

国际私法

案例 1:一中国上海女子在美国纽约嫁给一印度孟买男子，婚后定居孟买并生儿育女。该女子不幸英年早逝，未留下任何遗嘱，但在上海和孟买均留下了价值可观的动产和不动产。其丈夫、子女及父母因析产不均发生争议，其父母诉诸上海市第一中级人民法院。

思考:

- 1.本案件是否属于涉外民商事案件?属于什么类型的纠纷?
- 2 上海市第中级人民法院是否享有管辖权?孟买和美国有关法院是否享有管辖权?
- 3 若上海市第一中院受理此案，适用何国法律作为法律依据审理此案？

思路：是否属于涉外案件→法院是否享有管辖权（民事诉讼法第四编涉外编）有，看属于什么纠纷→法律适用（识别→冲突规范（中国：中华人民共和国涉外民事关系涉外民事关系法律适用法）无法查明、外国法无法适用）→准据法（找到案件适用的法律）→判决

★定性（识别）：是否涉外、属于什么纠纷→管辖权→法律适用：冲突规范、公共秩序、外国法查明、法律规避→判决的承认与执行

案例 2:门赌债在内地的法律效力

2012 年，徐某与胡某签订合作协议，共同投资 0000000 元用于澳门博彩业转码获取码粮经营随后双方共同到澳门参与经营活动。后双方在合作中发生纠纷，徐某想贵州省贵阳市人民法院起诉，要求解除合同，判令被告胡某偿还投资款并支付违约金。

思考:

我国内地法院是否受理该诉讼？

依照哪里的法律判断双方投资协议的效力?澳门的赌博之债在内地是否受法律保护？

案例 3:中国男公民甲与中国男公民乙于 2011 年赴荷兰访学，期间产生感情，并于 2013 年在荷兰 登记结婚，婚后一年，两人在荷兰收养一法国籍儿童丙。2014 年至今，甲乙携丙共同在上海生活，丙可以熟练使用中文，并十分适应和喜欢上海生活。2017 年 12 月 甲乙因感情破裂，协议分手，但就丙的监护权问题始终达不成一致意见，遂向上海市第二中级人民法院提起诉讼。

思考:

- 1.向上海市第二中级人民法院对该案是否具有管辖权?2.若上海市二中院受理此案，应当依何国法律处理本案？

韩德培主编:《国际私法》，高等教育出版社和北京大学出版社，2014 年版;

霍政欣:<《国际私法(英文版)》，对外经贸大学出版社，2017 年版;

李双元、欧福永、熊之才编:《国际私法教学参考资料选编》,北京大学出版社,2002年版
杜涛:《〈涉外民事关系法律适用法〉释评》,中国法制出版社,2011年;

推荐书目

[美]弗里德希·荣格:《法律选择与涉外司法》,霍政欣、徐妮娜译,北京大学出版社2007年版。

Reference

Lawrence Collins and Others, Dicey, Morris & Collins on the Conflict of Laws, Sweet & Maxwell, 15th ed., 2012. Available from Amazon, Hammicks Legal, and Sweet & Maxwell.

"Peter North and J.J. Fawcett, Cheshire and North's Private International Law, 14th ed, Oxford University Press, 2008.

Symeonides, American Private International Law, Kluwer Law International, 2008.

网络资源 Network Resources

1. 武汉大学国际法研究所(<http://translaw.whu.edu.cn/>)
2. 中国涉外商事海事审判网(<http://ccmt.org.cn/dxal.php>)
3. 海牙国际私法会议(<https://www.hcch.net/en/home>)
4. 统一国际私法协会(<http://www.unidroit.org>)
5. 中华人民共和国裁判文书网(<http://wenshu.court.gov.cn>)
6. 中华人民共和国外交部与司法部

第一章 涉外民事关系与国际私法

国际私法是以涉外民事关系为调整对象的一个独立的法律部门(调整对象和独特的调整方法),贯彻整个国际私法的一个核心问题是法律冲突问题。

本章要掌握的重点是:

涉外民事关系及其法律适用上的冲突

涉外民事关系的调整方法

国际私法的名称、范围和定义

国际私法的基本原则

国际私法的体系

第一章 涉外民事关系与国际私法

第一节 国际私法的调整对象

第二节 国际私法的名称、范围和定义

第三节 国际私法的渊源

第四节 国际私法的性质

第五节 国际私法的基本原则

第六节 国际私法的体系及研究方法

第一节 国际私法的调整对象

一、涉外民事关系

二、涉外民事关系法律适用上的冲突

三、涉外民事关系的调整方法

一、涉外民事关系

(一) 什么是涉外民事关系

是指在民事关系的主体、客体和权利义务据以发生的法律事实等因素中至少有一个为外国因素的民事关系。

三要素说		
主体涉外	客体涉外	内容涉外
一方或个方是外国国家、法人或自然人。我国实践认定标准宽松。	权利和义务指向的对象，即民事关系的标的物在外国领域	产生、变更或消灭民事权利义务关系的法律事实发生在外国。(弹性大，模糊性强)

一、涉外民事关系

(一)什么是涉外民事关系

第一，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，有时，外国国家和国际组织也可能成为这种民事关系的主体;或者作为民事关系主体的一方或者双方的住所、居所、经常居所或者营业所位于外国。

(属人法：大陆法系（国籍法）英美法系（住所地法）)

第二，客体涉外，即作为民事关系的客体是位于外国的物、财产或需要在外国实施或完成的行为。

第三，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。

·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通则>若干问题的意见(试行)》第 178 条对何为涉外民事关系作了解释，它指出:“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内的;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。”

·在实践中对涉外因素的认定更宽松:也包括第三人涉外，当事人涉及港澳台，域外公司在中国内地开设的分公司，中国内地公司在域外开设的分公司。

·2012 年最高人民法院《法律适用法司法解释（一）》

第一条 民事关系具有下列情形之一的，人民法院可以认定为涉外民事关系：

(一)当事人一方或双方是外国公民、外国法人或者其他组织、无国籍人

(二)当事人一方或双方的经常居所地在中华人民共和国领域外；

(三)标的物在中华人民共和国领域外；

(四)产生、变更或者消灭民事关系的法律事实发生在中华人民共和国领域外

(五)可以认定为涉外民事关系的其他情形。

·2015 年最高人民法院《关于适用《民事诉讼法》的解释》第 522 条规定的认定涉外民事案件可考虑的因素与上述第 1 条规定的认定涉外民事关系可考虑的因素基本相同，只是其第 1 项的(把外国公民改为外国人:把外国法人改为外国企业，免去了诉讼活动中对“外国法人”的定性)和顺序有些区别:(一)当事人一方或者双方是外国人、无国籍人、外国企业或者组织的。

[案例 1.1]某中国公民的遗产涉外继承案

·一中国上海女子在美国纽约嫁给一印度孟买男子，婚后定居孟买并生儿育女。该女子不幸英年早逝，未留下任何遗嘱，但在上海和孟买均留下了价值可观的动产和不动产。其丈夫、子女及父母因析产不均发生争议，其父母诉诸上海市第一中级人民法院。

·分析:上述案件所涉法律关系是否为涉外民事关系？

主体（丈夫）、客体（孟买动产不动产）涉外。

[案例 1.2]

两个经常居所在北京的中国公民王某与李某，在一同参团赴加拿大旅游期间签订了一份合同，约定回京后王某将其一件位于其居所的字画卖给李某。后来，在北京履行该合同时发生纠纷而在北京法院涉诉。

分析:上述案件所涉法律关系是否为国际私法案件？

是否属于涉外案件？

（1）被告和原告均不涉外，第三人涉外。（广东省高院 2003 年刘泽成诉东莞绿洲

（2）拥有中国国籍但居住在国外的自然人。是否属于主体涉外？（无国籍人涉外，偷渡涉外）

（3）域外公司在中国内地开设的分公司以及中国内地公司在域外设立的分公司是否属于主体涉外？

（4）诉讼环节或诉讼环节

[案例 1.3]上海一中院在涉外因素认定上的突破

2015 年 11 月 27 日，上海一中院在西门子公司申请承认与执行新加坡国际仲裁中心仲裁裁

决一案(简称“西门子案”)中作出裁定,突破了传统三要素说”的限制,在尊重当事人意思自治等原则基础上,认定将注册于中国(上海)自由贸易试验区内的两家外商独资企业间纠纷确立为具有涉外因素,进而支持了申请人要求承认与执行由新加坡国际仲裁中心作出的仲裁裁决的申请。

在裁决书中,针对该案合同关系是否应认定为涉外合同法院首先指出,尽管双方当事人,即上海黄金置地有限公司与西门子国际贸易(上海)有限公司均为中国法人,但双方的注册地均在上海自贸区,且性质均为外商独资企业,公司的资本来源、最终利益归属、经营决策一般均与境外投资者有密切关联,因此两当事人与普通的内资企业相比具有较为明显的涉外因素。其次,尽管涉案标的物最终在境内完成交货,但从合同的签订和履行过程看,标的物是从境外运至上海自贸区,然后再办理了进口手续,因此标的物的流转过程具有一定的国际货物买卖特征,与般的国内买卖合同具有较为明显的区别。综上,法院最终认定,本案的合同关系符合“司法解释一”规定的“可以认定为涉外民事关系的其他情形”,故系争合同关系具有涉外因素,双方当事人决定将合同争议提交境外仲裁的仲裁条款有效。

(一)什么是涉外民事关系

●关于民法的解释

(婚姻家庭、合同、不当得利、无因管理、侵权)

●关于商法的解释

(公司、票据、保险、法人)

●结论:在我国,国际私法中的民事关系做扩大解释,既包括一般的民事关系又包括商事关系,且还包括劳动法。

(二)正确理解涉外民事关系应明确的几个概念

“涉外民事关系”与“国际民事关系”是可以替换使用的概念。

“涉外民事关系”与“涉外民商事关系”也是一个通用的概念。

涉外因素中的“外国”(foreign),有时还应作广义的理解,即包括一个国家中的不同法域。(我国:港澳台,美国:各个州)

法(territorial legal unit)是指一国内具有独特法律制度的地区。

在中国,现阶段对于涉及台湾地区、香港地区、澳门地区的私法关系,除有特别规定外,一般参照适用国际私法上的有关制度。

·2012 年最高人民法院《关于适用《涉外民事关系法律适用法》若干问题的解释(一)》第 19 条规定,涉及香港特别行政区、澳门特别行政区的民事关系的法律适用问题,参照适用本规定。

·2015 年最高人民法院《关于适用(中华人民共和国民事诉讼法)的解释》第 5 条规定,人民法院审理涉及香港、澳门特别行政区和台湾地区的民事诉讼案件,可以参照适用涉外民事诉讼程序的特别规定。

二、涉外民事关系法律适用上的冲突

(一)法律冲突(conflict of laws/choice of law)的含义

·普遍的意义:是指两个或两个以上的不同法律同时调整一个相同的法律关系而在这些法律之间产生矛盾的社会现象。

·国际私法上独特的含义:主要是指民事法律的国际冲突,即涉及两个或两个以上不同法域(国家)的民事法律对某一民事关系的规定各不相同,而又竞相要求适用于该民事关系,从而造成的该民事关系在法律适用上的抵触的现象。

案例:英国剑桥大学 20 岁留学生诉离婚案。

(二)涉外民事关系法律冲突的产生原因

- 1.在现实生活中大量出现含有涉外因素的民事关系——客观基础
- 2.所涉各国民法上的规定不一——前提条件
- 3.司法权的独立
- 4.各国承认外国人在内国的民事法律地位
- 5.国家为了发展对外民事关系,必须承认内外国法律的平等,亦即有必要在一定范围内承认所涉外国法的域外效力。

是否每个国家在制定法律时都可以根据本国主权确定本国法具有某种域外效力?是的

Why should foreign law be applied in a domestic court?

Comity&vested right&mutual benefits/ reciprocity→benefit promotion

三、涉外民事关系的调整方法

(一)间接调整方法(冲突法的方法)

1.通过国内冲突规范进行间接调整的方法

【例】2010 年我国《涉外民事关系法律适用法》第 27 条规定,诉讼离婚,适用法院地法律。

2.通过国际统一的冲突规范进行间接调整的方法

间接调整的方法的固有缺陷:

- 1.缺乏确定性与可预见性
 - a.冲突规范指引的只是某国的法律,它可能根本不存在或者无法查明
 - b.当事人在争议诉诸法院之前,不知道会适用什么样的法律来决定他们之间的权利义务,或者在知道这种命运到来之前去挑选什么样的法院(forum shopping)。
- 2.由于各国冲突规范不同或者适用冲突规范的制度不同,可能导致判决结果的不一致。

【案例 1.2】某中国公民的遗产涉外继承案

冲突法方式的局限性恰是实体法方式的优势。

(二)直接调整方法(实体法的方法)

对于直接调整方法是否属于国际私法的方法,国内外存在分歧,本书持否定态度,具体将在本章第二节阐述。

1.国际统一实体法的方法

直接调整方法的局限性:

- (1) 并不是所有的民商事领域都存在统一实体规范
- (2) 并非所有的国家都参加统一实体法公约，在参加国中有的国家还提出保留，在保留的问题上还是存在法律冲突。
- (3) 统一实体法公约并非都能做出全面、明确的规定
- (4) 有些实体国际条约允许当事人排除适用，国际惯例更是需要当事人选择

2.国内直接适用的法（Directly Applicable Law）的方法

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”。如1987年《瑞士联邦国际私法法规》第18条规定：“不论本法所指的法律为何，因其特殊目的应予适用的瑞士法律的强制性规定、应予以保留。”关于社会保障的某些瑞士法规定就是此类强制性规定。在日本，卡特尔法、外汇法、劳动标准法、工会法、最低劳动工资法、因公事故保险法、利息限制法、承租人保护法和关于消费者保护的特别法属于此类强制性规定。

- 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。
- 2012年最高人民法院关于适用《涉外民事关系法律适用法》若干问题的解释（一）

第十条有下列情形之一，涉及中华人民共和国社会公共利益、当事人不能通过约定排除适用、无需通过冲突规范指引而直接适用于涉外民事关系的法律、行政法规的规定，人民法院应当认定为涉外民事关系法律适用法第四条规定的强制性规定：（一）涉及劳动者权益保护的；（二）涉及食品或公共卫生安全的；（三）涉及环境安全的；（四）涉及外汇管制等金融安全的；（五）涉及反垄断、反倾销的；（六）应当认定为强制性规定的其他情形。

批注 [1]:

（三）两种调整方式的比较

- 1.冲突法调整方式是国际私法的调整方法，只要各国法律没有完全统一，就还需要这种调整方法。
- 2.冲突法方式的局限性即实体法方式的优点
- 3.实体法方式的局限性
- 4.结论:两种方式优劣互补，在解决法律冲突方面相辅相成。

（目前来看，间接调整方法用的较多）

第二节 国际私法的名称、范围和定义

- 一、国际私法的名称
- 二、国际私法的范围（一机两翼）
- 三、国际私法的定义

一、国际私法的名称

·（一）法则区别说（theory of statutes）

·（二）**冲突法（conflicts of law）、法律冲突法（law of conflict of laws）或法律的冲突（conflict of laws）**

·（三）涉外私法（foreign private law）

·（四）私国际法（private international law）

·（五）国际私法（international private law）

就国际私法的立法名称来说，旧中国称为“法律适用条例”（1918年）中国台湾地区称为“涉外民事法律适用法”（1953年），韩国原称“涉外私法”（1962年），现称“国际私法”（2001年），日本原称“法例”（1898年），现改称“法律适用通则法”。中国1986年《民法

批注 [2]:

...

通则》第八章则冠以“涉外民事关系的法律适用”的名称，2010年全国人大常委会通过的法律称“涉外民事关系法律适用法”。从20世纪70年代起亦有直称为“冲突法”的，如1982年原南斯拉夫国际私法即称为“法律冲突法”（该法仍适用于塞尔维亚、黑山、波黑和克罗地亚）。但更多的国家则称之为“国际私法”。

二、国际私法的范围

国际私法的范围，指的是国际私法所应包括的规范的范围或种类。

（一）外国学者的观点

不同学者对该问题持不同的观点，主要有以下几种：

- 1.普通法系国家：**冲突法+涉外民事案件管辖权的规范+外国民商事判决的承认与执行的规范**
- 2.大陆法系一些国家尤其是法国：**冲突规范+适用于国际关系中私法主体的所有规范（如有关国籍与住所的规范）+管辖权的规范**。近年来，也有些法国国际私法学家主张国际私法还应包括统一实体私法。
- 3.德国的学说一直认为国际私法**只解决法律冲突问题**，而把国籍问题归入宪法，把外国人民事法律地位规范归入外国人法，把国际民事诉讼程序规范归入民事诉讼法。
- 4.原苏联、东欧国家和中国学者比较一致的观点

国际私法至少应包括冲突规范、外国人民事法律地位规范、调整涉外民商关系的统一实体规范和国际民事诉讼程序规范（“一机两翼”（韩德培先生）：“一机”，冲突法、国际统一实体私法；“两翼”，国籍及外国人法律地位、国际民事诉讼及仲裁程序、国际商事调解。）。

（二）中国学者的主张

- （1）“小国际私法”的观点，认为国际私法只是冲突规范；
- （2）“中国国际私法”的观点，认为国际私法包括外国人民事法律地位的规范、冲突规范、国际民事诉讼与国际商事仲裁程序规范；
- （3）“大国际私法”的观点，认为国际私法除包括上述三类规范外，还包括国际统一实体规范，甚至包括国内法中那些直接为调整涉外民事关系而制定的实体规范（或称国内法中的专用实体规范、直接适用的法），这是国内主流的观点。

三、国际私法的定义（Definition）

国际私法是以涉外民事关系为调整对象，以解决法律冲突为中心任务，以冲突规范为最基本的规范，同时包括规定外国人民事法律地位的规范、以及国际民事诉讼与仲裁程序规范在内的一个独立的法律部门。

第三节 国际私法的渊源(sources of conflict of laws)

- 一、国内立法（Staues）
- 二、判例（Case Law）
- 三、国际条约（International Treaties）
- 四、关于国际惯例作为国际私法渊源的问题(International customs)
- 五、关于一般法理、国际私法之原则及学说作为国际私法渊源的问题

一、国内立法 Domestic Legislation（主要渊源）

三种模式（three major models）		
分散式	专篇/章	单行立法
1804 年《法国民法典》	加拿大魁北克、美国（路）、越南、乌兹别克、俄罗斯、荷兰、阿根廷	日本、瑞士、罗马尼亚、意大利、中国、波兰

即便在英美法国家，成文立法在冲突法领域的地位也愈加重要。

二、（司法）判例（judicial）precedent（主要渊源）

- 法国和比利时（过去）→冲突立法发展，情况发生转变
- 英美法系国家（随成文冲突法不断增加，但主要以判例形式存在）

国际私法学者承担编撰判例的任务，如美国《第一次冲突法重述》、《第二次冲突法重述》

思考：在国际司法领域，判例是否可以作为法的渊源？英美法系可以，大多大陆法系不可，除非明文规定。

中国立场和态度:不承认判例作为法的渊源。但在国际私法领域，我们必须高度重视判例的重要性

- 1.成文法不足以满足审判实践需要；中国冲突法范不完善
- 2.涉及英美等国家的法律时，判例的效力
- 3.原则和制度也是在判例的基础上加以发展

三、国际条约 international treaties（重要渊源）

目前，国际公约越来越成为国际私法规范赖以存在的基本形式之一。

作为国际私法渊源的条约的适用，有以下几个值得注意的问题:

1.履行条约的国内程序由各国自己决定（转化 or 纳入）

我国:倾向于采取直接纳入；但也有专门条例用于“转化”（《法律适用法司法解释一》第四条亦有规定）

2.条约与国内法的关系上，各国实践不尽一致，大体上有四种做法。

- （1）国内法优于条约（1853 年《阿根廷宪法》第 31 条）
- （2）国内法与条约地位平等（德、美）
- （3）条约优于国内法（中国、法国）
- （4）条约优于宪法（1953 年《荷兰宪法》）

3.在规定国内法与条约地位平等的国家中，如何处理两者的抵触问题。

- （1）和谐解释原则（无抵触；特别法）

(2) 后法优于前法

4.目前越来越多的有关冲突法和程序法的国际私法条约规定了“例外条款”或“排除条款”

■世界上包含有国际私法规范的国际公约有多，大致可归纳为以下十大类：

- (1) 关于外国人法律地位的公约
- (2) 关于财产权的公约。
- (3) 关于知识产权国际保护的公约
- (4) 关于国际投资和贸易的公约。
- (5) 关于国际运输的公约
- (6) 关于国际支付的公约。
- (7) 关于海事的公约
- (8) 关于婚姻、家庭和继承方面的公约。
- (9) 关于民事诉讼程序的公约
- (10) 关于国际商事仲裁的公约。

■中国缔结或加入的有关国际私法条约

- (1) 在外国人民事法律地位方面
- (2) 在冲突法方面
- (3) 在统一实体法方面。(较多)
- (4) 在国际民商事程序法方面

(39 份民商事或民商刑事司法协助协定:2017 年 2 月 16 日至 24 日，中国在海牙参加谈判起草《外国民商事判决承认与执行公约》；2017 年 9 月 12 日，中国驻荷兰大使吴恳代表中国政府签署了《选择法院协议公约》；2019 年 8 月 7 日《联合国关于调解所产生的国际和解协议公约》(简称《新加坡调解公约》)，2019 年 7 月 2 日《承认与执行外国法院判决公约》确认文本)

四、关于国际惯例作为国际私法渊源的问题（中国承认）

（一）“国际习惯”与“国际惯例”辨析

1.international custom 和 international usage

2.《国际法院规约》第 38 条：“international custom”是具有法律约束力的国际法的渊源之一，其形成必须包括两个要件：

- (1) 通例的存在——物质因素
- (2) 通例被接受为法律——心理因素

“international usage”，在《奥本海国际法》中名被认为是不具有法律约束力的，因为尽管存在某种行为的惯行，但这种惯行不是在这些行动按照国际法为必需的和正方的信念下形成的。

国际公法层面上“international custom”与“international usage”的区别。

3. 国际经济贸易实务领域

一般不区分“习惯”（custom）和“惯例”（usage），指不具有法律约束力的贸易惯例，也即通常所称的商业惯例（commercial custom or usage）。

4. 为避免理论和实务上的混乱，有学者主张：

（1）international custom 前者翻译为“国际习惯”，指具有法律约束力的国际习惯法规范

（2）international usage 译为“国际惯例”，指尚不具有法律约束力的通例，国际惯例主要为国际商事惯例，属于任意性规范，供从事国际商业交往的当事人任意选用。

（二）关于国际惯例作为国际私法的渊源问题

目前在立法上存在较大分歧，在学理解释上也颇为混乱

·我国法律规定：

（1）2012 年《法律适用法解释（一）》第 5 条：

涉外民事关系的法律适用涉及适用国际惯例的，人民法院应当根据《中华人民共和国民事诉讼法》第一百四十二条第三款以及《中华人民共和国票据法》第九十五条第二款、《中华人民共和国海商法》第二百六十八条第二款、《中华人民共和国民用航空法》第一百八十四条第二款等法律规定予以适用。

（2）《民法通则》第 142 条第 3 款规定：

中华人民共和国法律和中华人民共和国缔结或者参加的国际条约没有规定的，可以适用国际惯例。

五、关于一般法理、国际私法之原则及学说作为国际私法渊源的问题

（1）国际私法的一般原则、一般法理（或一般法律原则）、公平与善良原则及特定学者（或学派）的学说，亦可成为国际私法的渊源，不过得看有关国家的法律或国际条约是否有这样的明确授权。

（2）中国一般不把抽象的一般原理和学说作为国际法渊源

对于国际私法原则是否属于我国国际私法的渊源，我国并无明文规定，但是法理上来说，其在实践中有重要的参考和指导作用。

·中国国际私法的渊源(Sources of Chinese PIL)

（一）国内法渊源

《法律适用法》(2011 年 4 月 1 日施行)

以《法律适用法》为核心，以《民法通则》第 8 章、《民事诉讼法》第 4 章及其他单行法规为补充的中国国际私法体系已基本形成。

《最高人民法院关于适用《涉外民事关系法律适用法》若干问题的解释》(2013 年 1 月 7 日起施行)；《最高人民法院关于适用(中华人民共和国民事诉讼法)的解释》(2015 年 2 月 4 日起施行)

最高人民法院在国际民商事领域颁布的司法解采也构成我国国际私法的渊源

一般认为，判例不是我国法律的渊源。尽管如此，在现阶段应充分重视司法判例的重要作用，承认权威判例对具体案件的指导

(一)国际法渊源

《民法通则》第 142 条第 2 款:中华人民共和国缔结或参加的国际条约同中华人民共和国的民事法律规定有不同规定的,适用国际条约的规定,但中华人民共和国声明保留的除外。

(1)国际条约是我国国际私法的重要渊源。

(2)其效力高于我国民事法律;

(3)保留的除外。

中国的法律规定(Chinese Legislation)

《民法通则》第 142 条第 3 款:

中华人民共和国法律和中华人民共和国缔结或参加的国际条约没有规定的,可以适用国际惯例。《民法通则》第 150 条:适用国际惯例不得违背中华人民共和国的社会公共利益。

(1)国际惯例是我国国际私法的渊源之一:

(2)处于补缺地位:

(3)其效力低于公约与我国国内法;

(4)不得违反公共秩序。

·国际商事案件适用法律的顺序(仅适用于部分案件)

第一,某一涉外民事案件如果属于我国缔结或参加的某国际条约的适用范围,应按照该国际条约来处理

第二,如果一涉外民事案件不属于我国参加的任何国际条约的调整范围,或有关国际条约对如何处理案件没有规定,则处理该涉外民事关系或案件,应适用法院地国家(即中国)的冲突规范;

第三,如果根据冲突规范所指引的法律对该涉外民事关系无相应的实体规范,法院通常适用法院地法的实体法规则来处理

第四,如果法院地的实体规则亦无相关规定,这时就可以适用国际惯例来处理。在国际民事司法实践中,国际惯例的查明往往相当不易。

案例 1.4 居住在美国纽约的中国公民张某为回国过春节,在日本甲航空公司官网购买了一张从纽约经停东京到北京的机票。飞机预计于 2017 年 1 月 27 日农历除夕下午抵达北京首都国际机场。北京时间 1 月 27 日下午 1 时许,航班飞到北京上空后,因为严重雾霾无法降落,被迫返回东京成田机场。到成田机场后,甲公司没有为乘客免费提供食宿,致使张某被迫在机场度过了一个痛苦的除夕之夜。回国后,张某欲在北京起诉甲公司。

思考:作为张某的诉讼代理人,应如何制定诉讼策略?如果中国的法院受理张某的起诉,作为张某的代理,你准备如何处理该案?

