



中国十大杰出中青年法学家文丛

宏观国际法学论

黄 进 著



WUHAN UNIVERSITY PRESS

武汉大学出版社



D990/22

2007

中国大杰出中青年法学家文丛

宏观国际法学论

黄 进 著



WUHAN UNIVERSITY PRESS
武汉大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

宏观国际法学论/黄进著. —武汉: 武汉大学出版社, 2007. 6

中国十大杰出中青年法学家文丛

ISBN 978-7-307-05485-1

I. 宏… II. 黄… III. 国际法—法的理论 IV. D990

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 034910 号

责任编辑: 钱 静

责任校对: 程小璇

版式设计: 支 笛

出版发行: 武汉大学出版社 (430072 武昌 珞珈山)

(电子邮件: wdp4@whu.edu.cn 网址: www.wdp.com.cn)

印刷: 武汉中远印务有限公司

开本: 720×980 1/16 印张: 41.75 字数: 639 千字 插页: 2

版次: 2007 年 6 月第 1 版 2007 年 6 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-307-05485-1/D·721 定价: 66.00 元

版权所有, 不得翻印; 凡购我社的图书, 如有缺页、倒页、脱页等质量问题, 请与当地图书销售部门联系调换。

自序

在我看来，将自己的论文结集出版应该是很资深的人士所为的事情。我自己还处在中年，远没到那个时候和地步，故一直没有编个人文集的打算。不巧，武汉大学出版社策划出版一套“中国十大杰出青年法学家文丛”，提出要收入我写的一本书。刚开始，我还真有点儿犹豫，要说犹豫的原因，就是我手头没有现存的专著书稿。但作为在武汉大学学习、工作和生活了26个年头的武大人，我实在不好意思拒绝本校出版社的美意，特别是担心我的拒绝会让文丛的具体负责人感到为难，毕竟大家都是武大多年的同事嘛。无奈，只好编一本文集凑凑数。我有时冷静地想，这次不接受收编吧，他们可能会失望；但把这本凑数的文集收入文丛，恐怕他们也会失望。

无论如何，这本文集就要出版了。在本文集出版前，我有必要向读者做些说明：

首先，关于书名。自步入学术殿堂以来，我主要的学术兴趣在国际私法、区际私法、国家豁免法、国际商事仲裁等领域，间或对法学基本理论有所触及。因此，本文集在编辑时分为法学理论探幽、国际私法探析、国家豁免探讨、区际私法探究和名家法思探寻五编。看看这些标题就知道，很难找一个恰当的书名“统领全局”，囊括全书的内容。本文集收入的《宏观国际法学论》一文发表于1984年，在所有收入的论文中发表最早，也安置在文集的首位。它是我学术生涯早期具有代表性的一篇论文，反映了我对国际法的一些基本问题的认识，可以这样说，该文的完成意味着我形成了自己的国际法观，而且至今未变。所以，选择这样一篇论文的标题作为本文集的书名有着特殊的意义。当然严格地讲，本文集不全是一本国际法学文集，以《宏观国际法学论》为书名，难免以偏概全。

其次要说明的是，本文集收入的论文发表在不同时期，跨度 20 余年。细心的读者一定会发现，所有的论文都是特定历史条件下的产物，带有明显的时代痕迹，文中的有些表述已经过时，文中的有些观点已不合时宜，但我们这次编辑的原则是保持原貌，只对过去明显的文字和编排错误进行订正。历史就是历史。过去的东西再现出来，就得还历史的本来面目。过去的事情有些缺憾，有些瑕疵，有点儿美中不足，那有什么关系？它们已经过去，已是历史。

还要说明的是，本文集收入的部分论文系本人和他人的合作之作，既有本人执笔的合作之作，也有他人执笔的合作之作。为了肯定合作者的贡献，对合作者予以必要的尊重，本文集收入的合作之作均注明了合作者的大名。同时，考虑到本文集收入的论文均为过去公开发表过的论文，本文集注明了收入其中的每篇论文第一次发表的报刊或者其他出处。在本文集的编辑过程中，我过去的两位学生邹国勇博士和杜焕芳博士协助我做了大量的工作。他俩的热情、他俩的细致、他俩的效率，是本文集能顺利出版的重要因素。我要借此机会表达我的谢意，感谢他俩的辛勤劳动和奉献。同时，也借此机会衷心感谢武汉大学出版社及其策划人和编辑对本文集的策划、编辑和出版。

