

国际私法引论

GUOJI SIFA YINLUN

顾海波 著



中国检察出版社

国际私法引论

顾海波 著

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

国际私法引论/顾海波著. —北京: 中国检察出版社,
2003.1

ISBN 7-80185-034-3

I. 国… II. 顾… III. 国际私法—法的理论 IV. D997

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2002) 第 101117 号

国际私法引论

顾海波 著

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区鲁谷西路 5 号 (100040)

网 址: www.zgjcph.com

电子邮箱: zgjcbs@vip.sina.com

电 话: (010)68658769(编辑) 68650015(发行) 68636518(邮购)

经 销: 新华书店

印 刷: 北京顺义向阳胶印厂印刷

开 本: 850mm×1168mm 32 开

印 张: 11.25 印张

字 数: 287 千字

版 次: 2003 年 1 月第一版 2003 年 1 月第一次印刷

书 号: ISBN 7-80185-034-3/D·1029

定 价: 25.00 元

检察版图书, 版权所有, 侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换

前 言

当代国际经济贸易关系和科学技术合作越来越密切，各国之间人员往来越来越频繁。在这种情况下，各国的涉外民商事纠纷也日益增多。要解决这些民商事纠纷，就需要国际私法。

我国是一个对外开放的国家，随着改革开放的深入发展，我国同世界各国的经济贸易联系、科学技术合作和人员交往必将越来越多。我国同世界各国的这种交往和合作在法律上的必然后果是产生一系列具有涉外因素的民商事法律关系。随着我国对香港和澳门恢复行使主权，我国成为一个多法域国家，在我国大陆与香港、澳门特别行政区之间具有涉外因素的民商事法律关系中，不可避免地也会发生许多具有涉外因素的民商事纠纷。要解决这些民商事纠纷，不论是通过仲裁，还是通过诉讼，都要依靠国际私法。所以，对外开放和我国对香港、澳门地区恢复行使主权，对我国国际私法的立法与研究提出了更高的要求。

自改革开放以来，我国的国际私法立法虽然有了很大的发展，但是这方面的工作毕竟起步较晚，许多规定还不完备，还有待于完善。外国国际私法新的理论和实践经验，对我国的国际私法立法、司法和教学研究工作中都会有重要的借鉴价值。因此，加强对国际私法问题的研究具有重要的现实意义。

解放后，我国的国际私法著作采用前苏联国际私法的主张，我国的国际私法教材受前苏联国际私法教材的影响极大。

11054

前苏联的国际私法是计划经济和它同世界市场联系不多的产物，这种国际私法不仅与我国的社会主义市场经济和对外开放不相适应，而且与我国立法中关于国际私法范围的规定相矛盾。

现在，为了培养适应社会主义市场经济发展和对外开放需要的涉外法律人才，国内外的形势都要求我们有一些新的国际私法著作出现。

本书是考虑到我国国际私法立法的成就和国际私法学的发展、社会主义市场经济的建设和世界贸易组织的规则要求，也顾及国际上面临 21 世纪的新形势和国际私法统一化运动的发展等情况而撰写的。在写作过程中，作者力求结合我国实际，贯彻科学性、时代性、国际性和知识性，以适应国际私法关系将成为国际关系的基础关系和我国国际私法立法及国际私法学发展的新情况，满足我国发展国际民商事交往的需要。

2 本书的体系是：第一部分为总论（第一章至第六章），概括地介绍了国际私法的基本理论与制度以及与国际私法主体有关的法律制度；第二部分为分论（第七章至第十三章），主要介绍了涉外物权、知识产权、合同、国际经济贸易关系、侵权行为、不当得利、无因管理、婚姻家庭与继承关系的法律适用原则；第三部分（第十四章、第十五章）介绍了国际民事诉讼和国际商事仲裁程序问题，是对涉外民事关系中当事人合法权益的保护规定，这部分规定的性质属于程序法。

由于时间仓促，本书遗漏、不妥甚至错误之处在所难免，请读者批评指正。

作 者

2002 年 10 月于东北大学



顾海波，1963年9月生于黑龙江省佳木斯市。1986年7月毕业于吉林大学法律系，获法学学士学位；1989年7月毕业于吉林大学研究生院，获法学硕士学位。现为东北大学文法学院博士研究生、副教授，兼任中国国际私法学会理事。先后在《法制日报》、《中国国际私法与比较法年刊》、《法制与社会发展》、《当代法学》等报刊杂志上发表过《中国参加〈产品责任法律适用公约〉的可行性浅析》、《国际票据的法律选择规则探讨》、《最密切联系原则在晚近冲突法立法中的新应用》、《中国加入WTO与地方法治建设》等学术论文三十余篇。承担过并正在承担省级以上多项课题的研究工作。

