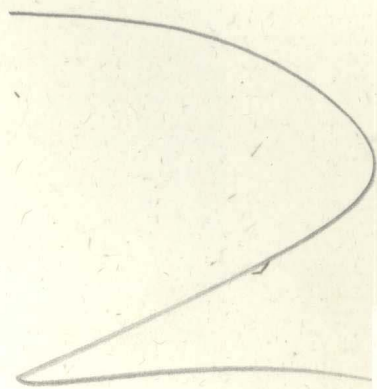


教育部哲学社会科学研究后期资助项目

法理学视野下的冲突法

Conflict of Laws from a Jurisprudence Perspective

○ 肖永平 著



高等教育出版社
Higher Education Press

D997/84

2008

研究后期资助项目

法理学视野下的冲突法

Conflict of Laws from a Jurisprudence Perspective

○ 肖永平 著



高等教育出版社
Higher Education Press

图书在版编目(CIP)数据

法理学视野下的冲突法/肖永平著. —北京: 高等教育出版社, 2008. 7

ISBN 978 - 7 - 04 - 023381 - 0

I. 法… II. 肖… III. 冲突法 - 研究 IV. D997

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 082843 号

策划编辑	徐松巍	李海风	责任编辑	王清云	封面设计	张志奇
版式设计	张志奇	王莹	责任校对	王超	责任印制	陈伟光

出版发行 高等教育出版社
社 址 北京市西城区德外大街 4 号
邮政编码 100120
总 机 010 - 58581000

经 销 蓝色畅想图书发行有限公司
印 刷 北京市白帆印务有限公司

开 本 787 × 1092 1/16
印 张 32.5
字 数 580 000
插 页 2

购书热线 010 - 58581118
免费咨询 800 - 810 - 0598
网 址 <http://www.hep.edu.cn>
<http://www.hep.com.cn>
网上订购 <http://www.landaco.com>
<http://www.landaco.com.cn>
畅想教育 <http://www.widedu.com>

版 次 2008 年 7 月第 1 版
印 次 2008 年 7 月第 1 次印刷
定 价 70.00 元

本书如有缺页、倒页、脱页等质量问题,请到所购图书销售部门联系调换。

版权所有 侵权必究

物料号 23381 - 00

总 序

哲学社会科学是探索人类社会和精神世界奥秘、揭示其发展规律的科学，是我们认识世界、改造世界的有力武器。哲学社会科学的发展水平，体现着一个国家和民族的思维能力、精神状态和文明素质，其研究能力和科研成果是综合国力的重要组成部分。没有繁荣发展的哲学社会科学，就没有文化的影响力和凝聚力，就没有真正强大的国家。

党中央高度重视哲学社会科学事业。改革开放以来，特别是党的十六大以来，以胡锦涛同志为总书记的党中央就繁荣发展哲学社会科学作出了一系列重大决策，党的十七大报告明确提出：“繁荣发展哲学社会科学，推进学科体系、学术观点、科研方法创新，鼓励哲学社会科学界为党和人民事业发挥思想库作用，推动我国哲学社会科学优秀成果和优秀人才走向世界。”党中央在新时期对繁荣发展哲学社会科学提出的新任务、新要求，为哲学社会科学的进一步繁荣发展指明了方向，开辟了广阔前景。在全面建设小康社会的关键时期，进一步繁荣发展哲学社会科学，大力提高哲学社会科学研究质量，努力构建以马克思主义为指导，具有中国特色、中国风格、中国气派的哲学社会科学，推动社会主义文化大发展大繁荣，具有十分重大的意义。

高等学校哲学社会科学人才密集，力量雄厚，学科齐全，是我国哲学社会科学事业的主力军。长期以来，广大高校哲学社会科学工作者献身科学，甘于寂寞，刻苦钻研，无私奉献，开拓创新，为推进马克思主义中国化，为服务党和政府的决策，为弘扬优秀传统文化、培育民族精神，为培养社会主义合格建设者和可靠接班人做出了重要贡献。本世纪头 20 年，是我国经济社会发展的重要战略机遇期，高校哲学社会科学面临着难得

