

中国国际私法 与 比较法年刊

CHINESE YEARBOOK
OF
PRIVATE INTERNATIONAL LAW
AND
COMPARATIVE LAW

1998
(创刊号)

中国国际私法学会/主办

法律出版社

PUBLISHING HOUSE OF LAW

LAW AND COMPARATIVE LAW

1998
(创刊号)

中国国际私法与比较法
年刊

中国国际私法学会 / 主办

法律出版社

PUBLISHING HOUSE OF LAW

图书在版编目(CIP)数据

中国国际私法与比较法年刊 第1卷/中国国际私法
学会编. —北京:法律出版社,1998. 6

ISBN7-5036-2483-3

I. 中… II. 中… III. 国际私法—对比研究—
文集 IV. D997—53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(98)第 12681 号

出版·发行/法律出版社

经销/新华书店

印刷/外文印刷厂

开本/850×1168 毫米 1/32 印张/18.375 字数/475 千

版本/1998 年 9 月第 1 版 1998 年 9 月第 1 次印刷

印数/0,001—1,500

社址/北京市广安门外六里桥北里甲 1 号八一厂内干休所(100073)

电话/63266794 63266796

出版声明/版权所有,侵权必究。

书号:ISBN 7-5036-2483-3/D·2099

定价:38.00 元

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

《中国国际私法与比较法年刊》

编辑委员会名单

主 编

韩德培 余先予 黄 进

编 委(按姓氏笔划为序)

卢 松	刘卫翔	刘仁山	刘慧珊	朱兆敏	余先予	肖永平
易 俊	张仲伯	张明杰	赵相林	费宗祯	钱 骅	袁成第
徐冬根	徐 宏	徐国建	章尚锦	黄 进	黄丹涵	黄 风
黄 瑞	董立坤	谢石松	韩 健	韩德培		

执行编委

肖永平

发 刊 词

在西方国家,国际私法出现较早。公元十二三世纪在意大利各城邦间,由于各城邦的法律(当时称“法则”)不同,凡是涉及两个或两个以上城邦间的民商事问题,究竟应该依哪个城邦的法律去解决?国际私法就是为了解决这种“法律冲突”问题而产生的。后来在主权国家之间,由于各国的法律不同,凡是涉及两个或两个以上国家间的民商事问题,也同样要解决这“法律冲突”问题,因而国际私法就逐渐发展起来,很多国家都有自己的国际私法。但由于各国的国际私法又有不同规定,于是同一案件在不同的国家处理,就会产生不同的结果,这对当事人自然是不利的。因此统一国际私法的运动随之而生,无论在欧洲或在美洲,都曾由一些国家制定了不少这方面的国际公约。这自然是值得称许的。但各国出于自身不同风俗习惯以及其他种种利益的考虑,并非都十分积极参加这些公约,因此仍不妨碍各国保持和适用它自己的国际私法。到了近现代,世界经济逐渐朝着一体化的方向发展,由于交通运输的高度发达,国际经贸合作关系、科学文化交流的迅猛发展,以及人员跨国流动和民商事交往的十分频繁,有一部分具有涉外性质或跨国性质的民商事问题迫切需要而且也有可能通过制定的或由习惯形成的国际统一实体法予以解决。这种国际统一的实体法,如果其调整内容是以公民(自然人)或法人或其他组织为平等主体的民商事关系,也就应该属于国际私法研究的范围。与此相关,有些国家由于本身的特殊需要专门为解决这类性质的问题而制定的所谓“直接

适用的法律”，即不必考虑适用别国法而直接适用的内国法，也同样可以而且应该列入国际私法研究范围之内。这样，现代国际私法研究的范围也就不得不随之而扩大了；它所需要研究的问题也就愈来愈多和愈加复杂了。这正是国际私法发展的一种新的趋向。从历史的、发展的眼光来观察，这是毫不足怪的。所以现代的国际私法是一个相当庞大和复杂的有机整体。它是既有悠久历史又在不断发展的一个独立的法律学科，是任何其他法律学科所不能代替的。

可是在我们中国，国际私法却比较晚出。解放以前，由于当时的中国还是一个半殖民地，在帝国主义国家的侵略和压迫下，本身丧失了对涉外问题的司法管辖权，国际私法根本就没有贯彻实施的可能。虽然北洋政府曾制定一个《法律适用条例》，可是它形同虚设，起不了任何作用。解放以后，又由于在一个时期内帝国主义国家的封锁和我们自己的闭关自守政策，国际私法在我国的对外关系中适用的机会还是很少。而且由于法制建设长时期没有受到重视，国际私法自然很难有发展的条件。1978年党的十一届三中全会以后，我们国家的各方面都发生了巨大的变化，出现了前所未有的崭新局面，我们的法学，包括国际私法在内，也不例外。我国政府向全世界明白宣布：对外开放是我国坚定不移的政策，而且今后还要继续扩大对外开放。可以断言，我国的对外经贸合作关系、科学文化交流以及具有涉外性质或跨国性质的民商事问题，必然需要用法律来规范、调整 and 解决。这就决定了我国的国际私法，无论作为一个法律部门或作为一个法律学科，都必然需要大大地发展。

