

“一带一路” 营商环境法治保障系列

赵旭东 总主编

中国涉外民事关系 法律适用制度

张玲 主编 陈钰蕾 副主编

● 总序

习近平总书记在 2013 年提出建设“丝绸之路经济带”和“21 世纪海上丝绸之路”的构想，五年多来，在各参与方的共同努力下，“一带一路”倡议从理念转化为行动，从愿景转变为现实，构建起了各自优势互补、彼此互联互通的国际合作平台。

党的十九大报告指出，要以“一带一路”建设为重点，坚持“引进来”和“走出去”并重，加强创新能力开放合作，形成陆海内外联动、东西双向互济的开放格局。同时，党的十九大通过修改的党章明确指出：遵循共商共建共享原则，推进“一带一路”建设。推进“一带一路”建设写入党章，必将为新时代共建“一带一路”，共建人类命运共同体进一步指明方向，注入强劲动力。

随着我国“一带一路”建设的深入推进，营造互信互通的法治营商环境，为投资贸易合作方提供全面周到的法律支持，切实维护中外当事人的合法权益便提上了日程。因此，为了增进“一带一路”建设沿线各国的彼此沟通，积极建立成员方统一认知和公正高效的司法保障体系，切实保障“一带一路”建设成果的不断扩大，我们推出了《“一带一路”营商环境法治保障系列》图书。

本系列图书构建了“一带一路”法治保障服务体系，主要介绍了投资贸易、产业合作、公正司法、纠纷解决、劳工保护等领域的法律制度，从而以保护中外当事人合法权益，维护公平竞争、诚实守信、和谐共赢的区域合作大环境。本系列图书体例科学，通俗易懂，旨在加强中国与“一带一路”沿线国家的“政策沟通”和“法治互信”，通过向国际社会展示我国法律制度的建设成就，以此提升我国法律的国际影响力。

《“一带一路”营商环境法治保障系列》图书作为“一带一路”建设的法治保障参考适用读物，旨在为沿线各国加强法律制度的交流互鉴，旨在全面落实我国“一带一路”建设的任务要求，全面构建“一带一路”建设中的法治保障体系，以便全球共享“一带一路”的建设成果。

赵旭东*
2019年8月

* 赵旭东，中国法学会商法学研究会会长，中国政法大学教授。

目 录

第一章 涉外民事关系法律适用概述	001
第一节 涉外民事关系的含义	001
第二节 涉外民事关系法律适用中的法律冲突	003
第三节 涉外民事关系的调整方法	004
一、间接调整	004
二、直接调整	004
第二章 冲突规范与准据法	007
第一节 冲突规范	007
一、冲突规范的特点	007
二、冲突规范的结构	008
三、冲突规范的类型	008
第二节 系属公式	010
一、系属公式与冲突规范的区分	010
二、几种常见的系属公式	011
第三节 准据法的确定	012
一、准据法的特点	012
二、准据法确定中的问题	013
第四节 冲突规范的运用	019
一、识别	019
二、反致	020
三、法律规避	021
四、外国法内容的查明	022
五、公共秩序保留	023

第三章 涉外民事关系的主体	027
第一节 自然人	027
一、自然人的国籍	027
二、自然人的住所	028
三、自然人的权利能力	030
四、自然人的行为能力	032
五、自然人的人格权	033
第二节 法人	035
一、法人的国籍	035
二、法人的住所	036
三、外国法人的认许	036
四、法人的权利能力与行为能力	037
第三节 国家	040
一、国家作为涉外民事主体的特殊性	040
二、国家及其财产豁免	041
三、中国关于国家及其财产豁免的态度	042
第四节 国际组织	042
一、国际组织作为涉外民事主体的特殊性	043
二、国际组织的特权与豁免	043
三、国际组织的权利能力与行为能力	043
第五节 外国人的民事法律地位	044
一、国民待遇	044
二、最惠国待遇	045
三、优惠待遇	045
四、普遍优惠待遇	046
五、不歧视待遇	046
第四章 婚姻家庭的法律适用	047
第一节 结婚	047
一、结婚的实质要件及其法律冲突	047

