

图书在版编目 (CIP) 数据

国际私法趋势论/徐冬根著. —北京:北京大学出版社, 2005. 1
(国际法论丛)

ISBN 7-301-08358-0

I. 国… II. 徐… III. 国际私法-研究 IV. D997

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2004) 第 125503 号

书 名: 国际私法趋势论

著作责任者: 徐冬根 著

责任编辑: 周 菲

标准书号: ISBN 7-301-08358-0/D·1032

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区中关村北京大学校内 100871

网 址: <http://cbs.pku.edu.cn>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

电子信箱: pl@pup.pku.edu.cn

排 版 者: 北京高新特打字服务社 51736661

印 刷 者:

经 销 者: 新华书店

650 毫米×980 毫米 16 开本 32.5 印张 549 千字

2005 年 1 月第 1 版 2005 年 1 月第 1 次印刷

定 价: 46.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,翻版必究

内 容 简 介

展开国际私法的画卷,透过扑朔迷离的表象,我们可以发现当代国际私法的变化和发展趋势呈现出很强的时代特征。国际私法是一个涉及面广、专业性强、处理难度大的法律领域。本书以国际私法发展新趋势作为主线,运用法学原理、比较方法和实证分析方法,对国际私法的重要问题进行了深入研究和论述。

本书在写作过程中,力图以全新的理念来审视国际私法,在框架结构上彻底打破了传统国际私法或者冲突法著作的体系和模式,另辟蹊径,通过对精心选择的十个具有典型代表意义的侧面进行深入研究、分析,揭示出国际私法发展的十大趋势。作者突破了传统一元化的思维模式,通过对国际私法现象和国际私法学问题进行多视角、多维度、多层次、多元化的研究,揭示了现代国际私法的发展特征和发展趋势,同时也为我国国际私法学界探索中国和全球国际私法的未来提供了新思维、新视野和新范式,从而为推进我国国际私法立法、司法实践和学术发展进行了有益的尝试。

全书除导言外共分十章。第一章国际私法原理论,展示了国际私法原理从经典走向宽泛的基本趋势;第二章国际私法制度论,研究了国际私法基本制度从初始走向逐步完善的趋势;第三章国际私法原则论,解析了国际私法基本原则从国内走向国际的趋势;第四章国际私法价值论,论证了国际私法价值取向从形式正义走向实质正义的趋势;第五章国际私法学说论,阐述了国际私法理论从经院走向现实化的趋势;第六章国际私法立法论,分析了国际私法立法从分散走向法典化的趋势;第七章中国国际私法论,揭示了中国国际私法从幼稚走向成熟的趋势;第八章法律选择方法论,分析了法律选择方法从确定性走向灵活性的趋势;第九章法律直接适用论,展现了法律规范从选择适用走向直接适用的发展趋势,研究了法律直接适用理论和“直接适用的法”;第十章国际私法分则论,评析了国际私法分则中法律适用规则从契约走向契约与身份融合的趋势。

CONTENTS 目 录

导言	1
----	---

第一章 国际私法原理论	5
本章趋势导论 :从经典走向宽泛的	
国际私法基本原理	5
第一节 国际私法概述	6
一、国际私法的概念	6
二、国际私法的性质	15
三、国际私法的范围	20
四、国际私法的功能	31
第二节 冲突规范	34
一、冲突规范的概念	34
二、冲突规范的特点	36
三、冲突规范的类型	37
四、冲突规范的发展新趋势	40
第三节 连接因素	43
一、连接因素的概念	43
二、连接因素的特点	43
三、连接因素的意义	44
四、连接因素的分类	44
五、连接因素的软化趋势	45
第四节 准据法	46
一、准据法概述	46

CONTENTS 目 录

二、准据法的适用	49
第五节 国际私法的渊源	50
一、国内法渊源	51
二、国际法渊源	61
三、一般法律原则和法律学说	67
第二章 国际私法制度论	69
本章趋势导论 :从初始走向逐步完善的	
国际私法制度	69
第一节 识别	70
一、识别的法律含义	70
二、识别的对象	71
三、识别的方法	72
四、识别理论与学说	73
第二节 反致	75
一、反致的概念	75
二、反致制度的产生及其存在的意义	75
三、反致制度与我国国际私法	80
四、反致的发展趋势	81
第三节 法律规避	84
一、法律规避概述	84
二、法律规避的构成要件	90

