

博
學



法学系列

国际私法原理

(第二版)

杜 涛 著



復旦大學出版社

www.fudanpress.com.cn

博
學



法学系列

国际私法原理

(第二版)

杜 涛 主编



复旦大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

国际私法原理/杜涛著. —2版. —上海: 复旦大学出版社, 2018. 4
(复旦博学·法学系列)
ISBN 978-7-309-11999-2

I. 国… II. 杜… III. 国际私法-法的理论 IV. D997

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 068178 号

国际私法原理(第二版)

杜涛 著

责任编辑/张炼

复旦大学出版社有限公司出版发行

上海市国权路 579 号 邮编: 200433

网址: fupnet@fudanpress.com <http://www.fudanpress.com>

门市零售: 86-21-65642857

团体订购: 86-21-65118853

外埠邮购: 86-21-65109143

出版部电话: 86-21-65642845

上海浦东北联印刷厂

开本 787 × 1092 1/16 印张 23.5 字数 557 千

2018 年 4 月第 2 版第 1 次印刷

ISBN 978-7-309-11999-2/D · 885

定价: 55.00 元

如有印装质量问题, 请向复旦大学出版社有限公司出版部调换。

版权所有 侵权必究



博学·法学系列

“博学”是复旦大学出版社重点推出的精品教材的品牌标志。“博学·法学系列”邀请中国人民大学法学院、北京大学法学院、武汉大学法学院、复旦大学法学院、清华大学法学院、浙江大学法学院、中国政法大学、华东政法大学、南京师范大学法学院等高校的著名法学家和学科带头人领衔主编，由上述高校及中南财经政法大学、西南政法大学、厦门大学、中山大学、辽宁大学、南京大学、苏州大学、安徽大学、山东大学、南昌大学、湘潭大学、兰州大学、上海大学等政法院校和综合性大学法学院选派的资深教授、副教授联袂参编，作者权威，阵容强大。在内容和体例上，既注重保留传统教材的精华，又力求有所突破和创新，是一套面向21世纪、反映我国当今法学教育最新状况的高品质法学教材。



打*者为教育部普通高等教育“十一五”国家级规划教材

* 中国法制史(第二版)	叶孝信	主编
中国法律思想史	郭建	主编
中国法律概论	张光杰	主编
外国法制史(第三版)	何勤华 李秀清	主编
* 西方法律思想史(第二版)	何勤华	主编
* 法理学(第三版)	公丕祥	主编
法理学导论(第二版)	张光杰	主编
宪法学	周叶中	主编
* 比较宪法学	董茂云	主编
行政法学	胡建森	主编
行政法案例教程	周佑勇	主编
行政诉讼法学	胡建森	主编
民法学(第二版)	王利明	主编
民事诉讼法学(第三版)	江伟	主编
合同法学(第三版)	郭明瑞 房绍坤	主编
物权法(第二版)	马俊驹 陈本寒	主编
* 侵权责任法(第二版)	杨立新	主编
婚姻家庭法学	杨大文	主编
知识产权法学	刘春田	主编
经济法学(第二版)	漆多俊	主编
环境法原理(第二版)	吕忠梅	主编
环境资源法学	吕忠梅	主编
环境法案例教程	蔡守秋	主编
商法学	王保树	主编
外国民商法	何勤华 李秀清	主编
新编英国商法	董安生	主编
* 竞争法案例教程	倪振峰	编著
* 刑法学(第三版)	陈兴良	主编
刑法案例教程	黄京平	主编
刑事诉讼法学	陈光中	主编
* 证据法学(第二版)	陈卫东 谢佑平	主编
国际法原理(第二版)	张乃根	著
国际私法原理(第二版)	杜涛	著
* 国际经济法(第二版)	董世忠	主编
国际投资法	曾华群	主编
* 国际金融法学	李仁真	主编
* 法律文书学教程(第二版)	潘庆云	主编
法律文书范例评析	潘庆云	主编
法律逻辑学案例教程	张大松	主编
法律专业逻辑学教程	张晓光	主编
法律英语(第二版)	董世忠 赵建	主编
英美合同侵权法(第二版)	高凌云	编著

The background features a large, faint, circular seal of Fudan University. The seal contains the university's name in Chinese characters '復旦大學' and '復旦大學' in English, along with the founding year '1905' and two stars.

