冲突法的理论与实务

秦瑞亭摇著

对外经济贸易大学出版社

需要全本请访问 www.ertongbook.com

摇图书在版编目（悦孵）数据

摇冲突法的理论与实务 辖秦瑞亭著援—北京：对外经济贸易大学出版社，圆韵韵苑
摇陨杂晕：怨缘猿源愿苑源苑猿员愿源愿苑
摇Ⅰ郾冲… Ⅱ郾秦… Ⅲ郾冲突法 原研究 Ⅳ郾阅怨猿苑
摇中国版本图书馆 悦孵数据核字（圆韵韵苑）第 园猿源员愿员号

ⓒ摇圆韵韵苑年摇对外经济贸易大学出版社出版发行

版权所有摇翻印必究

冲突法的理论与实务

秦瑞亭摇著

责任编辑：汪友年

对 外 经 济 贸 易 大 学 出 版 社
北京市朝阳区惠新东街 员园号摇摇邮政编码：员韵韵源怨
邮购电话：园缘缘源圆猿源缘摇摇 摇发行部电话：园缘缘源圆猿员园
网址：澡贼贼责：辕辕怎怎怎郾怎择怎怎怎郾摇摇耘原皂葬蚤造：责则凿责葬择怎怎郾糟灶

唐山市润丰印务有限公司印装摇摇新华书店北京发行所发行
成品尺寸：员猿厘米伊员怨郾缘厘米摇摇圆韵韵猿年印张摇摇猿员圆千字
圆韵韵苑年 远月北京第 员版摇摇圆韵韵苑年 远月第 员次印刷

陨杂叭晕：怨缘猿源愿苑源苑猿员愿源愿苑
印数：园缘员原员缘园册摇摇定价：猿韵韵元

本著作得到教育部留学回国人员科研启动基金和南开大学人事处提供的科研启动经费支持

作 者 简 介

秦瑞亭，男，[illegible]年生。德国法兰克福大学国际私法专业法学博士。现为南开大学副教授、硕士生导师，主要研究方向为国际私法、欧盟私法和国际经济法。[illegible]年在德国出版国际私法专著《当事人自治：一个比较法的研究》（[illegible]），发表《论月结方式的法律问题》和《中德侵权行为冲突法比较》等多篇学术论文。电子邮件：[illegible]

前摇摇言

本书是我在国内出版的第一本学术著作。我在德国学习四年有余，先后获得德国法兰克福大学国际私法专业法学硕士（[illegible]）和法学博士学位。比较中德两国国际私法的理论、立法和司法实践，我感触颇多。我国国际私法制度受德国法影响最深，甚至可以说主要源于德国国际私法，从李浩培和韩德培等我国国际私法前辈早年的著作及我国[illegible]年《法律适用条例》与[illegible]年《德国民法施行法》在立法内容和立法技术方面的相似之处，我们都可以得出这一结论。但我国至今没有一部系统介绍德国国际私法的著作。不仅如此，[illegible]年《德国民法施行法》原有的不少条文经过[illegible]年和[illegible]年的修改已经被废除，但至今却仍被我国的一些学者作为德国现行冲突法介绍或者研究，这不能不说是一个遗憾。因此我于[illegible]年底回国以后，便开始尝试介绍德国冲突法和运用德国冲突法理论分析研究我国冲突法的立法与实践，并且以“国际私法的国际发展趋势与我国国际私法的完善”为课题申请了教育部留学回国人员科研启动基金，本书是该课题的研究成果之一。