CONTENTS 目 录

三、法律规避的效力	93
四、法律规避的理性分析	101
第四节 外国法的查明	102
一、外国法的查明的概念	103
二、外国法内容查明的方法	103
三、无法查明外国法的解决办法	106
四、我国关于外国法查明的有关规定	107
第五节 公共秩序保留	110
一、公共秩序概说	110
二、公共秩序的应用	112
三、公共秩序保留制度的限制	115
四、我国的公共秩序保留制度	117
五、公共秩序的发展趋势	119
第三章 国际私法原则论	123
本章趋势导论 :从国内走向国际化的	
国际私法基本原则	123
第一节 坚持国家主权原则	125
一、坚持国家主权原则是我们处理涉外	
民事法律关系的基本准则	125
二、国家主权原则在我国国际私法	
立法中的体现	125

CONTENTS 目 录

第二节 倡导平等互利原则	126
一、各国民商法应享有平等的地位	126
二、既得权理论对平等互利原则的影响	127
三、平等互利原则在国际私法上的体现	128
第三节 强调优先适用国际公约原则	129
一、国际条约概述	129
二、国际公约优先原则与我国的立法	137
三、国际条约的优先适用	140
四、优先适用国际条约的限制与例外	143
第四节 国际惯例补缺原则	145
一、国际惯例的法律含义	145
二、国际惯例的法律性质	145
三、国际惯例与我国国内规范的关系	147
第五节 保护弱者利益原则	148
一、保护弱者利益是国际私法人文 关怀的体现	148
二、现代国际私法人文关怀在弱者保护 中的精髓是实质公平	149
三、国际私法原则和制度层面对弱者 利益的人文关怀	151
四、国际私法冲突规范层面对弱者 利益的人文关怀	155

CONTENTS 目 录

第四章 国际私法价值论	161
本章趋势导论：从形式正义走向实质正义的价值取向	161
第一节 价值论与国际私法的关系	165
一、价值论与法律价值	165
二、国际私法研究引入价值论的必要性	166
三、法律价值论在我国国际私法学界的发展	168
第二节 国际私法的价值取向	170
一、国际私法的价值研究	170
二、国际私法价值的功能与内容	171
第三节 国际私法的正义价值	172
一、国际私法与正义观	172
二、传统国际私法的形式正义 法律的 形式性和形式的法律性	177
三、现代国际私法从形式正义向实质 正义的嬗变	181
四、实质正义是现代法律选择方法的最 根本的价值取向	186
五、国际私法正义观与公正价值	189
第四节 国际私法与其他价值取向	192
一、国际私法与秩序价值	192
二、国际私法与自由价值	195

CONTENTS 目 录

三、国际私法与安全价值	197
四、国际私法与效益价值	199
第五章 国际私法学说论	201
本章趋势导论 :从经院走向现实化的	
国际私法学说	201
第一节 法则区别说	202
一、意大利法则区别说	203
二、法国法则区别说	205
三、荷兰法则区别说	206
第二节 意思自治理论	208
一、意思自治理论的产生	208
二、意思自治原则的法哲学思想	212
三、意思自治原则的限制	215
第三节 近代国际私法学说	218
一、萨维尼的法律关系本座说及其	
联系分析法	218
二、孟西尼的法则区别说	223
三、戴赛的既得权说	224
四、美国传统国际私法的理论	226
第四节 当代国际私法学说	228
一、当代国际私法的变革与创新	228
二、后现代国际私法理论	239

CONTENTS 目 录

第六章 国际私法立法论	249
本章趋势导论：从分散立法走向法典化的国际私法立法	249
第一节 萌芽期间的欧洲国际私法立法	251
一、罗马万民法与自然法精神	251
二、欧洲属人主义时期	253
三、基辅俄罗斯王国的规定	254
四、英国的习惯法	254
第二节 近代国际私法立法	255
一、《巴伐利亚法典》和《普鲁士邦一般法典》	255
二、《法国民法典》和受其影响的其他民法典	255
三、1854 年苏黎世国际私法立法	256
四、1863 年萨克森王国国际私法立法	257
五、1865 年《意大利民法典》	258
六、1896 年《德国民法施行法》	259
七、1898 年《日本法例》	259
八、普通法系国家的国际私法立法	260
第三节 当代国际私法立法	261
一、欧洲国家国际私法立法	261
二、亚洲国家国际私法立法	266
三、北美洲国家国际私法立法	267
四、拉丁美洲国家国际私法立法	271
五、大洋洲国家国际私法立法	272
六、非洲国家国际私法立法	273

CONTENTS 目 录

第五节 国际私法法典化及其法哲学思想	274
一、国际私法法典化的含义	274
二、专门化立法与冲突法重述代表了 国际私法法典化的不同进路	275
三、欧洲大陆国际私法法典化体现的是 建构理性和分析主义法哲学观	277
四、美国的国际私法法典化体现的是 演进理性和实用主义法哲学观	279
第六节 国际私法统一化运动	281
一、国际私法统一化运动与普遍主义	282
二、早期国际私法统一活动	287
三、全球性的国际私法统一化运动	287
四、区域性的国际私法统一化运动	291
五、国际私法统一化运动展望	296
第七章 中国国际私法论	299
本章趋势导论：从幼稚走向成熟化的 中国国际私法	299
第一节 中国国际私法规范发达史	301
一、封建时期的法律规定	301
二、民国时期的国际私法立法	302
三、中华人民共和国的国际私法法制	302
四、中华人民共和国国际私法立法特点	306

