

# 澳門與中國內地現行衝突法之比較研究

丁偉\*

衝突法作為解決涉外民事法律衝突的法律適用規則，是國際私法中最基本、最主要的法律規範。有關衝突法的法律制度也構成了各國國際私法的核心內容。從各國衝突法的歷史沿革及發展規律來看，無不以涉外民事法律關係的存在與發展作為其賴以存在的基礎，衝突法同時又對推動和促進不同國家（或地區）之間的民事交往，維護國際間或地區間正常的經濟秩序起十分重要的作用。澳門自十六世紀中葉開埠，就成為西方在遠東的第一商埠、東西方交通貿易的樞紐、中西文化匯通的橋樑，其淵源流長的對外開放歷史為衝突法的發展奠定了堅實的基礎。在繼往開來的今天，經歷了幾個世紀嬗變的澳門衝突法在後過渡期法律本地化的進程中，正在進行系統的整理和修訂。<sup>1</sup>中國內地自實行對外開放政策以來，對外經濟貿易和人員往來不斷增多，參與涉外民事法律關係的形式日趨複雜，範圍日益擴大，數量與日俱增，在短短十餘年間，衝突法的立法經歷了一個從無到有、從少到多的歷史性變革。世紀之交的中國也正孕育一場按照市場經濟體制的要求重塑衝突法的重大變革。<sup>2</sup>本文限於篇幅，僅對澳門與中國內地現行衝突法制度作一比較與評價，以期對增進兩地法律界之間的相互了解與交流、促進兩地衝突法制度的相互借鑒，以及推動對解決未來兩地區際法律衝突的研究有所裨益。

---

\* 本文作者原為華東政法學院教授，現為澳門政府法律翻譯辦公室法律專家。

<sup>1</sup> 有關澳門國際私法演進，參見黃進、郭華成所著《澳門國際私法總論》，澳門基金會1997年出版，第25-35頁。

<sup>2</sup> 有關中國衝突法立法與理論沿革，參見丁偉主編《衝突法論》，法律出版社1996年出版，第38-42頁。

## 一、兩地現行衝突法制度的主要特點

從總體上看，澳門與中國內地的衝突法不同於實體法，兩者之間存在較多的相近或相似之處，其原因是多方面的。首先，狹義的衝突法是一種解決法律衝突的特殊法律規範，即衝突規範（Normas de Conflitos）。由於衝突規範是站在發生衝突的兩個或兩個以上國家的法律之上來選擇適用哪一國家法律的準則，因而有“超國家規範”、“國際象棋棋規”之稱。近幾十年來，衝突法的發展更呈現出趨同化的顯著特點。這決定了兩地的衝突法與國際上公認的衝突法制度大致一致，兩者之間無論是立法體例、具體的法律制度，還是採用的法律術語，都存在不少相似之處。其次，兩地衝突法的發展具有共同的歷史淵源。澳門及鄰近地區在公元前三世紀就已正式繪入中國版圖，成為南海郡番禺縣屬的一部分。<sup>3</sup>兩地衝突法的立法最早可追溯到公元七世紀唐朝《永徽律》“名例章”中所規定的“化外人相犯條”。<sup>4</sup>即使是葡萄牙管治澳門以後，也根據華人為澳門居民主體的特點，曾於1909年頒行了《華人風俗習慣法典》，1948年又頒行了取代該法典的第36987號國際私法法令。這些法律規定使得以葡萄牙衝突法為模式的澳門衝突法在一定程度上反映了澳門的歷史傳統、文化背景以及華人社會的風俗習慣。最後，兩地衝突法制度具有類似的法律傳統。澳門現行衝突法主要規定在延伸適用於澳門的葡萄牙《民法典》（Código Civil）之中。鑒於葡萄牙在法律制度上秉承大陸法系的法律傳統，源於葡國法律原則和具體規定的澳門法律制度呈現出鮮明的大陸法系的特點。中國學術界對於當代中國法制（此處特指大陸和台灣）屬於何種法系或法律傳統尚無定論，但大多數學者認為，清朝末年和民國初年傳統中國法制的改革，為中國法律制度奠定了大陸法系的基本模式。<sup>5</sup>這就使得兩地衝突法制度

---

<sup>3</sup> 參見黃漢強、吳志良主編《澳門總覽》，澳門基金會1994年出版，第10頁。

<sup>4</sup> 同註(2)，第38-39頁。

<sup>5</sup> 參見米健“中國大陸法制對澳門地區法制的借鑒”一文，載澳門政府法律翻譯辦公室主辦的《法域縱橫》1997年第2期，第70-71頁。

具有相似的法律文化背景和法律技術條件。

儘管兩地衝突法制度存在較多相似之處，但葡式的澳門衝突法與中國內地的衝突法具有各自的特點。

#### （一）澳門現行衝突法制度的特點

澳門現行衝突法主要體現在延伸適用於澳門的葡萄牙1966年《民法典》及對該法典進行修訂的相應法令之中。這一衝突法制度具有下列特點：

第一、以葡萄牙《民法典》為基本淵源。現行澳門衝突法制度完全是從葡萄牙移植過來的。1966年葡萄牙頒布新的《民法典》，該法典在體例結構上採用了《德國民法典》的模式，其第一卷第一編為“法律、法律之解釋及適用”，其中第三章為“外國人之權利及法律衝突”，共52條，集中規定了一整套衝突法制度。該法典通過1967年9月4日第22869號訓令延伸適用於澳門，並自1968年1月1日起正式在澳門生效，使之成為澳門衝突法最基本的淵源。為使《民法典》更好適應澳門地區的實際情況，1991年澳門護理總督頒布了第32/91/M號法令，對《民法典》第31條進行修改，對居住於澳門的華人的屬人法作了解釋，確定澳門法律為澳門慣常居住者的屬人法。該法令同時還規定以“澳門”替代《民法典》中的“葡萄牙”。在推動法律本地化的進程中，澳門有關立法部門正在抓緊對《民法典》進行修訂，並即將通過立法程序將之轉化為名副其實的澳門法律。

第二、承襲大陸法系的傳統。屬於葡國模式的澳門《民法典》依循日耳曼式的系統化，強調成文法的重要性，注重法典的編纂工作，並以自然人的國籍國法作為屬人法，這與大陸法系的法律傳統是一脈相承的。

第三、以專章的形式在《民法典》中集中規定衝突法制度。在衝突法的立法模式上，澳門沒有秉承大陸法系多數國家將衝突規範分別規定在民法典不同編章之中的模式，也未以專門法典或專門法律系統制定國際私法或衝突法，而是在

《民法典》中闢出專章，較為系統、全面地規定了衝突法制度。

第四、衝突法的淵源多樣化。衝突法法學意義上的淵源是指衝突法規範的具體表現形式。澳門現行衝突法的淵源有國內淵源和國際淵源兩大類，其中國內淵源又分直接淵源（Fonte imediata）和間接淵源（Fonte mediata）兩類。直接淵源包括：（1）憲法（Constituição）中的有關規定。如《葡萄牙共和國憲法》第8條對一般及共同之國際法規範及原則構成澳門法律的組成部分，經正式批准通過的國際協約在澳門具有約束力等事項作了規定。（2）法律（Lei）。指由立法機關制定的法律。如《民法典》第一卷第一編第三章。（3）法令（Decreto-lei）。指澳門總督根據《澳門組織章程》（Estatuto Orgânico de Macau）賦予的立法權，在本身立法權限內或在立法授權範圍內所制定並頒布的規範性文件。如前述第32/91/M號法令。關於間接淵源則較為複雜，且出現了一些新的變化。澳門學者以往通常將判例（Assento）及司法見解（Jurisprudência）、習慣（Costume）、衡平原則（Equidade）等作為衝突法的間接淵源。<sup>6</sup>《民法典》第2條、第3條及第4條分別對判例、習慣及衡平原則的價值作了規定。至於司法見解，《澳門司法組織綱要法》（Lei de Bases da Organização Judiciária de Macau）第14條、第16條亦作了規定，有關葡國法律專家稱其為“次等的和第二層次的法律淵源”。<sup>7</sup>值得注意的是，由於判例並非有立法權限的機關依照立法程序制定的規範性文件，葡萄牙憲法法院以判例作為法律淵源具違憲性（Inconstitucionalidade）為由，已作出裁判否定判例的約束力。為此，正在修訂中的《民法典》草稿已取消了現行《民法典》中有關判例的第2條。鑒於司法見解通常是以判例的形式體現出來的，否定判例的約束力必然動搖司法見解作為法律間接淵源的地位。有關衝突法的國際淵源則表現為國際條約和國際慣例。

