

清华大学法学系列教材

比较 国际 私法



陈卫佐 著
Chen Weizuo

Comparative Private International Law

清华大学出版社
Tsinghua University Press

清华大学法学系列教材

比较国际私法

Comparative Private International Law

陈卫佐 著

Chen Weizuo

清华大学出版社
北京

内 容 简 介

本书立足中国的现实,对比和阐述了当代有代表性的法律体系的国际私法立法、学说或判例。全书由绪论、总论和各论三部分组成。绪论部分阐述国际私法的概念、渊源、名称、学说、历史发展以及比较法对国际私法的意义;总论部分介绍冲突规范及与之相关的国际私法总则制度;各论部分主要讨论如何确定各私法领域的法律关系的准据法。此外,作者还选择并翻译了两个反映国际私法最新立法状况的法律文件作为附件。

本书是近年来在观点、内容、体系和方法诸方面均有所突破的比较国际私法力作,对中国国际私法立法、司法及理论均有启发意义。

本书不但是高校和研究机构的本科生、研究生、教师和其他教学研究人员研习比较国际私法的必读书,而且是立法、司法人员了解中外国际私法最新发展状况的参考书。

版权所有,侵权必究。侵权举报电话:010-62782989 13701121933

图书在版编目(CIP)数据

比较国际私法/陈卫佐著. —北京:清华大学出版社,2008.10

(清华大学法学系列教材/王保树主编)

ISBN 978-7-302-18403-4

I. 比… II. 陈… III. 国际私法:比较法—高等学校—教材 IV. D997

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 125252 号

责任编辑:方 洁

责任校对:王荣静

责任印制:杨 艳

出版发行:清华大学出版社 地 址:北京清华大学学研大厦 A 座

<http://www.tup.com.cn> 邮 编:100084

社 总 机:010-62770175 邮 购:010-62786544

投稿与读者服务:010-62776969, c-service@tup.tsinghua.edu.cn

质 量 反 馈:010-62772015, zhiliang@tup.tsinghua.edu.cn

印 刷 者:清华大学印刷厂

装 订 者:三河市新茂装订有限公司

经 销:全国新华书店

开 本:148×210 印 张:15.25 字 数:362 千字

版 次:2008 年 10 月第 1 版 印 次:2008 年 10 月第 1 次印刷

印 数:1~4000

定 价:30.00 元

本书如存在文字不清、漏印、缺页、倒页、脱页等印装质量问题,请与清华大学出版社出版部联系调换。联系电话:(010)62770177 转 3103 产品编号:021964—01

前 言

本书是一部运用比较法方法研究国际私法原理、原则、规则、制度和方法的学术著作。其主旨是立足中国的现实,对比和阐述当代有代表性的法律体系的国际私法立法、学说或判例,着重介绍各主要法律体系的国际私法制定法规则,并阐明确定各私法领域的法律关系准据法的方法。

作者曾为如何处理外国姓名的译名问题颇费踌躇,因为许多外国姓名的译名在中文版国际私法著作里并不统一。作者认为,某国的姓名原则上应按照该国语言的发音规则翻译,且最好有一个统一的标准,以避免因译名的不同而令读者无所适从。本书采用的标准是商务印书馆出版、新华通讯社译名室编的“翻译参考资料”丛书中的《英语姓名译名手册》、《法语姓名译名手册》、《德语姓名译名手册》、《意大利语姓名译名手册》。这样一来,在许多著作中被译成“巴迪福”、“巴迪福尔”的法国姓氏 Batiffol,本书译成“巴蒂福尔”;在其他著作中经常

被译成“孟西尼”的意大利姓氏 Mancini, 本书译成“曼奇尼”。类似的例子不胜枚举, 不仅及于外国姓名的译名, 而且及于外国法律、国际公约的译名。对于外国法律, 本书一般给出确切的通过日期和施行日期; 国际公约则一般冠以该公约的第一个签字日期。有鉴于此, 本书以一览表的形式, 将本书的一些表述与其他中文版国际私法著作中常见的表述进行比较, 见附录 1。

