



高等学校**法学精品**教材系列

朱崇实 总主编

国际私法

Private International Law

屈广清/主编



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

D997/78

2007

高等法学系列

朱崇实 总主编

国际私法

Private International Law

屈广清/主 编

撰稿人（按章节顺序）

屈广清 邓 杰 于 飞 陈恭健
李月萍 郑丽珍 李 智



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

国际私法/屈广清主编. —厦门:厦门大学出版社, 2007. 10

(高等学校法学精品教材系列/朱崇实主编)

ISBN 978-7-5615-2803-7

I. 国… II. 屈… 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 136361 号

厦门大学出版社出版发行

(地址:厦门大学 邮编:361005)

<http://www.xmupress.com>

xmup@public.xm.fj.cn

三明地质印刷厂印刷

2007 年 10 月第 1 版 2007 年 10 月第 1 次印刷

开本:787×960 1/16 印张:32.25 插页:2

字数:557 千字 印数:0001~3000 册

定价:40.00 元

如有印装质量问题请与承印厂调换

高等学校法学精品教材系列编委会

主 任：朱崇实

执行主任：朱福惠

编 委：（按姓氏笔画）

朱崇实 朱福惠 刘瑞榕 汤玉枢
许步国 李绍平 吴国平 陈训敬
陈泉生 陈晓明 陈福郎 林旭霞
林秀芹 柳建闽 廖益新

秘 书：施高翔

厦门大学出版社

总序

中国的改革开放要求建立一个法治社会,与这样的宏伟目标相适应,自1979年以来中国的法学教育蓬勃发展,截至2006年,全国已经成立了法律院校600多所,在读大学生数十万人(尚不包括大中专及夜大、成人教育的学生人数)。应该承认,我国法学教育在迅速发展的同时也存在教育质量参差不齐、不能完全适应社会发展需要等方面的问题。因而,积极推进教学方式改革,促进法学课程体系的完善,努力培养“宽口径、厚基础”的复合型法律人才,已经成为法学教育界的共识。为达成此种目的,法学教育中的课程建设及其相关的教材编写,在当前法学教育大调整的格局中显得尤其重要。基于上述考虑,我们特组织了福建省各高等法律院校的主要学术骨干编写了这套教材,各部教材的主编均是福建省高等学校法学院的主要学科带头人。如《国际经济法》主编廖益新教授、《民法总论》主编蒋月教授、《环境法》主编陈泉生教授、《宪法学》主编朱福惠教授、《刑法总论》主编陈晓明教授和《法理学》主编宋方青教授等,他们在本学科领域均有建树,都是得到同行认可并深受学生喜爱的优秀教师。其他参与教材编写的也都是教学第一线的中青年骨干教师,都具有良好的法学教育背景,许多人兼通中西法学。由于众多优秀教师参与编写,使这套教材的质量有了强有力的保障。

厦门大学法学院在编写这套教材中发挥了积极的作用。厦门大学是国内最早开设法科的高校之一,从事法学教育已经有八十多年的历史。改革开放以来,法学院在1986年即获得博士学位授予权,2006年获得法学博士授权一级学科,现设有国际法、经济法、民商法、宪法与行政法、法理学、诉讼法学和刑法学七个博士点,拥有法学博士后流动站。国际法是国家重点学科,民商法、经济法、宪法与行政法是福建省重点学科。在学科建设取得重大成就的同时,法学院适应我国法制发展的需要,为国家和社会培养了大批优秀的法律人才,成为我国重要的法学研究和人才培养的基地。为了推动我国法学教育事业的发展,厦门大学法学院联合福建省各主要高校的法学院、系编写了这套教材,其目的在于整合福建省高校法学教学资源,加强各高校法学教师的联系,总结

教学经验,为福建省乃至全国的法学教育作出更多有益的工作。

这套教材具有如下几个特色:

第一,依据法学本科教育的特点和规律,吸收我国法学理论界近年来最新的、较为成熟的研究成果。我们认为,本科教育以培养初级法律人才为直接目标,必须注重基本概念、基本原理与基本制度的讲解与传授,而不能一味求新求奇,更不能以个别专家的学术观点取代理论界已经形成的共识。为了确保本科教育质量,我们在教材内容的甄选方面,努力做到既注重基本知识、基本原理和理论共识,在此基础上,吸收理论界近年来最新的、较为成熟的研究成果。

