



附：国际私法自学考试大纲

国际私法

组编 / 全国高等教育自学考试指导委员会
主编 / 李双元



北京大学出版社

全国高等教育自学考试指定教材
法律专业

国际私法

附：国际私法自学考试大纲)

全国高等教育自学考试指导委员会 组编

主 编 李双元

副主编 金彭年

撰稿人 (以姓氏笔画为序)

李双元 金彭年 郭玉军

蒋新苗 李先波 吕岩峰

北京大学出版社
北 京

图书在版编目 (CIP) 数据

国际私法/李双元主编. —新编本. —北京: 北大出版社, 2000. 1
ISBN 7-301-01632-8

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

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2000) 第 01054 号

书 名: 国际私法 附: 国际私法自学考试大纲

著作责任者: 李双元 主编

责任编辑: 张晓秦 冯益娜

标准书号: ISBN 7-301-01632-8/D·167

出版者: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区中关村北京大学校内 100871

网 址: <http://cbs.pku.edu.cn/cbs.htm>

电子信箱: zpup@pup.pku.edu.cn

排版者: 北京艺海打字服务社

印刷者: 三河市新世纪印刷厂

880 毫米×1230 毫米 32 开本 15.25 印张 400 千字

2000 年 4 月第二版 2000 年 4 月第一次印刷

定 价: 20.00 元

本书如有质量问题, 请与教材供应部门联系。

版权所有 侵权必究

组编前言

当您开始阅读本书时，人类已经迈入了二十一世纪。

这是一个变幻难测的世纪，这是一个催人奋进的时代。科学技术飞速发展，知识更替日新月异。希望、困惑、机遇、挑战，随时随地都有可能出现在每一个社会成员的生活之中。抓住机遇，寻求发展，迎接挑战，适应变化的制胜法宝就是学习——依靠自己学习、终身学习。

作为我国高等教育组成部分的自学考试，其职责就是在高等教育这个水平上倡导自学、鼓励自学、帮助自学、推动自学，为每一个自学者铺就成才之路，组织编写供读者学习的教材就是履行这个职责的重要环节。毫无疑问，这种教材应当适合自学，应当有利于学习者掌握、了解新知识、新信息，有利于学习者增强创新意识、培养实践能力，形成自学能力，也有利于学习者学以致用、解决实际工作中所遇到的问题。具有如此特点的书，我们虽然沿用了“教材”这个概念，但它与那种仅供教师讲、学生听，教师不讲，学生不懂，以“教”为中心的教科书相比，已经在内容安排、形式体例、行文风格等方面都大不相同了。希望读者对此有所了解，以便从一开始就树立起依靠自己学习的坚定信念，不断探索适合自己的学习方法，充分利用自己有的知识基础和实际工作经验，最大限度地发挥自己的潜能达到学习的目标。

欢迎读者提出意见和建议。

祝每一位读者自学成功。

全国高等教育自学考试指导委员会

1999年12月

目 录

第一章 国际私法的概念	(1)
第一节 国际私法的调整对象	(2)
第二节 国际私法的名称、定义和范围	(10)
第三节 国际私法的渊源	(13)
第四节 国际私法与邻近法律部门的关系	(20)
第五节 国际私法的基本原则	(25)
第二章 国际私法的历史	(30)
第一节 国际私法的立法史	(30)
第二节 国际私法学说史	(36)
第三节 我国国际私法的历史	(46)
第三章 外国人的民事法律地位	(52)
第一节 外国人民事法律地位的概念	(52)
第二节 外国人民事法律地位的几种主要待遇制度	(52)
第三节 外国人在我国的民事法律地位	(58)
第四章 冲突规范与法律选择	(62)
第一节 冲突规范的概念、结构和类型	(62)
第二节 准据法表述公式和连结点	(68)
第三节 识别	(72)
第四节 先决问题	(77)
第五节 区际法律冲突和时际法律冲突的解决	(79)
第六节 法律选择的方法	(83)
第五章 外国法的适用和排除	(88)
第一节 反致	(88)
第二节 公共秩序	(94)

