

高等学校法学教材

国际私法

PRIVATE INTERNATIONAL LAW

李旺 / 著



法律出版社

高等学校法学教材

国际私法

李 旺 著

法律出版社
2003年·北京

图书在版编目(CIP)数据

国际私法/李旺著. —北京:法律出版社, 2003. 8

高等学校法学教材

ISBN 7-5036-4469-9

I. 国… II. 李… III. 国际私法—高等学校—教材 IV. D997

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 072504 号

法律出版社·中国

责任编辑/金云宋萍

装帧设计/于佳

出版/法律出版社

编辑/法律教育出版中心

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/张宇东

开本/787×960 毫米 1/16

印张/29

字数/530 千

版本/2003 年 8 月第 1 版

印次/2003 年 8 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn

传真/010-63939622

法律教育出版中心/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/jiaoyu@lawpress.com.cn

读者热线/010-63939660

传真/010-63939701

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

传真/010-63939777

中法图第一法律书店/010-63939781/9782

客服热线/010-63939792

中法图北京分公司/010-62534456

网址/www.chinalawbook.com

中法图上海公司/021-62071010/1636

电子邮件/service@chinalawbook.com

中法图苏州公司/0512-65193110

书号: ISBN 7-5036-4469-9/D·4187

定价: 34.00 元

著 者 简 介

李 旺,1964年1月生,辽宁省辽阳人。中国国际法学会理事,中国国际私法学会理事。1986年毕业于中国政法大学。在中国政法大学就读研究生期间被公派留学,1998年至1990年日本京都大学硕士,1993年日本京都大学博士毕业后任京都大学助手。1999年任清华大学法学院副教授,2002年10月—2003年2月任早稻田大学法学院客座副教授。

主要讲授国际私法学、国际民事诉讼法、日本法。

主要著作有《国际私法新论》(人民法院出版社2000年)、《国际诉讼竞合》(中国政法大学出版社2002年)等。

出版说明

二十多年前,当中国改革开放开始勃兴,法律和法律教育开始再度崛起之时,法律出版社便以精诚态度和极大力度服务于中国的法律教育。针对不同层次的读者,本社陆续推出了多种系列的法学教材,涉及法律教育的各个层面,迄今已达数百种。高等学校教材、教学辅导书是其中重要的组成部分。长期以来,这些教材陪伴中国法律人共同成长,对中国法律教育,以至对中国法律的发展都起了不小的推动作用。

进入新世纪以来,法律教育在取得长足发展的同时,也积极酝酿和展开改革举措,将培养高素质的现代法律人才进一步列为法律教育的重要目标。为此,本社应时而变,不拘一格,力求从教材的品种上、内容上、形式上实现更大突破,为新一代法律人学取专业知识提供更好读本。

就高等学校教材而言,我们立足两种进路:全面革新旧有教材,或推出全新教材。革新旧有教材,意在选取原有教材中的精品,从内容到形式全面更新、修订,重新整合,使这些在时间流变中积淀下来的法律教育的财富,以崭新面目,继续服务于新的读者。推出全新教材,则为约请优秀作者撰写新作,精阐原理,结合实践,关注前沿,努力创造出新世纪的新经典。优秀作者,或为老一辈与盛年名家,或为新生代才俊。或革新,或全新,这些教材统为一名,名之为“高等学校法学教材”。

我们深信,中国的法律教育事业将在改革和发展中不断壮大;我们承诺,本套“高等学校法学教材”以及本社所有法律教育图书都将在发展中不断更新,不断超越。本着竭诚为法律和法律教育服务,竭诚为读者服务的宗旨,我们愿与广大读者和作者一起,共同创造法律教育出版事业、法律教育事业,以至法治事业的未来。

