|  |
| --- |
| **国际私法** |

|  |
| --- |
| **涉外民商事法律关系** |

|  |
| --- |
| **主体** |

|  |
| --- |
| **调整方式** |

|  |
| --- |
| **争议解决办法** |

|  |
| --- |
| **各种具体民商事法律关系的法律适用** |

|  |
| --- |
| **外国人民商事法律地位** |

|  |
| --- |
| **间接调整** |

|  |
| --- |
| **直接调整** |

|  |
| --- |
| **国际民事诉讼程序规范** |

|  |
| --- |
| **国际商事仲裁程序规范** |

|  |
| --- |
| **国际统一实体私法规范** |

|  |
| --- |
| **冲突规范** |

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **结构** | **类型** | **适用** |

|  |  |
| --- | --- |
| **连接点** | **系属公式** |
| **内国法** |

|  |  |
| --- | --- |
| **适用结果** | **识别** |

|  |
| --- |
| **准据法** |

|  |
| --- |
| **外国法** |

|  |
| --- |
| **排除适用外国法的制度** |

|  |
| --- |
| **反致** |

|  |
| --- |
| **法律规避** |

|  |
| --- |
| **外国法内容的查明** |

|  |
| --- |
| **公共秩序保留** |

|  |
| --- |
| **物 权** |

|  |
| --- |
| **知识产权** |

|  |
| --- |
| **合 同** |

|  |
| --- |
| **法定之债** |

|  |
| --- |
| **婚姻家庭** |

|  |
| --- |
| **遗嘱继承** |

# 国际私法案件特征

**选择并陈述理由2**

**名词解释**

**论述**

**综合性案例1**

1. **具有涉外因素**

2020修订的《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。

2020修订的《民事诉讼法司法解释》第522条 有下列情形之一，人民法院可以认定为涉外民事案件：

（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；

（二）当事人一方或者双方的经常居所地在中华人民共和国领域外的；

（三）标的物在中华人民共和国领域外的；

（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的；

（五）可以认定为涉外民事案件的其他情形。

1. **特定的法院管辖**
2. **诉讼程序具有特殊性**
   1. **当事人身份确认程序：**在中华人民共和国领域内没有住所的外国人、无国籍人、外国企业和组织委托中华人民共和国律师或者其他人代理诉讼，从中华人民共和国领域外寄交或者托交的授权委托书，应经所在国公证机关公证，并经我国驻该国使领馆认证，或者履行中华人民共和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。
   2. **送达与取证程序的特殊性**：例如，公告送达的期限为3个月。2021《民事诉讼法》第95条“受送达人下落不明，或者用本节规定的其他方式无法送达的，公告送达。自发出公告之日起，经过三十日，即视为送达。”国际私法案件3个月（2021《民事诉讼法》第274条）取证程序的特殊性：诉讼程序中的调查取证属于司法行为，外国人在内国调查取证受到许多限制，一般采取司法协助方式
   3. **审案期限的特殊性：**审理国内案件期限：一审普通程序6个月，对一审判决上诉程序3个月。涉外案件无期限限制：2021《民事诉讼法》第277条　人民法院审理涉外民事案件的期间，不受本法第一百五十二条、第一百八十三条规定的限制。上诉期限：国内案件：判决书15天；裁定书10天。国际私法案件：判决、裁定均为30天
   4. **不适用小额诉讼程序**
   5. **判决执行问题的特殊性**

2021《民事诉讼法》第287条　人民法院作出的发生法律效力的判决、裁定，如果被执行人或者其财产不在中华人民共和国领域内，当事人请求执行的，可以由当事人直接向有管辖权的外国法院申请承认和执行，也可以由人民法院依照中华人民共和国缔结或者参加的国际条约的规定，或者按照互惠原则，请求外国法院承认和执行。

第288条　外国法院作出的发生法律效力的判决、裁定，需要中华人民共和国人民法院承认和执行的，可以由当事人直接向中华人民共和国有管辖权的中级人民法院申请承认和执行，也可以由外国法院依照该国与中华人民共和国缔结或者参加的国际条约的规定，或者按照互惠原则，请求人民法院承认和执行。

2022《民事诉讼法司法解释》第542条

第五百四十二条　当事人向中华人民共和国有管辖权的中级人民法院申请承认和执行外国法院作出的发生法律效力的判决、裁定的，如果该法院所在国与中华人民共和国没有缔结或者共同参加国际条约，也没有互惠关系的，裁定驳回申请，

但当事人向人民法院申请承认外国法院作出的发生法律效力的离婚判决的除外。

除了外国法院离婚 判决之外，其他所有外国法院判决，欲在我国得到承认和执行，均以存在国际条约或者互惠关系为前提。【截止目前，与我国签订了相互承认执行民商事法院判决司法协助协定的国家有20个左右】

互惠原则下的执行条件：2021全国法院涉外商事海事审判工作座谈会会议纪要

46.【不予承认和执行的事由】对外国法院作出的发生法律效力的判决、裁定，人民法院按照互惠原则进行审查后，认定有下列情形之一的，裁定不予承认和执行：（一）根据中华人民共和国法律，判决作出国法院对案件无管辖权；

49.【承认和执行外国法院判决的报备及通报机制】各级人民法院审结当事人申请承认和执行外国法院判决案件的，应当在作出裁定后十五日内逐级报至最高人民法院备案。备案材料包括申请人提交的申请书、外国法院判决及其中文译本、人民法院作出的裁定。人民法院根据互惠原则进行审查的案件，在作出裁定前，应当将拟处理意见报本辖区所属高级人民法院进行审查；高级人民法院同意拟处理意见的，应将其审查意见报最高人民法院审核。待最高人民法院答复后，方可作出裁定。【内部报告制度】

1. 涉及法律冲突和外国法适用
2. 判决执行问题具有特殊性

补充

多法域国家准据法的确定《涉外民事关系法律适用法》第六条

涉外民事关系适用外国法律，该国不同区域实施不同法律的，适用与该涉外民事关系有最密切联系区域的法律。

2021年全国法院涉外商事海事审判工作座谈会会议纪要

【排他性管辖协议的推定】涉外合同或者其他财产权益纠纷的当事人签订的管辖协议明确约定由一国法院管辖，但未约定该管辖协议为非排他性管辖协议的，应推定该管辖协议为排他性管辖协议。

# 国际私法的基本概念

## 一、内国、本国、外国

1.内国：受理案件的法院所属国家，即法院地国。

2.本国：国籍国

3.外国：相对于内国而言；相对于本国而言。

## 二、涉外民事关系

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。

## 法律冲突

1.概念：从广义上讲，法律冲突是两个或两个以上法律同时调整同一法律关系而在这些法律之间产生矛盾的社会现象。

2.产生原因：社会制度不同；文化传统不同；法律规则不同

3.种类

（1）域内和域际法律冲突：同一法域内部不同法律法规之间的冲突；域际法律冲突：不同法域的法律之间的冲突。

我国域内法律冲突的解决办法：2015《立法法》第88条 法律的效力高于行政法规、地方性法规、规章。行政法规的效力高于地方性法规、规章。第89条 地方性法规的效力高于本级和下级地方政府规章。

