

高等政法院校规划教材

国 际 私 法

司法部法学教材编辑部编审

主 编 张仲伯

副主编 赵相林

撰稿人:(以撰写章节先后为序)

赵相林 杨树明

单海玲 杜新丽

张仲伯 马 琳

韩汉卿

中国政法大学出版社

韩汉卿：第七、十二、十四章；

杨树明：第九章，第十章（一稿），第十一章（一稿）；

杜新丽：第十一章（二稿）；

马琳：第十五章（一稿）。

责任编辑：吴芝芬

司法部法学教材编辑部

1994年12月

作者简介

- 张仲伯**：中南政法学院教授、硕士研究生导师，中国国际法学会理事，中国国际私法学会副会长。主要著作有：《国际私法》、《法学概论》（参编）、《国际法律大辞典》（分科主编）、《国际私法教程》、《国际经济法通论》（主编）等。
- 赵相林**：中国政法大学教授、副校长、硕士研究生导师，中国国际私法学会理事，中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁员，高级律师。主要著作有：《中国涉外法律与实务大辞典》（主编）、《国际私法》、《国际民事诉讼与国际商事仲裁》等。
- 杨权明**：西南政法学院教授、成人教育学院院长，硕士研究生导师，中国国际经济法研究会常务理事，四川省法学会国际经济法研究会副会长。主要著作有：《国际投资法原理》（主编）、《国际私法与体例解析》（主编）。
- 单海玲**：华东政法学院讲师、国际法系国际私法教研室副主任。主要著作有：《国际公约与惯例》（国际私法卷）等。
- 韩汉卿**：西北政法学院副教授、国际法教研室副主任。主要著作有：《国际投资法》（副主编）、《中国经济法》（参编）等。
- 马琳**：中国政法学院副教授，中国国际私法研究会理事。主要著作有：《国际民事法律基本常识》（专著）、《国际私法教程》、《国际司法协助》（参编）等。
- 杜新丽**：中国政法大学副教授、硕士研究生导师。主要著作有：《涉外经济法律实务大全》（参编）、《涉外经济合同基础知识》（参编）、《国际投资法》（参编）等。

说 明

根据国家教委关于《全国普通高等教育‘八五’期间教材建设规划纲要》的精神,司法部教材管理委员会确定部属高等政法院校‘八五’期间组织编写:《马克思主义法学论著选编》、《马克思主义法学论著导读》、《马克思主义哲学》、《政治经济学新编》、《中国革命史》、《宪法学》、《法学基础理论》、《刑法学》、《民法法》、《行政法学》、《经济法学》、《民事诉讼法学》、《刑事诉讼法学》、《行政诉讼法学》、《国际法》、《国际私法》等 16 种基础课和主干课教材,将于 1993 年陆续出版,供高等政法院校本科生使用,也可供电大、函授及大专选用或参考。

这批教材是适应社会主义市场经济和法制建设的需要,贯彻党的第十四次代表大会和第八届全国人民代表大会的精神而编写的。教材以建设有中国特色社会主义理论为指导,力求完整、准确地阐述各学科的基本原理、基础知识和基本概念,努力做到科学性、系统性和实用性的统一。由于编写时间短促,不足之处在所难免,欢迎读者批评指正。

《国际私法》由张仲伯任主编,赵相林任副主编。主编和副主编对书稿作了认真的修改,并负责全书统稿、定稿。本书的特点是在系统地阐述冲突规范理论的基础上,重点介绍各种涉外民事关系所适用的准据法、国际条约和国际惯例,结合我国的立法、司法实践,全面介绍了我国处理涉外民事关系的法律适用原则。

各章撰稿人为(以撰写章节先后为序):

赵相林:第一、八、十六章,十五章(二稿);

单海玲:第二、六章;

张仲伯:第三、四、五、十三章,第十章(二稿);

