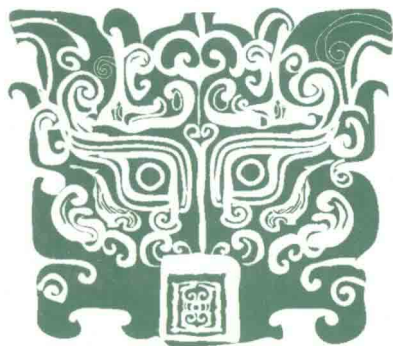


“十一五”国家重点图书出版规划项目



王祥修 裴予峰 主编

国际私法学

GUO JI SI FA XUE

“十一五”国家重点图书出版规划项目·新编法学核心课程系列教材

国际私法学

——理论·实务·案例

◆ 主 编 王祥修 裴予峰
◆ 撰稿人 (以撰写章节先后为序)

王祥修 裴予峰 贾琳
石俭平 范铭超 侯幼萍
蔡 鑫

 中国政法大学出版社

2011·北京

图书在版编目(CIP)数据

国际私法学——理论·实务·案例 / 王祥修, 裴予峰主编. —北京: 中国政法大学出版社, 2011. 4

ISBN 978-7-5620-3464-3

I. 国… II. ①王… ②裴… 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(2011)第059786号

出版发行 中国政法大学出版社

经 销 全国各地新华书店

承 印 固安华明印刷厂

787 mm × 960mm 16开本 25.25印张 460千字

2011年7月第1版 2011年7月第1次印刷

ISBN 978-7-5620-3464-3/D · 3424

定 价: 46.00元

社 址 北京市海淀区西土城路25号

电 话 (010) 58908435(编辑部) 58908325(发行部) 58908334(邮购部)

通信地址 北京100088信箱8034分箱 邮政编码 100088

电子信箱 fada.jc@sohu.com(编辑部)

网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)

- 声 明
1. 版权所有, 侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题, 由印刷厂负责退换。

出版说明

“十一五”国家重点图书出版规划项目是由国家新闻出版总署组织出版的国家级重点图书。列入该规划项目的各类选题，是经严格审查选定的，代表了当今中国图书出版的最高水平。

中国政法大学出版社作为国家良好出版社，有幸入选承担规划项目中系列法学教材的出版，这是一项光荣而艰巨的时代任务。

本系列教材的出版，凝结了众多知名法学家多年来的理论研究成果，全面系统地反映了现今法学教学研究的最高水准。它以法学“基本概念、基本原理、基本知识”为主要内容，既注重本学科领域的基础理论和发展动态，又注重理论联系实际满足读者对象的多层次需要；既追求教材的理论深度与学术价值，又追求教材在体系、风格、逻辑上的一致性；它以灵活多样的体例形式阐释教材内容，既加强法学教材的多样化发展，又加强教材对读者学习方法与兴趣的正确引导。它的出版也是中国政法大学出版社多年来对法学教材深入研究与探索的职业体现。

中国政法大学出版社长期以来始终以法学教材的品质建设为首任，我们坚信“十一五”国家重点图书出版规划项目的出版，定能以其独具特色的高文化含量与创新性意识成为权威法学教材品牌。

中国政法大学出版社

总 序

长期以来,由于大陆法系和英美法系法律渊源不同,法学教育模式迥异。大陆法系的典型特征是法律规范的成文化和法典化;而英美法系则以不成文法即判例法为其显著特征。从法律渊源来看,大陆法系以制定法为其主要法律渊源,判例一般不被作为正式法律渊源,对法院审判亦无约束力;而英美法系则以判例法作为其正式法律渊源,即上级法院的判例对下级法院在审理类似案件时有约束力。两大法系法律渊源的不同,导致归属于两大法系国家的法学教学存在较大差异。大陆法系国家的法学教育采用的是演绎法,教师多以法学基本概念和原理的讲解为主,即使部分采用了案例教学,也重在通过案例分析法律规定;而英美法系采用的是归纳法,判例就是法源,通过学习判例来学习法学原理。

在我国,制定法为法律规范的主要渊源,长期以来,沿用大陆法系的演绎法教学模式。众所周知,法学是一门实践性、应用性很强的学科,法学教育的目标之一就是培养学生运用法学知识分析和解决实际问题的能力。为此,改变传统教学模式,引入理论和实践相结合的案例教学法成为必需。多年来,我校在这方面进行了有益的尝试和探索,总结了一套行之有效的理论和实务案例相结合的教学模式,深受学生欢迎。这套教学模式,根据大陆法系成文法的教学要求,借鉴英美法系的案例教学模式,将两大法系的教学方法有机地融为一体,既能使学生系统地掌握法学原理,又培养了学生分析和解决实际问题的能力。

