

宪法对冲突法的影响

The Constitutional Impact
on the Conflicts Law

袁发强 著



国际民商法专题研究丛书

韩德培 黄进 主编



法律出版社

宪法对冲突法的影响

The Constitutional Impact on the Conflicts Law

袁发强 著



法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

宪法对冲突法的影响 / 袁发强著. —北京:法律出版社, 2007.5

(国际民商法专题研究丛书)

ISBN 978-7-5036-6921-7

I. 宪… II. 袁… III. 宪法—影响—冲突法—研究

IV. D997 D911.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 005056 号

© 法律出版社·中国

**国际民商法专题
研究丛书**

宪法对冲突法的影响

袁发强 著

责任编辑 孙东育

装帧设计 胡欣

开本 A5

版本 2007 年 5 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 11.75 字数 252 千

印次 2007 年 5 月第 1 次印刷

编辑 法学学术出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

苏州公司/0512-65193110

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5036-6921-7

定价:28.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

总 序

韩德培 黄 进

法律大别为国内法和国际法。国内法和国际法是两个既有联系又有区别的法律体系。一般认为,在国内法体系下有宪法、行政法、民商法、刑法、经济法、环境法、社会法、行政诉讼法、民事诉讼法、仲裁法、刑事诉讼法等法律部门或分支。至于国际法体系,学界意见并不统一。有的学者认为,不存在一个与国内法相对应的国际法体系,国际法就是国际公法;但也有学者认为,与国内法体系相对应的国际法体系的存在是一个不争的事实。笔者赞同后一种主张。如果肯定国际法体系存在,那么,在国际法体系下有哪些法律部门或分支呢?这也是一个仁者见仁、智者见智的问题。根据国际法存在的现实和将来的发展趋势,在笔者看来,在国际法体系下大致有如下法律部门或分支:国际公法、国际私法(国际民商法)、国际经济法、国际刑法、国际行政法、国际民事诉讼法、国际商事仲裁法、国际刑事诉讼法等,其中有的已相当成熟,有的则初露端倪。

由于法律分为国内法和国际法,故以法律为研究对象的法学也可以分为国内法学和国际法学,而且,两者还可以分别进一步划分成若干部门法学或法学分支。比如,在国内法中有宪法学、行政法学、民商法学、刑法学、经济法学、环境法学、行政诉讼法学、民事诉讼法学、仲裁法学、刑事诉讼法学等;在国际法中有国际公法学、国际私法学(国际民商法学)、国际经济法学、国际刑法学、国际行政法学、国际民事诉讼法学、国际商事仲裁法学、国际刑事诉讼法学等。

第二次世界大战后,传统的国际法即国际公法的概念,无论是其内涵还是其外延,都已不能容纳已有巨大发展的国际法律本身。这一点在民商法和民商事争议解决领域表现得尤为明显。在民商法领域,国际上已出现了大量调整国际民商事关系的法律规则和惯例,如1969年订于布鲁塞尔的《国际油污损害民事责任公约》、1979年订于蒙得维的亚的《美洲国家间关于国际私法中自然人住所的公约》、1980年订于维也纳的《联合国国际货物销售合同公约》和国际商会《2000年国际贸易术语解释通则》等。在民商事争议解决领域,国际上也出现了大量调整国际民事诉讼关系和国际商事仲裁关系的法律规则和惯例,如1958年订于纽约的《承认及执行外国仲裁裁决公约》、1961年订于日内瓦的《关于国际商事仲裁的欧洲公约》、1965年订于海牙的《关于向国外送达民事或商事司法文书和司法外文书公约》、1968年订于布鲁塞尔的《关于民商事管辖权及判决执行的公约》、1970年订于海牙的《关于从国外调取民事或商事证据的公约》、1975年订于巴拿马城的《美洲国家间关于国际商事仲裁的公约》和1985年公布的由联合国国际贸易法委员会主持拟定并经联合国大会通过的《国际商事仲裁示范法》等。上述情形不仅可以证明国际法是一个正在不断发展的体系,而且也表明作为国际法体系的部门或分支的国际民商法、国际民事诉讼法、国际商事仲裁法正在成长和形成之中。

隶属国际法体系的国际私法是一个从名称开始就有争议的法律部门和法律学科。直到目前为止,不同的国家和地区及其学者对国际私法有不同的认识和称谓。过去或现在较为普遍使用的名称有“国际私法”、

