

大连海事大学法学文库

国际私法本体下 弱者利益的保护问题

曲 波 著



 法律出版社
LAW PRESS · CHINA

中国政法大学图书馆藏

国际私法本体下 弱者利益的保护问题

王 军

中国政法大学出版社

大连海事大学法学文库

国际私法本体下 弱者利益的保护问题

曲 波 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

国际私法本体下弱者利益的保护问题 / 曲波著. —北京:
法律出版社, 2009. 6

(大连海事大学法学文库)

ISBN 978 - 7 - 5036 - 9513 - 1

I. 国… II. 曲… III. 边缘群体—保护—国际私法—研究 IV. D997. 1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 065978 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/周丽君

装帧设计/乔智炜

出版/法律出版社

编辑统筹/法律出版社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/张宇东

开本/A5

印张/7.625 字数/187千

版本/2009年5月第1版

印次/2009年5月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 9513 - 1

定价:22.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

引 言

梅因 (Maine) 在其《古代法》中指出“进步社会的运动,迄今为止,是一个从身份到契约的运动”。^①然而,梅因得出的结论对 20 世纪之后的历史并不完全适用。人类进入 20 世纪之后发现,20 世纪法律史的演进在很大程度上表现为“从契约到身份”的运动过程。^②目前许多国家在自己的实体法中,出现了一些保护特定身份者,如妇女、子女、消费者利益的条文,以间接调整方法为主要调整方法的国际私法也相应有所反映。如 1978 年的《奥地利国际私法》、1987 年的《瑞士联邦国际私法》、1980 年的《罗马合同义务法律适用公约》(以下简称《罗马公约》)及海牙国际私法会议制定的一些公约中对此都有所体现,21 世纪以后制定的国际私法更是关

^① [英]梅因:《古代法》,商务印书馆 1984 年版,第 97 页。

^② 庞德在其《普通法的精神》中对这一论题进行了详尽的论证。参见[美]罗斯科·庞德:《普通法的精神》,唐前宏译,法律出版社 2001 年版,第 18~20 页。

注对弱者利益的保护。我国国际私法学会起草的《中华人民共和国国际私法示范法》(第六稿)(以下简称《示范法》)及2002年提交全国人大法律委员会讨论的《中华人民共和国民法草案》第九编“涉外民事法律关系适用法”(以下简称《民法草案》第九编))也已经开始出现保护弱者利益的一些冲突法条款。从学者研究的角度看,施米托夫(Schmitthoff)在《国际贸易法文选》中就较早地认识到国际贸易中保护弱方当事人的利益,不仅是正义的需要,而且是发达国家自我利益的需要。^①卡弗斯(Cavers)提出了弱者利益为优先结果的“优先原则”。^②弗朗西斯卡基斯(Francescakis)提出的“直接适用的法”理论也包含有保护弱者利益的判断标准。^③我国有个别学者发表了相关的论文,也有人在教材中提出将保护弱者利益原则确定为国际私法的基本原则,但大多是呼吁的性质。^④简而言之,目前国际国内社会已开始从国际私法角度关注对弱者利益的保护,但对之缺乏系统深入的研究。具体来说,这种不足突出表现为以下几方面:第一,缺乏对弱者的系统阐述;第二,缺少从国际私法基本原则角度对弱者利益保护的深入研究,也就是“保护弱者利益原则”还没有成为国际私法立法的基本原则;第三,从间接调整方法视角对弱者利益保护问题的研究尚不深入,“有利于弱者利益的法”还没有成为国际私法的系属公式;第四,缺乏从国际私法制度方面对弱者利益保护的研究。

弱者利益的保护问题是一个覆盖面极广的课题,本书对之论述不可能面面俱到,本书主要从国际私法的本体入手,具体采用历史分析方法、语义分析方法、比较分析方法及价值分析方法,对国际私法中的弱者进

① [英]施米托夫:《国际贸易法文选》,赵秀文译,中国大百科全书出版社1993年版,第515~516页。

② Cavers David F., *A critical of the choice of law problem*, HLR47, 1933.

