

第一章 国际私法概论

一、国际私法是一门独立的法律学科

国际私法是从 13—15 世纪的意大利开始形成和发展起来的，现在它已成为各国的重要的部门法之一。但是对于它的许多问题的争论从来没有停止过，诸如国际私法是公法还是私法，国内法还是国际法，实体法还是程序法等。争论的中心问题就是，国际私法学是否为一门独立的法律学科？

国际私法是一门独立的法律学科，是由国际私法不同于其他法律学科的独有的特点所决定的。

1. 国际私法调整的是涉外民事法律关系——特殊的调整对象

每个独立的法都有自己的调整对象，国际私法与其他法的根本区别在于它调整的是涉外的民事法律关系。所谓涉外民事法律关系 就是说该法律关系含有‘涉外因素’(foreign element)。涉外因素或表现为法律关系的主体之双方或一方涉外，或是法律关系的标的物在国外，或是法律行为成立、变更、消灭有关的法律事实发生在外国。具体地说：

(1)主体涉外。涉外民事法律关系的主体有自然人、法人和特

殊的民事主体——国家。在这些民事主体中 就自然人而言 必须是双方或一方中或是具有外国的国籍，或是常设住所于国外。就法人而言 或是该法人在外国登记的(国籍论)或是主事务所设于国外的(主事务所说)或是为国外资本所控制的(控制论)就国家而言，它是一个特殊的国际私法的主体，它与国际公法中的国家主体的区别在于：

在以国家名义而出现的涉外民事关系中，国家是一个特殊的组织，国家组织与国家组织之间的关系是民事法律关系。国家作为国际私法的主体，它与国际私法的其它主体，即法人与自然人的关系是平等的民事法律关系，不存在一方支配一方的问题。

(2) 标的物 客体 涉外。民事法律关系中 也常因其争讼的标的物涉外，而使其法律关系成为涉外的民事法律关系。例如，某遗产争讼案的双方当事人均为我国公民，但因其争讼的财产在国外，从而使其法律关系具有了涉外的因素。又如，某法律关系的双方当事人都是本国人，其法律行为亦发生于国内，但契约的内容是买卖位于国外的动产或不动产，这同样是一宗涉外的民事案件。总而言之，不管法律关系的主体是本国人还是外国人，也不论其法律行为发生于国内还是国外，只要法律关系的客体（即标的物）在国外都构成了涉外民事法律关系。

关于标的物问题有两点须特别说明的：①在该法律行为发生前，标的物在国外的，当然该法律关系具有涉外因素；在争讼发生后，一方当事人将争讼的标的物转移到国外的，其原纯粹属于国内的民事法律关系也就转化成涉外的民事法律关系。构成涉外民事法律关系的标的物必须是同本案争讼有关的标的物。

(3) 法律行为涉外。民事法律关系的主体，标的物都在国内，但如果与本法律关系有关的法律行为的发生、变更、消灭等法律事实发生在国外，该法律关系同样是涉外的民事法律关系。这里我们注意的是：①一个法律行为往往是由多种因素构成的，其中有一个因素涉外，就构成涉外的法律行为。如，在买卖契约的这个法

律行为中，有要约与承诺之分，其中或是要约发生在国外，或是承诺发生在国外，都使该法律关系具有了涉外因素。如果法律行为发生在国外，其结果发生在国内；或是法律行为发生在国内，结果发生在国外，如在国外发生侵权行为，在国内发生损害；或是在国内发行的票据，在国外付款者，由此而引起的法律关系也都是涉外的民事法律关系。

必须说明的是，主体、标的物与行为三者之间不是孤立的，在一个法律关系中，上述几个因素有的是同时涉外，有的是部分涉外，但是，要构成涉外的民事法律关系，其中至少要有一个因素发生在国外。

需要特别强调指出的是，国际私法只调整含有涉外因素的民事法律关系。民事法律关系是指由民法调整所形成的权利和义务关系。在资产阶级国家，民法也通称为私法，民事法律关系也叫做私法关系，一般系指发生在公民之间的有关人身财产关系和人身非财产关系。诸如人的能力 亲属关系 家庭婚姻关系 继承关系，所有权，债权等法律关系都属于民事法律关系。但是，民法调整的一般是民事法律关系中不含有涉外因素的那部分关系，凡这些关系中含有涉外因素的，都由国际私法予以调整。民法与国际私法的原则区别就在这里。可见，国际私法以具有自己特有的调整对象而区别其它的法律学科。

