



GENERAL THEORY OF LAW
APPLICATION OF FOREIGN CIVIL

学理 · 实证 · 判例

涉外民事关系 法律适用法

婚姻、家庭、继承论



法律出版社
LAW PRESS CHINA

齐湘泉 · 著



GENERAL THEORY OF LAW
APPLICATION OF FOREIGN CIVIL

学理 · 实证 · 判例

涉外民事关系 法律适用法

婚姻、家庭、继承论



法律出版社
LAW PRESS CHINA

齐湘泉 · 著

图书在版编目(CIP)数据

涉外民事关系法律适用法:婚姻家庭继承论/齐湘泉著.
—北京:法律出版社,2005.8
ISBN 7-5036-5700-6

I. 涉… II. 齐… III. ①涉外民事法:婚姻法—
法律适用—中国②涉外民事法:继承法—法律适用—中国
IV. D923

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 089217 号

©法律出版社·中国

责任编辑/木 易

装帧设计/于 佳

出版/法律出版社

编辑统筹/法律应用出版分社

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/陶 松

开本/787×960 毫米 1/16

印张/20 字数/322 千

版本/2005 年 8 月第 1 版

印次/2005 年 8 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 苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 7-5036-5700-6/D·5417 定价:33.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序

中国的涉外婚姻,历史悠久,源远流长。自夏商周始,延绵数千载,盛而不衰。审视我国几千年的涉外婚姻历史,可以用“义”、“利”、“情”三个字概括。涉外婚姻的产生和发展,必然衍生出涉外家庭关系、涉外继承关系。中国作为一个步入市场经济的国家,正在逐渐融入世界民族之林,与世界各民族的融合,也将导致大量的涉外婚姻、家庭、继承关系的产生。熟谙涉外婚姻的历史,探讨涉外婚姻的现状,研究涉外婚姻的法律适用,对维护涉外婚姻的稳定,保护当事人的合法权益,促进各国人民之间的往来都是大有裨益的。

一、涉外婚姻古代篇

中国古代的涉外婚姻,^①以“义”为基本特征,以“义”为社会规范,以“义”的理念为评判标准,服务于宗法制度,服务于宗族制度。^②

夏商周时期的涉外婚姻,表现为居住中原的华夏族和蛮夷戎狄各少数民族国家居民长期的互相通婚,“周纳狄后,富辰谓之祸阶;晋升戎女,卜人以为不吉”。^③华夏族的王侯贵族娶少数民族女子为妻妾被认为是不祥,会带来祸害,这是我国较早的涉外婚姻的文字记载。中原华夏族居民与蛮夷戎狄各少数民族国家居民经过长期的互相通婚、文化吸收以及国家之间的兼并战争,推动了春秋战国时期国家的统一。“始皇逼逐匈奴,威震殊俗,匈奴之流徙极远

① 涉外婚姻主要指本国人与外国人之间缔结的婚姻。一国存在不同的法域,不同法域居民之间的通婚也是涉外婚姻。以我国为例,我国现将中国内地居民与台湾省居民、香港居民、澳门居民之间缔结的婚姻称之为涉外婚姻。

② 祝瑞开主编:《中国婚姻家庭史》,学林出版社1999年版,第2页。

③ 《周书·后妃传》。

者,往往至今欧洲北土……”^① 秦统一全国以后,北拒匈奴,南征越族,统一岭南,日本称中国为支那,西人称中国为 China。

秦汉时期汉民族的形成,是我国以华夏族为主体和周边各少数民族长期通婚和文化融合的结果,“今天下车同轨、书同文、行同伦”,^② 表现了华夏族和少数民族的通婚融合,家庭伦理观念的趋向一致,以至于发展到“行同伦”。

汉统治者利用宗女下嫁和周边少数民族国家进行政治联姻,这一政策为后继统治者承袭和推行;少数民族政权统治者仰慕汉族较高文化,大力提倡少数民族和汉族通婚。《汉书·西域传》这段文字记载反映出汉时期的涉外婚姻一瞥:“乌孙昆莫击破大月氏,大月氏徙西,臣大夏,而乌孙昆莫居之……武帝即位,令(张)骞赍金币往……谕旨曰:‘乌孙能东居故地,则汉遣公主为夫人,结为昆弟,共夫匈奴,不足破也’……乌孙以马千匹聘。汉元封中,遣江都王建女细君为公主以妻焉……乌孙昆莫以为右夫人。匈奴亦遣女妻昆莫,昆莫以为左夫人。公主至其国自治宫室居,岁时一再与昆莫会,置酒饮食……”

