

中国国际私法 与 比较法年刊

CHINESE YEARBOOK
OF
PRIVATE INTERNATIONAL LAW
AND
COMPARATIVE LAW

2018
(第二十三卷)

中国国际私法学会 主办
武汉大学国际法研究所

黄进 肖永平 刘仁山 主编



法律出版社
LAW PRESS • CHINA

中国国际私法 与 比较法年刊

CHINESE YEARBOOK
OF
PRIVATE INTERNATIONAL LAW
AND
COMPARATIVE LAW

2018
(第二十三卷)

中国国际私法学会 主办
武汉大学国际法研究所

黄进 肖永平 刘仁山 主编



法律出版社
LAW PRESS • CHINA

图书在版编目(CIP)数据

中国国际私法与比较法年刊. 第二十三卷, 2018 /
黄进, 肖永平, 刘仁山主编. -- 北京 : 法律出版社,
2019

ISBN 978 - 7 - 5197 - 3540 - 1

I. ①中… II. ①黄… ②肖… ③刘… III. ①国际私
法—中国—2018—年刊②比较法—中国—2018—年刊
IV. ①D997 - 54

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2019)第 100437 号

中国国际私法与比较法年刊(2018·第二十三卷) ZHONGGUO GUOJI SIFA YU BIJIAOFA NIANKAN (2018·DI-ERSHISAN JUAN)	黄 进 肖永平 主编 刘仁山	策划编辑 沈小英 责任编辑 沈小英 张泽华 装帧设计 李 瞻
--	----------------------	--------------------------------------

出版 法律出版社	编辑统筹 法治与经济出版分社
总发行 中国法律图书有限公司	开本 710 毫米×1000 毫米 1/16
经销 新华书店	印张 28.5
印刷 北京虎彩文化传播有限公司	字数 553 千
责任校对 马 丽	版本 2019 年 6 月第 1 版
责任印制 吕亚莉	印次 2019 年 6 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-83938336

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、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-83938334/8335 西安分公司/029-85330678 重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071639/1636 深圳分公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 3540 - 1

定价:228.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

《中国国际私法与比较法年刊》

编辑委员会名单

顾问	费宗祎	李双元		
主编	黄进	肖永平	刘仁山	
编委	(按姓氏笔画为序)			
	丁伟	王瀚	王国华	卢松
	吕岩峰	刘仁山	刘晓红	刘想树
	许军珂	孙昂	孙尚鸿	孙南申
	杜涛	杜焕芳	杜新丽	肖永平
	何其生	沈涓	宋晓	宋连斌
	陈卫佐	林燕萍	金彭年	屈广清
	袁泉	徐宏	徐冬根	徐国建
	郭玉军	黄风	黄进	蒋新苗
	韩健	谢石松	霍政欣	
执行编委	郭玉军	宋连斌	邹国勇	
本期编辑	邹国勇	樊婧	杨灵一	陈南睿
	林萌			

目 录

庆祝张仲伯教授九十华诞专栏

中国“国际私法冲突法体系”之构建

- 张仲伯教授的学术经历与学术思想 刘仁山(3)
- 《选择法院协议公约》的批准和我国利益的保护问题 王吉文(18)

国际私法专论

近代中外条约中的国际私法规范研究

- 兼论条约在国际私法案件中的适用 于 飞(33)
- 统一国际私法进程中的欧盟与丹麦:冲突与协调 邢望望(51)

冲突法研究

我们究竟需要怎样的灵活性?

- 对中国最密切联系原则可控性的思考 田洪璠(71)
- 跨境网络消费者合同的法律适用问题探析 李 晶 张 冰(92)
- 论《鹿特丹规则》中批量合同法律适用的路径融合 张超汉 邵 辉(108)

国际私法实务研究

- 《法律适用法》结果选择规则实施考察 张丽珍(127)
- 对中国法院适用《纽约公约》正当程序条款的反思
- 基于实证研究的方法(1995 ~ 2018) 林君怡 张琳琳(160)