法律出版社法律教育出版中心

2002年12月

前 言

国际私法是解决涉外民商事法律关系法律冲突的基本法律,是处理涉外民商事案件的基本准则。

国际私法可谓有着悠久的历史,罗马法中围绕非罗马人的法律适用,中世纪意大利城邦法之间的法律冲突,均揭示了法律冲突之本质。我国唐代关于化外人之法制亦开导我国国际私法之先河。当今由主权国家所构成的国际社会,运用国际私法解决国家之间的法律冲突已经成为世界各国通行之做法,国家之间政治、经济、文化交往越紧密,国际私法之重要性越得到强调,国际私法之制度越发达完善。

国际私法学的深邃给这一古老学科带来了无穷的魅力,巴托鲁斯、胡伯、萨维尼、孟其尼以及当代众多学派之思想,闪烁着国际私法理念之光辉,引导着法律选择方法之变迁,缔造国际私法学说之大厦。

围绕涉外民商事法律纠纷,世界各国的法律制度相互抵创,司法摩擦不断,同时又由于世界各国社会、文化、习惯的不同以及与各国的外交政策相关联,涉外民商事法律关系的调整蕴涵着错综复杂的问题。关于涉外民商事法律关系的法律调整,单纯依照国内的某部门法或调整国家之间关系的法律均不能达到最善之效果,需要跨学科的处理。如果将调整涉外民事法律关系的法统称为“涉外法”的话,那么可以说国际私法就是“涉外法”的总则。处理涉外民事法律关系首先要解决的就是国际私法上的问题。

本书共分五编二十七章,涵盖了国际私法的主要问题。第一编为国际私法序论,重点论述了国际私法的意义及历史发展。阐述了国际私法的目的和方法。第二编为外国人的民事法律地位,其规范的性质是实体法,本编力图对加入 WTO 后我国关于外国人的民事法律地位问题的研究起到抛砖引玉的作用。第三编为国际私法总论,是全书的核心所在。本书全面系统地介绍了国际私法的一般法律制度,试图探索出国际私法的自我体系。第四编为国际私法各论,介绍不同的涉外民商事法律关系的法律适用以及相关联的法律问题。第五编为国际民事诉讼和国际商事仲裁,是程序性法律规范。本书对国际民事诉讼法和国际商事仲裁的相关法律制度进行了较为详细的介绍,既有基础的理论知识,又注意吸纳最新的理论和立法

动向,以使对程序法问题具有较为全面的了解。

本书是为法学院国际私法学课程而编写的,是在我的第一部国际私法教材《国际私法新论》的基础上,结合这几年的教学进行修改而成。本书力图在国际私法学的理论和法解释学方面有较全面的论述,以利于读者理解当前国际私法的基本理论和我国的法律制度,以利于从事国际私法研究和学习以及从事法律实务工作的人员作参考之用。但由于作者水平有限,书中不妥之处在所难免,恳请读者批评指正。

法律出版社法律教育出版中心的丁小宣主任不辞辛劳,为本书的出版付出了辛勤的劳动,法学院同仁及同学为本书的出版亦付出颇多,在此一并深表谢意。

李 旺

2003年7月于清华大学明理楼

目 录

第一编 国际私法序论

第一章 国际私法的意义	(3)
第一节 涉外私法关系和国际私法	(3)
第二节 国际私法的性质和作用	(11)
第二章 国际私法的历史	(26)
第一节 国际私法学的历史	(26)
第二节 国际私法的立法史	(35)

第二编 外国人的民事法律地位

第三章 外国人的民事法律地位概述	(45)
第一节 外国人民事法律地位的概念	(45)
第二节 外国人民事法律地位的历史发展	(46)
第三节 关于外国人待遇的原则	(47)
第四章 外国人在中国的民事法律地位	(53)
第一节 外国人在中国的民事法律地位的历史	(53)
第二节 外国人在中国的民事法律地位	(53)

第三编 国际私法总论

第五章 冲突规范	(63)
第一节 冲突规范的结构和类型	(63)
第二节 连结点和连接方法	(64)
第六章 识别	(70)
第一节 识别的意义	(70)

