



# 涉外民事关系 法律适用法实施研究

总论编

齐湘泉 齐宸 李旺◎著



中国政法大学出版社

## 作者简介

**齐湘泉** 男，法学博士，中国政法大学教授，博士生导师。出版《涉外民事关系法律适用法总论》《涉外民事关系法律适用法：家庭、婚姻、继承论》《涉外民事关系法律适用法：侵权论》《外国仲裁裁决承认及执行论》《赢在美国》《〈涉外民事关系法律适用法〉原理与精要》专著6部，主编、参编《涉外民事关系法律适用法》《国际私法》等著作和教材30余部，在中外期刊、报纸上发表论文和文章140余篇。

**齐宸** 女，法学博士，北京理工大学法学院、国际争端预防和解决研究院博士后研究人员。主要研究领域为国际私法、国际民事诉讼法、国际商事仲裁法、非营利组织。在《清华法学》《中国政法大学学报》等刊物上发表学术论文多篇。曾任美国律商联讯(LexisNexis)旗下独立媒体记者，北京仲裁委员会/北京国际仲裁中心仲裁秘书。曾获中国政法大学国际法学院优秀博士毕业论文、第三届“中华法学硕博英才奖”三等奖等荣誉。

**李旺** 男，法学博士，清华大学法学院教授，博士生导师。出版《国际私法》(第1~3版)、《国际民事诉讼法》(第1~2版)、《国际诉讼竞合》、《国际私法新论》等，主编、参编《国际私法》《联合国民商事司法准则撮要》《涉外民商事案件管辖权制度研究》《法律基础教程》等著作和教材，翻译有《现代化与法》(当代法学名著译丛/合译)及《日本国际家族法》等。

# 涉外民事关系 法律适用法实施研究

总论编

齐湘泉 齐宸 李旺 著



中国政法大学出版社

2021 · 北京

-----  
国家社科基金重点项目（项目批准号：14AFX026）  
-----

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
  2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

### 图书在版编目（CIP）数据

涉外民事关系法律适用法实施研究. 总论编/齐湘泉, 齐宸, 李旺著. —北京: 中国政法大学出版社, 2021. 4

ISBN 978-7-5620-9812-6

I. ①涉… II. ①齐… ②齐… ③李… III. ①涉外民事法—法律适用—法的实施—研究—中国 IV. ①D923.04

中国版本图书馆CIP数据核字(2021)第001233号

---

- 书 名 涉外民事关系法律适用法实施研究（总论编）  
Shewai Minshi Guanxi Falü Shiyongfa Shishi Yanjiu (Zonglunbian)
- 出 版 者 中国政法大学出版社
- 地 址 北京市海淀区西土城路 25 号
- 邮寄地址 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
- 网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
- 电 话 010-58908289(编辑部) 58908334(邮购部)
- 承 印 固安华明印业有限公司
- 开 本 720mm×960mm 1/16
- 印 张 21.25
- 字 数 355 千字
- 版 次 2021 年 4 月第 1 版
- 印 次 2021 年 4 月第 1 次印刷
- 定 价 85.00 元

# 绪论

## Introduction

光阴荏苒，岁月如梭，弹指一挥间《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》）已实施10年。<sup>\*</sup>10年来，《法律适用法》在解决涉外民事争议，维护当事人合法权益等方面发挥了重要作用的同时，也暴露出了立法中的一些问题。学界对这部法律进行了理性的反思，评价也趋于客观公正，褒扬与非议同在，赞美与责难齐飞。学者对《法律适用法》总体上认同、肯定，认为该法“虽然不无可商榷之处”，但“理念的先进性、系统内部规则的完整性、应用于实践的可操作性”居于主导，应予肯定，“从我国法律适用法发展的历史来评价，堪称上乘”。〔1〕

### 一、《法律适用法》的创新与发展

#### （一）《法律适用法》的创新

《法律适用法》借鉴国际社会及各国立法经验，参考国际通行做法和最新立法成果，集成我国多年来行之有效的法律适用规则和制度，立足于中国国情，实现立法的本土化，创新了我国的涉外民事关系法律适用制度。

在立法体例上，结束了几十年来零打碎敲的立法格局，建立了总则、分则和附则体例。在章节编排和内容设计上由人及物，坚持以人为本，强化人的主体性，提升人的尊严和价值，反映出整个社会对与人的身份有关的权利保护的加强，对人的基本价值和平等地位的重视，对弱势群体的人格地位与权利保护

