



高等教育法学专业案例教材

国际私法学案例教程

GUOJISIFAXUE ANLI JIAOCHENG

李双元 蒋新苗 编著

 知识产权出版社

高等教育法学专业案例教材

国际私法学案例教程

李双元 蒋新苗 编著

知识产权出版社

图书在版编目(CIP)数据

国际私法学案例教程/李双元,蒋新苗编著. - 北京:
知识产权出版社,2004.4
高等教育法学专业案例教材
ISBN 7-80011-987-4

I. 国… II. ①李…②蒋… III. 国际私法-案例
高等学校 教材 IV. D997

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 029067 号

本书的所有版权受到保护,未经出版者书面许可,任何人不得以任何
方式和方法复制抄袭本书的任何部分,违者皆须承担全部民事责任及
刑事责任。

高等教育法学专业案例教材

国际私法学案例教程

李双元 蒋新苗 编著

责任编辑:王润贵 汤腊冬

文字编辑:唐学贵 责任校对:董志英

装帧设计:段维东 责任出版:杨宝林

知识产权出版社出版、发行

地址:北京市海淀区马甸南村 1 号

通信地址:北京市海淀区蓟门桥西土城路 6 号 邮编:100088

<http://www.cnipr.com>

(010)82000893 (010)82000860 转 8101

北京国防印刷厂印刷

新华书店经销

2004 年 5 月第一版 2004 年 5 月第一次印刷

710mm×965mm 1/16 印张:25.625 字数:483 千字

印数:1~5 000 册

ISBN 7-80011-987-4/D·240

定 价:35.00 元

如有印装质量问题,本社负责调换。

内 容 提 要

本书以典型的、前沿性的、带规律性的案例为导向,全面而系统地阐述了国际私法的基本理论与实践。该教材以教育部高等学校法学学科教学指导委员会审定的《国际私法教学基本要求》为蓝本,吸收了国内外有关国际私法理论与实践的最新成果,准确地阐述国际私法的基本概念、基本理论、基本原则和具体制度,注重理论与实践的有机结合,力求科学性、准确性、实践性、逻辑性和稳定性的有机统一,同时也努力反映司法实践中出现的新问题,反映最新的立法和最新的司法解释。全书文字简明、语言流畅、可读易解,在体系排列和内容设置上坚持系统性、新颖性、针对性和通俗性的有机结合。

本书适合作为全日制高等学校法律专业国际私法的教学用书,也可用于法律专业自学考试教材,还可作为法学理论研究人员、法律工作者,特别是从事涉外法律工作的律师、法官、仲裁员以及社会各界法学爱好者的参考资料。

出版说明

法学是一门应用性很强的学科。法学教育的重要目标之一,是培养学生运用法学知识解释法律现象、解决法律问题的能力。因此,在法学教育中,理论和实践相结合的教学方法具有特别重要的意义。实践证明,案例教学既是法学教育的重要内容,也是法学教育的重要方法。在英美法系各国,法院判例具有立法的功能,是法学专业师生必须研究和学习的重要法律知识,案例教学也是他们进行法学教育的主要方法。在我国,案例教学法近年来也日渐得到广泛运用并受到法学专业广大师生的普遍欢迎,在我国法学教育中占据了越来越重要的地位。案例教学法的实施与推广,已成为深化各层次法学教育改革的重要方面。与此相联系,案例教材的建设成为法学教材建设的重要组成部分。为及时反映近年来我国法学教育改革的新成果,更好地满足高等法律院校法学教育的需要,我们组织编写了这套《高等教育法学专业案例教材》(以下简称《案例教材》)。

本《案例教材》的基本目标是:通过案例评析丰富和活跃法学教育的课堂,激发学生对于法律问题的兴趣和解决法律问题的欲望,帮助学生加深对法学理论以及各学科知识要点与难点的理解,提高他们批判、分析、推理和解决实际问题的能力,实现各法律学科知识体系的融会贯通。

