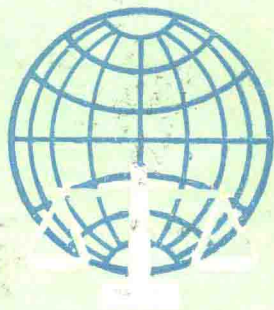


国际私法

讲 稿

华东政法学院 主 编
国际私法教研室



司法部国际私法师资进修班编

国际私法讲稿

(上)

华东政法学院
国际私法教研室 主编

司法部国际私法师资进修班编印

国际私法讲稿

出版(内部): 司法部国际私法师资进修班
印 刷: 江苏南通县东海教育印刷厂
1987年12月

内部资料(上、下册)

酌收工本费5.00元(包括挂号邮寄费)

前 言

1986年9月至1987年1月，中华人民共和国司法部委托华东政法学院举办了国际私法师资进修班。全国各大专院校法律系科和各沿海开放城市的对外经济律师事务所选派了近百名学员来进修班参加学习。国际法学界的许多著名学者、专家、教授、博士生导师应聘担任了讲授工作。他们渊博的知识、精湛的学术见解、严谨的学风，给予人们深刻的启发。师资班结束以后，各主讲人在百忙中挤出时间整理讲稿，准备付印，以便让更多的人共享这次师资班的成果。特别是一些年愈古稀的老教授，亲笔耕耘，一笔一划都凝聚着他们对青年一代的关怀，感人肺腑。

现将各主讲人的讲稿编辑成上、下册付印。上册属国际私法的系统讲授部分，下册属国际私法和与国际私法有关的法学知识的专题讲授部分。个别主讲人因病或因事未能整理出讲稿，只好阙如。

我们深信本书的发行对于国际私法学界会有所裨益，对于我国涉外民事法律关系和对外经济贸易关系的处理，将提供一定的理论指导。

本书由华东政法学院国际私法教研室主编，全部稿件进行过编辑加工，部分稿件作了增删。不足之处欢迎批评指正。

编 者

1987.4

系统讲授目录

国际私法的晚近发展趋势(代序)·····	韩德培(1)
第一章 国际私法的概念·····	余先予(25)
第二章 国际私法的主体·····	余先予(70)
第三章 冲突法的理论和制度·····	刘慧珊(99)
第四章 涉外所有权·····	余先予(196)
第五章 涉外债权的法律冲突问题·····	李双元(232)
第六章 国际商品贸易的法律制度·····	董世忠(310)
第七章 国际经济技术合作的法律问题·····	余先予(374)
第八章 国际货物运输与保险的法律问题·····	张既义(465)
第九章 知识产权的国际保护·····	郭寿康(515)
第十章 国际支付与结算·····	徐秀琼(558)
第十一章 涉外婚姻家庭的法律冲突·····	王玉洁(585)
第十二章 涉外继承权的法律冲突·····	王玉洁(641)
第十三章 解决涉外民事争议的途径·····	任继圣(659)

国际私法的晚近发展趋势

（代序）

韩德培

一、对传统的国际私法的批评与攻击

第二次世界大战以后，随着国际经济交往和国际民事关系的发展，传统的国际私法已不能完全适应新的需要。有不少国际私法学者，对传统的国际私法纷纷表示不满。他们提出了一些新的理论和方法来研究国际私法。而美国的一些学者，在对传统的国际私法的批评和攻击中，扮演着特别活跃而重要的角色。

我们要了解世界上国际私法的晚近发展趋势，首先须了解一下传统的国际私法是怎样受到批评和攻击的。

传统的国际私法，在解决法律适用或法律选择问题时，所采取的方法可以说是三部曲。首先解决识别问题，即定性问题，决定争议的问题是属于什么法律范畴：是属于合同问题，还是侵权行为问题；是属于夫妻财产制问题，还是夫妻间的继承问题；是属于实质问题，还是程序问题等等。这是第一步。其次是选定连结因素或称连结点，即选定当事人的国籍，或是住所，或是行为发生地等等。这是第二步。再其次是法律的查明和适用。根据所选择的连结点，按图索骥地寻找所要适用的法律，如本国法、住所地法或行为地法等

