

研究生教学用书

肖永平论冲突法

Xiao Yong Ping on Conflict of Law

肖永平 著



武汉大学出版社

研究生教学用书

D997
X476 ✓

肖永平论冲突法

Xiao Yongping on Conflict of Laws

肖永平 著

武汉大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

肖永平论冲突法/肖永平著. —武汉: 武汉大学出版社, 2002. 4
研究生教学用书

ISBN 7-307-03518-9

I. 肖… II. 肖… III. 冲突法—研究—研究生—教材 IV.
D997

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2002) 第 008235 号

责任编辑: 张 琼 责任校对: 卢 建 版式设计: 支 笛

出版: 武汉大学出版社 (430072 武昌 珞珈山)

(电子邮件: wdp4@whu.edu.cn 网址: www.wdp.whu.edu.cn)

发行: 新华书店湖北发行所

印刷: 湖北省通山县印刷厂

开本: 787×960 1/16 印张: 30 字数: 500 千字 插页: 5

版次: 2002 年 4 月第 1 版 2002 年 4 月第 1 次印刷

ISBN 7-307-03518-9/D·471 定价: 41.00 元

版权所有, 不得翻印; 凡购我社的图书, 如有缺页、倒页、脱页等质量问题者, 请与当地图书销售部门联系调换。

增订版前言

我于1999年出版的《冲突法专论》，作为武汉大学的研究生教材使用了近3年时间。在此期间，国内外的冲突法理论、立法和实践都有一些新的发展，使得该教材有增订的必要。在为武汉大学国际法研究所1999~2001级三届硕士研究生（包括国际公法、国际私法、国际经济法三个方向）讲授“冲突法专题”的过程中，我要求每一个学生对本教材提出批判性意见，包括文字表述、观点提炼、论证方法和学术规范等均在批判之列。值得欣慰的是，这三届学生对本教材提出了许多宝贵的建设性意见、评论。在课堂上，我与他们平等地交流，交换意见，甚至是面红耳赤的争论。这些交流和争论给了我不少的启发，也是我修订本书的智慧和力量源泉。因此，我首先要感谢他们，特别是那些不断提问、不断追问、不断提出建议的同学们，因为本书中含有他们的智慧、理性与劳动。

除了这种讨论式教学以外，我还大量采用了案例讨论的方法。根据我的观察，法学专业的本科毕业生在修完了几门主要的国际法方面的课程以后，在解决涉外案件的实际能力方面还很欠缺。因此，他们在研究生阶段应该花较大的力气培养这方面的能力。研究生学位课程的设置和教学相应地应在这方面加强。正是出于这种考虑，这次修订去掉了原书中的3个专题，同时增加了9个实践性较强或理论前沿的专题。值得说明的是，这次增加的部分专题分别与下列同志合作完成：第九专题：岳为群；第十专题：谭岳奇；第十八专题：胡永庆；第二十五专题：郭树理；第二十六专题：李臣；第二十七专题：邹国勇；第二十八专题：郭明磊。这些专题大都已经发表在我国《中国社会科学》、《法学研究》、《中国法学》、（香港）《二十一世纪》等学术刊物上。让我在此对上述合作者表示衷心的感谢。

这次增订版更名为《肖永平论冲突法》，并由6个部分组成。按照

一个学期 18 周，每周 3 学时计算，每部分安排了 4 到 5 个专题，大约用 3 周时间学完。当然，学生不能局限于本教材，应该在学习中根据每一部分涉及的主题，尽量多看一些国内外相关的论著，才能达到研究生学位课程的学习目的。

尽管如此，本书的不足，甚至错误肯定还有不少，特别是一些最新的资料还有待补上。希望各位同仁和读者多提宝贵意见，以便我在以后的修订中完善。

肖永平

2001 年 12 月 9 日于

武汉大学国际法研究所

前 言

我从1993年开始给国际私法硕士研究生开设“冲突法专题”学位课程，几年来，我一直在探索研究生教学内容和教学方法的改革。我觉得研究生课程教学应突出“研究”特色，即不能像本科阶段那样注重基本理论、基本知识、基本技能的训练，而应注重培养研究生读书的能力、独立从事科学研究的能力、解决实际问题和创新的能力、高水平的写作能力、熟练使用外语的能力等。而这众多能力的培养有赖于教师采用灵活多样的教学方法。实践证明，专题研究和讨论是一个行之有效的方法，因此，我在教学中较多地采取了这种方法。

