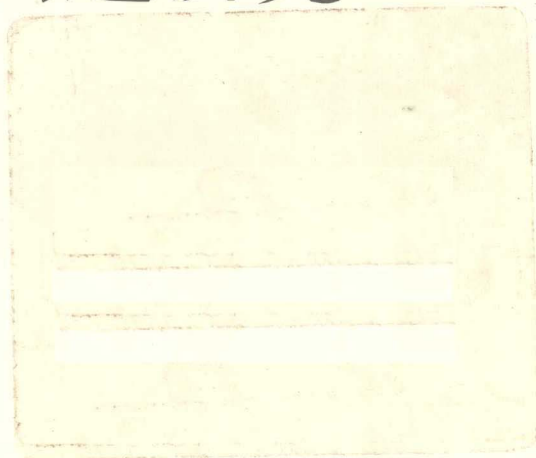


国际私法（冲突法篇） 基本问题研究

○高宏贵 著



国际私法（冲突法篇） 基本问题研究

Guoji Sifa(Chongtufa Pian) Jiben Wenti Yanjiu

高宏贵 著



高等教育出版社·北京
HIGHER EDUCATION PRESS BEIJING

内容提要

国际私法是以涉外民商事法律关系为调整对象的一个独立的法律部门,其基本内容包括冲突法、实体法和程序法等。本书集中对国际私法中的冲突法部分予以研究。其主要内容包括:(1) 国际私法的调整对象、性质、范围、名称、定义、渊源和主体等国际私法的基本概念和基本原理。(2) 法律冲突与冲突规范。(3) 冲突法的一般问题,包括有关识别、反致、公共秩序保留、法律规避、外国法内容的查明和外国法的错误适用等。(4) 涉外物权、债权、婚姻家庭和涉外继承的法律冲突与法律适用。(5) 中国区际法律冲突与区际司法协助。

图书在版编目(CIP)数据

国际私法(冲突法篇)基本问题研究/高宏贵著. —北京:
高等教育出版社,2010.3

ISBN 978-7-04-015335-4

I. ①国… II. ①高… III. ①冲突法-研究 IV. ①D997

中国版本图书馆CIP数据核字(2010)第001444号

策划编辑 轩红芹 责任编辑 王卫权 封面设计 张志奇
版式设计 王艳红 责任校对 王超 责任印制 朱学忠

出版发行 高等教育出版社

社 址 北京市西城区德外大街4号

邮政编码 100120

总 机 010-58581000

经 销 蓝色畅想图书发行有限公司

印 刷 山东省高唐印刷有限责任公司

开 本 787×960 1/16

印 张 28.5

字 数 530 000

购书热线 010-58581118

咨询电话 400-810-0598

网 址 <http://www.hep.edu.cn>

<http://www.hep.com.cn>

网上订购 <http://www.landrace.com>

<http://www.landrace.com.cn>

畅想教育 <http://www.widedu.com>

版 次 2010年3月第1版

印 次 2010年3月第1次印刷

定 价 39.80元

本书如有缺页、倒页、脱页等质量问题,请到所购图书销售部门联系调换。

版权所有 侵权必究

物料号 15335-00

序

当偌大的地球被冠之以“村”时,不仅仅表明由于科技的发达而使整个人类生存空间的距离大大缩小,并且,超越国度的人际交往不再是国家领导人的专利,更多的是民间交流与互通有无。然而,随着国际民商事交往的日益频繁,难免会产生这样那样或大或小的摩擦,致使国际民商事法律关系呈现出越来越多样与复杂的发展势态,从而催生了对国际民商事争端解决的理论与规范的大量需求。这在很大程度上促进了以解决国际民商事法律冲突与法律适用为主旨的国际私法欣欣向荣地发展,使国际私法领域内的研究成果不断涌现。改革开放以来,我国公民因私出境、涉外交往日益增多,也不可避免地产生诸多的矛盾和冲突,更是迫切要求相关理论的指导。然而,学界关于国际私法基本理论问题的研究,诸如,关于国际私法的基本原理和法律冲突与法律适用问题等国际私法的重大理论问题的研究,在基本概念和主要内容的表述上,均存在着这样那样的缺憾,这不仅影响了国际私法自身的逻辑自治性和科学性,影响着国际私法理论体系的完善和发展,同时也难以适应当下呈现的多样化与复杂化发展样态的国际民商法律关系调整的需要。正是在上述背景下,选取国际私法领域中的诸如国际私法的基本原理、法律冲突、法律适用问题等重要基础性的理论问题进行具体、深入而系统地阐释和研究,尽量实现逻辑上的自治性和理论上的科学性,不仅具有重大的理论意义和实践意义,而且也体现了作者有着博大的现实关怀情结与较高的学术勇气。