的发展机遇。我们要以高度的责任感和使命感、强烈的忧患意识和宽广的世界眼光，深入学习贯彻党的十七大精神，始终坚持马克思主义在哲学社会科学的指导地位，认清形势，明确任务，振奋精神，锐意创新，为全面建设小康社会、构建社会主义和谐社会发挥思想库作用，进一步推进高校哲学社会科学全面协调可持续发展。

哲学社会科学研究是一项光荣而神圣的社会事业，是一种繁重而复杂的创造性劳动。精品源于艰辛，质量在于创新。高质量的学术成果离不开严谨的科学态度，离不开辛勤的劳动，离不开创新。树立严谨而不保守，活跃而不轻浮，锐意创新而不哗众取宠，追求真理而不追名逐利的良好学风，是繁荣发展高校哲学社会科学的重要保障。建设具有中国特色的哲学社会科学，必须营造有利于学者潜心学问、勇于创新的学术氛围，必须树立良好的学风。为此，自2006年始，教育部实施了高校哲学社会科学研究后期资助项目计划，旨在鼓励高校教师潜心学术，厚积薄发，勇于理论创新，推出精品力作。原中央政治局常委、国务院副总理李岚清同志欣然为后期资助项目题字“厚积薄发”，并篆刻同名印章一枚，国家图书馆名誉馆长任继愈先生亦为此题字“生也有涯，学无止境”，此举充分体现了他们对繁荣发展高校哲学社会科学事业的高度重视、深切勉励和由衷期望。

展望未来，夺取全面建设小康社会新胜利、谱写人民美好生活新篇章的宏伟目标和崇高使命，呼唤着每一位高校哲学社会科学工作者的热情和智慧。让我们坚持以马克思主义为指导，深入贯彻落实科学发展观，求真务实，与时俱进，以优异成绩开创哲学社会科学繁荣发展的新局面。

教育部社会科学司

序

肖永平同志是我国国际私法学界年轻学者中的杰出代表,他一直潜心学问,勇于创新。他最近完成的《法理学视野下的冲突法》是其长期研究冲突法中的法理学问题所取得的研究成果的集中体现和理论概括。该成果是他利用多次出国研究的机会,在比较、综合不同国家国际私法理论和立法最新发展的基础上,结合中国的实践归纳、提炼而成的。该书对冲突法的一些基本概念,如法律冲突、冲突规范、准据法;对冲突法的一般性问题,如识别、先决问题、外国法的查明等;对冲突法的一些法哲学问题,如法律多元、冲突法的价值取向;对冲突法的一些重要原则和规则,如意思自治原则、最密切联系原则、国际私法条约和国际商事惯例的适用规则等进行了系统、深入的研究,在许多问题上提出了自己的见解和观点,具有非常高的学术价值,是中国国际私法进一步发展的基础性研究成果。

该书主要强调从法理学、法哲学视角重新界定冲突法的一些基本概念、基本制度和基本理念;对具体规则和具体制度则充分运用比较法的研究方法,不仅从注释法学的方法、比较规则的不同含义,还从实证的角度分析、比较不同理论和方法的文化背景 and 实际运作;对中国的国际私法问题,侧重于批判和重构,实证和提炼,都是从中国越来越多的实践中去发现问题,进行政策分析和利益考量,提出具体的解决方案;对国际社会还没有定论的新问题,主要从自然理性、中国的国际角色和利益取向以及现有的国际私法理论等方面提出自己的见解,以反映中国学者的智慧和贡献。由于对不同问题采取了有针对性的不同研究方法,本书提出了许多有影响的观点,这些观点已经形成相对自

