

南湖

法学文库

# 《涉外民事关系法律适用法》 实施研究

徐伟功 著

法律出版社



法 学 文 库

国家社会科学基金一般项目 (12BFX136) 结项成果

# 《涉外民事关系法律适用法》 实施研究

徐伟功 著



法律出版社  
LAW PRESS · CHINA

## 图书在版编目(CIP)数据

《涉外民事关系法律适用法》实施研究 / 徐伟功著

— 北京 : 法律出版社, 2019

ISBN 978 - 7 - 5197 - 3185 - 4

I. ①涉… II. ①徐… 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(2019)第 035670 号

《涉外民事关系法律适用法》实施研究

《SHEWAI MINSHI GUANXI FALÜ SHIYONGFA》  
SHISHI YANJIU

徐伟功 著

责任编辑 郑怡萍  
装帧设计 马 帅

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京玺诚印务有限公司

责任印制 沙 磊

编辑统筹 法律教育出版分社

开本 A5

印张 14.625

字数 438 千

版本 2019 年 5 月第 1 版

印次 2019 年 5 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-83938336

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-83938334/8335 西安分公司/029-85330678 重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071639/1636 深圳分公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 3185 - 4

定价:58.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

## 南湖法学文库编辑委员会

主 任 吴汉东

副 主 任 陈景良 陈柏峰 张家勇

委 员 王广辉 郑祝君 张继成  
赵家仪 胡开忠 樊启荣  
邓 烈 张忠民

## 总 序

历经几回寒暑,走过数载春秋,南湖畔的中南法学在不断精心酿造中步步成长。中南法学的影响与日俱增,这离不开长江边上这座历史悠久、通衢九州的名城武汉,更离不开中南法律人辛勤耕耘、励精图治的学术精神。中南学子源于各地聚集于此,又再遍布大江南北传播法学精神,砥砺品格、守望正义的同时也在法学和司法实践部门坚持创新、止于至善,作出了卓越的贡献。

纵观中南法学的成长史,从1952年9月成立中原大学政法学院,到1953年4月合并中山大学、广西大学、湖南大学的政法系科,成立中南政法学院,后至1958年成为湖北大学法律系,1977年演变为湖北财经学院法律系,转而于1984年恢复中南政法学院,又经2000年5月的中南财经大学与中南政法学院合并至今,中南财经政法大学法学院已然积淀了50年的办学历史。虽经几度分合,但“博学、韬奋、诚信、图治”的人文精神经过一代又一代中南学人的传承而日臻完善,笃志好学的研习氛围越发浓厚。中南法学经过几十年的积累,其学术成果屡见丰硕。“南湖法学文库”这套丛书的编辑出版,就是要逐步展示中南法学的学术积累,传播法学研究的中南学派之精神。

中南法学经过数十载耕耘,逐渐形成了自成一格的中南法学流派。中南法律人在“为学、为用、为效、为公”教育理念的引导下,历练出了自有特色的“创新、务实”的学术精神。在国际化与跨地区、跨领域交流日益频繁的今天,中南法学以多位中南法学大家为中心,秉承多元化的研究模式与多样性的学术理念,坚持善于批判的学术精神,勇于探讨、无惧成

论。尤其是年轻的中南法学学子,更是敢于扎根基础理论的研习,甘于寂寞;同时也关注热点,忧心时事,活跃于网络论坛,驰骋于法学天地。

从历史上的政法学院到21世纪的法学院,前辈们的学术积淀影响深远,至今仍给中南法学学子甚至中国法学以启迪;师承他们的学术思想,沐浴其熠熠生辉的光泽,新一代的中南法律人正在法学这片沃土上默默耕耘、坚忍不拔。此次中南财经政法大学法学院推出这套“南湖法学文库”,作为中南法学流派的窗口,就是要推出新人新作,推出名家精品,以求全面反映法学院的整体科研实力,并使更多的学者和学子得以深入了解中南法学。按照文库编委会的计划,每年文库将推出5~6本专著。相信在中南法律人的共同努力下,文库将成为法学领域学术传播与学术交流的媒介与平台,成为中南法律人在法学研习道路上的阶梯,成为传承中南法学精神的又一个载体,并为中国法学研究的理论与实践创新作出贡献。

