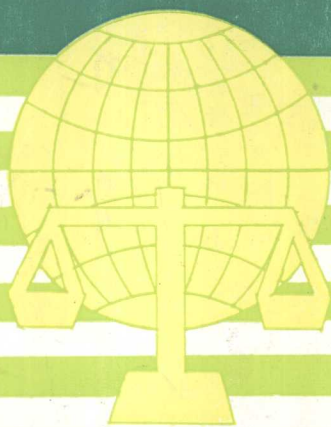


法律学全书

● 主编
余先予

国际私法学



杭州大学出版社

D997
法律学全书

Y724

国际私法学

王编

余先予

● 副主编

殷爱荪

段武长

杭州大学出版社

(浙)新登字第12号

国 际 私 法 学

主 编 余先予

副主编 殷爱荪 段武长

*

杭州大学出版社出版

(杭州天目山路34号)

*

浙江省新华书店发行 浙江上虞印刷厂印刷

850×1168毫米 1/32 15.625印张 392千字

1992年12月第1版 1992年12月第1次印刷

印数: 0001—5000

ISBN 7-81035-241-5/D·022

定 价: 7.40元

责任编辑 张文浩 封面设计 董 群

0000295

主 编 余先予

副主编 殷爱荪 段武长

撰稿人

- 第 一 章 (余先予)
- 第 二 章 (张利民)
- 第 三 章 (殷爱荪)
- 第 四 章 (丁 兰 段武长)
- 第 五 章 (黄 瑞)
- 第 六 章 (曹亦农)
- 第 七 章 (段武长)
- 第 八 章 (金彭年 裴 蕾 丁启伟)
- 第 九 章 (白红平 段武长)
- 第 十 章 (谭振亭)
- 第十一章 (屠天峰)
- 第十二章 (刘熙平 余先予)
- 第十三章 (裴 蕾)
- 第十四章 (丁启伟)

法律学全书编委会

常务编委 余先予

编委(以姓氏笔划为序)

丁邦开	王仲兴	文生浩	孔庆明	伍华权	刘春茂
刘兰芬	余先予	陈绍兴	汪汉卿	周汉民	邹 渊
张向千	胡济群	徐中起	徐逸仁	顾伟如	殷爱荪
黄汉升	康玉琛	崔明霞	简令嘉	穆景平	

主编、副主编简介

主 编

余先予：北京大学法律系研究生毕业，现任宁波大学法律系主任，华东政法学院国际法专业硕士研究生导师、国际私法教研室主任、副教授，兼任中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁员、中国国际私法研究会副会长、中国国际法学会理事、中国法学会理事，著作有《国际经济法》、《冲突法》（主编）、《涉外经济法总论》（主编）等多种，论文曾获司法部优秀论文奖、上海市哲学社会科学论文奖。

副 主 编

殷爱荪：西南政法学院法律专业毕业，现任苏州大学法学副教授，历任苏大法学院国际法教研室主任、系副主任、副院长等职，著有《国际私法的调整对象和性质》、《改革国际私法的教学内容和体系》等文，并参编《国际私法教程》等书。

段武长：中南政法学院法律专业毕业，现任贵州大学法律系副教授、中国国际私法研究会理事、贵州省民法学经济法学研究会副总干事兼秘书长，中国国际贸易促进会贵州省分会首席法律咨询员，著有《正确处理两岸法律冲突问题》等文，并参编《简明国际私法学》，论文曾获贵州省优秀法学论著一等奖。

法律学全书参编单位

(以单位名称笔划为序)

上海大学文学院法律系
上海外贸学院国际经济法系
上海外语学院法律教研室
上海财经大学经济法系
山西大学法律系
中山大学法律系
中南财经大学政法系
云南大学法律系
宁波大学法律系
安徽大学法律系
江西大学法律系
华侨大学法律系
苏州大学法学院
杭州大学法律系
河南大学法律系
青岛大学国际关系系
南开大学法律系
南京大学法律系
贵州大学法律系
贵州民族学院法律系
海南大学法学院
烟台大学法律系
湘潭大学法律系

