

国际私法的一般问题 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/482/2021_2022__E5_9B_BD_E9_99_85_E7_A7_81_E6_c36_482080.htm

一、国际私法的一般问题

(一) 国际私法的调整对象 难点、易出错点在于两点：

1. 判断一个民商事法律关系是否为国际民商事法律关系主要看法律关系的主体、客体和法律事实等因素中是否含有“外国成份”；2. 区分直接调整方法与间接调整方法。关于国际私法的调整对象的知识点如下：

1. 国际私法调整涉外民商事法律关系。

涉外性（跨国性、国际性）是国际私法调整的法律关系的主要特征之一。这种民事关系都具有一个或多个涉外因素，或称外国成份、跨国因素。具体表现为：

（1）主体的一方或双方是外国的自然人、法人、无国籍人或者国家。

（2）法律关系的客体具有涉外因素。作为法律关系客体的标的物不在我国境内，而是位于某一外国。例如，一个中国人在日本死亡，留下一笔遗产在日本，他的子女要求继承这笔遗产。尽管作为主体的继承人和被继承人都是中国人，但作为客体的遗产在境外，同样具有涉外因素，这就产生了一个国际私法上的关系。

（3）民事关系的产生、变更或消灭的事实发生在外国。这种民事法律关系的涉外因素可以是单一的，也可以是多元的。在实践中，往往表现为多元的，即在一个民事法律关系中有两个或两个以上的涉外因素。此外，这种法律关系是广义的。国际私法除调整财产关系和人身关系以外，还调整涉外的商事关系和国际民事诉讼程序与国际商事仲裁程序问题。

（二）国际私法的调整方法 1. 间接调整方法（冲突法调整）我国《民法通则》第八章“涉外民

事关系的法律适用”中的规定，采用的都是间接调整的方法。利用冲突规范进行间接调整是国际私法最主要的调整方法。

2. 直接调整的方法（实体法调整）是指在国际条约和国际惯例中制定实体规范，直接规定国际民商事法律关系中当事人的具体权利与义务。

（三）国际私法有以下四种规范：（1）规定外国人民事法律地位的规范；（2）冲突规范，又称法律选择规范、法律适用规范。（3）统一实体规范。（4）国际民事诉讼和国际商事仲裁程序规范。

（四）国际私法的四个渊源

1. 国内立法 国内立法是国际私法最早的渊源，也是国际私法最主要的渊源。我国在立法方法上主要采用“散见式”和“专篇式”。冲突规范规定在《民法通则》第八章和某些单行法规当中。《民法通则》第八章共有9条，较系统地规定了涉外民商事法律关系的冲突规范。《合同法》、《海商法》、《票据法》、《民用航空法》、《继承法》等单行法规中规定了该领域中的冲突规范。此外，最高人民法院《关于贯彻执行若干问题的意见（试行）》（以下简称“民通意见”）规定了18条冲突规范。这些法律规定和司法解释是司法考试中经常出题的地方。

2. 国内判例 结论有三：（1）国内判例是国际私法的渊源；（2）国内判例不是中国国际私法的渊源；（3）司法解释是中国国际私法的渊源。

3. 国际条约 依照《民法通则》第142条的规定，中国参加的民商事国际条约可以在中国直接适用，但中国声明保留的除外。并且中国参加的国际条约与中国法律规定不一致时，适用国际条约的规定。

4. 国际惯例 依照《民法通则》第142条第3款的规定，国际惯例可以在中国直接适用，其适用条件是：（1）依据冲突规范的指引应适用中国法，即法律关系的

准据法是中国法；（2）中国法律没有相应规定；（3）中国参加的国际条约没有相应规定；（4）其适用不得违背中华人民共和国的社会公共利益。（四）国际私法的主体

1. 自然人

自然人作为国际私法主体，主要涉及两个问题。一是自然人国籍积极冲突的解决。（1）当事人所具有的两个或两个以上的国籍中有一个是内国国籍时，国际间通行的办法是以内国国籍为优先。（2）当事人所具有的两个或两个以上国籍都是外国国籍时，解决的方法有以下几种：以当事人最后取得的国籍为准；以当事人住所地、经常居所地国家的国籍为优先；以与当事人有最密切联系的国家的国籍为优先。