---

<sup>6</sup> 參見前註(1)，第10-13頁。

<sup>7</sup> 參見高德志等“澳門法律制度概要”一文，載於《澳門法律問題》，中國人民公安大學出版社1997年出版，第6頁。

第五、衝突法的體系與結構較為完整，有關衝突法具體制度的規定完備、細緻。《民法典》不但對解決國家間法律衝突作出明確規定，同時還對解決區際法律衝突、人際法律衝突及時際法律衝突作出規定。在限制外國法適用制度方面，《民法典》對反致、法律欺詐、公共秩序保留、對外國法的解釋及查明等制度一一作了詳盡規定。在衝突規範的具體規定方面，《民法典》以六個分節，分別規定了六種主要民事法律關係的準據法制度。可以說《民法典》有關衝突法制度的規定，幾乎無所不包，極為完備。

第六、若干衝突法的規定過於陳舊，落後於衝突法發展的時代潮流。澳門現行衝突法以1966年葡萄牙《民法典》為藍本，在這二十多年中，當代國際私法及衝突法出現了令人矚目的變化，但澳門對該《民法典》幾乎未作修改，因此有些條款的規定不免過於陳舊。譬如，當代各國有關合同之債準據法的理論研究十分活躍，極大地豐富了衝突法的立法，但《民法典》僅用兩條規定合同之債的準據法制度，而且未採納被視為當代衝突法最新發展重要標誌的“最密切聯繫原則”（Princípio da maior proximidade）。再如，衝突法的國際化、統一化已成為現時衝突法發展的重要方向，儘管葡萄牙作為海牙國際私法會議的成員國已批准了15個海牙國際私法公約，但只將其中5個公約延伸適用於澳門。<sup>8</sup>此外，從六十年代開始，歐洲大陸出現了國際私法法典化的潮流，但無論是葡萄牙《民法典》還是在推進本地化的澳門《民法典》都沒有順應這一潮流。

## （二）中國內地現行衝突法制度的特點

第一、衝突法的立法起步晚，但起點較高，一些衝突法的規定借鑒了現代國際私法立法的先進經驗。由於歷史的原因，中國衝突法的立法步履艱難。五十年

---

<sup>8</sup> 目前延伸適用於澳門的海牙國際私法公約為：1954年《民事訴訟程序公約》、1956年《兒童扶養義務法律適用公約》、1961年《未成年人保護當局的權力和法律適用公約》、1961年《取消要求外國公文書認證公約》、1965年《關於向國外送達民事或商事司法文書和司法外文書公約》。

代中國與有關國家簽訂的雙邊條約中出現過個別的衝突法條款，中央政府頒布的一些行政性文件中也有一些零星的衝突規範，但成文的衝突法的立法則長期闕如。實行改革開放政策後，時代呼喚中國的衝突法儘快出台。1985年中國相繼制定了《涉外經濟合同法》、《繼承法》，對涉外經濟合同和涉外繼承的法律適用原則作了規定，這標誌具有中國特色的衝突法正式登上立法舞台。1986年頒布的《民法通則》則特闢專章，對人的民事行為能力、不動產、涉外合同、侵權行為、結婚和離婚、扶養、遺產繼承等涉外民事法律關係的法律適用作了規定，從而有效地緩和了涉外民事案件無法可依的矛盾。儘管中國內地衝突法的起步很晚，但起點較高，有機會直接借鑒國外及國際上衝突法立法的最新成果。如有關涉外合同的準據法制度，採用了最密切聯繫原則，最高人民法院發布的《關於適用中華人民共和國涉外經濟合同法若干問題的解答》（以下簡稱《涉外經濟合同法解答》）更是採納了推定最密切聯繫點的“特徵性給付說”（Theory of Characteristic Performance），並對通常情況下如何按最密切聯繫原則確定十三種涉外經濟合同的準據法作了具體規定，其中有些規定是直接從1985年海牙國際私法會議通過的《關於國際貨物買賣合同法律適用公約》中移植過來的。這種區分合同的不同種類，分別確定準據法的方法反映了合同準據法發展的趨勢。此外，為順應國際私法法典化的發展趨勢，中國國際私法研究會自1993年以來，一直致力於中國國際私法示範法的起草工作，該示範法的誕生將有力促進中國衝突法的立法進程。

第二、在衝突法的立法模式方面，不拘於單一形式。除了在《民法通則》第八章（涉外民事關係的法律適用）中集中規定一系列衝突法規範，還在《涉外經濟合同法》、《繼承法》、《票據法》、《海商法》等單行法規中列入相應的衝突法條款。這種分散立法的方式雖有不少弊端，但在衝突法的立法體系不完善，立法缺乏規劃的情況下，客觀上有助於及時填補衝突法的空白。

第三、衝突法的體系與結構尚不完整，存在不少空白。經過十多年的努力，

內地衝突法的立法雖有長足的進步，但只是初具輪廓，尚存在不少遺漏。如反致、識別、法律規避、外國法查明的錯誤以及複合法域法律衝突的解決等衝突法的基本制度至今無明確的立法規定，有關動產物權、不當得利、無因管理、夫妻關係、親子關係、監護關係等一系列日常生活中經常發生的法律衝突，立法上也還是空白。

第四、過多依賴司法解釋。在司法實踐中，最高人民法院經全國人民代表大會授權對如何適用法律規範所作的解釋，以及在將法律規範適用於具體案例、事項時所作的解釋，稱為司法解釋。只要這種解釋不違反憲法和法律，對下級法院具有普遍的約束力。鑒於現行衝突法制度存在不少遺漏，而且已有的一些法律規定過於簡單，在實踐中難以有效適用，為彌補成文法的不足，在司法實踐中必然過多地採用司法解釋。譬如，《民法通則》第八章自第142條至第156條，僅有9條13款，而1988年最高人民法院《關於貫徹執行 中華人民共和國民法通則 若干問題的意見（試行）》（以下簡稱《民法通則解答》）關於“涉外民事關係的法律適用”的第七部分卻包含了18條。下文將會述及，有關衝突法的不少制度事實上都是由這類司法解釋規範的。

第五、現行衝突法的一些規定具有明顯的計劃經濟的痕跡。中國內地目前正在推進社會主義市場經濟的建設。市場經濟是一種法制經濟、開放經濟，需要衝突法的引導和保障。而現行衝突法制度主要是在計劃經濟的體制下建立起來的，難以適應市場經濟發展的需要。譬如，在市場經濟體制下，契約自由、意思自治等原則應得到更廣闊的空間，但中國現行法律中對這些原則的適用規定了限制性條件，並以單邊衝突規範規定某些涉外經濟合同只能適用中國法，反映出強烈的法律屬地傾向。再如，市場經濟條件下衍生的公司、破產、證券、知識產權等領域的法律適用問題至今無明確的法律規定。為此，按照市場經濟的要求和發展規律重塑中國的衝突法制度已成為立法者和法學家面臨的重大課題。

### （三）簡短小節

從上述兩地現行衝突法制度的特點來看，雖然存在一些相似之處，但彼此之間存在顯著的差異。這些差異主要體現在以下幾方面：

1. 在有關衝突法的立法模式方面，澳門以專章形式在《民法典》中集中規定衝突法制度。中國內地則採用專章形式與在單行法中分散規定衝突法制度相結合的立法模式。

2. 在有關衝突法的體系結構方面，澳門現行衝突法具有較為完整的體系結構，各種衝突法的具體制度完備齊全。中國內地的衝突法則初具規模，但體系結構尚不完整，存在較多的遺漏和空白。

3. 在有關衝突法的國內淵源方面，澳門強調成文法的作用，否定判例作為法律淵源的地位。中國內地雖以成文法作為衝突法的基本淵源，但也重視判例作為輔助淵源的作用，以大量的司法解釋彌補現行衝突法的不足與遺漏。值得注意的是，這種司法解釋與澳門法律制度中的司法見解不同。司法解釋是最高人民法院經全國人大授權作出的，對各級人民法院具有普遍的約束力。而司法見解接近於葡國或澳門法律中的“學說”（*Doutrina*），從理論上講，各級法院在審理案件時都可以形成自己的司法見解，並非所有的司法見解都具有約束力。<sup>9</sup>

