

主编 李江

湖南省社会科学研究『百人工程』学者文库

国际民商法与中国的法制建设

GUOJI MINSHANG FA YU ZHONGGUO DE FAZHI JIANSHE

■ 李先波 著

湖南人民出版社

湖南省社会科学研究“百人工程”学者文库

国际民商法 与中国的法制建设

GUOJI MINSHANG FA
YU ZHONGGUO DE FAZHI JIANSHE

李先波 著

湖南人民出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

国际民商法与中国的法制建设/李先波著. —长沙: 湖南人民出版社, 2004.2

ISBN 7-5438-3568-1

I. 国... II. 李... III. ①国际法: 民法—研究②国际商法—研究③民法—研究—中国④商法—研究—中国 IV. ①D997.1②D923.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2004) 第 011597 号

责任编辑: 马明明

装帧设计: 胡薇薇

国际民商法与中国的法制建设

李先波 著

*

湖南人民出版社出版、发行

(长沙市展览馆路 66 号 邮编: 410005)

长沙湘诚印刷有限公司印刷

2004 年 2 月第 1 版第 1 次印刷

开本: 850×1168 1/32 印张: 9.125

字数: 214,000

ISBN 7-5438-3568-1

D·567 定价: 18.50 元

《湖南省社会科学研究“百人工程”学者文库》

编 委 会

主任、主编：李 江

编 委(按姓氏笔划为序)：

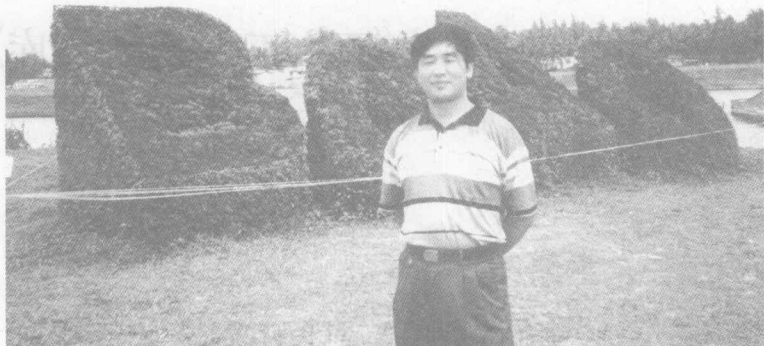
丁来文 王耀中 贝兴亚

朱有志 刘鸣泰 刘沛林

肖君华 易炼红 屈贵全

柳思维 唐凯麟 曹监湘

黄菊芳 彭国甫 熊治祁



亚兴贝

作者简介

李先波，男，1963年4月生，湖南慈利县人，汉族，中共党员，湖南师大教授、法学院副院长，硕士生导师，武汉大学国际法专业博士，中国社会科学院博士后，湖南省社科“百人工程”学者，中国国际私法学会常务理事。目前主要从事本科生和研究生教学以及国际私法学、比较民法学、合同法和知识产权法等方面的科研工作。已出版专著《合同有效成立比较研究》、《契约法论》、《国际民商法专题研究》、《知识经济时代知识产权的国内国际保护》、《国际私法和国际民事诉讼专论》等5部，在《法学研究》、《中国法学》、《法学评论》、《法商研究》、《比较法年刊》、《法学杂志》等刊物发表论文40余篇，其中多篇被《新华文摘》、《人大报刊复印资料》和《全国高校报刊文摘》等转载。承担省级课题5项，参加国家级课题2项。

总序

中共湖南省委常委、省委宣传部部长 李江

21世纪驶入了科技发展的快车道。知识与科技的创新成为推动这个时代发展的引擎。知识分子和科学家则成为推动这列快车前进的动力。

人类社会发展史表明,国家的兴盛、民族的强大、社会的发展,无不通过科技和人才的兴旺发达折射出来。要在21世纪的科技、经济、文化的舞台上扮演主角,没有突出人才领舞是决不能实现的。人类社会的发展揭示了一条真理:谁拥有人才,谁就拥有未来;谁拥有创造性青年人才,谁就能创造未来。

