

中国区际私法论

冯 霞 著

- 区际法律冲突的解决方式 •
- 区际法律冲突协调解决模式比较 •
- 中国区际法律冲突的解决模式 •
- 中国区际民商事判决的相互承认与执行 •

人民法院出版社



国际法前沿问题研究丛书

中国区际私法论

冯 霞 著

人民法院出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

中国区际私法论/冯霞著. —北京:人民法院出版社,2006. 11

(国际法前沿问题研究丛书)

ISBN 7-80217-371-X

I. 中… II. 冯… III. 国际私法-研究-中国 IV. D997

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 132079 号

中国区际私法论

冯霞 著

策划编辑 张晓秦

责任编辑 贾毅

出版发行 人民法院出版社

地 址 北京市东城区东交民巷 27 号(100745)

电 话 (010)85250542(责任编辑) 85250516(出版部)
85250558 85250559(发行部)

网 址 <http://courtpress.chinacourt.org>

E-mail courtpress@sohu.com

印 刷 保定市中华美凯印刷有限公司

经 销 新华书店

开 本 890 × 1240 毫米 A5

字 数 307 千字

印 张 12.375

版 次 2006 年 11 月第 1 版 2006 年 11 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 7-80217-371-X

定 价 24.00 元

版权所有 侵权必究

作者简介

冯霞，女，1964年3月生，山东省泗水县人。1986年毕业于中国政法大学法律系获法学学士学位。1992年~1995年赴比利时王国安特卫普大学留学。2004年9月在职攻读中国政法大学国际法专业国际私法方向法学博士学位，师从著名国际私法学家赵相林教授。现为中国政法大学国际法学院国际私法研究所副教授、硕士研究生导师，兼任中国国际私法学会理事，北京国际法学会理事，北京市商泰律师事务所兼职律师。从事国际私法、区际私法的研究与教学工作20年。主要独著并具有代表性的论文有：《驰名商标的认定归属权在跨国保护中的适用与例外》、《论BOT投资方式的若干法律问题 and 立法建议》、《试述中国区际法律冲突的特点及其解决》、《我国涉外遗产继承的法律适用》、《中国区际私法中的公共秩序保留制度》、《论国际民商事诉讼中的协议管辖》等多篇学术论文。主要参与的著作有：《国际私法教程》、《国际民事诉讼与国际商事仲裁》、《中国市场法学》、《合同法原理与适用》等。

前 言

区际私法是以解决区际民商事冲突为调整对象。在历史上，就冲突法而言，区际冲突法的产生先于国际冲突法，后者的理论与实践是在前者的理论与实践的基础上发展起来的。随后，区际冲突法和国际冲突法相互影响，相互促进，相得益彰，以至在许多复合法域国家发展到两者相辅相成，并被人们相提并论。这表明区际私法已是一个独立的法律部门，已成为法律学科中一个重要的分支。

中国“一国两制”方针的实施，香港地区和澳门地区分别于1997年7月1日和1999年12月20日回归祖国，使中国出现了前所未有的“一个国家，两种制度，四个法域”的复杂局面。在香港地区与澳门地区回归祖国近十年中，由于中国区际法律冲突没有相关立法，故造成司法实践中无法可依的混乱局面，因此，中国的区际法律冲突成为一个现实而又迫切需要解决的问题。

本书是一部全面论述中国区际法律冲突的理论与实践的专著。全书共分为十章：前两章为区际法律冲突与区际私法概述、区际法律冲突协调解决模式比较，系统的阐述了区际法律冲突与区际私法的基本概念和理论，特别是论述了世界上几个典型复合法域国家解决区际法律冲突的协调模式，以期对我国相关问题有所借鉴；第三、四章分别论述了中国区际冲突法的历史与“一国两制”构想下的中国现代区际法律冲突以及中国区际冲突法的立法现状，在此基础上，探讨了我国现代区际法律冲突的解决模式；以下六章全面论述了我

五章中国区际民商事法律适用、第六章中国区际民商事管辖权冲突与协调、第七章中国区际民商事司法协助中的送达、第八章中国区际民商事司法协助中的调查取证、第九章中国区际民商事判决的相互承认与执行和第十章中国区际商事仲裁裁决的承认与执行。