目 录

第一章 国际私法概述	(1)
一、国际私法的调整对象及方法	(1)
二、国际私法的范围与定义	(7)
三、国际私法的渊源	(11)
四、国际私法的基本原则	(16)
五、国际私法和国际私法学	(18)
第二章 国际私法的历史	(25)
一、国际私法的学说史	(25)
二、国际私法的立法史	(37)
三、中国国际私法史	(46)
第三章 冲突规范与准据法	(51)
一、冲突规范的概念、结构和类型	(51)
二、系属公式	(57)
三、识别	(59)
四、准据法的确定	(63)
第四章 外国法的适用与排除	(67)
一、反致	(67)
二、公共秩序保留	(73)
三、法律规避	(81)
四、外国法内容的查明	(84)
第五章 国际私法关系的主体	(90)
一、自然人	(90)

二、法人·····	(106)
三、外国人民事法律地位的几种制度·····	(112)
第六章 法律行为和代理·····	(120)
一、法律行为·····	(120)
二、代理·····	(124)
第七章 物权·····	(136)
一、物权的法律冲突·····	(136)
二、物权法则——物之所在地法原则·····	(139)
三、国有化及其补偿问题·····	(146)
第八章 知识产权·····	(149)
一、专利权的法律适用·····	(150)
二、商标权的法律适用·····	(156)
三、著作权的法律适用·····	(158)
第九章 合同·····	(162)
一、涉外合同及其准据法概述·····	(162)
二、合同准据法的确定方法·····	(167)
三、我国关于涉外合同法律适用的规定·····	(181)
第十章 国际经济贸易关系的国际私法调整·····	(184)
一、国际货物买卖的法律适用·····	(184)
二、国际技术转让的法律适用·····	(189)
三、国际服务贸易的法律适用·····	(194)
四、国际投资关系的法律适用·····	(199)
五、国际金融关系的法律适用·····	(203)
六、票据的法律适用·····	(207)
七、国际保理的法律适用·····	(211)
第十一章 法定之债·····	(215)
一、侵权行为·····	(215)
二、几种特殊的侵权行为·····	(223)

三、不当得利和无因管理·····	(231)
第十二章 婚姻家庭 ·····	(236)
一、结婚·····	(236)
二、离婚·····	(241)
三、夫妻关系·····	(246)
四、父母子女关系·····	(248)
五、收养·····	(253)
六、监护·····	(255)
七、扶养·····	(257)
第十三章 继承 ·····	(260)
一、法定继承·····	(260)
二、遗嘱·····	(267)
三、无人继承财产·····	(274)
第十四章 国际民事诉讼程序 ·····	(278)
一、国际民事诉讼程序概论·····	(278)
二、外国人与外国国家及其财产的诉讼地位·····	(282)
三、国际民事案件的管辖权·····	(293)
四、司法协助·····	(302)
五、国际私法中的公证与认证·····	(315)
第十五章 国际商事仲裁 ·····	(319)
一、国际商事仲裁的概念和特征·····	(319)
二、仲裁机构和仲裁协议·····	(321)
三、国际商事仲裁中的法律适用·····	(331)
四、仲裁程序·····	(334)
五、国际商事仲裁裁决的承认与执行·····	(339)

第一章 国际私法概述

国际私法 (private international law) 是调整涉外民事关系的一个独立的法律部门, 也是现代法学的一个最古老的法律学科。它对推动和促进不同国家 (或地区) 之间的民事交往, 维护国际间的正常经济秩序起着十分重要的作用。20 世纪 40 年代以来, 鉴于国际经济关系的发展日新月异, 各国国际私法立法及有关的国际条约大量出现, 相关的国际私法问题已成为国内外国际私法学界十分关注的理论问题, 也是世界各国和国际组织普遍关心的实践问题。对于这些问题, 特别是对国际私法的对象、范围、渊源、性质和定义等重大理论问题, 古今中外的国际私法学者们提出了各种不同的主张。故就上述问题进行研究, 为研习以后各章奠定一个坚实的基础。

