



北京市高等教育精品教材立项项目

普通高等教育精编法学教材

国际私法

PRIVATE INTERNATIONAL LAW

田晓云◎主编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

普通高等教育精编法学教材

国际私法

PRIVATE INTERNATIONAL LAW

田晓云◎主编

赵哲伟 乔慧娟◎副主编

北京市高等教育精品教材立项项目



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

国际私法/田晓云主编. —北京:北京大学出版社,2010.6

ISBN 978-7-301-17198-1

I. 国… II. 田… III. 国际私法-高等学校-教材 IV. D997

中国版本图书馆CIP数据核字(2010)第086589号

书 名: 国际私法

著作责任者: 田晓云 主编

责任编辑: 冯益娜

标准书号: ISBN 978-7-301-17198-1/D·2592

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路205号 100871

网 址: <http://www.pup.cn> 电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027
出版部 62754962

印 刷 者: 北京宏伟双华印刷有限公司

经 销 者: 新华书店

730毫米×980毫米 16开本 21.75印张 440千字

2010年6月第1版 2010年6月第1次印刷

定 价: 37.00元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

主编简介

田晓云,女,北方工业大学法律系副主任,法学博士,教授,硕士生导师,中国国际私法学会理事、中国法学会国际经济法研究会理事、北京国际法学会常务理事,北京市中青年骨干教师。主要从事国际私法、国际经济法方向的教学与研究。主编或合作撰写《国际经济法》(人民法院出版社 2004 年版)、《国际商法》(人民法院出版社 2005 年版)、《海商法教程》(对外经济贸易大学出版社 2007 年版)、《涉外民事关系法律适用法》(人民出版社 2003 年版)、《加入 WTO 与中国冶金工业》(冶金工业出版社 2003 年版)等教材和专著。在《河北法学》、《法学杂志》、《甘肃政法学院学报》等法学刊物上发表《我国涉外民商事审判中实体私法条约的适用》、《国际商事惯例的性质研究》、《世界贸易组织中的仲裁》、《意思自治原则确定合同准据法比较研究》、《“直接适用的法”与合同准据法的确定》、《国际商法地位问题研究》、《国际私法中“直接适用的法”探析》、《国际私法前沿问题研究》、《试论 WTO 反倾销协议的功能平衡》、《国际私法中“直接适用的法”性质探讨》、《我国〈对外贸易法〉修改的几个基本问题》等学术论文二十余篇。

目 录

第一章 绪论	(1)
第一节 国际私法的调整对象和调整方法	(2)
第二节 国际私法的范围、名称和定义	(9)
第三节 国际私法的渊源	(14)
第四节 国际私法的性质及其与邻近法律部门的关系	(21)
第二章 国际私法的历史	(27)
第一节 国际私法的学说史	(27)
第二节 国际私法的立法史	(38)
第三节 中国国际私法史	(43)
第三章 冲突规范与准据法	(46)
第一节 冲突规范	(46)
第二节 准据法的确定	(52)
第四章 法律选择中的一般问题	(62)
第一节 识别	(62)
第二节 反致	(66)
第三节 法律规避	(71)
第四节 外国法的查明	(74)
第五节 公共秩序保留	(78)
第五章 国际私法的主体	(87)
第一节 外国人的民事法律地位	(87)
第二节 自然人	(91)
第三节 法人	(96)
第四节 国家	(100)

第五节 国际组织	(104)
第六章 权利能力与行为能力的法律适用	(108)
第一节 自然人权利能力与行为能力的法律适用	(108)
第二节 法人权利能力与行为能力的法律适用	(117)
第七章 民事法律行为与代理的法律适用	(121)
第一节 民事法律行为	(121)
第二节 代理	(125)
第八章 物权关系的法律适用	(135)
第一节 物权及其法律冲突	(135)
第二节 物权关系法律适用的基本原则——物之所在地法原则	(138)
第三节 不动产、动产物权的法律适用	(142)
第四节 信托财产权的法律适用	(147)
第五节 国有化问题	(150)
第九章 合同之债的法律适用	(153)
第一节 概述	(153)
第二节 国际合同法律适用的一般原则	(155)
第三节 中国关于涉外合同法律适用的理论与实践	(163)
第十章 国际贸易合同的法律适用	(169)
第一节 国际货物买卖合同的法律适用	(169)
第二节 国际货物运输合同的法律适用	(173)
第三节 国际货物运输保险合同的法律适用	(178)
第四节 国际贸易支付关系的法律适用	(179)
第十一章 知识产权关系的法律适用	(186)
第一节 国际知识产权的概念和特点	(186)
第二节 知识产权的法律保护和法律冲突	(187)
第三节 国际知识产权的法律适用原则	(191)
第四节 世界知识产权组织和有关知识产权的国际公约	(199)
第十二章 非合同之债的法律适用	(208)
第一节 侵权行为之债及其法律冲突	(208)
第二节 一般侵权行为之债的法律适用	(210)
第三节 特殊类型侵权行为之债的法律适用	(216)
第四节 不当得利和无因管理之债的法律适用	(222)
第十三章 婚姻家庭关系的法律适用	(226)
第一节 结婚	(226)

