

国际私法分论

GUOJI SIFA FENLUN

邓杰 著



知识产权出版社

国际私法分论

邓杰 著

知识产权出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

国际私法分论/邓杰著. —北京: 知识产权出版社,
2005.3

ISBN 7 - 80198 - 146 - 4

I. 国 ... II. 邓 ... III. 国际私法—研究
IV. D997

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2005) 第 024244 号

本书的所有版权受到保护, 未经出版者书面许可, 任何人不得以任何方式和方法复制抄袭本书的任何部分, 违者皆须承担全部民事责任及刑事责任。

国际私法分论

邓 杰 著

责任编辑: 段红梅

责任校对: 董志英

封面设计: 王 鹏

责任出版: 杨宝林

知识产权出版社出版、发行

地址: 北京市海淀区马甸南村 1 号

通信地址: 北京市海淀区蓟门桥西土城路 6 号 邮编: 100088

http: //www.cnipr.com

(010) 82000893 (010) 82000860 转 8101

知识产权出版社电子制印中心印刷

新华书店经销

2005 年 4 月第 1 版 2005 年 4 月第 1 次印刷

850mm × 1168mm 1/32 印张: 20.5 字数: 530 千字

印数: 1 ~ 3 000 册

ISBN 7 - 80198 - 146 - 4/D·288

定价: 32.00 元

如有印装质量问题, 本社负责调换。

目 录

第一章 民事权利能力和行为能力的法律适用	(1)
第一节 自然人民事权利能力的法律适用	(1)
一、自然人民事权利能力的法律冲突	(1)
二、自然人民事权利能力的法律适用	(6)
三、涉外失踪或死亡宣告的管辖权与法律适用	(8)
第二节 自然人民事行为能力的法律适用	(11)
一、自然人民事行为能力的法律冲突	(11)
二、自然人民事行为能力的法律适用	(14)
三、禁治产宣告的管辖权与法律适用	(19)
第三节 法人民事权利能力和行为能力的法律适用	(20)
一、法人民事权利能力和行为能力的法律冲突	(20)
二、法人民事权利能力和行为能力的法律适用	(22)
第二章 法律行为、代理和时效的法律适用	(25)
第一节 法律行为的法律适用	(25)
一、法律行为的法律冲突	(25)
二、法律行为的法律适用	(27)
第二节 代理的法律适用	(39)
一、代理的法律冲突	(39)
二、代理的法律适用	(42)

三、1978年《代理法律适用公约》	(47)
四、我国关于涉外代理法律适用的规定及其完善	(51)
第三节 代理的法律适用	(52)
一、时效的法律冲突	(52)
二、时效的法律适用	(54)
三、我国关于时效法律适用的规定及其完善	(57)
第三章 物权的法律适用	(58)
第一节 物之所在地法原则	(58)
一、物之所在地法原则的产生和发展	(58)
二、物之所在地法原则的理论依据	(60)
三、物之所在地的确定	(62)
四、物之所在地法的适用范围	(64)
五、物之所在地法适用的例外	(66)
六、我国关于物权法律适用的规定及其完善	(68)
第二节 国有化中的物权问题	(72)
一、国有化的概念及特征	(72)
二、国有化法令的效力	(73)
三、国有化的补偿	(76)
四、我国的国有化问题	(78)
第四章 债权的法律适用	(80)
第一节 涉外合同的法律适用	(81)
一、关于涉外合同法律适用的理论	(81)
二、关于涉外合同法律适用的一般原则	(86)
三、涉外合同特殊方面的法律适用	(107)
四、我国关于涉外合同法律适用的规定及其完善	(110)
第二节 涉外侵权之债的法律适用	(119)
一、涉外侵权之债的法律冲突	(120)

二、涉外侵权之债的法律适用	(121)
三、我国关于涉外侵权之债法律适用的规定及其 完善	(134)
第三节 涉外不当得利之债和涉外无因管理之债的 法律适用	(140)
一、涉外不当得利之债的法律适用	(140)
二、涉外无因管理之债的法律适用	(143)
 第五章 婚姻家庭关系的法律适用	(145)
第一节 结婚的法律适用	(146)
一、结婚实质要件的法律冲突及法律适用	(147)
二、结婚形式要件的法律冲突及法律适用	(153)
三、我国关于涉外结婚法律适用的规定及其完善	(157)
第二节 离婚的法律适用	(162)
一、离婚案件管辖权的法律冲突及其解决	(163)
二、离婚实质要件的法律冲突及法律适用	(167)
三、离婚形式要件的法律冲突及法律适用	(172)
四、我国关于涉外离婚法律适用的规定及其完善	(173)
第三节 夫妻关系的法律适用	(178)
一、夫妻人身关系的法律适用	(178)
二、夫妻财产关系的法律适用	(182)
三、我国关于夫妻关系法律适用的规定及其完善	(195)
第四节 父母子女关系的法律适用	(195)
一、父母子女关系成立的法律适用	(196)
二、父母子女关系效力的法律适用	(208)
三、我国关于父母子女关系法律适用的规定及其 完善	(211)
第五节 收养的法律适用	(213)
一、收养的法律冲突	(213)

