

五、解决法律冲突的两种方式

（一）冲突法调整方式（间接调整）。

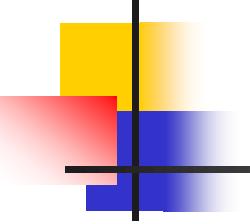
通过冲突规范指定各种不同性质的涉外民事关系应该适用的法律以解决法律适用上的冲突。（国内立法、国际条约、少量国际惯例）

（二）实体法调整方式（直接调整）。

制定统一实体规范直接规定当事人的权利义务，从而消除法律冲突。（国际条约、国际惯例）

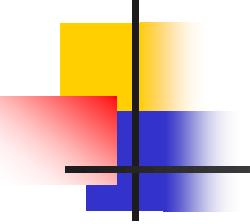
三、解决法律冲突的两种方式 (国际私法的调整方法)

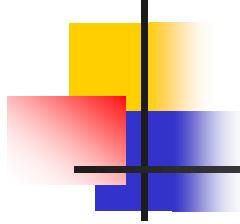
- (一) 冲突法调整方式的局限性
- 1、**缺乏确定性与可预见性**:
- (1) 冲突规范指引的只是某国的法律，它可能根本不存在或者无法查明。
- (2) 当事人在争议诉诸法院之前，不知道会适用什麽样的法律来决定他们之间的权利义务，或者在知道这种命运到来之前去挑选法院 (**forum shopping**)。**福果案**
- 2、根据冲突规范寻找应适用的法律的过程十分复杂，受国际私法制度的制约。
- 3、由于各国冲突规范不同或者适用冲突规范的制度不同，**可能导致判决结果的不一致**。
- 冲突法方式的局限性恰是实体法方式的优势。



(二) 实体法调整方式的局限性

- 1、并不是所有的民商事领域都存在统一实体规范。
- 2、并非所有的国家都参加统一实体法公约，非缔约国不适用公约。
- 3、在参加国中有的国家还提出保留，在保留的问题上还是存在法律冲突。
- 4、统一实体法公约并非都能做出全面、明确的规定，统一实体规范未做规定的，适用冲突规则确定应适用的法律。
- 5、有些实体国际条约允许当事人排除适用，国际惯例更是需要当事人选择。
- 6、科学技术发展不断开拓新领域，国际条约的制定滞后于社会发展。例如，互联网、外层空间。**2009年2月10日美俄卫星相撞；2010年4月20日，深水地平线钻井平台爆炸，导致墨西哥湾漏油事件；2011年3月11日福岛核电站泄露。**

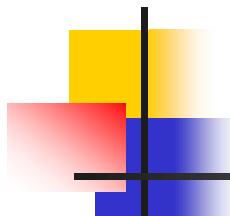
- 
- (三) 两种调整方式的比较
 - 1、冲突法调整方式是国际私法最主要的调整方式，只要各国法律没有完全统一，就还需要这种调整方法。
 - 2、冲突法方式的局限性及实体法方式的优势
 - 3、实体法方式的局限性，主要在商事领域。
 - 4、结论：两种方式优劣互补，在解决法律冲突方面相辅相成。



第二节 国际私法的规范组成

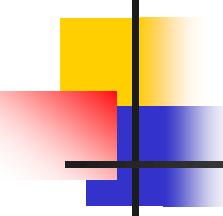
国际私法由下列规范组成

- 一、外国人民事法律地位规范
- 二、冲突规范
- 三、统一实体规范
- 四、国际民事诉讼和国际商事仲裁程序规范



在国际私法范围上的不同主张

- 1、小国际私法（李浩培）
- 2、中国国际私法（英美派、法国派）
- 3、大国际私法（前苏联、赖来焜人体构造论、姚壮、任继胜、韩德培：在大国际私法之外，还包括国内法中专门用于调整涉外民事关系的实体规范）



李浩培的小国际私法观点

国际私法就是冲突法

Thomson: 《Introduction to Science》

“The lark singing at heaven's gate is a fact of experience which may be studied physically, biologically and psychologically ,but a complete answer to the question asked by physics would not answer those asked by biology still less those asked by psychology.”

