

国际私法总论

GUOJI SIFA ZONGLUN

邓杰 著

国际私法总论

邓杰 著

知识产权出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

国际私法总论/邓杰著. —北京: 知识产权出版社,
2004.12
ISBN 7-80198-145-6

I. 国... II. 邓... III. 国际私法—研究
IV. D997

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2005) 第 005873 号

本书的所有版权受到保护, 未经出版者书面许可, 任何人不得以任何方式和方法复制抄袭本书的任何部分, 违者皆须承担全部民事责任及刑事责任。

国际私法总论

邓 杰 著

责任编辑: 段红梅

文字编辑: 龙 文

责任校对: 董志英

封面设计: 王 鹏

责任出版: 杨宝林

知识产权出版社出版、发行

地址: 北京市海淀区马甸南村 1 号

通信地址: 北京市海淀区蓟门桥西土城路 6 号 邮编: 100088

<http://www.cnipr.com>

(010) 82000893 (010) 82000860 转 8101

知识产权出版社电子制印中心印刷

新华书店经销

2005 年 3 月第 1 版 2005 年 3 月第 1 次印刷

850mm × 1168mm 1/32 印张: 10 字数: 250 千字

印数: 1 ~ 3 000 册

ISBN 7-80198-145-6/D·287

定价: 20.00 元

如有印装质量问题, 本社负责调换。

内 容 简 介

本书对国际私法学的基本理论问题进行了专题研究，共20余万字，分五章。第一章绪论，阐述了国际私法的调整对象和调整方法，国际私法的范围、渊源、性质以及国际私法与邻近法律部门之间的关系等问题；第二章国际私法的历史，从国际私法的学说史和立法史两个方面，对国际私法不同历史时期的代表性学说以及不同发展阶段的立法特点及其发展趋势进行了较详细的述评；第三章法律冲突、冲突规范和准据法，探讨了国际民商事法律冲突的产生及其解决，冲突规范的概念、结构、类型、系属公式以及准据法的选择方法和确定等问题；第四章冲突规范的制度，分别就识别、先决问题、反致、外国法的查明、公共秩序保留以及法律规避等冲突规范的基本制度或一般性问题，进行了深入研究和探讨；第五章国际私法的主体，分别就自然人、法人、国家和国际组织作为国际私法主体的有关法律问题，重新进行了审视和反思。

本书信息量大，论据扎实，既可作为从事国际私法研究的理论工作者和司法实践部门的参考用书，也可作为法学专业本科生和研究生的教材，还可供从事涉外民商事实务的公司、企业和政府部门参考。

目 录

第一章 绪论	(1)
第一节 国际私法的调整对象和调整方法	(1)
一、国际私法的调整对象	(1)
二、国际私法的调整方法	(4)
第二节 国际私法的范围	(7)
一、有关国际私法范围的不同主张	(7)
二、国际私法的规范	(9)
第三节 国际私法的渊源	(13)
一、国内法渊源	(13)
二、国际法渊源	(21)
三、关于学说、法理和一般法律原则是否国际私法 渊源的问题	(24)
第四节 国际私法的性质	(26)
一、国际私法是国际法还是国内法的问题	(26)
二、国际私法是实体法还是程序法的问题	(30)
三、国际私法是公法还是私法的问题	(31)
第五节 国际私法的名称和定义	(32)
一、国际私法的名称	(32)
二、国际私法的定义	(34)
第六节 国际私法与邻近法律部门的关系	(35)

一、国际私法与国际公法	(35)
二、国际私法与国内民商法	(36)
三、国际私法与区际私法	(36)
四、国际私法与国际经济法	(37)
第七节 国际私法学	(37)
一、国际私法与国际私法学的关系	(37)
二、国际私法学的体系	(38)
 第二章 国际私法的历史	(40)
第一节 国际私法的学说史	(40)
一、法则区别说时代	(41)
二、近代的国际私法学说	(48)
三、当代的国际私法学说	(53)
第二节 国际私法的立法史	(60)
一、国际私法的国内立法史	(60)
二、国际私法的国际立法史	(63)
第三节 我国国际私法的历史	(66)
一、我国国际私法的立法史	(67)
二、我国国际私法的学说史	(70)
 第三章 法律冲突、冲突规范和准据法	(74)
第一节 法律冲突	(74)
一、法律冲突的主要类型	(74)
二、国际民商事法律冲突的产生及其解决	(77)
第二节 冲突规范	(81)
一、冲突规范的概念	(81)
二、冲突规范的结构	(82)
三、冲突规范的类型	(87)
四、系属公式	(91)

