



高等院校法学系列教材

国际私法学

何群 主编
胡晓红

基于法学核心课程本科教育注重掌握“基本知识、基本理论、基本立法、基本运用”的客观要求，按照部门法学教材既要满足法学本科学生教学的实际需要，又能够对法律实务工作者有一定参考价值的目标，运用比较分析的方法，注入国际国内最新的立法、实务及相关理论，力求系统、全面、准确地阐述国际私法的基本理论、原则、法律制度，以及运用相关的国内立法、国内判例、国际条约、国际惯例解决国际与区际民商事法律冲突。适合于法学专业学生和法律实务工作者使用。

湖南大学出版社

高等院校法学系列教材

国际私法学

主 编 何 群 胡晓红

副主编 罗 静

撰稿人 (以撰写章节先后为序)

胡晓红 何 群 钟立松 贺志军

龚文启 刘晓霞 罗 静 徐 立

谢 勇 曾艳君

湖南大学出版社

2004年·长沙

图书在版编目(CIP)数据

国际私法学/何群,胡晓红主编. —长沙:湖南大学出版社,2004.5
(高等院校法学系列教材)

ISBN 7-81053-760-1

I. 国... II. ①何... ②胡... III. 国际私法—法的理论—
高等学校—教材 IV. D997

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 043048 号

国际私法学

Guoji Sifa Xue

主 编: 何 群 胡晓红

责任编辑: 湛鹏飞

封面设计: 张 毅

出版发行: 湖南大学出版社

社 址: 湖南·长沙·岳麓山 邮 编: 410082

电 话: 0731-8821691(发行部), 8821593(编辑室), 8821006(出版部)

传 真: 0731-8649312(发行部), 8822264(总编室)

电子邮箱: lawspark@163.com

网 址: <http://press.hnu.net.cn>

印 装: 望城县湘江印刷厂

总 经 销: 湖南省新华书店

开本: 787×1092 16 开 印张: 27

字数: 624 千

版次: 2004 年 7 月第 1 版 印次: 2004 年 7 月第 1 次印刷 印数: 1~5 000 册

书号: ISBN 7-81053-760-1/D·73

定价: 36.00 元

版权所有, 盗版必究

湖南大学版图书凡有印装差错, 请与发行部联系

目 次

第一编 总 则

第一章 国际私法概论	1
第一节 国际私法概念	1
第二节 国际私法的渊源	13
第三节 国际私法的原则	18
第四节 国际私法学	23
第二章 国际私法的历史	28
第一节 国际私法的萌芽阶段	28
第二节 法则区别说阶段	30
第三节 近代国际私法	38
第四节 现代国际私法	48
第五节 中国国际私法的历史	69
第三章 民商事法律冲突与冲突规范	78
第一节 民商事法律冲突	78
第二节 冲突规范	84
第三节 准据法	92
第四章 适用冲突规范的有关制度	102
第一节 识 别	102
第二节 反 致	111
第三节 法律规避	117

第四节 公共秩序保留	122
第五节 外国法内容的查明	132
第五章 国际私法的主体	137
第一节 自然人	137
第二节 法 人	150
第三节 国 家	160
第四节 国际组织	165
第五节 外国人民商事法律地位	167

第二编 分 则

第六章 法律行为与代理	173
第一节 法律行为	173
第二节 代 理	178
第七章 物 权	189
第一节 不动产物权	189
第二节 动产物权	194
第三节 信 托	200
第四节 破 产	206
第五节 国有化与补偿	211
第八章 债 权	214
第一节 合同（一）：合同法律适用的理论与原则	214
第二节 合同（二）：几种主要国际经贸合同的法律适用	234
第三节 侵权行为之债的法律适用	244
第四节 不当得利和无因管理之债的法律适用	252
第九章 知识产权	255
第一节 涉外知识产权概述	255
第二节 专利权	258

第三节	商标权	268
第四节	著作权	274
第十章	婚姻家庭	282
第一节	结 婚	282
第二节	夫妻关系	291
第三节	离 婚	296
第四节	父母子女关系	302
第五节	收 养	306
第六节	扶 养	311
第七节	监 护	313
第十一章	继 承	317
第一节	法定继承	317
第二节	遗嘱继承	328
第三节	无人继承财产	338
第十二章	区际私法冲突	342
第一节	区际法律冲突概述	342
第二节	区际冲突法基本理论	346
第三节	中国区际法律冲突	349
第四节	中国区际司法协助法律制度	358

