



21世纪公安高等教育系列教材·法学（本科）

21 Shì Jī Gōng Ān Gāo Dèng Jiào Yù Xì Lì Jiào Cǎi · Fǎ Xué (Bēn Kē)

国际私法学

International Private Law

主编 高智华

 中国人民公安大学出版社

21 世纪公安高等教育系列教材·法学（本科）

国际私法学

高智华 主编

中国人民公安大学出版社

· 北 京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

国际私法学 / 高智华主编. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2011. 8
21 世纪公安高等教育系列教材·法学 (本科)
ISBN 978 - 7 - 5653 - 0518 - 4

I. ①国… II. ①高… III. ①国际私法—法的理论—高等学校—教材
IV. ①D997

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 146932 号

国际私法学

高智华 主编

出版发行: 中国人民公安大学出版社
地 址: 北京市西城区木樨地南里
邮政编码: 100038
经 销: 新华书店
印 刷: 北京泰锐印刷有限责任公司

版 次: 2011 年 8 月第 1 版
印 次: 2012 年 7 月第 2 次
印 张: 23
开 本: 787 毫米 × 1092 毫米 1/16
字 数: 477 千字

书 号: ISBN 978 - 7 - 5653 - 0518 - 4
定 价: 52.00 元

网 址: www.cppsups.com.cn www.porclub.com.cn
电子邮箱: zbs@cppsup.com zbs@cppsu.edu.cn

营销中心电话: 010 - 83903254
读者服务部电话 (门市): 010 - 83903257
警官读者俱乐部电话 (网购、邮购): 010 - 83903253
教材分社电话: 010 - 83903259

本社图书出现印装质量问题, 由本社负责退换
版权所有 侵权必究

前 言

国际私法是随着解决各国之间法律冲突的需要而发展起来的,随着国际经济一体化的趋势与国际大市场的不断发展,国际私法的重要性日益显现。作为法律适用法,国际私法的任务不仅在于保障内国在涉外民商事关系中法律适用的主权权利,而且在促进国家对外友好交往和开展平等互利的经贸合作方面也发挥着不可替代的作用。国际私法的存在正是国际社会在新时期人类整体意识得到发展的必然产物。

国际私法发展到今天,已成为一个涵盖国内法源和国际法源,包括冲突法、实体法和程序法三大规范群的庞大的法律部门。国际私法范围的不断扩大和内容的日益增多,无疑给国际私法的教学带来了一定的影响。

为适应 21 世纪国际私法教学的需要,我们几位从事国际私法教学和研究的同人,分工合作撰写了这本《国际私法学》。我们总结了长期的教学经验,结合实际需要,系统地介绍了国际私法的体系、基本理论以及发展的新趋势,以翔实的资料和富于理性的论证阐明了国际私法的诸多问题,目的在于提高对国际私法的重要性的认识,了解国际私法学在整个法学学科体系中的地位和价值及其对学习和掌握相关学科的意义,重视和加强国际私法研究和人才的培养工作。学习国际私法的意义,不仅在于掌握国际私法知识本身,完善法学知识结构,处理实践中的国际私法问题,而且希望引起人们对国际私法的重视,进一步促进我国建立科学、先进并自立于世界的中国国际私法学。我们相信,伴随着新世纪的到来,尤其是在国家间民商事联系更加紧密的前提下,国际私法的发展将会朝着更加广阔与辉煌的目标迈进。虽然我们在写作过程中力争做到系统性、科学性、完整性和实用性的统一,但由于国际私法学的精深和博大,还有许多问题有待于探讨和研究。

本教材由高智华、于泓、陈晶和王应富合编而成,高智华负责全书的统稿和定稿。具体分工如下:

高智华(中国人民公安大学副教授,硕士生导师)负责撰写第一、五、九、十二、十四章。

于 泓(中国人民公安大学副教授,硕士生导师)负责撰写第四、八、十三章。

陈 晶(中国人民公安大学副教授)负责撰写第二、十、十一章。

王应富(中国人民公安大学讲师,法学硕士)负责撰写第三、六、七章。

由于我们理论水平有限和实践经验的不足,书中难免存在疏漏与不妥之处,恳请读者批评指正。

高智华

2011 年 6 月

— 目 录 —

第一章 国际私法概述	1
第一节 国际私法的调整对象	1
第二节 国际私法的名称、范围和定义	5
第三节 国际私法的渊源	16
第四节 国际私法的基本原则	24
第五节 国际私法学体系	28
第二章 国际私法发展史	34
第一节 国际私法的学说史	34
第二节 国际私法的立法史	45
第三节 我国国际私法的发展史	49
第三章 冲突规范与准据法	54
第一节 冲突规范	54
第二节 准据法	62
第四章 冲突规范适用中的几种制度	71
第一节 识别	71
第二节 反致	75
第三节 公共秩序保留	79
第四节 法律规避	86
第五节 外国法的查明	89
第五章 国际私法的主体	95
第一节 外国人民事法律地位	95
第二节 自然人	104
第三节 法人	116
第四节 国家与国际组织	121
第六章 法律行为与代理	129
第一节 法律行为	129
第二节 代理	134
第七章 涉外物权的法律适用	140
第一节 概述	140
第二节 物之所在地法原则	142
第三节 国有化问题	147
第八章 合同的法律适用	153
第一节 合同的法律适用概述	153

第二节	合同的准据法	156
第三节	中国关于涉外合同法律适用的立法与实践	166
第四节	国际经济贸易中各类合同的法律适用	172
第九章	侵权行为之债的法律适用	193
第一节	侵权行为之债的法律适用概述	193
第二节	一般侵权行为的法律适用	197
第三节	特殊侵权行为的法律适用	203
第四节	不当得利与无因管理的法律适用	212
第十章	涉外知识产权的法律适用	217
第一节	知识产权概述	217
第二节	知识产权的法律冲突与法律适用	218
第三节	保护知识产权的国际公约	221
第四节	保护知识产权的国际组织	227
第五节	我国有关知识产权国际保护的立法	230
第十一章	婚姻家庭关系的法律适用	234
第一节	结婚的法律适用	234
第二节	涉外离婚的法律适用	240
第三节	夫妻关系的法律适用	243
第四节	父母子女关系的法律适用	246
第五节	监护与扶养的法律适用	250
第十二章	继承的法律适用	253
第一节	法定继承的法律适用	253
第二节	遗嘱继承的法律适用	261
第三节	无人继承财产的法律适用	269
第四节	关于涉外继承的国际公约	273
第十三章	国际民事诉讼程序	280
第一节	国际民事诉讼程序概述	280
第二节	外国人的民事诉讼地位	287
第三节	国际民事管辖权	294
第四节	国际民事司法协助	305
第十四章	国际商事仲裁法	321
第一节	国际商事仲裁概述	321
第二节	国际商事仲裁机构及其规则	327
第三节	国际商事仲裁协议	334
第四节	仲裁程序	343
第五节	国际商事仲裁裁决的承认和执行	351
参考文献		359

第一章 | 国际私法概述

第一节 国际私法的调整对象

一、国际私法产生的原因和条件

法律是社会发展的产物，国际私法也不例外。随着生产力的发展和科技的不断进步，人类的生存和交往空间突破了疆域、跨越了国界，从而产生了超越一个国家和地区界限的各种财产关系、婚姻关系以及其他一些人与人之间的关系。这些关系的现实存在，衍生出以下三个必须解决的问题：

第一，在科技高度发达，交通、通信十分便利的今天，国家之间、国家和地区之间的自然人、法人之间的民事、经济、贸易、资金、技术等方面的交往、合作和斗争日趋频繁，涉外法律关系和涉外案件大量发生，只有及时、妥善地解决，才能保证国际民事关系的正常运转。

第二，相互交往的各国都拥有独立自主的立法权和司法权，但由于这些国家的社会制度不同、民法规定各异，彼此之间必然会产生法律冲突的问题。

第三，有关保护法律主体权益的规定，既体现在各国的国内立法中，也大量出现在有关的国际公约中，一国的法律及其司法实践部门在处理涉外案件时不仅要保护本国公民的利益，而且还要保护外国人在交往中的正当权益，因此，仅适用本国的法律是不够的，有时是行不通的，这就产生了对外国法、国际公约是否适用和如何适用的问题。

上述三个问题，既是国际私法产生的原因和条件，也是国际私法所要研究和解决的问题。

二、国际私法的调整对象

任何一个法律部门都有自己特定的调整对象，即该部门法调整的社会关系。调整对象是划分法的部门的主要根据和出发点，也是不同部门法相区别的标志。国际私法的调整对象是国际交往中所产生的民事关系，即各种性质的财产关系及与财产关系相联系的人身关系。从这个意义上说，国际私法所调整的民事关系的性质，与各国民法所调整的民事关系的性质基本上是相同的。但是，作为一个有

