

高 等 院 校 法 学 专 业 系 列 教 材

●总主审 李昌麒 许明月 ●总主编 黄锡生 熊志海

LAW

国际私法

●主 编 赵生祥 陶 林 ●副主编 何 沙 唐仙丽 ●主 审 杨树明

重 庆 大 学 出 版 社

国际私法

主 编 赵生祥 陶 林
副主编 何 沙 唐仙丽
主 审 杨树明

重庆大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

国际私法/赵生祥,陶林主编. -重庆:重庆大学出版社,2003.8

(高等院校法学专业系列教材)

ISBN 7-5624-2915-4

I.国... II.①赵...②陶... III.国际私法-高等学校:技术学校-教材 IV.D997

中国版本图书馆CIP数据核字(2003)第065979号

国际私法

主 编 赵生祥 陶 林

副主编 何 沙 唐仙丽

责任编辑:王启志 版式设计:周 晓

责任校对:蓝安梅 责任印制:秦 梅

*

重庆大学出版社出版发行

出版人:张鸽盛

社址:重庆市沙坪坝正街174号重庆大学(A区)内

邮编:400030

电话:(023) 65102378 65105781

传真:(023) 65103686 65105565

网址:<http://www.cqup.com.cn>

邮箱:fxk@cqup.com.cn (市场营销部)

全国新华书店经销

重庆升光电力印务有限公司印刷

*

开本:787×1092 1/16 印张:24 字数:437千

2003年8月第1版 2003年8月第1次印刷

印数:1—4 000

ISBN 7-5624-2915-4/D·199 定价:25.00元

本书如有印刷、装订等质量问题,本社负责调换

版权所有 翻印必究

出版说明

市场经济就是法治经济。为适应 21 世纪市场经济新要求,迎接“入世”的新挑战,培养高素质的法学专业人才,根据国家教育部关于普通高等院校法学专业开设课程的要求,我们组织了十多所院校法学专业的教师编写这套系列教材,以供法学专业本、专科学生使用。本教材具有以下特点:

1. 反映法学理论发展的新成果和立法执法的新情况。本套教材力求吸收法学理论研究的新成果和前沿理论观点,采用新颁布的法律法规,特别是加入 WTO 后我国颁布或修订的法律法规。

2. 注重编排体例的科学性。本套教材作为一个整体,我们在编写时,一是注意每一本书内部体例的科学性和逻辑性,二是注意处理好学科与学科之间的交叉和衔接关系,避免重复和疏漏。

3. 注重基础教材,合理把握内容难度。本套教材按照法学专业本科生教育的要求和全国统一司法考试的要求来设计内容的深度和广度,做到既反映一定的学术前瞻性,又注重法学的基本框架、基础知识和基本理论,力求使本科学生易于掌握并达到应有的要求。

4. 简明实用、通俗易懂。本套教材针对本科学生的特点和各课程的学时安排,力求简明扼要,注重实用,写作符合规范,语言通俗易懂,便于学生自学。

《国际私法》是本系列教材之一,由赵生祥、陶林任主编,何沙、唐仙丽任副主编,全书由主编制定编撰大纲、统稿、定稿,由西南政法大学杨树明教授担任主审。

各章撰稿人为:赵生祥(西南政法大学),第一、四、十六章;唐仙丽(重庆大学),第五、六、十章;何沙(西南石油学院)、邹铜(西南石油学院),第七、八章;陶林(西南师范大学),第三、九、十五章;杨杰(重庆市委党校),第二、十四章;林雪梅(西南师范大学),第十二、十三章;朱元庆(西南政法大学),第十一章。

法学专业系列教材编委会
2003 年 8 月

高等院校法学专业系列教材编委会

总 主 审 李昌麒 许明月

总 主 编 黄锡生 熊志海

副总主编 张新民 李希昆

何 沙 曾文革

编委会成员(按姓氏笔画排名)

万绍君	牛建平	王晓冬
邓瑞平	付子堂	宁艳岩
甘长春	李旭东	李祖军
刘云生	汪 力	宋宗宇
时显群	陈静熔	杨再明
杨 杰	杨连专	吴绍琪
陆志明	张正德	张爱军
张树兴	罗世荣	赵生祥
赵云芬	祝建兵	侯 茜
高 飞	徐继敏	陶 林
唐永前	谭光定	蔡维力