“昆莫年老,欲使其孙岑陁尚公主。公主不听,上书言状。天子报曰:‘从其国俗。欲与乌孙共灭胡。’岑陁遂妻公主……”

“岑陁尚江都公主,生一女少夫。公主死,汉复以楚王戊之孙解忧为公主,妻岑陁。岑陁胡妇子泥靡,尚小。岑陁且死,以国与季父大禄子翁归靡。曰:‘泥靡大,以国归之。’翁归靡既立,号‘肥王’。复尚楚主解忧,生三男、两女……”

“闻乌孙昆弥翁归靡死,乌孙贵人共从本约,立岑陁子泥靡代为昆弥,号‘狂王’……”

元帝时,匈奴单于入朝请求通婚。“竟宁元年,单于复入朝……自言愿婿汉氏以自亲。元帝以后宫良家子王嫱字昭君赐单于。单于欢喜……王昭君号‘宁胡阏氏’,生一男伊屠智牙师,为右日逐王……呼韩邪死,雕陶莫皋立,为复株余若鞮单于……复妻王昭君,生二女,长女云为须卜居次,小女为当于居次”。^③

两汉时期,汉族与少数民族的通婚在民间还不普遍,多集中在统治集团层面。汉末蔡文姬被掳于胡 12 年,已为南匈奴左贤王之后,且生有二子。曹操为了爱护蔡邕后人的缘故,用金璧赎回蔡文姬,重新嫁给董祀。

① [清]薛福成著:《出使日记》。

② 《中庸》。

③ 《汉书·匈奴传》。

西晋时期,匈奴、鲜卑、羯、氐、羌等少数民族进入中原,汉族和少数民族之间的通婚逐渐增多。

北魏拓跋氏统一北方,诸帝二十五后中汉人仅居十分之一,但无一名门望族之女。北方士族由于深受经学传统、华夷之别和门阀观念的影响,都耻与少数民族通婚。北魏拓跋氏政权大力提倡族际通婚,既以汉女为后,又使南单于苗裔夏主昌尚始平公主。孝文帝进一步提倡汉化,倡导鲜卑族人与汉人通婚。这些政策对促进各民族的融合具有积极的作用。

隋、唐两朝代实行促进汉族和少数民族通婚和融合,推行和异国异族的“和亲”的政策。隋文帝的皇后独孤氏,唐太宗的皇后长孙氏,都是鲜卑族人;隋朝时光化公主嫁吐谷浑国王伏为妻,伏死准许其弟优允收继。华容公主嫁高昌国王伯雅为妻,安义公主嫁突厥突利可汗为妻,安义公主死后,又遣义成公主续弦。

唐朝对高昌、吐谷浑、奚、契丹等少数民族都积极推行和亲政策,先后以宗室或宫女称公主下嫁其国王、世子等。特别是吐蕃以突厥、吐谷浑尚唐公主为荣,也极力求婚。唐太宗于贞观一十五年(公元641年)以宗室女文成公主与吐蕃赞普松赞干布联姻。

中宗景龙四年(公元710年)又以雍王守礼女金城公主与吐蕃赞普弃隶缩赞联姻,唐、吐蕃互为甥舅之国。唐吐蕃这两次和亲,不仅加强了汉、吐蕃的联合,而且促进了吐蕃社会、经济和文化的发展。

回纥因助唐讨逆有功,向唐请婚。肃宗以幼女宁国公主下嫁,且以荣王女为媵,即少宁国公主;德宗又继续以亲女咸安公主下嫁,穆宗时因其请婚,复以宪宗女太和公主下嫁。汉代及唐的和亲下嫁的公主大都为宗室、皇戚或宫中之女;以帝女下嫁,仅对回纥,这是唐对回纥特殊的荣宠。

宋朝与周边少数民族政权辽、金、元等王朝长期处于对峙和敌对局面,统治者反对实行和亲政策,认为汉开其端,实君臣莫大耻辱。宋宋祁等撰《新唐书·突厥传》即持这种观点。所以在宋代,与回鹘虽称甥舅之国,但这是沿袭唐与五代旧有称谓,实际未曾有一次和亲。

