

*Collected
Theses of Private
International
Law*

国际私法论丛

——理论前沿、立法探讨
与司法实践

赵相林 主 编
朱子勤 副主编



高等教育出版社

Collected Theses of Private International Law

国际私法论丛

——理论前沿、立法探讨与司法实践

赵相林 主 编

朱子勤 副主编

高等教育出版社

图书在版编目(CIP)数据

国际私法论丛:理论前沿、立法探讨与司法
实践/赵相林主编. —北京:高等教育出版社,
2005.8

ISBN 7-04-017695-5

I. 国... II. 赵... III. 国际私法-文集
IV. D997-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 056827 号

策划编辑 王卫权 责任编辑 王卫权 封面设计 于文燕
版式设计 王莹 责任校对 尤静 责任印制 杨明

出版发行	高等教育出版社	购书热线	010-58581118
社 址	北京市西城区德外大街 4 号	免费咨询	800-810-0598
邮政编码	100011	网 址	http://www.hep.edu.cn
总 机	010-58581000		http://www.hep.com.cn
		网上订购	http://www.landaco.com
经 销	北京蓝色畅想图书发行有限公司		http://www.landaco.com.cn
印 刷	中国农业出版社印刷厂		
开 本	787×960 1/16	版 次	2005 年 8 月第 1 版
印 张	27.5	印 次	2005 年 8 月第 1 次印刷
字 数	510 000	定 价	39.00 元

本书如有缺页、倒页、脱页等质量问题,请到所购图书销售部门联系调换。

版权所有 侵权必究

物料号 17695-00

内 容 提 要

当前全球化的浪潮一浪高于一浪,世界各国在全球化的进程中已经紧紧地联系在一起。世界贸易组织的建立更为世界各国的自由交流扫除了法律的障碍,在这样的历史背景下,国际私法作为一门专门调整国际民商事交往的法律部门,就有了最好的发挥空间。当然,随之而来的就是在国际私法中产生的新问题也层出不穷。如何解决这些新问题,并提出解决问题的最佳方案,就现实地摆在人们的面前。我们组织部分优秀学人,从现实状况出发,本着解决问题的初衷,分别选取了国际私法中的理论、立法和司法问题作出了全新的研究和探讨。

发现国际私法存在的问题,寻找研究国际私法的合理方法,把握国际私法总体发展方向,是国际私法理论探讨的基础,我们正是以此为出发点,分别就国际私法存在的理论问题作出了剖析;现正值我国进行国际私法的立法工作,我们针对国际私法立法中存在的问题,进行了深度研究并提出立法上的建议;由于我国对外开放和加入世贸组织,我国对外交流的深度和广度进一步扩展,在司法实践中产生的国际私法争议也很多,我们针对这些问题,寻根探底地进行挖掘,提出了相应的解决方案。

本书汇集了部分学人对国际私法理论、立法和司法问题的探索,以此激发人们对国际私法问题进一步的关注和研究。

序

在众多的法学学科中，国际私法应该算是一门古老的学科了，其正式形成最早可以上溯至12世纪；国际私法也是现今在国际交往中最活跃、发展较快的法学学科之一；这足以说明对这样一门学科的理论探讨和实践研究的必要性。

国际私法的产生、发展和繁荣有其深刻的经济基础，与国际民商事交往是密不可分的。可以想象的是，在一个经济封闭状态下，没有对外交往的国度里，国际私法很难有其生存的土壤，当然也就更难谈它的发展与繁荣了。法学是一门实践性科学，国际私法自然也不例外。也只有随着国际民商事交往深度与广度的不断扩展，国际私法也才更能凸现其作用，国际私法研究的范围才会更加广大，内容才会更加丰富。从事国际私法研究的学者感到任重而道远，需要不断研究解决在实践发展中所产生的新问题。只有这样，国际私法才能具有更强有力的生命力，才能得以发展。

