

FA
XU

高等学校法学教学丛书

GAODENG XUOXIAO FAXUE JIAOXUE CONGSHU

国际私法教程

GUOJI SIFA JIAOCHENG

主编 金 明



四川大学出版社

高等学校法学教学丛书
GAODENG XUOXIAO FAXUE JIAOXUE CONGSHU

国际私法教程

GUOJI SIFA JIAOCHENG

主 编 金 明

撰稿人 (以姓氏笔画为序)

陈 锋 陈永革 黄力华

任长康 唐海燕 王晓媛

徐贇倩 杨翠柏



四川大学出版社

责任编辑:李勇军
责任校对:蒋姗姗
封面设计:墨创文化
责任印制:李 平

图书在版编目(CIP)数据

国际私法教程 / 金明主编. —四川: 四川大学出版社,
2009. 3

(高等学校法学教学丛书)

ISBN 978-7-5614-4269-2

I. 国… II. 金… III. 国际私法—研究生—教材 IV.
D997

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 035578 号

书名 国际私法教程

主 编	金 明
出 版	四川大学出版社
地 址	成都市一环路南一段 24 号 (610065)
发 行	四川大学出版社
书 号	ISBN 978-7-5614-4269-2
印 刷	成都蜀通印务有限责任公司
成品尺寸	185 mm×260 mm
印 张	17.5
字 数	412 千字
版 次	2009 年 3 月第 1 版
印 次	2009 年 3 月第 1 次印刷
印 数	0 001~3 000 册
定 价	30.00 元

◆读者邮购本书,请与本社发行科
联系。电 话:85408408/85401670/
85408023 邮政编码:610065

◆本社图书如有印装质量问题,请
寄回出版社调换。

◆网址:www.scupress.com.cn

版权所有◆侵权必究



前 言

这是一部主要产生于四川大学法学院教师之手的高等学校法学教学丛书。

四川大学法学院始创于 1905 年，其法学教育曾经辉煌过。刑法学的谢盛堂、赵念非、伍柳村教授，民商法学的裘千昌、朱昌祯、胡长清教授，宪法学的胡恭先教授，国际法学的刘斯传教授，诉讼法学的龙守荣教授，法院组织法的杨兰荪教授等，在法学界极负盛名。川大法学院培养的学生如王怀安（曾任最高人民法院副院长）、胡绩伟（曾任人民日报总编）、孙孝实（曾任西南政法学院教务长）、王叔文（曾任中国社科院法学所所长）、刘清波（曾任台湾政治大学法律系主任）等。后来，法学教育因种种原因中断多年。1984 年，四川大学重招法学本科生，再招刑法学硕士研究生（1985 年）、诉讼法学硕士研究生（1996 年）、民商法学硕士研究生（1998 年）、法律硕士专业学位研究生（2000 年）、诉讼法学博士研究生（2001 年），至此，法学教育层次结构基本形成并在继续发展。其间，法学院的教师们精韧不怠，默默耕耘，求是创新，日积月累，有了自己的教学心得和体会，现在通过书籍的方式，将其再现。如果此种方式能够在中国走向法制社会的过程中为法学教育事业奉献一些有益的思考和努力，甚幸。

这套高校法学教学丛书，以教材为主，教学参考资料为辅。就教材而言，我们力求在反映法学基本教学内容和规格的基础上，充分反映法学发展的新信息和成果，以体系合理、概念准确、内容精炼、资料新颖、务实创新为努力方向；就教学参考资料来说，我们力求给学生提供典型和具有探究价值的事例或案例，严谨精彩的判词和法律文书，观点新颖并有指导意义的论文和专著。

我们认为这样的努力是有意义的，我们将为此尽力。

丛书编委会谨识

2002 年春



高等学校法学教学丛书

GAODENG XUEXIAO FAXUE JIAOXUE CONGSHU

编委会

顾 问 伍柳村 周应德

主持人 李 平

编委会 (按姓氏笔画为序)

