

中国冲突法研究

韩德培 主编

冲突法是国际私法的基本组成部分，本书以专题论文的形式，除对国际冲突法中的主要问题着重研究外，对我国国际冲突法也进行了开创性的探索。



武汉大学学术丛书

WUHANUNIVERSITY ACADEMIC LIBRARY 武汉大学出版社

中国冲突法研究

主 编 韩德培

撰 稿 人(按撰写章节先后为序)

韩德培	李双元	黄 进
肖永平	张明杰	徐东先
程清波	徐国建	周海荣
张万明	张亚普	陶凯元
邬琳玲	费宗祯	徐 宏
石召玉	谢石松	韩 健

武汉大学出版社

(鄂)新登字 09 号

中国冲突法研究

©主编 韩德培

*

武汉大学出版社出版发行

(430072 武昌 珞珈山)

武汉市汉桥印刷厂印刷

*

850×1162 1/32 15.125印张 插页3 386千字

1993年6月第1版 1993年6月第1次印刷

印数：1—1000 (内含精装200册)

ISBN 7-307-01255-3/D·237 (平)

ISBN 7-307-01519-6/D·238 (精)

(平) 10.60元

定价：(精) 14.60元

前 言

在欧陆法系国家称为“国际私法”的这门学科，在英美普通法系国家也称为“冲突法”。事实上，这两个名称是常常可以彼此换用的。不过，严格说来，“冲突法”所研究的问题，和“国际私法”所研究的问题并非完全一致。英美法系国家是实行普通法即判例法的。从法院的立场出发，在处理涉外或国际民事关系时，法院首先要解决有无管辖权问题。如果有管辖权，其次就要解决法律的选择亦即法律冲突问题，而在法院作出判决以后，如果内国判决要在外国法院获得承认和执行，或者外国判决要在内国法院获得承认和执行，那就还要解决对外国判决的承认和执行问题。因此，在英美普通法系国家，很多学者认为冲突法就是要解决这三个问题，而冲突法研究的内容也就限于这三个问题。这种观点，在英美普通法系国家是有其存在的根据和理由的。但在欧陆采取法典法即成文法的国家，例如法国，从立法者或从事法律教育者的立场出发，需要考虑和解决的问题就比较多了。不少学者认为，为了圆满地处理涉外或国际民事关系，首先要考虑和解决的是这种民事关系主体的国籍问题和法律地位问题，然后才是法律选择即法律冲突问题。如果没有发生纠纷需要诉诸法院（或仲裁机构）的话，大部分涉外或国际民事关系问题，在律师或法律顾问的引导帮助下，就可以顺利解决了。只有发生纠纷需要诉诸法院（或仲裁机构）时，才必须再解决法院（或仲裁机构）的管辖权问题以及对外国判决（或仲裁裁决）的承认和执行问题。因此，在他们看来，国际私法需要解决和研究的问题，就是（一）国籍、（二）

外国人法律地位、(三)法律冲突、(四)管辖权冲突(包括国际民事诉讼和仲裁程序以及对外国判决或仲裁裁决的承认和执行)这四方面的问题。这种观点,在欧陆法系国家也同样是有其存在的根据和理由的。到了近现代,世界经济逐渐成为相互依存的一个整体。由于交通运输的高度发达,国际经贸关系、科学文化交流的迅猛发展,以及人员跨国流动的十分频繁,有一部分具有涉外或国际性质的问题,迫切需要而且也有可能通过制定国际统一的实体法予以解决。这种国际统一的实体法,如果其调整的内容是以公民或法人为平等主体的财产关系或人身关系,也就应该放在国际私法研究范围之内。与此相关,有些国家专门为了解决涉外或国际性质的财产关系或人身关系而制定的直接适用的实体法,也同样可以而且应该列入国际私法研究范围之内。这样,现代国际私法研究的范围,也就不得不随之而扩大了。这可视为国际私法发展的一种新的趋向。因此,从历史的、发展的眼光来观察,这种观点也不是没有它存在的根据和理由的。但是尽管如此,无论采取或赞成以上所述的哪一种观点,有一点却是大家都承认的,就是法律冲突问题或者说冲突法问题仍然是国际私法的一个重要组成部分,甚至可以说是一个基本组成部分,是国际私法必须加强研究的。它的重要性,是无论如何也不容低估的。我们仍必须结合我国的实际情况,参照国际私法在国际上的发展趋势,来对它进行全面深入的研究,只有这样才能使国际私法这门学科在我国不断地向前发展,以适应我国扩大对外开放和进行现代化建设的需要。