国际民商事争议解决

- 论仲裁协议涉外商事纠纷解决功能之核心定位及其效用 陈 胜(187)
- 重新仲裁主体选择的制度逻辑
- 兼论我国重裁主体规制的路径 杨 桦(216)
- 国际投资仲裁庭对精神损害赔偿的管辖权问题 张 建(228)
- 多元化国际投资争端解决体系下国家联络点(NCP)机制研究 刘卫峰(245)

比较法研究

- 论美国法院确立一般管辖权的“在家标准” 甘 勇 王淑娟(261)
- 国际商事仲裁“软法”之治的多维思考 王 徽(284)
- 论海牙《判决公约(草案)》中知识产权的间接管辖权问题 樊 婧(313)
- 欧盟领事认证制度的实践与启示 钱振球(338)

信息与资料

新时代中国国际私法的使命

- 在中国国际私法学会2018年(宁夏银川)年会开幕式上的致辞
- 黄 进(353)

携手共进,开创中国国际私法工作新局面

- 在中国国际私法学会2018年年会上的报告 徐 宏(357)
- 中国国际私法学会2018年年会总结 肖永平(365)
- 法国遗产法典(法律部分) 陆静怡 王 岩 译 郭玉军 校(369)
- 约稿启事 (444)

Contents

The Celebration for Prof. Zhang Zhongbo's 90th Birthday

On the Construction of China's "Conflict of Laws System"

—Professor Zhang Zhongbo's Academic Experiences and Thoughts

..... Liu Renshan(3)

The Ratification of the 2005 Hague Convention on Choice of Court

Agreements and Protection of Interests of China Wang Jiwen(18)

Reviews on Private International Law

A Study on the Regulations of Private International Law in Modern Chinese
and Foreign Treaties

—Also on the Application of Treaties in Private International Law Cases

..... Yu Fei(33)

The Interaction between Denmark and the EU on the Unification of Private
International Law

—Conflict and Coordination Xing Wangwang(51)

Studies on Conflict of Laws

What Kind of Flexibility do We Need?

—Reflection on the Controllability of the Closest Connection Principle in China

..... Tian Hongjun(71)

Research on the Applicable Law in Transnational Internet Consumer Contract

..... Li Jing & Zhang Bing(92)

- The Path Integration of Law Applicability in Volume Contracts under the
Rotterdam Rules Zhang Chaohan & Shao Hui(108)

Studies on Private International Law Practices

- Some Observations on the Enforcement of the Result-selective Rules in
Chinese PIL-Act of 2010 Zhang Lizhen(127)
- Reflections on the Application of the Due Procedure Provisions of the New
York Convention by Chinese Courts
—Based on the Empirical Analysis(1995 ~ 2018)
..... Lin Junyi & Zhang Linlin (160)

Resolution of International Civil and Commercial Disputes

- The Orientation and Effect of Arbitration Agreement as a Settlement of
International Commercial Disputes Chen Sheng(187)
- The Reasoning of Various Deciders in Remission of Arbitral Awards
—Comments on Chinese Pattern Yang Hua(216)
- Research on the Jurisdiction of International Investment Tribunal to Award
Moral Damages Zhang Jian(228)
- A Study on the Mechanism of National Contact Point under Diversified
International Investment Dispute Settlement System Liu Weifeng(245)

Comparative Law Studies

- A Study on the“ At-home Test” for the Determination of General Jurisdiction of
American Courts Gan Yong & Wang Shujuan(261)
- Multidimensional Thinking about the“ Soft Laws” Governance in International
Commercial Arbitration Wang Hui(284)
- On the Jurisdiction over Intellectual Property in the Draft Hague Convention on
the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments Fan Jing(313)

On the Practice and Experience of Legalization of EU	Qian Zhenqiu(338)
--	-------------------

Information and Materials

The Mission of China's Private International Law in the New Era	
—Speech at the Opening Ceremony of the 2018 Annual Conference of China	
Society of Private International Law(Yinchuan, Ningxia)	Huang Jin(353)
Work Together to Create a New Situation in the Cause of Private International	
Law in China	
—Report at the 2018 Annual Conference of China Society of Private	
International Law	Xu Hong(357)
Summary on the 2018 Annual Conference of China Society of Private	
International Law	Xiao Yongping(365)
French Heritage Code(Legislative Part)	
..... translated by Lu Jingyi & Wang Yan, revised by Guo Yujun	(369)
Contributions Wanted	(444)