2. 国际私法主要属于国内法，但又兼有国际法的若干性质——颇具争议的法律性质

国际私法产生以来，关于其名称，各派就争论不休。“法则区别”是国际私法最早的名称。17世纪荷兰学者罗登堡（Rodenburg）根据本学科主要是解决不同法律体系互相冲突这个重要特点，主张用“法律冲突论”这个名字，这个名称仍然为今天英美等许多国家所采用。17世纪的德国学者可西（Henri de Coccei）认为，本学科主要研究的是一国法律在其他国家的效力问题，故主张用“法律的域外效力论”命名。根据同一个道理，德国学者奥斯达德

(Ørsted) 于 19 世纪初称本学科为 “ 外国法适用论 ”。同一时期的法国学者弗力克斯 (Foelix) 认为, 本学科是国际公法的一个平行学科 国际公法规定国家间的 ‘ 公 ’ 的关系 本学科则是规定国家间的 ‘ 私 ’ 的关系 故主张用 ‘ 私国际法 ’ 之名称。最早把本学科叫做国际私法的是 19 世纪中期的德国学者薛福纳和美国学者斯托雷, 这个名称已为大部分国家的学者所接受和采用, 但是, 人们仍然认为 这是一个很不妥当 很不满意的名字。

关于国际私法名称的争论与变化, 实际上是反映了人们对国际私法性质的不同认识, 即国际私法到底是国际法、国内法, 还是二者兼而有之?

(1) 认为国际私法本质上是国际法的大有人在, 从德国的萨维尼, 到苏联的拉德任斯基、童金等人都持这种观点^②。我国有人也认为 “ 国际私法是国际法的一个重要组成部分 ”^③。国际法学派的主要论据是 国际法处理的是不同国家间的 ‘ 公 ’ 的关系 国际私法处理的是不同国家公民与法人的 ‘ 私 ’ 的关系 尽管 ‘ 公 ’ 与 ‘ 私 ’ 关系不同, 但是它们协调的都是超越一国的国际行为, 也都是为了促进不同国家间互相与合作。他们还认为, 由于法律是由各个主权国家制定的, 不同国家的法律冲突实际上都是各个国家间的主权冲突, 因此, 从这个意义上来说, 国际私法与国际公法之间是没有什么本质区别的。

(2) 与国际法学派大相径庭的是国际私法的国内法学派, 他们坚持认为, 国际私法与国际公法是根本不同的, 其主要论据是: “ 当人们说到国际公法时, ‘ 国际 ’ 一词是 ‘ 国家之间 ’ 的同义语 而当提及国际私法时, 这里所指的则是在所谓国际流通 (例如, 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

参见《国际私法论文集》, 1959 年第 1 版, 第 48—60 页。

参见武汉大学《法学研究资料》, 第 4 期。

③ 参见《吉林大学学报》, 1980 年第 4 期。

系^①。这就是说，国际私法与国际公法的主体、调整对象都是完全不同的，一个主要以不同国家的自然人与法人为主体，调整的是涉外民事法律关系，一个主要以主权国家为主体，调整的是主权国家之间的冲突。鉴于国际私法与国际公法的主体与调整对象的差别，其解决冲突的方法也是完全不同的。国家间的矛盾与冲突主要通过外交途径解决，有时还会使用报复手段，甚至诉诸战争。不同国家的公民或法人之间的冲突主要是由各国的法院（或仲裁机构）根据本国的冲突法原则通过适用与该法律关系有关的国家的法律来解决的。国际私法的渊源主要是各个主权国家立法机构制定的国内法规。这些法规同国内的民法、刑法等法规除了调整对象之外，并无其它本质上的区别，制定国可以随时予以修改、废止而无须征得其他国家的同意。甲国有甲国的国际私法、乙国有乙国的国际私法，各国的国际私法所依据的理论，遵循的原则或具体条款的规定都可以有所不同。如大陆法系以本国法为属人法，英美法系以住所地法为属人法，国际上并没有认为某种原则为合法，某种原则为不合法，也没有强行规定这两项原则必须实行统一。尽管在国际私法中，国际条约和国际惯例也是其重要的渊源部分，但是正如国际上知名的国际私法专家康恩·弗鲁恩德（Kahn—Freund）指出的那样，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，法院地法是惟一的权力来源，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^②。我们还必须看到，国内法院的判例和著名法学

