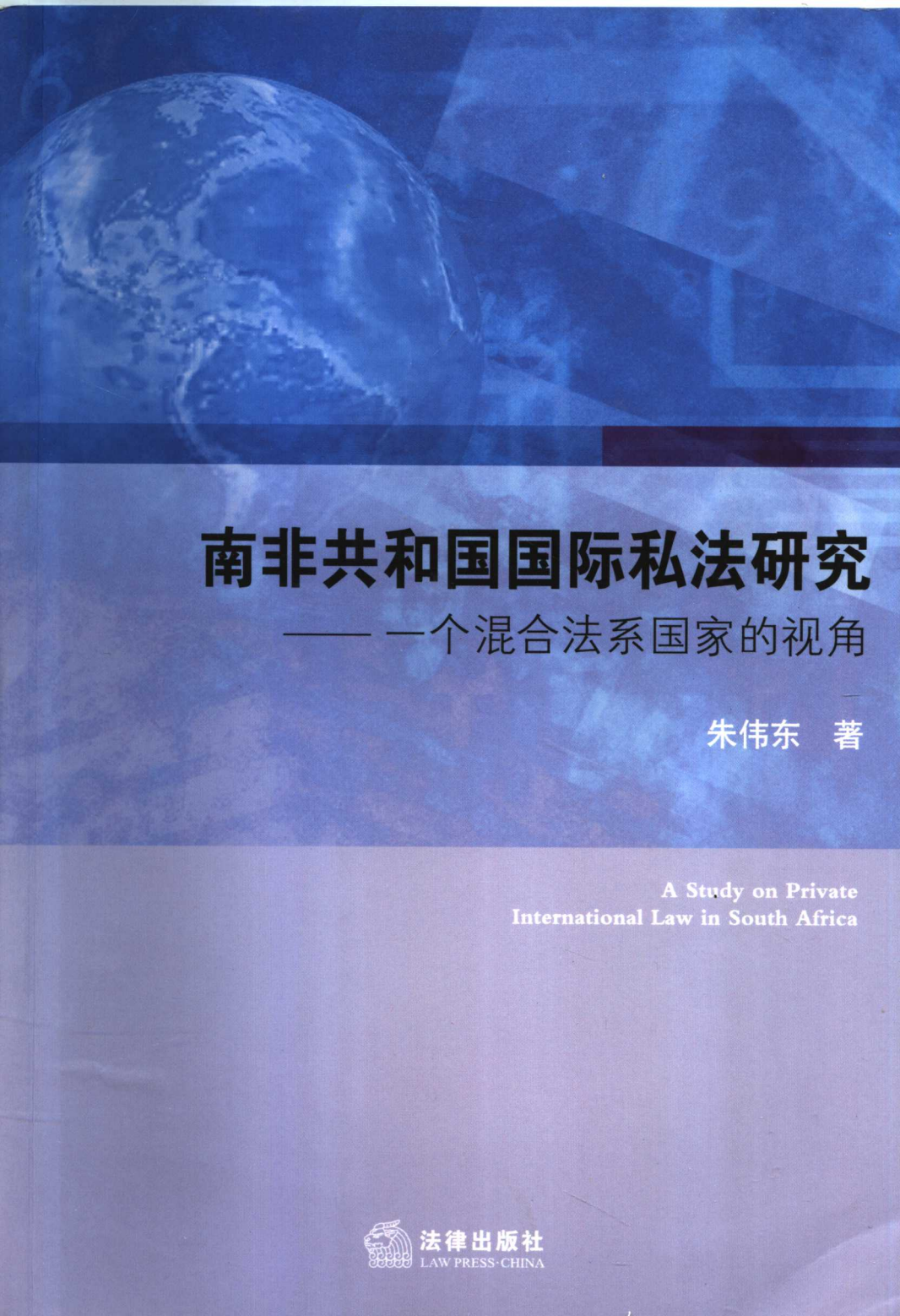




南非共和国国际私法研究

—— 一个混合法系国家的视角

朱伟东 著

A Study on Private
International Law in South Africa



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

南非共和国国际私法研究

—— 一个混合法系国家的视角

A Study on Private
International Law in South Africa

朱伟东 著



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

南非共和国国际私法研究:一个混合法系国家的视角/朱伟东著.