人们常说,文如其人,诚斯信然!鄙人与本书作者高宏贵教授是多年的朋友,从他的这部鸿篇巨著中,实在可以窥见他执教治学、为人处世的精神态度。高教授为人随和、细心又不失幽默,很能与学生沟通交流,没有一点师尊的架子。但是,高教授又是一位有着强烈的社会责任感的学者,敢于直面现实,勇于担当。在授业解惑、著书立说方面,他非常严肃认真、一丝不苟。就以本书来说,高教授从20世纪80年代起就开始从事法学教学及研究工作,并将自己的研究重点集中于国际私法领域,在此基础上,相继发表了一系列在国内外具有重大影响的学术成果,对于国际私法尤其是冲突法问题,有着较为系统而深入地研究和思考。但是,待到作者应某出版单位力请,希望他能够将多年的系统研究成果整理形成专著出版时,他并不以学有专研而匆忙交稿,而是在繁忙的教学之余,再次遍阅国内外关于国际私法的重要专著以及相关方面的经典教科书及译著,在此基础

上,结合国际私法的最新发展现状和总结国内外的最新研究成果,不断修正和集中阐释自己的思想,并对每一个论点进行细致缜密地论证。该书从立项到定稿,前后历时五年有余,经过反复地修改、充实、雕琢,打磨,真所谓字斟句酌,反复推敲,最终形成摆在我们面前这样一部洋洋 50 余万字的,堪称近年来国际私法学术研究领域难得一见的精品力作。可以说,本书是作者二十多年的教学和研究的总结,凝聚了作者大量关于国际私法的独特感悟和最新研究成果,是作者为之倾注大量心血的结晶。

全书分为 10 章,研究的对象集中在国际私法的基本原理和法律冲突与法律适用问题等国际私法研究领域中的许多重要的和基础性的理论问题。作者首先对国际私法的基本原理问题,包括国际私法的调整对象、研究范围、性质、范围、名称、定义、渊源、和法律关系主体等方面,进行了具体而深入地理论阐述。在此基础上,作者集中探讨了国际私法中的法律冲突与法律适用问题。众所周知,当今世界虽然人们之间的交往日益频繁,但是,除了在某些领域签订了一些国际条约或者协定外,人们在国际交往中产生争议,基本上都是按照各个国家相关法律来定纷止争。然而,国与国之间的法律规定往往不尽相同,甚至完全相悖,这就使民间国际交往中迫切要求从理论上解决法律冲突与法律适用问题,因而这些问题也就成为国际私法理论研究的重中之重。作者在本书中不仅对法律冲突与冲突规范、冲突法的一般问题进行了理论的考量与梳理,并且对涉外物权、涉外债权、涉外婚姻家庭关系、涉外财产继承关系等领域的法律冲突与法律适用问题一一展开了深入的探讨。难能可贵的是,为了更好地进行比较研究和便于读者了解我国相关法律规定,该书在阐述相关民事法律关系领域的涉外法律冲突与法律适用的时候,都论及了我国相关的法律规定或原则。例如,在“涉外物权的法律冲突与法律适用”一章中,不仅专门论述了我国关于涉外物权法律适用的立法与实践,还专门就国有化中的物权问题论述了我国关于国有化问题的立场与实践。在其他相关的涉外领域,该书也都如此处理,使人们很清晰地明确了相关方面的法律冲突及其解决,特别是了解中国在涉外方面的法律与实践。

从结构方面,本书也进行了有益的探索。如在阐释国际私法的基本原理时,只论及了国际私法的调整对象、性质、范围、名称、定义、渊源和主体等方面的问题,而没有列专章对国际私法的学说史和立法史做专门研究。但是,在论述国际私法的渊源及国际私法的有关部门制度中,作者仍分别对相关学说史和立法史展开了阐述。这样的处理,使整体更加突出了国际私法的重点研究内容集中在冲突法的特点。

本书的另一个突出特色,在于不仅对冲突法中传统民商事法律关系的法律适用进行了系统而深入地研究,以及详细地阐述了民商事法律关系的法律冲突及其表现,而且对于区际法律冲突与区际司法协助问题,辟出专章进行系统而深