2007 年 4 月于法国巴黎南郊 Sceaux



黄进，1958年12月生，湖北利川人。1988年毕业于武汉大学，获法学博士学位。美国耶鲁大学法学院富布莱特学者(1993~1994年)、德国萨尔大学法学院客座教授(2000年)、瑞士比较法研究所访问学者、海牙国际法学院国际法讲习班学员(1986~1987年)。现任武汉大学法学院教授(博士生导师)、武汉大学副校长、教育部高等学校人文社会科学重点研究基地——武汉大学国际法研究所所长；兼任国务院学位委员会法学学科评议组成员，教育部社会科学委员会委员，中国国际私法学会会长，中国国际法学会副会长，国际体育仲裁院(CAS)仲裁员，解决投资争端国际中心(ICSID)仲裁员，中国国际经济贸易仲裁委员会(CIETAC)委员、仲裁员，武汉仲裁委员会委员、仲裁员，《中国国际私法与比较法年刊》主编，武汉大学《法学评论》、《武大国际法评论》主编，《中国大百科全书·法学》修订版国际私法分支副主编，英文《中国国际法杂志》(英国出版)副主编，英文《国际私法年刊》(荷兰出版)顾问委员会成员。1991年被国务院学位委员会和国家教委评为“作出突出贡献的中国博士学位获得者”，1995年被中国法学会评为首届十名“中国杰出青年法学家”之一。主要著作有：《国家及其财产豁免问题研究》、《区际冲突法研究》、《中国国际私法》、《国际私法学》、《澳门国际私法总论》(合著)、《国际公法国际私法成案选》(合著)、《仲裁法学》(合著)、《国际私法》(主编)、《区际司法协助的理论与实务》(主编)、《国际私法与国际商事仲裁》(主编)、《中国的区际法律问题研究》(主编)等。

目 录

第一编 法学理论探幽

宏观国际法学论 / 3

论当代法律的若干发展趋势 / 11

现代商人法论

——历史和趋势 / 22

中国法制的新发展:从单一法制到

多元法制 / 49

澳门法律本地化之我见 / 62

多元法律秩序与法律选择

——兼谈澳门国际私法中的有关规定 / 70

WTO 框架下“最惠国待遇原则”在中国内地、
香港、澳门和台湾的适用 / 83

“One Country, Two Systems”, Three Law Families,
and Four Legal Regions: The Emerging
Inter-regional Conflict of Laws in China
/ 90

On Macro-Science of International Law and International
Law System / 130

第二编 国际私法探析

- 国际私法及其调整对象 / 141
- 论国际统一实体私法 / 150
- 论国际私法公约在法制不统一国家的适用 / 169
- 关于国际私法总则的若干思考 / 182
- 国际私法上的法律规避 / 213
- 论国际私法中外国法的查明
——兼论中国的实践 / 217
- 国际私法上的公共秩序问题 / 223
- 论国际私法上的物权问题 / 234
- 电子商务与冲突法的变革 / 245
- 论 WTO 法对我国国际私法的影响 / 275
- 中国冲突法体系初探 / 296
- 中国近来国际私法之发展 / 316
- “九五”期间我国国际私法研究的回顾
与展望 / 324
- 中国国际私法领域内重要理论
问题综述 / 335
- The Structure of China's Conflicts Law: New Developments of the Rules on Special Commercial Law / 352
- New Developments of Chinese Private International Law / 377

第三编 国家豁免探讨

- 国家及其财产豁免问题刍议 / 409
- 略论国家及其财产豁免法的若干
问题 / 418

论限制国家豁免理论 / 429

国家及其财产管辖豁免的几个悬而未决
的问题 / 449

Immunities of States and Their Property: The
Practice of the People's Republic of China
/ 468

第四编 区际私法探究

区际法律冲突初探 / 497

略论区际冲突法的历史发展 / 506

试论解决区际法律冲突的途径 / 515

中国区际法律冲突问题研究 / 525

论宪法与区际法律冲突 / 549

香港冲突法研究 / 557

澳门国际私法初探 / 569

关于审理涉港澳民事、经济案件的若干
法律问题 / 589

Constitutional Law and Inter-regional Conflict of
Laws: A Survey of Hong Kong
and Macao / 609

Evolution of Private International Law of Macao
/ 622

第五编 名家法思探寻

董必武国际法思想初探 / 639

韩德培教授法学思想研究 / 648

第 一 编 宏 观 国 际 法 学 论

法学理论探幽

宏观国际法学论*

综观法律，它可以大体分为两大部分，一部分是国内法，一部分是国际法。与之相适应，法学也可分为国内法学和国际法学。传统的国际法指国际公法，即调整国家之间关系的有拘束力的法律规范的总体。^① 因此，传统的国际法学是围绕国际公法展开研究的。

