

China

Private International Law

Course

中国国际私法学

黄亚英 ◎主编

LAW SCHOOL SZU



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

国家一级出版社
全国百佳图书出版单位

China Private International Law Course

中国国际私法学

黄亚英 ◎主编



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

国家一级出版社
全国百佳图书出版单位

图书在版编目(CIP)数据

中国国际私法学/黄亚英主编. — 厦门: 厦门大学出版社, 2017.8
ISBN 978-7-5615-6601-5

I. ①中… II. ①黄… III. ①国际私法-研究-中国 IV. ①D997

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 173419 号

出 版 人 蒋东明
责任编辑 甘世恒
封面设计 蒋卓群
技术编辑 许克华

出版发行 厦门大学出版社
社 址 厦门市软件园二期望海路 39 号
邮政编码 361008
总 编 办 0592-2182177 0592-2181406(传真)
营销中心 0592-2184458 0592-2181365
网 址 <http://www.xmupress.com>
邮 箱 xmupress@126.com
印 刷 厦门市万美兴印刷设计有限公司

开本 787mm×1092mm 1/16
印张 17
插页 2
字数 394 千字
版次 2017 年 8 月第 1 版
印次 2017 年 8 月第 1 次印刷
定价 45.00 元

本书如有印装质量问题请直接寄承印厂调换



厦门大学出版社
微信二维码



厦门大学出版社
微博二维码



主 编：黄亚英

副主编：张淑钿 朱志晟

作者分工：

黄亚英：第一章、第五章

张淑钿：第二章、第三章、第四章

朱志晟：第六章、第八章、第十二章

陈 梦：第七章、第十一章、第十三章第四至五节

韩 平：第九章、第十章、第十三章第一至三节

目 录

CONTENTS

第一章 国际私法的概念	(1)
第一节 国际私法的调整对象	(1)
第二节 调整国际民事关系的法律方法和规范	(5)
第三节 国际私法的范围和定义	(8)
第四节 国际私法的渊源和性质	(15)
第二章 国际民事诉讼管辖权	(15)
第一节 国际民事诉讼管辖权概述	(21)
第二节 中国国际民事诉讼管辖权根据	(28)
第三节 国际民事诉讼管辖权冲突及其解决	(35)
第三章 外国人的民事诉讼地位	(35)
第一节 外国人的民事诉讼地位	(36)
第二节 诉讼费用相关制度	(37)
第三节 国际民事诉讼代理制度	(38)
第四节 委托手续及身份证明	(39)
第四章 国际民事司法协助	(41)
第一节 概述	(41)
第二节 域外送达	(47)
第三节 域外调查取证	(58)

第五章 冲突规范及其适用	(65)
第一节 冲突规范	(65)
第二节 冲突规范适用中的识别	(71)
第三节 准据法及其确定中的问题	(75)
第六章 外国法的适用及其限制	(79)
第一节 适用外国法的主要理论	(79)
第二节 反致	(89)
第三节 法律规避	(96)
第四节 外国法内容的查明	(99)
第五节 公共秩序保留	(105)
第七章 国际民事关系主体及相关法律适用	(112)
第一节 自然人	(112)
第二节 法人	(117)
第三节 外国人的民事法律地位	(121)
第四节 国家及其财产豁免权	(123)
第五节 代理	(126)
第八章 涉外物权关系的法律适用	(131)
第一节 物之所在地法原则	(131)
第二节 我国关于涉外物权法律适用的制度	(136)
第三节 国有化问题	(138)
第九章 涉外债权的法律适用	(142)
第一节 涉外合同之债的法律适用	(142)
第二节 涉外侵权之债的法律适用	(147)
第三节 涉外不当得利之债的法律适用	(150)
第四节 涉外无因管理之债的法律适用	(151)
第十章 涉外婚姻家庭继承的法律适用	(153)
第一节 涉外婚姻的法律适用	(153)

