

国际私法

林 欣 李琼英 著

中国人民大学出版社

解放后，我国的国际私法著作采用前苏联国际私法的主张，我国的国际私法教材受前苏联国际私法教材的影响极大。前苏联的国际私法是计划经济和它同世界市场联系不多的产物，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，而且也与我国立法中关于国际私法范围的规定相矛盾。

现在，国内外的形势都要求我国有一些新的国际私法著作出现，以使用这种新的国际私法著作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。

北京大学教授芮沐先生对本书的写作提了许多宝贵的意见，特向他表示衷心感谢！

1998年是北京大学建校一百周年。作者之一林欣，谨以此书纪念母校百年校庆！

图书在版编目 (CIP) 数据

国际私法/林欣, 李琼英著.

北京: 中国人民大学出版社, 1998

ISBN 7-300-02499-8/D · 323

I. 国…

Ⅱ. ①林… ②李…

Ⅲ. 国际私法

IV. D997

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (97) 第 24276 号

国际私法

林 欣 李琼英 著

出 版: 中国人民大学出版社
(北京海淀路 157 号 邮码 100080)

发 行: 新华书店总店北京发行所

印 刷: 中国人民大学印刷厂

开本: 850×1168 毫米 1/32 印张: 12.75

1998 年 1 月第 1 版 1998 年 1 月第 1 次印刷

字数: 314 000

定价: 16.00 元

(图书出现印装问题, 本社负责调换)

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》（法律出版社1988年版）、《国际私法理论诸问题研究》（与李琼英合著，中国人民大学出版社1996年版）；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月毕业于中国人民大学外交系研究生国际私法专业，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。译著有《法律制度》（The Legal System, [美] L. M. Friedman 著，与林欣合译，中国政法大学出版社1994年版）。

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。要解决这些民商事纠纷，就需要国际私法（即冲突法）。

我国是一个对外开放的国家，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。随着我国对香港和澳门恢复行使主权，我国成为一个多法域国家。我国大陆和香港、澳门之间的民商事法律关系必将大大增多。在这些具有涉外因素的民商事法律关系中，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，不论是通过仲裁，还是通过诉讼，都要依靠国际私法。所以对外开放和我国对香港、澳门恢复行使主权，对我国国际私法的立法与研究提出了更高的要求。

自改革开放以来，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的研究具有重要的现实意义。

目 录

第一篇 概 论

第一章 国际私法的名称和性质.....	1
第一节 国际私法的名称.....	1
第二节 国际私法的性质.....	2
第三节 涉外因素.....	3
第二章 国际私法的范围和民事事项的范围.....	6
第一节 国际私法的范围.....	6
第二节 民事事项的范围.....	8
第三章 国际私法的渊源和历史	11
第一节 国际私法的渊源	11
第二节 国际私法的历史	12
第四章 国籍与住所	15
第一节 自然人的国籍	15
第二节 自然人的住所	16
第三节 法人的国籍和住所	18
第四节 国籍与住所国际私法中的地位	20
第五节 以国籍作为管辖根据和联系因素	20
第六节 以住所作为管辖根据和联系因素	23
第七节 以国籍和住所作为管辖根据和联系因素	28
第八节 以住所作为管辖根据和联系因素的趋势	

在增长	30
-----------	----

第二篇 涉外民事诉讼程序

第五章 当事人	33
第一节 当事人的诉讼权利能力依法院地法	34
第二节 当事人的诉讼行为能力依法院地法	38
第三节 案件合适的当事人依准据法	40
第六章 对人诉讼、对物诉讼和准对物诉讼	42
第一节 对人诉讼和对物诉讼	42
第二节 准对物诉讼	45
第七章 管辖权、管辖根据与诉讼文书的送达	47
第一节 管辖权的概念、种类和重要性	47
第二节 管辖权与法律适用	48
第三节 管辖根据的概念和种类	49
第四节 诉讼文书的送达	57
第八章 管辖权的新发展	60
第一节 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	60
第二节 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	62
第三节 布鲁塞尔公约和罗迦诺公约对专属管辖权 作了明确规定	65
第四节 英国修订并扩大了裁量管辖权	66
第五节 美国增加了最低限度的接触和长臂管辖法	69
第六节 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	74
第九章 国家主权豁免问题	78
第一节 绝对豁免与限制豁免	78

