



高等学校法学规划教材



国际私法

Private International Law

鲁世平 著



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位



高等学校法学规划教材



国际私法

Private International Law

鲁世平 著



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

图书在版编目 (CIP) 数据

国际私法 / 鲁世平著. —北京: 知识产权出版社, 2016. 8

(高等学校法学规划教材)

ISBN 978-7-5130-4391-5

I. ①国… II. ①鲁… III. ①国际私法—高等学校—教材 IV. ①D997

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2016) 第 195254 号

责任编辑: 李燕芬

责任出版: 刘译文

特约编辑: 张 萌

封面设计: 河上图文

国际私法

鲁世平 著

出版发行: 知识产权出版社有限责任公司

网 址: <http://www.ipph.cn>

社 址: 北京市海淀区西外太平庄 55 号

邮 编: 100081

责编电话: 010-82000860 转 8173

责编邮箱: nancylee688@163.com

发行电话: 010-82000860 转 8101/8102

发行传真: 010-82000893/82005070/82000270

印 刷: 三河市国英印务有限公司

经 销: 各大网上书店、新华书店及相关专业书店

开 本: 787mm × 1092mm 1/16

印 张: 34

版 次: 2016 年 8 月第 1 版

印 次: 2016 年 8 月第 1 次印刷

字 数: 463 千字

定 价: 69.00 元

ISBN 978-7-5130-4391-5

出版权专有 侵权必究

如有印装质量问题, 本社负责调换。



目 录

第一章 国际私法的概念	001
第一节 国际私法的调整对象	002
第二节 国际私法的调整方法	019
第三节 国际私法的名称	030
第四节 国际私法的范围	036
第五节 国际私法的性质	049
第六节 国际私法的定义	057
第七节 国际私法的渊源	061
第二章 国际私法的历史	068
第一节 国际私法的萌芽	068
第二节 传统国际私法学说	073
第三节 现代国际私法学说	103
第四节 国际私法的立法史	121

第三章 国际私法的主体	135
第一节 自然人	135
第二节 法人	140
第三节 其他组织	144
第四章 法律冲突、冲突规范和准据法	150
第一节 法律冲突	150
第三节 冲突规范	156
第三节 准据法	162
第五章 冲突规范的配套制度	167
第一节 识别	168
第二节 先决问题	178
第三节 反致	180
第四节 外国法的查明	188
第五节 公共秩序保留	198
第六节 法律规避	207
第六章 权利能力和行为能力的法律适用	213
第一节 自然人权利能力的法律适用	213
第二节 自然人行为能力的法律适用	218
第三节 法人权利能力和行为能力的法律适用	224
第七章 法律行为、代理和时效的法律适用	226
第一节 法律行为的法律适用	226
第二节 代理的法律适用	232
第三节 时效的法律适用	243

第八章 物权的法律适用	247
第一节 物之所在地法原则	247
第二节 国有化问题	266
第三节 信托的法律适用	277
第九章 债权的法律适用	279
第一节 合同的法律适用	279
第二节 侵权的法律适用	302
第三节 不当得利与无因管理的法律适用	324
第十章 婚姻家庭关系的法律适用	339
第一节 结婚的法律适用	339
第二节 夫妻关系的法律适用	346
第三节 离婚的法律适用	348
第四节 父母子女关系的法律适用	354
第五节 收养的法律适用	357
第六节 监护的法律适用	365
第七节 扶养的法律适用	367
第十一章 继承的法律适用	370
第一节 法定继承的法律适用	371
第二节 遗嘱继承的法律适用	375
第三节 无人继承财产的法律适用	380
第四节 有关继承的国际条约	383
第十二章 知识产权的法律适用	387
第一节 知识产权的法律适用	388
第二节 知识产权的国际保护	392