结论：对于法律抵触这个现象，由国际私法与统一民法及其他科学共同研究是科学精细分工的需要。

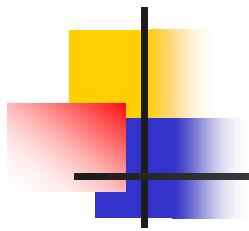
韩德培教授的“一机两翼”的理论

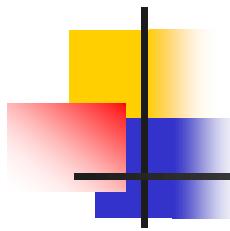
国籍及外国人法律地位

国际民事诉讼及仲裁程序

冲突法、统一实体法、国家直接适用的法



- 
- 百灵鸟在云端鸣唱，这是经验中的一项事实，可以用物理学的方法、生物学的方法，或者心理学的方法去研究它。但是物理学对问题所提供的全部答案，却不能用来解答生物学对之提出的问题，更不能用来解答心理学对之提出的问题。（把这三个科学研究所得出的结果综合起来才能对百灵鸟鸣唱的现象得到总括的结论和综合的知识。这知识才是全面的。知识要求全面是没有疑问的。为了得到完全的知识，就要用不同的方法去研究它。）



赖来焜的“人体构造论”

外国人地位论

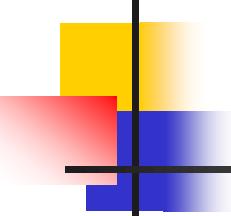
统一实体法论 法律冲突 冲突法论

国际民事

国际商事

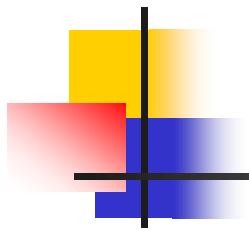
诉讼法论

仲裁法论



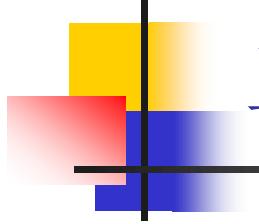
(二) 有关国际私法范围争议的焦点：

- 1、有关国籍问题的法律规范是否属于国际私法的范围？（适用当事人本国法为常用的冲突规范，因此国籍冲突问题与法律适用密切相关。）
- 2、外国人法律地位规范是否属于国际私法的范围？（外国人民事法律地位问题的解决是法律冲突产生以及解决法律冲突的前提。）
- 3、国际民事程序规范是否属于国际私法的范围？（程序问题与法律适用问题密切相关，归入国际私法范围一并研究是有利、方便的。）
- 4、统一实体规范是否属于国际私法的范围？（从发展的眼光看，是解决法律冲突的更优路径。）



(三) 关于国际私法范围问题的总结性观点

- 1、国际私法的范围是指国际私法包括哪些规范、包括什么内容的问题。
- 2、人们对国际私法范围的争论，其本原在于对国际私法调整对象、调整方法认识上的差异。
- 3、从发展的眼光、维护国际私法体系完整性的角度，支持大国际私法的观点。
- 4、但不排除随着国际经济、政治及法律科学的发展，学科还会发生的整合与分化。例如，国际商法的独立与分离。



二、国际私法体系

(一) 从内容上划分的立法体系

(二) 从形式上划分的立法体系

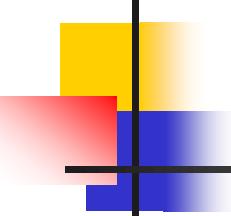
1、散见式

(1) 散见在民法典中的各个章节（法）

(2) 散见在其他单行法中（中）

2、专编、专章式（中）

3、法典式（奥地利、瑞士）



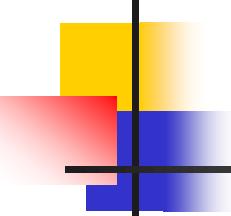
第三节 国际私法的渊源

- 一、国际私法渊源的概念与特点
- 1.概念
- 国际私法渊源是指国际私法的存在方式或者表现形式。
- 2.特点
 - (1) 双重性，既有国际法渊源，又有国内法渊源。
 - (2) 多样性，既有制定法，判例法，又有习惯法，还有国际私法理论和学说。
 - (3) 差异性，各国对国际私法范围认识不同，对国际私法渊源的认定也不同。