“博学而笃志，切问而近思。”

(《论语》)

博晓古今，可立一家之说；
学贯中西，或成经国之才。

主编简介

杜涛，1971年生，法学博士，华东政法大学国际法学院教授，博士生导师，曾任复旦大学法学院教授，兼任中国国际私法学会常务理事，国际比较法学会(巴黎)会员。曾获德国DAAD奖学金和洪堡奖学金在德国留学。长期从事国际私法研究，出版《国际私法的现代化进程》《德国国际私法》《国际经济贸易中的国际私法问题》《国际经济制裁法律问题研究》等专著多部，发表核心期刊论文数十篇。主持国家社科基金项目等多项。曾获上海市哲学社会科学优秀成果一等奖、上海市优秀教材三等奖等奖励。2010年入选上海市浦江人才计划。

内容提要

本书依据2010年颁布的《涉外民事关系法律适用法》和2012年修订的《中华人民共和国民事诉讼法》，并结合最高人民法院2015年关于《民事诉讼法》的司法解释，对我国国际私法的主要概念和条文进行了详细分析，对国际私法的知识点进行了深入浅出的阐释，补充了2017年《民法总则》的相关规定。全书运用二维码技术，通过手机扫描可以随时阅读近200个涉外民商事领域的最新典型案例。本书采用比较研究方法，对国外最新理论、立法和司法实践进行了简明扼要的介绍。书后附有国家司法考试国际私法模拟题。本书资料新颖翔实，注释规范，不仅适合高等院校法律专业本科生和研究生作为国际私法教材，同时也可供各类法律工作者处理涉外民商事案件时参考。

第二版前言

本书第一版出版于2014年,现已售罄。经与出版社协商,出版修订版。

过去的几年,国际社会风云变幻。欧盟难民危机、英国脱欧、美国保守主义新总统上台等一系列事件,使得全世界出现一股“逆全球化”潮流。然而就在这股逆流中,中国义无反顾地扛起了全球化的大旗。习近平主席在2017年达沃斯世界经济论坛开幕式上发表的《共担时代责任,共促全球发展》主旨演讲中强调,要坚定不移推进经济全球化,引导好经济全球化走向。

过去的三年里,我国倡导的“一带一路”战略取得重大进展,已经有100多个国家和国际组织积极响应支持,40多个国家和国际组织同中国签署合作协议。中国企业对沿线国家投资达到500多亿美元。国家发展改革委、外交部、商务部于2015年3月28日联合发布了《推动共建丝绸之路经济带和21世纪海上丝绸之路的愿景与行动》。2015年7月21日,我国主导的金砖国家新开发银行在上海正式开业。另一个由我国主导的亚洲基础设施投资银行也于2016年1月在北京正式开业。

在此背景下,2015年9月17日,中共中央、国务院正式发布了《关于构建开放型经济新体制的若干意见》,着重指出要加强开放型经济法治建设,要适应对外开放不断深化的形势,完善涉外法律法规体系,积极参与国际经贸法律交流,强化涉外法律服务。

最高人民法院也于2015年7月出台了《关于人民法院为“一带一路”建设提供司法服务和保障的若干意见》,其中重点提出要改进外国法查明的薄弱环节,拓展对外司法协助渠道等。2016年5月,中央全面深化改革领导小组第24次会议审议通过《关于发展涉外法律服务业的意见》指出,发展涉外法律服务业,要健全完善扶持保障政策、进一步建设涉外法律服务机构、发展壮大涉外法律服务队伍、健全涉外法律服务方式、提高涉外法律服务质量、稳步推进法律服务业开放,更好地维护我国公民、法人在海外及外国公民、法人在我国的正当权益。

上述新发展充分表明,当前世界国际政治经济环境深刻变化并不会改变人类社会全球化的总体发展趋势。中国人已经走向世界,中国企业已经遍布全球。我国法律业界也要转变观念,必须树立“全球法律”的意识,建设开放型法治国家,弘扬国际法治理念,为实现“两个一百年”奋斗目标和中华民族伟大复兴的中国梦打下坚实的法治基础。

国际私法是直接为涉外民事交往服务的一门学科,在实践中的运用越来越广泛。我国国际私法的学习和研究已经彻底摆脱了以前过于理论化和抽象化的局面,越来越与司

法实践密不可分。法条和理论永远是灰色的,而实践之树长青。通过对案例的研究,我们会发现很多在传统教科书中从未遇到的新问题。

本书的修订再版也坚持一贯的理念,即理论与实践的结合。在第一版的基础上,本书新增了 150 多个最新的典型案例。为了不增加篇幅,此次修订版大胆采用了现代移动互联网技术,让读者通过手机扫描二维码的方式阅读案例原文。笔者希望通过这种方式,大幅扩展学生的阅读量,提高学生的学习兴趣。

本书的修订离不开复旦大学出版社张炼女士的认真细致的编辑工作。同时也要对使用本书的所有读者表示谢意!

