

丁 伟 主编

国际私法学

新
世
纪
法
学
教
材

Guoji Sifaxue

上海人民出版社

华北水利水电学院图书馆



207015031

D997

D573

GuoJiSiFaxue

国际私法学

丁 伟 主编



上海人民出版社

701503

图书在版编目(CIP)数据

国际私法学/丁伟主编.

—上海:上海人民出版社,2004

新世纪法学教材

ISBN 7-208-05251-4

I. 国... II. 丁... 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(2004)第 066023 号

责任编辑 王舒娟

封面装帧 王晓阳

• 新世纪法学教材 •

国际私法学

丁 伟 主编

世纪出版集团

上海人民出版社出版

(200001 上海福建中路 193 号 www.ewen.cc)

世纪出版集团发行中心发行 商务印书馆上海印刷股份有限公司印刷

开本 787×1092 1/16 印张 41 插页 4 字数 852,000

2004 年 8 月第 1 版 2004 年 8 月第 1 次印刷

印数 1—7,000

ISBN 7-208-05251-4/D·912

定价 55.00 元

主 编	丁 伟			
副主编	刘晓红	刘宁元	单海玲	
参 编	(按撰写章节先后为序)			
	丁 伟	贾 琳	刘晓红	刘宁元
	单海玲	章 毓	左 冰	林燕平
	石育斌	张泽平	魏 红	梁 敏

前言

国际私法是以平等主体间的国际民商事法律关系为调整对象,以解决国际民商事法律冲突为中心任务,以冲突规范为基本规范,同时包含规定外国人民事法律地位的规范、统一实体法规范以及国际民事诉讼程序规范、国际商事仲裁程序规范在内的独立的法律部门。作为调整国际民商事法律关系的法律部门,国际私法是人类社会中不同国家的自然人、法人之间的交往发展到一定阶段的产物。现代意义上的国际私法肇始于公元 14 世纪,在将近七百年的历史长河中,国际私法随着国际民商事交往的不断发展而经历了从初创、兴盛到 20 世纪全面变革三个历史发展阶段。伴随着和平与发展的主旋律,人类奏响了新世纪的乐章,国际私法的发展又翻开了新的一页。在当今世界,经济全球化已成为不可阻挡的世界性潮流,冲击着各个角落,深刻地影响和改变着人类的社会活动。在经济全球化的背景下,各国经济联系日益密切,相互依赖、相互渗透的程度不断加深,不同国家自然人、法人之间的往来更加频繁,参与国际民商事法律关系的形式日趋复杂,范围日益扩大,数量与日俱增,国际私法作为国际民商事法律关系的调节器和润滑剂的作用正在不断加强,国际私法在整个法律体系中的地位日趋重要。

在中国法律发展的历史长河中,国际私法的立法有着灿烂辉煌的昨天。源远流长的中国国际私法最早可以追溯到公元 7 世纪的大唐盛世,唐朝《永徽律》“名例章”中有关“化外人相犯条”的冲突法规定在立法技术上堪称一流,说明中国是国际私法立法最早的国家之一。但是,唐朝形成的中国古代国际私法的萌芽未能延续下来,中国的国际私法立法一直沉寂了一千多年,直至 1918 年北洋政府颁布《法律适用条例》。新中国成立后,由于历史的原因,我国国内立法步履蹒跚,国际私法的立法更是裹足不前,成文的国际私法长期阙如,直到 1985 年,具有中国特色的国际私法规范才正式登上立法的舞台。在当代中国整个法律体系中,实体法、程序法与冲突法三位一体,构成了我国法律体系的整体,但是,三者的发展极不平衡。其中,作为国际私法核心部分的冲突法的立法长期以来一直严重滞后于我国司法实践与改革开放的实践。

然而,尽管中国国际私法立法起步晚,但起点很高,一些规定借鉴了现代国际私法立法的先进经验及理论研究的最新成果,相当部分的法律规定与其他国家的国际私法相比,各有千秋,有些条文甚至不乏创新之举,与国际私法立法水平先进的国家相比,毫不逊色。近年来,全国人民代表大会正在审议《中华人民共和国民法》(草案),该草案第九章对涉外民事关系的法律适用作了系统规定,这标志着中国国际私法的立法正孕育着一场深刻的革命。