宋不仅断绝和亲,而且禁止边境地区的汉族与少数民族通婚。太宗至道元年八月下诏,禁止西北缘边诸州民与内属戎人婚娶,^①以此严格华夷界限,巩固边防。

辽金元诸少数民族政权大力提倡各族之间的通婚,积极推行和亲政策,以

^① 《宋史·外国传》。

加强政治、军事上的联合。如辽曾以成安公主外嫁夏国主乾顺,又同意阻卜酋铁刺里及大食国的请婚。^①

金统治者推行民族通婚、加强民族融合的政策,以巩固其统治。章宗明昌二年尚书省上书:“齐民与屯田户往往不睦,若令递相婚姻,实国家长久安宁之计。”金统治者看到了民族通婚对促进民族和睦相处、稳定社会和国家统治的重要作用。

元朝极其强盛,统治者常接受其他民族政权和亲的女子,如太祖公主皇后即为金宗室女,金宣宗为解燕京之围,请求和亲而进送给元的;察合皇后为西夏李安全之女,李安全为解中兴府之围,请求和亲而进送的。

元又与高丽相互通婚,如世祖以其女嫁高丽王王暉,高丽也岁进媵妾给元代宫廷。明代继承了这一政策,这对促进我国和高丽国的友好起积极作用。

元朝为维护蒙古人的血缘和统治地位,禁止蒙古人和外族人通婚,但对其他族人民则准许相互通婚,规定诸色人同类自相婚姻者各从本族法,递相婚姻者,以男为主,但蒙古人不在此例。

明朝作了与元朝相反的规定,禁止蒙古、色目人本类自相嫁娶,强迫蒙古、色目人和外族通婚,限制、削弱外族力量,并强迫蒙古、色目人与外族同化。

明代晚叶满洲各部崛起。孝宗十二年,为了防范满洲女真人的渗透和入侵,下令严禁分守等官并势家与海西建州部联姻,以加强控制边防。

清人入关后,为了统治汉族,并扩大其统治力量,修改了法律,删除了对蒙古、色目人婚姻限制的法律条文,以换取蒙古人、色目人对清政权的支持。另一方面,明文规定满汉不相通婚,永为定制。这种做法实质上是继承了元代维护蒙古人血统和地位的婚姻政策。满汉不通婚政策一直推行了三百多年,直到光绪时,因为形势所迫,才下诏准许满汉通婚。

鸦片战争以后,中国资本主义工业有了发展,资产阶级改良主义思潮进一步把反对妇女缠足、兴办女学推向高潮,形成社会运动。民国初年,女子教育有了发展,男女社交走向公开,打破几千年来男女授受不亲、性封闭的传统。男女自由恋爱、自愿结婚的情况多了起来。在“五四”新文化思潮的影响下,男女青年纷纷起来反抗传统婚姻强加于他们身上的“没有爱情的婚姻”,采取抗婚、离家出走等方式争取婚姻自由。民国时期涉外婚姻有局限性,主要表现为在国外留学的中国留学生与外国人之间通婚。在解放区,也有中国公民和外国人通婚的实践。

^① 《辽史·属国表》。

二、涉外婚姻当代篇

中国现代的涉外婚姻主要体现为“利”、“情”二字。

新中国成立至 20 世纪 50 年代中期,中国人并不十分看重涉外婚姻和海外关系,加之当时社会的政治形势严峻,人们不想因涉外婚姻、海外关系背上“包袱”,异域通婚的人微乎其微。从客观原因来看,当时与中国有交往的多是社会性质相同的社会主义国家,如前苏联、朝鲜等,这一时期发生的零星的涉外婚姻主要为我国公民与前苏联、朝鲜等国家公民之间通婚;再是日本战败后,日军撤退时,将数目不小的一批日本妇女扔在中国,不少中国男子与这些遗留的日本妇女结婚,从而形成涉外婚姻。

20 世纪 50 年代后期至 70 年代末期,我国在法律上对涉外婚姻、海外关系未刻意限制,在政策上没有明文规定不许中国公民和外国人以及港、澳、台胞结婚,但这一时期涉外婚姻仍受政治左右。这一时期我国的对外政策基本上是闭关锁国,政治上、外交上仅与“欧洲的一盏社会主义明灯”阿尔巴尼亚联盟,中国公民与外国人接触的机会较少。在当时的情况下,能与外国人,以及港、澳同胞联姻的中国人屈指可数,与台胞结婚根本没有可能性。实践中,我国对中国公民与外国人及港、澳同胞结婚审查严格。中国公民如果向婚姻登记提出涉外结婚登记申请,我国主管部门就要对其进行政治审查,审查内容主要为对方国家是否与我国建立了外交关系,如果建立了外交关系,则通过我国驻该国使领馆进一步审查对方当事人的婚姻状况、历史背景等情况;同时,我国驻外使领馆还要审查对方当事人的政治倾向,是否亲华、是否爱国等内容,审查后要出具审查报告。手续烦琐,防范措施严密,使百姓不敢轻易涉足涉外婚姻。从外国人及港、澳同胞的立场来看,也不愿意与中国人及内地人通婚。一个涉外婚姻关系,政府左查右审,溯及三代,而且内地政治运动不断,外国人也不愿因婚姻而卷入政治旋涡。

