

中国法学教科书·原理与**研究**系列

International Private Law

国际私法学

(第二版)

谢石松 著

高等教育出版社

中国法学教科书·原理与研究系列
“十一五”国家重点图书出版规划

International Private Law

国际私法学

(第二版)

谢石松 著

高等教育出版社·北京

内容简介

本书在基本理论方面,围绕国际私法是调整国际民商事关系的法律规范的总和这一基本观点来展开对整个国际私法学的研究和探讨;对传统的国际私法学理论,如国际私法的调整对象、范围、性质等作了新的反思;对其中的一些概念,如冲突规范和实体规范以及统一实体规范等作了新的阐述;对其他一些概念,如准据法、识别等作了更加准确、规范和统一的界定。本书在体系上,采用了与目前国内外已经出版的所有国际私法论著都不尽相同的逻辑结构,对国际私法学的相关内容作了完全不同的结构设计;较为广泛和系统地研究和探讨了国际私法领域的各种民事和商事法律规范,同时也只研究和探讨了国际私法领域的各种民事和商事法律规范。

图书在版编目(CIP)数据

国际私法学 / 谢石松著. --2 版. --北京: 高等教育出版社, 2017. 8

ISBN 978-7-04-048214-0

I. ①国… II. ①谢… III. ①国际私法-法的理论-高等学校-教材 IV. ①D997

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 165061 号

国际私法学

Guoji Sifa Xue

策划编辑 姜 洁

责任编辑 姜 洁

特约编辑 吕培勋

封面设计 杨立新

版式设计 马敬茹

责任校对 张 薇

责任印制 刘思涵

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

印 刷 三河市华润印刷有限公司

开 本 787mm×1092mm 1/16

印 张 22.75

字 数 550 千字

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.hepmall.com.cn>

<http://www.hepmall.com>

<http://www.hepmall.cn>

版 次 2007 年 9 月第 1 版

2017 年 8 月第 2 版

印 次 2017 年 8 月第 1 次印刷

定 价 43.00 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 48214-00

第二版修订说明

自本书第一次出版正好已经过去 10 年。在这 10 年中，中国国际私法学的理论和实践都有了很大的发展，本人的很多学生在阅读本书的过程中向本人提出了很多非常中肯的修改意见，本人自己也在每一年的教学研究过程中对相关的理论和知识作了持续而又更加深刻的检讨。本次修订，除更新了国际私法学领域相关的立法和司法资料外，更加全面、系统、完整、准确地表达了本人在相关问题上所持的观点和理论。例如：更加明确了本人对直接规范、直接调整方法、直接适用的法等概念的认识，并对本人所主张的“国际私法领域不存在直接适用的法”这一观点作了更加全面、系统、深入的研究和阐述；将构成国际惯例所必须具备的四个条件中的第三个条件由原来的“必须具有确定的内容，即经过有关国际组织和商业团体的努力，整理编纂成了法典的形式”，修改成了“必须具有确定的内容，而且，作为国际私法渊源中最主要内容国际商事惯例一般都是经过有关国际组织和商业团体的努力，整理编纂成了法典的形式”。

本书的修订出版得到了高等教育出版社法学分社姜洁女士和高等教育出版社的大力支持，特别在此深表谢意！

最后，同样需要特别强调的是，虽然本书的相关内容经过了本人的反复斟酌和反复修改，但还是由于受到本人学识水平的局限，不完善之处在所难免，恳请读者们随时给予批评指正，以帮助本人以后继续进行修订。

