

海峡两岸民商事 法律冲突问题研究

于 飞 著



商 务 印 书 馆

海峡两岸民商事法律冲突 问题研究

于 飞 著

商 務 印 書 館

2007 年 · 北京

图书在版编目(CIP)数据

海峡两岸民商事法律冲突问题研究/于飞著. —北京:
商务印书馆, 2007
ISBN 7-100-05160-6

I. 海… II. 于… III. ①民法—研究—中国②商
法—研究—中国 IV. D923.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006) 第 084838 号

所有权利保留。

未经许可,不得以任何方式使用。

**教育部人文社会科学研究项目
厦门大学法学文库出版基金资助**

海峡两岸民商事法律冲突问题研究

于 飞 著

商 务 印 书 馆 出 版

(北京王府井大街 36 号 邮政编码 100710)

商 务 印 书 馆 发 行

北京市白帆印务有限公司印刷

ISBN 7-100-05160-6/D·400

2007 年 4 月第 1 版

开本 880×1230 1/32

2007 年 4 月北京第 1 次印刷

印张 14

印数 4 000 册

定价:24.00 元

内容简介

本书以海峡两岸民商事法律冲突为主题，探讨两岸民商事法律冲突的产生、性质、特点、解决模式等问题；分析两岸冲突法立法的演进；从理论、立法与实践等方面对两岸冲突法中的识别、公共秩序保留、反致等制度进行研究；考察两岸学者对常用冲突原则的基本观点或态度，分析其立法规定、具体适用及其在解决两岸民商事法律冲突时的运用；对协调与解决两岸民商事法律冲突的一般问题的思路再次加以梳理，意在坚持解决两岸民商事法律冲突的基本原则，奠定承认与适用对方法律的理论基础，建立协调与解决冲突的宪法性机制，探寻多种途径，协调与解决两岸的民商事法律冲突。

作者简介

于飞，女，出生于陕西佳县。本科学业完成于西北政法学院法律系，研究生学业完成于厦门大学法学院，获法学博士学位。曾就职于新疆大学法律系，现任厦门大学法学院教授，中国国际私法学会理事。

主要从事国际私法、区际冲突法、香港法的教学与研究。先后在《法律科学》、《政法论坛》、《现代法学》等刊物上发表学术论文多篇，独著《中国国际私法理论与立法》一书，编写或参编多部各类教辅用书。主持或作为主要合作者参加多项省部级课题、国家社科基金课题的研究。

序 一

我于何时何地认识于飞教授,已经没有具体的印象了。但我清楚地记得,认识她时了解到她毕业于西北政法学院,当时在位于西北边陲的新疆大学工作,从事国际私法方面的教学和研究。她那时一心向学,很想攻读武汉大学国际私法专业的博士学位。可惜的是,由于一些制度上的原因,她没有及时得到在武汉大学求学的机会,当然武汉大学也错失了一位潜质优秀的博士研究生。后来,她完成了自己人生旅途上的一次“孔雀东南飞”,从西北调到地处东南、景色和气候俱佳的厦门,在厦门大学继续从事国际私法教学和研究工作。由于我们是同行,多年来一直有学术上的联系。她到厦门大学后可谓如鱼得水,教学科研两不误,学业与时俱进,不仅在职攻读了法学博士学位,而且还顺利晋升为法学教授。本书可以说就是她在那里辛勤劳作的结晶。

本书探讨的海峡两岸民商事法律冲突问题,是在两岸关系由紧张走向缓和,两岸人民由隔绝走向交往的情况下产生的,是两岸关系发展到一定阶段的必然结果,也是两岸关系中的重要组成部分,应该说事关国家的统一,是一个大问题。同时,这个问题又是一个随着海峡两岸人民交往日益频繁而日渐增多的现实问题,是两岸法律问题中的一个复杂并无法回避的具体问题。于飞教授选择这样一个问题进行深入的研究,其理论价值和现实意义就自不待言了。

从性质上讲,海峡两岸的民商事法律冲突问题是一个国家内部的区际法律问题,在正常情况下解决这样的问题并没有太大的障碍。

但就目前而言,如何妥善地解决这个问题,还真是一个相当难解的难题。因为海峡两岸尽管已有相当程度的经济贸易交往和文化往来,但两岸在政治上仍坚冰未破,军事上还依旧对峙,法律上则各自为政,两岸之间正常的民商事交往还远远没有真正建立起来。同已经相当复杂的内地与港澳地区的民商事法律冲突问题相比较,海峡两岸的民商事法律冲突问题则更加复杂和特殊。

