

国际私法理论 诸问题研究

林欣 李琼英 著

中国人民大学出版社

作者简介

林欣，1952年7月毕业于北京大学法律系，曾在中国人民大学外交系任教师，在中共中央政治研究室研究国际问题，在安徽日报任时事组负责人，在安徽大学外语系任教师，在《中国社会科学》杂志任政法编辑室负责人。现为中国社会科学院法学研究所研究员、中国海事仲裁委员会仲裁员、中国法律咨询中心法律咨询顾问。著有《国际法中的刑事管辖权》（1988年，法律出版社），还常在《中国社会科学》、《法学研究》、《外国法译评》等刊物上发表国际私法和国际刑法问题的学术论文。1992年10月中国国务院特决定发给作者政府特殊津贴并颁发证书。

李琼英，1952年7月毕业于复旦大学法律系，1955年7月中国人民大学外交系国际私法研究生毕业，曾在外交学院和安徽大学外语系任教，在中国社会科学院拉丁美洲研究所任副译审。

图书在版编目 (CIP) 数据

国际私法理论诸问题研究/林欣, 李琼英 著.
北京: 中国人民大学出版社, 1996. 6

ISBN 7-300-02202-2/D · 280

I. 国…

II. ①林 ②李…

III. 国际私法-研究

IV. D997

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (96) 第 02003 号

国际私法理论诸问题研究

林欣 李琼英 著

出版 发行: 中国人民大学出版社
(北京海淀路 175 号 邮码 100872)

经 销: 新华书店

印 刷: 中国人民大学出版社印刷厂

开本: 850×1168 毫米 1/32 印张: 7.375 插页 1
1996 年 6 月第 1 版 1996 年 6 月第 1 次印刷
字数: 183 000

定价: 9.00 元

(图书出现印装问题, 本社负责调换)

目 录

前 言	1
第一部分 概 论	2
一、国际私法的名称和范围	2
二、民事事项的范围	6
三、国籍与住所	8
(一) 以国籍作为管辖根据和联系因素	9
(二) 以住所作为管辖根据和联系因素	11
(三) 以国籍和住所作为管辖根据和联系因素	16
(四) 以住所作为管辖根据和联系因素的趋势在增长	17
四、冲突规则	19
(一) 冲突规则的产生	19
(二) 冲突规则的结构	20
(三) 统一冲突规则运动	22
第二部分 涉外民事诉讼程序	25
五、当事人	25
(一) 当事人的诉讼权利能力依法院地法	26
(二) 当事人的诉讼行为能力依法院地法	30
(三) 案件合适的当事人依准据法	30
六、对人诉讼、对物诉讼和准对物诉讼	32
(一) 对人诉讼和对物诉讼	32

(二) 准对物诉讼·····	35
七、管辖权、管辖根据与诉讼文书的送达·····	36
(一) 管辖权的概念、种类和重要性·····	36
(二) 管辖权与法律适用·····	38
(三) 管辖根据的概念和种类·····	39
(四) 诉讼文书的送达·····	46
八、管辖权的新发展·····	48
(一) 被告人的住所被布鲁塞尔公约和罗迦诺公约确 定为基本的管辖根据·····	48
(二) 一些管辖根据被布鲁塞尔公约和罗迦诺公约宣 布为超越常规的管辖根据·····	50
(三) 布鲁塞尔公约和罗迦诺公约对专属管辖权作了 明确规定·····	53
(四) 英国修订并扩大了裁量管辖权·····	54
(五) 美国增加了最低限度的接触和长臂管辖法·····	57
(六) 我国最高人民法院对涉外海事诉讼的管辖权作 了具体规定·····	62
九、国家主权豁免问题·····	65
(一) 绝对豁免与限制豁免·····	65
(二) 按性质还是按目的确定契约是否商业契约·····	72
(三) 仲裁与豁免·····	76
(四) 国家对外商业活动应根据不同的形式分别承担 民事责任·····	78
(五) 外交代表和领事官员的民事诉讼地位·····	83
十、参加诉讼和互相诉讼·····	84
(一) 参加诉讼·····	85
(二) 互相诉讼·····	87
十一、中止诉讼程序·····	88