第三节 准据法	(96)
一、准据法的概念	(96)
二、准据法的特征	(96)
三、准据法的选择方法	(98)
四、准据法的确定	(103)
 第四章 冲突规范的制度	(110)
第一节 识别	(110)
一、识别的概念	(110)
二、识别冲突及其产生的原因	(111)
三、识别冲突的解决	(113)
四、我国关于识别的规定及其完善	(118)
第二节 先决问题	(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	(121)
第三节 反致	(122)
一、反致的概念	(122)
二、反致产生的条件	(125)
三、关于反致的理论分歧	(126)
四、各国关于反致在立法和司法实践上的分歧	(130)
五、我国关于反致的规定及其完善	(133)
第四节 外国法的查明	(134)
一、外国法的查明的概念	(134)
二、外国法的查明方法	(135)
三、外国法无法查明时的解决办法	(137)
四、外国法的错误适用及救济	(140)
第五节 公共秩序保留	(142)
一、公共秩序保留的概念	(142)

二、公共秩序保留的作用	(143)
三、公共秩序保留的理论	(144)
四、公共秩序保留的立法	(148)
五、公共秩序保留的滥用及限制	(151)
六、公共秩序保留运用中的几个特殊问题	(162)
七、我国关于公共秩序保留的立法规定及其完善	(168)
第六节 法律规避	(172)
一、法律规避的概念	(172)
二、法律规避的构成要件	(172)
三、法律规避的性质	(173)
四、法律规避的效力	(175)
五、我国关于法律规避的规定及其完善	(179)
 第五章 国际私法的主体	 (181)
第一节 自然人	(181)
一、自然人的国籍	(182)
二、自然人的住所	(187)
第二节 法人	(190)
一、法人的国籍	(191)
二、法人的住所	(194)
三、外国法人的认可	(196)
第三节 国家	(198)
一、国家作为国际私法主体的特殊性	(198)
二、国家的豁免权问题	(199)
第四节 国际组织	(217)
一、国际组织作为国际私法主体的特殊性	(217)
二、政府间国际组织的特权和豁免	(218)
三、国际组织权利能力和行为能力的法律冲突及 解决	(219)

第五节 外国人的民商事法律地位	(221)
一、外国人民商事法律地位的历史发展	(222)
二、有关外国人民商事法律地位的几种制度	(226)
三、外国人在中国的民商事法律地位	(231)
附录一 国际社会本位的理念与法院地法适用的合理 限制	(236)
附录二 我国国际私法主要法规	(255)
1. 中华人民共和国民法通则 (摘录)	(255)
2. 最高人民法院关于贯彻执行《中华人民共和国 民法通则》若干问题的意见 (试行) (摘录)	(256)
3. 中华人民共和国合同法 (摘录)	(258)
4. 中华人民共和国民事诉讼法 (摘录)	(258)
5. 最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法 诉讼法》若干问题的意见 (摘录)	(265)
6. 最高人民法院关于涉外民商事案件诉讼管辖若干 问题的规定	(270)
7. 中华人民共和国民法 (草案) (第九编)	(271)
8. 中华人民共和国国际私法示范法	(282)
参考文献	(304)
后记	(307)

第一章 绪 论

第一节 国际私法的调整对象和调整方法

一、国际私法的调整对象

法律因其调整对象的不同而被划分为不同的部门，每一法律部门都以某一类社会关系为其调整对象。作为一个独立的法律部门，国际私法的调整对象是具有涉外因素的民事关系（civil relations involving foreign elements），或称涉外民事关系，或称国际的或跨国的民事关系，也称具有国际因素或跨国因素的民事关系。^①

涉外民事关系作为一类特殊的社会关系，具有以下特征：

① 对于国际私法的调整对象是涉外民事关系还是涉外民事法律关系，学术界曾存在争论，但目前已基本达成共识，即国际私法的调整对象应是涉外民事关系。因为民事关系是指社会关系中的财产关系和人身关系，其本身不存在固有的权利和义务内容；民事法律关系则是一种意志社会关系，是指民事关系中具有权利、义务内容的财产关系和人身关系，是法律调整的结果。不过，也有一些学者认为两者之间并没有什么区别，采用何种措辞只是习惯问题，并无实质影响。参见韩德培主编：《国际私法问题专论》，武汉大学出版社2004年版，第31~32页。

