

## 国际私法复习资料

### 一、名词解释

#### 1、Civil activities involving foreign elements 涉外民事行为

概念：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。

两层含义：涉及两个或两个以上的主权国家、涉及两个或两个以上的同一主权国家内部有独立法律体系的法域

三个标准：主体、客体、产生、变更、消灭当事人权利义务的法律事实

#### 2、conflict of laws 法律冲突

Causes:产生原因：1、存在跨境民事交易活动 2、存在不同法律体系 3、外国人民事法律地位的承认 4、承认外国法在内国有域外效力

#### 3、The concept of conflict rules 冲突规范的概念

在国际条约或国内法中规定的用以确定某一涉外民事关系所应适用法律的规范。

#### 4、The structure of conflict rules 冲突规范的结构

Category 范围：冲突规范调整的民事关系或法律问题

Attribution 系属：用以规定冲突规范范围中民事关系所应适用的法律

#### 5、Connecting point 连接点

连接点是冲突规范所调整的某一民事关系与特定的实体法之间的联系，它构成某一冲突规范确定涉外民事关系准据法的基础或根据

#### 6、Formula of attribution 系属公式

针对某一特定的民事关系或问题发展出一些固定的冲突规范，并成为国际上公认的或为大多数国家采用，作该特定民事关系或问题上法律冲突的解决通用实践(公式)

#### 7、冲突规范的类型

unilateral conflict rules 单边冲突规范、bilateral conflict rules 双边冲突规范、Double application conflict rules 重叠冲突规范、Alternative application conflict rules 选择性冲突规范

#### 8、The concept of conflict rules Characteristics 冲突法律规范的特点

1、承认冲突而不是消灭冲突；2、通过法律选择规则解决冲突；3、确定准据法的规范；4、独特结构；5、间接

缺点：局限、间接、可预见性较差

#### 9、Applicable Law 准据法

冲突规范所指引的规定当事人权利和义务并作为裁判依据的某一实体法。

Characteristics 特点：规定权利义务实体法、冲突规范所指引、是某一特定的法律规定，而不是某一笼统的法律体系

#### 10、Characterization 识别

概念：法院对提交给其处理的争议或事实进行定性并将其归入特定范围(范畴)以便确定某一可适用的冲突规范指引准据法的过程

Levels of Characterization 三层识别：1、界定实体问题的性质 2、解释法律选择规则 3、识别决定是用来决定哪些问题为实体问题(以便由法律选择规则指定的法律决定),哪些问题为程序问题(以便由法院地法决定)

起源：法院地法与外国法之间在冲突规范和准据法的规定不同,对相同法律事实的不同定性,或者相同法律概念的不同解释,或者某一国家所特有的法律制度或法律概念,是其他国家,尤其是法院地国所没有的

解决识别冲突：1、地法说 2、准据法说 3、威希尔的二级识别说

#### 11、the incidental question 先决问题

当法院在处理国际私法(含有涉外因素)争议时,如果法院必须先解决另一问题为前提时,则可以将该争议称为主要问题,而另一个问题称为先决问题。

成立要件：1、根据法院地冲突规范,主要问题应适用外国法 2、有涉外因素的先决问题有自己的法律选择规则 3、如果调整主要问题的法律适用于先决问题所产生结果与先决问题自己的法律选择规则所导致的结果不同

Conditions for an incidental question to arise 先决问题成立要件

先决问题的冲突法：1、主要问题准据法所属国的冲突法律 2、法院地的冲突法

#### 12、Renvoi/Remission 反致

在反致制度中,某一涉外民事案件中的法院地冲突规则指向某一外国法,但该外国冲突规则指回法院地法,法院最终适用法院地实体法。

肯定反致：1、有利于在某种程度上获得司法判决结果的一致性,从而避免挑选法院 2、无损主权,扩大了内国法的适用 3、确保了外国法的完整性 4、尊重外国立法意图,展现国际礼让 5、有时能得到合理判决

反对反致：1、永无休止的循环 2、有损内国国家主权 3、否定内国冲突规范的适用 4、有损法律适用的可预见性

#### 13、Evasion of law 法律规避

概念一方人为和有意地制造或改变与某一个法律体系的连结点,逃避根据法律选择规则本应适用的法律的适用,从而使对其有利的法律得以适用的一种行为。

法律规避的构成要件：1、当事人有目的的故意行为,带有规避某一法律的动机 2、所规避的法律是强制性或禁止性规定 3、通过人为改变或制造一个或多个连结点来实现的 4、法律规避已经完成。

后果：1、有效说 2、无效说 3、相对无效说：规避本国法无效,规避外国法有效;仅否定外国法的适用,而不否定为规避目的而制造或改变连结点的效力

我国：如果当事人规避中国强制性或禁止性规定的,不发生适用外国法的效力

#### 14、Proof of foreign law 外国法的查明

概念：当法院地冲突规范指向外国法作为准据法时,将产生的问题是如何确定可适用的外国法的具体内容。

方法：1、由当事人提供 2、中国驻相关国家的使领馆 3、相关国家驻中国使领馆 4、通过司法协助由相关国家的中央机关提供 5、专家证言

救济：1、适用冲突规范的错误，允许当事人依法上诉，以纠正这种错误 2、适用外国法的错误，允许上诉或不允许上诉。

我国：无论何种错误均可上诉

#### 15、Reservation of public order/policy 公共秩序、公共政策的保留

概念：如果根据法院地冲突规范本应适用外国法，而该外国法规定或该外国法的适用结果违反法院地的公共政策或公共秩序，法院将不会适用该外国法。

Public policy Issues in Judicial operation 公共秩序在司法实践中的问题：1、国内民法上的公共秩序与国际私法上的公共秩序 2、适用国际条约统一冲突规范时的公共秩序保留问题 3、可适用的外国恶法排除后，不能直接使用法院地法

惩罚性法律、财政法及其他公法的排除适用

#### 16、Theory of statutists 法则区别说

Bartolus' s Main Points of Views 巴托鲁斯的主要观点：1、法律三分：物法仅在立法者境内有效（域内效力；人法可以随人所至生效，可以在立法者境内和境外生效（域外效力）；混合法效力视情况区分方法：某一实体法规则的语法结构（措词）；推定的明显的立法意图

Dumoulin(杜摩兰)：当事人意思自治；大多数法律都是属人法

D' Argentre 达让特莱：属人法只是例外

Huber 's Three Axioms 胡伯三原则：1、主权者将通过礼让使在一国范围之内取得的权利在其他地方也仍然有效，除非这些权利会损害该主权者及其臣民的权力和权利。2、每一国法律在其境内有效并约束其臣民，但在境外则无效 3、在一国之内的所有人，不管长住与否，均视为其臣民

#### 17、The seat of legal relationship Theory 法律关系本座说

Savigny' s main Points of views 萨维尼的主要观点：1、冲突法的基础是各国的相互依赖（相互依赖的社会关系）2、冲突法的任务协调不同的法律；确保不管诉讼地在何处，法律适用和裁判结果的统一；避免或减少挑选法院；建立法律共同体 3、不管是国内法还是国外法，不管是人法还是物法；法律适用时不区分法律性质，我们应当研究法律关系，并要法律关系的性质和类型决定法律适用，即区分法律关系，而不是区分法律 4、选择准据法时应选择基础法律关系所属的法律秩序，即该法律关系的本座所在地的法律秩序 5、例外，法院地国的强行法

影响和评论：1、从法则区别到法律关系区别的质变 2、从单边主义到多边主义的质变 3、哥白尼式的革命 4、最密切联系原则的雏形

局限 1、法律共同体仍然是幻想 2、本座的归类过于简单

#### 18、Dicey' s vested rights 戴赛的既得权说

观点：1、严格的属地主义 2、法官不能直接承认和执行外国法，也不能直接执行外国判决 3、根据外国法产生的既得权应被承认和执行 4、基于外国法有效的权利应被英格兰法院承认和执行 5、权利有效与否的根据是外国法 6、公共秩序和主权保留

#### 19、Currie' s Governmental Interest Analysis 柯里的政府利益分析说

观点：1、法律含有并反映政府利益 2、任何法律冲突都是不同政府之间的利益冲突 3、解决法律冲突是要分析和协调政府利益的冲突

虚假冲突：只有一个相关政府有政府利益；解决：适用有政府利益的国家的法律

真实冲突：不只一个政府有政府利益；解决：如果法院地有政府利益，适用法院地法。否则，适用有较大利益的国家的法律，如果不能判断利益大小，则适用法院地法

评价：柯里说：要是没有法律选择规范，我们会更好，但抛弃法律选择规范的企图就像是：搬起石头砸到自己的脚上

## 20、Legitimation of an illegitimate child 非婚生子女的准正

1、父母事后结婚准正 2、父母事后承认 3、司法裁判准正

## 21、The theoretical foundation of the lex situs 物之所在地法原则的理论基础

1、主权，财产所在地主权国排他性控制之下，尤其是不动产 2、法律关系本座说 3、财产权保护需要说，没有财产所在地国的同意，财产权益难以保护

## 22、Unitary system v. Scissionsystem 单一制和区别制

区别制：指在涉外继承中，将遗产区分为动产和不动产，对动产和不动产分别适用于不同的冲突规范所指向的实体法，即动产适用被继承人的属人法，不动产适用物之所在地法。

单一制：指不管遗产是动产还是不动产，继承关系作为一个整体适用同一冲突规范所指向的实体法，即被继承人死亡时的属人法。

利弊：强调继承的财产法性质的国家，采用区别制，强调继承的身份法性质的国家采用的是同一制。不动产与所在国家联系比较紧，适用不动产所在地法有利于案件的审理，又有利于判决的执行。但是它将继承关系复杂化了，在法律适用上可能会碰到诸多不便

单一制可以避免区别制的这些弊端，再财产所在地的国际私法采用区别制时，根据属人法作出的判决有可能在不动产所在地国无法得到承认。

## 23、The concept of tort 侵权的概念

侵权是不法侵害他人人身或财产，造成人身伤害或财产损害，侵权人应承担侵权责任的民事过错行为

## 24、Depeceage v. unitary doctrine 分割论和单一论

单一论：强调合同的整体性，一个法律适用于因合同引起的或与合同有关的所有问题或争议，对所有合同及合同的所有问题或争议都适用同样的冲突规范。

分割论：强调对于合同的立法政策考虑。即合同的不同问题或不同环节分别适用各自的证据法。不同种类合同即合同的不同问题或争议适用不同的冲突规范。

单一论对调整错综复杂的合同关系未免缺乏针对性和合理性。对于同一合同来说，单一制主张整个合同适用同一法律，分割论主张不同的方面适用不同的法律；对于不同性质的合同，单一论主张不分类型，统一确定其准据法，而分割论主张适用不同的法律，分割论有利于对合同纠纷的妥善解决。

