

高·等·院·校·适·用·教·材

PRACTICAL
COLLEGE
TEACHING
MATERIALS

吕岩峰
◆ 主编

国际私法学

A Course in
Private
International
Law

教程



吉林大学出版社

JILIN UNIVERSITY PRESS

D997/76

2007

国际私法学教程

吕岩峰 主编

撰稿人（以撰写章节先后为序）

吕岩峰 王彦志 田洪鋈 刘艳娜
何志鹏 朱 莉 都 毫 赵宇霆

吉 林 大 学 出 版 社

图书在版编目 (C I P) 数据

国际私法学教程/吕岩峰主编. —长春: 吉林大学出版社, 2007. 10

ISBN 978 - 7 - 5601 - 3673 - 8

I. 国… II. 吕… III. 国际法—司法制度—教材 IV. D99

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 160247 号

书名: 国际私法学教程

作者: 吕岩峰 主编

责任编辑、责任校对: 丛立新

封面设计: 孙 群

吉林大学出版社出版、发行

农安县金鼎印刷有限公司印刷

开本: 787 × 960 毫米 1/16

2007 年 11 月第 1 版

印张: 31.125

字数: 534 千字

2007 年 11 月第 1 次印刷

ISBN 978 - 7 - 5601 - 3673 - 8

定价: 48.00 元

版权所有 翻印必究

社址: 长春市明德路 421 号 邮编: 130021

发行部电话: 0431 - 88499826

网址: <http://www.jlup.com.cn>

E - mail: jlup@mail.jlu.edu.cn

目 录

第一章 国际私法的概念/1

- 第一节 国际私法的名称/2
- 第二节 国际私法的对象/6
- 第三节 国际私法的渊源/12
- 第四节 国际私法的性质/18
- 第五节 国际私法的范围和体系/21
- 第六节 国际私法的边界/29
- 第七节 国际私法的定义/33

第二章 国际私法的历史发展/35

- 第一节 13 世纪以前的国际私法/35
- 第二节 13—18 世纪的国际私法/37
- 第三节 19 世纪的国际私法/43
- 第四节 20 世纪的国际私法/48

第三章 国际私法的主体/59

- 第一节 国际私法上的国籍/59
- 第二节 国际私法上的住所/65
- 第三节 本国法与住所地法的冲突及其协调/69
- 第四节 外国人的民事法律地位/71
- 第五节 自然人权利能力和行为能力的法律适用/77
- 第六节 法人/84

第七节	国家/89
第八节	国际组织/92
第四章	法律行为 代理 时效/95
第一节	法律行为/95
第二节	代理/110
第三节	时效/122
第五章	法律冲突的一般问题/129
第一节	法律冲突与冲突规范/129
第二节	准据法及其确定/141
第六章	冲突规范适用中的几种制度/159
第一节	识别/159
第二节	反致/163
第三节	公共秩序保留/172
第四节	法律规避/184
第五节	外国法查明/190
第七章	物权/195
第一节	物权的法律冲突与物之所在地法原则/195
第二节	国有化/203
第三节	信托/206
第八章	知识产权/215
第一节	知识产权的国际保护概述/215
第二节	保护知识产权的国际条约/216
第三节	世界知识产权组织/225
第四节	知识产权的冲突法问题/227
第九章	国际合同法律适用的一般问题/229
第一节	概述/229
第二节	合同准据法/233
第三节	合同形式与缔约能力/247
第四节	中国关于涉外合同法律适用的法律实践/251

第十章 国际经贸关系中的几种主要合同/257

- 第一节 国际货物买卖合同/257
- 第二节 国际货物运输合同/268
- 第三节 国际货物运输保险合同/282
- 第四节 国际贸易支付/286
- 第五节 国际技术转让合同/296
- 第六节 国际工程承包合同/300
- 第七节 国际私人直接投资合同/301
- 第八节 国际贷款协议/303
- 第九节 国际劳务合同/304
- 第十节 国际消费合同/305

