

简明国际私法学

屈广清 著

国际私法概论

国际私法的调整对象与调整方法

冲突规范的一般理论和六大制度

身份、能力、家庭关系的

法律冲突与法律适用

物权法与信托领域的法律

冲突与法律适用

合同与侵权的法律冲突与

法律适用

JIANMING

GUOJI SIFAXUE

大连海事大学出版社

简明国际私法学

屈广清 著

大连海事大学出版社

© 屈广清 2006

图书在版编目(CIP)数据

简明国际私法学 / 屈广清著. — 大连: 大连海事大学出版社, 2006. 8

ISBN 7-5632-1985-4

I. 简... II. 屈... III. 国际私法—法的理论
IV. D997

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 091359 号

大连海事大学出版社出版

地址: 大连市凌海路 1 号 邮编: 116026 电话: 0411-84728394 传真: 0411-84727996

<http://www.dmupress.com>

E-mail: cbs@dmupress.com

大连日升印刷有限公司印装

大连海事大学出版社发行

2006 年 8 月第 1 版

2006 年 8 月第 1 次印刷

幅面尺寸: 140 mm × 203 mm 印张: 11.625

字数: 289 千字

印数: 1 ~ 1000 册

责任编辑: 王桂云

封面设计: 王 艳

版式设计: 艺 晓

责任校对: 金以铨

定价: 17.00 元

内 容 提 要

《简明国际私法学》以中国教育部国际私法的教学大纲为依据,特别遵循国内各高等院校国际私法课程的教学规律和特点,结合国际、国内的最新立法动态,以系统分析和解决实践中出现的疑难问题为目标,对国际私法特别是冲突法的理论及实际问题进行了全面、深入的研究,反映了当前国际私法研究的最新成果。与此同时,将复杂的问题简单化是本书的另一特色。本教材在国内第一次将国际私法分为理论国际私法学、应用国际私法学两编,仅用六章就将学生必须掌握的国际私法知识全部进行了归纳介绍,有利于学生学习和掌握。

前言

即使是在许多聪明人的眼里,国际私法也是一门非常奇怪或不易理解的学科。它奇怪是因为它和别的法学学科从体系到内容均不一样;它不易理解是因为它太过灵活不易掌握。美国法官卡多佐曾说:国际私法之冲突法是很难掌握的,是法律科学中最令人困惑的问题之一。一般的法官,当面临一个冲突法问题的时候,会感到几乎完全迷惘,而且像一个溺水的人,要去抓住一根稻草。^[1]

除此之外,令人难过的是,在许多中国人的眼里,“国际私法”就是“国际司法”。这也许使得庆贺,好歹他们没有把“国际私法”理解为“国际撕法”或者“国际狮法”,甚至“国际尸法”。造成这种现状的原因是多方面的,其中一个重要的原因就是我们的法学工作者没有把学生教好。般突出的问题还是反映在教材上:知识陈旧、内容空洞、价格昂贵、与其他学科重复太多、理论与实践严重脱节,白白浪费了学生的教材购置款。在这点上,国际私法学者们应该向学生道歉。因此,如何编写一本简单明了的国际私法教材一直是笔者追求的目标,至少它可以让学生少掏钱。

在这样的想法驱动下,笔者编写的本书一反国际私法教材的常态,仅仅包括理论国际私法学、应用国际私法学两编,共六章。这六章是以54~72学时为标准学时设计的,而这正是国内85%以上学校采用的国际私法学时。

从内容到形式来看,本书特别适合作为法学本科生的教材或者研究生的参考书目,也适合其使学科大学生作为提高法学知识

[1] [英]莫里斯.法律冲突法[M].李东来,等译.北京:中国对外翻译出版公司,1990:7.

的课外读物,还可以兼作外贸部门、审判部门、海事部门等的涉外法律工作者的实践参考。

由于本书是国际私法教学改革的研究成果,虽然具有了上述的优点,但到底结果如何,还有待于实践的检验。另由于作者的水平有限,偏颇错漏之处,肯定难免,希望广大学生朋友、读者朋友批评指正。

著 者

2006.6

目 录

第一编 理论国际私法学

第一章 国际私法绪论	(3)
第一节 国际私法的名称与国际私法案件	(3)
第二节 “大”、“中”、“小”国际私法的几种观点	(8)
第二章 国际私法的调整对象与调整方法	(12)
第一节 国际私法的调整对象	(12)
第二节 国际私法的定义	(25)
第三节 国际私法的性质	(28)
第四节 法律冲突及其产生的条件	(32)
第五节 调整涉外民事(法律)关系的方法	(36)
第六节 国际私法与临近法律部门的联系与区别	(52)
第三章 冲突规范的一般理论和六大制度	(58)
第一节 冲突规范的概念	(58)
第二节 冲突规范的类型	(73)
第三节 冲突规范的系属公式	(76)
第四节 冲突规范的六大制度	(84)

