

前 言

千百年来，冲突法以其在整个产生、发展过程都有激烈的论争贯穿其中而著称于法学领域，成为火药味最浓的一门学科，且至今论战未休。理论上的莫衷一是及其所折射的立法上的各行其则、实践中的另辟蹊径，常令初识者困惑于不得真谛，有成者迷失于不明前景。古今论战者们虽时有标新立异的见解，然所论之题恒而不变，最主要者如调整或解决法律冲突的方法及冲突法的含义、性质、范围等。至于冲突法的古今价值所在、未来价值导向以及如何致力于冲突法价值的实现等问题，却少有问津者。

对于冲突法，本人虽非初识，却愧无所成。在进退不得的困境中，曾尝试重究冲突法的意义，并初探冲突法的价值问题，以为它对冲突法的反思和展望助益不小。因此，本人不揣知陋识浅，集冲突法及其价值问题所思之点滴，参与这场硝烟未息的大论战，以就教于各位前辈及同仁，期望因此寻获一条解惑、指迷之道。

冲突法不是所有法学家都热衷于研究的法律课题，它

只在极小范围内为部分法官和不多的法学家们关注。然而，冲突法也不是孤立或与其他法律部门及学科无关的法律现象。冲突法专家超出冲突法作必要的理论研究、以及其他法学家适当地注意一下冲突法的意涵，不只是有利于冲突法自身的发展，也同样有利于其他法律科学的进步。事实上，对冲突法进步做出了重大贡献的那些著名的冲突法学家，他们常常身兼多种身份，如西塞罗、巴托路斯、达让特来、胡伯、萨维尼、斯多瑞、沃尔夫、戚希尔、戴西、库克、韩德培、李浩培等人。是这些人，而不是单纯的冲突法学家，才能推动冲突法的进步和发展，因为他们所具有的广博的历史学、哲学、政治学、自然科学、法哲学或其他部门法的知识，提示和启发着他们对冲突法的理论、学说的革新和完善。可见，把冲突法与其他法部门连成一体才有助于冲突法的充实和进步。

正是这一历史经验的帮助和明示，本著才不拟对“冲突法及其价值导向”做单纯涉及冲突法的研究，而是力图在不游离中心论题的前提下，多角度、多层面地把冲突法及其价值导向问题与其他法部门或其他学科连成一体，以求论证的广泛性和充分性。

冲突法有其本质的内涵和形式的外延之分，前者即是冲突法的价值及价值导向，后者即是这种价值内涵的表现形式，如域内实体法、域内法律选择法、统一法律选择法、统一实体法等。

冲突法的表面功用是调整或解决法律冲突，但这实在并非其全部内容。冲突法作为全部法规体系的一个部门，在本质上或价值意义上与其他法或全部法毫无二致，即它的根本目的在于调整社会关系。冲突法所调整的是一种特定的社会关系——涉外或超法域利益冲突关系。追溯冲突法的起源和发展的历程可知，在涉外利益冲突关系产生之初，就同时产生了法律冲突，冲突法在一开始便承担了调整涉外利益冲突和法律冲突的双重职能。只不过在法律、涉外关系、国家主权及法统观念均不发达的时期，法律冲突是隐存的，故对涉外利益关系的影响微不足道，冲突法表现为直接调整涉外关系。当国家主权和法统观念被强化，涉外关系增长，以及人类对合理调整涉外利益关系的共识有了大的发展的时候，法律在内容和技术上因此而完善和复杂化，法律冲突便明显以至强烈起来，形成一种人们自觉或不自觉注意到的、对调整涉外关系有强大影响的新的特定社会关系，致使涉外利益关系的合理、有效调整必须以调整法律冲突为先行和前提。这时，涉外利益冲突被暂时掩盖，而扭曲地表现为法律冲突。在理论上，对法律冲突的调整不能由单一法域法律效力独立实现，必须是有关法域共同参与。冲突法在此方面的直接价值实现是协调共同参与调整具有两法域以上连带关系的利益冲突的诸法之间的互相对立或互相要求的现象。因此，在调整涉外关系或超法域关系的过程中，产生了一种直接调整法律

