

新编法学系列教材

国际私法

国际私法

杜涛
陈力
著

复旦大学出版社

国际私法

新编法学系列教材

国际私法

杜 涛 陈 力 著

復旦大學出版社

图书在版编目(CIP)数据

国际私法/杜涛,陈力著. —上海:复旦大学出版社,
2004.8

(新编法学系列教材)

ISBN 7-309-04105-4

I. 国… II. ①杜…②陈… 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(2004)第 064892 号

国际私法

杜涛 陈力 著

出版发行 复旦大学出版社

上海市国权路 579 号 邮编 200433

86-21-65118853(发行部) 86-21-65109143(邮购)

fupnet@fudanpress.com <http://www.fudanpress.com>

责任编辑 李峰

装帧设计 孙曙

总编辑 高若海

出品人 贺圣遂

印刷 上海浦东东北联印刷厂

开本 850 × 1168 1/32

印张 20.25

字数 508 千

版次 2004 年 8 月第一版第一次印刷

印数 1—4 100

书号 ISBN 7-309-04105-4/D · 262

定价 30.00 元

如有印装质量问题, 请向复旦大学出版社发行部调换。

版权所有 侵权必究

内 容 提 要

本书主要介绍了国际私法的基本理论和我国的立法、司法实践,共分为三编。第一编总论部分介绍国际私法的概念、渊源、历史和外国人的民事法律地位;第二编冲突法部分介绍法律冲突和冲突规范的基本概念以及冲突法上的识别、先决问题、反致和外国法的适用,自然人、法人的属人法,法律行为、代理和时效问题的准据法,物权、知识产权、债权、侵权行为、婚姻家庭和继承法律关系适用法律问题;第三编国际民事程序法介绍国际民事诉讼程序、国际破产程序和国际商事仲裁程序的法律问题。

本书体系上坚持大陆法系国际私法特色,持中义国际私法观点,以冲突法和国际民事程序法为国际私法核心;内容上提出了许多新的见解,如国际惯例在我国中的地位问题、法人的属人法问题、国际代理法律适用问题、知识产权的法律适用问题、婚姻法律适用问题等。其他诸如适应问题、强行规范问题、例外条款问题、公法冲突问题、因特网上的国际私法问题等均为国内国际私法教材之首倡。

本书一大特色为理论联系实践,结合我国法院 50 多个案例对国际私法问题进行“以案说法”。本书观点鲜明,所有观点均有国内外最新学说和立法资料之引证,方便研究者查阅。尤为重要的是,所有观点均以我国国际私法立法和实践为依据,绝无空洞之言。

本书可供各类高校法律专业本专科学生、法律硕士研究生作为教材,也可供法学研究人员和司法实践工作者参考。

序

杜涛与陈力两位同志新近写成的著作《国际私法》即将出版，我深为两位青年学者的勤奋感到高兴。

我于1945年从美国哈佛大学回到国立武汉大学担任教职，迄今已近60年。其间虽然由于“左”倾路线和“文化大革命”的干扰和破坏，我国的国际私法教学研究陷入长期的停顿状态，但是自从党的改革开放政策实行以后，我国国际私法学科还是从无到有、从弱到强，获得了长足的发展。国际私法的理论体系得以建立，国际私法立法也逐步完善。

当然，我国目前的国际私法研究工作也存在很大不足，主要是理论与实践结合得还不够紧密，甚至有些脱节。本书的作者充分认识到这一点，在这本著作当中，他们运用了“案例教学”的方法，通过对我国司法机关作出的50多个典型案例的分析，深入浅出地阐释了国际私法原理，使本书具有较强的实用性。

本书两位作者虽然年轻，但都长期致力于国际私法研究，具有较为深厚的理论基础和丰富的教学经验。杜涛同志在武汉大学攻读博士学位期间，我曾经担任他的导师。我希望他们在今后的教学和科学研究工作中取得更大更多的成绩。

韩德培*

2003年9月21日于安徽黄山

* 韩德培，1911年生，中国国际法学会名誉会长，中国国际私法学会名誉会长，武汉大学终身教授。

前 言

本书是在我们多年学习、研究和讲授国际私法课程的基础上写成的一部国际私法著作,也是为了响应复旦大学提出的创建“研究性大学”和“世界一流大学”的号召,专门针对复旦大学学生而精心写作的一本国际私法教材。

在当前已经有多种权威国际私法教材流行坊间的情况下,为什么我们要不避重复地另起炉灶呢?主要在于我们对我国目前的国际私法教学有一些自己的想法,希望能够提出来与专家学者探讨。我们的这些想法体现在书中,也正是本书所具有的一些特色。

