



普通高等教育“十一五”国家级规划教材  
面向21世纪课程教材

全国高等学校法学专业16门核心课程教材

# 国际私法

Private International Law

(第三版)

韩德培 主编

肖永平 主持修订

高等教育出版社  
北京大学出版社



普通高等教育“十一五”国家级规划教材  
面向 21 世纪 课 程 教 材

全国高等学校法学专业16门核心课程教材

# 国际私法

## Guojisifa

(第三版)

主 编 韩德培

主持修订 肖永平

撰 稿 人 (以修订章节排序)

黄 进 宋连斌 肖永平

甘 勇 郭玉军 王国华

何其生 刘仁山 谢石松

韩 健

高等教育出版社  
北京大学出版社

## 内容提要

作为我国目前内容最丰富、体例最新颖的国际私法教材,本书力求准确地阐述国际私法的基本概念、基本理论和基本原则,从而为公平合理地解决国际民事法律纠纷、保护中外当事人的正当权益提供坚实的理论基础、充分的法律依据和制度运作的基本方法。

本书共分五编:“总论”、“冲突法”、“统一实体法”、“国际民事诉讼法”、“国际商事仲裁法”。总论部分介绍国际私法的概念、渊源、历史和国际私法关系的主体。“冲突法”编除了包含传统的民事冲突法的内容,还增加了海事、票据、破产等商事冲突法的内容,知识产权的冲突法以及区际冲突法。“统一实体法”编将有关国际民事关系的一些国际统一实体法集中加以论述,并且将“统一实体法”和“冲突法”平行并列,具有一定的开拓性和创造性。“国际民事诉讼法”编重点论述了国际民事诉讼管辖权、域外送达和取证、外国判决的承认与执行以及国际司法协助等问题。“国际商事仲裁法”编系统介绍了国际商事仲裁的概念、性质、类别,仲裁协议,法律适用以及仲裁裁决的撤销、承认和执行等问题。本书适合于高校本科生和研究生教学的需要。

## 图书在版编目(CIP)数据

国际私法 / 韩德培主编. -- 3版. -- 北京: 高等教育出版社, 2014. 5

ISBN 978 - 7 - 04 - 032100 - 5

I. ①国… II. ①韩… III. ①国际私法 - 高等学校 - 教材 IV. ①D997

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 018120 号

策划编辑 王亚敏      责任编辑 王亚敏      封面设计 杨立新      版式设计 马敬茹  
责任校对 胡美萍      责任印制 田甜

---

出版发行	高等教育出版社	网 址	<a href="http://www.hep.edu.cn">http://www.hep.edu.cn</a>
社 址	北京市西城区德外大街 4 号		<a href="http://www.hep.com.cn">http://www.hep.com.cn</a>
邮政编码	100120	网上订购	<a href="http://www.landraco.com">http://www.landraco.com</a>
印 刷	北京铭成印刷有限公司		<a href="http://www.landraco.com.cn">http://www.landraco.com.cn</a>
开 本	787 mm × 960 mm 1/16	版 次	2000 年 8 月第 1 版
印 张	45		2014 年 5 月第 3 版
字 数	830 千字	印 次	2014 年 5 月第 1 次印刷
购书热线	010 - 58581118	定 价	55.00 元
咨询电话	400 - 810 - 0598		

---

本书如有缺页、倒页、脱页等质量问题,请到所购图书销售部门联系调换

版权所有 侵权必究

物 料 号 32100 - 00

## 修订者简介

(按修订章节排序)

- 黄进** 法学博士，中国政法大学校长、教授、博士生导师，中国国际私法学会会长。
- 宋连斌** 法学博士，中国政法大学教授、博士生导师，中国国际私法学会常务理事兼副秘书长。
- 肖永平** 法学博士，武汉大学法学院院长、博士生导师，长江学者特聘教授，中国国际私法学会常务副会长。
- 甘勇** 法学博士，武汉大学国际法研究所副教授。
- 郭玉军** 法学博士，武汉大学法学院教授、博士生导师，中国国际私法学会副会长兼秘书长。
- 王国华** 法学博士，上海海事大学法学院教授，中国国际私法学会常务理事。
- 何其生** 法学博士，武汉大学国际法研究所教授，中国国际私法学会常务理事兼副秘书长。
- 刘仁山** 法学博士，中南财经政法大学法学院教授、博士生导师，中国国际私法学会副会长。
- 谢石松** 法学博士，中山大学法学院教授，中国国际私法学会副会长。
- 韩健** 法学博士，华南国际经济贸易仲裁委员会教授，中国国际私法学会副会长。

## 第三版序言

这本全国高等学校法学专业核心课程教材《国际私法》自 2000 年由高等教育出版社和北京大学出版社出版第一版以来，为国内许多高校采用，受到了读者的好评。该教材在 2002 年获得教育部全国普通高等学校优秀教材一等奖。

2007 年，为了反映国内外国际私法在理论上和实践上的新进展和新经验，韩德培教授主持修订了该教材，肖永平教授协助主编作了统稿和定稿工作。考虑到第一版的部分作者没有继续从事国际私法教学和研究工作，经与他们协商，我们聘请宋连斌教授、何其生和甘勇博士作为第二版的修订者对原作者朱克鹏、郑自文、刘卫翔和宋航撰写的章节进行修订，其他章节由原作者自己修订。经过大家的共同努力，该教材第二版在保持第一版结构、体例基本不变的前提下，着重增加了一些有关新的国际条约、国内立法和司法实践的内容，特别充实了我国国际私法学界新的理论研究成果和实践经验，增强了该教材的中国元素和实用性。

在过去的六年中，中国的国际私法立法、实践和理论研究有了很大的发展，特别是 2010 年《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》的颁布实施，标志着中国国际私法进入了一个新的历史阶段。为了及时反映、总结和提炼中国国际私法理论和实践的新发展，应高等教育出版社的要求，肖永平教授主持了该教材第三版的修订工作，具体分工如下：

黄进：第一章，第十九章；

宋连斌：第二章（第一版原作者朱克鹏），第四章（第一版原作者肖永平）

肖永平：第三章，第五章至第八章，第二十章至第二十三章；

甘勇：第九章至第十二章（第一版原作者郑自文、刘卫翔）；

郭玉军：第十三章至第十四章；

王国华：第十五章；

何其生：第十六章（第一版原作者宋航）、第十七章（第一版原作者刘卫翔）；

刘仁山：第十八章、第二十四章；

谢石松：第二十五章至第二十九章；

韩 健：第三十章至第三十六章。

尽管各位修订者尽了很大努力，但不完善之处在所难免，敬请读者批评指正。

肖永平

2013年8月

# 目 录

## 第一编 总 论

第一章 国际私法的概念 .....	3
第一节 国际私法的调整对象 .....	3
一、国际民商事法律关系的含义 .....	3
二、国际民商事法律关系的调整方法 .....	4
第二节 国际私法的范围 .....	5
一、关于国际私法范围的不同主张 .....	5
二、国际私法的规范 .....	7
第三节 国际私法的性质 .....	9
一、关于国际私法性质的不同学说 .....	9
二、国际私法的国际性 .....	11
第四节 国际私法的名称 .....	12
一、国际私法的名称之争 .....	12
二、国际私法与国际私法学 .....	13
第五节 国际私法的定义 .....	14
第六节 国际私法的体系 .....	16
一、国际私法立法体系 .....	16
二、国际私法理论体系 .....	18
第二章 国际私法的渊源 .....	20
第一节 国内立法 .....	20
一、国内立法作为国际私法的渊源 .....	20
二、各国国际私法立法的主要模式 .....	21
三、当代国际私法国内立法的主要特点及发展趋势 .....	21
第二节 司法判例 .....	23
一、司法判例作为国际私法的渊源 .....	23
二、我国对司法判例的立场和态度 .....	24
第三节 国际条约 .....	25

---

一、国际条约作为国际私法的渊源 .....	25
二、从事国际私法统一工作的国际组织 .....	26
三、作为国际私法渊源的条约 .....	28
四、我国缔结或加入的有关国际私法条约 .....	29
<b>第四节 国际惯例</b> .....	30
一、国际惯例的概念 .....	30
二、国际惯例作为我国国际私法渊源的问题 .....	31
<b>第五节 学说或法理</b> .....	32
<b>第三章 国际私法的历史</b> .....	33
<b>第一节 国际私法的萌芽</b> .....	33
一、罗马法时代 .....	33
二、种族法时代 .....	34
三、属地法时代 .....	34
<b>第二节 法则区别说时代</b> .....	34
一、意大利的法则区别说 .....	34
二、法国的法则区别说 .....	37
三、荷兰的法则区别说 .....	38
<b>第三节 近代国际私法</b> .....	40
一、德国学派 .....	40
二、意大利学派 .....	41
三、英国学派 .....	42
四、美国学派 .....	44
<b>第四节 当代国际私法</b> .....	45
一、英美国家 .....	46
二、欧洲大陆国家 .....	50
三、苏东国家 .....	51
四、亚非拉发展中国家 .....	52
<b>第五节 中国国际私法的历史发展</b> .....	53
一、中国国际私法的立法史 .....	53
二、中国国际私法学的发展 .....	55
<b>第四章 国际私法关系的主体</b> .....	59
<b>第一节 自然人</b> .....	59
一、自然人的国籍 .....	59
二、自然人的住所 .....	62
<b>第二节 法人</b> .....	64



一、法人的国籍 .....	64
二、法人的住所 .....	67
三、外国法人的认可 .....	68
<b>第三节 国家</b> .....	69
一、国家作为国际私法关系主体的特殊性 .....	69
二、国家豁免 .....	70
<b>第四节 国际组织</b> .....	74
一、国际组织作为国际私法关系主体的特殊性 .....	74
二、政府间国际组织的特权与豁免 .....	74
三、国际组织权利能力与行为能力的法律冲突及解决 .....	75
<b>第五节 外国人民事法律地位的几种制度</b> .....	76
一、国民待遇 .....	77
二、最惠国待遇 .....	78
三、优惠待遇 .....	78
四、普遍优惠待遇 .....	79
五、不歧视待遇 .....	80

## 第二编 冲突法

<b>第五章 法律冲突</b> .....	83
<b>第一节 法律冲突的含义和产生</b> .....	83
一、法律冲突的含义 .....	83
二、法律冲突的产生 .....	84
<b>第二节 法律冲突的种类</b> .....	84
一、公法冲突和私法冲突 .....	84
二、积极的法律冲突、消极的法律冲突和无法律冲突 .....	84
三、空间上的法律冲突、时际法律冲突和人际法律冲突 .....	85
四、立法冲突、司法冲突和守法冲突 .....	85
五、平面的法律冲突和垂直的法律冲突 .....	85
<b>第三节 法律冲突的解决办法</b> .....	86
一、公法冲突和私法冲突的解决 .....	86
二、空间上的法律冲突、时际法律冲突和人际法律冲突的解决 .....	86
三、立法冲突、司法冲突和守法冲突的解决 .....	87
四、垂直的法律冲突和平面的法律冲突的解决 .....	87
<b>第四节 国际民事法律冲突</b> .....	87
一、国际民事法律冲突的产生原因 .....	88

二、国际民事法律冲突的解决办法 .....	89
<b>第六章 冲突规范</b> .....	91
<b>第一节 冲突规范的概念、结构和类型</b> .....	91
一、冲突规范的概念 .....	91
二、冲突规范的结构 .....	92
三、冲突规范的类型 .....	92
<b>第二节 冲突规范的基础和灵活化趋势</b> .....	94
一、冲突规范的基础 .....	94
二、冲突规范的灵活化趋势 .....	96
<b>第三节 连结点</b> .....	97
一、连结点的法律意义 .....	97
二、连结点的分类 .....	98
三、连结点的选择 .....	99
四、连结点的发展方向 .....	102
<b>第四节 系属公式</b> .....	106
一、系属公式的含义 .....	106
二、几种常见的系属公式 .....	106
<b>第七章 准据法的确定</b> .....	108
<b>第一节 准据法的概念和特点</b> .....	108
一、准据法的概念 .....	108
二、准据法的特点 .....	108
<b>第二节 准据法的选择方法</b> .....	110
一、准据法选择方法的含义和作用 .....	110
二、选择准据法的具体方法 .....	111
<b>第三节 实体问题与程序问题</b> .....	114
一、实体问题与程序问题的划分 .....	114
二、若干具体问题的区分 .....	116
<b>第四节 先决问题</b> .....	119
一、先决问题的概念 .....	119
二、先决问题的构成要件 .....	120
三、先决问题准据法的确定 .....	120
<b>第五节 特殊情况下准据法的确定</b> .....	122
一、时际法律冲突与准据法的确定 .....	122
二、区际法律冲突与准据法的确定 .....	124
三、人际法律冲突与准据法的确定 .....	125

