

21世纪法学规划教材

冲突法论

(第二版)

LAW OF THE CONFLICT OF LAWS ENGLISH

丁 伟 主编 陈治东 副主编



D997
50

21 世纪法学规划教材

冲突法论

Law of the Conflict of Laws

| 第二版 |

主 编 | 丁 伟

副主编 | 陈治东

撰稿人 | 丁 伟 刘晓红

以撰写章节先后为序 | 单海玲 罗攻坚

| 陈治东 刘宁元



法律出版社

始创于 1954 年

www.lawpress.com.cn

好书,同好老师和好学生分享

图书在版编目(CIP)数据

冲突法论/丁伟主编.—2版.—北京:法律出版社,
2005.4
ISBN 7-5036-5518-6

I. 冲… II. 丁… III. 冲突法—高等学校—教材
IV. D997

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 026418 号

法律出版社·中国

责任编辑/谭柏平 卞学琪

装帧设计/于佳

出版/法律出版社
总发行/中国法律图书有限公司
印刷/北京中科印刷有限公司

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/2005年4月第1版

印张/22.75 字数/430千
印次/2005年4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

咨询电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn

传真/010-63939622

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

销售热线/010-63939792/9779

传真/010-63939777

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

苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 7-5036-5518-6/D·5235

定价:29.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

出版说明

20世纪80年代,当中国改革开放开始勃兴,法律和法律教育开始再度崛起之时,法律出版社便以精诚态度和极大力度服务于中国的法律教育。针对不同阶段的读者,本社陆续推出多种系列的法学教材,迄今已达数百种。高等学校教材、教学参考书为其中主要部分。而历年来逐步推出的“八五”、“九五”及正在推出的“十五”国家级规划教材,更为重点。长期以来,“法律版”的众多教材,颇受学林瞩目。在此,我们深深感谢读者和作者对我们的信任。

进入21世纪以来,中国法律教育在取得长足发展的同时,也积极酝酿和展开改革举措,培养高素质的现代法律人才成为法律教育的重要目标。为此,本社应时而动,力求从教材的品种上、内容上、形式上实现更大突破,为新一代法律人学取专业知识提供更好读本。

就高等学校教材而言,我们立足两种进路:全面革新既有教材,或推出全新教材。革新既有教材,意在选取已出版教材尤其是“八五”、“九五”规划教材中的精品,从内容到形式全面更新、修订,重新整合,使这些长盛不衰的法律教育财富,以崭新面目,继续服务于新读者。推出全新教材,则或为推出“十五”规划教材,或约请优秀作者撰写新作,精阐原理,结合实践,关注前沿,努力创造出新世纪的新经典。优秀作者,或为老一辈与盛年名家,或为新生代才俊。或革新,或全新,这些教材在21世纪呈现崭新风采,并同享规划教材之盛,因之统为一名:“21世纪法学规划教材”。

我们深信,中国的法律教育事业将在改革和发展中不断壮大;我们承诺,本套“21世纪法学规划教材”,以及本社所有法律教育图书都将在发展中不断更新和超越。本着竭诚为法律和法律教育发展服务,竭诚为读者服务之宗旨,我们愿更加敬业,与广大读者和作者一起,共同创造法治事业及法律教育事业的美好未来。

法律出版社
2004年1月

作者简介

丁伟,1958年1月生,上海市人,现任华东政法学院教授,博士生导师,上海市人大常委会,上海市人大法制委员会副主任。兼任中国国际私法学会副会长,司法部法治建设与法学理论研究部级科研项目专家咨询委员会委员、司法部国家司法考试命题委员会委员、教育部国家公派留学评议专家、上海市哲学社会科学“十五”研究规划法学组专家委员会委员,教育部人文社会科学重点研究基地武汉大学国际法研究所学术委员会委员,中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁员。曾任华东政法学院国际法系主任,比利时根特大学访问学者,美国旧金山大学客座教授,曾受聘担任澳门政府法律翻译办公室首席中国法律专家多年,直接从事澳门法律本地化工作。出版及合作出版著作20部,在海内外报纸杂志上发表学术论文百余篇,曾获省部级科研成果一等奖五项、二等奖三项。享受国务院政府特殊津贴。曾获第三届中国十大杰出中青年法学家提名奖,首届上海市十大优秀中青年法学家等学术称号。

