

辽宁大学法学学术文库

国家“211工程”三期立项重点课题资助



国际私法专题研究

任际/著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

辽宁大学法学学术文库

国家“211工程”三期立项重点课题资助

国际私法专题研究

任际/著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

国际私法专题研究 / 任际著. —北京:法律出版社, 2011. 12

(辽宁大学法学学术文库)

ISBN 978 - 7 - 5118 - 2726 - 5

I. ①国… II. ①任… III. ①国际私法—专题研究
IV. ①D997

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 224941 号

辽宁大学
法学学术文库

国际私法专题研究

任 际 著

责任编辑 刘文科
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 7.25 字数 185 千

版本 2011 年 12 月第 1 版

印次 2011 年 12 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 学术·对外出版分社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京中科印刷有限公司

责任印制 陶 松

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

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

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

书号:ISBN 978-7-5118-2726-5

定价:28.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

《辽宁大学法学学术文库》编委会

编委会主任：杨 松 佟连发

编委会成员：(按姓氏笔划排序)

于 虹	任 际	张锐智
郑 莹	郝建设	赵丙贵
郭 洁	路 军	

辽宁大学法学学术文库总序

新中国成立以来,社会主义法制与法学经历了 60 年的发展,特别是改革开放新时期的变革创新,中国特色社会主义法学理论体系趋向成熟、社会主义法治理念得以确立、中国特色社会主义法律体系基本形成。这些深刻变化和辉煌成绩,充分印证了中国法学对法治文明和社会进步的贡献。如今,法治已经成为我国社会最主要的话题之一,法治的理念开始深入人心,法学已经在向中国的“自主性”及法学的中国范式与中国体系发展。

进入 21 世纪,当我们置身于全球化的背景中,深入思考法治及法学问题时,我们发现越来越多的影响因子是上个世纪所没有直面的、至少是没有成为影响法治基本内涵与构建的主要因素,比如环境问题、科技发展、公共卫生、金融危机、外汇储备、裁军与反恐,等等,而今已成为决定法治进程的重要因素。适应鲜活的社会现实、回应大千世界的变化,法律在行动,法律在前进,于是出现了全球治理结构与法治文明演进、国际规范与价值的重塑、非政府组织对法律规制的介入、基于国际义务的国内法修复,等等。在中国社会进程中长期形成的法治理念、法律制度、法制实践路径均遇到来自新世纪社会问题的挑战。它使法学研究始终面临变革和机遇。它使我们这些法学研究者不能总是停留在对传统法律体系的传承上,不能总是纠结在对眼前法律运行的零星观察与思

考中,不能总是沉湎在对西方法律学说和制度的引进与评价上,我们需要突破、需要创新,需要自主,需要在 21 世纪的今天、在中国社会科学贡献于中国乃至世界发展的成果中,体现法学的话语体系,树立法学的不可替代的地位。所以,探索从来就不是终结的,它始终是在新的起点上。那么,我们的使命是什么? 什么是我们的贡献?

21 世纪的今天,从事法学研究是幸运的,这不仅仅在于中国的社会主义市场经济和民主政治的制度与实践愈益完善,为我们提供了深厚的实践源泉和进步的社会思潮;同时也在于我们今天所处的世界与历史上的世界、甚至十年前的世界是那么不同,多元化、趋同化、分层化的发展,特别是金融危机的蔓延与深化,使中国及其他新兴经济体成为世界秩序重构的重要力量,提升了我们在国际经济秩序、政治秩序和法律秩序中的发言权和决策权,从而也为我们的法学研究提供了广阔的平台和开放的视野。法治实践的深化呼唤法学研究的繁荣,它赋予我们当代法学家与时俱进的时代使命和不断创新的学术责任。这已经成为法学学术共同体的共识。从日益雄厚的学术积累和不断更新的学术成果就可以看出法学人的不懈努力和追求。辽宁大学法学院教学研究人员的系列成果就是其中的一份。

