



新阶梯法学规划课程系列教材

国际私法

Private International Law

主 编 刘想树
副主编 裴 普



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



新阶梯法学规划课程系列教材

国际私法

Private International Law

主 编 刘想树

副主编 裴 普

撰稿人 (以撰写章节为序)

刘想树 宋渝玲 裴 普

禹华英 徐 鹏 王晓燕

张春良



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

国际私法 / 刘想树主编. —北京:法律出版社,
2011. 8

ISBN 978 - 7 - 5118 - 2465 - 3

I. ①国… II. ①刘… III. ①国际私法—研究 IV.
①D997

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 174859 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/陈 慧

装帧设计/乔智炜

出版/法律出版社
总发行/中国法律图书有限公司
印刷/永恒印刷有限公司

编辑统筹/法律教育出版分社
经销/新华书店
责任印制/张宇东

开本/787×960 毫米 1/16
版本/2011 年 8 月第 1 版

印张/21 字数/392 千
印次/2011 年 8 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908
上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 2465 - 3

定价:32.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

总 序

教学质量是高等学校的生命线;重视教材建设,是提高教学质量的重要环节。2005年,教育部以1号文件下发了《关于进一步加强高等学校本科教学工作的若干意见》,要求“加强教材建设,确保高质量教材进课堂……对发展迅速和应用性强的课程,要不断更新教材内容,积极开发新教材,并使高质量的新版教材成为教材选用的主体”,而且特别强调教材应当“具有中国特色、中国风格和中国气派”。教材是课程及教学内容的载体,是在校大学生获得知识的重要途径。教材的编写过程本身,有利于教材及时反映变化了的社会状况和学术研究的最新成果,有利于教师改进教学方法、提高教学水平、增强科研能力。这都是对教学与科研的反思和总结。通过教材的编写,还可以促使教师总结教育教学规律,了解学生的知识需求,培养热爱教学和关爱学生的教育情怀,实现教师、教材与学生三者的有机联结与良性互动。

依法治国是党领导人民治理国家的基本方略,高等法学教育是国家法治发展的重要依托。我国高等法学教育大众化的快速推进,引发了人们对法学教育质量的疑虑,进而促使法学教育工作者深刻思索如何改革法学教学方式、如何完善法学课程体系等问题。法学教育必须适应法律职业对法律人在知识、能力等方面的实际需求,而法学教育的进一步改革和发展又必须以法学核心课程教材建设为基础。如果说法学核心课程的确立,是对我国法学教育历史经验深刻反思的成果,是对养成法学思维方式所需基本知识体系的科学总结;那么,编撰高质量的法学核心课程配套教材,就是目前高等法学教育工作者不可推卸的责任。

西南政法大学前身是1950年成立的以刘伯承元帅为校长的西南人民革命大学。1953年,以西南人民革命大学为基础,合并重庆大学、四川大学、贵州大学、云南大学、重庆财经学院的法律院系成立西南政法学院。1958年,中央公安学院重庆分院又并入我校。特殊的建校背景,使学校汇集了当时西南地区法学和法律界的主要资源,也因此被誉为“新中国政法类的西南联合大学”。在我校的发展过程中,先后经历了多次隶属关系变更。“文革”期间曾一度被迫停办。1977年,经中央批准恢复法学本科招生。1978年,经国务院批准为全国重点大学,是司法部

2 国际私法

部属政法院校中唯一的全国重点大学。1979年,开始招收法学硕士研究生,是改革开放以后全国首批硕士学位授权单位。1993年,被国务院学位委员会批准为博士学位授权单位。1995年,经原国家教委和司法部批准,更名为西南政法大学。2003年,被国务院学位委员会确定为全国首批法学一级学科博士学位授权点;同年,经人事部批准设立法学博士后科研流动站。经过近60年的建设,学校正在发展成为以法学为主,法学与政治学、经济学、管理学、文学等多学科协调发展的特色鲜明、优势突出的高水平大学。学校与美国、英国、德国、法国、俄罗斯、加拿大、意大利、日本和泰国等国家以及我国香港、澳门和台湾地区的一些大学,建立了校际友好关系,进行广泛而深入的学术交流与合作。

