



圣才<sup>®</sup>考研网

www.100exam.com

【圣才考研】—考研考博专业课辅导中国第一品牌

国内外经典教材辅导系列·法学类

# 韩德培《国际私法》

(第2版)

## 笔记和考研真题详解

主编：圣才考研网

www.100exam.com

赠

140元大礼包

100元网授班 + 20元真题模考 + 20元圣才学习卡

详情登录：圣才考研网（www.100exam.com）首页的【购书大礼包专区】，

刮开本书所贴防伪标的密码享受购书大礼包增值服务。

特别推荐：韩德培《国际私法》名师讲堂[高清视频]

中国石化出版社

HTTP://WWW.SINOPEC-PRESS.COM

教·育·出·版·中·心

国内外经典教材辅导系列·法学类

韩德培《国际私法》(第2版)  
笔记和考研真题详解

主编：圣才考研网  
www.100exam.com

中国石化出版社

## 内 容 提 要

本书是普通高等教育“十一五”国家级规划教材《国际私法》(第2版,韩德培主编,北京大学出版社、高等教育出版社)的学习辅导书。本书遵循教材第2版的章目编排,共分为36章,每章由两部分组成:第一部分为复习笔记,总结本章的重难点内容;第二部分为考研真题与典型题详解,精选详析了部分名校近年的考研真题,并针对该教材的重难点相应整理了典型题。

圣才考研网([www.100exam.com](http://www.100exam.com))提供韩德培《国际私法》网授精讲班【教材精讲+考研真题串讲】、经典教材与考研真题解析【视频图书】(详细介绍参见本书书前彩页)。随书赠送大礼包增值服务【100元网授班+20元真题模考+20元圣才学习卡】。本书及韩德培《国际私法》网授精讲班、经典教材与考研真题解析视频课程(图书)特别适用于各大院校学习韩德培《国际私法》的师生,以及在高校硕士和博士研究生入学考试中参加国际私法考试科目的考生使用。

## 图书在版编目(CIP)数据

韩德培《国际私法》(第2版)笔记和考研真题详解/  
圣才考研网主编. —北京:中国石化出版社,2013.1  
国内外经典教材辅导系列  
ISBN 978-7-5114-1885-2

I. ①韩… II. ①圣… III. ①国际私法-研究生-入  
学考试-自学参考资料 IV. ①D997

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 308158 号

未经本社书面授权,本书任何部分不得被复制、抄袭,或者  
以任何形式或任何方式传播。版权所有,侵权必究。

### 中国石化出版社出版发行

地址:北京市东城区安定门外大街 58 号

邮编:100011 电话:(010)84271850

读者服务部电话:(010)84289974

<http://www.sinopec-press.com>

E-mail:press@sinopec.com

北京东运印刷有限公司印刷

全国各地新华书店经销

\*

787×1092 毫米 16 开本 21.75 印张 4 彩页 515 千字

2013 年 1 月第 1 版 2013 年 1 月第 1 次印刷

定价:48.00 元

《国内外经典教材辅导系列·法学类》  
编 委 会

主编：圣才考研网( [www.100exam.com](http://www.100exam.com) )

编委：肖 娟    娄旭海    郭文芳    王 慧    肖 萌  
倪彦辉    邱亚辉    李昌付    段瑞权    张宝霞  
段承先    段辛云    张 帆    涂幸运    罗国华

# 序 言

国内外经典教材辅导系列是一套全面解析当前国内外各大院校权威教科书的辅导资料。我国各大院校一般都把国内外通用的权威教科书作为本科生和研究生学习专业课程的参考教材,这些教材甚至被很多考试(特别是硕士和博士研究生入学考试)和培训项目作为指定参考书。这些国内外优秀教材的内容一般都有一定的广度和深度,但其课(章)后习题一般没有答案或者答案简单,这给广大读者学习专业教材带来了一定的困难。为了帮助读者更好地学习专业课,我们有针对性地编著了一套适用于国内外教材的复习资料,整理了各章的笔记和课(章)后习题,精选了部分名校近年的考研真题,并提供了详细的参考答案。

韩德培主编的《国际私法》是我国高校采用较多的国际私法权威教材之一。作为该教材的学习辅导书,本书具有以下几个方面的特点:

1. 整理名校笔记,浓缩内容精华。本书每章的复习笔记均对该章的重难点进行了整理,并参考了国内名校名师讲授该教材的课堂笔记。因此,本书的内容几乎浓缩了该教材的所有知识精华。