序

《法律学全书》在同仁的共同努力下，顺利出版发行，使我国马克思主义法学的百花园里又多了一束盛开的新葩，可喜可贺。

法律学，简称法学，是一门古老而又年青的科学。说它古老，是因为无论中外，法学都有了几千年的发展历史。法学是伴随着法律的产生而登上历史舞台的。正如恩格斯所说，“随着立法发展为复杂和广泛的整体，出现了新的社会分工的必要性：一个职业法学者阶层形成起来了，同时也就产生了法学。”^①说它年青，是因为马克思主义法学诞生的时间还比较短，就是从马克思、恩格斯算起，也不过一百多年。而且，由于多种历史的原因，马克思主义的法学比起马克思主义的哲学、政治经济学来要成熟得多。它的体系、范畴、理论、制度、方法都有不定型、不明确、不完善之处，给人们留下了大可驰骋的余地。

法律是掌握国家政权的阶级、集团的意志的体现，具有鲜明的阶级性。法律的阶级性决定着法学也必然具有阶级性。法学的内容、性质、特点都是由各个阶级的物质生活条件决定的。由于阶级利益的不同，各阶级的法律观也不一样。迄今为止的人类文明史，存在两类根本对立的法学：一类是剥削阶级的法学，即奴隶主、封建主和资产阶级的法学；另一类是无产阶级的法学，即马克思主义的法学。马克思主义法学与一切剥削阶级法学的根本

^①《马克思恩格斯选集》第2卷第539页。

区别在于：第一，剥削阶级的法学都是以唯心史观作为自己的理论基础，脱离人们的社会物质生活条件去研究法，主张法是神的意志或人的头脑随意制造的规范；与此相反，马克思主义法学则以唯物史观作为自己的理论基础，主张法律是由一定的经济基础所决定，反过来又为一定的经济基础服务的。第二，剥削阶级法学不是以社会存在着阶级和阶级斗争的事实为基本指导线索来考察法的本质和作用，而是站在超阶级的立场上考察和说明法律，以各种不同的方式来否认法的阶级性；与此相反，马克思主义法学则以阶级斗争学说作为考察法的本质和作用的武器，主张法是由国家制定或认可的行为规范体系，是被提升为国家意志的统治阶级的意志，是实现阶级统治的工具。第三，剥削阶级法学都认为法律是超历史的、永恒存在的社会范畴，与此相反，马克思主义法学主张法律只是人类阶级社会的一种历史现象，是随着私有制、阶级和国家的产生而出现的。阶级产生之前的原始社会只有习惯，没有法律，将来的共产主义社会随着阶级和国家的最后消亡，法律也不复存在，那时的行为规则将不具有现今法律的性质。掌握这些基本观点有利于我们划清马克思主义法学和一切剥削阶级法学特别是资产阶级法学的界限。当然，我们说马克思主义法学与资产阶级法学存在本质区别，并不是否认它们之间存在历史的联系，更不是拒绝研究剥削阶级的法学。人们无法也不应当割断历史，像任何新事物与旧事物之间存在着扬弃的关系一样，马克思主义法学也是在批判和继承资产阶级法学的斗争中产生与发展的。

马克思主义法学以法律规范、法律制度以及它们所调整的法律关系作为自己的研究对象，涉及到社会生活的各个方面，博大精深，枝繁叶茂。任何法律关系都是一种权利与义务的关系，所以权利与义务是马克思主义法学的基础范畴。一种理论要能够自成体系，都需要有自己的理论上的基石，这样才能区别于其他理

论体系；而理论基石的集中表现是基础范畴。就法学而言，掌握好权利与义务这个基础范畴，才能够引导我们用科学分析的方法去认识、评价、对待法律这种特定的社会现象，树立正确的法律意识，科学地解决法学研究与法制建设所面临的理论问题和实际问题。