参见北京大学《国外法学》，1979年第8期 隆茨的文章《苏联国际私法理论的发展》。

② 参见康恩—弗鲁恩德（Kahn—Freund）：《国际私法的一般问题》（1976年英文版），第43页。

家的学说，在国际私法的渊源中占有重要的地位。不仅像英美这些实行判例法的普通法系国家，即使像法国这样的大陆法系国家，其最高法院的判例，也成为其国际私法的重要渊源。这对于国际法来说，都是不可想象的。国际公法的渊源主要是国际条约（多边或双边的）、国际习惯等。国际公约具有普遍的一致性和共同的约束力，缔约各国必须共同遵守，即使非缔约国，对于公认的国际法准则也必须受其约束。

综上所述，国际私法的国内法学派较国际法学派的论据更符合实际，也较有说服力，因此，现在世界上大部分学者都同意国际私法主要是属于国内法的范畴。

(3) 但是 国际私法同普通的国内法毕竟是有区别的 这不仅在于普通的国内法调整的是国内的各种法律关系，国际私法调整的是具有国际因素（即涉外因素）的民事法律关系，还在于我们不能忽视国际条约与国际惯例作为国际私法部分渊源的这个重要事实。从 19 世纪末开始，国际上就开始了谋求统一国际私法规则的努力，从签定双边条约到签定区域性的多边条约。第二次世界大战以后，以海牙国际私法会议为中心，签定了一系列的统一国际私法规则的公约，特别在有关管辖权、国际民事诉讼程序、国际仲裁等方面，国际私法的统一运动取得了重要的进展，今天谁也不能忽视国际条约在国际私法中的地位。它已成为在各国国际私法一个很重要的渊源。但是，实践又告诉我们，国际条约不会也不可能取代各国的国际私法法规，甚至于不可能超过国内法成为各国国际私法的主要渊源，至少在一个相当长的时间内，它只能是各国国际私法的一个补充部分。鉴于上述情况，国际上大部分的学者认为，国际私法是具有若干国际法特点的国内法，或者说国际私法的性质是以国内法为主，国际法为辅。例如美国著名国际私法学者毕尔（Beale）就认为 国际私法的主要部分的冲突规范是国内法性质的，但在管辖权等特殊问题上，以及在由国际条约规定的法律适用的原则等方面，国际私法亦具有国际法的性质。现实的发展证明，

毕尔的主张比较符合客观实际，国际私法的确是一门既不同于国内法，又不同于国际法，而是具有自己鲜明特点的独立的法律学科。

3. 国际私法是法律适用法，而非直接规定权利与义务的实体法——独具特点的调整方法

根据法律的分类，有的法律直接规定人们的权利与义务，这叫实体法。有的法律本身并不直接规定人们的权利与义务，而只是为了保证权利与义务的实现应该遵循的程序或依据的法律，这叫程序法或法律适用法。众所周知，国际私法本身并不规定当事人的权利与义务，它只规定选用适用法律的原则，因此，从根本上说，国际私法不是实体法，而是规定适用法律的法。国际私法是法律适用法的这个重要特点是为各国学者所公认的，许多国家的国际私法法规都直接用‘法律适用法’来命名之，例如 1865 年的《意大利之一般法律之公布，解释及适用总则》，1898 年《日本法例》，1918 年的旧中国的《法律适用条例》，1964 年的阿尔巴尼亚的《外国人的民事法律地位及法律适用法》，1975 年的《德意志民主共和国关于国际民事、家庭和劳动法律关系以及国际经济合同适用法律的条例》等等。

