

刘益灯 彭丁带 / 主编

国际私法学

高等院校法学专业核心课程规划教材



中南大学出版社

国际私法学

主编：刘益灯 彭丁带
副主编：周后春 张海燕

撰稿人：（以撰写先后为序）

刘益灯 罗颖 周后春 罗美连 张海燕 徐练华 彭丁带 安光吉

高等院校法学专业核心课程规划教材



中南大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

国际私法学/刘益灯主编. —长沙:中南大学出版社,2008.7
ISBN 978-7-81105-723-2

I. 国... II. 刘... III. 国际私法 - 法的理论 - 高等学校 -
教材 IV. D997

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 100280 号

国际私法学

主编 刘益灯 彭丁带

☐责任编辑 苏 慧

☐责任印制 汤庶平

☐出版发行 中南大学出版社

社址:长沙市麓山南路

邮编:410083

发行科电话:0731-8876770

传真:0731-8710482

☐印 装 长沙市利君漾印刷厂

☐开 本 730 × 960 1/16 ☐印张 24 ☐字数 449 千字 ☐插图 2

☐版 次 2008 年 7 月第 1 版 ☐2008 年 7 月第 1 次印刷

☐书 号 ISBN 978-7-81105-723-2

☐定 价 36.00 元

图书出现印装问题,请与经销商调换

高等院校法学专业核心课程规划教材编委会

编委会主任 漆多俊 范太华

编 委 (以姓氏笔画为序)

马跃如 王飞跃 王海东 邓联繁

刘继虎 刘益灯 杨开湘 陈云良

陈峥滢 余卫明 胡旭晟 罗树志

敖双红 唐东楚 黄先雄 蒋建湘

蒋言斌 颜运秋

编写说明

在我国日益走向法治化的今天，法学教育也显得日益重要。在一个法治国家，法律是人们基本的行为规范，掌握必要的法律知识则是一个现代人的基本素养。我国是一个长期缺乏法治传统的国家，即使是在中华人民共和国成立后，由于各种原因的影响，至今也没有建立起严格意义上的法治。因此，加强法学教育、普及法律知识，是我国法治建设中的一项紧迫任务。

为了适应高等院校法学专业教学的需要，我们根据教育部“全国高等学校法学专业核心课程教学基本要求”和我国高等院校法学专业教育的现状，组织编写了这套高等院校法学专业核心课程教材。

对本套教材的编写，我们力求做到以下几点：一是符合教育部“全国高等学校法学专业核心课程教学基本要求”，系统介绍各学科的基本内容；二是行文风格做到通俗易懂，便于学生阅读和自学；三是反映国家的最新立法，将国家的最新立法情况及时介绍给学生；四是体现法学研究的最新成果，将法学研究的成果及时体现在教材中。

编写一套高质量的法学专业教材是一项十分艰苦的工作，为了圆满完成这一任务，我们聘请具有较高学术造诣和丰富教学经验的教师担任本套教材的主编，并由他们具体组织各书的编写工作。

本套教材可供全日制高等院校法学专业本科、专科学生学习之用，也可供网络、成教学生学习之用。同时，还可供广大法律工作者和法学爱好者自学之用。

高等院校法学专业核心课程规划教材编委会
2008年2月

前言

作为调整国际民商事法律关系的法律部门,国际私法是国际民商事交往不断发展的产物,也与各国民商事法律制度密不可分。作为国际社会关系的一种,国际民商事法律关系随着全球经济和科学技术的发展而不断变化和发展,并越来越多地引发国际社会共同关心的问题。事实上,正是国际私法作为国际民商事法律关系的调整器,各国涉外民商事交往才能顺利进行,各国对外经济贸易才能迅猛发展,国际民商新秩序才得以逐渐形成。因此,国际私法在国际社会生活中的地位和作用正日益提高和加强。历史发展到今天,日趋加速的全球化进程已成为不争的事实。21 世纪的任何国家和地区必须汇入世界和平和发展的潮流,同世界各国及其人们进行交流和沟通,才能避免时代的淘汰。中国的改革和对外开放政策正是这种时代潮流的产物。而国际私法作为中国参与国际民商事交往的桥梁,在中国的改革开放进程中起着越来越重要的作用。自我国 1986 年颁布的《民法通则》以专篇规定了涉外民事法律关系后,陆续颁布的一些国内部门法中也规定了相关涉外民商事法律关系,但我国至今仍未制定统一的国际私法法典,这显然不能适应我国涉外民商事交往日益丰富的实践要求。因此,尽快建立起适合中国融入经济全球化进程的国际私法制度和理论体系,不仅具有重要的理论价值和实践意义,而且是一项重大的社会责任和时代使命。