着几百年历史的独立的部门法，其所调整的民事关系必然有其独特之处，与各国民法所调整的民事关系相比，国际私法所调整的民事关系具有下列三个特征：

（一）涉外性

国际私法所调整的民事关系的构成要素中至少有一个或一个以上的涉外因素，这种具有涉外因素的民事法律关系是超越一国领域的那种民事法律关系。这种涉外因素可以有以下表现方式：

1. 民事关系主体的双方或一方具有外国国籍，或者虽不具有外国国籍，但住所设在国外。例如，一个英国男子在中国旅游期间与一中国女子结婚；日本一艘轮船在新加坡海域与一希腊轮船相撞，形成了海上侵权的法律关系；美国某汽车公司与中国某代理公司在中国境内签订了汽车销售合同；法国某公司购买了中国在海外发行的国债，等等。

2. 民事关系的客体位于国外，即双方当事人的实际利益所共同为人的目标——物、行为或智力成果等位于外国。例如，中国公民要购买另一中国公民位于美国的不动产，德国人要继承位于英国的财产，某美国建筑公司要投标参与中国奥运场馆的建设，等等。

3. 民事关系的内容——民事关系主体之间的权利和义务据以产生的法律事实发生在外国。例如，中国公民在国外收养一孤儿；一对美国人在中国旅游时登记结婚；在外国订立或变更合同、立遗嘱、出版著作、注册商标、获得专利，等等。

在现实生活中，一个民事关系可能只有一个涉外因素，也可能有两个或者两个以上的涉外因素。只要具有涉外因素，就是涉外民事关系，就受国际私法的调整。应当强调的是，国际私法上所讲的“外国（foreign）”，应作广义的理解，它既包括国家，也包括一个国家中的不同法域（territorial legal unit）。

（二）内容的广泛性

国际私法所调整的涉外民事关系是具有广泛意义的涉外民事关系。首先，对于“涉外”，应作广义的理解，即不仅包括涉及不同国家的法律关系，而且也包括一个国家之内不同法域的地区之间所发生的民事关系。其次，国际私法所调整的涉外民事关系，不但包括广泛的实体法律关系，如涉外物权关系、涉外债权债务关系、涉外知识产权关系、涉外婚姻家庭关系、涉外财产继承关系、涉外劳动关系等，包括国际贸易及与国家贸易有关的国际货物运输、保险、货款支付与结算、国际投资关系等内容，还包括为解决上述各种关系引起争议的国际民事诉讼程序和仲裁程序等内容。

（三）国际性

涉外民事关系都是在跨越国家或地区的交往中产生的，具体表现为不同国家或地区的自然人、法人之间的权利义务关系，当然，其实质都体现了国家（地区）之间的关系。任何一个涉外民事关系都与两个或两个以上的国家（地区）

利益密切相关,因此,国家(地区)在处理有关的具体案件时,不能不考虑国家(地区)的对外政策,不能不受国际关系的制约。

总之,国际私法是以涉外因素的民事关系作为自己的调整对象的。

三、国际私法的调整方法

由于国际私法所调整的涉外民事关系涉及不止一个国家的法律,而在实际生活中,各国法律特别是民法规定千差万别,因此,究竟选择哪一个国家的法律来调整,就成了国际私法所必须解决的问题。目前,调整涉外民事关系的方法有以下两种:

(一) 间接调整方法

所谓间接调整方法,就是在有关的国内法或国际条约中规定有关的法律适用规则,指出在什么情况下应该适用哪个国家的法律来确定某种涉外民事关系中当事人的权利和义务,而不是直接规定当事人的权利和义务关系。例如,1978年《意大利民法典》第22条规定:“占有权、所有权和其他动产和不动产物权,适用物之所在地法。”^①根据这一规定,我们只能确定涉及物权问题,应该适用什么地方的法律来解决,至于物权的种类、效力、占有权及所有权等具体内容,我们是不可能从这一条款中得到答案的,这就是间接调整方法。

上述这种规定某种涉外民事关系应适用何国法律去处理的规范,就是冲突规范(conflict rule)。而国际私法的间接调整方法,就是通过冲突规范来调整涉外民事关系,它是国际私法独有的调整方法。纵观国际私法的发展历史,国际私法的产生和发展是与冲突规范的采用密不可分的,从某种意义上讲,间接调整方法已成为国际私法区别于其他法律部门的一个重要标志。有些学者根据国际私法的这一特点,主张国际私法应称为“冲突法”、“间接法”或“法中法”等。在国际私法中,这种由冲突规范进行间接调整的方法占有非常重要的地位,是国际私法的中心和主要组成部分。无论今后社会发展如何,只要有国家存在,有不同的法律体系存在,在国际经济交往和个人往来不断发展的情况下,总要借助冲突规范这种间接方法去调整涉外民事关系。