1.什么案件(找对应的冲突规则或者条约)

第四节 国际私法的性质

一、国际私法已兼具国际法和国内法的性质

二、国际私法已兼具实体法和程序法的性质

三、国际私法已兼具公法和私法的性质

四、国际私法与邻近几个法律部门的关系

一、国际私法已兼具国际法和国内法的性质

1.普遍主义:国际主义学派(universalism internationalism)

代表人物:萨维尼、魏斯

第一,调整的社会关系超出一国范围具有国际性,与国公调整的并无差异;

第二,国际条约和惯例已经成为重要渊源,且比重越来越多趋势;

第三,国私的作用也在划分国家间主权的效力范围;

第四,不少原则、制度与国际公法相一致

2.特殊主义:国家主义学派(particularist nationalist)

代表人物:沃尔夫、戴西

第一,调整非主权者的民事关系,主体是自然人和法人;

第二,主要渊源是国内法;

第三,国际私法上的争议,一股由一国的法院或者仲裁机构处理;

第四,国际私法规范的制定和适用,都取决于一国自身的意志。

3.二元论:综合论学派(comparative school)

代表人物:奇特尔曼

第一,既有属于国际公法方面的,也有属于国内民法方面的;

第二,渊源既有国际条约,又有国内民法方面的;

介于国际公法与国内民法之间一个独立的法律部门。

通说:国际私法在适应国际民事交往不断发展的过程中,其自身正在发展成为一个跨国际法和国内法的兼具双重性质的独立法律部门。

二、国际私法已兼具实体法和程序法的性质(冲突法既不是程序法也不是实体法)

在这个问题上,大体上亦可区分出三大派别,即:

(一) 程序法学派

(二) 实体法学派

(三) 综合论学派

- 观点：既然除了解决法律适用的冲突法外，国际私法还包括外国人民事法律地位法、以及解决涉外民事争议的程序法，显然，国际私法既包含了实体法，又包含了程序法。

三、国际私法已兼具公法和私法的性质

国际私法虽在调整涉外民事关系的私法规范的基础上发展起来，但今天已是一个以私法规范为主，同时兼有调整许多公法关系的公法规范的独立的法律部门。

四、国际私法与邻近几个法律部门的关系

国际私法、国际经济法、国内民法相互交织

一.国际私法与国际经济法的关系

国际私法与国际经济法同样是既有联系也有区别的。

- 二者的联系表现在：

- 1.二者的产生都是国际关系发展到一定阶段的产物；
- 2.调整对象都具有涉外因素，最终都会涉及不同国家之间的利益；
- 3.都需要适用主权原则、平等互利原则、遵守国际条约原则和尊重国际惯例原则；

(4) 在解决争议方面都需要借助诉讼或仲裁方式。

- 二者的区别表现在：

1. 调整对象的范围及性质不同。国际私法的对象是广义上的民事法律关系，即主要是私人之间的民商事法律关系，属私法调整的范畴。而国际经济法的对象则是国家间的经济关系，属公法调整的范畴。

(2) 调整方法不同。国际私法的方法为间接调整方法，而国际经济法的方法为直接调整方法。

【评价如下观点】国际经济法的“内涵和外延，早已大大地突破了国际公法单一门类或单一学科的局限，而扩及于涉及到国际私法、国际商法以及各国的民法、经济法等，形成了一种多门类、跨学科的边缘性综合体”，并认为，作为法律冲突规范的国际私法，可以进一步划分为用以调整国际（涉外）私人间经济关系的法律冲突规范以及用以调整国际（涉外）私人间人身关系的法律冲突规范。前一类冲突规范用以间接地调整跨越一国国界的私人之间的经济关系，因此，理应属于国际经济法的范畴，只有后一类调整私人间人身关系的冲突规范，由于其并非调整经济关系，才“不应纳入国际经济法的范畴”。

(二) 国际私法与国内民法的关系

- 两者的联系：

第一，两者所调整的权属民、商法关系。

第二，国际私法最早是作为国内民法的适用法而诞生，因此每一国家民法的基本原则与制度都对该国的国际私法有着直接的影响，国际私法中的许多制度（如识别、公共秩序保留、法律规避等）也是为了保证国内民法基本原则不被违背而产生的。

▪但两者的区别也是明显的，主要表现在：

（1）国际私法所调整的民事关系都是含有“涉外因素”的民事关系，而民法调整的是纯国内民事关系。

（2）国际私法主要由间接性质的冲突规范所构成，而民法几乎全为直接的实体规范。

（3）在国内民事争议中，程序问题的解决只适用一般民事诉讼法，而国际私法争议程序问题解决，许多还要适用国家关于涉外民事诉讼程序的特别规定。

（4）在渊源上，国际私法还有国际条约和国际惯例等国际法渊源，而民法的渊源全为国内立法。

（5）国际私法除了坚持民法的一些基本原则外，还特别需要强调主权原则，内外国人和内外国法律平等等国际法原则。

Chapter2 Conflict of Rules

二.冲突规范

Section One: Concepts, Structure and Characteristics

第一节：冲突规范的概念、结构和特点

Section Two: Connecting Points

第二节：连结点

Section Three: The Types of Conflict Rules

第三节：冲突规范的类型

一.冲突规范的概念、结构和特点

一.冲突规范的概念

（一）传统意义上的概念

冲突规范（conflict rules）是指处理涉外民事关系时，在两个或两个以上的国家的民法根据有关的连结因素都可能或竞相适用于该民事关系（或均对该民事关系主张“立法管辖权”）的情况下，指定应该适用其中哪一国法律作为准据法的规范。

思考：可以作为准据法的除了内国或者外国的实体法外，还包括什么？国际实体法公约。

冲突规范是指引某一法律关系应当适用某一法律的规范；或者说冲突规范是选择某一法律适用于某一法律关系的规范。因此，冲突规范也被称为“指引规范”、“法律选择规范”（choice of law rules）、“法律适用规范”（rules of application of laws），也有人直接称为“国际私法规范”（rules of private international law）。

冲突规范从性质上看是一种间接规范，它指明对于某一涉外案件中的某一具体法律关系应当适用哪一地域的法律，而不是直接规定当事人的具体权利义务。

（二）广泛视角上的概念

冲突规范虽然主要是指处理涉外民事关系时指定应该适用哪一国法律作为准据法的规范，但指定管辖权的冲突规范和应适用哪一国程序法的规范，也可称为冲突规范。

《民事诉讼法》第 266 条

总结：凡在处理涉外民事关系及涉外民事关系而发生的争诉时，指定对实体问题和程序问题应适用哪一法律以及划分涉外（国际）民事诉讼管辖权的规范，均属冲突规范。

二、冲突规范的结构

法律规范的结构

法律规范“三要素说”：假定、处理、制裁

法律规范“两要素说”：实施构成+法律后果

我国学者：行为模式+法律后果

冲突规范的结构：范围+系属/准据法

■ 冲突规范由“范围”（category）、“准据法”（lex cause、applicable law）或“系属”（attribution）两部分组成。

范围：又称“连结对象”（object of connection）或“起因事实”（operative facts），它包括冲突规范所要适用的对象，或所要认定的事实，或者所要解决的法律问题。

“准据法”或“系属”：则是“范围”中所指的涉外民事关系、事实或法律问题应适用的特定的实体法规范。

冲突规范是间接规范，在于它是通过连结点来指定某一法域的法律来实现对涉外民事关系的调整，这一过程中至少得同时适用两个规范，即一个是指定规范，它规定应该适用哪一国家的法律做准据法，另一个则是被指定规范，它具体规定被指向的有关法律关系、事实或法律问题的内容和结论。

例子：

不动产继承适用不动产所在地法

不动产继承→范围（category）

不动产所在地→连结点（point of contact）

适用不动产所在地法→系属（attribution）

以“侵权行为的损害赔偿适用侵权行为地法”、“人的能力适用其属人法”、“物权法使用物所在地法”这些冲突规范为例，哪些属于范围，哪些属于准据法/系属？

“范围”：侵权行为的损害赔偿、人的能力、物权

“准据法/系属”：侵权行为地法、属人法、物之所在地法

三、冲突规范的特点（characteristics）

一. 冲突规范具有不同于一般的法律规范的结构。

二. 冲突规范不同于一般实体法规范。

冲突法是一种技术上的制度，还是行为规范？

三. 冲突规范不同于一般的程序法规范。

冲突规范是“强制性”还是“任意性”规范？（中国强制；别的国家有强制有任意）

《法律适用法》第2条：涉外民事关系适用的法律，依照本法确定。其他法律对涉外民事关系法律适用另有特别规定的，依照其规定。本法和其他法律对涉外民事关系法律适用没有规定的，适用与该涉外民事关系有最密切联系的法律。

第二节 连结点 (point of contract)

一. 连结点的概念和法律意义

一. 概念

连结点 (connection points, point of contact), 又称连结因素 (connecting factors), 它是指冲突规范就范围中所要解决的问题指定应适用何国法律所依据的一种**事实因素**, 是连结特定的事实 (范围) 构成于某一国家法律 (系属) 的联系纽带。

通常这些事实因素是用“国籍”、“住所”、“惯常居所”、“缔约地”、“履行地”、“侵权行为地”、“婚姻举行地”、“遗嘱作成地”、“物之所在地”这样一些含有场所意义的概念来加以表示的。

- 人的行为能力适用其**国籍国法**。
- 侵权责任, 适用**侵权行为地法**。

二. 法律意义

1. 连结点在冲突规范中的意义就在于它架构了涉外民商事关系和某一法律体系的桥梁。
2. 从形式上看, 连结点是一种把冲突规范中“范围”所指的法律关系 (或法律问题、事实) 与一定地域的法律联系起来的纽带或媒介。
3. 从实质上看, 这种纽带或媒介又反映了该法律关系 (或法律问题、事实) 与一定地域的法律之间存在着内在的实质的联系或隶属的关系。

经连接的某一法律体系具有管辖这一涉外民商事关系的客观依据或者正当理由。在冲突规则的立法中, 连结点的选择就不应该是任意的, 更不应该是虚拟的, 而是必须在客观上确实能体现某一涉外民商事关系与某一国家、地区立法管辖权的内在联系。

国际私法中的适用 (或选择) 法律不当, 法院管辖不当, 反致、转致的发生, 法律规避的出现等等, 都与连结点有着直接的关系。

二. 连结点的分类

- (1) Objective connecting point and subjective connecting point 客观、主观
- (2) Constant point of contact and variable point of contact
- (3) Facts and legal concept
- (4) Plural connecting point

1. Objective connecting point and subjective connecting point 客观、主观连结点

客观连结点 (Objective connecting point) 主要有国籍、住所、居所 (属人连结点); 物之所

在地、法院地、合同缔结地、侵权行为发生地（属地连结点）等，这种连结点是一种客观实在的标志。客观连结点分为属地连结点、属人连结点。

主观连结点（subjective connecting point）是一些抽象的概念，需要当事人或法官通过主观判断才能确定，主要包括当事人之间的合意和最密切联系地。

2.Constant point of contact and variable point of contact 静态、动态连结点

静态连结点（Constant point of contact）是固定不变的连结点，它主要指不动产所在地以及涉及已经过去的行为地或事件的连结点，如婚姻举行地、合同缔结地、法人登记地、侵权行为地等。由于静态连结点是唯一的、不变的，故便于据此确定涉外民事关系应适用的法律，从而有利于当事人预期的稳定。

动态连结点（variable point of contact）就是可变的连结点，如国籍、住所、居所、所在地、法人的管理中心地等。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。另外，由于一些动态连结点可能与几个不同的时间相联系，于是提出了连结点的时限定问题。《法律适用法》第31条：（法定继承，适用被继承人死亡时经常居所地法律，但不动产法定继承，适用不动产所在地法律。）

3.Facts and legal concept 单纯的事实和法律概念

单纯的事实主要包括物之所在地、行为地和法院地等。另一类不是单纯的事实，而是法律概念，如国籍、住所等。

4.Plural connecting point 复数连结点(包括重叠性、选择性)

复数连结点包括重叠性（cumulative）连结点和选择性连结点（alternative）。

重叠性连结点是指在一条冲突规范中设置两个或两个以上的连结点，几个连结点所指引的法律必须得到重叠适用。——重叠适用的冲突规范。（28条）

选择性连结点是指在一个冲突规范中设置两个或两个以上的连结点，当事人或法官可以选择适用其中一个连结点指引的法律。——选择适用的冲突规范。（25条）

一.连结点的选择不是一成不变的，而是随着客观情况的变化而变化的。

以属人法连结点的变化为例：住所地→国籍（法国民法典）→住所地的恢复→惯常居所（habitual residence）概念的提出。

（二）一个新的连结点的形成与发展是有客观根据的，是与国际经济活动的发展密切相连的。

四、连结点的软化处理

连结点的软化处理（softening process）是通过在冲突规范中规定多个可供选择的连结点或规定具有弹性或灵活性的连结点等，来克服传统冲突规范的僵化和呆板的缺点：

一.用灵活开放性的连结点取代传统冲突规范中僵固的封闭性的连结点

二.增加连结点的数量从而增加可供选择的法律

三.对同类法律关系进行划分依其不同性质规定不同连结点

（四）对于一个法律关系的不同方面进行分割分别采用不同的连结点

五、互联网的应用对传统连结点提出的挑战

在传统冲突规范中扮演着重要角色的与地域因素和空间场所有关的连结点，在网络空

间中并无太大的实际意义。对于如何确定互联网案件的准据法，一些学者曾试图提出解决方案。

例如，主张继续采用传统的冲突法方法，将具体的互联网案件通过识别归入既有法律体系中，如确定为合同案件、侵权案件、著作权案件等，并根据各自现有的冲突规范来寻找应予适用的法律；或主张归纳出一种崭新的法律关系，即网络空间法律关系，并由各国通过国内立法与判例以及国际条约制定“网络空间法”，形成一个独立的法律部门，专门适用于发生在网络空间中的案件。

六、连结点的冲突

对于同一性质的法律关系，各国即使规定同一个指引准据法的连结点，但赋予该连结点的含义可能是不尽相同的，因而提出了究竟应依哪一国的法律观点和法律概念进行解释的问题。

例如，有两国都规定侵权行为之债适用侵权行为地法，但一国把加害行为地作侵权行为地，另一国把损害发生地作侵权行为地，这就发生了连结点的冲突问题。

又如，在适用属人法的场合，假使一人同时有两个以上国籍或住所、或无一国籍或住所，应如何确定其属人法的连结点，这些都是在确定指引准据法的连结点时必须解决的问题。

◆一般来说，连结点究竟在何处，原则上是依**法院地法**的概念进行解释的，但有三个例外：

（1）是对一个人是否具有某国国籍必须依其国籍发生争议的该国国籍法的概念来加以判定，对于住所的识别原则也是如此；

（2）如特定案件需要**援用外国冲突规范**时，此外国冲突规范中所使用的连结点，应依该国法律概念进行解释；

（3）如特定案件需要**适用条约中的冲突规范**，而条约又对冲突规范中所使用的连结点作了定义，则应依条约中的定义作出解释。

二.冲突规范的类型

一.单边冲突规范

单边冲突规范（unilateral conflict rules）是直接规定某种涉外民事关系只适用**内国法**或只适用**外国法**的冲突规范。

例如，1804年《法国民法典》第3条中规定的“不动产，即使属于外国人所有，仍适用法国法”与“关于个人身份与法律上的能力的规定，适用于全体法国人，即使其居住于国外时亦然”等单边冲突规范是最早的成文法形式的单边冲突规范。

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合同法**。”便是规定了只适用内国法的冲突规范。

二.双边冲突规范

双边冲突规范（bilateral conflict rules, all-sided conflict rules）并不直接规定某种涉外民事关系适用内国法还是外国法，而只抽象地规定一个指引确定准据法的连结点，表明什么问题应适用何地法律，至于准据法是内国法还是外国法，取决于连结点在内国还是某外国。

例如“侵权责任，适用侵权行为地法”（《涉外民事法律关系法律适用法》第 44 条）属于双边冲突规范。

双边冲突规范中还有一种不完全的（imperfect）双边冲突规范，或有条件的（conditional）双边冲突规范，它们所指引的法律虽然也是双边的，但要受到一定条件的限制。《法律适用法》第 12 条。

三.重叠性冲突规范

重叠性冲突规范（double rules for regulating the conflict of laws）是指对“范围”所指的法律关系或法律问题必须同时适用两个或两个以上连结点所指向国家的法律的冲突规范。

例如，我国《法律适用法》第 28 条：收养的条件和手续，适用收养人和被收养人经常居所地法律。显然这类冲突规范反映了立法者对相关问题的解决，要求在准据法的适用上从严掌握。

实践中，重叠性冲突规范所规定的必须重叠的两个准据法中，往往有一个是法院地法，这无非是出于法院地的公共秩序不能被破坏的考虑。

四.选择性冲突规范

选择性冲突规范（choice rules for regulating the conflict of laws）也包含两个或两个以上的连结点，但只需选择其中一个连结点所指定的国家的法律来处理某一涉外民事关系。

一.无条件的选择性冲突规范

这种冲突规范中两个或两个以上的连结点所指向的国家的法律无适用上的主次或先后顺序之分，可以从中任选其一来处理某一涉外民事关系。

我国《涉外民事关系法律适用法》第 28 条：**收养关系的接触，适用收养时被收养人经常居所地法律或者法院地法律。**

二.有条件的选择性冲突规范

1. 一种是这种冲突规范中的两个或两个以上的连结点所指向的法律有主次或先后顺序之分，只允许依顺序或有条件地选择其中之一来处理某一涉外民事关系。如我国《涉外民事关系法律适用法》第 26 条。

另一种则是附“结果导向”的有条件的选择性冲突规范。例如我国《涉外民事关系法律适用法》第 29 条规定：扶养。适用一方当事人经常居所地法律、国籍国法律或者主要财产所在地法律中更有利于保护被扶养人权益的法律。这体现了法律选择方法中的“利益分析”或“结果选择”的方法。

三.冲突规范的运用

第一节 准据法的概念和特点

第二节 准据法表述公式的概念和基本类型

第三节 准据法的选择方法

第四节 实质问题与程序问题

一.准据法的概念和特点

一.准据法的概念

准据法（lex cause, applicable law）是指经过冲突规范指引用以确定涉外民事关系当事人权利和义务的**实体规范**。

冲突规范必须要和准据法结合起来才能解决具体案件。

二、准据法的特点

1. 准据法是经过冲突规范指引的法律规范

2. 准据法是实体规范

思考：冲突规范所指引的法是不是一定是实体法？也有可能是冲突法

3. 准据法是指“国家的法律”（state law），通常只能是一国的国内法。一国加入的国际条约成为该国国内法的一部分，从而间接地成为准据法。

国际惯例本身是不是准据法？《民法通则》第 142 条第 3 款。

二.准据法表述公式的概念和基本类型

一、准据法表述公式的概念

在除单边冲突规范以外的冲突规范中，对指定的准据法是通过一些含有特定内容的公式来表述的。过去国内一些著作称这些公式为“**系属公式**”（formulation of attribution）或“**冲突法原则**”。

系属公式就是把一些解决法律冲突的规则固定化，使它成为国际上公认的或为大多数国家采用的处理原则，以便解决同类性质的法律关系的法律适用问题。但“系属公式”这一概念不好懂，我们认为宜直接称为“**准据法表述公式**”。

二.准据法表述公式的基本类型

一.属人法（lex personalis）

二.物之所在地法（lex rei sitae, lex situs）

三.行为地法（lex loci actus）

四.法院地法（lex fori）

五.旗国法（the law of the flag）

六.当事人合意选择的法律（lex voluntatis）

与案件或当事人有最密切联系的国家的法律（the law with which the action or the party has its closest connection）

一.属人法（lex personalis）

传统上属人法：“本国法”即“国籍国法”（lex patriae 或 lex nationalis）和“住所地法”（lex domicilii）。一般用于解决人的身份、能力、婚姻、亲属和继承等领域的法律冲突。

近来新发展：“惯常居所地法”《法律适用法司法解释》第 15 条

法人属人法（personal law of legal person）

二.物之所在地法（lex rei sitae, lex situs）

指作为涉外民事法律关系的客体的物所在的地方的法律。它常用于解决物权方面，特

别是**不动产物权**方面的法律冲突。

三.行为地法（lex loci actus）

- 1.合同缔结地法（lex loci contractus）
- 2.合同履行地法（lex loci solutions）
- 3.侵权行为地法（lex loci delicti）
- 4.婚姻缔结地法（lex loci celebrationis）
- 5.立遗嘱地法

四.法院地法（lex fori）

过去它虽多用于解决涉外诉讼程序方面的法律冲突问题，但现在对一些实体问题适用法院地法，在各国的立法和司法实践中也不少见。与“法院地法”类似的还是有仲裁地法（lex arbitri）。

五.旗国法（the law of the flag）

旗国法是指船舶所悬挂的旗帜所属国家的法律。它常用于解决船舶在运输过程中发生涉外民商事纠纷时的法律冲突问题。现在航空器所属国的法律也称作航空器的旗国法，并用于解决航空运输中发生的涉外民商事纠纷的法律冲突问题。

六.当事人合意选择的法律（lex voluntatis）

我国法律适用法第3条

七.与案件或当事人有最密切联系的国家法律（the law with which the action or the party has its closest connection）

在有些国家被称为“最强联系”或者“最重要联系”。目前，在一些国家的国际私法立法中，往往作为一项总的指挥原则发挥着至高无上的作用，甚至作为一项对其他冲突规范起校正作用的准据法公式。

《法律适用法》第2条第2款、第6条、第19条、第41条、第39条。

一、实体问题与程序问题的划分

（一）划分的意义

某一问题是实质(substance)问题还是程序(procedure)问题，这是国际私法识别过程中一个很重要的问题，直接影响到涉外民商事案件的法律适用。

如果一个问题被识别为程序问题，法院一般就适用法院地法；

如果被识别为实体问题，不管法院适用本国法还有外国法，都必须经过法院地的冲突规则的指引。

（二）程序问题适用法院地法的理由

- 1.程序问题适用法院地法是国家主权原则的体现。

2.程序问题适用法院地法是实际的需要。

3.程序问题适用法院地法是正义的要求。

4.法院的活动是按照国家规定的诉讼程序法来进行的。所以与法院的诉讼活动有最密切联系的法律是法院地的诉讼程序法

(三)程序问题与实体问题划分的复杂性

(四)实体问题和程序问题的划分标准

1.依照法律关系来划分:

2.依照法律后果来划分:

(materially affect the outcome of a case)

(house rules of litigation)

二、实体和程序划分的若干具体问题

(一)时效问题(二)证据问题(三)推定问题(四)赔偿问题

第五节 识别

一、识别的概念

识别 (Characterization) 并非国际私法的特有概念, 法院在处理纯国内案件时, 首先也必须对案件的事实进行识别, 判断事实的性质, 将其归入一定的法律范畴, 进而决定应适用的法律, 我国法院常称之为案由的确定。

其认识过程为:事实→分类→法律适用→法律后果。

但对国内案件而言, 法官只依**本国的法律观念和制度**进行识别, 不会产生识别冲突问题, 因而不需要专门研究识别的依据问题。但对国际私法而言, 识别就成为一个基本的法律问题。

[案例] 1908 年英国奥格登案

一名住所在法国的 19 岁法国男子, 未经父母同意, 去英国与住所在英国的英国女子结婚, 后来该法国男子以自己结婚未经父母同意, 因而不具备结婚能力为由, 在法国法院起诉并 获得一宣告婚姻无效的判决, 其依据是报据法国的规定“未满 25 岁的子女未经父母同意不得结婚”。而后该英国女子在英国与一个住所在英国的英国男子结婚。后与该女子结婚的英国男子原告却以他与该英国女子结婚时她还存在合法婚姻为由, 请求英国法院宣告他们的婚姻无效。

该案如何处理?

