

国际私法演义

问题、方法与修正

张春良 著

集结西南政法大学国际私法教学科研人员及学子的思考，致力于对国际私法的内生型、法理型反思，力求展示一种我们认同的国际私法品味。

西南国际私法文丛
THE PRIVATE INTERNATIONAL
LAW ARCHIVE OF SWUPL

刘想树
主编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

014005864

D997
155

国际私法演义

问题、方法与修正

张春良 著

西南国际私法文丛
THE PRIVATE INTERNATIONAL
LAW ARCHIVE OF SNUPL

刘想树

主编



北航

C1692705



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

D997
155

图书在版编目(CIP)数据

国际私法演义:问题、方案与修正 / 张春良著. —

北京:法律出版社, 2013.9

ISBN 978-7-5118-5445-2

I. ①国… II. ①张… III. ①国际私法—研究

IV. ①D997

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 231354 号

© 法律出版社·中国

国际私法演义:问题、方案与修正

张春良 著

责任编辑 李天一

装帧设计 乔智炜

开本 A5

版本 2013 年 10 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京京华虎彩印刷有限公司

印张 23.375 字数 591 千

印次 2013 年 10 月第 1 次印刷

编辑统筹 独立项目策划部

经销 新华书店

责任印制 张建伟

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

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

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

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-5445-2

定价:68.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

西南国际私法文丛编委会

主 任 刘想树

委 员 邓瑞平 丁丽柏 江保国 茅友生

林广海 裴 普 石现明 宋渝玲

王玫黎 徐 泉 徐 鹏 袁成第

禹华英 张春良 周 江

总 序

中国的学术进路是艰难的,因为在中国学术之上有一个挥之不去的西方“情结”,不论是赞成抑或反对,它作为评价中国学术之是非真伪、优劣高下的“准据法”似乎确实存在。中国的学术进路又是满载着希望的,因为中国的学人明白了,这“准据法”只具有相对合理的意义,我们既不应回避它,也不应止于它,而应穿越它。这穿越之路,既是中国学术的生路,也是中国国际私法学术的生路。

细思量,国际私法在中国西风东渐以来既是发展的,也是停滞的。中国国际私法学人已经有了自己的精神家园,并且在韩德培、李双元等老一辈学者的范导下取得了一系列堪称辉煌的成就,推动了国别国际私法的研究、完成了《中华人民共和国国际私法示范法》的编撰并实质性推动了《涉外民事关系法律适用法》的出台。现时代,一批新人开始崭露头角,一系列国际私法著述开始规模化出现,一个中国气象的研究风格开始成型。

这一切都昭示着,中国国际私法正在渐入佳境!

就此而言,中国国际私法是发展着的。但与此同时,正如费希特在“论社会的人的使命”中所言:“共同的完善过程就是我们的社会使命,这个过程一方面是别人自由地作用于我们,造成自我完善的过程,另一方面是我们把他们作为自由生物,反作用于他们,造成别人完善的过程。”^[1]我们必须清醒地意识到,中国国际私法更多的还只是一个受众,尚处在被完善的过程中,亦未形成足以完善他人的中国理论。简单地说,中国国际私法似乎还远未建构出自己的主体性。这并不是否认前辈们的功绩,不同的时代有不同的使命,中国国际私法前辈们业已完成了他们那个时代的使命。现在的问题是,现时代的中国国际私法学人是否业已意识到并自觉地承担起反向促进、共同完善的历史责任?

基于上述考虑,《西南国际私法文丛》度时而动,她以西南政法大学国际私法学人为智识支持,集结西南政法大学国际私法教学科研人员、优秀学子的学术贡献,力求展示一种我们认同的国际私法品位。

《西南国际私法文丛》应当是法理型的,这是我们对她的基本定位。西南国际私法走法理型的研究进路既源于外在的客观要求,也源于内在的主动抉择。国际私法的研究进路可以有多种选择,从规则与比较层面研究国际私法,学界前辈及同辈已颇有建树。至于国际私法的法理研究,虽不断有学者振臂呼吁并亲力践行,但终因启动较晚而仍有广阔空间。源于对国际私法研究法理型进路的认同,我们愿意并尝试为此贡献自己的智识。

《西南国际私法文丛》还必须是内生型的。从方法论角度来看,任何学术研究可分为两类:一是外延扩大再生产,二是内涵扩大再生产。国际私法的研究也不外于此。外延扩大再生产是指一种逐奇猎