我国关于国籍冲突的司法解释要点如下：（1）中国不承认中国人有外国国籍，如果中国人加入外国国籍，视为自动丧失中国国籍。（2）对于外国人国籍的积极冲突，即一个外国人具有两个或两个以上的国籍的，我国采用国籍与住所相一致原则或最密切联系原则。例如，大卫是甲国人，同时具有乙国国籍，其住处在甲国，其惯常居所在乙国。后因在丙国为票据行为所引起的票据纠纷在我国涉诉。为了确定大卫之票据行为的效力，我国法院首先要确定他是否具有民事行为能力。按照我国《票据法》的规定，票据债务人的民事行为能力适用其本国法。大卫同时具有甲国国籍和乙国国籍，我国法院应如何确定其本国法？

A. 以大卫有住所的甲国法律为其本国法。
B. 以票据行为地丙国的法律为其本国法。
C. 以大卫有惯常居所的乙国法律为其本国法。
D. 以与大卫有最密切联系的国家的法律为其本国法。

答案应是 A 和 D。（3）对具有双重国籍或多重国籍的外国人，在确定最密切联系地的时候，其惯常居所地是优先考虑的因素。（4）无国籍

人的民事行为能力，一般适用其定居国法律；没有定居的，适用其住所地国家法律。

2. 法人确定法人国籍的标准：成立地说；法人住所地说；资本控制说；准据法；复合标准说。对于在中国的外国法人，我国采用登记地说确定其国籍。在我国，主要办事机构所在地是确定法人住所的标志。依照“民通意见”第185条的规定，当事人有两个以上营业所的，以与产生纠纷的民事关系有最密切联系的营业所为准；当事人没有营业所的，以其住所或者经常居住地为准。

3. 国家及其财产豁免的内容是指司法管辖的豁免、诉讼程序的豁免和强制执行的豁免。国家及其财产豁免权为各国立法和司法实践所承认，是一项公认的国际法原则。二战后，一些国家相继提出了限制豁免论。限制豁免论并不否定国家及其财产豁免原则是一项国际法原则。我国一贯坚持国家及其财产享有豁免权是一项重要的国际法原则，并在国内立法中予以肯定，我国的国有企业虽然经营的是国家财产，但是在国际民事诉讼中不享有豁免。

二、法律冲突、冲突规范和准据法

(一) 法律冲突及其解决途径

法律冲突，是指在涉外民事关系中，由于其涉外因素导致有关国家的不同法律在效力上的抵触。例如，一个18岁的日本女子在中国要求与一个23岁的中国男子结婚，依日本法律规定，女子16岁为最低婚龄；依中国婚姻法规定，女子20岁为最低婚龄。在这个涉外婚姻关系中，日本法与中国法由于规定不一致而发生了冲突。在这种情况下，就产生了适用哪国法律的问题。也就是适用中国法还是日本法来确定这个日本女子的婚龄问题。解决法律冲突有两个途径，一是冲突法调整，亦称间接调整。二是实体法调整。

(二) 冲突规范

1. 冲突规范的概念与特征。冲突规范

是指某一涉外民事法律关系应适用何国实体法的法律规范，对涉外民事法律关系仅仅起到间接调整的作用。例如，下列选项中哪些法律规定属于冲突规范？A 不动产物权，适用不动产所在地法 .B 中华人民共和国民法调整平等主体的公民之间、法人之间、公民和法人之间的财产关系和人身关系 .C 扶养适用与被扶养人有最密切联系的国家的法律 .D 中国已婚的公民，夫妻双方在国外但未定居的，一方向人民法院起诉离婚的，应由原告或原住所地人民法院管辖 . 答案应是 A 和 C 。 B 和 D 都属于实体法规则。只有 A.C 是指出“物权关系”和“扶养关系”应适用哪个国家的法律，符合冲突规范的定义。

2. 冲突规范由“范围”和“系属”两部分构成。例如，《民法通则》第 144 条规定：“不动产所有权，适用不动产所在地法律。”这条冲突规范的“范围”是不动产所有权法律关系，“系属”是不动产所在地法律。

3. 连结点。在冲突规范的“系属”中，还有一个非常重要的组成部分，这就是把特定的民事关系或法律问题和某国法律连结起来的纽带或标志，在国际私法术语中称为“连结点”或“连结因素”。

