

63年

国际私法

[英] 托馬斯 著

倪征喚 譯

内部读物

商务印书馆



国 际 私 法

〔英〕托馬斯著

倪 征 喚 譯

本书是供内部参考用的，写
文章引用时务請核对原文，
并在注明出处时用原著版本。

商 务 印 书 館

1963年·北京

譯 者 前 言

新中国成立以来,中国人民的社会主义建設事业突飞猛进,在各方面取得了輝煌成就,中国的国际地位空前提高,对外联系也日益頻繁。对外貿易、远洋运输、民用航空、铁路联运、国际汇兌、海上保險等事业都在不断发展,因而涉外法律关系也随之日益增多。在这类法律关系中以及在公民个人关系中所发生的一切問題,都需要根据平等的原則进行調整和解决。从国际私法的角度来看,这是有巨大意义的。人們可以回忆,在旧中国时代,中国的法权支离破碎。一方面,外国領事法庭在中国領土內对其本国侨民行使管轄权,直接适用其本国法,如同当事人在其本国領土內一样;而在另一方面,国外华侨得不到祖国的关怀和保护,外国法院在处理他們的案件时是否都符合国际私法一般公认的准则,也很少有人过問。在当时中国所处那种殖民地、半殖民地状态之下,国际私法的实践是很有限的。現在的情况完全不同了,在华外国侨民都要服从我国管轄,国外华侨的合法利益受到祖国的保护。国际私法不仅是一門法律科学,而且在法律实践中,也常常要应用。为了增进这一方面的知识,及在处理涉外案件时能够更多掌握一些別国在国际民事管轄和法律适用方面的观点和实践起見,适当地介紹一些別国在这方面的作品,可能是有益的。

本书作者英国 J. A. C. 托馬斯,业律師,并在格拉斯哥大学执教。他在本书內簡單扼要地闡述了国际私法的一些基本問題,主要是根据英国的判例和法規編写的,但有好些地方,也反映了公认的国际私法原則。从书的篇幅来看,它不可能接触国际私法的

100-144/07

每一問題或者介紹世界各國所採用的國際私法準則。本書的探討範圍，偏重於司法實踐方面。在探討的方法上，本書在每一章節，首先簡單地介紹英國關於某一問題的國內法，主要是判例法，然後對於用以處理這類案件的國際私法準則，概括地說明一下英國的觀點和實踐，有時也涉及一些別國的作法。在英國，本書是供國際私法初學者閱讀的。

這裡必須順便說明一下本書中所用“英國法”一詞的含義。由於聯合王國各構成部分在司法體制上各自形成一個系統，因此在英格蘭、蘇格蘭、北愛爾蘭等地區之間，有時也會有國際私法的適用。但是，它們的終審上訴案件，又都歸倫敦的貴族院受理，從而在法律觀點上就有很多相同之處。此外，就成文法來說，雖然大多數法令適用於整個聯合王國，但是有些法令僅僅適用於個別地區。因此，英國法一詞就有狹義和廣義之分。本書中“英國”或“英國法”字樣，嚴格地講，是指“英格蘭”或“英格蘭法”而言。但在很多場合，當作者以他本國法同聯合王國以外的外國法作出區別時，或者並不強調聯合王國各構成部分的法律對某一問題有獨特的作法或規定時，本書中一般就不用“英格蘭”或“英格蘭法”字樣，而譯為慣用的“英國”或“英國法”。只有在聯合王國各構成部分（特別是英格蘭同蘇格蘭）的法律互有分歧時，才使用“英格蘭”和“英格蘭法”譯名，以示區別。這就是最狹義的英國法。同時也需要說明一下，英聯邦各自治領和英國的殖民地在司法上雖然也是各自成為一個體系，但是它們同英國本土還是存在著一定的聯繫，因為它們的終審上訴案件歸倫敦的樞密院司法委員會受理。由於英國法——最廣義的英國法——在資產階級國家中成為一個固定的派別，並且由於近年來脫離英國而成為獨立的新國家，在法制方面大體上仍沿用英國法，因此，在了解英國法和英國國際私法準則的運