---

<sup>\*</sup> 本书是在国家社科基金重点项目“涉外民事关系法律适用法实施研究”结项报告基础上修改而成。2020年6月本书定稿交付中国政法大学出版社出版。本书付梓之时，《中华人民共和国民法典》尚未生效，故本书中使用的相关法律法规，如《中华人民共和国合同法》《中华人民共和国侵权责任法》等，均是2021年以前有效的法律法规。特此说明。

〔1〕 刘宁元：“论我国法律适用法体系及其协调和冲突”，载《东方法学》2011年第3期，第24页。

的关注，符合当代法律适用法发展潮流。

在内容上，《法律适用法》提升意思自治原则为法律适用基本原则、属人法由国籍国法变革为经常居所地法、动产物权法律适用引入意思自治原则、允许当事人协议选择动产物权适用的法律，这些规定在世界上独一无二，独领风骚，世界范围内尚属首创。国内外学界对这些创新褒贬不一，引发了“创新”与“冒进”的理论争鸣。《法律适用法》的创新能否与16世纪杜摩林（Dumoulin）提出的意思自治原则、1804年《法国民法典》弃住所地法转采国籍国法为属人法、19世纪动产物权由适用所有人住所地法变更为物之所在地法相媲美，仍然有待实践检验和历史评判。

《法律适用法》创制了中国的强制性规定法律制度，规定了定性、宣告失踪或者宣告死亡、人格权的内容、代理、信托、仲裁协议、夫妻关系、亲子关系、遗嘱继承、遗产管理无人继承遗产的归属、有价证券、权利质权、网络或者其他方式侵权、不当得利、无因管理、知识产权领域的法律适用，填补了国内立法空白，完善了法律适用法律制度。

## （二）《法律适用法》的发展

《法律适用法》较之此前立法有了长足的发展。

第一，最密切联系原则由法律选择方法擢升为补充性法律原则，提高了定位，在法律对涉外民事关系的法律适用未作规定，或无法确定准据法的情形下，拾遗补阙，适用最密切联系原则确定应适用的法律。确立最密切联系原则为补充性原则在各国立法中并不多见，这是我国立法的重大进步。

第二，条文数量增加，内容显著充实。该法计有52个条款，较为全面、集中地规定了涉外民事关系的法律适用，而且多数条款是新规定。2012年颁布的《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）》]计有21个条款，细化了《法律适用法》总则。我国已经形成了以《法律适用法》为核心的相对完备的法律适用法体系，立法已达到较高的水准，各领域涉外民事关系的法律适用大都有了具体规定，未作规定的因有《法律适用法》第2条兜底，法律适用亦可无虞。

第三，冲突正义与实质正义有机结合。冲突正义是法律适用的基本要求，法律作为普遍性规则，应当平等地适用于所有法律主体，法律的适用应当具有

可预见性和判决结果的一致性；<sup>〔1〕</sup> 实质正义强调法律适用的公正性，追求具体涉外民事关系适用的法律对象化、个别化、具体化，符合特定的目的需求。<sup>〔2〕</sup> 《法律适用法》巧妙结合冲突正义与实质正义，在致力于法律适用的确定性和可预见性，避免机械性和僵化性的同时，寻求法律适用的公正性，努力实现个案的实质正义。首先，《法律适用法》总则中规定了意思自治原则，这为增强法律适用的灵活性和公正性提供了条件。其次，复数连接点广泛使用。《法律适用法》分则条款多采用复数连接点规定涉外民事关系可选择的法律，增加了可供选择法律的数量。科学地运用选择性法律适用规范，有利于冲突正义和实质正义达到平衡。再次，主观性、客观性连接点结合使用，根据不同的法律关系有所侧重，体现法律选择的灵活性。最后，弱者利益保护充分展现。《法律适用法》的价值取向从冲突正义走向实质正义，加强了对弱者权利的尊重，特别是对弱势群体的保护，通过健全制度切实保障弱势群体利益，彰显现代法律适用立法蕴涵的人文关怀，映射法律适用法价值取向趋于高度文明。<sup>〔3〕</sup>

