

国际私法的名称、性质、定义和范围问题

李 双 元

随着我国实行对外开放的经济政策,涉外经济贸易及各种民事活动日趋广泛和复杂,迫切要求就调整涉外民事关系制定健全、完备的法律制度,这给我国国际私法理论研究工作提出了艰巨的任务。本文拟就当前国际私法理论研究中遇到的一些问题,谈些浅见。

一、国际私法的名称与性质

德国法学家科恩曾指出,国际私法可以说是从书名页起就有争论的法律学科。直到目前,不同国家和地区对国际私法仍保留不同的称谓。欧洲大陆各国较普遍地称为“国际私法”(Private International Law),而英、美等国则更多地称为“冲突法”(Conflict of Laws)。东德和旧中国把冲突法法规称为“法律适用条例”,西德却称为“民法施行法”,日本称为“法例”。在学说及历史上,它还被叫过“法则区别说”,“法律的地域界限论”,“外国法的适用”,“私国际法”等名称。此外,还有主张把它叫作“国际民法”或“国际民商法”的。这些不同的称谓,或是强调它所调整的法律关系仍属民法性质,只不过这种民法关系已超出一国的范围;或是强调它着重解决的是法律的冲突问题;或是强调它要解决的是本国及外国的民法适用的问题。

目前比较通用的“Private International Law”这个名称,最早是美国国际私法学家斯托雷在1834年发表他们的《冲突法评论》(Commentaries on the Conflict of Laws)一书中提出的,但是他却没有用这个名称来给他们这本书命名,而采用了欧洲大陆十七世纪荷兰学派所首倡的“冲突法”(De conflictu Logum)这一名称。相反,斯托雷提出的上述名称却为欧洲大陆国家所接受。这也表明,在国际私法的理论与实践方面,不同国家或不同学派间的相互影响是十分重大的。1843年,德国学者弗利克斯开始正式采用目前的这个名称,但他的立意却与斯托雷的大不相同。弗利克斯是一个把国际私法视为国际法的人,他在1840年发表的一篇文章,其题目便是“论内外国法律的冲突,又称国际法”。他用来称呼这一法律部门的法文名称是“Droit International Prive”,直译也是“私国际法”。但在1841年德国的一位学者叫谢夫纳(Schaeffner)的,在一本研究国际私法史的著作中,倒真正把它称为“Internationales privatrecht”(国际私法),不过直译为英文,则应该是“International Private Law”。他认为国际私法纯然是国内法。

那么,国际私法到底是国际法还是国内法呢?如果说它是国内法,又为什么要冠上“国际”二字呢?这就是讨论国际私法的名称和性质时,要解决的第一个问题。

对于这个问题,不论在历史上或当今,国内外都有不同的观点,但比较普遍的看法是,国际私法是内国法,或至少可以说它主要是国内法。其所以冠以“国际”二字者,只是表明它所调整的法律关系超出了一国的范围,从而有可能受到两个以上国家法律的影响。但是,我们也应该看到,国际私法所调整的民事法律关系既然超出了一国范围,涉及了不同国家的立法

及司法管辖权,从而不能不具有国际的因素或规模,因而它也就不可能完全脱离国际公法的一般原则,例如国际公法的主权原则与平等互利原则,便是国际私法的指导原则。至于表现在具体问题上的国民待遇原则,国家及其财产的豁免原则等,也是处理国际私法关系时应该遵循的国际公法上的原则。

由于国际私法涉及国际因素,有关国家还常常通过国际条约的方式来制定各种统一冲突规范;划分国家间的司法管辖权;约定彼此相互履行司法委托;甚至制定一些统一实体规范。这就表现出国际私法在渊源上具有两重性。就这一类国际私法规范而言,它显然具有规定国家间关系的行为准则的性质。但是这类性质的国际私法规范为数并不太多,而且它们只在极少数国家间生效,至今并不存在什么得到较多国家(更不用说所有国家)接受的统一国际私法规范。其次,在许多已有的国际私法条约中,都还规定了公共秩序保留条款,允许缔约国在认为遵行条约所规定的统一规范会与自己的公共秩序(或公共政策)发生抵触时,可以不适用条约的规定,这就更降低了这些条约作为约束缔约国的行为规则的法律意义。最后,在这样的国际条约(更不用说国际惯例)中,许多关于国际贸易方面的统一实体规范,都是任意性规范,只有经当事人选择适用于合同后才对当事人具有约束力,而且缔约国之间的当事人在选择适用条约中统一实体法于合同中时,还有权减损与改变有关条约的规定。统一国际私法(这里包括统一冲突规范,统一实体规范与统一国际民事诉讼规范)中强行性规范是很少的。因此,这种统一规范的出现,仍不足以改变国际私法是国内法的基本性质。