[1] [德]费希特:《论学者的使命 人的使命》,梁志学、沈真译,商务印书馆1984年版,第23页。

新的研究方式,它胜在信息把握的全面、前沿和及时更新,往往败在贪多不嚼,难免“消化不良”;浮于人云亦云,所提方案往往“水土不服”。内涵扩大再生产则要求通过不断深入的反思实现研究成果的深度拓展,特别要求在面对域外经验或成功制度时要有主体性的鉴别意识,而不是简单的拿来主义。内生型的研究方法不仅始终操持一种理性反思的姿态,而且还始终立足于中国问题的地方处境来进行理性反思的姿态。这理当是《西南国际私法文丛》所应秉持的品格。

经由法律的治理来造福生民,这是古今中外的人类实践所共同肯认的最佳方案。中华民族的伟大复兴与和平发展也必须要以法治为支点。国际私法是实现涉外民事法治的基本法律手段,是关于各国法律体系间和谐的基本法律方案,以多林格观点看,国际私法“能增进组成国际共同体的各民族的相互理解”,“导致各民族的趋同,并为他们的和平共处作出贡献”。在此意义上,中国国际私法之进展盛衰实足成为衡量中国拓展世界影响和未来建构能力的尺标。以之为路径,《西南国际私法文丛》愿荐西南学子之才智,为之孜孜而求。这是时代的使命,也是西南国际私法学人该当的责任。

或许有读者谓上述理想虽“志存高远”却难以践行,不啻为学术的“乌托邦”。对此我们以为,即便是“乌托邦式”的思考,也是应为之事。毕竟,乌托邦的意义并不在于乌托邦本身,而在于告诉我们距离理想还有多远。

是言以励志,是言以为序!

刘 恕 树

概 要

本书总体上采三分结构,别为“问题”(第一章)、“方案”(第二章至第六章)、“修正”(第七章至十一章)三个相对独立的篇章,最后部分(第十二章)并非附会之赘篇,而是总结并贯穿全文前述板块、激活其间因果回和之关系而使国际私法之诸零碎环节成就为动态系统的点睛之笔。

在人生这一终极目标上,世间万艺包括国际私法皆为手段,这些手段存在的合法性,及其如何存在的合适性必须在服务于人生问题的解决这一功能上予以证立。国际私法的问题对象也是人生问题之一,是人类在涉外交往过程中形成的私关系。此关系的生发刺激了国际私法的产生,此关系的特征及其识别则是国际私法介入予以合法调整的基础。因此,释明国际私法问题对象的生成条件,厘定它的比较特征,建构它的识别准则,就是清理国际私法的地盘或有效域,也是为其功能发挥作的奠基性工作。这构成本书的问题篇。

涉外私交往并不直接构成问题,毋宁说其伴生

的法律冲突才构成人生问题。法律冲突的出现及其渐显也不直接催产国际私法，国际私法主要作为一种迂回调整的方案，它委屈以求全的方略之于初民未经启蒙的简单思维而言过于高玄，因之，初民针对法律冲突的问题采取的是条件反射式的、朴素而直接的解决方案——法院地法。因地域之别而致案件处理结果有异，这对于习惯了整全或一致性思维的初民而言是难以承受的精神分裂。为涉外交往求得一种不仅仅是解决而已的结果，成为初民们新的、一种必得而后安的欲求，这种欲求证伪了既有解决方案或说无法从中获得满足。对这种欲求的回应刺激了新方案的产生，这种新方案我们名之曰国际私法。

国际私法所针对的法律冲突不只是静态的国别法律差异，而必须是有静态差异的国别法律之间的动态竞争关系，这种关系的竞争性要求法律冲突必须是有效的冲突，即在冲突过程之中彼此承认对方的平等性及立足其上的有效性和可适用性。西方的原子世界观直接契合此种法律冲突观，从而被认为是国际私法的原产地，以尊卑位序为特征的炎黄天下观因先天促致法律冲突营养不良而被认为是与国际私法格格不入的异度空间。秉承国际私法对等持衡、彼此承认的内在逻辑，此种以西非中的立场是反冲突法精神的，化外人相犯条实堪作为盛世唐朝的冲突法之花，它与巴托鲁斯的法则区别说构成冲突法若干可能形态之中的两种最早的域化表达，二者之别如同法则区别说之于法律关系本座说之别，此差别不构成冲突法的“是非”标准，而只构成冲突法的“类型”标准。

风流总被雨打风吹去。国际私法的中外开端作为法律冲突的解题方案曾因其有效性而得一度风流、引领数世风骚，但终因历史在法律冲突解目标上的时尚变迁而遭弃置，因应不同时尚的解题理路构成一条进化之旅：从化外人相犯、法则区别说到法律关系本座说，萨维尼对法则区别说的价值重估与革命完成了对国际私法的近代化改造；从法律关系本座说到柯里的政府利益分析说，柯里与其盟友共

