



西南政法大学
Southwest University of
Political Science & Law

docsriver.com
商家本本书店

涉外法律实务系列

总主编 张晓君

涉外民事关系法律适用实务

The Law and Practice of Foreign-related Civil Relationships

主 编 / 裴 普



厦门大学出版社 国家一级出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS 全国百佳图书出版单位



西南政法大学

Southwest University of
Political Science & Law

涉外法律实务系列

总主编 张晓君

涉外民事关系法律适用实务

The Law and Practice of Foreign-related Civil Relationships

主 编 / 裴 普

撰稿人（按章节先后）：

裴 普 刘元元 宋渝玲

徐 鹏 王晓燕 张春良

禹华英 刘 新 宋继瑛



厦门大学出版社 国家一级出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS 全国百佳图书出版单位

图书在版编目(CIP)数据

涉外民事关系法律适用实务/裴普主编. —厦门:厦门大学出版社, 2017. 8

(涉外法律实务系列)

ISBN 978-7-5615-6438-7

I. ①涉… II. ①裴… III. ①涉外民事法-高等学校-教材 IV. ①D997

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 082200 号

出版人 蒋东明
责任编辑 邓臻
封面设计 李嘉彬
技术编辑 许克华

出版发行 厦门大学出版社
社 址 厦门市软件园二期望海路 39 号
邮政编码 361008
总 编 办 0592-2182177 0592-2181406(传真)
营销中心 0592-2184458 0592-2181365
网 址 <http://www.xmupress.com>
邮 箱 xmup@xmupress.com
印 刷 厦门市明亮彩印有限公司

开本 720mm×1000mm 1/16
印张 36
插页 2
字数 566 千字
版次 2017 年 8 月第 1 版
印次 2017 年 8 月第 1 次印刷
定价 78.00 元

本书如有印装质量问题请直接寄承印厂调换



厦门大学出版社
微信二维码



厦门大学出版社
微博二维码

西南政法大学涉外法律实务系列编委会

主 任 张晓君

副主任 石经海 宋渝玲

委 员 王玫黎 陈咏梅 丁丽柏 岳树梅

张春良 裴 普 王媛媛

总 序

2013年,西南政法大学获批为教育部涉外法律人才教育培养基地,由国际法学院具体牵头建设。近些年,国际法学院积极探索创新涉外法律人才培养机制,努力培养一批具有国际视野、通晓国际规则,能够参与国际法律事务和维护国家利益的涉外法律人才;依托各种政策和发展契机,协同海内外高校和实务部门,以开设涉外法律人才实验班为重要抓手和创新载体,进一步探索实践涉外法律人才培养新模式新方式。涉外法律人才培养目标的实现需要与之相适应的教材系列。为此,在学校支持下,国际法学院精心组织策划涉外法律实务教材的系列编写,邀请来自高校和实务部门的专家学者参与本系列各教材的编写。这种“五湖四海”式组建编写团队,目的是保证本系列的实务性和高水准。

本系列围绕涉外法律实务能力和专业素质,着力突出专业和实务特色。一方面,本系列各教材主题的选定,以涉外法律人才要接触到的最广泛和经常性的国际法律实务为依据,涵盖了涉外法律实务的实体性和程序性问题,包括世界贸易组织法律实务、涉外工程法律实务、涉外民事诉讼法律实务、海商法律实务、涉外知识产权法律实务、涉外货物买卖法律实务、涉外金融法律实务、涉外民事关系法律适用实务、涉外投资法律实务等,着重阐述主要国际法律实务问题,基本涵盖了高端国际法律人才从事涉外法律实务工作必须学习和掌握的实务性专业知识。另一方面,本系列在内容结构和体例设计上,体现注重涉外法律实务知识和实务能力提高的总体要求。各教材编写,力求配合案例

教学讨论式授课模式。严格统一编写体例,每章各节在内容结构上分成知识背景或知识点、案例裁决或法律文书摘录、延伸阅读三个板块,对涉外法律实务知识进行讲解。先系统性阐释专业知识内容,之后以真实案例为素材进行案例教学,精选的经典和富有代表性案例,都摘编节选自案例原文,这样既保持案例的本来面貌,又能深化读者对基础知识和案例内容的理解和掌握。专业知识衔接案例分析或法律文书摘录学习,配以延伸知识阅读,通过这样的体例设计,帮助学生切实有效地将知识转化为运用法律解决实际问题的能力,培养学生运用法律逻辑分析问题和独立思考的习惯。

西南政法大学涉外法律实务系列,是从以灌输知识为主,向培养能力为主的教學理念和教學方法转变的有益尝试,是涉外法律人才教育培养的经验总结和创新成果,也是深化涉外法律人才教育培养的重要内容和教学载体。期望这套丛书能够不断得到完善,在推进中国涉外法律人才教育培养事业中发挥作用。

西南政法大学校长
教授、博士生导师

付子堂

西南政法大学国际法学院院长
教授、博士生导师

张晓君

2017年5月

作者简介

(按章节顺序)

