



高等院校国际法经典规划教材

总主编 林一飞

国际私法

许光耀·孙建 著



对外经济贸易大学出版社
University of International Business and Economics Press

高等院校国际法经典规划教材

总主编 林一飞

国际私法

许光耀 孙 建 著

对外经济贸易大学出版社
中国·北京

图书在版编目 (CIP) 数据

国际私法 / 许光耀, 孙建著. —北京: 对外经济贸易大学出版社, 2013

高等院校国际法经典规划教材 / 林一飞总主编

ISBN 978-7-5663-0918-1

I. ①国… II. ①许… ②孙… III. ①国际私法 - 高等学校 - 教材 IV. ①D997

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2013) 第 260611 号

© 2013 年 对外经济贸易大学出版社出版发行

版权所有 翻印必究

国际私法

许光耀 孙 建 著

责任编辑: 汪友年

对外经济贸易大学出版社

北京市朝阳区惠新东街 10 号 邮政编码: 100029

邮购电话: 010-64492338 发行部电话: 010-64492342

网址: <http://www.uibep.com> E-mail: uibep@126.com

唐山市润丰印务有限公司印装 新华书店北京发行所发行

成品尺寸: 185mm × 260mm 19.5 印张 450 千字

2013 年 12 月北京第 1 版 2013 年 12 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-5663-0918-1

印数: 0 001 - 3 000 册 定价: 36.00 元

前言

感谢对外经济贸易大学出版社的信任,以及林一飞博士的推荐,委托我撰写这本国际私法教材。写作一本国际私法教材本是我多年的夙愿,但一直没敢轻易动笔,因为我所构思的教材模式与现有同类教材很不相同,担心给人以另类的印象,同时也深恐自己功力不足,写作水平达不到预期效果,弄得不伦不类贻笑大方。加之在反垄断法领域的研究已耗尽我的全部可支配时间,这个计划就只好一年年拖延下来,要不是有这次机会,也许就不打算写了。但每年承担国际私法课程的教学时,心中又总是不甘:我没有办法给学生提供一种书面的东西,全面、系统地反映我对国际私法的理解,这很不利于学生的学习,因为课堂讲解在系统性、连续性和可重复性等方面毕竟无法取代阅读,更不利于学生记忆;同时,如果不能将既有的想法以文字固化下来,我自己也无法进行更深一层的思考。因此,在林一飞博士的鼓动下,我决定停下手头其他课题的研究,计划以2012年一整年时间,全面完成对自己在国际私法领域学习心得的梳理,我相信这些心得多少会有一些价值的,因而也是我很多年来一直不吐不快的。

和以往的所有计划一样,动手之后才发现工作的难度超出预期,而预留的时间总是不够用,同时各种工作压力繁重,经常无法保证思考的连续性。多亏同事孙建老师慷慨友爱,伸出援手,经过二十个月的写作,我们合著的这本书终于在今天全面完成。

在教学过程中,我不赞同主要依赖记忆的学习方式,而试图加强学生对于原理的理解,并引导其运用原理来分析问题——实际上,经过这样的理解与分析过程后,知识的摄取已不再那么依赖记忆力了,而且这些知识比背诵得来的东西把握得更深刻,也更有机的融入自己的知识体系并成为以后分析、思考问题的有效工具。这也是本书写作的理念基础,因此本书的基本写作模式是在细致的比较研究基础上提升原理,再以原理为依据,阐释中国相关立法的含义,剖析其要点,评价其合理性状况,并就其可能的不足提出完善建议。其中比较研究旨在提高学生对法律条文的阅读意识、解析能力、比较能力,以及透过文字含义把握其背后实质精神的能力,这样提炼出来的原理就不再是枯燥冰冷的书面语言,而是透彻有灵性的感悟,以这样的感悟来分析具体问题,就比较有能力捕捉问题的核心与本质,能够形成具体的、有逻辑的、有针对性的解决方法——这是检验理论的标准,也是检验学生学习效果的标准。