## 25、Double actionability rule 双重可诉原则

以侵权行为地法为准据法，兼顾行为地法的折中主义。

## 26、characteristic performance doctrine 特征履行说

确定能够代表合同特征而使某一特定合同与其他合同相区别的特征履行方,适用特征履行方的履行地法或适用特征履行方的营业地或惯常居所地法。

27、Mandatory rules 强行法的适用

强行法或“直接适用的法”指不得由当事人通过协议予以排除适用的法律

28、Characteristic performance in Chinese law 中国法中的特征履行

人民法院根据最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。

29、Proper law 自体法

是对法律适用问题的解决提出一种理论、一个标准、一种方法,其主旨在于告诉人们应该怎样确定合同准据法,或说应该依据什么原则和标准来确定合同准据法

30、Parties' autonomy 当事人意思自治

指合同当事人可以通过协商一致的意思表示自由选择支配合同准据法的一项法律选择原则。

31、heirless property 无人继承财产

指没有法定继承人也没有遗嘱继承人,或者全部继承人都放弃继承权或都被剥夺继承权的遗产。

32、Lex situs 物之所在地法

适用范围: 1、物之所在地法适用于动产于不动产的区分 2、财产权客体的范围由物之所在地法决定 3、财产权的种类和内容由物之所在地法决定 4、财产权的取得、转移、变更和消灭的方式及条件,一般由物之所在地法决定 5、财产权的保护方法由物之所在地法决定

33、actions in personal: 对人诉讼。

只要有关案件的被告在诉讼开始时在内国境内且能有效地将传票送达给被告,内国法院就有权对案件行使管辖权,而不管被告具有何国国籍,其住所或惯常居所处在何国境内,也不问有关案件在哪个国家发生。对法人只要该法人在内国有商业活动。

34、actions in rem: 对物诉讼。

以物(财产)为诉讼对象,他不像对人诉讼那样要求法院加给被告人以责任和义务,而是要求法院确定某项财产的所有权或其他权利,这种诉讼判决的效力及于第三人。在这种诉讼中,法院可能对被告没有管辖权,他对某物有管辖权,即在送达诉讼文书时,该物在管辖区内。

35、formula of attribution: 系属公式

使冲突规范的系属公式化,成为固定的系属,用于解决同类性质的涉外民事关系的法律适用问题。这种公式化,固定化的系属就叫系属公式。

36、characteristic performance: 特征性履行。

瑞士吉施尼策尔。双务合同中,交付货物或提供劳动等给付是特征性给付。决定合同的准据法应依特征性履行为准。但决定合同的准据法不应以特征性给付的履行地为准,而以负担特征性履行给付义务的当事人的住所地或惯常地为准。

37、comitas gentium: 国际礼让说,

荷兰胡伯,解决法律冲突三原则,1、绝对效力,仅限于主权范围内;2、境内人适用;3、对在外

国已取得的权利给予尊重。

38、commissioner: 特派员取证。

法院在审理涉外民商事案件时委派专门人员去外国境内提取证据的行为。

39、冲突规范的种类:

(1) unilateral conflict rules: 单边冲突规范。直接指定适用某国法律。

(2) bilateral conflict rules: 双边冲突规范。不直接规定适用内国法还是外国法, 只是给了一个连接点, 但这个连接点比较抽象, 要结合具体情况推定适用某一特定国家的法律。

(3) double rules for regulating the conflicts of laws: 重叠性冲突规范。系属中有两个或两个以上的连接点, 它们所指引的准据法同时适用某一涉外民事法律关系。

(4) choice rules for regulating the conflicts of laws: 选择适用的冲突规范。系属中有两个或两个以上的连接点, 只需选择其中之一指向的法律来调整有关涉外民事法律关系的冲突规范。

40、conflict rules: 冲突规范

有国内或国际条约规定的, 指明某一国际民商事关系应适用何种法律的规范。

connecting point: 连接点

把调整的法律关系与调整该法律关系的法律连接起来的因素。

41、doctrine of vested rights: 既得权说,

英国戴赛, 为了保障涉外法律关系的稳定性, 对于根据外国法已设定的权利, 除了与内国公共政策、道德原则和国家主权发生抵触者外, 都应得到承认与保护。

42、evasion of law: 法律规避。

当事人故意制造连接点, 是本应适用的法律没有适用, 对其有利的法律得以适用。

43、false conflict: 虚假冲突

如果只有一个国家(州)有合法的利益, 而另外的州或国家没有利益。true conflict: 真实冲突, 如果某一案件涉及的两个国家的法律不仅在规定上有冲突, 而且两者所体现的政府利益也发生冲突, 都具有合法的利益。(政府利益分析说, 柯里)

44、Forum Non Convenient Doctrine: 非方便法院。

是指一国法院根据其内国法的规定, 对某一涉外民事案件具有管辖权, 但由于其本身就审理这一案件而言, 是严重不方便的, 则法院依职权或根据被告的请求作出自由裁量而拒绝行使管辖权。

45、generalized System of Preference: 普遍优惠制。

发达国家给予发展中国家的制成品或半制成品在关税上的一种单方面的、非互惠的、非歧视的优惠待遇。

46、Identification; qualification; characterization; classification: 识别。

在适用冲突规范时, 依据一定的法律概念, 对有关的法律事实构成作出定性或归类, 将其归于一定的法律范畴, 并对有关的冲突规范进行解释, 从而确定应援用哪一种冲突规范的认识过程。

47、immunities of states and their property: 国家及其财产豁免

简称为国家豁免, 是习惯国际法上的一项重要原则, 具体指在国际交往中, 一个国家及其财产未经其同意, 免受其他国家管辖与执行措施的权利。

48、international jurisdiction: 国际民事管辖权。

一国法院或具有审判权的其他司法机关受理、审判具有国际因素或涉外因素的民商事案件的权限。  
法律冲突的种类:

(1) international conflict of laws: 国际冲突

(2) interregional conflict of laws: 区际冲突

(3) interpersonal conflict of laws: 人际冲突, 宗教、民族、阶级

(4) intertemporal conflict of laws: 时际冲突, 新旧、前后法的适用

49、judicial assistance: 司法协助

又称国际司法协助, 指一国法院或其他主管机关根据另一国法院或其他主管机关或有关当事人的请求, 代为协助实行跟诉讼有关的司法行为。

50、reservation of public order: 公共秩序保留。

一国法院依其冲突规范本应适用外国法时, 因其适用会与法院地国的重大利益、基本政策、道德的基本观念或法律的基本原则相抵触而排除其适用的一种保留制度。

51、Service abroad: 域外送达。

一国司法机关依据有关国家的国内立法或国际条约的规定将诉讼和诉讼外文书送交居住在国外的诉讼当事人或其他诉讼参与人的行为。

52、Sitz des Rechtsverhältnisses: 法律关系本座说

德国萨维尼, 各种涉外民事关系像人有住所一样, 都有自己的本座, 一个人的住所存在于一个特定的空间, 法律关系的本座也存在于一定的空间。各种涉外民事关系应适用的法律应是依其本身的性质确定的其本座所在地的法律。

53、Speacial Appearance: 特别出庭。

源于美国的诉讼制度, 它指的是被告出庭仅仅是为了抗辩法院的管辖权, 而不进行其他任何实质性程序, 不能示为出庭应诉也不能示为被告自愿接受法院的管辖。

54、Stay because of pending action: 一事两诉; 诉讼竞合; 平行诉讼。

相同当事人就同一争议基于相同事实同时在两个或两个以上国家进行诉讼的现象;

55、territorial legal unit; legal unit: 法域。

具有或适用独特法律制度的范围。

56、unity bankruptcies: 单一破产制。

某一债务人在一国申请宣告破产后, 不能再在另一国申请宣告破产的情况, 它可影响债务人在各地的财产, 在破产程序中发布的命令以及做出的处分在各地有效

## 二、简答论述题

### 1. 简述国际私法的调整对象。

国际私法的调整对象是涉外民事关系(包括商事关系)。凡有以下情况之一者, 即构成涉外民事关系: (1) 作为民事关系主体的一方或各方均为外国自然人或法人, 或无国籍人; (2) 作为民事关系的客体或标的是位于外国的物或财产, 或需要在外国履行的某项义务; (3) 作为民事关系的内容即当事人之间的权利

义务关系据以产生的法律事实(行为或事件)发生在外国。它包括涉外物权关系、涉外债权债务关系、涉外知识产权关系、涉外婚姻家庭关系和涉外遗产继承关系等。

## **2. 法律冲突是怎样产生的?**

法律冲突是指涉及两个甚至两个以上国家的民事关系,因它们的民事法律规定各不相同,却都要求对该民事关系进行管辖或适用,从而造成的法律适用上的冲突或抵触。在处理涉外民事关系时之所以产生法律适用的冲突,有以下四个方面的原因:一是现实生活中大量出现含有涉外因素的民事关系;二是所涉各国民法的规定不同;三是司法权的独立;四是国家为了发展对外经济贸易关系,赋予外国人在内国平等的民事权利地位,并在一定的范围内承认所涉外国法的域外效力。

## **3. 国际私法调整涉外民事关系的方法。**

答:各国最早采用解决涉外民事关系法律冲突问题的办法是通过冲突规范来制定各种不同性质涉外民事关系应适用的法律。但是,这种解决途径只指出有关的民事关系适用哪一个国家的法律,而没有直接规定当事人的权利义务,因而它只起到“间接调整”的作用。另一种解决涉外民事关系法律冲突的途径,就是有关国家通过国际条约,制定一些统一的实体规范,将彼此在民、商法的分歧统一起来,并供缔约国的当事人直接用于有关民事关系之中,从而消除法律冲突,避免在不同国家的国内法之间作选择。

## **4. 国际私法主权原则和平等互利原则的基本内容。**

答:主权原则本是调整国际关系的最基本原则,但由于国际私法所调整的也是一种涉及不同国家立法、司法管辖权的关系,因此,主权原则也是国际私法的一项基本原则。这一原则要求我们在处理涉外经济、民事关系时,必须贯彻独立自主的方针,并尊重他国的主权,具体表现为任何主权国家都有权通过国内立法或国际条约,规定自己的或自己可以接受的冲突法制度;各国除应遵守国家习惯法的一些基本限制外,都有权制定自己的国际民事诉讼法制度;并在未明示放弃国家及其财产的豁免权时,任何其他国家的国内法院都无权受理以国家为被告或以其财产为标的的诉讼等。主权原则乃国际私法得以产生和发展的基础。

随着国际经济联系规模的不断扩大和科技合作的全面发展,国际私法关系将越来越成为国际社会一种重要的法律关系。任何国家要想得到经济、技术上的迅速发展,就必须诚恳地同别国合作,这就要求在处理发生于经济、贸易、技术和人员交往过程中的各种国际私法关系时,也必须自觉贯彻平等互利原则。即首先要承认各国民商法处于平等地位,在可以而且需要适用外国法时应予以适用;同时还要承认内外国人处于平等的法律地位,他们的合法权利应受到同等保护。

