



Determination of Applicable Law in Foreign-related Civil
Disputes and Judicial Practice in P. R. China

涉外民事纠纷的 法律适用与中国司法实践

◎ 金彭年 蒋 奋 著



ZHEJIANG UNIVERSITY PRESS
浙江大学出版社

涉外民事纠纷的法律适用 与中国司法实践

金彭年 蒋 奋 著



ZHEJIANG UNIVERSITY PRESS

浙江大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

涉外民事纠纷的法律适用与中国司法实践 / 金彭年, 蒋奋著. —杭州: 浙江大学出版社, 2017. 2

ISBN 978-7-308-16265-4

I. ①涉… II. ①金… ②蒋… III. ①涉外民事法—法律适用—中国 IV. ①D923.05

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 236328 号

涉外民事纠纷的法律适用与中国司法实践

金彭年 蒋 奋 著

责任编辑 石国华

责任校对 陈 园

封面设计 刘依群

出版发行 浙江大学出版社

(杭州天目山路 148 号 邮政编码 310007)

(网址: <http://www.zjupress.com>)

排 版 杭州星云光电图文制作有限公司

印 刷 杭州恒力通印务有限公司

开 本 710mm×1000mm 1/16

印 张 22.5

字 数 430 千

版 印 次 2017 年 2 月第 1 版 2017 年 2 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978-7-308-16265-4

定 价 68.00 元

版权所有 翻印必究 印装差错 负责调换

浙江大学出版社发行中心联系方式: 0571-88925591; <http://zjdxcbbs.tmall.com>

内容提要

本书在阐述冲突法理论上,着重解析《涉外民事关系法律适用法》、《仲裁法》、《民事诉讼法》的相关条文,并参考最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉若干问题的解释(一)》、《关于适用〈中华人民共和国仲裁法〉若干问题的解释》、《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》与相关复函、批复、纪要、规定、通知,以及各级人民法院依据上述规则做出裁判的典型案例。因此,本书既可以作法学专业大学生和研究生研习之用,也可以作为处理涉外民商事纠纷的参考用书。

本书由浙江大学宁波理工学院“9211 人才专项”支持计划资助,为国际私法课程建设成果。

目 录

第一章 绪 论	(001)
第一节 涉外民事关系与法律冲突	(001)
一、涉外民事关系	(001)
二、法律冲突	(002)
三、解决法律冲突的途径	(003)
第二节 国际私法的名称、范围和定义	(004)
一、国际私法的名称	(004)
二、国际私法的范围	(005)
三、国际私法的定义	(007)
第三节 国际私法的渊源	(008)
一、国内立法	(008)
二、国内判例	(009)
三、国际条约	(010)
四、国际惯例	(010)
五、一般法理、国际私法之原则及学说	(011)
第四节 国际私法的基本原则	(011)
一、主权原则	(011)
二、平等互利原则	(012)
三、国际协调与合作原则	(012)
四、保护弱方当事人合法权益的原则	(012)
第二章 冲突规范和法律选择	(014)
第一节 冲突规范	(014)
一、冲突规范的概念	(014)
二、冲突规范的特点	(014)
三、冲突规范的结构	(015)
四、冲突规范的类型	(015)



第二节 准据法表述公式和联结点	(016)
一、准据法表述公式	(016)
二、联结点	(018)
第三节 法律选择的方法	(018)
一、依法律的性质决定法律的选择	(019)
二、依法律关系的性质决定法律的选择	(019)
三、依最密切联系原则决定法律的选择	(020)
四、依“利益分析”决定法律的选择	(021)
五、依案件应取得的结果决定法律的选择	(022)
六、依有利于判决在外国得到承认与执行和有利于求得判决一致 决定法律的选择	(023)
七、依当事人的自主意思决定法律的选择	(024)
第四节 识别	(024)
一、识别的概念	(024)
二、识别的提出	(025)
三、识别的依据	(026)
第五节 先决问题	(029)
一、先决问题的概念	(029)
二、先决问题的构成要件	(030)
三、先决问题的准据法	(030)
第三章 外国法的适用和排除	(032)
第一节 外国冲突法的适用——反致	(032)
一、反致、转致、间接反致的概念	(032)
二、反致产生的原因	(033)
三、反致理论的起源	(034)
四、反致制度综述	(035)
第二节 公共秩序	(038)
一、公共秩序概述	(038)
二、公共秩序的适用标准	(042)
三、公共秩序保留制度运用中应注意的几个问题	(046)
四、中国关于公共秩序的理论与实践	(051)
第三节 法律规避	(054)