冲突、间接调整涉外关系的冲突法形式。如果把冲突法调整涉外利益关系看作一个完整的过程，稍加理喻即可明知，冲突法若失去了具有外延到他法域之内的利益冲突的前提，它便是虚假的或实际不存在的。也就是说，法律冲突必须具有涉外利益冲突的必要前提才会出现。逆理可知，冲突法只是为了实现调整涉外利益冲突这个根本或本质的价值目标才把解决法律冲突作为充分条件，这一条件是中间加入、而非本来或原初条件。正是这一原由决定了冲突法不把解决法律冲突作为运作的终点。仅只解决了法律之间的冲突，远未实现冲突法被启动运作的真实目标，它必须最终明确告诉当事人和社会公众，它为之启动的那个涉外利益冲突应该是什么结局，从而使社会秩序重新归于正常。

与其他所有部门法一样，冲突法存在两种意义上的含义，一是预设的、学理意义和普遍意义上的冲突法，它所追求的价值是抽象的个人或集团的利益的真实和有效实现，以及社会局部或整体的有序、和谐，并且为这种价值导向预言着实现的方法。二是实际运作的、具体实践的冲突法，它通过具体解决涉外利益冲突引起的法律冲突而最终解决利益冲突。冲突法这两层意义都表明，调整法律冲突并不是适用冲突法的全部过程，而只是一个完整过程的中间环节。法律冲突是超法域利益冲突的折射，调整法律冲突是调整超法域利益冲突的转换，它是冲突法适用中由

于中间条件的加入不得不借助技术程式绕行达于终极目标的一个中间的过程。在一定意义上，法律冲突是解决涉外利益冲突过程中的赘_儿，它使得本来单一的秩序导向模式复杂化和难以理喻。然而，个中也暗示了一种冲突法价值导向的未来模式。正因为法律冲突不似利益冲突那样是与人俱来的自然必然现象，而是中间加入的人为必然现象，故随着人类智慧自觉的呈显和人类自身社会环境的变异、完善，法律冲突也会作为中间条件从人与人关系的利益冲突中先行退出，即现存诸法域消亡，冲突法将以更高级的单一方式来诱导人与人之间利益冲突的无害和人类整体的有序。

此外，任何法域的外延并不是固定不变的，作为一种人类的现象，它几乎与人类的社会结构形态一样，也由小到大并将继续扩大下去。最早的法域（习惯域）只是几十人一个血缘群体的行为规范的有效范围。在这里，法作为一种规范体系，其价值导向具有二重性，一是对内诱导个体行为对群的无害，二是对外协调相与关系群的互动关系，使之具有生存的和谐环境。如果与动物群体相比较，也许法的这两种价值导向就足以表明人与动物的根本差别——理性。正因为理性（人类智慧自觉的呈显）是法规规范的本质，所以只要是法，无论它通过什么形式表现出来，总会具有上述价值导向的二重性。而且，在其他社会条件的帮助下，当一个新的更大的内域法出现时，它必然是包

溶和取代了若干旧有的小内域法，从而使秩序化的“对外”意义简并成“对内”意义。这一过程可能会因为社会条件的阻限，有时稳定不进或退步，但其趋进之势必然不可逆转。冲突法只要继续为解决涉外利益冲突和实现人类整体有序的根本目标显示其意义，那么，它不只是服从上述必然的价值导向，而且是最明显地表征这一必然逻辑过程的先锋，它会因内法域的不断扩大而失去原来的意义，经过不断扩大着的超法域法，最终与统一实体法或其他更高级的法律形式合一。它也会因这种更高级法律形式的出现而具有与更外在的规范或秩序相冲突的可能性。

本著正是基于以上思路和学说观点来研究冲突法及其价值导向。它力图说明涉外利益冲突与法律冲突的本质及相互关系，并照顾到冲突法这一特定法律形态的内涵；它也力图论证内域法或外域法的并存及向超法域法形态简并之必然的冲突法前景；它还将尽可能地表述冲突法本质（价值和价值导向的意涵）和冲突法形式（各种具体的法）的相互关系及可能离异的情形。

第一部分

冲突法的概念及意义研究

作为一部论述冲突法的书，法律冲突和冲突法的概念是不能不涉及的问题。法律冲突是涉外利益关系所导致的必然结果，并与之同时产生；法律冲突产生于所有在涉外关系中可能发生冲突的法律之间；法律冲突意含法律内容的冲突和法律效力的冲突；冲突法广义上包括调整一切法律冲突的法律规范；冲突法的性质在不同历史时期分别表现为涉外性、国际性和超国家性。这些基本结论构成了本著有关概念的骨架，并指导人们重新探求冲突法起源和发展的历史线索。这种探求不期然而然地将冲突法置于一种广阔的历史背景之中——追寻人类社会发展的历程，理解并把握冲突法的真实和合理的价值导向。

