



学术教科书



国际私法

徐冬根 著

International
Private Law



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



学术教科书

International
Private Law

国际私法

徐冬根 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

国际私法/徐冬根著. —北京:北京大学出版社, 2009. 2

(学术教科书)

ISBN 978 - 7 - 301 - 14924 - 9

I. 国… II. 徐… 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(2009)第 010072 号

书 名: 国际私法

著作责任者: 徐冬根 著

责任编辑: 郭端洁 周 菲

标准书号: ISBN 978 - 7 - 301 - 14924 - 9/D · 2241

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.pup.cn> 电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

出版部 62754962

印 刷 者: 北京大学印刷厂

经 销 者: 新华书店

730 毫米 × 980 毫米 16 开本 34.5 印张 654 千字

2009 年 2 月第 1 版 2009 年 2 月第 1 次印刷

定 价: 50.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010 - 62752024 电子邮箱: fd@pup.pku.edu.cn

内 容 简 介

本教材系为配合国际私法“双语”课程的教学而撰写和出版的学术性教科书。本教材每章正文内容之前均设有“本章主题词”和“本章导读”,对该章的核心内容作出提出和概括。本教材对相关专业术语均加注了对应的英语术语,对基础性的和重要的专业术语导入了英语的定义、解释或释义,对基本理论和原理导入了英语解说,对重要案例导入了英语的事实陈述与英语的法官判决意见和判决理由。在各章正文内容之后,安排有“思考题”、“重要术语提示与中英语对照”、“推荐阅读文献”和英语的“扩展阅读资料”,以起到贯通国际私法课程中文教材和英语教材的桥梁作用。

本教材的主要内容包括国际私法的基本原理、国际私法的基本制度、国际私法的立法发展、国际私法的理论学说、国际私法的法律选择方法、国际私法法律关系的主体、国际婚姻家庭关系的法律适用、国际财产关系的法律适用、国际知识产权的法律适用、国际侵权行为的法律适用、国际合同关系的法律适用、国际商事关系的法律适用、国际支付关系的法律适用、国际金融关系的法律适用、国际民商事司法管辖权概论、国际互联网纠纷的管辖权、外国法院民商事判决的承认与执行等十七章。附录部分包括三项内容:国际私法文献与资料扩展网络资源、新世纪中国出版的国际私法著作与教材和最新英语国际私法学术文献。

本教材可以作为高校国际私法课程的教材,尤其适合作为国际私法“双语”教学的教材,也可以作为法学专业本科生和研究生学习和学术研究的重要参考文献。

作者简介

徐冬根 1961年12月出生,上海市人,瑞士弗里堡大学法学博士,现任上海交通大学法学院教授、博士研究生导师、国际法研究所所长、国际法学科带头人,中国国际私法学会副会长、中国国际经济法研究会常务理事、上海市法学会国际法研究会副总干事、民盟上海市委法制委员、《中国国际私法与比较法年刊》编委、国家教育部新世纪优秀人才支持计划入选者、上海市十大优秀中青年法学家、曙光学者、上海市凌云永然律师事务所律师。

曾任瑞士比较法研究所访问学者、美国旧金山大学访问教授、美国天普大学访问教授、加拿大蒙特利尔大学访问教授、法国鲁昂大学访问教授。曾在美国旧金山大学主讲中国商法课程(英语授课),被海牙国际法学院(Hague Academy of International Law)聘为课程主讲教授,讲授比较国际私法课程(法语授课)。

主持多项全国哲学社会科学研究项目和省部级研究项目。专长国际私法、国际金融法和国际商法的教学、研究和实务工作。在国内外出版专著和合著20本,发表学术论文100多篇。代表著作有《国际私法趋势论》、《中国国际私法完善研究》、《上海国际金融中心法制环境研究》、《浮动担保比较研究》、《国际金融法》、《信用证法律与实务研究》、《国际金融法律与实务研究》、《美国证券法律与实务研究》、《国际信贷的法律保障》、《国际经济法论》、《WTO规则解析》等著作,在瑞士出版法文著作 *Le droit international privé de la responsabilité délictuelle: Evolution récent et la loi chinoise*,在荷兰《海牙国际法演讲集》第270卷发表10多万字的法文论文 *Le droit international privé en Chine: Une perspective comparative*,在法国 *Journal du Droit International* 发表法文论文 *Chronique de jurisprudence en Chine* 等。多项科研成果分别获得教育部、司法部、上海市哲学社会科学研究优秀成果奖,多篇学术论文被中国人民大学报刊复印资料《国际法学》和《中国国际法法学精粹》等全文转载。

