



国际私法本体论

A STUDY ON THE NOUMENA
OF PRIVATE INTERNATIONAL LAW

蒋新苗/著



法律出版社
LAW PRESS CHINA



国际私法本体论

A STUDY ON THE NOUMENA
OF PRIVATE INTERNATIONAL LAW

蒋新苗/著



法律出版社

LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

国际私法本体论/蒋新苗著. —北京:法律出版社,
2005.5

ISBN 7-5036-5527-5

I. 国... II. 蒋... III. 国际私法-法的理论-
研究 IV. D997

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 027284 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/曾 健 卞学琪	装帧设计/乔智炜
出版/法律出版社	编辑统筹/法学学术出版分社
总发行/中国法律图书有限公司	经销/新华书店
印刷/永恒印刷有限公司	责任印制/张宇东
开本/A5	印张/17.25 字数/417 千字
版本/2005 年 5 月第 1 版	印次/2005 年 5 月第 1 次印刷
法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)	
电子邮件/info@lawpress.com.cn	咨询电话/010-63939796
网址/www.lawpress.com.cn	传真/010-63939622
中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)	
销售热线/010-63939792/9779	传真/010-63939777
全国各地中法图分、子公司电话:	
第一法律书店/010-63939781/9782	西安分公司/029-85388843
重庆公司/023-65382816/2908	上海公司/021-62071010/1636
北京分公司/010-62534456	深圳公司/0755-83072995
苏州公司/0512-65193110	
书号:ISBN 7-5036-5527-5/D·5244	定价:32.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

—— 作者简介 ——

蒋新苗，1964年生，湖南省东安市人。1997年获武汉大学国际私法专业博士学位，师从著名国际私法学家李双元教授。现为湖南师范大学法学教授、法学院院长，兼任教育部高等学校法学学科教学指导委员会委员，中国国际私法学会副会长，中国法学会理事，湖南省法学会副会长。中国社科院法学所博士后在站研究人员，德国马克斯·普朗克外国私法与国际私法研究所高级访问学者、瑞士比较法研究所访问教授。主要著作有：《国际收养法律制度研究》（独著）、《现代国籍法》（主编）、《收养法比较研究》（独著）、《留置权制度比较研究》（合著）等。代表性论文：《国际收养准据法的选择方式》（独著，载《法学研究》1999年第1期）、《DSU的革新路径》（独著，载《中国法学》2004年第4期）、《国际收养法走势的回顾与展望》（合著，载《中国法学》2001年第1期）。

序 言

李双元

调整涉外民商事法律关系的法律部门,在大陆法系习惯于称为“国际私法”(Private International Law),而英美普通法系则更多地称其为“冲突法”(Conflict of Laws)。尤其有趣的是,“冲突法”这一术语,最早是荷兰学者罗登伯格(Christian Rodenburg)在1653年提出来的,并未在大陆法系国家赢得市场,相反却在英美普通法系国家广泛盛传。而历史开的另一个玩笑则更发人深省,“国际私法”这一概念也非大陆法系国家学者首创,恰恰是美国国际私法奠基人斯托里(Joseph Story)最先在1834年使用的。正是从两大法系这种有趣的现象中可以发现一些本质的内在。因此,推本溯源,当为国际私法学人的责任。我国明朝大学问家王守仁在其《传习录》(卷上)中曾指出:“为学须有本原,须从本原上用力,渐渐盈科而进。”蒋新苗教授遵循古训,深入研究国际私法的本体问题,自然具有历史价值与现实意义。

可以说,我国大中小国际私法论者,惟当拥有共同的本体,否则,就非属于国际私法论了。多年来,我国国际私法学界,逐渐分化为三大学派。一部分学者主张国际私法理论体系与立法框架应为无所不包的大国际私法,而另一部分学者则坚持传统的小国际私法观点,还有一部分学者折中为中国国际私法观。无论是大国际私法学,还是小

国际私法学,抑或中国国际私法学,都面临一个基本的立足点和出发点。一旦离开了这些根本性的国际私法本体,也许就不成其为国际私法了。唐善无畏与一行合译的《大日经》(卷七)曾告诚信徒:“一身与二身,乃至无量身,同入本体。”

