

西南



国际法文丛

徐鹏 著

冲突规范任意性适用研究

A Study on Facultative Application of Conflict Rules

冲突规范任意适用问题近年来受到国外学者较多的关注，我国涉外司法审判中的冲突规范任意适用现象也非鲜见，对该问题的研究具有一定的理论和实践意义。本书简要描述了冲突规范任意适用的历史和现状，分别从涉外民商事审判法律适用过程中的程序利益、民事诉讼程序下当事人的程序处分权以及相关国际私法理论学说等不同角度探讨了冲突规范任意适用的内涵和机理，并为目前《涉外民事关系法律适用法》提出了“冲突规范的适用”的条文设计。

厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

国家一级出版社
全国百佳图书出版单位

西南



国际法文丛

唐青阳 总主编

冲突规范 任意性适用研究

A Study on Facultative Application of Conflict Rules

徐鹏 著



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

国家一级出版社
全国百佳图书出版单位

图书在版编目(CIP)数据

冲突规范任意性适用研究 / 徐鹏著. — 厦门: 厦门大学出版社, 2010. 8
(西南国际法文丛/唐青阳主编)

ISBN 978-7-5615-3611-7

I. ①冲… II. ①徐… III. ①冲突法-研究 IV. ①D997

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 150464 号

厦门大学出版社出版发行

(地址: 厦门市软件园二期望海路 39 号 邮编: 361008)

• <http://www.xmupress.com>

xmup @ public. xm. fj. cn

厦门集大印刷厂印刷

2010 年 8 月第 1 版 2010 年 8 月第 1 次印刷

开本: 787×960 1/16 印张: 12 插页: 2

字数: 200 千字 印数: 1~2000 册

定价: 28.00 元

本书如有印装质量问题请直接寄承印厂调换

《西南国际法文丛》编委会名单：

主 任：唐青阳

执行主任：张晓君

委员(按姓氏笔画排列)：王玫黎、邓瑞平、刘想树、
杨树明、张晓君、赵学清、唐青阳、徐泉

总 序

《西南国际法文丛》在 2010 年的出版适逢西南政法大学 60 华诞,是成熟而又年轻的西南政法大学国际法学院献给学校的一份薄礼。国际法学院是成熟的,她所依托的国际法学科筚路蓝缕,伴随着西南政法大学走过 60 年风雨路,与其他法学学科共同在新中国法制建设史上写下了浓墨重彩的篇章;国际法学院是年轻的,作为一个独立的学院刚满周岁,她是在经济全球化,我国进一步深化改革、扩大开放,重庆市建设内陆开放型经济以及中国高等教育国际化等时代背景下建立的,正秉持“错位竞争、特色发展”的整体发展思路,意气风发地描绘着进一步发展国际法学教育的美好蓝图。

法学教育的本质是精英教育。西南政法大学国际法学院以培养具有法学综合素养、法律实践能力、国际理解能力、国际交往能力和国际竞争能力的高级法律专门人才为己任,努力探索高等教育大众化背景下的法学精英教育之路,为我国的对外开放和“和平发展”服务、为实施自由贸易区战略服务、为建设内陆开放型经济服务、为西部大开发战略服务。

法学教育的实施需以学科发展为平台。西南政法大学国际法学院依托的国际法学科是省部级重点学科,拥有国际法专业硕士和博士学位授予权,目前是中国西部地区唯一的国际法专业博士学位点,具备本科、硕士、博士和留学生等完整的人才培养层次,已成为中国西部地区高端国际化法律人才的培养基地。

法学教育以高素质、高水平的师资队伍为基础。西南政法大学国际法学院致力于打造一支规模适当、结构合理、质量优良、可持续发展的教学科研团队。

《西南国际法文丛》坚持独立、自主、自律的学术原则,坚持开放、择优和推新的遴选准则,致力于发掘和推介具有学术性、前沿性、创新性和思想性的学术著述。

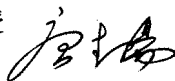
《西南国际法文丛》的推出,是为纪念西南政法大学国际法学科六十载沧

桑和辉煌的历史,彰显国际法教学科研团队持之以恒的“心系天下、自强不息、和衷共济、严谨求实”的治学精神,见证西南政法大学国际法学院不懈推动教学科研团队建设的艰苦努力,昭示西南政法国际法学人传承西南政法学术薪火的决心,展现西南政法国际法人才梯队汲汲于学术的最新成果。