“私国际法”、“冲突法”和“法律冲突法”等。也有人称之为“法律适用法”、“法律选择法”、“民法施行法”或“法例”。特别值得一提的是,在早期,还有人称之为“国际民法”、“国际民商法”或“国际民事诉讼法”。例如,1889年,美洲一些国家曾在蒙得维的亚订立了《国际民法条约》和《国际商法条约》;1940年,同样是美洲一些国家在蒙得维的亚订立了《国际民法条约》和《陆上国际商法条约》。笔者在这里列举这些名称和现象,就是想从一个侧面说明,国际法体系内的一些部门或分支的内容尚不发达,子体系尚不完整,界限尚不明确,同时,正因为如此,人们对国际私法的认识还相当不一致。不可否认,国际私法是一个在不断发展的法律部门,研究国际私法的法律学科也在不断发展之中。的确,早期的国际私法是以冲突法为主的,主要用冲突规范即冲突法来调整国际民商事法律关系和解决国际民商事法律冲突。后来,由于海牙国际私法会议等国际组织以及一些国家立法的推动,国际民事诉讼规范和国际商事仲裁规范逐渐纳入其中。第二次世界大战后,随着国际经济贸易的迅速发展,国际统一民商法即国际统一实体私法进入一个新的发展时期,无论是以国际条约形式还是以国际惯例形式出现的国际统一民商法在数量上大大增加,在适用范围方面大大扩展,已成为国际私法的重要组成部分。今天,我们可以这样说,国际私法已从传统的国际冲突法演变为以直接规范和间接规范相结合来调整平等主体之间的国际民商事法律关系并解决国际民商事法律冲突和争议的法律部门,集外国人的民商事法律地位规范、冲突规范、国际统一实体私法规范(或国际统一民商法规范)、国际民商事争议解决规范于一体。从某种意义上讲(在其中的国际民事诉讼规范和国际商事仲裁规范自成一体并从国际私法中独立出去后),国际私法就是国际民商法。

本丛书原设计叫做“国际私法与比较法专题研究丛书”,但后来考虑到有必要推动我国法学界对国际民商法的重视和研究,遂改为《国际民商法专题研究丛书》。我们希望借此为国际体系的研究,特别是为国际私法的研究提供新的视角、新的视窗和新的视野。本丛书将坚持开放、择优和纳新的原则。纳入本丛书出版的著作并不仅限于实体法意义上

的国际民商法方面的著作,凡讨论、探索、研究调整国际民商事法律关系、解决国际民商事法律问题、解决国际民商事法律冲突以及解决国际民商事法律争议的上乘之作,无论是实体法著作,还是程序法著作或冲突法著作,均在欢迎之列。

最后,借此机会,我们并代表丛书各位作者衷心感谢法律出版社对丛书编辑和出版的大力支持和协助。

2001 年秋于珞珈山麓

序

在我即将结束在英国的“闭关”研究生活，忙于整理和总结自己半年来的研究成果和心得时，袁发强博士传来喜讯：他的博士论文《宪法对冲突法的影响》即将在法律出版社出版，并嘱我为之作序。作为这本博士论文的指导老师，我很高兴看到她能够公开出版，尽管很惭愧本人对其出版没有提供什么帮助和支持。但想到我国国际私法学者和宪法学者有机会分享、评论袁博士的这份跨学科的研究成果，我很乐意介绍一下这本书及其作者。

跟我同时代进入大学法学院学习的袁发强同志，与我一直没有走出校门的职业发展道路完全不同，他大学毕业后的很长一段时间专门从事涉外法律实务工作。作为我国司法部早期派往国外学习的律师，他具有丰富的实践经验和成功的律师工作经历。即便如此，他对法学研究始终保持着浓厚的兴趣，这是非常难能可贵的。记得我第一次见到他是在武汉市法学会组织的一次学术讨论会上，他非常理论化的发言和严谨的法律思辨给我留下了深刻印象。所以，多年以后，当他向我表达完全放弃律师工作，全职回学校读书作研究的想法时，我并

