



21世纪

高等院校法学系列教材

国际

GUOJI SIFA XUE

私法学

蒋新苗 杨翔 主编

湖南人民出版社

 **21世纪**
高等院校法学系列教材

湖南省高等教育指定教材

湖南省重点学科法学（国际法学）项目

国际私法学

主 编 蒋新苗 杨 翔

副主编 许光耀 郭树理 刘益灯

编著（按撰写章节顺序）：

蒋新苗 杨 翔 许光耀 刘益灯 包运成

李 妮 蒋 懿 龚志军 王艺霖 银红武

熊之才 诸 江 彭丁带 黄小喜 江万里

戴小冬 蔡 唱 欧福永 郭树理

湖南人民出版社

本作品中文简体版权由湖南人民出版社所有。
未经许可，不得翻印。

图书在版编目（CIP）数据

国际私法学 / 蒋新苗、杨翔主编. —长沙：湖南人民出版社，2012. 8

ISBN 978-7-5438-8661-2

I. ①国… II. ①蒋… ②杨… III. ①国际私法—法的理论—高等学校—教材 IV. ①D997

中国版本图书馆CIP数据核字（2012）第184667号

国际私法学

编 著 者 蒋新苗 杨 翔
责任编辑 戴 军 马明明
装帧设计 虢 剑

出版发行 湖南人民出版社 [http://www.hnppp.com]
地 址 长沙市营盘东路3号
邮 编 410005
经 销 湖南省新华书店

印 刷 长沙超峰印刷有限公司
版 次 2012年8月第1版
2012年8月第1次印刷
开 本 787×1092 1/16
印 张 33.75
字 数 620千字
书 号 ISBN 978-7-5438-8661-2
定 价 58.00元

营销电话：0731-82683348 （如发现印装质量问题请与出版社调换）

目 录

第一章 国际私法的概念·····	(1)
第一节 国际私法的名称与定义·····	(1)
第二节 国际私法的调整对象·····	(6)
第三节 国际私法的性质·····	(22)
第四节 学习国际私法的意义与方法·····	(31)
小结·····	(34)
思考题·····	(34)
第二章 国际私法的范围与渊源·····	(35)
第一节 国际私法的范围·····	(35)
第二节 国际私法的渊源·····	(41)
第三节 国际私法的基本原则·····	(50)
小结·····	(57)
思考题·····	(58)
第三章 国际私法的历史·····	(59)
第一节 国际私法学说史·····	(59)
第二节 国际私法立法史·····	(83)
第三节 中国国际私法的历史·····	(85)
小结·····	(88)
思考题·····	(88)
第四章 外国人的民商事法律地位·····	(89)
第一节 外国人民商事法律地位的概念·····	(89)
第二节 外国人民商事法律地位的具体制度·····	(94)
第三节 我国有关外国人民商事法律地位的制度·····	(102)

小结·····	(105)
思考题·····	(105)
第五章 冲突规范与法律选择·····	(106)
第一节 冲突规范·····	(106)
第二节 连结点·····	(113)
第三节 准据法及其确定·····	(120)
第四节 识别·····	(127)
第五节 法律选择方法·····	(132)
小结·····	(136)
思考题·····	(137)
第六章 外国法的适用与排除·····	(138)
第一节 反致制度·····	(138)
第二节 外国法的查明和适用·····	(146)
第三节 法律规避·····	(151)
第四节 公共秩序·····	(155)
小结·····	(164)
思考题·····	(165)
第七章 自然人·····	(166)
第一节 自然人的国籍冲突·····	(166)
第二节 自然人的住所冲突·····	(170)
第三节 自然人权利能力和行为能力·····	(175)
小结·····	(181)
思考题·····	(182)
第八章 法人·····	(183)
第一节 法人的国籍·····	(183)
第二节 法人的住所·····	(186)
第三节 外国法人的认许·····	(188)
第四节 法人权利能力和行为能力·····	(191)
小结·····	(193)
思考题·····	(193)