—北京:法律出版社,2006.12

ISBN 7-5036-6946-2

I. 南… II. 朱… III. 国际私法—研究—南非 IV. D997

中国版本图书馆CIP数据核字(2006)第000220号

© 法律出版社·中国

南非共和国国际私法研究
——一个混合法系国家的视角

朱伟东 著

责任编辑 王旭坤
装帧设计 于佳

开本 A5

版本 2006年12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 14.5 字数 347千

印次 2006年12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 7-5036-6946-2/D·6613 定价:35.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

总 序

洪永红^①

非洲法研究属于非洲学与法学学科的交叉研究领域。西方国家
对非洲法进行全面系统的研究始于 20 世纪 50 年代末。英、法等前
非洲殖民宗主国十分重视非洲法的研究,成立了专门的研究机构,创
办了许多有关非洲法研究的杂志,出版了大量的学术专著。美国对
非洲法的研究也较重视,曾出版《非洲法研究》杂志,刊登非洲法方
面的论文。在亚洲,印度和日本两国的学者在非洲法研究方面也有一
定影响,如日本法文化学者千叶正士在《法律多元——从日本法律文
化迈向一般理论》一书中就深入地探讨了非洲法的属性;印度新德里
大学设有非洲法研究中心。概言之,欧美国家和日本、印度等国在总
体上非常重视非洲法的研究,成果也比较多,但缺乏宏观的整体性研
究。

中国的非洲法研究出现较晚。国内的一些高校和科研机构的非洲

① 教授,现任湘潭大学非洲法律与社会研究中心主任。

学研究主要集中在非洲历史、非洲政治、非洲经济和地理、非洲文化和教育、非洲国际关系等方面,在非洲法律的研究方面却付诸阙如。湘潭大学一直是研究非洲问题的重镇,早在1978年便创立了非洲问题研究室。1998年,针对国内非洲研究的现实,湘潭大学重点研究非洲法,并成立了湘潭大学非洲法研究所。该所在2005年扩展为非洲法律与社会研究中心,属湘潭大学校级重点人文社会科学研究基地,这是我国目前唯一的专门研究非洲法的机构。

我们认为,在国内进行非洲法研究具有重要的理论意义和现实意义。

首先,它为我国法学研究提供了新的视野和思路。非洲是一个古老的大陆,是人类文明的摇篮之一。在长期的历史发展中,非洲大陆成了世界法律的“万花筒”:既有普通法系国家,也有大陆法系国家,还有一些具有混合法律制度的国家。同时,在一些非洲国家还实施伊斯兰教法、印度教法或习惯法。这与世界上其他大陆相比是独一无二的。这便为法学研究提供了广阔的理论课题:不同的法系是否可以并存适用?如何并存适用?抑或如何融合?非洲国家的法律如何走向现代化?多种法律并存的某一非洲国家能否实现法制的统一?其中有些课题也是当今中国法治建设面临的十分紧迫的重大现实问题,如中国如何将本土法和外来法结合起来,如何将大陆法和英美法结合起来,建设适合中国国情的法治社会?当然我们不能寄希望于对非洲法的研究来解决所有这些问题,但它可为我们更深入全面地研究这些问题提供新的思路和视野。

其次,它可以为我国法制建设提供借鉴。非洲一些国家存在大量的习惯法,在对待习惯法的方式上,非洲国家各有不同:有的国家废除习惯法,禁止习惯法的适用,而适用统一的成文法;而大多数非

洲国家却保留了习惯法,但在适用习惯法方面有所不同,例如,有的非洲国家设立有专门的习惯法院,有的在普通法院内聘请习惯法“陪审员”,有的由普通法院法官直接适用习惯法。非洲国家还曾在1953年至1963年召开4次国际会议,讨论非洲习惯法问题,对习惯法的许多问题,尤其是习惯法与现代法制的统一问题进行了广泛的讨论。在我国社会主义统一法制下,也面临着如何处理一般法与我国少数民族地区的习惯法之间的关系问题。我们可以通过深入研究非洲国家在处理习惯法时所采用的各种方式的利弊得失,总结其经验教训,为我所用。