认为国际私法不是国际法而是国内或主要是国内法的根据是:

首先,它不是以各主权国家间的政治、经济、外交关系为调整对象的。它的调整对象是发生在不同国家自然人或法人之间的民事关系。有时主权国家也可作为主体出现于这种民事法律关系之中,但这时,它的法律地位被认为只应按一般民事法律地位对待(但传统上认为,当国家参加民事法律关系时,它的法律地位也与一般自然人或法人的法律地位不同);它所承担的责任,也只具有民事法律责任的性质,而不是国际法上的所谓国家责任。尽管有时它也可能要承担国家责任,但这是因为它不履行民事责任所造成的。

其次,在国际私法方面,除有关缔约国承担的条约义务外,即令有一些冲突原则,可能为许多国家共同采用,但这并不意味着它们本身具有约束国家的行为规则的性质。如“不动产物权依所在地法”,“人的能力依属人法”,“行为方式依行为地法”以及“程序问题依法院地法”等,虽为许多国家采用,但它们都是通过国内法加以规定的,其内容与适用范围也很不相同。

最后,国际私法关系中的争议属于民事争议,其案件大都由有关国家的国内法院解决。国内法院在解决这类争议时,程序问题一般均适用自己国家的程序法,实体问题在当事人无事前协议的情况下,也只根据法院国的冲突法规则去选择适当的法律解决。

因此,无论从国际私法关系的主体,国际私法关系的性质,国际私法规范的制定及其约束力,以及国际私法争议的解决途径及应适用的法律等各方面来看,都应该认为国际私法是内国法或主要是内国法,而不是国际法。

在讨论国际私法的性质时,还要解决的一个问题就是为什么要把它叫做“私法”?

这一法律部门之所以被称为“私法”,是因为它所调整的全是民、商法一类关系,而民、商法自罗马时代起,就被认为属于“私法”的范畴。本来,根据列宁关于“我们不承认任何‘私法’,在我们看来,经济领域中的一切都属于公法范围,而不属于私法范围”^①的论述,我们社会主义国家的法学,原则上是反对把法律划分为公法私法的。但是,既然在国际私法领域,我们要处理的法律关系超出了一国的范围,而且常常要涉及资产阶级国家的法律与法学理论

及司法实践,为了方便起见,便仍沿用这一名称来称呼这一法律部门。加之,即使给它换上一个别的名称,也并不能完全反映这一法律部门的性质与特点。但是,必须了解,我们在这里所用的“私法”这个概念,已经与资产阶级法学中的相应概念所指的含义完全不同了。

根据上述原因,我们认为今天沿用“国际私法”这个名称,只指上述特定含义,但确容易引起误解,因为它既不是“国际”的,也不是“私法”的。

这里还必须指出,我们在讲到国际私法所调整的是一种民法关系时,也把我国法学上民法这一概念所包括的范围加以扩展了。根据社会主义国家对法律部门的划分,婚姻家庭关系,劳动关系本都不属于民法调整的对象,但资本主义国家却把它们归入民法关系,并且凡此种法律关系一旦介入外国因素,也统由国际私法加以调整。所以在讲到我们国家的国际私法时,我们也把这种种法律关系包括了进去。此外,有关海商、公司、票据等法律关系,传统上本属商法范畴,而在国际私法中,为了简便起见,也一概统称为民法关系。

二、国际私法的定义

正如国际私法的名称有各种不同的叫法一样,各国法学家也给国际私法下过各种各样的不同的定义。^②但大体上讲,可以把这些定义归纳为下列五种不同的类型。

(1) 根据它所调整的法律关系的性质来给国际私法下定义。目前我国国内多采取这种方式,从而一般都把它称为“调整涉外民事法律关系的法律部门”或“调整涉外民法关系的规范的总称”显然,这一定义过于笼统,未能揭示出这一法律部门的基本特征。其所以采取这一定义,反映出我们国内若干从事国际私法研究工作的同志,主张把所有调整涉外民事法律关系的规范(包括国内法中直接调整此种关系的所谓“专用实体规范”)统统包括进国际私法范围的倾向^③。匈牙利的《欧洲人民民主国家国际私法》一书的观点也是这样。例如该书认为,国际私法是调整国际性的,即与几个法律制度有联系的,也就是含有外国因素的民法,家庭法和劳动法等方面法律关系的法律规范的总称,这些规范中一部分是直接规范(即实体规范),一部分是间接规范(即冲突规范)。^④