湖南社科事业要迎接知识经济的挑战,要跻身全国社科工作的先进行列,要开创湖南社科事业的新局面,实现湖南社科事业的大兴旺、大发展、大跨越,关键在于积聚一群在国内外有较高学术声望的专家学者,特别是拥有一批根底深、后劲足、潜力大的青年社科学术理论专家。

当前,我国已进入全面建设小康社会,加快推进社会主义现代化的新的发展阶段。这个阶段,对我们的经济、政治、文化来说,是必须紧紧抓住并且可以大有作为的重要战略机遇期。对社会科学事业来说,也面临着一个黄金般的发展契机。一是党

和国家领导人高度重视哲学社会科学事业。毛泽东同志指出,全党都要注意思想理论工作,有计划地培养马克思主义理论家和评论家,把理论工作搞起来,加强马克思主义理论的研究和宣传。邓小平同志指出,“科学技术是第一生产力”,“科学当然包括社会科学”。江泽民同志指出,在认识和改造世界的过程中,哲学社会科学与自然科学同样重要;培养高水平的哲学社会科学家,与培养高水平的自然科学家同样重要;提高全民族的哲学社会科学素质,与提高全民族的自然科学素质同样重要;任用好哲学社会科学人才并充分发挥他们的作用,与任用好自然科学人才并发挥他们的作用同样重要。胡锦涛同志明确指出:“哲学社会科学的发展水平和繁荣程度,是一个民族的综合素质和文化力量的重要体现和标志。积极发展哲学社会科学是全党和全社会的重要任务。”这些重要论述为哲学社会科学的发展指明了方向。二是我国改革开放、现代化建设的实践为哲学社会科学的发展提供了广阔的发展空间。改革开放特别是党的十三届四中全会以来,广大哲学社会科学工作者在马克思列宁主义、毛泽东思想、邓小平理论和“三个代表”重要思想的指导下,以锐意创新的勇气和科学求实的精神,进行理论研究和实践总结的双重探索,推进了哲学社会科学事业的发展。在新世纪新阶段,全面建设小康社会的实践为哲学社会科学的发展提供了极为丰富的实践源泉;加入世贸组织,我国对外开放向全方位、多层次、宽领域的快速推进,为哲学社会科学工作者打开了一个面向世界、兼收并蓄、参与国际社会科学发展的新格局。当今中国经济、政治、文化、社会发展过程中涌现出的一系列重大理论和现实问题,越来越需要社会科学的理论阐释和科学解答。社会科学工作者要珍惜历史机遇,不负时代重托,面向现代化,面向世界,面向未来,用优秀的社科成果,服务科学决策,展示人文精神,推进文明进程。三是实施马克思主义基础理论研究建设工程,需要

广大哲学社会科学工作者贡献聪明才智。李长春同志在 2003 年度国家社科基金项目评审工作会议上的讲话提出,用“三个代表”重要思想统领哲学社会科学事业,就要以“三个代表”重要思想为指导,实施马克思主义基础理论研究建设工程。当前,我们正处于马克思主义理论建设承前启后、继往开来的重要时期,摆在广大哲学社会科学工作者面前的一项历史性任务,就是要将“三个代表”重要思想贯穿到马克思主义基础理论研究的方方面面,形成体现“三个代表”重要思想最新理论成果的哲学、经济学、政治学、法学、社会学、新闻学、史学、文学等学科,从各个方面丰富和发展马克思主义哲学社会科学的基础理论体系。实施马克思主义基础理论研究建设工程必须立足当今时代发展和社会进步的实际,联系马克思主义的发展历史,不断地进行理论探索和创新。要结合实施马克思主义基础理论研究建设工程,加快马克思主义理论队伍建设。

人才是第一资源。作为以开展社科学术研究和理论创新为主攻方向的社科事业,更是需要大批优秀人才来支撑和发展。进入新世纪以来,我省加大了对社科人才特别是青年社会科学研究人才的培育力度。《湖南省哲学社会科学研究“十五”规划要点》明确提出:“‘十五’期间,要把形成一批学贯中西、具有国内国际影响的学者,形成一批根底深厚、勇于创新的学科带头人,形成一批素质良好、锐意进取的青年理论骨干作为我省社科事业兴旺发达的大事来落实。”2002 年实施了“新世纪湖南省青年社会科学研究人才百人工程”,从 304 位“双高”(高级职称、博士学位)青年社科研究者中选取 66 位 39 岁以下的有博士学位正高级职称的哲学社会科学青年学者为培育对象。2003 年颁布了《新世纪湖南省青年社会科学研究人才“百人工程”培育办法》。这无疑是促进“理论湘军”发展壮大新方式,是储备人才、提升人才素质、振兴湖南社科事业的新手段,能收到“长江后