③ 徐冬根:《国际私法趋势论》,北京大学出版社2005年版,第153页。

④ 如李双元:《国际私法》(冲突法篇),武汉大学出版社1987年版,第73~74页;屈广清主编:《国际私法导论》,法律出版社2005年版,第32页;蒋新苗:《国际私法本体论》,法律出版社2005年版,第274~275页。

行阐释,论证国际私法保护弱者利益的正当性,分析国际私法保护弱者利益的现状,探讨如何用国际私法的特有方法和特有制度来更好地对弱者利益进行保护,并进而设计我国未来国际私法立法保护弱者利益方面的条款。

目 录

第一章 国际私法本体及其弱者的阐释 / 1
一、国际私法本体的阐释 / 1
二、弱者的厘定 / 4
三、弱者的范围及产生原因 / 9
四、弱者身份的法律特征 / 11
第二章 国际私法保护弱者利益的理论考量 / 13
一、人权保护理念下国际私法对弱者利益的保护 / 14
二、正义价值论下国际私法对弱者利益的保护 / 20
三、实体法回应下国际私法对弱者利益的保护 / 32
四、国际私法基本功能下弱者利益的保护 / 34
五、和谐社会构建下国际私法对弱者利益的保护 / 36
第三章 国际私法对弱者利益保护的现状 / 39
一、海牙国际私法会议与弱者利益的保护 / 39
二、欧洲联盟法对弱者利益的保护 / 43
三、国内立法对弱者利益的保护 / 51
四、国际私法对弱者利益保护的不足 / 60
第四章 保护弱者利益原则与国际私法的基本原则 / 62
一、国际私法基本原则概述 / 62
二、保护弱者利益原则作为国际私法基本原则的特点 / 63

三、保护弱者利益原则作为国际私法基本原则的功效 / 64

四、保护弱者利益原则适用时应注意的问题 / 66

第五章 国际私法的间接调整方法与弱者利益的保护 / 72

一、保护性冲突规范与弱者利益的保护 / 72

二、有利于弱者利益的法与系属公式 / 77

三、有利于弱者利益的法与意思自治和最密切联系原则的关系 / 82

第六章 国际私法的基本制度与弱者利益的保护 / 91

一、识别制度与弱者利益的保护 / 91

二、反致制度与弱者利益的保护 / 98

三、公共秩序保留制度与弱者利益的保护 / 124

四、法律规避制度与弱者利益的保护 / 141

五、外国法的查明与弱者利益的保护 / 151

第七章 中国国际私法与弱者利益的保护 / 165

一、中国国际私法保护弱者利益的立法现状 / 165

二、中国完善国际私法保护弱者利益的措施 / 168

结论 / 188

参考文献 / 189

**附录 国内立法及国际条约对弱者利益保护的
规定 / 205**

后记 / 229

第一章 国际私法本体及其弱者的阐释

从国际私法本体角度研究弱者利益保护问题，首先要将国际私法本体及弱者阐释清楚。

一、国际私法本体的阐释

(一) 国际私法的含义

国际私法是一个从名称开始就有争议的法律部门，比较普遍的名称有“法则区别说”、“私国际法”、“国际私法”、“冲突法”等。对于如何定义国际私法，角度众多。归纳起来看，有以下几种：一是根据国际私法调整的法律关系的性质下定义；二是从解决国际民商事法律冲突的角度下定义；三是从法律适用的角度下定义；四是通过列举国际私法的内容、范围或规范来下定义；五是综合性定义法。^①本书采用我国著名国际法学家李浩培教授对国际私法的定义，即国际私法“指在世界各国民法和商

^① 韩德培：《国际私法》，高等教育出版社、北京大学出版社2007年版，第12～15页。

法互相歧义的情况下,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”。^① 这里需要对“涉外因素”及“民法关系”进行说明。

