

张 旭 总主编

21世纪东部法学系列教材

21 SHIJI DONGBU FAXUE XILIE JIAOCAI

国际私法学

Private International Law

主 编 白 龙

副主编 黄伟锋 陈利强



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

国家一级出版社
全国百佳图书出版单位

图书在版编目(CIP)数据

国际私法学/白龙主编. —厦门:厦门大学出版社

(21 世纪东部法学系列教材/张旭总主编)

ISBN 978-7-5615-4133-3

I. ①国… II. ①白… III. ①国际私法-高等学校-教材 IV. ①D997

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 263734 号

厦门大学出版社出版发行

(地址:厦门市软件园二期望海路 39 号 邮编:361008)

<http://www.xmupress.com>

xmup@xmupress.com

三明市华光印务有限公司印刷

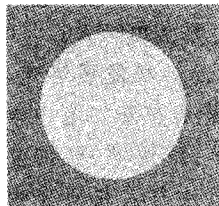
2012 年 8 月第 1 版 2012 年 8 月第 1 次印刷

开本:720×970 1/16 印张:25 插页:2

字数:435 千字 印数:1~3000 册

定价:35.00 元

如有印装质量问题请与承印厂调换



总序

一国社会的文明与进步不仅取决于该国社会政治、经济的发展,也取决于该国社会法制化的发展,而一国法制化的发展与高等法学教育之间的直接联系,使得世界各国在其法制化进程中,对于本国的法学高等教育都不能不给予高度的重视。法律作为一门专业性和时代性都很强的科学,就法学高等教育的角度而言,不仅需要一大批法律专家和学者对于有关专业问题的深入研究,更需要具有普适性高等法学教育的发展和推动,而在高等法学教育中,就所谓“传道、授业、解惑”的角度上看,法学教材的编辑不能不说是法学教育诸多环节中十分重要的一环。换言之,作为高等法学教育基本依托的法学教材建设,以及法学教材的质量与法学教育水准之间的密切联系,使得法学教材的建设成为了高等法学教育中,一项不容忽视且必须予以高度重视的问题。

我国东部地区人杰地灵,物产丰富,改革开放以来不仅是社会经济发展最快的地区之一,也是文化教育最为发达的地区之一,伴随我国法学教育改革前进的步伐,高等法学教育取得了令人鼓舞的成就。然而,就法学教材的建设而言,却存在一定程度的不足。其具体表现就是,至今没有出版一套较为全面地反映和体现东部法学教育特征的高等法学教材。而无论是就历史的发展还是现实需要的角度上看,东部不仅在中国近代意义的法学教育和法学研究上,曾经有过自己的辉煌,而且,就现实东部的经济、社会发展的需要而言,编辑一套针对东部法学教育的特点,能够体现东部法学教育特色,以及充分适应东部高等法学教育需要的法学教材,也具有十分显著的现实意义,申言之,针对东部法学教育的具体情况,编辑一套能够体现东部法学教育特色,以及充分适应东部高等法学教育需要的法学教材,不仅是东部地区社会经济、政治发展的需要,也是高等法学教育的现实需要。

21世纪是我国社会高度发展的一个新的历史时期,在这个新的历史发展时期中,就高等法学教育而言,不仅面临法学教育观念的变革、教育方式的改

革,也涉及教育内容的更新与发展,而这一系列问题最终都无一不体现在法学教材的编写与更新上。从这一个角度上讲,一套适应社会发展需要教材的构思、编写作为一项创造性的劳动,还需要我们认真地去思考、研究和探索。

浙江工业大学法学院,虽然算不上老牌的法学院,但是近年来发展迅速,学科建设得到了超常规发展,科研水平有了长足的提高,已经成为浙江省内很有实力的法学科研、教学机构。学院设有诉讼法学、刑法学、民法学、经济法学、国际私法学、理论法学等诸多学科,以及法学研究所和司法与人权研究中心。与西南政法大學联合培养的法律硕士研究生已达200多人。其诉讼法硕士点也是颇具实力的重点学科。

