

高等学校法学教材

# 冲突法论

司法部法学教材编辑部 编审

主 编 丁 伟

副主编 陈治东



法律出版社

高等学校法学教材

# 冲突法论

司法部法学教材编辑部 编审

主 编 丁 伟

副主编 陈治东

撰稿人 (以撰写章节先后为序):

丁 伟 刘晓红

单海玲 罗攻坚

陈治东 刘宁元

法律出版社

## 图书在版编目(CIP)数据

冲突法论/丁伟主编. - 北京:法律出版社,1996.10  
ISBN 7-5036-1959-7

I. 冲… II. 丁… III. 冲突法 IV. D997

中国版本图书馆 CIP 数据核字(96)第 15249 号

©法律出版社·中国

---

出版/法律出版社	编辑/法律教育出版中心
总发行/中国法律图书公司	经销/新华书店
印刷/永恒印刷有限公司	

---

开本/850×1168 1/32	印张/13.75 字数/370 千
版本/1996年9月第1版	印次/2003年1月第4次印刷

---

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)	
电子邮件/info@lawpress.com.cn	电话/010-63939796
网址/www.lawpress.com.cn	传真/010-63939622

---

法律教育出版中心/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)	
电子邮件/jiaoyu@lawpress.com.cn	
读者热线/010-63939660	传真/010-63939701

---

中国法律图书公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)	
传真/010-63939777	销售热线/010-63939792
网址/www.Chinalaw-book.com	010-63939778

---

书号:ISBN 7-5036-1959-7/D·1594 定价:23.00 元

# 前 言

冲突法是以存在法律冲突的涉外民商事法律关系作为调整对象的特殊的法律规范，在我国社会主义法律体系中占据十分重要的位置。现代意义上的冲突法肇始于14世纪，回眸逝去的整整七个世纪，冲突法的理论与立法经历了从初创、兴盛到20世纪全面变更三个历史发展阶段。伴随着和平发展的主旋律，人类又将奏响新世纪的乐章，冲突法的发展也将翻开新的一页。

中国作为一个历史悠久的文明古国，其冲突法的萌芽可以追溯到公元7世纪大唐盛世。唐朝以后由于历代封建王朝实行闭关锁国政策，冲突法的发展一直停滞不前，这与中国几千年灿烂文化相比，显得黯然失色。新中国成立后，在相当长时间内，由于历史的原因以及实践经验的限制，冲突法这一重要的法律部门和传统的法律学科在我国一直没有得到很好的研究。实行对外开放政策以后，我国对外经济贸易和人员往来不断增多，参与涉外民事法律关系的形式日趋复杂，范围日益扩大，数量与日俱增，时代呼唤着我国冲突法的立法早日出台。1985年我国颁布了《涉外经济合同法》、《继承法》，1986年又颁布了《民法通则》，这些法律的颁布标志着冲突法已经正式登上了新中国的立法舞台。近年来，我国又相继颁布了《民事诉讼法》、《票据法》、《仲裁法》等一系列处理涉外民事法律关系的国内法，缔结和参加了有关的国际条约，冲突法的学术研究也有了长足的发展。短短十余年来，中国冲突法的立法经历了一个从无到有，从少到多的历史性变革。但是，中国冲突法的立法起步较晚、数量有限，有些规定还带有明显的计划经济的色彩，现行冲突

法的缺陷和不足是明显的。随着我国社会主义市场经济体制的建立，尤其是我国加入世界贸易组织的障碍逐渐消除，我国对外经济贸易活动以及国际交往将日趋活跃，涉外民商事法律关系空间领域也将不断扩大，如何按照市场经济体制和新的全球多边贸易体制的要求重塑中国的冲突法，如何正确、积极地运用冲突法这一法律手段维护我国主权和经济利益，确保我国自然人、法人的合法权益，无疑是我国法学理论界、立法和司法实践部门所面临的一项紧迫而艰巨的任务。世界之交的中国，正在孕育着一场冲突法的重大变革。