第十一章 侵权行为 不当得利 无因管理/309

- 第一节 侵权行为/309
- 第二节 不当得利/329
- 第三节 无因管理/332

第十二章 跨国破产问题/333

- 第一节 导论/333
- 第二节 跨国破产的管辖权/334
- 第三节 跨国破产的法律适用/336
- 第四节 跨国破产的域外效力/347
- 第五节 我国跨国破产的理论与实践/352

第十三章 婚姻家庭/361

- 第一节 结婚/362
- 第二节 离婚/372
- 第三节 夫妻关系/376
- 第四节 亲子关系/378
- 第五节 收养/382
- 第六节 扶养/384
- 第七节 监护/387

第十四章 继承/391

第一节 法定继承/391

第二节 遗嘱继承/396

第三节 无人继承财产/402

第四节 关于遗嘱和继承的海牙公约/404

第十五章 国际民事诉讼/409

第一节 国际民事诉讼程序概述/409

第二节 外国人及外国国家的民事诉讼地位/412

第三节 国际民事诉讼管辖权/417

第四节 国际司法协助/424

第十六章 国际商事仲裁/431

第一节 国际商事仲裁概述/431

第二节 国际商事仲裁协议/446

第三节 国际商事仲裁的法律适用/456

第四节 国际商事仲裁裁决的承认和执行/463

第五节 国际商事仲裁程序/471

第六节 中国的国际商事仲裁/474

参考文献/489**后记/491**

第一章 国际私法的概念

可以说,自从有了人类社会,就有了法律辖区,^①也同时有了跨越不同法域的人类交往。既然有了跨越法域的人类交往,就遇到了、引起了或提出了跨越不同法域或法律体系的民商事交往关系的法律问题,从而就需要有相应的法律规则来调整。举例来说,一个中国女士和一个美国男士欲在美国结婚,那么,他们是应该遵循中国的婚姻法呢,还是应该遵循美国的婚姻法呢?或者说,如果两个在中国工作的美国人要在中国结婚,那么,法律强制要求他们适用中国的婚姻法是否合适?再或者,如果一个中国人从香港购买了一辆德国原产奔驰轿车,在中国内地驾驶时失去控制,出现了撞车事故,但汽车前排的两个安全气囊却没有爆开,而且汽车的安全带断裂,致使驾车者在事故中死亡。那么,如果就这起事故对德国奔驰公司提起产品质量责任诉讼的话,应该在哪个国家的法院提出,遵循什么样的司法程序,又应该适用哪个国家的法律呢?^②这些就是典型的跨国民商事往来关系之中所遇到的法律问题,这些法律问题我们通常就叫作国际私法问题,用来解决这些法律问题的法律我们通常就叫作国际私法。

国际民商事生活提出了独特的国际私法问题,对这种独特的国际私法问题的理解和解决需要独特的国际私法专业知识和国际私法思维方式。学习国际私法这门课程,就在于习得一种独特的国际私法的知识体系、理论逻辑、思维方式和操作技术,或者说养育一种独特的国际私法的法治理念和法律方法,即“像国际私法律人那样思考”。当然,国际私法的学习可能并不轻松,但也很可能非常有趣。普罗塞尔(Prosser)教授曾说,“冲突法的领域是一片阴郁

① 从法律社会学和法律人类学的角度理解,原始时代或者说初民社会也有自己的法律规则和法律传统。

② 这里有一起真实的中国消费者起诉德国奔驰公司产品责任的国际私法案件,法院最终适用了中国的民事实体法律裁判了这起案件。关于该案的报道,参见 [http://www. people. com. cn/GB/qiche/14556/2913422. html](http://www.people.com.cn/GB/qiche/14556/2913422.html)。