裴普,男,1964年生于重庆。西南政法大学国际法学院副院长,副教授,硕士研究生导师。主要研究方向为国际私法、冲突法、国际商事仲裁。主持省部级社科项目两项,参与国家社科基金项目一项,著有《冲突法研究》,并获得“司法部‘九五’优秀科研成果”三等奖,在《现代法学》《法学》《重庆大学学报》等刊物上发表学术论文十余篇,公开发表学术成果一百余万字。

刘元元,女,1985年生于湖北荆州。先后在武汉大学攻读硕士学位和博士学位,现任西南政法大学讲师。主要研究方向为国际私法、国际商事仲裁法、文化遗产法等。曾在《时代法学》《河北法学》《国际法研究》等杂志发表多篇学术论文。

宋渝玲,女,1964年生于重庆。西南政法大学国际法学院副院长、副教授,硕士研究生导师,中国国际私法学会理事,中国—东盟法律研究中心客座研究员。著有《中国涉外民商法律适用》(独著)、《保险赔偿法律制度研究》(独著)、《国际私法学》(参编)、《国际私法》(参编)、《二十一世纪中国国际私法的发展与展望》(论文)、《国际私法课程的教学改革新模式》(论文)、《中国国际私法立法模式探析》(论文)等。

徐鹏,男,1973年生于湖北黄石。武汉大学法学博士,香港大学普通法硕士,西南政法大学副教授,硕士研究生导师。著有《冲突规范任意性适用研

究》，参加“十一五”国家规划教材《国际商事仲裁法学》编著，并在《法学研究》《现代法学》《比较法研究》等期刊上发表多篇论文，主持国家社科基金项目一项，主持部级课题两项。

王晓燕，女，1981年生于安徽省马鞍山。副教授，硕士研究生导师，1999年至2009年就读于西南政法大学，并取得国际法学博士学位，主要讲授国际私法、国际民事诉讼法、国际商事仲裁法等课程。曾在《武大国际法评论》《法制日报》等刊物上发表多篇学术论文。

张春良，男，1976年生于四川泸县。法学博士，教授，硕士生导师，西南政法大学国际法学院国际私法教研室主任；先后于武汉大学（2009—2012）、比利时根特大学（2012—2013，留基委资助）作博士后研究，重庆市首届青年骨干教师人选，中国国际私法学会常务理事，中国—东盟法律研究中心理事；出版《国际私法演义：问题，方法与修正》等专著四部，参编教材七部，并在《中外法学》《法制与社会发展》《法商研究》《法律科学》《体育科学》等刊物发表论文五十余篇，主持国家社科、教育部、中国法学会、重庆市教委、中国博士后基金会、国家留基委等国家级、省部级资助项目九项，获中国法学会等科研奖励多项。

禹华英，女，1963年生于重庆，西南政法大学副教授，硕士研究生导师，中国国际私法学会理事。1984年西南政法大学法律系本科毕业，获学士学位，2001年西南政法大学研究生法律专业课程进修班毕业。现任职于西南政法大学国际法学院国际私法教研室，主要从事国际私法和海商法的教学研究工作。著有《出入境与国际经贸法律问题研究》《法人与公证律师事务》《中国海商法通论》《海商法学》，并参编多部教材，在国家核心学术期刊杂志上公开发表《论海事国际私法中的法律适用》《国际技术贸易中的限制性商业条款》《海难救助的性质与法律适用》等多篇学术论文。1986年开始从事律师兼职工作，现为重庆丽达律师事务所兼职律师，承办各类民商事案件若干，其中包括涉外海商事的诉讼及非诉讼代理，积累了丰富的涉外法律实务实践经验。

刘新，男，1984年生。俄罗斯联邦法学博士，副教授，硕士生导师，西南政法大学俄罗斯法研究中心副主任，任教于西南政法大学国际法学院。主要从

事国际法、国际私法、欧盟法、国际航空法和国际空间法研究。在俄罗斯联邦核心期刊公开发表学术论文3篇,出版俄文专著一部,在欧洲国际学术会议上公开发表论文一篇。

宋继瑛,女,1982年生于河南省新野。武汉大学与瑞士比较法研究所联合培养博士,现为西南政法大学国际私法教研室讲师。主要研究方向为国际私法、国际知识产权法。曾在《河南师范大学学报》《郑州大学学报》等刊物上发表多篇学术论文,参与多项省部级课题,参编教材三部。

编写说明

经济全球化进程的拓展和深化,传统的法律教学方法、法律课程设置、法律教材内容日渐显露出与时代情势脱节,难以适应社会需求的弊端。法律教育需要改革!探索卓越法律人才培养新模式,包括适应新模式的教材体系已刻不容缓!

