

INTERNATIONAL PRIVATE LAW

董立坤 / 著



国际私法论

【修订本】

法律出版社

国际私法论

INTERNATIONAL PRIVATE LAW

【修订本】



董立坤 / 著



法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

国际私法论/董立坤著. —2 版(修订本). —北京:
法律出版社, 2000. 12

ISBN 7-5036-0265-1

I. 国… II. 董… III. 国际私法—法的理论 IV. D997

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2000)第 80621 号

出版·发行/法律出版社

经销/新华书店

责任印制/李跃

责任校对/杜进

印刷/北京宏伟胶印厂

开本/A5

印张/19.5 字数/515 千

版本/2000 年 12 月第 2 版

2000 年 12 月第 1 次印刷

社址/北京市西三环北路甲 105 号科原大厦 A 座 4 层(100037)

网址/<http://www.lawpresschina.com>

电子信箱/pholaw@public.bta.net.cn

电话/88414899 88414900(发行部) 88414121(总编室)

88414933 88414934(读者服务部)

出版声明/版权所有, 侵权必究。

书号: ISBN 7-5036-0265-1/D·178

定价: 37.00 元

(如有缺页或倒装, 本社负责退换)



再 版 序

本书是1988年出版的,那时国际私法对许多人来说是很陌生的,有关的论、著也凤毛麟角。随着我国改革开放事业和法制建设的不断深入和发展,国际私法已日益成为与改革开放事业、与人们的日常生活息息相关,深受重视的一门法律学科。自1988年以来,我国已进行了大量的涉及国际私法基本内容的立法,初步形成了较为完整的国际私法法规体系,无论是理论、立法与司法的实践,国际私法已今非昔比了!使我特别感动的是,在我国国际私法有如此重大发展的情形下,广大读者和法学界人士仍然没有忘记本人十几年前写的拙著《国际私法论》。不但许多专业人士在其论著中引用拙著的观点,更有许多读者给本人写信来电,希望我能重新出版《国际私法论》。对于这个重新出版的建议,法律出版社的贾京平总编也予以积极的支持。贾总编和读者的支持给了我巨大的鼓舞。我坐下来重新翻阅原书,觉得虽时光流逝,书中的许多观点已变成了现实,但有的观点仍有其参考价值,本书的观点、结构和体系仍可为读者提供一个参考模式。为此,我决定在本书原有的基础上补缺拾遗,修订再版,将其奉献给广大的读者。

应当特别说明,本人决定重印此书还有一个很重要的原因:原书是在我的恩师卢峻教授亲自指导下写成的,之后又经我国国际私法大师李浩培教授亲自审订修改。《国际私法论》的出版倾注了

两位先师的心血。现在,两位恩师已与世长辞,我也以此书的再版,表达我对两位前辈深深的怀念与感激。

本书因是第一版的修订本,因此全书保持了原书的观点、结构、体系,内容也基本上不变,增加的主要是原书出版以来的有关国际私法的新内容。特别是有关我国国际私法理论与实践发展的内容,尤其表现在以下几个方面:

一、本书对冲突规范的结构作了新的理论探索。有关国际私法规范的结构,在我国国际私法著作中有许多不同表述,也创造了许多新鲜的名词,如范围、系属、准据法、系属公式、自体法等等。在各种论述中,我也受到了启发。本书中有关冲突规范结构的论述,力求使各个名词有规范的表述,确定内涵和外延,使其合乎逻辑,合乎实际,是科学规范的。

二、本书对我国国际私法立法与司法的实践作了较为深入的论述。自1988年以来,为了适应我国改革开放与法制建设的需要,我国制定了大量同国际私法有关的法律,缔结和参加了许多同国际私法相关的国际双边和多边条约,参加了与国际私法相关的国际组织,我国已形成了较为完整的国际私法的法律体系,也形成了为大多数学者所承认和接受的国际私法理论体系,对有关法规条约,本书都尽可能地予以论述、评介,力求使人们从本书中对我国国际私法的理论、立法和司法的实践有个全面的了解。

