



根据最新大纲编写

国际私法

自学考试名校名师教案

姚欢庆 主编

全国高等教育自学考试
法律专业
辅导用书



中国经济出版社
www.economyph.com

自学考试名校名师教案丛书编辑委员会 编审
主 编 姚欢庆

自学考试名校名师教案

国 际 私 法

编 著 孟 雨 郑小敏
刘茂华

中国经济出版社

图书在版编目(CIP)数据

国际私法:孟雨等编著. —北京:中国经济出版社,2004.1

(自学考试名校名师教案)

ISBN 7-5017-6108-6

I. 国... II. 孟 III. 国际私法—高等教育—自学考试—自学参考资料 IV. D997

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 092779 号

出版发行: 中国经济出版社(100037·北京市西城区百万庄北街3号)

网 址: WWW.economyph.com

责任编辑: 王中梅(电话:010-68319110)

责任印制: 石星岳

封面设计: 白长江

经 销: 各地新华书店

承 印: 北京银祥印刷厂

开 本: 787mm×1092mm 1/16 **印 张:** 12.25 **字 数:** 300 千字

版 次: 2004 年 1 月第 1 版 **印 次:** 2004 年 1 月第 1 次印刷

印 数: 1—3000 册

书 号: ISBN 7-5017-6108-6/G·1181 **定 价:** 16.80 元

版权所有 盗版必究 举报电话: 68359418 68319282

服务热线: 68344225 68353507 68341876 68341879 68353624

前 言

二十世纪末,我国确立了建立社会主义市场经济体制的目标,提出了依法治国的方略,这就要求政府依法行政,公民知法、守法、依法维权。正是在这一现实要求的驱动下,中国法学教育获得了极大的发展,培养了一大批具有扎实法学功底和丰富实践经验的法律人才。其中,法学自学考试为培养法律实践人才做出了不可磨灭的贡献。

然而,法学知识浩如烟海,如何在有限的时间内获得满意的学习效果是每个自学考试学生面临的难题。自学考试考生往往难以准确地把握重点知识,也难以将自学、考试、理论、实践等要素有机结合,出现了学习与成绩、知识与操作等方面的脱节。所以,如何在有效的时间内遴选出重要的知识点,如何让考生方便理解记忆考点知识,如何培养学生理论与实践相结合的能力,成为自学考试辅导中的重点内容,并历来为专家所重视。

本丛书编写的目的是为了适应法学自学考试的需要,帮助考生深入及时地了解历年考试情况和全面把握考试的重点内容,力图将学员从繁重的课业负担和浩瀚的辅导资料中解脱出来,在本丛书的指导下利用有效的时间实现通过自学考试这一目标。为了实现本丛书编写的目的,我们联合在北京的北大、人大、中国政法大、中央财大、对外经贸大等数十家高校中多年从事自学考试辅导工作的院系,吸收借鉴他们多年来成功的教学经验,并且专门聘请北大、人大、中国政法大等几所著名院校中常年从事法学自学考试辅导的有经验的教师具体从事本丛书的编写工作。

本丛书具有如下特点:(1)重点突出,针对性强。严格根据全国高等教育自学考试指导委员会最新颁布的考试大纲进行编写,突出每一节的重点,使学员可以快速地把握考试重点,并进行集中记忆。(2)全新真题,合理分类。丛书收录了自学考试近五年来的真题,根据考核的知识点不同,放在相应的章节中,并对其中部分考题进行深入的讲解。(3)体例合理,服务考试。本丛书为加深学员对各章节知识点的理解,特别地在重点章节中列出了“重点法条”,通过“以案说法”的形式对考试的难点内容进行深入的讲解,并且结合历年试题和知识点情况,为每一章节提供了考题预测及相应的参考答案,以帮助考生及时了解自己掌握知识的情况,有针对性地进行考前复习。

我们有理由相信,考生们通过仔细阅读本丛书,一定能够对复习应试起到事半功倍的效果。最后,我们预祝广大考生在考试中取得好成绩!

