

高等教育法学应用教材

马灵霞◆主编

GUO JI SI FA

国际私法



中国政法大学出版社

高等教育法学应用教材

国际私法

主 编 马灵霞

撰稿人（以撰写章节先后为序）

齐湘泉 马灵霞 朱子勤

张绍鸿 邢 刚 董京波

田晓云 刘 力



中国政法大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

国际私法 / 马灵霞主编. —北京: 中国政法大学出版社, 2009.9

ISBN 978-7-5620-3567-1

I. 国... II. 马... 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(2009)第155763号

出版发行 中国政法大学出版社

经 销 全国各地新华书店

承 印 固安华明印刷厂

787×960 16开本 24.5印张 420千字

2009年9月第1版 2009年9月第1次印刷

ISBN 978-7-5620-3567-1/D·3527

定 价: 34.00元

社 址 北京市海淀区西土城路25号

电 话 (010) 58908325 (发行部) 58908285 (总编室) 58908334 (邮购部)

通信地址 北京100088信箱8034分箱 邮政编码 100088

电子信箱 zf5620@263.net

网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)

声 明 1. 版权所有, 侵权必究。

2. 如有缺页、倒装问题, 由本社发行部负责退换。

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

主编简介

马灵霞 中国政法大学国际法学院副教授、硕士研究生导师、中国国际私法学会理事。主要从事国际私法、国际经济法方向的教学与研究。担任副主编或合作撰写《国际私法》、《国际私法案例教程》、《国际经济法》、《经济法概论》、《经济法》等教材，合著《合同法原理与合同纠纷处理》。近年来，在《中国法律》、《政法论坛》、《国际私法论丛》等法学刊物上发表“UCP600 与中国的立法及司法实践”、“最密切联系原则与我国的立法及实践”、“大陆、港、澳婚姻冲突及其解决”、“意思自治原则在中国的立法与实践”等多篇学术论文。

出版说明

为适应高等法学教育发展的需要,提高学生发现问题、解决问题以及运用法学知识的能力,我们组织编写了本套《高等教育法学应用教材》。

法学是理论性与应用性相结合的学科,本套教材的最大特点在于突出法学的应用性,主要表现在以下几个方面:

1. 力求与现行最新的立法和司法解释及法律实务相一致。本套教材强调对现行最新的立法和司法解释进行介绍和分析,注重联系司法实务中的新老问题进行论述。

2. 力求与最新的《国家司法考试大纲》相一致。司法考试是从事法律工作的职业资格考试,但每年有大量的法律专业本科生、研究生无法通过司法考试。本教材力图使教学内容与司法考试紧密相连。

3. 力求用简洁、实用的事例说明深奥的原理和规范。在每一本教材中都努力用简洁的文字、实用、明晰的案例对基本原理和法律规范进行说明,使学生在最短的时间内读懂教材,并结合历年司法考试试题加以分析。

4. 力求结合最新的研究成果和立法动态。立法、司法和法律实务是动态、发展的。本套教材密切关注和把握改革发展的方向与趋势,努力结合最新的学术研究成果,使法学理论应用于法律实务和教学。

为了保证本套教材的高水平和高质量,编委会聘请了多位知名的法学家担任主编。这些专家多数参加过立法和修法工作,且大多是司法考试教学辅导的名师,具有编写高校教材的丰富经验。

