

# 國際化教學

第一輯

中國國際化教育發展報告

# 国际私法学

董立坤 编著

中央广播电视大学出版社

为越来越多的人所接受。本人是冲突法观点的积极鼓吹者，在《国际私法论》一书中已作了全面的论述。考虑到电大学生的实际情况和教学与实践的需要，本教材对涉及国际经济法和涉外经济法的某些内容，也予以适当的必要的阐述。这种对实体规范的阐述是附从于冲突规范的，其目的在于阐明各种法律选择规范与其相近的实体规范之间的关系。

第三，实用性是本教材特别重视的问题。国际私法是一门实用性很强的学科，因此，本书将特别重视阐述涉外民事法律关系中与法律冲突有关的各个问题：从国际条约、国际惯例到国内立法；从国家之间的法律冲突到国内不同法域之间的法律冲突。本书从国际私法本质上是程序法的观点出发，将以处理涉外民事案件的全过程来安排该书的结构，并以专编论述涉外民事诉讼和商事仲裁问题。

第四，国际私法有两重含义，一方面人们作为一个法律部门来理解它，是特定的法律规范的总称，它调整的对象是涉外民事法律关系；另一方面，国际私法又是一个法律学科的名称，作为一个法律学科，它以国际私法的规范为研究对象。严格地说，前者为国际私法，后者为国际私法学。国际私法著作和教材当然是学科体系。为此，本教材定名为“国际私法学”，意在强调：本书将着重从理论的高度研究国际私法规范及与其相关的理论问题。

以上几点只是本人的良好愿望，并力求使愿望成为现实，但限于本人的水平，疏漏之处在所难免，敬祈广大同学和读者指正。

董立坤

一九八九年十月一日

# 国际私法学

董立坤 编著

中央广播电视大学出版社出版

新华书店北京发行所发行

北京印刷二厂印装

\*

开本850×1168 1/32 印张12 千字290

1990年2月第1版 1990年5月第1次印刷

印数 1—19000

定价 2.60元

ISBN 7-304-00485-1/D·51

## 前 言

---

在我国，国际私法是古老而年青的。说其古老，在中国唐代就有国际私法萌芽，国际私法的核心内容——法律适用，在《唐律》中已有规定，从这个意义上说，中国是世界上最早产生国际私法的国家。但，国际私法又是非常年青的，它成为独立的法律学科，受到普遍的重视，只是在党的十一届三中全会以后。随着我国对外开放的不断深入和发展，国际私法发展之快是惊人的。

首先，近十年来，我国制定了一系列的国际私法法规，从法律适用到管辖权的规定；从规定外国人民事地位的法律到国籍法；从缔结和参加国际私法的多边公约到与有关国家订立司法协助协定……。如果加以归纳和整理，可以说，我国国际私法法规已初步形成完整的体系，显示了其独有的特点。

其次，我国国际私法学的理论也有很大的发展，从当初的单一的理论架构，到各种理论争香斗艳。最近几年，国际私法的论著不断出版，理论探讨越来越深入，在各种理论的争论中，已逐步形成了一种基本上为大家所接受的理论体系，具有中国特点的国际私法理论体系正在形成。

第三，国际私法知识以其惊人的速度在群众中普及并得到普遍地适用。目前，不仅大学法律系本科国际私法成为其基础课程，而且在各种眼花缭乱的法学培训班中，国际私法也是重要的课程。在涉外经济部门，在涉及千家万户的民事关系中，凡有涉外因素的，国际私法都得到适用。因此，不仅涉外经济部门的干部，即使是普通的公民，也开始学习和运用国际私法。

总之，我国的国际私法正迎来其鼎盛的黄金时代。

无疑，国际私法受到普遍的重视，也反映在电视大学的法学教学中，国际私法是电大法律系学生必修的课程。我受中央电视台大学聘请，担任这门课的主讲教师，并奉命编写教材，感到十分荣幸。

