

高等院校法学教材

国际私法

PRIVATE INTERNATIONAL LAW

冲突法与实体法

司法部法学教材编辑部审定

吕国民 戴霞 郑远民 编著



中信出版社
CITIC PUBLISHING HOUSE

1200304085
高等院校法学教材



1200304085

福州大学
图书馆馆藏

国际私法

PRIVATE INTERNATIONAL LAW

冲突法与实体法

司法部法学教材编辑部审定

吕国民 戴霞 郑远民 编著



D997

324

中信出版社
CITIC PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

国际私法 (冲突法与实体法) / 吕国民等编著. —北京: 中信出版社, 2002.9

ISBN 7-80073-445-5/D · 24

I. 国… II. 吕… III. ①国际私法②冲突法与实体法 IV. D997

中国版本图书馆CIP数据核字 (2002) 第067332号

国际私法 (冲突法与实体法)

GUOJI SIFA

编 著: 吕国民 戴 霞 郑远民

责任编辑: 许文成

责任监制: 朱 磊 王祖力

出版发行: 中信出版社 (北京市朝阳区新源南路6号京城大厦 邮编 100004)

经 销 者: 中信联合发行有限公司

承 印 者: 北京忠信诚胶印厂

开 本: 787mm × 1092mm 1/16 印 张: 26.5 字 数: 555千字

版 次: 2002年10月第1版 印 次: 2002年10月第1次印刷

书 号: ISBN 7-80073-445-5/D · 24

定 价: 45.00元

版权所有 · 侵权必究

凡购本社图书, 如有缺页、倒页、脱页, 由发行公司负责退换。服务热线: 010-64648783

作者简介

吕国民，法学博士，暨南大学法学院副教授，中国国际私法学会理事，主要著作有：《国际贸易中EDI的法律问题研究》（专著，法律出版社2001年版）、《国际私法学》（副主编，北京大学出版社1999年版）、《数据电文的证据问题及其解决方法》（《法律科学》2001年第6期）、“*International Civil Procedure in China*”（in *Asian Yearbook of International Law*, 1998）、“*New Developments in Chinese Private International Law*”（in *Yearbook of Private International Law*, 1999）等。撰写本书第二、三章及七至十五章。

戴霞，法学硕士、博士生，暨南大学法学院副教授，主要著作有：《健全和完善外贸代理制度的法律思考》（《现代法学》1999年第2期），《国际商法》（合著，暨南大学出版社1999年版）等。撰写本书第一、六章。

郑远民，法学博士，湖南大学法学院副教授，中国国际私法学会理事，主要著作有：《现代商人法研究》（专著，法律出版社2001年版）、《关于建立国际民商新秩序的法律思考》（《法学研究》1997年第3期）等。撰写本书第四、五章。

国际私法发展到今天，已成为一个涵盖国内法源和国际法源，包括冲突法、实体法和程序法三大规范群的庞大的法律部门。国际私法范围的不断扩大和内容的日益增多，无疑对国际私法的教学带来了一定的影响。

为适应21世纪国际私法教学之需要，我们几位从事国际私法教学和研究的同仁，分工合作编写了这套包括两卷本的国际私法教材，即《国际私法（冲突法与实体法）》和《国际私法（国际民事诉讼法与国际商事仲裁法）》。前一本书阐述的重点为冲突法方面的内容，对统一实体法制度只是略加介绍，其原因乃是为了避免与国际经济法过多的重复；国际民事诉讼法与国际商事仲裁法之所以独立出书，且其篇幅远远超出我国已有的国际私法教材，主要是考虑到有些院校除了开设国际私法这门必修课程外，还将国际民事诉讼法与国际商事仲裁法作为一门选修课来开设，而我国目前几乎没有适合本科教学用的这方面的教材。

康·弗鲁恩得（Kahn Freund）曾说过，比较研究的方法是“国际私法之母”。我们在撰写这套书时始终从比较法的角度对世界不同类型的各主要国家的国际私法的理论与立法和司法实践，尤其对我国的有关规定予以了十分详细的论述，而且尽量把最新、最先进的内容囊括进来。不过，有一点需提醒读者注意的是，本书在阐述我国涉外经济合同法律适用制度时，仍然对现已失效的1985年的《涉外经济合同法》及其司法解释着墨较多。主要原因是，终止《涉外经济合同法》的1999年《中华人民共和国合同法》第126条的规定十分的简略，而原来的《涉外经济合同法》及其司法解释的内容是公认为我国国际私法立法方面最为先进、最与国际接轨的一个领域。因此，尽管从形式上看，它们已经过时，但在实质上并没有落后。