第二节 涉外家庭关系的法律适用·····	(157)
第三节 涉外继承关系的法律适用·····	(161)
第十一章 涉外知识产权的法律适用 ·····	(166)
第一节 知识产权法律冲突概述·····	(166)
第二节 专利权的法律适用·····	(166)
第三节 商标权的法律适用·····	(169)
第四节 著作权的法律适用·····	(171)
第十二章 外法域民商事判决的承认与执行 ·····	(175)
第一节 概述·····	(175)
第二节 中国承认和执行外国民商事判决的制度·····	(183)
第三节 中国内地与港澳台地区民商事判决的相互认可和执行·····	(190)
第十三章 国际商事仲裁 ·····	(197)
第一节 国际商事仲裁概述·····	(197)
第二节 国际商事仲裁协议·····	(199)
第三节 仲裁程序·····	(202)
第四节 国际商事仲裁裁决的撤销·····	(204)
第五节 国际商事仲裁裁决的承认与执行·····	(208)
第六节 中国区际商事仲裁裁决的承认与执行·····	(212)
附 录 ·····	(215)
中华人民共和国涉外民事关系法律适用法·····	(215)
最高人民法院关于适用《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》若干问 题的解释(一)·····	(219)
中华人民共和国民事诉讼法(节选)·····	(222)
最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》的解释(节选)·····	(226)
中华人民共和国仲裁法(涉外篇)·····	(230)
最高人民法院关于适用《中华人民共和国仲裁法》若干问题的解释·····	(231)
最高人民法院关于内地与香港特别行政区法院相互委托送达民商事司法文 书的安排·····	(234)

最高人民法院关于内地与香港特别行政区法院就民商事案件相互委托提取 证据的安排.....	(236)
最高人民法院关于内地与香港特别行政区法院相互认可和执行当事人协议 管辖的民商事案件判决的安排.....	(238)
最高人民法院关于内地与香港特别行政区相互执行仲裁裁决的安排.....	(241)
最高人民法院关于内地与澳门特别行政区法院就民商事案件相互委托送达 司法文书和调取证据的安排.....	(243)
最高人民法院关于内地与澳门特别行政区相互认可和执行仲裁裁决的安排	(246)
最高人民法院关于与澳门特别行政区关于相互认可和执行民商事判决的安 排.....	(249)
最高人民法院关于内地与澳门特别行政区相互认可和执行仲裁裁决的安排	(252)
最高人民法院关于涉台民事诉讼文书送达的若干规定.....	(255)
最高人民法院关于人民法院办理海峡两岸送达文书和调查取证司法互助案 件的规定.....	(257)
最高人民法院关于认可和执行台湾地区法院民事判决的规定.....	(262)
最高人民法院关于认可和执行台湾地区仲裁裁决的规定.....	(265)

第一章 国际私法的概念

国际私法调整的对象是国际民商事关系,但调整国际民商事关系的法律部门不只有国际私法。因此,要从调整对象、调整方法、法律规范的类型、调整范围和法律渊源等多个角度认识国际私法与相邻法律部门的不同,准确定义国际私法的概念,加深对国际私法性质和特点的理解。国际私法的主要任务是解决因各国法律规定的不同而产生的国际民商事关系领域的法律选择适用及相关的诉讼和仲裁程序事项。

第一节 国际私法的调整对象

一、国际私法的调整对象及法律冲突现象

(一) 国际私法的调整对象及其特点

国际私法的调整对象是国际民事关系。所谓国际民事关系,指的是不同国家的自然人、法人和特定情况下的国家之间通过交往而产生的具有国际因素和跨国因素的民事关系。如跨国婚姻、继承、扶养、财产、侵权关系,国际货物买卖、运输、保险、支付关系,国际服务、金融、投资关系等都属于国际民事关系。由于这种国际民事关系不同于民法调整的国内民事关系,因此需要一个与民法不同的法律部门来对其进行调整,国际私法便应运而生。在我国的现行立法中,经常使用“涉外民事关系”的说法,这是站在我国的视角,将涉及外国因素的国际民事关系称为“涉外民事关系”。作为国际私法调整对象的国际民事关系,与其他法律部门的调整对象比较而言,有以下重要的特点:

1. 国际民事关系是广义的民事关系

国际民事关系首先表明国际私法调整对象不是国家关系,也不是行政或刑事法律关系,使得国际私法明显区别于国际公法、行政法及刑法。其次,这里所讲的民事关系具有广泛性,是“广义”的民事关系。这一特点也是针对各国国内立法对“民事关系”内涵的不同理解提出的。目前世界各国民事立法范围存在不同,如在大陆法系采取“民商合一”的国家,其民法典将调整公司、海商、票据、保险、破产等商事关系的规定也囊括在民事关系之中;而在采取“民商分立”的国家,其民法典之外另行制定有商法典,这类国家是将调整公司、海商、票据、保险、破产等商事关系的规定排除在民事关系之外。而作为国际私法调整对象的国际民事关系则具有广泛性,是包括平等主体之间的一切财产和人身关系在内

的广义的民事和商事关系。因此,也可将国际私法调整对象表述为“国际民商事关系”。也就是说,跨国婚姻、继承、扶养、财产、侵权和国际货物买卖、运输、保险、支付、金融、投资关系等都属于国际民事关系。

2. 国际民事关系是含有国际因素或“涉外因素”(foreign element)的民事关系

所谓“国际因素”是指民事关系的主体、客体或内容方面涉及外国。这一特点使得国际私法的调整对象有别于民法或商法调整对象,因为一般民商法的调整对象是不含有涉外或国际因素的民商事关系。国际民事关系中的国际或涉外因素具体表现在以下三个方面:

(1)主体具有涉外因素,即民事关系的当事人(包括自然人、法人和其他实体)具有不同的国籍或在不同的国家有住所等。如一名中国籍公民和一名韩国籍公民结婚形成的婚姻关系,一名中国籍公民继承其法国籍配偶的遗产形成的继承关系,一名美国籍公民购买一家中国公司发行的债券形成的合同关系。

(2)客体具有涉外因素,即民事关系的标的位于国外。例如两位中国公民买卖位于韩国的房产,中国公民继承位于美国的遗产。

(3)内容具有涉外因素,即导致当事人之间权利义务据以产生、变更、消灭的法律事实发生在国外。如中国注册的船舶在外国海域发生碰撞索赔等。

实践中,一项具体的国际民事关系一般应至少具有以上三个涉外因素中的一个,但在某些特殊情况下,还可能存在争议解决地点具有涉外因素等情形。

(二)我国对涉外民事关系的定义

《中华人民共和国民法通则》^①第八章的名称为“涉外民事关系的法律适用”,同时该章第142条规定“涉外民事关系的法律适用,依照本章的规定确定”。《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》^②第1条规定:“为了明确涉外民事关系的法律适用,合理解决涉外民事争议,维护当事人的合法权益,制定本法。”该法第2条亦规定:“涉外民事关系适用的法律,依照本法确定。”但我国以上立法本身没有对“涉外民事关系”作出进一步界定。

在《涉外民事关系法律适用法》制定过程中,有关方面曾建议全国人大常委会相关部门对如何界定“涉外民事关系”作出规定,全国人大常委会认为可以通过司法解释在司法实践中解决该问题,无须通过立法予以规范。因而,《涉外民事关系法律适用法》没有对如何界定“涉外民事关系”作出规定。

鉴于“涉外民事关系”的界定至关重要,那么我国司法解释是如何界定“涉外民事关系”的呢?从较早司法实践来看,各级人民法院一直根据法(办)发[1988]6号最高人民法院《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)》^③第178条的规定认定“涉外民事关系”。该条规定:“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。”此外,法发[1992]22号最高人民法院

① 本书统称为《民法通则》。

② 本书统称为《涉外民事关系法律适用法》。

③ 本书统称为《民通意见》。

《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》(以下简称《民诉法意见》)第304条从程序法的角度对如何认定“涉外民事案件”作出了明确规定,该条规定“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外国,或者诉讼标的物在外国的民事案件,为涉外民事案件”。可见,我国1988年《民通意见》与1992年《民诉法意见》对“涉外因素”的构成标准保持一致,即从民事法律关系的主体、客体、法律事实三要素考察,只要其中一个要素涉外,即属“涉外民事关系”或“涉外民事案件”。

2013年1月7日起施行的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释(一)》^①第1条规定“民事关系具有下列情形之一的,人民法院可以认定为涉外民事关系:(一)当事人一方或双方是外国公民、外国法人或者其他组织、无国籍人;(二)当事人一方或双方的经常居所地在中华人民共和国领域外;(三)标的物在中华人民共和国领域外;(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;(五)可以认定为涉外民事关系的其他情形”。结合当前的司法实践,该司法解释第1条对如何界定“涉外民事关系”进行了重新规定,对上述司法解释的内容在以下方面进行了完善:

(1)《涉外民事关系法律适用法》的一个亮点就是将“经常居所地”规定为民事法律关系主体的重要连结点,不再仅仅强调“国籍”这一连结点。因此,在涉外民事关系认定的主体方面增加“当事人一方或双方的经常居所地在中华人民共和国领域外”的规定。

(2)对于外国人,应当包括外国的自然人、法人及其他组织,司法解释采用“外国公民、外国法人或者其他组织”的表述更为贴切。

(3)将“外国”这一表述变更为“中华人民共和国领域外”。

(4)规定一个兜底式条款,“可以认定为涉外民事关系的其他情形”,以囊括实践中可能存在的其他应当被认定为涉外民事关系的情形。

此外,对于是否应当将外国国家和国际组织列入,在上述司法解释制定过程中曾引起争论。有观点认为,应当将外国国家和国际组织列为涉外民事关系主体,且目前的司法实践中的确有国际组织作为民事案件主体的情形,也有将外国国家列为被告的情形。但这不可避免地会涉及管辖豁免问题,只有在国际组织或者外国国家明确表示放弃民事案件管辖豁免权的情况下,我国法院才能对其行使管辖权。尽管正在研究制定的国家豁免法倾向于转向“相对豁免”,但我国在实践中一直主张“绝对豁免”,而非“相对豁免”,如果在该司法解释中明确将外国国家、国际组织列入,有可能被误认为我国法院已经采取了相对豁免的立场,故虽有将“外国国家或者国际组织”列入的建议,但上述司法解释未能明确予以采纳。

(三) 区际民事关系

值得注意的是,一些国家在其国际私法中讨论到外国国家(foreign country)时,其对“国家”的理解并不限于宪法或国际公法意义上的国家,还可能包括一个具有独立法律制

^① 本书统称为《涉外民事关系法律适用法司法解释一》。

度或司法管辖权的法域(jurisdiction)。如英格兰和苏格兰虽然同属于英国,但在英格兰,涉外民事法律关系既包括英格兰与法国、意大利这样的国家之间的民事关系,也包括英格兰和苏格兰这样的法域之间的民事关系。^① 此类涉及不同独立司法管辖区域的民事关系,即包含跨区因素或区际因素的民事关系可称为区际民事关系。就我国而言,在“一国两制”的情况下,内地与香港特别行政区、澳门特别行政区以及大陆与台湾地区均属于不同的法域,因此我国也面临着如何调整内地涉港、澳、台区际民事关系问题。

我国法律没有对涉港、澳、台民事关系的法律适用问题作出过规定。在《涉外民事关系法律适用法》制定过程中,有关方面也曾建议全国人大常委会对调整我国区际民事关系问题作出规定,但基于各种因素的考量,上述立法最终没有对涉港、澳、台民事关系的法律适用问题作出规定。我国司法实践中,对于涉台民事关系及其案件处理,已由法释〔2010〕19号最高人民法院《关于审理涉台民商事案件法律适用问题的规定》作出了相应规定。关于涉港、澳的民事关系,最高人民法院《涉外民事关系法律适用法司法解释一》第19条则规定:“涉及香港特别行政区、澳门特别行政区的民事关系的法律适用问题,参照适用本规定。”

(四) 法律冲突现象

在调整或处理不具有任何涉外或国际因素的一般民商事关系或案件时,各国只需要适用本国法律即可。但国际私法所调整的国际民事关系却涉及两个以上不同国家,而各国民商事实体法的具体规定又往往不相同,那么对同一国际民商事关系适用不同国家的法律显然会产生不同的处理结果。例如,一名日本籍华人在日本去世后留有一套房产,死者没有留下遗嘱,此项遗产的处置需要按照法定继承办理。根据中国法律的规定,配偶、父母、子女为第一顺序继承人,可以同时继承遗产;而根据日本法律则是子女为第一顺位继承人,父母为第二顺位继承人,可见适用中国法与适用日本法将会给继承人的切身利益造成不同的影响。

