



J·H·C·MORRIS

THE CONFLICT
OF LAWS

国际法译丛

法律冲突法

〔英〕莫里斯著

中国对外翻译出版公司



国防大学 2 073 3755 9

国际法译丛

法律冲突法

〔英〕J.H.C.莫里斯 著

李东来等 译

陈公绰、李东来 校



中国对外翻译出版公司

1992年·北京

J. H. C. Morris
The Conflict of Laws
Stevens and Sons
London 1984

责任编辑：陈公绰
责任校对：王志平

法律冲突法

〔英〕莫里斯 著

李东来等 译

陈公绰、李东来 校

中国对外翻译出版公司出版
(北京太平桥大街4号)

新华书店北京发行所发行
北京市双桥印刷厂印刷

850×1168 毫米 1/32 17.125 印张 字数 425(千)

1990年9月第一版 1990年9月第一次印刷

印数：1—2,000

定价：6.95元

ISBN 7—5001—0099—X/D·10

译者前言

J.H.C.莫里斯是英国当代著名的国际私法学家，在牛津大学讲授冲突法多年。本书系作者根据其教学经验写成的一本成功的教科书，受到英美法学界的普遍好评。

作者通过大量典型案例系统地阐述了冲突法各项原则和英国在冲突法方面的实践，具有较高的参考价值。自1971年首次出版以来已再版三次，中译本是根据1984年第三版译出。原书的序言、脚注、案例表、法规表以及索引，考虑到篇幅问题以及目前国内尚难以找到有关材料，无法利用这些材料，故未将这部分译出。

参加本书翻译的有金明(1-4章)、吴军(5-7章)、朱子勤(8-10章)、田小云(11-12章)、张卫东(13-14章)、李凌(15-16章)、张新娟(17-18章)、李东来(19-21章)、王小敏(22-26章)、盛淑君(27-29章)、赵一民(30-34章)。全书由李东来担任第一次校订，陈公绰担任第二次校订。

目 录

	页次
第一编 导论	1
1. 法律冲突法的性质和范围.....	1
2. 住所.....	14
3. 外国法的证明.....	39
4. 排除外国法的适用.....	44
第二编 英国法院的管辖权	54
5. 主权和外交豁免.....	54
6. 对人诉讼的管辖权.....	63
7. 对物诉讼的管辖权.....	91
8. 诉讼的中止——进行中的诉讼和外国管辖权条款.....	94
第三编 外国判决和仲裁	103
9. 外国法院的判决.....	103
10. 仲裁.....	134
第四编 家庭法	147
11. 婚姻.....	147
12. 婚姻诉讼案件.....	185
13. 未成年人的监护与照管.....	228
14. 婚生地位、准正与收养.....	238
第五编 债法	265
15. 契约.....	265
16. 侵权行为.....	302

	页次
第六编 财产法	332
17. 不动产与动产的区分.....	332
18. 不动产.....	336
19. 有形动产的转让.....	350
20. 无形动产的转让.....	359
21. 流通票据.....	367
22. 政府对私有财产的占有.....	376
23. 遗产管理.....	383
24. 继承.....	391
25. 婚姻对财产的效力.....	411
26. 信托.....	422
第七编 破产和公司	433
27. 破产.....	433
28. 公司.....	445
第八编 程序法	453
29. 实质和程序.....	453
第九编 基本问题	468
30. 反致.....	468
31. 定性.....	482
32. 附带问题.....	491
33. 时间因素.....	496
34. 理论和方法.....	508

第一编 导论

第 1 章

法律冲突法的性质和范围

引言

法律冲突法(冲突法)是一国私法中处理含有涉外因素案件的那部分法律。“涉外因素”是指与英国法以外的某种法律体系的一种联系。这种联系可能由于下述种种情况而出现,例如:在外国签订或履行的契约,在外国发生的侵权行为,位于国外的财产,以及当事人不是英国人。在冲突法中,涉外因素和外国国家是指非英格兰因素和英格兰以外的国家。从冲突法角度而言,苏格兰和北爱尔兰在很大程度上,但不是在一切问题上,是同法国和德国一样的外国。

如果一件因违反契约而引起的损害赔偿诉讼在英国法院提起,该契约是由两个英国人在英国签订并在英国履行,就不存在涉外因素。该案则不属于冲突法案件,英国法院理所当然地适用英国的国内法。但是,如果一项契约是由两个法国人在法国签订并在法国履行,那么该案对英国法院而不是对法国法院而言,就是一种冲突法案件,英国法院对案件中的大部分争议事项将适用法国

