



21世纪普通高等学校法学系列教材

国际私法学

Private International Law

邓杰 著

*Private
International Law*



清华大学出版社



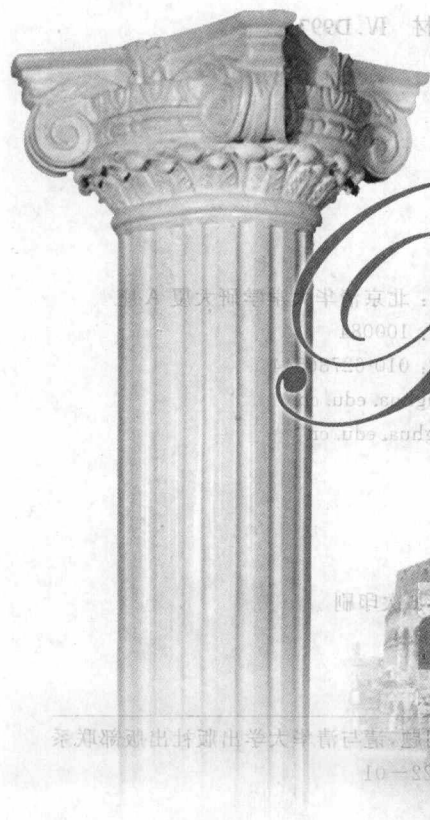
21世纪普通高等学校法学系列教材

D997/80

2008

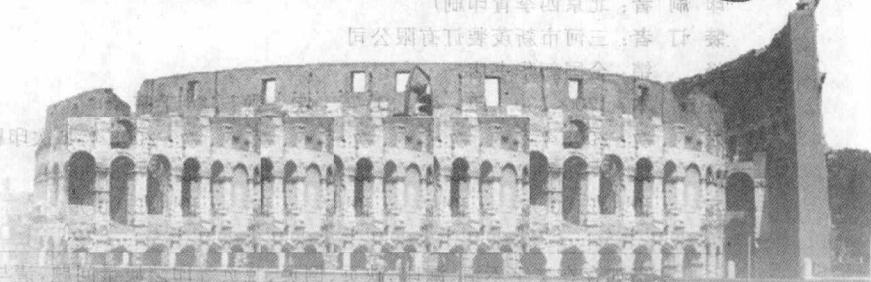
国际私法学

邓杰 著



Private

International Law



清华大学出版社
北京

内 容 简 介

本书分为国际私法总论、冲突法、区际私法、国际民事诉讼法和国际商事仲裁法五个部分。

第一部分国际私法总论,包括第一章绪论,第二章国际私法的历史,第三章法律冲突、冲突规范和准据法,第四章冲突规范的制度,第五章国际私法的主体。第二部分冲突法,即法律适用,分别就民事权利能力和行为能力的法律适用,法律行为、代理和时效的法律适用,物权的法律适用,债权的法律适用,婚姻家庭关系的法律适用以及继承的法律适用等问题进行了研究。第三部分区际私法,结合国际上多法域国家解决区际法律冲突的立法和实践,研究了我国区际法律冲突的解决及区际私法体系的构建和完善等问题。第四部分国际民事诉讼法,主要就国际民商事诉讼管辖权、域外送达和调查取证、判决的承认与执行等问题进行了研究。第五部分国际商事仲裁法,结合理论与实践重点研究了国际商事仲裁中的仲裁协议、仲裁员、仲裁程序、法律适用、仲裁裁决等各项制度。

本书可作为法学专业本科生教材,也可作为法学专业研究生和教学研究人员的参考用书。

本书封面贴有清华大学出版社防伪标签,无标签者不得销售。

版权所有,侵权必究。侵权举报电话:010-62782989 13701121933

图书在版编目(CIP)数据

国际私法学/邓杰著. —北京:清华大学出版社,2008.7

(21世纪普通高等学校法学系列教材)

ISBN 978-7-302-18137-8

I. 国… II. 邓… 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(2008)第100689号

责任编辑:杜春杰 孙 斌

封面设计:张 岩

版式设计:牛瑞瑞

责任校对:王 云

责任印制:孟凡玉

出版发行:清华大学出版社

地 址:北京清华大学学研大厦A座

<http://www.tup.com.cn>

邮 编:100084

社 总 机:010-62770175

邮 购:010-62786544

投稿与读者服务:010-62776969, c-service@tup.tsinghua.edu.cn

质 量 反 馈:010-62772015, zhiliang@tup.tsinghua.edu.cn

印 刷 者:北京四季青印刷厂

装 订 者:三河市新茂装订有限公司

经 销:全国新华书店

开 本:170×230 印 张:31.75 字 数:626千字

版 次:2008年7月第1版 印 次:2008年7月第1次印刷

印 数:1~5000

定 价:42.00元

本书如存在文字不清、漏印、缺页、倒页、脱页等印装质量问题,请与清华大学出版社出版部联系调换。联系电话:(010)62770177 转 3103 产品编号:025822-01