第三编 程 序

第十三章	国际民事诉讼程序	369
第一节	国际民事诉讼程序概述	369
第二节	国际民事诉讼的管辖	374
第三节	国际民事诉讼中的期间、诉讼时效和诉讼保全	384
第四节	外国法院判决的承认与执行	389
第五节	国际司法协助	393

第十四章 国际商事仲裁	400
第一节 国际商事仲裁概述	400
第二节 国际商事仲裁协议	404
第三节 国际商事仲裁程序	409
第四节 国际商事仲裁中的法律适用	415
第五节 外国仲裁裁决的承认与执行	418
参考书目	422
后 记	424

第一编 总 则

第一章 国际私法概论

本章提示

国际私法的概念、特征、调整对象及方法、原则、法律渊源，国际私法学与国际私法的关系等为本章要点。

第一节 国际私法概念

一、国际私法的名称

国际私法作为调整涉外民商事关系的法律部门至今已历经了8个世纪左右，但在不同的历史时期、不同的国家其名称并非完全一致。概括地讲，国际私法主要有以下称谓：

法则区别说（theory of statutes）。法则区别说是国际私法最早的名称，14世纪“为世称国际私法鼻祖意大利法学家巴托鲁斯（Bartolus）所创用”^①。后被法国和荷兰学者所接受，并持续沿用至17、18世纪。

法律冲突（conflict of laws）或冲突法（conflict laws）。1653年荷兰学者罗登伯格（Christian Rodenburg）首先使用“法律冲突”（De Conflictu Legum），“以法则区别说不切适于国际私法之内容，乃创此论以正其名”。^②他主张，由于对同一法律关系各国法律规定不同，就既可以适用这个国家的法律，又可以适用那个国家的法律，故称“法律冲突法”为当。^③随后，出现“罗氏一俱，全欧附从”的局面，如1684年胡伯（U.

① 卢峻：《国际私法理论与实际》，中国政法大学出版社1998年版，第9页。

② 卢峻：《国际私法理论与实际》，中国政法大学出版社1998年版，第9页。

③ 余先予主编：《冲突法》，法律出版社1989年版，第34页。

Huber)使用该名称。但19世纪以后,该名称广泛流行于英美,如戴赛(Dicey)、施托里(Story)、莫里斯(J. H. C. Morris)等;欧洲各国基本不使用该名称。

与法律冲突或法律冲突法相关的国际私法名称还有:一是“法律选择”(choice of laws),由英国学者戴赛提出。他认为,与其说是法律冲突法,不如说他是在内外法律选择一种法律,适用于某种法律关系的法则,故以法律选择命名为当。该名称采用人较少,流传不广,创始人本人后来也改用法律冲突或法律冲突法。^①二是“外国法适用”(application of foreign laws),1822年由德国学者奥斯塔特(Oerstadt)所创,曾流行于德意志各邦,《德国民法典》(第二草案)第二编即以“外国法之适用”为题,但后被删除,列入民法施行法总则中。三是法律域外效力(extra-territorial effect of law)。18世纪末叶,一些学者,如高西(Cocceius)“见一国之法律,往往为他国裁判所适用,即以法律域外效力论为题,以研究国际私法”。^②德国著名法学家萨维尼(Savigny)认为,国际私法是规定支配场所界限的科学,亦有此意。

私国际法(private international law)。这一名称是曾任美国最高法院法官和哈佛大学教授的施托里于1834年在其名著《冲突法评论》(Commentaries on the Conflict of Laws)中首先提出来的。他认为,关于法律冲突问题,也可以很适当地称之为“私国际法”。但其未以该名称命名其著作。1843年法国学者福利克斯(Foelix)在其《私国际法论》(Traite de Droit International Prive)一书中正式采用该名称。但是,福利克斯与施托里立意不尽一致:前者认为该法为国际法,后者认为该法属国内法。目前,这一名称在法国以及拉丁语系国家很流行。在英美法系国家中也有少数学者使用该名称。

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,又译为《国际私法学史》)中首先使用“国际私法”这一名称。德国、日本、东欧、中国等国普遍采用该名称,而在英美法系国家中也有部分学者用之。