本书共四编十六章。第一编为总论,第二编为国际民商事纠纷的管辖权,第三编为国际民商事纠纷的法律适用,第四编为国际民商事纠纷解决程序。第一编总论部分从国际私法的历史变迁中阐述了国际私法的含义、性质、范围和渊源,以及国际私法的基本原则、调整对象和调整方法,并注意到自然人、法人、国家等国际私法主体在外国的民商事法律地位问题,展示了冲突规范在国际私法调整涉外民商事法律关系过程中的魅力。第二编国际民商事纠纷的管辖权制度,深入透彻地阐述了国际民商事管辖权的含义、类型及其确定原则,分析了两大法系国家法院受理涉外民商事案件的管辖权依据,以及因此产生的国际民商事管辖权冲突及其解决措施,并探讨了涉网民商事纠纷的管辖权问题,这是本书的创新点之一。第三编国际民商事纠纷的法律适用,从准据法的界定和法律选择方法入手,在区分实体问题、程序问题和先决问题的基础上,多层次、多角度地比较分析了涉外合同、侵权行为、物权、知识产权、婚姻家庭继

承、国际商事关系和国际海事关系等领域的准据法选择问题,并反思了法律选择过程中诸如识别、反致、法律规避、公共秩序和外国法查明等法律制度。第四编国际民商事纠纷解决程序,主要紧扣相关国际条约和国内立法,阐述了国际民事诉讼制度和国际商事仲裁制度,并对替代性争端解决制度作了相当篇幅的阐释,这也是本书的创新点之一。本书四编体例的顺序安排是:从国际社会解决涉外民商事纠纷实践的角度,在了解国际私法冲突规范的间接调整作用之基础上,首先确定某一涉外民商事纠纷的管辖权问题,其次探讨该涉外民商事纠纷的法律适用问题,最后分析有关该涉外民商事纠纷的判决作出后之外国裁决的承认与执行问题,并引用了一些中国近年的案例作为练习题,以便引起学生的兴趣并留下比较深刻的印象,也便于教师根据需要安排自己的教学。本书每章后面都进行了小结,归纳总结了该章的重点内容,指出了其关键术语,对每章的内容进行逻辑性梳理,使读者易于理解和接受,并且在每章后面附有思考题。本书可供自学、研讨和教学参考,也可作为法学专业本科和专科、自考教材使用。

本书由刘益灯和彭丁带主编,周后春和张海燕副主编,罗颖、徐练华、罗美连、安光吉参与撰写,由刘益灯统稿。其中,第一章、第三章、第四章、第五章、第十三章、第十五章、第十六章由刘益灯撰写,第二章由罗颖撰写,第六章和第八章由周后春撰写,第七章由罗美连撰写,第九章由张海燕撰写,第十章由徐练华撰写,第十一章和第十二章由彭丁带撰写,第十四章由刘益灯和安光吉合写。国际私法内容博大精深,作者才疏学浅,所思所得仅沧海一粟,加之成书仓促,错漏在所难免。但作者期在抛砖引玉,引起理论界和实务界对国际私法的关注,探索、修订和完善我国国际私法法律制度,并恳请学界贤达批评指正。

本书的出版得到中南大学网络学院和中南大学出版社的大力支持和协作,在此谨致以最衷心的感谢和敬意。

作者

2008年5月

目 录

第一编 总论

第一章 国际私法概述	(3)
第一节 国际私法的调整对象	(3)
第二节 国际民商事法律冲突	(7)
第三节 国际私法的范围和渊源	(8)
第四节 国际私法的定义和基本原则	(12)
第五节 国际私法的历史	(13)
第二章 国际私法的主体	(29)
第一节 自然人	(29)
第二节 法人	(37)
第三节 国家	(40)
第四节 国际组织	(43)
第五节 外国人的民商事法律地位	(45)
第三章 冲突规范	(50)
第一节 冲突规范概述	(50)
第二节 系属公式	(55)
第三节 连结点	(57)