一、法律规避的概念	(054)
二、法律规避的性质	(055)
三、法律规避的效力问题	(056)
四、中国的有关规定	(056)
第四节 外国法的查明和错误适用	(057)
一、外国法的查明	(057)
二、外国法的错误适用	(060)
第四章 外国人民事法律地位	(062)
第一节 外国人民事法律地位概述	(062)
一、外国人民事法律地位的概念	(062)
二、外国人民事法律地位的变迁	(062)
第二节 外国人民事法律地位的几种主要待遇制度	(064)
一、国民待遇	(064)
二、最惠国待遇	(065)
三、互惠待遇	(067)
四、歧视待遇和不歧视待遇	(068)
第三节 外国人在中国的民事法律地位	(068)
一、外国人在中国的民事法律地位的变迁	(068)
二、外国人在中国的民事法律地位	(069)
第五章 自然人	(072)
第一节 自然人的国籍	(072)
一、国籍	(072)
二、国籍的冲突	(072)
三、国籍冲突的解决	(073)
第二节 自然人的住所	(074)
一、住所国际私法中的地位	(074)
二、住所的概念	(075)
三、住所与国籍、居所、惯常居所在法律上的联系和区别	(075)
四、住所的种类	(076)
五、住所的冲突	(077)
六、住所识别标准	(077)



七、住所冲突的解决	(078)
八、中国有关住所的规定	(078)
九、《解决本国法和住所地法冲突公约》	(078)
第三节 自然人权利能力和行为能力	(079)
一、自然人的权利能力	(079)
二、涉外失踪或死亡宣告	(081)
三、自然人的行为能力	(081)
四、联结点的改变对自然人行为能力的影响	(083)
第六章 法 人	(084)
第一节 法人的国籍	(084)
一、确定法人国籍的不同学说	(084)
二、跨国公司的国籍确定	(086)
三、中国确定法人国籍的实践与有关规定	(086)
第二节 法人的住所	(087)
一、管理中心所在地说	(087)
二、营业中心所在地说	(087)
三、法人住所依其章程之规定说	(088)
四、成立地说	(088)
第三节 外国法人的认许	(088)
一、外国法人认许的概念	(088)
二、外国法人认许的程序	(089)
三、中国对外国法人认许的有关规定	(089)
第四节 法人权利能力与行为能力	(090)
一、法人权利能力和行为能力的法律冲突	(090)
二、法人属人法的适用范围	(091)
三、中国的有关规定	(092)
第七章 法律行为和代理	(094)
第一节 法律行为	(094)
一、法律行为的概念	(094)
二、涉外法律行为的法律冲突	(094)
三、涉外法律行为的准据法	(095)

第二节 代 理	(097)
一、概述	(097)
二、被代理人与代理人关系的准据法	(098)
三、本人与第三人的关系	(100)
四、代理人与第三人的关系	(101)
五、《代理法律适用公约》	(101)
六、中国有关代理法律适用的规定	(105)
第八章 财产权	(106)
第一节 物 权	(106)
一、物权的概念及分类	(106)
二、“物之所在地法”原则的产生和发展	(106)
三、物权法律适用的复杂性与物之所在地法的内涵及其他表述 形式的差异	(109)
四、物之所在地的物理上或人为的确定	(114)
五、物之所在地法的适用范围	(116)
六、物之所在地法适用的例外	(119)
七、中国关于物权法律适用的规定	(121)
第二节 信 托	(122)
一、信托概述	(122)
二、信托的法律冲突及法律适用	(123)
三、《关于信托的法律适用及其承认的公约》	(127)
第九章 知识产权	(130)
第一节 知识产权的法律冲突及法律适用	(130)
一、知识产权的法律冲突	(130)
二、知识产权的法律适用	(131)
三、中国的知识产权法律适用问题	(135)
第二节 保护知识产权的国际公约	(135)
一、主要工业产权公约	(136)
二、主要著作权公约	(140)
第三节 保护知识产权的国际组织	(149)
一、世界知识产权组织	(149)



