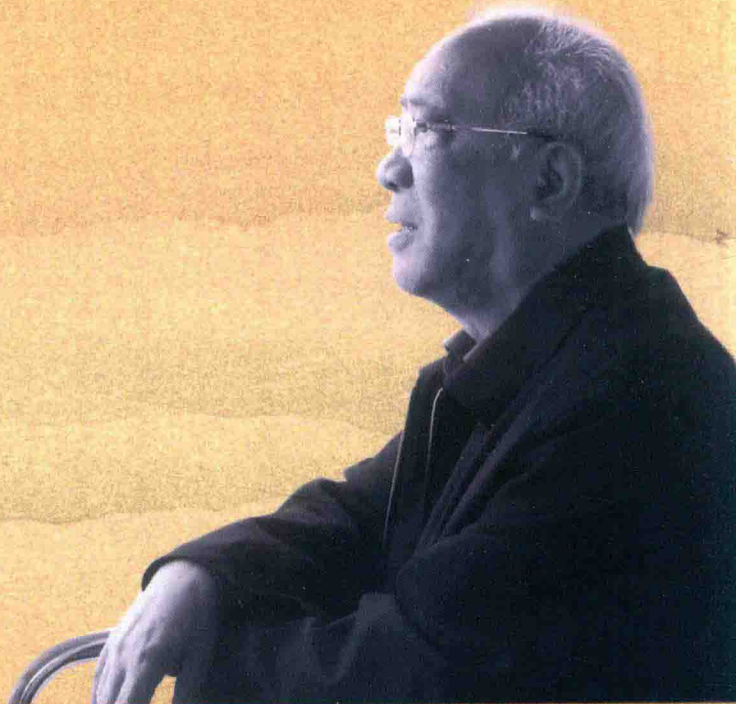




李
双
元
法
学
文
丛



市场经济与 当代国际私法趋同化 问题研究

李双元 主编



WUHAN UNIVERSITY PRESS

武汉大学出版社



李
双
元
法
学
文
丛



市场经济与 当代国际私法趋同化 问题研究

李双元 主编



WUHAN UNIVERSITY PRESS
武汉大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

市场经济与当代国际私法趋同化问题研究/李双元主编. —武汉: 武汉大学出版社, 2016. 8

李双元法学文丛

ISBN 978-7-307-18197-7

I. 市… II. 李… III. 国际私法—研究—中国 IV. D997

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 144997 号

责任编辑: 张 欣

责任校对: 李孟潇

版式设计: 韩闻锦

出版发行: 武汉大学出版社 (430072 武昌 珞珈山)

(电子邮件: cbs22@whu.edu.cn 网址: www.wdp.com.cn)

印刷: 虎彩印艺股份有限公司

开本: 720 × 1000 1/16 印张: 24.75 字数: 442 千字 插页: 4

版次: 2016 年 8 月第 1 版 2016 年 8 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-307-18197-7 定价: 78.00 元