陈治东,复旦大学法学院教授、博士生导师;1984年至2000年间在华东政法学院国际法系任教,曾任国际法系副主任、主任;兼任中国国际私法学会常务理事、中国国际经济法学会常务理事、中国法学会WTO研究会常务理事、上海市法学会国际法研究会总干事;被中国商务部指派担任“解决投资争端国际中心”仲裁员、中国国际经济贸易法仲裁委员会仲裁员;曾先后数次在德国马普国际私法研究所、美国柏克莱加州大学法学院、威斯康星大学法学院、旧金山大学法学院、香港城市大学法律学院等做访问学者和访问教授;担任中欧国际工商学院EMBA“国际商法”讲席教授和上海交通大学安泰管理学院EMBA“商法”讲席教授;个人专著及主编或参编的专著、教材包括:《国际商事仲裁法》、《国际经济法专论》(6卷)、《国际经济法新论》(3卷)、《国际经济法概论》、《关贸总协定》、《冲突法论》等,在核心期刊上发表论文数十篇,获得教育部、司法部和上海市的优秀科研成果奖12项。

刘晓红,女,华东政法学院教授,法学博士,中国国际私法学会常务理事。

单海玲,女,华东政法学院副教授,在读法学博士,中国国际私法常务理事。

罗攻坚,女,香港胡关李罗律师行中国法律顾问,在读法学博士。

刘宁元,男,华东政法学院副教授,法学硕士,中国国际私法理事。

第二版前言

《冲突法论》一书初版于1996年,作为司法部法学教材编辑部组织编写的高等学校法学教材,该书虽曾重印,仍已告罄。承蒙法律出版社的大力支持,本书得以再版。鉴于近十年来我国和世界其他国家国际私法的立法、理论与实践均有了长足的发展,有必要趁此次再版之际,对该书进行全面修订。

此次修订工作,在体系结构、写作体例上未做重大变动,但在内容上对原书做了较大幅度的改动,剔除陈旧的内容,增加不少新的内容。修订版着重论述冲突法的理论学说和法律制度,力求完整、准确地阐明冲突法的基本原理、基本制度和基础知识,努力吸收国内外优秀学术成果,并且围绕冲突法的基本理论,全面反映冲突法领域各国及国际上最新立法动态和司法实践,尤其是我国的立场和立法的最新发展,力戒脱离实际的空洞论断,使读者全面、系统地掌握冲突法的基本理论,知晓运用冲突法处理国际民商事法律冲突的整个过程及其一般规律,并且正确掌握运用冲突法的基本原理解决法律冲突的方法和技巧,在理论和实践相结合的基础上,达到理论性、实践性和应用性三者的统一。

在充满希冀的21世纪,冲突法所调整的国际民商事关系作为国际关系中的基础性地位将日益受到重视,以民商法为主体的各国私法规范将逐步融合,冲突法在整个法律体系中的地位将大大提升,这一独特的法律制度在我国改革开放和现代化建设中的重要作用与日俱增,近年来,全国人民代表大会正在审议《中华人民共和国民法》(草案),该草案第九章对涉外民事关系的法律适用做了系统规定,这标志着中国冲突法的立法正孕育着一场深刻的革命。时代赋予我国跨世纪法学青年学习、掌握冲突法理论的历史使命。作者希望本教材的再版有助于进一步推动冲突法在我国的普及与运用,如果真能收到这样的效果,作者将不胜欣慰。

