



高等院校法学专业教材

GuoJi SiFa

国际私法

◆ 主编 蒋新苗 杨 翔



湖南人民出版社

湖南大学出版社



高等院校法学专业教材

GuoJi SiFa

国际私法

主 编 蒋新苗 杨 翔

副主编 李先波 郑远民 许光耀

编写者 (以撰写章节先后为序)

蒋新苗 杨 翔 李先波 郑远民

许光耀 熊之才 蔡 畅 郭树里

刘益灯 龚文启 祝 磊

图书在版编目(CIP)数据

国际私法/蒋新苗,杨翔 主编.—长沙:湖南人民出版社,
2003.1

高等院校法学专业教材

ISBN 7-5438-3205-4

I.国... II.①蒋...②杨... 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(2003)第 002166 号

责任编辑:曾赛丰
马明明
装帧设计:陈 新

国 际 私 法

蒋新苗 杨 翔 主编

*

湖南人民出版社出版、发行

(长沙市展览馆路 66 号 邮编:410005)

湖南省新华书店经销 湖南望城湘江印刷厂印刷

2003 年 1 月第 1 版第 1 次印刷

开本:720×960 1/16 印张:33

字数:590,000 印数:1-5,000

ISBN7-5438-3205-4

D·483 定价:45.00 元

出版说明

中国共产党十一届三中全会以来，我国实行改革开放的政策，不仅经济建设进入了一个高速发展时期，而且迎来了法学教育和法学研究的春天。1997年9月召开的中国共产党第十五次全国代表大会，提出了建设社会主义法治国家的伟大目标，明确规定了依法治国的基本方略。法治建设的新形势，对法治人才的培养、对法学教育和法学研究均提出了新的要求。在法学教育中有一项十分重要的工作，那就是必须根据司法实践中发现的新问题和法学理论研究的新发展，根据法律的立、废和修订适时地修订、更新法学教材，使法学教材更好地为法学教育服务，为指导司法实践服务，为培养更多更好的法治人才服务。根据中华人民共和国教育部高等教育司“全国高等学校法学专业核心课程教学的基本要求”，湖南人民出版社与湖南大学出版社在各高等院校的支持下，于2000年夏初决定联合出版一套高等院校法学专业教材。参加这套教材组织、编写工作的单位有湘潭大学、湖南大学、湖南师范大学、中南大学、吉首大学、湖南商学院、中南林学院、湖南公安高等专科学校、湖南税务高等专科学校、湖南财经高等专科学校。经过各高校有关同志协商，大家推选出十几位学术水平高、科研能力强、在专业领域具有较大影响的教授、研究员分别担任法律专业14门核心课程教材的主编，并推选出一批参编人员。大家还一致同意，这套教材实行主编负责制，由各门课程教材主编分别对本书的内容和质量负责。

这套教材坚持以马列主义、毛泽东思想、邓小平理论为指导，力求理论紧密联系实际，力求全面、系统且重点突出地介绍我国法学的基本理论、基本观点和基本知识，力求内容的科学性、准确性、实践性、逻辑性和稳定性，同时也要努力反映司法实践中出现的新问题，反映法学研究中的新成果，反映最新的立法和最新的司法解释，并且在理论体系和结构上力求有所创新，文字简明流畅，可读性强。

这套教材主要适合于全日制高等学校法律专业教学之用，亦适合于法

律专业本科和专科自学考试者作自学教材，同时亦适合政法干警和社会各界法学爱好者自学之用。

这套教材在筹划、编写过程中得到湖南省教育厅和有关高校的高度重视和大力支持，参编的各位专家、学者为这套教材的出版付出了大量心血，我们谨致以衷心的感谢！

湖南人民出版社
湖南大学出版社

主编、副主编简介

蒋新苗 1964年10月生，湖南东安市人。国际私法专业博士，法学教授，湖南师范大学法学院院长、国际法学硕士生导师，教育部高等学校法学学科教学指导委员会委员，中国国际私法学会常务理事、中国行为法学会理事，长沙仲裁委员会仲裁员。德国马克斯·普朗克外国法与国际私法研究所高级访问学者。代表性著作：《国际收养法律制度研究》（独著）、《现代国籍法》（主编）、《比较收养法》（独著）、《国际民商新秩序的理论建构》（副主编）、《世贸组织（WTO）的法律制度》（主编）。代表性论文：《国际收养准据法的选择方式》（独著，载《法学研究》1999年第2期）、《国际收养法走势的回顾与展望》（独著，载《中国法学》2001年第1期）。