用以后,对于解决涉及上述这些国家的国际私法問題,也是有帮助的。

最后必須指出,本书作者是一位資產階級法律工作者,因此本书不論在取材方面和論述方面都是从資產階級的法律观点出发的。例如,关于外国沒收公民财产的法令(指的是国有化法令),作者毫无保留地說英国法院将拒絕执行实施这种法令的外国判決(見第1章第5节)。对于像美国有些州禁止黑种人同白种人結婚的法律,作者不但沒有加以譴責,相反地,似乎还认为英国在国际私法准則的运用上,可以承认这种法律的效力(見第1章第5节)。又如在討論結婚仪式問題时,作者強調西方文明的优越性,还說可能有些地方仍采用“野蛮的仪式”(見第2章第1节)。在提到公海上船舶碰撞案件的管轄权时,作者說責任問題要取决于一般的海上法,而且狂妄自大地說所謂一般的海上法“事实上就是英国法”(見第3章第3节)。他連1910年和1952年关于船舶碰撞及其民事管轄問題的两个布魯塞尔公約都沒有提到,虽然英国是这两个公約的签字国之一。此外,作者对于非婚生子女的法律地位、遺產的管理、遺囑的效力、及破产程序等問題,叙述比較詳細,从这里也就可以更清楚地看出資產階級社会制度的本质。本书內所有不正确的观点,不可能在这里一一加以揭露和批判,請讀者在閱讀时加以注意。

本书涉及的專門問題較多,有些虽經譯者加注說明,可能还是不够的。另外,由于譯者的能力和時間都很有限,錯誤之处在所难免,希望讀者予以指正。

倪征燠

1963年6月

目 录

原序	5
第一章 导言和一般原则	7
(一)国际私法准则的性质和目的	7
(二)历史概述	9
(三)识别和反致	13
(四)外国法的证明	20
(五)外国法的拒绝适用	22
(六)英国关于管辖权的一般原则	26
1. 有效性原则	26
2. 合意原则	27
(七)住所	28
第二章 家庭法	35
(一)夫妻关系	35
1. 婚姻的概念	35
2. 合法婚姻的要件	37
3. 婚姻的效力	42
4. 婚姻事件	47
(甲)离婚	47
(乙)婚姻无效	52
(丙)分居和其他有关婚姻的救济	58
(二)父母和子女间的关系	59
(三)未成年人的监护和精神病患者的保佐	66
第三章 债法	69
(一)契约	69

1. 契約の准据法	70
2. 締約能力	73
3. 形式上有效性	75
4. 实质上有效性	75
(二) 票据	78
1. 締約能力	79
2. 形式上有效性	80
3. 实质上有效性	81
(三) 民事損害賠償	84
(四) 准契約	88
1. 同契約有关的准契約請求权	88
2. 同土地有关的准契約請求权	89
3. 同契約和土地都沒有关系的准契約請求权	90
第四章 財産法	91
(一) 財産の性質	91
(二) 不動産	93
(三) 动产	97
1. 可占有財産	97
2. 可主張財産	101
(四) 破産程序	107
第五章 繼承法	115
(一) 遺産の管理	116
(二) 遺産の分配	121
1. 法定繼承	121
2. 遺囑繼承	123
(甲) 立遺囑人の能力	124
(乙) 遺囑の形式	125
(丙) 遺囑の实质上有效性	128

(丁)遺囑的解釋·····	129
(戊)受益人的能力·····	131
(己)遺囑的撤銷·····	132
第六章 外国判決的承認和執行·····	137
(一)外国判決根據普通法的執行·····	140
1. 管轄權問題·····	140
2. 終局確定的判決·····	144
3. 抗辯理由·····	147
(二)外国判決根據成文法的執行·····	152
第七章 程序和證據·····	156
(一)當事人問題·····	157
(二)起訴時效問題·····	157
(三)證據問題·····	160
(四)優先權問題·····	162
(五)司法救濟問題·····	163



