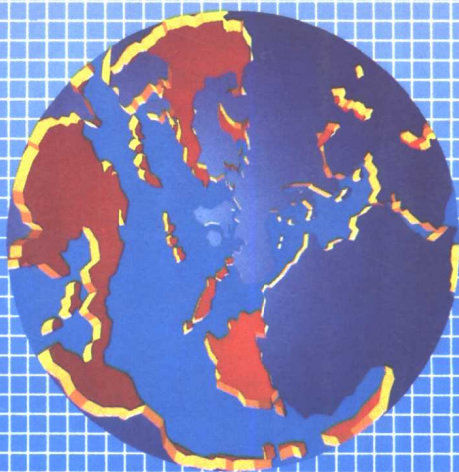


国(区)际民商事 法律适用法

余先予 主 编



人民日报出版社

000
I15
434

国家八五社科
规划重点项目

国(区)际民商事法律适用法

余先予 主编

人民日报出版社

1992.12.15

(京)新登字 103 号

责任编辑:柯愈春

封面设计:郑炳宏

图书在版编目(CIP)数据

国(区)际民商事法律适用法/余先予主编. —北京:人民日报出版社,1995. 2

ISBN 7-80002-710-4

I. 国… II. 余… III. ①国际法:民法—国际商法②国际法—国际商事仲裁 IV. ①D997.1②D996.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(94)第 13370 号

国(区)际民商事法律适用法

余先予 主编

人民日报出版社出版发行

北京怀柔中科印刷厂印刷

新华书店经销

850×1168毫米 32开本 印张 22.625 字数 561千字

1995年2月北京第一次印刷 印数 5000 定价 22.00元

ISBN 7-80002-710-4/D·114

主 编	余先予	
副主编	徐冬根	
撰稿人	余先予	徐冬根
	刘济南	汪洪生
	詹礼愿	丁成跃

序

人类饱经沧桑的 20 世纪即将结束,世人满怀希望的 21 世纪就要开始。处于新旧世纪之交,我们既不能沉缅于过去,又不能玩忽于未来。唯一的出路是抓住机遇,与全球各民族人民共同奋斗,重振国威,让中华民族昂首阔步地前进,以巨人的姿态屹立于世界民族之林。

当代世界形势的一个突出的特点是多元化和多极化。联合国已经有了近二百个会员国,世界上的主权单位越来越多,“一霸”或“两霸”主宰世界的格局已完全打破。多元化的后果是国家林立,每个国家都依主权颁布自己的法律,行使立法管辖权与司法管辖权。多极化的后果是必然形成新的地区联合,出现新的分化与组合。当代世界形势的另一个特点是和平与发展已成为世界前进的主旋律,经济竞争与技术竞赛的成败已关系到国家民族的生死存亡。这两个特点反映在法律上,国家林立则法出多门,民商事法律制度除国际间协议已经统一的少量规范之外,各国(具有独立法律体系的各地区亦相似)之间的法律冲突的现象普遍存在;在和平与发展的条件下开展各国之间的经济竞争与技术竞赛,则必然使各国的公司、企业、国民相互进行空前未有的经济、技术、文化交流,产生广泛的国际经济法律关系和一般国际民事法律关系。对于这些跨国的民商事法律关系如何正确适用法律,即以何种法律作为标准来衡量当事人的权利义务,譬如,中国人与美国人进行货物买卖是适用中国法还是美国法?日本人到中国投资能不能以日本的法律为标准?中国人与法国人进行技术买卖能不能以英国的法律作准绳?中国人与俄国人在中国离婚要按什么法律办手续才有效?……诸如此类的问题,几个世纪以来都是法学家们关注的重要问题,在今