谢石松

2017 年 7 月于广州

目 录

上编 国际私法总论

第一章 国际私法概述	3
第一节 国际私法的概念	3
一、国际私法的含义	3
二、国际私法的调整对象	3
三、国际私法的调整方法	6
四、国际私法的名称	9
第二节 国际私法的范围	10
一、国际私法范围问题的传统理论	10
二、国际私法范围问题新论	11
第三节 国际私法的渊源	13
一、国际私法的国际法渊源	13
二、国际私法的国内法渊源	15
第四节 国际私法的性质	18
一、国际私法是国际法还是国内法	19
二、国际私法是实体法还是程序法	21
三、国际私法是公法还是私法	23
第五节 国际私法的历史	24
一、国际私法的立法史	24
二、国际私法的学说史	26
第二章 国际私法的主体	32
第一节 自然人	32
一、自然人的国籍	32
二、自然人的住所	34
三、自然人的民事权利能力	36
四、自然人的民事行为能力	37
五、外国人的待遇制度	38
第二节 法人	40
一、法人的国籍	40
二、法人的住所	41
三、外国法人的认可	42
四、法人的民事权利能力和民事行为能力	43

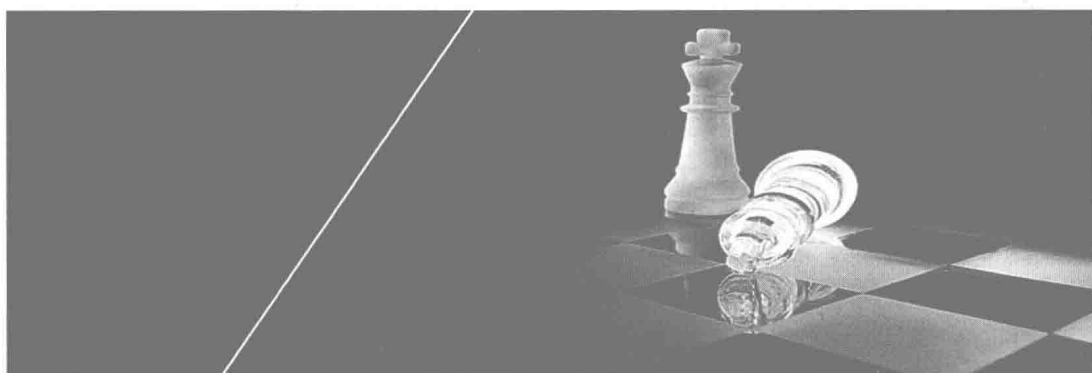
第三节	国家	45
一、	国家作为国际私法主体的特殊性	45
二、	国家豁免问题	46
第四节	政府间国际组织	50
一、	政府间国际组织作为国际私法主体的特殊性	51
二、	政府间国际组织的豁免问题	51
第三章	国际私法中的法律冲突	53
第一节	国际私法中法律冲突的概念	53
一、	国际私法中法律冲突的含义	53
二、	国际私法中法律冲突的产生	53
三、	国际私法中法律冲突的种类	55
第二节	国际私法中法律冲突的解决	57
一、	各国直接规范冲突的解决	57
二、	各国间接规范冲突的解决	59
三、	各国间接规范适用中的冲突的解决	60
四、	与国际私法相关的法律冲突的解决	60
第四章	国际私法中的间接规范	62
第一节	国际私法中间接规范的概念	62
一、	国际私法中间接规范的含义	62
二、	国际私法中间接规范的结构	64
三、	国际私法中间接规范的种类	65
第二节	国际私法中间接规范的制定	67
一、	国际私法中国内间接规范的制定	67
二、	国际私法中国际间接规范的制定	67
三、	制定国际私法间接规范时常用的系属公式	68
第三节	国际私法中间接规范的适用	70
一、	适用间接规范时的准据法制度	70
二、	适用间接规范时的识别制度	74
三、	适用间接规范时的反致制度	81
四、	适用间接规范时的法律规避制度	87
五、	适用间接规范时国内法律冲突的解决	90
六、	适用间接规范时外国法内容的查明	93
七、	适用间接规范时的公共秩序保留制度	96
八、	适用间接规范时外国法的错误适用	101
第五章	国际私法中的直接规范	103
第一节	国际私法中直接规范的概念	103
一、	国际私法中直接规范的含义	103
二、	国际私法中直接规范的种类	103
第二节	国际私法中直接规范的制定	110
一、	国内法中直接规范的制定	110
二、	国际条约中直接规范的制定	110