本书还对一些人们司空见惯、似有定论的问题重新思考、深入探讨。例如, “国际私法不能起到调整涉外民商事法律关系的作用”、“国际惯例不是国际私法的渊源”、“‘系属’这个概念在当代国际私法学上并无存在的必要”、“准据法是确定当事人权利义务的实体法规范所属国家的法律体系, 但它不完全等同于实体法本身, 更不是具体的实体法规范”等命题, 均在本书得到了充分的论证。作者相信, “愚者千虑, 必有一得”。

在资料方面, 本书力求使用最新资料, 以反映各国国际私法的立法现状和最新研究状况。具体而言, 本书反映了截至 2008 年 6 月 18 日为止作者所了解到的立法和研究状况。例如, 本书较早地向国内读者介绍了 2006 年 6 月 15 日通过的日本《关于法律适用的通则法》(自 2007 年 1 月 1 日起施行) 和 2007 年 7 月 11 日在法国斯特拉斯堡通过的《欧洲议会和欧洲联盟理事会关于非合同之债准据法的 864/2007 号(欧共同体)规则》(简称《罗马 II 规则》, 其第 29 条自 2008 年 7 月 11 日起适用, 其余条款自 2009 年 1 月 11 日起适用)。附录 3 是作者在先前翻译日本《法例》的基础上(见陈卫佐译:《日本法例》, 载《中国国际私法与比较法年刊》, 第 8 卷, 法律出版社, 2006 年, 第 607~613 页), 依照最新日文资料翻译的《关于法律适用的通则法》。附录 4 是作者译自法文的《罗马 II 规则》。之所以选择并翻译这两个法律文件作为附件, 是因为它们都是 2007 年 1 月 1 日以后生效的, 在一定程度上代表了国际私法的最新发展趋势。

附录 2 是中华人民共和国现行法律、法规及司法解释中的主要冲突规范一览表。

作者虽已勉力为之,但因学识谫陋,谬误和疏漏在所难免。热诚地欢迎广大读者批评指正,尤其欢迎坦率、诚恳和富有建设性的意见和建议(我的电子邮件地址:chenwz@mail. tsinghua. edu. cn)。

感谢那些为本书的出版做出过贡献的人。位于德国汉堡的马克斯—普朗克外国私法与国际私法研究所的 Elke Halsen-Raffel 女士向我惠赠了非欧洲国家的国际私法制定法条文;在清华大学法学院攻读硕士学位的德国留学生 Mareike Schmidt 提出了一些修改建议。清华大学法学院博士研究生龙俊、皇甫晓东,硕士研究生蒋帆、陈森、李山山、傅殷、陆柳帆、王若苏、刘欣、张雪雪、张雯、司朝、杨馥宇、梅珊、饶婷婷、张晨曦、陈莉、叶树勋等同学校阅过部分书稿,提出了一些中肯的意见。

最后,感谢我的妻子苏娜对我的照顾、支持和鼓励。

陈卫佐

2008 年 6 月 18 日于清华园明理楼 511 室

目 录

第一编 绪 论

第一章 国际私法的概念	2
第一节 涉外民商事案件、涉外民商事 法律关系	2
第二节 国际私法的内涵	8
一、国际私法的定义	8
二、国际私法规则及其属性	9
第三节 国际私法的外延	13
一、中国的例子	14
二、外国的例子	14
三、国际条约的例子	16
第四节 国际私法的归属	16
一、国际私法是国际法还是国内法	16
二、国际私法是私法还是公法	18
三、国际私法是实体法还是程序法	23
四、结论	24



第五节 从比较法的角度理解国际私法的	
概念	25
一、外国国际私法	25
二、中国国际私法	39
第六节 国际私法概念小结	46
一、在国际层面上关于国际私法的统一概念的不	
现实性	46
二、本书作者的定义	46
三、国际私法的本质	48
四、对一部分中国学者所下定义的评价及相关问题	
的剖析与反思	49
第二章 国际私法的渊源	55
第一节 概说	55
第二节 国际私法的国内渊源	56
一、国内制定法	56
二、国内判例法	64
三、国内习惯法	66
第三节 国际私法的国际渊源	68
一、国际条约	68
二、国际习惯	71
三、欧洲共同体法	76
第四节 国际私法渊源小结	79
第三章 国际私法的名称	80
第一节 概说	80
第二节 国际私法的三个最常用的名称	81
一、私国际法	81
二、国际私法	83