首先,本书坚决贯彻国际私法的“中国化”,或曰“本土化”。当前我国国际私法教材乃至国际私法教学中存在的一个突出问题就是过于“洋化”,而又“食洋不化”。正如我国一位年轻学者所总结的那样:“中国国际私法理论缺乏中国视角,已经严重阻碍了中国国际私法研究的深化,也严重妨碍了国际私法的推广”,“在现阶段,国内的一些国际私法教材虽然不乏中国立场,但都是附带介绍,甚至对现行法的介绍也很不全面,中国案例更是一个都没有。国内有些研究实在法的国际私法著述,不以任何特定国家或组织的立法与司法实践为立足点,简直就像‘空降兵’,又仿佛是飘荡于地球上空的云彩。这种做法国际上也比较罕见,这样的知识是否是真正的知识,能否落地生根并开花结果,是可疑的。事实上,由于缺乏基于独立视角的整合,中国国际私法学界沉湎于引进国外的新动态与新观点,而无论其是否可靠,是否很细微,都使得中国

国际私法研究更像是一件斑驳的‘百衲衣’，结果反而加剧了中国国际私法学的边缘化。”^①这种批评意见虽然有些苛刻，但是确实反映了我国国际私法所面临的尴尬局面。中国国际私法经过老一辈学者的努力，经过 20 多年立法和司法实践的发展，已经在充分借鉴外国经验的基础上，逐渐形成了较为完整的理论和立法体系。但是现在的一个艰巨任务就是，如何运用这些理论和法律规范来解决中国的实际问题？我们认为，由于我国现行国际私法立法尚不完备，而且我国正在进行《民法典》（包括国际私法）的起草工作，因此在法学著作中针对我国国际私法立法的不足适当地介绍外国的立法和实践经验是必要的，但绝不能局限于此，而应当根据中国的现实，从中国的视角，解决中国的具体问题。基于此种考虑，本书不再像许多其他教材那样将重点放在对各种外国理论观点的介绍上面，而是完全以中国立法为依据，以中国司法实践为“操作平台”，适当参照国外先进立法经验，充分体现国际私法的“中国化”。

其次，本书将尽力体现国际私法的“实用化”。“实用化”是国际私法“中国化”的具体要求。没有“实用化”就谈不上“中国化”。国际私法是一门理论性非常强的学科。在我们的教学实践当中，学生们也一再反映了这一问题。我们认为，法律不是理论家掌中的玩物，而是实践家手中的工具。国际私法与其他实在法部门一样，是用来解决现实中发生的具体法律问题的。国际私法之所以给人以过于理论化的印象，正是现行国际私法教材在编写方法上脱离实际的结果。我国国际私法学者经常批评司法实践部门在受理涉外民商事案件时不用国际私法或者不会用国际私法。从本书中所列举的我国法院判决的国际私法案例来看，也确实存在这样的问题。但是我们往往忽视了，为什么会发生这样的情况？是我

^① 宋连斌：“浅析司法实践对中国国际私法研究方法的挑战”，载《法学论坛》2003 年第 3 期。

们的法官素质不高吗?事实上,经过多年来的司法改革,我国现有的法官大多数均经过了正规法律院校的学习或培训,而国际私法作为国家规定的基本课程之一,是他们必须要学习的。然而国际私法还是得不到很好的运用,这就说明我国的国际私法教学存在严重的脱离实际的毛病,学生学习了国际私法,但还是不知道如何运用。本书为了克服这一问题,将吸收“案例教学法”的经验,采用“以案说法”的方式,使国际私法回归“实用性”。为此目的,本书收集了我国法院最近几年来所判决的数十个有关国际私法的经典案例,并对其进行了详尽的分析、评论。希望能够对学生掌握国际私法的原理并学以致用有所帮助。许多案例中所反映出来的问题,都是我国传统国际私法教科书中没有涉及的,但是在现实生活中具有非常典型的意义。

最后,本书将致力于建立中国的国际私法“注释法学”。新中国国际私法的发展历史非常短,只是到了20世纪80年代中期才开始进行比较正规的国际私法立法。正因如此,导致我国早期的国际私法教材大多属于“理论法学”,而缺乏“注释法”的传统。然而,随着我国立法进程的加快,有关的国际私法立法规定越来越丰富和完善,我们越来越有必要对我国现行的国际私法立法进行科学、系统的梳理和注释,一方面是为了便于实际部门的运用,另一方面也是为了适应我国正在进行的《民法典》(国际私法编)的编纂的需要。国际私法要摆脱“空中楼阁”的印象而回归“人间大地”,必须依赖于“注释法学”的兴盛。我国其他法律部门如刑法、民法等,均早已开始这方面的工作,并取得了诸多成就。我国国际私法学者必须奋起直追。