事实上,国际私法的内省与外化均存在本体问题。离开了国际私法的本体,国际私法内省则可能成为无的放矢;离开了国际私法的本体,国际私法的外化则成为无源之水、无本之木。韩德培先生早年曾对国际私法的解读有一著名的比喻,“国际私法就像一架飞机”,并以“飞机的机身”与“两翼”来比拟国际私法的结构。因此,从事国际私法的研究,必须找准国际私法这架飞机的“机体”。近年来,我在探寻国际私法的趋同化走势时也发现,无论是国际私法的趋同化表现在各国在国际私法上的直接统一,即国际社会通过条约形式制定统一实体法、统一程序法与统一冲突法,还是表现在各国国内立法中采取相同或相近的规则或原则,都得有一个共同的趋同本体。

只要有国际民商事关系存在和发展,调整这种社会生活关系的国际私法就必然会存在和发展,而且随着时代的进步,未来的社会民商生活关系将更加发达,国际私法的地位和作用在国内、国际法律体系中均将进一步提升。关键在于国际私法应随着时代的进步,使其性质、功能、目标及制度发生相应的变化。国际私法的功能随着它的新目标的确立,也必要着眼于由解决个案的法律选择适用转入到构筑适合国际大市场运作的民商法律新秩序,从而实现在人类全球或整体意识不断要求下赋予自己的重大使命。正是由于要构筑国际民商法律新秩序,国际私法在范围上也必将进一步突破传统的观点。国际私法的范围问题本是国际私法领域一直未能得到解决的一个问题,争论的焦点在于国际私法的主要规范是哪些,是否包括统一实体法规范?对此,我们早就指出,讨论国际私法范围,必须抓住两个问题,一是抓住法律冲突这个核心问题,另一个是要有发展的观点,从而虽然没有冲突法就没有国际私法,但国际私法发展到今天,已不允

许得出国际私法就是或只是冲突法的结论,因为这个结论不能使国际私法真正发展成为一个全面地、有效地调整含有涉外民商事关系的法律部门,不能使它随着国际经济民商事生活的发展而得到发展。事实证明,这种思考问题的方法是科学的。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,其根本目的在于消除调整涉外民商事关系的国际民商法律的冲突,因而凡是与解决各国法律冲突有关的法律规范,就没有理由把它排除在国际私法的范围之外。而且对任何事物我们都须持发展的观点,因此,就20世纪以来国际私法趋同化的进程与结果来看,国际私法的范围必然会包括统一冲突法和统一实体法,而且从某种意义上说,统一实体法更符合国际私法的本意。随着未来国际私法的进一步趋同,国际私法的范围将逐渐转向以统一实体法为主,统一冲突法和各国国内冲突法的作用和地位将会逐渐下降,成为起补充作用的规范。因此,在追寻国际私法的趋同化进程中深入挖掘趋同的本体,也是非常必要的。

蒋新苗同志随我攻读国际私法博士时,一直思想活跃、勤于钻研,经常有一些新的想法和独特的见解,却又天生含蓄,不显山露水。这本书在一定程度上也反映他做学问的严谨态度。值此付梓之际,特向广大国际法学界推荐这本著作。

2004年11月3日

目 录

第一章 国际私法的起源

第一节 国际私法产生的前奏	(1)
一、昙花一现的中国盛唐时期的国际私法规范	(2)
二、古代希腊准据法选择观念的萌芽	(3)
三、古罗马万民法对国际私法产生的启迪	(5)
四、欧洲大陆的极端属人法对国际私法萌芽的外在作用 ...	(6)
五、属地法时代的异化直接诱发了国际私法的产生	(8)
六、古俄罗斯国际私法的萌芽	(9)
第二节 学理型国际私法的产生与传播	(10)
一、意大利的法则区别说的产生与发展	(10)
二、法则区别说在法国的进化	(21)
三、荷兰法则区别说的继受与发展	(27)

第二章 国际私法范式的确立

第一节 大陆法系国际私法的确立	(34)
一、国际私法成文立法的诞生	(35)
二、萨维尼的法律关系本座说在确立国际私法范式中的 作用	(38)

三、大陆法系的本国法范式的定位与扩展	(56)
第二节 普通法系国际私法的确立	(63)
一、斯托里的住所地法范式的确立与发展	(64)
二、戴西的既得权说对国际私法的影响	(67)
第三节 国际私法统一化进程的启动	(74)
一、国际私法统一化运动产生和发展的必要性	(74)
二、从事国际私法统一化工作的国际组织及贡献	(78)

