

于飞／著

ZHONGGUO
GUOJISIFA
LILUN YU
LIFA

中国国际私法 理论与立法

中国法制出版社

中国国际私法 理论与立法

于 飞 著

中国法制出版社

图书在版编目(CIP)数据

中国国际私法理论与立法/于飞著. —北京:中国法制出版社, 2004. 7

ISBN 7-80182-330-3

I. 中… II. 于… III. ①国际私法-理论-探讨-中国 ②中国立法-法律 IV. D913.05

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 016493 号

中国国际私法理论与立法

ZHONGGUO GUOJI SIFA LILUN YU LIFA

著者/于 飞

经销/新华书店

印刷/涿州市新华印刷有限公司

开本/850×1168 毫米 32 开

印张/ 21.625 字数/ 501 千

版次/2004 年 8 月第 1 版

2004 年 8 月印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 7-80182-330-3/D·1296

定价:38.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真:66062741

市场营销部电话:66012216

编辑部电话:66032584

读者俱乐部电话:66026596

邮购部电话:66033288

目 录

第一章 中国国际私法理论与立法发展	(1)
一、国际私法的产生	(1)
二、中国国际私法理论与立法的发展	(4)
第二章 国际私法一般问题	(32)
一、调整对象	(32)
二、调整方法	(40)
三、范 围	(44)
四、名 称	(55)
五、定 义	(57)
六、渊 源	(59)
七、性 质	(90)
八、原则与功能	(98)
第三章 冲突规范与准据法	(108)
一、冲突规范	(108)
二、准据法	(134)
第四章 外国法的适用和排除	(153)
一、适用外国法的理论	(153)
二、适用冲突规范的制度	(169)
第五章 国际私法的主体	(249)
一、自 然 人	(249)
二、法 人	(277)
三、国 家	(300)

四、国际组织	(310)
五、外国人的民商事法律地位	(314)
第六章 法律行为和代理	(325)
一、法律行为	(325)
二、代理	(333)
第七章 物 权	(347)
一、物权的法律冲突	(347)
二、物之所在地法原则	(350)
三、中国关于物权法律适用的规定	(361)
四、国有化与补偿	(367)
五、信 托	(376)
第八章 合 同	(388)
一、合同的法律冲突及其解决	(388)
二、合同法律适用的理论分歧	(393)
三、合同准据法的确定	(398)
四、中国关于合同法律适用的规定	(426)
第九章 侵权行为	(435)
一、一般侵权行为的法律适用	(435)
二、特殊侵权行为的法律适用	(446)
三、中国关于侵权行为法律适用的规定	(465)
第十章 婚姻家庭	(475)
一、结 婚	(476)
二、夫妻关系	(495)
三、离 婚	(500)
四、亲子关系	(507)
五、收 养	(513)
六、监 护	(519)
七、扶 养	(524)

第十一章 继 承	(527)
一、法定继承	(528)
二、遗嘱继承	(536)
三、无人继承财产	(543)
四、有关遗嘱和继承的国际条约	(547)
第十二章 国际民商事诉讼	(554)
一、外国人的民商事诉讼地位	(555)
二、国际民商事诉讼管辖权	(566)
三、国际民商事司法协助	(593)
第十三章 国际商事仲裁	(627)
一、国际商事仲裁概说	(627)
二、仲裁协议	(642)
三、仲裁程序	(652)
四、仲裁裁决的承认与执行	(660)
五、国际商事仲裁的法律适用	(668)
第十四章 Internet 环境下国际私法的价值取向	(673)
一、结果的一致	(674)
二、个案的公正	(675)
三、利益的保护	(680)
四、国际的协调	(683)

第一章 中国国际私法理论与立法发展

一、国际私法的产生

与任何一个法律部门一样，国际私法的产生和发展必须受一定社会经济条件的制约。国际私法的中心任务和主要目的是解决在处理涉外民商事法律关系时发生的法律冲突问题，因而，学者们把国际私法产生的原因或条件，也称之为法律冲突产生的条件、冲突规范产生的条件等。^① 由于国际私法的特殊性，决定了除一般法律产生的条件外，国际私法还有有别于其他法律部门产生的条件。

