

国际私法中的先决问题研究

The Preliminary Question in
International Private Law

王葆蔚 著



法律出版社

国际民商法专题研究丛书

韩德培 黄 浣 主编

国际私法中的先决问题研究

The Preliminary Question in International Private Law

王葆蔚 著



法律出版社

D997
65

2007

图书在版编目(CIP)数据

国际私法中的先决问题研究 / 王葆莪著.

—北京:法律出版社,2007.2

(国际民商法专题研究丛书)

ISBN 978-7-5036-6923-1

I. 国… II. 王… III. 国际私法—研究 IV. D997

中国版本图书馆CIP数据核字(2007)第005054号

© 法律出版社·中国

国际民商法专题研究丛书	国际私法中的先决 问题研究	王葆莪 著	责任编辑 孙东育
			装帧设计 胡欣

开本/ A5

版本/ 2007年4月第1版

出版/ 法律出版社

总发行/ 中国法律图书有限公司

印刷/ 北京北苑印刷有限责任公司

印张/ 10.25 字数/ 248千

印次/ 2007年4月第1次印刷

编辑统筹/ 法学学术出版分社

经销/ 新华书店

责任印制/ 陶松

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

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

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

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

苏州公司/0512-65193110

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5036-6923-1

定价:25.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

总 序

韩德培 黄 进

法律大别为国内法和国际法。国内法和国际法是两个既有联系又有区别的法律体系。一般认为,在国内法体系下有宪法、行政法、民商法、刑法、经济法、环境法、社会法、行政诉讼法、民事诉讼法、仲裁法、刑事诉讼法等法律部门或分支。至于国际法体系,学界意见并不统一。有的学者认为,不存在一个与国内法相对应的国际法体系,国际法就是国际公法;但也有学者认为,与国内法体系相对应的国际法体系的存在是一个不争的事实。笔者赞同后一种主张。如果肯定国际法体系存在,那么,在国际法体系下有哪些法律部门或分支呢?这这也是一个仁者见仁、智者见智的问题。根据国际法存在的现实和将来的发展趋势,在笔者看来,在国际法体系下大致有如下法律部门或分支:国际公法、国际私法(国际民商法)、国际经济法、国际刑法、国际行政法、国际民事诉讼法、国际商事仲裁法、国际刑事诉讼法等,其中有的已相当成熟,有的则初露

端倪。

由于法律分为国内法和国际法,故以法律为研究对象的法学也可以分为国内法学和国际法学,而且,两者还可以分别进一步划分成若干部门法学或法学分支。比如,在国内法中有宪法学、行政法学、民商法学、刑法学、经济法学、环境法学、行政诉讼法学、民事诉讼法学、仲裁法学、刑事訴訟法学等;在国际法中有国际公法学、国际私法学(国际民商法学)、国际经济法学、国际刑法学、国际行政法学、国际民事诉讼法学、国际商事仲裁法学、国际刑事訴訟法学等。

第二次世界大战后,传统的国际法即国际公法的概念,无论是其内涵还是其外延,都已不能容纳已有巨大发展的国际法律本身。这一点在民商法和民商事争议解决领域表现得尤为明显。在民商法领域,国际上已出现了大量调整国际民商事关系的法律规则和惯例,如1969年订于布鲁塞尔的《国际油污损害民事责任公约》、1979年订于蒙得维的亚的《美洲国家间关于国际私法中自然人住所的公约》、1980年订于维也纳的《联合国国际货物销售合同公约》和国际商会《2000年国际贸易术语解释通则》等。在民商事争议解决领域,国际上也出现了大量调整国际民事诉讼关系和国际商事仲裁关系的法律规则和惯例,如1958年订于纽约的《承认及执行外国仲裁裁决公约》、1961年订于日内瓦的《关于国际商事仲裁的欧洲公约》、1965年订于海牙的《关于向国外送达民事或商事司法文书和司法外文书公约》、1968年订于布鲁塞尔的《关于民商事管辖权及判决执行的公约》、1970年订于海牙的《关于从国外调取民事或商事证据的公约》、1975年订于巴拿马城的《美洲国家间关于国际商事仲裁的公约》和1985年公布的由联合国国际贸易法委员会主持拟定并经联合国大会通过的《国际商事仲裁示范法》等。上述情形不仅可以证明国际法是一个正在不断发展的体系,而且也表明作为国际法体系的部门或分支的国际民商法、国际民事诉讼法、国际商事仲裁法正在成长和形成之中。