本书最大的特点是运用比较法的方法，针对中国区际法律冲突的特殊性，从理论与实践两方面较为全面、系统、深入地论述了中国区际私法中的重要问题，这是目前相关问题的论著中所不具备的。

本书可作为高等院校法学专业研究生、本科生教学的相关教材或参考书，并可为立法与实务部门的法律工作者在从事中国区际法律事务中提供参考。

冯 霞

2006 年 3 月 16 日于北京蓟门桥

目 录

前 言	(1)
第一章 区际法律冲突与区际私法概述	(1)
第一节 区际法律冲突与相关概念	(1)
第二节 区际法律冲突的产生条件、特征与种类	(5)
第三节 区际法律冲突的解决方式	(11)
第四节 区际私法的调整对象	(14)
第五节 区际私法的历史	(20)
第六节 区际私法和国际私法关系的理论与实践	(32)
第二章 区际法律冲突协调解决模式比较	(44)
第一节 美国模式	(44)
第二节 英联邦国家的模式	(70)
第三节 德国统一后区际法律冲突协调模式	(77)
第三章 中国区际法律冲突的历史与现状	(93)
第一节 中国区际冲突法的历史	(93)
第二节 中国现代区际法律冲突的产生	(102)
第三节 中国各法域民商事法律的构成及特征	(112)
第四章 中国区际法律冲突的解决模式	(127)
第一节 中国区际法律冲突的特殊性	(127)
第二节 中国区际法律冲突的协调解决原则	(132)
第三节 中国区际法律冲突的协调模式和解决途径	(135)
第五章 中国区际民商事法律适用	(153)

第一节	中国各法域区际民商事法律适用法立法现状	(153)
第二节	中国区际法律适用司法实践的 现状及存在的问题	(164)
第三节	冲突法的理论制度在中国区际法律 适用中的具体运用	(168)
第四节	对中国区际法律适用问题的几点设想	(207)
第六章	中国区际民商事管辖权冲突与协调	(216)
第一节	区际民商事管辖权概述	(216)
第二节	中国各法域关于民商事管辖权 方面的立法现状	(218)
第三节	中国各法域民商事管辖权冲突的协调	(236)
第七章	中国区际民商事司法协助中的送达	(245)
第一节	区际民商事司法协助中送达制度概述	(245)
第二节	内地与港澳地区间司法文书及司法外 文书的相互送达	(247)
第三节	台湾地区与内地、香港及澳门地区之间相互 送达司法文书及司法外文书的实践	(263)
第四节	中国区际间民商事送达中存在的 问题及其司法探索	(267)
第八章	中国区际民商事司法协助中的调查取证	(278)
第一节	区际调查取证概述	(278)
第二节	中国各法域相互调取民商事证据的 法律与实践	(280)
第三节	中国区际民商事调查取证司法协助中 存在的问题与解决	(304)
第九章	中国区际民商事判决的相互承认与执行	(312)
第一节	区际民商事判决的承认与执行概述	(312)

第二节 中国各法域间相互承认与执行民商事	
判决的法律现状	(316)
第三节 中国区际民商事判决相互承认与	
执行的法律解决	(332)
第十章 中国区际商事仲裁裁决的承认与执行	(346)
第一节 区际商事仲裁裁决的承认与执行概述	(346)
第二节 中国各法域仲裁裁决承认与执行制度	(350)
第三节 中国区际仲裁裁决存在的问题及其解决	(373)

第一章

国际法律冲突与国际私法概述

第一节 国际法律冲突与相关概念

一、法域 (Law district) 与国家 (States)

法域，拉丁文为 *territorium legis*，德文为 *Rechtsgebiet*，在英文中有多种表述，最常见的是 *Law district*，此外还有 *Legal unit*, *Legal region*, *territorial legal unit* 等。^① 在这些表述中，除 *Legal unit* 的意义较广泛外其余着眼于地理空间上的法域。法域是法律区域的简称，它是指一个主权国家或一个地区享有立法权、司法权和行政权的具有自己独特法律制度的特定地域。学者们对