法律教材体系创新是法律教育改革的重要内容和关键,它不仅关乎人才培养目标的确立,而且直接与教学方法改进密不可分,相得益彰。坚持以学生学习为本,学生主体与教师主导相统一,学生认识规律与教材知识体系相衔接是我们编写本教材的基本理念和原则。有鉴于此,本教材在结构体例和内容编排上进行了有益探索,力求突出实务性,以匹配我们研究生卓越法律人才冲突法案例教学授课模式的需求。

本教材的编写,精选经典案例,摘录裁判文书,结合相关章节知识内容编排延伸阅读置于文末。以达到帮助学生理解掌握知识体系,又能实现知识向能力的转换,并培养学生法律逻辑思维和独立思考的习惯。

本教材是西南政法大学国际法学院组织编写的“涉外法律实务系列”之一,编写由国际私法教研室老师完成,从体例编排、结构设计、案例及延伸阅读的摘选都是教研室集体讨论确定,体现了教研室集体智慧。本教材具体撰稿人及分工(以撰写章节先后为序):

第一章:裴普

第二章:裴普

第三章:刘元元

第四章:宋渝玲

第五章:徐鹏

第六章:王晓燕

第七章:张春良

第八章:禹华英

第九章:禹华英、刘新

第十章:刘新

第十一章:宋继瑛

尽管本教材力求体现作者在教材编写理念上的创新,但由于水平和时间方面的限制,教材中错误和疏漏之处在所难免,在此,敬请读者不吝批评指正,以便我们在再版时修订完善。

编者

2017年6月

目 录

第一章 冲突法的一般问题·····	1
第一节 法律冲突·····	1
【知识点】·····	1
一、法律冲突产生的原因·····	1
二、法律冲突的解决·····	2
【知识背景】·····	4
【延伸阅读】·····	6
第二节 冲突规范·····	6
【知识点】·····	6
一、冲突规范的概念和结构·····	6
二、冲突规范的类型·····	9
三、系属公式·····	10
【知识背景】·····	12
一、冲突规范的软化趋势·····	12
二、单边主义与多边主义·····	13
【案例裁决/法律文书摘录】·····	14
【延伸阅读】·····	15
第三节 准据法·····	16

【知识点】	16
一、准据法的概念及其选择方法	16
二、准据法的确定	18
三、先决问题准据法的确定	20
【知识背景】	21
一、适用外国法的相关理论	21
二、先决问题准据法的相关争议	21
【案例裁决/法律文书摘录】	22
【延伸阅读】	60
第二章 适用冲突规范的制度	61
第一节 识别	61
【知识点】	61
一、识别的含义	61
二、识别的冲突产生的原因	62
三、涉外民事法律关系适用法及司法解释中的规定	62
【知识背景】	62
一、关于识别对象的争论	62
二、关于识别依据的争论	63
三、“二级识别”问题	65
【案例裁决/法律文书摘录】	65
【延伸阅读】	66
第二节 反致	67
【知识点】	67
一、反致的概念及形式	67
二、反致产生的条件	68
三、涉外民事法律关系适用法及司法解释中的规定	68
【知识背景】	69

一、关于反致理论·····	69
二、反致的立法与实践·····	69
【案例裁决/法律文书摘录】·····	70
【延伸阅读】·····	71
第三节 法律规避·····	71
【知识点】·····	71
一、法律规避的含义·····	71
二、我国相关立法规定·····	72
【知识背景】·····	72
一、法律规避构成要件相关学说·····	72
二、法律规避的效力·····	73
【案例裁决/法律文书摘录】·····	74
【延伸阅读】·····	74
第四节 公共秩序保留·····	75
【知识点】·····	75
一、公共秩序保留的含义·····	75
二、公共秩序保留与相关概念的区别·····	75
三、我国公共保留秩序的相关立法·····	76
【知识背景】·····	77
一、公共秩序的内涵·····	77
二、关于公共秩序保留的理论·····	77
三、公共秩序保留在各国的立法·····	78
【案例裁决/法律文书摘录】·····	79
【延伸阅读】·····	80
第五节 外国法的查明·····	80
【知识点】·····	80
一、外国法的查明的含义·····	80
二、外国法查明的方法·····	81

三、外国法不能查明时的解决办法	81
四、外国法适用错误时的补救措施	82
五、我国对外国法查明的相关规定	82
【知识背景】	83
对外国法性质认识的争议	83
【案例裁决/法律文书摘录】	86
【延伸阅读】	107
第三章 法律行为、代理和时效的法律适用	109
第一节 法律行为的法律适用	109
【知识背景/点】	109
一、法律行为及其法律冲突	110
二、法律行为的法律适用	110
三、我国的立法规定	112
第二节 代理的法律适用	113
【知识背景/点】	113
一、国际代理问题概述	114
二、民事代理关系的法律适用	114
三、关于代理法律适用的国际公约	118
四、我国立法之分析	119
【延伸阅读】	122
第三节 时效的法律适用	123
【知识背景/点】	123
一、时效的法律冲突	124
二、时效的法律适用	124
三、我国关于时效法律适用的规定	127
【案例裁决/法律文书摘录】	128
【延伸阅读】	130

第四章 婚姻家庭	131
第一节 结婚	132
【知识背景/点】	132
一、结婚实质要件的法律冲突和法律适用	132
二、结婚形式要件的法律冲突和法律适用	135
三、我国关于结婚法律适用的立法与实践	137
【案例裁决/法律文书摘录】	140
【延伸阅读】	148
第二节 离婚	149
【知识背景/点】	149
一、离婚的法律冲突	149
二、离婚的法律适用	150
三、我国关于离婚法律适用的立法与实践	152
【案例裁决/法律文书摘录】	154
【延伸阅读】	161
第三节 夫妻关系	162
【知识背景/点】	162
一、夫妻人身关系的法律适用	162
二、夫妻财产关系的法律适用	163
【案例裁决/法律文书摘录】	165
【延伸阅读】	176
第四节 父母子女关系	176
【知识背景/点】	176
一、父母与婚生子女关系的法律适用	177
二、父母与非婚生子女关系的法律适用	179
三、收养关系的法律适用	181
【案例裁决/法律文书摘录】	184