20 世纪以来，随着生产和科学技术的飞速发展，国际交往日益频繁，国家、国际组织、不同国籍的法人和自然人相互间的关系越来越错综复杂。这种客观现实促使调整这些关系的法律规范不断涌现，从而在国际法中出现了许多新的法律分支或部门。这表明，以国际法律规范作为研究对象的国际法学在理论上应该有一个突破。

笔者认为，国际法本身的发展已提出从宏观的角度来研究国际法的问题。这里我们姑且称之为宏观国际法学。

要论述宏观国际法学首先得从国际法的概念谈起。以往的学者对国际法概念下的定义都是就国际公法而言的。尽管如此，这些定义仍然是五花八门。这是因为学者们从不同的立场、观点和方法给国际公法下定义，正如我国国际法学前辈周鲠生教授所指出的那样，“很难有一个定义能使得学者人人满意”。^② 但总的说来，以往的学者对国际公法概念下的定义有一个共同的特点，即肯定国际法是调整国家与

* 本文原载于《法学评论》1984 年第 2 期。中国人民大学复印报刊资料《法律》1984 年第 9 期转载。

① 参见王铁崖主编：《国际法》，法律出版社 1981 年版，第 1 页。

② 周鲠生：《国际法》，商务印书馆 1981 年版，第 2 页。

国家之间关系的法律规范。

传统的国际法概念，无论是其内涵还是其外延，都不能容纳已有惊人发展的国际法本身。国际法的这种发展主要表现在：

第一，出现大量调整国际经济关系的法律。20 世纪国际经济交往的繁荣情况，远非昔日可比。特别是第二次世界大战以后，由于新独立国家不断涌现，第三次科技革命推动下的世界经济的飞速发展，以及有关经济合作的国际会议和国际组织大量增加，国际贸易、国际金额、国际投资、科学技术的输出和转让等经济活动都达到前所未有的活跃程度。作为上层建筑的国际法不可能置身于国际经济交往之外，而国际经济交往日益复杂的本身需要国际法规范来调整，以便使国际经济交往处于正常的法律秩序之中。因此，大量调整国际经济关系的法律应运而生，如 1924 年的《统一提单的若干法律规定的国际公约》、1929 年的《统一国际航空运输某些规则的公约》、1930 年的《统一本票、汇票法公约》、1964 年的《国际货物买卖统一法公约》及《国际货物买卖合同成立统一法公约》、1965 年的《关于解决各国和其他国家的国民之间的投资争端公约》以及 1966 年后联合国贸易法委员会主持制定的《国际货物买卖时效公约》、《国际货物销售合同公约》等。此外，还有大量解决国际经济交往矛盾的区域性条约和双边条约以及在国际经济交往实践中产生的国际上公认的惯例。这些法律不仅用来调整主权国家、国际组织相互之间的经济关系，而且更多地是用来调整不同国家的法人和自然人相互之间以及他（它）们同外国国家和国际组织的经济关系。

第二，出现大量调整国际民事关系和国际民事诉讼关系的法律。国际民事关系就某一具体国家而言，就是涉外民事关系。20 世纪以前，各国处理涉外民事案件，主要根据本国冲突规范的规定，选择适用适当的准据法，或直接通过适用本国的民事法律规范来加以处理。到 20 世纪，在国际民事和民事诉讼法律领域，出现了国际统一和协调的趋势。这一方面表现在订立了许多国际条约，如 1902 年的《海牙婚姻公约》及《海牙监护公约》、1928 年的《布斯塔曼特法典》、1952 年的《船舶碰撞中民事管辖权方面若干规定的国际公约》、1954 年的《民事诉讼法公约》、1969 年的《国际油污损害民事责任公约》等。另一方面，许多国家通过缔结双边条约，确立两国共同遵守的民

事或民事诉讼法律规则，如1969年的《匈保司法协助协定》。

此外，在国际社会中，我们还可以看到一些直接规定法人或自然人权利和义务的法规。其中有国际公约的规定，如关于惩治国际犯罪的公约；也有双边条约的规定，如某两国订立的领事条约，直接赋予两国的法人或国民在对方国家的权利和义务；另外还有国际组织确立的一些行政性法规，例如，就国际组织职员的雇佣而言，它一般不受国内法管辖，而是受该国际组织制定的、并且要按照行政法的一般原则解释的一套详细规则的管辖。国际行政法庭负责审理国际组织和它们的职员的争端。这类法规是有组织的国际社会制定的。但它们并不是用来调整国家之间或国家与国际组织之间的关系的，因而不是传统的国际公法所要研究的问题。有的学者称之为“国际社会内部法”。^①