作者介绍



邓杰，女，湖北松滋人，武汉大学国际法研究所法学博士、厦门大学法学博士后。现任华侨大学法学院教授、国际法专业硕士研究生导师组组长、国际法系主任。兼任中国国际私法学会常务理事，《北京仲裁》顾问，上海、武汉、泉州仲裁委员会仲裁员。

主要著译作有《伦敦海事仲裁制度研究》、《商事仲裁法理论与实务》、《国际私法总论》、《国际私法分论》、《牛津法律大辞典》（合译）等。在《中国国际私法与比较法年刊》、《国际法与比较法论丛》、《民商法论丛》、《武汉大学学报》、《法商研究》、《法制与社会发展》等刊物发表学术论文 40 余篇。获福建省首届十佳优秀青年法学人才称号，获福建省社会科学优秀成果奖 3 项。



前言



随着经济一体化、法律全球化的发展,国际私法作为解决涉外民商事法律冲突、调整涉外民商事关系的法律部门,也在不断发展和完善。如何继承传统、开启未来,融通国内和国际,求同存异、加强合作,构建和维护国际民商新秩序,促进世界和平与发展,则是国际私法在当代的重要使命。我国自1978年改革开放以来,一直致力于扩大对外民商事交往与合作,日益重视涉外法制的建立和健全,积极参与国际沟通与协调,借鉴和吸收他国先进立法成果和成功经验,努力推进我国国际私法的现代化与国际化。本书正是在上述背景下展开研究和写作的。

作为高等学校法学专业核心课教材,本书采用国际上普遍接受的国际私法体系,根据教育部颁布的《全国高等学校法学专业核心课程教学基本要求》和2008年司法考试大纲,紧密结合国内国际相关立法和实践,深入系统地阐述了国际私法的基本理论和基本制度。

本书具有以下特点:

- (1) 阐述基本理论和基本知识深入浅出,简洁明了。
- (2) 剖析重点问题、难点问题深入透彻,并针对我国相关立法与实践的不足提出完善建议。
- (3) 内容新,体例新。本书吸收了国内外国际私法学的最新研究成果,反映了国内外国际私法立法与实践的最新发展动向。

清华大学出版社为本书的编辑出版做了大量工作,在此对他们表示衷心的感谢!

邓 杰

2008年5月27日



目 录



第一章 绪论	1
第一节 国际私法的调整对象和调整方法	1
第二节 国际私法的范围	5
第三节 国际私法的渊源	8
第四节 国际私法的性质	17
第五节 国际私法的名称和定义	21
第六节 国际私法与邻近法律部门的关系	22
第七节 国际私法学	24
第二章 国际私法的历史	27
第一节 国际私法的学说史	27
第二节 国际私法的立法史	40
第三节 我国国际私法的历史	44
第三章 法律冲突、冲突规范和准据法	50
第一节 法律冲突	50
第二节 冲突规范	55
第三节 准据法	64
第四章 冲突规范的制度	74
第一节 识别	74
第二节 先决问题	80
第三节 反致	82
第四节 外国法的查明	88
第五节 公共秩序保留	93
第六节 法律规避	112
第五章 国际私法的主体	120
第一节 自然人	120
第二节 法人	126

第三节	国家.....	131
第四节	国际组织.....	143
第五节	外国人的民商事法律地位.....	146
第六章	民事权利能力和行为能力的法律适用.....	157
第一节	自然人民事权利能力的法律适用.....	157
第二节	自然人民事行为能力的法律适用.....	163
第三节	法人民事权利能力和行为能力的法律适用.....	168
第七章	法律行为、代理和时效的法律适用.....	173
第一节	法律行为的法律适用.....	173
第二节	代理的法律适用.....	182
第三节	时效的法律适用.....	191
第八章	物权的法律适用.....	195
第一节	物之所在地法原则.....	195
第二节	国有化中的物权问题.....	204
第九章	债权的法律适用.....	211
第一节	涉外合同的法律适用.....	212
第二节	涉外侵权之债的法律适用.....	236
第三节	涉外不当得利之债和涉外无因管理之债 的法律适用.....	249
第十章	婚姻家庭关系的法律适用.....	254
第一节	结婚的法律适用.....	255
第二节	离婚的法律适用.....	263
第三节	夫妻关系的法律适用.....	270
第四节	父母子女关系的法律适用.....	276
第五节	收养的法律适用.....	286
第六节	监护的法律适用.....	293
第七节	扶养的法律适用.....	297
第十一章	继承的法律适用.....	302
第一节	法定继承的法律适用.....	303
第二节	遗嘱继承的法律适用.....	309