本书定名为《冲突法的理论与实务》，原因有三。其一是书中论述的诸多问题，有的属于冲突法基础理论问题，如冲突法与比较法的关系，冲突法与宪法的关系，冲突法中的替代、转化和协调制度；有的属于冲突法前沿问题，如冲突法中的利益分析法学，关于强制性冲突法和任意性冲突法的争论，“干涉性规则”理论，物权领域的当事人自治原则和冲突法中的弱者保护原则等。这些问题在我国冲突法著作中都很少被介绍和研究，大都属于目前我国冲突法学界尚未深入研究的理论问题。其二是本书较为详细地剖析了我国现行冲突法立法和司法实践中存在的一些突出问题。立法方面，我国现行冲突法在许多领域都存在明显的立法漏洞，而且有些立法既不符合法理，又与国际社会的惯常做法相左，如我国《民法通则》第[illegible]条和第[illegible]条；司法实践方面，我国现行冲突法漏洞较多而且可行性差，如我国现行合同冲突法对法律选择的形式、方式、时间以及效力认定等问题均未作任何规定，导致我国司法实践在许多冲突法问题上“无法可依”，各级法院各行其是，严重影响了我国法制的统一，也在一定程度上损害了我国在国际社会中的司法形象，历时八

需要三年请访问 www.ertongbook.com

年的美国总统轮船公司与菲达电器厂、菲利公司、长城公司无单放货纠纷案便是一个典型的例子。本书对我国冲突法立法和司法实践中的诸多问题进行了评析，并提出了一些完善措施与建议。其三是我国现行法学学科体系设置和教育部高教司编写的《全国高等学校法学专业核心课程教学基本要求》都接受了“大国际私法”体系，“大国际私法”观点在我国学界亦占据了主导地位，因此，我国国际私法包括统一实体法已成为不争的事实，而本书除了实务篇中的国际民商事争端解决程序和国家豁免两章之外，绝大部分内容均属于纯冲突法问题。因此将本书称为《冲突法的理论与实务》名副其实。

本书引用了大量国际公约和国外法律法规。除了特别注明出处的以外，德国法律和欧盟国际私法法规引自德国瑙卯丝出版社（暈彐彡釋灾[illegible]）圆[illegible]年出版的《民事法律》（在[illegible]）和贝克出版社（灾[illegible]）圆[illegible]年出版、杰穆和豪斯曼（[illegible]）圆[illegible]年出版、杰穆和豪斯曼（[illegible]）主编的《国际私法和程序法》（[illegible]）以及德国司法部网站，国际公约和其他国家的法律法规主要引自相关国际组织网站和相关国家的议会和政府网站。除了特别注明直接引自中文文献著作的以外，本书中德语国家和英语国家的法律法规以及海牙国际私法会议制定的国际公约均由作者直接译自原文。员愿圆年《欧共体合同债权法律适用公约》和员怨怨员年海牙《遗嘱处分方式法律适用公约》系由作者直接译自德文文本。

本书能够完成和面世，得益于多方面的关心和帮助。首先我衷心感谢南开大学原副校长逄锦聚老师、国际学术交流处王惠兰老师、人事处张东升处长、王乐和老师和法学院的所有领导与同事，是他们的关心和帮助使我有了良好的科研和工作环境；我还要感谢我的家人，是他们的理解和支持让我有了更多的科研时间。

限于作者学识、时间和精力方面的原因，本书错误之处在所难免，真诚希望学界前辈同仁批评指正。冲突法博大精深，吾将上下而求索。

秦瑞亭

圆[illegible]年 源月于南开大学

目摇摇录

理摇论摇篇

第一章摇冲突法的产生与发展 …… ⑴猿
摇第一节摇冲突法的产生 …… ⑴源
摇第二节摇近代冲突法学说史 …… ⑵员
摇第三节摇当代冲突法学说史 …… ⑵圆
摇第四节摇冲突法立法史 …… ⑶缘
摇第五节摇中国冲突法的产生与发展 …… ⑶缘

第二章摇冲突法与相关学科的关系 …… ⑸圆
摇第一节摇冲突法和国际民事诉讼程序法 …… ⑸圆
摇第二节摇冲突法和宪法 …… ⑸员
摇第三节摇冲突法和比较法 …… ⑹猿
摇第四节摇冲突法和国际公法 …… ⑹员