法律出版社对本书的出版和再版给予了大力支持,责任编辑谭柏平老师为本书的修订再版更是不辞辛劳,仔细地审阅了文稿,在此一并表示衷心的感谢。

2 冲突法论(第二版)

本教材由丁伟教授任主编,陈治东教授任副主编,各章撰稿人分别为:

丁 伟 第一章、第二章、第七章、第八章、第九章

刘晓红 第三章

单海玲 第四章、第六章

罗攻坚 第五章

陈治东 第十章、第十一章

刘宁元 第十二章

丁 伟
2005年2月于上海

目 录

第一章 冲突法概述	(1)
第一节 冲突法与法律冲突的含义.....	(1)
第二节 冲突法的调整对象.....	(5)
第三节 冲突法的渊源.....	(8)
第四节 冲突法学.....	(10)
第五节 冲突法与相邻法律的关系.....	(13)
第二章 冲突法立法与学说的历史发展	(17)
第一节 13 世纪前冲突法的萌芽阶段	(17)
第二节 13 世纪至 18 世纪冲突法学说的初创阶段	(18)
第三节 19 世纪冲突法兴盛阶段	(22)
第四节 当代冲突法蓬勃发展阶段.....	(25)
第五节 统一冲突法立法史.....	(31)
第六节 中国冲突法发展史.....	(38)
第三章 冲突规范	(43)
第一节 冲突规范的概念特点和作用.....	(43)
第二节 冲突规范的结构和种类.....	(45)
第三节 准 据 法.....	(53)
第四节 冲突规范的解释——识别.....	(62)
第四章 限制外国法适用的各种制度	(69)
第一节 反致.....	(69)
第二节 公共秩序保留.....	(74)
第三节 法律规避.....	(79)
第四节 外国法内容的确定.....	(82)
第五章 冲突法的主体	(87)
第一节 自然人作为冲突法主体的法律问题.....	(87)
第二节 法人作为冲突法主体的法律问题.....	(101)
第三节 国家作为冲突法主体的特殊法律问题.....	(112)
第四节 国际组织作为冲突法主体的特殊法律问题.....	(113)
第五节 外国人民事法律地位的几种制度.....	(117)

第六章 涉外物权关系的法律适用	(125)
第一节 涉外物权关系概述.....	(125)
第二节 涉外物权关系的法律适用原则.....	(126)
第三节 国家财产豁免权.....	(133)
第四节 国有化及其补偿问题.....	(140)
第五节 破产.....	(143)
第七章 涉外债权债务关系的法律适用	(146)
第一节 涉外之债概述.....	(146)
第二节 涉外合同之债的法律适用.....	(147)
第三节 涉外侵权行为之债的法律适用.....	(163)
第四节 涉外不当得利与无因管理之债的法律适用.....	(169)
第八章 涉外婚姻与亲权的法律适用	(171)
第一节 结婚的法律适用.....	(171)
第二节 离婚的管辖权和法律适用.....	(181)
第三节 涉外夫妻关系的法律适用.....	(189)
第四节 涉外父母子女关系的法律适用.....	(192)
第五节 涉外扶养与监护的法律适用.....	(196)
第九章 涉外继承权关系的法律适用	(201)
第一节 涉外法定继承.....	(201)
第二节 涉外遗嘱继承.....	(206)
第三节 涉外无人继承财产.....	(212)
第十章 国际民事诉讼程序	(215)
第一节 国际民事诉讼程序概述.....	(215)
第二节 国际民事诉讼管辖权制度.....	(217)
第三节 外国人及外国国家的民事诉讼地位.....	(224)
第四节 国际民商事司法协助.....	(231)
第五节 外国法院判决的承认与执行.....	(238)
第六节 中国的涉外民事诉讼制度.....	(242)
第十一章 国际商事仲裁程序	(256)
第一节 国际商事仲裁概述.....	(256)
第二节 国际商事仲裁中的仲裁协议.....	(261)
第三节 国际商事仲裁的仲裁员和仲裁庭.....	(276)
第四节 国际商事仲裁的法律适用.....	(284)
第五节 国际商事仲裁裁决的承认及执行.....	(288)
第十二章 区际法律冲突与区际冲突法	(301)

