

国际私法学

*Science of Private
International Law*

顾海波 著



東北大學出版社
Northeastern University Press

由东北大学资助出版

国际私法学

顾海波 著

东北大学出版社

• 沈 阳 •

© 顾海波 2009

图书在版编目 (CIP) 数据

国际私法学 / 顾海波著. — 沈阳: 东北大学出版社, 2009.12

ISBN 978-7-81102-780-8

I. 国… II. 顾… 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 (2009) 第 239610 号

出 版 者: 东北大学出版社

地址: 沈阳市和平区文化路 3 号巷 11 号

邮编: 110004

电话: 024—83687331 (市场部) 83680267 (社务室)

传真: 024—83680180 (市场部) 83680265 (社务室)

E-mail: neuph @ neupress.com

http: // www. neupress. com

印 刷 者: 沈阳市第六印刷厂书画彩印中心

发 行 者: 东北大学出版社

幅面尺寸: 170mm × 228mm

印 张: 30.75

字 数: 602 千字

出版时间: 2009 年 12 月第 1 版

印刷时间: 2009 年 12 月第 1 次印刷

责任编辑: 孙 锋 刘乃义

责任校对: 潘佳宁

封面设计: 唐敏智

责任出版: 杨华宁

ISBN 978-7-81102-780-8

定 价: 39.00 元

前 言

国际私法是产生于 13、14 世纪的古老法律部门，不过，一直以来，学说法是其主要表现形式。19 世纪，资本主义生产方式蔓延，贸易、投资国际化和立法大量出现，制定法成为调整国际或涉外民商事关系的国际私法的主要渊源。

第二次世界大战之后，尤其是 20 世纪 70 年代以来，全球化不断地扩展和深入，国际经济贸易关系和科学技术合作越来越密切，各国之间人员往来越来越频繁，随之而至的国际或涉外民商事纠纷也日益增多。在这种背景下，解决国际或涉外民商事关系中的法律冲突、处理国际或涉外民商事纠纷的国际私法的地位与作用也就更加突出和重要，国际私法进入快速发展时期。

近 30 年内，已有数十个国家或地区相继制定了自己的国际私法法规。一个接一个的国家或地区高举创新大旗，对自己的国际私法进行大刀阔斧的改革。它们当中既有来自传统大陆法系的国家和地区，也有来自英美法系的国家和地区；既有来自社会主义法系或受前社会主义法系影响的国家，也有来自受大陆法系与英美法系双重影响的地区，一些受伊斯兰教法律传统影响的国家或地区，也加入到这一潮流中来。这些具有不同法律传统的国家或地区参加到国际私法的改革浪潮中来，使国际私法呈现出多元化发展趋势。与此同时，国际私法的国际立法也取得了前所未有的进展和成就。

中国虽是世界上最早出现具有国际私法性质的条文的国家，但封建法制的一脉相承、长期以来的闭关锁国以及内向型经济的巨大影响致使中国的国际私法一直没有发展起来。

对外开放，市场化改革，加入 WTO，港澳回归，台海两岸关系缓和，使得中国同世界各国、大陆与港澳台地区的经济贸易联系、科学技术合作与人员交往愈来愈增多和加深。这对中国国际私法的立法与实践提出了更高的要求。改革开放 30 年来，中国的国际私法尽管有了很大的进步，但中国至今还没有国际私法法典或单行法规，许多立法规定仍不完备或存在空白，还有待于进一步补充、完善和大力发展。

国际私法学是以国际私法为研究对象的法学部门，它与国际私法一样悠久。从历史上看，国际私法的每一次前进乃至革命性变化，无不是国际私法学理论引导与推动的结果。当前，中国的国际私法学，担负着总结中国国际私法

的以往经验，借鉴国外国际私法的新理论和新做法，直接促进中国国际私法立法与司法水平提高，进而间接保障国际或涉外民商事关系稳定和顺畅发展的使命与价值。

教材或著作是国际私法学的载体。为了培养适应社会主义市场经济发展和对外开放需要的国际或涉外法律人才，国内外的形势都要求中国有一些反映国际私法新特征和新趋势的国际私法学教材与著作出现。