但是，国际私法的法律适用法同国内其他的法律适用法又是有根本区别的。首先，一般的国内的法律适用法（或程序法）仅规定国内某项法律的适用程序，而国际私法是规定在一个含有涉外因素的法律关系中，当涉及到几个互相冲突的法律体系时，从中选择适用一个最合适的国家的法律作为解决所争议问题的准据法。因此，国际私法规定的不是对某项具体的国内的实体法的适用，而是规定选择与该法律关系有关的国家实体法的程序。其次，国际私法所适用的有关国家的实体法，一般并不指定某项具体的法律，而是一个广义的法律范畴。同时，国际私法一旦决定适用某个国家的某项实体法时，在涉及到适用该实体法的具体程序时，它必须受法院地国程序法的支配。例如，当甲国国际私法指定某争议的

法律关系应由甲国法院适用乙国民法时，那么必须根据甲国的民事诉讼法所规定的程序适用乙国法律。由此可见，国际私法本质上是法律适用法，或者叫程序法，但是它同一般规定法律适用程序的法律又是很不相同的，因此，我们不能简单地将其归入程序法的范畴，它是一个独具特点的法律适用法。

人们往往会提出这样的疑问，为什么一个主权国家要适用其它国家法律呢？

首先，绝对地拒绝适用外国法律受损害的不仅是外国当事人，本国公民也将受到损害，并将窒息国际经济的交流与合作。众所周知，世界是由各个不同的国家组成的，各个国家都有自己独立的法律体系，法律有严格的地域性，在一般的情况下，一个国家法院是不受理外国当事人的案件的，在审理案件中，也绝对排斥适用另一个国家的法律。法律的地域性同整个国际经济、文化的发展产生了矛盾。整个国际社会，由于经济科学技术的发展而日益“变小”了。一国经济发展往往同其它国家的经济发展紧密地联系在一起，生产的社会化已经从一个国家扩展到整个国际社会，国际经济文化和人员的交流极为频繁，涉及到外国人，外国事或法律行为发生在国外的涉外案件日益增多，如果一国法院只受理本国诉讼案件，或是对起诉受理的涉外案件只适用本国法律，这在实践中是很难行得通的。例如，我国的一个公司和一个法国商人在巴黎订立的一项合同，就不可能在我国请求履行。如果其他国家的法院也采取同样的原则，则该合同在世界上任何其他国家都无法请求履行。又如，两个英国人在法国按照法国法规定的仪式结婚，如果英国法院坚持对一切案件都只能适用英国法，无疑英国法院会认为这两个人的婚姻是无效的婚姻，其孩子也会被当作非婚生子女。由此可见，拒绝受理涉外案件，或是在涉外案件中绝对地排斥外国法，受损害的不仅有外国人，而且也包括本国公民，同时它窒息了国际经济、文化和人员的广泛交流，不利于国际间互助合作。因此，现在大部分国家的法院都受理涉外案件，并规定了在涉外案件

中选择适用法律（包括内国法和外国法）的原则，这种规定受理涉外案件和选择适用法律的法，就是国际私法。

其次，根据本国的冲突规范适用外国法律是适用内国法的结果，有利于维护国家主权和本国当事人的利益。国际私法所规定的适用外国法的规则，之所以能被各国所接受，是由于国际私法是由各个主权国家制定的，它本质上是各国的国内法，它所规定的对外国法的适用，实际上是适用内国法的结果，它既不损害适用国的主权，也照顾了当事人的利益，并容易为其它有关国家所接受。同时，国际私法所规定适用外国法的原则，它不是盲目规定的，而是通过对各种不同法律关系性质的分析，选择适用该国认为同该法律关系最适当的一国法律，这体现了公平与合理的原则。由于许多人对国际私法的性质和特点并不了解，因而把适用外国法当作一个禁区，以为本国法院适用外国法就是有损本国的主权，或对本国当事人不利，这是完全错误的。事实上，在某些特定的条件下，选择适用外国法可能比适用本国法对本国当事人还要有利，外国厂商是很注意这一点的。兹举一例，如一个德国人或奥地利人向美国出售物品，有理由预料可能因违反担保义务而被起诉，最好主张选择德国法或奥地利法。因为德国法与奥地利法关于物品买卖的担保权利的主张，其诉讼时效期间最短，只有六个月（德国民法第 477 条 奥地利民法第 93 条），同样 如果一个欧洲进口商从美国买进物品，在上述同样情况下，最好是主张依据美国法，因为美国统一商法典关于违反买卖合同的诉权，包括担保请求权，其诉讼时效期间为四年（统一商法典第二节第 725 项）。^①

