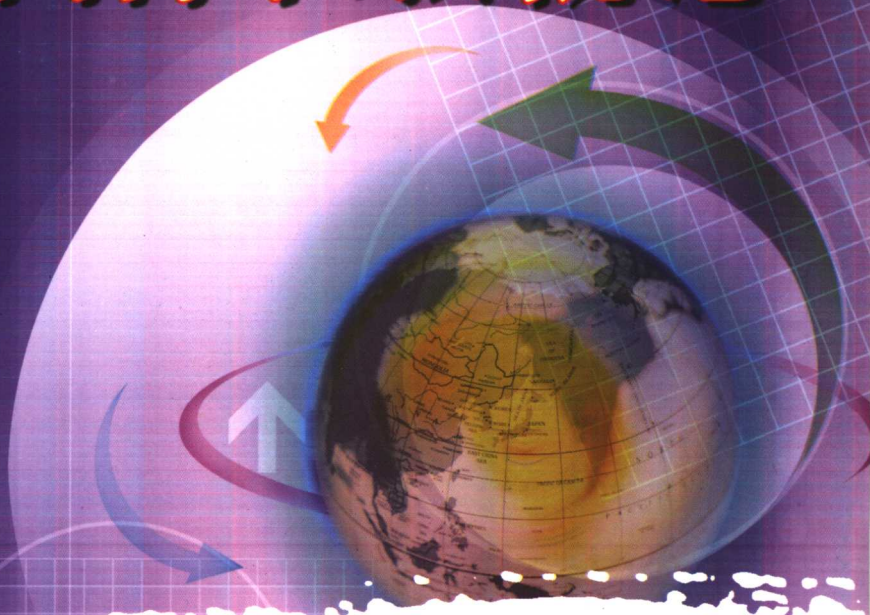


国际私法概论



张贵玲 | 编著
阿依古丽·穆罕默德艾力

甘肃民族出版社

国际私法概论

江苏工业学院图书馆
藏书章

张贵玲 | 编著
阿依古丽·穆罕默德艾力

甘肃民族出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

国际私法概论 / 张贵玲, 阿依古丽·穆罕默德艾力编著. —兰州: 甘肃民族出版社, 2006.6
ISBN 7-5421-1107-8

I. 国... II. ①张... ②阿... III. 国际私法 - 高等学校 - 教材 IV. D997

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 062008 号

书 名: 国际私法概论

作 者: 张贵玲 阿依古丽·穆罕默德艾力 编著

责任编辑: 路文

封面设计: 王林强

出 版: 甘肃民族出版社(730030 兰州市南滨河东路 520 号)

发 行: 甘肃民族出版社发行部(730030 兰州市南滨河东路 520 号)

印 刷: 甘肃方正纸业有限责任公司印刷

开 本: 850mm × 1168mm 1/32 印张: 10.875 插页: 2

字 数: 300 千

版 次: 2006 年 8 月第 1 版 2006 年 8 月第 1 次印刷

印 数: 1—1,500

书 号: ISBN 7-5421-1107-8

定 价: 24.00 元

甘肃民族出版社图书若有破损、缺页或无文字现象,可直接与本社联系调换。

邮编: 730030 地址: 兰州市南滨河东路 520 号

电话: 0931-8773261(编辑部 联系人: 桂谕 E-mail: Lanzhougy@163.com)

电话: 0931-8773271(发行部 联系人: 郝继卫)

版权所有 翻印必究

本书由西北民族大学学科建设项目赞助出版

目 录

第一编 总 论

第一章 国际私法概述	(3)
第一节 国际私法的调整对象	(3)
第二节 国际私法的范围	(7)
第三节 国际私法的性质	(11)
第四节 国际私法的定义	(14)
第五节 国际私法的渊源	(17)
第六节 国际私法学	(26)
第二章 国际私法的历史	(30)
第一节 国际私法的学说史	(30)
第二节 国际私法的立法史	(44)
第三节 中国国际私法的发展史	(52)
第三章 国际私法的主体	(55)
第一节 自然人	(55)
第二节 法人	(64)
第三节 国家	(69)
第四节 国际组织	(76)
第五节 外国人的民事法律地位	(78)
第四章 冲突规范与准据法	(84)
第一节 法律冲突	(84)

第二节 冲突规范	(88)
第三节 准据法及其选择	(99)
第五章 国际私法的基本制度	(105)
第一节 识别	(105)
第二节 反致	(114)
第三节 法律规避	(120)
第四节 外国法的查明	(123)
第五节 公共秩序保留	(126)

