

国际私法论文选

西南政法学院国际法教研室编

一九八三年十二月

说 明

为了适应教学工作的需要，我们特从一九八〇年以来发表的法学论文中选编了这本《国际私法论文选》，由于资料缺乏，时间也较匆促，此文选仅供我院法律系本科学生在学习国际私法课时参考。

本书是由我室刘鸿惠、袁成弟、郭毅敏、陆晓东、徐蓉键、佟小鄂等六位同志选编。

西南政法学院国际法教研室

一九八三年十二月三十日

目 录

国际私法的名称、性质、定义和范围·····	李双元 (1)
论国际私法的对象和规范·····	姚 状 任继圣 (7)
论国际私法中的法律冲突·····	陈力新 (23)
——关于国际私法的概念和范围问题	
英国国际私法的性质、范围及其晚近的发展	
·····[英]J·H·C莫里斯 董立坤译 (37)	
南斯拉夫国际私法的几个主要问题·····	孟宪伟 (50)
论国际私法的对象和社会主义国家关系中的	
国际私法的某些特点·····[苏]隆茨 姚壮译 (61)	
国际私法发展的新阶段·····	董立坤 (73)
论瑞士冲突法草案	
·····[美]斯蒂芬·麦克弗里 李双元译 (83)	
资产阶级国际私法中的公共秩序保留·····	李双元 (97)
阻碍适用外国法律的原因	
·····[匈]史查斯齐 费宗祯译 (107)	
试论确定法人的国籍·····	郭思永 (118)
国家豁免学院的发展及前景	
·····[泰]宗庞·苏察里特库尔 刘慈忠译 (126)	
南北关系中的普遍优惠制问题·····	姜圣复 (141)
支配国际契约的法律	
·····[美]威利斯 L·M·里 斯 潘汉典译 (154)	

违反合同时的补救方法

.....[美]托马斯, W·邓 费 程建英译 (171)

略论联合国国际货物多式联运公约.....魏家驹 (160)

国际私法中的婚姻法律冲突.....董立坤 (193)

美国国际私法中的婚姻问题

.....威利斯 L·M·里 斯 蒋恩慈摘译 (211)

我国民事诉讼法 (试行) 中关于外国判决的

承认与执行.....郭思永 (222)

外国判决的承认和执行形式的发展.....魏家驹 (230)

我国对外经济贸易和海事案件的仲裁.....任建新 (240)

略论外国仲裁裁决的执行问题.....H·L·[美]

(0)——兼析 1958 年纽约公约.....方之寅 (250)

(10) 和井渡 宽树[日].....

(82) 申立童.....

(88) 和江原孝 田井京子·若部淑[美].....

(92) 江原洋.....

(101) 和井宗贵 谷渡重史[日].....

(812) 光原野.....

(831) 和忠慈树 永野哲思[日].....

(141) 野全孝.....

(144) 和典野德 里·M·J 迪尔森[美].....

国际私法的名称、性质、定义和范围

李 双 元

随着我国实行对外开放的经济政策，涉外经济贸易以及其他各种民事活动已日趋广泛和复杂，迫切要求就调整涉外民事关系制定健全、完备的法律制度，这就给我国国际私法理论研究工作提出了极其光荣的任务。粉碎“四人帮”后的几年来，我国国际私法的立法及理论工作得到了新的发展，但整个看来，立法工作落后于实际生活的发展，而理论工作又落后于立法工作的要求。为了迅速改变这种状况，作者拟就当前国际私法理论研究中遇到的一些问题，谈谈自己的看法。

一、国际私法的名称与性质

德国法学家科恩（Franz Kahn）曾经指出，国际私法这个东西，可以说是一个从书名起就有争论的法律学科。而且，直至目前，对国际私法，不同国家或地区仍保留不同的称谓。欧大陆各国比较普遍地称为“国际私法”（Private International Law），而英、美等国则更多地称为“冲突法”（Conflict of Laws）。对于国际私法法规，东德与旧中国称为“法律适用条例”，西德称为“民法施行法”，日本称为“法例”。在历史及学说上，它还被叫过“法则区别法”，“法律的地域界限法”，“外国法的适用”，“私国际法”等名称。此外，还有主张把它叫作“国际民法”或