曾获上海市劳动模范、宝钢优秀教师奖、上海市优秀青年教师奖和上海市育才奖等荣誉。

序 言

本教材《国际私法》是中华人民共和国教育部新世纪优秀人才支持计划项目的立项教材和北京大学出版社《学术教科书》系列中的一种。作为教育部新世纪优秀人才支持计划项目的人选者和上海交通大学法学院国际法学科的带头人,本教材作者从2003年起即开始在上海交通大学法学院积极推动国际法学科的“双语”教学。目前,上海交通大学法学院已经规划和开出了国际金融法、国际经济法、国际公法、国际私法等多门课程的“双语”教学。本教材《国际私法》系专为“双语”课程教学的需要而撰写和出版的学术性教科书。

本教材具有以下特点:

第一,专业英语文献丰富。作者在本教材中,从“双语”教学的特点出发,对国际私法课程中所涉及的专业术语,均加注了对应的外文术语,对国际私法课程中基础和重要的专业术语导入了英语的定义、解释或释义,对国际私法的基本理论和原理导入了英语解说,对国际私法的重要案例导入了英语的事实陈述与英语的法官判决意见和判决理由。

作为为“双语”教学需要而撰写和出版的教材,本教材专门设计了“扩展阅读资料”栏目,每章都为学生精选了与该章内容密切相关的英语扩展阅读文献,使学生在学完该章的基本知识、基本原理和相关英语术语之后,通过阅读“扩展阅读资料”栏目的英语文献,巩固该章所学到的知识,同时检测自己的专业英语掌握的程度;使学生通过课堂教学和课外阅读的结合,逐步提升专业英语水平,逐渐过渡到阅读全英语的外国教科书和学术文献。

本教材在各章正文内容之后,设置了“重要术语提示与中英语对照”,对本教材中出现的英语的国际私法专业术语,所涉及的相关外国法律法规、案例、国外著名学者的姓名等,通过表格对比的方式,将中文表述与英语原文进行对照,以便学生查找和使用。

第二,文献来源权威性强。本教材所涉及的英语定义、解释和释义,外国相关法律法规条款,国际条约的条款,外国司法判决的案例,英语文献扩展阅读文献资料,均取材自原汁原味的英语权威词典、外国立法汇编、国际条约汇编、法院判例汇编,以及外国社会科学引文索引(SSCI)学术期刊中的重要学术论文和评论以及官方网站,资料的出处和来源具有相当强的权威性。

第三,教材撰写注重学术性。本教材通过脚注(footnote)的方式,在相关页面对所涉及的中文和英语文献、资料 and 数据的来源均标明出处,本教材广征博引,所涉及的注释总计达到近千个之多。这些注释提供了资料的来源出处和可以深入学习和研究的线索,使学生可以非常方便地按照注释的指引,进行更深入的学习和研究。

第四,专业扩展文献信息量大,资料性强。对于英语文献,在教材的附录部分,作者对国外近几年来(2005—2008年)发表的国际私法英语学术文献(含著作和论文)进行了梳理,选择了近八十篇著作和论文,并列出了清单,注明了作者的姓名,书名和出版年月,论文标题和刊载论文的学术文献及其出版年月;对于中文文献,在本书附录部分,作者精选了近四十部新世纪以来出版的在中国具有代表性的国际私法著作与教材,并列出清单。通过本教材所提供英语文献和中文著作教材清单,学生可以非常方便地对自己感兴趣的专题,直接查找相关的学术著作和文献,进行深入学习和研究,同时也便于学生了解和把握国内外国际私法的学术研究和司法实践的最新发展趋势。