第三节	法律规避	(106)
第四节	外国法的查明	(109)
第六章	自然人	(114)
第一节	自然人的国籍冲突	(114)
第二节	自然人的住所冲突	(117)
第三节	自然人权利能力和行为能力	(121)
第七章	法人	(127)
第一节	法人的国籍	(127)
第二节	法人的住所	(131)
第三节	外国法人的认许	(132)
第四节	法人权利能力和行为能力	(136)
第八章	法律行为和代理	(138)
第一节	法律行为	(138)
第二节	代理	(140)
第九章	物权	(148)
第一节	物之所在地法原则	(148)
第二节	国有化及其补偿问题	(153)
第三节	国际破产	(156)
第四节	信托	(160)
第十章	知识产权	(163)
第一节	知识产权上的冲突法则	(163)
第二节	知识产权的国际保护	(167)
第三节	我国有关知识产权国际保护的立法	(182)
第十一章	合同	(186)
第一节	概述	(186)
第二节	合同准据法的确定和适用	(188)
第三节	合同形式与缔约能力	(197)
第四节	中国关于涉外合同法律适用的法律实践	(199)
第十二章	国际经贸关系中的几种主要合同	(205)
第一节	国际货物买卖合同	(205)
第二节	国际货物运输合同	(213)

第三节	国际货物运输保险合同·····	(226)
第四节	国际贸易支付·····	(231)
第五节	国际技术转让合同·····	(237)
第六节	国际工程承包合同·····	(240)
第七节	国际私人直接投资合同·····	(241)
第八节	国际贷款协议·····	(243)
第九节	国际劳务合同·····	(244)
第十节	国际消费合同·····	(245)
第十三章	法定之债·····	(250)
第一节	侵权行为·····	(250)
第二节	几种特殊的侵权行为·····	(257)
第三节	不当得利和无因管理·····	(270)
第十四章	婚姻家庭·····	(274)
第一节	结婚·····	(274)
第二节	离婚·····	(286)
第三节	夫妻关系·····	(294)
第四节	亲子关系·····	(300)
第五节	收养·····	(304)
第六节	监护·····	(309)
第七节	扶养·····	(311)
第十五章	遗嘱与继承·····	(314)
第一节	遗嘱·····	(314)
第二节	法定继承·····	(318)
第三节	无人继承财产·····	(323)
第四节	关于遗嘱和继承的海牙公约·····	(325)
第十六章	国际民事诉讼法·····	(329)
第一节	国际民事诉讼法的概念和渊源·····	(329)
第二节	外国人民事诉讼地位·····	(332)
第三节	国家豁免、外交豁免和国际组织的豁免·····	(342)
第四节	国际民事管辖权·····	(346)
第五节	期间、诉讼保全和诉讼时效·····	(353)

第六节	国际司法协助	(358)
第七节	外国法院判决的承认与执行	(371)
第十七章	国际商事仲裁法	(380)
第一节	国际商事仲裁概述	(380)
第二节	国际商事仲裁的类别	(384)
第三节	几个重要的仲裁机构	(387)
第四节	国际商事仲裁的准据法	(392)
第五节	仲裁协议	(395)
第六节	仲裁程序	(403)
第七节	外国仲裁裁决的承认与执行	(414)
后 记		(421)

附：国际私法自学考试大纲 (含考核目标)

课程性质与设置目的要求	(425)
考试内容与考核目标	(426)
第一章	国际私法的概念 (426)
第二章	国际私法的历史 (429)
第三章	外国人的民事法律地位 (431)
第四章	冲突规范与法律选择 (433)
第五章	外国法的适用和排除 (436)
第六章	自然人 (438)
第七章	法人 (440)
第八章	法律行为和代理 (442)
第九章	物权 (443)
第十章	知识产权 (445)
第十一章	合同 (447)
第十二章	国际经贸关系中的几种主要合同 (449)
第十三章	法定之债 (454)
第十四章	婚姻家庭 (456)
第十五章	遗嘱与继承 (459)

第十六章 国际民事诉讼法·····	(461)
第十七章 国际商事仲裁法·····	(465)
有关说明与实施要求·····	(469)
附录 题型举例·····	(473)
后 记·····	(475)