本书的写作模式具有鲜明的尝试性,因而不足之处必定很多,其中有很多是我们已经认识到了的:首先,本书比较研究的范围还相对有限,主要包括奥地利、瑞士、德国、意大利等的国际私法立法,英美法系的材料不仅数量少,而且比较零碎。这并非因为我国同属大陆法系,所以特别强调大陆法系国家立法的考察,而是由于对英美国际私法尚无法达成深入、系统的了解。这一缺陷不是我们现在能够立即克服的,而需要依赖整个学科发展的大背景。其次,本书的判例考察尚需要加强,一方面需要增加其他国家经典判例以及最新判例的数量,从其分析过程中加强对于原理的提炼及认识,另一方

面,或者说更重要的是,需要对我国《法律适用法》颁布以来的代表性案例进行系统整理并加以详细分析,以演示国际私法的分析思路与操作方法,解释立法的内涵并检验其优劣——说到要引导分析能力的训练,这才是最重要的方式。这一工作将是我们下一步研究的重心。再次,国际私法总体说来是实用性较强的学科,须服务于生活的具体需要,因此本书很想能够更详细地考察最密切联系的认定中究竟会出现哪些技术要点,当事人意思自治的运用中究竟会出现哪些疑难问题等等这些更深入层面的问题,但由于研究尚不到位,我们目前只能满足于本书所作的比较宏观层面的结论。最后,书中各部分所作比较研究的篇幅不够匀称,选取的比较对象也不一定总是具有足够的典型性,甚至对于比较所得的结论也并非全都很有把握。本书的重心主要在于建立一种新型的研究方法与写作模式,要实现上述这些高端的目标,只能寄希望于一步步地来。但对于一些实在不应该回避的挑战也必须负责任地面对,比如关于“经常居所地”的含义及认定方法,目前的立法与司法实践尚无法提供足够的分析素材,本书则主要依赖作者对国际私法理论的理解进行探讨,至于其结论是否正确,还得交由学界和未来的司法实践来评判。

本书的写作高度依赖对国内外立法和相关条约的直接解读、分析,尤其是《奥地利联邦国际私法》(李双元译),《列支敦士登关于国际私法的立法》(杜涛译,韩德培校),《德意志联邦关于改革国际私法的立法》(包建明、陈忠良译,刘成业校),《瑞士联邦国际私法》(张明杰译,韩德培校),《意大利国际私法制度改革法》(张茂、李健男译),《海牙送达公约》(中华人民共和国外交部条约法律司译),《海牙取证公约》(全国人大信息中心译, http://www.npc.gov.cn/wxzl/wxzl/2000-12/07/content_3778.htm),《意大利民事诉讼法典》(张卫平译,范怀俊校),《法国民事诉讼法典》(罗结珍译),《德国民事诉讼法典》(谢怀栻译),《奥地利民事诉讼法典》(张卫平译,李夏校),以及1998年《国际商会仲裁规则》(宋连斌、林一飞译),1985年联合国《国际商事仲裁示范法》(联合国官网中文本, <http://www.uncitral.org/pdf/chinese/texts/arbitration/ml-arb/ml-arb-c.pdf>),1958年《承认及执行外国仲裁裁决公约》即《纽约公约》(联合国官网中文本, http://www.uncitral.org/pdf/chinese/texts/arbitration/NY-conv/1958_NYC_CTC-c.pdf),1996年联合国国际贸易法委员会《电子贸易示范法》(联合国官网中文本, http://www.uncitral.org/pdf/chinese/texts/electcom/MLEC_C_V05-89449_Ebook.pdf),在此对这些文件的译者表达衷心的感谢。

本书共有十五章,其中第九章“涉外合同关系的法律适用”、第十章“涉外法定之债的法律适用”、第十二章“涉外婚姻家庭关系的法律适用”、第十三章“涉外继承关系的法律适用”共四章由孙建老师承担,其余部分由我承担,并由我对全书进行统稿,因此书中的错误虽然应当由我二人承担责任,但我无疑应当承担其中主要的部分。非常盼望读者能够提出宝贵的批评,发送到我的电子邮箱(xuguangyao2002@163.com),以利本书的不断改进——我相信这是一个较长期的过程,但如能有幸获得若干同行对本书写作模式的认同,大家平行努力或者分工合作,这一过程也许可以大大加速,并共同形成一种有特点的学术风格,那将是何等的快意人生。