迈入充满希冀的 21 世纪,国际民商事关系作为国际关系中的基础性地位将日益受到重视,以民商法为主体的各国私法规范将逐步融合,调整涉外民商事法律关系的国际私法在整个法律体系中的地位将大大提升,国际私法在我国改革开放和现代化建设中的重要作用与日俱增,时代赋予跨世纪法学青年学习、掌握国际私法理论的历史使命。本教材着重论述国际私法的理论学说和法律制度,力求完整、准确地阐明国际私法的基本原理、基本制度和基础知识,努力吸收国内外优秀学术成果,并且围绕国际私法的基本理论,全面反映国际私法领域各国及国际上最新立法动态和司法实践,尤其是我国的立场和立法的最新发展,力戒脱离实际的空洞论断,使读者全面、系统地掌握国际私法的基本理论,知晓运用国际私法处理国际民商事法律冲突的整个过程及其一般规律,并且正确掌握运用国际私法的基本原理解决法律冲突的方法和技巧,在理论和实践相结合的基础上,达到理论性、实践性和应用性三者的统一。如果本教材真能收到这样的效果,作者将不胜欣慰。

本教材由丁伟任主编,刘晓红、刘宁元、单海玲任副主编。各章撰稿人分别为:丁伟(第一、三、十七章),贾琳(第二章),刘晓红(第四、二十一章),刘宁元(第五、七、二十二章),单海玲(第六、九章,其中第九章第五节由应嫣撰写),章毓(第八章),左冰(第十、十一章),林燕平(第十二、十三、二十章),石育斌(第十四、十九章),张泽平(第十五章),魏红(第十六章),梁敏(第十八章)。

全书由主编统稿、定稿。

编者

2004 年 4 月

目 录

目

录

1

前 言	1
-----------	---

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	6
第三节 国际私法的范围和体系	10
第四节 国际私法的性质	14
第五节 国际私法的定义与名称	17
第六节 国际私法学	19
第七节 国际私法与相邻法律的关系	21
第二章 国际私法的渊源	25
第一节 国内立法	25
第二节 国内判例	31
第三节 国际条约	33
第四节 国际惯例	37
第五节 一般法律原则与法律学说	40
第三章 国际私法立法与学说的历史发展	43
第一节 13 世纪前国际私法萌芽史	43
第二节 13 至 18 世纪国际私法学说史	44
第三节 19 世纪国际私法发展史	48

第四节	当代国际私法发展史	51
第五节	统一国际私法立法史	57
第六节	中国国际私法发展史	62
第四章	冲突规范与准据法	68
第一节	冲突规范概述	68
第二节	连接点	75
第三节	系属公式	82
第四节	准据法及其确定	84
第五节	法律选择的方法	89
第六节	实体问题与程序问题	94
第五章	适用冲突规范的一般制度	101
第一节	识别	101
第二节	反致	106
第三节	法律规避	114
第四节	公共秩序保留	118
第五节	外国法的查明	125
第六章	国际私法的主体	132
第一节	自然人	132
第二节	法人	139
第三节	国家	144
第四节	国际组织	153
第五节	外国人的民事法律地位	154

第二编 法律适用编

第七章	民事身份和能力的法律适用	163
第一节	自然人权利能力的法律适用	163
第二节	自然人行为能力的法律适用	167
第三节	法人的权利能力和行为能力的法律适用	173
第八章	法律行为和代理的法律适用	176
第一节	法律行为的法律适用	176

