

冲突法



法律出版社

高等学校法学试用教材

冲 突 法

法学教材编辑部编审

法律出版社出版 新华书店发行

法律出版社印刷厂印刷

850×1168毫米 32开本 11.25印张 298,000字

1989年3月第一版 1989年3月第一次印刷

印数00,001—3,000

ISBN 7-5036-0110-8/D·111

定价5.40元

本书已列入国家教育委员会组织制订的高等学校文科教材编选计划

作者简介

- 余先予 1936年生，1962年北京大学法律系毕业，1965年同校研究生毕业，现任华东政法学院副教授、国际私法教研室主任，中国国际私法研究会副会长。曾参加国家级优秀法学教材《国际私法》的撰稿。主要著作有：《简明国际私法学》、《国际私法学参考资料》、《东京审判始末》等10余种。其学术论文曾获上海市哲学社会科学论文奖和中华人民共和国司法部政法院校优秀论文奖。
- 孟宪伟 中国人民银行总行管理干部学院副教授，中国国际私法研究会理事。
- 黄 进 武汉大学国际法研究所副教授、副所长，中国国际私法研究会秘书长，法学博士。
- 徐冬根 华东政法学院国际法系教员，法学硕士。

说 明

为了培养国际经济法律人才以适应我国对外开放的需要,在国家教育委员会和司法部的关怀指导下,我们组织编写了一套国际经济法专业的系列教材。这套教材共8种,计有《国际经济法总论》、《国际贸易法新论》、《国际金融法》、《国际税法》、《国际技术转让》、《海商法学》、《冲突法》和《涉外法律文书》等。

本系列教材力求结合我国有关立法、司法和涉外经济活动的实践,正确地阐述和介绍国际经济法的基本理论、基础知识与专业实务。在内容上注意做到科学性、系统性和相对稳定性。

国际经济法学是法学高等教育中一门新的专业,许多方面需要进一步探讨和研究,本系列教材不完善和错误之处,欢迎专家和读者批评指正。

本系列教材可供高等院校国际经济法专业选用,同时对立法和司法部门、涉外经济部门和企业,以及仲裁机构等,也有参考价值。

参加编写这套教材的作者所在单位有:北京大学、中国人民大学、中国政法大学、华东政法学院、厦门大学、对外经济贸易大学、复旦大学、南开大学、武汉大学、吉林大学、中国人民银行总行管理干部学院、中国技术进出口总公司、中国远洋运输总公司等,谨此向上述院校和单位致谢。

《冲突法》是本系列教材的一种,由余先予任主编,撰稿人分工为:

余先予: 导言、一、二、六章;

孟宪伟: 四、十二、十三章;

黄 进：三、五、十一章；
徐冬根：七、十章；
余先予、徐冬根：八、九章。
全书由主编修改定稿。
责任编辑周才储。

法学教材编辑部

1988年3月

目 录

导 言	(1)
-----------	-------

第一编 总 论

第一章 冲突法概述	(5)
第一节 冲突法的对象与概念	(5)
第二节 冲突法的渊源	(14)
第三节 冲突法的基本原则	(27)
第四节 冲突法的作用	(31)
第五节 冲突法学	(33)
第二章 冲突法的历史发展	(41)
第一节 14世纪以前冲突法的萌芽	(41)
第二节 14世纪至18世纪的冲突法的理论与实践	(43)
第三节 19世纪冲突法的理论与实践	(50)
第四节 现代冲突法的学说和立法的发展	(62)
第五节 中国冲突法的历史与现状	(70)
第三章 法律冲突与冲突规范	(73)
第一节 法律冲突	(73)
第二节 冲突规范	(79)
第三节 冲突规范适用中的识别问题	(87)
第四节 准据法的确定	(93)
第四章 外国法的适用及其限制	(102)
第一节 适用外国法的理论	(102)

第二节	反致、转致和间接反致	(106)
第三节	限制法律规避	(112)
第四节	公共秩序保留	(115)
第五节	外国法内容的查明	(120)
第五章	涉外民事法律关系的主体	(125)
第一节	自然人	(125)
第二节	法人	(133)
第三节	国家	(142)
第四节	国际组织	(147)
第五节	关于外国人和外国国家的民事法律地位的几种制度	(149)

第二编 专 论

第六章	涉外物权的法律适用	(157)
第一节	国际民事交往中物权的平权原则	(157)
第二节	不动产物权的法律适用	(160)
第三节	动产物权的法律适用	(163)
第四节	国家财产豁免权	(166)
第五节	国有化与补偿的法律适用	(172)
第七章	涉外债权法律适用	(179)
第一节	涉外债权概述	(179)
第二节	合同之债法律适用的理论	(180)
第三节	合同之债法律适用的整体法与分解法	(186)
第四节	各类涉外经济合同的法律适用	(191)
第五节	侵权行为之债的法律适用	(201)
第六节	不当得利和无因管理之债的法律适用	(212)
第八章	涉外知识产权的法律适用	(214)
第一节	涉外知识产权概述	(214)
第二节	专利权的法律适用	(218)