本《案例教材》包括以下 27 分册:

1. 宪法学案例教程;
2. 行政法学案例教程;
3. 行政诉讼法学案例教程;
4. 法律逻辑学案例教程;
5. 刑法学案例教程;
6. 刑事诉讼法学案例教程;
7. 民法总则案例教程;
8. 物权法学案例教程;
9. 侵权行为法案例教程;
10. 合同法学案例教程;
11. 知识产权法学案例教程;

12. 婚姻家庭与继承法学案例教程;
13. 环境与自然资源法学案例教程;
14. 劳动法学案例教程;
15. 公司法案例教程;
16. 证券法学案例教程;
17. 经济法概论案例教程;
18. 税法案例教程;
19. 金融法学案例教程;
20. 保险法学案例教程;
21. 民事诉讼法案例教程;
22. 仲裁法学案例教程;
23. 证据法学案例教程;
24. 国际法学案例教程;
25. 国际私法学案例教程;
26. 国际经济法学案例教程;
27. 海商法学案例教程。

这套教材具有以下特点:

(1)读者定位:为高等法律院校教学科研人员、本科及其以上学生。

(2)门类构成:覆盖了现今能够进行案例教学的主要法律学科。

(3)作者的选择遵循了以下原则:①各科作者或主编,均为本学科的带头人,学术骨干,对本学科有较深的造诣;②各科作者或主编的分布面广,基本是从相关院校最强的专业中聘请,不只限于某一个院校或单位;③各科作者或主编,均为从事(过)一线教学工作的教授(含兼职教授);不具有教授职称的,至少为从事一线教学工作的副教授,且具有法学博士学位。

(4)各科体例:与作者或主编认可或正在使用的部级以上最新统编教材的体例大体一致。但根据案例教材的特点灵活掌握,特殊情况下自成体例。

(5)各科所选案例,在内容上覆盖了本学科的基本概念、基本知识、基本理论(“三基”),并有助于广大师生掌握重点、难点、疑点(“三点”)。为方便读者提纲挈领地掌握各学科基本知识,各章之下均设有“本章知识点概要”,提炼出各章的基本知识点,尔后围绕这些知识点选择出典型案例,通过对案例的评析,系统阐释各学科的基本内容。为达到“以案学法”的目的,每一个案例均包括[案情摘要]、[法律

问题]、[参考结论]、[法理、法律评析]等几个部分,并重点突出法理分析部分,以提升《案例教材》的深度。

这套《案例教材》由著名法学家江平教授担任编委会主任并亲自作序,作者和主编分布在中国政法大学、中国人民大学、清华大学、武汉大学、厦门大学等 10 多家单位,且均为各自领域有造诣的专家学者,他们为本套教材的孕育和诞生倾注了大量的心血。在此,我们对江平教授及各位主编、作者的鼎力支持表示衷心的感谢。

由于时间仓促,加上我们组织编写案例教材的经验不多,这套教材从编写方法到内容设置,肯定还存在诸多不足,恳请读者和专家不吝赐教,以帮助我们不断完善,并在再版时修正。

本《案例教材》适于法学专业本科以上(含本科)师生教学使用,也适于参加国家司法考试、法硕联考的考生以及律师、法官、仲裁员等法律职业人士参考使用。

知识产权出版社

2003 年 5 月

总 序

从司法审判角度来看,在英美法国家和地区,案例可以成为判例,判例就是法源。学习判例就是学习法律,判例就是个案化的法律。通过判例而掌握法律不仅简单、明确,而且更有利于司法审判尺度的统一。大陆法国家和地区对判例的作用越来越重视,许多地方已经明确,可以把某些判例作为法院判案的依据,判例具有“准法律”的作用。

从法律教育角度来看,在英美法国家和地区普遍实行案例教学法,通过剖析一个个案例来掌握法律的精神和适用。在大陆法国家和地区,案例教学的性质与英美法国家和地区不同,但其作用有异曲同工之处,受到学生的广泛欢迎。