第二节	代理的法律冲突·····	179
第三节	代理关系的法律适用·····	181
第九章	涉外物权的法律适用·····	188
第一节	物之所在地法原则·····	189
第二节	涉外不动产物权的法律适用·····	191
第三节	涉外动产物权的法律适用·····	194
第四节	国有化问题·····	199
第五节	信托的法律适用·····	202
第十章	破产的法律适用·····	208
第一节	破产概述·····	208
第二节	破产宣告的域外效力·····	216
第三节	破产的法律适用·····	227
第四节	和解·····	237
第十一章	票据的法律适用·····	243
第一节	票据概述·····	243
第二节	国际票据法公约·····	249
第三节	票据的法律冲突与法律适用·····	255
第十二章	知识产权的法律适用·····	263
第一节	知识产权法律冲突概述·····	263
第二节	专利权的法律适用·····	264
第三节	商标权的法律适用·····	268
第四节	著作权的法律适用·····	270
第五节	保护知识产权的国际公约与国际组织·····	273
第十三章	涉外合同之债法律适用的基本制度·····	289
第一节	涉外合同之债法律适用的传统理论与制度·····	289
第二节	最密切联系原则·····	294
第三节	特征性履行说·····	300
第四节	涉外合同之债法律适用的整体法与分割法·····	303
第五节	中国涉外合同之债法律适用制度·····	306
第十四章	常用涉外合同之债的法律适用·····	313
第一节	国际货物买卖合同的法律适用·····	313

第二节	国际投资合同的法律适用·····	326
第三节	国际技术转让合同的法律适用·····	333
第四节	国际劳务合同的法律适用·····	337
第五节	国际贷款合同的法律适用·····	340
第十五章	涉外非合同之债的法律适用 ·····	345
第一节	涉外侵权行为之债的法律适用·····	345
第二节	特殊侵权行为之债的法律适用·····	352
第三节	中国有关涉外侵权行为法律适用的制度·····	358
第四节	涉外不当得利和无因管理之债的法律适用·····	362
第十六章	国际海事法律冲突与法律适用 ·····	367
第一节	国际海事法律冲突·····	367
第二节	调整国际海事关系的国际公约·····	374
第三节	国际海事争议的管辖权制度·····	384
第四节	国际海事关系的法律适用·····	404
第十七章	涉外婚姻与亲权的法律适用 ·····	409
第一节	涉外结婚的法律适用·····	409
第二节	涉外离婚的管辖权和法律适用·····	418
第三节	涉外夫妻关系的法律适用·····	426
第四节	涉外父母子女关系的法律适用·····	428
第五节	涉外扶养与监护的法律适用·····	433
第十八章	涉外继承关系的法律适用 ·····	438
第一节	涉外法定继承的法律适用·····	439
第二节	涉外遗嘱继承的法律适用·····	444
第三节	涉外无人继承财产的法律适用·····	450
第四节	关于涉外继承的国际公约·····	455
第十九章	国际商事仲裁的法律适用 ·····	460
第一节	国际商事仲裁法律适用概述·····	460
第二节	国际商事仲裁协议的法律适用·····	465
第三节	国际商事仲裁程序的法律适用·····	476
第四节	国际商事仲裁实体争议的法律适用·····	487
第五节	网上仲裁的法律适用·····	496

第三编 程 序 编

第二十章 国际民事诉讼程序	505
第一节 国际民事诉讼程序概述	505
第二节 国际民事管辖权制度	508
第三节 外国人及外国国家的民事诉讼地位	513
第四节 国际司法协助	519
第五节 外国法院判决的承认与执行	524
第六节 中国涉外民事诉讼制度	528
第二十一章 国际商事仲裁程序	540
第一节 国际商事仲裁概述	540
第二节 国际商事仲裁协议	545
第三节 国际商事仲裁机构与规则	562
第四节 国际商事仲裁裁决的承认与执行	574

