

执行主编 孙世彦

国际法研究

CHINESE INTERNATIONAL LAW REVIEW

中国社会科学院国际法研究中心主办

第二卷



中国人民公安大学出版社

中国社会科学院国际法研究中心主办

国际法研究

CHINESE INTERNATIONAL LAW REVIEW

第二卷

执行主编 孙世彦

中国人民公安大学出版社

· 北 京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

国际法研究. 第2卷/孙世彦主编. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2008. 11

ISBN 978 - 7 - 81139 - 301 - 9

I. 国… II. 孙… III. 国际法—研究 IV. D99

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 178080 号

国际法研究 第二卷

CHINESE INTERNATIONAL LAW REVIEW

执行主编 孙世彦

出版发行: 中国人民公安大学出版社

地 址: 北京市西城区木樨地南里

邮政编码: 100038

经 销: 新华书店

印 刷: 北京兴华昌盛印刷有限公司印刷

版 次: 2008 年 11 月第 1 版

印 次: 2008 年 11 月第 1 次

印 张: 18.75

开 本: 787 毫米 × 1092 毫米 1/16

字 数: 354 千字

印 数: 1 ~ 2000 册

ISBN 978 - 7 - 81139 - 301 - 9/D · 258

定 价: 48.00 元

网 址: www.cppsups.com.cn www.porclub.com.cn

电子邮箱: cpep@public.bta.net.cn zbs@cppsu.edu.cn

营销中心电话 (批销): (010) 83903254

警官读者俱乐部电话 (邮购): (010) 83903253

读者服务部电话 (书店): (010) 83903257

教材分社电话: (010) 83903259

公安图书分社电话: (010) 83905672

法律图书分社电话: (010) 83905637

公安文艺分社电话: (010) 83903973

杂志分社电话: (010) 83903239

电子音像分社电话: (010) 83905727

本社图书出现印装质量问题, 由本社负责退换

版权所有 侵权必究

《国际法研究》编委会和编辑部成员名单

编委会主任：陈泽宪

副主任：陈 甦

编委：（按姓氏笔画排列）

王可菊 王翰灵 孙世彦 朱晓青

刘楠来 刘敬东 陈泽宪 陈 甦

沈 涓 林 欣 柳华文 赵建文

陶正华 黄东黎 蒋小红 廖 凡

执行主编：孙世彦

编辑部主任：柳华文

目 录

学术论坛

- 论中国国际私法领域司法解释与立法的耦合 丁 伟(3)
- 中国公民双重国籍问题研究 陶正华(11)
- 当代冲突法中意思自治方法的扩展与限制 杜新丽(38)
- 跨国儿童监护权保护的国际法律机制
——评 1980 年海牙《国际诱拐儿童民事方面公约》
及其实施机制 汪金兰(56)
- 人民自决权的内部自决和外部自决的关系 赵建文(67)
- 论气候变化国际法上的“成本—收益”问题 龚向前(82)
- 跨国腐败行为与国际法上的危害人类罪 杨力军(95)
- 世界贸易组织与新时期的航空运输服务 赵 云(109)
- 国际海底制度执行协定研究 金永明(129)
- 论欧盟对金融集团的监管
——以《金融集团指令》为中心 廖 凡(148)
- 美国反托拉斯法中的合并控制救济 黄 晋(166)

前沿动态

- 21 世纪国际航空私法的新发展
——关于 1999 年《蒙特利尔公约》航空运输责任
立法的评论与分析 王 瀚(177)

- 我国反垄断法的域外效力 王晓晔(203)
- 《最高人民法院关于审理涉外民事或商事合同纠纷案件
法律适用若干问题的规定》评析 谢新胜(214)

百家评论

- 试论国际海上武装冲突法研究的必要性及起始点 邢广梅(227)

书 评

- 《1847年至1911年帝制中国晚期与作为世界秩序的国际法
——翻译、接受和理论》 马 耿(241)

信息综述

- 第三届国际法论坛：国际法的新发展
学术研讨会综述 钟瑞华 刘敬东 戴瑞君 高 琦 沈 涓(247)
- 第四届国际法论坛：国际法的前沿理论与实践
学术研讨会综述 沈 涓 廖 凡 谢新胜(268)