二、收养的法律适用	(215)
三、关于收养的国际条约	(221)
四、我国关于涉外收养法律适用的规定及其完善	(230)
第六节 监护的法律适用	(234)
一、监护的法律冲突	(234)
二、监护的法律适用	(235)
三、关于监护的国际条约	(239)
四、我国关于监护法律适用的规定及其完善	(255)
第七节 扶养的法律适用	(256)
一、两种不同的法律适用制度	(258)
二、涉外扶养的法律适用原则	(259)
三、关于扶养的国际条约	(261)
四、我国关于扶养法律适用的规定及其完善	(266)
 第六章 继承的法律适用	(269)
第一节 法定继承的法律适用	(271)
一、法定继承的法律冲突	(271)
二、法定继承的法律适用	(275)
第二节 遗嘱继承的法律适用	(284)
一、遗嘱继承的法律冲突	(284)
二、遗嘱继承的法律适用	(288)
第三节 无人继承财产的法律适用	(300)
一、无人继承财产的法律冲突	(300)
二、无人继承财产的法律适用	(303)
第四节 关于遗嘱和继承的国际条约	(304)
一、1961 年《遗嘱处分方式法律适用公约》	(304)
二、1973 年《遗产国际管理公约》	(306)
三、1988 年《死者遗产继承法律适用公约》	(309)
第五节 我国关于继承法律适用的规定及其完善	(313)

一、我国关于继承法律适用的规定	(313)
二、我国关于继承法律适用规定的完善	(316)
第七章 区际私法	(321)
第一节 区际民商事法律冲突概述	(322)
一、区际民商事法律冲突的概念及特征	(322)
二、区际民商事法律冲突的产生及其解决	(324)
第二节 区际私法概述	(330)
一、区际私法的概念及特征	(330)
二、区际私法的渊源	(331)
三、区际私法与国际私法的关系	(332)
第三节 我国的区际民商事法律冲突与区际私法	(335)
一、我国的区际民商事法律冲突	(335)
二、我国区际私法的现状及完善	(344)
第八章 国际民事诉讼法	(353)
第一节 国际民事诉讼法概述	(353)
一、国际民事诉讼法的概念	(353)
二、国际民事诉讼法的渊源	(354)
三、国际民事诉讼法的基本原则	(359)
第二节 外国人的民事诉讼地位	(361)
一、外国人民事诉讼地位的概念和意义	(361)
二、外国人民事诉讼地位的普遍原则	(362)
三、外国人的民事诉讼能力	(364)
四、诉讼费用担保制度	(366)
五、诉讼代理制度	(370)
第三节 国际民事管辖权	(375)
一、国际民事管辖权的概念和意义	(375)
二、确定国际民事管辖权的一般原则	(379)

三、关于国际民事管辖权的国内立法和实践·····	(387)
四、国际民事管辖权的冲突与协调·····	(392)
五、关于国际民事管辖权的国际条约·····	(401)
六、我国关于国际民事管辖权的规定·····	(404)
第四节 国际民事司法协助·····	(414)
一、国际民事司法协助概述·····	(414)
二、域外送达·····	(426)
三、域外调查取证·····	(433)
四、外国法院判决的承认与执行·····	(439)
 第九章 国际商事仲裁法·····	 (461)
第一节 国际商事仲裁法概述·····	(461)
一、选择性争议解决方式·····	(461)
二、国际商事仲裁的概念·····	(463)
三、国际商事仲裁的特点·····	(470)
四、国际商事仲裁的性质·····	(474)
五、互联网环境下的国际商事仲裁·····	(481)
第二节 国际商事仲裁协议·····	(484)
一、国际商事仲裁协议的概念和类型·····	(484)
二、国际商事仲裁协议的效力·····	(488)
三、国际商事仲裁协议的形式和内容·····	(490)
四、国际商事仲裁协议的有效性及其认定·····	(507)
五、仲裁协议独立性理论·····	(516)
六、仲裁庭管辖权自决原则·····	(523)
七、诉讼程序中止和强制执行仲裁协议·····	(537)
第三节 国际商事仲裁庭·····	(546)
一、国际商事仲裁员的资格和责任·····	(547)
二、国际商事仲裁庭的组建·····	(556)
第四节 国际商事仲裁程序·····	(560)

