

中国法学家自选集

走向 21世纪的 国际私法

国际私法 与法律的趋同化

法律出版社



李双元 著

中

国

法

学

家

自

选

集

D987-53
L34

走向 21世纪的 国际私法

国际私法 与法律的趋同化

■ 法律出版社



A0929142

前 言

李双元，湖南新宁人，1927年9月10日（农历8月15日）出生。现为武汉大学法学院教授，湖南师范大学终身教授，博士生导师；中国国际私法研究会副会长，中国行为法学会副会长，中国法学会理事，中国国际法学会理事，中国国际经济贸易仲裁委员会委员，全国博士后流动站管理委员会及中国博士后基金委员会专家组法学组成员。曾任湖北省国际法研究会理事长；全国高等教育自学考试指导委员会法学委员会委员，国务院学位委员会第三届学科评议组法学组成员。

李双元教授在中学阶段即阅读了大量的马克思主义著作，接受马克思主义思想，1948年从湖南私立岳云中学毕业后，便投身于家乡的武装起义和迎接解放的工作。1950年考入武汉大学法律系，1955年获法学学士学位。大学毕业后，他先后在中共武汉市委文教部和宣传部工作，并在宣传部任马克思主义哲学教员。1957年春调入华中农学院（现华中农业大学），在马列主义教研室继续从事马克思主义哲学的研究和教学工作。1958年他被错划为右派，蒙屈含冤20余载。1979年，武汉大学恢复法律系，旋又成立了国际法研究所，他终于调回到母校，开始了他最为钟爱的法学教育工作和法学研究工作，并取得了一系列令人瞩目的学术成就，被誉为

我国新时期国际私法学的奠基人之一。^①

李双元教授调回武大以后，立即投入到繁重的教学和研究工作中，并以坚强的意志和令人赞叹的勤奋精神，克服了种种困难，出色地完成了任务。他从 1980 年春起，即开始为第一届国际法研究生主讲国际私法。在多年的教学工作中，他总是力求把国际私法学最新的研究动态、研究成果和自己的研究心得充实进课程内容，并且坚持启发式和讨论式的教学方法，因而深受学生们的欢迎。他平易近人，对研究生们既能严格要求，又循循善诱，一直受到大家的尊敬和爱戴。到现在，他先后为国家培养的数十名国际私法硕士、博士，都在有关岗位上成了业务或理论骨干。目前，仍有 20 余位硕士、博士生就教于他的门下。

为了推进我国已停滞了二十几年的国际私法学的研究工作，他从 1984 年起便在韩德培教授的直接领导下，成功地组织了 1985 年在贵阳召开的第一次全国性的“中国国际私法研讨会”。这次会议在中国国际私法学史上，是具有里程碑意义的，它不但使散布在全国各地高校与研究机构从事国际私法教学与研究工作的专家学者有了第一次聚会、交流、讨论的机会，而且在这次会议上成立了“中国国际私法研究会筹备小组”，接着，于 1987 年又正式成立了“中国国际私法研究会”（现称“中国国际私法学会”）。在研究会早期的几次年会中，李双元教授一直协助韩德培先生组织会议的研究工作，并特别重视团结国际私法学界各方面的力量

李双元教授在我国国际私法学这块园地里，潜心研究，辛勤笔耕，默默奉献，其著述之丰，是人所共知的。他先后出版的《国际私法（冲突法篇）》、《国际民事诉讼法概论》、《中国国际私法》（1996 年经增订修改后以《中国国际私法通论》出版）以及全国高等教育自学考试教材《国际私法》等多部重要著作，均在国内外产

^① 见《珞珈撷英》一书中有关李双元教授的条目，武汉大学出版社 1993 年版。

生广泛影响。由韩德培先生任主编的《国际私法》，作为中国第一部全国通用统编教材得以于1983年如期出版，李双元教授也付出了巨大的劳动。他在《中国社会科学》、《人民日报》、《法学研究》、《中国法学》等全国最具权威的报刊上，先后发表过数十篇重要学术论文。他还受聘提出过多篇有重大实践意义和指导价值的咨询意见和调查研究报告。由他执笔与韩德培先生合署发表于1983年的《应当重视对冲突法的研究》一文，至今，仍对指导我国国际私法学的研究，具有极其重要的影响。他的个人专著《国际私法（冲突法篇）》一直被认为是中国系统研究冲突法基本理论和基本制度的最具权威的著作。在80年代中后期司法部主办的高级法律人才培训班上，我国国际私法学界的另一位前辈学者李浩培教授曾指定以该书作为由他主讲的国际私法课程的主要教材。