第九章 法律行为与代理的法律适用	(194)
第一节 法律行为.....	(194)
第二节 代理.....	(198)
小结.....	(206)
思考题.....	(207)
第十章 物权的法律适用	(208)
第一节 物之所在地法原则.....	(208)
第二节 国有化中的国际私法问题.....	(216)
第三节 国际破产.....	(220)
第四节 信托.....	(233)
小结.....	(242)
思考题.....	(243)
第十一章 知识产权的法律适用	(244)
第一节 概述.....	(244)
第二节 知识产权的法律冲突.....	(247)
第三节 知识产权的国际保护.....	(255)
第四节 我国有关知识产权国际保护的立法与实践.....	(268)
小结.....	(271)
思考题.....	(272)
第十二章 合同法律适用的一般规则	(273)
第一节 国际社会解决合同法律适用的基本方法.....	(273)
第二节 合同准据法的确定理论.....	(276)
第三节 合同形式与缔约能力的法律适用.....	(285)
第四节 我国关于涉外合同法律适用的立法与实践.....	(287)
小结.....	(293)
思考题.....	(294)
第十三章 国际经贸关系中常用合同的法律适用	(296)
第一节 国际货物买卖合同.....	(296)
第二节 国际货物运输合同.....	(307)
第三节 国际货物运输保险合同.....	(313)
第四节 国际贸易支付.....	(316)

第五节	国际技术转让合同	(321)
第六节	国际私人直接投资合同	(322)
第七节	国际贷款协议	(326)
第八节	国际消费合同	(328)
第九节	国际电子合同	(329)
小结		(332)
思考题		(333)
第十四章	法定之债的法律适用	(334)
第一节	一般侵权行为	(334)
第二节	特殊侵权行为	(346)
第三节	不当得利和无因管理	(362)
小结		(368)
思考题		(369)
第十五章	婚姻家庭	(371)
第一节	概述	(371)
第二节	结婚	(372)
第三节	离婚	(384)
第四节	夫妻关系	(392)
第五节	亲子关系	(398)
第六节	收养	(403)
第七节	监护	(408)
第八节	扶养	(411)
小结		(414)
思考题		(414)
第十六章	继承与遗嘱的法律适用	(415)
第一节	法定继承的法律适用	(416)
第二节	遗嘱继承的法律适用	(425)
第三节	遗产管理的法律适用	(430)
第四节	无人继承财产的法律适用	(432)
第五节	有关遗产继承的国际公约	(435)
小结		(438)
思考题		(439)

第十七章 国际民事诉讼程序	(440)
第一节 国际民事诉讼程序概论.....	(440)
第二节 外国人与外国国家及其财产的诉讼地位.....	(442)
第三节 国际民事诉讼司法管辖权.....	(448)
第四节 期间、财产保全与诉讼时效.....	(455)
第五节 国际民事司法协助.....	(457)
第六节 外国法院判决的承认与执行.....	(467)
小结.....	(469)
思考题.....	(470)
第十八章 国际商事仲裁	(471)
第一节 国际商事仲裁的概念和特点.....	(471)
第二节 国际商事仲裁机构.....	(477)
第三节 国际商事仲裁协议.....	(484)
第四节 国际商事仲裁中的法律适用.....	(496)
第五节 国际商事仲裁程序.....	(499)
第六节 国际商事仲裁裁决的承认与执行.....	(511)
小结.....	(522)
思考题.....	(522)
主要参考资料	(523)
后 记	(526)

