



中南财经政法大学青年学术文库

栗烟涛 / 著

冲突法上的 法律规避

Evasion of Law
in the Conflict of Laws



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

D997/81

2008

冲突法上的法律规避

粟烟涛 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

冲突法上的法律规避/栗烟涛著. —北京:北京大学出版社,2008.5
(中南财经政法大学青年学术文库)

ISBN 978 - 7 - 301 - 13589 - 1

I. 冲… II. 栗… III. 冲突法 - 研究 IV. D997

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 046333 号

书 名: 冲突法上的法律规避

著作责任者: 栗烟涛 著

责任编辑: 周 菲

标准书号: ISBN 978 - 7 - 301 - 13589 - 1/D · 2024

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.pup.cn> 电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

出版部 62754962

印 刷 者: 北京汇林印务有限公司

经 销 者: 新华书店

650 毫米 × 980 毫米 16 开本 13.25 印张 228 千字

2008 年 5 月第 1 版 2008 年 5 月第 1 次印刷

定 价: 23.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010 - 62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

中南财经政法大学青年学术文库

编辑委员会

主 任:吴汉东

副 主 任:郭道扬 张中华 陈小君

委 员:刘可风 卢现祥 熊胜绪 杨灿明 范忠信 罗 飞
朱新蓉 陈池波 齐文远 张新国 杨云彦 夏成才
姚 莉 陈景良 杨宗辉 朱延福

主 编:张中华

编辑部成员:姚 莉 陈敦贤 刘普生 朱冬生

本 书 主 审:刘仁山

总 序

一个没有思想活动和缺乏学术氛围的大学校园,哪怕它在物质上再美丽、再现代,在精神上也是荒凉、冷清和贫瘠的。欧洲历史上最早的大学就是源于学术。大学与学术的关联不仅体现在字面上,更重要的是,思想与学术,可谓大学的生命力与活力之源。

我校是一所学术气氛浓郁的财经政法高等学府。范文澜、嵇文甫、潘梓年、马哲民等一代学术宗师播撒的学术火种,五十多年来一代代薪火相传。因此,在世纪之交,在合并组建新校而揭开学校发展新的历史篇章的时候,学校确立了“学术兴校,科研强校”的发展战略。这不仅是对学校五十多年学术文化与学术传统的历史性传承,而且是成为谱写新世纪学校发展新篇章的战略手笔。

“学术兴校,科研强校”的“兴”与“强”,是奋斗目标,更是奋斗过程。我们是目的论与过程论的统一论者。我们将对宏伟目标的追求过程寓于脚踏实地的奋斗过程之中。由学校斥资资助出版《中南财经政法大学青年学术文库》,就是学校采取的具体举措之一。

本文库的指导思想或学术旨趣,首先在于推出学术精品。通过资助出版学术精品,形成精品学术成果的园地,培育精品意识和精品氛围,提高学术成果的质量和水平,为繁荣国家财经、政法、管理以及人文科学研究,解决党和国家面临的重大经济、社会问题,作出我校应有的贡献。其次,培养学术队伍,特别是通过对一批处在“成长期”的中青年学术骨干的成果予以资助推出,促进学术梯队的建设,提高学术队伍的实力与水

平。再次,培育学术特色。通过资助在学术思想、学术方法以及学术见解等方面有独到和创新之处的成果,培育科研特色,力争通过努力,形成有我校特色的学术流派与学术思想体系。因此,本文库重点面向中青年,重点面向精品,重点面向原创性学术专著。

春华秋实。让我们共同来精心耕种文库这块学术园地,让学术果实挂满枝头,让思想之花满园飘香。



2007年12月10日

Preface

A university campus, if it holds no intellectual activities or possesses no academic atmosphere, no matter how physically beautiful or modern it is, it would be spiritually desolate and barren. In fact, the earliest historical European universities started from academic learning. The relationship between a university and the academic learning cannot just be interpreted literally, but more importantly, it should be set on the ideas and academic learning which are the so-called sources of the energy and vitality of all universities.