晓南湖畔书声琅,希贤岭端佳话频。把握并坚守了中南法学的魂,中南法律人定当继续开拓进取,一如既往地迸发出中南法学的铿锵之声。

是为序。

吴汉东

2011年2月1日

## 前 言

本书是2012年国家社会科学基金一般项目《〈涉外民事关系法律适用法〉实施研究》(项目批准号:12BFX136)的最终成果。《涉外民事关系法律适用法》的实施涉及方方面面的问题,本书主要从立法与司法实践两个角度,对该部法律实施中的主要问题进行探讨。本书的基本思路是从我国国际私法制度变迁与制度设计出发,指出我国国际私法立法现状及未来的发展方向,并阐述《涉外民事关系法律适用法》实施中的具体影响因素。本书主要从《涉外民事关系法律适用法》总则和分则两个方面探讨了其实施中的具体问题。总则部分主要包括最密切联系原则、意思自治原则、公共秩序保留原则与直接适用的法原则以及国际私法基本制度等四章内容。分则部分主要包括主体、婚姻家庭、继承的法律适用以及物权、知识产权、债权的法律适用等二章内容。另外,本书在最后一章主要阐述本项目今后继续研究的方向,一是对《涉外民事关系法律适用法》实施以来的相关案件,进行统计学上的分析,并探讨具体案件中所出现的主要问题。二是对中国国际私法法典化道路进行研究,阐述法典化道路的必要性、可行性以及具体实施方案。本书虽然对《涉外民事关系法律适用法》采取了总分分析模式,但由于总则与分则的内容不能截然分开,所以在总则实施的分析中大多结合了分则的具体规定。总则中涉及相关分则内容已经作出具体论述的,在分则中就不再作具体探讨。希望本书对我国《涉外民事关系法律适用法》的实施起到促进作用,也希望对

今后我国国际私法立法的完善有所裨益。

本书也受到中南财经政法大学精品研究生教材建设项目《国际私法研究生教材建设》(项目批准号:201820613)的出版资助,是国际私法研究生精品教材的组成部分。



# 目 录

|                           |     |
|---------------------------|-----|
| 第一章 《涉外民事关系法律适用法》实施的背景    | 001 |
| 第一节 制度、法律制度与国际私法制度        | 001 |
| 第二节 中国国际私法的制度变迁           | 010 |
| 第三节 中国国际私法的制度设计历程         | 025 |
| 本章小结                      | 049 |
| 第二章 《涉外民事关系法律适用法》实施的影响因素  | 050 |
| 第一节 法律实施与《涉外民事关系法律适用法》的实施 | 051 |
| 第二节 涉外民事关系的认定、立法指导思想、立法目的 | 061 |
| 第三节 法律选择方法体系、法律价值         | 076 |
| 第四节 有限理性、自由裁量权            | 089 |
| 本章小结                      | 103 |
| 第三章 最密切联系原则的实施            | 105 |
| 第一节 最密切联系原则的历史发展源流        | 107 |
| 第二节 最密切联系原则的具体运用          | 124 |
| 第三节 最密切联系原则在我国的发展与完善      | 143 |
| 本章小结                      | 156 |

|            |                             |     |
|------------|-----------------------------|-----|
| <b>第四章</b> | <b>意思自治原则的实施</b>            | 157 |
| 第一节        | 冲突法意义上的意思自治原则及其发展源流         | 159 |
| 第二节        | 当事人意思自治原则的具体运用              | 179 |
| 第三节        | 我国运用当事人意思自治原则的领域            | 189 |
| 第四节        | 我国运用当事人意思自治原则的条件与限制         | 206 |
|            | 本章小结                        | 222 |
| <b>第五章</b> | <b>公共秩序保留原则与直接适用的法原则的实施</b> | 223 |
| 第一节        | 公共秩序保留原则的实施                 | 224 |
| 第二节        | 直接适用的法原则的实施                 | 247 |
|            | 本章小结                        | 273 |
| <b>第六章</b> | <b>国际私法基本制度的实施</b>          | 275 |
| 第一节        | 识别                          | 275 |
| 第二节        | 多法域问题                       | 283 |
| 第三节        | 程序问题与实体问题                   | 288 |
| 第四节        | 反致                          | 294 |
| 第五节        | 外国法的查明                      | 300 |
| 第六节        | 先决问题与法律规避                   | 313 |
| 第七节        | 国际条约与国际惯例的适用、区际民事关系的法律适用    | 321 |
|            | 本章小结                        | 326 |
| <b>第七章</b> | <b>主体、婚姻家庭、继承法律适用的实施</b>    | 328 |
| 第一节        | 冲突规范与选择性冲突规范、保护性冲突规范        | 329 |
| 第二节        | 属人法连结点的变革与经常居所的选择           | 343 |
| 第三节        | 主体的法律适用                     | 362 |