第三节	无人继承财产的法律适用	317
第四节	关于遗嘱和继承的国际条约	319
第五节	我国关于继承法律适用的规定及其完善	325
第十二章	区际私法	331
第一节	区际民商事法律冲突概述	332
第二节	区际私法概述	337
第三节	我国的区际民商事法律冲突与区际私法	340
第十三章	国际民事诉讼法	353
第一节	国际民事诉讼法概述	353
第二节	外国人的民事诉讼地位	358
第三节	国际民事管辖权	366
第四节	国际民事司法协助	391
第十四章	国际商事仲裁法	425
第一节	国际商事仲裁法概述	425
第二节	国际商事仲裁协议	439
第三节	国际商事仲裁员	456
第四节	国际商事仲裁程序	462
第五节	国际商事仲裁中的法律适用	471
第六节	国际商事仲裁裁决	482

第一章 绪论



【学习提示】

涉外民事关系是国际私法的调整对象,间接的调整方法是国际私法特有的调整方法。国际私法是集有关外国人民商事法律地位的规范、冲突规范、国际统一实体规范、国际民事诉讼和国际商事仲裁程序规范于一体,集实体规范、法律适用规范和程序规范于一体的一个法律部门。国际私法的渊源有国内立法、国内判例、国际条约、国际惯例以及学说、法理和一般法律原则。应采取正确、科学的态度和方法来研究国际私法是国内法抑或国际法、是程序法抑或实体法、是公法抑或私法的问题,以对国际私法作出准确的定性。



【关键词】

涉外民事关系 法域 直接的调整方法 间接的调整方法 有关外国人民商事法律地位的规范 冲突规范 国际统一实体规范 国际民事诉讼和国际商事仲裁程序规范 判例 国际条约 国际惯例 国际私法的性质(世界主义学派、民族主义学派、二元论) 邻近法律部门(国际公法、国内民商法、区际私法、国际经济法) 国际私法学的体系(小国际私法、中国际私法、大国际私法)

第一节 国际私法的调整对象和调整方法

一、国际私法的调整对象

法律因其调整对象的不同而被划分为不同的部门,每一法律部门都以某一类社会关系为其调整对象。作为一个独立的法律部门,国际私法的调整对象是具有涉外因素的民事关系(civil relations involving foreign elements),或称涉外民事关系、国际或跨国民事关系,也称具有国际因素或跨国因素的民事关系。^①

涉外民事关系作为一类特殊的社会关系,具有以下方面的特征。

^① 对于国际私法的调整对象是涉外民事关系还是涉外民事法律关系,学术界曾存在争论,但目前已基本达成共识,即国际私法的调整对象应是涉外民事关系。因为民事关系是指社会关系中的财产关系和人身关系,其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,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,是法律调整的结果。但是,也有一些学者认为两者之间并没有区别,采用何种措词只是习惯问题,并无实质影响。参见韩德培,《国际私法问题专论》,武汉:武汉大学出版社,2004,31~32。

1. 是一种具有涉外性的民事关系

涉外民事关系的涉外性主要表现在三个方面:

(1) 民事关系的主体涉外。即作为民事关系主体的一方或双方当事人是外国的自然人、法人或无国籍人(有时还可能是外国国家或国际组织),或者是住所、惯常居所或营业所在外国的自然人或法人。例如,一名中国籍男子与一名英国籍女子结婚;一个营业所在中国的公司与一个营业所在美国的公司订立合同。

(2) 民事关系的客体涉外。即民事关系的客体,包括标的物和行为,与外国发生牵连。例如,一名中国公民继承其父亲在新加坡的遗产;一家中国建筑公司承建在以色列境内的一项工程。

(3) 民事关系的内容涉外。即导致民事关系产生、变更或消灭的事实(包括事件和行为)发生在国外。例如,继承关系中被继承人死亡的事实发生在某外国;合同中订立合同的行为发生在某外国;侵权案件中的侵权行为在某外国实施等。