法,^①正如法国法院对该案件当然地适用法国法一样。如果我们再一次改变事实,假定契约由一个法国人和一个英国人在法国签订,而要在英国履行,那么该案不仅对于英国法院,而且对于法国法院,甚至对于受理该契约案件的世界任何法院来说,都是一件法律冲突案件。该法院必须判定,对该案来讲是法国因素还是英国因素更重要,从而据此适用法国法或英国法。关于含有涉外因素的这两类案件之间区别的重要性,将在后面予以阐述。

国际公法和国际私法

法律冲突法,有时也称为国际私法,它和国际公法几乎没有什么关系。冲突法是每个国家法律不可缺少的部分,因为不同的国家都有包含不同的法律规则的不同的法律体系,而国际公法主要是寻求调整不同主权国家之间的关系。尽管如此,两者之间还是存在一些重叠,比如主权和外交人员诉讼豁免问题,政府征收私人财产的问题,既在冲突法著作中也在国际公法的著作中论述。无论如何,在理论上,国际公法到处都是一样的,而冲突法规则却是各国各不相同。甚至在英格兰和苏格兰之间也有一些重大的差异,明显表现在对人的诉讼中法院的管辖权方面。而在英美法系国家和欧洲大陆国家之间的这种差异则更是根深蒂固。

“国家”的含义

国际公法主要处理不同主权国家之间的关系,冲突法则涉及不同国家法律体系之间的歧异。一个国际公法意义上的主权国家与一个冲突法意义上的“国家”(有时也称为法域)可能一致,也可能不一致。象瑞典、意大利和新西兰这样的单一国家,全国的法律都一样,它们就是冲突法意义上的“国家”。但是,国际公法是

^① 不是全部争议事项,因为在英国法院所有程序问题均专由英国国内法支配。

不承认英格兰或苏格兰，纽约或加利福尼亚的，因为它们仅仅是联合王国和美国的组成部分。然而它们却都是冲突法意义上的“国家”，因为它们有各自不相同的法律体系。由于这是一个十分重要的基本问题，因此必须弄清楚究竟什么是冲突法意义上的“国家”。英格兰、苏格兰、北爱尔兰、爱尔兰共和国、根西岛、泽西和马恩岛，都是冲突法上单独的“国家”，同样，美国或澳大利亚的每个州，加拿大的每个省，以及联合王国的每一个殖民地和附属地也是如此。但为了某些目的，比以上单位更大一些的单位，可以构成冲突法上的“国家”，因而，大不列颠及北爱尔兰联合王国是流通票据法意义上的一个统一的国家，大不列颠*在很大程度上是公司法意义上一个统一的国家，澳大利亚是在婚姻法和婚姻诉讼案件意义上的统一国家，加拿大则是离婚法意义上的统一的国家。

另一方面，威尔士不是一个国家，因为它的法律体系同英格兰法律体系是相同的。而一个冲突法意义上的国家并不一定有一个单独的立法机关。例如：苏格兰、澳大利亚首都地区和哥伦比亚特区就没有这样的立法机关，但它们都是冲突法意义上的国家。北爱尔兰的立法机关已于1972年被取消，但并未因此而停止作为一个冲突法意义上的国家。

公法和私法

总的说来，冲突法与私法的关系比与公法的关系要密切得多。传统上，英国冲突法著作不讨论诸如刑事法院审理国外发生的犯罪的管辖权，被控犯罪者的引渡，以及外国人的移民入境或驱逐出境这类问题。

* 包括英格兰、苏格兰和威尔士——译者注。

管辖权和法律选择

实际出现的问题主要是两类：第一，英国法院有无审判该案的管辖权？第二，如果有，它将适用什么法律？有时可能还出现第三个问题，即英国法院是否承认或执行一份旨在裁决当事人间争议的外国判决？当然，第三个问题只发生在有外国判决的时候，并非每个案件都会出现。但前两个问题在每个含有涉外因素的案件中都存在，尽管对其中一个问题的回答可能非常明显，以致法院实际上只关心另一个问题。每一个现代国家的法律都有解决这些问题的法规，称之为冲突法——有别于该国的国内法。

在一个重要方面，英国的冲突法规则不同于许多欧洲大陆国家采用的规则。在很多情况下，如果英国法院有管辖权，它将适用英国国内法。例如关于离婚和分居，对儿童的监护、照管和收养，以及对妻子和子女的扶养的诉讼中的大部分问题都是这样。反过来，在很多情况下，如果外国法院依据英国冲突法规则拥有管辖权，其判决和裁定将在英国得到承认或予以执行，而不管它基于什么理由或适用什么法律选择规则。因此，在英国冲突法中，管辖权问题经常会盖过法律选择问题。换句话说，如果管辖权问题（无论是英国法院还是外国法院的）得以圆满解决，法律选择问题往往就不再提起了。

