




高等院校文科教材

屈氏国际私法讲义

屈广清 著

 法律出版社
LAW PRESS CHINA

高等院校文科教材

屈氏国际私法讲义

屈广清 著



法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

屈氏国际私法讲义/屈广清著. —北京:法律出版社,
2005.11

(高等院校文科教材)

ISBN 7-5036-5919-X

I. 屈… II. 屈… III. 国际私法—高等学校—教材 IV. D997

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 126482 号

©法律出版社·中国

责任编辑/孙东育 刘 辉

装帧设计/于 佳

出版/法律出版社

编辑统筹/法学学术出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/陶 松

开本/787×960 毫米 1/16

印张/25.75 字数/504 千

版本/2005 年 12 月第 1 版

印次/2005 年 12 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

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

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 苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 7-5036-5919-X/D·5636 定价:38.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

第一章 绪 论	(1)
第一节 国际私法的名称	(1)
一、法则说或法则区别说(Traite de Statuts ,Theory of Statues)	(1)
二、冲突法(Conflict of Laws ,或译为法律冲突法)	(2)
三、外国法适用论(Application of Foreign Laws)	(2)
四、涉外私法(Foreign Private Law)	(2)
五、私国际法(Private International Law)	(2)
六、国际私法(Internationales Privatrecht)	(3)
七、本书的观点	(3)
第二节 国际私法的范围	(4)
一、国外“大”、“中”、“小”国际私法的观点	(4)
二、中国“大”、“中”、“小”国际私法的观点	(4)
三、本书的观点	(5)
第二章 与国际私法调整对象相关的问题	(7)
第一节 国际私法的调整对象概述	(7)
一、涉外民事(法律)关系	(7)
二、涉外关系、涉外因素与涉外案件	(10)
三、为什么要区分国内、涉外民事案件	(13)
第二节 法律冲突及其产生的条件	(14)
一、法律冲突概述	(14)
二、法律冲突产生的条件	(15)
第三节 调整涉外民事(法律)关系的方法	(18)
一、间接调整的方法(Indirect Regulating Method)	(18)
二、直接调整的方法(Direct Regulating Method)	(19)
三、从司法管辖权的划分来解决法律冲突的方法	(26)
第四节 国际私法的定义	(27)

一、根据调整对象来给国际私法下定义	(27)
二、从解决涉外民事(法律)关系中的法律冲突的角度去下定义	(28)
三、从有关涉外民法关系应服从外国法的效力的角度来下定义	(28)
四、从法律适用的角度来下定义	(28)
五、完全从国际私法范围的角度来下定义	(29)
六、从并不严格的角度来给国际私法下定义	(29)
七、本书作者的观点	(29)
第五节 国际私法的渊源	(29)
一、国际私法的国内法渊源	(29)
二、国际私法的国际法渊源	(31)
第六节 国际私法的性质	(36)
一、国际私法是国际法还是国内法	(36)
二、国际私法是实体法还是程序法	(38)
三、国际私法是公法还是私法	(38)
第七节 国际私法与临近法律部门的联系与区别	(39)
一、国际法学科中的国际私法	(39)
二、国际私法与国际公法	(39)
三、国际私法与国际经济法	(40)
四、国际私法与国内民法	(41)
五、国际私法与国际商法	(41)
六、国内国际私法的“学派”	(42)
第三章 国际私法的发展历史	(44)
第一节 国际私法的学说史	(44)
一、国际私法的萌芽(13世纪以前)	(44)
二、法则区别说时代(13~18世纪)	(45)
三、近代国际私法(19~20世纪上半叶)	(51)
四、当代国际私法(20世纪中叶~)	(55)
五、后现代国际私法理论	(60)
第二节 国际私法的立法史	(62)
一、国际私法的国内立法史	(62)
二、国际私法的国际立法史	(63)
第三节 中国国际私法的历史	(68)
一、中国国际私法的立法史	(68)
二、中国国际私法的学说史	(71)
第四章 外国人的民事法律地位	(75)
第一节 外国人民事法律地位概述	(75)