但是,有一些学者认为,“国际私法”与“私国际法”同名。德国学者马丁·沃尔夫(Martin Wolff)在其《国际私法》一书中指出:“在苏格兰用‘国际私法’(international private law)这个名称,相当于欧洲大陆法、德、意等文字所适用的‘国际私法’一词(Droit International prive, Internationales Privatrecht, Diritto Internazionale Privato)。这个名称是福利克斯于1843年开始使用的。”^③而余先予先生的《冲突法》一书直接说明“国际私法”(private international law或international private law)一词,在《国际私法学史》中是把“国际”两字搬到“私”字的前面去了^④,莫里斯认为:“法律冲突法,有时也称为国际私法……”^⑤

此外,日本部分学者认为,国际私法是规定内外交涉的法律,应当命名为“涉外民法”(foreign private law)。该名称未能流行。比利时学者罗兰(Laurent)于1881年

① 余先予主编:《冲突法》,法律出版社1989年版,第34页。

② 卢峻:《国际私法理论与实际》,中国政法大学出版社1998年版,第9页。

③ [德] 马丁·沃尔夫:《国际私法》,李浩培、汤宗舜译,法律出版社1988年版,第30页。

④ 余先予主编:《冲突法》,法律出版社1989年版,第36页。

⑤ [英] 莫里斯:《法律冲突法》,李东来等译,中国对外翻译出版公司1990年版,第2页。

在《国际民法论》一书中创立“国际民商法”名称。

我国学者普遍采用“国际私法”名称，理由在于：第一，国际私法所调整的涉外民商事法律关系超越了一国管辖范围，是一种跨越国界的民商事法律关系，具有“国际性”特点。第二，私法是调整民商事法律关系的法律部门，涉外民商事法律关系也应由私法进行调整，而调整涉外民商事法律关系的法律部门为国际私法。第三，一些国家直接以“国际私法”命名国际私法立法，如瑞士、奥地利、波兰、土耳其等。我国学者早以该名称研究国际私法，其中最具有代表性的学者为卢峻教授，其于1936年出版了《国际私法之理论与实际》，以后我国学者基本沿用“国际私法”这一名称。

二、国际私法的调整对象

（一）国际私法调整对象

任何法律部门均有自己的调整对象，它是划分法律部门的出发点之一，也是任何一个法律部门赖以存在的根本要素，并能够确定某一法律部门的内涵和外延，同样也是划分国际私法和其他法律部门的基本界限。所谓法律部门的调整对象就是指法律所规定的一定范围的社会关系或法律关系。

一般认为，国际私法是调整涉外民商事法律关系的总称。因而，国际私法的调整对象就是涉外民商事法律关系，也被称为国际民商事法律关系、跨国民商事关系等。这种涉外民商事法律关系是指含有涉外因素的民商事法律关系（civil & commercial legal relations involving foreign elements）。但是，也有学者曾提出“涉外民商事法律关系”（或国际民商事法律关系）这个概念不科学，因为社会关系只有经过法律调整才能成为法律关系，因而只能将国际私法调整对象限定为“涉外民事关系（或国际民商事关系）”^①。《民法通则》第八章“涉外民事关系的法律适用”，采用“涉外民事关系”概念，《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行）》第178条规定：“凡民事关系的一方或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国外的，均为涉外民事关系。”我国《国际私法示范法》第2条指出：“国际民商事关系是指其当事人一方或双方为外国人、无国籍人、外国法人、其他外国组织、外国国家或国际组织，其标的物在国外，或者导致其产生、变更、消灭的法律事实发生在国外的民商事关系。”我国《民法典（草案）》第九编第一章第1条规定：“有下列情形之一的，为涉外民事关系：（一）民事关系一方是外国人、无国籍人、外国法人、国际组织、外国国家；（二）民事关系一方的住所、经常居住地或者营业所位于中华人民共和国领域外；（三）民事关系的标的物在中华人民共和国领域外，或者争议标的物移转超越一国国界；（四）产生、变更或者消灭民事关系的法律事实发生在中华人民共和国领域外。”而目前，我国国际私法学界较普遍采用“涉外民商事法律关系（或国际民商事

^① 肖永平教授认为：民事法律关系与民事关系是两个不同质的概念。民事关系是指社会关系中财产关系和人身关系，它本身不存在固有的权利和义务内容；民事法律关系则是一种意志社会关系，它是指民事关系中具有权利义务内容的财产关系和人身关系，它是法律调整的结果。作为国际私法的调整对象在概念上表述应该是民事关系。