目

录

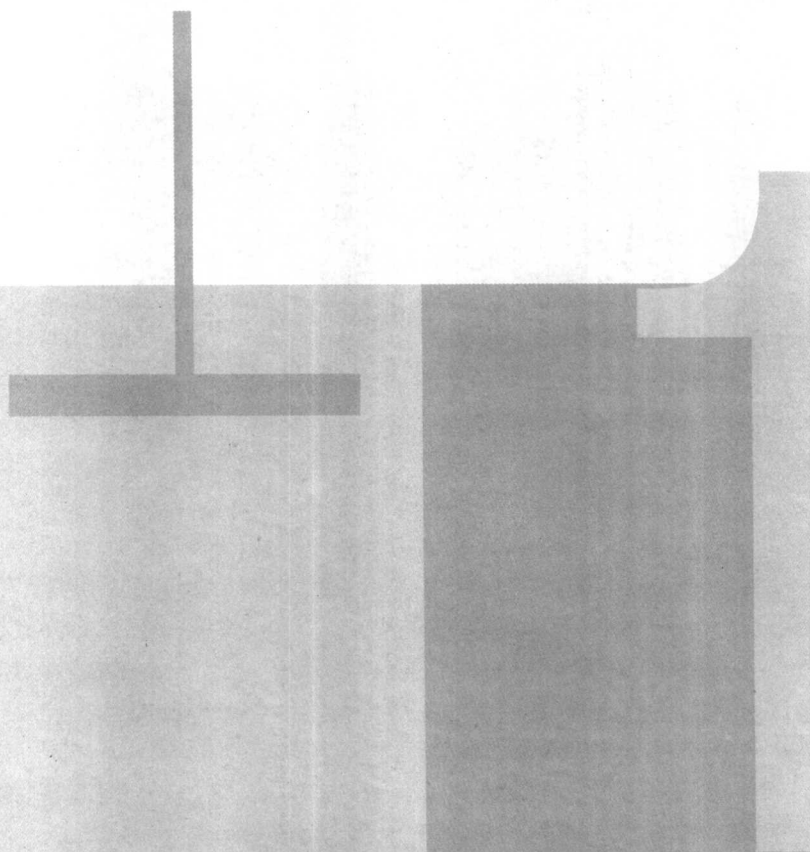
5

第四编 区际法律冲突编

第二十二章 区际法律冲突与区际私法	599
第一节 区际法律冲突概述	599
第二节 区际私法概述	604
第三节 区际私法中的相关制度	612
第四节 中国的区际法律冲突及其解决	619

第一编

总论



第一章

国际私法概述

国际私法作为调整国际民商事法律关系的法律部门,是人类社会中不同国家的自然人、法人之间的交往发展到一定阶段的产物。现代意义上的国际私法肇始于公元 14 世纪,在将近七百年的历史长河中,国际私法随着国际民商事交往的不断发展而经历了从初创、兴盛到 20 世纪全面变革三个历史发展阶段。伴随着和平与发展的主旋律,人类奏响了新世纪的乐章,国际私法的发展又翻开了新的一页。在当今世界,经济全球化已成为不可阻挡的世界性潮流,冲击着各个角落,深刻地影响和改变着人类的社会活动。在经济全球化的背景下,各国经济联系日益密切,相互依赖、相互渗透的程度不断加深,不同国家自然人、法人之间的往来更加频繁,参与国际民商事法律关系的形式日趋复杂,范围日益扩大,数量与日俱增,国际私法作为国际民商事法律关系的调节器和润滑剂的作用正在不断加强,国际私法在整个法律体系中的地位日趋重要。

第一节 国际私法的调整对象

一、国际民商事法律关系的概念

任何一个法的部门都调整着一种特定的法律关系,这种法律关系就是法律的调整对象,它是划分法的部门的出发点。国际私法的调整对象是国际社会不同国家的自然人、法人(在某些特殊情况下也包括国家)之间在国际交往中所产生的超越国界的民商事法律关系,即具有涉外因素的民商事法律关系(civil and commercial legal relations with foreign elements),简称跨国民商事法律关系,或国际民商事法律关系(international civil and commercial legal relations),就一国而言,又可称为涉外民商事法律关系。^①这种涉外因素是国际私法所调整的国际民商事法律关系与各国民商

^① 有关国际私法调整对象的名称有一个逐渐演变的过程,由于长期以来国际私法的调整范围只限于传统的民事领域,我国学界以往通常以“涉外民事法律关系”来表述。随着国际私法的调整范围不断从民事领域向商事领域延伸,法律关系诸要素的“国际”性不断凸显,国内一些有影响的专著、教材逐渐采用“国际民商事法律关系”这一名称。

法所调整的民商事法律关系的根本区别点。涉外因素可以体现在民商事法律关系下列三个要素中:

1. 法律关系的主体具有涉外因素。即作为法律关系主体的当事人是具有不同国籍的自然人、法人,在个别情况下可以是外国国家。主体具有涉外因素可以有多种情形:其一,主体一方是本国人,另一方是外国人。如外国投资者来华投资,与中国合资者订立中外合资经营企业合作合同;其二,主体双方是同一国籍的外国人。如一对美国男女留学生在华留学期间在中国结婚,从而产生婚姻关系;其三,主体双方是不同国籍的外国人。如两艘不同国籍的货轮在第三国的领海内碰撞引起损害赔偿。

2. 法律关系的客体具有涉外因素。即法律关系主体之间的权利义务共同指向的对象或者标的物位于外国。如居住在国内的继承人要求继承被继承人位于国外的遗产。

3. 法律关系的内容具有涉外因素。即法律关系据以产生、变更、消灭的法律事实发生在国外。如合同订立地、履行地在国外,侵权行为发生在国外,婚姻举行地在国外,被继承人死于国外等。

对于某一个具体的国际民商事法律关系来说,可能三个要素都具有涉外因素,也可能只有一个要素具有涉外因素。凡一个民商事法律关系三要素中至少有一个具有涉外因素,就可以视为国际私法所调整的国际民商事法律关系。

二、国际民商事法律关系的范围

国际私法所调整的国际民商事法律关系是一种广义的民商事法律关系。所谓广义的民商事法律关系主要是相对于各国国内立法调整的民商事法律关系的范围而言。通常说来,大多数国家国内民法所调整的一定范围的财产关系和人身非财产关系的范围较之于国际私法所调整的国际民商事法律关系的范围要窄一些,如有些国家在立法上采用“民商分立”的编纂方式,把海商法、票据法、公司法等关系视为商法关系,归商法调整;也有些国家在立法上采用“民商合一”的编纂方式,其民商事法律调整的法律关系的范围相对要宽一些。^①

各国的国内民商法自可千差万别,无须强求统一,但作为调整超越一国界限的国际民商事法律关系的国际私法,其调整范围不能囿于各自独立的各国民商法调整范围的不同特点,而应把视野放在各国国内立法的不同特征之上,这就决定了国际私法所调整的国际民商事法律关系必须兼收并蓄各国民商事法律关系的不同特点,这种集各国民商事法律关系的不同特点于一体的国际民商事法律关系的范围十分广泛,既包括涉外物权关系、涉外债权关系、涉外知识产权关系、涉外婚姻家庭关系和涉外继承关系,也包括涉外公司法关系、涉外票据法关系、涉外海商法关系、涉外保险法关

^① 参见黄进主编:《国际私法》,法律出版社1999年版,第3—5页。

系和涉外破产法关系等。^①

三、国际民商事法律关系的调整方法

鉴于国际私法所调整的国际民商事法律关系涉及不同国家的法律效力,调整这种法律关系的方法具有独特之处。从各国国内立法、司法实践以及相关国际条约、国际惯例来看,有关国际民商事法律关系的调整方法可概括为两类。

(一) 间接调整方法

所谓间接调整方法是指通过“间接规范”调整国际民商事法律关系的方法,即在有关的国内立法和国际立法中仅规定某一国际民商事法律关系应受何种法律调整或支配,而不直接规定应如何确定某一国际民商事法律关系中当事人具体的权利义务。这类“间接规范”主要是指“冲突规范”(conflict rules)。冲突规范作为国际私法专有的特殊规范,又称法律适用规范、法律选择规范,是指明某一国际民商事法律关系应适用何国实体法的规范。如我国《民法通则》第146条规定:侵权行为的损害赔偿,适用侵权行为地的法律。这条冲突规范并未规定某一行为是否构成侵权行为以及如何承担赔偿责任,而只是指明了有关侵权行为的损害赔偿应适用侵权行为地法。可见,冲突规范作为一种间接性的规范不能直接确定当事人的权利义务,它必须与它援引出的某一特定国家的实体法结合起来,才能发挥法律规范调整当事人权利义务的作用。