天国际交往大发展之际,就更是一个非常现实而迫切的问题。这个问题解决得妥善与否,即一个国家的法律适用法是否完备,将关系到国际民商事关系的质与量的提高。

世界离开不了拥有全人类近 1/4 人口的中国;中国也正在走向世界,和国际通行的规则接轨。在这种条件下,中国涉外民商事关系的大发展已成必然。同时,在迎接新世纪到来之际,中国也正在一步一步地实现自秦汉隋唐以来的又一次大统一,具有独立法律体系的各地区之间区际民商事关系的大发展更已成为必然之势。中国走向世界和中国实现大统一这两件大事所带来的国际与区际民商事法律问题是复杂而深刻的,它所引起的中国冲突法制度的革新与完善也将是广泛而全面的。我们要与具有几百年市场经济经验的手打交,做生意,搞交流,不能不做好思想上、理论上、制度上的准备。像初学游泳的人一样,开始喝两口水也许是不可避免的,但是,我们应该把这个过程缩得越短越好,付出的代价越少越好,不能也不应该盲目上阵,似乎在这个领域有吃不完的亏,付不完的“学费”。要达到这个目标,我们就要善于学习,努力去探求那些我们自己不懂的东西,不搞闭塞眼睛捉麻雀,而是做到“知己知彼,百战不殆”。国家八五社科规划重点项目《国(区)际民商事法律冲突研究》就是在这样的指导思想下立项和开展研究的。《国(区)际民商事法律适用法》是本课题的首要成果。随后,我们还将有《美国的民商法与冲突法》、《日本的民商法与冲突法》、《德国的民商法与冲突法》、《俄罗斯的民商法与冲突法》、《香港的民商法与冲突法》、《澳门的民商法与冲突法》、《台湾的民商法与冲突法》等成果奉献给读者。如果条件允许,我们还将扩大国别研究的范围,再涉及一批与中国经济文化交往甚多的国家。

首先承担本课题研究任务的是宁波大学国际私法与民商法研究所。众所周知,宁波大学是香港已故船王包玉刚先生率先捐资兴建的一所新型大学,主要为发展外向型经济培养人才。该所按照学

校发展的方向,团结一批国内外学者,顺利地开展了本课题的研究。上海财经大学经济法系是后期研究工作的主力。参加本书研究的除笔者本人外,主要是汪洪生法学硕士、詹礼愿法学硕士、刘济南法学硕士、丁成跃法学硕士。徐冬根法学博士参加了统稿工作,并根据在瑞士留学所获得的资料,对总论和债权部分作了一些补充。

本课题研究和出版得到广州经纶律师事务所国际法律部的大力支持和帮助。在此特代表课题组致以衷心的感谢。本书的出版得到人民日报出版社的支持,于此一并致谢。

令人欣慰的,是中国的国际私法研究工作在经过一段时间的沉寂之后,现在已经走向初步繁荣,在本书付梓之时,多达100多个条文的《中国国际私法(示范法)》,在中国国际私法研究会的主持下已经由专家拟定出初步草案,并决定于1994年11月在宁波大学举行学会的年会讨论修正,形成正式草案,供立法与司法部门参考。面对着国际私法学术发展的大好形势,笔者浮想联翩,深感本书只是抛砖引玉之作,热切期待着中国有更多更好的国际私法著作问世。

余先予

1994年8月13日
于上海苏州河畔

目 录

序	余先予
第一章 涉外民事法律关系与冲突法的历史地位	(1)
第二章 冲突法的基本制度和范畴	(61)
第三章 涉外民事关系主体法律地位的法律冲突	(111)
第四章 管辖权的法律冲突	(171)
第五章 法律关系定性的法律冲突	(309)
第六章 物权的法律冲突	(337)
第七章 债权的法律冲突	(366)
第八章 知识产权的法律冲突	(483)
第九章 婚姻与亲权的法律冲突	(516)
第十章 继承权的法律冲突	(578)
第十一章 涉外民事诉讼程序的法律冲突	(612)
第十二章 区际法律冲突	(683)

第一章 涉外民事法律关系与 冲突法的历史地位

第一节 国际社会的经济文化联系与冲突法

冲突法是国际社会经济文化交流的产物。

一、国际经济的发展与国际社会的形成

自从世界上有了国家以后,各国之间都避免不了要进行某种交往,不同国家间基于一定政治、经济、文化、历史的原因而相互交往便形成了国际社会。而国际社会的形成与发展同商品经济的发展有着密切的联系。