第二节 识别问题的解决·····	(72)
第三节 二级识别·····	(77)
第七章 反致·····	(78)
第一节 反致的意义·····	(78)
第二节 反致制度的理论依据·····	(81)
第八章 外国法的适用·····	(86)
第一节 外国法适用的基本理论·····	(86)
第二节 我国关于外国法适用的法律制度·····	(91)
第九章 法律规避·····	(92)
第一节 法律规避的意义·····	(92)
第二节 我国关于法律规避的法律规定·····	(95)
第十章 公共秩序保留·····	(96)
第一节 公共秩序保留的基本理论·····	(96)
第二节 我国关于公共秩序保留的法律制度·····	(101)
第十一章 不统一法国家法的指定·····	(103)
第一节 不统一法国家的意义·····	(103)
第二节 区际冲突·····	(103)
第三节 人际冲突·····	(106)
第四节 时际冲突·····	(106)
第十二章 先决问题·····	(108)
第一节 先决问题的意义·····	(108)
第二节 先决问题的解决·····	(109)
第十三章 属人法·····	(111)
第一节 属人法概论·····	(111)
第二节 本国法主义·····	(112)
第三节 住所地法主义·····	(119)
第四节 居所·····	(122)

第四编 国际私法各论

第十四章 自然人·····	(125)
第一节 权利能力·····	(125)
第二节 行为能力·····	(132)

第十五章	法人	(139)
第一节	概论	(139)
第二节	法人的属人法	(139)
第三节	外国法人的地位	(145)
第四节	我国的法律制度	(149)
第十六章	法律行为	(151)
第一节	法律行为	(151)
第二节	代理	(152)
第十七章	物权	(157)
第一节	物权法律适用规范	(157)
第二节	国有化	(162)
第三节	国际信托	(166)
第十八章	知识产权	(176)
第一节	知识产权的法律冲突	(176)
第二节	关于知识产权的外国人的法律地位	(178)
第三节	知识产权的国际组织	(188)
第四节	我国有关知识产权国际保护的法律制度	(192)
第十九章	合同	(195)
第一节	当事人意思自治原则	(195)
第二节	当事人没有选择时的准据法的决定方法	(205)
第三节	准据法的适用范围	(209)
第四节	我国关于涉外合同法律适用的法律制度	(212)
第二十章	国际贸易的法律适用	(215)
第一节	国际货物买卖	(215)
第二节	国际货物运输	(223)
第三节	国际货物运输保险	(230)
第四节	国际贸易支付	(234)
第五节	国际技术转让	(242)
第二十一章	侵权行为	(247)
第一节	侵权行为地法主义	(247)
第二节	折中主义	(253)
第三节	共同属人法主义	(255)
第四节	其他几种法律适用规范	(257)

第五节 产品责任的法律适用规范·····	(259)
第六节 特殊侵权行为·····	(269)
第七节 不当得利和无因管理·····	(278)
第二十二章 国际破产 ·····	(281)
第一节 涉外破产的法律适用·····	(281)
第二节 破产宣告的域外效力·····	(285)
第三节 国际实践以及我国的立法与实践·····	(288)
第二十三章 婚姻家庭 ·····	(293)
第一节 结婚·····	(293)
第二节 夫妻关系·····	(300)
第三节 离婚·····	(305)
第四节 扶养关系·····	(311)
第五节 父母子女关系·····	(315)
第二十四章 继承 ·····	(323)
第一节 概论·····	(323)
第二节 法定继承·····	(323)
第三节 遗嘱继承·····	(330)

第五编 国际民事诉讼和国际商事仲裁

第二十五章 国际民事诉讼法 ·····	(339)
第一节 国际民事诉讼法概论·····	(339)
第二节 国际民事诉讼的管辖权·····	(341)
第三节 外国人的民事诉讼地位·····	(364)
第四节 国际司法协助与域外送达、域外取证·····	(371)
第五节 外国法院判决的承认和执行·····	(386)
第二十六章 国际商事仲裁 ·····	(400)
第一节 国际商事仲裁的基本法律制度·····	(400)
第二节 中国国际商事仲裁的法律制度·····	(410)
第三节 仲裁协议·····	(412)
第四节 仲裁程序·····	(420)
第五节 外国商事仲裁裁决的承认和执行·····	(429)