二、世界贸易组织	(150)
第十章 合 同	(154)
第一节 涉外合同法律适用的理论分歧	(154)
一、涉外合同的概念	(154)
二、涉外合同的法律适用的理论分歧	(154)
第二节 合同准据法的历史发展	(157)
一、三个历史阶段	(157)
二、意思自治	(158)
三、合同自体法	(163)
四、特征履行说	(165)
第三节 缔约能力	(167)
一、适用当事人属人法	(167)
二、选择适用属人法与合同缔结地法	(167)
三、适用合同准据法	(168)
第四节 合同形式	(168)
一、适用缔约地法	(168)
二、选择适用缔约地法或合同准据法	(169)
三、适用合同准据法	(169)
第五节 合同的成立效力及其他	(170)
一、合同的成立	(170)
二、合同的效力	(171)
三、合同的解释	(173)
四、合同的消灭	(173)
第六节 中国涉外合同法律适用的立法和实践	(174)
一、概述	(174)
二、意思自治原则是涉外合同法律适用的首要原则	(175)
三、最密切联系原则的补充适用	(176)
四、国际条约和国际惯例的适用	(177)
第十一章 法定之债	(179)
第一节 侵权行为	(179)
一、侵权行为之债的法律冲突	(179)

二、侵权行为之债的法律适用	(180)
三、侵权行为准据法的适用范围	(186)
四、中国关于涉外侵权行为法律适用的规定	(186)
第二节 不当得利和无因管理	(187)
一、不当得利	(187)
二、无因管理	(188)
第十二章 婚姻家庭	(191)
第一节 概 述	(191)
第二节 结 婚	(192)
一、结婚的实质要件	(192)
二、结婚的形式要件	(194)
三、几种特别形式的结婚	(195)
四、中国处理涉外婚姻的法律制度	(196)
第三节 离 婚	(197)
一、离婚的法律适用	(197)
二、中国有关涉外离婚的法律规定	(200)
第四节 夫妻关系	(201)
一、夫妻人身关系	(201)
二、夫妻财产关系	(203)
第五节 亲子关系	(206)
一、父母子女间的权利义务关系	(206)
二、非婚生子女的准正	(209)
第六节 收 养	(210)
一、涉外收养的法律适用	(211)
二、《跨国收养方面保护儿童及合作公约》	(213)
第七节 监 护	(214)
一、监护的准据法	(214)
二、关于监护的国际公约	(215)
第八节 扶 养	(218)
一、概述	(218)
二、扶养关系的准据法	(218)
三、中国关于涉外扶养的规定	(220)



第十三章 继 承	(221)
第一节 法定继承的法律适用	(221)
一、区别制和同一制	(221)
二、以属人法为主,兼采财产所在地法	(223)
三、遗产所在地法	(224)
四、选择适用法律说	(224)
五、中国关于法定继承法律适用的规定	(224)
第二节 继承准据法的适用范围	(224)
一、继承的开始及原因	(225)
二、继承人的范围和顺序	(225)
三、继承开始的效力	(226)
四、被继承人遗嘱处分财产的权利	(226)
第三节 无人继承财产	(226)
一、概说	(226)
二、无人继承财产归属的准据法	(227)
三、中国的有关规定	(228)
第四节 遗 嘱	(228)
一、立嘱能力	(228)
二、遗嘱方式	(230)
三、遗嘱的解释	(231)
四、遗嘱的撤销	(231)
五、遗嘱的实质有效性	(232)
第十四章 国际商事仲裁协议	(233)
第一节 国际商事仲裁协议概述	(233)
一、国际商事仲裁概述	(233)
二、国际商事仲裁协议的定义与性质	(235)
三、国际商事仲裁协议的法律效力	(236)
第二节 国际商事仲裁协议的法律适用	(237)
一、当事人行为能力的法律适用	(238)
二、形式要件的法律适用	(238)
三、实质要件的法律适用	(239)
第三节 仲裁条款独立性	(245)