李双元教授在国际私法研究领域，十分关注时代的进步和现实的需要，因而他的许多研究工作始终处于这个学科领域的最前沿。如早在1992年完成的《中国与国际私法统一化进程》一书，即属在中国系统研究国际私法统一化运动的开先河的著作，把我国国际私法的理论研究推进到了一个新的领域和高度。李浩培教授在接到他赠送的《中国与国际私法统一化进程》一书后的回信中，对之倍加赞扬，并说，研究国际私法统一化运动，无疑是具有重大现实意义的，这本著作的出版，表明武大在这一领域又“已着先鞭”。

其他如《论国际私法关系中解决法律选择的方法问题》、《中国与当代国际社会法律趋同化问题》、《应当重视对国际民事诉讼法的研究》、《21世纪国际社会法律发展基本走势的展望》、《重构国际民商新秩序中的国际私法》、《中国法律理念的现代化》以及《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》等论文，也均属开拓性论著，思想极其丰富。

李双元教授在自己的研究工作和对研究生的指导中，始终贯穿着对真理执着追求的精神。他常常告勉学生：任何一位社会科学工

作者，任何一种能算得上是科学的学说或理论，都只能达到所处时代的各种条件允许达到的高度，而人类社会的历史却是不断向前发展的，因此，要做一个对社会有高度责任感的学者，便必须在前人既定成果的基础上，跨出新的步子。正是基于这种信念，即使现在他已 70 岁高龄，思想仍十分敏锐，他探讨问题时的理论勇气仍未稍减，因而反映他的新思想新观点的论文仍时有所见。

李双元教授在与他的学生们接触时，还常常勉励他们，研究国际私法，一定得同时具备法理学尤其是民商法学的坚实基础。他自己就是经常关注这些领域的动态的。在这本论文集中，我们原来还拟收入他研究法理学和民法学几篇重要论文，现在在法理学方面，仅保留了有关法律趋同化问题的几篇文章，民法学方面的几篇论文，则受篇幅限制，已经撤下。但由他任第一主编的《比较民法学》已经面世，由此亦足见他在这些领域的造诣。

这本文集之得以出版，得到了法律出版社的大力支持，王晓增同志亦为此作了大量的工作，特向他们表示最诚挚的谢意。

《李双元法学论文自选集》整理小组

1998 年 10 月 4 日

上篇 国际私法

1. 走向 21 世纪的国际私法

纵观历史，人类社会的每一次大裂变总是与战争、暴力如影随形。然而，在本世纪 80 年代末、90 年代初，人类社会第一次以和平的方式实现了国际格局的转换，标志着国际社会开始有能力理性地驾驭人类历史的前进方向，也使我们有机会看到 21 世纪的人类社会从内部连绵不断的战争、对抗与残杀转入真正作为一个整体，通过各种协商、协调与合作的机制，谋求全人类共同持续发展的曙光。而在这样一个和平与发展的伟大时代，调整各种国际关系的各个国际法律部门的地位和作用，必将得到前所未有的提高与增强，其中调整国际民商关系的国际私法也更将显示出它在规范国际关系、建立国际新秩序中的基础性地位和作用。这是伟大的时代赋予国际私法的一个历史性机遇。

从构成当今国际社会基本内容的各种社会关系来考察，国际社会关系大体可以区分为相互独立又相互联系三个层面，即国际政治关系、国际经济关系及国际民商关系。前两种国际关系均是一种国家间的关系，也可以说是一种公的关系，后一种则是一种私的关系。这三个层面的国际关系在法律上分别表现为国际公法、国际经济法和国际私法，共同构成规范国际关系的国际法律体系。前两种属于国际法律体系中的公法范畴，后者则属于私法范畴。冷战时期，苏美两大阵营尖锐对峙，国际关系剑拔弩张，在这种历史背景下，国际社会关注的重心自然集中在国际关系层面中公的关系一面，国际公法在国际法律体系中起着主导作用。冷战结束后，国际