一、敌视主义待遇时期	(75)
二、贱视主义待遇时期	(75)
三、差别主义待遇时期	(75)
四、相互主义待遇时期	(75)
五、平等主义待遇时期	(76)
第二节 国家、国际组织的民事法律地位	(76)
一、国家的民事法律地位概述	(76)
二、国家豁免权	(77)
三、国际组织的民事法律地位	(81)
第三节 外国人民事法律待遇的几种制度	(83)
一、非歧视待遇制度(Non-discrimination)	(83)
二、国民待遇(National treatment)	(83)
三、最惠国待遇(most-favored-nation treatment)	(85)
第五章 管辖权	(87)
第一节 管辖权的意义与分类	(87)
一、管辖权的意义	(87)
二、管辖权的分类	(88)
第二节 管辖权的种类	(90)
一、属地管辖	(90)
二、属人管辖	(92)
三、专属管辖	(92)
四、协议管辖	(92)
五、长臂管辖	(93)
六、“灵活标准”的管辖权制度	(96)
七、“长臂仲裁协议”及“管辖权之管辖权”原则	(96)
八、临时救济的管辖权制度	(97)
九、法院管辖权中的冲突规范	(98)
第三节 网络中的管辖权	(98)
一、涉网因素对传统管辖权的影响	(98)
二、网络案件管辖权问题的解决方法	(99)
第四节 平行诉讼与不方便法院原则	(101)
一、平行诉讼	(101)
二、“禁诉令”制度	(103)
三、不方便法院原则	(103)
第五节 管辖权问题上的国际立法	(104)
第六节 中国在管辖权上的相关立法	(105)

一、我国法律确定的管辖权原则	(105)
二、平行管辖问题	(108)
三、中国加入的国际条约、司法解释对管辖问题的规定	(109)
四、中国涉外管辖中的法律冲突问题	(110)
第六章 外国判决的承认与执行	(113)
第一节 外国判决的承认与执行概述	(113)
一、外国判决的承认与执行界定	(113)
二、承认与执行外国判决的依据	(113)
第二节 承认和执行外国判决的条件与程序	(115)
一、承认和执行外国判决的条件	(115)
二、承认和执行外国判决的程序	(118)
第三节 惩罚性损害赔偿判决的承认与执行	(122)
一、惩罚性损害赔偿概述	(122)
二、对惩罚性损害赔偿判决承认与执行的国际协调	(123)
第四节 中国内地与港、澳、台地区判决的相互承认和执行	(124)
一、内地对中国其他法域判决的承认与执行	(124)
二、香港地区对中国其他法域判决的承认与执行	(125)
三、台湾地区对中国其他法域判决的承认与执行	(125)
第五节 中国涉外民事诉讼程序对送达制度的规定及其完善	(126)
一、向诉讼代理人送达问题	(127)
二、向在中国领域内设立的代表机构、分支机构或者 业务代办人送达	(127)
三、可以通过能够确认收悉的其他适当方式送达	(128)
第六节 我国法律对外国判决的承认和执行制度的规定及其完善	(129)
一、对于作出判决、裁定的外国法院是否应当具有管辖权没有规定	(129)
二、没有明确界定什么是“发生法律效力”	(129)
三、对于不予承认和执行的理由规定不够全面	(130)
第七节 海牙《民事管辖权和外国判决公约》(草案)	(130)
一、《公约》的适用范围	(131)
二、管辖权的规定	(131)
三、判决的承认与执行	(131)
四、2003年特委会讨论《公约》的情况	(132)
五、2004年特委会讨论《公约》的情况	(133)
第八节 2005年海牙《协议选择法院公约》	(134)
一、《公约》的主要内容	(134)
二、《公约》的基本原则	(134)