第 一 章

冲突法的概念

一、法律冲突的意义

从法学角度论，国际社会由不同法域组成。每一法域内都存在个人之间或个人与社会之间的利益关系，每一法域都有调整这种利益关系的法律。当这种利益关系超出一法域而发生时，即呈现出构成这种关系的各要素分别属于不同法域的状况。由于这些要素分别受各自法域法律的支配，就使这种利益关系同时涉及多个法律。这种多个法律对一项利益关系同时具有涉及力的现象应被称为“法律冲突”。可见，法律冲突的意义不仅是一项超法域利益关系所涉及的多个法律内容上存在差异，而且是多个法律对同一利益关系支配效力并存。即使多个法律内容相同，也存在效力上的冲突。因此，法律冲突是指法律内容和效力的双重冲突。在冲突法历史上，法律冲突产生之初表现明显

的是效力上的冲突，而不是内容上的冲突。巴托路斯时代稍前至今，法律内容的完善使法律内容的冲突明显，加强了法律效力冲突的效果。法律冲突产生的条件是涉及多个法域法律的利益关系的存在，而不是通常认为的对法律域外效力的承认或适用外域法可能性的成立。在冲突法历史中，曾有过不承认法律域外效力或没有适用外域法的可能性的时期，在那时，法律冲突即使不似今天这样明显，也绝非不存在。如果公认巴托路斯时代最终在理论上确立了对法律域外效力的承认，也公认巴托路斯之前和当时已存在非常显著的法律冲突，以致于“法则区别说”正是为不得不解决法律冲突而创设，那么，说承认法律的域外效力导致了法律冲突的产生则与此相矛盾。可见，法律冲突并非巴托路斯时代的产物，它与人类历史上超法域利益关系的产生同时产生，是超法域利益关系的附产物。因此，应该认为，对法律域外效力的承认只是导致了适用外域法可能性的确立，改变了此前单一地以内域法确定法律适用来调整法律冲突的状况，使在外域法和内域法之间进行选择以确定法律适用的方法得以用来调整法律冲突。

依法律由习惯到成文法的演进过程，法律冲突也经历了由各习惯域之间习惯的冲突、到各法域之间成文法的冲突的过程，后面将追溯这一历程。

法律冲突可在几乎所有调整利益关系的法律中发生，如民事和经济法律冲突、刑事法律冲突、程序法冲突、宪

法冲突、行政法冲突等等。当今，在这些法律冲突中，除了民事和经济法律冲突外，其他法律冲突都是在承认法律域外效力的情况下存在，再一次证明无论是否承认外域法的效力，只要有超法域关系发生，就必然在客观上导致法律冲突。当然，在今天的国际社会，承认法律域外效力与否，会导致调整法律冲突的不同方法，因此，调整民事和经济法律冲突与调整其他法律冲突在方法上区别巨大，而在冲突法的早期，这种差别是不明显的。

法律冲突的种类可分为国际法律冲突、区际法律冲突、时际法律冲突、人际法律冲突和法际法律冲突。以国家作为一个法律区域，这种法域之间的法律冲突为国际法律冲突；一国境内不同法域之间的法律冲突为区际法律冲突；不同时间制定的法律之间的冲突为时际法律冲突；适用于不同宗教、种族和阶级的人的法律之间的冲突为人际法律冲突；不同法律部门之间的法律冲突为法际法律冲突。时际、人际和法际法律冲突不发生在超法域关系中，它们是一法域内的法律冲突，由域内法调整，本著不拟研究。区际法律冲突在冲突法历史上占有一定地位，从一个法域与另一个法域之间的法律冲突是法律冲突的基本形式这一观点而言，区际法律冲突是早期超法域关系中法律冲突的主要形式，但在近现代冲突法中，它已成为次要的法律冲突形式。由于近现代意义上的国家产生，近现代的涉外关系已不是由是否超出一法域来确定，而是依是否超出