目 录

第一章 国际私法概论	1
第一节 国际私法的对象	1
第二节 国际私法的调整方法	7
第三节 国际私法的渊源	10
第四节 国际私法的基本原则	15
第五节 国际私法的范围和性质	18
第六节 国际私法的名称和定义	22
第二章 国际私法的历史发展	25
第一节 国际私法学说史	25
第二节 国际私法立法史	33
第三节 中国国际私法史	40
第三章 冲突规范与准据法	46
第一节 冲突规范	46
第二节 系属公式	55
第三节 准据法	61
第四章 适用冲突规范的有关制度	71
第一节 识别	71
第二节 反致	76
第三节 公共秩序保留	83
第四节 禁止法律规避	87
第五节 外国法的查明	91
第五章 国际私法的主体	97
第一节 自然人	97

第二节 法人	112
第三节 国家和国际组织	122
第六章 外国人的民事法律地位	127
第一节 外国人的民事法律地位概述	127
第二节 外国人民事法律地位的几种制度	131
第三节 外国人在中国的民事法律地位	138
第七章 物权	141
第一节 物权法律冲突概述	141
第二节 物权的法律适用	143
第三节 国有化	151
第四节 中国的涉外物权制度	154
第八章 知识产权	157
第一节 概述	157
第二节 保护知识产权的国际条约	160
第三节 知识产权的法律冲突和法律适用	174
第四节 国际组织与知识产权国际保护	180
第九章 合同之债	185
第一节 国际合同之债概述	185
第二节 国际合同的准据法	189
第三节 我国关于合同法律适用的立法与实践	201
第十章 商事关系	206
第一节 国际货物买卖	206
第二节 国际货物运输与保险	212
第三节 国际技术转让	218
第四节 国际证券	220
第五节 国际贸易支付	223
第十一章 非合同之债	229
第一节 侵权行为法律适用的一般原理	229
第二节 特殊侵权行为之债的法律适用	236
第三节 不当得利和无因管理之债	246

第十二章	婚姻家庭	249
第一节	结婚.....	249
第二节	离婚.....	255
第三节	夫妻关系.....	259
第四节	父母子女关系.....	263
第五节	扶养与监护.....	270
第十三章	法定继承与遗嘱	274
第一节	法定继承.....	274
第二节	遗嘱.....	281
第三节	无人继承财产.....	288
第四节	继承与遗嘱法律适用公约.....	290
第十四章	国际民事诉讼程序	295
第一节	国际民事诉讼程序概述.....	295
第二节	国际民事诉讼管辖权.....	299
第三节	外国人的民事诉讼地位.....	305
第四节	期间和财产保全.....	311
第五节	国际民商事司法协助.....	314
第十五章	国际商事仲裁	322
第一节	国际商事仲裁概述.....	322
第二节	国际商事仲裁机构.....	326
第三节	国际商事仲裁协议.....	335
第四节	国际商事仲裁程序.....	340
第五节	国际商事仲裁中的法律适用.....	345
第六节	仲裁裁决的承认和执行.....	349
第十六章	区际私法	354
第一节	区际法律冲突概述.....	354
第二节	区际冲突法.....	361
第三节	区际司法协助.....	367

第一章 国际私法概论

自国家产生以来,不同国家以及不同国家的人民之间就存在着各种各样的交往。这些交往,概称为国际交往。为了保证国际交往的有序进行,国家通过单独立法或者与其他国家协商的方式,制定了专门调整国际交往中形成的各种社会关系的法律,从而,法律体系中出现了与调整国内社会关系的法律不相同的特殊法律部门。国际私法,便是调整国际交往中形成的社会关系的法律部门之一。

第一节 国际私法的对象

国际私法的对象,也就是国际私法所调整的社会关系。国际私法自身的属性,决定了其调整的社会关系应当具有“国际性”和“私法性”。所谓“国际性”,是指这种社会关系产生于国际交往之中,它超出了—个国家的范围而与两个或者两个以上的国家存在联系。所谓“私法性”,是指这种社会关系属于平等民事主体之间的财产关系和人身关系,即通常讲的民事关系。由此可见,国际私法的对象,是在国际交往中产生的平等民事主体之间的财产关系和人身关系,即国际民事关系。国际民事关系因从一个国家的角度来看在某些方面与外国有联系,所以习惯上也被称为“涉外民事关系”。