2. 精选考研真题,巩固重难点知识。为了强化对重要知识点的理解,本书精选了部分名校近年的国际私法考研真题,这些学校均以该教材作为考研参考教材。所选考研真题基本涵盖了每章的考点和难点,特别注重理论联系实际,凸显当前热点。

3. 补充典型题,提供详尽答案。本书参考大量国际私法相关辅导资料,针对每章的重难点补充整理了典型题,并给出了详细的分析和解答。

与本书相配套,圣才考研网提供韩德培《国际私法》网授精讲班【教材精讲+考研真题串讲】、经典教材与考研真题解析视频课程(图书)、配套题库(详细介绍参见本书书前彩页)。

要深深牢记:考研不同一般考试,概念题(名词解释)要当作简答题来回答,简答题要当作论述题来解答,而论述题的答案要像是论文,多答不扣分。有的论述题的答案简直就是一份优秀的论文(其实很多考研真题就是选自一篇专题论文,完全需要当作论文来回答)!

圣才考研网([www.100exam.com](http://www.100exam.com))是圣才学习网旗下的考研考博专业网站,提供全国所有院校各个专业的考研考博辅导班【保过班、一对一辅导、网授班、题库、光盘、视频课程(图书)等】、韩德培《国际私法》等国内外经典教材名师讲堂、考研题库(免费下载,免费升级)、全套资料(历年真题及答案、笔记讲义等)、考研教辅图书等。购书享受大礼包增值服务【100元网授班+20元真题模考+20元圣才学习卡】。

**考研辅导:** [www.100exam.com](http://www.100exam.com)(圣才考研网)

**法学考试:** [www.100xuexi.com](http://www.100xuexi.com)(圣才学习网)

圣才学习网编辑部

# 目 录

## 第一编 总 论

|                      |        |
|----------------------|--------|
| 第一章 国际私法的概念 .....    | ( 1 )  |
| 1.1 复习笔记 .....       | ( 1 )  |
| 1.2 考研真题与典型题详解 ..... | ( 5 )  |
| 第二章 国际私法的渊源 .....    | ( 11 ) |
| 2.1 复习笔记 .....       | ( 11 ) |
| 2.2 考研真题与典型题详解 ..... | ( 13 ) |
| 第三章 国际私法的历史 .....    | ( 17 ) |
| 3.1 复习笔记 .....       | ( 17 ) |
| 3.2 考研真题与典型题详解 ..... | ( 24 ) |
| 第四章 国际私法关系的主体 .....  | ( 34 ) |
| 4.1 复习笔记 .....       | ( 34 ) |
| 4.2 考研真题与典型题详解 ..... | ( 41 ) |

## 第二编 冲突法

|                            |         |
|----------------------------|---------|
| 第五章 法律冲突 .....             | ( 44 )  |
| 5.1 复习笔记 .....             | ( 44 )  |
| 5.2 考研真题与典型题详解 .....       | ( 46 )  |
| 第六章 冲突规范 .....             | ( 51 )  |
| 6.1 复习笔记 .....             | ( 51 )  |
| 6.2 考研真题与典型题详解 .....       | ( 54 )  |
| 第七章 准据法的确定 .....           | ( 62 )  |
| 7.1 复习笔记 .....             | ( 62 )  |
| 7.2 考研真题与典型题详解 .....       | ( 66 )  |
| 第八章 冲突法的一般问题 .....         | ( 72 )  |
| 8.1 复习笔记 .....             | ( 72 )  |
| 8.2 考研真题与典型题详解 .....       | ( 80 )  |
| 第九章 权利能力和行为能力的法律冲突法 .....  | ( 96 )  |
| 9.1 复习笔记 .....             | ( 96 )  |
| 9.2 考研真题与典型题详解 .....       | ( 99 )  |
| 第十章 法律行为、代理和时效的法律冲突法 ..... | ( 103 ) |

10.1 复习笔记 ..... (103)

10.2 考研真题与典型题详解 ..... (105)

第十一章 物权的法律冲突法 ..... (108)

11.1 复习笔记 ..... (108)

11.2 考研真题与典型题详解 ..... (112)

第十二章 债权的法律冲突法 ..... (119)

12.1 复习笔记 ..... (119)

12.2 考研真题与典型题详解 ..... (125)

第十三章 婚姻家庭的法律冲突法 ..... (137)

13.1 复习笔记 ..... (137)

13.2 考研真题与典型题详解 ..... (142)

第十四章 继承的法律冲突法 ..... (149)

14.1 复习笔记 ..... (149)

14.2 考研真题与典型题详解 ..... (151)

第十五章 海事的法律冲突法 ..... (156)

15.1 复习笔记 ..... (156)

15.2 考研真题与典型题详解 ..... (158)

