

21



二十一世纪法学丛书

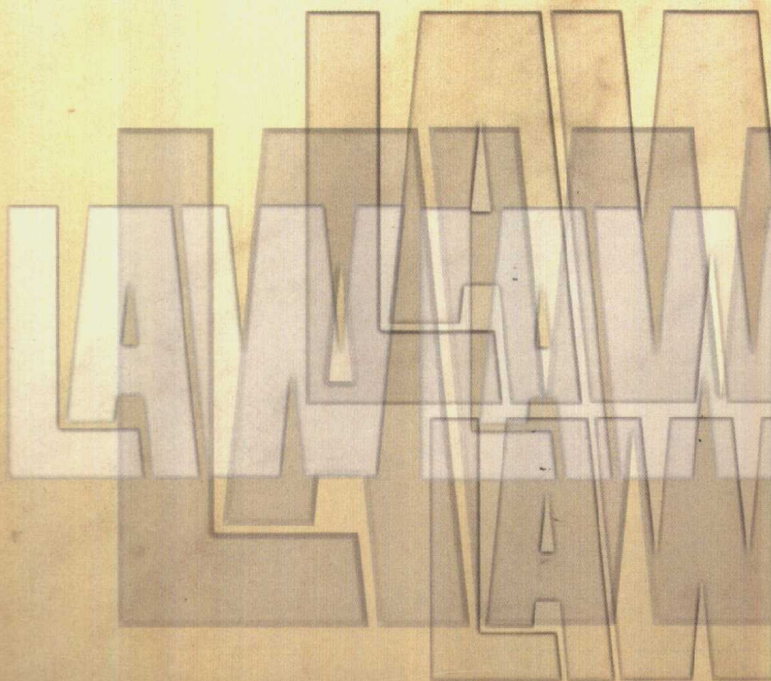


北京市高等教育精品教材立项项目

国际私法论

Private International Law

张潇剑 著



北京大学出版社

21 世纪法学丛书

国际私法论

Private International Law

张潇剑 著

北京大学出版社
北 京

图书在版编目 (CIP) 数据

国际私法论/张潇剑著. —北京: 北京大学出版社, 2004. 2
(21 世纪法学丛书)

ISBN 7-301-06817-4

I. 国… II. 张… III. 国际私法-法的理论 IV. D997

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2003) 第 112562 号

书 名: 国际私法论

著作责任者: 张潇剑 著

责任编辑: 冯益娜

标准书号: ISBN 7-301-06817-4/D·0816

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区中关村北京大学校内 100871

网 址: <http://cbs.pku.edu.cn>

电 话: 出版部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

电子信箱: zpup@pup.pku.edu.cn

排版者: 北京高新特打字服务社 51736661

印刷者: 北京中科印刷有限公司

经销者: 新华书店

850 毫米×1168 毫米 32 开本 21 印张 530 千字

2004 年 2 月第 1 版 2004 年 2 月第 1 次印刷

定 价: 30.00 元

作者简介

张潇剑,男,北京大学法学博士,北京大学法学院副教授,美国纽约大学法学院访问学者,上海仲裁委员会仲裁员,兼任中国法学会会员、中国国际私法学会常务理事、中国国际经济法学会理事、北京市法学会理事、北京市法学会国际法学研究会副会长、常务理事兼秘书长。1999年在建国五十周年之际,被北京市法学会授予“优秀中青年法学家”荣誉称号。目前从事国际私法、国际公法,国际经济法、国际商事仲裁、世界贸易组织法律制度等领域的教学与研究工作。已发表的成果主要有:《国际强行法论》(专著,北京大学出版社,1995年)、《中华人民共和国现行法律判例分析全书·涉外民法判例分析卷》(主编,国际文化出版公司,1995年)、《国际法上的人权》(合著,北京大学出版社,1996年)、《国际法(第二版)自学考试指导与题解》(主编,东北财经大学出版社,1999年)、《经济法实务》(合著,中国人民大学出版社,2000年)、《国际私法学》(专著,北京大学出版社,2000年)、《入世与国内市场和产业的合法保护》(合著,中国对外经济贸易出版社,2002年)、《商事仲裁法学》(合著,高等教育出版社,2003年)、《国际民商事及经贸争端解决途径专论》(专著,北京大学出版社,2003年);此外,在《中国法学》、《中外法学》、《清华法学》、《法学家》、《法治论丛》、《国际法学论丛》、《北大法学文存》等法学刊物和法学论文集上发表学术论文若干篇。