II 国际私法

本套教材适用于大学本科的教学，尤其适用于司法考试。

本套教材的编写得到了教育部有关领导、中国政法大学领导与教师以及中国政法大学出版社的大力支持，在此一并表示感谢。

《国际私法》是本套《高等教育法学应用教材》中的一部，本教材各章节编写作者及分工如下（以撰写章节先后为序）：

齐湘泉 第一、十五章

马灵霞 第二、四、九、十二章

朱子勤 第三、十一章

张绍鸿 第五、六章

邢 刚 第七、八章

董京波 第十章

田晓云 第十三章

刘 力 第十四、十六章

中国政法大学《高等教育法学应用教材》编委会

2009年8月

目 录

■第一章 国际私法概述	1
第一节 国际私法的调整对象 / 1	
第二节 国际私法的渊源 / 7	
第三节 适用外国法的理论学说 / 15	
第四节 国际私法的性质及名称 / 25	
第五节 国际私法的基本原则 / 30	
■第二章 冲突规范与准据法	34
第一节 冲突规范 / 34	
第二节 准据法 / 42	
第三节 先决问题 / 45	
■第三章 冲突规范运用中的重要法律制度	48
第一节 识别 / 48	
第二节 反致 / 52	
第三节 法律规避 / 60	
第四节 公共秩序保留 / 63	
第五节 外国法内容的查明 / 69	
■第四章 国际私法的主体	75
第一节 自然人 / 75	
第二节 法人 / 84	
第三节 国家及国际组织 / 91	
第四节 外国人的民事法律地位 / 97	
■第五章 法律行为与时效的法律适用	105
第一节 法律行为的法律适用 / 105	
第二节 时效的法律适用 / 110	

■第六章	代理的法律适用	115
第一节	代理的法律冲突 /	115
第二节	代理的法律适用 /	117
第三节	《代理法律适用公约》 /	121
第四节	我国有关代理法律适用的规定 /	126
■第七章	物权的法律适用	128
第一节	物之所在地法原则 /	128
第二节	国际信托关系的法律适用 /	140
■第八章	知识产权的法律适用	150
第一节	知识产权法律适用概述 /	150
第二节	专利权的法律适用 /	153
第三节	商标权的法律适用 /	157
第四节	著作权的法律适用 /	161
第五节	保护知识产权的国际组织 /	167
■第九章	合同之债的法律适用	170
第一节	合同法律适用的分割论与同一论 /	170
第二节	合同的法律适用 /	172
第三节	合同内容法律适用的理论与各国立法及实践 /	173
第四节	我国关于涉外合同的法律适用 /	183
■第十章	国际贸易合同的法律适用	188
第一节	国际货物买卖合同的法律适用 /	188
第二节	国际货物运输合同的法律适用 /	197
第三节	国际货物运输保险合同的法律适用 /	206
第四节	国际贸易支付的法律适用 /	207
■第十一章	法定之债的法律适用	212
第一节	侵权行为之债的法律适用 /	212
第二节	特殊侵权行为之债的法律适用 /	225
第三节	不当得利和无因管理的法律适用 /	243
■第十二章	婚姻家庭关系的法律适用	254
第一节	涉外结婚的法律适用 /	254

第二节	涉外离婚的法律适用	/ 261
第三节	涉外夫妻法律关系的法律适用	/ 264
第四节	涉外父母子女关系的法律适用	/ 266
第五节	涉外收养法律关系的法律适用	/ 269
第六节	涉外监护关系的法律适用	/ 272
第七节	涉外扶养关系的法律适用	/ 274
第十三章	继承法律关系的法律适用	276
第一节	法定继承的法律适用	/ 276
第二节	遗嘱继承的法律适用	/ 281
第三节	无人继承财产的法律适用	/ 287
第四节	有关遗产继承的法律适用公约	/ 289
第五节	我国关于涉外继承的立法、理论和实践	/ 292
第十四章	国际民事诉讼程序	298
第一节	概述	/ 298
第二节	外国当事人的民事诉讼地位	/ 302
第三节	国际民事诉讼管辖权	/ 307
第四节	国际民事司法协助	/ 315
第五节	国家间法院判决的承认与执行	/ 324
第十五章	国际商事仲裁	330
第一节	国际商事仲裁概述	/ 330
第二节	国际商事仲裁协议	/ 337
第三节	国际商事仲裁程序	/ 344
第四节	国际商事仲裁裁决的撤销制度	/ 354
第五节	国际商事仲裁裁决的承认与执行	/ 356
第十六章	中国的区际民事司法协助制度	364
第一节	中国内地与中国香港地区的民事司法协助	/ 364
第二节	中国内地与中国澳门地区的民事司法协助	/ 370
第三节	中国大陆与中国台湾地区的民事司法协助	/ 373