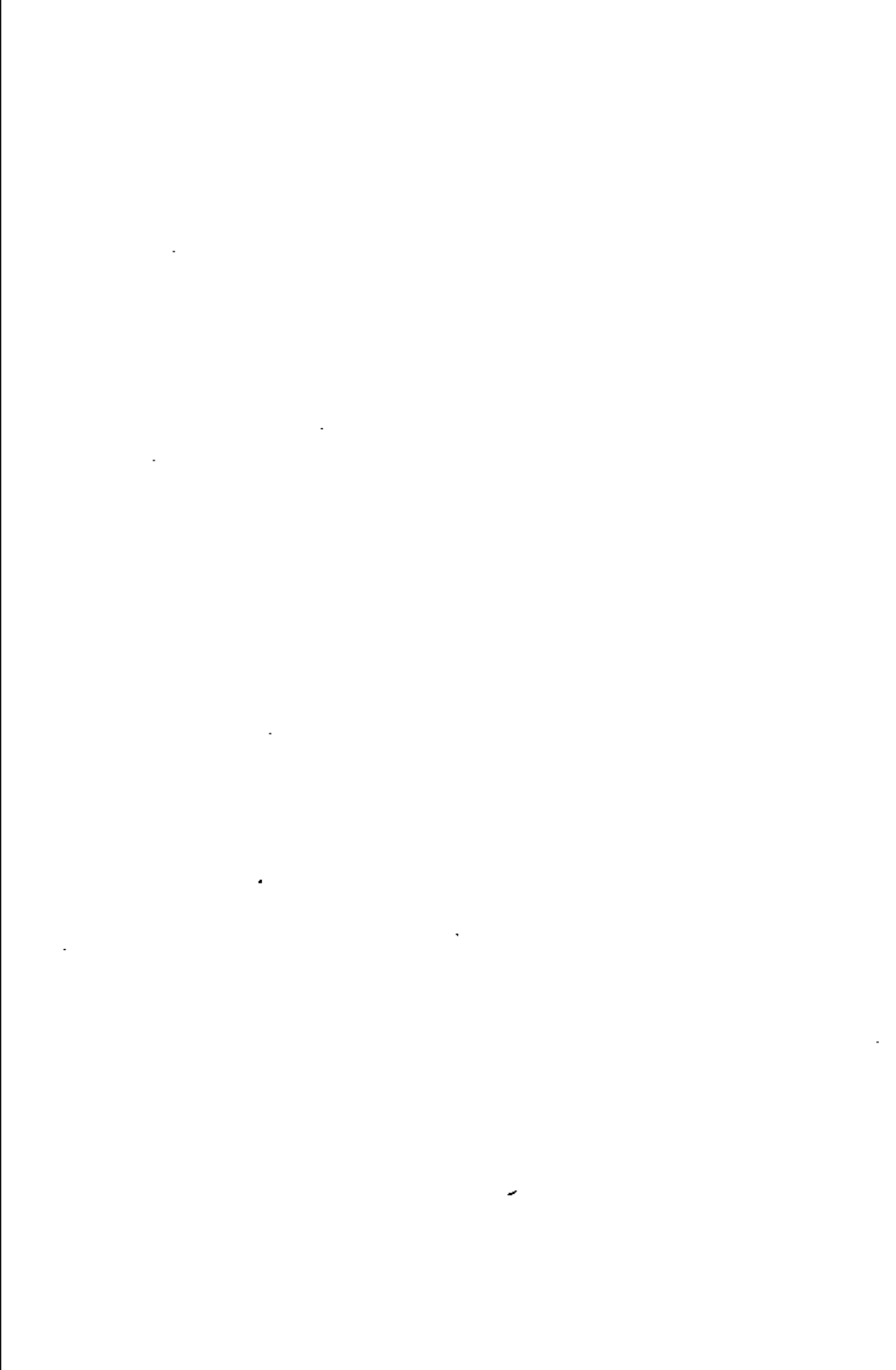
第二编 应用国际私法学

第四章 身份、能力、家庭关系的法律冲突与法律适用 ...	(125)
第一节 国籍和住所的法律冲突与法律适用	(125)