三、本书第一版第七章为“我国内地与香港地区的法律冲突”。该文原发表于1985年第3期《上海社科院学术季刊》,是我国第一篇论述区际私法的文章。本书第一版出版时,根据我的要求,将其列为本书的附章。这是把区际私法作为国际私法体系的一个部分的初步尝试。随着我国成功地恢复对香港和澳门行使主权,我国区际私法理论也日益成熟,有许多的论著发表和出版。期间,本人也在不同的时期,发表过一些论述区际私法相关问题的专论。借本书再版机会,将其相关的专论融为独立的“区际私法”一章,既是对我国区际私法的理论论述,也反映了我国区际私法理论与实践

的发展历程。

四、本书第一版以来,国际上有关国际私法的理论与实践有了很大的发展,海牙国际私法会议制定了许多重要的条约,WTO有关知识产权的立法也分外受人重视,本书对国际上有关国际私法的发展,特别是对影响国际私法发展方向的国际条约和有关的外国的国际私法的立法予以充分重视,书中不但有所论述,在附录中也增加和完善了相关的内容。

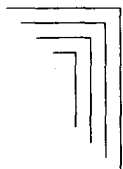
五、本书对原书的结构、文字、章节进行了规范。

尽管本书经此次修订,增加了新的内容,其结构、体例也更为完整、规范,但由于作者水平的限制,本书一定还会有许多错误,恳请专家、学者以及广大的读者不吝赐教!

谢谢!

董立坤

二〇〇〇年十月



序

自党的十一届三中全会宣布对外开放政策以来,我国国际经济、贸易、人员往来和科技文化交流日益频繁,各种涉外民事法律关系问题时有发生。这些问题都要用国际私法加以妥善解决。学习国际私法也就显得很重要了。董立坤同志研究国际私法有年,曾在各种法律刊物上发表过文章多篇,在国内产生了一定的影响,今又编著《国际私法论》一书,嘱我为序。综观全书,我觉得该书取材新颖,叙述详尽,重视发展。其结构、体系、观点与国内已出版的类似著作有不同之处,既不囿于从苏联著作翻译过来的教材,也不附和西方国家的一般著述。全书仅六章,但基本的、重要的题目却大都概括在内,逻辑性较强,每章各有侧重点。

第一章是国际私法概论。作者就国内外法学界中尚有争论的国际私法的对象和范围作了全面论述后提出自己的见解,并对国际私法的新发展进行了探索。

第二章是冲突规范,作者认为国际私法的重点应放在冲突规范上,从某种意义上说,国际私法学就是研究冲突规范的。所以,全书都是围绕着冲突规范这一主题展开论述的。对冲突规范的结构以及与冲突规范有关的各个问题,作者力图冲破苏联体系的束缚,在各种学说体系的比较中确立自己的观点。

第三章是适用冲突规范的先决条件。作者将国籍与住所、外

国人的民事法律地位、国际民事管辖权三者具有不同内容的问题一并列为适用冲突规范的先决条件,作为单独一章来阐述,从而突出冲突规范在国际私法中的中心作用,打破了传统国际私法的体系,并结合国际国内新的理论和实践阐述上述各问题。

第四章是与人身有关的法律冲突,第五章是与财产有关的法律冲突,这两章主要论述各种涉外民事法律关系的法律适用问题,是该书的实质性内容,无论在结构、内容、体系、论述各方面都有自己的特点,特别要指出的是作者认为国际私法同国际经济法是有区别的:国际经济法以实体规范解决国际经济纠纷,而国际私法则以通过冲突规范解决国际经济纠纷。最近国内的大部分国际私法著作着重于以实体规范解决国际经济关系中诸如国际货物买卖、国际运输、国际支付等问题而忽视了以冲突规范解决这些问题,混淆了国际经济法与国际私法的根本性区别。但另一方面,作者也不同意传统的国际私法观念,即偏重于解决诸如婚姻、家庭、继承等狭义的涉外民事法律关系问题,而忽视了冲突规范在解决国际经济关系中的作用,为此,作者对诸如国际货物买卖、国际劳务、国际投资、许可证贸易、知识产权、产品责任等国际经济关系中的新问题的法律适用开展了较深入地探讨。