第二节	按性质还是按目的确定契约是否商业契约	87
第三节	仲裁与豁免	91
第四节	国家对外商业活动应根据不同的形式分别 承担民事责任	93
第五节	外交代表和领事官员的民事诉讼地位	99
第十章	参加诉讼、互相诉讼和反诉	101
第一节	参加诉讼	101
第二节	互相诉讼	103
第三节	反诉	104
第十一章	中止诉讼程序	107
第一节	已涉未决诉讼	107
第二节	非方便法院	111
第三节	仲裁协议	117
第四节	外国法院管辖条款	118

第三篇 法律适用（上）——法律适用基本问题

第十二章	冲突规则	125
第一节	冲突规则的产生	125
第二节	冲突规则的结构	126
第三节	准据法的适用方式	127
第四节	统一冲突规则运动	130
第十三章	识别	133
第一节	识别的概念	133
第二节	识别的内容与准据法的确定	134
第三节	识别的依据	137
第四节	识别问题的新发展	138
第十四章	程序法与实体法问题	140
第一节	时效问题	141

第二节	证据问题·····	151
第三节	举证责任问题·····	153
第四节	推定问题·····	155
第五节	赔偿问题·····	158
第六节	抵消问题·····	160
第七节	判决的执行问题·····	160
第十五章	适用外国法的理论·····	162
第十六章	外国法的证明·····	168
第一节	把外国法作为事实的证明程序·····	168
第二节	把外国法作为法律的证明程序·····	170
第十七章	反致原则·····	172
第十八章	公共秩序制度·····	178
第十九章	附带问题·····	184
第二十章	时间因素·····	188

第四篇 法律适用（下）——各类案件适用的法律

第二十一章	属人法与民事行为能力的准据法·····	191
第一节	属人法·····	191
第二节	民事行为能力的准据法·····	194
第二十二章	侵权行为·····	198
第一节	侵权行为的新发展·····	198
第二节	美国的最重要关系原则及其发展·····	199
第三节	英格兰的涉外侵权行为法·····	212
第四节	欧洲大陆国家和中国的法律·····	216
第五节	产品责任问题·····	219
第六节	国际航空运输中的侵权行为·····	229
第七节	国际海洋运输中的侵权行为·····	230
第八节	公路交通事故·····	231

第二十三章	合同（契约）	233
第一节	合同的成立	233
第二节	合同的有效	236
第三节	合同的解释	239
第四节	当事人选择合同适用的法律	240
第五节	当事人没有选择合同适用的法律	246
第六节	准据法的适用范围	253
第七节	几种重要的合同	254
第二十四章	不当得利	281
第二十五章	流通票据	284
第一节	英、美等国的票据法体系	285
第二节	日内瓦票据法体系	288
第三节	我国票据法关于涉外票据法律适用的规定	289
第二十六章	财产权	291
第一节	财产的分类：不动产与动产	292
第二节	财产的分类与管辖权	295
第三节	财产的分类与法律适用	298
第四节	无体财产与所在地	306
第二十七章	婚姻家庭关系	308
第一节	男女平等的原则被引进冲突法的领域	308
第二节	注意保护儿童的合法利益	309
第三节	结婚	317
第四节	离婚	326
第五节	夫妻财产制	335
第二十八章	继承	340
第一节	法定继承	341
第二节	遗嘱继承	345

第五篇 国际司法协助

第二十九章 国际司法协助·····	355
第一节 代为送达司法文件·····	356
第二节 代为调查取证·····	360
第三节 司法救助·····	361
第三十章 外国法院判决和仲裁裁决的承认与执行问题·····	364
第一节 承认与执行外国法院判决的程序和条件·····	364
第二节 外国法院判决承认与执行的新发展·····	373
第三节 国际商事仲裁·····	378
第四节 外国仲裁裁决承认与执行的新发展·····	385
参考书目·····	391