2 宪法对冲突法的影响

不感到十分惊讶,但老实说,我还是有些担心:作为丈夫,他是家庭主要的经济来源;作为父亲,女儿的学习和成长需要他花费不少心血;作为儿子,父辈的生活需要他照顾;作为博士研究生,需要他坐三年冷板凳潜心研究某个问题并全面更新相关法律学科的知识,形成独立研究的能力。他能应对这四种压力和挑战吗?事实证明,我的担心是多余的,他在这些角色中都取得了成功。他的博士论文被答辩委员会以全优票一致通过,这是他在攻读博士学位期间潜心研究的结果,也是答辩委员会对其论文学术价值和实践价值的肯定,表明他已经完成了职业角色的转换,可以成为一个非常出色的法学研究工作者。现在,他就职于华东政法大学国际法学院,有机会一生从事他钟爱的法律教学和研究工作,这是值得祝贺的,也让我备感欣慰。

对于目前主要属于国内法部门的冲突法,一国宪法对它的影响和制约是不言自明的,这从19世纪西方国家的许多国际私法大师同时在宪法或法理方面也有很高造诣可以看出。但从现代各国国际私法的制度层面和理论研究来看,除了美国以外,宪法对冲突法的影响常常被各国立法者和学者所忽视。考虑到袁发强同志具有扎实的法律功底、良好的外语基础和丰富的实践经验,博士入学伊始,我就建议和鼓励他研究这个很有挑战性的课题。值得高兴的是:他出色地完成了这个课题!这对中国的国际私法和宪法的发展都会起到积极的作用。

本书从探讨宪法与冲突法的联系入手,分别总结了主要的宪法思想(如主权、自由等)、宪法理论(主权理论、权力制衡理论、违宪审查理论和人权保护理论等)和宪政体制(国家结构、中央与地方的权力分配体制等)对同时期或以后的冲突法理论及制度的影响,并着重研究了美国宪法中的有关条款(包括正当程序条款、充分诚信条款、特权与豁免条款、平等保护条款和商业条款)对美国冲突法制度、规则和理论所起的决定性影响,还比较分析了其他国家(如加拿大、澳大利亚、德国、意大利和法国)的宪法对各自冲突法的不同程度和方式的影响,最后对中国如何在宪法层面完善冲突法制度提出了若干富有建设性的建议,如协调国际条约与国内立法冲突的方法,解决不同地区和不同法域法律冲突的方法和

完善宪法审查制度的方法。这种结构安排思路清晰,逻辑性强。作者层层推进,从不同方面和角度全面展示了宪法对冲突法的影响,运用新颖的资料充分论证和总结了宪法影响冲突法的表现、途径和方法,以及中国的应对策略。综观全书,本书的创新之处表现在:

第一,目前国内外尚无研究宪法与国际私法有关理论和流派之成因的文章。本文试图通过分析不同历史时期宪法思想对私法的影响,阐明某些国际私法理论和流派产生的宪法背景。

第二,在我国区际法律冲突的协调方法方面,以往研究没有考虑到发挥宪法功能和作用。作者从宪法协调法律冲突的作用出发,认为一国宪法既是该国区际法律冲突产生的原因,也是解决该国区际法律冲突协调的杠杆。因此,充分考虑宪法在解决区际法律冲突方面的协调功能,为我国解决区际法律冲突提出了新的解决思路和方法。

第三,国际私法学者一般认为,冲突法正在从专注冲突正义转向重视实质正义,但这种转变的动因和背景却很少有人揭示。作者认为,现代宪法对冲突法的影响是冲突法开始重视实质正义的直接动因,对人权的全面保护是宪法与国际私法产生直接联系的纽带和根本原因。如果没有宪法对公民人身权和财产权的全面保护,宪法就不可能直接影响国际私法,也无法进入司法实践。这种观点不仅有助于揭示当代冲突法价值取向发生转变的原因,而且有助于预测未来冲突法立法的发展方向。

