

*Zhongguo
Guoji Sifa
Wanshan Yanjiu*



中国国际私法
完善研究

徐冬根 薛 凡 著

上海社会科学院出版社

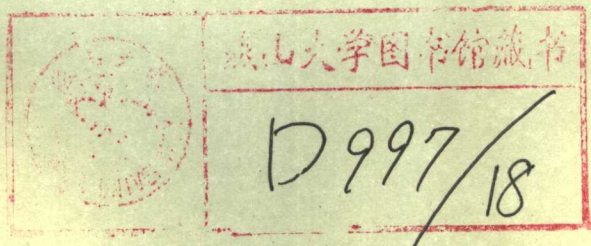
上海社会科学院出版社

徐冬根 薛 凡 著

中国国际私法 完善研究

完善研究
中国

*Zhongguo Guoji Sifa
Wanshanyanjiu*



上海社会科学院出版社



0280802

04

责任编辑 周 河

封面设计 闵 敏

中国国际私法完善研究

徐冬根 薛凡 著

上海社会科学院出版社出版

(上海淮海中路 622 弄 7 号)

新华书店上海发行所发行 上海新文印刷厂印刷

开本:850×1168 1/32 印张 15.875 插页 2 字数 510000

1998 年 6 月第 1 版 1998 年 6 月第 1 次印刷

印数:1—2000 册

ISBN 7-80618-457-0/D·175

定价:25.00 元

内容提要

本著作首先从市场经济与中国国际私法立法的关系入手,对市场经济与法制的关系、国际私法在建立社会主义市场经济中的地位与作用、社会主义市场经济与国际私法立法的完善以及国际私法立法应充分认识当代国际私法的特殊性等问题进行了阐述。

本书第二章和第三章着重对当代国际私法的大趋势进行了深入研究,并归纳出当代国际私法的四大趋势:从意思自治到政策导向、从机械规则到弹性处理、从特殊主义走向普遍主义以及从任意性规范到强制性规范,同时对世界各国国际私法立法进行了专门的研究和剖析。

在此基础上,作者在第四章至第六章中针对中国国际私法立法问题,进行了系统的阐述,其中包括对中国国际私法立法发展历程的回顾,对我国国际私法立法的价值取向、我国国际私法立法导向问题,对中国国际私法立法模式、立法体系、立法技术等问题,从思辨的角度进行了思考,并结合我国改革和开放的实际需要,提出了一些具体的富有建设性的意见和方案。

第七章对国际私法立法总则部分的基本问题,包括连接因素、识别、反致、公共秩序、属人法等问题进行了研究。

本书第八章至第十四章,分别对涉外经济合同、侵权行为、物权、知识产权、行为能力、婚姻家庭和继承的法律适用问题进行研究,主要采取实证和比较的方法,对我国现行立法进行评论和分析,结合世界上其他国家的有益经验,提出了有关的立法建议和方案。

目 录

第一章 市场经济与中国国际私法	(1)
第一节 市场经济与法制的关系	(2)
一、法制是规范和调整市场经济关系的重要手段	(2)
二、市场经济的发展和完善为法制的健全奠定了基础	(3)
第二节 国际私法在建立社会主义市场经济中的地位与作用	(4)
一、导向功能	(5)
二、规范功能	(6)
三、保障功能	(7)
四、服务功能	(8)
第三节 社会主义市场经济与国际私法的完善	(9)
一、完善的国际私法是建立社会主义市场经济的需要	(9)
二、完善国际私法是我国改革开放的需要	(10)
第四节 完善国际私法应充分认识当代国际私法的 特殊性	(11)
一、涉外民商事法律冲突的普遍性	(11)
二、涉外民商事法律冲突的广泛性	(13)
三、涉外民商事法律冲突的多层次性	(16)
四、国际私法内容发展的不平衡性	(18)
五、国际私法调整内容的新颖性	(19)
第二章 国际大趋势:完善我国国际私法的外部环境	(21)
第一节 从意思自治到政策导向	(21)
一、意思自治理念产生的前奏曲	(21)