第三节 中国有关知识产权国际保护的法律制度	394
第十三章 商事关系的法律适用	398
第一节 票据的法律适用	398
第二节 破产的法律适用	401
第三节 海事的法律适用	405
第四节 民用航空的法律适用	411
第十四章 国际民事诉讼法	414
第一节 国际民事诉讼法概述	414
第二节 外国人的诉讼地位	415
第三节 国际民事诉讼管辖权	421
第四节 国际民事诉讼中的诉讼期间、诉讼保全、诉讼时效和证据	433
第五节 国际民事司法协助	438
第十五章 国际商事仲裁法	473
第一节 国际商事仲裁概述	473
第二节 国际商事仲裁机构	477
第三节 国际商事仲裁协议	483
第四节 国际商事仲裁中的法律适用	491
第五节 国际商事仲裁程序	494
第六节 国际商事仲裁裁决的承认与执行	503
主要参考文献	516
附 录	520
中华人民共和国涉外民事关系法律适用法	521

最高人民法院关于适用《中华人民共和国涉外民事关系法律 适用法》若干问题的解释(一)	526
关于审理涉外民事或商事合同纠纷案件法律适用若干问题 的规定	530
后 记	534



第一章

国际私法的概念

地球上每个地域的地理环境、自然资源、风俗习惯和人的精神状况等诸多主客观因素之间存在不同程度的差异,这促使不同地域的人们开展跨域交往,以满足生产和生活上的各种不同需要。17世纪中叶,结束欧洲三十年战争的威斯特伐利亚公会承认罗马帝国统治下的许多邦国为独立主权国家,罗马帝国所体现的“世界国家”观念为主权国家观念所代替,这表明以主权国家的建立为标志的近代国际法开始形成。自此,以前的跨域交往才真正取得了“国际”的意义。^[1]不同历

[1] 从当前的实践来看,国际关系有两种意义:一种是国家之间的正式关系——这是严格意义的国际关系;另一种是私人之间跨越国界的交流关系——这是扩大意义的国际关系。这里,我们不妨从语言学上考察“国际”的意义。现在的中英文词典大都将“International”解释为:存在于各国或它们的公民之间或中间的;关于各国交往的;超越国界的、世界(性)的……(中文词典如王同亿主编:《语言大典》,三环出版社1990年版,第1323页;英汉词典如陆谷孙主编:《英汉大词典》,上海译文出版社1991年版,第1693页;英文词典如The Random House Dictionary of the English Language, 996 (Random House Reference 2nd., ed. 1987)。由此可以看出,现在不应该再将“国际”仅仅局限于“国家”等公主体之间的意思。立足于社会发展现实的语言学的发展表明,“国际”并非仅仅是“国家”等公主体之间的意思,还包括不同国家的“私”主体之间的意思。

史阶段的人们为了满足跨域和国际交往关系的需要,便将交往行为先后通过习惯和法律进行概括。^{〔1〕}在当今全球化的时代,国际私关系已经成为最重要的国际关系,而调整该种国际私关系的法律就是国际私法(private international law)。在英美法系,国际私法一般被称作“冲突法”(conflict of laws)。

第一节 国际私法的调整对象

法律都有特定的调整对象,特定的调整对象是不同法律区分的最重要标志。国际私法的调整对象是国际私关系;从“公”和“私”映射到法律中的对应领域看,国际私关系就是国际民商事关系。

一、国际民商事关系及其适用的法律

(一) 国际民商事关系的概念

1. 国际民商事关系的定义

在生产生活中,人们为了满足自己的物质和精神生活的需要,相互之间随时都发生着各种各样的社会关系,民商事关系就是最为常见的一种。民商事关系是由民商事法律调整的社会关系;它的重要特征是,它是一种平等主体之间的民商事的社会关系。当这种民商事关系具有国际性时,它就变成国际民商事关系。

国际民商事关系是国际社会中私人进行跨国民商事交往时所产生的一种社会关系,因此,又称为跨国民商事关系或者国际私法关系;站在某一国的角度上看,可称之为涉外民商事关系。