英国冲突规范:“婚姻形式依婚姻举行地法”

法国冲突规范:“婚姻能力适用当事人住所地法”

本案:结果英国法院根据英国法的观点将法国法中“须经父母同意的要件”识别为“婚姻形式要件”, 从而援引“婚姻形式依婚姻举行地法”这一冲突规范, 确定英国法为准据法来解决是否需要父母同意的问题, 而英国法中并没有法国法中的上述限制性规定, 因此该英国女子与

法国男子的婚姻是有效的。于是，英国法院否定了法国法院作出的宣告婚姻无效的判决，并且满足了英国男子的请求。

假设:假设英国法院依法国法将须经父母同意的要件识别为婚姻能力问题，就要适用英国法中另条冲突规范——“婚姻能力适用当事人住所地法”，即法国法，这样就应承认法国法院的宣告婚姻无效的判决，并驳回英国原告的请求。

★ 国际私法上的识别

国际私法上的识别 (qualification, characterization, classification) 是指依据一定的法律观点或法律概念，对有关事实的性质作出“定性”或“分类”，把它归入特定的法律范畴，并对冲突规范进行解释，从而确定应援引哪一冲突规范的法律认识过程。

它包括密切相关的两个方面：

- 依据一定的法律正确地解释某一法律概念；
- 依据该法律概念正确地判定特定事实的法律性质。

比如依据法院地国的法律解释“继承”和“夫妻财产制”，而后根据该两个法律概念定性案件事实的性质，是适用继承的冲突规则，反之则适用夫妻财产制的冲突规则。

二、识别冲突及其产生的原因

(一) 不同国家的法律对同一事实赋予了不同的法律性质，从而可能会导致适用不同的冲突规范。(土地抵押权)

(二) 不同国家对同一冲突规范中包含的概念的内涵理解不同。(蜂房：法不动产 中动产)

(三) 不同国家的法律往往将具有相同内容的法律问题分配到不同的法律部门。(时效)

(四) 不同的国家具有不同的法律概念或一个国家所使用的法律概念是另一个国家所没有的。(占有时效)

三、识别的对象

- 传统的观点认为只有冲突规范“范围”所涉及的问题，才是识别的对象。
- 但也有观点认为，举凡在适用冲突规范的过程中所遇到的事实和由该事实引起的法律问题，均得要求法院加以识别，它们均是识别的对象，对连结点的解释也在其中，因为在他们看来，对连结点解释的差异也会导致不同法律的适用。
- 不过，从严格意义上说，既然识别是援引哪一种冲突规范的前提，那么前一种观点应该是正确的。

四、识别的依据

(一) 法院地法说

我国《涉外民事关系法律适用法》第8条也规定:涉外民事关系的定性，适用法院地法律。

(二) 准据法说

(三) 分析法学与比较法学说 (英美国家)

(四) 个案识别说

(五) 功能识别或目的识别说

（六）几点总结性的认识

① 关于识别，目前还不存在一种普遍接受的理论和方法。

② 随着国际社会本位观念在国际私法中的导入，“不诚实的识别”理应得到抑制，法官在进行识别时，其根本思维方式理应革新。尽管在实际操作中，识别一般会首先依法院地法进行（比如中国内地）。但不能只考虑法院地法，而应从公平合理解决纠纷以及构建国际民商新秩序的角度，考虑将有关问题或事实情况归入哪一法律范畴更符合其自身性质和特征，更能兼顾“冲突正义”与“实体正义”。

③ 由于随着国际社会本位观念在法律领域里的推进，法律趋同化倾向的逐步加强，统一国际私法公约的发展，各国在识别问题上的冲突和分歧应该会逐渐减少。

五、二级识别问题

在研究识别的过程中，威希尔曾于1938年，罗伯逊(Robertso)曾于1940年先后提出“初级识别”(primary characterization)和“二级识别”(secondary charateriation)应分别依据不同法律进行的理论。在他们看来，初级识别的任务只在于“把问题归入它所属的恰当的法律范畴”，或者“把事实归入到适当的法律部类”，而二级识别则是“给准据法定界或定其适用”。

两者的区别在于，一级识别发生于准据法选出之前，二级识别发生在准据法选出之后，因此，前者应依法院地法的概念进行，而后者应依已选出的准据法进行。

但是，许多学者对这种“二级识别”理论持批判和反对的态度。

第六节 反致

一、国内法与内国法

从国际私法的角度看，往往把一个国家的国内法(national law)分为“内国法”(domestic law, local law, internal law, substantive law)和“冲突法”两大部分。

准据法所指在国际私法的理论与实践素来存在争议，一种主张称为“单纯指定”或“实体法指定”；另一主张称为“总括指定”或“全体法指定”。如果采用后一种主张就可能产生国际私法上的反致问题。

广义的反致包括狭义的反致、转致、间接反致。

二、反致的概念和种类

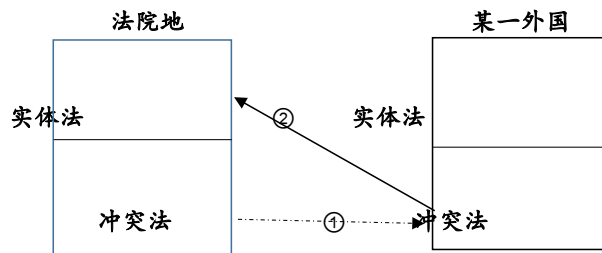
（一）反致(renvoi, remission)

[案例 1]—在日本有经常居所的中国公民，未留遗嘱而死亡，在中国遗留有动产，为此动产的继承，其亲属在日本国法院起诉。根据日本的冲突规范，继承本应适用被继承人的本国法，即中国法，但中国的冲突规范却规定动产继承适用被继承人死亡时的经常居所地法，即日本法。这时日本法院如采用了中国的这冲突法的指引而适用了自己的继承法判决案件，就构成了反致。（日本法院根据日本冲突规范，适用中国法；中国法冲突规范适用日本法实体法）

·法国法院 1878 年的福果案(Forgo case)

▪反致的概念

反致是指对于某一涉外民事关系，甲国（法院国）根据本国的冲突规范指引乙国作准据法时，认为应包括乙国的冲突法，而依乙国冲突规范的规定却应适用甲国的实体法作准据法，结果甲国法院根据本国的实体法判决案件的制度。法国学者称这种反致为“一级反致”



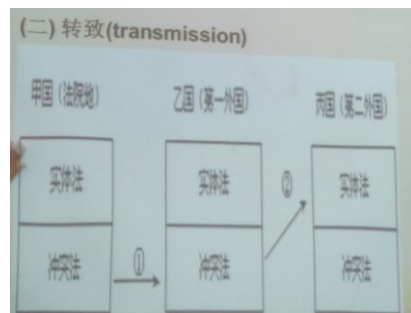
（二）转致(transmission)

[案例 2]—中国公民，在法国有住所，未留遗嘱死亡，在英国遗留有动产，其亲属为此项动产的继承而在英国法院起诉。依英国的冲突规范，动产的继承应适用死者的住所地法即法国法，但依法国冲突规范，继承应适用死者死亡时的本国法，即中国法，如果英国法院最终适用了中国继承法判案，就构成了转致。（英国法院根据英国冲突规范适用法国冲突规范；法国的冲突规范指向中国实体法）

·英国法院 1887 年特鲁福特案(Truffort case)

▪ 转致的概念

对于某一涉外民事关系，依甲国(法院国)的冲突规范本应适用乙国法，但它认为指定的乙国法应包括乙国的冲突法，而乙国的冲突规范又规定此种民事关系应适用丙国实法，最后甲国法院适用丙国实体法作出了判决的制度。



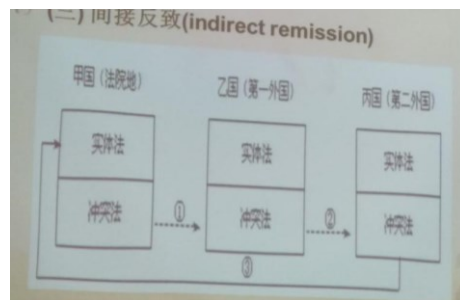
三.间接反致(indirect remission)

[案例 3]—住所在中国的秘鲁人，死于中国，在日本留有不动产，其亲属就该不动产的继承在日本法院提起诉讼。依日本冲突规范的规定，应适用死者的本国法即秘鲁法，但秘鲁冲突规范规定适用死者最后的住所地法即中国法，而中国的冲突规范却规定不动产继承适用

不动产所在地法即日本法，如果日本法院最后适用了日本的继承法，就构成了间接反致。
(日本法院根据日本冲突规范适用秘鲁冲突规范；秘鲁冲突规范适用中国冲突规则适用日本法实体法)

▪ 间接反致的概念

对于涉外民事关系，甲国(法院地)冲突规范指定适用乙国法，但乙国冲突规范又指定适用(包括冲突法在内的)丙国法。丙国冲突规范却指定运用甲国实体法作为准据法，最后甲国法院适用本国的实体法来判决案件的情况，叫间接反致。



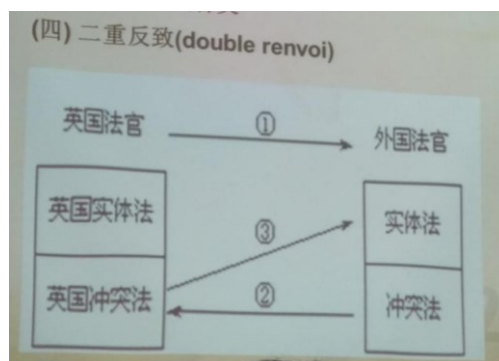
四. 二重反致(double renvoi) (不考)

在反致问题上，英国还有一个为其他国家都不采用的独特制度，这就是“二重反致”制度，也成完全反致(total renvoi)、“外国法院原则”(foreign court theory)“英国反致原则”(English doctrine of renvoi)

英国法院审理一起在德国有住所地的英国人的动产继承案件。(英国冲突法-被继承人死亡时住所地法，德国冲突法-被继承人死亡时国籍国法)

二重反致是指英国法官在处理特定范围的涉外民事案件时，如果依英国的冲突规范应适用某一外国法，英国法官应“设身处地”地将自己视为在外国审判，再依该外国对反致所抱的态度，决定应适用的法律。

因此，如果英国冲突规范指向的那个外国承认反致，就会出现所谓的“双重反致”；如果英国冲突规范所指向的那个外国法不承认反致，就只会出现“单一反致”；如果英国冲突规范所指向的那个外国法还承认转致，其适用结果还可能出现转致，从而适用第三国的内国法。



三.反致产生的原因

一.一些国家认为其中冲突规则指定的外国法包括该外国的冲突法。

二.不同国家同一涉外民事关系的冲突规范规定了不同的连结点，或者对连结点的解释不一致。

但以上原因只是必要条件，在具体案件中，还得看是否有相应指定的**致送关系**发生（或者说致送关系没有中断）。

[案例分析]—德国公民死于法国并在法国留有不动产，其亲属因该项不动产的继承发生争议，在法国法院提起诉讼。

[法条提示]法国冲突法规定，不动产继承适用不动产所在地法，而德国冲突法规定，继承（包括动产和不动产）适用被继承人的本国法，并且两国都承认反致。

本案适用法国法。

[案例分析]—法国公民死于德国留有不动产，该法国公民的亲属在法国起诉，是否会发生反致问题。是。

四.反致（广义上的反致）在理论与立法上的分歧

一.理论上的分歧

反对者主要有以下理由：

- a.采用反致显然违背了本国冲突法的宗旨，反致与国际私法的真正性质相抵触。
- b.采用反致有损内国的立法权。
- c.采用反致于实际不便。
- d.采用反致会导致恶性循环，法律适用的可预见性和稳定性得不到保证。

赞成反致的学者则认为：

- (1)采用反致可以维护外国法律的完整性。
- (2)接受反致无损于本国主权，反而可扩大内国法的适用。
- (3)采用反致在一定程度上有利于实现国际私法所追求的判决结果一致的目标。
- (4)采用反致可得到更合理的判决结果。反致可增加法律选择的灵活性，达到适用“较好的法律”的目的。

(二)国际条约、国内立法和司法实践中的反致制度

1.采纳反致制度的国家有：法国、瑞典、西班牙、葡萄牙、英国、泰国、美国、德国、日本、奥地利、波兰、匈牙利等。值得注意的是，新近颁布的许多法典有条件地或有限制地接受反致，在采用反致的国家中，大多数国家都是有条件、有限制地接受反致(如英国)；有的仅采用反致(匈牙利)，有的除采用反致外，还采用转致(奥地利)。

2.在立法上对反致抱否定态度的主要有：荷兰、希腊、巴西、埃及、伊拉克、秘鲁和加拿大

魁北克省等。

3.国际条约中也有一些采纳了反致制度(2005 年《选择法院协议公约》)

二.反致制度的发展趋势

第一,反致制度具有增加法律选择灵活性,求得判决一致和获得合理判决结果等方面的作用,但它也确实带来了法理与实际操作上的困难,故一般是作为例外予以适用的,及时采纳这个制度的国家,也往往附加条件和范围上的限制。其适用通常给予身份能力,婚姻家庭和继承领域,而在合同、侵权行为、法律行为有效性等领域一般不采用反致。

第二,现代冲突法通过对传统冲突规则的软化处理,已使反致的重要性降低,而国际私法的统一化运动也得弱化反致的作用。比如,“惯常居所”概念的出现。

五、中国有关反致的规定

中国最高人民法院在原《关于适用〈中华人民共和国涉外经济合同法〉若干问题的解答》中曾明确规定在合同领域不采纳反致制度,这与国家上的普遍实践是一致的。2007 年最高人民法院《关于审理涉外民事或商事合同纠纷案件法律适用若干问题的规定》第 1 条(该规定已被 2013 年 2 月 26 日发布的最高人民法院《关于废止 1997 年 7 月 1 日至 2011 年 12 月 31 日期间发布的部分司法解释和司法解释性质文件(第十批)的决定》废止,此处作为历史资料引用)重申:“涉外民事或商事合同应适用的法律,是指有关国家或地区的实体法”,不包括冲突法和程序法。”这表明我国在涉外何用的法律适用方面不采用反致。

我国《涉外民事关系法律适用法》第 9 条规定:“涉外民事关系适用的外国法律,不包括该国的法律适用法”说明我国采取实体指引说,从而否定了反致制度存在的前提。

[案例 4]中国公民在日本法院的继承诉讼案——反致

[案情介绍]

1995 年 1 月 17 日,日本阪神地区发生里氏 7.3 级地震,地震中 3 名中国留学生死亡。死亡的学生中有一冯姓学生,在日本留有数目可观的动产遗产。冯某的父母在日本神户法院提起遗产继承之诉。日本法院受理了案件。

[法律问题]1.根据我国法律,本案是否是涉外案件?是。三要素

2.本案是以中国法律为准据法来确定当事人的权利和义务,还是以日本法律为准据法来确定当事人的权利和义务?日本法律。

七. 先决问题(概念,构成要件)

一、先决问题的概念

(一)国内法上的先决问题

离婚纠纷时,首先要解决该婚姻是否合法有效?

遗产继承纠纷中,某人以死者儿子身份要求继承死者遗产,但对于该人是否与死者案生儿子发生争议,对于该人与死者之间的亲子关系问题,是继承问题的先决问题。

(二)国际私法上的先决问题(实体法)

冲突规范上的先决问题和准据法问题(狭义的先决问题)。

“先决问题”在英语中称为“preliminary question”或“ incidental question”直译为“附带问题”，法语称“question préalable”，是指在国际私法案件中，争讼问题的解决需要以另外一个问题的解决为条件，该争讼问题称为“本问题”或“主要问题”(rincipal qestio) 首先要解决的另一问题称为“先决问题”，(以什么提起诉讼就是主要问题)

- 1.一位两称已经离婚者的再婚能力问题，取决于他所声称的离婚是否有效。
- 2.对于继承问题，动产继承使用被继承人死亡时住所地法。假如被继承人死亡时住所地位于甲国，该国法律规定妻子可以继承丈夫的财产。此时，适用甲国实体法时也产生一个先决问题，即谁是被继承人的妻子？此事涉及的是夫妻之间的婚姻是否有效。婚姻的效力问题是继承的先决问题

二、先决问题的构成要件

The preliminary question, or the incidental question(先决问题)，in the context of private international law presumes the existence of **three facts**

- (1) the **main issue** should, under the private international rules of the **forum, be governed by** a foreign law;
- (2) there should be **subsidiary question** involving a foreign element **which** could have arisen separately and **which** has its own independent **choice of law rule**.
- (3) **this choice of law rule** should lead to a conclusion **different** from that which would have ever been reached had the law governing the main question been applied.

- 1.首先，主要问题依法院国的冲突规则，**应适用外国法作准据法**。否则就不存在关于先决问题的法律适用问题；
- 2.其次，该问题对主要问题来说，**本身就有相对的独立性**，可以作为一个单独的问题向法院提出，**并且它有自己的冲突规则可以援用**；
- 3.最后，依**主要问题准据法所属国**适用于先决问题的冲突规则和依法院地国家适用于先决问题的冲突规则，会**选择出不同国家的法律作准据法，并且会得出不同的结论**，从而使主要问题的判决结果也会不同。

这三个条件缺一不可，否则便不会构成一个“先决问题”，也没有必要单独研究它的准据法选择问题了。

▲国际私法上的先决问题，是要单独确定准据法的问题，并且依单独确定的准据法和依主要问题准据法对于该问题会得出不同的结论。

摩洛哥法院 1932 年审理的一起遗产继承案件

一位住所位于希腊的希腊人死亡，在英格兰留下一笔遗产，该希腊人未留下遗嘱。其妻子在英格兰提起诉讼，要求分得该笔遗产。根据英格兰冲突法，继承应当适用死者死亡时住所地法，即希腊法。而根据希腊法，妻子有权分得丈夫的遗产。但在审理过程中，法官面临一个问题:该原告是否死者的妻子？

根据英格兰法，婚姻的形式有效性适用婚姻举行地法，而原告与死者是在英格兰举行的民事婚姻，根据英格兰法律，该婚姻有效。但是，如果根据希腊冲突法，婚姻的形式有效性应适用当事人国籍国法律，即希腊法。而根据希腊婚姻法，该婚姻在举行时没有神父出席，应属无效。

主要问题:

先决问题:

三、先决问题的准据法

一.依主要问题准据法所属国冲突规则来选择先决问题的准据法

认为只有这样才可求得与主要问题协调一致的判决结果。这种主张实际上是让本国法官站在外国法官的位置上处理先决问题的法律适用。

优点是有助于实现判决的国际一致;不管是在哪国起诉,只要关于主要问题的冲突规范是一致的,那么判决的结果则必然是一致的。

(二) 以法院地国家的冲突规范来选择先决问题的准据法

即把先决问题作为一个单独的主要问题一样对待。优点在于可以实现判决的内部一致;即同一个国家法院处理同类案件可以获得同样的判决。

因为主要问题的准据法可能是不同国家的法律,如果按照第一种做法来选择先决问题的准据法,可能导致先决问题的不同结果,从而导致同一国家法院对同一主要问题的判决不一致。

Conflicts Act Interpretation I,

Article 12: In case the resolution of a foreign-related dispute depends on the resolution of preliminary issue, the Peoples' Court shall determine the applicable law to **the preliminary issue by its nature**.

第十二条 涉外民事争议的解决须以另一涉外民事关系的确认为前提时,人民法院应当根据该先决问题自身的性质确定其应当适用的法律。

→ 需要注意的是,该解释的第 13 条有规定:“案件涉及两个或者两个以上的涉外民事关系时,人民法院应当分别确定应当适用的法律”。这主要是指案件中出现多个涉外民事关系、但相互之间没有先后依附关系的情况,例如在离婚案件中,涉及当事人的婚姻财产制问题,此时,法院不能根据《涉外民事关系法律适用法》第 27 条直接用法院地法解决所有涉案问题,而应当对多个涉外民事关系分别确认准据法。

[案例 4.5]李伯康房产继承案

李伯康于 1938 年在家乡台山与范女士结婚。1943 年 李伯康前往美国加利福尼亚州洛杉矶,1967 年李伯康 与周女士在美国内华达州结婚。1981 年李伯康在美国洛杉矶去世。李伯康在广州有四层楼房。1986 年 5 月,已在香港定居多年的范女士得知李伯康去世,遂到广州办理了继承上述房产的证明,并领取了房产证。周女士得知后,委托代理人在广州市某区法院起诉,要求继承李伯康的上述房产。法院依据中国《婚姻法》判决李伯康与周女士在美国的结婚属于重婚,无效,驳回了原告的继承请求。

该案是否存在先决问题?否。不动产继承适用不动产所在地法。在中国而非外国。

第九节 冲突规范的适用

The application of Conflict Rules

- (1)Evasion of Law
- (2)Proof of Foreign Law
- (3)Order Public

一.法律规避 (Evasion of Law)

I. What is Evasion of Law ?

The parties (当事人), who wish to produce a certain legal effect forbidden by the law of country A, establish in an artificial and unusual connection with country B where the law is favourable for their purpose.

(1) A company which intends to carry on business solely in mainland China is incorporated (注册) in Hong Kong SAR where the rules are less stringent or income tax is lower than in the mainland.

(2) In making a contract (订立合同), the parties subject it to a legal system which considers as valid certain clauses that under the normally applicable law would be void (无效).

(3) A Frenchman residing at Evian-les-bains on the French shore of the lake of Geneva wishes to promise a gift. As French law requires a deed attested by a notary public (需要公证), and Swiss law declares a written document to be sufficient, he crosses the lake and makes his promise in Switzerland in order to save the notary fee.

All the above examples constitute the evasion of law in private international law, the common thread being that when a party breaks off the existing connection between a fact in issue and the governing jurisdiction, and creates a new connecting factor (e.g, by changing domicile or nationality) leading to a different governing law or jurisdiction. The purpose of changing the connecting factor is to avoid the law that would otherwise have been applicable.

(一) 法律规避的含义:

法律规避又称法律欺诈(fraude a la loi)等,是指涉外民事关系的当事人为了利用某一冲突规范,故意制造出某一种连结因素,以避免本应适用的准据法,从而使对自己有利的法律得以适用的一种逃法或脱法行为。

(二) 法律规避的构成要件

- 1.从主观上,当事人是有目的的,故意地规避某种法律;
- 2.从规避的对象上看,当事人规避的法律是本应适用的强行法或禁止性的规定;
- 3.从行为方式上看,当事人规避法律是通过有意改变连结因素或制造某种连结关系来实现的,如改变国籍、住所或物质所在地等;
- 4.从客观结果来看,当事人因该规避行为达到了对自己适用有利的法律的目的。

(三) 法律规避的性质

法律规避的性质主要是指法律规避究竟是一个独立的问题还是公共秩序问题的一个部分,对此有两种观点:

(1) 以努斯鲍和叶迪福为代表的一派学者认为,它是一个独立的问题,不应与公共秩序问题相混淆。

(2) 以梅希奥为代表的另一派学者认为，法律规避属于公共秩序问题，是后者的一部分。

中国学者认为法律规避是一个独立的问题。

(四) 法律规避的有效性问题→中国的做法 (直接适用中国法)

1、法律规避行为有效

2、法律规避行为无效

(1) 只规定禁止规避本国 (法院国) 的强行法

(2) 规定禁止规避本国强行法和外国强行法

Article 11 of the Conflicts Act Interpretation I (法律适用法 11 条)

The People's Court shall not recognize the effect of another applicable foreign law where a party to a foreign-related relationship evades the mandatory rules contained in law or administrative regulations of the PRC by deliberately establishing a connecting factor.

Under this provision, if a new connecting factor is created for the sole purpose of evading the application of a mandatory rule contained in Chinese law, then a civil relationship, which may otherwise be valid under the normal Chinese conflicts rule, will be deemed void.

IV. Mandatory Rules and Evasion

Although mandatory rules and evasion of law are two different concepts in private international law, they do occasionally overlap. If this case arises, neither the Act nor the Conflicts Act Interpretation I provides a solution. Chinese scholars argue that judges, in such a situation, should place priority on mandatory rules, as the application of this notion is objective, neutral and simple, without the need to check the parties' intentions and consequences of a potential evasion.

二、外国法的查明 (Proof of Foreign Law) (由谁查明, 适用在冲突规范之后)

(一) 外国法查明的含义

外国法查明, 亦称外国法的证明 (Proof of Foreign Law) 或称外国法内容的确定, 是指一国法院在审理涉外民商事案件时, 如果依本国的冲突规范应适用另一外国实体法时, 如何查明该外国关于这一特定问题的规定的问题。

The nature of proof of Foreign Law

The proof of foreign law largely depends on the classification of foreign law, ie, whether a foreign law is classified as a matter of fact or law?

In many foreign states, this is a fundamental question that has a direct bearing on the specific methods and procedures for the proof of foreign law.

(二) 外国法查明的实质

三种观点:

1. Fact: 英国、美国、比利时、巴西、智利等

2. Compromise: 德国、日本和东欧国家

Law: 法国、意大利等

1. Fact: proof of foreign law as question of fact

At common law, the proof of foreign law was a question of fact, a rule that dates back to the time

of Lord Mansfield and Chief Justice Marshall, and survived well into 20th century. The content of foreign law was a jury question at last sometimes, and the jury's decision was reviewed at least in some courts under the clearly erroneous rule usually applied to the question of fact.