第三章摇强制性冲突法和任意性冲突法 …… ⑺源
摇第一节摇概述 …… ⑺源
摇第二节摇西方国家的理论与实践 …… ⑺缘
摇第三节摇我国冲突法的强制性 …… ⑻圆

第四章摇冲突法正义和实体法正义 …… ⑻缘
摇第一节摇概述 …… ⑻缘
摇第二节摇冲突法和正义 …… ⑻员
摇第三节摇实体法正义对冲突法正义的渗透 …… ⑼圆

第五章摇冲突法中的利益 …… ⑼缘
摇第一节摇概述 …… ⑼缘
摇第二节摇冲突法利益的种类 …… ⑼员

制摇度摇篇

第六章摇识别 …… (员缘缘
摇第一节摇识别和识别冲突 …… (员缘缘
摇第二节摇司法实践中常见的识别冲突问题 …… (员缘怨
摇第三节摇识别冲突的解决 …… (员源愿
摇第四节摇我国关于识别冲突的解决办法 …… (员员园

第七章摇反致 …… (员员园
摇第一节摇反致的概念 …… (员员园
摇第二节摇关于反致的理论 …… (员员源
摇第三节摇关于反致的实践 …… (员员远
摇第四节摇反致制度的发展趋势 …… (员员怨

第八章摇先决问题、首要问题和部分问题 …… (员员愿
摇第一节摇基本概念 …… (员员愿
摇第二节摇三种特殊问题的准据法的确定 …… (员员缘

第九章摇公共秩序保留 …… (员员苑
摇第一节摇公共秩序保留的概念和实质 …… (员员苑
摇第二节摇公共秩序保留的运用 …… (员员怨

第十章摇干涉性规则 …… (员圆远
摇第一节摇概述 …… (员圆远
摇第二节摇“干涉性规则”的认定 …… (员猿愿

第十一章摇替代、转化和协调 …… (员源缘
摇第一节摇替代 …… (员源缘
摇第二节摇转化和错误法律下的行为 …… (员源苑
摇第三节摇协调 …… (员源怨

第十二章摇法律规避 …… (员远远
摇第一节摇概述 …… (员远远
摇第二节摇法律规避的性质和效力 …… (员远愿

第十三章摇外国法内容的查明 …… (员远员
摇第一节摇概述 …… (员远员
摇第二节摇我国查明外国法内容的途径 …… (员远缘
摇第三节摇无法查明或错误适用外国法的救济 …… (员远源

实摇务摇篇

第十四章摇国际民商事争端的解决方式 …… (员苑员
摇第一节摇概述 …… (员苑员
摇第二节摇国际商事仲裁 …… (员苑缘
摇第三节摇国际民商事诉讼 …… (员愿园

第十五章摇国家及其财产的豁免权 …… (园园缘
摇第一节摇概述 …… (园园缘
摇第二节摇关于国家豁免的理论与实践 …… (园园远
摇第三节摇国家豁免原则的最新发展 …… (园猿园

第十六章摇民事行为形式的冲突法 …… (园猿苑
摇第一节摇民事法律行为、民事行为和民事活动 …… (园猿苑
摇第二节摇民事行为形式的法律适用 …… (园源员

第十七章摇合同冲突法 …… (园源源
摇第一节摇概述 …… (园源源
摇第二节摇当事人自治原则 …… (园源愿
摇第三节摇最密切联系原则 …… (园缘愿
摇第四节摇关于合同冲突法的其他问题 …… (园缘源

第十八章摇侵权行为冲突法 …… (园远缘
摇第一节摇概述 …… (园远缘
摇第二节摇我国侵权行为冲突法现状 …… (园苑员
摇第三节摇我国侵权行为冲突法的完善 …… (园苑源

第十九章摇物权冲突法 …… (园愿缘
摇第一节摇物权法律冲突 …… (园愿缘
摇第二节摇物权冲突法的一般理论 …… (园怨苑

摇第三节摇我国物权冲突法的完善 …… (169)