我国法学教育发展甚快,案例教学不仅适合在校学习的学生,更适合自学、函授学生的教育。但是,中国既不是判例法国家,也不是判例具有法律或“准法律”性质的国家,因此,没有现成的、具有法律或准法律性质的案例。最高人民法院批复或认可的“典型”案例也为数不多。故此,选择好案例就成为案例教学成败的关键。案例必须真实,虚拟的往往易生差错;案例必须典型,典型才具有普通意义。

知识产权出版社出版的这套《高等教育法学专业案例教材》就是为了适应案例教学而精心组织策划的。该系列教材包括 27 分册,囊括了现今主要的法律课程,可以说是当前众多案例教科书中

涵盖最全面的,所聘主编均是各该领域内学科的带头人,足以保障所选择案例的真实性与典型性,也足以保证对所选案例释义的准确性。

市场经济,优胜劣汰,图书市场,亦然如此。惟有精品才能占领市场,才能为读者所青睐。在此系列教材问世之际,特以此序推荐于读者!

A large, stylized handwritten signature in black ink, appearing to read '江平' (Jiang Ping).

2003年3月27日

高等教育法学专业案例教材

编委会

主任

江 平 中国政法大学原校长，第七届全国人民代表大会法律委员会副主任委员，中国政法大学终身教授、博士生导师，著名法学家

委员 (以姓氏笔画为序)

马怀德 法学博士，中国政法大学法学院院长，教授、博士生导师

卞建林 法学博士，中国政法大学研究生院常务副院长，教授、博士生导师

王昌硕 中国政法大学继续教育学院教授

王 洪 中国政法大学人文学院教授、硕士生导师

王树义 法学博士，武汉大学法学院教授、博士生导师，普通高等学校人文社会科学重点研究基地——武汉大学环境法研究所所长

司玉琢 大连海事大学法学院教授、博士生导师，中国海事仲裁委员会副主任委员，中国海商法协会副主席

江 伟 中国人民大学法学院教授、博士生导师，中国法学会诉讼法学研究会名誉会长，西南政法大学、西北政法学院、湘潭大学客座教授，最高人民检察院专家咨询委员会委员，司法部公证、律师专家咨询委员会委员

曲新久 法学博士，中国政法大学刑事司法学院刑法研究所所长，教授、博士生导师

陈大刚 美国纽约大学法学博士，中国证券监督管理委员会首席律师兼法律部主任，深圳证券交易所博士后工作站博士后指导专家，中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁员

李双元 湖南师范大学终身教授，武汉大学教授，博士生导师，第四届国务院学科评议组成员

李玉泉 法学博士，中国人民保险公司法律部总经理，北京大学、武汉大学、大连海事大学兼职教授，中国国际经济贸易仲裁委员会委员、仲裁员，中国海事仲裁委员会委员、仲裁员、专家咨询委员会委员