为了适应这种新形势的需要，我国研究国际私法的一个民间学术团体——“中国国际私法研究会”，现改称“中国国际私法学会”，从1985年8月开始酝酿筹备，1987年10月就正式成立了。这个学术团体成立以来，每年都举行一次年会，讨论国际私法方面的一些重大理论问题和实际问题。参加这个学术团体的成员，不但有从事国际私法教学和研究的教师和学者，还有从事实际工作的

各有关部门的专家、顾问、律师和工作人员,还有不少年富力强、朝气蓬勃的国际私法博士和硕士。临时应邀参加年会的,往往还有港、澳、台的学者和专家。可以毫不夸张地说,我们这个学术团体是集中了全国国际私法人才的一个大本营,一个智力库。每次年会都收到数目相当可观的学术论文,并于会后编辑出版论文集。每次举行年会时,出席者都可对讨论的问题各抒己见,畅所欲言,真正做到“百家争鸣、百花齐放”,这已形成这个学会的一种传统。因为我们坚信,只有这种开诚布公、自由讨论的学术气氛,才能促进我们学科的发展,提高我们的学术水平。

1997年在上海和苏州举行的年会,决定从1998年起,每年都出版《年刊》,不再出论文集。年刊定名为:《中国国际私法与比较法年刊》,因为国际私法与比较法有特别密切的关系。年刊的内容,不限于提交年会的经过选择的论文,也可有其他来稿,还会有与国际私法有关的一些资料与信息。这里要指出的是,年刊所发表的论文都只代表撰写者个人的见解,既不代表编委会更不代表本学会的意见。但我真诚地希望这个年刊的创办,将会对促进我国国际私法这一法律部门的发展,对提高我国国际私法这一学科研究的水平,作出较大的贡献。事实上,目前我国国际私法的立法还很不完备,国际私法的学术研究也起步较晚,我们还要继续坚持不懈地进行艰巨的工作,真可说是“任重而道远”。我希望这个年刊将会办得比较出色,不但在国内而且在国外也将能产生相当好的影响,使它在世界上一些知名的法学刊物中也将能享有一席之地。这个年刊的出版,承法律出版社给予大力支持,与本会订立了长期出版合同,特在此向该社深表谢忱!还有为本刊的出版慷慨予以资助的单位和个人,本会也在此向它(他)们深表感谢!

中国国际私法学会会长 韩德培

1998年3月15日

目 录

△发刊词.....	韩德培(1)
-----------	--------

评 论

论国际统一实体私法.....	黄 进(3)
最密切联系原则对传统国际私法的冲击	徐兆宏 石雪梅(25)
论对外经济贸易之债的实体法调整	张宪忠 余晓晖(39)
TRIPS 效应评估与我国的因应对策	石 巍(53)
免除认证问题研究	孙 劲(64)

国际法律适用

《国际商事合同通则》研究

——兼论对中国合同立法之借鉴	牟 榕(79)
国际统一票据法运动与中国票据立法的完善	陈剑平(96)
论我国涉外民事法律适用中的属人法.....	刘宁元(104)
析外汇管制法的域外效力.....	张庆麟(112)
论涉外产品责任的法律冲突及法律适用.....	陈 力(126)

中国参加海牙公约可行性研究

浅议我国参加《遗嘱处分方式准据法公约》的必要性	
-------------------------	--

与可行性·····	浦伟良(137)
海牙《国际诱拐儿童民事方面的公约》评析·····	胡 斌(145)
中国参加《产品责任法律适用公约》的可行性分析 ·····	顾海波(161)
中国应尽早加入死亡人遗产继承准据法公约·····	赵 云(169)

比较法研究

德国法定继承制度研究·····	姚 铨(179)
欧盟新《商标法》的实施及其法律对策·····	宋锡祥(190)
论法国法院在出版物侵权案件中的国际管辖权问题 ·····	邓朝晖(203)
大陆与香港“按揭”制之异同·····	陈大钢(216)
大陆与香港房地产法制比较研究·····	余先予 陈 芳(222)

国际法学科问题讨论

论国际公法、国际私法与国际经济法的合并问题 ·····	韩德培(241)
中国国际法学科体系之我见·····	谢石松(249)
论国际法部门的划分·····	左海聪(259)

