

创新思维法学教材

Legal Textbooks of Creative Thinking



WUHAN UNIVERSITY PRESS

武汉大学出版社

Private

International Law

本书采用了“四段论”方式，将全书内容分为“国际私法总论”、“法律适用论”、“国际统一实体私法论”以及“国际民事诉讼与仲裁程序论”四个板块，比较全面、系统、准确地阐述了国际私法的基础知识、基本理论、法律适用以及诉讼程序与仲裁程序法律制度。在撰写过程中，还适当地参考并吸收了国内外学者有关国际私法、国际经济法、国际商法等方面最新的学术观点与研究成果，力求尽量反映出我国国际私法理论与实践的一些学术热点问题。

国际私法

李广辉 ▶ 主编



创新思维法学教材

Legal Textbooks of Creative Thinking

国际私法

Private International Law

李广辉 主编



WUHAN UNIVERSITY PRESS

武汉大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

国际私法/李广辉主编. —武汉: 武汉大学出版社, 2010. 8
创新思维法学教材
ISBN 978-7-307-07836-9

I. 国… II. 李… III. 国际私法—教材 IV. D997

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 102422 号

责任编辑: 钱 静 责任校对: 刘 欣 版式设计: 马 佳

出版发行: 武汉大学出版社 (430072 武昌 珞珈山)
(电子邮件: cbs22@whu.edu.cn 网址: www.wdp.com.cn)

印刷: 湖北金海印务有限公司

开本: 720 × 1000 1/16 印张: 34.75 字数: 619 千字 插页: 1

版次: 2010 年 8 月第 1 版 2010 年 8 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-307-07836-9/D · 1015 定价: 52.00 元

版权所有, 不得翻印; 凡购我社的图书, 如有缺页、倒页、脱页等质量问题, 请与当地图书销售部门联系调换。

作者简介

(以撰写章节先后为序)

李广辉 汕头大学法学院教授，法学博士，硕士生导师，澳大利亚悉尼大学法学院访问学者（1998.9—1999.9）。广东省国际法学研究会副会长，汕头、惠州等仲裁委员会仲裁员，广东丰粤律师事务所律师。2006年3月—2007年7月曾担任汕头市人民检察院副检察长。独著、主编、参编专著、教材十余部，在《中国法学》、《比较法研究》、《法律科学》、《政治与法律》等核心学术期刊上发表论文六十余篇。

崔华强 天津财经大学法学院讲师，法学博士。

崔相龙 西北政法大学国际法学院讲师，法学博士。

田为民 广州大学法学院副教授，法学博士。

邱冬梅 广州大学法学院副教授。

张绍鸿 安徽省省委党校法学部副教授，法学博士后。

邹龙妹 中央民族大学法学院副教授，法学博士。

马德才 江西财经大学法学院教授，法学博士。

卓翔 湘潭大学法学院副教授，法学博士后。

孙玉超 武汉大学法学院，法学博士。

温耀原 中国政法大学国际法学院，法学博士。

施华 中国证监会干部，法学硕士。

李皓 湘潭大学法学院，法学硕士。

冯霞 中国政法大学国际法学院教授，法学博士。

序 言

当今的世界是一个更加开放的世界。中国加入 WTO 之后，国际民商事关系与国际私法发展迅猛，特别是 2002 年第九届全国人民代表大会常务委员会议第五次会议审议了民法典草案，其中第九编即是“涉外民事关系法律适用法”，而且该法律草案已经几易其稿，日渐臻于成熟，可望在三年左右的时间问世。待该“涉外民事关系法律适用法”获得通过之后，本书即根据该“涉外民事关系法律适用法”的有关规定再行修订完善。

这本国际私法教科书系由广东汕头大学法学院李广辉教授担任主编，并由主编负责召集与组织撰写团队，最终共同协作完成了该教科书的撰写任务。在全书书稿完成之际，主编又负责对全书进行了统稿与审定工作。本书采用了“四段论”方式，将全书内容分为“国际私法总论”、“法律适用论”、“国际统一实体私法论”以及“国际民事诉讼与仲裁程序论”四个板块，比较全面、系统、准确地阐述了国际私法的基础知识、基本理论、法律适用以及诉讼程序与仲裁程序法律制度。在撰写过程中，我们还适当地参考并吸收了国内外学者有关国际私法、国际经济法、国际商法等方面最新的学术观点与研究成果，尽量反映出我国国际私法理论与实践中的学术热点问题。该书不仅可以作为高等学校法学本科教学、律师及仲裁员培训的教科书，而且还可以作为法学专业研究生、涉外法律工作者的参考用书。