第十六章 票据的法律冲突法 ..... (161)

16.1 复习笔记 ..... (161)

16.2 考研真题与典型题详解 ..... (163)

第十七章 破产的法律冲突法 ..... (166)

17.1 复习笔记 ..... (166)

17.2 考研真题与典型题详解 ..... (168)

第十八章 知识产权的法律冲突法 ..... (171)

18.1 复习笔记 ..... (171)

18.2 考研真题与典型题详解 ..... (174)

第十九章 区际冲突法 ..... (179)

19.1 复习笔记 ..... (179)

19.2 考研真题与典型题详解 ..... (184)

第三编 统一实体法

第二十章 国际货物买卖的统一实体法 ..... (191)

20.1 复习笔记 ..... (191)

20.2 考研真题与典型题详解 ..... (206)

第二十一章 国际货物运输的统一实体法 ..... (211)

21.1 复习笔记 ..... (211)

21.2 考研真题与典型题详解 ..... (225)

第二十二章 国际货物运输保险的统一实体法 ..... (229)

|                           |            |       |
|---------------------------|------------|-------|
| 22.1                      | 复习笔记       | (229) |
| 22.2                      | 考研真题与典型题详解 | (234) |
| <b>第二十三章 国际贸易支付的统一实体法</b> |            | (237) |
| 23.1                      | 复习笔记       | (237) |
| 23.2                      | 考研真题与典型题详解 | (245) |
| <b>第二十四章 保护知识产权的统一实体法</b> |            | (247) |
| 24.1                      | 复习笔记       | (247) |
| 24.2                      | 考研真题与典型题详解 | (254) |

## 第四编 国际民事诉讼法

|                                 |            |       |
|---------------------------------|------------|-------|
| <b>第二十五章 国际民事诉讼法概述</b>          |            | (258) |
| 25.1                            | 复习笔记       | (258) |
| 25.2                            | 考研真题与典型题详解 | (260) |
| <b>第二十六章 国际民事案件的诉讼管辖权</b>       |            | (262) |
| 26.1                            | 复习笔记       | (262) |
| 26.2                            | 考研真题与典型题详解 | (266) |
| <b>第二十七章 国际民事诉讼中的送达取证和期间及保全</b> |            | (280) |
| 27.1                            | 复习笔记       | (280) |
| 27.2                            | 考研真题与典型题详解 | (284) |
| <b>第二十八章 国际民事诉讼中法院判决的承认与执行</b>  |            | (286) |
| 28.1                            | 复习笔记       | (286) |
| 28.2                            | 考研真题与典型题详解 | (288) |
| <b>第二十九章 国际司法协助</b>             |            | (298) |
| 29.1                            | 复习笔记       | (298) |
| 29.2                            | 考研真题与典型题详解 | (299) |

## 第五编 国际商事仲裁法

|                               |               |       |
|-------------------------------|---------------|-------|
| <b>第三十章 国际商事仲裁的概念和特点</b>      |               | (301) |
| 30.1                          | 复习笔记          | (301) |
| 30.2                          | 考研真题与典型题详解    | (303) |
| <b>第三十一章 国际商事仲裁的性质</b>        |               | (305) |
| 31.1                          | 复习笔记          | (305) |
| 31.2                          | 考研真题与典型题详解(略) | (306) |
| <b>第三十二章 国际商事仲裁的类别和常设仲裁机构</b> |               | (307) |
| 32.1                          | 复习笔记          | (307) |
| 32.2                          | 考研真题与典型题详解    | (309) |
| <b>第三十三章 仲裁协议</b>             |               | (312) |
| 33.1                          | 复习笔记          | (312) |

33.2 考研真题与典型题详解 ..... (314)

**第三十四章 国际商事仲裁中的法律适用** ..... (317)

34.1 复习笔记 ..... (317)

34.2 考研真题与典型题详解 ..... (320)

**第三十五章 国际商事仲裁裁决的撤销** ..... (322)

35.1 复习笔记 ..... (322)

35.2 考研真题与典型题详解 ..... (324)

**第三十六章 仲裁裁决的承认和执行** ..... (326)

36.1 复习笔记 ..... (326)

36.2 考研真题与典型题详解 ..... (333)