现代英国的观点：特殊类型的**事实问题**

→ 在英国国际私法的司法实践中，外国法被视为是“事实”，但是著名国际私法学者马丁·沃尔夫却对此提出异议（opinion of Martin Wolff），认为不能单纯地将外国法认为事实。

→ 在英国，原来由陪审团决定外国法这一事实问题，现在由法官单独决定，因此，英国学者克里斯说，外国法虽然是一个事实问题，但是他是一个特殊类型的事实问题。

2. law: proof of foreign law as question of Law

Various reforms in recent years have changed all of this. Federal Rule of Evidence 44.1, adopted in 1966, provides that the proof of foreign law was a question of law and a court "may consider any relevant material or source" Federal Rule 44.1 provides. A party who intends to raise an issue concerning the law of other reasonable written notice by pleadings other reasonable written notice. The court in determining foreign law, may consider any relevant material or source, including testimony, whether or not submitted by a party or admissible under the Federal Rule of Evidence. The court's determination shall be treated as a ruling on a question of law.

(3) compromise: 该说主张法国法律既非单纯的事实，亦非绝对的法律，而是依本国冲突规范的指引而适用的外国法律。它即区别于本国法，也不同于外国法，是一种特殊的事实。基于此，证明外国法既不同于确定事实的程序，也不同于确定法律的程序。

However, Chinese law fails to provide clear answer. Some Chinese scholars even argue that it is meaningless to address this question in light of Chinese legislation, insofar as CPL provides that "in trying civil cases, the People's Courts must base themselves on facts and take the law as the criterion." These scholars note that under the wording of this provision, there is no difference between fact and law in Chinese civil procedure at all. No matter whether a foreign law is classified as a fact or law, the judge has the duty to ascertain it. Therefore, classification of foreign law as fact or as law is pointless in judicial practice.

在我国，从《涉外民事关系法律适用法》的规定来看，立法者还是将外国法看作法律。因此，在多数情况下，由法院、仲裁机构或行政机关等适用法律的机构依职权查明，只有在当事人选择适用外国法时，当事人才负有提供外国法的义务。

III. The burden of Proof of Foreign Law 责任分担

四种模式

(1) 当事人举证责任

(2) 法官依职权查明，无须当事人举证

(3) 原则上法院依职权查，当事人有协助义务

(4) 原则上由当事人查明，法院负协助

1. 当事人举证证明

持事实说的国家英美法系国家，部分英美法国家

Eg. 拉查兄弟公司诉银行案（Lazard brothers & co. v. midland bank ltd.）

一.外国法是事实而非法律，所以，他们超出了法国应知晓的范围；

二.作为事实，外国法必须通过规范的方式（通常是专家证明）予以证明

三.对外国法的证明应遵循适用于证明案件中其他事实的有关证据规则

如果外国法未被明确主张，当事人未能充分证明外国法，那么法院就会以英国法取而代之。

2.法官依职权查明

持法律说的国家，欧洲大陆法系国家，部分英美国家

如荷兰的《民事诉讼法》规范对外国法的内容，法官依职权查明，无须对当事人举证。

a.持“法律说”的一些国家认为，外国法是具有与内国法同等效力的法律，依“法官知法”原则，在这些国家，外国法的查明责任由法院承担，当事人无举证责任。

b.除荷兰外，还有奥地利、意大利，一些东欧国家，以及拉丁美洲的马拉圭、秘鲁等。

3.原则上由法院查明，当事人亦负有协助的义务

持“折中说”的国家，德国、瑞士等

德国：该国认为，外国法是一种性质不同于内国法的法律，主张由法官主导证明，当事人协助法官查证。

（4）主要由当事人查明，法院负责协助

持“折中说”的国家的法国以及仿效法国法的国家

→ 法国：法国法院认为，外国法应该被视为事实，但其与单纯的事实不同，是一种具有附属性的事实。

这些国家认为，外国法是一种不用于其他案件的事实，主要由当事人证明。

在这些国家里，查明外国法的责任主要在于当事人，但如果法院了解有关的外国法，即使当事人未确切地提供外国法的内容，法院也可以适用该外国法，而且可以依职权采取措施以确定有关外国法的内容。

新发展：

各国对外国法的查明问题的规定也有一个发展变化的过程，从目前的情况来看，世界各国逐步改变完全由当事人举证或完全由法官依职权查证的做法，而是将查明外国法的责任在当事人和法官之间进行分配。

这种方法更加合理，而且有利于提高审理涉外民商事案件的效率，同时这也说明各国国际私法制度之间相互借鉴和相互融合的发展趋势。

《涉外民事关系法律适用法》第10条规定：涉外民事关系适用的外国法律，由人民法院、仲裁机构或者行政机关查明，当事人选择适用外国法律的，应当提供该国法律。不能查明外国法律或者该国法律没有规定的，适用中华人民共和国法律。

The foreign law applicable to a foreign-related relationship shall be ascertained by relevant People's Court, arbitration institution, or administrative agency; where the parties choose to apply a foreign law, the parties concerned shall ascertain such foreign law, in case the foreign law cannot be ascertained or there is no pertinent rule of law after ascertainment, the law of the PRC shall apply.

原则上由法院负责查明，当事人负有协助义务

在中国：

- 一.外国法的本质仍属于法律；
- 二.将外国法看作法律契合我国的诉讼模式；
- 三.将外国法完全看作事实并不合理；

第四，赋予当事人必要的举证义务

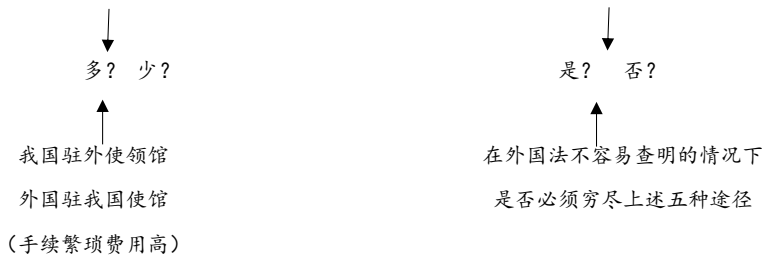
IV.The approach of proof of Foreign law

《民通意见》第 193 条：

- (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构提供；
- (3)由我国驻该国使领馆提供；
- (4)由该国驻我国领事馆提供；
- (5)由中外法律专家提供。

查明途径的司法实践：

当事人提供、中外法律专家提供（多，专家身份限制） 必须通过上述五种途径



V.Determination of the content of foreign law

外国法的内容由人民法院、仲裁机构、行政机关依职权查明，或者由当事人提供后，还要对其内容进行确认

(1) 当事人提供的，外国法官进行质证

- a. 一般情况下，对于当事人提供的外国法一般应通过质证程序，予以确认；
- b. 不同法律专家提供的法律意见相左时，法院允许法律专家以证人身份出庭对质。

(2) 依职权查明的外国法，应听取当事人意见：

- a. 对法院依职权取得的外国法，应听取双方当事人的意见予以确认；
- b. 在查明的法律难以直接适用时，参考适用法律专家的法律适用意见以确定外国法的内容。

(3) 在法律查明不充分时，以准据法所属法域法律的本原则作补充：

(4) 当对当事人提供的外国法，难以辨别真伪时，法官可以通过互联网或权威机关出版或审

定的数据库查阅该外国法，然后进行对照审查。

（最终决定权在法院）

（六）The consequences of Foreign law cannot be Ascertained 外国法无法查明时问题的解决

直接适用内国法——类推适用内国法——驳回当事人的诉讼请求或抗辩——适用同本适用的外国法相近似或类似的法律。

根据《法律适用法》第10条的规定，不能查明外国法律或者该国法律没有规定的，适用中华人民共和国法律。这一规定和大多数国家的规定是一致的。实践中，这种做法也比较简单、易于操作。

三、公共秩序（Order public）

I. What is Order Public ?

Order public (public order) is one of the most ancient doctrines in the conflict of laws. In accordance with this doctrine, a foreign law that is otherwise applicable is disregarded if its application would violate the fundamental interest, basic policy, general principle of justice, or prevailing concept of good morals in the forum. This notion surfaced during the late Middle Ages in the work

（一）公共秩序的概念

国际私法上的公共秩序（public order），主要是指法院在依自己的冲突规范本应适用某一外国法作准据法，或者在应请求提供国际民事司法协助时，如果外国法适用的结果或者提供司法协助与法院的重大利益、基本政策、基本道德观念或法律的基本原则相抵触，则可以拒绝或者排除适用该外国法或者拒绝承认和执行的一种保留制度。

“公共秩序”

“公共秩序保留”(reservation of public order)

公共政策”(public policy)

“保留条款”或“排除条款”(Vorbehaltsklausel 或 Ausschlussklausel)。

除“公共秩序”外，又称“公共秩序保留”（reservation of public order），英美法系中亦成为“保留条款”或“排除条款”（vorbehaltsklausel 或 Ausschlussklausel）。Bartolus(1314-57) who distinguished the favourable from odious statutes.

公共秩序的作用

一、当外国法的适用与本国的公共秩序相抵触，排除或否定适用外国法的作用。

二、由于涉及到国家或社会的重大利益、道德和法律的基本原则，对特定的问题必须直接适用内国法的某些强制性规定，从而排除了外国法的适用，即肯定适用内国法的作用。

总之，国际私法中的公共秩序是限制外国法适用的一种制度。有学者将其形象地称为保护本国公共秩序不受侵犯的“安全阀”。

（二）公共秩序制度的理论

（1）大陆法系国家学者的理论

1.萨维尼的理论：持普遍主义立场，但同时指出，被指定的外国法的适用不是绝对的，无限制的，也有少数例外情况：（1）属于国家的强行法；（2）属于法院国法不承认的外国法律制度。

2.孟西尼的理论：分析法律的性质：（1）为个人利益而制定的，应以国籍为标准适用于其所有公民；（2）是为保护公共秩序而制定的，这类法律是必须依属地原则适用于其所属国家领域内的一切人，包括内国人和外国人。

3.瑞士法学家布鲁歇的理论：明确提出了国内公共秩序法和国际公共秩序法的概念。（可能论述题）

他认为，当内国冲突规范指定应适用外国法时，国内公共秩序法便应让位于外国法；而关于国际公共秩序的法律则绝对要求在国际私法领域内适用，即使内国冲突规范指定适用外国法亦然。他举例认为一国关于婚龄的规定虽属于强行法，但它只是国内公共秩序法；而婚姻领域中关于禁止重婚、禁止一夫多妻和直系亲属间结婚的规定即属国际公共秩序法。

（2）英美法系国家学者的观点

1.《戴西和莫里斯论冲突法》上的观点

公共政策说主要在两类案例中得到实行：

一类是合同案件，英国法院已拒绝执行帮诉等合同或者违反友好国家法律的合同，尽管这资合同依其准据法是有效的。

另一类是有关身份的案件，即因时罚性法律而产生的身份关系的案件。

重要观点是“公共政策不是绝对的而是相对的”

2.威希尔提出了“特殊政策”——认为只有英国的特殊政策必须优先于外国法的。

违背英国的特殊政策包括下列几种情况：

- （1）与英国基本的公平政策观念不相容；
- （2）损害了英联邦及其友好国家的利益；
- （3）与英国的道德观念相抵触；
- （4）某一外国法违背了英国关于人的行动自由的理念。

3.美国学者库恩

认为应在以下四种场合适用公共政策。

- (1)外国法的适用违背文明国家的道德
- (2)外国法的适用违反法院地的禁止性规定
- (3)外国法的适用违反法院地的重要政策
- (4)外国法中的禁止性规定未获得法院地的确认。

（3）主观说和客观说

1. **主观说**：只要**外国法本身之规定**与法院地国的公共秩序相悖，即可排除外国法的适用；它不管外国法适用的结果是否会对法院地国的公共秩序造成实质性损害，只强调外国法本身的有害性或邪恶性。

2. **客观说**：不应仅凭外国法本身规定的内容与法院地国公共秩序相悖就排除该外国法的适用，而应视外国法适用的**实际结果**是否违反法院地国的公共秩序。

* 目前，各国立法与国际公约普遍采用客观说。

某一外国法承认一夫多妻制，现案件涉及一个丈夫的数个妻子的子女继承父亲位于法院国的财产的问题，尽管外国法中的一夫多妻制与内国的公共秩序相抵触，但在该案中，重婚并非诉争的问题，适用该外国法承认死者与其妻子婚姻为有效婚姻，反而是有利于该子女继承财产和保护无辜子女的利益的，并不会产生损害内国公共秩序的结果。

（三）公共秩序的立法模式

1. 直接限制的立法模式

这种立法明确规定某些法律具有绝对强制性或必须直接适用于有关涉外民事关系，从而标明它具有当然排除适用外国法适用的效力。

2. 间接限制的立法方式

这种方式是在国际私法中明确规定，外国法的适用不得违背内国公共秩序，如有违背即不得适用。这种立法方式并未明确何谓公共秩序，需要法官在具体案件中根据实际情况作出裁量，因而具有较大的灵活性或弹性。

3. 合并限制的立法方式

这种立法方式就是在国内立法中采用间接限制和直接限制两种立法方式

注意：目前已有不少国家在立法中明确使用了“国际公共秩序”或“国家关系中公认的公共秩序”的概念，而不用“本国的公共秩序”的概念。这就说明了以国际社会本位基本理念为基础的国际公共秩序在一定程度上得到了国内立法的承认。

（四）公共秩序的适用 the application of order public

1. **Elastic Clause**

各国均按自己的标准来阐释公共秩序的内涵，因而公共秩序保留制度具有相当的灵活性，既有从严掌握恰当援用的，也不乏滥用的例证。

2. **Domestic and International**

在运用国际私法的公共秩序制度时，作这种区分是合理的运用公共秩序制度排除外国法的适用时，应严格限制使用的条件和范围

3、**援引公共秩序制度不应与他国主权行为相抵触**，也不应与外国法的适用相混淆。

4、是否可以援引公共秩序制度来限制条约中的统一冲突规范的效力？一般不可，不可理并且逻辑有问题（违反公共秩序压根就不会去签条约）

（五）排除适用外国法后的法律适用

1、不加任何限制地直接适用内国法

2、有限制地适用内国法：《意大利国际私法制度改革法》第16条规定

3、运用分割的方法，仅排除外国法中与内国法公共秩序相抵触的部分，而仍可适用外国法中的其他有关规定。

4、本应适用的外国法被排除后，可拒绝审理案件。

（六）如何对待外国的公共秩序

1、含义

一般来说，一国法官通常不会考虑有外国的公共秩序是否会因某一外国法的适用而受到损害的问题，在接受转致的国家，的确会遇到是否要援引公共秩序保留制度来保护有关外国的公共秩序的问题。

如果发生这种情况，法院国不仅应考虑丙国法的适用是否同法院国公共秩序相矛盾的问题，而且也应考虑丙国法的适用是否同乙国相矛盾的问题，以及保护乙国公共秩序是否有损法院国公共秩序的问题，同时也只有在不损害法院国公共秩序的情况下，才能考虑维护乙国公共秩序的问题。

2、结论

公共秩序制度是国际私法上一项被普遍肯定的制度。并且，由于各国的政治、经济、宗教、历史、文化等的不同，其法律和道德的基础也不用，因此它作为一项制度将长期存在。

但同时，法律趋同化的倾向也将在一定程度上削弱了公共秩序制度存在和发挥作用的客观基础。另外，在运用公共秩序保留时应注意避免以狭隘的民族利己主义或狭隘的国家主义歪曲公共秩序的本意，即不得滥用公共秩序保留袒护本国公民或法人而损害他国当事人的正当合法权利，否则便会破坏国际民商交往关系基础。

中国的公共秩序

立法：民法通则 150 条、海商法 276 条、民用航空法 190 条、民事诉讼法 282 条

立法实践 立法理解

用“社会公共利益”来取代“公共秩序”的提法，是很不严谨和准确的。因为它只是判断是否违反“公共秩序”的多种标准中的一种。实际上，此处的“社会公共利益”就是常说的公共秩序或公共政策。如何理解上述条款：

(1)就立法方式而言，它采用的是直接限制外国法适用的立法方式，是一个颇具弹性的自由裁量条款。当然，在中国法律中，起着间接限制外国法适用的法律也是存在的。

(2)采用的是客观说

第四章 国际私法的主体

Section One : Introduction

Subject of Private International Law: Persons who can participate in foreign-related civil relations and enjoy rights and obligations in foreign-related civil relations, including natural persons, legal persons, international organizations and countries.

The modern international law theories has already expanded the subject of international law to country, inter-governmental organization and nation striving for independence.

Section Two : Natural Person

I. The Nationality of the Natural Person

i. The nationality of natural persons and their conflicts

(i) The significance of nationality in private international law (属人法的重要连结点:管辖权的根据)

(ii) The conflict of nationality 国籍的冲突

The natural persons nationality conflict including both positive conflict and negative conflict. The positive conflict means a natural person has two or more nationalities.

积极冲突 一个人有两个或两个以上国籍

消极冲突 当事人没有国籍如何确定国籍

ii. The solution to the natural persons 'nationality conflict.

思考:国际公法和国际私法解决自然人国籍冲突的主要目的有何不同?

国公确定国籍

国私确定连接点再确定法律适用

(i) Positive Conflict

若冲突规范指引应适用当事人的本国法,但当事人具有多个国家的国籍时,应如何处理?

1.外国国籍 vs 内国国籍(法院地国籍)

2.均为外国国籍时:

以后取得的国籍优先:

当事人住所或惯常居所地国国籍优先:

与当事人有最密切联系的国籍优先。

(ii) Negative Conflict

无国籍人:各国一般都采用当事人的住所地作为代。

住所—居所地—法院地法律

联合国《关于无国籍人地位的公约》第 12 条第 1 款规定:“无国籍人的个人身份,应受其住所地国家的法律支配?如无住所,则受居所地国家法律支配。

难民

难民的人身地位一般不受其本国法支配,而适用其住所地或居所地法律,《关于难民地位的公约》第 12 条第 1 款规定:“难民个人身份应受其住所地国家的法律支配,如无住所,则受其居所地国家的法律支配。”

(iii) China

我国《法律适用法》 Article 19 规定了两个国际冲突

In the event that lex patriae applies in accordance with this Law, where a natural person has two or more nationalities, lex patriae of the country with his/her habitual residence shall apply; where no country of nationality has his/her habitual residence, lex patriae of the country having the most significant relationship with him/her shall apply. In the case of stateless natural persons or natural persons without clear nationality, laws of their habitual residence shall apply.

第十九条 依照本法适用国籍国法律，自然人具有两个以上国籍的，适用有经常居所的国籍国法律；在所有国籍国均无经常居所的，适用与其有最密切联系的国籍国法律。自然人无国籍或者国籍不明的，适用其经常居所地法律。

(iv) International Treaties

1930 年《关于国籍法冲突的若干问题的公约》(简称《国籍法公约》)和《关于双重国籍某种情况下的兵役义务的议定书》

1933 年美洲国家间国籍公约》

1963 年《关于减少多重国籍情况并在多重国籍情况下的兵役义务的(欧洲)公约》

1954 年(关于无国籍人地位的公约)

1957 年(已婚妇女国籍公约》

1961 年(关于减少无国籍的联合国公约》等

II. The Domicile of the Natural Person

i. The Concept and Category of Domicile

(i) Domicile 住所

是指一人以久住的意思而居住的某一处所。

包含主客观两个构成因素:

一是在定的地方有居住的事实:

二是在一定的地方有设立其“家”(home) 的意思

英美两国判例以下几个原则:

第一，任何人必须有一住所:

第二，一个人同时不能有两个住所:

第三，住所一经取得，则永远存在，不得废弃，除非已取得了新的选择住所:

第四，只有具有行为能力的人，才享有设立选择住所的能力。

(ii) Category

(1)原始住所(domicile of origin)

(2)选择住所(domicile of choice)

(3)法定住所(statutory domicile)

“从属住所”(domicile of dependency)

思考:住所与国籍、居所和惯常居所在法律上的区别?

i. The Concept and Category of Domicile

(i)自然人住所的法律冲突及其解决

1.住所的积极冲突和消极冲突的含义与产生原因

(1)住所的积极冲突和住所的消极冲突。

(2)住所冲突的产生原因

1)各国有关住所的法律规定的不同;

2)事实认定的不同。

2.自然人住所的识别依据

大多数学者的主张及法院的实践是采用法院地法说，即主张依照法院的住所概念去认定当事人的住所究竟在何处。

3.自然人住所冲突的解决

住所的积极冲突的解决原则大体与解决国籍的积极冲突相似:

(1)内国住所与外国住所间的冲突:内国住所优先

(2)发生外国住所之间的冲突:一般以最后取得的住所优先;如果是同时取得的，一般以设有居所或与当事人有最密切联系的那个国家的住所为住所。

对于住所消极冲突的解决，一般以当事人的居所代替住所;如果无居所或居所不明时，一般把当事人的现在所在地视为住所。

(IV)中国有关住所冲突的解决原则

1. General Provisions of the Civil Law of the People's Republic of China 民法总则/民法典 25 条

Article 25 The domicile of a natural person is the residence where the person registers his household, or the residence recorded in other valid identification registration systems. However, where the above domicile is different from the place where he habitually resides, the latter is deemed as his domicile.

第二十五条 自然人以户籍登记或者其他有效身份登记记载的居所为住所；经常居所与住所不一致的，经常居所视为住所

2. Interpretation of the Supreme People's Court on Certain Issues Concerning the Application of the "Law of the People's Republic of China on the Application of Laws to Foreign-Related Civil Relations" (I)

Article 15 The place where a natural person has already resided continuously for at least one year and that forms his living center when the foreign-related civil relation is established, changed or terminated may be recognized by the people's court as the habitual residence of the natural person as specified by the Law on the Application of Laws to Foreign-Related Civil Relations, unless in situations such as receiving medical treatment, labor dispatch or performing public services. 法律适用法司法解释

自然人在涉外民事关系产生或者变更、终止时已经连续居住一年以上且作为其生活中心的地方，人民法院可以认定为涉外民事关系法律适用法规定的自然人的经常居所地，但就医、劳务派遣、公务等情形除外。

3. 《民通意见》第 183 条

当事人的住所不明或者不能确定的，以其经常居住地为住所。当事人有几个住所的，以与产生纠纷的民事关系有最密切联系的住所为住所。

4. 《法律适用法》第 20 条

Article 20 In the event that laws of the habitual residence shall apply in accordance with this Law, and that the habitual residence of a natural person is unclear, laws of his/her current residence shall apply.

依照本法适用经常居所地法律，自然人经常居所地不明的，适用其现在居所地法律。

[案例分析]刘岳华、刘靖华、刘湘华、刘树华诉刘复华遗产继承案

解放前，刘汉源与汪家旺在祖国大陆结婚，婚后生育 5 个子女，依次是刘岳华、刘靖华、刘湘华、刘树华、刘复华。1949 年，刘汉源由祖国大陆去台湾，去台后未再婚。1972 年，刘汉源之妻汪家旺在长沙去世。1988 年起，刘汉源先后 5 次回祖国大陆探亲，最后一次是 1994 年 7 月 15 日，1995 年 2 月 8 日，刘汉源在长沙去世。刘汉源去世后，留有若干遗产。为继承遗产，刘汉源子女之间发生争议，刘岳华、刘靖华、刘湘华、刘树华以刘复华为被告诉至长沙市某区人民法院。

[法律问题]

本案应适用什么地方的法律？被继承人刘汉源的住所应如何确定？

思路：涉外继承→没有遗嘱→法定继承→动产适用被继承人死亡时经常居所地（台湾地区）的法律。

法律适用法 19 条和 20 条

I. Capacity for Right of the Natural person 自然人的权利能力

i. The Concept

自然人权利能力是指自然人享有民事权利和承担民事义务资格。权利能力和权利是既有联系又有区别的两个概念。

ii. The Conflict

(1) 权利能力的开始

[案例] 一个住所法国的法国妇女与一个住所英国的英国男子非法同居，生下一个没有生命力的婴儿并很快死去，但他的父亲却死于他死之前，并在死前留下个遗嘱把他的财产遗赠这个即将出生的婴儿。如果依《法国民法典》第 906 条第 3 款，可以否定这个婴儿取得这笔财产的权利，但是如果依英国法，由于英国法无此种限制，他则可以取得这笔财产。

(2) 权利能力的终止

(3) 自然人权利能力的法律适用

- 适用各该法律关系的准据法所属国法律。
- 适用法院地法。

C. 适用当事人的属人法。(大部分国家)

(4) 中国的有关规定

2010 年我国《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。

Article 11 The capacity for civil rights of natural persons shall be governed by laws of their habitual residence.

iii. Jurisdiction and application of the law for the foreign related declaration of disappearance or death

1. Jurisdiction of declaration disappearance or death

- 由国籍国管辖。
- 由住所地国宣告。(公共秩序和经济利益)
- 失踪者本国法院管辖为原则，住所国管辖为例外。

2. Application of the law

适用属人法(尤其是本国法); 法院地法。

Article 13 Where a natural person is to be declared missing or dead, laws of the habitual residence of the natural person shall apply.

2010 年《涉外民事关系法律适用法》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律。

[问题] 你认为中国应该如何规定死亡和失踪宣告的管辖权问题?为什么?

IV. Disposing Capacity of the Natural person

1. 自然人行为能力冲突的原因

- (1) 各国对成年年龄的规定不同: 18、20、24、25。
- (2) 各国对完全无行为能力和限制行为能力年龄界线的规定的差别: 7 岁; 中国《民法通则》却以 10 周岁作为区分界线, 2017 年《民法总则》以 8 周岁作为区分界线。
2017 年《民法总则》第 19 条: 第 20 条
- (3) 各国关于成年人因某种原因而宣告其为无行为能力人或限制行为能力人的制度各不相同 (interdiction)

2. 自然人行为能力的法律适用

当事人属人法

[例外或限制]

- ① 处理不动产的行为能力和适用于侵权行为的责任能力, 分别适用物之所在地法和侵权

行为地法；

② 有关商务活动的当事人的行为能力也可适用商业行为地法。

2. 中国的规定

- 我国《民法通则》第 143 条
- 最高人民法院《关于贯彻执行(中华人民共和国民法通则)若干问题的意见(试行)》第 179-181 条又作了进一步的补充
- 2010 年我国《涉外民事关系法律适用法》第 12 条对此作了新规定，自然人的民事行为能力，适用经常居所地法律。**自然人从事民事活动，依照经常居所地法律为无民事行为能力，依照行为地法律为有民事行为能力的，适用行为地法律，但涉及婚姻家庭、继承的除外。**

Article 12 The capacity for civil conduct of natural persons shall be governed by laws of their habitual residence.