4. 在有關國際條約在內部秩序中的地位方面，根據前述《葡萄牙共和國憲法》第8條的規定，一般或共同的國際法規範及原則，經葡萄牙正式批准或通過的有關衝突法的國際公約，將被葡萄牙法律“自動接納”（*Recepção automática*）。因此，延伸適用於澳門的這類公約將成為澳門法律的組成部分，在內部秩序中有效。中國憲法對於國際法和條約在國內的效力沒有明文規定，但《民法通則》第

---

<sup>9</sup> 參見前註(1)，第11頁。



142條規定：“中華人民共和國締結或者參加的國際條約同中華人民共和國的民事法律有不同規定的，適用國際條約的規定，但中華人民共和國聲明保留的條款除外。”可見條約的效力高於國內民事法律。但這一規定只限於個別法律，<sup>10</sup>還不能說在中國法律體系中已完全確立了條約效力高於國內法的原則。中國締結或參加的國際條約也不能視為中國法律的組成部分，直接予以適用，有時還通過制定相應的國內法予以實施。如《澳門特別行政區基本法》第40條規定：“《公民權利和政治權利國際公約》、《經濟、社會與文化權利國際公約》和國際勞工公約適用於澳門的有關規定繼續有效，通過澳門特別行政區的法律予以實施。”有些葡國法律專家對此條規定難以理解，認為上述公約無必要通過特別行政區的法律予以實施，而應直接予以實施，這一點正反映了中國與葡萄牙法律制度的差異。

## 二、兩地衝突法一般制度的比較

前文述及，澳門衝突法的體系較為完整，《民法典》第一卷第一編第三章第一節規定了衝突法的“一般制度”（Disposições gerais）。中國現行立法有關衝突法一般制度的規定存在較多缺門，在很大程度上是由司法解釋彌補法律之不足。

### （一）關於外國人民事法律地位的制度

在民事法律關係領域，外國的法律地位（Condição jurídica dos estrangeiros）指外國自然人、法人在內國享有民事權利、承擔民事義務的實際狀態。兩地現行衝突法有關外國人民事法律的規定極為相似，都以國民待遇作為一般原則。澳門《民法典》第14條第1款規定：“外國人享有與本國國民同等之民事權利，但法律另有規定者除外。”中國《民法通則》第8條規定，本法關於公民的規定，同樣適用於中國領域內的外國人。《民事訴訟法》第5條規定：“外國人、無國籍人、外國企業和組織在人民法院起訴、應訴，同中華人民共和國公民、法人和其他組織有同

---

<sup>10</sup> 《涉外經濟合同法》、《民事訴訟法》等法律中也有類似的規定。

等的訴訟權利和義務。”

對於國民待遇的適用，各國通常都以互惠為條件，澳門《民法典》第14條第2款也規定了對等原則：某國家賦予其國民某些權利，而在相同情況下不賦予澳門人，則澳門亦不承認該國國民享有該等權利。中國《民事訴訟法》第5條第2款也規定：外國法院對中國公民、法人和其他經濟組織的民事訴訟權利加以限制的，中國人民法院對該國公民、企業和組織的民事訴訟權利，實行對等原則。然而，鑒於1992年修改的《葡萄牙共和國憲法》第15條第1款放棄了以互惠作為享有國民待遇的要求，澳門《民法典》的上款規定如繼續適用將存在違憲問題，故《民法典》修訂稿已取消了這一款。

## （二）關於識別制度

識別（Qualificação）指依照一定的法律觀念，對構成衝突規範範圍的有關法律事實進行分類和定性，以及對係屬中的法律概念進行解釋的過程。澳門《民法典》第15條對識別問題作了專門規定：“賦予某法律準據法地位時，僅適用該法律之若干規定，該等規定須基於其內容及在該法律中所具有之功能而構成衝突規範所涉及範疇制度之規定。”該條以“準據法說”作為識別的標準，即以法律關係本身的準據法作為標準對準據法進行識別，強調識別時應充分考慮準據法的“內容”（conteúdo）與“功能”（função），並規定該準據法唯有基於其內容和功能而能構成衝突規範所涉及的範疇制度的規定時，才能作為識別的根據。以“準據法說”作為識別標準在現代各國衝突法立法中是非常少見的。在衝突法理論中，“準據法說”受到了大多數學者的反對，因為識別的的目的就在於確定衝突規範的性質，找到所應適用的準據法，識別完成前是無法確定準據法的。故“準據法說”在理論上自相矛盾，陷入了循環論。此外，在司法實踐中往往兩個或兩個以上國家的法律都可以作為準據法，究竟應以其中哪一國的法律作為識別標準，“準據法說”也無法解決此問題。

中國現行衝突法對識別及其標準未作規定，但在司法實踐中，人民法院通常依循國際上最流行的“法院地法說”，即以法院地法作為識別的依據。

## （三）有關反致制度

反致（Reenvio）是指法院地國在根據本國衝突規範適用外國法的過程中，接受了該外國的衝突規範的指定，適用本國實體法或第三國實體法的制度。凡法院最後適用本國實體法的，稱為“一級反致”、“直接反致”（Retorno directo）；凡法院最後適用第三國實體法的，稱為“二級反致”、“轉致”。

澳門《民法典》有關反致的規定十分精緻，以4條8款分別規定了反致的一般

原則、對第三國法律的反致、對澳門法律的反致以及不接納反致的情況，現簡述如下：

#### 1. 一般原則（Princípio geral）

《民法典》第16條規定，衝突規範指示外國法時，如無相反規定，僅適用該法律之內部法，此處的“內部法”（Direito interno）應理解為澳門衝突法所指向的外國實體法。從該條可推知澳門衝突法原則上不適用反致制度，僅在法律有相反規定時才除外。因為反致是一種不同國家衝突法發生抵觸的現象，其產生的重要條件是法院地國將衝突規範所援引的外國法理解為一個既包括實體法，又包括衝突法的整體。如果把外國法僅理解為是實體法，而不包括衝突法，就失去了彈性，既反致不回來，又轉致不出去。《民法典》第17條、第18條可以理解為是第16條所指的“相反規定”，即適用反致的情況。

#### 2. 對第三國法律的反致（Reenvio para a lei de um terceiro estado）

《民法典》第17條第1款對於“對第三國法律的反致”即轉致作了規定：澳門衝突規範所指之法律之國際私法引用另一法律時，而該法律認為本身為規範有關情況之準據法者，應適用該法律之內部法。此處所指的“該法律之內部法”是指第三國實體法。該條第2款則對第1款的適用作了限制：如澳門衝突規範所指之法律為屬人法，且當事人常居於澳門或常居於某一國家，而該國之衝突規範認為當事人國籍國之內部法為準據法者，不適用第1款之規定。即屬第2款情形，不適用第1款關於轉致的規定，而適用當事人慣常居所所在地的澳門或某一外國的衝突規範所指向的屬人法。該條第3款又對第2款的規定作了限制，從而又回到了第1款的規定：衝突規範所指之本國法引用不動產所在地法，且該法認為本身為準據法時，所有關於監護、保佐、配偶間之財產關係、親權、收養人與被收養人關係及繼承等事宜，均只受第1款之規則約束。該款所規定的事宜本應受屬人法支配，但因衝突規範所指的本國法又指定了不動產所在地法，在此情況下不理會第2款的規

定，只受第1款約束，適用不動產所在地法。

### 3. 對澳門法律的反致（Reenvio para a lei de Macau）

《民法典》第18條第1款對直接反致作了規定：衝突規範所指之國際私法引用澳門內部法時，澳門內部法為適用之法律。該條第2款則對第1款的適用作了限制：如為屬人法則範圍之事宜，則僅在當事人常居地在澳門，又或當事人常居地國之法律同樣認為澳門內部法為準據法之情況下，方適用澳門法。

### 4. 不接受反致之情況

《民法典》第19條第1款、第2款分別規定了不接受反致的兩種情況。第1款規定：適用第17條、第18條規定如果引致按第16條之規則原為有效或產生效力之法律行為變為無效或不產生效力，或使原為正當身分狀況變為不正當身分狀況時，不適用該兩條規定。這一款保證了反致制度的適用不影響法律關係的穩定性及法律適用的公正性。第2款則規定：在容許當事人指定適用法律之情況下，當事人已指定外國法者，亦不適用上兩條規定。這一款的規定表明在允許採用意思自治原則選擇準據法的情況下，不適用反致制度。