同时,学院拥有一支教学经验丰富、科研成果丰硕的师资队伍,教授、副教授近20人,80%以上的教师具有博士、硕士学位。学院的教学、科研设施齐全,法学院大楼建筑面积达12000平方米,并配有装备现代化多媒体设施的模拟法庭3个。学院图书资料室藏书量达数万册,中外文学术期刊数百种。

在我们现有法学研究和教学力量的基础上,基于东部法学教育的现实需要。我们经过精心策划,以及充分的准备,以我校教师为主,浙江省内部分高校教师的参与下,我们编写了《21世纪东部法学系列教材》。这套教材首期出版的是按照教育部颁布的《全国高等学校法学核心课程基本要求》而编写,以及由教育部确定的法学专业核心课程的14门教材。

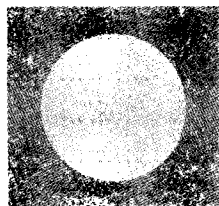
在这14本核心课程教材的编写中,我们不仅有意识的吸收了近十几年以来,在我国社会发展中出现的较为定型的法学研究成果,以及相应学科国际发展的动向,使本教材在内容上能够充分反映出21世纪中国法学发展的现状,以及相应学科的国际发展趋势。而且,特别注意到了东部法学教育,以及法学本科教学的特点,有的放矢的针对法学高等教育中本科学生的特点,将教学内容、教学提问,以及案例教学结合起来,使教材不仅具有新颖性、学术性,也具有较大的可读性。

法学教材的编写虽然不同于法学专著的撰写,但是资料的收集、学术思想的整理和教材的编写,以及逻辑体系上的斟酌、考量也决非一件十分容易的事情。为此,特向参与本套教材编写的各位作者,表示衷心的感谢!

本套教材的出版得到了厦门大学出版社的大力支持,在此一并表示衷心的感谢!

张旭

2007年4月于杭州



目 录

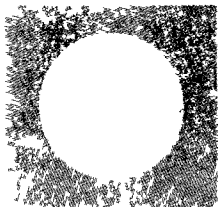
第一章 总论	1
第一节 国际私法的调整对象	1
第二节 国际私法的名称、范围、体系和定义	5
第三节 国际私法的渊源	12
第四节 国际私法的基本原则	25
第五节 国际私法与相邻部门法的关系	28
第二章 国际私法发展史	32
第一节 国际私法的学说史	33
第二节 国际私法的立法史	42
第三节 中国国际私法的发展历史	47
第三章 冲突规范	52
第一节 冲突规范概述	52
第二节 连结点	57
第三节 系属公式	61
第四章 准据法确定中的一般问题	63
第一节 准据法的概念和特点	63
第二节 准据法的选择方法	64
第三节 先决问题	69
第四节 准据法的确定	73
第五节 准据法内容的查明	77
第五章 冲突法中的一般问题	83
第一节 识别	83

第二节 反致	87
第三节 法律规避	91
第四节 公共秩序保留	95
第六章 国际私法的主体	101
第一节 自然人	101
第二节 法人	115
第三节 国家和国际组织	121
第四节 外国人的民事法律地位	126
第五节 法律行为与代理	132
第七章 物权的法律适用	140
第一节 物之所在地法原则	140
第二节 国有化	150
第三节 信托的法律适用	154
第四节 破产的法律适用	158
第八章 知识产权的法律适用	165
第一节 知识产权的法律冲突	165
第二节 知识产权冲突规则的适用	172
第三节 知识产权国际条约的适用	178
第九章 涉外债权的法律适用	192
第一节 合同之债的法律适用	192
第二节 国际货物买卖及与之有关的几种主要 国际合同的法律适用	204
第三节 我国关于合同法律适用的理论与实践	213
第四节 侵权之债的法律适用	216
第五节 不当得利和无因管理的法律适用	230
第十章 婚姻家庭关系的法律适用	233
第一节 结婚	233
第二节 离婚	238
第三节 夫妻关系	242
第四节 父母子女关系	245
第五节 涉外收养	249
第六节 监护	253
第七节 扶养	255