# 第一章 国际私法的概念

## 1.1 复习笔记

### 一、国际私法的调整对象

#### 1. 国际民商事法律关系的含义

国际民商事法律关系是指其主体、客体和内容这三要素至少有一个或一个以上的因素与国外有联系的民商事法律关系。

(1)在主体为涉外因素时，作为民商事法律关系的主体一方或者双方当事人是外国自然人或法人，或者住所、惯常居所或营业所在外国的自然人或法人。

(2)在客体为涉外因素时，作为民商事法律关系的标的物位于外国。

(3)在内容为涉外因素时，产生、变更或消灭民商事权利和义务关系的法律事实发生在外国。

#### 2. 国际民商事法律关系的调整方法

国际私法调整涉外民商事法律关系的方法有两种：

(1)间接调整方法，指在有关的国内法或国际法中规定某类国际民商事法律关系受何种法律调整或支配，而不直接规定如何调整国际民商事法律关系当事人之间的实体权利与义务关系的方法。

(2)直接调整方法，就是用直接规定当事人的权利与义务的“实体规范”来直接调整国际民商事法律关系当事人之间的权利与义务关系的方法。

### 二、国际私法的范围

国际私法的范围问题，就是国际私法包括哪些规范，包括什么内容的问题。

#### 1. 关于国际私法范围的不同主张

##### (1)各国对国际私法范围的主张

①英美普通法系国家的学者大多主张国际私法就是冲突法。他们认为，国际私法的范围由如下三种规范组成：对涉外案件的管辖权规范、冲突规范以及承认和执行外国法院判决的规范。

②多数法国学者认为国际私法包括：国籍法规范、外国人的法律地位规范、法律适用规范以及有关涉外民商事案件的管辖权规范等。

③德国和日本的多数学者以及受德国法影响的其他国家的学者认为，国际私法的全部任务或主要目的是解决在国际民商事法律关系中适用何种法律的问题。国际私法仅包括调整国际民商事法律关系的冲突规范或法律适用规范。

④中国国际私法学者对国际私法的范围，比较普遍的观点是主张把关于外国人的民事法律地位规范、冲突规范、国际统一实体规范和国际民事诉讼程序与国际商事仲裁规范都包括

在国际私法范围之内。

## (2) 国际私法的范围

从上述在国际私法范围方面的不同主张可以看出：

①冲突规范，或者称为法律适用规范、法律选择规范，在无论哪一种观点中，都被视为国际私法的规范，可以说，冲突规范是国际私法最基本的规范。

②大多数学者都认为，与调整国际民商事法律关系和解决民商事法律冲突有关的一些规范也属于国际私法范围。

## 2. 国际私法的规范

国际私法主要包括外国人的民事法律地位规范、冲突规范、国际统一实体规范和国际民事诉讼程序与国际商事仲裁规范。

### (1) 外国人的民事法律地位规范

外国人的民事法律地位规范的特点主要表现为：

①外国人的民事法律地位规范是确定外国的自然人、法人甚至外国国家和国际组织在内国民事领域的权利与义务的规范。

②外国人民事法律规范既可以规定在国内法中，也可以规定在国际条约之中。

③该种规范为直接规范和实体规范。

### (2) 冲突规范

冲突规范，又称为法律适用规范、法律选择规范，是指明某种国际民商事法律关系应适用何种法律的规范。冲突规范是一种间接规范，是国际私法特有的规范和重要组成部分。

### (3) 国际统一实体规范

国际统一实体规范，就是国际条约和国际惯例中具体规定国际民商事法律关系当事人的实体权利与义务的规范。

### (4) 国际民事诉讼程序与国际商事仲裁规范

①国际民事诉讼程序规范是指司法机关在审理涉外民商事案件时专门适用的程序规范。

②国际商事仲裁规范是指对于发生在国际贸易、国际运输、国际投资、国际金融、国际保险以及其他各种国际商事交易中的争议进行仲裁解决的规范。

③国际民事诉讼程序与国际商事仲裁规范，从性质上说是一种程序规范，而不是直接调整国际民商事法律关系当事人的权利义务关系的规范。

## 三、国际私法的性质

### 1. 关于国际私法性质的不同学说

#### (1) “世界主义学派”或“国际法学派”

这一学派认为国际私法是国际法。他们主张国际私法具有国际法性质的主要理由有：

①国际私法产生于国际社会。

②国际私法所调整的关系在本质上与国际公法所调整的关系没有什么不同。

③国际私法的作用在于划分国家主权扩及的范围。

④国际条约和国际惯例已成为国际私法的主要渊源。

#### (2) “民族主义学派”或“国内法学派”

这一学派主张国际私法为国内法。其主要理由如下：

①从调整对象和主体来看，国际法是以各主权国家之间的政治、军事、经济、外交关系为调整对象的，而国际私法则是以不同国家之间的自然人、法人之间的民商事法律关系为调

整对象的。

②从法律渊源来看, 尽管国际私法的渊源一部分为国际条约, 但国际私法的主要渊源为国内法。

③从法律规范的制定和适用范围来看, 国际法是国家之间协议的产物, 具有普遍的约束力, 而国际私法主要是由一个国家的立法机关制定的, 不具有普遍的约束力。

④从争议的解决方法来看, 国际公法上的争议, 一般通过国家之间的谈判、斡旋、国际调查委员会、国际仲裁以及国际法院来解决。而国际私法上的争议属于民商事法律争议, 其案件大都由有关国家的法院和仲裁机构来解决。

