

“十二五”国家重点规划出版图书



中国法学学术丛书

国际统一私法 总论

General Introduction
to Private International Uniform Law

徐国建 著



法律出版社
LAW PRESS • CHINA



中国法学学术丛书

国际统一私法 总论

General Introduction
to Private International Uniform Law

徐国建 著



法律出版社
LAW PRESS • CHINA

图书在版编目(CIP)数据

国际统一私法总论 / 徐国建著. —北京: 法律出版社, 2011. 7

(中国法学学术丛书)

ISBN 978 - 7 - 5118 - 2364 - 9

I. ①国… II. ①徐… III. ①国际私法—研究 IV. ①D997

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 152093 号

中国法学学术丛书	国际统一私法总论	徐国建 著	责任编辑 董 飞 装帧设计 李 瞻
----------	----------	-------	----------------------

© 法律出版社·中国

开本 A5

版本 2011 年 9 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 29.75 字数 701 千

印次 2011 年 9 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-2364-9

定价:58.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序 言

徐国建

现代意义上私法的国际统一化进程系 20 世纪初肇始于欧洲和拉美等地区的区域化法律统一运动。随着 20 世纪经济全球化的快速发展,私法的国际统一化进程不断向纵深发展。在世界范围内,全球性的私法统一化运动不但参加国越来越多,私法统一的范围也越来越广,统一私法更被越来越多的国家所接受,国际统一私法已经是国际法律秩序建设中的一个重要组成部分。在世界地区性的范围内,尤以欧盟以及拉美为代表的地区性私法一体化进程正如火如荼地展开,并成为这些地区包括经济、政治和社会等内容的地区一体化的重要部分。我国于 20 世纪 80 年代开始也便积极加入私法国际统一运动,不但主动地加入从事私法国际统一的国际组织,如海牙国际私法会议、联合国国际贸易法委员会以及罗马私法统一协会,更是积极参加私法国际统一的活动,而且,也采纳和接受了若干个私法国际统一的公约和法律文件,如 1980 年的《联合国国际货物销售合同公约》。私法的国际统一与我国的改革开放以及我国法制的建设已经紧密相连。在这样的背景下,深入和广泛地研究私法国际统一问题于我国国际私法学界而言已经不是要不要的问题,而是如何去研究,更是怎样加快研究步伐,尽

早取得高质量研究成果的问题。

20 世纪 80 年代初叶,于“文化大革命”后恢复法学教学和研究后不久,我国的国际私法学界也开始关注私法国际统一问题。1986 年出版的卢峻主编的《国际私法公约集》尽管只是国际私法性质的国际公约的汇编,但是,它是我国改革开放后私法国际统一领域研究的一项重要早期学术研究成果。^{〔1〕}本书作者 1984 年进入武汉大学开始国际私法硕士阶段的研习,在两年的硕士班阶段学习中我便开始留意私法国际统一问题。1986 年夏天起我开始在武汉大学国际法研究所跟随韩德培老师和李双元老师攻读国际私法专业博士学位。由于有这之前两年在该研究所研习国际私法的经历,读博伊始我便将自己未来博士论文的方向放在国际私法国际统一这方面,这一方向性选择深得韩德培老师和李双元老师的首肯和支持。但是,由于当时对外开放时间还不久,我国学术界对外交流尚不普遍,国内关于私法国际统一方面的资料相当奇缺,在国内对该领域进行系统深入研究的难度相当大。好在我有幸于 1988 年初赴瑞士比较法研究所进行短期进修,并于同年夏天去荷兰海牙国际法院参加其国际私法夏季讲习班,而且,于次年辗转到德国汉堡的马克斯—普朗克外国和国际私法研究所进修学习,这让我有机会接触到私法国际统一的丰富资料,从而使自己能够对私法国际统一诸方面问题进行深入系统的研究。在德国学习了德语后,我更可以从英文和德文的大量文献中汲取有关私法国际统一一方面的营养。之后一边大量阅读和消化资料,一边着手自己武汉大学国际法研究所博士论文的写作。并且,将原拟的论文大纲拆分成若干论题,就每一论题分别集中收集资料,整理消化,并写