二、意思自治口号的提出·····	(23)
三、意思自治原则与契约自由·····	(26)
四、意思自治原则的应用·····	(28)
五、意思自治原则与市场经济·····	(30)
六、意思自治原则的限制·····	(32)
七、政策导向与法律选择·····	(35)
第二节 从机械规则到弹性处理·····	(41)
一、传统机械规则的理论基础与特征·····	(41)
二、冲突规范的软化处理·····	(44)
三、弹性规则与冲突规范立法·····	(45)
四、弹性处理原则与司法实践·····	(50)
第三节 从特殊主义走向普遍主义·····	(54)
一、观念的冲突与协调·····	(54)
二、从特殊主义向普遍主义回归·····	(55)
三、向普遍主义回归的原因·····	(59)
第四节 从任意性规范到强制性规范·····	(61)
一、任意性规范受到挑战·····	(61)
二、强制性规范理论的产生·····	(62)
三、直接适用的法·····	(69)
四、法律直接适用理论的新发展·····	(72)
五、强制性规范的发展趋势·····	(79)
第三章 世界各国国际私法完善比较研究·····	(81)
第一节 20 世纪之前欧洲国际私法发展进程·····	(81)
一、1854 年苏黎世国际私法·····	(81)
二、1863 年萨克森王国国际私法·····	(83)
三、1865 年意大利国际私法·····	(84)
第二节 20 世纪以后的国际私法发展进程·····	(85)
一、中东阿拉伯国家·····	(85)

二、拉丁美洲国家	(87)
三、俄罗斯	(89)
四、美国路易斯安娜州	(90)
第三节 国际私法完善的特点分析	(93)
一、统一冲突法立法的新成就	(93)
二、统一实体法体系的形成	(96)
三、专用涉外实体法的诞生	(97)
四、发展中国家国际私法立法迅速发展	(97)
第四节 国际私法立法的模式	(98)
一、分散立法是国际私法立法初级阶段的表现形式	(98)
二、在民法典中采用专章方式仍然为许多国家所采用	(98)
三、完整的国际私法法典代表了国际私法立法的新趋势	(100)
第四章 中国国际私法的发展历程	(104)
第一节 中国国际私法的发展轨迹	(104)
一、初始阶段	(105)
二、现代阶段	(106)
第二节 中国国际私法立法的特点	(107)
一、国际公约和条约直接可适用性	(107)
二、国内立法的多层次性	(110)
第三节 蓬勃发展的国际私法理论与研究	(113)
一、多元化与中国国际私法学的繁荣	(113)
二、中国国际私法学所取得的成就	(114)
三、中国国际私法学的发展前景	(118)
四、国际私法立法发展对理论的影响	(119)
第五章 我国国际私法完善的价值取向	(121)
第一节 坚持国家主权	(121)

一、坚持国家主权是我们处理涉外民事法律关系的 基本准则	(121)
二、国家主权原则在我国国际私法中的体现	(122)
第二节 倡导平等互利	(123)
一、各国民、商法应享有平等的地位	(123)
二、既得权理论对平等互利原则的影响	(123)
三、平等互利原则在国际私法上的体现	(125)
第三节 强调优先适用国际公约	(126)
一、国际条约的类别	(126)
二、国际公约优先原则与我国的立法	(127)
三、优先适用国际条约的四种模式	(129)
四、优先适用国际条约的限制与例外	(130)
第四节 允许以国际惯例补缺	(132)
一、国际惯例的法律涵义	(132)
二、国际惯例外的法律性质	(133)
三、国际公约与我国国内规范的关系	(135)
第五节 以最密切联系为核心	(137)
一、最密切联系理论	(137)
二、最密切联系原则	(138)
三、最密切联系与中国国际私法	(141)
第六节 主张保护弱者	(145)
一、保护消费者权益是保护弱者原则的重要体现	(145)
二、通过合同法律适用规范来保护弱者	(147)
第六章 中国国际私法完善的立法导向	(152)
第一节 中国国际私法立法模式	(152)
一、三种立法模式对我们的启示	(152)
二、现行中国国际私法立法存在的问题	(155)
三、中国国际私法立法的模式探讨	(156)

