

国际法专题研究丛书

弱势群体权利保护的 国际私法方法研究

RUOSHI QUNTI QUANLI BAOHU DE GUOJI SIFA FANGFA YANJIU

屈广清等 著

- 从法律的工具意义和人文主义的维度研究国际私法对弱势群体权利的保护；
- 提出将直接适用的法、统一实体法、程序法和冲突规范相结合从而使国际私法对弱势群体权利的保护具有系统性；
- 将对弱势群体权利的保护作为国际私法的首要基本原则和首要系属公式；
- 指出国际私法应拓宽弱势群体的范围和保护弱势群体的领域；
- 制定出全面体现“保护弱势群体”的中国国际私法立法建议稿（草案）作为立法部门的参考。

知识产权出版社

国际法专题研究丛书

国家社会科学基金项目资助

项目编号：06BFX058

弱势群体权利保护的 国际私法方法研究

屈广清 等著

知识产权出版社

内容提要

本书受国家社会科学基金项目资助(项目编号:06BFX058)。从法律的工具意义和人文主义的维度研究国际私法对弱势群体权利的保护是本课题研究的手段创新;提出将直接适用的法、统一实体法、程序法和冲突规范相结合从而使国际私法对弱势群体权利的保护具有系统性是本课题研究的思维创新;将对弱势群体权利的保护作为国际私法的首要基本原则和首要系属公式是本课题研究的观点创新;指出国际私法应拓宽弱势群体的范围和保护弱势群体的领域是本课题的内容创新;制定出全面体现“保护弱势群体”的中国国际私法立法建议稿(草案)作为立法部门的参考是本课题研究的立法创新。

责任编辑:陆彩云 装帧设计:彼岸设计工作室 责任出版:卢运霞

图书在版编目(CIP)数据

弱势群体权利保护的國際私法方法研究/屈广清等著. —北京:知识产权出版社, 2009.10

(国际法专题研究丛书)

ISBN 978-7-80247-544-1

I. 弱… II. 屈… III. 边缘群体—权利—保护—国际私法—研究
IV. D913.04 D997

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 165279 号

弱势群体权利保护的國際私法方法研究

屈广清 等著

出版发行: 知识产权出版社

社 址: 北京市海淀区马甸南村 1 号

邮 编: 100088

网 址: <http://www.ipph.cn>

邮 箱: bjb@cnipr.com

发行电话: 010-82000893 82000860 转 8101

传 真: 010-82000893

责编电话: 010-82000860 转 8110

责编邮箱: lcy@cnipr.com

印 刷: 北京富生印刷厂

经 销: 新华书店及相关销售网点

开 本: 880mm×1230mm 1/32

印 张: 7.75

版 次: 2009 年 10 月第 1 版

印 次: 2009 年 10 月第 1 次印刷

字 数: 180 千字

定 价: 25.00 元

ISBN 978-7-80247-544-1/D. 857

版权所有 侵权必究

如有印装质量问题, 本社负责调换。

内 容 摘 要

本书共分九个部分。引言部分阐述了课题研究的背景、问题的现状、研究的主要思路及基本方法。第一章“国际私法及其弱势群体的基本范畴”，探讨了学界关于国际私法、弱势群体、国际私法方法的不同理论观点，在研究中尽量采用通说。第二章“国际私法保护弱势群体的理论考量”通过从法理的角度回应国际私法保护弱势群体的必要性。在实际生活中，一些学者不仅对国际私法能否保护弱势群体认识不清，而且对国际私法为什么要保护弱势群体的认识也同样模糊。我们从人权理念、正义价值、和谐社会等多维度进行了理论考量，得出了肯定结论。第三章“国际私法保护弱势群体的现状分析”，集中探讨了国际私法保护弱势群体的缺失，为解决问题打下基础。第四章～第八章是全书的主题，是从国际私法体系上系统回应“国际私法保护弱势群体的可能性”。得出的具体结论是：“保护弱势群体”应成为国际私法的首要的基本原则。“保护弱势群体权利的法”，应成为“首要的”系属公式。“保护弱势群体权利的法”应成为“直接适用的法”或一国的“公共秩序”。国际私法基本制度（“识别”、“法律规避”、“反致”、“管辖权的标准”等）的应用应以“保护弱势群体的权利”为前提。国际私法对弱势群体权利的保护应由现在的有限领域扩展到所有领域，由冲突法的方法扩展到所有方法。