第二,依据法律人的思维范式编撰教学内容,寓“德育”于法律知识教育之中。法学教育的总目标在于培养社会主义法治国家的“治国之才”。新时代的法律人才不仅需要具备扎实的法学知识理论功底,而且还应该具有牢固的法律信仰和优秀的道德品质。法律人所具有的这种独特的信仰和道德,与其独特的知识背景和思维范式联系在一起,共同构成法律人所特有的人文精神。如欲培养法律人的道德品质,空洞的道德说教无济于事。唯有依据法律人独特的思维范式、将公平正义的法律理念融汇在教学内容当中,学生才能在学习的过程中逐渐自觉地确立法律信仰,而法律道德的培养才能初具成效。

第三,依据当代中国社会对于法律人才的要求,努力建构完善的课程体系与教学内容体系。要培养合格的法律人才,建构完善的法学课程体系至关重要。我们根据本科教学的要求,首先将十四门核心课程组织编写相应的教材,对法学上的基本概念和基本原理作了较为清晰的阐释。除此之外,还组织编写了房地产法、证券法、公证与律师制度和知识产权法等与市场经济发展密切相关的法学教材。希望我们这一套教材能够为本科法学教材体系的发展作出微薄的贡献。

由于我们水平有限,丛书中的缺点和错误在所难免,敬请读者批评指正。

2007年8月1日

国际私法在中国也是一门比较古老的学科,至少在唐朝就已经出现冲突规范了。但国际私法在中国又非常年轻,中国的国际私法理论研究和实际运用都还不十分成熟。甚至连中国学者编写的国际私法教材也常常要以外国的国际私法为主来进行论述。

事实上,在新中国成立以后,中国国际私法立法的发展还是非常迅速的。这不仅在1985年《中华人民共和国民事诉讼法》第八章中有集中反映,还散见于大量的其他立法中,例如《中华人民共和国仲裁法》、《中华人民共和国民事诉讼法》、《中华人民共和国海事诉讼特别程序法》、《中华人民共和国票据法》等等。2002年中华人民共和国人大常委会还在多次讨论的基础上专门下发了《中华人民共和国民法(草案)》讨论稿,讨论稿中非常详细地规定了国际私法的法律条文。以上内容在我们编写的这部国际私法教材中都有完整的体现。

本教材以我国国际私法为主要依据,同时结合相关国家的立法和国际条约的规定,理论联系实际,全面阐述了国际私法的基本原理和主要制度,特别注重基础知识的完整性和准确性,注重培养学生分析问题和解决问题的能力。该书严格遵循中国教育部国际私法教学大纲,遵循国家司法考试大纲,根据国内各高等院校国际私法课程的教学规律和特点,结合国际、国内的最新立法动态,以系统分析和解决实践中出现的疑难问题为目标,对国际私法的理论及实际问题进行了全面、深入的研究,反映了当前国际私法研究的最新成果。

本书的作者来自本省的多所法律院校,他们均具有国际私法教学的经验,具体的写作分工如下(以撰写章节先后为序):

屈广清:法学博士后,福建政法管理干部学院院长、教授、博士生导师,兼任中国国际私法学会副会长、福建省国际法学会会长。本书主编,撰写第一、二、五、十二、十四章。

邓杰:法学博士后,华侨大学法学院副教授、硕士生导师。撰写第三、四、十五、十八章。

于飞:法学博士,厦门大学法学院教授、硕士生导师。撰写第六、七、八、

九、十、十一章。

陈恭健:法学学士,福建省政法管理干部学院副教授、民商法系主任,兼任福建省法学会劳动法学专业委员会副主任。撰写第十三章。

李月萍:法学硕士,华侨大学法学院讲师。撰写第十五章。

郑丽珍:法学硕士,福建师范大学法学院讲师,福建省国际法学会会员。撰写第十六章。

李 智:法学博士后,福州大学法学院副教授。撰写第十七章。

本书由主编、副主编在认真讨论的基础上拟定了编写提纲,各作者完稿以后,由主编进行了统稿、审订。由于时间有限,水平有限,本书一定存在这样或那样的缺点错误,希望广大读者朋友批评指正。