第一章 国际私法概述

国际私法是一门研究涉外民事法律关系法律调整的法律学科，在法学体系中占有重要地位。国际私法在其发展过程中形成了独立的体系，构建了具有自身特色的法律制度。国际私法学虽然历史悠久，但在理论方面仍然存在分歧，德国法学家卡恩教授曾不无感慨地说，国际私法是一门从书名页起就有争论的法律学科。国际私法的争论大都是本章涉及的内容——国际私法最基本的问题，即国际私法的调整对象及其范围，国际私法的调整方法及规范，国际私法的渊源和国际私法的性质等。本章试图通过对这些问题的阐释和梳理，以期了解国际私法的内涵、作用和功能，了解国际私法区别于其他法律部门的特点之所在。

■ 第一节 国际私法的调整对象

一、国际私法的调整对象及其特点

国际私法的调整对象是具有涉外因素的民事法律关系（civil legal relations with foreign factors）。如何认定涉外民事法律关系，学术界有着不同的观点。我国学者大都从法律关系的构成要素上加以分析，认为任何法律关系只要其中的主体、客体和内容三个要素中有一个或一个以上与外国发生联系就构成国际民事法律关系，成为国际私法的调整对象。

具有涉外因素的民事关系是民事关系的一种特殊形式。民事关系是指平等主体之间发生的财产关系以及与财产关系相联系的人身关系。涉外民事法律关系是指民事关系的主体、客体、内容三要素具有涉外因素。涉外民事法律关系中的涉外因素可以是单元的，即民事关系的主体、客体、内容三者之一具有涉外因素即可；也可以是多元的，即民事关系的主体、客体、内容都具有涉外因素。

国际私法对涉外民事法律关系的调整，具有以下法律特征：

（一）涉外性

涉外性是指国际私法调整的民事关系具有涉外因素，这些涉外因素可以表现为：

1. 民事关系的主体涉外。民事关系的主体涉外是指民事关系的主体一方或

2 国际私法

双方是外国的自然人、法人、无国籍人或者国家。民事关系的主体涉外可以表现为三种情况：

(1) 主体一方是外国人（或者外法域人），主体另一方是本国人。

(2) 主体双方是同一国籍的外国人。

(3) 主体双方是具有不同国籍的外国人。

2. 民事关系的客体涉外。民事关系的客体涉外是指民事关系中的标的物位于国外，或民事关系中标的物为外国人所有。

3. 民事关系的内容涉外。民事关系的内容涉外是指法律事实发生、变更或消灭在外国。

(二) 广泛性

广泛性是指国际私法调整的平等主体之间的财产关系以及与财产相关联的人身关系，不仅包括婚姻关系、家庭关系、继承关系、侵权关系等一般意义上的涉外民事法律关系，而且包括合同关系、知识产权关系、物权关系、国际贸易关系、国际经济技术合作关系等涉外商事关系。国际民事诉讼程序与国际商事仲裁程序不属于平等主体之间的财产关系以及与财产关系相联系的人身关系范畴，但国际民事诉讼程序与国际商事仲裁程序在解决民事主体之间的纷争过程中起着重要作用，对保证民事主体权利义务的实现具有重要意义，所以，我们也把国际民事诉讼程序与国际商事仲裁程序列入国际私法的范畴。

(三) 国际性

国际性是指涉外民事法律关系是在国际交往中产生的。在形式上，涉外民事法律关系往往表现为不同国家自然人、法人之间的关系，但在实质上，涉外民事法律关系体现着国家之间的关系。涉外民事法律关系受国家对外政策的调整，受国家与国家之间关系的制约。

这里需要说明的两个问题是：

1. 国际私法上讲的涉外因素中的“外国”（foreign），多以领域为标准，把本国领域以外的国家称为外国。但有时也不以领域为标准，而是以法域（territorial legal unit）为标准，把不属于本法域范围的法域称为外国。所谓法域，简单地说，可以理解为法律的实施领域。例如：英国有英格兰、苏格兰、北爱尔兰、威尔士四个法域，这四个法域之间互为外国；我国是一个统一的国家，但存在大陆、香港、澳门、台湾四个法域，这四个法域各有自己的法律制度，有自己法律的实施范围，因而，在国际私法上，我国的四个法域之间也互为外国。