(一) 已涉未决诉讼·····	88
(二) 非方便法院·····	92
(三) 仲裁条款·····	95
第三部分 法律适用 ·····	98
十二、识别·····	98
(一) 识别的概念·····	98
(二) 识别的内容与准据法的确定·····	99
(三) 识别的依据·····	101
(四) 识别问题的新发展·····	103
十三、程序法与实体法问题·····	104
(一) 时效问题·····	106
(二) 举证责任问题·····	115
(三) 推定问题·····	118
(四) 赔偿问题·····	121
十四、适用外国法的理论·····	123
十五、外国法的证明·····	128
十六、反致原则·····	130
十七、公共秩序制度·····	134
十八、属人法与民事行为能力的准据法·····	139
(一) 属人法·····	139
(二) 民事行为能力的准据法·····	141
十九、侵权行为·····	144
(一) 侵权行为的新发展·····	145
(二) 最重要关系原则及其发展·····	145
(三) 产品责任问题·····	153
(四) 国际航空运输中的侵权行为·····	163
(五) 国际海洋运输中的侵权行为·····	163
(六) 公路交通事故·····	164

二十、合同(契约)	165
(一) 当事人选择合同适用的法律	166
(二) 当事人没有选择合同适用的法律	169
(三) 准据法的适用范围	173
(四) 《联合国国际货物销售合同公约》及其适用	174
二十一、财产权	178
(一) 财产的分类: 不动产与动产	178
(二) 财产的分类与管辖权	181
(三) 财产的分类与法律适用	184
(四) 无体财产与所在地	190
二十二、婚姻家庭关系	190
(一) 男女平等的原则被引进冲突法的领域	191
(二) 注意保护儿童的合法利益	192
(三) 防止跛行婚姻的新措施	193
(四) 涉外离婚的管辖权和适用的法律	197
(五) 夫妻财产制的准据法	201
二十三、继承	205
(一) 法定继承	205
(二) 遗嘱继承	208
第四部分 国际司法协助	211
二十四、国际司法协助	211
(一) 代为送达司法文件	212
(二) 代为调查取证	214
(三) 司法救助	215
二十五、外国法院判决和仲裁裁决的承认与执行问题	216
(一) 外国法院判决承认与执行的新发展	216
(二) 外国仲裁裁决承认与执行的新发展	221
参考书目	227

前 言

当代国际经济贸易关系和科学技术合作越来越密切，各国之间人员来往越来越频繁。在这种情况下，各国的涉外民商事纠纷也日益增多。它们在解决这些民商事纠纷中，使国际私法（即冲突法）许多领域中的问题，如涉外民事诉讼程序，特别是管辖权，法律适用的理论和原则，国际司法协助以及外国法院判决和仲裁裁决的承认与执行等，都有了新的发展。笔者就这些问题的新发展作一些阐述和评论，以促进国际私法学的进一步发展。

随着改革、开放的深入发展，我国同世界各国的经济贸易联系、科学技术合作和人员交往必将越来越多。我国同世界各国的这种交往和合作在法律上的必然后果是产生一系列具有涉外因素的民商事法律关系，其中不可避免地也会发生许多具有涉外因素的民商事纠纷。要解决这些民商事纠纷，都要依靠国际私法。所以对外开放对我国的国际私法提出了更高的要求。

自从改革开放以来，我国的国际私法立法虽然有了很大的发展，但是这方面的工作毕竟起步较晚，许多规定还不完备，还有待于完善。外国国际私法新的理论和实践经验，对我国的国际私法立法、司法和教学研究工作都会有重要的借鉴价值。因此，加强对国际私法问题新发展的研究具有重要的现实意义。

北京大学芮沐教授对本书写作提了许多宝贵意见，特表示谢意。

第一部分 概 论

一、国际私法的名称和范围

国际私法是一门独特的法律学科。它的名称在世界各国有不同的叫法。一般来说，欧洲大陆民法法系国家传统上称它为国际私法 (Private International Law)，英、美等普通法法系国家称它为冲突法 (Conflicts Law, Conflict of Laws)。我国一般也称国际私法。

其实国际私法这个名称是不准确的，因为它并不是“国际”（国与国之间）的法律，而主要是用来解决具有涉外因素的民商事纠纷的某个国家的法律。不过传统上都称它为国际私法，也就沿用下来了。关于涉外因素，国际上没有统一的定义。普通法法系国家和西欧国家，由于他们的国际经济联系密切，各国之间人员来往频繁，它们对涉外因素的理解要宽。前苏联，由于它的国际经济联系以及与外国之间的人员来往不够多，它对涉外因素的理解要窄。事实上，涉外因素是一个内容广泛的概念，它的形式是很多的，不应狭窄地理解。