(2) 从解决涉外民事法律关系的法律冲突的角度来给它下定义。例如美国的斯托雷就把国际私法学定义为“关于产生于不同国家的法律在实际运用于现代商业交往中所发生的冲突的法学”。英国的韦斯特勒克认为国际私法是在发生法律冲突的情况下,“解决哪个国家应受理案件以及应根据哪一个国家的法律来判案”的法律部门。法国的弗利克斯则把它定义为“供判定不同国家私法之间冲突的规范的总和”。而法国的另一学者巴丁认为,国际私法是调整各主权国家都要把自己的法律用于因特定情况而产生的冲突的法律。

(3) 与第二种定义相类似,却从不同国家法律适用范围的角度给它下定义。如荷兰国际私法学家阿瑟把它定义为“决定什么法律能适用于不同国家的当事人之间法律关系或在外国所为法律行为的规范,或者简言之,即有关在一国领域内适用他国法律的规范的总和”。德国学者弗兰根斯坦则把它定义为给各国法律划分管辖权界限的法律。

持第二、三种定义方式的学者,许多都代表了传统的观点,即国际私法就是“冲突法”,“法律适用法”,“法律界限法”。而且他们多抱有国际私法是国际法的观点。日本的著名国际私法学家迹部定次郎就认为,如果承认国际私法是规定各国法律适用范围的,而各国的私法又是根据国家主权行使的,那么国际私法就同样是给各国主权划定范围的法律,就应该属于调整国家关系的国际法。这种观点,是不符合实际情况的。实际上,除了国际私法条约中的统一冲突规范外,凡国内法中的冲突规范都只具有约束自己法院适用法律的效力。冲突规则

指定在什么情况下适用外国法，有时固然也会以国家间的互惠为条件，但大都并不以对方国家在同样情况下也适用内国法为前提。目前我国一些国际私法理论工作者也有国际私法是国际法的观点。例如有的同志认为，根据国家主权原则，每个国家的法律都同时具有域内效力 and 域外效力，照此推论下去，那么在涉外民事关系中，一国法律的域外效力就必然会与另一国法律的域内效力发生冲突，这种冲突需要用国际私法来解决，因此，当然也会得出国际私法是给各国法律划定适用界限的法律的结论。显然对国际私法作这样的定义，是既不符合马克思主义法学理论，也不符合国家主权原则的。

(4) 有人从强调外国法的适用的角度下定义的。如沃顿认为国际私法是规定在有关情况下或多或少要服从(或让位于)别国的法律的规范。切夏尔在他的著作的早期版本中也认为，国际私法是这样一个法律部门，即当法院受理的案件，在涉及与外国法律制度联系的事实、事件或行为时，必须考虑从另一法域去获取判案的法律。

(5) 最后，还有以列举国际私法的内容(或范围)的方式来给国际私法下定义的。例如切夏尔和诺思的《国际私法》就指出，英国法所理解的国际私法是在处理含有涉外因素的案件时，判定“第一，法院在什么条件下对案件有管辖权；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义务关系；第三，在什么条件下可以承认外国的判决，以及在什么条件下，外国判决赋予的权利可以在英国执行”的法律。我国有些国际私法理论工作者也试图以这种方式来给国际私法下定义，只是他们所列举的内容(或范围)与上述定义不同而已。例如有的教科书便把它定义为“国家在同其他国家交往过程中形成的，表现这个国家统治阶级意志的，调整国际民事法律关系的冲突规范、规定外国人民事权利地位的规范和国际民事诉讼规范的总称”^⑤。

上述种种定义方式，都不足以反映我国目前较为通行的观点。作者认为，似以作如下定义较为妥当：“国际私法是以涉外民事法律关系为调整对象，并以解决法律冲突为中心问题，以冲突规范为基本规范，同时包括规定外国人民事法律地位的规范，消除法律冲突的统一实体规范，以及国际民事诉讼与仲裁程序规范在内的一个独立的法的部门”。