【延伸阅读】	192
第五节 扶养与监护	192
【知识背景/点】	192
一、扶养的法律适用	192
二、监护的法律适用	194
【案例裁决/法律文书摘录】	196
【延伸阅读】	207
第五章 继承的法律适用法	208
第一节 法定继承	209
【知识背景/点】	209
一、法定继承准据法的确定	209
二、法定继承准据法的适用范围	211
三、我国关于法定继承法律适用的规定	216
【案例裁决/法律文书摘录】	218
第二节 遗嘱继承	220
【知识背景/点】	220
一、遗嘱的法律适用	221
二、我国关于遗嘱继承法律适用的规定	226
【案例裁决/法律文书摘录】	228
第三节 无人继承财产	231
【知识背景/点】	231
一、国家取得无人继承财产的依据	231
二、无人继承财产归属的法律适用	232
三、我国处理无人继承财产的国际私法规则	234
【案例裁决/法律文书摘录】	235
【延伸阅读】	237

第六章 物权的法律适用法	238
第一节 国际物权概述	238
【知识背景/点】	238
一、国际物权的含义	238
二、国际物权的法律冲突	239
第二节 物之所在地法原则	242
【知识背景/点】	242
一、物之所在地法原则的历史发展	242
二、物权依物之所在地法的理论根据	243
三、物之所在地的确定	244
四、物之所在地法原则的适用范围	245
五、物之所在地法原则的例外	247
第三节 信托	250
【知识背景/点】	250
一、信托的含义和特点	250
二、信托的法律冲突	251
三、信托的法律适用	252
第四节 国有化	253
【知识背景/点】	253
一、国有化的含义	253
二、国有化法令的效力范围	254
三、国有化的补偿问题	255
【案例裁决/法律文书摘录】	257
第七章 债的法律适用	265
第一节 涉外合同之债的法律适用	265
【知识背景/点】	265
一、法律适用的方法论	265

二、缔约能力的法律适用	267
三、合同形式的法律适用	268
四、实质要件的法律适用	269
第二节 涉外非合同之债的法律适用	276
【知识背景/点】	276
一、涉外侵权之债的法律适用	276
二、涉外不当得利的法律适用	285
三、涉外无因管理的法律适用	286
第三节 我国涉外之债的法律适用	287
【知识背景/点】	287
一、涉外合同的法律适用	287
二、涉外侵权的法律适用	293
三、不当得利和无因管理的法律适用	295
【案例裁决/法律文书摘录】	296
【延伸阅读】	322
第八章 海事的法律适用法	326
第一节 船舶物权	327
【知识背景/点】	327
一、船舶物权及其法律冲突	327
二、有关船舶物权的国际公约	329
三、船舶物权的法律适用	329
【案例裁决/法律文书摘录】	331
【延伸阅读】	349
第二节 海上运输与保险	350
【知识背景/点】	350
一、海上货物运输及其法律适用	350
二、海上旅客运输	352

三、海上保险	354
【案例裁决/法律文书摘录】	355
【延伸阅读】	367
第三节 海上侵权行为	368
【知识背景/点】	368
一、船舶碰撞	368
二、海上油污损害	369
【案例裁决/法律文书摘录】	371
【延伸阅读】	387
第四节 共同海损	388
【知识背景/点】	388
一、共同海损及其法律冲突	388
二、共同海损理算规则	388
三、共同海损的法律适用	390
【案例裁决/法律文书摘录】	390
【延伸阅读】	399
第五节 海事赔偿责任限制	399
【知识背景/点】	399
一、海事赔偿责任限制及其法律冲突	399
二、有关海事赔偿责任限制的国际公约	400
三、海事赔偿责任限制的法律适用	402
【案例裁决/法律文书摘录】	403
【延伸阅读】	412
第九章 票据的法律适用法	414
第一节 概述	415
【知识背景/点】	415
一、概念	415

二、票据关系	418
三、票据类型	420
四、票据行为	421
第二节 票据的法律冲突	426
【知识背景/点】	426
第三节 票据的法律适用	431
【知识背景/点】	431
一、票据行为人行为能力的法律适用	432
二、票据关系的法律适用	433
三、票据行为方式的法律适用	434
【案例裁决/法律文书摘录】	435
【延伸阅读】	468
第十章 航空的法律适用	475
第一节 国际航空运输责任概述	477
【知识背景/点】	477
一、华沙公约及其议定书	478
二、蒙特利尔公约	481
第二节 国际航空运输责任的内容	488
【知识背景/点】	488
一、概述	488
二、国际航空私法公约关于管辖权规定	488
三、国际航空运输责任的法律适用	491
【案例裁决/法律文书摘录】	494
【延伸阅读】	505
第十一章 知识产权的法律适用	531
第一节 知识产权概述	531