Zhongnan University of Economics and Law is a high education institution which enjoys rich academic atmosphere. Having the academic germs seeded by such great masters as Fanwenlan, Jiwenfu, Panzinian and Mazhemin, generations of scholars and students in this university have been sharing the favorable academic atmosphere and making their own contributions to it, especially during the past fifty-five years. As a result, at the beginning of the new century when a new historical new page is turned over with the combination of Zhongnan University of Finance and Economics and Zhongnan University of Politics and Law, the newly established university has set its developing strategy as "Making the University Prosperous with academic learning; Strengthening the University with scientific research", which is not only a historical inheritance of more than fifty years of academic culture and tradition, but also a strategic decision which is to lift our university onto a higher developing stage in the 21st century.

Our ultimate goal is to make the university prosperous and strong, even

through our struggling process, in a greater sense. We tend to unify the destination and the process as to combine the pursuing process of our magnificent goal with the practical struggling process. The Youth's Academic Library of Zhongnan University of Economics and Law, funded by the university, is one of our specific measures.

The guideline or academic theme of this Library lies first at promoting the publishing of selected academic works. By funding them, an academic garden with high-quality fruits can come into being. We should also make great efforts to form the awareness and atmosphere of selected works and improve the quality and standard of our academic productions, so as to make our own contributions in developing such fields as finance, economics, politics, law and literate humanity, as well as in working out solutions for major economic and social problems facing our country and the Communist Party. Secondly, our aim is to form some academic teams, especially through funding the publishing of works of the middle-aged and young academic cadreman, to boost the construction of academic teams and enhance the strength and standard of our academic groups. Thirdly, we aim at making a specific academic field of our university. By funding those academic fruits which have some original or innovative points in their ideas, methods and views, we expect to engender our own characteristic in scientific research. Our final goal is to form an academic school and establish an academic idea system of our university through our efforts. Thus, this Library makes great emphases particularly on the middle-aged and young people, selected works, and original academic monographs.

Sowing seeds in the spring will lead to a prospective harvest in the autumn. Thus, Let us get together to cultivate this academic garden and make it be opulent with academic fruits and intellectual flowers.

Wu Handong
2007-12-10

中文提要

法律规避作为法律选择过程中的一种制度,也许并不普遍地存在;但作为法律生活中的一种现象,却是世所共有的。本书聚焦于国际私法上的法律规避现象,依托法律选择的基本理论,考察两大法系国家的实践资料,从产生根源入手,首次提出法律规避只能发生在内外国法律之虚假冲突的条件下的基本命题,以此作为全书的主线,多角度论证和检验,并对既有研究成果进行分析和评论。本书认为,法律规避现象只能发生在“虚假冲突”的情况之下。它的出现不仅是行为人主观意志的结果,和各国的立法、司法实践也不无关系。在考虑相应的对策时,不应仅仅根据它的“非道义性”而简单地予以谴责或者否定,而要结合相关各国的立法政策、行为人的直接动机、规避行为对社会生活的影响状况,作出客观和准确的分析,谋求公正和有效的处理,避免简单僵硬的手法和矫枉过正的后果。

Abstract

As a certain system functioning in the course of choice of law, evasion of law may not be recognized universally. But as a phenomenon in the legal practice, it exists all over the world. Focused on that phenomenon, based on the fundamental theories of choice of law, supported by the judicial practice of the two major law families, the author suggests that the phenomenon of evasion of law can only take place in the so-called "false conflict of laws". It is the result of private party's act, meanwhile stimulated by certain policies of concerned countries which reflected in their legislations or judicial practices. While considering the proper reaction to the evasion of law, one should not simply condemn or negate it on the only basis of its dishonesty and immorality, but should also take into account the legislative policy of concerned countries, the immediate motives of the conductor, the actual influence on the social life, in order to make a fair, effective judgment based on an objective and accurate analysis.

