

冲突法论

丁伟 陈治东

河海大学出版社

前 言

冲突法是以存在法律冲突的涉外民事法律关系作为调整对象的特殊的法律规范，在我国社会主义法律体系中占居十分重要的地位。然而，由于历史的原因以及实践经验的限制，这一重要的法律部门和传统的法律学科在我国一直没有得到很好的研究。近五六年来，我国对外经济贸易交流和人员往来不断增多，参与涉外民事法律关系的形式日趋复杂，范围日益扩大，数量与日俱增，这呼唤着我国冲突法的立法早日出台。1985年我国颁布了《涉外经济合同法》、《继承法》，1986年又颁布了《民法通则》，这些法律的颁布标志着冲突法已经正式登上了新中国的立法舞台。随着1991年4月14日我国《民事诉讼法》的公布施行，我国处理涉外民事法律关系的法律制度正在趋于完善。

在改革与开放的崭新时期，正确、积极地运用冲突法这一法律手段维护我国主权和经济利益，确保我国自然人、法人的合法权益，无疑是我国法学理论界和司法实际部门所面临的一项紧迫而艰巨的任务。作为一部冲突法理论的专著，本书将着重论述冲突法的理论学说，并且围绕冲突法的基本理论，介绍冲突法领域各国的最新立法动态和司法实践，尤其是我国的立场和立法的最新发展，力戒脱离实际的空洞论断，使读者全面、系统地掌握冲突法的基本理论，知悉运用冲突法处理涉外民事法律冲突的整个过程及其一般规律，并且正确掌握运用冲突法的基本原理解决法律冲突的方法和技巧。如果本书真能收到这样的效果，作者将不胜欣慰。

作 者

一九九一年四月

责任编辑：张 伟
特约编辑：张建民
责任校对：汪 峻

冲 突 法 论

丁 伟 陈治东

出版发行：河 海 大 学 出 版 社
(南京西康路1号，邮政编码：200241)

经 销：江 苏 省 新 华 书 店

印 刷：南 京 江 宁 彩 色 印 刷 厂

(地址：南京中华门外江宁镇 邮政编码：211161)

开本850×1168毫米 1/32 印张11.5 字数298000

1991年8月第1版 1991年8月第1次印刷

印数 1-4500册

ISBN 7-5630-0411-4

D·18

定价：5.20元

河海版图书若有印刷装订错误，可向承印厂调换

目 录

第一编 绪 论

| | |
|----------------------|---------|
| 第一章 冲突法概述 | (3) |
| 第一节 冲突法的含义及其产生的前提条件 | (3) |
| 第二节 冲突法的调整对象 | (8) |
| 第三节 冲突法的渊源 | (10) |
| 第四节 冲突法学 | (13) |
| 第二章 冲突法的历史沿革 | (19) |
| 第一节 冲突法的理论沿革 | (19) |
| 第二节 冲突法的国内立法沿革 | (30) |
| 第三节 冲突法的国际立法沿革 | (33) |
| 第四节 中国冲突法的历史沿革及现状 | (40) |
| 第三章 冲突规范 | (44) |
| 第一节 冲突规范的概念和特点 | (44) |
| 第二节 冲突规范的结构和种类 | (45) |
| 第三节 准据法的确定 | (52) |
| 第四节 冲突规范的解释——识别 | (55) |
| 第四章 限制外国法适用的各种制度 | (62) |
| 第一节 反致 | (63) |
| 第二节 公共秩序保留 | (72) |
| 第三节 法律规避 | (80) |
| 第四节 外国法内容的查明 | (86) |
| 第五章 冲突法的主体 | (91) |
| 第一节 自然人作为冲突法主体的法律问题 | (91) |
| 第二节 法人作为冲突法主体的法律问题 | (109) |
| 第三节 国家作为冲突法主体的特殊法律问题 | (118) |

| | | |
|-----|---------------------|---------|
| 第四节 | 外国人民事法律地位的几种制度····· | (120) |
|-----|---------------------|---------|

