



国际私法原理

| 第二版 |

肖永平 ■ 著

INSTITUTIONES NOVAE



法律出版社
LAW PRESS CHINA



法学新阶梯

D997/71

2007

国际私法原理

| 第二版 |

肖永平 □ 著



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

国际私法原理 / 肖永平著. —2 版. —北京: 法律出版社,
2007. 2
(法学新阶梯)
ISBN 978 - 7 - 5036 - 7067 - 1

I. 国… II. 肖… III. 国际私法—法的理论
IV. D997

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 015009 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/吴 昉

装帧设计/乔智炜

出版/法律出版社

编辑统筹/法律教育出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京中科印刷有限公司

责任印制/张宇东

开本/787×960 毫米 1/16

印张/33.25 字数/630 千

版本/2007 年 9 月第 2 版

印次/2007 年 9 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939823

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995 苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 7067 - 1

定价:43.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

第二版说明

法律出版社组织的法学新阶梯教材之一《国际私法原理》在 2003 年出版以后受到了教师和学生的普遍好评,该书在 2006 年荣获司法部第二届全国法学教材与科研成果奖一等奖。但由于国际私法在国内外都有新近发展,而本书第一版出版时比较仓促,有一些观点不够成熟,有些资料还比较陈旧,也还有一些文字错误。作者在教学中使用本教材时,要求学生多提修改意见。幸运的是,近几年教授的研究生和本科生都对本书提出了许多意见,校外一些不知名的学生还在网络上发表了不少中肯评论。这些意见和评论促使我在 2006 年利用在英国伯明翰大学法学院做高级研究学者的机会着手全面修订、增补和充实这部《国际私法原理》。

第二版保持了第一版的基本结构,将内容分为六个部分共二十三章。第一部分可称为总论(第 1~4 章),主要提炼了国际私法学的十个基本理念,说明了国际私法的含义、性质和内容,总结了适用外国法的理由,揭示了国际私法主体的主要法律问题。第二部分是法律适用过程论(第 5~7 章),主要阐明了冲突法的一些特有概念,讨论了选择和适用准据法的方法及一般性的法律问题。第三部分是具体法律领域的法律适用规则(第 8~15 章),分别介绍了物权、知识产权、合同、侵权行为、婚姻家庭、继承,以及国际商事和海事的法律适用规则。第四部分是国际统一实体私法的适用规则(第 16~17 章),分别讨论了国际私法条约和国际商事惯例的适用规则。第五部分是国际民事诉讼的主要法律问题(第 18~20 章),分别讨论了国际民事管辖权、国际民事司法协助和外国法院判决的承认与执行在实践中面临的主要法律问题。第六部分是国际商事仲裁的主要法律问题(第 21~23 章),分别研究了国际商事仲裁协议、国际商事仲裁的法律适用和仲裁裁决的承认与执行等问题。这些内容是根据我国国际私法理论和实践中的重要程度来安排的。

这次修订在充分利用 21 世纪的新资料、新理论、新司法实践全面充实、更新全书内容的基础上,主要的修改之处是:(1)把本人完成的“法律的教与学之革命”作为附录放在本书后,该文说明了教师如何利用本书教学、学生如何利用本书学习国际私法,以及本书内容、结构体系安排的原因,这是本教材不可分割的组成部分。(2)根据新的资料和理论重写了第 17 章国际商事惯例的适用。(3)对第 16 章国际私法条约的适用作了较多的修改。(4)对第 1 章的内容和结构作了适当的调

整,以与本书其他章节的内容相协调。

本书得以再版,蒙法律出版社和丁小宣先生大力支持,在此表示感谢!