第十一章 继承的法律适用	258
第一节 法定继承的法律适用	258
第二节 遗嘱继承	262
第三节 无人继承财产的处理	266
第四节 关于遗嘱和继承的海牙公约	268
第十二章 国际民事争议的解决	271
第一节 国际民事诉讼法概述	271
第二节 国际民事诉讼中的管辖权	279
第三节 国际民事司法协助	293
第四节 我国内地与香港、澳门和台湾地区法院判决的相互认可和执行	327
第十三章 国际商事仲裁	335
第一节 国际商事仲裁概述	335
第二节 国际商事仲裁协议	342
第三节 国际商事仲裁中的法律适用	345
第四节 国际商事仲裁程序	348
第五节 国际商事仲裁裁决的承认与执行	358
第六节 我国内地与香港、澳门和台湾地区仲裁裁决的相互认可和执行	361
第十四章 区际冲突法	369
第一节 区际法律冲突	369
第二节 区际冲突法	374
第三节 中国区际法律冲突及解决	378
附:国际私法专业术语中英对照表(按章节)	384
后记	392



第一章



总 论

第一节 国际私法的调整对象

一、涉外民商事法律关系是国际私法的调整对象

任何一个法律部门都有自己特殊的调整对象,即该部门法调整的社会关系。国际私法调整的是国际民商事法律关系,也称为跨国民事商事法律关系或含有涉外因素的民商事法律关系(civil and commercial legal relations involving foreign elements)。

所谓涉外因素,是指该民商事关系的主体、客体或内容至少有一项涉及外国人(包括自然人、法人、国家)、外国物,或法律事实发生在本法域外。在主体为涉外因素时,作为民商事法律关系的主体一方或双方当事人是外国自然人、法人或国家;在客体为涉外因素时,作为民商事法律关系的标的物位于国外;在内容为涉外因素时,产生、变更或消灭民商事权利与义务关系的法律事实发生在国外。比如说,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在澳大利亚悉尼港的合同,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,便有三个因素涉及外国。在实践中,国际民商事法律关系往往有多个与国外发生联系的因素。《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释(试行)》第178条规定:“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。”由此规定可见,我国最高人民法院对涉外民事关系是主张从法律关系的主体、客体和法律事实三方面予以界定。

总之,国际私法调整的是超越一国范围的国际民商事法律关系,其特点是:(1)这里的“国际”与国际公法中的“国际”不同,包括一国领域内的其他法域(territorial legal unit),如香港、澳门相对于内地,台湾相对于祖国大陆即为国际私法中的“涉外因素”。(2)此处“民商事关系”是广义上的民商事关系,既包括物权关系、债权关系、知识产权关系、婚姻家庭关系、继承关系,又包括公司法关系、破产法关系、票据法关系、海事法关系等,即等同于民商分离国家中的民事和商事关系。有些国家的国际私法立法和学者甚至把涉外劳动关系也视为国际私法关系。^①(3)这里的国际民商事关系是平等主体间的私法关系,这使它与国际公法所调整的国家与国家之间的关系区分开来。

二、法律冲突及其种类

法律冲突(Conflict of Laws)是指对于同一民商事关系,由于所涉各国立法不同且都可能对它适用而产生的法律适用上的冲突。法律冲突的实质为法律的域内效力与域外效力的冲突。具体而言,又分为外国法律的域外效力与内国法律的域内效力的冲突;内国法律的域外效力与外国法律的域内效力的冲突。由于国际民商事交往的客观需要,一国必须在一定范围内承认外国法的域内效力,本国法律的效力也可延伸至域外。在一具体的民商事法律关系中,需要确定何国法律效力优先。这就需要通过“冲突规范”(conflict rules)来完成,即由国内法和国际条约规定的,指明某一国际民商事关系应适用何种法律的规范。