我研究国际私法多年，并有几本著作出版，但从内心来说，我对国际私法研究仍然是不深的。教学非同于研究，研究可以不看对象，海阔天空地谈论自己的观点。教学必须精确地阐明其基本概念，基本原理，基本知识，同时，又能深入浅出地阐明其理论的内涵，使学生得到的不仅是一些实用的知识，更应该是深刻的理论启示。因此，要教好这门课，编写一部好的教材既十分重要，又十分困难。我受命之后，多方请教有关前辈和同仁，以下几点将作为我教学和编写本书的宗旨。

第一，集思广益，本教材力求能反映我国国际私法立法、司法和理论研究的最新发展。如前所说，从党的十一届三中全会以来，我国制定了许多国际私法法规，并有丰富的司法实践，学科上也突破了单一的理论架构，形成了百花齐放的局面。新观点、新理论不断产生和出现。但是，我国现已出版的国际私法教材和著作，大都落后于实践。本书力求博采众家之长，集思广益，在简洁明瞭，力戒繁琐的前提下，比较全面地反映我国立法规定、司法实践和理论的新发展。

第二，本教材的体系在坚持以冲突法为国际私法基本内容的同时，将对与涉外经济有关的实体法的规范作必要的论述。长期以来，我国学术界对国际私法的范围有不同的主张，按其范围的广狭形成了大、中、小国际私法三个学派，但是，三个学派又共同认为：法律适用是国际私法最基本、最核心的内容。随着国际经济法和涉外经济法的兴起，国际私法主要是法律冲突法的观点

# 目 录

## 第一编 国际私法的基本原理

|                                  |        |
|----------------------------------|--------|
| 第一章 国际私法的对象、范围、性质、定义、原理及其发展..... | ( 1 )  |
| 第一节 国际私法调整的对象 .....              | ( 1 )  |
| 第二节 国际私法的范围 .....                | ( 5 )  |
| 第三节 国际私法的性质 .....                | ( 9 )  |
| 第四节 国际私法的定义 .....                | ( 14 ) |
| 第五节 国际私法的原理 .....                | ( 16 ) |
| 第六节 国际私法发展的新阶段 .....             | ( 21 ) |
| 第七节 中国国际私法的历史与现状 .....           | ( 33 ) |
| 第八节 简短的结论 .....                  | ( 39 ) |
| 第二章 国际私法的基本规范——冲突规范 .....        | ( 42 ) |
| 第一节 冲突规范的含义与基本特点 .....           | ( 42 ) |
| 第二节 冲突规范的结构 .....                | ( 44 ) |
| 第三节 冲突规范的类型 .....                | ( 50 ) |
| 第四节 准据法的适用 .....                 | ( 55 ) |
| 第五节 对由冲突规范适用外国法的各种限制 .....       | ( 57 ) |
| 第三章 外国人的民事法律地位 .....             | ( 82 ) |
| 第一节 外国人的法律含义 .....               | ( 82 ) |
| 第二节 外国人地位的几种主要法律形式 .....         | ( 88 ) |
| 第三节 外国人在我国的法律地位 .....            | ( 93 ) |

## 第二编 涉外民事关系的法律适用

|     |                                  |     |
|-----|----------------------------------|-----|
| 第四章 | 涉外民事法律关系主体的法律适用 .....            | 103 |
| 第一节 | 涉外民事法律关系主体的含义 .....              | 103 |
| 第二节 | 自然人为涉外民事关系的主体及其应适用的法律 .....      | 105 |
| 第三节 | 法人为涉外民事关系的主体及其应适用的法律 .....       | 113 |
| 第四节 | 国家为涉外民事关系的主体与国家司法豁免权 .....       | 119 |
| 第五章 | 适用于婚姻与家庭关系的法律 .....              | 124 |
| 第一节 | 涉外结婚的法律适用 .....                  | 124 |
| 第二节 | 涉外离婚与宣布婚姻无效的法律适用 .....           | 130 |
| 第三节 | 涉外家庭关系的法律适用 .....                | 135 |
| 第四节 | 涉外扶养的法律适用 .....                  | 143 |
| 第六章 | 适用于财产所有权的法律 .....                | 146 |
| 第一节 | 财产所有权的含义及适用于财产所有权的基本<br>法律 ..... | 146 |
| 第二节 | 不动产与动产的法律适用 .....                | 149 |
| 第三节 | 知识产权的法律适用和国际保护 .....             | 151 |
| 第四节 | 我国处理涉外财产所有权的基本法律规则 .....         | 161 |
| 第七章 | 合同性债务的法律适用 .....                 | 165 |
| 第一节 | 合同性债务的含义及其适用法律的基本理论 .....        | 165 |
| 第二节 | 对当事人“意思自治”的限制 .....              | 168 |
| 第三节 | “最密切联系因素”的确定及其具体化的趋向 .....       | 173 |
| 第四节 | 我国涉外经济合同的法律适用特点 .....            | 178 |
| 第八章 | 对外贸易中的法律适用 .....                 | 182 |
| 第一节 | 对外贸易的概念及其基本法律特征 .....            | 182 |
| 第二节 | 对外货物买卖合同的法律适用 .....              | 183 |
| 第三节 | 对外贸易货物运输合同的法律适用 .....            | 188 |
| 第四节 | 国际货物运输保险合同的法律适用 .....            | 191 |
| 第五节 | 对外贸易中的票据的法律适用 .....              | 194 |