### (3) “二元论”学派或“综合论”学派

①国际私法调整的社会关系既涉及到国内又涉及到国际。

②国际私法本身既涉及一国国内的利益又涉及到他国的利益。

③国际私法的渊源既有国内法又有国际条约和国际惯例。

## 2. 国际私法的国际性

(1) 国际私法调整的社会关系为国际民商事法律关系产生于国际生活中, 它的适用范围跨越了国界。

(2) 从渊源上讲, “国际”的国际私法已大量存在。

## 四、国际私法的名称

### 1. 国际私法的名称之争

(1) 关于国际私法的不同称谓

①法则区别说。这一名称从 13 ~ 14 世纪开始由以巴托鲁斯为代表的意大利后期注释学者使用, 后被法国和荷兰学者接受和继承, 并一直延续使用到 17 ~ 18 世纪。

②私国际法。这一名称是曾任美国最高法院法官和哈佛大学教授的斯托雷在其名著《冲突法评论》中首先提出来的。这个名称在法国和其他拉丁语系的国家很流行。在英美普通法系国家, 也有些学者采用它。

③国际私法。1841 年, 德国学者谢夫纳在其著作《国际私法的发展》中首先使用“国际私法”这一名称, 这一名称在中国、德国、日本、俄国以及东欧国家得到普遍采用。

④冲突法、法律冲突法或法律冲突。荷兰学者罗登伯格于 1653 年首先使用“法律冲突”来称呼国际私法。此后, 另一荷兰著名国际私法学者胡伯也于 1684 年使用过这一名称。该名称由大陆法系学者发明, 现在却广泛流传于英美普通法系国家。