内 容 提 要

全书分为总论、分论、专论及程序论四个部分,分别从不同角度对国际私法进行系统介绍与研究。总论部分回顾了国际私法的发展史,分析了国际私法上的若干基本问题,对国际私法的基本理论、基本原则、基本规范以及基本制度做了详尽的探讨。分论部分从国内外的有关理论与实践入手,着重研究了国际私法的主体、涉外物权、涉外知识产权、涉外债权、涉外婚姻家庭、涉外继承权等领域的法律冲突与法律适用问题。鉴于我国现已成为一个多法域国家,专论部分特辟一章来集中阐述区际法律冲突问题,并强调了解决这一问题的现实性和迫切性。为使涉外民事法律关系当事人的实体权益能够得到充分、切实的保障,程序论部分对国际民事诉讼与国际商事仲裁程序做了深入细致的分析与讨论。本书对于国际私法、国际经济法等学科的本科生、研究生、教师、研究人员以及实务工作者均具有重要的学术参考和实用价值。

目 录

第一编 总 论

第一章 国际私法绪论	(1)
第一节 国际私法概述	(1)
第二节 国际私法的渊源	(30)
第三节 国际私法的性质	(41)
第四节 国际私法的基本原则	(53)
第二章 国际私法的历史沿革	(58)
第一节 萌芽阶段的国际私法 (13 世纪以前)	(58)
第二节 国际私法的理论沿革	(60)
第三节 国际私法的立法沿革	(107)
第四节 中国国际私法的历史沿革	(119)
第三章 冲突规范	(130)
第一节 冲突规范概述	(130)
第二节 冲突规范的结构和类型	(132)
第三节 系属公式	(140)
第四节 准据法	(148)
第四章 冲突规范的有关制度	(158)
第一节 识别	(158)
第二节 反致	(168)
第三节 公共秩序保留	(179)
第四节 法律规避	(200)
第五节 外国法内容的证明	(210)

第二编 分 论

第五章 国际私法的主体·····	(221)
第一节 自然人·····	(221)
第二节 法人·····	(255)
第三节 国家·····	(274)
第四节 国际组织·····	(282)
第五节 外国人的民事法律地位·····	(284)
第六章 涉外物权的法律适用·····	(296)
第一节 涉外物权的法律冲突和法律适用·····	(296)
第二节 物之所在地法原则·····	(300)
第三节 国家财产豁免原则·····	(306)
第四节 国有化与补偿的法律适用·····	(309)
第七章 涉外知识产权的法律适用·····	(317)
第一节 涉外知识产权概述·····	(317)
第二节 涉外知识产权的法律适用·····	(319)
第三节 保护知识产权的国际条约·····	(322)
第四节 世界知识产权组织·····	(331)
第五节 我国法律对涉外知识产权的保护·····	(334)
第八章 涉外债权的法律适用·····	(337)
第一节 涉外之债概述·····	(337)
第二节 涉外合同之债的法律适用·····	(339)
第三节 涉外侵权行为之债的法律适用·····	(350)
第四节 涉外不当得利之债和涉外无因 管理之债的法律适用·····	(360)
第九章 涉外婚姻家庭的法律适用·····	(365)
第一节 涉外结婚的法律适用·····	(365)
第二节 涉外离婚的法律适用·····	(374)

第三节 涉外夫妻关系的法律适用.....	(383)
第四节 涉外父母子女关系的法律适用.....	(387)
第五节 涉外扶养和监护的法律适用.....	(398)
第十章 涉外继承权的法律适用.....	(405)
第一节 涉外继承权概述.....	(405)
第二节 涉外法定继承的法律适用.....	(406)
第三节 涉外遗嘱继承的法律适用.....	(416)
第四节 涉外无人继承财产的法律适用.....	(425)