总之,该书是一本不可多得优秀博士论文。当然,我也知道,本人对该书的评价免不了敝帚自珍,是否有价值还是让读者去评说吧。

是为序。

肖永平

2006年12月9日

于英国伯明翰大学法学院

目 录

引言/1

第一章 宪法与冲突法的联系/9

第一节 宪法的公法特性及其对私法的影响/9

一、“公法”与“私法”的划分/10

二、公法与私法的异同/14

第二节 宪法与冲突法的功能比较/19

一、对权利冲突的协调/19

二、对法律冲突的协调/28

第三节 宪法与冲突法的“连接点”/33

一、宪法的“高级法”地位与冲突法的国内法性质/33

二、私法的公法化/36

三、宪法私法化与宪法在私法领域的影响和适用/39

第四节 宪法影响冲突法的桥梁/44

一、宪法与宪政/45

二、违宪审查制度的由来与宪法司法化/47

2 宪法对冲突法的影响

三、宪法司法化对私法的影响/51

小结/56

第二章 不同时期宪法思想对法律适用理论的影响/59

第一节 城邦制与法则区别说/60

一、“法则区别说”产生的历史背景/62

二、巴托鲁斯与《论城市政府》/64

三、城邦法则的适用与“法则区别说”/66

第二节 主权思想与国际礼让说/71

一、博丹与城邦法则/71

二、博丹的国家主权思想/73

三、主权思想与国际礼让说/77

第三节 宪法思想与既得权理论/80

一、戴赛的宪法思想/81

二、既得权概念的由来/84

三、既得权说对礼让说的继承与扬弃/88

第四节 自由与当事人意思自治/91

一、契约自由原则与私法自治/92

二、宪法中的自由权思想对私法自治的影响/95

三、现代宪政思想对意思自治原则的影响和限制/100

小结/102

第三章 若干宪法理论对现代冲突法的影响/105

第一节 主权理论和人权保护思潮对现代法律适用理论的限制/106

一、本地法说——主权思想的绝对化/106

二、优先选择原则——围绕实质正义的冲突法革命开端/109

三、美国当代众家学说对 *Babcock v. Jackson* 案(1963年)的点评/113

四、主权理论让位于人权保护思想——美国现代冲突法革命的实质/116

第二节 权力制衡理论与违宪审查制对冲突法的影响/120

一、权力制衡理论与违宪审查制度的建立/120

二、违宪审查制对冲突法的影响/126

三、欧洲国家宪法法院审查模式/130

四、宪法通过违宪审查制度影响冲突法的原因/132

第三节 人权保护思想对冲突法发展的影响/133

一、人权理论从宪法领域向冲突法领域的拓展/134

二、人权保护思想对美国冲突法的影响/136

三、人权保护与欧洲主要国家冲突法的发展/138

四、公共秩序保留制度中的宪法因素/144

五、人权保护对冲突法国际立法的影响/146

小结/149

第四章 不同宪政体制对冲突法的影响/152

第一节 国家结构形式与法律冲突的产生/153

一、一国内部法律冲突产生的历史原因/153

二、中央与地方分权程度对法律冲突产生的影响/158

三、中央与地方分权程度对一国冲突法的影响/164

第二节 宪政体制对国际私法条约在内国适用的影响/167

一、不同宪政体制对国际私法条约在内国效力的影响/168

二、不同宪政体制对国际私法条约在内国法院适用的影响/176

三、不同宪政体制对国际私法条约在内国解释的影响/185

第三节 宪政体制对涉外民商事管辖权的影响/190

一、涉外民商事案件中的“国家”和“涉外”概念/191

二、宪法对外国人民事法律地位的影响/193

三、确定涉外民商事管辖权的宪法因素/197

小结/200

第五章 影响冲突法的宪法条款——以美国宪法为例/202

第一节 正当程序条款/204

一、正当程序与实质正义/205

二、法律选择方法在正当程序中的运用/208

4 宪法对冲突法的影响

三、政府利益分析对正当程序条款的影响——“根本性不公正”

标准的提出/210

四、重视个人权利向重视“州的权力”转变——“根本性不公正”