## 二、《法律适用法》立法存在的问题

《法律适用法》在制定过程中受“宜粗不宜细”“成熟一条制定一条”的立法理念以及立法技术不够成熟的影响，尚存在以下可讨论之处：

法律适用法应当法典化。法律适用法独立成典已是发展趋势，也是中国学界梦寐以求的夙愿，中国国际私法学会为此制定了《中华人民共和国国际私法示范法》。现行《法律适用法》是单行法，同属法律适用法范畴的涉外民事案件管辖权、外国判决、外国仲裁裁决的承认与执行等程序性规范未纳入其中，这意味着在相当长的一段时间内，一部体系完整、逻辑严密、内容全面的法律适用法典与中国无缘，<sup>〔4〕</sup> 这与中国的国际地位不匹配。《中华人民共和国

〔1〕 赵振华：“论国际私法的价值取向及其对我国立法的影响”，载《中南大学学报（社会科学版）》2008年第3期，第346页。

〔2〕 谭岳奇：“从形式正义到实质正义——现代国际私法的价值转换和发展取向思考”，载《法制与社会发展》1999年第3期，第23页。

〔3〕 陈卫佐：“涉外民事关系法律适用法的中国特色”，载《法律适用》2011年第11期，第52页。

〔4〕 丁伟：“论中国国际私法立法与理论研究的良性互动”，载华东政法学院国际法研究中心编：《当代国际法论丛》（第6卷），北京大学出版社2006年版，第1页。

法典》（以下简称《民法典》）已颁行且不含调整涉外民事关系的法律，《法律适用法》法典化应当重新提上议事日程。

法条竞合现象较为突出。法律适用法法条竞合，有些是必须且必要的，而多数则属于立法技术不甚精湛所导致。《民法典》实施后法条竞合现象大为缓解，但依然存在。如何“从立法技术层面对该法与现行有效的其他法律、法规中法律适用规范之间存在的潜在冲突进行理论辨析与实证分析，以避免和消除这些潜在的冲突”是《法律适用法》实施过程中面临的艰巨任务。<sup>〔1〕</sup>

《法律适用法》未对涉外民事关系做出与时俱进的界定。《法律适用法》回避了涉外民事关系的界定，《司法解释（一）》延续了“要素说”，增加了一个兜底式条款，以囊括司法实践中可能存在的其他应当被认定为涉外民事关系的情形。“要素说”理论已不适合社会发展，应当把“列举式”界定与“原则式”界定结合起来，赋予法官一定范围内的自由裁量权，理性判断民事关系中的涉外因素，提高涉外民事关系认定的质量。

《法律适用法》第3条的性质模糊不清。第3条是基本原则还是宣示性条款，因立法措辞概括抽象，意旨不明，导致产生了不同的理解。《司法解释（一）》作了解释，但疑义犹存，该解释第6条限定当事人只可在法律允许的范围内选择法律，可第8条第2款又规定允许当事人无限意思自治默示选法，构成对第6条的否定。

外国法查明制度存在缺陷。《法律适用法》第10条采用“谁主张，谁举证”原则分配查明外国法责任，该条规定产生的法律问题是仲裁机构、行政机关查明外国法是否适用与法院查明外国法同样的途径？法院依职权查明外国法，可否要求当事人提供？当事人选择适用外国法律应当提供该国法律，该法律应由双方当事人共同提供？还是由一方当事人单独提供？外国法无法查明的认定标准模糊，是穷尽《司法解释（一）》第17条规定所列途径仍不能获得外国法律为外国法无法查明，还是采用其中一种方法未能查明外国法即为外国法无法查明，应当有明确规定。

民事主体的规定不严谨。“民事主体”的规定严宽不一，存在应该规定未作规定，不应该在第二章规定的却作了规定的情形。我国的合伙企业是与自然

---

〔1〕 丁伟：“论中国国际私法立法与理论研究的良性互动”，载华东政法学院国际法研究中心编：《当代国际法论丛》（第6卷），北京大学出版社2006年版，第1页。

人、法人并列的第三种民事主体，具有独立的法律地位，应作为民事主体但未列入。代理关系、信托关系、仲裁协议属于合同范畴，其法律适用不应放在主体一章，应放入适当的章节中。<sup>〔1〕</sup>