“国际民商法”的。这些不同的称谓，或是强调它所调整的法律关系仍属民法性质，只不过这种民法关系已超出一国的范围——如“国际私法”，“国际民法”或“国际民商法”及“私国际法”等；或是强调它着重解决的是法律的冲突问题——如“冲突法”，“法律的地域界限法”等；或是强调它要解决的是本国及外国民法的适用问题——如“法律适用条例”，“民法施行法”，“外国法的适用”及“法则区别”等。

“Private International Law”这个名称是美国国际私法学者斯托雷（Joseph Story）在1834年发表他们《冲突法评论》（Commentaries on the Conflict of Laws）一书中首先提出的，直译应为“私国际法”。但是他却没有用这个名称来给他的这本书命名，而仍沿袭十七世纪荷兰学派所首倡的“冲突法”（De conflictu legum）这一名称。到了1843年法国学者弗利克斯（Foelix）才正式采用目前这个名称，但是他的立意却与斯托雷所叫的原名大有出入。弗利克斯是一个把国际私法视为国际法的人，他在1840年发表的一篇论文，其题目就是“内外国法律的冲突论，又称国际法”。他用的法文名称是“Droit International Prive”，直译也是“私国际法”。他认为这种“国际法”，就是解决内外国私法上冲突的规范。相反，在1841年德国一位学者叫谢弗拉（Schaeffner）的，在他的一本研究国际私法史的著作中，倒真正把它称为“Internationales Privatvecht”，直译为英语正是“International Private Law”，即“国际私法”，但他认为国际私法纯然是国内法。

那么，国际私法到底是“国际法”还是“国内法”呢？

如果说它是国内法，又为什么要冠上“国际”二字呢？这就是讨论国际私法的名私和性质所要解决的第一个问题。

对于这个问题，不但在历史上，而且在当今，国内外都有不同的观点，但比较普遍的看法是，国际私法是国内法，至少可以说它主要是国内法。其所以冠以“国际”二字者，并不表示它与“国际公法”中的“国际”具有完全相同的含义，而只是表明它所调整的法律关系超出了一国的范围，从而有可能受到两个以上国家法律的影响。这是一个方面，或者说是主要的一个方面。当然，我们也应看到，它还有另外一个方面，那就是，国际私法所调整的民事法律关系既然超出了一国的范围，涉及了不同国家的立法及司法管辖权，从而不能不具有国际的因素或规模。因而，它也就不可能完全脱离国际公法的一般原则。例如国际公法的主权原则与平等互利原则，也就是国际私法的指导原则。至于表现在具体问题上的国民待遇原则，国家及其财产的豁免原则等，也是处理国际私法关系时应该遵循的国际公法上的原则，违反了这些原则，往往会导致有关的判决在他国得不到承认与执行。不过，上述情况只能表明国际私法离不开国际公法的影响和制约，而不意味国际私法就是有象国际公法那样调整国家间关系的性质。

由于国际私法涉及国际因素，因此有关国家还常常通过国际条约的方式来制定各种统一冲突法规范，划分国家间的司法管辖权，约定彼此相互履行司法委托，甚至制定一些统一实体规范，并且约定在什么情况下，缔约国应予遵行，从而避免适用冲突法。这就表现出国际私法在渊源上具有两重性，就这一类国际私法规范而言，它显然具有调整国家间关