|      |                                    |       |
|------|------------------------------------|-------|
| 第六节  | 国际贸易条约与国际贸易惯例 .....                | (201) |
| 第九章  | 适用于国际经济技术合作的法律 .....               | (206) |
| 第一节  | 国际投资中的国家合同的法律适用 .....              | (206) |
| 第二节  | 国际借贷合同的法律适用 .....                  | (213) |
| 第三节  | 国际技术转让中的国际许可证合同(协议)的<br>法律适用 ..... | (219) |
| 第四节  | 国际劳务雇佣合同的法律适用 .....                | (224) |
| 第十章  | 侵权行为的法律适用 .....                    | (227) |
| 第一节  | 侵权行为之债与合同性债务的联系与区别 .....           | (227) |
| 第二节  | 侵权行为的法律适用 .....                    | (228) |
| 第三节  | 产品责任的法律适用 .....                    | (235) |
| 第四节  | 无因管理与不当得利的法律适用 .....               | (239) |
| 第五节  | 我国涉外侵权行为准据法的特点 .....               | (241) |
| 第十一章 | 涉外继承 .....                         | (243) |
| 第一节  | 涉外继承的含义 .....                      | (243) |
| 第二节  | 涉外继承的法律适用 .....                    | (245) |
| 第三节  | 涉外遗嘱继承 .....                       | (248) |
| 第四节  | 遗产的国际管理 .....                      | (251) |
| 第五节  | 我国的涉外继承 .....                      | (254) |

### 第三编 涉外民事诉讼与商事仲裁

|      |                                |       |
|------|--------------------------------|-------|
| 第十二章 | 涉外民事诉讼中的司法管辖权 .....            | (262) |
| 第一节  | 涉外民事管辖权的含义 .....               | (262) |
| 第二节  | 行使涉外民事管辖权的根据 .....             | (265) |
| 第三节  | 国际司法管辖权的冲突与统一 .....            | (273) |
| 第四节  | 我国涉外民事管辖权 .....                | (277) |
| 第五节  | 选择涉外民事管辖法院的一般原则 .....          | (282) |
| 第十三章 | 涉外民事诉讼的一般法律程序与国际<br>司法协助 ..... | (287) |

|      |                      |       |
|------|----------------------|-------|
| 第一节  | 涉外民事诉讼的一般法律程序 .....  | (287) |
| 第二节  | 国际司法协助 .....         | (295) |
| 第三节  | 外国法院判决的承认与执行 .....   | (306) |
| 第四节  | 涉外公证与领事认证 .....      | (314) |
| 第十四章 | 国际商事仲裁 .....         | (319) |
| 第一节  | 国际商事仲裁的含义与特点 .....   | (319) |
| 第二节  | 国际商事仲裁庭的管辖权 .....    | (321) |
| 第三节  | 国际商事仲裁的程序规则 .....    | (326) |
| 第四节  | 国际商事仲裁裁决的承认和执行 ..... | (332) |