高水平大学应当有高水平的教材。作为国内规模最大的法学人才教育培养基地,西南政法大学历来高度重视本科教学质量及本科教材建设,不仅培养了一大批具有较强教学研究能力的中青年学者,而且逐步形成了自己独具特色的教学模式和教材风格。面对新世纪新阶段法学教育的变化,学校做出积极反应,在提高本科教学质量方面,做出了更大的努力。学校在总结已有教材编写经验的基础上,广泛吸取国内外其他法学教材的长处,与法律出版社合作,编写出版这套“高等学校法学核心课程教材系列”,以践行我校法学教育理论性与实践性充分结合的办学理念,并积极努力为我国高等法学教育事业做出自己新的更大的贡献。

本套教材以发展着的马克思主义为指导,坚持社会主义法治理念,贯彻和实践科学发展观,遵循理论联系实际的原则,力求适应国内依法治国与构建和谐社会的新要求,适应国际经济全球化发展的新态势,准确把握现代法治精神,在吸纳国内外法学研究最新成果的基础上,树立精品意识与创新观念,致力于打造品牌教材。为了确保编写质量,我校通过专家论证,由教材委员会遴选高水平教师主持本套教材的编写任务,并在教材建设经费上给予了重点支持。我们对本套教材的特色要求是:通过对基本知识点的重点阐述,保证学生掌握基础理论;通过对学术前沿问题的介绍,拓展学生视野,启发学生思维;通过对基本技能训练的指导,提高学生处理法律事务和应对国家司法考试的能力;通过课后作业的问题设计,引导学生独立思考、深入研究。

本套教材主要作为高等学校法学专业本科教学用书,也可供报考法学各专业研究生复习备考使用。

西南政法大学教材委员会
2009年5月

作者简介

刘想树 男,1965 年生于湖北云梦。西南政法大学副校长,国际法学教授,博士研究生导师,重庆市首届学术技术带头人后备人选(2002 年),第二届学术技术带头人(2008 年),教育部高等学校创业教育指导委员会委员,中国国际私法学会常务理事,重庆、西安等市仲裁委员会仲裁员。主要从事国际私法和国际商事仲裁法的教学、科研工作,出版个人专著两部,合作出版专著、教材、工具书十余部,并在《法学家》、《现代法学》等刊物上发表四十余篇专业论文和教学改革论文,参加国家级科研项目两项,主持省部级科研项目三项,获重庆市教学成果二等奖一项。

宋渝玲 女,西南政法大学国际法学院副院长、副书记,副教授,硕士研究生导师,中国国际私法学会理事,中国—东盟法律研究中心客座研究员。著有《中国涉外民商法律适用》(独著)、《保险赔偿法律制度研究》(独著)、《国际私法学》(参编)、《国际私法》(参编)、“二十一世纪中国国际私法的发展与展望”(论文)、“国际私法课程的教学改革新模式”(论文)、“中国国际私法立法模式探析”(论文)等。

裴 普 男,1964 年生于重庆。西南政法大学国际法学院国际私法教研室主任,副教授,硕士研究生导师。主要研究方向为国际私法、冲突法、国际商事仲裁。主持省部级社科项目两项,参与国家社科基金项目一项,著有《冲突法研究》,并获得司法部九五优秀科研成果三等奖,在《现代法学》、《法学》、《重庆大学学报》等刊物上发表学术论文十余篇,公开发表学术成果一百余万字。

禹华英 女,法学学士,西南政法大学副教授,硕士研究生导师,重庆丽达律师事务所兼职律师。主要讲授海商法、国际私法等课程。著有《出入境与国际经贸法律问题研究》、《法人与公证律师事务》、《中国海商法通论》、《海商法学》,并参编多部教材,公开发表“论海事国际私法中的法律适用”、“国际技术贸易中的限制性商业条款”、“海难救助的性质与法律适用”等多篇学术论文,公开发表科研成果六十余万字。

