

中青年法学文库



中国区际冲突法研究

沈 涓 著

中国政法大学出版社

中国法学文库



中国国际冲突法研究

王 德 军

中国政法大学出版社

中青年法学文库

中国区际冲突法研究

沈 涓 著

中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

中国区际冲突法研究/沈涓著. - 北京:中国政法大学出版社, 1999.1

(中青年法学文库/李传敢,丁小宣责编)

ISBN 7-5620-1800-6

I. 中… II. 沈… III. 法律-对比研究-中国 IV. D92

中国版本图书馆 CIP 数据核字(98)第 40516 号

责任编辑 李传敢 丁小宣

出版发行 中国政法大学出版社

经 销 全国各地新华书店

承 印 国家统计局印刷厂

850×1168 1/32 开 10.25 印张 255 千字

1999 年 5 月第 1 版 1999 年 5 月第 1 次印刷

ISBN 7-5620-1800-6/D·1760

印数:0001-3000 册 定价:18.00 元

社址:北京市海淀区西土城路 25 号

邮编:100088 **电话:**62229803 或 62228801

中青年法学文库

总 序

中华民族具有悠久的学术文化传统。在我们的古典文化中，经学、史学、文学等学术领域都曾有过极为灿烂的成就，成为全人类文化遗产的重要组成部分。但是，正如其他任何国家的文化传统一样，中国古典学术文化的发展并不均衡，也有其缺陷。最突出的是，虽然我们有着漫长的成文法传统，但以法律现象为研究对象的法学却迟迟得不到发育、成长。清末以降，随着社会结构的变化、外来文化的影响以及法律学校的设立，法学才作为一门学科而确立其独立的地位。然而，一个世纪以来中国坎坷曲折的历史终于使法律难以走上坦途，经常在模仿域外法学与注释现行法律之间徘徊。到十年文革期间更索性彻底停滞。先天既不足，后天又失调，中国法学真可谓命运多舛、路途艰辛。

70年代末开始，改革开放国策的确立、法律教育的恢复以及法律制度的渐次发展提供了前所未有的良好环境。十多年来，我国的法学研究水准已经有了长足的提高；法律出版物的急剧增多也从一个侧面反映了这样的成绩。不过，至今没有一套由本国学者所撰写的理论法学丛书无疑是一个明显的缺憾。我们认为，法学以及法制的健康发展离不开深层次的理论探索。比起自然科学，法学与生活现实固然有更为紧密的联系，但这并不是说它仅仅是社会生活经验的反光镜，或只是国家实在法的回音壁。法学应当有其超越的一面，它必须在价值层面以及理论分析上给实在

法以导引。在建设性的同时，它需要有一种批判的性格。就中国特定的学术背景而言，它还要在外来学说与固有传统之间寻找合理的平衡，追求适度的超越，从而不仅为中国的现代化法制建设提供蓝图，而且对世界范围内重大法律课题作出创造性回应。这是当代中国法学家的使命，而为这种使命的完成而创造条件乃是法律出版者的职责。

“中青年法学文库”正是这样一套以法学理论新著为发表范围的丛书。我们希望文库能够成为高层次理论成果得以稳定而持续成长的一方园地，成为较为集中地展示中国法学界具有原创力学术作品的窗口。我们知道，要使这样的构想化为现实，除了出版社方面的努力外，更重要的是海内外中国法学界的鼎力推助和严谨扎实的工作。“庙廊之才，非一木之枝”；清泉潺潺，端赖源头活水。区区微衷，尚请贤明鉴之。

中国政法大学出版社

序

中国自改革开放以来，法制建设有了很大的发展，制定出了一系列法律和法规。但总的说来，中国的法制还未达到健全的地步，许多立法还不完善，有的甚至还是空白。例如中国的冲突法立法至今仍很落后。调整国际民事法律冲突的冲突法只在《民法通则》等法律中有若干条零散的规定，而在调整区际民事法律冲突方面更是只有几个司法解释。今年7月香港即将回归祖国，1999年澳门也将回归，中国的区际法律冲突问题必将日益增多。这种既复杂又特殊的新的区际法律冲突问题，就需要有较为完善的区际冲突法加以调整。因此，从理论上对中国区际冲突法进行研究，无疑有着重要的现实意义和深远的历史意义。

