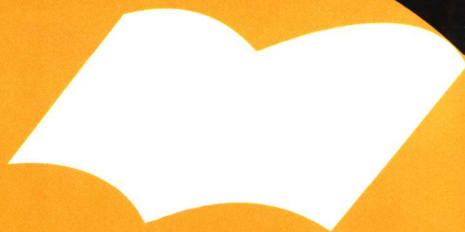


国际私法学

张仲伯◆著



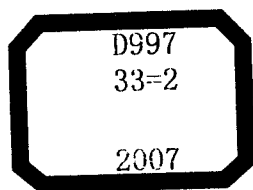
高等政法院校规划教材

司法部法学教材编辑部编审



中国政法大学出版社

高等政法院校规划教材



国际私法学

司法部法学教材编辑部编审

张仲伯 著

 中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

国际私法学 / 张仲伯著. —北京:中国政法大学出版社, 1998

ISBN 7-5620-1677-1

I. 国... II. 张... III. 国际私法-法学 IV. D997

中国版本图书馆 CIP 数据核字(98)第 15166 号

出版发行 中国政法大学出版社

经 销 全国各地新华书店

承 印 固安华明印刷厂

787×960 16 开本 42.25 印张 815 千字

2007 年 2 月第 1 版 2007 年 2 月第 1 次印刷

ISBN 7-5620-1677-1/D·1638

定价:38.00 元

社 址 北京市海淀区西土城路 25 号

电 话 (010)58908325(发行部) 58908335(储运部)

58908285(总编室) 58908334(邮购部)

通信地址 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮政编码 100088

电子信箱 zf5620@263.net

网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名:中国政法大学出版社)

声 明 1. 版权所有, 侵权必究。

2. 如有缺页、倒装问题, 由本社发行科负责退换。

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

作者简介

张仲伯，1929 年出生，江西余干县人，1949 年参加革命，先后在该县瑞洪区人民政府、县人民法院任职。1951 - 1955 年就读中国人民大学法律系，毕业后一直在中南财经政法大学（原中南政法学院）从事国际私法教学工作至今，先后被聘任为助教、讲师、副教授、教授。曾任国际法教学研究室主任，硕士生导师组组长，研究生导师，目前为中南财经政法大学国际法专业教师、硕士生和博士生导师，我国一些著名大学校长、副校长、法学院院长、国际法系系主任以及在国外从事教学研究和律师工作的，很多都是他当年授课的本科生和指导的硕士生。1987 年以来，曾被推选为中国国际私法学会常务理事、副会长，中国国际法学会理事，《中国国际私法与比较法年刊》编委，《中华人民共和国国际私法示范法》起草小组成员。多次被评为系、校、全国优秀教师。主编和合著的主要出版物是：《国际私法》、《国际私法学》、《国际私法教程》、《国际经济法通论》、《国际经济法大辞典》、《中国涉外经济法律问题》、《海峡两岸法律冲突及海事法律问题研究》等著述。

说 明

国家司法部于1992年确定出版“高等政法院校规划教材”的计划，其中之一就是编著者当时主编的《国际私法》和《国际私法学》，十多年来经过了先后几次修订，得到全国各政法院校的广泛采用，并列为最高人民法院、国家法官学院选定法院系统专项培训指定教材。鉴于进入21世纪后国际私法出现的新成果、新情况和新发展，考虑到上述教材的参编人员的观点、文风不一、方法各异，原来的两部教材在内容和取材的某些方面也不尽人意，故而这次重新作了改写、删节和补充。本书分五编：第一编是“国际私法基本理论”；第二编是“国际私法主体”；第三编是“物权、知识产权与债权”；第四编是“婚姻家庭与继承”；第五编是“国际民事诉讼与商事仲裁”，共二十三章。全书的主要特点有三：①采用了国际上比较普遍认可的国际私法学体系。在我国法学界一直存在大、小国际私法学术观点之争，提供选用的就有大、小两种不同体系的教材版本。本书属于小国际私法理论体系，也是世界上多数国家所接受的理论体系。②本书根据我国的涉外民商事立法，特别是这些法律、法规中的冲突规则、外国人民事地位规则和涉外民事程序规则，并且充分注意各国法律和公约有关国际私法的有效规定进行编写的。③运用比较分析和联系实际的方法，基本做到了概念明确，论据充分，以案说法、重点突出，语句通俗，旨在能够为涉外工作单位或司法实际部门在处理涉外民商事案件提供参考，为法学本科生在学术上继续深造，拓宽国际私法知识打下坚实的理论基础。

