

法学基础课程导读与前沿指引系列丛书

国际私法学

余先予
编著



中国商务出版社
CHINA COMMERCE AND TRADE PRESS

法学基础课程导读与前沿指引系列丛书

国际私法学

余先予 编著

中国商务出版社

图书在版编目(CIP)数据

国际私法学/余先予编著. —北京:中国商务出版社,
2008. 1

(法学基础课程导读与前沿指引系列丛书)

ISBN 978-7-80181-840-9

I. 国… II. 余… III. 国际私法—法的理论—教材
IV. D997

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 009162 号

法学基础课程导读与前沿指引系列丛书

国际私法学

余先予 编著

中国商务出版社出版

(北京市东城区安定门外大街东后巷 28 号)

邮政编码:100710

电话:010—64269744(编辑室)

010—64295501(发行部)

零售、邮购:64263201

网址:www.cctpress.com

E-mail:cctp@cctpress.com

北京中商图出版物发行有限
责任公司发行

中国农业出版社印刷厂排版
上海市崇明堡港印刷厂印刷

787 毫米×980 毫米 16 开本

15.75 印张 296 千字

2008 年 1 月第 1 版

2008 年 1 月第 1 次印刷

印数:4000 册

ISBN 978-7-80181-840-9

D·123

定价:28.00 元

版权专有 侵权必究

举报电话:(010)64212247

法学基础课程导读与前沿指引系列丛书

编委会

主 任 陈晶莹

副主任 贾 平 邓 旭

编 委 (以姓氏笔画为序)

王 诚 毛燕琼 余先予

张 婷 杨宏芹 刘 瑛

倪受彬 桂亚胜 唐红林

序

上海对外经济贸易学院是一所特色鲜明的商科类大学。上海对外经济贸易学院法学院秉承学校以学生成才为本的办学理念,自1995年建院始即坚持“宽口径、重基础、创特色”的办学思想,倡导法学基础课程教学的理论化和法学专业课程教学的实务性的教学模式,并在重视法学基础课程教学过程中凸显法学理论的实际应用。自全国高较扩大本科生招生规模以来,学院不断探索、改进,探索法学教学的改革方略,通过编写、使用《法学基础课程教学笔记》这一辅助教材,帮助学生课前预习、课后复习。《教学笔记》中含有课程各章节的重点、难点、焦点以及相应的教学案例和思考题,借以辅助教学,提高了学生在课堂中的学习效率。经过几年的尝试、积累和总结,我们深刻认识到,《法学基础课程教学笔记》尚有更新升级的空间。学院邀请校内外专家研讨论证,确定将原来的教学笔记升格为《法学基础课程导读与前沿指引系列丛书》实属必要。

《法学基础课程导读与前沿指引系列丛书》共14本,包括:法理学、宪法学、经济法学、民法学、商法学、行政法与行政诉讼法学、国际经济法学、国际私法学、国际法学、民事诉讼法学、中国法制史、刑法学、刑事訴訟法学和知识产权法学。根据国家教委的规定,所有设置法学专业的高等院校都必须开设14门法学基础课程。《法学基础课程导读与前沿指引系列丛书》涵盖了法学基础课程教学大纲的知识点、各章要旨等内容,教材对于教师而言,可以辅助教学、提升单位时间内的教学效率;对于学生而言,则可以辅助学生较快地熟悉和准确地掌握教材内容,优化学习方法和思考方法,并引导学生进一步学习和掌握学科发展动态、前沿信息。同时,该教材还将全国统一司法考试的基本要求纳入其中,使教材具备了多重效用。

该丛书的编写体例包括两大部分,即“课程导读”与“前沿指引”。在“课程导读”部分,凸显了两大特点:一是在章节之间设定了“前后置课程、章节的关联”部分,旨在指导学生在课程学习中较好地掌握不同课程间、章节间的关联性;二是在导读中设定“典型案例”部分,运用典型的案例辅助学生学习,更好地培养了学生的实务能力,即发现问题、思考问题、分析问题和解决问题的能力。而在“前沿指引”中则有针对性地推介与课程领域相关的学术前沿理论、阅读文献及索引,使读者在运用教材过程中,得以了解相关学术前沿,拓展了知识领域。此乃本丛书的创新之处。