|                                         |     |
|-----------------------------------------|-----|
| 第四节 婚姻家庭、继承领域中的法律适用                     | 375 |
| 本章小结                                    | 386 |
| <br>                                    |     |
| 第八章 物权、知识产权、债权法律适用的实施                   | 387 |
| 第一节 物权的法律适用                             | 388 |
| 第二节 知识产权的法律适用                           | 406 |
| 第三节 债权的法律适用                             | 411 |
| 本章小结                                    | 432 |
| <br>                                    |     |
| 第九章 国际私法法典化道路与《涉外民事关系<br>法律适用法》的实施——代结论 | 434 |
| <br>                                    |     |
| 主要参考文献                                  | 447 |
| <br>                                    |     |
| 后 记                                     | 454 |

# 第一章 《涉外民事关系法律适用法》实施的背景

《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》(以下简称《涉外民事关系法律适用法》)实施的背景主要是阐述中国国际私法制度变迁与制度设计的历程,为正确实施《涉外民事关系法律适用法》起到必要的引导作用。在论述中国国际私法制度变迁与制度设计历程之前,有必要对什么是制度、什么是国际私法制度以及国际私法制度是如何产生等问题作简要的说明。

## 第一节 制度、法律制度与国际私法制度

### 一、制度与法律制度

制度是什么?不同学科的学者回答是不一样的,可谓是仁者见仁、智者见智。

经济学家对制度定义的探讨主要见之于新旧制度经济学中。旧制度经济学一般认为制度就是“大多数人共同的既定的思想习惯”,或者是一种“自然的习俗”。<sup>〔1〕</sup>美国学者凡勃伦就持这种主张。<sup>〔2〕</sup>新制度经济学则

---

〔1〕 Geoffrey M. Hodgson, *The Economics of Institutions*, Edward Elgar Publishing Limited, 1993, p. 466.

〔2〕 凡勃伦认为,“制度实质上就是个人或社会对有关的某些关系或某些作用的一般思想习惯;而生活方式所由构成的是,在某一时期或社会发展的某一阶段通行的制度的综合。因此,从心理学方面来说,可以概括地把它说成是一种流行的精神态度或一种流行的生活理论。如果就其一般特征来说,则这种精神态度或生活理论,说到底,可以归纳为性格上的一种流行的类型”。参见[美]凡勃伦:《有闲阶级论》,蔡受百译,商务印书馆1964年版,第139页。

主要从博弈论的角度对制度进行定义。<sup>[1]</sup> 根据日本新制度经济学家青木昌彦的总结归纳,新制度经济学主要从博弈的三种角度对制度进行定义:(1)制度是博弈的参与人;(2)制度是一种博弈规则;(3)制度是博弈过程中参与人的均衡策略。<sup>[2]</sup> 第一种定义认为制度就是作为博弈参与人的“大学、政府机构、司法机构”等重要的组织机构。第二种定义认为制度是一种“博弈规则”,或者称之为“游戏规则”,即制度是人们在社会生活中所设计出的一种制约人们相互行为的规则。其主要由正式规则与非正式规则组成,前者主要包括法律规则、政治规则以及经济规则;后者主要包括社会道德规范以及风俗习惯。<sup>[3]</sup> 第三种定义认为制度是一种博弈的均衡解。在博弈论中,博弈的均衡就是所有参与人的最优战略组合,是任何参与人没有激励去改变的一种“僵局”。此种均衡解被逐步固定下来就成为一种制度。对于不同种类的博弈,其均衡解的概念是不同的。在进化博弈论(evolutionary game approach)中,参与者的习惯是自我形成的,无须人为设计。惯例或许以法律条文的方式固定下来,避免博弈失衡。在重复博弈论(repeated game approach)中,主要是从重复博弈的子博弈精炼均衡(sub-game perfect equilibrium)出发得出制度的定义。<sup>[4]</sup> 青木昌彦倾向于后一种观念,并进行了一定的修正,认为制度是关于博弈重复进行的主要方式的共有理念的自我维系统。<sup>[5]</sup>