考量法律冲突的产生原因,可发现不外乎以下几个方面:(1)各国民法规定不同,这是法律冲突产生的制度基础。(2)各国自然人和法人间的民商事交往并结成涉外民商事关系,这是法律冲突产生的物质基础。(3)各国承认外国人在内国平等的民事法律地位并在一定范围内承认外国法的域外效力,这是法律冲突产生的主观基础。

法律冲突根据不同的情况可分为以下种类:

1. 以发生冲突的法律的性质为准,法律冲突可分为公法冲突和私法冲突。公法冲突是指不同国家公法在适用同一案件时发生的冲突。对于公法,

^① 韩德培主编:《国际私法新论》,武汉大学出版社2003年版,第4页。



各国一般贯彻属地原则,适用内国法。所以,对于公法冲突,除个别国家适用解决私法冲突的冲突规范外,各国尚无比较好的一致的解决办法。

私法冲突是指不同国家私法在适用同一民商事行为时发生的冲突。对于私法冲突,各国一般采用国内法或国际条约中的冲突规范加以解决;随着全球经济一体化的发展,适用统一实体法条约解决法律冲突也成为越来越多国家的选择。

2. 以法律冲突发生的领域为准,法律冲突可分为空间法律冲突、人际法律冲突和时际法律冲突。

空间法律冲突是指不同国家、地区的法律之间的冲突,包括国际法律冲突和区际法律冲突。调整法律区际冲突(interregional conflict of laws)的区际私法,是解决一国内部具有不同法律制度的地区之间的法律冲突的法律。这种区际法律冲突,多见于联邦制国家或存在复合法域的国家。对于空间法律冲突,无论是国际法律冲突还是区际法律冲突,各国一般依照冲突规范加以解决。

人际法律冲突(interpersonal conflict of laws)是指一国之内适用于不同宗教、种族、阶级、部落的人的法律之间的冲突。如在印度,关于人的身份的法律、亲属法和继承法等方面,信仰印度教的人受印度教法支配,信仰波斯教的人受波斯教法支配。对于解决人际法律冲突,各国一般按照属人原则适用法律。

时际法律冲突(intertemporal conflict of laws)是指可能影响同一社会关系的新法与旧法,前法与后法之间的冲突。对于时际法律冲突,各国一般采用“法无溯及力”或“新法优于旧法”的原则加以解决。

3. 以与相关国家或地区实际利益的关联性为准,法律冲突可分为真实冲突和虚假冲突。这是美国国际私法学者柯里(Currie)率先提出的。

如果适用不同国家或地区法律会对相关国家或地区的利益带来不同的结局,此种情形下发生的法律冲突为真实冲突。对于真实冲突,凯弗斯(Cavers)主张“规则选择法”,依照有关国家的具体规则的内容和适用结果决定法律的适用;而柯里提出按照适用不同国家法律对有关国家利益影响的大小决定法律的选择。

如果一个案件表面上涉及不同国家的法律适用,实际上法律适用的结果只与其中的一国有实际利害关系,此种情形下发生的法律冲突为虚假冲突。对于虚假冲突,柯里主张直接适用与案件有利害关系的国家或州的法律。

4. 以发生冲突的法律的效力不同为准,法律冲突可分为平面冲突和垂直

冲突。

平面冲突是指处于同一层次、同等地位的法律之间的冲突。属于平面冲突中的国际与区际法律冲突一般采用冲突规范解决；时际与人际法律冲突也适用上述解决办法。

垂直冲突是指处于不同层次或位阶的法律之间的冲突、如宪法和普通法之间的冲突，中央立法与地方立法之间的冲突。垂直冲突一般采用“上位法优于下位法”的原则解决。

从以上分类可以看出，国际民事法律冲突属于私法冲突、空间法律冲突和平面冲突。还应指出的是，从一定角度上讲，区际法律冲突、人际法律冲突、时际法律冲突与国际法律冲突的解决处于不同的层面。对于跨国民事法律关系，一般首先解决国际法律冲突，其次需要解决区际法律冲突、人际法律冲突和时际法律冲突的问题。