丛书编委会

于北大燕园

2003年12月2日

自学考试名校名师教案丛书

编辑委员会

编辑委员会主任:李元起

编辑委员会副主任:姚欢庆

编辑委员会委员:(以姓氏笔划为序)

石磊	任端平	李奋飞	李毅	李忠夏
陈飞	宋凯利	何帆	杨剑	刘菲
张春喜	张丽娟	张岩	张宏	孟雨
范雪莹	郑小敏	俞里江	逢润东	姜博
姚佳	姚文虎	姚海放	屠振宇	魏强

目 录

第一章 国际私法的概念	(1)
第一节 国际私法的调整对象	(1)
第二节 国际私法的名称、定义和范围	(4)
第三节 国际私法的渊源	(4)
第四节 国际私法与邻近法律部门的关系	(5)
第五节 国际私法的基本原则	(6)
第二章 国际私法的历史	(8)
第一节 国际私法的立法史	(8)
第二节 国际私法学说史	(9)
第三节 我国国际私法的历史	(12)
第三章 外国人的民事法律地位	(13)
第一节 外国人民事法律地位的概念	(13)
第二节 外国人民事法律地位的几种主要待遇制度	(13)
第三节 外国人在我国的民事法律地位	(15)
第四章 冲突规范与法律选择	(18)
第一节 冲突规范的概念、结构和类型	(18)
第二节 准据法表述公式和连结点	(21)
第三节 识别	(23)
第四节 先决问题	(25)
第五节 区际法律冲突和时际法律冲突的解决	(27)
第六节 法律选择的方法	(29)
第五章 外国法的适用和排除	(30)
第一节 反致	(30)
第二节 公共秩序	(34)
第三节 法律规避	(37)
第四节 外国法的查明	(39)
第六章 自然人	(41)
第一节 自然人的国籍冲突	(41)
第二节 自然人的住所冲突	(43)
第三节 自然人权利能力和行为能力	(45)
第七章 法人	(50)

第一节 法人的国籍	(50)
第二节 法人的住所	(51)
第三节 外国法人的认许	(52)
第四节 法人权利能力和行为能力	(54)
第八章 法律行为和代理	(55)
第一节 法律行为	(55)
第二节 代理	(56)
第九章 物权	(59)
第一节 物之所在地法原则	(59)
第二节 国有化及其补偿问题	(63)
第三节 国际破产	(65)
第四节 信托	(66)
第十章 知识产权	(68)
第一节 知识产权上的冲突规则	(68)
第二节 知识产权的国际保护	(68)
第三节 我国有关知识产权国际保护的立法	(75)
第十一章 合同	(79)
第一节 概述	(79)
第二节 合同准据法的确定和适用	(81)
第三节 合同形式与缔约能力	(83)
第四节 中国关于涉外合同法律适用的法律实践	(84)
第十二章 国际经贸关系中的几种主要合同	(88)
第一节 国际货物买卖合同	(88)
第二节 国际货物运输合同	(92)
第三节 国际货物运输保险合同	(98)
第四节 国际贸易支付	(101)
第五节 国际技术转让合同	(103)
第六节 国际工程承包合同	(104)
第七节 国际私人直接投资合同	(105)
第八节 国际贷款协议	(106)
第九节 国际劳务合同	(108)
第十节 国际消费合同	(108)
第十三章 法定之债	(109)
第一节 侵权行为	(109)
第二节 几种特殊的侵权行为	(112)
第三节 不当得利和无因管理	(117)
第十四章 婚姻家庭	(119)

第一节 结婚	(119)
第二节 离婚	(121)
第三节 夫妻关系	(125)
第四节 亲子关系	(125)
第五节 收养	(126)
第六节 监护	(128)
第七节 扶养	(129)
第十五章 遗嘱与继承	(131)
第一节 遗嘱	(131)
第二节 法定继承	(131)
第三节 无人继承财产	(134)
第四节 关于遗嘱和继承的海牙公约	(135)
第十六章 国际民事诉讼法	(138)
第一节 国际民事诉讼的概念和渊源	(138)
第二节 外国人民事诉讼地位	(138)
第三节 国家豁免、外交豁免和国际组织的豁免	(141)
第四节 国际民事管辖权	(143)
第五节 期间、诉讼保全和诉讼时效	(149)
第六节 国际司法协助	(152)
第七节 外国法院判决的承认和执行	(155)
第十七章 国际商事仲裁法	(159)
第一节 国际商事仲裁概述	(159)
第二节 国际商事仲裁的类别	(162)
第三节 几个重要的仲裁机构	(163)
第四节 国际商事仲裁的准据法	(163)
第五节 仲裁协议	(164)
第六节 仲裁程序	(167)
第七节 外国仲裁裁决的承认和执行	(171)
附录 1:2002 年 4 月全国高等教育自学考试国际私法试题及参考答案	(177)
附录 2:2003 年 4 月全国高等教育自学考试国际私法试题及参考答案	(183)