第二十七章 中国的区际司法协助制度·····	(437)
第一节 内地和香港之间的司法协助·····	(437)
第二节 内地和澳门之间的司法协助·····	(442)
第三节 内地和台湾地区之间的司法协助·····	(445)

第一编 国际私法序论

第一章 国际私法的意义

第一节 涉外私法关系和国际私法

一、涉外私法关系

(一)国际私法调整的是涉外私法关系

设问 1:北京的甲公司与广东的乙公司之间签订一份货物买卖合同,该合同适用哪国法律呢?

设问 2:如果设问 1 当中的当事人为北京的甲公司和美国加州的乙公司,就合同所适用的法律是什么?

设问 3:中国公民甲与美国公民乙结婚,此时所依照的法律又是什么呢?

我们大家都知道设问 1 是完全的国内民事法律关系,所适用的法律为我国的法律。这一点在民商法的课程中已经学习过了,下面的问题也同样,如关于在中国居住的中国人夫妇间的离婚问题,诉讼到人民法院时,中国的法院把它作为纯国内的私法关系,根据中国法进行审理判决。但是,设问 2 和设问 3 的民事法律关系就是涉外民事法律关系。同时又如中国人和外国人夫妇间的离婚,我国消费者购买从外国进口的商品,在使用中因其存在缺陷而给消费者造成损失时的损害赔偿请求等,都是涉外私法关系。我国法院在审理涉外私法关系的案件时适用什么法律呢?国际私法主要解决的就是这些涉外私法关系的法律适用问题。要解决涉外私法关系的法律适用问题,首先应明确什么是涉外私法关系。

(二)涉外私法关系是指含有涉外因素的私法关系

涉外私法关系是指含有涉外因素(foreign elements)的私法关系,也就是说涉外私法关系中具有一个或一个以上的涉外因素。这可以分为以下几种情况:

(1)私法关系主体的一方或各方是外国国家、外国法人、外国自然人或无国籍人。如离婚夫妇的一方是外国人。

(2)私法关系的客体具有涉外因素。如标的物位于外国。

(3)私法关系的产生、变更或消灭的法律事实发生在外国。如侵权行为发生在外国。

如何调整涉外私法关系是国际私法的课题,涉外民事案件在我国法院提起诉讼时,就存在以下问题。首先,我国法院是否具有管辖权。其次,我国法院在确定了管辖权后还要决定适用什么法律来调整该涉外民事法律关系。前者是国际民事诉讼法的问题,后者是冲突法的问题。

经济的发展及国际交往的增多是涉外私法关系产生的基础。我国实行改革开放政策以来,在经济、贸易、投资、文化、教育、科学技术以及婚姻、继承等领域产生了大量的涉外私法关系,关于这方面的纠纷也时见报端。今后随着经济的发展、世界经济的一体化,这种纠纷必将有所增加,特别是中国加入 WTO,中国与外国的经济交往将有更大的发展,将会产生更多的涉外民事法律关系。涉外民事法律关系的多少是衡量一个国家开放程度的一个尺度。

二、法律冲突

(一)世界各国法律的不同是产生法律冲突的根源

世界各国都有自己的法律体系,内容互不相同。这是因为在国际法上各国拥有主权,一个国家可以独立地行使其立法权。一个国家制定什么样的法律完全是这个国家根据自己本国的政治、经济、传统文化、风俗习惯等决定的。

