

21世纪法学课程学习与考试指导
法学关键问题系列

- ▶ 关键问题深度阐释学科重点理论
- ▶ 体系梳理有效引导法学研究进路
- ▶ 名校真题全面展现考研考博趋向

Law

国际私法学

主 编 杜焕芳

关键问题

Guanjian
Wenti

21 世纪法学课程学习与考试指导·法学关键问题系列

国际私法学关键问题

主 编 杜焕芳

撰稿人（以撰写章节先后为序）

王召刚 杜焕芳 黄旭宇 许文实 康 攀
张 岭 张 雨 杨 舒 刘俊霞 丛 静

中国人民大学出版社
· 北京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

国际私法学关键问题/杜焕芳主编. —北京: 中国人民大学出版社, 2011
(21 世纪法学课程学习与考试指导·法学关键问题系列)
ISBN 978-7-300-14510-5

I. ①国… II. ①杜… III. ①国际私法-高等学校-教学参考资料 IV. ①D997

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 220874 号

21 世纪法学课程学习与考试指导·法学关键问题系列

国际私法学关键问题

主编 杜焕芳

Guoji Sifaxue Guanjian Wenti

出版发行 中国人民大学出版社

社 址 北京中关村大街 31 号

邮政编码 100080

电 话 010-62511242 (总编室)

010-62511398 (质管部)

010-82501766 (邮购部)

010-62514148 (门市部)

010-62515195 (发行公司)

010-62515275 (盗版举报)

网 址 <http://www.crup.com.cn>

<http://www.ttrnet.com> (人大教研网)

经 销 新华书店

印 刷 三河市汇鑫印务有限公司

规 格 185 mm×260 mm 16 开本

版 次 2012 年 1 月第 1 版

印 张 15.5

印 次 2012 年 1 月第 1 次印刷

字 数 379 000

定 价 28.00 元

版权所有 侵权必究

印装差错 负责调换

编写说明

在法学的每个学科里，都有一些基本的理论问题（奠定学科基础和决定学科走向等）、重大的学术争议问题和前沿性问题（因为社会发展需要而对本学科提出的新课题，从而成为学科研究的热点），这些问题往往是学者最热衷于探讨，并愿意为之不断思考的问题（统称“关键问题”），因为这些问题的解决对于具体问题的解决有提纲挈领的作用。这些问题在每个学科里是变化的，但也是基本稳定的。如果一个研究者对本学科所有“关键问题”都有深入的研究，那么就成为本学科的“大家”了，一般学者都只是对部分“关键问题”有深入研究或者了解而已。

“法学关键问题系列”不仅展示相关学科的基本学术问题，提供给学生概览式的“学术地图”，或者“研究者入门指南”，而且展示一种法学研究的进路，即必须以问题的“整理”作为学术研究的基本进路。

问题是学问的起点和核心。问题代表思考，“学而不思则罔”。法学作为一门社会实践性非常强的学问，更是必须强调问题意识。长期躲进“阁楼”进行苦思冥想，可能产生一位伟大的哲学家，但绝不会产生一位伟大的法学家。不针对问题的法学学术研究似乎有点南辕北辙。问题可以分为两种，一种是能够上升到“主义”层次的问题，另一种是具体问题。在法学领域，有诸多现实的具体问题困扰，如果不从“主义”层次上解决，这些具体问题就很难解决。这样的“主义”问题才是真问题，否则就是空谈的“主义”。

整理是学问的进路。学问需要积累，现有的学问都是千百年来无数学人不断积累、演进的结果。搞学问必须“站在巨人的肩膀上”，在前人的基础上推进。对于前人已有的学术成果的整理，就是一项非常重要的工作。整理，可以弄清前人对相关问题的研究背景、方法和深度，避免对已经有定论的问题重复研究。在法学研究中，整理也是一种重要的学习和研究方法。美国法学院培养学生的一种常见的方法是老师上课前开列出一个书单，让学生提前阅读，然后在阅读后提交一至两页纸的 summary（概要）。这实际上就是要求阅读完成后对阅读内容进行整理，以简明扼要的语言提炼观点。通过整理，学习的效率大大提高，学习效果也变得可以测评。整理也同样是研究的过程。学术成果无非就是在对前人就此论题的研究进行整理的基础上，提出自己新的观点或进行新的论证。可以说，没有哪一本法学学术著作没有进行整理的工作，只不过不同的学术著作整理和原创的分量不同，而且整理和原创的区分也并非泾渭分明，有些纯粹的整理性著作也非常优秀。不同的学者也有不同的偏好，现在很多博士论文也都会有“文献综述”这样的内容，该部分其实就是对论文论题已有研究的整理。

“法学关键问题系列”的目的就是希望提出真问题，并进行认真的整理。尤其对于初涉法学研究的学生而言，倡导一种方法，进行一类示范。很多法学专著或教材无疑是问题整理的优秀著作。本丛书的不同则在于高度浓缩，把一个学科的重大、基本和前沿问题都进行一个鸟瞰式的涵括，并进行简明扼要的整理。每个问题的整理都是初步的、提示性的，若想深入研究，则需要读者自己进行。