王建平 左卫民 古立峰 龙宗智

向朝阳 李 平 陈永革 里 赞

周 伟 金 明 杨遂全 唐 磊



目 录

第一章 概 论	(1)
第一节 国际私法的对象和方法	(1)
一、国际私法的对象	(1)
二、法律冲突	(2)
三、国际私法的调整方法	(3)
第二节 国际私法的范围和定义	(4)
一、国际私法的范围	(4)
二、国际私法的规范	(5)
三、国际私法的定义	(7)
第三节 国际私法的渊源和性质	(8)
一、国际私法的渊源	(8)
二、国际私法的性质	(10)
第四节 国际私法与国际私法学	(13)
一、国际私法与国际私法学的关系	(13)
二、国际私法的基本原则	(13)
三、国际私法学的体系	(14)
四、国际私法与邻近部门法的关系	(15)
第二章 国际私法学说史	(17)
第一节 传统国际私法理论	(17)
一、法则区别说	(17)
二、国际礼让说	(18)
三、法律关系本座说	(19)
四、既得权说	(20)
第二节 现代国际私法理论	(21)
一、本地法说	(21)
二、结果选择说	(22)
三、政府利益分析说	(23)
四、最密切联系说	(23)
第三章 冲突规范	(26)
第一节 冲突规范的概念和特点	(26)
一、冲突规范的概念	(26)
二、冲突规范的特点	(26)
第二节 冲突规范的结构	(27)

一、范围和系属	(27)
二、连接点	(27)
第三节 冲突规范的类型	(28)
一、单边冲突规范	(28)
二、双边冲突规范	(29)
三、重叠性冲突规范	(29)
四、选择性冲突规范	(29)
第四节 系属公式	(30)
一、系属公式的含义	(30)
二、几种主要的系属公式	(30)
第五节 准据法及其确定	(32)
一、准据法的含义和特点	(32)
二、确定准据法过程中的几个问题	(33)
第四章 与适用冲突规范有关的制度	(35)
第一节 识别	(35)
一、识别的概念	(35)
二、国际私法中识别的意义	(35)
三、识别的依据	(36)
第二节 反致与转致	(38)
一、反致的概念	(38)
二、反致产生的条件	(38)
三、关于反致的不同理论	(39)
四、关于反致的实践	(40)
五、中国关于反致问题的规定	(40)
第三节 公共秩序保留	(40)
一、公共秩序保留的概念	(40)
二、公共秩序保留的理论与实践	(42)
三、运用公共秩序保留的几个问题	(43)
四、中国关于公共秩序保留的规定	(44)
第四节 法律规避	(45)
一、法律规避的概念和构成要件	(45)
二、法律规避的效力和对象	(46)
三、中国关于法律规避的规定	(46)
第五节 外国法内容的确定	(47)
一、含义及问题的原因	(47)
二、确定外国法内容的方法	(47)
三、无法确定外国法内容的解决办法	(48)
四、外国法错误适用的上诉问题	(49)
五、中国关于确定外国法内容的规定	(49)



第五章 国际私法主体	(51)
第一节 外国人民事法律地位	(51)
一、外国人民事法律地位概述.....	(51)
二、国民待遇.....	(52)
三、最惠国待遇.....	(53)
四、优惠待遇.....	(54)
五、普遍优惠待遇.....	(54)
六、歧视待遇和不歧视待遇.....	(55)
七、外国人在中国的民事法律地位.....	(56)
第二节 自然人	(57)
一、自然人的国籍.....	(57)
二、自然人的住所.....	(59)
三、自然人的权利能力和行为能力.....	(60)
第三节 法人	(63)
一、法人的国籍.....	(63)
二、外国法人的认可.....	(65)
三、外国法人的权利能力和行为能力.....	(66)
第四节 国家与国际组织	(66)
第六章 涉外物权问题	(69)
第一节 涉外物权概述	(69)
一、物权的概念和分类.....	(69)
二、涉外物权.....	(69)
第二节 物之所在地法原则	(70)
一、物之所在地法原则的产生和发展.....	(70)
二、物之所在地法原则的理论依据.....	(70)
三、物之所在地的确定.....	(71)
四、物之所在地法的适用范围.....	(72)
五、物之所在地法适用的例外.....	(74)
第三节 国家财产豁免权	(75)
一、国家作为国际私法主体的特殊性.....	(75)
二、国家及其财产豁免权.....	(75)
三、中国在国家及其财产豁免权问题上的立场.....	(77)
第四节 国有化问题	(77)
一、国有化的含义和类型.....	(78)
二、国有化法令的效力问题.....	(78)
三、我国的国有化问题.....	(80)
第七章 一般涉外合同之债	(81)
第一节 概述	(81)
一、涉外合同的概念和特征.....	(81)