屈广清

2007年6月30日

目 录

总序

前言

第一章 绪论	(1)
第一节 国际私法的调整对象和调整方法	(1)
第二节 国际私法的名称和定义	(6)
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 国际私法的范围	(17)
第六节 国际私法与邻近法律部门的关系	(20)
第二章 国际私法的历史	(23)
第一节 国际私法的学说史	(23)
第二节 国际私法的立法史	(40)
第三节 中国国际私法的历史	(45)
第三章 国际私法的主体	(53)
第一节 自然人	(53)
第二节 法人	(60)
第三节 国家	(66)
第四节 国际组织	(78)
第五节 外国人的民商事法律地位	(81)
第四章 法律冲突、冲突规范和准据法	(92)
第一节 法律冲突	(92)
第二节 冲突规范	(97)
第三节 准据法	(106)
第五章 冲突规范的制度	(117)
第一节 识别	(117)
第二节 先决问题	(121)

第三节	反致·····	(125)
第四节	外国法的查明·····	(131)
第五节	公共秩序保留·····	(133)
第六节	法律规避·····	(138)
第六章	民事权利能力和行为能力的法律适用·····	(141)
第一节	自然人民事权利能力的法律适用·····	(141)
第二节	自然人民事行为能力的法律适用·····	(146)
第三节	法人民事权利能力和行为能力的法律适用·····	(151)
第七章	法律行为、代理和时效的法律适用·····	(155)
第一节	法律行为的法律适用·····	(155)
第二节	代理的法律适用·····	(161)
第三节	时效的法律适用·····	(170)
第八章	物权的法律适用·····	(173)
第一节	物之所在地法原则·····	(173)
第二节	国有化问题·····	(185)
第三节	信托关系的法律适用·····	(192)
第九章	债权的法律适用·····	(200)
第一节	合同的法律适用·····	(200)
第二节	侵权之债的法律适用·····	(224)
第三节	不当得利之债与无因管理之债的法律适用·····	(248)
第十章	婚姻家庭关系的法律适用·····	(250)
第一节	结婚的法律适用·····	(251)
第二节	夫妻关系的法律适用·····	(264)
第三节	离婚的法律适用·····	(268)
第四节	父母子女关系的法律适用·····	(273)
第五节	收养的法律适用·····	(277)
第六节	监护的法律适用·····	(282)
第七节	扶养的法律适用·····	(285)
第十一章	继承的法律适用·····	(289)
第一节	法定继承的法律适用·····	(289)
第二节	遗嘱继承的法律适用·····	(295)
第三节	无人继承财产的法律适用·····	(301)
第四节	有关继承的国际条约·····	(304)

第十二章 知识产权的法律适用	(309)
第一节 专利权的法律适用.....	(309)
第二节 商标权的法律适用.....	(313)
第三节 著作权的法律适用.....	(315)
第十三章 票据的法律适用	(318)
第一节 票据的法律冲突.....	(318)
第二节 票据的法律适用.....	(320)
第十四章 破产的法律适用	(332)
第一节 概述.....	(332)
第二节 破产的法律适用.....	(333)
第十五章 区际私法	(341)
第一节 区际民商事法律冲突概述.....	(341)
第二节 区际私法概述.....	(347)
第三节 我国的区际民商事法律冲突与区际私法.....	(351)
第十六章 国际统一实体私法	(364)
第一节 国际货物买卖统一实体法.....	(364)
第二节 国际货物运输统一实体法.....	(379)
第三节 国际货物运输保险统一实体法.....	(393)
第四节 国际贸易支付统一实体法.....	(396)
第五节 知识产权统一实体法.....	(406)
第十七章 国际民事诉讼法	(412)
第一节 国际民事诉讼法概述.....	(412)
第二节 外国人的民事诉讼地位.....	(417)
第三节 国际民事诉讼管辖权.....	(422)
第四节 国际民事诉讼中的诉讼期间、 诉讼保全、证据和诉讼时效	(432)
第五节 国际民事司法协助.....	(436)
第十八章 国际商事仲裁法	(448)
第一节 国际商事仲裁法概述.....	(448)
第二节 国际商事仲裁机构.....	(455)
第三节 国际商事仲裁协议.....	(457)