杜 涛

2018 年 1 月于上海

目 录

第二版前言	1
第一章 国际私法总论	1
第一节 国际私法的调整对象	1
第二节 国际私法的历史	7
第三节 国际私法的渊源	14
第四节 区际私法、人际私法和时际私法	29
第二章 法律冲突与冲突规范	32
第一节 法律冲突	32
第二节 冲突规范	34
第三节 地域适用范围规范	37
第四节 冲突规范的连结点	40
第五节 准据法	41
第六节 几种重要的连结点	42
第七节 法律选择的灵活性与冲突规范的软化	45
第八节 冲突规范的强制性和任意性	47
第三章 国际民事诉讼管辖权	50
第一节 概论	50
第二节 一般管辖权与特别管辖权	55
第三节 协议管辖	61
第四节 国际民事诉讼的专属管辖	72
第五节 平行诉讼问题与不方便法院原则	78
第六节 我国法院审理涉外案件的级别管辖	83
第七节 国际条约中的管辖权规定	85
第四章 法律适用的一般问题	87
第一节 定性	87
第二节 先决问题	92
第三节 反致和转致	95
第五章 外国法律的适用及其例外	100
第一节 外国法的查明	100

第二节 准据法的调适问题	106
第三节 准据法的时际冲突	108
第四节 外国法错误适用后的救济	110
第五节 法律规避	112
第六节 公共秩序保留	114
第七节 直接适用的强制性规定	120
第六章 自然人与法人	126
第一节 自然人的属人法	126
第二节 自然人属人法的适用范围	134
第三节 法人的属人法	142
第七章 婚姻家庭	152
第一节 结婚	152
第二节 婚姻的效力	158
第三节 非婚同居关系	160
第四节 离婚	161
第五节 亲子关系	164
第六节 收养	166
第七节 监护	169
第八节 扶养	170
第八章 继承	171
第一节 法定继承	171
第二节 遗嘱	174
第三节 特殊继承问题	175
第九章 物权	178
第一节 概论	178
第二节 不动产物权	179
第三节 动产物权	179
第四节 运输中的物	182
第五节 使用中的交通工具	183
第六节 境外流失文物	186
第七节 物权准据法的适用范围及其限制	187
第八节 确定动产物权准据法的时间因素	188
第九节 有价证券	189
第十节 票据	191
第十章 合同之债总论	195
第一节 概论	195

第二节 当事人意思自治原则	195
第三节 当事人没有选择法律时的法律适用	207
第四节 合同准据法的适用范围	210
第十一章 合同分论	213
第一节 国际货物买卖合同	213
第二节 消费者合同	219
第三节 劳动合同	220
第四节 国际海上货物运输合同和提单	228
第五节 代理	234
第六节 信托	241
第十二章 非合同之债	245
第一节 概论	245
第二节 一般侵权行为	245
第三节 产品责任	250
第四节 海事侵权责任	252
第五节 航空侵权责任	256
第六节 不当得利和无因管理	262
第十三章 知识产权	268
第一节 概论	268
第二节 知识产权的法律适用	273
第三节 知识产权合同的法律适用	281
第四节 知识产权的婚姻财产制和继承	284
第十四章 国际民事诉讼中的程序问题	286
第一节 国际民事诉讼当事人	286
第二节 诉讼时效	292
第三节 域外送达	295
第四节 域外调查取证	305
第五节 期间、诉讼保全与其他强制措施	311
第六节 外国判决的承认与执行	313
第七节 国际商事仲裁裁决的承认与执行	321
第十五章 跨国破产程序	326
第一节 破产程序概论	326
第二节 跨国破产案件的管辖权	328
第三节 跨国破产案件的法律适用	330
第四节 破产程序的跨国承认与执行	333

第十六章 区际司法协助	338
第一节 概论	338
第二节 送达	340
第三节 调查取证	342
第四节 法院判决和仲裁裁决的承认与执行	343
司考模拟题	351
案例索引	359
主要参考文献	366