本书受国家社会科学基金项目资助（项目编号：06BFX058），主要创新如下：从法律的工具意义和人文主义的维度研究国际私法对弱势群体权利的保护是本课题研究的手段创新；提出将直接适用的法、统一实体法、程序法和冲突规范相结合从而使国际私法对弱势群体权利的保护具有系统性是本课题研究的思维创新；将对弱势群体权利的保护作为国际私法的首要基本原则和首要系属公式是本

课题研究的观点创新；指出国际私法应拓宽弱势群体的范围和保护弱势群体的领域是本课题的内容创新；制定出全面体现“保护弱势群体”的中国国际私法立法建议稿（草案）作为立法部门的参考是本课题研究的立法创新。

关键词 弱势群体 权利保护 国际私法方法 弱者 立法建议

Abstract

This book includes 9 parts. The introduction is concerned with research background, status quo, main train of thought and basic method of project. Chapter one is on category of private international law and the vulnerable group. This chapter discusses different theory on private international law, the vulnerable group and method of private international law. We try to adopt general opinion on these theories. Chapter two is the legitimate reason of protection of the vulnerable group by private international law. This chapter answers the necessity of protection of the vulnerable group by private international law from jurisprudence angle. In fact, some scholars are not only obscure to whether private international law can protect the vulnerable group but also why private international law need protect the vulnerable group. Searching from perspective of human merits, justice value and harmony society, we think private international law can protect the vulnerable group. Chapter three is status *quo* of protection of the vulnerable group by private international law. In order to make a base for solving problems, we focus on the shortcomings of protection of the vulnerable group by private international law. From chapter four to seven, we respectively discuss private international law how to protect the vulnerable group from the perspective of fundamental principle, basic system, directive regulation method and indirective regulation method. Chapter eight is on China private international law and protection of the vulnerable group. These parts are the subject of the book, which systematically react to the feasibility that private international law as a system can protect the vulnerable

group. Our conclusion is followed: protection of the vulnerable group should be first fundamental principle of private international law; the law of protection rights of the vulnerable group should become first formula of attribution or *lois d'application immediate* or public order; protection rights of the vulnerable group should be precondition of application basic system (characterization, evasion of law, *renvoi*, jurisdiction criterion); protection the vulnerable group by private international law should extend the scope and method: from limited to all, from conflict law to all.

The innovation of the project is followed: research protection of the vulnerable group by private international law from perspective of law instrument and humanism is our method innovation; *lois d'application immediate*, universal substantive law, procedural law and conflict rules should play together to make protection of the vulnerable group by private international law into a system, which is our thinking innovation; opinion innovation includes: protection rights of the vulnerable group should be first fundamental principle of private international law and the law of protection rights of the vulnerable group should become first formula of attribution; pointing out private international law should extend the realm of the vulnerable group and scope of protection of the vulnerable group is our content innovation; putting forward legislative advice of Private International Law of China on "protection of the vulnerable group" for legislative body reference is our legislative innovation.

Key words: the vulnerable group; rights protection; method of Private International Law; the weak party; legislative advice

引言

笔者作为课题组负责人以“弱势群体权利保护的国际私法方法研究”为选题,得到国家社会科学基金的立项(项目编号:06BFX058)。当时乃至现在,国内外从国际私法的角度来研究规范“弱势群体”权利保护问题,相比于其他法学学科而言,成果几乎是最少的。这给我们的研究带来很多的困难。

事实上,我们在认真考察了晚近的国际私法发展以后不难发现,在强调抽象人格、“法律面前,人人平等”的主流下,已经开始涌动着要求突破内外国人平等的局限,倡导保护鹑衣百结、艰难踟蹰的弱者的暗潮,这动摇了国际私法的基础还是国际私法与现实生活博弈之后的因应之举?学者们的认识并不清晰、观点聚讼纷纭。从成果来看,施米托夫在《国际贸易法文选》中认识到国际贸易中保护弱方当事人的利益,不仅是正义的需要,而且是发达国家自我利益的需要。凯弗斯提出了“优先原则”,其中的考虑因素应该包括了弱者利益。弗郎西斯卡基斯提出的“直接适用的法”理论应该也包含有保护弱者利益的判断标准。此外,更多的理论复不可见。中国国际私法学者李双元教授在《国际私法(冲突法篇)》中,将保护弱方当事人合法权益作为国际私法的基本原则,但国内主流学者对此是持不同看法甚至否定态度的。个别学者也发表了例如《论国际私法对弱者正当权益的保护》^①的论文,多属呼吁性质。