---

<b>第八章 冲突法的一般问题</b> .....	126
<b>第一节 识别</b> .....	126
一、识别的概念 .....	126
二、识别冲突的产生原因 .....	127
三、解决识别冲突的方法 .....	128
<b>第二节 反致</b> .....	132
一、反致的概念 .....	132
二、反致问题的产生 .....	133
三、反致问题在理论上的分歧 .....	134
<b>第三节 法律规避</b> .....	136
一、法律规避的概念 .....	136
二、法律规避的构成要件 .....	137
三、法律规避的性质 .....	137
四、法律规避的效力 .....	138
<b>第四节 公共秩序保留</b> .....	140
一、公共秩序保留的概念和适用情形 .....	140
二、公共秩序保留的理论 .....	142
三、公共秩序保留的立法 .....	145
四、公共秩序保留的司法运用 .....	147
<b>第五节 外国法内容的查明</b> .....	151
一、外国法内容的查明的含义 .....	151
二、外国法的性质 .....	151
三、外国法的查明方法 .....	152
四、外国法无法查明时的解决方法 .....	154
五、外国法错误适用的救济 .....	156
<b>第九章 权利能力和行为能力的法律冲突法</b> .....	158
<b>第一节 自然人权利能力的法律适用</b> .....	158
一、自然人权利能力的法律冲突 .....	158
二、自然人权利能力的法律适用规则 .....	161
三、涉外失踪和死亡宣告的管辖权与法律适用 .....	162
四、我国的相关规定 .....	164
<b>第二节 自然人行为能力的法律适用</b> .....	164
一、自然人行为能力的法律冲突 .....	164
二、自然人行为能力的法律适用规则 .....	166
三、禁治产宣告的管辖权与法律适用 .....	168

四、我国的相关规定	169
<b>第三节 法人权利能力和行为能力的法律适用</b>	170
一、法人权利能力和行为能力的法律冲突	170
二、法人权利能力和行为能力的法律适用规则	170
三、我国的相关规定	171
<b>第十章 法律行为、代理和时效的法律冲突法</b>	172
<b>第一节 法律行为</b>	172
一、法律行为及其法律冲突	172
二、法律行为方式的法律适用	172
三、几种特殊法律行为方式的法律适用	174
<b>第二节 代理</b>	175
一、代理的概念	175
二、代理的法律冲突	175
三、代理的法律适用	176
四、中国有关涉外代理法律适用的规定	180
<b>第三节 时效</b>	180
一、时效及其法律冲突	180
二、时效的法律适用	180
三、中国有关时效法律适用的规定	182
<b>第十一章 物权的法律冲突法</b>	183
<b>第一节 物之所在地法原则</b>	183
一、物之所在地法原则的产生和发展	183
二、物权关系适用物之所在地法的理论根据	185
三、物之所在地的确定	186
四、物之所在地法的适用范围	187
五、物之所在地法适用的例外	189
六、中国关于物权法律适用的规定	190
<b>第二节 国有化问题</b>	191
一、国有化法令对本国人在外国的财产的效力	191
二、国有化法令对外国人在内国的财产的效力和补偿	192
三、中国关于国有化问题的立场和实践	192
<b>第三节 信托</b>	193
一、信托的概念和法律冲突	193
二、涉外信托关系的法律适用	194
三、《关于信托的准据法及其承认的公约》	194

---

四、我国的相关规定	197
<b>第十二章 债权的法律冲突法</b>	<b>198</b>
<b>第一节 合同的法律适用</b>	<b>198</b>
一、涉外合同的准据法概述	198
二、合同准据法的确定方法	200
三、合同的特殊方面及特殊合同的法律适用	205
四、我国关于合同法律适用的实践	206
<b>第二节 侵权行为的法律适用</b>	<b>209</b>
一、一般侵权行为的法律适用	209
二、特殊侵权行为的法律适用	211
三、我国关于侵权行为法律适用的实践	215
<b>第三节 不当得利和无因管理的法律适用</b>	<b>216</b>
一、不当得利的法律适用	216
二、无因管理的法律适用	217
三、我国有关不当得利和无因管理法律适用的规定	217
<b>第十三章 婚姻家庭的法律冲突法</b>	<b>218</b>
<b>第一节 结婚的法律适用</b>	<b>218</b>
一、结婚实质要件的准据法	218
二、结婚形式要件的法律适用	221
三、领事婚姻	221
四、我国关于涉外结婚的法律规定	222
<b>第二节 夫妻关系的法律适用</b>	<b>223</b>
一、夫妻人身关系的准据法	223
二、夫妻财产关系的准据法	224
三、我国有关涉外夫妻关系的法律规定	225
<b>第三节 离婚的法律适用</b>	<b>225</b>
一、离婚案件的管辖权	225
二、离婚的法律适用	226
三、离婚法律适用的新发展	228
四、我国有关涉外离婚的法律规定	228
<b>第四节 父母子女关系的法律适用</b>	<b>229</b>
一、婚生子	230
二、非婚生子的准正	231
三、父母子女间的权利与义务关系的准据法	232
四、我国有关涉外父母子女关系的法律规定	233

---

第五节 收养的法律适用 .....	233
一、收养案件的管辖权 .....	233
二、收养的法律适用规则 .....	234
三、中国有关涉外收养法律适用的规定 .....	236
第六节 扶养的法律适用 .....	237
第七节 监护的法律适用 .....	238
一、监护案件的管辖权 .....	238
二、监护的法律适用规则 .....	239
三、我国对涉外监护法律适用的规定 .....	239
<b>第十四章 继承的法律冲突法 .....</b>	<b>241</b>
第一节 法定继承的法律适用 .....	241
一、法定继承的法律适用规则 .....	242
二、继承准据法的适用范围 .....	244
三、中国有关涉外法定继承法律适用的规定 .....	246
第二节 遗嘱的法律适用 .....	247
一、立遗嘱能力的法律适用 .....	248
二、遗嘱方式的法律适用 .....	249
三、遗嘱解释的法律适用 .....	250
四、遗嘱撤销的法律适用 .....	251
五、我国有关涉外遗嘱的法律规定 .....	252
第三节 无人继承财产的处理 .....	253
一、无人继承财产归属问题的法律适用 .....	253
二、中国有关涉外无人继承财产归属问题的法律规定 .....	255
<b>第十五章 海事的法律冲突法 .....</b>	<b>256</b>
第一节 海事合同的法律适用 .....	256
一、海事合同的法律冲突 .....	256
二、海事合同的法律适用规则 .....	257
第二节 船舶物权的法律适用 .....	262
一、船舶物权的法律冲突 .....	262
二、船舶物权的法律适用规则 .....	263
第三节 船舶碰撞损害赔偿的法律适用 .....	266
一、船舶碰撞损害赔偿的法律冲突 .....	266
二、船舶碰撞损害赔偿的法律适用规则 .....	267
第四节 海难救助的法律适用 .....	271
一、海难救助的法律冲突 .....	271

---

二、海难救助的法律适用规则 .....	272
第五节 共同海损的法律适用 .....	274
一、共同海损的法律冲突 .....	274
二、共同海损的法律适用规则 .....	276
第六节 海事赔偿责任限制的法律适用 .....	277
一、海事赔偿责任限制的法律冲突 .....	277
二、海事赔偿责任限制的法律适用规则 .....	278
<b>第十六章 票据的法律冲突法</b> .....	<b>283</b>
第一节 票据的法律冲突 .....	283
一、票据与涉外票据 .....	283
二、票据的法律冲突 .....	284
第二节 票据的法律适用 .....	285
一、票据法律适用的原则 .....	285
二、票据关系的法律适用规则 .....	287
<b>第十七章 破产的法律冲突法</b> .....	<b>293</b>
第一节 涉外破产的管辖权 .....	293
一、主要利益中心 .....	294
二、营业所 .....	294
三、资产所在地 .....	294
第二节 破产的法律适用 .....	295
一、破产债权和其他相关权利的法律适用 .....	295
二、破产程序和后果的法律适用 .....	296
第三节 破产的域外效力 .....	299
一、破产域外效力的相关理论 .....	299
二、各国关于破产效力的实践做法 .....	301
<b>第十八章 知识产权的法律冲突法</b> .....	<b>304</b>
第一节 专利权的法律适用 .....	305
一、专利权的法律冲突 .....	305
二、专利权的法律适用规则 .....	308
第二节 商标权的法律适用 .....	309
一、商标权的法律冲突 .....	309
二、商标权的法律适用规则 .....	310
第三节 著作权的法律适用 .....	311
一、著作权的法律冲突 .....	311
二、著作权的法律适用规则 .....	312

第四节 我国涉外知识产权法律适用制度 .....	314
一、解决涉外知识产权法律冲突的基本原则 .....	314
二、我国关于涉外知识产权法律适用制度的规定 .....	316
<b>第十九章 区际冲突法 .....</b>	<b>319</b>
第一节 区际法律冲突 .....	319
一、区际法律冲突的概念 .....	319
二、区际法律冲突的产生 .....	320
三、区际法律冲突的特征 .....	323
四、区际法律冲突的种类 .....	324
五、区际法律冲突的解决 .....	326
第二节 区际冲突法的基本问题 .....	330
一、区际冲突法的概念 .....	330
二、区际冲突法的特征 .....	331
三、区际冲突法的渊源 .....	331
四、区际冲突法的历史发展 .....	333
第三节 区际冲突法和国际私法的关系 .....	335
一、在区际冲突法和国际私法关系问题上的理论 .....	335
二、在区际冲突法和国际私法关系问题上的实践 .....	337
三、区际冲突法和国际私法的联系与区别 .....	339
第四节 中国的区际法律冲突问题 .....	341
一、“一国两制”构想与中国区际法律冲突的产生 .....	341
二、中国区际法律冲突的特点 .....	344
三、解决中国区际法律冲突的原则 .....	345
四、解决中国区际法律冲突的途径 .....	347
五、解决中国区际法律冲突的步骤 .....	348
六、解决中国区际法律冲突问题的实践发展 .....	349
<b>第三编 统一实体法</b>	
<b>第二十章 国际货物买卖的统一实体法 .....</b>	<b>353</b>
第一节 概述 .....	353
一、国际货物买卖合同的概念和特点 .....	353
二、国际货物买卖统一实体法的主要渊源 .....	353
三、《国际贸易术语解释通则 <sup>®</sup> 2010》对国际贸易术语的分类 .....	356
第二节 国际货物买卖合同的成立 .....	359
一、要约 .....	360



---

二、承诺	362
第三节 国际货物买卖合同的形式与内容	364
一、合同的形式	364
二、合同的内容	365
第四节 卖方和买方的义务	366
一、卖方的义务	367
二、买方的义务	370
第五节 违约及其救济方法	370
一、公约对违约的分类	370
二、买卖双方均可采取的救济方法	371
三、卖方违约时买方的救济方法	373
四、买方违约时卖方的救济方法	375
第六节 货物所有权与风险的转移	376
一、所有权的转移	376
二、风险的转移	378
第七节 《联合国国际货物销售合同公约》在我国适用	380
一、公约的非强制性适用问题	381
二、书面保留问题	381
三、第1条第1款(b)项的保留问题	381
四、缔约国的保留声明对适用公约的影响	383
五、缔约国参加的其他国际协议对适用公约的影响	384
六、公约在非缔约国当事人之间适用的可能性	385
第二十一章 国际货物运输的统一实体法	387
第一节 概述	387
一、国际货物运输的概念与特征	387
二、国际货物运输的种类	387
第二节 国际海上货物运输	388
一、国际海上货物运输的概念和种类	388
二、提单	388
三、租船合同	399
第三节 国际航空货物运输	400
一、国际航空货物运输的特点和种类	400
二、关于国际航空货物运输的国际公约	401
三、《华沙公约》关于国际航空货物运输的规则	402
四、《蒙特利尔公约》关于国际货物运输的规定	406