系的行为准则的性质。但是这类性质的国际私法规范为数并不太多，而且它们只在极少数国家间生效，至今并不存在什么约束所有国家的统一国际私法规范（这里包括统一冲突规范，统一国际民事诉讼程序方面的规范和统一实体规范）。其次，在许多已有的国际私法条约中，都还规定了公共秩序保留条款，允许缔约国在认为遵行条约所规定的统一规范会与自己的公共秩序（或公共政策）发生抵触时，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，在这样的国际条约（更不用说国际惯例）中，许多关于国际经济贸易等方面的统一实体规范，都是任意性规范，只有经当事人选择适用于合同后才对当事人具有约束力，或者缔约国之间的当事人在选择适用条约中统一实体法的情况下，还有权减损与改变有关条约的规定，关于国际贸易方面的统一实体法中的强制性规则是很少的。因此，上述各种统一规范的出现，并不足以改变国际私法是国内法的性质。

认为国际私法不是国际法而是国内法或主要是国内法的主要根据是：

首先，它不是以各主权国家间的政治经济外交关系为调整对象的。它的调整对象主要是涉及不同国家法律的民事关系，因此，有时即令主权国家也可作为主体出现于这种民事法律关系之中，但这时，它只应取得一般民事法律地位，①它所承担的责任，也只具有民事法律责任的性质，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事责任所造成的。因此，在国家作为民事法律关系的主体时，它就有可能还要接受他国的司法管

辖，而在国际公法关系中，它是只接受国际法院的管辖的。这表明，在国际私法关系中，这种法律关系的性质和主体的性质都与国际公法关系中的不同。

其次，在国际私法方面，除有关缔约国承担的条约义务外，即令有一些法律选择规则，可能为许多国家共同采用，但这并不意味着这些原则本身具有约束国家的行为规则的性质。如“不动产物权依所在地法”，“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，虽为许多国家采用，但它们都是通过国内法加以规定的，其内容与适用范围各国都很不相同。

最后，国际私法关系中发生的争议属于民事争议，其案件大都是由有关国家的国内法院解决，而不是由国际法院解决。国内法院在解决这类争议时，程序问题一般均适用自己国家的程序法，实体问题在当事人无事前协议的情况下也只根据自己国家的国际私法规则去选择适当的法律解决。

因此，无论从国际私法关系的主体，国际私法关系的性质，国际私法规范的制定及其约束力，以及国际私法争议的解决途径及应适用的法律等各方面来看，都应该认为国际私法是内国法或主要是内国法，而不是国际法。

在讨论国际私法的性质时，还要解决的一个问题就是为什么要把它叫做“私法”？

这一法律部门之所以被称为“私法”，是因为它所调整的全是民、商法一类关系，而民、商法自古罗马时代起，就被认为属于“私法”的范畴。古罗马时代法学家乌尔比安把法律划分为“公法”与“私法”，后来资产阶级法学也一直沿用。依此种观点，凡以保护私人利益为目的的法律，或凡

涉及主体双方均为私人或私人团体的法律，都属于私法。

根据列宁关于“我们不承认任何‘私法’，在我们看来，经济领域中的一切都属于公法范围，而不属于私法范围”②的论述，我们社会主义国家的法学，原则上是反对把法律划分为公法私法的。但是，既然在国际私法领域，我们要处理的法律关系超出了一国的范围，而且常常要涉及资产阶级国家的法律与法学理论及司法实践，为了方便起见，便仍沿用这一名称来称呼这一法律部门。加之，即使给它换一个别的名称，如叫“涉外民法”，“涉外民商法”或“法律适用法”等，也并不能完全反映这一法律部门的性质与特点，并不见得是很确切的。但是，必须了解，我们在这里所用的“私法”这个概念，已经与资产阶级法学中的这一相应概念所指的含义完全不同了。

正是根据上述两个方面的原因，我们认为“国际私法”这个名称，确然是容易引起人们的误解的，因为就它的性质来说，它完全不像名称上所反映的，它既不是，“国际”的，又不是“私法”的。我们今天仍然沿用这一名称，只是基于上述的情况，指的它的特定的含义。