第一节	区际法律冲突概述·····	(301)
第二节	区际冲突法概述·····	(306)
第三节	区际冲突法中的相关制度·····	(315)
第四节	中国的区际法律冲突及其解决·····	(323)
主要参考书目·····		(350)

第一章 冲突法概述

第一节 冲突法与法律冲突的含义

一、冲突法的含义

冲突法(Law of the Conflict of Laws)是指发生法律冲突的某一涉外国际民商事法律关系应适用何国实体法的法律准则。简单地说,冲突法就是解决法律冲突的法律适用规则,故又叫做“法律适用法”(Law of Application of Laws)或“法律选择法”(Law of Choice of Laws)。如我国民法通则第 146 条规定:侵权行为的损害赔偿,适用侵权行为地法律,这就是一条典型的冲突法规范,它指出了有关侵权行为损害赔偿的法律冲突应该由侵权行为地的实体法来调整。由于冲突法是站在发生冲突的两个或两个以上的国家之上来选择适用哪一国法律的准则,因此又被称为“超国家规范”(Supernational Law)。

冲突法是一种极为特殊的法律规范,它本身并不能直接确定某一国际民商事关系中当事人的权利与义务,而是起一种“路标”或“指示器”的作用,通过它援引出某一特定国家的实体法。以上述冲突法为例,该冲突法本身不能确定侵权行为的加害人是否应负损害赔偿的责任或者应该怎样予以赔偿,它只是援引出了侵权行为地的实体法,只有该实体法才能直接确定当事人的权利、义务,因此冲突法通常被看做是一种间接法律规范。

冲突法既是一种解决法律冲突的特殊法律规范,同时又泛指处理国际民事关系中法律冲突争议的法律制度。它贯穿争议处理的始终。我们假设有这样一个案件:一个居住在日本的华侨死于日本,生前没有立下遗嘱,死后在中国留有一所私宅,他在日本的子女和在中国的父母同时要求继承这所私宅。按照中国法律规定:父母、子女为同一顺序继承人,可以同时继承;但按照日本法律规定:子女为第一顺序继承人,父母为第二顺序继承人。根据继承法的一般原理,只有在不存在第一顺序继承人或第一顺序继承人放弃继承时,第二顺序继承人才能继承。由于两国法律规定截然不同,争议不可避免。通过司法诉讼解决这一争议可以产生相互联系的三个法律问题:其一,这一争议应由何国法院行使管辖权?管辖权是法院审理案件的权限范围,同时又是适用法律的前提条件,如果两国法院竞相要求受理这一案

件,势必发生管辖权的冲突。其二,具有管辖权的法院在审理这一案件时应适用何国的实体法?由于适用不同的法律会得出截然不同的结果,直接影响到当事人的权益,因而法律适用是解决争议的中心环节。其三,一国法院做出的判决需要在另一国执行,另一国是否应当承认与执行该判决?上述三个问题环环紧扣,构成了传统的冲突法的三大基本点:管辖权、法律适用、外国法院判决的承认和执行。英美普通法系的冲突法学者普遍认为,管辖权、法律适用、外国法院判决的承认与执行是冲突法的三大基石。^[1]

二、导致冲突法产生的法律冲突

(一)法律冲突的含义和种类

法律冲突(Conflict of Laws)又称法律抵触,指内容相互歧义的不同国家的法律竞相要求对同一国际民事法律关系实施管辖而形成的法律适用上的矛盾冲突状态。由于冲突法的中心任务是解决国际民事案件所涉及的法律冲突,这种法律冲突无疑是冲突法赖以生存的重要前提条件。

由于冲突法调整的国际民事法律关系所涉及的领域十分广泛,其渊源也复杂多样,因此法律冲突可能发生在该领域各种不同层次的法律之中,通常认为,广义的法律冲突主要有以下几类:

1. 法律的空间冲突(interspatial conflict of laws),即不同国家的法律、不同地区的法律或不同区域的法律之间在空间上的冲突。常见的国际法律冲突与区际法律冲突即属这类空间上的法律冲突。

2. 法律的人际冲突(interpersonal conflict of laws),即同一国家内适用于不同民族、种族、部落,不同的宗教信仰者,甚至不同阶层的人的法律之间的冲突。如在印度、土耳其、叙利亚等国,信奉不同宗教的当事人适用不同的婚姻法。

3. 法律的时际冲突(intertemporal conflict of laws),即同一法律体系内新法与旧法或前法与后法之间在时间效力上的冲突,这是一种“动态冲突”(Conflicts Mobiles)。

4. 法律的区际冲突(interregional conflict of laws),即同一主权国家内不同法域的民商事法律的冲突。随着一国两制从构想变为现实,在实行单一制的中国存在内地法律与香港特别行政区、澳门特别行政区以及台湾地区法律之间的区际冲突。对于具有重要现实意义的区际法律冲突,本书将另辟专章作系统论述。

5. 法律的国际冲突(international conflict of laws),即不同国家之间的法律在空间上的冲突。狭义的法律冲突即指各国法律在民商事领域的冲突,即国际民商事法律冲突。鉴于国际私法主要调整具有涉外因素的民商事法律关系,各国国际私法理论通常仅研究狭义的法律冲突。本章亦着重探讨国际民商事法律冲突。

[1] Cheshire and North, *Private International Law*, 12th, edition, 1992, p. 3.

鉴于冲突法主要调整具有涉外因素的民商事法律关系,各国冲突法理论通常仅研究狭义的法律冲突。本章亦着重探讨空间上的法律冲突,对于具有重要现实意义的区际法律冲突,本书将另辟专章作系统论述。

除了上述法律冲突外,有的学者从纵横角度,将法律冲突分为法律的平面冲突与垂直冲突。所谓平面冲突(horizontal conflict)指一国内部处于平等地位的不同地区的法律之间的冲突,即发生冲突的法律处于同一层次、同一水平线上,甚至处于同等地位。所谓垂直冲突(vertical conflict)指不同层次、不同位阶的法律之间的冲突,如一国中央立法与地方立法之间的冲突,宪法与普通法律之间的冲突,国际法与国内法之间的冲突等。〔2〕

(二)法律冲突产生的原因

国际民商事法律冲突不是凭空产生的,而是下列条件相互作用的结果:

1. 内国赋予外国人民事权利。这是国际民商事法律冲突产生的重要前提。如果一国内法不允许外国人享有民事权利,外国人就无法参与这项民事活动,就不会产生这一领域中外国人作为主体的国际民事法律关系,因而也就不会发生法律冲突。譬如在罗马帝国时期,其国内法不承认外来人在罗马境内享有罗马“市民法”(jus civile)上的各种权利,因此当时不存在法律冲突。然而,随着各国经贸交流和人员往来不断增多,内国客观上需要赋予外国人在内国平等的民事权利地位,这就为国际民商事法律冲突的产生提供了客观基础。

2. 各国的立法互有歧异。这是国际民商事法律冲突产生的根本原因。由于各国的政治、经济制度不同,其立法千差万别。即使是实行同一政治制度、经济制度的国家,其历史传统、民族风俗习惯的不同也势必导致立法各异。如在婚姻方式问题上,有些国家采用民事登记的方式,有些国家则采用宗教方式。在婚姻实质要件方面,中国婚姻法规定的法定婚龄男方为22岁,女方为20岁。而罗马尼亚则规定男方18岁,女方16岁。如果一个年满20岁的罗马尼亚男子在中国同一个年满18岁的中国女子结婚,按照罗马尼亚法律规定是合法的,但按照中国法律规定则是非法的,这就产生了法律冲突。