三、《公约》关于惩罚性赔偿的规定	(135)
四、中国对该《公约》的态度	(135)
第七章 冲突规范的基本理论和制度	(136)
第一节 冲突规范与冲突法	(136)
一、冲突规范与冲突法概述	(136)
二、冲突规范的结构	(137)
三、“程序法适用法院地法”原则与冲突规范	(143)
第二节 冲突规范的类型	(146)
一、单边冲突规范	(147)
二、双边冲突规范	(147)
第三节 系属公式	(149)
一、系属公式的含义	(149)
二、系属公式的种类	(149)
第四节 冲突规范的基本制度	(152)
一、先决	(152)
二、识别	(156)
三、反致	(160)
四、公共秩序保留	(169)
五、法律规避	(174)
六、外国法内容查明	(177)
第八章 身份、能力、家庭关系	(182)
第一节 国籍和住所的法律冲突与法律适用	(182)
一、自然人的国籍和国籍冲突	(182)
二、自然人的住所与住所冲突	(184)
三、法人的国籍和住所	(186)
第二节 涉外民事能力的法律冲突与法律适用	(190)
一、涉外民事能力的法律冲突	(190)
二、权利能力与行为能力的法律适用	(195)
第三节 涉外法律行为的法律适用	(199)
一、涉外法律行为概述	(199)
二、涉外法律行为法律冲突的成因与表现	(199)
三、涉外法律行为法律冲突的解决	(200)
第四节 涉外代理的法律适用	(202)
一、涉外代理概述	(202)
二、涉外代理的法律冲突	(203)
三、涉外代理法律冲突的解决	(205)

第五节 涉外婚姻家庭关系的法律适用	(211)
一、概述	(211)
二、结婚	(212)
三、离婚	(216)
四、夫妻关系	(219)
五、亲子关系	(223)
六、监护	(228)
七、扶养	(230)
第九章 财产法	(236)
第一节 物权	(236)
一、物权概述	(236)
二、物权法律冲突的解决	(237)
三、中国关于涉外物权的法律适用问题	(245)
四、海牙《关于由中间人混合持有证券若干权利法律适用公约》	(247)
第二节 国有化	(247)
一、国有化的概念及其类型	(247)
二、国有化中的国际私法问题	(248)
第三节 信托	(250)
一、信托法律制度概述	(250)
二、信托与代理的区别	(250)
三、信托的法律冲突	(251)
四、信托的法律适用	(252)
五、《关于信托的法律适用及其承认的公约》	(254)
第四节 破产	(257)
一、概述	(257)
二、涉外破产的法律适用	(258)
三、中国的相关规定	(263)
第五节 涉外知识产权的法律适用	(265)
一、知识产权概述	(265)
二、知识产权的法律冲突	(265)
三、涉外知识产权的法律适用	(269)
第六节 继承	(273)
一、涉外继承中法定继承的法律冲突与解决	(273)
二、涉外继承中遗嘱继承的法律冲突与解决	(277)
三、中国的相关规定	(280)
第十章 冲突法中的合同与非合同之债	(284)

第一节 概述	(284)
一、合同之债	(284)
二、侵权行为之债	(284)
三、不当得利之债	(284)
四、无因管理之债	(284)
五、国际贸易支付之债	(285)
第二节 合同	(285)
一、合同之债的法律冲突	(285)
二、合同之债的法律适用	(290)
三、2002年《中华人民共和国民法(草案)》对合同法律适用的规定	(301)
四、2005年最高人民法院《关于审理涉外民商事合同纠纷案件有关法律适用若干问题的解释(第四稿)》	(304)
第三节 侵权	(306)
一、侵权行为的法律冲突	(306)
二、侵权行为的法律适用	(307)
三、侵权行为法律适用的新发展	(308)
四、我国关于涉外侵权行为法律适用的一般规定	(309)
五、特殊的侵权行为	(312)
第四节 不当得利的法律适用	(326)
一、适用原因事实发生地法	(327)
二、适用支配原法律义务或关系的法律	(327)
三、适用当事人本国法	(327)
四、选择适用多种法律	(327)
第五节 无因管理的法律适用	(328)
一、适用当事人共同本国法	(329)
二、适用支配原法律义务或关系的法律	(329)
三、适用本人住所地法	(329)
第六节 票据	(329)
一、票据的法律冲突	(329)
二、票据的法律适用	(329)
三、中国的相关规定	(330)
第七节 1980年《罗马公约》与2005年《罗马公约II》	(330)
一、1980年《罗马公约》	(330)
二、2005年《罗马公约II》	(331)
第十一章 国际私法与国内法律冲突的解决	(333)
第一节 国际私法中的区际私法、人际私法、时际私法	(333)