一、国际商事仲裁程序的开始	(560)
二、国际商事仲裁的审理方式	(567)
三、国际商事仲裁中的财产保全	(573)
四、国际商事仲裁中的合并仲裁	(582)
第五节 国际商事仲裁中的法律适用	(586)
一、国际商事仲裁协议的法律适用	(587)
二、国际商事仲裁程序的法律适用	(589)
三、国际商事仲裁实体问题的法律适用	(596)
第六节 国际商事仲裁裁决	(601)
一、国际商事仲裁裁决的概念和类型	(601)
二、国际商事仲裁裁决的作出	(604)
三、国际商事仲裁裁决的承认与执行	(612)
参考文献	(636)
后记	(641)



第一章 民事权利能力和行为能力的法律适用

第一节 自然人民事权利能力的法律适用

一、自然人民事权利能力的法律冲突

自然人的民事权利能力，是指自然人享有民商事权利和承担民商事义务的能力或资格，是自然人作为涉外民商事关系主体的前提条件。自然人的民事权利能力包括一般的民事权利能力和特别民事权利能力。前者是指自然人享有民商事权利和承担民商事义务的能力或资格，在现代各国的法律中都被认为是始于出生、终于死亡。这种权利能力是自然人最基本的民事权利能力，不因超越国界而被剥夺，并依当事人属人法中的规定享有和行使。后者是指外国人在一般民事权利能力之外，在内国所享有的民事权利能力或资格。这种权利与所在国的政治、经济、公共秩序等重大利益密切相关，外国人在何种条件下、何种范围内被允许享有这种权利能力，纯属一个国家主权范围内的事情，绝不可能依照该外国人的本国法来确定，各国也大都是以特别法规对外国人的这种权

利能力作出规定的。^①

对于自然人的民事权利能力，各国立法都是规定始于出生、终于死亡。但是，由于各国在其民商法上对于何为出生、何为死亡的理解和规定有所不同，因而使得这个领域的法律冲突仍不可避免。具体而言，发生在该领域的法律冲突主要表现在以下两个方面。

（一）有关民事权利能力开始的法律冲突

对于自然人取得或具有民事权利能力的时间，各国都规定始于出生。但是，对于何时为出生，各国却有不同的理解和规定，目前主要存在以下几种主张：（1）阵痛说，指婴儿在母亲分娩发生阵痛时即视为已出生而取得权利能力；（2）露头说，指婴儿自母体中露头时起即具有权利能力；（3）独立呼吸说，指婴儿在脱离母体后开始独立呼吸时起具有权利能力；（4）出生完成说，指婴儿在脱离母体完成出生过程之时起具有权利能力；（5）存活说，指婴儿须在完成出生过程之后并成功存活才能取得权利能力。法国即采用存活说。西班牙在采此主张的基础上还进一步规定，婴儿必须存活 24 小时以上才能取得权利能力。我国尚未在立法上对自然人出生的认定作出规定，实践中一般采用的是医学上公认的出生认定标准，即只要符合两项要件即视为出生：第一，须完全脱离母体而独立存在；第二，须在脱离母体之时保有生命。

正是由于各国对自然人的出生采用了不同的认定标准，因而导致各国在有关自然人民事权利能力开始的问题上产生了法律冲突，而这常常会使当事人对某些民商事权利的取得或享有受到影

^① 例如，有的国家不允许外国人享有土地、船舶、飞机、矿山等的所有权；各国大都限制外国人的就业范围和从事经济活动的范围。对于这种特别的权利能力，外国人只有依内国法才能享有，不发生适用外国法的问题。

响。例如，甲国采取的是阵痛说，乙国采取的是存活说，一个婴儿在出生的过程中窒息而亡，那么，要认定该婴儿对其作为甲国公民的父亲留在乙国的遗产是否享有继承权，就须先认定该婴儿是否具有民事权利能力，即是否已“出生”。显然，在此案中，根据甲国法，该婴儿在其母亲开始阵痛时即视为已出生，因而具有民事权利能力，进而享有对其父亲所留遗产的继承权。而根据乙国法，该婴儿在完成出生脱离母体时已经死亡亦即未能存活，因而不具有民事权利能力，进而不享有对其父亲遗产的继承权。