我与辽宁大学相识已久,交往甚深。他们的经济学、管理学、文学、哲学一直是国内公认的优势学科,他们的法学学科则是经过跨越式发展而后来居上、脱颖而出,已经在法学界拥有显赫之地。特别是 2005 年成功获得经济法学博士学位授权点,突破了发展的“瓶颈”,跃上了新的台阶。辽宁大学法学院是改革开放后国内最早创立的全日制法学本科教育基地之一,在老一辈法学专家的奠基与创建后,经过多年的建设和发展,已经成为我国法学研究和法律人才培养的重镇之一。辽宁大学法学院汇集了一批优秀的中青年骨干教师。他们不慕虚名、敬业尚学、勤奋笃实,辛勤耕耘出一片学术沃土,为国家和地方的民主法制建设和现代化事业提供了理论成果和智力支撑。去年他们的实验室被批准为教育部国家级法学实验教学示范中心,再一次反映出辽宁大学法学学科在学

科建设和人才培养等方面的不懈探索。

此次设立的“辽宁大学法学学术文库”，是辽宁大学法学院在学术研究上又一可喜尝试。辽宁大学作为国家重点建设的“211”学校，在其三期建设规划中，把法学学科作为独立立项建设单位，以“和谐社会的法律规制与创新”为主题，整合学术团队进行学术研究，先后在法治理念、经济法制、国际化问题、司法保障等领域取得了一系列成果。本文库是为了集中展示辽宁大学法学研究成果和整体水平，重点资助在“211”工程三期建设中立项的专著类成果而设立的。在即将出版的成果中，多数是在作者主持完成的国家社科基金课题、司法部部级重点课题、教育部人文社科基金课题的结项成果以及部分教师的博士学位论文的基础上，经过修改、完善而成的。首批出版的几部专著，内容涉及法理学、经济学、诉讼法学、刑法学、行政法学等。本文库以后还会有第二批、第三批专著陆续出版，这些研究成果不但反映了作者们对国家法治问题的深切关注，而且也显示了他们对国家法治发展的理论贡献。这些凝聚着心血的成果让我们看到了辽宁大学青年学者在法学研究上的探索和努力。

我们相信，也期待着辽宁大学法学院的教师会不断贡献新的研究成果，更加成为中国法治建设行列中的重要力量！正是有这样一批又一批年轻后生，中国的法治建设与法学事业才真正富有希望！

是为序。

教育部人文社会科学重点研究基地·吉林大学理论法学研究中心主任

吉林大学资深教授

中国法学会副会长

教育部社会科学委员会法学学部召集人

教育部法学学科教学指导委员会主任委员

张显文

前 言

无论过去还是现在,国际交流都决定了具有国际因素或涉外因素的民商事关系的表现会非常突出,而一旦国际因素或涉外因素融入民商事关系,其法律制度保障的特殊性就会十分明显,也就是说,当这类民商事关系需要法律保障时,法律的适用以及管辖权的确立,甚至解决这类民商事案件的程序都会成为具有特殊显现性的法学理论与法律实践问题。在实践中,这种特殊性主要表现在适用何国法的选择中,而在法的体系结构中,国际私法具有这样的功能。实际上,国际私法进行法律适用、确立管辖权,以及进行救济的程序保障,也是为了实现国际民商事关系或涉外民商事关系的平等互易与发展,这其实是国际私法的最重要的价值目的。

本书在内容上用特有的专题方法,对国际私法理论与制度问题进行了有体系的专题论证,尤其针对近年来出现的,并被不断讨论的国际私法问题展开了深入理论分析。实际上,有必要在国际私法研究中,对国际私法的专有问题运用专有的研究方法加以解决,而且这种研究还应当根据法的变化展开国际私法专门问题的深入研究,并逐渐建立专有的分析理论,这是本书在国际私法基本原理之上的一种研究尝试。当然,写作本书的目的还在于更加突出国际私法的普遍性和使其更具体化。