商品经济是个历史的范畴,是人类社会发展到一定阶段的产物。在漫长的原始社会阶段,由于当时生产力水平十分低下,原始人群依靠简陋的工具采集、狩猎、耕作、畜牧,任何单独的个人都无法有效地同自然界斗争而保证自己的生存,因而只能联合起来进行集体劳动,并实行对生产资料的共同占有,将所获得的产品平均分配来维持大家的生存,任何个人和家庭都没有私有财产。在原始社会末期,随着生产力的发展,曾引起了三次社会大分工。第一次分工是游牧部落从其余部落中分离出来,使得部落间的产品交换成为必要。第二次分工是手工业从农业中分离出来,出现了直接以交换为目的的商品生产。随着商品生产和商品交换进一步发展,又发生了第三次社会大分工,即出现了商人和商品经济,人类终于跨

入文明社会的门槛。

在商品出现之后,由于其本性所决定,它一开始就是流动的、没有地区界限的,它总是从某种商品富有的地区流向缺乏的地区。随着社会分工的出现,个别地区有了部落内部和部落间的商品交换,但这种交换带有偶然性质。进入奴隶社会后,随着生产力和社会分工的发展,商品生产和交换也发展了,在此基础上有部分剩余产品作为商品在国与国之间交换,出现了国际商品交换的萌芽。到了封建社会,这种交换虽然强烈要求取得进一步的发展,但是却受到了封建桎梏的严重束缚。奴隶社会和封建社会的生产力水平较低,社会分工尚不发达,尤其是国际社会分工还未形成,自然经济占统治地位,就连一国内的各经济部门、各地区的经济尚未完全形成统一的国民经济,当然谈不上世界各国的经济相互联系形成统一的国际经济。那时各国在经济上基本上处于相互隔绝状态,国际商品交换只是个别的、局部的和偶然的现象。例如古希腊、古罗马与邻近地区的商业往来;中国古代通向西亚的丝绸之路,均属于这种情形。

随着资本主义生产方式的确立,国际分工、世界市场和国际商品交换的发展,使得各国的国民经济有机地联系起来,形成了统一的国际经济。国际经济的确立促成了各国间人员流动和文化融合,加强了地区间的联系,形成了近代国际社会。在帝国主义时代,垄断资本采用了与商品输出不同的资本输出方式来控制世界市场。资本输出使金融资本的密网遍布世界各地,国际垄断同盟从经济上瓜分了世界市场,帝国主义国家为扩展原料产地、投资场所和销售市场而争夺、分割殖民地,所有这一切使资本主义世界经济在广度上大大扩展,形成了囊括全世界所有国家和地区的世界经济体系。在这种情况下,个别国家和个别民族已经不是独立自主的单位,已经成为所谓世界经济的整个链条的各个环节,从这种意义上说,近代国际社会已具有与商品交换紧密联系的结构和机体。

第一次世界大战后,苏俄十月革命开辟了一个新时代,它改变了人类历史的发展进程,使资本主义经济不再是世界上唯一的、无所不包的体系。第二次世界大战后,欧、亚一系列国家革命的胜利,组成了强大的社会主义阵营。社会主义国家主张在维护国家主权的前提下,平等互利地同资本主义各国进行经济技术交流。而资本主义国家也不愿放弃与社会主义国家的经济业务联系,以谋取巨大的经济利益。经济生活的国际化的进程,决定了不同社会制度国家之间发展经济关系的必然性和必要性。这种新的世界经济关系,被称为“东西关系”。

第二次世界大战后,民族解放运动蓬勃发展,殖民体系分崩瓦解,发展中国家崛起,形成国际政治舞台上的一支新生力量。由于老殖民主义者造成的固有的国际分工格局,在经济上发展中国家不可能脱离世界经济体系,因而它们仍要保持与发达国家的经济联系,这种关系被称为“南北关系”。同时,发展中国家为与西方殖民势力斗争,在内部结成了相互团结、相互合作的经济关系,被称为“南南关系”。