的沼泽地 (dismal swamp), 充满了颤动的沼泽, 栖居着一些博学但古怪的教授, 以一种离奇古怪而又令人费解的专业术语, 研究一些神秘的问题。普通的法院或法律人一旦卷入和陷进这个领域, 非常容易迷失其中。” 马丁 (Jim Martin) 教授则说, “冲突法的教师已经知道, 它是一门迷人的 (fascinating) 课程。学生将会发现这一点。”^①

第一节 国际私法的名称

一、国际私法的名称之争

国际私法这个领域不但充满了一些比较奇怪的概念、术语、制度和方法, 而且, 在古今中外的法律理论与实践之中, 这个领域的名称也是多种多样、五花八门。对此, 德国法学家康恩 (Franz Kahn) 曾经评论说, “在本学科中, 争议从书名页开始”。

关于国际私法 (尤其是以解决各国民商法域外效力冲突问题为核心的国际私法), 人们提出和使用了各种不同的名称和称谓, 例如, 法则区别说、国际私法、私国际法、冲突法、法律适用法、私法关系的国际处理法、私间法、界限法、体系间法、国际民法、国际商法、国际民商法, 等等。这些名称上的不同在一定意义上既反映了历史和时代的发展变迁, 也反映出不同学者和法系对于这个问题的理解和实践上的不同进程。前者如, 最初的法则区别说就反映了当时的历史时代中国际私法的实践和理论, 而目前, 越来越多的人则更乐于使用国际私法这个名称, 甚至还认为这个名称更加符合当代国际私法发展的趋势和国际民商事关系发展的要求。后者如, 在大陆法系国家之中多数使用国际私法这个名称, 而在英美法系国家之中则更多使用的是冲突法, 还有的学者仍然愿意使用国际民法这样的名称。

(一) 法则区别说 (theory of statutes)

这个名称是 13、14 世纪意大利后期注释法学派提出的, 一直延续使用到 17、18 世纪, 可以说是国际私法在历史上的第一个正式的和普遍的称谓。

在 13、14 世纪, 当时的意大利各个城市都有自己的法律, 叫做“法则”,

^① [美] 利·布里梅耶、杰克·戈德史密斯著:《冲突法: 案例与材料》, 第五版, 案例教程影印系列, 中信出版社 2003 年版, 第 444 ~ 445 页。

为了解决在各个不同城市之间进行的民事往来究竟应该适用哪个城市的法律这一问题,当时的学者(例如以巴托鲁斯为代表的意大利后期注释法学派)就从这些法则本身的语词、结构和性质入手进行区分,把法则本身分为人法、物法和混合法,以此来决定究竟应该适用哪个城邦的法律的问题。国际私法因此而正式诞生,而国际私法也因此而最初被命名为法则区别说。

这个名称代表了国际私法历史发展的一个阶段,也代表了一种国际私法中决定应该适用哪个法律的解决方法。目前,这个名称已经不再为人所用,而只具有历史意义。

(二) 私国际法(private international law)

美国国际私法学家斯托雷(Story)在其1834年发表的名著《冲突法评论》中首次提出了这个名称。在该书中,斯托雷说,“关于法律冲突问题,也可以很适当地称之为‘私国际法’”。法国学者弗利克斯(Foelix)在其1843年的《私国际法或冲突法论》中正式用法文的“私国际法”来给这个学科和主题命名。目前,这个名称在大陆法系国家尤其是受法国法影响的国家和地区普遍使用。就英文名称而言,这个“private international law”在英美文献中也经常被使用。例如,英国一些学者就更愿意使用国际私法这个名称,威斯特莱克(Westlake)和戚希尔(Cheshire)就用这个名称。

需要指出的是,在汉语文献中,我们所说的“国际私法”所对应的就是这个“私国际法”(private international law),而不是英文顺序的国际私法(international private law)。在我们国家也普遍采用这个“私国际法”顺序的“国际私法”名称,例如,各种著作和教材乃至中国国际私法学会及其专门刊物《中国国际私法与比较法年刊》(Chinese Yearbook of Private International Law and Comparative Law)都是用的这个名称。在国际私法领域,最有影响的专门从事国际私法(即冲突法)统一活动政府间国际组织“海牙国际私法会议”(Hague Conference on Private International Law)的英文也是用的这个“私国际法”。