2 国际私法

徐 鹏 男,1973 年生于湖北黄石。武汉大学法学博士,香港大学普通法硕士,西南政法大学副教授,硕士研究生导师。著有《冲突规范任意性适用研究》,参加“十一五”国家规划教材《国际商事仲裁法学》编著,并在《法学研究》、《现代法学》、《比较法研究》等期刊上发表多篇论文,参与国家社科基金项目两项,主持部级课题一项。

王晓燕 女,1981 年生于安徽省马鞍山市。1999 年至 2009 年间就读于西南政法大学,先后取得法学学士、国际法学硕士与国际法学博士学位,现为西南政法大学国际法学院国际私法教研室讲师。主要研究方向为国际私法、国际民事诉讼法、国际商事仲裁法等。曾在《武大国际法评论》、《法制日报》等刊物上发表多篇学术论文。

张春良 男,1976 年生于四川泸县。法学博士,武汉大学在站博士后,西南政法大学副教授,硕士研究生导师。著有《冲突法的历史逻辑》、《国际体育仲裁研究》(合著),并在《中外法学》、《法制与社会发展》、《法商研究》等刊物上发表专业文章三十余篇,主持省部级课题三项,参编教材五部。

前 言

教材者,《辞海》定义为“有关讲授内容的材料,如书籍、讲义、图片、讲授提纲等”。本书是“按照教学大纲编写的为学生上课和复习用的书”,是教科书而非严格意义上的教材。这是我们编写本书的要求和追求。

西南政法大学自1978年恢复招生以来,几代学人一直致力于国际私法课程建设。1982年,袁成第先生率先在法律专业78级讲授国际私法课程,并在1984年撰写了校内印发的《国际私法》教科书,该教科书后来更名为《国际私法通论》(1986年)和《国际私法原理》(1988年),仍然在校内印刷后供法学专业学生学习国际私法课程使用。1991年,袁成第主编的《国际私法》由四川人民出版社出版;1995年,杨树明主编的《国际私法》由四川人民出版社出版;1997年和1999年,由赵生祥主编的《国际私法》和《国际私法学》分别在成都科技大学出版社和法律出版社出版;2005年,法律出版社出版了赵生祥主编的《国际私法》。2005年,刘想树主持的国际私法课程被评为重庆市精品课程;2010年,刘想树领衔的“西南政法大学国际私法教学团队”被评为重庆市教学团队。

本书是在上述教科书基础上的调整与修订,是西南政法大学国际私法精品课程建设和教学团队建设的一项重要内容。我们在保持西南政法大学国际私法课程风格的同时,力图更好地反映学校“务实创新”和“论辩文化”两大办学特色。

本书由刘想树任主编,裴普任副主编。主编负责大纲拟定、统稿、定稿,副主编承担了书稿的初审工作。徐鹏、张春良协助主编草拟了大纲。各章执笔人分工如下:

刘想树:第一章、第二章

宋渝玲:第三章、第十二章

裴 普:第四章、第七章、第十六章

禹华英:第五章、第十三章

2 国际私法

徐 鹏:第六章、第八章、第十四章、第十五章

王晓燕:第九章、第十七章

张春良:第十章、第十一章

虽然我们努力从科学、合理的角度编排本书的体系和内容,但水平有限,全书离完善之境尚远,欢迎读者批评指正。

编者

二〇一〇年十二月

目 录

第一章 国际私法概论	(1)
第一节 国际私法的定义	(1)
第二节 国际私法的基本原则	(14)
第三节 准国际私法	(18)
第二章 国际私法的渊源	(23)
第一节 国际私法的国内法渊源	(23)
第二节 国际私法的国际法渊源	(26)
第三节 我国国际私法的渊源	(29)
第三章 国际私法的历史发展	(35)
第一节 国际私法学说史	(35)
第二节 国际私法立法史	(45)
第三节 中国国际私法史	(48)
第四章 冲突规范	(53)
第一节 冲突规范概述	(53)
第二节 冲突规范的结构、类型和连结点	(57)
第三节 系属公式	(61)
第五章 适用冲突规范的制度	(66)
第一节 识别	(66)
第二节 反致	(71)
第三节 法律规避	(76)
第四节 公共秩序保留	(79)
第五节 外国法的查明	(85)
第六章 准据法	(91)
第一节 准据法的含义和特点	(91)
第二节 准据法的确定	(93)
第七章 国际私法的主体	(101)
第一节 自然人	(101)
第二节 法人	(108)