一 国际民事关系的产生

国际民事关系的产生,必须具备一定的经济条件和法律条件。

(一) 国际民事关系产生的经济条件

国际民事关系是社会生产力发展到一定阶段的产物。在原始社会时期,由于生产力水平低下,没有剩余产品的交换,也没有现代意义上的国家,因此,当时不可能产生国际民事关系。

进入奴隶社会以后,随着国家的产生、生产力的发展和剩余产品的增加,不同奴隶制国家之间出现了人员的交往和商品的交换,并由此而产生了一些跨国的人身关系和财产关系,如跨国的婚姻关系、继承关系、动产和不动产买卖关系等。这些关系,就是最早的国际民事关系。

不过,在整个奴隶社会时期,由于生产力的发展仍处于较低的水平,国际民事关系还并不多见。

到了封建社会,由于生产力水平的提高,商品经济得到了进一步的发展,不同国家之间的人员交往和商品交换逐渐增多,国际民事关系也日益常见。例如,在中国汉、唐、宋、元时期,大量外国人来华居住或者从事经商、购置不动产、通婚等活动,便导致了大量的国际民事关系的产生。在中世纪的欧洲各国,某些领域中也出现大量的国际民事关系。

在资本主义时期,随着商品经济的迅速发展,“不断扩大产品销路的需要,驱使资产阶级奔走于世界各地。它必须到处落户,到处创业,到处建立联系。”^①由此一来,国际人员交往和贸易往来空前活跃,所涉领域更加广泛,国际民事关系也得到了前所未有的发展。这一时期,在国际贸易、运输、保险、投资、知识产权保护、技术转让、劳务合作等领域,产生了许多新型的国际民事关系。

在当代,各国经济的发展已使国际经济交往与合作进入新的阶段。特别是世界贸易组织(WTO)成立以后,随着各成员之间贸易障碍的逐步消除,国际贸易往来将更加频繁,国际民事关系将更加普遍。

(二) 国际民事关系产生的法律条件

国际民事关系的产生,除了需要有相应的经济条件以外,还必须有一定的法律条件。这个法律条件,就是内国必须承认外国人的民事法律地位,允许外国人成为有关的民事关系的主体,并对外国人的合法权益给予法律保护。因为只有这样,外国人才有资格参与有关的民事关系,从而引起国际民事关系的产生。否则,如果不允许外国人成为某一方面的民事关系的主体,在这方面就不可能产生相应的国际民事关系。例如,如果不允许外国人参与投资关系,就不可能有国际投资关系的产生;如果不允许外国人取得知识产权,也不可能产生国际知识产权关系。

从历史的角度来看,在奴隶社会和封建社会时期,由于各国允许外国人参与民事关系的范围有比较严格的限制,因此,当时产生国际民事关系的领域并不广泛。进入资本主义社会以后,由于各国在民事权利方面原则上赋予了外国人以与本国人的地位,产生国际民事关系的领域才随之而广泛起来。

二 国际民事关系的特征

国际私法所调整的国际民事关系,与其他法律所调整的社会关系相比,有以下几个基本特征:

^① 马克思,恩格斯. 马克思恩格斯全集·第1卷. 北京:人民出版社,1972. 254 页

(一) 国际民事关系是广义上的民事关系

国际民事关系在性质上仍然是一种民事关系,即平等民事主体之间的财产关系和人身关系。这种关系,通常发生在自然人、法人或其他组织之间,因此,国际私法的主体主要是自然人、法人或者其他组织。尽管在某些特殊情况下国家和国际组织也可能成为国际私法的主体,但是,国家和国际组织参与国际民事关系,不能改变这种关系的民事性质,而只能以民事主体的身份与对方当事人进行交往,各方应当处于平等地位。由此可见,国际民事关系与其他性质的社会关系有严格的区别。首先,国际民事关系不同于公法意义上的国际关系。公法意义上的国际关系是国家、类似于国家的政治实体以及国际组织之间基于其国际人格而发生的关系。由于这种关系的参加者不是以民事主体的身份享受民事权利和承担民事义务,因此,这种关系不具有民事关系的性质,不应纳入国际民事关系的范畴。公法意义上的国际关系应当由国际公法调整。其次,国际民事关系也不同于刑事处罚和行政管理性质的社会关系。刑事处罚和行政管理关系体现的是国家对个人或者组织的统治和支配关系,而非平等民事主体之间的权利义务关系,因此,这些关系即使具有国际因素(如一个国家对构成犯罪的外国人依法追究刑事责任、对进出口货物征收关税、对出入境人员采取相应的管制措施等),也不属于国际民事关系。