张仲伯

2007年1月

目 录

第一编 国际私法基本理论

■第一章 国际私法的概念	/ 3
第一节 国际私法的对象与方法	/ 3
第二节 国际私法的规范范围	/ 8
第三节 国际私法的法律性质	/ 14
第四节 国际私法的法律渊源	/ 21
第五节 国际私法名称和定义	/ 25
第六节 国际私法的内容体系	/ 30
■第二章 国际私法的历史（一）——外国国际私法的历史发展	/ 37
第一节 国际私法学说史（一） ——创设时期的国际私法学	/ 37
第二节 国际私法学说史（二） ——发展时期的国际私法学	/ 43
第三节 国际私法立法史（一）——国内立法史	/ 57
第四节 国际私法立法史（二）——国际立法史	/ 63
■第三章 国际私法的历史（二）——中国国际私法的历史发展	/ 75
第一节 中国国际私法立法史（一） ——中国国际私法的萌芽及演进	/ 75
第二节 中国国际私法立法史（二） ——新中国国际私法立法的发展	/ 78
第三节 中国国际私法学术史（一）	

——旧中国国际私法学术史	/ 81
第四节 中国国际私法学术史（二）	
——新中国国际私法学术史	/ 84
■第四章 冲突规范（一）——法律冲突、冲突规范与准据法	/ 97
第一节 法律冲突的理论	/ 97
第二节 冲突规范的概念、结构与类型	/ 102
第三节 识别	/ 110
第四节 准据法及其确定	/ 116
■第五章 冲突规范（二）——限制适用外国法的制度	/ 125
第一节 反致	/ 125
第二节 公共秩序保留	/ 133
第三节 法律规避	/ 140
第四节 外国法内容的查明	/ 144
■第六章 区际私法	/ 150
第一节 法域与区际私法的概念	/ 150
第二节 区际私法的体制和形式	/ 155
第三节 中国区际法律冲突与区际私法	/ 160

第二编 国际私法主体

■第七章 外国人的民事法律地位	/ 173
第一节 外国人民事地位的概念	/ 173
第二节 外国人民事地位的历史简况	/ 176
第三节 外国人民事地位的几项制度	/ 177
第四节 外国人在中国的民事地位	/ 186
■第八章 国际私法关系的主体	/ 191
第一节 自然人	/ 191

第二节 法 人	/ 200
第三节 国 家	/ 208
第四节 国际组织	/ 214
■第九章 民事权利能力与行为能力	/ 219
第一节 自然人的民事权利能力	/ 219
第二节 自然人的民事行为能力	/ 225
第三节 法人的权利能力和行为能力	/ 232
■第十章 民事法律行为与代理	/ 237
第一节 民事法律行为	/ 237
第二节 代理(一)——主要国家的代理法律适用法	/ 241
第三节 代理(二)——关于代理的法律适用公约	/ 250

第三编 物权、知识产权与债权

■第十一章 物权(一)——物权法则	/ 257
第一节 物权及其法律冲突	/ 257
第二节 物权法则的历史发展和场所确定	/ 260
第三节 物权法则的适用范围和例外	/ 263
第四节 中国物权的法律适用	/ 268
第五节 海牙动产所有权转让公约	/ 270
■第十二章 物权(二)——物权转移的其他法律问题	/ 273
第一节 国有化	/ 273
第二节 信托(一)——信托一般法律适用	/ 276
第三节 信托(二)——海牙信托法律适用公约	/ 281
第四节 国际破产	/ 285
■第十三章 知识产权	/ 295
第一节 知识产权及其法律冲突	/ 295