本书是东北大学立项建设，主要是作为高等学校法学本科专业理论课“国际私法学”的著作性教材。基于这种定位，本书在撰写过程中，力图遵循以下原则：一是紧密联系中国实际，以中国的现行立法、司法解释和理论为主体，每一章均有涉及中国国际私法的内容，第六、七、九、十一、十二、十三、十四章中还都特设一节探讨中国国际私法问题，第十六章更是专门阐释和评介中国区际法律冲突与区际私法；二是广泛借鉴和吸收国外现有国际私法学研究成果，比较域外先进立法、司法实践，20世纪后10年乃至21世纪初国外国际私法的最新发展变化在本书中也得到了较好的反映；三是跟踪和反映国际私法学科的最新进展，深入研讨国际私法学的重要理论问题，系统地阐明了国际私法的基本原理，从而把握本学科的理论实务发展趋势。

本教材的出版，得到东北大学教务处和文法学院的大力支持。

东北大学出版社孙锋编辑为本教材的出版作了很多工作，特此致谢！

尽管作者付出了很大努力，但遗漏、不妥或错误之处在所难免，尚祈读者批评指正。

作 者

2009年10月9日

目 录

第一章 国际私法概述	1
第一节 国际私法的调整对象及方法	1
第二节 国际私法的范围与定义	8
第三节 国际私法的渊源	11
第四节 国际私法的基本原则	17
第五节 国际私法学	20
第二章 国际私法史	28
第一节 国际私法学说史	28
第二节 国际私法立法史	38
第三节 中国国际私法史	46
第三章 国际私法关系的主体	52
第一节 外国人的民事法律地位	52
第二节 自然人	58
第三节 法人	65
第四节 国家	71
第五节 国际组织	78
第四章 冲突规范与准据法	81
第一节 冲突规范	81
第二节 系属公式	87
第三节 冲突规范中的连结点	89
第四节 准据法及其确定	97

第五章 冲突规范适用中的制度	104
第一节 识别.....	104
第二节 反致.....	110
第三节 公共秩序保留.....	117
第四节 法律规避.....	124
第五节 外国法内容的查明.....	128
第六章 民事能力的法律适用	134
第一节 自然人的权利能力	134
第二节 自然人的行为能力	140
第三节 法人的权利能力和行为能力	146
第四节 中国关于民事能力法律适用的规定	149
第七章 物权的法律适用	154
第一节 物权的法律冲突.....	154
第二节 物之所在地法原则.....	156
第三节 中国关于物权法律适用的规定.....	163
第四节 国有化及其补偿问题.....	165
第八章 知识产权的法律适用	171
第一节 专利权.....	171
第二节 商标权.....	176
第三节 著作权.....	179
第九章 合同的法律适用	183
第一节 合同法律适用的理论.....	183
第二节 合同的法律适用原则.....	187
第三节 中国关于合同法律适用的立法和实践.....	197
第十章 商事关系的法律适用	202
第一节 国际货物买卖合同.....	202
第二节 国际海上货物运输合同.....	211
第三节 国际货物运输保险合同.....	216

第四节	国际代理	221
第五节	国际信托	228
第六节	国际破产	237
第七节	国际票据	244
第十一章	侵权行为、不当得利和无因管理的法律适用	254
第一节	一般侵权行为	254
第二节	特殊侵权行为	263
第三节	中国关于侵权行为法律适用的立法与实践	276
第四节	不当得利和无因管理	281
第十二章	婚姻家庭的法律适用	287
第一节	结 婚	287
第二节	离 婚	293
第三节	夫妻关系	298
第四节	父母子女关系	305
第五节	收养、扶养与监护	310
第六节	中国关于婚姻家庭法律适用的立法与实践	319
第十三章	继承的法律适用	326
第一节	法定继承	326
第二节	遗嘱继承	332
第三节	无人继承财产的法律适用	337
第四节	关于继承的国际公约	341
第五节	中国关于继承法律适用的立法和实践	346
第十四章	国际民事诉讼程序	351
第一节	概 述	351
第二节	外国人的民事诉讼地位	354
第三节	国际民事诉讼管辖权	359
第四节	国际民事司法协助——域外送达与域外取证	375
第五节	国际民事司法协助——外国法院判决的承认与执行	385
第六节	中国国际民事诉讼立法与实践	392