(二) 直接调整方法

所谓直接调整方法是指通过“直接规范”调整国际民商事法律关系的方法,即采用直接规范当事人实体权利义务的“实体规范”(substantive rules)来调整国际民商事法律关系。采用直接调整方法时,法院无须通过冲突规范的援引,而是直接适用有关实体法确定当事人权利义务。这类实体规范存在于国内法、国际条约、国际惯例之中。如1980年《联合国国际货物销售合同公约》就是一个直接规定国际货物销售合同当事人权利、义务的实体法公约,在遇到适用该公约的场合,可径直适用该公约确定当事人的权利、义务,无须冲突规范的指引。

从国际私法的历史发展以及现状来看,间接调整的方法在调整国际民商事法律关系方面始终发挥着主导作用,承担着调整绝大多数国际民商事法律关系的重任。但是,作为一种间接性的规范,冲突规范存在固有的缺陷:其一,由于冲突规范不同于实体法,不能直接构成当事人作为或不作为的准则,当事人据之难以预见法律关系的后果,因此缺乏预见性和明确性;其二,由于冲突规范只是作出立法管辖权上的选择,即通过连接点对有关涉外民商事法律关系指定一个特定国家具有立法管辖权,而不

^① 参见韩德培主编:《国际私法》,高等教育出版社、北京大学出版社2000年版,第4页。

问该国是否具有调整该涉外民商事法律关系的法律以及这一法律的内容究竟如何,因而有时会缺乏针对性和合理性;^①其三,在运用冲突规范调整涉外民商事法律关系的同时,为避免或减少适用冲突规范所指向的外国法可能带来的不利,各国往往采用识别、反致、转致、公共秩序保留、外国法内容的证明等一系列限制外国法适用的制度,故而使得冲突规范的适用缺乏稳定性。鉴于冲突规范存在的这些弊端,当代国际私法领域出现了以富有弹性的、开放性的冲突规范取代传统的、封闭性的冲突规范的变革,对冲突规范进行“软化处理”。^②然而,消除冲突规范固有的弊端最有效的方法无过于适用实体法规范的直接调整方法,国际社会多年来一直致力于国际私法的统一化,以统一实体法规范解决国际民商事法律冲突。因此,间接调整方法与直接调整方法两者相辅相成,互为补充,将长期并存,共同发挥调整国际民商事法律关系的作用。

第二节 国际民商事法律冲突

一、法律冲突的含义

法律冲突(conflict of laws)又称法律抵触,是国际私法中的一个专门术语,指内容相互歧异的不同国家的法律竞相要求对同一国际/涉外民事法律关系实施管辖而形成的法律适用上的矛盾冲突状态。在国际私法所调整涉外民事法律关系领域,法律冲突是一种普遍现象。由于任何一种国际/涉外民事法律关系都涉及两个或两个以上国家的法律,而不同国家由于其政治、经济制度及法律传统各不相同,道德观念、宗教信仰以及传统的生活方式存在差异,其实体法的规定往往迥然不同,对同一国际/涉外民事法律关系,同一当事人,适用不同国家的法律,常常导致截然不同的结果。我们假设有这样一个案件:一个居住在日本的华侨死于日本,生前没有立下遗嘱,死后在中国留有一所私宅,他在日本的子女和在中国的父母同时要求继承这所私宅。按照中国法律规定:父母、子女为同一顺序继承人,可以同时继承;但按照日本法律规定:子女为第一顺序继承人,父母为第二顺序继承人。根据继承法的一般原理,只有在不存在第一顺序继承人或第一顺序继承人放弃继承时,第二顺序继承人才能继承。由于两国法律规定截然不同,适用中国法律抑或日本法律,直接决定了死者的父母能否取得继承权。由此可见,国际私法的中心任务是解决国际民事案件所涉及的法律冲突,这种法律冲突无疑是国际私法赖以生存的重要前提条件。

鉴于法律冲突通常是循司法诉讼或国际商事仲裁的途径解决的,通过司法诉讼

^① 参见丁伟主编:《冲突法论》,法律出版社1996年版,第45—46页。

^② 参见李双元:《走向21世纪的国际私法:国际私法与法律趋同化》,法律出版社1999年版,第205—215页。