



您的位置: [首页](#) >> [阅读文章](#)

阅读文章

Selected Articles

使用大字体察看本文  
阅读次数: 1044

## 韩国国际私法的回顾与展望

韩国国际私法的回顾与展望

崔公雄

韩常顺 译

上

### 一、 韩国国际私法的起点

哈佛大学法学院的Harper教授在论及 国际私法中的识别问题 时, 曾将其喻为“ 包含有天使也不敢探索的领域的巨大课题” 。

作为选择涉外事件应适用法律的准据法选择规则 , 在涉外事件不多的时代, 国际私法通常 被作为没有实用性的理论法、学说法划入抽象的、迂腐的 法学领域。但是, 时至今日, 由于国际社会的急剧变化, 复杂多样的涉外事件数量一路飞升。与此同时, 国际私法在经历方法论上革命性巨变的同时, 作为国际化时代所有法律问题的基本法 , 也开始具有实际有效性 , 并发挥了核心作用 。

国际私法这门学问是在100年前我国引入近代私法制度、开设法官养成所 的同时, 随着对西洋法的继受而首次传入我国的。

旧韩 末开化时期, 曾任法官养成所教官的刘文焕作为公费留学生 赴日留学归来之后, 于1905年左右出版了我国历史上第一部国际私法教科书。从内容上看, 该书主要涉及法律的抵触 和民法中的准据法选择 , 是传统的、基本的国际私法。

后来, 因韩日合邦 , 韩国法律制度 和学术研究 逐步沦为日本的附属 。在此后36年间, 韩国进入了适用日本法的时代, 韩国法学也因而丧失了独立性, 只能是一片空白。即使是在解放后的混乱时期, 韩国法学在相当长时间内仍处于日本法的影响之下, 因而在国际私法研究方面也不可能取得什么发展。

解放后我国国际私法的开拓者是黄山德教授。1948年, 受俞镇午教授之邀, 黄山德教授开始在高丽大学校政法大学 担纲讲授国际私法, 并在1949年出版了《国际私法》(工业文化社——法庭丛书)。虽然从内容上看, 该书只是对传统国际私法基础理论要点进行整理的讲义笔记, 但作为解放后唯一的国际私法教科书(1956年出第三版、1964年出第四版), 该书为解放后我国国际私法的发展奠定了基础, 功不可没 。特别需要指出的是, 黄教授很早就洞察 到了国际化时代的到来, 并在该教科书中进行了大胆的理论探索, 比如把自由民主主义的意识形态作为公序问题的标准等。此外, 黄山德教授还在1949年翻译出版美



更多▲

特聘导师

法学所导航

走进法学所

机构设置

《法学研究》

《环球法律评论》

科研项目

系列丛书

最新著作

法学图书馆

研究中心

法学系

博士后流动站

学友之家

考分查询

专题研究

五四宪法和全国人大五十周年纪念专栏

最新宪法修正案学习与思考

公法研究

电信市场竞争政策

证券投资基金法

法律与非典论坛

国国际私法典（Restatement, Conflict of Laws 1934, 法务资料15辑），并在韩国介绍美国国际私法之先河；在1949年8月发表题为《国际私法的本质论和政策论》的论文等，如此种种，为初创期韩国国际私法的发展做出了巨大贡献。（法曹第1卷第5号）后因“6·25动乱”，高丽大学校避难大邱设置分校，汉城大学校也避难釜山设立分校，黄山德教授开始在汉城大学校法律大学担纲讲授国际私法，并在1952年被任命为汉城法大助教授。除国际私法讲座之外，黄教授还另外担纲讲授法哲学和刑法。作为理论性的学说，国际私法只能是一门抽象的学问，但由于黄山德教授的讲义内容浅显易懂，国际私法开始受到欢迎。作为当时高等考试的备选科目，国际私法因其内容十分简单而被视为高得分率科目，成为许多考生的热选科目。

