

全国高等学校卓越法律人才教育培养计划系列教材

国际私法

原理 · 图解 · 案例 · 司考



屈广清 主编

中国民主法制出版社

全国高等学校卓越法律人才教育培养计划系列

国际私法

原理·图解·案例·司考

主 编：屈广清

撰稿人：（按撰写章节顺序）

屈广清 王葆蒨

许光耀 刘 萍

鲁世平

中国民主法制出版社

图书在版编目(CIP)数据

国际私法:原理·图解·案例·司考/屈广清主编.—北京:中国民主法制出版社,2014.7
(全国高等学校卓越法律人才培养计划系列教材)

ISBN 978-7-5162-0523-5

I. ①国… II. ①屈… III. ①国际私法-教材 IV. ①D997

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 093841 号

责任编辑 / 李燕芬 胡玉莹

装帧设计 / 乔智炜

书 名 / 国际私法:原理·图解·案例·司考

作 者 / 屈广清 主编

出版·发行 / 中国民主法制出版社(地址:北京市丰台区玉林里7号,邮编:100069)

销售电话 / 010-63055259(总编室) 010-63057714(发行部)

传 真 / 010-63056975 010-63056983

电子邮箱 / mzfzsdty@163.com

网 址 / <http://www.npcpub.com>

网 址 / 新华书店

开 本 / 16 开 710 毫米×960 毫米

印 张 / 25

字 数 / 476 千字

版 本 / 2014 年 7 月第 1 版 2014 年 7 月第 1 次印刷

印 刷 / 北京飞达印刷有限责任公司

书 号 / ISBN 978-7-5162-0523-5

定 价 / 48.00 元

出版声明 / 版权所有,侵权必究。

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

编写说明

法学教育是高等学校教育的重要组成部分,是建设社会主义法治国家、构建社会主义和谐社会、实现“中国梦”的基础和保障。在当今社会,法学教育不仅要为建设高素质的法律职业共同体服务,而且要面向全社会培养大批治理国家、管理社会、发展经济的高层次复合型法律人才。正如美国大法官霍姆斯所说的“法律的生命在于经验”和中国古人所云“纸上得来终觉浅,绝知此事要躬行”,要想成为一名卓越的法律人,离不开法律运行经验的持续积累和理论与技能知识间的有效转换。近年来,我国高等法学教育快速发展,体系不断完善,培养了一大批优秀法律人才,为我国经济社会发展特别是社会主义民主法制建设做出了重要贡献。与此同时,也还存在一些亟待解决的问题,如社会主义法治理念教育还不够深入,急功近利的思想比较普遍,人才培养模式相对单一,学生人文素养不足,法学思维和法律思维能力不强,与法律实际工作的结合流于表面,应用型、复合型法律职业人才培养不足,人才培养质量亟待提高。

“全国高等学校卓越法律人才培养计划系列教材”是为贯彻教育部关于《卓越法律人才培养计划的若干意见》的指导思想和总体目标,针对我国法学教育存在的突出问题而组织编写的,得到张文显、徐显明、吴志攀、王利明、吴汉东、龙宗智、胡建森、曾令良、黄进、付子堂、何勤华、贾宇、夏锦文、岳彩申、屈广清、韩大元、赵秉志、季卫东、卞建林、沈四宝、李昌麒、范忠信、王全兴、傅挺中、王灿发、王贵国、赵旭东、龙翼飞、张新宝、焦津洪、李曙光、柳经纬、姚建宗、龙卫球、单文华、张泽涛、朱羿锟、陈忠林、栗克元、孔庆江、刘保玉、肖建华、蒋新苗、胡平仁、郑尚元、阮赞林、冯玉军、卢代富、朱谢群、陈步雷等众多法学专家学者的大力支持和帮助,他们在本套教材的编写体例、内容编排及人员组成等方面都给予了建设性的指导意见,在此对他们致以最诚挚的感谢!希望本套教材能为全面落实依法治国基本方略,深化高等法学教育教学改革,提高法律人才培养质量,实施卓越法律人才培养计划尽一份微薄力量。

本套教材有别于理论型和传统型教材,学术水平适中,注重学生法律思维、知识应用和实际动手等能力的培养,结合司法考试,理论性和实践性有机结合,内容精练,质量一流,适用于高校法学本科和硕士生及法律实务部门人员使用。本套教材具有以下主要特色:

1. 教材体例活泼新颖,将法学基础理论、法律知识点、案例、图片、表格等穿插于每个章节,深入浅出,脉络清晰,风格统一。

2. 教材内容涵盖面广,通过现实生活中发生的典型案例和丰富的图片资料来诠释深奥的法律原理和抽象的法律规则,梳理和解读中西最新立法及发展趋势,深入剖析法学前沿问题,同时提高学生学以致用用的实务操作能力。

3. 直观的 PPT 课件使法律原理的纵横关系一目了然,使教师寓教于乐、使学生寓教于学;司法考试相关知识链接使学生能为将来的司法考试打下坚实的基础。

我们热切希望广大师生和相关各界人士对于这套教材提出宝贵的意见和建议,以便我们今后不断修订、完善。

编者

目 录

第一章 国际私法概述	(1)
第一节 国际私法的概念、名称	(1)
第二节 国际私法的调整对象	(5)
第三节 国际私法的定义	(14)
第四节 国际私法的历史	(16)
第五节 国际私法的范围	(19)
第六节 国际私法的渊源	(20)
第七节 国际私法与临近法律部门的关系	(26)
思考题	(27)
司法考试相关知识链接	(27)
实战演练	(30)
第二章 国际私法的主体	(31)
第一节 自然人	(31)
第二节 法人	(36)
第三节 国家、国际组织	(41)
第四节 外国人的民商事法律地位	(46)
思考题	(50)
司法考试相关知识链接	(50)
实战演练	(51)
第三章 法律冲突之冲突规范和准据法	(53)
第一节 法律冲突	(53)
第二节 区际法律冲突	(55)
第三节 人际法律冲突与时际法律冲突	(60)
第四节 冲突规范	(63)
第五节 准据法	(68)
思考题	(70)
司法考试相关知识链接	(70)
实战演练	(72)

第四章 适用冲突规范过程中形成的制度	(73)
第一节 识别	(73)
第二节 反致	(79)
第三节 准据法的查明	(85)
第四节 先决问题	(94)
第五节 公共秩序保留	(98)
第六节 法律规避	(104)
思考题	(108)
司法考试相关知识链接	(108)
实战演练	(110)
第五章 权利能力和行为能力的法律适用	(111)
第一节 自然人权利能力的法律适用	(111)
第二节 自然人行为能力的法律适用	(116)
第三节 法人权利能力和行为能力的法律适用	(122)
思考题	(129)
司法考试相关知识链接	(129)
实战演练	(131)
第六章 法律行为和代理	(133)
第一节 法律行为	(133)
第二节 代理	(137)
思考题	(144)
司法考试相关知识链接	(144)
实战演练	(146)
第七章 物权的法律适用	(148)
第一节 物权的法律冲突	(148)
第二节 物之所在地法原则	(149)
第三节 国有化问题	(158)
第四节 信托关系的法律适用	(162)
思考题	(165)
司法考试相关知识链接	(166)
实战演练	(167)
第八章 债权的法律适用	(169)
第一节 合同之债的法律适用	(169)
第二节 侵权之债的法律适用	(184)

第三节 不当得利之债与无因管理之债的法律适用	(202)
思考题	(214)
司法考试相关知识链接	(214)
实战演练	(215)
第九章 婚姻家庭关系的法律适用	(217)
第一节 结婚的法律适用	(217)
第二节 夫妻关系的法律适用	(224)
第三节 离婚的法律适用	(226)
第四节 父母子女关系的法律适用	(230)
第五节 收养的法律适用	(234)
第六节 监护的法律适用	(240)
第七节 扶养的法律适用	(241)
思考题	(243)
司法考试相关知识链接	(243)
实战演练	(244)
第十章 继承的法律适用	(246)
第一节 法定继承的法律适用	(246)
第二节 遗嘱继承的法律适用	(250)
第三节 无人继承财产的法律适用	(262)
第四节 有关继承的国际条约	(266)
思考题	(269)
司法考试相关知识链接	(269)
实战演练	(271)
第十一章 知识产权的法律适用	(272)
第一节 专利权的法律适用	(273)
第二节 商标权的法律适用	(277)
第三节 著作权的法律适用	(280)
思考题	(282)
司法考试相关知识链接	(282)
实战演练	(283)
第十二章 商事关系的法律适用	(285)
第一节 票据关系的法律适用	(285)
第二节 破产关系的法律适用	(288)
第三节 海事关系的法律适用	(293)