第四节	国际商事仲裁程序.....	(464)
第五节	国际商事仲裁中的法律适用.....	(475)
第六节	国际商事仲裁裁决.....	(487)

第一章 绪论

第一节 国际私法的调整对象和调整方法

一、国际私法的调整对象

任何法律部门都有自己的调整对象。这里的“调整”就是“规范”、“规律”或“规定”的意思,法律的调整对象就是法律所要规定的某种法律关系。^①

在中国国际私法领域,学者们在国际私法的调整对象问题上形成了两种不同的观点:第一种观点认为国际私法的调整对象是国际民商事关系。另一种观点认为国际私法的调整对象是国际民商事法律关系^②。

主张国际私法的调整对象是国际民商事关系(Transnational Civil and Commercial Relationships)的学者认为,通常法律的调整对象都是“关系”而不是“法律关系”。例如,民法的调整对象是民事关系,经济法的调整对象是经济关系等。只有经过法律调整之后才能够形成相应的“法律关系”,法律就是为形成“法律关系”才有存在必要的。经法律调整的对象,或者说法律所调整的范围只能是“关系”,调整之后才能形成“法律关系”。国际私法也不例外。

第二种观点认为国际私法的调整对象是国际民商事法律关系^③,即国际私法调整的对象是已经经过民商事法律调整形成了具体权利义务的社会关系。该观点是把国际私法与冲突法等同。因为在所有的法律部门中,只有冲突法才是调整“法律”的法,它以法律选择为根本任务,调整的是各国法律已经调整了的“关系”即“法律关系”,所调整对象是“法律关系”。

在上述法理分析的指导下,我们发现在中国的国际私法研究上有一些极

① 韩德培主编:《国际私法》,高等教育出版社、北京大学出版社 2002 年版,第 3 页。

② 李双元主编:《中国国际私法通论》,法律出版社 2003 年版,第 3 页。

③ 韩德培主编:《国际私法》,高等教育出版社 2000 年版,第 3 页。

为矛盾的现象,即主张国际私法的调整对象是民商事关系的学者,同时主张国际私法是冲突法;主张国际私法的调整对象是民商事法律关系的学者,同时主张国际私法包括国际统一实体法、国际民事诉讼与仲裁、外国人的民事法律地位等内容。学者们的主张自相矛盾,亦即,主张调整对象的观点与主张调整范围的观点严重不符。

由上可见,国际私法的调整对象比其他的法律学科的调整对象更复杂,所以在国内学者编写的国际私法教材体例上,往往首先介绍国际私法的调整对象,其次才介绍国际私法的名称和定义。而其他法律学科的教材则首先介绍名称和定义,其次介绍调整对象。应该认为,国际私法的编写体例是比较科学的,因为法律学科的名称和定义一般都是根据调整对象作出的。国际私法不能像其他学科(民法、经济法等)一样首先介绍该法的定义,因为国际私法的调整对象比较复杂,如果不对它的调整对象了解清楚,就无法了解其定义等其他问题。

通说认为,国际私法的调整对象就包含涉外因素的民商事法律关系,或称涉外民商事法律关系,或称国际民商事法律关系,或称跨国民商事法律关系,或称国际私法关系,也有人称之为含有国际因素的民商事法律关系。^①

那么,何为涉外民商事法律关系呢?

一般认为,涉外即涉及外国(地区、法域、国际组织)、外国人(无国籍人)。法律关系由三要素组成,这三要素为主体、客体和内容(权利与义务)。而涉外民商事法律关系就是指其主体、客体和内容这三要素中至少有一个或一个以上的因素与国外有联系的民商事法律关系。

中国最高人民法院《关于贯彻执行〈民法通则〉若干问题的意见(试行)》第178条也是根据主体、客体、法律事实是否有涉外因素来认定涉外民事关系的。该规定为:“民事关系的一方或双方当事人是外国人、无国籍人、外国法人;民事关系的标的物在外国领域内的;产生、变更或消灭民事权利义务关系的法律事实发生在外国,为涉外民事关系。”