一、国际私法的调整对象及方法

(一) 涉外民事关系和法律冲突

国际私法是国际民事、经济关系发展到一定时期的产物。它是以含有外国因素 (foreign elements) 的民事关系作为调整对象的一个独立的法律部门。一般地说, 凡有以下情况, 均构成涉外民事法律关系:

1. 作为民事法律关系主体的一方或双方是外国自然人或法人, 或无国籍人, 有时也可以是国家或国际组织;

2. 作为民事法律关系的客体或标的是位于外国的物、财产，或需要在外国完成的行为；

3. 作为民事法律关系的内容的权利和义务据以产生的法律事实发生在国外。

国际私法上所称的民事法律关系是从广义上来讲的，实际上乃指民商事关系。它既包括涉外物权关系、涉外债权关系、涉外知识产权关系、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、涉外保险法关系和涉外破产法关系等。^①

对国际私法上讲的外国因素中的“外国”(foreign)，也应该做广义的理解。英国的国际私法所称的“foreign”，就是把苏格兰与北爱尔兰也是当做德国、法国等外国一样看待的。在我国的司法实践中，国际私法规范也常适用于涉及香港、澳门、台湾地区的民事法律关系。所以，国际私法所称“含有外国因素”，实际上也包括“含有其他法域的因素”的意思。

2 法院在处理含有多国因素的民事案件时，如果所涉各国民、商法的规定是相同的，适用其中任一国的法律，都只会得出相同的判决结果，也就谈不上要进行法律选择了。但实际上，各国民、商法规定千差万别，常常在处理同一问题时，一国的法律，可能认为已经成立一个有效的民事法律关系，而依另一国的法律，却会认为它还不能有效成立；或者依一国的法律，当事人甲应承担这样的法律责任，而依另一国的法律，却应承担那样的法律责任或不负法律责任。这时，究竟应依哪一国家的法律来作出判决呢？这就产生了通常所讲的法律冲突或法律抵触的问题。国际私法在许多国家被称为“法律冲突法”

^① 韩德培主编：《国际私法（修订本）》，武汉大学出版社1989年版，第3页。

或“冲突法”，就是因为它主要是解决在处理涉外民事法律关系时发生的法律冲突问题的。而所谓法律冲突，就是对于同一民事关系因所涉各国立法不同且都可能对它进行管辖而产生的法律适用上的冲突。

在处理涉外民事关系时，因所涉各国的立法不同，在许多问题上都会发生法律冲突，从而需要作出法律选择。例如，在法律适用涉及人的身份或能力问题时，会提出究竟应适用当事人的本国法，还是他的住所地法或他为法律行为的行为地法的问题；在法律适用涉及物权关系时，会提出究竟适用物之所在地国的法律，还是应适用物的所有人的本国法、住所地法或物权行为的行为地法；在法律适用涉及合同的成立与效力的问题时，会提出究竟应适用合同缔结地法，还是适用合同履行地法、当事人的本国法、住所地法或其他可以适用的法律的问题；在法律适用涉及侵权行为责任时，会提出究竟应适用加害行为地法，还是损害结果发生地法、受害人的本国法、住所地法或其他可以适用的法律的问题；在法律适用涉及仲裁或诉讼程序方面的问题时，会提出究竟是否只应适用仲裁机构或法院所在地法律的问题；等等。国际私法便是回答这些问题的法律部门。

（二）涉外民事关系法律冲突产生的原因

一般认为，在处理涉外民事关系时之所以会产生法律适用上的冲突，有以下四个方面的原因：一是在现实生活中大量出现含有涉外因素的民事关系；二是所涉各国民法上的规定不同；三是司法权的独立；四是国家为了发展对外经济贸易关系，赋予外国人在内国以平等的民事权利地位，并且在一定范围内承认所涉外国法的域外效力。

就上述产生法律冲突的几方面原因来看，含有涉外因素的民事关系的大量发生和所涉各国法律规定的不同，只是提供了

产生法律冲突的客观可能性，而要使这种可能性成为现实，还必须有后两个条件。否则，即令在当今世界上，在各国不赋予外国人平等的民事权利地位的领域，或在主权国家出于重大利益与安全上的考虑而不承认外国法的域外效力的社会关系中，仍然不会产生法律冲突和法律选择问题。