冲突法的内容非常丰富，而且存在许多不同的理论、学说，我将“冲突法专题”这门学位课程分为五大部分：一、冲突法的基本概念；二、冲突法的一般问题；三、法律适用问题；四、管辖权和国际商事仲裁问题；五、中国国际私法问题。然后在每一部分中选择一些最基本的概念或制度或新的理论前沿问题作系统深入的研究，形成专题报告，在课堂上与研究生共同探讨与交流，从而实现教与学的共同提高。所以，本书中的不少专题先后发表在《中国社会科学》、《中国国际法年刊》、《中国法学》等权威、核心期刊上。1997年，我以“冲突法专题”的讲稿为基础形成的《冲突法专论》有幸纳入“武汉大学研究生教材”出版计划。经过一年的整理、修订和充实，我总算在即将到哈佛大学作访问学者前夕完成了定稿，但仍感到有些惶恐，总觉得还要修改。好在研究生教材是应该每两年修订一次的，我希望各位老师和广大读者多提批评意见，以便我在再版时修订。

应特别提出的是，本书中的下列专题是与人合著的：第八专题与邓朝晖合著，第九、十专题与胡永庆合著，第十二专题与胡学栋合著，第十三专题与宋航合著，第十六专题与朱克鹏合著，第十八专题与何易合著，第二十专题与韩德培先生合著。让我在此感谢各位合著者对我的启

前 言

发和帮助。

本书能够顺利出版，得益于武汉大学研究生院、武汉大学出版社和本书责任编辑张琼同志，我在此致以衷心感谢！

肖永平

1998年7月21日于
武汉大学国际法研究所

目 录

第一部分 冲突法的基本概念

第一专题 法律冲突	3
一、法律冲突的含义和产生	3
二、法律冲突的种类	4
三、法律冲突的解决办法	6
四、国际民商事法律冲突	9
第二专题 冲突规范	13
一、冲突规范的概念、特点与性质	13
二、冲突规范的结构	16
三、冲突规范的现状	18
四、冲突规范的发展趋势	21
第三专题 连结点	27
一、连结点的法律意义	27
二、连结点的分类	28
三、连结点的选择	29
四、连结点的发展方向	32
第四专题 准据法与 Proper Law	37
一、准据法的概念和特点	37
二、Proper Law 的中文翻译及其分歧	40
三、Proper Law 的含义：纵向之考察	42

四、Proper Law 的含义：横向之比较	47
五、几种主要中文译法之评价	52

第二部分 冲突法的一般问题

第五专题 识别问题比较研究	61
一、识别的概念	61
二、识别冲突及其产生原因	63
三、识别的依据	66
四、“二级识别”问题	70
五、结论	71
六、我国解决识别问题的实证分析	71
第六专题 英国冲突法中的“外国法院说”	77
一、我国学者对“外国法院说”的不同认识	77
二、“外国法院说”的含义及其司法运作	78
三、评价与结论	81
第七专题 公共秩序保留的比较研究	85
一、公共秩序保留的概念	85
二、理论上的分歧	87
三、立法上的不同	91
四、司法运作上的差异	93
五、结论	99
六、我国立法与司法实践的实证分析	104
第八专题 法律规避问题比较研究	112
一、法律规避的构成要件	112
二、法律规避在国际私法中的地位	114
三、法律规避的效力问题	116
四、法律规避的对象问题	117
五、中国的理论与实践	119

第三部分 法律适用问题

第九专题 法律选择理论的回顾与展望	123
一、多边冲突法、单边冲突法和统一实体法 的相互排斥与共存.....	124
二、法律的确定性目标与灵活性目标之间的矛盾.....	131
三、管辖权选择规则和内容定向规则的冲突与共存.....	139
四、冲突法正义与实体法正义的矛盾和困难.....	143
五、国际私法的国际统一化与保护国家利益的冲突.....	152
六、总结.....	157
第十专题 西方法哲学思潮与国际私法理论流变	161
一、自然法理论与意大利法则区别说的崛起.....	161
二、分析实证主义法学与近现代国际私法立法.....	164
三、法社会学理论运用于国际私法研究的可能性.....	167
第十一专题 我国法院解决法律适用问题的基本思路 ——以《联合国国际货物销售合同公约》为例	174
一、基本思路.....	174
二、《联合国国际货物销售合同公约》对我国涉外货物买卖 合同法律适用的影响.....	179
第十二专题 当事人意思自治原则	186
一、当事人意思自治的历史源流.....	186
二、当事人意思自治的理论基础.....	189
三、当事人意思自治的新发展.....	192
第十三专题 最密切联系原则	199
一、最密切联系原则的理论渊源及应用情况.....	199
二、我国立法、司法及理论界的反映.....	203
三、最密切联系原则的含义剖析.....	206