尽管笔者尽了很大努力,但不完善之处还在所难免,祈读者批评指正。

肖永平

2007年7月于武汉大学国际法研究所

前 言

在过去的二十多年里,随着我国法制建设和依法治国方略的确立,中国法学教育的规模得到了飞速发展,但法学教育质量并没有得到同步提高,甚至有下滑的趋势。造成这种局面的原因是多方面的,而我国法学院现有的不太适应新形势要求的教学内容和教学方式是一个不可忽视的因素。对于国际私法的教学来说,情况更不容乐观,我曾在给本校法律硕士班讲授国际私法课前作了一个调查,问那些正规法学本科毕业生还记得多少国际私法知识,不少人除了依稀记得反致问题以外,对其他知识则没有什么印象了,更不用说利用国际私法知识解决实际问题!这恐怕也是我国司法部门和立法部门长期忽视国际私法制度和规则的重要原因之一。自1993年博士毕业后,我一直在武汉大学法学院及武汉大学国际法研究所从事教学和研究工作。除了在国外做访问学者期间外,我每年都站在本科教学的第一线,对法学本科教学有一些思考和体验。原计划在50岁的时候根据自己的教学经验和研究心得写一本国际私法教材,但在2001年我35岁的时候,有两件事情催生了这本可能不太成熟的教材:一是在主持研究湖北省和武汉大学的教学改革项目“基于多媒体开展国际私法教学的理念、模式和方法”以及教育部的“《国际私法》网络教材”建设时,需要对自己近十年的教学心得进行总结和提炼,本书后面的附录就是我的初步总结,建议本教材的使用者先看看我所提倡的教和学的方法。二是法律出版社教育分社社长丁小宣先生约我写一本从形式到内容都有所不同的《国际私法原理》,这与我的想法不谋而合。经过多次讨论,我谨慎地答应在2002年年底完成书稿,尽管有经过多次修改的讲义作基础,但实际写起来,我发现仍有相当的难度,我的交稿日期便一拖再拖下来。我要衷心感谢丁小宣先生和法律出版社的宽容,让我比较从容地完成了这部教材的写作,并以最快的速度让她面世。

这本《国际私法原理》以我倡导的问题教学模式和“五I学习法”为基本依据,并不刻意追求国际私法学体系的完整性,而是以自己认为重要的问题为基本知识点来安排章节。因为在有限的72课时(有些学校的课时可能更少)内,教师不可能面面俱到地讲授国际私法的所有问题。所以,本书的体例与国内外的所有教材有所不同。值得说明的是,这并不表明我对国际私法范围的看法。关于教材内容,正如书名所示,侧重揭示国际私法的基本原理,并最大限度地结合中国的立法、司法和仲裁实践。我在教学实践中发现,许多学生对国外古老的案例不感兴趣,误以

为国际私法离我们的实际生活非常遥远,容易丧失学习的积极性。所以,本书讨论和分析的案例,80%以上是中国近年的实际案例,这也是我国其他国际私法教材中少见的。在摘编案例的过程中,本人对有些案例作了具体分析,有些案例介绍了事实并提出了争诉问题,有些案例则只介绍了事实,这便于教师根据需要安排自己的教学。在基本原理和基本知识的表达方式方面,我尽量采用图、表等较直观的方法,以便引起学生的兴趣并留下较深刻的印象。当然,这还是尝试性的,要用图表表达抽象的国际私法原理有时非常困难,本书中的有些设计可能不科学,敬请读者批评指正。此外,为了照顾那些想进一步学习国际私法或为了备考研究生的同学,每一章都推荐了阅读材料,特别考虑到国际私法的国际性和双语教学的需要,每章还摘编了一些英文的权威论述,作为双语教学的基本素材。

尽管如此,该教材毕竟是尝试性的,还有很多不完善的地方,希望学界同仁多提宝贵意见,以便不断修订完善。

肖永平

2002年12月30日于

武汉大学国际法研究所

目 录

第二版说明

前言

第1章 国际私法学的十个基本规则	(1)
1.1 国内民商事案件与国际私法案件	(2)
1.2 程序法问题与实体法问题	(4)
1.3 直接调整方法与间接调整方法	(5)
1.4 国内法渊源与国际法渊源	(7)
1.5 内国民商法与外国国民商法	(11)
1.6 国家主权与适用外国法	(12)
1.7 识别、管辖权与法律适用问题	(14)
1.8 分割方法与司法任务的简单化	(18)
1.9 诉讼与仲裁	(19)
1.10 立法管辖权与司法管辖权	(21)
1.11 小结	(21)
问题与思考	(22)
推荐阅读材料	(22)
第2章 什么是国际私法	(27)
2.1 国际私法与国际私法学	(28)
2.2 国际民商事关系	(28)
2.3 国际私法的规范	(29)
2.4 国际私法的性质	(33)
2.5 国际私法的名称	(35)
2.6 小结	(36)
问题与思考	(37)
推荐阅读材料	(37)