3. 内国在一定条件下承认外国法的域外效力。这是国际民商事法律冲突产生的直接原因。任何一种国际民商事法律冲突最终都表现为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。所谓法律的域外效力(extraterritorial effect of laws)是指一国的法律对该国的一切人有效,不管该当事人在国内还是在国外,这就是法律的属人效力。一国法律的域外效力主要表现为该国的属人优越权(personal supremacy);法律的域内效力(territorial effect of laws)则是指一国法律对该国境内的一切人、物、行为都有效,不管这个人是本国人还是外国人或者无国籍

〔2〕 黄进著:《区际冲突法》,永然文化出版股份有限公司1996年版,第81~132页。

人,这就是法律的属地效力。一国法律的域内效力通常表现为该国的属地优越权(territorial supremacy)。根据国家主权原则,每个国家的法律通常都同时具有域外效力和域内效力,这样势必发生法律冲突,这种冲突表现为外国法律的域外效力与内国法律的域内效力的冲突,或内国法律的域外效力与外国法律的域内效力的冲突。如前所述关于结婚实质要件的法律冲突,根据中国法律的域内效力,中国认为这一法律关系应按中国法解决;而根据罗马尼亚法律的域外效力,应该按罗马尼亚法来解决。即中国法律的域内效力与罗马尼亚法律的域外效力发生冲突。当然,产生这种冲突必须具备一个前提,即内国承认外国法的效力。如果内国不承认外国法的效力,一味适用本国法律,就不会发生法律冲突。如按照传统的国际私法的理论,有关专利、商标、著作权的立法具有严格的属地效力,这类立法通常都不具有域外效力。因此,根据外国法取得的专利权、商标使用权和著作权,虽然涉及外国法的效力,如果国家之间没有条约义务,内国是不承认这些权利的,因为这三种权利具有严格的地域性限制。随着国际交往的日益发展,各国出于维护自己利益的需要,彼此之间都希望依内国法设立的权利义务关系能够得到外国的承认和保护,因而都在一定程度上承认彼此民法规范的域外效力,特别是一些有关调整人身、财产关系的法律,如果不承认外国法的域外效力就有碍于国家之间的正常交往,譬如不承认一对在美国结婚的夫妇在中国仍然是夫妻,那显然是非常荒唐的。随着国际民商事法律关系的形式日趋复杂,范围日益扩大,数量与日俱增,各国承认外国法域外效力的领域呈现出不断扩大的趋势。

(三)法律冲突的解决方法

从各国冲突法的立法来看,解决国际民商事法律冲突主要采用以下几种方法:

1. 只适用本国法,即当法院地国冲突规范指定某一法律关系应适用本国法时,不考虑外国法的适用问题。这种方法具有明显的属地主义倾向,其作用是非常有限的,只有那些经济不发达、与外界联系较少的国家才暂时使用,因为这一做法与市场经济体制不相适应,从长远来看,将阻碍该国对外经济的发展。但是,有些特殊的法律关系一些国家倾向于只适用本国法,如投资合同只适用东道国的法律。我国合同法第126条第2款规定:在中华人民共和国境内履行的中外合资经营企业合同、中外合作经营企业合同、中外合作勘探开发自然资源合同,适用中华人民共和国法律。即这类投资合同发生法律冲突时,我国只能适用本国法,不考虑外国法的效力。

2. 在一定范围内适用外国法,即当冲突规范指定某一法律关系应适用外国法时,法院地国在不损害本国利益、不违反本国法律基本原则及公共利益的前提下,可以考虑适用外国法。根据各国国际私法的立法及有关国际惯例,相当数量的涉外民事法律关系往往非适用外国法不可。如各国冲突法在解决契约之债中当事人权利能力和行为能力的法律冲突时,都采用属人法原则,即适用当事人的本国法或

