

冲突法研究



019797
30

冲突法研究

裴 普 著

西南师范大学出版社

责任编辑:徐兴旺

封面设计:王 煤

冲突法研究

裴 普 著

西南师范大学出版社出版、发行

(重庆 北碚)

重庆电力印刷厂印刷

开本:850×1168 1/32 印张:12.25 字数:310 千

1999 年 1 月第 1 版 1999 年 1 月第 1 次印刷

印数:0001~1 000

ISBN 7-5621-2102-8/D·100

定价:26.80 元

前言

当代世界正经历着复杂而深刻的变革,世界格局愈益朝着多元化和多极化方向发展。主权国家林立且地位平等,普遍追求建立符合世界发展潮流的国际政治经济新秩序。反映在法律上,国家林立则法出多门,各国间的民商事法律冲突普遍存在;伴随世界经济全球化进程的加快,谋求国家间民商事法律的合作与协调以利于经济的发展乃是大势所趋。冲突法作为以调整涉外民商事法律关系为对象的部门法,无疑大有可为。

现代意义上的冲突法肇始于 13 世纪、14 世纪,其间经历了长达七个世纪漫长的发展历程。综观冲突法的发展历史,维护国家民族利益与追求各国司法合作与协调的矛盾统一始终伴随着冲突法。围绕解决法律冲突,确定涉外民商关系法律适用的准据法这一冲突法的核心问题,各国普遍将国际民商案件的管辖权和承认与执行外国法院的判决问题纳入冲突法的研究范围。现代意义上的冲突法正是在这三位一

体的框架内探讨国家利益与国际合作、协调之间的平衡。

解决法律冲突,确立涉外民商事关系的法律适用作为冲突法所要解决的首要和核心问题,专家学者们为此付出了艰巨的努力,积极探索解决的途径。他们自13世纪、14世纪以“法则区别说”为标志确立冲突法在法律体系中的地位以来,相继提出了诸如“国际礼让说”、“法律关系本座说”、“既得权说”、“政府利益说”以及“最密切联系理论”等一系列有关冲突法的理论与学说,以此说明一国审理涉外民事案件为什么要适用外国法。与此同时,冲突法还制定了一整套相关的限制外国法适用的法律制度,如识别、反致、法律规避、公共秩序保留和外国法内容的查明等。所有这些,莫不是围绕解决法律适用问题而展开的,可以说冲突法正是在探索解决法律冲突、确立法律适用原则的基础上发展起来的。实际上,前述的各种理论或学说无不是从各自不同的角度阐明承认外国法的域外效力或适用外国法的必要性,而冲突法又制定出限制外国法适用的种种制度,这看似矛盾对立的现象,实则体现了冲突法的一个重要特征——对立统一性,而这对立统一的基础就是国家民族利益。换言之,冲突法适用外国法还是排除外国法,一个国家对此都只能站在国

家民族的立场上作出最终抉择。

如果说冲突法在确定法律(实体法)适用问题上始终把国家利益放在重要地位予以优先考虑的话,那么在涉外民商案件的管辖权以及承认与执行外国法院的判决等事关国家主权和利益的程序问题上,冲突法也没有丝毫妥协的余地。由于管辖权和承认与执行外国法院的判决这两个问题与冲突法中的实体法的适用联系密切,而且它们还关系到国家主权等敏感问题,因而国际上争夺管辖权的斗争非常突出,例如片面扩大本国法院的专属管辖,制定所谓“长臂管辖”原则等,有时甚至在案件争议发生之前管辖权的争夺就已经开始了。在承认与执行外国法院的判决问题上,各国普遍对承认与执行外国法院的判决附加限制性条件,诸如强调外国法院诉讼程序的“公正性”,外国法院的判决不得与内国公共秩序相抵触等,由此可见,尽管承认与执行外国法院的判决是司法领域国际合作的重要组成部分,其适用与否并非完全取决于承认国与被承认国之间司法便利合作的需要,其中承认与执行国的利益驱动乃是最终决定是否采取合作态度的关键因素。