第3章 适用外国法的理由	(42)
3.1 法则区别说	(43)
3.2 国际礼让说	(44)
3.3 法律关系本座说	(45)
3.4 国籍原则	(46)
3.5 既得权说	(47)
3.6 法律社会目的说	(47)
3.7 本地法说	(48)
3.8 政府利益分析说	(48)
3.9 最密切联系说	(49)
3.10 国际交往互利说	(50)
3.11 小结	(50)
问题与思考	(51)
推荐阅读材料	(51)
第4章 国际私法关系的主体	(57)
4.1 自然人的国籍冲突及其解决	(58)
4.2 自然人的住所冲突及其解决	(59)
4.3 《解决本国法和住所地法冲突的公约》	(61)
4.4 自然人权利能力的法律适用	(61)
4.5 自然人行为能力的法律适用	(63)
4.6 法人的国籍	(65)
4.7 法人的住所	(67)
4.8 外国法人的认可	(68)
4.9 法人权利能力和行为能力的法律适用	(69)
4.10 外国人民事法律地位的几种制度	(70)
4.11 小结	(74)
问题与思考	(75)
推荐阅读材料	(75)
第5章 国际私法的几个特殊概念	(80)
5.1 法律冲突	(81)
5.2 冲突规范	(82)
5.3 连结点	(85)
5.4 系属公式	(87)
5.5 小结	(88)
问题与思考	(90)

推荐阅读材料	(90)
第 6 章 准据法的选择与适用	(93)
6.1 准据法的概念和特点	(94)
6.2 准据法的选择方法	(95)
6.3 时际法律冲突与准据法的确定	(99)
6.4 区际法律冲突与准据法的确定	(102)
6.5 人际法律冲突与准据法的确定	(103)
6.6 先决问题准据法的确定	(103)
6.7 准据法内容的证明	(105)
6.8 小结	(109)
问题与思考	(110)
推荐阅读材料	(110)
第 7 章 国际私法的一般问题	(114)
7.1 识别	(115)
7.2 反致	(123)
7.3 法律规避	(128)
7.4 公共秩序保留	(130)
7.5 小结	(138)
问题与思考	(139)
推荐阅读材料	(140)
第 8 章 物权的法律适用	(144)
8.1 动产与不动产的区分	(145)
8.2 物之所在地法原则	(145)
8.3 特殊动产的法律适用问题	(147)
8.4 国有化及其补偿问题	(150)
8.5 小结	(152)
问题与思考	(153)
推荐阅读材料	(154)
第 9 章 知识产权的法律适用	(157)
9.1 知识产权的法律冲突	(158)
9.2 专利权的法律适用	(159)
9.3 商标权的法律适用	(160)
9.4 著作权的法律适用	(162)
9.5 互联网背景下的知识产权保护	(164)
9.6 小结	(171)

问题与思考	(172)
推荐阅读材料	(172)
第10章 合同的法律适用	(176)
10.1 国际合同的含义	(177)
10.2 合同准据法的含义	(177)
10.3 解决合同法律适用问题的不同方法论	(177)
10.4 确定合同准据法的具体方法	(179)
10.5 合同的特殊方面和特殊合同的法律适用	(186)
10.6 我国关于合同法律适用的理论与实践	(188)
10.7 电子合同的法律适用问题	(190)
10.8 小结	(192)
问题与思考	(193)
推荐阅读材料	(193)
第11章 侵权行为的法律适用	(195)
11.1 侵权行为及其法律冲突	(196)
11.2 一般侵权行为的法律适用规则	(196)
11.3 若干特殊侵权行为的法律适用	(198)
11.4 我国关于侵权行为法律适用的立法与司法实践	(201)
11.5 网络侵权行为的法律适用	(202)
11.6 小结	(205)
问题与思考	(206)
推荐阅读材料	(207)
第12章 婚姻家庭关系的法律适用	(209)
12.1 涉外结婚的法律适用规则	(210)
12.2 涉外夫妻关系的法律适用规则	(210)
12.3 涉外离婚的法律适用规则	(211)
12.4 涉外父母子女关系的法律适用规则	(211)
12.5 涉外收养的法律适用规则	(212)
12.6 涉外监护的法律适用规则	(213)
12.7 涉外扶养的法律适用规则	(214)
12.8 我国现行立法中关于婚姻家庭关系法律适用的规定	(214)
12.9 小结	(216)
问题与思考	(216)
推荐阅读材料	(217)