本书作者及撰写分工如下：

- 李广辉 撰写第 1 章。
- 崔华强 撰写第 2、17 章。
- 崔相龙 撰写第 3、5 章。
- 田为民 撰写第 4、19 章。
- 邱冬梅 撰写第 6 章。
- 张绍鸿 撰写第 7 章。
- 邹龙妹 撰写第 8、14 章。
- 马德才 撰写第 9、16 章。



卓 翔 撰写第 10、11 章。

孙玉超 撰写第 18 章。

温耀原 撰写第 12 章。

施 华 撰写第 13 章。

李 皓 撰写第 20、21 章。

冯 霞 撰写第 15、22 章。

在此还要提及的是，汕头大学法学院研究生杨琼、刘浣玲、刘小勇、曹亨鹏同学协助主编对这部教材的初稿进行了文字上的校对工作。

本教材得以顺利出版，承蒙武汉大学出版社的张琼女士以及责任编辑的大力支持，在此一并表示感谢。由于时间有限，加之作者才疏学浅，书中错误或者疏漏之处在所难免，尚祈读者批评指正。

李广辉

2010 年 5 月于汕头大学法学院

目 录

第一编 国际私法总论

第一章 国际私法的概念	3
第一节 国际私法的调整对象	3
第二节 国际私法的范围	9
第三节 国际私法学	14
第四节 国际私法的体系	25
第五节 国际私法的基本原则	28
第二章 国际私法的渊源	33
第一节 概述	33
第二节 国内立法	35
第三节 司法判例	42
第四节 国际立法	44
第三章 国际私法的历史	61
第四章 国际私法的主体	88
第一节 自然人	88
第二节 法人	95
第三节 国家作为国际私法主体	100
第四节 国际组织作为国际私法主体	105
第五节 外国人民事法律地位待遇制度	108
第五章 冲突规范 (一)	115

第六章 冲突规范 (二)	145
第一节 反致	145
第二节 法律规避	151
第三节 公共秩序保留	156
第四节 外国法内容的查明	166
第七章 法律行为与代理的法律适用	171
第一节 法律行为	171
第二节 代理的法律冲突	176
第八章 民事能力的法律适用	189
第一节 自然人权利能力的法律适用	189
第二节 自然人行为能力的法律适用	195
第三节 法人权利能力和行为能力	200
第二编 法律适用论	
第九章 物权关系的法律适用	207
第一节 物之所在地法原则	207
第二节 物之所在地法的适用范围及其例外	211
第三节 物权关系的法律适用	214
第四节 国有化问题	216
第五节 信托的法律适用	219
第六节 国际破产的法律适用	222
第十章 知识产权国际保护的法律适用	226
第一节 知识产权概述	226
第二节 保护知识产权的国际公约与国际组织	234
第三节 中国对知识产权的国际保护	246
第十一章 涉外合同法律适用的一般原则	249
第一节 涉外合同法律适用概述	249
第二节 我国关于涉外合同法律适用的理论与实践	259

第十二章 国际商事交往中几种合同的法律适用	264
第一节 国际技术转让合同的法律适用	264
第二节 国际投资合同的法律适用	271
第三节 国际商业贷款合同的法律适用	275
第四节 国际劳务合同的法律适用	278
第五节 电子商务合同的法律适用	283
第十三章 涉外侵权行为、不当得利、无因管理的法律适用	293
第一节 一般侵权行为的准据法	293
第二节 特殊侵权行为的准据法	301
第三节 我国关于涉外侵权行为的法律适用	308
第四节 涉外不当得利的法律适用	311
第五节 涉外无因管理的法律适用	316
第十四章 涉外婚姻家庭的法律适用	321
第一节 结婚的法律适用	321
第二节 离婚的法律适用	325
第三节 家庭关系的法律适用	328
第十五章 涉外继承关系的法律适用	340
第一节 法定继承的法律适用	340
第二节 遗嘱继承的法律适用	343
第三节 无人继承财产的法律适用	348

第三编 国际统一实体私法论

第十六章 国际货物买卖的统一实体法	355
第一节 国际货物买卖合同的概念与特征	355
第二节 国际货物买卖合同的法律依据	356
第三节 国际货物买卖合同的成立	368
第四节 国际货物买卖合同的形式与内容	374
第五节 卖方和买方的义务	378
第六节 违约及救济方法	383
第七节 国际货物买卖中风险的转移规则	389