（2）依法律冲突的发生阶段：立法冲突，立法管辖权之间不一致；司法冲突，法院选择应适用法律方面的矛盾；守法冲突，当事人法律义务的相互矛盾和不一致。

（3）依法律冲突的效力：横向（平面）法律冲突；纵向（垂直）法律冲突。

（4）依据法律冲突的性质：空间法律冲突（国际，区际法律冲突）；时际法律冲突；人际法律冲突。

上述三种法律冲突发生在民商事领域，便产生国际民商事法律冲突，

区际民商事法律冲突，

人际民商事法律冲突，

时际民商事法律冲突。

调整这三种民商事法律冲突的法律分别称为：国际私法，区际私法，choice of law

（5）依法律冲突的性质：积极冲突，两个法律对同一事项的规定相互冲突；消极冲突，两个法律对同一事项均无规定或者其中一个法律缺乏规定。

（6）公法冲突和私法冲突：公法冲突的解决需要国际条约，国际条约的解释和适用有可能发生冲突。

4.我国区际私法：一个国家，两种制度，三个法系，五个法域

（1）中华人民共和国中央法域：统一适用于我国内地和港澳台地区的法律，包括中华人民共和国宪法等；

（2）四个平行法域：中国内地法域，香港法域，澳门法域和台湾法域；

（3）三个法系：内地属于社会主义法系，香港属于英美法系，澳门和台湾属于大陆法系。

**《法律适用法》在我国区际私法中的适用**

《法律适用法司法解释（一）》2020修订版

第十七条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。

## 四、国际民商事法律冲突

1.概念：指对同一涉外民事关系因所涉各国法律规定各不相同而发生的法律适用上的冲突。

2.国际民商事法律冲突特点

（1）国际民商事法律冲突是不同国家法律之间在法律适用上的冲突，是一种现实的跨国法律冲突。

（2）国际民商事法律冲突是不同国家法律在空间效力上的冲突。

（3）国际民商事法律冲突是一种私法冲突。

（4）国际民商事法律冲突是一种横向法律冲突，是平面上的法律冲突。

3.国际民商事法律冲突（国际私法）产生原因/条件

（1）客观方面：有频繁的国际民事交往，存在大量的国际民商事法律关系；内外国法律对同一民事法律关系的规定不相同。

（2）主观方面：内国承认外国人的民事法律地位（国民待遇）；内国承认外国法的域外效力。

## 五、直接调整和间接调整

1.直接调整方法：通过统一实体规范调整

2.间接调整方法：通过冲突规范调整

二者都是调整涉外民事关系的必要手段，目前间接调整方法是各国调整涉外民商事法律关系的主要方法。

## 六、冲突规范

1.概念：冲突规范是由国内立法、判例、国际条约、国际惯例等法律渊源规定的，指明某一涉外民商事法律关系或者法律问题应适用何种法律的规范，因此又称法律适用规范或法律选择规范。

2.特点：冲突规范不是实体规范；冲突规范不是程序规范；冲突规范间接调整当事人的权利义务，为间接规范，属于冲突法；冲突规范逻辑结构不同于一般法律规范。

3.冲突规范的逻辑结构：冲突规范逻辑结构包括两部分：范围和系属

（1）范围：指冲突规范所调整的法律关系或所欲解决的法律问题。

（2）系属：冲突规范中指明范围中的法律关系或法律问题所应适用的法律的部分。

4.类型

（1）单边冲突规范：直接规定某种涉外民事关系适用某国法的冲突规范。

（2）双边冲突规范：规定一个可推定的系属,再根据这个系属并结合民商事法律关系的具体情况去推 定应适用某法律的冲突规范。

（3）重叠性冲突规范：系属中规定了两个或者两个以上连结点，并且其所指向的两个或者两个以上法律同时适用“范围”中的法律关系或者法律问题的冲突规范。

（4）选择性冲突规范：系属中规定了两个或两个以上连结点，允许选择其中之一适用于范围的法律关系的冲突规范。

①有条件：系属中指出了两个或两个以上可供选择的国家的法律，但在选择适用时有条件限制，只能有条件地选择其中之一的冲突规范。

②无条件：系属中指出了两个或两个以上可供选择的国家的法律，在选择适用时没有条件限制，可以任意地选择其中之一的冲突规范。

1. 分配型冲突规范：系属同时规定了两个或者两个以上不同的法律，该不同法律分别适用于范围中的不同法律问题的冲突规范。
2. 结合型冲突规范：同时规定了一个主连结点和数个辅助连结点，每个主连结点必须和相应的辅助连结点结合时才能有效，共同确定法律关系所应适应的法律，单独任何一个连结点均无法确定应适用的法律。

## 七、连结点

1. 概念：连结点是冲突规范得以确定涉外民事关系应适用何种法律的根据，是将范围中的法律关系与一定地域的法律联系起来的纽带。

2. 分类

（1）客观连结点，侵权行为地、国籍、经常居所。主观连结点，当事人合意。最密切联系地如何归类有争议，韩德培先生教材认为系主观连结点，因该连结点由法官决定。

（2）动态连结点，住所、惯常居所、合同履行地、法人管理中心所在地、营业地、国籍、船旗国等；静态连接点，婚姻举行地、侵权行为地、合同订立地、不动产所在地、法人设立登记地等。

（3）单纯事实和法律概念。

3.连结点和冲突规范类型的关系

某一具体冲突规范的类型取决于该冲突规范中连结点的数量以及多个连结点情况下连结点相互之间的关系。各国立法中连结点数量的增多以及连结点相互之间关系的复杂化，导致了新的类型冲突规范的产生：结合性冲突规范和分配型冲突规范。

## 八、系属公式

1. 概念：系属公式是公式化了的双边冲突规范的系属。

2.几种常见的系属公式：属人法 ；本国法；住所地法……

属人法 lex personalis

本国法 Lex Patriae；

住所地法 lex domicilii

支配法律关系实质有效性的法律 Lex causae。

物之所在地法　 lex rei sitae

行为地法　　 lex loci actus

注册登记地法 Lex libri siti

合同缔结地法　 lex loci contractus

合同履行地法 lex loci solutionis

婚姻举行地法　 lex loci celebrationis

侵权行为地法　 lex loci delicti commissi

当事人合意选择的法律　lex voluntaries

法院地法　　　　　　　lex fori

旗国法　　　　　　　　law of the flag

最密切联系地法　　 law of the place of the most significant relationship

惯常居所地法　　　　　lex habitationis

## 九、准据法

1.概念：由冲突规范援引用来调整国际民商事法律关系当事人之间的权利义务的（特定国家或者地区）具体的实体法律规范。

2.特征

（1）准据法是调整当事人双方权利义务的实体法

（2）准据法是特定国家或地区的实体法，国际统一实体规范能否作为准据法，存在争议。

（3）准据法是经冲突规范指引的实体法

（4）准据法是调整当事人权利义务的具体的实体法律规范，而不是一国整个的法律体系或法律制度。

3.准据法的现实意义和作用：直接决定涉外案件当事人的权利义务

# 第三讲 国际私法基本理论

## 一、准据法的确定方法

**1.意大利巴托鲁斯Bartolus法则区别说：**从法则性质入手，依法则的性质确定其适应范围。人的法则适用于法则制定国/城邦的所有臣民；物的法则仅在物之所在地生效；混合法则适用场所支配行为原则，主要决定法律行为的方式。奠定了国际私法的基础，标志国际私法的诞生。但存在逻辑循环的缺陷，且人的法则和物的法则边界不明晰。

**2.德国萨维尼法律关系本座说：**对于每一法律关系均应适用依其性质所隶属的地方的法律，即该法律关系本座所在地的法律。**人的身份和行为能力**以人的住所为本座，因住所是人的归属之处。**物权关系**，包括动产物权和不动产物权，以物之所在地为本座，因为物占据一定的空间，且是可感知的。**债**需借助债的发生地、履行地等表现其形态，其中债的履行地是实现债权的场所，更适合于表现债的外观形态，因此债权关系以债的履行地为本座；履行地无法确定时，以债务人的住所地为本座。**侵权行为之债**适用法院地法律，因为侵权行为法性质上属于必须强制适用的法律。**法律行为方式**，例如合同形式，遗嘱形式，缔结婚姻方式等，以行为地为其本座。**诉讼程序问题**以法院地为其本座，等等。萨维尼法律关系本座说**追求的目标是**，同一法律关系在法律冲突的情况下，无论由哪一国法院审理，都获得相同的判决；各国法院判决一致性理论。

**3.美国柯里政府利益说**是颠覆萨维尼法律关系本座说的尝试，国际民事法律冲突实质是隐藏在各国法律背后的政府利益之间的冲突。想解决法律冲突，需要协调政府利益。但该理论最终几乎会导致适用法院地法。

**4.德国克格尔国际私法利益说**

（1）国际民商事法律冲突解决的结果，更多涉及法律关系当事人私人利益，而较少涉及国家利益和社会公共利益。当事人自己是自身私人利益的最佳判断者和维护者。因此在不同国家法律冲突情况下，当事人有权要求适用其自主确定的法律，以最大程度上维护其自身利益。当事人对自主确定涉外民事关系的准据法拥有的这种法律适用上的利益，称为当事人利益。混淆政府利益和私法利益，但从利益理论角度研究国际私法冲突值得借鉴，法律冲突到底适用何种法律，需要判断哪一个法律对该案件拥有利益。