二、涉外合同法律适用的方法	(82)
第二节 确定合同准据法的原则	(82)
一、意思自治说	(83)
二、客观标志说	(85)
第三节 国际投资合同及其法律适用	(88)
一、国际投资的概念和形式	(88)
二、国际投资合同的法律性质	(89)
三、国际投资合同的法律适用	(90)
第四节 中国关于涉外合同法律适用的规定	(90)
一、意思自治原则	(91)
二、最密切联系原则	(91)
三、适用国际条约和国际惯例的原则	(92)
四、某些合同强制适用中国法的原则	(92)
第八章 国际货物买卖法律制度	(94)
第一节 《联合国国际货物销售合同公约》的内容	(94)
一、适用范围	(94)
二、国际货物买卖合同的成立	(96)
三、预期违约与中止履行	(97)
四、买卖双方的义务	(99)
五、风险转移	(100)
六、违约救济	(102)
第二节 国际贸易惯例	(105)
一、《2000 年通则》的基本结构和编排体系	(105)
二、几种常用的贸易术语	(106)
第三节 《公约》和惯例在中国的适用	(108)
一、《公约》在中国的适用	(108)
二、惯例在中国的适用	(109)
第九章 国际货物运输与保险法律制度	(111)
第一节 国际货物运输法律制度	(111)
一、国际货物海上运输	(111)
二、国际货物航空运输	(115)
三、国际货物铁路运输	(116)
四、国际货物多式联运	(117)
第二节 国际货物运输保险法律制度	(118)
一、国际货物海上运输保险	(119)
二、国际货物航空运输保险	(121)
三、国际货物陆上运输保险	(121)
第十章 国际贸易支付	(122)
第一节 国际贸易支付中的票据	(122)



一、票据	(122)
二、票据当事人、票据行为、票据法律行为及票据权利	(123)
三、国际票据统一法运动及票据的准据法问题	(126)
第二节 国际贸易支付方式	(127)
一、汇付	(127)
二、托收与《1995 年 URC522》	(128)
三、信用证与《2007 年 UCP600》	(129)
四、国际保理	(133)
第十一章 其他国际合同的法律制度	(137)
第一节 国际技术转让合同	(137)
一、国际技术转让合同概述	(137)
二、国际技术转让合同的主要条款	(139)
三、调整国际技术转让合同的法律制度	(141)
第二节 国际工程承包合同	(144)
一、国际工程承包合同概述	(144)
二、国际工程承包合同的主要形式和内容	(146)
三、“FIDIC 合同条件”	(147)
四、国际工程承包合同的法律适用	(150)
第三节 国际贷款协议	(151)
一、国际贷款协议概述	(151)
二、国际贷款协议的基本条款	(152)
三、国际贷款协议的法律适用	(156)
第四节 国际融资租赁合同	(157)
一、国际融资租赁的概念和特征	(157)
二、国际融资租赁合同的主要条款	(159)
三、《国际融资租赁合同公约》	(163)
四、我国关于国际融资租赁合同法律适用的规定	(164)
第十二章 涉外侵权行为之债	(166)
第一节 概述	(166)
第二节 一般侵权行为之债的法律适用	(167)
一、传统法律适用原则	(167)
二、侵权行为法律适用的新发展	(168)
三、我国关于涉外侵权行为法律适用的一般规定	(169)
第三节 特殊类型侵权行为的法律适用	(170)
一、海上侵权行为及其法律适用	(170)
二、空中侵权行为及其法律适用	(172)
三、道路交通侵权行为及其法律适用	(173)
四、产品责任及其法律适用	(174)