在我国，对国际私法的研究是比较晚的。旧中国是一个司法主权尚不完全独立的半封建、半殖民地社会，国际私法没有用武之地。新中国成立后至改革开放前，由于实行封闭式经济，国际私法的研究也处于停滞状态。我国真正需要对国际私法进行研究是在改革开放之后，屈指算来也不过短短20多年，这也是法学界公认的。因此，可以说在我国国际私法的研究起步还是比较晚的，从这个意义上说，它也是新兴的、最具有生命力的学科。随着我国加入世界贸易组织以及对外开放进一步扩大，我国的国际民商事交往呈现出空前的繁荣，涉及国际私法的理论和应用问题层出不穷，亟待研究和解决。在这样的研究和解决过程中，国际私法本身也得到了发展。

此次我们本着研究解决国际私法中所出现和存在的许多新问题的初衷，决定把我们近期对国际私法理论与实践的研究成果作一总结，也就有了现如今这样的论丛。本论丛基本包含了国际私法领域一些新的理论与实践问题。参与研究的主要是多年从事国际私法研究与教学的学者，也有实践部门的法官、律师和法律工作人员，更有初出茅庐的国际法专业的硕士与博士研究生，他们共同为国际私法的发展作出自己的努力，奉献着自己的一份力量，这里我应该感谢他们，因为中国国际私法的进步与繁荣离不开他们。

今天，我非常高兴把该论丛推荐给大家，希望它能对读者有所帮助，对国际私法理论与实践的发展有所推动。毋庸置疑，论丛中对有些问题的研究、探

讨，还显稚嫩，甚至有的观点可能有误。但是，作为抛砖引玉，也是非常有意义的。文中有不妥之处，敬请指教。

赵相林

2005年3月于蓟门法苑

郑重声明

高等教育出版社依法对本书享有专有出版权。任何未经许可的复制、销售行为均违反《中华人民共和国著作权法》，其行为人将承担相应的民事责任和行政责任，构成犯罪的，将被依法追究刑事责任。为了维护市场秩序，保护读者的合法权益，避免读者误用盗版书造成不良后果，我社将配合行政执法部门和司法机关对违法犯罪的单位和个人给予严厉打击。社会各界人士如发现上述侵权行为，希望及时举报，本社将奖励举报有功人员。

反盗版举报电话：(010) 58581897/58581896/58581879

传 真：(010) 82086060

E - mail：dd@hep.com.cn

通信地址：北京市西城区德外大街 4 号

高等教育出版社打击盗版办公室

邮 编：100011

购书请拨打电话：(010)58581118

目 录

国际私法理论前沿

国际私法理论基本问题研究	赵相林 邢 钢 \ 3
调整涉外民事关系法律名称及法律学科名称刍议	齐湘泉 \ 42
国家主权原则的发展对国际私法的影响	陈 积 李 真 \ 50
对统一实体规范在国际私法中的地位和作用的再考察	姜茹娇 冯雅因 \ 65
国际私法中“直接适用的法”探析	田晓云 \ 75
试论国际私法上公共秩序保留制度的发展趋势	王克玉 \ 88
涉外民事审判中外国法证明问题浅析	李 继 \ 100
论国际私法中的法院地法倾向	侯永珍 张新娟 \ 109
示范法的理论基础探析	曾 涛 \ 125
中国国际私法立法中的理论梳理	杜新丽 \ 140
国际私法的形式价值——兼谈我国制定国际私法法典的可行性	许军珂 \ 150
中国有关国际惯例的立法评析	孙 蓓 范晓波 \ 162

涉外民商事关系的法律适用

入世后海峡两岸民商事法律冲突的性质及解决途径	赵相林 \ 179
涉港担保合同法律适用条款的学理分析	
——基于国际私法几个基本概念	杨弘磊 \ 198
俄罗斯涉外合同法律适用评析	邹龙妹 \ 207
析我国《票据法》关于涉外票据法律适用的规定	赵一民 \ 216
对侵权行为之债法律适用原则的立法考察	朱子勤 \ 226
夫妻财产制中的若干国际私法问题	
——由《婚姻法》修改所引发的思考	高 璐 \ 236
中国婚姻制度区际法律冲突的解决	马灵霞 \ 244
论我国涉外遗产继承法律适用的立法完善	
——兼评 1988 年《死者遗产继承法律适用公约》	冯 霞 \ 255
国际项目融资法律适用研究	李瑞跃 \ 265
论跨国公司收购的法律适用	李增辉 杨悦莹 \ 286