## **5. 国际司法保护弱方当事人的合法权益原则的基本内容。**

在知识经济和全球化时代,发达国家和发展中国家的贫富差距,资本和技术输出国与输入国的经济实力的差距,以及社会上雇主与劳动者、生产者与消费者、男人与妇女、父母与小孩之间利益上的对立,在相当长时期内还将存在,处理不当,仍有可能威胁人类社会的和平与发展。因此,就像WTO这样的国际贸易组织,也得照顾发展中国家的利益,故在处理国际私法关系时,坚持这一原则,也是很有必要的。

## **6. 法律冲突的实质是什么?**

法律适用上的冲突,实质上就是外国法律的域外效力与内国法律的域内效力,或内国法律的域外效力与外国法律的域内效力之间的冲突。法律的域内效力,主要体现国家的属地优越权,法律的域外效力主要



体现国家的属人优越权。因而，外国法律的域外效力与内国法律的域内效力的冲突，也就是外国的属人优越权与内国的属地优越权的冲突；而内国法的域外效力与外国法的域内效力之间的冲突，也就是内国的属人优越权与外国的属地优越权的冲突。属人优越权与属地优越权仅是一个矛盾的两个方面，而国家的属地优越权一般居于主要方面，这是因为国家对其在外国领域内的公民行使属人优越权时，必然受到他国属地优越权的制约或限制。

### **7. 区际私法有哪些基本特征？**

区际私法的特征主要表现在：首先，它与国际私法不是发生在同一个层面的问题，区际私法只是依国际私法规则指定应适用某国法律作准据法之后，才可能遇到的问题。其次，由于区际私法处理的是一国内不同地区的法律冲突，在多数情况下，不同地区的法律近似性会更大，而且往往要受到中央宪法的制约，因而在法律选择方面都比较宽松。再次，在国际私法中，国籍是属人法的一个很重要的连接点，而在解决区际私法冲突时，国籍这个连接点完全不起作用。

### **8. 怎样理解法律的时际冲突？**

法律的时际冲突有两种情况，第一种情况是新旧法律的冲突(参见教材第9页1960年纽约州法院受理的非婚生子对其父提起确认父子关系之诉)。第二种情况是动态冲突，即前后两地法律的冲突，如在适用物之所在地法的情况下，某一动产在原所在地国属于不可转让物，后来移到一允许转让这种物的国家，就需要确定究竟应适用原所在地法还是后一所在地法来决定该物是否可转让的问题。

### **11. 简述杜摩兰学说的基本思想。**

答：杜摩兰作为法国法则区别说的代表人物之一，其主要贡献是最先提出在契约关系中，应该适用当事人自主选择的那一习惯(法)，后人把他的思想理论简化而称之为“意思自治”原则。杜摩兰不但主张契约应适用当事人自己选择的习惯，甚至认为，即使当事人未作这种明示的选择，法院也应推定当事人意欲适用什么习惯于契约的实质要件和效力。他的“意思自治”原则，后来逐渐成为选择契约准据法的一项普遍接受的原则。

### **12. 简述萨维尼本座说的基本思想和重要贡献。**

答，萨维尼是“法律关系本座说”的创始人。他从一种普遍主义的观点出发，认为对各种特定的涉外民事关系应依其本身性质适用其“本座”所在地的法律。他既不再囿于“人法”、“物法”的区分，也不去讨论法律的域内、域外效力问题，而主张平等地看待内外国法律，并认为只有这样做才能达到以下的目的，即不管案件在什么地方提起，均能适用一个法律，得到一致的判决。他认为建立这一理论的根据是，应该承认存在着一个“相互交往的国家的国际社会”，各国的法律也形成了一种“法律的共同体”。而每一种法律关系依其性质总是与一定地域的法律相联系。

根据萨维尼的这种本座说，人们只要通过对各种法律关系的性质进行分析，就可以制定出各种双边冲突规范去指引法律选择，因而，他的学说对制定冲突法典起了积极的推动作用。萨维尼的学说，确实开创了一条完全不同于法则区别说的解决法律冲突和进行法律选择的新路子，以后许多国际私法学家虽然又相继提出了“法律关系重心说”、“连接关系聚集地说”、“最密切联系说”等种种理论，但在实际上，均未完全脱离萨维尼方法论的影响。

### **13. 戴西既得权理论的主要内容有：**

(1)英国法院只能对可作出有效判决的事和自愿服从其管辖的人行使管辖权；(2)凡依外国法已有效取得的权利，一般均应为英国法院所承认和执行；(3)但此种承认和执行如与英国的成文法规定、公共政策、道德原则或国家主权相抵触，可不予承认和执行；(4)判定某种权利是否已有效取得及其性质，应依产生此种权利的法律；(5)当事人已协议选择的法律具有决定他们之间法律关系的性质。

#### **14 国民待遇制度在国际私法上有何意义？当今国民待遇制度的主要特点**

在国际私法上，国民待遇制度的意义在于，保证一国领域内的内外国人之间的民事权利地位的平等，从而排除对外国公民和法人在民事法律地位方面采取低于内国公民和法人的待遇。当今国民待遇的主要特点有：(1)原则上要求互惠，但并非一定以条约和法律上的规定为条件，因而多用对等原则加以制约；(2)外国人享有与内国人平等的法律地位，是就一般原则而言的，并非在具体的民事权利享有上完全一样；(3)国民待遇的范围，有时还在条约中作出具体的规定和限制。

#### **15. 最惠国待遇制度在国际私法上有何意义？简述当今最惠国待遇制度的主要特点和分类。**

答：最惠国待遇制度在国际私法上的意义是，保证在内国的各外国的公民和法人之间的民事权利地位的平等，从而排除或防止对一外国公民赋予的权利低于内国赋予第三国公民的权利。当今最惠国待遇的主要特点有：(1)是根据条约而赋予的；(2)凡给惠国授予第三国以任何优惠，受惠国无须向给惠国提供一定条件或履行一定手续，即可取得和享有；(3)这种待遇实际上是通过给予对方自然人、法人、商船、产品等具体的优惠表现出来的；(4)在最惠国待遇条款中，一般对其适用范围或事项作有规定。

其分类主要有：(1)互惠的最惠国待遇和非互惠的最惠国待遇；(2)有条件的最惠国待遇和无条件的最惠国待遇。

#### **16. 简述形式上的互惠与实质上的互惠的主要区别。**

答：采取形式上的互惠，则国家之间在民商事领域签订互惠条款时，并不要求在缔约对方国境内赋予其公民的具体权利范围与这些国家赋予缔约对方国的公民的权利范围相等。而实质上的互惠则要求在互惠条款中专门规定的权利范围上完全相等。

**17.外国人在我国目前能享受哪些主要民事权利？** 答：外国人目前在我国能享有的主要民事权利有：(1)亲属权；(2)继承权；(3)劳动权；(4)智力成果权；(5)经营工商企业和参加合作开发自然资源的权利；(6)土地的长期租赁权；(?)司法保护权。

#### **18. 什么是冲突？规范冲突规范在结构和性质上有什么特点？**

答：冲突规范是指定各种涉外民事关系应适用何国法律作准据法的规范，它由“范围”(即各该法条适用的事项)和“准据法”两部分构成。如“侵权行为适用侵权行为地法”，就并不直接规定当事人之间的具体权利义务，而只是指明判决该行为是否构成侵权行为，以及如构成侵权行为，该对受害人承担什么责任；真正明确当事人之间的具体权利义务关系，必须待援用并根据它所指定的那个国家的实体法规范(又称被指定规范)作出，故在性质上它是一种间接调整规范(又称指定规范)

#### **19. 冲突规范有哪几种基本类型？**

答：根据冲突规范对应适用法律的指定不同，可以把它们划分为四种基本的类型，即单边冲突规范、双边冲突规范、重叠性冲突规范和选择性冲突规范。

单边冲突规范是直接规定“范围”中所指事项只适用内国法或只适用外国法的冲突规范。双边冲突规范，

它并不规定对“范围”中的事项在什么场合适用内国法或外国法，而是抽象地规定一个待认定的连结点，表明什么问题应适用什么地方的法律，至于这一法律，可能是内国法，也可能是外国法，全取决于连结点的所在。重叠性冲突规范要求在处理“范围”中指出的法律关系或法律问题时必须同时适用或符合两个或两个以上国家的法律。选择性冲突规范的特点是在用两个或两个以上连结点指引的可供选择的国家的法律中，法院或当事人可以选择其一作为“范围”中所指事项的准据法。

## **20. 单边冲突规范和双边冲突规范有什么区别和联系？**

答：单边冲突规范与双边冲突规范，既有联系又有区别，这种联系，主要表现在具体案件中援用双边冲突规范时，总是需要从中分离出一个单边冲突规范来。这就发生了双边冲突规范向单边冲突规范的推移过程。反之，在运用单边冲突规范的时候，如果需要并允许据此推引出另一个相应的单边冲突规范，那么把这两个单边冲突规范结合起来，它们又可以构成一个双边冲突规范。

## **21. 什么是连接点？连接点的冲突如何解决？**

答：连结点又称连结因素，是指冲突规范中就“范围”所列事项指定应适用何国法律所依据的一种事实因素。早先，连结点大都是一些具有场所意义的事实因素，如“国籍”、“住所”、“物之所在地”等等。后来，“当事人的合意”或“当事人的自主选择”也成了重要的连结点。

## **22. 什么是识别？识别在冲突法制度中起何作用？解决识别冲突的依据有哪几种主要学说？**

答：识别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，从而确定应援用哪一冲突规范的法律认识过程。

一般认为，在运用冲突规范的过程中，识别之所以必不可少是由于以下几个方面的原因：(1)不同国家的法律对同一事实赋予不同的法律性质，从而可能会导致适用不同的冲突规范。(2)不同国家对一冲突规范中包含的概念的内涵理解不同，从而导致适用不同的法律。(3)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。(4)由于社会制度或历史文化传统的不同，不同的国家又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法律概念。因此，只有先解决了识别问题，才能确定应援用哪一冲突规范。故在冲突制度中，识别是决定援用哪一种冲突规范的前提。

解决识别冲突的依据，主要有三种不同学说：(1)德国学者卡恩和法国学者巴丁主张的法院地法说，认为受理案件的法院只应依自己国家国内法的统一概念与观点来作出识别；(2)法国的德帕涅和德国的沃尔夫等主张的准据法说，认为用来解决争讼问题的准据法，同时也是对事实构成的性质进行识别的依据；(3)德国的拉贝尔和英国的贝克特等主张的分析法学与比较法说，认为识别只能依建立在分析法学和比较法研究结果之上的一般法理或共同概念与原则进行。