建国以来,在一个长的时期内,由于“左”的思想的影响,国际私法包括冲突法在内的研究曾处于几乎停顿的状态。1978年后,随着我国对内搞活、对外开放政策的贯彻执行,我国对外经济贸易、科学文化交流和民事交往都有很快的发展。在这种新形势下,如何处理这些方面以公民或法人为平等主体的涉外关系问题,就成为迫切需要研究和解决的重要理论问题和实际问题了。因

此，近年来国际私法包括冲突法在内，无论在我国立法、司法及科研方面都有长足的进展，可说已进入一个初步发展和繁荣的时期。单就冲突法而言，在国内立法方面，已制定有1985年《涉外经济合同法》、1985年《继承法》、1985年《技术引进合同管理条例》、1986年《民法通则（第八章）》、1991年《民事诉讼法（第四编）》等等。在有关的国际条约方面，我国已先后参加了《关于承认和执行外国仲裁裁决公约》、《联合国国际货物销售合同公约》和《关于向国外送达民事或商事司法文书和司法外文书公约》。此外，我国还先后与法国、波兰、比利时、蒙古等国家签订了司法协助协定，并正在同其他一些国家就签订司法协助协定进行谈判。在司法方面，我国最高人民法院先后发布了《关于适用〈涉外经济合同法〉若干问题的解答》、《关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见（试行）》、《关于中国公民申请承认外国法院离婚判决程序问题的规定》等，大大丰富了我国冲突法的内容。我国法院审理的大量涉外案件也有不少涉及冲突法问题，它们从实践方面充实和发展了我国的冲突法。在科研方面，近年也出版了一些冲突法著作和教材，不但为我国冲突法的教学提供了方便，也对我国冲突法的发展起了推动作用。

但是，我们对冲突法的研究，仍然是深度不够，与我国客观形势的需要仍相差甚远。《中国冲突法研究》的撰写和出版，正是为了将我们近年来从事冲突法研究的思想认识和经验体会整理一下，为将来我国制定一部比较完整的具有中国特色的冲突法作一些思想上和理论上的准备。本书并不追求完整的周密的体系，而是选择冲突法中的一些重要问题作较为全面、系统的论述，如冲突法的发展趋势问题、我国的区际法律冲突和区际私法问题、法律选择的方法问题、我国冲突法立法的理论与实践问题、国际司法协助问题、外国法院判决的承认与执行问题、涉外商事仲裁问题以及涉外物权、债权、婚姻、家庭、继承的法律适用等问题。这对于国内外读者进一步了解中国冲突法的内容及其发展方向是会

有所帮助的。

本书是全国法学、政治学“七五”规划中法学方面的重点研究项目。参加本书撰写的主要是武汉大学法学院国际法研究所从事冲突法研究的教师和博士研究生。摆在读者面前的这部著作,也只能说是我们的初步研究成果。本书由主编韩德培负责总审定稿,各章的具体分工为:第一章:韩德培、李双元;第二章:韩德培;第三章:李双元;第四章:肖永平;第五章:黄进;第六章:李双元;第七章:李双元、张明杰;第八章:肖永平;第九章:黄进、肖永平;第十章:李双元;第十一章:肖永平;第十二章:徐东先;第十三章:程清波;第十四章:李双元、张明杰;第十五章:徐国建;第十六章:周海荣;第十七章:张万明;第十八章:张亚普、陶凯元;第十九章:邬琳玲;第二十章:张万明;第二十一章:费宗祯、徐宏;第二十二章:肖永平、石召玉;第二十三章:谢石松;第二十四章:韩健;第二十五章:韩德培;第二十六章:韩德培、黄进;第二十七章:黄进。

在这里需要指出的是,本书各章中的论述,都只是各章撰写者个人的见解,既不代表编写组也不代表主编的意见,有的甚至是和主编的意见有分歧的。但在学术问题上,本着“双百”方针,支持和鼓励撰写者各抒己见,充分地阐述自己的观点和主张,甚至可以自成一家之言,没有必要强求一致,这样做,对于繁荣科学研究,提高学术水平,无疑是有益无害的。在本书编辑过程中,黄进同志和肖永平同志协助主编做了很多工作,应在此向他们表示谢意。