CONTENTS 目 录

第二节 中国国际私法立法的完善	311
一、中国国际私法立法模式	311
二、中国国际私法立法走向	316
三、中国国际私法立法体系	317
四、中国国际私法立法技术	318
五、我国国际私法立法的经济分析	320
第三节 中国国际私法学术发展	322
一、中国国际私法学术发展概况	322
二、中国国际私法研究会	329
三、中华人民共和国国际私法示范法	330
四、多元化与中国国际私法学术的繁荣	331
五、中国国际私法学说流派的雏形	333
 第八章 法律选择方法论	 339
本章趋势导论 :从确定性走向灵活性的 法律选择方法	 339
第一节 传统国际私法的法律选择方法	342
一、传统国际私法律选择方法的特点	342
二、传统国际私法律选择方法的局限性	343
第二节 美国国际私法革命与法律选择 方法的革新	 344
一、传统法律选择方法受到挑战	344
二、国际私法革命的反思与冲突规则的回归	345

CONTENTS 目 录

第三节 最密切联系法律选择方法	346
一、最密切联系理论	347
二、最密切联系的属性	352
三、最密切联系的功能	354
四、最密切联系的不同立法模式	356
第四节 特征性履行理论与法律选择方法	357
一、特征性履行理论的产生与发展	358
二、特征性履行理论产生的原因分析	359
三、特征性履行行为的确定	363
四、特征性履行的灵活运用	364
五、特征性履行与最密切联系	367
第五节 自体法理论与法律选择方法	368
一、自体法的不同名称	369
二、自体法的产生和发展	370
三、有关自体法的各种理论	371
四、自体法理论的完善	373
五、自体法和准据法的关系	375
第六节 国际私法法律选择方法发展趋势的学理探究	375
一、决定法律选择的前提与主要因素	376
二、冲突规范的软化处理	381
三、弹性处理原则与法律选择质量	384
四、法官的自由裁量权与灵活选择法律的方法	385

CONTENTS 目 录

第九章 法律直接适用论	392
本章趋势揭示：从选择适用走向直接适用的法律规范	392
第一节 法律直接适用理论概述	393
一、法律直接适用理论的形成	393
二、法律直接适用理论影响的扩大	395
三、法律直接适用说的理论基础	397
第二节 “直接适用的法”	399
一、“直接适用的法”的概念	399
二、“直接适用的法”的法律性质	401
三、“直接适用的法”与其他范畴的关系	407
四、“直接适用的法”的地位	412
第三节 外国“直接适用的法”的可适用性	413
一、外国“直接适用的法”应否予以适用的学说	414
二、外国“直接适用的法”的立法状况述评	419
三、外国“直接适用的法”的司法实践	424
第四节 “直接适用的法”的价值分析	426
一、单边主义	427
二、特殊主义	428
三、功能主义	429
四、经验主义	431
第五节 法律直接适用理论的发展趋势	432

CONTENTS 目 录

第十章 国际私法分则论	434
本章趋势揭示：从契约走向契约与身份融合的法律适用规则	434
第一节 涉外合同法律适用规范的完善	437
一、涉外合同法律适用的法哲学基础	437
二、涉外合同法律适用的学说理论	437
三、当代合同准据法的发展新趋势	439
四、我国有关涉外合同法律适用的立法与实践	441
第二节 侵权行为的法律适用	443
一、侵权行为地法及其演变	443
二、侵权行为法律适用的繁荣	444
三、适用侵权行为自体法	444
四、侵权行为冲突规范的软化处理	446
第三节 物权法律适用规范	446
一、不动产物权的法律适用	446
二、动产物权的法律适用	447
三、物之所在地法	447
四、我国的动产法律适用制度	451
第四节 知识产权法律适用	452
一、知识产权法律冲突概述	452
二、专利权的法律适用	456
三、商标权的法律适用	460
四、著作权的法律适用	464

CONTENTS 目 录

第五节 婚姻家庭法律适用	469
一、涉外结婚的法律适用	469
二、涉外离婚的法律适用	474
三、涉外夫妻关系的法律适用	476
四、涉外亲子关系的法律适用	477
五、涉外收养关系的法律适用	478
六、涉外监护的法律适用	479
第六节 继承法律适用	479
一、涉外法定继承的法律适用	479
二、涉外遗嘱继承的法律适用	481
三、区别制与同一制	482
四、继承准据法的适用范围	483
主要参考文献	484
后记	500