国际民事诉讼与国际商事仲裁

论判决承认中的管辖权标准

宣增益 \ 297

国际诉讼中的“一事不再理”——日本平行诉讼司法案例评析

李 旺 \ 311

论国际民商事诉讼中的不方便法院原则

刘 力 \ 320

国际互联网民商事管辖权确定之研究

张大治 高 飞 \ 339

跨界破产管辖权冲突法律问题研究

张 玲 \ 357

美国国际私法中对国际民事管辖权的限制

邢 钢 王 双 \ 365

1965 年《海牙民商事司法文书和司法外文书域外送达公约》

适用范围评析

刘 翼 寇 丽 \ 379

试析国际商事仲裁中的国民待遇问题

董纯钢 \ 394

论债权转让后仲裁协议对未签字人的效力

陈瑞子 李广辉 \ 412

国际私法理论前沿

国际私法理论基本问题研究

赵相林* 邢 钢**

■ 摘 要：国际私法作为一门实践性学科，它所承籍的惟一任务就是规范和保护好国际民商事交往。但是，如何更好的实现这样的目标，理论和实践作出不懈的努力，不断寻找最好的解决办法。本文以现代国际私法研究所存在的基本理论问题为线索，就国际私法研究方法、比较法与国际私法和国际私法价值变迁及其转承等最基本问题作出探索，并提出了新的观点和研究思路。

■ 关键词：国际私法 秩序与正义 经济分析方法 比较法 私人利益保护 私权自治

冲突法领域就是一块阴霾的沼泽地，这里面充满了颤动的沼泽，并由博学和古怪的教授所栖息，他们用一种奇怪和不可理解的行话对神秘的事项进行理论化。普通的法院或律师在涉入和卷入这个领域时，就会迷失。^① William Prosser (普若瑟)在 1953 年写下了这样一些话，今天，Prosser(普若瑟)所认为的冲突法状态又会是什么样？

一代代学者在这里辛苦地耕耘，正如一位学者所言：任何值得尝试的东西以前都已经以相同或不同的形式作出过尝试，^②但是，沼泽地是否已经是一览平途，以往的困惑和难题是否已经有了合理性和正当性的解决，制度的建构和规则的设计是否有了新的正当性基础和遵循了已探索出的规律？现在来看，依旧没有令人信服和满意的答案，或许原本就没有答案。而国际私法的魅力也许就在

* 中国政法大学教授，博士生导师。

** 中国政法大学国际私法博士生。

① William L. Prosser, Interstate Publication, 51 Mich. L. Rev. 959, 971 (1952~53).

② Nadelmann, Marginal Remarks on the New Trends in American Conflicts Law, 28 Law & Contemp. Probs. 860 (1963).

于此吧！于是它不断诱惑和激励博学的学者用不同的方法、角度和价值理念来探索它的合理性基础。时代和社会环境不断变迁，科技的发展日新月异，新情况和新问题也不断涌现，但是，也许天底下就没有新鲜的太阳吧！历史就是在不断的重复，尽管社会载体不断变化，但是追溯实质内容问题依旧只是一个，国际私法问题的解决最终皈依到当初最基本的发问上来：在涉外民商事关系中，为什么要选择法律，如何选择法律就是正当的，最简单的发问，我们依旧找不到最简单的回答，历史在沉思中总结，在总结中再不断沉思，在法律中探究制度的合理性基础从来都是新问题，因为这样的探索永无止境……，本文意图在梳理和总结国际私法基本问题的基础上，为探求国际私法制度的合理性基础作出一点理论上的整理与积累，并提出自己的看法。本文具体选取的议题主要是国际私法研究方法、比较法和国际私法，笔者希望通过对上述议题的论述，能引发一些思考，提供一种思考问题的方法，最终能真正促进这样一个学科的前进，这就是本文的初衷。下面我们具体论述。