版权所有, 不得翻印; 凡购我社的图书, 如有质量问题, 请与当地图书销售部门联系调换。

作者简介

李二元，男，1927年生，湖南新宁人。湖南师范大学终身教授，武汉大学国际法研究所教授，博士生导师，中国国际私法学会名誉会长，《时代法学》和《国际法与比较法论丛》主编。曾任武汉大学国际法研究所副所长、中国国际私法学会副会长、湖北省国际法研究会总干事、中国法学会理事和中国国际法学会理事、国务院学位委员会（第三届）学科评议组成员、全国高等教育自学考试指导委员会委员、中国国际经济贸易仲裁委员会委员和仲裁员、中国博士后流动站管委会专家组及该管委会基金委员会专家组成员、武汉市政协委员及其法制委员会副主任、湖南省政府参事等学术与社会职务。先后主持完成国家社科基金项目、教育部哲学社会科学博士点基金项目、司法部项目、湖北省及湖南省社科基金一般及重大项目20余项；在《中国社会科学》、《法学研究》、《中国法学》等刊物上发表学术论文100余篇。独著、主编的经典著作主要有《国际私法（冲突法篇）》（已出第3版）、《国际民事诉讼法概论》（第2版为教育部审定的研究生教材）、《中国与国际私法统一化进程》（已出第2版）、《市场经济与当代国际私法趋同化问题研究》、《国际民商新秩序的理论建构》、《中国国际私法通论》（已出第3版）、《比较民法学》、《走向21世纪的国际私法——国际私法与法律的趋同化》（中国法学家自选集）、《国际私法》（全国高等教育自学考试统编教材，已出第3版）、《国际私法》（“十一五”国家级规划教材，已出第4版）、《法学概论》（“十一五”和“十二五”国家级规划教材，已出第11版）等，合译《戴西和莫里斯论冲突法》、萨维尼《现代罗马法体系（第八卷）》和《牛津法律大辞典》等世界法学经典著作。著述中获国家级及省部级一、二、三等奖及湖北省特别奖等奖励十余项。

出版说明

为了庆祝我国著名法学家和法学教育家李双元教授 90 华诞，湖南师范大学法学院组织出版了《李双元法学文丛》。本套丛书共有 15 本，其中 1 本为新书。另外的 14 本皆为已经出版过的，因出版年代跨度较大，我们以保持原书原貌为原则，仅对一些文字标点符号的明显错误做了订正；书中有一些资料和引文因年代久远，已无法一一核查的，仍保持原样。

在已经出版过的 14 本书中，有 8 本书作者未做修改的，版次不予增加，所涉的法律法规也基本保持原样；另 6 本书作者予以了一定的修改，版次予以增加。

武汉大学出版社

2016 年 8 月

总 序

2016年中秋，我们将迎来我国著名法学家、法学教育家李双元教授90华诞。

李先生历任武汉大学教授(已退休)、湖南师范大学终身教授、博士生导师、中国国际私法学会副会长和名誉会长，国务院学位委员会学科评议组(法学组)成员、中国博士后流动站管委会专家组成员、全国高等教育自学考试指导委员会(法学组)委员、中国国际经济贸易仲裁委员会委员和湖南省政府参事等学术与社会职务，为新中国法学教育、研究和实践作出了重要贡献。

李先生在青年时代，即积极参加反对国民党统治的学生运动和湖南新宁县的武装起义。但是在1957年却因言获罪，被划为右派分子，在大学从教的权利被完全剥夺。然而他对马克思主义法学理论的探求，却矢志不衰。1979年武汉大学恢复法律系，他即从华中农学院马列室迅速调回武汉大学，协助韩德培、姚梅镇先生等参加法学院的恢复与发展工作，并在国内最早组建的国际法研究所任副所长。由韩德培教授任主编的第一部《国际私法》国家统编教材，也是在他的积极参与下，迅速完成并出版。在两位老先生的直接领导下，中国国际私法学会和中国国际经济法学会成立大会与它们的第一次研讨会也在武汉大学同时召开。

1993年，李先生出任湖南师范大学终身教授，负责组建湖南师范大学法律系、法学院以及国际法研究所、环境法研究所。现在，我院已经拥有法学一级学科博士和硕士学位授权点、法学博士后科研流动站和法律硕士专业学位授权点以及教育部首批卓越法律人才教育培养基地和国家级大学生校外实践教育基地，法学学科在第三轮全国学科评估中名列第21位。李先生学术视野开阔，在法理学方面也有他个人的理论贡献，其中，他先后提出“国际社会本位理念”、“法律的趋同化走势”和“国际民商新秩序的构建”等理论观点，均在法学界受到重视。

为庆祝李双元教授九十华诞，在武汉大学和湖南师范大学的大力支持下，我们特别选取了李先生的十五本著作，集结为《李双元法学文丛》，隆重推出，

以弘扬李先生的治学精神和学术思想，并恭祝李先生永葆学术青春。为保持原书的风格，其中《比较民法学》、《国际民商新秩序的理论建构》、《市场经济与当代国际私法趋同化问题研究》、《中国与国际私法统一化进程》、《21 世纪法学大视野——国际经济一体化进程中的国内法与国际规则》、《现代国籍法》、《国际民事诉讼程序导论》和《法律冲突与法律规则的地域和时间范围》未作修改。