第二节	保护知识产权的国际公约	/ 300
第三节	知识产权的国内冲突立法	/ 308
第四节	中国对知识产权的保护与法律适用	/ 311
■第十四章	债权（一）——合同之债的法律适用综述	/ 317
第一节	涉外合同及其法律冲突	/ 317
第二节	合同法律适用的理论和原则	/ 321
第三节	电子合同国际私法问题	/ 333
第四节	中国关于合同法律适用的立法与实践	/ 336
■第十五章	债权（二）——国际贸易合同的法律适用	/ 346
第一节	国际货物买卖合同（一） ——国际买卖合同和买卖合同公约	/ 346
第二节	国际货物买卖合同（二） ——合同法律适用公约和国际贸易惯例	/ 356
第三节	国际货物运输合同	/ 362
第四节	国际货物运输保险合同	/ 374
第五节	国际贸易支付合同	/ 376
■第十六章	债权（三）——国际投资等合同的法律适用	/ 383
第一节	国际投资合同	/ 383
第二节	国际借贷合同	/ 388
第三节	国际许可合同	/ 398
第四节	国际劳务合同	/ 405
第五节	国际消费合同	/ 409
■第十七章	债权（四）——非合同之债的法律适用	/ 413
第一节	侵权行为及其法律冲突	/ 413
第二节	一般涉外民事侵权行为	/ 415
第三节	特殊涉外民事侵权行为	/ 424
第四节	不当得利和无因管理	/ 440

第四编 婚姻家庭与继承

■第十八章 婚姻家庭	/ 447
第一节 结 婚	/ 447
第二节 离 婚	/ 455
第三节 夫妻关系	/ 460
第四节 父母子女关系	/ 466
第五节 收 养	/ 471
第六节 扶养与监护	/ 475
■第十九章 法定继承与遗嘱	/ 481
第一节 法定继承	/ 481
第二节 遗嘱继承	/ 489
第三节 无人继承财产	/ 496
第四节 遗产继承和遗嘱的海牙公约	/ 500

第五编 国际民事诉讼与商事仲裁

■第二十章 国际民事诉讼（一）——国际民事诉讼综述	/ 509
第一节 国际民事诉讼概述	/ 509
第二节 外国人的民事诉讼地位	/ 515
第三节 期间、证据、诉讼保全和诉讼时效	/ 528
■第二十一章 国际民事诉讼（二）——国际民事司法管辖权	/ 536
第一节 国际民事管辖权概述	/ 536
第二节 不方便法院原则和平行诉讼	/ 543
第三节 关于民事管辖权的国际公约	/ 550
第四节 中国关于民事管辖权的立法	/ 556
■第二十二章 国际民事诉讼（三）——国际民事司法协助	/ 564

第一节	国际民事司法协助概述	/ 564
第二节	域外送达文书	/ 570
第三节	域外调查取证	/ 577
第四节	法院判决的承认与执行（一） ——外国法院判决的承认与执行	/ 581
第五节	法院判决的承认与执行（二） ——中国区际间法院判决的承认与执行	/ 593
■第二十三章	国际商事仲裁	/ 598
第一节	国际商事仲裁概述	/ 598
第二节	国际商事仲裁机构	/ 602
第三节	仲裁协议	/ 608
第四节	仲裁程序	/ 615
第五节	仲裁裁决的承认与执行	/ 619
第六节	网上仲裁的基本问题	/ 624
第七节	国际商事仲裁的司法监督	/ 628
■主要参考文献		/ 634
■中华人民共和国国际私法示范法（第六稿·2000年）		/ 637
■代后记		/ 657