“东西关系”、“南北关系”、“南南关系”的形成并不是统一的国际经济关系(或国际社会)的瓦解,而是国际社会向多样化发展,国际社会趋于成熟、发达的重要标志。

二、当代世界的共同经济关系

大约在 19 世纪 60 年代左右确立了统一的资本主义世界经济体系,从那以后许多国家(包括发达国家和落后国家)通过国际分工、国际交换、世界货币、世界市场在经济上结成了相互依赖、相互促进、不可分割的统一整体,这就是世界共同经济关系。共同经济关系在客观上要求各国经济协调地、有序地发展,形成良性循环,才能推动世界经济的高涨。但是,事实上并非如此,世界经济在发展过程中常出现不协调的因素。例如,建立在自由贸易基础上的国际贸易由于国际性的经济危机而常陷于困境;第二次世界大战以

后,各国为了片面保护本国市场而设置种种关税和非关税壁垒,贸易保护主义盛行也阻碍了世界经济的发展步伐;发展中国家由于不合理的国际分工和国际贸易规则而不能从国际贸易中获益,从而导致外债激增等等。面对世界共同经济关系以及其中存在的问题,各国学者都在理论上深入探讨解决的办法,于是产生了各种不同的学派。

自由贸易说。这个学派主张依市场规律来自自然调节世界经济的发展,反对国家政府干涉国际贸易制度。他们认为,国家除为了保护国内弱小企业等某些例外情况外,不能对国际贸易加以限制。

新重商说。这种学说认为,国家制定的任何一项经济政策均应以维护本国利益为宗旨;国家利益应成为世界贸易政策和世界贸易的核心;国家在国际贸易方面的作法应与本国经济的发展相一致,力争取得最大限度利益;在国际社会利益与国家利益发生冲突时,应以国家利益为重。该学派重视的是稳定贸易制度,以符合国家利益。显然,新重商说为国际贸易保护主义政策提供了理论依据。

改良说。这种学说认为,由于历史的原因和其他的原因,目前的世界经济制度给许多国家特别是发展中国家带来了重要的经济问题,应当改变各国的经济政策和现有的国际经济制度。他们主张在国际经济活动中,发达国家应对发展中国家作出某些让步。

从属经济与新殖民经济说。这种学说认为,发展中国家面临的经济问题并非纯系历史原因,而是由原殖民宗主国有意造成的,工业化国家在政治和经济方面控制和剥削发展中国家,才使之处于被支配地位。该学说认为,现有的国际经济制度所推行的比较优势只会使发展中国家永远处于不发达状态,有害于发展中国家的经济发展,不利于收入的合理分配,而不公正的分配制度将导致广大发展中国家人民的贫困,因此应予以变革。

新马克思经济学说。这种学说认为,现有国际经济体制反映了

“全球性的阶级划分”，发展中国家处于受发达国家剥削的地位，他们只能从国际贸易的剥削中取得微不足道的一点利益，发展中国家的经济劣势是资产阶级在国际经济制度中起支配作用的结果，若要取得经济的切实发展，应采取根本措施，即发展中国家应断绝其与世界资本主义制度的关联，而建立所谓的世界社会主义秩序。

上述几种理论体现了它们所代表的各种不同国际经济势力间的彼此斗争，它们各有缺陷但又有着合理因素。我们认为，世界共同经济关系是客观存在的，是不依人们的意志为转移的。在世界共同经济关系中，任何国家都不应也不能割断与各国的经济联系，而只能在这种关系中寻求生存的地位。面对着共同经济关系中的缺陷和矛盾，我们应当研究其发展的规律，采取相应的措施来完善它。要解决这种共同经济关系中的矛盾，根本出路还在于建立合理的国际经济贸易制度，尤其是建立包括冲突法在内的合理的国际法律制度来加以协调。

三、当代世界科学技术和文化的联系

在当代国际社会中不仅存在着共同的经济联系，而且还存在着广泛的科学技术和文化的联系。

促成国际间科学技术交流的因素很多，但战后新科学技术革命与国际贸易的发展是加强这种交流的重要因素。科学技术是第一生产力。本世纪中叶开始的以原子能、电子计算机和空间技术发展和应用为标志的新科技革命，一方面推动了各国生产的迅猛发展，生产的发展又扩大了国际贸易流通，而另一方面国际贸易是世界各国科学技术相互交流的重要途径，因国际贸易流通的扩大使各国引进外国先进技术成为可能。战后在世界经济联系中，技术商品化达到了空前的规模，技术发明、新工艺流程、技术诀窍也成为输出输入的对象，技术许可证贸易获得广泛的流行。例如，50年代的日本推行所谓“吸收性战略”，把引进外国先进技术作为坚定不移的国策执行，从1950年到1975年间日本通过国际贸易引进外