（2）交易行为地对于将维护交易秩序所必须的交易规则适用于所有案件拥有一种正当利益，称为交易秩序利益。

（3）第三人利益。

（4）国内秩序利益：国家利益和社会公共利益。

（5）国际秩序利益。

上述不同的利益要求适用不同的法律，国际民事法律冲突实质上是上述各种冲突法利益之间的冲突。

**多法域国家准据法的确定**

《涉外民事关系法律适用法》第六条

涉外民事关系适用外国法律，该国不同区域实施不同法律的，适用与该涉外民事关系有最密切联系区域的法律。**和民法通则的司法解释区别：**依法应当适用的外国法律，如果该外国不同地区实施不同的法律的，依据该国法律关于调整国内法律冲突的规定，确定应适用的法律。该国法律未作规定的，直接适用与该民事关系有最密切联系的地区的法律。

## 二、国际私法的范围

国际私法案件涉及诸多法律规范：①规定外国人民事法律地位的规范；②冲突规范；③国际统一实体规范；④管辖权规范等国际民事诉讼和仲裁程序规范；⑤国内专用实体规范。

国际私法的范围：

1. 小国际私法：冲突规范。
2. 中国际私法：冲突规范、管辖权规范、判决的承认和执行规范。
3. 大国际私法：（韩德培）国际私法如同一架飞机，内涵是机身，外延是两翼。具体说内涵包括**冲突法、统一实体法、国家直接适用于涉外民事关系的法律。**两翼之一为**国际以及外国人法律地位问题**，这是处理涉外民事关系的前提；另一翼则发生在纠纷时，包括**管辖权、司法协助、外国判决和仲裁裁决的承认与执行。**
4. 大大国际私法

**【补充】国民待遇**亦称“国民待遇标准”。东道国对在本国境内从事社会经济活动的外国的自然人、法人提供不低于本国自然人、法人所享有的民事权利。它可以规定在本国的法律中，也可以规定在国际条约中。国民待遇分有条件的国民待遇和无条件的国民待遇两种。前者又有三种情况：一是只给在本国领土上有住所的外国自然人和有营业所的外国法人以国民待遇；二是根据国际公约给予缔约国的自然人和法人以国民待遇；三是根据对等原则，互相给予国民待遇。

## 三、国际私法/冲突法的性质

1.国际法还是国内法？

（1）民族主义学派：国内法，渊源、制定和适用、争议解决方式。

（2）世界主义学派：国际法，产生条件、调整对象、发展趋势。

（3）二元论。

2.实体法还是程序法：冲突法。

3.公法还是私法：私法。

## 四、国际私法的定义

大国际私法的定义：国际私法是在国际民商事交往中产生的，以直接调整和间接调整两种方法调整涉外民商事法律关系，由规定外国人民事法律地位的规范，冲突规范，国际统一实体规范，国内专用实体规范和国际民事诉讼和仲裁程序规范组成的解决涉外民商事法律冲突的法律部门。

## 五、国际私法的目的、基本原则和作用

1.目的：实现各国法院判决一致，建立合理国际民商秩序

（1）国际经济秩序：国际经济法

（2）国际政治秩序：国际公法

（3）国际民商秩序：国际私法

2.基本原则

（1）有利于建立和发展国际民商新秩序原则

（2）促进国际民商事交往原则

（3）当事人自治原则

（4）最密切联系原则

3.作用

（1）明确涉外民事关系的法律适用，合理解决法律冲突。

（2）维护中外当事人合法权益（正当权益更严谨）。

（3）有利于促进国际民商事交往和各国人民友好合作，从而促进世界和平与发展。

（4）从长远看，有利于通过合理解决法律冲突，促进世界各国法律统一，从而为法律最终走向消亡，共产主义最终实现创造条件。

# 第四讲 国际私法的主体

## 一、自然人

（一）自然人的国籍

1.国籍取得

（1）原始取得：血统主义，单系血亲、双系血亲；出生地主义；混合制。

（2）派生取得：婚姻；归化，申请入籍。

2.国籍丧失：法定原因、申请出籍。

3.定居：是指中国公民已取得住在国长期或者永久居留权，并**已在住在国连续居留两年**，两年内累计居留不少于18个月。

4.国籍冲突：积极冲突和消极冲突。

国籍冲突产生原因：国内法原因，不同国家国籍法各不相同；国际法原因，领土割让、国家统一。

自然人国籍的准据法适用需要确定的国籍所属国的法律。

国籍冲突的解决：

1. 国籍积极冲突的解决

《涉外民事关系法律适用法》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。

《国籍法》第3条：中华人民共和国不承认中国公民具有双重国籍。

有中国国籍的，中国国籍优先；

都是外国国籍的，首先经常居所地的国籍优先；不具有经常居所地国家国籍的，最密切联系原则

1. 国籍消极冲突的解决

《涉外民事关系法律适用法》第19条、20条

第19条 依照本法适用国籍国法律，自然人无国籍或者国籍不明的，适用其经常居所地法律。

第20条 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。

（3）港澳居民的国籍冲突问题

港澳回归后，全国人大常委出台了关于国籍问题的决定，采取了血统和出生地相结合原则：港澳地区居民，具有中国血统且在中国领土出生者，为中国公民。兼具中国和葡萄牙血统的澳门居民，可从中国和葡萄牙国籍中选择其一。

1. 国际公法解决国籍冲突的方案：有效国籍原则（最密切联系国籍）

**我国1980年《国籍法》的规则：**

1. 单一国籍原则。中华人民共和国不承认中国公民具有双重国籍。
2. 原始国籍取得。以血统主义为主，以出生地主义为辅。父母双方或一方为中国公民，本人出生在中国，具有中国国籍。 第五条 父母双方或一方为中国公民，本人出生在外国，具有中国国籍；但父母双方或一方为中国公民并定居在外国，本人出生时即具有外国国籍的（为避免双重国籍），不具有中国国籍。父母无国籍或国籍不明，定居在中国，本人出生在中国，具有中国国籍。
3. 派生取得国籍：第七条 外国人或无国籍人，愿意遵守中国宪法和法律，并具有下列条件之一，可申请加入中国国籍： 一、中国人的近亲属； 二、定居在中国的
4. 国籍丧失：申请出籍：第十条 中国公民具有下列条件之一的，可以经申请批准退出中国国籍： 一、外国人的近亲属； 二、定居在外国的； 三、有其它正当理由。 但是： 第十二条 国家工作人员和现役军人，不得退出中国国籍。
5. 国籍法定丧失：第九条 定居外国的中国公民，自愿加入或取得外国国籍的，即自动丧失中国国籍。

（二）自然人的住所

1.英美法系住所概念：一个人在一定时刻必须而且只能有一个住所。分为原始住所、选择住所、法定住所。构成要件为久居的意向和久居的事实。

2.住所的准据法：法院地法或者待认定住所所属国家的法律。住所地的证明：谁主张谁举证

自然人住所冲突解决办法

我国最高人民法院1988年《关于贯彻执行<民法通则>若干问题的意见》第183项：

“5当事人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。”

（三）自然人的经常居所

持续居住时间越长，生活中心越牢固，对“连续居住一年以上”中连续居住的认定标准越宽松。

2020《法律适用法司法解释（一）》第13条：

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。

\*留学不属于除外情形

自然人的国籍、住所和经常居所都标志自然人和某个国籍或地区的隶属关系，因此是自然人属人法的三个基本连结点。

经常居所更侧重自然人事实上隶属于某个国家，国籍住所更侧重法律上隶属关系。

* 住所、经常居所和惯常居所的区别

1. 自然人民事权利能力
   1. 民事权利能力的开始：《民法典》第13条自然人从出生时起到死亡时止具有民事权利能力。第15条自然人的出生时间和死亡时间，以出生证明、死亡证明记载的时间为准；第16条涉及遗产继承接受赠与等胎儿利益保护的，胎儿视为具有民事权利能力。但是胎儿娩出时为死体的，其民事权利能力自始不存在。
   2. 民事权利能力的终止：
      1. 生理死亡
      2. 宣告死亡
      3. 推定存活 presumption of life
   3. 国际社会自然人民事权利能力的法律适用：当事人属人法
   4. 我国自然人权利能力法律适用：自然人用经居地，居无行有行为地。第13条 宣告失踪或者宣告死亡，适用自然人经常居所地法律。
2. 自然人民事行为能力
   1. 自然人民事行为能力的法律冲突
   2. 自然人民事行为能力法律冲突的解决
      1. 属人法原则。哪些因素决定一个人生理、心理发育的速度和程度（地理、气候、人种）属人法应该是上述因素所属的法律。
      2. 对交易秩序的保护
      3. 对禁治产宣告的管辖权和法律适用
   3. 我国自然人民事行为能力法律适用