梅因(Maine)在其《古代法》中指出,人类社会的进步,从法律制度史着眼,表现为“从身份到契约”的运动过程。^②然而,梅因得出的结论对20世纪之后的历史并不完全适用。当人类进入20世

① 许军珂. 论国际私法对弱者正当权益的保护[J]. 外交学院北京100037. 2003. 04.

② 梅因. 古代法[M]. 北京:商务印书馆,1984:97.

纪之后, 20 世纪法律史的演进在很大程度上表现为“从契约到身份”的运动过程。^①目前许多国家在自己的实体法中, 出现了一些保护特定身份者, 如妇女、子女、消费者利益的条文, 相应于此种变化, 国际私法也产生了一定互动, 以间接调整方法为主要调整方法的国际私法也相应有所反映。如 1978 年的《奥地利国际私法》、1987 年的《瑞士联邦国际私法》、1980 年的《罗马合同义务法律适用公约》及海牙国际私法会议制定的一些公约中对此都有所体现。

我国国际私法采用的主要是分散式立法形式。如《中华人民共和国宪法》、《中华人民共和国民法通则》、《中华人民共和国中外合资经营企业法》、《中华人民共和国民用航空法》、《中华人民共和国外资企业法》、《中华人民共和国对外合作开采海洋石油资源条例》、《中华人民共和国专利法》、《中华人民共和国商标法》、《中华人民共和国民事诉讼法》、《中华人民共和国仲裁法》、《中华人民共和国外交特权与豁免条例》、《中华人民共和国领事特权与豁免条例》、《中华人民共和国公司法》、《中华人民共和国物权法》等各种相关规定, 都是国际私法的重要立法。与此同时, 中国还有大量的关于国际私法的司法解释, 例如 2007 年 6 月 11 日最高人民法院通过的, 2007 年 8 月 8 日起施行的《最高人民法院关于审理涉外民事或商事合同纠纷案件法律适用若干问题的规定》等, 也是中国国际私法的重要渊源。在这些法律、司法解释的规定中, 或多或少都出现了保护弱势群体权利的一些条款的规定。另外, 我国国际私法学会学者们草拟的《中华人民共和国国际私法示范法》(第六稿) 及 2002 年全国人大法律委员会下发讨论的《中华人民共和国民法(草案)》第九编“涉外民事法律关系适用法”也都有关于弱者利益保护的一些冲突法条款规定。

但是, 目前国际国内在国际私法对弱势群体保护问题上, 还存在许多不足, 撮聚如下:

1. 缺乏对弱势群体内涵、外延的统一界定。
2. 缺乏对弱势群体

^① 庞德在他的《普通法的精神》中对这一论题进行了详尽的论证。参见 [美] 罗斯科·庞德, 普通法的精神 [M]. 唐前宏, 译. 北京: 法律出版社, 2001: 18-20.

保护方法的系统研究。方法上研究不够、立法上规定简单、适用上领域狭窄。特别是各国对弱势群体的保护方法，多是“盲眼”的冲突规则方法，无法保护真正的弱势群体。3. “保护弱势群体”还没有成为国际私法立法的（首要的）基本原则。4. “保护弱势群体的法”还没有成为国际私法的（首要的）系属公式。5. 缺乏对弱势群体的保护方法与其他国际私法制度之间关系的研究。6. 缺乏对海事国际私法中弱势群体保护的研究等。

弱势群体保护问题，应该自古以来就是立法的宗旨。无论是宪法、刑法、民法、还是程序法，都是从保护人权、惩罚犯罪人、救济受害者等角度出发制定的。只是各国法律内容各异，保护的程度不同罢了。传统的国际私法通常只是把一国的实体法，按照冲突规范的要求适当地给予选择适用，就算完成了自己的使命。至于诉讼的结果是否保护了“弱势群体”，完全是被选择适用的实体法的事情了。所以不少学者们认为，从形式上看，冲突规范没有也无法直接涉及保护“弱势群体”的问题。