总之,这是一部面向法学专业本科生,兼顾国际法专业研究生,全面阐释国际私法基本原理和基本知识,并以进行“双语”教学为特点的教材。本教材突出中英语的双语安排,提供关键概念的重点解释,穿插大量中英语案例及其学理解说,附录部分提供进一步深入阅读的导读文献清单,以及供学生扩展阅读的英语专业文本,注重理论与实践的结合,强调相关司法考试的知识点和法规准备,能够满足“双语”教学以及学生掌握知识和准备司法考试的双重要求。

徐冬根

2008年12月21日于上海

第一章 国际私法的基本原理 /1

- 第一节 国际私法概述 /3
- 第二节 冲突规范 /7
- 第三节 连接因素 /10
- 第四节 准据法 /12
- 第五节 国际私法的渊源 /14

第二章 国际私法的基本制度 /26

- 第一节 识别 /28
- 第二节 反致 /30
- 第三节 法律规避 /37
- 第四节 外国法查明 /39
- 第五节 公共秩序保留 /49

第三章 国际私法的立法发展 /55

- 第一节 萌芽期间的欧洲国际私法立法 /57
- 第二节 近代国际私法立法 /59
- 第三节 当代国际私法立法 /64
- 第四节 美国的两部冲突法重述 /74
- 第五节 国际私法法典化及其法哲学思想 /78
- 第六节 国际私法统一化运动 /84

第四章 国际私法的理论学说 /97

- 第一节 法则说 /99

第二节 意思自治理论 /103

第三节 近代国际私法学说 /104

第四节 当代国际私法学说 /112

第五章 国际私法的法律选择方法 /130

第一节 传统国际私法的法律选择方法 /132

第二节 最密切联系法律选择方法 /133

第三节 特征性履行法律选择方法及其法哲学思想 /142

第四节 国际私法法律选择方法的发展趋势 /154

第六章 国际私法法律关系的主体 /162

第一节 自然人的法律适用 /164

第二节 法人的法律适用 /170

第三节 国家及其财产豁免权 /178

第四节 作为国际私法主体的国际组织 /187

第七章 国际婚姻家庭关系的法律适用 /195

第一节 结婚的法律适用 /197

第二节 离婚的法律适用 /200

第三节 夫妻关系的法律适用 /203

第四节 亲子关系的法律适用 /205

第五节 收养的法律适用 /207

第六节 监护的法律适用 /209

第七节 扶养的法律适用 /212

第八章 国际财产关系的法律适用 /220

第一节 物之所在地法原则 /222

第二节 国际财产的法律适用 /226

第三节 国际财产继承的法律适用 /229

第九章 国际知识产权的法律适用 /242

第一节 知识产权法律冲突概述 /244

第二节 专利权的法律适用 /248

- 第三节 商标权的法律适用 /256
- 第四节 著作权的法律适用 /260
- 第五节 国际技术转让法律适用问题 /266

第十章 国际侵权行为的法律适用 /275

- 第一节 侵权行为地法及其演变 /277
- 第二节 侵权行为法律适用的多元化 /284
- 第三节 特殊侵权行为的法律适用 /289
- 第四节 互联网侵权行为的法律适用 /295

第十一章 国际合同关系的法律适用 /304

- 第一节 国际合同法律适用概述 /306
- 第二节 合同自体法 /308
- 第三节 合同法律适用的范围 /321
- 第四节 中国有关涉外合同法律适用的规定 /322

第十二章 国际商事关系的法律适用 /330

- 第一节 商人法及其适用 /332
- 第二节 电子商务的法律适用 /337
- 第三节 国际破产关系的法律适用 /345

第十三章 国际支付关系的法律适用 /362

- 第一节 国际票据的法律适用 /364
- 第二节 信用证的法律适用 /371
- 第三节 国际托收的法律适用 /386

第十四章 国际金融关系的法律适用 /397

- 第一节 国际贷款的法律适用 /399
- 第二节 国际担保的法律适用 /404
- 第三节 国际信托的法律适用 /412
- 第四节 国际保险的法律适用 /420