等。这些都叫做准据法。这是第三步。这种方法，有人称之为“分配法”（allocation method），就是将某一争议问题，分配给某一国家的法律去处理。在分配过程中，在选择某一国家的法律以前，还不知道所要适用的法律内容如何，更不知道适用的结果是如何。只有在选择了以后，如果发现所要适用的法律，其适用结果将会影响到内国的根本利益或基本政策时，才可利用所谓“公共秩序保留”拒绝适用。为什么不在选择过程中就审查一下有关的法律的内容和适用的结果究竟如何呢？因此，到了本世纪三十、四十年代，在美国就有些国际私法学者，对传统的国际私法，在法律选择、法律适用问题上，从理论到方法，开始进行了猛烈的批评和攻击。尤其在第二次世界大战以后，这种批评和攻击，可说是达到了最高峰。

这里，不妨举三位有代表性的学者来简单谈一谈。一位是美国哈佛大学教授卡弗斯（David F. Cavers）。他认为应当抛弃过去那种选择法律的方法，即只关心哪一个国家的法律有管辖权，而不管具体的法律规则的内容和适用的结果如何的那种老方法。他主张应该根据一定的标准或价值观念，也就是他提出的所谓“优先原则”（Principles of Preference），对所涉及的几个国家的具体的法律规则的内容和适用结果进行比较，去直接选择应适用的法律规则。用他的话说，要把“管辖的选择”（jurisdiction Selection）改变为“规则的选择”或“结果的选择”（rule Selection or result selection）。另一位是美国默西尔（Mercer）大学的教授柯里（Brainerd Currie）。他对传统的国际私法进行了最猛烈的攻击。他认为传统的国际私法在选择适用法律问题上，从理论到方法，都是概念式的、虚假的、无

用的等等。他提出所谓“政府利益分析说”(governmental interests analysis)。所谓“政府利益”，就是指一国政府（在美国还指一个州的政府）对实现其法律中所体现的政策有利益。他认为应根据这种利益来直接适用那个有利益的国家的法律。如果只有一个国家有利益，就只适用那个国家的法律。如果两个国家有利益，而其中一个国家是法院地国，就只适用法院地国家的法律。如果是法院地国以外的两个或两个以上国家有利益，那就根据情况可以适用法院地法，也可以适用其他国家的法律。这就显然给了法院地法以优先权，扩大了法院地法适用的机会。在这一点上，他的追随者改正了他的方法，主张应对有关国家的利益进行比较，而给予具有较大利益的国家以优先权。按照柯里的主张，法律的选择完全取决于对政府利益的分析，那么冲突规范也就似乎没有存在的必要了，这样也就动摇了几百年来发展起来的国际私法体系了。毋怪他自己曾说：“没有法律选择规范，我们会更好些。”另一位学者是美国哥伦比亚大学教授里斯(Willis L. M. Reese)。他的主张比较温和。他认为应努力克服传统的国际私法在选择法律方面的机械、僵硬的缺点，但同时他却认为要彻底抛弃传统的冲突法制度是不现实的，也是行不通的。因此，他没有完全放弃传统的国际私法选择法律的方法，而是赋予它以比较大的灵活性。他主张以一种“最有意义的关系”(Most Significant relationship)或者说“最密切联系”(The closest connection)原则作为选择法律的基本原则。就是在选择法律时，要看哪一个地方（或国家）与案件的事实和当事人有最密切的联系，就适用哪个地方（或国家）的法律。他并没有呆板地规定，在哪一种情况下机械地适用哪一种法律，而是在“最密切联系”的前提