2. 国际私法和国际公法都使用国际（international）这个词，但其含义是不同的。国际公法中的国际，指的是国家与国家之间的关系；国际私法中的国际，

指的是不同国家自然人、法人之间的民事关系，这种民事关系超越一国法域范围，具有涉外因素。

二、涉外民事法律冲突

法律冲突（conflict of laws）又称做“法律抵触”，是指对同一涉外民事法律关系，因与该涉外民事法律关系有关的国家的法律对该民事关系规定的不同，两个或两个以上国家的法律都要求适用或都可以适用于该民事关系而造成的冲突现象。

法律冲突有两种表现形态：①静态法律冲突，静态法律冲突表现为对同一民事关系，不同国家的法律作了不同的规定。以婚龄为例，俄罗斯法律规定，结婚的法定年龄是男 18 周岁，女 18 周岁，女子年满 16 周岁经父母同意也可以结婚。我国法律规定，结婚的法定年龄是男 22 周岁，女 20 周岁。很显然，对婚龄问题，我国法律和俄罗斯法律规定是不同的，存在法律冲突。但这时的法律冲突表现为静态形式，没有形成不同法律之间的直接对抗。②动态法律冲突，动态法律冲突表现为特定的民事关系发生后，与该民事关系有关国家的法律对该民事关系的规定不同，却竞相要求适用于这一民事关系，从而形成法律适用上的直接对抗。如一个 20 周岁的中国男子与一个 19 周岁的俄罗斯女子在中国申请结婚，依中国法律，该婚姻关系不能成立，当事人双方的年龄未达到我国规定的法定婚龄。依俄罗斯法律，该婚姻关系可以成立，当事人双方的年龄符合俄罗斯规定的标准。对这起涉外婚姻，适用中国法律和适用俄罗斯法律会产生截然不同的两种结果，中国法律和俄罗斯法律产生冲突。任何法律冲突都是静态法律冲突和动态法律冲突的统一，静态法律冲突是动态法律冲突产生的前提条件，动态法律冲突是静态法律冲突导致的必然结果。

对涉外民事法律关系法律冲突产生的原因，我国国际私法学界颇有争议，但这些争议并无本质上的抵触。一般认为，涉外民事法律关系法律冲突基于以下原因产生：

1. 不同国家的法人、公民之间进行经济交往和民事往来，形成大量的涉外民事法律关系。国际私法是商品经济高度发展的产物，生产力的发展，生产率的提高，使商品交换成为社会存在和社会发展的必要条件。科学技术的进步，交通、通讯手段的现代化，为商品交换提供了物质基础。国际贸易的蓬勃发展，带来了国际投资的热潮，促进了国际文化、教育、科学技术和国家之间的技术转让，使得涉外婚姻、涉外继承、涉外侵权等民事关系大量涌现。当涉外民事法律关系成为社会关系的重要组成部分时，国家就要制定法律对涉外民事法律关系进行调整，解决涉外民事法律关系中的法律适用问题。

2. 对同一涉外民事法律关系,不同国家的法律作出了不同的规定。这是法律冲突产生的重要条件,如果各国对涉外民事法律关系的法律规定相一致,就不存在法律冲突问题了。各国之所以对同一涉外民事法律关系作了不同的法律规定,原因主要有两个:①法律是统治阶级意志的体现,而统治阶级的意志又决定于其赖以存在的经济基础。由于各国政治制度、经济制度不同,这就决定了各国法律制度不能相同。②法律的制定要受到历史文化、风俗习惯、宗教信仰、地理环境的制约,由于各国历史文化、风俗习惯、宗教信仰、地理环境不同,必然造成法律制度上的差异。

3. 一国法律的域内效力与另一国法律的域外效力同时作用于同一涉外民事法律关系。当这两个国家的法律规定不同时,便产生法律的域内效力与法律的域外效力的冲突。

法律的域内效力又称为法律的属地效力,是指一个国家法律的空间效力,即一国法律对居住在本国境内的人(包括本国入、外国人、无国籍人)、位于本国境内的物和发生在本国境内的事都具有拘束力。