第一章 国际私法总论

第一节 国际私法的调整对象

导引案例一：苹果公司与唯冠公司 iPad 商标权纠纷

苹果公司于 2010 年推出 iPad 产品之前，并没有使用过 iPad 这一标识。成立于 1995 年的深圳唯冠公司在 2001 年取得了“iPad”的注册商标专用权。2001 年到 2004 年，深圳唯冠的关联公司——中国台湾的唯冠电子获得 8 个“iPad”相关注册商标专用权。苹果公司 2009 年注册成立了一家名为 IP Application Development Limited(以下简称为 IP)的公司。同年，IP 公司与唯冠电子签署协议，转让包括涉案商标在内的共 10 个商标。协议中约定所有争议由香港法院管辖并适用香港法律。同日，唯冠电子与 IP 公司签订《中国商标转让协议》，约定唯冠电子以 1 英镑的对价将涉案商标转让给 IP 公司。苹果公司的 iPad 产品进入中国市场后，深圳唯冠公司认为自己才是 iPad 中国内地商标的所有人，台湾唯冠电子所签署的转让协议无效，并向各地工商局举报苹果公司侵权，要求查封 iPad 产品。苹果公司于 2010 年向香港法院起诉，香港法院判决唯冠公司违约。苹果公司同时向深圳法院起诉，要求法院判 iPad 商标归苹果公司所有。



案例 1-1

1. 我国法院对本案的管辖权理由何在？
2. 本案所涉商标转让合同以及 iPad 商标的归属分别适用哪里的法律？
3. 香港法院作出的判决在内地有没有法律效力？

导引案例二：包头空难引发的跨国诉讼

我国 2004 年的“包头空难”发生后，东航参照 1993 年国务院第 132 号令“空难赔偿 7 万元最高限额”的规定，每人赔偿 25 万元。该赔偿标准被遇难者家属认为严重偏低。2005 年 11 月，21 名遇难者家属，在美国加利福尼亚州法院提起赔偿诉讼，以产品缺陷损害赔偿为由起诉失事飞机制造商加拿大庞巴迪公司、飞机发动机制造商美国通用电气公司，并将中国东方航空集团公司列为共同被告。



案例 1-2

1. 该案中国当事人能否向美国法院起诉？
2. 美国法院有没有管辖权？
3. 美国法院如果受理该案，应当适用哪国法律？

导引案例三：澳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 20 000 000 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，徐某向贵州省贵阳市人民法院起诉，要求解除合同，判令被告胡某返还投资款并支付违约金。



案例 1-3

1. 我国内地法院是否受理该诉讼?
2. 依照哪里的法律判断双方投资协议的效力?
3. 澳门的赌博之债在内地是否受法律保护?

一、国际私法的概念

(一) 国际私法的定义

国际私法是一门古老的学科。随着时代的发展,国际私法的含义在不同时期和不同国家有一些差异。从字面上看,国际私法就是“国家之间的私法”(international private law)。但实际上,国际私法既不是国际法,也不是真正的私法。当今世界,人们一般认为,国际私法是解决涉外民事法律问题的一个法律部门。它主要解决以下三个方面的问题:(1) 涉外民事诉讼的管辖权;(2) 涉外民事法律关系的法律适用;(3) 外国判决和裁决的承认与执行。

(二) 涉外因素

1. 涉外因素的概念

涉外民事关系中的“涉外”,是指“涉外因素”(foreign element, Auslandsbeziehung)。民事法律关系包含三个要素,即民事法律关系的主体、客体和内容。因此,所谓的“涉外民事法律关系”就是在民事法律关系三要素中,至少有一个要素与外国具有联系,包括主体涉外、客体涉外、内容涉外。

1988年《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》^①(下文中简称为《民通意见》)第178条规定:凡民事关系的一方或者双方当事人是外国人、无国籍人、外国法人的;民事关系的标的物在外国领域的;产生、变更或者消灭民事权利义务关系的法律事实发生在外国的,均为涉外民事关系。1992年最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》^②第304条对“涉外民事案件”的定义也相同。

2012年最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉若干问题的解释(一)》^③(以下简称《法律适用法解释一》)第一条对涉外民事关系做了扩大解释。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:(1) 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;(2) 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;(3) 标的物在中华人民共和国领域外;(4) 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;(5) 可以认定为涉外民事关系的其他情形。^④