庆祝张仲伯教授九十华诞专栏

编者按

在本卷《中国国际私法与比较法年刊》即将付梓之际，张仲伯教授不幸于2019年5月29日仙逝。我们仍开设本栏目庆祝张先生九十华诞，在表达对先生的敬仰和良好祝愿的同时，也对先生致以沉痛的悼念与哀思。

中国“国际私法冲突法体系”之构建

——张仲伯教授的学术经历与学术思想*

刘仁山**

2018年12月9日湖北省法学会国际法研究会2018年年会暨张仲伯教授九十华诞学术思想研讨会在中南财经政法大学隆重召开。来自联合国国际法委员会、国际民航组织法律与对外事务局、中国国际私法研究会、湖北省法学会、湖北省国际法研究会、湖北省高级人民法院、中国人民大学、西南政法大学、上海对外经贸大学、北方工业大学、武汉大学、华中科技大学、华中农业大学、华中师范大学、中南财经政法大学、中南民族大学、三峡大学的160多位专家学者及硕士、博士研究生欢聚一堂,庆祝张仲伯教授九十华诞,并对张仲伯教授的学术观点和学术思想进行了深入研讨。因此,此次会议是继2008年张仲伯教授八十华诞后中国国际私法学界的又一盛事。

在2018年12月9日寿诞典礼上,笔者回顾了张仲伯教授对中南财经政法大学国际法学科建设、人才培养和科学研究工作的重大贡献;阐述了先生一以贯之的“国际私法冲突法体系”(或“小国际私法体系”)的学术思想;汇报了自己研读先生著作的深刻领悟。人生九十华诞,张先生喜迎鲐背之年,是先生的康乐洪福,亦是中国国际法甚或整个中国法学界的喜庆福祉!笔者有幸忝列张仲伯先生门墙,这里再借

* 本文受到作者主持的中国法学会2017年年度部级重大课题《构建人类命运共同体的国际法律问题研究》[CLS(2017)A02]的资助。

** 中南财经政法大学副校长、法学院教授、博士生导师,中国国际私法学会副会长。

《中国国际私法与比较法年刊》撰文弘扬先生的学术思想!^①一是致敬张先生对我国国际私法事业的重要贡献;二是感恩先生的无私栽培之劳!

一、学术经历

张仲伯教授是江西余干县人,1929年11月6日生于鄱阳湖岸边一个小渔村,家道殷实。张先生1949年5月参加工作,先后任职于余干县瑞洪区人民政府及县人民法院;1951年7月被组织上保送到中国人民大学攻读法律专业本科,毕业后被分配到原中南政法学院任教;1955年9月又被选送到人民大学、外交学院研修国际私法;1957年回校并给本科生授课,直至1996年荣退。其后,张先生仍笔耕不辍,并坚持给研究生上课,参与研究生论文的评阅和答辩等一系列教研工作。

张仲伯教授曾任中南政法学院国际法教研室主任,硕士研究生导师,国际法专业硕士研究生导师组组长,中国国际私法学会常务理事、副会长,中国国际法学会理事,《中国国际私法与比较法年刊》编委会编委,《中华人民共和国国际私法示范法》专家起草小组成员。

张仲伯教授在国际法领域教研达60余年。因贡献突出,1989年曾被国家人事部、国家教委授予“全国优秀教师”光荣称号。

张先生著述甚丰,涉及法学的多个领域。其中,在国际私法领域的主要著述有:主编全国高等政法院校规划教材《国际私法》;^②主编《国际私法学》;^③副主编《国际私法教程》;^④参编新中国首部国际私法统编教材,即由原司法部法学教材编辑部编审、由韩德培教授主编的《国际私法》,^⑤该书于1988年获国家优秀教材一等奖;^⑥担