形势发生剧烈的变化，和平与发展成为时代的主流，市场经济作为资源配置方式的合理性已经在全球范围达成共识，正在成为世界各国经济体制普遍的存在方式，全球经济一体化整合程度也越来越高。由于和平与发展观念的深入人心以及全球意识的日益增强，上述国际关系的基本走势在未来的 21 世纪必将得到进一步发展。在这种新的形势下，全球的战略重点开始全面转向经济领域，各国政府都把发展本国的经济作为工作重心，并致力于把本国经济融入国际经济大循环圈内，从而又反过来推动国际经济大循环的进一步扩张和深化。国际经济大循环是通过全球这一统一大市场内的国际商品资本、技术、人才、信息等资源要素的流动实现的，而这些资源要素的流动关系从本质上说也就是国际民商的流转关系，即国际范围内平等主体之间的财产关系和人身关系。由于各国政府都把发展国际经济技术合作关系作为对外关系的出发点和归宿，国际民商关系日益成为各国关注的重心并因而得到了迅猛的发展。现今，每年全球商品出口贸易已超过 4 万亿美元，约占世界生产总值的 18%；国际资本流动规模空前扩大，每天在世界范围金融网络中流动和运转的资金高达 1 万亿美元。可以说，在国际关系的三个层面中，国际民商关系的基础性地位正日益显示出来，这就客观上要求调整国际民商关系的国际私法在调整国际关系中发挥主导作用，确立起其在国际法律体系中的基础性地位。当然，有必要申明的是，我们说国际私法将作为国际法律体系中的基础性法律部门在 21 世纪中得到发展，并不是说国际公法和国际经济法不重要。随着 21 世纪国际关系的发展，整个国际法律体系都将在建立国际新秩序中发挥重要作用并获得新的发展。还有必要指出的是，时代只是给予国际私法一个鼎新机遇，而机遇需要把握。要想使国际私法顺应时代潮流，真正担负起在建立新的国际秩序中的重任，不仅需要世界各国的共同努力，更需要我们法学界首先在观念上破除传统国际私法的偏颇见解，重新考察国际私法的基本功能，并切实明确国际私法在

建立新的国际秩序中的角色定位。

人类社会是按一定规则组成的有秩序的整体，没有秩序便没有社会。建立新的国际秩序以发展国家之间的友好关系及合作，保证人类世代代在和平和正义中稳步加速经济发展和社会进步，无疑具有重要意义。二战以后，国际社会树起了建立国际政治和经济新秩序的大旗，然而这种国际秩序只涉及国际关系体系的公的关系层面，而对日显频繁复杂的国际民商关系未予顾及。作为国际民商秩序法律层面上的反映的国际私法，尽管经历了二战后出现在欧洲和美国的“改革”运动的冲击，有了很大发展，却尚未有人提出建立起国际民商新秩序的口号，无论是理论研究者，或是法律实务工作者，几乎都还没有从（至少还没有完全从）传统国际私法的观念与制度的束缚中解脱出来。但是当今国际关系的新发展，特别是市场经济的全球化 and 全球经济的一体化呼唤着新的国际民商秩序的建立。市场经济全球化的趋势意味着世界市场将更加完整统一，一切国家、一切地区、一切经济部门、一切企业和一切商品、货币、资本、科技、劳务与信息都将日益纳入全球规模的市场体系之中。各个国家、各个地区与各个区域集团均将对外开放。“国家的”经济发展将与“国际的”经济发展密不可分。这样就可能使世界各国采取某些措施来处理国家间的经济关系和民商关系，以谋求全人类的共同繁荣与发展，从而必然要求建立起新的国际民商秩序。国际民商新秩序正是人类整体或全球利益观念加强和经济全球化的必然结果。这种国际民商新秩序应是一个有序、开放、灵活的大系统，它的建立和维持需要一整套健全和科学的国际民商法律体系，特别是国际私法体系，以实现国际私法功能和终极目标的转换，从而确立其在国际法律体系中的基础性地位。可是，传统的国际私法一直局限于扮演通过解决法律冲突来求得判决结果的确定性、可预见性和一致性的角色，或仅着眼于个案中判决结果的公正性。从实质上看，自国际私法产生以来，有关它的理论学说不可谓不多，但它们

都是围绕着适用域外法之根据与法律选择来展开的。这显然与国际民商新秩序的构筑是不相适应的。而国际私法如果不抓住机遇实现其功能由单纯的解决法律冲突向构筑国际民商新秩序的彻底转换,它就不可能在建立新的国际秩序中担当起重要角色,也就不可能树立起其在国际法律体系中的基础性地位。因此,对传统的国际私法理论进行革新已势在必行。