法律关系)”概念。

国际私法所调整的涉外民商事法律关系（或国际民商事法律关系）最显著的特点在于该种民商事法律关系具有“涉外”的因素或“国际”的因素。具体讲，涉外民商事法律关系（或国际民商事法律关系）具有以下特点：

1. 涉外性

涉外民商事法律关系（或国际民商事法律关系）是指该民商事法律关系主体的一方或双方为外国人，或者法律关系客体位于国外，或者产生、变更、消灭该民商事法律关系的法律事实发生在外国。只要具备上述一项情形，则该民商事法律关系即为具有涉外性，属于涉外民商事法律关系（或国际民商事法律关系）。

在我国关于“外国人”的范围通常包括：外国自然人、无国籍人、外国法人、外国国家、国际组织或其他非政府组织。

2. 广义性

国际私法调整的涉外民商事法律关系（或国际民商事法律关系）是广义的民商事法律关系。从民事法律关系看，涉外民事法律关系包括：物权关系、债权关系、婚姻家庭关系、继承关系、知识产权关系；从商事法律关系看，涉外商事法律关系包括：商事主体法律关系、票据法律关系、海事法律关系、保险法律关系、破产法律关系、国际商事合同法律关系等。

（二）国际私法调整方法

法律部门划分的另一标准就是法律规范的调整方法。法律规范所调整的社会关系虽是很重要的法律部门划分标准，但仅仅以此作为划分标准还是不够的，因为它们既是无法解释一个法律部门（刑法法律部门）可以调整不同种类的社会关系，也不能解释同一社会关系须由不同的法律部门来调整这一法律现象。因此，划分法律部门，还需将法律规范的调整方法作为划分标准。^① 国际私法不同于其他法律部门，不仅在于它调整的社会关系为涉外民商事法律关系（或国际民商事关系），而且在于国际私法法律规范的调整方法的独特性。国际私法的调整方法有两种：

1. 间接调整方法

间接调整方法就是在有关的国内法和国际条约中仅规定适用哪一个国家的法律来确定某一涉外民商事法律关系（或国际民商事法律关系）中当事人的权利与义务。换言之，就是通过国内法和国际条约中的冲突规范（conflict rules）援引出的准据法来调整某一涉外民商事法律关系（或国际民商事法律关系）。

在间接调整方法中，所适用的法律规范是冲突规范。根据冲突规范的指引，找出应当适用的准据法来确定当事人之间的权利与义务。冲突规范只是指明应当适用何种法律的规范，不能直接确定某一涉外民商事法律关系（或国际民商事法律关系）当事人之间的权利与义务。而确定该当事人权利与义务的法律规范是通过冲突规范援引出的准据法。例如，我国《民法通则》第144条规定：“不动产所有权，适用不动产所在地法。”按照该规定，中外双方当事人就在中国境内的不动产所有权发生争议，解决该争议的法

^① 张文显主编：《法理学》，高等教育出版社、北京大学出版社1999年版，第80页。

律是“不动产所在地法”，不动产所在地在中国，法院应适用我国《民法通则》以及其他有关不动产的法律规定。

由于冲突规范是国际私法独有的法律规范，因而，间接的调整方法亦为国际私法所特有的调整方法。有基于此，英美法系大部分学者将国际私法命名为“冲突法”。本书所采用的观点即为“狭义国际私法观点”所主张的：国际私法的主要调整方法为间接调整方法，该方法使国际私法有别于其他法律部门。

2. 直接调整方法

直接调整方法就是通过实体规范（substantive rules）直接确定某一涉外民商事法律关系（或国际民商事法律关系）当事人之间的权利与义务。这类实体规范反映在国际条约、国际惯例以及国内立法中，其中国际条约与国际惯例合称“统一实体规范”（uniform substantive rules）。例如，“国家财产豁免权原则”是一个得到普遍承认的国际惯例。我国《商标法》第18条规定：“外国人或者外国企业在中国申请商标注册和办理其他商标事宜的，应当委托国家认可的具有商标代理资格的组织代理。”1969年《国际油污损害民事责任公约》第3条第1款、第5条第1款指出：除本条第2款和第3款另有规定以外，在事故发生时，或如事件包括一系列事故，在此种事故第一次发生时，船舶所有人应对该事件引起的漏油或排油所造成的污染损害负责。