这个名称就文字表面而言似乎更强调这个主题是一种国际法,是相对于公国际法而言的私国际法。但就其起源和当代通行用法而言,这个名称主要强调的是国内法属性和冲突法内容,再加上管辖权和外国判决承认与执行的部分。私国际法(private international law)这个名称也有不能令人满意之处,例如这里调整的并非国家间关系,更重要的是,在很多的域外国家,例如英国、美国等,它所涉及的问题其实不是国际的,而往往是州际的(interstate、multi-state)、区际的(inter-regional)。同时,需要特别注意的是,在国际私法之

中,“国际”一词指的不仅仅是“国家间”私法适用上的冲突及其预防和解决,更是指“不同法域之间”的私法冲突及其预防和解决。换句话说,国际私法中的“国家”,更准确地说,应该是指“法域”,这里的所谓“国际”不但不仅仅是指“国家之间”,而且更是指“法域之间”。

(三) 国际私法 (international private law)

真正正式使用“国际私法”(不但是汉语文献还有其他文献的正常语序的原本含义上的国际私法)的是德国学者谢夫纳(Schaeffner)。1841年,他在《国际私法的发展》这一著作中首先使用了“国际私法”这个名称。但他强调的是这个法律的国内法特点。

这个名称表面上似乎更强调这个主题是各国的国内法中调整国际民事关系的那部分私法内容,因而更侧重国内法和私法,更强调国内法源。但在当代通行理解之中,这个名称主要强调的是国际法源和超国家的国际统一实体规则。这个名称用得并不普遍。

(四) 冲突法或法律抵触法 (law of the conflict of laws、conflict of laws、conflicts law、conflicts)

1653年,荷兰法学家罗登伯格(Christian Rodenburg, 1618—1668)在其国际私法著作中首次使用了冲突法这个名称。后来,荷兰的国际私法学家胡伯(Huber)也于1684年使用过这个名称。美国的斯托雷也使用了这个名称。需要指出的是,冲突法这个名称虽然是由大陆法系国家创造出来的,但是,后来却更多地英美法系国家中普遍使用。冲突法这个名称,除了通常的 conflict of laws、conflicts law 和 conflicts 之外,还有 law of conflict of laws、rules on conflict of laws 等提法。正因为像胡伯、斯托雷、戴西、比尔这样的权威国际私法学者采用这个名称,再加上美国法学会(ALI)的著名重述《冲突法重述》也采用这个名称,“冲突法”这个术语已经赢得了极大的权威性。

这个名称强调的是,国际私法的核心问题在于,对于一个涉外民事关系、争议或案件,适用不同国家或法域的法律将会产生不同的结果,即将会产生法律适用上的冲突。但这个名称存在这样的缺陷,即国际私法的关键问题不仅是各国私法域外适用的冲突或抵触问题,而更在于通过几个不同的法律体系之间作出法律选择来解决冲突甚至是避免冲突的问题。

(五) 法律选择法 (choice of law)

在一些著作中,尤其是在一些英美国际私法文献中,经常使用“法律选择”这个名称来谈国际私法问题,例如,美国冲突法革命的代表人物卡弗斯

(Cavers) 的代表性论文是《法律选择问题批判》，而其代表性著作是《法律选择过程》。

这个名称强调的是，在一个涉外民事关系之中，国际私法需要解决到底应该适用哪个法域的法律的问题，这就是在不同法域之间进行法律选择的问题。所以，这个名称也有一定的意义。

(六) 法律适用法(application of law)、外国法适用(application of foreign law)