〔1〕 卢峻主编:《国际私法公约集》,上海社会科学院出版社 1986 年版,第 850 页。

成文字,这样我就围绕私法国际统一问题分别写出了一些专论。它们独立便成为论文,放在博士论文中便是其相关的章节。其中一些论文陆续在国内的法学期刊上发表了。我从国外把写成的若干章节交给李双元老师,由他收入他担任主编的1993年5月出版的《中国与国际私法统一化进程》(第1版)一书出版(该书1998年的修订版,本书作者为副主编之一)。^{〔2〕}尽管这本书并不是国际统一私法的系统论著,但是,它是我国改革开放后关于私法国际统一问题研究的首部学术专论。写一本关于国际统一私法的系统论著是我从武汉大学开始攻读博士学位起的一个理想。尽管从读研究生开始陆陆续续地写出了一些章节,但是,直到1995年回到国内开始律师职业生涯,书稿离一部完整的著作还相去甚远。好在没有放弃这一理想,在从事律师实务工作的同时总是抽一些时间进行研究和写作。除了研究和写作那些尚未完成的新的章节外,我还对已经写出并发表的章节进行修订和更新,毕竟有些章节写出甚至发表后相关的情势已经发生了较大的变化,有必要对先前的文字进行修订。直到2010年11月底终于完成书稿的写作。

改革开放三十几年后的今天,我国已经逐渐融入国际社会。尽管我国还没有大量接受和加入国际统一公约和法律,但是,就我国业已加入的在国际社会非常具有代表性的一些国际公约,如1958年的《纽约外国仲裁裁决承认与执行公约》以及1980年《联合国国际货物销售合同公约》,在实践中的适用而言,都存在很多的理论和实践问题有待解决。而这些问题,在很大程度上是关于国际统一私法的一般性问题。也就是说,这些问题产生的根本原因是我国在国际统一私法的一些基本问题上研究还不够,还没有

〔2〕 李双元主编:《中国与国际私法统一化进程》,武汉大学出版社1993年版,1998年修订版。

形成系统和体系,理论界还没有为实践提供国际统一私法适用的理论支持。从这个意义上说,我们的国际私法学界特别需要加强对国际统一私法基础性问题的研究。只有这样,我国才能不断接受和加入国际统一私法公约,也才能充分发挥国际统一私法在我国国际民商事交往以及涉外民商事司法实践中的作用。

本书应该是国内迄今为止出版的第一部系统探讨和研究国际统一私法这一特殊法律部门以及国际统一私法学的专著,无论其体例或结构都实属尝试性质。就本书作者到目前为止所接触到的关于私法国际统一的国外学术研究成果而言,也无体例完整的可以称为“国际统一私法学”的专著。也就是说,尽管私法国际统一化运动已经有一百多年的历史,该领域在世界范围内仍是一个颇为新颖的学术领域。也正因为如此,希望我国国际私法学界能够对私法国际统一化问题和由此而产生的国际统一私法部门以及相关的国际统一私法学倾注更多的热情,给予更多的研究,并逐渐使这一法学部门成为我国广为接受的独立的学术部门,使该法学部门成为国际法专业硕士生和博士生的一门专业课程,甚至有专攻该法学部门的博士研究生。

本书由五大部分组成,即第一编“国际统一私法导论”、第二编“国际统一私法本论”、第三编“国际统一私法方法论”、第四编“国际统一私法组织论”以及第五编“欧盟和美洲的国际统一私法”。

第一编“国际统一私法导论”共有两章,即第一章“国际私法统一的意义”和第二章“私法国际统一的目标、范围、推动和阻碍因素”。在本编中作者主要从宏观角度,探讨在国际社会为什么要实现各国私法的统一这一问题以及实现私法国际统一的目标和困难。私法国际统一毕竟是国际社会一个长期的事业和进程,目前它尚处于发展的初期阶段。理论上和实践上,人们必须首先弄清私法国际统一的意义、目标及相应的困难,才能使私法国际统一的