三、冲突法(法律冲突法)	84
四、其他名称	85
五、小结	86
第四章 国际私法学说与国际私法规则的历史发展	87
第一节 国际私法学说:以适用外国法的理由和方法为 中心	87
一、引言	87
二、法则区别说	88
三、斯托里的学说	93
四、萨维尼的法律关系本座说	94
五、曼奇尼的国籍原则(本国法主义)	96
六、戴西和比尔等人的既得权说	98
七、库克的当地法说	99
八、柯里的政府利益分析说	100
九、最密切联系原则	101
十、小结	107
第二节 国际私法规则的历史发展	108
一、国内法的国际私法规则(冲突规范)的历史 发展	108
二、国际条约的国际私法规则(冲突规范)的历史 发展	114
第五章 比较法对国际私法的意义	128
第一节 引言	128
第二节 比较法对适用国际私法的意义	129
一、实体法的比较	129
二、冲突法的比较	130
第三节 比较法对研究国际私法的意义	131

一、不同法系	131
二、各种方法	134
三、比较国际私法学派	135
四、海牙国际法学院与比较国际私法	136
第四节 比较法对国际私法法典编纂的意义	139
一、国内法典编纂	139
二、国际法典编纂——国际私法规则的国际统一	140
第五节 结论	141

第二编 总 论

第六章 冲突规范	146
第一节 冲突规范概说	146
一、冲突规范的意义和特点	146
二、国内法的冲突规范	150
三、国际条约的冲突规范:与国内法的冲突规范的 关系	154
第二节 冲突规范的结构	159
一、法律规范的结构概说	159
二、冲突规范的结构	160
第三节 冲突规范的类型	164
一、单边冲突规范和多边冲突规范	164
二、重叠性冲突规范和任择性冲突规范	170
第四节 连结点	172
一、连结点的含义	172
二、常见的连结点及与之对应的法律体系	173
三、连结点的类型	185
四、关于“系属”问题	187

第五节 准据法	189
一、准据法意义	189
二、理解准据法含义的三个要点	190
第六节 法院地国家直接适用的规则	195
一、引言	195
二、含义、称谓和表现形式	195
第七章 与冲突规范有关的国际私法总则制度	198
第一节 识别	198
一、识别的概念	198
二、识别问题产生的原因	204
三、识别的依据	205
第二节 先决问题	210
一、先决问题的含义	210
二、国际私法上的先决问题的存在条件	214
三、先决问题准据法的确定	216
第三节 反致和转致	222
一、“实体法规范的指定”和“总括的指定”	222
二、反致和转致的概念	223
三、反致和转致的原因	229
四、采取反致或转致的国家的主要理由	232
五、从比较法的角度看反致和转致	234
六、国际条约的冲突规范中的反致和转致	251
第四节 外国法的查明	261
一、问题的提出	261
二、外国法的性质：法律还是事实	262
三、查明外国法的方法	264
四、外国法无法查明时的解决办法	266
五、外国法被错误适用的情形及救济	267

六、中国的实践	269
第五节 公共秩序	269
一、公共秩序的含义和称谓	269
二、公共秩序的消极功能与积极功能	271
三、违反公共秩序的标准	273
四、运用公共秩序排除外国法的适用后所应适用 的法律体系	276
五、国际条约中的公共秩序条款	276
六、中国的实践	278
第六节 法律规避	281
一、法律规避的概念	281
二、法律规避的要素	283
三、关于法律规避的效力的几种主张	284
四、中国的实践	285

