

现代法学教材

司法部法学教材编辑部编审

国际私法

• 最新修订 •

● 主 编 / 刘仁山

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

现代法学教材

D997/68

2007

国际私法

(最新修订)

主 编 刘仁山

撰稿人(按编写章节顺序)

刘仁山	刘卫国	潘 定
徐伟功	付文佚	田 园

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

国际私法/刘仁山主编. —北京: 中国法制出版社,
2007. 7

现代法学教材

ISBN 978 - 7 - 80226 - 913 - 2

I. ① 国… II. 刘… 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 (2007) 第 116350 号

现代法学教材

国际私法

GUO JI SI FA

编市/司法部法学教材编辑部

主编/刘仁山

经销/新华书店

印刷/涿州市新华印刷有限公司

开本/787 × 960 毫米 16

版次/2007 年 8 月第 3 版

印张/29.5 字数/462 千

2007 年 8 月印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 80226 - 913 - 2

定价: 39.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 66031119

网址: <http://www.zgfzs.com>

编辑部电话: 66010678

市场营销部电话: 66033393

邮购部电话: 66033288

主 编 简 介

刘仁山：法学博士，中南财经政法大学教授、法学院副院长、国际法专业博士生导师、国际法专业硕士研究生导师组组长，加拿大约克大学奥斯古得大厦法学院（Osgoode Hall Law School of York University）访问学者，霍英东基金会“第九届高校优秀青年教师奖”获得者（科研资助类），中国国际私法学会副会长、《中国国际私法与比较法年刊》副主编、湖北省国际法学研究会副会长、中国国际法学会理事，武汉仲裁委员会仲裁员，湖北省法学会仲裁法研究会涉外仲裁专业委员会副主任。主要成果有《加拿大国际私法研究》（专著）、司法部和教育部统编教材《国际私法》（主编）、《国际私法》（副主编）、《国际民商事程序法通论》（主编）、《中国大百科全书·法学》（参加修订）等。先后主持多项国家哲学社会科学基金项目、司法部重点课题以及教育部人文社科基金课题等。

说 明

为了适应我国社会主义现代化建设和实施依法治国方略对法律人才的需要，全面提高法律人才的素质，根据教育部关于普通高等学校法学专业教学要求，我们邀请政法院校和实际部门的法学教授和专家编写出版了这批教材。

这批教材是以邓小平理论为指导，吸收国内外法学教育的最新成果，面向 21 世纪的法学教育，正确阐述本学科的基本理论、基础知识，坚持理论联系实际的原则，努力做到科学性、系统性和实践性的统一。

《国际私法》是其中一种，由刘仁山任主编并负责全书的统稿、定稿工作。各章撰稿分工如下：

刘仁山 第一章、第八章、第十一章、第十五章、第十七章、第十八章、第十九章、第二十一章

刘卫国 第二章、第三章、第十三章

潘 定 第四章、第五章、第二十章

徐伟功 第六章、第七章、第九章、第十章

田 园 第十二章、第十四章、第十六章

司法部法学教材编辑部

1999 年 4 月

修订版说明

本教材是根据司法部法学教材编辑部“高等学校法学教材建设规划”，并由司法部法学教材编辑部于1998年组织编写的。当时主要适用于司法部直属的政法院校的法学本科教学。本教材出版以来，承蒙国内同行厚爱，得到国内各高校政法院系的广泛使用，并于2001年获得司法部法学优秀教材三等奖。

近年来，随着我国对外开放的不断深入，尤其是我国加入世界贸易组织之后，我国法制建设尤其是涉外法制建设，在取得显著成就的同时，也面临一系列新的问题。我国解决涉外民商事争议的实践，在进一步证明国际私法在国际民商事交流中的地位和作用具有无可替代性的同时，也对国际私法的发展提出了一系列新的要求和任务。基于对这些现实情况的考虑，在充分吸收国内外国际私法研究及教学成果的基础上，我们对本书进行了全面修订。相信此次修订，能对同行产生一定借鉴意义，能为国际私法的初学者及参加国家统一司法考试的同志提供有益帮助。

本书修订过程中，由刘仁山任主编并负责全书统稿及定稿工作。各章撰稿分工为：刘仁山（第一章、第八章、第十一章、第十五章、第十七章、第十八章、第十九章、第二十章、第二十二章）；刘卫国（第二章、第三章、第十三章）；潘定、刘仁山（第四章、第五章、第二十一章）；徐伟功（第六章、第七章、第九章、第十章）；付文佚（第十二章）；田园、刘仁山（第十四章、第十六章）。