以下关于连结点的几个结论是应该注意的：（1）“连结点”不是冲突规范的独立部分，它存在于冲突规范的系属当中。（2）“连结点”的作用在于它是将法律关系与法律连接在一起的纽带和桥梁，实质上对法律适用起着导向的作用。

连结点可分为主观连结点和客观连结点。客观连结点可分为静态的连结点和动态的连结点，静态连结点就是固定不变的连结点，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，如婚姻举行地、合同缔结地、法人登记地、侵权发生地。动态的连结点就是可变的连结点，主要有国籍、住所

、居所、动产所在地等。当事人规避法律时改变的是动态连结点。

4. 系属公式。系属公式的考点在于每一个系属主要调整哪些法律关系。（1）属人法指以当事人的国籍、住所或居所为连结点的系属公式，主要用于解决有关人的能力、身份、婚姻家庭和财产继承等方面的法律冲突问题。（2）物之所在地法常用于解决所有权与其他物权关系方面的法律冲突问题。（3）行为地法起初主要用于确定行为方式的有效性，后来也用来解决行为内容方面的法律冲突。（4）法院地法主要用于解决涉外民事诉讼程序方面的问题。（5）旗国法主要用于解决船舶在运输途中发生的一些法律纠纷中的法律冲突问题。如果是航空器，则适用其登记地国的法律。（6）当事人选择的法律用于解决涉外合同的法律适用问题。（7）最密切联系地法律。依据我国《民法通则》的规定和司法解释，我国将最密切联系原则适用于以下五个方面：{1} 合同关系（辅助原则）；{2} 涉外扶养；{3} 自然人国籍和住所积极冲突的解决；{4} 法人营业所的冲突；{5} 区际冲突的解决。

5. 冲突规范的类型。根据系属的不同规定，可以把冲突规范分为以下四种主要类型：（1）单边冲突规范。直接指明只适用内国法的单边冲突规范。例如，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的合同适用中华人民共和国法律。”这种单边冲突规范很容易判断，只要系属中出现立法国家的具体国名，就肯定属于单边冲突规范。（2）双边冲突规范。这一类型的冲突规范，其系属既不明确规定适用内国法，也不明确规定适用外国法，而是提供一个以某种标志（即连结点）

为导向的法律适用原则。双边冲突规范是最常用的一种冲突规范。（3）选择型冲突规范。这类冲突规范有两个或两个以上的系属，即规定了两种或两种以上可以适用的法律，但实际适用的时候只能选择其中的一种。根据选择的方式，可进一步将这类冲突规范再分为两种：一是无条件的选择型冲突规范。例如，我国《民法通则》第146条有这样的规定：“侵权行为的损害赔偿，适用侵权行为地法。当事人双方国籍相同或者在同一个国家有住所的，也可以适用当事人本国法律或住所地法律。”这属于无条件的选择型冲突规范。根据条文可这样理解：对于当事人双方有相同国籍或者在同一个国家有住所的侵权赔偿，可以适用侵权行为地法，也可以适用当事人的本国法或住所地法，法官可在两者中选择其一。二是有条件的选择型冲突规范。在这种冲突规范中，其系属指明的几种法律处于不同地位，首先适用顺序排在首位的法律，只有在该法律无法适用时，才能选择其后一顺序的法律。就是说，选择是有条件的，即必须按顺序选用。例如，我国《民法通则》第145条规定：“涉外合同的当事人可以选择处理合同争议所适用的法律，法律另有规定的除外。涉外合同当事人没有选择的，适用与合同有最密切联系的国家的法律。”根据该规定，我国法院处理涉外合同争议时首先适用当事人选择的法律，只有在当事人没有明示作出这种选择的情况下，才适用与合同有最密切联系的国家的法律。（4）重叠型冲突规范。例如，关于外国人收养中国子女需重叠适用中国法和收养人所在国的法律。四种类型要准确理解，给你一个冲突规范，能够准确地作出类型上的判断。（三）准据法及其确定 1. 准据法的概念、特点。是指按照冲突规