入地探讨,这在国内的相关研究中,尚属罕见。诚如作者坦言,随着中国于1997年和1999年对香港和澳门恢复行使主权,以及将来海峡两岸统一的实现,中国从一个单法域的国家将发展成为“一国两制三法系四法域”的国家,因此,中国国内区际法律冲突问题作为一个新的课题,“确有认真研究之必要”。该书对于中国区际法律冲突与区际司法协助的系统而深入的研究,不仅完善了冲突法研究体系,也为人们在国际与区际从事民商事活动提供了有价值的参考。

“十年磨一剑”。作为一部经过多年打磨的关于国际私法基本理论问题研究的力作,本书采用了国内外大量的第一手研究资料,观点新颖,内容充实,同时具有大量的引证和注释,资料新颖翔实,逻辑严密,论证有力。特别值得一提的是,本书完全没有一般法学理论书籍的艰涩与枯燥,文字洗练,表述精准,语言生动,富于美感,既能给读者带来深刻的理论启迪,又能给受众带来审美上的愉悦和享受,值得推介。

大道之行也,天下尚法!在当今纷繁复杂的跨国境的民间交往之中,在多元法系交叉、多重利益碰撞频率不断增高的格局下,要保证民商事活动的有序性与和谐发展,有时唯有依据冲突法的适用与调整。这不仅需要对法律规范的掌握,更需要相关理论的指引。相信高教授的这部巨著既拓展了国际私法理论研究的深度,又为民众拨云驱雾,增添了在国际民商事活动中如何运用法律武器的“慧眼”。

胡盛仪

2009年6月6日于东湖之滨

前 言

二十余年国际私法教学和科研工作经验的长期积累,促使笔者不断地思考、总结并撰写近20篇科研论文,其中多篇曾为报刊、杂志转载。这些成果自然构建了本书重要的内容基础。尤其在系统、认真地研读韩德培教授主编的《国际私法问题专论》、张仲伯教授独著的《国际私法学》、李双元教授独著的《国际私法(冲突法篇)》、黄进教授独著的《国家及其财产豁免问题研究》、肖永平教授独著的《肖永平论冲突法》、董立坤教授独著的《国际私法论》、刘想树教授独著的《国际私法基本问题研究》、我国台湾学者陆东亚独著的《国际私法》、英国学者戴西和莫里斯主编(李双元教授等翻译)的《戴西和莫里斯论冲突法》(上、中、下)等多部著述以及诸多国内外国际私法专业的教科书及译作之后,使笔者大受裨益,在理论与方法上得以充实、改进;本书的编写也方始着手。

然而,写作的展开和深入,令笔者逐渐发现国际私法尚有太多的问题需要阐释,亟待深入探讨的问题还有很多,而一个人具有的研究视野、驾驭研究方法的能力以及一部著作篇幅所能容纳,却是那么的有限。为此,笔者初步设想,以两本著述作为编写计划,以求洞见国际私法基本问题及其分析。其中之一主要研究国际私法的基本原理和法律冲突与法律适用问题,另一则专门研究国际私法中的实体法规则与程序法规则问题。本书乃计划之首。

在阐释国际私法基本原理时,本书只论及国际私法的调整对象、性质、范围、定义、渊源和主体等方面的问题,对国际私法的学说史和立法史未作专门研究,而是将其置于国际私法的渊源或者国际私法相关制度中进行研究;在论及国际私法中的法律冲突与法律适用问题时,本书仅选取了法律冲突与冲突规范、冲突法的一般问题以及涉外物权、涉外债权、涉外婚姻家庭、涉外财产继承等领域的法律冲突与法律适用问题,而未论及涉外知识产权的法律冲突与法律适用。其因在于目前许多国家和法域主要是通过国际统一实体法规则解决涉外知识产权领域的法律冲突问题,故该部内容拟将作为《国际私法实体法规则与程序法规则研究》一书的重要组成部分;同时,鉴于1997年以后我国的区际法律冲突与区际司法协助问题渐趋凸显,而对其做专门研究,不仅更具理论意义和现实意义,且笔者先前有若干论文发表,故,本书将此问题以专章予以研究。

从撰写本书到付梓出版,有劳陈厚祥、陈新国、胡勇、孙光建、郭俊、徐炜、齐家将、曾晨珂、郭毅、余文杰等诸位研究生搜集资料、校对全书,付出辛苦;高等教

育出版社提供多项帮助,在此一并表示由衷、真挚的谢意。

此外特别要感谢湖北社科院胡盛仪研究员于百忙中为本书作序并对本书诸项观点提出中肯的修改意见。

吾妻为本书的写作、出版亦付出艰辛劳动和大力支持。

本书从若干著述中汲取很多有益之见,尤从刘想树教授所著《国际私法基本问题研究》一书得到颇多启发。在此对所有学界同人创造性的劳动致以真诚的敬意和谢忱。

限于笔者水平,加之占有资料尚难翔实,尤其对近年来国外的国际私法立法和实践最新动向的把握或许有失精准,书中定有谬误和不成熟的观点,诚望学界前辈、同人及广大读者给予批评、条列意见和建议,以助笔者改正,同时为撰写《国际私法实体法规则和程序法规则若干问题研究》提供支持与帮助。