原 序

本书旨在对英国国际私法的准则和原则提供一个轮廓。普通法的这一较为年轻的产物之一还是在很不受成文法束缚的情况下发展着，因此不论在对现有原则的整理或者在发展趋势的探求方面，都存在着论争的广泛余地。在本书中所提供的观点照我看来是符合于当前权威性资料的观点的。如果本书能有助于未来的律师准备他们的就业考试，如果它能推动读者对这门学科作进一步的钻研，如果它使一般读者对英国法中这一部门的问题获得一个影像，那末，我的目的算是已经达到了。

如果像我所希望的，把贯穿在一切法律关系中的一个法律部门用这样有限的篇幅描述出来的尝试，还不算是过于胆大的话，那在很大程度上是有赖于这方面的卓越文献以及朋友们的美意。

在这样一本书中，如附加精密细致的脚注和参考资料，将是不适当的。我只能在这里声明下述各书所给与我的帮助：戴西(Dicey)著《法律冲突论》(1949年第6版)；切歇尔(Cheshire)著《国际私法》(1952年第4版)；格雷弗逊(Graveson)著《法律冲突论》(1952年第2版)；施密特霍夫(Schmitthoff)著《英国法律冲突论》(1954年第3版)。

在编写本书的过程中，我在诺丁汉大学法律系的朋友和旧同事欣然接受我的要求，提供了他们的时间和意见。该大学英文系的希巴德硕士校阅了我的稿件，并提供很多有价值的意见。伦敦经济学院法律系教授卡恩-弗朗博士校阅了本书的稿件，有不少地方，他的博学多能给了我有益的批评和建议。我谨向他们表示衷

心的謝意。对于还留存着的缺点,应由我一人負責。

J. A. C. 托馬斯

1955年2月11日于格拉斯哥

第一章 导言和一般原則

(一) 国际私法准則的性质和目的

在英国的法院內，经常出現某些案件，案情并不单纯地只涉及英国一国。例如，一个法国人同一个英国人在布魯塞尔訂立契約，約定將貨物从巴黎运往伦敦，由此发生了一场爭执；或者有一个妇女，請求同定居在法国的丈夫离婚；又如一个意大利人在牛津因駕車不慎，把一个西班牙人撞倒。这些例子的共同特征是，有关的事实使法院的活动不能仅仅局限于援用英国法的規定。

事实上，在任何这些場合，法院在能够确定各当事人的权利以前，至少必須回答以下两个問題：

(1) 法院对案件是否有权管轄？

例如对上述离婚案件，英国法院是否有权受理，还是必須告知該妇女，她只能去法国請求司法救济？

(2) 假定法院有权管轄，各当事人的权利应按照哪一个法律体系予以确定？

換言之，法院应适用英国通常的法律規定呢？还是，就上述例子而言，要适用法国关于离婚的法律？

对每一問題的答案，都要通过英国国际私法准則的运用，才能找到。

世界上的許多独立法律体系，在对待契約、財產、婚姻等問題上，办法各有不同，因此每一个体系的法院，对凡与另一个体系有关联的案件，在它們能否予以受理，以及它們应否适用自己的本国

法這些問題上作出決定時，必須有些標準足資遵循。當然，法院完全可以在一切案件中，簡單地適用在沒有涉外因素的案件中所適用的普通原則。但是這就意味着，各當事人的權利，將由於偶然擇定某一個體系的法院提起訴訟而受到影響。訴訟的結果，將決定於各當事人間之爭執是在英國還是在法國得到解決。無論就國際間禮讓和實際上方便考慮，而且從公平觀念出發，上述簡單化辦法實是不足取的。

因此，一切法律體系都發展出某些規條和原則，用以幫助法院在面臨具有外國聯繫因素的案件時，明確自己的管轄範圍，並擇定適當的准據法。本書僅僅涉及英國法院所採用的規條和原則，它們在本書中被統稱為“國際私法”。這個名詞不是無可訾議的。實在講來，迄今對這門學科還沒有能提出令人滿意的名稱。“法律衝突論”這一命名也獲得不少支持。但是國際私法一詞已經用慣了，實際上既沒有能提出另外更合適的名稱，這就是在這裡保留這一名稱的充分理由。