冲突法这个名称也不够准确，其实它并不是法律的冲突，而是法律适用的冲突。不过冲突法这个名称也已成为习惯的叫法。德国法学家沃尔夫 (Wolff) 说过：既然国际私法和冲突法“这两个名称已经通用于全世界，既然还没有一个人找到一个更好的名

称，似乎不值得对这个仅仅是名词上的问题加以进一步的考虑。”

国际私法（即冲突法）主要是一个国家的立法机关制订的或者一个国家法院的判例所形成的一套规则，这套规则是用来解决具有涉外因素的法律关系应该由哪一个国家的法院管辖，应该适用哪一个国家的法律。所以国际私法的最基本的内容是两项：一项是涉外民商事案件的管辖权，另一项是涉外民商事案件的法律适用。

中国的国际私法立法自从改革开放以来，有了很大的发展。《中华人民共和国民事诉讼法》第四编就涉外民事诉讼程序，如涉外民商事案件的管辖权和国际司法协助等问题作了特别规定。《中华人民共和国民法通则》第八章对涉外民事关系的法律适用作了集中的规定，同时还有一些冲突规则分散规定在《中华人民共和国合同法》、《中华人民共和国继承法》和《中华人民共和国票据法》等法律之中。我国最高人民法院还就贯彻执行上述一些法律发布了意见。

从中国的立法和司法实践来看，国际私法的范围是：涉外民商事案件的管辖权、法律适用和国际司法协助（包括外国法院判决和仲裁裁决的承认与执行）等问题。

由于经济条件的不同和历史、文化的差异，世界各国对国际私法的范围并没有一致的意见。

现在国际上存在四派主张：（1）以法国和意大利为代表的拉丁系国家主张国际私法的范围包括：国籍、外国人的法律地位、法律冲突和涉外民商事案件的管辖权等问题。（2）德国、奥地利、瑞士、北欧国家和日本等国主张国际私法只研究法律冲突问题，即把国际私法的范围局限于冲突规则。（3）英、美等普通法法系国家主张国际私法（即冲突法）的范围包括涉外民商事案件的管辖权、法律选择（法律适用）以及外国判决和仲裁裁决的承认与执

行等问题。(4) 原苏联和东欧一些国家主张国际私法的范围包括：冲突规范、统一规范、外国人的法律地位、所有权、国际贸易、国际运输、国际科技合作、国际信贷结算、著作权与发明权、国际民事诉讼程序和仲裁程序以及外国法院判决的承认与执行等等问题。

现在国际上比较通行的是英、美等普通法法系国家所主张的国际私法范围，因为它比较符合国际私法运用的实际。当一起具有涉外因素的民商事案件发生时，首先遇到的问题是哪一个国家的法院有权审理该案件，即管辖权问题；其次是应适用何国的法律来解决争议；然后是外国判决的承认与执行问题。这方面的新发展是一些欧洲大陆国家也相继采用普通法法系国家的做法。例如荷兰法学家范·罗伊 (Van Rooij) 和波拉克 (V. Polak) 于 1987 年出版的《荷兰国际私法》，其主要内容也是管辖权、外国判决的承认与执行、仲裁和法律选择等。原南斯拉夫于 1982 年 7 月通过的《南斯拉夫法律冲突法》，其基本内容也是法律适用（准据法）、管辖权以及外国判决的承认与执行。瑞士于 1987 年 12 月通过的《国际私法法规》规定的范围为管辖权、适用的法律、外国判决的承认与执行的条件、破产和仲裁。

由于苏联和东欧各国的剧变，采用苏联主张的国家越来越少。苏联主张的国际私法实际上是一个多种法律的混合体。正如美国康涅狄格大学教授杰尼斯 (M. Janis) 所说：苏联国际私法的范围很广，它所包括的内容“在其他法系就可以把它们分别组织在国际私法、冲突法、国际经济法、国际商法、跨国法和国际贸易法之中”。^① 由于苏联国际私法把其他许多法律部门纳入其中，结果它对国际私法本身的问题研究得就很不深入，有些问题只作简单论述，有些问题则根本没有提到。这就像俗语所说的：“种了他