目 录

第一章 国际私法概论	(1)
第一节 国际私法的调整对象.....	(1)
第二节 国际私法的范围和定义.....	(8)
第三节 国际私法的渊源	(16)
第四节 国际私法的基本原则	(21)
第五节 国际私法学	(23)
第二章 国际私法的历史	(32)
第一节 国际私法的学说史	(32)
第二节 国际私法的立法史	(49)
第三节 中国国际私法史	(61)
第三章 冲突规范(一)——冲突规范与准据法	(66)
第一节 冲突规范及其框架	(66)
第二节 识别	(74)
第三节 准据法及其确定	(79)
第四章 冲突规范(二)——排除适用外国法的制度	(88)
第一节 反致	(88)
第二节 公共秩序保留	(97)
第三节 法律规避.....	(106)
第四节 外国法内容的确定.....	(110)
第五章 外国人的民事地位	(117)
第一节 外国人民事地位的概念.....	(117)
第二节 外国人民事地位的历史简况.....	(119)
第三节 外国人民事待遇的几项制度.....	(121)
第四节 外国人在中国的民事地位.....	(133)

第六章 自然人、法人与涉外民事代理	(138)
第一节 自然人.....	(138)
第二节 法人.....	(153)
第三节 涉外民事代理.....	(159)
第七章 物权.....	(167)
第一节 涉外物权概述.....	(167)
第二节 物权法则——物之所在地法原则.....	(170)
第三节 时效冲突.....	(176)
第四节 涉外国有化的法律问题.....	(179)
第八章 知识产权.....	(186)
第一节 知识产权概述.....	(186)
第二节 知识产权的法律适用.....	(189)
第三节 保护知识产权国际公约与国际组织.....	(192)
第四节 我国对外国人知识产权的法律保护.....	(201)
第九章 合同之债(一)——合同法律适用的理论和原则	(205)
第一节 合同准据法学说.....	(205)
第二节 当事人缔约能力的准据法.....	(210)
第三节 合同的成立、形式和效力	(214)
第四节 我国涉外经济合同的法律适用原则.....	(219)
第十章 合同之债(二)——国际贸易合同的法律适用	(224)
第一节 国际货物买卖.....	(224)
第二节 国际货物运输.....	(238)
第三节 国际货物运输保险.....	(247)
第四节 国际贸易支付.....	(250)
第十一章 合同之债(三)——国际经济技术合作合同的 法律适用.....	(260)
第一节 国际投资经营合同.....	(260)

第二节	国际技术转让合同·····	(269)
第三节	国际贷款合同·····	(280)
第四节	国际劳务合作合同·····	(286)
第五节	国际证券的法律问题·····	(292)
第十二章	非合同之债 ·····	(297)
第一节	一般民事侵权行为·····	(297)
第二节	特殊涉外民事侵权行为·····	(304)
第三节	不当得利和无因管理·····	(312)
第十三章	婚姻家庭 ·····	(314)
第一节	结婚·····	(314)
第二节	离婚·····	(323)
第三节	夫妻关系·····	(331)
第四节	父母子女关系·····	(337)
第五节	扶养与监护·····	(347)
第十四章	继承 ·····	(352)
第一节	法定继承·····	(352)
第二节	遗嘱继承·····	(358)
第三节	无人继承财产·····	(363)
第四节	关于遗嘱和继承的国际公约·····	(366)
第十五章	国际民事诉讼程序 ·····	(370)
第一节	国际民事诉讼程序概述·····	(370)
第二节	外国人的民事诉讼地位·····	(374)
第三节	国际民事案件的管辖权·····	(382)
第四节	司法协助·····	(392)
第五节	外国法院判决的承认和执行·····	(404)
第十六章	国际商事仲裁 ·····	(413)
第一节	国际商事仲裁概述·····	(413)
第二节	国际商事仲裁机构及其规则·····	(417)
第三节	仲裁协议·····	(428)

第四节 仲裁程序.....	(435)
第五节 外国仲裁裁决的承认与执行.....	(442)
附录:编写本书的主要参考书目	(450)

第一章 国际私法概论

国际私法 (Private International law) 是调整涉外民事关系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。战后以来, 鉴于国际经济关系的发展日新月异, 各国国际私法立法、国际私法条约编纂及其有关国际协议的大量涌现, 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, 为学习以后各章奠定一个坚实的基础。