雖然一切法律體系可能都有如何處理“涉外”案件的準則，但是這些準則並不完全相同。例如，英國法院在處理個人身分案件時，以該人的住所地法（*lex domicilii*）為準據，而多數歐洲大陸法系則以該人的本國法（*lex patriae*）為轉移。同樣地，關於契約、民事損害賠償等事件的準則，各國之間也互有出入。因此，一國法院所作判決，仍可能跟另一國法院對同樣案件所作判決有所不同。國際私法的真正目的，就是要設法避免這樣的結果。

通過一些國際會議和國際公約，常常在作出努力來消除這種不合適的情況（實在是應受譴責的情況），以便提出對某一問題在一切國家可以普遍適用的準則。這種努力有的獲得了很大成就，例如1886年關於著作權的伯爾尼公約和1929年的華沙航空公約。

这两項公約分別通过1886年国际著作权法和1932年航空運輸法而在英国获得实施。在另一方面,关于婚姻、监护等这些重要問題的許多海牙公約和日內瓦公約,仅仅在不同程度上获得了一些支持者(一般地說,为数很少)。英国連一个都沒有参加。因此,到目前为止,在这方面的国际合作,努力的成績是难以令人鼓舞的。同时,为了保证国际私法可以达到在某一領域产生統一結果的目的而作出的任何努力,仍然值得人們最有力的支持。

还得在此說明一下,就英国国际私法而言,所有法律体系,除英格兰的法律体系以外,其余的都是外国法律体系。同苏格兰或北爱尔兰有联系的案件,在英格兰法院內,就将成为一个具有涉外因素的案件。

(二) 历史概述

目前应用的国际私法准則,大都是长期以来历史发展的产物,对于这个历史发展值得作些介紹。国际私法的历史,实在是开端在十二世紀的意大利,作为重振羅馬法学习的副产物。那时候,正在所謂黑暗时代的动乱以后,疆域分明的邦国在欧洲复兴起来,学者都傾心于查士丁尼皇帝(Emperor Justinian, 527—565)的《羅馬法彙纂》,把它奉为西方世界法律上的通用語。查士丁尼法典一开首是降“蒙仁政德治之众民”的敕令^①。换言之,法典是只对羅馬臣民頒行的。这点时常被用来支持下述說法,即君主的法令,仅仅适用于他的臣民。正像查士丁尼只能为羅馬人制定法律,一个現代統治者也只能对他自己的臣民实施法令。这里就意味着,每一

^① 法典的卷首章节,一般根据拉丁文本的卷首語,称“庶民篇”(Cunctos Populos)。

个法律体系的适用都有一定的限制，因此促使人們对各个法律体系的实施范围进行探討。

探討下来的初步成果是将实体事項和程序事項加以区别，也就是說，对有关当事人实质上权利和义务的問題，同用以确定上述权利和义务的司法机构問題区别开来。实体問題一般认为应该决定于行为成立地法，即权利和义务所由产生的法律行为成立地的法律，因为当事人完成这项行为时，既然在某一統治者的領域內，他們就应服从該地統治者的法律。程序問題則应适用法庭地法，即受訴法院所在地的法律，因为只有法院所隶属的統治者才可以說这些法院应该如何行事。

作了更进一步的探討，才在十四世紀时出現意大利的法則区别派學說。即使认为法律准則的适用是有局限性的，問題还在于某一准則在什么具体情况下才可以适用。法則区别派說这要取决于該准則本身的属性。法規(或法則)可能是属物的、属人的，或者两者混合的，要看它們是涉及财产、个人，还是两者俱有。属物的和混合的法則，在运用时完全从属于当地的法則。举例來說，甲国关于处分土地的法規，将实施于甲国的一切土地，不問处分行为是在何地作出。因此，如有人意图在乙国出售坐落于甲国的土地，他必須遵照甲国的法律办理。但是一位君主的属人法，則适用于他的所有臣民，不問他們散居在何处。这样，如果爭执的問題在于契約当事人的个人行为能力，那末应该适用他的住所地法，即他永久定居地的法律，不問契約在何处訂立，也不問标的物坐落在何地。这种論断方法的整个基础，实在是非常荒謬的，因为实际上不可能很有信心地断言，某一法規是属物性质或者不是。尽管如此，他們已获得了很大的进展。例如，在契約这一部門，巴托魯斯(Bartolus, 1314—57)提出，由于問題复杂，应该細分項目——关于契約的成