最后,它在推动和促进中非关系和中非经贸合作方面具有重要的现实意义。中国是世界上最大的发展中国家,非洲是世界上发展中国家最多的大陆。中国与非洲国家有着相似的历史,共同的利益,双方关系历来友好,在许多重大国际事务中,非洲国家给予中国有力的支持。为促进中非关系的发展,中国与非洲国家进行过大量的法律合作,尤其是在人权方面。此外,据英国《金融时报》报道,中国目前已超越英国,成为继美国和法国之后,非洲的第三大贸易伙伴,为此,商务部研究院正在准备新的对非贸易战略。我们认为,在这种情况下,中国学者首先必须加强对非洲国家法律的研究,这是因为在中国与非洲国家的经贸往来中发生过大量的民商事纠纷和经贸摩擦,只有对非洲国家的法律有所了解,才能够更好地处理这些纠纷,维护中方当事人的合法权益,为中国和非洲国家经贸关系的良性发展扫平法律问题方面的障碍。

经过努力,我们在非洲法研究方面已取得了较丰富的成果,引起了非洲学术界和法学界的广泛重视。全国性学术刊物《西亚非洲》曾对本中心负责人进行专访,盛赞法学院的非洲法研究。《西亚非洲》

杂志社还专门聘请本中心负责人担任该杂志编委。教育部社政司科研处组编的《人文社会科学研究现状与发展趋势——高校“十五”科研规划咨询报告选》指出,在外国法制史方面,过去属于空白的非洲法制史,在“九五”期间也有专著《非洲法导论》出现,“填补了国内该领域的空白”。全国性统编教材——普通高等学校“十五”国家级规划教材《外国法制史》还首次将“非洲法”正式增列为教学内容。这表明,非洲法研究已经得到了广泛的认同。2006年11月23日,《人民日报》专文报道了“湘潭大学非洲法律与社会研究中心成立大会暨首届非洲法学术研讨会”,对湘潭大学非洲法研究给予高度评价。基于我中心在非洲法研究方面的突出影响,中华人民共和国商务部批准由湘潭大学非洲法律与社会研究中心于2006年10月21日~11月9日承办“非洲国家法学与社会经济发展研修班”,这是对非洲法研究的又一次重要肯定。

虽然在非洲法研究方面取得了一定的成绩,但我们清醒地认识到,我们的非洲法研究还处于起步阶段,我们的研究成果相对于非洲法这一浩瀚的领域而言,还仅是沧海一粟。我们准备将非洲法的研究引向深入,正在按计划、有组织地开展系列专题性研究。在我们看来,非洲法研究是一个极其广阔的学术领域,在概括性研究之下,更深入的专门研究至少可以沿着以下四条路径向前迈进:一是着重于文化传统的本论研究,如非洲法律文化、非洲习惯法、非洲宗教法、非洲大陆法、非洲普通法,等等;二是着眼于部门划分的专题研究,如非洲宪政、非洲刑法、非洲民商法、非洲诉讼法,等等;三是立足于国家民族的国别法和民族法研究,如南非法、埃及法、丁卡族法,等等;四是开展对中非法律交流与合作,为中非外交关系的发展提供参考。可喜的是,我们有一个年轻而富有朝气、团结而勇于开拓的研究团

队,他们中许多人都具有博士学位,在非洲法的研究方面各有自己的研究领域,有的已取得了一定的研究成果。为了将他们的成果推介出来,我们决定出版“非洲法研究丛书”,以不定期地、连续地将我们在非洲法研究方面的最新成果奉献给大家。更重要的是,我们希望借此扩大与学界的交流,期待得到专家、学者的批评与建议,以便更好地推动和完善我们的非洲法研究。

洪永红

2006年8月30日于湘潭大学

非洲法律与社会研究中心

序

肖永平^①

数日前,朱伟东来电告知,说他的博士学位论文《南非共和国国际私法研究——一个混合法系国家的视角》即将由法律出版社出版,并约请我为该书作序。作为他的博士学位论文指导老师,听到这个消息,自然十分高兴,答应为之作序。

第二次世界大战以后,随着国际民商事交往的不断深入,作为国际私法“第三学派”的比较国际私法学派应运而生。比较国际私法学者通过对各国国际私法的比较研究,以期发现各国冲突规则的异同,并试图在此基础上对各国冲突规则进行协调甚至统一。而国别国际私法研究是比较国际私法研究的前提,如果对各国际私法不甚了解,要进行比较国际私法研究,无异于“无米之炊”、“无源之水”。我国著名法学家韩德培先生早在 20 世纪 90 年代初就倡导对

