

国际私法概要

陈力新 邵景春



光明日报出版社

国际私法概要

陈力新 邵景春

光明日报出版社出版

(北京永安路106号)

新华书店北京发行所发行 文物出版社印刷厂印刷

787×1092毫米 32开本 8.5印张 180千字

1988年12月第一版 1988年12月第一次印刷

1——3,200册 定价: 3.00元

ISBN7—80014—305—8/D·031

目 录

第一编 总 论

第一章 在法律体系中的国际私法观念	1
第一节 国际私法是专门调整涉外民事关系的 法律手段	1
第二节 国际私法是解决内国涉及外国法适用 问题的法律手段	10
第二章 国际私法调整的对象	22
第一节 国际私法调整的对象是涉及外国法适 用的涉外民事关系	22
第二节 国际私法调整的对象是实体性质问题 和程序性质问题有机联系的统一整体	27
第三节 国际私法对象的特殊性是由于涉及外 国法适用而导致的法律冲突问题	30
第三章 国际私法的概念	40
第一节 国际私法是内国调整涉及外国法适用 的涉外民事关系的法律部门	40
第二节 实施涉及外国法适用的法律措施是造 成并消除在内国法律适用中的法律冲 突的过程	49
第四章 国际私法中的冲突规范	57
第一节 冲突规范是用解决法律适用冲突的法 律措施以实施内国涉及外国法适用的	

国际私法规 范.....	57
第二节 冲突规范是程序性质行为规则同实体 性质行为规则间接结合的国际私法规 范.....	68
第五章 有关适用冲突规范的制度	78
第一节 识别问题.....	79
第二节 公共秩序保留.....	86
第三节 反致与转致.....	91
第四节 国际私法中的法律规避.....	97
第六章 国际私法中的统一实体规范	104
第一节 统一实体规范是用直接调整特殊涉外 民事关系的法律措施以实施内国涉及 外国法适用的国际私法规 范.....	104
第二节 统一实体规范是程序性质行为规则同 实体性质行为规则直接结合的国际私 法规 范.....	111
第七章 国际私法在法律体系中的地位	120
第一节 与国际私法相关的若干问题.....	120
第二节 国际私法与其他相关法律的关系.....	126

第二编 分 论

第八章 涉外民事关系的主体	131
第一节 作为涉外民事关系主体的自然人.....	131
第二节 作为涉外民事关系主体的法人.....	144
第三节 作为涉外民事关系主体的国家.....	152
第九章 财产权	155
第一节 财产权的概念及财产的分类.....	155

第二节	解决涉外财产权法律适用问题的“物 之所在地法”原则·····	157
第三节	解决涉外财产权关系法律适用问题的 其他规则·····	166
第四节	流通票据·····	172
第十章	合 同·····	182
第一节	国际合同及其法律适用问题概说·····	182
第二节	“当事人意思自治”原则·····	187
第三节	“最密切联系”原则·····	201
第四节	关于国际合同的硬性法律适用规范·····	216
第十一章	侵权行为·····	221
第一节	侵权行为的法律适用问题概述·····	221
第二节	侵权行为法律适用规则的具体现状·····	224
第十二章	亲 权·····	236
第一节	结 婚·····	236
第二节	夫妻关系·····	244
第三节	离 婚·····	247
第四节	父母子女关系·····	249
第五节	收 养·····	252
第十三章	继 承·····	256
第一节	法定继承·····	256
第二节	遗嘱继承·····	259
后 记	·····	263

第一编 总 论

第一章 在法律体系中的 国际私法观念

第一节 国际私法是专门调整涉 外民事关系的法律手段

一、涉外民事关系的含义

中华人民共和国的诞生，结束了旧中国一百多年半封建半殖民地的历史。新中国在政治上的总要求，是建设有中国特色的社会主义国家，中心任务是进行社会主义现代化建设。随着社会主义现代化建设的展开，随着“对内搞活经济、对外实行开放”方针的进一步贯彻执行，我国同外国的经济、政治以及文化联系，越来越密切。由此而产生的涉外民事关系，其中包括涉外商事关系，也越来越需要用法律的手段加以调整。

所谓涉外民事关系，其“涉外”的情况，一般是从以下几个方面表现出来的。

（一）可能是在民事关系的当事人中，有外国自然人或外国法人，有时也为外国国家。如在对外贸易中，当事人一方为中国人，另一方为外国人，或双方均为外国人。

（二）也可能是作为民事关系的标的，是位于外国的物或其他标的。如某甲和某乙争享一笔遗产，而该项遗产是

位于外国的动产或不动产。

(三) 还可能是民事关系的内容，是关于在外国产生或消灭的某项民事权利、义务问题。如有一男一女在外国结婚而产生的夫妻权利、义务，或在外国离婚而消灭的夫妻权利、义务问题。