(2) 采用“国际私法”称谓的原因

①国际私法调整的国际民商事法律关系超越一国范围, 是一种跨国法律关系, 具有国际性。

②研究国际私法, 不得不对各国的民商事法律进行比较研究, 因而也不得不考虑西方法学关于公法和私法的划分, 把民商事法律归入私法一类。

③在中国, 用“国际私法”这一名称来称呼这一法律部门或法律学科已约定俗成。

④许多国家, 如波兰、瑞士、土耳其、奥地利等, 都使用国际私法这一名称来给其相关立法命名。

### 2. 国际私法与国际私法学

(1) 国际私法与国际私法学的区别

①国际私法是一个法律部门, 是一类法律规范的总称; 而国际私法学是一门法律学科,

是一门法学的名称。

②国际私法调整的对象是国际民商事法律关系；而国际私法学的研究对象是国际私法规范本身。

③国际私法是具有法律约束力的行为规范；而国际私法学本身是没有法律约束力的理论和学说。

## (2) 国际私法与国际私法学的联系

①国际私法学必须以国际私法为依据。

②国际私法学的研究，反过来又可为国际私法的制定和适用服务，并促进国际私法的发展。

③国际私法和国际私法学都是由一定的社会经济条件决定的，同时又为特定社会服务。

④在一些国家，权威国际私法学者的学说在一定程度上是国际私法的渊源。

## 五、国际私法的定义

### 1. 各国学者对国际私法的定义

(1) 根据国际私法所调整的法律关系的性质来下定义。

(2) 从解决国际民商事法律冲突的角度来下定义。

(3) 从法律适用的角度来下定义。

(4) 通过列举国际私法的内容或范围或规范来给国际私法下定义。

(5) 综合性定义。

### 2. 国际私法的定义

本书作如下定义：国际私法是以直接规范和间接规范相结合来调整平等主体之间的国际民商事法律关系并解决涉外民商事法律冲突的法律部门。

## 六、国际私法的体系

### 1. 国际私法立法体系

国际私法立法体系是指制定成文国际私法法典或单行法规所采用的体系。从现存的国际私法法典或单行法规来看，国际私法立法体系大致分为如下几类：

(1) 按本国民法体系仅对法律适用问题作出规定。

(2) 将冲突规范和国际民事诉讼法规范分为两大部分，合并规定在国际私法法典或单行法规中。

(3) 将冲突规范、外国人的法律地位和国际民事诉讼法规范合并规定在国际私法法典或单行法规中。

(4) 瑞士模式。

(5) 美国《第二次冲突法重述》的体系。

(6) 我国《国际私法示范法》的体系。

### 2. 国际私法理论体系

国际私法理论体系，是指国际私法学者基于其对国际私法的认识所建立的学说体系。国际私法理论体系主要有如下几类：

(1) 依本国民商法体系或比较民商法体系建立国际私法理论体系。这种理论体系仅讨论涉外民商事关系的法律适用问题，俗称“小国际私法”体系。

(2) 将国际私法分为外国人的民事法律地位、冲突规范和国际民事诉讼及国际商事仲裁

三大部分,并在此基础上建立国际私法理论体系,俗称为“中国际私法”体系。

(3)将国际私法分为外国人的民事法律地位、冲突规范、国际统一实体规范和国际民事诉讼及国际商事仲裁四大部分,并在此基础上建立国际私法理论体系,俗称为“大国际私法”体系。本书即采用该体系。

(4)将管辖权、法律适用和外国判决的承认及执行视为国际私法或冲突法的核心内容,并围绕这三大主要问题来建立国际私法理论体系,通常称为英美普通法体系。

(5)在依顺序讨论国籍、外国人的地位、法律冲突、国际管辖权和外国法院判决的承认与执行问题的基础上建立国际私法理论体系,通常称为法国体系。

## 1.2 考研真题与典型题详解

### 一、概念题

#### 1. 国际民商事关系

**答:**国际民商事关系是国际社会因不同国家的人民进行民商事交往而产生的一种社会关系,是指跨越或超越一国国界或一国法律调整界限的、涉及一国以上国家的法律的民商事关系,以及对一国来说具有司法管辖权或仲裁管辖权的外国人之间的民商事关系,又称为跨国民商事关系或国际私法关系,就一国而言,可称为涉外民商事关系。

#### 2. 直接调整方法与间接调整方法

**答:**直接调整方法,是用直接规定当事人的权利与义务的“实体规范”来调整国际民商事法律关系当事人之间的权利义务关系的方法。间接调整方法,是在有关的国内法或国际法中规定某类国际民商事法律关系受何种法律调整或支配,而不直接规定如何调整国际民商事法律关系当事人之间的实体权利与义务关系的方法。

间接调整方法和直接调整方法都是国际私法调整国际民商事法律关系所必需的手段,由国际民商事交往的实际情况所决定,两者相辅相成,互为补充。

#### 3. 统一实体法(西北政法 2004 年研)

**答:**统一实体法是国际民商事法律关系的直接调整方法,指在国际条约和国际惯例中具体规定涉外民商事法律关系当事人的实体权利与义务的法律规范。它包括国家间制定的国际条约和国家承认、允许当事人选用的国际惯例。国际统一实体法规范是一种直接规范和实体规范,在国际商事领域发挥的作用越来越重要。

#### 4. 直接适用的法(上海对外贸易学院 2006 年研)

**相关试题:**直接适用的法律(南京大学 2005 年研)

**答:**直接适用法就是指国家为保障政治、经济和社会的重大利益而制定的,无需经过冲突规范的指引,可径直适用于国际民商事法律关系的强行性规范。这种强行性规范本身在法律发展史上早已有之,已经成为世界各国法律体系中的一个组成部分。直接适用法在一定意义上的确起到了预防法律冲突的作用。

#### 5. foreign element(上海对外贸易学院 2008、2004 年研)

**答:**foreign element,即“涉外因素”,是判断民商事法律关系是否为涉外民商事法律关系的依据。具体来说,包括三个方面:①作为民事关系主体的一方或双方是外国自然人、外国法人或无国籍人;②客体涉外,即作为民事关系的客体是位于外国的物、财产或需要在国外实施或完成的行为;③作为民事法律关系的内容即权利义务据以产生、变更或消灭的法律事实发生于外国。上述三个方面只要其中之一涉及外国或外国的法律,便属于涉外民事关

系，使得用国际私法规则来加以规范。

**6. 统一冲突规范(外交学院 1995 年研)**

**答：**统一冲突规范是有关国家通过以双边或多边的国际条约的形式制定统一的冲突法来解决国际民商事法律冲突。通过国际统一冲突法解决国际民商事法律冲突，不仅可以避免各国冲突规范之间的冲突，防止当事人“挑选法院”现象的发生，可以为各国实体法的统一奠定基础。