第一篇 概 论

第一章 国际私法的名称和性质

第一节 国际私法的名称

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。国际私法这个名称是美国法学家斯托里(Story)于1834年提出来的。

其实国际私法这个名称是不准确的,因为它主要的并不是“国际”(国与国之间)的法律,而是用来解决具有涉外因素的民商事纠纷的法律。不过传统上都称它为国际私法,也就沿用下来了。

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了。

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”^①。

① [德]沃尔夫:《国际私法》,中文版,28页,北京,法律出版社,1988。

第二节 国际私法的性质

关于国际私法的性质，国际上有三种主张：一种认为国际私法是国内法，因为国际私法的规则是由各国自己制订的，国际私法关系的争议由各国国内法院审理。另一种认为国际私法是国际法，因为国际私法解决的法律关系超出了—个国家的范围，国际私法的渊源有一部分是国际条约。还有一种认为国际私法既属国内法，又属国际法。

为了弄清国际私法的性质，让我们先看一看国际私法规则（规范）的组成。国际私法的规则由两大部分组成：一大部分是由一个国家的立法机关制订的或者由一个国家法院的判例所形成的规则；另一大部分是各国之间签订的关于国际私法问题的国际条约。例如海牙国际私法会议制订了关于结婚、离婚和分居、婚姻效力、未成年人监护、禁治产、国际民事诉讼程序、国际有体动产买卖、解决本国法与住所地法冲突、承认外国公司的法律人格、遗嘱方式、收养、民商事案件司法和司法外文件国外送达、选择法院、夫妻财产制、结婚仪式与承认婚姻有效、国际诱拐儿童、代理、产品责任、交通事故、民商事案件国外取证、承认和执行外国判决等等几十个国际公约。美洲国家组织和欧洲共同体（现为欧洲联盟）也签订了许多关于国际私法问题的国际公约。在联合国贸易法委员会主持下，各国签订的国际公约有1974年《国际货物销售时效期限公约》，1978年《联合国海上货物运输公约》（即《汉堡规则》），1980年《联合国国际货物销售合同公约》。这方面的国际公约必将越来越多。

国际私法首先是从国内法产生的，在一个很长的阶段内，它的确只具有国内法的性质，但是它没有停留在这个阶段内，它是发展的，在其发展过程中，它的国际法成分越来越增加。对于这

个事实，我们不能视而不见。从现在国际私法规则组成的实际情况来看，国际私法具有双重的性质，它既具有国内法性质的一面，又具有国际法性质的一面。荷兰法学家范·罗伊（Van Rooij）和波拉克（Polak）说：“国际私法既有国际成分，也有国内成分。它的渊源在国际和国内两方面都有。它的主题总是国际性的。”^①

第三节 涉外因素

关于涉外因素（foreign element），国际上没有统一的定义。普通法法系国家和西欧国家，由于它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。英国法学家戴赛（Dicey）和莫里斯（Morris）说：“‘涉外因素’简单地说就是指与英格兰法以外的某种法律体系的联系。这种联系可能因为下列情况而存在，例如一项契约在外国订立或履行，侵权行为发生在外国，财产位于外国或者当事人不是英格兰人。在冲突法中，涉外因素和外国国家是指非英格兰因素和英格兰以外的国家。从冲突法的观点来看，苏格兰和北爱尔兰在很大程度上，但不是在一切问题上，是同法国和德国一样的外国。”^② 荷兰法学家范·罗伊和波拉克说：“荷兰国际私法适用于与一个以上法律体系有联系的情况。”^③ 这就是说，与本国法律以外（如果是多法域的国家，则与本法域以外）的其他法律体系的任何联系就是具有涉外因素。

① [荷] Van Rooij, V. Polak, *Private International Law in the Netherlands*, the Netherlands: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1987, p. 4.