第十五章	国际商事仲裁	404
第一节	国际商事仲裁概述.....	404
第二节	国际商事仲裁协议.....	416
第三节	国际商事仲裁程序.....	425
第四节	国际商事仲裁裁决的撤销.....	435
第五节	国际商事仲裁裁决的承认与执行.....	439
第十六章	中国区际法律冲突与区际私法	452
第一节	区际法律冲突概述.....	452
第二节	中国的区际法律冲突与区际冲突法.....	458
第三节	中国的区际民事司法协助.....	466
参考文献		478

第一章 国际私法概述

国际私法 (Private International Law) 是调整国际或涉外民事关系的一个独立的法律部门, 也是现代法学的一个最古老的法律学科。它对推动和促进不同国家或地区之间的民商事交往, 维护国际间的正常民事、经济秩序起着十分重要的作用。19 世纪末 20 世纪初, 尤其是第二次世界大战以后, 鉴于国际民事、经济关系的发展日新月异, 各国国际私法立法及有关的国际条约大量出现, 已成为国内外国际私法学界十分关注的理论问题, 也是世界各国和国际组织普遍关心的实践问题。对于这些问题, 特别是对国际私法的对象、方法、范围、渊源、性质、定义和基本原则等重大理论问题, 古今中外的国际私法学者们提出了各种不同的主张。本章就上述问题进行研究, 为学习以后各章内容奠定一个坚实的基础。

第一节 国际私法的调整对象及方法

一、国际私法调整对象是国际或涉外民事关系

国际私法是国际民事、经济关系发展到一定时期的产物。它是以国际民事关系作为调整对象的一个独立的法律部门。国际民事关系, 从一个国家的角度来说, 就是涉外民事关系。对何为涉外民事关系, 中国最高人民法院 1988 年《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)》第 178 条作了以下解释: “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。”可见, 涉外民事关系是指在民事关系的主体、客体和权利义务据以发生的法律事实诸因素中有一个乃至一个以上国际因素、涉外因素或外国因素 (foreign elements) 的民事关系。具体表现为以下几点。

(1) 作为民事关系主体的一方或双方是外国自然人或法人, 或无国籍人, 有时也可以是国家或国际组织。例如, 一个日本女子在中国留学期间与一个中国男子结婚; 巴拿马籍集装箱船由深圳盐田港驶往新加坡途中, 在珠江口担杆岛东北约 11 海里与德国籍集装箱船碰撞, 导致两船船身破损, 有重油溢出,

发生海上侵权案件；新加坡某人持有中国某上市公司的股票等。

(2) 作为民事关系的客体或标的是位于外国的物、财产，或需要在国外完成的行为。例如，中国公民甲继承其父遗留在韩国的遗产；中国某建筑公司承包了巴基斯坦的一个体育馆的建设工程；中国某石油公司收购一尼日利亚石油公司；中国某航空公司租用了一架美国客机。

(3) 作为民事关系的内容的权利和义务据以产生的法律事实发生在国外。例如，一对中国留学生在俄罗斯登记结婚；中国某演艺团体到美国巡演，外出时遇车祸，一演员受伤；中国某外贸公司与一法国酒业公司在法国缔结一份购买法国葡萄酒的合同；某外国法院或仲裁机构作出一判决或裁决，该案当事人申请中国某中级人民法院承认和执行该判决或裁决。

应指出的是，国际私法上所称的涉外民事关系是从广义上讲的，实际上是指涉外民商事关系，且法学界经常将其与国际或涉外民事法律关系以及国际或涉外民商事法律关系这些术语通用。它既包括涉外物权关系、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，也包括涉外公司法关系、涉外票据法关系、涉外海商法关系、涉外保险法关系和涉外破产法关系等^①。不过，在中国国际私法立法上，则只采用“涉外民事关系”这一提法，如《民法通则》第八章及其司法解释、《民法（草案）》第九编就是如此。

国际私法上讲的国际因素、涉外因素或外国因素中的“国际”“涉外”或“外国”（foreign），也应该作广义的理解。如联邦制或单一制国家中的各个拥有不同民商法体系的组成单元也包括在内。英国的法律冲突法所称的 foreign，就把苏格兰与北爱尔兰也是当作德国、法国等外国一样看待的^②。美国《冲突法重述》中的“涉外因素”既指涉及外国，也指涉及外州，且首先或更多的是指后者。中国现阶段对于涉及台湾、香港、澳门地区的民事关系，也都主张准予适用国际私法上的有关制度。所以，国际私法所称含有“国际”“涉外”或“外国”因素，实际上也包括含有“其他法域的因素”的意思。