国际私法基本理论

始自 20 世纪 50 年代中叶,笔者曾经根据苏联学者隆茨(Л. А. Лунц)于 1949 年所著《国际私法》教程,参照 1896 年《德国民法施行法》、1898 年《日本法例》和 1918 年民国时期的《法律适用条例》的冲突法体系,编写了国际私法课程讲授提纲。^{〔1〕}随着 20 世纪 70 年代后各国国际私法立法和国际私法公约的不断涌现,我国也颁布了有关国际私法的法律、法规和司法解释,从而在立法上已由冲突法扩展到国籍规范、规定外国人民事地位规范、涉外民事管辖权和司法协助规范。相应地,课程内容也有了进一步的充实和提高,在我国学术界形成了各种具有不同特色的国际私法理论体系。本编参考了我国学术界国际私法的一些研究成果,并概括了几个重要观点,确定了以下几个基本理论,这就是:国际私法的本论或基本理论问题,包括国际私法的概念、历史发展、冲突规范及其特点,适用冲突规范和区际私法的若干制度等原理。

〔1〕 这个讲授提纲是笔者为中南财经政法大学(原中南政法学院)1954 年级本科生编写的《国际私法纲要》,由于“文革”时期丢失而在 1984 年重新回忆撰写成文。参见游绍尹主编:《法学概论》,山东人民出版社 1985 年版,第 383~423 页。

第一章 国际私法的概念

■ 学习目的和要求

国际私法的概念,包含它的调整对象、范围、性质、渊源、定义和体系问题。通过学习,要理解上述问题的基本观点和真实含义,掌握国际私法这些方面的理论和实践,为进一步拓宽知识面和学好以下各章内容打下理论基础。

国际私法(Private International Law)是民事法律体系的一个独立法律部门,它对于推动和促进各国或不同地区之间的民商事交往,维护正常的国际民商事秩序起着十分重要的作用。这门法律和学科的发展方向和前景,有待人们根据国际私法的发展和实际情况,必须认真研究和解决。

第一节 国际私法的对象与方法

国际私法的对象,包括国际私法的调整对象和研究对象,前者指它所调整的特殊社会关系,即涉外民事关系;后者是指它所研究的所有国际私法法律规范及与此有关的立法和实践,两者是完全不同的概念。这里论述的是国际私法的调整对象而非研究对象。

一、国际私法的调整对象

我们知道,人类历史是由各种不同的社会关系构成的,除原始社会外,人类社会都带有深深的阶级烙印,都要由各不相同的宗教、道德、政策、法律来调整。那些不同范围、性质的社会关系,便成为各不相同的宗教、道德、政策、法律调整的对象。仅就法律而言,各种法律一般都是根据它所调整的特定的社会关系来确定其调整对象的,并依此划分为不同的法律部门。如国际法和国内法中的各不相同的部门法,分别有所调整的特定的社会关系,因此,学术界都把各不相同的社会关系归入不同的法律来调整。国际私法调整的对象是什么?欧洲学者,如英国的戴西(Dicey)和莫里斯(Morris)、法国的巴蒂福尔(Batiffol)等认为:国际私法是协调国际社会私人之间的各种

关系,或者是含有涉外因素的各国、各法域之间的民事关系。^{〔1〕}日本的北协敏一在其著作中写道:“国际私法规范调整的是以私人间的法律关系为其对象的。”^{〔2〕}台湾的梅仲协则表述为:“国际私法调整的对象是涉外的法律关系。”^{〔3〕}韩德培教授主编的新中国第一部《国际私法》教科书则指出:“国际私法所调整的对象是国际民事法律关系,从一个国家的角度来说,可称之为涉外民事法律关系。”一些国家的立法中规定调整对象也有不同的表述。如《越南民法典》第826条规定为涉外民事关系;《韩国国际私法》第1条规定为涉外生活关系;《土耳其国际私法和国际诉讼程序法》第1条规定为有涉外因素的行为和私法关系;《白俄罗斯民法典》第1093条规定为涉外民事法律关系;《中华人民共和国国际私法示范法(第六稿)》(以下简称《中国国际私法示范法》)第2条则规定为国际民商事关系。^{〔4〕}上述立法和论著中一些具有代表性的提法,既有共性也有差别。共性主要有三:

