

国际私法

上册

校内用书
注意保存

中国人民大学
法律系国际法教研室

说 明

中国人民大学法律系自一九五〇年建系以来，就设有国际私法一课。但是，在十年浩劫以及学校停办期间，课程中断。复校后才重新筹建了这门课程。为了适应当前培养人才的需要，我们试图除国际私法外，另开设国际经济法一课。在国际私法课程中，讲授外国人民事法律地位、法律冲突与国际民事诉讼程序问题。至于两门课程的对象和一系列理论问题还有待进一步深入探讨。为了教学的迫切需要，在较短时间内，编写了这本教材。

当前，我国立法工作正在进行，民法典和民事诉讼法尚未公布，涉外民事法规也未颁布。因此，本教材主要介绍外国立法、实践、有关国际条约和国际上习惯作法，并作些粗浅的分析和论述。本书第一、八、九章由刘丁同志执笔，第二、三、四、五、六、七章由章尚锦同志执笔。

由于我们水平不高，时间匆促，错误和不妥之处，在所难免，作为试用教材，供校内学习参考。恳请同志们批评指正，以便我们进一步修改或重编。

一九八一年五月

目 录

第一章 国际私法概论	(1)
第一节 国际私法的概念	(1)
一、国际私法的对象	(1)
二、国际私法的规范	(2)
三、国际私法的性质	(4)
四、国际私法与邻近部门法的关系	(7)
五、国际私法的名称问题	(8)
第二节 国际私法的渊源	(10)
一、国内立法和判例	(10)
二、国际条约和国际惯例与习惯	(15)
第三节 国际私法学	(20)
一、国际私法和国际私法学	(20)
二、国际私法学的历史发展	(21)
三、当代外国的国际私法学	(23)
四、我国的国际私法学	(28)
第二章 冲突规范及其一般制度	(32)
第一节 法律冲突和冲突规范	(32)
一、法律冲突的产生和解决法律冲突的法律手段	(32)
二、冲突规范和冲突规范的结构与种类	(38)
三、双边冲突规范的“系属”——“系属公式”	(44)
第二节 识别问题	(47)
一、识别的概念	(47)

二、解决识别问题的原则	(48)
三、二级识别及其实质	(50)
第三节 冲突规范的效力问题	(52)
一、公共秩序保留	(53)
二、反致和转致、间接反致	(59)
三、法律规避问题	(65)
第四节 外国法内容的确定	(70)
一、冲突规范适用过程中出现的外国法内容确定问题	(70)
二、各国对外国法内容确定问题的理论和实践	(72)
第三章 外国人的民事法律地位及其法律冲突	(78)
第一节 关于外国人民事法律地位的法律制度	(78)
一、外国人民事法律地位的历史发展	(78)
二、关于外国人民事法律地位的几种制度	(84)
第二节 外国人在我国的民事法律地位	(97)
一、外国人在我国的法律地位的历史回顾	(97)
二、肃清帝国主义在华特权的斗争	(102)
三、中华人民共和国成立后,我国立法和中外条约中关于外国人民事权利地位的规定	(103)
四、实现社会主义现代化建设过程中出现的有关外国人民事法律地位的新问题	(105)
第三节 自然人权利能力和行为能力的法律冲突	(105)
一、自然人的权利能力及其法律冲突	(106)
二、自然人的行为能力及其法律冲突	(110)
第四节 法人的权利能力和行为能力的法律冲突	(112)
一、经济组织的历史发展和法人概念的出现	(112)
二、法人的成立、分类和法人国籍问题	(115)
三、法人的权利能力及其法律冲突	(119)
四、外国法人的行为能力及其法律冲突	(122)

第一章 国际私法概论

第一节 国际私法的概念

学习国际私法，应当首先弄清它的概念。为了弄清国际私法的概念，应当分析以下五个问题，这就是：①、国际私法的对象；②、国际私法的规范；③、国际私法的性质；④、国际私法与邻近部门法的关系；⑤、国际私法的名称问题。