范的指定而援用来确定涉外民事关系当事人具体权利义务的特定实体法。例如，我国《民法通则》第144条规定：“不动产的所有权，适用不动产所在地法律。”中国法院按照该冲突规范的指定，经确认所涉不动产位于中国，则中国法就成为该不动产所有权关系的准据法。显然，“不动产所在地法律”作为冲突规范中一个抽象的法律概念，只构成该规范的系属关系，需要将它具体化，即把其中的连结点“不动产所在地”与案件的事实情况对应联系起来，由此导向一个具体的法律——中国法，这才是准据法。准据法具有两个特点：

(1) 准据法是能够确定当事人具体权利义务关系的实体法。(2) 准据法是按照冲突规范的指定所援用的法律。例如，下列关于准据法的说法中哪些是正确的？A. 准据法是冲突规范指引的确定当事人权利义务关系的实体法。B. 准据法是冲突规范的一部分。C. 准据法可以是内国冲突规范援引的外国的冲突规范。D. 准据法一般是依据冲突规范中的系属并结合国际民商事案件的具体情况来确定的。答案应是A和D。

2. 区际法律冲突及其解决。国际上解决区际法律冲突的方法有三：

(1) 直接以法院地冲突规范的连结点确定准据法。(2) 按区际私法规范确定准据法。(3) 最密切联系原则。我国在司法实践中采用两种做法：(1) 依据该外国的区际私法规范确定准据法；(2) 直接适用与该民事关系有最密切联系地的法律。”

三、适用冲突规范的制度 1. 识别。冲突法上的识别是指对待决案件的事实情况或有关问题进行定性和分类，将其划归特定的法律范畴，从而确定应适用哪一条冲突规范的制度。识别的过程，应包含两个相互制约和影响的内容：一是对有关的事实或问题进行识别，即对民事案件所

涉及的有关事实或问题进行分类或定性，将其纳入一定的法律范畴，以便正确地适用冲突规范。二是对冲突规范本身的识别。即对冲突规范“范围”和“连结点”中的有关法律概念、法律术语进行解释。我国和绝大多数国家一样，用“法院地法”进行识别。识别的直接作用在于正确地适用冲突规范。

2. 反致包含三种情形，直接反致、转致和间接反致。反致涉及两个国家的法律，转致涉及三个国家的法律，反致与间接反致的过程都是始于法院地国的冲突规范而终于法院地国的实体法规范，最后导致的是法院地国家实体法的适用。转致的过程则是从法院地国的冲突规范开始，在第三个国家的实体法规范结束，最终导致的是第三国实体法的适用。需要注意，在反致、转致与间接反致中，虽然适用的法律不断由一个国家转变到另一个国家，但审理案件的法院只是一个国家的法院，始终未变，不可误把法律的转变同法院的转变对应起来。我国在立法中没有对反致或转致作出明确的规定。但在司法实践中不接受反致，依照民法通则第八章的规定确定应适用的是实体法。

3. 我国的公共秩序保留制度。我国《民法通则》第150条规定法律适用中的公共秩序保留制度。外国法、国际惯例的适用不得违背中国的社会公共利益。我国运用公共秩序保留排除外国法之后，用中国法代替，做法上属于适用法院地法。依照《民事诉讼法》的规定，我国在司法协助、仲裁裁决的承认与执行、外国法院判决的承认与执行方面采用公共秩序保留制度。

4. 法律规避的构成要件包括：（1）从主观上讲，当事人规避某国法律必须是出于故意；（2）从行为表现上讲，当事人规避法律是通过有意改变动态连接点来实现的；（3）从规避的对象上讲，当事

人规避的法律是本应适用的强制性或禁止性的规定，而不是任意性法律；（4）从客观结果讲，当事人规避法律的目的已经达到。关于规避法律的效力，依据我国的司法解释，当事人规避中国法无效。5. 外国法内容的查明。根据“民通意见”第193条的规定，对于应适用的外国法律，可通过五种途径查明：（1）由当事人提供；（2）由与我国订立司法协助协定的缔约对方的中央机关提供；（3）由我国驻该国使领馆提供；（4）由该国驻我国使馆提供；（5）由中外法律专家提供。如果查不到外国法的内容，中国用法院地法代替，即适用中国法。适用外国法发生错误，我国允许上诉。（待续）100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com