1. 一致认为,国际私法调整的民事关系具有“涉外因素”,是指超越一国国境的人身关系和财产关系。即民事关系的主体、客体、内容诸因素或某一因素与外国有联系,表现为:主体的一方或各方是外国自然人、外国法人、国际组织或外国国家;或客体是位于外国的物,需要在国外履行的行为;或民事权利义务产生、变更和消灭的法律事实发生在外国,均构成涉外民事关系或国际民商事关系。不过国际一词的含义,习惯上有着广泛而特殊的理解。这里的所谓“国际”并非专指国家间关系,而是跨国关系,即超越一国国境的民事关系,因而,国际私法上的“涉外因素”与“国际因素”两词的意思基本相同。另外,对于“国际”的含义还有一种理解,就是把一个国家内部不同法域之间的民事关系,也视为“国际”民事关系。例如,英国学者把英格兰和苏格兰两法域的民事关系,尽管不看做国际法意义上的国家关系,但却理解为国际私法意义上的“国际关系”。正如英国学者莫里斯在其《法律冲突法》一书中提到:国际法是不承认英格兰或苏格兰,纽约或加利福尼亚的,因为它们仅仅是联合王国和美国的组成部分。然而它们都是冲突法意义上的“国家”,因为它们有各自不相同的法律体系。^{〔5〕}对于“国际”一词这种超常

〔1〕 [英]J. H. C. 莫里斯主编:《戴西和莫里斯论冲突法》(上卷“第1章 冲突法的性质和范围”),李双元等译,中国大百科全书出版社1998年版,第2页;[法]亨利·巴蒂福尔、保罗·拉加德:《国际私法总论》(导论“国际私法的对象、历史和渊源”),陈洪武等译,中国对外翻译出版公司1989年版,第3页。

〔2〕 [日]北协敏一:《国际私法——国际关系法Ⅱ》,姚梅镇译,法律出版社1989年版,第1~2页。

〔3〕 梅仲协:《国际私法新论》,三民书局股份有限公司1984年版,第8页。

〔4〕 李双元等编:《国际私法教学参考资料选编》(上册 总论·冲突法),北京大学出版社2002年版。

〔5〕 [英]莫里斯:《法律冲突法》,李东来等译,中国对外翻译出版公司1989年版,第2~3页。

的理解,各国国际私法的理论研究和立法实践,基本上得到了一致承认和采用。

2. 一致认为,国际私法调整的涉外民事关系是私的关系、而非公的关系,即以平等互利、等价有偿为基础的国际民事关系。这类民事关系,如涉外物权关系、涉外知识产权关系、涉外债权债务关系、涉外婚姻家庭关系、涉外遗产继承关系、涉外劳务关系等。对于这许多民事关系中的各方当事人来说,包括参与民事关系的自然人、法人、国家和国际组织在内的各方,都是独立、平等的法律主体,绝不允许一方凌驾于另一方之上。对此,立法上的规定和学者们的看法,基本上是一致的。但是,这类民事关系有时要由其他私法如国际商法、民法来调整,也可能要由同时具有公法、私法性质的国际经济法来调整,这是大多数学者的见解。

3. 一致认为,国际私法调整的涉外民事关系应当包含商事关系。根据法学原理,民事和商事是互有联系的,但却是不同性质的问题。前者是指物权、知识产权、合同、信托、侵权、婚姻家庭、遗产继承和遗嘱等;后者是指买卖、借贷、运输、租赁、保险、公司、票据和破产清算等。在民商合一的国家(如瑞士、荷兰、意大利等),把对商事之法律调整纳入民法典,不另立商法典;而民商分立的国家(如日本、德国、法国等),分别制定民法典和商法典并各自调整民事关系和商事关系。因此,民商合一国家的民法典,既调整民事关系又调整商事关系;而民商分立国家的商法典,只调整商事关系,不调整民事关系。这种不同的民商法体制,在各国的国际私法立法中也有所体现。如早期颁布的《日本法例》和《德国民法施行法》,基本上都是调整民事关系的冲突规范,而《瑞士联邦国际私法法规》和《意大利国际私法法案》既有调整民事关系的冲突规范,又有调整商事关系的冲突规范。现在大多数国家的国际私法典,譬如,1995年日本民间学术组织制定了一部名为《日本有关契约、侵权行为准据法示范法》,一般都采用瑞士、意大利两国的立法模式,妥善地解决了民商的不同体制带来的问题。对契约、代理、航运、海商、产品责任、不正当竞争、股权转让等大量的商事关系,进行了冲突法调整,以弥补《日本法例》的缺陷和不足。《中国国际私法示范法》采用了大多数国家的做法,它既调整物权、知识产权、合同、信托、侵权、婚姻家庭、遗产继承和遗嘱等民事行为,又调整货物买卖、借贷、运输、海商、公司、票据、不正当竞争和破产等商事行为。故而,该法第2条明确规定,中国国际私法调整的对象是“国际民商事关系”,即涉外民商事关系。