三、国际惯例中直接规范的制定	111
第三节 国际私法中直接规范的适用	112
一、国内法中直接规范的适用	112
二、国际条约中直接规范的适用	112
三、国际惯例中直接规范的适用	114
下编 国际私法分论	
第六章 国际物权法	119
第一节 一般国际物权的法律适用法	119
一、物之所在地法原则的历史演变	119
二、物之所在地法原则的适用范围	120
第二节 特殊国际物权的法律适用法	125
一、无体动产所涉国际物权关系的法律适用	125
二、国家财产所涉国际物权关系的法律适用	126
三、运输工具所涉国际物权关系的法律适用	126
四、运输途中的物品所涉国际物权关系的法律适用	127
五、无主土地上物品所涉国际物权关系的法律适用	128
六、被继承的遗产所涉国际物权关系的法律适用	128
七、国有化中所涉国际物权关系的法律适用	128
八、国际信托中所涉国际物权关系的法律适用	130
第七章 国际债权法	132
第一节 国际合同之债的法律适用法	132
一、国际合同的含义	132
二、国际合同的准据法	133
三、国际合同准据法的确定	135
四、国际合同法律适用中的意思自治原则	137
五、国际合同法律适用中的最密切联系原则	146
六、国际合同法律适用中的特殊原则	151
第二节 国际侵权之债的法律适用法	153
一、国际侵权之债的法律冲突	153
二、国际侵权之债的准据法原则	157
第三节 国际不当得利之债的法律适用法	165
一、国际不当得利之债的法律冲突	165
二、国际不当得利之债的准据法原则	167
第四节 国际无因管理之债的法律适用法	169
一、国际无因管理之债的法律冲突	169
二、国际无因管理之债的准据法原则	170
第八章 国际亲属法	172
第一节 国际结婚的法律适用法	172

一、国际结婚的法律冲突	172
二、国际结婚的准据法	176
第二节 国际夫妻关系的法律适用法	178
一、国际夫妻关系的法律冲突	178
二、国际夫妻关系的准据法	185
第三节 国际离婚的法律适用法	189
一、国际离婚的法律冲突	189
二、国际离婚的准据法	192
第四节 国际亲子关系的法律适用法	194
一、国际亲子关系的法律冲突	194
二、国际亲子关系的准据法	201
第五节 国际收养关系的法律适用法	203
一、国际收养关系的法律冲突	203
二、国际收养关系的准据法	208
第六节 国际扶养关系的法律适用法	211
一、国际扶养关系的法律冲突	211
二、国际扶养关系的准据法	214
第七节 国际监护关系的法律适用法	217
一、国际监护关系的法律冲突	217
二、国际监护关系的准据法	222
第九章 国际继承法	224
第一节 国际遗嘱继承的法律适用法	224
一、国际遗嘱继承的法律冲突	224
二、国际遗嘱继承的准据法	227
第二节 国际法定继承的法律适用法	228
一、国际法定继承的法律冲突	228
二、国际法定继承的准据法	230
第三节 国际无人继承的法律适用法	233
一、国际无人继承的法律冲突	233
二、国际无人继承的准据法	233
第十章 国际商品买卖法	235
第一节 国际货物商品买卖法	235
一、调整国际货物买卖合同关系的统一直接规范	235
二、国际货物买卖合同的成立	246
三、国际货物买卖合同的主要条款	252
四、国际货物买卖合同双方的主要义务	253
第二节 国际技术商品买卖法	257
一、国际技术商品买卖法的主要内容	257
二、国际技术商品买卖合同的主要形式	258
三、国际技术许可合同的主要内容	261
第三节 国际服务商品买卖法	265