第八节 1980 年《联合国国际货物销售合同公约》在我国的适用 ... 392

第十七章 国际货物运输的统一实体法 395

第一节 国际货物运输合同概述 395

第二节 国际海上货物运输合同 397

第三节 有关提单运输的国际公约 401

第四节 租船合同的法律适用 411

第五节 国际航空货物运输合同 414

第六节 国际铁路货物运输合同 417

第七节 国际货物多式联运合同 419

第十八章 国际货物运输保险的统一实体法 422

第一节 国际货物运输保险的概念与种类 422

第二节 国际货物运输保险合同 427

第三节 国际货物运输保险承保范围 433

第四节 国际货物运输保险的险别 439

第五节 国际货物运输保险理赔 441

第十九章 国际贸易支付的统一实体法 450

第一节 国际贸易支付工具 450

第二节 国际贸易支付方式 456

第四编 国际民事诉讼与仲裁程序论

第二十章 国际民事诉讼程序法 471

第一节 概述 471

第二节 外国人的民事诉讼地位 475

第三节 国际民事诉讼的管辖权 478

第四节 国际民商事司法协助 483

第五节 域外送达与域外取证 486

第六节 外国法院判决的承认与执行 491

第二十一章 国际商事仲裁法 498

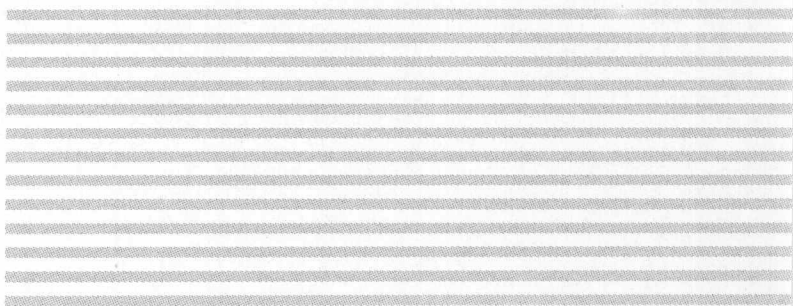
第一节 国际商事仲裁的概述 498

第二节 仲裁协议制度.....	505
第三节 国际商事仲裁中的法律适用.....	514
第四节 仲裁裁决.....	517
 第二十二章 中国区际私法.....	 524
第一节 “一国两制”与中国区际法律冲突	524
第二节 中国的区际民商事司法协助.....	528
 主要参考文献.....	 543



■ 国际私法

第一编 国际私法总论



第一章 国际私法的概念

国际私法 (Private International Law) 是人类社会发展到一定阶段的产物。人类社会在出现国家之后, 国际社会才逐渐形成。在国际社会中, 不同国家的人民互相交往, 互通有无, 建立了各种各样的社会关系, 其中也包括国际民商事法律关系。国际私法正是随着国际民商事交往日益频繁而逐步产生与发展起来的。可以说, 没有国际民商事交往就没有国际私法本身。

第一节 国际私法的调整对象

一、国际/涉外民商事法律关系是国际私法的调整对象

任何一个法律部门都有自己特殊的调整对象, 即该部门法所调整或者规范的某种法律关系。具有近 700 年悠久历史的国际私法学科也不例外。

一般认为, 国际私法的调整对象是国际民商事法律关系 (International Civil and Commercial Legal Relations), 也称为跨国民商事法律关系 (Cross-border Civil and Commercial Relations), 或者称为含有涉外因素的民商事法律关系 (Civil and Commercial Legal Relations Involving Foreign Elements)。^① 因此, 我们可以说涉外民商事法律关系就是国际私法的调整对象。

① 1983 年, 我国著名国际私法学家韩德培教授主编的全国第一本法法学统编教材《国际私法》明确提出: “国际私法调整的对象是……国际民事法律关系, 从一个国家角度来说, 可以称之为涉外民事法律关系。”此后出版的教材均有类似的表述, 但后来在国际私法调整的对象问题上有不同的主张, 其中一个重要的争议焦点就在于国际私法调整对象究竟是国际或涉外民事法律关系还是国际或涉外民事关系。从讨论的结果来看, 对于这一问题, 更多的学者主张国际私法调整的是国际或涉外民事关系, 而不是国际或涉外民事法律关系; 但也有不少学者认为两者并没有什么区别, 譬如韩德培主编的《国际私法新论》、《国际私法》(高等教育出版社、北京大学教育出版社出版) 等教科书仍然沿用“国际民商事法律关系”之表述。