综上所述，国际私法作为一个国家的内国法，通过选择适用相关国家的法律调整涉外民事法律关系是国际私法最重要的特点，也是国际私法最重要的优点。在今天，国际流转活动频繁、各国涉

参见〔美〕赖奇特：《同美国厂商签订商业合同的几个有关问题》 转自 1981 年第 3 期《国外法学》。

外民事案件大大增多，但地球又被许多具有独立法律体制的国家所割裂，各个法律体制又互相排斥，更不可能制定一部普遍适用的国际性法典的情况下，国际私法无疑是解决这个矛盾的惟一的有效的办法。正因为这样，国际私法受到各国的重视，并成为各国一部独立的，重要的部门法，国际私法学也日益成为各国学者所重视的独立的、重要的法律学科。

二、国际私法的范围

自国际私法产生以来，就其调整的范围问题也长期争论不休，迄今为止，各国国际私法的范围仍然很不相同。

以法国和意大利为代表的法意学派认为，国际私法应主要包括：(1)冲突规范；(2)国籍法，这是因为这些国家以国籍来确定当事人的身份关系，他们把解决当事人的国籍当作适用法的先决条件；(3)外国人的法律地位问题，这是为了确定外国人的民事权利能力，外国人没有民事权利能力，也就不存在不同法律体系的冲突；(4)国际民事诉讼程序问题。

英美学派的国际私法从研究涉外民事案件的管辖权来着手研究法律冲突问题。“英国的法律冲突法主要有两类问题：第一，英国法院对这类案件是否有管辖权？第二，英国法院如果有管辖权，它将适用什么法律？有时还可能有第三个问题，即英国法院是否承认或执行一件声称在两个当事人之间决定问题的外国判决？”^①

德国学派的国际私法把国际私法完全局限于法律冲突问题，在德意志联邦共和国，把有关外国人的法律地位问题归入所谓的外国人法（Fremdenrecht）而把有关国籍的论述归入国家法。

在 50 年代初的苏联，其国际私法的构成部分有：(a) 冲突规范；(b) 关于外国自然人及法人权利能力的规范。最后还附带研究所谓的国际民事诉讼问题，其中包括管辖、审判、仲裁、外国法院

^① J·H·C·莫里斯：《法律冲突论》，1980 年英文版 第 2 版第 5 页。

的判决与执行问题。^①

以上就是国际上主要的几大法系和国家关于国际私法范围的一些基本主张。可见，各国对国际私法范围的认识是有很大的区别的，但是，他们在国际私法应该主要研究冲突规范这个问题又是完全一致的。各方争论主要集中于这样三个问题：（1）除冲突规范外，国际私法是否还应该研究关于国籍、住所、外国人的法律地位及国际民事诉讼程序等同适用冲突规范有关的问题；（2）实体规范（其中包括国际统一民事实体规范和调整具有涉外因素关系的“国内实体规范”）应否包括在国际私法之内；（3）国际私法是否也调整涉外的经济（即商事）法律关系？对于上述三个问题，各国规定各异，没有什么统一的标准。但是，现在国际上越来越多的国家，都把与适用冲突规范有关的国籍、住所，外国人法律地位，外国判决的承认和执行等国际民事诉讼程序问题归入国际私法的范围。当然，由于各个国家的政治、经济制度、传统与习惯的不同，对这些问题的侧重面也是有所差异的。

现在争论最激烈的是第二个问题，即国际统一实体法规范，特别是关于调整具有涉外因素关系的国内实体法规范应否列入国际私法的范围。这个问题 50 年代初期发生于苏联，现在在我国又成为争论的中心问题。

必须说明，实体规范应该成为国际私法的组成部分并不是一个新问题。历史上早有这样的主张，只是由于缺乏理论上和事实上的根据，才没有得到人们的重视。第二次世界大战后，苏联的彼列捷尔斯基重新提出这个理论。嗣后，该理论在苏联与东欧国家之间广泛传播，现已成为苏联的官方理论，在法国等国家也有少数人是赞同该理论的。其主要的理由是：