由此,在调整国际民事关系时,因各国法律规定的不同而面临着一个首要的问题就是法律选择适用问题。这种因各国实体法规定不同而引发的法律选择适用现象在国际私法领域被称为法律冲突。因此,解决法律的选择适用,即解决法律冲突也就成为国际私法的核心任务。

二、法律冲突产生的原因和条件

法律冲突的产生有其社会和法律多方面的原因和条件。从其社会原因来讲,各国国民之间的人员往来和经济交往是法律冲突存在的社会基础。如果各国国民只在本国的领域内活动,不与他国国民进行接触,就不会产生国际民事关系,也就不会产生法律冲突。除了这一社会原因外,导致法律冲突的产生还需要其他法律方面的因素和条件。

首先,各国须赋予外国人合法的民事法律地位,即各国必须承认本国人与外国人之间正常交往的合法性。这是法律冲突产生的前提条件。如果一国法律不承认外国人享有合

^① J.H.C. Morris, The Conflict of Laws[M]. Sweet & Maxwell, 3rd ed. 1984: p.2.

法的民事地位,不允许外国人参加到本国民事关系中,那么即便外国人和本国人进行交往,或者外国人之间的交往涉及本国因素,亦不存在合法的涉外民事关系可言。

其次,各国的实体法规定不同。这是法律冲突产生的必要条件。如果各国实体法的规定都一致,无论适用哪一国的法律处理国际民事关系的结果都一样,那么也就没有必要在涉及的各国法律间进行选择,自然就不会产生法律冲突。

再次,各国在一定条件下承认外国法的域外效力,即各国在本国领域内处理涉外或国际民事关系纠纷和案件时,愿意在符合一定条件的情况下承认和适用外国法。这是产生法律冲突的根本原因。从国家主权的角度来说,每个国家的立法仅在其境内有效和适用,各国并无必须承认和适用外国法律的义务。倘若各国不承认外国法的域外效力,即对在该国处理的所有国际民事关系纠纷或案件一律适用本国法律,则也不会导致法律冲突现象。但如果不承认外国法的域外效力,对涉外或国际民事关系一概排斥外国法律的适用,则不仅不利于维护本国国家和当事人的利益,反而有损正常国际民事交往。因此,出于促进本国同外国的民事交往的考虑,各国都会在一定条件下承认外国民事法律在本国的效力,进而允许在本国处理国际民事关系纠纷或案件时考虑适用外国法。

第二节 调整国际民事关系的法律方法和规范

划分法律部门除了调整对象,调整方法也是重要的区分因素。调整国际民事关系的法律方法也是界定国际私法这一法律部门时必须关注的重要因素。同时从调整方法的角度也可进一步认识国际私法的特点和性质。

一、调整国际民事关系的方法

国际民事关系是一类特殊的社会关系。各国如何规范和调整这类关系,如何确定此类关系当事人的实体权利义务呢?从理论分析的角度来看,调整国际民事关系的方法具有多样性,主要包括:

(一)直接或一律适用本国实体法的方法

此种方法的本质是在处理和调整国际民事关系时,不考虑国际民事关系与国内一般民事关系的差别,也无视国际民事纠纷案件与国内民事纠纷案件的区别,对涉外民事关系与国内民事关系不加区别地一律适用本国的民事实体法律去规范和确定当事人的权利义务。此种方法可称为“适用本国法的方法”。这种方法如果用于司法实践的话,它意味着法院在办理涉外民事案件时,其实体法的适用与国内案件不加区别,即只要是民事案件,则无论国内或涉外案件,一律适用本国民事实体法裁判。“适用本国法的方法”虽然简便,但它忽视了涉外民事关系与非涉外民事关系的区别,是不被各国通行实践采纳的方法。

(二)选择适用本国实体法或外国实体法的方法

此种方法是为国际民事关系制定出选择适用本国法或外国法的专门法律规则,然后依据此类专门法律规则选定本国或外国的实体法,最终再按照该实体法确定当事人的实

体权利和义务。其中专门用于规定如何选择本国法或外国法的规则被称为“冲突规范”“冲突规则”或“冲突法”，因此这种调整方法也可称为“制定和适用冲突规范的方法”，简称“冲突法方法”。如《涉外民事关系法律适用法》第31条规定：“法定继承，适用被继承人死亡时经常居所地法律，但不动产法定继承，适用不动产所在地法律。”该条规定就是采用冲突法方法调整涉外继承关系的典型立法。该条立法通过指出涉外法定继承关系应选择适用被继承人死亡时经常居所地国家法律（可能是本国法或外国法），最终实现对该种涉外关系的当事人实体权利义务的规范和调整。