第二编 各 论

| | | |
|-----|----------------------|---------|
| 第六章 | 涉外物权关系的法律适用····· | (127) |
| 第一节 | 物之所在地法原则····· | (127) |
| 第二节 | 国家财产豁免权····· | (134) |
| 第三节 | 国有化及其补偿问题····· | (152) |
| 第七章 | 涉外债权关系的法律适用····· | (157) |
| 第一节 | 涉外之债概述····· | (157) |
| 第二节 | 涉外合同之债的法律适用····· | (158) |
| 第三节 | 涉外侵权行为之债的法律适用····· | (179) |
| 第四节 | 涉外不当得利与无因管理之债的法律适用·· | (187) |
| 第八章 | 涉外婚姻与亲权关系的法律适用····· | (189) |
| 第一节 | 涉外结婚····· | (189) |
| 第二节 | 涉外离婚····· | (202) |
| 第三节 | 涉外夫妻关系····· | (214) |
| 第四节 | 涉外父母子女关系····· | (218) |
| 第五节 | 涉外监护····· | (222) |
| 第九章 | 涉外继承权关系的法律适用····· | (226) |
| 第一节 | 涉外法定继承····· | (227) |
| 第二节 | 涉外遗嘱继承····· | (234) |
| 第三节 | 涉外无人继承财产····· | (243) |

第三编 程 序

| | | |
|-----|--------------------|---------|
| 第十章 | 国际民事诉讼程序····· | (249) |
| 第一节 | 概述····· | (249) |
| 第二节 | 国际民事案件的管辖权····· | (251) |
| 第三节 | 外国人及外国国家的诉讼地位····· | (260) |
| 第四节 | 司法协助····· | (269) |

| | | |
|------|------------------------------|---------|
| 第五节 | 外国法院判决的承认与执行····· | (277) |
| 第六节 | 我国的涉外民事诉讼制度····· | (283) |
| 第十一章 | 国际商事仲裁程序····· | (301) |
| 第一节 | 国际商事仲裁概述····· | (301) |
| 第二节 | 我国的国际商事仲裁制度····· | (302) |
| 第三节 | 国际的和外国的主要常设商事仲裁机构及其仲裁规则····· | (307) |
| 第四节 | 仲裁协议····· | (316) |
| 第五节 | 仲裁裁决的承认和执行····· | (329) |

补 编

| | | |
|------|----------------------|---------|
| 第十二章 | 中国的区际法律冲突与区际冲突法····· | (349) |
| 第一节 | 中国区际法律冲突概述····· | (349) |
| 第二节 | 中国区际冲突法的立法体例····· | (353) |
| 第三节 | 中国区际冲突法的主要内容····· | (355) |

第一编 绪 论

第一章 冲突法概述

第一节 冲突法的含义及其产生的前提条件

一、冲突法的含义

冲突法 (Law of the Conflict of Laws) 是指发生法律冲突的某一涉外民事法律关系应适用何国实体法的法律准则。简单地说, 冲突法就是解决法律冲突的法律适用规则, 故又叫做“法律适用法” (Law of Application of Laws) 或“法律选择法” (Law of Choice of Laws)。如我国《民法通则》第146条规定: “侵权行为的损害赔偿, 适用侵权行为地法律”。这就是一条典型的冲突法, 它指出了有关侵权行为损害赔偿的法律冲突应该由侵权行为地的实体法来调整。由于冲突法是站在发生冲突的两个或两个以上的国家之上来选择适用哪一国法律的准则, 因此又被称为“超国家规范” (Supernational Law)。

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关系中当事人的权利与义务, 而是起一种“路标”或“指示器”的作用, 通过它援引出某一特定国家的实体法。以上述冲突法为例, 该冲突法本身不能确定侵权行为的加害人是否应负损害赔偿的责任或者应该怎样予以赔偿, 它只是援引出了侵权行为地的实体法, 只有该实体法才能直接确定当事人的权利、义务。由于冲突法在法律效果上不能直接确定当事人的权利、义务, 因此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, 它贯穿争议处理

的始终。我们假设有这样一个案件：一个居住在日本的华侨死于日本，生前没有立下遗嘱，死后在中国留有一所私宅，他在日本的子女和在中国的父母同时要求继承这所私宅。按照中国法律规定：父母、子女为同一顺序继承人，可以同时继承；但按照日本法律规定：子女为第一顺序继承人，父母为第二顺序继承人。根据继承法的一般原理，只有在不存在第一顺序继承人或第一顺序继承人放弃继承时，第二顺序继承人才能继承。由于两国法律规定截然不同，争议不可避免。通过司法诉讼解决这一争议可以产生相互联系的三个法律问题：其一，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。其二，具有管辖权的法院在审理这一案件时应适用何国的实体法？由于适用不同的法律会得出截然不同的结果，直接影响到当事人的权益，因而法律适用是解决争议的中心环节。其三，一国法院作出的判决需要在另一国执行，另一国是否应当承认与执行该判决？上述三个问题环环紧扣，构成了传统的冲突法的三大基本点：即管辖权、法律适用、外国法院判决的承认和执行。

