

沈 涓 著

冲突法及其价值导向

中国政法大学出版社

冲突法及其价值导向

沈 涓 著

中国政法大学出版社

1993年·北京

(京)新登字 185 号

冲突法及其价值导向

© 沈 涓 著

中国政法大学出版社 出版
(北京海淀区学院路41号·100088)
中南政法学院印刷厂 印刷
新华书店 经销

850×1168毫米 32开本 7.3印张 195千字
1993年10月第1版 1993年12月第1次印刷
ISBN 7—5620—0787—X/D·737

印数：0—800册 定价：6.50元

内 容 提 要

本书研究的是冲突法的概念、起源及其发展的过程，还着力探讨了冲突法的价值导向和实现诸问题。作者认为，冲突法不仅只是调整国际关系的实体法或解决法律冲突的规则，更内含了人类素求的理性价值和道德取向，这就是通过解决冲突的方式和过程而实现人类整体的和谐、协调。因此，冲突法不只是解决法律冲突和超法域利益冲突的法律，也是弘扬人类向善精神，引导国际社会走向和谐、互助的秩序载体。依据这一主题，作者历史地考察了冲突法价值取向的过去、现在形态，并指说了未来的可能性，还对相关概念和问题进行了全新视角的研究，提出了许多独立的见解。本书是一部质量较高的法学理论著作，适合法学研究者、学习者阅读，特别对国际法研究者有较好裨益。

序

在初次读到《冲突法及其价值导向》这部书稿时，它的一个显著特点引起了我的注意，那就是：这部专著虽然是以冲突法为中心论题的，但它没有仅仅局限于冲突法学科领域开展研究，而是在涉及历史学、哲学、法哲学等学科的基础上，对冲突法进行更深层次的研究。本书的作者作为一个年轻的冲突法研究者，能从这样的角度进行自己的思考，是难得的。

冲突法是一门重要的法学学科，它的调整范围和对象、它的宗旨和价值导向，都超出了一国范围，直接关系到一个国家的对外法律关系的秩序。对于今天实行改革开放的中国而言，关注并致力于这门学科的研究，更有着历史的和现实的意义。冲突法的研究在我国尚处于起步阶段，理论未成体系，立法还不完善，实践也正在摸索中。现在这本书对冲突法价值导向、以及如何致力于冲突法价值实现进行了专门研究，并且重新认识了冲突法的概念、性质、构成及冲突法的起源和发展等问题，提出了自己的观点，在探讨冲突法的发展方向、并以此理论评价我国冲突法的立法和实践方面，作出了有益的尝试。

当然，这本书也有不足之处。书中有些观点尚不成熟，论证尚不够充分，内容上偏于理论性，与冲突法实践的联系尚不够紧密。

在本书写作后期，我了解到此书创作和出版的过程。今天，我高兴地看到了此书的出版，很乐意为此书作序。

韩 德 培

1993年10月

目 录

前 言	(1)
-----------	-------

第一部分 冲突法的概念及意义研究

第一章 冲突法的概念	(6)
一、法律冲突的意义	(6)
二、冲突法的含义	(8)
三、冲突法的构成	(12)
四、冲突法的性质	(13)
第二章 冲突法的起源和发展	(17)
一、原初群体对抗时期	(18)
二、单一方法调整法律冲突时期	(20)
三、法律选择时期	(32)
四、更高层次的单一方法调整法律冲突时期	(36)

第二部分 冲突法价值导向的一般研究

第三章 一般法的价值导向	(40)
第四章 冲突法价值的起源	(46)
第五章 历史上的冲突法价值实现	(50)
一、欧洲大陆法系冲突法的价值实现	(50)
二、英美法系冲突法的价值实现	(57)
第六章 冲突法价值的学理研究	(63)

第七章 冲突法价值的立法呈现	(76)
第八章 中西冲突法价值观比较	(84)
第九章 冲突法的价值导向	(92)
一、冲突法价值导向的意义	(92)
二、冲突法价值追求与实现之必然	(93)
1. 超国家关系本质再现之必然	(93)
2. 冲突法价值实现的真实和有效之必然	(97)
3. 人类共识之必然	(99)
4. 冲突法统一精神和形式之渊源	(101)
5. 冲突法价值实现的法律形式之必然	(103)
三、影响冲突法更高价值实现的因素	(105)

第三部分 法律选择中的冲突法价值实现

第十章 法律冲突的另一种形式——识别冲突	(114)
第十一章 桥梁法冲突中的价值实现——反致制度	(123)
第十二章 各国法律协调中的死角——公共秩序保留	(128)
第十三章 桥梁法价值实现的载体——法律选择规则	(135)
一、法律选择方法比较	(136)
二、1988年《瑞士联邦国际私法法规》评述	(143)

第四部分 冲突法价值在几种超国家民事法律关系中的实现

第十四章 超国家所有权关系	(158)
一、超国家状态下的所有权关系	(158)

二、超国家所有权的法律选择和法律适用	(161)
第十五章 超国家债权关系	(172)
一、超国家状态下的债权关系	(172)
二、超国家合同之债的法律选择和法律适用	(176)
三、超国家侵权行为之债的法律选择和法律适用	(181)
第十六章 超国家继承关系	(185)
一、超国家状态下的继承关系	(185)
二、超国家继承关系的法律选择和法律适用	(188)
第十七章 超国家婚姻关系	(201)
一、超国家状态下的婚姻关系	(201)
二、超国家结婚和离婚关系的法律选择和法律适 用	(204)
结 语	(210)
主要参考书目	(211)
后 记	(216)

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，冲突法的含义、性质、范围、规范等。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，对冲突法进步作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、达比特来、胡伯、萨维尼、孟西尼、斯多瑞、沃尔夫、威希尔、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。至少，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动。

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”作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、域内桥梁法、统一桥梁法、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范体系的一个部门，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一内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。如果我们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，冲突法如果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行的真实目标，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入正常。

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具明，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疣，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和形态一样，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的。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；它也力图论证内法域或外法域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书有关概念的骨架，并指导我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，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，我们称之为“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。我们只应该认为，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，在后面，我们将追溯这一历程。

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不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，在今天的国际社会中，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, 不知是导致冲突的法, 还是设定冲突的法, 对于我们正在研究的学科而言, 它并非一个准确、合适的名称。但既然在汉语语义中对“冲突法”的字面含义已有约定俗成的理解, 我们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唯一的方法。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