《涉外民事关系法律适用法》第12条 基本原则：自然人的民事行为能力，适用经常居所地法律。交易秩序保护例外：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。

《法律适用法》第20条：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。

票据债务能力例外：《票据法》第97条：票据债务人的民事行为能力，适用其本国法律。票据债务人的民事行为能力，依其本国法律为无民事行为能力或限制民事行为能力而依行为地法律为完全民事行为能力的，适用行为地法律。

《法律适用法》第2条：涉外民事关系适用的法律，依照本法规定。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。

## 二、法人

（一）法人国籍的法律冲突

1.法人的本质

（1）拟制法律人格说：依此理论，只产生外国法人的认可，不产生法人国籍的法律冲突。

外国法人的认可：国际立法认可方式；国内立法认可方式，特别认可方式（适用于外国法人在中国有物理上的存在，我国大部分外国企业采取特别认可方式）、概括认可方式、一般认可方式（《民法通则司法解释》184：外国法人以其注册登记地国家的法律为其本国法，法人的民事行为能力依其本国法确定。外国法人在我国领域内进行的民事活动，必须符合我国的法律规定。）

（2）法人实体说：依此理论，法人是和自然人一样的实体，会产生法人国籍冲突。

（二）法人国籍和住所

1.确定法人国籍的理论：成员国籍主义、实际控制主义、登记地主义、住所地主义、准据法主义、复合标准说。

2.我国：我国境内登记设立，且依据我国法律取得法人资格的法人，方具有中国国籍：复合标准说。

3.法人住所的确定：管理中心地说、营业中心地说、法人住所依章程规定说

4.我国：法人以其主要办事机构所在地为住所。依法需要办理法人登记的，应当将主要办事机构所在地登记为住所。

法人住所冲突：  
 积极冲突：“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。”  
 消极冲突：2015《民事诉讼法意见》第4条：法人或者其他组织的住所地是指法人或者其他组织的主要办事机构所在地。主要办事机构所在地不能确定的，法人或者其他组织的注册地或者登记地为住所地。

（三）法人民事权利能力和行为能力的法律适用

各国原则上对法人的民事权利能力和行为能力均适用法人的属人法。与自然人属人法在不同国家有不同含义不同，法人属人法均是指其国籍国法。

我国规定：《民法通则司法解释》184:外国法人以其注册登记地国家的法律为其本国法，法人的民事行为能力依其本国法确定。外国法人在我国领域内进行的民事活动，必须符合我国的法律规定。

《涉外民事关系法律适用法》第十四条 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。

《涉外民事关系法律适用法》第十四条:法人的经常居所地，为其主营业地。

## 三、国家

（一）国家作为国际私法主体的特殊性

法律适用特殊性

责任承担特殊性：国家承担无限责任

管辖权特殊性

（二）国家及其财产豁免权原则

1．管辖豁免：司法管辖豁免权。非经一主权国家明示同意，其他国家法院不得对以该国为被告或者以该国财产为诉讼标的的案件行使司法管辖权。

2．执行豁免：诉讼程序豁免权和强制执行豁免权。非经一主权国家明示同意，其他国家法院不得对该国及其财产采取诉讼法上的强制措施：强制出庭作证、冻结扣押财产、强制执行法院判决等。

3.理论根据

（1）国家主权说（国家豁免权）

对内：最高统治权——领土管辖权

对外：独立平等权——国家豁免权

（2）职能需要说（外交豁免权）

4.各国实践：绝对豁免理论；限制豁免理论—主权行为和管理行为。

我国有关国家豁免问题理论与实践：国家豁免政策主要体现为政府宣示、声明：无论国家是否为案件当事人，国家财产都享有绝对的豁免权。未经主权国家同意，向主权国家送达传票是侵犯国家主权的行为。中国政府，包括省级政府，享有绝对豁免权，但送达传票本身不构成对国家主权的侵犯。

我国签署《联合国国家及其财产管辖豁免公约》表明：我国正式承认了限制豁免理论具有合理性。

## 四、国际组织

## 五、外国人民事法律地位

国民待遇、最惠国待遇、优惠待遇、普遍优惠制。

# 第五讲 识别

1. 概念：又称定性，指依据有关法律观念对案件的事实构成进行定性，将其归入特定的法律范畴，以确定应援用哪一冲突规范的认识过程。

识别与一事不再理：  
一事不再理：2015《民事诉讼法司法解释》第247条

当事人就已经提起诉讼的事项在诉讼过程中或者裁判生效后再次起诉，同时符合下列条件的，构成重复起诉：

（一）后诉与前诉的当事人相同；

（二）后诉与前诉的诉讼标的相同；

（识别结果相同 ）

（三）后诉与前诉的诉讼请求相同，或者后诉的诉讼请求实质上否定前诉裁判结果。

当事人重复起诉的，裁定不予受理；已经受理的，裁定驳回起诉，但法律、司法解释另有规定的除外。

1. 识别对象
2. 对案件事实构成进行定性，以确定该事实构成是否能归入范围中的法律范畴。
3. 对范围中法律概念进行解释，如夫妻财产关系、结婚等，确定其外延包括了诉争案件。
4. 识别与连结点的解释：识别的目的是确定应予适用的冲突规范，经过识别确定了冲突规范后，仍需对连结点进行解释方可确定准据法，此时连结点的解释不属于识别问题，而属于冲突规范的适用和准据法的确定问题。连结点的解释一般适用冲突规范所属国的法律。

4.识别冲突：由于法院地国与有关外国法律对同一事实构成作出不同的分类，采用不同国家法律观念进行识别就会导致适用不同的冲突规范和不同的准据法的结果。从法院地国的角度来看，识别冲突就是依内国法识别和依有关外国法识别之间的冲突。 不同国家对同一事实赋予不同的法律性质，因而可能援引不同的冲突规范。

**（1）法院地说：**此说主张以法院地的实体法进行识别，主要代表人物有德学者齐特尔曼、康恩，努斯鲍姆，法国学者巴迪福、巴丹等。

①法院地法说优点：依法院地法解释法院地冲突规范比较合理；法官熟悉法院地法，有利于提高司法效率；在准据法确定之前，法官除了依法院地法识别之外，别无其他选择。

②法院地法说的缺点：法院地法说忽视了冲突规范概念的特殊性，武断、狭隘、自私落后。法院地法和准据法对同一事实构成的定性可能相互矛盾。在识别对象对法院地法来说非常陌生时，法院地法说便遇到操作上的困难。但法院地法说由于其简便、易行的优点，在实践中仍被许多国家所采用，我国实践中识别主要依据法院地法。

**（2）新法院地法说：**此说主张识别应依据法院地国的国际私法进行。

**（3）准据法说：**此说有逻辑循环之缺点，因此实践中采用此说的国家很少。

**（4）分析比较法说：**此说主张识别应依据在分析比较法学基础上形成的一般法律原则进行。此说理论上具有较强的科学性和合理性，但此说可行性差。

**（5）个案识别说：此说为苏联学者隆茨和德国学者 Kegel所主张，**该说认为识别实质上是冲突规范的解释问题，并无统一的规则。

**（6）功能定性说：**由德国学者诺伊豪斯指出。对一具体法律现象应该据其功能、目的进行识别。

5.识别与案由的区别  
（1）主体不同：民事审判庭；立案庭  
（2）功能不同：确定冲突规范；案件管理和司法统计；  
（3）依据不同：《法律适用法》第八条；《民事案件案由规定》  
（4）对准据法的影响不同：终局性不同：案由在结案时可以变更；识别则否。