毫无疑问,本书立论的依据建立在冲突法属国内法的基础上,将冲突法看作是法律适用、管辖权以及承认与执行外国法院判决三位一体的有机统一体,强调冲突法的国家民族属性。但这并不表明作者对冲突法日渐显露出来的国际统一化倾向视而不

见,作者甚至认为,伴随着现代国际经济一体化进程的加快,担负调整国际民、商法律关系为宗旨的冲突法逐渐朝着追求国家间合作与协调方向发展乃大势所趋。然而,只要世界上仍存有主权国家,囿于主权国家利益而自行其是与追求国家间相互合作与协调的矛盾斗争就将始终伴随冲突法,这或许是冲突法自产生以来一直面临的逻辑悖论。借用一句套语:只有民族的,才是世界的。也即是说,冲突法离开主权国家,就谈不上国家间的互利合作。冲突法的统一与协调只有建立在各国相互尊重其司法主权的基础上,才具有现实可行性。

目 录

前言

第一章 冲突法概述	(1)
第一节 法律冲突与冲突法	(1)
第二节 冲突法的调整对象	(8)
第三节 冲突法的渊源	(11)
第四节 冲突法的基本原则和立法依据	(17)
 第二章 冲突法的历史发展	(27)
第一节 冲突法的理论发展史	(27)
第二节 冲突法的立法史	(39)
第三节 中国冲突法的历史	(45)
 第三章 冲突规范	(48)
第一节 冲突规范概述	(48)
第二节 准据法	(59)
第三节 识别——冲突规范的解释	(72)
 第四章 连结点	(84)
第一节 连结点概述	(84)

2 冲突法研究 ◇

第二节	国籍	(92)
第三节	住所	(95)
第四节	物之所在地	(99)
第五节	行为地	(105)
第六节	当事人意思自治	(110)
第七节	最密切联系原则	(114)

第五章 限制外国法适用的制度

(123)

第一节	反致	(123)
第二节	法律规避	(133)
第三节	公共秩序保留	(138)
第四节	外国法内容的查明	(143)

第六章 冲突法的主体

(149)

第一节	自然人	(149)
第二节	法人	(164)
第三节	国家	(172)
第四节	国际组织	(174)
第五节	外国人民事法律地位的几种制度	(176)

第七章 管辖权和外国法院判决的承认

和执行

(185)

第一节	国际民事管辖权	(185)
第二节	外国法院判决的承认和执行	(206)

第八章 涉外物权的法律适用

(219)

第一节	物权法则——物之所在地法	(219)
-----	--------------------	-------

第二节	国家财产豁免权·····	(228)
第三节	国有化·····	(234)
第四节	信托·····	(240)
第五节	我国的涉外物权制度·····	(243)

第九章	涉外知识产权的法律适用 ·····	(248)
第一节	专利权的法律适用·····	(251)
第二节	商标权的法律适用·····	(255)
第三节	著作权的法律适用·····	(258)

第十章	涉外债权的法律适用 ·····	(262)
第一节	合同之债的法律适用·····	(262)
第二节	侵权行为之债的法律适用·····	(282)
第三节	不当得利和无因管理之债·····	(307)

第十一章	婚姻家庭 ·····	(311)
第一节	结婚·····	(312)
第二节	离婚·····	(324)
第三节	夫妻关系·····	(330)
第四节	父母子女关系·····	(337)
第五节	扶养与监护·····	(347)

第十二章	继承与遗嘱 ·····	(351)
第一节	法定继承·····	(352)
第二节	遗嘱·····	(363)
第三节	无人继承财产·····	(373)

主要参考书目 ·····	(379)
---------------------	-------

第一章 冲突法概述

第一节 法律冲突与冲突法

一、冲突法的含义

冲突法是指在各国法律规定不同而发生法律冲突的情况下，指定以何国实体法作为调整某一涉外民事法律关系的法律准则。简言之，冲突法就是解决法律冲突的法律适用规则，因此亦有人称之为“法律适用法”或“法律选择法”。例如，我国《民法通则》第149条规定：“遗产的法定继承，动产适用被继承人死亡时住所地法律，不动产适用不动产所在地法律。”这就是一条典型的冲突法规范，它指出了有关涉外法定继承，动产以被继承人死亡时住所地法律调整，而不动产由物之所在地法律调整。