同发力掀起了暴风骤雨式的美国冲突法革命,革命中的批判与反思、革命后的调整与重构,在国际私法之中实现了激情与理性之吻,促成了国际私法的现代化。国际私法的现代化在大陆法系与英美法系内部各自呈现为方法化与规则化的中和效应,现象为法系间的分殊与会通。

为践行国际私法独特的解题理路,相应的具体方术被发展出来。实践主流理路即现代化了的法律关系本座说的具体方术可化约为找法与用法两步骤,它以冲突规范为基本规范,通过格式化的范围与公式化的系属之间的动、静态配置,按照定性、定位确定准据法,再通过定义适用准据法。至此构成本书的方案篇。

不同方案之间的兴废主次关系表明不同方案对解题欲求有程度不同的满足。为最大限度回应解题诉求,即便是主流的解题方案也必须对解题效果进行调整,这就涉及对选法与用法两阶段的修正。因应解题诉求的不同品味,为追求判决一致、捍卫本然秩序、贯彻密切联系、实施公序保留、弥补适用错误,国际私法相应地发展出日益精深的一致性、回复性、合理性、安全性与救济性五大修正制度。此即为本书的修正篇。

最后但也是最重要的部分是从系统角度通盘整合国际私法解题方案,从受案法院对本诉问题的定性开始,尽可能地层层演示国际私法选法与用法所包含的所有环节,如时际冲突、区际冲突、人际冲突、反致、先决问题等,以及贯穿其间的各种修正制度之适用,据此完整地再现此前过程中被肢解、被静观的各方案要素,复原实践中“活”的国际私法流程并进行国际私法的“活”运用。

目 录

概 要 / 1

第一编 问题篇

第一章 国际私法的问题对象 / 3

第一节 问题对象的生成条件 / 3

一、生成条件的廓清 / 4

二、生成条件的界定 / 5

第二节 问题对象的比较特征 / 8

一、法律关系与社会关系之争 / 8

二、私法关系与公法关系之别 / 12

三、涉外关系与内国关系之异 / 18

四、法律冲突的可能性 / 37

第三节 问题对象的识别准则 / 50

一、要素分析法 / 50

二、要素分析法的问题 / 62

三、要素分析法的修正 / 66

第二编 方案篇

第二章 国际私法的历史开端 / 75

第一节 国际私法的生成条件 / 76

一、法律冲突的产生 / 76

二、其他解题方案的无效性 / 78

三、国际私法方案的有效性 / 79

第二节 中华开端的合法性 / 81

一、失语的中国:被边缘化的他者 / 81

二、化外人相犯条的冲突法性质 / 88

第三节 中外开端的历史背景 / 93

第四节 中外开端的技术表达 / 98

第五节 中外开端的文明传统 / 105

第六节 中外开端的立意境界 / 113

第三章 国际私法的解题理路 / 117

第一节 国际私法的酝酿时期 / 119

一、万民法阶段 / 119

二、属人法阶段 / 120

三、属地法阶段 / 120

第二节 国际私法的朴素时期 / 121

一、意大利法则区别说 / 121

二、法国法则区别说 / 124

三、荷兰国际礼让说 / 126

第三节 国际私法的近代化 / 128

一、萨维尼的冲突法革命 / 128

二、法律关系本座说 / 135

三、萨维尼的抱负及命运 / 139	139
第四节 近代时期的其他学说 / 145	145
一、孟西尼的三原则 / 145	145
二、斯托里的立法同意说 / 146	146
三、戴西的既得权说 / 148	148
第五节 国际私法的现代化 / 151	151
一、美国冲突法革命的酝酿 / 151	151
二、美国冲突法的司法革命 / 160	160
三、美国冲突法的学术革命 / 162	162
四、后革命时代 / 172	172
五、大陆法系的动态 / 191	191
第六节 两法系的殊异与会通 / 195	195
一、四段论的时间历程 / 196	196
二、二分法的逻辑流派 / 197	197
三、循环式的辩证征程 / 199	199
第七节 现代格局及趋势 / 200	200
一、重审冲突法革命 / 200	200
二、欧盟冲突法的方法化 / 205	205
三、美国冲突法的规则化 / 206	206
第四章 国际私法的解题方术 / 210	210
第一节 国际私法的解题规范 / 210	210
一、流程论 / 211	211
二、一机两翼论 / 213	213
三、人体构造论 / 213	213
四、功能导向论 / 214	214
第二节 国际私法的规范渊源 / 220	220
一、渊源特征 / 220	220