二、国际私法的定义与范围

正如国际私法的名称有各种不同的叫法一样，各国国际私法学家也给国际私法下过各种各样的不同的定义。③但大体上讲，可以把它们归纳为四种不同的类型。

1. 根据它所调整的法律关系的性质来给国际私法下定义。目前我们国内多采取这种方式，从而一般多把它定义为“调整涉外民事法律关系的法律部门”。显然，这一定义过

于笼统，定义本身未能揭示出这一法律部门的基本特征。其所以采取这一定义，反映出我们国内若干从事国际私法研究工作的同志主张把所有（或者大部分）调整涉外民事法关系的规范统统包括进国际私法的范围的倾向。匈牙利的《欧洲人民民主国家国际私法》一书的观点也是这样。例如该书认为。国际私法是调整国际性的，即与几个法律制度④有联系的，也就是含有外国因素的民法，家庭法和劳动法等方面法律关系的法律规范的总称，这些规范中一部分是直接法律规范（即实体规范），一部分是间接法律规范（即冲突法规范）。③

2. 从解决涉外民事法律关系中的法律冲突的角度来给它下定义。例如美国国际私法学家斯托雷就曾把国际私法学定义为“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”。与此类似，法国法学家弗利克斯则把它定义为“供判定不同国家私法之间的冲突的规范的总和”。而法国的另一法学家巴丁（**Bartin**）则认为，国际私法是调整各主权国家都要把自己的法律用于因特定情况而产生的冲突的法律。

3. 与第二种定义方式相类似，但却从不同国家法律适用范围的角度来给它下定义。例如荷兰国际私法学家阿瑟（**Asser**）就把它定义为“决定什么法律能适用于不同国家的当事人之间法律关系或在国外所为法律行为的规范，或者简言之，即有关在一国领域内适用他国法律的规范的总和”。英国的戴西的定义也与此相似，认为国际私法是“支配法律域外适用和权利的域外承认的原则的法律”。德国学者弗兰根斯坦（**Frankenstein**）则从略为不同的另一角度把它定义

为给各国法律划分管辖权的界限的法律。

持第二、三种定义方式的学者，显然多是从传统的国际私法是“冲突法”，是“法律适用法”，是“法律界限法”的观点出发的，而且他们多持国际私法是国际法的观点。日本的著名国际私法学家迹部定次郎（1872—1938）就认为，如果承认国际私法是规定各国法律适用范围的，而各国的私法又是根据国家主权行使的，那么国际私法就同样是给各国主权划定范围的法律，就应该属于调整国家关系的国际法。他还认为，如果承认国际私法也是保障国际交往安全所不可缺少的法律，各国就应服从这一法律，它对国家就应该有约束力，因此从这个意义上讲，它也应该是国际法。这种观点，显然是不符合实际情况的。目前我国一些国际私法理论工作者也有国际私法是国际法的类似观点。例如有的同志认为，根据国家主权原则，每个国家的各种法律都有域内效力 and 域外效力。如果这样，那么在涉外民事关系中，一国法律的域外效力就必然地自动地会与另一国法律的域内效力发生冲突，这种冲突需要用国际私法来解决。因此，当然会得出国际私法是给各国法律划定效力界限的法律的结论，因此它就是国际法了。但是无论根据马克思主义的法学理论，或者根据国际公法的原则，这种认为一国的任何法律都同时具有域内效力和域外效力的观点是不正确的，有害的，它不但是主权原则的表现，而且正是主权原则的破坏。

因此，以第二、三种方式给国际私法下定义，也并不是可取的。

4. 最后，还有以列举国际私法的内容（或范围）的方式来给国际私法下定义的。例如英国国际私法家切夏尔（Cheshire

-re) 就认为, 英国法所理解的国际私法乃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”的法律。我国有些国际私法理论工作者也试图以这种方式来给国际私法下定义, 只是他们所列举的内容(或范围)与上述定义不同而已。例如有的同志把它定义为“国际私法是国家在同其他国家交往过程中已形成的表现这个国家统治阶级意志、调整国际民事法律关系的冲突规范、规定外国人民事权利地位的规范和国际民事诉讼规范的总称”。