《法律适用法》第14条第2款逻辑颠倒。《法律适用法》和《司法解释（一）》均未对法人经常居所地的界定作出规定，界定自然人经常居所地规则能否类推适用于法人亦无明确说法。第14条第2款规定法人经常居所地为法人主营业地，那么经常居所地尚未界定的如何确定法人主营业地？《中华人民共和国民法通则》第63条、《中华人民共和国民法总则》第39条都规定法人以它的主要办事机构所在地为住所，由此可以推导出法人的经常居所地以主营业地为判断标准，《法律适用法》第14条第2款应规定法人主营业地为其经常居所地。

分则体例编排与法条顺序有瑕疵。《法律适用法》的体例编排是“人一物一权利”，根据这一序次，物的法律适用应置于权利之前。《法律适用法》第五章为“物权”，第六章为“债权”，第七章为“知识产权”，知识产权是准物权，应当编排在第五章“物权”之后，列为第六章，“债权”应为第七章。

关于《法律适用法》条文顺序的编排，第11条、第12条、第13条分别是自然人权利能力、行为能力和宣告失踪或者宣告死亡法律适用的规定，第19条和第20条分别是自然人国籍积极冲突、经常居所地消极冲突法律适用的规定，第19条和第20条应该前置至第13条之后，以使关涉自然人法律适用的规定体现出整体性。

《法律适用法》第45条是产品侵权责任的法律适用，第46条是网络侵害姓名权、肖像权、名誉权、隐私权等人格权的法律适用，第45条是针对物的，第46条是针对人的，依据由人到物的排序，第45条与第46条的位序应做颠倒，使法条衔接和布局更加有条理。

### 三、《法律适用法》应当增加或者修改的条款

《法律适用法》第6条规定了区际法律冲突适用的法律，应当增加国际法律冲突和时际法律冲突法律适用条款；第8条规定涉外民事关系的定性适用法

---

〔1〕 刘宁元：“论我国法律适用法体系及其协调和冲突，”载《东方法学》2011年第3期，第18页。

院地法，应当增加当事人选择了解决争议的法院或者在争议发生之前选择了准据法，可以适用当事人选择的法律定性条款；第13条规定宣告失踪或者宣告死亡适用自然人经常居所地法，建议增加适用国籍国法和财产所在地法条款；第20条规定了经常居所地消极冲突的法律适用，建议增加经常居所地积极冲突法律适用条款；第三章“婚姻家庭”部分建议增加婚生子女推定、婚生子女否定和认领法律适用条款；第四章“继承”部分建议增加无人继承财产确定法律适用条款；第六章“债权”部分建议增加损害消费者权益赔偿、不正当竞争损害赔偿、环境污染损害赔偿法律适用条款。

《法律适用法》第9条否定了反致制度，这并不科学，建议修改为以自然人法律地位和身份关系作为例外接受反致；第10条规定建议修改为应当适用的法律为外法域法律时，法院承担查明外国法的主体责任，依职权查明该外法域法律的存在与内容，查明途径可以责成当事人提供或者证明该外法域法律的相关内容。仲裁机构、行政机关如何查明外国法另行规定。

#### 四、《法律适用法》实施的司法情况

《法律适用法》从文本走向实践，从“应然”走向“实然”已有10年。10年来，我国涉外民事案件数量持续上升，案件审理质量持续向好。2011年各级法院审结涉外商事和海事海商案件2.2万件，涉港澳台案件1.5万件；2012年一审审结涉外商事案件5364件，海事海商案件1.1万件，涉港澳台案件1.5万件；2013年至2017年5年间，各级法院审理涉外民商事案件7.5万件，平均每年受理的涉外案件为1.5万件。2018年一审审结涉外民商事案件1.5万件，审结涉港澳台案件1.7万件；2019年审结涉外民商事案件1.7万件，海事海商案件1.6万件，涉港澳台案件2.7万件，涉侨案件2475件。<sup>〔1〕</sup>各级法院审理涉外案件，多数能够准确确定准据法，平等保护中外当事人合法权益。

涉外民事案件数量持续上升带动了司法协助、司法互助案件的大幅度增长，2011年我国与外国、外法域之间相互委托送达司法文书、协助调查取证案件6325件，2019年司法协助互助案件增长为9648件。我国基本实现内地与香港地区民商事司法互助全覆盖，建成内地与澳门地区司法互助网络平台。