第二节	离婚	(231)
第三节	夫妻关系和父母子女关系	(235)
第四节	扶养、监护和收养	(241)
第十四章	继承的法律适用	(247)
第一节	法定继承的法律适用	(248)
第二节	遗嘱继承的法律适用	(253)
第三节	无人继承财产的法律适用	(259)
第四节	有关遗产继承的法律适用公约	(261)
第十五章	国际民事诉讼法	(265)
第一节	国际民事诉讼法概述	(265)
第二节	外国人的民事诉讼地位	(267)
第三节	国际民事诉讼管辖权	(272)
第四节	国际民商事司法协助	(280)
第十六章	国际商事仲裁法	(297)
第一节	国际商事仲裁概述	(297)
第二节	国际商事仲裁协议	(303)
第三节	国际商事仲裁程序	(307)
第四节	国际商事仲裁裁决的撤销	(313)
第五节	国际商事仲裁裁决的承认与执行	(315)
第十七章	中国区际民商事司法协助	(321)
第一节	送达	(322)
第二节	取证	(325)
第三节	法院判决的相互承认与执行	(328)
第四节	仲裁裁决的相互承认与执行	(334)
后 记		(341)

第一章 绪 论

要点提示:

- 涉外民商事关系的含义及其特征
 - 理解法律冲突产生的原因
 - 理解直接调整方法与间接调整方法
 - 掌握国际私法范围及规范
 - 掌握国际私法的渊源
 - 了解国际私法的性质
 - 了解国际私法与邻近法律部门的关系
-

国际私法是随着国际民商事交往日益频繁而产生和发展起来的。随着国际民商事交往的发展,形成大量的跨国民商事关系,当事人之间的纠纷则不可避免,因此出现了解决这些纠纷所产生的特定法律问题即国际私法问题,需要相应的法律规范加以调整。国际私法作为国际民商事法律关系的调节器和润滑剂,在国际社会生活中的作用和地位不断加强,并且日益受到人们的重视。^① 国际私法产生发展至今,已经成为重要的法律部门,但对其某些基本理论问题,如国际私法的范围、定义、性质等问题,学界始终存在分歧,而且在各国的立法与实践中也有不同。甚至对于其名称也有不同的称谓,然而,对于任何一个法学学科来说,这些基本理论问题的研究是重要的,而且对立法与实践也有重要意义。

^① 黄进:《国际私法》,法律出版社2005年版,第1页。

第一节 国际私法的调整对象和调整方法

► 一、国际私法的调整对象

调整对象是划分法律部门的重要标准,任何法律部门都有自己的调整对象,即法律所调整的某类社会关系。国际私法作为重要的法律部门,有其特定的调整对象。一般认为,国际私法的调整对象是涉外民商事关系。^①

(一) 涉外民商事关系的含义

涉外民商事关系是具有涉外因素的民商事关系(civil and commercial relations involving foreign elements),也称为国际民商事关系或跨国民商事关系。

对于什么是涉外民商事关系,我国立法未有明确定义。最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见(试行)》(以下简称《民通意见》)第178条对涉外民事关系作了这样的解释:“凡民事关系的一方或者双方当事人是外国人、无国籍人、外国法人的;民事关系的标的物在外国领域内的;产生、变更或者消灭民事权利义务关系的法律事实发生在外国的,均为涉外民事关系。”^②

(二) 涉外民商事关系的特征

涉外民商事关系不同于纯粹的国内民商事关系,它具有以下特征:

(1) 涉外民商事关系的涉外性。涉外民商事关系是具有涉外因素的民商事关系,也就是说,这种民商事关系具有涉外性。这是涉外民商事关系最重要的特征。根据最高人民法院《民通意见》的规定,涉外民商事关系的涉外性主要是从涉外民商事关系的主体、客体及内容方面来判断的,这在学术界被称为“三要素说”。第一,民商事关系主体的涉外性,即当事人一方或双方是外国自然人、无国籍人、外国法人,有时也可能是外国国家或国际组织;需要指出的是,在国际实践中,其住所、惯常居所或者营业所在不同国家的当事人之间的民商事关系有时也被视为涉外民商事关系。举例来说,一名中国籍女子与一名美国籍男子结婚,他们之间的关系是一种涉外婚姻关系;某营业所在中国的公司与营业所在法国的某公司订立货物销售合同形成的是国际货物买卖合同关系。第二,民商事关系的客体涉外性,民商事关系的客体是当事人之间的权利义务指向的对象,包括标的物和行为,与外国有牵连。如标的物位于外国、或者对标的物需要在外国完成或实施一定行为,如买卖合同中的标的物需要在外国完成交付。例如,一个中国公民要求继承其父亲位于日本的遗产,所形成的继承关系就是一种涉外继承关系;一家中国甲公司购买中国乙公司位于美国的房地产,是一个国际房地产买卖关系;一个中国建筑工程公司承建在非洲某

^① 我国多数学者持此观点,但也有学者有不同观点,认为“国际私法的调整对象是国家间的法律适用关系”,参见徐冬根:《国际私法趋势论》,北京大学出版社2005年版,第10页。

^② 《中华人民共和国最高人民法院公报》1988年第2期,第34页。

国境内的桥梁建筑工程,是一种涉外工程建筑承包关系。第三,民商事关系内容的涉外性,即产生、变更或者消灭民商事权利义务关系的法律事实(包括事件和行为)发生在外国。例如,一名中国籍男子与一名中国籍女子在美国缔结婚姻;被继承人死亡的事实发生在某外国;侵权案件中侵权行为发生在外国,如两个美国纽约居民在加拿大安大略省旅游期间发生汽车碰撞事件而产生的涉外侵权关系。

实践中,某种民商事关系可能具有某一方面的涉外因素,也可能具有两个或两个以上的涉外因素而成为涉外民商事关系。例如,中国某公司和一家美国公司在英国伦敦缔结一项买卖标的物在澳大利亚悉尼的合同,在该涉外合同关系中,主体一方是美国人,产生合同权利义务的法律事实即合同的缔结地在英国,而客体又在澳大利亚。

值得注意的是,我国某些民商事专门法律也对特定问题的涉外性判定标准作了规定。例如我国《票据法》第95条第2款规定:“前款所称涉外票据,是指出票、背书、承兑、保证、付款等行为中,既有发生在中华人民共和国境内又有发生在中华人民共和国境外的票据。”显然这一规定对涉外票据的涉外因素的判定范围是比较狭窄的,在判定票据的涉外性时,应依据该条款的规定,必须是相关的票据行为中,有的行为在外国而有的行为在国内才可以认定为涉外票据。这是我国立法根据特定的商事问题的实际所作出的规定。

应该说,判定涉外民商事关系的标准问题是复杂的,各国对涉外民商事关系的判定标准不尽相同。比较而言,西方学界一般认为,所谓涉外因素就是指与本国法以外的某种法律体系的联系,或者称与两个或两个以上不同法域相联系的情况,或者,也有人认为是指国际利益因素。相对“三要素说”而言,这可以被称为“多要素说”。如英国著名国际私法学家莫里斯认为,涉外因素是指除与英国法以外的与某种法律体系的一种联系。这种联系可能由于下述种种情况而出现,例如,在外国签订或履行的契约,在外国发生的侵权行为,位于国外的财产,以及当事人不是英国人。^①我国学者也有持此观点者,认为国际私法中的“涉外因素”的含义应有别于实体规范所指,是指与本国法以外的某种法律体系的一种联系,或称与两个或两个以上法域相联系的情况,而不应囿于实体规范所指的民商事法律关系的主体、客体、内容(法律事实)三要素中至少一个或一个以上的要素与外国发生联系的较为呆板和机械的认识。^②事实上,涉外因素是一个内容广泛的概念,它的形式是很多的,不应狭窄地理解。^③与“三要素说”相比,“多要素说”没有明确的客观标准,具有高度的灵活性和开放性,但也有模糊性和不确定性,操作起来还要结合具体的联系因素进