三、解决法律冲突的途径

解决法律冲突的途径问题，也就是涉外民事关系的调整方法问题。国际私法的特点之一就是间接调整和直接调整两种方法来调整国际民商事关系。

间接调整方法亦称冲突法的方法，就是在有关的国内法和国际条约中规定某类国际民商事关系应受何种法律支配或调整，而不是直接规定民商事关系当事人权利与义务关系的方法，即通过冲突规范来调整国际民商事关系，它是国际私法特有的调整方法。例如：1939年《泰国国际私法》第16条规定：“动产及不动产，依物之所在地法。”这个规定只指明，涉及动产及不动产物权时，由动产及不动产所在地法来确定当事人的权利和义务，并没有直接规定当事人的权利和义务。再比如：中国1986年《民法通则》第147条规定，中华人民共和国公民和外国人结婚适用婚姻缔结地法律。该条法律只是指出了关于中国公民和外国人结婚这类涉外民事关系应该按照婚姻缔结地的法律，而未规定结婚必须符合什么样的婚姻实质要件和形式要件。

直接调整方法亦称实体法的方法，就是在国际条约、国际惯例或国内法中通过规定当事人权利义务关系的实体规范(substantive rules)来调整国际民商事关系的方法。例如：1980年《联合国国际货物买卖合同公约》就是直接规定国际货物买卖合同当事人的权利和义务关系的。用各国共同参加的统一实体法调整跨国法律关系是一种理想的方法，但这种解决方法有局限性。一是适用范围有限。在继承、婚姻等带有人身性质的法律领域，因各国历史传统和



风俗习惯不同,很难形成统一的实体法。二是约束力有限。一方面大多数统一实体法条约的缔约国不多,比如目前最重要的国际统一实体法《联合国国际货物买卖合同公约》,截至 2002 年 2 月 15 日,仅有 60 个缔约方。条约原则上只对条约的缔约国或参加国有约束力,如果涉外民事关系有一方当事人不是该条约缔约国或参加国的法人或自然人,那么条约中的统一实体法就不一定能用来调整该涉外民事关系当事人的权利和义务了。另一方面,某些统一实体法条约的适用具有任意性,即当事人可以不选择。

上述两种方法都是国际私法调整涉外民商事关系必需的手段,两者相辅相成、互为补充。这是因为:一方面,由于涉外民商事关系总是同两个或更多的国家有联系,而各国法域的制度千差万别,实难统一,不可能对一切社会关系都用实体规范直接加以调整,而需要冲突规范来缓和矛盾,调和冲突,从而间接调整涉外民商事关系。另一方面,由于冲突规范不直接规定涉外民商事关系当事人的权利与义务,同实体规范比较起来缺乏预见性和明确性。随着国际民商事交往的发展,仅用冲突规范间接调整涉外民商事关系是难以满足实际需要的。于是,直接调整涉外民商事关系的实体规范应运而生。可见,国际私法这两种调整涉外民商事关系的方法同时并存,是国际民商事交往的实际情况所决定的。

需要指出的是,对于某一涉外民事关系而言,用冲突规范进行间接调整和适用统一实体法进行直接调整,二者只能择一用之,不得兼而并用。另外,对于统一实体法的直接调整方法是否可归入国际私法的范围,在国际上也一直颇有争议。

第二节 国际私法的名称、范围、体系和定义

一、国际私法的名称

国际私法是个从名称开始就有较大争议的法律部门。至今,不同国家和地区的学者对国际私法仍有不同的称谓,^①普遍使用的有:

^① 关于国际私法名称的演变与歧异,可参见[德]努斯鲍姆(Nussbaum):《国际私法原理》(*Principles of Private International Law*)(1942),第1章第1节。

1. 法则区别说(theory of statutes)。这一名称从 13、14 世纪开始由以巴托鲁斯(Bartolus)为代表的意大利后期注释学者(Post-glossarist)使用,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。

