



江西省法学教材系列

主编 马德才

国际私法



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

国家一级出版社
全国百佳图书出版单位

C13070495

D997
154



江西省法学教材系列

国际私法

主 编 马德才

副主编 邱润根 吴 萍 吴德昌

► 撰稿人（按撰稿章节顺序）：

马德才 吴 萍 吴德昌 李叶欣 邱润根
洪 萍 彭丽明



厦门大学出版社 国家一级出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS 全国百佳图书出版单位



北航 C1678927

D 997
154

图书在版编目(CIP)数据

国际私法/马德才主编. —厦门:厦门大学出版社,2013.7

江西省法学教材系列

ISBN 978-7-5615-4691-8

I. ①国… II. ①马… III. ①国际私法-高等学校-教材 IV. ①D997

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 129325 号

厦门大学出版社出版发行

(地址:厦门市软件园二期望海路 39 号 邮编:361008)

<http://www.xmupress.com>

xmup@xmupress.com

泉州新春印刷有限公司印刷

2013 年 7 月第 1 版 2013 年 7 月第 1 次印刷

开本:787×1092 1/16 印张:23.5 插页:2

字数:571 千字 印数:1~3 000 册

定价:37.00 元

本书如有印装质量问题请直接寄承印厂调换

► 主编简介

马德才，1965年10月生，湖北天门人，法学博士，江西财经大学法学院教授，国际法研究所所长，硕士生导师，中国国际私法学会常务理事，司法部2009年国家法治与法学理论研究项目立项评审专家，《武大国际法评论》学术顾问，武汉仲裁委员会仲裁员、南昌仲裁委员会仲裁员。在《中国法学》（英文版）、《法学评论》、《现代法学》、《法学杂志》、《法令月刊》（台湾）等刊物上发表学术论文近100篇，其中有6篇在人大复印资料上全文转载；主持完成省部级等研究课题十多项；出版著作、教材十余部，主要著作有：《国际私法中的公共秩序研究》《国际民商事诉讼程序法》《国际私法学》等。

013070495

江西省法学教材系列编委会

主任：魏小琴

常务副主任：刘德意

副主任：涂书田 叶青 利子平 邓辉
 沈桥林 朱爱莹 邓国良 王世进
 王新华 宋文艳

执行总主编：涂书田

委员：(按姓氏拼音排序)

曹贤信	邓国良	邓辉	江丽
康诚	李朝生	利子平	刘德意
刘俊	刘俊	沈桥林	施高翔
舒小庆	宋文艳	涂书田	宛锦春
汪志刚	王世进	王新华	魏小琴
叶青	朱爱莹	邹建辉	

总序

党的十八大根据全面建成小康社会的新形势和新要求,作出了“全面推进依法治国”的重大决策和战略部署。习近平同志在中央政治局就全面推进依法治国进行集体学习时强调,要坚持依法治国、依法执政、依法行政共同推进,坚持法治国家、法治政府、法治社会一体建设。江西省第十三次党代会根据建设富裕和谐秀美江西的发展战略,提出了加快推进依法治省进程的明确要求。党中央、江西省委为新时期法学研究和法学教育事业发展提出了新的要求并指明了方向。

法律的进步和法治的完善,是一项综合性、系统性的社会工程。全民法律意识、法律素质的提高,是实现全面推进依法治国战略关键的、决定性的因素。在推进法律进步和法治完善进程中,法学教育无疑处于基础的地位。江西省的法学教育自上世纪70年代末恢复开展以来,取得了长足的进步。时至今日,开设法学本科教育的大专院校就有二十余所,培养了大批的优秀法律专业人才。随着国家的发展、社会的进步和法治建设的深入推进,高等法学教育日益面临新的任务。这就需要全省高校各法学院(系)加强合作与交流,共同推进我省高等法学教育事业的发展,以适应全社会对法律专业人才的多样化需求。要搞好法学教育,自然离不开一套好的法学教材。为了适应新形势下我省高等法学教育和民主法治实践发展的需要,提升法学本科教学和研究水平,江西省法学会组织全省高校各法学院(系)联合编写了这套适应法学本科教育,具有江西特色,符合社会主义法治理念要求的法学系列教材。