第一，第二次世界大战后，世界上已经形成了社会主义阵营，社会主义各国间的涉外民事法律关系可以通过统一的实体规范进

〔苏〕隆茨：《国际私法》第 10 页，1951 年 10 月北京初版。

行直接调整，冲突规范已大大缩小了它的适用范围，其最早的证据是苏联及各个东欧国家之间的对外贸易中订立的“交货共同条件”。“在苏联与人民民主国家关系中产生的国际私法方面的新现象大大地扩充了国际私法材料的范围”。“现在，在苏联与人民民主国家的相互关系中，这些国家之间的条约和协定所制定的实体民法规范起着重要的作用，而在这些国家的对外贸易领域内，它们甚至起着主要的作用，以致冲突规范现有的地位较之以前在各国对外贸易中所占的地位要小得多，所以现在必须把国际私法所研究的规范的组成部分扩大”，“把国际协定所确立的统一实体规范包括进去。”^①作为这个理论的最新证据的是经互会内部的统一的实体化法令。如 1958 年和 1968 年的经互会供应总则，1962 年的装配总则和技术服务总则所确立的安装共同条件和技术服务共同条件。其实，这些证据是不足以改变国际私法构成的。经互会内部的统一实体化法令充其量只是区域性的共同规范，也就是说，无论是苏联与东欧国家间的交货共同条件，还是经互会内部的安装共同条件，技术服务共同条件，都只能在经互会国家内部适用，它在国际范围内并不具有普遍的规范作用。就是苏联与东欧国家，在对其他国家的同样的法律关系的冲突中，也还要依靠冲突规范解决相同的问题。因此，这种所谓的国际统一实体规范并不具有真正的国际性，过分夸大这种规范的作用是毫无意义的。

第二，国际私法应该包括国际统一实体规范的另一个重要论据是国际上开展的国际私法统一运动。的确，从 19 世纪中期开始，国际上就不断地召开区域性会议，谋求国际私法规范的统一。从 20 世纪 50 年代开始海牙国际私法会议设立常设委员会并定期召开会议，制定公约，海牙会议已发展成一个全球性的统一国际私法规则的会议。但是，我们必须注意，无论是区域性会议或是公约还是现代的全球性的海牙会议或海牙公约，其谋求的主要都是

^① 隆茨《国际私法》的几个问题，1959 年第 1 版见《国际私法论文集》第 19 页。

冲突规范的统一，而不是以建立统一的实体法规范为主要任务，更不是以实体法取代冲突法。例如从 1951 年到 1973 年海牙会议共制定了 22 个公约，其中 11 个公约是完全关于，两个是部分关于管辖权、诉讼程序、民事证据和对各种判决承认问题的，8 个公约是关于亲属法实体或程序方面的。

和海牙国际私法会议及其条约具有相同性质的是 1951 年 5 月比利时、荷兰、卢森堡三国有关统一国际私法规范的条约，该条约于 1968—1969 年进行了修改，其主要的内容是：(1)确认国籍是决定人的身份能力的依据；(2)规定认许外国公司的义务；(3)规定在亲属关系方面适用法律的原则。

以住所地法作为属人法原则的丹麦、挪威、瑞典等北欧国家于 1931—1934 年及 1953 年签订的斯堪的纳维亚国际私法条约，主要内容是：(1)婚姻、收养、监护、抚养义务和继承方面的准据法原则；(2)审判、管辖与强制执行及破产程序。

如果说，上述几种国际私法会议制定的是各种专门性的国际私法统一法规，那么 1928 年巴斯塔曼特法典，1889 年制定并于 1939—1940 年修改的蒙德维的亚条约，在涉及到国际私法各个主要规范方面则作了广泛的规定。

上述这些会议制定的条约和讨论的问题都是各国国际私法所承认的内容，即包括：(1)冲突规范；(2)外国人的民事法律地位；(3)管辖权；(4)民事诉讼程序，包括国籍与住所的冲突，外国法院的判决的承认与执行。这些条约中根本没有什么统一实体规范的内容，其中包括第七次海牙私法会议所制定的动产买卖公约，也仅是“为参加国制定的‘商品买卖方面的统一的冲突规范’而不是这方面的统一的实体法规范”。^①总之，国际私法的国际统一运动恰恰有力地证明了国际统一实体法规范根本不属于国际私法的范围。