隶属国际法体系的国际私法是一个从名称开始就有争议的法律部门和法律学科。直到目前为止,不同的国家和地区及其学者对国际私法

有不同的认识和称谓。过去或现在较为普遍使用的名称有“国际私法”、“私国际法”、“冲突法”和“法律冲突法”等。也有人称之为“法律适用法”、“法律选择法”、“民法施行法”或“法例”。特别值得一提的是,在早期,还有人称之为“国际民法”、“国际民商法”或“国际民事诉讼法”。例如,1889年,美洲一些国家曾在蒙得维的亚订立了《国际民法条约》和《国际商法条约》;1940年,同样是美洲一些国家在蒙得维的亚订立了《国际民法条约》和《陆上国际商法条约》。笔者在这里列举这些名称和现象,就是想从一个侧面说明,国际法体系内的一些部门或分支的内容尚不发达,子体系尚不完整,界限尚不明确,同时,正因为如此,人们对国际私法的认识还相当不一致。不可否认,国际私法是一个在不断发展的法律部门,研究国际私法的法律学科也在不断发展之中。的确,早期的国际私法是以冲突法为主的,主要用冲突规范即冲突法来调整国际民商事法律关系和解决国际民商事法律冲突。后来,由于海牙国际私法会议等国际组织以及一些国家立法的推动,国际民事诉讼规范和国际商事仲裁规范逐渐纳入其中。二战后,随着国际经济贸易的迅速发展,国际统一民商法即国际统一实体私法进入一个新的发展时期,无论是以国际条约形式还是以国际惯例形式出现的国际统一民商法在数量上大大增加,在适用范围方面大大扩展,已成为国际私法的重要组成部分。今天,我们可以这样说,国际私法已从传统的国际冲突法演变为以直接规范和间接规范相结合来调整平等主体之间的国际民商事法律关系并解决国际民商事法律冲突和争议的法律部门,集外国人的民商事法律地位规范、冲突规范、国际统一实体私法规范(或国际统一民商法规范)、国际民商事争议解决规范于一体。从某种意义上讲(在其中的国际民事诉讼规范和国际商事仲裁规范各自自成一体并从国际私法中独立出去后),国际私法就是国际民商法。

本丛书原设计叫做“国际私法与比较法专题研究丛书”,但后来考虑到有必要推动我国法学界对国际民商法的重视和研究,遂改为《国际民商法专题研究丛书》。我们希望借此为国际体系的研究,特别是为国际私法的研究提供新的视角、新的视窗和新的视野。本丛书将坚持开放、

择优和纳新的原则。纳入本丛书出版的著作并不仅限于实体法意义上的国际民商法方面的著作,凡讨论、探索、研究调整国际民商事法律关系、解决国际民商事法律问题、解决国际民商事法律冲突以及解决国际民商事法律争议的上乘之作,无论是实体法著作,还是程序法著作或冲突法著作,均在欢迎之列。

最后,借此机会,我们并代表丛书各位作者衷心感谢法律出版社对丛书编辑和出版的大力支持和协助。

2001 年秋于珞珈山麓

缩略语表

a. A	anderer Ansicht	其他观点
Abs.	Absatz	第……款
aF	alte(r) Fassung	旧版
AG	Amsgericht	地方法院
Anh.	Anhang	附录
Anm.	Anmerkung	说明,注解
Art.	Artikel	条
Aufl.	Auflage	版
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht	巴伐利亚州最高法院
BayOhLGZ	Amtliche Sammlung von Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Zivilsachen	《巴伐利亚州最高法院 判例集》
Bd.	Band (Bände)	卷,册
Beschl.	Beschluss	裁定
BFH	Bundesfinanzhof	联邦财政法院
BFHE	Sammlung der Entscheidungen und Gutachten des	《联邦财政法院的判决 和意见录》