总之，凡是在民事关系的当事人、标的、内容这些因素中，有一个或一个以上的因素涉及外国时，在国际私法学中称为含有涉外因素的民事关系，一般都叫做涉外民事关系。

在国际社会里，每个国家有每个国家的涉外民事关系，它是该国民事关系中的一部分。每个国家的涉外民事关系，都是在该国对外交往的社会实践中产生的，虽然是“涉外”的，但在本质上也是该国的国内的社会关系。所以，“涉外”的意思，是从一个国家的角度来说的，并不是从“国际”的角度来说的，不能把“涉外”的意思和“国际”的意思混同起来；同时，更不是从“外国”的角度来说的，因之，又不能把“涉外”的意思和“外国”的意思混同起来。

正因为如此，把涉外民事关系放在国家平面上来说，则泛称为内国的涉外民事关系。这是国际私法学中的专门用语，它是以微观社会——即内国国家的控制为基础的。意思就是，在本质上是内国的社会关系，而不是“外国”的，也不是“国际”的。也就是说，属于内国的涉外民事关系由内国管，不由该国以外的任何国家来管，也不由国际共管。内国的涉外民事关系，是纳入内国法律秩序的社会关系。

必须注意到，在中国对外交往中产生的涉外民事关系，不论从微观社会上讲，还是从宏观社会上讲，都是中国的涉外民事关系——即在中国主权控制下的社会关系，在本质上是纳入中国法律秩序的社会关系。不能有这样的错觉，在中

国的民事关系中含有涉外因素，就意味着这种民事关系置于中国的法律秩序之外了。那是旧中国处于半封建半殖民地时期的旧观念。对于肃清了帝国主义在华特权的新中国来说，则是脱离实际的。这种陈腐的旧观念，不仅是不符合独立自主的社会主义中国的国情，也是不合乎国际潮流的。

由此可见，在理解涉外民事关系的含义时，从“涉外”的意思上了解它的表现情况，是非常必要的。但仅仅做到这一点仍是很不够的。还应该进一步从本质上了解它是何国控制的社会关系，以明确它是应该纳入何国法律秩序的社会关系。这样，才能对涉外民事关系的含义有个比较全面的了解。全面了解涉外民事关系的含义，是学习国际私法学时必须高度注意的问题。

必须懂得，涉外民事关系是属内国主权控制的社会关系，在总体上是纳入内国法律秩序的社会关系。否则，就会出现指导思想上的失误。

二、国际私法只是调整特殊涉外民事关系的法律手段

在多元的现代国际社会里，已经没有完全“自我封闭”的国家，不论是资本主义还是社会主义国家，也不论是发达的还是发展中国家，都有和外国建立经济、政治以及文化联系的需要。对于正在为建设社会主义现代化而奋斗的中国来说，更是如此。由此而产生的涉外民事关系，正在朝着前所未有的广度和深度发展，在这些社会关系的结构上，也越来越复杂化。但是，不管怎样复杂，这些由中国控制的社会中的涉外民事关系，在总体上都是纳入中国法律秩序的社会关系，对于当事人具体民事权利、义务的确认或否定，在一般情况下也都是适用中国的法律来调整的。不过，在某些特殊情况下，为了合理保护内、外国当事人的正当权益，除了适用

中国的法律之外，有时也需要适用有关的外国法律。由此，在调整涉外民事关系的法律适用上，就提出了一步涉及外国法律适用的问题。该问题既是许多外国朋友最关心的，也是摆脱了帝国主义和封建主义桎梏的中国人民，在自己当家做主以来十分敏感的问题。在国际私法的理论研究和应用研究上，更是一个关键性的问题。

“涉及外国法适用”的意思，不要误解为“一定适用外国法”。确切的含义是，可能适用外国法也可能不适用外国法，包含两种可能性。从根本上讲，这问题的提出，是以涉外民事关系在总体上都被纳入中国法律秩序为现实基础的。所以，涉及外国法的适用，是和根本不适用外国法相对而言的。

在这里应当强调指出，涉及或不涉及外国法的适用，以及确认在什么情况下有涉及外国法适用的问题，都取决于内国法律秩序的要求，并受内国的法律支配。因为这是内国的法律适用问题，只有内国的法律，才是最高权威的法律。除此之外，没有更高的权威。值得注意的是，不能想当然地认为：凡是涉外民事关系，在法律调整上“都有”涉及外国法适用的问题。这种观点是错误的，是严重脱离实际的。