参见《国际私法论文集》，第 77 页。

第三,当然随着经济文化的发展,国际上也确实出现了一些以实体法为主的调整涉外民事法律关系的国际条约。理论与实践告诉我们,这些条约的出现,并不预示着国际私法范围的改变,而只是表明了一个新的法律学科即将诞生。

这些实体规范条约一个重要的特点是,其涉及的几乎都是国际经济文化和科学的关系。涉及科学文化关系的有 1883 年保护工业产权的巴黎公约,1967 年的世界知识产权组织公约,1952 年世界版权公约,1886 年保护文学与艺术作品的伯尔尼公约,1970 年专利合作条约,1891 年商标注册公约。涉及经济交流关系的,其中包括货物买卖,交通运输等多方面的关系,如 1980 年联合国国际货物销售合同公约,1978 年联合国海上运输规则(汉堡规则),1980 年联合国多式联运公约,1969 年国际油污损害民事责任公约,1974 年约克—安特卫普规则等等。这些公约或条约有力地表明,随着经济文化和科学技术的不断发展,国际私法体系已无法容纳日益发展的经济关系的变化,需要一个新的法律学科来调整这些变化着的经济关系。的确,国际上注意到这些新的发展和变化的自第二次世界大战以后特别是 60 年代以来,各国正在广泛地研究着一门新的法律学科——国际经济法,有的叫国际交易关系法 国际经济调整法 虽然名称各异 但其对象、内容、规范基本上是一致的,都是试图通过直接的法律手段调整国际间的经济文化和科学技术的合作关系。有的国家的学者主张,在实体规范无法调整的经济关系中,通过国际私法的冲突规范予以解决。因此,国际私法被作为国际经济法的一个组成部分。如美国哈佛大学的凯兹(M.Katz)、布利斯特(K.Brewster)、哥伦比亚大学的 P·杰塞普(P.Jesup)、日本的小原喜雄都是这样的观点。^①目前世界上还很少有人主张将调整涉外经济关系的实体法规范纳入国际私

参见日本樱井雅夫:《国际经济法研究——以海外投资为中心》,(1977 年)第一章 转引自武汉大学《法学研究资料》第 1 期。

法的范围，从而以国际私法取代国际经济法。

那么为什么不拟将涉外经济关系方面的实体规范作为国际私法的组成部分呢？(1)大家知道，国际私法是调整涉外民事法律关系的一个部门，它不能包括所有的部门，今天，国际经济文化和科学技术日新月异，新的学科、新的部门不断产生，国际经济关系愈来愈复杂，国际私法如何能包罗万象呢？(2)因为实体规范调整的对象与冲突规范调整的对象有联系，从而否定冲突规范与实体规范不同的特点也是不正确的。世界上许多学科相互间的关系都很密切，但是它们又根据各自不同的特点形成了变化万千的不同学科，诉讼法原来是实体法的一个部分，它同实体法分离后，仍然与实体法研究着同一个对象，但谁也不会因此而主张将实体法归入诉讼法的范畴。

有部分的苏联学者（我国也有少数同志）还主张，各国自己制定的调整具有涉外因素的国内实体法规范也应包括在国际私法的范围之内，但是苏联与我国大部分学者都不同意这种观点。(1)将所谓的“国内”实体规范归入国际私法范围，国际私法会漫无边际，庞杂臃肿，从而模糊了国际私法与民法的界限，改变了国际私法的特点，这无异于取消国际私法。(2)众所周知，当前世界各国的经济、文化等各方面依存合作关系较之历史上的任何时代都有更大的发展，闭关自守的壁垒已成断垣残壁，世界总的趋势是，在涉外民事法律关系中，外国法的适用范围日趋扩大，许多国家的国际私法中已取消了过去适用外国法所附加的许多不必要的限制，如1979年匈牙利的国际私法的总则规定：“除另有规定外，外国法的适用并不取决于互惠”，“不得仅因外国经济体制的不同于匈牙利的经济体制而不适用该外国法”。可见，以一国的国内实体规范调整涉外民事法律关系，从而以其取消或代替外国法的适用，这是不符合世界形势之发展的，在理论或实践上也是行不通的。