针对这样一个复杂而特殊的问题,本书基于区际冲突法的基本理论,采用理论联系实际和比较分析的方法,从剖析海峡两岸民商事法律冲突的产生、性质和特点入手,以回顾和总结海峡两岸冲突法的历史发展为铺垫,在理论和实践两个方面探讨了海峡两岸冲突法的制度、原则和规则以及它们在解决海峡两岸民商事法律冲突方面应有的功能和作用。进而,本书对解决海峡两岸民商事法律冲突的思路进行了梳理,提出了解决海峡两岸民商事法律冲突的若干原则、模式和途径,讨论了海峡两岸相互承认与适用对方法律的法理基础以及建立解决海峡两岸民商事法律冲突的宪法性机制的可行性。尽管本书的有些立论不一定人人认同,有些论证还可以进一步完善,但其所持的如下几点立场和观点值得充分肯定:一是坚守“一个中国”原则,承认“两种法制”现实;二是正视区际法律冲突,探寻协调解决途径;三是比较两岸四地法制,突出两岸关系个性;四是解决方案不求终极,基于现实循序渐进;五是平衡利益求得共赢,化解冲突促进和平。这些可以说都闪耀着求真务实的精神光芒。

面对现实,我们不得不说海峡两岸的事太复杂。其实,海峡两岸的民商事法律冲突问题也不例外。我想强调的是,对这个问题的研究不是一朝一夕的事,你别指望一篇文章或者一本书就能解决所有的问题。一篇好文章或者一本好书只表明作者在学无止境的道路上迈出了一步或者几步。事情还在发展,生活之树常青。因此,我们对

这个问题进一步加强研究,进一步跟踪研究实在很有必要。

坦率地说,于飞教授要我为她的大作写序,我感到很荣幸。这是我难得的一次机会给没有师生之谊的学界同仁的大作写序,我还是很认真的,尽管由于工作太忙而拖延了一些时日。

前面话说了一大堆,关键的话还是漏了一句,现在补上:衷心祝贺于飞教授的大作出版!

黄进

于加拿大埃德蒙顿

2006年11月5日

序 二

中国是一个多法域的国家,实际上存在着大量的区际法律冲突。这些区际法律冲突的妥善解决,对维护国家的整体稳定和发展,具有重要的意义。在我国国际私法学界,自始就重视对区际法律冲突的研究。迄止,出版的著作可大别为三类:一是研究区际法律冲突基本原理的著作;二是研究中国大陆与其他各个法域间法律冲突的综合性著作;三是专门研究中国大陆与某一法域间法律冲突的专门性著作。总的来看,后两类著作多侧重于对大陆与香港、澳门间区际法律冲突的研究。而于飞教授的这本书,系专门针对大陆与台湾间区际法律冲突之作;且作为一本有份量的专著,其在该领域所做的研究工作,具有系统性。鉴此,该书的出版,将有助于改善我国区际私法中对海峡两岸法律冲突问题之研究相对薄弱的状况。

厦门大学地处海峡西岸,与台湾一水相隔,对台交往具有“五缘”(地缘、血缘、文缘、商缘、法缘)优势。无疑,这些优势亦为本书作者开展海峡两岸民商事法律冲突的研究,提供了独有的学术便利。当然,更为重要的是,作者多年从事国际私法的教学和研究工作,有厚实的专业积累。特别是此前于2004年出版的《中国国际私法理论与立法》一书,全面总结和分析了中国国际私法的理论与实践,为本著作专门探讨海峡两岸的各项法律冲突问题,做了比较充分的前期研究准备。本书原为作者在厦门大学国际法学专业在职攻读博士学位的论文,在撰写过程中,作者曾付出艰辛的劳动和研究心力;现又对该博士学位论文加以修订、拓展及更新,并整理成书,使得这项研究