一、国际私法的对象

国际私法的对象，就是指国际私法的调整对象。作为一种法，总有自己特定的调整对象，法的调整对象是划分法的部门的出发点和基本依据。国际私法的对象是国际民事法律关系。

首先应当说明，这里所说的国际民事法律关系是广泛意义上的民事法律关系，即包括各种性质的财产关系和与财产相联系的人身非财产关系以及劳动关系、婚姻家庭关系。财产关系以及与财产相联系的人身非财产关系包括所有权关系、债权关系、继承关系以及姓名权、发明权、著作权等方面的关系。从社会主义社会法律关系的性质来看，劳动关系、家庭婚姻关系本质上不属于财产关系，但是，由于国际私法涉及的并非仅仅一个国家内部的关系，也为方便起见，这种关系也包括在广义的民事法律关系之中。

其次，应当指出，国际私法调整的对象不是一般的，或通

常所指的国内民事法律关系，而是国际民事法律关系，也可以称之为涉外民事法律关系。所谓国际民事法律关系在这里是指超越国家界限的民事法律关系，例如，中国人到中国商店购货就是一种纯属国内民事法律关系的国内贸易关系，中国某公司与日本某公司所发生的买卖关系就是属于国际民事法律关系的国际贸易关系。所谓涉外民事法律关系就是含有涉外因素的民事法律关系，即在民事法律关系的诸因素（主体、客体、法律事实）之中，起码有一个是外国的因素。例如，在国内举办农工商联合企业是不包含外国因素的国内民事法律关系；在中国境内举办中外合资经营企业，由于法律关系的主体之一是外国合营者，是外国因素，所以是一种涉外民事法律关系。国际民事法律关系与涉外民事法律关系实际上说的是同一件事情。

再其次，还需要指出，在这些广泛的国际民事法律关系之中，具有重要意义的是国际经济贸易方面的法律关系。虽然，不同国家的自然人之间也有各种民事法律关系，例如，甲国人在乙国居住购买货物、租赁房屋等等。但是，对于国家关系和世界发展产生重要影响的是国家之间的经济贸易关系，这是超越一个国家界限的货物买卖、投资、信贷、技术转让、资源开发等等关系。

二、国际私法的规范

调整国际民事法律关系有两种办法两种法律规范。

第一种办法是直接规定在某种法律关系中当事人的权利与义务，直接做出这样规定的法律规范就叫实体法规范。例如，《中华人民共和国中外合资经营企业法》规定，“合营企业的形式为有限责任公司。在合营企业的注册资本中，外国合营者的投资比例一般不低于百分之二十五”（第四条）。这一规范就

是实体法规范。

第二种办法是不直接规定在某种法律关系中当事人的权利与义务；而只指出在该种涉外民事关系中适用哪个国家的法律去解决，这种办法叫做间接调整。指出在某种涉外民事法律关系中适用何国法律的这种规范，叫做“冲突规范”。例如，1959年中苏领事条约第二十条规定：“缔约任何一方公民死亡后遗留在缔约另一方领土上的财产，包括动产和不动产，均按财产所在地国家的法律处理。”这里所表示的“财产继承依物之所在地法”就是一个冲突规范。

国际私法的规范主要是这种通过间接方法调整国际民事法律关系，即涉外民事法律关系的冲突规范〔一〕。

冲突规范是国际私法的主要的、基本的法律规范；但还不是它的全部内容。除冲突规范外，国际私法还包括以下两种法律规范。

第一，规定外国人民事法律地位的规范。譬如，中华人民共和国中外合资经营企业法第一条规定，在一定原则与条件下，允许外国公司、企业和其它经济组织或个人同中国的公司、企业或其它经济组织共同举办合营企业。这就是一项规定外国人（包括法人和自然人）民事法律地位的规范。为什么规定外国人民事法律地位的规范也是国际私法的组成部分呢？这是因为，承认外国人的民事法律地位是产生法律冲突从而产生冲突规范的前提之一。因为允许外国人来中国与中国法人举办合营企业，在举办合营企业这类法律关系中，就可能存在涉外民事法律关系，就有可能需要冲突规范去调整；假如，我国法律根本不允许外国人在中国购买土地，因此，就不会在土地关系上存在涉外民事法律关系，也就不需要冲突规范去调整涉外土地买卖关系。