下，灵活地考虑各种连结点，去自由地选择法律。例如，就侵权行为而言，应考虑的连接点就有：1、行为发生地；2、伤害发生地；3、当事人的住所、居所、国籍、公司成立地以及当事人业务活动地；4、当事人之间的关系集中地等。这样，法院就可以根据具体的情况实现有关的政策和维护当事人的正当权益。他所主持编写的《美国冲突法第二次重述》，就贯穿着他的这种思想。

美国的这些新学说，不但在美国法学界引起广泛的注意和热烈的讨论，而且在其他一些国家也受到密切的注视并产生了不可忽视的影响。今天世界上国际私法的发展趋势，在某些方面是和这些学说有密切关系的。

二、二次大战后国际私法中的重大改革和新的发展

今天世界上各国国际私法在选择法律的方法方面，基本上还是保持传统的框架，但同时在这框架的基础上却进行了重大的改革，并出现了一些新的发展。这种重大的改革和新的发展，主要表现在以下几个方面：

1、弹性连结原则被逐渐广泛地采用，这可分以下几点来说明：

（1）最密切联系原则的采用

上面曾提到，美国的里斯教授是极力主张采用这一原则的。本来，这一原则并不是里斯所首创。早在他以前，英国的韦斯特莱克（g. westlake）在契约方面，就曾主张如果当事人没有选择法律，就应根据最密切联系原则（他称为

“最真实联系”〔The most real connection〕,意义一样),选择应适用的法律。不过,那只限于契约方面,后来才在实践中把这条原则渐渐扩大到其他领域方面,如侵权行为。里斯教授不但把这最密切联系原则适用于契约、侵权行为方面,而且对婚姻、继承等各种各样的法律关系,都根据这条原则,提出一系列可供考虑的连接因素,只要哪一个地方(或国家)与案件的事实和当事人有最密切的联系,就适用那个地方(或国家)的法律。其实,这也正是近代社会、经济特别是技术发展的必然结果。例如,就侵权行为来说,现在交通十分发达,人员的流动十分方便和频繁,交通事故在什么地方发生,往往是很偶然的,如果规定侵权行为的准据法只能是行为发生地法,把行为发生地作为唯一的连接因素,以决定应适用的法律,那就是完全凭偶然的来决定应适用的法律,是显然不切合实际的。采用最密切联系原则,就是要避免这种僵硬性,对连接因素作一种所谓“软化”处理(Softening of connecting factors),以增加选择法律的灵活性——弹性。这种主张,尽管它本身还不是尽善尽美,但它的出现,不论从理论上还是从实践上来说,还是有着重要意义的。所以这一原则,不但在美国法院的实践中受到重视并被采用,而且在其他国家也已产生了影响。例如1978年奥地利联邦国际私法法规在第一章总则内就开宗明义地规定,将“最强联系原则”(德文Grundsatzg des Stärksten Beziehung)作为一条通则,在涉外案件中应一律适用与之有最强联系即最密切联系的国家的法律。1980年欧洲共同体国家签订的《关于契约债务的法律适用公约》也规定:如果契约当事人没有选择法律,契约应适用与之有最密切联系的国家的法律(第4条)。这一原则,我国现在

在合同方面也采用了。例如我国《涉外经济合同法》关于涉外经济合同规定：合同当事人没有选择法律的，就适用与合同有最密切联系的国家的法律（第5条第1款）。我国《民法通则》关于一般涉外合同也规定：涉外合同的当事人没有选择法律的，就适用与合同有最密切联系的国家的法律（第145条第2款）。可见这一原则已经不径而走，为不少国家所采用了。