第二编 法律适用

第六章 民事身份和民事能力的法律适用	(133)
第一节 自然人民事权利能力的法律适用	(133)
第二节 自然人民事行为能力法律适用的法律适用	(136)
第三节 法人民事权利能力和民事行为能力的法律适用	(138)
第七章 法律行为与代理的法律适用	(141)
第一节 法律行为的法律适用	(141)
第二节 代理的法律适用	(144)
第八章 物权的法律适用	(148)
第一节 物之所在地法原则	(148)
第二节 国有化问题	(155)
第九章 债权的法律适用	(159)
第一节 合同之债的法律适用	(159)
第二节 侵权行为之债的法律适用	(168)
第三节 不当得利与无因管理之债的法律适用	(181)
第十章 知识产权的法律适用	(185)
第一节 专利权的法律适用	(186)
第二节 商标权的法律适用	(189)

第三节 著作权的法律适用	(192)
第四节 知识产权的国际保护	(195)
第十一章 破产的法律适用	(204)
第一节 破产的法律适用	(205)
第二节 破产宣告的域外效力	(207)
第十二章 婚姻家庭关系的法律适用	(213)
第一节 结婚的法律适用	(213)
第二节 夫妻关系的法律适用	(221)
第三节 离婚的法律适用	(224)
第四节 父母子女关系的法律适用	(227)
第五节 扶养的法律适用	(234)
第六节 监护的法律适用	(236)
第十三章 继承的法律适用	(238)
第一节 法定继承的法律适用	(238)
第二节 遗嘱继承的法律适用	(247)
第三节 无人继承财产的法律适用	(253)
第十四章 国际海事关系的法律适用	(257)
第一节 国际海事法律冲突	(257)
第二节 调整国际海事关系的国际公约	(267)
第三节 国际海事关系的法律适用	(282)

第三编 国际民事程序

第十五章 国际民事诉讼程序	(291)
第一节 国际民事诉讼概述	(291)
第二节 国际民事诉讼管辖权	(295)
第三节 国际民事司法协助	(305)
第四节 外国法院判决的承认与执行	(313)
第十六章 国际商事仲裁程序	(317)

第一节	国际商事仲裁概述	(317)
第二节	国际商事仲裁协议	(324)
第三节	国际商事仲裁的法律适用	(333)
第四节	国际商事仲裁裁决的承认与执行	(337)
参考文献		(342)

第一编
总论

第一章 国际私法概述

国际私法作为调整国际民商事法律关系的法律部门,是商品经济发展的产物。商品经济愈发达,国际私法就愈发达。第二次世界大战以后,随着商品经济的加速发展,国际私法也得到飞速发展。在当今经济全球化的大背景下,与商品经济共存的国际私法的调整范围日益扩大,内容日益充实,在商品经济中的作用日益加强,在整个法律体系中的地位迅速得到提升。

第一节 国际私法的调整对象

一、国际私法的调整对象是国际民商事法律关系

任何法律部门都有自己的调整对象,这种调整对象是指一定的法律关系,这是划分法律部门的主要标准。国际私法的调整对象是国际民商事法律关系(international civil and commercial legal relations),或称具有国际因素的民商事法律关系,从一个国家的角度而言,就是涉外民商事法律关系。涉外民商事法律关系的涉外因素(foreign elements)体现在以下三个方面:

(一)主体涉外

民商事法律关系的主体是具有不同国籍的自然人、法人,有时可能是外国国家或国际组织或无国籍人。主体涉外具有以下三种

情况:第一,主体一方为本国人,另一方为外国人;第二,主体双方是同一国籍的外国人;第三,主体双方是不同国籍的外国人。

(二) 客体涉外

民商事法律关系主体的权利义务所指向的对象(包括物质财富、精神财富及行为等)位于国外或者发生于国外。

(三) 法律事实涉外

民商事法律关系产生、变更或消灭的法律事实发生在外国。

以上是民商事法律关系的涉外因素在三个方面的表现。民商事法律关系中的涉外因素可以是单一的,也就是只在一个环节上具有涉外因素;也可以是多元的,也就是在几个环节上都具有涉外因素。对于构成涉外民商事法律关系而言,只要在任何一个环节上具有涉外因素就足够了。