(一) 是一种具有涉外性的民事关系

涉外民事关系的涉外性主要表现在三个方面：

1. 民事关系的主体涉外。即作为民事关系主体的一方或双方当事人是外国的自然人、法人或无国籍人（有时还可能是外国国家或国际组织），或者是住所、惯常居所或营业所在外国的自然人或法人。例如，一中国籍男子与一英国籍女子结婚；一营业所在中国的公司与一营业所在美国的公司订立合同。

2. 民事关系的客体涉外。即民事关系的客体，包括标的物和行为，与外国发生牵连。例如，一中国公民继承其父亲在新加坡的遗产；一中国建筑公司承建在俄罗斯境内的一项工程。

3. 民事关系的内容涉外。即导致民事关系产生、变更或消灭的事实包括事件和行为发生在外国。例如，继承关系中被继承人死亡的事实发生在某外国；合同关系中订立合同的行为发生在某外国；侵权案件中的侵权行为在某外国实施，等等。

实践中，涉外民事关系的涉外性可能是单元的，也可能是多元的，即民事关系只在主体、客体、内容某一个方面具有涉外性，或同时在以上两个或三个方面都具有涉外性。

准确理解涉外民事关系的涉外性，还须进一步考察其为涉“外国”还是涉同一国家内部的“外法域”（territorial legal units）。从空间范围的角度来看，法域就是指实施着独特法律制度的特定空间区域。^① 由于每个国家实施的法律制度都不同于其他国家，因此每个国家都是一个独立的法域，而有些国家由于内部法律不统一，又可以进一步划分为不同的法域。就这个意义而言，所有的涉外民事关系其实都是涉外法域的民事关系。当涉及的外法域是一个外国国家或该外国的某一法域时，该涉外民事关系就是一个涉外国的或称国际的或跨国的民事关系；而当涉及的外法域是同一个国家内部实施不同法律制度的

① 参见黄进著：《区际冲突法研究》，学林出版社1991年版，第2页。

另外一个法域时,该涉外民事关系就只是一个国内的涉外法域的区际民事关系。一般来讲,国际私法主要调整的是前一种涉外民事关系,后一种涉外民事关系则是由国际私法的一个分支——区际私法来专门进行调整的,一些国家在立法和实践中都对此作了严格的区分。但是,在有些国家主要是普通法系国家,对于外国和同一国家内部的外法域以及国际私法和区际私法往往不作区分,等同处理。例如,这些国家在法律上将所有其他实施独特法律制度的地区都视为“外国”,对国际私法和区际私法不加区分,统称为冲突法,同时适用于国际民事关系和区际民事关系的调整。^①

此外,需指出的是,所谓涉外,是从某一特定国家(法域)通常是内国^②(法域)的角度而言的,即某一民事关系同时与内国(法域)和某外国(法域)存在牵连,站在内国(法域)的角度上,就称之为涉外的民事关系。但若以一种普遍主义的态度站在国家(法域)之间的角度上,同时与两个或两个以上的国家(法域)存在牵连的民事关系就会被称为国(区)际的或跨国(法域)的民事关系。^③

① 参见黄进著:《区际冲突法研究》,学林出版社1991年版,第114~118页。

② 在国际私法中,内国(法域)与外国(法域)是相对应的一对概念;国内(域内)与国际(区际或域际)是相对应的一对概念。参见李双元著:《国际私法(冲突法篇)》(修订版),武汉大学出版社2001年版,第5页。

③ 有学者认为,“涉外”这一措辞带有一定的国家(内法域)本位主义的色彩,而采用“国际(区际)”或“跨国(法域)”等措辞不仅有利于准确反映内、外国(法域)之间的平等地位,更有利于加强国家(法域)之间的合作与协调。参见刘卫翔等著:《中国国际私法立法理论与实践》,武汉大学出版社1995年版,第18页。

（二）是一种广义的民事关系

国际私法调整的是一种广义的涉外民事关系。不仅包括涉外的一般民事关系，如涉外物权关系、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，还包括涉及诸如公司、票据、海商、保险、破产等商事问题的商事关系。因此，国际私法实质上调整的是一种涉外的或国际的民商事关系（civil and commercial relations）（以下将主要采用这一用语）。