冲突法是一种极为特殊的法律规范，它本身并不能直接确定某一涉外民事法律关系中当事人的权利和义务，而是起一种类似“路标”的作用，通过它援引出某一特定国家的实体法来对其进行法律调整。以上述冲突规范为例，该冲突规范本身并不能确定动产或不动产到底由谁、依什么顺序如何继承，它只是指出了动产继承依被继承人死亡时的住所地的实体法，不动产继承依物之所在地的实体法来调整，只有该实体法才能直接确定当事人的权利和义务。因此，冲突法又被看作是一种间接法律规范。

冲突法既是一种解决法律冲突的特殊法律规范,同时又泛指处理涉外民事关系中法律冲突争议的法律制度,它贯穿于争议处理的始终。事实上,任何一个通过司法诉讼程序解决的涉外民事法律争议,都会涉及到相互联系的三个法律问题:第一,这一争议应由何国法院行使管辖权?管辖权是法院审理案件的权限范围,同时又是适用法律的前提条件,如果两国法院竞相要求受理这一案件,势必发生管辖权的冲突;第二,具有管辖权的法院在受理这一案件时应适用何国的实体法?由于适用不同的实体法会得出截然不同的结果,直接影响到当事人的权益,有时还会对有关国家的主权和公共秩序造成影响,因而法律适用是解决争议的中心环节;第三,一国法院作出的司法判决需要在另一国执行,另一国是否应当承认并执行该判决?上述这三个问题联系密切、环环紧扣,构成了冲突法的基本框架:即管辖权、法律适用、外国法院判决的承认和执行。

二、法律冲突及其产生的原因

(一) 什么是法律冲突

法律冲突,亦称“法律抵触”,是指在同一涉外民事关系中,由于所涉及到的有关国家的立法不同且都对其主张行使管辖权,从而产生法律适用上的冲突现象。例如,一个年满20岁的墨西哥人,住在瑞士境内,在瑞士与另一外国人缔结了一项合同。现在的问题是该合同是否是一个有效的合同呢?这就涉及到这个墨西哥人的缔约(行为)能力问题。如按照瑞士法律20岁成年的规定,则该墨西哥人就有缔约能力;如按照墨西哥法律23岁成年的规定,则该墨西哥人尚未成年,因此无缔约能力。在此,有关成年年龄规定的问题上,瑞士法律与墨西哥法律之间就发生了冲突。这种法律冲突,在涉外民事法律关系中会经常大量的出现,尤其是在国际

交往日益频繁的当代,情况更是如此。

法律冲突依照不同的标准可作不同的分类。如按照发生冲突的法律效力层次来划分,可将法律冲突分为纵向法律冲突与横向法律冲突。前者是指在效力上处于不同层次的法律之间的冲突,如中央立法和地方立法之间的冲突、宪法与普通法律之间的冲突等。后者是指在效力上处于同一层次或相同地位的法律之间的冲突,如主权国家之间法律的冲突、一个地方的立法与另一个地方的立法之间的冲突等。显然,冲突法所要解决的法律冲突主要是指主权国家之间的民事法律冲突。需要指出的是,法律冲突现象并非只发生在涉外民事关系中。从广义上讲,任何两个以上的法律同时支配一个法律关系,而它们的规定又各不相同,就都会发生法律冲突问题。所不同的是,有些法律冲突属于“虚假的冲突”,比如刑法、行政法等涉及国家公共利益的法律,尽管其规定各不相同,但这些法律仅具有属地效力,这种不涉及外国法适用的法律冲突就是“虚假的冲突”,无须特别的规范加以解决。但在涉外民商法领域,无论是内国法还是外国法,其域外效力在一定条件下都会得到承认,由此各国间民商法律冲突便成为一种实在的冲突,解决这种冲突,确定一个涉外民事法律关系到底适用何国的法律,便是冲突法的任务。