许光耀

2013年8月18日

目 录

第一编 导 论

第一章 国际私法概论	3
第二章 国际私法的历史	17
第一节 西方国际私法的历史	17
第二节 中国国际私法的历史与现状	43

第二编 冲 突 法

第三章 冲突规范	55
第一节 冲突规范概述	55
第二节 冲突规范的要素	60
第四章 国际私法特有的制度	67
第一节 识别	67
第二节 先决问题	72
第三节 反致	75
第四节 公共秩序保留	82
第五节 法律规避	87
第六节 外国法的查明	92
第五章 国际私法的主体及其属人法	97
第一节 国籍、住所、经常居所概述	97
第二节 自然人的国籍冲突与住所冲突	98
第三节 法人属人法	108
第四节 国家及国际组织的豁免	113
第六章 自然人的权利能力和行为能力	115
第一节 自然人权利能力的法律适用	115
第二节 自然人行为能力的法律适用	120
第七章 法律行为方式与代理关系的法律适用	127
第一节 法律行为方式的法律适用	127

第二节 代理关系的法律适用	130
第八章 涉外物权关系的法律适用	137
第一节 物之所在地法原则	137
第二节 国有化及其补偿	144
第三节 信托	145
第九章 涉外合同关系的法律适用	149
第一节 涉外合同关系的分割	149
第二节 当事人意思自治原则	150
第三节 最密切联系原则	154
第四节 几种特殊合同的法律适用	156
第五节 中国关于涉外合同法律适用的实践	158
第十章 涉外法定之债的法律适用	163
第一节 涉外侵权行为法律适用的一般规定	163
第二节 几种特殊侵权行为的法律适用	167
第三节 涉外不当得利和无因管理的法律适用	170
第十一章 涉外知识产权的法律适用	173
第一节 有关知识产权的国际条约	173
第二节 知识产权的法律适用	182
第十二章 涉外婚姻家庭关系的法律适用	185
第一节 涉外结婚的法律适用	185
第二节 涉外夫妻关系的法律适用	189
第三节 涉外离婚的法律适用	192
第四节 涉外亲子关系的法律适用	195
第五节 涉外收养关系的法律适用	199
第六节 涉外监护的法律适用	202
第七节 涉外扶养关系的法律适用	203
第十三章 涉外继承关系的法律适用	207
第一节 涉外法定继承的法律适用	207
第二节 涉外遗嘱继承的法律适用	210
第三节 无人继承财产的法律适用	214

第三编 国际民事诉讼法与
国际商事仲裁法

第十四章 国际民事诉讼法	219
第一节 国际民事诉讼法概述	219
第二节 外国人民事诉讼地位	220
第三节 国际民事诉讼管辖权	226
第四节 国际民事诉讼中的诉讼期间、诉讼保全和时效	236
第五节 国际民事司法协助	239
第六节 外国法院判决的承认与执行	252
第十五章 国际商事仲裁法	261
第一节 国际商事仲裁概述	261
第二节 仲裁协议	271
第三节 仲裁的法律适用	285
第四节 仲裁庭	287
第五节 仲裁程序	292
第六节 涉外仲裁裁决的撤销	297
第七节 涉外仲裁裁决的承认与执行	299

第一编

导 论

第一章 国际私法概论

一、涉外民商事关系是国际私法的调整对象

（一）涉外民商事关系

在国际法上，立法管辖权属于国家主权的重要组成部分，一国的法律支配其境内的一切人、物、行为，而由于各国主权平等，它不能适用于在其他国家领域内的人、物、行为；一国法院有义务适用本国的法律，但同样基于国家主权，它没有义务适用外国的法律。

但在涉外民商事案件的审理中，经常会出现一国法院适用外国法的情况，国际私法的基本任务就是明确在什么情况下，何种涉外民商事关系应当适用何种外国法。比如中国《涉外民事关系法律适用法》（以下简称《法律适用法》）第36条规定：“不动产物权，适用不动产所在地法律。”虽然审理案件的是中国法院，但如果不动产位于外国，则由此产生的争议应适用该外国的法律。其第11条规定：“自然人的民事权利能力，适用经常居所地法律。”中国法院受理案件后，如果当事人的经常居所地在国外，即使是中国公民，其权利能力也应适用该外国的法律；反过来，对于经常居所地位于中国的外国公民，其民事权利能力适用中国法，而不是其国籍国法。