第 13 章 继承的法律适用	(219)
13.1 法定继承的法律适用规则	(220)
13.2 遗嘱的法律适用规则	(220)
13.3 关于遗嘱和继承的海牙公约	(221)
13.4 我国关于涉外继承法律适用的立法与实践	(222)
13.5 小结	(223)
问题与思考	(224)
推荐阅读材料	(225)
第 14 章 国际商事关系的法律适用	(227)
14.1 国际代理关系的法律适用	(228)
14.2 国际投资关系的法律适用	(231)
14.3 国际金融关系的法律适用	(235)
14.4 国际票据关系的法律适用	(238)
14.5 国际破产的法律适用	(242)
14.6 国际运输关系的法律适用	(245)
14.7 国际保理的法律适用	(248)
14.8 国际服务贸易的法律适用	(250)
14.9 信用证的法律适用	(253)
14.10 国际信托的法律适用	(258)
14.11 小结	(259)
问题与思考	(260)
推荐阅读材料	(261)
第 15 章 国际海事关系的法律适用	(267)
15.1 确定船舶国籍的准据法	(268)
15.2 船舶所有权的法律适用	(270)
15.3 船舶优先权的法律适用	(271)
15.4 船舶抵押权的法律适用	(273)
15.5 海事赔偿责任限制的法律适用	(275)
15.6 海事合同的法律适用	(277)
15.7 船舶碰撞的法律适用	(278)
15.8 海难救助的法律适用	(280)
15.9 共同海损的法律适用	(281)
15.10 小结	(283)
问题与思考	(283)
推荐阅读材料	(284)

第 16 章 国际私法条约的适用	(289)
16.1 国际私法条约的种类	(290)
16.2 一般国际条约在国内的适用方式	(290)
16.3 中国适用国际私法条约的一般规则	(291)
16.4 国际统一实体法条约在我国的适用	(294)
16.5 国际统一程序法条约在我国的适用	(297)
16.6 国际统一冲突法条约在我国的适用	(299)
16.7 WTO 协议在我国的适用	(300)
16.8 小结	(304)
问题与思考	(304)
推荐阅读材料	(305)
第 17 章 国际商事惯例的适用	(310)
17.1 现代商人法的不同含义	(311)
17.2 国际商事惯例的含义和特点	(313)
17.3 主要的国际商事惯例	(314)
17.4 国际商事惯例的基本发展规律和趋势	(316)
17.5 国际商事惯例的性质	(318)
17.6 国际商事惯例的效力	(321)
17.7 国际商事惯例的查明	(323)
17.8 国际商事惯例的适用	(327)
17.9 小结	(333)
问题与思考	(334)
推荐阅读材料	(335)
第 18 章 国际民事管辖权	(341)
18.1 国际民事管辖权的意义和分类	(342)
18.2 确定国际民事管辖权的一般规则	(343)
18.3 主要国家立法中确定国际民事管辖权的管辖根据	(347)
18.4 国际民事管辖权的冲突及其协调	(349)
18.5 从立法管辖权到司法管辖权	(356)
18.6 国际条约中的国际民事管辖权制度	(366)
18.7 我国关于国际民事管辖权的规定	(369)
18.8 涉网案件的民事管辖权问题	(372)
18.9 小结	(377)
问题与思考	(379)
推荐阅读材料	(380)

第 19 章 国际民事司法协助	(388)
19.1 国际民事司法协助的概念和特征	(389)
19.2 国际民事司法协助的依据和法律渊源	(391)
19.3 国际民事司法协助的法律适用	(393)
19.4 国际民事司法协助中有关机关的职能	(394)
19.5 域外送达的方式	(395)
19.6 无法送达与拒绝送达	(400)
19.7 1965 年《海牙送达公约》	(400)
19.8 中国的域外送达制度	(402)
19.9 域外取证方式	(407)
19.10 1970 年《海牙取证公约》	(408)
19.11 中国的域外取证制度	(410)
19.12 小结	(411)
问题与思考	(412)
推荐阅读材料	(413)
第 20 章 外国法院判决的承认与执行	(419)
20.1 “外国法院判决”之界定	(420)
20.2 承认与执行外国法院判决的理论依据	(421)
20.3 承认与执行外国法院判决的条件	(422)
20.4 承认与执行外国法院判决的方式	(425)
20.5 我国承认与执行外国法院判决的制度	(425)
20.6 小结	(428)
问题与思考	(429)
推荐阅读材料	(430)
第 21 章 国际商事仲裁协议	(434)
21.1 仲裁协议的概念和种类	(436)
21.2 仲裁协议的内容	(436)
21.3 仲裁协议的法律效力	(439)
21.4 有效仲裁协议的确认	(440)
21.5 仲裁协议的“书面”要求	(445)
21.6 有缺陷的仲裁协议的补救方法	(448)
21.7 合同当事人变更后仲裁协议的效力	(449)
21.8 仲裁条款的独立性问题	(453)
21.9 小结	(455)
问题与思考	(456)