肖 伟 法学博士，厦门大学法学院高级经济师、硕士生导师

张树义 中国政法大学法学院宪法与行政法学研究所副所长，教授、博士生导师，普通高等学校人文社会科学重点研究基地——中国政法大学诉讼法学研究中心副主任

- 张新文** 中国证券监督管理委员会北京证券监管办事处主任, 研究员, 对外经济贸易大学兼职教授, 中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁员
- 杨立新** 中国人民大学法学院教授、博士生导师、民商事法律科学研究中心副主任, 中国法学会婚姻法研究会副会长
- 杨荣新** 中国政法大学教授、博士生导师, 普通高等学校人文社会科学重点研究基地——中国政法大学诉讼法学研究中心顾问, 民事经济司法研究中心主任
- 房绍坤** 法学博士, 烟台大学法学院院长, 教授、硕士生导师
- 费安玲** 中国政法大学民商经济法学院副院长, 教授、硕士生导师
- 郭明瑞** 烟台大学校长, 教授、博士生导师
- 高西庆** 美国杜克大学法律博士, 中国社会保险基金理事会副理事长, 中国证券监督管理委员会原副主席, 清华大学法学院教授、博士生导师
- 徐 杰** 中国政法大学教授、博士生导师
- 徐孟洲** 中国人民大学法学院教授、博士生导师、经济法研究中心副主任, 中国法学会财税法学研究会副会长
- 陶 毅** 北京航空航天大学教授、硕士生导师, 中国法学会婚姻家庭法研究会常务理事
- 梁淑英** 中国政法大学国际法学院教授、硕士生导师
- 焦洪昌** 中国政法大学法学院副院长, 教授、硕士生导师
- 樊崇义** 中国政法大学教授、博士生导师, 普通高等学校人文社会科学重点研究基地——中国政法大学诉讼法学研究中心主任

目 录

第一章 国际私法的概念	(1)
本章知识点概要	(1)
第一节 国际私法的名称与定义	(5)
第二节 国际私法的调整对象	(6)
第三节 国际私法的性质	(8)
第四节 学习国际私法的意义与方法	(10)
第二章 国际私法的范围与渊源	(16)
本章知识点概要	(16)
第一节 国际私法的范围	(18)
第二节 国际私法的渊源	(21)
第三节 国际私法的基本原则	(26)
第三章 国际私法的历史	(30)
本章知识点概要	(30)
第一节 国际私法学说史	(34)
第二节 国际私法立法史	(37)
第三节 中国国际私法的历史	(43)
第四章 外国人的民事法律地位	(47)
本章知识点概要	(47)
第一节 外国人民事法律地位的概念	(53)
第二节 外国人民事法律地位的几种制度	(58)
第三节 外国人在我国的民事法律地位	(59)
第五章 冲突规范与法律选择	(64)
本章知识点概要	(64)
第一节 冲突规范	(70)
第二节 准据法的确定	(71)
第三节 先决问题	(74)
第四节 识别	(76)
第五节 法律选择方法	(78)
第六章 外国法的适用和排除	(84)

本章知识点概要	(84)
第一节 反致制度	(92)
第二节 外国法的查明和适用	(97)
第三节 法律规避	(100)
第四节 公共秩序保留	(103)
第七章 自然人	(108)
本章知识点概要	(108)
第一节 自然人的国籍冲突	(112)
第二节 自然人的住所冲突	(114)
第三节 自然人权利能力和行为能力	(121)
第八章 法人	(127)
本章知识点概要	(127)
第一节 法人的国籍与住所	(131)
第二节 外国法人的认许	(132)
第三节 法人权利能力与行为能力	(138)
第九章 法律行为和代理	(143)
本章知识点概要	(143)
第一节 法律行为	(145)
第二节 代理	(149)
第十章 物权	(153)
本章知识点概要	(153)
第一节 物之所在地法原则	(159)
第二节 国有化及其补偿问题	(165)
第三节 国际破产	(169)
第四节 信托	(174)
第十一章 知识产权	(180)
本章知识点概要	(180)
第一节 知识产权上的冲突规则	(188)
第二节 知识产权的国际保护	(194)
第三节 我国有关知识产权国际保护的立法	(198)
第十二章 合同	(206)
本章知识点概要	(206)
第一节 当今国际社会解决合同法律适用的方法	(211)
第二节 合同准据法的确定与适用	(215)