本系列丛书的具体编写思路是：每个法学学科，按照通常的学科体系，列出80个~100个问题，对每个问题以五千字左右的篇幅进行整理阐述。“法学关键问题系列”旨在为学生向学术方向发展提供帮助。

或许，不同的读者能从本书的阅读中有不同的收获：



高年级本科生能够从本丛书中对各学科诸多问题有更加深入的了解，也可以尝试阅读，来看看自己究竟对法学哪个学科更加感兴趣。

准备考研的同学或许会发现，其中的某些问题有往年的考研试题的影子，没准儿马上要面对的考研试题有一道题出自本书，收获意外的惊喜。

研究生在读的同学或许能从中发现论文的论题，本书某个问题或许能“抛砖”，引出一篇优秀的论文。

考博士的同学也何尝不可以把这本书当作一本导航书，通过本书让自己的知识体系更加枝叶茂。

.....

愿读者从本书不仅收获实用的价值，也能收获对法学学术的兴趣。发现并解决真问题，法学“真”繁荣，善莫大焉！

编者

2010年5月

主编简介

杜焕芳：男，1976年生，浙江上虞人。2005年毕业于武汉大学，获法学博士学位。现任中国人民大学法学院副教授、硕士研究生导师，国际仲裁研究所秘书长，多元纠纷解决机制研究中心研究员；兼任中国国际私法学会常务理事、中国国际经济法学会理事、中国欧洲学会欧盟法研究会理事、中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁员、北京市地石律师事务所律师。

主持教育部人文社会科学青年基金、司法部法治建设和法学理论研究青年项目、共青团中央青少年工作研究课题等省部级项目。出版《国际民商事司法与行政合作研究》（专著）、《国际私法专题研究》（主编）、《国际私法》（国家级规划教材）（副主编）、《国际私法学原理与案例教程》（副主编）、《国际私法案例分析》（主编）、《国际私法练习题集》（主编）等著作和教材。在 *Chinese Journal of International Law* (SSCI)、《中国国际法年刊》、《中国国际私法与比较法年刊》、《法学家》、《法学评论》等刊物上发表论文多篇。

前 言

本书作为 21 世纪法学课程学习与考试指导系列教材的一种，由中国人民大学出版社法律分社策划、约稿并出版，主要为在读研究生、考研学生和高年级本科生的学术入门提供指导，展示国际私法学科的基本学术问题。全书按照国际私法学的通用学科体系，根据 21 世纪法学系列教材《国际私法》（章尚锦、徐青森主编，杜焕芳、许军珂、李英副主编，中国人民大学出版社，2011 年第 4 版），对本学科中的基本或者重大理论问题、疑难或者有争议的问题以及学科前沿问题（统称“关键问题”）进行整理编写。全书按照教材分为“总论”、“国际民商事关系法律适用”、“国际民事诉讼与国际商事仲裁”和“区际民商事法律冲突与司法协助”四部分的顺序，列出了 60 个问题，基本涵盖教材每章涉及的“关键问题”。对每个问题的回答力求体系全面、思路开阔、逻辑清楚，成为一篇内容完整、高度概括的短篇综述。每个问题回答文末还提供了与本问题相关的延伸阅读的中外文文献，并附录国内主要法学院校在该问题上的历年考研和考博试题。

全书由我主编并统稿，具体编写分工如下（以编写问题为序）：王召刚负责问题 1~4、问题 22~23；杜焕芳负责问题 5、49；黄旭宇负责问题 6~9、39~41；许文实负责问题 10~15；康攀负责问题 16~21；张岭负责问题 24~30；张雨负责问题 31~35；杨舒负责问题 42~48；刘俊霞负责问题 36~38、50~54；丛静负责问题 55~60。

在编写过程中，各位作者参考、引用了大量国内外已出版的有关国际私法方面的教材、著作和论文，在此表示感谢。在统稿过程中，我的硕士研究生黄旭宇进行了文字校对，付出了辛勤劳动。中国国际私法学会顾问、中国人民大学法学院章尚锦教授通读了全书，并提出了一些修改意见，在此亦表示感谢。

杜焕芳

于明德法学楼

2011 年 7 月 1 日

CONTENTS

国际私法学关键问题

| 目 录 |

1. 国际私法的范围	1
2. 国际私法的性质	3
3. 近年来中国国际私法的发展	6
4. 晚近国际私法的趋同化趋势	10
5. 全球化对国际私法发展的影响	12
6. 萨维尼的“法律关系本座说”及其影响	17
7. 柯里的“政府利益分析说”及其影响	21
8. 海牙国际私法会议与国际私法的统一化	26
9. 英美法系与大陆法系国际私法的融合	31
10. 国际民商事法律冲突的产生原因与解决方法	35
11. 冲突规范的现状及软化处理	38
12. 法院地法的适用倾向及其限制	43
13. 国际私法中的识别制度	48
14. 法律规避的构成要件和效力	52
15. 国际私法中的“直接适用的法”	56
16. 法人国籍的确定标准与外国法人的认可	60
17. 国际私法上自然人的住所制度	64
18. 国际私法上属人法的演进与发展	68
19. 国家及其财产豁免的晚近发展	72
20. 国际私法中的国民待遇制度	76
21. 外国人在中国的民事法律地位	80
22. 自然人民事行为能力的法律适用	83
23. 法人行为能力的法律适用	86
24. 物之所在地法原则	89
25. 动产物权的法律适用	94