二、具体类型 / 222

三、渊源位序 / 243

第三节 国际私法的解题方法 / 250

一、直接调整与间接调整 / 250

二、统一适用与分割适用 / 255

三、主观论与客观论 / 257

第五章 国际私法的基本规范 / 262

第一节 冲突规范的特征 / 262

第二节 冲突规范的要素 / 264

一、范围及其表现 / 265

二、系属及其类型 / 271

三、连接点及其性态 / 284

第三节 冲突规范的公式 / 294

一、范围及其格式化 / 295

二、系属及其公式化 / 297

三、范围—系属的配置 / 323

第六章 国际私法的基本任务 / 342

第一节 准据法的界定与确定 / 342

一、准据法的界定 / 342

二、准据法的确定 / 350

第二节 定性 / 351

一、定性的本质与结构 / 351

二、定性的主体 / 356

三、定性的客体 / 357

四、定性的功能 / 359

五、定性的标准 / 360

- 六、定性的结论 / 380
- 七、我国的规定 / 385
- 第三节 定位 / 390
 - 一、域际定位 / 390
 - 二、时际定格 / 394
 - 三、人际定类 / 402
 - 四、质际定向 / 403
- 第四节 定义 / 405
 - 一、外国法的查明 / 405
 - 二、外国法的理解 / 422
 - 三、外国法的定性 / 437
 - 四、我国的规则 / 440

第三编 修正篇

第七章 一致性修正:反致及其延展 / 445

- 第一节 本诉一致 / 446
 - 一、超越相对:反致的创设 / 447
 - 二、相对一致:一般反致 / 451
 - 三、绝对一致:双重反致 / 452
- 第二节 先决一致 / 477
 - 一、先决问题的成问题性 / 478
 - 二、先决问题的有因处理 / 485
 - 三、有因处理的无因化及其调整 / 489
 - 四、有因处理的相对化 / 492
 - 五、先决问题法律适用的综合处理 / 496
- 第三节 后决一致 / 499
- 第四节 我国的规则 / 501

一、关于反致 / 501

二、关于先决问题 / 502

三、关于后决效应 / 502

第八章 回复性修正:法律规避及其禁止 / 504

第一节 法律规避的条件审思 / 504

一、条件构成 / 504

二、条件构成之反思 / 506

三、法律规避的条件重构 / 514

第二节 法律规避的效力论争 / 515

一、规避无效的论证方案 / 516

二、规避有效的论证方案 / 518

三、论证的相对优势与相对优势的论证 / 521

四、相对优势方案的相对化:芝诺悖论及其启示 / 530

五、合法规避 $\neq$ 有效规避 / 535

第三节 反法律规避制度的功能评析 / 536

一、反规避的传统功能定位 / 536

二、对传统功能定位的反思 / 540

三、对传统功能定位之再定位 / 547

四、从结论出发:当事人抑或法官规避 / 557

五、作为过渡的小结:魔道相争的辩证法 / 562

第四节 法律规避的类型反制 / 563

一、法律规避的类型识别 / 563

二、法律规避的反制方略 / 569

三、法律规避的反制措施 / 574

四、法律规避反制之反思 / 578

五、我国的规定 / 579

第九章 合理性修正:密切联系及其例外 / 580

第一节 准据法确定中的反理性 / 581

一、国别管辖的蝴蝶效应 / 581

二、全球定位的先天缺憾 / 583

三、确定过程的变动风险 / 583

第二节 最密切联系的修正 / 584

一、前伸趋势 / 586

二、后延趋势 / 587

第三节 我国立法模式及效应 / 589

一、立法模式 / 589

二、消极效应 / 594

第四节 我国的司法调整 / 598

第十章 安全性修正:公共秩序及其保留 / 601

第一节 公共秩序之认知:经验与判断 / 601

一、认知如何可能 / 602

二、公共秩序之认知 / 606

第二节 公共秩序的界定:存在与时间 / 611

一、应否界定公共秩序 / 611

二、超时间的存在:同语反复的大陆模式 / 614

三、时间性存在:个案把握的英美模式 / 618

四、如何界定公共秩序 / 621

第三节 公序保留的类型:正宗与延异 / 624

一、正宗手法及其延异 / 625

二、基底变形:从国家到法域 / 627

三、功能变形:从防御到进攻 / 628

四、效力变形:萎缩与扩张 / 633

五、方向变形:公共秩序的反射 / 645