《民法典》上述四條表明，澳門衝突法在有條件的情況下，既接受反致，又接受轉致。

中國現行立法對反致制度未作規定，在起草《民法通則》的過程中，一些學者以採用反致不符合法院地國衝突法的宗旨為由，反對採用反致制度。但不少學者認為，在各國都竭力限制外國法，擴大本國法適用範圍的情況下，不接受反致等於束縛了自己的手腳。然而，最高人民法院發布的《涉外經濟合同法解答》規定：“當事人協議選擇的或者人民法院按照最密切聯繫原則確定的處理合同爭議所適用的法律，是指現行的實體法，而不包括衝突法規範和程序法。”這說明至少在合同爭議的法律適用方面，中國是排斥反致制度的。

#### （四）關於解決多元法律衝突的制度

多元法律衝突是指一國同時存在的幾種不同法律之間的衝突，其中既有同一國家內不同法域法律之間的衝突，即區際法律衝突（*Conflitos interlocais*），又有同一國家內適用於不同類別之人的法律之間的衝突（*Conflitos interpessoais*）。

澳門《民法典》第20條規定了多元法之法律體系（*Ordenamentos jurídicos plurilegislativos*），其中第1款規定了區際法律衝突：“一國之法律因個人國籍成為準據法，且在該國同時存在不同地方法制時，由該國之內部法規定每一情況所適用之法制。”此處所指的“該國之內部法”應理解為是該國解決區際法律衝突的區際私法。第2款又規定：“無區際私法規範時，須採用該國之國際私法；如該法仍不足解決有關問題，則當事人常居地法為其屬人法。”可見澳門處理一國法律因個人國籍成為準據法而發生的區際法律衝突，依照下列順序：第一，適用區際私法；第二，無區際私法時採用國際私法；第三，國際私法不足解決有關問題時，以當事人常居地法為其屬人法。該條第3款則對人際法律衝突的解決作了規定：如準據法在地域上形成單一之法律秩序，而在該法律秩序內有適用於不同類別之人之不同法制，則必須遵守該法就法制衝突而作之規定。此處所指“該法就法制衝突而作之規定”為人際私法或人際衝突法。如該國無專門的人際衝突法，則按《民法典》第23條第2款規定：不可能查明適用之外國法之內容時，須採用補充適用之準據法。但《民法典》對如何適用解決人際法律衝突補充適用的準據法，未作具體規定。

中國現行立法對於解決多元法律衝突的問題未作規定，但最高人民法院發布的《民法通則解答》第192項規定：依法應當適用的外國法律，如果該外國不同地區實施不同的法律的，依照該國法律關於調整國內法律衝突的規定，確定應適用的法律。該國法律未作規定的，直接適用與該民事關係有最密切聯繫的地區的法律。

從兩地有關解決區際法律衝突的規定來看，都以發生法律衝突的所在地國的區際私法作為首選的法律；在該國無區際私法時，澳門採用國際私法規則，這種做法在國際上較為少見。而中國內地採用最密切聯繫原則，這種做法充分考慮了區際法律衝突不同於國際法律衝突的特點，保證了法律適用的合理性、針對性，並且與國際上通行的做法相一致。

#### （五）關於禁止法律規避的制度

法律規避又稱法律欺詐（*Fraude à lei*），指當事人以利己為動機，故意改變構成法院地國衝突規範連結點的具體事實，以避開本應適用的對其不利的準據法，而使對其有利的法律得以適用的一種行為。法律規避在法律上被認是一種間接違反法律的行為，被規避的法律可以是衝突規範所援引的強制法，故各國通常都規定法律規避行為無效。

澳門《民法典》第21條規定：“適用衝突規範時，對存有欺詐意圖，以規避原應適用之準據法而設立之事實狀況或法律狀況，均無須理會。”此處“無須理會”意為不予承認。由於該條文未解釋被規避的準據法是外國法抑或澳門法，故無論規避的是外國法還是澳門法，均屬無效。

中國現行衝突法對法律規避問題未作規定，但《民法通則解答》第194項規定：“當事人規避我國強制或禁止性法律規範的行為，不發生適用外國法律的效力。”對於規避外國強行法的行為，該司法解釋未作規定，在實踐中依情況酌定：如被規避的外國法本身是消極的，不合理的（如禁止白人、黑人通婚），法律規避行為有效；被規避的外國法規定是積極的、合理的（如禁止近親結婚），則規避行為無效。

#### （六）關於公共秩序保留制度

公共秩序保留是指法院地國根據本國的衝突規範適用外國法時，如果發現該



外國法的適用或該外國法適用的結果違反法院地國的公共秩序時，限制、排除該外國法適用的制度。這一制度對外國法的適用起了一種安全閥的作用，是一國限制外國法適用的最直接、最有效的方法。公共秩序（Ordem pública）這一術語的名稱繁多，對其含義的理解也難以統一。目前，包括葡萄牙在內的多數國家的學者主張將公共秩序分為國內公共秩序（Ordem pública interna）和國際公共秩序（Ordem pública internacional）。前者只對本國境內的本國人具有絕對強制性，但處理涉外民事關係時不一定具有普遍約束力；後者則對本國境內的本國人和外國人均有強制性。

澳門《民法典》第22條第1款對公共秩序保留制度作了專門規定：如適用衝突規範所指之外國法之規定，導致違背澳門國際公共秩序之基本原則，則不適用該等規定。該條文表明，澳門衝突法採用直接限制的方法對公共秩序保留作出立法規定，並且只將國際公共秩序列為公共秩序的範圍。但該條文使用的“國際公共秩序之基本原則”（princípios fundamentais da ordem pública internacional）一詞令人費解，因為“公共秩序”本身就包含法律或道德的基本原則之意，採用該詞有畫蛇添足之嫌，並存在同語反覆的語病。該條第2款則規定了援用公共秩序保留制度排除外國法的適用後可取而代之的法律：既可適用該外國準據法中較合適的規定，又可以補充適用澳門內部法之規定。這一規定沒有採用一概以法院地法代替被排除的外國法的通行做法，表明澳門採用比較溫和的方法援用公共秩序保留制度。

中國立法對公共秩序的表述不儘一致，1982年《憲法》第53條使用了“公共秩序”一詞，《民事訴訟法》、《民法通則》則採用“社會公共利益”一詞。《民法通則》第八章第150條首次在衝突法中規定了公共秩序保留制度：“依照本章規定適用外國法律或者國際慣例的，不得違背中華人民共和國的社會公共利益。”該條在立法形式上也採用了直接限制的方法，但內容過於籠統、簡單，既未劃定公共秩序的範圍，也未規定外國法排除後法律適用問題，故具有較大的伸縮性。

### （七）關於外國法內容的解釋及查明制度

外國法內容解釋及查明主要指法院根據衝突規範適用外國法時，對該外國法的內容怎樣予以確定的問題。這是一種從訴訟程序的角度來限制外國法適用的法律制度。它通常被當作一種“補救”手段對衝突規範所援用的外國法（準據法）作最後一次“校正”。

澳門《民法典》第23條第1款規定：“解釋外國法，須在其所屬之法制範圍內，按該法制所定之解釋規則為之。”這表明澳門主張在被解釋的外國法所屬的法制範圍內，按該法制所定之解釋規則對外國法進行解釋，而不依照法院地法進行解釋。有關外國法解釋及查明的方法，《民法典》第348條第1款規定：援用外國法之人，有證明該法之存在及內容之責任，但法院應依職權調查之。第2款規定：當法院須按外國法裁判，而雙方當事人並無援用或一方當事人承認該法之存在及內容或未提出反對時，法院得依職權調查之。這說明澳門原則上由法院依職權查明外國法，當事人僅在援用外國法提出主張時，才負證明外國法之責。《民法典》第23條第2款規定：不能查明適用之外國法之內容時，須依補充適用之準據法；不可能確定事實要素或法律要素以便指定適用之法律時，亦應作相同處理。在不能確定此等補充之準據法時，按《民法典》第348條第3款，應採用葡萄牙之普通法律規則。