26. 权利财产的法律适用	98
27. 信托财产的法律适用	101
28. 跨国破产的法律适用	104
29. 知识产权的地域性与法律冲突	108
30. “分割论”与知识产权的法律适用	111
31. 最密切联系原则的适用与发展	116
32. 涉外民商事合同的法律适用	120
33. 国际私法弱者利益保护原则	127
34. 涉外侵权行为之债的法律适用	131
35. 国际产品责任的法律适用	136
36. 票据的法律适用及趋同化	141
37. BOT 特许协议的法律适用	144
38. 跨国资产证券化的法律适用	148
39. 船舶优先权的法律适用	152
40. 船舶碰撞的法律适用	155
41. 海事赔偿责任限制的法律适用	159
42. 婚姻领域属人法的冲突与国际协调	162
43. 涉外离婚管辖权的确定及冲突解决	167
44. 涉外夫妻财产关系中意思自治原则的适用	171
45. 涉外收养的法律适用及其统一	175
46. 涉外法定继承中的同一制与区别制	179
47. 继承冲突法的国际统一及其影响	183
48. 涉外无人继承财产的认定及归属的法律适用	187
49. 涉外民商事管辖权的确定及冲突解决	192
50. 域外送达的法律机制	197
51. 外国法院判决的承认与执行	201
52. 仲裁条款的独立性	206
53. 仲裁协议的法律适用	209
54. 《纽约公约》与国际商事仲裁裁决的执行	212
55. 区际法律冲突的产生、类型和解决模式	216
56. 中国区际法律冲突的产生、特点与解决	219
57. 宪法与区际法律冲突	222
58. 内地与香港之间的民商事司法协助	225
59. 内地与澳门之间的民商事司法协助	229
60. 大陆与台湾地区之间的民商事司法协助	232

1 国际私法的范围

国际私法的范围问题，直接或间接地影响到国际私法在国际法和国内法体系中的地位和国际私法的任务、立法内容、体系问题。^① 国际私法的组成规范应是指国际私法由哪些法律规范组成，国际私法的内容范围有多大。对国际私法的组成规范，英美法系与大陆法系、国外与国内、国内学者之间均有不同的看法。

一、关于国际私法组成规范的不同主张

英美法系国家的学者大多数主张国际私法就是冲突法，包括对涉外案件的管辖权规范、法律适用规范以及承认与执行外国法院判决的规范。^②

多数法国学者认为国际私法包括以下几种规范：国籍法规范、外国人的法律地位规范、法律适用规范以及有关国际民事案件的管辖权规范等。

德国和日本的多数学者以及受德国法影响的其他国家的学者认为，国际私法的全部任务或主要目的是解决在国际民事法律冲突中适用何种法律的问题。换言之，国际私法是调整国际民事法律适用关系的规范。

国内对国际私法的组成规范尽管意见不一，但对下列三类组成规范是国际私法规范，意见是一致的：冲突规范、外国人民商事法律地位的规范、国际民事诉讼和国际民事仲裁程序规范。^③

从上述争论可以看出，冲突规范，或者法律适用规范，无论在哪一种观点中，都被

视为国际私法的规范。冲突规范是国际私法最基本的规范。即便是那种主张国际私法就是冲突法的观点，也认为应与解决民商事法律冲突相关的一些程序规范或者实体规范纳入国际私法的范围中。

国内学者对国际私法规范的组成的争议主要集中在统一实体法规范是否是国际私法规范的组成部分。就此问题，韩德培教授有一段精彩的论述。

二、一机两翼论及其评价

韩德培教授在提及国际私法组成规范时提出了“一机两翼”的观点。他说：“国际私法就如同一架飞机，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，也包括实体法，甚至还包括国家直接适用于涉外民事关系的法律。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。”^④

该观点认为统一实体法是国际私法的组成部分。国内有人批评包括统一实体法的国际私法规范论是沿袭了苏联的“大国际私法模式”，是一种大杂烩，对重点——冲突规范的研究不集中，反而“种了他人的地，荒了自己的田”^⑤。

有的学者举例来说明在国际实践中并不把统一实体法视为国际私法。举海牙国际私

① 参见章尚锦：《也论国际私法的范围》，载《法学杂志》，2002（3）。

② 参见[英]J. H. C莫里斯主编：《戴西和莫里斯论冲突法》（上），3页，北京，中国大百科全书出版社，1998。

③ 参见章尚锦、徐青森主编：《国际私法》，4版，7页，北京，中国人民大学出版社，2011。

④ 韩德培主编：《国际私法》，7页，北京，高等教育出版社，2000。

⑤ 陈长乐：《从国际视角审视国际私法的范围》，载《金卡工程·经济与法》，2008（10）。

法会议通过的条约作为例子：1955年第七届海牙国际私法会议制定的《关于有体动产买卖法律适用公约》仅是“为参加国制定的……商品买卖方面的统一的冲突规范，而不是这方面的统一的实体规范”。国际私法统一运动的这一宗旨也有力地证明了国际私法的范围不应包括统一实体规范。^① 还有学者举《联合国国际货物销售合同公约》作为例子。公约第1条第1款第2项规定，“本公约适用于营业地在不同国家的当事人之间所订立的销售合同，如果国际私法规则导致适用某一缔约国的法律”。此之“国际私法”显指冲突法。似乎可以这样说，在国际实践中，人们使用“国际私法”这个词时，都是指的法律适用规范或冲突规范，而不是指的实体法规范。^②