中国当代涉外婚姻的开放,始于 1977 年国庆节邓小平接见港澳同胞代表团时的一个讲话,邓小平在这次讲话中批评了我国以往在涉外婚姻方面的做法:“说什么‘海外关系’复杂不能信任,这种说法是反动的。我们现在不是关系(海外关系)太多而是太少,这是个好东西,可以打开各方面的关系。‘四人帮’胡说‘地、富、反、坏、侨’,把华侨同地、富、反、坏并列起来。这种错误政策一定要纠正过来,要做大量工作,进行政策教育,全国执行。中央已下了这个决心”,“中国人多嘛!对愿意出去的人,不要抓得那么紧,继承遗产、娶亲等,

都可以出去,回来的也欢迎”。当时我国的一位著名女电影演员申请与外国人结婚,审批机关迟迟不敢批准,后来邓小平说了一句话,审批机关批准了。

1978年党的十一届三中全会之后,中国的涉外婚姻逐渐放开。1979年,我国民政部门首次有了涉外婚姻的统计数字,这一年,在中国登记的涉外婚姻182对,北京市三十多对。

从1979年至20世纪90年代初期,我国的涉外婚姻一直呈上升趋势,甚至一度出现了繁荣的态势。涉外婚姻的激增,一方面与中国人与外国人交流增多有关,具备了中外通婚的条件;另一方面与几十年来人们的身心长久受到桎梏有关,猛然打开国门,人们的感情得到释放,看到了外面的精彩世界,看到了资本主义国家高度的物质文明,吸引了不少中国人与外国人通婚。民政部门的登记资料显示,截至1995年,全国的涉外婚姻已达一万六千多对。

从1995年开始,我国的涉外婚姻进入平稳的发展期,每年登记的涉外婚姻有1500对左右,此后一直保持在这个水平上。中国近几年来经济高速发展,中国人的腰包逐渐膨胀起来,中国人对财产的占有量比一些外国人对财产的占有量还要多,这样一来,许多人把寻找配偶的目光转向中国富裕起来的人而不再寻求外国人。2002年,武汉一名牌大学的一位才貌双全的女研究生登出征婚广告,要嫁一个有1000万资财的男人,中国的一个拥有亿万财产的老板娶了这位女研究生为妻。此次征婚在全国引起巨大反响,引发了一场婚姻本质的讨论。

2003年,上海华东师范大学人口研究所、上海市民政局对上海市的涉外婚姻作了一个调查,调查结果显示,上海市的涉外婚姻居全国之首,占新婚比例的3%;调查结果还显示,超过33%的女孩愿意并希望与外国人结婚,理由是与外国人结婚能生活得更好。调查结果反映出部分人的择偶倾向,表明人们已把经济条件作为婚姻的重要内容加以考虑。

中国近年来涉外婚姻的一个突出特点是部分女性外嫁寻“利”,把婚姻作为第二次投胎,通过涉外婚姻改变自己的生活境遇,婚姻的功利性十分露骨,婚姻的质量不高。许多涉外婚姻当事人的婚姻是“速成”的,在很短的时间内见过几次面就结婚,甚至发生过上午见面,下午登记结婚的情况。仓促结婚使婚姻双方难以了解,为骗婚造成了可乘之机,有些外国人一贫如洗,在本国找不到配偶,到中国冒充大款骗婚,近年来此类案件时常发生,酿成婚姻悲剧的已不在少数。