第一节 国际私法的调整对象

法律依其调整对象的不同, 被分成不同的部门。人们把调整在国际交往中所产生的民事关系的法律, 称之为国际私法, 以区别于其他的部门法。因此, 国际私法的调整对象可以说是国际民事关系, 从一个国家的角度来说, 就是涉外民事关系。

一、涉外民事关系的产生和特征

涉外民事关系亦称涉外民事法律关系, 是指在主体、客体和内容方面含有一个或一个以上的涉外因素 (Foreign elements) 的民事法律关系。

(一) 涉外民事法律关系的产生

涉外民事法律关系的产生, 必须具备以下两个条件:

事法律地位。如果仅有经济的发展，而没有法律上的保证，涉外民事关系也就根本不可能产生。如果一个国家绝对的闭关锁国，根本不允许外国人在其境内参加民事活动，当然就不可能出现涉外民事法律关系了。一个国家如果在某一方面禁止外国人参与，在这方面也不会出现相应的涉外民事关系。如，我国在实行对外开放以前，禁止外国人在中国境内投资，所以，就没有涉外投资关系。对外开放以后，我国颁布了一系列的法律，允许外国人在我国境内投资、设厂，从此才有了涉外投资关系。

（二）涉外民事法律关系的特征

涉外民事关系与国内民事关系相比，有以下三个特征：

1. 这种民事关系都具有一个或一个以上的涉外因素，或称外国成份，具体表现为：

（1）主体的一方或双方是外国的自然人、法人、无国籍人或者国家。如，一个英国女子在中国留学期间与一个中国男子结婚；美国一艘轮船在我国海域将一艘日本轮船撞坏，造成了海上侵权；新加坡某甲在我国持有我国某公司发行的股票等。

（2）法律关系的客体具有涉外因素，如标的物位于外国，或者标的物属于外国人所有或者标的物需要在外国实施或完成。例如，北京市公民赵××要求继承位于日本的一批不动产遗产；中国某建筑工程公司承建了巴基斯坦一个体育馆；我国某航空公司租用了一架美国客机等。

（3）民事关系的产生、变更或消灭在外国，即民事权利义务的事实发生在外国。如，中国机械进出口公司在日本东京与日本丰田汽车公司签订了一份购买汽车合同；旅美华侨李某在美国宾夕法尼亚州死亡，并立有遗嘱；我国远洋货船在南非海域与巴拿马一艘货轮碰撞等。

这种民事关系的涉外因素可以是单一的，也可以是多元的。在实践中，往往表现为多元的，即在一个民事法律关系中有两个或两个以上的涉外因素。

2. 这种民事关系是广义上的民事法律关系。就是说，它的性质是民事的，是平等主体者之间的财产关系或者与财产有关的人身关系。之所以说它是广义上的民事法律关系，是比较而言的，因为世界各国民法所调整的范围不同，在英国、美国没有系统的民法，仅有合同法、侵权法、财产法、继承法、婚姻法等；而大陆法系国家虽有民法法典，但所含内容也不尽相同，瑞士、意大利采取民、商合一的原则，即民法中包括商法的内容，而法国、德国等则采取民、商分立的原则，民法中不包括商法的内容；东欧一些国家及我国，民法中不包括婚姻家庭关系和劳动关系。此外，国际私法所调整的这种民事关系还包括国际民事诉讼和国际商事仲裁程序关系。这是所有国家民法典都不包括的而却是国际私法所包括的特殊内容。

3. 涉外民事关系具有国际性。因为这种民事关系都是在国际交往中所产生的。虽然表现为不同国家当事人之间的关系，但实质上体现了国家之间的关系。每个涉外民事关系都与两个或两个以上的国家利益紧密相连。国家在处理这种民事关系时，都要服从国家的总的对外政策，都要受国际关系的制约。