杨翔 1964年10月生，湖南汨罗市人。1985年毕业于北京大学法律系。历任湘潭大学法学系主任，科研处副处长，现为湘潭大学法学院教授、硕士研究生导师，湖南省司法厅副厅长，农工民主党湖南省副主委，中国法理学研究会理事，湖南省律师高级职称评委会成员，《湘江法律评论》编委会成员，《湖南法学》编委会主任。近年来在《中国法学》、《法制与社会发展》、《社会科学》、《江海学刊》、《湖南日报》等报刊上发表学术论文40余篇，出版《行政法学——关于行政法基本理论的分析》、《法治建设论》（合著）、《行政法学新论》（合著）等多部专著。

李先波 1963年4月生。法学博士、教授，湖南师范大学法学院副院长、硕士生导师，中国国际私法学会常务理事。已出版个人专著5部，在《法学研究》、《中国法学》等刊物发表学术论文30余篇，其中多篇被《新华文摘》、《人大报刊复印资料》、《全国高校学报文摘》等转载。主持省、部级课题5项，参与国家课题2项，获省、部级科研奖1项。

郑远民 男，湖南新宁人。武汉大学法学博士，现为湖南大学法学院副

教授，网络法研究中心主任；兼任中国国际私法研究会理事，中国比较法研究会理事，上海仲裁委员会仲裁员，长沙仲裁委员会仲裁员。主要研究方向为国际私法、国际贸易法、网络法。近年来在《法学研究》、《中国法学》、《法律科学》、《法学家》等刊物上公开发表学术论文 40 余篇，出版《现代商人法研究》（专著，法律出版社 2001 年版）等著作、教材 11 部。主持省级科研项目 2 项，参与国家社科基金重点项目 1 项、教育部博士点项目 2 项。

许光耀 1967 年 6 月生，江苏徐州市人。1985 年考入武汉大学法学院，1999 年于武汉大学获法学博士学位。2000 年 9 月至 2001 年 11 月于英国阿伯泰大学访问，回国后被聘为中南大学法学教授。研究方向为国际私法、竞争法，代表性著作作为法律出版社出版的《欧共体竞争法研究》。近来开设国际私法双语教学课程，并主编法学专业英语学习刊物《民商法英语学习》。

目 录

第一章 国际私法的概念	(1)
一 国际私法的名称与定义.....	(1)
二 国际私法的调整对象.....	(6)
三 国际私法的性质.....	(22)
四 学习国际私法的意义与方法.....	(31)
第二章 国际私法的范围与渊源	(35)
一 国际私法的范围.....	(35)
二 国际私法的渊源.....	(41)
三 国际私法的基本原则.....	(49)
第三章 国际私法的历史	(57)
一 国际私法学说史.....	(57)
二 国际私法立法史.....	(77)
三 中国国际私法的历史.....	(81)
第四章 外国人的民事法律地位	(89)
一 外国人民事法律地位的概念.....	(89)
二 外国人民事法律地位的几种制度.....	(94)
三 外国人在我国的民事法律地位.....	(101)
第五章 冲突规范与法律选择	(104)
一 冲突规范.....	(104)
二 连结点.....	(111)
三 准据法及其确定.....	(120)
四 识别.....	(132)
五 法律选择方法.....	(138)
第六章 外国法的适用与排除	(143)
一 反致制度.....	(143)
二 外国法的查明和适用.....	(154)
三 法律规避.....	(160)
四 公共秩序.....	(164)