这种说法，逻辑上有待商榷，顶多是“似乎可以这样说”。另外，同样存在实体法公约具体规定经“冲突规范”引致后可以适用，而非经“国际私法”引致后可以适用。如2006年6月国际统一私法协会制定的《关于中介化证券的实体法公约》第2条规定：“本公约适用于：(a) 适用的冲突法规则指向某缔约国的有效法律作为准据法时；或者(b) 客观情形未引起适用缔约国有效法律之外的任何法律时。”

根据以上分析，在国际层面上，就统一实体法是否是国际私法的规范同样存在争议。国际私法调整国际民商事法律关系：统一实体法用直接的方式调整着国际民商事关系，具有可预期性、明确性、引导性。随着全球化纵深发展，法律趋同化趋势显露，这种直接调整的方式将会发挥越来越重要的作用，比如防止国际民商事纠纷的出现，促进国际民商事冲突的解决，进而促进世界的和谐。冲突规范用间接调整的方式调整国际民商事关系，由于各民族的文化、传统仍然存在差异，统一实体法并不能在任何领域都取得成

功，因而冲突规范作为国际私法最基本的规范在解决国际民商事冲突方面仍会发挥重要的作用。

具体而言，在某些涉及各国共同经济利益的领域，如国际贸易领域，由于全球化时代各国国际交往日益密切，如果仍由各国各行其是，适用不同的规则，因各国规则存在的积极冲突或消极冲突，将破坏交易的稳定性和可预见性，并增加交易的成本。对于此类全球问题的解决，最好的办法是各国能在一致同意的基础上制定统一的国际法规范。因为全球化进程的发展使得发展成为世界的主题，经济利益是各国及其人民的共同追求。国际社会已经在国际货物买卖法、票据法、海商法等商事法律领域制定了相关的国际公约和国际惯例，如《联合国国际货物销售合同公约》、《跟单信用证统一惯例》等。

但在有些领域，如对于继承、婚姻和家庭等方面的问题，采取冲突规范加以调整更具有现实意义。因为各国在这些方面的历史和文化传统的差异，使它们很难达成一致并制定有关条约，至少在目前尚无广泛采用统一实体规范调整的可能性。

三、小结

国际私法是一个独立的法学学科，它是不断发展的。传统的国际私法以冲突法为主，而现代国际私法不但包括了直接适用法、国际统一实体私法，而且容括了国际民事诉讼与仲裁法，凸显了其以解决问题为中心（即以解决法律冲突为要旨）的学科发展趋势。这种发展思路与英美法系的演进理性和实用主义的理念非常切合。^③ 统一实体法与冲突规范在不同领域，以不同的方式，与其他国际私法的规范一起解决国际民商事法律冲突。统一实体私法规范是国际私法的组成部分，作为直接调整方法规范存在，与冲突规范的

① 参见胡家强：《对国际私法调整对象的重新认识》，载《烟台大学学报》，2003（1）。

② 参见唐表明：《比较国际私法》，21页，广州，中山大学出版社，1987。

③ 参见王立武：《对国际私法调整对象的法理思考》，载《政法论丛》，2006（6）。

传统间接调整并存。

另一方面，纳入统一实体私法于国际私法中，并不是要去具体研究每一项统一实体私法的内容，那是国际贸易法研究的主要内容，国际私法主要从它如何适用的角度来研究，比如国际民商事实体条约和国际贸易惯例如何在国内法院适用，适用的条件、范围等，以及无法适用的情况下，如何用传统冲突规范来解决。隆茨曾言，“从民法中把规定对外贸易和外国与外国交往的苏联实体法的各种规范划分出来，并将它们并入国际私法，这种做法未必有助于加深对这些规范的理解和研究”^①。因此，要考虑国际私法和国际公法、国际经济法、国内民法和民事诉讼法间的适当的合理的分工，以免重复、遗漏或“种了他人的地，荒了自己的田”。

因此，从一定意义上讲，“在国际私法中对统一实体规范的研究应加以一定的限制，主要应从法律适用的角度研究统一实体规范的产生、运用以及与冲突规范的关系等方面的内容，而不是去研究每一个统一实体规范的具体内容，正像传统的国际私法主要研究冲突规范本身及其运用，而不去研究每一个作为准据法的实体法的具体内容一样”^②。

延伸阅读线索

1. 王立武. 对国际私法调整对象的法理思考. 政法论丛, 2006 (6)
2. 李玉生. 国际私法调整对象新论. 南

京师大学报, 1997 (4)