第二，解决涉外民事法律纠纷的诉讼程序规范，即国际民事诉讼规范。当一方当事人违法双方发生争议时，就要通过适当的解决争议的手段加以解决。在解决这种争议的过程中往往就要借助一系列诉讼程序的规范。在解决国际民事法律关系争议时，一般通过两种机关，一种是有关国际经济贸易的仲裁机构，一种是通过法院。凡是规定国际民事法律关系争议诉讼程序的规范都叫国际民事诉讼程序规范，其中包括适用于仲裁的仲裁程序规则和适用于法院在处理涉外民事争议的涉外民事案件司法程序规则。例如，中国国际贸易促进委员会对外经济贸易仲裁委员会仲裁程序暂行规则规定：“仲裁委员会……根据双方当事人订定提请仲裁委员会解决的书面协议，并依一方当事人的书面申请，”受理争议（第三条），就是一个国际民事诉讼程序规范。虽然，这一部分规范不是调整涉外民事法律关系的规范，而是诉讼程序规范；但是，因为，它们与解决涉外民事法律纠纷密切相关，一般也包括在国际私法之中。

概括来说，国际私法规范包括：

- （1）冲突规范；
- （2）规定外国人民事法律地位的规范；
- （3）国际民事诉讼规范。

三、国际私法的性质

从十九世纪中叶开始，在国际私法学者中间就一直进行着关于国际私法性质的争论，争论的焦点是：国际私法究竟是国际法的一部分还是国内民法的一部分。主张国际私法是国际法性质的学者认为，国际私法和国际公法的目的都在于调整国家之间的关系，国际私法是由于存在国际社会而产生的，国际私法和国际公法是国际法的两个平行的同等的部门，正像一个树

干的两枝一样。主张国际私法是国内民法性质的学者认为，国际私法虽然叫做“国际私法”，但是它的性质与国际公法有很大的不同，国际公法调整的是国家与国家的关系，而国际私法调整的是不同国家的非主权者之间的关系，国际私法的主要渊源是各国的国内立法。他们说，根本不存在什么“国际性”的“国际私法”，只有英国的国际私法、法国的国际私法、德国的国际私法……等等。拥护前一种主张的学者叫做“世界主义学派”；拥护后一派主张的学者叫做“民族主义学派”。前一个学派的代表人物有德国的萨维尼、巴尔；法国的庇莱等人，较近的代表人物有德国的福兰肯斯坦、法国的魏斯、瑞士的尼德勒等人。后一学派的代表人物有法国的巴丹、尼波埃、巴特富尔；德国的康恩、努斯巴姆、伏尔夫；英国的戴西、契夏尔、莫里斯、施密托夫；美国的毕尔、柯克、芮拜尔、艾伦兹魏格等等。苏联和东欧的国际私法学者，主张国际私法是国际法性质的有克雷洛夫（苏）、拉德任斯基（苏）；主张国际私法是国内民法一部分的学者有彼列切尔斯基（苏）、隆茨（苏）、魏曼（东德）、芮泽（匈牙利）、克纳普（捷）等。总的说来，主张国际私法是民法一部分的学者占大多数。此外，还有所谓“二元论”者，他们主张国际私法既不是国际法，也不是民法；或者说，国际私法既有国际法性质，又有国内民法性质。十九世纪末——二十世纪初的德国国际私法学者泽特里曼和捷克学者毕斯崔刻、柯林斯基持这种主张。

我们应当怎样来看待国际私法的性质问题呢？如果我们从实际出发，对国际私法所调整的对象、它所包含的规范以及对这一规范的实际运用的情况来进行一番实事求是地考察，就不能不得出一个结论——国际私法实质上是国内法性质的。

第一，国际私法调整的对象不是国家之间的关系，不是真

正意义的国际关系，而是主要以个人（自然人、法人）为主体的涉外民事法律关系（其中主要的是财产关系）。这种关系虽然也笼统可称之为“国际”民事法律关系，但在性质上与国家之间的关系是有很区别的。涉外民事法律关系处于一个国家管辖之下，而国家与国家的关系就不处于任何一国管辖之下；具体来说，美国公司与中国企业在中国举办合营企业，或者中国企业引进美国公司的技术，这种关系是服从中国主权和法律，从属于中国主权管辖之下的涉外民事法律关系；这同中美两个国家之间的互派大使、谈判、缔结条约等类关系，有显著的不同。

第二，再从国际私法的规范来看，虽然也存在一些由各国共同协议制订的规范，但是，迄今为止，压倒多数的国际私法规范是根据一国法律原则和出于自己对内对外政策的需要通过国内法形式制定的。每个国家都有自己的“冲突法”（名称不完全相同）。所以说，各国有自己的国际私法，这是不容否认的实际情况。