第四节	国际铁路货物运输	407
一、	国际铁路货物运输概述	407
二、	有关国际铁路货物运输的公约	407
三、	《国际货协》的主要内容	408
第五节	国际货物多式联运	412
一、	国际货物多式联运的特点及其法律问题	412
二、	《联合国国际货物多式联运公约》的主要内容	413
第二十二章	国际货物运输保险的统一实体法	418
第一节	概述	418
一、	国际货物运输保险的概念	418
二、	国际货物运输保险的种类	418
第二节	国际货物运输保险合同	419
一、	海上保险合同的成立	419
二、	可保利益	419
三、	保险单	420
四、	保险人与被保险人的基本义务	421
第三节	国际货物运输保险的承保范围	422
一、	保险人承保的风险	422
二、	保险人承保的损失和费用	422
三、	保险人的除外责任	423
第四节	国际货物运输保险的险别	423
一、	基本险	423
二、	附加险	424
第五节	国际货物运输保险理赔	425
一、	保险理赔的基本规则	425
二、	代位权	425
三、	委付	426
四、	保险赔偿金的计算	426
第二十三章	国际贸易支付的统一实体法	427
第一节	概述	427
一、	国际贸易支付的含义和特点	427
二、	国际贸易支付统一实体法的主要渊源	427
第二节	国际票据法公约	430
一、	日内瓦票据法公约的主要内容	430
二、	联合国《国际汇票和本票公约》的主要内容	432

---

第三节 国际贸易支付方式的统一实体法 .....	433
一、汇付 .....	433
二、托收 .....	434
三、信用证 .....	437
<b>第二十四章 保护知识产权的统一实体法 .....</b>	<b>442</b>
第一节 专利权公约 .....	442
一、《巴黎公约》 .....	442
二、《专利合作条约》 .....	445
第二节 商标权公约 .....	447
一、《巴黎公约》 .....	447
二、《商标国际注册马德里协定》 .....	448
三、《商标注册条约》 .....	449
四、《商标法新加坡条约》 .....	450
第三节 著作权公约 .....	451
一、《伯尔尼公约》 .....	451
二、《世界版权公约》 .....	453
第四节 集成电路权公约 .....	454
一、保护客体 .....	455
二、保护条件 .....	455
三、保护原则 .....	455
四、保护范围 .....	455
五、保护方式 .....	455
第五节 植物新品种权公约 .....	456
一、保护方式 .....	456
二、保护原则 .....	457
三、保护条件 .....	457
四、保护范围 .....	457
五、权利限制 .....	458
六、保护期限 .....	458
第六节 《建立世界知识产权组织公约》 .....	458
一、世界知识产权组织的宗旨、主要任务和职权 .....	458
二、世界知识产权组织的组织机构 .....	459
三、世界知识产权组织框架下的国际立法 .....	459
第七节 知识产权协议 .....	468
一、知识产权的范围 .....	468

二、协议与四个公约的关系	469
三、有例外的国民待遇原则	470
四、最惠国待遇原则	471
五、其他有关规定	471
<b>第四编 国际民事诉讼法</b>	
<b>第二十五章 国际民事诉讼法概述</b>	477
<b>第一节 国际民事诉讼程序和国际民事诉讼法</b>	477
一、国际民事诉讼程序	477
二、国际民事诉讼法	477
<b>第二节 国际民事诉讼法的基本原则</b>	478
一、国际民事诉讼法基本原则的含义	478
二、国家主权原则	479
三、国民待遇原则	479
四、平等互惠原则	479
五、尊重国际条约和国际惯例原则	480
<b>第三节 国际民事诉讼当事人的民事诉讼地位</b>	480
一、外国个人的国际民事诉讼地位	480
二、外国国家的国际民事诉讼地位	484
三、国际组织的国际民事诉讼地位	485
<b>第二十六章 国际民事案件的诉讼管辖权</b>	487
<b>第一节 国际民事案件诉讼管辖权的意义</b>	487
一、国际民事案件诉讼管辖权的概念	487
二、国际民事案件诉讼管辖权的种类	488
三、国际民事案件诉讼管辖权的意义	489
<b>第二节 国际民事案件诉讼管辖权的确定</b>	490
一、确定国际民事案件诉讼管辖权的一般原则	490
二、不同法系国家确定国际民事案件诉讼管辖权的实践	493
三、有关国际民事案件诉讼管辖权的国际立法	495
四、我国立法关于国际民事案件诉讼管辖权的规定	496
<b>第三节 国际民事案件诉讼管辖权的冲突</b>	499
一、国际民事案件诉讼管辖权冲突的直接原因	499
二、国际民事案件诉讼管辖权冲突的间接原因	500
三、解决国际民事案件诉讼管辖权冲突的有效途径	501
<b>第二十七章 国际司法协助</b>	503

第一节 国际司法协助的概念 .....	503
一、国际司法协助的含义 .....	503
二、关于国际司法协助概念的理论分歧 .....	503
第二节 国际司法协助的依据 .....	504
一、各国法律的规定 .....	505
二、国际条约的规定 .....	505
三、互惠关系 .....	505
第三节 国际司法协助的实施 .....	506
一、请求实施国际司法协助的途径 .....	506
二、国际司法协助中使用的语言 .....	507
三、国际司法协助应适用的法律 .....	508
四、国际司法协助的费用问题 .....	509
第四节 国际司法协助的拒绝 .....	510
一、拒绝给予国际司法协助的一般理由 .....	510
二、公共秩序保留制度的适用 .....	510
<b>第二十八章 国际民事诉讼中的送达取证和期间及保全 .....</b>	<b>512</b>
<b>第一节 国际民事诉讼中的域外送达 .....</b>	<b>512</b>
一、域外送达的概念和性质 .....	512
二、域外送达的依据 .....	512
三、域外直接送达 .....	513
四、域外间接送达 .....	516
<b>第二节 国际民事诉讼中的域外取证 .....</b>	<b>521</b>
一、域外取证的概念 .....	521
二、域外取证的范围 .....	522
三、域外直接取证 .....	523
四、域外间接取证 .....	526
<b>第三节 国际民事诉讼中的诉讼期间 .....</b>	<b>528</b>
一、诉讼期间的概念和种类 .....	528
二、诉讼期间的计算 .....	530
三、诉讼期间的中止和中断 .....	531
四、诉讼期间的耽误和恢复 .....	531
五、诉讼期间的延展 .....	531
<b>第四节 国际民事诉讼中的诉讼保全 .....</b>	<b>532</b>
一、诉讼保全的意义 .....	532
二、诉讼保全的申请 .....	532

三、诉讼保全的实施·····	533
<b>第二十九章 国际民事诉讼中法院判决的承认与执行</b> ·····	<b>535</b>
<b>第一节 法院判决的承认与执行概述</b> ·····	<b>535</b>
一、法院判决的承认与执行问题·····	535
二、承认与执行外国法院判决的意义·····	535
<b>第二节 承认与执行外国法院判决的依据</b> ·····	<b>536</b>
一、承认与执行外国法院判决的理论依据·····	536
二、承认与执行外国法院判决的法律依据·····	538
<b>第三节 承认与执行外国法院判决的条件</b> ·····	<b>538</b>
一、原判决国法院具有合格的管辖权·····	539
二、有关的诉讼程序具有必要的公正性·····	539
三、有关外国法院判决是确定的判决·····	539
四、有关外国法院判决是合法的判决·····	540
五、有关外国法院判决不与其他有关的法院判决相抵触·····	540
六、原判决国法院适用了适当的准据法·····	540
七、有关国家之间存在互惠关系·····	541
八、外国法院判决的承认与执行不违反内国的公共秩序·····	541
<b>第四节 承认与执行外国法院判决的程序</b> ·····	<b>542</b>
一、承认与执行请求的提出·····	542
二、承认与执行外国法院判决的具体程序·····	542
<b>第五编 国际商事仲裁法</b>	
<b>第三十章 国际商事仲裁及仲裁地的概念</b> ·····	<b>547</b>
<b>第一节 国际商事仲裁的概念</b> ·····	<b>549</b>
一、仲裁的概念·····	549
二、“国际商事”的含义·····	550
<b>第二节 国际商事仲裁中“仲裁地”的概念和确定</b> ·····	<b>556</b>
一、仲裁地/裁决作出地·····	556
二、仲裁地与开庭地、听审地、程序进行地等的区别·····	557
三、仲裁地的法律意义·····	557
四、仲裁地的确定·····	559
<b>第三节 国际商事仲裁的特点</b> ·····	<b>560</b>
一、仲裁与斡旋和调解的异同·····	560
二、仲裁与司法诉讼的异同·····	561
三、仲裁的特点·····	562

<b>第三十一章 国际商事仲裁的性质</b> .....	565
<b>第一节 仲裁的本质属性</b> .....	565
一、仲裁约束力的来源及其强制力 .....	565
二、仲裁裁断权的来源 .....	566
三、契约性：仲裁的本质属性 .....	567
<b>第二节 仲裁的契约性与司法性</b> .....	567
一、有关仲裁性质的“司法权论” .....	567
二、仲裁的司法性是基于其契约性的一种衍生性质 .....	568
<b>第三节 仲裁的契约性与自治性和民间性</b> .....	570
一、仲裁的自治性 .....	570
二、仲裁的民间性 .....	570
<b>第三十二章 国际商事仲裁的类别和常设仲裁机构</b> .....	572
<b>第一节 临时仲裁和机构仲裁</b> .....	572
一、临时仲裁 .....	572
二、机构仲裁 .....	573
三、介于临时仲裁与机构仲裁之间的仲裁管理模式 .....	573
<b>第二节 友好仲裁与依法仲裁</b> .....	574
一、友好仲裁 .....	574
二、依法仲裁 .....	574
<b>第三节 常设仲裁机构的法律地位</b> .....	575
一、隶属于国际组织 .....	575
二、作为非营利组织下的一个独立仲裁机构但不具有独立法律人格 .....	575
三、具有独立法律人格的非营利组织 .....	576
四、中国内地仲裁机构的法律地位问题 .....	576
<b>第四节 常设仲裁机构的种类</b> .....	577
一、国际性的常设仲裁机构 .....	577
二、国家常设仲裁机构 .....	578
三、行业性的常设仲裁机构 .....	578
四、专业性的常设仲裁机构 .....	578
<b>第五节 主要的国际商事仲裁机构和国家商事仲裁机构</b> .....	578
一、主要的国际商事仲裁机构 .....	578
二、各国主要的商事仲裁机构 .....	579
三、中国的主要仲裁机构 .....	580
<b>第三十三章 仲裁协议</b> .....	586
<b>第一节 仲裁协议的概念和种类</b> .....	586

