

政治学与行政学丛书

国际私法论要

SURVEY OF
INTERNATIONAL
PRIVATE LAW

张莉

延边人民出版社

国际私法论要

张 莉

延边人民出版社

责任编辑:张光朝

版式设计:朴贤淑

图书在版编目(CIP)数据

国际私法论要/张莉. —延吉:延边人民出版社, 2002. 12
(政治学与行政学丛书/林修果、何贻纶、张华荣总主编)

ISBN 7-80648-896-0

I. 国... II. 张... III. 国际私法 IV. D997

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 107413 号

国际私法论要

张 莉

*

延边人民出版社出版发行

(中国·吉林省延吉市友谊路 11 号)

福州晚报印刷厂印刷 新华书店经销

2002 年 12 月第 1 版 2002 年 12 月第 1 次印刷

开本:850×1168 毫米 1/32 12.625 印张 305 千字

ISBN 7-80648-896-0/D·13 定价:28.00 元

如发现印装质量问题,由承印厂负责调换

序

20 世纪以来的一百年是政治学与行政学飞速发展的一百年，各种理论精彩纷呈，学派林立，每一次理论上的重大发现，都深刻地影响和指导着现实社会政治和行政管理的发展。也正是因为如此，使得政治学与行政学及其相关领域的研究极为活跃，充分体现着人类社会政治文明的最新进展。

政治学与行政学是两门历史悠久但在中国却很年轻的社会科学基础学科。所谓“历史悠久”，是指远古希腊罗马时期的西方和有史记载的古代中国，人们对政治问题与行政管理问题就曾有过研究；说它在中国还很“年轻”，是指政治学与行政学在中国的发展几经波折，直至改革开放后才获得新生。具有中国特色的社会主义现代化建设为政治学与行政学提供广阔的发展平台，推动并创新着中国政治学与行政学的学科设置、内容体系、理论视野和研究方法。

近几十年来，世界各国都普遍认识到，一个国家的政治发展水平、政府的行政管理水平，是其经济起飞、社会发展以及在日趋激烈的国际竞争中获得优势的必要条件。越来越多的人认识到政府在关注社会经济文化政策的同时，也应关注自身，关注政府如何制定政策、如何执行政策、如何增进全社会的政治文明。正

是在这样的背景下，世界各国都在不断地进行着政治体制改革，在改善政府的政治运作和行政管理上投入了相当大的力量，提出了国家政治改革和行政体制改革的一系列举措，有些举措很成功，但有些却不尽人意、论争频频。因此，一方面是日趋高涨的改革要求，另一方面是日渐尖锐的批评意见。面对这样一个局面，政界和学术界都认识到政治改革和行政改革是门科学，必须十分慎重，必须有足够的理论基础和周密、系统、科学的改革方案，应当以正确的政治观、行政观和改革现在全社会的普及、内化为基础和先导，改革才能最终获至成功。教育工作者和理论研究者应自觉地担负起传播先进理论的任务。

党的十六大报告鲜明地指出，必须在坚持四项基本原则的前提下，以马克思主义、毛泽东思想、邓小平理论和“三个代表”重要思想为指导，以建设社会主义政治文明为目标，坚持和完善社会主义民主制度，改革和完善党的领导方式、执政方式、决策机制，深化行政管理体制改革和干部人事制度改革，加强社会主义法制建设，加强对权力的制约和监督，积极推进司法体制改革。发展社会主义民主政治，建设社会主义政治文明，是全面建设小康社会的重要目标。党的十六大所提出的新思想、新论断、新举措为政治学与行政学的发展提供了新的视野和指导思想。

在党的十六大精神指引下，由福建师范大学经济法律学院林修果教授等主持编写的“政治学与行政学”系列丛书顺利出版。全套丛书的编写，严格遵循以马克思主义、毛泽东思想、邓小平理论和“三个代表”重要思想为指导，坚持四项基本原则，以建设有中国特色的政治学与行政学为方向，理论联系实际，在着重