第三节 合同形式与缔约能力的法律适用·····	(219)
第四节 中国关于涉外合同法律适用的实践·····	(223)
第十三章 国际经贸关系中的几种主要合同 ·····	(225)
本章知识点概要 ·····	(225)
第一节 国际货物买卖合同的法律适用·····	(233)
第二节 国际货物运输合同的法律适用·····	(239)
第三节 国际贸易支付的法律适用·····	(251)
第四节 国际技术转让合同的法律适用·····	(254)
第五节 国际私人直接投资合同的法律适用·····	(256)
第六节 国际贷款协议的法律适用·····	(258)
第十四章 法定之债 ·····	(261)
本章知识点概要 ·····	(261)
第一节 侵权行为的法律适用·····	(268)
第二节 几种特殊的侵权行为的法律适用·····	(269)
第三节 不当得利和无因管理的法律适用·····	(273)
第十五章 涉外婚姻家庭关系的准据法 ·····	(278)
本章知识点概要 ·····	(278)
第一节 涉外结婚的法律适用·····	(291)
第二节 涉外离婚的法律适用·····	(294)
第三节 涉外夫妻关系的法律适用·····	(296)
第四节 涉外亲子关系的法律适用·····	(301)
第五节 涉外收养的法律适用·····	(303)
第六节 涉外监护的法律适用·····	(307)
第七节 涉外扶养的法律适用·····	(309)
第十六章 遗嘱与继承 ·····	(312)
本章知识点概要 ·····	(312)
第一节 遗嘱的法律适用·····	(318)
第二节 法定继承的法律适用·····	(321)
第三节 无人继承财产的法律适用·····	(322)
第十七章 国际民事诉讼法 ·····	(324)
本章知识点概要 ·····	(324)
第一节 国际民事诉讼程序概论·····	(332)
第二节 外国人与外国国家及其财产的诉讼地位·····	(333)
第三节 国际民事诉公司法管辖权·····	(335)

第四节	期间、财产保全与诉讼时效	(339)
第五节	国际民事司法协助	(344)
第六节	外国法院判决的承认与执行	(345)
第十八章	国际商事仲裁	(346)
本章知识点概要		(346)
第一节	国际商事仲裁的概念和特点	(356)
第二节	国际商事仲裁机构	(357)
第三节	仲裁协议	(361)
第四节	国际商事仲裁中的法律适用	(365)
第五节	仲裁程序	(366)
第六节	国际商事仲裁裁决的承认与执行	(381)
主要参考文献		(391)
后记		(393)

第一章 国际私法的概念

本章知识点概要

一、国际私法的名称

国际私法(Private International Law)作为调整各种含有涉外因素的民商事关系的一个独立的法律部门,也是现代法学中历史较为悠久的学科之一。德国国际私法学家科恩(Franz Kahn)曾明确指出:国际私法是“从书名页起就有争论的一个法律学科”。一般来说,大陆法系各国比较普遍地称之为“国际私法”(Private International Law),而普通法系各国则更多地称其为“冲突法”(Conflict of Laws)。远在 13、14 世纪,国际私法学的创始人、意大利注释法学派的代表人物巴托鲁斯(Bartolus)最先使用了法则区别说这一术语。不仅意大利的大部分国际私法学者接受和使用这一名称,而且法国和荷兰的许多国际私法学者也相继认可和使用“法则区别说”来称谓国际私法。由于巴托鲁斯(Bartolus)主要是从区别“法则”(Statuta)的性质入手来确定它们是否可以在域外适用,故当时的国际私法学被称为“法则区别说”(或“法则说”)。冲突法(Conflict of Law)是荷兰学者罗登伯格(Rodenburg)最早提出来的。1653 年,他在《关于婚姻的法则或因习惯冲突而产生的法律问题》一书中,第一次使用了“冲突法”(De Conflictu Legum)这一名称。美国国际私法学的奠基者斯托雷是最早在其著作中提出私国际法(Private International Law)这一术语的,但他自己并未用它来作为书名,相反,他仍采用欧洲大陆 17 世纪荷兰学者首倡的“冲突法”(De Conflictu Legum)这个名称。首先用“私国际法”这个名称的是法国学者弗利克斯(Foelix),他正式使用“Droit International Prive”来称谓这一法律部门。真正称“国际私法”(Internationales Privatrecht)的却是德国学者谢夫纳(Schaeffner),1841 年,他在一本研究国际私法的历史的著作《国际私法的发展》中首先称这一法律部门为“Internationales Privatrecht”,而直译为英文,则成了“International Private Law”。19 世纪中叶,萨维尼(Savigny)则认为这个法律部门是规定法律的场所效力的,所以又把国际私法学称为“法律的场所效力论”(Die Reaumliche Herrschaft Der Rechtsnormen)。