对于国际私法的调整对象，在学术界一直长期争论不休。除上述主张外，还有的主张，国际私法并不调整全部涉外民事关系，它仅仅调整一些“涉及外国法适用”的那部分涉外民事关系；^① 有的主张，国际私法是调整涉及到内外国法律适用的那一部分涉外民事关系；^② 有的学者主张，国际私法是调整特殊的涉外民事关系，即以间接调整的方式所调整的涉外民事关系。^③ 以上几种主张都认为，国际私法仅以间接方式调整广义上的民事关系，或者它并非调整所有的涉外民事关系，仅仅调整其中一部分

① 陈力新、邵景春：《国际私法概要》，光明日报出版社，1988年版，第10页。

② 刘振江等编：《国际私法教程》，兰州大学出版社，1988年版，第60页。

③ 张仲伯：“关于国际私法的对象、范围和体系”，《中南政法学院学报》，1988年第1期。

涉外民事关系。有些涉外民事关系由其他部门法如国际经济法、海商法等法律来调整。

二、涉外民事关系的法律冲突

法律冲突 (Conflict of laws) 亦称“法律抵触”，是指在涉外民事关系中，由于其涉外因素导致有关国家的不同法律在效力上的抵触。一个涉外民事关系必然涉及到两个或两个以上国家，有关国家的法律对同一个问题作了不同的规定，而且都主张对该法律关系行使管辖权，在这种情况下，就产生了该适用哪个国家法律的问题，例如，一个 18 岁的日本女子在中国要求与一个 23 岁的中国男子结婚，依日本法律规定，女子 16 岁为最低婚龄；依中国婚姻法规定，女子 20 岁为最低婚龄。在这个涉外婚姻关系中，日本法与中国法由于规定不一致，而发生了冲突。在这种情况下，就产生了适用哪国法律的问题。

关于涉外民事关系法律冲突产生的原因，众说不一，归纳起来主要有三：

其一，在同一个涉外民事法律关系中，有关国家的法律对同一个问题的规定不同。这是发生法律冲突的前提条件。法律是统治阶级意志的体现，是由经济基础所决定的。由于各个国家的政治制度、经济基础、历史文化、风俗习惯、宗教信仰的不同，所以，各个国家的立法也不会完全一致，这是普遍的、客观存在的。即使社会制度相同，经济基础一致的国家，他们的立法也会有很大的差异。如，英美国家与欧洲大陆一些国家虽然他们都是资本主义社会，都是私有制经济，但他们的立法却差异很大。当这些立法差异规定适用于同一民事关系时，便可能会发生冲突。如果在一个涉外民事关系中，有关的几个国家法律规定完全相同，不论适用何国法律都会得出同样的结论，当然也就不会发生法律冲突了。

其二，一个国家法律的域内效力与另一个国家法律的域外效力同时出现在一个涉外民事关系时，便产生不同国家法律的域内

与域外效力的冲突。如果不同立法规定不触及其施行之空间效力，也同样不会产生法律冲突。

法律的域内效力，亦称属地效力，是指一个国家法律的空间效力，即国内立法对本国境内的所有人、物和行为有效。这是国家主权的表现。如，我国《民法通则》第八条规定：“在中华人民共和国领域内的民事活动，适用中华人民共和国法律……本法关于公民的规定适用于在中华人民共和国领域内的外国人、无国籍人，法律另有规定的除外。”

法律的域外效力，亦称属人效力，是指一个国家的法律对本国的一切人，不论该人是在境内还是在境外都有效，都应适用。如，《法国民法典》第3条规定：“有关个人身份及享受权利的能力的法律，适用于全体法国人。即使其居住于国外时亦同。”

国内立法在一般情况下，同时具有域内和域外效力，特别在有关自然人的权利能力和行为能力方面，既要求位于其境内的所有人遵守内国法，又要求位于境外的本国人遵守本国法。这样就会发生一个国家法律的域内效力与另一个国家法律的域外效力的法律冲突。例如，一个22岁的墨西哥公民李查蒂，在法国与一个法国人签订契约，后来，该墨西哥公民以他还不到成年人为理由，提出抗辩，不承担违约责任。因为，墨西哥法律规定23岁为成年人，这一规定具有域外效力，不论他位于何处，墨西哥法律都对他有效；而法国法律规定，21岁为成年人，法国法律具有域内效力，要求位于法国的外国人也必须遵守，法国法院在受理此案时，就发生了这样的冲突：依墨西哥法律的域外效力，他无行为能力，可以不承担违约责任；而依法国法律的域内效力，他具有行为能力，应该承担违约责任。所以法律冲突实质上是法律适用的冲突。