（2）选择性连结因素的采用

这也是增加法律选择的灵活性的一种办法。这就是提供较多的连结因素，只要某种行为依这些因素中的一个因素所指引的法律为有效，即属有效。这当然与所要实现的政策有关。这在法律行为的方式方面使用得最多。例如，根据1963年英国《遗嘱法》，不论遗嘱在何处订立，也不论是关于动产还是不动产，遗嘱的方式只要符合以下四种法律之一，即为有效：①遗嘱订立地法；②遗嘱人立遗嘱时或死亡时的住所地法；③遗嘱人立遗嘱时或死亡时的习惯居所地法；④遗嘱人立遗嘱时或死亡时的本国法。此外，关于不动产的遗嘱，其方式如符合物之所在地法，也是有效的。再如，1961年10月5日海牙关于遗嘱方式的法律冲突公约，也有与此类似的规定。这些规定都是为了增加法律选择的灵活性。

（3）补充性连结因素的采用

这也是提供较多的连结因素，如果依一个连结因素所适用的法律不能获得某种结果，就依另一个连结因素而适用另一个法律，最后常落脚到适用法院地法。例如，1973年10月2日海牙关于扶养义务的法律适用公约就规定：首先适用债权人习惯居所地法，如果依此法不能获得扶养费，就适用债权人和债务人的共同本国法，如果依此法仍不能获得扶

费，则最后适用法院地法。这样就可以使债权人有更多的获得抚养费的机会。

另外还有与此类似的补充性连结因素，但微有不同。刚才所讲的补充性连结因素，是着眼于所希望获得的结果，只有在这种结果依前一法律不能获得时，才能按补充次序适用其他法律。另一种补充性连结因素，是在前一个连结因素不存在时，就依次利用另一个连结因素而适用另一个法律。例如，1979年匈牙利的国际私法规定：婚姻解除的条件，依夫妻共同属人法；如无共同属人法，依最后共同属人法；如无最后共同属人法，依最后共同住所地法；如无共同住所地法，则依法院地法。这当然也是为了增加适用法律的灵活性。以上是讲弹性连结原则的三种使用情况。

2、政策定向（Policy-oriented）和结果选择（result selection）的方法在法律选择中受到重视

按照前面所提到的美国柯里教授的主张，选择法律应根据有关国家（在美国也指州）的政府利益来决定，而这种政府利益也就是指实现有关国家的法律中所体现的政策。这可叫做“政策定向”法。另外，卡弗斯教授指出，选择法律应按优先原则对某些有关的法律规则进行审查，看它们适用的结果如何，决定适用哪一个法律规则。这可叫做“结果选择”法。他们的这些主张，不但在美国产生了比较大的影响，就在欧洲国家也是有一定影响的。当然，象柯里教授要把传统的国际私法选择法律的方法完全抛弃，在实际上是很难办到的，也没有能办到。但他们的这些主张，还是可以在传统的国际私法选择法律的框架中加以运用的。事实上，在现代有些国家的国际私法及某些国际私法公约中就已经在运用了。究竟是怎样运用的呢？下面可分几点来谈。

（1）对消费者和劳动者的保护

在近代社会，消费者在订立具有国际性消费契约时，包括提供货物、服务、运输、旅游等方面的契约，常常受广告的影响，这里就需要对消费者进行保护。例如，就分期付款问题而言，就得适用对消费者比较有利的法律。晚近的趋势，总是倾向于适用消费者习惯居所地的法律。这在现代不少国家的法律中都有规定。例如1978年奥地利联邦国际私法法规（第41条），1978年发表的瑞士国际私法草案（第117条），1977年发表的加拿大魁北克省的国际私法草案（第25、27条第1款）以及1980年欧洲共同体国家所签订的关于契约债务的法律适用公约，都有这样的规定。而且在这些规定中，还明确指出必须强制适用消费者的习惯居所地法，不管当事人选择什么法律。

对劳动者也是同样需要保护的。在这里，原则上常常是适用劳动履行地的法律。例如，奥地利联邦国际私法法规（第44条）、匈牙利国际私法（第51—53条）、瑞士国际私法草案（第118条）都有这样的规定。而且对当事人选择法律，有的加以限制，有的则完全排除。这些都是重视“政策定向”的最明显的例子。