（二）有关民事权利能力终止的法律冲突

对于自然人民事权利能力丧失或结束的时间，各国都规定终于死亡。但是，对于何时为死亡，包括对生理死亡的认定和宣告死亡的规定，各国立法和实践都有较大分歧。

1. 生理死亡

生理死亡又称自然死亡或绝对死亡，是指自然人的生命最终结束的客观事实。自然死亡的情形有多种，如患病死亡、在自然灾害中死亡、在意外事故中死亡、遭杀害或被处决而死亡，等等。无论何种情形，只要自然人的生命终结，其民事权利能力就归于终止。

对于自然人的自然死亡，各国采用的认定标准不尽相同，主要有停止呼吸说、脉搏停止跳动说、心脏停止跳动说、脑电波消失说等。

自然死亡会导致诸如婚姻关系终止、遗产继承开始、债务清偿等一系列法律后果，在某些情况下就需对自然人本身并不明确的自然死亡时间作出推定。例如，相互有继承关系的若干人在同一事件中死亡，而其各自死亡的具体时间均不明确，现要对他们之间的遗产继承关系作出确定，就需首先对其死亡的先后时间作出推定。对此，许多国家虽都确立了所谓“推定存活”（presumption of life）制度，但由于其各自法律中的具体规定仍有不同，因而仍会导致法律冲突。例如，《法国民法典》第 720 ~ 722

条规定：互有继承权的数人，如在同一事故中死亡，何人在先死亡却无法查明，那么对在后死亡的推定应根据事实情况来确定；如无此种事实情况可以依据，则应根据年龄或性别来确定。如一同死亡的人不足 15 岁，则以年龄最长者为后死；如一同死亡的人均在 60 岁以上，则以年龄最幼者为后死；如一同死亡的数人，年龄均在 45 岁以上、60 岁以下且年龄相等或相差不超过 1 岁，则以男性为后死；如一同死亡的数人为同一性别，对其死亡在后的推定，则应依照继承的自然顺序，即推定年龄较幼者比年龄较长者后死。《德国民法典》第 20 条则规定，数人因共同危难而死亡者推定同时死亡。我国最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国继承法〉若干问题的意见》第一部分第 2 条规定，相互有继承关系的数人在同一事件中死亡而不能确定其死亡先后时间的，首先可推定无继承人者先死；在各自均有继承人者之间，可推定长辈先死；如辈分相同，则推定其为同时死亡，且彼此不发生继承关系，由其各自的继承人分别继承其遗产。

2. 宣告失踪和宣告死亡

宣告失踪 (declaration of absence)，是指法院依法认定离开自己的住所没有任何消息满法定期间的公民失踪的法律制度。宣告死亡 (declaration of death)，又称推定死亡，是指公民下落不明超过法律规定的时间，经利害关系人申请，由司法机关依法定程序和方式宣告该公民死亡的一种法律推定制度。宣告死亡所导致的法律后果与生理死亡所导致的法律后果是完全相同的。从各国的立法和实践来看，各国在宣告失踪和宣告死亡制度上的差异和分歧也多有存在，这主要表现在以下几个方面。

(1) 制度的设立上存在差异

有的国家同时设立了宣告失踪和宣告死亡制度，如中国；有的国家只设立了宣告失踪制度而没有设立宣告死亡制度，如法国和日本；还有的国家只设立了宣告死亡制度而没有设立宣告失踪制度，如德国。

(2) 宣告失踪或宣告死亡的期间长短不同

在法国，自然人离开其住所下落不明满4年即可宣告失踪，在日本则须满7年。在我国，根据《民法通则》第20条和第23条的规定，当事人下落不明满2年者可宣告失踪，满4年者可宣告死亡；因意外事故下落不明的，从事故发生之日起满2年者可宣告死亡。

(3) 失踪宣告或死亡宣告发生效力的日期不同

有的国家规定自宣告之日或宣告确定之日起发生法律效力；有的国家规定自法定的失踪期间届满之日起发生法律效力。在我国，根据《民事诉讼法》第168条的规定，人民法院受理宣告失踪、宣告死亡案件后，应当发出寻找下落不明人的公告，宣告失踪的公告期间为3个月，宣告死亡的公告期间为1年；因意外事故下落不明的，经有关机关证明该公民不可能生存的，宣告死亡的公告期间为3个月；公告期间届满，人民法院应当根据被宣告失踪、宣告死亡的事实是否得到确认，作出宣告失踪、宣告死亡的判决或驳回申请的判决。