更上层楼。

与大陆与香港、澳门间的区际法律冲突相比,海峡两岸的民商事法律冲突自有其特点。首先,中国尚未实现完全统一,对于海峡两岸民商事法律冲突的解决,在台湾方面,仍然受到政治因素的干扰;其次,虽然解放后大陆废除了原国民党的“六法”,但是在国际私法和民商事法律领域,大陆与台湾的法源关系并未被完全切断。正因如此,于飞教授的这本著作首先阐述了海峡两岸民商事法律冲突的缘起、性质、特点以及解决的基本模式,并回顾了中国近代国际私法的立法史以及大陆与台湾现代国际私法的立法进程。在此基础上,进一步比较分析了解决海峡两岸民商事法律冲突的各项基本制度,意在突出此类区际私法制度特点之所在。在书中,作者提出的有关制度设计,既蕴含了国际私法和区际私法的原理,同时对大陆通过立法和司法等途径解决海峡两岸民商事法律冲突,亦显有参考的价值。尤其是在著作的最后部分,作者对确立海峡两岸区际私法制度的基本思路进行了再梳理,就解决海峡两岸民商事法律冲突的基本原则、海峡两岸相互承认对方法律的理论基础、宪法与海峡两岸民商事法律冲突的解决、海峡两岸民商事法律冲突解决的其他方式等,着力进行了探讨和论证。这部分研究颇具特色,其理论上的意义,值得关注。

徐崇利

于厦门大学法学院

2006年9月1日

缩 略 语 表

《宪法》	《中华人民共和国宪法》
《两岸人民关系条例》	《台湾地区与大陆地区人民关系条例》
《示范条例》	《大陆地区与台湾、香港、澳门地区民事法律适用示范条例》
《示范法》	《中华人民共和国国际私法示范法》
《民法(草案)》	《中华人民共和国民法(草案)》
《修正草案》(第一稿)	台湾《涉外民事法律适用法修正草案》(原稿)
《修正草案》(第二稿)	台湾《涉外民事法律适用法修正草案》(初稿)
《修正草案》(第三稿)	台湾《涉外民事法律适用法部分条文修正草案》或《涉外民事法律适用法修正草案》(第一稿)
最高人民法院《意见(试行)》	最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》
最高人民法院《解答》	最高人民法院《关于适用〈涉外经济合同法〉若干问题的解答》

目 录

导 言	1
第一章 海峡两岸的民商事法律冲突	7
第一节 海峡两岸民商事法律冲突的产生	7
一、历史原因:两岸的对峙	9
二、政治原因:一个中国	12
三、法律原因:既存的法制	15
四、现实原因:两岸的交往	20
第二节 海峡两岸民商事法律冲突的性质	22
一、海峡两岸的民商事法律冲突不是国际法律冲突	22
二、海峡两岸的民商事法律冲突是区际法律冲突	24
三、海峡两岸的民商事法律冲突是特殊的区际法律冲突	27
四、海峡两岸的民商事法律冲突是“私法”性质的冲突	28
第三节 海峡两岸民商事法律冲突的特点	29
一、海峡两岸民商事法律冲突的阶段性与渐进性并存	30
二、国家统一前海峡两岸的民商事法律冲突	31
三、国家统一后海峡两岸的民商事法律冲突	42
第四节 海峡两岸民商事法律冲突的解决	45
一、复合法域国家解决区际法律冲突的模式	45
二、解决海峡两岸民商事法律冲突的模式分析	46

2 海峡两岸民商事法律冲突问题研究

三、现阶段解决海峡两岸民商事法律冲突的模式	50
-----------------------------	----

第二章 海峡两岸冲突法立法的演进

56

第一节 1949 年以前的冲突法立法

56

一、北洋政府时期(1912 年—1927 年)

56

二、南京国民政府时期(1927 年—1949 年)