此后，1958年在美国耶鲁大学以“韩国国际私法中法律关系的性质决定和反致”为题获得法学博士（J.S.D）学位后回国的金辰教授，从1959年开始在汉城大学讲授国际私法。1960年，金辰教授出版教科书《国际私法》（法文社）。该书不仅对美国涉外私法的定义和高层次的美国国际私法实践的进行了介绍，而且还含有许多颇有学术深度的内容。金辰教授后于1966年赴美，目前在美国加利福尼亚州威斯敦法大讲授比较法学，并担任美国比较法杂志（AJC.L）编委，在世界比较法学领域也享有盛誉。

其次，对我国初创期的国际私法做出贡献的还有建国大学校的金容汉教授和梨花大学校的徐希源教授。从1957年发表“国际私法的前进道路”（1957年5月15日政大<时论>）开始到1986年发表“外国判决的承认”，金容汉教授共计发表国际私法论文30余篇。1962年出版的金容汉和黄山德教授的合著《新国际私法》（博英社）也被认为是金容汉教授的著作。此后，一直到1980年，韩国再也没有出版过一本新国际私法教科书。在此期间，金容汉教授的著作和徐希源教授1962年出版的新国际私法教科书作为当时仅有的国际私法教科书，共同发挥了重要作用。

在我国涉外私法从1962年开始施行后长达18年的时间里，韩国国际私法学界再也没有出版过一本新教科书，沦为一片不毛之地。一直到1980年汉城法大的李好珽教授挣脱先前的传统框架，出版具有德国风格的新教科书《国际私法》（经文社），韩国国际私法学界才迎来了新的局面。徐希源教授1982年新出版的《国际私法讲义》（法文社），作为传统的日本风格的国际私法教科书，内容简洁、现代，也深受好评。

## 二、 作为基本法的《涉外私法》的制定

韩国成文法意义上的国际私法是在1910年韩日合邦之后，根据1912年3月敕令第21号“在朝鲜施行法例的件”开始在韩国实施的以德国民法施行法为基础的日非法例。即使是在解放后，根据美军政法令，韩国仍然继续适用日非法例。1948年大韩民国政府成立之后，根据宪法第10条，韩国继续适用日非法例。

美国开始在韩国实施军政的同时，曾在军政厅法务局内部成立法典编撰部。1948年，大韩民国政府成立之后马上设立了直属总统的法典编撰委员会，开始着手新法典的起草工作。尽管由于“6·25动乱”，法典编撰事业一度被迫推迟，但还是从基本法领域开始，先后公布了1953年刑法典和1958年民法典。但是，受1961年5·16革命影响，其他法律都制订地都十分草率。国际私法典《涉外私法》是在1962年1月15日公布的。（黄山德，《应以严肃的态度立法》，思想界1958年12月号）。

新制定的涉外私法共计3章47条，除收入先前规定在民法典商法篇中的有关商事规定之外，还在第1条规定“涉外私法以指定准据法为目的”，指明了作为准据法选择规定的涉外私法的目的，明确了涉外私法的性质。

## 三、 国际私法的实证主义 研究

### （一） 司法大学院比较国际私法讲座

在5·16革命后法律一元化政策的推动下，为充实法律人教育，汉城大学校设立了司法大学院。在这一过程中，当时的大法院院长赵辰晚<音译>、汉城法大学长柳基天<音译>、徐敦阁<音译>教授、金辰教授等做出了积极贡献。

在初创期的司法大学院讲座中，美国式法学教育居主导地位，并且新设了由两名教授共同参与的判例研究式讲座。在1962年4月1日司法大学院成立时入学的第1期学生总计41名（第14次高等考试），全部都寄宿学校。他们抱着接受全才教育的目的，接受了共同的法律教育。

比较国际私法讲座由金辰教授和杨准模<音译>辩护士共同主持，内容主要集中在英美国际私法而非先前传统的大陆法系国际私法，并注重实证性判例研究。实际上，由于法律界对涉外案件认识不足，

当时的涉外事件判例几乎没有从涉外私法角度来考察民事案件的，因此，当时好象只找到了两个有关契约案件的案例。与此相反，对于家事案件中韩国人与外国人之间的离婚诉讼，当时却无一例外地是从国际私法角度进行考察的。因此，国际私法事件似乎变成了以国际离婚案件为中心，而且在20世纪50年代的案件中还出现了许多有相当理论深度的关于国际裁判管辖权的判决。