国际私法调整的是涉外民商事关系，这是从一国的角度来界定的，如果站在普遍性立场上，则称为国际民商事关系，或跨国民商事关系，即含有涉外因素的民商事关系。法律关系由主体、客体、内容三要素构成，涉外民商事关系是指其三要素中有一个以上含有外国因素的民商事关系，这些情况下，由于含有涉外因素，因而有可能需要适用外国法。这主要有以下情形：（1）主体涉外，即法律行为主体含有外国因素。但在主体的何种因素涉外上，各国的理解有所不同。以后的讨论中将会说到，对于上文所说的权利能力等问题，有的国家规定适用当事人本国法，有的国家规定适用其住所地法，而我国《法律适用法》则适用其经常居所地法，并以本国法作为经常居所地法的补充，因而对我国来说，正如《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法涉外民事关系法律适用法〉若干问题的解释（一）》（以下简称《涉外解释（一）》）第1条所规定的，主体涉外包括“（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”（即国籍涉外），以及“（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”（即经常居所涉外）两种情形。在这些情况下，有可能需要适用外国法。（2）客体是位于外国的物或在外国实施的行为。（3）民商事法律关系的内容即权利义务据以产生的事实发生在外国，比如婚姻缔结地或收养成立地在国外、侵权行为发生在外国而引起赔偿责任、合同在外国缔结或履行等。《涉外解释（一）》第1条的理解与上述介绍是一致的：“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。”其中第5项用于兜底，比如合同关系的前述三要素并不涉外，但当事人选择外国法来支配其间的权利义务关系。

上述三要素之一含有涉外因素，即构成涉外民商事关系，而许多情况下，往往可以有多个因素涉外。比如，中国公民与美国人结婚，属主体含有涉外因素；中国公民与美国人在法国订立合同，则属主体及内容涉外；如一美籍华人在美国死亡后，其在中国、法国的亲属要求继承其在美国、日本的财产，就属三个要素均含有涉外因素。一个法律关系涉及多国因素，而这多个国家中，每个国家都可基于该法律关系与自己国家的联系而主张适用自己的法律，而适用不同国家的法律又可能导致不同的结果，从而产生应当适用哪一国法律的问题。这种现象称为法律冲突，而国际私法就是解决这种法律冲突的部门法，其基本手法是采用冲突规范，从案件所涉的若干个国家中选择一个，适用其法律来解决争议。这个被选择出来的法律可以是法院地的法律，也可以是法院地国以外的某个外国的法律。

（二）补充说明

1. 国际私法上所说的涉外民商事关系，在许多著作中又简称为涉外民事关系，其含义应作广义理解，包括国内法上的民事关系、商事关系，其范围大致相当于“私法关系”。罗马法上将法律区分为公法与私法两类，这一分类为后人所接受，虽然其划分标准并不精确，但大致的界线是比较明确的。公法所调整的是一国的公共利益，国家为一方当事人，所以传统上各国均不适用外国公法，而私法所调整的是私人利益，一般距离公共利益较远，因而在这些领域，各国可以接受在一定范围内适用外国法。但20世纪后期以来，出现了“私法的公法化”以及“公法的私法化”等趋势，随着国家对经济生活干预的加强，许多传统上由私法调整的领域越来越多地采用公法规范，对于外国的这些公法规范，已经有些国家在一定程度上接受其可适用性，比如《瑞士联邦国际私法》第13条规定：“根据本法规定适用外国法时，包括适用外国法的所有条款。外国法律的规定，即使具有公法性质，也可以予以适用。”在本书中，将涉外民事关系、涉外民商事关系作为同义语使用。另外，在国内法上，民法、商法均属实体法，而国际私法还包括一些程序法，如国际民事诉讼、国际商事仲裁等程序性规范。

2. “涉外因素”所说的“外”，也作广义理解，并非仅仅指外国，而应理解为“其他法域”（Territorial Legal Unit），如美国各个州都构成一个独立的法域；英国的英格兰、苏格兰与北爱尔兰也是不同法域，在国际私法上，英格兰适用苏格兰法也要遵循其国际私法规范，如同适用外国法一样。也有国家对其内部不同法域之间的法律冲突问题制定有专门的法律适用规则，与其用于解决国际法律冲突的规范有所不同，这往往被称为区际私法，但这种实践并不普遍。自香港、澳门回归后，中国也出现多个法域，因而也存在区际法律冲突问题，但根据《涉外解释（一）》第19条，“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”，因而在法律适用问题上，涉及港澳的民事案件同样适用国际私法规则，没有专门的区际私法；不过在司