通过涉外婚姻寻“利”,并不完全表现为追求金钱,追求一种利益或者一种身份关系也是寻“利”的表现。上海籍人胡嘉红2002年2月在澳大利亚被道

格拉斯残忍杀害就是典型的一例。1999年,胡嘉红移民澳大利亚墨尔本。移民前,胡嘉红在上海的一家大公司供职,薪金丰厚,稍有积蓄。移民后,胡嘉红依靠自己的才能,在澳大利亚一家养老金IT公司担任分析工程师的职务。胡嘉红移民澳大利亚时并没有获得永久居住权,按照澳大利亚法律规定,凡是在澳大利亚与澳大利亚人结婚的外国公民都可以获得永久居住权。为寻求澳大利亚的永久居留权,胡嘉红乞求于与澳大利亚籍公民结婚,而且这种欲望越来越强烈。

道格拉斯当年55岁,澳大利亚墨尔本人,由于自身缺陷再加上好吃懒做,致使他整日除了领取政府救济金之外无所事事,妻子同这位无业游民离婚。2001年7月,道格拉斯突发奇想,刊登了一起征婚广告。看到道格拉斯的征婚广告后,胡嘉红开始与道格拉斯联系并进行交往,没多久两人就同居了。2002年5月初,胡嘉红的同事发现她没有按时来上班,决定报案。2002年2月5日,墨尔本警方开始立案侦查。经过3个多月的调查,终于在道格拉斯位于Glenhundy的一处住所的后院内找到了胡嘉红的尸体,尸体用一个塑料袋包裹着。胡嘉红遇害时年仅34岁。2004年9月,道格拉斯被判处有期徒刑20年。

涉外婚姻还存在一种形式,就是虚假婚姻,一些中国人为了达到出国的目的,采用和外国人结婚的方式出国,出国后立即离婚。虚假涉外婚姻主要集中在中国人和日本人、中国人和韩国人之间的通婚,现在日本、韩国已采取了防范措施,日本以法律的形式规定日本人与外国人结婚,结婚后5年内不准离婚。韩国也作出了与日本相似的规定。

从总体上看,涉外婚姻当事人之间缺乏感情基础,婚后离婚率较高。有的涉外婚姻当事人双方婚前虽有一定的感情基础,但由于婚前了解不够,婚后思维方式不同,生活习惯差异等原因,双方共同生活了数年后,分道扬镳,婚缘也到了尽头。

当然,不可否认的是,我国的一些涉外婚姻,也有为“情”而婚的。有的中国人和外国人在工作中有了接触,有对共同事业追求,双方相互了解,彼此之间产生恋情而结婚,婚后生活过得很幸福。不过,这样的婚姻在我国的涉外婚姻中所占比重很小。

涉外婚姻是涉外夫妻人身关系、涉外夫妻财产关系的基础。中国公民与外国人结婚后,多移居国外居住、生活,在中国居住、生活的较少。中国公民与外国人结婚后,无论移居国外,还是在中国居住,夫妻人身关系、夫妻财产关系主要适用居住地法律调整。

三、涉外父母子女关系篇

在我国,因涉外婚姻产生的父母子女关系争议的数量不是很多,涉外父母子女关系主要体现在涉外收养和涉外送养方面。我国涉外收养和涉外送养集中在两个历史时期:

第一个历史时期是抗日战争胜利后。1945年,日本投降,战争的硝烟被和平鸽洁白的羽毛和遍地的鲜花绿草所覆盖,中国人民欢庆抗日战争的胜利。日军全面溃退时,东北地区到处都是日本的“难民营”,大批日本病妇、儿童被抛弃在火车站、街道边,甚至倒塌的破房子里。据不完全统计,当年日本约有5000余名孤儿被抛弃在中国土地上,最大的13岁,最小的刚刚出生几天。

面对大批日本孤儿,中国母亲们表现出极大的人性之爱、母性之爱、道德之爱。她们不记前仇,摈弃前嫌,把伤病的日本弃儿从垃圾堆里、泥坑中抱出来,带回家中抚养,使这些日本弃儿存活下来,表现出中华民族崇高品德。

中日邦交正常化以后,中国公民收养的日本弃儿绝大多数返回日本。

第二个历史时期是我国实行改革开放政策以后。1978年,我国实行改革开放政策,对涉外收养不再严格限制,许多外国人到中国来收养子女。1980年至1990年,我国办理了收养公证的涉外收养有180 000件;从1990年始,我国涉外送养呈现出一个高峰期,1993年为三千多起。大规模的涉外送养引发了许多社会问题,也引起了政府的注意,从1993年起,我国对涉外送养实行一定程度的限制。1994年,我国涉外送养的人数回落,仅为一千多起。1995年,我国涉外送养反弹,送养人数接近3000起;1996年,我国涉外送养的人数继续攀高,达五千多起;1997年,我国涉外送养的人数再攀新高,达六千多起;1998年,我国涉外送养的人数有五千五百多起;此后,我国涉外送养儿童的人数每年都保持在一个较高的水平上。