## **23. 什么叫先决问题？构成先决问题的条件是什么？**

答：先决问题最早是德国学者梅希奥和汪格尔提出来的。他们指出，在国际私法中，有的争讼问题的解决需要以首先解决另外一个问题为条件，这时，便可以把争讼的问题称为“本问题”或“主要问题”，而把要首先解决的另一问题称为“先决问题”。构成一个先决问题，必须具备三个条件：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；其次，该问题对主要问题来说，本身就具有相对的独立性，可以作为一个单独问题向法院提出，并且它又有自己的冲突规则可以援用；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国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，并且会得出完全相反的结论，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”。

**24. 遇有冲突规范指定应适用当事人的本国法，而其本国存在多个法域时，如何确定他的本国法？**

答：遇有这个问题时，目前大体上有以下几种解决办法：(1)以当事人所属地法为其本国法，亦即以当事人的住所地或居所地法为其本国法而加以适用；(2)依当事人本国的区际私法来解决这个问题；(3)但有时被指定的多法域国家并无这种区际私法，所以有些更严密的立法在用第二种解决办法时，同时也规定在遇有此种情况时的补救办法(如以与其有最密切联系的那个地方的法律作他的属人法)。

**25. 简述识别中法官的一般认识过程。**

(1)依法院地法给争讼的问题或法律关系定性(识别)，以决定应该援用的冲突规则。

(2)进一步考察依该冲突规则中的规定，指引准据法的连结点在何处。这就需要对连结点作出解释，以确定连结点在哪一国家。

(3)确定解决争讼问题应适用哪一国法律。

(4)如果应适用的法律为外国法时，这时还要解决一个准据法的性质和适用范围的问题。依据比较普遍而公共的观点，多认为对这个问题只能依据该外国自己的法律观点来对它的性质作出判断，同时在解决外国法在各案中的使用范围时，也应破除传统上外国法或外国程序法完全不予适用的观点。

**26. 论述国际私法中时际冲突的解决。**

法律时际冲突的解决，也因其发生的原因不同而有区别。如在冲突规则发生改变时，根据“法律不溯及既往”和“既得权保护”的一般原则，应在立法中明确规定它是否具有溯及力以及溯及的条件。在连结点发生改变时，各国在实践中多根据法律关系的性质，分别采取允许适用新连结点指引的法律(即可变更主义)和不允许适用新连结点指引的法律(即不可变更主义)的方法，以使问题求得公正合理的解决，既不破坏法律关系的稳定性，也不应让当事人规避法律的意图得逞为基本原则。在被指定的准据法发生改变时，也应看改变后的准据法是否具有溯及的效力，它的适用是否会在当事人之间产生严重的不公平、不合理的后果，特别在涉及第三世界国家的重大利益时，更不宜毫无条件地适用“既得权保护”原则。

**27. 简述反致产生的根本原因。**

答：(1)不同国家对同一民事关系规定了不同的连结点(或连结点虽同但解释不同)；(2)且认为它的冲突法指引的外国法包括了外国的冲突法；(3)但是即使具备上述两个条件，如果致送关系中断，也不会发生反致。

**28. 简述反致制度在冲突法中的作用。**

答：从根本上讲，在可能的情况下，求得有利的实体法的适用和求得判决的一致，应该是采用反致制度的主要原因。反致主要发生于援用双边冲突规范的场合，由于双边冲突规范可能导致外国实体法的适用，因此，如果采用反致就可以排除对本国不利的外国法的适用，从而适用法院地国法律或第三国法律。

**29. 公共秩序的职能和规定的方式。**

答：公共秩序的职能是通过下述两种方式限制外国法的适用，从而保证自己法律与道德的基本原则或社会重大利益不致因适用某一外国法而遭到破坏的结果(或保证自己的强行法得以适用)。其规定方式有：直接限制，即在立法中明确规定，外国法的适用不得违反内国公共秩序，否则拒绝适用；二是间接限

制，即指出某些内国法具有绝对强行性，或者必须直接适用，从而排除有关外国法在内国适用的可能性。在各国两者均加采用(合并限制)。

### 30. 简述公共秩序多采用客观说(结果说)的理由。

答：在实践中，有的国家规定：只有在适用由冲突规范指定的外国法会产生与自己的公共秩序严重抵触的结果时，才能借此排除其适用(被称为“客观说”或“结果说”)。比较而言，在用本国法(即国籍国法)作属人法的国家里，公共秩序制度的作用更大、更重要一些。这主要是因为在这些国家，适用外国法的机会更多一些。而在用住所地法作属人法的国家里，公共秩序制度的作用要小一些(这主要是因为住所本是司法上确定案件管辖权的最常用的标准，从而在这些国家依当事人住所而在自己境内而行使司法管辖权的案件中，实体法也常常是自己的法律)。另外，有些国家还常以识别为手段，在本应适用外国法时，把有关的外国法规定识别为程序法或公法，然后根据程序法或公法不具域外效力的特点，同样可以达到排除外国法适用的目的(但这种“不诚实的识别”，受到学界的普遍反对)。

31. 简述运用公共秩序排除外国法后的处理方式。 答：运用公共秩序排除本应适用的外国法后，大多数国家都主张改而适用自己的法律。但也有国家主张驳回起诉，拒绝受理该案的。还有主张改用与之近似或类似的外国法判案的；改而采用一般法理判案的；视是否还有其他指引另一外国法律的连结因素而定，如有，改用该另一外国法，如无，才改用自己的法律。此外还要注意，如被排除的外国法只涉及要处理的案件的某一个具体问题或某一部分，该外国法的其余部分的适用并不会产生与自己公共秩序相抵触的结果，则这部分外国法仍可适用。

### 32. 法律规避构成的要件及其效力。

答：法律规避又称法律欺诈，是指涉外民事关系的当事人故意制造某种连结点，以避开本应适用的对其不利的法律，而使对自己有利的法律得以适用的行为。法律规避有四个构成要件：从主观上讲，当事人规避某种法律必须是出于故意，也就是说当事人有逃避适用某种对其不利的法律的意图；从规避的对象上讲，当事人规避的法律是本应适用的强行法或禁止性的规定；从行为方式上讲，当事人规避法律是通过有意改变或制造某种连结点来实现的，如改变国籍、住所、物之所在地等；从客观结果上讲，当事人已经因此规避行为而达到其适用对自己有利的法律的目的。

一般认为凡规避内国强行法的行为是无效的，很多国家的立法都作了明文规定，我国也认为规避内国强行法系无效行为。但是，如被规避的是外国强行法，是否也认为无效，则无定论。此外，有认为借规避行为而成立的法律关系是无效的，至于被改变而新设立的连结点是否无效(如其取得的“新”国籍、“新”住所)，则应由改变后的连结点所在国家的法院决定。但也有认为这种故意设立的“新”连结点也是无效的。

### 33. 在国际私法上对外国法的查明有哪几种最基本的态度？其理由是什么？

答：有三种最基本的态度。一是完全要由当事人查明，理由是这些国家认为外国法对法官来说不是法律而只是一种事实，而事实是“谁主张谁证明”的；二是法院可依职权查明，理由是在审理涉外案件时被冲突规范指引的外国法同样是法律，而法官应“知法”；三是法院既可依照职权查明，当事人亦当协助，这是公正合理的态度。

#### 34. 我国对外国法查明问题的具体规定是什么？

答：我国法院在审理涉外民事案件时，按照最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》的有关规定，对于应当适用的外国法律，可通过下列途径查明：(1)由当事人提供；(2)由与我国订立司法协助协定的缔约对方的中央机关提供；(3)由我国驻该国使、领馆提供；(4)由该国驻我国使馆提供；(5)由中外法律专家提供。

#### 35. 试论对待反致的理论上的不同观点。

答：持反对态度的学者们主要认为：(1)反致与国际私法的常识和任何国际私法制度的真正性质相抵触；(2)采用反致有损于内国的立法主权；(3)采用反致于实际不便；(4)采用反致会导致指定准据法的无限循环。

赞成反致的学者们则认为：(1)采用反致可维护外国法律的完整性；(2)放弃自己的冲突规范，改用对方国家的冲突规范，也并不有损于本国的主权，反而可扩大内国法的适用，更何况法院在这样做的时候，也是从维护自己法律的完整性出发的，是本国国际私法的指示和要求；(3)采用反致可使各国法律对同一涉外民事案件作出相同判决，而这一点正是国际私法的主要目标。

#### 36. 分析法律规避与公共秩序制度的联系与区别。

答：(1)法律规避和公共秩序制度同为国际私法中限制适用外国法的基本制度。两者在维护内国法的强行性规定和排除本应适用的法律上具有共性；(2)分析两者的主体、产生的原因和着眼点存在较大的差别。

#### 37. 论述外国法不能查明与外国法错误适用的处理。

答：外国法不能查明时的处理办法主要有：(1)以内国法取而代之；(2)驳回当事人的诉讼请求或抗辩；(3)适用同本应适用的外国法相近似或类似的法律；(4)适用一般法理；(5)如有其他指引外国法的连结点，则适用被指引的另一外国法，只有在无这种连结点因素时才能适用自己的法律。

外国法错误适用有因错误适用内国冲突规范而造成的外国法错误适用与适用外国法本身的错误两种情形。对于前者，各国一般允许当事人上诉并加以纠正；对于后者，存在允许与不允许当事人上诉两种不同的处理办法。

#### 38. 论述运用公共秩序应注意的几个问题。

答：(1)应尽量采用客观说或结果说的标准。(2)国内民法上的公共秩序与国际私法上的公共秩序在法律效力上是有区别的，不能将两者完全等同起来。后者，在涉外民事关系中，只有在冲突规范指定应适用内国法时，才是必须予以适用的；而前者，甚至在冲突规范指定外国法时，也是必须予以适用的。(3)在排除本应适用的外国法后，并不可一律代之以法院地国的内国法。(4)公共秩序的运用不应与尊重他国主权相抵触，并且不应和外国公法的排除相混淆。外国刑法、行政法、财政法等公法不为内国法院所适用，这几乎是各国过去一致的立场。其根据就是认为公法本身只有域内效力，所以，没有必要把公共秩序用来作为排除外国公法适用的根据。(5)在接受转致的时候，还应考虑对待外国公共秩序的问题。(6)公共秩序保留制度不只是限于外国法适用方面，同样在外国判决或仲裁裁决承认与执行方面也会涉及到。此外，对国际公共秩序问题与是否可以援引公共秩序来限制适用国际条约或公约中的规定而排除