二、结婚的形式要件及其法律冲突	048
三、领事婚姻及其法律冲突	048
四、中国关于结婚法律适用的规定	049
第二节 夫妻关系	050
一、夫妻人身关系及其法律适用	050
二、夫妻财产关系及其法律适用	050
第三节 父母子女关系	052
一、婚生子女的认定及其法律冲突	052
二、非婚生子女的准正及其法律冲突	053
三、父母子女关系及其法律冲突	053
四、中国关于父母子女关系法律适用的规定	053
第四节 离婚	054
一、离婚的法律冲突	055
二、中国关于离婚法律适用的规定	055
第五节 收养	057
一、收养的法律冲突	057
二、中国关于收养法律适用的规定	058
第六节 扶养	059
一、扶养的法律冲突	060
二、中国关于扶养法律适用的规定	060
第七节 监护	062
一、监护的法律冲突	063
二、中国关于监护法律适用的规定	063
第五章 继承的法律适用	064
第一节 法定继承	064
一、法定继承及其法律冲突	064
二、中国关于法定继承法律适用的规定	065
第二节 遗嘱继承	067
一、遗嘱能力的法律适用	067
二、遗嘱方式的法律适用	068

三、遗嘱效力的法律适用	069
四、遗嘱解释的法律适用	069
五、遗嘱撤销的法律适用	069
六、遗产管理的法律适用	070
第三节 无人继承遗产	071
一、无人继承遗产及其法律冲突	072
二、中国关于无人继承遗产法律适用的规定	072
第六章 物权的法律适用	074
第一节 物之所在地法原则	074
一、物之所在地法及其适用原因	074
二、物之所在地的确定	075
三、物之所在地法的适用范围	076
四、物之所在地法适用的例外	077
第二节 中国关于不动产权法律适用的规定	078
第三节 中国关于动产物权和特殊物权法律适用的规定	079
一、动产物权的法律适用	079
二、运输中动产物权发生变更的法律适用	080
三、有价证券的法律适用	080
四、权利质权的法律适用	081
五、船舶、航空器物权的法律适用	081
第四节 国有化	083
一、国有化法令的域内效力	084
二、国有化法令的域外效力	084
三、中国对于国有化问题的立场和实践	085
第七章 合同的法律适用	087
第一节 涉外合同及其法律冲突	087
第二节 意思自治原则	088
一、意思自治原则的作用	088
二、意思自治原则的适用范围	088

三、意思自治原则适用的限制	089
第三节 最密切联系原则	090
一、最密切联系原则的作用	091
二、最密切联系地的确定	091
第四节 中国关于合同法律适用的规定	091
一、意思自治原则的运用	092
二、最密切联系原则的运用	094
三、中国关于适用国际条约和国际惯例的规定	095
第八章 侵权的法律适用	099
第一节 一般侵权行为之债的法律适用	099
一、一般侵权行为之债的法律冲突	099
二、中国关于一般侵权之债法律适用的规定	100
第二节 特殊侵权行为之债的法律适用	102
一、特殊侵权行为之债及其法律冲突	103
二、海事侵权的法律适用	103
三、空中侵权的法律适用	103
四、公路交通事故的法律适用	104
五、产品责任的法律适用	105
六、人格权侵权的法律适用	105
七、网络侵权的法律适用	106
第九章 不当得利和无因管理的法律适用	108
第一节 不当得利的法律适用	108
一、不当得利的法律冲突	108
二、中国关于不当得利法律适用的规定	109
第二节 无因管理的法律适用	110
一、无因管理的法律冲突	110
二、中国关于无因管理法律适用的规定	111
第十章 知识产权的法律适用	112
第一节 知识产权概述	112

一、知识产权的概念	112
二、知识产权保护的法律冲突	113
三、中国关于知识产权法律适用的规定	113
第二节 专利权	114
一、专利权及其法律冲突	115
二、中国关于专利权的法律适用	116
第三节 商标权	118
一、商标权及其法律冲突	118
二、中国关于商标权的法律适用	119
第四节 著作权	121
一、著作权及其法律冲突	121
二、中国关于著作权的法律适用	122
第十一章 商事关系的法律适用	125
第一节 国际货物买卖	125
一、国际货物买卖合同的概念	125
二、调整国际货物买卖合同的国际公约	126
第二节 国际货物运输	132
一、国际海上货物运输	132
二、国际铁路货物运输	137
三、国际航空货物运输	138
四、国际货物多式联运	143
第三节 国际货物运输保险	144
一、国际货物运输保险合同的概念	145
二、国际货物运输保险合同的法律适用	145
第四节 代理	146
一、涉外代理的概念	147
二、代理的法律适用	147
第五节 信托	149
一、信托的概念	149
二、信托的法律适用	150