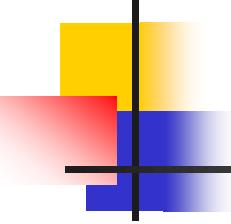
二、国际私法渊源

- 1. 国内立法 最早的法律形式、最重要的渊源
 立法方式：散见式、编章式、法典式
- 2. 国内判例
- 3. 国际条约
- 4. 国际惯例
- 5. 法理、学说、一般法律原则



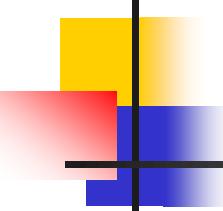
国内判例

- 1、概念 国内判例是法院审理案件所做判决中确立的法律原则具有普遍约束力及同案同判，遵循先例。
- 2、中国是否是一个判例法国家？
- 3、判例法为什么是国际私法的渊源
 - (1) 成文法概括、抽象，需要判例作出解释。
 - (2) 弥补成文法不足。
 - (3) 冲突规范指向判例法国家，需要适用判例法国家的判例法。
- 参考书：齐湘泉：《涉外民事关系法律适用法总论》，
第22——33页。



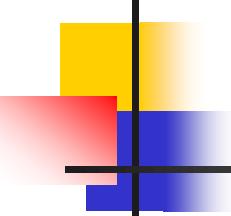
国际惯例

- 1.概念：国际惯例是在国际交往中经过反复实践形成的具有确定的内容，为世人所共知的行为准则。
- 2.分类：强制性国际惯例 任意性国际惯例
- 3.适用途径：间接适用 直接适用
- 参考书：齐湘泉：《涉外民事关系法律适用法总论》，
第45——55页。



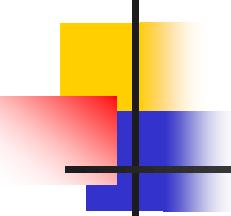
第四节 国际私法的基本原则

- 基本原则是国际私法立法和司法必须遵守的法律规则。具有适用国际私法所有领域效力，是全局性、统领性规则。
- 一、国家主权独立原则
- 二、平等互利原则
- 三、遵守国际条约和参照国际惯例原则
- 四、重点保护弱者合法权益的原则
- 五、维护和促进国际民商事交往发展的原则



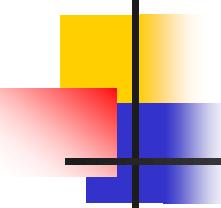
原则三在我国立法中的体现

- 《民法通则》第142条第2款：
“中华人民共和国缔结或参加的国际条约同中华人民共和国的民事法律有不同规定的，适用国际条约的规定，但中华人民共和国声明保留的除外。”
- 《民法通则》第142条第3款：
“中华人民共和国法律和中华人民共和国缔结或参加的国际条约没有规定的，可以适用国际惯例。”



原则四在现代国际私法中的表现

- 在**20**世纪的最后四分之一时期内，越来越多的法律选择规则更为公开和直接地有利于法律争议中的一方当事人。被支持的当事人可能是侵权行为的受害者、被扶养人、消费者、受雇佣人，或其他任何在法律体系中被认为是弱者的当事人，他们的利益被认为是需要保护的。
- ——[美]西蒙尼德斯《20世纪末的国际私法——进步还是退步？》
- 原则四是民法公平原则在国际私法的延伸。
- 举例：1980年罗马《合同之债法律适用公约》



1980年罗马《合同法律适用公约》对消费者和个人雇佣人的特殊保护

- 罗马公约在合同法律适用上的基本原则：
 - 1、当事人的意思自治
 - 2、缺乏意思自治，适用最密切联系原则
- 罗马公约第5、6条对弱者的保护：
 - 1、对消费者合同意思自治选法的限制：当事人的选法“不得剥夺消费者惯常居所地国的强制性规则所给予他的保护”。
 - 2、当事人的选法“不得剥夺雇佣合同客观自体法（最密）的强制性规则所给予他的保护”。