本书初稿由杜涛撰写第一章至第十六章,陈力撰写第十七章,最后由两位作者共同修改完成。需要说明的是,尽管我们在此提出了许多设想,但仅仅通过这样一本小书是根本不可能实现的。本书充其量只是一本抛砖引玉之作。我们的体系、逻辑思路、观点

和结论,作为一家之言,希望能够得到专家学者和读者们的批评指正。事实上,本书中的许多观点正是在我们的教学中通过与复旦大学众多聪颖而勤奋的学生的广泛交流和讨论才得以现在的形式出现的。尤其需要指出的是,晚近国外的国际私法理论和立法实践均有诸多新的发展,尤其是近几年来,许多国家纷纷制定或修订了本国的国际私法立法。对于这些新的发展,本书给予了极大关注。另外,我国最近几年来国际私法学界和实务界也取得了重大的进步,诞生了一大批优秀的成果。本书及时吸收了国内外的这些新的理论和实践,力争使本书无论从体系上还是具体内容上均能够与国际保持同步,并且反映出我国国际私法的最新水准。因此,我们要感谢所有对本书中的观点作出贡献的人,特别是本书中所引用的众多学者、同仁。

感谢复旦大学领导、法学院领导、国际法学科组负责人对本书的写作和出版给予的鼓励、支持和帮助。张乃根教授始终关心着本书的写作,复旦大学出版社的张永彬副总编对本书的体系和内容提出了指导意见,孙南申教授认真审阅了初稿,并提出了宝贵的修改意见,特致谢意!尤其要感谢著名法学家韩德培教授对我们多年的鼓励和教导。韩老不顾高龄,欣然为本书作序,此中深情,我辈当永生铭记。

作者

2004年6月于复旦园

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
一、国际私法的调整对象	3
二、国际私法的调整方法	6
三、对国际私法调整对象的再思考	8
第二节 国际私法的范围	10
一、关于国际私法范围的不同观点	10
二、本书的观点：中义国际私法观点	12
三、国际私法的规范	14
第三节 国际私法的名称与定义	18
一、国际私法的名称	18
二、国际私法的定义	23
第四节 国际私法的意义与性质	24
一、国际私法的意义	24
二、国际私法的性质	27
第五节 国际私法的体系	32
一、国际私法的国内立法体系	32

二、国际私法理论体系	33
第六节 国际私法与其他法律部门之间的关系	34
一、国际私法与民法	34
二、国际私法与国际公法	34
三、国际私法与国际经济法	35
四、国际私法与比较法	37
五、国际私法与区际私法	39
六、国际私法与人际私法、时际私法	41
第二章 国际私法的渊源	44
第一节 概论	44
第二节 国内渊源	45
一、国内立法	45
二、最高人民法院司法解释	49
三、国家政策	51
四、国内判例	52
五、习惯	53
六、学者学说	54
第三节 国际渊源	55
一、概论	55
二、国际私法条约	56
三、国际惯例与国际习惯	60
第三章 国际私法的历史	70
第一节 古代	70
一、古代对外国人法律人格的否定	70
二、古代国际私法的萌芽——条约	71
三、罗马法,万民法	71
第二节 中世纪	72
一、中世纪早期,法律的属人性	72

二、中世纪中晚期,封建时代法律的属地性	73
三、注释法学派	74
第三节 法则区别理论	76
一、意大利法则区别学说的先驱	76
二、法国法则区别学派	81
三、荷兰法则区别学派	85
四、德国法则区别学派	86
第四节 18 世纪末和 19 世纪初的各国国际私法立法	88
一、1756 年《巴伐利亚民法典》	88
二、1794 年《普鲁士普通邦法》	89
三、1804 年法国《民法典》和 1811 年奥地利《民法典》	91
第五节 对法则区别理论的克服与现代冲突法理论的 诞生	91
一、对法则区别理论的批判	91
二、孟西尼与“国籍原则”	96
三、萨维尼与现代国际私法的诞生	96
第六节 二战前的英美冲突法历史	103
一、起源	103
二、约瑟夫·斯托瑞	106
三、“既得权理论”	108
四、法律现实主义与“本地法说”	111
第七节 当代国际私法理论和方法的新发展	114
一、美国冲突法革命	114
二、美国“冲突法革命”的原因分析	117
三、美国现代冲突法理论与欧洲国际私法理论的区别	118
四、欧洲大陆国际私法的新发展	120
五、当代国际私法发展的趋势	128
第八节 国际私法在我国的传播与发展	130