3. 章尚锦. 也论国际私法的范围. 法学杂志. 2002 (3)
4. 覃斌武. 论国际私法的范围——从一种新的概念类型出发. 法制与社会, 2007 (1)
5. 陈长乐. 从国际视角审视国际私法的范围. 金卡工程·经济与法, 2008 (10)
6. 胡家强. 国际私法调整对象的重新认识. 烟台大学学报, 2003 (1)
7. 黄进. 宏观国际法学论. 法学评论, 1984 (2)
8. 张运霞. 关于国际私法调整对象的比较研究. 黄冈师范学院学报, 2000 (4)
9. 赖志忠. 论国际统一实体规范在国际私法中的地位. 湖北行政学院学报, 2002 (4)

考研、考博真题

1. 论我国国际私法的渊源及它们之间的相互关系。(2003年武汉大学考研试题)
2. 简述国际私法的调整范围。(2002年武汉大学考研试题)
3. 国际私法的渊源有哪几种? 我国对这些渊源的态度如何?(2001年武汉大学考研试题)
4. 论国际统一实体规范在国际私法中的地位与作用。(1999年武汉大学考研试题)

2

国际私法的性质

德国著名法学家拉伦茨曾经在《法学方法论》中提道，法律上定义一个概念的目的在于制订规则。对国际私法性质的问题的不同

见解，体现了对国际私法的法律地位、任务和作用的不同看法，直接影响一个国家国际私法的立法，因此具有重要的意义。关于国

① 唐表明：《比较国际私法》，13页，广州，中山大学出版社，1987。

② 张仲伯：《国际私法学》（修订本），13页，北京，中国政法大学出版社，1999。

国际私法的性质，主要有如下分歧：国际私法是国际法还是国内法，是公法还是私法，是程序法还是实体法等。争论主要集中在国际私法是国际法还是国内法的问题上。谈到国际私法的性质，实质上就是要回答国际私法是国际法还是国内法，或是介于两者之间的特殊法律部门。^①

一、国际私法的性质之争

性质问题是现代国际私法理论构建中的基本问题，对性质的正确判定与否直接关系到国际私法其他理论问题或实践问题的正确、合理解决。在理论上，比如对于国际私法规则的历史演变，我们是应当将其置于国际关系变动的大背景下研究，还是仅仅与一国国内政策变化相联系？我们在确立国际私法的价值目标时，是着眼于国际交往关系的现实，还是着眼于国内社会秩序的协调？在实践中，对于2002年“4·20国航空难”的赔偿，对于目前仍在持续的数起“中日战争民间索赔”案件，我们究应作为国际案件还是作为国内案件来对待？^② 不同的回答对一国国际私法规则的制订与一国国际私法的实践，包括司法协助和是否承认与执行外国的相关裁决有不同的影响。

关于国际私法是国内法还是国际法的争论，自从19世纪中叶意大利学者孟西尼和荷兰学者阿萨尔两人提起后，国内外主要形成了国内法学派、国际法学派和“二元论者”等不同主张。

（一）国内法学派

代表人物主要有法国的巴丹、尼波耶、巴迪福，德国的沃尔夫和卡恩，英国的戴西、莫里斯、威希尔、诺斯，美国的斯托里、比尔、库克、里斯等。其主要论点是：国际私法是国内法的一个学科。

国内法学派主张的理由是：（1）从调整的对象和主题来看，国际法以各主权国家之

间的政治、军事、经济、外交关系为调整对象，国际私法以不同国家的自然人、法人之间的民商事关系为调整对象。（2）国际私法的主要渊源为国内法。（3）从规范的制定和适用范围来看，国际法是国家间协议的产物，具有普遍约束力；国际私法主要是一个国家立法机关制定的，只在一国领域内有效，不具有普遍约束力。（4）从争议的解决方式来看，国际私法争议主要由有关国家的法院和仲裁机构解决，这与国际公法争议的解决方式截然不同。（5）区际私法不含有国际性。有学者反对“国际”这一用法，指出：“问题能够且的确像它们在例如英格兰和法国或英格兰和德国的法律之间发生的那样，同样频繁地发生在例如英格兰和苏格兰、安大略湖和魁北克、纽约和加利福尼亚州或维多利亚和新南威尔士的法律之间；而显然关于后一类问题不存在国际性的情况。”^③

（二）国际法学派

代表人物主要有德国的萨维尼、巴尔、弗兰肯斯坦，意大利的孟西尼，法国的魏斯、皮耶等。他们的主要论点是：国际私法是国际法的一个部门。

国际法学派主张的理由是：（1）国际私法调整的是国际民商事关系；（2）国际私法产生于国际社会；（3）国际条约和国际惯例已成为国际私法的主要渊源；（4）国际私法的作用在于划分国家主权扩及的范围。如韦斯特莱克的观点是该学科应归入国际法，表示“它是关于在每个诉讼中，就各种不同的管辖权和法律之间作出选择的部门”^④。

（三）“二元论者”