然而,冲突规范毕竟只是一种间接调整涉外民事关系的方法,与实体规范相比,由于它并不直接规定当事人的权利和义务,因此,仅适用冲突规范,还无法使当事人预见其法律行为的后果,还不能完全解决涉外民事关系中的法律冲突问题。事实上,冲突规范这种间接调整方法不能消除和解决各国间在法律上的根本对立与不同,再加上受国家主权观念、案件结局与法院地国的利害关系以及调查和适用法律上的司法便利等因素的影响,使得冲突规范最初指引的法律与法院最终适用的法律往往不一致,结果导致当事人无所适从或者“挑选法院”(forum

^① 刘慧珊、卢松主编:《外国国际私法法规选编》,人民法院出版社1988年版,第77页。

shopping) 的情况, 这就势必影响国际民事关系的稳定。为了克服冲突规范这种弊端, 几个世纪以来, 许多国际私法学家都在不断地进行探讨, 以求改进。

(二) 直接调整方法

所谓直接调整方法, 是指有关国家间通过在国际条约、国际惯例或国内法中规定当事人具体的权利义务关系的规范来调整涉外民事关系的方法, 从而避免或消除法律冲突或法律选择。这种直接规定当事人权利义务规范, 称为实体规范。国际私法中的实体规范有两种: 一是体现在国内立法中, 为国内实体规范; 二是体现在国际条约和国际惯例中, 称为统一实体规范。例如, 1980 年《联合国国际货物销售合同公约》第 74 条规定: “一方当事人违反合同应负的损害赔偿额, 应与另一方当事人因他违反合同而遭受的包括利润在内的损失额相等。这种损害赔偿不得超过违反合同一方在订立合同时, 依照他当时已知道或理应知道的事实和情况, 对违反合同预料到或理应预料到的可能损失。”据此, 当事人任何一方若构成违约, 其所应承担的损害赔偿数额的计算就非常清楚明了。任何缔约国的当事人所签订的国际货物买卖合同的违约责任, 只要没有特别约定的, 均可适用该公约。

直接调整方法是 19 世纪末 20 世纪初产生的另一种解决法律冲突的途径, 它通过有关国家的努力把彼此在民商事法律上的歧义规定统一起来, 供缔约国间的当事人直接适用于有关的民事关系中, 以消除法律冲突, 避免就不同国家的国内法作出选择。这种通过直接确定当事人的权利与义务的方法, 其特点是规定明确、内容固定、拘束力强、应用方便, 主要是在国际贸易、国际货物运输和与之有关的领域中得到了广泛的运用。由于统一实体规范比起冲突规范、国内法, 更为明确、具体, 更有利于消除发展国际经济贸易关系的法律上的障碍, 因而有的学者称其为“避免法律冲突的规范”, 而把冲突规范称为“解决法律冲突的规范”, 从这个意义上讲, 用统一实体规范调整涉外民事关系较之于冲突规范的调整确实有所进步, 且随着国际社会经济的发展, 统一实体规范的数量在逐渐增多。但是, 这并不意味着统一实体规范可以完全代替冲突规范的作用, 在民族国家还存在的历史年代里, 企望国际社会能在所有领域里特别是婚姻继承方面都能制定统一实体规范, 至少在目前是不现实的, 因此, 冲突规范的间接调整方法仍将起作用。

上述两种方法都是国际私法调整涉外民事关系必需的手段, 两者相辅相成、互为补充。一方面, 由于涉外民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事关系是难以满足实际需要的。因此, 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。而且,这种并存现象不会是短暂的。同时,必须说明的是,在具体的涉外民事关系中,间接调整方法和直接调整方法二者只能适用其一,不能同时并用。

第二节 国际私法的名称、范围和定义

一、国际私法的名称

国际私法的名称问题,一直是一个有争议的问题,到目前为止,不同学者、不同国家、不同地区,对国际私法的称谓仍然不尽相同,从国际私法的产生、发展到现在,在国际上使用过多种名称。