第三，国际私法的实施和保证也基本在于国内。我们知道，国际私法纠纷依靠一国境内的仲裁机构或法院解决。而国际公法上的争端则依靠国家之间的谈判、斡旋、国际会议以及国际司法手段去解决。

虽然可以说国际私法从性质上看是从属国内法的法律部门，但是，也不能不注意到它的特殊性。它调整的不是纯属国内的法律关系，而是有涉外因素的民法关系，它的规范基本上是一国自己制定的但又往往照顾到国际惯例和习惯，在尊重国家主权与平等互利的基础上也可通过国际条约制订共同遵守的规范。

根据国际私法是国内法性质这一论断，可以认为，国际私

法实质上是一个国家统治阶级意志的体现。

四、国际私法与邻近部门法的关系

为了进一步了解国际私法的概念和特点，可以看一看它与邻近法的部门的相互关系。

国际私法与国际公法：它们的共同点在于它们所调整的法律关系都不仅是纯属一国内部的法律关系，虽然，两个法律部门所调整的关系有所区别但又有共同之点，即这些关系都是在国际交往中产生的。国际私法虽然性质与国际公法不同，但国际公法的基本原则，如相互尊重国家主权和领土完整、互不侵犯、互不干涉内政、平等互利、和平共处原则也适用于国际私法。国际私法还要借助国际公法上的一些制度，例如，国际经济条约和协定要遵循国际公法上关于国际条约的一般制度和规则；国际经济组织也要按照国际组织的一般制度和规则建立和进行活动。

但是，国际私法与国际公法也有显著的区别：它们的主体不同，一般说，国际公法的主体是国家；而国际私法的主体除国家之外，还有法人和自然人以及国际组织特别是国际经济组织。它们的渊源不同，国际公法的基本渊源是国际条约和国际惯例；而国际私法的主要渊源是国内立法和判例。它们的性质不同，国际公法是国家之间的法，具有国际性，反映不同国家统治阶级的意志；国际私法实质上是国内法的一个部门，反映一国统治阶级的意志。

国际私法与民法：狭义的民法是指调整一定范围内财产关系和人身非财产关系的规范的总称。国际私法与它有许多区别：第一，在调整的关系上的区别：国际私法调整的对象是国际性的广义的民法关系（见前述）；而民法所调整的对象是仅

限一个国家内部的民法关系。第二，国际私法的出发点和基本原则与民法有相当大的区别：国际私法面对国际经济财产关系，以主权和平等互利作为它的基本原则，而在国内民法上，不需要以这些处理国际经济关系的基本原则作为它的出发点。第三，在渊源上也有所区别：虽然国际私法以国内立法作为基本渊源，但是，同时，还要参照国际惯例；当一个国家承担了国际条约义务时，也以国际条约规范作为国际私法的一部分；但是，国内民法是以国内立法为其全部渊源的。

当然，国际私法与民法又有许多共同点，这就是：它们调整的都是民法关系；从根本性质上说都是国内法的性质；国际私法也在很大程度上要借助和适用民法上的制度和规则，例如，国际私法上所说的所有权、债、合同、专利权……等等，其基本法律含义都和民法上的含义是相同的。

根据以上的对比分析，在我们看到国际私法的基本性质的时候，还同时应当充分注意到这个法律部门的特殊性。

五、国际私法的名称问题

由于学者们对“国际私法”的概念、作用与内容认识不同，曾经出现过许多不同的名称，主要有以下一些：

《法则区别说》，开始于十四、十五世纪的意大利，使用这个名称的作者认为这个法律部门的基本任务就是划分法规的不同性质，决定适用何国法律。

《冲突法》（《抵触法》），这个名称首先由十七世纪的荷兰学者胡伯等人使用，以后，为大多数英、美国国际私法学者采用，很明显他们认为国际私法的基本内容就是解决“法律冲突”的规范。