本套教材以我省高校主要法学院(系)的师资力量为依托,由具有丰富教学经验和科研能力的资深教授领衔主编,约请全省二十余所高校法学专业骨干教师联袂参编,作者权威,阵容强大。在内容和体例上,教材特别强调以学生为本,从法学本科生的知识需要出发,既注重保留传统教材的精华,又力求有所突破和创新。首先,各册教材根据巩固基础、够用好学的要求,对相应领域的法律知识进行了高度整合,形成一个逻辑严密、便于理解掌握的知识体系,帮助学生打下扎实的法律专业基础。其次,突出理论与实践的结合,在各章之前增设了“引例”,通过案例激发学生的学习动力和兴趣,切入相关知识体系,从而进一步理解抽象的法律专业知识。同时,根据当前法科学生必须通过

司法考试方能取得司法从业资格的实际需要,注意了理论教育与职业教育之间的衔接,在各章之后增加了“司法考试真题链接”,帮助学生将理论知识与司法考试有机结合起来。在学术观点上,为了避免给学生学习上带来过多困惑,通篇采用了我国法学界公认的理论观点,对存有争议的部分不作深入探讨。

本套教材既是江西省各高校法学院(系)通力协作、共同努力的结果,集中体现了我省法学教学与科研的最新成果,凝聚了广大教师的心血和智慧,也是一套面向新时期、反映我省当今高等法学教育最新状况的法学教材。相信本套教材的出版,一定能够为新时期我省高等法学教育的繁荣发展发挥应有的作用。

本套教材的编写,由厦门大学出版社策划并提供大力支持,得到了中共江西省委政法委的指导。在此,谨致深切的谢意。由于水平和经验有限,错误和不当之处在所难免,敬请读者批评指正,以助日后不断修改完善。

江西省法学教材系列编委会

2013年3月



前 言

国家产生之后,基于这样或那样的原因要进行交往,交往的结果是形成了国际关系,这种国际关系需要一定的规则来调整,这种规则就是国际公法。与此同时,不同国家的自然人和法人之间,它们甚至和有关国家、国际组织相互间也要进行民商事交往,交往的结果是形成了涉外民商事法律关系,这种涉外民商事法律关系也需要一定的规则来调整,这种规则就是国际私法。由于其调整对象和适用范围的涉外性,国际私法和国际公法还有国际经济法等国际性法律构成了一个统一的国际法体系,以区别于传统的国际公法。

相比国际法体系中的其他分支部门,国际私法从13、14世纪产生以后至19世纪之前相当长的时期里处于“学说法”阶段,这样就催生了国际私法理论的发展,并使得其发展异彩纷呈。这种发展又直接推动了国际私法的立法发展,于是1896年世界上第一部成文国际私法单行法规《德国民法施行法》得以制定。到了20世纪及至今,国际私法立法发展非常迅速,其表现在:既有国内立法,又有国际立法;国内立法方面,形式上趋于法典化,内容上更加完整;国际立法方面,既有国际条约,又有国际惯例,而且在国际条约方面,几乎涵盖了国际私法的所有领域,囊括了国际私法的所有规范。国际私法立法的发展,又反过来促进了国际私法理论的发展。本书恰当地反映了上述国际私法的理论发展和立法进程以及司法实践的景象。

本书在编排体系上分为“国际私法总论”、“国际私法分论”和“国际私法程序论”三编十六章,各章采取传统兼创新的形式编写:各章章前使用“引例”部分,通过简单的案例及其解答和说明吸引学生的注意力,引导学生进入本章主要知识点的学习。全书采用法学理论与司法实务相结合的模式,紧密结合司法考试的要求,较为全面、系统、准确地阐述了国际私法的基本理论、基础知识、基本规则和有关司法实践,适合高等学校法学本科教学,也可作为法学专业研究生、涉外法律工作者的参考书。该书的编辑出版,将会使我国国际私法教科书的整体水平得以进一步提升,同时将为培养既具有国际私法基本理论素养,又具备一定司法实践操作能力的涉外法学型人才提供有益的帮助。

本书由马德才教授任主编,并负责全书的最后统稿和定稿;由邱润根、吴萍、吴德昌任副主编。具体撰写分工如下(以撰写章节先后为序):