第二节 中国国际私法立法体系·····	(158)
第三节 中国国际私法立法的技术·····	(160)
一、完整性·····	(160)
二、系统性·····	(161)
三、超前性·····	(163)
第四节 中国国际私法立法应把握的法律选择方法·····	(164)
一、认识法律冲突本质是正确选择法律的前提·····	(164)
二、法律冲突的本质决定法律选择方法·····	(166)
第五节 中国国际私法立法的研究方法·····	(171)
一、历史研究法·····	(171)
二、比较研究法·····	(173)
三、法理学研究法·····	(175)
四、成案研究法·····	(176)
五、综合研究法·····	(177)
第七章 国际私法立法总则部分的基本问题·····	(179)
第一节 连接因素·····	(179)
一、连接因素的形式与实质意义·····	(179)
二、连接因素的发展趋势·····	(180)
第二节 识别·····	(185)
一、识别的法律含义·····	(185)
二、识别的方法·····	(185)
三、识别理论与学说·····	(187)
第三节 反致·····	(188)
一、反致的功能及其存在的意义·····	(188)
二、反致的限制适用·····	(189)
三、反致的发展趋势·····	(191)
四、辩证地看待反致制度·····	(193)
第四节 公共秩序·····	(194)

一、公共秩序保留的必须性	(194)
二、公共秩序制度的实施方法	(194)
三、正确运用公共秩序制度	(195)
第五节 属人法	(196)
一、自然人属人法和法人属人法	(196)
二、法人成立地主义	(197)
三、管理中心主义	(199)
四、业务中心地主义	(200)
五、法人属人法的适用范围	(200)
六、法人属人法和法人国籍的关系	(202)
第八章 涉外经济合同法律适用规范的完善	(204)
第一节 涉外经济合同法律适用的基本理论	(203)
一、主观论	(204)
二、客观论	(209)
三、弹性论	(212)
第二节 当代合同准据法的发展新趋势	(216)
一、法律选择原则体现了较强的国家意志和政策导向	(216)
二、出现了两种对立的合同法律适用观	(218)
三、整体法与分割法的分野	(219)
四、合同准据法的适用范围	(220)
第四节 我国有关涉外经济合同法律适用的立法 与实践	(222)
一、我国有关合同法律适用的一般规定	(222)
二、外商投资企业合同的法律适用	(227)
三、国际货物买卖合同的法律适用	(230)
第九章 侵权行为法律适用规范的完善	(231)
第一节 侵权行为地法以及演变	(231)

一、适用侵权行为地法的理由	(231)
二、对侵权行为地的不同识别	(231)
三、对侵权行为地法的批判	(232)
四、侵权行为地法与其他法律的复合适用	(233)
第二节 侵权行为法律适用的繁荣	(234)
一、适用法庭地法	(234)
二、适用最密切联系的法律	(235)
三、适用最有利于原告的法律	(237)
四、列序适用	(238)
五、适用侵权行为自体法	(238)
第三节 特殊侵权行为法律适用比较	(240)
一、瑞士国际私法规范	(241)
二、美国冲突法规范	(242)
三、海牙公约	(244)
第四节 典型侵权行为:产品责任的法律适用	(245)
一、产品责任准据法的选择	(246)
二、海牙国际公约	(251)
三、产品责任准据法的适用范围	(253)
四、我国产品责任的法律适用规范	(256)
第五节 对我国侵权行为法律适用规范立法的思考	(259)
一、基本分析	(260)
二、我国侵权行为法律适用规范建议条款	(265)
第十章 物权法律适用规范的完善	(266)
第一节 不动产物权的法律适用	(266)
第二节 动产物权的法律适用	(267)
第三节 物之所在地法	(268)
一、物之所在地的确定	(268)
二、物之所在地法的适用范围	(269)