第十三章 知识产权的国际保护	(176)
第一节 概述	(176)
一、知识产权的概念.....	(176)
二、知识产权的特点.....	(176)
三、知识产权国际保护制度的产生及特点.....	(177)
第二节 知识产权保护的国际公约与国际组织	(178)
一、专利权保护的国际公约.....	(178)
二、商标权保护的国际公约.....	(180)
三、版权保护的国际公约.....	(180)
四、知识产权保护的国际组织.....	(183)
第三节 知识产权的法律冲突及法律适用	(184)
一、知识产权的法律冲突.....	(184)
二、知识产权的法律适用.....	(185)
第四节 我国关于知识产权国际保护的立法	(186)
一、对涉外专利权的法律保护.....	(186)
二、对涉外商标权的法律保护.....	(186)
三、对涉外著作权的法律保护.....	(187)
第十四章 涉外婚姻家庭关系	(188)
第一节 涉外结婚	(188)
一、结婚实质要件及其法律适用.....	(188)
二、结婚形式要件及其法律适用.....	(191)
三、中国有关涉外结婚的规定和实践.....	(192)
第二节 涉外离婚	(193)
一、涉外离婚的法律冲突.....	(194)
二、涉外离婚案件的管辖权.....	(194)
三、涉外离婚案件的法律适用.....	(195)
四、中国有关涉外离婚的法律规定.....	(197)
第三节 夫妻关系	(198)
一、夫妻人身关系及其法律适用.....	(198)
二、夫妻财产关系及其法律适用.....	(199)
三、中国的有关规定和实践.....	(200)
第四节 父母子女关系	(201)
一、婚生子女身份及其法律适用.....	(201)
二、非婚生子女的准正及其法律适用.....	(202)
三、父母子女关系及其法律适用.....	(204)
四、中国的有关规定和实践.....	(205)
第五节 涉外收养	(205)
一、收养成立及其法律适用.....	(205)
二、收养效力及其法律适用.....	(206)

三、收养解除及其法律适用·····	(207)
四、中国的有关规定与实践·····	(208)
第六节 涉外监护·····	(208)
一、涉外监护的法律冲突·····	(209)
二、涉外监护的法律适用·····	(209)
三、中国的有关规定和实践·····	(210)
第十五章 涉外继承问题·····	(211)
第一节 法定继承·····	(211)
一、法定继承的法律冲突·····	(211)
二、法定继承的法律适用·····	(213)
三、法定继承中对法律适用的限制·····	(215)
四、中国关于涉外法定继承的规定·····	(215)
第二节 遗嘱继承·····	(216)
一、遗嘱人行为能力的法律冲突和法律适用·····	(216)
二、遗嘱方式的法律冲突和法律适用·····	(217)
三、遗嘱效力和内容的法律冲突和法律适用·····	(218)
四、遗嘱变更和撤销的法律冲突和法律适用·····	(219)
五、中国处理涉外遗嘱继承的规定·····	(220)
第三节 无人继承的财产·····	(220)
一、无人继承财产的法律冲突·····	(220)
二、无人继承财产的法律适用·····	(221)
三、中国处理无人继承财产的有关规定·····	(222)
第十六章 国际民事诉讼程序·····	(223)
第一节 概述·····	(223)
一、国际民事诉讼程序的概念·····	(223)
二、国际民事诉讼程序与国际私法、国内民事诉讼程序的关系·····	(223)
第二节 国际民事诉讼管辖权·····	(224)
一、国际民事诉讼管辖权的概念和意义·····	(224)
二、国际民事诉讼管辖权的确定原则·····	(225)
三、中国有关国际民事诉讼管辖权的法律规定·····	(230)
四、国际民事诉讼管辖权冲突的处理·····	(232)
第三节 外国人的民事诉讼地位·····	(233)
一、外国人的民事诉讼地位的概念·····	(233)
二、国际上解决外国人民事诉讼地位的一般原则·····	(233)
三、中国对外国人民事诉讼地位的法律规定·····	(235)
第四节 国际民事诉讼司法协助·····	(236)
一、司法协助的概念·····	(236)
二、法院委托的途径和受托国家实行司法协助的条件·····	(237)
三、国际民事送达·····	(239)



四、域外取证·····	(240)
五、中国有关司法协助的法律规定·····	(242)
第五节 外国法院判决的承认和执行·····	(245)
一、外国法院判决的承认和执行的观念·····	(245)
二、国际上有关承认与执行外国法院判决的规定·····	(246)
三、中国有关承认与执行外国法院判决的规定·····	(250)
第十七章 国际商事仲裁·····	(254)
第一节 概述·····	(254)
一、仲裁的含义·····	(254)
二、仲裁的种类·····	(254)
三、国际商事仲裁的含义·····	(255)
四、国际商事仲裁法的渊源·····	(256)
第二节 国际商事仲裁机构·····	(257)
一、国际性商事仲裁机构·····	(257)
二、外国的主要常设仲裁机构·····	(258)
三、中国涉外仲裁机构·····	(258)
第三节 国际商事仲裁的仲裁协议·····	(259)
一、仲裁协议的含义及形式·····	(259)
二、仲裁协议的实质要件·····	(259)
三、仲裁协议的法律效力·····	(260)
第四节 国际商事仲裁程序·····	(261)
一、仲裁申请·····	(261)
二、仲裁案件的受理·····	(261)
三、仲裁庭的组成·····	(262)
四、仲裁的审理·····	(263)
五、仲裁审理中的法律适用·····	(263)
六、仲裁中的调解·····	(264)
七、仲裁裁决·····	(264)
第五节 国际商事仲裁裁决的承认和执行·····	(264)
一、关于承认和执行外国仲裁裁决的国际公约·····	(265)
二、中国关于承认和执行仲裁裁决的法律规定·····	(265)
主要参考书目·····	(267)
后记·····	(268)