冲突法存在的理由

冲突法存在的理由是什么？为什么我们要离开自己的法律规则而去适用另一个体系的法律规则？这是一个极为重要的问题，在我们进一步探讨之前必须弄清楚这个问题。要了解冲突法存在的理由，最好是想一想，如果没有冲突法会发生什么情况。

理论上，英国法院是可以对除英国当事人之外的所有人关闭大门，不受理其诉讼的。但是，如果英国法院这样做，那就不仅

仅是外国人，而且英国人也同样会遭到严重的不公平对待。那样，如果一个英格兰人和一个苏格兰人在格拉斯哥签订了契约，或者和一个法国人在巴黎签订了契约，他就不可能在英格兰要求强制执行其契约。如果其他国家的法院也采用同样的原则，那么契约在世界上任何国家都无法强制执行。

理论上，英国法院也可以对外国人开放，但在所有案件中只适用英国国内法。然而，如果英国法院这样做，那就不仅是外国人，而且英国人也同样会遭到严重的不公平对待。例如，两个英国人在法国根据法国法规定的手续而不是根据英国法规定的手续结婚，英国法院如果对此适用英国国内法，就会把这对夫妇作为未婚的人对待，他们的子女也会被视为非婚生子女。

理论上，英国法院是可以对外国人开放，同时也对一些合适的案件适用外国法，但却拒绝承认或执行外国法院关于裁决当事人争议的判决。然而，如果英国法院这样做，那就不仅是外国人，而且英国人也同样会遭到严重的不公平对待。例如：外国法院已判决的离婚，以后一方在英国结婚，他或她就有可能被判定犯有重婚罪。或者一个英国人在外国对一外国人起诉要求赔偿因违反契约或侵权行为造成的损害，而且已最终获得胜诉的判决，他可能会发现，被告已偷偷地把自己的财产转移到英国，于是这位英国人就不不得不在英国重新开始全部诉讼过程，以便实施自己的权利。

人们一度认为礼让学说是冲突法存在的充分根据，就是在今天，有关礼让的提法仍间或在英国判决中出现。但很清楚，英国法院适用外国法，比如法国法，是为了公平对待当事人，并不是出自对法兰西共和国表示礼让的愿望，甚至也不是出自如果英国法院在适当的案件中适用法国法，就会促使法国法院在适当的案件中适用英国法这种希望。此外，礼让学说与在战时适用敌国法律是绝不相容的，而当正义需要时，在战时适用敌国法律也是常事。

冲突法在英国较晚的发展

虽然13世纪以来欧洲大陆法学家对冲突法已做了深入的研究,但在英国却是比较晚才开始研究。少数英国冲突法规则可以追溯到17世纪。但这个问题一直到18世纪末主要由于英格兰法和苏格兰法之间的冲突,才开始在英国法院受到重视。19世纪,由于英格兰同欧洲大陆之间商业交往和社会交往的急剧增长,由于英国海外殖民地的开拓,大大加速了英国冲突法的发展。20世纪,由于战争及其后果所激起人口的大量流动,以及由于运输和通讯手段方面的技术进步,更进一步加速了冲突法的发展。要使冲突法自身适应于20世纪所展现的社会生活和商业交往的变化,并不容易。很多冲突法规则首先是在19世纪制定的,因此较适合于19世纪的状况而不是20世纪的状况。侵权法和住所法(尽管最近有成文法的修改),特别是关于很难改变原始住所的规则,提供了明显的例子。为了补救(目前还在试验阶段的)这种状况,法院勉强同意在合适的案件中,以侵权行为准据法代替侵权行为地法,并制定以惯常居所代替住所的成文法规。在美国,背离19世纪概念的做法比英国走得更远。实际上,美国有一个有影响的学派坚信,传统的冲突法规则已经完成了它的使命,应该废弃传统的规则,重新制定新的规则。

渊源

英国冲突法三个最主要的渊源是成文法规、法院的判例和法学家的意见。成文法规放在顺序的第一位(而不是象本书第一版那样放在第二位),是因为法规无疑已成为,至少是有可能成为远远超过其他的最重要的渊源,而且其重要性在未来还会有增无减。在20世纪中叶以前,议会对冲突法的干预是偶然的、分散的、而且(与大量的判例法相比较)是少量和不重要的。偶然通过的一