总之，国际私法调整的涉外民事关系，是一种超出一个国家或法域界限的民商事关系。其涉外性使之区别于纯国内或纯（法）域内的民商事关系；其私法性又使之区别于其他具有涉外性的社会关系，如国际公法所调整的主权国家之间的政治、军事、外交等公法范畴的关系。

二、国际私法的调整方法

基于调整对象的特殊性，国际私法中发展形成的调整方法也颇具独特性。一般认为，国际私法调整涉外民商事关系的方法有两种：间接的调整方法和直接的调整方法。

（一）间接的调整方法

间接的调整方法，又称冲突法的调整方法，是指在有关的国内法或国际条约中规定某类涉外民商事关系应受何国（地区）法律调整或支配，而不直接规定涉外民商事关系当事人之间实体权利义务的一种方法。例如，根据“不动产物权关系适用不动产所在地法”的规定，仅明确涉及不动产物权时，应依不动产所在地法来确定当事人的权利和义务，并非直接确定当事人有关不动产的实体权利和义务。这种指明某种涉外民商事关系应适用何国（地区）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这种冲突规范来实施的。冲突规范是国际私法的特有规范，因而间接的调整方法也是国际私法调整涉外民商事关系的特有的方法。

（二）直接的调整方法

直接的调整方法，又称实体法的调整方法，是指通过直接规定当事人权利义务的“实体规范”（substantive rules）来直接调整涉外民商事关系当事人之间权利义务关系的一种方法。国内法、国际条约和国际惯例中均有这种用于直接调整涉外民商事关系的实体规范存在。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权利义务的实体法公约。通过该公约的实体规范确定国际货物销售合同当事人的权利义务关系，所体现出来的就是直接的调整方法。通常，国内法中直接调整涉外民商事关系当事人权利义务关系的实体规范被称为“国内专用实体规范”；国际条约和国际惯例中直接调整涉外民商事关系当事人权利义务关系的实体规范被称为“国际统一实体规范”。

直接的调整方法在时间上虽晚于间接的调整方法产生，但从调整效果上看，直接的调整方法却大大优于间接的调整方法。因此，直接的调整方法是一种更高级的调整方法，它的产生和日益广泛的运用是国际私法不断发展和完善的重要标志。应该说，对间接调整方法的确立和采用，是一种退而求其次的无奈的选择。因为各国的民商事法律制度千差万别，实现统一必然是一个漫长、渐进且艰难的过程。在有关的法律达成统一之前，只能通过在各国的彼此歧异的法律之间进行选择这种方法间接地调整涉外民商事关系，以扫除由于法律歧异给各国的民商事交往与合作所带来的法律障碍。但是，由于间接的调整方法不能直接确定当事人的权利义务关系，因而不可避免地表现出缺乏可预见性、明确性等缺陷。而随着各国民商事交往与合作的日益频繁和密切，各国在结成大量共同利益和加深理解和信任的基础上，开始求同存异，达成越来越多的共识。由此，一种新的调整方法——直接的调整方法应运而生。

直接调整方法的采用，克服了间接调整方法所表现出来的各

种缺陷,使得国际私法对涉外民商事关系的调整更具实效,是人们所追求的一种更为理想的调整方法。但是,这并不意味着直接的调整方法就可以完全取代间接的调整方法,独自担当起调整涉外民商事关系的重任。在目前,直接调整方法的运用和作用仍多有限:① 首先,这种方法的适用领域仍十分有限。目前国际上对直接调整方法的采用仍主要集中在共同利益和共识较多的经贸领域,而在利益冲突比较尖锐或受历史传统影响比较深的领域或问题上,各国仍只能借助或主要借助冲突规范进行间接调整。其次,这种方法的作用范围仍十分有限。直接的调整方法主要是通过实体性的国际条约和国际惯例发挥作用,而国际条约一般仅约束其缔约国或参加国,即便如此,各缔约国或参加国还可以根据条约的规定提出保留②;国际惯例也通常仅在得到当事人选择或接受的情况下才产生约束力,且当事人在选择或接受时还可进行增删或更改。