广大参与者既有取得私法国际统一成果的信心,又对可能遇到的困难有所准备。

第二编“国际统一私法本论”共五章,即第三章“国际统一私法的概念”、第四章“国际统一私法与相邻法律部门的关系”、第五章“国际统一私法与现代商人法理论”、第六章“国际统一私法的渊源”以及第七章“国际统一私法的历史”。本编各章所探讨的问题主要是作为一门独立的法学部门的“国际统一私法学”的基本问题,它们构成了国际统一私法学的基础,尤其是第三章所研究的国际统一私法的名称、定义、性质以及体系问题更是国际统一私法学的基础问题。本编中作者还就国际统一私法的渊源问题进行了深入的探讨,分析了可以作为国际统一私法渊源的各种渊源类型,并且以专章特别研究了目前国际私法界较为流行的现代商人法理论。此外,本编还分别以专章讨论国际统一私法与相邻法律部门的关系,从而在理论上将国际统一私法这门独立的法律部门与相邻的法律部门区分开来。本编第七章关于国际统一私法的历史的探讨,目的在于追寻国际统一私法的历史发展,并从历史延续的角度考察国际统一私法,为该独立的法律部门作出历史的注脚。

第三编“国际统一私法方法论”共四章,即第八章“国际统一私法的技术与方法”、第九章“国际统一私法公约的保留”、第十章“国际统一私法的解释”以及第十一章“国际统一私法漏洞的补充和法律规范的完善”。本编各章集中探讨国际统一私法的方法,即私法国际统一的方法以及国际统一私法的适用方法,探讨国际统一私法的这两种方法具有的重要实践意义。我国业已并正在积极参加私法国际统一化运动,参加私法国际统一的人士非常需要理论上和学术上对于私法国际统一技术和方法方面的支持。而对于司法实务部门而言,实践中国际统一私法的适用中常常会遇到对统一法解释、漏洞的补充等法律适用方面的技术问题,本编第十一

章着重研究国际统一私法适用中的这些技术和方法问题,以期创设国际统一私法适用的方法和规则。

第四编“国际统一私法组织论”共八章,即第十二章“从事私法国际统一的国际组织概论”、第十三章“海牙国际私法会议概述”、第十四章“第一次世界大战前的海牙国际私法会议——开创历史”、第十五章“两次世界大战之间的海牙国际私法会议——艰难的历程”、第十六章“第二次世界大战后至20世纪60年代的海牙国际私法会议——新的起点”、第十七章“20世纪70年代以后的海牙国际私法会议——新时期的丰硕成果”、第十八章“21世纪的海牙国际私法会议”以及第十九章“新世纪海牙国际私法统一重要成果——海牙《选择法院协议公约》述评”。这一编主要包括两个部分,其中第一部分(第十二章)讨论从事私法国际统一的国际组织的基本问题,如这些组织的定义和分类、这些国际组织和国际经济组织的关系以及我国和私法国际统一组织的关系;第二部分(第十三章至第十九章)集中探讨目前国际上最为重要的从事私法国际统一的组织以及它们进行私法国际统一的成果。这一编介绍了各种私法国际统一组织,由于这些组织数量多,它们业已取得的私法统一成果也相当丰富,而且很多国际组织,像海牙国际私法会议历史跨度相当长,所以本编篇幅较大。但是,作者认为在这样一本关于国际统一私法的专著中是应该花较大篇幅来探讨对私法国际统一起过开拓性作用,且仍然在为私法国际统一化作出努力的那些国际组织的机制、历程和成就的。