鉴于李先生长期在武汉大学执教，加之这套丛书中有六种原来就是由武汉大学出版社出版，因此，我们仍然选择由对法学界出版事业长期提供大力支持的武汉大学出版社出版这套丛书。在此，特别感谢武汉大学出版社和武汉大学法学院的鼎力支持！

湖南师范大学法学院

2016 年 6 月 18 日

前 言

“国际私法的趋同化和我国国际私法未来发展的基本取向”是国家教委哲学、社会科学博士点八·五基金项目，它是在我主持完成了《中国与国际私法统一化进程》这个国家社会科学基金项目之后，继续深入研究国际私法趋同化问题的研究成果。

在国家和阶级还存在的国际社会里，要完全消除各国法律制度的歧异，是根本不可想象的。但是，由于国家经济职能的普遍加强，各国经济依存关系的日益密切，不同社会制度的国家，受发展经济的客观需要的驱动而纷纷采用市场经济的运作模式，在一时尚难统一各国法律的当今时代，追求一个比较协调的国际法律环境，对于国际新经济、政治秩序的形成，对于维护和促进世界和平与发展的进程，都是非常必要的。

自党的十四大明确提出建立社会主义市场经济体制的改革目标之后，我国的法制建设越来越表现出一种与国际社会法律制度的趋同化倾向。国际私法作为调整社会平等主体间财产关系和人身关系的重要法律部门，它的新近发展和演变走势，更是法律趋同化的重要体现。我国的国际私法目前正处于进一步完善和发展时期，为了建立适应社会主义市场经济的中国国际私法制度，自然也应以趋同化作为未来发展的基本取向。

我们在本书中，首先阐述了当代国际社会法律趋同化的主要原因，进而对我国国际私法制度重要领域的趋同化表现及实现途径作了深入的剖析。我们对如何建立适应社会主义市场经济的我国国际私法制度，也发表了一些粗浅的看法。

参加本书编写的，主要是国际私法专业方向的博士、硕士研究生，具体分工如下：

- | | | |
|-----|-----|-------------|
| 第一章 | 李双元 | 张茂 |
| 第二章 | 徐国建 | 何绍军 |
| 第三章 | 徐国建 | 胡振杰 张茂 |
| 第四章 | 李双元 | 李玉泉 胡振杰 何绍军 |

第五章 徐国建 赵健 杜刚 郭玉军

第六章 李双元 张万明

第七章 白映福 张茂 郭玉军 杜刚 程清波

第八章 张茂 李玉泉 黎柏亮

第九章 赵健 宁敏 何绍军 张秋惠 胡振杰

本书由李双元主编，张茂参加了统稿工作。该书在编写和出版过程中，得到了武汉大学社科处、武汉大学出版社的支持和帮助，在此一并致谢。

由于本书所涉及的课题较新，加之作者水平有限，书中的某些观点也未必完全成熟，我们希望能得到广大读者的批评指正，以利于对这一课题进行更深入的研究。

李双元

一九九四年三月一日

目 录

上篇 国际私法趋同化的基本理论

第一章 中国与当代国际社会法律的趋同化问题.....	3
第一节 法律趋同化的概念.....	4
第二节 中国法律趋同化的表现.....	8
第三节 中国法律趋同化的实现形式	12
第二章 国际统一私法法源	22
第一节 概述	22
第二节 国际条约	24
第三节 国际统一立法	37
第四节 国际组织的立法	42
第五节 国际贸易惯例法	46
第六节 判例法	53
第七节 一般法律原则	65
第三章 国际私法的趋同化与统一国际私法的各类国际组织	74
第一节 广泛性的政府间国际组织及其工作评价	74
第二节 地区性政府间国际组织及其工作评价	95
第三节 非政府间的国际组织及其工作评价.....	108
第四章 国际私法的趋同化与中国国际私法的完善与发展.....	115
第一节 对外开放政策与中国国际私法.....	115
第二节 社会主义市场经济与中国国际私法的完善与发展.....	121
第三节 公共秩序保留制度在我国司法实践中的正确运用.....	134