尽管国际私法中的间接调整方法对于解决某一涉外民商事法律关系（或国际民商事法律关系）仅起到“间接”的作用，但它对于解决国家间的民商事法律冲突仍发挥着不可或缺的作用。直接调整方法能便捷地解决当事人双方涉外民商事权利与义务争议，但这类法律规范数量较少，并且，由于国际经济法的不断发展，以及国际商事法律关系的自身特点，调整国际商事法律关系的实体规范（包括：国际贸易、国际运输与保险、国际投资、国际支付、国际金融等法律规范）均归属于国际经济法律部门；相应的，多数国际私法论著已不再将调整国际商事关系的统一实体规范纳入其中。^①

三、国际私法的规范构成

国际私法的规范构成，也就是国际私法范围，是指国际私法应当包括哪些法律规范。在这个问题上，国内外学者历来存在着较激烈的争执。

（一）国际私法的规范构成争议观点

在国际私法的规范构成问题上，外国学者所持的主要观点如下：

1. 严格限制主义

该派认为，国际私法以解决法律冲突为其职责，一切与法律冲突无关的法律规范都不能包括在国际私法范围内。因此，国际私法规范仅以解决法律冲突的冲突规范为限。德国和日本大多数学者以及受德国法影响的其他国家的学者，如意大利、瑞士和斯堪的纳维亚半岛各国学者，采用该观点。

2. 限制主义

^① 有部分国际私法学者主张调整国际商事法律关系的实体法规范均应归属于国际经济法，包括国际知识产权法。在此，本书作者观点亦不一致。

该派主张,国际私法主要解决涉外民事法律关系中应当适用何国法律的问题,围绕该问题,须解决另外相关问题。具体讲,国际私法具有三个任务:一是解决法院对涉外民事案件的管辖权问题,二是解决该涉外民事案件应当适用哪一个国家的法律问题,三是法院对裁决的承认与执行问题。因而,国际私法的法律规范应当包括三种:规定涉外民事案件法院管辖权规范,冲突规范,外国法院裁决的承认与执行规范。英美法系大多数学者持有此观点。例如,施托里、戴赛、莫里斯、沃尔夫、澳大利亚的爱德华等。

3. 有限概括主义

法国国际私法学者多数认为,国际私法的法律规范包括:国籍法规范,外国人法律地位规范,冲突规范以及有关涉外民商事案件管辖权规范等。受法国法影响的其他国家的学者也有支持这种观点的,如日本国际私法学者北敏胁一所著的《国际私法》也持这种观点。

4. 概括主义

前苏联、东欧大部分学者认为,凡涉及涉外关系问题的法律规范均应属于国际私法法律规范。因而,国际私法规范包括:冲突规范,统一实体规范,规定外国人民事法律地位规范,专门调整涉外民事法律关系的国内实体规范,以及与此相关的国际民事诉讼程序规范。

我国学者对于国际私法规范的构成问题,亦呈百家争鸣的格局。祖国大陆学者有关这一问题的观点主要有三种:一是“小”国际私法学派观点,即国际私法就是冲突法,国际私法的法律规范的范围仅局限于冲突规范,以及外国人民事法律地位规范和国际民事诉讼程序规范。该学派主要代表人物是李浩培、卢峻等。二是“中”国际私法学派观点,即国际私法的范围除了“小”国际私法学派列入的规范外,还包括调整涉外民事法律关系的统一实体规范。该派的代表学者是韩德培等。三是“大”国际私法学派,即国际私法范围除包括“中”国际私法学派列入的上述规范外,还应包括国内法中专门适用于涉外民事关系的实体规范。但就有关国际私法著作看,尚无学者以“大”国际私法观点安排体系和内容的。^①

我国台湾学者大多持“小”国际私法观点,把国际私法等同于冲突法。也有部分学者赞同法国学者观点,即国际私法范围应当包括:冲突规范,国籍法规范,外国人法规范,住所地法规范,管辖权规范。^②

(二) 国际私法的规范构成

1. 规定外国人民事法律地位规范

这类规范是确定外国自然人、外国法人、无国籍人,以及国家、国际组织、非政府组织在内国民事领域中的法律地位,即外国人在内国应当承担的民事义务以及享有的民事权利的范围。它可以反映在国际条约和国内立法中。由于这种规范规定外国人在内国的民事法律地位,因而,该类规范属于实体规范。如《法国民法典》第13条规定:“外国人经政府许可设立住所于法国者,在其继续居住期间,享有一切民事权利。”前