第三节	商标权的法律适用	(224)
第四节	著作权的法律适用	(230)
第九章	涉外婚姻与亲权的法律适用	(234)
第一节	涉外结婚的法律适用	(234)
第二节	涉外离婚的法律适用	(242)
第三节	涉外夫妻关系的法律适用	(247)
第四节	涉外亲子关系的法律适用	(250)
第五节	涉外收养关系的法律适用	(252)
第六节	涉外监护的法律适用	(253)
第十章	涉外继承权的法律适用	(256)
第一节	涉外继承概述	(256)
第二节	涉外法定继承的法律适用	(257)
第三节	涉外遗嘱继承的法律适用	(264)
第四节	涉外无人继承财产	(271)

第三编 区际法律冲突

第十一章	区际法律冲突及其解决	(275)
第一节	区际法律冲突	(275)
第二节	区际冲突法	(281)

第四编 程 序

第十二章	涉外民事诉讼程序	(293)
第一节	涉外民事诉讼程序概述	(293)
第二节	涉外民事案件的管辖权	(297)
第三节	外国人和外国国家的诉讼地位	(305)
第四节	司法协助	(312)
第五节	外国法院判决的承认与执行	(318)

第十三章 涉外商事仲裁程序	(323)
第一节 涉外商事仲裁概述	(323)
第二节 涉外商事仲裁机构	(327)
第三节 仲裁协议	(330)
第四节 仲裁程序	(334)
第五节 仲裁裁决的承认与执行	(341)
编写本书参考的主要书目	(346)

导 言

冲突法^①是解决不同国家或地区之间民事法律冲突问题的法律规范。

今日世界上社会生活的国际化趋势正在发展，国家之间、地区之间的政治、经济、技术、文化的联系正在加强。任何一个国家或地区如果闭关自守，离开多方面的国际交流去孤芳自赏，必然会被时代所淘汰。所以有远见的政党、政权机构和政治家都在国际社会交流的总格局下来考虑、规划、指导本国或本民族的发展。这是问题的一个方面。另一方面，各个国家又都是主权国家，具有自己独立的法律体系，在具体适用法律的时候，既要求属地优越权又要求属人优越权，总希望扩大自己法律的适用范围。这样，各国在处理涉外民事法律关系时，就不可避免地遇到大量的法律冲突问题，必须寻求合理的解决办法。冲突法就是解决这种法律冲突的可行的办法。中国早在公元七世纪的唐朝，为了适应当时东方最大的封建帝国对外国人采取“招徕”政策的需要，就有了成文的冲突法的规定。纵观世界的历史，涉外民事法律关系的发展是与社会生活的国际化同步展开的。当代各国的民事法律冲突已是一种普遍的社会现象。冲突法的产生和发展是适应社会发展的一种客观需要，并不以人们的好恶决定取舍。各国对这个问题解决得好坏，在一定意义上将决定该国对外开放政策的成败，进而影响其国际关系的发展。

^① 冲突法的名称出现于17世纪。从19世纪30年代以后，冲突法在有的著作中又称为国际私法。19世纪末以来，国际上为了避免或排除国家之间的法律冲突，通过条约统一规定调整涉外民事法律关系的实体规范，出现了所谓统一实体规范。有些学者认为国际私法除冲突法外，还包含统一实体法。但另有一些学者则仍然主张国际私法仅指冲突法。本书冲突法的概念，指广义的国际私法中的冲突法部分。

冲突法不论就其内容、形式和作用来讲，都是法律中一个独立的类别。人们过去对法律规范分类时，习惯分为实体法和程序法两大类，这是不周全的。人们关于冲突法的性质是属于实体法抑或程序法的争论也是没有意义的。冲突法既不属于实体法，因为它不直接确定当事人的实体权利义务；也不属于程序法，因为它不确定诉讼当事人之间或诉讼当事人、其他参与人与法院之间的权利义务关系。冲突法是如何适用法律的法，是确定解决法律冲突的办法的法，所以它是与实体法、程序法并列的第三种独立的法律类别。