第二编 国际民商事纠纷的管辖权

第四章 国际民商事管辖权制度	(69)
第一节 国际民商事管辖权概述	(69)
第二节 国际民商事管辖权的管辖依据	(71)

第三节	国际民商事管辖权的冲突与解决	(82)
第四节	国际条约中的国际民商事管辖权制度	(87)
第五节	我国有关国际民商事管辖权的规定	(91)
第六节	涉网民商事案件的管辖权	(95)

第三编 国际民商事纠纷的法律适用

第五章	准据法的选择与适用	(109)
-----	-----------------	-------

第一节	准据法的含义与特征	(109)
第二节	准据法的选择方法	(110)
第三节	先决问题	(114)
第四节	区际法律冲突中的准据法	(116)
第五节	人际法律冲突中的准据法	(117)
第六节	时际法律冲突中的准据法	(118)

第六章	合同的法律适用	(121)
-----	---------------	-------

第一节	国际合同法律适用的基本理论	(121)
第二节	确定合同准据法的具体方法	(123)
第三节	合同的特殊方面和特殊合同的法律适用	(129)
第四节	我国关于涉外合同法律适用的规定	(132)
第五节	电子商务合同的法律适用	(136)

第七章	侵权行为的法律适用	(140)
-----	-----------------	-------

第一节	侵权行为及其法律冲突	(140)
第二节	侵权行为法律适用的一般原则	(142)
第三节	侵权行为法律适用的新发展	(147)
第四节	特殊侵权行为的法律适用	(149)
第五节	网络侵权行为的法律适用	(153)
第六节	我国关于侵权行为法律适用的规定	(156)

第八章	物权的法律适用	(159)
-----	---------------	-------

第一节	物之所在地法原则	(159)
第二节	特殊动产物权的法律适用	(163)

第三节 我国关于物权法律适用的规定	(166)
第四节 国有化及其补偿问题	(166)
第九章 知识产权的法律适用	(170)
第一节 知识产权的法律冲突及其法律适用	(170)
第二节 知识产权的国际保护	(174)
第三节 中国有关知识产权国际保护的立法	(185)
第十章 婚姻家庭继承的法律适用	(190)
第一节 涉外婚姻关系的法律适用	(190)
第二节 涉外夫妻关系的法律适用	(193)
第三节 涉外父母子女关系的法律适用	(196)
第四节 涉外监护的法律适用	(199)
第五节 涉外收养的法律适用	(200)
第六节 涉外扶养的法律适用	(202)
第七节 涉外法定继承的法律适用	(203)
第八节 涉外遗嘱继承的法律适用	(206)
第九节 我国关于涉外婚姻家庭继承法律适用的规定	(208)
第十一章 国际商事关系的法律适用	(213)
第一节 权利能力和行为能力的法律适用	(213)
第二节 国际代理关系的法律适用	(217)
第三节 国际票据关系的法律适用	(219)
第四节 国际投资关系的法律适用	(223)
第五节 国际金融关系的法律适用	(225)
第六节 国际货物运输关系的法律适用	(227)
第七节 国际破产的法律适用	(230)
第八节 国际信托的法律适用	(232)
第九节 国际保理的法律适用	(235)
第十节 国际服务贸易的法律适用	(238)
第十一节 国际信用证的法律适用	(241)
第十二章 国际海事关系的法律适用	(245)
第一节 国际海事关系法律适用概述	(245)