下篇 国际私法若干领域的趋同化的具体表现

第五章 国际经济贸易合同关系中国际私法制度的趋同化问题	147
第一节 现代商人法	147
第二节 《国际货物销售合同法律适用公约》评述	170
第三节 国际借贷协议的法律适用	192
第四节 国际贸易支付中的票据及其法律冲突的解决	204
第六章 产品责任法的国际私法制度的趋同化问题	212
第一节 产品责任法概述	212
第二节 比较与评述	216
第三节 产品责任的国际立法	220
第四节 关于进一步完善我国产品责任法律制度的建议	234
第七章 国际民事诉讼程序中的趋同化问题(一)	238
第一节 国际民事诉讼程序法的新发展	238
第二节 国际技术转让中法院选择若干问题探讨	247
第三节 国际贷款诉讼与国家行为理论	259
第四节 国际借贷协议法院管辖权的确定	270
第五节 国际破产法的统一化趋势	279
第八章 国际民事诉讼程序中的趋同化问题(二)	291
第一节 有关外国判决承认与执行国际条约的历史回顾	291
第二节 承认与执行外国法院判决的条件	305
第三节 亚太地区国家和地区关于民商事案件判决承认与执行的 法律制度	315
第九章 国际商事仲裁制度中的趋同化问题	344
第一节 仲裁的性质	344
第二节 国际商事仲裁非仲裁地化趋势的新发展	357
第三节 国际商事仲裁裁决执行的统一化趋势	367
第四节 微型法庭——解决国际商事争端的新途径	380

上篇 国际私法趋同化的基本理论

第一章 中国与当代国际社会的法律趋同化问题

一位美国法学家曾经指出：“在某些时候，不同国家间的法律文化会呈现出愈来愈大的差异，而在另一些时候，它们之间的趋同性又会十分明显。”^①新中国成立之后，在几十年的漫长时间里，在我们国家，因一直强调法律的阶级性和阶级镇压与专政职能，也一直强调不同历史时代，不同的社会政治制度和不同国家的法律的差异。但是随着改革开放的不断深化和扩大，为了适应国家经济建设飞速发展的需要，我国的法制建设工作已越来越注重采用国际通行做法或普遍实践。党的第十四次代表大会提出“我国经济体制改革的目标是建立社会主义市场经济体制”以后，如何使我国法律制度特别是民商法制度进一步与国际社会更趋协调，接近或一致起来，以减少对外经济技术交往中的法律障碍，已成为国家立法工作注意的焦点。近几年来，我国立法工作已日益自觉地纳入整个国际社会法律制度中出现的趋同化潮流。但是，对于我国法律是否应以当代法律的趋同化作基本取向的问题，认识上还不尽一致。一方面，传统上一些“左”的狭隘的观点，还并未完全清除，因而，或者心存疑虑，在建立适应社会主义市场经济运作的法律制度时，对大胆借鉴和移植西方发达国家中行之有效的制度，长时间处于摇摆不定的状态。或者认为，法律的趋同化，当以社会政治、经济制度的趋同为前提，目前既然不发生社会主义和资本主义的政治和经济制度的趋同问题，自然也就不存在法律的趋同化问题。或者感到我国既要建立具有中国特色的社会主义法律体系，那也很难以当代法律的趋同化作为自己的取向。而另一方面，在主张中国法律应尽可能求得与国际社会的普遍实践相协调和一致的人们中，对中国法律的这一取向在称谓上又常有不同，其中有的直接称之为中国立法的“国际化”，有的称为中国立法向“国际标准”或