一、对过去国际私法研究方法的归纳——探究国际私法中的秩序与正义的综合研究方法

诚如我们所知，秩序与正义，是人类的两种价值追求。对秩序的追求导致了人们对规则的渴望。秩序的形成有赖于有形或无形的规则。确定规则的目的就在于反对和防止无序状态。作为现代文明社会中最重要制度性规则，法律在整合社会使之有序方面起着不可替代的作用，并且被认为是人类在规范社会生活方面最伟大的发现之一。对正义的追求导致了人们对平等自由与公正原则的尊崇与确信。法律对平等自由与公正原则的保障正是人们对正义的渴求付诸实施的具体步骤。因此，“秩序与正义是两大最重要的法律目标”。秩序所关注的是建构人的行动或行为的模式，而且只有使今天的行为与昨天的行为相同，才能确立起这种模式。这样，一致性、连续性和确定性便是这种模式的内在要求。而正义所关注的却是法律规范和制度性安排的内容，它们对人类的影响以及它们在增进人类幸福与文明建设方面的价值。秩序是人们追求的理想社会的形式，正义则是理想社会的实质。二者在人们适用法律之行为中的具体化，便体现为秩序价值与实体正义。

法律的遂行这一过程本身，体现了秩序价值，经由这一过程，应当促成实体正义的实现。这正是人们希冀的理想状态。但这一推理并不总是顺理成章的，法律固有的属性往往会使秩序价值与实体正义之间发生背离。这是因为一般性的规则是以类似提取公因式的归纳方法形成的，所针对的是普遍情况。而社会关系

的无限多样性和复杂性决定了某一同类情况中个案所具有的特殊性必将是层出不穷的。这种特殊性将使一般性规则应对无力。特殊性问题使一般性规则的一味使用显得僵化而难以真正符合社会要求;秩序价值和实体正义的对立便出现了。

秩序价值与实体正义的冲突,是法律特性决定的在法律适用中的难解之感。亚里士多德在 2300 多年之前就看到这一点。他指出,尽管法律是一种不可或缺的社会制度,但是由于法律具有一般性与普遍性,所以它就可能因此给解决每个个别案件带来困难。他因而提出,在某些得到明确规定的情形中,应当允许用特殊的衡平手段来纠正法律。^③ 衡平手段虽带有牺牲秩序价值的倾向,但对其合理地运用既能达到对法律的维护,又能在法律制度中直接融入正义原则的抽象表述,若对其加以发展,使之制度化,便可成为法律制度自我防护的安全阀,不失为可取之处。这样的做法可谓强化了法律的适应性并弱化了秩序价值与实体正义之间的冲突,亦即在秩序价值得到整体维护的基础之上争取了最大限度实体正义的实现。

上述有关法律中秩序价值与实体正义的论述让我们明晰了法律在创设与适用中普遍存在的内在机理。如果我们由此进入国际民商事领域,总结过去对国际私法的探究,无谓乎是沿着两条主线展开的,这首先是对国际民商事秩序的寻求,接着就是对正义的诉求,最后是如何促进两者的和谐兼顾。具体来看:

(一) 国际私法对秩序的追求

“国际私法的基本原则是秩序与正义,秩序优先,秩序是正义的前提条件。”^④事实确实如此。追溯历史,向往流动和追求自由是人类永恒的渴求。不同国家人民之间各种跨越国界交往的顺利实现,是现代文明的基础。然而,有序交往是顺利交往的基本保证。也就是,人类在自我发展的进程中,在社会生活的各个方面,一直都在摆脱起初的无序状态,而寻求有序。每一要素在秩序的形成过程中都在回应即时环境,对所有特定情势作出一种调适。而要素在应对即时环境的过程中遵循某些规则所产生的结果则就表现为一种秩序,即某种有序性的东西,存在着某种程度的一致性、连续性和确定性。^⑤ 在组成国家的不同集团之间必然会建立各种关系,人的本性的根本一致和发展贸易的自然趋势大概是建立这些关系的根本原因。这些关系的总和构成了人们所说的国际社会的基本内容。然而,经验表明,任何社会都需要一些规则来调整其赖以组成的各种关

③ [美] E 博登海默著,邓正来译《法理学法哲学与法律方法》,中国政法大学出版社 1999 年版,第 403 页。

④ 加拿大最高法院在 Tolofson 判例中这样认为。See, Can. Year Book Int. L p1058.