国际民事关系虽然必须具有民事关系的性质,但这种民事关系却是广义上的民事关系。之所以强调这一点,主要是因为在不同的国家,由于立法体例的不同,民事关系的范围可能存在较大的差异。例如,在大多数大陆法系国家,由于立法机关制定有系统的民法典,各种民事关系都统一由民法典加以调整,因此,这些国家民法典所调整的范围,便决定了其民事关系的范围。但在英国、美国等国家,由于没有系统的民法典而只有财产法、合同法、侵权法、婚姻法、继承法等专门法律和相关的判例,因而在这些国家,民事关系的范围并不能依单一的法律来确定。又如,在制定有系统民法典的国家中,意大利、瑞士等国采取“民商合一”的立法体例,将商事关系纳入民法调整的范围,但法国、德国等却采取“民商分立”的立法体例,在民法典之外,另行制定商法典调整商事关系。由于不同国家对民事关系的范围有不同的认定,因此,在确定国际民事关系的范围时,对民事关系应作广义的理解,即:凡是平等民事主体之间的财产关系和人身关系,不论其所涉领域如何,都通通归入民事关系的范畴。按照这种广义的理解,国际民事关系除了包括具有国际因素的物权、债权、知识产权、人身权、继承权等民事关系之外,还应包括在国际商事交往中发生的平等民事主体之间的各种财产关系和人身关系。正因如此,不少学者将国际民事关系称为“国际民商事关系”。

(二) 国际民事关系是具有国际因素的民事关系

国际因素也称为涉外因素或外国因素,是指导致同一民事关系与两个或者两个以上的国家发生联系的事实因素。正是因为国际因素的存在,有关的民事关系才超出一个国家的范围具有了国际性。

国际民事关系中的国际因素,大体上有以下几种基本情况:

(1)当事人一方或各方是外国自然人、外国法人、外国国家、国际组织,或者当事人一方或各方的住所或惯常居所在国外。例如,英国人和法国人在我国境内结婚、中国公司与德国公司在我国境内签订合同、定居美国的华侨在我国境内收养中国儿童等,都会形成同时与两个或者两个以上国家相联系的国际民事关系。

(2)作为民事关系客体的物位于国外。如华侨死亡后中国公民继承其在加拿大的遗产所发生的继承关系、中国公民对法国境内的某项财产的所有权关系等,都因客体位于外国而构成国际民事关系。

(3)引起民事权利义务关系产生、变更或消灭的法律事实发生在国外。法律事实可以分为两类:一类是行为,如订立合同、订立遗嘱、侵权行为等;另一类是事件,如出生、死亡等。如果引起当事人之间民事权利义务关系产生、变更或消灭的法律事实发生在国外,有关的民事关系也构成国际民事关系。例如,内国人在外国签订合同而引起的债权债务关系,便同时与内、外国存在联系。甲国人在乙国订立遗嘱,其死亡后的遗产继承关系,也同时与甲、乙两国存在联系。

具有国际因素,是国际民事关系区别于国内民事关系的基本特征。如果某一民事关系不包含任何国际因素,该民事关系便是一个纯粹的国内民事关系,而非国际民事关系。

三 国际民事关系的法律冲突

由于国际民事关系与两个或者两个以上的国家相联系,因此,同一国际民事关系必然同时涉及两个或者两个以上国家的法律。当有关国家的法律具体规定不一致时,国际民事关系就可能产生法律冲突。

(一) 几种不同类型的法律冲突

从广义上讲,法律冲突是指规定同一问题的多个法律,因其各自内容的差异而产生的在效力上相互抵触的现象。按照不同的标准,法律冲突可以分为若干类型。

(1)按照发生冲突的法律的效力层次,法律冲突可以分为纵向的法律冲突和横向的法律冲突。纵向的法律冲突是指在效力上处于不同层次的法律之间的冲突,如地方立法与中央立法之间的冲突、普通法律与宪法之间的冲突等。横向的法律冲突是指在效力上处于同一层次或相同地位的法律之间的冲突,如不同主权国家之间法律的冲突、一个地方的立法与另一个地方的立法之间的冲突等。

(2)按照发生冲突的法律的性质,法律冲突可以分为公法的冲突和私法的冲突。公法的冲突,既可能发生在一个国家内部,也可能发生在不同国家之间。前者如一个国家的行政法规与该国内部不同地区之间行政法规的冲突等,后者如不同国家之间税法、刑法、诉讼法的冲突等。私法的冲突即民事法律的冲突,一国内部不同地区之间民事法律的冲突、一国民事法律与该国内部不同地区之间民事法律的冲突、不同国家之间民事法律的冲突等,都属于私法的冲突。