足的体系,有的得到了中国法学界的公认,有的被实践部门采纳,有的独树一帜。这些主要观点有:(1)冲突法与法理学有着密切的联系,但我国法理学的理论概括常常忽视了冲突法的特殊性和应有贡献。冲突法学者应该更多地从更广阔的视野看待冲突法问题,一方面可以为冲突法问题的解决提供新的思路和方法;另一方面对法理学的完善也有好处。这样的研究成果就会成为冲突法学者对法理学的贡献。(2)法律冲突是法律领域的普遍现象,作为调整法律冲突问题的广义“冲突法”可以成为跨越公法与私法、国际法与国内法的相对独立的规则体系和学科体系。(3)狭义“冲突法”中的一般性问题都可以结合司法推理的一般过程作新的解释和归纳,特别需要突破传统的私法冲突的局限来理解和论证。(4)比较法与冲突法的密切关系使它们既不完全是盟友关系,也不完全是敌对关系,而是相互促进关系。(5)法律多元是主权国家并立的国际社会的必然要求,也是调整 and 解决法律冲突的基本前提。(6)不同形态的冲突法理论与相应的法哲学思潮有着天然的联系,创立新的冲突法理论必须从当代法哲学思潮寻找理论资源和立论根据。而后现代冲突法要更加关注法律效益,协调冲突法正义与实体法正义,注重人类社会的整体利益。(7)现代国际私法要协调利用直接调整方法(统一实体法和“直接适用的法”)和间接调整方法(冲突法方法),但对统一实体法的研究必须侧重于国际条约和国际惯例的适用问题。(8)当事人意思自治原则和最密切联系原则可以成为解决私法冲突的一般性原则,它们在我国适用领域可以进一步扩大,适用方式可以多样化。(9)密切关注外国国际私法的发展,积极参与国际社会对新的国际私法问题的讨论和立法,是完善我国国际私法立法,提高我国国际私法理论研究水平,与外国平等对话的前提。

在上述思想和观点的指导下,经过科学的研究方法和理论表达形式,本书在许多具体问题的论证或观点方面实现了理论创新。主要包括:(1)分析和论证了冲突规范作为法律适用规范之一的理由,并把法律适用规范与实体规范和程序规范并列。(2)准确界定了准据法的内涵和外延。(3)完整分析和提出了“自体识别说”理论。(4)系统论述了国际统一实体法条约、国家统一程序法条约和国际统一冲突法条约的适用规则。(5)深刻比较了最密切联系原则在美国和中国的立法基础、实践模式和改进方向。(6)对法律冲突的分类和不同解决方法系统概括。(7)对 proper law 翻译的准确论证。(8)广义先决问题的提出与深入分析。(9)对“外国法院说”的准确界定和评价。(10)对公共秩序保留的深入比较及其在中国实践的系统总结和建议。(11)首先提出中国法院适用外国判例法的方法和规则。(12)重新厘定比较法与冲突法的关系。(13)首次分析和论证了法律多元和法律冲突的关系。(14)全面、深刻揭示了冲突法理论的价值取向及中国立

法考虑这些价值的方法和途径。(15) 首先提炼和总结了国际惯例在我国的适用规则。

可以说, 本书对冲突法基本概念、基本范畴的揭示和界定可以成为构建中国特色、中国气派的国际私法理论的基石, 它们是在融合大陆法系和英美法系的不同理念的基础上, 结合中国法学理论和司法实践的实际提炼出来的。而本书从广泛的国际视野研究冲突法的一般问题所取得的成果, 归纳的中国理论和认识在国际上也会产生一定影响。它强调的法律多元和后现代国际私法的价值追求是根据 21 世纪国际政治、经济关系的特点和中国的对外政策提出的, 可以成为未来中国国际私法研究的指导原则。它提出的国际法渊源和国内法渊源的协调发展和正确适用, 归纳的国际条约和国际惯例的具体适用规则, 可以成为构建现代国际私法体系的重要考虑因素。它论证的提高当事人意思自治原则和最密切联系原则的法律地位, 并使之成为国际私法中的一般性原则的观点, 会对中国国际私法的结构和体系带来革命性影响。可以肯定, 本书对中国国际私法的基础、体系构建和未来发展方向都有重要的学术价值。