第一章 概 论

法律的部门分类是根据它所调整对象的特殊性而加以确定的。对象的特殊性决定了某一部门法律的调整方法、形式渊源乃至它应包含的内容,因此可以说,对象问题是某一部门法律的最基本问题。

第一节 国际私法的对象和方法

一、国际私法的对象

国际私法的对象是指国际私法作为一门法律所调整的特定社会关系。任何一门法律都有它特定的调整对象,国际私法调整的对象就是具有涉外因素的民商事法律关系,简称涉外民商事法律关系。也有学者称之为具有国际因素的民商事法律关系,这是从国际社会关系的角度讲,但其含义与涉外民商事法律关系是一样的。所以,涉外民商事法律关系又叫国际私法关系。

什么叫涉外民商事法律关系?它与其他法律关系有何不同呢?法理学认为,任一法律关系的构成均需有三个要素,即主体、客体和内容(权利和义务)。在这三个要素中,如果有一个或一个以上是外国的或位于外国的,则该民商事法律关系具有涉外因素(或国际因素)。在主体为外国因素的场合,主体一方或双方是外国人;在客体为外国因素的场合,作为民商事法律关系客体的物位于外国;在内容为外国因素的场合,产生、变更或消灭当事人之间权利义务的法律事实发生在外国。我国最高人民法院在《关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见(试行)》中对涉外民商事关系作了如下解释:“凡民事关系的一方或者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外国的,均为涉外民事关系。”这就是涉外民商事法律关系的“涉外性”。

涉外民商事法律关系的另一特点是,它是一种“私”的关系,它既包括了一般意义上的民事关系,也包括了商事关系。在有的国家,民事法律关系仅包括物权、债权、知识产权、婚姻家庭和继承等关系,而将公司、票据、海商、保险和破产等关系作为商事法律关系,不属于一般意义上的民事法律关系。但他们也不否认,上述两类关系都属于私法关系。国际私法所调整的就是这一类私法关系,也有人称之为广义的民事法律关系。

由上可知,涉外民商事法律关系既有国际性或涉外性,又有私法性。它的国际性,使它区别于纯国内的民商事法律关系。它的私法性,又使它区别于国际公法所调整的国家与国家之间的政府关系。正因为涉外民商事法律关系既不同于民法关系,又不同于国际公法关系,它才构成了一种独立的法律关系,需要一个专门的法律部门来调整。

二、法律冲突

国际私法上讲法律冲突,是指不同国家法律对同一涉外民商事法律关系,在适用结果上的抵触。

国际私法的对象既然是涉外民商事法律关系,就必然会涉及两个或两个以上国家的法律,这些国家的法律在同一问题上的具体规定往往是不同的,而且都主张适用于各自的法律关系,这就会产生法律冲突。比如,关于成年年龄的规定,瑞士规定 20 岁为成年,墨西哥规定 23 岁为成年,假定一个年满 20 岁的墨西哥人住在瑞士境内,与他人发生民事交往,那么他到底算已经成年因而具有行为能力,还是算没有成年因而不具有行为能力呢?这里就发生了瑞士法律与墨西哥法律之间的冲突。

在当今的国际民商事交往中,为什么会出现法律冲突,归纳起来主要有以下三方面原因:

1. 各国对同一问题有不同的法律规定。这是产生法律冲突的前提条件。由于各个国家的政治制度、经济基础、历史文化、风俗习惯、宗教信仰的不同,各个国家的民商事立法内容不可能完全一致。比如,关于结婚年龄,《日本民法》规定为男性 18 岁,女性 16 岁;《瑞士民法典》规定为男性 20 岁,女性 18 岁;而《中华人民共和国婚姻法》则规定为男性 22 岁,女性 20 岁。由于各国民商事法律规定互不相同,对同一涉外民商事法律关系,就会因适用不同国家的法律而导致不同的结果,从而产生法律冲突。如果各国法律对同一涉外民商事法律关系的有关规定相同,则不论适用何国法律都会得出同样的结果,当然就不会出现法律冲突了。