第六节 破产	151
一、涉外破产的概念	151
二、破产的法律适用	152
三、破产的域外效力	153
第七节 票据	154
一、票据的概念	154
二、票据的法律适用	154
第十二章 海事	159
第一节 船舶物权的法律适用	159
一、船舶物权及其法律冲突	159
二、中国关于船舶物权法律适用的规定	160
第二节 船舶碰撞损害赔偿的法律适用	161
一、船舶碰撞及其法律冲突	162
二、中国关于船舶碰撞法律适用的规定	162
第三节 海难救助的法律适用	163
一、海难救助的概念	163
二、中国关于海难救助法律适用的规定	164
第四节 共同海损的法律适用	165
一、共同海损的概念	166
二、中国关于共同海损法律适用的规定	166
第五节 海事赔偿责任限制的法律适用	167
一、海事赔偿责任限制的概念	167
二、中国关于海事赔偿责任限制法律适用的规定	168

涉外民事关系法律适用概述

第一节 涉外民事关系的含义

【规则要点】

中国从法律关系的主体、客体和内容等方面分析涉外民事关系。根据中国有关法律，民事关系的主体、客体和内容等因素与外国发生联系可以认定为涉外民事关系。《中华人民共和国民事诉讼法》对涉外民事诉讼程序作出特别规定，《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》对涉外民事关系的法律适用进行规范，最高人民法院的相关司法解释对如何认定涉外民事关系作出详细规定。

【理解与适用】

随着国际民事交往的不断发展，民事关系中涉及不同国家法律利益的要素可能不仅限于主体、客体和内容。因此，最高人民法院在2012年12月28日公布的《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）》（以下简称《司法解释（一）》）第1条中对如何认定涉外民事关系作出详细规定。

根据《司法解释（一）》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。

第一，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。

在实践中，国际组织和外国国家作为国际民事交往主体时形成的民事法律关系也应视为涉外民事关系。

第二，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。

即使当事人双方均为中国的自然人或法人，只要一方当事人的经常居所地在国外，双方形成的民事关系即为涉外民事关系。

第三，标的物在中华人民共和国领域外。

例如，中国人甲继承中国人乙在印度的遗产所形成的民事关系应被认定为涉外民事关系。

第四，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。

例如，中国人甲在国外作出的足以引起损害赔偿责任的侵权行为，即构成涉外侵权关系。

第五，可以认定为涉外民事关系的其他情形。

这是用以规范无法用前述规定认定的新型涉外民事关系，体现了中国法律规定的灵活性。

涉外民事关系主要具有以下两个方面特点：

第一，涉外民事关系产生于国际民事交往中。由于不同国家或法域的法律存在差别，涉外民事关系中一旦出现法律纠纷则容易出现管辖权冲突、法律适用、域外送达取证、判决的域外执行等问题，因此，涉外民事关系的涉外性使其明显区别于内国民事关系。

第二，涉外民事关系是一种广义的民事关系。因为各国民法调整范围存在民商分立和民商合一的不同立法体系，涉外民事关系应作广义理解：既包括物权关系、债权关系、知识产权关系、婚姻家庭关系、继承关系，也包括破产关系、信托关系、票据关系、海商关系、保险关系等。

【风险提示】

注意涉外民事关系应该作广义理解。

【法条指引】

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）（节录）

第一条 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：

- (一) 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；
- (二) 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；
- (三) 标的物在中华人民共和国领域外；
- (四) 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；
- (五) 可以认定为涉外民事关系的其他情形。

第二节 涉外民事关系法律适用中的法律冲突

【规则要点】

涉外民事关系法律适用中的法律冲突是指当一个涉外民事关系可以被与之有联系的多个不同国家或法域的法律调整时，各法域法律规定的不同导致的法律适用或法律选择上的矛盾。

【理解与适用】

法律冲突的产生主要有以下四个原因：

- 一是国际间正常的民事交往使大量涉外民事关系出现；
- 二是与涉外民事关系有联系的几个国家或法域对其规定各有不同；
- 三是司法权的独立；
- 四是国家在一定条件下承认外国法律的域外效力。

由于以上原因，外国法律能够作为有效法律在域内与国内法律产生冲突。当然，满足上述四个原因并不必然导致法律冲突的产生。法律冲突只有在当事人之间就该涉外民事关系发生纠纷并采取诉讼或仲裁等救济手段时才会出现。因此，如果当事人各自忠实履行义务直至法律关系的结束，法律冲突就不会出现。