实践中,涉外民事关系的涉外性可能是一元的,也可能是多元的,即民事关系只在主体、客体、内容某一个方面具有涉外性,或同时在以上两个或三个方面都具有涉外性。

准确理解涉外民事关系的涉外性,还须进一步考察其为涉“外国”还是涉同一国家内部的“外法域”(territorial legal units)。从空间范围的角度来看,法域就是指实施着独特法律制度的特定空间区域。^①由于每个国家实施的法律制度都不同于其他国家,因此每个国家都是一个独立的法域,而有些国家由于内部法律不统一,又可以进一步划分为不同的法域。就这个意义而言,所有的涉外民事关系其实都是涉外法域的民事关系。当涉及的外法域是一个外国国家或该外国的某一法域时,该涉外民事关系就是一个涉外国的或称国际的或跨国的民事关系;而当涉及的外法域是同一个国家内部实施不同法律制度的另外一个法域时,该涉外民事关系就只是一个国内的涉外法域的区际民事关系。一般来讲,国际私法主要调整的是前一种涉外民事关系,后一种涉外民事关系则是由国际私法的一个分支——区际私法来专门进行调整的,一些国家在立法和实践中都对此作了严格的区分。但是,在有些国家,主要是普通法系国家,对于外国和同一国家内部的外法域以及国际私法和区际私法往往不作区分,等同处理。例如,这些国家在法律上将所有其他实施独特法律制度的地区都视为“外国”,对国际私法和区际私法不加区分,统称为冲突法,同时适用于国际民事关系和区际民事关系的调整。^②

需指出的是,所谓涉外,是从某一特定国家(法域)通常是内国^③(法域)的角

^① 黄进. 区际冲突法研究. 上海: 学林出版社, 1991, 2

^② 黄进. 区际冲突法研究. 上海: 学林出版社, 1991, 114~118

^③ 在国际私法中, 内国(法域)与外国(法域)是相对应的一对范畴; 国内(域内)与国际(区际或域际)是相对应的一对范畴。参见李双元. 国际私法(冲突法篇). 修订版. 武汉: 武汉大学出版社, 2001, 5

度而言的,即某一民事关系同时与内国(法域)和某外国(法域)存在牵连,站在内国(法域)的角度上,就称之为涉外的民事关系。但若以一种普遍主义的态度站在国家(法域)之间的角度上,同时与两个或两个以上的国家(法域)存在牵连的民事关系就会被称之为国(区)际的或跨国(法域)的民事关系。^①

2. 是一种广义的民事关系

国际私法调整的是一种广义的涉外民事关系。不仅包括涉外的一般民事关系,如涉外物权关系、涉外债权关系、涉外知识产权关系、涉外婚姻家庭关系和涉外继承关系,还包括涉及诸如公司、票据、海商、保险、破产等商事问题的商事关系。因此,国际私法实质上调整的是一种涉外的或国际的民商事关系(civil and commercial relations)(以下将主要采用这一用语)。

总之,国际私法调整的涉外民事关系,是一种超出一个国家或法域界限的民商事关系。其涉外性使之区别于纯国内或纯法域内的民商事关系;其私法性又使之区别于其他具有涉外性的社会关系,如国际公法所调整的是主权国家之间的政治、军事、外交等公法关系。

二、国际私法的调整方法

基于调整对象的特殊性,国际私法中发展形成的调整方法也颇具独特性。一般认为,国际私法调整涉外民商事关系的方法有两种:间接的调整方法和直接的调整方法。

(一) 间接的调整方法

间接的调整方法,又称冲突法的调整方法,是指在有关的国内法或国际条约中规定某类涉外民商事关系应受何国(地区)法律调整或支配,而不直接规定涉外民商事关系当事人之间实体权利义务的一种方法。例如,根据“不动产物权关系适用不动产所在地法”的规定,仅明确涉及不动产物权时,应依不动产所在地法来确定当事人的权利和义务,并非直接确定当事人有关不动产的实体权利和义务。这种指明某种涉外民商事关系应适用何国(地区)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这种冲突规范来实施的。冲突规范是国际私法的特有规范,间接的调整方法也是国际私法调整涉外民商事关系的特有方法。

(二) 直接的调整方法

直接的调整方法,又称实体法的调整方法,是指通过直接规定当事人权利义务的实体规范(substantive rules)来直接调整涉外民商事关系当事人之间权利义务关系的一种方法。国内法、国际条约和国际惯例中均有这种用于直接调整涉外民商事关系的实体规范存在。例如,1980年《联合国国际货物销售合同公约》就是一个直接规定

^① 有学者认为,“涉外”这一措词带有一定的国家(内法域)本位主义的色彩,而采用“国际(区际)”或“跨国(法域)”等措词不仅有利于准确反映内、外国(法域)之间的平等地位,更有利于加强国家(法域)之间的合作与协调。参见刘卫翔,余淑玲,郑自文等. 中国国际私法立法理论与实践. 武汉:武汉大学出版社,1995,18