从实际出发，应该明确两点：1. 对于涉外民事关系的调整，在一般情况下不存在涉及外国法适用的问题，只是在某些特殊情况下才可能有涉及外国法适用的问题；2. 不能把涉及外国法适用的问题置于内国的法律秩序之外，涉及或不涉及外国法的适用，归根到底，都是内国的法律适用问题。明确了这两点，我们在国际私法学中，就有了一个正确的理论基础，并有助于实事求是地形成科学的国际私法观念。

国际私法之所以成为一个独立的法律部门，是由于内国

国家在调整某些特殊涉外民事关系的法律适用中，往往有涉及外国法适用的需要。国际私法离不开涉及外国法适用的问题，而解决内国涉及外国法适用问题的法律手段，也离不开国际私法，其他法律部门是代替不了的。这是国际私法区别于其他法律部门的根本所在，也是它反映并服务于社会实践的特异功能所在。所以，国际私法并不是调整一切涉外民事关系的法律手段，它只是调整某些特殊涉外民事关系的法律手段。

三、构成特殊涉外民事关系的事实根据和法律条件

应当着重指出，涉及外国法适用的问题，是超出了内国法体系的法律适用问题。所以，是否涉及了外国法的适用，除了应当符合内国法律适用的一般要求之外，还必须受到国家主权原则的约束。

按照公认的国际关系准则——尊重国家主权原则，外国法是不能当然地在内国发生效力的，但若内国以某种方式承认其效力时，则可以在内国生效。在国际关系中对待外国法效力的独立自主原则，已经成为各国公认的国际准则，内国可以就某项涉外民事关系承认有关外国法的效力，也可以不承认该外国法的效力。由此可见，某项涉外民事关系是否涉及外国法效力是一回事，而内国是否承认该有关外国法的效力则是另一回事，两者没有法律上的必然联系。

因此，在实践中，确认某一涉外民事关系由国际私法来调整时，它必须具备以下两个方面的特殊情况：1. 该涉外民事关系本身必须具有外国法效力所及的法律事实；2. 该项外国法的效力必须获得内国法律的承认。两个“必须”缺一不可。只有同时具备了这两个方面的特殊情况，才构成特殊的涉外民事关系，从而，在法律调整上才有涉及外国法适用的

问题。因此，只有这种特殊的涉外民事关系，才需要用国际私法来调整。现在具体分析如下：

第一，该涉外民事关系本身必须具有外国法效力所及的法律事实——这是涉及外国法适用的先决条件。

某一涉外民事关系是否为特殊涉外民事关系，就要看它是否为涉及外国法适用的涉外民事关系。而判断它是否为涉及外国法适用的涉外民事法律关系，首先就要判断它是否具有外国法效力所及的法律事实。

涉及外国法的适用，也是内国的法律适用问题，理所当然地也必须遵循内国适用法律的基本原则。在我国的法律适用上，有一项重要的基本原则就是：以事实为根据，以法律为准绳。这一基本原则，也同样适用于涉及外国法的适用问题。

就事实根据来说，如果某一涉外民事关系不存在外国法效力所及的法律事实，就根本谈不上涉及外国法的适用。不能认为，在没有外国法效力所及的法律事实的情况下，在法律调整上“仍存在”涉及外国法适用的问题。这种不以事实为根据而适用法律的观点，在我们看来是十分荒唐的。因为只有涉外民事关系本身具有外国法效力所及的法律事实，才能把该项涉外民事关系和外国的效力联系起来。否则，在法理上是绝对说不通的。

从内国的角度来看，在大量的涉外民事关系中，有一些是与外国法效力没有关系的，有一些则是与外国法效力有关系的，划分的根据在于法律事实是否在某一外国法域管辖范围之内，即是否在该外国法律效力的支配之下。任何一项涉外民事关系的发生，都是由一定的行为或事件所引起的，这种行为和事件统称为法律事实，也就是法律效力所及的事

实。如果法律事实不是在外国法效力支配之下的行为或事件，这就是与外国法效力无关的涉外民事关系；反之，如果法律事实是在某一外国法效力支配之下的行为或事件，那就是与外国法效力有关的涉外民事关系。

譬如，外国人在内国商店购买商品或雇佣服务人员等等，虽然是涉外民事关系，但引起这种涉外民事关系的行为，是在内国的法域管辖范围之内，完全在内国法效力的支配之下，它与外国法效力毫无关系。象这种在法律事实上与外国法效力毫无关系的涉外民事关系，就不可能涉及外国法的适用，当然也不可能成为国际私法调整的涉外民事关系。