第一章 国际私法的概念

当今世界，是一个国际交往关系十分发达的世界。

就广义的国际交往而言，既可以从发生在不同平面上各种关系着眼，把它划分为国家与国家之间、国家与国际组织之间、国际组织与国际组织之间、国家和国际组织与民间以及不同国家的民间的国际交往，还可以从具有不同的法律性质、受不同法律调整的角度出发，把它划分为公法性质和私法性质的国际交往。一般地说，以国家和国际组织为主体的国际交往关系多属公法性质的，而主体的一方或双方为自然人或法人的国际交往关系，多具私法性质。由于发展已成为世界性的潮流，而要发展，任何国家便都不可能闭关自守，孤立存在；任何国家的科学技术、经济和文化的昌盛与发达，都需要依靠国际社会的互助和合作，都需要利用国际市场。因此，即使是公法性质的国际交往，也常常是为了推进和扩大国家之间的私法交往关系的。中国共产党十一届三中全会以后，我国实行对外开放政策，其实质主要是开放对国际社会的经济关系。既然对国际社会开放经济关系，那么，具体体现这种国际经济关系的涉外民事关系，即伴随国际经济交往而必然发生的涉外民事关系，以及以这种涉外民事关系为调整对象的国际私法，自然也在我国迅速发展起来了。

随着全球化时代的到来和中国加入 WTO 后对外经济贸易关系的全面发展，中国国际私法的立法和理论研究工作必将面对更为发达，更为复杂的涉外民商事关系，许多新的涉外法律问题需要加以研究，许多传统的理论与制度也需要重新作出检讨。除此之外中国还有一个如何处理“一国两制”之下四个不同法律区域之间的民商法律冲突问题。因而完全可以预计，中国的国际私法和国际私法学肯定会进一步健全和繁荣起来。

第一节 国际私法的调整对象

一、涉外民事关系和法律冲突

国际私法 (private international law) 是国际经济关系发展到一定时期的产物。它是以含有外国因素 (foreign elements) 的民事关系作为调整对象的一个独立的法律部门。一般地说, 凡有以下情况, 均构成涉外民事法律关系:

(1) 作为民事法律关系主体的一方或双方是外国自然人或法人, 或无国籍人, 有时也可以是国家或国际组织;

(2) 作为民事法律关系的客体或标的是位于外国的物、财产, 或需要在国外完成的行为;

(3) 作为民事法律关系的内容的权利和义务据以产生的法律事实发生在国外。

在国际私法上所称的民事法律关系是从广义上来讲的, 实际上乃指民商事关系。它包括物权关系、国际破产关系、国际信托关系, 发生于国际民商领域的各种债权债务关系、知识产权关系、婚姻家庭关系、财产继承关系以及劳动关系等。

在国际私法上讲的外国因素中的“外国”(foreign), 也应该作广义的理解。如在联邦制国家中, 它的各存在不同民商法的组成单元也包括在内。英国的国际私法所称的 foreign, 就把苏格兰与北爱尔兰也是当作德国、法国等外国一样看待的。在我国的司法实践中, 国际私法规范也常适用于涉及香港、台湾、澳门的民事法律关系。所以, 国际私法所称“含有外国因素”, 实际上也包括“含有其他法域的因素”的意思。

法院在处理含有多国因素的民事案件时, 如果所涉各国民、商法的规定是相同的, 适用其中任何一国的法律, 都只会得出相同的判决结果, 也就谈不上要进行法律选择了。但实际上各国民、商法规定千差万别, 常常在处理同一问题时, 依一国的法律, 可能认为已经成立一个有效的民事法律关系, 而依另一国的法律, 却会认为

它还不能有效成立；或者依一国的法律，当事人甲应承担这样的法律责任，而依另一国的法律，却应承担那样的法律责任或不负法律责任。这时，究竟应依哪一国家的法律来作出判决呢？这就发生通常所讲的法律冲突或法律抵触的问题。国际私法在许多国家被称为“法律冲突法”或“冲突法”，就是因为它主要是解决在处理涉外民事法律关系时发生的法律冲突问题的。而所谓法律冲突，就是对于同一民事关系因所涉各国立法不同且都可能对它进行管辖而产生的法律适用上的冲突。