第三节 涉外民事关系的调整方法

【规则要点】

为了解决涉外民事关系的法律冲突问题，国际私法发展出不同的调整方法。纵观各国的立法与实践，调整涉外民事关系的方法分为两种，即间接调整和直接调整。间接调整是通过冲突规范规定不同性质的涉外民事关系应当适用哪一国家或法域的法律，进而根据其指定的该国家或法域的实体法来调整当事人之间的权利义务关系。直接调整是通过实体法规范直接调整涉外民事关系当事人之间的权利义务关系。

【理解与适用】

一、间接调整

冲突规范是规定某种涉外民事关系应当适用哪一国家或法域的法律作为准据法的规范。例如，《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第11条规定：“自然人的民事权利能力，适用经常居所地法律。”

由此可以看出，间接调整方法并未直接规定当事人的权利义务，而是分为两个步骤：

第一，适用冲突规范确定应当适用的准据法，如确定适用“经常居所地法律”。

第二，找出具体规定当事人权利义务的实体法，如确定适用“经常居所地法律”后，再找出该自然人经常居所地的某一国家或法域具体规定自然人民事权利义务的实体法。

二、直接调整

直接调整的方法主要分为两种：

一是统一实体规范调整，即通过国际条约或国际惯例直接调整当事人的权利义务关系。

二是国内法调整，即国家对涉外民商事关系制定强制性法律规范来直接调整当事人的权利义务关系。例如，涉外民事关系法律适用法第4条规定：“中华人民共和国法律对涉外民事关系有强制性规定的，直接适用该强制性规定。”

因为国内法调整的方式基于“单边主义”和“属地主义”，随意扩大适用容易否定国际私法双边或多边的性质。因此，强制性法律规范一般限于本国政治、经济和社会等重要领域，国内法调整的适用范围受到限制。正如《司法解释（一）》第10条中规定，人民法院应当认定为涉外民事关系法律适用法第4条规定的强制性规定如下：

- (1) 涉及劳动者权益保护的；
- (2) 涉及食品或公共卫生安全的；
- (3) 涉及环境安全的；
- (4) 涉及外汇管制等金融安全的；
- (5) 涉及反垄断、反倾销的；
- (6) 应当认定为强制性规定的其他情形。

上述情形涉及中华人民共和国社会公共利益，因此当事人不能通过约定排除适用，并且无须通过冲突规范指引而直接适用中国的法律、行政法规的强制性规定。

【风险提示】

注意《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）》中规定的几种强制性规定直接适用的情形。当事人对这些涉外民事关系约定应适用非中国的法律，不能产生排除中国强制性规定的效力。

【法条指引】

中华人民共和国涉外民事关系法律适用法（节录）

第四条 中华人民共和国法律对涉外民事关系有强制性规定的，直接适用该强制性规定。

**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）（节录）**

第十条 有下列情形之一的，涉及中华人民共和国社会公共利益、当事人不能通过约定排除适用、无需通过冲突规范指引而直接适用于涉外民事关系的法律、行政法规的规定，人民法院应当认定为涉外民事关系法律适用法第四条规定的强制性规定：

- （一）涉及劳动者权益保护的；
- （二）涉及食品或公共卫生安全的；
- （三）涉及环境安全的；
- （四）涉及外汇管制等金融安全的；
- （五）涉及反垄断、反倾销的；
- （六）应当认定为强制性规定的其他情形。

第十一条 一方当事人故意制造涉外民事关系的连结点，规避中华人民共和国法律、行政法规的强制性规定的，人民法院应认定为不发生适用外国法律的效力。

冲突规范与准据法

第一节 冲突规范

【规则要点】

冲突规范是指某种涉外民事关系应当适用哪一国家或法域的法律作为准据法的法律规范。冲突规范是援引法律的规范，因此在理解冲突规范时应当掌握其特点、结构以及类型。

【理解与适用】

一、冲突规范的特点

冲突规范与一般法律规范相比具有以下特点：

其一，冲突规范是法律适用规范，不直接规定当事人的权利义务，因此不同于一般的实体法规范。

其二，冲突规范是法律选择规范，主要用于指导法院或仲裁机构如何选择和适用法律，因此不同于以诉讼关系为调整对象的诉讼法规范。

其三，冲突规范是间接规范，只有与其所指引的实体规范结合才能最终确定当事人的权利义务，因此冲突规范只起到援引作用，缺少一般法律规范所具有的确性和预见性。^①

^① 赵相林主编：《国际私法（第四版）》，中国政法大学出版社2014年版，第85页。