为了及时反映我校法学教育改革的新成果,更好地满足法学教育的需要,我校组织编写了这套《新编法学核心课程系列教材》。这套教材具有如下特点:第一,覆盖面广。涵盖了现今主要的法学核心课程。第二,体例格式新

颖。本套系列教材各章均按本章概要、学习目标、学术视野、理论思考与实务应用、参考文献的体例格式安排,这种体例兼顾了系统掌握法学理论和应用法学理论分析、解决问题能力的双重教学目标。第三,案例选择科学合理,主要表现为:一是案例大多选自司法实践,具有新颖性和真实性;二是根据法学知识点的系统要求选择案例,具有全面性和典型性;三是反映理论和实务的密切联系,以案说法,以案例解释法学知识和原理,理论与实务高度融合,相得益彰。第四,内容简洁。本套丛书力争以简洁的语言阐述法学理论和相关问题,解析实例,说明法理,做到深入浅出、通俗易懂。第五,具有启发性。本套丛书所列学术视野,多为本学科的焦点和热点问题,可帮助学生了解学术动态,激发其学术兴趣;理论思考题可引导学生思考温习所学知识,启迪其心智。

《新编法学核心课程系列教材》吸收了国内外优秀学术成果,在理论与实践相结合的基础上,达到了理论性、实践性和应用性相统一。在理论上具有较强的系统性和概括性,在应用上具有针对性和实用性,在内容上则反映了法学各学科的新发展和时代特征。总之,我真诚地希望这套丛书能成为广大学生和读者学习法学知识的新窗口,并愿这套系列丛书在广大读者和同行的关心与帮助下越编越好。

金国华

2010年10月28日

编写说明

国际私法学是根据教育部《全国高等学校法学专业核心课程基本要求》的规定,针对大学本科法学专业的教学特点和人才培养目标,在借鉴、吸收国际私法实践和最新科研成果的基础上,由长期在高校从事国际私法教学和科研工作的教师精心编写而成,全书共设16章。

本教材全面、系统、科学地阐述了国际私法的基本理论和基本制度,主要包括国际私法的概念、渊源与历史;国际私法主体;法律冲突;冲突规范;准据法;冲突规范适用的一般问题;法律行为、代理和时效的法律适用;国际物权关系的法律适用;国际知识产权关系的法律适用;国际债权关系的法律适用;国际婚姻家庭关系的法律适用;国际继承关系的法律适用;国际商事关系的法律适用;国际民事诉讼法;国际商事仲裁法;国际私法等内容。

本教材吸收了国内外的优秀学术成果,在理论与实践相结合的基础上,达到理论性、实践性和应用性的有机统一。在理论上具有较强的系统性和概括性,在应用上具有针对性和实用性,在内容上则反映了国际私法学的发展和时代特征。此外,本教材在体例和结构上简洁、明了,具有一定新意。

本书由王祥修、裴予峰担任主编,撰写成员有(以撰写章节先后为序):

王祥修:第一章、第四章;

裴予峰:第二章、第十一章、第十四章;

贾琳:第三章、第十章;

石俭平:第五章、第八章、第十六章;

范铭超：第六章、第十五章；

侯幼萍：第七章、第九章；

蔡 鑫：第十二章、第十三章。

编 者

2011 年 4 月

目 录

第一章 国际私法概述	1
第一节 国际私法的概念	1
第二节 国际私法的渊源	9
第三节 国际私法的历史	19
第二章 国际私法的主体	39
第一节 自然人	39
第二节 法人	48
第三节 国家	54
第四节 国际组织	57
第五节 外国人的民事法律地位	58
第三章 法律冲突	73
第一节 法律冲突的一般理论	73
第二节 国际民商事法律冲突的产生和解决方法	77
第四章 冲突规范	86
第一节 冲突规范的概念与结构	86
第二节 连结点	89
第三节 冲突规范的类型	96
第四节 系属公式	99
第五章 准据法	111
第一节 准据法概述	111
第二节 先决问题	114
第三节 准据法的确定	117