13、14 世纪,国际私法鼻祖、意大利国际私法学家巴托鲁斯(Bartolus)提出了著名的“法则区别说”理论,将当时意大利的法则(Statuta)分为人法、物法和行为法,人法用来解决与人有关的法律关系,物法用来解决与财产有关的法律关系,行为法则用来解决与契约有关的法律关系,“法则区别说”因此成为国际私法最早的称谓。“法则区别说”对国际私法的发展有重要的影响。人的行为能力依当事人属人法,不动产物权依物之所在地法,契约关系依契约缔结地法一直沿用至今。但是,由于法律关系的复杂性,有时很难将人法与物法截然分开,因此,“法则区别说”的简单分类不能解决日益复杂的国际交往中出现的法律问题。

17 世纪,荷兰学者罗登堡(Rodenburg)认为,各国法律对于同一法律关系的规定是各不相同的,因而在适用时就必然发生法律冲突,国际私法正是为解决这种冲突现象而产生的,因此,罗登堡就将国际私法命名为“冲突法”(Conflict of Laws)。后来,该名称为英美国际私法学者所接受,英国学者戴西(Dicey)、美国学者施托雷(Joseph Story)对这个名称推崇备至,认为国际私法主要就是解决法律冲突问题的,并用这个名称著书立说。但许多国家的国际私法学者是不采用这个名称的,因为法律冲突问题固然是国际私法所要解决的问题,但并不是唯一的问题,国际私法还包含着广泛的内容。

19 世纪,德国学者奥斯塔特(Oerstadt)提出了“外国法适用论”的名称。他在 1822 年出版的《外国法适用论》一书里指出,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”。《德国民法典》在起草时曾用此名列一专章,专门规定外国法的适用问题,不过,在正式通过时被删去了。“外国法适用论”的名称也并不确切,因为国际私法的冲突规范所指明的应适用的准据法既可能是外国法,也可能是内国法,国际私法不仅仅是解决外国法的适用问题,因此,这个名称后来很少被采用。

19 世纪中叶,德国学者萨维尼(Savigny)则认为,国际私法这个法律部门

是规定法律的场所效力的，因此，又把国际私法称为“法律的场所效力论”（*Diereaumliche Herrschaft der Rechtsnormen*）。

1840年，法国学者弗利克斯（Foelix）发表了一篇题为《论内外国法律的冲突·又称国际法》的论文，首先使用了“私国际法”的名称，他认为国际私法就是国际法。真正称国际私法的是德国学者谢夫纳（Schaeffner），他在一本研究国际私法的历史著作中，将这一法律部门称为“*internationals privatrecht*”，译为英文，则为“*international private law*”，他认为国际私法就是国内法。

此外，还有的学者将国际私法称为“私法关系的国际处理法”、“私间法”、“界限法”、“体系间法”、“国际民法”、“国际商法”、“法律适用法”、“涉外私法”等，在立法实践中，新中国成立前将国际私法法规称为“法律适用条例”、德国称之为“民法施行法”、日本称之为“法例”。名称使用的不同，实际上反映了各国立法者和学者对国际私法调整的对象、范围、方法及规范种类等观点上的不同。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。一般来说，大陆法系国家普遍采用“国际私法”，而英美法系国家则更多地采用“冲突法”。

二、国际私法的性质

研究国际私法的性质，就是研究它在法律体系中处于什么地位以及究竟是属于什么样的法律部门的问题。尽管对于国际私法到底是公法或私法、实体法或程序法、国际法或国内法的界定，不同学者始终存在不同的意见，但目前谈到国际私法的性质，主要是围绕国际私法是国内法还是国际法，或是介于两者之间的特殊法律部门的问题。众所周知，国际私法所调整的涉外民事关系，既有内国因素，又有外国因素；其法律规范既有国内实体规范，又有国际统一立法；其渊源既有国内，又有国外，正因为国际私法具有这样有别于其他法律部门的特点，所以，关于国际私法的性质，形成了以下不同的观点：

（一）国际法学派

持“国际法学”观点的学者认为国际私法是国际法，该学派以大陆法系学者为主，代表人物有德国的萨维尼（Karl Von Savigny）、巴尔（Ludwing von Bar），法国的魏斯（Weiss）、毕叶（Pillet），意大利的孟西尼（P. S. Mancini），苏联的克雷洛夫、童金，等等。我国国内的一些学者也持此观点。他们认为国际私法具有国际法性质，是国际法的一部分，主要理由是：

1. 国际私法是在国际交往中产生的，它调整的涉外关系已经超出一国的范围，尽管国际私法处理的是不同国家自然人与法人的“私”的关系，但它与国际公法一样都是协调国际关系，促进不同国家的合作与发展，服务于国际社会，因此，两者之间没有本质的区别。毕叶（Pillet）在1903年出版的《国际私法原