第七章 自然人	(178)
一 自然人的国籍冲突.....	(178)
二 自然人的住所冲突.....	(181)
三 自然人权利能力和行为能力.....	(186)
第八章 法人	(193)
一 法人的国籍.....	(193)
二 法人的住所.....	(196)
三 外国法人的认许.....	(198)
四 法人权利能力和行为能力.....	(200)
第九章 法律行为和代理	(203)
一 法律行为.....	(203)
二 代理.....	(206)
第十章 物权	(215)
一 物之所在地法原则.....	(215)
二 国有化及其补偿问题.....	(224)
三 国际破产.....	(225)
四 信托.....	(233)
第十一章 知识产权的法律适用	(241)
一 知识产权上的冲突规则.....	(241)
二 知识产权的国际保护.....	(248)
三 我国有关知识产权国际保护的立法.....	(260)
第十二章 合同的法律适用	(264)
一 当今国际社会解决合同法律适用的方法.....	(264)
二 合同准据法的确定.....	(269)
三 合同形式与缔约能力的法律适用.....	(283)
四 我国关于涉外合同法律适用的法律实践.....	(288)
第十三章 国际经贸关系中的几种主要合同	(291)
一 国际货物买卖合同.....	(291)
二 国际货物运输合同.....	(309)
三 国际货物运输保险合同.....	(325)
四 国际贸易支付.....	(329)
五 国际技术转让合同.....	(339)
六 国际私人直接投资合同.....	(347)
七 国际贷款协议.....	(357)
第十四章 法定之债	(365)

一 侵权行为·····	(365)
二 几种特殊的侵权行为·····	(371)
三 不当得利和无因管理·····	(375)
第十五章 婚姻家庭·····	(379)
一 概述·····	(379)
二 结婚·····	(380)
三 离婚·····	(390)
四 夫妻关系·····	(398)
五 亲子关系·····	(403)
六 收养·····	(408)
七 监护·····	(413)
八 扶养·····	(415)
第十六章 继承与遗嘱·····	(419)
一 遗嘱继承·····	(419)
二 法定继承·····	(426)
三 关于遗产继承法律适用的海牙公约·····	(436)
第十七章 国际民事诉讼程序·····	(441)
一 国际民事诉讼程序概论·····	(441)
二 外国人与外国国家及其财产的诉讼地位·····	(444)
三 国际民事诉讼司法管辖权·····	(449)
四 期间、财产保全与诉讼时效·····	(456)
五 国际民事司法协助·····	(458)
六 外国法院判决的承认与执行·····	(467)
第十八章 国际商事仲裁·····	(471)
一 国际商事仲裁的概念和特点·····	(471)
二 国际商事仲裁机构·····	(476)
三 仲裁协议·····	(483)
四 国际商事仲裁中的法律适用·····	(489)
五 仲裁程序·····	(493)
六 国际商事仲裁裁决的承认与执行·····	(498)
主要参考资料·····	(507)
后 记·····	(509)

CONTENTS

Chapter 1	Concept of Private International Law	(1)
Section 1	Name and Definition of Private International Law	(1)
Section 2	Subject Matters of Private International Law	(6)
Section 3	Nature of Private International Law	(22)
Section 4	Significance and Methods of Learning Private International Law	(31)
Chapter 2	Scopes and Sources of Private International Law	(35)
Section 1	Scopes of Private International Law	(35)
Section 2	Sources of Private International Law	(41)
Section 3	Principles of Private International Law	(49)
Chapter 3	History of Private International Law	(57)
Section 1	History of Theories of Private International Law	(57)
Section 2	History of Legislature of Private International Law	(77)
Section 3	History of Private International Law in China	(81)
Chapter 4	Civil Status of Aliens	(89)
Section 1	The Concept of Civil Status of Aliens	(89)
Section 2	Several Systems Concerning Civil Status of Aliens	(94)
Section 3	Civil Status of Aliens in China	(101)
Chapter 5	Conflict Rules and Choice of Law	(104)
Section 1	Conflict Rules	(104)
Section 2	Points of Contact	(111)
Section 3	Applicable Law and Its Determination	(120)
Section 4	Identification	(132)
Section 5	Ways of Choice of Law	(138)
Chapter 6	Application of Foreign Law and Its Exclusion	(143)
Section 1	Renvoi	(143)
Section 2	Proof of Foreign Law and Its Application	(154)
Section 3	Evasion of Law	(160)