一、仲裁协议的概念·····	586
二、现有争议和将来争议·····	586
三、仲裁条款和仲裁协议书·····	587
第二节 仲裁协议的法律效力·····	588
一、对当事人的法律效力·····	588
二、对仲裁庭或仲裁机构的法律效力·····	588
三、对法院的法律效力·····	589
四、使仲裁裁决具有强制执行力·····	590
第三节 仲裁协议的内容·····	590
一、提交机构仲裁的仲裁协议的内容·····	590
二、提交临时仲裁的仲裁协议的内容·····	594
第四节 有效仲裁协议的确定·····	595
一、仲裁协议的形式·····	595
二、当事人的行为能力·····	597
三、争议事项的可仲裁性·····	597
第五节 仲裁条款的独立性·····	610
一、仲裁条款的效力独立于合同·····	610
二、主合同自始无效或不存在与仲裁协议的独立性·····	612
第六节 仲裁庭的管辖权自裁原则·····	613
一、部分管辖异议和完全管辖异议·····	613
二、仲裁庭确定自身的仲裁管辖权·····	613
三、决定管辖权异议的并存控制制度·····	615
第三十四章 国际商事仲裁中的法律适用·····	617
第一节 适用于仲裁协议和仲裁协议当事人行为能力的法律·····	617
一、适用于仲裁协议的法律·····	617
二、适用于仲裁协议当事人行为能力的法律·····	621
第二节 适用于仲裁程序的法律·····	624
一、仲裁程序法的范围和独立性·····	624
二、仲裁程序法的确定·····	626
三、仲裁地法的强制性规则及其影响·····	628
第三节 适用于争议实质问题的法律·····	629
一、当事人选择仲裁实体法·····	629
二、当事人未作选择时依冲突规则确定实体法·····	633
三、依最密切联系原则确定实体法·····	636
四、适用适当的法律规则·····	638



<b>第三十五章 国际商事仲裁裁决的撤销</b> .....	648
<b>第一节 仲裁裁决的种类</b> .....	648
一、最后裁决 .....	648
二、临时裁决 .....	649
三、部分裁决 .....	649
四、缺席裁决 .....	650
五、合意裁决 .....	650
<b>第二节 国际商事仲裁裁决的撤销</b> .....	650
一、申请撤销的目的 .....	650
二、申请撤销裁决的管辖法院 .....	651
三、提出撤销裁决申请的时限 .....	651
<b>第三节 撤销仲裁裁决的理由</b> .....	651
一、统一制和双轨制 .....	651
二、撤销裁决的主要理由 .....	652
<b>第四节 重新仲裁制度</b> .....	656
一、发回重新仲裁的条件 .....	657
二、重新仲裁的仲裁庭 .....	658
三、重新仲裁的审理范围 .....	658
<b>第三十六章 仲裁裁决的承认和执行</b> .....	660
<b>第一节 国内仲裁裁决和外国仲裁裁决的区分</b> .....	660
一、识别国内裁决和外国裁决的一般标准 .....	661
二、中国内地识别国内裁决和外国裁决的标准问题 .....	662
<b>第二节 外国仲裁裁决的承认和执行条件</b> .....	663
一、申请承认和执行裁决的期限和管辖法院 .....	663
二、拒绝承认和执行外国仲裁裁决的情形 .....	664
<b>第三节 外国仲裁裁决在我国的承认和执行</b> .....	669
一、外国仲裁裁决在我国内地的承认和执行 .....	669
二、外国仲裁裁决在香港特别行政区的承认和执行 .....	672
三、外国仲裁裁决在澳门特别行政区的承认和执行 .....	673
四、外国仲裁裁决在我国台湾地区的承认和执行 .....	674
<b>第四节 我国内地涉外仲裁裁决的执行</b> .....	675
一、涉外裁决和非涉外裁决的区分 .....	675
二、执行涉外裁决的申请 .....	676
三、不予执行涉外裁决的情形 .....	677
四、关于不予执行涉外仲裁裁决的报告制度 .....	678

---

第五节 我国内地与香港、澳门和台湾地区仲裁裁决的相互 认可与执行 .....	679
一、我国内地与香港特别行政区之间仲裁裁决的相互认可和执行 .....	679
二、我国内地与澳门特别行政区之间仲裁裁决的相互认可和执行 .....	681
三、我国内地与台湾地区之间仲裁裁决的相互认可和执行 .....	681
四、香港特别行政区与澳门特别行政区之间仲裁裁决的相互认可和执行 .....	685
五、香港特别行政区、澳门特别行政区与台湾地区之间仲裁裁决的相互 承认和执行 .....	686
主要参考书目 .....	689

# 第一编 总 论



# 第一章 国际私法的概念

国际私法作为一个法律部门或分支，是人类社会发展到一定阶段的产物，是随着国际民商事交往日益频繁而发展起来的。

## 第一节 国际私法的调整对象

### 一、国际民商事法律关系的含义

任何法律部门都有自己的调整对象。所谓“调整”就是“规范”、“規制”或“规定”的意思，法律调整的对象就是指法律所要规定的某种法律关系。一般认为，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，一般称为“国际民商事法律关系”，或称“跨国民商事法律关系”，也有人称之为“含有国际因素的民商事法律关系”或“国际私法关系”。

那么，何为国际民商事法律关系？我们知道，法律关系是根据法律规定而形成的各种权利和义务关系。它由主体、客体和内容（权利与义务）这三要素组成。而国际民商事法律关系就是指其主体、客体和内容这三要素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。在主体为涉外因素时，作为民商事法律关系的主体一方或双方当事人是外国自然人或法人（有时可能是外国国家、国际组织或无国籍人），或者是住所、惯常居所或营业所在国外的自然人或法人。在客体为涉外因素时，作为民商事法律关系的标的物位于国外。在内容为涉外因素时，产生、变更或消灭民商事权利与义务关系的法律事实发生在国外。例如，一个中国人同一个美国人在美国缔结一个合同，对中国来说，在这一合同关系中有两个涉外因素，即有一个外国当事人以及缔结合同的事实发生在国外。在实际生活中，国际民商事法律关系往往不只有一个因素与国外有联系，而可能有两个或两个以上的因素与国外发生联系。

值得注意的是，国际私法调整的国际民商事法律关系是广义上的民事法律关系。民事法律关系是指平等主体相互之间的财产关系以及同财产有联系的人身关系，包括物权关系、知识产权关系、债权关系、婚姻家庭关系和继承关系等。而在有些国家，公司法关系、票据法关系、海商法关系、保险法关系和破产法关系等属商事法律关系，不属于一般民事法律关系。但国际私法所调整的国际民商事法律关系，既包括涉外物权关系、涉外债权关系、涉外知识产权关系、涉外婚姻

家庭关系和涉外继承关系，也包括涉外公司法关系、涉外票据法关系、涉外海商法关系、涉外保险法关系和涉外破产法关系等。<sup>①</sup>有的国家的国际私法立法和理论还将涉外劳动关系也视为国际私法关系。

总之，国际民商事法律关系是一种国际的或跨国的民商事法律关系，也就是说是一种超越一国范围的民商事法律关系。它的涉外性使得它同纯粹的国内民商事法律关系区别开来。它的私法性又使得它同其他具有涉外性的法律关系，如国际公法所调整的国家与国家之间的关系区别开来。

## 二、国际民商事法律关系的调整方法

国际私法不同于其他法律部门，不仅在于它调整的社会关系为国际民商事法律关系，而且在于它调整这种关系的方法有独特之处。国际私法调整国际民商事法律关系的方法有两种：一种是间接调整方法，另一种是直接调整方法。

所谓间接调整方法，就是在有关的国内法或国际法中规定某类国际民商事法律关系受何种法律调整或支配，而不直接规定如何调整国际民商事法律关系当事人之间的实体权利与义务关系的方法。例如，1987年《瑞士联邦国际私法》第99条规定：“不动产物权适用不动产所在地国家的法律。”这一规定只是指明，涉及不动产物权时，由不动产所在地法来确定当事人的权利和义务，并没有直接规定当事人的权利和义务。这种指明某种国际民商事法律关系应适用何种法律的规范被称为“冲突规范”（conflict rules）。国际私法的间接调整方法就是借助冲突规范来实现的。冲突规范是国际私法的特有规范，间接调整方法是国际私法调整国际民商事法律关系的特有方法。

所谓直接调整方法，就是用直接规定当事人的权利与义务的“实体规范”（substantive rules）来直接调整国际民商事法律关系当事人之间的权利义务关系的方法。国内法、国际条约和国际惯例中均有这种直接调整国际民商事法律关系的规范。例如，1980年《联合国国际货物销售合同公约》，就是一个直接规定国际货物销售合同当事人的权利与义务的实体法公约。以这个公约的实体规范来直接调整国际货物销售合同当事人的权利与义务关系，这种方法就是直接调整方法。

间接调整方法和直接调整方法都是国际私法调整国际民商事法律关系所必需的手段，两者相辅相成，互为补充。这是因为：一方面，由于国际民商事法律关系含有涉外因素，同两个或更多的国家有联系，而相关国家的法律制度千差万别，实难统一，因此不可能对一切社会关系都用实体规范直接加以调整，而需要冲突规范来缓和矛盾、调和冲突，从而间接调整国际民商事法律关系。另一方面，冲突规范不直接规定国际民商事法律关系当事人的权利与义务，没有实体规

<sup>①</sup> 参见韩德培主编：《国际私法》，武汉大学出版社1989年修订版，第3页。

范那样的预见性和明确性。随着国际民商事交往的发展,仅用冲突规范间接调整国际民商事法律关系是难以满足实际需要的。于是,直接调整国际民商事法律关系的实体规范应运而生。可见,国际私法这两种调整国际民商事法律关系的方法同时存在,是由国际民商事交往的实际情况所决定的,而且这种并存现象不会是短暂的。

## 第二节 国际私法的范围

国际私法的范围,就是国际私法应该包括哪些规范,包括什么内容。在这个问题上,国内外学者历来都存在着争论,各国在立法和司法实践中对此亦有不同的主张。

### 一、关于国际私法范围的不同主张

英美法系国家的学者大多主张国际私法就是冲突法。他们认为,国际私法只解决三个问题:第一个问题是法院在什么情况下对一个涉外案件有管辖权;第二个问题是一国法院在确定自己对某一涉外案件有管辖权后,应决定适用哪一个国家的法律来确定当事人的权利与义务;第三个问题是在什么条件下承认和执行外国法院的判决。因此,他们认为,国际私法的范围是由如下三种规范组成的:对涉外案件的管辖权规范、冲突规范以及承认和执行外国法院判决的规范。大陆法系国家的学者也有持这种观点的。

多数法国学者认为国际私法包括以下几种规范:国籍法规范<sup>①</sup>、外国人的法律地位规范、法律适用规范以及有关国际民商事案件的管辖权规范等。受法国法影响的其他国家的学者也有支持这种观点的,如日本国际私法学者北敏胁一所著的《国际私法》就持这种观点。

德国和日本的多数学者以及受德国法影响的其他国家的学者认为,国际私法的全部任务或主要目的是解决在国际民商事法律关系中适用何种法律的问题。换言之,国际私法只解决法律冲突问题,国际私法仅包括调整国际民商事法律关系的冲突规范或法律适用规范。

中国的国际私法学者对国际私法的范围,有多种不同看法。在理论和实践中,比较普遍的观点是主张把关于外国人的民事法律地位规范、冲突规范、国际统一实体规范以及国际民事诉讼程序与国际商事仲裁规范都包括在国际私法范围之内。有些学者甚至主张,国际私法除了包括上述各种规范外,还包括国内法中

---

<sup>①</sup> 这是因为法国以当事人的本国法作为属人法,以国籍作为属人法的连结点。但法国的国际私法学者讲国籍问题不仅仅是从解决国籍冲突的角度去讲的,而是一般地讨论国籍问题。

专门用于调整涉外民事法律关系的规范(简称专用实体规范)。<sup>①</sup>

从上述不同主张可以看出:第一,冲突规范,或者称为法律适用规范,或者称为法律选择规范,无论在哪一种观点中,都被视为国际私法的规范。因此,冲突规范是国际私法最基本的规范。第二,大多数学者,包括一些把国际私法和冲突法完全等同起来的学者,都认为应该把冲突规范以外的,但与调整国际民商事法律关系和解决国际民商事法律冲突有关的一些规范纳入国际私法范围。因此,在国际私法的范围问题上,不宜采取过于绝对化的观点。