Table of Contents

Chapter 1	Concept of Private International Law	(1)
Section 1	Name and Definition of Private International Law	(1)
Section 2	Subject Matters of Private International Law	(6)
Section 3	Nature of Private International Law	(22)
Section 4	Significance and Methods of Learning Private International Law	(31)
Summary		(34)
Exercises		(34)
Chapter 2	Scopes and Sources of Private International Law	(35)
Section 1	Scopes of Private International Law	(35)
Section 2	Sources of Private International Law	(41)
Section 3	Principles of Private International Law	(50)
Summary		(57)
Exercises		(58)
Chapter 3	History of Private International Law	(59)
Section 1	History of Theories of Private International Law	(59)
Section 2	History of Legislature of Private International Law	(83)
Section 3	History of Private International Law in China	(85)
Summary		(88)
Exercises		(88)
Chapter 4	Civil and Commercial Status of Aliens	(89)
Section 1	The Concept of Civil and Commercial Status of Aliens	(89)
Section 2	Several Systems Concerning Civil and Commercial Status of Aliens	(94)

Section 3 Civil and Commercial Status of Aliens in China	(102)
Summary	(105)
Exercises	(105)
Chapter 5 Conflict Rules and Choice of Law	(106)
Section 1 Conflict Rules	(106)
Section 2 Points of Contact	(113)
Section 3 Applicable Law and Its Determination	(120)
Section 4 Identification	(127)
Section 5 Methods of Choice of Law	(132)
Summary	(136)
Exercises	(137)
Chapter 6 Application of Foreign Law and Its Exclusion	(138)
Section 1 Renvoi	(138)
Section 2 Ascertainment of Foreign Law and Its Application	(146)
Section 3 Evasion of Law	(151)
Section 4 Public Order	(155)
Summary	(164)
Exercises	(165)
Chapter 7 Natural Persons	(166)
Section 1 Conflict of Nationalities of Natural Persons	(166)
Section 2 Conflict of Domiciles of Natural Persons	(170)
Section 3 Legal Capacity and Disposing Capacity of Natural Persons	(175)
Summary	(181)
Exercises	(182)
Chapter 8 Legal Persons	(183)
Section 1 Nationalities of Legal Persons	(183)
Section 2 Domiciles of Legal Persons	(186)
Section 3 Recognition of Foreign Legal Persons	(188)
Section 4 Legal Capacity and Disposing Capacity of Legal Persons	(191)

Summary	(193)
Exercises	(193)
Chapter 9 Application of Law for Legal Act and Agency	(194)
Section 1 Legal Act	(194)
Section 2 Agency	(198)
Summary	(206)
Exercises	(207)
Chapter 10 Application of Law for Right in Rem	(208)
Section 1 The Principle of Lex Situs	(208)
Section 2 Nationalization in Private International Law	(216)
Section 3 International Bankruptcy	(220)
Section 4 Trust	(233)
Summary	(242)
Exercises	(243)
Chapter 11 Application of Intellectual Property	(244)
Section 1 General	(244)
Section 2 Conflict Rules on Intellectual Property	(247)
Section 3 International Protection for Intellectual Property	(255)
Section 4 Chinese Regulations and Practice Concerning International Protection for Intellectual Property	(268)
Summary	(271)
Exercises	(272)
Chapter 12 Application of Law in Contracts	(273)
Section 1 Present Approaches to Solve the Issue of Application of Law in Contracts in International Society	(273)
Section 2 Determination of the Applicable Law in Contracts	(276)
Section 3 Applicable of Law Concerning Formality of Contract and Competence	(285)
Section 4 Chinese Legislation and Judicature Concerning Application of Law in Contracts with Foreign – Related Relationship	(287)
Summary	(293)
Exercises	(294)

Chapter 13 Main Kinds of Contracts in the International Economic

Trade Relationships	(296)
Section 1 Contracts of International Sales of Goods	(296)
Section 2 Contracts of International Transportation of Goods	(307)
Section 3 Contracts of Insurance for International Transportation of Goods	(313)
Section 4 International Trade Payments	(316)
Section 5 Contracts of International Transfer of Technology	(321)
Section 6 Contracts of Private International Direct Investment	(322)
Section 7 International Loan Agreement	(326)
Section 8 International Consume Contract	(328)
Section 9 International Electronic Contract	(329)
Summary	(332)
Exercises	(333)