本丛书可应用于法学学科基础课程的教学与学习,不仅有课程主要内容的凝练,而且有相关学术前沿的介绍、案例、思考题及推荐阅读书目。在开设法学基础课程教学的高等院校,既适合于教师教学使用,也满足了学生学习需求。同时本丛书在相当程度上满足自学法学知识者的需求,能起到很好的辅助自学作用。

《法学基础课程导读与前沿指引系列丛书》的面世,不仅展示了上海对外贸易学院法学院人在该领域的学术思想,凸显了学院基础法学教学特色,而且将成为我国法学教学改革和发展的新窗口。“完善、提高”一直是本丛书编写的努力目标。

在《法学基础课程导读与前沿指引系列丛书》的编写和筹备出版过程中,我们聘请了校内外专家、学者进行评审,专家们给予了高度的评价,并提出了宝贵的意见,为丛书的出版奠定了基础。这些专家包括华东政法学院的吴弘教授、徐永康教授、刘宪权教授、戴永盛教授;上海交通大学的叶必丰教授、上海对外贸易学院的周斌教授、上海对外贸易学院的外聘教授余先予教授等。在此,我们谨向为这套丛书的编写作出贡献的同行专家和学者表示诚挚的谢意!

《法学基础课程导读与前沿指引系列丛书》的出版得到中国商务出版社的鼎力支持,在此深表谢意!

《法学基础课程导读与前沿指引系列丛书》编委会

2006年8月

目 录

绪论	(1)
----------	-----

第一篇 总 论

第一章 国际私法概述	(4)
第二章 冲突规范	(32)
第三章 外国法的适用	(47)

第二篇 各 论

第四章 国际私法关系的主体	(65)
第五章 涉外物权的法律适用	(86)
第六章 涉外知识产权的法律适用	(101)
第七章 涉外债权的法律适用	(116)
第八章 对外经济贸易之债的实体法调整	(136)
第九章 涉外婚姻与亲权的法律适用	(145)
第十章 涉外继承权的法律适用	(154)

第三篇 特 论

第十一章 区际法律冲突	(162)
第十二章 内地与港澳台区际法律冲突的解决	(171)
第十三章 港澳台相互之间及其与内地区际法律冲突的解决	(179)

第四篇 程 序

第十四章 涉外民事诉讼管辖权	(209)
第十五章 国际民商事司法协助	(219)
第十六章 国际商事仲裁	(227)

绪 论

一、国际私法与国际私法学在法律体系和法学理论体系中的地位

人类进入文明时代以后,法律成了社会生活的准则。法律规范从简单到复杂、从习惯法到成文法、从民刑不分到民商分立,已经发展成了一个庞大的规则群集。这个群集如果杂乱无章,就不仅不能发挥其建规立矩、抑恶扬善、统制导行的作用,而且还会体系混乱、相互矛盾、前后不一、上下冲突、左右抵触,形成一堆乱麻,使执法者束手束脚,无法运用好法律这个武器来管理好国家和社会生活,使平民百姓不知道什么是法律保护的、什么是法律限制的、什么是法律禁止的,一头雾水,无所适从。这样下去,国家与社会生活就不可能有序运转,国家的兴旺富强、人民的安居乐业,都会大打折扣。于是,为了更好地发挥法律的正面作用,就有了建立社会法律体系的需要。

法律体系是法律规范组成的合理分工、相互配合、相互协调、相互补充的系统。这个系统上下层次有序,左右安排周全,内部联结紧密,使不同级别、不同方面、不同性质、不同内容的多种法律规范形成一个法律规范的整体,共同来调整好各方面的社会关系。

从整个世界来说,法律制度的体系大致可分为各国国内法体系和国际法体系两部分。

国内法体系以宪法为最高层次,下面分实体法、程序法、冲突法三类。

实体法是规定法律关系当事人实体权利义务的法,各国实体法的设置有所差异,但大致范围相同,有民商法、刑法、行政法、知识产权法等,在这些基本法下面,可以设置行政法规、部门规章、地方性法规等层次的规范。