In the event that a natural person engages in civil activities, where he/she has no civil conduct capacity in accordance with the laws of the habitual residence but has such capacity in accordance with lex loci actus, the latter shall prevail, except for matters relating to marriage, family and succession.

自然人的民事行为能力，适用经常居所地法律。

自然人从事民事活动，依照经常居所地法律为无民事行为能力，依照行为地法律为有民事行为能力的，适用行为地法律，但涉及婚姻家庭、继承的除外。

4. 涉外禁治产宣告的管辖权与法律适用

- (1) 禁治产的概念：指禁止为财产方面的法律行为。(禁治产者)
- (2) 禁治产宣告的管辖权：
多数国家立法除承认本国法院管辖权外，把居住地国法院管辖作为补充。
- (3) 禁治产宣告的准据法：
a. 禁治产宣告原因的准据法：禁治产人的本国法；宣告地国家的法律。
b. 禁治产宣告效力的准据法：同样有两种做法。

5. 连结点的改变对自然人行为能力的影响

属于实际法律冲突中的“动态冲突”，大致有两种情况。

- (1) 一个依其原属人法为未成年的人，后来在一个成年年龄较其原属人法规定为低的国家取得了住所或国籍，依后一属人法他已成年。在这种情况下，一般都主张应承认他已取得成年人资格而且有完全行为能力。
另一种情况是，一个在成年年龄较低的国家已成年的人，因实际连结点的改变，依他的新属人法规定还未成年，依原属人法他已取得的完全行为能力能否得到保留。对于这种情况，又有三种不同主张。

[案例分析] 荷兰公民马克行为能力确认和法人行为能力案

荷兰籍男青年马克，21 岁，2011 年 8 月来中国旅游，在某风景区一户少数民族农家，看中套当地人的民族服装。经协商，以随身携带的照相机与之互易。马克打电话给好友，告知此事。其朋友称这笔交易不合算，劝马克把照相机换回来，马克回到农家商谈返还之事，农家不同意。马克遂以自己时年不满 23 岁，按其本国法(荷兰法律规定 23 岁为成年年龄)尚未成年，不具有完全民事行为能力，所为民事行为无效为由，诉至我国法院。

(一) 问题

- 1、马克依其本国法未成年为由主张合同无效是否有理?为什么?
- 2、假设马克 25 岁，是在乙国登记注册的家公司的总经理，在中国旅游期间，马克看中一种玉器饰物遂以公司名义与当地外置进出日公司签订购买 1000 套玉器饰物的合同。后因资金问题，马克反悔。马克以其本国法规定玉器是国家专营商品，本公司不具有经营玉器商品的行为能力为由，主张合同无效。问：应适用何国法律认定该法人的行为能力?

(二) 分析

- 1、本案中，马克的行为能力依据我国《涉外民事关系法律适用法》第 12 条的规定，应适用行为地法，即中国的法律来认定，马克现在 21 岁，按中国法律年满 18 周岁的正常人为

完全民事行为能力人，马克具有完全民事行为能力，不得主张合同无效。

2、依据我国《涉外民事关系法律适用法》第 14 条的规定，法人的民事行为能力适用登记地法律。本案中，外方公司在乙国登记注册，因此，应使用过乙国法律认定该法人的行为能力。

Section Three: Legal Person 法人

I. Nationality of Legal Persons

II. Domicile of legal Persons

III. Certification and Licensing of Legal Persons

Disposing Capacity and Legal capacity of Legal persons

I. Nationality of Legal Persons

（一）法人的国籍及确定标准

1、法人国籍的重要意义

(1)法人享有相应法律地位的依据；

(2)国家在确定国际民事管辖权时的重要依据；

(3)法人在外国遭到损害而根据该外国的国内司法程序得不到救济时，请求本国通过外交手段向该国寻求保护的唯一法律纽带；

(4)决定法人属人法的基本标准。

（二）确定法人国籍的不同学说

某一公司为甲国人集资所组成，但其登记注册地为乙国，董事会或管理中心设于丙国，而实际经营的业务却在丁国，请问哪一国家是该公司的国籍国？

(1) real seat theory 法人住所地说；

(2) 组成地说以及与之直接相关的登记国说或准据法说: incorporation theory

(3) 法人成员国籍说；

(4) 实际控制说；

(5) 复合标准说。

（三）跨国公司的国籍确定

在确定跨国公司的国籍时，应该将母公司与子公司区别开来，将分布在不同国家的子公司逐个区别开来，而后，按照内国的确定法人国籍的标准，结合个案的具体情况分别确定跨国公司及其子公司的国籍。

（四）中国确定法人国籍的立法与实践

中华人民共和国成立初期，在清理外国人在华企业时，为了肃清帝国主义在华特权，主要采法人资本实际控制说。双轨制（国内国外分开）

目前，对外国法人国籍的确定，我国采注册登记国说。

对中国内国法人国籍的确定，则采**法人成立地和准据法复合标准**，故只有依照中国法律组成并且在中国境内设立的法人才能取得中国内国法人的资格。

II. Domicile of Legal Persons 法人住所

许多大陆法系国家不承认法人具有自然人意义上的住所(domicile)或居所(residence),而只是关注法人的所在地(seat)。通常，法人的所在地就是法人的管理中心或主事务所所在地。而英美国家认为，法人有其住所。

（一）管理中心所在地说

管理中心所在地说又称主事务所所在地说。这种主张认为，法人的管理中心是法人的首脑机构，故法人的住所应该是它的管理中心或主事务所所在地。西方发达国家多采这种主张。

★ 中国 2017 年《民法总则》第 63 条规定，法人以它的**主要办事机构所在地为其住所**。中国《公司法》第 10 条也作了相似规定。

The domicile of a legal person is the place where its principal business office is located. Where a legal person is required by law to register, the place where its principal business office is located shall be registered as its domicile.

（二）营业中心所在地说

此说认为，法人运用自己的资本从事经营活动的地方是该法人以实现其经营目的之所

在，故法人的住所应是法人实际上从事经营活动的所在地。
例如，埃及、叙利亚等国便认为法人住所应在其营业中心地。

(三)法人住所依其章程之规定说

由于法人之登记，一般应于其章程中明确指明其住所，故如 1907 年《瑞士民法典》第 56 条便规定，法人的住所，依法人章程的规定(而在章程无规定时，则以执行其事务之处所为法人住所)。

(四)成立地说

法人的住所类推于自然人的原始住所，即法人的住所，在其成立地。英国、美国和印度等国即采此说。

此外，法人居所也是影响法人属人法的一个重要联结因素，在英国甚至被认为是“最重要的联结因素”。

[案例分析] 苏伊士运河公司国有化案——法人国籍的确定[案情介绍]

1956 年埃及把苏伊士运河公司收归国有。其理由是:按照国际私法，苏伊士运河的营业中心地在埃及，是埃及公司，埃及有权将其收归国有。埃及的国有化政策遭到英法的反对，英法认为苏伊士运河公司的董事会这个最高管理机关在英国，其资本属于英法两国的自然人、法人所有。苏伊士运河公司不是埃及公司，埃及无权对其采取国有化的政策。但埃及不理睬英法的抗议。于是英法组织联军向埃及发动进攻，这就是所谓的“苏伊士运河战争”，结果英法被打败。[法律问题]

在确定苏伊士运河公司国籍时，埃及和英法分别采用了什么标准?

III. Certification and Licensing of Legal Persons

(一) 外国法人认许的概念

所谓外国法人的认许，即对外国法人以法律人格者在内国从事民商事活动的认可，它是外国法人进入内国从事民商事活动的前提。

对外国法人是否许可其在内国活动，应分别从两个方面加以解决:是该组织是否已依外国法成立为法人，二是依外国法已有效成立的外国法人，内国法律是否也承认它作为法人而在内国存在与活动。

(二) 外国法人认许的程序

(1)特别认许程序

(2)概括认许程序(又称相互任许程序)

(3)一般认许程序

(4)分别认许程序

(三) 中国有关外国法人认许的规定

1、外商的活动主要方式

临时来华进行贸易活动;在中国直接投资;以外国公司或企业名义在中国设立分公司或代表机构等分支机构。

2、认许方式

一般许可

均为中国法人，故不存在认许问题

特别认许承认

IV. Disposing Capacity and Legal capacity of Legal Persons

(一)法人权利能力和行为能力的法律冲突

(1)产生原因:各国民法关于法人权利能力和行为能力的规定是不尽相同的。

(2)法人的权利能力和行为能力同时开始，并且二者的范围也是一致的。因此，对于法人的权利能力和行为能力的法律冲突，国际私法上是采用同一冲突规则来解决的，即适用法人的属人法。

(3)但外国法人在内国活动，首先必须遵守内国的法律，所以，在具体的权利能力和行为能力等问题也还得同时受内国的外国人法的控制和制约。

(二)法人属人法的确定

(1)法人属人法主要果法人国籍国法说。但确定法人国籍的标准如前所述，有各种不同的主张。

- (2) 中国目前对外国法人采注册登记地为确定其国籍的标准,并以该国法律为其属人法。
2010 年《涉外民事关系法律适用法》第 14 条规定
(3) 2012 年《法律适用法》若干问题的解释(一)》第 16 条规定

(三)法人属人法的适用范围

- (1)法人的成立和法人的性质;
- (2)法人的权利能力;
- (3)法人的内部体制和对外关系;
- (4)法人的解散;
- (5)法人的合并或分立对前法人债务的继承问题等。

[案例分析] 荷兰公民马克行为能力确认和法人行为能力案

荷兰籍男青年马克,21 岁,2011 年 8 月来中国旅游,在某风景区一户少数民族农家,看中套当地人的民族服装。经协商,以随身携带的照相机与之互易。马克打电话给好友,告知此事。其朋友称这笔交易不合算,劝马克把照相机换回来,马克回到农家商谈返还之事,农家不同意。马克遂以自己时年不满 23 岁,按其本国法(荷兰法律规定 23 岁为成年年龄)尚未成年,不具有完全民事行为能力,所为民事行为无效为由,诉至我国法院。

(一) 问题

- 1、马克依其本国法未成年为由主张合同无效是否有理?为什么?
- 2、假设马克 25 岁,是在乙国登记注册的家公司的总经理,在中国旅游期间,马克看中一种玉器饰物遂以公司名义与当地外置进出口公司签订购买 1000 套玉器饰物的合同。后因资金问题,马克反悔。马克以其本国法规定玉器是国家专营商品,本公司不具有经营玉器商品的行为能力为由,主张合同无效。问:应适用何国法律认定该法人的行为能力?

(二) 分析

- 1、本案中,马克的行为能力依据我国《涉外民事关系法律适用法》第 12 条的规定,应适用行为地法,即中国的法律来认定,马克现在 21 岁,按中国法律年满 18 周岁的正常人为完全民事行为能力人,马克具有完全民事行为能力,不得主张合同无效。
- 2、依据我国《涉外民事关系法律适用法》第 14 条的规定,法人的民事行为能力适用登记地法律。本案中,外方公司在乙国登记注册,因此,应使用过乙国法律认定该法人的行为能力。

第五章 婚姻家庭关系的法律适用

China of Law in marriage and Family Law

Content:

Section one: Choice of Law in Marriage (marrigae, divorce and the validity of marriage)

Section two: Choice of Law in Family (parenge, Adoption, Guardianship, Maintenance)

【案例分析】外国留学生哈密勒在中国申请结婚案

哈密勒时某国来中国的留学生,来中国前已在本国有妻了,在中国留学居住一年后,哈密勒认识了某公司职员职工中国公民刘某,双方交往频繁产生了感情,于是提出结婚。因哈密勒在本国原有妻子,刘某所在单位的同事强烈反对,刘某父母也极力反对这件事,刘某却愿意同哈密勒结婚,于是哈密勒即以其本国法律允许一夫多妻刘某自愿同其结婚为由,2011 年 9 月向刘某户籍所在地市民政局提出与刘某结婚的申请,请求发给双方结婚证。

【法律问题】

- 1、哈密勒以其本国法为依据要求在中国结婚登记的理由是否成立?
- 2、本案应如何处理?

一、婚姻关系 Application of Law for Marry

- 1、The conflict of Substantial Requirements and its Lex Cause
- 2、The conflict of Formal Requirements and its Lex Cause
- 3、Legislation and Judicial Practice in China

一、An introduction

A valid marriage always need to two requirements, the substantial requirements and formed requirements.

The Chinese Marriage Law 《中国婚姻法》

i. The conflicts of substantial requirements and its lex cause

- 1、The conflict of substantial requirements

* The necessary requirements:

- (1) the parties' free will
- (2) the full age

→ 各国规定的法定婚龄幅度差异大:

西班牙: 14-16 岁; 阿根廷和希腊: 男 14 岁, 女 12 岁;

墨西哥、菲律宾、葡萄牙: 男 16 岁, 女 19 岁;

我国香港地区: 男女各 16 岁;

日本、荷兰、我国台湾地区: 男 18 岁、女 16 岁;

英国、德国、波兰、南斯拉夫、新加坡、智利等国: 男女均 18 岁;

美国各州规定男 18-21 岁不等、女 15-18 岁不等

韩国: 男 18 岁、女 17 岁;

印度、瑞典: 男 21 岁、女 18 岁;

- (3) no bigamy

一夫多妻制, 按照伊斯兰教的交易, 一个男人最后允许娶四个女人, 不过实际上穆斯林教大多是一夫一妻制。

今天, 主要是一些非洲国家和穆斯林国家允许一夫多妻制存在, 如塞内加尔、乌干达、利比亚、斯威士兰(据说有一位总统有 120 位妻子)、埃及、苏丹、埃塞俄比亚、也门、阿联酋、卡塔尔、巴林、约旦、伊拉克沙特阿拉伯、阿曼、摩洛哥、索马里、南非、泰国、印度等。

* The prohibitive 必须禁止的条件:

- (1) 不得重婚
- (2) no marriage between near relatives 近亲属间不得重婚(我国规定直系血亲和三代以内的旁系血亲不得结婚)
- (3) no same sex marriage 同性不得结婚

i. The conflict of substantial requirements and its lex causae(婚姻的实质要件)

(ü) The lex causae of the substantial requirements:

. A. lex loci celebrationis

B. the personal law of the parties (domicile or nationality)

C. compound ways: primarily apply the lex loci celebrationis, and sometimes considers the personal laws of the parties, or just the opposition. Such as the Switzerland Commonwealth private

international law code(1987)and Hungary private international law (1979). Presumption in favor of marriage.

→ 适用婚姻举行地法的理由与利弊:

对于这一法律适用原则的理由依据:

- 1、它来源于古老的“场所支配行为”的原则;
- 2、应将依婚姻举行地法缔结的婚姻视为一种特权,其他国家应予以承认和保护;
- 3、婚姻的缔结,事关缔结地的善良风俗和公共秩序;
- 4、结婚是指要件依据缔结地法渐变易行,单纯依缔结地法,容易导致法律规避现象的产生,会使婚姻大量增加。

许多国家认为婚姻关系属于身份关系,其准据法应与确定自然人身份能力的法律相同,因而结婚实质要件适用当事人属人法。

★ 补充知识点:

本国法和住所地法的区别:

如当事人的属人法不同,各国的做法如下:

- 1、**适用丈夫属人法**, (有悖于男女平等原则, 目前仅拥有西班牙、意大利、等有此规定)
- 2、**分别适用各自属人法**, 如《日本法例》第 13 条规定:“婚姻成立要件, 依各自当事人本国法律。”这种规定较为宽松, 有利于婚姻关系的成立了。类似的立法可见于波兰、奥地利的秘鲁等国的立法。
- 3、**重叠适用当事人属人法**, 即男女双方结婚必须同时符合双方所属国婚姻的规定。如 1979 年《匈牙利国际私法》第 31 条规定:“婚姻有效的实质要件依双方当事人缔结婚姻时共同属人法, 如果双方当事人属人法在缔结婚姻时不同, 婚姻只有满足双方当事人所要求的实质要件时才认为有效。”这种规定比较严格, 采用的国家不多。

二、结婚形式

- 1、**民事登记制**: 指当事人只要到法定登记机关履行登记手续, 婚姻即告成立的制度 (日本、蒙古、保加利亚、墨西哥、古巴等国)
- 2、**宗教仪式制**: 指结婚须按照自己的宗教信仰, 公开举行一定的仪式, 取得社会承认, 婚姻才能成立的制度。
- 3、**登记与仪式结婚制**: 既要求进行登记, 又要求举行宗教仪式 (罗马、匈牙利、南斯拉夫等国)
- 4、**事实婚姻**: 指只要男女双方以夫妻名义同居, 婚即告有效的制度 (冰岛、苏格兰、美国的部分州, 以及我国有限度地承认。)

三、Legislation and Judicial Produce in China

(i) Legislation

2010 年《涉外民事关系法律适用法》对此作出了新的规定

第 21 条 (实质要件)

Article 21 Conditions for marriage shall be governed by laws of the common habitual residence of both parties concerned. In the absence of a common habitual residence, common law of the parties shall apply. Where the parties are of different nationalities, and the parties get married in the habitual residence or country of nationality of either party, laws of the place of marriage shall apply.

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。

领事婚姻(consular marriage):

是指驻在国不反对的前提下, 一国授权其驻外领事馆代表为本国侨民依本国法律规定的方式办理结婚手续, 成立婚姻的制度。

(1) 首先, 派遣国领事必须征得驻在国的同意, 才能为其侨民等举行婚姻。

(2) 其次, 有些国家在领事婚姻要求实行**对等原则**。

(3) 最后, 经驻在国同意, 由一国授权的驻外领事办理的婚姻, 在派遣国和驻在国都属有效, 在任何**第三国**, 也是有效的婚姻, 但如果驻在国不承认(虽不反对)领事, 只有在派遣国有效, 在驻在国则无效, 对第三国来说, 该婚姻也有可能被认为无效。

2010年《涉外民事关系法律适用法》(形式要件)

22条 结婚手续, 符合婚姻缔结地法律、一方当事人经常居所地法律或者国籍国法律的, 均为有效。

Article 22 Formalities for marriage shall be valid if they are in compliance with the laws of the place of marriage, or the laws of the habitual residence or lex patriae of either party.

二. 离婚的法律适用

一、离婚的管辖权

1、主张对住所设在内国的当事人的离婚行使管辖;

2、主张对凡具有内国国籍的当事人的离婚行使管辖。

* 不符合内国法所承认的管辖权标准而由外国法院作出的离婚判决, 能不能行使内国的承认和执行? 不能

* 1970年 海牙《关于承认离婚与司法分居公约》

二、离婚的法律适用

关于离婚的法律适用, 有以下几种不同的主张与实践:

(一) 法院地说

(二) 属人法说

(三) 选择或者重叠适用当事人属人法和法院地说

(四) 适用有利于实现离婚的法律说

三、中国有关涉外离婚的法律规定

(一) 离婚的管辖权

1、协议离婚

根据中国 2003 年《婚姻登记条例》的规定, 中国公民在同外国人在中国内地自原离婚的, 内地居民同香港居民、澳门居民、台湾居民、华侨在中国内地自原离婚的, 男女双方应当共同到内地居民常住户口所在地的婚姻登记机关办理离婚登记。

2、诉讼离婚

根据中国 1991 年《民事诉讼法》第 21 条, 第 22 条的规定, 中国法院受理涉外离婚案件时, 采取原告就被告的原则, 只要被告在中国有住所或经常居所地, 中国法院就有管辖权。同时, 对于被告不在中国境内居住的离婚案件。如原告在中国境内有住所或经常居住地, 则原告住所地或经常居住地法院也有管辖权。

另外, 2015 年最高人民法院《关于适用〈民事诉讼法〉的解释》第 13-17 条规定, 中国法院在以下情况下也有管辖权:

(1) 在**国内结婚并定居国外**的华侨, 如定居国法院以**离婚诉讼须由婚姻缔结地法院管辖为由**不予受理, 当事人向人民法院提出离婚诉讼的, 由婚姻缔结地或者一方在国内的最后居住地人民法院管辖。

(2) 在**国外结婚并定居国外**的华侨, 如定居国法院以**离婚诉讼须由国籍所属国法院管辖为由**不予受理, 当事人向人民法院提出离婚诉讼的, 由一方原住所地或者在国内的最后居住地人民法院管辖。

(3) 中国公民**一方居住国外, 一方居住在国内**, 不论哪一方向人民法院提起离婚诉讼, 国内一方住所地人民法院都有管辖权, 国外一方在居住国法院起诉, 国内一方向人民法院起诉的, 受诉人民法院有权管辖。

(4) 中国公民**双方在国外但未定居**, 一方向人民法院起诉离婚的, 应由原告或者被告原住所地人民法院管辖

(5) **已经离婚的中国公民**, 双方均定居国外, 仅就国内财产分割提起诉讼的, 由主要财产所在地人民法院管辖。

(二) 离婚的法律适用

1、中国 1986 年《民法通则》第 148 条规定，中华人民共和国公民和外国人离婚，适用受理案件的法院所在地法律。

2、最高人民法院《民通意见》第 118 条规定，我国法院受理的涉外离婚案件，离婚以及因离婚而引起的财产分割，适用我国法律。认定其婚姻是否有效，适用婚姻缔结地法律。

3、2010 年《涉外民事关系法律适用法》作了新的规定：

第 26 条规定：协议离婚，当事人可以选择适用一方当事人经常居住地法律或者国籍国法律。当事人没有选择的，适用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；没有共同国籍国的，适用办理离婚手续机构所在地法律。

第 27 条规定，诉讼离婚，适用法院地法律。

第三节 婚姻效力

(1) 人身关系

(2) 财产关系

一、夫妻人身关系的法律适用

(一) 关于夫妻人身关系的法律冲突的解决，大致形成了以下几种理论与实践：

- 1、适用丈夫的本国法
- 2、适用夫妻共同属人法或与夫妻有更密切联系的法律
- 3、原则上适用属人法，但在特定问题上得依行为地法
- 4、采用结果选择方法

→ 我国：2010 年中国《涉外民事关系法律适用法》第 23 条规定

夫妻人身关系，适用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。（如果夫妻没有共同国籍，则根据该法第 2 条第 2 款规定的**最密切联系原则**确定准据法。）

夫妻人身关系：同居，忠贞义务和抚养义务，

（涉外抚养适用另外的冲突规则，非 23 条）

二、夫妻财产关系的法律适用

→ 四个问题

- (1) 是否与婚姻的人身效力适用同一个法律？
- (2) 是否允许当事人自主选择财产并自主选择支配财产制的法律？
- (3) 动产不动产在法律适用上采区别制还是同一制？
- (4) 支配夫妻财产关系的法律可否变更？

→ 答案分析

(1) 关于是否与婚姻的人身效力适用同一个法律的问题

- 在早先实践中，不但处理婚姻的成立和婚姻的人身效力多只适用丈夫的属人法，而且在婚姻的财产效力上，亦得以此法为准据法。
- 当代新的立法，不但在婚姻人身效力上已基本上排斥只适用夫一方的属人法的做法，而且在其财产效力上，也多不要求律只能将支配婚姻人身效力的法律适用于财产效力了。

(2) 关于是否允许当事人自主选择财产制并自主选择支配财产制的法律的问题

- 1、目前的实体法制度不但大都允许协议选择实行约定财产制或法定财产制，而且只有在夫妻未选择约定财产制时才实行法定财产制。
- 2、至于是否允许自主选择支配财产制的法律，则主要有两种不同的态度：

a、允许选择。首先适用双方共同选择的法律，在没有选择时，则适用冲突法指定的其它法律。

b、在采用约定财产制时，允许当事人协议选择法律，但在采用法定财产制时，当事人不得选择法律。

(3) 有些国家采用区别制，财产性质不一样，涉及不动产当地法律

统一制：复杂

(4) 关于支配夫妻财产关系的法律可否变更的问题

- 目前不少立法取“可变更主义”态度
- 但也有主张“不变更主义”的。

2010 年中国《涉外民事关系法律适用法》第 24 条规定，
夫妻财产关系，当事人可以协议选择适用一方当事人经常居所地法律、国籍国法律或者主要财产所在地法律。当事人没有选择的，适用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。如果夫妻没有共同国籍，则根据该法第 2 条第 2 款规定的最密切联系原则确定准据法。