目 录

第一章 绪论	1
第一节 法律规避概述	1
第二节 法律规避的表现形态	7
第二章 法律规避行为的背景	14
第一节 法律冲突强度的层次性	14
第二节 国家管辖权的滥用和法律规避	24
第三节 滥用管辖权在外国引起的反应	35
第四节 法律冲突的解决方法 and 法律规避	39
第五节 小结	48
第三章 法律规避行为的实施	49
第一节 制造或利用虚假冲突	49
第二节 国家机关的干预和协助	54
第三节 所得权利的行使	57
第四节 小结	63
第四章 法律规避行为的后果	65
第一节 规避法院地法的后果	66
第二节 规避外国法的后果	76
第三节 小结	91

第五章 结婚事项上的法律规避	93
第一节 概述	93
第二节 法国法的实证分析	95
第三节 英国法的实证分析	103
第四节 美国法的实证分析	110
第五节 小结	118
第六章 离婚事项上的法律规避	121
第一节 概述	121
第二节 适用法院地法条件下的法律规避	124
第三节 适用属人法条件下的法律规避	131
第四节 小结	141
第七章 合同事项上的法律规避	143
第一节 概述	143
第二节 传统的合同法律适用理论和 法律规避	146
第三节 意思自治原则的限制和合同 领域中的法律规避	153
第四节 小结	162
第八章 公司事项上的法律规避	164
第一节 公司事项上法律规避的理论前提	165
第二节 规避法院地法	168
第三节 规避外国法	175
第四节 小结	179
结论	181
参考文献	187
后记	195

Contents

Chapter I Introduction	1
Section 1 Definition of Evasion of Law	1
Section 2 Types of Evasion of Law	7
Chapter II Background of Evasion of Law	14
Section 1 Intension of Conflict of Laws	14
Section 2 Abuse of States' Competence	24
Section 3 Response of Foreign States to the Evasion of Law	35
Section 4 Resolution of Conflict of Laws and the Evasion of Law	39
Section 5 Conclusion of Chapter Two	48
Chapter III Performance of Evàsion of Law	49
Section 1 Creation or Using the Conflict of Laws Intentionally	49
Section 2 Intervention or Assistance by the National Authorities	54
Section 3 Invocation of the "Rights"	57
Section 4 Conclusion of Chapter Three	63
Chapter IV Judicial Reaction to the Evasion Act	65
Section 1 Evading the Forum Law	66
Section 2 Evading a Foreign Law	76

Section 3	Conclusion of Chapter Four	91
Chapter V	Evasion of Law in Marriage	93
Section 1	Introduction	93
Section 2	Analysis of the French Practice	95
Section 3	Analysis of the English Practice	103
Section 4	Analysis of the American Practice	110
Section 5	Conclusion of Chapter Five	118
Chapter VI	Evasion of Law in Divorce	121
Section 1	Introduction	121
Section 2	Evasion of Law under the Condition of Applying the Forum Law	124
Section 3	Evasion of Law under the Condition of Applying the Lex Personalis	131
Section 4	Conclusion of Chapter Six	141
Chapter VII	Evasion of Law in Contract	143
Section 1	Introduction	143
Section 2	Classical Methods of Selecting the Applicable Law of Contract and the Evasion of Law	146
Section 3	Limits of the Autonomy of the Parties and the Evasion of Law	153
Section 4	Conclusion of Chapter Seven	162
Chapter VIII	Evasion of Law in the Field of Legal Person	164
Section 1	Theoretical Premise of Evading the Forum Law	165
Section 2	Evading the Forum Law	168
Section 3	Evading a Foreign Law	175
Section 4	Conclusion of Chapter Eight	179
In Conclusion		181
Bibliography		187
Postscript		195