我国的马克思主义法学的研究工作已经取得了可喜的收获。特别是党的十一届三中全会以后的十几年，法学教材、专著如雨后春笋般的出现，使法学论坛呈现出初步繁荣的局面。但是，我们也必须看到，目前的研究成果尚不尽人意，高校的法学教材建设大大落后于教学的需要。基于这种认识，我们二十多所法律院系决定联合编写《法律学全书》，以推动高校的法学科学研究，为学生提供一套全新的好教材。1991年春节刚过，全书编委会的委员聚首宁波大学，共商教材建设大计。经过日以继夜的紧张工作，顺利完成了本全书的总体设计，通过了《法律学全书编辑方针》、《法律学全书工作程序》、《法律学全书撰稿技术规格》、《法律学全书第一批书目各科主编、副主编及撰稿人名单》等文件，签订了联合编写教材协议。文件确定的本全书的编辑方针为：

一、坚持四项基本原则，以马克思主义理论为指导，繁荣马克思主义法学。

二、反映国内外法规发展的最新动态和法学研究的最新成果，更新、完善、充实教材的内容。

三、坚持理论联系实际的原则，使教材反映实践的脉搏，具有中国特色。

四、发挥各校学科的优势，选派本校优势学科的造诣颇深的专家主编相关的教材。

五、坚持既出成果，又出人才的原则，以老带新，建设老中青结合的教材编写队伍。

六、坚持高标准，严格要求，在深入研究的基础上撰稿，保证质量第一，力争超过现有教材的水平。

七、实行主编负责制，各册主编对本册负责，成熟一本发稿一本，绝不滥竽充数。

八、教材的主要适用对象是全日制本科生。

编委会后，各校编委、各册主编和编写组成员，很好地贯彻执行了上述编辑方针，同心协力、步调一致地团结奋斗，终于按时、保质地完成了各书的编写任务，把我们的研究成果奉献在读者面前，为广大青年学生及其他法学爱好者跨进法学的殿堂提供了台阶或钥匙，这是为本全书付出了辛勤劳动的作者们聊以自慰的。在这里，我仅代表编委会向本全书的四百多位作者表示敬意，向一切关心、支持本全书的编写、出版、发行的同志表示谢意。第一次编委会期间，适逢司法部蔡诚部长视察宁波大学法律系，蔡部长看望了编委会全体成员，并在编委会上发表讲话，鼓励我们编出以马克思主义法律观为指导的好教材。对于领导的关怀，我们深表感谢。

尽管本全书的出版经过了一定的酝酿准备，编委会和各主编都作了很大的努力，但毕竟时间急促，且多人联合作业，难免有疏漏之处，鲁鱼亥豕，恐亦有之，尚望贤达指正，以期再版时订正。

余先予

1991年7月30日

目 录

序

第一章 国际私法的概念

第一节 国际私法的调整对象、方法与性质	(1)
一、国际私法的调整对象	(1)
二、涉外民事法律关系的调整方法	(6)
三、国际私法的调整范围	(9)
四、国际私法的性质	(12)
五、国际私法的定义	(14)
第二节 国际私法的渊源	(15)
一、国内立法	(16)
二、国内判例	(17)
三、国际条约	(18)
四、国际惯例	(19)
五、学说作为国际私法渊源的问题	(19)
第三节 国际私法的基本原则和作用	(20)
一、国际私法的基本原则	(20)
二、国际私法的作用	(26)
第四节 中国国际私法的立法	(28)
一、旧中国的国际私法立法	(28)
二、新中国的国际私法立法	(31)
第五节 海牙国际私法会议	(32)

一、历史沿革	(32)
二、工作成果简介	(34)
三、中国与海牙国际私法会议的关系	(37)
第六节 国际私法学	(37)
一、国际私法学的含义	(37)
二、国际私法学的名称	(38)
三、国际私法学的研究方法	(42)
四、当代国际私法学的发展趋势	(43)
五、中国国际私法学的发展	(45)
六、国际私法学的体系	(48)
七、大力发展国际私法学	(49)
✓第二章 冲突规范	(51)
第一节 法律冲突	(51)
一、法律冲突的含义	(51)
二、法律冲突产生的条件	(53)
三、解决民事法律冲突的方法	(57)
第二节 冲突规范	(59)
一、冲突规范的定义	(59)
二、冲突规范的结构	(60)
三、冲突规范的类型	(63)
第三节 识别(定性)	(66)
一、识别的概念	(66)
二、识别问题的提出	(68)
三、识别的标准	(69)
四、“二级识别”问题	(72)
第四节 准据法的确定	(73)
一、准据法的概念	(73)
二、准据法的选择方法	(74)