第六章是国际司法协助与外国判决(仲裁裁决)的承认和执行。在这章里作者参考各国理论和实践,并结合我国民事诉讼法(试行)对具体问题进行了仔细研究。

总之,《国际私法论》具有它的特色。该书经我国外交部顾问、著名国际私法专家李浩培教授审订后,更为完善,为建立我国国际私法学体系提供了有用的参考,对于从事教学、科研和外事的工作者也是一本值得一读的好书。

卢峻

1985年4月25日于上海



作者简介

董立坤，深圳大学法学院院长、教授，广东省优秀中青年专家，享受国务院特殊津贴。兼任中国国际法学会常务理事、中国国际私法学会副会长、广东省法学会副会长，并任广东省政协委员、深圳市人大常委会委员。长期从事国际私法和香港法律的研究和教学工作，在《中国社会科学》、《法学研究》、《中国法学》、《上海社科院学术季刊》等重要学术刊物上发表专论数十篇，出版专著多部。主要有《国际私法论》、《国际私法学》、《涉外经济贸易的诉讼与仲裁》、《香港法的理论与实践》、《香港法律与司法制度》，有多篇（本）论、著获奖。

一、再版序

二、序

第一章 国际私法概论

- 一、国际私法是一门独立的法律学科/001
- 二、国际私法的范围/010
- 三、国际私法的定义/018
- 四、国际私法发展的新阶段/020
- 五、中国国际私法的历史与现状/035

第二章 冲突规范

- 一、冲突规范与法律冲突/044
 - (一)冲突规范/044
 - (二)法律冲突/046
- 二、冲突规范的结构/048
 - (一)两部式结构/049
 - (二)三部式结构/051
 - (三)法律关系类型+连结因素+宜用准据法的结构形式/052
- 三、冲突规范的种类/064
 - (一)单边冲突规范/064
 - (二)双边冲突规范/065
 - (三)重迭性冲突规范与选择性冲突规范/066
 - (四)弹性冲突规范/067
- 四、对由冲突规范适用外国法的各种限制/068
 - (一)法律关系的定性/068

- (二)反致与法律规避/072
- (三)公共秩序保留/084
- (四)外国法的证明/092
- 五、冲突规范欠缺之补全/99

第三章 适用冲突规范的先决条件

一、住所与国籍/101

- (一)住所/101
- (二)国籍/107
- (三)住所与国籍的冲突/119
- (四)法人的住所与国籍/122

二、外国人的法律地位/123

- (一)外国人的一般概念及其法律地位的历史演变/124
- (二)外国人地位的几种法律形式/127
- (三)外国自然人的民事法律地位/144
- (四)外国法人的民事法律地位/153
- (五)外国人也必须承担相应的义务/157

三、涉外民事案件的管辖权/158

- (一)管辖权一般概念及其意义/158
- (二)行使管辖权的连结因素及几种具体的管辖权制度/160
- (三)司法管辖权的豁免/183
- (四)我国涉外民事管辖权/193
- (五)选择涉外民事管辖法院的一般原则/200

第四章 与人身关系有关的法律冲突

一、人的权利能力和行为能力/204

- (一)自然人的能力/205

- (二)法人的能力/223
 - (三)我国法律中关于人的能力的法律适用规则/225
 - 二、婚姻与家庭/228
 - (一)婚姻/228
 - (二)家庭关系/244
-

第五章 与财产关系有关的法律冲突

- 一、以支配权为主要内容的财产权——物权(所有权)/263
 - (一)物权的含义及适用于物权的基本法律/263
 - (二)不动产与动产的法律适用/266
 - (三)知识产权的法律适用与国际保护/271
 - (四)我国处理涉外物权的基本法律适用规则/284
 - 二、以请求权为主要内容的财产权——债权/290
 - (一)国际私法中的债/290
 - (二)因合意而产生的债——合同性债务的法律适用/292
 - (三)非因合意而产生的债——非合同性债务的法律适用/364
 - 三、与人的身份有关的财产权/380
 - (一)夫妻财产制/380
 - (二)继承/388
-