国先进技术达 25700 多项。另外,新科技革命促进了国际分工的不断深化,生产的分工又带动了科学研究、技术研究分工的发展。目前在世界上搞一项高精尖项目光靠一国的科研力量已不行了,而是要在综合各国的科研成果的基础上才能开发。在有着较为具体的国际分工的格局下,各国要开发自己不占优势的新产品、新项目,通过吸收引进外国的科技研究成果,才是花钱省、时间短的捷径。因此,在当今国际社会科学技术交流与联系不仅是可能的而且也是必要的。

在跨越 20 世纪与 21 世纪的今天,人类文明与文化也处于一个全新的发展阶段:一方面文化的形态愈来愈呈现出多样化、民族化和个体化;另一方面由于信息和交流手段的进步,文化在前所未有的广阔范围内频繁地、迅速地相互交流、相互影响。这种趋向与世界经济国际化的发展趋势是平行的。

国际间科学技术和文化日趋广泛的联系,使各国的涉外民事法律关系发生了巨大的变化,在传统的涉外婚姻关系、涉外继承关系、涉外所有权关系和涉外债权债务关系之外,又衍生出涉外发明权、著作权、商标权等新型的法律关系。这种新的法律关系的产生和存在,扩大了冲突法适用的领域,客观上要求各国以及国际社会制定相应的法律来促进国际科学技术和文化更紧密联系的趋势。

四、世界经济发展带来的国际性劳务流动

国家间的人员流动很早就有,但在 15 世纪以前由于社会生产力水平较低,交通工具落后,人口迁移的规模和距离都受到很大的限制。从 15 世纪以后到第二次世界大战前,由于资本主义经济发展的客观需要,即资本主义对廉价劳动力的追逐,导致了国际间大规模的人口迁移。

15 世纪在哥伦布发现了美洲新大陆后,殖民主义者为了掠夺新大陆的财富,大量屠杀印第安土著居民,造成了当地劳动力的奇缺。以后,殖民主义者为了开发美洲,便开始了掠夺和贩卖非洲黑

人的勾当。从16世纪到19世纪大约有3000多万非洲人被贩运到美洲大陆。

19世纪初,在世界各国人民的强烈反对下,贩卖黑奴的活动逐渐停止下来,但美洲资本主义的迅速发展仍需要大量的劳动力。于是,殖民主义者便从亚洲进口了大量的“契约工”,大批的中国人、印度人、巴基斯坦人和马来西亚人被招募到美洲充当劳工。

19世纪末至20世纪初,资本主义发展到帝国主义阶段。帝国主义列强向殖民地输出巨额资本,造成了资本主义国家产生人口的相对过剩;又由于交通运输业的发展,大量的欧洲人又迁往美洲和大洋洲。在第一次世界大战前的15年间,平均每年迁移100多万人,直到第二次世界大战前由于世界性经济危机的影响和移民接受国的限制,人员流动才缓了下来。

在资本主义时代,人员的国际性流动是由资本主义生产方式所决定的,是资本主义国家推行海外拓殖、资本输出的结果。

本世纪60年代以后,国际间人员流动又开始加速。这次流动与历史上几次大规模的人员流动不同,它有着自己显著的特征:(1)这次流动从区域上看不是单向的而是多向的,亚、非、欧、美的流向交错;(2)这次流动主要是从发展中国家向发达国家及其拥有巨额石油美元的国家流动。据英国《经济学家》杂志估计,仅1979年全世界外籍工人约1400万,其中绝大部分是来自发展中国家。

当今的国际间人员流动虽然不再是仅仅因为资本主义生产方式的需要了,但它仍然是由客观经济因素制约的。一方面是由于发达国家人口停止增长甚至下降而发展中国家人口迅速增加的原因;另一方面是由于历史上形成的国际分工不合理导致发达国家与发展中国家生产力水平和生活水平差异较大的原因。