在实践中，人们经常谈到一个涉外民事关系的“适用法”问题，即 applicable law，我们通常把它译为“准据法”。国际私法的一个基本任务就是为涉外民事法律关系寻找适当的“适用法”，所以，有人就把国际私法称为“法律适用法”或者“外国法适用论”。例如，德国学者奥斯塔特(Östadt)在其 1822 年国际私法专著之中就把国际私法叫做“外国法适用论”。当然，叫做“法律适用论”恐怕比“外国法适用论”更加合适，因为，国际私法要解决的是内外国法的适用问题，而非仅仅是外国法的适用问题。此外，中国近代法制改革把国际私法称为《法律适用条例》(1918 年)，我国台湾地区立法也称之为《涉外民事法律适用法》(1953 年)，我国内地的《民法通则》称之为“涉外民事关系的法律适用”，而我国于 2002 年公布的《民法(草案)》称之为“涉外民事关系的法律适用法”。德国立法称为“民法施行法”，也是这个用法。

这个用法侧重于把这个主题理解为在国际民事或者涉外民事关系之中的法律适用问题。但在实际具体解决一个涉外民事关系的法律适用问题之前，其实还需要进行一个不同法域的法律选择问题。

关于国际私法的名称，除了上述比较主要的或者比较普遍的提法之外，还有其他一些提法。例如，日本就有学者把国际私法叫做“涉外私法”(foreign private law)，认为国际私法是规定内外国交往即涉外的私法关系，瑞士的学者曼利(Meili)和中国学者陈顾远也认为涉外私法的提法比较合适。萨维尼则认为国际私法是规定法律的场所效力的，所以也把国际私法称为“法律的场所效力论”。此外，还有“私法关系的国际处理法”、“私间法”、“界限法”、“体系间法”、“国际民法”、“国际商法”、“国际民商法”、“国际民事诉讼法”，等等。其中，有些称谓更多是从国际私法解决国际民商事法律冲突的视角来命名的，而有些提法则只能表征国际私法的某些特定组成部分，例如“国际商法”和“国际民事诉讼法”。

二、总结——两个最为流行的称谓

国际私法的不同名称可以说是分别反映出国际私法这个主题的不同侧面，

各有其合理性和局限性。例如,法律冲突法表明国际私法处理的是国际民事关系中不同国家或法域的法律适用上的冲突问题,法律选择法表明国际私法为了处理这种各国或各法域的法律适用上的冲突必须在这些有关的各国民商法之间进行法律选择,而法律适用法则表明国际私法要想处理一个国际民事法律问题必须通过法律选择过程而最终适用一个或几个特定的实体民商法。所以,法律冲突——法律选择——法律适用,这几个名称分别揭示了国际私法的几个前后相连的问题和过程。但是,这几个名称又等同于国际私法的一些主要的基本内容的总称,包括管辖权问题、法律适用问题和外国判决的承认和执行问题。

尽管国际私法的名称如此之多,但在当代国际私法的理论与实践之中,人们普遍使用的则是“国际私法”和“冲突法”这两个名称。正如英国学者威希尔所说,“事实就是这样,没有一个名称能够被视为准确的和全面的,然而,‘国际私法’和‘冲突法’这两个名称对于法学家来说是如此熟悉和易懂,所以采用它们中间的任何一个都不至于产生误解”。^①沃尔夫也说,“但是,既然这两个名称已经通用于全世界,既然还没有一个人找到一个更好的名称,似乎不值得对这个仅仅是名词上的问题加以进一步的考虑”。其中,需要注意的是,如前所述,这里的“国际私法”在其他语言中,例如,英语之中直译过来是“私国际法”(private international law),但汉语中通常就是指“国际私法”;这里的冲突法严格来讲仅仅是指法律冲突部分而不包括涉外民事管辖权和外国判决的承认与执行部分,但在当代英语文献中,冲突法指的就是“私国际法”,包括了管辖权、法律冲突和外国判决的承认与执行等内容;另外,在英文文献之中,“法律选择”(choice of law)也是一个比较常用的名称,它主要也就是指“冲突法”“私国际法”。