如前所述,国际私法在国际法律体系中基础性地位的确立有赖于国际私法功能的转换,而其功能的转换又有赖于国际私法自身的革新和体系的重构。传统的国际私法理论一直存在着重大缺陷。这种缺陷首先表现在对国际私法的法律机制的认识上走入了误区,传统国际私法完全以冲突规范取代了国际私法全部法律机制的位置,漠视实体法的作用,从而把它与国际私法调整对象是实体关系这一前提割裂开来,导致了国际私法根本目标的扭曲;其次,传统国际私法理论上形成的体系只能说是冲突法制度方面的体系,并没有把本世纪以来大量出现的统一实体法条约及国际商事惯例涵纳其中,与蓬勃发展的国际民商事关系极不协调。既然我们都承认国际私法调整对象是国际民商关系,那么我们也应该承认凡是调整国际民商事关系的规范都应纳入国际私法的范围。统一实体法通过把同一法律关系置于一个共同的、统一的实体性质法律规范之下来直接调整国际民商关系,规范国际民商事行为。相对于冲突规范来说,它更加符合国际民商事关系的本质要求,我们没有理由把它排斥在国际私法体系之外。而且我们还可以预见,随着国际交往的发展以及国际社会法律趋同化趋势的不断加强,这种统一实体规范将不断增加,有朝一日终将成为国际私法的主要规范和调整国际民商关系的一种最主要方法,亦即成为国际民商法律秩序的主要方面。总之,我们在重新认识国际私法体系或者国际私法范围的时候,必须立足国际民商新秩序的构筑,抓住调整国际民商关系这一关键点,并且要有一种发展的观点,这样我们就会发现,今天的国际私法早已超

出传统上仅限于冲突法的范围，而且也早已不限于一种国内法源，它已发展成为涵纳国内法源和国际法源，包括冲突法、实体法和程序法三大规范群的一个庞大的独立的国际法律部门。实际上，也只有这样一种国际私法体系才能实现国际私法的最终目标——构筑国际民商新秩序，才能显示出它在国际法律体系中的基础性地位。

（本文原为《国际民商新秩序的理论建构》一书的序言，原题为“把国际私法学的研究提升到一个新的更高的阶段”。该书作为“武大学术丛书”于1998年2月由武汉大学出版社出版）

2. 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

对我们来说，在这个矛盾和动荡的世界上，建立新的国际政治秩序和国际经济秩序，以发展国家之间的友好关系及合作，保证目前一代和将来世代在和平与正义中稳步地加速经济和社会发展，无疑是极为重要的。然而，这里所称的国际秩序只涉及国家本身的活动而非个人的活动，而在构成国际社会基本内容的各种社会关系中，除却此种国家间关系外，尚有大量的私人（包括自然人与法人）关系，因而也就必然存在一种不同于前者的秩序，以及为维持此种秩序而存在的规则。本文兹以这种私人关系中最主要的民商关系为研究对象，在检讨作为调整国际民商关系的国际私法的历史，回顾旧的国际民商秩序的历程的基础上，针对国际经济一体化进程，论述建立新的国际民商秩序的必要性，并着重探讨国际私法在建立这种新秩序过程中的功能与作用问题。

一、市场经济全球化呼唤建构国际民商新秩序

第二次世界大战后，由于生产力和科学技术的高度发展，经济市场化成为一种不可逆转的全球性的趋势和过程。这是由商品经济——市场经济的本质决定的。这一趋势早在自由资本主义时期就已出现。马克思曾针对这一现象断言：“资本主义，由于开拓了世界市场，使一切国家的生产和消费都成为世界性的了。……过去那种

地方的和民族的自给自足和闭关自守状态，被各民族的各方面的互相往来和各方面的互相依赖所代替了。物质的生产是如此，精神的生产也是如此。各民族的精神产品成了公共财产。民族的片面性和局限性日益成为不可能。”^① 可以肯定地说，随着这种趋势的加强，国际民商事关系也进入了一个前所未有的发展时期。据统计，1991年世界出口额已达3.4万亿美元，而1950年仅为529亿美元。国际贸易增长的速度大大超过世界生产增长的速度。^② 从1983年到1990年，世界贸易平均增长9%，比同期国民生产总值的增长率3%高出两倍。世界贸易额在世界国民生产总值中的比重已从1980年的28%提高到1992年33%。^③ 这就是说，全世界的产值中的1/3是在国际交换中实现的。

这种市场经济全球化的趋势对于当今世界经济的发展和国际民商关系新秩序的建立具有深远的影响。市场经济全球化使世界市场更加完整统一，一切国家、一切地区，一切经济部门，一切企业和一切商品、货币、资本、科技、劳务与信息都纳入到全世界无所不包的市场体系之中，一切闭关、封锁和地区的割据最终都无法抵挡商品与市场经济的冲击，这就在客观上要求世界各国，特别是后起的发展中国家，为了顺应这一趋势，必须从本国实际出发，积极参与国际经济竞争和合作，否则，置身于世界经济体系之外，孤立封闭，就难以在国际分工重新组合和结构调整以及国际资本流动中获得更大利益，也势必阻碍本国与世界各国民商事交往的发展。