76

第二节 1949 年以后的冲突法立法

77

一、中国大陆的冲突法立法

77

二、台湾地区的冲突法立法

80

第三章 海峡两岸冲突法制度论

105

第一节 海峡两岸冲突法中的识别

105

一、海峡两岸学者关于识别的主张

105

二、海峡两岸冲突法识别的立法探微

115

三、海峡两岸有关识别问题的个案

119

四、识别与海峡两岸民商事法律冲突的解决

122

第二节 海峡两岸冲突法中的法律规避

126

一、海峡两岸关于法律规避的理论

127

二、海峡两岸有关法律规避的立法

140

三、禁止法律规避与海峡两岸民商事法律冲突的解决

144

第三节 海峡两岸冲突法中的公共秩序保留

151

一、海峡两岸关于公共秩序保留制度的理论

152

二、海峡两岸有关公共秩序保留的立法

166

三、公共秩序保留制度的发展及海峡两岸立法的完善

173

四、公共秩序保留与海峡两岸民商事法律冲突的解决

179

第四节 海峡两岸冲突法中的反致制度

186

一、海峡两岸有关反致制度的立法

186

二、海峡两岸反致立法的特点	188
三、中国大陆反致制度的建立与完善	197
四、反致与海峡两岸民商事法律冲突的解决	203
第五节 海峡两岸涉外民商事法律关系外国(法域)法的适用与查明	206
一、海峡两岸涉外民商事法律关系外国法的适用与查明	207
二、海峡两岸涉外民商事法律关系外法域法的适用与查明	219
 第四章 海峡两岸冲突法适用论	226
第一节 海峡两岸冲突法属人法原则的适用	226
一、海峡两岸冲突法中的国籍国法原则	226
二、海峡两岸冲突法中的住所地法原则	237
三、海峡两岸冲突法中的惯常居所地法原则	244
四、属人法原则与海峡两岸民商事法律冲突的解决	253
第二节 海峡两岸冲突法行为地法原则的适用	257
一、行为地法原则在海峡两岸冲突法中的一般适用	258
二、行为地法原则在海峡两岸冲突法不同领域的适用	264
三、行为地法原则与海峡两岸民商事法律冲突的解决	281
第三节 海峡两岸冲突法物之所在地法原则的适用	284
一、海峡两岸关于物之所在地法原则适用的理论根据	284
二、海峡两岸物之所在地法原则的适用	287
三、物之所在地法原则与海峡两岸民商事法律冲突的解决	300
第四节 海峡两岸冲突法意思自治原则的适用	307
一、海峡两岸关于意思自治原则的一般适用	307
二、海峡两岸意思自治原则的具体适用	308
三、海峡两岸意思自治原则的发展适用	325

4 海峡两岸民商事法律冲突问题研究

四、意思自治原则与海峡两岸民商事法律冲突的解决	333
第五节 海峡两岸冲突法最密切联系原则的适用	342
一、海峡两岸有关最密切联系原则的立法	342
二、海峡两岸关于最密切联系原则的理论分析	350
三、最密切联系原则与海峡两岸民商事法律冲突的解决	368

第五章 海峡两岸民商事法律冲突协调与解决思路的再 梳理

第一节 海峡两岸民商事法律冲突协调与解决的基本原则 ...	373
一、坚持“一个中国”原则	373
二、两岸法域民商事法律的地位平等	374
三、两岸当事人的民商事法律地位平等	376
四、国际惯例补缺	377
五、尊重当事人的“意思自治”	378
六、强调法律适用的“最密切联系”	378
第二节 海峡两岸相互承认对方法律的理论基础	379
一、以保护“既得权”为基础承认对方法律	380
二、根据“事实需要原则”承认对方法律	381
三、根据互惠原则承认对方法律	384
第三节 宪法与海峡两岸民商事法律冲突的协调与解决	387
一、宪法中的立法管辖权规范对区际法律冲突的影响	387
二、宪法对区际法律适用的限制	388
三、宪法与海峡两岸民商事法律冲突的解决	390
第四节 海峡两岸民商事法律冲突协调与解决的其他方式 ...	392
一、关于规范性文件方式	393
二、关于事务性商谈方式	395

三、关于个案变通方式	396
结 语	402
参考文献	404
后 记	420

CONTENTS

Introduction	1
Chapter 1 Conflict of Civil and Commercial Laws between the Two Sides of the Strait	7
Subchapter 1 Arising of the Conflict of Civil and Commercial Laws between the Two Sides of the Strait	7
Section 1 Historical Reason; Cross-Strait Confrontation	9
Section 2 Political Reason; One China	12
Section 3 Legal Reason; Existing Legal System	15
Section 4 Practical Reason; Cross-Strait Transactions	20
Subchapter 2 Nature of the Conflict of Civil and Commercial Laws between the Two Sides of the Strait	22
Section 1 The Conflict Is Not International Conflict of Laws.	22
Section 2 The Conflict Is Interregional Conflict of Laws.	24
Section 3 The Conflict Is Special Interregional Conflict of Laws.	27
Section 4 The Conflict Is of "Private Law" Nature.	28
Subchapter 3 Characteristics of the Conflict of Civil and Commercial Laws between the Two Sides of the Strait	29