第五编“欧盟和美洲的国际统一私法”共三章,即第二十章至本书最后一章第二十二章。第二十章“欧盟国际统一私法概论”主要介绍作为区域一体化组织的欧盟进行私法统一的基本情况,如欧盟统一私法的渊源以及基本原则。第二十一章“欧盟国际统一私法分论”分别介绍欧盟实现私法统一的最主要成果。第二十

二章“美洲的私法国际统一运动”则介绍和研究在私法国际统一运动中颇有特色的美洲国家间的私法的国际统一进程和迄今为止所取得的成果。从逻辑体例来看,本编的内容严格说来应该归入本书上述第四编,但是,鉴于第四编的篇幅较大,加之第五编所介绍和研究的毕竟是区域性私法统一化运动,所以作者就单列一编对欧盟和美洲的私法统一化运动予以专门研究。

为了便于对国际统一私法问题进行研究,尤其是便于读者鸟瞰国际统一私法这一广袤的新法律领域,本书附录部分收录了全球性和地区性的国际统一私法公约索引。本书作者希望在本书出版后能够收集和整理国际统一私法公约和文件大全集,并以英文和中文双语出版。这项工作一旦完成,我国对国际统一私法领域的研究在学术上便会上一个新台阶,起码就资料而言,一个国际统一私法的资料文献平台便搭建起来,国际统一私法也将不再是那么看不见和摸不着了。

本书开始动笔写作到完稿出版前后约经过 25 年的时间,这对于一部学术论著而言费时不可谓不长。这部著述最终得以面世,除了部分归功于作者对待工作和任务的执著外,一旦确定下来的目标便会坚韧不拔地予以实现,更是老师们、朋友们以及家人的无私支持和鼓励的结果,在此对为本书面世提供过帮助的人们一并致以衷心的感谢!这里特别需要感谢的是我的老师韩德培教授以及李双元教授,他们都为本书作过序。韩德培老师已于 2009 年 5 月仙逝,未能看到本书付梓,我也无法和他分享新书的墨香。对此我很愧疚,因为韩老先生早在中国国际私法学会 2003 年年会召开之际,于 2003 年 9 月 18 日在黄山上给本书稿出版作了序,并在长 3 页的序文下方签名。考虑到本书的风格和体例,尤其是韩德培老师和李双元老师的序言皆写成于本书付梓若干年前,法律出版社的朋友建议不将我深爱的两位老师的序言单独

置于书首发表,而摘录于本序言中,作者觉得此建议甚有道理,因而,便采纳建议将两位老师热情洋溢的序言摘抄如下,特表对二位恩师的感谢。

韩德培老师在序言中首先简短地回顾和总结了我国改革开放后国际私法在理论界和实务界所取得的成果,同时指出进行国际统一私法研究的重要性:

“我在1988年发表于《中国国际法年刊》上的‘国际私法的晚近发展趋势’一文中就指出,国际社会通过国际条约制定有关法律适用和国际民事程序的统一化公约,以及不断出现民事实体法国际公约的实体法方面的国际化,是晚近国际私法发展的重要趋势。^{〔3〕}对国际私法国际化倾向的研究,无论对于我国国际私法学界准确把握国际私法发展趋势,还是对我国积极参加国际统一私法的立法活动,从而在国际统一私法的国际立法中一方面作出我国自己的贡献,另一方面维护我国的自身利益,均是非常重要的。”

作为本书作者的博士生导师,韩先生在序言中还向读者简单介绍了本作者进入武汉大学学习以及开始从事国际统一私法研究的经过。韩老师接着还对本书书稿予以褒扬:

“通观本书,我们可以看到作者以较高的视野对私法的国际统一化运动,或者称为国际统一私法问题进行全面的概括和探讨,并从一个独立法律部门的角度对国际统一私法予以系统的研究。”“作者在对这些问题进行研究时均使用了很多国际文献资料,内容充实。在对这些问题进行理论探讨时,作者还始终努力将这些法学理论问题和私法国际统一的实践紧密结合起来,使理论在实践中予以检验,实践又能获得理论的支撑。”