《国际私法》，最先使用这个名称的是美国国际私法学者

斯脱雷，他在1834年提出了这一名称（按其英文原义是私国际法），以后，德国学者谢富诺尔于1841年、法国学者费里克斯于1843年又使用了这一名称。

此外，还有《法律选择》、《国际民法》、《国际民商法》、《私法关系之国际制度》、《外国法之适用》、《法规适用场所界限》、《涉外私法》、《限界法》…等等名称。

从目前世界各国来看，适用比较广泛的名称是“国际私法”和“法律冲突论”。大体上说，欧洲大陆各国以及苏联东欧各国多采用“国际私法”这一名称；英、美多用“法律冲突论”这一名称。名称的繁多与混乱反映出各个国家和许多学者对这个法的部门在认识上存在很大分歧。不少人认为“国际私法”这个名称是“名不符实”的，有的学者认为“国际私法”根本不是国际的；有的学者认为，所谓“国际私法”不是“私法”；还有人认为，“国际私法”本来就不是法^(二)。

根据马列主义观点来分析，“国际私法”这个名称也是极不适当的。

首先，把这个法律部门称为“私法”就是错误的。把法律分为“公法”和“私法”始于罗马法学者乌尔比安，资产阶级把“公法”和“私法”作为划分法律体系的基本标准；有的把保护公共利益的叫做“公法”，把保护私人利益的叫做“私法”；有的把规定国家机关活动和国家机关与公民关系的法叫做“公法”，把规定公民间以及公民与国家机关间以及国家机关与公民间的财产关系的法叫做“私法”。这种划分从根本上就是不恰当的，所谓“公法”所保护的“公共利益”也是资产阶级利益，所谓“私法”所保护的“私人利益”也是占统治地位的资产阶级利益。对于社会主义国家的法律来说，更不应当作出这样的划分。列宁指出：“我们不承认任何‘私法’，在我们看来，

经济领域中的一切都属于公法范围,而不属于私法范围”(三)。

其次,把这个法律部门称之为国际法也是不恰当。前面已经指出,这个法律部门实质上是国内法而不是国际法。只能说,它所调整的法律关系包含有涉外因素或带有一定的“国际性”,但是,把它称之为“国际私法”就会被人误认为,这个法律部门就是国际法的一个部类。

目前,在还没有找到一个大家公认的科学的名称之前,按通常的叫法,还只好称之为国际私法。

根据以上的分析,可以把国际私法的概念简单概括如下:国际私法是国家在同其他国家交往过程中形成的表现这个国家统治阶级意志、调整国际民事法律关系的冲突规范、规定外国人民事权利地位的规范和国际民事诉讼规范的总称。

第二节 国际私法的渊源

渊源,也就是法源。对于渊源有各种各样的解释,但是,比较普遍的看法是,渊源是指法的表现形式,即法律规范通过什么方式表现出来,表现法律规范的这些法律方式,就是所谓渊源,例如成文法规、惯例、判例、条约等等。

作为国际私法的渊源,基本上分为两类,一类是国内方面,包括国内立法(包括表现为广义法律的各种有关法规)和国内法院判例(即所谓判例法);另一类是国际方面,包括国际条约和国际惯例和习惯。按照现在外国绝大多数国际私法学者的意见,国际私法的渊源的压倒多数是国内立法和判例。

一、国内立法和判例

首先介绍一下外国的情况。

先从“冲突法”的渊源谈起。据学者考证，在国外，最早以国内立法方式规定“冲突规范”的是一七五六年的巴伐利亚法典，其后，“冲突规范”又见于一七九四年的普鲁士法典。但是，对资本主义各国“冲突法”影响最大的是一八〇四年法国民法典。有一些国家就按照法国民法典的模式制定了自己的“冲突法规”。一八九六年德国采用单行法规制定了“冲突规范”。有一些国家模仿或参照德国的方式制定了自己的“冲突法规”。苏联起初在各加盟共和国的民事诉讼法典、婚姻家庭及监护法典以及其他有关法典中规定了一些“冲突规范”；现在苏联和各加盟共和国民事立法纲要以及婚姻和家庭立法纲要中列有专章规定了“冲突规范”（在各加盟共和国的民法典及婚姻和家庭法典中制定了内容基本相同的相应条文）。东欧各国采取各种不同方式制定了冲突规范。很多发展中国家也以各种不同方式制定了冲突规范。英、美和斯堪的那维亚半岛（瑞典、挪威、丹麦、芬兰、冰岛）主要依靠法院判例作为冲突法的渊源。因此，概括起来说，在国外，“冲突法的渊源”基本上有四种形式：①在民法典或其他有关法典中规定若干条文；②制定单行法或法典；③在有关法典中设立专章或专篇；④主要依靠判例。下面分别说明这四种情况。