① 2008年10月,在中南财经政法大学迎来60华诞之际,法学院国际法研究所为张仲伯教授举行了80华诞庆典,并召开以“中国和平发展中的国际法问题”为主题的学术研讨会。中南财经政法大学时任校长吴汉东教授拨冗莅临,高度评价了张仲伯教授的学术成就及其在人才培养和学科建设方面的重要贡献。中国国际私法学会会长黄进教授带领武汉大学国际法研究所的10余位老师亲临庆典,张仲伯教授门下弟子10余人也从全国各地来汉参加了庆典。在庆典仪式上,笔者报告了张仲伯教授的学术思想和主要学术贡献,事后将该报告整理成文,并在《私法研究》发表[参见刘仁山:《国际私法与国民商事交流规制之冲突法论——张仲伯教授学术思想概览》,载陈小君主编:《私法研究》(第8卷),法律出版社2010年版]。在本次湖北省国际法年会期间,武汉大学邹国勇教授特别向笔者约稿,希望笔者写一篇专门介绍张仲伯教授国际私法思想的文章。谨此,特别向国勇教授表示衷心感谢!

② 参见张仲伯主编:《国际私法》,中国政法大学出版社1995年版。

③ 参见张仲伯主编:《国际私法学》,中国政法大学出版社1998年版。

④ 参见刘振江、张仲伯、袁成第主编:《国际私法教程》,兰州大学出版社1988年版。

⑤ 参见韩德培主编:《国际私法》,武汉大学出版社1983年版、1989年修订版。

⑥ 参见韩德培:《韩德培文集》(上),武汉大学出版社2007年版,第20页。

任《国际经济法律大辞典》的国际经济法分科主编^①等。1988年,张先生还主编了原中南政法学院的校内供本科生使用的教材《国际经济法通论》,^②尽管该书没有公开出版,但在当年,这是一本适用教学需求、质量较高、较新颖的专业教材。与兄弟院校相比,中南政法学院时期(现为中南财经政法大学)的国际经济法开疆拓土式的教学,是走在前列的。

此外,张先生撰写了《国家作为涉外民商事关系主体之法律地位问题》^③《中国区际冲突法与区际民事诉讼法问题》^④《中国区际私法中公共政策问题》^⑤《中国涉外经济合同法及其适用》^⑥《关贸总协定新体制和乌拉圭回合》^⑦《中国与国际货物销售合同公约》^⑧《中国国际私法史略和主要理论》^⑨等诸多领域的学术论文。此外,张先生还参编了《中国涉外经济法律问题》《法学概论》《法学词典》《经济科学学科辞典》等。

张先生还曾作为主要专家成员,参与中国国际私法学会《中华人民共和国国际私法示范法》(以下简称《示范法》)的起草工作。根据中国国际私法学会1993年年会决议,张仲伯教授被指定为《示范法》起草小组9人专家组成员,参与起草《示范法》。自1994年5月起,张先生带领笔者和当时在我校国际私法教研室任教的沈涓教授,起草了该《示范法》中婚姻家庭和继承关系部分的法律适用条款。该《示范法》是中国国际私法学术研究和司法实践的结晶,已由法律出版社于2000年正式出版。《示范法》虽然不具有法律效力,但对我国立法、司法机关及科研机构等均有重