第三章 国际私法的勃兴

第一节 国际私法理论学说的革新	(83)
一、大陆法系国际私法理论学说的革新	(83)
二、英美普通法系国际私法理论学说的革新	(110)
三、中国国际私法学说的繁盛	(120)
第二节 国际私法立法与司法实践的发展	(148)
一、现代欧洲国家的国际私法修立走势	(148)
二、亚洲各国的国际私法变法运动	(163)
三、大洋洲与非洲国家的国际私法修立走势	(175)
四、美洲国家的国际私法修法动向	(177)
第三节 国际私法统一化运动的发展	(189)
一、国际私法统一化拓展的表象	(189)
二、现代国际私法统一化运动的走势	(196)

第四章 国际私法的概念

第一节 国际私法的名称与定义	(199)
一、国际私法的名称	(199)
二、国际私法的定义	(203)
第二节 国际私法的调整对象	(206)
一、涉外民商事法律关系的内涵与外延	(206)

二、涉外民商事关系的法律冲突产生的原因和条件	(210)
三、涉外民商事关系的法律冲突的实质	(214)
四、涉外民商事法律冲突的类型	(217)
五、解决涉外民商事关系法律冲突的主要途径	(222)
第三节 国际私法的性质	(229)
一、国际私法的定性	(229)
二、国际私法与相邻法律部门的关系	(236)
第四节 国际私法的现实价值与研究方法	(241)
一、国际私法的现实价值	(241)
二、国际私法的研究方法	(242)

第五章 国际私法的范围与渊源

第一节 国际私法的范围	(246)
一、国际私法范围的确定依据	(246)
二、国际私法规范的种类	(252)
第二节 国际私法的渊源	(254)
一、国内立法	(255)
二、国内与国际判例	(257)
三、国际条约和国际惯例	(258)
四、一般法理、国际私法之原则及学说	(264)
第三节 国际私法的基本原则	(266)
一、概述	(266)
二、国家主权独立原则	(268)
三、平等互利原则	(271)
四、国际协调与合作原则	(272)
五、保护弱方当事人正当权益的原则	(274)

第六章 国际私法的主体制度

第一节 外国人的民事法律地位	(276)
一、外国人民事法律地位的内涵与外延	(277)
二、外国人民事法律地位的历史沿革	(279)
三、国际法关于外国人民事法律地位的规定与实践	(282)
四、外国人民事法律地位所涉及的具体待遇	(283)
五、外国人在中国的民事法律地位	(301)
第二节 自然人	(306)
一、自然人的国籍冲突	(306)
二、自然人的住所冲突	(320)
三、自然人权利能力与行为能力的准据法选择	(333)
第三节 法人	(355)
一、法人国籍的确定依据	(355)
二、法人住所的定位理论	(361)
三、外国法人的认许程序	(363)
四、法人权利能力与行为能力的准据法选择	(367)

第七章 冲突规范的结构与功能

第一节 冲突规范的法律界定	(373)
一、冲突规范的定义与特征	(373)
二、冲突规范的结构与类型	(378)
三、冲突规范在国际私法中的地位与作用	(387)
四、系属公式的外在表征	(391)
第二节 连接点的法律意义	(395)
一、连接点的定位	(395)
二、连接点的分类	(399)
三、连接点的选择	(401)

四、连接点冲突的解决办法	(404)
五、连接点的晚近发展取向	(405)
第三节 准据法确定的程式与方法	(413)
一、准据法的内涵与特征	(413)
二、准据法确定的内外影响因子	(415)
三、不同类型法律冲突的准据法确定对策	(425)
四、确定准据法的方法	(436)
第八章 冲突规范的辅助机制	
第一节 识别制度	(445)
一、识别在国际私法中的意义	(445)
二、识别冲突产生的原因	(447)
三、识别的依据	(451)
四、中国对识别问题立法的范例选择取向	(458)
第二节 反致制度	(459)
一、反致制度的历史与现实价值	(459)
二、反致制度的法律界定	(461)
三、反致的构成要件	(465)
四、反致制度的理论分歧与实践走势	(466)
第三节 外国法的查明与适用程式	(481)
一、外国法查明的定性	(481)
二、外国法查明的程式与方法	(483)
三、外国法无法查明时的解决方法	(485)
四、外国法的错误适用的解决途径	(488)
五、中国的具体实践与立法建议	(490)
第四节 法律规避的防范机制	(492)
一、法律规避的概念和性质	(492)
二、法律规避的构成要件	(495)