Table of Contents

Forum

The Coupling Between Judicial Interpretation and Legislation in the Field of China's Private International Law	Ding Wei (3)
The Problem of Dual Nationality of Chinese Citizens	Tao Zhenghua (11)
The Expansion and Limitation of Party Autonomy Approach in the Contemporary Law of Conflicts	Du Xinli (38)
The International Legal Mechanisms of the Protection Against International Child Abduction - The 1980 Hague Convention on Civil Matters on International Child Abduction and its Implementation Mechanism	Wang Jinlan (56)
The Relations between Internal Self - determination and External Self - determination in the Context of the Right to Self - determination of Peoples	Zhao Jianwen (67)
The "Cost - benefit" Problem in the Field of International Law on Climate Change	Gong Xiangqian (82)
Transnational Corruption and Crimes Against Humanity in International Law	Yang Lijun (95)
World Trade Organization and the Air Transport Services in an New Era	Zhao Yun (109)
Agreement Relating to the Implementation of the Regime of International Deep Sea - bed	Jin Yongming (129)
Supervision of Financial Conglomerates in European Union - The Financial Conglomerates Directive as a Focus	Liao Fan (148)
Merger Control Remedies in the U. S. Antitrust Law	Huang Jin (166)

Frontier

- The New Development of the International Air Private Law - An Appraisal
of the Liability on International Air Carriage in
the 1999 Montreal Convention Wang Han (177)
- The Extraterritorial Applicability of the Antimonopoly
Law of China Wang Xiaoye (203)
- An Appraisal of the Chinese Supreme Court' Judicial Explanation
on Laws Applicable to the Civil and Commercial Contracts
with Foreign Elements Xie Xinsheng (214)

Notes and Comments

- The Necessity and Starting Point of the Research on
International Law of Armed Conflicts at Sea Xing Guangmei (227)

Book Review

- R. Svarverud, International Law as World Order in Late Imperial China Translation,
Reception and Discourse, 1847 - 1911 Otto Malmgren (241)

Information

- Summary of the Third International Law Forum: The New Development of International
Law Zhong Ruihua, Liu Jingdong, Dai Ruijun, Gao Qi & Shen Juan (247)
- Summary of the Fourth International Law Forum:
The Advanced Theories and Practice of International
Law Shen Juan, Liao Fan & Xie Xinsheng (268)

学 术 论 坛

论中国国际私法领域司法解释与立法的耦合

丁 伟*

【内容提要】司法解释在理论上与立法同属中国国际私法的法源，从制度设计上讲，两者本应处于互动与耦合状态，然而，长期以来，部分司法解释超越立法已是不争的事实，本文拟就导致部分涉及国际私法内容的司法解释与现行立法“脱耦”这一现象的内在原因作一学理分析，提出若干值得反思的问题，并就促进两者的耦合，进而推动中国国际私法的和谐发展提出若干建议。

【关键词】中国国际私法立法 司法解释 耦合 和谐发展

【Abstract】Theoretically speaking, judicial interpretations and legislation equally belong to sources of China's private international law. In point of institutional design, they should be coupled with each other. However, for a long time, there is no doubt that some judicial interpretations overstep the scope of legislation. This thesis tries to analyse the internal causes of this mismatching phenomenon, and discuss how to promote the harmonious development of China's private international law.

【Key words】China's private international law judicial interpretation coupling Harmonious development

“耦合 (coupling)”是物理学上的概念，指多个系统或运动方式之间通过各种相互作用而彼此影响，以至联合起来的现象，其实质是系统之间及其运动方式的互动。借此推而广之，在国际私法领域，我们姑且将立法、理论研究、司法实践的有机结合、共同作用于中国国际私法的和谐发展视为一种耦合现象。中国国际私法学会成立二十年来，始终以推动中国国际私法的和谐发展为己任，以极大的热情推动国际私法立法的进程，积极促进理论与立法之间的良性互动。^①在理论与

* 华东政法大学教授、博士生导师，上海市人大法制委员会副主任委员、常委会法工委副主任。

① 参见丁伟：《论中国国际私法立法与理论研究的良性互动》，载《当代国际私法论丛》（第6卷），北京大学出版社2006年第1版。

司法实践关系层面,国际私法学界密切关注司法实践中出现的热点问题,对中国国际私法的司法实践进行跟踪研究,^①最高人民法院近年来也积极倡导应用法学的研究,努力提高审判机关处理矛盾、化解纠纷、适用法律的水平和能力,^②理论与实践两者的相互交融已渐入佳境。然而,在我国国际私法领域,立法与司法实践的互动则相形见绌,这一状况集中反映在立法与司法解释的关系上。笔者不揣浅陋,拟以我国国际私法领域司法解释与立法的耦合为切入点,分析司法解释与立法的“脱耦”现象,并就促进两者的耦合,进而推动中国国际私法的和谐发展提出若干建议,以期对这些问题的深入研究起到抛砖引玉的作用。