刘仁山

二〇〇七年七月

第一编 总 论

第一章 国际私法的概念	3
第一节 国际私法的对象与方法	3
第二节 国际私法的范围	7
第三节 国际私法的渊源	11
第四节 国际私法的性质	15
第五节 国际私法的定义	17
第六节 国际私法的基本原则	21
第七节 国际私法学	24
第二章 国际私法的历史	27
第一节 国际私法的学说史	27
第二节 国际私法的立法史	38
第三节 中国国际私法史	42
第三章 冲突规范与准据法	50
第一节 法律冲突	50
第二节 冲突规范	55
第三节 准据法	65
第四章 国际私法的主体	75
第一节 自然人	75
第二节 法人	81
第三节 国家	85
第四节 国际组织	89
第五章 外国人民事法律地位	92
第一节 外国人民事法律地位概述	92
第二节 外国人民事法律地位的几种制度	94
第三节 外国人在中国的民事法律地位	100

第二编 法律适用

第六章 法律适用中的普遍性问题	107
-----------------------	-----

第一节	识别	107
第二节	实质问题与程序问题	112
第三节	反致	117
第四节	法律规避	123
第五节	外国法的查明	126
第六节	公共秩序保留	131
第七章	民事身份和能力的法律适用	137
第一节	自然人权利能力和行为能力	137
第二节	法人权利能力和行为能力	145
第八章	法律行为与代理的法律适用	147
第一节	法律行为	148
第二节	代理	152
第九章	物权的法律适用	159
第一节	物之所在地法原则	159
第二节	国有化问题	166
第三节	信托	170
第四节	中国的涉外物权制度	174
第十章	知识产权的法律适用	177
第一节	知识产权的冲突法调整	179
第二节	保护知识产权的国际公约	184
第三节	中国的涉外知识产权制度	195
第十一章	债权的法律适用(一)	
	——合同之债的法律适用概述	199
第一节	概述	200
第二节	合同法律适用的理论与原则	203
第三节	中国关于涉外合同法律适用的规定	213
第十二章	债权的法律适用(二)	
	——主要国际贸易与经济合作合同的法律适用	218
第一节	国际货物买卖合同	218
第二节	国际货物运输合同	226
第三节	国际货物运输保险	232
第四节	国际贸易支付	234
第五节	国际技术转让合同	239
第六节	国际贸易中 EDI 所涉及的法律问题	242

第七节 国际投资合同	245
第八节 国际借贷合同	247
第九节 国际劳务合作合同	249
第十节 国际消费合同	251
第十三章 债权的法律适用(三)	
——非合同之债的法律适用	254
第一节 一般侵权行为	254
第二节 特殊侵权行为	261
第三节 无因管理和不当得利	272
第十四章 破产的法律适用	276
第一节 破产	276
第二节 破产宣告的域外效力	283
第三节 和解	286
第十五章 婚姻家庭关系的法律适用	289
第一节 结婚	290
第二节 离婚	297
第三节 夫妻关系	301
第四节 父母子女关系	303
第五节 收养	307
第六节 扶养	309
第七节 监护	311
第十六章 继承的法律适用	313
第一节 法定继承	314
第二节 遗嘱继承	317
第三节 无人继承财产	324
第四节 关于继承的国际公约	328

第三编 国际民事程序法

第十七章 国际民事诉讼(一)	
——国际民事诉讼法的一般性问题	335
第一节 国际民事诉讼的概念	336
第二节 外国人的民事诉讼地位	341
第十八章 国际民事诉讼(二)	
——国际民事管辖权	351

第一节 概述	351
第二节 国际民事管辖权的立法	353
第三节 国际平行诉讼及其协调	359
第四节 我国关于国际民事管辖权的规定	364
第十九章 国际民事诉讼(三)	
——国际民事诉讼中的期间与诉讼保全	373
第一节 期间	373
第二节 诉讼保全	375
第二十章 国际民事诉讼(四)	
——国际民商事司法协助	381
第一节 概述	381
第二节 域外送达	388
第三节 域外取证	393
第四节 外国法院判决的承认与执行	396
第二十一章 国际商事仲裁	404
第一节 概述	404
第二节 仲裁协议	414
第三节 国际商事仲裁中的法律适用	419
第四节 国际商事仲裁裁决的承认和执行	422
第四编 区际私法	
第二十二章 区际法律冲突与中国区际私法	429
第一节 区际私法概述	430
第二节 中国的区际法律冲突概述	435
第三节 中国区际法律冲突的解决	438
第四节 中国的区际司法协助	445
参考文献和推荐阅读书目	460