^① 韩德培主编：《国际私法》。武汉大学出版社 1989 年修订版，第 57 页。

法域一词还有不同的定义。^① 依据本书的定义标准，世界上的国家可以分为两大类：单一法域国家和多法域国家。大多数国家在其境内只有一个法域，即为单一法域国家，其领土和法域的范围是完全一致的；而另外一些国家，由于历史或政治的原因，在其境内存在两个以上的法域，即为多法域国家，常被称为“复合法域国家”，或者“复数法域国家”，其国家领土的范围则远远大于国内的各个不同法域，如美国、英国、加拿大、澳大利亚等国家。由此可见，法域具有三个特征：

1. 法域为特定的地域范围。许多学者将法域分为空间范围、成员范围和时间范围，从而将法域分为属地性法域、属人性法域和属时性法域。但在这里我们是以其空间范围，也就是以属地性对法域下定义的。

2. 法域具有独特的法律制度，即无论是以国家为法域，还是以—一个主权国家内的地区为法域，它们都应当具有其独特的法律制度，特别是对法域中所具有的独特的民商事法律制度进行研究，是我们研究区际法律冲突的前提。

3. 法域的法律制度具有平等性和非主权性。平等性要求各法域应相互承认彼此法律的效力，承认根据彼此法律所产生的既得权。非主权性是指各法域虽有其独特的法律制度，但它们都处于—国的—主权之下。因此，—方面决定了各法域间的冲突只能是区际法律冲突，而不是国际法律冲突；另—方面，又决定了中央立法对各法域具有制约性，表现在中央立法不仅可以限定各法域法律实施的空间范围，而且在—定程度上可以制约各法域间法律冲突的解决。

另外，普通法系国家对“法域”有其独特的表述。由于普通法

^① 有的学者认为“—个具有独特法律制度的地区被称为法域”；还有的学者认为“法律有效管辖的范围即为法域”。

系国家的冲突法既解决国际法律冲突又解决区际法律冲突，因此他们不喜欢用“law district”来表示一国内部具有不同法律制度的法域。英国学者一般用“country”来表示“law district”，如英国学者戴西认为“country”是“在一个主权之下服从一套法律制度的全部区域”，英国的英格兰、苏格兰、北爱尔兰、马恩岛以及各殖民地以及美国和澳大利亚的各州、加拿大的各省都是冲突法意义上的“country”；对于政治意义上的国家，他用“state”来表示。而美国学者一般用“state”来表示“law district”，如美国法学会编纂的《冲突法重述（第二次）》第3条规定：“本重述所使用的state一词系指具有一套独特的一般法律的区域单位”，并且在《重述》中用“nation”来表示政治意义上的主权国家。^①

二、复合法域国家（plural legal territory）

以主权国家为单位，在法律上只有一种法律制度或全国法制统一的国家被称为“单一法域”国家；而如果一个国家内部同时存在两种以上的法律制度或法律体系，则将其称为“复合法域国家”、“多法域国家”、“复数法域国家”或“法制不同一国家”。尽管称谓不同，但表述的内容都是一致的。因此，就单一法域国家而言，其领域与法域的范围是完全一致的；而就复合法域国家而言，国家领土的范围则远远大于其国内的各个不同法域。^②

从历史上来看，复合法域国家的成因大致有以下几种，包括：
1. 国家的联合，即两个以上的国家结合，原国家各自的法律在很大程度上予以保留而形成新国家内部法律的不统一，如美利坚合众国

^① 参考黄进主编：《中国的区际法律问题研究》。法律出版社2001年版，第26页。

^② 陈力著：《一国两制下的中国区际司法协助》。复旦大学出版社2003年版，第3页。

的形成；2. 国家的合并，如大不列颠及北爱尔兰王国的形成；3. 国家的复活，是指一国被数个国家瓜分，分别受制于各国的法制，在复国时被瓜分的各地区仍保留被占领时的法制而形成复合法域国家，如第一次世界大战结束时的波兰；4. 国家的兼并，也称征服或占领，是指一国以武力占领他国领土，取得主权，由于被兼并地区保留其原所属国的法律，使得兼并国在一个时期内成为复合法域国家，如第二次世界大战期间的德国和意大利；5. 国家领土的割让，是指一国的领土依条约转移给他国。原则上割让地的原来的法律不被废除，使得接受割让地的国家成为复合法域国家，如普法战争后德国依《法兰克福私法》对原属法国的阿尔萨斯和洛林的割让；6. 国家领土的回归，是指一国领土由于他国的侵占、割让或租借而一度被他国治理，后来该国对其恢复行使主权而形成复合法域国家；7. 分裂国家的统一，是指一国由于某种原因分裂，当该国再次实现统一时原分裂地区继续保持现有的法律制度，从而使重新统一的国家成为复合法域国家；8. 国家的殖民；9. 委任统治和托管制度；10. 民族自治等。^① 其中因后三种原因导致的复合法域国家的情况已随着时代的进步而退出历史舞台。中国复合法域是由于 1997 年 7 月 1 日香港地区领土和 1999 年 12 月 20 日澳门地区领土的回归，以及将来台湾地区领土的和平统一而形成的。