一、加强对国际私法司法解释与立法耦合问题研究的现实意义

根据《监督法》第31条的规定,司法解释是指最高人民法院、最高人民检察院作出的属于审判、检察工作中具体应用法律的解释。在我国国际私法领域,最高人民法院对如何适用法律规范所作的解释,以及在法律规范适用于具体案件、事项时所作的解释,都被视为司法解释的范畴。由于我国立法与司法在国家权力问题上具有根本的一致性,司法解释在不违背宪法与法律的前提下,对各级审判机关具有普遍的约束力。尽管司法解释并非立法机关按照法定的立法程序制定的法律规范,在理论上难以将其纳入“法律”之列,但在现行法律明显滞后的情况下,司法解释在很大程度上能够及时、有效地弥补法律的缺漏。有鉴于此,国内有学者认为,司法解释实际上已成为中国法律的一种渊源,这一观点也为国内权威国际私法的教材所采纳。^③

鉴于司法解释事实上已扮演了中国国际私法渊源的角色,在理论上与立法上同属中国国际私法的法源,深入研究立法与司法解释的关系,促进两者之间的耦合,对于保证中国国际私法的和谐发展具有重大现实意义。

其一,立法与司法解释属于中国国际私法体系内两个不同系统,立法为“源”,司法解释为“流”,司法解释源自立法,其位阶低于立法,两者的耦合有助

① 自2001年开始,黄进教授每年发布《中国国际私法司法实践述评》的年度报告,及时总结、梳理司法实践中出现的新问题。

② 据人民法院报、法制日报等媒体报道,原最高人民法院常务副院长曹建明教授2007年6月在第八届《人民法院案例选》通讯编辑年会暨应用法学与案例编写研讨会上讲话时指出:要加强应用法学的研究,将应用法学的研究作为人民法院工作中一项不可或缺的基础性工作。曹建明教授最近还撰文论述应用法学研究的理论意义与实践价值。参见曹建明:《繁荣应用法学研究》,载2007年6月18日《法制日报》。

③ 参见黄进主编:《国际私法》,法律出版社1999年第1版,第64~65页。

于促进中国国际私法的整体协调性,保证国际私法治理体系内各系统之间的协调一致,同位阶法律规范之间的协调一致,不同位阶法律规范之间的协调一致。

其二,立法与司法解释的产生方式、运作机制不同,两种不同的运动方式通过相互作用而彼此影响:司法解释以立法为母体,同时又可以有效地弥补立法的不足;司法解释作为“准立法”不但发挥着拾遗补缺的作用,同时也为立法积累了宝贵的经验,经过立法程序将行之有效的司法解释上升为法律规范,不仅节约了立法成本,而且可以增强立法的可行性、可操作性。从这个意义上说,司法解释与立法两者的耦合有助于充分发挥其各自的功能,并促进立法与司法的良性互动。

其三,立法与司法解释长期的若即若离,使学界有时难以就国际私法的一些制度作出理论上一以贯之的解释而陷入尴尬的困境,并且将会导致我国国际私法立法、司法实践与理论研究处于分离的状态。与此同时,我国国际私法学界目前存在着对立法的缺位过于宽容,对司法解释的越位过于苛求的显著倾向,这一现象长此以往将使我国国际私法的理论研究处于失真的状态。加强对司法解释与立法耦合问题的研究,有助于促进立法、司法实践、理论研究三者的协调一致,从而增强中国国际私法的内聚力。

二、中国国际私法司法解释与立法“脱耦”现象的反思

从制度设计上讲,立法与司法解释相辅相成、相得益彰,两者本应处于互动与耦合的状态,然而,长期以来,立法与司法解释俨然是两条互不相交的平行线,部分司法解释超越立法已是不争的事实,^①本文无意再对这一现象的是非曲直做主观评判,仅就导致部分涉及国际私法内容的司法解释与现行立法“脱耦”这一现象的内在原因做一学理分析,提出若干值得反思的问题。

(一) 存在于立法机关的导致司法解释与立法“脱耦”的缘由

毋庸讳言,导致国际私法领域司法解释与现行立法“脱耦”现象的直接原因是立法的缺位,这种立法缺位的表现形式是多方面的。

其一,国际私法的立法长期滞后。以冲突规范的立法为例,现行有效的冲突规范集中体现在《民法通则》第八章之中,1986年《民法通则》施行后,除一些单行法规中出现的零星的国际私法规范外,中国冲突法的立法再无实质性的发展。令

^① 参见宋连斌:《再论中国国际私法的实践困境与出路》,载2003年《中国国际私法与比较法年刊》,法律出版社2003年第1版,第79~87页;丁伟:《我国对涉外民商事案件实行集中管辖的利弊分析——评〈最高人民法院关于涉外民商事案件诉讼管辖权若干问题的规定〉》,载《法学》2003年第8期,第117~123页。