法协助事项上,由于同属一个国家,因而由内地最高人民法院与港澳高等法律达成一些特殊安排,比国与国之间的协助更为便利。

3. 国际私法上有一个特殊的概念即“内国法”。它与“国内法”不同。国内法与国际法相对,指由一国立法机关及其他有权机关制定或认可的行为规范,包括实体法,也包括冲突法、程序法,而国际法指国家以及其他国际法主体间以国际习惯法或制定条约等形式形成的国家间行为规范,以条约为例,既有实体法条约,也有冲突法与程序法条约。而国际私法上的内国法,是国内法中排除冲突法后余下的部分。在国际私法上,冲突规范有时会指向内国法,有时会指向外国法,内国法是与外国法相对的。

二、法律冲突

(一) 法律冲突的概念

国际私法的任务是解决各国民商法律的冲突,法律冲突是国际私法产生的根源。所谓法律冲突,是指对同一民商事关系,因所涉各国立法不同,而且这些国家均主张对该关系具有立法管辖权(即法律的竞相适用),从而产生的法律适用上的冲突。比如,一位A国公民与一位B国公民在C国订立一项合同,将位于D国的货物运送到E国。这一合同关系涉及五国因素,每一国法律都可因其含有本国因素而主张适用,而各国法律又不同,从而产生冲突,这时需要对适用什么法律进行选择。

如果各国法律规定完全一致,则不存在法律冲突问题,因为无论适用哪一国法律都会得出相同的判决。但现实生活中,各国法律的差异可能相当大。如果一项合同依据A国法律是有效的,依据B国法律无效,如何确定应以哪一国法律为准呢?或者需要考察自然人的行为能力时,大陆国家多适用当事人本国法,英美法系多适用当事人住所地法,在不同国家起诉可能会导致不同的判决。这种判决结果的不一致会严重妨碍国际民商事交往的顺利进行,国际私法就是解决这种法律冲突的部门,其最初的目标是实现判决的一致性,即无论当事人在哪一国进行诉讼,都能得到相同的判决。后来人们发现片面追求这一目标会妨碍个案判决的公正,而当事人进行诉讼的目的是得到公正的判决,不应为了一致性而损害公正性。此后一致性目标的重要性有所降低,但无论如何仍然是最基本的目标之一。

(二) 法律冲突产生的条件

首先,必须存在大量含有涉外因素的民商事关系。如果涉外民商关系只是偶然的现 象,则不足以导致一个法律部门的产生。其次,各国法律不同,对同一国际民商事关系,适用不同国家的法律会得出不同的结果。这两个条件是客观条件,提供了产生法律冲突的客观可能性和解决这种冲突的必要性,关键的是第三个即主观的因素,即内国容忍外国法的适用。如果内国坚持适用内国法,也不会产生法律冲突。历史上这种情况并不少见。

(三) 适用外国法的原因

关于内国适用外国法的原因,曾是早期国际私法理论关注的重要问题,从后面将要介绍的荷兰学者胡伯的观点中就可以看出。这主要是由于适用外国法与内国主权存在着

意识形态上的冲突：既然主权是对内的最高权，对外的独立权，而立法管辖权是主权的重要组成部分，适用外国法就与内国主权存在观念上的抵触。胡伯对这一问题的回答是：内国并无适用外国法的义务，而之所以要适用，是出于对外国的礼让。但国际私法发展到今天，人们已不再去争论这些书斋气的问题，而认识到在一定条件下适用外国法是由于国际民商事交往的需要。国际私法调整的是涉外民商事关系，不同于纯国内关系。涉外民商关系往往在一个国家成立，提出争议却在另一个国家，管辖法院可能纯属偶然，如果一概适用法院地的内国法，对当事人不公平，也会导致法律秩序的混乱，妨碍国际民商事交往的发展。比如，如果内国拒绝承认依据外国法取得的权利，则外国人就不会到内国从事民商活动；一项依外国法缔结的婚姻或合同，如依内国法不成立，则会损害外国当事人的利益，也未必对内国当事人有益；而内国人到外国去也会面临同样的问题。因此，在有些情况下赋予外国法以内国适用力对双方国家及当事人均有必要性，是国际民商事交往发展的必要条件。