对于这些条件，中国学者的看法略有差别。有的学者认为，法律冲突产生是因为：（1）在现实生活中大量出现含有涉外因素的民事关系；（2）所涉各国民法上的规定不同；（3）司法权的独立；（4）国家为了发展对外经济贸易关系，赋予外国人在内国以平等的民事权利地位，并且在一定范围内承认所涉外国法的域外效力。^② 有的学者认为：（1）各国民商事法律制度的不同是产生法律冲突的根本原因。（2）根据本国的冲突规范，内、外国法律有平等被适用的机会是产生法律冲突的基本条件。（3）法律有域

① 章尚锦主编：《国际私法》，中国人民大学出版社 2000 年版，第 35 页。

② 李双元主编：《国际私法》，北京大学出版社 1991 年版，第 3 页。

内效力和域外效力的双重职能是产生法律冲突的内在动因。^① 有的学者认为,产生法律冲突的条件归纳起来主要有:(1)在同一个涉外民事法律关系中,有关国家的法律对同一个问题的规定不同;(2)一个国家法律的域内效力与另一个国家法律的域外效力同时出现在一个涉外民事关系中时,便产生不同国家法律的域内效力与域外效力的冲突;(3)法院在一定条件下承认外国法律的域外效力。^② 还有学者认为法律冲突的产生主要有三方面的原因和条件:(1)各国人民往来频繁,有些法律关系含有涉外因素;(2)各国民法相互歧异;(3)对含有涉外因素的民事法律关系,在一定范围内有适用外国法的必要和可能。^③

多数中国学者认为,国际私法的产生是以下几个因素相互作用的结果:

(一)外国人民商事法律地位的确立。各国确立外国人在内国的民商事法律地位,允许外国人在内国从事民商事活动,是国际私法产生的首要前提。如果一国不赋予外国人在内国一定的民商事法律地位,不允许外国人在内国享有民商事权利,承担民商事义务,就不会产生以外国人为民商事主体的民商事法律关系,不会产生涉及外国法适用的民商事法律冲突,自然就不会产生国际私法。

(二)各国之间正常的民商事交往,使涉外民商事法律关系大量出现。这是国际私法产生的客观基础。国际私法是商品经济高度发展的产物。随着生产力的发展,商品交换成为社会存在和社会发展的必要条件,各国需要互通有无,相互间建立各种民商事法律关系。一旦涉外民商事法律关系成为社会关系的重要组成

① 董立坤:《国际私法论》(修订本),法律出版社2000年版,第46-47页。

② 赵相林主编:《国际私法》,中国政法大学出版社1997年版,第5-7页。

③ 《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。

部分,国家就需要制定法律对涉外民商事法律关系进行调整,从而保障和稳定当事人间的民商事权利义务关系。

(三)各国民商事法律规定不同。因有关国家的立法不同,当一个国际民商事法律关系涉及到两个或两个以上国家的法律时,往往因适用不同国家的法律而产生不同的结果,这样便提出应适用何国法律来确定当事人的权利和义务的问题。因而,各国民商事法律规定不同是国际私法产生的内在原因。

(四)各国在一定条件下承认外国民商事法律在内国的域外效力。任何法律都有一定的效力范围,有的法律既具有域内效力又具有域外效力。法律的域内效力指一国制定的法律在其领域内具有效力。法律的域外效力指一国法律不仅适用于本国境内的一切人,而且适用于居住在外国的本国人。任何国家在制定法律时都可以依照自己的主权确定自己的法律具有某种域外效力,但这些域外效力只是一种虚拟的或自设的域外效力,^①只有当别国承认这种域外效力时,这种虚拟的域外效力才能变为现实的域外效力。一般来说,各国在一定的条件下承认外国民商事法律的域外效力。正是因为各国的承认,才产生了民商事法律冲突,即外国法律的域外效力与本国法律的域内效力之间的冲突或者本国法律的域外效力与外国法律的域内效力之间的冲突。所以,承认外国民商事法律的域外效力是法律冲突产生的必备条件。