《最高人民法院关于贯彻执行〈民法通则〉若干问题的意见(试行)》第178条规定“凡民事关系的一方或者双方当事人是外国人、无国籍人、外国法人的;民事关系的标的物在外国领域内的;产生、变更或者消灭民事权利义务关系的法律事实发生在外国的,均为涉外民事关系”。《民法草案》第九编第1条规定“下列情形之一的,为涉外民事关系:(1)民事关系的一方是外国人、无国籍人、外国法人、国际组织、外国国家;(2)民事关系一方的住所、经常居住地或者营业所位于中华人民共和国领域外;(3)民事关系的标的在中华人民共和国领域外,或者争议标的物移转越出一国国界;(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。中华人民共和国的自然人之间、法人之间或者自然人和法人之间的民事关系,其标的物以及履行地不在中华人民共和国领域外的,不得选择适用外国法律”。从法理上讲,主体、客体、内容是法律关系的三要素,所以只要这三个要素之一在本法域之外就是涉外的。当然这里的民法关系应作广义理解,既包括涉外物权关系、涉外债权关系、涉外知识产权关系、涉外婚姻家庭关系和涉外继承关系,也包括涉外公司法关系、涉外票据法关系、涉外海商法关系、涉外保险法关系和涉外破产法关系等。

(二) 国际私法本体的含义

“本体”(Noumenon)是哲学理论中使用最广泛而歧义最大的范畴,在西文中的词源最早可追溯到希腊文 *noein*(思维)一词,意思是“被思想的事物”或“理智的事物”,是指相对于现象的可理解对象或终极实在的事物。^② 康德在《论纯粹理性批判》中指出:“表现物,只要依据范畴的统

^① 中国大百科全书编辑委员会:《中国大百科全书·法学》,中国大百科全书出版社1984年版,第228页。

^② 尼古拉斯·布宁、余纪元编:《西方哲学英汉对照词典》,人民出版社2001年版,第690页。

一性作为对象被思维,称为现象。但如果我设想某物,它仅是知性的对象,而作为这样的,尽管不是感性的直观,而能将(作为)智性的直观给予;则这样的一类某物当名为本体(只能用智力理解)。“本体之概念——它关涉于不应被思考做感性对象,而是只通过纯理智认做是物自身的东西——是绝无矛盾的概念。”^①由此可见,康德的“本体”概念强调本体是超感性的,是理性的理念。

在中国,本末相对。从文字类型看,本末是指示字,即通过用象征性的符号或通过在象形字上加上符号来表示某字。《说文解字》:“本,木下日本,从木,从下。”“末,木上日末,从木,一在其上。”(段注:“本末皆于形得义,其形一从木上,一从木下,而意即在是。”)本的本义就是指草木的根或茎干,进而引申为事物的根源,末是指树梢,进而引申为末端、不重要等意思。体字是左右结构的合体字,左表意,右表声,本义是指人的身躯,后被引申为形体、物体等,并被抽象化为事物存在的基础等义。从上面的分析可见,在中国,将本体结合则意味着本体是指事物的根本原理或最终实在之类的含义。也有学者将中西本体观点相结合,指出“本体,是指独立于意识的,关于事物本质的抽象存在,它是对事物的具体认识的来源,它可以被认识并被用来指导实践。本体论就是关于本体的学说和理论”。^②)

法学与哲学之间有着密切的关系,在思想史上,哲学曾作为“科学的科学”而出现,将包括法学在内的所有学科都当做哲学体现下的一个环节。哲学家黑格尔曾指出“法学是哲学的一个部门”。^③ 19世纪中期以后,法学从哲学中分离出来,开始成为独立的学科,但法学受哲学的影响一直较深。所以有学者指出“任何一门科学的出发点都是它的研究对象的本体性质。法的本体就是法这一社会存在物及其本质、关系和规律。