	Bundesfinanzhofs	
BG	Bundesgericht	瑞士联邦法院
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch	《德国民法典》
BGE	Entscheidungen des Bundesgerichts	瑞士联邦法院判决
BGH	Bundesgerichtshof	德国联邦普通法院 ^[1]
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen	《德国联邦普通法院民 事判例》
BSG	Bundessozialgericht	德国联邦社会法院
BSGE	Entscheidungen des Bundessozialgerichts	《德国联邦社会法院判 例》
bspw.	beispielsweise	例如
BStBl	Bundessteuerblatt	《联邦税务公报》
BT-Drucks	Drucksache des Deutschen Bundestages	德国联邦议会出版物
BVerG	Bundesverfassungsgericht	德国联邦宪法法院
BVerGE	Entscheidungen des Bundesverfassungs-gerichts	《德国联邦宪法法院判 例》
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht	德国联邦行政法院
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts	《德国联邦行政法院判 例》
ders.	derselbe	同上
Diss.	Dissertation (Universitätsort)	博士论文(大学名称)
DNotZ	Deutsche Notar Zeitschrift	《德国公证人杂志》
ECBGB	Einführungsgesetz zum	《德国民法施行法》

[1] 关于德国各级法院的翻译,本书参照陈卫佐译注的《德国民法典》一书,第6页脚注[20],法律出版社2004年版。

	Bürgerlichen Gesetzbuch	
EMRK	Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten	《保护人权和基本权利的欧洲公约》(1950)
EGMR	Europäischen Gerichtshof für Menschenrecht	欧洲人权法院
EStG	Einkommensteuergesetz	《收入所得税法》
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht	《家庭法杂志》
Fn.	Fußnote	脚注
FS	Festschrift	纪念文集
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht	《交易保护和知识产权法》
Gutachten	Gutachten zum internationalen und ausländischen Privatrecht	《关于国际私法和外国私法的报告》
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen	《反限制竞争法》
idS	in diesem Sinne	在这种意义上
IPR	Internationales Privatrecht	国际私法
IPRax	Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts	《国际私法和民事诉讼法实务杂志》
IPRE	Österreichische Entscheidungen zum internationalen Privatrecht	《奥地利国际私法判例杂志》
IPRspr	Makarov, Gamillscheg, Müller, Dierk, Kropholler, Die deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiet des internationalen Privatrechts, 1952 ff.	马卡罗夫、加米谢克、米勒、迭克、克劳福勒等编:《德国国际私法判例集》,自1955年起

IntEinhR	Internationales Einheitliches Recht	国际统一法
JA	Juristische Arbeitsblätter (Zeitschrift)	《法律公报》
JR	Juristische Rundschau (Zeitschrift)	《法律评论》
JW	Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)	《法律周刊》
JZ	Juristenzeitung (Zeitschrift)	《法律杂志》
KG	Kammergericht (Berlin)	柏林高等法院
LG	Landgericht (mit Ortsnamen)	地方法院(所在地)
MünchKomm/ Bearbeiter	Münchener Kommentar zum BGB, hrsg. v. Prof. Dr. Kurt Rebmann, Prof. Dr. Roland Rixecker und Prof. Dr. Dr. Dr. h. c. Franz Jürgen Sackner, 4. Aufl.	《慕尼黑民法典评论》/ 具体编写者, 第3版和 第4版
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)	《新法律周刊》
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungs-Report, Zivilrecht (Zeitschrift)	《新法律周刊民事判例 报道》
Nr.	Nummer(n)	数字
OGH	Der Oberste Gerichtshof	奥地利最高法院
OLG	Oberlandesgericht	高级地方法院
OLGE	Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts	高级地方法院民事判决
RabelsZ	Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (Band u. Seite)	《拉贝尔外国法和国际 私法杂志》

RG	Reichsgericht	德国帝国法院
RGRK/ Bearbeiter	Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar, hrsg. v. Mitgliedern des Bundesgerichtshofs, 12. Aufl. 1974 ff.	德国联邦普通法院法 官:《联邦普通法院民 法典评注》
RGZ	Amtliche Sammlung von Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen	《帝国法院民事判决汇 编》
Rn.	Randnummer	边码
SGB	Sozialgesetzbuch	《社会法法典》
Slg.	Sammlung	汇编
SozR	Sozialrecht, Rechtsprechung und Schrifttum, bearbeitet von den Richtern des Bundessozialgerichts	德国联邦社会法院法 官:《社会法判例和文 献》
StAZ	Das Standesamt (Zeitschrift)	《户籍登记杂志》
Uni.	Universität	大学
Urt.	Urteil	判决
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb	《反不正当竞争法》
v.	vom; von; versus	……的;……诉……
VersR	Versicherungsrecht, Juristische Rundschau für die Individualversicherung (Zeitschrift)	《保险法杂志》
Vgl.	vergleiche	参见
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und	《外国公法和国际法 杂志》

