

LIAONINGSHENG

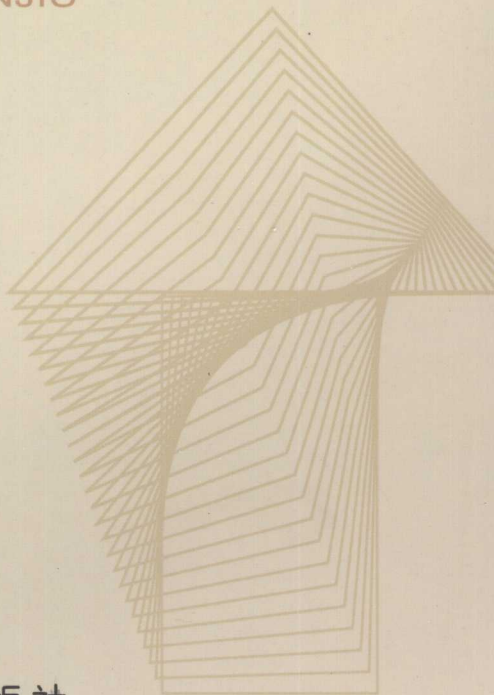
ZHONGQINGNIANZHEXUESHEHUIKEXUERENCAIPEIYANGGONGCHENGWENKU

辽宁省中青年哲学社会科学人才培养工程文库

◇屈广清 著

证据 冲突法研究

ZHENGJU
CHONGTUFAYANJIU



辽宁人民出版社

辽宁省中青年哲学社会科学人才培养工程文库

证据冲突法研究

屈广清 著

辽宁人民出版社

·沈阳·

©屈广清 2004

图书在版编目(CIP)数据

证据冲突法研究/屈广清著. —沈阳: 辽宁人民出版社, 2004.12

(辽宁省中青年哲学社会科学人才培养工程文库)
ISBN 7-205-05777-9

I. 证... II. 屈... III. 冲突法—研究 IV. D997

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2004) 第 072817 号

出版发行: 辽宁人民出版社

(地址: 沈阳市和平区十一纬路 25 号 邮编: 110003)

印 刷: 沈阳航空发动机研究所印刷厂

幅面尺寸: 140mm×203mm

印 张: 7 $\frac{7}{8}$

字 数: 189 千字

印 数: 1~1000

出版时间: 2004 年 12 月第 1 版

印刷时间: 2004 年 12 月第 1 次印刷

责任编辑: 马 辉

封面设计: 杨 勇

版式设计: 王珏菲

责任校对: 文 冉

定 价: 15.00 元

加強中青年社科人才培養
推動遼寧老工業基地振興

二〇〇四年八月

聞世震題



序 言

中共辽宁省委副书记 王万宾

《‘辽宁省中青年哲学社会科学人才培养工程’文库》(下称《文库》)与广大读者见面了。

“辽宁省中青年哲学社会科学人才培养工程”，是省委于2001年建立并一直予以关心和支持的人才培养项目。入选工程的中青年学者始终坚持以马列主义、毛泽东思想、邓小平理论和“三个代表”重要思想为指导，以高度的历史使命感和时代责任感，适应新形势、新任务的需要，努力学习，不断更新和充实新知识，从自身学科和专业优势出发，深入开展基础理论研究，紧密联系改革开放和现代化建设实际，积极开展应用对策研究，取得了一大批研究成果，思想政治素质、学术研究水平、运用科学理论解决实际问题的能力显著提高，在加快全省哲学社会科学事业发展、推动学习贯彻“三个代表”重要思想新高潮、为各级党委和政府科学决策提供服务等方面发挥了重要作用。

组织出版《文库》，是“辽宁省中青年哲学社会科学人才培养工程”的重要组成部分。《文库》收入的著作，是这一工程的中青年学者的优秀研究成果，涵盖了哲学社会科学的许多学科和专业，既有基础理论研究，又有应用对策性研究。这些成果是他们近年来勤奋耕耘、苦心研究的结晶。这些专著坚持正确的政治立

场,体现了理论创新精神,反映了我省哲学社会科学的最新研究成果,具有较高的学术价值,对辽宁老工业基地振兴具有较强的借鉴意义。《文库》的出版对于展示“辽宁省中青年哲学社会科学人才培养工程”的阶段性成果,扩大我省中青年哲学社会科学人才的社会影响,将产生良好的示范和引导作用。