肖永平博士是在我的指导下完成博士学位论文的, 毕业以后一直在武汉大学从事国际私法方面的教学和研究工作。一直以来, 他在科研方面非常勤奋, 善于发现问题和理论创新, 在国内外发表过许多有影响的论文, 我们也曾合作发表过一些论著。今天, 我很高兴看到他潜心研究数年的新作即将在高等教育出版社出版, 这反映了他在冲突法方面的新思想、新观点。我相信: 该书的出版对繁荣我国的国际私法理论、完善我国的国际私法立法、改进我国的国际私法实践是大有裨益的。

韩德培

2007 年 2 月 28 日于武汉大学国际法研究所

前 言

人类社会进入 21 世纪以后,国际私法的理论与实践在国内外都有很大的发展。我自 2005 年开始修订 2002 年在武汉大学出版社出版的《肖永平论冲突法》,由于时间关系,一直断断续续地进行着。2006 年,我有幸获得国家留学基金高级研究学者项目的资助,在英国伯明翰大学法学院作为期半年的研究工作,利用这段宝贵的“闭关”时间,我基本完成了该书的修订工作。在英国期间,了解到教育部启动了“后期资助项目”,我就把其中的基本概念、一般性问题、基础性问题和一些重要法律适用原则及规则以“冲突法的法理基础”为题作了申报。很幸运,该课题列入了 2006 年度“教育部哲学社会科学研究后期资助重点项目”。根据教育部社会科学司《关于“教育部哲学社会科学研究后期资助项目”成果统一出版的通知》(教社科司函[2007]42 号)的要求,现将这部分内容以《法理学视野下的冲突法》为题交高等教育出版社出版,其他关于国际私法的具体规则及其在国内外的新发展的论述将以《肖永平论冲突法》第 2 版在武汉大学出版社出版。因此,《法理学视野下的冲突法》和《肖永平论冲突法》第 2 版是本人关于冲突法的系统阐释,前者着眼于冲突法的基础,后者是具体规则和新近发展的展开。两者可谓姊妹篇。

如书名所示,本书力图打破现有冲突法体系观念的束缚,从更广阔的法理学视角重新审视、检讨和构建冲突法的基本概念、制度及其与相关法律问题的关系,并在此基础上探讨一些重要法律适用原则和规则的适用模式和方法。除了采取比较法研究方法以外,本书注意采用实证分析和国家政策考量,特别关注中国法律制度的特点、中国司法实践的要求、中国国际地位的提升和中国在国际民商事交往中角色的变化,以提出适合中国

实际的冲突法理念、概念、制度和规则。因此,本书关于法律冲突的分类、法律适用规则与冲突规范的关系、连结因素的形成和选择、准据法与 proper law 的异同、中国司法实践中的识别错误和自体识别方法、先决问题概念的重构及其解决方法、公共秩序保留概念的重新归纳、外国判例法在我国的可适用性及具体适用方法、法律多元与冲突法理论的更新、后现代冲突法学说的价值追求、国际私法条约和国际商事惯例在我国的适用方法和规则、最密切联系原则的不同适用模式等问题的论述都有不同程度的创新。我相信:本书关于上述问题的观点和主张有利于建构中国特色的国际私法理论体系和立法体系。

本书得以顺利完成,首先要感谢国家留学基金委、教育部和高等教育出版社的大力支持。在英国伯明翰大学法学院研究期间,我得到了该院副院长、《国际私法杂志》主编、《戴赛、莫里斯和科林斯论冲突法》2006 年第 14 版修订者之一乔纳森·哈里斯(Jonathan Harris)教授多方面的帮助,在此表示衷心的感谢!本书初稿完成后,韩德培先生欣然同意为本书作序,给了我极大的鼓舞和鞭策,我又花了 3 个多月的时间校正了每一个注释、每一段文字,力争不辜负他老人家的殷切希望。学生谨以本书献给我敬爱的韩德培先生,祝他老人家永远安康!夫人喻术红博士一直鞭策和鼓励我在学问的道路上不断前行,才使我在现在的环境下没有迷失方向。在英国的半年,她两次进出英伦,到伯明翰照顾我的生活,使我得以全力以赴进行本书的写作。本书一半应该归功于她。此外,湖南师范大学的王葆蒨博士对本书中的德文资料进行了校对与更新,中山大学的王承志博士对本书的编章结构提出过很有价值的建议,我指导的博士研究生周晓明、王思思对全书进行过认真的校对,并提出过不少改进意见。如果本书有些许价值的话,里面有他们的劳动、智慧和心血,同样应该感谢他们!