由于这一方法首先要确定适用哪一国的实体法，再适用该实体法调整具体的国际商事关系，因此也称“间接调整法”或“两步走的方法”。间接调整法与其他法律部门所没有的，它是国际私法特有的方法，也是历史悠久的调整方法。与上述“适用本国法的方法”相比，间接调整法适应了国际民事关系与一般国内民事关系的不同，符合国际民事关系的特殊性。但其步骤较多，不能直接确定当事人的实体权利义务，也无法消除因各国法律规定的差异而造成的法律冲突。

（三）制定和适用专门实体法的方法

此种方法是专门针对国际民事关系制定出直接规定当事人权利义务的实体法律规范，然后依据此类实体法去规范和确定当事人的实体权利和义务。如《中华人民共和国中外合资经营企业法》第4条规定：“在合营企业的注册资本中，外国合营者的投资比例一般不低于百分之二十五。”这项规定就是将在中国境内设立中外合资经营企业这一涉外投资关系中双方出资方面的权益用专门实体立法直接进行规范和调整，不再需要选择适用本国或外国的其他实体法。这种调整方法也可以通过各国缔结国际条约来实现。如1980年《联合国国际货物销售合同公约》便对国际货物销售合同涉及的诸多权利义务关系作出专门具体的规定，同时该公约要求缔约国对营业地在不同缔约国的当事人之间所订立的货物销售合同（除非当事人另有不同约定）应直接适用该公约中的专门规定。

由于该方法直接调整规范当事人的权利义务，无须在各国的法律之间进行选择，因此相对于上述“冲突法方法”，这种制定和适用专门实体法的方法可称为“实体法方法”，或“直接调整法”、“一步到位的方法”。这种方法的优点在于简便快捷，避免法律选择造成的两步走，可直接一步到位，确定当事人的权利义务。但由于该类国内立法和国际条约范围有限，不可能就所有的国际民事关系都直接在国内法或国际条约中进行专门实体规定，因此该种调整方法的作用具有局限性。

二、调整国际民事关系的法律规范

如前所述，由于国际民事关系与其他法律部门所调整的社会关系有着不同的特点，使得调整国际民事关系的法律方法具有多样性和特殊性，进而促使各国在立法和条约中调整国际民事关系的法律规范也呈现出多元化的特点。也就是说，国际民事关系的特殊性决定了其法律调整方法的多样性，而调整方法的多样性进一步决定了与调整方法相对应的法律规范的多元化。调整国际民事关系首先需要确认外国当事人的民事法律地位，其次还需要通过直接调整法或间接调整法确定当事人的实体权利。此外，国际民事关系纠纷或案件的解决还需要一套与国内案件不同的国际民事诉讼程序或仲裁程序。因此，通

常可以将调整国际民事关系或与调整国际民事关系相关的法律规范分为以下四类,即用于确定外国人民事法律地位的规范、通过直接调整法或间接调整法确定当事人的实体权利的冲突规范和实体规范以及与解决国际民事关系纠纷程序有关的国际民事诉讼和国际商事仲裁程序规范。

(一)外国人民事法律地位规范

该规范也称“外国人民事主体资格规范”,是指用以承认和规定外国人民事主体地位的法律规范(外国民事主体的法律待遇规定)。如前所述,承认外国人的民商事法律地位是产生国际民事法律关系和法律冲突的前提,因此,外国人民事法律地位规范属于调整国际民事关系的基础性法律规范,这类规范决定着国际民事关系的广度和深度。该规范主要包括外国人在国际(涉外)民事关系实体和程序两方面的主体地位的规定,一般分散在国内立法和国际条约中。如《民法通则》第8条第2款规定:“本法关于公民的规定,适用于在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。”2012年《民事诉讼法》第5条规定:“外国人、无国籍人、外国企业和组织在人民法院起诉、应诉,同中华人民共和国公民、法人和其他组织有同等的诉讼权利义务。”1883年《保护工业产权巴黎公约》第3条规定:“非本联盟成员国的国民,凡在本联盟一个成员国的领土内有住所或有真实、有效的工商业、农业的,都应享有与本联盟成员国国民同样的待遇。”