---

〔1〕 各年审理涉外案件数量的统计来自最高人民法院工作报告。

为扩展改革开放成果，加强国际法治合作，为“一带一路”建设提供公正高效法律服务和司法保障，最高人民法院于2018年6月29日组建了国际商事法庭，通过一系列司法解释和司法文件创新制度、优化机制。国际商事法庭选任了法官，首创了国际商事专家委员会制度，聘请了专家委员，建立“一站式”国际商事纠纷解决平台，为公正、高效、便利、快捷且低成本地解决国际商事纠纷提供了制度保障。2019年，最高人民法院域外法查明统一平台正式上线，标志着全国法院域外法查明统一平台的正式建立。

## 五、涉外民事诉讼存在的问题

随着《法律适用法》的施行，我国涉外民事诉讼的总体水平不断提升，案件审理的质量不断提高，涉外民事诉讼中存在的某些痼疾得到一定程度的克服，但仍然存在需要注意的和需要改进的问题。

### （一）裁判文书公开的数量严重不足

最高人民法院公布的涉外案件审结数量与各级人民法院公开的裁判文书数量相差悬殊，在中国裁判文书网嵌入关键词进行检索，可以检索到的裁判文书不足结案数量的7%，公布涉外案件裁判文书最多的年份为2017年，可也仅有2251份，与每年审理的数万案件不成比例，“促进司法公正，提升司法公信力”<sup>〔1〕</sup>，加强社会监督的宗旨较难实现。

### （二）涉外民事关系定性不准确

定性是涉外民事诉讼的基础性环节，案件性质认定出现偏差，直接导致法律适用规则选择错误、准据法确定错误、案件审理结果错误。涉外民事关系定性不准确的情况由来已久，社会各界一直呼吁重视涉外民事案件的定性，学者们也提出不应“过度识别”，法院也着力解决这一问题，情况虽有改观，但到目前为止取得的结果不尽如人意。“过度识别”在侵权案件、侵权责任与违约责任请求权竞合案件、监护权与抚养权竞合案件、婚姻家庭中的不动产与物权中的不动产竞合案件呈现高发态势，尤其需要重视并寻找解决路径。

### （三）滥用自由裁量权导致判决结果确定性缺失

《法律适用法》具有概括性、抽象性和前瞻性的特点，以实现对所调整对

---

〔1〕《最高人民法院关于人民法院在互联网公布裁判文书的规定》（2016年修订），法释〔2016〕19号。

象有最大程度的涵射性、包容性和开放性。《法律适用法》总则规定最密切联系原则为补充性原则，这一弹性条款赋予执法者较为宽泛的自由裁量权。《法律适用法》分则多为以弹性的、复合的连接点为主要形式的法律适用规范，目的在于增加法律适用的灵活性，为执法者预留一定的自由裁量空间。我国最密切联系原则的规定过于宏观，没有细化规则，立法对弹性法律适用规范仅有原则性规定，没有实施规则，整部法律缺乏配套的监督自由裁量权行使的规定，造成司法实践中法官的自由裁量空间过大，导致案件审判结果呈现不确定现象。调查结果显示，有的法院 50% 的法官适用密切联系原则确定准据法，适用案件比例在 80% 以上，原因是密切联系原则是弹性条款，适用该原则一般不会出错，<sup>[1]</sup>“最密切联系原则软化冲突规范的价值功能某种程度上已经沦为法官属地主义的工具”。<sup>[2]</sup>弹性的、选择性的法律适用规范意在增加法律选择的灵活性，增强法律适用的公正性，有效保护弱者利益，但在实践中，这些法律适用规范的价值功能同样沦为法律属地主义的工具。以《法律适用法》第 25 条、第 29 条和第 30 条为例，这三个条款是著名的保护弱者利益条款，法官适用时应对每个连接点指向的法律分别适用于案件，然后对适用结果进行比较，从中选出有利于弱者的准据法。司法实践中，法官适用这三个条款时，看哪个连接点指向的法律是中国法就适用这个连接点指引选择法律，中国法律成为有利于弱者法律的代名词。