阐明政治学与行政学的基本原理、基本概念、历史流派、思想渊源的同时，强调立足中国现实，吸取和借鉴国内外研究的最新成果，追踪当今政治学与行政学学术研究的前沿热点问题，使理论性、知识性、实践性在丛书中得到有机统一，也较好地处理了全书的前瞻性与现实性、时代性与相对稳定性结合的问题。此套丛书既是对当前国内外政治学与行政学理论研究综合集成的学术著作，又可作为大学本科教学的一般教材，合二为一，反映了作者坚持教学与理论研究相结合，坚持不断创新、与时俱进的科学精神。

丛书全套 260 万字，从构想到定稿历时两年，是福建师范大学经济法律学院行政管理学教研室与兄弟院校教师辛勤劳动、集体协作的产物。编著这样一套大型丛书，工程大，耗时长，其中繁难艰巨可想而知，疏漏偏忽之处也在所难免，有些问题还可进一步深探力索，就总体而观，毕竟瑕不掩瑜，相信丛书所涉论题在编著们的进一步研究探讨中将会逐步的深化、充实和完善，更大的研究成果可期待于来日。

福建师范大学校长、博士生导师、教授 李建平

2002 年 12 月 14 日

目 录

序	李建平 (1)
第一章 导论	(1)
一、国际私法概念	(1)
二、国际私法渊源	(15)
三、国际私法学说	(21)
四、各学说的相关实例	(51)
第二章 国际私法主体	(64)
一、自然人和法人	(64)
二、国家和国际组织	(75)
三、外国人的民事法律地位	(78)
四、国际私法主体的相关实例	(80)
第三章 冲突规范和准据法	(95)
一、冲突规范	(95)
二、识别	(104)
三、准据法的确定	(113)
四、识别和准据法确定的相关实例	(125)
第四章 排除外国法适用的制度	(132)
一、反致	(132)
二、公共秩序保留	(138)
三、法律规避	(148)

四、外国法内容的查明·····	(154)
五、排除外国法适用制度的相关实例·····	(160)
第五章 民事能力、法律行为和代理·····	(167)
一、民事能力·····	(167)
二、法律行为·····	(175)
三、代理·····	(179)
四、民事能力、法律行为和代理的相关实例·····	(182)
第六章 物权法·····	(191)
一、物权法则·····	(191)
二、知识产权·····	(209)
三、国有化和破产·····	(212)
四、物权法的相关实例·····	(220)
第七章 债权法·····	(225)
一、合同·····	(225)
二、侵权行为·····	(252)
三、不当得利和无因管理·····	(270)
四、债权法的相关实例·····	(274)
第八章 婚姻家庭法·····	(286)
一、结婚和离婚·····	(288)
二、夫妻关系和亲子关系·····	(305)
三、收养、扶养和监护·····	(315)
四、婚姻家庭法的相关实例·····	(325)
第九章 继承法·····	(333)
一、法定继承·····	(333)
二、遗嘱继承·····	(340)
三、无人继承财产·····	(346)
四、继承法的相关实例·····	(349)

第十章 国际民事诉讼	(356)
一、外国民事诉讼地位	(356)
二、国际民事管辖权	(359)
三、国际民事司法协助	(374)
四、国际民事诉讼的相关实例	(383)
主要参考文献	(391)
后 记	(393)

第一章 导 论

国际私法是调整涉外民事法律关系的一门独立的法律学科。其调整涉外民事法律关系的方法有两种,即用冲突规范间接调整和用统一实体规范直接调整。国际私法的规范主要包括:外国人的民事法律地位规范、冲突规范、国际统一实体规范、国际民事程序规范。国际私法的渊源具有双重性和多样性,既有国际渊源,又有国内渊源。主要包括:国内立法、司法判例、国际条约、国际惯例。国际私法是在学说的基础上发展而来的,在国际私法史上先后诞生了“法则区别说”、“法律关系本座说”、“既得权说”、“政府利益分析说”、“最密切联系说”等学说。总之,国际私法以其独特的调整方法、复杂的法律适用制度、丰富多样的理论与学说而成为法律科学中最有特色的一门学科。

一、国际私法概念

由于各国国际私法学者对国际私法的对象、功能、调整方法、范围以及性质等理解不同,因而对国际私法的概念有不同的见解。

(一) 国际私法的名称和定义

国际私法是“从书名页起就有争论的一门法律学科”。^①关于国际私法的名称,不同国家和地区的不同学者,就有不同的称谓。主要有:

^① [英] J. H. C. 莫里斯主编、李双元等译:《戴西和莫里斯论冲突法》,中国大百科全书出版社 1998 年版,第 27 页。

1. 法则区别说。这是最早使用的名称, 13、14 世纪由意大利后期注释法学派学者巴托鲁斯提出, 后被法国和荷兰学者接受和继承, 并一直延续使用到 17、18 世纪。“法则区别说”由于过于简单、概括, 不能适应日益发展和复杂的涉外民事关系的需要, 到了 19 世纪被抛弃。

2. 私国际法。这一名称是由美国哈佛大学教授斯托雷于 1834 年在其名著《冲突法评论》中首先提出来的。1843 年, 法国学者福利克斯在其著作《私国际法论》中开始正式采用这一名称。现在, 这个名称在法国和其他拉丁语系的国家很流行。

3. 国际私法。1841 年, 德国学者谢夫纳在其著作《国际私法的发展》中首先使用“国际私法”这一名称。由于这个名称较恰当地反映了该学科的性质和内容, 至今, 在中国、德国、日本、俄国以及东欧国家得到普遍采用。

4. 冲突法、法律冲突法或法律冲突。荷兰学者罗登伯格于 1653 年首先使用“法律冲突”来称呼国际私法。以后, 另一荷兰著名国际私法学者胡伯也于 1684 年使用过这一名称。该名称由大陆法系学者发明, 但后来却广泛流传于英美普通法系国家。

5. 外国法的适用。德国国际私法学者奥斯塔特于 1822 年著有论述国际私法的专著, 其书名就为“外国法适用论”。他认为国际私法无非是规定对于涉外民事关系在何种情况下可以适用外国法的。但学者们普遍认为国际私法是规定内外国法律的适用问题, 而不是仅仅规定外国法在什么情况下得以适用的。因此, 这一名称遭至不少非议。

6. 涉外私法。日本一些学者认为, 国际私法既然是规定内外国交往的私法关系, 就应该称之为涉外私法。瑞士学者曼利附和该说, 把他所写的国际私法著作取名为“涉外私法或对外私法”。

除上述名称外，旧中国将国际私法法规称之为“法律适用条例”、德国称之为“民法施行法”、日本称之为“法例”。另外，还有“国际民法”、“国际民商法”、“国际民事诉讼法”等等名称。

我国学者对“国际私法”这个名称也有争议，但大多认可“国际私法”这个名称。其依据在于：（1）国际私法调整的是跨越国界的社会关系，因而，冠之以“国际”；（2）国际私法主要是解决不同国家之间民商法的冲突，因而属“私法”范畴；（3）中国用“国际私法”来称呼这一法律部门或法律学科已约定俗成；（4）世界上有许多国家采用这个名称。

关于国际私法的定义，不同国家的不同学者也从不同的侧面进行界定，主要有：

1. 根据国际私法调整的社会关系的性质下定义。如德国学者努斯鲍姆指出：“国际私法，或冲突法，从广义上讲，是处理涉外关系的私法的一部分。”^①

2. 从解决国际民商事关系的法律冲突的角度下定义。如美国学者斯托雷认为，国际私法是“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。”^②

3. 从法律适用的角度下定义。如中国学者李浩培认为，国际私法是“指在世界各国民法和商法相互歧异的情况下，对含有涉外因素的民法关系，解决应当适用哪国法律的法律。”^③

4. 通过列举国际私法的内容或规范来给国际私法下定义。如英国学者威希尔和诺斯指出，英国法所理解的国际私法是处理

① 韩德培主编：《国际私法新论》，武汉大学出版社1997年版，第20页。

② 同上注。

③ 《中国大百科全书（法学卷）》，中国大百科全书出版社1984年版，第228页。

涉外民事案件时解决管辖权、法律适用和外国判决的承认与执行的规范的总和。^①

5. 从有关涉外民商事关系应服从外国法的效力的角度下定义。如比尔主持编纂的 1934 年美国第一部《冲突法重述》就把国际私法定义为“每一国家在处理某一法律问题时，决定是否应该承认某一外国法律的效力这样一个法律部门。”