〔1〕 恩格斯在《论住宅问题》中认为,在社会发展某个很早的阶段,产生了这样一种需要:把每天重复着的生产、分配和交换产品的行为用一个共同的规则概括起来,设法使个人服从生产与交换的一般条件。这个规则首先表现为习惯,后来便成了法律。参见《马克思恩格斯选集》(第2卷),人民出版社1972年版,第538—539页。

对国际民商事关系的认定,具体而言,是指民商事关系的主体、客体和法律事实三个要素中至少有一个具有国际因素或涉外因素的民商事关系。从理论上讲,在主体为涉外因素时,作为国际民商事关系主体的当事人一方或双方可能是外国自然人、外国法人、其他非法人组织和无国籍人。有时,也可能是外国国家或国家组织。在客体为涉外因素时,民商事关系主体之间权利义务共同指向的对象或标的物位于国外。在法律事实为涉外因素时,产生、变更或者消灭民商事关系的法律事实发生在国外。在实际生活中,国际民商事关系可能只有一个要素同国外有联系,也可能有两个或两个以上的要素同国外有联系。只要民商事关系的三个要素中至少有一个要素具有涉外性,该民事关系就是国际民商事关系,国际民商事关系的涉外性质并不因其中涉外因素的多寡而受到影响。例如,在美国纽约市某大学就读的20岁中国留学生王某和年仅18岁的英国姑娘琳达,向纽约市政厅婚姻登记处申请结婚登记。在这个婚姻关系中,对于纽约州来说,因主体具有涉外因素,就是一个国际民商事关系。以后,如果因为需要解决其他民商事关系而首先需要确认该结婚效力时,对中国、英国,乃至美国以外的任何国家来说,都会因主体和法律事实具有涉外因素,被认定为国际民商事关系。

有一种观点认为,只有其主体一方或双方为国外自然人、无国籍人或国外法人时,民商事关系才成其为国际民商事关系,民商事关系并不因其内容和客体与国外有联系而成为国际民商事关系。这是一种狭隘的观点。其实,民商事关系的客体在国外产生、变更或者消灭民商事权利义务关系的法律事实发生在国外,同其主体为涉外因素一样,均会导致国际私法上问题的产生。所以,我们不宜对国际民商事法律关系做片面的理解。

英国学者也认为,作为英格兰法(English law)分支的冲突法,是解决含有涉外因素(foreign element)案件的那部分英格兰法。“涉外因素”只是表明与英格兰法以外的某个法律制度具有联系。例如,合同是在外域(foreign country)订立的或者将在外域履行,侵权行为是在外域发生的,财产已经处于外域,当事人不

是英格兰人等,这些都表明存在这种联系。在冲突法中,涉外因素和外域分别指的是非英格兰因素和英格兰以外的区域。^[1]可见,英国冲突法中认定“涉外”的标准,与我们是相同的。

2. 我国对国际民商事关系的认定

2011年《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》(以下简称我国《涉外民事关系法律适用法》)是我国第一部关于涉外民事关系法律适用问题的单行法。该法第1条规定其立法目的之一是“明确涉外民事关系的法律适用”。但对涉外民事关系的界定未做明确规定。后来,结合司法实践,2013年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉若干问题的解释(一)》(以下简称我国《涉外民事关系法律适用法司法解释》)第1条,对涉外民事关系的认定做了较为详细的规定。该条规定,民事关系具有下列情形之一的,人民法院可以认定为涉外民事关系:(1)当事人一方或双方是外国公民、外国法人或者其他组织、无国籍人;(2)当事人一方或双方的经常居所地在中华人民共和国领域外;(3)标的物在中华人民共和国领域外;(4)产生、变更或者消灭民事关系的法律事实发生在中华人民共和国领域外;(5)可以认定为涉外民事关系的其他情形。