韩德培

1992年1月20日

于武大国际法研究所



韩德培 一九一一年出生于江苏如皋。武汉大学法学院教授、博士研究生导师。主要著作有《国际私法》（主编）、《现代国际法》主编，《国际私法的晚近发展趋势》（论文）、《论我国的区际法律冲突问题》（论文等）。

目 录

前 言	(1)
-----------	-------

国际冲突法篇

第一章 应该重视对冲突法的研究	(1)
第一节 正确认识在一定条件下承认与适用外国法的 必要性	(3)
第二节 正确估计冲突法的发展前景	(7)
第三节 冲突法的研究方法问题	(15)
第二章 国际私法的晚近发展趋势	(18)
第一节 对传统的国际私法的批评与攻击	(18)
第二节 二次大战后国际私法中的重大改革和新的 发展	(21)
第三节 综论国际私法晚近发展的趋势	(34)
第三章 冲突法立法的新发展	(40)
第一节 表现在统一冲突法中的新发展	(41)
第二节 表现在国内立法方面的新发展	(44)
第四章 中国国际私法立法问题研究	(52)
第一节 我国国际私法立法的基本情况及存在的 主要问题	(53)
第二节 完善我国国际私法立法的对策	(66)
第三节 国际私法立法的指导思想	(68)

第四节	国际私法立法的基本原则	(71)
第五章	中国冲突法体系初探	(77)
第一节	中国冲突法体系的原则	(78)
第二节	中国冲突法体系的结构	(84)
第三节	中国冲突法体系的内容	(88)
第四节	健全和完善中国冲突法体系的方向和 途径	(96)
第六章	国际私法关系中法律选择的方法	(101)
第一节	研究法律选择的方法的意义	(101)
第二节	七种不同的法律选择的方法	(104)
第七章	法律冲突规范的软化处理	(129)
第一节	传统的法律选择方法	(129)
第二节	软化处理的方法	(132)
第八章	最密切联系原则在中国的应用	(141)
第一节	各国接受最密切联系原则的概况	(141)
第二节	我国立法、司法及理论界的反映	(147)
第三节	最密切联系原则的含义	(151)
第四节	完善应用最密切联系原则的途径	(158)
第九章	中国国际私法领域内重要理论问题述评	(162)
第一节	国际私法的调整对象	(163)
第二节	国际私法的性质和名称	(164)
第三节	国际私法的范围	(166)
第四节	国际私法与国际经济法的关系	(168)
第五节	国际私法问题	(170)

第六节	国际司法协助问题·····	(172)
第七节	涉外合同的法律适用问题·····	(174)
第八节	涉外侵权行为的法律适用问题·····	(179)
第十章	中国国际私法理论研究和实际工作中的几个问题·····	(182)
第一节	国际私法的范围问题·····	(182)
第二节	国际私法的性质问题·····	(186)
第三节	适用外国法的理论及法律选择方法问题·····	(188)
第四节	我国冲突法的立法原则和立法技术问题·····	(190)
第十一章	《民法通则》第八章述评·····	(194)
第一节	概述·····	(194)
第二节	具体评述·····	(195)
第十二章	涉外物权若干法律问题研究·····	(209)
第一节	物权与涉外物权·····	(210)
第二节	涉外物权的法律冲突与物之所在地法原则·····	(211)
第三节	涉外破产·····	(216)
第四节	国有化问题·····	(221)
第十三章	中国国际破产的法律与实践·····	(225)
第一节	我国国际破产法律制度的现状·····	(226)
第二节	外国破产宣告对我国的影响·····	(229)
第三节	完善我国的国际破产法制度·····	(234)