其三，受案法院在一定条件下承认外国法律的域外效力。所谓承认外国法律的域外效力，就是受案法院承认当事人依据该外国法取得的某项权利在法院地国家也有效，这也就等于适用了该

外国法。从一般意义上说，一个国家的立法仅仅在其境内有效，其他国家并无承认和适用外国法律的义务。但是，如果受案法院绝对适用其内国法，而对所有外国法以及依据外国法所取得的权利一概拒绝，不予适用，那样就又回到了严格的属地主义时代，法律冲突也就不会发生了，国际私法也就没有存在的必要了。为了国际经济关系的稳定和发展，为了正常的国际交往的需要，国家在彼此之间应该相互承认对方国家某些法律的效力，并在一定条件下有必要适用有关的外国法。

涉外民事关系的法律冲突主要表现在上述不同国家之间的法律冲突，有人称之为国际法律冲突。除此之外，还有区际法律冲突、人际法律冲突以及时际法律冲突。这些形式的法律冲突及其准据法的确定，待第三章详述。

三、涉外民事关系的法律调整

由于涉外民事关系都与两个或两个以上国家法律相联系，究竟用什么法律来调整涉外民事关系，就成了国际私法的核心问题。调整涉外民事关系的法律有以下两种：

（一）冲突法调整

冲突法调整，亦称间接调整，即在国内立法或国际条约中，制定法律适用原则，规定在什么情况下应该适用内国法；在什么情况下应该适用外国法以及何外国法，然后再按照所指定的那个国家的实体法，具体确定当事人的权利与义务。例如，我国《民法通则》第一百四十九条规定：“遗产的法定继承，动产适用被继承人死亡时的住所地法律，不动产适用不动产所在地法律。”按照这一条法律规定，它仅仅指出动产和不动产继承按什么法律来处理，而没有直接规定继承人的范围、继承的顺序以及应继份额。又如，1928年《布斯达曼特法典》第105条规定：“财产不论属于何种类，皆依其所在地法。”这是国际条约中的法律适用原则。

利用冲突规范进行间接调整，这是国际私法中最主要的调整

方法。传统的国际私法只有间接调整一种方法。所以有人把国际私法称之为冲突法或间接法。^①

（二）实体法调整

实体法调整，又称直接调整，即制定统一实体规范，直接规定当事人的权利与义务，统一实体规范是指在国际条约和国际惯例中用来确定当事人权利与义务的规范。这种规范可以避免法律冲突，可以更迅速、更准确、更直接地确定当事人的权利与义务。例如，1980年《联合国国际货物买卖合同公约》第66条规定：“货物在风险转移到买方后遗失和损坏，买方支付价格的义务并不因此而解除，除非这种移失或损坏是卖方的行为或不行为所造成。”根据这一条规定，双方的风险责任十分明确，当然也就不会发生由于双方当事人所属国法律规定不同而出现的法律冲突了。只要是缔约国当事人之间签订的货物买卖合同，其风险责任均依此法。从19世纪以来，在国际贸易方面出现了许多有关的国际公约和国际惯例，它们在调整涉外民事关系中，消除法律冲突起着十分重要的作用。

间接调整和直接调整都是为了解决涉外民事关系的法律适用。但是它们的方法不同，所运用的法律规范不同。在解决同一个涉外民事关系时，只能使用其中一种，不能同时使用。在一般情况下，有统一实体规范时，就要适用统一实体规范，只是在没有统一实体规范可适用时，才适用冲突规范。由此可见，在解决某一个涉外民事关系时，二者是互相排斥的；但就解决法律适用来讲，二者又是相辅相成的。

第二节 国际私法的范围和定义

一、国际私法的范围

^① [日] 北胁敏一：《国际私法—国际关系法Ⅱ》，法律出版社，1989年中译本，第6页。