第四节 民用航空关系的法律适用	(298)
思考题	(300)
司法考试相关知识链接	(300)
实战演练	(301)
第十三章 国际民事诉讼法	(303)
第一节 国际民事诉讼法的概念	(303)
第二节 外国民事诉讼地位	(304)
第三节 国际民事诉讼管辖权	(308)
第四节 国际民事诉讼中的诉讼期间、诉讼保全和时效	(317)
第五节 国际民事司法协助	(319)
第六节 外国法院判决的承认与执行	(332)
思考题	(339)
司法考试相关知识链接	(339)
实战演练	(343)
第十四章 国际商事仲裁法	(345)
第一节 国际商事仲裁概述	(345)
第二节 国际商事仲裁机构	(349)
第三节 国际商事仲裁协议	(355)
第四节 国际商事仲裁的法律适用	(367)
第五节 国际商事仲裁程序	(371)
第六节 国际商事仲裁裁决的承认与执行	(377)
思考题	(383)
司法考试相关知识链接	(383)
实战演练	(385)
后记	(387)

第一章 国际私法概述

第一节 国际私法的概念、名称

国际私法是国际法学科的一个分支。国际法是与国内法相对应的一个概念,它包括国际公法、国际私法、国际经济法三大分支,虽然这三大分支的起源发展并不是同步的。了解国际法历史的人们都知道,“国际私法”或 Private International Law (PIL),这一名称,在中国来说,实际上是舶来品。(如图 1-1 所示)。



图 1-1 法律部门中的国际私法

有趣的是,国际私法发展到今天,虽已被一些国家的立法和国际立法所采用,但这是在经历了一个长期的发展和演变过程之后才出现的现象。而且,至今关于其名称或叫法仍是众说纷纭。所以完全可以说,国际私法“是从书名起就是有争议的”一个法律学科或法律部门。过去或现在比较常用的名称就有数十个,列举如下(如表 1-1 所示)。

表 1-1 国际私法的名称

名称	提出者	国籍	时间	基本内容
法则说或法则区别说 (Traite de Statuts, Theory of Statutes)	巴托鲁斯 (Bartolus)	意大利	13、14 世纪	巴托鲁斯被尊称为“国际私法之父”。他从区别“法则”的性质着手来判定它们是否可以在域外适用,所以当时的国际私法就被称为“法则说”或“法则区别说”。这一名称一直使用到 17、18 世纪。“法则说”认为法律可以从它们的性质上区分为“物法”、“人法”和“混合法”,并且各有不同的适用规则,例如关于权力能力和行为能力问题,依属人法;关于法律行为的方式依行为地法;关于物权,依物之所在地法;关于诉讼程序,依诉讼地法;等等。
冲突法 (Conflict of Laws)	罗登堡 (Christian Rodenburg)	荷兰	1653 年	罗登堡在其所著的《关于婚姻的规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。
法律场所效力论	萨维尼 (Savigny)	德国	1849	萨维尼发表《现代罗马法体系》(第 8 卷)一书,其副标题为《法律冲突与法律规则的地域和实践范围》,他认为国际私法是规定场所效力的,所以在该书中把国际私法称为法律场所效力论。
外国法适用论 (Application of Foreign Laws)	奥斯塔特 (Oerstadt)	德国	1822 年	奥斯塔特认为国际私法是规定对于涉外民事关系在何种情况下可以适用外国法问题的。因此,可以被称为外国法适用论。
涉外私法 (Foreign Private Law)	曼利 (Meili)	瑞士		该观点认为,国际私法是规定内外外国交往私法关系的,应该称之为涉外私法。

(续表)

名称	提出者	国籍	时间	基本内容
私国际法 (Private International Law)	弗利克斯 (Foelix)	法国	1843 年	弗利克斯 (Foelix) 用“Droit International Prive (私国际法)”来称谓这一法律部门。现在这个名称在法国和其他一些拉丁语系国家较流行。
国际私法 (Internationales Privatrecht)	谢夫纳 (Schaeffner)	德国	1841 年	1841 年谢夫纳发表《国际私法发展史》一书,在该书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”。现在德国学者仍沿用这一名称。
其他名称“施行法”、“法例”、“私间法”、“界限法”、“体系间法”、“国际民法”、“国际商法”、“国际民法”、“国际民商法”、“私法关系的国际处理法”、“国际民商事诉讼法”等。		德国等		