第一，在民法典或其他有关法典中订入冲突规范。法国民法典第三、六、十一、十四、十五、十六、四十七、一百七十、三百四十五、九百九十九、二千一百二十三和二千一百二十八条都是有关国际私法的条文。荷兰、意大利、葡萄牙、西班牙以及阿根廷以法国民法典为蓝本在自己的民法典中包括了“冲突法”条文。

伊拉克、叙利亚、埃及等国也在民法典中规定了一些适用外国法的条文。

南斯拉夫在一九六五年的婚姻、监护和继承法典以及一九五九年的租用海船合同法中都载有“冲突规范”。罗马尼亚在一九五六年三月十六日关于收养的一项法律中包括了若干冲突规范。

第二，以单行法或专门法典方式制订系统的冲突法规范。如前所述，最早的是一八九六年的德国民法施行法，现在在德意志联邦共和国内仍然有效。一八九八年颁布的日本法例也是这方面的典型，这个法规于一八九八年七月十六日施行，以后于一九四二年、一九四七年、一九六四年经过三次修改，共三十一条。

泰国于一九三九年三月十日颁布了单行的国际私法，称为佛历二四八一年国际私法，共分六大部分，四十二条。

波兰于一九六五年十一月十二日颁布了单行的国际私法（一九六六年七月一日起施行）。捷克斯洛伐克曾于一九四八年颁布过一项有关国际私法的法律；以后于一九六三年十二月四日又颁布新的国际私法和国际民事诉讼法以代替原来的法律，这个新的法律于一九六四年四月一日起施行。阿尔巴尼亚于一九六四年十一月二十一日颁布了《关于外国人民事权利和适用外国法的法律》（一九六五年生效）。德意志民主共和国于一九七五年十二月五日颁布了《关于国际民事、家庭和劳动法律关系以及国际经济合同适用法律的条例》（一九七六年一月一日起施行）。一九七九年匈牙利颁布了关于国际私法的第十三号法令，于同年七月一日生效。

第三，在有关法典中列入专章加以规定，其中典型的是前面提到的苏联现行的有关规定。保加利亚一九六八年的家庭法典也列有专节规定了“法律适用”问题。

一九四〇年的希腊民法典（一九四六年生效）列有专门一

编，规定了“冲突规范”。

第四，以判例法为主的国家。所谓以判例法为主，这就是说，它们所适用的主要的冲突规范不见之于立法，而依靠法院的判例。但在个别的单行法中也有关于冲突规范的规定，例如，英国在一八八二年的汇票法令、一九二六年的法院规章、一九六三年的遗嘱法令、一九六八年的收养法令，一九七一年关于承认离婚与分居的法令中都包含一些冲突规范。美国的一九六二年的《统一商法典》中也包含有冲突规范。

在以判例法为主的所谓“普通法”国家中，由于“冲突规范”散见于长时期的法院判决之中，内容散乱，冲突规范的系统整理工作就由学者或有关学术机构来进行。在英国，一八九六年英国国际私法学者戴西编著和出版了《法律冲突论》一书，该书采取法典的形式，列举英国所适用的冲突规范，并逐条加以解释。以后摩里斯参加该书的编著，该书已出了九版，目前，英国关于冲突规范的判例法，主要就以《戴瑟和摩里斯的法律冲突论》为依据。在美国，“美国法学会”这个非官方的律师机构承担了“冲突法”汇编工作，一九三四年由毕尔主编，出版了第一版的《法律冲突法汇编》，该书共三卷，以法典形式整理汇编了美国所适用的冲突法判例。一九七一年以芮斯为主编，编辑出版了新版的《法律冲突法汇编》。

发展中国家的印度，受英国影响，“冲突规范”的主要渊源也是国内法院的判例〔四〕。

以上就是关于“冲突法”的国内法渊源。作为国际私法另一主要内容就是有关国际民事诉讼的规范。这部分规范绝大部分也表现于有关国家的国内立法之中。这部分规范的国内法渊源大多数是各国民事诉讼法典中的有关条文。例如，德意志联邦共和国的民事诉讼法典、日本民事诉讼法典、法国民事诉讼