目前,中国的国际私法学界在国际私法的范围问题上的基本分歧点表现在是否应把国际统一实体规范以及国内法中的专用实体规范纳入国际私法的范围。

对于这一问题,我们持肯定态度。要正确地认识这个问题,必须从发展的观点出发。为了解决国际民商事法律关系中法律适用的冲突问题,历史上最早采取的办法是用冲突规范来进行法律选择。但是,由于这种冲突规范并不直接规定当事人的权利义务关系,这种办法只是一种间接调整国际民商事法律关系的方法,运用起来有时不免缺乏明确性、预见性和针对性,而且带来不少复杂的法律问题。随着国际民商事关系日趋发达,为了便利国际民商事交往,在19世纪末20世纪初,国际社会便开始制定直接调整某些国际民商事法律关系的统一实体规范。这种统一实体规范在某些方面以及一定程度上起到避免和消除民商事法律冲突的作用。因此,它也是在解决民商事法律冲突的基础上发展起来的,是与冲突规范并行的调整国际民商事法律关系的法律规范。冲突规范用间接的方式调整国际民商事法律关系,统一实体规范用直接的方式调整国际民商事法律关系。而且,把这两种方式放在同一个法律部门来考虑,有助于解决用哪一种方式调整某种国际民商事法律关系更好的问题。在某些领域,如国际贸易领域,采取可以避免和消除法律冲突问题的统一实体规范来调整国际民商事法律关系,意味着有关国家能够更密切地合作以及有更多共同点,因而是一种更高级的调整方式。但在有些领域,如对继承、婚姻和家庭等方面的问题,通过冲突规范加以调整更具有现实意义,因为各国在这些方面的历史和传统文化的差异,使它们很难达成一致并制定有关条约,至少在目前尚无广泛采用统一实体规范调整的可能性。国内法中直接调整当事人民商事权利与义务关系的专用实体规范,即民商事法律规范,虽然其中一部分并不能直接适用于涉外案件,而需要冲突规范指定适用之或当事人选择适用之,但由于它们直接确定了当事人的权利与义务,因而在调整国际民商事法律关系和解决涉外民商事法律冲突方面发挥着重要作用。

对于国际私法的范围,韩德培教授曾有一段精彩、形象的论述。他说:“国

<sup>①</sup> 参见姚壮、任继圣:《国际私法基础》,中国社会科学出版社1981年版,第3~8页。



际私法就如同一架飞机一样,其内涵是飞机的机身,其外延是飞机的两翼。具体在国际私法上,这内涵包括冲突法,也包括统一实体法,甚至还包括国家直接适用于涉外民事关系的法律。而两翼之一则是国籍及外国人法律地位问题,这是处理涉外民事关系的前提;另一翼则是在发生纠纷时,解决纠纷的国际民事诉讼及仲裁程序,这包括管辖权、司法协助、外国判决和仲裁裁决的承认与执行。”<sup>①</sup>这段话形象 and 科学地勾画了国际私法的范围。

## 二、国际私法的规范

本书主张,国际私法主要包括外国人的民事法律地位规范、冲突规范、国际统一实体规范和国际民事诉讼程序与国际商事仲裁规范。下面分别简述之。

### (一) 外国人的民事法律地位规范

这种规范是确定外国的自然人、法人甚至外国国家和国际组织在内国民事领域的权利与义务的规范。这种规范既可以规定在国内法中,也可以规定在国际条约中。就规定在国内法中而言,它们既可规定在一国宪法、民法、商法等法律中,也可采用单行的外国人法律地位法的形式。就规定在国际条约中而言,它们既可规定在双边国际条约之中,也可规定在多边国际条约之中。由于这种规范规定外国人在内国有权从事某种民事活动,享有某种民事权利,取得某种民事地位,或者限制外国人在内国从事某种民事活动,不得享有某种民事权利或待遇,故为直接规范和实体规范。

外国人的民事法律地位规范之所以成为国际私法的规范,是因为这种规范实际上是国际私法产生的前提。在国际交往中,只有承认外国人在内国取得了民事主体资格,能够享有民事权利且其权利能得到保护,并能够承担相应的民事义务,国际民事交往才能顺利进行,国际私法的其他规范才能得到适用。由于这种规范的出现比国际私法的其他任何规范都早,如在罗马法中的“万民法”里就已出现,有的学者认为这种规范是国际私法中最古老的规范。

### (二) 冲突规范

冲突规范,又称法律适用规范、法律选择规范,它是指明某种国际民商事法律关系应适用何种法律的规范。例如,《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》<sup>②</sup>)第27条规定:“诉讼离婚,适用法院地法律。”这一规定并未指明离婚有什么条件和要求,而只是指出,离婚的条件和要求应当由法院地的法律来确定。由此可见,冲突规范是一种间接规范,是国际私法特有的规范和重要组成部分。国际私法学就是从研究冲突规范开始的。

<sup>①</sup> 转引自刘卫翔等:《中国国际私法立法理论与实践》,武汉大学出版社1995年版,第40页。

<sup>②</sup> 本书为论述方便,对我国的法律法规和司法解释,有时采用简称。

### （三）国际统一实体规范

国际统一实体规范，更确切地说是国际统一实体私法规范。这种规范就是国际条约和国际惯例中具体规定国际民商事法律关系当事人的实体权利与义务的规范。从整体上讲，国际统一实体规范的出现晚于冲突规范。这是由于各国在实体问题上常常有较大的利害冲突，很难达成一致的协议，制定出统一适用的实体法规范。最早的国际统一实体规范出现在19世纪末，如1883年《保护工业产权巴黎公约》，1886年《保护文学艺术作品伯尔尼公约》，1891年《商标国际注册马德里协定》等。在今天，随着国际民商事交往的日益频繁，调整国际民商事法律关系的国际条约和国际惯例也在逐渐增多。可以肯定地说，作为一种直接规范和实体规范，国际统一实体规范在国际商事领域发挥的作用越来越重要，并明显地表现出和冲突规范相比所具有的优越性。

### （四）国际民事诉讼程序与国际商事仲裁规范

国际民事诉讼程序与国际商事仲裁规范，从性质上说是程序规范，而不是直接调整国际民商事法律关系当事人的权利义务关系的规范。因此，有人说它们不是国际私法规范。但是，这些规范与冲突规范和其他国际私法规范有密切的联系，是调整国际民商事法律关系以及解决国际民商事争议不可缺少的法律规范。这种规范在国内法和国际法上尚未形成一个独立的法律部门。因此，对其仍应在国际私法中加以研究。

国际民事诉讼程序规范是指司法机关在审理涉外民商事案件时专门适用的程序规范。一国法院在审理涉外民商事案件时，当然要适用国内法中关于审理一般民商事案件的诉讼程序规范。但是，由于涉外民商事案件的特殊性，仅仅适用这些诉讼程序规范是不够的，还要适用一些专门用于审理涉外民商事案件的特别程序规范，其中包括关于涉外民商事案件的管辖权规范、司法协助规范、外国判决的承认与执行规范等。

国际商事仲裁规范是指对发生在国际贸易、国际运输、国际投资、国际金融、国际保险以及其他各种国际商事交易中的争议进行仲裁解决的规范。这种规范涉及仲裁范围、仲裁协议、仲裁员和仲裁机构、仲裁程序、仲裁裁决、仲裁费用、仲裁裁决的撤销、仲裁裁决的承认与执行等方面的内容。

很显然，国际民事诉讼程序规范和国际商事仲裁规范有所不同，国际民商事争议或案件的处理，一般总是通过这两种程序进行的。因此，就国际民商事争议而言，它们都是解决的方法和手段。

总之，国际私法集外国人的民事法律地位规范、冲突规范、国际统一实体规范、国际民事诉讼程序与国际商事仲裁规范于一体，集直接规范和间接规范于一体，集实体规范、冲突规范和程序规范于一体，是跨越传统的国内法和国际法界

限的法律部门或法律学科。

### 第三节 国际私法的性质

谈到国际私法的性质，实质上就是要回答国际私法是国内法还是国际法，或者是介于两者之间的特殊法律部门的问题。

#### 一、关于国际私法性质的不同学说

对于国际私法到底是国内法还是国际法，不论在历史上还是在今天，国内外学者都有不同的观点。根据对国际私法性质的不同看法，可将国际私法学者分为三大学派：即“世界主义学派”或“国际法学派”、“民族主义学派”或“国内法学派”和“二元论”学派或“综合论”学派。

##### (一)“世界主义学派”或“国际法学派”

这一学派认为国际私法是国际法。其代表人物有德国的萨维尼(K. von Savigny)、巴尔(L. von Bar)、弗兰根斯坦(Frankensteen)，法国的魏斯(Weiss)、毕叶(Pillet)，意大利的孟西尼(P. S. Mancini)等。他们主张国际私法具有国际法性质的主要理由有：(1)国际私法产生于国际社会。德国19世纪的著名法学家萨维尼在他1849年出版的名著《现代罗马法体系》(System des heutigen romischen Rechts)第8卷中认为，国际私法的科学基础在于各国之间的相互依赖，所以才有国际法律社会存在，才会相互适用别国的法律。(2)国际私法所调整的关系在本质上与国际公法所调整的关系没有什么不同。魏斯在其所著的《国际私法手册》一书中指出，国际私法与国际公法的最终目的都在于调整国家之间的关系。还有学者认为，在国际民商事交往中，每一个人、每一个商行都有其祖国作后盾。因此，民商法领域的任何争执和冲突，甚至关于离婚的家庭纠纷，归根结蒂都会变成国家之间的冲突。(3)国际私法的作用在于划分国家主权扩及的范围。例如，德国的巴尔认为，国际私法是划分主权扩及范围的法的部门。这种观点往往同认为国际私法就是冲突法的观点有关。在持这种观点的人看来，冲突法限定某一国法律适用的范围，也就是限定国家主权所扩及的范围。因此，国际私法虽然调整的是国际民商事法律关系，但从根本上讲它是规范各国主权关系的。(4)国际条约和国际惯例已成为国际私法的主要渊源。他们认为，国际私法的目的在于建立一套世界性的通用规则。为了创造使不同民法体系共处的有利条件，应当建立一套世界各国都适用的规则。事实上，各国通过国际条约不仅制定了不少统一冲突法规范和统一程序法规范，而且制定了不少统一实体法规范。国际条约和国际惯例已日益成为国际私法的重要渊源。

由上可见，以往主张国际私法是国际法的学者所讲的国际法，主要是指国家

与国家之间的法律，即国际公法，因而他们实际上是把国际私法当作调整国家与国家之间的关系的法律，没有把国际公法同国际私法严格区别开来。

## (二) “民族主义学派”或“国内法学派”

这一学派主张国际私法为国内法。其主要代表人物有法国的巴丹(Bartin)、尼波埃(Niboyet)、巴迪福(Batiffol)，德国的康恩(Kahn)、努斯鲍姆(Nussbaum)、沃尔夫(Wolff)，英国的戴赛(Dicey)、威希尔(Cheshire)、诺斯(North)、莫里斯(Morris)、施米托夫(Schmitthoff)，美国的比尔(Beale)、库克(Cook)、艾伦茨威格(Ehrenzweig)、里斯(Reese)，苏联的隆茨等。其主要理由如下：(1)从调整对象和主体来看，国际法是以各主权国家之间的政治、军事、经济、外交关系为调整对象，国际私法则是以不同国家的自然人、法人之间的民商事法律关系为调整对象。尽管主权国家有时也可以作为民商事主体出现于国际民商事法律关系中，但在这种情况下，其法律地位也只能按一般民商事主体对待，其所承担的责任，也只具有民商事法律责任的性质，而不是国际法上的所谓国家责任。尽管有时它也可能要承担国家责任，但这是因为它不履行民商事责任所造成的。(2)从法律渊源来看，尽管国际私法的渊源一部分为国际条约，但国际私法的主要渊源为国内法。持这种看法的学者认为：首先，由于国际私法涉及国际因素，有关国家常通过国际协议的方式来制定各种统一的冲突规范，划分国家间的司法管辖权，约定相互进行司法协助，甚至制定一些统一实体规范。但是，这类性质的国际私法规范为数不多，而且只在少数国家间生效，至今并没有为较多国家(更不用说所有国家)所接受。其次，在许多已有的国际私法条约中，还规定了公共秩序条款，允许缔约国在其认为遵行条约所规定的统一冲突规范会与自己的公共秩序(或公共政策)发生冲突时，可以不适用条约的规定，这就更降低了这些条约作为约束缔约国的行为规则的法律意义。最后，在国际条约(更不用说国际惯例)中，许多关于国际贸易的统一实体规范，都是任意性规范，只有当事人选择适用后才对当事人有约束力。而当事人选择适用统一实体规范时，有时还可以减损与改变有关的规定。统一国际私法中的强行性规范也很少。因此，国际统一规范的出现，不足以改变国际私法是国内法的基本性质。(3)从法律规范的制定和适用范围来看，国际法是国家之间协议的产物，具有普遍的约束力，而国际私法主要是由单个国家的立法机关制定的，不具有普遍的约束力。即使有一些冲突原则，可能为许多国家共同采用，但并不意味着它们本身具有约束国家行为规则的性质。如“不动产物权依物之所在地法”、“人的能力依属人法”、“行为方式依行为地法”以及“程序问题依法院地法”等原则或规则，虽为许多国家所采用，但它们都是由国内法加以规定的，其内容与适用范围也很不相同。(4)从争议的解决方法来看，国际公法上的争议，一般通过国家之间的谈判、斡旋、国际调查委员会、国际仲