作者在多年的教学和研究中，一直关注着中国区际冲突法问题，收集了大量资料，进行了深入的思考，并写成了博士论文《中国区际冲突法研究》。现在，论文在作者进行修改和补充后，终于出版成书了。本书从中国历史上调整区际法律冲突的方法获得启示，通过分析现代中国区际法律冲突的状况和调整法律冲突的障碍，提出了若干调整区际法律冲突的方法，论证了中国区际冲突法的一般规则及其发展和完善，并具体探讨了几种中国区际民事法律关系的调整，最终得出中国区际冲突法的发展方向将是导向统一的结论。作者在本书中提出了许多自己的见解和主张，富有新意，显示了作者敏于思考、勤于探索的特点。

作者在攻读博士学位期间，我担任她的导师。此前作者出版《冲突法及其价值导向》时，我曾为之作序。现在，我高兴地看到作者又有一部新著问世，特再写几句以为序。

韩德培

1997年4月

目 录

总序	(I)
序	(I)

导论 区际冲突法的概念	(1)
一、法律冲突的概念	(1)
二、区际冲突的概念	(7)
三、区际冲突法的概念	(14)

第一编 中国区际冲突法的历史与现状

第一章 中国区际冲突及区际冲突法的历史	(24)
第一节 中国区际冲突的历史	(24)
第二节 中国区际冲突法的历史	(33)
一、统一法律的推行	(33)
二、法律选择规则	(36)
第三节 历史的启示	(47)
第二章 中国现代区际冲突及区际冲突法	(50)
第一节 中国现代区际冲突	(50)
一、中国现代区际冲突的产生	(50)

二、中国现代区际冲突的状况	(52)
三、中国现代区际冲突的特点	(57)
四、中国现代区际冲突的范围	(59)
第二节 中国各区域区际冲突法立法状况	(63)
一、中国大陆地区调整区际冲突的法律及法律草案 ...	(64)
二、中国台湾地区调整区际冲突的有关规定及草案 ...	(67)
三、中国香港地区调整区际冲突的法律	(71)
四、中国澳门地区调整区际冲突的法律	(72)
第三章 中国现代区际冲突调整中的障碍	(75)
第一节 历史性障碍	(75)
第二节 现实中的困难	(77)
一、了解和理解他域法律和实践状况的困难	(77)
二、适用他域法律的困难	(81)
三、相互给予协助的困难	(85)
四、冲突的复杂和立法的不完善	(88)
第三节 理论和实践中的障碍	(90)
一、法律冲突中的识别冲突	(90)
二、难以调和的公共秩序保留	(93)
三、宜谨慎对待的法律规避	(97)
四、应加限制的反致制度	(100)
 第二编 中国区际冲突法的方法与规则	
第四章 中国区际冲突法的方法	(104)
第一节 法律方法	(104)
一、依法调整冲突的原则	(104)

二、依法调整冲突的方法·····	(110)
第二节 区别方法·····	(112)
一、区别时间阶段·····	(112)
二、区别法制类型和区域·····	(117)
三、区别法律领域·····	(118)
第三节 程序方法·····	(122)
一、管辖权的协调·····	(122)
二、司法协作的协调·····	(128)
第四节 其他方法·····	(137)
一、互派学生·····	(137)
二、互派律师资格者·····	(138)
三、互派司法人员·····	(140)
第五章 中国区际冲突法的一般规则·····	(141)
第一节 法律选择规则和实体规则·····	(141)
一、法律选择规则的完善与发展·····	(141)
二、实体规则的完善与发展·····	(156)
第二节 法院自由裁量规则和当事人意思自治规则·····	(162)
一、法院自由裁量规则的完善与发展·····	(163)
二、当事人意思自治规则的完善与发展·····	(170)

第三编 中国区际法律关系冲突的调整

第六章 影响冲突调整的特殊因素·····	(178)
第一节 社会制度因素·····	(178)
第二节 经济因素·····	(179)
第三节 法制因素·····	(180)

