



普通高等教育“十五”国家级规划教材

国际私法

赵相林 主编

中国政法大学出版社

普通高等教育“十五”国家级规划教材

国际私法

赵相林 主编

中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

国际私法/赵相林主编. —北京:中国政法大学出版社, 2005.6

ISBN 7-5620-2764-1

I.国... II.赵... 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(2005)第 063565 号

出版发行 中国政法大学出版社

经 销 全国各地新华书店

承 印 固安华明印刷厂

787×960 16 开本 35.5 印张 665 千字

2005 年 8 月第 1 版 2005 年 8 月第 1 次印刷

ISBN 7-5620-2764-1/D·2724

定价:28.00 元

社 址 北京市海淀区西土城路 25 号

邮 编 100088

电 话 (010)62229563(发行部) (010)62229278(总编室) (010)62229803(邮购部)

电子信箱 zf5620@263.net

网 址 <http://www.cuplpress.com>(网络实名:中国政法大学出版社)

声 明 1. 版权所有,侵权必究。

2. 如有缺页、倒装问题,由本社发行科负责退换。

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

国家十五规划统编教材

本书作为国家十五规划教材，用“总论”“法律适用”“程序”和“区际私法”四编的内容全面而准确地阐述了国际私法的基本概念、基本理论和基本法则。本书除可作高等院校法学专业本科生教材和研究生参考书目外，还可作为我国立法和司法部门的参考资料使用。

各章分工

主 编 赵相林

副主编 杜新丽 宣增益

撰稿人 (按撰写章节先后为序)

赵相林 第一、二、十章。

宣增益 第三、七章，第十八章第四节。

姜茹娇 第四、六、八章。

杜新丽 第五、十九、二十章，第十二章第六节。

赵一民 第九、十六章，第十二章第三、四、八节。

齐湘泉 第十一、十五章，第十二章第一、二、五、七节。

朱子勤 第十三、十四章。

刘 力 第十七、二十一、二十二、二十三章，第十二章第九节，第十八章第一、二、三节。

作者简介

赵相林 中国政法大学国际法学院教授，博士生导师，中国国际私法学会副会长。

杜新丽 法学博士，中国政法大学国际法学院教授，国际私法研究所所长。中国国际私法学会副会长。

宣增益 法学博士，中国政法大学国际法学院教授，国际法学院分党委书记。中国国际私法学会副会长。

赵一民 法学硕士，中国政法大学国际法学院副教授，国际私法研究所副所长。

姜茹娇 法学硕士，中国政法大学国际法学院副教授，博士研究生，国际私法研究所副所长。

齐湘泉 法学硕士，中国政法大学国际法学院副教授。

朱子勤 法学硕士，中国政法大学国际法学院副教授，博士研究生。

刘 力 法学博士，中国政法大学国际法学院副教授。

目 录

第一编 总 论

第一章 国际私法的概念	(1)
第一节 国际私法的调整对象	(1)
第二节 国际私法的范围与体系	(8)
第三节 国际私法的基本原则	(18)
第四节 国际私法学	(21)
第二章 国际私法的渊源	(27)
第一节 国内法渊源	(27)
第二节 国际法渊源	(30)
第三节 关于学说、一般法律原则作为国际私法渊源的问题	(34)
第三章 国际私法发展史	(36)
第一节 传统国际私法理论	(36)
第二节 现代国际私法理论	(43)
第三节 国际私法统一化问题	(53)
第四章 国际私法的主体	(59)
第一节 外国人民事法律地位	(59)
第二节 自然人	(69)
第三节 法人	(75)

第五章 冲突规范与准据法	(81)
第一节 法律冲突	(81)
第二节 冲突规范的结构、类型及其发展	(83)
第三节 系属公式	(90)
第四节 冲突规范中的连结点	(92)
第五节 准据法及其确定	(98)
第六节 识别	(105)
第六章 冲突规范适用中的几种制度	(112)
第一节 反致	(112)
第二节 公共秩序保留	(125)
第三节 法律规避	(134)
第四节 外国法内容的确定	(140)

第二编 法律适用

第七章 代理的法律适用	(149)
第一节 国际代理关系概述	(149)
第二节 国际代理的法律适用	(151)
第三节 海牙《国际代理法律适用公约》	(156)
第四节 中国代理制度概述	(161)
第八章 民事能力的法律适用	(164)
第一节 属人法的含义及其发展趋势	(164)
第二节 自然人权利能力的法律适用	(172)
第三节 自然人行为能力的法律适用	(178)
第四节 法人权利能力和行为能力的法律适用	(184)
第九章 物权的法律适用	(187)
第一节 物之所在地法原则	(188)
第二节 国有化问题	(199)