裁以及国际法院来解决。而国际私法上的争议属于民商事法律争议，其案件大都由有关国家的法院和仲裁机构来解决。国内法院在解决这类争议时，程序问题一般均适用本国的程序法，实体问题在当事人无协议选择的情况下，也只能根据法院地国的冲突规则去选择适当的法律解决。

基于上述理由，这些学者认为，从现实情况出发，不存在统一的或公认的国际私法，只存在中国国际私法、英国国际私法、美国国际私法或法国国际私法等。从他们的观点来看，国际法仅指国际公法，似乎除了国际公法就不存在其他国际法了。

### （三）“二元论”学派或“综合论”学派

“二元论”学派或“综合论”学派的主要代表人物有德国的齐特尔曼 (Zitelmann) 和捷克的贝斯基 (R. Bystricky) 等。“二元论”者认为，国际私法调整的社会关系既涉及国内又涉及国际；国际私法本身既涉及一国国内的利益，又涉及他国的利益；国际私法的渊源既有国内法，又有国际条约和国际惯例。因此，他们认为，不能简单地说国际私法是国际法或是国内法，可以说国际私法既有国际法性质又有国内法性质。齐特尔曼主张，应该把国际私法分为“国际的”国际私法与“国内的”国际私法，国际私法是这两部分的综合。

## 二、国际私法的国际性

第二次世界大战后，传统的国际法即国际公法的概念，无论是其内涵还是外延，都不能容纳已有巨大发展的国际法律。国际法律的这种发展主要表现在国际上出现了大量的调整国际商事关系、传统的一般国际民事关系以及国际民事诉讼关系和国际商事仲裁关系的法律。在国际社会中，人们还可以看到一些直接规定法人或自然人权利和义务的规范，其中既有国际公约的规定，如关于惩治国际犯罪的公约，也有双边条约的规定，如不少领事条约直接赋予缔约国的国民或法人在对方国家的权利。而且，许多国际组织还建立了自己的行政法规及保障其施行的行政法庭。由此可见，国际法律本身的发展已经突破了传统国际公法作为调整国家之间关系的行为规则的范围。

以国际法律为研究对象的国际法学应该敏感地反映这种事实，从宏观的角度对新的国际法律现象加以归纳和概括。当某种新的法律现象出现，又不能归入原有的类别时，就应该而且必须构成新的类别。只有这样，国际法学才能紧跟事物前进的步伐。鉴于国际法律的发展，我们认为，国际法已不是传统的国际公法，而是反映国家意志的协调、调整一切国际关系(包括但不限于国家之间的政治、军事、外交关系)的具有法律约束力的行为规范的总和。国际法调整的社会关系是超越国界的一切国际社会关系，国家与国家之间的关系只是其中的一部分。国际法

是一个体系，而不是一个部门法。在国际法体系内大致包括以下法律部门：国际公法、国际私法、国际经济法、国际刑法、国际行政法等。我们知道，国际法和国内法的划分主要是以它们适用的范围和调整的社会关系为标准的。而国际私法调整的社会关系为国际民商事法律关系，或跨国民商事法律关系，这种关系是从国际生活中产生出来的，它的适用范围跨越了国界；从渊源上讲，“国际”的国际私法也已大量存在。因此，国际私法具有国际性，属广义的国际法，它是国际法体系中的一个独立部门或分支。当然，它和主要调整国家、国际组织相互之间的政治、经济、军事、外交关系的国际公法是有区别的。<sup>①</sup> 在国际法学中，国际私法和国际公法、国际经济法等一样，是整个国际法学体系中独立的二级学科。

## 第四节 国际私法的名称

### 一、国际私法的名称之争

国际私法可以说是从名称开始就有争议的法律部门和法律学科。直到目前为止，不同国家、地区的学者，对国际私法仍有不同的称谓。较普遍使用的名称有：

#### （一）法则区别说(theory of statutes)

这一名称从13—14世纪开始由以巴托鲁斯(Bartolus)为代表的意大利后期注释学者(Post-glossarist)使用，后为法国和荷兰学者接受和继承，并一直延续使用到17—18世纪。

#### （二）私国际法(private international law)

这一名称是曾任美国最高法院法官和哈佛大学教授的斯托雷(Joseph Story)于1834年在其名著《冲突法评论》(Commentaries on the Conflict of Laws)中首先提出来的。他在书中写道：“关于法律冲突问题，也可以很适当地称之为‘私国际法’。”但是，他并没有使用这个名称来给这本书命名。1843年，法国学者福利克斯(Foelix)在其著作《私国际法论》(Traité de Droit International Privé)中开始正式采用这一名称，其法文为droit international privé。但福利克斯与斯托雷的立意大不相同，因为他是一个把国际私法视为国际法的人。后来，私国际法这个名称传到了其他国家，为其他国家所采用，如其意大利文为diritto internazional privato，其西班牙文为deracho internacional privato，其葡萄牙文为direito internacional privado。现在，这个名称在法国和其他拉丁语系的国家很流行。在英美法系国家，也

<sup>①</sup> 参见黄进：《宏观国际法学论》，载《法学评论》1984年第2期，第38～42页。

有一些学者采用。

### (三) 国际私法(international private law)

1841年,德国学者谢夫纳(Schaeffner)在其著作《国际私法的发展》(Entwicklungen des Internationalen Privatrechts)中首先使用“国际私法”这一名称,即德文Internationalen Privatrechts。它直译为英文是international private law。这一名称在中国、德国、日本、俄国以及东欧国家得到普遍采用。

(四) 冲突法(conflicts law)、法律冲突法(the law of the conflict of laws)或法律冲突(the conflict of laws)

荷兰学者罗登伯格(Rodenburg)于1653年首先使用“De Coflictu Legum”(“法律冲突”)来称呼国际私法。以后,另一荷兰著名国际私法学者胡伯(U. Huber)也于1684年使用过这一名称。有趣的是,该名称由大陆法系学者发明,现在却广泛流传于英美法系国家<sup>①</sup>。

除上述名称外,旧中国曾将国际私法法规称为“法律适用条例”,德国称之为“民法施行法”,日本称之为“法例”。另外,还有“外国法的适用”、“涉外私法”、“国际民法”、“国际民商法”、“国际民事诉讼法”等名称。

国际私法的名称之所以五花八门,是因为各国立法者和学者对国际私法的对象和范围存在着不同的见解。这些不同的名称,或是强调它所调整的法律关系仍属民商事法律关系性质,只是已超出了一国的范围,或是强调它所解决的是本国及外国的民商法律适用问题。国际私法究竟用什么名称表示,尚无定论。我们认为,“国际私法”这一名词相对来说还是比较合适的,这是因为:(1)国际私法虽然不是调整国家与国家之间关系的法律,但其调整的国际民商事法律关系超越一国范围,是一种跨国法律关系,具有国际性,完全可以冠以“国际”二字。(2)虽然一些社会主义国家的法学家否定“公法”和“私法”的划分,但是,比较法是国际私法之母,要研究国际私法,不得不对各国的民商事法律进行比较研究,因而也不得不考虑西方法学关于公法和私法的划分,而西方法学把民商事法律归入私法一类。因此,将调整国际民商事法律关系的国际私法称为“私法”也未尝不可。(3)在中国,用“国际私法”这一名称来称呼这一法律部门或法律学科已约定俗成。(4)许多国家,如波兰、瑞士、土耳其、奥地利等,都使用“国际私法”这一名称来给其相关立法命名。

## 二、国际私法与国际私法学

国际私法这一名称在不同情形下使用通常有两种不同的含义:有时是指一个

---

<sup>①</sup> 关于胡伯的学说对英美国际私法的影响,参见纳德曼(K. H. Nadelman):《冲突法》,1972年英文版,第1~6页。

法律部门，有时是指一个法律学科。前者就是国际私法本身，后者就是国际私法学。

国际私法和国际私法学是两个不同的概念，它们既有区别又有联系。其区别在于：第一，国际私法是一个法律部门，是一类法律规范的总称；而国际私法学是一门法律学科，是一门法学的名称。第二，国际私法调整的对象是国际民商事法律关系；而国际私法学的研究对象是国际私法规范本身。第三，国际私法是具有法律约束力的行为规范；而国际私法学本身是没有法律约束力的理论和学说。

应该看到，国际私法和国际私法学有着不可分割的联系。其联系表现在：第一，国际私法学既然以国际私法为研究对象，就不能脱离国际私法，而必须以国际私法为依据。第二，国际私法学虽然必须以国际私法为依据，但国际私法学的研究，反过来又可为国际私法的制定和适用服务，并促进国际私法的发展。在历史上，国际私法早期本来就是“学说法”<sup>①</sup>，在其发展过程中，许多学者的理论观点对国际私法规范的形成和发展，产生了很大的影响。第三，国际私法和国际私法学都是由一定的社会经济条件决定的，同时为特定的社会服务。第四，在一些国家，权威国际私法学者的学说在一定程度上还是国际私法的渊源。

国际私法学对国际私法的研究，不仅应对其规范加以简单的注释和说明，还应科学地、全面地、系统地、深入地、概括地、分门别类地对其规范加以研究，使之升华为理论，从而指导人们的学习、研究和实践。

## 第五节 国际私法的定义

各国学者对国际私法下过种种不同的定义，归纳起来有这样几种类型：

其一，根据国际私法调整的法律关系的性质来下定义。例如，德国国际私法学者努斯鲍姆在其《国际私法原理》一书中下的定义是：“国际私法，或冲突法，从广义上讲，是处理涉外关系的私法的一部分。”

其二，从解决国际民商事法律冲突的角度来下定义。例如，美国的斯托雷认

---

<sup>①</sup> 参见葛茨维勒：《国际私法的历史发展》（法文），载《海牙国际法学院演讲集》，1929年第3册，第294页。作者将国际私法的发展分为两个阶段：第一阶段是从13世纪上半叶到18世纪末叶，他把这个阶段称为“法理学和科学的国际私法”，即“学说法”阶段；第二阶段是整个19世纪，他把19世纪说成是“私法的伟大编纂时代”，把这个阶段的国际私法称为“法律上的国际私法”，即“法律法”阶段。



为，国际私法是“关于产生于不同国家的法律在实际运用于现代商业交往中所发生的冲突的法学”<sup>①</sup>。中国国际私法学者陈力新教授给国际私法下的定义也是这样的，他说：“所谓国际私法，是在调整一些涉及外国法适用的涉外民事关系中，用来解决和避免法律冲突的规范的总和。”从这种角度给国际私法下定义的学者一般都认为国际私法仅仅是冲突法。

其三，从法律适用的角度来下定义。例如，中国著名法学家李浩培教授给国际私法下的定义是这样的：国际私法是“指在世界各国民法和商法互相歧异的情况下，对含有涉外因素的民法关系，解决应当适用哪国法律的法律”<sup>②</sup>。再如，德国国际私法学者沃尔夫认为，国际私法是决定几种同时有效的法律制度中的哪一种可以适用于一组特定的事实的法律。<sup>③</sup>