第三节 国家和国际组织	(114)
第八章 外国人的民商事法律地位	(120)
第一节 外国人的民事法律地位概述	(120)
第二节 外国人民事法律地位的几种制度	(122)
第三节 外国人在中国的民商事法律地位	(127)
第九章 物权	(131)
第一节 国际物权概述	(131)
第二节 物之所在地法原则	(134)
第三节 信托	(140)
第四节 国有化	(143)
第五节 我国的国际物权制度	(146)
第十章 知识产权	(150)
第一节 知识产权的地域性与法律冲突	(150)
第二节 专利的法律适用	(153)
第三节 商标的法律适用	(155)
第四节 著作权的法律适用	(157)
第五节 我国知识产权法律适用规则	(158)
第六节 主要的国际知识产权条约	(160)
第十一章 债权	(171)
第一节 涉外合同的法律适用	(171)
第二节 涉外侵权的法律适用	(185)
第三节 不当得利和无因管理的法律适用	(195)
第十二章 商事关系	(199)
第一节 国际商事合同	(199)
第二节 国际代理关系	(208)
第三节 国际票据关系	(213)
第十三章 海事关系	(216)
第一节 船舶物权	(216)
第二节 海上运输与保险	(220)
第三节 海上侵权	(225)
第四节 共同海损	(228)
第五节 海事赔偿责任限制	(230)
第十四章 婚姻家庭	(234)
第一节 结婚	(234)
第二节 离婚	(240)

第三节	夫妻关系	(244)
第四节	父母子女关系	(246)
第五节	扶养与监护	(252)
第十五章	继承	(257)
第一节	法定继承	(257)
第二节	遗嘱	(264)
第三节	无人继承财产	(270)
第四节	关于继承的国际公约	(273)
第十六章	国际民事诉讼程序	(278)
第一节	国际民事诉讼程序概述	(278)
第二节	国际民事诉讼管辖权	(284)
第三节	期间、诉讼时效和财产保全	(289)
第四节	国际民商事司法协助	(292)
第十七章	国际商事仲裁	(299)
第一节	国际商事仲裁概述	(299)
第二节	国际商事仲裁机构	(302)
第三节	国际商事仲裁协议	(307)
第四节	国际商事仲裁程序	(311)
第五节	国际商事仲裁中的法律适用	(314)
第六节	外国仲裁裁决的承认和执行	(316)

第一章 国际私法概论

内容提示

国际私法是一个特殊的法律学科和法律部门,它通过直接调整和间接调整两种方法调整具有涉外因素的民商事关系;国际私法是一个争论很多的法律学科,学术界对其名称、性质、范围等方面存在不同的解说。国际私法的基本原则包括国家主权原则、平等互利原则、保护弱方当事人利益原则、信守国际条约和尊重国际惯例原则。准国际私法包括区际私法、人际私法和时际私法三种情形,其中之区际私法与国际私法并无实质区别。

第一节 国际私法的定义

“没有限定严格的专门概念,我们便不能清楚地和理性地思考法律问题”。^{〔1〕}从这个意义上讲,合理定义国际私法是研习的前提。但因为国际私法的形成较晚,其理论和实践又多在演变之中,所以合理界定国际私法实非易事。我们认为,在梳理国际私法的对象、调整方法、范围、性质及名称的基础上,或许可以形成一个相对合理的国际私法定义。

国际私法是人类社会发展到一定阶段的产物,是伴随着跨越单一立法者管辖范围的民商事交往日益频繁而发展起来的,并经由学者的学理阐述和立法者的认许而逐渐演变为一个独立的法律部门。经典法理学理论主要依据两个标准划分法律部门——调整对象与调整方法。因此,明晰国际私法的调整对象和调整方法,是定义国际私法的基本前提。