法院在处理含有多国因素的民事案件时，如果所涉各国民、商法的规定是相同的，适用其中任一国的法律，都只会得出相同的判决结果，也就谈不上要进行法律选择了。但实际上各国民、商法规定千差万别，常常在处理同一问题时，依一国的法律，可能认为已经成立一个有效的民商事法律关系，而依另一国的法律，却会认为它还不能有效成立；或者依一国的法律，当事人甲应承担这样的法律责任，而依另一国的法律，却应承担那样的法律责任或不负法律

^① 韩德培. 国际私法 [M]. (修订本). 武汉: 武汉大学出版社, 1989: 3.

^② Lawrence Collins. Dicey and Morris on the Conflict of Laws [J]. Sweet & Maxwell, 2000, 13: 3, 28.

责任。这时,究竟应依哪一国家的法律来作出判决呢?这就发生通常所讲的法律冲突或法律抵触的问题。国际私法在许多国家被称为“法律冲突法”或“冲突法”,就是因为它主要是解决在处理涉外民事关系时发生的法律冲突问题的。

在处理涉外民事关系时,因所涉各国的立法不同,在许多问题上都会发生法律冲突,从而需要作出法律选择。例如,在法律涉及人的民事身份或能力问题时,会提出究竟应适用当事人的本国法,还是其住所地法或其为法律行为的行为地法的问题;在法律涉及物权关系时,会提出究竟适用物之所在地国的法律,还是应适用物的所有人的本国法、住所地法或物权行为的行为地法;在法律适用涉及合同的成立与效力的问题时,会提出究竟应适用合同缔结地法,还是适用合同履行地法、当事人的本国法、住所地法或其他可以适用的法律的问题;在法律适用涉及侵权行为责任时,会提出究竟应适用加害行为地法,还是损害结果发生地法、受害人的本国法、住所地法或其他可以适用的法律的问题;在法律适用涉及仲裁或诉讼程序方面的问题时,会提出究竟是否只应适用仲裁机构或法院所在地法律的问题,等等。国际私法便是回应并解决这些问题的法律部门。

二、涉外民事关系中法律冲突产生的原因

从法理学上讲,法律冲突是一个普遍存在的社会现象,既有不同法律部门或领域之间的冲突,如公法与私法之间的冲突,立法、司法和守法之间的冲突,也有不同层次的法律冲突,如国际法与国内法之间的冲突,宪法与部门法之间的冲突。但这些冲突并非国际私法学研究的内容。

国际私法学上所讲的法律冲突,也称国际民事法律冲突,是指由于与同一国际或涉外民事关系有联系的几个国家或地区的立法不同所引起的法律选择或法律适用上的一种矛盾状态。

一般认为,在处理涉外民事关系时之所以会产生法律选择或法律适用上的冲突,有以下四个方面的原因。

一是所涉各国民法上的规定不同。法律不是自决定的,而是被决定的。由于世界各国经济、社会、政治状况以及文化传统、伦理道德、风俗习惯乃至地理、气候等自然条件的不同,其民事立法千差万别。正是由于这种差别,对同一国际民事关系,往往因适用不同国家或地区的法律而产生不同的结果,这便提出应适用何国法律来确定当事人的具体权利义务问题。

二是各国在现实生活中发生大量含有涉外因素的民事关系。民商事交往是人类生存和发展的基础。事实上,很早以前国际民商事交往就已经开始了,但假设没有国际民商事往来或很少往来,尽管各国民事立法互不相同,若各国处

于同一国际平面上的静止状态, 国际民事法律冲突也无从产生。

三是各国承认外国人在内国的民事法律地位。赋予外国人民事法律地位是国际民事交往得以正常进行的重要条件。在实际生活中, 凡在内国不允许外国人享有某项民事权利时, 也就不会出现外国人作为主体的民商事关系, 如改革开放之前, 中国未赋予外国人在华投资的主体资格, 在投资领域便不会产生涉外法律关系, 当然不会产生民事法律冲突。相反, 若外国人在内国居于凌驾内国人之上的特权地位, 也无民事法律冲突可言。