在中国古代,制度的核心是关于礼、俗的规定,从而作为人们生活中

[1] 关于博弈论的基本概念以及运用博弈论分析冲突法,参见徐伟功:《冲突法的博弈分析》,北京大学出版社2011年版。

[2] [日]青木昌彦:《什么是制度?我们如何理解制度?》,周黎安、王珊珊译,载《经济社会体制比较》2000年第6期。

[3] 例如,新制度经济学家诺斯认为,制度是“一个社会的博弈规则,或者更规范地说,它们是一些人为设定的、型塑人们互动关系的约束。从而,制度构造了人们在政治、社会或经济领域里交换的激励。制度变迁决定了人类历史中的社会的演化方式……”参见[美]道格拉斯·C.诺斯:《制度、制度变迁与经济绩效》,杭行译,格致出版社2014年版,第3页。

[4] 例如,格莱夫在1996年从博弈均衡角度指出,在博弈论框架中,两个相互联系的制度要素是(关于别人行为的)预期和组织……组织是非技术因素决定的约束,它们通过引入新的参与人(本身也是组织),改变参与人所得的信息,或者改变某些行动的报酬来影响行为。参见[日]青木昌彦:《什么是制度?我们如何理解制度?》,周黎安、王珊珊译,载《经济社会体制比较》2000年第6期。

[5] 张旭昆:《制度的定义与分类》,载《浙江社会科学》2002年第6期。

的基本行为规范。<sup>〔1〕</sup> 美国学者罗尔斯在《正义论》一书中指出,制度是一种公开的规范体系。<sup>〔2〕</sup> 而马克斯·韦伯则认为制度是一种行为准则,包括“惯例”和“法律”。<sup>〔3〕</sup> 美国学者亨廷顿从制度的作用角度指出,制度是稳定的、受珍重的和周期性发生的行为模式。<sup>〔4〕</sup>

法律制度作为制度的一种形态,理应符合制度一般性的观念。法律制度的概念属于法理学研究的范畴。我国学者主要是从静态意义上阐述法律制度,将其视为法律规则的总称。<sup>〔5〕</sup> 而美国学者弗里德曼在《法律制度》一书中则从动态的角度描述法律制度,认为法律制度由两个部分组成,即结构与实体。结构是体制性的架构,也就是司法制度的结构,例如法院的组织系统、法院的管辖权、法院的类型。实体由各种法律规则所构成,包括机构运行规则和实质性规则两个方面。如果仅仅从上述观念出发得出法律制度的概念,实质上还是一种静态的观念。弗里德曼则进一步认为,法律制度是通过结构以及实体,输入控告输出裁判的动态过程。<sup>〔6〕</sup>

尽管以上从不同的角度对制度以及法律制度作出种种的表述,但是制度作为人类行为的规范已经得到共识。国际私法制度作为法律制度的一种,其发展是内在演化以及人类设计共同的结果。国际私法的产生与发展,与社会制度、经济制度以及国家的政治体制密不可分。国际私法制度的实施,是立法者、司法者以及其他参与人共同参与的社会活动,其目的在于解决特定的社会纠纷以及构建良好的社会秩序。国际私法制度的核心是如何规定特定范围的人的行为规则,规定行为人可以采取的行为、