〔3〕 参见韩德培:《韩德培文选》,武汉大学出版社1996年版,第96页。

最后,韩德培老师寄语我国国际私法学界:

“加入 WTO 后的中国可以说是完全融入到国际社会。在新的形势下,我国如何更积极主动地参加私法国际统一活动,参加国际规则的制定,实乃我国国际私法学界所应加紧研究的问题。我希望本书的出版不但可以为我国国际私法理论界提供私法国际统一方面更多的信息,为我国相关实务界提供有益的理论参考,更希望我国在国际统一私法的理论研究和实务方面能更上一个台阶。”

李双元老师不但鼓励我对国际统一私法专题进行研究,他自己也从更宏观的角度对私法的国际统一问题予以关注,并且对国际社会法律的趋同化问题以及建立国际民商新秩序等专题研究倾注热情,且在理论上提出和发展了“法律趋同化理论”。对于本书的写作和出版,李双元老师也是鼓舞有加,早在 2005 年便为书稿写就序言。尽管他已 83 岁高龄,但是听说我的书稿即将付梓,还是欣然提笔修改原序,并让外孙女用电脑打印后于 2010 年 11 月 30 日电邮予我。李双元老师首先着眼于作为私法国际统一大背景的全球化趋势,指出:

“伴随着以高新科技尤其是 IT 产业为核心的生产力的迅速发展,人们终于越来越清楚地认识到一个前所未有并且正在改变人类整个‘社会生态’的全球化走势,已不可逆转地进入生活的各个领域。在这一历史走势面前,尽管也还有形形色色的反对全球化的声音,而且在最近这次经济危机尚未完全过去的时候,关于‘逆全球化’走势的观点也开始浮现,但这只是非主流的,只是那些还未得到全球化的利益以及在此次经济危机中遭到全球化不利的乃至至今仍陷入困境的群体的一种抗争。由于在近现代国际关系中形成的各种力量与利益之间既有的或被强加的平衡机制已被打破或将被打破,而新的能适应全球化需要的各种国际、国内法律制度

尚未建立,或虽有建立却尚未臻于完善,这种反对全球化以及对全球化持怀疑态度的抗争,也必然还会继续发生,但它绝难阻挡全球化的进程,而因它所具有的积极的意义,无非就在于促进国际社会、国际组织在全球化进程中,更应当进一步关注并致力于全球化国际国内机制的改善或重组,并当特别地关注那些贫穷的、欠发达的或最不发达的地区、国家、民族以及各种弱势群体的权益与福祉。”

双元老师接着指出,我国应将实现国际社会的法治化并构建和谐世界作为伟大目标去推进全球化的进程:

“我们的国家在过往的历史中,已经失去了在人类创建现代工业文明和政治文明过程中建立国际社会各种‘游戏规则’的主导权乃至参与权,故而一度曾处于落后、挨打的地位。但在 20 世纪末,我们国家终于能顺应民意、急追潮流,废除了‘闭关锁国’、‘我行我素’的政策,改而大力推行政经改革,推动市场经济的发展,不期而遇地正好成了这种全球化进程中经济上的最大受益国。我们的经济总量已跻身国际最前列,我们的国际地位大大地提升,但全球化既然是人类不可逆转的走势,这必然同时意味着,国际的、全球的责任自然而然地迅速地加重起来了。作为大国,我们无疑应义不容辞地将实现国际社会的法治化并构建和谐世界作为伟大目标去推进全球化的进程。”

双元老师最后还以热情的文字介绍了本序言前述我和他合作的《中国与国际私法统一化进程》成书的背景及在学术界产生的影响以及本书作者和由李双元老师亲手创办,且为其发展始终倾注心血的湖南师范大学法学院的合作关系:

“值得一提的是,早在 20 世纪 80 年代末,我们在国际私法学的研究方面,便率先进入这一话题,并陆续发表了一系列相关的论著,直面与全球化直接相关的法律理念与法律制度的革新问题。