**二、简答题**

**1. 什么是国际私法的总则？在国际私法立法中设置总则有什么意义？（上交 2005 年研）**

**答：**国际私法总则是对国际私法中具有统领性和全局性意义的普遍性的基本原则、基本制度和其它一般问题所做的规定，是国际私法立法的重要组成部分。

在国际私法中设置总则，是人类思维能力进步和立法技术水平提高的产物，也是立法者深思熟虑的结果。总则在国际私法中居于统率地位，从总体上说它是整部法典一以贯之的灵魂和核心，是对事关法典全局的根本性内容的概括和综合。它由法典分则的实际材料提炼升华而成，源于分则又高于分则。对国际私法总则进行规范，不仅是国际私法立法结构与功能上的需要，也是衡量国际私法立法完善与否的重要标志。其主要意义在于：

(1)总则的内容具有高度的抽象性和概括性，它没有预先确定任何具体的事实状态，也没有赋予具体的法律后果，具有很大的模糊性和灵活性，这样就为法官日后的自由裁量和法律解释留下充足的空间。从这种意义上说，总则的内容可以保证整部法典的弹性和灵活度，缓解法律自身的局限性与现实生活的矛盾，增强其与时俱进的进化能力和适应能力，实现法典的灵活和安全价值，并最终实现法律选择结果的最大合理化。

(2)总则对于整部法典具有整合划一的功能，法典有了总则就有了一个“一以贯之”的精神格调和指导原则，法典的全部内容据此展开也就得以前后贯通、和谐统一，从而成为一个有机联系的整体。

(3)总则可以拓展法典的涵盖面，提高其内容的全面性和完整性，弥补法典调整空间在细节上的不足，从而克服立法的不周延和滞后。如总则部分可以对一些难以做出规定或将来可能出现的情况，做出原则性的、带有某种价值倾向性的规定，预先设定解决这些问题的基本框架。

**2. Please give your comment on the loi d'application immediate. （请用中文回答）（上交 2006 年研）**

**答：**直接适用法(Loi d'application immediate)，是指国家为保障政治、经济和社会的重大利益而制定的，无需经过冲突规范的指引，可径直适用于国际民商事法律关系的强行性规范。

**(1)直接适用法的提出和发展**

直接适用法在法律发展史上早已有之，已经成为世界各国法律体系中的一个组成部分。

**①直接适用法的提出**

法国国际私法学家弗朗西斯·卡基斯在其 1958 年发表的《反致理论和国际私法的体系冲突》一文中，首次提出了“直接适用的法”(Loi d'application immediate)这一术语，并在以后的著作中阐述了法律直接适用的理论，成为这一理论的主要代表人物。

弗朗西斯·卡基斯认为，为了使法律在国际经济和民商事交往中更好地维护国家利益和

社会经济利益，国家制定了一系列具有强制力的法律规范，用以调整某些特殊的法律关系。这些具有强制力的法律规范在调整涉外民事关系中，可以撇开传统冲突规范的援引，而直接适用于涉外民事法律关系。这种能被直接适用的法律规范，就是“直接适用的法律”。

## ②直接适用法的发展

其他关注它的学者们根据自己的认识和理解，先后也提出了许多不同的称谓和概念，如“限定自身适用范围的规范”、“空间受调节的规范”、“专属规范”、“自我限定规范”、“特殊法律选择条款”、“必须适用的法”以及“强制性法律”等，但对“直接适用的法”的认同者较多。

### (2)对直接适用法性质的讨论

#### ①直接适用法性质的争论

对于这一类规范，早先只是被认为是一种积极的公共秩序制度，而且主要仅涉及法院国自己的这种实体规范。我国2010年《涉外民事关系法律适用法》第4条就规定，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。但是，随着本应适用的“外国强行法”不得借冲突规范而加以排除的观念与立法的逐渐推广，对这种直接适用的法在他国的适用已呈现出放宽的趋势。目前，把各国国内法中的“直接适用的法”纳入国际私法范畴的观点常有所见，其争论也就多了起来。

#### ②直接适用的法与国际私法

如果把国际私法直接调整规范的性质与功能定位在构筑整个国际民商新秩序上，而不仅仅是法律冲突的解决，那么把各国国内法中这种“直接适用的法”纳入国际私法的范畴，当然是有道理的。因为“直接适用的法”同样起着直接调整涉外民事关系的作用。但是，必须注意，目前还没有足够的证据证明，这种“直接适用的法”（不论是法院国的，还是外国的）可以完全不受国际私法上公共秩序制度的制约。