这个定义，一是强调了国际私法调整对象的特殊性，即含有外国因素的民法关系。而调整对象的不同，正是区别不同法律部门的基础。二是突出了国际私法的本质特性，就是它的中心任务是解决因各国民(商)法规定的不同而产生的法律冲突问题。这一点不容回避，必须在定义中得到反映。三是既强调了冲突规范(或法律选择规范，或法律适用规范)是国际私法的最基本规范，也强调了为了解决法律冲突问题，还必需运用的其他几种类型的规范。至于为什么在国际私法中还必须把其他三类规范包括在其中，这便是研究国际私法的范围所要讨论的问题。

三、国际私法的范围

国际私法的范围问题，同样是一个极有分歧观点的问题，国内在这个问题上的争论也是很尖锐的。但是，有一点必须首先肯定，那就是国际私法虽然是解决法律冲突问题的，但即使是在把国际私法和冲突法两个概念完全等同起来的国家里，他们的国际私法学也都认为应该把冲突规范以外的但与解决法律冲突有关的一些规范包括到国际私法范围以内的。因此，不宜在在国际私法范围问题上，采取过于绝对化的观点。

普通法国家如英美等国国际私法学认为国际私法就是冲突法，但在范围问题上，他们却在国际私法中包括了有关涉外民事案件管辖权及外国民、商事判决的承认与执行的规范，而

反对把外国人民事法律地位的问题和国籍问题归入国际私法。切夏尔在他的《国际私法》一书序言中,就表明“本书不涉及英国国籍法问题”,因为“国籍法属于宪法范畴,与国际私法关系不多。一个人究属哪个国家的国籍,既与法律选择无关,也与法院管辖权的研究无关”。这是因为英、美等国,在属人法的适用和管辖权的划分上,都是以住所为根据的。因此,他们虽然反对研究国籍问题,却让住所问题在国际私法中占有重要地位。

大陆法国家如法国,对国际私法的范围更作广义的理解,认为它应包括“适用于国际关系中私法主体间的所有规范”。因此,外国人地位问题,国籍问题(因为法国以当事人本国法作属人性,以国籍作属人法的连结点),都应属于国际私法的范畴。不过,法律冲突与管辖权冲突仍是国际私法中两个最重要的问题而已。西德的学说一直认为国际私法只限于冲突法,而主张把国籍问题归入国家法,把外国人民事法律地位问题归入民法。但有人认为国际民事诉讼与仲裁程序规范应归入国际私法。日本的学者如北敏胁一认为,尽管国际私法的范围,依时代、国别及学者的不同而有不同处理,但一般应包括法律适用问题,外国人民事法律地位问题,涉外民事诉讼法问题等。在北敏胁一的《国际私法》(1976)一书中,除讨论了物权法、债权法、亲属法,继承法及国际民事诉讼法而外,还专门讨论了商事及国际贸易法方面的各种问题,如商事,票据,海商,国际贸易(包括保险与运输服务),工业产权等方面的问题。

此外,在资本主义国家,也有明确主张应把统一实体规范归并到国际私法范围的。如荷兰的国际私法学家布鲁恩德就认为国际私法是由下述三个方面的基本事实所构成的,即:人们在处理涉外案件时需要选择法律;需要选择法院司法管辖权),以及许多国家鉴于法律选择范围的不断扩大而同意制定统一实体规则。英国的施米托夫也认为,随着统一国际民商实体法的国际公约的不断出现,应该把国际私法的范围加以扩展,把这种统一实体规范也包括到国际私法中去。一些著名的国际私法国际机构,如海牙国际私法会议,美洲国家组织国际私法会议等,也都主张站在国际私法的统一立场上,去对统一冲突规范、统一实体规范及统一国际民事诉讼程序规范三个方面的问题,进行有机结合的研究工作的。

苏联、东欧各国国际私法学者对国际私法的范围,虽有种种不同看法,但在理论及实践中,比较普遍的倾向更是主张把关于外国人民事法律地位的规范,冲突规范,统一实体规范以及国际民事诉讼程序规范都包括在国际私法范围之内。

因此,从国外在这个问题上的理论与实践来看,上述情况表明:所有国家都不认为国际私法只应包括冲突规范。而主张把产生于国际经济贸易关系中的统一实体规范归入国际私法范围的,也并不只是个别国家或个别学者的实践与观点。