(二) 法律冲突产生的原因

1. 各国间存在广泛正常的民事交往,形成大量的涉外民事关系。涉外民事关系是法律冲突产生的物质条件。因为一旦有了涉外民事交往,必然会提出依哪国法律对其进行调整的问题。

2. 各国民商事法律制度不同。法律是统治阶级意志的体现,是由经济基础所决定的。由于各个国家的政治制度、经济基础、历史文化、风俗习惯、宗教信仰等的不同,因而,各国的法律必然存在差异,这是普遍的客观存在。即使是社会制度、经济基础相同或接

近的国家,其法律的具体规定也各不相同。正是由于各国民事法律存在歧异,才会导致对同一民事法律关系因适用不同国家的法律而产生不同甚至完全相反的结果。反之,如果在一个涉外民事法律关系中,有关国家的法律规定完全相同,不论适用哪个国家法律都会得出同样的结论,当然也就不会发生法律冲突了。

3. 各国承认外国人在内国的民事法律地位。赋予外国人民事法律地位是国际民事交往得以正常进行的重要条件。在现实生活中,凡在内国法不允许外国人享有某种民事权利时,也就不会出现外国人作为主体的民事法律关系,当然也就不会产生民事法律冲突;另一方面,如果外国人在内国居于凌驾内国人之上的特权地位,也无民事法律冲突可言。

4. 内国在一定条件下承认外国民事法律的域外效力。冲突法上的法律冲突从本质上讲都表现为一国法律的域外效力与另一国法律的域内效力之间的冲突。所谓法律的域外效力即法律的属人效力,是指一国的法律对该国的一切人有效,不管该当事人位于国内还是国外;法律的域内效力则是指一国法律对该国境内的一切人、物行为等都有效,不管这个人是本国人还是外国人或者无国籍人,即法律的属地效力。根据国家主权原则,每个国家的法律通常都同时具有域外效力和域内效力,这样势必发生法律冲突,即外国法律的域外效力与内国法律的域内效力的冲突,或内国法律的域外效力与外国法律的域内效力的冲突。当然,这有一个前提,即内国承认外国法律的效力,如果法院地国绝对适用其内国法,而对所有外国法以及依据外国法所取得的权利一概拒绝,不予适用,那无异于又回到了严格的属地主义时代。果真如此,法律冲突也就不会发生了,甚至冲突法也就失去了存在的必要。显然,为了国际经济关系的稳定和发展,为了正常的国际交往的需要,国家在彼此之间应该相互承认对方国家某些法律的效力,并在一定条件下适用有关的外国法。

三、法律冲突的种类及解决途径

(一) 法律冲突的种类

由于冲突法调整的涉外民事法律关系所涉及的领域十分广泛,其渊源也复杂多样,因此法律冲突可能发生在该领域的各种不同层次的法律之中。在通常情况下,从广义的角度可将法律冲突分为以下几类:

1. 国际法律冲突。即不同国家的法律在空间上的冲突。冲突法调整的主要就是这类冲突,亦称狭义的法律冲突。

2. 区际法律冲突。即同一国家内不同法域间的民事法律冲突。这种区际法律冲突,多见于联邦制国家或存在复合法域的国家。所谓法域,是指适用独特法律制度的特定范围。区际法律冲突,就是指在一个主权国家内,具有若干个适用不同法律制度的地域,它们之间的法律冲突。美国、英国是典型的存在区际法律冲突的国家,尽管美国属联邦制国家,而英国是单一制国家。随着香港、澳门相继回归祖国,中国已经跨入复合法域国家的行列,区际法律冲突已成为我国冲突法的重要组成部分。

3. 人际法律冲突。即同一国家内,适用于不同宗教、种族,甚至不同阶级的人的法律之间的冲突。如印度、以色列、埃及、新加坡等国就存在人际法律冲突。在这些国家里,其民事法律并不适用于该国的全体国民,不同的种族、宗教或阶级的人分别适用不同的民法。

4. 时际法律冲突。即可能同时发生效力的新法与旧法之间的冲突。也就是法律的时间冲突,故亦称“动态冲突”。

一般而言,冲突法主要调整具有涉外因素的民事法律关系,各国冲突法理论通常仅研究狭义的法律冲突问题。至于区际法律冲突、人际法律冲突以及时际法律冲突问题,它们所要解决的不是与国际法律冲突处在同一层面上的问题,而是在解决了国际法律冲