#### （四）法院急于查明外国法

《法律适用法》第 10 条、《司法解释（一）》第 17 条规定了查明外国法的责任、路径和无法查明外国法的认定标准。司法实践中，法院急于查明外国法，多数情况下要求当事人提供，查明外国法成为当事人的义务。当事人无法提供外国法律，或者法院认为当事人未能提供被认可的外国法律时，法院轻而易举的以外国法无法查明为由适用法院地法律，致使外国法查明制度形同虚设，外国法查明的规定几近“具文”。法官如何查明外国法，下多大气力查明外国法，全凭法官自觉。法官能够查明的外国法，或者经过努力能够查明的外国法而不去查明，径直适用法院地法，这种不作为被默许，致使外国法查明成

---

[1] “乱象与统一：涉外公司关系法律适用问题之实证分析”，载湛江市麻章区人民法院：<http://www.zjmzcourt.gov.cn/Html/?311.html>，最后访问日期：2019年6月4日。

[2] 田洪璠、李芳：“多维视角下最密切联系原则在中国国际私法实践中的适用”，载黄进、肖永平、刘仁山主编：《中国国际私法与比较法年刊》（2015·第18卷），法律出版社2016年版，第55页。

为我国涉外民事案件审判中的顽疾。

#### （五）裁判文书规范性不足

我国涉外民事案件裁判文书存在的亟待解决的问题主要有：①涉外案件性质认定的表述普遍阙如。②少数判决书中缺少法律选择过程的阐述，直接认定中国法为准据法，表现出明显的法院地法倾向。③相当数量的判决书中大量引用《法律适用法》《司法解释（一）》及单行法中的法律适用规范，与案件有关联的、没有关联的法律适用规则一并罗列，具体规则和基本原则并用，让人不知所云，如坠浩渺烟云，折射出执法者涉外民事关系法律适用基础知识的匮乏和对《法律适用法》的一知半解。④判决书不说明法律选择的理由或者说理不全面、不充分、不透彻现象依然严重和普遍存在。

#### （六）二审法院在准据法确定上不作为

从公布的法院判决书来看，涉外案件上诉较为普遍。上诉案件审理过程中，二审法院对一审法院确定的准据法基本上听之任之，予以维持：一审法院未就准据法确定过程进行阐述，不符合裁判文书写作规范，罕见二审法院进行纠正；当事人提起上诉，案件事实发生变化，二审法院仍沿用一审法院确定的准据法且不说明理由；二审法院变更一审法院判决案由，应当重新确定准据法，但二审法院仍然对一审法院适用的准据法进行确认；上诉人对一审法院适用的准据法提出异议，二审法院理应进行审理，但二审法院几乎不做审理，维持一审法院的准据法认定。二审法院在准据法确定上的不作为具有普遍性，应当引起重视。

## 六、《法律适用法》理论研究

《法律适用法》理论研究一直与该法的制定、颁布、实施相伴相随。在2002年至2010年立法阶段，学者们积极投身法律草案的拟定与条款设计，开展立法研究，探索如何制定一部与中国国情相适应的调整涉外民事关系的法律。2010年《法律适用法》颁布，学者们以该法文本为基础，结合不同研究主题、借助不同研究方法、基于不同研究视角，对这部法律的立法宗旨、基本原则、法律制度和具体条款展开了全方位的学术研究，提出了大量建议性意见，其中不乏真知灼见。随着《法律适用法》实施的深入，学界已从“立法中心主义”向“司法中心主义”范式转换，重点研究《法律适用法》实施过程中的法律问题。

《法律适用法》实施研究能够检视立法、反思立法，检验该法实施的社会效果。调整涉外民事关系的法律在我国是舶来品，采用“拿来主义”移植而来。《法律适用法》制定过程中大量吸收了西方国家的思想理念、立法经验、法律制度和法律条款，结合中国实际“本土化”。借鉴而来的西方文明是否符合我国国情，是否存在“水土不服”情形，需要关注法律适用规范“在社会生活中的运用与实现的活动与过程”，<sup>〔1〕</sup>全面地、系统地考察实施状况、评估实施效果、反思并解决实施中暴露出的问题，获取全面、直观、动态、真实的信息，为《法律适用法》修改和完善提供翔实的数据，这是理论研究的重要任务，也是职责所在。