① [英]莫里斯:《法律冲突法》,李东来等译,中国对外翻译出版公司1990年版。

② 参见胡家强:《对国际私法调整对象和范围的重新认识》,载《中国海洋大学学报(社会科学版)》2003年第1期,第75页。

③ 林欣、李琼英:《国际私法理论诸问题研究》,中国人民大学出版社1996年版,第2页。

行判定。例如,世界银行贷款建设公路案。^① 该案的涉外因素有:第一,该案合同文件是以《世界银行贷款项目招标采购文件范本》为基础签订的;第二,承包人的资格必须经世界银行审查认定;第三,该项目所有货物和服务必须来源于世界银行《采购指南》中规定的合格货源国;第四,该项目的招标、开标和评标都需要世界银行参与,中标须经世界银行批准等等。如果按照“三要素说”该案并非涉外民商事关系,但如果按照“多要素说”来判定,该案则可以判定为涉外民商事关系。相反,由于涉外民商事关系判定标准的不同,在某些情况下,根据“三要素说”的标准,某一民商事关系被判定为涉外民商事关系,而采用“多要素说”标准的国家,对于同样的情况却不认为该民商事关系为涉外民商事关系。例如,根据英国 1977 年《不公平合同条件法》第 26 条的规定,如果两个相同国籍的人,即令在外国缔结了一个纯粹是由他们双方在国内履行的合同,这个合同也不是涉外合同。假如住所在北京的两个中国公民在英国旅游期间签订一份买卖合同,合同的货物位于青岛,双方回国后因履行该合同发生纠纷,到我国某法院进行诉讼,双方之间的合同关系,根据我国《民通意见》的规定,就是一个具有涉外因素的民商事关系。但是,有学者认为这里的涉外因素纯粹是一种偶然联系,恐怕很难被认定为涉外民商事关系。一般而言,即使是在这种情况下,也可能会构成涉外民商事关系,因而,需要运用国际私法知识进行分析,需要运用国际私法规则进行调整。^②

准确理解涉外民商事关系的涉外性,还需要对涉“外国”还是涉同一国家内部的“外法域”作进一步考察。在一些国家,“涉外”既包括涉及的外国也包括一个国家之内的不同“法域”(territorial legal unit)。法域是指实施着独特法律制度的特定空间区域。例如,美国国际私法中的涉外因素包括涉及美国不同州之间的民商事关系。英国的国际私法中的 foreign 通常是指非英格兰的,它不意味着政治意义上的外国。外国这一表述,意指除英格兰之外的任何国家,就像适用于法国或意大利一样地适用于苏格兰或北爱尔兰。^③ 有一些国家是多法域国家,在其内部存在着实施不同法律制度的多个法域,当某一涉外民商事关系的涉外因素只是涉及一国内部的其他法域时,形成的是涉及一国内部外法域的区际民商事关系,严格地讲,区际民商事关系应由区际私法来调整,而国际私法主要调整涉及外国因素的国际民商事关系。有些国家就同时规定有区际私法(或称区际冲突法)和国际私法(或称国际冲突法),如原南斯拉夫。但有些国家,主要是普通法系国家,对于外国和同一国家内部外法域以及区际私法和国际私法往往不作区分,统称为冲突法,同时适用于国际民

① 该案基本情况是:世界银行给中国政府一笔贷款,用于在某地建设一条高速公路。该地成立了一个法人组织——高速公路指挥部负责建设工程。工程项目采用国际招标方式,有几个中国公司中标成为承包人。后来,一个中国公司与公路指挥部之间发生经济纠纷。双方根据合同规定,提交中国某涉外仲裁机构进行仲裁。参见肖永平:《国际私法原理》,法律出版社 2003 年版,第 26 页。

② 吕岩峰:《国际私法教程》,吉林大学出版社 2007 年版,第 10 页。

③ [英]J. H. C. 莫里斯:《戴西和莫里斯论冲突法》,李双元等译,中国大百科全书出版社 1998 年版,第 22 页。

商事关系和区际民商事关系。由于对国际民商事关系与区际民商事关系的法律调整有许多共通之处,调整区际民商事关系的区际私法已成为国际私法的一个分支。

确定某一民商事关系是否涉外民商事关系不仅具有理论意义,而且在国际私法实践各个环节具有极其重要的实际价值和意义。一个民商事关系是否具有涉外性是国际私法的前提性问题,只有被认定为涉外民商事关系,才会有特定的国际私法问题存在,需要适用国际私法对其加以解决。具体来讲,一个涉外民商事关系的涉外因素是判定法院对案件是否有管辖权以及如何行使管辖权的前提;某一民商事关系是否被认定为涉外民商事关系是决定法院是否根据法律适用规范对内外国法律进行选择的前提;它同样是决定是否需要适用专门或特别的涉外民事诉讼程序的前提,也是决定是否存在外国法院判决的承认与执行问题的前提。如果是商事仲裁案件,商事关系的涉外性还是决定是否需要适用专门或特别的涉外仲裁程序、是否需要适用涉外仲裁裁决的司法审查程序以及是否存在外国仲裁裁决承认与执行问题的前提。而单纯的国内案件即非涉外民商事关系的案件中,不需要解决这些问题。