导 言

全球化是我们这个时代的大趋势。它既是一种不争的客观事实,也是历史发展到今天所表现出来的一个特征。^①一般认为,全球化是指一种进程,在这种进程中,原来局限于各个不同国家疆域内的诸多活动和制度正在冲破国界的局限,而成为全球性的。^②就当代人类社会而言,作为上层建筑的法,面临全球化这一客观现实,不论是国际法还是国内法都必然会反映这一事实。^③同时,全球化的进程也是一个不断出现法律冲突的过程,因此国际私法作为调整跨国民商事关系、解决法律冲突的部门法,其发展趋势,尤其是 21 世纪的发展趋势也不同程度地受到全球化的影响。^④全球化的一系列进程不同程度地促进了国际民商事交往,作为调整国际民商事关系的国际私法也因之而得到了发展,有一些较为显著的发展趋势值得引起我们的关注。

综观国际私法的发展进程,我们可以看到,在不同区域或者不同国度,尽管国际私法变革的过程、特点和目标有所差异,但是作为一种模式或者势态,国际私法现代化却几乎成为这一历史过程的基本法律表现。诚然,这个进程在不同法系或法域中的具体的实现程度各不相同;但是,他们所昭示的国际私法成长发展的时代走向却有许多共同之处。

众所周知,国际私法是随着解决各国之间法律冲突的需要而发展起来的,其作用在于消除调整涉外民事关系的国际民商法律的冲突。传统国际私法选择法律的方法是选择其中一个国家的法律来调整涉外民商事关系,它是法律适用法,即一国法院受理涉外民商事案件涉及到数国法律的效力时由其确定应当适用哪国法律的法律。在当今世界,国际私法的任务不仅

① 参见诺塞琳·希金斯:《变迁的国际体制中之国际法》,载《外国法译评》2000 年第 3 期。

② Jost Debrack, "Globalization of Law, Politics and Markets-Implications for Domestic Law—A European Perspective", 1 *Indiana Journal of Global Legal Studies* 9, 1993.

③ 参见刘锦:《二十一世纪法学研究的一个新课题:法律全球化》,载《中国法学》1999 年第 6 期。

④ 黄世席:《全球化与国际私法发展的新趋势》,载《学术交流》2003 年第 1 期。

在于保障内国涉外民商事关系中法律适用的主权权利,而且在促进国家对外友好交往和开展平等互利的经贸合作方面也发挥着不可替代的作用。随着高新科技的发展,人类社会的普遍联系和相互依存关系不断加强,使法律在保护国内与国际社会秩序方面有了新的特点。也就是说国际私法的作用将从主要着眼于解决个案法律的选择适用转入到构筑适合国际大市场运作的民商法新秩序,从而在人类全球或整体意识不断加强的要求下赋予自己重大使命。

国际私法现代化属于法律发展趋势的范畴。法律发展趋势理论所要探究的乃是社会发展与法律进步之间的互动关联结构,它所要建构的是法律成长和发展的一般模型。在法律发展趋势理论中,国际私法学所关注的重点,是从传统社会法律系统向现代社会法律系统转变过程中国际私法的变革特点和发展趋势。

自国际私法学诞生以后,国际私法学者一直致力于国际私法变迁与发展趋势的理论研究。到了 19 世纪后半叶,对于国际私法发展趋势的研究,出现由历史分析发展为法哲学的分析范式。^①到了 20 世纪 60 年代,在西方主要是美国兴起了关于国际私法与现代化、国际私法与发展趋势的思潮。这一思潮在美国具体表现为国际私法的“革命”。

以理性的目光,与现实世纪相撞击,自觉地审视我们时代的国际私法在变革进程中所提出的重大问题,这是中国当代国际私法学的历史使命。当代中国,从 20 世纪 80 年代开始,我国国际私法学界日益重视对国际私法发展趋势的研究,如李双元教授的法律趋同化研究,取得了非常可观的研究成果。中国加入 WTO 之后,我国一些学者开始关注国际私法与 WTO 法律制度的接轨问题。^②当今,经济全球化的趋势与国际大市场的不断发展,必然要求建立与之相适应的国际法律环境。这种国际法律环境,除了由国际公法和国际经济法构成之外,理所当然应包括保障国际民商新秩序确立和运作的国际私法。国际私法的发展正是国际社会在新时期人类整体意识得到发展的必然产物。

^① 在这方面,以马克斯·韦伯为典型代表。韦伯把包括国际私法在内的法律现代化视为理性化的过程,是形式合理化的过程。

^② 如曲丽艳的《WTO 法与国际私法》(载《广西政法管理干部学院学报》2003 年第 2 期),徐伟功的《WTO 与我国国际私法的建设》(载《甘肃政法学院学报》2003 年第 2 期)等。