来我国收养儿童的开始是美国公民居多,以后扩展到加拿大、瑞典、挪威、丹麦、芬兰、荷兰、英国、比利时、西班牙、澳大利亚等国家。^①许多外国国家支持本国公民收养外国儿童。以美国为例,2000年10月30日,美国总统克林顿签署了《2000年未成年人国籍认定法》,该法规定美国公民收养的外国儿童自动获得美国公民身份,这也是美国公民在我国收养儿童人数居多的原因。

一个国家涉外送养儿童数量过大,会引起社会结构发生变化,引发一系列

^① 蒋新苗著:《国际收养法律制度研究》,法律出版社1999年版,第349页。

社会问题。特别是我国涉外送养的绝大多数是女婴,使我国新生婴儿男女比例失调的状况更加严重。我国涉外送养儿童的数量居高不下,应引起关注。

四、涉外遗产继承篇

我国涉外继承案件的数量不多,遗产的数额也不是很大。在我国,有两起事件引起了我国较大范围的涉外继承。一起事件是中美关系解冻后,中美两国政府签署协议,相互返还两国政府冻结的对方国家公司、公民的财产。这些财产返还后,有些财产成为遗产,从而引起涉外继承;中美关系解冻后,也引发了一批1949年去台湾省,后经台湾省去美国,在美国死亡,留在中国的妻子、儿女继承在美国的遗产的案件。另一起事件是海峡两岸允许民间往来,当年跟随国民党军队跑到台湾省的一些老兵,有的已经死亡,有的已到耄耋之年,在两岸允许民间往来之后不久就去世了,他们中的许多人在内地留有妻子、儿女,这就产生了被继承人死亡后,被继承人在内地妻子、儿女继承被继承人遗留在台湾省的遗产案件。这两起事件引发的继承争议,经过我国法院的努力,大都圆满解决。

随着我国改革开放的深入发展,外国人到我国经商、求学、就业的愈来愈多;中国公民跨出国门,走向世界的人数就更多了,目前每年有50万人到世界各国经商、求学、就业,在世界各地的华人总数已达2000万人,这样一个庞大的群体,必然会引起大量的包括继承在内涉外民事关系,我国的涉外继承案件会愈来愈多。

五、涉外婚姻、家庭、继承案件审判篇

涉外婚姻、家庭、继承关系的增多必然导致涉外婚姻、家庭、继承案件的增加。

涉外婚姻、家庭、继承案件的审理,与国内婚姻、家庭、继承案件的审理有相同之处,也有不同之处。

涉外婚姻、家庭、继承案件审理与国内婚姻、家庭、继承案件审理相同之处表现为一国法律对法院司法的一般性要求,这一要求的主要内容为审理案件的法院对案件要有管辖权;案件审理过程中程序要公正、合法;案件的法律适用要准确。

涉外婚姻、家庭、继承案件与国内婚姻、家庭、继承案件的不同之处在于,

涉外婚姻、家庭、继承案件具有涉外因素,涉外婚姻、家庭、继承案件中的涉外因素决定了这类案件的审理与国内婚姻、家庭、继承案件的审理有所不同。法院审理涉外民事案件时,除遵守一国法律对法院司法的一般性要求外,还要遵守一国法律对涉外婚姻、家庭、继承案件审理的特殊要求。

涉外婚姻、家庭、继承案件审理的程序是:当事人向法院提起涉外民事诉讼;法院审查对案件是否具有管辖权,法院对案件有管辖权,法院立案;法院立案后,对案件性质进行识别,通过识别确定案件的性质;确定案件性质后,找出法律适用规范;根据法律适用规范的指引,确定案件应适用的准据法;根据准据法,确定当事人之间的权利义务,直至作出判决。

涉外婚姻、家庭、继承案件审理与国内婚姻、家庭、继承案件审理的本质区别在于法律适用,国内婚姻、家庭、继承案件审理适用的法律只能是一国的国内法,不涉及外国法律的适用问题,而涉外婚姻、家庭、继承案件审理适用的法律,可以是一国的国内法律,可以是与案件有联系的外国法律,也可以是当事人选择的与案件没有任何联系的外国法律,还可以是一国缔结或参加的国际条约或者是当事人选择适用的国际惯例。