对“涉外因素”的构成标准,我国民法通则司法解释和民事诉讼法司法解释均做了相同的规定:只要民事关系的主体、客体和法律事实三要素至少其中一个要素具有涉外性,就属于“涉外民事关系”(或者“涉外民事案件”)。我国《涉外民事关系法律适用法司法解释》第1条对“涉外民事关系”所做的重新规定,是对以前相关规定的进一步完善,主要体现在以下几个方面。

第一,将“经常居所地”规定为民事关系主体的重要连结点。这相对以前仅仅强调将“国籍”作为判断主体涉外性的唯一标准,成为一个更为科学的补充。

[1] Lawrence Collins, *Dicey and Morris on the Conflict of Laws*, thirteenth edition, Sweet & Maxwell Limited 2000, p. 3.

所以,现在判断主体的涉外性时,就有国籍和经常居所地两个标准。因此,有必要在主体方面增加“当事人一方或双方的经常居所地在中华人民共和国领域外”的规定。

第二,对“外国人”的重新表述。从法律上讲,外国人应当包括外国的自然人、法人及其他组织,表述上以“外国公民、外国法人或者其他组织”更为贴切。这个表述比以前的规定更加准确。

第三,将“外国”的表述变更为“中华人民共和国领域外”。这个表述比以前的规定更为合理。

第四,兜底式条款的规定。兜底式条款可以囊括实践中可能存在的其他应当被认定为涉外民事关系的情形,以避免挂一漏万的后果。

另外,对于是否应当将外国国家和国际组织列入涉外民事关系主体,在司法解释制定过程中曾引起争论。有观点认为,应当将外国国家和国际组织列为涉外民事关系主体。在目前的司法实践中,的确有外国国家和国际组织作为民事案件主体的情形,但这不可避免地就会涉及管辖豁免问题。只有在外国国家和国际组织明确表示放弃民事案件管辖豁免权的情况下,我国法院才能对其行使管辖权。尽管我国正在研究制定的国家豁免法倾向于转向“相对豁免”,但我国在实践中一直主张“绝对豁免”,而非“相对豁免”。所以,在本司法解释中如果明确将外国国家、国际组织列入,有可能被误认为我国法院已经采取了相对豁免的立场,因此最后没有将“外国国家或者国际组织”列入规定。

(二) 国际民商事关系适用的法律

1. 国际民商事关系适用法律的范围

如同法的起源一样,国际民商事关系形成后,人们在客观上便产生了共同遵守之行为规范的需要。按照现代法律体系内部不同法律部门的划分,这种行为规范归属于民商法领域,民商法就是通常所说的私法。

公法与私法之分主要是在大陆法系适用的一种法的分类。这种划分在普通法系国家是不适用的,但法学著作中还是有这样的分类存在。

在大陆法系,私法主要包括民商合一制国家中的民法部门,或者民商分立制国家中的民法和商法两个部门。19 世纪初,拿破仑编纂法典时将 1804 年《民法典》和 1807 年《商法典》分开制定,开创民商分立的先河。19 世纪末 20 世纪初,德国和日本等大陆法系国家相继采纳民商分立的立法体例,民法和商法是并行的两个法律部门。商法包括商法典,以及公司法、保险法、破产法、票据法、海商法等单行法。1912 年施行的《瑞士民法典》包括了公司法和商业登记法等商法的内容,实现了民商合一的立法体例。后来,意大利、荷兰和土耳其等国相继采纳民商合一的立法体例。所以,在民商分立的国家,国际民商事关系适用的法律包括民法和商法两个法律部门;在民商合一的国家,国际民商事关系适用的法律就是民法。