第一编

总 论

XIAN DAIFA XUE JIAO CAI

第一章 国际私法的概念

学习目的和要求

学习国际私法的概念，主要是要理解国际私法的调整对象与调整方法，掌握国际私法的范围，了解国际私法的渊源，在此基础上理解国际私法的性质，对国际私法学这个法律学科有一个整体性认识，为以后学习国际私法各领域的相关问题打下基础。

我们在阐述一个部门法的概念时，往往是基于这样一种思维方式：首先是对该部门法的一些基本因素予以认识，然后从中抽象出对该部门法的一般性认识。国际私法作为一个法律部门，其基本因素主要包括调整对象、调整方法、规范构成、法律渊源以及该部门法的性质等。本章对国际私法概念的阐述，也是首先从对这些基本因素的认识开始的。

第一节 国际私法的对象与方法

一、国际私法的对象

部门法的对象即部门法所调整的社会关系，一个部门法之所以产生、存在和发展，就是因为有对特定社会关系进行调整的需要。一般认为，国际私法的对象就是涉外民事法律关系。

所谓涉外民事法律关系 (civil legal relationship involving foreign elements)，就是

指具有涉外因素的民事法律关系。从法律关系的构成因素看,其涉外性的具体表现如下:

(一) 主体可能具有涉外因素

即如果某一民事法律关系之所以成为涉外民事法律关系是因为主体具有涉外因素时,则该民事法律关系的主体中,必须至少有一方为外国自然人或法人(有时也可能是外国国家、国际组织或无国籍人)。如一中国男子与一日本女子在中国境内登记结婚;一美国公司与一中国公司在中国境内成立合资企业;某一中国公民拥有某一外国政府发行的债券。所有这类因主体具有涉外因素而形成的民事法律关系,均可称为涉外民事法律关系。

(二) 客体可能具有涉外因素

即如果某一民事法律关系之所以成为涉外民事法律关系是因为客体具有涉外因素时,则该民事法律关系的客体必须是位于外国的物或者是需要在国外履行的行为。如某一中国公民继承其父遗留在英国的遗产;中国某建筑公司承建位于巴基斯坦境内的火力发电站。所有这类因客体具有涉外因素而形成的民事法律关系,即为涉外民事法律关系。

(三) 权利义务据以发生的法律事实具有涉外因素

即如果某一民事法律关系之所以成为涉外民事法律关系是因为其权利义务据以发生的法律事实具有涉外因素时,则该民事法律关系的权利义务据以产生的法律原因或事实必须发生在国外。如引起继承产生的被继承人死亡的事实发生在国外;导致损害赔偿责任产生的侵权行为发生在国外,等等。所有这类因权利义务据以发生的法律事实具有涉外因素而形成的民事法律关系,也应称为涉外民事法律关系。

以上是民事法律关系构成因素中分别仅有一项具有涉外因素的情况,而在实践中,往往是同时有两项或者三项构成因素均具有涉外因素。如中国某公司与日本某公司在英国签订一项货物买卖合同,约定由中国某公司向日本某公司购买一批在新加坡制造的家用电器。该合同关系中,主体一方为日本法人,客体位于新加坡,而导致合同当事人权利义务据以产生的事实即合同的缔结发生在英国。但无论如何,只要某一民事法律关系有一项构成因素涉及外国时,该民事法律关系就属涉外民事法律关系了。1988年我国最高人民法院《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与义务关系的法律事实发生在外国的,均为涉外民事关系。”