〔1〕 例如,《商君书·壹言》中指出,凡将立国,制度不可不察也,治法不可不慎也,国务不可不谨也,……制度时则国俗可化而民从制;治法明,则官无邪。

〔2〕 [美]约翰·罗尔斯:《正义论》,何怀宏等译,中国社会科学出版社1988年版,第50页。

〔3〕 [德]马克斯·韦伯:《经济与社会》(上卷),林荣远译,商务印书馆1997年版,第64、345页。

〔4〕 [美]塞缪尔·P.亨廷顿:《变化社会中的政治秩序》,王冠华等译,三联书店1989年版,第12页。

〔5〕 例如,孙国华认为,有时,法律制度指有共同调整对象从而相互联系、相互配合的若干法律规则的组合,如所有权制度、合同制度等具体制度……有时,法律制度的含义比上述含义大得多,它包括法(法律规则)又大于法,是一个国家整个法律上层建筑的系统。参见孙国华主编:《法理学教程》,中国人民大学出版社1994年版,第112页。

〔6〕 [美]弗里德曼:《法律制度》,李琼英、林欣译,中国政法大学出版社1994年版,第13~17页。

必须采取的行为以及禁止采取的行为,达到(国际)社会共同价值的维持以及(国际)社会秩序的维护。

## 二、国际私法与国际私法制度

认识国际私法制度,首要的就是要回答何为国际私法及其外部的界限。要明确其与其他法律制度区别开来的边界,需要对国际私法下一个比较恰当的定义。但是,对于国际私法的认识,无论是外国学者,还是我国学者,都无法进行统一,我们至多进行某种程度上种类的统计。

自从有人类以来,人与动物的重要区别之一就是人类可以通过语言文字对事物进行类型化的认识。这种类型化的认识主要通过两种途径进行,将某类具有共性的事物冠以某种名称以及采取某种类型化的标准。<sup>〔1〕</sup>对于法律部门的认识也同样如此。国际私法在其产生与发展的过程中,出现了不同的名称,并在当代国际社会不断得到认识与统一。而对于国际私法的外部范围,基于国际社会的发展以及科学技术的革命,不断得到重新认识。

国际私法产生之初,其并没有明确的名称。在12、13世纪,意大利后期注释法学家巴托鲁斯(Bartolus)为了处理意大利各城邦之间法则的冲突,从双边的角度出发,根据古代罗马法中任何法则都有其适用范围的叙述,创造性地提出了法则区别理论。后人将处理这类法律事务的做法称为“法则区别说”,这或许是国际私法最早的名称。在后来国际私法的立法中,还用到了“法例”“法律适用法”等名称。

目前,世界上不同的国家和地区,无论是英美法系还是大陆法系,关于国际私法的立法名称和学理名称都有所不同,至今难以取得一致的意见。一般而言,英美法系国家多称为冲突法,而大陆法系国家多称之为国际私法。我国学者大多将之称为国际私法,也有部分学者称为冲突法。我国立法中则主要称为法律适用法。

关于国际私法的名称,在国际私法历史上出现了一个有趣的现象:冲

〔1〕正如《圣经》创世纪第2章第19、20节所言,耶和华神用土所造成的野地各样走兽和空中各样飞鸟都带到那人面前,看他叫什么。那人怎样叫各样的活物,那就是它的名字。那人便给一切牲畜和空中飞鸟、野地走兽都起了名。

突法的名称首先由大陆法系国家的学者提出,然而却流行于英美法系国家;而国际私法的名称首先由英美法系国家的学者提出,却普遍使用于大陆法系国家。1653年,荷兰学者罗登伯格(Rodenburg)率先使用冲突法的名称。1684年,另一位荷兰学者胡伯(Huber)也采用了这一名称。德国著名法学家、法律关系本座说的倡导者萨维尼(Savigny)于1849年发表的《现代罗马法体系》(第八卷)一书中,对此亦未提出异议。由于该部门法所要调整的民事法律关系中含有涉外因素,或称作国际因素,而民法和商法在西方法律传统上又被称为私法,国际私法因此而得名。美国学者斯托雷(Story)在其1834年《法律冲突论》一书中,最早提出了私国际法(private international law)的名称。我国学者通常将“private international law”也翻译成国际私法。1841年,德国学者薛福纳(Schaeffner)在其所著的《国际私法发展史》一书中,正式使用了国际私法的名称,同时明确认为国际私法完全属于国内法,与德国的萨维尼和法国的弗里克斯(Foelix)所持的国际法观点,形成了原则上的区别。由于国际私法这个名称鲜明地确定该法律调整的既是国际的又是私法的民事关系,比较恰当地反映了该法律和学科的内容性质,因而得到很多国家的普遍采用。<sup>[1]</sup>

