



全国高等院校法学专业基础教材

国际私法

主编 / 陶 虹

Guoji Sifa



中国政法大学出版社



全国高等院校法学专业基础教材

国际私法



中国政法大学出版社

2011·北京

图书在版编目 (CIP) 数据

国际私法 / 陶虹主编. —北京: 中国政法大学出版社, 2010. 11

ISBN 978-7-5620-3748-4

I. 国... II. 陶... III. 国际私法-研究 IV. D997

中国版本图书馆CIP数据核字 (2010) 第199479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 × 960mm 16开本 23印张 435千字

2011年1月第1版 2011年1月第1次印刷

ISBN 978-7-5620-3748-4/D · 3708

印 数: 0 001-3 000 定 价: 34.00元

社 址 北京市海淀区西土城路25号

电 话 (010) 58908435 (教材编辑部) 58908325 (发行部) 58908334 (邮购部)

通信地址 北京100088信箱8034分箱 邮政编码 100088

电子信箱 fada.jc@sohu.com (教材编辑部)

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, 由本社发行部负责退换。

出版说明

法学是集理论性与实践性于一体的社会科学。然而,现行的法学本科教材普遍存在“重理论、轻实践”的现象,这既不适应应用型法学人才的培养,也与司法考试、研究生考试和公务员考试严重脱节,致使其实用性大打折扣 20 扣。

鉴于此,由全国独立学院法学教育协作机制秘书处和中国政法大学出版社发起,成立了“全国高等院校法学专业基础教材”编委会,旨在编写适应法学专业应用型人才培养要求的“厚基础、重实务”的系列教材。中南财经政法大学、西南政法大学、华中师范大学、湖北大学、中南民族大学、江汉大学、重庆大学、湖北经济学院、武汉科技大学中南分校、西南大学育才学院、南开大学滨海学院、海南大学三亚学院、福州大学阳光学院、浙江大学宁波理工学院、中国石油大学胜利学院、南京师范大学泰州学院、黄河科技学院、中南财经政法大学武汉学院、中南民族大学工商学院、华中科技大学武昌分校、华中师范大学汉口分校、华中科技大学文华学院、武汉科技大学城市学院、河北工程大学文学院、燕山大学里仁学院、贵州民族学院人文科技学院、东莞理工学院城市学院、江汉大学文理学院、湖北大学知行学院、湖北经济学院商贸学院、福建江夏学院、河南师范大学新联学院等全国三十多所高等院校的百名法学专业教师共同参与了这套教材的编写工作。

本套教材在内容设计上充分考虑了与司法考试和公务员考试的接轨,注重基础理论阐述和实务能力培养的有机结合,力求展现以下特点:

第一,基础性。本套教材的编写内容定位于对基本理论、基本概念、基本知识的阐释和对基本法律实务技能的培养。

第二,简洁性。本套教材以各学科成熟的理论体系为主,不涉及太深奥的法律问题;以通俗和主流观点为主,除核心观点、理论有简要论证之外,避免过多论述有争议的观点或作者个人观点。

第三,实用性。本套教材充分突出实用性,主要服务于法学专业学生参加司法考试和考公务员的目标,教材内容及结构与最新司法考试大纲保持一

II 国际私法

致，大量引入司法考试、公务员考试真题和案例。

第四，新颖性。本套教材力求突出形式设计上的新颖性。根据各教材的不同特点，有的在每章开头有简短的案例导入，使相关知识点、重点及难点一目了然；有的在正文中穿插案例或合理设置图表，以方便学生阅读，符合学生应试要求；有的在每章结尾处设置思考题和案例分析题，以供学生参考使用。

本套法学教材涵盖了法学专业教育指导委员会确定的 16 门法学主干课程和 14 门实务性较强的非主干课程，共 30 种。本套教材由于编写作者较多，涉及内容广泛，教材的编写统稿难度较大，更囿于水平有限，挂一漏万在所难免，恳请各位专家、同行及广大读者批评指正，帮助我们在后续的工作中加以完善。

《全国高等院校法学专业基础教材》编委会
2009 年 8 月

编写说明

国际私法是高等法学教育的专业主干核心课程之一，它主要以国际民商事法律关系为对象，研究国际民商事关系的法律冲突、法律选择方法、管辖权及判决的承认与执行等问题。本教材在体系上分为总论、分论、程序和区际冲突法四部分。总论部分主要阐述国际私法的概念、历史发展、冲突规范、准据法、适用冲突规范的有关制度等内容，对国际私法的基本问题从基础性、理论性入手作了全面介绍，并为分论部分奠定理论基础；分论部分主要论述各种涉外民商事法律关系的法律适用问题，主要包括国际民商事关系的主体、法律行为、物权、合同、侵权、票据、婚姻家庭、继承等涉外关系的法律适用；程序法部分主要阐述涉外民事纠纷的解决与救济方式，主要包括国际民事诉讼程序和国际商事仲裁；区际冲突法主要介绍了一些区际法律冲突的基本理论和我国在区际司法协助方面的一些具体规定。