第二节	船舶国籍的法律适用	(247)
第三节	船舶所有权的法律适用	(249)
第四节	船舶优先权的法律适用	(250)
第五节	船舶抵押权的法律适用	(252)
第六节	船舶留置权的法律适用	(254)
第七节	海事侵权行为的法律适用	(256)
第八节	海上保险合同的法律适用	(257)
第九节	海事赔偿责任限制的法律适用	(260)
第十节	船舶碰撞的法律适用	(261)
第十一节	海难救助的法律适用	(263)
第十二节	共同海损的法律适用	(265)
第十三章	法律适用过程的反思	(269)
第一节	识别	(269)
第二节	反致	(274)
第三节	公共秩序	(283)
第四节	法律规避	(291)
第五节	外国法的查明	(295)
 第四编 国际民商事纠纷的解决程序		
第十四章	替代性争端解决方式	(305)
第一节	替代性争端解决方式概述	(305)
第二节	国际民商事协商	(308)
第三节	国际民商事调解	(312)
第十五章	国际民事诉讼程序	(319)
第一节	国际民事诉讼程序概述	(319)
第二节	外国人国际民事诉讼地位	(321)
第三节	期间、财产保全与诉讼时效	(323)
第四节	国际民事司法协助	(326)
第五节	域外文书送达	(329)
第六节	域外调查取证	(335)

第七节 外国法院判决的承认与执行	(339)
第十六章 国际商事仲裁程序	(345)
第一节 国际商事仲裁概述	(345)
第二节 国际商事仲裁协议	(347)
第三节 国际商事仲裁的法律适用	(352)
第四节 外国仲裁裁决的承认与执行	(356)
参考文献	(366)

第一编 总 论

- 第一章 国际私法概述
- 第二章 国际私法的主体
- 第三章 冲突规范

第一章 国际私法概述

国际私法是调整国际民商事法律关系的法律部门。作为国际社会关系的一种,国际民商事法律关系随着全球经济和科学技术的发展而不断变化和发展,并越来越多地引发国际社会共同关心的问题。历史发展到今天,和平和发展已成为国际社会的主流,国际社会的统一性、整体性与和谐性起着决定性作用。国际私法作为国际民商事法律关系的调整器,在国际社会生活中的地位和作用日益提高和加强。

日趋加速的全球化进程已成为不争的事实。21 世纪的任何国家和地区必须汇入世界和平和发展的潮流,同世界各国及其人们进行交流和沟通,才能避免时代的淘汰。中国的改革和对外开放政策正是这种时代潮流的产物。而国际私法作为中国参与国际民商事交往的桥梁,在中国的改革开放进程中起着越来越重要的作用。

第一节 国际私法的调整对象

国际私法的产生与发展肇始于国际民商事法律关系的孕育、产生和发展。在国际私法的调整对象问题上,国内外学者的认识不存在明显的分歧,大多认为:国际私法所调整的主要是涉外民商事法律关系^①;或称国际民商事法律关系,也称国际私法关系,并且是在内外国法律冲突的情况下解决其法律适用问题的。因此,了解“国际民商事法律关系”和“国际民商事法律冲突”是我们学习和研究国际私法的逻辑起点。

一、国际民商事法律关系的概念和范围

国际民商事法律关系是指主体、客体和权利义务据以发生的法律事实等因素中至少有一个为外国因素的民商事法律关系。这里的“国际”也指“涉外”,即“涉及外国的因素”,它具体包括以下 3 个方面:(1)主体是外国自然人、外

^① 早先的国际私法,只解决涉外民商法的冲突,因为它只以涉外民商事关系为调整对象。但今天国际私法已包括国际民事诉讼程序这个领域,即公法关系,所以我们在这里讲它的调整对象时,加上“主要”这一限定词。

国法人或无国籍人。有时,外国国家也可能成为涉外民商事法律关系的主体。例如中国公民王某和荷兰公民约翰在中国登记结婚等。(2)客体具有涉外因素,即客体是位于外国的物、财产或需要在国外实施或完成的行为。例如中国公民张某继承其父遗留在美国的遗产等。(3)内容即权利、义务据以产生、变更或消灭的法律事实发生于外国。例如婚姻或收养的成立在国外,引起损害赔偿责任的侵权行为发生在国外,合同的缔结或履行在国外等。在主体、内容和客体中只要有一个涉及外国或外国的法律,便得用国际私法规则来加以规范。

“国际民商事法律关系”与“涉外民商事法律关系”是可以替换使用的概念。如果我们站在主权国家的角度,国际私法的对象可称为“涉外民商事法律关系”;而站在全球的角度,则可称为“国际民商事法律关系”。国际私法调整的涉外民商事法律关系是广泛意义上的民商事法律关系,包括那些采取民商分立的国家所指的一般民事法律关系和商事法律关系。因此,在中国国际私法学界,大都认为外国人的民事法律地位、涉外人身权关系、涉外物权及知识产权关系,国际破产、各种涉外民商事合同关系、涉外法定之债、涉外海事海商关系、涉外婚姻家庭关系以及涉外继承关系等,均可包括在中国国际私法的调整对象之中。