#### 第四编 区际私法

|      |  |       |
|------|--|-------|
| 第十五章 | 区际私法与我国内地同(香港、台湾)、<br>澳(门)地区的法律冲突..... | (341) |
| 第一节  | 区际私法的理论与实践 .....                       | (341) |
| 第二节  | 解决我国内地与港、澳、台地区法律冲突的基本<br>方法 .....      | (351) |
| 第三节  | 近期解决我国内地与港、澳、台地区法律冲突<br>的方法 .....      | (359) |

# 第一编 国际私法的基本原理

## 第一章 国际私法的对象、范围、 性质、定义、原理及其发展

国际私法是从13—15世纪的意大利开始形成和发展起来的，现在它已成为各国重要的部门法之一，国际私法学亦已成为一门独立的法律学科。

无论国际私法作为部门法还是作为学科体系，与其他法律或法律学科相比，在调整对象、调整方法、性质、范围等方面都有其独有的特点。

### 第一节 国际私法调整的对象

每个独立的法都有自己的调整对象。国际私法与其他法的根本区别在于它调整的是涉外的民事法律关系。

什么是涉外的民事法律关系呢？

首先，在法律关系结构中含有“涉外因素”(Foreign Element)。我们知道，法律关系由三部分构成：主体、客体、将主体与客体相连结的行为。涉外法律关系就是指在法律关系的构成中，或是主体双方或一方涉外，或是法律关系的客体（标的物）在国外，或是法律行为的成立、变更、消灭等有关的法律事实发生在域外。应当特别需要说明的是：

(1) 在确定法律关系主体涉外时，应当看到法律关系主体的多样性和不同国家规定涉外主体的不同标准。涉外民事法律关系的主体有自然人、法人和特殊的民事主体——国家。就自然人而言，必须是双方或一方中具有外国的国籍，或是常设住所于国外。就法人而言，或是该法人在外国登记的（国籍论），或是主事务所设于国外的（主事务所说），或是为外国资本所控制的（控制论）。就国家而言，它是一个特殊的涉外民事法律关系主体；在以国家名义而出现的涉外民事关系中，国家组织与国家组织的关系是民事法律关系；国家组织与自然人和法人等其他涉外民事法律关系主体的关系是平等的民事法律关系，不存在一方支配一方的问题。

(2) 在确定标的物涉外时，应当看到标的物的转移和变化；在法律行为发生前，标的物在国外的，当然该法律关系具有涉外因素，在争讼发生后，一方将争讼的标的物转移到国外的，其原纯粹属于国内的民事法律关系也就转化为涉外的民事法律关系。

(3) 在确定法律行为涉外时，应当看到如果与本法律关系有关的法律行为的发生、变更、消灭等诸因素中，有一个行为发生于国外，该法律关系就成为涉外的法律关系。例如，在买卖合同这个法律行为中，有要约与承诺之分，无论要约或承诺，只要有一个行为发生于国外，都使该契约成为涉外契约。同样，如果法律行为发生在国外，其结果发生在国内；或是法律行为发生于国内，结果发生于国外；如在国外发生侵权行为，在国内发生损害；或是在国内发行的票据，在国外付款者，由此而引起的法律关系都是涉外的民事法律关系。

(4) 国际私法中的“外国”应该作广义解释，它不同于国际公法或宪法意义上的国家。一般指有独自法律制度的区域，这

种实行独立法律制度的区域称之为“法域”(Territorial Legal Unit或Law District)因此,严格地说,国际私法中的“外国”,实际上是指的“外法域”。英国学者莫里斯对这个问题有透彻的论述:国际公法主要涉及不同国家之间的关系,而国际私法是与不同国家间的法律制度的不同有关。国际公法意义上的国家同法律冲突法意义上的国家(有时叫“法域”(Law District))可能一致,也可能不一致。象瑞典、意大利和新西兰等单一制国家,其全国的法律是一样的,在这种情况下,国际公法与国际私法中的国家的含义是一致的。但是,国际公法是一点也不知道象英格兰或苏格兰、纽约或加利福尼亚这样的国家的,因为它们只是联合王国和合众国不可分割的组成部分。然而,上述的每一个单位在法律冲突法的意义上都可以是“国家”,因为各自都有独立的法律制度。①