一个主权国家领土范围来确定。因此，近现代冲突法中的法律冲突主要是指发生在国家之间的那一部分法律冲突。

二、冲突法的含义

conflict of laws 在英文中有两义：一是法律冲突；另一是调整这种法律冲突的法。每当以 conflict of laws 提到冲突法时，如果不被误解为法律冲突，它不会再被误解为其他含义。但“冲突法”在汉语中则是一个从字面上易生误解的词，或许会被理解为导致冲突的法或设定冲突的法，对于正在研究的这一学科而言，它并非一个准确、合适的名称。但既然在冲突法学中对“冲突法”的字面含义已有约定俗成的理解，也不妨仍沿用这一名称。

冲突法是一切调整超法域利益冲突关系、但经常表现为调整法律冲突的原则和规则的总和。

冲突法本质上讲是调整超法域利益关系，但如前所述，超法域关系的发生必然导致一项利益关系同时涉及多个法律这一后果，即法律冲突必然存在，因此，冲突法便经常表现为调整法律冲突。在法律科学不发达时期，法律冲突是隐存的，冲突法得以直接调整涉外利益冲突关系。法律科学的发展，使涉外关系中的法律冲突变得显著而强烈，以致冲突法直接调整这种超法域利益关系时遇到巨大障碍。这时，法律冲突成为超法域利益冲突的一种扭曲的表现形式，或者说是利益冲突关系在超法域领域中的表现形式，即那些在一法域内表现为权利、义务的利益冲突关

系，在超法域条件下则表现为对权利和义务关系有不同确定、且效力并存的法律之间对这种关系竞相认可的冲突。在这里，由于“涉外”或“超法域”语词的特定和真实意涵，使得一般意义上的利益冲突关系折射成了法律之间的冲突关系。对利益关系而言，法律冲突关系多少是一种强加的和插入的中间关系。也就是说，在理论上对任何一种超法域利益关系而言，它们不能被任何法律直接处断设定，除非有一种法上之法优先解决中间加入的法律之间的冲突关系，否则，超法域利益冲突就不会有人们追求的实际后果。正是这种本无而实有的多法效力并存的前提，使得解决法律冲突成为协调超法域利益冲突和国际社会秩序的优先条件。这样，冲突法对超法域利益冲突关系的调整即表现为对法律冲突的调整，通过直接调整法律冲突，来间接调整超法域利益关系。通常情况下，法学家把这种调整方法称为对超法域利益关系的间接调整方法。然而，间接调整并非是绝对的或惟一的方法。冲突法在调整法律冲突的同时，也有直接调整超法域利益关系的表现，如当今国际社会中的统一实体法和各国专为调整涉外关系制定的实体法，在调整超法域利益关系中，与冲突法中间接调整法律冲突的规则并行不悖。而且，在一些涉及不承认法律域外效力的法律部门的超法域关系中，如超法域刑事关系等，冲突法也表现为直接调整这种超法域关系。

冲突法的含义至此会更为明确。对冲突法而言，调整

超法域利益冲突关系与调整法律冲突之所以如此联系密切、不可分割，其根本原因在于法律冲突与解决法律冲突都是人们追求解决超法域利益冲突过程中必然出现和必须优先解决的中间条件的存在。虽然冲突法的真实目的或终极目标不是解决法律冲突，但法律冲突如果不能得到优先、合理解决，那么超法域利益冲突本身将无法得到解决。这说明，调整法律冲突是解决超法域利益冲突必不可少的过程。调整法律冲突应该始终与调整超法域利益冲突联系起来，并致力有利于调整超法域利益冲突，惟其如此，才是其真正意义所在。

广义而论，冲突法调整的是一切可能在超法域领域中发生冲突的法律部门之间的冲突，包括民法、经济法、刑法、程序法、宪法、行政法等法律领域中的法律冲突。不过，由刑法、程序法、宪法、行政法等法律的特有性质所决定，在这些法部门中，一向的传统大都是各国很少或几乎不承认外国同类法在内国的效力，外国法在内国极少适用的可能，因此，调整这些领域法律冲突的冲突法形式单一、内容很少。虽然在当今国际社会，由于国家间交往日繁，致使这些领域的冲突法已经有了一定程度的发展，但仍然不足以分别形成一个专门的法律体系。通常情形下，这些领域以法律属地原则来确定法律适用。在这些领域中，冲突法的意义主要由各法域之间的合作与协调以减少法律冲突带来的共同危害而实现。