就主体而言,在这种民事关系中至少有一方为拥有外国国籍者或外国住所者的自然人或法人,或为外国国家或国际组织。例如,一个外国人与一个中国公民结婚,或一个外国公民在中国投资建立企业,一位拥有外国住所者购得中国政府在外国发行的债券,某一国际组织的驻中国机构为开展和维持其公共活动而需要在中国购置房产与其他生活资料,外国人购买中国政府发行的

^① 韩德培主编:《国际私法》,高等教育出版社、北京大学出版社2002年版,第3页。

债券等等,均属于涉外民事关系。

就客体而言,即使两方当事人均为中国自然人或法人,但他们之间所要处置的,或者他们之间所争议的,是位于外国的物、财产或者已在(或将在)外国实施的行为,亦属于涉外民事关系。

就权利义务关系据以发生的法律事实(包括行为与事件)而言,凡此种事实发生在外国,如婚姻与收养在外国成立而在内国发生效力,引起对国内财产的继承关系的死亡宣告是在外国做出的,引起损害赔偿责任的侵权行为发生在外国,或合同在国外缔结而判决在国内取得等等,便属于涉外民事关系。

以上几种情况,都是就民事关系三因素中的其中一个因素与外国发生联系而言的。在实际生活中,许多民事关系都可能不仅仅只有一个因素跟外国有联系,例如,中国某公司和一家日本公司在英国伦敦缔结一项买卖标的在澳大利亚悉尼港口待装货物的合同,在该合同关系中,主体一方是日本人,产生合同权利义务关系的法律事实即合同缔结地在英国,而客体又在澳大利亚,便有三个因素涉及外国。

值得注意的是,中国的一些专门法律也对“涉外”问题作了规定。例如,《中华人民共和国票据法》第95条规定:“前款所称涉外票据,是指出票、背书、承兑、保证、付款等行为中,既有发生在中华人民共和国境内又有发生在中华人民共和国境外的票据。”该规定中的涉外因素比较狭窄,必须有的行为在国外而有的行为在国内方可认定为涉外票据。

2002年中国《民法(草案)》的第九编“涉外民事法律适用篇”对涉外因素有扩大性的补充规定:“本法所称的国际民商事关系,是指民商事关系中至少有下列一个国际因素:(1)至少有一方当事人是外国人、无国籍人、外国法人或者其他非法人组织、外国国家或者国际组织。(2)至少有一方当事人的住所、惯常居所或者营业所位于中华人民共和国领域外。(3)当事人争议的标的在中华人民共和国领域外,或者争议标的物的移转越出一国国界。(4)导致当事人之间民商事关系的产生、变更或者消灭的法律事实发生在中华人民共和国领域外。”

二、国际私法的调整方法

国际私法不同于其他法律部门的地方,不仅在于它的调整对象特别,而且在于它调整这种关系的方法也特殊。归纳起来,国际私法调整涉外民事法律关系的方法有两种,即间接调整的方法和直接调整的方法。

(一) 间接调整的方法(Indirect Regulating Method)

所谓间接调整方法也即冲突法的调整方法,是指在解决涉外民事法律关系中的法律适用冲突问题时,通过冲突规范的指引适用特定国家的法律来调整该涉外民事法律关系当事人间的权利义务,而不是直接规定当事人间的权利义务关系。例如,无论是见于公元 652 年完成的《唐律疏议》中的“诸化外人,同类自相犯者,各依本俗法;异类相犯者,以法律论”这一兼用于民刑事的冲突规则,还是由 14 世纪意大利法则区别说之集大成者巴托鲁斯(Bartolus)在他的学说中提出的如契约方式依行为地法、契约的预期效果依缔约地法而契约的不履行依履行地法等冲突规则,或者在 1804 年《拿破仑法典》中的冲突规则,或者《中华人民共和国民法通则》第 8 章的具体规定,都属于间接调整法。这种通过冲突规范的间接调整方法,判定当事人的权利义务,都必须经过两个步骤:第一步是适用冲突规范,找出某个涉外民事(法律)关系应以何国法作为准据法。第二步才是适用该准据法来确定涉外民事(法律)关系当事人之间的权利义务。鉴于这些冲突规范在早先纯属各个国家自己的规定,彼此各不相同自不待言。而各国冲突规则的不同,必定导致同一涉外民事(法律)关系,在不同国家涉讼,可能适用不同的冲突规范,得出不同的结果,不但等同于“法律的冲突丝毫也未得到解决”,而且还会导致当事人“挑选法院”(forum shopping)提起诉讼的弊端。于是,自上世纪中叶经意大利孟西尼(Mancini)以及后来荷兰学者阿瑟(Asser)等人的倡导,逐渐有统一冲突规则的出现。由于在缔约国之间根据这种统一冲突规则,对同一涉外民事(法律)关系,无论是在其中哪一国处理,均会指定适用同一国家的法律,判决结果自然也就可以一致。因此,统一冲突法的活动日益发展。但是,细究起来,这种由统一的冲突规范指引的某个国家的法律,仍只是该国的国内法,它们并不是针对国际民事法律关系指定的,并不一定符合涉外民事案件的实际情况。