(5) 主体、标的物与行为三者之间不是孤立的,在一个法律关系中,上述几个因素有的是同时涉外,有的是部分涉外,但是,要构成涉外的民事法律关系,其中至少要有一个因素涉外。

其次,国际私法只调整含有涉外因素的民事法律关系。民事法律关系是指由民法调整所形成的权利和义务关系。在资产阶级国家,民法也通称为私法,民事法律关系也叫做私法关系,一般系指发生在公民之间的有关人身财产关系和人身非财产关系,诸如人的能力、亲属关系、家庭婚姻关系、继承关系、所有权、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有涉外因素的那部分关系,凡这些关系中含有涉外因素的,都由国际私法予以调整。英国学者莫里斯关于国际

---

① 参见董立坤译《英国国际私法的性质、范围及其晚近的发展》1983年第1期《国外法学》。

私法的定义充分说明了国际私法与民法在调整对象中的这种区别：“法律冲突法（即国际私法）是国内私法中含有‘涉外因素’的那部分法律”。①

应当指出，国际私法调整的涉外民事法律关系是广义的民事法律关系。我们知道，各国关于民事法律关系的范围有广狭之分，在苏联和东欧的一些社会主义国家，民事法律关系仅指社会主义组织间、组织与公民间、公民相互间的财产关系，以及与之相联系的人身非财产关系，劳动关系，婚姻家庭关系不属于民法调整的范围，不属于民事法律关系。在西方一些资本主义国家，与民法相平行的还有商法，海商法关系，公司法关系，票据法关系，均由商法调整。这些关系称之为商事法律关系。国际私法是否调整涉外商事关系，历史上曾有过争论。但是，随着民、商关系日益密切，国际私法也应调整涉外的商事法律关系已为各国所普遍承认。目前，国际私法调整的涉外民事法律关系，就是指的这种包括传统的民事法律关系和传统的商事法律关系在内的广义的涉外民事法律关系，它既包括涉外所有权关系、涉外债权债务关系、涉外继承关系、涉外发明权、商标权、著作权关系，也包括涉外婚姻家庭关系、涉外劳动关系、涉外票据法关系、涉外海商法关系、涉外公司法关系，等等。根据我国1986年《民法通则》第2条“中华人民共和国民法调整平等主体的公民之间、法人之间、公民和法人之间的财产关系和人身关系”的规定，我国民法调整的也为广义的民事法律关系。由此可见，凡是含有涉外因素的平等主体的公民之间、法人之间、公民和法人之间的财产关系和人身关系都可归入国际私法的调整范围。

---

① 参见莫里斯（Morris）《法律冲突论》1980年英文版第2版，第3页。

## 第二节 国际私法的范围

国际私法的范围主要指国际私法包括哪些内容和规范的问题。这是一个在国际私法中争议较多的问题。在历史上，主要争论的是，国际私法调整的是狭义的民事关系，还是包括商法内容在内的广义的涉外民事法律关系。比利时学者罗兰 (Laurent) 和德国的志特尔曼 (Zitelmann) 都曾坚持国际私法只应研究民法的冲突问题，涉外商事法律关系排除于国际私法之外。但是随着国际经济交往的扩大和发展，涉外商事法律冲突越来越多，同时大多数国家民、商法是合一的，商法也被认为是私法的范畴。有鉴于此，国际私法调整广义的涉外民事法律的观点为大部分学者所接受，今天仍坚持将涉外商事法律关系的内容排除于国际私法之外的人几乎是没有了。

当前，各国关于国际私法范围的分歧主要表现在：国际私法是只包括选择适用法律的规范（即冲突规范），还是应同时包括与适用冲突规范有关的其他内容。如外国人的民事法律地位、住所与国籍，涉外民事管辖权，国际司法协助以及外国法院判决（包括外国仲裁裁决）的承认和执行等问题。对此，各国有不同的理论与实践。

英国和美国国际私法从法院审理涉外民事案件的过程确定国际私法的范围。它包括三个紧密相关的部分：（1）涉外民事案件管辖权规范；（2）法律选择规范；（3）外国判决的承认与执行规范。实践中，英美国家尤其强调管辖权的作用，他们认为，国际私法的核心内容固然应该是选择法律问题，但是任何提交给法院的涉外民事案件，先要确定法院对它是否拥有管辖权，这是法院处理案件的前提。只有解决了管辖权问题，第二步才是