① 参见张仲伯等主编:《国际经济法大辞典》,湖南出版社1995年版。

② 参见张仲伯主编:《国际经济法通论》,中国政法大学出版社1990年版。

③ 参见张仲伯、刘筱岚:《国家作为涉外民商事法律关系主体之法律地位初探》,载《中南政法学院学报》1991年第4期。

④ 参见张仲伯:《中国区际冲突法与区际民事诉讼法研究》,载中国国际私法学会编:《海峡两岸法律冲突及海事法律问题研究》,山东大学出版社1991年版。

⑤ 参见张仲伯、王伟玲:《我国区际私法中公共秩序保留制度初探》,载《云南大学学报》(法学版)2001年第3期。

⑥ 参见张仲伯:《中国涉外经济合同法及其适用》,武汉东湖开发区管委会1998年《简报》。

⑦ 参见张仲伯:《关贸总协定新体制和乌拉圭回合》,《走向世界》关贸总协定宣传提纲“总论篇”,中南政法学院宣传部1993年编。

⑧ 参见张仲伯:《中国与国际货物销售合同公约》,载黄炳坤主编:《中国涉外经济法律问题》,广西人民出版社1991年版。

⑨ 参见张仲伯:《中国国际私法史略和主要理论问题再思考》,载黄进、肖永平、刘仁山主编:《中国国际私法与比较法年刊》(第10卷),北京大学出版社2007年版。

要参考价值。^①

二、学术思想

张仲伯教授一直坚持和维护国际私法的冲突法性质之观点,并在此基础上努力探讨国际私法发展过程中出现的新问题与新理论,其密切关注中国国际私法的立法与实践问题,是我国国际私法冲突法学派(或“小国际私法学派”)的主要代表人物之一,其冲突法思想主要反映在原中南政法学院本科教学使用的教学参考资料、相关文章和著作中。

自1996年以来,张先生孜孜不倦,不断对其国际私法理论体系进行完善。先生关于国际私法的较为独特的体系建构,集中反映在其专著《国际私法学》一书中。综观先生国际私法思想的形成和发展历程,可见其“小国际私法体系”的思想及体系历经了长时间的积累与沉淀。

(一)1957年《国际私法纲要》^②

1955年张仲伯教授从中国人民大学研究生班毕业分配到中南政法学院后,根据学校的教学计划,编写了国际私法的教学大纲和讲义,奠定了学校国际私法学科的初步基础。1957年年初,张仲伯教授第一次给中南政法学院法律系本科生授课。为满足学生需要,他克服当时资料奇缺的困难,投入巨大精力编写完成了校内教材《国际私法纲要》。

在这本教材中,张先生认为,国际私法是以解决法律冲突为目的,以间接调整为方法,由冲突规范、规定外国人的民事地位规范和涉外民事诉讼程序规范所组成的国内部门法。其理论体系涵括:国际私法概论(主要包括国际私法的概念、渊源、与邻近法律部门的关系、名称、体系);冲突规范及其制度(主要包括冲突规范的概念、结构、种类,准据法的确定,识别,反致,公共秩序保留,法律规避,外国法的查明);国际私法主体(外国人及其待遇、外国自然人、外国法人);几种涉外民事关系的法律冲突和法律适用(主要包括所有权、合同、侵权行为、婚姻家庭、财产继承等);涉外民事诉讼程序(主要包括涉外民事诉讼的概念、外国人的民事诉讼地位、涉外民事案件管辖权、司法协助、外国法院民事判决的承认与执行)。

① 毫无疑问,全国人大法工委《中华人民共和国民法典草案》(第一稿)中第九编“涉外民事关系的法律适用”基本上采纳了《示范法》中的法律适用部分。从最近中国国际私法学会几届的年会中相关代表提交的国际私法草案来看,基本上都不同程度地采纳了《示范法》的内容或者是以《示范法》为蓝本的。

② 1981年,张仲伯先生根据对1957年教材的回忆,重新编写并摘要发表。参见游少尹主编:《法学概论》,山东人民出版社1985年版。

这本教材是张先生“小国际私法体系”的学术思想的最初载体,张先生明确地将实体法规范排除在国际私法的范围之外,旗帜鲜明地主张国际私法是“间接法”。

(二)20世纪80年代《国际私法教学大纲》

由于1957年版《国际私法纲要》在“文化大革命”期间丢失,20世纪80年代初期,张先生又重新编写了《国际私法教学大纲》。

在这本新编教材中,张先生认为,国际私法是调整涉外民事关系的法律规范的总称,是与国内民法相平行的独立的法律部门。其基本内容为:各国国际私法立法中规定的各项法则,就是指包括解决国籍、住所冲突在内的外国人(含无国籍人)民事法律地位(含外国人在内国民主体资格的确定);涉外身份能力、物权、债权、婚姻家庭、财产继承等民事关系的法律适用;还包括如何确定涉外民事案件的管辖权、司法协助,即包括法院等机构的文书的国外送达、涉外调查取证、被适用外国法内容的查明,以及外国法院判决及仲裁裁决的承认与执行等诸多问题。国际私法的主要任务为:当某一涉外民商事案件触及不同国家的法律内容和体系,在适用于具体案件而引起法律冲突时,怎样按照国内法或公约中的冲突规则,并援用涉外民事程序法规定的要求,正确而妥善地处理有关的涉外民事案件。