我们关于国际私法名称的学习在于能够理解其涵义上的历史、文化、学术和实践上的共通之处及其相互之间所存在的微妙差异,尤其是要掌握这样几个关键词,即国际私法(private international law)、冲突法(conflict of laws、conflicts law)和法律选择(choice of law)。

第二节 国际私法的对象

我们在给某个法律领域或者法律门类做出概念界定的时候,通常都是依据

^① 转引自邓正来:《美国现代国际私法流派》,法律出版社1987年版,第6页。

这个特定法律领域所调整的特定社会关系即特定的调整对象来进行的。国际私法是人类社会法律体系家族之中的一个重要的法律门类,因此,我们通常也从国际私法这个特定的法律门类的特定调整对象即国际私法所调整的特定社会关系的角度来给国际私法做出概念界定。

一、涉外民商事关系是国际私法的特定调整对象

一般认为,国际私法是指调整涉外民商事关系的法律规范的体系总称(body of law),国际私法自己所独有的特定调整对象就是“涉外民商事关系”。^①需要指出的是,这里的“涉外”,我们通常也采用“国际”“跨国”或者“跨法域”的提法,但其含义是一致的;这里的“涉外民商事关系”,我们通常也叫做“涉外民(商)事法律关系”“国际民(商)事关系”“跨国民商事关系”“国际私法关系”,其含义也是一致的。

作为国际私法调整对象的“涉外民商事关系”,是指含有涉外(或者国际的、跨国的、跨法域的、外国的)因素的民商事关系(foreign-related civil and commercial relations, or civil and commercial relations involving foreign elements),而非纯粹的国内(或者域内)民商事关系。

民商事关系的涉外性质或者国际性质的判定涉及到各种不同的角度。从民商事实体关系到民商事法律适用关系,再到民商事诉讼关系以及商事仲裁关系(包括民商事诉讼和仲裁关系的管辖权问题、程序的法律适用问题和判决或裁决的承认与执行问题),都可能涉及到是否具有涉外因素的判定问题。就民商事实体法而言,中国《民法通则》第八章是关于“涉外民事关系的法律适用”的规定,根据有关司法解释,“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”。就民商事诉讼法而言,中国《民事诉讼法》第四编是关于“涉外民事诉讼程序的特别规定”,根据有关司法解释,“当事人一方或双方是外国人、无国籍人、外国企业或组织,或者当事人之间民事法律关系的设立、变更、终止的法律事实发生在国外,或者诉讼标的物在外国的民事案件,为涉外民事案件”。各种不

^① 但是,中国学界对于这种界定本身是存在争议的。有学者认为,国际私法所特有的调整对象只能是“国家间的法律适用关系”,参见李玉生:《国际私法调整对象新论》,《南京师大学报(社会科学版)》1997年第4期;徐冬根:《国际私法趋势论》,北京大学出版社2005年版,第10页。

同的立法可能会采取一些更加具体的涉外因素的判定标准,也可能不具体规定涉外因素的判定标准。除了《民法通则》、《民事诉讼法》及其司法解释之外,中国其他领域的涉外民商事立法和涉外经济立法中也都规定了各种“涉外”民商事活动的法律调整内容。例如,中国的《合同法》、《对外贸易法》、《技术进出口管理条例》、《中外合资经营企业法》、《中外合作经营企业法》、《外资企业法》、《对外合作开采陆上石油资源条例》、《对外合作开采海洋石油资源条例》、《仲裁法》等,都规定了涉外的或者国际的民商事活动的法律调整问题,其中有的没有具体解释何为“涉外”,有的则体现了涉外的判定因素,例如,2001年中国《技术进出口管理条例》第2条规定:“本条例所称技术进出口,是指从中国境外向中国境内,或者从中国境内向中国境外,通过贸易、投资或者经济技术合作的方式转移技术的行为。”这里的“技术进出口”就是一种涉外民商事活动,对于这种涉外民商事活动的涉外因素的判定采取了“跨越国境的”技术转移的标准。这是根据民商事活动或其客体的跨国移动状态所做出的涉外因素判定。对于“涉外因素”的判定,除在各国国内立法中规定外,在司法判例、学说以及国际条约中也多有体现。

