

中国国际私法 与 比较法年刊

CHINESE YEARBOOK
OF
PRIVATE INTERNATIONAL LAW
AND
COMPARATIVE LAW

2007
(第十卷)

中国国际私法学会
武汉大学国际法研究所

主办



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

LAW AND COMPARATIVE LAW

2007

(第十卷)

国际私法与比较法
年刊



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

中国国际私法与比较法年刊·2007(第十卷)/黄进,肖永平,刘仁山主编. —北京:北京大学出版社,2007.9

ISBN 978-7-301-12618-9

I. 中… II. ①黄… ②肖… ③刘… III. ①国际私法-中国-2007-年刊 ②比较法-中国-2007-年刊 IV. D997-54

中国版本图书馆CIP数据核字(2007)第126475号

书 名: 中国国际私法与比较法年刊·2007(第十卷)

著作责任者: 黄 进 肖永平 刘仁山 主编

责任编辑: 明 辉 王 晶

标准书号: ISBN 978-7-301-12618-9/D·1840

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路205号 100871

网 址: <http://www.pup.cn>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

出版部 62754962

电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

印刷者: 北京中科印刷有限公司

经 销 者: 新华书店

890毫米×1240毫米 A5 16.625印张 417千字

2007年9月第1版 2007年9月第1次印刷

定 价: 33.00元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

《中国国际私法与比较法年刊》

编辑委员会名单

顾问 韩德培 费宗祎

主编 黄进 肖永平 刘仁山

编委 (按姓氏笔画为序)

丁伟	王瀚	王红松	卢松	刘卫翔
刘仁山	吕岩峰	李玉泉	杜新丽	沈涓
宋连斌	段洁龙	屈广清	金彭年	张明杰
赵相林	徐宏	徐冬根	徐国建	郭玉军
高菲	黄风	黄进	黄瑞	黄丹涵
蒋新苗	谢石松	韩健		

执行编委 郭玉军

本期编辑 宋连斌 蔡鑫 杨玲 王定贤 李庆明

目 录

特 载

- 当代国际社会法律趋同化的哲学考察 李双元(3)

专 论

- 中国国际私法史略和主要理论问题再思考 张仲伯(25)

《“中华仲裁协会”仲裁规则》与中国国际经济贸易

- 仲裁委员会仲裁规则之比较 陈希佳(37)

联合国《国际商事仲裁示范法》2006 年修订条款评述

- 兼论对我国仲裁立法与实践的影响 赵 健(70)

Towards A World of Harmony: A Historical Chinese

- Conception of the World Order Nie Jianqiang(101)

- Costs of Arbitration (Articles 38—41) ... Lawrence G. S. Boo(120)

冲突法研究

- 论冲突规则的依职权适用性质 宋 晓(141)

- 外国法查明的比较研究——兼评相关条文设计 徐 鹏(159)

- 论公法规范中的国际私法先决问题 王葆蔚(190)

中国国际私法词源考	刘正中(206)
论外国离婚的承认	肖芳(217)

国际民商事争议解决

国际儿童诱拐及其民事返还合作的进程

——兼评 1980 年海牙《儿童诱拐公约》	杜焕芳(247)
论反垄断法在运动员流动制度上的适用	裴洋(280)
电子商务交易纠纷解决机制的困境与出路	牟笛(329)
网络时代电子代理人相关理论与立法比较研究	贺琼琼(342)

评介与资料

2006 年中国国际私法司法实践述评	黄进 李庆明(371)
德意志联邦共和国《〈民法典〉施行法》 第 3-46 条(国际私法)	金振豹(415)
日本国际私法现代化纲要中间草案	向在胜 译 郭玉军 校(435)
《法律适用通则法》	崔绍明(449)
乌克兰国际私法	匡增军 译(465)
2006 年意大利新仲裁法	林一飞 译 宋连斌 校(488)
2006 年中国国际私法学会年会综述	郭玉军 车英(505)
《中国国际私法与比较法年刊》注释规范	(515)
《中国国际私法与比较法年刊》稿约	(520)

Contents

Feature

- Review of the Philosophic Basis of Assimilation of Laws
in Modern International Society Li Shuangyuan(3)

Reviews

- On the History of Private International Law in China and Its
Several Important Issues Zhang Zhongbo(25)
- A Comparative Analysis of the Arbitration Rules of the
CAA and CIETAC Chen Xijia(37)
- On the Revisions of the UNCITRAL Model Law on International
Commercial Arbitration—Also on the Modifications' Impact
on Chinese Arbitral Legislation and Practice
..... Zhao Jian(70)
- A Historical Chinese Conception of the World Order
..... Nie Jianqiang(101)