在处理涉外民事争议的过程中，应于必要时承认外国法的域外效力并适用外国法，主要是由于国际经济交往在现今所有各国的经济生活中，都已占有极为重要的地位，为了发展平等互利的经济关系，他们彼此之间都迫切希望依自己的法律设定的某些权利义务关系能够得到对方承认与保护。何况国际私法关系是一种含有外国因素的社会关系，不能忽视它的这一本质特征而把它当做纯国内关系去对待和处理。对于一个国际私法关系或涉外民法关系来说，其成立往往在一个国家，而争议的发生或诉讼的提起往往在另一个国家，并且当事人常常不能预料他们在甲国成立的法律关系，竟会在一个与该关系毫无所涉的乙国法院争讼，在当事人投诉的法院纯属偶然的情况下，要求一概只适用法院的内国法，也是不公正的。如果这样，便会引起当事人去挑选法院（forum shopping），寻求一个其所适用的法律有利于自己的国家的法院去诉讼，这就会引起国际私法关系中法律秩序的混乱，就会有害于国际民事法律秩序的安全。因此，在处理国际私法关系时，承认外国法的域外效力，是必要和合理的。

（三）涉外民事关系法律冲突的实质

由于各国民法规定的不同，加上内国法院在处理涉外民事关系时，又承认外国民法的域外效力，这就产生了法律适用上的冲突。国内一些学者曾正确地指出，这种法律适用上的冲突，实质上就是“外国法律的域外效力与内国法律的域内效

力,或内国法律的域外效力与外国法律的域内效力之间的冲突”^①。所谓法律的域内效力,是指一国法律所具有的及于其管辖领土内一切人、物和行为的效力,它主要表现了国家的属地优越权。而所谓法律的域外效力,则是一国法律在制定者管辖领土以外尚能发生的效力,它常常体现为国家的属人优越权。国家在行使自己的属人优越权时会与他国的属地优越权发生抵触,或者国家在行使自己的属地优越权时会与他国的属人优越权发生抵触,因此,在处理国际私法关系时,体现主权利力的属地优越权与属人优越权,实际上是一个矛盾统一体的两个不同方面。在国家要对其在外国领域内的公民法行使属人优越权时,必然要受到他国属地优越权的制约或限制。而国家在行使其属地优越权时,也会受到他国属人优越权的制约或抵制。所以,各国在行使自己的属地优越权或属人优越权时,出于发展正常国际民事交往的需要,往往自愿通过国内法中的特别规定,或者通过国际条约而加以适当的限制。其中最普遍的便是通过国内立法或国际立法中的冲突规范,规定在什么条件下可以适用外国法,在什么条件下可以承认外国法或外国判决的域外效力。

(四) 国际私法采用的主要是间接调整方法

任何法律部门都有其调整方法。但任何其他法律部门的调整方法,都是直接调整的方法,即通过实体法的直接规定,来确定当事人的权利义务关系。只有国际私法,采用的主要是间接调整方法。调整的方法,指法律上规范特定社会关系的方法,包括直接调整的方法和间接调整的方法。法律调整的方法,是划分不同法律部门的辅助标准。

^① 姚壮、任继圣编著:《国际私法基础》,中国社会科学出版社1981年版,第22页。

国际私法调整的方法，主要是间接调整的方法。即通过冲突规范的指引，指引某国实体法作为处理当事人间权利义务关系的准据法，根据该准据法的规定，确定当事人间的权利义务关系，这种方法被称为间接调整的方法。因为它不是用直接规定当事人间权利义务关系的实体法来确定当事人间的权利义务关系；而是通过冲突规范援引某国实体法来确定当事人的权利义务关系，冲突规范本身不能确定当事人的权利义务关系。而只起一个“援引”某国法的作用。例如，我国《民法通则》第144条规定，不动产的所有权，适用不动产所在地法律。这条冲突规范本身不能确定不动产的所有权，必须找到不动产所在地国家的实体法，才能最终确定该不动产的所有权关系。而国际私法的主要规范是冲突规范，所以，国际私法调整的方法，主要是间接调整的方法。