第三编 专 论

第十一章 区际法律冲突.....	(433)
第一节 区际法律冲突概述.....	(434)
第二节 区际私法概述.....	(442)
第三节 中国的区际法律冲突.....	(445)

第四编 程 序 论

第十二章 国际民事诉讼.....	(455)
第一节 国际民事诉讼法概述.....	(455)
第二节 外国人的民事诉讼地位.....	(462)
第三节 国际民事司法管辖权.....	(474)
第四节 国际司法协助.....	(491)
第十三章 国际商事仲裁.....	(521)
第一节 国际商事仲裁概述.....	(521)
第二节 国际上主要的常设国际商事仲裁机构.....	(535)
第三节 国际商事仲裁协议.....	(546)
第四节 国际商事仲裁程序.....	(557)
第五节 国际商事仲裁裁决的承认与执行.....	(565)

附录 我国关于国际私法的现行主要立法、司法解释

和规则·····	(573)
中华人民共和国民法通则(节录)·····	(573)
最高人民法院关于贯彻执行《中华人民共和国民法通则》	
若干问题的意见(试行)(节录)·····	(575)
中华人民共和国继承法(节录)·····	(578)
中华人民共和国海商法(节录)·····	(579)
中华人民共和国票据法(节录)·····	(581)
中华人民共和国民用航空法(节录)·····	(583)
中华人民共和国合同法(节录)·····	(585)
中华人民共和国民事诉讼法(节录)·····	(588)
最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》	
若干问题的意见(节录)·····	(599)
中华人民共和国仲裁法·····	(605)
中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则·····	(617)
中国国际经济贸易仲裁委员会金融争议仲裁规则·····	(637)
中国海事仲裁委员会仲裁规则·····	(643)
主要参考文献·····	(660)
后记·····	(665)

第一编 总 论

第一章 国际私法绪论

第一节 国际私法概述

一、国际私法的调整对象

任何一个法的部门都调整着某种特定的法律关系，这种法律关系就是该部门法的调整对象，它是划分法的部门的出发点和依据。

国际私法的调整对象是在国际交往过程中产生的民事法律关系，即各种性质的财产关系以及人身关系。从这个意义上讲，国际私法调整的民事法律关系的性质和各国民法调整的民事法律关系的性质基本上是相同的。但是，国际私法所调整的民事法律关系与各国民法所调整的民事法律关系相比，又有它自己的特征，这些特征是区分国际私法调整对象与各国民法调整对象的主要标志。

国际私法调整的民事法律关系主要有以下三个特征：

1. 国际私法所调整的民事法律关系是在国际交往过程中形成的。因此，这种民事法律关系的产生和发展，是与国家自身的政治经济状况、对外经济联系的情况及其对外政策紧密相连的。

国际交往是国际私法关系得以产生的前提条件，可以这样

讲，没有国际交往就没有国际私法关系。13 世纪至 15 世纪，国际私法上的一些规范和制度首先在意大利被确定下来，是与当时意大利的经济发展及其对外贸易的增加分不开的。进入 19 世纪，国际私法上的规范与制度得以迅速发展，也与当时资本主义经济在世界范围内快速增长、国际经济交往迅速扩大密切相关。

2. 国际私法调整的是具有涉外因素的民事法律关系 (civil legal relations with foreign elements)。所谓民事法律关系，是指由民法调整所形成的权利和义务关系。在西方国家，民法又通称为私法，民事法律关系也叫做私法关系，一般是指发生在自然人及/或法人之间的有关财产关系和人身关系，诸如人的能力、亲属关系、婚姻家庭关系、继承关系、物权、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涉外因素的那部分关系，凡是这些关系中含有涉外因素的，都首先由国际私法来调整。民法与国际私法的原则区别就在这里。