赘言以志丛书之付梓。是为序。

西南政法大学国际法学院院长 教授

2010年仲夏于重庆“两江新区”



中文摘要

冲突规范任意适用问题近年来受到国外学者较多的关注,我国涉外司法审判中的冲突规范任意适用现象也非鲜见,对该问题的研究具有一定的理论和实践意义。本书简要描述了冲突规范任意适用的历史和现状,分别从涉外民商事审判法律适用过程中的程序利益、民事诉讼程序下当事人的程序处分权以及相关国际私法理论学说等不同角度探讨了冲突规范任意适用的内涵和机理,并为目前《涉外民事关系法律适用法》提出了“冲突规范的适用”的条文设计。

全书分为六章。

引论指出冲突规范任意适用在一些国家制度性存在的事实,并分析了两种可能的研究路径,说明了冲突规范任意适用的研究意义和研究方法。

虽然冲突规范的任意适用在外观上相当接近于当事人意思自治的默示选择方式,但意思自治毕竟只是在有限涉外法律关系领域适用的一种法律选择方法,用特定的法律选择方法去解释普遍性的法律选择规范是否应该适用的问题,可能使人产生逻辑倒置的质疑。同时,有观点意图借鉴民事实体法中任意性规范与强制性规范的区分,从法律规则层面分析冲突规范的性质和功能,并赋予冲突规范以强制性或任意性,以此论证涉外民商事审判中应采用法官依职权适用或依当事人申请适用冲突规范方式。但是,在涉外民商事纠纷解决的背景下,冲突规范适用并不是目的本身,而是法律适用过程中的一个环节;只有将它与冲突规范可能指向的外国法的解释适用联系起来才具有意义。同时,冲突规范的适用并不能脱离特定民事诉讼程序框架自恰地得到实现。本章认为,如果仅仅着眼于冲突法体系内部规则和制度之间的相互论证,可能会忽略作为法律关系创设者的“人”的具体利益需求以及不同利益之间的冲突与协调。应进一步关注冲突规范任意适用方式在涉外民商事案件法律适用过程中可能发挥的功能以及它相对于整个冲突法体系具有的意义。

第一章对冲突规范任意适用的历史和现状进行了描述。

冲突规范任意适用现象只有置于特定国家法律制度发展的历史背景下才

能得到全面的理解。值得注意的是,早期冲突法的理论和实践关注更多的是外国法适用问题,冲突规范的任意适用也隐含在“外国法是否依当事人申请而得以适用”的问题之中。回顾历史,普通法法律制度在英国境内的逐渐形成、诉讼中的令状制度、陪审制度,不同法院系统管辖权的冲突与协调,这些要素直接影响了外国法任意适用方式的形成。在西欧的一些国家,域外法的任意适用要在统一法制民族国家的迟缓建立以及对罗马法的继受这样的历史背景中才能得到理解。本章选取了英国、美国、法国和瑞典等具有代表性的国家,对其冲突规范任意适用的现状进行了描述。