(2) 涉外民商事关系的广泛性。国际私法所调整的民商事关系是具有涉外因素的平等主体之间的财产关系以及与财产关系相联系的人身关系。不仅包括涉外婚姻家庭关系、涉外继承关系、涉外侵权关系、涉外物权关系、涉外债权关系、涉外知识产权关系等一般民事关系,也包括特别的商事关系,如涉外经济贸易关系、涉外票据法关系、涉外保险关系、涉外海事关系、涉外破产关系等。同时在传统民商事关系的范围在不断扩大,如侵权关系中的产品责任关系、环境侵权关系,以及随着网络的发展所引起的各种涉外民商事关系,如电子商务合同关系、网络财产权关系、网络侵权关系等。

(3) 涉外民商事关系具有国际性。涉外民商事关系都是在国际交往中产生的,虽然表现为不同国家当事人之间的关系,但在实质上体现的是国家与国家的关系,与国家利益紧密相连。例如在解决法律选择问题时,国家采用什么样的法律适用规则即冲突规范,是由国家利益决定的。

► 二、涉外民商事关系的法律冲突

(一) 概念

国际私法中所讲的涉外民商事关系的法律冲突(conflict of laws),也称为法律抵触,是对同一民商事关系因所涉各国民商事法律规定不同而发生的法律适用上的冲突。一个涉外民商事关系必然涉及两个或两个以上的国家,有关国家的法律对同一个民商事问题作了不同的规定,而且都竞相要求适用于该民商事关系而造成法律冲突现象。例如,一个18周岁的日本女子与一个23周岁的中国男子登记结婚,根据《日本民法典》第731条的规定,结婚的法定最低年龄是男子18岁,女子16岁。而依中国《婚姻法》的规定,结婚的法定最低年龄是男子22岁,女子20岁。显然,对于法定结婚最低年龄的规定,日本法与中国法的规定不同,对于这个涉外婚姻关系的

效力,如果适用日本法律是有效的,如果适用中国法律,该婚姻关系不能成立,因为结婚的女方没有达到中国法律所规定的可以结婚的最低年龄。因此,适用日本法律与适用中国法律会产生两种不同的结果。这就出现了涉外民商事关系的法律冲突,也就是涉外民商事关系的法律适用问题。

(二) 法律冲突产生的条件

关于涉外民商事关系法律冲突产生的条件,归纳起来,主要有:

(1) 在同一涉外民商事关系中,有关国家的法律对同一问题的规定不同。这是发生法律冲突的前提条件。由于各个国家政治制度、经济基础、历史文化、风俗习惯、宗教信仰的不同,各国的民商事法律规定不尽相同。例如在法定婚龄上,各国的差异很大。西班牙、希腊规定男子 14 岁、女子 12 岁;法国规定男子 18 岁、女子 15 岁;日本规定男子 18 岁、女子 16 岁;英国、智利规定男女均为 18 岁;我国规定男子 22 岁、女子 20 岁。又如成年年龄的规定,中国为 18 岁,法国为 22 岁,墨西哥为 23 岁。因此,适用不同国家的法律就必然会产生不同的结果,

(2) 具有涉外因素的民商事关系的大量出现。随着生产力的发展,各国之间存在正常的民商事交往,存在大量涉外民商事关系。如果各国之间没有正常的民商事交往或彼此之间很少有民商事往来,即使各国存在对相同民商事关系的不同规定,也不会实际产生法律冲突。可以说,各国之间正常的民商事交往,和涉外民商事关系的存在是产生法律冲突的客观基础。