外国法的适用，都是不可忽视的问题。

### 39. 简述住所冲突的解决。

答：国际私法上的住所究竟如何认定，曾有各种不同的学说。大多数学者和司法实践采用法院地法说，即依照法院国的住所概念去认定当事人的住所究竟在何处。对于住所的积极冲突，其解决原则大体与解决国籍的积极冲突相似，即如发生-内国住所与外国住所间的冲突，以内国住所优先，而不管这些住所取得的先后；如发生外国住所与外国住所间的冲突，在它们是异时取得的情况下，一般主张以最后取得的住所优先，如果是同时取得的，则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。对于住所的消极冲突，一般以当事人的居所代替住所；如果无居所或居所不明时，一般以当事人的现在地代替住所确定其属人法。

### 40. 简述自然人权利能力的法律适用。

答：各国虽都确认人的权利能力始于出生并终于死亡，‘但各国关于何为出生和死亡特别是宣告死亡的规定常有不同，这是产生权利能力法律冲突的主要原因。’加之权利能力又有一般权利能力和特殊权利能力之分，在这两方面各国亦往往异其规定，所以，在国际私法关系中，需要解决它的法律适用问题。不同的理论和实践主要可以分为三种：一是认为应适用于人的权利能力的法律是各该法律关系的准据法所属国法律；二是认为应适用于人的权利能力的法律是法院地法，三是认为应依当事人的属人法来解决他的权利能力问题。

### 41. 简述涉外失踪或死亡宣告的管辖权和法律适用的依据的基本原则。

答：对涉外失踪或死亡宣告案件应，由何国法院管辖的问题，主要有三种不同的主张：其一认为应以其国籍为依据确立管辖权，归国籍国法院管辖，其二是主张以其住所地为依据确立管辖权，由住所地国法院管辖，其三是主张原则上由失踪者本国法院管辖，但在一定条件下和一定范围内也可由其住所或居所国等法院行使管辖权。当今国际社会普遍的做法是大多数国家采纳第三种观点此种宣告的法律适用亦原则上应依确定管辖权的第三种主张解决。

### 42. 简述涉外禁治产宣告的法律适用。

答，对在内国的外国人的禁治产宣告，应，应其本国法院管辖还是应由，其居住地法院管辖主要有两种不同主张：一种是主张只应由被宣告禁治产者的本国法院管辖并依本国法宣告；另一种是主张可由被宣告禁治产者居住地国家的法院管辖并适用其法律。但为保护被宣告人的利益和社会交易的安全，对于成年人为此种禁治产宣告，多数国家的实践与学说是倾向兼采上述两种主张的，即原则上应由本国法院管辖并适用其本国法，但为了兼顾住所地或行为地的交易安全，也允许其居住地国法院管辖，并适用其本国法或居住地法。

### 43. 论述国际私法关于解决自然人国籍冲突的基本原则和办法。

答：(1)对于存在自然人国籍积极冲突时如何定其本国法分以下两种情况：首先，一个人同时既具有内国国籍，又具有外国国籍时，国际上通行的做法多主张以内国国籍优先，以内国法为该人的本国法，不论这几个国籍是同时取得还是异时取得的。这就是“内国国籍优先原则”，且已被各国普遍接受；其次，在当事人具有的两个或两个以上的国籍均为外国国籍时，如何确定其本国法，各国的实践不一，归纳起来主要有三种做法：最后取得的国籍优先原则，当事人住所或惯常居所所在地国国籍优先原则，与当事

人有最密切联系的国籍优先原则。

(2)对自然人国籍存在消极冲突时如何确定其本国法，各国的立法和司法实践基本采取一致原则，以住所所在地国家的法律为其本国法。如当事人无住所或住所不能确定时，以居所所在地法为其本国法。如果当事人的居所也不能确定时，多数国家的法律未作规定，司法实践既有主张以当事人现在地国家为准的，也有主张尊重当事人意愿，以当事人意思自治来决定其国籍和本国法的。

#### **44. 论述连接点的改变对自然人的行为能力的影响。**

答：这要根据不同情况，分析解决：(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，依后一属人法他已达成成年，在这种情况下，一般都主张应承认他取得成年人资格而且有完全行为能力。(2)一个成年年龄较低的国家已达成成年的人，因连结点的改变，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，对于这种情形，主要有三种主张：一是根据既得权说，认为他的新住所国或新国籍国应承认他已取得的完全行为能力；但反对者认为如果这样，就会使该当事人处于比内国同等情况的人更为优越的地位，因而第二种观点是认为其成年不能在连结点改变后仍保留；第三种折衷的观点则认为，应根据个案的具体情况分别解决，总的原则是既不宜使此种权利无条件地得到保留，但也不宜使过去已成立的法律关系遭到否定(如当事人在过去取得成年后已成立的遗嘱、已缔结的婚姻、已承担的责任等)。应该说，第三种观点是可取的。

#### **45. 简述确定法人住所的几种学说与实践。**

答 (1)管理中心所在地说，或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地或主事务所所在地。西方发达国家多采用此种主张。我国《民法通则》也规定，法人以它的主要办事机构所在地为其住所。我国《公司法》的规定与此相同。

(2)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即是该法人实现其经营目的之所在，故法人的住所应是其实际上从事经营活动的所在地。

#### **46. 简述跨国公司国籍的确定。**

答：跨国公司一般由总公司或母公司和分布在世界各地的分支机构或子公司组成。在确定跨国公司的总公司及其分支机构的国籍时，应结合个案具体情况，将分布在不同国家的公司逐个区别开来，而后按照内国确定法人国籍的标准，分别加以确定。

#### **48. 简述内国的外国人法在法人问题上的适用范围。**

答：内国的外国人法一般适用于是否允许外国法人在内国从事民事活动，对外国法人的监督，以及外国法人在内国享有权利与承担义务的限制等方面的问题。

#### **49. 简述法人属人法的适用范围。**

答：法人的属人法，一般主张是决定法人权利能力和行为能力的，即确定法人身份、构成和法律地位的法律。法人的属人法主要适用于以下各项问题：(1)法人的成立和法人的性质；(2)法人的权利能力和行为能力；(3)法人的内部体制以及法人合并或分立时对前法人债务的继承；(4)法人的解散等。

#### **50. 论述我国对外国法人认许的主要规定。**

答：根据外国法人在我国进行经济活动的方式不同采取不同的规定。外国法人在我国进行经济活动主要有三种不同方式：(1)临时来华进行经贸活动；(2)在华进行直接投资；(3)在华设立分支机构。...首先，



外国公司依法向我国公司登记机关申请设立登记分支机构的，必须符合公司法规定的条件，即：(1)外国公司分支机构必须有标明其外国公司国籍和责任形式的名称；(2)外国公司必须指定在中国境内负责该分支机构的代表人或代理人，作为其公司总机构在中国境内的代表，代理其参加在中国境内发生的诉讼或非诉讼活动；(3)外国公司必须按照规定向其在中国境内的分支机构拨付经营活动或业务活动所需资金；(4)外国公司分支机构必须在本机构中置备所需的外国公司的章程。外国公司在华设立分支机构还需符合一定程序，遵循三项基本原则：(1)该外国公司必须是在中国境外的某个国家或地区依法正式登记注册成立并已开展营业活动，到我国申请设立分支机构必须提交其公司章程和登记国政府机关签发的公司登记证书及有关证明文件；(2)该外国公司设置的分支机构，应当有明确的经营目的和业务范围，并且不得违反我国的法律、法规和社会公共利益，不得损害我国的社会道德风尚；(3)分支机构的经营活动应当符合我国的产业政策，有利于我国市场经济的发展。总的看来，我国对外国法人的认许采用一般认许程序。

#### **51. 论述法人权利能力、行为能力法律冲突及其解决。**

答：法人的权利能力是指法人作为民事权利主体，享受民事权利和承担民事义务的资格。法人的行为能力是指法人以自己的意思独立进行民事活动，取得民事权利并承担相应义务的资格。各国民法关于法人民事权利能力和行为能力的规定是不尽相同的，例如有的国家(法国和意大利等)承认无限责任公司是法人，而有的国家(如德国和瑞士等)则不承认无限责任公司是法人。德国商法认为登记是公司成立的要件，公司非登记不能成立，而日本商法认为登记并非公司成立的要件，仅为对抗第三人的要件。还有英国规定法人为“权限外的行为”无效，而德国则无此种限制。因此法人的权利能力和行为能力的法律冲突势必产生。

法人的权利能力和行为能力同时开始。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。

#### **52. 简述场所支配原则的适用**

答：根据“场所支配行为”原则而适用行为地法，这是最常适用于决定行为方式准据法的原则。虽然各国都采用行为方式适用行为地法原则，但对其性质认识却有不同主张。有的认为它是强制性的规范，也有的认为它是任意性规范。从当今的国际立法实践来看，倾向于认为“场所支配行为”原则是任意性规范，因而多采用相对的选择适用主义。

#### **53. 简述本人与代理人关系的准据法的确定。**

答：各国立法和实践颇有分歧，归纳起来，主要有以下几种做法：(1)主张适用代理关系成立地法；(2)主张适用代理人为代理行为地法；(3)主张适用代理人营业地(或住所地)法。

#### **54. 简述本人与第三人关系的准据法的确定。**

答：本人与第三人的关系问题，实际上就是代理人与第三人在代理权限内或超越代理权限所为的法律行为是否拘束被代理人的问题，对于代理人是否有权拘束本人所应适用的法律问题，由于保护的着眼点不同，常采取不同的立法主义：(1)适用本人住所地法或调整本人与代理人内部关系的法律；(2)适用代理人与第三人所缔结的主要合同的准据法；(3)适用代理行为地法。

#### **55. 简述涉外代理法律适用的理论实践。**

答：涉外代理是指代理人和被代理人具有不同的国籍或者住所在不同的国家，或代理人与第三人具有不同的国籍或者住所在不同的国家，或代理人根据被代理人的委托，在另一国家或地区实施代理行为等。解决涉外代理的法律适用问题，一般应就被代理人与代理人的关系、被代理人与第三人的关系以及代理人与第三人的关系，分别确定其准据法。各国立法和学说并不统一、阐释时应注意全面多层次地展开来剖析，具体问题具体分析。

#### **56. 论述代理人与第三人关系的准据法的确定。**

答：在通常情形下，就代理人与第三人关系而言，代理行为的法律后果直接由本人承受，代理人并不负责。但是，如果代理行为构成对第三人的侵权时，这就发生了代理人与第三人之间的侵权关系，因而多主张应适用侵权行为地法判定代理人的侵权责任。但对于无权代理或超越代理权的行为，如果依照支配本人与第三人关系的准据法，本人对第三人不负任何责任时，那么就无权代理人与第三人之间的关系而言，应适用什么法律作准据法的问题，有的主张适用无权代理人为代理行为地法，有的主张适用主要合同的准据法，有的倾向于以支配本人与第三人关系的法律为准据法，还有的认为应适用代理人的属人法或主营业所在地法。

#### **57. 论述海牙《代理法律适用公约》。**

答：《代理法律适用公约》的主要内容有：它不仅明确规定了公约的适用范围，而且对代理人与被代理人内部关系的法律适用和代理的外部关系的法律适用均作了较具体的规定。在最后一章即公约第四章的一般条款和最后条款中，还规定了与适用公约有关的一些基本问题，如公共秩序保留上、内国法强行性规定的优先适用等。