⑤ 参见[英]弗里德利希·冯·哈耶克著:《法律、立法与自由》(第 1 卷),中国大百科全书出版社 2000 年版,第 63 页。

系。有社会就要有法律。如果没有规则,完全从各自角度出发的个人才智,以及其有本身弱点的个人意志,是不可能识别并遵循实际可行的途径而避免会导致冲突的途径的,也就是说,没有制裁与秩序,社会就会解体。因此需要探索应该根据哪些指导方针建立组成国际社会的各种关系,以便使国际社会得以继续存在,并为其成员带来它们期待由于国际社会的存在而带来的利益。这些指导方针构成国际秩序。^⑥

以往法律的属地主义的实行和频繁的个人对外交往,更多地使内国人置于外国法的支配下,而各国法律的发展又加深了彼此的差异,因此,这种差异便经常成为内国人在外国利益受到损害的原因。从各国涉外关系整体而言,在法律属地原则下,这种损害是相互的,这对当时的世界经济的发展、个人利益的实现有害无利。法律属地原则对法律冲突的解决已被证明无积极效果,只会束缚涉外关系的发展。法律属人原则虽在一定程度上考虑了法律的域外效力,但其调整法律冲突的单一性已无法适应世界经济和法律发展的需要。相邻集团的存在,其成员之间私法关系的不可避免,以及难以消除的人类共性的情愿,长期以来迫使人们寻求构成国际私法秩序的指导方针和规则。

如果承认构成国际社会的各种关系为了使某种秩序得以建立,应该服从某些规则的话,看来这种秩序不可能忽视法律冲突。国际秩序的基本观念之一事实上是权能的划分:应该尽力划分不同国家各自的权能的范围,以便避免冲突。而在公认的各种国家权能中,最基本的大概就是制定法律的权能,因此,国际秩序就不能不管这种权能的实施范围,因为它关系到其他国家的这种权能。忽略这一点,同一种私法关系可能因此先后得到相反的解决。在有关的关系中,由此产生的麻烦可能很严重,而且可以认为这是没有很好划分立法权能所造成的,私法关系的国际性,造成不同国家法院同时的管辖或连续的管辖,涉及国际秩序的根本因素,即立法权能的划分。

国际秩序观念要求划分各国的管辖范围。如果我们承认存在着一个国际社会,而且承认该社会需要一种由法律规则确定的秩序,那么,合理划分各国的管辖范围,就势在必行了。设计这样一种规则,它能确定有关的不同法律各自的范围,并要求法官根据法律规则适用有管辖权的法律,这就成为人类解决法律冲突,创设国际民商事秩序的惟一可选取的路径。这样也便出现了冲突规则,这种规则具有两个基本性质。它是“间接的”,因为它本身对所涉及的问题并不提出解决办法,只是指出解决问题的法律。它是“双边的”,因为它指出应适用的法律可能是外国法,也可能是本国法。冲突规则的确立确实增进了社会的秩序价值,

⑥ [法]亨利·巴蒂福尔、保罗·提加德著:《国际私法各论》,中国对外翻译公司1989年版,第346~375页。

带来了有序的私人交往关系,增加了私人交往的确定性、可预测性、连续性和一致性,同时,也便利了私人的交往。但冲突规则在带来以上优点的同时,也随着社会的发展产生了更大的负面效应。即规则的僵化性、缺乏针对性、盲目性和简单性。这是因为一方面一般性的规则是在特定的情势下形成的,随着时代发展的日益复杂化,它无法跟上时代的需要或要求,和满足社会进步所提出的正当要求。另一方面冲突规则自身的特性——只划分各国的立法管辖权和指引适用法,也带来了如上盲目性的负面效应。这样,法律的秩序价值与实体正义的冲突便显现出来。在此境况下,如果法律因其对必要的变革所具有的情性或抵制力而不能逐渐适应或应对新出现的情况或问题,那么,一场社会危机或革命有时就会使法律制度发生一次实质性的改革,或促使人们对法律制度进行一次大检查,而这种改革或检查的目的就在于使这两大最重要的法律目标进行协调,至少也是使他们之间的距离缩小。^⑦ 美国冲突法的革命正是在这种内在机理的作用下爆发了。至此,法律选择出现了价值目标、规则和方法的冲突。