四、最密切联系原则的应用及其完善·····	211
-----------------------	-----

第四部分 国际商事仲裁问题

第十四专题 仲裁条款对法院管辖权的排除·····	217
一、有效合同中的仲裁条款对法院管辖权的排除·····	217
二、无效合同中的仲裁条款对法院管辖权的排除·····	220
第十五专题 提单中管辖权条款与仲裁条款法律效力的 比较分析·····	224
一、提单中管辖权条款效力的理论分析·····	224
二、提单中仲裁条款效力的理论分析·····	227
第十六专题 强制性规则与公共政策对国际商事 仲裁的影响·····	230
一、强制性规则与公共政策对法院的影响·····	230
二、强制性规则与公共政策对仲裁员的影响·····	231
三、强制性规则与公共政策对仲裁法律适用的影响·····	233
第十七专题 我国法院对仲裁的监督范围·····	237
一、国际仲裁与国内仲裁的区分·····	237
二、法院对仲裁的监督机制的价值取向：效益还是公平·····	240
三、我国《仲裁法》的选择·····	246
第十八专题 “入世”对我国仲裁法律制度的挑战·····	248
一、促进和维护仲裁价值观念的实现·····	248
二、仲裁机构的民间性·····	251
三、仲裁类型的多样化·····	252
四、确立合理的仲裁员责任制度·····	254
五、仲裁的全球化 and 国际化·····	255

第五部分 中国的国际私法问题

第十九专题 世纪之交的中国国际私法学：发展与重构·····	261
-------------------------------	-----

一、国际私法学在新中国的发展·····	261
二、发展过程中的热点问题·····	265
三、当前的问题和挑战·····	283
四、我的建议·····	285
第二十专题 市场经济的建立与中国国际私法	
立法的重构·····	292
一、国际私法在建立社会主义市场经济中的作用·····	292
二、重构我国的国际私法立法是市场经济的 内在要求·····	294
三、重构国际私法立法的基本思路·····	297
四、若干具体设计·····	301
第二十一专题 价值取向与中国冲突法立法·····	315
一、对外政策的实现·····	315
二、国际经济新秩序的建立·····	316
三、司法任务的简单化·····	318
四、判决结果的可预见性和一致性·····	320
五、具体案件的公正性·····	321
第二十二专题 中国国际私法的立法体系·····	324
一、国际私法的立法体系与学说体系·····	324
二、确立国际私法立法体系的基本原则·····	326
三、对中国国际私法立法体系的粗略设计·····	329
第二十三专题 我国内地与香港的法律冲突与协调模式的选择·····	331
一、香港法律——跨越 1997 ·····	331
二、内地与香港法律冲突的特点·····	334
三、内地与香港的法律协调原则·····	344
四、立法协调模式·····	346
五、司法协助模式·····	355
六、法律文化交流·····	363
七、结论·····	365

第六部分 欧美国际私法的新发展

第二十四专题 美国冲突法革命之后的法律选择方法·····	369
一、《第二次冲突法重述》:美国冲突法革命的主要成果·····	369
二、《第二次冲突法重述》的修订·····	374
三、美国法院的冲突法实践·····	375
四、结论与启示·····	392
第二十五专题 欧盟统一国际私法的新发展	
——域外送达事项的合作与协调·····	395
一、送达的法律意义·····	396
二、1997年《欧盟送达公约》的主要内容·····	399
三、评价与结论·····	408
第二十六专题 国际私法在互联网环境下面临的挑战·····	411
一、网上法律冲突·····	412
二、两种不同的网上法律关系·····	416
三、从工具到要素的嬗变——挑战·····	417
四、三种不同的解决方案·····	442
五、结论与展望·····	444
第二十七专题 互联网对国际合同法规则的影响·····	446
一、引言·····	446
二、Internet合同的成立与效力·····	447
三、Internet合同中的法律选择·····	448
四、Internet合同争议的解决·····	450
五、从法理学角度认识Internet对传统国际 合同法规则的挑战·····	451
六、结论:我国应采取的对策及措施·····	452
第二十八专题 网址的法律地位探析·····	454
一、有关网址法律地位的几种观点·····	454
二、美国关于Internet案件的司法实践·····	455

CONTENTS

Part One The Fundamental Concepts of Conflict of Laws

Topic 1 Conflict of Laws

1. The Meaning and Formation of Conflict of Laws
2. The Classification of Conflict of Laws
3. The Settlement Methods of Conflict of Laws
4. International Conflict of Civil and Commercial Laws