住所地法;关于不动产的法律冲突采用物之所在地法原则。如果上述本国法、住所地法或物之所在地法为外国法时,只能适用该外国法解决法律冲突。

3. 适用统一实体法规范(Uniform Substantive Rules)。统一实体法规范是指国际条约和国际惯例中调整涉外民事法律关系的实体规范。采用这种规范可以有效地把有关国家国内立法的歧异统一起来,从而避免和消除有关国家国内法的冲突。如1980年《联合国国际货物销售合同公约》就是一个直接规定国际货物销售合同当事人权利、义务的统一实体法规范。然而,由于各国的经济利益不同,很难达成一致意见并通过国际条约制定各国都适用的统一实体法规范,因此目前这类规范为数甚少,作用有限。

第二节 冲突法的调整对象

一、国际民商事法律关系的含义与构成要件

任何一个法的部门都调整着一种特定的法律关系,这种法律关系就是法律的调整对象,它是划分法的部门的出发点。冲突法的调整对象是国际社会不同国家的自然人、法人(在某些特殊情况下也包括国家)之间在国际交往中所产生的超越国界的民商事法律关系,即具有涉外因素的民商事法律关系(civil and commercial legal relations with foreign elements),简称跨国民商事法律关系,或国际民商事法律关系(international civil and commercial legal relations),就一国而言,又可称为涉外民商事法律关系。^[3]这种涉外因素是冲突法所调整的国际民商事法律关系与各国民商法所调整的民商事法律关系的根本区别点。涉外因素可以体现在民商事法律关系下列三个要素中:

1. 法律关系的主体具有涉外因素,即作为法律关系主体的当事人是具有不同国籍的自然人、法人,在个别情况下可以是外国国家。主体具有涉外因素可以有多种情形:其一,主体一方是本国公民,另一方是外国人。如外国投资者来华投资,与中国合资者订立中外合资经营企业合作合同;其二,主体双方是同一国籍的外国人。如一对美国男女留学生在华留校期间在中国结婚,从而产生婚姻关系;其三,主体双方是不同国籍的外国人。如两艘不同国籍的货轮在第三国的领海内碰撞引起损害赔偿

[3] 有关冲突法调整对象的名称有一个逐渐演变的过程,由于长期以来冲突法的调整范围只限于传统的民事领域,我国学界以往通常以“涉外民事法律关系”来表述。随着冲突法的调整范围不断从民事领域向商事领域延伸,法律关系诸要素的“国际”性不断凸现,国内一些有影响的专著、教材逐渐采用“国际民商事法律关系”这一名称。

偿。

2. 法律关系的客体具有涉外因素,即法律关系主体之间的权利义务共同指向的对象或者标的物位于外国。如居住在国内的继承人要求继承被继承人位于国外的遗产。

3. 法律关系的内容具有涉外因素,即法律关系据以产生、变更、消灭的法律事实发生地在外国。如合同订立地、履行地在外国,侵权行为发生地在外国,婚姻举行地在外国,被继承人死亡地在外国等。

对于某一个具体的国际民商事法律关系来说,可能三个要素都具有涉外因素,也可能只有一个要素具有涉外因素。凡一个民商事法律关系三要素中至少有一个具有涉外因素,就可以视为冲突法所调整的国际民商事法律关系。

二、国际民商事法律关系的范围

冲突法所调整的国际民商事法律关系是一种广义的民商事法律关系。所谓广义的民商事法律关系主要是相对于各国国内立法调整的民商事法律关系的范围而言的。通常说来,大多数国家国内民法所调整的一定范围的财产关系和人身非财产关系的范围较之于冲突法所调整的国际民商事法律关系的范围要窄一些,如有些国家在立法上采用“民商分立”的编纂方式,把海商法、票据法、公司法等关系视为商法关系,归商法调整;也有些国家在立法上采用“民商合一”的编纂方式,其民商事法律调整的法律关系的范围相对要宽一些。^[4]