浪推前浪”、“一代更比一代强”的骄人效果。

青年社科人才的成长,依赖于自身的努力,也依靠于各有关管理单位有计划的培育。胡锦涛同志指出:“各级党委和政府要充分认识发展哲学社会科学重大意义,加强对哲学社会科学事业的领导,加大对哲学社会科学研究的投入,加强哲学社会科学队伍的建设,关心哲学社会科学工作者的工作和生活。”时代在发展,社会在进步,各级主管部门、主管领导及社科研究部门要与时俱进,把人才的培育作为社科事业发展第一要务,要加强领导,加大投入,努力改进青年人才的工作条件和生活条件,营造有利于青年人才成长的环境。

自新世纪湖南省青年社会科学人才“百人工程”实施以来,省委宣传部划拨了专项培育资金,省社科规划办设立了“百人工程”专项课题,接着在《求索》杂志开设了“百人工程”学者介绍专栏。目前推出的“湖南社科研究‘百人工程’学者文库”既是培育“百人工程”学者的一种方式,也是首批“百人工程”学者最新理论成果的展示。全省各级社科规划管理部门要通过多种渠道、多种形式,加大投入的力度,加大培育的力度,加大宣传的力度,使我省青年社会科学优秀人才“百人工程”专家早日成长壮大。“百人工程”学者要坚持以马列主义、毛泽东思想、邓小平理论和“三个代表”重要思想为指导,坚持理论联系实际的原则,多思慎思,多出精品、出上品,使自己成为先进思想的传播者、学术研究的开拓者、精品力作的创作者和“四有公民”的培育者。

是为序。

序

元双幸

法治是人类共同的文明成果，而随着经济全球化的不断发展和国际交往的不断扩大，人们仅仅对国内行为规则的了解已难以适应社会生活的需要，学界对作为调整人们行为规范的法律的研究也迫切需要扩充视野，对各项制度的研究总离不开对世界上主要国家的有关规定和实践的比较分析，对民商法的深入研究应当是对国际民商法制度的探讨。中国的法治建设也必须融入世界法治化建设的轨道，大胆借鉴国外有益的东西，加速自身法治化的进程。

先波同志正是基于上述理念，在广泛收集中外文资料的基础上，运用比较的、历史的和实证分析的方法，根据我国以及世界上其他一些主要国家的立法和实践，并结合国际公约的有关规定，对合同形式规则、缔约能力制度、缔约过失责任制度、缔约中的意思瑕疵规则、不当得利等制度进行了系统深入的研究，并对国际民事管辖权的协调以及合同的法律适用、我国加入《海牙产品责任法律适用公约》的可行性等作了深入探讨。该书以如何促进我国的法治建设为中心，在探讨上述各项制度时，大多对我国的有关立法和实践进行了评析，为如何完善我国的有关立法提出了具体建议。该书最后还专门对我国法治化的基础和进程作了探讨，并对后 WTO 时代我国应如何加快法治化建设进行了研究。

由于国际民商法博大精深，书中难免有疏漏之处。但值得

肯定的是,该书中外文资料丰富,论述深刻,见解独特,既具有较强的理论性,又具有较强的现实针对性,无论对理论工作者还是实践部门的工作者都具有参考价值,特此向广大读者推荐。

李双元

2003年7月于长沙

目 录

第一篇 合同法篇	(1)
一、合同的有效成立	(1)
二、缔约能力制度比较研究	(11)
三、合同的形式	(41)
四、缔约过失责任的产生和演变	(59)
五、缔约中的意思瑕疵规则比较研究	(74)
六、不当得利制度比较研究	(108)
第二篇 国际民事管辖权与法律适用	(176)
一、国际民事管辖权的协调	(176)
二、合同准据法的含义及其历史演变	(200)
三、合同的法律适用	(208)
四、当事人未作有效选择时合同的法律适用	(225)
五、《海牙产品责任法律适用公约》与我国 的应对之策	(246)
第三篇 中国的法制建设	(259)
一、中国实现法治化的基础和进程	(259)
二、入世与中国的法治建设	(270)