Costs of Arbitration (Articles 38—41)

..... Lawrence G. S. Boo(120)

Conflicts Law Studies

The Application *ex Officio* of Conflict Rules Song Xiao(141)

A Comparative Study on Proof of Foreign Law

—Also on Provison of the Draft Civil Code Xu Peng(159)

On the Preliminary Question in Public Law Rules

..... Wang Baoshi(190)

Research on Etymology of “Private International Law” in China

..... Liu Zhengzhong(206)

On the Recognition of Foreign Divorce Xiao Fang(217)

**Resolution of International Civil
and Commercial Disputes**

On the International Child Abduction and Its International

Cooperation in Civil Return Matters Du Huanfang(247)

On the Application of Anti-Monopoly Law in Athletes' Shift

..... Pei Yang(280)

The Predicament and Outlet of E-Commerce Dispute Resolution

..... Mou Di(329)

A Comparative Study of the Legislation and Theory of Electronic

Agent in Internet Times He Qionggiong(342)

Comment and Information

Review of Judicial Practice in the Chinese Private International Law in 2006	Huang Jin & Li Qingming(371)
Introductory Act of the Civil Code § § 3—46 (Private International Law)	Jin Zhenbao(415)
Horei, Act on the Application of Laws—Modification of Japanese	Xiang Zaisheng & Guo Yujun(435)
Horei in Year 2006	Cui Shaoming(449)
Private International Law of Ukraine	Kuang Zengjun(465)
Modifications of the Code of Civil Procedure Regarding Arbitration	Lin Yifei & Song Lianbin(488)
A Summary of 2006 Annual Meeting of the Chinese Society of Private International Law	Guo Yujun & Che Ying(505)
Note Rules	(515)
Requirement of Citation	(520)

特 载

当代国际社会法律趋同化的哲学考察^{*}

李双元^{**}

在中国共产党第十五次全国代表大会上,江泽民同志明确提出,到2010年,要形成有中国特色的社会主义法律体系。尽管在十一届三中全会以后的二十年时间里,我国法制建设已经取得了举世瞩目的成就,但要实现十五大提出的这一宏伟目标,国家立法机关和法学界,都有必要进一步解放思想,大力推进和加强我国比较法学的研究,以广泛借鉴先进国家成功地实现法律现代化和“依法治国”的成功经验。我们提出的当代国际社会法律趋同化走势正在不断加强的观点,其主旨即在于进一步推进我国法理学和立法学的研究的思想解放,并使我们国家在国内国际立法活动中,以更积极更科学的态度,在充分考虑到中国的具体国情的同时,密切关注国际社会法律发展的这一重要走势,以加快具有中国特色的社会主义法律体系建立的步伐。本文将主要从哲学的角度,进一步论证这种走势的必然性。

—

鉴于国际交往关系的日益发展和经济一体化与市场全球化趋

^{*} 本文原发表于《武汉大学学报》(人文社会科学版)1998年第3期。本文原为作者与李新天合著。

^{**} 李双元,武汉大学教授;湖南师范大学终身教授,博士生导师。

势的不断加强,和平与发展已经成为当今时代的两大主题,营造一个有利于开展广泛国际交流与合作,以实现我们国家和整个人类社会的共同的可持续发展的国际法律环境的需要日益明显。早在1989年,在庆祝武汉大学国际法研究所成立十周年的一次学术报告中,作者便首次提出了当今国际私法趋同化倾向已不断加强的观点。到1992年,在公开发表的文章中阐述这一观点时,作者又把趋同化倾向的存在和加强,扩展于国际社会所有基本法律部门。嗣后,相继于《法学研究》、《武汉大学学报》、《法学评论》、《法治与社会发展》、《湖南师大学报》等刊物和《中国与国际私法统一化进程》、《市场经济与当代国际私法趋同化问题研究》等学术专著中,又反复地从不同的角度向法学界阐述我们的这一观点或理论。其中,重要的论文有:《〈中国与国际私法统一化进程〉之序》(又载《法学评论》1992年第3期)、《中国与当代国际社会法律趋同化问题》(首次载《武汉大学学报》1994年第5期,后收入《中华法商论丛》第一辑《现代法学论集》)、《21世纪国际社会法律发展基本走势的展望》(首次载《湖南师大学报》1995年第1期,它的一个英文简写本收入中南工业大学出版社出版的1995 *International Symposium on Asian Science and Technology and Development*)、《中国法理念的现代化》(载《法学研究》1996年第3期)、《重构国际民商新秩序中的国际私法》(载《法学评论》1996年第3期)、《中国国际私法近期发展基本态势》(载《武汉大学学报》1996年第1期)、《法律趋同化:成因、内涵及在“公法”领域的表现》(载《法治与社会发展》1997年第1期)、《关于建立国际民商新秩序的法律思考—国际私法基本功能的深层考察》(载《法学研究》1997年第2期),等等。