人员的国际性流动必然会产生大量的涉外雇佣合同关系、外国人的法律地位问题以及他们的人身、财产、婚姻、家庭、继承等法律关系,这就在客观上要求各国和国际社会从冲突法上合理协调

和解决这些问题。

五、中国对外经济文化关系的发展

中国有着漫长的封建社会的历史,从16世纪中叶到19世纪中叶,明、清封建王朝采取“闭关锁国”政策,阻止对外交往。1840年鸦片战争后,清王朝统治者丧权辱国,先后与西方列强订立了一系列允许外国人享有特权的不平等条约,外国人在中国攫取了领事裁判权、内河通行权、传教权等,使中国沦为了半殖民地半封建社会。在国民党统治时期,国民党政府继续向西方列强出卖主权和其他各种权利。总之,从1840年到1949年,历届中国政府在帝国主义“炮舰政策”下被迫打开了中国的大门。

新中国成立后,我国废除了外国人在我国所享有的各种特权,恢复了我国的主权。我国奉行在和平共处五项原则下的外交政策。但是,由于帝国主义对我国的经济封锁和国内政治上极“左”路线的干扰,致使中国对外经济交往关系受到了很大的限制。

1978年党的十一届三中全会以后,我国终于走上了不可逆转的实行全方位的对外开放的道路,广泛参加国际经济、技术和文化交流,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。改革开放政策加强了中国与世界各国的经济、文化的密切联系,主要体现在以下几个方面。

1. 中国对外贸易量激增。据统计,1960年我国进出口总额仅为41.5亿美元,实行改革开放后的1978年也只有355亿美元,1994年则上升到2300多亿美元,在世界贸易强国中排名第11位。

2. 与我国进行经济文化交往的国家和地区大量增加。在50年代,与我国发生经济文化联系的国家主要局限于苏联和东欧国家。而改革开放后的今天,我国几乎与世界上所有的国家和地区都有经济文化交往关系。目前与我国在经贸上联系较多的国家是日本、美国和欧洲共同体。另外,发展中国家与中国的联系也正在加

强。

3. 我国对外交往的形式更趋多样化。过去中国对外交往的主要形式是对外贸易,而改革开放后我国除了大力加强对外贸易外,还开辟了对外交往的新途径。近些年我国为吸引外国投资和引进外国先进技术而举办了二十万家中外合资企业、中外合作企业、外商独资企业以及大量的来料加工、国际补偿贸易、国际租赁项目。我们为了更好地利用外资和创造良好的投资环境,在广东、福建两省的深圳、珠海、汕头、厦门及海南岛五个地区设立了经济特区,并在沿海 14 个开放城市及其他一些城市设立了许多经济技术开发区。

4. 我国对外交往的主体发生了变化。过去中国在对外交往的主体资格上控制相当严格,不论是对外贸易还是其他民间交往都是国家批准的专门部门、单位或在专门部门调控下的单位和个人才能与外国主体发生联系。在改革开放后,由于法人制度的设立,除了外经贸专业公司之外,我国的大部分工商企业都获得了对外经济合作的经营自主权,其中一部分企业还获得了对外贸易经营权,也成了对外交往的主体。另外,为配合我国的外资和技术引进工作,设立了大量的咨询服务公司,提供有关法律、经济、银行信贷和市场行情的信息。

5. 中国对外民间交往有了发展。改革开放后,我国大力开展了涉外旅游事业和对外文化交往。1978 年,我国旅游部门接待外国旅行者 12 万人,相当于过去 24 年的总和;接待港澳台同胞、华侨 56 万人。1981 年我国接待了 140 多个国家和地区的旅游者、客商达 700 多万人。

总之,改革开放政策加强了中国的对外联系,这使得我国参与的涉外民事关系在数量上有了增加,在范围上有了扩大,在内容上更加丰富。中国的对外经济、文化交往是中国进行四个现代化建设的条件之一,也是由世界经济逐渐走向国际化的客观规律所决定