为了方便读者，两本书后均列出了我国一些重要的立法和司法解释，以便查找。

这套两卷本的国际私法教材的顺利完成，要感谢李双元教授。李先生是我和郑远民的硕士、博士生导师，是他的悉心指导和支持，保证了本书的高质量。

此外，这套书的编写过程中，我们参考了国内外已公开发表和出版的许多论著，特向这些论著的作者们表示衷心的感谢。

吕国民

2002年7月于暨南大学

|目录|

第一章 绪 论	1
第一节 国际私法的概念	1
一、国际私法的名称	1
二、国际私法的定义	3
第二节 国际私法的调整对象和调整方法	4
一、国际私法的调整对象	4
二、国际私法的调整方法	6
第三节 法律冲突及其不同类型	9
一、法律冲突	9
二、几种不同性质的法律冲突	11
第四节 国际私法的范围和规范	13
一、国际私法的范围	13
二、国际私法的规范	14
第五节 国际私法的性质及其与几个邻近法律部门的关系	16
一、国际私法的性质	16
二、国际私法与邻近几个法律部门的关系	19
第六节 国际私法的渊源	23
一、国内立法	23
二、国内判例	24
三、国际条约	25
四、国际惯例	28
五、学说	28
第七节 国际私法的基本原则	29
一、主权原则	30
二、平等互利原则	31
三、国际协调与合作原则	31
第八节 国际私法的体系	32
一、国际私法的立法体系	32
二、国际私法的理论体系	34
第二章 国际私法的历史	37

第一节	萌芽阶段的国际私法	37
一、	罗马法时代	37
二、	种族法时代	37
三、	属地法时代	38
第二节	法则区别说时代	38
一、	意大利的法则区别说	39
二、	法国的法则区别说	41
三、	荷兰的国际礼让说	42
四、	新法兰西学派与法国民法典	43
第三节	近代国际私法	44
一、	斯托雷（Joseph Story, 1779—1845）	44
二、	萨维尼（Savigny, 1779—1861）	45
三、	孟西尼（Mancini, 1817—1888）	47
四、	戴西（Dicey, 1835—1922）	48
第四节	当代国际私法	49
一、	英美国家	49
二、	欧洲大陆国家	52
第五节	当代国际私法的新发展	54
一、	当代国际私法立法模式上的新发展	54
二、	电子商务对国际私法的挑战	58
第六节	统一国际私法立法	64
一、	国际私法统一化的概念	64
二、	从事国际私法统一化工作的国际组织	64
第七节	我国国际私法的历史	67
一、	我国国际私法立法史	67
二、	我国国际私法学说史	70
第三章	国际私法关系的主体	75
第一节	外国人民事法律地位的几种制度	75
一、	国民待遇	75
二、	最惠国待遇	76
三、	互惠待遇	78
四、	歧视待遇和非歧视待遇	78
五、	普遍优惠待遇	79
第二节	自然人	80

一、自然人的国籍	80
二、自然人的住所	82
第三节 法人	85
一、法人的国籍	85
二、法人的住所	87
三、外国法人的认可	87
第四节 国家和国际组织	89
一、国家作为国际私法关系主体的特殊性	89
二、国际组织作为国际私法关系主体的特殊性	90
第四章 冲突规范与法律选择	91
第一节 冲突规范的概念、结构与类型	91
一、冲突规范的概念和特征	91
二、冲突规范的结构和类型	94
三、正确认识冲突规范的作用	101
四、传统冲突规范的缺陷及批判	103
五、冲突规范的发展趋势	107
第二节 系属公式（或准据法的表述公式）和连结点	113
一、准据法的表述公式	113
二、冲突法中复合准据法的适用问题	115
三、连结点	123
第三节 识别	128
一、识别的概念	128
二、识别的提出	131
三、识别的依据	133
四、识别的进程	137
五、二级识别问题	139
第四节 时际冲突问题	141
一、国际私法中时际冲突问题的提出	141
二、时际冲突的解决	142
第五节 实质问题和程序问题	145
一、实质问题和程序问题的划分	145
二、时效问题	146
三、证据问题	147
四、推定问题	147