第二节 专利权的法律适用·····	533
第三节 商标权的法律适用·····	535
第四节 著作权的法律适用·····	537
第五节 《涉外民事关系法律适用法》关于知识产权问题的相关规定·····	539
第六节 标准必要专利·····	540
【案例裁决/法律文书摘录】·····	543
【延伸阅读】·····	547
一、标准必要专利——专利中的战斗机·····	547
二、标准必要专利并不绝对排斥禁令救济的适用——“Apple v. Motorola” 一案的启示·····	551

第一章

冲突法的一般问题

【内容摘要】国际私法主要是通过冲突规范援引准据法对涉外民商事关系进行间接调整的,因此冲突规范是国际私法的核心规范。本章将对冲突规范及其解决,在国际私法中用来解决法律冲突的冲突规范,以及经冲突规范援引以确定涉外民商事关系当事人实体权利义务关系的准据法的有关问题进行逐一的分析和探讨。

第一节 法律冲突



【知识点】

一、法律冲突产生的原因

从一般意义上讲,法律冲突是指两个或多个不同法律同时调整同一法律关系而在这些不同法律之间产生矛盾的社会矛盾。国际私法通说认为,涉外民事关系之所以会产生法律冲突,主要是因为以下若干因素的同时存在,同时作用,缺一不可:

(一) 各国民商事法律制度互不相同

由于各国的阶级性质、社会制度、经济发展水平以及历史文化传统等各方面存在较大差异,因而各自的法律制度差异较大,尤其是在民事法律制度方面,这种差异尤为突出。在遇到涉外民事关系时,就会提出应适用何国法律来解决当事人的权利和义务更为公平合理的问题。因此,各国民商事法律制度不同是民事法律冲突产生的内在原因。

(二) 各国存在大量的国际民事关系

各国之间存在正常的民事交往,结成大量的涉外民事关系,这是民事法律冲突产生的客观基础。如果各国只是民事法律制度互不相同,却没有民事往来或者很少往来,民事法律冲突也无从产生。

(三) 各国承认外国人在内国享有平等的民事法律地位

这种平等的民事法律地位体现在两个方面。一是如果内国法不允许外国人享有某项民事权利,也就不会出现外国人作为主体的民事法律关系,当然也不会产生民事法律冲突。二是如果外国人在内国居于凌驾内国人之上的特权地位,也无民事法律冲突可言。

(四) 各国在一定条件下承认外国民事法律在内国的域外效力

任何法律都有一定的效力范围,一般地说,公法常被认为只有域内效力,^①而民商事法则往往因国际民商事交往的需要而同时具有域外效力。而且随着国际经济联系的加强和全球化的到来,各国都会承认外国民商法的域外效力或承认内外国法律的平等地位。如一国承认某人根据外国法律而取得对物的所有权,承认根据外国法律而确定的婚姻、继承关系等等。正是因为各国对彼此民事法律效力的相互承认,才使民商事法律冲突成为现实。

二、法律冲突的解决

涉外民商事法律冲突是在涉外民商事交往与合作的过程中产生的,这种法律

^① 最近,国内有学者提出了“经济冲突法”的概念,意指公法领域也会产生法律冲突和法律适用问题。

冲突如果不能得到及时妥善的解决,涉外民商事关系就不能得到适当的调整,当事人的合法权益就不能得到应有的保障,进而反过来阻碍国际民商事交往与合作的顺利进行和正常发展。因而解决法律冲突是国际私法的重要任务和目标。具体的解决办法有两种:

(一) 间接的解决办法

间接的解决办法亦称冲突规范的解决办法,是指通过国内法或国际条约中的冲突规范,指出某种涉外民商事法律关系应适用哪一国家的法律来确定当事人的民商事权利和义务,而没有直接明确地规定当事人权利和义务的方法。例如,1959年的《中华人民共和国和苏维埃社会主义共和国联盟领事条约》第20条规定:“缔约任何一方公民死亡后遗留在缔约另一方领土的财产,包括动产和不动产,均按财产所在地国的法律处理。”该规定只是明确了缔约一方公民死亡后遗留在另一方领土上的财产,应依据财产所在地国家的法律处理,而没有具体规定继承人的范围、顺序以及继承人的权利和义务等等。

间接的解决办法是最早被用来解决涉外民商事关系的法律适用的。在国际私法的学说史上,最早的法则区别说就采取了人法适用人的住所地法,物法适用物之所在地法的间接的解决办法。目前所见的最早的国际私法立法——唐朝《永徽律》中的“化外人相犯”条款也是间接的解决办法。

运用冲突规范调整涉外民商事法律关系的方法之所以是间接的解决办法,是因为通过冲突规范调整涉外民商事法律关系要经过两个步骤:第一步是适用冲突规范,找出应该适用于涉外民商事法律关系的法律,即准据法;第二步是通过适用准据法来具体确定当事人的民商事权利义务。如此情形下,适用冲突规范找出准据法,对于确定涉外民商事法律关系的当事人的权利和义务来说,只是一个过渡性的间接步骤,因而称之为间接的解决办法。