第二节	民事能力的法律冲突与法律适用	(137)
第三节	法律行为的法律冲突与法律适用	(152)
第四节	代理的法律冲突与法律适用	(159)
第五节	婚姻家庭关系的法律冲突与法律适用	(173)
第六节	关于婚姻事项的《布鲁塞尔公约Ⅱ》	(205)
第七节	起草海牙新《扶养义务公约》的动态	(207)
第五章	物权法与信托领域的法律冲突与法律适用	(209)
第一节	物权的法律冲突与法律适用	(209)
第二节	信托的法律冲突与法律适用	(231)
第六章	合同与信权的法律冲突与法律适用	(242)
第一节	概述	(242)
第二节	合同之债的法律冲突与法律适用	(243)
第三节	侵权的法律冲突与法律适用	(267)
第四节	1980年《罗马公约》与2005年《罗马公约Ⅱ》	(295)
附录	笔者新拟之《中华人民共和国国际私法典(草律)》	(298)
参考文献		(363)

第一编

理论国际私法学



第一章 国际私法绪论

[本章内容摘要]国际私法是一个独特的法律部门,又是一个非常重要的法律学科。在解决涉外案件的过程中,国际私法产生了许多理论,形成了不同的学派,对司法实践的影响是无与伦比的。这些学派之间的争论一直延续到现在,反映到了国际私法的几乎所有领域,例如国际私法的名称问题、国际私法的范围问题等,至今无解。本章在介绍国际私法名称、范围问题上的不同观点的同时,也提出了自己的见解。

第一节 国际私法的名称与国际私法案件

在许多人的眼中,国际私法是一个非常奇怪或不易理解的学科。它奇怪是因为它和别的法学学科从体系到内容均不一样;它不易理解是因为它太过灵活。国际私法到底是一个什么样的“东西”呢?

美国法官卡多佐曾说:国际私法之冲突法是很难掌握的,是法律科学中最令人困惑的问题之一。一般的法官,当面临一个冲突法问题的时候,会感到几乎完全迷惘,而且像一个溺水的人,要去抓住一根稻草。^[1]

美国一位学者形象地说:冲突法的领域,是一片沉闷的沼泽地,布满颤动的泥潭,居住在那里的是一些有学问但性情古怪的教授,他们用一些奇怪难懂的行话来建立关于神秘问题的理论。^[2]

[法律应用]有一个中国人死亡时在日本东京设有住所,并在

[1] 莫里斯.法律冲突法[M].李东来,等译.北京:中国对外翻译出版公司,1990:7.

[2] 莫里斯.法律冲突法[M].李东来,等译.北京:中国对外翻译出版公司,1990:8.

东京留下了若干动产,未立遗嘱,其继承人因遗产不均诉诸中国法院。中国法院受理该案件后,便要适用中国《民法通则》第149条的规定:遗产的法定继承,动产应适用被继承人死亡时的住所地法律,即应适用日本法律。按照日本法律,只有子女是第一顺序继承人。

在该案中,死者的配偶、父母都希望得到继承权。于是有法律专家建议他们到日本去起诉。因为日本法院处理案件会适用日本《法例》的规定。《法例》规定:继承依被继承人的本国法。被继承人的本国法即中国法,按照中国法律,配偶、父母、子女均是第一顺序继承人。

问:法律专家的建议是否正确?

在我们接触“国际私法”之前,很少有人会有这样的意识:中国法院还能够适用外国法来判案呵!事实上,只要是涉外案件,任何一个主权国家都有可能会适用外国法来判案。这样的案件就是国际私法案件。在所有民商事案件中,除了国内案件,剩下的全部是国际私法案件。

不过,是不是国际私法案件也许还应该再等一会。因为并不是所有的人都同意把这样的涉外案件叫做国际私法案件的,他们会有人更喜欢给它取一个别的什么名称,尽管针对的是同一样东西。

事实上,“国际私法”或 Private International Law (PIL),这一名称,在中国来说,完全是舶来品。它在今天,虽已被一些立法和国际立法所普遍采用,但它经历一个长期的发展和演变过程,而且,至今也还有其他的名称,所以有人说,国际私法“是从书名页起就是有争议的”一个法律学科或法律部门。过去或现在比较普遍使用的名称有:

一、法则说或法则区别说(Traite de Statuts , Theory of Statutes)

由于在历史上,13、14 世纪意大利国际私法学创始人巴托鲁斯(Bartolus, 1314 - 1357)从区别“法则”(statuta)的性质着手来判断它们是否可以在域外适用,故当时的国际私法就被称为“法则说”。目前我国多译为“法则区别说”。这一名称一直使用到 17 世纪,流行了约四百余年。后来虽相继有荷兰学派和法国学派的兴起,但它们都遵循法则区别说的基本理论(即仍认为法律可以从它们的性质上区分为“物法”、“人法”和“混合法”,并且各有不同的适用规则)。