第一章 国际私法的概念

第一节 国际私法的调整对象

【考点精要】

一、涉外民事关系的概念

民事关系主体、客体、内容三者之一具有涉外因素的即为涉外民事关系。涉外民事关系中的涉外因素可以是单元的,即民事关系的主体、客体、内容三者之一具有涉外因素足矣,也可以是多元的,即民事关系的主体、客体、内容都具有涉外因素。

二、法律冲突的概念

法律冲突又称作“法律抵触”,是指对同一涉外民事关系,因本国调整涉外民事关系的法律对该民事关系的规定与该涉外民事关系有关国家的法律对该民事关系的规定不同,两个或两个以上国家的法律都竞相要求适用于或都可以适用于该民事关系而造成的法律冲突现象。

三、涉外民事法律冲突的产生原因

法律冲突的构成需具备以下几个要件:

(1)一国承认外国人在内国的民事法律地位,允许外国人在内国从事民事活动,这是涉外民事关系法律冲突产生的首要条件。

(2)本国法人、公民、国家与外国法人、公民、国家之间进行经济交往和民事往来,形成大量的涉外民事关系。当涉外民事关系成为社会关系的重要组成部分时,国家就要制定法律对涉外民事关系进行调整,要解决涉外民事关系中的法律适用问题。

(3)对同一涉外民事关系,本国法律与外国法律作出了不同的规定,这是法律冲突产生的重要条件,如果本国法律与外国法律对

同一涉外民事关系的规定相一致,就不存在法律冲突问题了。

(4)本国法律的域内效力与外国法律的域外效力同时作用于同一涉外民事关系,而这两个国家的法律规定不同时,便产生法律的域内效力与法律的域外效力的冲突。

四、解决涉外民事法律关系法律冲突的两个主要途径

(1)采用冲突法调整。冲突法调整又称间接调整,指在国内立法或国际条约中制定法律适用规则,规定在什么情况下适用内国法,什么情况下适用外国法,然后再按照冲突规范指定的那个国家的实体法具体确定当事人的权利与义务。

(2)采用实体法调整。实体法调整又称直接调整,指制定统一实体规范直接规定当事人的权利与义务。统一实体规范是指在国际条约或国际惯例中直接规定当事人权利义务的规范。统一实体规范能直接确定当事人的权利与义务,可以消除法律冲突。冲突规范和统一实体规范都可以对涉外民事关系中的法律冲突进行调整。那么,当一个具体的涉外民事关系发生法律冲突时,既可以适用冲突规范调整,又可以适用统一实体规范进行调整,在这种情况下,国际社会普遍认可的做法是,在统一实体规范存在的情况下,首先要考虑适用统一实体规范,在没有统一实体规范的情况下适用冲突规范。

五、几种不同性质的法律冲突

在国际私法中讨论的法律冲突,主要是指法律的国际冲突,即不同国家的法律冲突。除此之外,国际私法有时还要涉及法律的区际冲突、人际冲突和时际冲突等。

1. 法律的区际冲突。法律的区际冲突是在一个主权国家内部跨法域的民商事关系中,由于有关法域的相关法律不一致而产生的法律适用或法律选择问题。这里的区际法律冲突概念具有以下四个含义:(1)区际法律冲突是一个主权国家内部的法律冲突,而不是主权国家之间的法律冲突,因而,解决区际法律冲突具有不同于解决国际法律冲突的特点;(2)区际法律冲突是一个主权国家内部具有独立法律制度的不同地域之间的法律冲突,与人际法律冲突不同;(3)这里的区际法律冲突是一个主权国家内部不同法域之间的民商事法律冲突,是狭义的区际法律冲突,不包括刑法、行政法等公法方面的冲突;(4)这里的法律冲突指的是具体民商事关系中有关法域的民商事法律在效力上的抵触,即有关法域的相关法律竞相主张适用于具体的跨法域民商事关系中,而不仅仅是不同法域的民商事法律相互歧异的现象。