第二节 家庭关系的法律适用

一、父母子女关系的法律适用

子女准证、涉外收养、父母子女关系

一、准正问题

(一) (婚生) 子女的准正

关于子女是否为婚生的准据法，有以下几种主张：

1、父母属人法

- (1) 生母之夫的属人法，尤其是他的本国法。
- (2) 子女出生时生母的属人法。
- (3) 父母双方的属人法。
- (4) 分别适用父母各自的属人法。

2、子女属人法

3、决定婚姻有效性的法律

4、对子女婚生更为有利的法律

(二) (非婚生) 子女的准正

1、就准正的方式和条件而言，一般是三种作法：

- (1) 父母事后婚姻；
- (2) 认领；
- (3) 国家行为。

2、关于准正的准据法的确定：

- (1) 有些国家并不分别各种不同的准正方式，只是笼统地规定准正应适用的法律。
- (2) 有些国家分别规定了依事后结婚、认领及国家行为准正所应适用的法律。

二、涉外收养的法律适用

1、收养成立的法律适用

- (1) 形式要件，大都只主张适用收养成立地法。
- (2) 实质要件的准据法选择主要有以下几种立法与实践：
 - a. 适用法院地法或有管辖权的主管机关所属国法。
 - b. 适用收养人属人法。
 - c. 分别适用收养人和被收养人本国法或适用其共同本国法。

d.适用被收养人的属人法。

2、收养效力的法律适用

(1)适用收养人的属人法。

(2)根据不同情况，分别适用收养人和被收养人的属人法。

(3)原则上适用收养人和被收养人共同的本国法或共同住所地法，以其他法律作为补充。

(4)适用被收养人的本国法。

3、收养解除的法律适用

(1)采取与收养成立相同的准据法。

(2)采取与收养效力相同的准据法。

4、中国关于涉外收养的立法（重点）

• 1991年《收养法》第21条：外国人依照本法可以在中华人民共和国收养子女。

• 民政部根据《收养法》于1999年5月25日发布的《外国人在中华人民共和国收养子女登记办法》。

• 中国于2005年批准加入了1993年海牙《跨国收养方面保护儿童及合作公约》。

• **2010年中国《涉外民事关系法律适用法》第28条规定：（收养采用的是分割制，监护是统一制）**

a 收养的条件和手续，适用收养人和被收养人经常居所地法律（重叠规定）。

b 收养的效力，适用收养时收养人经常居所地法律。

c 收养关系的解除，适用收养时被收养人经常居所地法律或者法院地法律。

三、父母子女关系的法律适用

1、父母子女关系的法律适用主要有以下几种做法

(1)主张适用双亲的属人法

(2)主张适用子女的属人法

(3)主张适用亲子双方共同本国法

2、2010年中国《涉外民事关系法律适用法》第25条规定

• 父母子女人身财产关系，适用共同经常居所地法律；

• 没有共同经常居所地的，适用一方当事人经常居所地法律或者国籍国法律中更有利于保护弱者权益的法律。

第五节 抚养的法律适用

一、抚养案件的管辖权

• 英美法系国家一般以住所为行使管辖权的依据。

• 大陆法系国家一般以国籍或住所为行使管辖权的依据。

• 根据我国《民事诉讼法》第21条、第22条第1款的规定，

• 中国法院在受理涉外抚养案件时，采取原告就被告的原则，只要被告在中国有住所或经常居住地，中国法院就有管辖权。同时，对于被告不在中国境内居住的涉外抚养案件如原告在中国境内有住所或经常居住地，则原告住所地或经常居住地法院也有管辖权。

二、抚养关系的准据法

• 有的国家对三类抚养分别规定准据法

(1) 配偶之间的抚养抚养

(2) 亲子之间的抚养

(3) 其他亲属之间的抚养

- 有关扶养法律适用的立法:
 - (1) 适用被扶养人的属人法 (较多)
 - (2) 适用扶养义务人的属人法
 - (3) 适用双方的共同属人法。

三、中国关于扶养法律适用的规定

- (1) 《民法通则》第 148 条: 扶养适用与被扶养人有最密切联系的国家的法律。
 - (2) 《民通意见》第 189 条: “……扶养人和被扶养人的国籍、住所地以及供养被扶养人的财产所在地, 均可视为与被扶养人有最密切的关系。”
 - (3) 2010 年中国《涉外民事关系法律适用法》第 29 条规定,
 - **扶养, 适用一方当事人经常居所地法律, 国籍国法律或者主要财产所在地法律中更有利于保护被扶养人权益的法律。**
 - 对该条的适用范围, 中国学者的意见和最高人民法院的司法解释都认为, “扶养”一词应作广义解释, 不同于中国《婚姻法》第 4 条中的扶养权仅是指夫妻之间的扶养, 而是包括父母子女相互之间的扶养, 夫妻相互之间的扶养以及其他有扶养关系的人之间的扶养。
- 案例张伟明受监护、抚养争议案

第六节 监护的法律适用

一、监护案件的管辖权

- (1) 对于监护案件, 各国一般以住所、居所或国籍为依据行使管辖权。
- (2) 根据我国《民事诉讼法》第 21 条、第 22 条第 1 款的规定,
 - 中国法院在受理涉外监护案件时, 采取原告就被告的原则, 只要被告在中国有住所或经常居住地, 中国法院就有管辖权。同时, 对于被告不在中国境内居住的涉外监护案件, 如原告在中国境内有住所或经常居住地, 则原告住所地或经常居住地法院也有管辖权

二、监护的准据法

- (一) 被监护人的属人法
- (二) 法院地法
 - 另外, 目前一些新冲突法在某些涉及监护人的利益方面(如是否可以拒绝接受担任监护), 也允许适用监护人的本国法。

三、中国关于涉外监护法律适用的规定

- 《民通意见》第 190 条规定, “监护的设立、变更和终止, 适用被监护人本国法律。但是, 被监护人在我国境内有住所地的, 适用我国的法律。”
- 2010 年中国《涉外民事关系法律适用法》第 30 条规定:
 - 监护, 适用一方当事人经常居所地法律或者国籍国法律中更有利于保护被监护人权益的法律。**

第六章 继承的法律适用

一、遗嘱继承的法律适用

- 立嘱能力、遗嘱方式、遗嘱效力、遗嘱解释、遗嘱撤销
 - (一) 立嘱能力的准据法**

1、立嘱能力的法法律适用

a.一般认为应适用立嘱时立嘱人的属人法解决。

b.也有的国家采取放宽的态度，对立嘱能力适用多种连结因素指引准据法。

- 例如，1987年《瑞士联邦国际私法法规》第94条规定，只要立嘱人的住所地法律或惯常居所地法律确认立嘱人有立嘱能力的，立嘱人即具有立嘱能力。

c.为了使对位于他国的不动产遗产的处分得到不动产所在地的承认，关于遗产中不动产的立嘱能力一般均适用于不动产的所在地法。

2、动态冲突的解决

在适用当事人的属人法时，如立嘱时与死亡时的属人法连结点发生了改变，究竟是适用前一连结点还是后一连结点指引的属人法，主要有以下主张：

- (1)主张应适用新连结点所指引的法律。
- (2)主张应适用立嘱时的连结点。
- (3)采用结果选择方法，适用能使遗嘱有效成立的属人法。

(二) 遗嘱方式的准据法

1、遗嘱的方式包括遗嘱是否必须采用书面形式，是否必须经过公证等问题。

关于亲笔遗嘱的问题。有的国家认为应属立嘱能力问题（即成立遗嘱的实质要件），而其他国家（包括中国）则认为应属于遗嘱方式方面的问题。

2、遗嘱方式有效性的准据法：

- (1)一些国家不区分动产与不动产，统一规定应适用的法律，一般采用属人法和行为地法为准据法。
- (2)另一些国家则区分动产与不动产分别规定应适用的法律，即不动产遗嘱方式适用不动产所在地法，动产遗嘱方式适用的法律则比较灵活。

(三) 遗嘱效力的准据法

- 英国学者认为，关于前面讲到的立嘱能力仅限于立嘱人的身份能力，例如未成年人、已婚妇女或在身体或精神方面有疾病的人是否能够以及在多大程度上能够订立遗嘱。
- 至于在肯定他有上述能力的前提下，他是否还有财产方面的能力，如是否有权将财产不给其妻子、子女等，应称为“遗嘱的实质有效性或遗嘱的效力”(effects of will),它只能由决定遗嘱实质有效性的准据法(往往又被称为继承的准据法)来支配，而不受上述立嘱能力的准据法制约。

三、遗嘱效力的准据法

英国学者认为，关于前面讲到的立嘱能力仅限于立嘱人的身份能力，例如未成年人、已婚妇女或在身体或精神方面有疾病的人是否能够以及在多大程度上能够订立遗嘱。

至于在肯定他有上述能力的前提下，他是否还有财产方面的能力如是否有权将财产不给其妻子、子女等，应称为“遗嘱的实质有效性或遗嘱的效力”(effects of will),它只能由决定遗嘱实质有效性的准据法(往往又被称为继承的准据法)来支配，而不受上述立嘱能力的准据法制约。

四、遗嘱解释的准据法

在确定遗嘱解释应适用的法律时，一般主张按一般契约的解释规则即依当事人自主选择的法律进行。如立嘱人未指明应适用的法律，则可依其住所地法。

例如英国学者莫里斯的主张和1971年《美国第二次冲突法重述》第240条、第264条的规定。

(五) 遗嘱撤销的准据法

- 对于新遗嘱是否能废除旧遗嘱，多主张由决定新遗嘱成立的准据法来回答。
- 对于当事人能否撤销新遗嘱，多数国家的立法规定适用遗嘱人的属人法。
- 烧毁或撕毁遗嘱行为是否构成对遗嘱的撤销，取决于此种行为能否发生这样的效果，这当由继承准据法决定。

二、法定继承的法律适用

(一) 法定继承准据法的几种主要制度

1、单一制

- 单一制又称同一制(unitary system)，是指在涉外继承中，对死者的遗嘱不区分动产和不动产，也不问其所在地，其继承统一由死者死亡时的属人法支配。
- 由于住所和国籍是确定属人法的两大原则，因而上述冲突规则又表现为两种形式：
 - (1) 继承依被继承人死亡时的住所地法。
 - (2) 继承依被继承人死亡时的本国法

2、分割制

分割制 又称区别制 (Scission system) 是指在涉外继承中，将死者的遗产区分为动产和不动产。分别适用不同冲突规范所指引的准据法，即动产适用死者的属人法，不动产适用物之所在地法。

(二) 继承准据法的适用范围

继承的准据法一般应适用于以下几方面的问题：

- (1) 继承的开始及开始的原因；
- (2) 什么样的人能成为继承人；
- (3) 继承财产的范围及移转权；
- (4) 继承开始的效力；
- (5) 遗产管理和遗嘱的执行；
- (6) 无继承人的遗产的确定和归属。

三、我国规定

一、中国关于遗嘱法律适用的规定

中国 2010 年 《涉外民事关系法律适用法》

(1) 第 32 条规定，**遗嘱方式，符合遗嘱人立遗嘱时或者死亡时经常居所地法律、国籍国法律或者遗嘱行为地法律的，遗嘱均为成立。**

(2) 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。**

- “遗嘱效力”应作广义的理解，应包括除立嘱能力以外遗嘱的所有实质要件：遗嘱的内容、撤销和解释等。
- 立嘱能力的法律适用，在实践中可参照第 12 条关于一般民事行为能力法律适用的规定，立嘱能力适用自然人的经常居所地法律。但是也有学者认为上述“遗嘱效力”也涵盖立嘱能力。

二、中国关于法定继承的区别制

~~——(一) 1985 年《继承法》第 36 条，~~

~~——中国公民继承在中华人民共和国境内的遗产或者继承在中华人民共和国境内的外国人的遗产，以及外国人继承在中华人民共和国境内的遗产或者继承在中华人民共和国境外的中国公民的遗产，动产适用被继承人住所地法律，不动产适用不动产所在地法律。~~

~~——(二) 1985 年，《继承法》第 63 条~~

~~涉外继承，遗产为动产动产的，适用被继承人住所地法律，则适用被继承人生前最后住所地国家的法律。~~

~~(三) 1986 年，《民法通则》第 119 条~~

~~遗产的法定继承，动产适用被继承人死亡时住所地法律，不动产适用不动产所在地法律。~~

(四) 中国 2010 年《涉外民事关系法律适用法》

第 31 条规定，法定继承，适用被继承人死亡时经常居所地法律，但不动产法定继承，适用不动产所在地法律。

第 34 条 规定，遗产管理等事项，适用遗产所在地法律。

中国《继承法》第 6 条第 3 款和《民法通则》第 142 条第 3 款规定，如中国缔结或者参加的国际条约、协定对此有不同规定的，则适用国际条约、协定的规定，但中国目前还未参加任何有关继承法律适用的国际条约、协定。

案例：陈鉴泉诉钟慧娟等继承纠纷案

三、无人继承财产的法律适用

在中国，判断某项遗产是否为涉外无人继承财产，自应适用继承关系的准据法。

至于涉外无人继承财产的归属，根据中国 1985 年(继承法)第 32 条的规定，无人继承又无人受遗赠的遗产，归国家所有；死者生前是集体所有制组织成员的，归集体所有制组织成员的，归所在集体所有制组织所有。

此外，《民通意见》第 191 条规定，无人继承又无人受遗赠的遗产应作如下处理：(1)在中国境内死亡的外国人，遗留在中国境内的财产如果无人继承又无人受遗赠的，依照中国法律处理，即应根据中国(继承法第 32 条的规定处理 (2)两国缔结或参加的国际条约另有规定的，则依该条约办理。

• 例如，根据中国和蒙古等国的领事条约的规定，缔约任何一方公民死后遗留在缔约另一方领土上的无人继承财产中的动产，可以移交给死者所属国的领事处理”

• 中国 2010 年《涉外民事关系法律适用法》第 35 条作了新规定，无人继承遗产的归属，适用被继承人死亡时遗产所在地法律。

物权的法律适用：

01 物权的含义和分类

02 物权的法律冲突

03 物质所在地法

04 我国物权法律适用规则

05 物权法律适用案例分析

一、物权的含义

在英美法中，物权被称为“财产权”(real right)，物权，是指权利人在法律规定的范围内依其意志支配物，并排除他人不法干涉的权利。

二、物权的分类

(一) 按物权关系的客体划分

大陆法国家：动产物权、不动产物权

英美法国家：动产财产权、不动产财产权、对权益的所有权

(二) 按物权类型法定原则划分

自有权：所有权

他物权：用益物权（地役权、永佃权、典权）；担保物权（抵押权、质权、留置权）

三、涉外物权

涉外物权，是指具有涉外因素的物权或“财产权”

- (1) 物权主体为外国人
- (2) 物权客体处于外国
- (3) 引导物权产生、变更或消灭的法律事实发生在国外。

一、物权主体方面的冲突

- 挪威等国的法律规定：外国人在内国不能取得房屋的所有权而只能取得房屋租赁权；
- 外国人可以在我国取得房屋的所有权
- 我国目前的法律规定，土地所有权的主体仅限于国家和集体组织其中，矿藏、水流、水面、海陆资源则仅归国家所有

二、物权客体方面的冲突

- 德国和日本仅将土地及其固定在土地上的物视为不动产
- 法国法律则认为土地和地上设施的收益和固定附着物皆为不动产
- 德国的民法认为物权的客体仅为有体物
- 英国、美国和法国的法律认为，除有体物外。“权利财产”或“无体财产”也可以作为物权或财产权的客体

三、物权种类与内容方面的冲突

- 德国民法规定的法定他物权为地上权、地役权、先买权、抵押权、动产质权和不动产质权等
- 我国担保法关于质权只规定了动产质押和权利质押

四、物权的取得与变动规则方面的冲突

1、在物权的取得方面

- 《日本民法典》规定的物权取得方式为先占、遗失物拾得、埋藏物发现、财产附和、加工、添附、取得实效等
- 《意大利民法典》规定的物权的原始取得方式包括先占、发现、添附、加工、附和、混合及多种占有时效
- 我国目前的民事法规和政策所认可的原始取得方式仅为劳动生产、孳息、添附、拾得无主物、失散的饲养动物、先占、善意取得、没收、征收、税收。

2、在物权的变动规则方面

- 德国民法规定：动产移转以交付为变动要件。不动产移转以登记为变动要件。
- 日本和法国民法规定：动产和不动产移转依当事人意思表示为变动要件，交付和登记仅为对抗第三人之要件。

• 英、美国国家的法律不仅有允许财产依当事人意思表示而转移，而且允许当事人意思表示而移转，而且允许当事人约定在交付财产占有后仍保留所有权不变动，即“所有权保留条款”。

五、物权的保护方法方面的冲突

(1) “德国民法包括自力救助和公力救助占有保护和有权保护，还包括物权保护方法和债权保护方法等

(2) 法国民法对于物权保护的规定较为简练，依其占有保护制度，财产权利人仅在其占有物遗失或被盗窃时，才可以在时效期内主张财产返还之保护方法，其物上请求权制度也较德国法简单。

第三节 物质所在地法

一、物之所在地法的产生及发展

(1) “物之所在地法”，拉丁语表达为 *lex loci rei sitae*, *lex rei sitae*, *lex situs*. 该原则是由 14 世纪意大利“法则区别说”首先提出来的，但当时只适用于不动产；

(2) 对动产物权则适用“动产随人”(mobilia sequuntur personam)或“动产附骨”(mobilia ossibus inhaerent)的冲突原则，即动产物权，应随人之所至，用当事人的住所地法(亦即原属城邦的法律)来解决。

(3) 到 19 世纪，尽管这一古老的原则仍为某些国家的民法典所坚持，但从那时以后，对动产不动产统一适用物之所在地法渐居主导地位。

二、物之所在地的确定

物之所在法来调整物权关系，首先要解决如何确定物之所在地的问题，对此，各国的普遍实践可归纳为以下几点：

(1) 就不动产和有体动产而言，物之所在地应为它们物理上的所在地

(2) 但是对于车辆、商船或民用飞机等使用中的交通工具，由于其处于运动之中，难以确定其所在地。尤其是轮船和飞机，经常处于公海或空中，难以确定到底位于何国，因此使用中的交通工具一般以其注册地(港)作为其所在地。但亦有以企业的主营业所所在地为其所在地的。

(3) 对于无体动产，总的原则是应认为其所在地是在该项财产能被追索或执行的地方。

(二)几种特殊情况下的物或财产的法律适用

1、运输中的物

2、外国法人在自行终止或被法人国籍国解散时的财产

3、与人身关系密切的财产

4、无主土地上的物的物权

5、国家财产

三、物之所在地法的适用范围

一般地说，物之所在地法通常适用于下列情形：

1、对于物为动产或不动产的识别

2、物权客体的范围

- 3、物权的内容
- 4、物权的取得、变更和消灭的条件
- 5、物权的保护方法

第四节 我国物权法律适用规则（有限制的适用意思自治）

《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》

（1）第三十六条 不动产物权适用不动产所在地法律

（2）第三十七条 当事人可以协议选择动产物权适用的法律，当事人没有选择的，适用法律事实发生时动产所在地法律

第三十八条 当事人可以协议选择运输中动产物权发生变更适用的法律。当事人没有选择的，适用运输目的地法律。（运输过程中动产物权变更）

（3）第三十九条 有价证券，适用有价证券权利实现地法律或者其他与该有价证券有最密切联系的法律

（4）第四十条 权利质权，适用质权设立地法律。

《海商法》

（1）第二百七十条 船舶所有权的取得转让和消灭，适用船旗国法律

（2）第二百七十一条 船舶抵押权适用船旗国法律。

船舶在光船租赁以前或者光能租赁期间，设立船舶抵押权的，适用原船舶登记国的法律。

（3）第二百七十二条 船舶优先权，适用受理案件的法院所在地法律

* 光船租赁。 又称为船壳租船、光船租船，简称光租，是指船舶出租人提供一般不包括船员在内的船舶出租给承租承租人使用一段时间，并由承租人支付租金的一种租船方式。

* 光船租船的主要特点：

- 1、标的船舶为没有配备船员的“光船”。
- 2、承租人负责配备船员并负担船员的工资等，
- 3、承租人负责船舶的调度、营运并负担除船舶保险之外的一切费用
- 4、合同中通常订明船舶担保物权问题、船舶设备仪器如何负担等条款。
- 5、承租人为了方便营运标的船舶，通常可以在租期内更改船壳油漆颜色、烟囱标志、船名、国籍等

《民用航空法》

（1）第一百八十五条 民用航空器所有权的取得、转让和消灭，适用民用航空器国籍登记国法律。

（2）第一百八十六条 民用航空器抵押权适用民用航空器国籍登记国法律。

（3）第一百八十七条 民用航空器优先权适用受理案件的法院所在地法律。

第七章 合同的法律适用

第一节 涉外合同概念及法律适用理论分歧

一、涉外合同的概念

- 涉外合同或国际合同是合同行为或合同关系中介入了外国因素的合同。
- 如何判断合同的“国际性”？
- 2004年修订的《国际统一私法协会国际商事合同通则》在“前言”的注释中首先就“国际合同”问题写道：“一份合同的国际性可以用很多不同的标准来确定。在国内和国际立法中有的

以当事人的营业地或惯常居所地在不同的国家为标准，而有的则采用更为基本的标准，如合同‘与一个以上的国家有重要联系’、‘涉及到不同国家之间法律的选择’，或是‘影响国际贸易的利益’。”

二、涉外合同法律适用的理论分歧

(一) 单一论或整体论与分割论之争

即把所有与合同有关的问题交由一个法律解决。还是允许对有关问题(如合同当事人的缔约能力、合同的形式要件与合同的成立与效力等)加以适当分割而分别定其应适用的法律

(二) 客观论与主观论之争

在决定合同应适用的法律时，是依客观的连结点(如缔约地、履行地、当事人住所或居所地等)来加以规定，还是应由当事人自主的定应适用的法律。

目前，就第一个问题来说，分割论占据主流地位，最为常见的是对合同当事人的缔约能力，合同的形式及合同的成立与效力等三个方面分别适用不同的法律。就第二个问题来说，则主观论占据主流地位。

• 合同关系中最重要实体问题是什么？

从法理上讲，合同的有效成立是合同产生约束双方当事人的各种效力的前提，而通过合同以产生约束双方当事人的预期的效力则是合同的目的。

第二节 合同的成立与效力的法律适用

一、合同的成立

合同的成立涉及的问题主要有：

- 有效的要约与承诺的要件；
- 对要约保持沉默，是否产生承诺的效力；
- 对于要约和承诺上的瑕疵(如误解、误传、诈欺胁迫等)是否影响合同的有效成立；
- 合同成立的时间和地点。

二、合同准据法及三个历史发展阶段

合同的成立和效力方面的事项应适用的法律即“合同准据法”。

最早对合同的成立与效力方面的事项曾主张应由“合同缔结地法”(lex loci contratus)来判定。

当下的“合同准据法”：

经当事人协议选择

依与合同有最密切联系的法律

法院选取用来支配合同成立与效力的法律。这个观点，也为中国理论界所接受。

(一)以缔约地法为主的单纯依空间连结因素决定合同准据法的阶段

(二)以意思自治原则为主，强调依当事人主观意向决定合同准据法的阶段

(三)以 proper law(自体法、特有法)为代表的用更为灵活的冲突规范指定合同准据法的阶段

三、合同准据法的最基本原则“意思自治”(杜摩兰)

(一)意思自治原则(party autonomy)的提出

(二)当事人协议选择法律的时间、方式、范围和效力

1.对于当事人协议选择法律的范围一般限于实体法(目前多数国家的立法和国际公约的做法)

2.至于当事人能否选择与合同没有客观联系的法律，长期以来存在争议。

(三)意思自治的限制

1、意思自治要受本应支配合同的法律中的强行法的限制

2、当事人协议选择法律必须“善意”“合法”且不违反公共秩序

3、在几种特殊合同的法律适用中意思自治的限制

(1)雇佣合同 (2)消费合同 (3)有关不动产的合同

四、最密切联系原则与特征履行说

(一)最密切联系原则在确定合同准据法上的作用

在当事人未行使选择法律的权利，或者法律选择无效时，许多国家依最密切联系原则确定合同准据法。

(二)特征履行说

特征履行说(doctrine of characteristic performance),又称特征债务说(doctrine of characteristic obligation)在某种意义上说，它是关于如何认定最密切联系的根据的学说，这学说要求法院根据何方的履行最能体现合同的特性而定合同应适用的法律它是为了克服合同适用与其有最密切联系的法律”这种较为空泛的规则所带来的法律适用上不稳定和不可预见而诞生的。

• 特征履行说现存两大争论:

首先，对于如何判定合同方的履行为特征履行，一是主张凡非支付金钱、价款、对价的一方的履行为特征履行，二是主张从社会的、经济的和法的角度去综合判定合同债务中何方的履行最具实质意义。

其次，在解决了合同中何方的履行为特征履行之后，究应依什么场所因素来指引准据法，也存在争论。有主张以特征履行方的住所地或惯常居所地为场所因素，也有主张以特征履行方的营业所、管理中心等为场所因素，还有的主张以特征履行的行为地为场所因素。

五、“合同自体法”

“合同自体法”(proper law of the contract),英国国际私法学者提出，一大贡献。1980年欧共体《合同义务法律适用公约》的表述是“合同当首先适用当事人协议选择的法律，如无此选择，则适用有最密切联系的国家的法律”。

第三节 缔约能力与合同形式的法律适用

01 缔约能力的法律适用

02 合同形式的法律适用

一、缔约能力的法律适用

(一)适用缔约地法

(二)适用当事人属人法

(三)选择适用多种法律

李查蒂案(Lizardi Case)

李查蒂为一墨西哥 22 岁青年，在法国向一珠宝商签发了一张期票，购买了珠宝，待他被诉请付款时，他竟以依其本国法他还未成年(当时墨西哥法规定 23 岁成年)，无签订该买卖合同的能力主张宣告该合同无效，后被法国法院驳回。其理由即因为依法国法(行为地法)，他已有缔约能力。