中國現行立法對外國法內容的解釋及查明尚無明文規定，在司法實踐中，法院負有查明外國法的責任。《民法通則解答》第193項規定：對於應適用的外國法律，可通過下列途徑查明：（1）由當事人提供；（2）由與中國訂立司法協助協定的締約對方的中央機關提供；（3）由中國駐該國使館提供；（4）由該國駐中國使館提供；（5）由中外法律專家提供。通過以上途徑仍不能查明的，適用中國法律。此外，在對外國法內容的解釋發生錯誤並產生不合理結果時，應允許當事人上訴，以便通過上訴程序甚至審判監管程序糾正錯誤。

從上述兩地衝突法一般制度的比較來看，澳門衝突法的規定較為詳盡，而內地衝突法在這些領域存在相當多的空白。除有關外國人民事法律地位、公共秩序保留由法律規定外，有關識別、反致、多元法律衝突、法律規避、外國法內容的解釋及查明等，都是由司法解釋作出規定的。

### 三、兩地調整各類涉外民事法律關係的衝突規範之比較<sup>11</sup>

與衝突法一般制度相同，澳門調整各類涉外民事法律關係的衝突規範一應俱全，其中大部分法律關係的準據法制度都較完備，但個別衝突規範的規定過於簡單，且內容陳舊。中國內地衝突法的此類規定尚未配套齊全，除個別領域的衝突規範較為完備、先進，大多數衝突規範的內容過於簡單，且存在缺陷，必須借助有關的司法解釋。

#### （一）有關屬人法的範圍及確定

屬人法（*Lei pessoal*）是以當事人的國籍、住所或習慣居所作為連結點的係屬公式，用於解決有關人的身分、能力以及親屬、繼承關係方面的法律衝突。

##### 1. 澳門現行衝突法有關屬人法的規定

澳門《民法典》第一卷第一編第二節第一分節共包含了10條20款，詳細規定了屬人法適用範圍及確定原則。

#### （1）有關屬人法的適用範圍

《民法典》第25條確定了屬人法適用的範圍：“個人之身分狀況、人之能力、親屬關係及繼承，均屬有關主體之屬人法規範，但本節所定之限制除外。”

---

<sup>11</sup> 澳門《民法典》第一卷第一編第三章第二節第二分節對“規範法律行為之法律”作了規範，因中國內地現行立法和司法解釋中對此類問題未明確規定，無法進行比較，故未將該類問題列入本文中。

第26條第1款、第27條第1款分別規定法律人格（Personalidade jurídica）之開始及終止，人格權（Direitos de personalidade）之存在、保護以及對其行使時所施加之限制，亦適用屬人法。第30條又規定無能力人之屬人法適用於監護及保護無能力人之類似範疇。而該法典第28條第1款則規定了屬人法適用的例外：如在澳門作出法律行為之人按屬人法之準據法認為無能力，但假如適用澳門內部法則認為該人有能力者，不得以其無能力為由，撤銷該法律行為。這一規定即為大多數國家採用的“行為地法較屬人法為優先”的原則。

## （2）有關屬人法的確定原則

《民法典》第31條第1款規定：“屬人法即個人之國籍國法。”這一規定體現了大陸法系國家以國籍國法（即本國法）作為屬人法的傳統做法。該條第2款規定：“澳門之現行法律適用於本地區之常居民。”這一款根據第32/91/M號法令對原《民法典》第31條所作之修訂而訂立，具有較強的針對性。同條第3款又規定：當事人在常居所所在國按該國法律作出之法律行為在澳門須予以承認，只要該國法律認為本身為準據法。這一款意味當事人在一定條件下可以不以國籍國法為其屬人法，而以常居所所在地法為屬人法。該法典第32條第1款規定：無國籍人之屬人法為其常居所所在地法；如該人為未成年人或禁治產人，則其屬人法為其法定住所地法。這些條文表明澳門以自然人的國籍國法作為確定屬人法的一般原則，同時又以常居地法、住所地法作為補充原則，在屬人法的適用上具有一定的靈活性、針對性。

對於法人屬人法的確定，《民法典》第33條第1款作了明確規定：法人之屬人法即其行政管理之主要實際住所國之法律。該條第2款對法人屬人法的適用範圍作了詳細規定。對於具不同屬人法的實體發生合併，該條第3款規定須按雙方屬人法之規定判定。此外，《民法典》第34條還規定：國際法人（Pessoas colectivas internacionais）的屬人法為設立國際法人之協約或有關章程內所指之法律；如無指

定，則為主要住所地國之法律。

## 2. 中國內地現行衝突法有關屬人法的規定

中國現行立法沒有採用“屬人法”這一術語，對於解決自然人行為能力法律衝突的一般原則也未作規定。《民法通則》第143條僅規定：中國公民定居國外的，其民事行為能力可以適用定居國法律。《民法通則解答》第179項進一步解釋：定居國外的我國公民的民事行為能力，如其行為是在我國境內所為，適用我國法律；在定居國所為，可以適用其定居國的法律。該司法解釋第181項又規定：無國籍人的民事行為能力，一般適用其定居國法律；如未定居的，適用其住所地國法律。第182項則規定：有雙重或多重國籍的外國人，以其有住所或者與其有最密切聯繫的國家的法律為其本國法。上述條文有時採用“本國法”一詞，有時採用“住所地法”一詞，反映了立法與司法解釋確定屬人法的標準模稜兩可。

與澳門的衝突法一樣，《民法通則解答》第180項也採用了“行為地法較屬人法為優先”的原則，對屬人法的適用作出例外規定：外國人在我國領域內進行民事活動，如依其本國法律為無民事行為能力，而依我國法律為有民事行為能力，應當認為有民事行為能力。”

對於法人屬人法，中國現行立法亦無明確規定，但《民法通則解答》第184項規定：“外國法人以其註冊登記地國家的法律為其本國法，法人的民事行為能力依其本國法確定。”這與澳門的規定有很大差異。

### （二）有關債權關係的準據法制度

債（Obrigações）是指按合同的約定或者依照法律的規定，在當事人之間產生特定的權利和義務關係。在衝突法的理論上通常根據債的發生，根據將債劃分為合意之債與非合意之債。前者又稱法律行為產生之債，通常僅指合同之債，是一種基於合同而產生的債權債務關係；後者又稱基於非法律行為而生之債，指依照

法律規定而產生的債權債務關係，包括侵權行為之債、不當得利之債和無因管理之債。

## 1. 兩地現行衝突法有關合同之債的準據法制度

### 1.1. 澳門現行衝突法有關合同之債的準據法制度

澳門《民法典》將合同之債稱為“由法律行為所生之債”（Obrigações provenientes de negócios jurídicos）。有關這類債的法律關係之準據法，主要採用兩個原則：

第一、意思自治原則。這是澳門確定合同之債準據法的一般原則。《民法典》第41條第1款規定：由法律行為所生之債以及法律行為之實質，均受有關主體指定之法律或顯示出其意欲之法律所規範。從該條款的規定中可知澳門衝突法在意思自治的方式方面，既接受明示的方式，又認可默示的方式（即顯示出當事人“意欲”之法律）。在意思自治的範圍方面，澳門衝突法主張意思自治是相對的、有限制的。該條第2款對意思自治之原則作了明確的限制：當事人指定之法律或顯示出為其意欲之法律，僅得為符合表意人之重大利益而可適用之法律，或與該法律行為中任一為國際私法所考慮之要素有連結關係之法律。

第二、當事人常居地法原則。這是《民法典》確定的合同之債準據法的“候補標準”（Critério supletivo）。該法典第42條第1款規定：當事人未定出準據法時，單方法律行為依表意人之常居地法（Lei da residência habitual），而合同則依當事人之共同常居地法（Lei do residência habitual comum）。該條第2款規定：無共同常居所時，無償合同適用提供利益一方之常居地法，而其他合同適用合同訂立地法（Lei do lugar da celebração do contrato）。

從上述規定來看，澳門衝突法以意思自治作為確定合同準據法的基本原則。在無思自治的情況下，則依照“場所支配行為”的原則，主要以當事人的常居地

這一客觀標誌為依據確定合同準據法。而合同訂立地法則在特殊情況下方能適用，可以視為對常居地法原則的一種補充。

## 1.2. 中國現行衝突法有關合同之債的準據法制度

從總體上看，中國衝突法的立法尚處於初創階段，其數量甚少，涉及面窄，法律條文過於簡單，但相比之下，有關合同領域的衝突法的立法起步最早，法律條文最為完整，包含有這類衝突規範的法律、法規的數量也最多。歸納起來，中國有關涉外合同之債的法律適用原則主要有下列5個層次。