它的主要特点有：(1)将公约的适用范围限制于国际性商行为代理；(2)在适用该公约时，如根据与案件有重大联系的国家的法律，其强行性规范必须适用时，不得加以规避；(3)只有依公约规定应适用的外国法与自己国家的公共政策有明显抵触时，才得排除其适用；(4)公约不接受反致、转致和间接反致。

#### **58. 简述我国关于物权法律适用的一般规定。**

答：不动产物权适用物之所在地法。它包括不动产的所有权、买卖、租赁、抵押、使用等民事关系。未涉及动产，仅在我国继承法中规定动产继承应适用被继承人死亡时之住所地法。

#### **59. 简述物之所在地的确定方法。**

答：就不动产及有体动产来说，其所在地为其物理上的所在地，处于运动或运输中的有体动产，如船舶、航空器等可以其注册国(港)为其所在地，而如货物等则有采发运地或到达地为其所在地的，也有采对它进行处分时的实际所在地为其所在地的；无体动产的所在地，则通常应是可对其进行有效追索的地方。

#### **60. 物之所在地法的适用范围。**

答：主要适用于动产与不动产的识别；物权客体的范围；物权的种类和内容；物权的取得、转移、变更与消灭；物权的保护方法等。

#### **61. 简述物之所在地法适用的例外。**

答：对于运送中的物，由于它们的所在地往往处于不断变化之中，虽有上题所述认定其所在地的方法，但也有实践不用物之所在地法，而由所有人属人法来决定的；对航空器及船舶、车辆虽亦有用其实际所在地法的，但是采用它们的注册国(港)的法律时，也可以认为乃物之所在地法的例外情况；此外，外国

法人终止或解散时的财产归属问题，一般亦宜用法人属人法解决。62。简述单一破产制和复合破产制的区别。

答：(1)单一破产制只需债务人在一国法院宣告破产，不需要再在另一国宣告破产；而复合破产制则需要重复宣告，对位于他国的财产应由当事人在有关国家分别提出破产的申请，依法宣告。

(2)采用单一破产制的国家主张普及破产主义，认为一国的破产宣告具有域外效力；复合破产制则认为一国法院的破产宣告的效力仅仅及于破产人在该国领域内的财产，对破产人在其他国家的财产不发生影响，除非债权人在其他国家再申请一次破产程序。

### 63. 论述国际破产法律适用。

(1)破产程序的法律适用。整个破产程序可大致分为三个阶段：即破产申请、破产：宣告和破产清算。在国际私法中，一般认为破产程序的法律适用应依法院地法，亦即依破产宣告国法。

(2)破产管理的法律适用。对于破产管理的法律适用，一般也主张适用管理地法，亦即法院地或破产宣告国法。

(3)破产财团的法律适用。破产财团是指在破产程序中，债务人依破产法宣告破产时，为了所有债权人分配偿还财产的需要而组织管理起来的破产人的全部财产。关于破产财团范围的法律适用，一般认为应适用破产宣告国法，亦即法院地法。而对破产财产是动产还是不动产加以定性或识别，应另依物之所在地法。至于有关债权人对破产财团的物权，依物之所在地法，而债务人对抗债权人的抵销权和否认权一般依破产宣告国法。

(4)破产债权的法律适用。破产债权是指基于破产宣告前的原因成立，依破产程序申请并被确认，且可以从破产财团中受到清偿的无财产担保债权和放弃优先受偿权的有财产担保债权及其他债权。在国际破产案件中，在破产债权的范围以及清偿顺序的法律适用问题上，主要有两种主张：一是主张适用破产宣告国法；另一种观点是主张适用破产宣告时的财产所在地法。

### 64. 论述信托的法律适用。

信托是指将自己的财产委托给信赖的第三者，使其按照自己的意思和要求为受益人的利益和特定目的进行财产的管理和处分的法律制度。信托也有三方当事人，即信托人(委托人)、受信托人(受托人)与享受该财产利益的受益人。由于信托财产早先为土地等不动产，故只适用不动产所在地法。后来逐渐发展出动产信托，债权信托甚至知识产权信托等，法院也开始采用多种连结因素来选择法律。而且“信托自体法”理论，即首先适用委托人自主选择法律，无此选择时，适用最密切联系的法律的理论也被提了出来。但对于不动产信托，物之所在地法仍是首要准据法。

此外，还有主张对信托中的不同问题采取分割方法分别定其准据法。如关于信托的有效性、效力、信托的管理、信托的解释、不同制度国家间信托的承认等问题。其中信托的形式有效性可适用信托自体法、信托合同订立地法或(遗嘱)信托人最后住所地法。信托人已明确选择了专门支配信托效力的法律，应从其选择。不过，因为信托的核心问题是财产的管理及其利益的处理，故动产及不动产所在地法，往往起最后决定的作用。至于信托的管理，一般主张适用信托管理地法或信托自体法。即信托的解释，原则上由委托人指定的法律支配，在其未指定时，或适用委托人的最后住所地法或与信托有最密切联系的法律。

### 71. 论述“意思自治”原则。(当事人意思自治的限制。当事人未选择法律或选择无效时的处理。) 答：

尽管有理论主张当事人的意思自治是不受限制的，但大多数国家的理论与实践均主张加以适当的限制，如：(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)当事人的协议选择必须“善意”、“合法”。

(3)当事人协议选择的法律必须有合理的根据许当事人选择与合同毫无联系的国家法律。

其处理办法大致有以下几种：

(1)在法律中明确规定改为适用依一种客观连结因素指定的法律，如日本法例的规定。

(2)按合同的不同性质和种类，分别规定适用依不同客观连结因素指定的法律。(3)规定应按最密切联系原则，由法律或法院确定应适用的法律。(4)要求法院根据合同的各种情况推定当事人当时考虑到这个问题时可能选择的法律。在当前，越来越多的实践均主张采用第二种和第三种方法。这两种方法尽管从表面上看似有不同，但实际上都是把当事人意思自治作为确定合同准据法的首要原则，而以最密切联系作为它的补充原则。

## 72. 简述缔约能力的法律适用。

答：对于当事人的缔约能力，一般不主张交由当事人自主选择的法律支配。主要是这多属于各国强行法的调整范畴，同时也是为了避免出现缔约能力不确定的状况。

但是，对于当事人缔结合同的能力应适用的法律，却有以下几种不同主张：

(1)适用当事人属人法或行为地法。如，有主张只适用当事人属人法的，有主张只适用合同行为地法的。但目前多主张在属人法和行为地法之间做选择的适用。(2)适用合同准据法。采取这种主张，主要认为不应当把合同当事人的缔约能力和合同的成立和效力分割开来置于不同法律控制之下，而应扩大合同准据法的适用范围。

## 73. 合同形式的法律适用。

答：对于合同形式，一般也不主张完全由当事人自主选择的法律支配，因为过去一直认为“场所支配行为”的原则乃属强行法，凡合同形式遵守了行为地法的要求便足够了。但是，由于国际经济贸易活动的地域范围越来越大，而交通通讯工具又十分便捷，隔地缔结合同和缔约地纯属偶然等情况大量增加，因而现代法已多不再主张合同形式必须适用行为地法，而是主张合同或符合缔约地法，或符合合同准据法对形式的要求，均应认为有效。但对不动产的合同形式，多主张必须符合不动产所在地法对形式的要求才属有效。

## 74. 合同成立与效力的法律适用。

答：对于合同是否已有效订立，早先主要也是受“场所支配行为”的规则支配的，即大多主张适用“合同地法”。所谓合同地法，主要是指合同缔结地法，但有时也可能是指合同履行地法。不过，在现代法中，已多主张用合同准据法来对合同是否已有效订立作出判断。

合同一经成立，即在当事人之间产生权利义务关系，这就是合同的效力问题。它包括当事人之间根据合同所享有的权利和承担义务的内容和范围，以及当事人未履行合同义务时应承担的后果和债权人可采取的救济方法等，这也是合同准据法调整的事项。合同的效力涉及两个方面的问题，即...一方面是合同当事人订立合同时意欲使其发生或实现的后果，另一方面则是根据法律的作用因违反或未履行合同而可能产生的后果。

## 75. 合同解释与合同消灭的法律适用。

·合同解释的法律适用：合同的解释，一般应适用合同的准据法，但这并不意味着合同中的一切专门性的法律术语，都得用准据法中的相应术语的含义去解释，而只是说应适用准据法中的解释规则来解决解释中遇到的问题。在实践中，还有允许当事人另行专门约定合同解释应适用的法律的情况，只是在无此种专门约定时，才适用合同准据法。

·合同消灭的法律适用：在大多数情况下，合同是否继续存在的问题，自当由合同准据法决定。但应该看到，债务合同消灭的方式是多种多样的，涉及的问题也是多种多样的。对于因不同消灭方式而提出的各种法律问题，并非一概而依合同准据法。例如：

(1)因履行而消灭，一般适用合同准据法。(2)因替代履行而消灭时(如债务人用提交一辆汽车来替代支付一笔金钱的履行)，这一新的合同是否成立及其在当事人间的效力，应由这一新的合同的准据法解决。但原来的合同是否消灭，担保是否解除或抵押是否结束，仍应受原始合同的准据法支配。

(3)因国家机关提存(如法院经常采用此种措施)而消灭合同时，除提存的方式和存放的机关应由提存地法决定外，应适用合同准据法。

(4)因债权人的抛弃而消灭时(其是否消灭，尤其是债权人单方面的宣布是否已经足够而不要求债权、债务人双方的一致同意，以及抛弃是否需要对价或字据才有效等问题)，均应受合同准据法支配。

(5)因抵消而消灭债务时(如关于抵消的要件、行使的方法以及禁止抵消和抵消的效力等问题)，均应受合同准据法支配。

## 76. 我国涉外合同法律适用的立法和实践

我国 1985 年的《涉外经济合同法》第 5 条和《民法通则》第 145 条都规定，涉外合同的当事人可以选择处理合同争议所适用的法律，但法律另有规定的除外。当事人未选择法律的，适用与合同有最密切联系的国家的法律。这表明，我国也是把“意思自治”原则作为确定涉外合同准据法的首要原则，把最密切联系原则作为意思自治原则的补充原则。但我国在适用这一原则时，最高人民法院的有关解答曾进一步加以具体化为：

第一，对法律选择的方式问题，我国有关法律明确规定，合同当事人的法律选择必须是明示的，从而排除了默示选择的方式。

第二，对法律选择的范围问题，我国同国际社会的普遍做法一致，也排除反致。当事人协议选择的或人民法院按最密切联系原则确定的处理合同争议所适用的法律，只指现行的实体法，不包括冲突法在内。