华中师范大学政法学院法律系

高宏贵

2009年3月1日

于桂子山

目 录

第一章 国际私法的概念	1
一、国际私法的调整对象和研究范围	1
二、国际私法的范围	10
三、国际私法的性质	21
四、国际私法的定义	32
第二章 国际私法的渊源	37
一、国内立法	38
二、司法判例	44
三、国际条约	52
四、国际惯例	57
五、学说或法理	64
六、一般法律原则	68
第三章 国际私法关系的主体	72
一、自然人	72
二、法人	112
三、国家	124
四、国际组织	134
五、外国人的民事法律地位	138
第四章 法律冲突与冲突规范	155
一、法律冲突的含义与产生原因	155
二、几种不同性质的法律冲突	159
三、冲突规范的概念与结构	162
四、冲突规范在国际私法中的地位与作用	169
五、冲突规范的类型	177
六、连结点	186
七、系属公式	193
八、准据法	198

第五章 冲突法的一般问题	206
一、识别	206
二、反致	222
三、公共秩序保留	236
四、法律规避	248
五、外国法内容的查明和外国法的错误适用	254
第六章 涉外物权的法律冲突与法律适用	265
一、物权的概念和种类	265
二、涉外物权的法律冲突	267
三、涉外物权的法律适用	268
第七章 涉外债权的法律冲突与法律适用	282
一、涉外合同之债的法律适用	282
二、涉外侵权行为之债的法律冲突与法律适用	317
三、涉外不当得利和无因管理之债的法律适用	332
第八章 涉外婚姻家庭关系的法律冲突与法律适用	338
一、涉外结婚的法律冲突与法律适用	338
二、涉外夫妻关系的法律冲突与法律适用	350
三、涉外离婚的法律冲突与法律适用	359
四、涉外父母子女关系的法律适用	368
五、涉外收养的法律冲突与法律适用	376
六、涉外监护案件的管辖权与法律适用	383
七、涉外扶养的法律冲突与法律适用	386
第九章 涉外继承的法律冲突与法律适用	389
一、涉外法定继承的法律冲突与法律适用	389
二、涉外遗嘱的法律冲突与法律适用	404
三、涉外无人继承财产的处理	417
第十章 中国区际法律冲突与区际司法协助	423
一、中国区际法律冲突	423
二、中国区际司法协助	433

第一章 国际私法的概念

一、国际私法的调整对象和研究范围

(一) 国际私法调整对象的学理之争

任何一门学科之所以构成一门独立的学科,关键就在于它有自己特定的调整对象。国际私法作为一门独立的法律学科,也有自己特定的调整对象。然而,关于国际私法的调整对象,无论在国外学术界,还是在国内学术界都尚无定论,争论异常激烈。仅就国内学术界而言,对国际私法调整对象的认识比较有影响的至少有以下四种主张:

1. 国际私法的调整对象是涉外民事关系

此种主张认为,国际私法的调整对象是涉外民事权利义务关系,主要作用则是解决涉外民事领域的法律冲突和法律适用问题。如我国著名的国际私法学者李双元教授认为:“国际私法与其他法的根本区别就在于它调整的对象是涉外民事关系,或称国际民事关系,或称国际私法关系。”^①此外,浦伟良与郭延曦合著的《国际私法新论》、顾海波独著的《国际私法引论》以及张仲伯主编的《国际私法学》等都认为国际私法的调整对象是涉外民事关系。

2. 国际私法的调整对象是涉外(国际)民商事关系

此种主张认为,国际私法所调整的对象不仅包括涉外(国际)民事关系,而且还包括涉外(国际)商事关系。如武汉大学的肖永平教授认为:“国际私法调整的特定的社会关系是国际民商事关系,……本书舍‘涉外’而采‘国际’的主要目的是强调普遍性立场和范围的广泛性;舍‘民事’而采‘民商事’旨在强调‘商事法律冲突’问题是国际私法不可分割的组成部分。舍‘法律关系’而采‘关系’是强调‘民商事关系’在受法律调整之前的状态,用‘民商事关系’来表达国际私法的调整对象更准确一些。所以,国际私法的调整对象可表述为‘国际民商事关系’”^②。