一、仲裁条款独立性的内涵与意义	(245)
二、仲裁条款独立性的立法概况	(246)
三、仲裁条款独立性的具体适用	(247)
第十五章 国际商事仲裁程序	(250)
第一节 对仲裁管辖异议的管辖权	(250)
一、管辖权/管辖权理论	(250)
二、中国法院对仲裁管辖问题的最终决定权	(252)
第二节 国际商事仲裁机构的审理程序	(254)
一、仲裁申请和受理	(254)
二、答辩和反请求	(255)
三、仲裁庭的组成	(256)
四、开庭审理	(257)
五、书面审理	(258)
六、财产保全与调解	(259)
七、仲裁裁决	(259)
第三节 国际商事仲裁裁决的承认与执行	(261)
一、关于承认与执行外国仲裁裁决的纽约公约	(261)
二、外国国际商事仲裁裁决在我国的承认与执行	(264)
三、我国国际商事仲裁裁决的承认与执行	(266)
四、内地与香港特区、澳门特区经及大陆与台湾地区仲裁裁决的相互 承认与执行	(268)
第十六章 国际民事诉讼程序	(275)
第一节 概 述	(275)
一、国际民事诉讼的含义	(275)
二、国际民事诉讼法的渊源	(276)
三、国际民事诉讼的基本原则	(277)
第二节 外国人民事诉讼地位	(280)
一、外国人民事诉讼地位的国民待遇原则	(280)
二、外国人的诉讼权利能力	(281)
三、外国人的诉讼行为能力	(282)
四、诉讼费用担保	(283)



五、诉讼代理制度	(284)
第三节 国家豁免、外交豁免和国际组织的豁免	(287)
一、国家豁免	(287)
二、外交豁免	(290)
三、国际组织的豁免	(293)
第四节 国际民事管辖权	(293)
一、国际民事管辖权的概念和意义	(293)
二、国际民事管辖的分类	(294)
三、中国关于国际民商事管辖权的规定	(296)
第五节 平行诉讼与不方便法院原则	(299)
一、平行诉讼	(299)
二、不方便法院原则	(304)
第六节 期间与诉讼时效	(311)
一、国际民事诉讼中的期间	(311)
二、国际民事诉讼中的诉讼时效	(313)
第七节 财产保全与证据	(316)
一、国际民事诉讼中的财产保全	(316)
二、国际民事诉讼中的证据	(317)
第八节 国际司法协助	(318)
一、概述	(318)
二、域外送达	(324)
三、域外调查取证	(330)
第九节 外国法院判决的承认与执行	(334)
一、外国法院判决的概念	(334)
二、承认与执行外国法院判决的学说	(335)
三、承认外国法院判决与执行外国法院判决的关系	(335)
四、承认与执行外国法院判决的法律依据	(336)
五、各国承认与执行别国法院判决的条件	(338)
六、外国法院判决的承认与执行程序	(341)
七、中国关于判决域外承认执行的规定	(345)
八、内地与香港特区、澳门特区、台湾地区法院判决的相互承认和执行	(346)

第一章 绪 论

第一节 涉外民事关系与法律冲突

某中国公司与美国公司之间签订的加工承揽合同,双方的合同权利、义务与违约责任,应当适用中国法律,还是美国法律?某中国公民与澳大利亚公民结婚,婚姻关系存续期间的人身关系和财产关系,应当适用中国法律,还是澳大利亚法律?对于上述纠纷,当事方应当向哪国法院起诉?法院判决能否跨国执行?这都是国际私法要解决的问题。

一、涉外民事关系

国际私法调整的涉外民事关系,是指在民事关系的主体、客体和权利义务据以发生的法律事实等诸多因素中,至少有一个外国因素的民事关系。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释(一)》第1条规定,民事关系具有下列情形之一的,人民法院可以认定为涉外民事关系:(1)当事人一方或双方是外国公民、外国法人或者其他组织、无国籍人;(2)当事人一方或双方的经常居所地在中华人民共和国领域外;(3)标的物在中华人民共和国领域外;(4)产生、变更或者消灭民事关系的法律事实发生在中华人民共和国领域外;(5)可以认定为涉外民事关系的其他情形。^①