在这本新编教材中,张先生仍然坚持国际私法的“间接法”属性,并进一步明确国际私法独立部门法的地位。

(三)1988年《关于国际私法的对象、范围和体系问题》

1987年11月在武汉大学召开的中国国际私法与国际经济法教学研讨会上,就国际私法学科与国际经济法学科的关系问题,张先生参与大会发言。会后,张先生将发言稿整理,并以《关于国际私法的对象、范围和体系问题》为题,发表在《中南政法学院学报》1988年第1期上。^①张先生在本文中系统地阐述了他的“小国际私法体系”的学术思想。

张先生认为,为有效地完善我国冲突法的规范,改变我国对传统国际私法研究的落后状况,必须就国际私法的对象问题统一认识。首先,解决这个带有方向性的基本理论问题,才能使国际私法领域许多特有法律制度的研究更加深入精细,并将研究不断推向新的阶段。张先生认为,国际私法的对象是特殊的涉外民法关系。而所谓特殊的涉外民法关系,并不是泛指涉外民法关系,而是专指间接调整这一特殊方法,即以选择适用法律的方法所调整的涉外民法关系为其对象。张先生坚持用这

^① 张仲伯:《关于国际私法的对象、范围和体系问题》,载《中南政法学院学报》1988年第1期。

一方法确定对象的考虑主要基于两点:首先,可以排除统一实体规范和调整涉外民法关系的国内实体规范大量涌入,避免国际私法的范围膨胀起来;其次,应当维护国际私法作为“间接法”具有的本质特征。

关于国际私法的范围问题,张先生认为,国际私法规范主要是冲突规范,同时,还应包括外国人民事地位规范和涉外民事诉讼程序规范。张先生不赞成把统一实体规范纳入国际私法范围之中,因为这样会带来一些弊端。他认为,如果将那些本属于其他法律部门组成范围的“一揽子”实体规范均并入国际私法范畴,把“实体法”和“冲突法”凑合成一个拼盘,其结果不仅将导致始自“法则区别说”以来形成的国际私法这一传统的结构体系“肢解”,还会损害国际私法相临近的其他法律部门,如国际经济法、涉外经济法及其各分支学科的研究和发展。

在坚持冲突法传统结构的基础上,张先生建议依下述体系重新修订全国统编教材:

(1)总论:国际私法教学引言;国际私法概念;国际私法的历史;冲突规范和准据法;适用外国法的制度;外国人的民事地位。

(2)专论:自然人;法人;国家;物权;合同之债;非合同之债;工业产权、版权;家庭法、继承法。

(3)程序:民事管辖权;司法互助;外国法院判决的执行;商事仲裁;涉外公证与认证。

我们知道,20世纪80年代,我国法学教育及研究还处于恢复阶段。建构相应的法学体系,先要解决诸多基本理论问题。因此,法学专业领域的争论或争鸣情形是较为激烈和壮观的。国际法领域内国际私法与国际经济法的情形也是如此。在这样的背景下,张先生发表该文,就国际私法与国际经济法之间的相关问题进行深入和系统的阐述,既是先生构建“小国际私法体系”的依据,也是先生“小国际私法体系”思想的核心所在。

(四)2007年《国际私法学》到2012年《国际私法学》

2007年张仲伯教授出版专著《国际私法学》,^①其在书内总结了自己进行的国际私法的教学和研究活动,并对“小国际私法体系”的理论建构进行了全面而系统的梳理与深度阐释。全书分为5编共计23章,70余万字。该书是张先生对其国际私法理论体系的提炼和总结,也是张先生“小国际私法体系”学术思想的集中体现。这本

^① 张仲伯:《国际私法学》,中国政法大学出版社2007年版。