由此可见，国际法本身的发展已经突破了传统国际公法作为调整国家之间关系的行为规则的范围。正如奥地利著名国际法学家菲德罗斯所指出的那样，“国际社会原先只是抓住了一些国家和其他社会之间的关系，而将对个人生活关系的规定付诸各国。但是，从原先把国际法限制于国际间的关系不能先验地得出结论说，国际社会被剥夺了对个人生活关系的规定。相反国际法学必须认识这个事实：国际社会已逐渐对这些生活关系的若干类别自行予以规定。”^② 作为以国际法为研究对象的法律科学应该敏感地反映这种事实，从宏观的角度对新的国际法律现象加以归纳和概括。当某种新的法律现象出现，而不能用原有的类别加以归类时，那么决不应对之视而不见，而必须构成新的类别。只有这样，国际法学才能紧跟事物本身前进的步伐。

二

鉴于国际法的发展，笔者认为，国际法已不是传统的国际公法，而是反映国家意志的协调，调整一切国际关系（不仅仅限于国家之间的政治关系）的具有法律约束力的行为规范的总和。对这种国际法规范从宏观的角度进行系统和科学的研究的法学，就是宏观国际

① 参见[奥]菲德罗斯等：《国际法》，李浩培译，商务印书馆1981年版，第9页。

② [奥]菲德罗斯等：《国际法》，李浩培译，商务印书馆1981年版，第9页。

法学。

宏观国际法学首先把国际法概念和国际公法概念区别开来。这里，我们不是给国际公法下一个什么新定义，也不是否认国际公法是调整主权国家之间关系的法律，而是从更广阔的范围来谈国际法。宏观国际法学认为，国际法是一个体系，而不是一个部门法。国际法体系大致可分为以下部门：国际公法、国际私法、国际经济法、国际刑法、国际诉讼法、国际行政法等。在这些部门法中，还可依据法律规范所调整的社会关系的某一方面而进一步作分支部门的划分。国际公法只是整个国际法体系的一部分或一个分支。

宏观国际法学在国际法的性质上承认其有阶级性，但也更强调各国国家意志的协调。任何法律都是统治阶级意志的反映，而统治阶级的意志是通过国家意志体现出来的。国际法也不例外。由于国际法的效力根据在于国家，在于国家意志，这就表现了国际法的阶级性。但国际法的阶级性又体现了各国意志的协调，因为各国要同其他国家进行各种交往，须从整个国际社会的角度来考虑自己的所作所为，不能为所欲为。国际法所反映的这种国家意志的协调是以国家主权原则和平等互利原则为基础的。这就表明，一方面，参加国际法立法活动的各国以独立的主权者的身份来表达自己的意志，不容任何外力的干涉和胁迫；另一方面，参加国际法立法活动的各国的主权是平等的，它们必须互相尊重，特别是尊重各自的利益，不容任何强权国家凌驾于其他国家之上。为了共同需要的正常国际交往和其他利益，彼此协调，达成协议，以便建立相对稳定的国际法律秩序，求得和平共处。

宏观国际法学认为，国际法调整的社会关系是超越国界的一切国际社会关系，国家与国家的关系只是其中一部分。我们知道，国际法和国内法的划分是以它们适用的范围和调整的社会关系为标准进行划分的。从它们适用的范围来看，国内法是适用于一国领域内的全部法律的总称。而国际法的适用范围超出了一国界限。这里所说的“国际”不仅仅指国家之间的意思。在汉语中，“际”除有“彼此之间”的意义外，还有“交界”、“边”的意义。如李白名句“孤帆远影碧空尽，唯见长江天际流”中的“际”的意义即属后者。因此，我们所说的“国际”系指超越国界的意思。国际法的适用范围有以下几种情况：（1）国际社会普遍接受因而适用于全世界的国际法规范。这