第一篇 合同法篇

一、合同的有效成立

合同成立与合同生效是合同法研究中人们常常使用的两个重要概念，学术界对于二者的关系长期以来一直存在争论，与此同时，人们又在广泛使用另一个概念——合同的有效成立（或表述为有效成立的合同）。^①那么，何谓合同的有效成立？其构成要件有哪些？它与合同成立、合同生效的关系如何呢？

（一）合同有效成立的含义

合同的有效成立是由合同成立与合同生效组合而成的复合概念，是指合同的有效存在，是合同成立中的一种。与此相适应，有效成立的合同是指已经成立且能产生效力的合同。

在各国的合同法中，几乎找不到有关合同成立一词的统一性的定义。在英美学者的著述中，有时可见到“formation of contract”这一用语，但不同学者用以表达的含义往往有很大的

^① 该概念散见于许多学者的有关合同的专著和论文之中。可参见：王泽鉴：《民法学说与判例研究》（第5册），第237页；李双元、温世扬主编：《比较民法学》，武汉大学出版社1998年版，第739页；傅静坤：《二十世纪契约法》，法律出版社1997年版，第25页；龙翼飞主编：《新编合同法》，中国人民大学出版社1999年第1版，第46页。

区别,^①译为中文,有的将其理解为“合同的订立”,有的则将其译为“合同成立”。

我国的立法也未明确界定合同成立概念。在日常生活中,如果某一当事人向另一当事人发出了书面要约,另一当事人对该要约作出了书面承诺,通常便认为合同成立了。然而,这种意义上的合同成立,显然只是指当事人之间经历了订立合同的必要程序,只是合同关系在形式上的存在,即合同在表面上的成立。在实践中,人们更为关注的是,当事人之间的合同是否有效,是否能产生法律约束力呢?换言之,当事人之间的合同是否真正地或在实质上成立了呢?这就是合同的有效成立的问题。

根据字义和推论,合同的成立除了指形式上的存在之外,还有另一层含义,即指合同双方当事人就他们之间的交易关系达成了合意,亦即合同在实质上的成立。不过,理论界对此也存在分歧,这集中表现为:一种观点是将合同成立理解为当事人之间存在一般意义上的合意。如在我国学理上,有的学者认为合同成立是指订约当事人就合同的主要条款达成合意。^②另一种观点是将合同成立理解为存在合法的、真正有效的合意或协议。依《法国民法典》第1108条和《美国统一商法典》第1—201条之(11)所规定的合同的成立以及美国一些学者著述中所指的合同的成立,均属此种意义上的合同的成立。在我国,有的学者也认为合同成立是指具有法律意义的合意或诺言已经存在;^③还有的认为是指各方当事人经过要约和承诺并达

① 王军:《美国合同法》,中国政法大学出版社1996年版,第38页。

② 王利明:《民商法研究》,法律出版社1999年版,第441页。

③ 赵德铭:《合同成立与合同效力辨》,《法律科学》,1994年第3期。

成协议而建立了合同关系。^①按照第一种观点,只要缔约人之间就某一事项或行为达成协议或意思表示一致,合同即成立。合同成立与否,只要看是否有缔约人以及缔约人之间是否存在协议或意思表示一致,而不问缔约人是否有缔约能力以及合同内容是否合法等。成立的合同可能有效,也可能无效。而根据第二种观点,合同的成立是具有法律约束力的合同的成立,亦即合同的有效成立。因此,合同成立与否除要考虑合同当事人是否达成协议或意思表示一致外,还应考虑合同当事人是否具有缔约能力、合同内容是否合法等因素。为了便于区别,一些学者早已将第二种意义上的合同成立称之为“合同的有效成立”或“有效成立的合同”。由此可见,合同的有效成立是从合同成立中分离出来的,是指具有法律效力的合同的成立。