突之后才可能面临的问题。为此,我们还是主要立足狭义的法律冲突问题来展开论述。

(二) 法律冲突的解决途径

解决法律冲突的途径,也就是涉外民事法律关系的调整方法问题。综合各国的立法与实践,大致有以下两种方法:

1. 间接调整方法

传统解决涉外民事法律关系的法律冲突问题,最早采用的便是通过冲突规范的间接调整方法,即在有关的国内法或国际条约中规定某一涉外民事法律关系应当适用何国法律来调整。这种通过冲突规范的间接调整方法,必须经过两个步骤才能最终调整某个涉外民事关系:首先是适用冲突规范,找出某个涉外民事关系应当适用的某国实体法;其次,通过这个国家的实体法来确定该民事关系当事人之间的权利和义务关系。

依立法渊源的不同,冲突法又可分为:国内冲突法和国际统一冲突法两种,前者是各国通过制定自己的冲突法解决与本国有关的民事法律冲突,后者是有关国家通过双边或多边国际条约的形式制定统一的冲突法来解决国际民事法律冲突。

冲突法在调整涉外民事法律关系方面一直起着重要的作用。而且,只要世界上仍存在众多的主权国家,只要各国的法律还没有完全统一,那么,冲突法就还将发挥其不可替代的重要作用。但是,我们在充分肯定冲突法作用的同时,也不能将其绝对化,实际上,用冲突法解决法律冲突,也是有其局限性的。这种局限性主要表现在:第一,用冲突法来解决法律冲突,它只能解决适用何国法律的问题,而不能用来确定双方当事人在这—法律关系中的权利义务,根据它无法预见法律行为的后果,缺乏法律应有的明确性和可预见性。确定实质问题还必须依靠冲突法所指向的某一国家的实体法来解决;第二,用冲突法来解决法律冲突,还会节外生枝地派生出一系列其他问题,诸如公共秩序保留、反致、法律规避、外国

法内容的查明等,这些问题从不同的侧面限制或削弱了冲突法的效力,从而使得通过冲突法解决法律冲突的目的有时不能实现,特别是当冲突法指向适用外国法时更是如此;第三,冲突法本身是用来解决法律冲突的,可是在这一国的冲突法与另一国的冲突法之间还会发生冲突,由此引发冲突法本身的协调问题。有鉴于此,冲突法解决法律冲突并非唯一有效的解决方法。事实上,自19世纪末以来,人们便开始在探寻解决法律冲突的其他途径。这便产生了统一实体法——直接调整方法。

2. 直接调整方法

法律冲突是由于各国对同一问题作了不同的具体规定而引起的。如果世界各国之间就某一问题作出一致的规定,那么就这一问题而言,在各国之间也就不会发生什么冲突了。基于这一设想,人们着手制定统一的实体法,用以直接支配涉外民事关系当事人权利义务关系,从而避免或消除法律冲突。就此而言,采用制定统一实体法的办法来解决法律冲突较之冲突法解决方法,应该说前者是一种解决法律冲突的最根本、彻底的方法。但同时也必须看到这种方法的局限性:

首先,制定统一实体法是一个艰难曲折的过程。例如,《联合国国际货物销售合同公约》的订立就是这方面的一个例子。该公约的草案早在1925年时就由罗马的国际统一私法协会草拟了一个稿子,二次大战期间这一统一立法工作被迫中断。二战后又重起炉灶,由协会把公约草稿移交给“联合国国际贸易法委员会”继续修改,直到1980年4月在维也纳召开的外交会议上才获得通过成为公约。从起草到成为公约前后经历了55年时间,而公约的正式生效则是在1988年。由此可见一个实体法公约的制定是何其艰巨和困难。究其根本原因是用统一的立法来协调各国不同的立法,实质上是在调和各国不同的经济利益,而不同国家的经济利益又常常因在法律关系中所处的地位不同而互相矛盾着,如买卖关