区际法律冲突

香港回归后我国区际法律冲突问题如何解决·····	徐静琳(285)
论中国区际商事合同的法律冲突·····	于爱敏(292)
论香港与内地婚姻法律冲突及其解决·····	汪金兰(308)
中国区际司法协助法律探讨·····	聂建强(316)
当代多法域国家区际法律冲突协调模式研究 ·····	肖永平 杜 涛(328)
我国不同法域的法律冲突和法律适用问题探讨·····	章尚锦(363)
大陆与香港地区民商事管辖权冲突与协调问题探析	

..... 白红平 王占明(370)

国际商事仲裁

国际商会调解与仲裁规则述评..... 余先予 刘瑞芳(381)

国际商事仲裁裁决的承认和执行..... 邹立刚(403)

论“一国两制”下我国内地与港澳地区相互承认和

执行仲裁裁决..... 韩健 宋连斌(415)

略论香港与大陆法院对仲裁保障与制约机制的差异

..... 詹礼愿(427)

案例研究

深圳市中级人民法院撤销深圳市海中宝水产贸易有限

公司诉通恒(亚洲)有限公司仲裁裁决书案简析

..... 赵健 白云(451)

译文

中国与海牙国际私法会议

..... (瑞士)阿·冯·奥弗贝克著 陈卫佐译(461)

区际法律冲突

..... (意)E·维塔著 詹礼愿 于爱敏译 於忠莉校(472)

博士论文摘要选登

海牙国际私法会议及海牙公约研究..... 段东辉(499)

信息与资料

罗马尼亚关于调整国际私法法律关系的第一百零五

号法 杜涛译 韩德培校(509)

海牙国际私法会议关于民商事管辖权和判决承认与

执行问题特委会会议情况..... 徐宏 郭晓梅(542)

中国国际私法学会 1997 年年会综述	罗楚湘 (558)
书讯《国际私法新论》(韩德培主编)已出版	(568)
中国国际私法学会第三届会长、副会长、秘书长、 副秘书长、常务理事、顾问和理事名单	(569)
《中国国际私法与比较法年刊》约稿规程	(575)

评 论

论国际统一实体私法

黄 进*

一、导 论

众所周知,法律大别为国内法和国际法,而国内法和国际法均有公法和私法之分。在国际法中,历来都有国际公法和国际私法之说,尽管有的学者并不认为国际私法属国际法。但是,在当今国际社会,国际的国际私法,包括国际统一冲突法和国际统一实体私法,正在日益发展和壮大,这已是不争的事实。本文将讨论国际统一实体私法。

所谓国际统一实体私法(private international uniform substantive law),是调整平等主体之间的国际民商事法律关系的统一实体法律规范的总和,或者说是调整国际私法关系的统一实体法律规范的总和。

讲到国际统一实体私法的概念,必然会涉及“国际统一私法”或“统一国际私法”或“国际私法的统一”(unification of private international law)概念,由于各国及其学者对国际私法(private international law)的含义有不同的理解,因而对国际统一私法也有彼此互异的理解:一种主张认为,国际统一私法是对传统的国际私法或冲突法进行的国际范围的统一,也就是对冲突规范、管辖权

* 武汉大学法学博士、法学院教授、博士研究生导师。

规范和司法协助规范进行的国际统一。在实践中,海牙国际私法会议目前所从事的国际私法统一活动即为这种统一。另一种主张认为,国际统一私法是对实体私法亦即民商事实体法的国际统一,而不包括对传统意义上的国际私法或冲突法的国际统一。在实践中,国际统一私法协会和联合国国际贸易法委员会便主要是进行这一意义上的国际私法统一工作。还有一种主张认为,国际统一私法是一个广泛的概念,既包括对传统的国际私法或冲突法的统一,也包括对实体私法或实体民商法的统一。在实践中,美洲国家组织进行这种国际私法统一活动。^①笔者赞同后一种主张,因此认为,国际统一实体私法,是包括国际统一冲突法在内的国际统一私法的一部分,当然更是国际私法的一部分。

在国际统一实体私法出现后,对之除有上述国际统一私法、国际私法的统一和统一国际私法的称呼外,19世纪比利时学者洛伦(Laurent)曾称之为“国际民法”,并著有《国际民法论》(1881年)一书。瑞士学者梅里(Meili)则称之为“国际民商法”,并著有《国际民商法》一书。^②当然,也有许多学者将国际统一实体私法称之为“国际商法”或“国际贸易法”的。还有一些学者将国际统一实体私法称之为“国际统一法”(international uniform law)。^③

本文之所以使用“国际统一实体私法”这一概念,是为了将其同国内法(用“国际”加以区别)、国际公法(用“私法”加以区别)、国际统一冲突法(用“实体法”加以区别)、国际统一程序法(用“实体私法”加以区别)等概念区别开来。

同其他国际私法分支相比较,国际统一实体私法的调整对象虽然也是国际民商事法律关系或国际私法关系,但在实践中主要

① 参见徐国建:“国际统一私法源研究”,载于《比较法研究》1993年第4期,第337页。

② 参见唐表明:《比较国际私法》,中山大学出版社1987年版,第17页。

③ See UNIDROIT, *International Uniform Law in Practice* (1988); K. Zweigert & J. Kötz, *Sources of International Uniform Law* (1973).