三、几种不同性质的法律冲突

（一）区际冲突

区际冲突即一个主权国家内部各法域之间的法律冲突。区际法律冲突多发生于联邦制国家，最典型的如美国，各个州的法律不同；但有的单一制国家如中国也存在多个法域，当案件涉及一个以上的法域的因素时，也会产生应当适用哪一法律的问题，因而会产生法律的区际冲突。区际冲突是一国内部各法域之间的冲突，彼此法律的近似性会强一些，而且受中央宪法的制约。例如，美国各州在适用自己的冲突法来解决州际冲突时，就要受联邦宪法中“充分诚实与信任条款”、“适当程序条款”、“优惠与豁免条款”和“平等保护条款”的限制，与解决美国同他国的法律冲突时有所不同：在国与国之间，当内国法院认为适用其他国家的法律所导致的结果会损害内国公共秩序时，经常会以“公共秩序保留”制度排斥该外国法的适用，而根据“充分诚实与信任条款”，美国某个州的法院对其他州的法律应当予以充分信赖，在适用“公共秩序保留”时要谨慎得多。在中国，内地与香港、澳门法院之间可以订立一些“安排”，来协调彼此间在法律适用与程序问题上的合作。不过法律的区际冲突与国际冲突在本质上是一致的，都是适用这个法律与适用那个法律会导致不同判决结果的冲突，因而其规则在多数情况下也是相同的，都是从若干个法域的法律中选择一个来适用，而确定法律选择的根据是案件与法律间的联系，并且多数情况下主要考察地理联系，具体表现为国际私法上常用的连结点。因此有些国家（如英国）并不对这两种法律冲突进行区分，而是以其国际私法来解决区际法律冲突；而有的国家则另外创设一套区际私法，以解决区际法律冲突，如我国自港澳回归后，也在努力建立区际私法体系，但目前这种努力主要体现为不同法域的法院之间在程序问题上的合作，至于法律适用领域，迄今为止尚未发明出多少与国际私法规则不同的东西。

当内国冲突规范指向外国法时，如果该外国法律不统一，同样面临应当适用其哪一个法域的法律的问题，这是区际法律冲突的另一种表现形式。不过一般说来，只有在采用国籍连结点时，才有存在区际私法的需要，而且也并非必须借助于区际私法。比如在

能力与身份问题上,大陆法系许多国家适用当事人本国法,如果其国籍国的法律不统一,就有必要通过区际私法确认最终适用什么法律。因此《意大利国际私法制度改革法》第18条第1项规定:“如果所指定法律所属国就地域而言存在非统一的法律制度,则应当依据该国法律制度的标准来确定准据法。”即国际私法指向该国法律以后,再适用该国的区际私法来确定最终适用该国哪一个法域的法律。依其第2项,如果该国并无这种区际私法,则适用与该案件“有最密切联系的法律”,这与第1项不同:第1项是由对方的区际私法来确定最终适用什么法律,而第2项则是直接依据意大利的冲突规范来解决问题。^①当然,在意大利法上,这两项规定在适用上有先后顺序之分,而我国《法律适用法》第6条则直接规定“涉外民事关系适用外国法律,该国不同区域实施不同法律的,适用与该涉外民事关系有最密切联系区域的法律”,并不借助于对方的区际私法,而是由中国冲突规范来完成全部的指引过程。英美法系以住所为连结点,当事人的身份与能力问题适用其住所地法,这既直接指向住所地所在的国家,也直接指向其住所地所在的法域,也不需要区际私法的桥梁。