以上不足实质上源于理论上对国际私法保护弱势群体存在两歧遂分的不同认识。事实上，国际私法保护弱势群体的理由，反对时可以很简单，例如“法律平等性保护问题”，再如“冲突法只能达到形式正义”等。而肯定时的理由，可能有多维度的理解、多层次的解释，多途径的选择。尽管如此，国际私法保护弱势群体的理由，还会与反对者的理由在理论上并存。复杂的还有，有时理由成立的程度与立法的步伐并非完全一致。

这些客观情况实际上决定了我们课题研究的结构。只有解决了上述问题，我们本课题的研究即“国际私法保护弱势群体的方法”，才有必要进行下去。因此，我们话语的展开，可能需要更多的一些铺垫。

在研究的基本思路上，我们认为，在科学界定“国际私法”、“弱势群体”等的基础上，国际私法立法和理论研究应该围绕以人为本、构建和谐社会这一重要思想，从国际私法的基本功能和价值导向为出发点，以弱势群体为永远保护对象，积极完善国际私法对弱势群体权利保护的正当性和具体方法。沿着弱势群体权利保护的规

定应具有超前性与时代性、系统性与实用性、合理性与可操作性、本土性与国际性相结合这一思路，从中把握我国国际私法在对弱势群体权利保护立法的方向，在比较中、在发展中考虑“保护弱势群体”的国际私法方法的采用。以实现国际私法对人的终极关怀和价值取向。

在上述理论指导下，本课题采用以点带面、重点推进、双向渗透、选定要义、取其内核，整体系统完整、个别论点突出的模式进行展开。也即本课题运用历史考察、哲学思辨、语义分析、比较分析、价值分析、理论分析与实证分析相结合等多种研究手段，来系统研究国际私法保护弱势群体的具体方法问题，以使我们的研究成果兼具理论性与实用性。更重要的是，推动我国相关立法并为中国国际私法立法提供有价值的参考。欣慰的是，该成果还被选中在全国哲学社会科学规划办《成果要报》上刊载，呈中央领导参阅。需要说明的是，参加本书部分内容编写的课题组成员有曲波（大连海事大学副教授，国际私法博士），陈小云（沈阳师范大学副教授，国际私法博士）。张新颖、鲁世平、祝丽娜等同志也参与了部分内容的写作或资料的收集工作。在本专著顺利通过全国哲学社会科学规划办鉴定结项以后，笔者再次对全书进行了修改补充。由于水平有限，不当之处，欢迎批评指正，以利我们绳愆纠谬、弥缝其阙。

屈广清

2009年4月于福州

目 录

第一章 国际私法及其弱势群体的基本范畴	1
一、国际私法保护方法之认识	1
二、国际私法中弱势群体的厘定	8
三、国际私法中弱势群体的特性	17
第二章 国际私法保护弱势群体的理论考量	20
一、人权保护理念下国际私法对弱势群体的保护	21
二、正义价值论下国际私法对弱势群体的保护	26
三、和谐社会构建下国际私法对弱势群体的保护	37
第三章 国际私法保护弱势群体的现状分析	40
一、国际私法保护弱势群体的现状	40
二、国际私法保护弱势群体的不足	45
第四章 国际私法保护弱势群体的方法研究	
——基本原则的视角	52
一、保护弱势群体成为国际私法基本原则的思考	52
二、作为基本原则的保护弱势群体原则的特点	57
三、保护弱势群体原则作为基本原则的能效	58
四、保护弱势群体原则适用时应注意的问题	60
第五章 国际私法保护弱势群体的方法研究	
——基本制度的视角	63
一、识别与弱势群体的保护	63
二、先决问题与弱势群体的保护	69
三、反致与弱势群体的保护	72
四、公共秩序保留与弱势群体的保护	96