二、冲突法(Conflict of Laws ,或译为法律冲突法)

1653 年,荷兰法学家罗登堡(Chrisian Rodenburg , 1618 - 1668)在其所著的《关于婚姻的规则或因习惯冲突而产生的法律问题》一书中,首次使用了冲突法这一名称。另一位荷兰著名的国际私法学者胡伯(Huber)也于 1684 年使用过这一名称。

三、外国法适用论(Application of Foreign Laws)

德国国际私法学者奥斯塔特(Oerstadt)于 1822 年著有论述国际私法的专著,其书名就为《外国法适用论》。他的立意在于认为国际私法无非就是规定对于涉外民事关系在何种情况下可以适用外国法问题的。

四、涉外私法(Foreign Private Law)

日本有的学者认为,国际私法既然是规定内外国交往的私法关系,就应该称之为涉外私法。瑞士学者曼利(Meili)把他所写的国际私法著作取名为《涉外私法或对外私法》。我国国际私法前辈陈顾远也认为这一法律部门称为涉外私法是较为适宜的。

五、私国际法(Private International Law)

“Private International Law”这个英文名称,第一次是出现在美国大法官斯托雷于 1834 年发表的《冲突法评论》一书中,但其直译应为“私国际法”,而且,斯托雷本人并未用它来给其著作命名,

而是用《冲突法》。^{〔3〕} 首先用“私国际法”这个名称的是法国国际私法学者弗利克斯 (Foelix), 他正式使用“Droit International Prive”来称谓这一法律部门。因为他是一个把国际私法认为是国际法的学者, 他在 1840 年发表的一篇论文, 其题目就是《论内外国法律的冲突, 又称国际法》。现在这个名称在法国和其他的一些拉丁语系的国家较流行, 英美有些学者也采用它。但在中、日文著作中, 已经将上述称谓译为“国际私法”。

六、国际私法(Internationales Privatrecht)

真正称“国际私法”的倒是德国的学者谢夫纳 (Schaeffner)。1841 年, 他发表了《国际私法发展史》一书, 在该著作中他把这一法律部门称为“Internationales Privatrecht”, 如直译成英文, 使成了“International Private Law”。后经法国学者弗利克斯于 1844 年译成法文“Droit International Prive”, 逐渐流行开来。现在德国学者仍沿用这一名称。但谢夫纳认为, 国际私法全然是国内法。但这一名称并未被现代国际社会普遍接受。

私国际法和国际私法, 二者名称虽然极其相似, 但是在实际上却反映了不同学者对国际私法这一法律部门的不同看法。凡是认为国际法可分为公私两种, 其规定主权者关系为国际法, 那么规定私益关系即称私国际法。相反, 如果认为国际私法不是国际法而是国内的私法, 只是这种国内私法不适用于纯粹国内的私法关系, 而仅适用于国际的私法关系, 使命名为“国际私法”。

目前在国际社会流行的“国际私法”这一名称, 实际上是在英文表述上采纳斯托雷的称谓, 而在实质意义上则接受谢夫纳的观点, 加以综合而形成的。

除上述较普遍使用的名称外, 还有称国际私法为“私法关系

〔3〕 该书原名简称为 *Commentaries on the Conflict of Laws*; 其全称为 *Commentaries on the Conflict of Laws, Foreign and Domestic, in Regard to Contracts, Rights, and Remedies, and Especially in Regard to Marriages, Divorces, wills, Successions, and Judgments.*

的国际处理法”、“私间法”、“界限法”、“体系间法”,以及“国际民法”、“国际商法”、“国际民商法”等等。

就国际私法的立法名称来说,德国最早称之为“民法施行法”(1896年),旧中国(1918年)称为“法律适用条例”,泰国(1939年)称“国际私法”,波兰(1966年)也称“国际私法”,中国台湾仍沿袭旧中国的立法,仍称为“涉外民事法律适用法”(1953年)。也有直接称为“冲突法”的,如1982年前南斯拉夫的立法即称为“法律冲突法”。新中国在1986年颁布的《民法通则》关于冲突规则的第八章,亦仍用“涉外民事关系的法律适用”来称谓。全国人民代表大会法律工作委员会2002年提出的国际私法草案也称之为“涉外民事关系法律适用法”。但在我国日常司法实践及法学研究工作中,则普遍称之为“国际私法”,并将“冲突法”只当作其中的一部分。