2. 法律的人际冲突。法律的人际冲突是指一国之内适用于不同宗教、种族、阶级的人的法律之间的冲突。它解决的不是两个国家或两个不同法域的法律冲突问题,而是在一个主权之下,由于人的宗教、种族、阶级等不同而发生的法律冲突。

3. 法律的时际冲突。法律的时际冲突是指可能影响同一民事关系的新旧、前后法律之间的冲突。

【真题解析】

一. 单项选择题

(2000年)国际私法要解决的法律冲突,主要是指()。

- A. 法律的国际冲突
- B. 法律的区际冲突
- C. 法律的人际冲突
- D. 法律的时际冲突

解析:A。本题考查的是国际私法法律冲突的含义。

二. 填空题

(2001年)国际私法所称“含有外国因素”,实际上也包括“_____”的意思。

解析:含有其他法域的因素。这是考查国际私法调整对象的含义。

【以案说法】

我国公民某甲在A国驾车旅游时,不慎将该国公民某乙撞伤,从而引起纠纷。依照我国侵权行为的冲突规范的规定,应当适用A国即侵权行为发生地的法律,但是该A国有两个以上的法域,即不同地区实施不同的法律。那么,此案件应该依照什么方法处理?

解析:本题考察的是区际法律冲突及其准据法的确定,需要了解我国在此问题上的相关规定。一般来说,如果一个国家内部不同地区施行不同的法律制度,那么这个国家就是一个多法域的国家。区际法律冲突就是在一个国家内部不同地区法律制度之间的冲突,或者说,是一个国家内部不同法域之间的法律冲突。当国际私法中的冲突规范指定应该适用某一外国的法律作为准据法,而该外国的法制不统一,具有多个法律,存在着区际法律冲突时,就会提出像本题中的问题,即究竟应该适用该外国的哪一法域的法律作为准据法。在实践中,有如下几种不同的解决方法:(1)按照该外国的“区际私法”来确定准据法。许多国家都采用了这种间接指定的方法,例如《波兰国际私法》第5条规定:“应适用的外国法有数个法律体系时,应适用何种法律体系,由该外国法确定。”这里所说的“该外国法”就是指该国的国际私法。(2)法院直接依据冲突规范中的连结点来确定适用该具体地点的法律。这种指定的方法比较简便。(3)依据最密切联系地确定准据法。这是目前多数国家的国际私法立法所采取的在无区际私法规范的情况下应使用的补充方法。(4)采用该国的国际私法规范确定准据法,即将国际私法规范推定适用于区际法律冲突。

(5)以其首都所在地的法律作为准据法。1988年我国最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见(试行)》第192条规定:“依法应当适用外国法律,如果该外国不同地区实施不同的法律的,依据该国法律关于调整国内法律冲突的规定确定应适用的法律。该国法律未作规定的,直接适用与该民事关系有最密切联系的地区的法律。”

【重点法条】

最高人民法院在《关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见(试行)》

178. 凡民事关系的一方或者双方当事人是外国人、无国籍人、外国法人的;民事关系的标的物在外国领域的;产生、变更或者消灭民事权利义务关系的法律事实发生在外国的,均为涉外民事关系。

【考题预测】

一. 单项选择题

下列法律规范中,不属于国际私法范畴的是()。

- A. 《国际公路运输合同公约》规定:“运输合同应以签发运单来确认。无运单、运单不正规或丢失不影响运输合同的成立或有效性。”
- B. 外国人、无国籍人、外国企业和组织在人民法院起诉、应诉,同中华人民共和国公民、法人和其他组织有同等的诉讼权利义务。
- C. 我国《合同法》规定:“两个以上承运人以同一运输方式联运的,与托运人订立合同的承运人应当对全程运输承担责任。”
- D. 对不居住在我国境内的人提出有关身份的诉讼,由原告住所地或居所地人民法院管辖。