本教材的编撰以突出基础性、简洁性和实用性为原则，充分参考了国家司法考试大纲的内容和体例，对于大纲中未作要求的一些内容没有涉及；写作风格力求做到通俗易懂，便于学生在掌握国际私法基本原理的同时，准备司法考试的复习和应考。

本教材的编撰者均为教学一线的教师，有着较丰富的理论及实践经验。依照章节顺序，具体撰写分工如下：陶虹，第一、三、七、九、十一、十二、十六章；张凡，第二、四章；董昆，第五章；刘艳娜，第六章；侯洁，第八章；杨敏，第十章；李真，第十三章；蒋奋，第十四章；刘素君，第十五章。全书由主编陶虹统稿。

编者

2010年8月

C 目录

CONTENTS

总论篇 国际私法的基本原理

第 一 章 国际私法概述	3
◎ 第一节 国际私法的概念 / 3	
◎ 第二节 国际私法的范围 / 10	
◎ 第三节 国际私法的渊源 / 13	
第 二 章 国际私法的历史发展	19
◎ 第一节 国际私法的学说史 / 19	
◎ 第二节 国际私法立法史 / 25	
第 三 章 法律冲突和冲突规范	29
◎ 第一节 法律冲突 / 29	
◎ 第二节 冲突规范 / 32	
第 四 章 准据法的选择与适用	41
◎ 第一节 准据法的概念和特点 / 41	
◎ 第二节 准据法的选择方法 / 42	
◎ 第三节 特殊情况下的准据法的确定 / 44	
第 五 章 适用外国法的基本制度	48

2 国际私法

- ◎ 第一节 识别 / 49
- ◎ 第二节 反致 / 51
- ◎ 第三节 先决问题和部分问题 / 55
- ◎ 第四节 公共秩序保留 / 58
- ◎ 第五节 法律规避 / 62
- ◎ 第六节 外国法内容的查明 / 64
- ◎ 第七节 直接适用的法 / 65

分论篇 国际民商事关系的法律适用

第六章 国际民商事关系主体的法律适用 71

- ◎ 第一节 自然人 / 72
- ◎ 第二节 法人 / 83
- ◎ 第三节 国家 / 90
- ◎ 第四节 国际组织 / 96
- ◎ 第五节 外国人民事法律地位的几种制度 / 97

第七章 法律行为、代理和时效的法律适用 104

- ◎ 第一节 法律行为 / 104
- ◎ 第二节 代理 / 108
- ◎ 第三节 时效 / 118

第八章 涉外物权的法律适用 123

- ◎ 第一节 物之所在地法 / 123
- ◎ 第二节 国有化问题 / 132
- ◎ 第三节 信托 / 135

第九章 国际合同的法律适用 142

- ◎ 第一节 合同准据法及其适用理论和原则 / 143

- ◎ 第二节 合同特殊方面的法律适用 / 154
- ◎ 第三节 中国关于国际合同法律适用的理论和实践 / 155

第十章 涉外侵权行为的法律适用 162

- ◎ 第一节 涉外侵权行为及其法律冲突 / 162
- ◎ 第二节 一般涉外侵权行为的法律适用 / 164
- ◎ 第三节 几种特殊涉外侵权行为的法律适用 / 172
- ◎ 第四节 中国关于涉外侵权行为的法律适用 / 182

第十一章 国际票据关系的法律适用 190

- ◎ 第一节 票据概述 / 191
- ◎ 第二节 票据的法律适用 / 194

第十二章 婚姻与家庭关系的法律适用 201

- ◎ 第一节 结婚的法律适用 / 201
- ◎ 第二节 婚姻当事人关系的法律适用 / 207
- ◎ 第三节 离婚的法律适用 / 209
- ◎ 第四节 中国关于涉外离婚的规定 / 211
- ◎ 第五节 父母子女关系的法律适用 / 211
- ◎ 第六节 收养的法律适用 / 217
- ◎ 第七节 监护的法律适用 / 220
- ◎ 第八节 扶养的法律适用 / 223