第二十章摇婚姻家庭和继承冲突法 …… (176)
摇第一节摇婚姻家庭冲突法 …… (176)
摇第二节摇继承冲突法 …… (183)

第二十一章摇中国区际冲突法 …… (189)
摇第一节摇区际冲突法的产生 …… (189)
摇第二节摇中国区际冲突法的现状 …… (196)

主要参考文献 …… (203)

理论篇

需要全本请访问 www.ertongbook.com

摇

第一章

冲突法的产生与发展

当今社会是一个充满法律冲突的社会，法律冲突的存在使得对同一国际民商事法律关系，适用不同国家的法律将会导致完全不同的判决结果。这样，在不同国家法院对同一民商事法律关系适用不同法律的情况下，国际民商事交往就会呈现混乱无序的状态：按照一个国家法律缔结的合同在另一个国家可能无效；依一个国家法律合法缔结的婚姻在另一个国家可能成为非法同居；依甲国法律取得的所有权在货物进入乙国后可能得不到乙国法律的承认。消除这种混乱状态、解决前述法律冲突的法律便是冲突法。冲突法的目的是在国际民商事领域建立一个公平合理的秩序，即国际民商新秩序。国内民商事交往需要秩序，国际民商事交往亦需要一个公平合理的秩序。国内民法是国内民商事交往有秩序进行的保证，冲突法则利用其特有的手段——冲突规范，为不同涉外民商事法律关系指定不同的应予适用的法律，旨在实现同一案件，无论在何国法院受理，都能获得相同判决结果的理想，从而使国际民商事交往按照一种公平合理的秩序进行。

冲突法在国际民商事交往中起着非常重要的作用，在全球化的今天尤其如此。冲突法的本质决定了其不仅有利于维护我国国家和人民的合法权益，而且有利于维护外国国家和人民的合法权益，从而能促进国际民商事交往和各国人民之间友好合作，有利于维护世界和平和促进世界各国经济的繁荣与发展。从长远来看，冲突法的发展和完善还能够通过合理解决法律冲突促进世界各国法律的统一，从而为法律最终走向消亡和共产主义的实现创造条件。

由于上述原因，冲突法目前已成为各国法律制度必不可少的组成部分，是各国公认的独立于实体法和程序法之外的一种重要且特殊的法律。

但这种法律并不是自古就有的。从世界范围来看，冲突法的产生和发展，经历了一个漫长而曲折的过程。

第一节摇冲突法的产生

一、欧洲大陆

（一）罗马法时代（公元前 远世纪～公元 远世纪）

古代奴隶制社会也存在涉外民事交往，但古代奴隶制国家否认外国人在内国的民事法律地位，外国人在内国仅具有奴隶身份，不能成为民事法律关系的主体，因此当时不可能产生法律冲突问题。随着罗马的扩张和同其他民族之间交往的增加，罗马开始授予被征服民族居民以“公民权”，并设立外事裁判官，专门审理罗马市民和外民族人之间的纠纷，保护外民族人的合法权益。罗马外事裁判官审理涉外案件不适用罗马市民法，而是依据其从罗马私法和被征服民族法律中凭自己理念选择出的一些原则，在此基础上形成了一种专门适用于涉外民事案件的私法体系——万民法。万民法是罗马国内实体法，在性质上属于国内专用实体规范，既不同于现代冲突法，又不同于现代统一实体法，是罗马在运用直接调整方法解决涉外民商事争端基础上发展起来的一种国内实体法。