马德才(江西财经大学法学院教授,法学博士):第1、7、15章。

吴萍(东华理工大学文法学院教授,法学硕士):第2、5章。

吴德昌(江西财经大学法学院讲师,法学博士):第3、4章。

李叶欣(江西理工大学文法学院讲师,法学硕士):第6、12章。

邱润根(南昌大学法学院副教授,法学博士):第8、11、14章。

洪萍(江西师范大学政法学院副教授,法学硕士):第9、13章。

彭丽明(江西科技师范大学法学院讲师,法学硕士):第10、16章。

本教材得以出版,承蒙江西省法学会、厦门大学出版社及责任编辑的大力支持,在此表示感谢。

尽管各位撰写者作出了很大的努力,但不完善之处仍在所难免,尚祈读者批评指正。

马德才

2012年10月于江西财经大学法学院



目 录

第一编 国际私法总论

第一章 国际私法概述/3

- | | | |
|-----|---------|----|
| 第一节 | 国际私法的概念 | 3 |
| 第二节 | 国际私法的范围 | 8 |
| 第三节 | 国际私法的性质 | 11 |
| 第四节 | 国际私法的渊源 | 13 |
| 第五节 | 国际私法的主体 | 16 |

第二章 国际私法的历史/32

- | | | |
|-----|-----------|----|
| 第一节 | 国际私法的萌芽时期 | 33 |
| 第二节 | 法则区别说时代 | 34 |
| 第三节 | 近代国际私法 | 37 |
| 第四节 | 当代国际私法 | 40 |
| 第五节 | 国际私法统一化运动 | 46 |
| 第六节 | 中国国际私法的历史 | 49 |

第三章 冲突规范及准据法/54

- | | | |
|-----|------|----|
| 第一节 | 冲突规范 | 54 |
| 第二节 | 准据法 | 62 |

第四章 冲突规范的一般制度/70

- | | | |
|-----|--------|----|
| 第一节 | 识别 | 70 |
| 第二节 | 先决问题 | 74 |
| 第三节 | 反致 | 76 |
| 第四节 | 外国法的查明 | 83 |
| 第五节 | 公共秩序保留 | 86 |

第六节 法律规避	100
----------	-----

第二编 国际私法分论

第五章 民事能力/115

第一节 自然人的权利能力	115
第二节 自然人的行为能力	118
第三节 法人的权利能力和行为能力	121

第六章 法律行为、代理与时效/125

第一节 法律行为	125
第二节 代理	129
第三节 时效	137

第七章 物权/141

第一节 物之所在地法原则	141
第二节 物之所在地法的适用范围与例外	145
第三节 几种具体物权关系的法律适用规则	148
第四节 国有化问题	150
第五节 信托	152
第六节 破产	154

第八章 知识产权/159

第一节 知识产权概述	159
第二节 专利权	161
第三节 商标权的法律适用	165
第四节 著作权的法律适用	167
第五节 知识产权的国际公约规则	170
第六节 我国关于知识产权的法律适用规则	179

第九章 合同/182

第一节 涉外合同法律适用一般问题	183
第二节 几种国际商事合同的法律适用问题	190
第三节 我国关于涉外合同的法律适用规则	201

第十章 侵权行为/206

第一节 一般侵权行为的法律适用	206
第二节 特殊侵权行为的法律适用	212

第三节	我国关于侵权行为的法律适用规则·····	223
第十一章 不当得利与无因管理/228		
第一节	不当得利的法律适用·····	228
第二节	无因管理的法律适用·····	231
第十二章 票据与海事/235		
第一节	票据的法律适用·····	235
第二节	海事的法律适用·····	238
第十三章 婚姻家庭/253		
第一节	结婚的法律适用·····	253
第二节	离婚的法律适用·····	259
第三节	家庭关系的法律适用·····	262
第十四章 继承/276		
第一节	法定继承的法律适用·····	276
第二节	遗嘱继承的法律适用·····	280
第三节	无人继承的法律适用·····	286
第四节	关于遗产继承的国际公约·····	288
第三编 国际私法程序论		
第十五章 国际民事诉讼法/297		
第一节	概述·····	297
第二节	国际民事诉讼当事人的诉讼地位·····	300
第三节	国际民事诉讼管辖权·····	306
第四节	国际民事司法协助·····	311
第五节	国际民事诉讼中的域外送达·····	313
第六节	国际民事诉讼中的域外取证·····	315
第七节	外国法院判决的承认及执行·····	317
第十六章 国际商事仲裁法/325		
第一节	国际商事仲裁概述·····	325
第二节	国际商事仲裁协议·····	330
第三节	国际商事仲裁的法律适用·····	342
第四节	国际商事仲裁裁决·····	351
第五节	“一国两制”下仲裁裁决的相互认可和执行·····	357