代表人物主要有德国的齐特尔曼，捷克的比斯特里斯基和柯林斯基等。其主要论点是：国际私法是一个独立的法律部门，不同于国际法，也不同于国内法，而是位于两者之间的边缘学科，既具有国内法性质，也具

① 参见韩德培主编：《国际私法》，27页，北京，高等教育出版社，2000。

② 参见金明：《国际私法性质的法理学浅析》，载《社会科学》，2007（8）。

③④ [英] J. H. C. 莫里斯主编：《戴西和莫里斯论冲突法》（上），27页，北京，中国大百科全书出版社，1998。

有国际法性质。

“二元论者”主张的理由是：(1) 国际私法调整的对象是涉外民事关系，既有国内性，也有涉外性；(2) 国际私法的渊源具有“二重性”，既有国内渊源，也有国外渊源；(3) 国际私法的基本原则和一些制度来源于国际法，而体系和内容则来自国内民法；等等。

二、从国际私法发展的历史看待国际私法性质的争论

14 世纪欧洲开始了文艺复兴运动，一直到 18 世纪，流行人文主义，是古罗马、古希腊自然法的复兴，因此也被称作“古典自然法”时期。这个时期，一改之前封建主义严格的属地标准，以意大利的巴托鲁斯为代表，开始考虑属人标准，即对非本城市国家的商人也可能适用本城市国家的“属人”的法则。虽然严格意义上，这个时候的国际私法实际上是区际私法，但相比于以前，已经是从“国内主义”向“普遍主义”发展了许多。

“法则区别说”传到了荷兰，被发展成“国际礼让说”，把法律的域外效力仅仅作为一个例外。这个时候，普遍主义的观点因近代主权观念的产生受到第一次巨大冲击。^① 人文主义的趋势在 1789 年法国大革命之后达到顶点，传统的英国、德国等惧怕革命的蔓延而抵制革命。以属人的、普遍主义、理性为特点的古典自然法进入了低谷，并被“分析实证主义”取代。萨维尼的“法律关系本座说”顺应历史潮流而出现，新兴的法学家们批评“法则区别说”，认为其区分的标准太过于形而上学，而忽视了对“法律关系”这一最基本的法律要素的研究。“法律关系本座说”创建了一个开放的国际法体系，主张：“世界各国和整个人类的共同利益决定了各国在处理案件时最好采取互惠原则，并坚持市民和外国人之间的平等原则，这一平等原则

的充分发挥……对于存在法律冲突的案件，不管它是在这一国家还是在那一国家提起，其判决结果都应该一样。”^② 在国际私法上萨维尼否定了荷兰法则区别说所持的特殊主义——国家主义立场，重新回到了巴托鲁斯以来的普遍主义——国际主义立场。

在国际私法发展的历史上，另一个具有里程碑意义的事件是《法国民法典》的制定。随后，欧洲很多国家的法律出现了法典化趋势，其结果就是国内法律得到了统一，国际私法只涉及本国与外国的法律有冲突的情况。

当然，例外情况就是在像英国、美国等由政治体制决定的有多法域的国家，以及像中国由于历史遗留而有多法域的国家中，区际私法仍然是国际私法的重要组成部分。

因此，从这个过程中，我们大概可以概括出，当今的国际私法主要解决的是不同国家对同一法律关系的不同规定，在个别的国家，也调整同一国家内部不同法域之间的法律冲突。

三、小结

国际私法发展到今天主要解决的是国家间法律冲突问题，但我们不能因此就说国际私法具有国际性，因为还有区际私法的存在。我们只能说当今国际私法的国际性比较明显。至于国际性是不是趋势，是不是会成为国际私法性质质量变的终极结果，我们认为，并不能如此辩证分析。因为国际私法的性质是由其依赖的国际社会决定，其随着国际社会的发展而变化，今天的国际私法也是国际社会发展到今天所形成的一个结果。

因此，我们回到本文开头所引的拉伦茨所说的话：法律上定义一个概念是为了制订规则。这也是所有有关国际私法性质的争议意义所在：制订合适的国际私法的规则，更好地实现国际私法的价值。具体而言，不论

^① 参见李双元：《走向 21 世纪的国际私法：国际私法与法律的趋同化》，416 页，北京，法律出版社，1999。

^② [德] 弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼著，李双元等译：《法律冲突与法律规则的地域和时间范围》，14 页，北京，法律出版社，1999。



是国家间形成的统一的国际私法的公约，还是某个国家制定的国际私法，都要以发展的国际社会为背景，制订合适的国际私法规则。所以，从这个角度讲，争论国际私法的性质是没有意义的，因为就算是“国内法学派”也不得不承认国际私法的制定要考虑国际社会的背景。正如沃尔夫所指出的，“国际私法本身并不是国际的，但是，毫无疑问，他不能脱离国际思想而拟定”^①。因此，有的“特殊主义者”虽然主张国际私法只是国内法，但他们也看到如果不寻求适当的协调，法律冲突始终得不到解决，更何况各国国际私法中也确有一些共同的核心或相同的特征存在。因此，他们中的许多人都从特殊主义学派转到了比较学派的立场，认为国际私法应致力于协调不同国家的法律制度，而这种协调的基础，就是在确定自己管辖权的时候，要顾及别国的管辖权，顾及别国的法律。^②