法律适用贯穿于涉外婚姻、家庭、继承案件审理的整个过程。法院的审判活动从立案时开始,法院受理案件的前提条件是对案件有管辖权,判断一国法院对涉外民事案件是否具有管辖权,首先要看本国缔结或者参加的国际条约的规定,其次是本国法律中对涉外婚姻、家庭、继承案件管辖权的特殊规定,再次是本国法律对婚姻、家庭、继承案件管辖权的一般规定,确定管辖权的法律适用是有顺序的;一国法院确定本国法院对案件具有管辖权,就要对案件的性质进行识别,识别适用的法律在理论上虽然存在许多观点和学说,但适用法院地法律进行识别是各国的普遍实践,识别适用的法律多为法院地法律;对案件识别之后,确定法律适用规范,法律适用规范的确定不涉及外国法律的适用问题,法院只能从本国的法律适用规范中找出应适用的法律适用规范;确定法律适用规范后,根据法律适用规范的指引确定案件应适用的准据法;根据法律适用规范确定的准据法,可能是本国法律,可能是外国法律,可能是国际条约或者是国际惯例。准据法是本国国内法律或者是本国缔结或参加的国际条约,本国法院适用不存在问题,准据法是外国法律或者是国际惯例时,要查明外国法律或者国际惯例的内容,如果外国法律、国际惯例的适用违反我国的公共秩序或者公共利益,可以运用涉外民事关系法律适用法上公共秩序保留制度、反致制度、法律规避制度、外国法律查明制度排除外国法律或者国际惯例的适用,转而适用法院地法律;法院确定了案件适用的实体法律,则依据实体法律

确定当事人之间的权利义务,作出裁断。

本书主要是对我国涉外婚姻、家庭、继承法律适用问题进行研究。本书写作过程中,通过对我国公开公布的一些涉外婚姻、家庭、继承案件的研究,认识到我国涉外婚姻、家庭、继承案件的审判不尽如人意,存在一些问题,这里仅就存在的主要问题探讨如下:

涉外婚姻、家庭、继承案件的管辖权问题。涉外婚姻案件、涉外家庭案件、涉外继承案件是与人的身份密切相关的案件,为了对本国当事人实施有效的保护,各国法律大都规定,只要涉外婚姻、继承案件涉及本国公民利益,本国法院就有管辖权,管辖权的竞争十分激烈。我国法律与各国法律一样,对涉外婚姻、继承案件,特别是涉外婚姻案件的管辖权作了特别规定,在属地管辖的基础上,规定了属人管辖,以确保我国公民的合法权益不受侵害。

实践中,我国法院在涉外婚姻案件的管辖权问题上存在应管辖而不管辖的情况。湖南省一法院对一起双方当事人都是中国公民,在乌克兰结婚,在中国法院起诉离婚的案件认定中国法院不具有管辖权,告知当事人应到婚姻缔结地离婚,法院对该案的处理决定明显违背我国法律关于涉外离婚案件管辖权的规定。

实践中还存在管辖权的享有与管辖权的行使区分不清,对国际社会通行的管辖权规则不熟悉、不了解,对不具备管辖条件的案件行使管辖权,浪费司法资源的情况。管辖权的享有是指涉外婚姻、家庭、继承案件与我国有连接因素,依据我国法律规定的管辖权规则,法院对案件具有管辖权。管辖权的行使是指法院对享有管辖权的案件,依法行使管辖权,受理当事人的起诉,对案件进行审理。享有案件管辖权是行使案件管辖权的前提条件,行使案件管辖权是享有案件管辖权产生的结果。

一国法院对涉外婚姻、家庭、继承案件享有管辖权,并不必然导致对案件行使司法管辖权。一起涉外婚姻、家庭、继承案件,必然与多国有联系,如果案件与他国的联系比与我国的联系密切,尽管我国法院享有对案件的管辖权,但并不一定要对案件行使司法管辖权。以涉外离婚为例,一方当事人为中国公民,一方当事人为外国公民,双方当事人居住在国外,当事人的财产在国外,当事人的争议发生在国外,一方当事人挑选法院,到中国法院起诉,对这样的案件,我国法院享有案件的管辖权,如果我国法院对案件行使司法管辖权,对法院、当事人都会产生不方便。

从当事人的角度讲,起诉、应诉不方便,特别是案件的执行不方便,一国法院的判决要在外国得到承认和执行,除国家之间有条约关系、互惠关系之外,

应当说是困难重重,甚至花费的时间、人力、物力、财力比诉讼还要多。国家之间没有条约关系、互惠关系,一国法院作出的判决在外国得不到承认和执行,这种判决对当事人无异于一张白纸,法院对案件行使司法管辖权没有任何意义。