6.冲突法识别与程序法识别  
（1）目的不同：确定冲突规范；确定管辖权；  
（2）依据不同：《法律适用法》第八条；《民事诉讼法》第24章

# 反致

1. 冲突法指引和实体法指引
2. 冲突法指引：认为法院地国冲突规范所指引的外国法包括该外国的冲突规范在内的指引。
3. 实体法指引：法院地国冲突规范指引的外国法仅包括该外国的实体法的指引。

二、反致

1.概念

（1）广义反致：（狭义）反致、 转致和间接反致。

（2）狭义反致：单纯反致。对于某一种法律关系，依法院国冲突规则援引某一外国法作为准据法时，认为应该包括该外国的冲突法，依该外国冲突法的规定，却应该适用法院国的法律为准据法，结果法院根据自己国家的法律判决案件。

（3）转致：对某一涉外民商事案件，甲国法院按照自己的冲突规则本应适用乙国法，而乙国冲突规则指定适用丙国法，如果甲国法院接受这种指定并适用丙国实体法，这种现象就叫做转致。

（4）间接反致：对某一案件，甲国或甲地区的法院根据本国或本地区的冲突规范指定应适用乙国或乙地区的法律，但依乙国或乙地区的冲突规范的指定应适用丙国或丙地区的法律，而依丙国或丙地区的冲突规范的指定却应适用甲国或甲地区的法律，结果甲国或甲地区的法院适用了自己的实体法

（5）双重反致（外国法院理论）：系英国在接受反致方面采取的特殊制度:英国法院若依其冲突规范应适用某外国法，英国法官便设身处地地设想该外国法院法官若亲自审理当前案件，将会适用何国实体法判决案件，英国法官最终适用该外国法院法官可能适用的那一国家的实体法判决案件。依此种理论，若该外国法院基于反致、间接反致或转致适用其本国法或第三国法，英国法官亦会适用该外国本国或第三国的实体法判决案件，“外国法院说”的名称亦由此而来。

2.反致产生条件  
（1）法院地国冲突规范的指引是冲突法上的指引

（2）相关国家的冲突规范不相同

（3）存在致送关系

3.理论分歧

（1）赞成派：尊重外国国家主权；维护外国法完整性；表示国际礼让；有利于个案判决合理性；各国法院判决一致性。

（2）反对派：不尊重内国国家主权；不利于维护内国法完整性；恶性循环；不利于实现各国法院判决一致性。

我国《涉外民事关系法律适用法》第九条 ：涉外民事关系适用的外国法律，不包括该国的法律适用法。【禁止转反致的条款】

# 先决问题

1. 概念：又称附带问题，指法院在处理国际私法案件的争议问题时，该争议问题的解决以另一个问题的解决为先决条件，国际私法上便称该争议问题为主要问题，作为先决条件的另一个问题为先决问题。主要问题准据法将另一个实体法律关系的存在或不存在作为解决主要问题的先决条件，则该实体法律关系存在和效力问题即为主要问题的先决问题。
2. 构成要件
3. 主要问题依法院地国冲突规范必须以外国法为准据法。
4. 先决问题能够作为一个单独的问题向法院提出，并且有自己的冲突规范可供援引。
5. 在确定先决问题准据法时，适用法院地国冲突规范和适用主要问题准据法所属国冲突规范会导致不同国家实体法的适用，并最终不同的判决结果。

3.先决问题准据法的确定

（1）准据法理论：主张依主要问题准据法所属国的冲突规则；

（2）法院地法理论：主张适用法院地国的冲突规则。

从司法实践来看，英、美、加拿大、澳大利亚等英美法系国家判例多采用准据法理论。 德国：涉及身份关系先决问题一般适用准据法理论，其他先决问题适用法院地法理论。

我国法条：2020《〈法律适用法〉司法解释（一）》

第10条【先决问题】 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。

第11条【部分问题 识别分割制】 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。

# 公共秩序保留、干涉性法规、法律规避

## 一、公共秩序保留

1. 概念：又称公共政策、公共秩序、保留条款，它是指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社会公共利益、基本公平正义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，也包括法院地国家为防止本国社会公共利益遭受损害而拒绝对外国法院提供司法协助。
2. 产生原因：主权国家保护本国法律制度完整性，防止为了实现冲突法正义而使本国基本公平正义观念遭受严重损害。

3.公共秩序本质：法院地国家人民在长期历史发展过程中形成的根深蒂固的公平正义观念。

4.我国公共秩序的含义

（1）我国宪法基本精神、基本原则或制度；  
（2）我国主权和安全；   
（3）我国法律的基本原则；  
（4）我国缔结或参加的国际条约所承担的义务，或国际法上公认的公平正义观念；  
（5）如果某一外国法院无理拒绝承认我国法的效力，则根据对等原则，我国也可以公共秩序保留排除该外国法的适用，以作为报复措施。

5.适用公共秩序保留的实际司法标准

（1）主观说：只要某一外国法规定本身与法院地的公共秩序相抵触，就可排除该外国法的适用。

（2）客观说：**联系说**，如果个案与法院地有实质联系，应排除该外国法的适用；否则不应排除该外国法适用；**结果说**，只有外国法的适用结果危及法院地公共秩序，才可援用公共秩序保留排除外国法的适用。

干涉性法规Eingriffsnormen ：《涉外民事关系法律适用法》第四条 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。

6.公共秩序保留和干涉性法规的区别

（1）公共秩序保留制度是国际私法中的一个基本制度，干涉性法规则是公法领域的某些法规对私法领域的干涉和渗透，因此干涉性法规本身属于公法性质。

（2）公共秩序主要是指一国宪法的基本原则和该国法律的基本原则精神，主要体现为该国基本公平正义观念，干涉性法规则是一国在个别领域的特殊政策在立法上的体现，如进出口贸易管制，不正当竞争、文物保护、食品和公共卫生安全等。

（3）公共秩序保留制度一般与准据法不相容，直接排除准据法的适用。干涉性法规在很多情况下是和准据法并行适用，仅排除准据法中的个别条款。

《〈法律适用法〉司法解释（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。  
【一保 两反 三安全】

## 二、法律规避

1.概念：指涉外民事法律关系当事人利用某一冲突规范，故意制造或改变某种连结点，从而避开本应适用的法律，而使对自己有利的法律得到适用的一种逃法或脱法行为。

2.构成要件

（1）行为主体：当事人，不是法院或国家

（2）主观方面

（3）客体：规避的对象

（4）客观方面：行为方式

（5）结果：法律规避必须是既遂的，即当事人的规避行为已经完成，如果按照当事人的愿望适用法律，对当事人有利的法律即得以适用。

3.法律规避的性质：是指它是一个独立的问题还是公共秩序保留问题的一部分。对此有两种不同的主张。我们认为，由于法律规避和公共秩序保留在起因、保护对象、行为的性质、后果、地位和立法上的表现均不同，法律规避应是一个独立的问题。

4.法律规避和公共秩序保留的区别

1. **比较项目**
2. **法律规避**
3. **公共秩序保留**
4. **起因不同**
5. 当事人故意改变连结点
6. 外国法适用结果与法院地公共政策相冲突
7. **保护对象不同**
8. 本国法和外国法
9. 本国法基本原则、精神
10. **行为性质不同**
11. 私人行为
12. 国家行为
13. **后果不同**
14. 当事人可能负法律责任
15. 当事人不承担法律责任
16. **地位和立法表现**
17. 主要处于学说阶段
18. 国际私法的一项原则

5.基本法律规范的适用：任意性法规；一般强制性法规；干涉性规则；公共秩序法。

# 第九讲 外国法内容查明

1.概念：外国法内容查明是指内国法院审理涉外案件依内国冲突规范应适用外国法时，如何查明该外国法的具体内容。

2.外国法查明的责任：

（1）德国、瑞士：法官负责，当事人有协助义务

（2）意大利、奥地利、荷兰：法官负责，当事人无协助义务

（3）阿根廷、法国：国际公约冲突规范由法官负责；当事人负责国内冲突规范

（4）英国：事实，当事人负责

（5）美国：多数州认为外国法是事实，当事人负责；部分州认为是法律，法官负责。

3.外国法查明途径

（1）原则上所有合法途径

（2）英国：重视法官和执业律师的提供的外国法内容；

（3）德国：重视大学教授、学者提供的外国法内容；

（4）我国：重视使领馆或政府机构提供的外国法内容。

4.外国法内容无法查明时的解决办法

（1）直接适用内国法：大多数国家所采取的办法。

（2）类推适用内国法

（3）适用同本应适用的外国法相近的或类似的法律。

（4）适用一般法理。日本学说和判例大多持此主张。

（5）驳回当事人的诉讼请求或抗辩

5.外国法错误适用的救济

（1）适用内国冲突规范的错误

（2）适用外国法本身的错误：不允许当事人上诉；允许当事人上诉；德国做法不一。

# 准据法的变更和协调

1.准据法的变更

（1）因法院地冲突规范改变引起准据法的变更

（2）因事实因素变化引起连结点变化和准据法的变更

（3）因准据法本身的修订引起准据法内容的变更

2.协调：指当同时适用于同一涉外案件不同方面的多个准据法因其内容相互不同而可能导致显示公平的结果时，适用冲突法或实体法方式对这种显失公平的结果进行纠正的一种制度。