程序法是调整纠纷当事人之间以及纠纷当事人与处理纠纷的机构之间权利义务关系的法,包括民事诉讼法、刑事诉讼法、行政诉讼法、仲裁法等。

冲突法是规定涉外民商事法律关系如何适用法律的法,包括法律冲突法(或法律适用法、法律选择法)和直接适用的法。这里把直接适用的法列进来,是因为它是法律适用范畴内的事,它的出现使本来存在法律冲突的事情排除了法律冲突。

国际法体系是主权国家之间达成共识,签订协议,所形成的国际社会运转的一系列规则,包括国际公法、国际私法和国际经济法。国际公法是调整主权国家

之间以及主权国家与政府间国际组织之间的国事关系的法。国际私法是调整国际(涉外)民商事关系的法。国际经济法是调整跨国经济关系的法。

由此可见,国际私法在法律体系中占有非常重要的地位,它从整体上来讲,是国际法体系的一个组成部分,三分天下有其一。不仅如此,由于它调整的国际民商事关系,从一个国家的角度来说,属于涉外民商事关系,每一个主权国家都有全权处理其涉外民商事关系的能力,都可以颁布自己的国际私法,确定本国的涉外民商事关系如何适用法律的制度。从这个意义上说,各国的国际私法也是其国内法的一个重要组成部分。因此,国际私法规范是一个复杂的复合体,横跨国际法与国内法两大法律体系,处于国际法与国内法的边缘地带,具有非常特殊的地位。

以上讲的是国际私法在法律体系中的地位。下面我们再来考察一下国际私法学在法学理论体系中的地位。

国际私法学是国际私法规范及其所调整的国际民商事法律关系在理论上的反映。

自从社会出现了一个能言善辩的被恩格斯称之为法学者阶层的人以后,法学得到了很大的发展。经过历代法学家的开拓、探讨、创新和积累,法学也成了—一个庞大的理论体系:有理论法学、历史法学、宪法学、部门法学(民法学、商法学、行政法学、刑法学、知识产权法学、诉讼法学、仲裁法学等)、国际法学等。

正像国际法律规范的三分法一样,国际法学也分为国际公法学、国际私法学和国际经济法学。国际私法学作为研究调整国际民商事关系的法律适用规范及其所管辖的国际民商事法律关系的学科,在国际法学体系中具有举足轻重的地位,在经济全球化和国际化不断推进、各国对外开放的程度日益加深的条件下,国际私法学研究的对象更加复杂和广阔,国际私法学在社会生活中的指导作用更加凸显,学子们钻研国际私法学的劲头更旺。真的是这样:在一个全方位对外开放,到处都有涉外法律关系,请进来、走出去已经成为家常便饭的社会里,一个普通公民没有一点国际私法学知识都会感到寸步难行,何况你是一个受过高等法律教育的学生,不好好掌握国际私法学知识能行吗?!

二、本课与前置、后置课程的关联

本课前置课程:

本课程是法学理论体系中较难学的一门课程,有自己固有的一套特别的理论和制度,要具有一定的法学理论指导和法律概念支撑,才能学好。因此,学好前置课程就显得很重要。

本课的前置课程有:

法理学:从理论思辨的角度提供支撑和作好铺垫。

宪法学:从宪法原则和国家制度的角度提供支撑和作好铺垫。

民商法学:从法律关系的性质和民商事实体权利义务分类方面提供支撑和作好铺垫。

国际公法学:从国家主权和国际交往关系的角度提供支撑和作好铺垫。

民事诉讼法学:从民商事纠纷解决的程序的角度提供支撑和作好铺垫。

本课的后置课程:

本课程属专业基础课,学好本课也为后续专业课的学习趟开了道路。

本课的后置课程有:国际经济法总论、国际贸易法学、国际投资法学、国际金融法学、知识产权的国际保护等。

第一篇 总论

第一章 国际私法概述

一、本章学习目标

学习本章的目的,在于掌握国际私法的基本理论,为后续各章的学习打下初步基础。俗话说:头难,头难。做任何事情,学任何课程,都要跨出坚实的第一步,后续的问题才能解决得比较顺当。学习国际私法学这样一门法学中比较难学的课程更是如此。我们只有把第一章国际私法学涉及的各项基本理论问题掌握好了,后面各章的学习就能真正进入角色,做到事半功倍。否则一开始就吃夹生饭,后面的学习就会变得困难重重。所以同学们要下决心首先把第一章学好。