尽管得到如此多的帮助,本书的不足甚至错误还是在所难免。我期待着读者的批评和指正。

肖永平

2007 年 6 月 1 日于武汉大学国际法研究所

郑重声明

高等教育出版社依法对本书享有专有出版权。任何未经许可的复制、销售行为均违反《中华人民共和国著作权法》，其为人将承担相应的民事责任和行政责任，构成犯罪的，将被依法追究刑事责任。为了维护市场秩序，保护读者的合法权益，避免读者误用盗版书造成不良后果，我社将配合行政执法部门和司法机关对违法犯罪的单位和个人给予严厉打击。社会各界人士如发现上述侵权行为，希望及时举报，本社将奖励举报有功人员。

反盗版举报电话：(010) 58581897/58581896/58581879

反盗版举报传真：(010) 82086060

E - mail: dd@hep.com.cn

通信地址：北京市西城区德外大街4号

高等教育出版社打击盗版办公室

邮编：100120

购书请拨打电话：(010)58581118

目 录

第1编 冲突法的基本概念

第1章 法律冲突	1
第1节 法律冲突的含义和产生	2
第2节 法律冲突的种类	3
第3节 法律冲突的解决方法	7
第4节 国际民商事法律冲突	10
第2章 冲突规范与法律适用规范	15
第1节 冲突规范的性质	15
第2节 作为一种独立的法律规范形式的法律适用规范	26
第3节 作为一种法律选择规范的冲突规范	32
第4节 冲突规范的结构和作用	36
第5节 冲突规范的现状和发展趋势	41
第3章 连结因素	51
第1节 连结因素的含义和作用	51
第2节 连结因素的分类	53

第3节	连结因素的选择	55
第4节	连结因素的发展方向	59
第4章	准据法与 Proper Law	64
第1节	准据法的概念和特点	64
第2节	Proper Law 的中文翻译及其分歧	67
第3节	Proper Law 在合同领域的发展	69
第4节	Proper Law 在侵权领域的应用	76
第5节	几种主要中文译法之评价	82

第2编 冲突法的一般性问题

第5章	识别	89
第1节	识别的对象与概念	90
第2节	识别冲突的产生原因	93
第3节	识别的依据	96
第4节	中国司法实践中的识别错误	104
第5节	识别的规则与自体识别说	118
第6章	先决问题	120
第1节	我国通行观点对先决问题的认识及其不足	120
第2节	先决问题的含义、构成要件和分类	123
第3节	先决问题和国际私法中相近制度的关系	134
第4节	确定先决问题准据法的方法	135
第7章	反致	144
第1节	反致的概念和种类	145
第2节	外国法院说的含义与司法运作	147
第3节	评价与结论	151

第8章 法律规避	154
第1节 法律规避的概念和构成要件	154
第2节 法律规避在国际私法中的地位	157
第3节 法律规避的效力问题	159
第4节 法律规避的对象	161
第5节 中国的理论与实践	163
第9章 公共秩序保留	166
第1节 公共秩序保留的概念	166
第2节 公共秩序的理论分歧	169
第3节 公共秩序的立法差异	174
第4节 美国适用公共政策的特别观察	176
第5节 英国适用公共政策的特别观察	188
第6节 澳大利亚适用公共政策的特别观察	192
第7节 德国适用公共政策的特别观察	197
第8节 其他若干国家对公共秩序保留的运用	205
第9节 若干基本结论	209
第10节 中国立法与司法实践的实证分析	217
第10章 外国法内容的查明	226
第1节 外国法的含义和证明方法	226
第2节 英美法系国家判例法的可适用性问题	228
第3节 查明英美法系国家判例法规则的方法	230
第4节 结论	240