也有学者对法律冲突的产生提出与上述观点根本不同的看法,指出国际私法是为防止法律冲突,而不是先有法律冲突后由国际私法来解决法律冲突。^②因为各国的法律只有差异,并无冲突。^③真正的法律冲突是指几个国家的法律效力同时出现在一个

① 韩德培主编:《国际私法新论》,武汉大学出版社1997年版,第132页。

② 李旺:《国际私法》,法律出版社2003年版,第5页。

③ 李浩培:《国际民事程序法概论》,法律出版社1996年版,第3-4页。

涉外民事关系中。但是国际私法所说的法律冲突只是复数国家的法律与一个法律关系相关联的一种比喻的说法而已。国际私法的作用在于解决法律的适用问题,即从与法律关系有关联的几个国家的法律当中,决定其中一个来适用于该法律关系。所以并不是事先有法律的冲突,从而依靠国际私法来解决,而是依靠国际私法来避免真正的法律冲突。^①国际私法规则的作用不在于解决内外国法律的冲突,而在于就内外国不同内容的民法中选择适用与本案有密切关系的那个国家的法律。一国的民事法律是否适用于涉外民事案件,即其是否能成为准据法是国际私法要解决的问题。在适用国际私法决定准据法之前并不能说该国民事法律适用于该民事法律关系,也不能说该法律具有域外效力。^②

二、中国国际私法理论与立法的发展

(一) 中国国际私法的理论发展

1. 旧中国国际私法理论一瞥

在欧洲,国际私法理论的产生早于国际私法立法。18世纪上半叶以前,国际私法还只处于“法理学与科学”的阶段,国际私法仅表现为一种学说的或学理的形态。到了18世纪下半叶以后,才开始进入“立法的国际私法”阶段。

在中国,国际私法理论和立法几乎同时萌芽。公元651年唐代《永徽律》规定了历史上最早的冲突规范:“诸化外人同类自相犯者,各依本俗法;异类相犯者,以法律论。”同时,《唐律疏议》对该条冲突规范作了解释与说明,指出:“化外人,谓蕃夷

① (日) 瀧池良夫著:《国际私法讲义》,有斐阁1995年版,第4-5页。转引自:李旺著:《国际私法》,法律出版社2003年版,第5页。

② 李旺:《国际私法》法律出版社2003年版,第6页。

之国别立君长者，各有风俗，制法不同，须问本国之制，依其俗法断之。异类相犯者，如高丽之与百济相犯之类，皆以国家法律论定刑名。”当然，这条解释远非理论研究。此外，《新唐书·孔癸文传》中“海商客死，官籍其货，满三月无妻子诣府，则没人”是对涉外无人继承财产的论述。《宋史·汪大猷传》有“既入吾境，当依吾俗，安用岛夷俗哉”的观点，主张法律适用的绝对属地主义。

根据现有史料，直到清末光绪年间中国才开始出现国际私法著作。最早出现的国际私法书籍是光绪十二年（1866年）印行的《通商章程成案汇编》。后来，江南制造局出版了费利摩巴德（英）英文原著、傅兰雅（英）译、钱国祥校的《各国交涉便利法》，其出版时间不详，发现的翻印本是光绪二十四年（1898年）上海书局出版的排印本。^①该书对住所、居所、国籍、人身权、婚姻、离婚、监护、物权、合同、票据、继承、涉外诉讼程序等方面的法律适用都作了论述。光绪三十一年（1905年）出版郭斌编著的《国际私法》。光绪三十三年（1907年）出版傅疆编写的《国际公私法》。清宣统三年（1911年）出版熊文翰等编写的《国际私法》。这些著作主要介绍一些西方国家的国际私法学说，没有形成自己独立的见解和体系。