第三编 各 论

第八章 人法	288
第一节 自然人	288
一、自然人的权利能力	288
二、自然人的行为能力	292
三、自然人权利能力与行为能力准据法的变更	299
四、交易的保护	300
第二节 法人	304
一、法人属人准据法的适用范围	304
二、确定法人属人准据法的两种相互对立的 理论	305
第三节 姓名	309
一、原则	309
二、法律选择	310

第九章 亲属法	312
第一节 结婚	312
一、结婚的实质要件	313
二、结婚的形式要件	315
三、“跛行婚姻”与“手套婚姻”	319
四、中国的实践	320
第二节 婚姻的效力	321
一、婚姻的一般效力	321
二、夫妻财产制	327
第三节 离婚	332
一、离婚准据法的适用范围	332
二、确定离婚准据法的原则	332
三、中国的实践	336
第四节 扶养义务	337
一、扶养义务的准据法	337
二、中国的实践	338
第五节 亲子关系	339
一、概说	339
二、立法例	339
第六节 收养	342
一、收养的成立要件及效力的准据法	342
二、中国的实践	345
第七节 监护及保佐	346
一、概说	346
二、准据法	346
三、中国的实践	349
第十章 继承法	351
第一节 依客观的连结确定的法定继承准据法	351
一、区别制与同一制	352

二、海牙公约	356
三、中国的实践	359
第二节 根据主观的连结确定的法律体系——法律选择	361
第三节 继承准据法的适用范围	362
第四节 与死因处分有关的特别问题的准据法	363
一、为死因处分的能力	363
二、遗嘱和其他死因处分的成立要件及效力、遗嘱的撤销	363
三、遗嘱和其他死因处分的形式	364
第十一章 债法	366
第一节 合同之债	366
一、涉外合同之债及其准据法的范围概说	366
二、依当事人意思自治确定的合同准据法	368
三、依客观的连结确定的合同准据法	373
四、《关于合同之债准据法的罗马公约》	378
五、与确定合同准据法有关的其他问题	382
六、当事人缔约能力的准据法	391
七、合同形式有效性的准据法	393
八、中国的实践	394
第二节 非合同之债	398
一、侵权行为	398
二、无因管理	407
三、不当得利	408
四、《欧洲议会和欧洲联盟理事会关于非合同之债准据法的 864/2007 号(欧共体)规则》(简称《罗马 II 规则》)	410
五、非合同之债准据法的确定中的若干共同问题	415

第三节 债权让与或法定的债权转移的准据法·····	418
第十二章 物权法·····	420
第一节 各国民法关于物权问题的不同规定——以英国 法和德国法为例·····	420
第二节 物之所在地法·····	422
一、物之所在地法原则的发展沿革·····	422
二、物之所在地法的立法例·····	424
三、物之所在地法原则的例外·····	425
第三节 当事人意思自治的原则性排除·····	428
第四节 中国现行法关于涉外物权准据法的实践·····	428
一、识别的依据·····	428
二、原则性规定·····	429
三、例外·····	430
参考文献·····	431

附 录

附录 1 本书的表述与其他中文版国际私法著作中常见的 表述的比较表·····	436
附录 2 中华人民共和国现行法律、法规及司法解释中的主要 冲突规范一览表·····	439
附录 3 关于法律适用的通则法·····	447
附录 4 2007 年 7 月 11 日《欧洲议会和欧洲联盟理事会关于 非合同之债准据法的第 864/2007 号(欧共体)规则》 (《罗马 II 规则》)·····	460

第一编

Part



绪 论



第一章

国际私法

国际私法的概念

第一节 涉外民商事案件、涉外民商事法律关系

“国际私法”一词在汉语里可以有两种不同的含义：其一是指一个独立的法律部门或分支，其二是以组成这一法律部门或分支的规范为主要研究对象的学科（即国际私法学）。要理解什么是国际私法，关键在于揭示它作为一个法律部门或分支所具有的内涵和外延。

兹举数例以引出相关问题。

案例 1：营业所在德国的德国某有限责任公司（德国法上的法人）与营业所在中国的双安商场有限责任公司（中国法上的法人）在法国巴黎订立了一个关于一批“阿迪达斯”牌运动鞋的买卖合同。这批运