第六章 国际司法协助与外国判决(仲裁裁决)的承认和执行

- 一、国际司法协助/419
 - (一)代为送达诉讼文件/420
 - (二)代为调查证据/423
 - (三)涉外公证与领事认证/424
 - (四)我国的国际司法协助/426

- 二、外国法院判决的承认和执行/434
 - (一)承认与执行外国判决的各种理论/434
 - (二)承认与执行外国判决的程序和条件/437
 - (三)我国与外国相互承认与执行判决的法律制度/448
- 三、外国仲裁裁决的承认和执行/459
 - (一)承认和执行外国仲裁裁决国际制度的形成、发展及其趋势/460
 - (二)我国承认和执行外国仲裁裁决制度/468

第七章 区际私法

- 一、区际私法的理论与实践/473
 - (一)区际私法的含义/473
 - (二)国际上关于区际私法的理论与实践/476
 - (三)中国区际私法的形成与特点/478
- 二、中国内地与香港地区民商事案件司法管辖权的冲突与协调/482
 - (一)香港的涉外民商事案件的管辖权制度/482
 - (二)中国内地与香港地区民商事案件司法管辖权的冲突/485
 - (三)中国内地与香港地区民商事案件司法管辖权的协调/488
- 三、中国内地与香港地区民商事案件的法律适用/496
 - (一)香港特别行政区法律的构成及其特点/496
 - (二)中国内地与香港地区的民商事案件的法律适用/499
 - (三)解决我国内地与香港地区法律适用冲突的途径和方法/503
- 四、中国司法协助的模式及其特点/505
 - (一)中国内地与香港地区司法协助的模式问题/505
 - (二)《安排》的重大突破/510
 - (三)中国区际司法协助模式的特点/513
 - (四)进一步推动中国内地与香港地区的司法协助/516
- 五、中国内地与台湾地区关于相互承认和执行对方法院民商事判决的规定/518

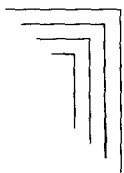
- (一)两岸规定之法理根据/519
- (二)两岸规定之异同/523
- (三)健全和完善两岸相互承认和执行法院民商事判决制度的思考/530

附录一：

1. 中华人民共和国民法通则(涉外部分)(1986年)/533
2. 中华人民共和国民事诉讼法(涉外部分)(1991年)/535
3. 中华人民共和国国籍法(1980年)/542
4. 最高人民法院《关于内地与香港特别行政区法院相互委托送达民商事司法文书的安排》(1998年12月30日)/544
5. 最高人民法院《关于内地与香港特别行政区相互执行仲裁裁决的安排》(1999年6月21日)/546
6. 最高人民法院《关于人民法院认可台湾地区有关法院民事判决的规定》(1998年1月15日)/550
7. 海牙国际私法会议章程(1955年7月15日)/553
8. 关于解决本国法和住所地法冲突的公约(1955年6月15日)/557
9. “台湾地区与大陆地区人民关系条例”(民事部分)(1997年修订)/561
10. 中国国际私法学会《中华人民共和国国际私法示范法》(2000年)/568

附录二：

1. 本书涉及的部分国际私法专有名词(中外文对照)/595
2. 海牙公约(1951年7月—2000年1月)/604



第一章 国际私法概论

一、国际私法是一门独立的法律学科

国际私法是从 13—15 世纪的意大利开始形成和发展起来的,现在它已成为各国的重要的部门法之一。但是对于它的许多问题的争论从来没有停止过,诸如国际私法是公法还是私法,国内法还是国际法,实体法还是程序法等。争论的中心问题就是,国际私法学是否为一门独立的法律学科?