(4) 宣告失踪或宣告死亡的实际法律后果不同

有的国家规定，在宣告失踪的情况下，法院应为失踪人的财产设立监护，只有在宣告死亡的情况下，才发生财产所有权的转移。有的国家则规定，在宣告失踪的情况下，失踪人的财产由其继承人假占有，一旦宣告死亡，才完全按遗产继承处理。在我国，根据《民法通则》第21条的规定，在宣告失踪的情况下，失踪人的财产由其配偶、父亲、成年子女或关系密切的其他亲属、朋友代管。代管有争议的，没有以上规定的人或以上规定的人无能力代管的，由人民法院指定的人代管。失踪人所欠税款、债务和应付的其他费用，由代管人从失踪人的财产中支付。至于宣告死亡的法律后果，与生理死亡的法律后果完全相同，与其有关的一切法律关系就都会被解除，其财产也会被按照继承关系给予处理。此外，我国《民法通则》第22条、第24条、第25条

还规定,被宣告失踪的人如果重新出现或确知其下落,经本人或利害关系人申请,人民法院应撤销对其所作的失踪宣告;被宣告死亡的人如果重新出现,经其本人或利害关系人申请,人民法院亦应撤销对其所作的死亡宣告;有民事行为能力人在被宣告死亡期间实施的民事法律行为有效,被撤销死亡宣告的人有权请求返还财产,依照继承法取得其财产的公民或组织,应返还原物,原物不存在的,应给予适当补偿。

在被宣告死亡的失踪人重新出现的情况下,应如何对待其婚姻效力问题,即如其配偶已再婚,是应维护其与其配偶间原来的婚姻关系,还是应维护其配偶再次缔结的婚姻关系。对此,各国的做法并不相同:在德国,失踪人必须承认其原来的婚姻关系已因其配偶的再婚而解除;西班牙、葡萄牙、意大利则倾向于承认和维护原来的婚姻关系;瑞士的做法是,如果失踪人的配偶于再婚前已请求法院判决解除其原来的婚姻,则该婚姻即可确定被解除,而如果未经法院明确解除,则失踪人重新出现时,失踪人与其配偶间原来的婚姻关系可以恢复。在我国,立法中未就被宣告死亡者重新出现时其原来的婚姻关系效力如何的问题作出规定。本书认为,如果失踪人被宣告死亡,则其婚姻关系应与生理死亡情况下一样,视为自行解除;如其配偶已再婚,则该再次缔结的婚姻关系应受到法律的保护,失踪人与其配偶间原来的婚姻关系不能得到恢复。

二、自然人民事权利能力的法律适用

要确定自然人是否享有以及在何种范围内享有民事权利能力等问题,必须首先解决有关自然人民事权利能力的法律冲突,为之确定可适用的准据法。各国的立法和实践对自然人民事权利能力准据法的确定主要采用了以下三种法律适用原则。

(一) 适用有关法律关系准据法所属国的法律

根据该原则,适用于特定涉外民商事关系的准据法,也是可

用来确定或支配该法律关系中各方当事人民事权利能力的准据法。例如，涉外物权关系的准据法为物之所在地法，则该物权关系中各方当事人的民事权利能力亦应依物之所在地法来确定。之所以采取这种做法，主要是考虑到在很多情况下，当事人的民事权利能力其实是附属于特定涉外民商事关系的一个问题，或者说对前者准据法的确定往往是在讨论确定后者应适用的准据法的时候随之提出来的，因此，为保证法律适用的一致性，应对当事人的民事权利能力适用其所附属的特定涉外民商事关系准据法所属国的法律。但是，这种做法往往忽视了当事人民事权利能力问题的相对特殊性和相对独立性。例如，涉外合同当事人的权利能力也是一个附属于涉外合同关系的问题，但适用于涉外合同关系的准据法——通常是当事人共同协商选择的法律，并不一定适合于作为确定涉外合同当事人权利能力的准据法。目前，极少有国家采此做法。

（二）适用法院地法

采取这种做法的理由是，对自然人民事权利能力的确定往往会影响到法院地国公序良俗，因而理应以法院地法为确定自然人民事权利能力的准据法。不过，目前采此做法的国家也很少。

（三）适用当事人的属人法

这是为大多数国家所采用的做法，也是用来确定自然人民事权利能力的公认的一项法律适用原则。各国对属人法的理解并不完全一致，因而在具体采用该原则时又存在以下不同做法：一是大陆法系国家所适用的属人法是当事人的国籍国法或称本国法；二是普通法系国家所适用的属人法是当事人的住所地法。还有一些国家的做法是，对在内地国的外国人以其住所地法为其属人法；对在外国的内国人，则以其本国法为其属人法。

本书认为，上述各国所采用的确定自然人民事权利能力准据法的法律适用原则，都有其一定的合理性，但不宜绝对化。既然人的民事权利能力同人本身的关系最为密切，那么，以属人法为