二、国际民商事法律关系的产生与特征

(一) 国际民商事法律关系产生的条件

一般认为，国际民商事法律关系之所以产生，主要是基于以下四个方面的条件或原因。

1. 在国际交往中产生大量的含有涉外因素的民商事关系。

我们不妨设想一下，如果国家相互之间实行闭关锁国政策，不进行民商事交往，就不会产生涉及两个以上国家法律的民事法律关系，也不会出现两个以上国家民事法律竞相适用于同一民事案件的情形，也就没有所谓的各国民事法律冲突了。因此，国际经济关系的产生与发展是国际民商事关系产生的前提，也是国际私法赖以存在的基础。

例如，在我国的唐朝，由于涉外民事关系大量发生，在《永徽律》中就有“诸化外人，同类自相犯者，各依本俗法；异类相犯者，以法律论”的规定。也即外国人之间的争议，如果他们是同一个国籍的外国人，则依其本国法解决；不同国籍的外国人之间发生争议，依据唐朝的法律论处，也就是今天所谓的“法院地法”。这一规定就是非常典型的冲突法规范，而且还是世界上最早的成文的冲突规范。

2. 各国的民商事法律制度不同。

既然一国允许外国人在其境内从事民商事活动，就需要有法律来保护外国人的合法权益，承认外国人的民事法律地位。如果仅有经济发展而没有法律上的保证，国际民商事关系就根本不可能得以产生与发展。但是，由于各国的政治、经济、文化传统等方面的差异，他们制定的法律，特别是民商事领域的法律千差万别。

例如，在婚龄方面，有的国家，如西班牙、希腊等规定男14岁、女12岁即可结婚；日本民法规定男18岁、女16岁可以结婚。还比如，在行为能力方面，各国的规定同样是不尽相同。因此，正是由于各国民商事法律规定互不相同，对同一国际民商事关系，往往因适用不同国家的法律而必然产生不同的结果。这样便提出应适用何国法来确定当事人的权利和义务的问题。可见，各国民商事法律制度的差异是民商事法律冲突产生的前提条件。

3. 各个主权国家的司法权独立。

在当今主权林立的世界，各国都拥有相对独立的司法权。这也是导致国际民商事法律冲突产生的一个重要条件。过去，西方列强们通过不平等条约在一些亚非拉国家攫取了特权地位，通称为治外法权（Extraterritoriality），具体表



现为,外国人在这些国家的领土内不受所在国法律的约束,不受所在国法院的管辖,而由本国领事根据其本国的法律对他们行使管辖权,因而这种外国人的治外法权也称之为“领事裁判权”(Consular Jurisdiction)。在这种治外法权存在的情况下,外国人与内国人之间根本不可能建立起平等的民商事法律关系,因而也就不可能产生民商事法律冲突。

4. 各国为了发展对外经济贸易关系,需要承认外国人在内国的民商事法律地位,并且在一定条件下承认所涉外国法律的域外效力(Extraterritorial Effect)。

为了国际民商事交往的需要,现代各国法律都赋予外国人在内国的民事权利主体地位,而且各国大多愿意相互承认彼此某些民事法律的域外效力。根据国际法的一般原则,任何主权国家都享有属地管辖权与属人管辖权。属地管辖权是指一国法律对在其本国境内的一切人、物和行为都有管辖权,即所谓的域内效力。属人管辖权则是指一个国家的法律对其本国的一切人,不论在本国境内还是在境外,都有管辖权,即所谓的域外效力。各国制定的法律在本国境内具有法律效力,自不待言,但对于法律的域外效力问题,各国并无承认外国法律效力的义务,因此这种域外效力仅是一种虚拟的效力,只有得到他国的承认,这种虚拟的域外效力才会变成现实的域外效力。^①正是由于各国相互承认对方的某些法律同时具有域内效力和域外效力,所以才会产生法律冲突,即外国法律的域外效力和本国法律的域内效力的冲突或者本国法律的域外效力与外国法律的域内效力之间的冲突。假如各国不承认外国民商事法律在内国的域外效力,那么国际私法中的法律冲突规范也就失去了其存在的基础。当然,各国一般是不承认外国刑法、行政法、财政法等公法具有域外效力的,而只适用各自国家的公法。因此,在这些公法领域中是不会发生涉及内外国法律选择的法律冲突的。总之,法律冲突的实质是内国法律的域内效力与外国法律的域外效力之间的冲突,或者是一国属地管辖权和另一国属人管辖权之间的冲突。^②

可见,国际民商事法律冲突是在各国民商事法律互异,各国人民之间存在正常的民商事交往,各国在一定条件下承认外国人在内国民商事法律地位以及承认外国法律在内国的域外效力的条件下发生的。不过,在各国不赋予外国人平等民事权利地位的领域,或者在主权国家出于公共秩序与安全上的考虑而不允许承认有关外国法律的域外效力的民商事案件中,依然不会产生法律适用上