第三，允许当事人作出法律选择的时间，最高人民法院的司法解释放得很宽，直到人民法院开庭审理以前，合同当事人都可以协议选择合同的准据法，但在开庭审理时，合同当事人仍不能协商一致作出法律选择的，人民法院则按照最密切联系原则决定应适用的法律。

第四，当事人未选择法律或选择法律时达不成协议，或选择无

## 77. 论述我国有关侵权行为法律适用的规定。

· 1. 答：我国《民法通则》对有关涉外侵权行为之债的法律适用的规定为：“侵权行为的损害赔偿，适用侵权行为地法律。当事人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在中华人民共和国领域外发生的行为是侵权行为的，不作为侵

权行为处理。”

#### **78.论述 1973 年《关于产品责任法律适用的海牙公约》中有关准据法选择的主要规定。**

答：产品责任是指有瑕疵的产品，或者没有正确说明用途及使用方法的产品，致使消费者或使用者人身或财产受到损害时，产品的制造者或销售者应负担赔偿的责任。公约对涉外产品责任的准据法，考虑到既需着重保护消费者的利益，又需兼顾诉讼当事人双方权利义务的平等，不厌其烦地分为四种适用顺序：

第一适用顺序即《公约》第 4 条规定，关于涉外产品责任的准据法，应为侵害地国家的国内法，只要该国同时又是：(1)直接遭受损害的人的惯常居所地；或(2)被请求承担责任的人的主营业 92。简述结婚形式要件的法律适用。

答：对于结婚形式要件的法律适用，主要有三种不同的做法：(1)适用婚姻举行地法。这种规定的理论根据为“场所支配行为原则”。(2)适用婚姻当事人本国法。它主要为世界上那些特别强调宗教仪式重要性的国家所采用。(3)选择适用属人法或婚姻举行地法。这种做法可避免出现“跛脚婚姻”。

#### **79. 简述我国对涉外结婚的法律适用的规定。**

答：《中华人民共和国民法通则》规定：“中华人民共和国公民和外国人结婚适用婚姻缔结地法。”该条的适用范围既包括结婚的实质要件，也包括结婚的形式要件；既包括在我国境内的结婚，也包括在我国境外的结婚。不过有一点需指出的是，这是一条不完全的双边冲突规范。另外，对于领事婚姻，我国也是明确承认的。“出国人员在境外办理结婚登记，男女双方须共同到我驻外使领馆提出申请。出国人员居住国不承认外国使、领馆办理的结婚登记的，可回国办理。”

#### **80. 简述我国关于涉外离婚诉讼管辖权的主要内容。**

答：(1)中国公民和外国人在华要求离婚的，应按我国《民事诉讼法》有关规定，向有管辖权的人民法院提起诉讼。(2)中国公民和外国人在我国境外要求离婚的，该外国法院是否受理，由该外国法院依其内国法决定。

(3)中国配偶间一方居住在国外(包括出国探亲、考察和学习的)，一方居住在国内，不论哪一方要求离婚，均应向国内一方户籍所在地或居所地人民法院起诉。

(4)配偶均为外国人或无国籍人的，在我国境内向有管辖权的人民法院提起离婚诉讼时，该人民法院应予以受理。

(5)对华侨之间的离婚诉讼，基本上应以其共同住所地作为确定管辖权的依据，我驻外使、领馆和我人民法院原则上不受理此类离婚诉讼。

#### **81. 简述涉外收养的法律适用。**

答：(1)主要适用法院地法。这可以英国为例。(2)适用收养人属人法。收养的成立对收养人权利义务影响较大。(3)分别适用收养人和被收养人本国法。(4)被收养人的属人法。

#### **82. 在遗产继承的法律适用上，试比较同一制和区别制之优劣。**

答：采用区别制或同一制，各有优劣。采同一制的最大优点是简单方便，易于操作，其缺陷是不动产所在地国往往会拒绝承认和执行依死者属人法作出的继承判决。采用区别制的优点是判决易于得到承认和执行，但缺陷是一个人的继承可能要分别受几个法律的支配，从而使问题变得复杂。

#### **83. 简述继承准据法的适用范围。**

答：(1)继承开始的时间及原因；(2)继承人的范围和顺序；(3)继承的遗产；(4)被继承人遗嘱处分财产的权利。

#### **84. 简述《遗嘱处分方式法律冲突公约》的主要内容。**

答：(1)该公约规定，凡遗嘱处分方式符合下列各国国内法的均应有效：A. 立遗嘱人立遗嘱地法；B. 立遗嘱人立遗嘱时或死亡时的国籍国法；C. 立遗嘱人立遗嘱时或死亡时的住所地法；D. 立遗嘱人立遗嘱时或死亡时的惯常居所地法。(2)评价其对遗嘱方式法律选择方法的发展产生的影响。

#### **85. 简述遗嘱实质有效性的准据法。**

答：遗嘱的实质有效性问题包括立遗嘱人是否必须给其遗孀和子女留下一定份额的遗产，遗产中可遗赠的份额以及遗赠是否有效等几方面的问题。遗嘱的实质有效性，只能由继承的准据法来支配，而不受遗嘱本身的准据法的制约。不过，新近的学说也有主张“利益分析”来选择的。

#### **86. 简述无人继承财产归属的准据法。**

答：(1)主张“继承权主义”的国家大多采用被继承人本国法；(2)主张“先占权主义”的国家大多适用遗产所在地法。

#### **87. 对于遗嘱的解释，在法律适用上有哪几种不同的规定。**

答：(1)适用立嘱人自主选择的法律；(2)适用立嘱人死亡时的住所地法；(3)适用遗嘱实质要件的准据法。

#### **88. 我国《民法通则》和《继承法》关于遗产的法定继承，在法律适用上是怎样规定的？**

答：(1)1985年的《中华人民共和国继承法》第36条规定：中国公民继承在中华人民共和国境外的遗产或者继承在中国境内的外国人遗产，以及外国人继承在中国境内的遗产或者继承公民在中华人民共和国境外的遗产，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。1985年9月11日最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国继承法〉若干问题的意见》第63项进一步明确规定：“涉外继承，遗产为动产的，适用被继承人住所地法律，即适用被继承人生前最后住所地国家的法律。”(2)1986年的《民法通则》第149条规定：“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。”(3)如我国缔结或参加的国际条约、协定对此有不同规定的，则适用条约、协定的规定。(4)对我国上述条款作出总结和评价。

#### **89. 简述我国关于国际民事诉讼中的诉讼代理人的规定的主要内容。**

答：(1)外国当事人既可以亲自出庭进行诉讼，也可以委托诉讼代理人出庭代理诉讼；既可以委托公民代理，也可以委托律师代理。但如委托律师代理诉讼的，则必须委托我国的律师。(2)在我国没有住所的外国当事人从国外寄交或托交的授权委托书，应经所在国公证机关证明，并经我国驻外国使、领馆认证，或履行我国与该所在国订立的有关条约中规定的证明手续后，才具有效力。(3)又依我国1997年1月1日施行《中华人民共和国律师法》规定，外国当事人寄给我国律师的授权委托书必须注明委托事项和权限。(4)承认领事代理制度。

#### **90. 在国际私法关系中，国际民事管辖权的解决具有哪些重要意义？**

答：(1)正确解决国际民事管辖权，有利于诉讼当事人双方进行诉讼活动，也有利于法院的审判活动；(2)正确解决国际民事管辖权，关系到本国公民、法人以及国家的民事权益得到及时的保护；(3)关系到维护国家的主权。

### 91. 简述直接送达的几种方式。

答：(1)外交代表或领事送达；(2)邮寄送达；(3)个人送达；(4)公告送达；(5)按当事人协商的方式送达。回答时应对上述五种直接送达的几种方式的基本内容分别作简单介绍。

### 92. 什么是外交豁免？我国有关立法对此有哪些重要规定？

答：(1)外交豁免主要是指根据国际法或国内法，外交代表在驻在国享有刑事、民事和行政管辖豁免，其理论根据或采用职务需要说，或采用代表性说。(2)我国是1961年《维也纳外交关系公约》的缔约国，并于1986年通过了《中华人民共和国外交特权与豁免条例》，以成文法的形式确定了外国驻中国使馆和使馆人员的外交特权与豁免的内容和范围。依该条例，外交代表对下列各项不享有民事和行政管辖豁免：以私人身份进行的遗产诉讼；违反本条例第25条第3项的规定在中国境内从事公务范围以外的职业或商业活动的诉讼。(3)外交代表一般免受强制执行，且无以证人身份作证的义务。(4)上述豁免可由派遣国政府明确表示放弃。如他们主动向中国法院起诉，对本诉及与本诉有关的诉讼，均不得援用管辖豁免。放弃民事或行政管辖豁免，除非另有明确表示，不包括对判决的执行也放弃豁免。

### 93. 简述我国《民事诉讼法》规定的几种域外送达方法。

答：(1)依照受送达人所在国缔结或共同参加的条约中规定的方式送达；(2)通过外交途径送达；(3)委托我国驻外使、领馆对我国公民进行送达；(4)向当事人委托的有权代其接受送达的诉讼代理人送达；(5)向受送达人在我国领域内设立的代表机构或有权接受送达的分支机构、业务代办人送达；(6)在所在国法律允许的情况下，邮寄送达；(7)上述方式均不能采用时，公告送达(自公告之日起满6个月，视为已送达)。

### 94. 简述当前在外国人民事诉讼地位问题上的国民待遇制度的主要内容。

答：外国人(包括无国籍人)的民事诉讼地位是指根据内国或国际条约的规定，外国人在内国境内享有什么样的民事诉讼权利，承担什么样的民事诉讼义务，并能在多大程度上通过自己的行为行使民事诉讼权利和承担民事诉讼义务的实际状况。

现今，国际社会的普遍实践是给予外国人跟内国人同等的民事诉讼地位，即采用国民待遇原则，或称平等待遇原则。

对于外国人民事诉讼地位的国民待遇原则，许多国际条约予以了明确的规定，而且，即使没有条约的规定，依据习惯国际法，一般也都在诉讼地位上给予国民待遇。此外，国民待遇原则也及于外国法人或其他组织，并且通过有关的国际条约的规定，同样及于难民和无国籍人。

我国的立法对国民待遇原则也予以了肯定，如1991年《民事诉讼法》第5条明确规定：“外国人、无国籍人、外国企业和组织在我国人民法院起诉、应诉，同中华人民共和国公民、法人和其他组织有同等的诉讼权利义务。”此外，在我国近几年来签订的许多司法互助协定中，也都明确赋予对方当事人的国民待遇。至于在互惠问题上，我国也采用推定存在原则，仅用对等原则加以控制。

### 95. 简述国际民事诉讼时效制度的法律适用。

答：对于诉讼时效，不同国家法律的规定往往各不相同，其冲突主要表现在以下几个方面：(1)诉讼时效的期间；(2)诉讼时效的终止、中断、延长；(3)诉讼时效的客体和效力。