2. 涉外因素的复杂性

当今世界全球化的发展,使得涉外性越来越复杂。实践中应当结合具体情况分别进行判断。

^① 1988年1月26日最高人民法院审判委员会讨论通过。

^② 1992年7月14日最高人民法院审判委员会第528次会议讨论通过,法发(92)22号。

^③ 法释[2012]24号,2012年12月10日由最高人民法院审判委员会第1563次会议通过,自2013年1月7日起施行。

^④ 2015年《最高人民法院关于适用〈民事诉讼法〉的解释》第532条的规定与此相同。

(1) 隐藏的涉外案件

法官在审理案件前,就要去判断案件是否涉外,容易陷入先入为主的陷阱。案件尚未经过实体审理,仅凭初步证据作出的判断可能发生错误,导致很多涉外案件未被发现。^①由于案情的发展是逐步深入的,一开始被认为不具有涉外性的案件,很可能随着案件审理的进展,被发现具有涉外关系,此时可能导致案件重审。比如,当事人是中国人,其他事实也都发生于中国境内,但在审判过程中发现一方当事人经常居住地位于外国,此时该案件也应属于涉外案件。另外,在案件审理过程中,因追加当事人或者第三人而使得案件具有涉外因素的,也会导致该案件成为涉外案件。对于外国银行中国分行与我国当事人之间缔结的合同是否属于涉外合同,在实践中也有争议。^②

(2) 虚假的涉外案件

有些表面上具有涉外因素的案件,实际上并不是真正的涉外案件,不需要国际私法的调整。威希尔和诺斯就认为,按照英国1977年《不公平合同条款法》第26条的规定,如果两个同国籍人,即使在外国缔结了一个纯粹是由他们双方在国内履行的合同,这份合同并不是国际合同。^③例如两个中国人在泰国旅游期间订立的一份在中国履行的合同。

(3) 特殊类型的涉外案件

在涉外保险业务中,我国保险业界对于涉外保险业务是做扩大解释的。除了保险关系当事人为外国人、保险标的位于国外,在中国境内设立的三资企业所投的各种保险也被视为涉外保险,外国人在中国境内承包的项目所投的保险也是涉外保险,中国保险公司与中国从事涉外活动的企业或个人订立的保险合同也是涉外保险。例如中国远洋公司与国内保险公司订立的货物运输保险合同,出国人员的人身保险合同等。^④但这些保险合同并不一定符合“三要素”标准。

在票据法领域,对“涉外票据”的判断有特殊规定。例如我国《票据法》第94条规定:“本法所称涉外票据,是指出票、背书、承兑、保证、付款等行为中,既有发生在中华人民共和国境内又有发生在中华人民共和国境外的票据。”可见,票据关系中当事人的国籍并非判断涉外性的标准。如果票据的所有行为均在我国境内发生,仅开票人或背书人是外国人,该票据仍然是国内票据而非国际票据。

2004年2月12日经由中华人民共和国商务部颁布的《关于外商投资举办投资性公司的规定》允许外国投资者根据中国有关外国投资的法律、法规及本规定,在中国设立投资性公司。因此,这种投资性公司显然是中国法人。但是,投资性公司可以作为发起人在中国发起设立外商投资股份有限公司。^⑤因此,投资性公司所投资金为“外资”。那么,投资



案例1-4(外国银行中国分行的诉讼地位)

① 实践中,未被发现的涉外案件比比皆是。我国很多法院在审判中都有意无意地忽略了案件中的涉外因素,直接作为一般国内案件处理掉了。为了解决这一问题,最高人民法院要求各地法院建立专门的涉外审判庭,对涉外案件进行集中管辖。但并非所有涉外民事案件都由涉外审判庭审理。其他非涉外审判庭也审理很多涉外案件,比如婚姻家庭审判庭、知识产权审判庭等。这些案件往往都被作为一般国内案件处理,未被统计为涉外案件。比如最高人民法院民四庭只审理涉外商事海事案件,而不审理涉外婚姻家庭继承和知识产权案件。最高人民法院主办的中国涉外商事海事审判网也只发布涉外商事海事判例。参见: <http://www.ccmr.org.cn>。

② 参见中国国际钢铁投资公司与日本国株式会社劝业银行等借款合同纠纷管辖权异议案,最高人民法院(2001)民四终字第12号;荷兰商业银行上海分行诉苏州工业园区壳牌燃气有限公司担保合同偿付纠纷案,江苏省高级人民法院民事判决书,(2000)苏经初字第1号等。

③ Cheshire and North, Private International Law, 9.ed., pp.233-234.

④ 参见李嘉华主编:《涉外保险法》,法律出版社1991年版,第9、78页。

⑤ 《关于外商投资举办投资性公司的规定》第13条。