本书将着重论述冲突法的理论学说，并且围绕冲突法的基本理论，介绍冲突法领域各国的最新立法动态和司法实践，尤其是我国的立场和立法的最新发展，力戒脱离实际的空洞论断，使读者全面、系统地掌握冲突法的基本理论，知悉运用冲突法处理涉外民商法律冲突的整个过程及其一般规律，并且正确掌握运用冲突法的基本原理解决法律冲突的方法和技巧。如果本书真能收到这样的效果，作者将不胜欣慰。

一九九六年四月

## 作者简介

丁伟，男，法学硕士，华东政法学院国际法系副主任，北美法律研究中心主任，教授，硕士研究生导师。兼任中国国际私法学会理事，中国太平洋学会理事、广州仲裁委员会仲裁员。1992年至1993年为比利时根特大学法学院访问教授，1994年赴美国旧金山大学法学院讲学，1996年9月受聘担任澳门政府法律翻译办公室第二职阶首席高级技术员。近年来主编、参编了《冲突法论》、《国际经济法新论》、《国际投资的法律管制》、《海外直接投资法律问题比较研究》等14部专著、教材、辞书，发表了《论管辖权在现代国际私法中的重要地位》、《限制“意思自治原则”的法律制度新探》、《中国的区际法律冲突与区际冲突法刍议》、《“3·24”撞车事故损害赔偿法律思考》等60余篇论文。

陈治东，男，法学硕士，华东政法学院国际法系主任，教授，硕士研究生导师。兼任中国国际法学会理事，中国国际经济法学会理事，中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁员，上海仲裁委员会仲裁员。先后四次赴德国、美国进修和讲学。主编、参编了《国际经济法新论》（三卷）、《国际经济法概论》、《关贸总协定概论》、《冲突法论》等十五部专著、教材和辞书，撰写了《论我国参加〈华盛顿公约〉》、《证券争议仲裁的法律思考》、《关于BOT项目的风险分析及政府保证的法律问题》等数十篇论文。

单海玲，女，华东政法学院讲师，国际私法教研室副主任，中国国际法学会、中国法学会会员。多年来一直从事冲突法的教学工作。主要著作有《国际私法》（参编）、《中国国际经贸法律大辞典》（参编）、《国际商事法律与仲裁》（合著）、《国际公约与惯例》（合

编)等。

刘晓红,女,法学硕士,1995年-1996年比利时根特大学法学院访问学者。现任华东政法学院国际法系讲师。中国国际法学会会员。参加编写的著作有:《中国对外经济贸易法律大辞典》、《民事侵权责任与民事诉讼》、《劳动法及配套法规案例精选》等。

刘宁元,男,华东政法学院国际法系讲师,主讲冲突法。1990年至1993年在澳大利亚进修国际商业经济。曾参编《国际经济法新论》、《经济大辞典》等,并在报刊杂志上发表论文多篇。

罗攻坚,女,华东政法学院国际法专业在职研究生,现任讲师。曾参与《涉外经济政策与法律》、《国际商法》等书的编写。

## 说 明

为适应高等学校法学专业深化教学改革的需要，我部根据国家教委有关“九五”规划教材建设的指导性意见，加大法学教材建设的力度，在更新体系、内容的同时，适当增加品种，拓宽知识层面，面向现代化、面向世界、面向未来，紧密结合我国法制建设和法学教育的实际，组织有关专家、学者和教师，努力编写出版反映当代先进水平的法学教材。

《冲突法论》是其中的一种。该教材以邓小平同志建设有中国特色的社会主义理论和党的十四大精神为指导，力求完整、准确地阐述该学科的基本概念、基本原理和基本知识，努力做到科学性、系统性和实用性的统一。