值得注意的是,在各国国际私法立法方面,采用的名称也不尽相同,如德国称之为“民法施行法”(1896年)。旧中国称为“法律适用条例”(1918年),我国台湾地区则沿袭旧中国的立法,仍称为“涉外民事法律适用法”(1979年)。日本称之为“法例”(1989年)。澳大利亚称之为“法律选择法案”(1992年)。韩国称为“涉外私法”(1962年)。近来也有直接称为“冲突法”的,如1982年前南斯拉夫的立法即称为“法律冲突法”,1980年英格兰的“冲突法”,1971年的“美国第二次冲突法重述”等。中国在1986年颁布的《中华人民共和国民法通则》(以下简称《民法通则》)中规定冲突规范的第8章,采用了“涉外民事关系的法律适用”来称谓。全国人民代表大会法律工作委员会2002年提出的《中华人民共和国民法(草案)》第九编及2010年10月28日第十一届全国人民代表大会常务委员会第十七次会议通过、2011年4月1日起施行的《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》(以下简称《涉外民事关系法律适用法》)也称之为“涉外民事关系的法律适用法”。但在我国日常司法实践及法学理论学习与研究工作中,则普遍称之为“国际私法”,并将“冲突法”只当做其中的一部分。目前,大部分国家采用的是国际私法这一称谓,例如泰国《国际私法》(1939年)、匈牙利《国际私法》(1966年)、乌克兰《国际私法》(2005年)等。其他采用国际私法称谓的国家还有:保加利亚、阿拉伯、也门、马达加斯加、中非、布隆迪、突尼斯、意大利、奥地利、瑞士、列支敦士登、智利、乌拉圭、阿根廷、巴拉圭、委内瑞拉等。

在一些致力于解决国际私法问题的国际组织中,有的就专门以国际私法命名,如美洲国家组织国际私法会议,海牙国际私法会议等。特别是海牙国际私法会议,通过了许多国际私法冲突法方面的国际条约,是国际私法领域影响最大的常设国际组织(如图1-2所示)。

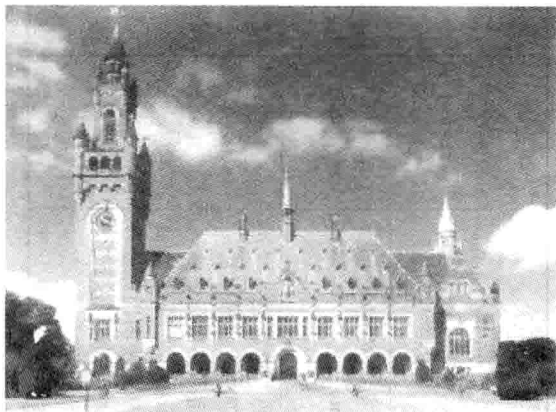


图 1-2 海牙国际私法会议的办公地址——海牙和平宫

另外,在已经订立的综合性国际私法公约中,基本上也都采用了国际私法的称谓,例如《布斯塔曼特国际私法法典》(1928年)、《统一国际私法》(1951年)和《美洲国家间关于国际私法一般规则的公约》(1979年)等。

第二节 国际私法的调整对象

一、国际私法的调整对象概述

任何法律部门都有自己的调整对象。这里的“调整”就是“规范”、“规律”或“规定”的意思,法律的调整对象就是法律所要规定的某种法律关系。^① 任何法律都有自己的调整对象,国际私法也不例外,只不过关于国际私法调整对象的认识是不一致的(如表1-2所示)。

表 1-2 我国关于国际私法调整对象的不同观点

国际私法调整对象问题上的不同观点	理由
国际民商事关系	通常法律的调整对象都是“关系”而不是“法律关系”,例如民法的调整对象是民事关系,经济法的调整对象是经济关系等。只有经过法律调整之后才能够形成相应的“法律关系”,法律就是为形成“法律关系”才有存在必要的。法律调整的对象,或者说所调整的范围只能是“关系”,调整之后才能形成“法律关系”。国际私法也不例外。
国际民商事法律关系	国际私法的调整对象是国际民商事法律关系 ^② ,即国际私法调整的对象是已经经过民商事法律调整形成了具体权利义务的社會关系。因为在法律部门中,国际私法的冲突法是调整“法律”的法,它以法律选择为根本任务,调整的是各国法律已经调整完了的“关系”,所以其调整对象是“法律关系”。
国际民商事关系及国际民商事法律关系	调整国际民商事关系的是实体法;调整国际民商事法律关系的是冲突法,国际私法既包括实体法又包括冲突法,所以其调整对象是国际民商事关系及国际民商事法律关系。