第十四章	涉外合同法律适用的理论与实践·····	(240)
第一节	解决合同法律适用方法的多样化趋势·····	(240)
第二节	解决合同法律适用的几种主要方法·····	(247)
第三节	我国关于涉外经济合同法律适用的理论 与实践·····	(261)
第十五章	国际合同法中“特征性履行理论”研究·····	(267)
第一节	概述·····	(267)
第二节	确定合同特征性履行的标准·····	(268)
第三节	确定合同特征性履行的场所·····	(272)
第四节	对特征性履行的评价·····	(274)
第十六章	侵权行为自体法理论初探·····	(277)
第一节	自体法的概念·····	(277)
第二节	自体法与准据法的关系·····	(280)
第三节	自体法理论对司法实践的影响·····	(284)
第四节	对自体法理论的评述·····	(286)
第十七章	涉外产品责任法律适用问题研究·····	(289)
第一节	综论·····	(249)
第二节	我国的立法与司法实践·····	(295)
第三节	完善我国立法的对策·····	(303)
第十八章	中国关于国际技术转让中限制性贸易惯例的 理论与实践·····	(307)
第一节	限制性贸易惯例的规定方式及效力·····	(309)
第二节	限制性贸易惯例的种类·····	(316)
第三节	限制性贸易惯例的法律适用·····	(323)
第四节	评价与建议·····	(328)

第十九章	涉外离婚诉讼管辖权问题研究 ·····	(332)
第一节	依住所(或惯常居所)确定离婚诉讼管辖权	····· (333)
第二节	依国籍确定离婚诉讼管辖权	····· (336)
第三节	确定离婚诉讼管辖权的发展趋势	····· (337)
第四节	我国确定涉外离婚诉讼管辖权的理论与实践	····· (338)
第二十章	中国在涉外继承事务方面的实践 ·····	(342)
第一节	条约实践	····· (344)
第二节	国内立法实践	····· (347)
第三节	司法实践	····· (349)
第四节	健全和完善我国涉外继承法的建议	····· (359)
第二十一章	中国的司法协助实践 ·····	(363)
第一节	开展司法协助的必要性	····· (363)
第二节	我国开展司法协助的法律依据	····· (364)
第三节	我国开展司法协助的内容	····· (365)
第四节	我国进一步开展司法协助的展望	····· (369)
第二十二章	解决国际民事管辖权冲突的方法 ·····	(371)
第一节	表现在国内法中的不同方法	····· (372)
第二节	表现在国际法中的不同方法	····· (380)
第三节	我国的立法实践	····· (384)
第二十三章	外国法院判决的承认与执行 ·····	(388)
第一节	外国法院判决的界定	····· (388)

第二节	请求的提出·····	(391)
第三节	承认和执行外国法院判决的条件·····	(394)
第四节	承认和执行外国法院判决的程序·····	(402)
第二十四章	国际商事仲裁中的实体法选择·····	(403)
第一节	依冲突规则确定实体法·····	(404)
第二节	不依冲突规则确定实体法·····	(411)
区际冲突法篇		
第二十五章	我国的区际法律冲突问题——我国国 际私法研究中的一个新课题·····	(415)
第一节	“一国两制”与区际法律冲突·····	(416)
第二节	我国区际法律冲突的特点·····	(418)
第三节	解决我国区际法律冲突的基本原则·····	(420)
第四节	解决我国区际法律冲突的步骤·····	(423)
第二十六章	中国区际法律冲突问题研究·····	(428)
第一节	中国区际法律冲突的产生·····	(429)
第二节	解决中国区际法律冲突的途径·····	(437)
第三节	中国区际冲突法的几项设计·····	(442)
第四节	大陆地区与台湾、香港、澳门地区民事法律 适用示范条例·····	(451)
第二十七章	香港冲突法研究·····	(459)
第一节	概述·····	(459)
第二节	香港法院对涉外民事案件的管辖权·····	(461)
第三节	香港冲突法中的法律适用规定·····	(463)
第四节	香港与外地的民事司法协助·····	(468)

国际冲突法篇

第一章 应该重视对冲突法的研究

本章认为适用外国法与国家主权并不是相互矛盾的，因为：1. 冲突法的制定和适用本身就是国内主权的体现；2. 冲突法的作用，不仅仅在于保障内国在涉外民事关系中适用法律的主权权利，还应该包括促进国家对外经济关系在平等互利基础上的发展，促进各国人民的友好往来；3. 在涉外民事关系中，如要保护我方当事人的正当权益，并非只有通过适用自己的实体法才能达到；4. 冲突法中的公共秩序保留条款正是国家主权的体现。关于冲突法的发展前景，作者指出，传统的冲突规范固然有一定的缺陷，但只要国家存在，国家间法律的冲突不可避免，冲突法就有广阔的适用余地。作者还论证了冲突法的研究方法必须是理论联系实际和历史的、比较的研究方法相结合。