此外,对涉外民事法律关系的认识,还应注意这样几点:第一,对这里所说的“外国”(foreign)应当作广义的理解。一般我们所说的外国是指外国国家,据此,我们一般将涉外民事法律关系也称为国际民事法律关系(international civil legal rela-

tionship) 或跨国民事法律关系 (transitional civil legal relationship)。但在部分联邦制国家如英国、美国、加拿大和澳大利亚等国, 有时则将一国内部的不同法域 (territorial legal unit) 也视为外国。如英国国际私法就把苏格兰、威尔士及北爱尔兰看作与德国、法国一样的“外国”。^① 当然, 也有国家将一国内部跨法域的民事法律关系称为区际民事法律关系, 以与国际民事法律关系相区别;^② 第二, 国际私法上的涉外民事法律关系是广义上的民事法律关系。一般意义上的民事法律关系是指平等主体之间的财产关系和与财产有联系的人身关系, 包括物权关系、知识产权关系、债权关系、婚姻家庭关系和继承关系等。而在有些国家如法国、德国和日本等, 则专门制定商法, 用来调整公司法关系、票据法关系、海商法关系、保险法关系和破产法关系等所谓各类商事关系。但国际私法所调整的涉外民事法律关系既包括涉外物权关系、涉外知识产权关系、涉外债权关系、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、涉外保险法关系、涉外破产关系和涉外劳务关系等, 因而应称为涉外民商事关系 (civil and commercial legal relationship involving foreign elements) 或国际民商事关系 (international civil and commercial legal relationship); 第三, 可能会导致法律冲突的产生。涉外民事法律关系是指与外国法律发生联系的民事法律关系。如果各国法律对同一民事法律问题的规定一致, 则属于该规定调整范围内的某一民事争议无论在何国处理和适用何国法律, 都将获得一致的结果。但实际情况是, 由于各国立法要受诸如政治、经济、文化、历史甚至地理环境等多种因素的影响, 从而会产生各国民事立法千差万别的现实。这样, 对基于某一涉外民事法律关系而产生的同一民事争议, 适用该民事争议所涉及的一国法律的结果与适用所涉另一国法律的结果会不同甚至截然相反, 这一现象在国际私法上被称之为法律冲突。当然, 各国出于促进其民商事流转关系发展的考虑, 可能会在民商事领域的某些问题上达成共识, 即签定调整国际民商事法律关系的国际条约 (这类条约通常被称为实体法条约), 以避免法律冲突的产生, 但由于这类条约无论从数量还是从所涉及的范围看均是有限的, 因而这类条约的出

^① See Peter North & J. J. Fawcett, *Cheshire & North's Private International Law*, Butterworth, 13th ed., 1999, p. 9.

^② 如前南斯拉夫就是采取两套不同的法律制度, 即 1979 年的《解决关于民事地位、家庭关系及继承的法律冲突与管辖权冲突的条例》和 1982 年的《关于解决在某些问题上与其他国家法律规则的法律冲突法》, 来分别调整区际民事法律关系和国际民事法律关系。值得注意的是, 在存在多法域国家的加拿大和澳大利亚, 司法实践中已出现将对区际民事法律关系与国际民事法律关系的调整予以分别对待的趋势 (See J. -G. Castel, *Canadian Conflict of Law*, Butterworth Toronto, 3rd ed., 1994, p. 2.; P. E. Nygh, *Conflict of Laws in Australia*, Butterworths Australia, 7th ed., 2002, p. 8.)

现,并不能完全消除或改变因涉外民事法律关系所导致的法律冲突。^①

二、国际私法的方法

法律的调整方法是指法籍以作用于社会的方式、手段和方法的总称。任何部门法都有其调整方法,这是划分不同法律部门的辅助标准。一般认为,国际私法调整涉外民事法律关系的方法有两种:一种是间接调整方法,一种是直接调整方法。

所谓间接调整方法,是指在有关的国内法或国际条约中规定某类涉外民事法律关系受何国(或地区)法律调整或支配,而不直接规定涉外民事法律关系当事人之间实体权利义务的方法。如1898年日本《法例》第10条规定:“关于动产及不动产的物权及其他应登记之权利,依其标的物所在地法。”这一规定只是指明确定有关当事人在动产或不动产方面的权利义务应以标的物所在地法为准,而并没有直接对当事人在动产或不动产方面的权利义务作出规定。这种指明确定某种涉外民事法律关系当事人的权利义务应当适用何国法律的规范被称为冲突规范(conflict rules),这种规范就是对间接调整方法制度化的结果。冲突规范是国际私法所特有的规范,间接调整方法也是国际私法调整涉外民事法律关系所特有的方法。^②