第二章将冲突规范的任意适用置涉外民商事案件法律适用的整体过程中予以考察,希望揭示程序利益在冲突规范任意适用问题上发挥的作用。

德国学者弗雷斯勒提出的“任意性冲突法”学说的价值在于他未遵循冲突规范或法律选择方法中心主义的观察角度,而是将涉外民商事审判中的法律适用作为一个整体看待,从作为最后环节的外国法适用面临的困难和障碍出发反思冲突规范依职权适用方式的正当性。从司法裁判的角度观察,当事人权利义务的调整最终取决于冲突规范确定的准据法能在何种范围和程度上得到适用。作为法律适用的前提,法律解释通常被理解为对“法律规定”或“法律规范”意义内容的阐明或说明。本章对成文法系国家采用的客观性解释和论证性解释外国法的方式进行了评论;并在此基础上指出,外国法的解释和查明不能截然分开,特定冲突法理念下的外国法解释目标将直接决定外国法查明的范围和方式。外国法客观性解释或论证性解释方式的实行,会在相当程度上给外国法查明设定严苛的目标和繁重的任务,可能导致诉讼成本的增加和程序效率的缺失,并相应地引发对冲突规范依职权适用方式的“制度性拒斥”。冲突规范任意适用的意义在于赋予当事人机会,让他们从自身利益出发对适用外国法可能获得的实体利益和诉讼成本支出等程序不利益进行权衡,自行决定是否提出适用冲突规范及其指向外国法的诉求。可以认为,支撑冲突规范任意适用运作的乃是当事人自我决定和自我负责的“私法自治”的基本理念。

第三章将冲突规范任意适用置于民事诉讼程序中进行观察,指出当事人的程序处分权构成了冲突规范任意适用的重要法律依据之一。

与法院地实体规范相比,冲突规范的适用条件较为单一,即以当事人之间的争议含有涉外要素作为适用前提。在大陆法系民事诉讼的辩论主义原则

下,借助是否提交包含涉外要素的诉讼材料的控制权,当事人可以影响冲突规范的适用。在不涉及社会公益的事项上,法官不能任意干涉当事人是否提交以及提交何种诉讼材料的意愿。而在普通法系对抗性诉讼体制下,外国法作为事实的定性也相应赋予当事人控制冲突规范是否适用的决定权。同时,程序处分权可以延伸到法律观点的形成和塑造层面,为冲突规范任意适用提供更为充分的法律依据。

第四章在国际私法不同学说的框架内讨论了冲突规范任意适用的理论基础。在法律冲突的语境下,普遍主义的支持者希望设定一国立法者建立冲突法体系以及法院施行冲突规范的国际法义务。国际私法实证主义者往往否定外国法作为法律所应有的基本性质,并将冲突规范是否适用的决定权赋予当事人。

冲突规范任意适用的内涵在于对涉外民商事法律关系中当事人利益的承认和尊重。在当代国际私法的利益学说中,不论是美国学者柯里的“政府利益说”,还是德国学者克格尔的“国际私法利益学说”,私人利益都占据了重要地位。欧洲成文法国家冲突规范任意适用的实践赋予了国际私法利益学说以新的内涵和意义:通过将涉外民商事法律关系所涉及的利益区分为不同范畴,明确了当事人和代表国家行使公权力的法院在不同法律关系领域就冲突规范适用问题各自可以发挥的作用和功能。

第五章主要讨论了中国冲突规范适用的理论和实践。

本章首先归纳了冲突规范任意适用在中国涉外民商事审判中的不同表现形式,简要评论了我国国际私法学界针对冲突规范适用提出的不同观点。本章进一步从外国法查明所涉及的程序利益、民事诉讼改革背景下当事人的程序处分权以及我国国际私法相关理论等不同层面,对我国可以采用的冲突规范适用方式进行了讨论,并在《涉外民事关系法律适用法》的框架下提出了[冲突规范的适用]的条文建议。

Abstract

The issue of facultative application of conflict rules has received much attention from foreign scholars in the recent years, and the practice of facultative application is not rare in the Chinese courts when adjudicating cases containing foreign elements, it is therefore worthy of researching in the theoretical and practical respect. The history and current status of the facultative application of conflict rules will be firstly explored. Then this dissertation elaborates on three elements that may contribute to the formation and operation of the facultative application of conflict rules. A proposal is put forward to regulate the application of conflict rules.

The book contains 6 parts.