英美法系的学者认为,盎格鲁—美国的私法(调整个人之间相互权利和义务的法律)是一个远比通常公认的法律复杂得多的现象。建构盎格鲁—美国的私法观念,已经受到语言、哲学、法理学、修辞和历史等困难的困扰。^[1]以大陆法系学者的视角进行考察,普通法系法学著述中所讲的私法以普通法和衡平法的形式存在。普通法中的私法规范一般属于合同法、侵权行为法和家庭法等领域,衡平法中的私法规范一般属于财产法(主要是不动产法)、信托法和破产法等领域。19 世纪末 20 世纪初,英美法系国家还制定了货物买卖法、公司法、票据法和保险法等成文法。但是,英美法系没有一个像大多数民法法系国家中所拥有的作为一个独立部门法的民法或者商法。

可见,民商法在不同法系,甚至在同一法系的不同国家,采取的立法体例和表现形式不一,范围也不完全一致。所以,国际民商事关系所适用的法律,应做广义理解,意即一切私法。

2. 国际民商事关系适用法律所属国家的范围

国际民商事关系由于具有国际性,一般涉及两个及两个以上的国家。因

[1] Stephen Waddams, *Dimensions of Private Law: Categories and Concepts in Anglo-American Legal Reasoning*, Cambridge University Press, 2003, p. vi.

此,同一个国际民商事关系,就可能适用相关诸多国家的法律;站在一个国家的角度,其他国家的法律就是外国法。这里,就涉及对“外国”的理解问题。

一般来说,一个主权国家的所有地区拥有同一个法律体系,实行相同的法律制度。但是,由于历史的原因,世界上还有一些国家内部的不同地区,实行不同的法律制度,特别是普通法系国家。在美国,根据其宪法修正案第10条的规定,美国法律中既有联邦法律又有州法律。在私法立法方面,联邦立法范围包括国际贸易、州际贸易、专利权等,州立法权包括婚姻、家庭、保险、公司、票据等。这样,在州立法权范围内,每个州的私法都可能不同。英国也是这种情况。

所以,英国学者说,在国际私法中,“外国法律体系”(foreign system of law)是指法院司法辖区以外的地区(territory)施行的独特的法律体系。因此,它不仅包括外国政治主权国家(state)的法律,还包括法院地所处政治国家的分区(subdivision)施行的法律。所以,就国际私法而言,对英格兰法院(English court)来说,苏格兰法律、海峡群岛法律、北爱尔兰法律、英联邦和欧洲共同体某个成员国法律,恰如日本法或者巴西法一样,都是外国法(foreign law)。〔1〕这表明,即使在一个国家内部,也有施行不同法律体系的许多区域。英国学者认为,“区域”(country)一词被戴西界定为“一个主权下适用同一个法律体系的全部地区”。著者认为可能更好的表述是“法域”(law district),但该词从来没有得到英语冲突法学者的认可,认可的却是熟悉的“区域”一词。在冲突法意义上,英格兰、苏格兰、北爱尔兰、马恩岛、泽西、根西岛、奥尔德尼岛、萨克岛、各个英属殖民地、澳大利亚的各个州和加拿大的各个省,都是一个个独立的区域,但都不是国际公法上的国家(state)。毋庸置疑,在绝大多数冲突法意义上,美国的一个州就是一个“区域”。另外,威尔士就不是一个区域,因为它与英格兰同属一个法律体系。在冲突法意义上,一个区域没有必要拥有自己独立的立法机关。议会制定冲突法规范时,使用的表述有时是“区域”(country),有时是“地区”

〔1〕 Peter North and J. J. Fawcett, *Cheshire and North's Private International Law*, thirteenth edition, Butterworths 1999, p. 9.