五、赔偿问题	148
第六节 先决问题	149
一、先决问题的概念	149
二、先决问题的构成要件	149
三、先决问题准据法的确定	149
第七节 法律选择的基本方法	153
一、依法律本身的性质进行选择	154
二、依法律关系的性质进行选择	155
三、依最密切联系原则进行选择	156
四、依“利益分析”进行选择	159
五、依案件应取得的结果进行选择	161
六、依有利于判决在外国得到承认与执行和有利于求得判决的一 致进行选择	164
七、依当事人的自主意思进行选择	165
八、依比较损害方法进行选择	165
九、依肯塔基方法进行选择	166
十、依功能分析方法进行选择	166
第五章 外国法的适用与排除	167
第一节 反致	167
一、反致、转致、间接反致和双重反致的概念	167
二、反致产生的原因	169
三、关于反致理论上的分歧	170
四、反致制度综述	171
五、我国有关反致的规定	172
第二节 公共秩序	172
一、公共秩序的概念与作用	172
二、有关公共秩序的理论	173
三、有关公共秩序的立法方式	175
四、排除适用外国法后的法律适用	176
五、运用公共秩序制度时应注意的问题	176
六、我国有关公共秩序的立法	179
七、对公共秩序保留制度的反思与展望	180
第三节 法律规避	186
一、法律规避的概念和构成要件	186

二、法律规避的性质	187
三、法律规避的效力问题	187
四、我国有关法律规避的规定	189
第四节 外国法的查明	189
一、外国法的查明	189
二、外国法错误适用的救济	191
第六章 民事能力	193
第一节 自然人权利能力的法律冲突与适用	193
一、自然人权利能力的法律冲突	193
二、自然人权利能力的法律适用	195
三、涉外失踪和死亡宣告的管辖权与法律适用	195
第二节 自然人行为能力的法律冲突与适用	197
一、自然人行为能力的法律冲突	197
二、自然人行为能力的法律适用	198
三、禁治产宣告的管辖权与法律适用	200
第三节 法人权利能力和行为能力的法律冲突与适用	201
一、法人权利能力和行为能力的法律冲突	201
二、法人权利能力和行为能力的法律适用	202
第七章 法律行为和代理	203
第一节 法律行为	203
一、法律行为的法律冲突	203
二、法律行为的法律适用	203
第二节 代理	205
一、代理的法律冲突	205
二、被代理人与代理人关系的准据法	206
三、被代理人与第三人关系的准据法	207
四、代理人与第三人关系的准据法	209
五、《代理法律适用公约》	209
六、我国有关代理法律适用的规定	211
第八章 物权	213
第一节 “物之所在地法”原则	213
一、“物之所在地法”原则的产生和发展	213
二、物之所在地的确定	214
三、物之所在地法的适用范围	215

四、物之所在地法适用的例外	217
第二节 国有化中的国际私法问题	218
第三节 信托	219
一、信托概述	219
二、信托的法律冲突及法律适用	220
三、《关于信托的法律适用及其承认的公约》	224
第四节 国际破产	225
一、国际破产概述	225
二、国际破产管辖权	227
三、国际破产的法律适用	229
第九章 知识产权	231
第一节 知识产权的法律冲突及法律适用	231
一、知识产权的法律冲突	231
二、知识产权的法律适用	231
第二节 保护知识产权的国际条约	234
一、主要工业产权公约	234
二、主要著作权公约	237
第三节 保护知识产权的国际组织	242
一、世界知识产权组织（WIPO）	243
二、世界贸易组织（WTO）	244
第四节 我国有关知识产权国际保护的立法	246
一、国际法源	246
二、国内法源	246
第十章 合同（总论）	249
第一节 概述	249
第二节 当事人意思自治原则	251
一、当事人意思自治原则的起源和实践	251
二、当事人协议选择法律的方式	252
三、当事人协议选择法律的时间和范围	257
四、意思自治的限制问题	258
第三节 “最密切联系”原则	260
一、最密切联系原则的产生与发展	260
二、特征履行说	266
三、利益分析说	268

四、合同要素分析法	269
五、合同自体法	274
第四节 缔约能力	275
一、选择采用当事人属人法	275
二、选择采用属人法与合同缔结地法	276
三、选择采用合同准据法（即支配合同成立和效力的法律）	276
第五节 合同的形式	277
一、适用缔约地法	277
二、适用合同缔结地法或合同准据法	278
三、适用合同准据法	279
第六节 合同的成立、效力及其他	280
一、合同的成立	280
二、合同的效力	281
三、合同的解释	282
四、合同的消灭	283
第七节 我国涉外合同法律适用的立法和实践	284
一、意思自治原则的适用	285
二、最密切联系原则的适用	286
三、国际条约和国际惯例的适用	287
第十一章 合同（分论）	289
第一节 国际货物买卖合同	289
一、国际货物买卖合同的概念	289
二、国际货物买卖合同的成立及其主要内容	289
三、1980年《联合国国际货物销售合同公约》	290
四、1974年《联合国国际货物买卖时效期限公约》	294
五、1986年《国际货物销售合同法律适用公约》	295
六、国际贸易惯例	296
七、交货共同条件	298
八、1994年《国际商事合同通则》	299
第二节 国际货物运输合同	300
一、概述	300
二、国际海上货物运输	301
三、国际铁路货物运输	304
四、国际航空货物运输	305