第十五章 国际民商事司法管辖权概论 /430

- 第一节 国际民商事管辖权概述 /432

第二节 属地管辖权 /433

第三节 最低限度联系与长臂管辖权 /436

第四节 其他管辖权 /442

第五节 挑选法院与不方便法院 /445

第六节 我国涉外民商事司法管辖权 /460

第十六章 国际互联网纠纷的管辖权 /469

第一节 互联网的特点及其对传统管辖权的冲击 /471

第二节 互联网管辖权理论 /481

第三节 互联网的管辖依据 /485

第四节 国外互联网管辖权的实践 /490

第五节 网络侵权的管辖权 /494

第十七章 外国法院民商事判决的承认与执行 /502

第一节 外国法院民商事判决承认与执行概述 /504

第二节 外国法院民商事判决承认与执行的理论依据 /507

第三节 外国法院民商事判决承认与执行的条件 /514

第四节 外国法院民商事判决承认与执行的程序与方式 /517

第五节 我国关于判决域外承认执行的规定 /520

第六节 内地与香港法院民商事判决的相互承认与执行 /522

附录一 国际私法文献与资料扩展网络资源 /530

附录二 新世纪中国出版的国际私法著作与教材 /532

附录三 最新英语国际私法学术文献 /535

第一章

国际私法的基本原理



本章导读

※ 国际私法的基本原理是国际私法学的理论基础。

※ 国际私法,通常有两层含义,即作为部门法的国际私法和作为研究该部门法产生、发展及其规律性以及与其邻近部门法关系等问题的国际私法学。前者是特定种类法律规范的总称,是整个法律体系中的一个独立部门;后者是指一种法学理论,是法学中的一门独立学科。

※ 国际私法作为一门独立的学科,有一个逐渐完善的过程。国际私法的名称随着国际私法的发展而呈现出多样化就是一个最好的例证;从法则说开始发展到法律冲突法、法律选择论、法律域外效力论、外国法适用论、法律适用法、涉外私法、国际民法、民法施行法、法例等。这种现象从某一个侧面反映了国际私法的发达和国际私法学术的繁荣。

※ 欧洲大陆各国普遍所称的“国际私法”,在英、美等国多称为“冲突法”。

※ 国际私法是有关国际民商事纠纷确定法院管辖权,国际民商事法律关系选择法律,以及法院判决承认和执行的法律规范和制度的总和。

※ 冲突规范,是指由国内法或国际条约规定的,指明某一国际民商事法律关系应适用何种法律的规范,因此又称法律适用规范或法律选择规范。

※ 连接因素,又称连接点,它起一种桥梁的作用,通过它把某一国际民商事法律关系与调整该民商事法律关系的特定国家的法律规范联系起来。

※ 作为国际私法的特有概念,准据法是指冲突规范所指向的、被用来调整当事人权利与义务关系的特定国家的国内实体法或国际统一实体法。

※ 国际私法的渊源是指国际私法的表现形式。国际私法的国内法渊源主要包括国内立法、国内判例和司法解释;国际法渊源主要包括国际条约和国际惯例。

※ 随着社会的发展,国际私法的范围不断扩大,渊源不断充实,国际私法的性质也在慢慢发生变化。根据经典国际私法理论,国际私法最初是国内法,国际私法越发达,其国际性因素就越强。到目前为止,国际私法虽然已完成了由国内法向兼有国内法和国际法性质的转变,但要变成完全意义上的国际法,尚需时日。因而国际私法在可预见的将来并不会完全脱离国内法制度。但随着人类社会的进步,随着国际私法趋同化进一步加强,国际私法的国际法性质将会进一步加强,其最终的性质将会是国际法。