间接的解决办法具有概括力强、机动灵活、能适用于所有类型的涉外民商事法律关系的优点。但是,随着涉外民商事法律关系的发展,间接的解决办法在实践中的局限性也凸显出来,这些局限主要有:第一,缺乏明确性和预见性。由于冲突规范本身不构成当事人作为或不作为的准则,不能直接确定当事人的权利和义务,根据它无法预见到法律行为的后果,因而缺乏法律应有的明确性和预见性。第二,缺

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



www.docsriver.com 商家 本本书店
内容不排斥 转载、转发、转卖 行为
但请勿去除文件广告宣传页面

若发现去宣传页面转卖行为，后续广告将以上浮于页面形式添加

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



乏稳定性。在适用冲突规范的过程中,形成了公共秩序保留等制度,这些制度会限制甚至否定冲突规范的效力。再者,根据冲突规范的指定,某一涉外民事法律关系应该适用某国实体法时,如若该国没有相应的立法规定,当事人之间的权利义务也会处于不确定状态。

(二) 直接的解决办法

直接的解决办法亦称为用统一的实体规范解决的办法,是指通过国际条约和国际惯例中的直接规定当事人民事权利和义务的实体规范,调整涉外民事关系的办法。在国际私法上,直接规定当事人民事权利和义务的实体规范有两种:一种是国内法中专门调整涉外民事关系的实体规范,即国内实体规范;另一种是规定在国际条约和国际惯例中的实体规范,即统一实体规范。国际私法主要研究后一种类型的实体规范。例如,1980年的《联合国国际货物销售合同公约》,对国际货物买卖合同的成立及形式、买卖双方的义务、风险的转移、违约责任、免责条件等均做了明确规定。参加这个公约的国家在调整国际货物买卖关系时,便可直接依该公约的规定来确定买卖双方的权利和义务。

运用统一实体规范调整涉外民事法律关系,能够直接确定当事人之间的权利义务,从而避免了法律冲突,避免了就内国法和外国法做出选择问题。由于这种办法起着积极避免或预防法律冲突的作用,因此,它在本质上是避免和预防法律冲突的办法。

直接的解决办法较之间接的解决办法,更为明确、具体、固定和方便,更有利于消除国际经济贸易交往关系中的法律上的障碍。但也应当看到,在民族国家存在的时代里,由于各国的法律制度存在较大差异,某些领域内的法律问题还不可能通过国际条约和国际惯例加以统一。在不存在统一实体规范的领域,如婚姻家庭和继承领域内,解决有关涉外民事法律关系的法律冲突,只能采用冲突规范予以解决。如果一味夸大直接的解决办法的作用,甚至希望用其代替间接的解决办法,那就会使国际私法失去原有的特质。

【知识背景】

冲突法是一个颇具争议的法律部门。有人说“冲突法是一个烂摊子”,是一个

“阴郁沼泽”，“被一种想要拯救它的现实主义杀死了”，“冲突法有时已像法律的精神病院，它是一个产生古怪的固恋癖和精神分裂症似幻觉的地方”……传统冲突规则在美国受到了激烈的攻击，在所谓的美国冲突法革命中所提出的各种法律选择方法之间也因互相扞格而相互指责，似乎所有可能的方法都被尝试过，却没有一种能够让人满意。

冲突法产生以来，它便以跨国民商事关系这一涉及所谓“全球化”的领域的问题为调整对象，到现在已经有超过八个世纪左右的时间了。为什么当“全球化”浪潮汹涌而至，跨国民商事交往急剧增多的情况下，专门以这种交往关系为调整对象的冲突法存在的意义反而受到质疑？如果冲突法是一种无用的规则，为什么在对传统冲突规则进行了最激烈的批判的美国法院中，彻底弃置冲突规则的主张却没有被那些“务实”的法官们所采纳？如果冲突法不是无用的，那么它在跨国交往中究竟扮演了以及应该扮演什么样的角色？

探讨冲突法的功能也许可以作为回答上述问题的适当途径，因为，法律“理论与法律实践中的很多争论往往都是对法的功能的不同理解引起的，或者是需要通过阐明法的功能而得到正确的解决”。吴文藻先生认为，“每一社会活动，不论是风俗、制度或信仰，都有它独特的功能，非先发现它的功能，不能了解它的意义”。

目前还没有关于冲突法功能的中英文专著出版。我国以冲突法的功能为主题的论文不多，在中国知网上搜索关键词“国际私法”并含“功能”，得到的结果为4篇，包括《经济全球化对国际私法的影响》《国际私法功能演进之研究》《准确适用准据法的精巧设置：识别制度功能驳正——兼析中华人民共和国民法典（草案）第九编之规定》和《试论公共秩序的功能与限制——对公共秩序制度下法官自由裁量权的思考》。

“功能分析理论必须要求明确地指出功能所助益的单位，法律功能也是如此，必须说明对某社会单位而言”，该法律的制度或规范所具有的功能。“这里所谓单位，指个人、次团体以及较大之社会结构乃至社会文化”，冲突法的功能也需要根据不同的助益对象进行理解。在冲突法的理论中，有着关于冲突法本位的讨论，徐崇利教授在《冲突法之本位探讨》一文中，将关于冲突法本位的理论与实践总结为“私人本位”、“政府本位（国家本位）”和“（国际）社会本位”。所谓私人本位指的是将冲