第十三章 继承的法律适用 227

- ◎ 第一节 涉外法定继承的法律适用 / 228
- ◎ 第二节 涉外遗嘱继承的法律适用 / 234
- ◎ 第三节 涉外无人继承财产的法律适用 / 238

程序篇 国际民商事争议的解决

第十四章 国际商事仲裁制度 245

- ◎ 第一节 国际商事仲裁概述 / 245
- ◎ 第二节 国际商事仲裁协议 / 255
- ◎ 第三节 国际商事仲裁程序与实体问题的法律适用 / 276
- ◎ 第四节 国际商事仲裁裁决的承认与执行 / 286

第十五章 国际民事诉讼制度 294

- ◎ 第一节 国际民事诉讼程序概述 / 294
- ◎ 第二节 外国人的民事诉讼地位 / 298
- ◎ 第三节 国际民事诉讼管辖权 / 303
- ◎ 第四节 国际民事诉讼的期间、诉讼保全和诉讼时效 / 310
- ◎ 第五节 国际司法协助 / 311
- ◎ 第六节 国家间法院判决的承认与执行 / 319

区际篇 区际冲突法

第十六章 区际法律问题 329

- ◎ 第一节 区际法律冲突与区际冲突法 / 329
- ◎ 第二节 中国的区际司法协助 / 337

参考答案 352

参考文献 353

总论篇

国际私法的基本原理

国际私法概述

◆ 【本章学习目的和要求】

了解国际私法的名称、定义和调整对象；理解国际私法的国内法渊源和国际法渊源；熟悉并掌握国际私法规范的概念、国际私法调整国际民商事关系的方法和国际民商事法律关系的构成。

◆ 【案例导入】

22岁的某甲来海南省三亚市不满一年，在三亚购买了乙房地产公司位于海边的一栋别墅。在这个交易过程中，双方发生了房屋买卖合同关系，产生了诸多权利和义务，包括某甲通过支付房屋价款，取得了别墅的所有权和别墅所占土地的土地使用权；乙房地产公司则在收取房屋价款后，交付了合同项下的别墅所有权和土地使用权。

第一节 国际私法的概念

一、国际民商事关系

对于已经学习过民法的学生来说，上面的导入案例是一道再简单不过的案例分析题。他们会轻易地指出双方发生了哪些法律关系，以及这些法律关系所导致的具体的权利和义务内容。但是，如果把上面的案例做一些适当修改，在主体、客体或内容中加入一些涉外因素，读者就会发现，围绕一个购买别墅的小小案件，权利和义务的内容会发生大相径庭的变化。

假设一：在导入案例中，如果某甲的国籍不是中国而是丹麦，那么他能够轻易地取得别墅的所有权吗？

2006年7月11日，建设部、商务部、国家发展和改革委员会、中国人民银行、国家工商管理总局、国家外汇管理局等六部委联合颁发的《关于规范房地产市场外资准入和管理的意见》第10项规定：“境外机构在境内设立的分支、代表机构（经批准从事经营房地产业的企业除外）和在境内工作、学习时间超过一年的境外个人可以购买符合实际需要的自用、自住商品房，不得购买非自用、非自住商品房。在境内没有设立分支、代表机构的境外机构和在境内工作、学习时

间一年以下的境外个人，不得购买商品房的。”

上述规定表明，在中国买房，因我国对外国人和中国人适用的法律法规不同，他们享有的权利并不相同。如果某甲在中国境内工作或学习不足一年，他是没有权利在中国购买商品房的。因此在假设一中，双方的交易行为是无效的，某甲不能取得别墅的所有权。他们在办理产权过户登记时，会遇到来自政府房屋管理部门的拒绝。那么，是不是只有中国才限制外国人购房呢？当然不是的。实际上，多数国家都会对外国人在本国购房加以一定的限制。例如，依照挪威的法律，外国人不能取得房屋的所有权；澳大利亚的法律也规定，只有在其国内持有临时居留签证且居留期超过一年的外国人，才允许购买供自己居住的二手房，否则外国人只被允许购买全新的商品房，同时还需要得到政府相关机构的批准。由此可见，在一个国家中，就权利能力而言，通常外国人与内国人是有差异的。