本书由丁伟任主编，陈治东任副主编，全书经集体讨论、修改，由正副主编统稿、定稿。各章撰稿人分别为：

丁 伟 第一、二、七、八、九章

刘晓红 第三章

单海玲 第四、六章

罗攻坚 第五章

陈治东 第十、十一章

刘宁元 第十二章

责任编辑 尹雪梅

司法部法学教材编辑部

1996年9月



# 目 录

## 第一编 总 论

<b>第一章 冲突法概述</b> .....	1
第一节 冲突法与法律冲突的含义.....	1
第二节 冲突法的调整对象.....	5
第三节 冲突法的渊源.....	7
第四节 冲突法学 .....	11
<b>第二章 冲突法的历史沿革</b> .....	16
第一节 冲突法的理论沿革 .....	16
第二节 冲突法的国内立法沿革 .....	28
第三节 冲突法的国际立法沿革 .....	31
第四节 中国冲突法的历史沿革及现状 .....	38
<b>第三章 冲突规范</b> .....	43
第一节 冲突规范的概念、特点和作用 .....	43
第二节 冲突规范的结构和种类 .....	46
第三节 准据法 .....	56
第四节 冲突规范的解释——识别 .....	64
<b>第四章 限制外国法适用的各种制度</b> .....	74
第一节 反致 .....	74
第二节 公共秩序保留 .....	83
第三节 法律规避 .....	89
第四节 外国法内容的确定 .....	93

<b>第五章 冲突法的主体</b> .....	100
第一节 自然人作为冲突法主体的法律问题.....	100
第二节 法人作为冲突法主体的法律问题.....	120
第三节 国家作为冲突法主体的特殊法律问题.....	134
第四节 国际组织作为冲突法主体的特殊法律问题.....	136
第五节 外国人民事法律地位的几种制度.....	142

## 第二编 各 论

<b>第六章 涉外物权关系的法律适用</b> .....	151
第一节 涉外物权关系概述.....	151
第二节 涉外物权关系的法律适用原则.....	152
第三节 国家财产豁免权.....	160
第四节 国有化及其补偿问题.....	167
第五节 破产.....	171
<b>第七章 涉外债权关系的法律适用</b> .....	175
第一节 涉外之债概述.....	175
第二节 涉外合同之债的法律适用.....	176
第三节 涉外侵权行为之债的法律适用.....	200
第四节 涉外不当得利与无因管理之债的法律适用.....	208
<b>第八章 涉外婚姻与亲权关系的法律适用</b> .....	210
第一节 涉外结婚.....	211
第二节 涉外离婚.....	223
第三节 涉外夫妻关系.....	234
第四节 涉外父母子女关系.....	238
第五节 涉外监护.....	242
<b>第九章 涉外继承权关系的法律适用</b> .....	246
第一节 涉外法定继承.....	247
第二节 涉外遗嘱继承.....	254

第三节	涉外无人继承财产·····	263
-----	---------------	-----

### 第三编 程 序

<b>第十章</b>	<b>国际民事诉讼程序·····</b>	<b>267</b>
第一节	国际民事诉讼程序概述·····	267
第二节	国际民事管辖权制度·····	269
第三节	外国人及外国国家的民事诉讼地位·····	278
第四节	国际司法协助·····	288
第五节	外国法院判决的承认与执行·····	296
第六节	中国的涉外民事诉讼制度·····	302
<b>第十一章</b>	<b>国际商事仲裁程序·····</b>	<b>317</b>
第一节	国际商事仲裁概述·····	317
第二节	国际商事仲裁中的仲裁协议·····	324
第三节	中国的国际商事仲裁制度·····	334
第四节	仲裁裁决的承认和执行·····	353
第五节	涉外仲裁裁决的撤销·····	370

### 第四编 区际法律冲突及其解决

<b>第十二章</b>	<b>区际法律冲突与区际冲突法·····</b>	<b>373</b>
第一节	区际法律冲突概述·····	373
第二节	区际冲突法概述·····	381
第三节	区际冲突法中的相关制度·····	393
第四节	中国的区际法律冲突及其解决·····	403