^① 李双元主编:《国际私法学》,北京大学出版社2000年版,第2页。

^② 肖永平著:《国际私法原理》,法律出版社2003年版,第25页。

3. 国际私法调整的对象是涉外民事法律关系

此种主张认为,国际私法的调整对象不应为涉外民事关系或者涉外民商事关系,而应该是涉外民事领域的法律关系,即涉外民事法律关系主体之间的权利义务关系。如吕国民等认为:“国际私法的调整对象就是国际私法所调整的法律关系。由于国家和地区经济贸易的发展,各国和地区的自然人、法人之间往来频繁,这样就产生了超越一个国家或地区界限的财产关系、人身关系。国际私法所调整的社会关系,从广义上来讲,就是这种涉外民事法律关系;从狭义上讲,它是调整以法律冲突为基础的,并涉及外国法效力的涉外民事法律关系。在通常情况下,国际私法调整的是广义上的涉外民事法律关系,或称国际民事关系,或称跨国民事关系。”^①此外,董立坤教授独著的《国际私法论》、刘丁教授和章尚锦教授合著的《国际私法》以及姚壮教授主编的《国际私法理论与实务》等许多著作也持此种观点。

4. 国际私法的调整对象是涉外民商事法律关系

此种主张认为,国际私法的调整对象除了包括涉外民事领域的法律关系外,还应当包括涉外商事领域的法律关系。如韩德培教授在其主编的《国际私法》一书中指出:“一般认为,国际私法的调整对象就是含有涉外因素的民商事法律关系(civil and commercial legal relations involving foreign elements)或称涉外民商事法律关系,或称国际民商事法律关系,或称跨国民商事法律关系,或称国际私法关系,也有人称之为含有国际因素的民商事法律关系。”^②该书于2007年修订后,仍然主张国际私法的调整对象为“含有涉外因素的民商事法律关系,一般称为国际民商事法律关系,……”。此外,刘想树教授在其所著的《国际私法基本问题研究》一书中,也明确表达了国际私法的调整对象应该是涉外民商事法律关系的主张。

从上述学者对国际私法调整对象的不同认识和理解来看,既有共性也有差异。其共性主要表现在以下两个方面:

(1) 学者们一致认为,国际私法的调整对象是具有“涉外因素”的民事关系或者民事法律关系。即民事关系或者民事法律关系主体、客体、内容诸因素或某一因素与外国或者外法域有联系。具体说来,以下情形均可构成涉外民事关系或者涉外民事法律关系:主体的一方或者各方是外国或者外法域的自然人、法人或者外国国家和国际组织;或者客体是位于外国或者外法域境内的物,需要在国外或者外法域从事的行为,或者属于外国或者外法域的自然人、法人和外国国家或国际组织所拥有的知识产权;或者民事权利义务的产生、变更和消灭的法律事

^① 吕国民、戴霞、郑远民编著:《国际私法(冲突法与实体法)》,中信出版社2002年版,第4~5页。

^② 韩德培主编:《国际私法》,高等教育出版社2000年版,第3页。

实发生在外国或者外法域。

(2) 学者们一致认为国际私法所调整的对象是一种私的关系而非公的关系,即国际私法所调整的是以平等互利、等价有偿为基础的涉外民事关系或者涉外民事法律关系。这类民事关系或者民事法律关系主要包括:涉外物权关系、涉外债权关系、涉外婚姻家庭关系、涉外继承关系、涉外劳务关系、涉外知识产权关系、涉外民事诉讼关系、涉外仲裁关系等。

而学者们关于国际私法调整对象的争议焦点主要集中在以下两个方面:

(1) 国际私法的调整对象是否应当包括涉外商事关系。上述第一种观点和第三种观点的持有者或者不赞成将涉外商事关系纳入国际私法的调整范围,而主张应该由国际经济法来调整涉外商事关系;或者仅仅是未在国际私法的调整对象之具体表述上明确使用“涉外民商事关系”这一提法,而是在阐明国际私法的调整对象是涉外民事关系的同时,特别说明了国际私法的调整对象是广义上的涉外民事关系,它同时还应当包括部分涉外商事关系^①。而上述第二种观点和第四种观点则明确提出国际私法的调整对象应当包括涉外商事关系。