三、区际法律冲突 (interregional conflict of laws)

法律冲突 (conflict of law) 是指在涉外民商事关系中，由于涉外因素导致有关国家相互不同的法律在效力上的抵触。它一般出现在主权国家之间的民商事关系中，但有时也存在于多法域国家内跨法

^① 参考黄进主编：《中国的区际法律问题研究》。法律出版社 2001 年版，第 18～20 页。

域民商事关系中。前者为国际法律冲突 (international conflict of laws), 后者则为区际法律冲突 (interregional conflict of laws)。

通过对以上法律概念的分析, 我们可以为区际法律冲突下一个定义。所谓区际法律冲突 (interregional conflict of laws), 就是在一个国家内部不同地区的法律制度之间的冲突, 或者说是一个国家内部不同法域之间的法律冲突。^① 对于区际法律冲突, 学者们有不同的表述, 主要有区际法律冲突 (interregional conflict of laws)、国内法律冲突 (internal conflict of laws)、省际法律冲突 (interprovincial conflict of laws)、州际法律冲突 (interstate conflict of laws)、共和国之间的法律冲突 (interrepublican conflict of laws) 等。^② 本书采用区际法律冲突 (interregional conflict of law) 这个名称来表示一个国家内部不同法域之间的法律冲突。

第二节 区际法律冲突的产生 条件、特征与种类

我们所要探讨的区际法律冲突只是众多的法律冲突现象中的一种。为了把区际法律冲突同其他法律冲突区别开来, 我们有必要分析一下区际法律冲突的产生条件、特征与分类等问题, 为深入地探讨中国区际法律冲突的诸问题打下坚实的基础。

一、区际法律冲突产生的条件

在一国内部区际法律冲突产生的条件通常有以下几个:

① 韩德培主编:《国际私法》。高等教育出版社、北京大学出版社 2000 年版, 第 274 页。

② I. Szasz, Conflict of Laws in the Western, Socialist and Developing Countries, Leiden: A. W. Sijthoff, 1974, p. 233.

1. 在一国内部存在着数个具有不同民商事法律制度的法域,如美国 50 个州构成 50 个不同的法域。如果在一个国家内部实行着全国统一的民商事法律,区际法律冲突无从谈起。

2. 在一国内各法域相互交往导致产生众多的区际或跨地区的民商事关系。由于在一个主权国家境内,各地区在政治,特别是在经济、民商事领域和文化领域的密切交往和不断的融合,将会产生大量的区际民商事关系,因此,区际法律冲突存在是客观的和必然的。

3. 在一国内部各法域互相承认外法域的民事法律地位。在民商事法律关系中,要求民商事主体在平等的基础上交往,而赋予内外法域人同等的民商事法律地位是保证正常交往的法律依据。

4. 在一国内部各法域互相承认外法域的法律在自己地区内的域外效力,即各法域承认外法域的法律在本法域内具有域外效力。这是内外法域在法律适用上产生冲突的实质条件。

在上述各条件中,“一国内部存在着数个具有不同法律制度的法域”是产生区际法律冲突的最重要和最根本的前提条件。

二、区际法律冲突的特征

(一) 区际法律冲突不同于国际法律冲突

区际法律冲突是在一个主权国家领土范围内发生的法律冲突,而不是主权国家之间的法律冲突,如果某一法律冲突超过一国领土范围,它就不是区际法律冲突。因而,解决区际法律冲突具有不同于解决国际法律冲突的特点。从这个意义上讲,美国 50 个州之间的法律冲突,加拿大各省之间的法律冲突,英国的英格兰、苏格兰、北爱尔兰及马恩群岛和海峡群岛相互之间的法律冲突都是区际法律冲突。同样,中国内地、香港地区、澳门地区、台湾地区相互之间的法律冲突也是区际法律冲突。因此,我们可以将中国称为具有“四个法域”的复合法域国家。