^① 武汉大学珞珈特聘教授、博士生导师,中国国际私法学会常务副会长、教育部人文社会科学重点研究基地武汉大学国际法研究所执行所长。

一些主要国家的国际私法进行研究,以扩大我国国际私法学者的眼界,他和韩健博士还率先合作出版了《美国国际私法(冲突法)导论》。随后,我国有关国别国际私法研究的专著如雨后春笋般出现,如刘仁山博士的《加拿大国际私法研究》、陈卫佐博士的《瑞士国际私法法典研究》、董丽萍博士的《澳大利亚国际私法研究》等。但这些研究基本上集中于欧洲、美洲和大洋洲的发达国家,并都是大陆法系和普通法系国家。朱伟东博士的《南非共和国国际私法研究——一个混合法系国家的视角》的出版在一定程度上弥补了我国国别国际私法研究的缺憾。大家知道,南非是非洲大陆上一个重要的发展中国家,也是一个典型的混合法律制度国家,该国法律在历史上深受罗马—荷兰法和英国普通法的影响而独具特色,其国际私法也深深烙上了混合法律制度特色。例如,南非国际私法中的某些制度受大陆法影响较深而具有大陆法特征,其他一些制度受英国法影响较深而具有普通法特征。通过该书,我们可以了解到大陆法中的制度和普通法中的制度是如何协调共存在一个国家的国际私法中的。

另一方面,自中国和南非在1998年正式建交以来,双方民间交往日益频繁,经贸合作迅速发展,相互投资逐年递增。南非一直是中国在非洲最大最重要的经贸合作伙伴。中南两国经贸互补性强,经贸合作发展前景十分广阔。但毋庸讳言,在双方的民商事往来中,不可避免地出现过民商事纠纷,这些民商事纠纷的出现使南非国际私法的研究成为必要。朱伟东同志在该书中通过历史分析、比较分析、实证分析等方法对南非国际私法作了全面研究,包括南非法院对涉外民商事案件行使管辖权的原则和制度,南非法院对具体涉外民商事案件的法律适用,以及南非法院对外国判决和仲裁裁决的承认和执行等。该书材料丰富,论证充分,通过该书,我们可以对南非国际

私法有一个全面深入的了解。中国当事人只有对南非国际私法有所了解的情况下,才能在南非法院的诉讼程序中更好地维护自己的合法权益。

记得朱伟东同学在2002年5月参加武汉大学国际法研究所博士研究生复试时,就曾经表示要在攻读博士学位期间对南非国际私法进行研究。事实上,在读博的三年期间,他一直进行着这个研究工作。凭着勤奋好学、锲而不舍的精神,他如期完成了博士论文并顺利通过答辩。当然,该书中还有一些有待完善或须进一步深入的地方,如该书有关南非法院对涉外民商事案件行使管辖权的原则和制度的论述,以及该书结语部分有关中国和南非国际私法的比较还略显薄弱。不过,在资料十分匮乏的情况下,对南非国际私法的研究达到如此程度,实属不易。希望朱伟东同志在以后的工作和学习中,再接再厉,对南非国际私法乃至非洲其他国家的国际私法的研究作出新的、更多的成果。

在本书即将付梓之际,特志数语,以为序。

2006年8月15日
于武汉大学国际法研究所

摘 要

南非共和国是非洲大陆上一个重要的发展中国家,也是一个典型的混合法律制度国家。近年来,中国同南非的民商事往来日益频繁,南非已成为中国在非洲的最大贸易伙伴。在双方的民商事往来中,不可避免地会产生大量的民商事争端。因此,对南非国际私法进行研究具有重要的学术意义和现实意义。