【本章主题词】 国际私法、冲突法、冲突规范、连接因素、准据法

第一节 国际私法概述

一、国际私法的概念

国际私法(**private international law**)一词,通常有两层含义,即作为部门法的国际私法和作为研究该部门法产生、发展及其规律性以及与其邻近部门法关系等问题的国际私法学。前者是特定种类法律规范的总称,是整个法律体系中的一个独立部门;后者是指一种法学理论,是法学中的一门独立学科。本书对国际私法的阐述,既包括作为部门法的国际私法,也包括以研究国际私法规范为主并在学术层面上展开研究的国际私法学意义上的国际私法。

【释义】

private international law

Private international law in general tends to organise social relationships between private citizens or non-State organisations. Private international law is made up of mechanisms that facilitate the settlement of international disputes between the same. It answers three questions:

1. Which country's courts have jurisdiction in a dispute (i.e. conflicts of jurisdiction)?
2. Which country's substantive law is to be applied by the court hearing the case (i.e. conflict of laws)?
3. Can the decision given by the court which declared that it had jurisdiction be recognised and, if necessary, enforced in another Member State (i.e. mutual recognition and enforcement of foreign judgments)?

All these rules aim at a better coordination between legal systems and do not generally seek a particular result in a legal dispute. Private international law thus plays the part of a legal marshalling yard. Practically speaking, in an international dispute, for example, between a French tourist and an Italian hotel manager in Florence, the first question the Italian plaintiff must answer is which country's courts have international jurisdiction. It is likely that in this case the courts of Florence would have jurisdiction. Once this has been determined, this court will decide which law is applicable to the dispute. Here again it is likely that Italian law will apply. It is only when this court has passed judgment that the problem of enforcement abroad will arise. In other words, enforcement rules show how the Italian hotel manager can enforce the judgement in France where the French tourist has assets. Up to recently, each Member State had its own national rules of private international law that its courts applied without taking into consideration the fact that their

decision could contradict a court decision already rendered by a foreign court. It was therefore possible in an international dispute, depending on which country's court was chosen, that the solution to a case differed considerably. Technically such divergences were the result of classical bilateral conflicts of law rules. ①

(一) 国际私法的名称

国际私法的名称繁多,欧洲大陆各国较普遍地称之为“国际私法”,而美国等国则更多地称之为“冲突法”(law of conflict of laws)。

【释义】

law of conflict of laws

The question to be asked by one concerned with conflict of laws is: “what law should be applied to the case at hand?” The process by which a court determines what law to apply is sometimes referred to as “characterization”, or “classification.” This determination must be made in accordance with the law of the forum. A federal court in a case before it based on diversity of citizenship, for example, determines the conflict of law issue as if it were the highest court in the state in which it is sitting.

Courts faced with a choice of law issue generally have two choices: A court can apply the law of the forum (*lex fori*)—which is usually the result when the question of what law to apply is *procedural*, or the court can apply the law of the site of the transaction, or occurrence that gave rise to the litigation in the first place (*lex loci*)—this is usually the controlling law selected when the matter is substantive.

Federal courts play by different rules than state courts because federal jurisdiction is limited to what has been enumerated in the Constitution. The rules that federal courts must obey regarding which laws to apply are extremely complex and are embodied in the Federal Rules of Civil Procedure.

美国将国际私法称为冲突法 (**American conflict of laws**), 是有特殊原因的。因为美国是一个联邦国家,其国内各州之间的法律冲突现象远远大于国际法律冲突。因此,美国学者通常将调整州际之间法律冲突的州际私法和调整国际之间法律冲突的国际私法统称为冲突法。

① Eleanor Cashin Ritaine, Harmonising European Private International Law: A Replay of Hannibal's Crossing of the Ales? 34 *Int'l J. Legal Info.* 419, 420 (2006).