民国时期（1911—1949年），中国国际私法的理论研究有了较大的发展，特别是1918年《法律适用条例》的颁布，推动了国际私法的理论研究，产生了一大批有关国际私法学的著作，比较著名的如1930年唐纪翔著《中国国际私法论》、陈顾远著《国际私法总论》，1931年于能模著《国际私法大纲》、周敦礼著

^① 李贵连、俞江：《简论中国近代法学的翻译与移植——以我国第一部国际私法译著为例》，载汪汉卿等主编：《继承与创新〈法律史论丛〉》第八辑，法律出版社2001年版，第777页。

《国际私法新论》，1933年阮毅成著《国际私法》，1935年翟楚编著《国际私法纲要》，1937年卢峻著《国际私法之理论与实践》等。此时国际私法的著作多属于编译性质，内容以介绍德、日、法等国的国际私法理论和学说为主。这些著述虽然在反映中国人民废除领事裁判权、要求司法独立与完整、实现中外民事交往平等诸方面有所建树，但国际私法理论体系仍承袭大陆法系之德国法，^①缺乏真正独创的、符合国情的国际私法理论。从学术角度而言，这些学者对国际私法的研究为后人提供了不少可供参考的材料，在中国国际私法学的发展中作出了贡献。

2. 新中国国际私法理论发展

新中国国际私法学说的发展经历了一个漫长而曲折的历程。中华人民共和国成立后，具有中国特色的国际私法学开始建立和发展起来，但是“文化大革命”的十年浩劫，使初步建立起来的具有中国特色的国际私法学处于凋零状态。^②直到中国共产党十一届三中全会决定实现改革开放政策以后，国际私法才受到高度重视。对外开放中发生的种种国际私法问题迫切需要研究解决，中国国际私法学因而重新获得了发展契机，理论研究进入一个繁荣发展的新阶段。20多年来，中国学者在国内外公开出版的著作和发表的论文不计其数，^③这些研究几乎涉及到国际私法的各个领域，对有的问题已有很深刻的研究。讨论的热点问题与研究

① 张文彬：《中国国际私法的过去、现在以及未来国际私法典的制定》，《中国人民大学学报》1996年第1期，第73页。

② 章尚锦：《我国国际私法和国际私法学50年的回顾和展望》，中国国际私法学会2000年年会论文。

③ 章尚锦：《我国国际私法和国际私法学50年的回顾和展望》，中国国际私法学会2000年年会论文。章尚锦、张秀珍：《20世纪末以前中国国际私法学论述和著作目录（初稿）》，中国国际私法学会2002年年会论文。

成果大致归纳如下:^①

(1) 国际私法一般理论问题的探讨

第一, 国际私法的定义和调整对象。目前, 对国际私法的定义有十余种, 且有向详细、具体发展的趋势。关于调整对象讨论的焦点: 一是调整的对象是涉外民商事法律关系还是涉外民商事关系; 二是调整的对象是整体的涉外民商事关系还是特定部分的涉外民商事关系。

第二, 国际私法的性质和名称。国内外学者对国际私法的性质有不同的主张, 中国学者对国际私法性质的争论主要集中在国际私法是国内法还是国际法上。对于国际私法的名称, 许多学者不甚满意, 但因历史上很多学者提出了几十个不同称谓, 只有“国际私法”这个名称被广泛接受下来, 所以大部分学者还是愿意使用这个名称。

第三, 国际私法的范围和规范。关于国际私法的范围, 一直是中国国际私法争论的热点问题, 学者们提出许多不同的主张, 形成了大、中、小三种观点。争论的焦点是统一实体规范是否应归属于国际私法。现在, 国际私法学界对此已基本达成共识, 即统一实体规范是国际私法的重要组成部分, 对统一实体私法的研究也进入了实质性的阶段并取得重要成果。