二、合同形式的法律适用

(一)适用合同缔结地法

(二)适用合同履行地法

(三)适用合同准据法

(四)选择适用合同缔结地法和合同准据法

第四节 中国关于涉外合同法律适用的规定

01 我国对涉外合同的界定

02 当事人意思自治的原则

03 最密切联系原则

04 国际条约和国际惯例的适用

一、我国对涉外合同的界定

- 涉外合同是指合同关系中含有外国因素的合同。
- 根据《最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》若干问题的解释(一)》第1条规定, 般地说来, 涉外合同应是指在合同关系的主体、客体或者内容这三个因素中至少有一个因素与外国有关的合同。
- 此外根据中国民事诉讼法的规定以及最高人民法院 1989 年《全国沿海地区涉外涉港澳经济审判工作座谈会纪要》对于发生在境外的中国没有管辖权的经济纠纷案件, 除涉及不动产物权的纠纷外, 只要双方当事人有书面协议约定到中国法院进行诉讼的, 法院便取得对该项诉讼的管辖权。适用《民事诉讼法》中“涉外民事诉讼程序的特别规定”。
- 1999 年《海事诉讼特别程序法》第 8 条也有类似规定。
- 在这种情况下, 尽管合同关系与中国未必有实质性的联系, 但对中国来说也是一种由中国法院行使司法管辖权的涉外合同。

二、当事人意思自治原则

(一)法律选择的方式

2010 年《涉外民事关系法律适用法》第 3 条规定:当事人依照法律规定可以明示选择涉外民事关系适用的法律

2012 年《解释(一)》第 8 条第 2 款规定, 各方当事人援引相同国家的法律且未提出法律适用异议的, 人民法院可以认定当事人已经就涉外民事关系适用的法律做出了选择”

(二)法律选择的时间和范围

2012 年《解释(一)》第 8 条第 1 款规定, 当事人在一审法庭辩论终结前协议选择或者变更选择适用的法律的, 人民法院应予准许。”

第 7 条规定, 一方当事人以双方协议选择的法律与系争的涉外民事关系没有实际联系为由主张选择无效的, 人民法院不予支持。

第 9 条规定, 当事人在合同中援引尚未对中华人民共和国生效的国际条约的, 人民法院可以根据该国际条约的内容确定当事人之间的权利义务, 但违反中华人民共和国社会公共利益或中华人民共和国法律、行政法规强制性规定的除外。

(三)不适用意思自治的例外方面 (重点)

根据中国《合同法》第 126 条的规定, 对于在中国境内履行的以下合同, 不允许采用意思自治原则而要求必须适用中国法律。

- 1、中外合资经营企业合同;
- 2、中外合作经营企业合同;
- 3、中外合作勘探开发自然资源合同。

此外, 《外资企业法实施细则》(2001 年修订)第 81 条规定, 外资企业与其他公司、企业或者经济组织以及个人签订合同, 适用中国《合同法》。

我国《涉外民事关系法律适用法》

第四十一条 当事人可以协议选择合同适用的法律。当事人没有选择的, 适用履行义务最能体现该合同特征的一方当事人经常居所地法律或者其他与该合同有最密切联系的法律。

第四十二条 消费者合同, 适用消费者经常居所地法律; 消费者选择适用商品、服务提供地法律或者经营者在消费者经常居所地没有从事相关经营活动的, 适用商品、服务提供地法律。

第四十三条 劳动合同, 适用劳动者工作地法律; 难以确定劳动者工作地的, 适用用人单位主营业地法律。劳务派遣, 可以适用劳务派遣地法律。

(四)关于合同形式的法律适用

- 关于合同形式问题，

我国《合同法》第10条规定，当事人订立合同，有书面形式、口头形式和其他形式。

法律、行政法规规定采用书面形式。

当事人约定采用书面形式形式的，应当采用书面形式。

我国加入的1980年《联合国国际货物销售合同公约》第11条规定：销售合同无须以书面订立或书面证明，在形式方面也不受任何其他条件的限制，可以用包括人证在内的任何方法证明(中国已于2013年8月1日有效撤回对CISG所作的书面形式保留声明)。

1、合同双方当事人的营业地均在缔约国内时，如何选择合同形式的法律适用？我国没有单独规定，国际通行做法是可以选择合同缔结地或者合同的准据法进行法律适用。

2、当一方的营业地不在缔约国内的当事人签订国际货物买卖合同，或者双方营业地都在缔约国内但约定排除公约适用时，如何选择合同形式的法律适用

(五)关于缔约能力的法律适用

- 关于缔约能力，依我国《涉外民事关系法律适用法》

- 第12条 自然人的民事行为能力，适用经常居所地法律。

• 自然人从事民事活动，依照经常居所地法律为无民事行为能力依照行为地法律为有民事行为能力能力的，适用行为地法律，但涉及婚姻家庭、继承的除外。

- 第14条法人及其分支机构的民事权利能力、民事行为能力、组织机构、股东权利义务等事项，适用登记地法律。

- 法人的主营业地与登记地不一致的，可以适用主营业地法律，法人的经常居所地，为其主营业地。

三、最密切联系原则

- 我国《合同法》第126条、《民法通则》第145条、《海商法》第269条及《民用航空法》第188条都有类似规定：

- 当事人没有选择(法律)的，适用与合同有最密切联系国家的法律。

- 2010年《涉外民事关系法律适用法》第41条规定，当事人可以协议选择合同适用的法律。当事人没有选择的，适用履行义务最能体现该合同特征的一方当事人经常居所地法律或者其他与该合同有最密切联系的法律。

- 2007年《最高人民法院关于审理涉外民事或商事合同纠纷案件法律适用若干问题的规定》(已废止)第5条：

- 当事人未选择合同争议应适用的法律的，适用与合同有最密切联系的国家或者地区的法律。人民法院根据第密切联系原则确定合同争议应适用的法律时，应根据合同的特殊性质，以及某一方当事人履行的义务最能体现合同的本质特性等因素，确定与合同有最密切联系的国家或者地区的法律作为合同的准据法。

17种合同：

(一)买卖合同，适用合同订立时卖方住所地法：如果合同是在买方住所地谈判并订立的，或者合同明确规定卖方须在买方住所地履行交货义务的，适用买方住所地法。

(二)来料加工、来件装配以及其他各种加工承揽合同，适用加工承揽人住所地法

(三)成套设备供应合同，适用设备安装地法。

(四)不动产买卖、租赁或者抵押合同，适用不动产所在地法。

(五)动产租赁合同，适用出租人住所地法。

(六)动产质押合同，适用质权人住所地法。

(七)借款合同，适用贷款人住所地法。

(八)保险合同，适用保险人住所地法。

(九)融资租赁合同，适用承租人住所地法。

(十)建设工程合同，适用建设工程所在地法

(十一)仓储、保管合同，适用仓储、保管人住所地法

(十二)保证合同，适用保证人住所地；

(十三)委托合同，适用受托人住所地法。

(十四)债券的发行、销售和转让合同，分别适用债券发行地法、债券销售地法和债券转让地法。

(十五)拍卖合同，适用拍卖举行地法

(十六)行纪合同，适用行纪人住所地法。

(十七)居间合同，适用居间人住所地法。

如果上述合同明显与另一国家或者地区有更密切联系的，适用该另一国家或者地区的法律。

上述规定是“特征履行说”的典型实践。

四、国际条约和国际惯例的适用

• 2012年《〈法律适用法〉司法解释(一)》

• 第4条规定，涉外民事关系的法律适用涉及适用国际条约的，人民法院应当根据《中华人民共和国民法通则》第142条第2款以及《中华人民共和国票据法》第95条第1款、《中华人民共和国海商法》第268条第1款、《中华人民共和国民用航空法》第184条第1款等法律规定予以适用，但知识产权领域的国际条约已经转化或者需要转化为国内法律的除外。

• 第5条规定，涉外民事关系的法律适用涉及适用国际惯例的，人民法院应当根据《中华人民共和国民法通则》第142条第3款以及《中华人民共和国票据法》第95条第2款、《中华人民共和国海商法》第268条第2款、《中华人民共和国民用航空法》第184条第2款等法律规定予以适用。

中国《民法通则》第142条、《海商法》第26条、《民用航空法》第184条及《票据法》第95条等都规定：

对相关的涉外民事关系指定应适用中国法律时，如中国缔结或者参加的国际条约同中华人民共和国民事法律有不同规定的，适用国际条约的规定(中华人民共和国声明保留的条款除外)：

中华人民共和国法律和中华人民共和国缔结或参加的国际条约未作规定的，可以适用国际惯例。

[问题] 当事人在合同中约定适用某一域外法，但在诉讼中均未主张适用，法院能否据此直接认为当事人放弃了原选择?为什么?

案例一

Moraglis S.A.诉上海伽姆普实业有限公司涉外买卖合同纠纷案

2009年5月8日，外国原告Moraglis S.A与被告上海伽姆普实业有限公司签订合同一份，约定：被告向原告提供M-71制服20000件，单价为22.86美元，总价值为457200美元。2009年6月22日发送8000件制服，2009年7月17日发送12000件制服，款项在船运结束时支付。被告以150000美元作为原告方永久的保障，以第二批船运的12000件制服的形式呈现。双方约定衣服的颜色将根据L*a*b规格确定，最大色差(DE)为1，按照买家给定的模式进行印刷。在每次发货前，SGS需进行质量控制检查。如果订单规格发生错误，被告将承担百分之百的责任，并向原告支付军队索取的罚款。卖方必须按照交付日期进行交付，

如发生延误情况,卖方将缴纳 10%的罚款,前提条件是在 2009 年 5 月 18 日前(最新规定的时间)提供正确的规格标签。双方还约定制服的经向收缩和纬向收缩为 1%。浅绿色、深绿色和板栗色的色差最高值为 1。后双方在合同履行过程中发生纠纷,原告 Moraglis S.A.向上海市第一中级人民法院提起诉讼,称被告提供的服装所用的材料不符合订单所规定的标准,导致原告不能实现合同的目的,被告的行为构成根本违约,要求法院判令:一、解除双方之间签订的合同;二、被告返还原告支付的预付款 160700.80 美元;三、本案诉讼费用由被告负担。

上海市第一中级人民法院于 2010 年 5 月 21 日立案受理后,于 2010 年 12 月 8 日、2011 年 6 月 8 日两次公开开庭进行了审理。

[法律问题]

本案应如何适用法律?

[参考结论]

- 法院审理后认为,本案系涉外买卖合同纠纷,根据中国《(涉外民事关系法律适用法第 41 条,当事人可以协议选择合同适用的法律。当事人没有选择的,适用履行义务最能体现该合同特征的一方当事人经常居所地法律或者其他与该合同有最密切联系的法律。
- 本案中,双方当事人并未选择合同所适用的法律,故依据特征性履行原则来确认合同应适用的法律。又根据(最高人民法院关于审理涉外民事或商事合同纠纷案件法律适用若干问题的规定》第 5 条之规定,买卖合同中卖方住所地最能体现买卖合同的特征,本案中的卖方即被告住所地位于中国境内,故应适用中华人民共和国法律作为本案准据法。
- 2010 年《涉外民事关系法律适用法第 41 条直接规定了“特征履行说”,但并没有就特征履行地的确定做出更具体的规定。
- 在本案审理期间,(涉外民事关系法律适用法》于 2011 年 4 月 1 日起施行。因此,本案涉及到《涉外民事关系法律适用法》的适用及其与之前司法解释的关系问题,我们认为 2007 年最高人民法院关于审理涉外民事或商事合同纠纷案件法律适用若干问题的规定第 5 条对十种合同特征履行地的规定在不违反《涉外民事关系法律适用法》的前提下仍然有效,可以作为合同特征履行地的判断标准。
- 上海市第一中级人民法院在本案中也采纳了这种做法,表明 2007 年《(最高人民法院关于审理涉外民事或商事合同纠纷案件法律适用若干问题的规定》在《涉外民事关系法律适用法》生效后仍然可在司法实务中得到适用。

案例二 北京百事通上海分公司诉利是美国国际中国有限公司案。

原告北京百事通影视文化传播有限公司上海分公司与被告香港利是美国国际中国有限公司在 2004 年签订参展协议,被告委托原告为“2004 F1 世界锦标赛中国大奖赛博览会”F1 威斯迈凯轮梅赛德斯车队赛车提供布展、展示等服务,原告按照参展协议的约定履行了义务,且被告支付了原告合同项下款项 100 万元。。后原告向上海市第一中级人民法院提起诉讼,称双方于 2004 年 8 月 24 日、2004 年 9 月 13 日分别签订了《“魅力上海精彩 F1”参展协议》(以下简称“《参展协议》”)及《上海比赛场地周边品牌宣传合同》(以下简称“《品牌宣传合同》”,约定由原告向被告提供相应的展示、宣传等服务。后原告按约履行了上述两份协议,但被告只支付了《参展协议》项下的款项,(品牌宣传合同》项下的款项被告迟迟不予支付。原告多次催讨未果,故起诉至法院,要求判令:(1)被告支付原告《品牌宣传合同》项下的款项人民币 100 万元(以下币种略);(2)被告支付原告违约金 100 万元;(3)本案诉讼费用由被告负担。。上海一院于 2007 年 3 月 30 日立案受理后,于 2011 年 4 月 7 日开庭对本案进行了审理

[法律问题]本案应如何适用法律?

委托合同。受托人最密切。 本案中受托人是原告，原告的经常居所地在中国国内，适用中国法。

[参考结论]

本案应适用受托人即原告住所地中华人民共和国内地法律。

[法律评析]

本案系涉港委托合同纠纷，根据中国《涉外民事关系法律适用法》第41条，当事人可以协议选择合同适用的法律。当事人没有选择的，适用履行义务最能体现该合同特征的一方当事人经常居所地法律或者其他与该合同有最密切联系的法律。本案中，双方当事人未选择合同所适用的法律，故本院依据最密切联系原则确认系争合同应适用的法律。又根据《最高人民法院关于审理涉外民事或商事合同纠纷案件法律适用若干问题的规定》第5条之规定，委托合同中受托人住所地最能体现该合同的特征，本案中的受托人即原告住所地位于中国内地，故本院适用中华人民共和国内地法律作为审理本案的准据法

《联合国国际货物销售合同公约》对中国的适用

中国在签字和批准时提出了两项保留声明:其一，是对《公约》第1条第1款(b)项提出了保留;其二，是对《公约》第11条(合同的形式)提出了保留(已于2013年1月申请撤回两项保留，撤回从当年8月1日起生效)。

自1988年1月1日起，中国各公司与其他受《公约》约束的国家的公司达成的货物买卖合同如不另作法律选择，则合同有关事项将自动适用《公约》的相应规定，发生纠纷或诉讼亦得依据《公约》处理。

但中国各公司也可根据交易的性质、产品的特性以及国别等具体因素，与外商达成和《公约》规定不一致的合同条款，或在合同中明确排除适用《公约》，转而选择某一国的内国法为合同的准据法。

由于《公约》未对解决合同纠纷的所有法律都作出规定，中国贸易公司应根招体情况，对《公约》未予规定的问题，或在合同中作出明确规定，或选国内国法作为应适用的法律。

案例三

营业地位于上海的中国A公司与营业地位于B国的B公司在C国签订一份国际货物买卖合同，合同规定由A公司向B公司销售一批家电产品，在履行合同的过程中，B公司认为A公司提供的货物质量不合标准，双方于是产生争议，诉至上海某法院。法院在审理案件的过程中先就本案的准据法展开讨论。

问题:

- 1.假设B国是CISG的成员国，A公司和B公司对该合同的法律适用已合意选择C国法，我国法院应如何选择准据法?为什么?
- 2.假设B国是CISG的成员国，A公司和B公司对该合同的法律适用没有作出选择，我国法院应如何选择准据法?为什么?
- 3.假设B国不是CISG的成员国，A公司和B公司对该合同的法律适用没有作出选择，我国法院应如何选择准据法?为什么?

[参考结论]

- 1.适用C国法。因为CISG对缔约国当事人不具有强制性，如果合同当事人已选择准据法的，则首先适用当事人选择的法律。
- 2.适用CISG，因为根据该《公约》的精神和1987年我国对外经济贸易部发布的《关于执行〈联合国国际货物销售合同公约〉应注意的几个问题》的规定，在当事人对合同法律适用没有约定时，营业地在不同缔约国境内的当事人签订的货物买卖合同自动适用该《公约》的规定。

3.适用与该合同有最密切联系的国家的法律。因为B国不是CISG成员国,该合同不能适用该《公约》。而我国法律规定,当事人没有选择准据法的,适用与合同有最密切联系的国家的法律。

[法律评析]

CISG第6条规定:“当事人可以全部排除公约的适用,也可以删减或改变公约的任何规定的效力。”也就是说,该《公约》的适用并不具有强制性,即使合同双方当事人的营业地分处不同的缔约国本应适用该《公约》,但如果他们在合同中规定不适用《公约》,而选择《公约》以外的其他法律作为合同的准据法,也可以完全排除公约的适用。

我国对外经济贸易部发布了《关于执行〈联合国国际货物销售合同公约〉应注意的几个问题》并作出规定:自1988年1月1日起,我国各公司与其他受条约约束的国家的公司达成的货物买卖合同如不另作法律选择,则合同规定事项将自动适用《公约》的有关规定,发生纠纷或诉讼亦得依《公约》处理。

CISG适用范围有限制,仅适用于营业地在不同国家的当事人之间订立的货物销售合同,且同时具备两个条件之一:(1)双方当事人的营业地都在缔约国境内。(2)如果当事人的营业地所在国不是缔约国,则必须依据国际私法规则导致适用某一缔约国的法律。我国在批准该《公约》时对该点作出了保留。就我国而言,该《公约》仅适用于营业地在我国和营业地在另一缔约国的当事人之间签订的国际货物销售合同,如对方不是《公约》的缔约国,当事人又未对法律适用作出选择,则适用法院地冲突规则所指引的准据法。本案在中国法院起诉,依中国的冲突规则,涉外合同首先应考虑适用当事人合意选择的那个法律作合同的准据法,在当事人未作选择或选择无效的情况下,应适用与合同有最密切联系的国家的法律。

案例四

我国A公司与住所地在某一外国的B公司在中国签订了机器设备租赁合同,B公司向A公司租赁一套重型机械设备,租赁期2年。合同中约定的定发生争议后提交中国法院管辖,没有约定使用的准据法。B公司所属国未加1980《国际货物销售合同公约》CISG。当入按合同的定向B公司交付货物时,B公司因缺乏支付能力而拒绝提货。为此A公司起诉到合同签订地的中国某法院,要求追究B公司的违约责任。

[法律问题]如何确定本案的准据法?

侵权行为的法律适用

一.一般侵权行为的法律适用

(一) 一般侵权行为法律适用的一般规定

- (1) 第一类:适用侵权行为地法(中国适用,由法院进行选择)
- (2) 第二类:使用法院地法
- (3) 第三类:适用与侵权案件有最密切联系当然法律(侵权行为自体法)
- (4) 第四类:以侵权行为地法为主,同时加以限制
- (5) 第五类:选择适用侵权行为地法和共同属人法
- (6) 第六类:在侵权法律适用中引入当事人意思自治
- (7) 第七类:原法律关系双方当事人之间的侵权行为的法律适用

(二) 侵权行为发生地或者损害结果发生地:

- (1) 适用侵权行为实施地法律
- (2) 适用侵权结果发生地法律

- (3) 无条件选择适用侵权行为实施地法律或者侵权结果发生地法律
- (4) 有条件选择适用侵权行为实施地法和侵权结果发生地法
- (5) 适用待确定的侵权行为地法

一般侵权行为法律使用的一般规定：

(1) 适用侵权行为地法

《涉外民事关系法律适用法》第 44 条第 1 句规定：“侵权责任，适用侵权行为地法律，”《海商法》第 273 条关于船舶碰撞的法律适用和《民用航空法》第 189 条第 1 款关于民用航空器对地面第三人的损害赔偿，都规定适用侵权行为地法。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 187 条对侵权行为地的确定作了规定：“侵权行为地的法律包括侵权行为实施地法律和侵权结果发生地法律。如果两者不一致时，人民法院可以选择适用。”

(2) 适用法院地法

在为数不多的采法院地法的国家中，少数硬性规定侵权行为只适用法院地法。大多数只是有条件适用法院地法。

(3) 适用与侵权案件有最密切联系的法律（比较灵活但缺少可预见性）

- 该主张由英国著名国际私法学家莫里斯提出，认为仿照“合同自体法”的共识，对侵权行为也以“侵权行为自体”（proper law of torts）为准据法表达方式，是十分有必要的，即侵权行为应适用与侵权案件有最密切联系的法律。
- 在实践中，早在 1963 年美国纽约州法院审理巴蓓科诉杰克逊一案已经是这样做的了，并在里斯做报告人的《美国第二次冲突法重述》第 145 条中作为一条新的规则收入重述。
- 回应案例：

纽约州法院于审理时发现，如依传统规则，以安大略法律为行为地法，则因该省法律规定凡因免费乘客因车祸而受损害，车主不负赔偿责任，巴蓓科克无损害赔偿请求权。但法院认为，该案除了事故偶发于安大略省外，其他所有重要因素均集中于纽约州，纽约州的法律更为合理；而纽约州的法律对车主并无这种免责的规定，因而判决满足了巴蓓科克的请求。

(4) 以侵权行为地法为主，同时加以限制

① 以法院地法加以限制

如 1938 年《泰国国际私法》第 15 条规定，因不法行为而产生之债，依不法行为发生地法，但泰国法律不承认在外国发生的事实为不法行为时，不适用本条规定。

② 以最密切联系或以“利益导向”加以限制

如 1978 年《奥地利联邦国际私法规定》，第 48 条规定，a. 中非合同损害求偿权，依造成此中损害的行为发生地国家的法律，但如所涉及的人均与另外一个国家的法律具有更密切的联系，当适用该国法律；b. 因不正当竞争而发生的损害与其他求偿权，依受此竞争影响的市场所在国的法律。

(5) 选择适用侵权行为地法和共同属人法

在此种立法时，尽管对于侵权行为通常是适用侵权行为地法，但如果在侵权事件中加害人具有共同属人法的，则适用他们共同属人法。

这种做法是为了克服传统冲突规范缺陷而从 20 世纪 50 年代出现的对传统冲突规范进行“软化处理”的思潮在立法上的表现之一。

(6) 在侵权法律适用中引入当事人意思自治

- 这种做法的先行者当首推 1987 年《瑞士联邦国际私法规则》第 133 条的规定，只是它又允许当事人协议选择法院地国的法律。
- 1995 年，《意大利国际私法制度改革法》则将选择法律的权利只赋予受害方，而且可选择的法律也有限制。

▪ 2010 年中国《法律适用法》第 44 条规定，“侵权责任，适用侵权行为地法律，但当事人有共同经常居所地的，适用共同经常居所地法律，侵权行为发生后，当事人协议选择适用法律的，按照其协议。”

(7) 原法律关系双方当事人之间侵权行为的法律适用

1987年《瑞士联邦国际私法》第133条第3款适用原来法律关系的准据法，即如原有合同关系的一方当事人对他方造成侵权，即依合同准据法加以处理。

(8) 在中国关于涉外侵权法律适用的一般规定

中国《民法通则》第146条规定，侵权行为的损害赔偿，适用侵权行为地法律。当死因双方国籍相同或者在同一国家有住所的，也可以适用当事人本国法律或者住所地法律。中华人民共和国法律不认为是在中华人民共和国领域外发生的侵权行为，不作为侵权行为处理。

中国2010年《涉外民事关系法律适用法》第44条对此作了规定，侵权责任，适用侵权行为地法律，但当事人有共同经常居所地的，适用共同经常居所地法律，侵权行为发生后，当事人协议选择适用法律的，按照其协议。

(注重但书)

注意：

我国对侵权行为地的解释：

对于侵权行为地如何确定这个问题，中国最高人民法院1988年《关于贯彻执行〈民法通则〉若干问题的意见（执行）》第187条规定：“侵权行为地的法律包括侵权行为地法律和侵权结果发生地法律。如果两者不一致时，人民法院可以选择适用。”

问题：选择适用判断段的依据是什么？

与案件最有密切联系，或者更有利于受害人的保护？

“[案例思考题]韩国公民某老太太和中国公民分别诉韩国公民金某案

[案情介绍]

“2011年8月20日，在中国的韩国籍留学生金某，借中国公民李某的汽车出去兜风。路上因驾驶不慎，撞伤一个老太太，金某上前询问伤势，得知老太太系来中国旅游的韩国籍公民。金某急忙开车送老太太去医院，慌忙之中忘记锁好车门，发现时，汽车已经被盗。金某拒不赔偿老太太的医药费用和汽车损失。老太太和李某分别将金某告上法庭。法庭经当事人同意，将两诉合并审理。经法庭调查，查明金某和老太太的经常居所地都在韩国。

[法律问题]本案应如何适用法律？

适用44条：没有协议→有经常居所地（韩国）→中国法院适用韩国法进行审理

二、特殊侵权行为（不能用44条 涉外产品责任、人格权、侵犯知识产权）

（一）空中侵权行为

1、一般做法：

- ① 航空器内部的侵权行为——航空器登记国法
- ② 因航空器碰撞或航空器与其他物体碰撞多发生的侵权行为——或受害方的航空器登记地国法、法院地法或共同登记国法
- ③ 因航空器侵权致旅客死伤货物损害的侵权行为——有关的国际公约，对于非缔约国或公约未规定的情形，仍需要援引冲突规则，主要的冲突规则是适用航空器登记国法、法院地法或侵权行为地法。