(territory),有时是“地方”(place)。在冲突法中,“国家”(state)就是同一个主权下的全部地区。在冲突法意义上,“国家”(state)可能会与“区域”(country)发生重叠现象。单一制国家,如瑞典、荷兰和新西兰,法律在整个国家都是相同的,就此而言,“国家”就是“区域”。但在复合制国家,如联合王国、美国、澳大利亚和加拿大,“国家”就不是“区域”。^[1]所以,从冲突法的角度看,在绝大多数情况下,苏格兰和北爱尔兰与法国和德国一样,都是外域。^[2]《美国第一次冲突法重述》[Restatement(First) of Conflict of Laws 或者 The First Conflicts Restatement]第2条将其中使用的“state”一词界定为“a territorial unit”。可见,在英国和美国,存在众多的区域,相应地也就有众多的法域。站在某一个法域的角度,就冲突法意义而言,本国内的其他法域和其他国家一样,都是外域,甚或可以理解为“外国”。

其实,我国现在也是一个多法域的国家。我国香港特别行政区、澳门特别行政区和台湾地区由于历史的原因都有自己独特的私法制度。所以,我国《涉外民事关系法律适用法司法解释》第19条规定,涉及香港、澳门特别行政区民事关系的法律适用问题,参照适用本规定。

总之,在国际私法中,“外国”(或者“国家”)应做广义理解,既包括单一法域的主权国家,又包括多法域国家中的不同法域。

二、国际私法的调整对象

法律是调整人们社会关系的规范,不同的法律调整不同的社会关系,所以不同的法律具有不同的调整对象。

国际私法的调整对象是国际民商事关系。国际民商事关系的具体认定,前已述及,此处不再赘述。

[1] Lawrence Collins, *Dicey and Morris on the Conflict of Laws*, thirteenth edition, Sweet & Maxwell Limited 2000, pp. 26 - 28.

[2] Lawrence Collins, *Dicey and Morris on the Conflict of Laws*, thirteenth edition, Sweet & Maxwell Limited 2000, p. 3.

在国际私法的调整对象上,学术界主要存在两个分歧:一是国际私法的调整对象到底是国际民商事法律关系(或涉外民商事法律关系)还是国际民商事关系(或涉外民商事关系);二是国际私法的调整对象究竟是整体的国际民商事关系还是特定部分的国际民商事关系。

(一) 国际民商事法律关系与国际民商事关系

对于国际私法的调整对象到底是国际民商事法律关系(或涉外民商事法律关系)还是国际民商事关系(或涉外民商事关系),学术界形成了两种观点。第一种观点认为,“民事关系”和“民事法律关系”是两个不同质的概念,两者在内涵和外延上都存在区别。民事关系是社会关系中的财产关系和人身关系,其本身并不存在固有的权利义务内容;民事法律关系则是一种意志社会关系,是民事关系中具有权利义务内容的财产关系和人身关系。而且,民事法律关系是由民事关系转变过来的。转变的条件就是相应民事法律规范的实施,从而在法律上赋予了民事关系以权利义务内容,民事关系是民事法律调整的对象,民事法律关系是法律调整的结果。^[1]因此,国际私法的调整对象是国际民事关系或涉外民事关系,而不是国际民事法律关系或涉外民事法律关系。第二种观点认为,在国际私法上,国际民商事关系和国际民商事法律关系,或者说涉外民商事关系或涉外民商事法律关系,是同义语,没有实质上的区别。^[2]国际民商事法律关系或涉外民商事法律关系就是受国际私法调整的国际民商事关系或涉外民商事关系。那种否定民事关系存在固有的权利义务内容的观点是不正确的,因为任何社会关系都是人们基于一定的规则而结成的权利义务关系。把国际私法的调整对象仅理解为国际民商事关系而非国际民商事法律关系是片面和机械的。^[3]甚至还有第三种观点,对该问题的回答比较复杂,因为这涉及对国际私法的范围问题的回答。既然国际私法既包括冲突法,又包括实体法,那么,国际私法的调整对象应该既包括民事关系(实体法),又包括民事法律关系(冲

[1] 陈力新、邵景春:《国际私法概要》,光明日报出版社1988年版,第23页。

[2] 余先予主编:《简明国际私法学》,中央广播电视大学出版社1986年版,第2—3页。

[3] 黄进主编:《国际私法》,法律出版社1999年版,第7页。