冲突解决问题的过程视为私人权利取得的过程,而社会本位是指将实现国际社会的整体利益视为解决冲突法解决问题的导向;政府(或者国家)本位则从在各国之间分配利益的角度来理解法律选择的过程。此外,一些学者将“后现代主义”理论引入冲突法研究(见本书第二章),用文化的视角观察冲突法现象,把“文化群体”带入我们的视野之内。因此,可分别在“私人维度”“国家维度”“社会维度”和“文化群体的维度”四个方面阐述冲突法功能。^①足见冲突法的重要性和冲突规范的不可替代性。

【延伸阅读】

1. 黄进:《论宪法与区际法律冲突》,载《法学论坛》2003年第3期。
2. 肖永平:《冲突法理论的价值追求》,载《河南省政法管理干部学院学报》2007年第3期。
3. 王晨宇:《冲突法功能论》,吉林大学博士论文,2012年。

第二节 冲突规范

【知识点】

一、冲突规范的概念和结构

(一)冲突规范的概念

冲突规范,又称法律适用规范或法律选择规范,是指由国内法或国际条约规定的,在处理涉外民商事法律关系时指明应该适用何国实体法的规则。冲突规范是国际私法所特有的规范,具有以下特点:

- (1)就其内容而言,冲突规范仅指明某种涉外民商事关系应适用何种法律,以

^① 摘自王晨宇:《冲突法功能论》,吉林大学博士论文,2012年。

期公平合理地处理这种关系,而并不直接规定涉外民商事法律关系当事人的权利与义务。它有别于实体法规范,是一种法律适用规范。

(2)就其性质而言,冲突规范也不同于程序法规范,它是一种法律选择规范。程序法规范主要是调整和确定当事人主张其实体权利时所应遵循的程序、所处的程序法地位以及彼此之间形成的程序权利义务关系。冲突规范则是通过在相冲突的民商事法律中做出选择以实现对外民商事关系的调整。

(3)就其作用而言,冲突规范对外民商事法律关系仅起着间接调整的作用。冲突规范本身并不能直接确定当事人的权利义务而发生直接调整的作用,它必须与经过它所援引的某一特定的实体法结合起来,才能发挥调整当事人权利、义务的作用。这种间接调整的作用是冲突规范有别于其他法律规范的一个显著特点。

(4)就其结构而言,冲突规范具有不同于一般法律规范的特殊结构。一般的法律规范在结构上都由三个部分组成,即规范适用的条件、概括的行为模式和法律后果。冲突规范则有着十分特殊的结构,即仅由范围和系属两部分组成。

(二)冲突规范的结构

如上所述,冲突规范由范围和系属两部分组成。范围指明该规范所要调整的法律关系,系属则指出调整该法律关系所应适用的法律。

在冲突规范的系属中,有一个很重要的组成部分,就是连结点,亦称为连结因素或连结根据,它是冲突规范借以确定涉外民商事法律关系应当适用什么法律的根据。例如,在“不动产物权关系,适用不动产所在地法”这条冲突规范中,“不动产所在地”就是连结点。

1. 连结点的意义

在冲突规范中,连结点的意义表现在两个方面:从形式上看,连结点是把冲突规范中“范围”所指的法律关系与一定地域的法律联系起来的纽带和媒介。冲突规范之所以是一种间接规范,是因为它并不直接规定当事人的权利义务,而只是通过连结点去援引某一法律来确定当事人的权利义务。从实质上看,这种纽带或媒介又反映了该法律关系与一定地域的法律之间存在着内在的实质的联系或隶属关系。因此,对不同法律关系连结点的选择不是任意的,它必须在客观上确实能体现这种内在的联系。正如英国学者威希尔和诺斯曾指出的那样,所谓“连结点”或“连

结因素”，就是指那些能在法院需要处理的事实情况与某一特定法域之间建立起“自然联系”的明显事实。^①

2. 连结点的分类

(1) 客观连结点和主观连结点。客观连结点主要有国籍、住所、居所、物之所在地、法院地等，这种连结点是一种客观实在的标志。主观连结点主要包括当事人之间的合意和最密切联系地，二者所不同的是意思自治是由当事人商定，而最密切联系地由法官确定。

(2) 静态连结点和动态连结点。静态连结点是固定不变的连结点，它主要指不动产所在地以及涉及过去的行为或事件的连结点，如婚姻缔结地、合同缔结地、法人登记地、侵权行为发生地等。静态连结点比较容易据此确定涉外民事关系应适用的法律。动态连结点是可变的连结点，如国籍、住所、居所、所在地等。动态连结点的存在，一方面加强了冲突规范的灵活性，另一方面也为当事人规避法律提供了可能的条件。此外，动态连结点常导致一个涉外民商事关系与在不同时间阶段发生变化了的连结点指向的不同法律相联系，从而形成法律适用上的冲突。为此，冲突规范就有对连结点做出时间限定的必要。