三、物之所在地法适用的例外	(271)
第四节 我国的立法	(274)
一、不动产的法律适用	(274)
二、动产的法律适用	(274)
三、对动产法律适用立法条文的建议	(275)
第十一章 知识产权法律适用规范的完善	(276)
第一节 知识产权法律冲突的产生原因	(276)
一、知识产权的法律冲突	(276)
二、知识产权法律适用的历史发展	(279)
三、知识产权的国际保护	(280)
第二节 专利权的法律适用	(282)
一、专利权的法律冲突	(282)
二、国内法的适用	(283)
三、国际条约的适用	(285)
第三节 商标法的法律适用	(288)
一、商标权的法律冲突	(288)
二、国内法的适用	(289)
三、国际条约的适用	(291)
第四节 著作权的法律适用	(293)
一、著作权的法律冲突	(293)
二、国内法的适用	(293)
三、国际条约的适用	(294)
第五节 有关知识产权法律适用的立法	(296)
一、知识产权法律适用立法的必要性	(296)
二、知识产权的法律适用原则	(297)
第十二章 行为能力法律适用规范的完善	(300)
第一节 概述	(300)
第二节 《民法通则》的规定	(301)

一、法律条文	(301)
二、中国的特殊国情	(301)
三、对“公民”的广义解释	(302)
第三节 最高人民法院的司法解释	(302)
一、司法解释	(302)
二、对司法解释的理解	(303)
第四节 建议性条款	(303)
第十三章 婚姻家庭法律适用规范的完善	(305)
第一节 涉外结婚的法律适用	(305)
一、涉外结婚的法律冲突	(305)
二、结婚实质要件的法律适用	(307)
三、结婚形式要件的法律适用	(311)
第二节 涉外离婚的法律适用	(315)
一、涉外离婚的法律冲突	(315)
二、涉外离婚的法律适用	(316)
三、我国的涉外离婚法律适用制度	(318)
第三节 涉外夫妻关系的法律适用	(320)
一、涉外夫妻关系的法律冲突	(320)
二、夫妻人身关系的法律适用	(320)
三、夫妻财产关系的法律适用	(321)
第四节 涉外亲子关系的法律适用	(323)
一、涉外亲子关系的法律冲突	(323)
二、父母与婚生子女关系的法律适用	(323)
三、父母与非婚生子女关系的法律适用	(324)
第五节 涉外收养关系的法律适用	(325)
一、涉外收养关系的法律冲突	(325)
二、涉外收养关系的法律适用	(325)
第六节 涉外监护的法律适用	(326)

一、涉外监护的法律冲突	(326)
二、涉外监护的法律适用	(326)
第七节 对完善我国婚姻家庭法律适用规范思考	(327)
一、我国结婚法律适用规范立法思路	(327)
二、我国离婚法律适用规范立法思路	(331)
第十四章 继承法律适用规范的完善	(334)
第一节 涉外法定继承的法律适用	(334)
一、涉外法定继承的概念	(334)
二、涉外法定继承的法律冲突	(334)
三、我国有关的规定	(335)
第二节 涉外遗嘱继承的法律适用	(337)
一、涉外遗嘱继承的法律冲突	(337)
二、我国立法对遗嘱继承的规定	(340)
第三节 区别制与同一制	(341)
一、区别制与同一制的含义	(341)
二、我国立法的建议	(341)
第四节 继承准据法的适用范围	(342)
参考书目	(343)
一、中文参考书目	(343)
二、西文参考书目	(351)
附录:外国国际私法立法范例	(359)
一、瑞士联邦国际私法立法	(359)
二、葡萄牙国际私法(节录)	(390)
三、美国冲突法重述(第二次)(节录)	(399)
四、土耳其国际私法和国际诉讼程序法	(442)
五、南斯拉夫国际冲突法	(451)
六、联邦德国国际私法	(472)

后记

第一章 市场经济与中国国际私法

发展是硬道理。

新中国成立后,我国集中力量进行了大规模的经济建设。自 1978 年起,中国经济改革与开放跨出了巨大的步伐。当阿尔文·托夫勒在 1980 年出版他的《第三次浪潮》的未来学著作时,中国的经济正经历着有史以来的第一次最大的改革开放浪潮,其体制的巨大变化和经济的快速增长是世人有目共睹的。经过 40 多年的建设,我国国民经济已经具备相当大的规模,由封闭和半封闭的经济转变为开放型的经济,综合经济效益有了很大的提高。