其四，通过列举国际私法的内容或范围或规范来给国际私法下定义。例如，威希尔和诺斯在其所著的《国际私法》一书中就指出，英国法所理解的国际私法是在处理含有涉外因素的案件时判定：第一，法院在什么条件下对案件有管辖权；第二，不同种类的案件应适用哪一国法律来确定当事人的权利与义务关系；第三，在什么条件下可以承认外国的判决，以及在什么条件下外国判决赋予的权利可以在英国执行。<sup>④</sup>

其五，综合性定义。例如，我国台湾地区国际私法学者刘甲一在他撰写的《国际私法》一书中指出：“国际私法定义谓其系统规范涉外关系而分配有关国家之制法及管辖权限并制约其行使之法律也。”

上述定义，各有千秋，均反映了国际私法某一方面的特性，但它们都比较传统。国际私法是一个不断发展的法律部门，研究国际私法的法律学科也处于不断发展之中。因此，国际私法的定义也应该随之而发展。本书对国际私法作如下定义：国际私法是以直接规范和间接规范相结合来调整平等主体之间的国际民商事法律关系并解决涉外民商事法律冲突的法律部门。本书之所以使用这个定义，是因为定义应揭示概念所反映的事物的本质属性，而根据事物的本质属性就可以把这一类事物与其他事物区别开来。国际私法作为一个独立法律部门和其他法律部门相区别的客观基础就是国际私法调整的社会关系是国际民商事法律关系，而且在调整这一法律关系中解决涉外民商事法律冲突，并同时使用直接规范和间接规范来实现这一点。本书所使用的这个定义正是试图揭示国际私法这一概念的本质

① See Joseph Story, *Commentaries On the Conflict of Laws*, 24-25(1834).

② 《中国大百科全书·法学》，中国大百科全书出版社1984年版，第228页。

③ 参见沃尔夫著，李浩培、汤宗舜译：《国际私法》，法律出版社1988年版，第22页。

④ Peter North & Fawcett, *Cheshire and North's Private International Law*, 3-4(1999).

属性。

## 第六节 国际私法的体系

国际私法的体系有两层意思：一是国际私法立法体系；二是国际私法理论体系或国际私法学说体系。两者既有联系，又有区别。一般来说，在一个法制统一的国家内部，国际私法立法体系在一定时期内只有一个，而国际私法理论体系则可能五花八门。国际私法立法体系和国际私法理论体系是互相影响的，但即使某种国际私法立法体系的存在代表或反映某种国际私法理论体系，也不能因此否定其他国际私法理论体系的存在及其合理性。由于政治、经济、法制、历史和文化的不同，各国国际私法立法体系和理论体系也有所不同。

### 一、国际私法立法体系

国际私法立法体系是指制定成文国际私法法典或单行法规所采用的体系。从现存的国际私法法典或单行法规来看，国际私法立法体系大致分为如下几类：

#### （一）按本国民法体系仅对法律适用问题作出规定

1898年《日本法例》、1939年《泰国国际私法》、1966年《波兰国际私法》和1978年《奥地利联邦国际私法法规》等采用这种体系。当然，由于各国的民法体系并不完全相同，其国际私法的内在体系也不相同。比如，1939年《泰国国际私法》采用的体系为：第一部，一般规定；第二部，人的身份及能力；第三部，债权；第四部，物权；第五部，亲属法；第六部，继承。而1978年《奥地利联邦国际私法法规》采用了如下体系：第一章，总则；第二章，属人法；第三章，亲属法；第四章，继承法；第五章，物权法；第六章，无形财产权；第七章，债法。

（二）将冲突规范和国际民事诉讼规范分为两大部分，合并规定在国际私法法典或单行法规中

1979年匈牙利关于国际私法的第13号法令、1982年《土耳其国际私法和国际诉讼程序法》和1982年《南斯拉夫法律冲突法》等采取这种体系。比如，1979年匈牙利关于国际私法的第13号法令采用的体系为：第一章，总则；第二章，自然人；第三章，知识产权；第四章，所有权和其他物权；第五章，债法；第六章，继承法；第七章，家庭法；第八章，劳动法；第九章，管辖权；第十章，关于诉讼程序的法律规定；第十一章，外国判决的承认与执行；最后条款。而1982年《土耳其国际私法和国际诉讼程序法》采用的体系明确分为3大部分：第一章，国际私法（含总则和冲突规范两节）；第二章，国际诉讼程序（含土耳其法院的国际管辖权和外国法院判决与仲裁裁决的承认与执行两节）；第三章，

最后条款。

(三) 将冲突规范、外国人的法律地位和国际民事诉讼规范合并规定在国际私法法典或单行法规中

1964年《捷克斯洛伐克社会主义共和国国际私法及国际民事诉讼法》采用这种体系,具体如下:序论;第一部,冲突规则和关于外国人法律地位的规则(包括冲突规则、外国人地位和适用外国法规则);第二部,国际民事诉讼法(包括捷克斯洛伐克法院管辖权、关于诉讼程序的规定和外国判决的承认及执行)。

#### (四) 瑞士模式

1987年《瑞士联邦国际私法》是当代国际私法立法的典范,其体系兼采大陆法系和普通法系的内容,将两者融为一体,极具特色。该法规分为13章,共200条,第一章为总则性的共同规定,第二章至第十二章为分则,第十三章为最后条款,具体如下:第一章,总则;第二章,自然人;第三章,婚姻;第四章,亲子关系;第五章,监护和其他保护措施;第六章,继承法;第七章,物权;第八章,知识产权;第九章,债;第十章,公司;第十一章,破产和清偿协议;第十二章,国际仲裁;第十三章,最后条款。

该法规第一章首先规定了该法的适用范围,然后就管辖权,应适用的法律,该法所使用的最重要的连结因素(住所、主事务所在地、国籍),外国判决的承认和执行作了一般性的共同规定。分则除关于破产和清偿协议的第十一章和关于仲裁的第十二章之外,其余各章基本上是依照《瑞士民法典》和《债务法典》来划分调整事项的范围。大体上说,每章都是就各该事项先规定直接国际管辖权规则,再规定法律适用规则,最后是关于外国判决的承认和执行的规则。但关于债法的第九章,先就合同、不当得利和侵权行为的直接国际管辖权和法律适用问题作出规定,然后就诸如债权的让与、时效及消灭等债法上的一般问题作出与法律适用有关的共同规定,最后是承认外国判决的规定。从一定程度上说,关于公司的第十章的结构安排与分则前面各章有所不同。第十三章最后条款包括关于现行法律的废除和修改的规定、过渡条款以及关于公民复决和施行的规定。该法规在结构方面所作的上述安排,使总则部分的规定和分则部分的规定偶有重复之处,但这种结构体现了管辖权与法律适用之间的有机联系,与受理国际性民事案件的瑞士司法或行政机关的工作方法是相一致的,其最大优点是便于查阅和使用。<sup>①</sup>

#### (五) 美国《第二次冲突法重述》的体系

普通法系国家一般没有成文的国际私法法典或专门的国际私法规则。美国亦是如此。普通法系国家的学者大多视国际私法或冲突法由管辖权、法律适用和外

<sup>①</sup> 参见陈卫佐:《瑞士国际私法法典研究》,法律出版社1998年版,第15~16页。

国判决的承认与执行等三大部分组成，美国法学会主持制定的具有示范法、准立法和司法实践总结性质的《第二次冲突法重述》在体系方面即受到上述理论的影响。该重述的体系是：第一章，序则；第二章，住所；第三章，司法管辖权；第四章，行使司法管辖权的限制；第五章，判决；第六章，程序；第七章，过错行为；第八章，合同；第九章，财产；第十章，信托；第十一章，身份；第十二章，代理和合伙；第十三章，商业公司。

#### （六）《中华人民共和国国际私法示范法》的体系

中国国际私法学会于1993年开始起草《中华人民共和国国际私法示范法》（以下简称《示范法》）。在起草《示范法》的过程中，起草小组成员对《示范法》的体系曾有不同主张。一种主张认为，《示范法》应分为总则、法律适用、国际民事诉讼程序和附则四章，主体为法律适用和国际民事诉讼两大部分；另一种主张认为，《示范法》应分为总则、管辖权、法律适用、司法协助和附则五章，主体为管辖权、法律适用和司法协助三大部分。通过讨论，起草小组最后采用了后一种主张。《示范法》所采用的体系在国际私法立法史上尚无先例，可以说颇具特色，自成一体。

## 二、国际私法理论体系

国际私法理论体系，是指国际私法学者基于对国际私法的认识所建立的学说体系。由于学者们对国际私法的认识各不相同，因而这一理论体系多种多样。在开放、多元化的现代社会里，多种多样的国际私法理论体系的存在，反映了学者们从不同的立场和角度对国际私法的真理的追求。这一追求是一个渐进的过程。各种流派和主张应不争一时长短，但求共存共荣。事实上，统一各种国际私法理论体系既不可能也无必要。

国际私法理论体系主要有如下几类：

1. 依本国民商法体系或比较民商法体系建立国际私法理论体系。这种理论体系仅讨论涉外民事关系的法律适用问题，俗称“小国际私法”体系。

2. 将国际私法分为外国人的民事法律地位、冲突规范和国际民事诉讼及国际商事仲裁三大部分，并在此基础上建立国际私法理论体系，俗称“中国际私法”体系。

3. 将国际私法分为外国人的民事法律地位、冲突规范、国际统一实体规范和国际民事诉讼及国际商事仲裁四大部分，并在此基础上建立国际私法理论体系，俗称“大国际私法”体系。有的学者还主张在“大国际私法”体系中将一国制定的专门用来调整国际民事关系的实体法规范，即所谓“国内专用实体规范”也列入其中。

4. 将管辖权、法律适用和外国判决的承认及执行视为国际私法或冲突法的

核心内容，并围绕这三大主要问题来建立国际私法理论体系，通常称为英美普通法体系。

5. 在依顺序讨论国籍、外国人的地位、法律冲突、国际管辖权和外国法院判决的承认与执行等问题的基础上建立国际私法理论体系，通常称为法国体系。

本书采用“大国际私法”体系，具体结构见本书目录。

## 第二章 国际私法的渊源

法的渊源，简称法源，一般是指法律规范的创制及其表现形式。<sup>①</sup> 国际私法的渊源即指国际私法规范的存在及其表现形式。相对于其他法律部门而言，国际私法的渊源具有两个显著的特点：一是由于国际私法调整对象的复杂性与特殊性，国际私法渊源具有双重性，既有国内法渊源，如国内立法、司法判例等，又有国际法渊源，如国际条约、国际惯例等。二是由于各国立法者对国际私法的内容和范围认识不同，具体到一国立法中的哪些法律、国际条约中的哪些条约是国际私法的渊源，不同国家的观点差异较大。

### 第一节 国内立法

#### 一、国内立法作为国际私法的渊源

在国际私法的发展史上，国内立法可以说是国际私法最为古老的渊源之一。早在 1756 年的《巴伐利亚法典》中，就有成文的国际私法规范。此外，法国（1804 年）、奥地利（1811 年）、荷兰（1829 年）、罗马尼亚（1865 年）、意大利（1865 年）、葡萄牙（1867 年）、西班牙（1888 年）等国的民法典，也都或多或少地规定了一些国际私法规范，而影响最大的当属 1804 年《法国民法典》。

19 世纪末 20 世纪初，国际私法的国内立法开始向系统、全面、集中的方向发展。1896 年《德国民法施行法》第二章系统规定了国际私法规则。1898 年，日本颁布了以冲突规范为主要内容的《日本法例》。受法国、德国、日本等国的影响，中国北洋政府于 1918 年颁布了单行的《法律适用条例》。