^① 《荷兰国际法评论》杂志，1989 年，第 1 期，第 82 页。

人的地，荒了自己的田。”它对其他法律的论述也只能像蜻蜓点水，一掠而过，极不深入。

苏联国际私法的这种状况是有其深刻的经济原因的。这是它的非市场经济和国际经济交往不够发达在国际私法上的表现。例如国际私法中的财产权问题，苏联国际私法就用所有权来取代财产权。其实，财产权并不只是所有权，它还有占有权、地上权、地役权、抵押权、留置权、质权和典权等等。以所有权来代替财产权，这一方面表明苏联当时的经济是非市场经济，另一方面也表明它与世界市场的联系较少。

苏联国际私法还把政治经济学的概念直接搬到法学上来，把物（财产）区分为生产资料和生活资料，反对把财产区分为不动产与动产，认为这种分法是用来掩盖人与人之间的剥削和被剥削关系的。要知道，把物（财产）区分为不动产与动产，对国际私法中的管辖权和法律适用会产生不同的法律后果，特别是对涉外继承案件会产生重大的影响。例如有些国家的法律规定，对不动产的继承适用物之所在地法，而对动产的继承则适用被继承人的住所地法。另一些国家的法律规定，对不动产的继承适用物之所在地法，而对动产的继承则适用被继承人的本国法。动产，还是不动产，在涉外继承案件方面，会产生不同的结果。

解放后，我国的国际私法著作采用苏联的主张。我国的国际私法教材是苏联国际私法教材的翻版。这种国际私法不仅与我国的社会主义市场经济和对外开放不相适应，而且也与我国立法关于国际私法范围的规定相矛盾。为了改变这种情况，我国国际私法学界应该解放思想，对我国的国际私法教材进行一番重大的改革，根据我国的特点，借鉴国际上通行的国际私法理论和实践，写出一部教材来培养我国的法学人才，以适应社会主义市场经济发展和对外开放的需要。

二、民事事项的范围

国际私法是用来解决具有涉外因素的民事纠纷的。至于什么是“民事”事项，有关的几个海牙公约，如1954年的《民事诉讼程序公约》，1965年的《民商事案件司法和司法外文件的国外送达公约》和1970年的《民商事案件国外调取证据公约》都没有下过定义。

民事事项包括商事事项，这是国际上普遍接受的观点。根据1954年《民事诉讼程序公约》第1条，民事事项是指民事或商事事项。英国1975年证据法第9节也规定，民事诉讼是指民事或商事诉讼。

关于什么是“民事或商事”事项，不同法系的国家则有不同的解释。英国和美国等普通法法系国家认为，除了刑事事项以外，包括行政事项在内都是民事或商事事项。^①

民法法系国家对“民事或商事”事项没有一致的解释。它们一般同意民事事项（包括商事事项）是指私法事项，而排除公法事项。对什么是“公法事项”，什么是“私法事项”又有不同的解释。法国、德国和日本认为，行政事项是公法事项，从而把它排除在民事事项的范围之外。^②法国还认为，财政事项是公法事项，因此民事或商事事项不包括财政事项。^③

挪威等斯堪的纳维亚国家则认为，民事或商事事项包括行政事项和财政事项。它们的观点与普通法法系国家的观点是一致的。^④

①②③ 参见美国《国际律师》杂志，1990年，第1期，第66页。

④ 参见《美国国际法杂志》，1989年，第4期，第936页。

1940年3月，乌拉圭、巴西、哥伦比亚、玻利维亚、阿根廷、秘鲁和巴拉圭七个拉丁美洲国家在蒙得维的亚签订的《关于国际民事诉讼程序法条约》第3条规定：在一个缔约国内作出的属于民事、商事或行政诉讼事项的判决和经认可的裁决，如其是正式合法的，依本条约，在其他缔约国被认为是确证无误的文件。由此可见，这些拉丁美洲国家把商事事项和行政诉讼事项包括在民事事项的范围之内。

由于各国对“民事或商事”事项有不同的解释，当问题遇有涉外因素时，就可能产生有关这方面的法律冲突。在司法实践中曾经发生过这样的案件。

1989年3月3日英国上院就有一个关于这方面的判例。一个挪威法院根据1970年关于民商事案件在国外取证的海牙公约的规定，致函英国高等法院，要求协助向两个住在英国的证人调取关于征收一个挪威船主的财产税问题的证词。英国高等法院基本上同意挪威法院的要求。但是，两个证人则认为，英国法院对该调取证据事项没有管辖权，它无权命令他们提供证词。他们向英国上诉法院提出上诉。