在《中国与当代国际社会法律的趋同化问题》一文中,我们把法律的趋同化界定为“是指不同国家的法律,随着国际交往日益发展的需要,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”,并从两个方面概括了它的表现,即一方面,在各国国内法律的

创制和运作过程中,越来越多地涵纳国际社会的普遍实践或国际惯例;另一方面,则是有越来越多的国家积极参与国际法律的统一活动。我们把前一种表现称之为实现法律趋同的间接的形式或途径,而把后一种表现称之为实现法律趋同的直接的形式或途径。我们认为,这种现象的产生和发展,绝不是偶然的,它既是社会、经济、政治因素影响各国法制观念的结果,也是法律自身演变的必然要求。就社会因素而言,乃当代国际社会各种跨国活动大量增加,全人类共同关心,并需共同努力才能解决的问题已越来越多,大大地改变了过去许多本只含国内因素,可以仅按本国的利益和考虑来解决的法律问题,现在则因介入了国际的因素从而具有全球的性质(前者如许多种犯罪的国际化,后者如各国的环境和人口问题)。就经济因素而言,当代世界经济秩序已明显地建构于国与国之间的依存和联系日趋紧密、各国的经济都日益国际化起来的基础之上(如刚刚过去的亚洲金融危机),任何一个国家的经济都越来越脱离不开世界经济的大格局而走闭关自守、孤立发展的道路,因而国与国之间在经济领域内的相互合作如何拓展与加强,各国经济发展水平上的差异和利益上的矛盾如何平衡与协调,也都要求彼此均从方便国际交往、加强国际合作出发来进行全盘的考虑和解决。而且由于市场经济体制日益被众多社会制度不同的国家和地区所接受,为保障国际市场活动的便利与安全,国际社会必然要求扩大法律领域内的合作,以营造一个适应市场全球化的法律环境。就政治因素而言,由于“冷战”已告结束,军事大国之间已从“对抗”走向“缓和”,加上多极化的格局正在形成,国际社会的各种重大问题和事件的处理,也已不可能完全由某一两个大国所操纵。加之人类共谋发展的意识不断增加,为了维持一个相对稳定的国际和平环境,各国在法律统一领域达成共识的可能性已明显加强,以致以追求地区和世界和平与发展为目标的各种国际政治、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,并常常把实现各国在相关领

域内的法律制度的统一当作自己的重要任务。而就法律自身发展来看,法律的趋同化更是各种法律制度由歧异、冲突到协调、融合的必然表现。法律历来都是以追求其普遍的适用和普遍的效力为目的的。法律的统一固然常常被政治斗争或民族的纷争这类事件所打断,这时,政治利益上的意识形态的对立又会成为推动法律多样化的动力,但是由于经济的交流与合作是人类最基本的共同需要,因而,事过境迁,某个阶级或某个社会利益集团,便又可能回到国内或国际社会的法律制度的协调和统一的行动中来,从而继续其趋同化的进程。^①

这一观点或理论提出以后,尽管目前法学界已有越来越多的学者支持或赞同它,如中国社科院法学所吴建璠教授在中共中央举办的法制讲座上所作的《香港基本法和“一国两制”》报告中就明确地指出:市场经济的法律许多是相通的,更何况法律的趋同化,也是未来法律发展的国际走势。^②但毋庸讳言,也仍有对我们所指出的上述现象作不同概括或对我们的上述提法持不同观点的。但是即使是这一部分学者,他们也并不反对我们所指出的国际社会法律发展中已确实呈现出来的这种走势,只是他们似乎不愿意用“趋同”这个概念来概括表述这种走势,于是在他们的文章中,便往往用法律的“国际化”来取代“趋同化”这一似乎最令人忌讳的概念(近来还见有用“世界化”来概括这种走势的)。^③

可是把这种因当今国家职能的重大转变和相互在经济与市场上依存关系的大大加强而产生的不同国家的法律的相互趋近和吸收,以及国际统一法律条约的不断增加的走势,亦即在国内立法上吸收他国优良的法律制度,或大量采用国际社会的普遍实践,并且