第六章 冲突规范适用的一般问题	124
第一节 识别	124
第二节 反致	126
第三节 外国法的查明和解释	128
第四节 公共秩序保留	130
第五节 法律规避	132
第七章 法律行为、代理和时效的法律适用	141
第一节 民事法律行为的法律适用	141
第二节 代理的法律适用	143
第三节 诉讼时效的法律适用	147
第八章 国际物权关系的法律适用	155
第一节 国际物权关系及其法律冲突概述	155
第二节 物之所在地法原则	157
第三节 国有化、征收与补偿问题	162
第四节 涉外信托的法律适用	166
第九章 国际知识产权关系的法律适用	179
第一节 国际知识产权的法律冲突	179
第二节 专利权的法律适用	182
第三节 商标权的法律适用	184
第四节 著作权的法律适用	186
第五节 知识产权的国际保护	188
第十章 国际债权关系的法律适用	199
第一节 合同的法律适用	200
第二节 我国关于国际合同法律适用的理论与实践	208
第三节 涉外侵权行为之债的法律适用原则	211
第四节 不当得利的法律适用	218
第五节 无因管理的法律适用	220
第十一章 国际婚姻家庭关系的法律适用	227
第一节 结婚	227
第二节 离婚	232
第三节 夫妻关系	235
第四节 父母子女关系	237

第五节	扶养与监护	241
第十二章	国际继承关系的法律适用	247
第一节	法定继承的法律适用	247
第二节	遗嘱继承的法律适用	250
第三节	无人继承财产	254
第十三章	国际商事关系的法律适用	262
第一节	国际海事关系的法律适用	262
第二节	国际票据关系的法律适用	266
第三节	国际破产关系的法律适用	268
第十四章	国际民事诉讼法	279
第一节	国际民事诉讼法的概念和渊源	279
第二节	外国人的民事诉讼地位	284
第三节	期间、诉讼保全	291
第四节	国际民事案件管辖权	292
第五节	国际民商事司法协助	302
第六节	外国法院判决的承认与执行	312
第十五章	国际商事仲裁法	324
第一节	国际商事仲裁概述	324
第二节	国际商事仲裁协议	329
第三节	国际商事仲裁庭	338
第四节	国际商事仲裁的法律适用	343
第五节	国际商事仲裁裁决及其撤销、承认与执行	346
第六节	中国的立法与实践	352
第十六章	区际私法	361
第一节	区际法律冲突	361
第二节	区际私法	365
第三节	中国区际法律冲突和解决原则	366
第四节	中国的区际司法协助问题	371

第一章

国际私法概述

【本章概要】国际私法作为一个法律部门，是人类社会发展到一定阶段的产物，是随着国际民商事交往日益频繁而发展起来的。国际私法是以间接调整方法和直接调整方法相结合来调整国际民商事关系的法律规范的总和。国际私法的规范包括：外国人民商事法律地位规范、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。国际私法的渊源是指国际私法规范的表现形式，主要包括：国内立法、司法判例、国际条约和国际惯例。自巴托鲁斯（Bartolus）创立“法则区别学说”始，国际私法已历经将近八百年的悠悠岁月。在国际私法的历史上，许多学者基于其所属国家在不同历史时期的实际需要提出了各种各样的国际私法学说，从而推动了国际私法理论和实践的发展。其中最具有影响力的学说有：意大利的法则区别说、法国的意思自治说、荷兰的国际礼让说、德国的法律关系本座说、意大利的国籍国法说、英国的既得权说、美国的本地法说、美国的政府利益分析说、美国的最密切联系说。国际私法的立法经历了一个由分散立法向单行立法发展、由一国国内立法向国内立法与国际组织统一立法并重发展的过程。国际私法作为调整国际民商事关系的法律部门，将随着各国经济的不断融合和各国人员往来的不断增加而在各国的法律体系中占有越来越重要的地位。

【学习目标】掌握国际私法的概念，理解国际私法的调整对象与调整方法，熟悉国际私法的不同称谓，了解国际私法与国际私法学的联系与区别；掌握国际私法国内渊源和国际渊源的不同表现形式；了解国际私法的历史沿革，熟练掌握法则区别说、意思自治说、法律关系本座说、既得权说、政府利益分析说和最密切联系说。