第四节 历史因素	(184)
第七章 主体和属人法	(188)
第一节 主体	(188)
第二节 属人法的确定	(193)
一、自然人属人法的确定	(193)
二、法人属人法的确定	(204)
第三节 身份能力冲突的调整	(205)
一、自然人权利能力和行为能力冲突的调整	(205)
二、法人权利能力和行为能力冲突的调整	(207)
第八章 所有权关系中冲突的调整	(210)
第一节 一般财产所有权	(210)
第二节 特殊动产所有权	(214)
第三节 历史遗留的财产所有权	(217)
第九章 债权关系中冲突的调整	(220)
第一节 合同之债	(220)
第二节 侵权之债	(229)
第十章 婚姻关系中冲突的调整	(236)
第一节 结婚关系	(236)
第二节 离婚关系	(247)
第三节 历史遗留的婚姻关系	(257)
第十一章 继承关系中冲突的调整	(260)
第一节 法定继承	(262)
第二节 遗嘱继承	(275)
一、立遗嘱能力	(276)
二、遗嘱形式效力	(280)
三、遗嘱实质效力	(285)

第三节 无人继承财产问题.....	(291)
第四节 历史遗留的继承关系.....	(299)
主要参考资料.....	(302)
后记.....	(310)

导论 区际冲突法的概念

一、法律冲突的概念

一般而言，法律有效管辖的范围，称为法域。同一法域的法律调整该法域内的个人之间及个人与社会之间各种特定的利益关系。如果这种利益关系超出一法域而发生于两个或更多法域之间，即利益关系所包含的主体、客体、法律行为或法律事实分别与多个法域有关，则会出现一项利益关系同时应受多个法律管辖的状况。进一步的意义是，效力并存的多个法律对利益关系当事人的权利义务可能有不同的确定。这种多个法律对同一项利益关系具有并存的法律管辖效力、并有不同调整结果的现象，我们称之为“法律冲突”。可见，法律冲突的表现首先是效力上的冲突，其次才是内容上的冲突。即使一项利益关系所涉及的多个法律在内容上相同，也会存在效力上的冲突。法律冲突是效力和内容的双重冲突。

由此可知，只要出现涉及多个法域的利益关系，就必然在客观上导致法律冲突。一般认为，法律冲突产生于巴托路斯时代，因为巴托路斯最终在理论上确立了对法律域外效力的承认，由此导致了法律冲突。依此推论，似乎可以得出结论：巴托路斯时代以前不存在法律冲突。这一结论显然不妥。

在人类历史上，自原始群体时期便有了群体与群体间的交往，表现为群与群之间的生存利益冲突，从而引起习俗冲突。解

决利益冲突和习俗冲突的方法主要是决斗。在当时，习俗冲突多为利益冲突所掩盖，并在解决利益冲突的过程中一并得到解决。在收获集团时期，个人利益被强调，集团内产生了调整个人利益的规则，集团之间的个人交往便导致了多个集团调整个人利益规则的冲突，解决冲突的方法由个人决斗演变至财物赔偿，直至诉诸法庭。

在巴托路斯以前，涉外交往未普遍发达，法律内容和操作技术单一，与之相适应，解决法律冲突的方法也较单一，多以内域法作为准据法，较少考虑外域法的适用。如巴比伦王国的汉谟拉比法典、罗马的万民法、中世纪欧洲的属地法原则以及中国自西周至清末的有关规定等，都属于单一适用内域法调整法域之间利益冲突和法律冲突的方法。只有少数时期有适用外域法的例外情形，如欧洲属地法时期前的属人法时期，允许适用外法域当事人的属人法，另外，中国唐律等也有“诸化外人同类自相犯者，各依本俗法”的规定。由此也可知，外域法效力的承认及外域法的适用，也并非始于巴托路斯时代。