### 第一、意思自治原則

意思自治原則是中國涉外合同之債法律適用的基本原則。《涉外經濟合同法》第5條第1款規定：“合同當事人可以選擇處理合同爭議所適用的法律”。《民法通則》第145條第1款也作了相同的規定。中國立法所反映的這一原則有助於使中國法律與各國立法趨向一致，便於判決執行，更重要的是，這一原則有利於當事人預見法律行為的後果，有利於明確和穩定合同關係，有利於迅速及時地解決合同爭議。

中國立法有關意思自治原則的規定具有兩個顯著特點：

(1) “意思自治”必須是有限制的。《民法通則》第145條第1款規定：“涉外合同的當事人可以選擇處理合同爭議所適用的法律，法律另有規定的除外。”這種法律另有規定的情況即屬意思自治的例外。中國現行立法對這種例外情況作了明確的規定。如《涉外經濟合同法》第5條第2款規定：三類特殊的涉外經濟合同一律適用中國法，而不允許當事人選擇其他法律。

(2) “意思自治”必須是明示的。中國立法雖未明文規定選擇合同準據法必須是明示的。但《涉外經濟合同法》第5條第1款和《民法通則》第145條第2款都

規定：當事人未選擇合同準據法時，即適用與合同有最密切聯繫的國家的法律。這種規定顯然排除了推定和假定當事人默示意思的可能性，反映了明示的意思自治的立法精神。根據最高人民法院《涉外經濟合同法解答》：“當事人選擇的法律，可以是中國法，也可以是港澳地區的法律或者是外國法，但是當事人的選擇是經雙方協商一致和明示的。”

## 第二、最密切聯繫原則

最密切聯繫原則是中國涉外合同之債法律適用的補充原則，這一原則對當事人選擇合同準據法的原則作了必要的補充。《涉外經濟合同法》第5條第1款和《民法通則》第145條第1款對此都作了明確規定，《涉外經濟合同法解答》對於通常情況下如何按照最密切聯繫原則確定13種涉外經濟合同所應適用的法律作出了具體的規定。該司法解釋同時還規定：“合同明示地與另一國家或者地區的法律具有更密切的關係，人民法院應以另一國家或者地區的法律作為處理合同爭議的依據。”“當事人有一個以上的營業所的，應以與合同有最密切關係的營業所為準。當事人沒有營業所的，以其住所或居所為準。”該司法解釋所規定的13種涉外經濟合同的準據法，絕大多數屬於擔負特徵性給付義務的合同當事人的營業所在地法律，這說明中國司法實踐在確定與合同有最密切聯繫的法律時與目前世界上盛行的“特徵性給付說”是並行不悖的。

## 第三、三類特殊涉外經濟合同適用中國法的原則

三類特殊的利用外資的合同適用中國法律是涉外合同之債法律適用的特殊原則。《涉外經濟合同法》第5條第2款明確規定：“在中華人民共和國境內的中外合資經營企業合同、中外合作經營企業合同、中外合作勘探開發自然資源合同，適用中華人民共和國法律。”這條單邊衝突規範屬於不容當事人更改的絕對強制性規範。



上述三類合同必須適用中國法律是由這些合同的特殊性質所決定的。綜合這幾類合同的各種連結因素，其與中國的聯繫最為密切，適用中國法具有充分的法律根據。但是，隨市場經濟體制的逐步建立，一些學者對這條單邊衝突規範提出疑義，尤其是對其鮮明的法律屬地傾向提出了批評。

#### 第四、適用國際條約的原則

前文述及，《涉外經濟合同法》、《民法通則》等法律都作了國際條約優先於國內法的規定。

#### 第五、適用國際慣例的原則

《涉外經濟合同法》第5條第3款規定：“中華人民共和國法律未作規定的，可以適用國際慣例。”《民法通則》第142條第3款也作了類似的規定。採用這一原則對於彌補現行法律的不足具有積極的意義。但是，根據中國的立法精神，適用國際慣例必須以中國法律對於合同當事人爭議的問題未作規定為條件，與此同時，適用國際慣例也不得違反中國法律的基本原則和社會公共利益，這反映了中國在涉外合同之債法律適用問題上原則性和靈活性的高度統一。

從兩地有關合同之債準據法制度的規定來看，主要存在以下差異：

其一，儘管兩地都以意思自治為基本原則，但澳門既接受明示的意思自治，又承認默示的意思自治。而中國內地僅採納明示的意思自治。

其二，在當事人沒有選擇合同準據法時，澳門採用“客觀標誌說”，以當事人常居地法作為準據法。而中國內地則採用國際上流行的“最密切聯繫說”，以與合同最有密切聯繫的法作為準據法。

此外，中國現行衝突法還採用了單邊衝突規範規定三類特殊合同一律適用中國法，並規定了適用國際條約和國際慣例的原則。澳門衝突法雖然未在《民法

典》第41條、第42條中規定適用國際條約和國際慣例的原則，但兩者具有澳門衝突法國際淵源的地位，在司法實踐中自然會得到適用，無需在合同之債的準據法中作出專門的規定。

## 2. 兩地現行衝突法有關侵權行為之債的準據法制度

### 2.1. 澳門現行衝突法有關侵權行為之債的準據法制度

澳門有關侵權行為之債準據法集中體現在《民法典》第45條之中，主要有兩個原則：

第一、行為地法原則。這是確定侵權行為之債準據法的一般原則。《民法典》第45條第1款規定：“基於不法行為、風險或任何合規範行為而產生之非合同責任，受引致損失之主要行為之發生地國之法律規範；因不作為而產生責任時，適用責任人應為行為地法。”這是傳統的“場所支配行為”的原則，即以侵權行為地法作為侵權行為之債的準據法。這一原則在各國衝突法中始終占主導。該條第2款規定：損害結果發生地國之法律認為行為人應負責，而行為地國之法律不如此認為時，適用損害結果發生地國之法律，只要行為人應能預見其作為或不作為在該國內發生損害。這種以損害結果發生地為標準確定侵權行為地之做法，與大陸法系多數國家以行為加害地作為侵權行為地的做法不同。

第二、共同國籍國法或共同住所地法原則。與多數國家的立法相同，澳門《民法典》在確定行為地法為一般原則的同時，以當事人共同的屬人法作為確定侵權行為之債準據法的補充原則。其第45條第2款規定：行為人及受害人有同一國籍而偶然身處外國，或無共同國籍，但有同一常居所而偶而身處外國時，適用國籍國法或共同居所地法，但不影響適用當地國家應對任何人一律適用之規定。

### 2.2. 中國現行衝突法有關侵權行為之債的準據法制度

中國立法有關涉外侵權行為之債法律適用的規定集中體現在《民法通則》第146條之中，該條第1款規定：“侵權行為的損害賠償，適用侵權行為地法律。當事人雙方國籍相同或者在同一國家有住所的，也可以適用當事人本國法律或者住所地法律。”第2款規定：“中華人民共和國法律不認為在中華人民共和國領域外發生的行為是侵權行為的，不作為侵權行為處理。”這些規定體現了中國人民法院確定涉外侵權行為之債準據法時遵循的三項原則：

### 第一、侵權行為地法原則

這是中國確定涉外侵權行為之債準據法的基本原則，普遍適用於各種性質的侵權行為案件。根據最高人民法院1988年《民法通則解答》第187項的規定：“侵權行為地的法律包括侵權行為實施地法和侵權結果發生地法律。如果兩者不一致時，人民法院可以選擇適用。”

### 第二、共同屬人法原則

這是中國確定涉外侵權行為之債準據法的補充原則。《民法通則》第146條第1款的規定體現了這一原則，這條無條件的選擇性衝突規範表明，當事人雙方如國籍相同或者在同一國家有住所，既可以適用侵權行為地法，也可以適用當事人共同的本國法或者住所地法。這一共同屬人法原則對侵權行為地法原則作了有益的補充。

### 第三、重疊適用侵權行為地法和法院地法原則

這是中國確定涉外侵權行為之債準據法的特殊原則。《民法通則》第146條第2款的規定表明，中國人民法院在審理發生在中國領域外的侵權行為案件時，只有中國法律（法院地法）認為構成侵權行為的，才能作為侵權行為來處理。即首先以中國法律為依據進行識別，對法律關係進行定性，由於中國將侵權行為地法原則作為確定侵權行為之債準據法的基本原則，因此，當人民法院確定某一發生在