〔1〕 [美]E. 博登海默:《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社1999年版,第486页。

一、国际私法的调整对象

国际私法的调整对象,又称国际私法的对象,是指国际私法所调整的社会关系。国际私法作为一个特殊的法律部门,调整的是具有涉外因素的民商事法律关系(civil and commercial legal relations concerning foreign elements),或称涉外民商事关系,或称国际民商事关系,或称国际私法关系,或称跨国民商事关系。国际私法的调整对象,可以从以下方面理解:

第一,国际私法的调整对象是涉外民商事法律关系。

在现代国际社会,国家为了自身利益,都不得不参与国际经济流转。由于国家之间经济、贸易关系的发展,不同国家的自然人、法人,有的甚至是国家、国际组织相互之间民商事往来日益频繁,因而就产生了大量的超过一个国家界限的各种性质不同的财产关系和人身关系。从一个国家的角度上讲,这些关系被称为涉外民商事法律关系;从国际的角度来看,这些关系被称为是国际民法关系,或国际私法关系,或国际民商事法律关系。

确定涉外民商事法律关系的含义,关键是对“涉外”的理解。“涉外”是“涉外因素”的简称,就是民商事法律关系与外国存在联系。民商事法律关系的“涉外”无非是法律关系的几个要素与外国相联系。因此,涉外民商事法律关系可以界定为民商事法律关系的主体、客体、内容(法律事实)三要素中,有一个或一个以上的要素与外国发生联系的民商事法律关系。一般说来,凡民商事法律关系中有下列情形之一,便构成涉外民商事法律关系:(1)主体涉外,即是民商事法律关系的主体一方或双方是外国自然人、外国法人、外国国家、国际组织,或者主体一方或双方的住所或营业所在外国。(2)客体涉外,即是民商事法律关系的客体是位于外国的物、财产或者需要在国外实施完成的行为。(3)内容涉外,即是当事人之间法定的权利义务产生、变更或消灭的法律事实发生在国外。从特定国家的角度来看,有些涉外民商事法律关系可能只有一个涉外因素,如一个中国人与一个日本人在中国结婚;而有些涉外民商事法律关系可能有多种涉外因素,如中国公司购买美国公司在美国的机械设备。涉外因素的多少并不影响涉外民商事法律关系的构成。

需要说明的是,国际私法的调整对象为什么是涉外民商事法律关系?一般而言,法律调整的对象是社会关系,社会关系一经法律调整才是法律关系。换言之,法律关系是法律调整后的结果而非调整对象。国际私法调整的是涉外民商事法律关系,这在逻辑上是否周延,理论上是否有据?我们认为,涉外民商事法律关系是多种多样的,有些是不需要法律调整的,如涉外思想关系、道德关系等等,而有一些则必须由法律来调整,如财产关系、人身关系等。从现实情况来看,国际私法调整对象所涉及的诸如涉外物权关系、债权关系、身份亲属关系等,大多数国家都将其纳入法律调整,使之成为一种法律关系,可以说,并不是新的社会关系的产生催生了国际私法,而是既有的法律化了的社会关系扩大到了国际领域,才使得国际私法

应运而生。也即,国际私法是对这些业已形成的法律关系在进入国际领域之后产生冲突的情况下的再调整。因此,使用“涉外民商事法律关系”的措辞来表述国际私法的调整对象,在逻辑上可以成立,在指向上也不会引起歧义,没有加以否定的必要。