无论是冲突法还是国际私法,这两个名称都不能恰当地反映出其本质特征。冲突法名称中的“冲突”已经脱离了冲突词语本身的含义,各国或地区的法律无所谓严格意义上的冲突,只是法官在处理该类法律问题时选择不同法律的反映;国际私法同样也不精确,某种意义上,其既不完全属于“国际的”,也不完全属于“私法的”。总而言之,这两个名称都存在着不确定性,都名不正、言不顺。其实,无论使用何种名称,尽管无法完全体现出该部门法的本质特征,但大家都知道其所指向的是何种法律。<sup>[2]</sup> 所以,如果没有特别说明,本书中所采用的冲突法和国际私法在同一意义上使用,均指向相同的法律部门与法律学科。

[1] 张仲伯:《国际私法学》(第4版),中国政法大学出版社2012年版,第23页。

[2] 正如英国学者威希尔所指出的,“事实就是这样,没有一个名称能被视为准确的和全面的,然而,‘国际私法’和‘冲突法’这两个名称对于法学家来说是如此熟悉和易懂,所以采用它们中间的任何一个都不至于产生误解”。参见邓正来:《美国现代国际私法流派》,中国政法大学出版社2006年版,第2页。



国际私法之所以成为一门独立的法律学科,就是因为其具有独特的调整对象和调整方法。调整对象和调整方法是法律学科内部不同法律部门划分的两种主要标准,在这两种划分标准中,主要是以调整对象的划分标准为主。人类在与大自然的斗争中,不断地进行分工与合作,并形成人与人之间各种各样的关系,这种关系一般被称为社会关系。法学也好,社会学、经济学也好,都是调整一定社会关系的学科。所以,法律是以一定的社会关系为调整对象,不同部门法调整的是不同的社会关系。

国际私法有其调整的特定社会关系,这种特定的社会关系一般被称为涉外民事关系,例如英国学者戴西(Dicey)和莫里斯(Morris)认为,国际私法是协调国际社会私人之间的各种关系,或者是含有涉外因素的各国、各法域之间的民事关系。<sup>[1]</sup> 新中国第一部国际私法教材也指出,国际私法所调整的对象是国际民事法律关系,从一个国家的角度来说,可称为涉外民事法律关系。<sup>[2]</sup> 国际私法的调整对象是明确的,即涉外民事关系。但对于何为“涉外”以及“民事”,学者之间还有一定的争论。不过,从目前来看,大多主张对涉外和民事作比较宽泛的解释。涉外不仅包括主权国家之间,也包括主权国家内部不同法域之间的情形;民事关系不仅包括传统上的民事关系,也包括所谓的商事关系。

国际私法的调整方法一般被理解为解决国际私法上法律冲突问题的方法。法律冲突原本属于法理学研究的问题,从法理学意义上来说,法律冲突是不同的法律对于同一社会关系竞相进行调整而产生的冲突问题。国际私法的法律冲突有其特殊的含义。我们一般所讲的法律冲突则是指国际私法意义上的法律冲突,其产生的根本原因就是各国民商法律对于同一问题解决的规定各异。由于各国民商法规定的差异,导致对同一法律问题的解决结果也不相同,国际私法主要任务就是要寻找并确定适用何国或者何种法律来处理特定的法律关系。也就是说,国际私法产生与发展的根本目的就是解决法律冲突问题,实质上就是法律适用问题。所以,国际私法存在的基础就是看似相互矛盾的两个方面:(1)相互差异的

[1] [英]莫里斯主编:《戴西和莫里斯论冲突法》(上卷),李双元等译,中国大百科全书出版社1998年版,第2页。

[2] 韩德培主编:《国际私法》,武汉大学出版社1983年版,第1页。