五、法律規避与弱势群体的保护	112
六、外国法的查明与弱势群体的保护	121
第六章 國際私法保护弱势群体的方法研究	
——直接调整方法	132
一、國際私法直接调整方法分析	132
二、外国实体法对弱势群体保护的法律规定	135
三、國際统一实体法对弱势群体保护的法律规定及评价	144
第七章 國際私法保护弱势群体的方法研究	
——间接调整方法	167
一、保护性冲突规范与弱势群体的保护	167
二、有利于弱势群体的法与系属公式	169
三、各国國際私法保护弱势群体的间接调整立法	176
四、國際条约保护弱势群体的间接调整立法	183
第八章 中国国际私法对弱势群体权利的保护	192
一、中国国际私法冲突规范对弱势群体权利保护的 现状及立法建议	192
二、中国海事國際私法冲突规范对弱势群体保护的 现状及立法建议	208
参考文献	221

第一章 国际私法及其弱势群体的基本范畴

一、国际私法保护方法之认识

(一)国际私法的界定

推本溯源,法作为与国家密不可分的社会现象,是在一定条件下产生和发展的。通常认为,法的产生经历了一个相当长的阶段,它的最终形成以下列现象为标准:国家的产生;诉讼与审判的出现;权利与义务的分离。

严格地讲,法与法律通常具有不同的含义,在我国当代法学理论上,法律有广狭两层含义:广义的法律指法的整体,包括法律、有法律效力的解释及行政机关为执行法律而制定的规范性文件。而狭义的法律指拥有立法权的国家机关依照立法程序制定的规范性文件。为了区别二者,我国学者一般把广义的法律称为法。还有一些学者认为需要从自然法的观念出发来区分法与法律:法是高于制定法之上的并能衡量制定法善恶的某些特定的标准,而法律只是国家机关制定的法律规范。但是在现实生活中,法与法律在很大程度上是通用的。

法在现实生活中具有巨大的作用。法的作用与法的本体、法的运行、法与利益、秩序、自由、效益、正义、科技、政治、经济、可持续发展等关系非常密切。法的作用一般可分为:一般作用与具体作用;整体作用与局部作用;预期作用与实际作用;积极作用与消极作用;直接作用与间接作用;规范作用与社会作用等。从根本上讲,法的作用的发挥要依赖于法调整社会关系的具体方式方法。所谓法是指为了达到某种目的而采取的手段、策略、步骤、法则。“法的意义既在于它的象征性,更在于它的实践性。不能实现的法律,等于一纸空文,几乎没有意义。而相应的,不包含具体实施措施,不具有可诉性的法律,也不是真

正的完整意义的法律。”^①

法的方法指有关立法、执法、司法的方法和技术,它主要与法律的制定、执行和适用有关。^②限于篇幅,本书以立法为主,探讨弱势群体的特殊保护问题。

关于国际私法的概念,国际私法学者间聚讼纷纭,并没有一个统一的认识。国际私法的定义可以说是学者对国际私法的一种概括认识,它要用概括而简洁的语言告诉人们国际私法是什么。各国学者对国际私法下过许多不同的定义,崇论阔议也较多,归纳起来有这样几种类型:第一,根据国际私法所调整法律关系的性质来下定义。第二,从解决国际民商事法律关系中民商事法律冲突的角度来给国际私法下定义。第三,从法律适用的角度给国际私法下定义。第四,通过列举国际私法的内容、范围或规范来给国际私法下定义。第五,综合性定义。笔者根据通常的作法,采用了根据国际私法所调整法律关系的性质来下定义的方法。结论是:国际私法是调整涉外民商事法律关系的法律部门。那么,何为涉外民商事法律关系呢?

中国最高人民法院《关于贯彻执行〈民法通则〉若干问题的意见(试行)》第178条也是根据主体、客体、法律事实是否有涉外因素来认定涉外民事关系的。该规定为:“民事关系的一方或双方当事人是外国人、无国籍人、外国法人;民事关系的标的物在外国领域内的;产生、变更或消灭民事权利义务关系的法律事实发生在外国,为涉外民事关系。”

2002年全国人民代表大会法律委员会下发讨论的《中华人民共和国民法(草案)》的第九编“涉外民事法律适用篇”对涉外因素有扩大性的补充规定:“本法所称的国际民商事关系,是指民商事关系中至少有下列一个国际因素:(1)至少有一方当事人是外国人、无国籍人、外国法人或者其他非法人组织、外国国家或者国际组织;(2)至少有一方当事人的住所、惯常居所或者营业所位于中华人民共和国领域外;(3)当事人争议的标的在中华人民共和国领域外,或者争议标的物的移转越

① 张文显.法理学[M].北京:高等教育出版社,1999:266.