所谓直接调整方法,是指根据有关国内法、国际条约或国际惯例中直接规定当事人权利义务的“实体法规范”(substantive rules)来确定涉外民事法律关系当事人权利义务的方法。如1980年《联合国货物买卖合同公约》的第二部分“合同的订立”和第三部分“货物买卖”均为直接规定国际货物买卖合同当事人权利义务的实体法规范。这种依靠实体法规范来确定涉外民事法律关系当事人权利义务的方法就是国际私法调整涉外民事法律关系的直接方法。^③这里,有关直接规定涉外民事法律关系当事人权利义务的国内法被称为“国内专用实体法规范”,有关直接规定涉

① 由于涉外民事法律关系可能会导致法律冲突产生,也可能不会导致法律冲突产生(如某一涉外民事法律关系应由某一实体法条约调整时,就不会产生法律冲突),在国际私法的对象问题上,就形成了两种观点:一种认为国际私法的对象只是会产生法律冲突的那部分涉外民事法律关系(参见《中国大百科全书·法学》,中国大百科全书出版社1984年版,第228页);另一种认为国际私法的对象是所有的涉外民事法律关系(参见姚壮、任继圣著:《国际私法基础》,中国社会科学出版社1981年版,第1~7页)。

② 认为国际私法的对象只是会产生法律冲突的那部分涉外民事法律关系的学者甚至认为,间接调整方法是国际私法调整涉外民事法律关系的唯一方法。因而他们也将国际私法称为“间接法”。见折茂丰:《国际私法讲话》,昭和53年有斐阁版,第10页。转引自韩德培主编:《国际私法》,武汉大学出版社1989年修订版,第5页。

③ 认为国际私法的对象是所有的涉外民事法律关系的学者认为,既然国际私法的对象是所有的涉外民事法律关系,那么所有调整涉外民事法律关系的方法(当然包括直接调整方法),都是国际私法的方法。有学者甚至认为,由于实体法规范能避免或消除法律冲突,因而该类规范被适用时所体现出的直接调整方法相对于间接调整方法而言,是更高一级的调整方法。见萨瑟:《欧洲人民民主国家的国际私法》,1964年英文版,第25~29页。

外民事法律关系当事人权利义务的国际条约或国际惯例被称为“统一实体法规范”。

关于国际私法的方法问题,我们认为,应当用发展的眼光来看待。国际私法在其产生之初,直到十九世纪末,其对涉外民事法律关系的调整,主要采取的是间接调整方法。但即使在这一阶段,也存在用直接调整方法调整涉外民事法律关系的情况。如在判定某一外国人(包括外国法人)在内国是否具有相应的民事活动权利时就必须用直接调整方法。二十世纪后,尤其是二战后,涉外民事法律关系迅速发展,其所涉及的范围急剧扩大,而间接调整方法本身存在缺乏针对性、明确性、可预见性等方面的缺陷,因而就有了以其他方式来顺应对迅速发展的涉外民事法律关系进行调整的需要。也正因为如此,这一时期就产生了大量的以直接方式调整涉外民事法律关系的统一实体法规范。这类统一实体法规范能避免法律冲突或直接确定当事人的权利义务,因而能克服冲突规范缺乏针对性和可预见性的缺陷。但这并不能说直接调整方法完全可以取代间接调整方法。因为,从目前的情况看,规定直接调整方法的统一实体法规范无论在数量上还是在所涉及的领域及普遍效力上,都是相当有限的。而且,对某些传统领域的涉外民事法律关系如涉外婚姻家庭关系的调整,仍然将主要甚至完全以间接调整方法来进行。所以,同作为调整涉外民事法律关系的手段,间接调整方法和直接调整方法在调整涉外民事法律关系的过程中是相辅相成,互为补充的。从国际民商事交往的实际看,这种现象将存续相当长的时期。

第二节 国际私法的范围

国际私法的范围问题即国际私法的规范构成问题。在该问题上,国内外学者历来有着不同认识,并且,这种情况还直接影响了各国的立法及实践。

一、关于国际私法范围的不同主张

在英美普通法系国家,冲突法被认为是国际私法的同义语。这些国家的学者从法院立场出发,认为国际私法主要解决三个方面的问题:第一,对某一涉外民事案件而言,法院首先应确定对该案件有无管辖权;第二,如果法院有管辖权,然后就应解决法律的选择即法律冲突问题,即应决定适用哪一国家的法律来确定当事人的权利与义务;第三,在法院作出判决后,如果内国的判决要在外国法院获得承认和执行,或者外国判决要在内国法院获得承认和执行,那么,法院就应解决判决的承