^① 罗国强:《国际法本体论》,法律出版社2008年版,第2页。罗国强在该书中还对康德本体概念的可吸收及应予否定之处进行了分析。

^② 罗国强:《国际法本体论》,法律出版社2008年版,第4页。

^③ [德]黑格尔:《法哲学原理》,范扬、张企泰译,商务印书馆1982年版,第2页。

关于这些问题的理论研究就是法的本体论”。^① 也有学者以本体为视角来研究具体的部门法问题。在国际私法中,蒋新苗先生 2005 年出版了《国际私法本体论》。从该书的研究内容看,主要研究的是国际私法的共同范畴。^② 蒋先生之所以将著作定名为“国际私法本体论”,主要原因在于目前学界对国际私法的范围争论颇多。以中国学者来说,就可分为以下几种观点:持“小”国际私法观点者认为国际私法应仅包括冲突法;持“中”国际私法观点者认为国际私法的范围包括冲突规范、外国人民事法律地位规范、国际民事诉讼及仲裁程序规范;持“大”国际私法观点者认为国际私法的范围除包括冲突规范、外国人民事法律地位规范、国际民事诉讼及仲裁程序规范外,还包括统一实体规范;甚至还有人认为国际私法的范围在“大”国际私法范围基础上,还应包括国内法中专门用于调整涉外民事法律关系的规范。^③ 尽管观点不同,但不可否认的是,国际私法有其共同范畴。正如李双元先生所说“我国大中小国际私法论者,唯当拥有共同的本体,否则,就非属于国际私法论了”。^④ 正是在这一情况下,本书也仅从国际私法的本体,主要是从国际私法的基本原则、国际私法的间接调整方法、国际私法的基本制度方面去研究弱者利益保护问题。

二、弱者的厘定

之所以要对“弱者”这一概念进行厘定,是因为要澄清“弱者”与“弱

① 张文显:《法理学》,法律出版社 1997 年版,第 43 页。该书的第二编就是“法的本体”。内容包括:法的概念、法的要素、法的形式与效力、法律体系、权利和义务、法律行为、法律责任、法律关系。由于张文显先生认为法的本体涉及法这一社会存在物的关系和规律问题,所以在其主编的 1999 年的《法理学》教材中,对法的本体的顺序作了修改。即法的概念、法的形式与效力、法的要素、法律体系、权利和义务、法律行为、法律关系、法律责任。

② 该书的内容可以总结为:国际私法的历史发展;国际私法的名称、调整对象、性质及研究方法;国际私法的范围、渊源及基本原则;国际私法的主体制度;冲突规范及准据法;国际私法中的具体制度。

③ 姚壮、任继圣:《国际私法基础》,中国社会科学出版社 1991 年版,第 3~8 页。持“大”国际私法观点者所说的统一实体规范是指国际实体条约及国际惯例。

④ 蒋新苗:《国际私法本体论》,法律出版社 2005 年版,序言第 1 页。

势群体”是否等同的问题。弱势群体,作为这些年来关注频率较高的一个用语,原本是社会学的概念,英文表述为 social vulnerable group,也称为社会脆弱群体、社会弱者群体。但对于何为弱势群体,学者们的观点并不相同。

欧美学者大多从身体健康方面的缺陷进而造成其参与市场竞争和社会生活能力受到严重影响来界定弱势群体。如美国社会工作专家罗斯曼(Rothman)认为,弱势群体是指那些缺乏生活机会而造成依赖性的人群,他们包括身体或精神残疾的人、年老体弱、丧亲或父母丧失资格的儿童。^①吉特曼(Gitterman)和舒尔曼(Shulman)认为,弱势群体是那些“由他们无力控制的环境和事件所压倒的人”,他们包括艾滋病人、无家可归者、性虐待者、社区和家庭暴力的牺牲者。^②值得说明的是,在欧美国家中,“劣势”(disadvantaged)是与“弱势”(vulnerable)一样经常出现的词汇。“劣势”的对应词是“优势”(advantaged)。^③劣势被理解为长期存在的、普遍存在于就业和生活的各个领域的不利环境,而这种不利环境主要是由结构性因素和制度性安排造成的。劣势意味着生活机会和社会奖励分配中长时间和系统性的不公平待遇。弱势群体(disadvantaged groups)则是指那些长期处于系统性和结构性不利状况的群体。这种状况主要表现在社会不平等程度上。^④可见,弱势群体与劣势群体是可以区别的两个概念。但“欧美社会政策文献中已经形成的学术传统是,弱势群体的概念可以包含劣势群体的含义,但是,劣势群体的概念通常不

① Rothman, J., *Practice with Highly Vulnerable Clients; Case Management and Community - Based Service*. New Jersey: Prentice Hall, 1995, pp. 3 - 4.