(3)按照发生冲突的法律所涉及的国家,法律冲突可以分为国际法律冲突和国内法律冲突。国际法律冲突是指超出了一个国家范围的法律冲突。这种法律冲突主要表现为不同国家之间法律的冲突、国内法与国际条约的冲突、国际条约与国际条约的冲突。国内法律冲突是指一个国家内部不同法律之间的冲突,如地方立法与中央立法的冲突、国内不同地区之间法律的冲突(即区际法律冲突)、规定同一问题的新旧法律之间的冲突(即时际法律冲突)等。

(二)国际民事关系法律冲突的含义

国际民事关系的法律冲突,是指一个国际民事关系同时受两个或者两个以上国家的民法支配时,由于各国民法具体规定不同,该国际民事关系适用不同国家的民法即产生不同结果的现象。例如,一个甲国人和一个乙国人在乙国缔结了婚姻关系。由于甲国人要受甲国法律管辖,乙国人要受乙国法律管辖,并且婚姻缔结地也在乙国,因而甲、乙两国的法律都具有支配该婚姻关系的效力。如果依甲国法该婚姻关系不能有效成立,而依乙国法该婚姻关系可以有效成立,该婚姻关系便发生了法律冲突。可见,国际民事关系的法律冲突,既是横向的法律冲突,又是私法的冲突,同时还是国际法律冲突。由于国际民事关系的法律冲突是因两个或者两个以上国家的法律都应当适用于同一国际民事关系而引起的,所以,这种法律冲突实际上是法律适用上的冲突。

国际民事关系的法律冲突,既不利于当事人之间权利义务关系的稳定,也不利于国际民事交往的正常进行。因此,对国际民事关系的调整,核心问题就是解决或者避免其法律冲突。国际私法便是解决或者避免国际民事关系法律冲突的法律。

(三)国际民事关系法律冲突产生的条件

国际民事关系法律冲突的产生,必须同时具备以下条件:

(1)内国承认外国人的民事法律地位。所谓内国承认外国人的民事法律地位,是指内国将外国人当做民事关系的主体看待,允许外国人参与有关的民事关系,并依法享受民事权利和承担民事义务。在国际社会中,国家之间不可避免地要进行交往。各国为了扩大对外交往,都以不同的形式赋予了外国人民事主体资格,确认了外国人在内国的民

事法律地位,从而为各国人民之间的正常民事交往提供了保障。在各国人民之间的正常民事交往中,必然会形成大量的国际民事关系。正是因为国际民事关系将不同国家的民法联系在一起,才出现了不同国家的民法对该国际民事关系都具有适用效力的情形,这样,不同国家之间民法适用的冲突才可能发生。反之,如果内国不承认外国人的民事法律地位,国际民事关系就不可能产生,国际民事关系的法律冲突更是无从谈起。

(2)各国民法对同一问题的具体规定不相同。按照国家主权原则,每个国家都有权根据本国的实际情况独立自主地制定本国的法律。由于各国的政治制度、经济制度、历史传统、风俗习惯、宗教信仰等各不相同,因而不仅不同法系或不同社会制度的国家之间民事立法原则和具体规定存在差异,而且就是在相同法系或相同社会制度的国家之间,民事立法也有许多不同之处。例如,在自然人民事行为能力方面,尽管各国都规定自然人必须达到成年年龄才具有完全行为能力,但自然人究竟要达到多大年龄才算成年,各国的具体规定却很不一致;在继承问题上,各国对继承人的范围、继承顺序、继承份额的规定同样存在较大差异。在其他民事问题上,各国的规定也不完全一致。正是由于各国民法对同一问题的具体规定各不相同,国际民事关系才可能因为适用不同国家的法律而产生不同的结果,从而发生法律冲突的现象。反之,倘若各国民法规定完全相同,则国际民事关系无论适用哪一国法律,都会得到一致的结果,法律冲突现象自然也就不会发生。