至巴托路斯时代，法域之间的交往空前发展，国家主权强化，法律内容及技术日趋繁杂，这些使得法律效力和内容的冲突都表现得明显、剧烈，单一适用内域法调整法域之间利益冲突及法律冲突的方法已不能适应需要，严重阻碍了国际社会关系的发展。法律冲突已成为法域间利益冲突解决的重大障碍，以致于人们不得不直接面对和解决法律冲突。巴托路斯等人提出的“法则区别说”即首次在理论上确立了对外域法效力的承认，使得内、外域法可被平等地选择用来调整法域间的利益冲突和法律冲突。这种学说以直接调整法律冲突为目的，达到间接调整法域间利益冲突的效果，从而提出了一种新的解决利益冲突和法律冲突的方法。

可见，法律冲突并非巴托路斯时代的产物，它与人类历史上

法域（习俗域、习惯域）之间的利益关系的产生同时产生，是利益冲突关系的副产品。法律冲突产生的条件是有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。虽然，巴托路斯时代以前，法律的域外效力没有得到普遍承认，外域法的适用也少有可能，但我们并不能因此否认已有大量的法律冲突现象存在的事实，甚至认为“法则区别说”正是为不得不解决法律冲突而创设。在现代中国，大陆和台湾并没有完全相互承认对方法律在内法域的效力，实践中也几乎不可能适用对方的法律，但两岸间的利益关系以及由此引起的法律冲突却日益增多，两岸的理论、立法、实践都在努力探寻着解决这种法律冲突的方法和途径。

因此，我们应该认为，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，改变了单一地以内域法确定法律适用来调整法律冲突的状况，使得法律适用的调整法律冲突的方法可以在外域法与内域法之间加以选择，而并非导致了法律冲突的产生。

关于法律冲突的意义、法律冲突及冲突法的起源和发展，本人所著《冲突法及其价值导向》^{〔1〕}一书第1章和第2章中已有详明论述，可供参考，本书不再述及。

依循上述内容可知，法律冲突导源于涉及多个法域的利益关系。在此，有三点应该明确：

1. 法域一词需要稍加解释。一般认为，法域是法律适用的地域。其实，法域的概念不仅仅是地域意义上的，正如本导论开始所言，法域是法律有效管辖或适用的范围。对此，我们更愿意赞同黄进博士的观点，他认为：“法域为特定的范围。这个特定的范围既可能是空间范围，又可能是成员范围，还可能是时间范

〔1〕 此书于1993年10月由中国政法大学出版社出版。

围。正是基于此，法域有属地性法域、属人性法域和属时性法域之分。”〔2〕在黄先生所作的三种法域之分基础上，也许还可加上属法性法域。

属地性法域是就法律有效管辖的地域范围而言，产生于多个这种地域范围之间的法律冲突称为地域之间（通常是国际或区际）的法律冲突；属人性法域是指法律有效管辖的人员范围，产生于这一范围之间的法律冲突称为人际法律冲突；属时性法域划分的是法律有效管辖的时间范围，产生于不同时间范围之间的法律冲突称为时际法律冲突；而我们所说的属法性法域指的是法律有效管辖的社会关系的范围，产生于调整不同社会关系的法律之间的冲突称为法际法律冲突。

这四种对法域的划分并非界限截然，其相互间多有交叉或重叠的情形，如某一法律既有效管辖一定的地域范围，又有效管辖一定的人员范围，则此一法域既为属地性法域，又为属人性法域。

2. 既然法律冲突由涉及不同法域的利益关系引起，那么，发生在不同领域的利益关系，就会导致不同部门法律的冲突，不同法域间的民事利益关系将导致民事法律冲突，不同法域间的刑事利益关系将导致刑事法律冲突，如此等等。因此，法律冲突可在一切法律部门中发生，既可有民法、商法等私法之间的冲突，也可有宪法、刑法、行政法、诉讼法等公法之间的冲突。

由于历史上各法域多不相互承认他法域公法在内法域的效力，所以一般认为公法领域不存在法律冲突。其实，如前所说，法律域外效力的承认并非法律冲突产生的绝对条件，公法之间冲突在客观上是大量存在的，只不过其解决方法不似私法冲突解决那样，可在内域法和外域法之间平等选择以确定法律适用，而是

〔2〕 黄进：《区际冲突法研究》，学林出版社，1991年6月版，第2页。