国际货物销售合同当事人权利义务的实体法公约,通过该公约的实体规范确定国际货物销售合同当事人的权利义务关系,所体现出来的就是直接的调整方法。通常,国内法中直接调整涉外民商事关系当事人权利义务关系的实体规范被称为“国内专用实体规范”;国际条约和国际惯例中直接调整涉外民商事关系当事人权利义务关系的实体规范被称为“国际统一实体规范”。

直接的调整方法在产生时间上虽晚于间接的调整方法,但从调整效果上看,直接的调整方法却大大优于间接的调整方法。因此,直接的调整方法是一种更高级的调整方法,其产生和日益广泛的运用是国际私法不断发展和完善的重要标志。应该说,对间接调整方法的确立和采用,是一种退而求其次的无奈选择。因为各国的民商事法律制度千差万别,实现它们之间的统一必然是一个漫长、渐进且艰难的过程。在有关的法律达成统一之前,只能通过在各国彼此歧异的法律之间进行选择这种方法间接地调整涉外民商事关系,以扫除由于法律歧异给各国的民商事交往与合作所带来的法律障碍。但是,由于间接的调整方法不能直接确定当事人的权利义务关系,因而不可避免地表现出缺乏可预见性、明确性等缺陷。而随着各国民商事交往与合作的日益频繁和密切,各国在结成大量共同利益与加深理解和信任的基础上,开始求同存异,达成越来越多的共识。由此,一种新的调整方法——直接的调整方法应运而生。

直接调整方法的采用,克服了间接调整方法所表现出来的各种缺陷,使得国际私法对涉外民商事关系的调整更具实效,是人们所追求的一种更为理想的调整方法。但是,这并不意味着直接的调整方法就可以完全取代间接的调整方法,独自担当起调整涉外民商事关系的重任。在目前,直接调整方法的运用和作用仍多有局限:^①首先,这种方法的适用领域仍十分有限。目前国际上对直接调整方法的采用仍主要集中在共同利益和共识较多的经贸领域,而在利益冲突比较尖锐或受历史文化传统影响比较深的领域或问题上,各国仍只能借助或主要借助冲突规范进行间接调整。其次,这种方法的作用范围仍十分有限。直接的调整方法主要是通过实体性的国际条约和国际惯例发挥作用,而国际条约一般仅约束其缔约国或参加国,即便如此,各缔约国或参加国还可以根据条约的规定提出保留^②;国际惯例也通常仅在得到当事人选择或接受的情况下才产生约束力,且当事人在选择或接受时还可进行增删或更改。

综上所述,间接的调整方法和直接的调整方法,是国际私法顺应实践发展的需要先后确立和采用的两种调整方法,两者相辅相成、互为补充,使国际私法调整涉外民商事关系的方法更趋丰富和完备。而在各国民商事交往与合作日益深入、密切,涉外民商事关系日益纷繁复杂的今天,国际私法也只有同时借助这两种调整方法,扬长避

^① 李双元. 国际私法. 第2版. 北京: 北京大学出版社, 2007, 7

^② 缔约国或参加国对公约的有关条款提出保留,无疑是对公约效力的一种削弱和减损。但是,从另一个角度来看,正是公约设立了保留条款这种弹性机制,才使得更多的国家能够被吸引加入公约,使公约的影响范围大大拓展,而这在某种意义上无疑又是对公约效力的一种增强。

短,才能实现对涉外民商事关系更加合理、有效的调整。当然,随着国际民商事交往与合作更为纵深的发展,各国的共同利益和共识会越来越多,国际社会共同接受和采纳的规则会不断增加,直接的调整方法发挥作用的空间也会因此不断拓展,并最终完全取代间接的调整方法。这既是一种必然的发展趋势,也是人们所努力追求的方向和目标。

第二节 国际私法的范围

有关国际私法的范围,是指国际私法包括什么内容,都由哪些规范构成。^①对此,国内外一直存在争论,学者们各持己见,各国在立法和司法实践中亦持不同的主张。

一、国际私法范围的不同主张

在英、美普通法系国家,学者们大多主张国际私法就是冲突法。他们从司法实践的角度出发,认为国际私法只解决三个问题:首先,一国法院在什么情况下对一个涉外案件有管辖权;其次,一国法院在确定其对某一涉外案件有管辖权之后,应决定适用哪一个国家的法律来确定当事人的权利和义务;最后,在什么条件下应承认和执行外国法院的判决。由此得出结论,国际私法是由三种规范构成:有关涉外案件的管辖权规范、冲突规范(又称法律适用规范或法律选择规范)以及承认和执行外国法院判决的规范。大陆法系国家的学者也有持这种观点的。