(3) 各国承认外国人在内国的民商事法律地位。一般认为,内国给予外国人一定的民商事法律地位,是国际民商事交往正常进行的基础,也是导致涉外民商事法律冲突的重要条件之一。一方面,如果内国法不允许外国人享有某项民商事权利,不赋予外国人在内国的民事法律地位,就不会出现外国人作为主体的涉外民商事关系,也就不会产生民商事法律冲突。相反,在另一方面,如果外国人在内国具有凌驾于内国法之上的特权地位,也不会产生涉外民商事法律冲突。例如,在旧中国,一部分帝国主义国家通过不平等条约,在中国攫取了领事裁判权,使外国人在中国处于中国立法与司法管辖之外的特权地位,当然不会发生法律冲突,更谈不上进行法律的选择。

(4) 内国在一定的条件下,承认外国民商事法律在内国的域外效力。这是产生涉外民商事法律冲突的直接原因。任何国家的法律都具有一定的效力范围,有的只有域内效力,有的既具有域内效力,也具有域外效力。法律的域内效力,又称属地效力,是指一国所制定的法律的空间效力,即国内立法对本国境内的一切人、物和行为均有效力。如我国《民法通则》第 8 条规定:“在中华人民共和国领域内的民事活动,适用中华人民共和国的法律,……”法律的域外效力,又称属人效力,是指在制定国领域内发生效力的法律,对本国的一切人,不论该人是在境内还是在境外都有效,从而使在制定国国内有效的法律在该国境外也发生效力。例如《法国民法典》第 3 条规定:“有关个人身份及享受权利的能力的法律,适用于全体法国人。即使其居住于

国外时亦同。”任何国家在制定法律时都可依据国家主权原则自行规定内国法具有某种域外效力,但是,这种法律的域外效力,只有在别国依主权原则和平等互利原则予以承认后,才会是一种现实的域外效力。正是由于各国在一定条件下相互承认对方国家的民商事法律在本国领域内的域外效力,使得涉外民商事法律冲突由一种内容上的歧异演变成为一种效力和结果的冲突,使得同一涉外民商事关系上产生了适用内国法还是外国法的选择问题。也就是说,一国法律的域内效力与另一国法律的域外效力同时出现在一个涉外民商事关系时,便产生了不同国家法律的域内效力与域外效力之间的冲突。应当说,涉外民商事法律冲突实质上是不同国家法律的域内效力与域外效力的冲突,具体来讲,是一国法律的域内效力与另一国法律的域外效力的冲突,或者是一国法律的域外效力与另一国法律的域内效力的冲突。为了正常的国际民商事交往的需要,国家彼此之间相互承认对方国家某些法律的效力,并在一定条件下有必要适用有关的外国法。

从上面几个原因看,含有涉外因素的民事关系的大量产生和所涉各国法律规定的不同,只是提供了产生法律冲突的客观可能性,而要使这种可能性成为现实,还必须后面两个条件。否则,即使在当今世界上,在各国不赋予外国人平等的民事权利地位的领域,或者国家基于安全的考虑而不承认外国法的域外效力的领域,仍然不会产生法律冲突。

► 三、涉外民商事关系的调整方法

调整方法主要是指反映在法律规范和法律体系中的对社会关系施加法律影响的手段。在确定调整对象的基础上,法律的调整方法也是划分法律部门的标准之一。国际私法作为一个法律部门,有其独特的调整涉外民商事关系的方法。一般认为,国际私法调整涉外民商事关系的方法有两种,即间接调整方法和直接调整方法。

(一) 间接调整方法

间接调整方法,又称为冲突法调整方法,是指在有关国内法或国际条约中规定某类涉外民商事关系应适用何种法律,而不直接规定涉外民商事关系当事人之间的实体权利义务的一种调整方法。例如,我国《民法通则》第149条规定:“遗产的法定继承,动产适用被继承人死亡时的住所地法律,不动产适用不动产所在地法。”按照这一规定,它只是指出动产和不动产继承适用什么法律来处理,并没有直接规定继承人的范围、继承的顺序和份额等实体权利义务内容,因而它只起到一种间接调整的作用。这种指明某种涉外民商事关系应适用何种法律的规范被称为冲突规范(conflict rules),它是国际私法特有的规范,用冲突规范调整涉外民商事关系的方法也是国际私法特有的调整方法。

(二) 直接调整方法

直接调整方法,又称为实体法调整方法,是指用直接规定当事人的权利与义务的实体规范(substantive rules)来调整涉外民商事关系当事人之间的权利义务关系,