① 金彭年:《我国大陆与台湾地区国际私法学若干问题比较》,载《浙江社会科学》2001年第1期。

② 金彭年:《我国大陆与台湾地区国际私法学若干问题比较》,载《浙江社会科学》2001年第1期。

述我国《商标法》第18条规定亦然。

规定外国人民事法律地位规范之所以成为国际私法规范的组成部分,是由于该类规范是国际私法调整的涉外民商事法律关系(国际民商事法律关系)的存在的基本前提。在国际民商事交往中,只有承认外国人在内国的民事法律地位,该外国人才能在该国内取得民事主体资格,享有民事权利并承担民事义务,国际民商事交往才能得以顺利进行,内、外国之间的民商事法律冲突现象才能得以产生;否则,也就不可能谈得上法律适用问题、法院管辖权问题等国际私法上的基本法律问题。

2. 冲突规范

冲突规范,也叫法律适用规范或法律选择规范,或“国际私法规则”^①,是国际私法的特有规范,既反映在国际条约、国际惯例中,也反映在国内立法中。例如,1972年海牙国际私法会议通过的《产品责任的法律适用公约》,欧共体1980年通过的《关于合同义务的法律适用公约》等,属于专门规定冲突规范的国际条约。

冲突规范是国际私法规范构成中最为古老、最为稳定的法律规范,其基本功能在于解决国家之间的民商事法律冲突。它的存在事实上丰富了法理学中的法律规范的类型以及法学理论。但是,目前中国法理学有关法律规范逻辑结构的理论既忽视了冲突规范的特殊性,更谈不上为国际私法学提供理论指导。国际私法学界普遍认为,国际私法立法中的任何一个冲突规范条款就是一个冲突规范,亦即:通常一个条文就是一条冲突规范。因此,法理学上“一个法律规范并不等于一个法律条文。一个法律规范可以包括在几个条文之中,一个条文也可能包括几个法律规范”的命题,以及关于法律规范逻辑结构理论与冲突规范逻辑结构不符。^②

3. 统一实体规范

为解决涉外民商事法律冲突(或国际民商事法律冲突),国家之间通过利益平衡,达成协议,以统一调整涉外民商事法律关系(或国际民商事法律关系)。这类国际条约和国际惯例极为丰富,但随着国际经济法的发展,有关调整国际商事关系的法律规范已归属于国际经济法,国际私法能够保留下来的统一实体规范,从国际条约讲主要包括:1928年拉美21国《关于外国人法律地位公约》,1954年欧共体《欧共体各国相互承认公司和法人实体公约》,1970年海牙国际私法会议《承认离婚和分居公约》,1993年海牙国际私法会议《跨国收养方面保护儿童及合作公约》等。

4. 国际(或涉外)民事诉讼程序与国际商事仲裁规范

国际(或涉外)民事诉讼规范与国际商事仲裁规范属于程序规范,将其纳入国际私法规范范围,是由于这类规范与涉外民商事法律关系(或国际民商事法律关系)当事人权利与义务的确定有密切的联系,尤其是欲适用冲突规范,必须解决法院及仲裁机构的管辖权;同时,裁决内容的履行或执行对于实现权利人的权利有着现实意义。

国际(或涉外)民事诉讼程序规范是指司法机关在审理涉外民商事案件(或国际民商事案件)时专门适用的程序规范。一国法院在审理涉外民商事案件(或国际民商

^① 见《联合国国际货物销售合同公约》第1条。

^② 刘想树:《从国际私法评法理学的两个问题》,载《中央政法管理干部学院学报》2000年第3期。

事案件)时,除须适用国内法中有关审理一般民商事案件的民事诉讼程序规范外,还必须适用专门用于审理涉外民商事案件(或国际民商事案件)的特别程序性规范,其中主要有:规定外国人民事诉讼地位规范,关于涉外民商事案件(或国际民商事案件)管辖权规范,司法协助规范,内外国法院裁决的承认与执行规范等。