假设二：在导入案例中，如果双方在三亚交易的别墅并不坐落在三亚，而是位于丹麦的哥本哈根，涉及该别墅和其下土地的权利又会是怎样呢？

我国《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。”1988年，最高人民法院在《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）》（以下简称《民通意见》）第186条进一步明确：“不动产的所有权、买卖、租赁、抵押、使用等民事关系，均应适用不动产所在地法律。”也就是说，在假设二中，如果双方围绕着别墅买卖所产生的权利义务由中国法院来确认的话，应适用丹麦的法律。那么涉及别墅和别墅所占用的土地，丹麦法律和中国法律有不同吗？答案是肯定的。在中国，自然人不能成为土地所有权的主体。在中国购买别墅之后，买主只能取得别墅所占土地的使用权，不能取得所有权。而且，土地使用权只有不足70年的使用期限。期限届满后，若仍需使用该土地，需要重新办理有关手续，以继续取得该土地的使用权；而依照丹麦的法律规定，购买了别墅之后，别墅所占土地的所有权随之转移给了别墅的主人。

假设三：如果具有丹麦国籍的某甲购买别墅时的合同签订地不在三亚，而是在哥本哈根，别墅和土地所有权的归属又会发生些什么不同呢？

在丹麦，只有年龄在25岁以上的人，才具有完全民事行为能力，所以22岁的某甲不具备购买别墅的资格，他所签署的购房合同是无效的，他不能据此取得该别墅的所有权。

从上述三项假设中不难看出它们具有一个共同特点，即房屋买卖合同关系中都具有涉外因素（foreign elements）：假设一的购房主体是外国人；假设二的别墅坐落于外国；假设三的购房主体、别墅和签约行为均在国外。这种一方或双方当事人为外国人、无国籍人、外国法人，标的物在外国领域，或者产生、变更或消

灭民事权利义务关系的法律事实发生在国外的民事关系，叫做国际民商事关系或者涉外民事关系（civil relations involving foreign elements）。与普通民事关系一样，国际民商事关系也是由主体、客体和内容组成。其特征如下：

（一）它是一种具有涉外因素的民商事关系

1. 国际民商事关系是一种平等主体之间的关系，即公民之间、法人之间以及公民和法人之间的关系。当然，在一些特殊情况下，国家也能成为国际民商事关系的主体。

2. 在国际民商事关系的主体、客体或内容三项要件中，至少有一项或者多项具有涉外因素。《民通意见》第 178 条对“涉外民事关系”作了如下解释：“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、变更或者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”。

（二）它是一种范围广泛的民商事关系

国际民商事关系包括下列关系：财产关系中的物权关系、债权关系、股权关系及知识产权关系；人身关系中的人格关系和身份关系；家庭关系中的婚姻关系、继承关系、监护关系和抚养关系；商事关系中的公司关系、破产关系、证券关系、票据关系、海商关系、保险关系等。但是，国际民商事关系除了包括上述关系之外，还将在解决国际民商事争议过程中形成的涉外民事诉讼关系与国际商事仲裁关系也纳入其中。

二、国际民商事关系的法律调整方法

当民商事关系的主体、客体或内容等要素中出现了一项或多项涉外因素时，准确地说，民商事关系主体的一方或多方是外国人，民商事关系的客体在国外，或者产生、变更或消灭民商事关系的法律事实发生在国外，就存在着需要决定适用哪一个国家法律的问题。而不同国家的法律由于各自内容的不同，导致了它们在调整相同的社会关系或解决相同的法律问题时出现效力上的相互抵触，这种法律上的抵触叫法律冲突（conflict of laws）。因此，国际民商事关系中的权利和义务会随着法律适用的变化而变化。解决这种法律冲突有两种方法：冲突规范的调整方法和实体规范的调整方法。

（一）冲突规范的调整方法

此方法也称作间接调整方法，它通过冲突规范（conflict rules）对国际民商事关系进行调整，就是在国内法或国际条约中规定特定的民商事关系应适用哪个国家的法律调整和支配，而不直接规定当事人的权利和义务。例如前面提到的“不动产的所有权、买卖、租赁、抵押、使用等民事关系，均应适用不动产所在地法律”就是一条冲突规范。它指出，涉及不动产的法律关系时，应按照不动产

所在地国家的法律来确定当事人关于所有权买卖、租赁、抵押、使用等民事关系的权利和义务，而非直接规定当事人在涉及上述不动产关系时的权利和义务内容。

（二）实体规范的调整方法

这种方法也叫直接调整方法，它通过实体规范（substantive rules）对国际民商事关系进行调整，即在国内法和国际公约等规范中，直接规定国际民商事关系中的当事人具体应享有的权利和承担的义务。例如，2009年《联合国全程或者部分海上国际货物运输合同公约》就是一部直接规定承运人、托运人、履约方、海运履约方、单证持有人等当事人在国际货物运输合同中享有何种权利和承担何种义务的国际公约。这部公约的第12条第1款规定：“承运人根据本公约对货物的责任期间，自承运人或者履约方为运输而接收货物时开始，至货物交付时终止。”这条规范即属于实体规范，它直接规定承运人对货物所承担的责任始于何时、终于何时，缔约国或与缔约国相关的承运人都要遵守这个责任期间。