^① 参见埃尔曼著：《比较法律文化》，贺卫方等译，三联书店出版社1990年中文版序言，第3页。

“国际规范”或“国际规则”靠拢，有的称为中国“按国际惯例办事”，颇为混乱。^①显然，这都反映出在我国法学界，还未能对当代法律趋同化的含义、原因、表现及实现的方式或途径等展开过系统深入的研究和讨论。我们虽早在1989年底就提出了“国际私法趋同化倾向已有加强”的观点，但那只侧重于探讨中国国际私法的未来取向。^②现在提出的这一课题，则试图就整个中国法律和当代国际社会法律趋同化的关系作一番理论研究。

第一节 法律趋同化的概念

探讨中国法律未来发展的趋同化问题，我们首先必须明确法律趋同化的含义。所谓法律的趋同化，乃指不同国家的法律，随着社会需要的发展，在国际交往日益发达的基础上，逐渐相互吸收，相互渗透，从而趋于接近甚至趋于一致的现象，其表现是在国内法律的创制和运作过程中，越来越多地涵纳国际社会的普遍实践与国际惯例，并积极参与国际法律统一的活动等。当今世界各国的法律制度之间，随着国际经济技术合作与交流的不断扩大和国际间法律文化的相互传播，无论在广度和深度上都在不断加强的法律的这种趋同化走势，已变得越来越显著。这种现象的产生绝不是偶然的，它既有深刻的社会因素的影响，也有法律自身发展演变的必然要求。

就其社会因素来讲，现代国际社会中各种跨国活动和对外交往的增加，全人类共同关心的问题越来越多，任何一个原来只含内国因素，因而也可以只由国内法调整的问题都可能日渐介入种种外国的因素，于是各种具有跨国性质的法律问题(从资金技术的国际流动、人类环境的共同保护、国际资源的共同利用和开发、跨国公司行为的规范、国际犯罪的共同防范和惩罚，一直到个人的涉外婚姻、继承问题的合理解决等)的不断出现，各国政府对许多法律原则及其价值的认识渐趋于接近或一致，从而为法律的趋同化提供了先决条件。

从经济角度来看，当代世界经济秩序是建构于国与国之间经济联系日趋紧密，实行“开放经济”^③的国家越来越多，各国经济日益国际化的基础之上的。

① 均可见于国家政府领导人的讲话。

② 《国际私法的趋同化问题——〈中国与国际私法统一化进程〉序言》，载《法学评论》1993年第1期。

③ 所谓“开放经济”，最通俗、最直观的定义就是一个辖区或一个国家的公民能与其他辖区或国家的公民自由地进行物品和劳务的买卖，而且能自由地在不同辖区或不同国家之间转移劳动和资本。

在高新科技的推动下，现代社会的生产力发展十分迅猛，它要求冲破地区的、民族的和国家的壁垒，并组成国际大市场。在这个时代，任何一个国家的经济都不可能脱离世界经济的大格局而独立地发展。在商品经济全球化的形势下，国与国之间在经济领域内相互交流的如何拓展和加强，各国经济利益矛盾的如何协调和解决，都需要从国际交往方便的角度出发进行通盘考虑。昔日国界在盛行封建割据或民族保护主义时代所起的相互防范和相互封闭的屏障作用，已越来越退居次要地位，今天已成为发展经济贸易联系的前哨和引进资本和技术的窗口。昔日，在国际上存在着市场经济和计划经济两大对立的体系，从而在国际贸易中经常发生种种的摩擦，而今市场经济已成为社会主义国家和资本主义国家共同采取的资源配置的有效形式。各国这种经济上的共同要求，必然也要求法律发挥它的普遍性的作用。同时，为保障国际市场活动的安全，国际社会也必然会扩大在法律领域内的合作。目前整个西方世界面临经济衰退，失业剧增，解决这个问题的出路，也只能是进一步加强国际经济和法律的合作。