3.协调产生的原因

（1）准据法矛盾：法院地冲突规范援引的多个准据法中包含相互矛盾、相互排斥的规范，因此这多个法律无法同时适用于同一法律关系。

（2）准据法缺乏

（3）准据法重叠：指法院地冲突规范指引的多个法律中的实体规范对同一法律问题做出不同规定，这些实体规范共同作用导致不合理的判决结果。

# 十一 涉外民商事管辖权

法院地法原则：

2021《民事诉讼法》

第4条 凡在中华人民共和国领域内进行民事诉讼，必须遵守本法。

第266条 在中华人民共和国领域内进行涉外民事诉讼，适用本编规定。

本编没有规定的，适用本法其他有关规定。

## 一般地域管辖

（所有涉外民商事纠纷）

2021《民事诉讼法》第二十二条 对公民提起的民事诉讼，由被告住所地人民法院管辖；被告住所地与经常居住地不一致的，由经常居住地人民法院管辖。

【原告住所地只有 23条的情况】

对法人或者其他组织提起的民事诉讼，由被告住所地人民法院管辖。

同一诉讼的几个被告住所地、经常居住地在两个以上人民法院辖区的，各该人民法院都有管辖权。

管辖：地域管辖、级别管辖、事务管辖

## 二、特殊地域管辖

（一）涉外合同和其他财产权益纠纷

（涉外合同、侵权行为、物权、无因管理、不当得利、缔约过失责任）

基本原则：2021《民事诉讼法》第272条

因合同纠纷或者其他财产权益纠纷，对在中华人民共和国领域内没有住所的被告【若有住所，则适用普通法，秦认为此处存在立法技术问题】提起的诉讼，如果合同在中华人民共和国领域内签订或者履行，或者诉讼标的物在中华人民共和国领域内，或者被告在中华人民共和国领域内有可供扣押的财产，或者被告在中华人民共和国领域内设有代表机构，

可以由合同签订地、合同履行地、诉讼标的物所在地、可供扣押财产所在地、侵权行为地或者代表机构住所地人民法院管辖。

**海事合同和侵权纠纷**

《最高人民法院关于适用＜中华人民共和国海事诉讼特别程序法＞若干问题的解释》第2条　涉外海事侵权纠纷案件和海上运输合同纠纷案件的管辖，适用民事诉讼法第二十四章(共272、273两个条文)的规定；该章没有规定的，适用海事诉讼特别程序法第六条第二款（一）、（二）项的规定和民事诉讼法的其他有关规定。

《民事诉讼法》第二十四章

优于海事诉讼特别程序法第六条第二款

《海事特别诉讼程序法》第六条 海事诉讼的地域管辖，依照《中华人民共和国民事诉讼法》的有关规定。下列海事诉讼的地域管辖，依照以下规定：（一）因海事侵权行为提起的诉讼，除依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二十九条至第三十一条的规定以外，还可以由船籍港所在地海事法院管辖；

《民事诉讼法》第29条 因侵权行为提起的诉讼，由侵权行为地或者被告住所地人民法院管辖。

第30条 因铁路、公路、水上和航空事故请求损害赔偿提起的诉讼，由事故发生地或者车辆、船舶最先到达地、航空器最先降落地或者被告住所地人民法院管辖

第31条 因船舶碰撞或者其他海事损害事故请求损害赔偿提起的诉讼，由碰撞发生地、碰撞船舶最先到达地、加害船舶被扣留地或者被告住所地人民法院管辖。

《海事特别诉讼程序法》第六条（二）因海上运输合同纠纷提起的诉讼，除依照《中华人民共和国民事诉讼法》第28条的规定以外，还可以由转运港所在地海事法院管辖（2021《民事诉讼法》第28条 因铁路、公路、水上、航空运输和联合运输合同纠纷提起的诉讼，由运输始发地、目的地或者被告住所地人民法院管辖。）

**四类特殊商事案件：2021《民事诉讼法》**

第二十六条　因票据纠纷提起的诉讼，由票据支付地或者被告住所地人民法院管辖。

第二十七条　因公司设立、确认股东资格、分配利润、解散等纠纷提起的诉讼，由公司住所地人民法院管辖。

第三十二条　因海难救助费用提起的诉讼，由救助地或者被救助船舶最先到达地人民法院管辖。

第三十三条　因共同海损提起的诉讼，由船舶最先到达地、共同海损理算地或者航程终止地的人民法院管辖。

（二）婚姻家庭继承纠纷

特殊地域管辖：原告住所地

2021《民事诉讼法》第23条 下列民事诉讼，由原告住所地人民法院管辖；原告住所地与经常居住地不一致的，由原告经常居住地人民法院管辖：

（一）对不在中华人民共和国领域内居住的人提起的有关身份关系的诉讼；

（二）对下落不明或者宣告失踪的人提起的有关身份关系的诉讼；

（三）对被采取强制性教育措施的人提起的诉讼；

（四）对被监禁的人提起的诉讼。

2015《民诉法司法解释》第16条

“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的人民法院管辖。”

**管辖权竞合**

2021《民事诉讼法》第36条

第三十六条　两个以上人民法院都有管辖权的诉讼，原告可以向其中一个人民法院起诉；原告向两个以上有管辖权的人民法院起诉的，由最先立案的人民法院管辖。

（三）一审终审案件

2021《民事诉讼法》第四编 涉外民事诉讼程序的特别规定

第266条 在中华人民共和国领域内进行涉外民事诉讼，适用本编规定。

本编没有规定的，适用本法其他有关规定。

2021《民事诉讼法》一审终审案件

第一百九十条　公民下落不明满二年，利害关系人申请宣告其失踪的，向下落不明人住所地基层人民法院提出。

第一百九十一条　公民下落不明满四年，或者因意外事件下落不明满二年，或者因意外事件下落不明，经有关机关证明该公民不可能生存，利害关系人申请宣告其死亡的，向下落不明人住所地基层人民法院提出。

第一百九十四条　申请认定公民无民事行为能力或者限制民事行为能力，由利害关系人或者有关组织向该公民住所地基层人民法院提出。

第198条　申请认定财产无主，由公民、法人或者其他组织向财产所在地基层人民法院提出。

第201条　经依法设立的调解组织调解达成调解协议，申请司法确认的，由双方当事人自调解协议生效之日起三十日内，共同向下列人民法院提出：（一）人民法院邀请调解组织开展先行调解的，向作出邀请的人民法院提出；（二）调解组织自行开展调解的，向当事人住所地、标的物所在地、调解组织所在地的基层人民法院提出；调解协议所涉纠纷应当由中级人民法院管辖的，向相应的中级人民法院提出。

第203条　申请实现担保物权，由担保物权人以及其他有权请求实现担保物权的人依照民法典等法律，向担保财产所在地或者担保物权登记地基层人民法院提出。

## 三、协议管辖

2021《民事诉讼法》第35条　合同或者其他财产权益纠纷的当事人可以书面协议选择被告住所地、合同履行地、合同签订地、原告住所地、标的物所在地等与争议有实际联系的地点的人民法院管辖，但不得违反本法对级别管辖和专属管辖的规定。