国际社会，调整超国家刑事关系的冲突法的发达程度仅次于超国家民事和经济关系中的冲突法，目前已发展了数量较大、范围较广的调整刑法冲突的统一实体法。如主要者有联合国通过的调整各国对某些罪行的设定及惩处方面法律冲突的一系列的公约。这些公约所规定的主要是涉及国际社会共同利益的国际罪行，包括反和平罪、战争罪、反人道罪、灭种罪、贩运和使用奴隶罪、种族隔离和种族歧视罪、侵害外交人员罪、劫持人质罪、空中劫持罪、海盗罪、贩卖毒品罪等。调整刑法冲突的冲突法还包括调整刑事管辖冲突和约定刑事管辖上的世界原则的一系列公约；调整由刑法的属地、属人原则的差异而引起的庇护和引渡方面冲突的公约等等。随着世界共同利益的增长和人类法律意识的趋近，人们正在努力使刑事冲突法朝建立世界性刑事审判机构、制定世界性刑法的方向发展。

国际社会调整程序法冲突的冲突法也有较大发展，关于刑事诉讼和民事诉讼中案情侦察、案犯缉捕、诉讼文书送达、证据的收集、判决的承认和执行等，国际间已存在大量的双边和多边的司法协助协定，目的在于调整各国在这些问题上的法律冲突以及相互给予协助。

调整宪法性法律的冲突方面，联合国大会制定了具有道义上约束力的《世界人权宣言》，以及相关的具有法律效力的《经济、社会、文化权利国际公约》，协调各国宪法关于人权问题规定上的差异，实行人权的国际保护。

调整各国行政法冲突的活动中发展起来的国际行政法，通过国际条约和国际行政联盟，协调各国行政法和行政事务，并将涉及多数国家利益的行政事务作为国际社会固有的行政事务，由国际机构处理，避免由有关各国处理而带来法律冲突。因此，调整行政法冲突的冲突法发展的最可能的方向是建立世界性的行政机构，并制定世界性的统一行政法。

在超法域利益关系中，民事和经济关系是数量最多、范围最广的一种，调整民事和经济法律冲突的冲突法也最为发达，既包括实体法，也包括法律选择规则，即在承认法律域外效力的前提之下，确定选择内域法或外域法的规则。这一领域的冲突法已相对独立、自成体系，成为法律科学的一个分支，在整个冲突法中占有极其重要的地位，以致人们通常认为冲突法即是调整民事和经济法律冲突的法律，不包括刑法、程序法、宪法、行政法等领域的冲突法，这种界定即是狭义的冲突法。由于狭义冲突法具备上述特点和重要性，本著将把研究的主要对象指向它们。

至于那种最小意义上的“冲突法”，即以法律选择规则为核心内容的法律体系，将其冠以冲突法之名似有失恰当。首先，如前所述，法律选择规则并非冲突法的全部内容，而只是一部分。其次，法律选择规则对法律冲突的调整并非彻底性的，即并没有解决法律冲突。法律选择规则不是直接调整超法域利益关系，避开或消灭法律冲突，而

是赋予相互冲突的多个法律中的一个以调整超法域关系的效力，但冲突依然存在，只是由于其他法律没有被法律选择规则赋予调整这项超法域关系的效力，从而不再是适用法律上的对抗者。法律选择规则对法律冲突调整的效能仅止于此。因此，不宜对法律选择规则体系取其解决法律冲突之义而称之为“冲突法”。既然法律选择规则不能彻底解决法律冲突，而只是在多个相互冲突的法律中选择一个来调整超法域关系，以此逾越法律冲突的障碍，那么，将法律选择规则体系称为“法律选择法”（law of selecting law）更为合适。法律选择法是冲突法的组成部分，并在其中占有重要地位。它通过直接调整法律冲突而间接调整超法域利益关系。它是一定历史时期的产物。

三、冲突法的构成

冲突法自产生到现在，表现了四种不同的形式：一定条件下的域内实体法；域内法律选择法；准统一法律选择法；准统一实体法。

域内实体法受域内效力的限制，一般不具有直接调整涉外利益关系的功能。但在特定条件下，域内实体法也可以调整涉外利益关系。这类域内实体法有：（1）为冲突法有关原则确定为调整涉外利益关系的法律的域内实体法。如在冲突法历史上的属人法和属地法时期，根据法律属人原则和法律属地原则，涉外关系主体籍贯所属法域的实体法或居留地的实体法都可以调整涉外关系。（2）由法律选