民商事关系的涉外性质或者国际性质的判定需要考虑各种不同的因素。前苏联和中国国际私法理论与实践通常采用“三要素说”,即民商事关系的主体、客体和权利、义务内容这三个要素中只要有一项具有涉外因素,就构成了涉外民商事关系,就属于国际私法的调整对象。这个“三要素说”运用起来比较具体、明确,前述中国的《民法通则》、《民事诉讼法》及其司法解释就采取了“三要素说”来确定“涉外民事关系”和“涉外民事案件”。比较而言,西方学界一般认为,所谓“涉外”因素就是指与本国法以外的某种法律体系的联系,或者称与两个或两个以上不同法域相联系的情况,或者,也有人认为是指具有国际利益因素。这可以被称为“多要素说”,它比较实用、宽泛。例如,英国的戴西和莫里斯就认为,“英格兰法中被认为是冲突法这一部门法的,是处理具有外国因素(having a foreign element)的案件的那部分英格兰法。‘外国因素’单纯指除英格兰法外,与某一法律体系的联系。这样的联系是存在的,例如,因为合同是在外国缔结的或将在外国履行,或者因为侵权行为在外国实施,或者因为财产在外国,或者因为双方当事人不是英格兰人。”^①法国的巴迪福也认为,在国际私法(法律冲

① [英]J. H. C. 莫里斯主编,李双元、胡振杰、杨国华、张茂译:《戴西和莫里斯论冲突法》(上),中国大百科全书出版社1998年版,第2页。

突法)中,“审理案件的法官是根据案情与不同法律体系之间的联系来确定某一特定案件所涉及的各不同法律的适用范围的。如果一个法国人在布鲁塞尔购买一处位于阿姆斯特丹的不动产,其缔约能力由法国法决定,合同形式由比利时法支配,而该不动产所有权的转移则适用荷兰法。^①”这两种主张各有特点。“三要素说”既具有高度的抽象性和概括性,又具有明显的具体性和确定性,不足之处在于显得狭窄和机械;“多要素说”则具有高度的灵活性和开放性,不足之处在于模糊和不够确定,操作起来还是必须结合具体的联系因素进行判定。^②中国国际私法学会起草的《中国国际私法示范法(第六稿)》主要从“三要素说”的角度来界定涉外民事关系,又灵活列举了主要的联系因素,其第2条规定,“本法规定国际民商事关系的管辖权、法律适用和司法协助,包括外国法院判决和仲裁裁决的承认与执行。国际民商事关系指其当事人一方或者双方为外国人、无国籍人、外国法人、其他外国组织、外国国家或国际组织,或者当事人的住所、惯常居所或者营业所在不同国家,或者其标的物在国外,或者导致其产生、变更或消灭的法律事实发生在国外的民商事关系”。

在这里,我们也采取三要素说,认为国际私法所调整的涉外民商事关系中的涉外因素具体表现为民商事关系的主体、客体和内容三个要素的涉外性,并且只要其中有一个方面具有涉外因素,就属于涉外民商事关系。

首先,民商事关系的主体具有涉外因素。这包括主体的一方或者双方是外国的自然人、法人和其他组织或者无国籍人,或者主体的住所、惯常居所或营业所在国外,或者主体是外国国家或国际组织。例如,一个中国男方与一个美国女方缔结婚姻,这是一种典型的涉外婚姻关系。再如,两个营业地位于不同国家的企业之间所进行的货物买卖也构成一种国际货物买卖关系。