又譬如，某一买卖合同是在某一外国订立的，或某一婚姻是在某一外国缔结的，由于引起这种涉外民事关系的行为，原来是在该外国法域管辖范围之内，并在该外国法效力支配之下的，这里就有外国法效力所及的法律事实，从而它是一种与外国法效力有关系的涉外民事关系。至于内国如何对待该外国法的效力，则是另一回事，因为这一问题要受国家主权的约束。在这里只是说明，象这种与外国法效力有关系的涉外民事关系，有可能上升为涉及外国法适用的涉外民事关系，即有可能成为国际私法调整的涉外民事关系。但这仅仅是可能而已，也许不可能。

上面两个例子，只是根据引起涉外民事关系的行为来说的，行为是以人的意志为转移的一种法律事实。此外，还有不以人的意志为转移的法律事实，那就是引起涉外民事关系的事件。在有些场合，一定的事件也可以是引起涉外民事关系与外国法效力发生联系的根据。譬如，某人在外国死亡，就意味着该人作为民事关系当事人的消失和作为民事法律关系主体的终结。由于死亡事件是在外国发生的，在该外国的

法域管辖范围之内，所以它也是外国法效力所及的法律事实，并因此引起一系列与死者有关的涉外民事关系（如遗产的转移，婚姻消失以及领受抚恤金等等），这里也有与外国法效力有关系的涉外民事关系，即也有可能成为国际私法调整的涉外民事关系。

由此可见，判断某一涉外民事关系是否与外国法效力有关系，其根据是它本身是否具有外国法效力所及的法律事实（行为或事件）。但是，某一涉外民事关系与外国法效力有关系这一情况，仅仅是涉及外国法适用的先决条件，并不是因此就有了必须涉及外国法适用的问题。因为，最终是否涉及外国法适用的问题，除了有外国法效力所及的法律事实作为根据之外，还必须取决于内国法律对待该项外国法效力的态度。这就是说，还需要内国法律承认该项外国法可以在内国生效的法律条件。

第二，该项外国法效力必须获得内国法律的承认——这是使涉及外国法适用成为现实的条件。

从法律上讲，法律的适用，必须以相应的法律事实为根据，这是法律适用的一般要求。适用外国法，也必须依该外国法效力所及的法律事实为根据，这是适用外国法最起码的要求，否则就从根本上排除了外国法的适用。所以如前所述，某一涉外民事关系之所以与外国法效力有关系，不是以它本身含有“涉外因素”为根据，而是以它本身具有外国法效力所及的法律事实为根据。

同时，也是从法律上讲，即使某一涉外民事关系本身具有外国法效力所及的法律事实，但由于适用外国法是超出内国法体系的法律适用，该项外国法也不一定会被内国适用。因为如何对待外国法的效力，是内国自主性的权力，内国可

以承认该外国法的效力，也可以不承认该外国法的效力。只有在内国法律上承认该项外国法效力的情况下，才算具备了内国涉及外国法适用的法律条件。

正因为如此，在许多与外国法效力有关系的涉外民事关系中，有一些是被内国否认为涉及外国法适用的，也有一些是被内国承认为涉及外国法适用的。仅有外国法效力所及的法律事实还不够。

譬如，在某一外国依法取得的发明专利权、商标专用权或作品专用权，虽然与该外国法效力有关系，但除了内国承认的国际条约义务之外，一般不为内国所承认，因而也不承认其为涉及外国法适用的涉外民事关系。这种不涉及外国法适用的涉外民事关系，不仅不能成为国际私法调整的涉外民事关系，而且在内国从根本上不予以司法保护。

另如，在上面所说的在某一外国订立的合同或缔结的婚姻，因其法律事实为外国法效力所及，并且这种外国法的效力一般都是为内国法律所承认的，因而就成了涉及外国法适用的涉外民事关系，这就是国际私法调整的涉外民事关系。至于内国为什么要承认这种外国法的效力，我们将在下一讲中谈到。

在这里仅就承认外国法效力的方式说明一下。内国承认外国法效力的方式是多种多样的，但大体上可以分为两类。一类是通过明文表现出来的，如通过内国参加的国际条约或声明来表示对外国法效力的承认，特别是通过作为法律形态的“冲突规范”，则是承认外国法效力最典型的方式；另一类是通过实践而表现出来的，如某人在外国依法取得的某项财产的所有权，来到内国时一般都被承认，并予以司法保护，不许他人侵犯，这就体现了在内国法律秩序中对该项外国法