第一章包含的国际私法学的基本理论问题有:国际私法的概念和调整对象、国际私法的范围和性质、国际私法的渊源、国际私法的基本原则、国际私法的作用;海牙国际私法会议的历史地位、中国国际私法的立法发展等。这些都是学习后续各章所必须掌握的基本理论和基础知识,是有联系地辩证地思考分析各项涉外法律问题的知识基础,一定要下工夫钻进去。

二、本章内容提要

第一节 国际私法的概念

(一) 国际社会与国际私法

国际私法,有时又称为冲突法或涉外民商事法律适用法,是专门调整涉外民商事关系的法律规范,其中主要是法律适用规范。它的产生和发展与国际社会的经济、文化交流及人民之间相互往来有着不可分割的联系。

人类社会从野蛮进入文明时代以后,产生了国家组织,形成了国内社会,建

立了国内法律秩序。随着国家之间及各国人民之间往来的增多,特别是人类进入资本主义时代之后,资本所有者需要到处开拓到处栖息,又逐渐形成了国际社会,需要建立国际社会运作的法律秩序。国际法律秩序就主权国家之间而言是国事关系秩序,即国际公法秩序;就自然人、法人、团体、单位之间的跨国交往关系而言是国际民商事关系的秩序,即国际私法秩序。可见当代人类社会的生活秩序由三个板块组成:纯国内法律秩序由各国国内法维持,主权国家之间的法律秩序由国际公法确定,国际民商事法律秩序由国际私法维护。这三大板块,在人类社会还需要国家这类政治组织的时候,格局不会变化。三者相辅相成相通,共同构造人类社会生活的法律秩序。因此在维护整个人类社会生活秩序的手段中,国际私法可以说是三分天下有其一。

国际私法自意大利的法则区别说产生以来,特别是西方社会进入资本主义阶段之后,一直被看成是调整所谓“文明国家”之间的民商事关系的法律,广大的殖民地半殖民地国家被排斥在享有国际私法权利的范围之外。以国际私法规范及其所调整的国际民商事法律关系为研究对象的国际私法学,也被少数西方学者所垄断。他们中有人曾故弄玄虚,把国际私法学说成是“没有道路的森林”、“怀疑的海洋”、“智慧的监狱”,使之蒙上了“不可知论”的迷雾。中国曾经是半封建半殖民地国家。西方列强在我们的领土上一度享有“领事裁判权”,外国侨民不受中国法律的管辖,涉外案件只能由领事法庭处理。一个国家连涉外案件都没有权力管,何谈国际私法的适用?!第二次世界大战以后,在国际私法领域的一个重大变革,就是打破了西方“文明国家”的垄断,一些过去被剥夺了适用国际私法权力的新兴独立国家,作为国际社会的当然成员,其所属公民、法人在国际民商事交往中的权益,也能够运用国际私法制度来得到保护。中华人民共和国成立之后,我国的公民和法人也以崭新的面貌参与国际民商事活动,成为国际私法关系的主体,享有了独立运用国际私法的权利。懂得中国历史艰辛的人都知道这个权利来之不易,我们应当十分珍惜。

(二) 国际私法的调整对象

国际私法的调整对象是指国际私法所调整的社会关系,即涉外商事关系,简称涉外民事关系。

涉外民事关系习惯上又被称为“涉外民事法律关系”,意思是指需要法律干预的那一部分涉外民事关系。涉外民事关系是多种多样的,有些不需要由法律调整,如涉外的思想关系、情感关系、伦理道德关系等,法律都不必过问;而另一些如财产关系、人身关系等则必须由法律调整。国际私法调整的涉外民事关系,就是需要由法律调整的那一部分民事关系,所以人们称之为涉外民

事法律关系。

涉外民事法律关系的特点有:

第一,具有涉外因素。

法律关系的最本质特征,是当事人之间存在法定权利与义务的联系。国家通过立法、执法和司法活动,保障法律关系当事人的权利与义务的实现。涉外民事法律关系也不例外,只是这种法律关系的权利与义务的内容具有涉外的性质,即包含有涉外因素而已。

涉外因素又称外国因素或国际因素,是国际私法学上的一个基本术语,指的是法律关系权利和义务各要素中具有涉及外国的成分。这些涉及外国成分表现在:

- a. 法律关系的权利义务主体中有外国人;
- b. 法律关系权利义务指向的客体在国外;
- c. 引起法定权利义务产生、变更或消灭的法律事实发生在外国。

一项民商事法律关系中的涉外因素可以是单一的,只在上述某一方面具有外国成分;也可以是多元的,在上述两个或三个方面都具有外国成分。确定一项民商事法律关系的涉外性质,只要在一个方面认定其具有涉外因素就足够了。

民商事法律关系中涉外因素的存在,使该法律关系不再是单纯的国内法律关系,而是成了涉外民商事法律关系。这种法律关系比一般的国内民商事法律关系要复杂一些。它不只是与一个国家的法律发生联系,而是与两个或两个以上的国家的法律发生了联系,产生了法律适用上的冲突。

第二,属于广义的民商事关系。

涉外民商事法律关系的另一个特点,就是它是广义的民商事法律关系。民商事法律关系是指民商法所调整的那部分社会关系,其中主要是主体地位和权利平等基础上的财产所有与流转关系,也包括一部分人身关系。各国民商法调整的社会关系的范围不尽一致,某些国家从历史传统和现实需要考虑,将一部分特殊的民商事法律关系单独划分出来另立一个法律部门,让作为民法特别法的商法去调整;与这类“民商分立”的国家不同,另一些国家实行“民商合一”的制度,商事法律关系包括在民法调整的范围之内。也就是说,各国民法所调整的民事法律关系的范围有宽有窄。这作为国内法上的一种划分,完全由各国自主决定。而国际私法是调整国际或涉外民事法律关系的法律,涉及许多别的国家,不能只考虑一个国家的法律制度,而要综合考虑世界各国的法律制度。因此,在确定国际私法的调整对象(涉外民事法律关系)的时候,不能迁就某个国家民法调整范围宽窄的特殊性,不必考虑其间的差别,而应把整个涉外民商事法律关系总体上都放在国际私法的调整范围之列,只要是具有涉外因素的民商事性质的社

会关系,就是国际私法调整的对象,而不管国内法上它是受哪一个法律部门调整的。

当然,国际私法是调整涉外民商事法律关系的基本法。它只是从总体上管辖涉外民商事法律关系。随着国际经济关系的发展,国际私法某一方面的规范,可能迅速发展起来,并逐渐脱离曾经孕育着它的国际私法母体,与其他一些法律规范组合,形成新的法律部门。从国际私法的传统领域中分化出一部分法律关系由新的法律部门去调整,这是国际私法向前发展的标志。海商法、国际贸易法、国际经济法形成之后,它们的调整对象远远超出了原来国际私法债权部分的范围。不过,这并不妨碍在国际私法中仍要讨论处理各类涉外之债的一般原则,其中包括对外经济贸易之债的一般原则。这与高能物理学虽已形成,在普通物理学的物质结构中仍要讨论基本粒子;海洋法虽已形成,在国际公法中仍要讨论领海、大陆架等问题的道理是相同的。因为对于任何一个研究对象,既需要从总体上去把握它,又需要从各个局部去深入探讨它。这种科学体系上的分工与配合,在自然科学和社会科学的发展史上是屡见不鲜的。这是一种合理的交叉,而不是简单的重复。

由此可见,国际私法既与国内民法相区别,因为它调整的法律关系具有涉外因素;又与国际公法相区别,因为它调整的是国际间的民商事关系,而不是主权国家之间的国事关系。正是这些区别反映出国际私法的特殊性和它作为一个独立的法律部门而存在的意义。

(三) 涉外民商事关系的调整方法

涉外民商事关系发展到今天,已经是一个很复杂的系统。当它还处在相对简单状态的时候,一般由国内专用实体法(如古罗马的万民法)或由冲突法(如中国唐律中的法律适用规则)去调整。到了资本主义时期,随着涉外民商事关系的增多,各国都选择了冲突法这种形式来调整这类社会关系。因为人们认为通过冲突法来选择适用本国法或外国法是一种比较合理的办法。但是 19 世纪末以后,随着社会的进步和国际交往的发展,人们感到用冲突法作为唯一的形式去调整涉外民事关系已显不足,继而寻求到另外两种方法,既统一实体法的调整方法和国内专用实体法的调整方法。因此,就当代而言,涉外民商事关系法律调整有两类方法:一是冲突法调整的方法,二是实体法调整的方法。冲突法调整的方法又称间接调整方法,实体法调整的方法又称直接调整方法。