二. 多项选择题

1. 下列民商事法律关系中,属于国际私

法的调整对象的有()。

- A. 巴西的一艘轮船在我国海域与一艘日本轮船相撞,双方各有损失,后停泊我国大连港,并到大连海事法院诉讼。
- B. 中国某建筑工程公司通过招投标的方式,获得了南非的一条公路的承建权。
- C. 中国甲公司在美国与美国乙公司签订了一份电脑配件买卖合同,并规定有关合同的权利义务问题适用《国际货物买卖合同公约》的规定。
- D. 法籍华人王某在回中国探亲时死亡,其在国内的亲属要求继承位于中国境内的不动产及其它动产。

2. 目前,中国内地、香港、澳门和台湾人民的相互往来已十分频繁。特别是我国恢复对香港和澳门恢复行使主权后,交往更加密切。但是,由于内地、香港、澳门和台湾施行相互不同的法律,互为独立的法域,因此处理好区际法律冲突问题至关重要,下列关于我国区际法律冲突的说法,正确的有:()

- A. 在民商事领域,各法域都享有完全的立法管辖权。
- B. 各法域都有自己的终审法院,而在各法域之上无最高司法机关,因此在解决区际法律冲突方面,无最高司法机关加以协调。
- C. 中国的区际法律冲突非常复杂,既有同一法系的法域之间的法律冲突,也有分属不同法系的法域之间的法律冲突。
- D. 解决区际法律冲突的最终目标是全国实体法得到统一。

【参考答案】

一. 单项选择题

C

二. 多项选择题

1. ABCD 2. BC

第二节 国际私法的名称、定义和范围

【考点精要】

一、国际私法的定义

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国际民商事法律冲突的法律部门。

二、国际私法的范围

国际私法的范围问题是一个在理论界有争议的问题,国际私法包括下列规范:(1)外国人民商事法律地位规范。这种规范是确定外国的自然人、法人乃至外国国家和国际组织在内国民商事领域享有权利与承担义务的资格和状况的规范,是一种实体规范、直接规范。(2)冲突规范。冲突规范,又称为法律适用规范或法律选择规范或国际私法规范。这种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。(3)国际统一实体私法规范。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)国际民商事争议解决规范。主要指国际民事诉讼程序规范和国际商事仲裁规范,也包括解决国际民商事争议的其它规范,如和解和调解规范等,是一种程序规范或间接规范。

【真题解析】

一、单项选择题

(2000年)关于国际私法的范围,英美国家一般认为包括()。

- A. 调整涉外民事法律关系的冲突规范
- B. 冲突规范和统一实体法规范
- C. 冲突规范,统一实体法规范和国内法中的有关实体规范
- D. 冲突规范,统一实体法规范,外国人

民事法律地位规范和国际民事诉讼程序规范

解析:A。考生应当看清题目的要求,此题考查英美国家关于国际私法范围的认识。

二、多项选择题

(2000年)在我国,包含有冲突规范的法律有()。

- A.《票据法》
- B.《海商法》
- C.《民法通则》
- D.《民用航空法》
- E.《婚姻法》

解析:ABCD。本题虽考查的是冲突规范的有关概念,但是却要求考生了解有关国内法的内容。

【考题预测】

单项选择题

“国际私法”这一名称表明,国际私法调整的是()。

- A. 国内民法关系
- B. 国家与国家之间的公法关系
- C. 不同国家私人之间的民事关系
- D. 国际法律关系

【参考答案】

单项选择题

C

第三节 国际私法的渊源

【考点精要】

一、国内立法

国内立法是涉外民事关系法律适用法渊源的最早表现形式,迄今为止仍是涉外民事关系法律适用法最主要的渊源。外国人民事法律地位规范、冲突规范、涉外民事诉讼程序规范和涉外商事仲裁程序规范均可见于各国国内立法之中。虽然各国多采用国内立法方式规定冲突规范,但其具体作法有所不同,主

要有:(1)散见式。散见式指在本国民法和其他法典的有关章节中,分别规定有关的涉外民事关系法律适用法条款。(2)专章专编式。在本国民法典或其他法典中以专章或专编的形式比较系统地对涉外民事关系法律适用法规范加以规定。(3)法典式。制定涉外民事关系法律适用法法典或涉外民事关系法律适用法单行法规,系统地规定涉外民事关系法律适用法规范。从立法技术和司法实践来看,制定涉外民事关系法律适用法法典或单行法规的立法方式是最可取的,这也是涉外民事关系法律适用法的立法趋势和发展方向。