一、国际服务商品买卖的范围	265
二、国际服务商品买卖的特点	266
三、国际服务商品买卖法的内容	266
四、国际服务商品买卖法的渊源	266
第十一章 国际货物运输法	268
第一节 国际海上货物运输法	268
一、国际租船运输法	268
二、国际班轮运输法	269
第二节 国际铁路货物运输法	273
一、规范国际铁路货物运输的国际统一直接规范	273
二、国际铁路货物运输合同的订立	275
三、国际铁路货物运输合同的变更	276
四、国际铁路货物运输中货物的交付和拒收	276
五、国际铁路货物运输运费的计算和支付	277
六、国际铁路货物运输中铁路的责任	277
七、国际铁路货物运输中的赔偿请求和诉讼	278
第三节 国际航空货物运输法	279
一、规范国际航空货物运输的国际统一直接规范	279
二、国际航空货物运输合同	286
三、托运人对货物的处分权利	287
四、承运人的责任及其豁免	287
第四节 国际货物多式联运法	287
一、规范国际货物多式联运的国际统一直接规范	287
二、国际货物多式联运单证	291
三、国际货物多式联运经营人的责任	292
第十二章 国际货物运输保险法	293
第一节 国际海上货物运输保险法	293
一、国际海上货物运输保险合同	293
二、国际海上货物运输保险单	293
三、国际海上货物运输保险费	294
四、国际海上货物运输保险人承保的风险	294
五、国际海上货物运输保险的险别	294
第二节 国际陆地货物运输保险法	295
一、国际陆地货物运输保险的险别	295
二、国际陆地货物运输保险的责任期限	295
三、国际陆地货物运输保险的免责条款	295
第三节 国际航空货物运输保险法	295
一、国际航空货物运输保险的险别	296
二、国际航空货物运输保险的责任期限	296
三、国际航空货物运输保险的免责条款	296
第十三章 国际支付法	297

第一节	国际支付工具的法律制度	297
一、	国际支付中的货币	297
二、	国际支付中的票据	298
第二节	国际支付方式的法律制度	307
一、	国际支付中的汇付	307
二、	国际支付中的银行托收	307
三、	国际支付中的银行信用证	311
四、	国际支付中的国际保理	324
第十四章	国际产品责任法	332
第一节	国际产品责任的基本法律制度	332
一、	国际产品责任法中的产品和产品责任	332
二、	国际产品责任法的性质和特征	334
三、	国际产品责任法的基本原则	336
四、	国际产品责任法中的免责条款	337
第二节	国际产品责任的准据法	340
一、	适用受害人自选法	340
二、	适用损害发生地法	340
三、	适用受害人的住所或惯常居所地法	341
四、	适用加害人主营业地法	341
五、	重叠适用法院地法	342
第十五章	国际破产法	343
第一节	国际破产的法律冲突	343
一、	国际破产原因的法律冲突	343
二、	国际破产宣告效力的法律冲突	344
三、	国际破产财团的法律冲突	345
四、	国际破产债权的法律冲突	347
第二节	国际破产的准据法	348
一、	国际破产适用法院地法	348
二、	重叠适用法院地法和财产地法	349
主要参考文献		350



上编
国际私法总论

第一章 国际私法概述

国际私法 (international private law), 也叫国际民商法 (international civil and commercial law)。作为国际法体系中一个独立的法律部门, 国际私法虽然有着非常悠久的历史, 并在国际民商事生活中一直都发挥着非常重要的作用, 但是, 在其概念、范围、渊源、性质等理论上, 直到今天都还存在很大的分歧。学者们都对相关问题众说纷纭、莫衷一是, 形成了各种各样的学说和理论。

第一节 国际私法的概念

国际私法的概念主要涉及国际私法的含义、调整对象、调整方法以及名称等基本理论问题。

一、国际私法的含义

在国际私法学界, 各国学者从不同的角度对国际私法的含义作了各不相同的界定。具有代表性的定义有: 法国学者魏斯 (Weiss) 认为, “国际私法是确定发生于两个主权者之间涉及其私法或公民私人利益之间冲突的规则의总称”^①; 德国学者马丁·沃尔夫 (Martin Wolff) 认为, “国际私法是决定几种同时有效的法律制度中哪一种可以适用于某一组特定事实的法律”^②。中国学者韩德培教授主编的全国统编教材《国际私法》一书将国际私法定义为“调整涉外民事法律关系的法的部门”^③; 李浩培先生认为, 国际私法是指“在世界各国民法和商法相互歧异的情况下, 对含有涉外因素的民法关系, 解决应当适用哪国法律的法律”^④; 李双元教授认为, “国际私法是以涉外民事关系为调整对象, 以解决法律冲突为中心任务, 以冲突规范为最基本的规范, 同时包括规定外国人民事法律地位规范、避免或者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律部门”^⑤; 黄进教授认为, “国际私法是以直接规范和间接规范相结合来调整平等主体之间的涉外民商事法律关系并解决涉外民商事法律冲突的法律部门”^⑥。