双方是缔约国，那么应适用公约。

（二）国际航空运输损害赔偿公约

- 1、1929年《华沙公约》：航线为标准，7.5万美元
- 2、1955年《海牙协定书》
- 3、1999年《蒙特利尔公约》：13.8美元；双梯度责任制度；第五管辖权法院

2、中国的立法实践

中国《民用航空法》第189条规定，“民用航空器对地面第三人的损害赔偿适用侵权行为地法。民用航空器在公海上对水面第三人的损害赔偿，适用受理案件的法院地法律

【案例分析】

1998年5月12日，原告陆红乘坐被告美联航空的LA班机，由美国经日本飞往香港。该机在日本东京成田机场起飞时，飞机左翼引擎发生故障，机上乘客紧急撤离，陆红在紧急撤离中受伤，先后在日本、香港和安徽治疗。陆红受伤后，美联航空曾向其致函，表示事故责任在美联航空，美联航空承担了陆红两次手术的医疗费用共计人民币86748.0元。后陆红曾就赔偿问题与被告多次协商，未果。遂向上海市静安区人民法院提起诉讼，要求根据《华沙公约》、《海牙协定书》以及《蒙特列尔协议》所确定的7.5万美元赔偿责任限额，请求陆红变更诉讼请求，要求被告按照“吉隆坡协议”规定的10万特别提款权（即132099美元）承担责任，并判令被告承担本案的诉讼费用。

*在本案中，美联航空称，本案应适用“华沙公约”或者《中华人民共和国民用航空法》的规定，“吉隆坡协议”既不是国际惯例，也不是国际条约，仅是作为国际航空预算农户协会成员在承运人间订立的内部协议，原告只是一名旅客，并非该协议的签订主体，并且该协议的内容也未纳入旅客的运输合同之中法，故物权引用该协议向被告索赔。

【法律问题】

- 1、如何确定本案纠纷的法律性质？
- 2、中国与美国前均是《华沙公约》、《海牙协定书》缔约国，此案如何确定准据法？
- 3、如果两国不是缔约国，或者只有一国是缔约国如何确定准据法？

【法律分析】

- 1、本案是涉外旅客运输合同纠纷侵权纠纷竞合，乘坐班机发生纠纷，通常是旅客运输合同纠纷，解决的事违约责任。但因乘坐班机受伤致残，违约行为同时也侵犯了人身权利，就可能使违约责任与侵权责任竞合。
- 2、关于本案的法律适用。就本案而言，不管是合同纠纷还是侵权纠纷，均应适用“华沙公约”和“海牙协定书”，我国与美国都是华沙公约和“海牙协定书”的成员国，作为公约缔约国，我国有义务履行和履行公约，故本案应首先适用“华沙公约”和“海牙协定书”。
- 3、均应适用航空器登记国法，即美国法。

（二）涉外公路交通事故（1971年公路交通事故法律适用公约的）

（1）准据法的确定

A·公路交通事故的准据法原则上应该是事故发生国家的内国法，但以下除外：

- 1、如果只有一部车辆卷入事故，且它是在非事故发生地登记注册的。在这种情况下就适用车辆登记国的内国法来决定驾驶员，所有人或其他实际控制车辆或对车辆有利害关系的人的责任；
- 2、如果有两部或两部以上车辆卷入事故且所有车辆均于同一国家登记时，适用该登记国的法律；
- 3、如果在事故发生地、车外的一人或数人卷入事故并可能负有责任，且他们均于车辆登记国有惯常居所，适用该登记国的法律，即使这些人同时也是事故受害人亦同。

B·在应适用车辆登记国法时，如果车辆未经登记或在几个国家内登记，则以它们惯常停驻的国家的内国法代替适用；

C·在确定责任时。无论适用什么法律作准据法，都应考虑事故发生时发生地有效的有关交通管理规则和安全规则。

（2）准据法的适用范围

1、责任的根据及其范围：免除责任以及任何限制责任和划分责任的理由，可能会导致赔偿的侵害是否存在及其种类；损害赔偿的方式及其范围，损害赔偿请求权可否转让或继承问题，遭到损害并能直接请求损害赔偿的人，本人对其代理人的行为或雇主对其雇员的行为应承担的责任；时效规则。

（三）涉外产品责任

（1）国内法

1、不少国家把产品责任视为一般侵权责任，但也有一些例外：

- 如 1995 年《意大利国际私法制度改革法》第 63 条第 1 款规定；
- 中国《法律适用法》第 45 条规定，产品责任，适用被侵权人经常居所地法律，被侵权人选择适用侵权人主营业地法律、损害发生地法律的，或者侵权人在被侵权人经常居所地没有从事相关经营活动的，适用侵权人主营业地法律或者损害发生地法律。

(2) 《产品责任法律适用公约》（不考）

四种模式：

- 1、第一适用顺序；
- 2、第二适用顺序；
- 3、第三适用顺序；
- 4、第四适用顺序。

【案例分析】 挡风玻璃致死案

2007 年 8 月 13 日，王某乘坐单位进口的日产某品牌轿车外出，途中该车前挡风玻璃突然爆破，王某因挡风玻璃受伤，经抢救无效死亡。交管部门在勘查现场后认定此事故不属于交通事故，王某的家属以该轿车前挡风玻璃存在质量缺陷为由，将该日本汽车公司诉至中国法院，请求法院判决该汽车公司承担赔偿责任。

问题：如何确定本案的准据法。

是一个涉外产品责任纠纷

[案例分析]

中国人 A 前往国外旅游，在甲国购买某一产品，产品在乙国发生事故，但是损害结果在 A 到达丙国时才发生，该产品的生产商是丁国公司，但在中国有营业地，产品在乙国和丙国市场没有销售。A 想向中国法院提起侵权之诉。作为 A 的代理人，请你帮其确定本案的准据法。用中国的准据法

（四）反不正当竞争和限制竞争的法律适用

1987 年《瑞士联邦国际私法法规》规定，因不正当竞争而提出额索赔，适用该不正当竞争行为对其影响的市场所在地国家的法律；如果不正当竞争行为专门针对受害人的经营利益，则适用受害人营业机构所在地国家法律，如果基于侵权行为违违反了加害人和受害人之间既存的法律关系的请求，受适用于既存法律关系的支配。

该法规定，因限制竞争而提出的索赔，适用限制竞争行为直接给受害人造成影响的市場所在地国家的法律，但是，基于限制竞争而提出的索赔，如果由外国法律支配，除符合瑞士法律规定的损害赔偿外，不得在瑞士竞争给予其他损害赔偿。/

（五）侵犯人格权的侵权行为

侵犯名誉权和隐私权等人格权的特殊侵权行为的法律适用也日益受到重视。

2007 年《日本法律适用通则法》第 19 条规定：因侵犯他人名誉或者信用的侵权行为而产生的债权的成立与效力，依被害人经常居所地法，被害人为法人及其他社团或财团时，依其主要营业所所在地法。

中国涉外《民事关系法律适用法》第 46 条规定，通过网络或者采用其他方式侵害姓名权、肖像权、名誉权、隐私权等人格权的，适用被侵权人经常居所地法律。

【案例分析】林心如肖像权纠纷案

2013 年 5 月，林心如获知大自然公司在其官方网站(www.gddzrcn)上以及其产品“家福康大自然漆”系列化工产品的包装上，未经林心如准许，擅自将林心如女士宣传其品牌形象代言人，并在不同的宣传媒体上进行大肆的、不符合客观实际的宣传报道。

大自然公司答辩称，大自然公司在其官方网站上确实有与林心如相似图像，但这些图像是电能技术合成上去的，林心如没有这样的真实肖像，并认为林心如的诉缺乏确凿的证据和法律根据，大自然公司不应承担经济赔偿责任，只能承担向林心如赔偿道歉的责任。

本案应如何确定法律适用？用台湾地区

（六）跨国公司网络侵权行为

（1）网络对传统涉外侵权法律适用规则的冲击

（2）跨国网络侵权法法律适用规则的确定

→ 传统侵权行为地在网络空间的重新定义

在我国 2012 年最高人民法院《关于审理侵害信息网络传播权民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》第 15 条规定，侵害信息网络传播权民事纠纷案件由侵权行为地或者被告住所地人民法院管辖，侵权行为地包括实施被诉侵权行为的网络服务器，计算机终端所在地。侵权行为地和被告住所地均难以确定或者在境外的，原告发现侵权内容的计算机终端设备所在地可以视为侵权行为地。上述原则性的规定虽然是针对管辖权的确定作出的，但其有在网络环境下确定侵权行为地的规定，同样可以作为跨国网络侵权的法律适用新定义侵权行为地大参考。

→ “侵权行为自体法”的适用

→ 有限制的“意思自治”原则的运用

不当得利和无因管理

因不当得利(unjust enrichment)和无因管理(voluntary service)而生之债，又称为“准合同之债”。

一、不当得利

凡是没有法律上的根据致他人遭受损害而自己获得利益的，称为不当得利。在什么情况下成立不当得利以及其效力如何，则各国规定往往并非一致，因而需要选择准据法。

对于不当得利应适用的准据法选择，有以下几种不同的主张：

- 1.适用原因事实发生地法。持这一观点的国家认为，不当得利涉及不当得利发生地国的公共秩序、社会道德风尚和法律观念，因而应适用原因事实发生地法。
- 2.适用支配原法律义务或关系的法律。许多不当得利行为源于一定的法律关系此时，应考虑原法律关系的准据法的适用。
- 3.适用当事人本国法。
- 4.选择适用多种法律。

●二、无因管理

无因管理又可称为“无委托的事务管理”，是指既未受委托，又无法律上的义务而为他人管理财产或事务，因而支出的劳务或费用，依法有权请求他人支付。其中债权人称为“管理人”债务人称“本人”

对于无因管理的准据法选择，一般主张是与不当得利一样，应适用事务管理地法。但是无因管理适用事务管理地法的做法也到一些人的反对。因此，对于无因管理的法律适用，也有以下一些不同作法的：

- 1.适用当事人共同本国法。
- 2.适用支配原法律义务或关系的法律。

3.适用本人的住所地法。

4.选择适用多种法律。

至于为他人管理的能力，通常则主张另依行为能力的准据法解决。

三、我国的相关规定

我国《涉外民事关系法律适用法》第 47 条规定：“不当得利、无因管理，适用当事人协议选择适用的法律。当事人没有选择的，适用当事人共同经常居所地法律；没有共同经常居所地的，适用不当得利、无因管理发生地法律。”

[案例分析]美国梵盛公司与苏州恒瑞公司不当得利纠纷案

[案情介绍]

2006 年 11 月 10 日、11 月 16 日、12 月 6 日，梵盛公司(美国企业法人)三次向恒瑞公司(中国企业法人)在中国银行苏州分行 10107750708091001 账户汇入 68746 美元 43668 美元、48926 美元，三笔合计 161340 美元，汇款手续费计 36 美元。2007 年月，梵盛公司委托律师向恒瑞公司发函，要求返还上述汇款计 161367 美元。后经梵盛公司、恒瑞公司、广协公司及东方国际集团上海市对外贸易有限公司(以下简称东方公司)间相互协商，未果。梵盛公司诉至法院，以财务人员操作失误汇入恒瑞公司账户为由，要求恒瑞公司返还不当得利。

[法律问题]

本案应如何适用法律？

参考结论]

●本案一审和二审法院都适用了中国法作为准据法，法院在判决中写道：“本案中，梵盛公司指控恒瑞公司不当得利，因恒瑞公司属中华人民共和国企业法人，故本案应适用中华人民共和国法律。双方当事人对此无异议。”可见，法院适用了不当得利人国籍国法。

[法律评析]

在 2010 年涉外民事关系法律适用法》之前，我国法律和司法解释没有对涉外不当得利的法律适用做出规定。对于不当得利的法律适用，中国司法实践中有适用不当得利发生地法律、当事人协议选择的法律、原法律关系准据法、最密切联系地法律等不同的做法。本案当被告不当得利人恒瑞公司是中国法人，不当得利发生地中的原因行为发生地、利益获得地也位于中国境内，因此，本案以中国法作为准据法来审理为佳。

法院在本案中适用中国法是合适的，然而其理由并不恰当。对于不当得利，一般不主张适用不当得利人国籍国法，各国司法实践也很少适用不当得利人国籍国法。2010 年《涉外民事关系法律适用法》也没有采纳这一做法。2010 年《涉外民事关系法律适用法》第 47 条规定，不当得利、无因管理，适用当事人协议选择适用的法律。当事人没有选择的，适用当事人共同经常居所地法律；没有共同经常居所地的，适用不当得利、无因管理发生地法律。

第六章 知识产权

一、知识产权的地域性和“国际性”

二、知识产权法律冲突的产生原因

三、知识产权法律冲突的解决途径

四、知识产权相关条约和协定

五、知识产权的法律适用

知识产权是个人或组织对其在科学、技术、文学、艺术等领域里制造的精神财富或智力成果依法享有的一种权利。

知识产权分为两类：一类是工业产权，包括专利权、商标权；另一类是版权，亦称著作权。

知识产权的三性：专有性、地域性、时间性

（一）知识产权地域性的双重解读

地域性：

（1）实体法层面：知识产权依据一国（或地区）的实体法律规则而产生，且只有在该国（或地区）领域内有效。

（2）冲突法层面：各国原则上不承认他国只是产权在本国的效力。

（二）知识产权地域性的形成和发展

（1）封建社会

封建社会的君主、地方官、封建国家通过特别榜文、赦令的形式授予的特权（特权的地域性）

（2）资本主义

- 自由资本主义：为牟取暴利，资本家“无偿”地利用外国的智力成果（例如，具有商业价值的小说）

- 垄断资本主义：不再满足国内市场的竞争和掠夺，他们把目光投向国际市场，希望在国外寻找销路、向国外输送技术及产品。

（三）知识产权的国际性

知识产权的严格地域性同垄断资本家扩张国际市场的需要之间的矛盾将越来越突出，这种矛盾的发展结果便是一系列全球性和区域性的保护知识产权条约的订立。

* 部分国家立法对知识产权地域性的突破，表现为对知识产权适用来源国法律，即专利权应适用最初取得地法，商标权应适用最初登记地法，著作权应适用最初发表地法。

* 1961年修改和补充的《法国民法典》第2305条规定：“文化及艺术产品由作品的首次发表地法规定”；

*1974年《阿根廷国际私法》第21条规定：“文学和艺术作品受作品首次发表国的法律支配。外国文学艺术作品保护期依照其原始国的规定，但不得超过阿根廷准许的期限。”外国国家赋予任何人的商标、厂商标牌、专利的专用权或其他产生与工业产权的权利，在阿根廷具有同样的效力，但要符合阿根廷共和国规定的条件。保护期不能超过阿根廷立法规定的期限。”

知识产权的地域性突破：

第一，经济全球化的推动

第二，国际条约的先进

第三，国家立法的突破

第四，国家司法的支持

二、知识产权法律冲突的产生原因

（一）宏观视角下只是产权法律冲突的产生

1、国内立法的冲突

首先，各国知识产权法所保护的的范围不完全相同（发明、实用新型、工业、外观设计）

其次，各国知识产权法对各种知识产权的保护期限，保护方法有不同的规定（著作权期限、对于发明、法国“单一制”、专利证书、古巴“双轨制”、专利/发明人证书）

最后，各国终止和撤销知识产权的规定也有差异。

2、国际条约的冲突

（1）版权保护方面：《伯尔尼公约》和《世界版权公约》的规定就有较大差异
追溯力：自动保护原则 vs 附条件的自动保护原则)

（2）商标保护方面：《马德里协》和《商标注册条约》的规定也差异明显

国际条约和部分国家之间签订的多边或双边协定也可能存在冲突

3、国内立法和国际条约的冲突

知识产权领域的国际公约中规定的保护标准往往是最低保护标准而一些国家的内国法对于知识产权的保护标准可能提出更高的保护要求

WTO 项下的 TRIPS 协定，成员国往往采取转化适用的模式

（二）源于各类知识产权的特性的法律冲突

1、专利的法律冲突

（1）保护客体不同

如用化学方法制造出的物质（包括药品），在美国和英国是可以被授予专利的，但是依照日本的规定，只有在该种物质的制造方法才能被授予专利，我国对疾病的诊断和治疗方法则不给予专利等知识产权保护。

（2）申请和审查要求不同：

A·申请的差别：

a 对国民待遇的态度不同：有些要求存在条约或互惠关系，有些则是无条件国民待遇；

b 申请前提不同：有些国家要求本国公民在外国申请专利前必须先在本国提出专利申请，有些国家则没有此种要求；

c 申请方式不同：有些国家要求必须委托特定的代理机构申请，有些无

B·审查的三种形式：

登记制、实质审查制、早期公开加延迟审查制

（3）授予条件不同

A 时间标准

* 专利完成时为标准：美国、加拿大、菲律宾等

* 专利申请时为标准：中国、日本等

B 地域标准

* 世界新颖性标准：德国、法国、英国等

* 国内新颖标准：希腊、巴拿巴等

* 混合新颖标准：瑞典、比利时、中国等

出版公开：在外国出版及构成现有技术

使用公开：外国已使用，本国可申请

（4）有效期限不同

a·时限不同：英国 17；我国发明专利 20 年、实用新型和外观设计 10 年

b·起算方式不同：专利申请日起算；专利批准日起算

2、商标的法律冲突

（1）商标权的确立：注册成立、使用成立、折衷原则（注册+先用）

(2) 商标权利的客体: 文字、图形及组合的平面标志; 视觉可感知的标志、听觉可感知的标志;

(3) 商标权的时限: 美国、瑞士、西班牙 20 年; 中国 10 年、英国 7 年;

3. 著作权的法律冲突

(1) 著作权的客体: 如电话号码簿, 美国保护其版权、英国则相反,

(2) 著作权的内容: 作品多次出售时的利润提成(版税追续权), 德国、法国、意大利认可: 美国、英国、日本不认可。

(3) 著作权的期限: 例如文学艺术作品: 生前-死后 25 50 60 70 年

三、知识产权法律冲突的解决路径

(一) 统一实体法路径

- 1、国际公约
- 2、双边及多边协定

(二) 冲突法方法

- 1、制定各种类型的知识产权冲突规则
- 2、灵活运用分割理论等冲突法方法

四、知识产权相关条约和协定

- (一) 专利权公约
- (二) 商标权公约
- (三) 著作权公约
- (四) 集成电路公约
- (五) 植物新品种权公约
- (六) 建立世界知识产权组织公约
- (七) 知识产权协议

(一) 专利权公约

1、《巴黎公约》

全称《保护工业产权巴黎公约》, 1883 年签订于巴黎, 目前广泛运用的是 1961 年的斯德哥尔摩的修订版。

* 公约保护的专利类型: 发明、实用新型和工业品外观设计

* 突出贡献: 国民待遇原则·独立性原则、优先权制度、强制许可制度;

2、《专利合作条约》

* 该公约规定的原则和制度: 一次申请制度、优先权申请制度、国际检索制度、国际公布制度

(二) 商标权公约

1、《巴黎公约》

1883 年《保护工业产权巴黎公约》除国民待遇原则和优先权原则外

- (1) 商标的独立性
- (2) 不得因商品性质而影响商标注册
- (3) 对驰名商标的特别保护
- (4) 禁止当做商标使用的标记

2、《马德里协定》

- (1) 国际注册的条件;
- (2) 申请国际注册的程序;

- (3) 国际注册的效力;
- (4) 国际注册的期限;

3、《商标注册条约》

- (1) 申请不必在本国先获得注册;
- (2) 各成员国接到国际局文件后需在 15 月内作出是否给予保护的决定;
- (3) 在各成员国主动 3 年未使用, 可被撤销;
- (4) 有效期 10 年, 续期, 展期 10 年。
- (5) 依本条约获得“国际注册”许可转让。

4、《商标法新加坡条约》

- (1) 扩展了该条约的适用范围;
- (2) 规范了电子方式提交传送文件规则;
- (3) 增加了救济措施;
- (4) 增加了备案选择。

(三) 著作权公约

1、《伯尼尔公约》

- (1) 国民待遇原则;
- (2) 自动保护原则;
- (3) 版权保护原则。

2、《世界版权公约》

- (1) 国民待遇原则
- (2) 非自动保护原则

版权标记; 版权姓名; 出版年份;

- (3) 版权独立保护原则

(四) 集成电路公约

1. 保护客体: “集成电路”及“布图设计”

2、保护条件: 原创性

3、保护原则: 国民待遇

4、保护范围: 通过列举非法行为的方式来明确条约的保护范围

5、保护方式: 仍采取传统知识产权保护方式

(五) 植物新品种权公约

国际植物新品种保护联盟 (LPOV) 是依据《国际植物新品种保护公约》建立的, 于 1961 年在巴黎签署, 于 1968 年正式生效。

1、保护方式: 可以选择作为专门保护权或作为专利权来保护;

2、保护原则: 国民待遇原则和互惠原则;

3、保护条件: 区别性、新颖性、一致性和稳定性

4、保护范围: 授予育种者以提供出售的权利、市场销售的权利、以商业销售为目的的商品生产的权利。

5、权利限制: 为公共利益而广泛推广; 给育种者报酬;

6、保护期限: 不少于 15 年; 藤本、林木、果树、观赏树 18 年

六) 世界知识产权组织的机构

按照公约的规定, 世界知识产权组织由大会、成员国会议、协调委员会和国际局组成。

1. 大会, 由成员国中参加“巴黎同盟”和“伯尼尔同盟”的国家组成, 是该组织的最高权力机构。

- 2.成员国会议，由参加世界知识产权组织的全体成员国组成，不论它们是否为某一同盟的成员国。
- 3.协调委员会，由担任“巴黎同盟”或“伯尼尔同盟”执行委员会委员，或兼任该委员会委员的本公约的参加国组成，是为了保证各同盟之间的合作而设立的机构。
- 4.国际局，是世界知识产权组织各机构和各同盟的秘书处，即常设办事机构。

(七) 知识产权协议

《与贸易有关的知识产权协议》(Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, 简称 TRIPs 协议) 签署于 1994 年，次年生效，是目前最具综合性的知识产权多边协议。

- 1、知识产权的范围: 版权与邻接权、商标权、地理标志权、工业品外观设计权、专利权、集成电路布图设计权、未披露过的信息专有权
- 2、与《巴黎公约》、《伯尔尼公约》、《罗马公约》(保护表演者、音像制品制作者和广播组织罗马公约)、《华盛顿条约》的关系: 主要部分与四公约的实体条款相符: 适用 TRIPs 协议的成员均应遵守《伯尔尼公约》1971 年文本的实体条款 3、有例外的国民待遇原则
- 4、最惠国待遇原则

五、知识产权的法律适用

- 一、专利的法律适用
- 二、商标的法律适用
- 三、著作权的法律适用
- 四、我国知识产权法律适用规则
- 五、知识产权法律适用案制

(一) 专利的法律适用

- 1、专利的法律适用常用规则:
 - (1) 享受国民待遇的条件依被请求国法律;
 - (2) 优先权日的确定依受理首次申请的国家的法律;
 - (3) 专利的授予依被请求国法律;
 - (4) 专利的保护、撤销、终止等，适用授予国法律。

(二) 商标的法律适用

- 1、商标法律适用一般性规则
 - (1) 享受国民待遇的条件依被请求国法律;
 - (2) 优先权日的确定依受理首次申请的国家的法律;
 - (3) 商标是否准予注册依被请求国法律;
 - (4) 注册商标的效力、撤销等，一般依保护国法律;
- 2、商标法律适用特殊规则
 - (1) 注册商标的有效期适用保护国法
 - (2) 商标原始注册的取得和效力适用原始注册国法

(三) 著作权的法律适用

- * 著作权的法律适用，主要有两个基本的冲突规则:
- 1、作品在起源国的保护适用作品起源国法
 - 2、作品在起源国以外的保护适用被请求保护国法
- * 两个例外
- (1) 被请求保护国的版权法规定的保护水平低于其缔结或参加的国际条约所规定的最低保护水平时，依条约;

(2)对于版权的某些内容,被请求保护国可依作品起源国法律给予保护。(保护期:被请求保护国>起源国)

根据被请求保护地法律原则,例如某一美国作者在美国出版一本书,在美国享有了版权,按照“自动保护原则”,他可以在英国德国中国等公约成员国内要求享有版权。但是在其他成员国所要求享有的版权只能依据各该成员国国内法规定。由于各国版权法的内容不同,他所享有的版权内容也会有所不同,即分别有“英国版权”“德国版权”“中国版权”等。而且各国版权是彼此独立的。如果该作者的版权在中国遭到侵犯,被侵犯的只是“中国版权”,他只能获得中国著作权法规定的救济。

(四) 我国知识产权法律适用规则

第 48 条 知识产权的归属和内容适用被请求保护地法律

第 49 条 当事人可以协议选择知识产权转让和许可使用适用的法律,没有选择的,适用本法对合同的有关规定

第 50 条 知识产权的侵权责任适用被请求保护地法律,当事人也可以在侵权行为发生后协议选择适用法院地法律。

案例一

中国公民李某,张某与韩国人金某合著一本有关内科的医学著作。2003 年由中国某科技出版社用中文出版,合著了 3 个人的名字。后来张某和李某将本书译成英文,并由中国某出版社转让给英国出版社在英国出版,但是英文译稿并未署上金某的名字,中国某科技出版社并未对此提出异议,该书已经在英国出版。金某就此事起诉中国某科技出版社。

问:根据我国的法律规定金某是否享有著作权?享有