各国的国内民商法自可千差万别,毋须强求统一,但作为调整超越一国界限的国际民商事法律关系的冲突法,其调整范围不能囿于各自独立的各国民商法调整范围的不同特点,而应把视野放在各国国内立法的不同特征之上,这就决定了冲突法所调整的国际民商事法律关系必须兼收并蓄各国民商事法律关系的不同特点。这种集各国民商事法律关系的不同特点于一体的国际民商事法律关系的范围十分广泛,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。^[5]

三、国际民商事法律关系的调整方法

鉴于国际私法/冲突法所调整的国际民商事法律关系涉及不同国家的法律效力,调整这种法律关系的方法具有独特之处。从各国国内立法、司法实践以及相关

[4] 黄进主编:《国际私法》,法律出版社1999年版,第3~5页。

[5] 韩德培主编:《国际私法》,高等教育出版社,北京大学出版社2000年版,第4页。

国际条约、国际惯例来看,有关国际民商事法律关系的调整方法可概括为两类:^{〔6〕}

(一)间接调整方法

所谓间接调整方法是指通过“间接规范”调整国际民商事法律关系的方法,即在有关的国内立法和国际立法中仅规定某一国际民商事法律关系应受何种法律调整或支配,而不直接规定应如何确定某一国际民商事法律关系中当事人具体的权利义务。这类“间接规范”主要是指“冲突规范”(conflict rules)。冲突规范作为国际私法专有的特殊规范,又称法律适用规范、法律选择规范,是指明某一国际民商事法律关系应适用何国实体法的规范。如我国民法通则第146条规定:侵权行为的损害赔偿,适用侵权行为地的法律。这条冲突规范并未规定某一行为是否构成侵权行为以及如何承担赔偿责任,而只是指明了有关侵权行为的损害赔偿应适用侵权行为地法。可见,冲突规范作为一种间接性的规范不能直接确定当事人的权利义务,它必须与它援引出的某一特定国家的实体法结合起来,才能发挥法律规范调整当事人权利义务的作用。

(二)直接调整方法

所谓直接调整方法是指通过“直接规范”调整国际民商事法律关系的方法,即采用直接规范当事人实体权利义务的“实体规范”(substantive rules)来调整国际民商事法律关系。采用直接调整方法时,法院无需通过冲突规范的援引,而是直接适用有关实体法确定当事人权利义务。这类实体规范存在于国内法、国际条约、国际惯例之中。如1980年《联合国国际货物销售合同公约》就是一个直接规定国际货物销售合同当事人权利、义务的实体法公约,在遇到适用该公约的场合,可径直适用该公约确定当事人的权利、义务,毋需冲突规范的指引。

从国际私法/冲突法的历史发展以及现状来看,间接调整调整方法在调整国际民商事法律关系方面始终发挥着主导作用,承担着调整绝大多数国际民商事法律关系的重任。但是,作为一种间接性的规范,冲突规范存在固有的缺陷:其一,由于冲突规范不同于实体法,不能直接构成当事人作为或不作为的准则,当事人据之难以预见法律关系的后果,因此缺乏预见性和明确性;其二,由于冲突规范只是做出立法管辖权上的选择,即通过连接点对有关涉外民商事法律关系指定一个特定国家具有立法管辖权,而不问该国是否具有调整该涉外民商事法律关系的法律以及这一法律的内容究竟如何,因而有时会缺乏针对性和合理性;其三,在运用冲突规范调整涉外民商事法律关系的同时,为避免或减少适用冲突规范所指向的外国法可能带来的不利,各国往往采用识别、反致、转致、公共秩序保留、外国法内容的证

〔6〕 无论是国际私法还是冲突法,都将国际民商事法律关系作为其调整的对象,但从调整国际民商事法律关系的方法来看,国际私法采用直接调整方法和间接调整方法,而冲突法仅采用间接调整方法。为了便于完整理解国际民商事法律关系的调整方法,本章将同时介绍这两种调整方法。