以胡锦涛同志为总书记的党中央从全面建设小康社会、加快推进社会主义现代化的全局出发,高度重视哲学社会科学。今年初,中共中央下发了《关于进一步繁荣发展哲学社会科学的意见》,深刻阐明了哲学社会科学的重要地位和作用,明确了繁荣发展哲学社会科学的指导思想和方针原则,提出了繁荣发展哲学社会科学的总体目标和主要任务。这个意见是指导新世纪新阶段我国哲学社会科学繁荣发展的纲领性文件,是我们党在思想理论建设上作出的重大决策部署,必将对开创我国哲学社会科学事业的新局面产生重大而深远的影响。省委对贯彻落实中央关于繁荣发展哲学社会科学的意见高度重视,在充分调查研究的基础上,制定下发了进一步繁荣发展我省哲学社会科学的意见,从实现推动振兴辽宁老工业基地、全面建设小康社会的战略目标出发,作出了全面的部署。一个深入贯彻中央精神,落实省委部署,大力繁荣发展哲学社会科学的热潮正在全省兴起。

国以才立,政以才治,业以才兴。繁荣发展我省的哲学社会科学事业,需要大批高素质的哲学社会科学人才。中青年哲学社会科学人才队伍建设不仅关系着我省哲学社会科学当前发展,而且决定着我省哲学社会科学事业发展的前途和未来。我们要以“三个代表”重要思想为指导,进一步解放思想,坚持人才强省战略,坚持以人为本,树立科学发展观和科学的人才观,全面创新人才工作机制,积极营造尊重劳动、尊重知识、尊重人才、尊重创造的良好社会环境,着力培养出一批在学术上有重要贡献的哲学社会科学家,一批理论功底扎实、勇于开拓创新

的学科带头人,一批年富力强、政治和业务素质良好、锐意进取的青年理论骨干,使我省的哲学社会科学事业后继有人,兴旺发达,在实现老工业基地振兴的伟大实践中全面振兴哲学社会科学事业。

衷心希望广大中青年哲学社会科学工作者,树立正确的世界观、人生观和价值观,严谨治学、潜心钻研、深思熟虑、厚积薄发,为国家、为民族、为人民多出学术精品,多出优秀成果。坚信新一代的哲学社会科学工作者一定能够创造出无愧于时代、无愧于人民的新业绩,为振兴辽宁老工业基地、全面建设小康社会,实现中华民族伟大复兴作出新的更大的贡献。

2004年6月30日

前 言

在国际私法或冲突法的法律和学科体系中,证据冲突一直是国内外国际法学者忽略的领域。主要原因是证据的性质不容易确定:证据是国际法还是国内法,是程序法还是实体法,是公法还是私法,各国学者认识不一。在中国,证据问题一直是国内法学者在研究,因此,他们无法站在冲突法的高度来研究证据问题。

笔者从 1995 年开始研究冲突法领域的证据问题,时至今日已经 10 个年头,发表了一些关于证据冲突规范方面的论文,并且进一步研究了程序冲突规范、公法冲突规范、国内冲突规范等冲突法问题,其中涉及内容基本上都是在国内第一次提出的观点和看法,具有创新性质和先进性质。在此基础上,笔者以证据冲突法为突破口,经过系统比较研究,提出了证据冲突法的学科体系,本书就是该研究成果的集中体现。丰富了国际私法、冲突法的理论,对于涉外司法审判和涉外法制建设也有积极的促进作用。因为法制是一个整体,包括国内法和国际法。国际法在依法治国中的一般作用有:

(1) 中国加入 WTO, 涉外经济贸易等方面必须按照国际规则办事。

(2) 国际法对国内法存在优先适用的作用。例如,《中华人民共和国民事诉讼法》第 142 条规定:中华人民共和国缔结或者参加的国际条约同中华人民共和国民事法律有不同规定的,适用国际条约的规定。中华人民共和国法律或者中华人民共和国缔结

或者参加的国际条约没有规定的可以适用国际惯例。

(3)国际法可以促进完善国内法制的四要素。

(4)在依法治国中外国法也可以发挥作用。例如,中国法院可以用外国法处理案件,还可以借鉴外国法中的一些有益成分,完善自己。

(5)依法治国中国际法的调整手段可以被国内借鉴采用。

(6)依法治国中,国内法需要接受国际法制的评价才可能成为国际公认的法制国家。中国要想成为法制国家,首先要成为国际法小康国家、国际私法小康国家,才能够成为法制小康国家。