在处理涉外民事关系时，因所涉各国的立法不同，在许多问题上都会发生法律冲突，从而需要作出法律的选择。例如，在法律涉及人的身份或能力问题时，会提出究竟应适用当事人的本国法（即当事人国籍所属国法），还是他的住所地法或他为法律行为的行为地法的问题；在法律涉及物权关系时，会提出究竟适用物之所在地国的法律，还是应适用物的所有人的本国法、住所地法或为物权行为的行为地法；在法律适用涉及合同的成立与效力的问题时，会提出究竟应适用合同缔结地法，还是适用合同履行地法、当事人的本国法、住所地法或其他可以适用的法律的问题；在法律适用涉及侵权行为责任时，会提出究竟应适用加害行为地法，还是损害发生地法、受害人的本国法、住所地法或其他可以适用的法律的问题；在法律适用涉及仲裁或诉讼程序方面的问题时，会提出究竟是否只应适用仲裁机构或法院所在地的法律问题，等等。国际私法便是回答这些问题的法律部门。

二、涉外民事关系法律冲突产生的原因

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，有以下四个方面的原因：一是在现实生活中大量出现含有涉外因素的民事关系；二是所涉各国民法上的规定不同；三是司法权的独立；四是国家为了发展对外经济贸易关系，赋予外国人在内国以平等的民事权利地位，并且在一定范围内承认所涉外国法的域外效力。

我国早在唐代，由于涉外民事关系大量发生，便已有“诸化外

人，同类自相犯者，各依本俗法（即今天所说的各依他们的本国法）；异类相犯者，以法律论”（即依唐朝的法律论处，也就是今天所说的适用“法院地法”）这样十分典型的冲突法规范。可是后来由于我国资本主义生产关系长期得不到发展，及至明、清时代，鉴于外敌入侵，又采取了闭关锁国或盲目排外的政策，涉外民事关系的产生受到了限制，从而使冲突规范也就失去了存在的价值。到19世纪下半叶和20世纪上半叶，清朝与国民党政府又相继奉行屈膝投降政策，许多国家通过不平等条约在中国攫取了领事裁判权（consular jurisdiction），使外国人在中国处于超越于中国立法与司法管辖之外的特权地位。在这种情况下，国家主权既不完整，自然也谈不上法律适用的自主选择的权力了。中华人民共和国成立以后，不但废除了各种不平等条约，取消了外国人在华的一切特权，而且出于发展与各国人民友好交往和经济联系的需要，一方面通过《中国人民政治协商会议共同纲领》和《中华人民共和国宪法》，赋予外国人、外国企业与组织在我国从事法律允许的各种民事活动的权利，另一方面又在许多民商事关系中承认外国法的域外效力，法律冲突才在我国各种涉外民事关系中成为一个现实的亟待解决的问题。《中华人民共和国民法通则》之所以专设第八章“涉外民事关系的法律适用”，便是为了适应这一需要。

在欧洲，从出现含有涉外因素的民事关系到产生法律适用的冲突，也经历了一个漫长的历史发展过程。早在奴隶制国家产生后，在商品交换过程中，便已经出现了一些涉外民事关系。但是，第一，在当时交通还很不便利的情况下，这种涉外民事生活还未成为国家经济生活的一个重要方面，不需要有专门的法律加以调整；第二，古罗马国家不承认外来人在罗马境内享有罗马市民法（*jus civile*）上的各种权利；第三，它更不承认罗马以外国家的法律与罗马法具有同等的价值，从而当然不承认外国法的域外效力。因此，尽管到了公元3世纪以后，对罗马人与外来人之间、外来人与外来人之间的民事关系，已经适用一种不同于“市民法”的“万民法”（*jus gentile*），但这种万民法也只是罗马国家的国内法，根本不发生法律冲突或法律选择的问题。只是到了12、13世纪以后，