國外的行為構成侵權行為時，通常以侵權行為地法為依據解決有關損害賠償問題。中國人民法院在審理這類案件的過程中無疑同時適用了作為法院地法的中國法和作為侵權行為地法的外國法。

從上述兩地衝突法有關侵權行為之債準據法確定的原則來看，都是以侵權行為地法作為一般原則，以共同屬人法作為補充原則。但兩地在具體適用這兩條原則時，是存在差異的：

其一，確定侵權行為地的標準不一致。澳門以損害結果發生地為標準，中國內地由人民法院在侵權行為實施地和侵權結果發生地之間作出選擇。

其二，共同屬人法原則適用的條件不一樣。澳門《民法典》第45條第2款的規定中包含了適用該原則的兩個限制性條件，一是強調當事人須是“偶然身處國外”，二是規定適用該原則以不影響適用當地國家應對任何人一律適用的規定為前提條件。中國《民法通則》則無這些限制。

此外，中國《民法通則》第146條第2款規定了“雙重可訴準則”，而澳門立法中沒有相應的規定。

### 3. 有關不當得利與無因管理的準據法制度

不當得利（*Enriquecimento sem causa*）是指無法律上或合同上的根據，致使他人受到損害而獲得的利益。澳門《民法典》第44條規定：“不當得利受財產價值轉移於受領人所依據之法律規範。”

無因管理（*Gestão de negócios*）是指既未受人委託，又無法律上的義務而為他人管理事務的行為。澳門《民法典》第43條規定：“無因管理適用管理人主要行為地法。”

澳門衝突法有關不當得利與無因管理之債準據法的規定與當今世界絕大多數

國家採用的以事實發生地法作為兩者準據法的通行做法不儘一致。

同一部分國家的立法一樣，中國現行立法對於不當得利與無因管理之債的法律適用均未作明確規定。

### （三）確定物權關係的準據法制度

物權（Direitos reais）是一種以支配權為主要內容的財產權，泛指財產所有人對物的占有、使用、收益、處分並排除他人干涉的全部權利。在各國的衝突法制度中，幾乎無例外地把物之所在地法原則作為解決物權法律衝突的基本原則。

#### 1. 澳門現行衝突法關於物權關係的準據法制度

澳門《民法典》第一卷第一編第三章第二節第四分節專門就物權關係的準據法作了規定，將物之所在地法（Lei do lugar da situação da coisa）作為確定物權關係準據法的基本準則。其第46條第1款規定：“占有、所有權及其他物權之制度，均按物之所在地國之法律規定。”第47條也規定：“設定或處分不動產物權之能力，亦按物之所在地法規定，只要該法有此規定；否則適用屬人法。”第46條第2款則規定了物之所在地法原則適用的例外情況：“受註冊制度約束之交通工具，其權利之設定及轉移，均受註冊地國之法律規定。”這一規定與各國普遍主張的以運輸機械的旗幟國法或登記國法作為準據法的做法完全一致。

除了規定以物之所在地法作為有體物的準據法以外，《民法典》第48條還對作為無體物的知識產權的法律適用作出規定。該條第1款規定：“著作權受首次發表作品地之法律規範；如作品仍未發表，則受著作人之屬人法規範，但不影響特別法例之規定。”第2款規定：“工業產權受創設產權國之法律規範。”

#### 2. 中國現行衝突法關於物權關係的準據法制度

中國現行衝突法將物之所在地法作為處理不動產物權法律衝突的準據法。

《民法通則》第144條規定：“不動產的所有權，適用不動產所在地法律。”《民法通則解答》第186項規定：“土地、附於土地的建築物及其他定物、建築物的固定附屬設備為不動產。不動產的所有權、買賣、租賃、抵押、使用等民事法律關係，均應適用不動產所在地法律。”

然而，中國現行立法及司法解釋未確定動產物權關係普遍適用的準據法，一些特殊動產的法律適用原則分散規定在有關的單行法之中。如《民用航空法》第185條規定：“民用航空器所有權的取得、轉讓和消滅，適用民用航空器國籍登記國的法律。”第186條規定：“民用航空器抵押權適用民用航空器國籍登記國法律。”《海商法》第270條規定：“船舶所有權取得、轉讓和消滅，適用船旗國法律。”第271條規定：“船舶抵押權適用船旗國法律。”

有關知識產權法律衝突的準據法，中國立法尚無明確的規定。

從兩地有關物權關係的準據法制度來看，存在不少相同之處，都以物之所在地法原則作為基本準則，有關交通工具都以登記國法為準據法。中國《民法通則》及其司法解釋有關不動產準據法的規定非常詳盡。但對動產的法律適用隻字未提。澳門《民法典》第46條第1款雖墨不多，但因沒有區分動產、不動產，故可理解為既適用於動產物權，又適用於不動產物權。

#### （四）有關親屬關係的準據法制度

親屬關係（*Relações de família*）主要指以法律形式確定下來的婚姻關係以及父母基於身分對子女行使權利和承擔義務的親權關係。由於澳門與中國內地的政治、經濟制度不同，人們的道德觀念、宗教信仰、傳統的生活方式存在差異，兩地親屬關係的法律衝突較之於其他領域的法律衝突顯得更為直接，兩地有關親屬關係的準據法制度也存在許多差別。

##### 1. 兩地現行衝突法有關涉外結婚的準據法制度

### 1.1. 澳門現行衝突法有關涉外結婚的準據法制度

有關涉外婚姻的法律衝突既包括婚姻實質要件的法律衝突，又包括婚姻形式要件的法律衝突。澳門《民法典》第49條規定：“結婚或訂立婚前協定之能力受結婚人各自之屬人法規範；該屬人法亦為確定有關訂立合同人之意思欠缺或瑕疵之制度之準據法。”該條為解決結婚實質要件法律衝突的準據法。該法典第50條規定了結婚形式要件的準據法：“結婚方式受婚姻締結地國之法律規範，但下條之規定除外。”在第51條中規定了領事婚姻、宗教婚姻等第50條所指的例外情況。

### 1.2. 中國現行衝突法有關涉外結婚的準據法制度

中國《民法通則》第147條明確規定：“中華人民共和國公民和外國人結婚適用婚姻締結地法律。”這是現在僅有的處理涉外結婚的衝突規範。從這一衝突規範的適用範圍和對象來看，它既適用於有關婚姻實質要件方面的法律衝突，也適用於有關婚姻形式要件方面的法律衝突；既適用於中國境內中國公民與外國人所締結的婚姻，也適用於中國境外中國公民與外國人所締結的婚姻。顯然，對於中國公民與外國人在國外締結的婚姻，不論是實質要件方面的法律衝突，還是形式要件方面的法律衝突，都可以適用婚姻締結地法律即外國法。

從兩地衝突法的上述規定來看，有關涉外結婚的準據法制度存在兩個顯著的區別：其一，中國衝突法有關涉外結婚的準據法不分形式要件、實質要件，適用同一個原則。澳門衝突法雖對此加以區別，但《民法典》第46條僅規定結婚或訂立婚前協定之能力方面的準據法，對於其他眾多的實質要件的準據法制度，《民法典》未作規定。

其二，澳門《民法典》第46條以屬人法作為準據法，中國《民法通則》第147條則以婚姻締結地法作為準據法。

## 2. 兩地現行衝突法有關涉外夫妻關係的準據法制度

涉外夫妻關係是指不同國籍的婚姻當事人締結的婚姻所產生的夫妻間的人身關係和財產關係。由於夫妻關係具有典型的身分能力的性質。故以本國法為屬人法的歐洲大陸大多數國家均以夫妻本國法作為準據法。澳門《民法典》第52條第1款規定：“配偶間之關係受共同本法國規範，但下條之規定除外。”第2款規定：“配偶雙方不具同一國籍時，適用其共同常居地法；如無共同常居地法，則適用與家庭生活有較密切關係之國家之法律。”《民法典》第53條規定了“婚前協定及財產制”的準據法，此條為第52條第1款所指的“除外”情況。該條第1款規定：“婚前協定及法定或約定財產制之實質及效力，均按締結婚姻時結婚人之本國法規定。”第2款又規定：“結婚人不具同一國籍時，適用共同常居地法；如無共同常居地法，則適用婚後首個共同居所地法。”