第一章 绪 论

第一节 法律规避概述

一、法律规避的含义

《现代汉语词典》为“规避”一词提供的解释是“设法避开;躲避”。由此可见在一般意义上,法律规避应当是指一种普遍的法律现象,即一切以回避特定法律的适用及其处理结果为目的的行为。这属于法律规避第一层次的含义,它所注重的是国家法律遭到规避、未获得适用的结果,至于规避行为的实施手段如何却在所不论。苏力先生举例说,一男青年求爱被拒后强力奸污女青年,受害人向公安机关报案,男方为了逃避法律的制裁向受害人及其家属提议“私了”,女方出于对男方的复杂感情以及保全名誉等其他心理表示同意。经过讨价还价,达成以双方结婚、男方赔偿一定金钱为内容的“私了”协议。但因双方均未达到法定婚龄,该婚姻随后被宣布无效且男方受到刑事追究。^① 在这里,双方以国家刑事法律的规定为参照,根据对自己利益的综合的和理性的分析判断,试图以民间法的形式解决争议,避开国家制定法的适用及处理,故可称为法律规避。苏力先生还指出,我国经济体制改革过程中的许多改革措施也是从规避既有的落后僵硬的法律和政策开始的,并且得到了国家的认可,法律规避可以

^① 苏力:《法律规避和法律多元》,载《法治及其本土资源》,中国政法大学出版社1996年版,第43页。

看做是一种制度创新的途径。^① 这种含义上的法律规避虽然具有一定的合理性,甚至具有促进法律变革和创新的积极意义,但对于法律权威和法治理想而言终究是一种破坏,不应受到盲目的肯定或宽容。^② 同时,鉴于法律规避的实施手段本身很可能具有违法性,仅此即应受到法律的追究。无论如何,此种类型的法律规避现象反映了法律和现实之间的脱节以及由此造成的人们对国家法律的不信任心理,所提出的是法律如何更好地贴近生活的问题,属于法理学的研究范畴,不在本书探讨之列。

形成对照的是法律规避的第二层含义,即“通过合法形式达到违法目的或利用制度的模糊性进行制度创新,从而不适用法律的行为”^③。法律规避的概念在这里含有两个要点,一是规避行为具有合法的形式,二是规避行为的目的具有违法性。强调实施法律规避的手段具有形式上的合法性十分重要,它是我们区分法律规避和其他相关行为的重要界限。例如,避税行为和逃税行为的区别之一就在于是否系通过合法形式为之,借助离婚而逃避债务和公然拒绝偿还债务之间的区别也在于此。规避行为的法律效力取决于它的目的是否违法,目的合法的应免除制裁,目的非法的应予以制裁。避税行为的结果符合立法者的期望,一般不受制裁,逃税行为则相反。民法理论一般认为,以合法形式掩盖非法目的的民事行为因欠缺合法性,应为无效。^④ 史尚宽先生将脱法行为定义为“将强行法规所禁止之事项,欲以其他方法迂回达成之行为”,其效力如何应分别考察,“如法律所禁止之结果,不问用何手段皆为其所禁止者,其行为无效,反之惟禁止发生其结果之手段者,则为有效”^⑤。第一层含义上的法律规避并不强调行为人是否采用了合法形式,仅看重由此而造成的规避特定法律之适用的结果,这正是它和第二层含义上的法律规避之间的区别所在。

① 苏力:《再论法律规避》,载《法治及其本土资源》,中国政法大学出版社1996年版,第66页。有人延续苏力先生所举例证的思路,将法律规避定义为“当事人为了自己的利益,通过相互间的协议而不是依据法律的规定按正常的司法程序来解决它们之间的纠纷的一种现象”,认为其成因有我国历史遗留的“厌讼”文化传统、诉讼成本过高、司法人员素质不高及司法腐败、告状难等现象的存在等方面。喻名峰、蒋梅:《法律规避的社会历史成因及其对策》,载《政法论坛》1998年第3期。另见刘超:《试论我国法律规避存在的原因及评价》,载《理论月刊》2002年第9期。但是苏力所说的法律规避并不仅限于当事人回避国家法律、以所谓“私了”方式解决彼此之间纠纷的模式,上述关于法律规避的定义是相当不完备的。