从而避免涉外民商事关系法律冲突的一种方法。从国际私法角度来看,国际条约、国际惯例以及国内法中均存在这种直接调整涉外民商事关系的实体规范。国际条约和国际惯例中直接调整涉外民商事关系的实体规范称为统一实体规范或称国际统一实体私法。例如,1980年《联合国国际货物销售合同公约》就是一个直接调整国际货物销售合同当事人具体权利义务的实体法公约。国内法中直接调整涉外民商事关系的实体规范主要是直接适用的法或必须适用的法。

间接调整方法是国际私法调整涉外民商事关系的传统方法,在调整涉外民商事关系方面一直起着重要的作用。由于间接调整方法不能直接确定当事人的权利义务,因而不可避免地表现出缺乏可预见性、明确性等缺陷。直接调整方法的产生晚于间接调整方法,随着各国民商事交往的日益频繁和密切,各国在结成大量共同利益和相互理解信任的基础上,达成越来越多的共识,签订了许多统一实体私法条约,直接调整涉外民商事关系的直接调整方法应运而生。由于适用统一实体规范避免了在国际民商事交往中可能发生的法律冲突,可以更迅速、更准确地确定当事人的权利与义务,在此角度上,用统一实体法规调整涉外民商事关系较之适用冲突规范确实前进了一步,克服了间接调整方法的各种缺陷,是人们追求的更为理想的调整方法。但是,这并不意味着直接调整方法可以完全取代间接调整方法。直接调整方法在调整涉外民商事关系上有其自身局限性,因为统一实体规范主要体现在国际商事贸易领域,由于各国历史传统和风俗习惯等方面的差异,婚姻家庭及继承等于人的身份、地位有关的法律制度很难形成国际统一实体规范。即使已经制定的国际统一实体规范,往往也不可能就调整的涉外民商事关系中的所有问题都达成一致并加以规定,而且,至今还没有一个统一实体私法条约为世界所有国家所接受。因此,在已经制定并适用统一实体规范的那部分涉外民商事领域,冲突规范的间接调整方法仍将起作用。有些统一实体条约并不排除当事人另行选择法律的权利,而且国际经济贸易方面的国际惯例多为任意性,往往需要当事人选择后才能适用,且当事人在选择统一实体条约和国际商事惯例时还有权对其加以更改或减损。应该说,间接调整方法和直接调整方法在调整涉外民商事关系方面是相辅相成、互为补充的关系,国际私法同时借助这两种调整方法,才能实现对涉外民商事关系更加合理有效的调整。

需要说明的是,从整体上看,间接调整方法和直接调整方法共同发挥着调整涉外民商事关系的重要作用,但就某一具体的特定涉外民商事关系而言,两者在具体适用时,则是相互排斥的,如果适用了统一实体规范则无需再运用冲突规范的间接调整方法。

第二节 国际私法的范围、名称和定义

► 一、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,由哪些规范构成。^①对于这个问题,国内外学者历来存在分歧,各国在立法和司法实践中亦持不同的主张。

(一) 国际私法范围的不同主张

英美普通法系国家的多数学者认为国际私法就是冲突法,但他们认为国际私法解决三个问题,首先是法院在什么情况下对一个涉外案件有管辖权;其次是一国法院在确定自己对某一涉外案件有管辖权后,应决定适用哪一国家的法律来确定当事人的权利义务;最后是在什么条件下承认和执行外国法院的判决。因此,国际私法包括涉外民商事案件管辖规范、冲突规范(法律适用规范或法律选择规范)以及外国民商事判决的承认和执行规范。也有其他国家的一些学者持此观点。

法国的国际私法学者多数认为国际私法解决国籍问题、外国人的法律地位问题、法律冲突和涉外民商事案件管辖权问题。法国国际私法学者认为:“法国的传统讲国籍、外国人地位、法律冲突和管辖冲突归为一类问题,这样就对个人在各国国际私法关系中的法律问题给予了一个完整的答案,法国传统的国际私法依次研究权利主体(国籍和外国人地位)、权利的行使(法律冲突)和权利的承认(管辖冲突)。”^②因此,国际私法包括国籍法规范、外国人法律地位规范、法律适用规范以及有关涉外案件的管辖权规范。一些其他国家的学者受法国的影响而支持此主张。

德国和日本的多数学者以及受德国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涉外民商事关系应适用何种法律的问题,也就是法律冲突问题,因而国际私法仅包括调整涉外民商事关系的冲突规范或法律适用规范。反对把国籍问题(应归入宪法)和国际民事诉讼程序规范归入国际私法。