理》中指出：“凡规定国际间的公益而以国家为主题的为国际公法，规定国家间的私益而以私人为主体的为国际私法。”在1923年出版的《国际私法实践》一书中进一步指出：“无论是公的法律关系还是私的法律关系，均与国家有关，故均属国际法的范畴，它们的本质是相同的。”法国的魏斯（Weiss）也在其1925年所著《国际私法手册》中提出了相同的观点，他认为国际私法与国际公法属于同一性质，是同一树干上长出来的两个分支，目的都是调整国家间的关系。

2. 国际私法与国际公法在许多原则与制度上是相同的，如国家主权原则、平等互利原则、国家及其财产豁免原则、外国人的待遇制度等。

3. 国际私法的作用在于划分国家主权扩及的范围。

4. 国际条约与国际惯例已成为国际私法的主要渊源。

（二）国内法学派

持“国内法学”观点的学者主张国际私法是国内法，其代表人物是英国的戴西（Dicey）、莫里斯（Morris）、威希尔、诺斯，美国的斯托雷（Story）、比尔、里斯，法国的巴丹（E. Bartin）、巴迪福（Buttifoletti），德国的沃尔夫，等等。他们认为，国际公法与国际私法有着根本的不同。苏联国际私法学家隆茨在其《苏联国际私法理论的发展》一文中指出：“当人们说到国际公法时，‘国际’一词是‘国家之间’的同一语；而当提及国际私法时，这里指的则是在所谓国际流通（如对外贸易）过程中，不同国家的自然人或法人为其参加者的民事法律关系。”^①因此，国际公法与国际私法存在着以下显著的不同：

1. 调整对象和主体不同。国际公法调整的是主权国家之间的政治、军事、经济、外交关系，其主体是国家、国际组织和正在争取独立的民族；而国际私法调整的是不同国家之间自然人和法人的民商事关系，调整的主体主要是自然人和法人。

2. 法律渊源不同。国际公法的主要渊源是各国协调制定的国际条约和认可的国际惯例；国际私法的主要渊源则是主权国家制定的国内立法，这些国内法规与国内民法、刑法等调整对象并无本质上的差别，制定国单方既可根据自己利益加以修改或废止，无须征得其他国家的同意；尽管国际条约和国际惯例也是国际私法渊源的重要组成部分，但正如德国国际私法著名学者康恩·弗鲁恩德（Kahn·Freund）^②所阐明的观点：一个法官适用基于国际法的原则，只不过仅仅是根据他的国内法的明示或暗示的规定，因此对于法官来说，法院地法是唯一的权力来源，没有一个法国法院承认违背法国国际私法规则的判决，德国的法院也不承认损害一个德国当事人的判决，如果这一判决未能适用德国立法中规定的冲突法的某些原则的话。

① [苏]隆茨：《苏联国际私法理论的发展》，载《国外法学》1979年第3期。

② 李双元著：《国际私法》（冲突法篇），武汉大学出版社1986年版，第12页。

3. 法律规范的制定和适用范围不同：国际法是国家之间协议的产物，在国际上具有普遍的约束力；国际私法主要由一国立法机关制定，在国际上没有普遍的约束力。

4. 争议的解决方式不同：国际公法争议一般通过国家之间的谈判、斡旋、国际调查、国际仲裁以及国际法院来解决，有时还会使用报复手段甚至诉诸战争；国际私法争议一般由一国法院和仲裁机构来解决。

（三）“二元论”学派

持“二元论”观点的学者认为国际私法是介于国际公法和国内民法之间的一个法律部门，其代表人物是德国的齐特尔曼、美国的毕尔（Beale）、捷克的贝斯特里斯基等。他们认为，国际私法调整的社会关系既涉及国内又涉及国际；国际私法既涉及一国国内的利益又涉及他国的利益；国际私法的渊源既有国内渊源又有国际渊源。因此，国际私法既有国内法性质，又有国际法性质。更重要的是，一个法律部门具有什么性质，属于哪一法律体系，不应该从非此即彼的僵化观点出发，而应从生动的现实社会生活 and 实践出发加以考察，把国际私法分为“国际的”国际私法和“国内的”国际私法，国际私法是这两部分的综合。