2015《民事诉讼法司法解释》第34条 当事人因同居或者在解除婚姻、收养关系后发生财产争议，约定管辖的，可以适用民事诉讼法第三十四条规定确定管辖。

2015《民事诉讼法司法解释》第531条 涉外合同或者其他财产权益纠纷的当事人，可以书面协议选择被告住所地、合同履行地、合同签订地、原告住所地、标的物所在地、侵权行为地等与争议有实际联系地点的外国法院管辖。根据民事诉讼法第34条和第273条规定，属于中华人民共和国法院专属管辖的案件，当事人不得协议选择外国法院管辖，但协议选择仲裁的除外。

《海事特别诉讼程序法》第八条 海事纠纷的当事人都是外国人、无国籍人、外国企业或者组织，当事人书面协议选择中华人民共和国海事法院管辖的，即使与纠纷有实际联系的地点不在中华人民共和国领域内，中华人民共和国海事法院对该纠纷也具有管辖权。

## 专属管辖权

2021《民事诉讼法》

第273条　因在中华人民共和国履行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发生纠纷提起的诉讼，由中华人民共和国人民法院管辖。

《海事特别诉讼程序法》第七条 下列海事诉讼，由本条规定的海事法院专属管辖：

（一）因沿海港口作业纠纷提起的诉讼，由港口所在地海事法院管辖；

（二）因船舶排放、泄漏、倾倒油类或者其他有害物质，海上生产、作业或者拆船、修船作业造成海域污染损害提起的诉讼，由污染发生地、损害结果地或者采取预防污染措施地海事法院管辖；

（三）因在中华人民共和国领域和有管辖权的海域履行的海洋勘探开发合同纠纷提起的诉讼，由合同履行地海事法院管辖。

2021《民事诉讼法》第三十四条　下列案件，由本条规定的人民法院专属管辖：

　　（一）因不动产纠纷提起的诉讼，由不动产所在地人民法院管辖；

　　（二）因港口作业中发生纠纷提起的诉讼，由港口所在地人民法院管辖；

　　（三）因继承遗产纠纷提起的诉讼，由被继承人死亡时住所地或者主要遗产所在地人民法院管辖。 容易被忽略

2015《民事诉讼法司法解释》第531条：“涉外合同或者其他财产权益纠纷的当事人，可以书面协议选择被告住所地、合同履行地、合同签订地、原告住所地、标的物所在地、侵权行为地等与争议有实际联系地点的外国法院管辖。 根据民事诉讼法第三十四条和第二百七十三条规定，属于中华人民共和国法院专属管辖的案件，当事人不得协议选择外国法院管辖，但协议选择仲裁的除外。”

专属管辖排除协议管辖、一般地域管辖和特殊地域管辖，但不能对抗仲裁协议。

协议管辖是否排除一般和特殊地域管辖，取决于协议内容。

## 五、应急管辖（必要管辖）

2015《民事诉讼法司法解释》

只有在无处可诉的情况下才适用

第13条 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。

第14条 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。

## 六、平行管辖

2015《民事诉讼法司法解释》第533条

“中华人民共和国法院和外国法院都有管辖权的案件，一方当事人向外国法院起诉，而另一方当事人向中华人民共和国法院起诉的，人民法院可予受理。

判决后，外国法院申请或者当事人请求人民法院承认和执行外国法院对本案作出的判决、裁定的，不予准许；但双方共同缔结或者参加的国际条约另有规定的除外。 外国法院判决、裁定已经被人民法院承认，当事人就同一争议向人民法院起诉的，人民法院不予受理。”

（我国国际民事诉讼法拒绝承认先受理法院原则和一事不再理原则！！）

**离婚诉讼平行管辖：**

2015《民事诉讼法司法解释》第15条：

“第十五条 中国公民一方居住在国外，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权管辖。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。”

## 七、推定管辖

2021《民事诉讼法》第一百三十条　人民法院受理案件后，当事人对管辖权有异议的，应当在提交答辩状期间提出。人民法院对当事人提出的异议，应当审查。异议成立的，裁定将案件移送有管辖权的人民法院；异议不成立的，裁定驳回。

　　当事人未提出管辖异议，并应诉答辩的，视为受诉人民法院有管辖权，但违反级别管辖和专属管辖规定的除外。

## 八、级别管辖权

2021《民事诉讼法》第十八条　基层人民法院管辖第一审民事案件，但本法另有规定的除外。

第十九条　中级人民法院管辖下列第一审民事案件：

　　（一）重大涉外案件；

　　（二）在本辖区有重大影响的案件；

　　（三）最高人民法院确定由中级人民法院管辖的案件。

级别管辖

第二十条　高级人民法院管辖在本辖区有重大影响的第一审民事案件。

第二十一条　最高人民法院管辖下列第一审民事案件：

　　（一）在全国有重大影响的案件；

　　（二）认为应当由本院审理的案件。

涉外商事案件级别管辖权

《最高人民法院关于涉外民商事案件诉讼管辖若干问题的规定》法释（2002年3月1日生效,2020年修正）第一条　第一审涉外民商事案件由下列人民法院管辖：

（一）国务院批准设立的经济技术开发区人民法院；

（二）省会、自治区首府、直辖市所在地的中级人民法院；

（三）经济特区、计划单列市中级人民法院；

集中管辖司法解释：

（四）最高人民法院指定的其他中级人民法院；

（五）高级人民法院。

　　上述中级人民法院的区域管辖范围由所在地的高级人民法院确定。

第二条　对国务院批准设立的经济技术开发区人民法院所作的第一审判决、裁定不服的，其第二审由所在地中级人民法院管辖。

第三条　本规定适用于下列案件：

（一）涉外合同和侵权纠纷案件；

（二）信用证纠纷案件；

（三）申请撤销、承认与强制执行国际仲裁裁决的案件；

（四）审查有关涉外民商事仲裁条款效力的案件；

（五）申请承认和强制执行外国法院民商事判决、裁定的案件。

第四条　发生在与外国接壤的边境省份的边境贸易纠纷案件，涉外房地产案件和涉外知识产权案件，不适用本规定。

第五条　涉及香港、澳门特别行政区和台湾地区当事人的民商事纠纷案件的管辖，参照本规定处理。

第六条　高级人民法院应当对涉外民商事案件的管辖实施监督，凡越权受理涉外民商事案件的，应当通知或者裁定将案件移送有管辖权的人民法院审理。

民事案件级别管辖标准

**关于调整高级人民法院和中级人民法院管辖第一审民事案件标准的通知**

法发[2019]14号(2019年5月1日实施)

中级人民法院管辖第一审民事案件的诉讼标的额上限原则上为50亿元（人民币），高级人民法院管辖诉讼标的额50亿元（人民币）以上（包含本数）或者其他在本辖区有重大影响的第一审民事案件。

**最高人民法院关于明确第一审涉外民商事案件级别管辖标准以及归口办理有关问题的通知**

法〔2017〕359号，2018年1月1日起执行

北京、上海、江苏、浙江、广东高级人民法院管辖诉讼标的额人民币2亿元以上的第一审涉外民商事案件；直辖市中级人民法院以及省会城市、计划单列市、经济特区所在地的市中级人民法院管辖诉讼标的额人民币2000万元以上的第一审涉外民商事案件，

其他中级人民法院管辖诉讼标的额人民币1000万元以上的第一审涉外民商事案件。

天津、河北、山西、内蒙古、辽宁、安徽、福建、山东、河南、湖北、湖南、广西、海南、四川、重庆高级人民法院管辖诉讼标的额人民币8000万元以上的第一审涉外民商事案件；

直辖市中级人民法院以及省会城市、计划单列市、经济特区所在地的市中级人民法院管辖诉讼标的额人民币1000万元以上的第一审涉外民商事案件，

其他中级人民法院管辖诉讼标的额人民币500万元以上的第一审涉外民商事案件。

吉林、黑龙江、江西、云南、陕西、新疆高级人民法院和新疆生产建设兵团分院管辖诉讼标的额人民币4000万元以上的第一审涉外民商事案件；省会城市、计划单列市中级人民法院，管辖诉讼标的额人民币500万元以上的第一审涉外民商事案件，其他中级人民法院管辖诉讼标的额人民币200万元以上的第一审涉外民商事案件。

贵州、西藏、甘肃、青海、宁夏高级人民法院管辖诉讼标的额人民币2000万元以上的第一审涉外民商事案件；省会城市、计划单列市中级人民法院，管辖诉讼标的额人民币200万元以上的第一审涉外民商事案件，其他中级人民法院管辖诉讼标的额人民币100万元以上的第一审涉外民商事案件。