在这里, 笔者遵循法学理论界定义部门法的一般方法, 将国际私法定义为: 调整国际民商事关系的法律规范的总和。

二、国际私法的调整对象

国际私法的调整对象是指国际私法所调整的社会关系。对于这一问题, 在中国国际私法

① 韩德培主编:《国际私法》, 高等教育出版社、北京大学出版社2000年版, 第15页。

② [德] 马丁·沃尔夫著, 李浩培、汤宗舜译:《国际私法》, 法律出版社1988年版, 第22页。不过, 马丁·沃尔夫的原著表述的是“private international law”, 即《私国际法》。

③ 韩德培主编:《国际私法》, 武汉大学出版社1983年版, 第7页。

④ 《中国大百科全书(法学卷)》, 中国大百科全书出版社1984年版, 第228页。

⑤ 李双元著:《国际私法(冲突法篇)》, 武汉大学出版社1987年版, 第33页。

⑥ 黄进主编:《国际私法》, 法律出版社2005年版, 第33页。

学界一直存在不同的认识。韩德培教授主编的全国统编教材《国际私法》一书将国际私法的调整对象确定为“国际民事法律关系，从一个国家的角度来说，可以称之为涉外民事法律关系”^①；韩德培教授主编的全国高等学校法学专业核心课程教材《国际私法》一书在谈到国际私法的调整对象时，归纳了中国国际私法学界的主要观点^②，特别强调，“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”^③。

笔者在这里将国际私法的调整对象界定为，“国际民商事关系（international civil and commercial relations）”^④。

（一）国际私法的调整对象是“国际”民商事关系

笔者在此特别强调，作为国际私法调整对象的是一种“国际”民商事关系，而不是“涉外”民商事关系。这是因为，人类社会已经进入了一个全球化、信息化的时代；而随着中国综合国力的增强，随着中国进一步的发展壮大和国际地位的不断提高，中国已经越来越全面地融入国际社会，从而在国际社会有了更多、更长远的利益要求，同时也需要对国际社会承担起更多的国际责任。所以，需要中国不再仅仅从自己一个国家的角度，而应该从整个国际社会的角度来考虑涉及不同国家的民商事关系的调整和相关国际私法问题的处理，应该从更全面、更长远的角度来考虑中国整个国家和国民在国际民商事关系中的利益。

而这种国际民商事关系是指含有国际因素的民商事关系，即可能是有关民商事关系的主体是两个或两个以上不同国家的自然人和法人，或者在两个或两个以上不同的国家设有住所、居所或惯常居所，或者正处于两个或两个以上不同国家境内；也可能是有关民商事关系的客体涉及两个或两个以上不同的国家；或者是有关民商事行为或事件发生在两个或两个以上不同国家境内。自2013年1月7日开始施行的中国《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释（一）》（以下简称“中国《法律适用法解释》”）第1条规定，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：（1）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；（2）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；（3）标的物在中华人民共和国领域外；（4）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；（5）可以认定为涉外民事关系的其他情形。

（二）国际私法的调整对象是国际“民商事关系”

笔者强调作为国际私法调整对象的是一种国际“民商事关系”，而不是国际“民商事法律关系”，这既是一种法理上的逻辑要求，也是国际私法实践的必然结果。

① 韩德培主编：《国际私法》，武汉大学出版社1983年版，第2页；韩德培主编、肖永平主持修订：《国际私法》（第三版），高等教育出版社、北京大学出版社2014年版，第3页。