国际私法的调整方法是一个复杂的问题，在我国是有不同意见的。之所以说国际私法调整的方法主要是间接调整的方法，是因为国际私法的内容包括外国人的民事法律地位、法律冲突和法律适用、国际民事诉讼和仲裁程序问题；但规定外国人民事法律地位的规范是实体规范，用直接调整的方法；而国际民事诉讼和仲裁程序规范，除民事诉讼管辖权冲突外，一般都是程序性的具体规定，也是用的直接调整方法。

- 6 但是，无论国内国外，国际私法学界对国际私法调整的方法问题都存在着不同的意见：（1）国际私法调整的方法是间接调整的方法；凡主张国际私法等同于冲突法的学者，持此主张。（2）国际私法调整的方法主要是间接调整的方法，有两种不同的情况：①如上面所说的一种；②认为国际私法的规范中还包括统一实体规范，这是直接调整的方法，所以认为主要是间接调整的方法。（3）国际私法调整的方法主要是直接调整的方法；在主张国际私法规范包括统一实体规范和专用实体规范

的学者中，曾有人认为，国际私法发展的前途，将是由直接调整的方法逐步取代间接调整的方法。

二、国际私法的范围与定义

（一）国际私法的范围

国际私法的范围问题，就是国际私法包括哪些规范，包括什么内容的问题。在这个问题上，国内外历来都存在着争论，学者们对此有各种不同的观点，各国在立法和司法实践中对此亦有不同的主张。

德国和日本的多数学者以及受德国法影响的其他国家的学者认为，国际私法的全部任务或主要目的是解决在涉外民事法律关系中适用何种法律的问题，换言之，国际私法只解决法律冲突问题，国际私法仅包括调整涉外民事法律关系的冲突规范或法律适用规范。

英美法系国家的学者大多主张国际私法就是冲突法。他们认为，国际私法只解决三个问题：第一个问题是法院在什么情况下对一个涉外案件有管辖权；第二个问题是一国法院在确定自己对某一涉外案件有管辖权后，应决定适用哪一个国家的法律来确定当事人的权利与义务；第三个问题是在什么条件下承认和执行外国法院的判决。因此，他们认为，国际私法的范围是由如下三种规范组成的，即对涉外案件的管辖权规范、冲突规范以及承认和执行外国法院判决的规范。大陆法系国家的学者也有持这种观点的。

法国的国际私法学者多数认为，国际私法包括这样几项规范，即国籍规范、外国人的法律地位规范、法律适用规范以及有关涉外民事案件的管辖权规范等。受法国法影响的其他国家的学者也有支持这种观点的，如日本的国际私法学者北敏肋一

所著的《国际私法》即持这种观点。

东欧各国国际私法学者对国际私法的范围，虽有种种不同的看法，但在理论和实践中，比较普遍的观点是主张把关于外国人民事法律地位的规范、冲突规范、国际统一实体规范和国际民事诉讼程序规范与国际商事仲裁规范都包括在国际私法范围之内。

目前，中国国际私法学界在国际私法的范围问题上的基本分歧点即为是否应把国际统一实体规范以及国内法中的专用实体规范列入国际私法的范围。由韩德培教授主编的《国际私法新论》一书主张，国际私法主要包括外国人的民事法律地位规范、冲突规范、国际统一实体规范和国际民事诉讼与国际商事仲裁程序规范。姚壮和任继圣教授在其合著的《国际私法基础》中则主张，国际私法除了包括外国人的民事法律地位规范、冲突规范、国际统一实体规范和国际民事诉讼程序与仲裁程序规范外，还包括国内法中专门用于调整涉外民事法律关系的规范（简称专用实体规范）。

本书认为，国际私法包括以下各类规范：

- 8 一是规定外国人民事法律地位的规范。这类规范在我国也被认为是国际私法的规范。它们属于规定外国人（自然人和法人）在内国的民事法律地位的规范，即规定外国人在内国能够享有或不能享有什么样的民事权利、承担什么样的民事义务的规范。其所以被认为包括在国际私法规范的组成之中，是因为承认外国人的民事法律地位是产生国际或涉外民事法律关系和法律冲突的前提，是国际私法赖以产生和存在的法律基础。这类规范和规定外国人待遇制度的规范不同，即它们不是规定在内国的外国人与内国人以及外国人之间的待遇关系的规范，两类规范的性质和解决的问题不同。这类规范，通常由所在地国家的国内法及其缔结或参加的国际条约来加以规定，一般说