为了准确理解涉外民商事法律关系,还必须确定国际私法中“国家”的含义。因为这个问题直接关系到如何理解涉外民商事法律关系中“涉外因素”和“外国”。在实践中,国际私法上的国家与国际公法上的国家的含义可能一致,也可能不一致。像瑞典、意大利和新西兰这样的单一制国家,全国的法律是统一的,国际私法意义上的国家和国际公法意义上的国家是一致的。但有些国家,尤其是联邦制国家,国际公法和国际私法意义上的国家是不一致的,如美国的纽约州和新泽西州,它们不是国际公法意义上的国家,但却是国际私法意义上的“国家”。再有,英国的国际私法所称的外国,包括了苏格兰和北爱尔兰。英国当代著名的国际私法学者莫里斯在《法律冲突法》中就指出:“从国际私法的角度而言,苏格兰和北爱尔兰在很大程度上,但不是在一切问题上,是同法国和德国一样的外国。”〔2〕因此,国际私法上的“国家”应作广义的理解,严格说来应该称为“法域”(territorial legal unit 或 law district),即有独立法律制度的区域,国际私法中的“外国”实际上是“外法域”。在我国国际私法实践中,“外国”系指中华人民共和国大陆法域之外的国家和地区,其中就包括香港特别行政区、澳门特别行政区、台湾地区。

第二,国际私法的调整对象是广义的民商事法律关系。

由于有关国家民商事立法体例不同,各国依其国情所确定的民商事关系的范围也不相同。在英美法系的国家,通常没有民法的概念和民法典。平等主体之间的人身关系和财产关系分别由合同法、财产法、侵权行为法、婚姻家庭法等法律部门调整。大陆法系国家虽然有民法的概念和民法典,但立法体例也有所差异。有些国家采用“民商合一”的立法方式,商事关系被纳入民法调整的范围之内,有些国家采用“民商分立”的立法方式,另辟商法典单独调整商事关系。有些国家的民法典将婚姻家庭关系和劳动关系纳入其中加以规定,而有些国家将婚姻家庭法和劳动法从民法中分立出来,自成独立的法律部门。这样一来,各国民法调整的民事法律关系的范围就有宽有窄。在有的国家,民事法律关系是指平等主体之间的财产关系和与财产有关的人身关系,包括物权关系、知识产权关系、债权关系、婚姻家庭关系、继承关系等。而在有的国家,公司法律关系、票据法律关系、海商法律关系、保险法律关系和破产法律关系等商事法律关系,不属于民事法律关系。然而,国际私法是调整国际民商事法律关系的法律,不能只考虑到某个或某些国家的法律规定,而应把视野放在世界各国民商法的总体上来考虑,以确定国际私法的范

〔2〕 [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1页。

4 国际私法

围,因为,一味强调各国民事法律之间的差异,国际私法就不可能有统一的调整对象。

国际私法调整的涉外民商事关系是广义的民商事关系,即平等主体之间的一切人身关系和财产关系,不仅包括涉外物权关系、涉外债权关系、涉外知识产权关系、涉外继承关系、涉外婚姻家庭关系等一般的民事法律关系,还包括涉外劳动法律关系、涉外商海法律关系、涉外票据法律关系、涉外公司法律关系、涉外保险法律关系和涉外破产关系等。

第三,国际私法的调整对象是涉及外国法效力的民商事法律关系。

涉及外国法的效力,就是外国法有被适用的可能性,而不是一定要适用外国法。涉外民商事法律关系与数国法律发生着联系,在各国法律对同一民商事问题的规定不同时,就不可避免地出现法律冲突,就需要依照国际私法规则选择适用哪一国法律。在选择法律适用时,外国法就有被选择的可能。

涉外民商事法律关系是否是涉及外国法效力,还取决于内国对外国法效力的态度,即内国是否承认外国法的域外效力。因为,虽然涉外民商事法律关系与数国存在联系,但实际管辖涉外民商事法律关系的只是某个国家的法院,即内国法院。如果内国承认外国法的域外效力,则外国法有适用的可能性,就会涉及外国法效力。反之,如果内国不承认外国法的域外效力,则外国法没有适用的可能性,就不会涉及外国法效力。为保障国际民商事交往的正常进行,内国通常会在一定范围内承认外国法的域外效力。