对于国际私法这个法律部门的称谓,即使在英、美学者之间也是存在差异的。尽管“Private International Law”这个名称为美国学者斯托雷所首倡,但直到今天,“冲突法”(Conflict of Laws)在美国却使用得更广泛。而在英国,这两个名称的使用率几乎不分轩輊,例如英国两部最重要的关于这个法律部门的巨著,戴西和莫里斯的取名为

《冲突法》，而威希尔和诺思的却取名为《国际私法》。究其原因，很重要的一点是美国的这个部门法主要是为解决它自己的各个州之间的法律冲突的，自不宜称为“国际私法”，而英国却不完全如此。这一点，同样可以解释欧洲国家比较普遍地使用“国际私法”这个名称的原因。就国际私法的立法来说，德国最早称之为“民法施行法”，日本称为“法例”，泰国和荷兰则称为“国际私法”，我国台湾地区则沿袭旧中国的立法而称为“涉外民事法律适用法”。就我国目前大多数学者的观点来看，通说主张使用“国际私法”这一名称。

二、国际私法的定义

由于对国际私法的调整对象、功能、方法及范围的理解不同，中外学者从不同角度给国际私法下过种种定义。美国学者比尔(Beale)曾写了一本《冲突法专论》(Treaties on the Conflict of Laws, 1935)，他在著作中收集了不同学者从不同侧面给国际私法下的定义，而在比尔之后，又有各种各样的新定义出现。从古今中外有关国际私法的定义中可知，为了全面、客观地理解和把握国际私法这一法律部门或法律学科的内涵与外延，可从统览国际私法的调整对象、功能、方法及范围的本质特点的角度将其定义为：国际私法是以涉外民商事法律关系为调整对象，以解决法律冲突为中心任务，以冲突规范为最基本的规范，同时包括规定外国人民商事法律地位的规范、避免或消除法律冲突的统一实体规范以及国际民事诉讼与仲裁程序规范在内的一个独立的法律部门。

三、国际私法的调整对象

从国际私法产生历程与其发挥的最具本质意义的功能和作用来看，国际私法与其他部门法的根本区别就在于其调整对象为涉外民商事法律关系(Civil and Commercial Legal Relations Involving Foreign Elements)，或者称国际民商事法律关系(International Civil and Commercial Legal Relations)，或者称国际私法关系(Relations of Private International Law)。所谓涉外民商事法律关系，是指基于国际社会的人流与物流而产生的一种社会关系，即在民商事关系的主体、客体和权利义务据以发生的法律事实中至少有一个因素与外国有联系或含有跨国性。通说认为，在处理涉外民商事关系时之所以会产生法律适用上的冲突，主要存在以下四个方面的条件或原因：一是在现实生活中大量出现含有涉外因素的民商事关系；二是所涉各国民商法上的规定并不完全相同；三是各主权国家的司法权独立；四是各主权国家为了发展对外经济贸易关系，需要赋予外国人在内国的平等的民商事权利地位，并且在一定范围内承认所涉外国法的域外效力(Extraterritorial Effect)。就这四个条件来看，前二者可以说是发生法律冲突的客观原因，但如主权国家在这样的现实生活面前不采取后面两项政策，则法律冲突仍然是不会发生的。

由于各国民法规定的不同，加上内国法院在处理涉外民商事关系时，又承认外国民法的域外效力，这就产生了法律适用上的冲突。有学者曾指出：这种法律适用上的