国际私法调整对象是否应包括涉外的商法关系（即涉外经济关系）？这是关于国际私法范围之争的另一个重大问题。

国际私法调整对象包括两方面的内容，一是与人身有关的各种法律关系，如婚姻、继承等，这属于传统的民法范畴。一是与经济有关的各种法律关系，如货物买卖等，许多国家另立商法予以调整，但也有相当多的国家将两种关系都归入民法的范围。即使它们同属于民法，其不同点仍然是明显的。第一种关系（即传统民法关系）同各民族，各个国家的人民的传统、习惯有密切的关系，因此，包括苏联学者在内，都认为在这些领域“借助统一的实体法规规范实行调整”是不能被接受的。它只能通过冲突规范加以调整。^①如前所述，海牙会议及其制定的各项条约主要谋求的是这些关系的冲突规范的统一。第二种关系主要同法律关系的主体的实际利益有关，人们为了谋求共同的利益，能够互相作出妥协与让步，以争取共同的行动，前面谈到的各种实体法条约是很好的说明。

关于国际私法到底包括不包括涉外的商法关系是有争论的。比利时学者罗兰 laurent 和德国的志特尔曼 Zitel-mann 主张国际私法应专研究民法的冲突问题（不包括商法）。1896 年颁布的德国民法施行法是受到这种观点影响的，没有包括商法的内容。但是大多数学者认为，国际私法既应该研究涉外的民法关系的冲突，也应该研究商法关系的冲突。恩格斯指出，法律的“发展是以经济发展为基础的。”^②这种民商兼容的观点之所以占优势，这是受当时经济发展规模的影响。现在国际私法的壳体是否还能够容纳全部经济法律关系的内容，我们有重新研究的必要。

(1) 今天国际经济的发展是如此的迅猛，以致经济法同民法的分离已形成了势不可挡的潮流。前苏联东欧等原来将经济法包括在民法内的国家，后来也主张将经济法作为独立的法律学科。前捷克斯洛伐克首先制定了经济法典而宣布了经济法的独立。即

参见北京大学《国外法学》，1979 年第 3 期 隆茨的文章《苏联国际私法理论的发展》。

② 《马克思恩格斯文选》两卷集第 2 卷，第 505 页。

使在还没有制定单独经济法（或商法）的国家，民法中仅规定了经济法方面的一般原则，另外通过颁布大量的单行法规，而使经济法成为一个独立的体系。与各国国内经济法发展相适应的是国际经济法也处在孕育诞生的阶段，由此可见，作为调整涉外民事法律关系的国际私法作相应的变化乃是必然的。

(2) 科学技术成了社会生产力的重要部分，并作为商品和资本进入了国际市场，兴盛的许可证贸易是知识成为商品的一个最好例证。专有知识商品的国际交易同传统的物质商品贸易有许多不同的特点，需要专门的法律加以调整。为了适应这种调整的需要，国际上缔结了许多双边和多边的条约，成立了保护工业产权的巴黎联盟，建立了世界知识产权组织，这些特殊的经济关系也超越了国际私法的范围。

(3) 现在，发展中国家不仅是一支重要的政治力量，也是一支重要的国际经济力量，他们要求建立新的国际经济新秩序的斗争正在影响着整个的国际经济形势，但同时，在发展中国家内又广泛地开展补偿贸易，建立经济特区，这都是扩大了涉外民事法律关系，特别是涉外经济法律关系的内容。

以上几方面的事实告诉我们，涉外经济法律关系的内容大大扩大了，国际私法是无法全部包括这些内容的。为了加强法律对这些关系的调整，促进国际经济的发展，需要认真地研究国际私法与其他法律学科，特别是与国际经济法的界限。否则，不但造成了国际经济关系的混乱，也妨碍了国际私法和新的法律学科的进步与发展。

必须指出 国际经济法从国际私法中分立出去 并不意味着国际私法不再包括任何经济法律关系的内容，事实上，国际私法同涉外的经济法律关系仍然有着密切的关系。

(1) 国际私法与国际经济法（或是调整涉外经济法律关系的法）是一般法与特殊法的关系，同涉外经济法律关系有关的债权、物权等仍应包括在国际私法之内，这就如同国家的民法与具体的