一、区际私法(Private Interregional Law)	(333)
二、人际私法(Private Interpersonal Laws)	(336)
三、时际私法(Private Intertemporal Laws)	(337)
第二节 纯粹的国内法律冲突	(338)
一、国内的“地区之法律冲突”	(339)
二、国内的“民族之法律冲突”	(339)
三、国内的“新旧法律之冲突”	(339)
四、国内的“级别之法律冲突”	(340)
附录一:研究生入学考试《国际私法》试题	(344)
海事大学 2005 年研究生入学《国际私法》考试题目及参考答案(试卷 A)	(344)
海事大学 2005 年研究生入学《国际私法》考试题目及参考答案(试卷 B)	(346)
附录二:海事大学 2005 年国际法学研究生《国际私法》课程结业考试题	(350)
附录三:海事大学 2005 年国际私法博士研究生入学考试《国际私法》试题	(352)
附录四:屈广清所拟之《中国冲突法(草案)》	(353)
参考书目:	(395)
(一)中文部分	(395)
(二)西文部分	(399)

第一章 绪 论

第一节 国际私法的名称

[法律应用] 有一个中国人死亡时在日本东京设有住所,并在东京留下了若干动产,未立遗嘱,其继承人因析产不均诉诸中国法院。中国法院受理该案件后,便要适用我国《民法通则》第149条的规定:遗产的法定继承,动产应适用被继承人死亡时的住所地法律。即应适用日本法律。按照日本法律,只有子女是第一顺序继承人。

在该案中,死者的配偶、父母都希望得到继承权。于是有法律专家建议他们到日本去起诉。因为日本法院处理案件会适用日本《法例》的规定。《法例》规定:继承依被继承人的本国法。被继承人的本国法即中国法,按照中国法律,配偶、父母、子女均是第一顺序继承人。

问:法律专家的建议是否正确?

在我们接触“国际私法”之前,很少有人会有这样的意识:中国法院还能够适用外国法来判案呵!事实上,只要是涉外案件,任何一个主权国家都有可能适用外国法来判案。这样的案件就是国际私法案件。在所有民商事案件中,除了国内案件,剩下的全部是国际私法案件。

不过,是不是国际私法案件也许还应该再等一会。因为并不是所有的人都同意把这样的涉外案件叫做国际私法案件的,他们会有人更喜欢给它取一个别的什么名称,尽管针对的是同一样东西。

事实上,“国际私法”或“Private International Law (PIL)”,这一名称,在中国来说,完全是“舶来品”。它在今天,虽已被一些立法和国际立法所普遍采用,但它经历一个长期的发展和演变过程,而且,至今也还有其他的名称,所以有人说,国际私法“是从书名页起就是有争议的”一个法律学科或法律部门。过去或现在比较普遍使用的名称有:

一、法则说或法则区别说(Traite de Statuts, Theory of Statues)

由于在历史上,13、14世纪意大利国际私法学创始人巴托鲁斯(Bartolus, 1314~

1357)从区别“法则”(statua)的性质着手来判定它们是否可以在域外适用,故当时的国际私法就被称为“法则说”。目前我国多译为“法则区别说”。这一名称一直使用到17世纪,流行了约四百余年。后来虽相继有荷兰学派和法国学派的兴起,但他们都遵循法则区别说的基本理论(即仍认为法律可以从它们的性质上区分为“物法”、“人法”和“混合法”,并且各有不同的适用规则)。

二、冲突法(Conflict of Laws,或译为法律冲突法)

1653年,荷兰法学家罗登堡(Christian Rodenburg, 1618~1668)在其所著的《关于婚姻的规则或因习惯冲突而产生的法律问题》一书中,首次适用了冲突法这一名称。另一位荷兰著名的国际私法学者胡伯(Huber)也于1684年使用过这一名称。美国国际私法的著名奠基人斯托雷(J. Story)倍加推崇的“近代国际私法之父”,德国著名的法学家萨维尼(Savigny)于1849年发表《现代罗马法体系》(第八卷)一书时,其副标题即为《法律冲突与法律规则的地域和实践范围》,目前这一名称仍被广泛适用。

三、外国法适用论(Application of Foreign Laws)