(3)内国在一定条件下承认外国法的域外效力。所谓承认外国法的域外效力,是指内国在调整国际民事关系时,承认有关的外国法律对该国际民事关系具有约束力,并允许依外国法律确定国际民事关系当事人的权利义务。在民事法律领域内,内国承认外国法的域外效力,是国际民事交往发展到一定阶段的必然结果。因为,在国际民事交往日益频繁和国际民事关系大量出现的情况下,各国都一方面主张本国法律对本国境内的一切人、物、事件和行为具有拘束力,另一方面又总是希望依本国法律设立的民事关系能够得到其他国家承认,以维护民事关系的稳定性。这就要求内、外国之间必须互相承认对方国家某些民事法律的域外效力,并在一定条件下适用对方国家的法律。在内国承认外国法域外效力的情况下,内、外国法律在调整同一国际民事关系时便具有了同等的价值,同一国际民事关系就既要受到内国法的支配,又要受到有关外国法的支配,这样,内容各不相同的内、外国法律便在国际民事关系中产生了现实的法律冲突。

国际私法的历史表明,从国际民事关系的出现到法律冲突问题的产生,经历了一个漫长的过程。在奴隶制时期,随着私有制和商品交换的出现,便已经产生了一些比较简单的国际民事关系。尽管当时各奴

隶制国家的法律制度存在差异,但由于奴隶制国家不承认外国法的域外效力,不允许适用外国法律,因而在当时并未产生什么法律冲突。即使是在商品交换已经比较发达的罗马帝国时代,由于罗马帝国调整罗马人与外来人之间以及外来人相互之间的关系只适用“万民法”即罗马帝国的国内法,而并不承认外国法的域外效力,因此国际民事关系的法律冲突仍未产生。直到 12、13 世纪,意大利北部和中部一些城市国家之间互相承认对方“法则”的域外效力之后,才产生了国(区)际民事关系的法律冲突问题。由此可见,在上述三个条件中,内国承认外国人的民事法律地位是国际民事关系法律冲突产生的前提条件;有关各国民法规定不同是国际民事关系法律冲突产生的可能条件;内国承认外国法的域外效力,则是国际民事关系法律冲突产生的现实条件。

第二节 国际私法的调整方法

国际私法对国际民事关系的调整,主要采用两种方法,即:间接调整方法和直接调整方法。

一 间接调整方法

间接调整方法是指不直接规定国际民事关系当事人的具体权利和义务,而仅仅指明该国际民事关系应当适用什么法律的方法。例如,“不动产的所有权适用不动产所在地法”这一法律规范,并未直接规定不动产所有权人的权利和义务,而只规定了对国际不动产所有权关系应当依不动产所在地法进行调整,该法律规范所采用的调整方法,便是间接调整方法。在国际私法中,规定国际民事关系应当适用什么法律的规范,叫做冲突规范,所以,间接调整方法也被称为用冲突规范调整的方法或者冲突法的调整方法。

用间接调整方法调整国际民事关系时,必须经过两个步骤,当事人的具体权利和义务才能确定下来:第一个步骤是根据冲突规范的规定,选择出国际民事关系所应适用的法律。该国际民事关系所应适用的法律,称为准据法。第二个步骤才是根据准据法的规定,确定国际民事关系当事人的具体权利和义务。由此可见,间接调整方法的最大特点,就在于它只是间接地调整当事人的权利义务,而不是直接规定当事人的权利义务。

在国际私法中,间接调整方法发挥着解决国际民事关系法律冲突的重要作用。当国际民事关系因同时受数国法律的支配而发生法律冲突时,通过间接调整方法指定适用一个国家的法律而排除其他国家的

法律的适用,便可以消除因数国法律同时适用于一个国际民事关系而产生的法律冲突现象。但是,应当看到,间接调整方法也有其自身难以克服的诸多弊端:首先,间接调整方法不直接规定当事人的权利义务,不能为当事人提供明确的行为准则,这在客观上给当事人进行国际民事活动造成了一定的困难。其次,由于间接调整方法只为国际民事关系指定了一个“立法管辖权”,即仅指定国际民事关系适用何国法律,而并不管该国有无相关的法律规定,也不管该国的法律具体规定如何,因此,当被指定的国家缺乏相关的法律规定时,国际民事关系的法律适用将陷入困境。再次,由于间接调整方法可能导致外国法的适用,而有关国家在实践中又有反致、转致、公共秩序保留等限制外国法适用的制度,因此,间接调整方法难以保证国际民事关系法律适用的确定性。