^①例如,在意大利百安奇售货设备集团公司与常州费斯托自动售货设备有限公司、徐嘉伟、周利商标转让合同纠纷案中,百安奇公司因其卢森堡子公司与费斯托公司成立中外合资企业而发生较密切的商务合作。1999年百安奇公司在意大利开始使用BIANCHI文字商标,并于2001年设计了“BIANCHI及图”商标,2003年在意大利获得注册,并递交了马德里国际申请,涵盖了包括中国在内的二十多个国家。费斯托公司向中国国家工商行政管理总局商标局申请注册“百安奇BIANCHI及图”商标(即涉案商标),于2003年5月获准。费斯托公司又与周利就涉案商标签订商标转让协议,并向商标局申请办理了转让登记手续,使周利成为该商标的持有人。百安奇公司诉请法院认定费斯托公司与周利订立的商标转让合同无效。常州市中级人民法院一审认为,关于百安奇公司要求认定费斯托公司与周利订立的商标转让合同无效的诉讼请求,该合同不具有涉外因素,但最终最高人民法院认为本案系涉外民事关系,并以各方当事人对适用中国法律均无异议为由,适用了中国法律,参见最高人民法院[2013]民提字第103号民事判决书。在华盖创意(北京)图像技术有限公司与绵阳晚报社的著作权侵权纠纷案中,最高人民法院认为,虽然原被告均为中国境内机构,侵权行为地也在中国大陆,但原告华盖公司的著作权源于其与美国Getty公司的《图像许可和销售服务协议》,该协议授权原告享有在中国境内展示、销售和许可他人使用涉案图像的权利,以及在中国境内以其原告自己的名义就任何第三方侵犯Getty公司知识产权的行为,采取法律行为的权利。同时,我国和美国均属于《保护文学艺术作品伯尔尼公约》的成员国,故Getty公司对涉案图片享有的著作权依法受我国法律保护。最高人民法院最终认定本案系涉外侵害著作权纠纷案件,参见最高人民法院[2014]民申字第971号民事裁定书。



在实际生活中,一个民事关系可能不仅仅是一个因素跟外国有联系。比如说,中国某公司和一家美国公司在英国伦敦缔结一项买卖标的在澳大利亚悉尼港的合同,在该涉外合同关系中,主体一方是美国人,产生合同权利义务的法律事实即合同的缔结地在英国,而客体又在澳大利亚,便有三个因素涉及外国。

此外,对于“涉外”这个提法中的“外国”(Foreign),通常作广义的理解,即它还可以指同一个国家中的不同“法域(Territorial Legal Unit)”^①。例如,英国的国际私法所称“外国”,既可以指德国、法国,也包括苏格兰和北爱尔兰。^②当前,涉及港澳台的民商事关系,根据《关于适用〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉若干问题的解释(一)》第19条,也可视为涉外民商事关系。^③

二、法律冲突

法律冲突是国际私法上的一个专门术语,它是指涉及两个或两个以上不同法域的民事法律对该民事关系的规定各不相同,却又竞相要求适用于该民事关系,从而造成的该民事关系在法律适用上的冲突现象。简言之,法律冲突就是对同一民事关系因所涉各国民事法律规定不同而发生的法律适用上的冲突。

法院在审理一个含有涉外因素的民事案件时,案件所涉及的有关国家的民事法律制度往往不同,依据所涉一国的法律,有关民事法律关系已有效成立或已有效解除,而依据所涉另一国的法律,它却尚未有效成立或有效解除,这时究竟应该适用哪一个国家的法律来做出判决呢?这就提出了法律选择的问题,也就是法律冲突的问题。正是因为这个原因,国际私法在许多国家又被称为“法律冲突法”或“冲突法”。