第三节	信托的法律适用	(203)
第四节	国际破产	(210)
第十章	知识产权国际保护的法律适用	(216)
第一节	知识产权概述	(216)
第二节	保护知识产权的冲突法原则	(219)
第三节	保护知识产权的国际公约与国际组织	(225)
第四节	我国对知识产权的国际保护	(235)
第十一章	合同的一般法律适用原则	(238)
第一节	涉外合同的法律冲突与准据法的选择方法	(238)
第二节	意思自治原则	(242)
第三节	最密切联系原则	(245)
第四节	客观标志说	(251)
第五节	适用国际条约与国际惯例的原则	(252)
第十二章	国际商事合同的法律适用	(254)
第一节	国际货物买卖合同的法律适用	(254)
第二节	国际货物运输合同的法律适用	(261)
第三节	国际货物运输保险合同的法律适用	(266)
第四节	国际贸易支付关系的法律适用	(268)
第五节	国际技术转让合同的法律适用	(277)
第六节	国际私人直接投资合同的法律适用	(279)
第七节	国际商业贷款合同的法律适用	(281)
第八节	国际劳务合同的法律适用	(283)
第九节	电子商务合同的法律适用	(287)
第十三章	涉外侵权行为之债的法律适用	(291)
第一节	侵权行为之债概述	(291)
第二节	一般侵权行为之债的法律适用	(297)
第三节	特殊侵权行为之债的法律适用	(310)
第十四章	无因管理和不当得利的法律适用	(330)
第一节	无因管理的法律适用	(330)

第二节 不当得利的法律适用	(335)
第十五章 婚姻家庭的法律适用	(341)
第一节 结婚的法律适用	(341)
第二节 离婚的法律适用	(350)
第三节 夫妻关系的法律适用	(354)
第四节 亲子关系的法律适用	(358)
第五节 收养、监护和扶养的法律适用	(363)
第十六章 继承的法律适用	(367)
第一节 遗嘱继承的法律适用	(367)
第二节 法定继承的法律适用	(371)
第三节 无人继承财产的归属	(373)
第四节 我国关于涉外继承法律适用的规定	(375)
第五节 与继承有关的海牙公约	(378)

第三编 程 序

第十七章 国际民事诉讼程序 (一)	(384)
第一节 国际民事诉讼程序的价值	(384)
第二节 外国人的民事诉讼地位	(389)
第三节 国际民事诉讼管辖权	(399)
第十八章 国际民事诉讼程序 (二)	(414)
第一节 国际民事司法协助概述	(414)
第二节 域外送达	(420)
第三节 域外取证	(425)
第四节 国家间判决的承认与执行	(429)
第十九章 国际商事仲裁 (一)	(445)
第一节 国际商事仲裁概述	(445)
第二节 国际商事仲裁机构	(452)

第三节	国际商事仲裁协议	(458)
第二十章	国际商事仲裁 (二)	(473)
第一节	国际商事仲裁程序	(473)
第二节	仲裁程序法的适用	(484)
第三节	国际商事仲裁的司法监督	(489)
第四节	国际商事仲裁裁决的承认与执行	(499)

第四编 区际私法

第二十一章	区际法律冲突	(514)
第一节	区际法律冲突与区际私法	(514)
第二节	区际法律冲突的解决模式	(516)
第三节	中国区际法律冲突	(520)
第二十二章	区际民事司法管辖权	(526)
第一节	一国“四域”民事诉讼管辖权立法现状	(526)
第二节	中国区际司法管辖权冲突的解决途径	(535)
第二十三章	区际民事司法协助	(537)
第一节	区际送达	(537)
第二节	区际取证	(543)
第三节	区际判决和仲裁裁决的承认与执行	(546)

第一编 总 论

第一章 国际私法的概念

第一节 国际私法的调整对象

法律依其调整对象不同而被分成不同的部门。人们把调整在国际交往中所产生的民商事关系的法律，称之为国际私法（Private International Law），以区别于其他部门法。因此，国际私法的调整对象可以简单地说是国际民商事关系，从一个国家的角度来说，也就是涉外民商事关系。涉外民商事关系也可以简称为涉外民事关系。