无论如何，司法大院的比较国际私法研究一直坚持到金辰教授1966年赴美，并在实证性、现实性研究方面做出了很大贡献。

## （二）美国国际私法新方法论的引入

被称为美国国际私法革命的新方法论源于1930年左右的实用主义的法现实主义，但美国国际私法革命直到1963年纽约大法院的Babcock判决和第二次冲突法重述公布时才真正达到顶峰。然后，在韩国国内却无人对美国国际私法的这一新潮流予以介绍。

1972年，汉城法大崔钟吉<音译>首次在韩国法学院对纽约法院的Babcock判决进行了介绍。（Justice第10卷第1号）1970年11月24日，汉城民事地方法院对发生在越南境内的韩国军人之间误射事故引起的损害赔偿请求诉讼判决适用国内法，并进行了十分详细的理论说明。这是从美国纽约大学学成回国的闵炳国<音译>判事应用美国Babcock判决的理论说明做出的一个创造性判决。在对该判决的抗诉审和上告审中，相关法院也没有考虑法律适用问题，并最终为大法院所确定。因此，在今后发生在国外的韩国人之间的案件中，为继续排除涉外私法的适用，该判决经常被大法院用作上告理由。

在韩国国际私法判例中，最有划时代意义的判决是大法院1979年11月13日关于海外劳工不法行为事故的判决。该判决指出，“大法院1979年11月13日宣告78DA1343判决：在双方当事人均为内国人，且原因事实发生地（不法行为地）仅仅具有偶然的、形式上的意义时，一般可以认为不具备适用以上涉外私法进行处理的合理理由。构成本案件请求原因事实的不法行为发生在卡塔尔国是极其偶然的。加害人南承禹<音译>和被害人林采永<音译>均为我国国民，且同为作为被告的我国公司所雇用。两人因被告公司项目场所工作所需而暂时前往卡塔尔国，并且是在上述项目场所进行工作时发生了本次事故（事故发生时距两人在前往卡塔尔国仅仅22日）。因此，不能采取与在韩国国内发生相同事故时不同的处理方法，该行为也不是构成涉外私法适用对象的涉外不法行为。”该大法院判决的意义在于：针对在急剧变化的现代社会中有时无法原封不动适用涉外私法古典原则的情况，提出了一种具有价值倾向的国际私法新方法论，以便得出具体的、适当的结果。受该判决影响，大法院后来的判决进一步指出，即使是在外国发生的事故，如果当事人均为韩国人，当然也应与国内事件一样进行处理（1981年2月10日判决）。

下

## 四、大法院判例的发展

法律实务中，在由属人法支配的家事案件领域很早就开始适用涉外私法，但大法院中出现的首个从国际私法角度考察涉外事件的案例却是关于涉外离婚国际管辖权的1975年7月22日74ME22判决。

该判决认为，就外国人之间离婚案件裁判请求权的行使而言，基于诉讼程序公平及正义的观念，当作为相对方的被请求人下落不明或存在其他与此相当的情况时，或者即使相对方积极应诉也不会导致其利益受到不当侵害时，拒绝对其进行审判就是拒绝法律对外国人的保护，有违正义；但是，除上述例外情况外，必须以作为相对方的被请求人的住所在我国为要件。该判决原则上承认了从国际主义立场出发，根据国际私法的推理来确定国际管辖权的标准。就当时而言，这可以说是一个十分进步的判决。

但是，大法院最近判决（1994年2月21日宣告92SI26）却指出，我国法院是否对外国人之间的家事案件有裁判管辖权，应以我国家事诉讼法中关于国内土地管辖的规定为基础，参酌外国人之间诉讼所具有的特性，考虑当事人之间的公平、诉讼程序的适正与顺利、诉讼经济等，依推理和正义观念作出决定。虽然从结果来看，该判决的宗旨与上述判例相同，但却与德国民事诉讼法一样，采取了把重点放在民事诉讼法中土地管辖规定之上的裁判法学的处理方法。