以地域范围为标准是确定法律的效力的一种方法。所以法律冲突主要是国家或地区之间的冲突，具体地讲就是本国（地区）法律的域内效力与外国（地区）法律的域外效力的冲突。其中，就统一法的国家来说，法律冲突只是国与国之间的法律冲突；就“一国多法”的不统一法国家来说，法律冲突除本国与外国之间的法律冲突之外，还有拥有独立法律体系的各地区间的法律冲突。中国现在是一个统一法国家，但随着“一国两制”方针的实现，香港于1997年，澳门于1999年回到祖国怀抱，“一国多法”的中国即将出现。区际法律冲突将是中国面临的一个现实问题。冲突法必然在中国有一个新的发展。当然，法律冲突还不仅是地域平面上的冲突，有时还有时间顺序上的冲突（时际冲突），对某些国家还有不同人种、宗教的法律冲突（人际冲突）。不过，各国的冲突法主要是解决地域法律冲突的。

冲突法过去被视为所谓“文明国家”交往的法律制度，帝国主义国家在殖民地、半殖民地、附属国拥有治外法权或称领事裁判权，剥夺了它们对涉外民事案件的管辖权，更剥夺了它们适用本国法律的权利。第二次世界大战后，彻底打破了少数发达国家垄断冲突法的局面，广大发展中国家登上了冲突法的舞台。土耳其、科威特、马达加斯加、匈牙利、南斯拉夫等许多亚、非、拉国家和东欧国家，都颁布了自己的冲突法，争得了适用冲突法独立处理涉外民事法律关系的权利。这是冲突法领域的一场大变革，是民族民主革

命和社会主义革命的胜利，是世界人民的伟大胜利。

新中国经过一段曲折的道路之后，终于走上了不可逆转的实行全方位的对外开放，广泛地参加国际经济、技术、文化交流，吸收国外的资金、先进技术和先进管理经验，发展自己的民族经济的道路。学习冲突法，掌握、熟悉我国和他国处理法律冲突问题的理论和制度，有助于我们合理地处理涉外民事法律关系，在维护本国国家和当事人应得权利和利益的同时，也保护外国当事人的合法权益，从而保障对外开放政策的贯彻。

思 考 题

1. 冲突法在国际社会生活中的作用怎样？
2. 冲突法在法律体系中的地位怎样？

第一编 总 论

第一章 冲突法概述

冲突法是商品经济发展的产物。一个国家要发展商品生产，扩大商品流转，与外国人搞商品交换，就必然发生涉外的所有权、债权、知识产权、婚姻与亲权、继承权等民事关系。如果说国内的商品经济关系离不开法律调整的话，那么，涉外的商品经济关系就更需要法律来保护。这种法律首当其冲的是冲突法。因为涉外民事关系除了有统一实体法或专用国内实体法调整的那一部分，已经避免或排除了法律冲突以外，其余部分都会发生法律冲突，需要冲突法来调整。即使是已经避免或排除了法律冲突的那一部分涉外民事关系，也是以存在法律冲突为前提的，不过是设法绕开了法律冲突问题而已；而且，不论是统一实体法或专用国内实体法，其发展都有一个限度，只可能局限在一定范围内；在国家林立的地球上，只要国家没有消亡，仍需要法律来干预社会生活，冲突法就有它适用的余地。

第一节 冲突法的对象与概念

一、冲突法的调整对象

任何一个法律部门都调整着一定的社会关系，都有自己特殊的调整对象，冲突法也不例外。冲突法（Law of the Conflict of Laws）的调整对象是指冲突法所调整的社会关系。它所调整的社会关系不是一般的社会关系，而是存在法律冲突的涉外民事关系。

涉外民事关系在冲突法上人们一般习惯称为“涉外民事法律关系”，意思是指需要法律干预的那一部分涉外民事关系。涉外民事关系是多种多样的，有些不需要由法律调整，如涉外的思想关系、恋爱关系、道德关系等，法律都不过问；另外一些则必须由法律调整，如财产关系、人身关系等等。冲突法调整的涉外民事关系，就是其中需要法律调整的那一部分，所以人们称之为涉外民事法律关系。现在国内外都有学者对冲突法或国际私法的调整对象是涉外民事法律关系这一概念提出了质疑，理由是法律关系是法律调整的结果，而不是法律调整的前提。我们认为，既然人们所习惯使用的涉外民事法律关系就是指需要法律调整的涉外民事关系，概念上已很精确，没有否定它的必要。日本战后国际私法的权威学者江川英文教授也有类似观点。江川认为“国际私法是为调整各种涉外私法关系而指定私法秩序的法则的总和”。这里的“各种涉外私法关系”也就是我们讲的“涉外民事法律关系”。江川指出：“一派学者根据法律关系所指的是由于法律的适用而成立的关系这一理由，主张不用法律关系一词，而应该称之为生活关系。如果象这样来理解法律关系一词的话，象上面揭示的国际私法定义是不可避免地要遭到循环论的非难的。但是在国际私法上一般地讲法律关系，所说的就是作为法的调整对象的生活关系的意义。而为了表达这个意思，使用法律关系一词决没有什么不适当的地方。所以勉强排斥这个词没有考虑的必要。”^①我们认为江川英文教授的这个意见是对的。本书涉及到冲突法的调整对象时也使用“涉外民事法律关系”一词。