关于国际私法的调整对象,我国通说认为^③,国际私法的调整对象就是含有涉外因素的民商事法律关系,或称涉外民商事法律关系,或称国际民商事法律关系,或称跨国民商事法律关系,或称国际私法关系,也有人称之为含有国际因素

① 参见韩德培主编:《国际私法》,高等教育出版社、北京大学出版社2002年版,第3页。

② 参见韩德培主编:《国际私法》,高等教育出版社2000年版,第3页。

③ 中华人民共和国司法部制定的《国家司法考试大纲》也规定国际私法的调整对象是国际民商事法律关系。

的民商事法律关系^①(如图 1-3 所示)。

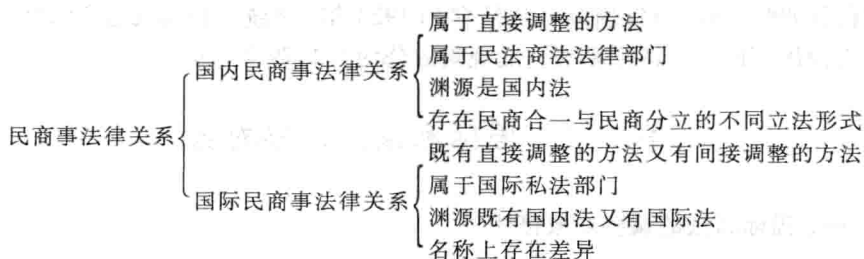


图 1-3 民商事法律关系

那么,何为涉外民商事法律关系呢?

一般认为,涉外民商事法律关系就是指其主体、客体和内容这三要素中至少有一个或一个以上的因素与国外有联系的民商事法律关系(如图 1-4 所示)。

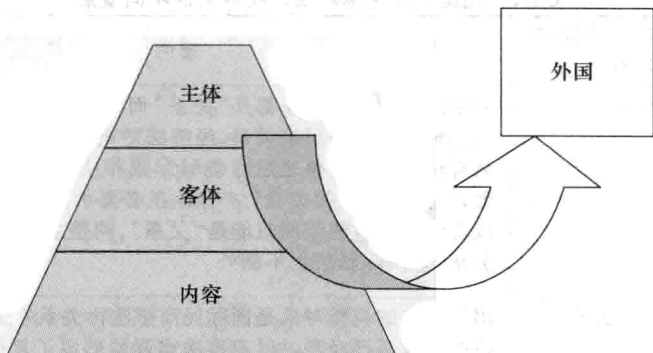


图 1-4 涉外民商事法律关系的构成

我国的一些法律也对涉外民商事法律关系有明确规定,例如全国人大常委会 2004 年 8 月 28 日通过修正的《中华人民共和国票据法》(以下简称《票据法》)第 94 条第 2 款规定:“前款所称涉外票据,是指出票、背书、承兑、保证、付款等行为中,既有发生在中华人民共和国境内又有发生在中华人民共和国境外的票据。”但在实践中,比较有代表性的是最高人民法院 1988 年发布的《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)》(以下简称《民通意见》)中的规定,其第 178 条规定:“凡民事关系的一方或者双方当事人是外国人、无国籍人、外国法人的;民事关系的标的物在外国领域内的;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的,均为涉外民事关系。”

^① 参见韩德培主编:《国际私法》,高等教育出版社、北京大学出版社 2002 年版,第 3 页。

2012年12月10日由最高人民法院审判委员会第1563次会议通过、自2013年1月7日起施行的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释(一)》(以下简称《涉外民事关系法律适用法司法解释一》)第1条规定:“民事关系具有下列情形之一的,人民法院可以认定为涉外民事关系:(一)当事人一方或双方是外国公民、外国法人或者其他组织、无国籍人;(二)当事人一方或双方的经常居所地在中华人民共和国领域外;(三)标的物在中华人民共和国领域外;(四)产生、变更或者消灭民事关系的法律事实发生在中华人民共和国领域外;(五)可以认定为涉外民事关系的其他情形。”与《民通意见》第178条规定相比,《涉外民事关系法律适用法司法解释一》增加了“可以认定为涉外民事关系的其他情形”这一规定,因为有时国际条约关于涉外案件的规定与我国《民通意见》第178条的规定不一致,此处的“可以认定为涉外民事关系的其他情形”便可以适用公约的规定。