七、本书的观点

在国际私法名称这个问题上,本书作者的观点是,用“国际私法”来作为名称,比较合乎理论,但是用“国际民商法”来作为名称,更容易为实践所理解,可以防止国际私法成为“玄学”。在“国际私法”名称这个问题上,无论是国际私法之父巴托鲁斯,还是近代国际私法之父(继父)萨维尼,以及美国国际私法之父斯托里都没有能够给国际私法起一个公认的名称,都是“不称职”的父亲。

从国际社会的使用量来统计,还是使用“国际私法”名称的比较多,连一些著名的国际组织,也以国际私法为名,例如“海牙国际私法会议”等。海牙国际私法会议是1893年成立的一个国际组织。阿瑟(Aser)是整个海牙国际私法会议成立过程中最主要的倡导者,在1911年被授予诺贝尔和平奖。海牙国际私法会议在第二次世界大战前颁布了7个公约,二战后,特别是在海牙国际私法会议从一个会议正式成为一个政府间的国际组织以后,它颁布了37个公约。其办公机构地是在欧洲的荷兰海牙和平宫。

第二节 “大”、“中”、“小”国际私法的几种观点

一、国外“大”、“中”、“小”国际私法的观点

关于国际私法的范围问题,在国内外学者中,存在不同的看法,形成了“大”、“中”、“小”三种国际私法观点。不过国内外学者对于区分“大”、“中”、“小”国际私法观点的看法标准并不完全一致。基本相同的观点是:如果认为国际私法等于冲突法,则属于“小”国际私法的观点;如果认为国际私法除了冲突法还包括国际民事诉讼、商事仲裁,则属于“中”国际私法的观点;如果认为国际私法除了冲突法还包括统一实体法,则属于“大”国际私法的观点。

“小”国际私法的观点例如,德国、日本的一些学者认为,国际私法仅限于解决涉外法律冲突,因此,国际私法的范围仅仅包括冲突规范。国际私法既然并不直接从实质上、内容上去规定涉外的社会关系,因而属于以直接方式从实体内容上规定外国人法律地位的这类实体法就不应该包括在国际私法范围之内,更何况外国人在公法方面的地位,更不属于私法调整的对象。

“中”国际私法的观点例如,法国和意大利学者认为,国际私法应该包括冲突规范、国籍法、外国人的法律地位问题、国际民事诉讼程序问题。

“大”国际私法的观点例如,前苏联和东欧国家学者比较一致的观点是认为国际私法至少应包括冲突规范、外国人民事法律地位规范、调整涉外民事关系的统一实体规范和国际民事诉讼程序规范。此外,有人主张还应把国内法中直接规定涉外民事关系的实体规范归入国际私法。

主张把统一实体规范归入国际私法范围的,在西方资本主义

国家中也不乏其人,如法国学者戈得曼(Goldman)与英国学者施密托夫(Schmitthoff)便有这种主张。他们认为随着统一国际民商事实体法公约和在实践中形成的国际贸易惯例不断增加,应该把国际私法的范围加以扩展,而把这些统一实体法也包括进国际私法。荷兰学者布鲁恩德也认为国际私法是由以下3个方面的基本事实构成的,即:人们在处理涉外民事案件时,需要选择法律;需要选择法院司法管辖权;以及许多国家见于法律选择范围的不断扩大而同意制订的统一实体法。

二、中国“大”、“中”、“小”国际私法的观点

中国的“小”国际私法的观点认为国际私法应该仅仅包括冲突法,持该观点的学者基本上是从事国际经济法领域的学者,其出发点主要是为了争夺学科范围。

“中”国际私法的观点是中国大多数国际私法学者的观点。例如董立坤教授认为,国际私法的范围包括:冲突规范、外国人的民事地位规范、国际民事诉讼程序等。但是,国际私法不应该包括统一实体法。^[4]

“大”国际私法的观点例如韩德培教授等即坚持该主张,认为国际私法的范围包括:冲突规范、外国人的民事地位规范、国际民事诉讼程序与商事仲裁规范、统一实体规范。姚壮教授认为还应该包括国内非统一涉外实体规范。^[5]

三、本书的观点

本书作者的观点是,国际私法的范围包括:冲突规范、外国人的民事地位规范、统一实体规范、国际惯例、直接适用的法、可以适用冲突规范的公法、国内非统一涉外实体规范七部分。但不应该包括国际民事诉讼程序与商事仲裁规范。

[4] 董立坤. 国际私法论[M]. 北京:法律出版社,2002:18.

[5] 姚壮等. 国际私法基础[M]. 北京:中国社会科学出版社,1981:3.