二、国内判例

国内判例是一国法院审理某一案件作出的判决及该判决确定的法律原则对以后的司法审判具有拘束力。一国法院的判例是否可以作为本国涉外民事关系法律适用法的渊源,这在涉外民事关系法律适用法的理论和实践上是有分歧的。英美法系国家是判例法国家,在这些国家,判例是法的渊源,而且涉外民事关系法律适用法规范大多是以判例的形式表现出来。我国不承认我国国内判例具有法律拘束力,不承认我国国内判例是涉外民事关系法律适用法的渊源。但是,我国承认英美法系国家的判例是涉外民事关系法律适用法的渊源,在司法实践中,我国法院已有适用美国法院判例确定中美双方当事人权利义务的先例。

三、国际条约和国际惯例

19世纪以来,国际社会缔结了大量的涉外民事关系法律适用法方面的条约,其内容主要有:(1)外国人民事法律地位方面的条约,如1928年签订于哈瓦那的《关于外国人法律地位公约》。(2)统一冲突规范方面的条约,如1988年《死亡人遗产继承法律适用公约》。(3)统一实体规范方面的条约,如1980年《联合国国际货物销售合同公约》。(4)涉外民事诉讼程序和涉外商事仲裁程序方面的

公约,如1965年《关于向国外送达民事或商事司法文书和司法外文书公约》、1958年《关于承认与执行外国仲裁裁决公约》。

国际私法中的国际惯例由两部分组成,其中一部分是如《国际法院规约》所称的作为通则并经接受为法律的国际习惯,另一部分是国际贸易惯例。

四、一般法理、国际私法之原则及学说

根据一些国家的传统或立法以及若干国际条约的规定,一般法理、国际私法之原则以及特定学者(或学派)的学说,在法无明文规定时,也可作为解决国际私法实体问题争议的依据。

【真题解析】

单项选择题

(1999年)国际私法最早最主要的法律渊源是()。

- A. 国内立法 B. 国际惯例
C. 国际公约 D. 国内判例

解析:A。

【考题预测】

多项选择题

在我国,国际私法的渊源主要包括()。

- A. 国内立法 B. 国际条约
C. 国际惯例 D. 国内判例
E. 国际私法学说

【参考答案】

多项选择题

ABC

第四节 国际私法与邻近法律部门的关系

【考点精要】

一、国际私法与国际经济法之间的关系

联系:(1)它们调整的对象都有涉外因

素;(2)它们都是以国际经济关系的产生、发展为基础的;(3)它们都需要适用国际法的基本原则;(4)它们解决争议的途径都是通过诉讼或者仲裁等方式解决纠纷。

区别:(1)它们调整的对象的范围不同;(2)它们所调整的社会关系的性质不完全相同;(3)国际私法的调整方式主要是间接调整,而国际经济法的调整方式则主要是直接调整。

二、国际私法与国内民法的关系

二者的联系。它们都是调整民法性质的社会关系,传统上的冲突法就是国内民法的适用法,民法的基本原则和制度都对国际私法有直接的影响。

二者的区别。国际私法所调整的社会关系都含有涉外因素,而民法调整的主要是国内民事关系;国际私法在传统意义上是国内民法的适用法,间接调整性质的冲突规范占据重要地位,而民法全为实体规范;国际私法的渊源包括国际条约和国际惯例,民法的渊源为国内法;另外,国际私法在调整涉外民事关系时比较强调主权原则与平等互利等国际原则。

【考题预测】

多项选择题

下列关于国际私法与国际公法的表述,正确的是()。

- A. 它们调整的都是在国际交往中产生的社会关系
- B. 它们的基本原则相同
- C. 它们的主体相同
- D. 它们的渊源相同

【参考答案】

多项选择题

AB

第五节 国际私法的基本原则

【考点精要】

一、国家主权原则

国家主权原则在涉外民事关系法律适用法领域具体表现为:(1)国家之间应相互尊重对方国家的立法权。(2)国家之间应相互尊重对方国家的司法管辖权。(3)法院在审理涉外民事案件时应根据冲突规范的指引平等地适用本国法或者外国法,不应为谋求本国国家、法人、公民的特殊利益而排斥本应适用的外国法。平等地适用内外国法也是对外国国家立法主权的一种尊重。