② 在没有特别指明的情况下，本书所称的中国立法、司法及法学理论都是指中国内地的立法、司法和法学理论，而没有包括中国港、澳、台地区的相关内容。

③ 韩德培主编：《国际私法》，高等教育出版社、北京大学出版社2000年版，第3页。

④ 谢石松著：《对国际私法中几个理论问题的反思》，中国国际私法学会2000年（武汉）年会论文集；谢石松著：《国际私法的调整对象、范围及性质问题新论》，《法学评论》2007年第4期，第28～30页。

第一,从法理逻辑上说,法律规范所调整的只能是一般的社会关系,而不应该是法律关系;一般的社会关系只有通过法律规范的调整以后才能成为法律关系。也就是说,国际私法规范所调整的只能是作为一般社会关系的“民商事关系”,而不应该是“民商事法律关系”;有关的“民商事关系”只有通过国际私法规范的调整以后才能成为“民商事法律关系”。

很多国际私法论著都将国际私法的调整对象表述为“民商事法律关系”,而且没有对这种表述作任何进一步的解释。^①只有由余先予教授主编的《简明国际私法学》以及由刘振江、张仲伯、袁成第三位教授主编的《国际私法教程》对这一问题作了进一步的论证,并且都不约而同地引用了日本学者江川英文的主张,认为“在国际私法中,法律关系一词一而再、再而三地被使用”,而且,“在国际私法上一般地讲法律关系,所说的就是作为法的调整对象的生活关系这样的意义。而为了表达这个意思,使用法律关系一词绝没有什么不适当之处。所以,勉强来排斥这个词,没有考虑的必要”^②。很显然,这些学者们的论据,无非就是两个:一个是“在国际私法中,法律关系一词一而再,再而三地被使用”;另一个是“在国际私法上一般地讲法律关系,所说的就是作为法的调整对象的生活关系这样的意义。而为了表达这个意思,使用法律关系一词绝没有什么不适当之处”。

笔者认为,这两个论据都存在问题:(1)“在国际私法中一而再、再而三地被使用”绝不能作为使用这个词的依据,虽然中国自古以来就有三人成虎、众口铍金的典故和说法,但是,不科学、不准确的表述不可能因为使用多了就能够变得科学和准确起来。(2)既然“在国际私法上一般地讲法律关系,所说的就是作为法的调整对象的生活关系这样的意义”,就应该直接使用“生活关系”或“社会关系”,实在是没有必要在这里为了“标新立异”而“独树一帜”,而且这样只能徒增不必要的法理逻辑上的纷乱。(3)任何部门的法学理论、法律实践,乃至法律语言都有其内在联系和内在统一性,而且它们都作为整个法制体系的一个有机组成部分,在一些基本的方面又都应该是完全一致的,如都把“法律关系”定义为“经过法律规范调整以后所形成的一种特殊的社会关系”,而不是“一般的社会关系”。既然在国际私法中,“法律关系”与“社会关系”也同样有不同^③,既然国际私法中的“法律关系”和“社会关系”与其他部门法中的“法律关系”和“社会关系”在本质上并没有什么差别,那么,为了保持和维护有关法学理论、法律实践,乃至法律语言的统一,还是应该与其他部门法及部门法学中的表述保持一致。所以,笔者认为,为了包括有关法学理论、法学教育、法律实践,乃至法律语言在内的整个法制体系的统一,这种“排斥”或“争论”绝对具有极为现实的意义。

第二,从国际私法的实践来看,国际私法所调整的当然是、而且只能是国际“民商事关系”,而不是国际“民商事法律关系”。国际私法所涉及的是两个或两个以上不同国家的当事

^① 参见韩德培主编、肖永平主持修订:《国际私法》(第三版),高等教育出版社、北京大学出版社2014年版,第3页;黄进主编:《国际私法》(第二版),法律出版社2005年版,第3~9页;徐冬根著:《国际私法趋势论》,北京大学出版社2005年版,第7~10页;刘仁山主编:《国际私法》,中国法制出版社1999年版,第1~4页。