Chapter 14 Applicable Law for Legal Obligation

Section 1 Tort	(334)
Section 2 Special Tort	(346)
Section 3 Unjust Enrichment and Voluntary Service	(362)
Summary	(368)
Exercises	(369)

Chapter 15 Application of Law for Marital Relationship

Section 1 General	(371)
Section 2 Marriage	(372)
Section 3 Divorce	(384)
Section 4 Conjugal Relation	(392)
Section 5 Relation between Parents and Children	(398)
Section 6 Adoption	(403)
Section 7 Guardianship	(408)
Section 8 Maintenance	(411)
Summary	(414)
Exercises	(414)

Chapter 16 Application of Law for Wills and Succession

Section 1 Applicable Law of Legal Succession	(416)
--	-------

Section 2 Applicable Law of Testamentary Succession	(425)
Section 3 Applicable Law for Administration of Estate	(430)
Section 4 Applicable Law for Dealing with Vacant Estate	(432)
Section 4 International Convention on Wills and Succession	(435)
Summary	(438)
Exercises	(439)
Chapter 17 International Civil Procedure	(440)
Section 1 Introduction to International Civil Procedure	(440)
Section 2 Status of Foreign Nationals, Foreign States and Foreign National Property in Civil Action	(442)
Section 3 International Civil Jurisdiction	(448)
Section 4 Period of Time, Preservation of Property and Limitation of Action	(455)
Section 5 International Civil Judicial Assistance	(457)
Section 6 Recognition and Enforcement of Foreign Judgments	(467)
Summary	(469)
Exercises	(470)
Chapter 18 International Commercial Arbitration	(471)
Section 1 Concept and Characteristics of International	(471)
Section 2 International Commercial Arbitral Agency	(477)
Section 3 Agreement for International Commercial Arbitration	(484)
Section 4 Application of Law Concerning International Commercial Arbitration	(496)
Section 5 Procedure of International Commercial Arbitration	(499)
Section 6 Recognition and Enforcement of the Award of International Commercial Arbitration	(511)
Summary	(522)
Exercises	(522)
Bibliography	(523)
Postscript	(526)

第一章 国际私法的概念

第一节 国际私法的名称与定义

一、国际私法的名称

国际私法 (Private International Law) 作为调整各种含有涉外因素的民商事关系的一个独立的法律部门, 已有六七百年的发展历史, 然而, 其名称至今未能统一。直到目前为止, 不同学者, 不同国家和地区, 对国际私法仍保留着各种不同的称谓。德国国际私法学家科恩 (Franz Kahn) 曾明确指出: 国际私法是“从书名页起就有争论的一个法律学科”。^① 一般来说, 大陆法系各国比较普遍地称之为“国际私法” (Private International Law), 而普通法系各国则更多地称其为“冲突法” (Conflict of Law)。从国际私法产生与发展的历史来看, 其名称主要有如下六种:

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

这是国际私法最早使用的名称。早在 13 世纪末期和 14 世纪初, 国际私法学的创始人、意大利注释法学派的代表人物巴托鲁斯 (Bartolus) 最先使用了这一术语。不仅意大利的大部分国际私法学者接受和使用这一名称, 而且法国和荷兰的许多国际私法学者也相继认可和使用“法则区别说”来称谓国际私法。由于巴托鲁斯 (Bartolus) 主要是从区别“法则” (Statuta) 的性质入手来确定它们是否可以在域外适用, 故当时的国际私法学被称为“法则区别说” (或“法则说”)。而法则区别说所要解决的主要是当时意大利半岛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适用问题。所以, 19 世纪以后几乎再无学者使用“法则区别说” (或“法则说”) 来称谓国际私法。

2. 冲突法 (Conflict of Law)

^① 关于国际私法名称的演变与歧异, 参见梅仲协著: 《国际私法新论》, 台北三民书局 1982 年版, 第 18 - 22 页; Arthur Nussbaum, Grundzüge des Internationalen Privatrechts, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München und Berlin 1952, pp. 7 - 9.