所谓民事法律关系的涉外因素，是指在这种关系的诸因素中，至少有一个因素与外国有联系，这可以从民事法律关系的主体、客体以及内容三个方面来考察。

(1) 主体涉外。指作为法律关系主体的当事人，是具有不同国籍的自然人、法人，在个别情况下，还包括以特殊民事法律关系主体面目出现的外国国家以及国际组织。具体来讲，主体涉外又有以下三种情况：

第一，主体的一方是外国人，另一方是内国人。这种情况最为常见。例如，中国机械进出口公司与日本一家公司签订一项购买采煤机械设备的合同；美国明尼苏达矿业制造公司为在上海设立独资企业，与上海绝缘材料厂签订厂房租赁合同；科威特进口商在广交会上，与中国食品进出口公司签订购买中国食品的合同；等等。

第二，主体各方是同一国籍的外国人。例如，两个坦桑尼亚

男女留学生在中国申请登记结婚；俄国一侨民在中国病故，留有遗产，其生活在俄国的继承人要求取得继承权；等等。

第三，主体各方是不同国籍的外国人。例如，索马里籍“南洋号”油轮装载原油 16,488 吨，于 1976 年 2 月 16 日在我国广东省海丰县东南海面与荷兰籍“士打高雅号”货轮相撞后沉没，致使我国东南沿海六个县的海面受到重大油污损害。这个碰撞案件中的主体双方都是外国人，并且是具有不同国家国籍的外国人。再如，一名瑞士人与一名法国人在中国合伙经营企业；在中国的一位日本留学生与一位美国留学生申请结婚；等等。

总之，在上述涉外民事法律关系的主体中，就自然人而言，必须是双方或一方具有外国国籍，或者是其常设住所在国外；就法人而言，或者该法人是在外国登记的（国籍论），或其主事务所设于国外（主事务所论），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主体，这与国家在国际公法上的主体地位是不同的，这种区别就在于：首先，在以国家名义出现的涉外民事法律关系中，国家是一个特殊的机构，国家组织与国家组织之间，或国家组织与其他国际私法主体之间的关系是民事法律关系；其次，国家作为国际私法的主体，它与国际私法的其他主体（主要是自然人和法人）的关系是平等的，不存在一方支配另一方的问题。

(2) 客体涉外。指作为法律关系的客体，是位于外国的物或需要在外国实施或完成的行为。例如，中国公民某甲继承其父遗留在新加坡的遗产；中国一家公司购得位于某外国的一块土地；浙江某建筑公司承建沙特阿拉伯一个体育馆基建工程的行为；中国远洋运输公司的船舶承运在外国港口装载货物的行为；等等。总而言之，不管法律关系的主体是本国人还是外国人，亦不论其法律行为发生于国内还是国外，只要该法律关系的客体位于国外，就构成了涉外民事法律关系。

(3) 内容涉外。指产生、变更或消灭民事权利义务关系的法律事实发生在外国,从而导致民事法律关系主体的权利和义务带有涉外因素。例如,婚姻或收养的成立、引起损害赔偿责任的侵权行为、合同的缔结或履行、设立遗嘱、出版著作、注册商标、获得专利等等这些法律事实是在外国发生的。

以上民事法律关系的主体涉外、客体涉外和内容涉外这三种基本情况,主要是就民事法律关系中只有一个因素与外国发生联系而言的。然而在现实生活中,某个民事法律关系可能不仅仅是一个因素与外国有联系,多数情况是两个甚至三个因素都与外国发生联系。例如,中国轻工业品进出口公司与英国派克公司在伦敦签订了一项购买派克公司轻工产品的合同。分析这一民事法律关系,它的主体(英国派克公司)、客体(派克公司生产的轻工产品)和法律事实(在伦敦订立购销合同)都具有涉外成分。就任何一个民事法律关系而言,只要它的主体、客体和权利义务据以产生的法律事实诸因素中有一个因素涉及到外国,就构成了一个涉外民事法律关系,首先需要国际私法来加以调整。否则,就属于国内民法所调整的国内民事法律关系了。