其次,民商事关系的客体具有涉外因素。这通常是指民商事关系的标的物位于国外,比如说合同标的物、债权标的物、继承标的物等位于国外;也包括作为民事关系客体的行为具有涉外因素,比如说合同之债的履行行为,如交付货物的地点、支付价款的地点、票据承兑的地点等位于国外。例如,中国甲企

① [法]亨利·巴迪福尔、保罗·拉加德著,陈洪武等译:《国际私法总论》,中国对外翻译出版公司1989年版,第4页。

② 关于民商事实体问题和程序问题中“涉外因素”的不同判定标准及其各自的特点的比较分析,参见林欣、李琼英:《国际私法》,中国人民大学出版社1998年版,第3~5页;肖永平:《国际私法原理》,法律出版社2003年版,第26页;徐冬根:《国际私法趋势论》,北京大学出版社2005年版,第10~12页;陈治东:《国际商事仲裁法》,法律出版社1998年版,第14~16页。

业购买中国乙企业位于美国的一笔房地产，这就是一笔国际房地产买卖关系。再比如，一个中国人继承一笔位于英国的遗产，这是一种涉外继承关系。

最后，民商事关系的内容具有涉外因素。这通常就是指民商事关系据以产生、变更或者消灭的法律事实发生于国外。例如，一个中国男方和一个中国女方在美国缔结婚姻，对中国来说，这就是缔结婚姻的法律事实发生于国外。

需要说明的是，在跨国民商事交往的现实生活中，往往不仅是一个因素具有涉外性或者具有外国联系，经常是两个因素甚至三个因素都具有涉外性或者外国联系。例如，一个中国企业与一个加拿大企业在加拿大缔结一项设备购买合同，这里就表现为主体和法律事实两个因素都具有涉外性。再比如，一个英国人甲在德国开车撞伤了一个法国人乙，在这里，对中国来说，主体、客体和法律事实都具有涉外（跨国）因素。

同样值得指出的是，在有些情况下，即使一个民商事关系的三个要素之中存在具有涉外性的要素，也并不必然就构成涉外民商事关系。例如，两个住所地在武汉的中国公民在美国旅游期间签订了一份位于武汉的货物的买卖合同，后因该合同发生纠纷而在中国武汉法院诉讼。在这里，对中国受案法院来说，这两个中国公民之间的买卖合同关系据以产生的法律事实即合同缔结行为是发生在国外的，因此，如果从上述标准进行分析，这就应该是一个涉外民商事关系。但是，这里的涉外因素应该说是纯属一种偶然联系，恐怕很难被认定为涉外民商事关系。一般而言，即使是在这种情况下，也可能会构成涉外民商事关系，因而，需要运用国际私法的知识进行分析，需要运用国际私法的规则进行调整。例如，两个美国纽约州居民在加拿大安大略省旅游期间发生了相互之间的汽车碰撞事件，并且，其中一方因此而在纽约州对另一方提起了侵权损害赔偿之诉。在这个例子中，只有汽车碰撞事故这一侵权民事关系据以产生的法律事实具有涉外因素，而且也是一种偶然事故。但是，纽约州法院就会依据纽约州的国际私法（州际私法）规则来进行分析和裁判。

作为国际私法调整对象的民商事关系的涉外因素的判定，不仅具有理论上的意义，更有实践上的价值。一个民商事社会关系、法律事件或者法律问题是否具有涉外因素，这在国际私法实践的不同角度和不同环节上都具有极其重要的特殊意义。一个民商事关系是否具有涉外因素是国际私法的前提问题。首先，一个民商事关系是否具有涉外因素是判定一个法院是否对案件具有管辖权以及如何行使管辖权的前提；其次，一个民商事关系是否具有涉外因素是决定是否存在内外国法律选择问题的前提；再次，一个民商事关系是否具有涉外因素是决