法国的国际私法学者大多认为,国际私法包括以下几种规范:国籍法规范^②、有关外国人民商事法律地位的规范、法律适用规范以及有关涉外民商事案件的管辖权规范。这种主张在受法国法影响的国家的学者中亦得到一定的支持。

德国和日本的多数学者以及受德国法影响的国家的学者都认为,国际私法的全部任务或主要目的在于解决涉外民商事关系应适用何种法律的问题。换言之,国际私法只解决法律冲突问题,因而国际私法仅包括调整涉外民商事关系的冲突规范或法律适用规范。

东欧各国的国际私法学者对国际私法的范围虽有不同主张,但普遍反映在理论和实践中的观点是,国际私法应包括有关外国人民商事法律地位的规范、冲突规范、国

^① 关于国际私法范围的含义,存在两种不同的理解:一种理解认为国际私法的范围是指国际私法包括哪些规范,即国际私法规范的组成范围;另一种理解认为国际私法的范围是指涉外民商事关系中的哪些问题是国际私法来调整,即国际私法调整对象的范围。应该说,这两种理解在实质上是-致的,只是认识问题的角度稍有不同。因此,国际私法包括哪些规范,就可用以解决涉外民商事关系中的哪些问题;而涉外民商事关系中的哪些问题需要国际私法来调整,国际私法就必须确立或包括哪些规范。参见张仲伯,《国际私法学》,北京:中国政法大学出版社,2007,7

^② 因为法国是以当事人的本国法为属人法,亦即以国籍作为属人法的连接点。而且,对于国籍问题,法国的国际私法学者所进行的通常是一般性的探讨,而不仅限于国籍冲突问题的解决。参见黄进,《中国国际私法》,北京:法律出版社,1998,9

际统一实体规范、国际民事诉讼和国际商事仲裁程序规范。

在我国,学者们对国际私法的范围也存在不同见解,分歧主要集中在应否将国际统一实体规范和国内专用实体规范纳入国际私法的范围。^①目前,理论和实践中普遍接受的一种观点是,国际私法应包括有关外国人民商事法律地位的规范、冲突规范、国际统一实体规范和国际民事诉讼与国际商事仲裁程序规范。^②

综观上述关于国际私法范围的不同主张,不难看出以下两方面的特点:第一,无论根据哪种主张,冲突规范或称法律适用规范或法律选择规范,都被认为是国际私法的规范。由此可见,冲突规范是国际私法最基本的规范。第二,大多数学者,包括一些将国际私法和冲突法完全等同的学者,都认为除冲突规范之外,还应将与调整涉外民商事关系和解决民商事法律冲突有关的一些规范也纳入国际私法的范围。但是,与调整涉外民商事关系和解决民商事法律冲突有关的都有一些什么样的规范存在,其中哪些规范应纳入国际私法的范围,学者们却众说不一,并因此引发了上述国际私法的范围之争。

二、国际私法的规范

(一) 有关外国人民商事法律地位的规范

这种规范是确定外国的自然人、法人甚至外国国家和国际组织在内国民商事领域的权利和义务的规范。这种规范既可以规定在国内法中,也可以规定在有关的国际条约中。就前者而言,可以规定在一国的宪法、民法、商法等法律中,也可以采用单行的外国人法律地位法的形式加以规定。就后者而言,可以规定在双边的国际条约中,也可以规定在多边的国际条约中。由于这种规范直接规定外国人在内国的民商事法律地位,故被称为直接规范和实体规范。

之所以将有关外国人民商事法律地位的规范纳入国际私法,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具有民商事主体资格,能够享有某种民商事权利和承担相应的民商事义务,国际民商事交往才能顺利进行,国际私法的其他规范才能得到适用。^③

(二) 冲突规范

冲突规范,又称法律适用规范或法律选择规范,在一些国际法律文件中,也常被

^① 有的学者认为,国际统一实体规范和国内专用实体规范都不属于国际私法的范围。参见董立坤,《国际私法论》,修订本:北京:法律出版社,2000,10~18;有的学者则认为,这两种规范都应包括在国际私法的范围之内。参见姚壮,任继胜,《国际私法基础》,北京:中国社会科学出版社,1981,3~8

^② 这种观点是不主张将国内专用实体规范纳入国际私法的范围的。持此观点的学者认为,国内专用实体规范虽也是以涉外民商事关系为其调整对象,并能确定涉外民商事关系当事人的实体权利和义务,但这种规范仅在得到冲突规范援引时才能被适用,属于一种可能被援用的准据法,因而不属于国际私法的范围。参见张仲伯,《国际私法学》,修订本:北京:中国政法大学出版社,1999,13