6. 从综合的角度下定义。如我国学者对国际私法作如下界定：国际私法主要是以涉外民事关系为调整对象，以解决法律冲突为中心任务，以冲突规范为最基本的规范，同时包括规定外国人民事法律地位的规范、避免或消除法律冲突的实体规范，以及国际民事诉讼与仲裁程序规范在内的一个独立的法律部门。^② 这个定义，一是强调了国际私法主要调整对象的特殊性，而主要调整对象的不同，正是区别不同法律部门的出发点；二是突出了国际私法的本质特性，即它的中心任务是解决因各国民、商法规定不同而产生的法律冲突；三是这个定义也反映了国际私法最基本的规范以及其他一些辅助规范。因此这一定义，较全面概括了国际私法这一法律部门的内涵和外延。

（二）国际私法的调整对象

尽管对国际私法的名称和定义有不同的见解，但学术界都普遍认可，国际私法调整的是涉外民事法律关系。所谓涉外民事法律关系是指主体、客体和权利、义务据以发生的法律事实中至少有一项或一项以上的因素与国外有联系的民事法律关系。

涉外民事法律关系具有以下特征：

第一，具一个或一个以上的涉外因素。具体表现为：（1）主体的一方或双方是外国的自然人、法人，或者是无国籍人，或者

① [英] 威希尔·诺思：《国际私法》，1987 年英文版，第 3 页。

② 李双元主编：《国际私法学》，北京大学出版社 2000 年版，第 14 页。

是外国国家。(2) 法律关系的客体具有涉外因素。(3) 民事关系的产生、变更或消灭的事实发生在国外。

第二, 存在法律的冲突。法律冲突亦称“法律抵触”, 是指两个或两个以上的不同法律同时调整一个相同的法律关系而在这些法律之间产生矛盾的社会现象。法律冲突产生的原因在于: (1) 有关国家的法律规定不同。(2) 承认外国人在本国享有一定的权利, 承担一定的义务, 即承认外国人的民事法律地位。(3) 一个国家法律的域内效力与另一国家法律的域外效力同时出现在一个涉外民事法律关系中, 便产生不同国家法律的域内效力与域外效力冲突。(4) 受案法院在一定条件下, 承认外国法律的域外效力。

第三, 这里的民事法律关系是广义的。它不仅包括民事法律关系, 如物权关系、债权关系、知识产权关系、婚姻家庭关系和继承关系等, 也包括商事法律关系, 如公司法关系、票据法关系、海商法关系、保险法关系和破产法关系等, 还包括劳动关系。

涉外民事法律关系的产生既有一定的经济条件, 又有一定的法律条件。国际经济关系的产生和发展, 是涉外民事法律关系产生的前提, 也是国际私法赖以存在的基础。随着生产力水平的提高, 国家之间商品交换有了较大的发展, 国际交往也日益频繁, 涉外民事关系得到了普遍地发展。另一个必备条件是法律条件。这就是一个国家既然允许外国人在其境内从事民事活动, 就需要有法律来保护外国人的合法权益, 承认外国人的民事法律地位。如果一个国家绝对的闭关锁国, 根本不允许外国人在其境内参加民事活动, 当然就不可能出现涉外民事法律关系了。

由于涉外民事关系与两个或两个以上国家的法律相联系, 究竟用什么法律来调整涉外民事关系, 就成了国际私法的核心问

题。调整涉外民事法律关系的方法有两种，即间接调整方法和直接调整方法。

所谓间接调整方法，又称冲突法调整，指在有关的国内法或国际公约中规定某类涉外民事法律关系受何种法律调整或支配，而不直接规定如何调整涉外民事法律关系当事人之间的实体权利和义务关系的一种方法。它包括各国的冲突法和国际统一冲突法。利用冲突规范进行间接调整，这是国际私法中最主要的调整方法。传统的国际私法只有间接调整一种方法，所以，有人把国际私法称为冲突法或间接法。间接方法具灵活性，但缺乏预见性和明确性，以及缺乏稳定性，如不能确定具体的权利义务，存在公共秩序保留等制度。

所谓直接调整方法，又称实体法调整，指用直接规定当事人权利和义务的“实体规范”来调整涉外民事法律关系的当事人间的权利与义务关系的一种方法。这种规范可以避免法律冲突，可以更迅速、更准确、更直接地确定当事人的权利与义务。