② [英] Dicey, Morris, *Conflict of Laws*, Vol. 1, London: Stevens & Sons, 1980, 10th ed. p. 3.

③ [荷] Van Rooij, V. Polak, *Private International Law in the Netherlands*, p. 4.

英国、美国、加拿大和澳大利亚都是多法域的国家。我国对香港和澳门恢复行使主权以后也成为多法域国家，因为我国对香港和澳门实行“一个国家、两种制度”的政策，我国大陆实行社会主义制度，香港和澳门继续实行资本主义制度，50年不变，它们原有的法律基本不变。将来台湾和祖国大陆统一以后，我国就有四个法域：我国大陆、香港、澳门和台湾。在一个国家之内的各个法域之间的民商事法律关系，也是具有涉外因素的民商事法律关系。

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。苏联法学家隆茨和萨季科夫说：“涉外因素分为三种：（1）法律关系的参加者是外国公民或外国法人；（2）关系的客体，如被继承的财产位于国外；（3）据以产生法律关系的法律事实发生在国外，如某人在国外死亡，或在国外签订合同。”^①

现在我们来看一个案件。世界银行给中国政府一笔贷款，用来在某地建筑一条高速公路。该地成立了一个法人组织——高速公路指挥部来负责建设工作。工程项目采用国际招标方式。中标的承包人中有几个中国公司。后来一个中国公司与公路指挥部之间发生了经济纠纷，根据合同规定，提交中国某涉外仲裁机构进行仲裁。

该案的涉外因素是明显的。第一，该案的合同文件是以《世界银行贷款项目招标采购文件范本》为基础而签订的，所以该合同是与中国法律以外的法律体系有联系的。第二，承包人的承包资格必须经世界银行审查认定。第三，本项目所有货物和服务必须来源于世界银行《采购指南》规定合格的货源国。第四，本项

^① [苏]隆茨、马蕾舍娃、萨季科夫：《国际私法》，中文版，3页，北京，法律出版社，1986。

目的招标、开标和评标需有世界银行参与，中标须经世界银行批准。第五，监理工程师的聘任要经世界银行批准，监理工程师中要有外国工程师。第六，承包人每月的工程进度、质量、计量和工程款的支付均要报告世界银行。第七，世界银行每年派代表对本项目在工程进度、质量、计量和工程款支付等方面进行一至二次的审查。第八，本工程如发生设计变更或协议的补充以及分包、转让，都须报世界银行批准方能生效。第九，工程的交工、验收最终要经世界银行确认。第十，全部合同文件和来往信函均以英文为准。

如果用苏联法学家隆茨和萨季科夫提出的三条标准来衡量，就可能得出一个与事实不符的结论——该案没有涉外因素，因为该案法律关系的参加者都是中国的法人，法律关系的客体（公路）位于中国，法律关系的事实（经济纠纷）也发生在中国。但是，事实上该案具有明显的涉外因素。

笔者认为涉外因素是一个内容广泛的概念，它的形式是很多的，不应该狭窄地理解它。英国法学家切希尔（Cheshire）和诺斯（North）说过：“涉外因素能出现的形式很多。一方当事人可能是外国国籍或者住所在国外；某商人可能在英格兰宣布破产，而在国外有许多债权人；诉讼可能涉及位于国外的财产或者国外对位于英国财产的处理；如果是有关汇票的诉讼，涉外因素可能是由于出票、承兑或背书是在国外所做；合同可能在一个国家订立而要在另一个国家履行；夫妻两人可能由于结婚或离婚比其住所地更方便而求助于外国法院。由于这类涉外因素的存在，才使法院制订不同的法律选择规则，这些规则将表明哪个是支配产生的问题的最合适的法律制度。”^①

^① [英] Cheshire, North, *Private International Law*, London: Butterworths, 1987, 11th ed., p. 5.

第二章 国际私法的范围和民事事项的范围

第一节 国际私法的范围

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. 前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