三、法律规避的方式	(496)
四、法律规避的法律效力	(498)
五、中国对待法律规避问题的现行态度与立法选择取向 ...	(500)
第五节 公共秩序保留制度	(502)
一、公共秩序的称谓与定义	(502)
二、公共秩序保留制度的产生与演变历程	(506)
三、公共秩序保留制度的功能	(507)
四、公共秩序保留制度的立法方式	(508)
五、公共秩序保留制度的理论发展与实践取向	(511)
六、公共秩序保留制度的运作维度	(519)
主要参考文献	(528)

第一章 国际私法的起源

第一节 国际私法产生的前奏

在国际私法产生与发展的历程中,人们习惯性地采取欧洲中心主义的思维定势来追根溯源。这自然有其历史背景和现实诱因。毋庸讳言,欧美国际私法产生与发展的彰显性是有目共睹的。然而,中国在国际私法最初萌芽时期的先锋作用也是不容忽视的。因此,这里先从探析中国盛唐时期最早出现的成文冲突规范开始,然后再沿着古希腊罗马对国际私法萌芽的贡献,逐步追寻国际私法的历史源流。不过,国际私法产生的源头究竟在哪里,至今尚无明确肯定的共同结论。卢峻教授曾明确指出:“国际私法之存在,始于何时,迄无可考。”^{〔1〕}但是,本着追寻的态度,根据现有的文献资料,仅仅有限地揭示国际私法的历史源流,还是有其历史价值与现实意义的。只是更科学、更准确的定论,还有待于考古专家、历史学家和法学家的共同努力。

〔1〕 卢峻著:《国际私法之理论与实践》,中国政法大学出版社1998年版,第3页。

一、昙花一现的中国盛唐时期的国际私法规范

中国唐朝(公元618~907年),堪称中国封建社会的鼎盛时期。当时,中国国力强盛、经济发达、贸易兴隆、文化繁荣,对外交往密切频繁。唐朝京城长安更是当时亚洲乃至世界的大都市。西沿“丝绸之路”,与中亚和地中海各国有着频繁的商业交往;东渡南洋,与日本有着直接的贸易文化交流。不仅当时唐朝的官员与商人西出阳关或漂洋过海走向国外,而且不少外国人也来到中国。在唐朝京城长安,聚集了许多在此经商或学习的外国人。为了调整和规范各种具有涉外因素的法律关系,中国唐朝的统治者在《永徽律·名例》中就制定了“类似今天的冲突规范的规定”。〔2〕唐《永徽律·名例》明确规定:“诸化外人同类自相犯者,各依本俗法;异类相犯者,以法律论。”〔3〕而《唐律疏议》则进一步说明:“化外人,谓蕃夷之国别立君长者,各有风俗,制法不同。其有同类自相犯者,须问本国之制,依其俗法断之。异类相犯者,若高丽之与百济相犯之类,皆以国家法律,论定刑名。”〔4〕用现代国际私法的术语来解读,也就是说:具有同一国籍的外国人在中国境内发生相互侵犯的案件,适用当事人的本国法;不同国籍的外国人之间在中国发生相互侵犯的案件,按照唐朝的法律处理。〔5〕由于中国古代的法律是诸法合一、民刑不分,因而唐律中的上述规定对涉外刑事案件和民事案件都是适用的。尽管唐《永徽律·名例》有关涉外法律关系的这种规定,带有明显的刑法特征,但是其国际私法的隐性因子也是众所公认的。它实际上已具有冲突规范的雏形,而在同一时期的世界其他各国法律中至今尚未发现有