间接调整和直接调整都是为了解决涉外民事关系的法律适用。但是它们的方法不同，所运用的法律规范也不同。在解决同一个涉外民事关系时，只能使用其中一种，不能同时使用。在一般情况下，有统一实体规范时，就要适用统一实体规范，只是在没有统一实体规范可适用时，才适用冲突规范。由此可见，在解决某一个涉外民事关系时，两者是互相排斥的；但就解决法律适用来讲，两者又是相辅相成，互为补充的。

涉外法律关系中，有关涉外所有权，债权、婚姻及亲权、继承权领域多为冲突法调整；而涉外合同，知识产权等多为直接方法调整。

（三）国际私法的范围

国际私法的范围问题，就是国际私法包括什么内容的问题。

这在学术上也历来有争论：

1. 普通法系国家的学者大都认为，国际私法只解决三个问题：第一、法院在什么情况下对一个涉外案件有管辖权；第二、一国法院应适用哪一国的法律来确定权利、义务；第三、什么条件下承认和执行外国法院的判决。因此，国际私法的范围由以下规范组成：管辖权规范、冲突规范、承认和执行外国法院判决的规范。

2. 法国学者认为，国际私法的范围包括：国籍规范、外国人的法律地位规范、法律适用规范、管辖权规范。

3. 德国、日本学者认为，国际私法的范围仅限于冲突规范，即只解决法律冲突问题。

4. 东欧各国学者认为，国际私法的范围包括：外国人的民事法律地位规范、冲突规范、国际统一实体规范、国际民事诉讼程序与国际商事仲裁规范。

5. 我国学者对该问题也有不同的主张，主要存在“小国际私法”、“中国国际私法”和“大国际私法”三种主要观点。“小国际私法”观点认为，国际私法是冲突规范的总和，是指在涉外民事法律关系中应当选择内国法还是外国法的法律部门。^①“中国国际私法”的观点认为，国际私法的范围包括调整涉外民事法律关系的冲突规范和避免法律冲突的统一实体规范。^②“大国际私法”的观点认为，国际私法除了包括外国人的民事法律地位规范、冲突规范、国际统一实体规范和国际民事诉讼程序与仲裁程序规范外，还包括国内法中专门用于调整涉外民事法律关系的规范（简

① 韩德培主编：《国际私法》，武汉大学出版社1983年版，第6页。

② 同上注。

称专用实体规范)。① 不过,我国大多学者都认为冲突规范是最基本的规范,除此之外,可以把与调整国际民商事关系有关的规范纳入国际私法的范围。

目前,中国学者在国际私法范围上的主要分歧集中在是否应把国际统一实体规范纳入国际私法的范围。主要有两种意见:一种意见认为,统一实体规范不应属于国际私法范围,而应属于国际私法相邻的诸部门法的范围。② 理由是:(1)它不是用间接方式来调整涉外民事关系的,因为在用统一实体规范调整的情况下,该涉外民事关系已经不存在法律冲突,当然也就不存在法律选择或法律适用问题了,而国际私法是为专门解决涉外民事关系的法律冲突问题而存在的;(2)统一实体规范的发展,有的已经形成了独立的部门法,如国际贸易法、海商法、国际投资法等,这些法律虽然也是调整涉外民事关系的,但是更确切地说是调整国际经济关系,而不是普遍的涉外民事关系,他们应属于国际经济法。如果把调整国际经济关系的统一实体规范都划为国际私法的范围,就使国际私法过于庞杂,失去了其原有的冲突法特点。

另一种意见认为,国际私法的范围应包括统一实体规范。③ 原因在于:(1)既然国际私法是调整涉外民事关系的部门法,统一实体规范也是为调整涉外民事关系而产生,其目的也是为了解决涉外民事关系的法律适用问题,它与冲突规范的目的、作用、调整对象都是一致的,只是调整方式不同罢了。(2)法律的分类应以调整对象不同而区分,不应以调整方式不同而划分。(3)国际私法的发展也应该随着其调整对象的发展而发展,不应该是停

① 姚壮、任继圣著:《国际私法基础》,中国社会科学出版社1981年版,第3-8页。

② 董立坤著:《国际私法论》,法律出版社1988年版,第17-21页。

③ 李双元主编:《国际私法》,武汉大学出版社1986年版,第23-27页。