^② 余先予主编:《简明国际私法学》,中央广播电视大学出版社1986年版,第2页;刘振江、张仲伯、袁成第主编:《国际私法教程》,兰州大学出版社1988年版,第60页。

^③ 所以才有“在国际私法上一般地讲法律关系,所说的就是作为法的调整对象的生活关系这样的意义”的认识和主张。

人在进行民商事交往时,在各有关国家的法律对这一民商事关系作了各不相同的规定的情况下,到底应该适用哪一个国家的法律或哪一个有关的国际条约或国际惯例的问题。也就是说,需要确定应该由哪一个国家的法律或哪一个国际条约或国际惯例来调整这一涉及两个或两个以上不同国家的民商事关系的问题。如果这一涉及两个或两个以上不同国家的民商事关系已经得到了法律的调整,已经成为一种“法律关系”,那也就不需要国际私法来调整了。

此外,在中国这样一个法治理念还不够完善、且尚未深入人心的国度里,强调国际私法的调整对象只能是国际“民商事关系”,而不是国际“民商事法律关系”这一观点尤其具有特别重要的意义。在中国,除极少数的法理学论著以外^①,绝大部分的法理学教材还是在强调“法律是统治阶级意志的体现”“法律是统治阶级进行阶级统治的工具”“法律的基本属性是阶级性”^②。在法理学上,没有明确法律的基本属性只应该是社会性、规范性和强制性,而不应该包括阶级性。^③在国际私法理论中,没有明确国际私法的调整对象只能是国际“民商事关系”,而不应该是国际“民商事法律关系”,从而还有很大一部分国民,甚至包括不少的法律工作者,乃至一些法学家都认为“法律是法官的法律”,只有发生了争议,打官司到了法院,才需要由法官来适用法律、裁判争议。这样,在国际民商事交往中所导致的必然结果,就是中国的很多当事人根本就没有把国际私法作为他们进行国际民商事活动、实施国际民商事行为的行为准则,从而会经常发生一些不该发生的国际民商事争议,遭受很多不该遭受的损失。所以,为了实践的需要,笔者认为,同样有必要特别强调:国际私法的调整对象是国际“民商事关系”,而不是国际“民商事法律关系”;包括中国在内的各个国家的当事人在参与国际民商事活动时,一定要明确其国际民商事关系还需要有国际私法的调整,一定要以有关的国际私法规范作为其行为的准则。

而作为国际私法调整对象的国际“民商事关系”是一种广义的民商事关系。在采用民商合一的国家,包括所有民事关系;在采用民商分立的国家,包括所有的民事关系和商事关系。在中国,所有民事关系和商事关系,甚至包括对于到底属于经济关系还是商事关系在理论界和实务界还存在分歧的劳动关系,只要含有国际因素,涉及两个或两个以上不同的国家,都应该属于国际私法的调整对象。

三、国际私法的调整方法

国际私法在调整方法上,具有与其他部门法不同的特点,包括间接调整和直接调整两种具有同等重要性的方法。

(一) 间接调整方法

间接调整方法(indirect regulation method)是指没有直接规定当事人之间具体的实体权利

^① 如沈宗灵教授主编的《法理学》一书,在提到“阶级性是法的本质属性”的同时,特别强调,“中国在实现生产资料私有制的社会主义改造,消灭了剥削制度和剥削阶级后,进入了社会主义初级阶段。在这种新的历史条件下,讲中国社会主义法还是统治阶级意志的体现,显然是不合适的”。参见沈宗灵主编:《法理学》,北京大学出版社2000年版,第40、62页。

^② 黄建武、邓伟平、彭娟编著:《法理学教程》,广东高等教育出版社2002年版,第5页和第43页;张文显主编:《法理学》(第二版),高等教育出版社2003年版,第57~65页;孙笑侠、夏立安主编:《法理学导论》,高等教育出版社2004年版,第37页;张文显主编:《法理学》(第三版),高等教育出版社、北京大学出版社2007年版,第76~82页;江伟、李宁主编:《法理学教程》,吉林人民出版社2008年版,第52~65页。