第四, 国际私法的基本制度与价值取向。20 世纪 80 年代末期, 学者们对国际私法的基本制度(如识别、反致、公共秩序保留、法律规避、外国法内容的查明等)已有了较深入的研究。到

^① 肖永平:《世纪之交的中国国际私法学: 发展与重构》,《法学评论》1998 年第 6 期, 第 4-15 页。吕岩峰、何志鹏:《世纪之交国际法研究的五年回顾与展望》,《法制与社会发展》2001 年第 1 期, 第 44-45 页。章尚锦:《我国国际私法和国际私法学 50 年的回顾和展望》, 中国国际私法学会 2000 年年会论文。黄进、程卫东:《“九五”期间我国国际私法研究的回顾与展望》, 载《中国国际私法与比较法年刊》2001 卷, 法律出版社 2001 年版, 第 1-14 页。

20 世纪 90 年代末期, 学者们对以前的研究进行进一步的深化与拓展, 一方面根据当代国际私法发展的新理论、新动向对国际私法的基本制度等问题进行重新认识, 另一方面根据其他学科的研究成果对国际私法的价值取向、功能定位、发展趋势等问题提出宏观上的思考。

第五, 某些具体领域的法律适用。如在涉外合同的法律适用方面, 学者对意思自治原则的根源、内涵等问题进行了系统的探讨, 对最密切联系原则进行了深入的分析, 对 *The Proper Law of a Contract* 的翻译提出了不同的见解等; 在涉外侵权行为的法律适用方面, 对侵权行为地的确定、侵权行为自体法理论以及特殊领域的侵权行为的法律适用等进行了深入的研究。

第六, 区际法律冲突与区际司法协助。这个问题一直是中国国际私法学界的一个研究热点。对区际法律冲突及其解决的研究有些涉及的是宏观问题, 如区际法律冲突的特点、区际法律冲突的解决方式以及中国区际法律冲突的特点及协调模式等; 有些涉及的是具体领域的问题, 如合同、侵权、知识产权、海事、婚姻家庭等方面的法律冲突及其解决。对区际司法协助的研究主要涉及区际司法协助的途径以及中国内地与其他法域进行区际司法协助的基本原则及其方式和途径等。

第七, 国际民事诉讼与国际商事仲裁。近年来, 在国际民事诉讼与国际商事仲裁领域的专题研究成果不断涌现, 研究范围也在逐步扩大。在涉外民事诉讼的管辖权及国际商事仲裁的管辖权、仲裁的法律适用、仲裁裁决的承认与执行等方面有突出的研究成果。

第八, 国际私法领域的新问题。科学技术的高度发展给国际私法带来新的研究课题。如 Internet 的运用给国际私法带来的挑战(网络案件的管辖权与准据法的确定等)及相应的对策引起了学者们相当程度的重视。经济全球化对国际私法的影响以及如何

使国际私法适应中国加入 WTO 的需要也是一个新问题并成为一
个研究热点。此外,近年来对知识产权的国际私法问题、海事、
票据、信托、保险、代理等商事领域的国际私法问题的研究也在
不断深入。

第九,国别国际私法的研究。对各种国际的和国内的国际私
法加以比较、鉴别、借鉴、吸收是发展中国自己的国际私法的一
个重要途径,而国别国际私法研究则是比较、鉴别、借鉴、吸收
的一个重要方面,是对各国国际私法进行比较研究的基础之基
础。因此,国别国际私法研究具有重要的理论意义与现实意
义。^① 中国国际私法一直注重对国际私法的比较研究,特别是 20
世纪 90 年代以后,国别国际私法的研究更取得了丰硕成果。

第十,国际私法的实证研究。早有学者提出应对国际私法进
行实证分析,对国际私法的研究应结合中国实践,近几年一些学
者在这方面作出了努力,其突出表现是出现了有关国际私法的案
例教材及实证分析文章,出现了对中国国际私法的司法实践的述
评。^② 这些成果一方面丰富了国际私法的内容,另一方面也为国
际私法的研究提供了新的方法。