国际商事仲裁规范是指对于发生在国际商事交易中的争议进行仲裁裁决的规范,主要包括:仲裁协议,仲裁规则,仲裁裁决的撤销,内外国仲裁裁决的承认与执行等。

四、国际私法的性质

国际私法的性质问题,就是指国际私法是国内法抑或国际法的问题。由于国际私法的调整对象、法律规范范围等基本理论问题在国内外长期存在争议,因而,国际私法性质的争议依然存在。

(一) 外国学者的观点

1. 世界主义学派或国际法学派

该学派坚持主张国际私法是国际法的观点,主要代表人物:德国的萨维尼(Karl von Savigny)、巴尔(Ludwig von Bar),意大利的孟西尼(P. S. Mancini),法国的毕叶(Pillet)、魏斯(Weiss)等。他们主张国际私法属于国际法的理由主要有:(1)国际私法产生于国际社会。萨维尼在其1849年出版的名著《现代罗马法体系》(System Desheutigen Romischen Rechts)第八卷中指出,国际私法的科学基础在于各国之间的相互依赖的情况,所以才有国际法律社会存在,才会相互适用别国的法律。换言之,国际私法之所以产生是由于存在国际社会,适用外国法的根本原因也在于涉外民事关系是在国际社会产生的。^①(2)国际私法所调整的关系在本质上与国际公法所调整的关系没什么不同。魏斯在其《国际私法手册》一书中认为,国际私法与国际公法的最终目的都在于调整国家之间的关系。也有学者提出,在国际交往中,每一个商行,每一个人都都有其祖国作后盾,因此,这种民法领域的任何争执和冲突,甚至关于离婚的家庭纠纷,归根结底都会变成国家之间的冲突。^②(3)国际私法作用在于划分国家主权扩及的范围。德国的巴尔认为,国际私法是划分主权扩及范围的法的部门。法国的毕叶指出,国际私法的任务在于协调相互的“冲突的主权权能”,因此,国际私法虽然调整的是个人关系,但是,从根本上看是解决各个国家之间的主权关系的。(4)国际条约和国际惯例已成为国际私法的主要法律渊源。该学派认为,国际私法的目的在于建立一套世界性的通用规则。为了创造使不同民法体系共处的有利条件,应当建立一套世界各国都能适用的规则。事实上,各国通过国际条约不仅制定了不少统一冲突规范和统一程序规范,而且还制定了不少的统一实体规范。因而,国际条约和国际惯例已日益成为国际私法的重要法律渊源。^③

2. 民族主义学派或国内法学派

① 韩德培主编:《国际私法》,武汉大学出版社1989年版,第29页。

② 韩德培主编:《国际私法》,武汉大学出版社1989年版,第29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10页。

该学派持国际私法为国内法的观点，主要代表人物：英国的戴赛（Dicey）、莫里斯（Morris）、施密托夫（Schmitthoff），美国的比尔（Beale）、库克（Cook）、李斯（Reese），德国的康恩（Kahn）、沃尔夫（Wolff），法国的巴丹（Bartin）、巴迪福（Batiffol），前苏联的隆茨等。其主要观点有：（1）从调整对象和主体看，国际私法与国际法不同。国际私法调整的是涉外民商事法律关系，主体通常为自然人和法人；国际法调整的是以国家为主体的主权者之间的关系。日本学者山田三良认为，调整国家之间的法律关系，并对各国有拘束力的才是国际法；同时，国家之间的关系都与公益有关，所以只能是国际公法。^①（2）从法律渊源看，国际私法的法律渊源主要是国内法。尽管国际私法的法律渊源的一部分有国际条约，但以国内法为主：首先，由于国际私法涉及国际因素，有关国家常常通过国际协议方式来制定各种统一的冲突规范，划分国家间的司法管辖权，约定彼此的司法协助，甚至制定一些实体规范。但是，这类性质的国际私法规范为数不多，而且仅在少数国家有效。其次，在许多已有的国际私法条约中，还规定了公共秩序条款，缔约国在认为遵守条约所规定的统一冲突规范会与自己的公共秩序发生冲突时，可以不适用条约的规定。这就更降低了条约作为约束缔约国行为规则的法律意义。最后，在国际条约中，许多关于国际贸易方面的统一实体规范，都是任意规范，只有当事人在合同中选择适用后才对当事人有约束力，并且有减损与改变有关规定的权利。因此，统一实体规范的出现，仍不足以改变国际私法是国内法的基本性质。^②（3）从法律规范的制定和适用范围来看，国际私法的制定和适用均取决于一国意志。国际私法是一个国家确定“内外私法适用范围”的法的部门，是否适用外国法，完全出于一国立法者的意愿。而国际法是各国公认的规范，对各国具有普遍的法律约束力，如果不遵守国际法规定义务，国家应承担国际法上的责任。（4）从争议的解决方式看，国际私法主要通过一国法院或仲裁机构解决。国际私法上的争议属于民商事争议，大都由有关国家法院或仲裁机构解决，法院通常依据其程序法解决纠纷，根据本国冲突规范援用出的准据法解决当事人之间的实体权利与义务争议；而国际法上的争议，一般通过外交或国际私法（国际法院或国际仲裁机构）方式解决。