The introduction of the book points out that the facultative application of conflict rules is practiced in some countries. Two points of views are explored to estimate whether they can provide reasonable and sufficient explanation to the issue. Although the facultative application of conflict rules resembles the implied choice of the theory of autonomy of will, it is improper to equate the facultative application of conflict rules with it, because autonomy of will is an approach of choice of law that is limited in the specific areas. In some countries, the norms in the Civil Law can be divided into two categories, namely *ius cogens* and *iusdispositivum*. Some proposals are put forward to furnish the conflict rules with specific character, thus drawing the conclusion that the conflict rules with different characters should be applied in different ways.

But in the context of settling the disputes, the application of conflict rules is not the objective per se, it constitutes only one part of the application of the law and can only be understood in connection with the interpretation and application of the foreign law that is referred to by the conflict

rules. Furthermore, the application of conflict rules cannot isolate itself from the civil procedure under which the application of conflict rules is exercised. The discussion should not be limited in the frame of conflict of laws itself, and the concrete interests of different parties and the coordination of various interests arising from the legal relations containing the foreign elements should not be neglected. This book will be expounding on the issue of facultative application of conflict rules in the context of the application of laws in the trial.

Chapter 1 describes the history and current status of the facultative application of conflict rules. It should be mentioned that the theory and practice of the conflict of laws has circled around the application of foreign laws at the early stage of conflict of laws, and the issue of facultative conflict rules is hidden in the question “whether the foreign law should be applied according to the request of the parties”. The study of the history shows that the formation of the common law system, the institution of the writs and juries, the competition and coordination of jurisdiction of different courts have made contribution to the model how the foreign laws are applied in England. In the Civil Law countries, the application of foreign laws can only be understood in the background of the slow establishment of the nations and of the reception of Roman law. The book also selects several countries such as England, United States, France and Sweden to demonstrate how the facultative application of conflict rules is operated.

Chapter 2 puts the facultative application of conflict rules in the process of the application of laws in the adjudication of cases with foreign elements, and points out how the procedural interest could exercise influence on the application of conflict rules.

The book holds that the import of the theory on facultative conflict of laws that was put forward by German Scholar Flessener lies on the different starting point. Flessener treated the application of law as a whole and deliberate on the reasonableness of the application *ex officio* of conflict rules in the respect of the difficulties and barriers arising from the application of for-

eign laws. In respect of adjudication, the regulation of the rights and obligations of the parties depends on how the applicable law could be applied. As the precondition of application of laws, the interpretation is always understood as the illumination of the content of legal norms. The book makes comments on the objective interpretation and argumentative interpretation of foreign laws. It is emphasized that the interpretation of foreign law and the proof of foreign law cannot be separated from each other. The goal of interpretation of foreign law will determine how the ascertainment of foreign law will be operated. The objective interpretation and argumentative interpretation could bring about severe and heavy burden to the ascertainment of foreign law, and lead to the increase of the cost and the lack of the efficiency of the procedure. The “institutionalized evasion of institution” thus comes into existence. The essence of the facultative application of conflict rules lies on the fact that the parties are endowed with the opportunities with which they could decide on their own whether to request the application of conflict rules after balancing the cost and interests arising from the trial.

Chapter 3 observes the facultative application of conflict rules in the context of civil procedure, and suggests that the procedural right of disposition constitutes one legal basis of facultative application of conflict rules.

The application of conflict rules set the precondition that the relevant dispute contains the foreign elements. Under the principle of “Verhandlungsmaxime”, the parties can take control over the presentation of materials of the suits, and thus exert influences on the application of conflict rules. The judge should not interfere with the desires of the parties in respect of the presentation of materials of the case. In comparison, the classification of foreign law as facts endows parties with the rights to control the application of conflict rules. At the same time, the right of disposition has been extended to the participation of parties in the process of application of laws.

Chapter 4 discusses the legal basis in the frame of various theories of Private International Law. In the context of conflict of laws, the universalist inclines to abstract principles from the Public International Law to impose

obligation on a nation to establish the institution of conflict of laws and the application *ex officio* by the courts. The positivists could refuse to admit the basic legal character of foreign law, and thus endow the parties with the rights to determine whether to apply the conflict rules.