些法规是为了纠正明显的不正常和不公正现象，是为了便利在联合王国或英联邦内部，或者同那些准备提供互惠待遇的外国之间相互执行判决，或是为了(只有一次)将这个问题的一小部分编成文法。但是，从20世纪中叶起，就已经有了为执行一些国际公约而急速增多的大量法规，并且有了几个非常重要的法规，这是法律委员会起草的，作为对法律进行彻底的经过周密考虑的改革的一部分。

自然，这些日益增长的议会的活动并不意味着法院的职能将限制于对法规的解释。还有大片的法律冲突的领域，在那里判例法仍是最重要的渊源，因此法院仍将发挥创造性的作用。

同英国法其他部门相比较，冲突法有一个独有的特点，就是法学家对法院判决产生重大的影响。最有影响的外国法学家是荷兰的乌尔里克·许贝尔(1636-1694)，他先后担任过法律教授和弗里斯兰的法官；美国的约瑟夫·斯托里(1779-1845)，他同时担任过美国最高法院的法官和哈佛法学院的法律教授；还有19世纪德国法学家弗里德里希·萨维尼。20世纪最有影响的作者是戴西，他的《法律冲突论》于1896年首次出版。还有切希尔，他的《国际私法》于1935年首次出版。这些名著都已出版多次，而且经常被法院引用。

冲突法的范围及其难度

冲突法最令人感兴趣的特点是，它几乎与私法中每一个分支都有关系。“它的视野和范围的完美几乎象是一首抒情诗，它是法律的赋格乐”。冲突法是很难掌握的——著名的美国法官卡多佐曾说它是“法律科学中最令人困惑的问题之一”。他还在另一场合谈到，“一般的法官，当面临一个冲突法问题的时候，会感到几乎完全迷惘，而且象一个溺水的人，要去抓住一根稻草。”冲突法又是很很有争议的——法官们意见不一致，法学家们更是如此。结果

对那些从外部看待这一问题的人有时觉得无法理解。“冲突法的领域”，一位美国作者说，“是一片沉闷的沼泽地，布满颤动的泥潭，居住在那里的是一些有学问但性情古怪的教授，他们用一些奇怪难懂的行话来建立关于神秘问题的理论。”但担心的读者可以放心，本书的作者不是教授，并且将力求使这一问题尽可能易于理解。

尽管冲突法是很有争议的，但是从任何一定的事实情况所产生的排列组合的数量总是有限的，可能的解决办法的数量也有限。在任何特定案件中，法律的选择最终取决于合理、便利和实效等等考虑——例如：建议选择的法律如何在实际中不仅对本案，而且也在可以合理地做出选择的其他类似案件中适用。因此与其他大部分学科相比，在冲突法中，我们可以在更大程度上，从那些与我们有相似历史文化背景和法律传统的国家解决类似问题的办法中，学到许多东西。因此，偶尔援引苏格兰、美国和英联邦国家的案例，甚至在教科书中引用，是用不着说明原由的。

专门术语

象任何其他法律学科一样，冲突法有它的专门术语(喜欢的話也可叫行话)，其中有些现在必须加以解释。

冲突法规则，传统上是适用法律概念或范畴以及定点因素或连结因素来表示的。典型的冲突法规则表述为：不动产继承依物之所在地法；婚姻形式的有效性依婚姻举行地法；结婚能力依双方婚前住所地法。在这些例子里，不动产的继承，婚姻形式的有效性以及结婚能力，都是“范畴”，而物之所在地，婚姻举行地和住所地，则是连结因素。

“准据法”是一种方便的简明用语，它指的是支配具体问题的法律(通常是，但不一定是外国法)。在使用中准据法和法院地法是截然不同的，法院地法总是指法院地国内法，如果法院是英国法院即指英国法。准据法可用不同的术语更为具体地表示，通常

是用拉丁文,诸如*lex domicilii*(住所地法)、*lex patriae*(国籍国法)、*lex loci contractus*(契约订地法)、*lex loci solutionis*(契约履行地或债务履行地法)、*lex loci delicti*(侵权行为地法)、*lex loci celebrationis*(婚姻举行地法)、*lex loci actus*(法律行为地法)、*lex situs*(物之所在地法)、*lex monetae*(债务结算货币国法)。至于象*lex loci disgraziae*(汇票拒收地法)和*lex loci stabuli*(汽车入库地法)这些术语只是开玩笑的用语。“国家”这个词也是一个冲突法的专门用语,它的含义在前面已经解释过了。

连结因素的确定

冲突法的一个基本问题是:连结因素应该由法院地法确定还是由准据法确定。比如住所在英国法里可能是这种解释,而在法国法里却是另一种解释;如果说一个人的住所在法国,那么确定住所问题应该根据哪国法律,法国法还是英国法?由于准据法的确定取决于连结因素的确定,因而在著名的学者中,连结因素应由法院地法来确定已经没有争议了。尽管所引用的案例都是与住所有关而和其他连结因素无关,但可以认为,英国法已采用了这一目前通行的观点,并且从英国冲突法规则的角度讲,其他连结因素也是由英国法作为法院地法来确定的。