(3) 连结点的选择

连结点的选择，是在一个法律关系诸多构成要素中，选择一个最能反映“范围”中所要解决的问题的本质，并以与之存在密切联系的要素作为连结点，以指引准据法的选择，从而公平合理地解决涉外民商事纠纷。

连结点的选择是有客观依据的，连结点必须反映范围与所适用的法律之间内在的联系，因此，它的确立既不是任意的也不是虚构的，而应是慎重的和实际的。此外，连结点作为冲突规范系属中的一个重要组成部分，其确立不是偶然的，也不是僵固不变的。它的产生、形成和发展，与一国的政治、经济条件以及国际民商事交往与合作实践的发展都是密切相关的。^② 而且冲突规范的不断发展与完善、法

^① 参见李双元：《国际私法（冲突法篇）》，武汉大学出版社1987年版，第134页。

^② 例如，在侵权领域，除一般的侵权行为外，还出现了有关产品责任、交通事故、环境污染、国际欺诈、诽谤、不正当竞争等多种特殊的侵权行为，使得侵权关系日趋多样化、复杂化。

律选择的日趋公平与合理,在很大程度上都直接取决于连结点的不断改良和优化。

(4) 连结点的冲突

德国法学家卡恩提出了“连结概念的冲突”。例如,两个国家的冲突法都规定,侵权行为依侵权行为地法,但两国对侵权行为地的理解不同:一国认定加害行为发生地是侵权行为地,而另一国家认定后果发生地为侵权行为地,这就产生了连结点的冲突问题。

至于如何解决连结点的冲突问题,由于它实质上是识别问题的一个方面,因而应通过识别加以解决。

二、冲突规范的类型

根据冲突规范中系属的不同规定,可以将冲突规范分为以下四种基本类型:

(一) 单边冲突规范

单边冲突规范,是直接规定某种涉外民商事法律关系只适用内国法或只适用外国法的冲突规范。这种冲突规范的系属中只有一个连结点,并且直接表明了该结点是内国或者外国。指明适用内国法是单边冲突规范最常见的一种形式,如我国《合同法》第126条第2款规定:“在中华人民共和国境内履行的中外合资经营企业合同、中外合作经营企业合同、中外合作勘探开发自然资源合同,适用中华人民共和国法律。”直接指明适用外国法的情况比较少见,如苏联1969年颁布的《苏俄婚姻家庭法典》第162条第4款规定:“外国人在苏联境外按照有关国家的法律结婚,苏俄承认有效。”

(二) 双边冲突规范

所谓双边冲突规范,是指其系属并不直接规定适用内国法或外国法,而只规定一个可供推定的系属,并据此结合涉外民商事法律关系的具体情况去确定应适用某一国家的法律的冲突规范。例如,我国《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。”其中的“经常居所地法律”就是一个需要推定的系属。据此,如果经常居所地在内国就适用内国法;反之,则适用外国法。可见,双边冲突规范所指定的准据法既可能是内国法,也可能是外国法,在法律适用上体现了对内外国法律的平等对待。

（三）重叠适用的冲突规范

重叠适用的冲突规范，是指其系属所规定的两种或两种以上法律必须同时适用于某种涉外民商事关系的冲突规范。例如，1902年《海牙离婚公约》第2条规定：“离婚之请求，非依夫妇之本国法及法庭地法均有离婚之原因者，不得为之。”这表明，离婚问题必须同时适用夫妇之本国法和法院地法，只有二者均认为有离婚原因时，才准许当事人离婚。

（四）选择适用的冲突规范

选择适用的冲突规范就是其系属中有两个或两个以上的连结点，但只选择其中之一来调整某一涉外民商事法律关系的冲突规范。依照选择法律的方式，可将这类冲突规范分为两类：

（1）无条件选择适用的冲突规范。在这种规范中，法院可以任意或无条件地选择系属中的若干连结点中的一个来调整某一涉外民商事法律关系。例如，《涉外民事关系法律适用法》第33条规定：“遗嘱效力，适用遗嘱人立遗嘱时或者死亡时经常居所地法律或者国籍国法律。”

（2）有条件选择适用的冲突规范。它是指系属中有两个或两个以上的连结点，但只允许依顺序或有条件地选择其中之一来调整某一涉外民商事关系的冲突规范。如我国《涉外民事关系法律适用法》第21条规定：“结婚条件，适用当事人共同经常居所地法律；没有共同经常居所地的，适用共同国籍国法律；没有共同国籍，在一方当事人经常居所地或者国籍国缔结婚姻的，适用婚姻缔结地法律。”显然，本冲突规范所列举的准据法有三个，但在适用时，必须遵循一定的顺序，即在三个不同的系属中不能适用前一系属指向的法律时，才能适用后一系属所指向的法律。

三、系属公式

在国际私法理论中，往往把一些解决法律冲突的原则公式化，使其成为固定的系属，以解决同类性质法律关系的冲突问题。这种公式化、固定化的系属就是系属公式。常见的系属公式主要有以下几种：

（一）属人法

属人法，是以法律关系当事人的国籍、住所等作为连结点的系属公式。属人法