

Comments on

Act of the People's Republic of China on Application of Law in Civil Relations with Foreign Contacts

涉外民事关系法律适用法 释 评

杜 涛 © 著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

涉外民事关系法律适用法 释 评

杜 涛 ◎著



中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目(CIP)数据

涉外民事关系法律适用法释评/杜涛编. —北京:
中国法制出版社, 2011. 4
ISBN 978 - 7 - 5093 - 2775 - 3

I. ①涉… II. ①杜… III. ①涉外民事法 - 法律解释
- 中国 IV. ①D923. 05

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 059383 号

策划编辑 赵宏

封面设计:杨泽江

涉外民事关系法律适用法释评

SHEWAI MINSHI GUANXI FALV SHIYONGFA SHIPING

编著/杜涛

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/880 × 1230 毫米 32

印张/14 字数/325 千

版次/2011 年 5 月第 1 版

2011 年 5 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 2775 - 3

定价:39.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真:66031119

网址:<http://www.zgfzs.com>

编辑部电话:66010483

市场营销部电话:66017726

邮购部电话:66033288

前 言

2010年10月28日，第十一届全国人民代表大会常务委员会第十七次会议通过了《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》（以下简称《法律适用法》），这是新中国第一部单行国际私法法规，是我国国际私法发展史上的一个里程碑。

这部法律的通过，是我国30年改革开放的必然结果。中国现在日益成为世界举足轻重的贸易大国。2010年中国进出口总额已经接近3万亿美元，外汇储备也超过2.8万亿美元。中国已经成为世界第二大贸易国。对外经济贸易的迅猛发展迫切需要国际私法的进步。近年来，我国国际私法理论、立法和司法实践均有显著发展。2010年，全国各级法院审结涉外商事、海事、海商案件2万多件，继续保持持续增长。^①随着中国法院系统的改革，最高人民法院和各级地方人民法院都加快了司法透明化的进程，近年来公布了一大批各级人民法院和海事法院审结的涉外民商事案件，为我国国际私法研究提供了第一手资料。

从国际层面来看，自20世纪80年代以来，世界上许多国家和地区开始重新制定或者修改本国国际私法立法，兴起了一股国际私法立法的高潮。其中，既有英美法系的国家和地区，如英格兰、加拿大（魁北克省）和美国（路易丝安那州、波多黎各和俄勒冈州），也有传统大陆法系国家，如德国、意大利、比利时、列支敦士登、比利时、土耳其等国；既有处于转型期的前社会主义国家如罗马尼亚、斯洛文尼亚、保加利亚、俄罗斯和其他独联体国家、越南、蒙古、朝鲜等，也有伊斯兰国家如突尼斯等；更有一批亚非拉发展中

^① 参见最高人民法院院长王胜俊2011年3月11日在第11届全国人民代表大会第4次会议上所做的最高人民法院工作报告。

国家也加入到修订国际私法的行列中来，如委内瑞拉等。亚洲的日本、韩国等也纷纷对本国国际私法予以修订。^①这么多国家纷纷在世纪之交制订或修改本国国际私法立法，说明国际私法在当今世界各国确实有了前所未有的用武之地，处于历史上空前的发展良机。这其中的背景就是冷战结束后，当今世界局势日趋缓和，经济全球化进程日益加快，国际民商事交往日益发达，必然需要国际私法来调整这种跨国法律关系。国际私法作为调整涉外民商事法律关系的法律部门，首当其冲要迎接全球化的考验，因此必须与时俱进。

《法律适用法》的颁布标志着有中国特色的民事法律体系的基本形成。不过我们也要看到，法律如果不能有效实施，就是一纸空文，所谓“徒法不足以自行也”。在刚刚结束的十一届全国人民代表大会第四次会议上，吴邦国委员长在庄重宣告中国特色社会主义法律体系已经形成的同时也语重心长地指出：“法律的生命在于实施”。法律实施是实现法的作用与目的的前提和条件，是实现法的价值的必由之路。法律要想得到社会的普遍遵行，必须被人民大众所理解和接受，这就需要进行深入的法律解释和法律宣传工作。

本书的写作缘起于笔者在德国留学时的经历。当时在德国图书馆看到整个书架上摆满了各种版本的、长达数十卷的《德国民法典评注》(Kommentar)，笔者深感震撼，心中也萌发了一种感叹：何时中国也能有这样内容博大精深的法典评注？此次《法律适用法》的颁布，也触发了笔者心中埋藏已久的这一“情结”。在写作过程中，笔者也有意采用了德国 Kommentar 的写作方法，特别强调理论性和实践性的结合。

法国大儒孟德斯鸠曾言：“法律应该与国家的自然状态产生联系；与气候的冷、热、温和宜人相关；还与土壤的品质、位置和面积有关；法律与诸如农夫、猎人或者牧民等各种人民的生活方式息息相关。法律必须与政体所能承受的自由度相适应；还要以居民的