五、国际货物多式联运	308
第三节 国际货物运输保险合同	310
一、国际货物运输保险合同的形式和订立	310
二、国际货物运输保险的险别	310
三、保险人和被保险人的主要权利和义务	313
四、索赔、争议的解决及法律适用	313
第四节 国际贸易支付合同	314
一、概述	314
二、国际贸易支付方式	315
三、国际贸易支付中的法律适用	317
四、我国关于涉外票据法律适用的规定	320
第五节 国际技术转让合同	320
一、概述	320
二、国际许可证合同	322
三、限制性商业条款	323
四、国际技术转让中的法律适用	324
第六节 国际私人投资合同	325
第七节 国际贷款协议	326
一、概述	326
二、国际贷款协议的法律适用	326
第八节 国际劳务合作合同	327
一、概述	327
二、国际工程承包合同	327
三、国际劳务合同	328
第十二章 法定之债	331
第一节 侵权行为	331
一、侵权行为之债的法律冲突	331
二、侵权行为之债的法律适用	331
三、侵权行为准据法理论新发展	333
四、我国关于涉外侵权行为法律适用的一般规定	335
第二节 几种特殊侵权行为的法律适用	336
一、海上侵权行为	336
二、国际油污损害	338
三、空中侵权行为	341

四、涉外公路交通事故	344
五、涉外产品责任	345
第三节 不当得利和无因管理	346
一、不当得利	346
二、无因管理	348
第十三章 婚姻家庭	351
第一节 结婚	351
一、结婚实质要件的法律适用	351
二、结婚形式要件的法律适用	353
三、几种特别形式的结婚	354
四、我国有关涉外结婚的法律规定	355
第二节 离婚	356
一、离婚的管辖权	356
二、离婚的法律适用	357
三、我国有关涉外离婚的法律规定	359
第三节 夫妻关系	360
一、夫妻人身关系	360
二、夫妻财产关系	362
第四节 亲子关系	364
一、婚生子	364
二、非婚生子女的准正 (Legitimation)	365
三、父母子女关系的准据法	367
第五节 收养	368
一、涉外收养的法律适用	368
二、关于收养的国际公约	370
第六节 监护与扶养	372
一、监护	372
二、扶养	373
第十四章 继承	377
第一节 法定继承	377
一、法定继承的准据法	377
二、法定继承准据法的适用范围	380
第二节 遗嘱继承	381
一、遗嘱继承的法律冲突	381

二、遗嘱继承的准据法	383
第三节 关于遗嘱和继承的海牙公约	386
一、《遗嘱处分方式法律冲突公约》	386
二、《遗产国际管理公约》	386
三、《死者遗产继承的准据法公约》	387
第十五章 区际法律冲突	391
第一节 区际冲突法的概念	391
一、区际法律冲突的概念	391
二、区际私法的概念	392
三、区际法律冲突的解决途径	393
第二节 中国区际法律冲突概述	395
一、中国区际法律冲突的形成	395
二、中国区际法律冲突的特点	396
第三节 中国区际法律冲突的解决	398
一、区际私法立法的基本原则	398
二、解决区际法律冲突的步骤	399
附 录	401
中国相关法律法规	401
参考书目	407

第一章 绪论

国家和法律是人类社会历史发展到一定阶段的现象，在人类历史有阶级的时候就产生了法律，至今已有几千年的历史。而国际私法的出现是近六、七百年来的事情，它是随着国际民事交往的产生而发展起来的。目前，尽管人们对其内容有不同的理解，但无可否认，它有其自己特定的基本内容，已被公认为是一门独立的法律学科和一个独立的法律部门。本章将通过国际私法的名称、定义、调整对象、调整方法以及国际私法的范围、性质、渊源、基本原则和体系等学习，以对国际私法的基本内容有一个概括性了解。

第一节 国际私法的概念

一、国际私法的名称

国际私法（Private International Law）这一称谓，目前在世界虽已被普遍接受，但不能说在理论和立法上就没有争议了。其实，在国际私法的发展历史中，由于学者们对国际私法的性质、作用的理解不同，加上不同国家、地区语言的差别，国际私法也有不同的称谓。故有的学者认为国际私法是从名称起就是有争论的一个法律学科。在历史上，国际私法的主要名称有：