從《民法典》的上述規定來看，澳門衝突法以配偶共同本國法為最基本的準據法，但婚前協定及財產制例外。在無法適用共同本國法時，《民法典》採用了有條件的選擇性衝突規範，即視當事人不同情況依次適用共同常居地法、與家庭生活有較密切聯繫國家的法律。在有關婚前協定及財產制的準據法方面，也採用了這種有條件選擇性衝突規範。

中國現行立法對於涉外夫妻關係的法律適用無專門規定，但有關夫妻間的財產關係適用《民法通則》第148條關於扶養適用與被扶養人有最密切聯繫的法律的規定。最高人民法院關於《民法通則解答》第189項規定：“父母子女相互間的扶養、夫妻相互之間的扶養關係以及其他有扶養關係的人之間的扶養，應當適用與被扶養人有最密切聯繫國家的法律。扶養人和被扶養人的國籍、住所以及供養被扶養人的財產所在地，均可視為與被扶養人有最密切的聯繫。”

## 3. 兩地現行衝突法有關涉外離婚的準據法制度



澳門《民法典》第55條第1款規定：法院裁定之分居及分產、離婚適用第52條之規定。這表明這一領域的法律衝突以夫妻共同本國法為準據法，無共同本國法時，依次適用共同常居地法、與家庭生活有較密切聯繫國家的法律。

中國現行立法有關涉外離婚案件準據法的規定較為簡單，根據《民法通則》第147條的規定，中國公民同外國人的離婚，“適用受理案件的法院所在地法律。”而《民法通則解答》第188項對《民法通則》第147條的上述規定又作了進一步的解釋：“我國法院受理涉外離婚案件，離婚以及因離婚而引起的財產分割，適用我國法律。認定其婚姻是否有效，適用婚姻締結地法律。”

#### 4. 兩地現行衝突法有關父母子女關係的準據法制度

父母子女關係又稱親子關係，指基於血緣關係或收養的法律事實而產生的父母與子女的權利、義務關係。因父母與子女關係涉及人的身分，收養關係也屬於一種擬制的血親關係，各國衝突法通常都以屬人法作為這類法律關係的準據法。

澳門《民法典》第56條就親子關係之成立（*Constituição da filiação*）的準據法作了規定，其中第1款規定：“親子關係之成立，適用親子關係確定日之生父或生母之屬人法。”第2款則採用了一條有條件的選擇性衝突規範：“已婚婦女之子女，與父親之親子關係之成立，受母親及其丈夫之共同本國法規範；如無共同本國法，則適用配偶雙方之共同常居地法；如無共同常居地，則適用該子女之屬人法。”

《民法典》第57條則規定了父母與子女關係（*Relações entre pais e filhos*）的準據法，其第1款採用了有條件的選擇性衝突規範，依次適用父母之共同本國法、父母共同常居地法、子女之屬人法。第2款規定，僅與生父母其中一人確立親子關係時，適用該人之屬人法；如生父母其中一人已死亡，則以仍生存者之屬人法為準據法。

在《民法典》第60條第1款中，又確定了收養之親子關係（Filiação adoptiva）成立的準據法：收養人之屬人法。該條第2款規定夫婦作出共同收養或待被收養人為收養人配偶之子女時，依次適用配偶雙方之共同本國法、共同常居地法、與收養人家庭生活有較密聯繫的國家的法律。第3款則規定，收養人與被收養人及被收養人與原親屬之關係，受收養人之屬人法約束。《民法典》第61條還對認領（Perfilhação）或收養（Adopção）的特別要件等作了規定。

中國現行立法對於父母子女關係的準據法尚無明文規定，上述《民法通則》第148條規定的扶養適用與被扶養人有最密切聯繫的國家的法律這一條衝突規範，同樣適用於父母與婚生子女、非婚生子女及養子女之間的關係。

#### （五）有關繼承關係的準據法制度

繼承（Sucessão）所涉及的法律關係，往往與物權、債權、親權等多種法律關係交織在一起，顯得異常複雜，各國的財產繼承制度也存在很大差異，經常發生法律衝突。

##### 1. 澳門現行衝突法有關繼承關係的準據法制度

澳門《民法典》第一卷第一編第三章第二節第六分節對有關繼承關係的準據法制度作了規定。該法典第62條規定了涉外繼承的準據法：“繼承受被繼承人死亡時之屬人法所規範；該法亦為確定遺產管理人及遺囑執行人權力之準據法。”該條文表明，澳門衝突法採用“同一制”的方式確定遺產繼承之準據法，即把遺產看作一個整體，不分動產不動產，適用同一個準據法。

由於遺囑繼承既涉及遺囑內容、遺囑人的遺囑能力、遺囑的變更和撤銷等實質要件問題，又涉及遺囑方式這一形式要件問題，多數國家的衝突法都主張區分遺囑繼承的實質要件與形式要件，分別規定遺囑繼承各個環節的準據法。澳門《民法典》也採用了這一方法。其第63條第1款規定了遺囑能力的準據法：“作

出、變更或廢止死因處分的能力，以及因處分人年齡而在處分上所要求之特別方式，受處分人作出意思之屬人法規範。”該條第2款規定：“在作出處分後取得新屬人法之人，保留按前屬人法規定廢止有關處分之必要能力。”在《民法典》第64條中，又列舉了由被繼承人作出意思表示時之屬人法所規範的事項：有關條款及規定的解釋、意思之欠缺及瑕疵以及可否訂立共同遺囑或繼承合同。而《民法典》第65條則規定了遺囑方式的準據法。該條第1款規定：“死因處分以及廢止或變更，其方式符合訂立行為地法之規定，或符合被繼承人意思表示時或死亡時之屬人法之規定，又或符合訂立行為地法之衝突規範引用之法律之規定時，均為有效。”其第2款又規定：如被繼承人意思表示時之屬人法規定，即使行為在外國作出，仍須遵守特定方式，否則無效或不產生效力的，則必須遵守該特定方式。

## 2. 中國現行衝突法有關繼承關係的準據法制度

中國現行衝突法有關繼承關係的準據法制度，主要由1985年《繼承法》第36條和《民法通則》第149條作出規範。《繼承法》第36條對涉外繼承的法律適用作了明確的規定，這一規定有以下三個層次：

“中國公民繼承在中華人民共和國境外的遺產，或者繼承在中華人民共和國境內的外國人的遺產，動產適用被繼承人住所地法律，不動產適用不動產所在地法律。”

“外國人繼承在中華人民共和國境內的遺產，或者繼承在中華人民共和國境外的中國公民的遺產，動產適用被繼承人住所地法律，不動產適用不動產所在地法律。”

“中華人民共和國與外國訂有條約、協定的，按照條約、協定辦理。”

1986年頒布的《民法通則》第149條對涉外法定繼承的準據法作了進一步規定：“遺產的法定繼承，動產適用被繼承人死亡時住所地法律，不動產適用不動

產所在地法律。”這一規定將被繼承人的住所地限定為被繼承人死亡時的住所地，從而解決了因被繼承人住所發生變動或同時具有幾個住所時可能出現的住所地無法確定的狀況。

上述法律規定表明，在無條約、協定特殊規定的情況下，中國以“區別制”解決涉外法定繼承的法律衝突。這些規定與通行的國際慣例是完全一致的。

然而，中國現行立法對涉外遺囑繼承法律適用尚無明確規定。《繼承法》第36條只是籠統地規定了涉外繼承法律適用，而未指明這種涉外繼承是否同時包括涉外法定繼承和涉外遺囑繼承。有些學者認為，既然法律未作限定，該條文應推定為同時適用於涉外法定繼承和遺囑繼承。《民法通則》第149條則僅規定了“遺產的法定繼承”的法律適用問題，對遺囑繼承問題不作規定。對此，有的學者認為遺囑繼承可以參照法定繼承的有關規定。還有的學者認為，根據後法優於前法的原則，可以推定《繼承法》第36條的規定與《民法通則》相同，即《繼承法》第36條可以理解為專指法定繼承。根據《民法通則》第142條第3款的規定，在中國現行法律對遺囑繼承的有關問題沒有規定的情況下，應按照通行的國際慣例來解決遺囑繼承各個環節的法律衝突問題。

綜上所述，兩地現行衝突法制度各具特色，有關衝突法的一般制度和解決各類法律衝突的衝突規範也各有千秋，彼此之間在不少領域都有相似、相近之處。筆者相信，兩地衝突法的相互借鑒對於完善各自的衝突法制度、建立解決兩地之間區際法律衝突的法律機制具有積極的意義。