其中就有我与徐国建教授密切合作、于1993年出版的《中国与国际私法统一化进程》一书。该书一经出版,便立即得到我国国际法学界前辈、十分受学界尊敬的权威学者李浩培老先生的肯定与鼓励。他在给我们的回信中,明确指出研究国际私法统一化进程的重大意义的同时,还特别强调,在对国际私法统一化问题的研究中,武汉大学又‘已着先鞭’。我的对于法律趋同化走势与建立国际民商新秩序等理论观点的提出与阐发,也大多是同徐国建先生交换过意见的。”

“徐国建先生还与外交部的黄惠康先生均曾受聘担任湖南师范大学荣誉教授,他们二位都是既精通实务又甚具学术造诣的国际法学界的代表性人物。在20世纪90年代,他们先后来师大法学院作过深受师生欢迎的学术讲座,国建先生还在《中国社会科学》以湖南师大教授的名义发表过重要的学术论文。特借此深表祝贺与感激之情。”

作为一位法律学人,尽管从1980年入学攻读法学至今已学法三十载,^{〔4〕}但是深知法律科学的博大和精深。对一个尚未被完整开拓,仍然属于处女地的新法律科学的探讨,则更是充满着挑战和艰辛。我致力于该学科的研究二十又五年,尽管终于可以将研究的心得和成果汇集成文字,整理形成本著述,但是,我清楚地知晓,无论是本书的体例、内容,抑或是对该法律部门和法学学科的见解,都会存在欠科学,欠准确,甚至是错误和谬误之处。但是,我愿将这一尚欠成熟的成果奉献给我国法学界,以期对繁荣我国的法学研究,尤其是国际统一私法这一新法学部门的研究作出些许贡

〔4〕 本人学法三十载的感悟可见徐国建:“序言:学法三十载”,载徐国建:《全球化背景下私法的冲突、协调和统一——国际私法与比较法论集》,法律出版社2010年版。

献。我更期待我国法学界的广大同仁能够对拙作不吝指教,以便自己能够不断完善对该论题的学习和研究。

2010 年 11 月 30 日于上海陆家嘴

目 录

序言	1
第一编 国际统一私法导论	1
第一章 国际私法统一的意义	3
第一节 经济全球化与私法的国际统一	3
第二节 冲突法的国际统一与实体法的国际统一	11
第三节 国际私法统一的意义	19
第二章 私法国际统一的目标、范围、推动和阻碍因素	22
第一节 私法国际统一的目标	22
第二节 私法国际统一的范围	28
第三节 私法国际统一的推动和阻碍因素	33
第二编 国际统一私法本论	41
第三章 国际统一私法的概念	43
第一节 国际统一私法的定义和特性	43
第二节 国际统一私法的性质	50
第三节 国际统一私法的体系	53

第四章	国际统一私法与相邻法律部门的关系	65
第一节	概述	65
第二节	国际统一私法与国际法	67
第三节	国际统一私法与国际私法	71
第四节	国际统一私法与国际经济法	76
第五节	国际统一私法与比较法	80
第六节	国际统一私法学与相关学术流派的比较	84
第五章	国际统一私法与现代商人法理论	90
第一节	现代商人法理论概述	90
第二节	现代商人法理论的历史发展	92
第三节	现代商人法的定义	95
第四节	现代商人法的渊源	100
第五节	现代商人法的适用	110
第六节	现代商人法在实践中的运用	114
第七节	我国法学研究和司法实践中的现代商人法	120
第六章	国际统一私法的渊源	124
第一节	概述	124
第二节	国际公约	126
第三节	一般法律原则	149
第四节	国际贸易惯例法	164
第五节	其他渊源	174
第七章	国际统一私法的历史	209
第一节	国际统一私法的萌芽——万民法和旧的商人法	209
第二节	主权国家的兴起与私法的国内化	211
第三节	国际私法的国际主义学派——萨维尼与曼奇尼	213
第四节	国际统一私法组织的诞生与发展	215