国际私法是一门独立的法律学科,是由国际私法不同于其他法律学科的独有的特点所决定的。

1. 国际私法调整的是涉外民事法律关系——特殊的调整对象

每个独立的法都有自己的调整对象,国际私法与其他法的根本区别在于它调整的是涉外的民事法律关系。所谓涉外民事法律关系,就是说该法律关系含有“涉外因素”(foreign element)。涉外因素或表现为法律关系的主体之双方或一方涉外,或是法律关系的标的物在国外,或是法律行为成立、变更、消灭有关的法律事实发生在国外。具体地说:

(1) 主体涉外。涉外民事法律关系的主体有自然人、法人和特

殊的民事主体——国家。在这些民事主体中,就自然人而言,必须是双方或一方中或是具有外国的国籍,或是常设住所于国外。就法人而言,或是该法人在外国登记的(国籍论),或是主事务所设于国外的(主事务所说),或是为国外资本所控制的(控制论)。就国家而言,它是一个特殊的国际私法的主体,它与国际公法中的国家主体的区别在于:

①在以国家名义而出现的涉外民事关系中,国家是一个特殊的组织,国家组织与国家组织之间的关系是民事法律关系。②国家作为国际私法的主体,它与国际私法的其它主体,即法人与自然人的关系是平等的民事法律关系,不存在一方支配一方的问题。

(2)标的物(客体)涉外。民事法律关系中,也常因其争讼的标的物涉外,而使其法律关系成为涉外的民事法律关系。例如,某遗产争讼案的双方当事人均为我国公民,但因其争讼的财产在国外,从而使其法律关系具有了涉外的因素。又如,某法律关系的双方当事人都是本国人,其法律行为亦发生于国内,但契约的内容是买卖位于国外的动产或不动产,这同样是一宗涉外的民事案件。总而言之,不管法律关系的主体是本国人还是外国人,也不论其法律行为发生于国内还是国外,只要法律关系的客体(即标的物)在国外都构成了涉外民事法律关系。

关于标的物问题有两点须特别说明的:①在该法律行为发生前,标的物在国外的,当然该法律关系具有涉外因素;在争讼发生后,一方当事人将争讼的标的物转移到国外的,其原纯粹属于国内的民事法律关系也就转化成涉外的民事法律关系。②构成涉外民事法律关系的标的物必须是同本案争讼有关的标的物。

(3)法律行为涉外。民事法律关系的主体,标的物都在国内,但如果与本法律关系有关的法律行为的发生、变更、消灭等法律事实发生在国外,该法律关系同样是涉外的民事法律关系。这里我们要注意的是:①一个法律行为往往是由多种因素构成的,其中有一个因素涉外,就构成涉外的法律行为。如,在买卖契约的这个法

律行为中,有要约与承诺之分,其中或是要约发生在国外,或是承诺发生在国外,都使该法律关系具有了涉外因素。②如果法律行为发生在国外,其结果发生在国内;或是法律行为发生在国内,结果发生在国外,如在国外发生侵权行为,在国内发生损害;或是在国内发行的票据,在国外付款者,由此而引起的法律关系也都是涉外的民事法律关系。

必须说明的是,主体、标的物与行为三者之间不是孤立的,在一个法律关系中,上述几个因素有的是同时涉外,有的是部分涉外,但是,要构成涉外的民事法律关系,其中至少要有一个因素发生在国外。

需要特别强调指出的是,国际私法只调整含有涉外因素的民事法律关系。民事法律关系是指由民法调整所形成的权利和义务关系。在资产阶级国家,民法也通称为私法,民事法律关系也叫做私法关系,一般系指发生在公民之间的有关人身财产关系和人身非财产关系。诸如人的能力,亲属关系,家庭婚姻关系,继承关系,所有权,债权等法律关系都属于民事法律关系。但是,民法调整的一般是民事法律关系中不含有涉外因素的那部分关系,凡这些关系中含有涉外因素的,都由国际私法予以调整。民法与国际私法的原则区别就在这里。可见,国际私法以具有自己特有的调整对象而区别其它的法律学科。

2. 国际私法主要属于国内法,但又兼有国际法的若干性质——颇具争议的法律性质

国际私法产生以来,关于其名称,各派就争论不休。“法则区别”是国际私法最早的名称。17世纪荷兰学者罗登堡(Rodenburg)根据本学科主要是解决不同法律体系互相冲突这个重要特点,主张用“法律冲突论”这个名字,这个名称仍然为今天英美等许多国家所采用。17世纪的德国学者可西(Henri de Coccei)认为,本学科主要研究的是一国法律在其他国家的效力问题,故主张用“法律的域外效力论”命名。根据同一个道理,德国学者奥斯达德