这一名称是荷兰学者罗登伯格（Rodenburg）最早提出来的。1653年，他在《关于婚姻的法则或因习惯冲突而产生的法律问题》一书中，第一次使用了“冲突法”（De Conflictu Legum）这一名称。另一位荷兰著名国际私法学者胡伯（Huber）也于1684年使用过这一名称。美国国际私法学的奠基者斯托雷（Joseph Story）在其著作中也使用过“冲突法”这一名称。

3. 私国际法（Private International Law）

这一名称，最早是美国国际私法学奠基人斯托雷（Joseph Story）于1834年在其发表的《冲突法评论》（*Commentaries on the Conflict of Laws*）一书中提出的，其直译应为“私国际法”。但他自己并未用它来给这本书命名，相反，他仍采用欧洲大陆17世纪荷兰学者首倡的“冲突法”（De Conflictu Legum）这个名称。首先用“私国际法”这个名称的是法国学者弗利克斯（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看做国际法的学者，他在1840年发表的一篇论文，其题目就是《论内外国法律的冲突·又称国际法》。如今这一名称在法国以及其他一些拉丁语系国家较为流行，而英美等普通法系国家也有部分学者在继续使用这一名称。

4. 国际私法（Internationales Privatrecht）

真正称“国际私法”的却是德国一位叫谢夫纳（Schäffner）的学者，1841年，他在一本研究国际私法的历史的著作《国际私法的发展》中首先称这一法律部门为“Internationales Privatrecht”，而直译为英文，则成了“International Private Law”。现在，德国学者都沿用这一名称。此外，中国、日本、俄罗斯以及东欧一些国家的学者也广为使用这一名称。

5. 涉外私法（Foreign Private Law）

日本的一些学者认为，国际私法既然是规定内外国交往的私法关系，应称之为涉外私法。瑞士学者曼利（Meili）也对这一称谓倍加赞赏，明确地以“涉外私法或对外私法”命名其国际私法著作。我国国际私法前辈学者陈顾远同样主张将国际私法这一法律部门称为涉外私法较为适宜。^①

6. 外国法适用论（Application of Foreign Laws）

德国国际私法学者奥斯塔特（örstadt）在1822年出版的国际私法专著中，将其命名为“外国法适用论”。其意在于指出国际私法无非是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，这一名称也招致了不少非议。一些学者认为国际私法是规定内外国法律的适用问题，而不是仅仅规

^① 陈顾远：《国际私法总论（上册）》，上海法学编译社1933年版，第103-104页。

定外国法在什么情况下得以适用。^①

除上述较普遍使用的名称外,对国际私法这一法律部门还有许多不同的称呼。例如,19世纪中叶,萨维尼(Savigny)则认为这个法律部门是规定法律的场所效力的,所以又把国际私法学称为“法律的场所效力论”(Die Reaumliche Herrschaft der Rechtsnormen)。与此相仿,上一世纪学者还有把国际私法学称为“法律的域外效力论”(Extrateritorial Effect of Law)的。此外,还有把它叫做“私法关系的国际处理法”(Internationale Rechtsbehandlung der Privatrechtlichen Verpaltnisea),“私间法”(Zwischen privatrecht),“界限法”(Grenzrecht),“体系间法”(Droit Intersystematique),以及“国际民法”、“国际商法”、“国际民商法”,等等。

对于国际私法这个法律部门的称谓,即使在英、美学者之间也是存在差异的。尽管“Private International Law”这个名称为美国斯托雷所首倡,但直到今天,“冲突法”(Conflict of Law)在美国使用得更广泛。而在英国,这两个名称的使用频率几乎相等。例如,英国涉及这个法律部门的两部巨著,戴西和莫里斯的命名为《冲突法》,而威希尔和诺思的却取名为《国际私法》。究其原因,很重要的一点是美国的这个部门法主要是为解决它自己的各个州之间的法律冲突的,自不宜称为《国际私法》,而在英国则不存在这种情况。这一点,同样可以解释为什么欧洲国家比较普遍地使用“国际私法”这个名称的原因。