关于对国际民事关系理解的差异,主要有三点:

1. 调整的对象,究竟是国际民事法律关系还是国际民事关系?有的学者认为:从立法和学术研究上看,两者的内容和提法没有实质区别。因为任何社会关系,都是基于一定的规则而形成的权利义务关系,把国际私法的调

整对象仅仅理解为国际民事关系而非民事法律关系是机械的、片面的。^{〔1〕}还有的学者对此则持相反的意见,认为民事关系和民事法律关系是两个不同的概念,两者在内涵和外延上都有区别。民事关系是社会关系的一种,其本身并不存在固有的权利义务内容;而民事法律关系则是法律关系的一种,如经过民法调整后形成的、以民事权利义务为内容的民事法律关系。对此,笔者亦始终认为:民事关系与民事法律关系不能画等号。因为,作为一般社会关系中的民事关系,本身并不具有阶级属性,历来如此。从远古来说,原始社会里人们结成的包括婚姻(群婚)关系在内的各种关系,只是一般的民事关系,不能说是民事法律关系;当人类进入了阶级社会、由国家制定的法律对各类民事关系调整之后,才能说是民事法律关系。如男女关系只有经过婚姻法的调整后,才具有夫妻权利义务为内容的法律关系。民事关系演变为民事法律关系,演变的惟一的条件,就是相应民事法律的实施,从而赋予该民事关系以权利义务的内容。因此,民事关系是民事法律调整的对象,民事法律关系是民事法律调整的结果。《中国国际私法示范法》第2条最终规定的调整对象是“国际民商事关系”,而非国际民商事法律关系。

2. 调整的对象是广泛的国际民事关系还是特定的国际民事关系?多数学者主张:涉外民事法律关系是广泛意义上的民事法律关系,包括所有权关系、债权关系、遗产继承关系以及人身权关系、知识产权关系,还有婚姻家庭方面的关系、劳动关系、公司关系、海商关系、保险关系以及票据关系等。还认为,国际私法必须对国际民商事关系从总体上进行全局性调整。^{〔2〕}这种观点并未完全得到所有同行学者们的认同。20世纪50年代中期,笔者曾经在当时编写的《国际私法纲要》讲义中提到:涉外民事关系,有的由国内法如《民法》、《契约法》、《专利法》、《商标法》、《海商法》、《婚姻法》调整,有的由国际法如《国际商法》、《国际贸易法》、《国际著作权法》、《国际工业产权法》、《国际税法》调整;而国际私法所调整的则是特殊的涉外民事关系。所谓特殊的涉外民事关系,就是指涉及内外国法的法律适用那部分民事关系,即基本上是以间接的方式所调整的涉外民事关系,而非泛指上述实体法各自所调整的涉外民事关系。如果国际私法调整的是广泛意义上的涉外民事

〔1〕 余先予主编:《冲突法》,法律出版社1988年版,第8页。

〔2〕 多数学者主张从总体上调整所有的国际民事法律关系,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;李双元主编:《国际私法学》,北京大学出版社2000年版,第3页。部分学者认为国际私法并不调整全部涉外民事关系,它仅仅调整一些“涉及外国法适用”、“涉及内外国法适用”或者“特殊的……含有涉外因素”的那部分涉外民事关系。分别参见陈立新、邵景春:《国际私法概要》,光明日报出版社1988年版,第10页;刘振江等主编:《国际私法教程》,兰州大学出版社1988年版,第60页;董立坤:《国际私法论》,法律出版社2000年版,第1~3页。