二、导致冲突法产生的法律冲突

（一）法律冲突的含义和种类

法律冲突（Conflict of Laws）又称法律抵触，指内容相互歧异的不同国家的法律竞相要求对同一涉外民事法律关系实施管辖而形成的法律适用上的矛盾冲突状态。由于冲突法的中心任务是解决涉外民事案件所涉及的法律冲突，这种法律冲突无疑是冲突法赖以生存的重要前提条件。

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各种不同层次的法律之中。通常认为，广义的法律冲突主要有以下几类：

1、国际法律冲突(International Conflict of Laws)。即不同国家的法律在空间上的冲突。狭义的法律冲突仅指这类空间上的法律冲突。

2、区际法律冲突(Interregional Conflict of Laws)。即同一国家内、不同法域的民事法律冲突。

3、人际法律冲突(Interpersonal Conflict of Laws)。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。如在印度、土耳其、叙利亚等国,信奉不同宗教的当事人适用不同的婚姻法。

4、时际法律冲突(Intertemporal Conflict of Laws)。即可能同时发生效力的新法与旧法之间的冲突。这是一种“动态冲突”(Conflicts Mobiles)。

鉴于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。本章亦着重探讨空间上的法律冲突,对于具有重要现实意义的区际法律冲突,本书将另辟专章作系统论述。

(二) 法律冲突产生的原因

法律冲突不是凭空产生的,而是由下列条件相互作用的结果:

1、内国赋予外国人民事权利。这是法律冲突产生的重要前提。如果一国国内法不允许外国人享有民事权利,外国人就无法参与这项民事活动,就不会产生这一领域中外国人作为主体的涉外民事法律关系,因而也就不会发生法律冲突。譬如在罗马帝国时期,其国内法不承认外来人在罗马境内享有罗马“市民法”(jus civile)上的各种权利,因此当时不存在法律冲突。

2、各国的立法互有歧异。由于各国的政治、经济制度不同,其立法千差万别。如社会主义国家的土地为国家或集体所有,不允许买卖土地;资本主义国家的土地则可以被私人占为己有。同样,各国历史传统、民族风俗习惯的不同也势必导致立法各

异。如在婚姻方式问题上，有些国家采用民事登记的方式，有些国家则采用宗教方式。在婚姻的实质要件方面，中国婚姻法规定的法定婚龄男方为22岁，女方为20岁。而罗马尼亚则规定男方18岁，女方16岁。如果一个年满20岁的罗马尼亚男子在中国同一个18岁的中国女青年结婚，按照罗马尼亚法律规定是合法的，但按照中国法律规定则是非法的，这就产生了法律冲突。

3、内国在一定条件下承认外国法的域外效力。这是发生法律冲突的直接原因。任何一种法律冲突最终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(Extraterritorial Effect of Laws)是指一国的法律对该国的一切人有效，不管该当事人在国内还是在外国，这就是法律的属人效力；法律的域内效力(Territorial Effect of Laws)则是指一国法律对该国境内的一切人、物、行为都有效，不管这个人是否本国公民还是外国人或者无国籍人，这又叫法律的属地效力。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，这种冲突表现为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。如前所述关于结婚实质要件的法律冲突，根据中国法律的域内效力，中国认为这一法律关系应按中国法解决；而根据罗马尼亚法律的域外效力，应该按罗马尼亚法来解决。即中国法律的域内效力与罗马尼亚法律的域外效力发生冲突。当然，产生这种冲突必须具备一个前提：即内国承认外国法的效力。如果内国不承认外国法的效力，一味适用本国法，就不会发生法律冲突。如根据外国法取得的专利权、商标使用权和著作权，虽然涉及到外国法的效力，但如果国家之间没有条约义务，内国是不承认这些权利的，因为这三种权利具有严格的地域性限制。随着国际交往的日益发展，各国出于维护自己利益的需要，往往承认彼此民法规范的域外效力，特别是一些有关调整人身、财产关系的法律，如果不承认外国法的域外效力就有