综上所述,国际私法调整的是具有涉外因素的民商事法律关系,它的涉外性使得其有别于纯国内的民商事法律关系;国际私法调整的是广义的涉外民商事法律关系,它的私法性使得其有别于其他具有涉外性的法律关系,如国家之间的关系;国际私法调整的是涉及外国法效力的涉外民商事法律关系,它的法律冲突特质表明并非一切涉外民商事法律关系都属于国际私法调整的范畴。

二、国际私法的调整方法

一个法律部门的独立存在,除了应具有特殊的调整对象外,尚需有自身的调整方法。国际私法调整对象的特殊性,决定了国际私法的调整方法也有别于其他法律部门。

(一)间接调整方法

间接调整方法亦称用冲突规范调整的方法,是指通过国内法或国际条约中的冲突规范(conflict rules),指出某种涉外民商事法律关系应适用哪一国家的法律来确定当事人的民商事权利和义务,而没有直接明确地规定当事人权利和义务的方法。例如,1959年的《中华人民共和国和苏维埃社会主义共和国联盟领事条约》第20条规定:“缔约任何一方公民死亡后遗留在缔约另一方领土的财产,包括动产和不动产,均按财产所在地国家的法律处理。”该规定只是明确了缔约一方公民死亡

后遗留在另一方领土上的财产,应依据财产所在地国家的法律处理,而没有具体规定继承人的范围、顺序以及继承人的权利和义务等等。《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》(以下简称《涉外民事关系法律适用法》)第36条“不动产物权适用不动产所在地法律”之规定,也没有规定不动产所有权关系之双方当事人的权利义务和不动产所有权的具体内容。以上方法属于间接调整方法。

间接调整方法是最早被用来解决涉外民商事关系的法律适用的。在国际私法的学说史上,最早的法则区别说就采取了人法适用人的住所地法,物法适用物之所在地法的间接调整方法。目前所见的最早的国际私法立法——唐朝《永徽律》中的“化外人相犯”条款也是间接调整方法。

运用冲突规范调整涉外民商事法律关系的方法之所以是间接调整方法,是因为通过冲突规范调整涉外民商事法律关系要经过两个步骤:第一步是适用冲突规范,找出应该适用于涉外民商事法律关系的法律,即准据法;第二步是通过适用准据法来具体确定当事人的民商事权利义务。如此情形下,适用冲突规范找出准据法,对于确定涉外民商事法律关系的当事人的权利和义务来说,只是一个过渡性的间接步骤,因而称为间接调整方法。这种方法是国际私法特有的调整方法,冲突规范也是国际私法特有的法律规范。有的学者根据冲突规范的这一特点,主张把国际私法称为“间接私法”、“间接法”、“法中法”、“冲突法”。

间接调整方法实际上只是就涉外民商事法律关系指定一个“立法管辖权”,而不管该有立法管辖权国家的法律之有无规定和如何规定,也不影响任何国家的国内立法。这种调整方法只能解决具体涉外民商事法律关系中现实的法律冲突,而并不能从根本上避免和消除法律冲突。所以,有的学者将冲突规范比喻为“路标”。

间接调整方法调整具有概括力强,机动灵活,能适用于所有类型的涉外民商事法律关系的优点。但是,随着涉外民商事法律关系的发展,间接调整方法在实践中有局限性也凸显出来,这些局限性主要有:第一,缺乏明确性和预见性。由于冲突规范本身不构成当事人作为或不作为的准则,不能直接确定当事人的权利和义务,根据它无法预见到法律行为的后果,因而缺乏法律应有的明确性和预见性。第二,缺乏稳定性。在适用冲突规范的过程中,形成了公共秩序保留等制度,这些制度会限制甚至否定冲突规范的效力。再者,根据冲突规范的指定,某一涉外民商事法律关系应该适用某国实体法时,如若该国没有相应的立法规定,当事人之间的权利义务也会处于不确定状态。

为了克服间接调整方法的上述弊端,到19世纪末20世纪初,国际上出现了另一种实践,形成了另一种解决法律冲突问题的途径——直接调整方法。

(二) 直接调整方法

直接调整方法亦称为用统一实体规范调整的方法,是指通过国际条约和国际