二、平等互利原则

平等互利原则主要有两项内容:(1)主权国家之间的法律地位平等。国家不分大小、强弱,其法律地位一律平等。(2)当事人之间的法律地位平等。

三、遵守国际条约、参照国际惯例原则

条约必须信守是国际法的一项基本原则。在涉外民事交往中,条约成员国有遵守条约的义务。当事人双方所属国之间缔结或者共同参加的国际条约,当事人双方必须遵守。

四、保护当事人合法利益原则

在国际经济交往和民事往来过程中,发生争议、产生纠纷不可避免。涉外民事关系法律适用法规范的宗旨就是要解决涉外民事交往过程中的法律适用问题,包括涉外民事争议解决程序中的法律适用问题。在解决涉外民事争议时,既要保护本国当事人的合法权益,又要维护外国一方当事人的正当利益,不能置外国一方当事人的正当利益于不顾,蓄意偏袒本国一方当事人。这样才能维护国际经济秩序的稳定,才有利于国际经济交往的发展。

【考题预测】

D. 和平共处五项原则

多项选择题

下列属于国际私法基本原则的是()。

A. 平等互利原则

【参考答案】

B. 保护当事人合法权益原则

多项选择题

C. 遵守国家条约、参照国际惯例原则

ABC

第二章 国际私法的历史

第一节 国际私法的立法史

【考点精要】

一、国际私法的国内立法史

如前所述,以国内立法的方式对涉外民事关系法律适用法作出规定的,当首推中国唐朝《永徽律》。通过国内立法来系统地制成文的冲突规则,在欧洲为1756年的《巴伐利亚法典》和1794年的《普鲁士法典》。1756年的《巴伐利亚法典》接受了法则区别说的一些普遍性原则,在物权方面放弃了“动产随人”原则,主张动产和不动产都适用物之所在地法。1794年的《普鲁士法典》也采用了法则区别说确立的原则,并首次提出住所的积极冲突适用那个认为合同或行为有效的住所地法。在普鲁士缔结并且涉及位于普鲁士的财产的契约,其当事人的行为能力除了可依他的属人法外,还可依缔约地法。这两部法典中的这些规定都很有新意,其在涉外民事关系法律适用法发展中的历史地位应该肯定。但这两部法典是封建王国的法典,而且当时欧洲的封建社会制度已处于没落阶段,所以,这两部法典对涉外民事关系法律适用法的发展所产生的影响不是很大。对涉外民事关系法律适用法立法产生重大影响的是1804年的《法国民法典》。

19世纪末,出现了以单行法规来专门规定涉外民事关系法律适用法的立法方式。1896年的《德国民法施行法》、1898年的《日本法例》、1918年旧中国的《法律适用条例》、1926年波兰的《关于适用于国际私法关系的法令》、1939年的《泰国国际私法》等均属这

种类型。目前,通过单行法规形式来规定冲突法成为普遍的发展趋势。在欧洲,捷克斯洛伐克于1963年公布了《国际私法与国际民事诉讼法典》,阿尔巴尼亚于1964年公布了《关于外国人民事权利及适用外国法的法律》,波兰于1965年制定了新的涉外民事关系法律适用法,奥地利、匈牙利都于1979年公布了新的涉外民事关系法律适用法,1989年《瑞士联邦国际私法》也开始生效。在南美洲,阿根廷和秘鲁于20世纪80年代也分别制定了单行冲突法法规。此外,朝鲜、韩国和圣马力诺等国家也采用了这种立法方式。