冲突规范作为一种间接规范,与实体规范相比较,因其不直接规范当事人的权利义务,通常使当事人难以预见法律行为的后果。而且,由于受国家主权观念、案件结果与法院国的利害关系以及调查和适用法律上的司法便利等因素的影响,在长期的国际私法实践中,逐渐形成了与适用冲突规范相联系的一整套法律制度,诸如反致、转致、法律规避、公共秩序保留、外国法内容的查明等,从各个不同的侧面来限制冲突规范的效力,使冲突规范最初指引的法律同法院最终用来调整某涉外民事关系当事人权利义务的法律不尽一致。

从 19 世纪末期以来,人们在继续采用冲突规范解决法律冲突的同时,也开始探寻解决法律冲突的其他途径。这便产生了统一实体法规范的直接调整

方法。所以,不能认为间接地即运用冲突规范调整涉外民事关系解决法律冲突问题是唯一的方法,尽管这种方法“构成了国际私法的基本问题”^①或“本体部分”。^② 巴迪福等曾经指出:“有人甚至想使冲突法成为国际私法这门学科的唯一规范。但是这样做就忘记了‘专门’解决这些问题的其他方法(即直接调整方法)也有其适用范围。而且经验表明,以一种方法或另一种方法处理问题之间的密切的联系也不允许将这两种方法分开研究。”因为“这两方面解决问题的方法还可以包括其他解决问题的方法。”这在许多冲突法的国内立法或国际公约以及许多实体法的国际立法中都有例证可循。^③

(二)直接调整的方法(Direct Regulating Method)

与间接调整的方法不同,直接调整方法主要是指有关国家间通过双边或多边国际条约的方式,制定统一的实体法,用以直接支配涉外民事关系当事人权利义务关系,从而避免或消除法律冲突和法律选择。所谓统一实体法是指调整平等主体之间的国际民事关系的统一实体法律规范的总和,^④或者说是调整国际私法关系的统一实体法律规范的总和,主要指国家间通过双边或多边条约签订的适用于涉外民事关系的实体法律。

由于适用统一实体法规范避免了在国际民事交往中可能发生的法律冲突,有的学者称其为“避免法律冲突的规范”,而冲突规范则是“解决法律冲突的规范”。从这个角度讲,用统一实体法规范调整涉外民事法律关系较之适用冲突规范确实前进了一步。但是,这并不意味着统一实体法规范可以起完全取代冲突规范的作用,因为采用直接调整方法在国际私法关系上,也有其自身的局限性。

1. 这种方法的适用领域比较有限。例如,在继承、婚姻等带有人身性质的法律制度方面,因不同民族和不同国家的历史传统与风俗习惯均不相同,且已渗透到每一个法律条文。在这些领域,尽管人们作了许多努力,至今尚未能制定出统一实体法。因此,在涉外婚姻和继承等领域,仍然需要依靠冲突规范这种间接调整方法。

统一实体法适用的领域比较有限,还表现在一个实体法公约往往只适用

① 巴迪福、拉加德著:《国际私法总论》,陈洪武译,中国对外翻译公司1989年版,第4页。

② 李双元:《应当重视对冲突法的研究》,载《武汉大学学报》1983年第6期。

③ 屈广清主编:《国际私法导论》,法律出版社2004年版,第15页。

④ 屈广清、侯淑波著:《统一实体法》,大连海事大学出版社2002年版,第2页。