进一步完善社会主义市场经济体制,扩大对外开放领域,提高我国经济增长的质量和效益,扩大对外贸易和对外经济技术交流与合作,是我国奔向 21 世纪的努力目标。根据我国的社会经济发展战略,经济特区、沿海开放城市要培育新优势,提高对外开放的水平和层次,更多更好地吸收国外的资金和技术。而吸引外资主要依靠创造优越的投资环境和健全的法制。社会主义市场经济体制的运行和完善,扩大对外开放和国际经济合作,需要有一整套与之相适应的法律制度与法律规范,其中包括完善的国际私法制度。国际私法是实现国内市场与国际市场全面衔接、加强我国与整个外部世界经济联系的法制基础。在社会主义市场经济体制下,我国国际私法应当如何完善和发展,是我国改革开放中迫切需要解决的重大课题。

第一节 市场经济与法制的关系

市场经济与法制的关系十分密切。市场经济是法制经济。我国社会主义市场经济的建设离不开法制。法制是规范和调整市场经济关系的重要手段,同时市场经济的发展为我国法制的完善奠定了基础。

一、法制是规范和调整市场经济关系的重要手段

法制建设是建设有中国特色的社会主义的一个重要的、必不可少的组成部分。《中共中央关于建立社会主义市场经济体制若干问题的决定》把加强社会主义法制作为一项重要的任务,提出“社会主义市场经济体制的建立和完善,必须有完备的法制来规范和保障”。可见,建立社会主义市场经济体制,必须建立与之相适应的法律体系,这是社会主义市场经济体制发展的内在要求。^① 法制是规范和调整社会主义市场经济运转的重要手段和主要保障。在社会资源配置以市场为主的条件下,法制将成为经济正常运行的基础,这是由社会主义市场经济运转的基本特点决定的。

第一,社会主义市场经济是主体多元化的经济。在社会主义市场经济条件下,活跃在市场上的主体存在着错综复杂的经济关系,只有通过法律的调整,其市场经济活动才能正常进行。

第二,社会主义市场经济是公平竞争的经济。“商品是天生的平等派”,竞争是市场经济的活力所在。市场经济必须坚持公平竞争的原则,要求各个商品的生产和经营者处于平等地开展竞争的态势之中。只有这样才能起到优胜劣汰,提高经济效益的作用。因此只有通过法律形式,把各种市场行为规则确定下来,建立和完善规范化的市场体系,才能形成公平的市场竞争秩序。也只有运用法

^① 李双元、胡振杰:《社会主义市场经济与我国国际私法制度的完善与发展》,载《中国社会科学》1993年第3期。

律手段,才能有效地反对各种不正当的竞争和垄断,防止地区和部门封锁,保证公平、公正、公开原则的实现。

此外,市场经济运行中,各经济主体将通过合同、协议等契约建立相互联系,明确各自的责权利,而这些合同和协议也只有建立在法律基础之上,并得到法律的强制保障,才能有效地实现。因此,只有通过法律形式,把各种市场行为规则确定下来,建立和完善规范化的市场体系,才能形成公平竞争的市场秩序。

社会主义市场经济体制的改革是一场大的变革,本质的东西是生产关系和利益关系发生了变化。在过去计划经济体制下它是一体的,现在的利益已经呈多元化趋势,具有相当的复杂性。这就需要用新的法律进行规范。^①

所以,建立社会主义市场经济体制,就必须按照市场规律来建立各种法律规范。从这个意义上说,没有较完备的市场经济法律规范,就没有健全的市场经济体制。

二、市场经济的发展和完善为法制的健全奠定了基础

中国现代法律在经历了近一个世纪的产生、演变和发展历程之后,现在面临着跨入新世纪的历史阶段。世纪之交的中国社会,正发生着巨大的变化,经济改革步步深入,市场经济运行机制处于不断发展之中,与此相适应的市场经济法律体系正在逐步形成。按照国家的法制发展战略,这一新型法律体系将在本世纪末初步建成。^②

中共十四大和八届人大一次会议确立了中国经济体制改革的目标是建立社会主义的市场经济体制。市场经济的发展和完善为法制的健全奠定了基础。为了适应新时期市场经济建设的需要,我

^① 参见蔡来兴主编:《社会主义市场经济理论与实践》,上海人民出版社1984年版,第15页。

^② 李诚:《略论我国当前立法中存在的问题》,载《中外法学》1996年第2期。