推荐阅读材料	(457)
第 22 章 国际商事仲裁的法律适用	(463)
22.1 国际商事仲裁程序的法律适用	(464)
22.2 国际商事仲裁中实体问题的法律适用	(465)
22.3 国际商事仲裁中的“非国内化”理论	(469)
22.4 我国仲裁机构的实践	(471)
22.5 小结	(472)
问题与思考	(474)
推荐阅读材料	(475)
第 23 章 国际商事仲裁裁决的承认与执行	(478)
23.1 内国仲裁裁决与外国仲裁裁决的区分	(479)
23.2 承认与执行外国仲裁裁决的程序规则	(480)
23.3 申请承认与执行仲裁裁决的认证与证明问题	(481)
23.4 拒绝承认与执行外国仲裁裁决的理由	(483)
23.5 我国关于仲裁裁决的承认与执行的法律制度	(486)
23.6 小结	(495)
问题与思考	(497)
推荐阅读材料	(499)
附录:法律的教与学之革命	(504)

第1章 国际私法学的十个基本规则

当一个国家的法院或其他纠纷解决机构(如仲裁机构)需要处理一个含有涉外因素的民商事案件时,常遇到一些特殊的法律问题需要处理,如司法管辖权的确定、具体法律规则的选择,国际条约和国际惯例的适用规则、判决的相互承认与执行等。对这些问题的处理,现代国家均规定了一些法律制度和规则,这就是国际私法规则。作为研究这些规则的国际私法学,内容非常广泛,但有一些最基本的关系和理念,或者贯穿于国际私法的所有领域,或者是一些前提性问题,或者是分析和研究国际私法问题的起点问题。本章提炼出国际私法学的十对关系,并归纳出最基本的规则,它们对我们学习、理解和运用国际私法具有重要意义。通过本章的学习,应该能够:

- 了解区分国内民商事案件与国际私法案件的意义和标准
- 掌握解决程序法问题和实体法问题的区分标准和意义
- 理解直接调整方法和间接调整方法的相互关系
- 知道我国国际私法的国内法渊源和国际法渊源
- 强调内国民商法与外国国民商法的平等
- 阐明适用外国法与尊重国家主权的关系
- 描述识别问题、管辖权问题和法律适用问题的逻辑过程
- 理解分割法与司法任务的简单化之间的对立统一关系
- 了解诉讼和仲裁在解决国际民商事争议中的基本关系
- 掌握立法管辖权与司法管辖权的区分意义和考虑因素

1.1 国内民商事案件与国际私法案件

按照民商事案件是否具有涉外因素,一个国家的法院或其他纠纷解决机构对其受理的民商事案件(私法案件)首先分为国内案件和国际私法案件。对于国内案件,法院直接适用内国民法解决案件中的实体法问题,同时直接适用内国民事诉讼法解决案件中的程序法问题;而对于国际私法案件,法院必须适用国际私法规则选择适用本国的实体法或外国的实体法解决问题,其适用依据在国际私法上称为“冲突规范”或“直接适用的法”。法院通过国际私法中的冲突规范或“直接适用的法”选择适用本国的实体法或外国的实体法解决案件中的实体法问题,同时直接适用内国关于国际民事诉讼的特别规定解决案件中面临的程序法问题。此外,按照我国现有的法律,有关的国际条约和国际惯例一般只适用于国际私法案件,也就是我国立法和司法实践所谓的“涉外民商事案件”。

冲突规范(conflict rule):指明某一国际私法案件的争讼问题应该适用什么法律的法律规范。

直接适用的法(loi d'application immédiate):在一国法律体系中,法院无须援引冲突规范而径直直接适用于国际私法案件的具有强制适用效力的法律规范。

因此,国内案件和国际私法案件的区分具有十分重要的意义,它是适用国际私法规则的前提性问题。一般说来,凡是一个民商事案件中含有涉外因素(foreign elements)的,不管是实体法律关系中的涉外因素,还是程序法律关系中的涉外因素,均构成一个国际私法案件;反之,没有任何涉外因素的民商事案件就是国内案件。但何谓“涉外因素”,国际上并没有统一的定义,总体说来,普通法系国家和西欧国家的理解比较宽泛,而前苏联学者的解释比较狭窄。我国绝大多数学者受前苏联国际私法学的影响,把涉外民商事关系概括为民事关系的主体、客体和权利义务据以发生的法律事实中至少有一个涉及外国。这种概括是否可以作为国内案件和国际私法案件的划分标准呢?请看下列案件。

国际私法案件(private international law cases):含有涉外因素的民商事案件。

国内案件(domestic cases):不含任何涉外因素的民商事案件。

普通法系(common law system):又称英美法系,是以英国从11世纪起主要源于日耳曼习惯法的普通法为基础,逐渐形成的一种独特的法律制度以及仿效英国的其他国家和地区的法律制度。