(7)我国目前国际法领域的一些重要问题的解决都极大地影响依法治国的进程,例如反腐败公约、区域安排等。

另外,国际法中的冲突法在依法治国中还有特别的作用:

(1)冲突法具有特殊性质(调整对象、调整范围、性质、适用外国法的方法等),它可以作为国内法在依法治国中发挥作用,也可以作为国际法发挥作用。

(2)冲突法可以通过适用外国国家的法律或证据,协调国际国内法制秩序,达到依法治国的目的,而且,冲突法规定平等适用外国法是一个国家的义务,这对国内提出了更高的要求。

(3)冲突法通过不适用一国国内的落后法制内容来促进各国国家法制的完善。

(4)从适用外国法的方法来看,冲突法也是促使各个国家成为法制国家的重要因素。

(5)在守法和法律监督方面,冲突法要求人们了解外国法律,接受国际社会监督,这会全面增强公民的法律意识。

(6)冲突法通过承认和执行外国判决,协调国际法制秩序,同时会完善国内法制秩序,以使得国内判决得到国外的承认和执行。同时,对法官的执法水平提出了进一步的要求。

(7)冲突法的统一实体法使得各国国内法作用缩小,各国国内法内容趋于相同,为建立国家、国际法制社会或者法制地球

发挥了巨大作用。

因此,在中国依法治国、建设法制国家和法制城市的今天,必须重视国际法作用的发挥,深入研究国际法的新问题。本书正是为了达到这一目的而进行设计的。

在国际法的领域中,冲突法有两个核心问题:为什么要适用外国法,如何适用外国法。

关于适用外国法的理由,有“国际礼让说”、“既得权说”等,但他们并没有解决好为什么要适用外国法的问题。不过这并没有影响我们适用外国法。理论上讲,适用外国法是权利还是义务?如果是权利可以放弃,显然它不是完全能够放弃的。但国家在如何适用外国法的问题上是可以根据国家情况加以规定的,所以各国的冲突规范是不统一的。但是,根本上讲,适用外国法是义务,而且是国家义务,是国家保证公平处理涉外民事案件必须承担的义务。如果不适用外国法,涉外案件就不能够得到承认和执行,这就是违背义务的后果和处罚。所以,我们认为,适用外国法的理论应该采用“义务说”比较科学。在此前提下,笔者在冲突法的证据领域,对冲突法有两个核心问题,尤其是对如何适用外国法进行了深入探讨,提出了证据冲突法、证据统一实体法等个人观点,完善了冲突法的理论,有利于指导冲突法的实践。但是,限于作者的水平,书中的观点可能存在不少错误,希望广大读者朋友批评指正。

最后,感谢辽宁省中青年哲学社会科学人才培养工程将本书纳入文库的出版计划,感谢省委宣传部的同志为本书的出版付出的辛劳。

屈广清

2004年5月于大连海事大学

目 录

序 言	王万宾 1
前 言	1
第一章 冲突法概论	1
第一节 冲突法与冲突规范	1
第二节 冲突规范的类型	22
第三节 系属公式	27
第二章 国际民事诉讼中的证据概论	34
第一节 国际民事诉讼中的证据概述	34
第二节 国际民事诉讼中证据的性质与渊源	39
第三节 当前国际民事诉讼领域证据问题的 发展概况	45
第三章 证据冲突法规范	51
第一节 证据冲突规范产生的条件	51
第二节 证据冲突规范的构成及其适用	62
第四章 国际民事诉讼中的取证	75
第一节 取证在国际司法协助中的地位	75
第二节 国际仲裁中的取证	78
第三节 国际社会在取证问题上的努力与成效	79

第四节	区际私法中的取证	91
第五节	国际司法协助中有关取证的其他问题	93
第六节	我国国际私法《示范法》(草稿)中有关取证的 规定	94
第五章	举证责任与举证方式	96
第一节	概述	96
第二节	推定、承认与认诺	107
第三节	举证负担	122
第四节	证据保全与初步证据	140
第六章	国际民事诉讼中证据制度优化的方法与构想	153
第一节	涉外合同的法律适用方法与证据制度的 优化	153
第二节	国际民商事诉讼的定案标准比较与优化	164
第三节	我国及他国当前的审判方式与国际民事证据 制度的优化	171
第七章	世界范围内证据制度的渐融与统一	185
第一节	国际民商事诉讼中证据制度与内国证据 制度的区别	185
第二节	统一国际证据制度的可能性与必要性	187
第三节	证据种类与分类的趋同化思考	195
第四节	国际私法中证据制度统一的构想	217