^① 有关国家国际私法立法情况参见杜涛：《国际私法的现代化进程：中外国际私法改革比较研究》，上海人民出版社 2007 年版。

宗教、性癖、财富、人口、贸易风俗以及言谈举止发生关系。”^① 德国法学巨子萨维尼也尝言：“所有的法律……首先通过习俗，然后通过法律科学而产生，总之是通过内在的潜移默化的力量，而不是立法者的强制而产生的。”^② 萨维尼据此认为，法律乃民族精神的体现，笔者深以为然。中国现代法律乃移植的产物，在建构有中国特色法律体系的过程中，参考外国理论和经验乃不可避免，但是在制定中国法律和解释中国法律的过程中，立足本国实践是不二法门，否则制定出来的法律必然行之不远。

本书不同于立法机关编写的法规解释，而是一部纯粹的个人学术著作。书中的许多观点与学界主流观点也许并不完全一致。因此，本书仅供读者作为学习《法律适用法》的参考资料，也欢迎广大司法实务部门工作人员参考。本书的部分内容曾作为讲义在复旦大学法学院国际私法课程和上海市高级人民法院举办的《法律适用法》培训班上使用。本书的写作获得复旦大学法学院专项科研项目资金的资助，中国法制出版社的赵宏编辑为本书的出版付出了极大心血，在此深表感谢。

杜 涛

2011年4月于上海复旦大学

^① 孟德斯鸠：《论法的精神》（上册），张雁深译，商务印书馆1961年版，第26页。

^② Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, Vol. I, S. 14.

前 言	1
-----------	---

第一章 一般规定

第一条 调整对象	1
一、本法调整对象	1
二、本法的名称	7
三、本法的调整方法	10
四、法律适用规范	11
五、历史	26
第二条 法律渊源与兜底条款	37
一、本法的调整范围	37
二、其他法律渊源	40
三、最密切联系原则	57
第三条 当事人意思自治原则	59
一、意思自治原则概述	59
二、对本条的评价	61
第四条 强制性规定的直接适用	61
一、强制性规定的概念	61
二、国内强制性规范和国际强制性规范	63
三、强制性规范的具体适用	65
第五条 外国法律的排除适用	71
一、基本概念	71
二、社会公共利益的判断	72

	三、社会公共利益与国际惯例	75
	四、社会公共利益与国际条约	76
	五、排除外国法适用后的处理	78
第六条	多法域国家	78
	一、多法域国家	78
	二、区际法律冲突	79
	三、人际法律冲突	81
第七条	诉讼时效	82
	一、时效的概念	82
	二、诉讼时效的法律适用	84
第八条	定性	87
	一、定性的概念	87
	二、当事人主义和法官职权主义	89
	三、涉外民事关系的识别冲突	91
	四、国际私法上解决识别冲突的方式	92
第九条	反致	97
	一、反致的概念	97
	二、反致的类型	98
	三、关于反致的理论分歧	100
	四、各国法律对反致的不同态度	102
	五、我国在反致问题上的立法和实践	103
第十条	外国法的查明	104
	一、外国法的性质	104
	二、外国法的强制适用抑或任意适用	105
	三、外国法的查明和举证义务	108
	四、我国法院查明外国法的方式	112
	五、外国法无法查明时的处理	117
	六、外国法的解释	120

第二章 民事主体

第十一条	自然人民事权利能力	122
	一、自然人的属人法	122
	二、自然人的权利能力	129
第十二条	自然人民事行为能力	133
	一、概论	133
	二、属人法原则	134
	三、例外情况	134
	四、准据法的改变	135
第十三条	宣告失踪和宣告死亡	136
	一、概论	136
	二、宣告失踪和宣告死亡的法律适用	137
	三、宣告无行为能力和限制行为能力	139
第十四条	法人	140
	一、法人的国籍与住所	140
	二、法人的属人法	144
	三、法人属人法的适用范围	148
	四、法人属人法适用的限制和例外	151
	五、非法人机构和团体的属人法	152
第十五条	人格权	152
	一、一般人格权	152
	二、姓名权	154
	三、法人人格权	156
第十六条	代理	157
	一、代理的概念和法律冲突	157
	二、法定代理	160

三、委托代理	161
四、外贸代理制	165
五、特殊代理关系	167
第十七条 信托	168
一、信托的概念和法律冲突	168
二、信托的法律适用	173
三、信托的国际承认	177
四、海牙信托公约	178
第十八条 仲裁协议	181
一、仲裁协议的概念	181
二、仲裁协议的法律适用	182
第十九条 多国籍和无国籍	184
一、国籍冲突	184
二、难民	185
三、确定国籍所依据的法律	186
第二十条 经常居所地不明	186
一、确定经常居所的标准	186
二、儿童的经常居所	189
三、确定经常居所依据的法律	189
四、多个经常居所	190