总之，在市场经济全球化的趋势下，“国家的”经济发展将越来越与“国际的”经济发展密不可分。一国的经济问题很难说完全是自己的问题，它涉及的范围会越来越大。如果不注意从全球的格

① 《马克思恩格斯选集》第1卷，第254页。

② 参见联合国：《世界投资，1992》第12页。

③ 参见李琮：《论经济全球化》，载《中国社会科学》1995年第1期，第26页。

局来考虑问题，认识不到各国经济相互渗透、相互依存的关系，其结果将是十分危险的。经合组织前专家荷兰·谢奈在一次题为“我们害怕全球化吗？”的研讨会上，曾针对金融国际化对各国的挑战说道：“如果 200 个最大的投资机构为了谋求利润而抽走巨额短期资金，现在就能把一些国家的当局压垮。”^① 正因为如此，所有追求经济现代化的国家均越来越相似，人类社会渐渐趋向“匀质化”，^② 从而可能使世界各国采取某些一致的措施来处理国家间的政治、经济关系和国家成员间的私人关系（主要是民商关系），以谋求全人类的共同繁荣和持续发展。

然而，虽然从 80 年代后期起，旧的国际秩序已经打破，两极冷战格局已经结束，从而使大国停止大规模的军事对抗和军备竞赛，为本国和世界其他国家经济社会的良性发展提供了较好的环境和条件，但是，新的世界格局并未形成。世界上所存在的其他各种矛盾，诸如南北矛盾、地区和种族之间的矛盾、各民族国家间各种利益的矛盾等并没有解决。特别是美国虽然力不从心，但仍然在搞霸权主义，妄图推行美国式的“世界新秩序”。而由于旧的格局和旧的秩序的结束，特别是作为这种格局和秩序形成基础的军事及政治上最大的共同敌人和利益的消失，原来被压制或掩盖着的深层次的各种矛盾开始突出并表面化，世界军事和政治两极制衡态势和力量已不复存在，各国都在突出本国的利益，都在从本国的经济和安全利益出发，自主寻求新的合作伙伴，进行各种新的联合。世界各种矛盾更加复杂化并向深层发展。在这种时代背景下，随时可能爆发的战争危险消失了，市场经济成为大多数国家和民族的共识，和平发展成为当今世界的主题。然而，正因为如此，一场没有硝烟

① 见《参考消息》，1995 年 2 月 8 日，第 4 版。

② 参见胡伟《论冷战后国际冲突：“对“文明范式”的批评》，载《复旦学报（社科版）》1995 年第 3 期，第 355 页。

的战争，即国际商战却越演越烈。两次世界大战之间的历史事实充分证明了这一点。如今冷战结束后，原先被军事对峙和军备竞赛所掩盖的世界经济的深层矛盾和潜在危机就逐渐暴露出来，并越演越烈，一个新的、更加残酷无情的竞争性世界格局开始形成，而且由于国际经济结构和国际经济秩序的调整大大滞后，一场全球性的商战就在眼前。

这种发生在国际政治、经济领域的一些根本性的变化促使国际社会树起了建立国际政治新秩序、国际经济新秩序的大旗。然而，作为国际民商秩序法律层面上所反映的国际私法，尽管经本世纪二战后同时出现在欧洲和美国的“改革”运动的冲击，有了很大的发展，却尚未有人提出通过国际社会共同的努力也同时建立起国际民商新秩序的口号。这显然不利于作为国际商业竞争平等主体的自然人与法人之间的民商事关系的发展。正因为这样，我们在这里提出建立国际民商新秩序的口号。我们提出这个口号，不是心血来潮、哗众取宠，而是基于国际民商事交往蓬勃发展的客观需要。众所周知，人类社会是按一定规则组成的有秩序的整体。没有秩序便没有社会。所谓秩序，即是在协调人与人、人与社会之间关系时所表现出来的一种和谐。它是人们谋求共同生存与发展的内在要求，是人们欲望和利益的冲突之间的一种相协调的外在表现。在历史上，人们常把这种秩序看作是不依赖于人类意志而独自存在的神圣的东西。^① 随着人类认识和改造自然与社会能力的提高，这种观念发生了动摇，在现代人看来，社会秩序是可以创造或重构的，因而也就产生了某种有目的性的、影响深远的变革的可能性。实际上，在漫长的历史进程中，人们确实不时在自觉或不自觉地创造或重新建构某种秩序，并形成某些规则或采用某些方法来维护此种秩序。这到

^① See Roberto M. Unger, *Law in Modern Society* (New York, Free Press 1976), P130.