(2) 国际私法的调整对象是涉外民事关系或者涉外民商事关系,还是涉外民事法律关系或者涉外民商事法律关系。上述第一种观点和第二种观点均认为国际私法的调整对象应当是涉外民事关系(国际民事关系)或者涉外民商事关系(国际民商事关系),而不应当是涉外民事法律关系或者涉外民商事法律关系。二者共同的理论基础是:涉外民事关系^②是一种物质利益关系,而涉外民事法律关系则是一种思想意志关系或思想社会关系;“涉外民事关系”是属于社会存在和经济基础的范畴,而“涉外民事法律关系”则是属于社会意识和上层建筑的范畴;涉外民事关系只有经过国际私法调整以后才能形成涉外民事法律关系,即涉外民事关系才是国际私法的调整对象,而涉外民事法律关系只能是国际私法调整涉外民事关系以后的结果;涉外民事关系不具有固有的权利和义务,而涉外民事法律关系才具有固有的权利和义务;涉外民事关系并不一定具有可诉性,而涉外民事法律关系则具有可诉性。如武汉大学的肖永平教授在参编韩德培教授主编的《国际私法问题专论》一书中就明确指出:“我认为‘民事法律关系’和‘民事关系’是两个不同质的概念。民事关系是指社会关系中的财产关系和人身关系,它本身不存在固有的权利和义务内容;民事法律关系则是一种意志社会关系,它是指民事关系中具有权利、义务内容的财产关系和人身关系,它是法律调整的结果。所以,作为国际私法的调整对象在概念的表述上应该是民事关系,

^① 参见李双元著:《国际私法学》,北京大学出版社2000年版,第3页。

^② 这里所讲的涉外民事关系(国际民事关系)实际上包括涉外商事关系(国际商事关系),下面所讲的涉外民事法律关系(国际民事法律关系)实际上包括涉外商事法律关系(国际商事法律关系)。

而不是民事法律关系。”^①而上述第三种观点和第四种观点则认为国际私法的调整对象应当是涉外民事法律关系。持此种观点的理论基础是：国际私法是一个极其特殊的法律部门，它不仅要调整涉外民事关系，而且它涉及不同国家或者法域的法律冲突与法律适用，即它还要调整不同国家或者法域的法律之间以及法律关系当事人之间的权利义务关系。

特别值得说明的是，关于国际私法调整对象之争在短时期内是不可能平息的，在国内是如此，在国外也是如此。正如浦伟良、郭延曦在其合著的《国际私法新论》一书中所指出的那样：“我国的国际私法学论著大都把国际私法的调整对象称为涉外民事法律关系，少数论著则称之为涉外民事关系，外国的论著则比较普遍地使用涉外民事法律关系的名称。但根据我国的法学理论，每个法律部门调整的是特定的社会关系而不是法律关系，这在我国法学界是人们比较普遍接受的观点。那么，为什么国际私法学论著却大都采用涉外民事法律关系的名称，究竟国际私法的调整对象是含有涉外因素的民事领域的法律关系（涉外民事法律关系），还是作为社会关系的涉外民事关系呢？这在国内外都是一个意见有分歧的问题。”^②

（二）国际私法调整对象的特殊性和双重性

国际私法调整对象的特殊性，是指它所调整的对象与两个或者两个以上的国家或者法域发生关联，而各国或者各法域的法律对调整同类性质的关系所规定的内容不尽相同，有的甚至差异甚大，从而涉及不同国家或者法域的法律冲突与法律适用；国际私法调整对象的双重性是指它所调整的对象应当兼有涉外民事关系和涉外民商事法律关系的双重性质。

基于以上的介绍和分析，笔者认为，从一般意义上讲，法律调整的对象应该是特定的社会关系而不应该是法律关系，社会关系只有经过法律规范调整以后才能形成法律关系。换句话说，法律关系是法律规范调整社会关系之后的结果而非法律规范调整的对象本身。作为一个独立法律部门的国际私法，其调整的对象应该是涉外民事关系或者涉外民商事关系，而不应该是涉外民事法律关系或者涉外民商事法律关系。因为只有当涉外民事关系或者涉外民商事关系被国际私法调整以后，才能形成涉外民事法律关系或者涉外民商事法律关系。然而，由于国际私法的特殊性和复杂性，它不仅要调整涉外民商事关系，而且还要调整涉外民商事法律关系，并且主要是调整涉外民商事法律关系。