对于财产法案件，过去多数情况下并不适用涉外私法，而是将之视为国内事件盲目适用国内法。但是，大法院1982年8月24日判决（81DA684）指出，属于涉外私法第1条规定的关系的案件应该适用涉外私法，并且对该案采取了破弃还送措施。这一判决指出了国际化时代涉外私法的重要性和强制性特征，意义重大。

关于财产法案件的国际管辖权，在大法院判例中很早就出现了许多以德国和日本民法学者的类推说

（如果民事诉讼法上的国内土地管辖得到承认，则国际管辖也就得到了承认）为根据的判决（义务履行地管辖，大判1972年4月20日宣告71DA248），其中特别具有划时代意义的是大法院1988年10月25日判决（87DAKA1728）。该判决指出，对于双方均为外国人的事件，在判断有无国内财产资料时，可以把民事诉讼法第9条作为直接的国际管辖规定。但是，大法院1989年12月26日判决（88DAKA3991）却指出，虽然我国没有土地管辖权，但外国法人仍然向我国法院申请民事诉讼法上的保全命令或任意竞卖的，从国际民事诉讼裁判管辖的相关推理来看，可以认为我国法院对于与该申请债权相关的诉讼具有财产权。这一判决强调了国际主义的立场。然而，大法院1992年7月28日判决（91DA41897）却指出，虽然最终应追求当事人之间的公平、裁判的适正和迅速这一基本理念，并根据推理作出决定，但因此种情况下我国民事诉讼法中关于土地管辖的规定也是基于上述基本理念制定的，所以，如果依上述规定裁判籍在国内，就可以认为我国对于该涉外事件相关诉讼也有裁判管辖权，从而承认了根据民事诉讼法第10条（事务所在地管辖）进行的国际管辖。

与外国判决的承认有关的判例也主要出现在离婚案件判决中。特别需要指出的是，在1971年10月22日判决（71DA1393）指出对于美国的离婚判决没有相互保证之后的10余年间，美国判决在我国都得不到执行。

大法院1989年3月14日判决（88ME184191）指出，对于纽约法院的判决有相互保证；1988年4月12日判决（85ME71）指出，作为承认要件，判断外国法院有无裁判权的标准，应与判断我国有无直接的国际管辖权的标准一样。

大法院1987年4月14日判决（86旦57，58公87年812项）指出，符合承认要件的外国判决在韩国法上和在外法上具有同一的效力；对于外国判决的既判力已经得到韩国承认之后又在韩国法院提起的诉讼案件，韩国法院应该驳回起诉。该案件案由如下：一对韩国人夫妇在美国生活并提起离婚诉讼、抚养费 and 子女引渡请求诉讼之后，又在韩国提起了相同内容的诉讼，导致诉讼在两国同时进行。因美国法院的判决首先宣告并确定，所以韩国法院承认其既判力。这是一个涉及国际诉讼竞合问题的案件，而且也正是这一点构成了上告理由。但是，大法院并没有对此做出明确判断。

虽然难以说这是把民事诉讼法第234条直接适用于国际诉讼竞合，但从旨在避免重复性判决、实现共同判决的理想国际裁判管辖权原则来看，应对国际诉讼竞合进行柔软地、有弹性地规范（国际裁判管辖权问题的处理方法）。在此过程中，应考虑民事诉讼法关于承认外国判决的明文规定，并考虑承认外国判决的可能性（外国判决的承认问题的处理方法）。

针对在海上运输过程中发生的损害，大法院1983年3月22日判决（82DAKA1533）把到达港作为结果发生地纳入了不法行为地之中，从而以我国法律为准据法做出了判决。1994年1月28日判决（93DA18167）、1994年2月8日判决（93DA34749）也体现了同一宗旨。

关于外国法内容的查明，大法院1990年4月10日判决（89DAKA20252）指出，外国法是法，因此，法院应依职权对其内容进行调查，并可采用法院认为合理的方法进行。1992年7月28日判决（91DA41897）指出，我国民事诉讼法对证明准据外国法内容的证据方法和程序没有任何限制，因此可以自由证明。