第一节 国际私法的概念

一、国际私法的调整对象

每一个法律部门都有其特定的调整对象，即调整特定的社会关系。这是划分法律部门的主要依据。国际私法的调整对象是指国际私法所调整的社会关系。对

于这一问题,在中国国际私法学界一直存在不同的认识。^[1]从法学理论角度出发,我们认为:国际私法的调整对象是国际民商事关系。

我们强调作为国际私法调整对象的是一种国际“民商事关系”,而不是国际“民商事法律关系”。这既是一种法理上的逻辑要求,也是国际私法实践的必然结果。^[2]首先,从法理逻辑上说,作为法律规范所调整的只能是一般的社会关系,而不应该是法律关系;一般的社会关系只有通过法律规范的调整以后才能成为法律关系。其次,从国际私法的实践来看,国际私法所调整的当然是、而且也只能是国际“民商事关系”,而不是国际“民商事法律关系”。国际私法所涉及的是两个或两个以上不同国家的当事人在进行民商事交往时,在各有关国家的法律对这一民商事关系作了各不相同的规定的情况下,到底应该适用哪一个国家的法律或哪一个有关的国际条约或国际惯例的问题;也就是需要确定应该由哪一个国家的法律或哪一个国际条约或国际惯例来调整这一涉及两个或两个以上不同国家的民商事关系的问题。如果这一涉及两个或两个以上不同国家的民商事关系已经得到了法律的调整,已经成为了一种“法律关系”,那也就不需要国际私法来调整了。

既然国际私法的调整对象是国际民商事关系,那么什么是国际民商事关系呢?我们认为,国际民商事关系是在国际民商事交往过程中形成的、超越一国范围的民商事关系。理解这一概念,应把握以下要点:

1. 国际民商事关系是在国际民商事交往过程中形成的。国际民商事关系的产生和发展,是与国家自身的政治经济状况、对外经济联系的情况及其对外政策紧密相连的。国际民商事交往是国际私法关系得以产生的前提条件。可以说,没有国际民商事交往,就没有国际私法关系。13~15世纪,国际私法上的一些规范和制度首先在意大利被确定下来,是与当时意大利的经济发展及其对外贸易的

[1] 关于国际私法的调整对象,学者们的分歧主要集中在国际私法的调整对象是国际民事法律关系还是国际民商事法律关系,是国际民事法律关系还是国际民商事关系?如韩德培教授主编的《国际私法》统编教材将国际私法的调整对象确定为“国际民事法律关系,从一个国家的角度来说,可以称之为涉外民事法律关系”(韩德培主编:《国际私法》,武汉大学出版社1983年版,第2页)。再如韩德培教授主编的全国高等学校法学专业核心课程教材《国际私法》在谈到国际私法的调整对象时,特别强调:“一般认为,国际私法的调整对象就是含有涉外因素的民商事法律关系,一般称为国际民商事法律关系,或称跨国民商事法律关系,也有人称之为含有国际因素的民商事法律关系”[韩德培主编:《国际私法》(第2版),高等教育出版社、北京大学出版社2007年版,第3页]。而谢石松教授著的《国际私法学》认为应“将国际私法的调整对象界定为国际民商事关系(International Civil and Commercial Relations)”(谢石松:《国际私法学》,高等教育出版社2007年版,第4页)。

[2] 谢石松:《国际私法学》,高等教育出版社2007年版,第5~6页。

增加分不开的。进入 19 世纪,国际私法上的规范与制度得以迅速发展,也与当时资本主义经济在世界范围快速增长、国际经济交往迅速扩大密切相关。

2. 国际民商事关系是“国际”民商事关系。我们之所以强调作为国际私法调整对象的是一种“国际”民商事关系,而不是“涉外”民商事关系,是因为人类社会已经进入了一个全球化、信息化的时代;而中国也随着其自身综合国力的增强、进一步的发展壮大和国际地位的不断提高,已经越来越全面地融入国际社会,从而在国际社会有了更多的利益要求,同时也需要对国际社会承担起更多的国际责任,所以需要 we 不再仅仅从一个国家的角度,而是应该从整个国际社会的角度来考虑涉及不同国家的民商事关系的调整和相关国际私法问题的处理,应该从更全面、更长远的角度来考虑我们国家和国民在国际民商事关系中的利益。^{〔1〕}

“国际”民商事关系是指具有国际因素的民商事关系,既可能是有关民商事关系的主体是两个或两个以上不同国家的国民,或者在两个或两个以上不同的国家设有住所、居所或惯常居所,或者正处于两个或两个以上不同国家境内;也可能是有关民商事关系的客体涉及两个或两个以上不同的国家;或者是有关民商事行为或事件发生在两个或两个以上不同国家的境内。此外,对一国来说,即使上述因素都是外国因素,但根据“协议管辖原则”,该国享有司法管辖权或仲裁管辖权,对该国来说这也是一种“国际”民商事关系。同时,值得注意的是,“国际”民商事关系中所讲的“国际因素”是一个广义的概念,不仅指不同国家的联系,还包括一个国家内部不同“法域”的联系。