（二）法兰克时代（公元 缘～怨世纪）

这一时代又称为属人法时代、种族法时代。公元 源远年西罗马帝国灭亡之后，日耳曼人侵入欧洲，建立了许多“蛮族国家”。日耳曼各民族迁徙频繁，无固定的居住地，且都遵守自己本民族的法律，欧洲从此进入了种族法时代。从理论方面分析，由于当时缺乏统一的中央集权，各民族又没有固定的居住地区，属人法原则也是当时解决各民族之间法律冲突的惟一可行方案。当时盛行一种“属法声明”的制度（[illegible]），即审判人员在正式开庭审理案件前询问当事人：“你受什么法律支配？”然后根据当事人的回答决定所适用的法律。怨世纪里昂的一位主教曾写道：“常常是在一起的 缘个人中，每个人都在自己的法律的效力下生活！”当时法律冲突问题的尖锐程度可见一斑！

经过长期司法实践，日耳曼人发展出了一些解决法律冲突的简单规则，如：身体伤害适用受害人所属民族的法律；合同依当事人双方各自所属的法律；不动产所有权转让适用转让人所属法律；继承适用被继承

人所属法律；结婚和夫妻关系适用丈夫所属的法律等。① 这些冲突规则对后来冲突法的产生与发展起了一定的促进作用。

（三） 属地法时代

员园世纪以后，欧洲大陆群雄割据，进入封建割据时期。封建诸侯依赖领地而生存，领地成为其最重要的财产，农奴被束缚在土地上，各领地之间很少民事交往。这一时期盛行严格的属地法原则，封建领主在自己管辖范围内均适用自己的法律，每个领主都严禁其他领主介入自己的内部事务，更不会适用其他领地的法律，属人法主义为极端的属地法原则所取代。

（四） 法则区别说——冲突法的产生

员郧历史背景

（员） 经济条件：员员世纪开始，意大利开始成为东西方的交通要道，从法国到东方的波斯、中国均须经过该地，因此意大利资本主义较早开始发展，出现了比萨 （[illegible]） 、佛罗伦萨 （[illegible]） 等一些商业发达的城市。由于这些城市相距较近，加之商业利益的趋动，因此各城市之间商业交往频繁，形成了大量的涉外民商事关系。

（圆） 政治条件：随着商业和手工业的发展，意大利各城市要求摆脱封建领主的束缚，他们同封建主进行了长期的斗争，取得了自治权。封建主授予这些城市特许状，承认他们有独立组织自己的政权和征税、司法审判等权力。这些城市也因而成为独立的城市共和国，这是冲突法在意大利产生的政治条件。

（猿） 法律条件：中世纪意大利各城市共和国享有立法权，都颁布了自己的法则 （[illegible]） ，规范城市发展和民商事交往。当时罗马法在意大利仍然适用。城市共和国在处理涉外案件时，如果罗马法与城市共和国的法则之间发生冲突，则依特别法优于普通法的原则，法则优先。若各法则之间发生冲突，应适用哪一个城市共和国的法则，在罗马法中并无现成的答案，由此产生了大量依当时法律无法解决的法律冲突。这是法则区别说产生的法律条件。

（源） 学术基础：频繁的涉外民事交往和商业利益本身都要求合理解决法律冲突，因此早在巴托鲁斯 （[illegible]） 之前，注释法学派 （[illegible]） 和后期注释法学派 （[illegible]） 的

① [illegible]

学者们便积极投入了对法律冲突问题的研究工作。阿迪库斯（[illegible]）在巴托鲁斯之前便已提出了适用外国法的思想，他写到："法官应当适用更强大和更有用的习惯法，因为他必须按照在他看来更好的法律进行判决。"[①]但当时欧洲各国主流观点仍然支持法院地法原则。阿库秀斯（[illegible]）通过其令一切为之倾倒的著作战胜了法院地法原则，使司法实践中适用外国法成为可能。他写道："一波伦那人在默地纳（[illegible]）被诉，不允许对其适用他不隶属的默地纳法则进行判决。"[②] 胡果利努斯（[illegible]）引用《查士丁尼国法大全》（[illegible]）对此解释说，既然罗马皇帝都只能对隶属于他的臣民发号施令，那么北意大利城邦就更应该仅将其法则适用于其属民，而不应该强迫要求外邦人也遵守其法则。[③] 这种关于适用外国法的解释虽然有些勉强，但这丝毫没有减损胡果利努斯和阿库秀斯首次提出适用外国法思想的伟大。历史上任何新理论在诞生之时都是有些幼稚的。随着适用外国法理论的提出，意大利和法国的世俗法学家和神学家都积极投入了创立和发展冲突法规则的研究工作。这些学者的努力为法则区别说的产生奠定了深厚的学术理论基础。