首先，从实证的角度看，国际私法的调整对象应该是兼有涉外民商事关系和

① 韩德培主编：《国际私法问题专论》，武汉大学出版社2004年版，第31～32页。

② 浦伟良、郭延曦著：《国际私法新论》，立信会计出版社1995年版，第5页。

涉外民商事法律关系。例如,一个年满 14 周岁的中华人民共和国男子与一个年满 12 周岁的西班牙女子缔结婚姻关系,这显然是涉外民事关系,固然需要相关的法律规范来调整。但问题的关键是,如果适用西班牙婚姻法的有关规定来调整,男女双方都达到了法定的结婚年龄,只要该婚姻关系同时符合西班牙婚姻法关于涉外结婚的其他实质要件和形式要件的规定,该婚姻关系就是合法有效的婚姻法律关系。然而,如果适用中华人民共和国婚姻法的有关规定来调整,由于男女双方都未达到法定的结婚年龄,即使该婚姻关系符合中华人民共和国婚姻法关于涉外结婚的其他实质要件和形式要件的规定,该婚姻关系仍然是违法和无效的婚姻法律关系。那么,此时如何处理中国法律与西班牙法律之间的权利与义务关系,是由中华人民共和国的法律让位于西班牙的法律,还是由西班牙的法律让位于中华人民共和国的法律,特别是如何处理两国法律之间的矛盾和冲突关系则是一个必须解决的问题。具体到本案而言,如何处理合法有效的婚姻法律关系与非法无效的婚姻法律关系之间的关系,则更需要借助国际私法来调整,即借助国际私法来选择法律适用。正如“德国和日本的多数学者以及受德国法影响的其他国家的学者认为,国际私法的全部任务或主要目的是解决涉外民商法律关系中适用何种法律的问题。”^①为此,各国先后在其国际私法中制定了一系列的法律适用规则。如中华人民共和国《民法通则》第 147 条规定:“中华人民共和国公民和外国人结婚适用婚姻缔结地法律,离婚适用受理案件的法院所在地法律。”这是一个典型的法律适用规范,或称国际私法规范。依照本规范,本案的当事人如果在西班牙缔结该婚姻关系,而我国也没有采用公共秩序保留制度,那么,其法律调整的结果原则上应该是合法有效的婚姻法律关系。反之,本案的当事人如果在中华人民共和国境内缔结该婚姻关系,其法律适用的结果则应该是非法无效的婚姻法律关系。正是由于上述国际私法规范的调整,才使得在本案中究竟是适用中华人民共和国的法律还是适用西班牙的法律,以及该婚姻法律关系究竟是合法有效的婚姻法律关系还是非法无效的法律关系等问题得以解决,进而使得本案中的涉外民事法律关系得以妥善处理。由此可见,认为国际私法的调整对象是涉外民事法律关系或涉外民商事法律关系是有充足道理的。也正是由于国际私法的调整对象既包括涉外民事关系,又包括涉外民商事法律关系,因此,在李双元教授主编的国际私法教材中以及吕国民等主编的国际私法教材中,在论及国际私法的调整对象时,往往都是在其中交替地使用“涉外民事关系”和“涉外民事法律关系”这两个概念的。“总而言之,说国际私法是以法律冲突为基础,以解决法律适用为主要任务,实际上就说明了国际私法调整的对象是涉外民事法律关系。有的学者认为国际私法是‘法中之法’也就

^① 参见韩德培主编:《国际私法》(第二版),高等教育出版社、北京大学出版社 2007 年版,第 5 页。

是这个道理。”^①

其次,从法学理论的角度来看,国际私法的调整对象应当兼有涉外民商事关系和涉外民商事法律关系,并且主要是涉外民商事法律关系。之所以如此,是因为:法律规范对社会关系的调整并非仅仅存在“一级”调整方式,而是在特定的领域存在着“二级”调整方式。所谓“一级”调整方式是指通过具体的实体法规范,直接调整社会关系当事人各方具体的权利和义务关系的调整方式。而所谓的“二级”调整方式则是指对特定领域的社会关系,必须首先解决适用什么法律的问题,即必须首先解决法律与法律之间的关系问题,然后再根据业已确定的法律来调整社会关系当事人各方具体的权利与义务关系。就“一级”调整方式而言,社会关系是法律规范调整的对象本身,法律关系是法律规范调整社会关系的结果。上述认为国际私法的调整对象应该是涉外民事关系或者涉外民商事关系之见解,其理论基础就是奠基于“一级”调整方式之上的。而就“二级”调整方式而言,在运用法律规范调整不同法律之间的关系时,社会关系不是法律规范的直接调整对象,法律规范的直接调整对象主要是不同法律之间的关系,间接的调整对象才是涉外民商事关系。换句话说,法律规范的“一级”调整方式的调整对象是特定的社会关系,亦即特定社会关系当事人之间具体的权利与义务关系,而法律规范的“二级”调整方式的直接调整对象是不同法律之间的关系,其间接调整对象才是特定社会关系当事人之间具体的权利与义务关系。具体到国际私法,通过实体法规范调整的应该是涉外民商事关系当事人之间具体的权利和义务关系,而通过冲突法调整的则首先为不同国家或者法域的法律之间的关系,然后才是涉外民商事关系当事人之间具体的权利义务关系。这种“二级”调整方式并非仅仅在国际私法领域内存在,而是在法律规范调整纯国内关系时也可能存在。国际私法作为专门调整涉外关系的法律,而涉外关系必然与两个或者两个以上的国家或者法域的法律发生关联,势必涉及不同国家或者法域的法律冲突与法律适用,因此,比较普遍地存在着首先必须调整不同国家或者法域的法律之间的关系,然后才能根据业已确定的法律来调整涉外民商事关系当事人之间的权利与义务关系的问题。