② 杨心宇.法理学导论[M].上海:上海人民出版社,2002:201.

出一国国界；(4)导致当事人之间民商事关系的产生、变更或者消灭的法律事实发生在中华人民共和国领域外。”

一般认为，涉外即涉及外国(地区、法域、国际组织)、外国人(无国籍人)。法律关系由三要素组成，这三要素为主体、客体和内容(权利与义务)。而涉外民商事法律关系就是指其主体、客体和内容这三要素中至少有一个或一个以上的因素与国外有联系的民商事法律关系。

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，这是不容置喙的。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：法则说或法则区别说、冲突法、涉外私法、私国际法、国际民商事法等。本书根据中国理论界通常的观点，采用国际私法这一表述，应属大醇小疵，比较科学。

(二) 国际私法的范围

对国际私法的范围可以做不同的理解，如它可以指国际私法调整对象的范围，也可以指国际私法所包含的规范的范围，还可以把它理解为作为一个法律部门的国际私法的范围，也可以把它理解为国际私法学的范围。我们这里的讨论主要是针对国际私法规范的范围。

国际私法规范的范围，同样是一个极有分歧观点的问题，但是有一点必须首先肯定，那就是国际私法虽然是肇始于调整涉外民商事法律关系，解决法律冲突问题的，但即使是在那些把国际私法和冲突法这两个概念完全等同起来的国家里，他们的国际私法学家也都认为国际私法应该除包括冲突规范外，还应包括与解决法律冲突有密切关系的一些规范。其次，在讨论国际私法的范围问题时，还必须采取发展的观点。国际私法固然是在调整涉外民商事法律关系解决法律冲突的基础上发展起来的，因而可以认为，没有冲突法，就没有国际私法。但是历史发展到今天，如仍坚持“国际私法就是冲突法”或“国际私法只是冲突法”的结论，就无异于墨守几百年前的意大利法则区别说的成规，从而妨碍它的进一步发展成为一个运用更多方法更有效调整涉

外民商事法律关系的法律部门。

普通法国家的国际私法学认为国际私法就是冲突法,但他们也认为关于涉外民商事案件管辖权的规范和外国民、商判决的承认和执行的规范,以及其他一些程序规范,也应包括在国际私法之中。但他们反对把国籍问题和外国人民商事法律地位规范归入国际私法。

而大陆法系一些国家尤其如法国,却对国际私法做很广泛的解释,认为它除了冲突规范外,还应包括“适用于国际关系中私法主体间的所有规范”。

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、外国人的民事法律地位规范、调整涉外民商事关系的统一实体规范和国际民事诉讼程序规范。

中国的国际私法学者对国际私法的范围认识也不一致,存在三种不同的观点(如图 1-1 所示)。

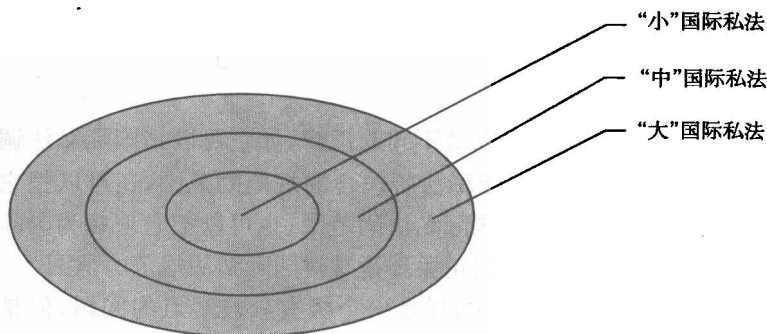


图 1-1 我国关于国际私法范围的观点

“小”国际私法的观点认为国际私法应该仅仅包括冲突法。“中”国际私法的观点认为,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。^①“大”国际私法的观点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、统一实体私法规范。

① 董立坤,《国际私法论》[M],北京:法律出版社,2002:18.