四是各国为了发展对外民商事关系, 必须承认内外国法律的平等, 亦即有必要在一定范围内承认所涉外国法的域外效力。

就上述产生法律冲突的原因来看, 含有涉外因素的民事关系的大量发生和所涉各国民法上的规定不同, 只是提供了产生法律冲突的客观可能性, 而要使这种可能性成为现实, 还必须具有后两个条件。否则, 即令在当今世界上, 在各国不赋予外国人平等的民事权利地位的领域, 或在主权国家出于重大利益与安全上的考虑而不承认外国法的域外效力的社会关系中, 仍然不会产生法律冲突和法律选择问题。

在处理涉外民事争议的过程中, 应于必要时承认外国法的域外效力并适用外国法, 主要是由于国际经济交往在现今所有各国的经济生活中, 都已占有极为重要的地位, 为了发展平等互利的经济关系, 他们彼此之间都迫切希望依自己的法律设定的某些权利义务关系能够得到对方承认与保护。何况国际私法关系是一种含有外国因素的社会关系, 它的这一本质特征是不能被忽视而把它当作纯国内关系去对待和处理的。对于一个国际私法关系或涉外民法关系来说, 其成立往往在一个国家, 而争议的发生或诉讼的提起往往在另一个国家, 并且当事人常常不能预料他们在甲国成立的法律关系, 竟会在一个与该关系毫无所涉的乙国法院争讼, 在当事人投诉的法院纯属偶然的情况下, 要求一概只适用法院的内国法, 也是不公正的。如果这样, 便会引起当事人去挑选法院 (forum shopping), 寻求一个其所适用的法律有利于自己的国家的法院去诉讼, 这就会引起国际私法关系中法律秩序的混乱, 就会有害于国际民事法律秩序的安全。因此, 在处理国际私法关系时, 承认外国法的域外效力, 是必要和合理的。

然而, 值得强调的是, 上述谈及的四个方面原因仅仅是给法律冲突的产生提供了必要的土壤和环境, 并不是说凡具备了上述四个方面因素, 国际或涉外民事关系就必然会有法律冲突。如前所述, 法律冲突实际就是法律选择或法律适用的问题, 因此, 如果在某个具体的法律关系中, 双方当事人均忠实履行各自的义务直至法律关系圆满结束, 整个过程中没有出现任何纠纷, 就不可能面

临选择哪个国家的法律来解决他们之间的纠纷的问题。难怪有西方学者认为,法律冲突实际是困扰法官(含仲裁员)的一个问题^①。

涉外民事关系中的法律冲突主要表现在不同国家之间的法律冲突,即国际法律冲突。除此之外,还有区际法律冲突、人际法律冲突以及时际法律冲突。

三、涉外民事关系中法律冲突的实质

由于各国民商法规定的不同,加上内国法院在处理涉外民事关系时,又承认外国民商法的域外效力,这就产生了法律适用上的冲突。国内一些学者曾正确地指出,这种法律适用上的冲突,实质上就是“外国法律的域外效力与内国法律的域内效力,或内国法律的域外效力与外国法律的域内效力之间的冲突”^②。所谓法律的域内效力,是指一国法律所具有的及于其管辖领土内一切人、物和行为的效力,它主要表现了国家的属地优越权。而所谓法律的域外效力,则是一国法律在制定者管辖领土以外尚能发生的效力,它常常体现为国家的属人优越权。国家在行使自己的属人优越权时会与他国的属地优越权发生抵触,或者国家在行使自己的属地优越权时会与他国的属人优越权发生抵触。例如,一个住所位于美国而拥有法国国籍的人,要进行某项民事活动,其进行该项民事活动的民事能力问题到底应依哪国法来解决?从国家属地优越权的角度,该人的属人法为其住所地法,民事能力应适用美国法;而从国家属人优越权的角度,该人的属人法为其国籍国法,民事能力应适用法国法。这样,在解决该人的民事能力问题上,便发生了法国法的域外效力与美国法的域内效力之间的冲突。其他诸如国际或涉外物权、知识产权、合同、侵权行为、不当得利、无因管理、婚姻家庭、继承、公司、票据、保险、破产、海事海商关系等方面或领域,同样会发生一国法律的域外效力与另一国法律的域内效力之间的冲突。可见,在处理国际私法关系时,体现主权权力的属地优越权与属人优越权,实际上是一个矛盾统一体的两个不同方面。在国家要对其在外国领域内的公民行使属人优越权时,必然要受到他国属地优越权的制约或限制。而国家在行使其属地优越权时,也会受到他国属人优越权的制约或抵制。所以,各国在行使自己的属地优越权或属人优越权时,出于发展正常国际民事关系的需要,往往自愿通过国内法中的特别规定,或者通过国际条约而加以适当的限制。其中最普遍可见的便是通过国内立法或国际立法中的冲突规范,规定在什么条件下可以适用外国法,在什么条件下可以承认外国法以及外国法院判决或仲裁机构裁决的域外效力。