(二) 区际法律冲突不同于人际法律冲突和时际法律冲突

区际法律冲突是在一个主权国家领土范围内具有独特法律制度的不同地区之间的法律冲突,这种冲突是法律在空间上的冲突,具有属地性的特点,可称其为属地性法域。区际法律冲突的这一特点使它与人际法律冲突、时际法律冲突相区别。所谓人际法律冲突(interpersonal conflict of laws),是指在一个主权国家内部,不同的种族、宗教、民族、部落以及不同阶级适用不同的法律而引起的冲突,有的学者将其称为属人性法域。例如,在第二次大战以前,奥地利国家内的天主教徒、基督教徒、犹太教徒之间因适用不同的婚姻法而产生的人际法律冲突。所谓时际法律冲突则是指一个主权国家内部,适用同一社会关系的同一地区的新法与旧法之间的冲突。有的学者将其称为属时性法域。从这个意义上说,区际法律冲突是平面上的冲突,时际法律冲突则是垂直的冲突。当然,属地性法域、属人性法域和属时性法域有时会交叉与重叠,但三者的区别是显而易见的。

(三) 区际法律冲突仅指私法领域的冲突,而不包括公法领域的冲突

区际法律冲突是在一个主权国家领土范围内不同地区之间的民事法律冲突,是狭义的区际法律冲突,严格地讲是区际私法方面的冲突,而不包括刑法、行政法等公法方面的冲突。关于区际法律冲突是否包括公法领域的冲突问题,学者们持不同的观点。按照英国的冲突法理论,“一般来说,冲突法关心私法远远胜过公法。传统上英国冲突法不探讨刑事法院对在国外犯罪的管辖权、犯罪引渡、外国人的移民或放逐。”^①由此可见,英国学者将冲突法仅仅理解为私法领域的冲突;而匈牙利的学者萨瑟却认为,除了民商事法律冲

^① J. H. C. Morris, *The Conflict of Laws*, London, Stevens & Sons Limited 1987, p. 5.

突外，区际法律冲突还应当包括一些公法事项上的冲突。尽管在公法之间的冲突（如刑事法律的冲突）是大量客观存在的，但由于世界各国及一国内各法域之间，基本上不承认外国或外法域的公法在本国或本法域的域外效力，即只适用自己的刑法、行政法、程序法等解决一国内或一法域内的公法问题。而在私法领域，由于各国或各法域之间相互承认民商事法律的域外效力，导致内外国法或内外法域适用民商事法律的冲突。因此，笔者赞同第一种观点，这里所指的区际法律冲突仅指私法领域的冲突，而不包括公法领域的冲突。

（四）区际法律冲突是一国内部各法域间平等、横向的冲突

区际法律冲突是在一个主权国家领土范围内不同地区民商事法律在效力上的抵触，是由于各法域平等而必然导致的不同地区民商事法律制度之间横向的冲突。因此，区际法律冲突是在一个主权国家领土范围内不同地区的法律制度在同一平面上的冲突；特别是由于一国内各属地性法域的平等性，各法域中法律制度是平等的，那么，各区域法律制度之间的区际法律冲突必定是同一平面上的冲突。在一国内，非同一平面上的法律冲突，如中央法律与地方法律之间的冲突，特别是在联邦制国家内联邦法律与各州，或各成员国、或各省法律之间的冲突，则不是区际法律冲突，因为它们之间的法律冲突是不同层次的法律之间的冲突，是上下级法律之间的冲突，或者说是一种垂直冲突。根据上述区际法律冲突的特征，更确切地说，区际法律冲突是在一个主权国家领土范围内不同地区的民商事法律之间在同一平面上的横向冲突。

三、区际法律冲突的种类^①

关于区际法律冲突的种类，学者们已有多种不同的分类。按照

^① 参考韩德培主编：《国际私法》。高等教育出版社、北京大学出版社 2000 年版，第 280～281 页。