2. 各国承认外国人在内国的民商事法律地位,从而能进行民商事交往,建立涉外民商事法律关系。尽管各国民商事立法不同,但如果各国人民没有交往,民商事法律冲突也不会产生,因为如果没有民商事交往,内国人及其财产就不会到外国去,也不会在外国发生与内国人有关的法律事实;同时,外国人及其财产也不会到内国来,也不会在内国发生与外国人有关的法律事实。这样各国民商事法律关系都仅与其本国有关,没有涉外因素,不涉及外国法律,当然就不会出现法律冲突。

要使得国际民商事交往得以正常进行,一个重要的条件就是内国要赋予外国人在内国的民商事法律地位,要在法律上给外国人以民商事法律主体的资格,允许外国人在内国从事民商事活动。只有外国人的民商事法律地位得到内国的确认,外国人才可能在内国从事正常的民商事活动,从而能够建立涉外民商事法律关系,才能引起不同国家法律之间的冲突。

3. 各国在一定条件下承认外国民商事法律的域外效力。当代国际关系的基本原则是国家主权原则,根据这一原则,各国法律的效力范围可以表现为两方面,一方面是它的属地性,即域内效力,指一国法律对位于本国境内的一切人、物和行为都具有效力。如我国《民法通则》第 8 条规定:“在中华人民共和国领域内的民事活动,适用中华人民共和国法律……本法关于公民的规定适用于中华人民共和国领域内的外国人、无国籍人,法律另有规定的除外。”

一国法律的效力范围还可表现为另一方面,即它的属人性,又称域外效力,指一国法律对一切本国人,不论该人是在境内还是境外都有效力。如 1804 年的《法国民法典》第 3 条规定:“有关个人身份及享受权利的能力的法律,适用于全体法国人。即使其居

住于国外时亦同。”这又确定了法国关于个人身份与能力的法律在法国域外的效力。

根据国家主权原则,一国法律具有的域内效力是当然的、绝对的。同时,一国在制定法律时也都可以依照自己的主权确定自己的法律具有域外效力,但这种域外效力只是一种自设的或虚拟的域外效力,要使虚拟的域外效力变成现实的域外效力,还需要别的国家根据主权原则和平等互利原则加以承认。在长期的历史演变过程中,各国从国际正常的政治、经济和文化交往出发,从正常的对外民商事交往有利于本国经济发展这一规律出发,都相互承认他国的民商事领域立法具有域外效力。比如,一国承认根据他国法律而取得的对物的所有权,承认根据他国法律而发生的债权债务关系,承认根据他国法律而确定的婚姻、继承关系,等等。正是由于各个国家的民商事立法既有域内效力,又有域外效力,所以才产生了法律冲突,即外国法律的域外效力与内国法律的域内效力的冲突,或者内国法律的域外效力与外国法律的域内效力之间的冲突。

但是,并不是任何国家的任何一种法律都同时具有域内效力和域外效力,除了民商事立法外,各国一般不承认外国的刑法、行政法、财政法等公法具有域外效力。因此,一般讲,在这些领域中是不会发生法律冲突的。

三、国际私法的调整方法

国际私法调整的是具有涉外因素的民商事法律关系,这是一种当事人之间的权利义务关系,因而调整的依据最终必定是某一实体法。又由于这种权利义务关系涉及数个国家,各有关国家的实体法律根据其效力原则均可适用,要解决当事人之间的权利义务问题,就只能要么在有关国家的国内实体法律中合理地选择一个以适用之,要么是有关国家能就该领域问题达成或接受某个统一实体法以适用之。这两种方法正是国际私法的调整方法,前者称之为间接调整的方法,后者称之为直接调整的方法。

(一) 间接调整方法

间接调整,又称冲突法调整,指在国内立法或国际条约中制定冲突规范,规定在什么情况下应该适用何国法,然后再依据所指定的那个国家的实体法具体确定当事人的权利和义务。例如,我国《民法通则》第149条规定:“遗产的法定继承,动产适用被继承人死亡时的住所地法律,不动产适用不动产所在地法律。”这里只指出了动产和不动产继承按什么法律来处理,而没有直接规定当事人之间在继承关系中的具体权利义务,这就是间接调整的方法。这种只规定某种涉外民商事法律关系应适用何国法律的规范就是“冲突规范”。