（2）适用对弱者最有利的法律

这里主要是指对儿童的保护。依1978年奥地利联邦国际私法法规的规定，关于儿童的合法性问题，如果父母的属人法不相同，那就适用对儿童的合法性最为有利的法律（第21条）。依1979年匈牙利的国际私法，有不少规定都是对儿童比较有利的。例如第45条规定：关于父母与子女的关系，特别是关于子女的姓名、安置、照管、接入家庭、法定代理、财产的保管，均应适用子女的属人法。再依该法第46条的规

定，关于子女为匈牙利人或居住在匈牙利者的家庭法律地位、子女与父母间的家庭法律关系以及抚养义务，倘匈牙利法更有利于子女，则应适用匈牙利法。1960年海牙国际私法会议还制定了《保护未成年人管辖权和法律适用公约》，不少欧洲国家都批准了这个公约。因此，它们的法院在关于家庭问题的涉外诉讼中，都把保护儿童作为选择适用法律的一个重要的政策指针。

（3）法院根据政策与结果的需要可以较灵活地自由裁量

传统的国际私法在选择法律时，第一步就是要识别、定性，确定争议事件属于什么法律范畴。在这里，法院就往往不是从纯粹法律的角度去进行识别，而是根据实际的需要，灵活地进行裁量，以达到适用被认为合适的法律的目的。例如，大家都承认，程序问题应适用法院地法。假如因侵权行为而发生的赔偿损失请求权，依侵权行为地法已经消灭，但依法院地法却仍然存在。如果法院在某一具体案件中，认为给予受害者损失赔偿费是比较合理的，它就可以把这个赔偿请求权是否消灭的问题识别为程序问题，从而适用法院地法，以达到所希望达到的目的。再如，1974年10月31日奥地利一个法院的判决，也可说明这一点。有一辆奥地利的长途汽车，在匈牙利行驶时发生交通事故，使一乘客受伤，该乘客在奥地利法院起诉，要求汽车的主人赔偿损失。乘车的契约（指付钱购买车票）是在奥地利订立的，乘客和汽车主人都是奥地利人和居民。这个赔偿损失请求权问题是属于侵权行为问题呢，还是属于契约问题？依奥地利法律，受害人可以获得一笔赔偿费，而依匈牙利法律则否。如果把它识别为侵权行为问题，而又依传统的观点适用侵权行为地法，那么

这个乘客就得不到赔偿费。法院为了让该乘客得到赔偿费，就把这问题识别为契约问题，于是适用了奥地利法律。

在所谓反致问题上，亦复如此。本来按照传统的想法，反致可以被用来促进各国法院判决的协调一致。可是在现代法院的判决实践中，却是往往把它作为获得所希望的某种结果（或实现某种政策）的一种手段。这在美国和欧洲都有学者表示支持。而在立法方面，也是肯定和采纳这种观点的，例如，葡萄牙民法典虽然没有将反致作为一个通则来接受，但却允许用它来取得某种实际的结果，特别是使得某种交易合法化（第16、17、18条）。又如，捷克的国际私法也规定：如果反致能导致对某种法律关系作公平合理的处理，就可予以承认（第35条）。又如在法国，1980年10月12日巴黎上诉法院关于夫妻财产问题的判决，也是一个很好的例子。按照法国的冲突法，夫妻财产问题，无论是动产或不动产，都应适用结婚后的第一个长期居所地的法律。在本案中，这就是美国伊利诺斯州的法律。可是，这个法律对位于法国境内的不动产，却反致给法国去了，法国法院没有接受这个反致，认为如果接受了这个反致，结果就会破坏法国夫妻财产统一的制度，违反了法国法的基本原则。在本案中，虽然法国法院表面上是以违反“公共秩序”作为拒绝反致的理由，但实际上仍然是等于依据结果选择法来运用反致的。