The book takes the view that the essence of the facultative choice of laws lies on the recognition and respect of the party interest of legal relationship with foreign elements. The interest theories, including the governmental interest theory and the interest theory of Private International Law put forward by German scholar Kegel, lay great importance on the private interest. The practice of facultative choice of laws in the European countries vests new meaning to the interest theory.

Chapter 5 explores the theory and the practice of the application of conflict rules in China. The dissertation sums up the various mode of facultative application of conflict rules in Chinese courts, and makes concise comments on the views concerning about the facultative conflict of laws. Viewing from the procedural interest, the procedural right of disposition and the relevant theory, the possible mode of application of conflict rules is expounded. As a conclusion, a proposal on the application of conflict rules is put forward.

目 录

CONTENTS

一、问题的提出	1
二、冲突规范任意适用的两种研究路径	4
三、冲突规范任意适用的研究意义和研究方法	17
四、研究方法的说明	22

冲突规范任意适用的历史与现状/25

第一节 历史的考察	25
一、英国	25
二、西欧国家	29
第二节 冲突规范任意适用的现状	32
一、英国	32
二、美国	37
三、法国	41
四、瑞典	46

冲突规范任意适用的理论——以外国法解释和查明为中心/48

第一节 冲突法任意适用学说的论证路径	49
一、冲突法任意适用学说的启示	50
二、外国法适用的理论预设	52
三、现代法律解释理论下的外国法解释问题	53
第二节 冲突规范依职权适用的“制度性拒斥”	58
一、冲突规范依职权适用下的外国法解释与查明	58
二、“制度性拒斥”——任意性适用的产生	67

第三节 冲突规范任意适用下的程序利益	70
一、外国法查明的国际协调困境的出路	70
二、程序利益视角下的冲突规范任意适用	73

当事人程序处分权下的观察/81

第一节 民事诉讼辩论主义原则下的观察	82
一、辩论主义原则的内涵	83
二、辩论主义原则下的冲突规范任意适用	85
第二节 当事人法律适用参与权与冲突规范任意适用	92
一、当事人程序处分权的扩张	93
二、普通法下当事人就冲突规范适用的决定权	96
三、当事人程序处分权下的冲突规范任意适用	98

冲突规范任意适用的理论基础——从法律冲突到利益衡量/101

第一节 法律冲突语境下的冲突规范适用	102
一、国际法视角中的冲突规范适用	103
二、国际私法实证主义下的冲突规范任意适用	111
三、判决一致性理论与冲突规范适用	117
第二节 冲突规范任意适用——国际私法利益学说下的探究	124
一、柯里“政府利益说”中的私人利益	124
二、德国国际私法利益学说中的当事人利益	129
三、冲突法任意适用,利益学说的自然延伸	132

冲突规范任意适用的理论和实践/136

第一节 冲突规范任意适用的司法实践和理论研讨	136
一、司法实践中的冲突规范任意适用现象	137
二、针对冲突规范适用的不同观点	141
第二节 冲突规范任意适用的法理依据	145
一、程序利益下的考察	145
二、民事诉讼改革背景下的冲突规范适用	155
三、冲突规范任意适用的理论依据	158
第三节 冲突规范适用的条文设计	161
一、纳入冲突规范适用条款的理由	161
二、冲突规范适用的条文设计	165

引 论

一、问题的提出

在国际民商事交往日益频繁和深入的今天,冲突法已成为一国法制不可分割的有机组成部分。从法律适用的角度观察,在一国法院确立了涉外民商事案件的管辖权后^①,法官应对案件涉及的争议定性并适用法院地的冲突规范确定准据法,进而依据准据法中的相关实体规范调整当事人之间的权利义务关系。冲突规范的适用由此构成了涉外民商事案件法律适用过程中不可或缺的重要环节:当事人应依据冲突规范指引的准据法提出诉求和抗辩,否则法院将会以缺乏事实或法律依据为由驳回当事人请求^②;相应地,法官也应履行依法裁判的职责,依据法院地冲突规范确定应予适用的实体法解决当事人之间的争议;否则,判决有可能因为法律适用错误而被撤销。^③