(二) 人际冲突

不同种族、民族、宗教、部落以及不同阶级的人适用不同的法律,从而导致法律的人际冲突。中国《内蒙古自治区执行〈中华人民共和国婚姻法〉的补充规定》第3条规定:“结婚年龄,男不得早于20岁,女不得早于18岁。汉族男女同蒙古族和其他少数民族男女结婚的,汉族一方的年龄按《中华人民共和国婚姻法》的规定执行。”但这种冲突与国际私法意义上的法律冲突不同,一方面,这是一国内部的问题,另一方面,这里不存在法律选择问题,法院不需要在《补充规定》与《婚姻法》之间进行选择,汉族当事人适用后者的规定,少数民族当事人适用前者的规定,这是很明确的,法院要做的只是查明当事人属于哪个民族,实质上,上述两个法律构成一个整体,彼此间是一般法与特别法的关系。而法律冲突则不同,如前所述,对一个在英国拥有住所的法国人的行为能力问题,法国法与英国法均有管辖的理由,反过来也一样,因而无论在英国还是在法国起诉,法院都必须在英国法与法国法中进行选择。法国采用当事人本国法——对在英国拥有住所的法国人适用法国法,对在法国拥有住所的英国人则适用英国法;而英国则适用当事人住所地法——对在英国拥有住所的法国人适用英国法,对在法国拥有住所的英国人则适用法国法。这是在不同国家的法律之间进行选择,选择其一而排斥另一个。

(三) 时际法律冲突

时际法律冲突即新法与旧法、前法与后法的冲突。这类冲突多涉及婚姻家庭及其他有关人的能力、身份方面的问题。例如中国1950年《婚姻法》规定五代以内的旁系血亲间的结婚可从习惯,而1980年《婚姻法》则禁止三代以内的旁系血亲结婚。假设一对表兄妹于1979年结婚,其后双方在纽约定居,男方加入美国国籍。其后二人关于婚

^① 1986年修订的《德意志联邦关于改革国际私法的立法》第4条(3)也是这样规定的:“如果指定应适用存在数个法域的国家法律,但没有指明应适用哪一个法域的法律的,则依该国法律确定应适用哪个法域的法律。如果该国没有这种冲突规则的,则适用同实际情况有最密切联系的法域的法律。”

姻的效力发生争议时,在确定适用中国法后,还需要确定适用上述哪一部婚姻法。^①但一般说来,各国都有用来确定新法溯及力的规则,比如“从新兼从轻原则”等,许多新法在颁布时对此就有明确的规定,比如我国《涉外解释(一)》第2条规定:“涉外民事关系法律适用法实施以前发生的涉外民事关系,人民法院应当根据该涉外民事关系发生时的有关法律规定确定应当适用的法律;当时法律没有规定的,可以参照涉外民事关系法律适用法的规定确定。”因而“时际法律冲突”本身并不是国际私法上的问题,而是在确定适用哪一国法律后,再确定适用该国哪一法律的问题。在这一问题上,应当适用该国自身关于新法溯及力的规定,不存在法律选择问题。

总而言之,上述几种冲突虽然与国际私法意义上的法律冲突密切相关,但仍属于不同性质的冲突,一般说来,在依国际私法规则确定适用哪一个国家的法律之后,才会出现区际冲突、人际冲突与时际冲突,因而区际私法、人际私法、时际私法与国际私法不是同一层次的问题。匈牙利法学家萨瑟将它们称为“二级冲突”,而国际私法冲突规范所要解决的是“一级冲突”。^②

四、国际民商事法律冲突的解决方法

(一) 直接调整方法

直接调整方法即直接对各国的实体法进行统一,从而以相同的实体规则来调整当事人间的权利与义务。比如国与国之间订立国际条约,缔约国当事人之间的争议即可直接适用条约中的实体规定,而避免了在两国法律之间进行选择的问题;在国际经济贸易领域,各国也越来越多地允许当事人约定适用国际惯例。这些规范一般称为“统一实体规范”,直接将不同国家的实体法统一起来,从而消除实体法的差异,进而可以消除法律冲突。此外,内国一般会制定一些专门针对涉外民商事关系的实体规范,有的学者称之为“专用实体规范”,并认为这是直接调整方法的第三个组成部分。但这种方法与国际条约、国际惯例不同,它是一国制定的,与其他国家的同类规范之间可能存在很大差异,因而甲国法院受理案件后会适用自己的专用实体规范,但如果案件在乙国提起诉讼,则乙国法院会适用乙国的同类规范,这并未达成实体规范的统一,因而与“内国法”中的其他部分一样,不能算是直接调整方法。