意大利北部各居于当时东西方贸易要道的城市取得了相当大的自治权力，发展成为城邦（city state），各城邦都制定了自己的特别法，即“法则”（statute）。这些城邦为了保护和发展涉外民事关系，需要解决各城邦的这种特别法的域外效力问题。这时，法律冲突才成为法学家们注意与研究的重要问题，解决这种法律冲突的国际私法也才逐渐产生和发展起来。

但就上述产生法律冲突的几方面的原因来看，含有涉外因素的民事关系的大量发生和所涉各国法律规定的不同，只是提供了产生法律冲突的客观可能性，而要使这种可能性成为现实，还必须后面两个条件。否则，即令在当今世界上，在各国不赋予外国人平等的民事权利地位的领域，或在主权国家出于重大利益与安全上的考虑而不承认外国法的域外效力的社会关系中，仍然不会产生法律冲突和法律选择问题。

在处理涉外民事争议的过程中，应于必要时承认外国法的域外效力并适用外国法，主要是由于国际经济交往在现今所有各国的经济生活中，都已占有极为重要的地位，为了发展平等互利的经济关系，他们彼此之间都迫切希望依自己的法律设定的某些权利义务关系能够得到对方承认与保护。何况国际私法关系是一种含有外国因素的社会关系，它的这一本质特征是不能被忽视而把它当作纯国内关系去对待和处理的。对于一个国际私法关系或涉外民法关系来说，其成立往往在一个国家，而争议的发生或诉讼的提起往往在另一个国家，并且当事人常常不能预料他们在甲国成立的法律关系，竟会在一个与该关系毫无所涉的乙国法院争讼，在当事人投诉的法院纯属偶然的情况下，要求一概只适用法院的内国法^①，也是不公正的。如果这样，便会引起当事人去挑选法院（forum shopping），寻求一个其所适用的法律有利于自己的国家的法院去诉讼，这就会引起国际私法关系中法律秩序的混乱，就会有害于国际民事法律秩

① 在国际私法中，“内国法”这一概念是有特定含义的，它同“国内法”这一概念并不完全相同。在国际私法上所说的“内国法”只是除去冲突法以外的那些“国内法”。在英文中，常称“国内法”为 national law，而称“内国法”为 domestic law。

序的安全。因此，在处理国际私法关系时，承认外国法的域外效力，是必要和合理的。

三、涉外民事关系法律冲突的实质

如前所述，由于各国民法规定的不同，加上内国法院在处理涉外民事关系时，又承认外国民法的域外效力，这就产生了法律适用上的冲突。国内一些学者曾正确地指出，这种法律适用上的冲突，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”^①。所谓法律的域内效力，是指一国法律所具有的及于其管辖领土内一切人、物和行为的效力，它主要表现了国家的属地优越权。而所谓法律的域外效力，则是一国法律在制定者管辖领土以外尚能发生的效力，它常常体现为国家的属人优越权。国家在行使自己的属人优越权时会与他国的属地优越权发生抵触，或者国家在行使自己的属地优越权时与他国的属人优越权发生抵触，因此，在处理国际私法关系时，体现主权利力的属地优越权与属人优越权，实际上是一个矛盾统一体的两个不同方面。在国家要对其在外国领域内的公民行使属人优越权时，必然要受到他国属地优越权的制约或限制。而国家在行使其属地优越权时，也会受到他国属人优越权的制约或抵制。所以，各国在行使自己的属地优越权或属人优越权时，出于发展正常国际民事交往的需要，往往自愿通过国内法中的特别规定，或者通过国际条约而加以适当的限制。其中最普遍可见的便是通过国内立法或国际立法中的冲突规范，规定在什么条件下可以适用外国法，在什么条件下可以承认外国法或外国判决的域外效力。

四、解决涉外民事关系法律冲突的两个主要途径

历史上，为解决涉外民事关系中的法律冲突问题，最早采用的办法就是前面已经讲到的，通过冲突规范（conflict rules）来指定

^① 参见姚壮、任继圣：《国际私法基础》，中国社会科学出版社1981年版，第22页。

各种不同性质涉外民事关系应该适用的法律。

这种解决途径，只指出有关的民事关系适用哪一国家的法律，而没有明确地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。这就会给审判工作带来许多问题。例如，被指定的国家没有有关的立法，或被指定的国家虽有有关立法，但不符合案件的具体情况，或者其适用会带来与法院国国家或社会的重大利益、法律制度或道德准则严重抵触的后果，这时应如何处理？更大的一个问题还在于当事人即使在判决作出之后，还会遇到这个判决能不能得到有关国家的承认与执行的困难。这些都会使法律的适用和判决的结果难以预见，都会给涉外民事关系带来不稳定的前途。