其他在对待“先决问题”（Preliminary questions, incidental questions）、“公共秩序”等问题上，法院也都可以在选择法律过程中加以灵活运用，来实现自己所要实现的政策，达到自己所想达到的目的。这里就不用去详谈了。

3、当事人选择法律和法院地法优先适用的新发展

(1) 当事人在订立契约时, 可以选择应适用的法律, 这是传统的国际私法中早已被承认了的。但是近若干年来, 这项原则又有了新的发展。现在一方面, 在某些类型的契约方面, 有限制当事人选择法律的趋向。例如在消费契约、劳动契约方面, 为了保护消费者与劳动者, 就必须对当事人选择法律有所限制。但同时在另一方面, 当事人选择法律的可能性, 又渐渐扩大到契约领域以外, 甚至扩大到象家庭法领域去了。这样, 就可让当事人选择他们认为最适合于自己情况的法律。当然, 他们选择的法律也可能最后证明并非对他们为最好的法律。但在原则上, 当事人自己是能够影响法律的选择的。例如, 1981年3月25日荷兰的一项法律, 对离婚问题就规定可以让当事人自己选择法律。他们可以选择他们的共同本国法, 如果其中一方与该法没有实际的社会联系而不能适用该法, 也可选择荷兰的法院地法。在继承问题方面, 1978年发表的瑞士联邦国际私法草案(第91条第2款)规定: 在瑞士有住所的外国人, 就他们的财产继承问题, 可以选择他们的本国法或本国法之一, 以代替本应适用的瑞士法。瑞士民法对妇女和子女的特留分, 限制很严, 因此在瑞士的外国人尤其英美人都愿选择他们的本国法。瑞士联邦法院也曾拒绝将瑞士法律中有关特留分的规定强加于选择自己本国法的人身上。在侵权行为方面, 如果行为发生在一国, 而结果产生在另一国, 德国和瑞士的判例都支持受害者一方根据对他们最有利的法律去起诉。不过, 在德国学者中间, 对于是否应由受害者选择对他们最有利的法律, 还是应由法官依职权来决定这个问题, 还是有争论的。

(2) 当事人选择法律往往会导致法院地法的适用, 虽然并非完全如此。这样就加强了在几乎各国的法院实

践中都可以看出的一种趋势，那就是所谓“回家去的趋势”（homeward trend），也就是说法官总愿意适用法院地法，即法官自己国家的法律。这种趋势是由几方面的情况促成的。除当事人选择法律有一定影响外，所谓公共秩序保留条款，也起了不小的作用。适用某一外国的法律时，如适用的结果将会违反内国的公共秩序，就可不予适用，而代之以内国的法律。还有，在有些国家里，在涉外案件中适用外国法，必须由当事人主张和证明，如果当事人不主张适用外国法或者对有关的外国法不能证明时，法官就适用内国法来解决。再在家庭法方面，由于允许当事人选择法律，适用法院地法的机会也增加了。如刚才提到的，荷兰1981年的一项法律，对申请离婚很有利。因此想离婚的人就愿意在荷兰法院起诉，并且选择荷兰法以达到离婚的目的。还有一些国家的法律规定，只要该国法院对某一个涉外案件有管辖权，特别如离婚案件，就应适用法院地法。本来有些国家，如德国、荷兰等，它们的法院是可以依职权适用外国法的，但近年来却也有人主张应反其道而行之，就是应该先适用法院地法，除非当事人主张应适用其他国家的法律。美国有一位学者叫艾伦茨威格（A. A. Ehrenzweig），就主张适用法院地法是一条基本通则，适用外国法乃是一种例外。由于以上这些原因，适用法院地法的可能性就大大地增加了。这是晚近比较明显的一种现象。

4、“直接适用的法律”和实体法解决方法的新发展

（1）什么叫“直接适用的法律”？这是在欧洲发展起来的一种新观念，法文叫lois d'application immediate，英文可译为directly applicable laws，或laws of immediate, direct or necessary application。这是类