从政治角度来看，当今国际政治格局正处在冷战后时期，不但大国之间逐渐从“对抗”转向“缓和”，国际重大事件的处理也不可能由某些大国所操纵，国家之间在经济上相互依赖程度进一步加强，也使意识形态的对立得到了相对的缓和，在法律领域达成共识的可能性已大大增加。各种类型的以追求地区或世界和平和发展为目标的国际政治、经济组织如雨后春笋，层出不穷，在国际事务中扮演着越来越重要的角色。这些政治、经济组织也常常是以实现法律相互接近或统一为其重要任务的。

就法律自身来说，它既是一种文化现象，那么在不同的国家，因不同的统治阶级或阶层、不同的占统治地位的意识形态、不同的政治经济制度，甚至不同时期所执行的不同的政策，其差别以至对立，是必然会长期存在的。不承认这一点，就必然会陷入“乌托邦”的空想。所以正如伍德罗·威尔逊（Woodrow Wilson）在《论国家》一书中所说的：“法律是不可能同时通万国而同一的。”^①但是也必须看到，至少首先是“人类的共同需要，却又会造成（法律）趋于统一的图景”^②。

法律从其产生，就是以追求其普遍适用和效力为目的的。法律的统一固然常常被革命这样的历史事件所打断，这时，正在滋长的不同阶级或社会集团

① 转引自杨鸿烈：《中国法律发达史》，上海书店1990年版，第1页。

② 参见罗迪埃等著：《比较法概论》，陈春龙译，法律出版社1987年版，第11页。

的利益和服从于这种利益的意识形态因素，便会成为推动法律多样化的动力。但是，过些时候，由于共同的需要（经济上的交流与合作是最基本的共同需要），这个阶级或这个社会集团，很可能又回到同国际社会的法律制度的协调行动中来。^①历史上的这种法律发展进程的例证是十分多见的。

法律的趋同化是通过法律文化的相互交流来实现的。西方两大法系的形成，也充分说明了法律文化的交流对法律趋同化的推动作用。民法法系的形成过程主要是罗马法律文化的传播与继受的过程；英美法系的形成过程主要是普通法的传播与继受的过程。但值得注意的是这两大法系各随着相互交流的增多，也日益表现出趋同性。例如，以判例法为特征的英美法系，自本世纪初以来，纷纷制定成文法；以制定法为特征的民法法系也越来越注重发挥法官的创造精神。首先由英美法系创立的陪审制度，在实践中也被民法法系国家所接受并得到广泛应用。

国际间各种交往的增加，迫使各国的立法者更多地从“普遍主义”或“世界主义”出发，而不是从“特殊主义”或“国家主义”出发^②来指导本国的法制建设。罗马法从市民法到万民法的演变过程恰好说明了这一点。市民法是罗马法的起点，由于受城邦历史环境限制而产生的狭隘的民族性，使这种法律规范仅仅适用于罗马城市国家的公民。这在当时自然经济条件下是必然的现象。随着社会经济由自然经济向商品经济的萌芽阶段发展以及对外贸易的日益繁荣，古老的市民法就明显地暴露出它的固有缺陷。当时的实际情况要求局部地承认与罗马人发生贸易往来的其他各民族人民的合法权利，并且给予在罗马的外国人以必要的司法保护。在这种要求的推动下，罗马法获得了进一步的发展，形成了一种称为万民法的私法体系。这种万民法体系除了包括罗马市民法原有的部分规范外，还吸取了同罗马国家有贸易往来的其他国家的法律规范。它没有以往市民法那种狭隘民族性的缺陷，因而能够适应商品经济萌芽阶段的需要，满足整个社会进一步发展的普遍要求。

此外，比较法学的兴起和发展，对推动法律的趋同化也起了很大的作用。随着国家间法律交往的不断发展和扩大，法学遂从研究一国法律上升到对各国法律的相互关系的分析，于是比较法学就应运而生了。比较法是各国改善和制定法律的不可或缺的手段。比较法的目的固然也在于帮助律师或法官了解其他国家的法律制度，为立法者提供参考和借鉴的资料，但更重要的却在于比较不

^① 参见罗迪埃等著：《比较法概论》，陈春龙译，法律出版社1987年版，第21页。

^② 这几个概念都是从国际私法中借用过来的。