第一编 ▶

国际私法总论

- 第一章 国际私法概述
- 第二章 国际私法的历史
- 第三章 冲突规范及准据法
- 第四章 冲突规范的一般制度

第一章 国际私法概述

【引例】

中国 A 公司与美国 B 公司于 2009 年 8 月 9 日在美国签订了一个货物买卖合同,该货物买卖合同的标的物位于美国。美国 B 公司在中国没有住所,但却设有代表机构。后来,双方当事人因履行合同而发生争议。中国 A 公司遂向美国 B 公司在中国设有代表机构住所地的人民法院提起诉讼。该人民法院受理了中国 A 公司的起诉。

本案涉及两个主要问题:一是本案是不是涉外民事案件?二是人民法院是否有权管辖本案?对于第一个问题,根据最高人民法院 1992 年《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》(以下简称《民事诉讼法意见》)第 304 条规定:“当事人一方或双方是外国人、无国籍人、外国企业或组织,或者当事人之间民事法律关系的设立、变更、终止的法律事实发生在外国,或者诉讼标的物在外国的民事案件,为涉外民事案件。”可知,本案是涉外民事案件。因为,本案中,当事人一方是美国公司;当事人之间合同法律关系设立的法律事实发生在美国;诉讼标的物在美国。显然符合《民事诉讼法意见》第 304 条关于涉外民事案件判断要素的规定。而对于第二个问题,根据 2007 年《中华人民共和国民事诉讼法》第 241 条规定:“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。”可知,人民法院有权管辖本案。因为,本案中,被告美国 B 公司在我国领域内没有住所,但其在我国领域内设有代表机构,符合该法第 241 条关于人民法院行使管辖权的规定。

第一节 国际私法的概念

一、国际私法的调整对象

随着国际民商事交往的产生并发展,涉外民商事法律关系随之产生,而这种涉外民商事法律关系需由一定的法律规范来调整,这种法律规范就是国际私法。

显然,国际私法区别于其他法律部门的一个主要方面是它的调整对象特殊。这种特殊的调整对象,一般认为是涉外民商事法律关系。它区别于国内民商法调整对象的是其

具有涉外因素,区别于国际公法调整对象的是它是一种典型的私法关系。也正是这种特殊的调整对象,使得国际私法成为一个独立的法律部门,因为划分法律部门的主要标准是法律的调整对象。

所谓涉外民商事法律关系,是指民商事法律关系中的三要素至少有一个要素与国外有联系。它具有以下三个方面的显著特征:

(1)涉外性。即在民商事法律关系的主体、客体和权利义务据以发生的法律事实中至少有一个涉及外国。具体言之,包括:①主体涉外。即作为涉外民商事法律关系的主体一方或双方当事人是外国自然人或法人,有时也可能是外国国家、国际组织或无国籍人。②客体涉外。即作为涉外民商事法律关系的客体物位于国外。③内容涉外。即涉外民商事权利义务关系产生、变更或消灭的法律事实发生在国外。

(2)广泛性。即涉外民商事法律关系是广义上的民商事法律关系,既包括涉外民事法律关系,又包括涉外商事法律关系。其中,前者又包括涉外物权关系、涉外债权关系、涉外知识产权关系、涉外婚姻家庭关系和涉外继承关系;后者又包括涉外公司法关系、涉外票据法关系、涉外商法关系、涉外保险法关系和涉外破产法关系等。

(3)国际性。即涉外民商事法律关系是在国际民商事交往中产生的,它要受国家对外政策调整,受国家与国家之间关系制约。而国内民商事法律关系则是在国内民商事交往中产生的,根本不受国家对外政策调整,更不受国家与国家之间关系制约。