Section 4	Public Order	(164)
Chepter 7	Natural Persons	(178)
Section 1	Conflict of Nationalities of Natural Persons	(178)
Section 2	Conflict of Domiciles of Natural Persons	(181)
Section 3	Legal Capacity and Disposing Capacity of Natural Persons	(186)
Chepter 8	Legal Persons	(193)
Section 1	Nationalities of Legal Persons	(193)
Section 2	Domiciles of Legal Persons	(196)
Section 3	Recognition of Foreign Legal Persons	(198)
Section 4	Legal Capacity and Disposing Capacity of Legal Persons	(200)
Chepter 9	Legal Act and Proxy	(203)
Section 1	Legal Act	(203)
Section 2	Proxy	(206)
Chepter 10	Right in Rem	(215)
Section 1	Lex Situs	(215)
Section 2	Nationalization and Compensation	(224)
Section 3	International Bank ruptcy	(225)
Section 4	Trust	(233)
Chepter 11	Intellectual Property	(241)
Section 1	Conflict Rules on Intellectual Property	(241)
Section 2	International Protection for Intellectual Property	(248)
Section 3	Chinese Laws Concerning International Protection for Intellectual Property	(260)
Chepter 12	Application of Law in Contracts	(264)
Section 1	Present Approaches in International Society to Solve the Issue of Application of Law in Contracts	(264)
Section 2	Dertermination of the Applicable Law of Contract	(269)
Section 3	Applicable of Law Concerning Formality of Contract and Competence	(283)
Section 4	China's Legal Practice of Application of Law for Foreign Contracts	(288)
Chepter 13	Main Kinds of Contracts in the International Economic Trade Relationships	(291)

Section 1	Contracts of International Sales of Goods	(291)
Section 2	Contracts of International Transportation of Goods	(309)
Section 3	Contracts of Insurance for International Transportation of Goods	(325)
Section 4	International Trade Payments	(329)
Section 5	Contracts of International Transfer of Technology	(339)
Section 6	Contracts of Private International Direct Investment ...	(347)
Section 7	International Loan Agreement	(357)
Chepter 14	Legal Obligation	(365)
Section 1	Tort	(365)
Section 2	Special Tort	(371)
Section 3	Unjust Enrichment and Voluntary Service	(375)
Chepter 15	Marital Relationship	(379)
Section 1	General Discussion	(379)
Section 2	Marriage	(380)
Section 3	Divorce	(390)
Section 4	Conjugal Relation	(398)
Section 5	Relation between Parents and Children	(403)
Section 6	Adoption	(408)
Section 7	Guardianship	(413)
Section 8	Maintenance	(415)
Chepter 16	Wills and Succession	(419)
Section 1	Wills Succession	(419)
Section 2	Legal Succession	(426)
Section 3	The Hague Convention on Wills and Succession	(436)
Chepter 17	International Civil Procedure	(441)
Section 1	Introduction to International Civil Procedure	(441)
Section 2	Status of Foreign Nationals, Foreign States and Foreign National Property in Civil Action	(444)
Section 3	International Civil Jurisdiction	(449)
Section 4	Period of Time, Preservation of Property and Limitation of Action	(456)
Section 5	International Civil Judicial Assistance	(458)
Section 6	Recognition and Enforcement of Foreign Judgments ...	(467)
Chepter 18	International Commercial Arbitration	(471)

Section 1	Concept and Characteristics of International	(471)
Section 2	International Commercial Arbitral Agency	(476)
Section 3	Arbitral Agreement	(483)
Section 4	Application of Law Concerning International Commercial Arbitration	(489)
Section 5	Procedure of Arbitration	(493)
Section 6	Recognition and Enforcement of the Award of International Commercial Arbitration	(498)
Bibliography		(507)
Postscript		(509)

第一章 国际私法的概念

国际私法是调整涉外民商事关系的一个独立的法律部门，其处理的问题主要是不同国家的当事人在进行跨国民商事交往中可能出现的法律问题。国际私法在我国社会主义市场经济法律体系中具有特殊的地位，在我国继续坚持改革开放的基本国策之下，特别是我国加入 WTO 之后，对外的民商事、经济交往将更加频繁，国际私法发挥的作用将越来越大，学习和掌握必要的国际私法知识，可以使我们能够运用其作为法律手段，从法律上维护对外民商事交往中国家的权益，保护中外当事人的正当权益，促进和发展国际间民商事的合作与交流。从另外一个方面来看，国际私法作为一门预防和消除各国民商事法律之间的冲突的法律部门，不可避免地要涉及处理外国法律的问题，从这一意义上看，国际私法的学习又是比较法的学习，对于我们丰富对各国法律制度的了解，加强各国的法律文化的交流，也是很有意义的。本章主要学习国际私法的概念，探讨国际私法的调整对象，分析国际私法的性质。本章是全书的导论部分，学习好本章的内容，有助于我们对国际私法各部分内容的把握，为我们学习以后各章奠定一个坚实的基础。