作者认为, 根据目前我国较为通行的观点, 可以把国际私法定义为:

国际私法是以涉外民事法律关系为调整对象, 并以解决法律冲突(法律选择)问题为中心, 以冲突规范(法律选择规范)为基本规范, 同时包括规定外国人民事法律地位的规范, 消除法律冲突的统一实体规范, 以及国际民事诉讼法程序规范在内的一个独立的法的部门。

这个定义强调了国际私法调整对象的特殊性——含有外国因素的民法关系。而调整对象的不同, 正是区别不同法律部门的基础。

这个定义同时也突出了国际私法的本质特性, 就是它的中心任务是解决因法律冲突而提出的法律选择或法律适用的问题。国际私法不但是为了解决这个问题, 并且是在解决这个问题的实践基础上发展起来的, 在今天和将来, 国际私法也仍然主要是为解决这个问题服务的。这一点不容回避, 必

须在定义中加以反映。

这个定义既强调了冲突规范（或法律选择规范，或法律适用规范）是国际私法的最基本的规范，同时也强调了为了解决法律冲突问题，还必需运用的其他几种类型的规范。

至于为什么在国际私法中还必经把其他三类规范包括在其中，这便是研究国际私法的范围所要讨论的问题。

国际私法的范围问题，同样是一个极有分歧观点的问题。但是有一点是可以肯定的，那就是国际私法虽然主要是解决法律冲突问题的，但即令是在把国际私法和冲突法两个概念完全等同起来的国家里，也都把冲突规范以外的某些法律规范包括到国际私法范围以内的。因此，不宜在国际私法的范围问题上采取过于绝对化的观点，这是首先要强调的。

英、美等国国际私法学家认为国际私法就是冲突法，但在范围问题上，他们却主张在国际私法中包括有关涉外民事案件管辖权及外国民、商事判决的承认与执行的规范，而反对把外国人民事法律地位的问题和国籍问题归入国际私法的范畴。英国学者切夏尔在他的《国际私法》序言中，就表明“本书不涉及英国国籍法问题”，“国籍法属于宪法范畴，与国际私法关系不多。一个人究属哪个国家的国籍，既与法律选择无关，也与法院管辖权的研究无关”。这是因为英、美等国，在属人法的适用和管辖权的划分上，都是以住所为根据的。因此，他们虽然反对研究国籍问题，却让住所问题在国际私法占有重要地位。

法国学说除认为国际私法应包括法律适用与管辖权两方面的问题外，还应该包括外国人民事法律地位及国籍问题（因为法国以本国法作属人法）。西德的学说一直认为国际

私法只限于冲突法，而主张把国籍问题归入国家法，把外国人的民事法律地位归入民法。

日本的学者如北敏胁一认为，尽管国际私法的范围，依时代、国别及学者的不同而不同，但一般应该包括：法律适用问题，外国人民事法律地位问题，涉外民事诉讼法问题，准国际私法问题⑥等。

资本主义国家的国际私法学家几乎一致反对把调整涉外民事关系的统一实体法归入国际私法，但也有人指出，国际私法是由下述三个方面的基本事实构成的，即：人们在处理涉外案件时需要选择法律，需要选择法院（管辖权），以及许多国家有鉴于法律选择的范围不断扩大而同意制定统一实体规则。⑦

苏联、东欧一些国家的国际私法学者对国际私法的范围，也有种种不同看法。除波兰之外，其他国家的学说几乎一致认为，至少法律适用规范，外国人民事权利地位的规范，涉外民事诉讼程序规范应包括在国际私法范围之内。波兰1965年的国际私法法规以及1968年出版的巴拉谢克与索斯尼亚克合著的国际私法教科书则均未涉及涉外民事诉讼问题。但是，大部分人主张把调整涉外民法关系的统一实体法包括在国际私法之中。还有一部分人甚至主张把国内法中直接规定具有涉外因素法律关系的实体规范也列入国际私法的范围（如苏联的彼列契尔斯基，东德的魏曼，捷克斯洛伐克的卡林斯基第）。苏联的隆茨则认为，国际私法学的领域要比作为苏联法的一个部门的国际私法的领域宽一些，因为就国际私法学来说，它不仅要研究那些具有民法性质的规范和关系，而且还要研究国际民事诉讼程序规范，而这类规范本