效力的承认。又如一对夫妻是在外国依法成立的婚姻，来到内国时一般都被当作夫妻看待，也体现了在内国法律秩序中对该项外国法效力的承认，等等。

以上，是确定某一涉外民事关系有涉及外国法适用问题所必须具备的事实根据和法律条件。因此，大量的涉外民事关系中，就需要分清哪些是与外国法效力有关系的，哪些是与外国法效力没有关系的。并且，对于那些与外国法效力有关系的部分，又要分清哪些是内国承认其效力的，哪些是内国不承认其效力的。只有既与外国法效力有关系，同时该外国法的效力又为内国所承认时，才是涉及外国法适用的涉外民事关系。这就是特殊的涉外民事关系，并承为国际私法调整的涉外民事关系。

第二节 国际私法是解决内国涉及外国法适用问题的法律手段

一、国际私法的特异功能是把内、外国法律效力在国家平面上的相互排斥局面转化为内国的法律冲突现象。

用法律手段来调整特殊的涉外民事关系，在法律适用上特别复杂，而且难度较大。因为在调整特殊涉外民事关系上，对于当事人具体民事权利、义务的确认或否定，在法律适用上除了适用内国法之外，还包含有涉及外国法适用的问题。

用法律手段来解决涉及外国法适用的问题，只有国际私法才具有这方面的特异功能。在我国过去对外交往的几十年中，对于涉及外国法适用问题的处理，实践中基本上是本着独立自主的原则，按照我国政策的要求，并参照合理的国际

惯例来解决的。但用法律手段来解决，还是近几年随着我国法制建设的逐步健全而刚刚开始。

用法律手段来解决涉及外国法适用的问题，有两个层次：一是确认哪些涉外民事关系有涉及外国法适用的问题；二是如何来解决这些被确认为涉及外国法适用的问题。针对这两个层次问题的解决，在许多国家的法制中，历来就有与之相适应的特殊法律部门的存在，并且是其他任何法律部门所代替不了的。由于研究者的认识水平或着眼点的不同，对于这一法律部门所使用的名称十分混乱。鉴于“国际私法”这个名称目前在国内、外都比较流行，我们现在也就沿用了它。

其实，“国际私法”这个名称是名不符实的，它对这一法律部门在法律概念上作了歪曲的反映。歪曲之处，就是它离开了内国涉及外国法适用的问题。如果单从这个名称去理解，就要造成一系列理论上的错误。

第一、它没有把握这一法律部门区别于其它涉外法律部门的根本所在，混淆了调整对象的法律属性。

第二、它甩掉了内国涉及外国法适用的问题，转移了这一法律部门在法律中的特异功能。

第三、它把本来属于一国国内问题说成了国际问题，在思想上给各国强加了一项莫须有的国际义务。

应当指出，“国际私法”这个名称，是十九世纪中叶西方资产阶级国家首先使用的。他们在法律观念上作出如此歪曲的反映，固然在认识论上是受到了时代的局限，但当时的政治背景对他们不无影响。遗憾的是，这个名称已经约定俗成，如果我们把它纠正过来，将不便于学术思想的交流。实际上，被称为“国际私法”的这个法律部门，在我们看来，它既不是“私”的，也不是“国际”的，四个字只剩下一个

“法”字可取，其余都和这一法律部门的实际内容对不上号。

我们坚持唯物论反映论，直接着眼于这一法律部门的形象本身，充分尊重客观实际。我们观察的结果是，这个法律部门虽然是解决涉及外国法适用问题的法律手段，但它是从内国的角度出发的。它虽然是调整内国涉外民事关系的法律手段，但不是调整一切涉外民事关系的法律手段，它只是调整一些与涉及外国法适用问题有关的涉外民事关系的法律手段。

所以，无论是在客观的法律存在上，还是在法律观念上，国际私法始终离不开内国涉及外国法适用的问题。

解决内国涉及外国法适用的问题，也和解决内国的其他问题一样，都必须有理论的指导。不是用正确的理论指导，就是用错误的理论指导。同时，正确的理论必须是从实际出发的，实事求是的，而不是脱离实际的。在解决内国涉及外国法适用的问题上，科学的态度必须从下面这个至关重要的实际情况出发。

在突出国家主权的现代国际社会里，每个国家都有自己的法律体系及其法域管辖范围，各自并行不悖。基于主权的独立性，各国的法律，都只能在各该国的法域管辖范围内发生效力，没有“域外效力”。基于主权的排他性，各国法律的效力，在国家平面上是相互排斥的，不存在法律冲突。

从这一实际情况出发，在现代的国际私法理论中，认为各国法律均具有“域外效力”的说法是虚构的，认为在国家平面上存在“法律冲突”的说法，也是虚构的。这些说法都是对客观世界的歪曲，在科学理论上是不通的。

“法律冲突”的含义，是指不同法律在法律效力上的冲
• • • •