为了克服冲突规范的这种弊端，从 19 世纪末 20 世纪初起，国际上又产生了另一种解决法律冲突的途径，就是有关国家通过国际条约，制定一些统一的实体规范（uniform substantive rules），把彼此在民、商法上的歧异统一起来，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间作选择。比如说，在解决国际贸易合同关系中的违约责任时，有关国家之间事先在贸易协定或交货共同条件中约定，一旦发生这种情况，直接适用协定中规定下来的实体规则（包括违约方应支付多少违约金以及应负责赔偿对方的损失等），从而既不适用甲国法，也不适用乙国法。许多学者认为，这种统一实体法有利于消除发展国际经济贸易关系的法律冲突，应大力提倡。但是，必须指出，在与国际贸易直接有关的一些领域中，通过国际条约制定这种统一实体法，有利于国际经济的交往，是有发展前途的，但在其他领域，如婚姻家庭与继承等领域，这种统一实体法的产生仍是十分困难的。

前述两种解决法律冲突的途径是有本质上的区别的。因为在严格的意义上讲，如果采取后一种途径，它既起到消除与避免法律冲突的作用，因而已不属于发生法律适用上的冲突后如何解决法律选择的问题了。正因为如此，国内外许多国际私法学家，从传统的冲突法观点出发，并不承认它也属于国际私法的范围。但是，如果从广义的角度看，统一实体法也是在涉外民事生活中大量出现法律冲突，客观现实提出了解决这种冲突的任务后而产生的。因此，在我

国，许多国际私法学者，认为国际私法是可以通过以上两种途径来解决法律冲突问题的。

五、几种不同性质的法律冲突

在国际私法中讨论的法律冲突，主要是指法律的国际冲突，亦即不同国家的法律冲突。但除此以外，国际私法有时还要涉及法律的区际冲突、法律的人际冲突和法律的时际冲突等方面的问题。

（一）法律的区际冲突

法律的区际冲突是指一国内部不同地区私法之间的冲突。解决这种区际冲突的法律制度称为区际私法或区际法。这种区际私法冲突，多见于联邦制国家，如美国各州，因都保留有相对独立的立法权，各有自己的私法制度，法律冲突便不免时常发生。美国的国际私法也是在这种内部的州际法律冲突的基础上发展起来的，而且主要是解决州际冲突的。这种区际私法冲突在一些单一制国家中也可能发生。例如，第一次世界大战后，在波兰就存在着德国法、奥地利法、匈牙利法、俄国法、法国法等不同法域（省），故于1926年波兰颁布国际私法法典时，还颁布了一个波兰的区际私法典。但是，区际私法处理的既然是一国之内不同地区的法律冲突，在多数情况下，往往要受到中央宪法的制约，因而在法律选择和判决的相互承认与执行等方面都比较宽松。例如，在美国，它的冲突原则在适用于解决州际冲突时，就要受到联邦宪法中“充分诚意与信任条款”、“适当程序条款”、“优惠与豁免条款”和“平等保护条款”的制约。特别表现在“公共政策”（public policy）运用于内部州际之间的法律冲突远比运用于国际之间法律冲突为少。而且在解决区际（或“域际”）私法冲突时，国籍这个连结节点完全不起作用。在国际私法运用国籍作属人法的连结节点指引一个内部存在多数法域的国家法律时，它有时还要求助于该国的区际私法中有关规定来解决当事人的属人法的确定问题。

我国在台湾省回归祖国和对香港、澳门恢复行使主权后，因它们将成为三个特别行政区，并保留有独立的立法、司法权，因而也会形成四个不同的法域，它们之间的法律冲突不可避免地会大量发生。