（一）法则区别说（Traite de Statuts, Theory of Statutes）

该名称始于（公元）13、14世纪的意大利，国际私法的创始人巴托鲁斯（Bartolus）从区别“法则（statuta）”本身的性质着手来决定它们是否可以在域外适用，故当时的国际私法就被称为“法则区别说”。由于国际私法在很长历史时期内都是以学说形态存在和发展的，因此又称为“学说法”。这一名称延续使用到18世纪，流行了四百余年。因为法则区别说所要解决的仅是当时意大利半岛上各城邦法则之间法律适用问题，并非19世纪以来频繁发生的内外国私法的冲突问题，所以在19世纪以后这一名称再无学者使用了。

（二）冲突法（Conflict of Laws，或译为法律冲突法，抵触法）

1653年，荷兰法学家罗登堡（Christian Rodenburg，1618～1668）在其所著的《关于婚姻的法则或因习惯冲突而产生的法律问题》一书中，首次使用了冲突法这一名称。后来，另一位荷兰著名的国际私法学者胡伯（Huber）也于1684年使用过这一名称。有趣的是，欧洲大陆学者自19世纪后半叶以后，很少单独使用冲突法这一名称，而它却传入英国、美国由斯托里（Story）作为国际私法的通用名称来使用，目前广泛流行于英美普通法系国家。但有的学者认为，国际私法所要解决的是内外国法律适用，以求避免法律冲突，因此与其把国际私法称为“法律冲突论”，不如称为“法律选择论”更为恰当。

（三）法律的场所效力论

德国著名法学家萨维尼（Savigny）于1849年发表了《现代罗马法体系》（第8卷）一书，使国际私法的理论为之一新。^①萨维尼从内外外国法律平等原则出发，认为国际私法这个法律部门是规定法律的场所效力的，所以在该书中把国际私法学称为“法律的场所效力论”。由于此一名称不足以包括国际私法的全部内容，并且对于属人法的适用未免有所忽略，最易引起误解，所以欧洲大陆国家的学者极少使用该名称，即使在德国，近数十年来也不甚流行了。^②与此类似，上世纪也曾有学者把国际私法学称为“法律的域外效力论”（Extraterritorial Effect of Law）的。

（四）外国法适用论（Application of Foreign Laws）

德国国际私法学者奥斯塔特（Oerstadt）于1822年著有论述国际私法的专著，其书名就为“外国法适用论”。他的立意在于认为国际私法无非规定对于涉外民事关系在何种情况下可以适用外国法。当然这一名称也遭非议。学者认为国际私法是规定内外外国法律的适用问题，而不是仅仅规定外国法在什么情况下得以适用的。^③

（五）涉外私法（Foreign Private Law）

日本有的学者认为，国际私法既然是规定内外外国交往的私法关系，就应该称之为涉外私法。瑞士学者曼利（Meili）附和该说，把他所写的国际私法著作取名为“涉外私法或对外私法”。我国国际私法前辈学者陈顾远也认为把国际私法这一法律部门称为涉外私法是较为适宜的。^④

（六）私国际法（Private International Law）

“Private International Law”这个英文名称，第一次是出现在美国大法官斯托雷（Story）于1834年发表的《冲突法评论》一书中，其直译应为“私国际法”。但斯托雷本人并未用它来给其著作命名。首先用“私国际法”这个名称的是法国国际私法学者弗利克斯（Foelix），他正式使用“Droit International Prive”来称谓这一法律部门。因为他是一个把国际私法认为是国际法的学者，他在1840年发表的一篇论文，其题目就是《论内外外国法律的冲突，又称国际法》。现在这个名称在法国和其他一些拉丁语系的国家较流行，英美有些学者也采用它。但在中、日文著作中，已将上述称谓译为“国际私法”。

（七）国际私法（Internationales Privatrecht）

真正称“国际私法”的是德国的学者谢夫纳（Schaeffner），1841年他发表了《国际私法发展史》一书，在该著作中他把这一法律部门称为“Internationales Privatrecht”，如直译成英文，便成了“International Private Law”。现在德国学者都沿用这一名称。但他却认为，国际私法全然是国内法。这一名称也未被现代国际社会所接受。

① 《现代罗马法体系（第8卷）》，李双元等译，法律出版社1999年版。

② 梅仲协：《国际私法新论》（台湾，1980年版），第20页。

③ 唐纪翔：《国际私法总论》1934年版，第12页。

④ 陈顾远：《国际私法总论》（上册）1935年版，第103—104页。