第一章 冲突法概论

第一节 冲突法与冲突规范

一、冲突法与冲突规范的概念与特点

(一) 冲突法与冲突规范

冲突法(law of the conflict of laws)指规定涉外民事法律关系应如何适用实体法的法律准则(超国家规范)(supernational law),又叫法律适用法和法律选择法^①,包括冲突规范以及其他相关制度。

冲突规范(conflict rules)是国际私法特有的法律规范,是为完成国际私法解决法律冲突,确立法律适用这一使命而形成的特殊类型的法律规范。所谓冲突规范,又称为法律适用规范、法律选择规范,是用以指明某一涉外民事法律关系应该适用哪一国(种)法律来确定当事人之间权利义务的法律规范。在19世纪以前,它曾是国际私法唯一的一种规范形式,所以有的学者和国家,甚至在某些国际公约的规定中,也将冲突规范称之为国际私法规则。因此,冲突法在国际私法中地位非常重要。

从法理上研究,法由四种基本要素构成:规范、原则、概念、

^①丁伟主编《冲突法论》法律出版社1999年第1页。

技术。由此可见,法包括规范,冲突法包括冲突规范。

冲突法在有些国家是与国际私法等同的一个概念或学科,在另外一些国家它又是从属于国际私法的。但是有一点是共同的,即冲突法是为解决民商事法律冲突而产生的,是民商事冲突法。但是随着国际经济贸易关系的迅速发展,已经产生专门解决经济法律冲突的经济冲突法。我们相信,在不久的将来,冲突法解决法律冲突的范围会进一步扩大,例如,会出现刑事冲突法、行政冲突法等。本文研究的证据冲突法即是冲突法的一种新的表现形式。专门研究冲突法的这些新的表现形式,对于系统深化冲突法的基本理论和实践运用是非常必要的,也是非常重要的。

(二) 冲突法的调整对象

在中国的国际私法领域,关于国际私法的调整对象的看法有两种观点:一种观点认为国际私法的调整对象是国际民事关系^①;另外一种观点认为国际私法的调整对象是国际民事法律关系^②。

如果认为国际私法的调整对象是国际民事关系,其根据是因为其他法律的调整对象都是“关系”而不是“法律关系”,例如民法的调整对象是民事关系,经济法的调整对象是经济关系等。这些法律调整之后才能够形成相应的“法律关系”,他们是为了形成这种“法律关系”才有作为学科存在必要的。在调整之前的对象,或者说被他们所调整范围的只能是“关系”,不可能是调整之后的法律关系。国际私法也不例外。该观点把国际私法与国际民法等同。

第二种观点认为国际私法的调整对象是国际民事法律关系,即法律调整之后形成的“关系”,该观点是把国际私法与冲突法等同。因为在所有的法律学科中,只有冲突法是调整法律的

^①李双元等编《中国国际私法通论》法律出版社 2003 年第 3 页。

^②韩德培主编《国际私法》高等教育出版社 2000 年第 3 页。

法,他以法律选择为根本任务,调整的是各国法律已经调整完了的“关系”,所以其调整对象是法律关系。

但是中国目前的引领观点是“大”国际私法的观点,即认为国际私法包括:冲突法、国际统一实体法、国际民事诉讼与仲裁、外国人的民事法律地位。笔者甚至坚持“大大”国际私法的观点,认为除了“大”国际私法的范围外,国际私法还应该包括:直接适用的法及公法内容的法、国内涉外实体法、国际惯例、当事人自己制定的法等。既然国际私法既包括冲突法,又包括实体法,所以前面关于国际私法调整对象的两种观点都是不全面的,国际私法的调整对象应该既包括民事关系,又包括民事法律关系。

由于国际私法的调整对象比其他法律学科都复杂,所以在国际私法教材的编写体例上,不能像其他学科(民法、经济法等)一样首先介绍该法的定义,而是需要首先介绍国际私法的调整对象,然后才介绍国际私法的概念。因为国际私法的调整对象比较复杂,如果不对它了解清楚,就无法了解其他问题。