# 第一编 总 论

## 第一章 冲突法概述

### 第一节 冲突法与法律冲突的含义

#### 一、冲突法的含义

冲突法 (Law of the Conflict of Laws) 是指发生法律冲突的某一涉外民事法律关系应适用何国实体法的法律准则。简单地说, 冲突法就是解决法律冲突的法律适用规则, 故又叫做“法律适用法” (Law of Application of Laws) 或“法律选择法” (Law of Choice of Laws)。如我国《民法通则》第 146 条规定: “侵权行为的损害赔偿, 适用侵权行为地法律”, 这就是一条典型的冲突法规范, 它指出了有关侵权行为损害赔偿的法律冲突应该由侵权行为地的实体法来调整。由于冲突法是站在发生冲突的两个或两个以上的国家之上来选择适用哪一国法律的准则, 因此又被称为“超国家规范” (Supernational Law)。

冲突法是一种极为特殊的法律规范, 它本身并不能直接确定某一涉外民事关系中当事人的权利与义务, 而是起一种“路标”或“指示器”的作用, 通过它援引出某一特定国家的实体法。以上述冲突法为例, 该冲突法本身不能确定侵权行为的加害人是否应负损害赔偿的责任或者应该怎样予以赔偿; 它只是援引出了侵权行为地的实体法, 只有该实体法才能直接确定当事人的权利、义务, 因此被

看作是一种间接法律规范。

冲突法既是一种解决法律冲突的特殊法律规范，同时又泛指处理涉外民事关系中法律冲突争议的法律制度，它贯穿争议处理的始终。我们假设有这样一个案件：一个居住在日本的华侨死于日本，生前没有立下遗嘱，死后在中国留有一所私宅，他在日本的子女和在中国的父母同时要求继承这所私宅。按照中国法律规定：父母、子女为同一顺序继承人，可以同时继承；但按照日本法律规定：子女为第一顺序继承人，父母为第二顺序继承人。根据继承法的一般原理，只有在不存在第一顺序继承人或第一顺序继承人放弃继承时，第二顺序继承人才能继承。由于两国法律规定截然不同，争议不可避免。通过司法诉讼解决这一争议可以产生相互联系的两个法律问题：其一，这一争议应由何国法院行使管辖权？管辖权是法院审理案件的权限范围，同时又是适用法律的前提条件，如果两国法院竞相要求受理这一案件，势必发生管辖权的冲突。其二，具有管辖权的法院在审理这一案件时应适用何国的实体法？由于适用不同的法律会得出截然不同的结果，直接影响到当事人的权益，因而法律适用是解决争议的中心环节。其三，一国法院作出的判决需要在另一国执行，另一国是否应当承认与执行该判决？上述三个问题环环紧扣，构成了传统的冲突法的三大基本点：即管辖权、法律适用、外国法院判决的承认和执行。

## 二、导致冲突法产生的法律冲突

### （一）法律冲突的含义和种类

法律冲突（Conflict of Laws）又称法律抵触，指内容相互歧异的不同国家的法律竞相要求对同一涉外民事法律关系实施管辖而形成的法律适用上的矛盾冲突状态。由于冲突法的中心任务是解决涉外民事案件所涉及的法律冲突，这种法律冲突无疑是冲突法赖以生存的重要前提条件。

由于冲突法调整的涉外民事法律关系所涉及的领域十分广泛，其渊源也复杂多样，因此法律冲突可能发生在该领域各种不同层次

的法律之中，通常认为，广义的法律冲突主要有以下几类：

1. 国际法律冲突 (International Conflict of Laws)。即不同国家的法律在空间上的冲突。狭义的法律冲突仅指这类空间上的法律冲突。

2. 区际法律冲突 (Interregional Conflict of Laws)。即同一国家内、不同法域的民事法律冲突。

3. 人际法律冲突 (Interpersonal Conflict of Laws)。即同一国家内、适用于不同宗教、种族、甚至不同阶级的人的法律之间的冲突。如在印度、土耳其、叙利亚等国，信奉不同宗教的当事人适用不同的婚姻法。