与冲突规范的调整方法相比较，实体规范的调整方法易于使当事人预见产生某种法律关系的结果，尤其是国际公约或国际惯例中的实体规范，更能避免和消除因法律制度的不同而使国际民商事关系可能出现的法律冲突。由此可见，实体规范调整国际民商事关系的方法更具有优越性。但是，国际实体规范适用的前提是当事人所处的国家和地区加入了制定实体规范的国际公约以及当事人共同选择某些国际惯例，而实现这个前提几乎是不可能的。因为国家利益的取向不同，总会有一些国家游离于国际公约之外，或对国际公约中的某些条款提出保留，因此法律冲突的存在是不可避免的。这就决定了冲突规范和实体规范共同调整国际民商事关系的并立局面。

三、国际私法的定义和名称

（一）国际私法的定义

无论冲突规范还是实体规范，凡是调整国际民商事关系的法律规范都被称为国际私法。换句话说，国际私法的调整对象就是国际民商事关系或者涉外民商事关系。根据前述国际民商事关系的特征、法律调整方法、目的和范围，可以将国际私法定义为：国际私法是通过冲突规范和实体规范调整平等主体之间的国际民

商事关系,解决国际民商事法律冲突和国际民商事争议的法律部门。^[1]

(二) 国际私法的名称

当然,在不同的历史时代和不同的国家,调整国际民商事关系的法律规范也具有不同的名称。目前,国际上用于调整国际民商事关系的法律普遍使用“国际私法”和“冲突法”这两个名称。前者多为大陆法系的国家所使用,后者则多见于普通法系的国家。

1. 国际私法 (Private International Law, International Private Law)。Private International Law 这一术语最早出自美国最高法院法官斯托里 (Joseph Story) 的《冲突法论》。在这部 1834 年出版的著作中,斯托里指出:在现代贸易和交往过程中,由不同国家的法律冲突所引起的法律现象成为公法中最具魅力和最重要的分支,它可以恰当地被命名为国际私法,因为它主要适用于私人之间的普通事务,而非国家尊严层面的谈判和争议。^[2] 后来,此术语分别于 1841 年、1843 年被德国学者谢夫纳 (Schäeffner) 和法国学者佛立克斯 (Foelix) 分别介绍到欧洲大陆,^[3] 并为法国、意大利、希腊、西班牙和葡萄牙等国家所采用。

1841 年谢夫纳在其《国际私法的发展》^[4] 一书中,以德文术语 Internationalen Privatrechts 将 Private International Law 的概念介绍给了读者。此术语被译回英文时,则成了 International Private Law,但其意义与原文并无歧义,现为德国、荷兰、瑞士、俄国及东欧国家普遍采用。

2. 冲突法 (Conflict of Laws)。1653 年,荷兰学者罗登伯格 (Christian Rodenburg) 论述了关于婚姻的法则或因习惯冲突而产生的法律问题,提出了冲突法的概念。^[5] 1686 年,荷兰学者胡伯 (Ulric Huber) 直接使用了“冲突法”

[1] 中国学者多从揭示国际私法的本质属性出发,通过阐明国际私法的调整对象、调整方法、规范种类等综合地给国际私法下定义。例如,韩德培教授把国际私法定义为“调整涉外民事法律关系的法律部门”。参见韩德培:《国际私法》,武汉大学出版社 1989 年版,第 8 页;又如,黄进教授把国际私法定义为“以直接规范和间接规范相结合来调整平等主体之间的涉外民商事关系并解决涉外民商事法律冲突的法律部门”。参见黄进:《国际私法》,法律出版社 2005 年版,第 33 页。

[2] Joseph Story, *Commentaries on the Conflict of Laws*, Boston, Billiard, Gray, and Company, 1834, p. 9.

[3] Michael C. Pyles, “Internationalism in Australia Private International Law”, *Sydney Law Review*, March 1989, p. 103. Also see Otto Kahn-Freund, “General Problems of Private International Law”, *Recueil Des Cours*, 1974 - III, p. 300.

[4] Die Entwicklung des Internationalen Privatrechts, see Thomas Erskine Holland, *The Elements of Jurisprudence*, New Jersey, The Lawbook Exchange, Ltd., 2006, p. 416.

[5] Christian Rodenburg, *De Jure Conjugum*, Trajecti ad Rehnun; Apud G. Zylum, & Theodorum ab Ackersdijck, 1653.