根据《涉外民事关系法律适用法司法解释一》关于涉外民事关系的规定,就主体涉外而言,指在这种民商事关系中至少有一方为拥有外国国籍者(无国籍人)或外国住所者的自然人或法人;或为外国国家或国际组织。如一个美国人甲与一个中国公民乙结婚,两个澳大利亚人在中国要求结婚,一个法国公民在中国投资建立企业,一位拥有德国住所的中国人甲持有我国乙公司发行的股票,国际货币基金组织的驻中国机构为开展和维持其公共活动而需要在中国购置房产与其他生活资料,外国人购买中国政府发行的债券,等等,便均属于涉外民商事关系。主体涉外的情况可细分如下(如表1-3所示):

表 1-3 主体涉外的具体情况

当事人来自不同国家	民商事活动在其中一个当事人的国家进行
当事人来自不同国家	民商事活动在当事人之外的国家进行
当事人来自同一国家	民商事活动在当事人之外的国家进行
当事人一方有国籍(住所),一方没有国籍(住所)	民商事活动在任何国家进行
当事人双方没有国籍(住所)	民商事活动在任何国家进行

就客体涉外而言,是指作为民商事关系中的客体是位于主体所在国(地区)以外的物或者财产,或需要在主体所在国(地区)以外实施或完成的行为。如中国人甲在德国购买西门子的股票;我国南方航空公司租用了一架美国客机;中建三局在阿拉伯承建一大型体育馆;福州人甲要求继承叔叔位于我国台湾地区的不动产等。

就权利义务关系据以发生的法律事实(包括行为与事件)涉外而言,凡此

种事实发生在国外,如甲与乙的收养关系是在外国成立的;对中国人甲的死亡宣告是在外国作出的;中国人甲对中国人乙的侵权行为发生在他们留学的外国;甲的作品的出版在国外;乙在国外申请专利的注册,等等;便属于涉外民事关系。

以上几种情况,都是就民商事关系三因素中的其中一个因素与外国发生联系而言的。在实际生活中,许许多多的民商事关系都可能不仅仅只有一个因素跟外国有联系,比如,中国某公司和一家日本公司在印度缔结一项买卖标的在英国利物浦港口待装货物的合同,在该合同关系中,主体一方是外国人,产生合同权利义务关系的法律事实即合同缔结地在印度,而客体又在英国,发生纠纷后又协议在瑞士诉讼,该案便有四个因素涉及外国。

在我国的司法实践中,对主体为两个中国人的民商事纠纷,在中国法院诉讼的,尽管也有一些涉外因素,但法院往往并没有把案件作为涉外案件处理,比如,两个中国人在英国旅游过程中,根据中国法律签订了一份一方将其位于上海的房屋卖给另一方的合同,后来发生纠纷在中国法院诉讼,尽管他们的签约行为发生在英国,法院也不会将之作为涉外合同纠纷对待。这样的情况在实践中有许多,如下例:

引例 1-1

国外无单放货案^①

原告青岛神龙进出口有限公司与被告连云港船务公司之间发生海上货物运输合同无单放货损害赔偿纠纷案,原告被告均为中国法人,诉讼在上海海事法院提起。该无单放货损害赔偿纠纷案中提单项下货物运输是从中国的连云港运至韩国的仁川,无单放货的事实也发生在国外的仁川,标的物也处在外国,但是上海海事法院并没有将之界定为涉外案件。

值得注意的是,如果我们严格按照最高人民法院 1988 年发布的《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见(试行)》第 178 条的规定,上述案件应该属于具有涉外因素的情况,只是这种情况下的案件由我国法院管辖,与国内案件在处理上没有太大差别,实践中就没有将之作为涉外案件看待了。但是这样的案件与国内案件还是有所区别的,例如可能会涉及外国法院的管辖问题,一旦在外国法院涉诉,就成为涉外案件了。而国内案件是不可能在国外法院涉诉的(如表 1-4 所示)。

^① 参见(2004)沪海法商初字第 501 号民事判决书。