2. 私国际法(private international law)。这一名称是曾任美国最高法院法官的哈佛大学教授的斯托雷(Joseph Story)于 1834 年在其名著《冲突法评论》(*Commentaries on the Conflict of Laws*)中首先提出来的。他在该书中写道:“关于法律冲突问题,也可以很适当地称之为‘私国际法’。”但是,他并没有使用这个名称来给他这本书命名。1843 年,法国学者福利克斯(Foelix)在其著作《私国际法论》(*Traité de Droit International Privé*)中开始正式采用这一名称。后来,私国际法这个名称也传到了其他国家,为其他国家所采用。现在,这个名称在法国和其他拉丁语系的国家很流行。在英美普通法系国家,也有些学者采用它。

3. 国际私法(international private law)。1841 年,德国学者谢夫纳(Schaeffner)在其著作《国际私法的发展》(*Entwicklungen des Internationalen Privatrechts*)中首先使用“国际私法”这一名称,译为英文是 international private law。这一名称在中国、德国、日本、俄罗斯以及东欧国家得到普遍采用。

4. 冲突法(conflicts law)、法律冲突法(the law of the conflict of laws)或法律冲突(the conflict of laws)。荷兰学者罗登伯格(Rodenburg)于 1653 年首先使用“De Coflictu Legum”(“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(U. Huber)也于 1684 年使用过这一名称。有趣的是,该名称由大陆法系学者发明,现在却广泛流传于英美普通法系国家。

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“外国法的适用”、“涉外私法”、“国际民法”、“国际民商法”、“国际民事诉讼法”等等名称。

国际私法的名称之所以五花八门,是因为各国立法者和学者对国际私法的对象和范围存在着不同的见解。这些不同的名称,或是强调它所调整的法律关系仍属民商事法律关系性质,只不过这种民商事法律关系已超出一国的范围,或是强调它所解决的是本国及外国的民商法律适用问题。

我国学者对“国际私法”这个名称也有争议,但使用“国际私法”还是相对比较合适,因为:(1)国际私法调整的涉外民商事法律关系是跨越国界范围的,冠之以“国际”未尝不可;(2)国际私法主要是解决不同国家之间民商法的冲突,而西方学者把民商事法律归入私法一类,称之为“私法”也是有依据的;(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,要找一个更合适的名称也不容易;(4)世界上有许多国家采用这个名称,如瑞士、奥地利、波兰、土耳其等。

二、国际私法的范围

国际私法的范围问题就是国际私法包括哪些规范,应研究什么内容的问题,不同国家和不同学者的主张不尽相同。

1. 英美普通法系国家的多数学者认为国际私法就是冲突法,主要解决三个问题:(1)管辖权,即一国法院在什么情况下对一个涉外案件有管辖权;(2)法律适用,即一国法院在确定有管辖权后,应决定适用哪一个国家的法律来明确当事人的权利和义务;(3)外域判决的相互承认与执行,即在什么情况下承认和执行外国法院的判决。因此,他们主张国际私法的范围是由三种规范组成的,即对涉外案件的管辖权规范、冲突规范、承认和执行外国法院判决的规范。大陆法系国家也有一些学者持这种观点。

2. 法国的多数学者认为国际私法应包括国籍规范(因为法国以当事人的本国法作为属人法,以国籍作为属人法的连结点)、外国人的法律地位规范、法律适用规范及管辖权规范。

3. 多数德国和日本学者认为国际私法的全部任务或主要目的就是解决涉外民商事法律关系中的法律适用问题,因此,国际私法仅包括法律适用规范或冲突规范。

4. 苏联和多数东欧国家的学者主张把外国人的民事法律地位规范、冲突规范、国际统一实体规范、国际民事诉讼程序规范、国际商事仲裁规范纳入国际私法的范围。

综合上述观点,国际私法的范围可分为“小”、“中”、“大”三种。“小国际私法”的观点认为国际私法只包含冲突规范;“中国际私法”的观点认为国际私法还包括外国人的法律地位规范和国际民事诉讼程序规范;主张“大国际私法”的学者认为除“中国际私法”的范围外,国际私法还应包括国际统一实体法、国际商事仲裁法,以及专用实体规范。

我国学者对国际私法范围问题也有不同的主张,但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、国际法中的专用实体规范纳入国际私法的范围。