一、国际民事关系的产生与特征

国际民事关系，是指主体、客体和法律事实方面含有一个或一个以上涉外因素（Foreign Elements）的民事法律关系。

（一）国际民事关系的产生

国际民事关系的产生，必须具备以下两个条件：

1. 经济条件。国际经济关系的产生和发展，是国际民事关系产生的前提，也是国际私法赖以存在的基础。在原始社会，由于生产力的低下，没有剩余产品可供交换，当然不可能产生涉外民事关系。到了奴隶社会，出现了国家，由于各个国家的经济发展不平衡，不同国家的人需要进行产品交换。伴随着产品交换，就产生了最早的国际民事关系。到了封建社会，由于生产力的提高，国家之间商品交换也较之从前有了较大的发展。如我国的唐朝时期，外国人在中国居住、经

商已经十分普遍，当时的长安、广州等地居住着数十万外国人，他们在中国享有经商、购置不动产、婚姻、继承、诉讼等许多民事权利。同时，我国通过“丝绸之路”也与中东、欧洲国家有了广泛的贸易往来，因而出现了大量的国际民商事法律关系。国际民商事关系的出现，就要求有相应的法律来调整，在唐朝的《永徽律》中就出现了调整国际民事关系的专门法律规定。到了公元 13 世纪，欧洲地中海沿岸诸国，由于经济的发展和交通的便利，威尼斯、热那亚、佛罗伦萨等城邦国家之间的贸易十分发达。欧洲诸国之间以及与东方国家之间的贸易，产生了大量的国际民商事关系。为了适应国际民商事交往的发展，意大利的法学家巴托鲁斯（Bartolus）在批判了“严格的属地主义”基础上，提出了“法则区别说”（Statute Theory）的理论主张，用来调整涉外民事关系。这是最早系统提出国际民商事关系适用外国法主张的理论。

19 世纪以来，随着资本主义商品经济的发展，国际交往日益频繁，国际民事关系才得到了普遍的发展，现代国际私法制度也逐步形成。在我国，自明、清以来，长期实行闭关自守的封建社会，与国际社会交往较少，特别是自清末至二战结束，我国逐步沦为半封建半殖民地社会，真正的、建立在平等基础上的国际民事关系很少。我国国际民事关系的真正发展是在党的十一届三中全会以后，实行了对外开放政策，我国公民、法人同世界各国有了广泛的交往，在经济、贸易、投资、文化、教育、科学技术以及婚姻、继承等领域，出现了大量的国际民商事关系。特别是我国加入 WTO 以来，国际民商事关系呈现了普遍化和国际化的发展趋势，为我国国际私法的制定和发展奠定了基础。

2. 法律条件。国际民事关系产生和发展的另一个必备条件是法律条件。这就是一个国家既然允许外国人在其境内从事民事活动，就需要有法律来保护外国人的合法权益；承认外国人的民事法律地位。如果仅有经济的发展，而没有法律上的保证，国际民事关系也就根本不可能产生和发展。试想，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，当然就不可能出现国际民事法律关系了。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国际民事关系。如我国在实行对外开放以前，禁止外国人在中华人民共和国境内投资，所以，在我国境内就没有国际投资关系。对外开放以后，我国颁布了一系列的法律，允许、鼓励外国人在我国境内投资设厂，从此才有了国际投资关系。因此，法律是国际民事关系产生和发展的条件和保证。

（二）国际民事法律关系的特征

国际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，或称外国成分，具体

表现为:

(1) 法律关系的主体的一方或双方是外国的自然人、法人、无国籍人或者外国国家,或者一方是住所、惯常居所或营业所在国外的自然人、法人。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,造成海上侵权;新加坡某人持有我国某公司的股票;旅居日本的我国公民张某,在日本死亡并留有一批不动产和动产遗产,居住我国境内的其长子张甲,在日本法院申请继承该遗产。

(2) 法律关系的客体具有涉外因素,如标的物位于外国、标的物属于外国人所有或标的物需要在外国实施或完成。如,前例张甲要求继承位于日本的一批不动产遗产;中国某建筑公司承建了位于卡拉奇的巴基斯坦体育馆;我国某航空公司租用了一架美国客机。

(3) 法律关系的产生、变更或消灭的事实发生在外国。如,中国某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;旅美华侨李某和王某在美国旧金山依宗教仪式结婚;我国远洋货轮在地中海与巴拿马一艘货轮相碰撞等。