^③ 参见谢石松著:《再论马克思主义关于法的起源观》,《法学评论》1998年第6期,第43~49页。

义务内容,而是需要通过间接规范及其援引的直接规范相结合才能最终确定当事人之间具体的实体权利义务内容的调整方法。间接调整方法是法律领域除国际私法之外的其他绝大部分部门法中作为例外而采用的调整社会关系的方法,是国际私法中所采用的最主要的调整国际民商事关系的方法。国际私法中的间接调整方法是通过“间接规范”(indirect rules),即传统国际私法理论和其他国际私法论著中所称的“冲突规范”(conflict rules)的适用来实施的。

笔者将传统国际私法理论和其他国际私法论著中所称的“冲突规范”“国际冲突规范”“统一冲突规范”“国内冲突规范”分别改称为“间接规范”“国际间接规范”“统一间接规范”“国内间接规范”;将传统国际私法理论和其他国际私法论著中所称的“实体规范”“国际实体规范”“统一实体规范”“国内实体规范”分别改称为“直接规范”“国际直接规范”“统一直接规范”“国内直接规范”。之所以作这种名称上的修改,主要是考虑到:(1)“冲突规范”也是实体规范,也有“国际冲突规范”或“统一冲突规范”和“国内冲突规范”之分;将“冲突规范”与“统一实体规范”相提并论,不科学、不符合逻辑要求。(2)“国际实体规范”或“统一实体规范”,也是以解决法律冲突为目的制定的,而且,其适用结果还能够从根本上消除各缔约国或者各相关国家之间的法律冲突,同样应该属于“冲突规范”的范畴^①;将“统一实体规范”与“冲突规范”相提并论,同样不科学,也不符合逻辑要求。(3)用“间接规范”和“直接规范”这两个名称,能够科学地反映这两种法律规范的形式和内容。

这种间接规范既包括有关国际条约中规定某一国际民商事关系应该适用哪个国家法律的法律适用规范,如1902年在海牙签订的《关于离婚与别居的法律冲突和管辖权冲突公约》中规定的有关申请和判决离婚所必须遵循的法律适用规范、1985年《国际货物买卖合同法律适用公约》中规定的国际货物买卖合同关系所应该遵循的法律适用规范、1994年《美洲国家间关于国际合同法律适用的公约》中规定的国际合同关系所应该遵循的法律适用规范,也包括各个国家国内法律制度中规定某一国际民商事关系应该适用哪个国家法律的法律适用规范。^②笔者在这里把前者称为“国际间接规范”或“统一间接规范”,把后者称为“国内间接规范”。在间接调整方法中最主要的是各个国家国内法律制度中所包含的这种“国内间接规范”。

因为这种间接规范并没有直接规定不同国家的当事人在进行有关国际民商事活动时所必须遵循的行为准则,没有直接规定当事人之间具体的实体权利义务内容,这种间接规范必须与它所援引的法律相结合,才能最终确定国际民商事关系中相关当事人之间具体的实体权利义务内容,从而对相关国际民商事关系只能进行间接的调整。如《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》(以下简称“中国《法律适用法》”)第41条规定:“当事人可以协议选择合同适用的法律。当事人没有选择的,适用履行义务最能体现该合同特征的一方当事人经常居所地法律或者其他与该合同有最密切联系的法律。”该条法律规范就是一条间接规范,它并没有直接规定合同当事人之间的实体权利义务内容,而只是规定了要确定国际合同关系中相

① 因为大家都将解决法律冲突的规范称为“冲突规范”。

② 如1999年10月1日开始施行的《中华人民共和国合同法》第126条第2款规定的“在中华人民共和国境内履行的中外合资经营企业合同、中外合作经营企业合同、中外合作勘探开发自然资源合同,适用中华人民共和国法律”和2011年4月1日开始施行的《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第11条规定的“自然人的民事权利能力,适用经常居所地法律”,就是中国国内立法中所规定的法律适用规范。