二、国际私法的国际立法史

涉外民事关系法律适用法的统一化,是指国际组织、区域性国际组织统一涉外民事关系法律适用法规范,包括外国人民事法律地位规范、冲突规范、国际诉讼程序规范和国际仲裁程序规范等法律规范的活动。19世纪末,出现了一些统一涉外民事关系法律适用法规范的国际组织。其中,最有影响的当首推海牙国际私法会议(Hague Conference on Private International Law)。海牙国际私法会议的历史大致经历了两个发展阶段。第一个阶段是从1893年第一届海牙国际私法会议召开到1951年第七届海牙国际私法会议通过《海牙国际私法会议规约》,这一时期的海牙国际私法会议实际上只是一种临时性的国际会议,而非国际组织。第二阶段是从《海牙国际私法会议规约》生效起至今,海牙国际私法会议已是设立在荷兰海牙并有46个国家参加的政府间的国际组织。至第二次世界大战前,海牙国际私法会议共召开了六次会议,分别是1893年、1894年、1900年、

1904年、1925年和1928年会议。从1966年起,海牙国际私法会议每4年召开一次年会,现已召开19次会议和2次年会。自1951年起,海牙国际私法会议致力于国际范围内涉外民事关系法律适用法的统一。到1998年,海牙国际私法会议已通过了34个公约,为涉外民事关系法律适用法的统一化作出了巨大贡献。我国于1987年7月3日向荷兰政府交存了对该会议章程的接受书,从而成为它的正式成员国。

【真题解析】

单项选择题

(1997年)最有成效、最富影响的从事统一冲突法工作的国际组织是()。

- A. 联合国
- B. 海牙国际私法会议
- C. 美洲国家国际私法会议
- D. 罗马国际统一私法学会

解析:B。其他国际组织也非常有名气,但是最有成效的应当是海牙国际私法会议。

第二节 国际私法学说史

【考点精要】

一、意大利的法则区别说

意大利法则区别说的代表人物是巴托鲁斯(Bartolus, 1314~1357)。在巴托鲁斯之前,12~13世纪意大利和法国的一些法学家已相继提出过一些早期的法则区别理论或冲突原则,但人们公认,真正创立法则区别说的当推巴托鲁斯。之所以如此,很重要的一点就是他抓住了法律的域内效力与域外效力这个法律冲突的根本点,并且把解决法律冲突的问题分为两个相互联系的方面来进行探讨:即城邦法则能否适用于城邦内的一切人和城邦法则能否适用于城邦以外的城邦居民。巴托鲁斯解决这两个问题的方法仍然是完全借助他的先行者们把法则区分为物法、

人法的学说,在他看来,所有法律无非有两大类,即人法和物法。物法,必须且只能在制定者管辖领域内适用;人法(只要不是那种“令人厌恶”的法则),则是可以随人之所至而适用于域外。但是,在现实生活中,并无这种纯粹的物法法则和纯粹的人法法则,他便只得求助于法则词语结构的不同来进行这种区分了。

二、萨维尼的法律关系本座说

1849年萨维尼在他发表的《现代罗马法体系(第8卷)》(亦名《法律冲突与法律规则的地域和时间范围》)一书中全面地阐述了他的涉外民事关系法律适用法理论。萨维尼认为,援引国家主权和独立原则来论证法律适用必然导致法官只根据内国法审理案件,而不管与案件有联系的外国法的适用。为了便于国际交往和减少法律上的障碍,必须承认内外国人法律地位的平等和内外国法律的平等。他还极力反对从自然法的观点出发、从法律规则自身的性质出发来决定法律是否可适用于各种特定的涉外民事关系,而主张从法律关系本身的性质来探讨其应适用的法律。每一种法律关系在逻辑上和性质上必然与某一特定的法律制度相联系,每一法律关系都有一个确定的“本座”,即一个它在性质上必须归属的法域。法院进行法律选择时,应根据法律关系的性质确定法律关系的本座所在地,而该本座所在地的法律就是该法律关系所应适用的法律。对各种特定的涉外民事关系适用其“本座”(seat)所在地的法律,且除个别的例外情况,不应拘泥于其为外国的法律。萨维尼还分别就身份、物权、债权、继承、家庭等法律关系讨论了它们的“本座”或“本座法”(“地域法”)之所在,提出了如身份关系的本座法应是当事人的住所地法;物权关系的本座法是物之所在地法(且一反法则区别说的主张,认为这一本座法同样适用于动产);债的本座法在一般情况下应是履行地法;继承的本座法应是死者死亡时的住所