有一点必须注意,相对于各国国内民法调整的民事法律关系而言,涉外民商事法律关系是广义上的民商事法律关系。纯粹的国内民事法律关系是指民法所调整的那部分民事法律关系,主要是平等主体之间的财产关系,也包括一部分人身关系。但涉外民商事法律关系是广泛意义上的民商事法律关系。之所以如此,一是因为各国在民商事立法模式上存在“民商分立”与“民商合一”的分歧。在采用“民商分立”模式的国家(如法、德、日、比利时、葡萄牙等),民法所调整的民事法律关系的范围比较狭窄;在采用“民商合一”模式的国家(如瑞士、泰国等),民商事法律调整的民商事法律关系的范围比较宽广。二是因为各国民商法的内容本身千差万别,难以达到整齐划一。作为调整国际民商事法律关系的国际私法,不应该受限于各国民商法的不同,它所调整的对象应当是广义的民商事法律关系,既包括涉外物权关系、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。

二、国际私法的调整方法

国际私法的调整对象是国际民商事法律关系,而国际私法如何调整国际民商事法律关系的问题就是国际私法的调整方法问题。国际私法不同于其他法律部门,不仅在于它调整的社会关系是国际民商事法律关系,而且在于它调整这种关系的方法有其独特之处。从国际和国内立法以及国际上形成的惯例来看,国际民商事法律关系的法律调整方法有两种,即间接调整方法和直接调整方法。

(一) 间接调整方法(冲突法调整方法)

所谓间接调整方法,就是国际私法的有关法律规范并不直接规定某种国际民商事法律关系的当事人之间的权利和义务,而是指出应当适用哪个国家的法律去确定当事人之间的权利和义务。这种间接调整方法是国际私法所特有的,是国际私法区别于其他部门法的标志。其他部门法的法律规范本身就是当事人作为或不作为的准则,直接确定了当事人的权利和义务,当事人法律行为的后果是明确的、可预见的。而国际私法中的冲突规范是间接法律规范,它本身不能确定当事人的权利和义务,而确定当事人的权利义务要靠直接法律规范。冲突规范的作用就是援引出这种确定当事人实体权利义务的直接法律规范,也就是指明某种涉外民事法律关系应适用何国法律。例如,《民法通则》第148条规定:“扶养适用与被扶养人有最密切联系的国家的法律。”这条冲突规范并没有涉及涉外扶养关系的当事人的权利义务问题,而只是通过法条所采用的连结点(即“与被扶养人有最密切联系的国家”)指明涉外扶养关系应按何国法律来处理。与被扶养人联系最密切的国家若是中国,那么该涉外扶养关系就适用中国法律的有关具体规定。若与被扶养人联系最密切的国家是某个外国,就应适用某个外国法的具体规定。又如《民法通则》第八章第149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,不动产适用不动产所在地法。这条间接法律规范只指明在涉外法定继承案件中,动产与不动产的法定继承依据何种法律来处理,但是并没有直接规定当事人之间的实体权利义务关系,因此,它对涉外法定继承关系只起到了间接的调整作用。

(二)直接调整方法(实体法调整方法)

所谓直接调整方法,是指国际私法的有关法律规范直接规定了某种国际民商事法律关系当事人之间的权利义务关系,即采用直接规范当事人权利义务的“实体规范”(substantive rules)来调整国际民商事法律关系。^①采用直接调整方法时,法院无须通过冲突规范的援引,而是直接适用有关实体法确定当事人的权利义务。例如,1980年《联合国国际货物销售合同公约》第52条规定:“(1)如果卖方在规定的日期前交付货物,买方可以收取货物,也可以拒绝收取货物。(2)如果卖方交付的货物数量大于合同规定的数量,买方可以收取也可以拒绝收取多交部分的货物。如买方收取多交部分货物的全部或一部分,他必须按合同价格付款。”这条规定即属实体规范,它对合同关系中的卖方和买方在卖方提前交货和多交货物时的权利义务做了明确规定,法院可以直接据此处理这方面的问题。按照这条规定调整合同买卖双方在卖方提前交货和多交货物方面的权利义务关系,就是一种直接调整方法。直接调整国际民商事法律关系的实体规范存在于国际条约、国际惯例、国内法之中。比如《联合国国际货物买卖合同公约》、《国际贸易术语解释通则》、《国际信用证统一惯例》、《中外合资经营企业法》、《中华人民共和国合同法》、《中国公民同外国人办理婚姻登记的几项规定》等都属于这类实体规范。国际条约和国际惯例中的直接调整国际民商事法律关系的实体规范称为“国际统一实

^① 丁伟主编:《国际私法学》,上海人民出版社2004年第1版,第5页。

体规范”或“国际统一实体私法规范”。国内法中的直接调整国际民商事法律关系的实体规范称为国内专用于调整国际民商事法律关系的实体规范。

从以上两种调整方法看,冲突规范本身的特点决定了它只能对法律冲突起到间接调整的作用,并不能从根本上消除和避免法律冲突。而统一实体法可以直接消除和避免法律冲突。虽然这种方法较之于冲突规范更进了一步,但统一实体法的出现与发展只是增加了一种解决民商事法律冲突的新方法,并不能取代冲突法在解决民商事法律冲突方面的地位和作用。