4. 时际法律冲突 (Intertemporal Conflict of Laws)。即可能同时发生效力的新法与旧法之间的冲突，这是一种“动态冲突” (Conflicts Mobiles)。鉴于冲突法主要调整具有涉外因素的民事法律关系，各国冲突法理论通常仅研究狭义的法律冲突。本章亦着重探讨空间上的法律冲突，对于具有重要现实意义的区际法律冲突，本书将另辟专章作系统论述。

## (二) 法律冲突产生的原因

法律冲突不是凭空产生的，而是下列条件相互作用的结果：

1. 内国赋予外国人民事权利。这是法律冲突产生的重要前提。如果一国国内法不允许外国人享有民事权利，外国人就无法参与这项民事活动，就不会产生这一领域中外国人作为主体的涉外民事法律关系，因而也就不会发生法律冲突。譬如在罗马帝国时期，其国内法不承认外来人在罗马境内享有罗马“市民法”(jus civile)上的各种权利，因此当时不存在法律冲突。

2. 各国的立法互有歧异。由于各国的政治、经济制度不同，其立法千差万别。如社会主义国家的土地为国家或集体所有，不允许买卖土地；资本主义国家的土地则可以被私人占为己有。同样，各国历史传统、民族风俗习惯的不同也势必导致立法各异。如在婚姻方式问题上，有些国家采用民事登记的方式，有些国家则采用宗教

方式。在婚姻的实质要件方面，中国婚姻法规定的法定婚龄男方为22岁，女方为20岁。而罗马尼亚则规定男方18岁，女方16岁。如果一个年满20岁的罗马尼亚男子在中国同一个18岁的中国女青年结婚，按照罗马尼亚法律规定是合法的，但按照中国法律规定则是非法的，这就产生了法律冲突。

3. 内国在一定条件下承认外国法的域外效力。这是发生法律冲突的直接原因。任何一种法律冲突最终都表现为一国法律的域外效力与另一国法律的域内效力之间的冲突。所谓法律的域外效力(Extraterritorial Effect of Laws)是指一国的法律对该国的一切人有效，不管该当事人在国内还是在外国，这就是法律的属人效力；法律的域内效力(Territorial Effect of Laws)则是指一国法律对该国境内的一切人、物、行为都有效，不管这个人是否是本国人还是外国人或者无国籍人，这又叫法律的属地效力。根据国家主权原则，每个国家的法律通常都同时具有域外效力和域内效力，这样势必发生法律冲突，这种冲突表现为外国法律的域外效力与内国法律的域内效力的冲突，或内国法律的域外效力与外国法律的域内效力的冲突。如前所述关于结婚实质要件的法律冲突，根据中国法律的域内效力，中国认为这一法律关系应按中国法解决；而根据罗马尼亚法律的域外效力，应该按罗马尼亚法来解决。即中国法律的域内效力与罗马尼亚法律的域外效力发生冲突。当然，产生这种冲突必须具备一个前提：即内国承认外国法的效力。如果内国不承认外国法的效力，一味适用本国法律，就不会发生法律冲突。如根据外国法取得的专利权、商标使用权和著作权，虽然涉及到外国法的效力，但如果国家之间没有条约义务，内国是不承认这些权利的，因为这三种权利具有严格的地域性限制。随着国际交往的日益发展，各国出于维护自己利益的需要，往往承认彼此民法规范的域外效力，特别是一些有关调整人身、财产关系的法律；如果不承认外国法的域外效力就有碍于国家之间的正常交往。譬如不承认一对在美国结婚的夫妇仍然是夫妻，那显然是非常荒唐的。