一切法律关系的最本质的特征，是法律关系当事人之间存在法定权利与义务的联系，国家通过立法和司法活动，保护法律关系当事人的权利与义务的实现。涉外民事法律关系也不例外，只是这种法律关系的权利与义务具有涉外的性质而已。

作为冲突法调整对象的涉外民事法律关系具有两个重要的特点：

^① 江川英文：《国际私法》，日本弘文堂日文版，第1～2页。

(一) 这种法律关系含有涉外因素 (Foreign Element)。涉外因素又称外国因素或国际因素，指的是法律关系各要素中存在外国的成份。

1. 法律关系的权利义务主体中有外国人。这里的外国人是一个泛指的概念，包括外国的自然人、法人，还包含在特殊情况下以民事法律关系主体面目出现的外国国家。分三种情况：

(1) 权利义务主体的一方是外国人，另一方是本国人。如美国施贵宝制药公司与中方在上海合资经营上海施贵宝制药厂，科威特的进口商在广交会上与中国食品进出口公司签订购买中国食品的合同，中国公民与苏联籍妻子在中国法院进行离婚诉讼等均属之。

(2) 权利义务主体双方是同一国籍的外国人。如两个菲律宾人要求在中国登记结婚，苏联侨民某甲在中国病故，留有遗产，其生活在苏联的继承人要求取得继承权等均属之。

(3) 权利义务主体各方是不同国籍的外国人。如瑞士人与法国人在中国合伙经营企业，在日本留学生与美国留学生要求结婚等均属之。

2. 法律关系权利义务客体位于国外。法律关系的客体是法律关系主体的权利和义务所指向的对象，它是具有经济、文化、科学价值的物质资料、货币、权利和行为或不行为等。如果这种客体位于国外，在冲突法上也属于具有涉外因素。如中国公民到国外去继承其中国籍亲属的遗产，中国工厂向中外合资经营的租赁公司租用从国外进口的机器设备等均属之。

3. 使法定权利义务产生、变更或消灭的法律事实发生在国外。法律关系的发生和变化都要基于一定的法律事实，如果这种法律事实发生在国外，在冲突法上也属于具有涉外因素。如中国公民在国外结婚，华侨在国外死亡，中国公司与外国公司在外国签订合同等均属之。

民事法律关系中的涉外因素可以是单一的，即只在一个环节上有外国的成份；也可以是多元的，在几个环节上都有外国的成份。

构成涉外民事法律关系只要在一个环节上有涉外因素就够了。

民事法律关系中涉外因素的存在，使法律关系失去了单纯的国内法律关系的性质，变成了涉外民事法律关系。这样就使法律关系增加了复杂性，不只是与一个国家的法律发生联系，而是与两个或两个以上的国家的法律发生了联系，存在着出现法律冲突的可能性。

(二) 这种法律关系是广义的民商事法律关系。民事法律关系是指民法所调整的那部分社会关系，其中主要是平权基础上的财产关系，也包括一部分人身关系。涉外民事法律关系是广泛意义上的民事法律关系。各国民法调整的社会关系的范围不尽一致。有些民法关系，某些国家从历史的传统和现实的需要考虑，单独列出某一个法律部门，如商法等。这是所谓民商分立的国家。而另一些国家实行民商合一的制度，商事法律关系包括在民法的调整的范围之内。也就是说，各国国内法所规定的民事法律关系的范围有宽有窄。这种情况在国内法上可以由各国自主决定，而冲突法作为调整国际民事法律关系的法律，不能只考虑一个国家的法律制度，要综合考虑世界各国的法律制度。因此，它在确定自己调整对象的时候，不能迁就各别国家民法调整范围宽窄的特点，不必考虑其间的差别，而把整个涉外民事法律关系总体上都放在自己的调整范围之列。属于民法调整的也好，属于商法调整的也好，属于其他单行民事法规调整的也好，只要具有涉外因素，就是冲突法调整的对象。否则，依国别而论，冲突法就不能建立自己统一的调整对象，人们就没有共同的语言。

当然，冲突法只是调整涉外民事法律关系的法律部门之一，它从总体上管辖存在法律冲突的涉外民事法律关系。从这个意义上说，涉外所有权关系，涉外债权债务关系，专利权、商标权、著作权的国际保护关系，涉外婚姻与亲权关系，涉外继承权关系都在冲突法调整范围之列。

我们在理解了冲突法所调整的法律关系具有涉外因素和属于广义的民商事法律关系这两层意思之后，就可以清楚地看出：冲突法既