在处理涉外民事关系时,在许多问题上都会因所涉各国均认为含有自己国家的因素而主张对它行使立法管辖权,而它们的立法又各不相同而发生法律冲突,从而需要做出法律选择。例如,在英国剑桥大学就读的20岁的中国留学生王某和年仅18岁的英国姑娘琳达在伦敦登记结婚,婚后一年二人回到了中国定居并发生离婚诉讼,那么他们的婚姻关系已合法成立了吗?如果不考虑其他因素,只就婚龄而言,依据中国婚姻法或依据英国婚姻法就会得出两种截然相反的结果:(1)适用中

①法域指的是一个国家内具有独特法律制度的地区,而由具有不同法律制度的若干地区组成的国家,则构成复合法域国家。参见李双元、金彭年、张茂、欧福永:《中国国际私法通论》,法律出版社2003年版,第5页。

②J H C Morris, Lawrence Collins, A V Dicey. Dicey and Morris on the Conflict of Laws, 13th Ed. London: Sweet and Maxwell, 2000, p. 3, p. 28.

③例如,在林荣达、王光合同纠纷案中,福建省高级人民法院认为,本案系当事人双方买卖香港幸运丰投资有限公司的股权,以及王光受让林荣达于《公司股权转让协议书》合同项下的权利和义务而引起的纠纷,诉讼标的在香港,民事法律关系的设立、变更、终止也发生在香港,故本案属涉港民商事案件。参见福建省高级人民法院〔2011〕闽民初字第22号民事判决书。

国法,中国婚姻法规定的法定婚龄是男 22 周岁,女 20 周岁,男女双方都未到达法定婚龄,他们的婚姻是无效的;(2)适用英国法,英国规定的法定婚龄男女都是 16 岁,王某夫妇结婚时男女双方均已达到法定婚龄,他们的婚姻已有效成立。这样,就发生了到底是适用中国法抑或适用英国法来判定王某夫妇的婚姻关系合法性的问题了。又如,一个年满 21 周岁的意大利人在中国某公司签订了一笔丝绸制品的买卖合同,后该意大利人因无力履行该合同,就以意大利民法规定年满 22 周岁方为成年,自己不具完全行为能力为由提出应宣告该合同无效,双方当事人就该合同是否有效成立发生了争执,而争执的焦点是该意大利人有无签订合同的行为能力。如果按照《民法通则》^①规定,该意大利人已具备完全行为能力,而依据意大利民法其尚无完全行为能力。那么,该意大利人的行为能力问题是适用中国法抑或适用意大利法,同样需要做出法律选择。而国际私法正是解决这个问题的唯一的法律部门。

三、解决法律冲突的途径

解决法律冲突的途径问题,也就是涉外民事关系的调整方法问题。综合各国的实践与立法,大体可分间接调整方法和直接调整方法两种。

(一)间接调整方法(冲突法的方法)

解决涉外民事关系的法律冲突问题,最早采用的便是通过冲突规范的间接调整方法,就是在有关的国内法或国际条约中只指出适用哪个国家的法律来调整某种涉外民事关系当事人间的权利义务,而不直接规定当事人的权利义务关系。比如说,《民法通则》第 147 条规定,中华人民共和国公民和外国人结婚适用婚姻缔结地法律。该条法律只是指出了关于中国公民和外国人结婚这类涉外民事关系应该按照婚姻缔结地的法律,而未规定结婚必须符合什么样的婚姻实质要件和形式要件。这种通过冲突规范的间接调整方法,必须经过两个步骤才能最终调整某个涉外民事关系:第一个步骤是适用冲突规范,找出某个涉外民事关系应以何国法作准据法;第二个步骤是适用准据法来确定该涉外民事关系当事人之间的权利义务。

(二)直接调整方法(实体法的方法)

直接调整方法,是指有关国家间通过双边或多边国际条约的方式,制定统一的实体法,用以直接支配涉外民事关系当事人权利义务关系,从而避免或消除法律冲突和法律选择。由于适用统一实体法规范即避免了在国际民事交往中可能发生的法律冲突,有的学者称其为“避免法律冲突的规范”,而冲突规范则是“解决法律冲

^①本书未指明国别的法律,均指中华人民共和国法律。