【释义】**American conflict of laws**

American conflict of laws deals primarily with interstate conflicts. Unlike England which has a single common law, here there are fifty possible variations of state law, to which may be added possible conflicts between state and federal law. Thus the term Private International Law, which prevails on the continent and has currency in England, seem inapposite for the conflict of laws in this Country.^①

根据学者对国际私法的不同理解,国际私法还有许多名称。主要有“法则说”(theory of statutes)、“法律冲突法”(law of the conflict of laws)、“法律选择法”(choice of laws)、“外国私法”(foreign private law)、“国际民法”(international civil law)等。^②此外,旧中国把冲突法法规称为“法律适用条例”,原联邦德国称其为“民法施行法”,日本称其为“法例”。这些不同的称谓,从不同的角度和层面反映了国际私法的某些属性和特点,或强调它所调整的法律关系仍属涉外民法性质,或强调它着重解决的是法律的冲突问题,或强调它要解决的是本国及外国的民商事法律适用问题。

目前我国比较通用的名称,无论作为部门法还是作为一个学科,均采用“国际私法”一词,而相应的英文则普遍采用 Private International Law。

(二) 国际私法的定义

定义是揭示概念所反映的事物的本质属性,而根据事物的本质属性就可以把某一类事物与其他事物区别开来。给国际私法下定义,就应该揭示国际私法的本质属性。国际私法作为一个独立的法律部门,与其他法律部门的不同之处就在于国际私法调整的对象并不是涉外民商事主体间的权利和义务,国际私法是有关国际民商事纠纷确定法院管辖权、国际民商事法律关系选择法律,以及法院判决承认和执行的法律规范和制度的总和。

二、国际私法定义中“涉外”因素与“私法”的含义**(一) 国际私法定义中的“涉外”因素**

国际私法所涉及的内容往往牵涉到与多个主权国家有关的问题或者纠纷(**problems and disputes having contacts with more than one sovereign**)。

^① Luther L. McDougal III, Robert L. Felix, Ralph U. Whitten, *American Conflicts Law: Cases and Materials*, 4th ed., LexisNexis, 2004, p. 4.

^② 参见余先予主编:《冲突法》,上海财经大学出版社1999年版,第36—38页。

【释义】 problems and disputes having contacts with more than one sovereign

The private international law deals with problems and disputes having contacts with more than one sovereign. One of the parties may be a nonresident of the forum; out-of-country property may be in dispute; or the underlying events may have occurred outside the forum. Since international matter involves contacts with at least two different States and their respective legal systems, it is intuitive that they raise issues of conflicts of laws.

国际私法的对象是在国际交往中产生的涉外或者国际(**international**)民商事法律关系。涉外因素就是指本国法以外的某种法律体系的一种联系。英国著名国际私法学者莫里斯(J. H. C. Morris)就曾指出:所谓涉外因素,是指与英国法以外的某种法律体系的一种联系。这种联系可能由于下述种种情况而出现,如在外国签订或履行合同、在外国发生侵权行为、财产位于国外或当事人不是英国人。在冲突法中,涉外因素是指非英国因素,外国国家是指英国以外的国家。^①我国学者也有持这种观点的。^②我国最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见(试行)》第178条规定:“凡民事关系的一方或者双方当事人是外国人、无国籍人、外国法人的;民事关系的标的物在外国领域内的;产生、变更或者消灭民事权利义务关系的法律事实发生在外国的,均为涉外民事关系……”

【释义】**international**

A business is international as opposed to purely domestic when it has contacts with more than one State. These contacts typically result from the fact that some of the parties involved are nationals of, or have their domicile or place of business in, different countries, but they may result from any other element, foremost amongst which the currency in which the payment is to be made.³

(二) 国际私法中“私法”的特殊含义

在讨论国际私法的定义时,还要解决的一个问题就是为什么要把它叫做“私法”?这一法律部门之所以被称为“私法”,是因为它所调整的是民商事关系,而调

① 参见[英]莫里斯:《法律冲突法》,李东来等译,中国对外翻译出版公司1990年版,第1页。

② 国际私法中的“涉外因素”的含义,是指与本国法以外的某种法律体系的一种联系。参见胡国强:《对国际私法调整对象和范围的重新认识》,载《中国海洋大学学报》(社会科学版)2003年第1期。

③ See Luca G. Radicati Di Brozolo, International Payments and Conflicts of Laws, 48 *Am. J. Comp. L.* 307, 308 (2000).