原苏联及东欧各国的国际私法学者多数主张,国际私法包括外国人民事法律地位规范、冲突规范、国际统一实体规范、国际民事诉讼程序规范和国际商事仲裁程序规范。也有一些大陆法系国家的学者持此观点,如有些法国学者主张统一实体私法

^① 关于国际私法范围的含义学者有不同理解,一些学者认为是“规范”范围。国际私法的范围就是国际私法规范的组成问题。另一些学者认为是“对象”范围。国际私法的范围是指国际交流中产生的涉外民事关系中的哪些问题应由国际私法来调整,即调整对象的范围。还有的学者认为,国际私法的范围既指“对象”又指“规范”。他们认为上述两种不同的理解是从两个不同的角度去认识的,其实质是一样的。因为,从前者来看,有什么样的规范,就可以解决什么样的问题。从后者来看,涉外民事关系中什么样的问题应由国际私法来解决,就必须有什么样的法律规范。对调整对象范围的研究最终要落实到“规范”范围上来。从这个意义上说,调整对象的范围,决定了国际私法规范的范围,二者是一致的。参见赵相林主编:《国际私法》,中国政法大学出版社2002年版,第9—10页。

^② [法]亨利·巴蒂福尔、保罗·拉加德:《国际私法总论》,陈洪武等译,中国对外翻译出版公司1989年版,第7—8页。

应包括在国际私法范围中。^①

我国国际私法学者对国际私法范围问题也有不同观点,主要分以下几种:(1) 国际私法指在各国民法和商法相互歧异的情况下,对含有涉外因素的民事关系,解决应当适用哪国法律的法律。这种理论被称为“小国际私法”。^② (2) 国际私法主要是冲突规范,用以解决不同国家民商法发生冲突时的法律适用问题,除此之外,还应包括管辖权规范和外国法院判决承认与执行规范。^③ (3) 国际私法应该包括冲突规范、外国人民事法律地位规范、国际民事诉讼程序规范与国际商事仲裁程序规范。^④ (4) 国际私法的范围应该包括有关外国人民商事法律地位的规范、冲突规范、国际统一实体规范和国际民事诉讼程序规范与国际商事仲裁程序规范。这种观点目前为我国多数学者所接受,是关于国际私法范围的主流观点,也被称为“大国际私法”。对此,该观点的代表性人物,我国著名的国际法学家韩德培先生曾经提出过著名的“机翼论”。认为国际私法的内涵是飞机的机身,其外延是飞机的两翼。具体讲,内涵包括冲突法,也包括统一实体法,两翼之一是国籍及外国人法律地位问题,这是处理涉外民事法律关系的前提;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,包括管辖权、司法协助、外国的判决和仲裁裁决的承认与执行。^⑤ 本书也持此种观点。此外还有一种观点认为,国际私法除包括上述四种规范外,还应该包括国内立法中专门适用于涉外民事关系的实体规范。^⑥ 这种规范被称为国内专用实体规范。

纵观国内外关于国际私法范围的不同主张,可以看出:(1) 各种不同的主张都认为冲突规范或称法律适用规范是国际私法的规范;(2) 多数观点都认为,国际私法的规范除冲突规范外,还应包括其他与调整涉外民商事关系和解决涉外民商事关系法律冲突有关的一些规范,但其中哪些规范应纳入国际私法范围则有分歧。

(二) 国际私法的规范

1. 外国人民商事法律地位规范

外国人民商事法律地位规范规定外国人(外国自然人、法人)在内国可以从事哪些民商事活动,在从事民商事活动中可以享受什么样的待遇。或者说它是规定外国人在内国能或不能享有什么样的民商事权利和承担什么样的民商事义务的规范。这种规范通常由所在地国家的国内法和所缔结的或参加的国际条约加以规定。例如,我国《中外合资经营企业法》第1条规定:“中华人民共和国为了扩大国际经济合作和技术交流,允许外国公司、企业和其他经济组织或个人,按照平等互利的原则,

① 李双元:《国际私法(冲突法篇)》,武汉大学出版社2001年修订版,第44页。

② 李浩培:《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。

③ 唐表明:《比较国际私法》,中山大学出版社1987年版,第15—23页。

④ 参见章尚锦:《国际私法》,中国人民大学出版社2007年版,第7页;董立坤:《国际私法论(修订本)》,法律出版社2000年版,第19页。

⑤ 韩德培主编:《国际私法》,高等教育出版社2000年版,第7页。

⑥ 姚壮、任继胜:《国际私法基础》,中国社会科学出版社1981年版,第2—7页。