	Völkerrecht (zitiert nach Band	
	u. Seite)	
ZfRVgl	Zeitschrift für	《比较法杂志》(维也纳)
	Rechtsvergleichung (Wien)	

目 录

缩略语表/1

引言/1

- 一、本书的研究对象/1
- 二、目前的研究状况/4
- 三、本书的研究目的和研究方法/10
- 四、本书的结构安排/10

第一章 国际私法中先决问题的概念和特征/12

第一节 国际私法中先决问题的定义/12

- 一、理论分歧/12
- 二、先决问题的对象/17
- 三、先决问题的产生原因/19
- 四、“先决问题”和“国际私法上的先决问题”/22

第二节 国际私法中先决问题的特征/30

- 一、理论分歧/30
- 二、先决问题特征的具体分析/34
- 三、本节论证对我国国际私法理论的特殊意义/39

2 国际私法中的先决问题研究

小结/43

第二章 国际私法中先决问题的范围/44

第一节 先决问题和国际私法中相关概念的关系/44

- 一、先决问题和首要问题/44
- 二、先决问题和识别/49
- 三、先决问题和反致/53
- 四、先决问题和部分问题/57
- 五、先决问题和法律适用的分割论/63
- 六、先决问题和调整问题/66
- 七、先决问题和替代问题/70
- 八、先决问题和后来问题/76

第二节 国际私法中先决问题的分类/77

- 一、私法领域中的先决问题和公法领域中的先决问题/78
- 二、实体法规范中的先决问题和冲突规范中的先决问题/79
- 三、已经做出判决的先决问题和不存在有效判决的先决问题/80
- 四、私法不同领域中的先决问题/80
- 五、一般先决问题、二级先决问题和多级先决问题/85

第三节 国际私法中的先决问题冲突/86

- 一、先决问题准据法的内涵/87
- 二、先决问题冲突的含义/89
- 三、先决问题冲突的本质原因/95

小结/101

第三章 国际私法中先决问题冲突的解决——理论回顾/102

第一节 理论发展史/102

- 一、先决问题理论创立前的阶段/103
- 二、先决问题理论的创立阶段/104
- 三、先决问题理论的多元化发展阶段/107

第二节 “原则加例外”的解决方法/118

一、准据法原则及其例外/118

二、法院地法原则及其例外/144

第三节 灵活的解决方法/152

一、选择适用两个原则的主张/152

二、分类解决的方法/164

三、结果导向的方法/167

四、管辖权为基础的解决方法/170

五、规范解释的方法/171

六、有利于原则的方法/174

小结/175

第四章 国际私法中先决问题冲突的解决——若干国家的司法实践/176

第一节 先决问题在程序中的提起、管辖权和法律依据/177

一、先决问题在程序中的提起/177

二、法院对先决问题的管辖权/180

三、对先决问题的立法规定/182

第二节 主要大陆法系国家的司法实践/185

一、德国/185

二、瑞士/200

三、奥地利/203

四、法国/203

第三节 主要英美法系国家的司法实践/206

一、英国/206

二、美国/213

三、加拿大/214

四、澳大利亚/216

小结/217

第五章 国际私法中先决问题冲突的解决——若干思考/218

第一节 理论基础/219

4 国际私法中的先决问题研究

一、先决问题冲突的本质:跛脚法律关系的效力/219

二、先决问题中的主要价值/225

三、法律适用可预见性的考虑/233

第二节 私法规范中先决问题冲突的解决/234

一、规则一:婚姻家庭领域中的“有利于原则”/234

二、规则二:存在有效判决的先决问题/239

三、规则三:直接适用实体规范处理/242

四、规则四:当事人意思自治/244

五、法院地法原则/245

六、规则的适用序列/246

七、首要问题的解决/247

第三节 公法规范中先决问题冲突的解决/250

一、国籍法规范中的先决问题/250

二、社会法规范中的先决问题/255

第四节 国际统一冲突规范引起的先决问题冲突/262

一、国际条约中的先决问题冲突概述/262

二、主要问题为国际统一冲突规范的规定对象/264

三、先决问题为国际统一冲突规范的规定对象/273

四、国际统一冲突规范之间的冲突/274

五、相关判例分析/275

小结/276

第六章 中国国际私法中先决问题冲突的处理——代结语/278

一、中国国际私法中的先决问题/278

二、中国国际私法中先决问题的现行处理方法/279

三、中国国际私法中先决问题的解决建议/280

主要参考文献/283

法院判决列表/299