(二) 间接调整方法

间接调整方法即“冲突法解决方法”。内国制定冲突规范,用来规定某类涉外民商事关系应当适用与该关系存在何种联系的法律,而不直接规定当事人的实体权利与义务。如“不动产适用物之所在地法”,这是一条冲突规范,其功能在于指明对于什么案件应适用什么法律,这种指向所根据的是案件所涉法律关系与某个法律之间的联系——主要是地理联系(如本例中的“物之所在地”即为地理联系)。它不过问具体如何确定当事人的权利义务,而将这一问题留给所指向的法律(本例为“物之所在地”国的法律)

^① 李双元,金彭年,张茂,欧福勇.中国国际私法通论.北京:法律出版社,2003:7.

^② Szasz. Private International Law in the European People's Democracies. 1964, Chapter. 参见蒋新苗,杨翔.国际私法.长沙:湖南人民出版社,湖南大学出版社,2003:17.

去解决，因而是一种间接规范。这种间接规范是国际私法特有的。

如果能统一各国的实体法，从而消除法律冲突，无疑是效率最高的方式。但并不是每个民商事领域都存在这些统一实体法，而且即使制定了统一实体法条约，它也只在缔约国间有效，对于缔约国与非缔约国当事人之间的关系则无法适用；国际惯例则只有经过当事人协议选择才能适用，而且国际惯例只存在于有限的商事领域，因此，直接调整方法起作用的空间是有限的，对于这些方法所不能解决的法律冲突问题，须依赖间接调整方法。冲突法方法与统一实体法方法应相互配合，互相不能替代。

五、国际私法的名称与范围

历史上用以指称“国际私法”的术语五花八门，比如国际私法的创立者巴托鲁斯（Bartolus）将其称为“法则区别说”，这一名称被荷兰、法国学者沿用到17、18世纪，其核心思想在于，一国法律分为人法、物法等不同类型，不同性质的法律在空间上的适用范围不同。这在后文关于国际私法历史的介绍中将有详细讨论。17世纪，荷兰法学家罗登堡称之为“冲突法”，他认为法律是主权者的命令，法律冲突实质上是不同国家的主权之间的冲突，这与法则区别说有了一定的区别。1822年，德国学者奥斯塔特使用“外国法的适用”这一名称，因为解决法律冲突的方法无非是允许外国法在内国适用，因而国际私法的任务是确定在什么情况下适用外国法。还有人称其为“私法关系的国际处理法”、“界限法”等。这些称谓围绕着解释法律冲突的本质，或者围绕着解决法律冲突的方法，所指向的范围大致相当于现代国际私法意义上的“冲突法”。1918年中国制定了《法律适用法》，其名称也有这样的含义。

“国际私法”（private international law）是美国国际私法奠基人斯托雷（Joseph Story, 1779-1845）于1834年在其《冲突法评论》一书中提出的，其直译应为“私国际法”，但他自己仍采用荷兰学者首创的“冲突法”这一名称，首先采用“私国际法”这一名称的是法国学者弗利克斯，他认为国际私法是国际法。真正首先使用“国际私法”这一概念的是德国学者谢夫纳，他所使用的德文是 internationalen privatrechts，英语直译为 international private law，意为含有国际性的私法。^①

目前比较普遍采用的两个术语是“冲突法”与“国际私法”，英美法系多采用前者，大陆法则普遍采用后者。采用不同称谓的背后，一定程度上反映着人们对于国际私法的性质、调整对象与范围的不同认识。

英美法系大多采用“冲突法”这一名称，尽管也有例外，比如英国学者威希尔和诺斯的名著即名为《国际私法》，他们对国际私法的理解与另一部名著《戴西和莫里斯论冲突法》是一致的：国际私法的任务是在审理含有涉外因素的案件时判定：第一，法院在什么情况下对案件具有管辖权；第二，不同种类的案件应适用哪一国法律来确定当事人的权利与义务；第三，在什么条件下可以承认与执行外国判决。^② 这三类规范的

^① 黄进．国际私法．北京：法律出版社，1999：39；蒋新苗，杨翔．国际私法．长沙：湖南人民出版社，湖南大学出版社，2003：2．

^② 韩德培．国际私法．北京：高等教育出版社，北京大学出版社，2000：5．