在本书第一章中,作者对南非国际私法的历史发展、名称、范围和渊源作了分析。南非曾先后成为荷兰和英国的殖民地,二者的法律制度对南非国际私法的产生和发展起到了巨大的影响,使其既有大陆法的特征也有普通法的特征。因此,南非国际私法的渊源既有立法、判例,也有法学家的学说,尤其是17~18世纪罗马—荷兰法学家的学说。在对国际私法命名时,南非国际私法学者也有两种选择:一种是采纳英美国家的做法,将该学科称为冲突法;另一种是采纳大陆法国家的做法,称其为国际私法或私国际法。在国际私法的范围上,南非国际私法学者普遍接受了英美国家的观点,即南非国际私法的范围包括管辖权规范、法律选择规范,以及承认和执行外国法院判决和外国仲裁裁决规范三部分。

本书第二章专门探讨了南非国际私法中的住所和居所制度。住所和居所在南非国际私法中具有重要地位,它们不但是管辖权和法律选择的连结点,也是承认和执行外国法院判决的重要依据。在南

非 1992 年《住所法》通过前,南非法院在判定某人是否取得或失去住所时,依据的是其普通法。在南非普通法中,住所包括选择住所、依附住所和原始住所。南非《住所法》中仅规定了两种类型的住所,即选择住所和法定住所。该法给南非的住所制度带来巨大变化,不过,对于该法中未规定的事项,如获得选择住所的事实因素和心理因素的判定,仍须适用南非普通法。虽然居所在南非国际私法中也具有十分重要的地位,但南非法院并未对其作出一个精确的定义,只不过通过案例发展出一些有关居所的规则。南非立法中也经常使用惯常居所和通常居所的概念,但相关立法也未对其进行界定。

接着,作者对南非国际私法的具体领域即管辖权制度、法律选择制度以及判决、仲裁裁决的承认和执行制度进行了探讨。

在管辖权制度方面(本书第三章、第四章、第五章),作者首先论述了南非法院的结构及其管辖权,然后对南非法院行使管辖权的基本原则和其他原则及制度进行了研究,最后作者对南非法院几类特定案件的管辖权规则进行了详细的论述。南非法院在决定是否对某一国际私法案件进行管辖时,曾在有效原则和诉讼分类原则之间摇摆不定,不过最终决定将二者结合起来考虑,以确定法院的管辖权。如果涉外诉讼的一方当事人是外国国家、国际组织、外国国家元首、外交人员等,只要他们的行为不是商业行为,他们就根据南非有关立法在南非法院内享有管辖权豁免。在存在未决诉讼或已决案的情况下,如果相同当事人就同一案件在南非法院提起诉讼,或者在当事人一方违反管辖权协议或仲裁协议在南非法院提起诉讼的情况下,南非法院一般会中止本院的诉讼程序。对于南非是否存在不方便法院原则,南非国际私法学者之间还存在争论。此外,根据南非普通法中的诉因关联原则,如果南非法院对诉因的一部分具有管辖权,它就可以

对整个诉因行使管辖权。只要法院在诉讼提起时具有管辖权,该管辖权不会因为当初确立管辖权的根据后来不复存在而失去。在确定对某一具体诉讼是否行使管辖权时,南非法院还必须考虑各类案件的不同情况,以确定是否存在管辖根据。为此,书中分别详细探讨了南非法院对金钱诉讼、财产诉讼、婚姻家庭诉讼以及有关法院作出宣告性裁决和令状的管辖权规则。

在法律选择制度方面(本书第六章、七章、八章、九章),作者首先对南非法律选择制度中的基本问题进行了研究。这些基本问题包括识别、反致、先决问题、实质问题和程序问题、外国法的证明以及外国法的改变和排除适用。南非没有有关解决识别冲突的成文法规定,南非法院在审判实践中,最终采用了“中间途径”方法。对于反致和先决问题,南非国际私法学者建议,南非法院也应采用一种非机械的方法。对于某一问题是实质问题还是程序问题,南非法院是以法院地法进行识别的。在实践中,南非法院一般将举证责任问题、赔偿数额、禁止反言的抗辩等识别为实质问题,而将证明方式、证人的作证资格、未决诉讼和已决案的抗辩、优先权问题等识别为程序问题。在外国法的证明上,南非深受英国法律的影响。南非法院也将外国法看做事实,由当事人举证证明;在外国法不能查明时,南非法院就会适用法院地法;当外国法改变时,南非法院一般会适用新的具有追溯效力的法律;如果外国法的适用违反南非的公共政策,或当事人实施了法律规避,或南非的成文法排除外国法的适用,南非法院就不会适用外国法。法律选择规范作为南非国际私法中的一个重要部分,作者用三章的篇幅详细探讨了南非有关财产、债、婚姻家庭关系的法律选择规范。