为此,本书对国际私法理论与制度问题的专题论证是有重点的进行的,从不同于以往的新的角度归纳了国际私法学科范围与理论体系,开展了传统理论与现代问题相结合的、有针对性的理论分析,这也是对国际私法从分析方法上进行的新调整。

而且,本书也不仅仅停留于国际私法的问题之中,而是尝试将深刻剖析专有理论与实践直接结合起来,贯通对国际私法专有问题的理论与实践问题的研究。所以,它不在于仅仅介绍概念和原理问题,但也绝不是针对某一个问题的长篇大论,而是尝试深入剖析其中最专有的若干理论,并与具体制度问题相联系,从不同方位的专论以及它们之间的相互联系进行对国际私法专有问题的理论与实践的深刻分析。

本书作者长期从事国际私法的理论与实践工作,这些工作为作者提供了大量的学术与实践经验,这些都有利于积累和考量国际私法的研学内容。这本书作为一种专题的研究,为国际私法理论与法律实践,以及国际私法教学科研,尤其是研究生教学提供了一些新的思路与理论、方法选择。而目前,为研究生教学提供的多是原理内容,或者是仅在一个命题中的论述,涉及国际私法体系下的专题方面的深入和交叉研究的书籍较少一些。

全书共分六章,这六章分别是:

第一章是国际私法学科范围与研究方法。在该章中,对国际私法的学科范围和研究方法进行了研究,其中有作者对国际私法学科体系内容与安排的一些见解,这些见解可能与一些常见的观点有所不同。

第二章的内容是系属公式的基础意义。本书认为系属公式在国际私法中有很重要的基础意义,因为系属公式是国际私法学科范围的一个重要部分,是国际私法存在的前提和基础,有了这样的意义,可以更好地完成国际私法的识别任务。

第三章所作的是国际私法识别方法研究。在这一章中运用了法学方法论来研究国际私法中的识别,这样可以判断、澄清很多问题,从而解决国际私法中,尤其是实践中所需要的理论指导。而在以下

的章节中,本书以具体的研究方法对于国际私法最专有的基本内容进行了分析。

第四章所针对的是物权法律适用理论与实践问题。物权是国际私法中传统而又现实的问题,本章中不仅注意到了国际私法的物权法律适用的一般理论,而且对涉及物权内容的国有化问题也进行了分析,其中对国际公法理论与经济法理论有所借鉴,实际上这种分析与借鉴是较有实践性的。而知识产权等法律问题是否应当作为国际私法问题,尤其是物权法律适用中的问题是有争议的,本书将其置入了物权的研究领域。

第五章主要展开的是合同法律适用与若干新问题的分析。实际上是把一个很具体的合同形式,作为分析对象进行合同法律适用研究,即主要对电子合同涉外问题这一交易形式以及法律适用做了一些探讨与研究,包括外国法适用中的公共秩序保留问题。在方法上,本书将公共秩序保留等相关的理论与制度放在一个具体的合同法律适用中加以研究,这是将不同的专有问题加以结合与交叉以解决制度运用问题。

在第六章中,本书综合上述国际私法情形的发生与冲突的解决,主要强调了国际私法中民商事纠纷的两大救济措施,就是将国际民事诉讼和国际商事仲裁作为最基本的民商事纠纷的救济措施。对此,本书分别进行了制度与实践以及存在问题的剖析,特别是对于这两种救济措施的不同管辖权基础予以了深入的理论甄别。

众所周知,国际私法中的理论与制度内容是十分复杂的,但它们并不是分离的,也不是割裂的,而是连贯的体系化问题,所以,本书每章的内容在安排上是有联系和有体系的,尽管突出了作者对专有问题的看法和重点理论。

国际私法,在法学体系或法律部门中是带有特殊性的难点问题。进行国际私法理论研究,尤其是结合国际私法理论与国际私法制度的专有问题的研究,是需要理论发现与理论耐心的,在这方面,作者也正在尝试与坚持。