② Gitterman, A., *Social Work Practice with Vulnerable Population*. In Gitterman, A. (ed.), *Handbook of Social Work*. 1991, pp. 1 - 32; Gitterman, A. & Shulman, L., *Mutual Aid Groups, Vulnerable Populations, and the Life Cycle*. Prentice Hall, 1994, p. 1.

③ Fuller, V. & Stevenson, *Policies, Programmes and Disadvantage: A review of Literature*, London: Heinemann Educational Books, 1983, p. 5.

④ Spicker, P., *Social Policy: Themes and Approaches*. London: Prentice Hall, 1995, p. 26.

包含弱势群体的含义。”^①

我国社会学界目前对弱势群体没有统一的界定,但基本可分为单一本质界定方法及综合本质界定方法。如认为“弱势群体是指在遇到社会问题的冲击时自身缺乏应变而易于遭受挫折的社会群体”;^②“弱势群体是一个相对的概念,在具可比性的前提下,一部分人群(通常是少数)比另一部分人群(通常是多数)在经济、文化、体能、智能、处境等方面处于一种相对不利的地位”;^③“在市场经济体制下,即使建立了一整套有关公平竞争的法规和政策,也会有部分社会成员由于受其本身各类条件的限制,经常处于不利的竞争地位,比如有些妇女、未成年人、老人、残疾人等,尽管有了专门保护这类人权利的法规,但凭其自身的能力去实现其权利的手段却不具备”。^④以上的说法均从某一视角为观察点揭示了弱势群体的本质。相反,有人将弱势群体进行综合分析提出“社会弱者群体是一个在社会资源分配上具有经济利益的贫困性、生活质量的低层次性和承受能力的脆弱性的特殊社会群体”。^⑤

弱势群体这一概念虽最初来自于社会学,但社会学与法学的息息相关性决定了社会学中对弱势群体界定的不一致必将在法学中有所体现。目前法学界对弱势群体也并未有一个统一的认识。有人指出,应当把弱势群体的法学定义置于我国已经制定或者应当制定的体现对弱势群体保护的具体法律之中并加以特定化。^⑥有人指出弱势群体是指由于某些

① 刘继同:“改革大潮中的‘弱势群体’与社会福利政策的回应——‘第二届全国社会福利理论与政策研讨会’综述”,载阎青春编:《社会福利与弱势群体》,中国社会科学出版社2002年版,第481页。

② 王思斌:《社会工作导论》,北京大学出版社1998年版,第17页。

③ 李林:“法治社会与弱势群体的人权保障”,载《前线》2001年第5期,第23页。

④ 万鄂湘:《社会弱者权利论》,武汉大学出版社1995年版,第3页。

⑤ 陈成文:“社会学视野中的社会弱者”,载《湖南师范大学社会科学院学报》1999年第2期,第16页。

⑥ 李昌麒:“弱势群体保护法律问题研究——基于经济法与社会法的考察视角”,载《中国法学》2004年第2期,第81页。

自然原因或社会原因而使得其权利处于不利地位的特定群体。^①

以上的种种列举,一方面是要说明大家对弱势群体的看法不同;另一方面是要说明“弱势群体”一语是学者广为使用的用语。本书要思考的是,国际私法领域中是否也应采用“弱势群体”这一用语?本书认为,“弱势群体”的称谓在国际私法中并不恰当。