第3编 冲突法的基础性问题

第11章 比较法与冲突法的关系	241
第1节 比较法方法在冲突法中的运用	243

第2节	比较法与冲突法的潜在对抗	247
第3节	比较法与冲突法关系的重新认识	249
第4节	比较法在冲突法中的应用	254
第5节	结语	260
第12章	法律多元与法律冲突	262
第1节	私法冲突的传统研究模式	262
第2节	自然法理论与法则区别说的崛起	264
第3节	分析实证主义法学与近代冲突法立法	266
第4节	法社会学用于研究法律冲突的新路子	269
第5节	制定法与民间法之间的冲突	272
第6节	作为法律冲突研究起点的法律多元	276
第13章	冲突法理论的价值追求	280
第1节	传统冲突法学说的价值追求	280
第2节	现代冲突法学说的价值追求	286
第3节	后现代冲突法学说的价值追求	294
第14章	价值取向与中国冲突法立法	302
第1节	对外政策的实现	302
第2节	国际经济新秩序的建立	305
第3节	司法任务的简单化	312
第4节	法律适用结果的确定性、可预见性和一致性	314
第5节	具体案件的公正性	318
第15章	“直接适用的法”的适用	323
第1节	“直接适用的法”理论的形成	323
第2节	“直接适用的法”的内涵和性质	325
第3节	“直接适用的法”的适用模式和规范结构	328
第4节	欧美功能主义方法的比较分析	333
第5节	“直接适用的法”与冲突规范之间的互动影响	336

第 16 章	国际私法条约的适用规则	340
第 1 节	适用国际私法条约的一般规则	340
第 2 节	国际统一实体私法条约在我国的适用	350
第 3 节	国际统一程序法条约在我国的适用	363
第 4 节	国际统一冲突法条约在我国的适用	376
第 5 节	WTO 协议在我国的适用	378
第 6 节	关于“国际私法条约的适用”的立法建议	382
第 17 章	国际商事惯例的适用规则	384
第 1 节	现代商人法与国际商事惯例	384
第 2 节	国际商事惯例的性质	393
第 3 节	国际商事惯例的效力	396
第 4 节	国际商事惯例的查明	399
第 5 节	国际商事惯例的适用	403
第 18 章	当事人意思自治原则的适用	411
第 1 节	当事人意思自治的历史源流	412
第 2 节	当事人意思自治的理论基础	415
第 3 节	当事人意思自治的表现形式	418
第 4 节	当事人意思自治在合同领域的限制	420
第 5 节	当事人意思自治在其他领域的适用	432
第 19 章	最密切联系原则在中国和美国的适用	439
第 1 节	不同的背景、适用范围和地位作用	440
第 2 节	多样化的理论主张	444
第 3 节	不同的适用模式	447
第 4 节	结论与建议	467
外国人名称译表		471
主要参考文献		479

CONTENTS

PART I THE BASIC CONCEPTS OF CONFLICT OF LAWS

Chapter 1	Conflict of Laws	1
1.	Meaning and Formation of Conflict of Laws	2
2.	Classification of Conflict of Laws	3
3.	Settlement Methods of Conflict of Laws	7
4.	International Conflict of Civil and Commercial Laws	10
Chapter 2	Rules of Application of Law and Conflict Rules	15
1.	Nature of Conflict Rules	15
2.	Rules of Application of Law as an Independent Legal Norm	26
3.	Conflict Rules as a Choice-of-law Rule	32
4.	Structure and Function of Conflict Rules	36
5.	The Status Quo and Developing Trend of Conflict Rules	41
Chapter 3	Connecting Factors	51
1.	Meaning and Function of Connecting Factors	51
2.	Classification of Connecting Factors	53