冲突法一向是国际私法的主要内容，在英美国家，很多学者甚至就把国际私法称为冲突法。当然，国际私法所研究的问题，除冲突法外，还有其他一些有关的问题，例如依英美学者的主张，除

冲突法外，还有管辖问题与外国判决（及仲裁裁决）的承认和执行问题。依法国学者的主张，除冲突法外，还应有国籍，外国人的法律地位和管辖问题；再依前苏联和东欧不少学者的主张，除冲突法外，还应有外国人的民事法律地位、国际民事统一规范，国际民事诉讼程序与仲裁程序等问题。但不管怎样，目前多数国际私法学者仍一致认为冲突法是国际私法应该研究的主要部分或基本部分。

由于历史条件的限制，在我国对冲突法理论和立法的研究，一直都是比较落后的。这种状况的存在，主要是由于一些思想认识上的障碍。这里特别值得指出的是，对于我国在解决各种涉外民事案件时，是否有时应该适用外国法的问题，有不少人在认识上是十分模糊的。有的人认为我们的法院或仲裁机关在处理涉外民事案件时去适用外国法是一种有损于主权的行为；也有人认为，没有成文的冲突法会更有利于在实际工作中作灵活的处理，从而争取尽可能适用我们的法律，这样会更有利于保护我们的国家与公民在涉外民事关系中的利益。还有一些从事国际私法教学与研究的同志，面对国际上直接调整商事贸易关系的统一实体规范日益增加的情况，对冲突法的作用与前途也抱怀疑态度，认为冲突法制度存在着各种固有的缺陷，已难于适应国际经济关系进一步发展的需要。以上这些认识和存在的情况，不但对健全我们的社会主义法制十分不利，而且对我国按平等互利的原则发展国际经济贸易关系与合作以及促进与各国人民之间的正常交往，也都是十分不利的。为了克服各种思想认识方面的障碍，并促进冲突法理论研究工作的健康发展，必须解决好以下三个问题：

- （一）正确认识在一定条件下承认与适用外国法的必要性；
- （二）正确估计冲突法的发展前景；
- （三）冲突法的研究方法问题。

第一节 正确认识在一定条件下承认 与适用外国法的必要性

冲突法是指在调整涉外民事法律关系时指定应适用哪一国法律来判定当事人具体权利义务的全部冲突规范及有关制度。由于这种民事法律关系所包含的因素涉及两个以上国家间不同的法律规定,就有必要根据各种法律关系的性质以及案件的具体情况决定选择哪一国家的法律来进行调整。这就是冲突法所要解决的问题。例如,在一个涉及两个国家当事人的经济合同中,就需要由冲突法规定应适用哪一国家的法律来调整当事人的权利义务关系。如果认为,在有内国当事人参加的合同关系中,一律只许适用内国法,许多合同就无法签订或发生争议时就很难圆满解决,国家间平等互利的经济合作与贸易活动也就很难顺利进行。在其他涉外民事法律关系中也是如此。例如,对外国当事人依其本国法已取得的完全行为能力以及依其本国法规定的要件已完成的某种法律行为或已成立的某种法律关系,对当事人就其财产已依财产所在地法所为的某种处分等等,只要有关的外国法的规定不与内国的“公共秩序”相抵触,就不应该完全否认其效力,而应分不同情况予以承认或适用。否则就会不合理地把许多已有效成立的含有涉外因素的法律关系推翻,这往往会给当事人造成不公正、不合理的后果,而对国家开展对外友好交往不但毫无裨益,反会产生障碍。这种在涉外民事法律关系中就内外国法律指示应适用哪一国法律的冲突法,从13、14世纪起,在意大利为了解决各城邦之间的法律冲突就已经产生。以后随着资本主义工商业的发展,国际经济贸易关系以及人员的来往也日益增多和频繁,于是解决国与国之间法律冲突问题的冲突法,也就在各国相继出现。而且在国际上,还制定了很多引人注目的统一冲突法公约。在法学领域