一 国际私法的名称与定义

（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。虽然国际私法已有了六七百年的发展历史，然而，其名称至今仍难以统一。直到目前为止，不同学者，不同国家和地区，对国际私法仍保留着各种不同的称谓。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”。^①一般来说，大陆法系各国比

^① 关于国际私法名称的演变与歧异，可参看努斯鲍姆（Nussbaum）：《国际私法原理》（Principles of Private International Law）（1942），第1章第1节；梅仲协：《国际私法新论》（台湾，1982年版）第2章。

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)。从国际私法产生与发展的历史来看,其名称主要有如下六种:

1. 法则区别说 (traite de statuts, theory of statutes)

这是国际私法最早使用的名称。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”)。而法则区别说所要解决的主要是当时意大利半岛各城邦法则之间法律适用问题,并非 19 世纪以来频繁发生的内外国私法的适用问题。所以,19 世纪以后几乎再无学者使用“法则区别说”(或“法则说”)来称谓国际私法。

2. 冲突法 (conflict of law)

这一名称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。另一位荷兰著名国际私法学者胡伯(Huber)也于 1684 年使用过这一名称。美国国际私法学的奠基者斯托雷在其著作中也使用过“冲突法”这一名称。号称“近代国际私法之父”的德国著名法学家萨维尼(Savigny)对斯托雷倍加推崇,萨维尼在 1849 年的《现代罗马法体系(第八卷)》一书中也未对“冲突法”这一名称提出任何异议。

3. 私国际法 (private international law)

这个英文名称,最早是美国国际私法奠基人斯托雷(Joseph Story)于 1834 年在其发表的《冲突法评论》(Commentaries on the conflict of laws)一书中提出的,其直译应为“私国际法”。但他自己并未用它来给这本书命名,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。因为他是一个把国际私法看做国际法的学者,他在 1840 年发表的一篇论文,其题目就是《论内外国法律的冲突,又称国际法》。如今这一名称在法国以及其他一些拉丁语系国家较为流行,而英美等普通法系国家也有部分学者在继续使用这一名称。

4. 国际私法 (internationales privatrecht)

真正称“国际私法”的却是德国一位叫谢夫纳（Schaeffner）的学者，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”。现在，德国学者都沿用这一名称。此外，中国、日本、俄罗斯以及东欧一些国家的学者也广为使用这一名称。

5. 涉外私法（foreign private law）

日本有的学者认为，国际私法既然是规定内外国交往的私法关系，就该称之为涉外私法。瑞士学者曼利（Meili）也对这一称谓倍加赞赏，明确地以“涉外私法或对外私法”命名其国际私法著作。我国国际私法前辈学者陈顾远同样主张将国际私法这一法律部门称为涉外私法较为适宜^①。

6. 外国法适用论（application of foreign laws）

德国国际私法学者奥斯塔特（Oerstadt）在1822年出版的国际私法专著中，将其命名为“外国法适用论”。他的立意在于认为国际私法无非规定对于涉外民事关系在何种情况下可以适用外国法。当然，这一名称也遭致了不少非议。一些学者认为国际私法是规定内外国法律的适用问题，而不是仅仅规定外国法在什么情况下得以适用^②。

除上述较普遍使用的名称外，对国际私法这一法律部门还有许多不同的称呼。例如，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）。与此相仿，上一世纪学者还有把国际私法学称为“法律的域外效力论”（Extrateritorial effect of law）的。此外，还有把它叫做“私法关系的国际处理法”（internationale rechtsbehandlung der privatrechtlichen verpaltnisea），“私间法”（zwischen privatrecht），“界限法”（grenzrecht），“体系间法”（droit intersystematique），以及“国际民法”、“国际商法”、“国际民商法”的。

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”这个名称为美国斯托雷所首倡，但直到今天，“冲突法”（Conflict of Laws）在美国使用得更广泛。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》，而在英国则

① 陈顾远：《国际私法总论（上册）》，1933年出版，第103-104页。

② 唐纪翔：《国际私法总论》，1934年出版，第12页。