延伸阅读线索

1. 丁胜全. 国际私法的方法与性质图表分析. 河南省政法管理干部学院学报, 2002 (3)

2. 杨宏, 董蔚. 从国际私法的发展过程看国际私法的性质. 唐山学院学报, 2007 (7)

3. 兰榕燕. 国际私法的性质——国际法与国内法的结合. 法制与社会, 2009 (5)

4. 金明. 国际私法性质的法理学浅析. 社会科学, 2007 (8)

5. 肖永平. 西方法哲学思潮与国际私法理论流变. 政法论坛, 2001 (1)

6. 谢石松. 国际私法的调整对象、范围及性质问题新论. 法学评论, 2007 (3)

7. 王梦遥. 论国际私法的国际法性质——基于对传统法学的梳理和批判. 佳木斯大学社会科学学报, 2008 (26)

8. 李旺. 国际私法争议问题浅议. 清华法治论衡, 2005 (2)

9. 何其生. 中国私法学三十年 (1978—2008年). 武大国际法评论, 2010 (2)

考研、考博真题

试论国际私法的性质。(2001年西南政法大学考研试题)

3

近年来中国国际私法的发展

改革开放以前中国的国际私法立法完全是空白，只在外交部、民政部、最高人民法院的一些批复及解答中有零星的国际私法规定。改革开放以来，鉴于涉外民商事交往发展的需要，国际私法的立法日渐被人们重视。在1986年《民法通则》的制定过程中，中国国际私法学界很多学者对《民法通则》第八章的草案提出了大量的建议和意见。《民法通则》出台之后，学术专著不断问世，学者们的研究热情日渐高涨。可以说，晚近以来的我国国际私法研究很大一部分是围绕着我国

的国际私法立法展开的，其中有不少国际私法学者对国际私法立法问题进行了梳理。2011年4月1日，《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》（以下简称《涉外民事关系法律适用法》）的开始施行，标志着中国国际私法发展到了一个新高度。

一、《涉外民事关系法律适用法》出台以前中国国际私法立法状况

1978年以来，中国的国际私法立法从空白状态到2010年年底有众多规定，处在不断

① 兰榕燕：《国际私法的性质——国际法与国内法的结合》，载《法制与社会》，2009（5）。

② 参见李双元：《走向21世纪的国际私法：国际私法与法律的趋同化》，415页，北京，法律出版社，1999。

的发展、完善之中。1985年我国《涉外经济合同法》第5条最先对涉外经济合同的法律适用问题进行了规定。1987年最高人民法院发布了《关于适用〈中华人民共和国涉外经济合同法〉若干问题的解答》，对涉外经济合同的法律适用问题进一步详细化。1986年《民法通则》第八章规定了9条之后，1988年最高人民法院《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）》进行了补充。1992年《海商法》第十四章、1995年《民用航空法》第十四章、1999年《合同法》第126条、2001年《外资企业法实施细则》第81条、1995年《票据法》（2004年新修订）第五章、1998年《收养法》第21条、1985年《继承法》第36条等，分别就相关涉外民事关系的法律适用问题进行了规定。从规定的内容来看，范围较广，涉及国籍和住所、权利能力和行为能力、时效、物权、合同、侵权、票据、海商、婚姻、收养、监护、扶养、继承、代理、破产、知识产权、区际冲突法等领域。

针对新法出台以前国际私法立法的状况，学者们认为这些立法具有如下一些特点：

(1) 法律渊源多元化和多层次化。^① 在立法上，以宪法和相关的宪法类法律为基础，以全国人大立法即《民法通则》为核心的各种民商事法律、法规为主体和基干，辅之以国务院行政立法和地方立法，如《中外合资经营企业法实施条例》、《中国公民同外国人办理婚姻登记的几项规定》等。最高人民法院对有关国际私法规范所作的司法解释和批复，也是我国国际私法的重要渊源。这些规范构成了中国国际私法多层次、全方位的规范体系，初步形成了我国国际私法的法律框架。到《涉外关系法律适用法》出台以前，据不完全统计，在包括《民法通则》在内的一百四十多部法律、法规、规章、司法解释和地方性法规中，规定了四百二十条左右的各类国际私法规范。

(2) 现有的国际私法立法吸收了国际上最先进的规定，但并不乏独特性的内容。我国的国际私法立法起步虽然比较晚，但借鉴了现代国际上国际私法的先进立法规定以及最新的理论研究成果。如扶养领域最密切联系原则的采纳，侵权领域共同属人法的规定，合同领域最密切联系原则以及特征性履行方法的应用等。1987年最高人民法院发布的《关于适用〈中华人民共和国涉外经济合同法〉若干问题的解答》关于13种合同准据法的规定中，有些就借鉴了1985年海牙《国际货物买卖合同法律适用公约》。在独特性的规定上，如《合同法》第126条第2款“在中华人民共和国境内履行的中外合资经营企业合同、中外合作经营企业合同、中外合作勘探开发自然资源合同，适用中华人民共和国法律”，这一规定在其他国家非常少见。