就国际私法的立法来说,德国最早称之为“民法施行法”;日本原称为“法例”,2006年改称为“法律适用法通则”;泰国和荷兰则称为“国际私法”;韩原称为“法例”,2001年改称为“国际私法”;也有直接称为“冲突法”的,1982年前南斯拉夫的立法就称之为“法律冲突法”;我国台湾地区则沿袭旧中国的立法而称为“涉外民事法律适用法”;中华人民共和国《民法通则》将涉外篇命名为“涉外民事关系的法律适用”,2010年全国人大常委会在通过我国单行的国际私法方面的立法时继续沿用了该名称,即《涉外民事关系法律适用法》。

总之,国际私法这个法律部门或法学学科的名称如此分歧,主要是由于不同时代、不同国家或地区、不同学者对于国际私法的功能及所要解决的问题存在不同的看法而产生的。了解这些名称,可以帮助我们从不同侧面认识国际私法这一法律部门或学科的性质和作用。然而,这些名称绝大多数人认为它只是由调整涉外民商事关系、解决这种涉外民商事关系的法律适用冲突的冲突规范及其相关制度所构成,即使主张将它叫做“国际私法”或“私

^① 唐纪翔:《国际私法总论》,1934年出版,第12页。

国际法”的学者们亦是如此。

二、国际私法的定义

由于对国际私法的调整对象、功能、方法及范围的理解不同，中外学者从不同角度给国际私法下过种种定义。美国学者比尔（Beale）曾写了一本《冲突法专论》（*Treaties on the Conflict of Laws*），他在1935年出版的这本著作中收集了许多学者从不同侧面给国际私法所下的定义，而在比尔之后，又有各种各样的新定义出现。但概括起来，古今中外有关国际私法的定义大致可归为以下几类：

1. 根据国际私法的调整对象加以定义，即国际私法是调整涉外民事关系的法律部门。^①采用这种定义的学者，大部分主张把所有调整涉外民法和商法关系的法律全部纳入国际私法范畴。

2. 从解决涉外民事关系中法律冲突的角度下定义，即国际私法是解决各国私法冲突的规范总和。法国学者弗里克斯（Foelix）曾将国际私法定义为是供判定不同国家私法之间冲突的规范的总和。就传统的国际私法来说，这样下定义的方法是比较切合国际私法的本意的。因为在国际上，国际私法这个法律部门，本来就是在解决涉外民事法律关系法律冲突的这个问题的基础上产生的；如果在涉外民事关系中，不出现法律冲突，国际私法就不会产生。日本的池原季雄就采取类似的定义方式，只是他认为国际私法只包括两类规范，即：“所谓国际私法，就是有关国际的私法交往的立法，它以解决（私法）冲突的法则（冲突规范或准据法选择规范）为中心，同时包括与其相关联的程序法的这一法的体系。”^②

3. 从有关涉外民事关系应服从外国法的效力的角度下定义。如沃顿（Francis Wharton）就认为国际私法是规定在有关情况下或多或少要服从（或让位于）别国的法律的规范。例如，比尔主持编纂的1934年美国《冲突法重述（第一次）》也把国际私法定义为“每一国家在处理某一法律问题时，决定是否应该承认某一外国法律的效力这样一个法律部门”。

4. 从法律适用的角度下定义。荷兰法学家阿瑟（Asser）把国际私法定义为提供判定什么法律能适用于不同国家的当事人之间的法律关系或者能适用于在国外所为的行为的原则的法律，换言之，就是提供在一国领域内适用他国法律的规则的法律。他就是从法律适用的空间范围这个角度来下定义的。我国著名国际私法学家李浩培教授也把国际私法定义为“在世界各国

① 姚壮、任继圣：《国际私法基础》，中国社会科学出版社1981年版，第8页；还可参见隆茨《国际私法》和萨瑟的《欧洲人民民主国家国际私法》等著作。

② 池原季雄：《国际私法总论》，1973年日文版，第1章第1节。