综上所述,冲突法的调整对象是国际民商事法律关系,冲突法应该仅仅研究国际民商事法律关系。但是,最近国内外的一些学者提出了经济冲突法的新概念。所谓经济冲突法即解决一国经济法规范的域外效力和适用问题的法律规范。即冲突法也调整国际经济等公法关系^①。例如《瑞士国际私法》第13条规定:“不得仅仅以外国法律具有公法性质而排除其适用”。1978年《海牙代理法律适用公约》第16条规定:“在适用本公约时,如果根据与案件有密切联系的国家的法律,无论其冲突规范指引的法律为何,该国法律中的强行规范均需适用,则可以认定此类强行规范有效”。

甚至有学者认为经济冲突法属于国际经济法而不属于国际私法。他们认为,只有调整国际之间人身关系的冲突规范才是国

^①陈安主编《国际经济法论丛》法律出版社2003年第186页。

际私法。事实上,如果真正按照这些学者的观点去分类,那么,调整国际之间人身关系的冲突规范也应该属于国际民法,调整国际之间商事关系的冲突规范也应该属于国际商法,调整国际经济等公法关系的冲突规范又属于国际经济法,那么,冲突法这个学科就从世界上消失了。但是,我们认为,经济冲突法的出现不应该削弱冲突法,反而应该加强冲突法,因为冲突法的队伍扩大了。所以冲突法不应该属于任何一个学科,他是独立的学科体系。

经济冲突法、证据冲突法等出现使得冲突法的调整对象不再仅仅局限于国际民商事法律关系,其调整对象还应该包括经济、证据等等。

(三) 国内冲突规范——冲突法对非国际民商事领域内容的调整

如前所述,冲突法是指规定涉外民事法律关系应如何适用实体法的法律准则,其前提条件是以涉外民事法律关系为规定对象和范围。但是,在各个国家的国内民事法律关系中,同样存在规定“国内民事法律关系应如何适用实体法的法律准则”,我们可以将之称为国内冲突法或者国内规范。国内冲突规范与国际(涉外)冲突规范在表现形式、基本作用、内在构成等方面是完全一致的,应该被认定为冲突法的范畴。但是由于人们已经习惯将冲突法等同于国际冲突法,所以我们可以先将国内冲突法规范称为“准”冲突法规范。因此,冲突法应该包括国内冲突法和国际冲突法。

在冲突法的发展历史中,它的产生并不像学者们认为的那样,必须以各国相互承认对方的法律为前提。例如中国唐朝的“同类相犯者,各依其本俗法”的冲突规范就不以外国同时承认、适用唐朝法为条件。事实上,在国际私法产生之前,国家内部法律冲突的解决已经开始采用冲突法规则了,现在同样如此。国内

法律冲突同样需要冲突法的调整。国内冲突法几乎与国内法同时产生,因此,它的历史非常悠久。国内冲突法的历史也是冲突法的历史。

国内法律冲突也有许多表现形式,例如管辖权的冲突,就有单边性质的冲突规范(专属管辖)、选择性质的冲突规范等,例如由被告居住地法院、运输始发地法院、目的地法院管辖等。此外,还有程序法上的冲突、实体法上的冲突等。其中,实体法上的冲突大量存在:

1.少数民族地区的法律规定与中央不一致;经济特区的法律规定与中央不一致;还有特别法与普通法不一致等,需要冲突法规则解决法律冲突。

2.国内各级法律之间冲突。例如我国国务院《婚姻登记条例》取消强制婚检等规定与2001年全国人大《母婴保护法》矛盾,还与《传染病防治法》矛盾。如何解决他们的冲突和法律适用,需要冲突法规则。有的同志认为:在冲突的法律适用问题上,应该是大法管小法,即宪法>法律>行政法规>地方法规>地方行政规章。也有的同志认为应该新法优于旧法,与时俱进。

例如,在2004年3月8日沈阳某法院判决的足球运动员张某赔偿案件中,一审判决的根据是《民法通则》和《中华人民共和国道路交通事故处理条例》。原告提出要求适用“新法”——最高人民法院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》。

在中国《立法法》中,没有规定最高人民法院《司法解释》的阶位,但是《司法解释》经常优先适用。如果该《关于人身损害赔偿案的司法解释》开始生效,法院很可能采用之。尽管《立法法》没有规定其阶位,但是在该案件中,即使《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》开始生效(事实上2004年5月1日才生效),也没有明确规定“溯及力”,只规定“2004年5月1日后新受理的一审人身损害赔偿案件,适用本解释的规