1. 间接调整的方法

间接调整的方法是通过冲突法去选择一种法律作为确定涉外民商事关系当事人之间权利义务的标准。

冲突法的方法是国际私法调整涉外民商事关系的基本方法。过去它曾经起过统筹一切的作用,现在也仍然在起着主要的决定性的作用。只要各个主权国家存在,各国的法律就不可能完全统一,就必须由冲突法来统率涉外民商事法律适用问题的全局。

当然,我们也应该看到,用冲突法来调整涉外民商事法律关系也有其局限性:第一,冲突法是间接规范,它本身不能直接确定当事人的权利义务,根据它无法直接预见法律行为的后果,缺乏法律应有的明确性和预见性;第二,冲突法在长期适用的过程中,各主权国家为了维护自己的利益,确立了公共秩序保留、反致等一系列限制其效力的制度,冲突规范决定了的问题,还可能被公共秩序保留等制度所推翻,使之缺乏稳定性;第三,冲突法所指定的调整涉外民商事关系的法律,一般是某国的实体民商法,对于处理某个特定的涉外民商事关系,可能缺乏针对性。正因为这些局限性使得涉外债权债务关系中的某些问题,冲突法(间接规范)已让位于统一实体法或国内专用实体法(直接适用的法)。但是,即使涉外债权债务领域有一部分法律关系已由直接规范调整,但它在总体上仍需要冲突法来统管。因为非缔约国之间、缔约国与非缔约国之间以及缔约国之间就条约未规定的问题或保留条款涉及的问题而言,还是属于冲突法调整的范围。至于涉外物权、涉外婚姻与亲权、涉外继承权等领域则几乎仍是冲突法的一统天下,只能通过间接规范来调整。因而我们不仅不应忽视对冲突法的研究,而且要大大加强这方面的工作。

2. 直接调整的方法

如果说间接调整的方法是在法律冲突实际存在的情况下解决法律冲突的办法,那么,直接调整的方法就是在法律冲突可能存在的条件下,预先采取措施,避免或排除法律冲突的办法。对于本来可能出现法律冲突的领域,如果两国或多国之间签订双边或多边条约(统一实体规范),那么在这个范围内就避免了法律冲突;如果一国考虑某个领域对国家、民族的利益关系重大,颁布专门的单行法规(国内法专用实体规范)直接调整,完全拒绝在它效力所及的范围内适用外国法,那么也在这个领域排除了法律冲突。统一实体规范和国内法专用实体规范都属直接规范,由它来调整涉外民商事关系,比之由间接规范来调整要更为简便。但对于复杂的涉外民商事法律关系来说,它也有自身的局限性:第一,由于各国的利害矛盾和传统习惯,统一实体法的发展必然很慢,它起作用的范围有限。世界各国不可能对所有民商事法律问题都达成协议;就已经达成协议的部分来说也不可能得到世界上所有国家的认可和批准。因此,对大量没有协议的民商事法律问题仍需要冲突法调整。即使已有协议的领域,在非缔约国之间以及缔约国与非缔约国之间也还要求助于冲突法。第二,由于国际社会交往的需

要,各国颁布国内法专用实体规范也会有严格的限度,不可能很多。否则,事事要求适用国内专用实体法,无疑是把自己从国际社会孤立出来,对国家的发展是不利的。因此,它的适用只能局限于一定的领域,大量的涉外民商事法律问题必须留给冲突法调整。

就某一个具体的涉外民商事法律问题来说,我们或者采用间接规范调整,或者采用直接规范调整,二者必居其一,不能同时并用。因为针对一种具体的法律关系,两种调整方法是互相排斥的,有了直接规范调整就不再需要间接规范调整,但就涉外民商事法律关系的全局而言,两种调整方法又是相互配合互为补充的。谁也不可能完全取代谁。因此,在可以预见的将来,两种方法并用共同调整涉外民商事关系,将是一种长期的格局。尽管国内外都有学者从传统观念出发,主张国际私法只有间接调整一种方法,对直接调整方法的问题还颇有争议。但是,我们认为,如果从唯物史观出发,尊重历史实践,辩证地发展地来观察问题,是不难求得共识的。