我们认为,从历史和法律发展的观点出发,国际统一实体规范应当纳入国

国际私法的范围。为了解决涉外民商事法律关系中法律适用上的冲突现象,历史上最早采取的办法是用冲突规范来进行准据法的选择。但是,由于这种冲突规范并不直接规定当事人的权利义务关系,因而这种办法只是一种间接调整涉外民商事法律关系的方法,运用起来有时不免缺乏明确性、预见性和针对性,而且带来不少复杂的法律问题。

随着国际民商事关系日趋发达,为了便于国际民商事交往,在19世纪末20世纪初,国际社会便开始制定直接调整某些国际民商事关系的统一实体规范的工作。这种统一实体规范在某些方面以及一定程度上起到避免和消除民商事法律冲突的作用。因此,它们也是在解决民商事法律冲突的基础上发展起来的,是与冲突规范并行的调整涉外民商事法律关系的法律规范。冲突规范用间接的方式调整涉外民商事法律关系,统一实体规范用直接的方式调整涉外民商事法律关系。而且,把这两种方式放在同一个法律部门来考虑,有助于解决哪一种方式调整某种涉外民商事法律关系更好的问题。在某些领域,如在国际贸易领域,采取可以避免和消除法律冲突问题的统一实体规范来调整涉外民商事法律关系,意味着有关国家能够更密切的合作以及有更多共同的利益,因而它也是一种更合适的调整方式。但在有些领域,如对继承、婚姻和家庭等方面的问题,通过采取冲突规范加以调整更具有现实意义,因为各国在这些方面的历史和传统文化的差异,使各国很难达成一致并制定有关条约,至少在目前尚无广泛采用统一实体规范调整的可能性。

国内法中的直接调整当事人民事权利与义务关系的专用实体规范是民商事法律规范。虽然这其中一部分并不直接适用于涉外案件,而需要冲突规范指定适用之或当事人选择适用之,但由于它们直接确定了当事人的权利与义务,在调整涉外民商事法律关系和解决涉外民商事法律冲突方面发挥着重要作用。因而,国内法中可直接适用于涉外案件的专用实体规范也应列入国际私法的范围。

对于国际私法的范围,韩德培教授曾有一段精彩、形象的论述。他说:“国际私法就如同一架飞机一样,其内涵是飞机的机身,其外延是飞机的两翼。具体在国际私法上,这内涵包括冲突法,也包括统一实体法,甚至还包括国家直接适用于涉外民事关系的法律。而两翼之一则是国籍及外国人法律地位问题,这是处理涉外民事关系的前提;另一翼则是在发生纠纷时,解决纠纷的国际民事诉讼及仲裁程序,这包括管辖权、司法协助、外国判决和仲裁裁决的承认与执行。”这段话可以说形象和科学地勾画出了国际私法的范围。

总之,中国大多数学者倾向于主张“大国际私法”,认为国际私法是集外国



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于一体,集直接规范和间接规范于一体,集实体规范、法律适用规范和程序规范于一体,是最早的跨越传统的国内法和国际法界限的法律部门或法律学科。但是,自东欧剧变后,持“大国际私法”观点的国家越来越少。由于国际经济法、国际商法、跨国法等法律部门已各成体系,“大国际私法”的观点一定程度上会造成国际私法与其他学科的重复与交叉。

三、国际私法的体系

国际私法的体系包含两层含义:一是国际私法的立法体系;二是国际私法的理论体系。两者既有联系,又有区别。各国的立法体系相对稳定,在一定时期内只有一个;而理论体系则可能是五花八门的。一国的立法体系往往反映了该国的主要理论体系,但其他理论体系也有其存在的合理性。

(一) 国际私法的立法体系

国际私法的立法体系是指制定成文国际私法法典或单行法规所采用的体系。目前,各国的立法体系主要有以下几类:

1. 按本国民法体系仅对法律适用问题作出规定。如 1978 年《奥地利联邦国际私法法规》采用如下体系:第一章 总则;第二章 属人法;第三章 亲属法;第四章 继承法;第五章 物权法;第六章 无形财产权;第七章 债法。