第三章 婚姻家庭

第二十一条 结婚条件	196
一、跨国婚姻概论	196
二、结婚的实质要件	197
第二十二条 结婚手续	203
一、概论	203

二、在我国境内举行的婚姻	204
三、在我国境外举行的婚姻	205
四、领事婚姻	205
五、跛脚婚姻	206
第二十三条 夫妻人身关系	208
第二十四条 夫妻财产关系	209
一、概论	209
二、当事人选择法律	210
三、客观连结点	210
四、准据法的时间限制	210
五、知识产权的夫妻财产制问题	211
第二十五条 父母子女关系	213
一、概论	213
二、亲子关系的准据法	213
第二十六条 协议离婚	214
一、概论	214
二、在我国境内的离婚	215
三、在我国境外的离婚	216
第二十七条 诉讼离婚	217
一、一般原则	217
二、我国法律与实践	217
第二十八条 收养	218
一、概论	218
二、涉外收养的法律适用	219
三、海牙《跨国收养领域保护儿童及合作公约》	221
第二十九条 扶养	223
一、概论	223
二、扶养的法律适用	223

第三十条 监护	224
一、概论	224
二、监护的法律适用	224

第四章 继 承

第三十一条 法定继承	226
一、区别制原则	226
二、我国采用区别制的利弊分析	227
第三十二条 遗嘱方式	228
一、遗嘱继承概论	228
二、遗嘱形式要件的准据法	229
第三十三条 遗嘱实质有效性	230
第三十四条 遗产管理	231
一、法定继承准据法的调整范围	231
二、对遗产管理事项的特别规定	234
第三十五条 无人继承遗产	236
一、概论	236
二、法律适用	236

第五章 物 权

第三十六条 不动产物权	240
一、概论	240
二、物之所在地法原则	241
第三十七条 动产物权	245
一、当事人意思自治原则	245
二、物之所在地法原则	248

三、使用中的交通工具	251
四、境外流失文物	254
五、物权准据法的适用范围	256
第三十八条 运输中动产的物权	257
一、当事人协议选择法律	257
二、当事人未选择时	258
第三十九条 有价证券	259
一、概论	259
二、有价证券的法律适用	260
三、间接持有制度下证券的物权	261
第四十条 权利质权	262
一、概论	262
二、评论	263

第六章 债 权

第四十一条 合同	265
一、概论	265
二、合同当事人意思自治原则	266
三、对意思自治的具体要求	267
四、对当事人意思自治的限制	280
五、意思自治的落空	283
六、复法律选择	284
七、合同准据法与合同并入条款	285
八、当事人所选择的合同准据法发生改变	285
九、当事人未选择法律时的法律适用	287
十、合同准据法的适用范围	291
十一、国际货物买卖合同	295

十二、国际保险合同	306
十三、国际担保合同	312
十四、国际融资租赁合同	321
十五、国际票据	327
第四十二条 消费者合同	333
一、消费者合同中当事人意思自治的限制	333
二、适用对消费者有利的法律	334
第四十三条 劳动合同	335
一、对当事人意思自治的限制	335
二、适用对劳动者有利的法律	337
三、我国《劳动合同法》的适用范围	337
四、劳务派遣	340
五、海事劳动合同	342
六、我国缔结和参加的国际劳动条约	343
第四十四条 侵权责任	345
一、概论	345
二、侵权行为地法原则	346
三、侵权行为地法原则的限制和例外	348
四、当事人意思自治原则	350
五、海事侵权责任	352
六、航空侵权责任	358
七、不正当竞争和垄断行为的侵权责任	366
第四十五条 产品责任	372
一、概论	372
二、产品责任的法律适用	373
第四十六条 网络侵权	376
一、互联网与国际私法	376
二、网上侵权行为的法律适用	377

第四十七条 不当得利和无因管理	379
一、不当得利	379
二、无因管理	383
三、海难救助和共同海损	385

第七章 知识产权

第四十八条 知识产权归属和内容	389
一、知识产权的概念	389
二、知识产权的属地性和独立性原则	391
三、知识产权的国际保护与国民待遇原则	393
四、知识产权准据法	395
第四十九条 知识产权合同	404
一、知识产权合同概论	404
二、当事人意思自治原则	405
三、当事人未选择准据法时的处理	407
四、强制性规范	408
五、知识产权合同准据法与知识产权准据法之间 的冲突	408
第五十条 知识产权侵权	410
一、知识产权侵权也应统一适用知识产权准据法	410
二、当事人协议选择法律	411

第八章 附 则

第五十一条 其他法律条文的废除	413
第五十二条 施行日期	414

附 录	415
中华人民共和国民法通则(节选)	415
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)(节选)	417
中华人民共和国继承法(节选)	420
中华人民共和国海商法(节选)	421
中华人民共和国票据法(节选)	423
中华人民共和国民用航空法(节选)	425
主要参考文献	427

第一章 一般规定

—— 第一条 调整对象 ——

第一条 为了明确涉外民事关系的法律适用，合理解决涉外民事争议，维护当事人的合法权益，制定本法。

一、本法调整对象

(一) 涉外民事关系

本法调整的是“涉外民事关系”，也可称为国际私法关系。我国1986年《中华人民共和国民法通则》（以下简称《民法通则》）第八章的标题即为“涉外民事关系的法律适用”。本法沿用了该名称。“民事关系”和“民事法律关系”通常被理解为是相同概念。

(二) 涉外民事关系的判断标准

涉外民事关系中的“涉外”，是指“涉外因素”（foreign ele-