就是国际法所称的强行法 (*Jus Cogens*), 如国际法的基本原则即是。^① (2) 在特定区域适用的国际法规范。如美洲国家组织制定的对美洲国家具有法律约束力的公约就属此类。(3) 在世界各国适用的国际法规范。从适用的地域讲, 这类国际法规范的适用范围也许跨出了地区界限, 对各地区的一些国家适用; 也许没跨出地区界限, 对特定地区内的部分国家适用。从适用的国家数量来讲, 多至全世界绝大多数国家, 少至三四个国家。因此其中一部分法律具有相当的普遍性, 另一部分则适用范围相对狭小。(4) 仅适用于两个国家的双边条约。上述情况表明, 国际法和国内法的适用范围有明显区别, 凡适用于两国以上的法律规范均属国际法。

再从国内法和国际法调整的社会关系看, 国内法一般是调整一国内部的各种社会关系, 而国际法调整的社会关系超出了一国的范围, 也就是说, 它调整的是具有国际因素的社会关系, 即国际关系。由于国际法调整的社会关系超出了一国范围, 它必然涉及不同国家的立法、行政和司法管辖权, 对两个以上的国家发生影响。何谓“超出一国范围”的社会关系? 众所周知, 所谓社会关系是指社会主体在社会活动中依据一定的行为规范所结成的各种权利和义务关系, 它包括三要素, 即主体、客体和内容(权利与义务)。在宏观国际法学看来, 国际法律关系的主体主要包括国家、国际组织、不同国家的法人和自然人。只要社会关系的三要素涉及两个以上的国家或两个以上国家的法人和自然人, 这种社会关系就是“超出一国范围”的社会关系, 也即国际关系。国际法调整的国际关系按不同的标准可作不同的分类。如果以其主体作为划分的标准, 我们可以分为国家间关系、国际组织间关系、国家与国际组织的关系、不同国家的法人间关系、一国法人同外国和国际组织的关系、不同国家的自然人间的关系、一国自然人同国际组织和外国及其法人的关系。

国际法和国内法是两个不同的法律体系。但宏观国际法学并不赞

^① 国际法上强行法的概念源于国内法, 强行法就是指必须执行的法律规范。1969年的《维也纳条约法公约》第53条和第64条第一次在国际公约中正式使用这一概念, 但对国际法中哪些规范为强行法, 意见不一。参见李浩培:《强行法与国际法》, 载1982年《中国国际法年刊》, 第37~63页。

成二元论者在国际法和国内法关系上极端地强调两者区别的那种主张。^①国际法和国内法的划分是相对的，不是绝对的。从唯物辩证法的观点看，国际法和国内法的区分既确定又不确定。之所以谓“确定”，是因为如上所述两者存在着相对确定的区别。之所以谓“不确定”，是因为两者又有密切的联系。国内法是国家制定的，而国际法是国家参与制定的。一般来说，国家在制定国内法时要考虑国际法的要求，而在参与制定国际法时也要考虑国内法的立场。因此，国际法和国内法在一定条件下互相渗透、互相补充、互相转化。国际法和国内法的结合部分、交叉部分成为一些新兴的边缘法学、横向法学或比较法学研究的对象。

基于上述理由，有必要说明这种情况，即各国国内立法的一部分法律也调整涉及本国的国际关系。各国的这一部分法律是国内法还是国际法呢？我们认为，对这个问题不能一概而论。我们知道，任何法律一经制定，均有一个付诸实施的问题。法律规范的实施是指其在社会生活中得到贯彻执行。若法律规范在社会生活中得不到贯彻执行，任何法律便会成为一纸空文，在法律上所表现的国家利益与意志也就成为空谈。国际法的适用范围超越一国范围，其贯彻执行在于各国基于主权原则和平等互利原则彼此协调解决。各国可以自行制定直接调整某些国际关系的法律，由于这种法律调整的社会关系超越本国范围，涉及到他国及其法人或自然人，它们具有一种虚拟的域外效力。但这种法律要在国际社会得到贯彻执行，也就是说，其虚拟的域外效力要变成现实的域外效力，除在本国领土范围内，仍需国际社会中的各国根据主权原则和平等互利原则彼此协调。因此，各国在制定这类法律时不得不考虑遵守国际法的一般原则和尊重其他国家的权益，争取他国在平等互利的基础上对本国法律的尊重。否则，其法律就不能或者很难得到贯彻执行，在域外就不能发生效力。这里，我们之所以强调这类法律的现实域外效力，是因为这是它们在国际社会得到实施的关键所在。回过头来回答前面提出的问题，可以这样说，如果调整

^① 二元论者认为，国际法和国内法是绝对不同的法律体系，由于他们过分强调两者不同，以致造成两者的对立。参见周鲠生：《国际法》，商务印书馆1981年版，第17～19页。