需要指出的是,国际私法上所讲的涉外因素,有时候也将一个国家中的不同法域(territorial legal unit)包括在内。例如,英国的法律冲突法(亦即国际私法)就在很大程度上,把苏格兰和北爱尔兰当作同法国和德国一样的外国来看待。^①

还有一点需要注意的是,具有涉外因素的法律关系是多方面的。例如,国家间关于边界、领土或大陆架划分的争执,这种法律关系是具有涉外因素的;再如,外国人在中国有犯罪行为,或者中国人在外国犯有触犯中国刑律的行为,这也是具有涉外因素

^① [英] 莫里斯著,李东来等译:《法律冲突法》,中国对外翻译出版公司1990年版,第1页。

的法律关系。但这两种情况并不属于国际私法所调整的对象，因为前者属于国际公法问题，后者则属于刑法问题。

3. 国际私法调整的是广义的涉外民事法律关系。所谓广义的涉外民事法律关系，主要是相对于各国民法调整的民事法律关系的范围而言的。一般来讲，大多数国家国内民法所调整的一定范围内的财产关系和人身关系的范围，要比涉外民事法律关系的范围窄一些。例如，有些国家采取“民商分立”的立法方式，将商法作为一个单独的法的部门，不包括在民法范围之内，因而把海商法关系、票据法关系、公司法关系等视为商法关系，划归商法调整；还有些国家立法上习惯于将婚姻家庭关系、劳动关系从民事法律关系中分立出来，由专门的法律部门加以调整；当然，也有些国家采取“民商合一”的立法方式，将商法、婚姻法、劳动法等包括在民法范围之内，这种情况下，其民商法所调整的法律关系的范围也就相对要宽一些。

根据国家主权原则，各国有权决定自己的立法方式，不同的国家允许有不同的民法存在，无需也不能强求统一。但作为调整超越一国界限的涉外民事法律关系的国际私法，其调整的范围却不能仅仅局限于各自独立的各国民法所调整的范围，否则，将无法使跨国法律纠纷得以妥善解决。

当前国际社会的客观现实，要求国际私法所调整的涉外民事法律关系要相当广泛，它既包括涉外物权关系、涉外知识产权关系、涉外债权债务关系、涉外婚姻家庭关系、涉外继承权关系，也应包括涉外商关系、涉外票据关系、涉外公司关系、涉外经济贸易与技术合作关系以及为解决因上述各种关系所引起的争议而应予适用的诉讼程序和仲裁程序方面的关系，等等。此外，要使一种民事法律关系得以有效成立，必须是外国的当事人（即该民事法律关系的主体）被内国的法律承认为具有权利能力和行为能力，因此，关于外国人的民事法律地位问题，也是国际私法所要

调整的对象之一。

由于篇幅所限，本书将不涉及上述国际私法调整对象中的涉外海商关系、涉外票据关系、涉外公司关系以及涉外经济贸易与技术合作关系等方面的内容。

二、国际私法的调整方法

国际私法调整涉外民事法律关系，是为了解决涉外民事法律关系中的法律冲突或法律适用问题。国际私法运用两种调整方法来达到这个目的：一是间接调整方法，二是直接调整方法。

所谓间接调整方法，是在有关的国内法或国际条约中只指出适用哪个国家的法律来确定某种涉外民事法律关系中当事人的权利与义务，而不直接规定当事人的权利与义务，只有将其与被援引的那个国家的实体法结合起来，才能最终确定当事人之间的权利和义务。例如，1987年1月1日起施行的《中华人民共和国民法通则》第144条规定：“不动产的所有权，适用不动产所在地法律。”这一条款本身既没有规定对不动产所有权的占有、使用和处分的权利，也没有规定变更、转移、消灭不动产所有权的条件以及对不动产所有权的保护方法，而只是规定了不动产所有权应由该不动产所在地那个国家或地区的法律来支配，这就是间接调整方法，这种规定某一涉外民事法律关系应当适用何种法律的规范被称之为“冲突规范”。