立，应适用契約成立地的法律；关于契約的履行，应适用契約义务履行地的法律。继承他的事业的法国人杜穆林(Dumoulin, 1500—66)主张，关于契約的問題，应决定于当事人所选择的法律。在法律活动的其他領域內，也有同样的发展。

法則区别說盛行过一时，直至十七世紀的荷兰法学派崛起时为止。以赫伯尔(Huber, 1636—94)为首的这一派法学家，强调当地統治者对在他的法院內所发生的事情的控制权。这在一个新近获得独立的国家內，可能是很自然的。結果是，如果在案件中适用外国法，必須有当地君主的許可，这个許可是从国与国之間所存在的礼让出发的。这一启示是值得重視的，因为它注意到在法則区别說之下演变出来的准则（例如住所地法适用于訂立契約的能力問題），并不是本身具有效力的什么普遍真理。这种准则只有在被某一法律体系的法院所采用时，才成为該体系的准则。这一体系也可以为自己制訂另外的准则，但它认为采用現已存在的准则較为便利。

当新的国家陆继出現和旧有国家采用新政体的时候，大陆上受到荷兰学者影响以后的发展特征是，涉外案件中所采用的原則，一般都表现出民族主义的色彩。在这种大势所趋的局面下，法国人是領先者。大革命中的民族自尊心反映在法国的法典中。根据法国法典，国籍是确定个人身分的試金石；凡是涉及法国人的訴訟案件，席卷而归法国法院管轄。在意大利也是这样。由于外来的統治者离去和国家获得統一，国籍被采用为解决私法問題的根据。荷兰学者的教导，使上述发展成为可能。只有当地君主才有权指示如何行使管轄权的原則，以及在什么情况下可以容許外国法的适用。

上面探討了欧洲大陆的发展，因为英国国际私法的早年历史，

深受大陆上发展（特别是荷兰学者）的影响。由于各种原因，英国这一部门法律的发展比较迟缓。英国的普通法^①统一较早，十四世纪时已在全国通行，因此英国在自己国内没有遭遇到困扰着中世纪欧洲诸小国的困难。此外，陪审员必须从事实发生地遴选出来的要求，阻止了法院对在国外发生的事件行使管辖权。但是到了十八世纪，关于陪审员的规则放松了，同时帝国的扩大使普通法接触到在英国统治下各国的其他法律体系。当我们的商业日益繁盛时，曼斯菲尔德勋爵（Lord Mansfield, 1705—93）将商法（在此以前一直被认为在普通法范畴以外的一种国际惯例）和英国的普通法合并为一，涉外案件激增，急需处理。在此情况下，外国的权威著作也有助于对这一新类型问题的解决。在十九世纪初，通过美国人斯托里（Story）的著作，英国受到了欧洲大陆的进一步（虽然是间接的）影响。作为第一个用英文写这种题材的主要作者，同时也是接近英国法的法律体系的卓越代表性人物，斯托里自然对英国的法院产生了巨大的影响。斯托里的学说却渊源于欧洲大陆。

英国关于这部法律文献，只有短暂的历史。戴西的重要论著，直到1896年才初次问世，经过几次再版，仍不失为英国的主要作品。但自戴西以后，这方面的文献已经灿烂起来，并且继续在发展。这是一件重要的事情，因为英国国际私法发展较迟，还存在着许多空隙和疑问，因此学者的论著在这里所起的作用，要比对于英国一般法律的形成来得重要。

① 英国的普通法（Common law）是根据习惯通过判例的形式逐渐累积起来的，所以又名判例法。它有时与成文法对称，有时也与衡平法对称。——译者