英国上诉法院认为，根据法国和其他民法法系国家的法律，民事事项限于私法事项，一般把公法事项，特别是财政事项排除在外。挪威的诉讼是关于财政事项的诉讼，它不在英国为执行1970年关于民商事案件在国外取证的海牙公约而制订的证据法（1975年）第9节规定的“民事或商事事项”的意义之内。上诉法院同意两个证人的意见，认为英国法院对此事无管辖权。

挪威方面不同意英国上诉法院的判决，于是向英国上院提出上诉。

英国上院没有接受上诉法院和证人的意见，它指出，根据英国的传统观点，民事事项是指除刑事事项以外的所有事项，因此，财政事项应包括在民事事项的范围之内。

挪威方面提出，根据它的法律，财政诉讼包括在民事诉讼之中。

英国上院认为，根据英国和挪威的法律，财政事项包括在民事事项的范围之内，挪威法院关于调取证据的要求符合1970年海牙公约的规定，英国法院对此事有管辖权。^①

英国上院的判决是根据英国和挪威双方的法律而作出的。幸好这次双方的法律规定是一致的。如果双方的法律规定是不一致的，那末应该按照哪一个国家的法律来确定管辖权呢？

笔者认为，这个问题应该以识别的理论来解决。如果把民事事项的定义识别为程序法问题，应该适用法院地法。如果把它识别为实体法问题，就可以适用外国法。笔者认为民事事项的定义是一个程序法问题，应该适用法院地法。

三、国籍与住所

当事人的国籍与住所在涉外民事诉讼中占有重要的地位。国籍与住所，作为管辖根据和联系因素，对管辖权和准据法（适用的法律）的确定起着重要的作用。管辖根据是一个国家的法院有权审理具有涉外因素的民商事案件的理由。联系因素是涉外民商事案件的事实和法律体系之间的联系点。联系因素是法院确定涉外民商事案件准据法的重要根据之一。管辖根据和联系因素是两个性质不同的法律概念。我国有些国际法学著作，把这两者混为一谈是不正确的。

以当事人的住所作为管辖根据和联系因素，还是以当事人的国籍作为管辖根据和联系因素？对这个问题的处理，世界各国可

^① 参见《美国国际法杂志》，1989年，第4期，第933--936页。

分为三种类型：一种类型为法国、意大利、比利时、卢森堡和葡萄牙等一些民法法系国家，主要以当事人的国籍作为管辖根据和联系因素；另一种类型为英国、美国和加拿大等普通法法系国家，主要以当事人的住所作为管辖根据和联系因素；第三种类型为德国、奥地利、日本、波兰、南斯拉夫和前苏联等国家采用混合制，即在一些问题上同时以当事人的国籍和住所作为管辖根据和联系因素，或者在一些问题上以当事人的国籍作为管辖根据和联系因素，在另一些问题上则以当事人的住所作为管辖根据和联系因素。

（一）以国籍作为管辖根据和联系因素

直至19世纪初，欧洲国家普遍以当事人的住所作为管辖根据和联系因素。以当事人的国籍取代当事人的住所作为管辖根据和联系因素，始于1804年颁布的法国民法典（即拿破仑法典）。该法典第14条规定：“不居住在法国的外国人，曾在法国与法国人订立契约者，由此契约所产生的债务履行问题，得由法国法院受理；其曾在外国订立契约对法国人负有债务时，亦得被移送法国法院审理。”第15条规定：“法国人在外国订立契约所负的债务，即使对方为外国人，得由法国法院受理。”这两条原来仅就契约债务案件的管辖权作了规定，后来法国法院的判例和法国法学家都对这两条的适用作了扩大的解释。根据这种扩大的解释，按照法国民法典第14条，法国法院对原告人为法国国民的民商事案件有管辖权。按照该法典第15条，法国法院对被告人为法国国民的民商事案件有管辖权。在实践中，法国法院并不要求作为原告人或被告人的法国国民在法国有所住。

法国民法典第3条第3款规定：“关于人的身份和能力的法律适用于所有法国人，即使他们居住于国外时亦同。”这个条款确定以当事人的国籍所属国法律（即本国法）为属人法来取代以前的