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,即在一个民事关系中有两个或两个以上的涉外因素。

值得特别指出的是,这里讲的涉外因素既包括外国,又包括一个国家之内的不同“法域”(Territorial Legal Unit)。例如,美国国际私法的涉外因素还包括国内州际之间的法律关系。英国的国际私法把英格兰、苏格兰与北爱尔兰之间的民商事关系当做与德国、法国一样看待。^[1]在我国实行“一国两制”的情况下,祖国大陆与台湾地区、香港特别行政区、澳门特别行政区之间,均属不同的法域,也可以参照涉外民商事关系的原则,适用有关国际私法的规范来调整。^[2]

2. 这种民事关系是广义上的民事法律关系。这种法律关系的性质是民事性的,是平等主体之间的财产关系和人身关系。之所以说它是广义上民事关系,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,仅有财产法、合同法、侵权法等;而大陆法国家虽有民法典,但所含内容也不同。瑞士、意大利采取民、商合一的原则,即民法中含有商法的内容;而德国、法国等采取民、商分立的原则,即民法中不包含商法的内容;东欧一些国家及我国,民法中不包含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

[1] [英]戴西和莫里斯:《冲突法》(Dicey and Morris, The Conflict of Law), 1980年第10版,第1页。

[2] 最高人民法院1989年10月9日发布的《关于适用〈涉外经济合同法〉若干问题的解答》第2条。

不包括的，而都是国际私法所包括的特殊内容。

3. 这种民事关系多数具有国际性。这种民事关系是在国际交往中产生的，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。每个国际民事关系都与两个或与两个以上的国家利益紧密相连，所以国际性是其特点之一。国家在处理这种民事关系时，都要服从国家总的对外政策，都要受国际关系的制约。国家在必要的时候对本国公民、法人在涉外民事活动中实行外交保护。

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国际民事关系，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涉外民事关系，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。这些主张都值得进一步商榷。我们主张，国际私法调整对象是国际民商事关系。调整这种国际民商事关系，可以用内国法，也可以用某外国法；可以用间接方式，也可以用直接方式调整。总之，解决国际民商事法律关系法律适用以及与法律适用密不可分的外国人民事法律地位、国际司法管辖权、外国法院判决的承认与执行的法律即为国际私法。

二、国际民事关系的法律冲突

法律冲突（Conflict of Laws）亦称“法律抵触”，是指在国际民事关系中，由于其涉外因素导致有关国家在法律效力上的抵触。一个国际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，就产生了应该适用哪个国家法律的问题。

关于国际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：

1. 在同一个国际民事关系中，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，是由经济基础决定的。由于各个国家的政治制度、经济基础、历史文化、宗教信仰和风俗习惯的不

〔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〕 刘振江主编：《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”，载《中南政法学院学报》1988年第1期。

同，各个国家的立法也不会完全一致，这是普遍、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个民事关系时，便可能发生法律适用冲突。

2. 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法律关系时，便出现不同国家法律的域内效力与域外效力的冲突。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所有人、物和行为都有效。这是国家主权的表现。如，我国《民法通则》第8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，不论该人在境内还是在境外都有效，都应适用。例如，《法国民法典》第3条规定：“有关个人身份及享有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外国人遵守内国法，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；而当时法国法律规定，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：即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。

3. 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，法律冲突也就不会产生了，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。

国际民事法律关系的冲突主要表现在上述不同国家之间的法律冲突。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。这些冲突在后边有关章节论述。

三、国际民事关系的调整方法

由于国际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。调整国际民事关系的方法有以下两种：

（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照什么法律来处理，而没有直接规定继承人的范围、继承顺序以及应继承的份额。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此一种调整方法。所以，有人把国际私法称之为冲突法或间接法。^{〔1〕}在今天，由于国家关系的发展，虽然出现了一些调整国际民商事关系的国际条约，但是，由于条约的局限性，冲突规范在调整涉外民商事关系中仍然起着重要的作用。只要世界上还有国家存在，只要各个国家的法律还没有完全一致，就还需要利用冲突规范来调整涉外民商事法律关系。

但是，利用冲突规范进行间接调整，也有明显的局限性。其表现在：①无法使当事人预见法律行为的后果。因为冲突规范仅规定了法律适用的原则，而没有规定当事人的权利与义务；当事人的权利与义务还必须依据冲突规范所指引的某一实体法来确定。②依冲突规范确定实体法的过程特别复杂，要受到反致、转致、法律规避、公共秩序保留、外国法内容确定等一系列法律制度的限制，从而

〔1〕〔日〕北胁敏一：《国际私法——国际关系》，法律出版社1989年版（中译本），第6页。