② 某些在改革开放中“先行一步”的地区甚至把“遇到红灯绕着走”作为解放思想、锐意改革的代名词。作为特定社会历史条件下的一种特例,这种做法固然具有一定的积极作用,但若广为提倡,则法律和秩序必将名存实亡、破坏殆尽。

③ 秦仁旺、杨玉豪:《法律规避的经济分析》,载《桂林市教育学院学报》2000年第2期。

④ 佟柔主编:《中国民法》,法律出版社1990年版,第183页。

⑤ 史尚宽:《民法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第333页。

这同时也说明第一层次的法律规避比第二层次的覆盖面更广。

法律规避的第三层含义即是它的原始意义,专指“涉外民商事关系的当事人为利用某一冲突规范,故意制造某种连结点,以避开本应适用的法律,从而使对自己有利的法律得以适用的一种逃法或脱法行为”^①。在这层含义上,法律规避的外延显著缩小。它仍然强调规避出自行为人的故意、目的在于逃避某一特定法律的适用、实施手段具有表面上的合法性,但是已将法律规避严格限制在冲突法的范围之内。因此,法律规避的产生背景是不同法域之间存在着法律冲突,实施手段是改变连结点所指的事实因素^②,行为目的是用一个国家(或地区,下同)的法律替代另一国家的法律。冲突法上的法律规避行为显然具有表面上的合法性,行为人不公然违反本应适用的实体法律,而是借助改变或者制造连结点的的方式使冲突规范指向另一个国家的实体法律。从被规避的法律的角度看,法律规避行为的目的具有违法性,因为其结果是排除了这个本应适用的法律的适用。可见冲突法上的法律规避也是以合法形式掩盖非法目的。不过,尽管从道义上我们可以对这种具有欺诈性质的行为予以谴责,但一个行为的合法性最终是要由法院来判断的,而在国际私法的背景下,各国法院可能会有不同的立场。所以考察国际私法上法律规避行为是否违法、是否应当受到制裁问题的关键首先是要明确我们观察该问题的角度:在超国家的立场上,至少可以认为这种行为具有非道义性;在被规避的法律所属国的视角上,规避行为无疑具有违法性;而在被规避国以外的其他国家、特别是行为人所适用法律的所属国的角度,规避行为是否违法、是否加以制裁却是难以一概而论的。

以上分析说明法律规避具有不同层次的含义,其共同特征在于规避

① 黄进主编:《国际私法》,法律出版社1999年版,第269页。

② 有人提出,法律规避的实施手段不是改变或制造连结点本身,而是改变或制造连结点所指的具体事实,因为连结点是冲突规范的一个组成部分,当事人无力以自己的行为改变法律规范的组成部分,其所能改变的只是事实。参见孟宪伟:《法律规避的两个问题》,载《法学杂志》1999年第5期。我们认为,在把实施法律规避的手段进一步明确为改变涉外民商事关系的事实构成因素的意义下,这种看法是正确的,但是它对连结点的理解似乎有所偏差。连结点其实具有两个含义,它不仅是冲突规范的一个要素,而且也是作为冲突规范调整对象的涉外民商事法律关系的构成要素之一;不仅是法律(冲突规范)的一部分,也是事实的一部分。只有将这两个含义结合起来加以完整的理解,才能说明为什么立法者“必须从法律关系的构成要素中选择其中之一作为选择准据法的媒介,这些被指定为媒介的要素,就是连结点”,“所谓连结点的选择,就是在一个法律关系诸多构成要素中,选择一个最能反映‘范围’中所要解决问题的本质,并予以与之有最重要联系的要素作为连结点,以指引准据法的选择”。黄进主编:《国际私法》,法律出版社1999年版,第237页,第239页。