一、十九世纪末国际私法在中国的初次引进	130
二、二十世纪初中国引进外国国际私法学说的高潮	132
三、20 世纪 30 年代中国国际私法的发展	135
四、新中国成立后国际私法的发展	137
第四章 外国人的民事法律地位	140
第一节 概论	140
第二节 外国人的民事法律地位制度	141
一、国民待遇	141
二、最惠国待遇	142
三、互惠待遇	142
四、不歧视待遇	143
第三节 外国人在我国的民事法律地位	143
一、外国人在我国的民事法律地位的历史变迁	143
二、外国人在中国的民事法律地位	144

第二编 冲 突 法

第五章 法律冲突与冲突规范	151
第一节 法律冲突的概念	151
一、法律冲突的含义	151
二、国际私法上的法律冲突产生的原因	154
三、国际私法解决法律冲突的方法	157
第二节 冲突规范	158
一、冲突规范的概念	158
二、冲突规范的结构	159
三、冲突规范的类型	160
四、冲突规范与“地域适用范围规范”的关系	164
第三节 连结点	170

一、基本概念	170
二、连结点的分类	171
三、准据法	172
四、几种重要的连结点	174
第六章 冲突法的一般问题	193
第一节 识别	193
一、识别的概念	193
二、识别问题产生的原因	195
三、解决识别冲突的方式	196
四、结论和我国的实践	201
第二节 先决问题	204
一、概念	204
二、先决问题的构成要件	205
三、先决问题准据法的确定	206
第三节 反致	208
一、概论	208
二、反致的概念	210
三、反致产生的条件	211
四、关于反致的理论分歧	212
五、不能采用反致的情况	214
六、各国关于反致的立法分歧	216
七、我国在反致问题上的立法和实践	217
第四节 外国法律的适用	219
一、外国法的性质和适用外国法的理由	219
二、外国法的查明和举证义务	220
三、外国法无法查明时的处理	227
四、外国法的解释	230
五、适应问题	231

六、准据法的改变	235
七、外国法错误适用后的救济	237
第五节 冲突规范所指引的准据法适用的例外	239
一、法律规避	239
二、公共秩序保留	242
三、“强行规范”的适用问题	253
四、“例外条款”理论	261
第七章 自然人与法人	267
第一节 自然人的权利能力	267
一、自然人的权利能力概述	267
二、自然人一般权利能力的准据法	269
三、自然人特别权利能力的准据法	270
四、宣告失踪和宣告死亡	271
第二节 自然人的行为能力	272
一、自然人行为能力概述	272
二、自然人行为能力的准据法	273
三、禁治产宣告的管辖权与准据法	275
第三节 自然人的人身权	277
一、人身权的概念和法律冲突	277
二、人身权的法律适用	277
第四节 法人	279
一、法人的国籍	279
二、法人的住所	281
三、外国法人的认许	282
四、法人的属人法	285
第八章 法律行为、代理与时效	293
第一节 法律行为	293
一、法律行为的概念与法律适用	293

二、法律行为形式的准据法	294
第二节 代理	297
一、代理的概念和法律冲突	297
二、代理的法律适用	299
第三节 时效	316
一、时效的概念	316
二、时效的法律适用	317
三、中国的立法与实践	318
第九章 物权	321
第一节 概论	321
第二节 物之所在地法原则	322
一、概论	322
二、适用范围	324
三、特殊物权关系	325
第三节 准据法的改变	330
一、适用何时的“所在地法”	330
二、既得权的保护	331
三、取得时效问题	332
第四节 有形证券的物权	332
一、概念	332
二、法律适用	333
第十章 知识产权	338
第一节 概论	338
一、知识产权的概念	338
二、属地性原则	340
第二节 知识产权的法律适用	340
一、概论	340
二、商标权与专利权	341

三、著作权	343
第三节 知识产权合同	346
第四节 知识产权侵权	346
第五节 中国的立法与实践	348
第十一章 债权	353
第一节 概论	353
第二节 合同之债	354
一、当事人意思自治原则	354
二、当事人意思自治原则与《联合国国际货物 销售合同公约》在我国适用	365
三、当事人意思自治与准据法的改变问题	369
四、当事人没有选择法律时的法律适用	370
五、合同准据法的适用范围	375
六、合同的特殊方面	375
七、特殊合同的法律适用	377
第三节 涉外票据关系	392
一、概论	392
二、票据法律适用的基本原则	393
第四节 信托	396
一、信托的概念和性质	396
二、信托的法律适用——海牙《信托公约》	397
三、我国的立法与实践	400
第五节 不当得利和无因管理	403
一、不当得利	403
二、无因管理	407
第十二章 侵权行为	411
第一节 概论	411
一、侵权行为和侵权行为法的概念	411