标准的滥用/212

五、正当程序条款与法院司法管辖权冲突的协调/215

六、正当程序条款与外国(州)法院判决的承认与执行/218

第二节 充分诚信条款/220

一、充分诚信条款的作用或功能/221

二、充分诚信条款对法律选择适用的影响/222

三、充分诚信条款在法院判决的承认与执行方面的影响/229

第三节 其他宪法条款/233

一、特权与豁免条款/234

二、平等保护条款/237

三、商业条款/241

小结/245

第六章 其他国家宪法条款对冲突法的影响/248

第一节 加拿大宪法条款对各省立法冲突的限制/248

一、宪法对各省立法权力的限制/250

二、限制跨界效力原则对法律适用的影响/252

三、限制跨界效力原则与外省判决的承认与执行/255

四、潜在的“充分诚信”条款/257

第二节 澳大利亚宪法条款对各州跨界立法的限制/259

一、澳大利亚联邦的立法管辖权和司法管辖权/259

二、限制跨界立法效力原则对法律选择的影响/261

三、充分诚信条款对澳大利亚冲突法的影响/265

第三节 大陆法系国家宪法条款对冲突法的影响/268

一、德国宪法条款对德国冲突法规则的影响/269

二、意大利宪法条款对意大利冲突法规则的影响/275

三、法国宪法委员会体制下可能存在的宪法影响/278

小结/279

第七章 冲突法视野下的中国宪法/285

第一节 中国宪政体制现状与国内法律冲突的产生/286

一、我国参加的国际条约与国内立法的冲突/287

二、我国地方法律冲突/287

三、我国区际法律冲突/297

第二节 宪法修改与我国法律冲突的协调/302

一、协调国际条约与国内立法冲突的宪法立法建议/303

二、我国内地地方法律冲突的宪法协调原则和立法建议/304

三、解决区际法律冲突的宪法协调原则和立法建议/311

第三节 我国宪法审查制度的完善/321

一、健全我国宪法审查制度的若干误区与迫切性/321

二、完善我国宪法审查制度的设计与思考/329

三、完善宪法审查制度对我国冲突法发展的影响/333

小结/335

参考书目/337

外国人名译名对照表/350

后记(一)/354

后记(二)/357

引 言

——如果说法律各部门集合起来像太阳系众星球的话,那么宪法就是这个星系中的太阳。

在宪政体制下,宪法的光芒普照大地,冲突法也不例外。

作为“高级法”或“根本法”的宪法与其他法律部门之间的联系看起来并不紧密,特别是与国际法的联系有时让人感觉相距遥远。这或许正是其高级法的地位所造成的错觉。不过,公法与私法的划分或国际法与国内法的划分并没有使二者截然脱离。宪法的“高级”或“根本”地位就像太阳的引力一样,紧紧地吸引着各部门法。冲突法就是这样一颗被宪法的引力吸引,而在遥远的轨道上围绕宪法旋转的行星。

一、选题的研究意义

长期以来,宪法与国际私法的关系被认为是国家根本大法与部门法的关系,因而认为两者之间的相互关系仅仅表现为宪法是国内冲突法的立法依据。除了宪法学和法理学学者对宪法与部门法的关系进行过原则性的研究外,我国国内学者至今还没有对宪法与冲突法的关系进行过专题研究。而

随着我国国际私法学者对外国国际私法学的引进,最近几年开始出现对外国宪法与冲突法关系的介绍,但还不很系统,因而对此领域的研究具有急迫的现实意义:

(1)随着我国改革开放的深入和发展,我国经济体制已经发生了深刻变化,政治体制的改革也势在必行,并正在缓慢地摸索和发展之中。如何依法治国、建立和完善社会主义法治国家是当前急需解决的任务。在此形势下,修改宪法,使宪法成为保护人民人身权利和财产权利的强有力保障显得尤为重要。2004年宪法修改后,加进了保护私人财产权和公民人权的内容,^[1]但还有继续改进的余地。因此,从宪法与国际私法的关系角度进行研究,有利于对我国宪法将来进一步修改提出建议,进而有利于我国法治的完善和发展,充分体现宪法的最高权威和价值。

(2)我国宪法长期以来处于原则性和纲领性的地位,不具有司法性。^[2]为此,当前在宪法学界开始探讨宪法的司法价值和功能以及使宪法具有司法性的操作模式,并提出了违宪审查问题。国际私法作为增进国际商事交往、保护中外当事人在国际交往中的民事权利和利益的法律,不能不受到宪法的影响和制约。研究宪法对冲突法的影响和制约有助于实现宪法在国际私法领域的可司法性问题,使宪法对人民权利的保护在涉外民商事法律领域也能得到体现;同时,还能对我国国际私法理论研究和司法实践产生直接影响。

(3)随着“一国两制、和平统一”方针的贯彻,香港和澳门已经回归祖国。将来统一台湾以后,我国将出现“一国两制三法系四法域”的局面。我国区际法律冲突问题已经产生,但现有宪法并没有协调和解决不同法域法律冲突的相关规定,在香港和澳门两个特别行政区基本法中也没有解决这两个法域与大陆区域法律冲突的原则性规定。这种遗漏和欠缺直接妨碍了三地之间的民商事交往,将来统一台湾以后,区域法律

[1] 参见我国2004年宪法修正案对宪法原第13条的修改和对第33条的增加。修改和增加后的宪法条文明确规定保护私人财产权和“国家尊重和保障人权”等内容。

[2] 近几年学术界主张宪法司法化的文章很多,如江国华:“无诉讼即无宪政”,载《法律科学》2002年第1期。