冲突规范作为法所应具有的拘束力似乎表明,其适用不应取决于当事人

① 本书将冲突规范的适用严格限定在涉外民商事审判中进行讨论。国际商事仲裁自治性的基本特点、仲裁员和当事人在仲裁程序中的功能和角色以及仲裁的价值取向等因素将有可能影响冲突规范的适用方式,使其呈现出不同的形态。国际商事仲裁中的冲突规范适用问题,将不在本书讨论的范围。

② *Walton v. Arabian American Oil Co.* 233 F. 2d 541 (2d Cir. 1956). 对案情和判决的简要介绍参见第一章。

③ 在德国联邦法院 1993 年 4 月 4 日审理的一宗案件中,原告出生时在医院被严重烧伤并因此获得赔偿,其父母用赔偿金购买了地产。原告成年后起诉其父亲违反监护义务,不当支配赔偿金。在当事人均未诉求外国法的情况下,上诉法院直接适用了德国法。实际上,本案诉因发生时,原被告都为埃及公民,埃及法本可得到适用。联邦法院推翻了上诉法院的判决,强调《德国民法施行法》中的法律选择条款具有成文法的拘束力,无论当事人是否在涉外民商事审判中依据相关外国法支持其诉求或抗辩,德国法院在任何情况下都应考虑冲突规范的适用并进而依据德国或外国实体法来解决争议。BGH, NJW 1993, 2305(2306).

的意愿;无论当事人提出请求与否,法官在涉外民商事审判中都应依职权主动适用。因此,冲突法理论并未过多理会冲突规范在实践中的适用状况,而是更加关注如何完善法律选择过程和提高法律选择质量的问题。

在世纪之交的第15届布雷斯托(Bristol)国际比较法大会关于国际私法议题的会议上,总报告人西蒙尼德斯(Symeon C. Symeonides)教授就力图通过五个主题,即多边方法、单边方法和实体方法三者的对立与共存;确定性和灵活性目标之间的张力;“管辖权选择规则”和“内容定向”规则或方法的对立与共存;“冲突正义”和“实质正义”的两难困境;国际一致性目标与保护国家利益之间的冲突,^①勾勒出法律选择过程百年发展的历史轨迹,展望冲突法在新千年的发展前景。然而英国报告人芬提曼(Richard Fentiman)教授似乎并没有那份回顾冲突法沧桑历史的豪情,也无意从不同国家冲突法发展的脉络中归纳出若干具有共性的普遍原则并依此预言冲突法的未来;依循经验性的普通法思考方式,他更为关心冲突法在司法实践中的适用状况。所以毫不奇怪的是,在发现英国法院很少适用冲突规范的现状后,芬提曼教授表达了自己的疑问:评论者传统上专注于冲突法的法律选择过程而未关注其实际适用状况,这也许并不现实,至少在英国如此,也可能这是一个普遍的现象。^② 他的质疑揭示出常常为人忽视的冲突规范在实践中的任意适用方式。冲突规范的任意适用,是指在涉外民商事案件的审理中,只有在至少一方当事人提出请求时,法院才会适用冲突规范及其指向的外国法。^③

英国的冲突规范任意适用现象或许只是一个特殊的个案,可以归结为外国法在其民事诉讼程序中的特殊定性:在外国法被视作事实时,当事人原则上应像提交事实一样向英国法院提出适用请求;否则,法院会忽视案件的涉外性质直接适用英国法解决当事人之间的争议。指引外国法的冲突规范能否得到适用原则上取决于当事人的意愿,法官没有义务依职权主动适用。

但是,将外国法归入“事实”范畴毕竟不是许多国家的普遍做法。同属普

① See Symeon C. Symeonides. *Private International Law at the End of the 20th Century: Progress or Regress?* Kluwer Law International, 1998. pp. 9~73.

② See Symeon C. Symeonides. *Private International Law at the End of the 20th Century: Progress or Regress?* Kluwer Law International, 1998. p. 6.

③ See Axel Flessner. *Fakultatives Kollisionsrecht*. 34RabelsZ, 1970, S. 581.