到 20 世纪，尤其是第二次世界大战后，各国国际私法立法有了长足的发展。一方面，越来越多的国家在民法典或其他专门法中规定了国际私法规范，如巴西、智利、阿根廷、墨西哥、秘鲁、加蓬、塞内加尔、英国、意大利、希腊等国；另一方面，各国国际私法立法继续向单行法方向发展，如泰国（1939 年）、捷克斯洛伐克（1948 年）、阿尔巴尼亚（1964 年）、波兰（1966 年）、民主德国（1975 年）、奥地利（1979 年）、匈牙利（1979 年）、南斯拉夫（1982 年）、土耳其（1982 年）、联邦德国（1986 年）、瑞士（1987 年）等国，相继颁布了单行的国际私

---

<sup>①</sup> 参见《中国大百科全书·法学》，中国大百科全书出版社 2006 年版，第 82～83 页。

法法规。其中1987年12月18日通过的《瑞士联邦国际私法》，堪称当代国际私法立法的代表作。该法共13章，200条，内容涉及自然人、婚姻、亲子关系、监护、继承、物权、知识产权、债权、公司、破产与清偿协议、国际仲裁等，是迄今为止世界上最为详尽、完备的国际私法之一。

## 二、各国国际私法立法的主要模式

国际私法主要包括冲突规范和国际统一实体法规范，同时还涉及外国人民事法律地位规范和国际民事诉讼与国际商事仲裁规范。此处述及的国际私法立法模式，主要是针对冲突规范而言。

### （一）分散立法式

这种立法模式是将冲突规范分散规定在民法典和其他单行法规的有关章节中。1804年《法国民法典》就是这一立法模式的代表作。受其影响，奥地利、荷兰、希腊、葡萄牙、西班牙等国也采取了这一立法模式。此外，在同时期采用这一立法模式的还有巴西、智利、阿根廷、墨西哥等国。

### （二）专章专篇式

到了19世纪中叶，国际私法立法出现了在民法典或其他法典中以专篇或专章形式较为系统地规定冲突规范的立法模式。这种立法模式较之分散立法模式显然是一个进步，它可以相对集中、比较系统地规定冲突规范。一些国家（如希腊、意大利、葡萄牙）在修订民法典时，纷纷放弃分散立法模式，而转向专章专篇的立法模式，还有一些国家则在民事立法时直接采用了这种立法模式。至今仍有许多国家采取这种模式。

### （三）单行立法式

19世纪末20世纪初，以1898年《日本法例》的颁布为标志，国际私法立法进入了法典化阶段，许多国家开始采用专门法典或单行法规的形式系统规定冲突规范，这种立法形式可以称为单行立法模式或法典化模式。这一立法模式的诞生，不仅标志着国际私法立法模式的进步，而且标志着国际私法立法逐步走向成熟。

以国际私法立法模式的进步为契机，到第二次世界大战后，世界范围内掀起了国际私法立法的新高潮，并逐步形成了20世纪国际私法立法法典化的基本走向和发展趋势。

## 三、当代国际私法国内立法的主要特点及发展趋势

当代国际私法的国内立法，无论在形式上还是在内容上都有所突破，呈现出一些新的特点和发展趋势。主要表现在：

### （一）在立法模式上呈现出向单行法方向发展的趋势

采用单行法的立法模式制定冲突规范的优越性是显而易见的，它可以系统、完整、清楚地规定冲突规范，既便于法官和当事人知悉法律，又便于他们执行和适用

法律,同时亦可增强冲突规范之间的统一与协调。一些国家,如奥地利、瑞士、匈牙利等国,原来都是在民法典中分散制定冲突规范,但先后改变了立场,制定了单行的国际私法法规。有些采用专篇章式和单行法模式的国家,也加快了修改、完善冲突法立法的步伐,以使本国冲突法立法的内容更趋完备,结构更趋合理。如波兰于1966年制定了新的《国际私法》,以取代1926年《关于国际私法关系的法令》。

从近年新颁布的一些单行法来看,在形式上已有总则、分则之分,结构日趋合理。总则主要规定冲突法调整对象的性质和范围,法律适用的基本原则,冲突法的一般问题(如反致、法律规避、外国法内容的查明、公共秩序保留),区际冲突,时际冲突,与国际统一冲突法的关系等内容。分则一般规定各类具体的涉外民事法律关系的法律适用规则、制度,如债权的法律适用、物权的法律适用、侵权行为的法律适用等。有的国际私法法规还涉及外国人民事法律地位、涉外民事案件的管辖权、外国法院判决的承认与执行以及国际仲裁等内容,从形式上更接近于一部法典,瑞士、比利时等国的国际私法立法即属此种情况。

### (二) 国际私法的调整对象不断扩大,适用范围愈加广泛

传统国际私法的调整范围多局限于债权、物权、婚姻、家庭、继承等领域。现代国际私法的内容已扩展到知识产权、涉外劳动关系、代理关系、产品责任、交通事故、环境污染等,国际私法的适用范围已明显扩大。最为典型的例子就是关于知识产权的法律适用问题。长期以来,人们一直认为知识产权具有严格的地域性,根本就不会产生承认外国知识产权域外效力的问题,所以各国国际私法过去对此均未涉及。后来,1978年《奥地利联邦国际私法法规》、1979年《匈牙利国际私法》及1987年《瑞士联邦国际私法》对知识产权的法律适用问题有所规定。《瑞士联邦国际私法》还对国际破产与国际仲裁分别作了专章规定。此外,现代国际私法越来越注重国际商事领域的法律适用问题,如国际投资、国际技术转让、国际工程承包及劳务输出、国际票据、信托、保险等,国际私法都有所调整。这是国际间经济合作与交往日益扩大,国家对涉外民商事关系加强干预的必然结果。

### (三) 弹性连结因素在立法中被广泛采用,冲突规范的灵活性得以加强

首先是新的国际私法立法中大量采用双边冲突规范和选择性冲突规范,以增强法律适用的灵活性。其次是最密切联系原则在各国最新国际私法立法中得到广泛采用,甚至被视为选择法律的普遍指导原则。例如,《奥地利联邦国际私法法规》第1条开宗明义地规定:“与外国有连结的事实,在私法上,应依与该事实有最强联系的法律裁判。本联邦法规所包括的适用法律的具体规则,应认为体现了这一原则。”其他一些国家,如瑞士、美国、英国、土耳其、南斯拉夫、希腊、法国、德国,也在不同程度上采用了最密切联系原则。这一原则的广泛采用无疑大大增加了法律适用的灵活性。最后,补充性连结因素的采用也有助于增强法律



选择的灵活性。这种冲突规范针对特定的涉外民事关系,提供了较多的连结因素,如果依一个连结因素所适用的法律不能获得某种结果或在前一连结因素不存在时,则依另一个连结因素而适用另一个法律。

#### (四) 政策定向和结果选择的方法在法律选择中受到重视

主要表现在三个方面:(1)为体现对消费者的保护,一些国家的国际私法立法倾向于适用消费者惯常居所地法;(2)为体现对劳动者的保护,在雇佣关系中原则上适用劳动履行地法律;(3)为体现对弱者的保护,主要是指对儿童的保护,在亲子、监护、收养等关系中适用对儿童最为有利的法律。瑞士、奥地利、匈牙利等国的国际私法均有体现这一立法特点的规定。

## 第二节 司法判例

### 一、司法判例作为国际私法的渊源

所谓判例,系指法院对具体案件的裁判具有法律约束力,成为以后审理同类案件的依据。在英美法系国家,判例是其法律的主要渊源。在大陆法系国家,虽然传统上并不认为判例是其法律的渊源,但随着两大法系的逐渐渗透和融合,判例在大陆法系国家的司法实践中越来越重要,法院的判决被法官和律师援引以支持自己的主张是十分常见的事。在国际私法的理论与实践,对法院判例是否为本国国际私法的渊源大致有两种看法。

第一,在英美普通法系国家,权威的法院判例不仅是国际私法的渊源,而且是主要渊源。在这些国家,虽然在个别成文法中也有国际私法规范,但大量的、主要的国际私法规范来自于法院的司法判例。由于这些国际私法规范(主要指冲突规范)散见在浩如烟海的法院判例中,内容零散,且常相互抵触,给国际私法的适用带来许多困难。为此,一些著名的国际私法学者或民间机构便开始系统地汇编和整理国际私法规范,以作为这些国家处理涉外民事案件的权威依据。例如,英国学者戴赛于1896年编著的《法律冲突法》系统全面地归纳整理出英国判例中所适用的冲突规范,并逐条加以阐释。后由莫里斯等人相继修订,到2012年该书已修订至第15版。美国法学会作为一个非官方的学术机构承担了美国冲突法的编纂工作。1934年由比尔任报告员出版了美国《第一次冲突法重述》,1971年又以里斯为报告员出版了美国《第二次冲突法重述》。加拿大、澳大利亚等国国际私法的主要渊源也是判例,但对法院判例的编纂,则远没有英、美成功。

第二,在大陆法系国家,国际私法的主要渊源是成文法,不少国家在民法典或相关单行法中规定国际私法规范,有的国家还颁布了国际私法单行法。但判例在这些国家的法院审理涉外民事案件时,仍然起着不可忽视的作用,构成国际私

法的辅助渊源。法、德、日等国都很重视判例的作用，在处理具体案件缺少成文的冲突规范时，法院可以援引最高法院的判例作为判决依据。事实上，许多成文的国际私法规则也是从判例直接发展起来的。有的法国学者甚至认为，法国的国际私法就是以《法国民法典》第3条为基础，并采用法院判例建立起来的。例如，著名的“李查蒂案”（Lizardi case）、“福尔果案”（Forgo case）等在确立一些重要的国际私法规则方面均起了十分重要的作用。日本在司法实践中也允许法院在特定条件下依据判例作出裁决。日本学者十分重视对国际私法案例的研究，曾编辑出版了专门的涉外民事案例汇编。一些日本学者出版的国际私法著作也将判例列为“其他法源”。

## 二、我国对司法判例的立场和态度

在我国现行法律体制下，判例不是法律的渊源，它只对具体案件有一定的指导作用，不能作为法院处理案件的法律依据。但是，这并不是说，法院判例对我国法院审理涉外民事案件没有任何意义。由于涉外民事关系的特殊性和复杂性，仅依据我国现有成文法来处理是远远不够的。尽管我国国际私法成文立法在近年有了较快发展，但仍然不能满足我国涉外民事关系飞速发展的需要，亟待通过司法判例来弥补。而在涉及适用外国法的场合，如该外国法以司法判例为主要的法律渊源，承认其判例的渊源作用并直接援引有关判例势所必然。此外，我国国际私法的原则、规则与制度，也需要通过司法判例来发展。因此，在目前情况下，承认司法判例在我国国际私法中的渊源地位，对指导法院的审判，发展我国对外民事关系，维护中外双方当事人的合法权益，推动我国国际私法的立法进程均有重要意义。

在我国司法实践中，司法判例主要通过三种方式来发挥作用：第一，最高人民法院总结我国涉外民事审判的实践经验，对有关涉外民事关系的立法或司法审判中出现的具体问题所作出的“解释”、“规定”、“批复”、“决定”等司法解释<sup>①</sup>，对法院和其他有关机关、个人具有拘束力。这类司法解释虽然不直接出自具体判例，却是在总结大量司法实践的基础上，根据我国立法的精神所作出的，也有不少规则直接来源于司法判例。因此，这类司法解释是司法判例的高级表现形式。第二，最高人民法院针对地方各级人民法院的个案请示所作出的各种“答复”、“批复”等，虽不具有普遍意义，但由于这类批复反映了我国最高审判机关对个案审判中具体问题的看法、意见，对下级人民法院审理同类案件无疑具有指导和借鉴作用。第三，最高人民法院定期在《最高人民法院公报》中公布的一些典型案例，以及可能不时公布的指导性案例中，不乏国际私法方面的案例。这些案例的公布表明最高人民法院对其审判处理结果的认可，对地方各级人民法院虽无法律约束力，但对司法审判有重要的指导作用和影响力，一般情况下，地方各

<sup>①</sup> 参见最高人民法院《关于司法解释工作的规定》[法发(2007)12号]，2007年4月1日起施行。