



董立坤 著

国际私法论

法律出版社

国际私法论

董立坤 著

法律出版社

国际私法论

董立坤 著

法律出版社出版 新华书店发行

法律出版社印刷厂印刷

787×1092毫米 32开本 17.75印张 381,000字

1988年3月第一版 1988年3月第一次印刷

印数0,001—2,500

ISBN 7-5036-0265-1 /D·17

书号6004·1148 定价6.80元

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，

国内产生了一定的影响，今又编著《国际私法论》一书，为我作序。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所区别的：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

目 录

第一章 国际私法概论

一、国际私法是一门独立的法律学科·····	(1)
二、国际私法的范围·····	(11)
三、国际私法的定义·····	(21)
四、国际私法发展的新阶段·····	(23)
五、中国国际私法的历史与现状·····	(41)

第二章 冲突规范

一、冲突规范与法律冲突·····	(50)
二、冲突规范的结构·····	(54)
(一) 法律关系的类型·····	(55)
(二) 连结因素·····	(56)
(三) 准据法·····	(59)
三、冲突规范的种类·····	(64)
(一) 单边冲突规范·····	(65)
(二) 双边冲突规范·····	(66)
四、对冲突规范的各种限制·····	(68)
(一) 法律关系的定性·····	(68)
(二) 反致与法律规避·····	(72)
(三) 公共秩序保留·····	(86)

(四) 外国法的证明	(96)
五、冲突规范欠缺之补全	(104)

第三章 适用冲突规范的先决条件

一、住所与国籍	(106)
(一) 住所	(106)
(二) 国籍	(114)
(三) 住所与国籍的冲突	(128)
(四) 法人的住所与国籍	(131)
二、外国人的法律地位	(134)
(一) 外国人的一般概念及其法律 地位的历史演变	(134)
(二) 外国人地位的几种法律形式	(138)
(三) 外国自然人的民事法律地位	(149)
(四) 外国法人的民事法律地位	(160)
(五) 外国人也必须承担相应的义务	(163)
三、涉外民事案件的管辖权	(164)
(一) 管辖权一般概念及其意义	(164)
(二) 行使管辖权的连结因素及几种具体的 管辖权制度	(167)
(三) 管辖上的豁免权	(181)
(四) 我国管辖权制度	(192)

第四章 与人身有关的法律冲突

一、人的权利能力和行为能力	(196)
(一) 自然人的能力	(197)

(二) 法人的能力·····	(219)
(三) 我国法律中关于人的能力的法律适用 规则·····	(222)
二、婚姻与家庭·····	(226)
(一) 婚姻·····	(226)
(二) 家庭关系·····	(245)

第五章 与财产有关的法律冲突

一、以支配权为主要内容的财产权——物权	
(所有权)·····	(267)
(一) 不动产·····	(268)
(二) 动产·····	(271)
(三) 知识产权(无体财产权)·····	(276)
五、以请求权为主要内容的财产权——债权·····	(304)
(一) 国际私法中的债·····	(304)
(二) 因合意而产生的债·····	(307)
1. 合同的特点·····	(307)
2. 合同的准据法·····	(309)
3. 一些特殊合同的法律适用·····	(321)
A. 国际货物买卖合同·····	(321)
B. 国际货物运输合同·····	(325)
C. 国际许可证合同(协议)·····	(329)
D. 国际劳务雇佣合同·····	(332)
E. 国际投资中的国家合同·····	(335)
F. 国际借贷借款合同·····	(339)
G. 国际流通票据——特殊的书面	

合同·····	(345)
H. 特征性履行合同·····	(353)
4. 合同方式的准据法·····	(355)
5. 欧洲共同体关于合同性债务的法律适用 公约·····	(357)
6. 我国《涉外经济合同法》中的法律适用 原则·····	(362)
(三) 非因合意而产生的债·····	(372)
1. 侵权行为·····	(373)
A. 一般的民事侵权行为·····	(373)
B. 因产品责任而发生的侵权行为·····	(380)
2. 不当得利·····	(390)
三、与人的身份有关的财产权·····	(391)
(一) 夫妻财产制·····	(392)
(二) 继承·····	(402)