碍于国家之间的正常交往。譬如不承认一对在美国结婚的夫妇仍然是夫妻，那显然是非常荒唐的。

(三) 法律冲突的解决方法

在各国冲突法的立法与实践中，通常采取下列三种方法解决法律冲突：

1、只适用本国法。即当冲突法指出某一法律关系应适用本国法时，不考虑外国法的适用问题。这种方法的作用是非常有限的，只有那些经济不发达、与外界联系较少的国家才暂时使用，因为这样做将阻碍该国对外经济的发展。但是，有些特殊的法律关系国际上倾向于只适用本国法，如投资合同一般都只适用东道国的法律。我国《涉外经济合同法》第5条第2款规定：“在中华人民共和国境内履行的中外合资经营企业合同、中外合作经营企业合同、中外合作勘探开发自然资源合同，适用中华人民共和国法律。”即这类投资合同发生法律冲突时，我国只能适用本国法，不考虑外国法的效力。

2、在一定范围内适用外国法。即当冲突法指出某一法律关系应适用外国法时，法院地国在不损害本国利益、不违反本国法律基本原则及公共利益的前提下，可以考虑适用外国法。根据各国冲突法的立法及有关国际惯例，相当数量的涉外民事法律关系往往非适用外国法不可。如各国冲突法在解决契约之债中当事人权利能力和行为能力的法律冲突时，都采用属人法原则，即适用当事人的本国法或住所地法；关于不动产的法律冲突采用物之所在地法原则。如果上述本国法、住所地法或物之所在地法为外国法时，只能适用该外国法解决法律冲突。

3、适用统一实体法规范。所谓统一实体法规范（Uniform Substantive Rules）是指国际条约和国际惯例中调整涉外民事法律关系的实体规范。采用这种规范可以有效地把有关国家国内立法的歧异统一起来，从而避免和消除有关国家国内法的冲突。然而，由于各国的经济利益不同，很难达成一致意见而通过

国际条约制定各国都适用的统一实体法规范，因此目前这类规范为数甚少，作用有限。

第二节 冲突法的调整对象

任何一个法的部门都调整着一种特定的法律关系，这种法律关系就是法律的调整对象，它是划分法的部门的出发点。冲突法的调整对象是一种存在法律冲突的、超越一国界限的民事法律关系，从一个国家的角度来看，这种法律关系可以称为具有涉外因素的民事法律关系，简称涉外民事法律关系（Civil Legal Relation with Foreign Elements）。我国理论界一般认为，这种涉外民事法律关系与各国民法所调整的国内民事法律关系相比，具有两个显著的特点。

一、这是一种具有涉外因素的民事法律关系

由于涉外民事法律关系是在国际交往中产生的，它不可避免地带有某种涉外因素，这种涉外因素是冲突法所调整的涉外民事法律关系与各国民法所调整的民事法律关系的根本区别点。涉外因素可以从民事法律关系的主体、客体以及内容这三方面来考察。