(二) 国际私法对正义的寻求

传统冲突规则在地域主权的基础上,通过划分各国立法管辖权来实现国际民商事秩序的建构,这确实给国际民商事交往提供了交往所需的确定性、稳定性和结果的可预测性,但是,随着社会发展的同时也产生了更大的负面效应,即规则的僵化性、不确定性、盲目性和简单性。这是因为:一方面,一般性的规则是在特定的情势下形成,随着时代发展的日益复杂化,它无法跟上时代的需要或要求,无法满足社会进步所提出的正当要求;另一方面,冲突规则自身的特性——只划分各国的立法管辖权和指引适用法——也带来了如上盲目性的负面效应。这样,法律的秩序价值与实体正义的冲突便凸显出来。在此情况下,如果法律因其所具有的情性或抵制力,而不能适应或应对变革中新出现的情况或问题,那么,一场社会危机或革命就可能使法律制度发生一次实质性的改革,或促使人们对法律制度进行一次大检查,而这种改革或检查的目的就在于使这两大最重要的法律目标进行协调,至少也是使它们之间的距离缩小。^⑧ 美国冲突法的革命正是在这种内在机理的作用下爆发了。至此,法律选择中正义的需求得以张扬。

在国际私法领域内,对正义的诉求要求法律选择规则的确立不能只注重划分各国立法管辖权的范围,而更为重要的是应公正地解决法律冲突问题,亦即体

⑦ [美] E. 博登海默著,邓正来译:《法理学法哲学与法律方法》,中国政法大学出版社 1999 年版,第 324 页。

⑧ 同上。

现法律的正义性质。这要求法律选择规则不但是一种立法管辖权的选择方法,还应是结果选择方法,寻求公正、正义的结果是其惟一的目的。详细分析与具体案件具有联系的法域的法律内容,发现有关法律背后的政策和目的,据此确定有关法律的政策和目的是否同具体案件有利益关系,以及这种利益关系的密切程度,如发现某国法律的适用能使案件得到公正的解决,即可适用;反之,如发现其适用会违反自己的社会政策,则应根据法院地的法律来决定如何解决。也就是说,完全依据对当事人公正、正义的结果来确定法律选择。

这种观点以这样一个前提出发,即多国案件本质上和完全的国内案件没有什么不同。这样的观点比我们通常所认为的更古老。历史先例包括 Byzantine 学者们表现出对仁慈的结果的偏爱;意大利注释法学者体现其倾向于法院地良好法则而不要外国令人厌恶的法则;Magister Al Dricus 也提倡善良法的适用。

几个世纪以来,这种观点一直保留在法律选择思想的边缘之后,直到 20 世纪才获得新的、有说服力的倡导。特别在美国,这主要体现在卡弗斯,Robert A Leflar, Russell J weintranb, Friedrich K Jueger, Luther M McDougal 的著作中;还有在德国,体现在 Konrad Zweigort 的著作中。

最突出的是 Robert Leflar。他认为法院应该在选择适用法方面使用五种影响选择的考量^⑨,其中最为重要的是“更好法律规则”^⑩。Leflar 基于这样的原因来合理化他的结论,即选择更有利的法律在法院的实际操作中是固有存在的,并且律师也以这样一种方式来在案件中主张。据 Leflar 观察,法院经常事先就作出法律选择的决定和判决结论,然后依据支持法院结论的法律选择理论来解释这样的结果^⑪,这就是对正义的诉求。对正义结果的追求要求在确定法律选择规则时,不考虑规则所指引的适用法是哪一国法(本国法还是外国法),惟一关注的是哪一国法的适用能带来结果正义。

(三) 国际私法寻求秩序与正义的和谐统一

针对传统法律选择的缺陷,美国革命倡导者强调法律选择的灵活性、个案的公正和保护法院地的利益。他们认为,在国际私法领域内,正义的诉求要求法律选择规则的确立不能只注重划分各国立法管辖权的范围,而更为重要的是应公

^⑨ See Robert A. Leflar, *Choice-Influencing Considerations in Conflicts Law*, 41 NYU L. Rev 267, 282-304 (1966).

^⑩ See Brilmayer, *Conflict of Laws* at 71.

^⑪ Robert A. Leflar, *Choice of Law: A Well-Watered Plateau*, 41 L. & Contemp Probs 10, 11-12 (Spring 1977).