第二节 国际私法的范围

国际私法的范围是指国际私法作为一个法律部门,应当包括哪几类规范的问题。国际私法的范围问题,是国际私法理论界长期争论的基本理论问题之一。

一、关于国际私法范围的理论主张

关于国际私法的范围问题,学术界可谓仁者见仁,智者见智。目前主要存在三种观点:

(一)“小国际私法”

持这一种观点的学者认为国际私法主要是冲突法,它是在所涉国家民法发生冲突时解决法律适用问题的法律。因此,国际私法应包括冲突规范、规定管辖权的规范和规定外国法院判决与执行的规范。

(二)“中国际私法”

持这一种观点的学者则认为,国际私法除了应具备“小国际私法”的组成部分外,还应包括统一实体规范。

(三)“大国际私法”

持这种观点的学者认为,国际私法的规范应包括冲突规范、统一实体规范、国际民事诉讼程序规范、国际商事仲裁程序规范以及国内法中专门调整国际民商事法律关系的实体规范。

以上几种观点反映在不同的国际私法教材、专著及论文中。^①在我国法学界,持第三种观点的学者占主导地位。我国大陆学者韩德培教授提出的“一机两翼”论及台湾学者赖来焜教授提出的“人体构造论”很有代表性。^②韩德培认为国际私法就如同一架飞机一样,其内涵是飞机的机身,其外延是飞机的两翼。具体在国际私法上,其内涵包括冲突法,也包括统一实体法,甚至还包括国家直接适用于涉外民商事关系的法律。而两翼之一则是国籍及外国人法律地位的问题,这是处理涉外民事关系的前提;另一翼则是在发生纠纷时,解决纠纷的国际民事诉讼及仲裁程序,这包括管辖权、司法协助、外国判决和仲裁裁决的承认与执行。赖来焜的“人体结构论”认为,国际私法的组成部分如同人体构造,人体的头部是外国人地位论;两上肢之一是统一实体法论,另一上肢是冲突法论;两下肢之一是国际民事诉讼法论,另一下肢是国际商事仲裁法论。本书也持第三种观点。

二、国际私法的规范

国际私法的规范应包括以下五类:

(一)规定外国人民事法律地位的规范

这类规范是确定外国的自然人、法人甚至外国国家和国际组织在内国民事领域的权利和义务的规范。它既可以规定在国内法

^① 参见韩德培主编:《国际私法问题专论》,武汉大学出版社,2004年版,第34页。

^② 参见肖永平著:《国际私法原理》,法律出版社,2003年版,第26-27页。

中,例如,我国《宪法》、《国籍法》、《民法通则》、《公司法》、《商标法》、《中外合资经营企业法》等六十多部法律中均有这种规范;也可以规定在国际条约中,如我国与外国签订的许多《通商航海条约》、《贸易关系协定》都规定了相互给予对方自然人和法人的民事权利。从性质上讲,这类规范是直接规范和实体规范,例如《著作权法》第2条规定:“外国人的作品首先在中国境内发表的,依照本法享有著作权。外国人在中国境外发表的作品,根据其所属国同中国签订的协议或者共同参加的国际条约享有的著作权受本法保护。”

规定外国人的民事法律地位的规范之所以是国际私法的规范,是因为这种规范是国际私法产生的前提。在国际交往中,只有承认外国人在内国取得了民事主体资格,能够享有民事权利和承担民事义务,国际私法的其他规范才能得到适用,它的出现比国际私法中的其他任何规范都早,可追溯到罗马法中的“万民法”,所以,这类规范是国际私法中最古老的规范。

(二) 冲突规范

冲突规范是指明某种国际民商事法律关系应适用何国法律来调整的规范。冲突规范是一种很古老的国际私法规范,也是国际私法所特有的法律规范。

冲突规范与一般规范不同。它在解决涉外民事法律关系时不是具体规定当时人双方各自的权利义务,而是规定一种处理这种关系的原则,如规定某种法律关系应依照何种、何国、何地的法律处理,或指明应依照什么原则处理。如《民法通则》第148条规定:“扶养适用与被扶养人有最密切联系的国家的法律。”这项规定就是一条冲突规范,它不直接规定扶养关系中当事人的具体权利和义务,而指明涉外扶养关系应按何国法律来处理。冲突规范是一种间接规范。