对于诉讼时效的准据法，各国的法律规定呈现出在国际私法领域少有的统一化趋势，即通常都规定诉讼



时效适用该诉讼请求的准据法，即依支配主要债务的法律。我国最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见(试行)》第195条也明确规定：“涉外民事法律关系的诉讼时效，依冲突规范确定的民事法律关系的准据法确定。”

#### **96. 我国承认和执行外国法院判决的条件。**

答：(1)原判决国法院必须具备合格的管辖权；(2)外国法院进行的诉讼程序是公正的；(3)外国法院的判决已生效；(4)外国法院的判决必须合法；(5)外国法院判决不与内国法院就同一当事人之间的同一争议所作的判决相冲突；(6)外国法院适用了请求国冲突规范所指定的准据法(这种条件只是为少数国家的法律所规定)；(7)存在互惠关系；(8)不得与内国的公共秩序相抵触。

#### **97. 论述我国有关国际民事管辖权的立法和司法实践的主要内容。**

答：对于我国法院和外国法院相互承认和执行判决的制度，其内容大致包括：(1)我国人民法院和外国法院作出的判决、裁定，要在对方得到承认和执行，既可由当事人直接向对方有管辖权的法院提出申请，也可由法院基于条约的规定或互惠原则向对方提出请求。(2)此种判决或裁定，必须符合一定的条件。如已经发生法律效力，原判决国法院有合格管辖权，判决本身合法，审判程序必须公正，不得违背公共秩序等。(3)对于需要得到我国法律承认和执行的外国判决、裁定，不论是由当事人直接申请还是由外国法院请求，人民法院都必须依照共同受约束的国际条约或互惠原则进行审查。(4)我国法院在接受委托协助执行外国法院判决时，既不对其作实质性审查，也不需要申请人就原判决的执行重新提起一个诉讼，只需根据以上条件进行审查并认为符合执行条件时，即可作出裁定，承认其效力，发出执行令。

#### **98. 在遗产继承的法律适用上，试比较同一制和区别制之优劣。**

答：采用区别制或同一制，各有优劣。采用同一制的最大优点是简单方便、易于操作，其缺陷是不动产所在地国往往会拒绝承认和执行依死者属人法作出的继承判决。采用区别制的优点是判决易于得到承认和执行，但缺陷是一个人的继承可能要分别受几个法律的支配，从而使问题变得复杂。

#### **99. 简述国际私法中对结婚形式要件的法律适用的几种不同实践。**

答：对结婚形式要件的法律适用，各国主要有以下不同实践：(1)适用婚姻举行地法。对结婚形式要件，长期以来也一直适用“场所支配行为”原则，即适用举行地法，迄今仍有许多国家采用这种做法，如英、美、法等国。(2)适用婚姻当事人本国法。世界上有些特别强调结婚的宗教方式重要性的国家采用此做法。(3)选择适用属人法和婚姻举行地法。后一种做法，可避免因单纯只适用当事人属人法或单纯只适用婚姻举行地法而可能出现的“跛脚婚姻”，因而已成为当今的一种重要趋势。

#### **100. 简述国际货物运输保险合同法律适用的特殊性及其我国的法律规定。**

答：(1)国际货物运输保险合同的法律适用，在国际上，和其他种类合同一样，也是采用当事人意思自治原则，只不过此种当事人的法律选择有其特殊性，即对保险合同的法律适用的选择权常在保险人一方。(2)我国《涉外经济合同法》(现已废除)及其司法解释规定，涉外保险合同属于涉外经济合同，当事人可以选择应适用法律，当事人未选择的，人民法院按照最密切联系的原则确定所适用的法律，在通常情况下是保险人营业所所在地的法律。

#### **101. 简述无人继承财产归属的准据法。**

答：(1)一般依死者的属人法，也就是以死者的本国法或住所地法为准据法；(2)也有的国家适用财产

所在地法；(3)我国在实践中，对我国境内涉外无人继承财产中的不动产，一般由我国国库收取；涉外无人继承财产中的动产，则可在互惠原则的基础上交由死者所属国处理。

**102. 论述我国有关侵权行为法律适用的立法规定。** 答：(1)侵权行为的损害赔偿，一般应使用侵权行为地法律。这是我国处理涉外侵权行为法律适用问题的一般原则，最高人民法院司法解释指出，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，但未规定任何选择标准。(2)当事人双方国籍相同或者在同一个国家有住所的，也可以适用当事人本国法律或住所地法。这是我国确定涉外侵权行为法律适用的补充原则。(3)中华人民共和国法律不认为在中华人民共和国领域外发生的行为是侵权行为的，不作侵权行为处理。这是我国处理涉外侵权行为法律适用的特殊原则。但这一规定有不尽合理之处(与日本和德国的有关规定比较即可看出)。

**103. 简述法律冲突产生的原因、条件和程序。**

答：法律冲突在国际私法上是指涉及两个甚至两个以上国家的民事关系因它们的民事法律规定各不相同，却都要求对该民事关系进行管辖或适用，从而造成在法律适用上的冲突或抵触。一般认为，在处理涉外民事关系时之所以会产生法律适用上的冲突要有以下四个方面的原因：

- (1)在现实生活中产生大量有涉外因素的民事关系；
- (2)这些民事关系所涉各国民法上的规定不同；
- (3)司法权的独立；
- (4)国家为了发展对外经济贸易的关系，赋予外国人在内国平等的民事权利地位，并在一定范围内承认外国法的域外效力。

**104. 简述我国承认与执行外国法院判决的条件。**

答：依据《民事诉讼法》的规定，(1)外国法院作出判决、裁定，要在我国得到承认和执行，既可由当事人直接向我国有管辖权的法院提出申请，也可由对方法院基于条约的规定或互惠原则向我方人民法院提出请求。(2)此种判决和裁定，必须符合一定的条件。如已经发生法律效力，原判决国法院有合格管辖权，判决本身合法，审判程序必须公正，不得违背公共秩序等。(3)对于需要得到我国法院承认和执行的外国判决、裁定，不论是由当事人直接申请还是由外国法院请求，人民法院都必须依照共同受约束的国际条约或互惠进行审查。(4)我国法院在接受委托协助执行外国法院判决时，既不对其作实性的审查，也不需要申请人就原判决的执行重新提起一个诉讼，只需根据以上条件进行审查并认为符合执行条件时，即可作出裁定，承认其效力，发出执行令，然后交付执行。(5)如双方既无条约也无互惠关系存在，则需由当事人向我国有管辖权的人民法院起诉，待作出判决后，依执行内国判决同样的程序执行。

**105. 对当事人意思自治原则的限制主要体现在哪些方面。**

答：(1)意思自治要受本应支配合同的法律中的强行法的限制。也就是说，当事人的选择只能在任意法的范围内进行，不得借另一国的法律而规避本应支配合同的国家法律中的强行性规定，不得违背有关国家的公共秩序。

(2)当事人的协议选择必须“善意”、“合法”。

(3)当事人协议选择的法律必须有合理的根据。许多国家不允许当事人选择与当事人之间的争议无任何关系的地方的法律为准据法。

**106. 简述我国对外国法查明所规定的方法。**

答(1)由当事人提供；(2)由于我国订立司法协助协定的缔约对方的中央机关提供；(3)由我国驻该国使领馆提供；(4)由该国驻我国使馆提供；(5)由中外法律专家提供。

**107. 简述我国加入1958年《纽约公约》时所作的两项重要保留。**

(1)我国也只在互惠基础上承认和执行在另一缔约国领土内作出的裁决时适用该公约；(2)我国只对依我国法律认定为属于契约性和非契约性商事争议适用该公约。所谓契约性和非契约性商事争议包括由于合同，侵权或根据有关法律规定而产生的经济上的权利义务关系中的争议。

**108. 简述夫妻关系法律适用的几种不同制度。** (1)适用丈夫的本国法。这种作法显然违背了男女平等的原则。(2)适用夫妻共同属人法。这种规定固然符合男女平等原则，但在实际操作中会遇到一定的麻烦，那就是在许多情况下，往往并不存在夫妻共同的本国法或住所地法，因为现在越来越多的国家规定妻子有选择住所的权利。(3)适用行为地法。由于夫妻人身关系中的许多问题常涉及行为地法的公共秩序和善良风俗，因此，有些国家的法律一方面在原则上依属人法，但在一些特定问题上依行为地法。(4)采用结果选择方法。这种制度主要着眼于所涉各国实体法的内容，主张夫妻身份关系应适用的法律，应是最有利于夫妻平等和最有利于维护妇女合法权益的法律。(2分)

**109. 简述认许外国人在内国活动时的四种程序。** (1)特别认许程序，对外国法人通过特别登记或批准加以认许的程序。(2)概括认许程序：即对属于某一特定外国国家的法人概括地加以认许的程序。(3)一般认许程序：即凡依外国法已有效成立的法人，不问其属于何国，只需根据内国法规定，办理必要的登记或注册手续，即可取得在内国活动的权利。(4)分别认程序：即对外国法人分门别类，或采特别认许，或相互认许，或一般认许。

### 三、案例分析题

1. 某甲在美国建造一些船舶，经过登记注册，他把它们抵押给自己的债权人某乙，他在船舶国籍证上背书注明该项抵押，并把船舶送到中国出卖。后因背书有碍船舶在中国出卖，甲与乙协商议定，将不再背书签注抵押。随后，一条新船建造出来，甲将它抵押给乙，并送往中国。该船在中国被甲卖给丙。1993年，乙于中国法院诉请该船转让给丙无效。请问，此案应适用何国法律？为什么？

答：此案应适用中国法律。因为，在国际私法上，虽然一般认为对船舶、飞行器等运输工具，有关的物权关系应适用登记注册地法或旗国法或主营业地所在国法。但是，本案中的船舶系新船，非从事运输而被送到中国出卖的，因而跟一般的动产在本质上没有特殊的区别，故应适用动产物权的物之所在地法，即中国法。

2. 李某系深圳盐田流动渔民，住香港九龙船港船上，1981年经人介绍与广州人郭某认识结婚。婚后双方在船上生活了一段时间，后因感情不合，郭某于1984年离开李某回广州居住。此间李某经常居住地是深圳市沙头角；1985年郭某向深圳市沙头角法院提起离婚诉讼。李某的住所应如何认定？该法院对此案有无管辖权？请根据有关法律予以分析。

答(1)李某虽住在香港龙船湾流动船上，但其户籍所在地在深圳市，且其常住地在深圳市沙头角。最高人民法院司法解释指出，当事人的住所不明或不能确定的，以其经常居住地为住所，故李某的住所为深圳沙头角；(2)根据《民事诉讼法》原告就被告的管辖原则，深圳市沙头角法院对此案有管辖权。