德国国际私法学者奥斯塔特(Oerstadt)于1822年著有论述国际私法的专著,其书名就为“外国法适用论”。他的立意在于认为国际私法无非就是规定对于涉外民事关系在何种情况下可以适用外国法问题的。当然这一名称也遭到非议。学者认为国际私法是规定内外国法律的适用问题,而不是仅仅规定外国法在什么情况下得以适用的。^①

四、涉外私法(Foreign Private Law)

日本有的学者认为,国际私法既然是规定内外国交往的私法关系,就应该称之为涉外私法。瑞士学者曼利(Meili)把他所写的国际私法著作取名为《涉外私法或对外私法》。我国国际私法前辈陈顾远也认为这一法律部门称为涉外私法是较为适宜的。^②

五、私国际法(Private International Law)

“Private International Law”这个英文名称,第一次是出现在美国大法官斯托雷于1834年发表的《冲突法评论》一书中,但其直译应为“私国际法”,而且,斯托雷本人并未用它来给其著作命名,而是用“冲突法”。^③首先用“私国际法”这个名称的是法国国际私法学者弗利克斯(Foelix),他正式适用“Droit International Prive”来称谓这一法律部门。因为他是一个把国际私法认为是国际法的学者,他在1840年发表

^① 唐纪翔:《国际私法总论》,商务印书馆(香港)1934年版,第12页。

^② 陈顾远:《国际私法总论》(上册),会文重新记书局1933年版,第103~104页。

^③ 该书原名简称为 *Commentaries on the Conflict of Laws*;其全称为 *Commentaries on the Conflict of Laws, Foreign and Domestic, in Regard to Contracts, Rights, and Remedies, and Especially in Regard to Marriages, Divorces, wills, Successions, and Judgments*。

的一篇论文,其题目就是《论内外国法律的冲突,又称国际法》。现在这个名称在法国和其他的一些拉丁语系的国家较流行,英美有些学者也采用它。但在中、日文著作中,已经将上述称谓译为“国际私法”。

六、国际私法(Internationales Privatrecht)

真正称“国际私法”的倒是德国的学者谢夫纳(Schaeffner)。1841年他发表了《国际私法发展史》一书,在该著作中他把这一法律部门称为“Internationales Privatrecht”,如直译成英文,便成了“International Private Law”。后经法国学者弗利克斯于1844年译成法文“Droit International Prive”,逐渐流行开来。现在德国学者仍沿用这一名称。不过谢夫纳认为,国际私法全然是国内法。不过这一名称并未被现代国际社会普遍接受。

私国际法和国际私法,二者名称虽然极其相似,但是在实际上却反映了不同学者对国际私法这一法律部门的不同看法。凡是认为国际法可分为公私两种,其规定主权者关系为国际法,那么规定私益关系即称私国际法。相反,如果认为国际私法不是国际法而是国内的私法,只是这种国内私法不适用于纯粹国内的私法关系,而仅适用于国际的私法关系,便命名为“国际私法”。

目前在国际社会流行的“国际私法”这一名称,实际上是在英文表述上采纳斯托雷的称谓,而在实质意义上则接受谢夫纳的观点,加以综合而形成的。

除上述较普遍使用的名称外,还有称国际私法为“私法关系的国际处理法”、“私间法”、“界限法”、“体系间法”,以及“国际民法”、“国际商法”、“国际民商法”等等。

就国际私法的立法名称来说,德国最早称之为“民法施行法”(1896),旧中国称为“法律适用条例”(1918),泰国称“国际私法”(1939),波兰也称“国际私法”(1966),我国台湾地区则沿袭旧中国的立法,仍称为“涉外民事法律适用法”(1953)。近来也有直接称为“冲突法”的,如1982年前南斯拉夫的立法即称为“法律冲突法”。新中国在1986年颁布的《民法通则》关于冲突规则的第八章,亦仍用“涉外民事关系的法律适用”来称谓。全国人民代表大会法律工作委员会2002年提出的国际私法草案也称之为“涉外民事关系法律适用法”。但在我国日常司法实践及法学研究工作中,则普遍称之为“国际私法”,并将“冲突法”只当做其中的一部分。

总之,这个法律部门或法学学科的名称存在如此众多分歧,主要是由于不同时代、不同国家、不同学者对于它所要解决的问题和任务,存在着不同的看法而引起的。了解这些名称,可以帮助我们从不同的角度去认识这个法律部门或法学学科的性质和作用。