从法院角度讲,对这样的案件,司法文书送达不方便,调查取证不方便,审理案件不方便,审理案件时,至少在语言上就存在障碍。对这类案件的处理,国际上通行的规则是适用“不方便法院”原则,不对案件行使司法管辖权,告知当事人到适当的法院提起诉讼。而我国的一些法院,在当事人已经提出案件管辖异议时,还要坚持对案件的管辖。反映出我国个别法院司法理念落后,审判技巧陈旧,司法机关和审判人员的业务素质亟待提高这样一个现实问题。

我国涉外民事审判存在的最大问题是法律适用上的绝对属地主义。在实践中,把涉外婚姻、家庭、继承案件与国内民事案件等同起来,一概适用中国法律。涉外婚姻、家庭、继承案件与人的身份密切相关,各国为了对本国公民进行保护,在法律适用上,大都规定了适用当事人的属人法。我国的法律规定与各国的法律规定有相同之处,在涉外婚姻、家庭、继承民事关系中,作了适用当事人属人法的规定。在审判实践中,法官往往置我国的法律适用规范于不顾,违反我国法律适用规范的指令,在应该适用当事人的属人法时适用法院地法律,导致法律适用错误,造成法院判决错误。

更为严重的是,受业务水平的限制,一些审理涉外民事案件的法官违反我国法律适用规则,在涉外民事审判中适用法律错误,判决结果错误。而法官本人并没有意识到自己办了错案,还将这些错案当成优秀案例,或在媒体上发表,或著书立说,加以传播,以讹传讹,误人子弟。

我国一些媒体的采编人员对涉外民事审判法律适用的知识相对缺乏,无法判断法院判决的正误,把一些错误的案例当成正面的典型加以宣传,扩大了涉外民事案件法律适用绝对属地主义的影响,进一步说混淆了人们的是非观念。

在我国的涉外婚姻、家庭、继承案件审判中,还有一个敏感的问题就是台湾省的“法律”适用问题。历史的原因造成了我国内地涉外婚姻、家庭、继承案件中相当一部分案件是涉台案件,内地与台湾地区的经济发展有一定的差距使涉台婚姻、家庭、继承案件近年来增多。按照“一国两制”的构想和港澳回归后的实践,内地法院在审理涉港、涉澳婚姻、家庭、继承案件中,根据法律适用规范的规定,经常适用香港地区、澳门地区法律,而在涉台案件中,至少在已公开的判决中,未见有适用台湾省“法律”的情况。如何在“一国两制”的框架内,

解决好涉台案件的法律适用问题,是一个亟待研究的问题。

本书中对于一些问题的认识,局限于个人的认识能力,不一定正确,恳请读者批评指正。谨识。

齐湘泉

2004年8月28日于北京蓟门

目 录

序	(1)
第一章 涉外结婚法律冲突与法律适用	(1)
第一节 婚姻与涉外婚姻	(1)
一、婚姻的本质特征	(1)
二、涉外婚姻的法律特征	(5)
第二节 涉外结婚形式要件法律冲突与法律适用	(7)
一、结婚形式要件法律冲突	(7)
二、结婚形式要件法律适用	(9)
三、我国关于涉外结婚形式要件法律适用的规定	(10)
第三节 涉外结婚形式要件法律适用实例	(11)
一、中国公民王丹丹与英国籍人乔治结婚登记案——中国公 民和外国人结婚的登记程序	(11)
二、旅美华侨李铁林与中国公民张玉凤结婚登记案——未经 我使、领馆认证的未婚证明不具有法律效力	(13)
三、香港居民李虎与内地居民汪霞、澳门居民周万年与内地居 民赵菁结婚登记咨询案——香港居民、澳门居民与内地居 民结婚登记的形式要件	(15)
四、中国公民张常生与德国公民娜琳娜结婚登记案——中国 公民与外国人结婚的限制	(16)
五、美籍华人朱媛与中国公民袁军结婚登记案——正在服刑 的在押犯能否登记结婚	(17)
六、单莱与陈书鸿婚姻登记案——弟弟顶替哥哥办理结婚登 记的效力	(21)
七、台湾省居民高志雄、高月子诉内地居民翁美桃、翁明月解 除婚约案——婚约的法律效力	(24)