目前,国内在国际私法的范围问题上两种主要对立的观点,其基本分歧也在于是否应该把统一实体规范列入国际私法的范围。对于这个问题,我们认为,应持肯定态度。但要正确地认识这个问题,必须从法律发展的观点出发,从我国的实际情况出发。

为了解决涉外民法关系中法律适用上的冲突现象,历史上最早采取的是用冲突规范来指导进行准据法的选择。但是,由于这种冲突规范并不直接规定当事人间的权利义务关系,因而它只是一种间接调整的手段,适用起来,有时不免缺乏明确性,而且不太方便。随着国际经济关系日趋发达,为了便利国际民事流转,在19世纪末20世纪初,便开始进行制定直接调整某些国际民事关系的统一实体规范的工作。这种统一实体规范如被有关国家的当事人采用于合同,便可以避免法律冲突和法律选择。因此,它也是在解决法律冲突的基础上发展起来的,与冲突规范可以说是规定含有外国因素民法关系的两种并行的不同方式——间接规定的方式与直接规定的方式,二者本来就是相辅相成,互相补充的。如果硬要把二者截然分割并

对立起来,在国际私法的实践中,是不利于去选取一种更适合于具体情况的法律的。这样发展起来的统一实体规范虽有自己的特点,但并没有绝对的理由认为,只有采取间接规定方式解决法律冲突问题的冲突法规范是国际私法,而采取直接规定方式以消除法律冲突的统一实体规范就必须属于另一个法律部门。

冲突规范与统一实体规范二者相辅相成、互为补充的关系,还为许多国际公约所承认。国际经济交往的大规模发展,一方面固然使人们感到,如果在国际经济贸易关系中,能适用某种直接而明确地规定了双方当事人权利义务的统一实体法,有助于减少国际交往中的法律障碍,有利于促进国际经济联系的发展。但是也应看到,一些国家为了维护自己的利益,在法律选择上为了达到能适用有利于自己的法律的目的,往往愿意在这个问题上保留更大的回旋余地,因而有时宁愿适用灵活性更大的冲突法制度,而不愿意受统一实体法的支配。所以,有时在国家之间,即令缔结了一项统一实体法公约,其适用范围也往往要受到有关国家的冲突法的制约。例如1930和1931年一些国家在订立《统一汇票本票法公约》和《统一支票法公约》时,不但在许多条文上保留了缔约国解除统一法拘束力的权利,而且同时相应地通过两个关于法律冲突的公约。1964年一些国家签订的《国际货物销售统一法》与《国际货物销售合同成立统一法》,以及180年年签订的《联合国国际货物销售合同公约》,也都只适用于有关合同的成立和因合同而产生的卖方与买方的权利义务,而不涉及合同的效力或任何其他条款和惯例的效力,也不涉及合同对所售货物所有权可能产生的影响等。因此,在不适用上述统一法的许多方面,还是要适用冲突法,二者是密切结合在一起的。这些表明,把有关的统一实体规范和冲突规范一并放归入国际私法之中,并不是不合理的。

注释:

- ① 《列宁全集》第36卷,第587页。
- ② 参看Beale, "A Treatise on Conflict of Laws" (1935), 第一章。
- ③ 参看姚壮、任继圣:《论国际私法的对象和规范》,《法学研究》1980年第3期。
- ④ M. Vilaghy与I. Sza'szy, "Private International Law in the European People's Democracies" (1964), 第一章,
- ⑤ 中国人民大学法律系:《国际私法》(1980), 第一章。

(上接第50页)

注释:

- ① 《电邓演达商量各事》(1926年10月9日),载毛思诚1936年10月编:《民国十五年以前之蒋介石先生》第18册。
- ② 见总司令部《电令郭沫若派定各部连党代表及政治工作人员》、《电催郭沫若订定俘虏宣传大纲》,1926年11月16、17日,载《民国十五年以前之蒋介石先生》第19册。
- ③ 《林伯渠日记》,载《近代史研究》1980年第4期。
- ④ 《李宗仁回忆》第22章。
- ⑤ 《悼念郭老》,三联书店出版。
- ⑥ 《汉口民国日报》1927年1月5日。
- ⑦ 郭沫若:《革命春秋》。
- ⑧ 《人民日报》1978年6月19日。
- ⑨ 原载《军事政治月刊》4期。
- ⑩⑪⑫ 《汉口民国日报》1927年4月3日,3月16日,4月10日。
- ⑬ 国民党中央执委会政治委员会第3次会议案录(1927年3月21日)。