但是，将纯国内法性质的直接适用法作为一种规范纳入国际私法的范畴显然有些不妥。直接适用法在一定意义上的确起到了预防法律冲突的作用，因为一国法院在处理国际民商事法律关系时，如果其中的某一问题属于该国强行性规范——直接适用法的调整范围，法院就可径直适用该规范，而无需再考虑法律选择问题了。因此从这个意义上讲，直接适用法可作为直接调整方法的一种纳入国际私法中加以研究，但仅仅局限于研究如何通过这种规范避免或预防法律冲突，而不包括这种规范的内容。必须指出的是，即便将直接适用法作为一种方法，国际私法也应当尽量减少运用，因为该方法属于“单边主义”和“属地主义”的性质，如若不加限制而任意扩大适用，无疑是对国际私法双边或多边性质的否定，甚至对国际私法本身也是一种否定。

### (3)直接适用法的适用

法律直接适用理论所主张的，实际上是一种不同于传统冲突法方法的新的单边调整方法。概念中“immediate”这一形容词表明这种调整方法无须通过传统国际私法理论所倡导的冲突规范的援引，即可以直接按法律自我设定的空间适用范围来调整涉外民事关系。

①该方法调整涉外民事关系时，不必通过冲突规范的援引。它无需查找冲突规范是如何规定的，哪一项法律调整该法律关系，而只须考虑该法律关系是否受某项法律的支配。

②法官根据立法者对每项具体法律所规定的空间适用范围来决定法律的适用问题。

③这类法律的空间适用范围可以是“属人的”，也可以是“属地的”：它们可以适用于在本国疆域内人或法律事实，也可以适用于某些发生在本国领土之外，但与本国有关系的法律

事实或人。

④这一方法在传统的冲突法领域中较少适用。相反，在国家试图控制和干预的领域中，却越来越广泛地得到运用。因此，直接适用的法常常与国家主管机关管理经济的有关规范结合在一起，在诸如国际保险、国际金融、反不正当竞争等与社会经济生活和经济秩序相关的领域中发挥着特殊的作用。

三、论述题

1. 论述国际经济法与国际公法、国际私法的联系与区别。(复旦大学 1999 年研)

答：(1)国际私法与国际公法

①国际私法与国际公法的联系

国际私法与国际公法同是国际法律体系中两个不同的法律部门。具体而言表现为：

- a. 二者所调整的社会关系都是在国家间交往过程中产生的国际关系；
- b. 国际私法的渊源和基本原则同样也是国际公法的内容；
- c. 国际私法与国际公法的功能和作用具有互动性。

在全球化时代，国际私法与国际公法共同承担着构建和维护国际新秩序的责任，它们相互渗透、相互合作。

②国际私法与国际公法的区别

作为两个不同的法律部门，二者的区别也是非常明显的：

- a. 国际私法调整的对象是国际民事关系，属于国家之间的私法关系；国际公法调整的对象是国家之间的政治、外交和军事关系，属于国家之间的公法关系。
- b. 国际公法的渊源是国际条约和国际习惯；国际私法的渊源除国际条约和国际惯例外，还有大量的国内立法和国内判例。
- c. 国际私法解决国际民商事纠纷的方式是采取国际商事仲裁或在一国法院诉讼；国际公法解决国家之间的争议一般通过外交途径或国际法院诉讼的方式。

(2)国际私法与国际经济法

国际私法与国际经济法的不关系是最为复杂和最难以阐明的不问题。引起这一复杂状况的主要原因是目前不同学者对二者各自调整的社会关系的性质、内容和规范形式的认识存在重大分歧。这种分歧导致无从明确划分两个法律学科的界线。

在我国国际私法学者中大体就可分为两种观点：一种是认为国际私法纯粹是由法律选择的冲突规范所构成；另一种则认为国际私法不仅包括冲突规范，且应包括统一实体规范，即需要解决当事人的权利义务问题。在第一种观点的基础上，在国际经济关系中发生的，凡是涉及统一实体法领域的一切法律关系都应由国际经济法调整。但是如果按照第二种观点，国际经济法则应主要由实现国家或国际组织对发生在国际经济贸易过程中的各种法律关系的管理和干预的公法性质的规范构成。

然而，在绝大多数国际经济法学者看来，国际经济法泛指规范国际经济交往的法律，其范围包括一切关于超越国界并涉及任何经济利益交易和交往的法律制度。无论我们持有哪一种观点，至少有一点是两个法律学科共同具有的，那就是二者都需要适用国际法的基本原则，如主权原则、平等互利原则、遵守国际条约和国际惯例原则。

(3)国际公法与国际经济法

关于国际经济法与国际公法的关系问题，有两种基本的看法。一种认为国际经济法是调整国际法主体之间的经济关系的法律规则 and 原则。另一种认为，国际经济法是关于国际社会