① 赵相林. 国际私法 [M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2007: 9.

② 姚壮, 任继圣. 国际私法基础 [M]. 北京: 中国社会科学出版社, 1981: 22.

四、国际私法调整涉外民事关系的方法

法律调整的方法,包括直接调整方法和间接调整方法。其他法律部门的调整方法,都是直接调整的方法,即通过实体法的直接规定,来确定当事人的权利义务关系,只有国际私法,迄今为止采用的主要是间接调整方法。但是,直接调整方法也是不可或缺的调整涉外民事关系的重要方法,而且,这种调整方法更符合国际民商事关系发展的客观需要。随着实体法在国际范围内的广泛统一,直接调整方法将逐步替代间接调整方法,成为国际私法调整涉外民事关系的主要方法。

(一) 间接调整方法(冲突法的方法)

间接调整方法,亦即冲突法调整方法,是指在国内立法或国际条约中,制定冲突规范,通过该种规范的指引,适用某国实体法或国际统一实体法作为处理当事人间权利义务关系的准据法,根据该准据法的规定,确定当事人间的权利义务关系。这种方法之所以被称为间接调整方法,是因为它不是用直接规定当事人间权利义务关系的实体法来确定当事人间的权利义务关系,而是通过冲突规范援引某国实体法来确定当事人的权利义务关系,冲突规范本身不能确定当事人的权利义务关系,而只起一个“援引”某国法的作用。例如,1986年中国《民法通则》第144条规定:“不动产的所有权,适用不动产所在地法”。这条冲突规范本身不能确定不动产的所有权,必须找到不动产所在地国家的实体法,才能最终确定该不动产的所有权关系。目前,国际私法的主要规范或核心规范是冲突规范,其调整范围涉及人的能力、所有权、其他物权、合同、侵权行为的损害赔偿、不当得利、无因管理、结婚、离婚、扶养、继承、公司、票据、破产、海事海商等民商事关系领域,所以,国际私法调整的方法,也主要是间接调整的方法。

在今天,由于国家之间关系的发展,出现了一些调整国际民事关系的国际条约。不过,由于条约的局限性,虽不能说冲突规范是解决涉外民事关系中法律冲突问题的最佳方法,但其在调整涉外民事关系中仍然起着最重要的作用。而且只要世界上还有国家存在,只要各个国家的法律还没有完全一致,就还需要利用冲突规范来调整涉外民事关系。

但是,冲突规范对涉外民事关系的间接调整,也有明显的局限性,可能影响结果的确定性、可预见性和一致性。一方面,它无法像实体法那样使当事人明确地预见其行为的法律后果。因为冲突规范仅规定了法律选择原则,而没有规定当事人的具体权利与义务。当事人的具体权利与义务还必须依据冲突规范所指引的实体法来确定。另一方面,冲突规范在适用过程中,要受到反致、法

律规避、公共秩序保留、外国法内容的查明等一系列法律制度的限制，从而削弱了冲突规范的效力，使冲突规范最初指引的法律得不到适用，而适用了一个别国的法律，从而可能导致不同甚至相反的判决结果。

当然，晚近各国国际私法立法和有关国际条约，均更加强调和注重法律选择的结果的确定性、可预见性和一致性，并始终致力于使其最大程度地得以实现。

（二）直接调整方法（实体法的方法）

直接调整方法，亦即实体法调整方法，是指在国内法、国际条约或国际惯例中，制定或认可直接规定当事人的权利与义务的实体规范，适用该种规范来直接确定涉外民事关系当事人间的权利义务关系。例如，1980年《联合国国际货物买卖合同公约》就是一个直接规定国际货物买卖合同当事人的权利与义务的实体法公约。用这个公约的实体规范来直接调整国际货物买卖合同当事人的权利与义务关系，就是采用国际私法上所讲的直接调整方法。