① 参见肖永平:《国际私法原理》,法律出版社2003年版,第78页。

② 参见赵相林:《国际私法》,中国政法大学出版社2007年版,第8页。

的冲突问题。

(二) 国际民商事法律关系的特征

1. 具有涉外因素 (Foreign-related Elements)。

涉外民商事法律关系是一种国际的或跨国的民商事法律关系。所谓涉外因素,是指该民商事关系的主体、客体或者内容至少有一项涉及外国人(包括自然人、法人、国家),外国的物或者法律事实发生在本国之外。即主体、客体或者法律事实中存在着涉外因素。

(1) 法律关系主体有涉外因素。主体有涉外因素又有三种不同表现情况:

①主体一方是外国人,① 另一方是内国人。

例如,中国广东省汕头市某外贸公司与日本一家株式会社签订一份电子产品买卖合同。在该合同关系中,主体一方是中国公司(内国公司),而另一方则是日本公司。

②主体双方是外国人,是同一国籍的外国人。

例如,两个美国留学生在华学习期间发生了侵权纠纷。在这起民事纠纷中,主体双方均为外国人,并且是同一国籍的外国人。

③主体双方都是外国人,是具有不同国籍的外国人。

(2) 法律关系的客体位于国外。例如,在一起涉外遗产继承案件中,被继承人和继承人都是中国人,但是遗产却位于国外(英国)。

(3) 民事法律关系的内容即权利义务据以产生、变更、消灭的法律事实发生于国外。例如,一个中国商人与美国商人在美国缔结一份合同,或者引起损害赔偿责任的侵权行为发生在外国,或者合同履行在外国,或者判决在外国作出,等等。

在现实生活中,国际私法调整的涉外民事关系有时涉及一个涉外因素,有时涉及两个以上的涉外因素。只要存在涉外因素,不论是一个还是两个或者更多,均是国际私法调整的涉外民事法律关系。

2. 是广义的民商事法律关系。

我们知道,民商事法律关系是指平等主体之间的财产关系以及与财产有关的人身非财产关系。这里的“民商事关系”是广义上的民商事关系,包括公司关系、票据关系、知识产权关系、婚姻家庭关系、继承关系、海事海商关

① 此处的“外国人”包括外国自然人、法人,以及在一定条件下的外国国家和国际组织。



系、保险关系、破产法律关系、债权债务关系、物权关系，还包括劳动法关系等。^① 广义的民事法律关系，是相对而言的，因为各国民法调整的范围不尽相同。在英美法系国家，没有系统的民法，仅有合同法、侵权法、财产法、继承法、婚姻法等；而大陆法系国家虽有民法典，但所包含的内容各不相同，瑞士、意大利采取民商合一原则，而法国、德国等则采取民商分立原则，民法中并不包含商法的内容。此外，国际私法所调整的民事关系还包括国际民事诉讼与国际商事仲裁程序关系，这是国际私法的特殊组成部分。国际私法的这一特点使其与国内民法的调整对象区别开来。

所以，我们不宜对国际民商事法律关系作片面的理解。1988年1月26日，我国最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释（试行）》第178条也规定：“凡民事关系的一方或者双方当事人是外国人、无国籍人、外国法人的，民事关系的标的物在外国领域内的，产生、变更或者消灭民事权利义务关系的法律事实发生在外国的，均为涉外民事关系。”

3. 具有国际性。

涉外民商事关系都是在国际交往中产生的，尽管表现为不同国家当事人之间的法律关系，但实质上却体现了国家之间的关系。每个国际或涉外民商事关系都与两个或两个以上国家的利益紧密相连，而国家在处理这种民商事关系时，都要服从于各国的对外交往政策，同时还要受国际关系的制约。

三、国际私法的调整方法

国际私法的一个核心任务就是解决国际民商事关系的法律冲突。纵观国际私法的发展历史，调整国际民商事法律关系的方法或途径不外乎两种，即冲突法调整（间接调整）与实体法调整（直接调整）。

1. 冲突法（间接调整）方法。

通过冲突规范来调整国际民商事关系，是国际私法的特有调整方法。国际私法的特点之一就是通过对间接调整和直接调整两种方法来调整国际民商事关系。

所谓间接调整方法，就是在有关的国内法和国际条约中规定某类国际民商事关系应受何种法律支配或调整，而不是直接规定民商事关系当事人权利与义务关系的方法。例如，我国《民法通则》第146条规定：“涉外侵权行为之债

^① 参见韩德培主编：《国际私法》，武汉大学出版社1989年修订版，第3页。