法律的域外效力又称为法律的属人效力,是指一国法律对具有本国国籍的人,不论该人位于本国境内还是位于本国境外都具有拘束力,都发生法律效力。

三、国际私法的调整方法

在国际私法上,解决法律冲突的方法主要有两种:

(一) 冲突法调整

冲突法调整又称间接调整,是指在国内立法或国际条约中制定法律适用规则,规定在什么情况下适用内国法,什么情况下适用外国法,然后再按照冲突规范指定的那个国家的实体法具体确定当事人的权利与义务。

采用间接调整的方式解决法律冲突,是国际私法调整涉外民事法律关系法律冲突最主要的方法。19世纪以前,国际私法仅有间接调整一种方法解决涉外民事法律关系法律冲突,因此,国际私法又被称为冲突法。

(二) 实体法调整

实体法调整又称直接调整,是指制定统一实体规范直接规定当事人的权利与义务。统一实体规范是指在国际条约或国际惯例中直接规定当事人权利义务的规范。统一实体规范能直接确定当事人的权利与义务,可以消除法律冲突。

冲突规范和统一实体规范都可以对涉外民事法律关系中的法律冲突进行调整。那么,当一个具体的涉外民事法律关系发生法律冲突,既可以适用冲突规范调整,又可以适用统一实体规范进行调整时,应该首先适用哪一种规范进行调整呢?国际社会普遍认可的做法是,在统一实体规范存在的情况下,首先要考虑适

用统一实体规范；在没有统一实体规范的情况下，才适用冲突规范。

四、国际私法的范围

国际私法的范围包括两方面的内容：一是指国际私法包括哪些法律规范；二是指哪些涉外民事法律关系由国际私法规范调整。这两方面的内容实质上是对立统一的。说其对立，是说这两方面的内容分属不同的范畴；说其统一，是说法律规范必须以一定的社会关系为调整对象，而一定的社会关系也必须由相应的法律规范进行调整，二者相辅相成。由于国际私法学者对国际私法的调整对象、法律冲突的调整方法认识不同，所以，对国际私法的范围，国际私法学界也一直存在争议。

德国、日本学者以及受德国法影响的一些国家的学者认为国际私法的任务就是解决涉外民事法律关系中的法律冲突问题，国际私法规范仅为冲突规范。

法国是典型的大陆法系国家，但在国际私法范围这个问题上却有别于德国和日本。法国国际私法学者认为国际私法的调整对象是国籍、外国人民事法律地位、涉外民事法律关系中的法律冲突和涉外民事案件管辖权。国际私法规范由国籍法规范、外国人民事法律地位规范、冲突规范和管辖权规范组成。

英国、美国等英美法系国家学者认为国际私法调整的范围是法院对涉外民事案件的管辖权、管辖权确定之后的法律适用和外国法院判决、外国仲裁裁决的承认与执行三个方面，所以，国际私法规范由管辖权规范、冲突规范和承认与执行外国民商事判决、仲裁裁决规范组成。英美法系国家学者的观点现已为许多大陆法系国家的学者所认同，并在大陆法系国家的立法中有所体现。

前苏联和东欧国家国际私法学者对国际私法范围存在种种争议，但从这些国家的理论和实践看，占主导地位的观点是国际私法以外国人民事法律地位、涉外民事法律关系法律冲突、国际民事诉讼程序、国际商事仲裁程序为调整对象，国际私法规范包括外国人民事法律地位规范、冲突规范、统一实体规范和国际民事诉讼程序、国际商事仲裁程序规范。

毋庸置疑，上述国际私法范围的理论及观点对中国国际私法学界有着巨大的冲击和影响。在我国，对国际私法范围这一问题曾有过相当长一段时间的争论，迄今为止，也不能说这场争论已告结束。这场争论的焦点问题是统一实体规范是否应纳入于国际私法规范范畴。基于对这一问题的不同回答，我国国际私法学界产生了大国际私法、中国际私法和小国际私法三种不同的主张。应当说，目前在我占主导地位的是中国际私法的观点。

我们认为，国际私法调整外国人民事法律地位、涉外民事法律关系法律冲突、国际民事诉讼和商事仲裁范围内的社会关系。国际私法对这些社会关系进行

调整时适用下列规范:

1. 外国人民事法律地位规范。外国人民事法律地位规范,是指规定外国人在内国享受哪些民事权利,承担哪些民事义务的规范。赋予外国人在内国一定的民事法律地位是涉外民事法律关系产生的前提条件,只有承认外国人在内国具有民事主体资格,赋予外国人一定的民事权利并保证这些民事权利的实现,同时要求外国人承担相应的民事义务,国际民事交往才能顺利发展,国际私法的其他规范才能得以适用。

外国人民事法律地位规范多为直接规范和实体规范,国际条约和各国国内立法对外国人民事法律地位都以法律的形式作了规定。

2. 冲突规范。冲突规范(conflict rules),又称法律适用规范,是指出某一涉外民事法律关系应适用何国法来调整的规范。

冲突规范是国际私法中的核心规范,是国际私法中最古老的规范。冲突规范萌芽于7世纪的中国,产生于十三四世纪的意大利。当时的意大利是由城邦组成的国家,由于各城邦的法律不同,产生了在不同城邦之间经济交往和民事往来中适用哪一城邦法律的问题,这实际上是提出了“法律冲突”问题。国际私法就是为解决城邦之间法律冲突问题应运而生的。随着国际经济交往的扩大和各国间人员往来的增多,主权国家之间的法律冲突现象日益突出。为解决国家之间因法律不同而产生的法律冲突问题,人们把意大利解决城邦之间法律冲突的法律规则运用到解决国家之间的法律冲突中,这样,国际私法就逐渐发展起来了。

19世纪以前,调整各国之间民事关系法律冲突的法律规范只有冲突规范,国际私法也仅有冲突法,所以当时的国际私法与冲突法为同义语。19世纪以后,特别是第二次世界大战以后,人类社会的发展为国际私法的发展创造了广阔的空间,使国际私法有了前所未有的发展,许多国家以国内立法的形式制定了国际私法规范,国际社会还以区域性条约和国际性条约的方式制定了国际私法方面的国际公约。这些法律的制定不仅使国际私法的内容与体系日臻系统和完善,而且在调整国际民事关系法律冲突过程中发挥着巨大的作用。

3. 统一实体规范。统一实体规范,是指在国际条约中规定的,或者在国际惯例中确立的直接规定涉外民事法律关系双方当事人权利义务的规范。

统一实体规范是19世纪以来随着国际经济往来、文化交流和人员交往不断发展的情况下产生的。由于统一实体规范扬弃了冲突规范的许多弊端,适应社会发展要求,特别是能够直接、准确、迅速地确定当事人的权利义务,消除了法律冲突,避免了矛盾和纠纷,所以,国际社会在许多领域制定了统一实体规范。统一实体规范是调整涉外民事法律关系的一种法律规范,对此学者们没有异议,但

统一实体规范应否属于国际私法范围，学者们意见不同。我们认为：统一实体规范应作为国际私法的组成部分，其理由为：

(1) 统一实体规范是指调整国际经济流转和人员往来的条约规范和国际惯例，是为解决涉外民事法律关系法律冲突和法律适用而产生和发展的，不能把统一实体规范排除在国际私法范围之外。

(2) 国际私法对统一实体规范的研究范围应加以限制，应从法律适用角度研究统一实体规范的产生、发展、应用及其与国际私法的关系，而不是去研究每一个统一实体规范的内容。

(3) 国际私法研究统一实体规范的目的是掌握哪些领域已制定了统一实体规范，在什么情况下无须适用冲突规范而直接适用统一实体规范，以及如何用统一实体规范确定当事人的权利与义务，达到调整涉外民事法律关系的目的。

4. 国际民事诉讼程序和商事仲裁程序规范。国际民事诉讼程序规范和国际商事仲裁程序规范是指一国司法机构或仲裁机构审理涉外民事案件适用的程序性规范。严格说来，程序规范与国际私法分属两个不同的法律部门。但这些程序规范也是为调整涉外民事法律关系服务的，为涉外民事法律关系当事人提供法律救济，对当事人的合法权益实行司法保护。没有程序性规范，国际经济流转和人员往来过程中产生的争议和纠纷无法解决，国际私法的目的就不能实现。因此，我们把国际民事诉讼程序规范和国际商事仲裁程序规范归入国际私法之中。