虽然间接调整方法存在一定的弊端,但迄今为止,国际私法调整国际民事关系的基本方法仍然是间接调整方法。之所以如此,主要是在国际社会,国家之间由于法律制度或法律观念的差异,在许多问题上还很难形成统一适用的实体法规则,对大量的国际民事关系,目前还只能采取间接调整方法加以调整。

二 直接调整方法

直接调整方法就是直接规定国际民事关系当事人具体权利和义务的方法。直接规定当事人权利义务的规范,叫做实体规范,所以,直接调整方法亦称为实体法的调整方法。

实体规范按其法源不同,可以分为国内实体规范和统一实体规范。国内实体规范是指各国通过其国内立法或判例等形式确认的实体规范。这种实体规范,主要用于调整国内的法律关系。统一实体规范是指见之于国际条约和国际惯例的实体规范。统一实体规范依其性质不同,还可以分为两类:一类是公法性质的统一实体规范。这类统一实体规范,主要用于调整国家与国家之间的关系,如《联合国宪章》、《联合国海洋法公约》、《维也纳外交关系公约》所确立的处理国家之间关系的准则,便属于此类规范。另一类是私法性质的统一实体规范,即调整平等民事主体之间财产关系和人身关系的统一实体规范。在国际私法中,直接调整国际民事关系的实体规范,主要是指私法性质的统一实体规范。

由于统一实体规范对当事人之间的权利义务关系有明确而具体的规定,因此,有关国家在调整国际民事关系时,在一定条件下可以根据统一实体规范直接确定当事人的权利和义务。例如,1980年缔结的《联合国国际货物销售合同公约》(简称《销售公约》),对国际货物买卖合同的成立及形式、买卖双方的义务、风险的转移、违约责任、免责条件等均做了明确规定。参加《销售公约》的国家在调整国际货物买卖关系

时,便可直接依《销售公约》的规定来确定买卖双方的权利和义务。此外,在国际民事交往中形成的某些国际惯例,如“装运港船上交货”(FOB)、“成本、保险费加运费”(CIF)、“货交承运人”(FCA)等,也具体规范了当事人的权利和义务。认可这些惯例的国家,同样可以将其用于调整有关当事人之间的权利义务关系。

直接调整方法与间接调整方法相比,具有许多显著的优点:首先,用统一实体规范对国际民事关系进行直接调整,能够使当事人预见其行为的后果,并可为当事人进行国际民事活动提供明确的行为准则,从而更有效地保障国际民事交往的顺利进行。其次,由于统一实体规范在有关国家之间统一适用,因此,用统一实体规范对国际民事关系进行直接调整,能够保证国际民事关系争议在不同国家的处理结果的一致性,即当事人无论在哪个国家寻求争议的解决,有关国家都会根据统一实体规范来确定当事人的权利和义务。再次,直接调整方法通过排除任何国家国内法的适用来避免国际民事关系的法律冲突,而不是消极地解决国际民事关系的法律冲突,因此,它是一种比间接调整方法更高级的消除法律冲突的方法。

三 间接调整方法和直接调整方法的关系

(一)两种调整方法在国际私法中的地位

调整国际民事关系的方法虽然有间接调整和直接调整两种,但这两种调整方法在国际私法中的地位却有所不同。

间接调整方法在国际私法中居于核心地位,它可以调整发生在任何领域的国际民事关系,是调整国际民事关系的最基本的方法。从国际私法的演进过程来看,在19世纪末叶以前,各国对国际民事关系的调整都是采用间接调整方法。19世纪末叶以后,虽然国际私法中出现了用统一实体规范对国际民事关系进行直接调整的方法,但是,直接调整方法的适用范围并不广泛。目前,可以运用直接调整方法进行调整的国际民事关系,主要发生在国际经济贸易、知识产权等领域,而在婚姻、家庭、继承等其他领域,由于统一实体规范难以形成,有关的国际民事关系仍只能用冲突规范进行间接调整。

直接调整方法在国际私法中居于次要的地位。这种调整方法,不仅适用的领域范围十分有限,而且,就目前的情况来看,由于调整国际民事关系的统一实体规范并非对世界上所有的国家都具有约束力,因此,在实践中,对国际民事关系是否采用统一实体规范进行直接调整,还因国别不同而存在差异:受统一实体规范约束的国家,可能根据统一实体规范直接调整国际民事关系当事人的权利义务;而不受统一实体规范约束的国家,仍可能根据冲突规范对国际民事关系当事人的权利义务进行间接调整。由此可见,在国际私法中,直接调整方法并不具有