综上,间接的调整方法和直接的调整方法,是国际私法顺应实践发展的需要先后确立和采用的两种调整方法,两者相辅相成、互为补充,使国际私法调整涉外民商事关系的方法更趋丰富和完备。而在各国民商事交往与合作日益深入、密切,涉外民商事关系日益纷繁复杂的今天,国际私法也只有同时借助这两种调整方法,扬长避短,才能实现对涉外民商事关系更加合理和圆满的调整。当然,随着国际民商事交往与合作更为纵深的发展,各国的共同利益和共识会越来越多,国际社会共同接受和采纳的规

① 参见李双元主编:《国际私法学》,北京大学出版社2000年版,第10页。

② 缔约国或参加国对公约的有关条款提出保留,无疑是对公约效力的一种削弱和减损。但是,从另一个角度来看,正是公约设立了保留条款这种弹性机制,才使得更多的国家能够被吸引加入公约,使公约的影响范围大大拓展,而这在某种意义上无疑又是对公约效力的一种增强。

则会不断增加,直接的调整方法发挥作用的空间也会因此不断拓展,并最终完全取代间接的调整方法。这既是一种必然的发展趋势,也是人们所努力追求的方向和目标。

第二节 国际私法的范围

有关国际私法的范围,是指国际私法包括什么内容,都由哪些规范构成。^①对此,国内外一直存在争论,学者们各持己见,各国在立法和司法实践中亦持不同的主张。

一、有关国际私法范围的不同主张

在普通法系国家,学者们大多主张国际私法就是冲突法。他们从司法实践的角度出发,认为国际私法只解决三个问题:首先,一国法院在什么情况下对一个涉外案件有管辖权;其次,一国法院在确定其对某一涉外案件有管辖权之后,应决定适用哪一个国家的法律来确定当事人的权利和义务;最后,在什么条件下应承认和执行外国法院的判决。由此,他们得出结论,国际私法是由三种规范构成:有关涉外案件的管辖权规范、冲突规范(或称法律适用规范或法律选择规范)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。

① 对于国际私法范围本身的含义,存在两种不同的理解:一种理解认为国际私法的范围是指国际私法包括哪些规范,即国际私法规范的组成范围;另一种理解认为国际私法的范围是指涉外民商事关系中的哪些问题是由国际私法来调整,即国际私法调整对象的范围。应该说,这两种理解在实质上是一致的,只是认识问题的角度稍有不同。因为,国际私法包括哪些规范,就可用以解决涉外民商事关系中的哪些问题;而涉外民商事关系中的哪些问题需要国际私法来调整,国际私法就必须确立或包括哪些规范。参见张仲伯主编:《国际私法学》(修订本),中国政法大学出版社1999年版,第9页。

法国的国际私法学者大多则认为,国际私法包括以下几种规范:国籍法规范^①、有关外国人民商事法律地位的规范、法律适用规范以及有关涉外民商事案件的管辖权规范。这种主张在受法国法影响的国家的学者中亦得到一定的支持。

德国和日本的大多数学者以及受德国法影响的国家的学者都认为,国际私法的全部任务或主要目的在于解决涉外民商事关系应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,因而国际私法仅包括调整涉外民商事关系的冲突规范或法律适用规范。

东欧各国的国际私法学者对国际私法的范围虽有不同主张,但普遍反映在理论和实践中的观点是,国际私法应包括有关外国人民商事法律地位的规范、冲突规范、国际统一实体规范、国际民事诉讼程序和国际商事仲裁规范。

在我国,学者们对国际私法的范围也存在不同见解,分歧主要集中在应否将国际统一实体规范和国内专用实体规范纳入国际私法的范围。^②目前,理论和实践中较为普遍接受的一种观点是,国际私法应包括有关外国人民商事法律地位的规范、冲突规

① 因为法国是以当事人的本国法为属人法,亦即以国籍作为属人法的联结点。而且,对于国籍问题,法国的国际私法学者所进行的通常是一般性的探讨,而不仅仅是有关国籍冲突解决的问题。参见黄进著:《中国国际私法》,法律出版社1998年版,第9页。

② 有的学者认为,国际统一实体规范和国内专用实体规范都不属于国际私法的范围。参见董立坤著:《国际私法论》(修订本),法律出版社2000年版,第10~18页。有的学者则认为,这两种规范都应包括在国际私法的范围之内。参见姚壮、任继胜著:《国际私法基础》,中国社会科学院出版社1981年版,第3~8页。