由法院地法确定连结因素的主张有两个相互联系又有区别的方面。第一,法院地法决定连结因素指的是什么,比如住所是什么意思。第二,法院地法还要决定已确定的连结因素是将某个特定的问题与这个法律体系连结还是与那个法律体系相连接。在英国法院中,英国法决定住所的定义;还要决定,按该定义一个人的住所是在,比如说,英国还是在法国。国籍对第二个方面的问题来讲是一个例外,但对第一个方面则不是例外。如果法院地法用国籍作为连结因素,就必须明确国籍指的是什么,并且要指出当有关的人有两个国籍或无国籍,或者是一个象美国和联合王国那

样包含两个以上“国家”的复合国的国民时会出现什么问题。但法院地法绝不可能指出一个人是不是某一外国的国民，那只能由有关国家的法律规定。这在英国冲突法中不是很重要的例外，因为只有极少的英国冲突法规则是用国籍来表示。

地理用语

一位冲突法著作的作者经常使用某些地理用语，他以为他的读者熟悉这些用语，而且他总是努力在相同的意义上使用它们。在本书中，“英格兰”包括威尔士，因为我们知道，威尔士不是冲突法意义上的“国家”。“大不列颠”指前面所说的英格兰和苏格兰，“联合王国”指英格兰、苏格兰和北爱尔兰。“不列颠诸岛”指联合王国、海峡群岛和马恩岛。“英联邦”在最广泛的意义上使用，包括承认女王为元首的所有地区；它不仅包括以前的自治领，还包括因为这样那样的原因已不再是女王陛下统治区一部分的共和国和其他独立国家。它还包括现存的殖民地和其他属地。但不包括爱尔兰共和国、南非和巴基斯坦。

联合王国当然是上述英联邦的一部分。但有时有必要将联合王国同英联邦的其余部分区别开来。这种区别以“联合王国以外的英联邦”或者“海外英联邦”的提法来表达。

基本问题

这本书里，作者将一些十分重要而又相当困难的问题留到最后讨论，而不是象大部分其他著作那样放在开头。这样做的原因是，依作者看来，在读者对这门学科的全部含义有足够了解之前就讨论这些问题会使读者望而却步。这样做的缺点是，读者直到接近本书末尾，始终停留在一种很美满的对某些基本问题完全无知的状态之中。因此，为了指引读者，现在对这些问题简要地说明一下，以便在它们出现时读者有所了解。

反致 我们知道有两种不同的含有涉外因素的情况：第一种，全部重要的因素都与一个国家有关，如法国，但诉讼却在另一国家提起，如美国；第二种，重要因素分在两个国家，如法国和英国。这种区别的意义是，第一种情况对英国法院来讲是冲突法案件，但对法国法院则不是；第二种情况对于受理诉讼的任何国家的法院来讲都是冲突法案件。因此，在第一种情况中，如果英国法院适用法国法，那一定指的是法国国内法（指实体法——译者注），因为，一个法国法院不会适用别的法律。但在第二种情况中，如果英国法院认为法国因素比英国因素更为重要，并因此适用法国法，它可能发现，法国法院会认为英国因素更重要而适用英国法。这样问题就产生了：“法国法”指的是法国国内法，还是法国法律的整体，包括其冲突法规则？在这个例子中很可能引出由法国法反致适用英国法，这就是有名的反致问题。如果我们变更一下事实，假定重要的因素不是分在英国和法国之间，而是分在法国和德国之间，那么英国法院如果适用法国法，它可能发现法国法院会适用德国法。这也是一个反致问题，但它不导致从法国法反致到英国法，而是从法国法转致到德国法，而且可能进一步从德国法转致到英国法或者法国法。

例如，假定一位住所在法国的英国公民未留遗嘱而死亡，在英国留有动产。为了确定谁是他的最近亲属，英国法院因为他住所在法国而适用法国法；但英国法院可能发现法国法院会因为他 是英国公民而适用英国法。如果这位无遗嘱死亡者是德国国民而不是英国公民，法国法院就可能适用德国法。问题是，法国法指的是法国国内法，还是包括其冲突法规则的整个法国法。如果指的是后者，第一种情况就可能是对英国法的反致。第二种情况就可能对德国法转致。

现在就可以说：在绝大多数的情况下，英国法院把它们对外国法的适用理解为仅限于外国国内法规则（指实体法规则——译