^③ 由于这种规范的产生早于国际私法中的任何其他规范,如在罗马法的“万民法”中就已出现,有的学者因此认为其为国际私法中最古老的规范。

称为国际私法规范 (rules of private international law)。如前所述, 冲突规范是一种仅指明某种涉外民商事关系应适用何国(地区)法律的规范, 是国际私法借以间接调整涉外民商事关系的一种规范。冲突规范既是国际私法的特有规范, 更是国际私法最核心和最重要的规范。

(三) 国际统一实体规范

国际统一实体规范, 即国际条约和国际惯例中直接规定涉外民商事关系当事人实体权利义务的规范。如前所述, 直接的调整方法晚于间接的调整方法产生, 因此, 国际统一实体规范也晚于冲突规范出现。国际统一实体规范无疑是国际民商事交往与合作发展至一定阶段的产物, 同时, 由于国际统一实体规范调整涉外民商事关系的方式和效果均优于冲突规范, 因此, 随着国际民商事交往与合作日益深入、紧密的发展, 以及涉外民商事关系的日益发达, 国际统一实体规范的数量将不断增多, 作用将不断增强, 地位也将日益重要。

但是, 如前所述, 对于国际统一实体规范是否应被纳入国际私法的范围, 国内外均存在争论。反对将国际统一实体规范纳入国际私法范围的学者认为:^①首先, 国际统一实体规范不是通过法律选择这种间接方式调整涉外民商事关系的。由于在国际统一实体规范调整的范围内, 法律冲突已经避免或消除, 因此对于涉外民商事关系也就不存在法律选择或法律适用的问题, 而国际私法却是专为解决涉外民商事关系的法律冲突问题而存在的。其次, 国际统一实体规范已经形成了若干法律部门, 这些法律部门都各有自己的调整对象, 而这些调整对象大都属于国际经济法的范围, 因此, 将国际统一实体规范划入国际私法的范围不如划入国际经济法的范围。赞成将统一实体规范纳入国际私法范围的学者则认为:^②第一, 国际私法的调整对象是涉外民商事关系, 国际统一实体规范也是为调整涉外民商事关系和解决涉外民商事关系的法律适用问题而产生, 两者除调整方式不同之外, 调整对象、作用和目的都是一致的。而法律部门的区分恰是根据调整对象而非调整方式来划分的。第二, 国际私法的发展应随其调整对象的发展而发展, 不应停滞不前。19 世纪后期, 随着国际经济的发展, 涉外民商事关系中出现了大量的涉外经济关系, 仅依冲突规范进行调整已无法满足实践的需要, 国际统一实体规范由此应运而生, 成为调整涉外民商事关系的又一重要手段。

从上述两种意见来看, 本书更赞同第二种意见, 即认为国际统一实体规范应该属于国际私法的范围, 不应被排除在外。理由主要有: 第一, 从法律部门的划分标准来看, 既然国际统一实体规范与冲突规范都是以涉外民商事关系为其调整对象, 理应同属一个法律部门。第二, 将国际统一实体规范排除在国际私法之外, 不仅会造成国际私法体系的人为割裂和残缺不全, 更会因此导致国际私法在调整涉外民商事关系时缺

^① 董立坤. 国际私法论. 北京: 法律出版社, 1988, 17~21

^② 李双元. 国际私法(冲突法篇). 武汉: 武汉大学出版社, 1987, 23~27

乏必要的方法和手段,从而大大削弱其调整涉外民商事关系的效果和作用。因为长期以来,国际统一实体规范和冲突规范都是各自在国际私法的不同领域发挥着不可替代的作用,并共同担负调整涉外民商事关系的艰巨任务,两者相辅相成、缺一不可。第三,随着社会实践的复杂化和多样化,许多旧的法律部门增加了新的内容,新的法律部门也应运而生,学科之间的交叉与重叠因而在所难免。对于同一对象,当人们从不同角度采用不同的研究方法进行研究时,就可以把它归入不同的法律部门。^①因此,国际统一实体规范同时成为国际私法和国际经济法的规范便不足为奇。换言之,国际统一实体规范作为国际经济法的规范,并不影响其在国际私法中的纳入。因为国际私法和国际经济法作为两个相邻的法律部门,调整对象、调整方法和规范构成发生交叉和重叠是正常的,也是必然的。第四,国际统一实体规范是国际民商事交往与合作的实践发展到一定阶段的产物,是国际私法不断发展、充实和完善的重要体现。将这种规范排除在外,不仅背离实践进一步发展的需要,也不利于国际私法自身的发展、繁荣和壮大。