综上所述，关于国际私法的性质，虽然不同学派存在着意见分歧，但并不妨碍国际私法学科的建立、研究和发展。结合当代的国际实践，应该看到，第二次世界大战以后，传统的国际公法概念，无论其内涵还是外延，都不能容纳已有巨大发展的国际法律本身。国际法律的这种发展主要表现在国际上出现了大量的调整国际商事关系、传统的一般国际民事关系以及国际民事诉讼关系和国际商事关系的法律。在国际社会中，我们还可以看到一些直接规定法人或自然人权利和义务的规范，其中既有国际公约的规定，如关于惩治国际犯罪的公约，也有双边条约的规定，如不少领事条约直接对缔约国的国民或法人赋予的在对方国家的权利。而且，许多国际组织还建立了自己的行政法规及保障其施行的行政法庭。由此可见，国际法律本身的发展已经突破了传统国际公法作为调整国家之间关系的行为规则的范围。作为以国际法律为研究对象的学者应该敏感地反映这种事实，从宏观的角度对新的国际法律现象加以归纳和概括。当某种新的法律现象出现，而又不能用原有的类别加以归类时，那就应该而且必须构成新的类别。只有这样，国际法学者才能紧跟事物前进的步伐。鉴于国际法律的发展，国际法已不是传统的国际公法，而是反映国家意志的协调、调整一切国际关系（不仅限于国家之间的政治、军事、外交关系）的具有法律约束力的行为规范的总和。国际法调整的社会关系是超越国界的一切国际社会关系，国家与国家之间的关系只是其中一部分。国际法是一个体系，而不是一个部门法。在国际法体系内大致包括以下法律部门，即国际公法、国际私法、国际经济法、国际刑法、国际行政法等。我们知道，国际法和国内法的划分主要是以它们适用的范围和调整的社会关系为标准的。而国际私法调整的社会关系为民商事法律关系，或国际民商事法律关系，或跨国民商事法律关系，或国际私法关系，这种关系是从国际生活中产生出来

的,它的适用范围跨越了国界;从渊源上讲,“国际”的国际私法已大量存在。因此,国际私法也就是我们所说的国际法,即广义的国际法的一部分,它是国际法体系的一个独立部门或分支。当然,它和主要调整国家、国际组织相互之间的政治、经济、军事、外交关系的国际公法是有区别的。在国际法学中,国际私法和国际公法、国际经济法等一样,是整个国际法学体系中独立的二级学科。

三、国际私法的范围和种类

国际私法的范围,是指国际交往中所产生的涉外民事关系中的哪些问题由国际私法来调整。如上所述,国际私法调整的是具有涉外因素的民事关系,但这并不是说与涉外民事关系有关的任何法律问题均只能由国际私法这唯一的法的部门来调整,在当今世界上,国际经济法、国际投资法、国际贸易法、海商法等也从不同方面实现着对涉外民事关系的调整任务。因此,如何与同是调整涉外民事关系的其他法的部门区别开来,就是我们研究国际私法范围的目的之所在。

自国际私法产生以来,其范围问题也是长期争论不休。国际私法的范围,有两种不同的含义:一是国际私法所调整的法律关系,即对象范围;二是国际私法应包括哪些法律规范,即内容范围。关于第一个含义,前面已经加以论述,即国际私法调整的是广泛意义上的涉外民事关系。^①至于国际私法的内容范围,不同国家和不同学者的主张不尽相同。

(一) 在国际私法范围上的不同主张

1. 冲突法观点。这种观点的主要内容是,国际私法的全部任务或主要目的仅限于解决涉外民事关系中的法律冲突,因此,国际私法的规范也仅仅包括法律适用规范或冲突规范。德国、瑞士、斯堪的纳维亚半岛各国和日本多数学者坚持该主张。^②他们认为:“所谓国际私法,从其固有的意义上讲,是为含有国际因素的案件指定准据法的那种规范的总和。”将国际私法的内容局限于冲突规范。

2. 冲突法和统一实体法观点。苏联和一些东欧国家的学者认为,国际私法的范围包括调整涉外民事关系的冲突规范和避免法律冲突的统一实体规范。因为国际私法是为解决各国法律冲突而产生的,如果通过国际条约统一规定了调整这种涉外民事关系的实体规范,就可以避免这种冲突,所以,国际私法自然应该包括统一实体规范。苏联著名的国际私法学家隆茨认为^③,在每一国家的国际私法的构成中,既有这个国家制定的冲突规范,又有该国缔结的国际条约加以统一的实体规范,这样就存在有两种调整具有涉外因素的民事法律关系的法律方法。应当承认,统一实体规范的方法,是更高一级的调整这种关系的形式。匈牙利学者