二、国际私法的调整方法

国际私法不仅调整对象特殊,而且调整方法有独特之处。这种独特的调整方法表现在以下两个方面:一方面,国际私法的调整方法包括间接调整方法与直接调整方法;另一方面,国际私法调整方法中的间接调整方法是国际私法所独有的调整方法。而无论是国内民商法,还是国际法、国际经济法等,均只有一种即直接调整方法。这种独特的调整方法,是国际私法成为一个独立法律部门的依据之一,因为划分法律部门的标准除了法律的调整对象之外还有法律的调整方法。

(一) 国际私法的间接调整方法

所谓间接调整方法,是指在有关的国内法或国际法条约中并不直接规定如何调整某类涉外民商事法律关系当事人之间的实体权利和义务关系,而只是规定涉外民事法律关系受何种法律调整或支配的一种方法。例如,2010年《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》(以下简称《法律适用法》)第36条规定:“不动产物权,适用不动产所在地法律。”这一规定只指明,涉及不动产物权时,由不动产所在地法律来确定当事人的权利和义务,它本身并没有直接规定当事人的实体权利和义务。而这种指明某种涉外民商事法律关系应该适用哪一种法律的规范被称之为“冲突规范”^①。国际私法的间接调整方法就是通过借助这种冲突规范来实现的,而冲突规范是国际私法的特有规范,因而这种调整方法也就成为国际私法的特有调整方法。

^① 关于冲突规范的内容见本书第三章相关部分。

(二) 国际私法的直接调整方法

所谓直接调整方法,是指用直接规定涉外民事法律关系当事人的权利与义务的实体规范来直接调整当事人之间的权利与义务关系的一种方法。例如,1980年《联合国国际货物买卖合同公约》(以下简称1980年《公约》)属实体法公约范畴,那么用该公约的实体规范直接调整国际货物买卖合同当事人的权利与义务关系的方法就是国际私法的直接调整方法。

无论是间接调整方法还是直接调整方法,都是国际私法调整涉外民事法律关系所必需的手段,两种方法同时并存,且相辅相成,互为补充,共同调整涉外民事法律关系。其理由归纳起来,大致有二:(1)由于涉外民事法律关系跟两个或更多的国家有联系,而各国民商事法律制度千差万别,难以统一,这样不可能对所有涉外民事法律关系都用实体规范加以调整,就需要冲突规范来缓和矛盾、调和冲突,从而间接调整涉外民事法律关系,那么借助冲突规范间接调整涉外民事法律关系的间接调整方法也随之产生。(2)由于冲突规范不直接规定涉外民事法律关系当事人的实体权利和义务,与实体规范相比较缺乏法律应具有的预见性和明确性,随着国际民商事交往的发展,单凭冲突规范无法满足调整涉外民事法律关系的实际需要,于是直接调整涉外民事法律关系的实体规范便应运而生,借助这种实体规范直接调整涉外民事法律关系的直接调整方法也随之产生。^①

三、国际私法的任务

国际私法不仅调整对象和调整方法特殊,而且其任务也与其他法律部门不一样。众所周知,国际私法的任务是解决法律冲突并且是国际民商事法律冲突。

(一) 法律冲突的含义

从一般意义上讲,法律冲突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。^②从国际私法的角度看,法律冲突是指解决同一问题的不同国家(或地区)的法律由于各自内容的差异而导致相互在效力上的抵触。^③可见,国际私法上的法律冲突不是静态的法律冲突而是动态的法律冲突,即法律适用冲突。

(二) 国际民商事法律冲突的含义和产生原因

1. 国际民商事法律冲突的含义。法律冲突依据不同的标准可作不同的分类^④,而从法律适用的角度看,内国法要想在外国适用或外国法要想在内国适用首先必须具有其效

① 黄进:《中国国际私法》,法律出版社1998年版,第5~6页。

② 韩德培:《国际私法》,高等教育出版社、北京大学出版社2000年版,第85页。

③ 黄进:《中国国际私法》,法律出版社1998年版,第81页。

④ 韩德培:《国际私法》,高等教育出版社、北京大学出版社2000年版,第86~87页。