(四) 国际民事诉讼和国际商事仲裁程序规范

国际民事诉讼和国际商事仲裁程序规范,是用于解决国际民商事争议的两类程序规范。由于这两类规范并不直接调整涉外民商事关系当事人的权利和义务关系,因此有人认为它们不属于国际私法规范。但是,这两类规范与冲突规范和其他国际私法规范有着密切的联系,是调整涉外民商事关系不可缺少的法律规范,是用于解决国际私法争议的方法和手段。而且,鉴于这两类规范在国内法和国际法上尚未形成一个独立的法律部门,因而仍应放在国际私法中加以研究。^②

综上所述,国际私法是一个集有关外国人民商事法律地位的规范、冲突规范、国际统一实体规范、国际民事诉讼和国际商事仲裁程序规范于一体,集直接规范和间接规范于一体,集实体规范、法律适用规范和程序规范于一体,最早跨越传统的国内法和国际法界限的法律部门或法律分支。^③

第三节 国际私法的渊源

法律的渊源,亦称法源,一般是指法律规范的创制及表现形式。国际私法的渊源,是指国际私法规范的存在及表现形式。国际私法的渊源具有两方面的特点:其一,由于国际私法调整的涉外民商事关系复杂而特殊,使得国际私法的渊源具有双重性,即既具有国内法渊源,如国内立法、国内判例等;又具有国际法渊源,如国际条约、国际惯例等。其二,由于各国对国际私法的范围有不同的认识,因此对于国内法和国际

^① 韩德培. 国际私法问题专论. 武汉: 武汉大学出版社, 2004, 34~35

^② 韩德培. 国际私法. 第2版. 北京: 高等教育出版社, 北京大学出版社, 2007, 8

^③ 黄进. 中国国际私法. 北京: 法律出版社, 1998, 13

法中哪些是国际私法的渊源也存在分歧。

一、国内法渊源

国际私法的国内法渊源包括国内立法和国内判例。

(一) 国内立法

国内立法是国际私法最早的渊源,迄今也仍是国际私法最主要的渊源。以国内立法方式制定国际私法规范,肇始于中国唐朝的《永徽律》。其后,1756年《巴伐利亚法典》、1794年《普鲁士法典》等都纷纷采用了这一方式。但是,影响最大的当属1804年《法国民法典》。

从国际私法的国内立法沿革来看,国际私法的国内立法经历了一个从个别、分散、零碎到集中、系统、完备的发展过程。尤其在晚近,国际私法的国内立法从立法模式、立法技术到立法原则、立法理念以及具体内容等各方面都发生了深刻的变化,朝着日趋完善和成熟的方向发展。

1. 国际私法国内立法的主要模式

在不同的历史阶段,国内立法中的国际私法主要采用了以下三种立法模式。

(1) 散见式

散见式立法模式,是指将国际私法条文分散地规定在国内民法典或其他法典的有关章节中。1804年《法国民法典》堪称采用这一立法模式的代表。受其影响,许多国家都曾先后采用这一立法模式,如奥地利、荷兰、希腊、葡萄牙、西班牙等。

(2) 专篇专章式

19世纪中叶,国际私法开始采用在国内民法典或其他法典中以专篇或专章的形式比较集中、系统地规定其条文的立法模式。较之散见式的立法模式,这种立法模式无疑是一个很大的进步。原先采用散见式立法模式的许多国家在修订其民法典时,纷纷转而采用这一新的立法模式。还有一些国家则在进行民商事立法时,直接采用这一立法模式。至今,仍有许多国家采用这一立法模式。

(3) 单行立法式或法典式

即采用单行法规或专门法典的形式制定和颁布国际私法法规。19世纪末20世纪初,继1896年《德国民法施行法》和1898年《日本法例》颁布之后,越来越多的国家开始采用这一立法模式,国际私法由此逐步进入法典化阶段。这一立法模式的出现,不仅体现了国际私法立法模式上的进一步发展,而且标志着国际私法立法已日趋成熟。

各国大规模地采用单行法规或法典形式进行国际私法立法的繁荣局面,出现在20世纪尤其是二战之后。这一时期,相继颁布了国际私法单行法规或法典的国家主要有:泰国(1939年)、捷克斯洛伐克(1964年)、阿尔巴尼亚(1964年)、波兰(1966年)、民主德国(1975年)、奥地利(1978年)、匈牙利(1979年)、南斯拉夫(1982年)、土耳其(1982年)、联邦德国(1986年)、瑞士(1988年)等。其中,1988年11月12