[illegible]法则区别说的形成及内容

巴托鲁斯，意大利后期注释法学派最著名的代表人物，在前人研究成果的基础上，提出了著名的法则区别说。巴托鲁斯的学说并非全部独创，他无疑借鉴了许多前人成果。但尽管如此，巴托鲁斯仍然是中世纪居于领袖地位的冲突法学者和当之无愧的冲突法鼻祖。

巴托鲁斯的学说集中于两个问题：（[illegible]）一个城邦的法则能否适用于位于该城邦的外邦人？（[illegible]）一个城邦的法则能否在该城邦之外发生效力？

为回答上述问题，巴托鲁斯从法则本身的性质入手，将法则分为人的法则（[illegible]）、物的法则（[illegible]）和混合法则（[illegible]）。他认为人的法则是属人的，适用于隶属于该法则制定者的所有属民，无论其位于何处；物的法则是属物的，其效力只及于位于法则制定者管辖领土之内的物；混合法则涉及行为，适用于在法则制定者领土范围内订立的契约。在此基础上，巴托鲁斯提出了一些重要的冲

---

① [illegible]

② [illegible]

③ [illegible]

突规则，如：合同形式依合同订立地法；合同生效依合同订立地法；合同成立后的效力，如过错或延迟履行，依履行地法；没有履行地法时，依法院地法；法律行为的方式适用场所支配行为原则（[illegible]）；婚姻财产合同依丈夫住所地法；物权依物之所在地法；程序问题依法院地法。①

遗憾的是，在提出上述规则之后，巴托鲁斯却未能深入研究法律关系与特定地域的法律之间的内在联系。他继续从法则性质入手研究法则的适用范围，区分禁止性法则和允许性法则，认为禁止性的人的法则只有在对该人更有利时才具有域外效力，并进一步研究允许性法则所允许的行为是否可以在该法则制定者管辖领域之外被实施。最后，巴托鲁斯研究了著名的英国问题（[illegible]）：中世纪英国法规定长子继承制，长子继承被继承人的所有遗产。当时意大利实行欧洲普通法（罗马法）规定的诸子共同继承财产制度，诸子共同平分遗产。若被继承人在英国和意大利均有遗产，关于继承应适用何国法律的问题，巴托鲁斯认为，若法则条文以物开头，是关于物（如“遗产由……继承”），则适用物之所在地法。若法则条文以人开头，是关于人（如“长子继承……”），则若被继承人系英国人，长子继承位于英国的所有遗产并与诸子平分在意大利的遗产；若被继承人不是英国人，则诸子平均继承遗产。②

巴托鲁斯以该著名的英国问题结束了他对冲突法问题的研究。巴托鲁斯作为中世纪欧洲最权威的法学家和冲突法的鼻祖，其对冲突法的贡献是巨大的，也是公认的。但他的法则区别说在方法论上却存在严重缺陷：

(员) 巴托鲁斯从法则的性质入手，根据法则性质研究其适用范围，决定了其理论具有很大的局限性，无法适应调整日益复杂的法律关系的需要，英国问题的例子便说明了这一点。

(圆) 巴托鲁斯虽提出了一些冲突规则，如物权依物之所在地法，合同形式依合同订立地法等，但他对许多法律冲突问题的研究是首先假定一个城邦的法则应予以适用，然后再分析其性质（[illegible]），最后根据分析结论确定该法则的适用范围。换句话说，巴托鲁

① [illegible]

② [illegible]

需要全本请访问 www.ertongbook.com