七、本书的观点

在国际私法名称这个问题上,本书作者的观点是,用“国际私法”来作为名称,比较合乎理论,但是用“国际民商法”来作为名称,更容易为实践所理解。可以防止国际私法成为“玄学”。在“国际私法”名称这个问题上,无论是国际私法之父巴托鲁斯,还是近代国际私法之父(继父)萨维尼,以及美国国际私法之父斯托里,都没有

能够给国际私法起一个公认的名称,都是“不称职”的父亲。

第二节 国际私法的范围

一、国外“大”、“中”、“小”国际私法的观点

关于国际私法的范围问题,在国内外学者中,存在不同的看法,形成了“大”、“中”、“小”三种国际私法观点。不过国内外学者对于区分“大”、“中”、“小”国际私法观点的看法标准并不完全一致。基本相同的观点是:如果认为国际私法等于冲突法,则属于“小”国际私法的观点;如果认为国际私法除了冲突法还包括国际民事诉讼、商事仲裁,则属于“中”国际私法的观点;如果认为国际私法除了冲突法还包括统一实体法,则属于“大”国际私法的观点。

“小”国际私法的观点,例如:德国、日本的一些学者认为,国际私法仅限于解决涉外法律冲突,因此,国际私法的范围仅仅包括冲突规范。国际私法既然并不直接从实质上、内容上去规定涉外的社会关系,因而属于以直接方式从实体内容上规定外国人法律地位的这类实体法就不应该包括在国际私法范围之内,更何况外国人在公法方面的地位,更不属于私法调整的对象。

“中”国际私法的观点,例如:法国和意大利学者认为,国际私法应该包括冲突规范、国籍法、外国人的法律地位问题、国际民事诉讼程序问题。

“大”国际私法的观点,例如:前苏联和东欧国家学者比较一致的观点是认为国际私法至少应包括冲突规范、外国人民事法律地位规范、调整涉外民事关系的统一实体规范和国际民事诉讼程序规范。此外,有人主张还应把国内法中直接规定涉外民事关系的实体规范归入国际私法。

主张把统一实体规范归入国际私法范围的,在西方资本主义国家中也不乏其人,如法国学者戈得曼(Goldman)与英国学者施密托夫(Schmitthoff)便有这种主张。他们认为随着统一国际民商事实体法公约和在实践中形成的国际贸易惯例不断增加,应该把国际私法的范围加以扩展,而把这些统一实体法也包括进国际私法。荷兰学者弗鲁恩德也认为国际私法是由以下三个方面的基本事实构成的,即:人们在处理涉外民事案件时,需要选择法律;需要选择法院司法管辖权;以及许多国家见于法律选择范围的不断扩大而同意制定的统一实体法。^①

二、中国“大”、“中”、“小”国际私法的观点

中国的“小”国际私法的观点认为国际私法应该仅仅包括冲突法,持该观点的学者基本上是从国际经济法领域的学者,其出发点主要是为了争夺学科范围。

“中”国际私法的观点是中国大多数国际私法学者的观点。例如董立坤教授认为,国际私法的范围包括:冲突规范、外国人的民事地位规范、国际民事诉讼程序

^① 康·弗鲁恩德:《国际私法的一般问题》,1987年英文版,第7章第1节。

等。但是,国际私法不应该包括统一实体法。^①

“大”国际私法的观点,例如韩德培教授等即坚持该主张,认为国际私法的范围包括:冲突规范、外国人的民事地位规范、国际民事诉讼程序与商事仲裁规范、统一实体规范。姚壮教授认为还应该包括国内非统一涉外实体规范。^②

三、本书的观点

本书作者的观点是,国际私法的范围包括:冲突规范、外国人的民事地位规范、统一实体规范、国际惯例、直接适用的法、可以适用冲突规范的公法、国内非统一涉外实体规范七部分,又称“北斗七星说”。但不应该包括国际民事诉讼程序与商事仲裁规范。