但是，实体规范对涉外民事关系的直接调整，也有一定的局限性。一是国际实体法条约的运用仅限于缔约国之间，非缔约国的当事人不受其约束（至今还没有一个世界上所有国家都参加的国际条约）。二是有些国际条约适用于某一民商关系的某个方面，而在这种民商关系的其他方面，仍必须利用冲突规范来调整。如《联合国国际货物买卖合同公约》仅适用于合同的订立、卖方和买方的义务、违约责任及其补救措施等方面，而证券、飞机、船舶、电力等的买卖以及当事人的缔约能力、合同的效力、合同对所有权的影响、货物对人身造成的伤亡或损害的产品责任问题等，均不受该公约的调整，仍然要运用冲突规范进行间接调整。三是有些国际条约允许缔约国当事人排除适用，国际惯例则必须在当事人选择后才能适用，这就减弱了国际条约和惯例在调整涉外民商关系中的效力与作用。例如，1980年《联合国国际货物买卖合同公约》第6条规定：“双方当事人可以不适用本公约，或在第12条的条件下，减损本公约的任何规定或改变其效力”。四是在缔约国对条约中的实体规范声明保留时，在保留的问题上，声明保留的缔约国和非声明保留的缔约国之间的法律冲突仍要靠冲突规范来解决^①。

间接调整和直接调整都是为了解决涉外民事关系中的法律冲突，但是它们的方法不同，所运用的法律规范也不同。在调整同一个涉外民商关系时，只能使用其中一种，不能同时使用。在一般情况下，有统一实体规范可以被适用时，就要适用统一实体规范，只有在没有统一实体规范可适用时，才适用冲突

^① 赵相林. 国际私法 [M]. 4版. 北京: 中国政法大学出版社, 2007: 7.

规范。由此可见,在调整某一涉外民商关系时,两者是互相排斥的;但就解决涉外民事关系中的法律冲突来讲,两者又是相辅相成的。

第二节 国际私法的范围与定义

一、国际私法的范围

国际私法的范围问题,就是国际私法包括哪些规范,包括什么内容的问题。在这个问题上,国内外历来都存在着争论,学者们对此有各种不同的观点,各国在立法和司法实践中对此亦有不同的主张。

德国和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,国际私法的全部任务或主要目的是解决在涉外民事关系中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,国际私法仅包括调整涉外民事关系的冲突规范或法律适用规范^①。

英美法系国家的学者大多主张国际私法就是冲突法。他们认为,国际私法只解决三个问题:第一个问题是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,应决定适用哪一个国家的法律来确定当事人的权利与义务;第三个问题是在什么条件下承认和执行外国法院的判决^②。因此,国际私法的范围是由如下三种规范组成的,即对涉外案件的管辖权规范、冲突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多数认为国际私法包括国籍规范、外国人的法律地位规范、法律适用规范以及有关涉外民事案件的管辖权规范等^③。他们认为,外国人的法律地位和国籍是涉外民事关系产生的前提,也是确定当事人属人法的前提,与解决涉外民事关系的法律冲突问题密切相关。

前苏联和东欧各国国际私法学者对国际私法的范围虽有种种不同的看法,但在理论和实践中,比较普遍的观点是主张把关于外国人的民事法律地位规范、冲突规范、国际统一实体规范和国际民事诉讼程序规范与国际商事仲裁规范都包括在国际私法范围之内。

① 北胁敏一. 国际私法: 国际关系法Ⅱ [M]. 北京: 法律出版社, 1989: 9.

② 托马斯. 国际私法 [M]. 北京: 商务印书馆, 1963: 7.

③ 例如, 法国国际私法学家巴迪福认为: “法国的传统将国籍、外国人地位、法律冲突和管辖冲突归为同一类问题, 这样就对人在各种国际私法关系中的法律地位问题给予了一个完整的答案, 法国传统的国际私法依次研究权利主体 (国籍和外国人地位), 权利的行使 (法律冲突) 和权利的承认 (管辖权冲突)。” 参见巴迪福. 国际私法总论 [M]. 北京: 中国对外翻译出版公司, 1989: 7-8.