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·····	(437)
(一) 代为送达诉讼文件·····	(438)
(二) 代为调查证据·····	(441)
(三) 涉外公证与领事认证·····	(443)
(四) 我国的国际司法协助·····	(448)
二、外国法院判决的承认和执行·····	(450)
(一) 承认与执行外国判决的各种理论·····	(450)
(二) 承认与执行外国判决的程序和条件·····	(454)

(三) 我国民事诉讼法中有关承认与执行外国 判决的规定	(465)
三、外国仲裁裁决的承认和执行	(479)
(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	(479)
(二) 我国承认和执行外国仲裁裁决制度的 特点	(489)

(附) 第七章 我国内地与香港的法律冲突

一、香港是一个独立的法律区域	(497)
二、关于香港与内地法院的管辖权	(503)
三、涉港案件的法律适用问题	(506)
四、司法协助问题	(511)

附 录 一

一、我国宪法中的有关规定	(517)
二、中华人民共和国民法通则（涉外部分）	(517)
三、中华人民共和国民事诉讼法（试行）（涉外部 分）	(519)
四、中华人民共和国国籍法	(523)
五、海牙国际私法会议章程	(525)
六、关于解决本国法和住所地法冲突的公约	(530)
七、旧中国《法律适用条例》	(533)

附 录 二

一、本书涉及的部分国际私法专有名词（中外文对

照)	(538)
二、海牙公约 (1951—1980年)	(549)
后 记	(555)

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它法律学科的独有的特点所决定的。

（一）国际私法调整的是涉外民事法律关系。

每个独立的法都有自己的调整对象，国际私法与其它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。

(二) 国际私法主要属于国内法，但又兼有国际法的若干性质。

国际私法产生以来，关于其名称，各派就争论不休，“法则区别”说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它国家的效力问题，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（Ørsted）于19世纪初称本学科为“外国法适用论”。同一时期的法国学者弗力克斯（Foelix）认为，本学科是国际公法的一个平行学科，国际公法规定国家间的“公”的关系，本学科则是规定国家间的“私”的关系，故主张用“私国际法”之名称。最早把本学科叫做国际私法的是19世纪中期的德国学者薛福纳和美国学者斯托雷，这个名称已为大部分国家的学者所接受和采用，但是，人们仍然认为，这是一个很不妥当，很不满意的名字。

关于国际私法名称的争论与变化，实际上是反映了人们对国际私法性质的不同认识，即国际私法到底是国际法、国内法，还是二者兼而有之？

(1) 认为国际私法本质上是国际法的大有人在，从德国的萨维尼，到苏联的拉德任斯基^①、童金等人都持这种观点^②。我国有人也认为“国际私法是国际法的一个重要组成

① 参见《国际私法论文集》1959年第1版第48—60页。

② 参见武汉大学《法学研究资料》第4期。

部分”^①。国际法学派的主要论据是，国际法处理的是不同国家间的“公”的关系，国际私法处理的是不同国家公民与法人的“私”的关系，尽管“公”与“私”关系不同，但是它们协调的都是超越一国的国际行为，也都是为了促进不同国家间互助与合作。他们还认为，由于法律是由各个主权国家制定的，不同国家的法律冲突实际上都是各个国家间的主权冲突，因此，从这个意义上来说，国际私法与国际公法之间是没有什么本质区别的。

(2) 与国际法学派大相径庭的是国际私法的国内法学派，他们坚持认为，国际私法与国际公法是根本不同的，其主要论据是：①“当人们说到国际公法时，‘国际’一词是‘国家之间’的同义语；而当提及国际私法时，这里所指的则是在所谓国际流通（例如，对外贸易）过程中，不同国家的自然人或法人为其参加者的民事法律关系”^②。这就是说，国际私法与国际公法的主体、调整对象都是完全不同的，一个主要以不同国家的自然人与法人为主体，调整的是涉外民事法律关系，一个主要以主权国家为主体，调整的是主权国家之间的冲突。鉴于国际私法与国际公法的主体与调整对象的差别，其解决冲突的方法也是完全不同的。国家间的矛盾与冲突主要通过外交途径解决，有时还会使用报复手段，甚至诉诸战争。不同国家的公民或法人之间的冲突主要是由各国的法院（或仲裁机构）根据本国的冲突法原则通过适用与该法律关系有关的国家的法律来解决的。②国际私法的渊源主要

① 参见《吉林大学学报》1980年第四期。

② 参见北京大学《国外法学》1979年第3期，隆茨的文章《苏联国际私法理论的发展》。