关于国际私法的范围的争论直接影响到中国的司法考试等内容,使得矛盾随处可见。例如《中法网》根据国家司法考试大纲编写的考试辅导资料在国际私法范围部分认为:国际私法的范围包括三部分:冲突法问题;外国人的民事地位问题;国际民事诉讼程序与商事仲裁程序问题。但是在论述国际私法规范的时候,又认为国际私法包括四种规范:冲突规范;统一实体规范;外国人的民事地位规范;国际民事诉讼程序与商事仲裁程序规范。^③两者存在严重的不一致。

历史上为了解决涉外民事关系的法律适用问题,最早采用的是通过国内法中的冲突规范来指引应适用法律的。但在采用这种方法时,由于各国国内法中的冲突规则彼此相异,同一案件在不同国家起诉,会因为冲突规则的不同而做出不同的判决,法律适用上的冲突并未解决。因而从20世纪中叶起,人们又致力于通过国际立法来统一有关的冲突法了。但由于经统一冲突规则指定的实体法仍是某一国的国内法,并不一定能适应国际民事关系的发展的需要,因而随着国际经济交往的日趋发达,便开始通过条约来制定一些统一的民商法。这种统一的民商法如被当事人采用于有关的法律关系,当然便可以避免法律冲突的发生。

冲突规范与统一实体规范二者相辅相成、互为补充的关系,也为许多国际条约所承认,因为适用统一实体法固可免去法律选择的过程,有助于减少国际交往中的法律障碍,但是也应该看到,对涉外民事关系究竟适用什么法律,是国家主权范围内的事。许多国家为了维护自己的利益,为了达到能适用对自己更为有利的法律,往往愿意在这个问题上保留更大的回旋余地,有时更愿意运用灵活性大的冲突法制度,而不愿受统一实体私法的约束。因此,国家间即使缔结了一项统一实体法公约,其适用范围却往往要受到有关国家的冲突法的制约,正因为这样,一些著名的从事国际私法统一工作的国际性机构,也都主张从国际私法的统一立场对统一冲

^① 董立坤:《国际私法论》,法律出版社2002年版,第18页。

^② 姚壮等:《国际私法基础》,中国社会科学出版社1981年版,第3页。

^③ 周建海:《国际法国际经济法国际私法基础课堂笔记》,中国人民公安大学出版社2003年版,第481-483页。

突法、统一程序法和统一实体法三个方面的问题,进行有机结合的研究工作。例如美洲国家组织 1979 年第二届国际私法会议因未能通过《关于国际海上提单运输公约》而做出的有关决议便指出:“要求大会采取必要的步骤,保证美洲国家司法委员会与秘书长就海上货物旅客运输进行专门研究,其研究应按下述顺序进行——法律冲突的解决,管辖权冲突的解决,统一实体法。”其所以如此,无非是因为这三个方面的规范,都是在解决法律冲突的基础上产生的,与解决涉外民事关系的法律冲突问题有着直接的关系。

至于国际私法也去研究这类调整国际货物买卖中发生的各种关系的统一实体法规则,会与目前已单独出现的《国际贸易法》或《国际商法》或《国际经济法》发生重叠现象,对于这个问题,我们认为,在科学发展过程的一定阶段,相邻学科之间不可避免地出现一些重叠现象,在客观上总是存在的,并不是因把这种统一实体私法规则纳入国际私法而发生的惟一例外。有关学科为了保持体系的完整,不应该单纯地从避免重叠出发而将自己的有机整体中的一部分割让出去。

[该章重点问题]

一、名词解释

私国际法 国际私法

二、问答题

1. 国内案件与国际私法案件有什么不同?
2. 如果你是未来的“国际私法之父”,你将如何给国际私法命名?
3. 在国际私法范围问题上存在什么争论?能否解决这些争论?

三、学习国际私法必读资料

1. Peter North, Cheshire and North, *Private International Law*, 13ed, 1999.
2. 韩德培、余先予、黄进:《中国国际私法与比较法年刊》,法律出版社。
3. 李双元等:《国际私法教学参考资料选编》,北京大学出版社 2002 年版。
4. 屈广清:《国际私法导论》,法律出版社 2005 年版。
5. 屈广清:《国际私法案例汇编》,吉林大学出版社 2003 年版。
6. www. hcch. net, 海牙国际私法会议政府间组织网站。
7. www. unidroit. org, 国际统一私法学会网站。