Topic 2 Conflict Rules

1. The Concept, Characteristics and Nature of Conflict Rules
2. The Structure of Conflict Rules
3. The Status Quo of Conflict Rules
4. The Developing Trend of Conflict Rules

Topic 3 Connecting Point

1. The Legal Meaning of Connecting Point
2. The Classification of Connecting Point
3. The Choice of Connecting Point
4. The Developing Direction of Connecting Point

Topic 4 Applicable Law and Proper Law

1. The Definition and Characteristics of Applicable Law
2. The Diversity of Chinese Translation on Proper Law
3. The Meaning of Proper Law: A Vertical Look
4. The Meaning of Proper Law: A Horizontal Comparison
5. Comments on the Primary Chinese Translations

Part Two The General Issues of Conflict of Laws

Topic 5 A Comparative Study on Characterization

1. The Concept of Characterization
2. The Conflicts of Characterization and the Formation Causes
3. The Bases of Characterization
4. The "Secondary Characterization" Issue
5. Conclusion
6. A Positive Analysis on the Settlement of Characterization in China's Court

Topic 6 The "Foreign Court Theory" in English Conflict of Laws

1. The Different Opinions on the "Foreign Court Theory" among Chinese Scholars
2. The Meaning of "Foreign Court Theory" and its Judicial Practice
3. Comments and Conclusion

Topic 7 A Comparative Study on Reservation of Public Order

1. The Definition of Reservation of Public Order
2. The Theoretical Diversity
3. The Legislative Difference
4. The Distinction of Judicial Practice
5. Conclusion
6. A Positive Analysis on China's Legislation and Judicial Practice

Topic 8 A Comparative Study on Evasion of Law

1. The Requirements of a Evasion of Law
2. The Status of Evasion of Law in Private International Law
3. The Effect of Evasion of Law
4. The Objects of Evasion of Law
5. China's Theory and Practice

Part Three The Application of Law Issues

Topic 9 A Centenary Retrospect and Prospect for the Choice-of-Law Approaches

1. The Antagonism among, or Co-existence of, Multilateral, Unilateral and Substantive Methods
2. The Tension between the Goals of Certainty and Flexibility, and the Antagonism between, or Co-existence of, Choice-of-law Rules and Choice-of-law "Approaches"
3. The Antagonism between, or Co-existence of, "Jurisdiction-selecting rules" and "Content-oriented" Rules and Approaches
4. The Dilemma between "Conflicts Justice" and "Material Justice"
5. The Conflict between the Goal of International Uniformity and the Need or Desire to Protect State or National Interests
6. Conclusion

Topic 10 The Western Jurisprudence and the Developments of Private International Law Theories

1. The Natural Law Theory and the Rise of the Statutes Theory
2. The Analytical Positivism Jurisprudence and the Legislation of Private International Law in Modern Times
3. The Possibility to Use the Sociology of Law in Studying Private International Law

Topic 11 Chinese Court's Basic Train of Thought on Application of Law Issue

——Take CISG as Example

1. The Basic Train of Thought
2. The Influence of CISG on the Application of Law of the Contract for the International Sale of Goods in China

Topic 12 The Doctrine of Party Autonomy

1. The Origin of the Doctrine of Party Autonomy

2. The Theoretical Bases of the Doctrine of Party Autonomy
3. The New Developments of the Doctrine of Party Autonomy

Topic 13 The Doctrine of the Most Significant Relationship

1. The Theoretical Resource and Practical Situation of the Doctrine of the Most Significant Relationship
2. The Reaction of Chinese Legislation, Judicature and Theory
3. The Meaning of the Doctrine of the Most Significant Relationship
4. The Application and its Perfection of the Doctrine of the Most Significant Relationship

Part Four International Commercial Arbitration

Topic 14 A Arbitration Clause's Exclusion to Court's Jurisdiction

1. The Exclusion to Court's Jurisdiction of A Arbitration Clause in Valid Contract
2. The Exclusion to Court's Jurisdiction of A Arbitration Clause in Invalid Contract

Topic 15 A Comparative Study on the Legal Effects of Jurisdiction Clause and Arbitration Clause in B/L

1. A Theoretical Analysis on the Legal Effect of Jurisdiction Clause in B/L
2. A Theoretical Analysis on the Legal Effect of Arbitration Clause in B/L

Topic 16 The Influence of Compulsory Regulations and Public Policy on International Commercial Arbitration

1. The Influence of Compulsory Regulations and Public Policy on Court
2. The Influence of Compulsory Regulations and Public Policy on Arbitrator
3. The Influence of Compulsory Regulations and Public Policy on the Application of Law in International Commercial Arbitration