（一）法律关系的主体具有涉外因素

主体具有涉外因素指作为法律关系主体的当事人是具有不同国籍的自然人、法人，在个别情况下可以是外国国家。如果再作进一步的分析，主体具有涉外因素可以有三种情况：

1、主体一方是本国人，另一方是外国人。这种情况最常见。如美国明尼苏达矿业制造公司为在上海设立独资企业，与上海绝缘材料厂签订的厂房租赁合同。

2、主体双方是同一国籍的外国人。如两个美国男女留学生在我国登记结婚，从而产生婚姻关系。

3、主体双方是不同国籍的外国人。如两艘不同国籍的货轮

在第三国的领海内碰撞引起损害赔偿。

(二) 法律关系的客体具有涉外因素

客体具有涉外因素指作为法律关系客体的物位于外国境内。如居住在国内的继承人要求继承被继承人位于国外的遗产。

(三) 法律关系的内容具有涉外因素

内容具有涉外因素指法律关系据以产生、变更或消灭的法律事实发生在外国。如合同的缔结地、履行地在外国，侵权行为发生在外国，婚姻举行地在外国等。

凡是一个民事法律关系的三要素中至少有一个具有涉外因素，就可以视为冲突法所调整的涉外民事法律关系，否则就是国内法所调整的国内民事法律关系。

二、这是一种广义的民事法律关系

所谓广义的涉外民事法律关系主要是相对于各国民法调整的民事法律关系的范围而言。通常说来，大多数国家国内民法所调整的一定范围内的财产关系和人身非财产关系的范围较之于涉外民事法律关系的范围要窄一些，如有些国家采用“民商分立”的立法方式，把海商法关系、票据法关系、公司法关系视为商法关系，归商法调整，社会主义国家也习惯于将婚姻家庭关系、劳动关系从民事法律关系中分立出来，用专门的法律部门加以调整。当然，也有些国家采用“民商合一”的立法方式，其民商法调整的法律关系的范围相对要宽一些。各国的国内民法自可千差万别，毋需强求统一，但作为调整超越一国界限的涉外民事法律关系的冲突法，其调整范围不能囿于各自独立的各国民法调整范围的不同特点，而应把视野放在各国民法的特性之上，这就决定了冲突法所调整涉外民事法律关系必须兼收并蓄各国民事法律关系的不同特点，这种集各国民事法律关系的不同特点于一体的涉外民事法律关系范围十分广泛，它能够包容所有存在法律冲突的涉外民商事法律关系，其中最主要的是涉外物权关系、涉外债权关系、涉外婚姻家庭关系、涉外继承关系等法律关系。

第三节 冲突法的渊源

法律渊源作为一个法律术语具有两种含义，即实质意义上的渊源和形式意义上的渊源。前者又叫物质意义上的渊源，指的是法所体现的统治阶级的意志，它是法的真正根源，来源于社会的物质生活条件；后者又叫法学意义上的渊源，指的是体现统治阶级意志的法的具体表现形式。冲突法作为一种特殊的法律，它体现了各国统治阶级的协调意志，具有鲜明的阶级性。但对于这一形式多样的部门法，本节仅研究其形式意义上的渊源，即冲突法规范的具体表现形式。由于冲突法从其法律性质上讲兼具国内法和国际法的双重特性，其调整对象又具有涉外因素，这就决定了它的渊源具有多重性。从总体上讲，冲突法的渊源主要有国内渊源和国际渊源两大类。

一、冲突法的国内渊源

国内渊源由国内立法和国内判例两部分所组成。

（一）国内立法

国内立法是冲突法的主要渊源，最早的冲突法规范就是在国内立法中形成的。通常认为最早以国内立法的方式规定冲突法的是1756年的《巴伐利亚法典》，而影响最大的则是1804年《法国民法典》（即拿破仑法典）。各国在国内立法中的冲突法规范，概括起来有四种形式：

- 1、在民法典和其他法律的有关条款中列入冲突法规范。采取这种立法方式最为典型的是1804年《法国民法典》，该法典第3条规定：“凡居住在法国领土上的居民应遵守治安法律。不动产，即使属外国人所有，仍适用法国法律。”该法典所形成的“法兰西法系”的立法模式对欧洲和南美洲一些国家的立法产生了很大的影响。

- 2、在民法典或其他有关法典中列入专编或专章，系统地规

定冲突法规范。如苏联1961年《民事立法纲要》第8章、1968年《婚姻和家庭立法纲要》都系统规定了冲突法的规范。我国1986年4月公布的《民法通则》第8章“涉外民事关系的法律适用”也集中规定了一系列的冲突规范。

3、在有关的单行法规中列入冲突法的有关条款。如美国1962年统一商法典、英国1963年遗嘱法、1968年收养法、1973年关于住所地和婚姻家庭案件法等单行法规中都含有冲突法的条款。我国1985年颁布的《继承法》第31条、《涉外经济合同法》第5条分别确定了解决涉外继承和涉外经济合同法律冲突的冲突规范。

4、制定冲突法的专门法典或单行法规。制定有关冲突规范的专门法典反映了各国冲突法立法的发展趋势。最早采用这种立法模式的是1896年的《德国民法施行法》，该法所形成的“日耳曼法系”影响甚广，荷兰、奥地利、德国、土耳其、日本、泰国、捷克和斯洛伐克、波兰、匈牙利、南斯拉夫、阿尔巴尼亚等国都采用了这一立法形式。尤其值得注意的是，瑞士于1979年草拟了以冲突法为核心内容的《瑞士联邦国际私法草案》，该法已于1989年1月1日正式生效。

除了成文法以外，有些国家还将国内习惯法视为冲突法国内渊源的一部分。如日本《法例》第2条规定：“不违反公共秩序和善良风俗的习惯，只要法令之规定承认，或法令所未规定，与法律具有同等效力。”

（二）国内判例

所谓判例是指法院可以援引作为审理同类案件依据的判决。理论界对于国内判例能否作为冲突法的渊源尚有争论。英美等普通法国家以判例法作为主要法律形式，权威的法官所作的判决可以作为先例，具有法律拘束力。在这些国家中，除了个别单行法中有一些成文的冲突法以外，大部分冲突法的表现形式是法院判例，即使在采取制定法的国家里，由于成文的冲突法数量有限，不足