为国际商事关系。这是因为目前在国际上直接调整婚姻、家庭和继承法律关系的国际统一实体法并不多见。国际统一实体私法的主体,既包括参加国际民商事活动的国家和国际组织,也包括参加国际民商事活动的不同国家的自然人和法人。国际统一实体私法由直接规定国际民商事法律关系的当事人之间的权利义务本体的国际统一法律规范组成。这是国际统一实体私法与国际私法中的其他分支的主要区别之一。

二、国际统一实体私法的产生与发展

国际统一实体私法是随着国际民商事法律关系的发展而产生和发展起来的。现代国际统一实体私法起源于欧洲中世纪时期逐渐形成的商业惯例。这种商业惯例被称之为“商人法”(lex mercatoria, law merchant)。^④商人法最初在公元 11 世纪出现于威尼斯,后来随着航海贸易的发展逐渐扩及到西班牙、法国、德国及英国。这种商人法是商人们在特定的港口或市集用以调整他们之间的商业交易的惯例,其主要内容包括货物买卖合同的标准条款、两合公司、海上运输与保险、汇票以及破产程序等方面的惯例。商人法与当时的封建王朝的地方性法律相比较,具有以下几个特点:(1)它具有跨国性(transnational),普遍适用于各国商人;(2)它的解释和运用不是由一般法院的专业法官来掌管,而是由商人自己选出的法官来掌管;(3)它的程序比较简单易行,且不拘泥于形式;(4)它强调按公平合理的原则来处理案件。但是,自 17 世纪以后,随着欧洲中央集权国家的强大,欧洲各国都采取不同的方式把商人法纳入国内法的范畴,使之成为国内法的一部分,从而使商人法失去了它原有的跨国性或国际性。^⑤

^④ 参见施米托夫著、赵秀文译:《国际贸易法文选》,中国大百科全书出版社 1993 年版,第 5—8 页。

^⑤ 参见沈达明、冯大同编著:《国际贸易法新论》,法律出版社 1989 年版,第 2—3 页;施米托夫著,赵秀文译,同前注^④,第 4—11 页。

在人类历史上,现代意义上的国际统一实体私法的制定始于19世纪末。当时,由于工商业的迅速发展,国际民商事交往的日益增多,在一些资本主义强国的推动下,国际社会制定了若干调整国际民商事法律关系的国际公约。例如,1883年在法国巴黎召开的国际会议通过了《保护工业产权巴黎公约》,1886年由瑞士政府发起召开的一次国际会议通过了《伯尔尼保护文学和艺术作品公约》,1888年拉美国家召开“南美国际法律大会”(通称“蒙得维的亚会议”)并于1889年签订了关于国际民法和国际商法的两个蒙得维的亚条约,即《关于国际民法的公约》和《关于国际商法的公约》。1891年在西班牙马德里制定了《商标国际注册马德里协定》等。这些公约的制定表明,国际社会开始致力于国际实体私法立法的国际化和统一化。

从第一次世界大战结束到第二次世界大战爆发期间,资本主义各国经济发展不平衡,当时国际局势的紧张和世界性经济危机破坏了整个国际社会的和谐,极大地分散了各国政府的精力,减少了它们统一国际私法的积极性。但各国为了维护其共同利益,先后仍制定了不少国际统一实体私法公约。例如,1924年的《统一提单的若干法律规则的国际公约》(海牙规则),1929年的《统一国际航空运输某些规则的公约》。国际联盟还主持制定了1930年《汇票及本票统一法公约》和1931年《支票统一法公约》。国际联盟主持制定的这两个公约从其生效一直适用至今,成为统一票据法的重要法律渊源。此外,这一期间还形成了若干关于统一国际贸易惯例的规则。例如,1936年国际商会主持制定了《国际贸易术语解释通则》。总的来说,这一时期的国际私法统一化运动没有得到应有的发展。

第二次世界大战后,国际统一实体私法获得了空前的发展。随着战后政治局势的相对稳定,世界经济的迅速发展,科学技术的突飞猛进,国际间人员往来和接触的日趋频繁,国际民商事交往的发展达到前所未有的规模和速度。与之相适应,国际统一实体私法的