我国调整涉外民事关系法律适用的理论研究，从理论到理论，从书本到书本，避实就虚，很少提出问题，更遑论分析问题和解决问题了。近年来，学界涌现一股清流，旋起隼永清风，许多学者注重实践，开展实证研究，实实在在地研究判例、探讨问题，通过具体案例分析法律制度，考察法律条文，丰富和发展了法律适用法理论，“这样的实践性研究与实证研究应该被看作中国法学的一个转向”。<sup>〔2〕</sup>就目前研究现状而言，学界对实证研究的重视程度仍然不够，实证研究的氛围不浓，案例分析未成习惯，实证研究成果未获应有的肯定。实现法学研究方法的转型，运用实证方法进行法律适用法研究尚需扎扎实实地做更多工作。

《法律适用法》作为重要的涉外立法，其实施牵涉到政府组织、外国国家、法人、其他组织及个人利益，必为各国及境外投资者、商人所关注。对中国法律适用法规规范实施情况进行系统考察研究，向国际社会展示中国司法的公正性，有助于传播中国法律文化，有利于各国更好地把握和理解中国法律适用法，推动人员和经贸的跨国交流与合作。

世界变幻莫测，云谲波诡，面临百年变局。中国倡导人类命运共同体理念，实施“一带一路”倡议，推进国内法域外适用的法律体系建设，推动了国际秩序的重塑。《法律适用法》弘扬尊重主权、法律平等的国际主义，高度吻合我国全球治理法律体系建设。我们应当不负重托，不辱使命，完善《法律适用法》立法，繁荣法律适用理论，充分发挥这部法律在国际经济秩序建设中的作用。

---

〔1〕 舒国滢主编：《法理学导论》（第2版），北京大学出版社2012年版，第191页。

〔2〕 刘作翔：“案例研究的作用及价值”，载《法律适用》2017年第2期，第20页。

# 目 录

## Contents

绪 论	1
第一章 涉外民事关系的界定与思考	1
第一节 我国涉外民事关系界定理论的移植与本土化	2
第二节 涉外民事关系界定的立法与立法缺失的司法补位	7
第三节 国际社会与各国界定涉外民事关系的立法	16
第四节 界定涉外民事关系理论	20
第五节 我国涉外民事关系界定的思考	24
第二章 《法律适用法》第 2 条的定位与争鸣	29
第一节 基本原则与基本原则设立的必要性	29
第二节 最密切联系原则在《法律适用法》中的定位	31
第三节 最密切联系原则立法考察	40
第四节 我国最密切联系原则的立法与实践	49
第五节 《法律适用法》第 2 条立法、理论与实践的思考	55
第三章 宣示性条款与法律基本原则之辩	61
第一节 界定《法律适用法》第 3 条性质的不同观点	61
第二节 宣示性条款考证	66
第三节 基本原则与宣示性条款之争的因由	70
第四节 《法律适用法》第 3 条为基本原则的理论与实践证成	74
第五节 《法律适用法》第 3 条是意思自治原则的升华	80

<b>第四章 国际条约与国际惯例的适用</b> .....	83
第一节 国际条约与法律适用法的关系 .....	83
第二节 当事人意思自治与国际条约的适用 .....	97
第三节 国际惯例在我国的适用 .....	112
<b>第五章 强制性规定法律制度</b> .....	135
第一节 从“直接适用的法”到强制性规定法律制度 .....	135
第二节 中国强制性规定法律制度理论、立法与实践 .....	145
第三节 强制性规定法律制度与相关法律制度关系 .....	155
第四节 法院地国家强制性规定、准据法所属国强制性规定与第三国 强制性规定的适用 .....	164
第五节 强制性规定法律制度在国际商事仲裁中的运用 .....	175
<b>第六章 涉外民事关系定性的理论与实践</b> .....	186
第一节 识别的主体 .....	186
第二节 识别的对象与识别的作用 .....	190
第三节 识别的依据 .....	195
第四节 我国法院识别的实践 .....	201
<b>第七章 外国法查明的立法、理论与实践</b> .....	204
第一节 外国法查明的概念与外国法查明的主体 .....	205
第二节 外国法查明的责任分配 .....	215
第三节 我国外国法查明制度实施中的问题 .....	227
第四节 我国外国法查明制度的重新建构 .....	237
<b>第八章 法律适用法法条竞合的法律选择</b> .....	247
第一节 法条竞合理论的起源、移植与发展 .....	247
第二节 我国法律中的法律适用规范竞合 .....	254
第三节 法律适用规范竞合的成因 .....	263
第四节 法律适用规范竞合的解决路径 .....	267