(2) 国际私法学科新体系的建立与理论体系的构建

第一,国际私法学科体系上的创新。近年来,中国学者在国
际私法的学科体系创新上取得了进展。韩德培教授曾用“一机两
翼”的比喻来说明他对国际私法的范围和体系的看法。他说:
“国际私法如同一架飞机一样,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

① 黄进、程卫东:《“九五”期间我国国际私法研究的回顾与展望》,载《中国
国际私法与比较法年刊》2001 卷,法律出版社 2001 年版,第 2 页。

② 黄进、杜焕芳:《2002 年中国国际私法司法实践述评》、《2001 年中国国际私
法司法实践述评》,载《中国国际私法与比较法年刊》2003 卷,法律出版社 2003 年
版,第 3-51 页,第 429-464 页。

统一实体法,甚至还包括国家直接适用于涉外民商事关系的法律。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。”^①此观点已为绝大多数国际私法学者所认同。由韩德培教授主编的普通高等教育“九五”国家级重点教材《国际私法新论》^②按照这种观点确定了国际私法新的学科体系,即包括总论、冲突法、统一实体法、国际民事诉讼法、国际商事仲裁法等五部分。

第二,国际私法理论体系建构上的开拓。李双元教授在研究国际私法趋同化现象和21世纪国际社会法律发展基本走势的过程中,提出建构国际民商新秩序的理论。此种观点认为,在市场经济和市场全球化的时代,国际私法正面临着一场真正的革命,其自身正在完成从古典的传统阶段到当代的完全符合现实生活需要的阶段的转变;国际私法的功能由单纯地解决法律冲突向构筑国际民商新秩序转换。国际民商新秩序理论旨在“把国际私法学的研究提升到一个新的、更高的阶段”,为人们思考国际私法学的内容拓展和体系更新提供了一个富于理性的根据,并具有方法论上的指导意义。^③

(3) 中国国际私法立法体系的探索

对于中国国际私法的立法体系、模式与内容,学者们曾提出种种主张。早在1993年中国国际私法年会上就成立了以韩德培教授为组长的《中华人民共和国国际私法示范法》(以下简称

① 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。

② 韩德培主编:《国际私法新论》,武汉大学出版社,1997年版。

③ 吕岩峰、何志鹏:《世纪之交国际法研究的五年回顾与展望》,《法制与社会发展》2001年第1期,第44页。

《示范法》或《中国国际私法示范法》)起草小组并于其后的几年一直致力于《示范法》的修订与完善工作。2000年《示范法》(第六稿)在法律出版社以中、英文出版。《示范法》分为5章,包括总则、管辖权、法律适用、司法协助和附则,共166条。它是中国法学界第一部完全由学术团体起草的示范法典,反映了中国学者对国际私法立法体系的主张,对中国的国际私法立法与司法实践产生了重要的影响。在《示范法》基础上产生的民法典(草案)第九编“涉外民事关系的法律适用法”的出台,将掀起又一次中国国际私法立法研究的高潮。

(4) 国际私法研究方法的丰富

这些年来,中国学者对国际私法的研究方法也逐渐丰富了起来。除了采用传统的演绎、归纳方法和比较研究的方法、历史的方法外,一些学者采用博弈论的方法、^①实证研究及经济分析方法等来研究探讨国际私法问题。

(5) 国际私法教学的思考

长期以来,中国国际私法教学理论与实践脱节现象严重。近年来,这一现象引起学者们的关注,国际私法教学法也成为研究的热点问题之一。大家一致的意见是国际私法教学法必须进行改革,应注重理论结合实践特别是中国的实践。为此,有的学者提

① 徐崇利:《承认与执行外国法院判决的博弈论分析》,载《中国国际私法与比较法年刊》2003卷,法律出版社2003年版,第401-426页。徐伟功:《博弈论与中国国际法律冲突》,《武汉大学学报(社会科学版)》2002年第1期,第24-27页。