第一,从语义上看,“群体”是指“持续的直接交往联系起来的具有共同利益的人群,在特征上表现为‘有明确的成员关系’、‘有持续的相互交往’、‘有一致的群体意识和规范’、‘有一定的分工协作’、‘有一致的行动能力’五方面”。^②但事实表明,“社会弱势群体并未形成真正的群体,其内部可能没有组织化,它是同类处于不利地位的社会成员的集合”,^③并不具备群体的特征。国际私法调整的是具有涉外因素的平等主体之间的财产关系和人身关系,对兼具国际性和国内性的国际私法来说,弱者的群体性并不强,并未形成组织化,因此不宜用“弱势群体”这一用语。

第二,若构成群体必然有量的要求,但在国际私法的某一法律关系中,数量对强弱地位的存在无任何制约作用。

第三,“弱势群体”是一个具有广泛性和普遍性的集合概念,从人权角度讲,对人的关怀的终极形式应是对一个具有自身特性的个体的关怀。如果用“弱势群体”这一用语,体现的是群体对群体的关怀形式。

第四,由于弱是与强的对称,有时弱势群体中的特定当事人与强势群体中的大多数人相比,也许并不处于弱势地位,而“弱势群体”的用语不能反映这一特殊性。

此外,由于法律概念应具有“表达功能、认识功能及改进法律、提高

① 杨海坤:“和谐社会视角下弱势群体的宪法保护问题”,载《淮阴师范学院学报》2005年第4期,第44页。

② 郑杭生:《社会学概论新修》(修订本),中国人民大学出版社1998年版,第190页。

③ 郑杭生:《社会学概论新修》(修订本),中国人民大学出版社1998年版,第191页。

法律科学化程度的功能”,^①“概念必须精确、规范、统一”。^②因此,本书认为,在国际私法中采用“弱者”的用语更为恰当。在国际私法中,目前国内有的学者用的也是“弱者”这一用语,^③有的学者用的是“弱方当事人”这一用语,^④但弱者与弱方当事人并无实质的不同,只不过“当事人”一语更是针对特定法律关系而言。还应说明的是,本书采用的弱者含义是广义的,也包括劣势者在内。

在用语确定后,接着的问题是如何对弱者进行界定。有人指出:“国际私法层面上的‘弱者’是指在涉外民商事关系中处于弱势地位或者不利地位的当事人。”^⑤还有人将弱者界定为“特定社会关系中处于劣势的一方”。^⑥本书认为这些定义均犯了逻辑学中的同语反复的错误,没有真正揭示弱者的本质。法是社会关系的调节器,而社会关系又是方方面面的,利益关系在其中有重要地位,由于当事人间强弱地位的存在使弱者一方可能单独依靠自身力量难以取得应得的利益,所以需要法来调整强者与弱者之间的关系,尽可能实现利益的最终平衡。故本书将国际私法中的弱者界定为:涉外民商事法律关系中由于自然或社会原因而导致利益实现困难,因而需要法律给予特别保护的当事人。

① 张文显:《法理学》,高等教育出版社、北京大学出版社1999年版,第76页。

② 沈宗灵:《法理学》,高等教育出版社1994年版,第42页。

③ 田园:“保护弱者原则对国际私法基本制度的影响”,载中国国际私法学会主办:《中国国际私法与比较法年刊》(第四卷),法律出版社2001年版,第84~91页;徐冬根:“人文关怀与国际私法中弱者利益保护”,载《当代法学》2004年第9期,第12~22页。

④ 屈广清:《国际私法导论》,法律出版社2005年版,第32页;蒋新苗:《国际私法本体论》,法律出版社2005年版,第274页;刘皓:“国际私法中保护弱方当事人利益原则”,载《河南商业高等专科学校学报》2002年第2期,第57~61页。

⑤ 田园:“保护弱者原则对国际私法基本制度的影响”,载中国国际私法学会主办:《中国国际私法与比较法年刊》(第四卷),法律出版社2001年版,第85页。

⑥ 洪艳蓉:“现代民法中的弱者保护”,载《河南政法管理干部学院学报》2000年第4期,第52页。