3. 国际民商事关系是一种广义的民商事关系。作为国际私法调整对象的国际“民商事关系”是一种广义的民商事关系,在采用民商合一的国家,包括所有民事关系;在采用民商分立的国家,包括所有的民事关系和商事关系。

在中国,一般认为作为国际私法调整对象的国际民商事关系,既包括国际物权关系、国际知识产权关系、国际债权债务关系、国际婚姻家庭关系和国际继承关系,也包括国际公司关系、国际票据关系、国际保险关系、国际破产关系、国际海事关系等。此外,有学者还将国际劳动关系也视为国际私法的调整对象。

二、国际私法的调整方法

国际私法作为一个独立的法律部门,不仅在于它有特定的调整对象,即国际民商事关系,还在于它有独特的调整方法。国际私法的调整方法有两种:一种是间接调整方法;另一种是直接调整方法。

〔1〕 谢石松:《国际私法学》,高等教育出版社 2007 年版,第 4 页。

（一）间接调整方法

间接调整方法（indirect regulation method），是指在有关的国内法或国际法中只规定某类国际民商事关系受何种法律调整或支配，而不直接规定当事人之间具体的实体权利义务内容的一种调整方法。例如，我国《涉外民事关系法律适用法》第21条规定：“结婚条件，适用当事人共同经常居所地法律。”这一规定只是指明涉外婚姻应该按照当事人共同经常居所地的法律处理，并没有直接规定结婚必须符合什么样的实质要件。这种指明某一国际民商事关系应适用何种法律的规范被称为“冲突规范”（conflict rules）。国际私法的间接调整方法就是借助冲突规范来实现的。冲突规范是国际私法的特有规范，间接调整方法是国际私法调整国际民商事关系的特有方法。

（二）直接调整方法

直接调整方法（direct regulation method），是指直接规定了国际民商事关系当事人之间具体的实体权利义务内容的一种调整方法。国际私法的直接调整方法是借助“实体规范”（substantive rules）来实现的。国内法、国际条约和国际惯例中均有这种直接调整国际民商事关系的实体规范。例如，1980年《联合国国际货物买卖合同公约》就是一个直接规定国际货物买卖合同当事人的权利与义务的实体法公约。用这个公约的实体规范来直接调整国际货物买卖合同当事人的权利与义务关系，这种方法就是直接调整方法。

间接调整方法和直接调整方法是两种既相互补充，又相互排斥的方法。从整个国际民商事领域来说，间接调整方法和直接调整方法都是国际私法调整国际民商事关系所必需的手段，两者相辅相成、互为补充。这是因为：一方面，由于国际民商事关系含有国际因素，同两个或更多的国家有联系，而相关国家的法律制度千差万别、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，从而间接调整国际民商事关系；另一方面，由于冲突规范不直接规定国际民商事关系当事人的权利与义务，没有实体规范那样的预见性和明确性。随着国际民商事交往的发展，仅用冲突规范间接调整国际民商事关系是难以满足实际需要的，于是直接调整国际民商事关系的实体法规规范应运而生。由此可见，国际私法这两种调整国际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，而且这种并存现象不会是短暂的。

从处理某一具体国际私法案件来讲，间接调整方法与直接调整方法又是相互排斥的。例如，法院在处理具体案件中的争诉问题时，只能适用一种方法，而且对存在国际统一实体法领域的争诉问题，直接调整方法应优先适用。只有在直接调整方法无法适用或不能解决问题时，法院才适用间接调整方法。

三、国际私法的定义

各国学者从不同的角度对国际私法下过许多不同的定义。其中具有代表性的有：德国学者努斯鲍姆认为：“国际私法，或冲突法，从广义上讲，是处理涉外关系的私法的一部分。”^{〔1〕}中国学者韩德培教授主编的《国际私法》将国际私法定义为：“国际私法是调整涉外民事法律关系的法的部门。”^{〔2〕}法国学者魏斯认为：“国际私法是确定发生于两个主权者之间涉及其私法或公民私人利益之间的冲突的规则之总称。”^{〔3〕}中国学者李浩培教授认为，国际私法是“指在世界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”。^{〔4〕}中国学者李双元教授认为：“国际私法是以涉外民事关系为调整对象，以解决法律冲突为中心任务，以冲突规范为最基本的规范，同时包括规定外国人民事法律地位的规范、避免或消除法律冲突的统一实体规范以及国际民事诉讼与仲裁程序规范在内的一个独立的法律部门。”^{〔5〕}中国学者黄进教授认为：“国际私法是以直接规范和间接规范相结合来调整平等主体之间的涉外民商事法律关系并解决涉外民商事法律冲突的法律部门。”^{〔6〕}