### (三) 法律冲突的解决方法

1. 只适用本国法。即当冲突法指出某一法律关系应适用本国法时，不考虑外国法的适用问题。这种方法的作用是非常有限的，只有那些经济不发达、与外界联系较少的国家才暂时使用，因为这样做将阻碍该国对外经济的发展。但是，有些特殊的法律关系国际上倾向于只适用本国法，如投资合同一般都只适用东道国的法律。我国《涉外经济合同法》第5条第2款规定：“在中华人民共和国境内履行的中外合资经营企业合同、中外合作经营企业合同、中外合作勘探开发自然资源合同，适用中华人民共和国法律。”即这类投资合同发生法律冲突时，我国只能适用本国法，不考虑外国法的效力。

2. 在一定范围内适用外国法。即当冲突法指出某一法律关系应适用外国法时，法院地国在不损害本国利益、不违反本国法律基本原则及公共利益的前提下，可以考虑适用外国法。根据各国冲突法的立法及有关国际惯例，相当数量的涉外民事法律关系往往非适用外国法不可。如各国冲突法在解决契约之债中当事人权利能力和行为能力的法律冲突时，都采用属人法原则，即适用当事人的本国法或住所地法；关于不动产的法律冲突采用物之所在地法原则。如果上述本国法、住所地法或物之所在地法为外国法时，只能适用该外国法解决法律冲突。

3. 适用统一实体法规范(Uniform Substantive Rules)是指国际条约和国际惯例中调整涉外民事法律关系的实体规范。采用这种规范可以有效地把有关国家国内立法的歧异统一起来，从而避免和消除有关国家国内法的冲突。然而，由于各国的经济利益不同，很难达成一致意见并通过国际条约制定各国都适用的统一实体法规范，因此目前这类规范为数甚少，作用有限。

## 第二节 冲突法的调整对象

任何一个法的部门都调整着一种特定的法律关系，这种法律关



系就是法律的调整对象，它是划分法的部门的出发点。冲突法的调整对象是一种存在法律冲突的、超越一国界限的民事法律关系，从一个国家的角度来看，这种法律关系可以称为具有涉外因素的民事法律关系，简称涉外民事法律关系（Civil Legal Relation with Foreign Elements）。我国理论界一般认为，这种涉外民事法律关系与各国民法所调整的国内民事法律关系相比，具有两个显著的特点。

### 一、这是一种具有涉外因素的民事法律关系

由于涉外民事法律关系是在国际交往中产生的，它不可避免地带有某种涉外因素，这种涉外因素是冲突法所调整的涉外民事法律关系与各国民法所调整的民事法律关系的根本区别点。涉外因素可以从民事法律关系的主体、客体以及内容这三方面来考察。

#### （一）法律关系的主体具有涉外因素

主体具有涉外因素指作为法律关系主体的当事人是具有不同国籍的自然人、法人，在个别情况下可以是外国国家。如果再作进一步的分析，主体具有涉外因素可以有三种情况：

1. 主体一方是本国人，另一方是外国人。这种情况最常见，如美国明尼苏达矿业制造公司为在上海设立独资企业，与上海绝缘材料厂签订的厂房租赁合同。

2. 主体双方是同一国籍的外国人。如两个美国男女留学生在在中国登记结婚，从而产生婚姻关系。

3. 主体双方是不同国籍的外国人。如两艘不同国籍的货轮在第三国的领海内碰撞引起损害赔偿。

#### （二）法律关系的客体具有涉外因素

客体具有涉外因素指作为法律关系客体的物位于外国境内，如居住在国内的继承人要求继承被继承人位于国外的遗产。

#### （三）法律关系的内容具有涉外因素

内容具有涉外因素指法律关系据以产生、变更或消灭的法律事实发生在外国，如合同的缔结地、履行地在国外，侵权行为发生在外国，婚姻举行地在国外等。