需要注意的是,在一些多法域国家,国际法律冲突还与国内不同地区之间的法律冲突相并存,所以,国际私法上涉外因素中的“外国”(foreign),有时还应作广义的理解,即包括一个国家中的不同法域(territorial legal unit,法域是指一国之内具有独特法律制度的地区)。例如英国的国际私法所称的 foreign,就是把苏格兰和北爱尔兰也当做德国、法国等外国一样看待的。^① 在中国,现阶段对于涉及台湾地区、香港地区、澳门地区的私法关系,也都主张准予适用国际私法上的有关制度。

二、国际民商事法律关系的调整方法

对于国际民商事法律关系,国际私法有几种不同的调整方法,形成了自己独特的规范体系。纵观各国的实践与立法,大致可以将这些方法分为两大类:即间接调整方法和直接调整方法。

(一)间接调整方法

间接调整方法可分为通过国内冲突规范进行调整的方法和通过国际统一的规范进行调整的方法。

^① Lawrence Collins, Dicey and Morris on the Conflict of Laws, Published by Sweet & Maxwell Ltd, (ed 13th, 2000), pp. 3-28.

1. 通过国内冲突规范进行间接调整的方法

国际私法调整国际民商事法律关系,最早是完全通过国内冲突规范来实现的,即由国内冲突规范指定适用哪个国家的法律来调整某一国际民商事法律关系当事人之间的权利义务。比如说,中国1986年《民法通则》第147条规定,中华人民共和国公民和外国人结婚适用婚姻缔结地法律。该条法律只是指出了关于中国公民和外国人结婚这类涉外民商事关系应该按照婚姻缔结地的法律处理,而未规定结婚必须符合什么样的婚姻实质要件和形式要件。

通过冲突规范的间接调整方法,必须经过两个步骤才能实现对某个国际民商事法律关系的最终调整,或者说才能最终确定当事人的实体权利和义务:(1)适用冲突规范,找出某个国际民商事法律关系应以何国法作为准据法;(2)适用该准据法来确定该国际民商事法律关系当事人之间的权利义务。因而在仅仅通过各个国家自己制定的冲突规范来指定国际民商事法律关系应适用的法律时,往往会因彼此制定的冲突规范不同,被指定应予适用的法律也会不同,在不同国家提起诉讼仍会得出不同的判决结果,国际民商事法律关系还是处于一种不稳定、不可预见的状态,而且会给当事人留下“挑选法院”(forum shopping)的机会。

为了追求判决结果的一致,从19世纪末起,在意大利国际私法学家孟西尼等的积极倡导下,开始了冲突规范统一化的运动,从而产生了通过国际统一的冲突规范进行间接调整的方法。

2. 通过国际统一的冲突规范进行间接调整的方法

在有了国际统一的冲突规范之后,至少在缔约国之间遇有相同的国际民商事法律问题需要解决时,不管当事人在其中的哪一国起诉,都会援用同一个冲突规范,指定适用同一个国家的实体法,当然一般会得出一致的判决结果。

但冲突规范作为一种间接规范,与实体规范相比较,因其不直接规范当事人的权利义务,当事人据此很难预见法律行为的后果。而且,由于受国家主权观念、案件结果与法院地国的利害关系以及调查和适用法律上的司法便利等因素的影响,在长期的国际私法实践中,逐渐形成了一整套对法律适用进行反思的法律制度,例如反致、转致、法律规避、公共秩序保留、外国法内容的查明等等,又从不同侧面限制或削弱了冲突规范的效力,使冲突规范最初指引的法律跟法院最终用来调整某一国际民商事法律关系当事人权利义务的法律有可能不相一致,这样便导致了法律适用的不确定性,在一定程度上更增加了当事人预见法律行为后果的难度。因此,自19世纪末以来,人们同时也开始寻求解决法律冲突的其他途径,并产生了另外一种调整涉外民商事关系的规范——统一实体法规范,形成了所谓的直接调整方法。