(四) 国际私法规范的范围

国际私法规范的范围如何界定,应该包括哪些规范,这个问题与对国际私法调整方法的理解有着直接关系,目前在国内外都存在着争论。综观各国学者的看法,总的说来有两种不同的观点,即限制主义与概括主义。

限制主义主张,国际私法仅包括调整涉外民事关系的冲突规范。英美国际私法学者中有许多人主张,国际私法的全部任务或者主要任务是解决法律冲突问题,因此,国际私法就是“法律冲突法”。

在持限制主义论者中,其论点又可分为严格限制主义与一般限制主义。

严格限制主义主张,国际私法仅仅包括冲突规范。

一般限制主义主张,国际私法除包括冲突规范之外,还包括国际民事诉讼程序规范。

限制主义虽然在认定国际私法范围宽窄上有所不同,但在基本点上是一致的,就是他们认为国际私法就是冲突法。限制主义的出发点,是国际私法的范围应以“构成规范之同一性”为标准。这实际上是偏重法律技术的形式主义,忽略了国际私法的调整对象对于确定国际私法范围的实质意义。面对日益复杂的国际社会的民事交往,研究者如果局限于冲突规范一隅,将很难全面概括涉外民事关系的调整方式,因而必然会发生与现实脱节的弊端。

概括主义认为,应从国际私法的调整对象出发,把涉外民事关系视为一个整体,来确定调整它的规范的范围。因此国际私法应包括解决法律冲突的冲突规范和避免或排除法律冲突的统一实体规范及国内法专用实体规范。

在主张概括主义的学者中,如果仔细分析一下他们的观点,又可以分为一般概括主义与广义概括主义。

一般概括主义认为,国际私法包括冲突规范和统一实体规范。

广义的概括主义认为,国际私法是调整涉外民事关系的法律规范的总和,不仅包括冲突规范、统一实体规范,而且包括国内法中专门用于调整涉外民事关系的直接适用的法律规范。这样从涉外民事关系的全局出发来确定国际私法规范的范围,符合改革的精神,能够适应涉外民商事交往发展的需要。

概括主义的出发点,是法律关系性质的同一性,即相同性质的法律关系由同一个法律部门调整。这比起限制主义以法律规范形式的同一性作标准来确定国际私法的范围,无疑要科学得多。

(五) 国际私法的性质

国际私法调整的法律关系内外交错,规范种类繁多,渊源比较复杂,所以有关国际私法的性质问题,学术界长期存在争论,没有取得一致意见。争论的焦点有两个,一个是国际私法是国内法还是国际法,另一个是冲突规范属于实体法还是程序法。

1. 关于国际私法是国内法还是国际法的争论

主张国际私法是国内法的学者的理由有很多,诸如从法源上看,国际私法的有关规范多是某一主权国家自己制定的;从主体上看,国际私法关系的主体就是民法关系的主体;从有关国际私法关系的违法事件的处理来看,一般均由国内法院独立作出判决等。应该说这种主张有其合理的成分。但它完全否认国际私法的国际法性质,也有片面性。批评者强调,国际私法中包含有许多国际条约,总不能把它们解释为国内法的规定吧!

主张国际私法是国际法的学者也有很多理由,诸如其调整的法律关系超出了个别国家的范围,具有国际性;国际条约也是国际私法的重要渊源之一等。

主张国际私法是国际法性质的见解,具有很大的合理性。但它完全否定国际私法的国内法性质,则欠妥当。批评者强调,国际私法规范大部分是主权国家自己制定的,这部分不能叫国际法;涉外民事纠纷总是由一国的法院或仲裁机构处理,而一个国家的法院是不能处理国际法性质的争端的。

关于国际私法性质的第三种观点是:国际私法既是国际法的特殊组成部分,又是国内法的特殊组成部分,兼具国际法与国内法的特点。说它是国际法的特殊组成部分,是因为它既有某些与国际公法共同的原则和制度,处理的问题都超出了一国的范围,国际公、私法两者相互影响;但它又和国际公法调整国家间的国事关系不同,国际私法只调整国际民商事关系,两个“国际”具有不同的内容,