在外国法院判决和外国仲裁裁决的承认和执行方面(本书第十

章),作者首先阐述了南非法院承认和执行外国法院判决的一般要求:(1)外国法院具有国际管辖权;(2)外国法院判决是终局的、确定的;(3)外国法院判决的承认和执行不违反南非的公共政策;(4)外国法院判决的承认和执行不与南非《商业保护法》第1条相冲突。作者还对南非法院对几类具体判决的承认和执行作了分析,包括外国法院作出金钱判决、财产判决、离婚、司法别居和婚姻无效判决、扶养判决、监护判决等。然后,作者对南非普通法和成文法中有关外国仲裁裁决的承认和执行的规则 and 规定进行了探讨。现在南非法院根据南非的《承认和执行外国仲裁裁决法》对外国仲裁裁决作出承认和执行,该法是为实施《承认和执行外国仲裁裁决的纽约公约》而制定的。不过,它在规定上还存在许多缺陷。

最后,在结语部分作者对南非国际私法的特色作一简单概括,对南非国际私法的发展趋势作了初步分析,并对南非国际私法给中国国际私法在立法和司法方面带来的启示作了浅显论述。作者指出,作为一个混合法系国家,同大陆法系和普通法系国家的国际私法相比,南非国际私法在一些基本问题和某些具体制度上都存在不同之处,尤其是在渊源、住所、外国法的证明等方面。南非重返国际社会后,开始关注国际私法的地区性和全球性统一化运动。考虑到南非对外民商事交往的现实,在现阶段它更关注的是国际私法的全球性统一化运动。在南非国际私法的立法模式上,存在两种不同的观点:法典化和非法典化。与南非国际私法相比,中国国际私法在某些具体制度上需要进一步的完善。在国际私法的立法和司法实践方面,中国的立法者和法官应具有国际视野,并重视国际私法学者的研究成果。

关键词:南非 国际私法 管辖权 法律适用 承认和执行

Abstract

The Republic of South Africa is an important developing country in Africa as well as a typical mixed jurisdiction. During the recent years there are more and more civil and commercial communications between South Africa and China and it has become the greatest trade partner of China in Africa. As the result of the civil and commercial communications between them, a large amount of civil and commercial disputes will unavoidably arise, therefore, it is of great academic and practical significance to study South African private international law.

An analysis of the history, name, scope and sources of South African private international law is made in Chapter One of the book. South Africa was once the colony of the Netherlands and Great Britain whose legal systems have an immense influence on the creation and growth of its private international law, the result of which is that South African private international law becomes the mixture of civil law and common law. Hereby, the sources of South African private international law contain not only statutes and precedents but also the legal literatures, especially the legal literatures of the Roman-Holland jurists in 17 and 18 centuries. On the name of the subject just discussed, the South African private international lawyers also have two options: the Anglo-American version of the *conflict of laws*

and the civil law version of the *private international law* or *international private law*. The scholars of private international law in South Africa generally accept the view of the Anglo-American private international lawyers on the scope of the subject including the jurisdictional rules, choice of law rules as well as the rules of recognition and enforcement of foreign judgments and arbitral awards.

The systems of domicile and residence in South African private international law are wholly discussed in the second chapter. Domicile and residence play a vital role in South African private international law which are not only connecting factors of jurisdiction and choice of law but also the important grounds on which the recognition and enforcement of foreign judgments are sought. Prior to the 1992 *Domicile Act*, the judgment of the acquisition and loss of one's domicile are based on South African common law, according to which the domicile includes the *domicile of choice*, the *domicile of dependence* and the *domicile of origin*. While just two kinds of domiciles are stipulated in the *Domicile Act* and they are the *domicile of choice* and the *assigned domicile*. The *Domicile Act* brings great changes to the system of domicile in South African private international law. however, to the matters that are not provided in it such as the judgment of *factum* and *animus* in the acquisition of a domicile of choice South African common law are still applied. Though residence also holds an important status in South African private international law, the precise definition of it has not been made by the South African courts in which the rules about it have been developed through cases. Such concepts as habitual residence and ordinary residence are also used in South African legislations