是属于苏联法的另一法律部门即民事诉讼法范围。这样，依隆茨的观点，涉外民事诉讼程序规范就不属国际私法范围。

目前，国内对国际私法范围也有两种主要对立的观点，其分歧就在于是否应该把统一实体规范列入国际私法的范围。至于法律适用规范，外国人民事法律地位的规范，以及国际民事诉讼程序规范，应该包括在国际私法之中，则基本上都是取赞成态度的。

对于这个问题，我们认为，至少在目前，把调整涉外民事关系的统一实体规范包括在国际私法范围之中，是既不会改变国际私法的性质，不会妨碍国际私法的发展，也不会妨碍对这类统一实体规范的研究的。我们认为，要正确认识这个问题，必须从法律发展的观点出发。

为了解决涉外民法关系中法律适用上的冲突现象，历史上最早采取的是用冲突规范来指导进行准据法^⑧的选择。但是，由于这种冲突规范并不直接规定当事人间的权利义务关系，因而它只是一种间接调整的手段，适用起来，有时不免缺乏明确性，而且不太方便。随着国际经济关系日趋发达，为了便利国际民事流转，在19世纪末20世纪初便开始进行制定直接调整某些民事关系的统一实体规范的工作。这种统一实体规范如被有关国家的当事人采用于合同，便可以避免法律冲突和法律选择。因此，它也是在解决法律冲突的基础上发展起来的，与冲突规范可以说是规定含有外国因素民法关系的两种并行的不同方式——间接规定的方式与直接规定的方式，二者本来就是相辅相成，互相补充的。如果一定要把二者截然对立起来，并不有利于在国际私法实践中，在处理某种具体的涉外民事关系时，去选择一种更具优越性的法

律。因此，尽管在把国际私法完全看作冲突法的西方资本主义世界，他们虽然反对在国际私法的体系中把统一规范包括进去，但是各种国际私法的国际机构，如著名的海牙国际私法会议，美洲国家组织国际私法会议等，则都是主张站在国际私法的统一立场上，去对法律适用、统一实体规范及国际民事诉讼程序三个方面进行有机结合的研究工作的。这也表明，他们还是承认这三方面的问题都是国际私法所要解决的。

冲突法规范与统一实体规范二者之间的相辅相成、互为补充的关系，还为许多有关统一实体法的国际公约所明确承认。国际经济交往的进一步发展，一方面固然使人们感到如果在国际经济贸易关系中，能适用某种直接而明确地规定了双方当事人权利义务的统一规范，可以省去在处理争议时，选择法律，进行识别，以及证明外国法的内容等一系列复杂的程序问题，而且可以避免发生反致及援用公共秩序保留的现象，这显然有助于减少国际贸易的法律障碍，有利于促进国际贸易的发展。但是另一方面也应当看到，一些国家为了维持自己的利益，在法律选择上尽可能达到适用自己的内国法的目的，他们又往往愿意在这个问题上保留更大的回旋余地，因而有时又宁愿适用冲突规范，而不愿受比较不利于自己的统一实体法的支配。因而，在国际上，那怕在少数国家之间，缔结一项统一实体法的国际条约也是十分困难的，往往要经过多少年的磋商与努力，才能使实行不同法律制度的国家接受某种调和的统一实体法。而且即令制定了这样的统一实体法，其适用范围也仍然要受到国内冲突法或统一冲突法的制约。例如1961年签订的《国际货物销售统一法》与