法存在的地域范围被称为法域。世界上存在着众多的法域。各法域之间就同一问题规定不同,例如,中国婚姻法关于结婚年龄规定男不得早于 22 周岁,女不得早于 20 周岁。日本民法规定男不满 18 岁,女不满 16 岁不得结婚,并且不满 20 岁的未成年者的结婚必须征得其父母的同意。又如,各国法律关于产品责任的构成要件、损害赔偿的范围及方法的规定是不同的。这样,围绕涉外产品责任的法律关系就出现了法律冲突。如 A 国 Y 公司在 B 国生产的汽车进口到我国,我国消费者 X 在驾驶中发生事故, X 在我国法院向 Y 提起产品责任诉讼。这种案件涉及 A 国、B 国和我国。因这三个国家关于产品责任的法律规定不同,这三个国家关于产品责任的法律之间就会发生冲突,这样,如何确定适用于产品责任的法律就成为国际私法的课题。

基于侵权行为的损害赔偿范围及算定标准等,至少在实定法上我国与欧美各国不同。更明显的是美国采用的惩罚性赔偿制度(punitive damages),除我国《消费者权益保护法》第 49 条有类似的规定外世界上并不多见。

所以,在当今世界,各国根据本国的主权有着独自的法律体系,彼此之间的内

容不同,形成了所谓的法律冲突。

关于法律冲突产生的原因,我国尚存在不同的理解。

第一种观点认为,所谓的法律冲突是指涉及两个或两个以上不同法域的民事法律对民事关系的规定各不相同,同时又都要求适用于该民事法律关系,从而造成的该民事法律关系在法律适用上的冲突现象。认为国际私法的作用在于解决法律冲突,而法律冲突是由于法律的域内效力与域外效力发生矛盾而引起的,每个国家的某些法律同时具有域内效力与域外效力,所以才产生了法律冲突,即外国法律的域外效力与本国法律的域内效力之间或本国法律的域外效力与外国法律的域内效力之间发生了冲突^{〔1〕}。归纳起来基本上有三点^{〔2〕},即(1)在同一个涉外民事法律关系中,有关国家的法律对一个问题规定不同;(2)一个国家的法律的域内效力与另一个国家法律的域外效力同时出现在一个涉外民事关系中时,便产生不同国家法律的域内效力与域外效力的冲突;(3)法院在一定条件下承认外国法律的域外效力。

第二种观点认为,各国的法律只有差异,并无冲突^{〔3〕}。真正的法律冲突是指几个国家的法律的效力同时出现在一个涉外民事关系中。但是国际私法所说的法律冲突并非如此,国际私法上所谓的法律冲突只是复数国家的法律与一个法律关系相关联的一种比喻的说法而已。国际私法的作用在于解决法律的适用问题,即从与法律关系有关联的几个国家的法律当中,决定其中一个来适用于该法律关系。所以并不是事先有法律的冲突,从而依靠国际私法来解决,而是依靠国际私法来避免真正的法律冲突^{〔4〕}。国际私法规则的作用不在于解决内外国法律的冲突,而在于就内外国内容不同的民法中选择适用与本案有密切关系的那个国家的法律。李浩培先生指出,应摒弃“法律冲突”和“冲突法”这两个惯用的名词,而代之以“法律抵触”和“法律抵触法”(Law of the conflict of laws)这两个术语^{〔5〕}。

本书赞同第二种观点。一国的民事法律是否适用于涉外民事案件,也就是说其是否能成为准据法是国际私法要解决的问题,在适用国际私法决定准据法之前并不能说该国民事法律适用于该民事法律关系,也不能说该法律具有域外效力。

法律的域内效力,也被称为属地效力,是指国家法律对在本国境内的人、物和行为的效力。法律的域外效力,也被称为属人效力,是指国家的法律对本国的一切人,无论其是在境内还是在境外都有效。另外,对在外国发生的行为亦适用本国法

〔1〕 姚壮、任继圣:《国际私法基础》,中国社会科学出版社1981年版,第22~23页。

〔2〕 赵相林主编:《国际私法》,中国政法大学出版社1997年版,第5~7页。

〔3〕 李浩培:《国际民事程序法概论》,法律出版社1996年版,第3~4页。

〔4〕 [日]溜池良夫:《国际私法讲义》,有斐阁1995年版,第4~5页。

〔5〕 李浩培:《国际民事程序法概论》,法律出版社1996年版,第4页。