■ 第二节 国际私法的渊源

法律的渊源 (sources of law) 是指国际私法规范的存在方式或表现形式。由于国际私法调整的是超越一国国境的民事法律关系，其规范的表现形式就必然带有如下特点：①双重性，既有表现为国际性质的法律形式，如国际条约和国际惯例，也有国内性质的法律形式，如国内立法和国内判例。这是任何其他法律部门所不具有的特点。②多样性，即其规范既有制定法，又有判例法，同时还有习惯法，甚至有学者认为还应包括国际私法的理论、学说。③差异性，即由于各国法律制度以及对国际私法的内容和范围的认识不同，各国对国际私法渊源的认识不尽相同。其一，在主张国际私法仅解决法律冲突问题的国家，国际实体法条约不构成国际私法的渊源，而在坚持国际私法还应解决当事人权利义务问题的国家，此类条约则是国际私法的主要渊源；其二，大陆法系国家一般采取制定法优于习惯法的做法，而普通法

系国家并无此做法；^{〔1〕}其三，在普通法系国家看来，判例法是国际私法的主要渊源，而大陆法系国家则不承认“法院判决”具有法律渊源的价值。

一、国内法渊源

（一）国内立法

国内立法渊源是指通过国内立法的方式规定和表现国际私法的规范。它是国际私法规范最早的表现形式，也是迄今为止最主要的渊源。在历史上，除了我国唐代《永徽律》中有个别立法规定外，较为普遍地通过国内立法规定国际私法规范的方式从18世纪下半叶以后才真正开始。^{〔2〕}经过一个多世纪的发展，有越来越多的国际私法规范体现在各国国内法中。特别是到了20世纪后期，有许多国家开始采用法典的方式来规定国际私法规范，表明国际私法规范在立法形式上得到了空前的发展。从目前世界各国的立法内容来看，国际私法规范主要包括外国人民事法律地位规范，冲突规范，以及国际民事诉讼程序规范和国际商事仲裁程序规范。不过，由于目前各国经济发展水平的差异，国际私法的国内立法水平还参差不齐，主要有三种不同的立法方式。

1. 散见式，即将国际私法规范分别或零散地规定在民法或其他法典的各个相关章节之中。以1804年《法国民法典》为例，国际私法规范在其总则、权利能力、婚姻、继承等章节中都有所体现。除法国以外，诸如1811年《奥地利民法典》、1829年《荷兰民法典》、1865年《意大利民法典》等也都采取这种立法形式。这种散见式立法的缺陷就在于其缺乏系统性，适用起来较为困难。

2. 专编或专章式，即在民法典或其他法典当中设专编或专章，比较系统地规定国际私法规范。随着国际民商事交流的不断发 展，散见式立法渐渐不能满足司法实践的需要。到19世纪中叶，有一大批国家在民法典中开始采用专编或专章方式规定国际私法规范，以取代散见式立法方式。1942年《意大利民法典》、1946年《希腊民法典》、1948年《埃及民法典》等均采取这种方式。我国现在也采取这种方式，如我国《民法通则》第八章就专门规定涉外民事法律关系的法律适用问题。此外我国《海商法》第十四章规定了涉外关系的法律适用；《票据法》第五章规定了涉外票据的法律适用；《民事诉讼法》第四编专门规定了涉外民事诉讼程序的特别规定；《仲裁法》第七章规定了涉外仲裁的特别规定；等等。不

〔1〕 参见（台）赖来琨：《当代国际私法学之基础理论》，台北三民书局2001年版，第308页。

〔2〕 继1756年《巴伐利亚法典》（Bavarian Code）和1794年《普鲁士一般法典》（Prussian General Code）之后，在法国、奥地利、荷兰、罗马尼亚、意大利、葡萄牙、西班牙等国的民法典中都或多或少地规定了一些国际私法规范，其中以1804年《法国民法典》影响最大。参见（台）赖来琨：《当代国际私法学之基础理论》，台北三民书局2001年版，第311～312页。