涉及国际私法的专题还有很多,有待努力。

谢谢帮助本书出版的所有人。

谢谢本书编辑人员的辛勤劳动。

任际

2011年8月29日

目 录

前言 /1

第一章 国际私法学科范围与方法 /1

一、国际私法学科范围 /1

二、国际私法的调整方法 /17

第二章 系属公式的基础意义 /26

一、冲突规范的理论认识 /27

二、系属公式的基础意义 /33

第三章 国际私法识别方法研究 /43

一、识别意义与识别标准 /43

二、全球化、趋同化与识别内在变化 /56

三、识别方法论问题 /65

第四章 物权法律适用理论与实践 /85

一、物权及其法律冲突 /86

二、物之所在地法原则 /93

三、国有化的法律问题 /99

四、知识产权及其法律适用 /104

第五章 合同法律适用与新问题 /119

一、合同法律适用一般认识 /119

二、涉外电子合同法律适用的最基本问题 /130

三、公共秩序保留与涉外电子合同法律适用 /138

第六章 国际私法中民商事纠纷的主要救济措施 /168

一、国际民事诉讼方式 /169

二、国际民商事仲裁方式的有效性与理论基础 /193

主要参考文献 /215

后记 /220

第一章 国际私法学科范围 与方法

国际私法的学科范围似乎是早已定型化的内容,但是,事实是关于国际私法范围的争论从古至今并没有停止过。在不同的国家,研究国际私法的学者以及国际私法的实践者,都对国际私法有着不同的认识与解释;国际私法在不同国家的立法范围也有不同的划定,定位并不同。从而,国际私法的研究方法也不相同,因为看待它有不同目光。这其实是国际私法学科范围中概念、体系之争的一个最基本动因。所以,不妨将这一问题作为国际私法理论研究的一个起点,进而展开研究。

一、国际私法学科范围

在国际私法的研究中,对于其概念与体系有着长期的争论,至今,定义与结构内容的划定也有大量分歧,这是因为其不仅是国际私法理论必须研究的最基础的学术问题,也是国际私法制度规范必须解决的前提问题,而这些问题也许将不断地被分析与讨论,究其根本,主要在于国际私法的学科范围

是应当加以分析与研究的重要内容,而它们对此也有理论影响。

在以往的国际私法研究中,往往较少将学科范围视作一个起点进行关注,其结果是,国际私法的定义表述、国际私法所处的独立范畴以及理论体系的边缘等问题不甚明晰,所以便会不断地被思考与追问。

(一)从国际私法调整关系展开的认识

1. 国际私法的学科定义

国际私法是 13~15 世纪在意大利开始形成和发展的,现在已成为各国的重要法律内容之一。但是,国际私法界至今对其诸多方面进行着争辩,这些争辩主要围绕的问题有:

- 国际私法属于公法还是私法?
- 国际私法属于国内法还是国际法?
- 国际私法属于实体法还是程序法?

围绕这些最基本的问题,出现了有法律指导意义的不同学说,这些学说对国际私法制度提供了理论说明与立法基础。争议焦点还是在于国际私法学是否是独立的法律学科,此问题似乎是国际私法学科已经解决的问题,但是深入探讨其理论内容便会发现,它仍然是国际私法学科的重点理论环节,^①需要通过分析国际私法的学科范围以及其中的国际私法与国际私法学的若干基本问题来加以解决,从而完成国际私法的理论衔接。这也意味着国际私法学科范围是需要首先被提及的重要理论问题。研究国际私法的学科定义对于争辩国际私法中的概念与体系问题有深刻的理论意义。

国际私法的学科范围问题,对于“划定国际私法与临近法律部门的界限是十分必要的”,尽管在一些观点看来,不需要坚持讨论国际私法学

^① 虽然相当一部分国际私法书籍认为没有必要研究或分析国际私法的独立性,但本书认为:实际上,国际私法“独立”的问题是客观存在的显现问题,不论以何种学术态度对待国际私法,国际私法的存在性都是通过独立的现象反映出来的。研究国际私法的任何问题,都是通过国际私法的独立范围进行的,否则,国际私法便与其他法律部门混为一谈。