三、多法域国家准据法的确定	(79)
四、发生时际法律冲突时准据法的确定	(80)
五、先决问题的准据法	(82)
▽第三章 适用外国法的理论和制度	(86)
√第一节 适用外国法的理论	(86)
一、法则区别说	(86)
二、国际礼让说	(88)
√三、法律关系本座说	(90)
四、国籍国法说	(91)
五、既得权说	(93)
六、当代英美国家关于适用外国法的理论	(94)
七、我国学者关于适用外国法的理论	(96)
第二节 公共秩序保留	(97)
一、公共秩序保留的含义	(97)
二、各国确立公共秩序保留的立法形式	(98)
三、公共秩序保留原则的运用	(100)
第三节 反致	(103)
一、反致、转致和间接反致的含义	(103)
二、适用反致的理论依据	(105)
三、各国反致制度的立法规定和运用	(106)
第四节 法律规避	(108)
一、法律规避的含义	(108)
二、构成法律规避的条件	(109)
三、法律规避的效力	(110)
第五节 外国法内容的证明	(112)
一、外国法内容证明的含义	(112)
二、外国法内容证明的方法	(113)
三、适用外国法错误的补救	(116)

第四章 国际私法的主体	(119)
第一节 自然人的国际私法主体资格	(119)
一、自然人国籍的确定.....	(119)
二、自然人住所的确定.....	(123)
三、自然人权利能力和行为能力的确定.....	(124)
第二节 法人的国际私法主体资格	(129)
一、法人国籍的确定.....	(129)
二、法人住所的确定.....	(132)
三、外国法人的认可.....	(133)
四、法人权利能力和行为能力的确定.....	(134)
第三节 国家作为国际私法主体的问题	(137)
一、国家是国际民事法律关系的特殊主体.....	(137)
二、国家作为国际私法主体的法律地位.....	(138)
第四节 国际组织的国际私法主体资格	(140)
一、概述.....	(140)
二、政府间国际组织的国际私法主体资格.....	(141)
三、非政府间国际组织的国际私法主体资格.....	(141)
第五节 外国人民事法律地位的制度	(142)
一、外国人民事法律地位的概念.....	(142)
二、外国人民事法律待遇的制度.....	(143)
三、关于外国人民事诉讼地位问题.....	(148)
第五章 涉外物权的法律适用	(152)
第一节 概述	(152)
一、涉外物权的概念.....	(152)
二、不同所有制的平权原则.....	(154)
第二节 物之所在地法原则	(156)
一、物之所在地法原则的产生与发展.....	(156)
二、物之所在地法原则的理论依据.....	(159)

三、物之所在地法原则的适用	(160)
四、物之所在地法原则适用的例外	(162)
第三节 国家财产豁免权	(164)
一、外国国家财产豁免权的概念	(164)
二、外国国家财产豁免权原则的运用	(166)
第四节 涉外国有化的补偿原则	(171)
一、涉外国有化的含义	(171)
二、涉外国有化的补偿原则	(172)
第六章 知识产权的国际保护	(175)
第一节 概述	(176)
一、涉外知识产权的法律特征	(176)
二、知识产权国际保护的意义	(177)
第二节 专利权的国际保护	(179)
一、保护专利权国际公约	(179)
二、我国专利法对涉外专利权的保护	(187)
第三节 商标权的国际保护	(189)
一、保护商标权的国际公约	(189)
二、我国商标法对涉外商标权的保护	(195)
第四节 著作权的国际保护	(197)
一、保护著作权的国际公约	(197)
二、我国著作权法对涉外著作权的保护	(201)
第五节 成立世界知识产权组织公约	(203)
一、公约的产生与主要内容	(203)
二、我国与公约的关系	(205)
第七章 涉外债权的法律适用	(206)
第一节 涉外债权关系概述	(206)
一、涉外之债的概念及其法律特征	(206)
二、涉外之债的分类	(208)