尽管大法院判例的倾向基本上是一种忠实于成文法主义的、裁判法学的处理方法，但在急剧变化的国际社会，仅靠现存的陈旧的涉外私法规定已很难在具体案件中得出具体上妥当的结果，因此，也表现出如下趋势，即从国际主义的推理正义和平衡立场出发进行的“柔性”法律解释开始逐步增加。

## 五、 国际私法学会的创立与课题

进入20世纪70年代之后，我国开始兴起贸易第一主义和中东建设潮，并迅速迎来了国际化时代。从以国际贸易专门辩护士为主体所创建的专门研究出口贷款、国际金融运输保险、证券、技术引进、建设公司契约等国际法律业务的律师事务所开始，韩国国内对国际贸易和通商法的研究开始逐步显现活力。

20世纪80年代，以汉城法大为首的各大学院开始发表国际私法相关论文，国际私法研究开始步入正规。特别需要指出的是，李好珽教授对德国及美国国际私法理论进行了研究，并发表了极有深度的学术成果。金文焕教授的美国国际私法研究也是需要特别提及的。1977年之后，笔者在司法研修院开设国际诉讼讲座的同时，还致力于涉外事件的现实性解决方法以及诉讼实务相关判例收集和研究，并在1984年出版了《国际诉讼》。1986年12月，法院行政处以裁判资料33、34辑形式出版法官们关于涉外案件的研究论文集，为众多法官参加国际私法研究提供了机会。1992年，受日本国际私法学会邀请，汉城大李好珽教授、国民大金文焕教授、孙京汉辩护士分别在日本国际私法学会发表《在日韩国人的属人法》、《海外韩国人劳动者的国际私法问题》和《外国判决及外国仲裁判决在韩国的承认与执行》，开始了韩国在国际私法领

域的国际交流。受此鼓舞，上述三人和笔者、金炳俊辩护士、李仁宰、金秀衡判事、石光现、吴胜镛辩护士、吴秀谨教授等共为发起人组建了国际私法研究会，继而在1993年3月27日创立了韩国国际私法学会。

此后，在乌拉圭回合之后面向WTO体制转型的国际化、开放化热浪中，韩国几乎所有领域都感受到了国际化的压力，法律的国际化也必然被提上日程。在这一时代背景下，国际私法因其实际的有效性开始在解决国际化时代法律问题方面发挥核心作用。1994年3月，汉城民事地方法院设置了两个国际贸易专门裁判部，目前仍在运营。法院行政处也正考虑在全国法院中扩大和设置国际贸易专门裁判部，并准备成立司法政策室，专门从事国际化时代的海外判例研究和南北统一后的法律研究。

总之，现实国际社会正在发生史无前例的迅速变化。在这一急剧变化的国际化、开放化时代，我国国际私法已经到了不得不进行革命性改革的历史转折时期。为适应跃动的现代社会对国际私法需求的飞速增长，继受了百年前德国民法施行法的我国涉外私法，已经到了必须进行根本修改以成长为能够解决急剧变化的国际化时代所有法律问题的新国际私法的关键时刻。

鉴于国际私法实际的有效性，涉外事件的程序法——国际民事诉讼法的立法准备也十分紧要。学者和实务界人士应该对不正当竞争等经济法中的抵触问题、与南北统一相关的准国际私法问题、与社会主义国家通商的实务性课题等国际化时代的所有问题进行深入研究，从而为21世纪国际竞争时代的法律问题研究奠定基础。

现在，国际私法已经成为实际解决国际化时代所有法律问题的基本法，并且到了取得革新性发展的重大历史转折点。必须全力培养国际化时代的法律专家。

[返回](#)

[网站简介](#) | [招聘信息](#) | [投稿热线](#) | [意见反馈](#) | [联系我们](#)

Copyright © 2003 All rights reserved 中国社会科学院法学研究所版权所有 请勿侵权

地址: 北京市东城区沙滩北街15号 邮编: 100720

[RSS](#)