① 以上论述还可以参见《武汉大学学报(社科版)》1997年第5期。

② 参见《人民日报》1997年5月23日所载该文。

③ 周永坤:“世界法及法的世界化探索”,载《东吴法学》1996年号。

在能够通过条约或公约来统一的时候把彼此的法律统一起来的走势,用法律的“国际化”来概括,在我们早先发表的几篇文章中,均指出了它的不妥。^① 其中的关键就在于如果把这种现象笼统地用法律的“国际化”来概括,那国内法还有没有存在的余地呢? 还有没有国内法律与国际法律虽有诸多联系但终究存在着本质差异的两大法律体系的共生共长的现象呢? 正如意大利一位法学家所指出的那样,一方面,在欧洲联盟领域内部目前已出现了一种共同体法,即直接在欧盟各国的国内共同适用的法律,尤其是它的一些“指导原则”,它们与欧盟各国自己的国内法一并存在,有时甚至还对欧盟各国的国内法起着变通处理的重要指导作用;而另一方面,欧盟各国自己的国内立法工作并未停顿下来。这是由于共同体法目前还不能覆盖更多的领域,它的有限性和局限性也给各国国内立法留下巨大的空白,需要在充分考虑这些“指导原则”的基础上,由各国的国内法来填补。^② 作为一种常识,人们也必须承认,即使甲国在自己的国内立法中完全移植了乙国的法律(上一世纪,一些国家就完全把《法国民法典》当作自己的民法典),它仍然只是甲国的国内法,而不是国际法,即使甲国在自己的国内立法中广泛地吸收了国际社会的普遍实践或国际惯例,这个法律也仍只是甲国的国内法,而不是国际法(如我国的知识产权法、海商法和公司法等许多重要立法那样),它们都不对其他国家发生什么效力。只有一个国家参加或加入了国际的或地区的某一统一法律的公约,或共同受某种国际商事惯例的约束的情况下,这部分法律才能叫做“国际化”了。

就我们目前所见,现在国外法学界对于上述现象,主要也是称之为法律的 *Convergence*,即法律的趋近、趋向统一或一致等。而经

① 参见《中国法理念的现代化》、《21 世界国际社会法律发展基本走势的展望》等文。

② 参见桑德罗斯奇巴尼为中译本《意大利民法典》所写的序言,中国政法大学出版社 1997 年版。

常可见的则是称之为法律之间的 Harmony 或者 Harmonization, 亦即指法律趋于和谐或一致。作者在《中国与国际私法统一化进程》的序言英文译本和荷兰《国际法年刊》1994 年刊登的胡振杰先生对该书所写的书评中则把这种现象称之为法律的 Assimilate, 也是取法律之间的相互吸收、同化以及使它们相一致、相同一起来的意义。对于通过国际条约或公约而将彼此的法律统一起来这种情况, 则径称为“法律的 Uniform”, 即法律的统一。把我们在上面所讲到的现象, 以“法律的 Internalization”来概括的, 则仅只指这后一种法律。对于这部分法律, 多直接称为 Uniform Law 或 International Uniform Law (即国际统一法)。

二

我们曾再三考虑, 把国际社会法律发展所呈现的这种走势称为法律的趋同化走势得到加强是否真为马克思主义天生所不容的问题。但答案只能是否定的。因为自改革开放以来, 我们国家的党和政府领导人已不知多少次地强调过, 我们的外经外贸活动, 我们管理外资企业的活动, 一定要(或会)“按国际惯例办事”, 对我们许多法律制度的制定, 包括调整含有涉外因素的以及不含有涉外因素的许多种社会关系的法律制度, 党和国家的领导人也往往强调, 或要与国际“接轨”, 或要与“国际规范”接轨(旧中国南北两条与外国连接的铁路, 都因轨道宽窄不同而不能“接轨”。但这并未能使中国免受列强的侵略, 也未能保证中国走向繁荣)。这些不都是讲的要“趋同”吗? 总不能说, 党和国家领导人的这些讲话和方针政策也是不符合马克思主义的吧? 而且如果我们从历史唯物主义的角度来考察, 我们现在所讲的法律应该是在奴隶制国家产生以后才出现的, 而奴隶制国家的法律主要是由国家统一其辖区内在各个原始部落通行的习惯所构成的。因为法律一经产生, 就必然以追求人们行为的规整性, 也就是以追求其自身效力的普遍性为目标。这也是法律