〔2〕 黄进主编:《国际私法》,法律出版社1999年版,第92页。

〔3〕 蒲坚编著:《中国古代法制丛钞》(第2卷),光明日报出版社2001年版,第193页。

〔4〕 刘俊文校点:《唐律疏议》,法律出版社1999年版,第144页。

〔5〕 李双元等著:《中国国际私法通论》,法律出版社2003年第2版,第80~81页。

关类似的成文法规定。在欧洲,直至 1756 年的《巴伐利亚法典》才第一次有了成文的冲突规范。

然而,令人遗憾的是,长达二千余年的闭关自守、夜郎自大的封建专制统治,窒息了对外经济、文化交往的发展,使得中国国际私法立法与理论自唐朝后一直落后于世界先进国家。宋、元、明各朝,国际私法领域一般都沿用旧制,没有多少进展与突破。虽然明朝曾借用唐朝《永徽律·名例》有关涉外法律关系的规定处理过涉及居住澳门的葡萄牙人事务,但依然未突破唐律的框架。^[6]直至清朝末年,中国不仅依然未见有专门的国际私法立法,而且这方面的法律实践也相当少。

二、古代希腊准据法选择观念的萌芽

在欧洲大陆,各城邦国家早就开始了对外交往,但萌发国际私法的法律选择观念却要晚得多。这主要在于古代外国的侨民仅仅具有奴隶的身份,而不得成为法律关系的主体。^[7]例如在古希腊时代,各城邦国家的法律并不保护外国人的婚姻和财产,甚至海盗抢劫外国人财产,也不认为是违法行为。^[8]有资料表明柏拉图和亚里士多德赞成吕库尔古斯法律禁止外国人在斯巴达定居的规定。福斯泰尔·德库朗热认为古代采取否定外国人权利主体资格这一做法的主要原因在于:“古代城邦是建立在宗教基础上的,外国人与本国人不信仰同样的宗教,因此不能对他适用同样的法律。”^[9]正是因为如此,所以国际私法学的通说都将国际私法的产生源头定位于古罗马法。然而,实际上远在罗马时代以前就有了国际私法观念的初步萌芽。早

[6] 黄汉强、吴志良主编:《澳门总览》,澳门基金会 1996 年第 2 版,第 13 页。

[7] 李双元等著:《中国国际私法通论》,法律出版社 1996 年版,第 46~47 页。

[8] 何适著:《国际私法释义》,台北三民书局 1983 年版,第 13 页。

[9] [法]亨利·巴蒂福尔、保罗·拉加德著:《国际私法总论》,陈洪武等译,中国对外翻译出版公司 1989 年版,第 9 页。

在古希腊时代,各城邦之间就出现了商业交往和贸易往来,随之而来的民商事交往也逐渐频繁,从而引发了各种法律冲突问题。基于这一背景,维诺格拉多夫(Vinogradoff)便认为,大致在这一时期,古希腊出现了国际私法(Private International Law)的初步萌芽。不过,维诺格拉多夫所说的国际私法并不是指现今的法律选择规则,而是指建立在共同的原则与商业习惯基础上的古希腊普通法。只是古希腊这种带有国际私法萌芽形态的商业习惯法则并不以任何个别城邦的立法权为基础。由于古希腊各城邦的法律存在着或多或少的一致性,这就在一定程度上减少了适用法院地法的不公正性。加之古希腊人崇尚契约自由,起草法律文书的技术完善,因而权利义务可在合同中约定得相当清楚。在古希腊,不同的城邦具有共同的语言和文化,这大概有助于各城邦之间缔结相互给予其成员(居民)全部或部分私法权利的条约。在希伯来人中,则因以色列和犹太两个王国实行的摩西法律基本相同,也使条约的缔结或习惯的形成变得容易了。莱瓦尔特曾经指出,在这些条约中,有些也涉及司法管辖权和程序问题,甚至还涉及可适用的法律问题。^[10]尽管古希腊各城邦之间的民商事交往也比较频繁,但现实并无对法律选择规则的迫切需求。从现有的文献资料尚无法确证古代希腊是否出现过现代意义上的冲突规范。不过,在埃及出土的一具木乃伊里,发现了公元前120年至118年间的一个法令,规定凡合同以埃及文字起草的,可以在埃及法院对希腊人起诉。因此,有学者将其视为默示性冲突法规则,认为埃及的该法令指定了语言作为确定管辖权的连接因素并承认了当事人意思自治原则。^[11]可见,私法当事人有权选择法院和选择准据法这

[10] [法]亨利·巴蒂福尔、保罗·拉加德著:《国际私法总论》,陈洪武等译,中国对外翻译出版公司1989年版,第10页。

[11] J. -G. Castel, *Canadian Conflict of Laws*, 4th ed., Butterworths Canada Ltd., 1997, p. 12.