再次,从国际私法的调整方法来看,其调整的对象应该兼有涉外民商事关系和涉外民商事法律关系。尽管国际私法是一个从名称开始就有争议的学科,然而关于国际私法的调整方法在国内外并无太多的争议,即各国学者均认为国际私法的调整方法既包括直接调整方法,又包括间接调整方法。所谓直接调整方法是指通过直接规定当事人的权利与义务的“实体规范”来调整涉外民商事关系当事人之间具体的权利与义务关系的方法。到目前为止,此种方法主要应用

^① 王常营主编:《国际私法理论与实践》,人民法院出版社1993年版,第9页。

于国际商事领域,即主要用于调整国际贸易和服务关系。在该领域通常不存在法律选择问题,从而可以直接明确地确定国际商事关系当事人之间的权利与义务,所以,它所调整的对象应当是涉外民商事关系。而所谓间接调整方法则是指不明确规定涉外民商事关系当事人之间的权利与义务关系,而只是规定某种涉外民商事关系应当适用哪个国家或者法域的法律来调整的方法,即通过“冲突规范”来调整的方法。此种调整方法对各种不同类型的涉外民商事关系而言,必须首先解决究竟适用哪个国家或者法域的法律之问题,即必须首先调整不同国家或者法域的法律之间的关系,然后才能根据业已选择的法律来调整具体的涉外民商事关系当事人之间的权利与义务关系。可见在间接调整方法中,其调整对象为涉外民商事法律关系,而在直接调整方法中,其调整对象才是涉外民商事关系。

综上所述,笔者认为,国际私法的调整对象应当是兼有涉外民商事关系和涉外民商事法律关系。对此尚有以下几点必须作特别说明:

第一,这里所讲的涉外民商事法律关系,并非完全等同于我国一般法学意义上的涉外民商事法律关系当事人之间具体的权利与义务关系。即它并非完全是指法律关系当事人之间具体的权利与义务关系,而主要是指不同国家或者法域的法律之间的关系。而这种法律之间的关系处理如何,又对涉外民商事关系当事人之间具体的权利与义务关系影响非常巨大。所以,它又同我国学界所论及的一般意义上的法律关系有着非常密切的联系。如果不对国际私法的调整对象作这样的理解,那么无法解释为何学者们关于国际私法调整对象的认识和表述所出现的五花八门的现象。

第二,国际私法的调整对象应该同时包括涉外民事法律关系和涉外商事法律关系,即“涉外民商事法律关系”,或者称“国际私法关系”。这是因为:首先,在英美普通法系国家,通常没有民法的概念,也没有民法典。平等主体之间的人身关系和财产关系分别由合同法、财产法、侵权行为法、婚姻家庭法等法律部门来调整;一些大陆法系国家虽然有民法的概念和民法典,但立法体例存在差异。其中,一些大陆法系国家和地区,诸如瑞士、荷兰、意大利和我国台湾地区等,长期以来有着“民商合一”的立法和司法传统,他们并没有对商事法律与民事法律作出严格地区分,而是“把对商事之法律调整纳入民法典,不另立商法典”。^①许多商事法律本身就是包含在民事法律之中的。如我国台湾地区的“公司法”、“保险法”和“票据法”等比较典型的商事法律,就是作为“民法及关系法规”的一篇或者一章来进行立法的。同样的道理,这些大陆法系国家和地区也没有对民事法律关系、商事法律关系、涉外民事法律关系和涉外商事法律关系等概念作严

^① 张仲伯著:《国际私法学》,中国政法大学出版社2007年版,第4页。