科范围问题,或者国际私法的学科范围是已经定型化的内容。

事实是,无论国内外、以往还是现今,也无论是理论或制度的研究还是实践中,关于国际私法范围的争论从没有停止过,观点也是众多的。深入研究国际私法的学者以及进行国际私法的实践者,都在对国际私法进行着不同的认识,他们有不同的主张与解释。因为,理论上国际私法的学科界限是在一定范围中的定位问题,实践中国际私法的学科范围也决定了其立法范围和制度界限;同时,不同的划定也使得国际私法的研究方法不同。

对此,主要的见解可以归纳为以下四点:

第一,国际私法是调整涉外民事关系的冲突规范;

第二,国际私法是调整涉外民事关系的冲突规范及国际统一实体法规范;

第三,国际私法是调整涉外民事关系的冲突规范及所有的实体法规范;

第四,除上述划定的不同内容之外,国际私法包括程序中的法律适用或国际私法就是程序法。

前三种在中国国际私法学界比较多见,后者主要是国外一些学者的看法。

作为有独立调整对象的国际私法,国际私法是针对涉外民商事法律关系的法律规范或法律体系总和。而对于涉外民商事法律关系的理解不同,也产生了国际私法的不同称谓,如国际私法被不同的观点称为国际私法、冲突法、涉外法律适用法、涉外民商法等,^①这些分别代表了不同的国际私法学科理念。

其实,国际私法客观面对的就是国际民商事法律关系或涉外民商事法律关系,尽管理论上将这两种关系进行了对比,但国际民商事法律关

^① 国际私法如何称谓的问题不是本书要讨论的重点,在本书中,仅从调整涉外民商事法律关系的现象出发,研究分析国际私法。

系从法律关系的范畴来看,比涉外民商事法律关系要广泛一些。^①这种法律关系的事实情形,提供的是国际私法的存在条件,所以,不论看待国际私法范围的广度有多么不同,国际私法的调整对象都是其他法律所不能兼顾的。只有国际私法独有调整国际民商事法律关系或涉外民商事法律关系的法律选择作用。也是由于这种法律选择作用,“国际私法并不调整全部涉外民事关系”,涉外民事关系的调整规范还有一些其他的法律部门。

国际私法是调整涉外民事法律关系的法律(或者也可以说是调整国际民事法律关系的法律),通常是指从一个国家的角度看待法律的视线,主要是指超出了一个国家领域的法律关系,在这样的目光中,国际私法可称为“涉外”法律关系。具体如:一个公司 A,在两个不同的法律关系假设中出现的是不同的法律情况。假设之一,中国的公司 A 与另一家中国公司 B 签订了货物合同,出售位于国内的货物,该买卖关系是国内民事关系;而假设之二,中国的 A 公司与一家外国公司签订合同,出售位于国外的货物,该买卖关系是国际民商事关系或涉外民商事关系。后者是国际私法调整的对象,即国际私法调整的是涉外民商事关系。

通常理解国际私法的涉外民事关系,是指在民事法律关系的主体、客体以及权利义务据以发生的法律事实中,至少有一个外国因素的民事关系。

外国因素从传统范围理解可以包括以下方面:

- 主体——主体至少一方是外国人、外国法人、无国籍人、外国国家
- 客体——客体是位于国外的物
- 权利义务——据以产生的法律事实发生在国外

在这种公式型的表述中,传统的国际私法原理所针对的理论含义可

^① 对于国际私法关系的内容是国际民商事关系,还是涉外民商事关系,或者说是国际民商事法律关系,还是涉外民商事法律关系等,都仅仅是对国际私法调整对象的具体理论指向。从实践角度看,这些关系内容在法律制度中是特定的,无须过多论及。本书为了论证方便,交替使用。