**2020《最高人民法院关于审理独立保函纠纷案件若干问题的规定》第22条**

第22条涉外独立保函未载明适用法律，开立人和受益人在一审法庭辩论终结前亦未就适用法律达成一致的，开立人和受益人之间因涉外独立保函而产生的纠纷适用开立人经常居所地法律；独立保函由金融机构依法登记设立的分支机构开立的，适用分支机构登记地法律。

涉外独立保函欺诈纠纷，当事人就适用法律不能达成一致的，适用被请求止付的独立保函的开立人经常居所地法律；独立保函由金融机构依法登记设立的分支机构开立的，适用分支机构登记地法律；当事人有共同经常居所地的，适用共同经常居所地法律。

涉外独立保函止付保全程序，适用中华人民共和国法律。

第13条独立保函的申请人、开立人或指示人发现有本规定第十二条情形的【独立保函欺诈】，可以在提起诉讼或申请仲裁前，向开立人住所地或其他对独立保函欺诈纠纷案件具有管辖权的人民法院申请中止支付独立保函项下的款项，也可以在诉讼或仲裁过程中提出申请。

第21条受益人和开立人之间因独立保函而产生的纠纷案件，由开立人住所地或被告住所地人民法院管辖，独立保函载明由其他法院管辖或提交仲裁的除外。当事人主张根据基础交易合同争议解决条款确定管辖法院或提交仲裁的，人民法院不予支持。

独立保函欺诈纠纷案件由被请求止付的独立保函的开立人住所地或被告住所地人民法院管辖，当事人书面协议由其他法院管辖或提交仲裁的除外。当事人主张根据基础交易合同或独立保函的争议解决条款确定管辖法院或提交仲裁的，人民法院不予支持。

## 九、不方便法院

2015《民事诉讼法司法解释》第532条

涉外民事案件同时符合下列情形的，人民法院可以裁定驳回原告的起诉，告知其向更方便的外国法院提起诉讼：

（一）被告提出案件应由更方便外国法院管辖的请求，或者提出管辖异议；

（二）当事人之间不存在选择中华人民共和国法院管辖的协议；

（三）案件不属于中华人民共和国法院专属管辖；

（四）案件不涉及中华人民共和国国家、公民、法人或者其他组织的利益；

（五）案件争议的主要事实不是发生在中华人民共和国境内，且案件不适用中华人民共和国法律，人民法院审理案件在认定事实和适用法律方面存在重大困难；

（六）外国法院对案件享有管辖权，且审理该案件更加方便。

物权

合同冲突法基本概念：  
涉外合同

客观论和主观论：

统一论和分割论：

合同准据法：

# 十二 分则及总复习

## 一、合同冲突法基本概念

涉外合同：主观论和客观论，统一论（所有合同纠纷都适用）和分割论（调整合同的成立和效力）

合同准据法：支配合同成立和效力的法律

**当事人自治原则：**涉外民事关系当事人可以按照法院地冲突法规定协议选择该涉外民事关系的准据法，是我国合同冲突法中的一项基本原则。

**法律选择合同的合法性**：类型法定

**①适用法院地冲突法**：

·根据我国法律适用法司法解释第4条，中华人民共和国法律没有明确规定当事人可以选择涉外民事关系适用的法律，当事人协议选择适用法律的，人民法院应当认定法律选择协议无效。

·缔约能力：法律适用法11、12、14条。自然人适用经常居所地法律，法人适用登记地法律或经常居所地法律。

·法律选择合同形式：我国法律未作限制，口头书面公证等方式均合法。

·法律选择的方式：原则上明示，以默示为例外。

-明示：法律适用法第3条 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。

-默示：法律适用法司法解释第6条第2款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法律关系做出了选择。

·当事人选择法律的时间：法律适用法解释第6条第1款 当事人在一审法庭辩论终结前协议选择或变更选择适用的法律，人民法院应与准许。

·法律选择的范围：法律适用法解释第5条 一方当事人以双方协议选择的法律与系争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。

法律选择协议的成立与生效：法院地法理论和准据法理论

②**准据法理论**：**当事人选择的法律**

**法律选择协议和合同并入条款：**《法律适用法司法解释（一）》第7条 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。

当事人选择尚未对中华人民共和国生效的国际条约的合同条款性质为合同并入条款

**法律选择协议和法院选择协议：**法律选择协议形式自由，可选择任何国家或地区法律。法院选择协议必须书面形式，只能选择与争议有实际联系的法院。**最密切联系原则：**

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（特征履行理论）：（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，适用保证人住所地法。（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。

**合同特殊方面和特殊合同的法律适用：  
合同形式，合同当事人的缔约能力**，一般不适用当事人自治原则和最密切联系原则。对合同形式目前各国一般适用有利于形式有效原则，即合同只要满足了行为地法和合同实质要件准据法之一规定的形式要求，即为形式上有效；合同当事人缔约能力国际上一般适用民事行为能力方面的冲突规则。法律适用法第12 14条

**特殊合同的法律适用**

**·消费者合同**

**·劳动合同**

**必须适用中国法的合同**

我国《民法典》第467条

本法或者其他法律没有明文规定的合同，适用本编通则的规定，并可以参照适用本编或者其他法律最相类似合同的规定。

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法律。

**合同冲突的其他问题**

·反致：《涉外民事关系法律适用法》第九条 涉外民事关系适用的外国法律，不包括该国的法律适用法。

# 十三 口诀

1保2反3安全 具有直接适用效力的法

民事主体的法律适用：自然人用经居地，居无行有行为地，法人登记营业地，排除机构所在地

时效代理信托：时效基础法一致，委代信托可自治，代理外部行为地，信托财产或关系

婚姻关系的法律适用：结婚手续任你意，诉讼离婚法院地，协离财产自治地，共居共国行为地

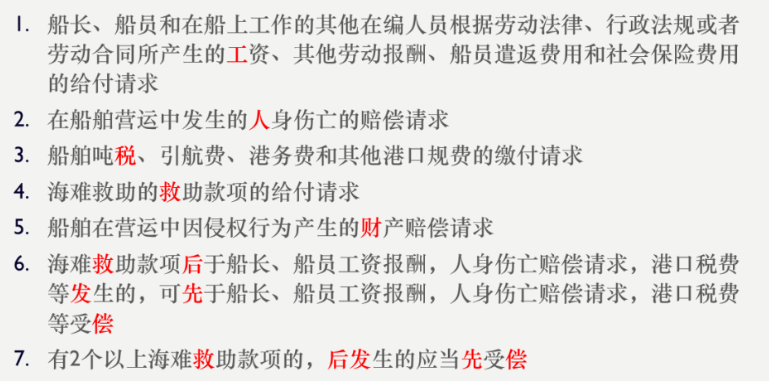
父母子女、扶养、监护：父母监重扶弱者，父母先用共居地

涉外收养的程序要求和法律适用：收养程序转亲书，条件手续重叠居，收养效力收养居，解除被收法院地

继承关系的法律适用：法定不动所在地，动产死亡经居地，遗嘱方式任你意，效力国籍或居地，立时亡时皆可用，管理绝产遗产地

物权的法律适用：不动物之所在地，动产自治获得地，船旗飞登优法院，光租抵押原登记，运输自治目的地，证券实现密联地，权利质权设立地

船舶优先权：工人税救财，救后发先偿



消费者合同的法律适用：限买限选提供地，不选买居看经营，买居经营买居地，买居无营提供地

劳动合同的法律适用：劳动合同禁选法，工地确定工作地，工地不定营业地，派遣还可排出地

一般侵权：自治共居行为地

船舶碰撞的法律适用：船舶碰撞先看旗，旗不同看碰撞地，碰在领水侵权地，碰在公海法院地，碰撞限额要注意，只能适用法院地。

民用航空器侵权的法律适用：领水侵权地，公海法院地

产品责任的法律适用：限弱限选侵权地，不选弱居看经营，弱居有营弱居地，弱居无营侵权地

侵害人格权的法律适用：自然人用经居地

不当得利、无因管理：自治共居发生地

知识产权：内容归属保护地，许可转让是协议，侵权法院保护地

票据：票据行为行为地，支票出票可协议，追索期限出票地，其他通通付款地

海事关系的法律适用：共同海损理算地