合同的有效成立在合同法研究中具有重要意义。这主要是因为,一方面我们日常生活中所称的“当事人之间合同是否成立”,其“合同”往往是指有约束力的合同,是以有效合同为前提的,若谈论的是无约束力的合同,也就失去了关注合同是否成立的意义。另一方面,“合同法研究的最基本的方面就是合同的成立问题”,^②而对合同的研究,基本上也是以有效成立的合同为研究对象的,各国立法中有关合同的效力、合同的履行、合同的变更和转让以及违约责任等的规定,其中的“合同”无疑均指有效成立的合同。此外,在许多英美学者的著述中,合同成立也是指合同的有效成立。^③如美国《统一商法

① 龙翼飞主编:《新编合同法》,中国人民大学出版社1999年版,第42页。

② See Gordon D.Schaber and Claude D.Rohwer, Contracts, West Publishing Co.1975, P.1.

③ 王军:《美国合同法》,中国政法大学出版社1996年版,第38页。

典》第1—201条之(11)宣称：“合同是指从当事人协议中产生的全部法律义务，并且该协议的法律效力是依照本法和其他可适用的法律规则取得的。”该定义将合同局限于由有效协议行为所产生的法律义务，据此而成立的合同，无疑是在实质上成立的合同，即有效成立的合同。

合同的有效成立是一个十分重要的问题，它是合同全部内容的基础，对所谓合同的权利义务、履行和违约责任等的探讨，都是以有效成立的合同为前提和基础的。合同的有效成立同时又是一个十分复杂的问题，它不仅涉及当事人的缔约能力、当事人之间真实合意的达成、合同的内容和形式是否合法、成立的时间与地点等问题，而且在国际合同中还涉及缔约能力、合同的内容与形式、合同成立的时间与地点等的法律适用问题。此外，对英美法国家合同的探讨还必须涉及对价(Consideration)问题，对法国法的研究还必须涉及原因(Cause)问题。还应指出的是，合同的成立在实践中极易与合同的生效、合同的效力、合同的订立等相混淆。

(二) 合同有效成立的要件

债权合同的成立要件，与一般合同的成立要件是一致的。其成立要件主要包括：^①(1) 须有两个以上的当事人，且当事人必须有行为能力；(2) 合同的内容，应适于发生债权，即应为确定、可能、适法及社会的妥当；(3) 合同的各意思表示，应有效成立而且一致。^②由于合同的有效成立是由合同成立和合同生效复合而成的概念，因此，合同有效成立的条件既包括合同的成立要件又包括合同的生效要件。

^① 参见史尚宽：《债法总论》，台湾1978年版，第14页。

1. 合同成立的要件

依照以德国为代表的大陆法系的合同理论，合同首先是一种法律行为，是法律行为的种概念，因而合同成立的条件当适用法律行为的理论。传统的民法认为，法律行为成立的要件有一般成立要件和特别成立要件之分。前者是一般法律行为所共同的成立要件，包括当事人、标的和意思表示三项；后者则是特定的法律行为所特别要求的成立要件，诸如要物行为中物之交付。因此，合同成立的要件首先应包括当事人、标的和意思表示。此外，由于“合意”是合同的另一重要特征，故除了应具备上述条件外，合同成立“尚须双方意思表示一致”。^①还应指出的是，以上只是合同的一般成立要件。某些特殊类型的合同，因其自身的性质和内容要求不同，其成立还需符合其特定要件。例如，对于实践合同而言，实际交付物是其成立的必要要件；对于要式合同而言，必须以规定的方式缔结才能成立。此外，各国有关合同成立要件的具体规定也存在差异。如《意大利民法典》第1325条规定，合同的要件包括当事人的合意、原因、标的和法律规定的必须采取的、否则无效的形式。而1998年修订的《欧洲合同法原则》第2:101条第1款规定，合同符合下列条件即成立而无须其他的要件：1. 当事人意欲在法律上受有拘束，以及2. 它们形成了充分的合意。《国际商事合同通则》第2.1条规定：“合同可通过对要约的承诺或通过当事人的能充分表明其合意的行为而成立。”毫无疑问，上述所称的合同成立的条件，无论是传统民法理论的要求，或是各国的具体规定，都只是合同在形式上成立的条件，而不是合同在实质上成立的条件。

^① 邱聪智：《民法债权编通论》，台湾辅仁大学法学丛书编辑委员会编辑，第34页。