(3) 在国际私法的立法模式上，我国现行国际私法采取了以专章、专篇为主并辅以有关单行法中列入相应国际私法规范的立法模式。如《民法通则》第八章，同时在我国《合同法》、《继承法》、《票据法》、《收养法》、《民用航空法》及《海商法》等单行法律中也规定了相关国际私法的内容。

(4) 由于我国国际私法立法上的不完善，最高人民法院为方便涉外民商事法律关系的处理和法院的审判，制定了大量的司法解释，以涉外程序方面的司法解释居多，既涉及涉外实体方面的问题，也不乏涉外法律适用的内容，而且数量巨大，范围很广。

综上，经过改革开放以来三十多年的努力，中国国际私法的立法得到了飞速发展。现行法律对于不动产、票据、合同、侵权行为、结婚与离婚、扶养、遗产继承以及海商海事等领域的法律适用作了明确的规定，有关的程序法也比较完备，从而有效地摆脱了涉外民商事案件无法可依的困境。但有中国特色的国际私法框架尚难谓已基本形成。我

^① 参见黄进主编：《国际私法》，2版，121页，北京，法律出版社，2005。

国国际私法学界也充分认识到中国国际私法的立法还有许多缺陷与不足, 主要体现在如下^①:

其一, 中国国际私法的立法过于分散, 与当前世界各国国际私法立法法典化或以单行法规出现的趋势相违背。我国的国际私法以《民法通则》为核心, 但同时既有国务院、中央政府各职能部门为实施全国人大及其常委会制定的国际私法规范而制定的有关行政法规, 也有最高人民法院对有关国际私法规范所作的司法解释和批复。由于法律渊源过于分散, 造成查找和适用起来不太方便。而综观世界各国的立法, 早期的国际私法立法是以《法国民法典》的分散式规定为代表。但到 19 世纪末、20 世纪初, 以 1896 年德国《民法施行法》和 1898 年日本《法例》为代表, 国际私法的国内立法开始向系统、全面的单行法方向发展。20 世纪以后, 除了一些国家在民法典和其他专门法中规定专章、专篇的国际私法外, 更多的是以单行法的形式对国际私法独立立法。尤其是在 20 世纪末、21 世纪初这段时间, 除了俄罗斯等少数国家外, 绝大多数国家都是对国际私法进行单独立法。我国早前的做法无疑不符合国际潮流。

其二, 中国国际私法立法内容单薄, 存在着大量的真空和盲点。中国国际私法的立法长期以来一直处于滞后状态, 不仅滞后于理论的发展, 也滞后于涉外民商事法律关系实践的发展。如中国国际私法长期以来缺乏关于冲突法一般制度的规定, 诸如反致、识别、先决问题等等。在具体的内容上, 疏漏之处不胜枚举, 诸如保险、信托、代理、法人的民事能力、不当得利、无因管理、公司、破产、产品责任、技术转让、知识产权以及法律的时际冲突、区际冲突等尚未得到规范, 一些新型的商事、海事法律关系, 特别是与互联网有关的纠纷中出现的法律冲突问题的解决更是付之阙如。

其三, 中国国际私法的法律之间还存在

着前后矛盾、顾此失彼的情况。如 1985 年颁布的《继承法》第 36 条规定有关继承的准据法时没有区分法定继承与遗嘱继承, 而 1986 年颁布的《民法通则》第 149 条则仅规定了遗产法定继承的准据法, 却遗漏了遗嘱继承的准据法, 从而引发了学术界有关两部法律相互之间关系的无谓争论。

其四, 中国国际私法立法条文存在着大量的不周延之处, 立法技术有些粗糙。例如, 在自然人的能力方面, 《民法通则》第 143 条规定, “中华人民共和国公民定居国外的, 他的民事行为能力可以适用定居国法律”。该条文对于外国人在中国领域内所作的民事行为以及无国籍人的民事行为能力未作规定。另外, 该条文只规定了行为能力的准据法, 而遗漏了人的权利能力的准据法。

在物权的法律适用方面, 《民法通则》第 144 条也只规定了不动产的法律适用, 而没有规定动产的法律适用。另外, 涉外结婚与离婚、涉外继承、有关国际惯例的适用等的相关规定都存在不周延之处。这些问题的存在不仅在理论上产生了大量的争议, 而且在司法实践中给法院的审判也带来诸多不便。

二、对《涉外民事关系法律适用法》的评价

它的出台结束了中国没有单行、统一的涉外民事关系法律适用法的历史。该法是一部以人为本、亲民的法律, 也是一部充满自信、心胸开阔之法, 向全世界展现了中国更加开放的良好形象。该法在一定程度上创新了中国的涉外民事关系法律适用制度。创新之处有^②:

(1) 该法在结构上将“人法”部分即“民事主体”、“婚姻家庭”和“继承”3 章置于“物法”、“债法”之前, 体现该法坚持以人为本, 强化人的主体性和权利, 且优化了立法体系结构。

(2) 该法采用最密切联系原则作为对法

^{①②} 参见黄进:《中国国际私法的制定与完善》, 清华大学中欧合同准据法研讨会上的发言, 2010 年 3 月 28 日。