2. 将冲突规范和国际民事诉讼法规范分为两大部分,合并规定在国际私法法典或单行法规中。如 1982 年《土耳其国际私法和国际诉讼程序法》采用的体系分三大部分:第一章为国际私法(含总则和冲突规范两节);第二章是国际诉讼程序(含土耳其法院的国际管辖权和外国法院判决与仲裁裁决的承认与执行两节);第三章为最后条款。

3. 将冲突规范、外国人的法律地位规范和国际民事诉讼规范合并定在国际私法法典或单行法规中。如 1964 年《捷克斯洛伐克国际私法及国际民事诉讼法》采用如下体系:序论;第一部为冲突规则和关于外国人法律地位的规则(包括:一、冲突规则,二、外国人地位,三、适用外国法规则);第二部是国际民事诉讼法(包括:一、捷克斯洛伐克法院管辖权,二、关于诉讼程序的规定,三、外国判决的承认及执行)。

4. 瑞士模式(综合方式)。1989 年施行的《瑞士联邦国际私法法规》是当代国际私法立法的典范,其体系兼采大陆法系和普通法系的内容,将两者融为一体,极具特色。该法规分为十三章,共有 200 条。第一章为总则性的共同规定,第二章至第十二章为分则,第十三章为最后条款,其体系安排为:第一章

总则;第二章 自然人;第三章 婚姻;第四章 亲子关系;第五章 监护和其他保护措施;第六章 继承法;第七章 物权;第八章 知识产权;第九章 债法;第十章 公司;第十一章 破产和清偿协议;第十二章 国际仲裁;第十三章 最后条款。这种结构体现了管辖权与法律适用之间的有机联系,其最大优点是便于查阅和使用。

5. 美国《第二次冲突法重述》的体系。普通法系国家一般没有成文的国际私法法典或专门的国际私法法规。由于普通法系国家的学者大多视国际私法或冲突法由管辖权、法律适用和外国判决的承认与执行等三大部分组成,故美国法学会主持制定的具有示范法、准立法和司法实践总结性质的《第二次冲突法重述》在体系方面也受到上述理论的影响。该重述的体系是这样的:第一章 序则;第二章 住所;第三章 司法管辖权;第四章 行使司法管辖权的限制;第五章 判决;第六程序;第七章 过错行为;第八章 合同;第九章 财产;第十章 信托;第十一章 身份;第十二章 代理和合伙;第十三章 商业公司;第十四章 财产管理。共 423 条。

6. 《中华人民共和国国际私法示范法》的体系。中国国际私法研究会于 1993 年开始起草《中华人民共和国国际私法示范法》(以下简称《示范法》)。在起草《示范法》的过程中,起草小组成员对《示范法》的体系曾有不同的主张。一种主张认为,《示范法》应分为总则、法律适用、国际民事诉讼程序和附则四章,主体为法律适用和国际民事诉讼两大部分;另一种主张认为,《示范法》应分为总则、管辖权、法律适用、司法协助和附则五章,主体为管辖权、法律适用和司法协助三大部分。通过讨论,起草小组最后采用了后一种主张。《示范法》所采用的体系在各国国际私法立法史上尚无先例,可以说颇具特色,自成一体。

(二) 国际私法的理论体系

国际私法的理论体系,是指国际私法学者基于其对国际私法的认识所建立的学说体系。由于不同学者对国际私法的性质、范围、调整方法等问题的认识不同,因而国际私法理论体系多种多样。主要的理论体系有:

1. “小国际私法”体系,即仅讨论国际民商事关系的法律适用问题。

2. “中国国际私法”体系,即将国际私法分为外国人的民事法律地位、冲突规范和国际民事诉讼规范及国际商事仲裁三大部分。

3. “大国际私法”体系,即将国际私法分为外国人的民事法律地位、冲突规范、国际统一实体规范和国际民事诉讼及国际商事仲裁四大分部。还有学者主张将“国内专用实体规范”列入其中。