上述定义，可谓各有特点、各有侧重，均反映了国际私法某一方面或某几方面的特性，但国际私法是一个不断发展的法律部门，其定义也应与时俱进。同时，给国际私法下定义必须遵循法学理论定义法律部门的一般方法，从揭示国际私法的本质属性出发，采用概括而简洁的语言告诉人们国际私法是什么。正是基于这样的考虑，国际私法可以定义为：国际私法是以间接调整方法和直接调整方法相结合来调整国际民商事关系的法律规范的总和。这个定义：①揭示出了国际私法的调整对象是国际民商事关系；②揭示出了国际私法的调整方法，既有间接调整方法，又有直接调整方法；③遵循了法学理论定义法律部门的一般模式，即调整特定社会关系的法律规范的总和。

四、国际私法的范围

国际私法的范围主要是指国际私法应该包括哪些法律规范。在这个问题上，国内外学者一直都存在着最为激烈的争论。英美法系国家的学者大多主张，国际私法就是冲突法，包括对涉外案件的管辖权规范、冲突规范以及承认和执行外国

〔1〕 韩德培主编：《国际私法》，高等教育出版社、北京大学出版社2000年版，第14页。

〔2〕 韩德培主编：《国际私法》（修订版），武汉大学出版社1989年版，第8页。

〔3〕 韩德培主编：《国际私法》，高等教育出版社、北京大学出版社2000年版，第15页。

〔4〕 中国大百科全书出版社编辑部编：《中国大百科全书·法学》，中国大百科全书出版社1984年版，第228页。

〔5〕 李双元：《国际私法（冲突法篇）》，武汉大学出版社1987年版，第33页。

〔6〕 黄进主编：《国际私法》（第2版），法律出版社2005年版，第33页。

法院判决的规范。法国的多数学者认为,国际私法包括国籍法规范、外国人的法律地位规范、法律适用规范以及有关国际民商事案件的管辖权规范等。德国和日本的多数学者以及受德国法影响的其他国家的学者则认为,国际私法仅包括冲突规范。

中国国际私法学者比较普遍的观点是主张把关于外国人的民事法律地位规范、冲突规范、国际统一实体规范和国际民事诉讼程序与国际商事仲裁规范都包括在国际私法范围之内。中国学者韩德培教授提出的“一机两翼”理论很有代表性。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。”^[1]这段话形象和科学地勾画了国际私法应包括的规范。

我们认为,国际私法的规范应包括以下几种:

(一) 外国人民商事法律地位规范

这种规范是确定外国的自然人、法人甚至外国国家、国际组织在内国民商事领域的权利义务的规范。它既可以规定在国内法中,如中国在《宪法》、《国籍法》、《民法通则》等法律中就有这种规范;也可以规定在国际条约中,如中国与外国签订的许多通商航海条约、贸易关系协定都规定了相互给予对方自然人和法人的民事权利。由于这种规范规定外国人在内国有权从事某种民商事活动,享有某种民商事权利,取得某种民商事地位;或者限制外国人在内国从事某种民商事活动,不得享有某种民商事权利或待遇,故这种规范是直接规范和实体规范。

外国人民商事法律地位规范之所以成为国际私法的规范,是因为这种规范是国际私法产生的一个前提。在国际交往中,只有承认外国人在内国取得了民商事主体资格,能够享有民商事权利和承担民商事义务,国际私法的其他规范才能得到适用。由于这种规范的出现比国际私法其他任何规范都早,可以追溯到罗马法中的“万民法”,因此这种规范是国际私法中最古老的规范。

(二) 冲突规范

冲突规范又称法律选择规范或法律适用规范,是国际私法特有的基本规范,是指明某一国际民商事关系应适用何种法律的规范。例如,中国的《涉外民事关系法律适用法》第21条规定:“结婚条件,适用当事人共同经常居所地法律。”

[1] 韩德培主编:《国际私法》(第2版),高等教育出版社、北京大学出版社2007年版,第7页。