① 广泛意义上的涉外民事关系,不仅包括实体内容,而且包括程序内容,详见第一章第一节。

② [日]北敏助一著:《国际私法——国际关系法Ⅱ》,姚梅镇译,法律出版社1989年版,第9页。

③ [苏]隆茨、马蕾舍娃、萨季科夫著:《国际私法》,吴云琪、刘楠来、陈绥译,法律出版社1986年版,第6页。

萨瑟也认为,国际私法是调整国际性的,其中一部分是直接法律规范(实体规范),一部分是间接法律规范(冲突规范),这种直接规范就是指“国际的统一规范”。^①

3. 三段论观点。这是英美法系国家国际私法学者的观点。他们认为,国际私法不仅要解决涉外民事关系中的法律冲突问题,而且要解决涉外民事案件的司法管辖权问题和对外国民事判决的承认与执行问题。因此,国际私法就应当主要解决以下三个问题:管辖权、法律的选择或法律的适用以及法院判决的相互承认与执行。

4. 综合论观点。该观点认为,国际私法除应包括冲突规范外,还应包括国籍规范、外国人的法律地位规范、法律适用规范及管辖权规范。法国及受法国影响的大陆法系国家的学者主张,国际私法不仅要解决涉外民事关系的法律冲突问题,还必须解决与法律冲突紧密相连的外国人民事法律地位问题和国籍问题,因为这是涉外民事关系产生的前提,也是解决法律冲突、确定当事人属人法的前提。法国国际私法学教授巴迪福尔认为:“法国的传统将国籍、外国人地位、法律冲突和管辖权冲突归为同一类问题,这样就对个人在各种国际私法关系中的法律地位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(管辖权冲突)。”^②

我国受苏联和东欧国家的影响较大,大多数学者主张国际私法至少应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、国际民事诉讼程序规范和国际商事仲裁规范。

上述国际私法范围问题的不同主张,反映了各国对国际私法范围问题在认识上存在着很大的区别。但是,这些各自不同的观点却有着这样一个共同点,即国际私法应该主要研究冲突规范。争论的焦点在于:(1)除冲突规范外,国际私法是否还应包括国籍、外国人的法律地位、法律适用及管辖权问题;(2)实体规范应否包括在国际私法之内。对于第一个问题,各国规定各异,很难有统一的标准,但越来越多的国家在立法上都把与适用冲突规范有关的国籍、住所,外国人的法律地位,外国判决的承认和执行等国际民事诉讼程序问题纳入国际私法的范畴。而第二个问题,则是我国目前争论最激烈的问题。

要正确地认识这个问题,必须从法律发展的观点出发。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,为了便利国际民商事交往,在19世纪末20世纪初,国际社会便

^① 萨瑟:《欧洲人民民主国家的国际私法》,1964年英文版,第13页。

^② [法]亨利·巴蒂福尔、保罗·拉加德著:《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。

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了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。从某种意义上，统一实体规范更符合国际民商事关系的本质要求。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文化传统的差异，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，国际私法的范围应包括以下部分：（1）冲突法、统一实体法，以及国家直接适用于涉外民事关系的法律。（2）国籍及外国人的法律地位规范，这是处理涉外民事关系的前提。（3）解决纠纷的国际民事诉讼及仲裁程序规范，包括管辖权、司法协助、外国判决和仲裁裁决的承认与执行等内容。

（二）国际私法规范的种类

尽管在国际私法范围问题上有着不同的观点，但根据各国法律以及国际条约的规定，经过综合、概括、归纳和分析，我们可以看到国际私法通过以下四种规范来调整涉外民事法律关系。

1. 外国人民事法律地位规范。外国人民事法律地位规范是赋予或者限制外国的自然人、法人甚至外国国家和国际组织在内国民商事领域的权利与义务的规范。“外国人民事法律地位”一词与国际公法上的概念是一致的，都是指外国人在居留国所享有的权利，内容都包括外国人在内国享有权利的范围、方法以及权利的保护等问题，其实质是外国人是否有资格和以什么样的资格与本国人民事交往的问题，它是国际私法产生的一个前提条件。这就意味着，在国际交往中只有承认外国人取得了内国的法律主体资格，能够同内国人一样享受民事权利承担民事义务，并受所在地国的司法保护，国际民事交往才能顺利进行，国际私法的其他规范才能产生并得到适用。这类规范的产生早于国际私法的其他任何规范，如罗马法中的“万民法”就属这类规范。因此，从某种意义上说，外国人民事法律地位规范是国际私法最古老的规范。

外国人民事法律地位规范既可以规定在国内法中，也可以规定在国际条约