(二)冲突规范

冲突规范也称“法律适用规范”、“法律选择规范”、“冲突规则”或“抵触规则”,是指用以规定国际民事关系应适用何国法律调整的法律规范。由于法律冲突现象,即因法律抵触而产生的法律选择适用在国际民事关系领域普遍存在,而冲突规范就是专门解决法律选择适用的特殊法律规范,所以冲突规范是调整国际民事关系领域特有的和常用的规范。从调整方法来看,冲突规范是调整国际民事关系时的间接调整法的产物,即凡是通过间接调整法制定的调整国际民事关系的法律规范就属于冲突规范。根据冲突规范的法律渊源即其立法表现形式不同,可进一步将冲突规范分为“一般冲突规范”和“统一冲突规范”,前者指通过各国国内立法制定的冲突规范,如我国《涉外民事关系法律适用法》第27条规定“诉讼离婚,适用法院地法律”。后者指各国通过缔结国际条约达成的对各缔约国统一适用的冲突规范,如1973年《关于扶养义务法律适用的海牙公约》第4条规定:“被扶养人的惯常居住地法适用于第1条所规定的扶养关系。”

(三)实体规范

实体规范是指直接规定国际民事关系主体实体权利义务的法律规范。根据实体规范的法律渊源即其立法表现形式不同,可进一步将实体规范分为通过国内立法制定的“国内法专用实体规范”和国际条约或国际惯例中的“统一实体规范”。从调整方法来看,实体规范是调整国际民事关系时的直接调整法的产物,即凡是通过直接调整法制定的调整国际民事关系的法律规范就属于实体规范。作为采用直接调整法的法律规范,实体规范对国际民事关系当事人最终权利义务确定直接简便,避免了因法律选择适用而造成的法律冲突现象。但由于实体规范的数量和覆盖的调整范围有限,其不可能完全代替冲突规范,从而与冲突规范形成了共存、互补的关系。如1980年《联合国国际货物销售合同公约》虽

然属于统一实体规范,但其第7条第2款规定:“凡本公约未明确解决的属于本公约范围的问题,应按照本公约所依据的一般原则来解决,在没有一般原则的情况下,则应按照国际私法规定适用的法律来解决。”该条文中的“国际私法规定”指的就是冲突规范。

(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在此简称为“程序规范”,是指规定国际(涉外)民商事诉讼或仲裁活动中当事人及法院、仲裁机构等在程序方面的权利义务的法律规范。程序规范实际上并不直接或间接地调整国际民事关系主体的实体权利义务,其实质是调整和规范国际民事诉讼和国际商事仲裁关系的法律规范,它规定的只是国际民事诉讼和国际商事仲裁活动中的当事人及其司法仲裁机构在程序方面的权利义务关系。但由于程序规范与其他三类规范的关系密不可分,尤其是在解决因国际民事关系引发的纠纷案件时,没有程序规范的保障,其他三种法律规范的适用和作用都无法实现。如果将调整规范国际民事关系的法律规范体系比作一台电脑的话,程序规范与其他三类规范的关系就相当于电脑中的软件和硬件关系;同样,如果将调整规范国际民事关系的法律规范体系比作一台机器的话,其他规范就相当于机器的部件,而程序规范则是机器的操作规程。正因为程序规范与实体规范和冲突规范等有如此密切的关联,所以程序规范被视为与调整国际民事关系相关的法律规范,即通过操作诉讼/仲裁程序规范来运用其他规范。许多国家的立法中都设有专门的国际民事诉讼和国际商事仲裁程序,如2012年我国《民事诉讼法》第四编为“涉外民事诉讼程序的特别规定”,我国《仲裁法》第七章为“涉外仲裁的特别规定”。

第三节 国际私法的范围和定义

一、国际私法的范围

国际私法的范围是指国际私法由调整国际民事关系的哪些法律规范组成。前面已经提到,国际私法调整的是国际民事关系,那么是否可以认为凡是调整国际民事关系的或与此有关的各类法律规范都属于国际私法的范畴呢?对此学界有着不同的主张。