我们知道,法律冲突问题的实质,就是要在相冲突的几个国家法律中选择确定一个,以解决当事人的权利义务关系,而冲突规范的作用就是指明某种涉外民商事法律关系应当适用何种法律。就选择功能而言,它是具有明确性、预见性和针对性的。但是,国际私法要解决、要调整的是涉外民商事法律关系,冲突规范本身并不能明确当事人的权利和义务,而只是指出应当适用何种法律来解决。就此而言,它对涉外民商事法律关系的调整缺乏应有的明确性、预见性和针对性,只起到间接调整的作用。

(二) 直接调整方法

直接调整,又称统一实体法调整,指在国际条约或国际惯例中制定统一实体规范,直接确定当事人的权利和义务。比如,1980年的《联合国国际货物销售合同公约》第66条规定:“货物的风险转移到买方后遗失和损坏,买方支付价款的义务并不因此而解

除,除非这种遗失或损坏是卖方的行为或不行为所造成。”根据这一条款,只要是缔约国当事人之间签订的货物买卖合同,其风险责任即依此规定。双方当事人权利义务十分明确,当然就不会发生因当事人所属国法律规定不同而出现的法律冲突了。由此可见,直接调整的方法避免或消除了民商事法律冲突。

从19世纪末开始,为了更有效地解决法律冲突,克服冲突规范在解决法律冲突中的不彻底性,国际实践中逐渐兴起了直接调整的方法。有关国家通过制定国际条约或借助在实践中形成的国际惯例,把彼此某些方面的民商事法律统一起来,直接适用于有关当事人之间的涉外民商事法律关系。正因为统一实体法把有关国家的实体民商法统一起来,直接地规定了当事人的权利义务,故它对涉外民商事法律关系起着直接调整的作用。与冲突法相比较,由于统一实体法从根本上起到避免或消除法律冲突的作用,因而在解决法律冲突方面是一种积极的方法,要优于冲突法的解决方法。

总的来讲,间接调整和直接调整都是为了调整 and 解决涉外民商事权利义务关系,但是它们的方法不同,所适用的法律规范也不同。在解决同一涉外民商事法律关系的有关问题时,有统一实体法的,首先适用统一实体法;只有在没有统一实体法可适用时,才适用冲突法。我们还应当看到,统一实体法在起调整作用时固然有其优越性,但在现实社会中,一是统一实体法存在的领域有限,二是现有的统一实体法公约的参加国也有限,三是统一实体法对于所要解决的问题不一定能做出全面而明确的规定。对于那些统一实体法效力不及或规定不到的问题,仍然要通过冲突法的方法来解决。可见,就调整涉外民商事法律关系而言,二者是相辅相成的。即使在处理同一涉外民商事案件时,也是如此。

第二节 国际私法的范围和定义

一、国际私法的范围

国际私法的范围问题,是指国际私法包括哪些规范,也就是说,在国际交往中产生的涉外民商事关系中的哪些问题应当由国际私法来调整。对这个问题在国内外都存在着争议,学者们有不同的说法,各国在立法和司法实践中也有不同主张。

法国的国际私法学者多数认为,国际私法不仅要解决涉外民商事关系的法律冲突问题,还需要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。他们认为,只有把国籍、外国人法律地位、法律冲突和法院管辖冲突归入同一类问题予以研究,才能对个人在各种国际私法关系中的法律地位给予一个完整的答复。因此,国际私法应包括这样几种规范: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涉外民商事案件的管辖权规范。受法国法影响的其他国家的学者也支持这种观点。

德国、日本的多数学者以及受德国法影响的其他国家的学者认为,国际私法的任务只限于解决涉外民商事关系中的法律冲突问题,即只解决在涉外民商事法律关系中应当适用何国法律的问题。因此,国际私法仅包括了调整涉外民商事法律关系的冲突规范,或称法律适用规范,国际私法就是冲突规范的总称。

英美法系国家的学者大多主张,国际私法的中心任务是解决涉外民商事关系中的法律冲突,但同时还要解决与此相关的涉外民事案件的司法管辖权问题,以及对外国民商