选择适用法律的问题。为此，英美等国家总是尽量扩大对涉外民事案件的管辖权，滥用管辖权的案例是不胜枚举的。英国有这样一个案例，原告被保险人是利比亚某公司，被告是科威特的一家保险公司，保险赔偿地和争议发生地都在科威特，英国法院以保单是与1906年英国海上保险法所附的保单格式相同，保险合同用英文书写的为由，对该案行使管辖权。

法国、荷兰、比利时、卢森堡、西班牙、葡萄牙和一些中南美国家的国际私法包括：（1）国籍规范，先确定主体的国籍，有利于判定案件的国际或国内性质；（2）规定外国人民事法律地位的规范，以进一步确定案子能否成立；（3）管辖权规范，以决定法院地国对案件是否拥有管辖权；（4）冲突规范，决定适用于案件的准据法。

德意志联邦共和国、北欧国家和原来的瑞士的国际私法仅包括冲突规范，而将其他规范归入另外的部门法之中。他们认为，国际私法就是解决法律冲突问题的，选择法律是国际私法的唯一内容。因此，他们将其他规范排除于国际私法范围之外。

应当指出，随着国际民事，经济交往的不断扩大，涉外民事经济纠纷急剧增多，为了便利于这种纠纷的解决，国际上开展了国际私法的统一运动。各国的国际私法都开始从着眼于国际私法调整国际（或涉外）民事法律关系的全过程出发，国际私法的范围除了冲突规范之外，还包括一系列适用冲突规范，使涉外民事纠纷得以解决的其他规范的内容。这主要是：国籍与住所冲突的规范、外国人民事法律地位规范，涉外民事管辖权规范，国际司法协助规范，外国判决的承认和执行规范。这几乎成了国际上一种潮流。这主要表现在：（1）许多原来只将冲突规范作为国际私法内容的国家，制定了新的国际私法法典，在新法典中包括了以上各项内容，其中典型代表当推1987年正式颁布生效的《瑞士



国际私法典》。此外，1964年的《捷克斯洛伐克国际私法及国际民事诉讼法》，1982年的《土耳其国际私法和国际诉讼程序法》、《南斯拉夫法律冲突法》也包括了上述各项内容。（2）即使未制定包括上述各项内容的国际私法法典的国家，在理论著作和司法实践中，也将上述各项内容作为国际私法的内容来进行研究和规定。（3）国际性和区域性的有关国际私法双边或多边条约，也以上述各项内容缔结有关条约。其中尤以海牙国际私法会议缔结的各项国际私法的条约为代表。

综上所述，当前各国对于国际私法范围的认识已逐步趋向统一，各国理论与实践的基本主张是：冲突规范是国际私法的基本的核心内容，同时国际私法还应包括使冲突规范得以实现，涉外的民事纠纷得以解决，当事人权利得以实现的其他规范。

可是，在苏联、东欧一些国家以及我国的部分学者，他们在承认冲突规范和与适用冲突规范有关的规范为国际私法基本内容的同时，还主张把直接规定涉外民事法律关系主体权利与义务的国际统一实体规范和国内法中直接调整涉外民事关系的实体规范都包括在国际私法范围之内。苏联学者波古斯拉夫斯基的观点颇有代表性：“必须把调整具有涉外因素的民事法律关系的全部规范，都纳入国际私法的范围。应当这样做，因为具有决定意义的是关系的性质的本身，是调整的对象，而不是调整的方法。根据这种观点，通过签订国际协定而统一的实体规范应当纳入国际私法。实体法规范的统一化和冲突方法，是调整具有涉外因素的关系的两种方法，而且实体规范的统一化是最完善的方法”。<sup>①</sup>但是，苏联学者的这种观点并没有为世界大部分国家的国际私法的理论和实践所承认。我国部分学者也奉行此理论，但是，现在越

---

<sup>①</sup> 参见波古斯拉夫斯基：《国际私法》，1987年中译本，第11页。