冲突规范是国际私法所特有的法律规范，间接调整方法也是国际私法所特有的调整方法。从国际私法的发展史来看，早期解决涉外民事法律关系的法律冲突所采用的就是这种方法。在某种意义上讲，间接调整方法现已成为国际私法区别于国内民法、国际经济法等部门法的一个重要标志。因为国际私法的调整方法基本上是间接调整，有的学者根据国际私法的这种特点，甚至主张

将国际私法称为“间接法”。^①

所谓直接调整方法是相对于间接调整方法而言的，指国际私法的有关法律规范直接规定某一涉外民事法律关系当事人之间的权利与义务的一种方法，因此，这种规范又称为“实体规范”。例如，1929年的《统一国际航空运输某些规则的公约》（简称《华沙公约》）第19条规定：“承运人对旅客、行李或货物在航空运输过程中因延误而造成的损失应负责任。”这就是一种直接调整方法。此方法是19世纪末、20世纪初产生的另一种解决法律冲突的途径，它主要是在国际贸易和与之相关的领域中得到广泛的应用，起着消除国际经济贸易关系中的法律障碍和避免法律冲突的作用。直接调整涉外民事法律关系的实体规范可以见之于国际条约、国际惯例，也可以见之于国内立法。

上述间接调整方法和直接调整方法对于一个具体的涉外民事法律关系而言，只能适用其中之一，而不能同时适用，所以这两者是相互排斥的关系；但是就国际私法的总体来讲，它们又是相辅相成、缺一不可的。有的学者把这两种方法形象地比喻为治与防的关系，是有其一定道理的。

三、国际私法的调整范围

国际私法的调整范围有两种含义，一是指它的对象范围，即国际私法所调整的社会关系的范围仅仅局限于涉外民事法律关系。在本节的第一个问题“国际私法的调整对象”中，我们介绍了国际私法调整的涉外民事法律关系所具有的三个特征，这三个特征既说明了国际私法调整的民事法律关系产生的历史背景和空间范围，也说明了国际私法所调整的民事法律关系的性质是具有

^① 转引自韩德培主编高等学校法学教材：《国际私法》（修订本），武汉大学出版社1991年版，第5页。

涉外因素的民事法律关系，而且是广义的民事法律关系。

但是我们不能由此得出结论，国际私法是调整涉外民事法律关系的惟一的法的部门，或者说，与涉外民事法律关系有关的一切法律问题都由国际私法来调整。因为在当前调整与涉外民事法律关系有关的法律部门中，除国际私法以外，还有其他一些部门法，如国际贸易法、国际投资法、海商法等等。那么，如何来区分国际私法的调整对象与诸如国际贸易法、国际投资法、海商法等部门法的调整对象呢？这就是国际私法范围的另一种含义，即在国际交往过程中产生的涉外民事法律关系里，有哪些问题应当由国际私法来调整？这是本题所要着重探讨的内容。

关于这个问题，理论界存在着不同的看法。一些学者认为，国际私法只是解决涉外民事法律关系中的法律冲突问题，因此，国际私法的内容也仅仅限于冲突规范。但是根据当前国际私法的有关理论和实践，笔者认为，涉外民事法律关系中或与涉外民事法律关系有关的下列三个方面的问题是应当由国际私法来调整的：

1. 外国人的民事法律地位问题，即外国人在居留国能够参加哪些民事活动、可以享有哪些民事权利、承担什么样的民事义务以及居留国对该外国人应给予何种民事待遇等等。外国人只有在居留国享有一定的民事权利、承担一定的民事义务，才能在居留国参加民事活动，也正因如此，才能产生国际私法所要调整的涉外民事法律关系。基于这一点，世界上很多国家的国际私法学者（包括我国的一些国际私法学者），都主张将外国人的民事法律地位问题作为国际私法所要调整的范围之一。

2. 法律适用问题（或称法律冲突问题、法律选择问题），即用什么法律来调整涉外民事法律关系中当事人的权利与义务问题。前已述及，国际私法调整的是具有涉外因素的民事法律关系。所谓涉外因素从法律角度来讲，是指某一个法律关系同时涉