(一) “小”国际私法派

这一派的学者认为国际私法仅限于解决法律冲突问题,其并不直接调整国际民事法律关系,至于外国人的民事法律地位属于实体法部分,不应包括在国际私法的范围之内,因此,该派主张国际私法只包括一种规范,即冲突规范。日本、德国学者多持这种观点。这种观点实际上认为国际私法的范围只应包括本章前面提到的调整国际民事关系的四类法律规范中的冲突规范这一类,国际私法是由调整国际民事关系的冲突规范组成的一个专门的法律部门。持此类观点者,通常将国际私法直接称作冲突法(conflict of laws)。

(二) “中”国际私法派

这一派的学者主张国际私法的任务是指导法院如何处理国际民事案件,国际私法只

解决三个问题:第一个问题是一国法院在什么情况下对一个涉外案件有管辖权;第二个问题是一国法院在确定自己对某一涉外案件有管辖权后,应决定适用何种法律来确定当事人的权利和义务;第三个问题是在什么条件下承认和执行外国法院判决,^①因此国际私法应包括涉及管辖权和外国判决相互承认执行在内的程序规范和冲突法规范。这种观点实际上认为国际私法的范围应包括本章前面提到的调整国际民事关系的四类法律规范中的冲突规范和程序规范两类。英国、美国等普通法系国家的学者多持此种观点。

(三)“大”国际私法派

这一派学者认为凡调整国际(涉外)民事关系的法律规范都属于国际私法,即国际私法应包括以上所说的四种规范——程序规范、外国人民事法律地位规范、冲突法规范和实体规范。苏联和东欧以及我国一些学者持此类观点。

国际私法的范围在我国学界历来存在争议,争议焦点主要在于是否将实体规范尤其是统一实体规范纳入国际私法的范畴。从理论角度来看,实体规范和统一实体法都具有调整国际民事关系的功能,可以纳入国际私法的范围,但从国际私法的历史传统和人们的习惯认识来看,冲突规范始终是国际私法领域最具特色和不可分割的组成部分。随着实体规范和统一实体法的涵盖领域和数量的增长,其逐步从国际私法中分离出来,并在法律部门和法律学科发展方面产生出诸如国际贸易法、海商法、国际金融法、国际投资法等独立分支,故不宜再将这些实体规范和统一实体法“大而全”地囊括在一个宏大的国际私法体系之内。

二、国际私法的定义

不同部门法进行划分和定义的依据主要在于其调整对象、调整方法和法律规范的范围。基于对上述问题的不同认识,研究者也从各自的角度对国际私法作出了定义,如“国际私法是调整涉外民事法律关系的法律部门”^②;“国际私法是指在世界各国民法和商法互相歧异的情况下,对含有涉外因素的民法关系,解决应当适用哪国法律的法律”^③;“国际私法是以涉外民事关系为调整对象,以解决法律冲突为中心任务,以冲突规范为最基本的规范,同时包括规定外国人民事法律地位的规范、避免或消除法律冲突的统一实体规范以及国际民事诉讼与仲裁程序在内的一个独立的法律部门”^④。

根据本书前面章节的论述,我们将国际私法的概念定义如下:国际私法是以国际(涉外)民事关系作为调整对象,以间接调整方法解决法律冲突为主要目的,并由冲突规范、程序规范以及外国人民事法律地位规范组成的法律规范体系,是一个独立的法律部门。

关于国际私法的名称^⑤,总体而言,英美国家用“Conflict of Law”来指称国际私法学科,而欧陆学者使用“Private International Law”(PIL)的说法。在《朗文法律词典》“In-

① J.G.Collier,冲突法(导读本)[M].郭玉军,译.北京:中国人民大学出版社,2005:1.

② 韩德培,国际私法[M].武汉:武汉大学出版社,1989:8.

③ 郭宇昭,中国大百科全书·法学[Z].北京:中国大百科全书出版社,1984:228.

④ 李双元,国际私法(冲突法篇)[M].武汉:武汉大学出版社,2001:53.

⑤ 屈广清,国际私法专论[M].北京:法律出版社,2006:10-14.