基于上述理由，国内法学派的学者认为，现实中不存在统一的或公认的国际私法，只存在各国的国际私法，如美国国际私法、英国国际私法、法国国际私法等。

3. 二元论学派或综合论学派

该学派将上述两个学派的基本观点加以折中，认为国际私法兼具国际法与国内法性质。也就是说，国际私法所调整的社会关系既涉及国内又涉及国际，其法律渊源包括国内法渊源和国际法渊源，不能简单地将国际私法纳入国内法或国际法中。其主要代表人物有：德国的齐特尔曼（Zitelmann）和捷克的贝斯里斯基（R. Bystricky）等。齐特尔曼主张，应该把国际私法分为“国际的”国际私法与“国内的”国际私法，国际私法是这两部分的综合。

^① 韩德培主编：《国际私法》，武汉大学出版社1989年版，第30页。

^② 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11页。

(二) 中国学者的观点

中国学者对于国际私法性质问题的认识与外国学者具有一定的联系，概括起来包括以下四种：

1. 国际私法是国内法

有学者认为，国际法和国内法划分主要是按照法的创造和适用主体不同。国际法调整的是以国家、国际组织为主体的在国际上有独立人格的主权者之间的法律关系，而国际私法主要是以不同国家的自然人和法人为主体。因此，国际私法不应划入国际法范畴。国际私法的渊源主要是各国的国内法。法院受理涉外民事案件，是按照自己国家的国际私法来决定适用的法律。而各国的国际私法是不同的，在美国适用的是美国国际私法，在英国适用的是英国国际私法。它的名称含有“国际”二字主要是因为它调整的是涉外民事法律关系，以此来区别于国内法。但是，国际私法由于调整的是不同国家的平等主体之间的民事关系，在世界经济日益一体化的今天，各国为了民事交往的顺利进行，在国际私法的立法上也寻求统一，制定国际条约来调和各国的国际私法。特别是“二战”后，以海牙国际私法会议为中心，签订了一系列国际私法条约，主要是在有关管辖权、国际民事诉讼程序、国际仲裁方面。国际私法统一运动取得了重要进展，因此，国际条约已成为国际私法的一个重要渊源。但是，国际私法统一主要是冲突规范的统一，国际私法解决法律冲突的基本功能没有变，国际私法的性质也没有变。^①我国台湾学者较为一致地认为，国际私法是国内法。例如，马汉宝教授指出：“如就国际私法之现状而论，国际私法无疑是国内法而非国际法，当今世界各国各有其本身的国际私法，乃属明显之事实。”刘铁铮、梅仲协、陆东亚、洪应灶、何适等学者均持此观点。

2. 国际私法是国际法

持该观点的学者主张，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家的一切国际社会关系，国家之间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：国际公法、国际私法、国际经济法、国际刑法、国际行政法等。众所周知，国际法和国内法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涉外民商事法律关系（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家；从渊源上讲，“国际”的国际私法也已大量存在。因此，国际私法就是国际法，即广义的国际法。^②

3. 国际私法的性质以国内法性质为主，兼具国际法成分

李双元教授认为，国际私法主要还是国内法，但是随着国际民事交往的进一步发展和国际私法统一化运动的不断推进，国际私法逐渐增加国际法成分或因素。国际私法调整对象主要是发生在不同国家的自然人和法人之间的民商事关系，这是国际私法主要是

^① 叶兴平、杨静宜：《论国际私法与国际经济法关系》，载《当代法学》2002年第6期。

^② 黄进：《宏观国际法学论》，载《法学评论》1984年第2期。