人深思的是,在这二十多年的时间里,中国经历了从计划经济体制向市场经济体制转变、加入世界贸易组织等一系列史无前例的重大变革,受此影响,当事人参与国际民商事法律关系的形势日趋复杂,范围日益扩大,数量与日俱增,而我国冲突规范的立法却可以安之若素。再以国际民事诉讼程序规范为例,十届人大常委会2007年终于启动了《民事诉讼法》的修订工作,令国际私法学界遗憾的是,此次修订仅涉及再审、执行等程序,无涉第四编涉外民事诉讼程序的特别规定。

其二,现行有效的国际私法规范残缺不全。审视现行立法,无论是立法的总体水平、法律体系与结构,还是法律条文的具体内容,都存在明显的缺陷。^①然而,面对残缺不全的国际私法规范和如影随形的司法解释,立法机关既未对立法作必要的补充修订,也未行使立法解释权,对现行立法作必要的补充说明。

其三,国际私法的立法规划难以有效实施。2002年12月25日,第九届全国人大常委会第三十一次会议分组审议了《中华人民共和国民法草案》(以下简称民法草案),中国国际私法学人翘首企盼的民法草案第九编涉外民事关系的法律适用法的审议工作正式拉开了序幕。然而,十届全国人大并未延续对民法草案的审议,仅通过了《物权法》。值得关注的是,《物权法》的审议报告并未对该法草案与民法草案的关系作出必要的立法解释,经九届人大常委会分组审议过的民法草案再也无人问津。十届全国人大常委会又将《涉外民事关系的法律适用法》列入2003~2007年五年立法规划,但十届人大即将届满,《涉外民事关系的法律适用法》始终未列入年度立法计划。按照《立法法》第39条规定,列入常委会审议的法律案,搁置审议满两年的,或者因暂不付表决经过两年没有再列入常委会会议议程审议的,终止审议。由此产生的疑问是,符合《立法法》上述规定的民法草案是否已无疾而终,成为废案?列入五年立法规划的《涉外民事关系的法律适用法》是否也已“胎死腹中”?

其四,立法机关对存在争议的司法解释熟视无睹。面对众多对现行法律作出“补充性修改”、“说明性解释”、“立法性解释”的司法解释,^②负有法定职责的立法机关往往保持不应有的缄默。而根据《立法法》第42条的规定,法律解释权属于全国人民代表大会常务委员会。当法律的规定需要进一步明确具体含义,或法律制定后出现新的情况,需要明确适用法律依据的,由全国人民代表大会常务委员会

^① 参见丁伟:《世纪之交中国国际私法立法回顾与展望》,载《政法论坛》2001年第3期,第129~132页。

^② 参见林燕平:《对我国国际私法司法解释现象的理性分析》,载《法学》2000年第5期,第27页。

解释。《全国人民代表大会常务委员会关于加强法律解释工作的决议》第1条也规定：“凡关于法律、法令条文本身需要进一步明确界限或作补充规定的，由全国人民代表大会常务委员会进行解释或用法令加以规定。”当学界、实务部门质疑司法解释超越现行立法时，鲜见立法部门及时对相关问题作出澄清。

（二）存在于司法机关的导致司法解释与立法“脱耦”的缘由

鉴于立法明显缺位，司法实践中常常出现现行立法未能涉及的新问题，^①在第一条线承担审判任务的各级人民法院在应用法律时亟须司法解释的指导，多年来最高人民法院陆续出台了一系列司法解释，其内容几乎涉及国际私法的各个领域，一些司法解释及时填补了立法缺位而出现的真空地带。^②然而，数量众多、内容相对超前的司法解释与数量有限、内容相对滞后的现行立法将不可避免地发生碰撞，从而导致司法解释与现行立法的“脱耦”。具体来说，存在于司法机关的导致司法解释与立法“脱耦”的缘由主要反映在以下两方面：

其一，一些司法解释的出台较为仓促，对于司法解释的内容与现行法律规范的衔接等问题论证不够充分。近年来，随着我国司法改革步伐的显著加快，需要不断寻找制度创新的空间，当急速推进的司法改革受到现行法律掣肘时，将面临如何跨越法律“红线”的严峻问题。从某种意义上说，一些司法解释的出台不啻是司法机关的“自我救赎”之举。值得一提的是，最高人民法院院长肖扬同志在向十届全国人大四次会议作最高人民法院工作报告时宣布，2006年人民法院将认真落实《人民法院第二个五年改革纲要》，^③该纲要第一次提出了建立和完善我国特有的案例指导制度，充分发挥指导性案例在统一法律适用标准、指导下级法院审判工作、丰富和发展法学理论等方面的作用。尽管最高人民法院有关负责人明确表示，“这里所说的案例指导制度不同于英美法系的‘遵循先例原则’，而与大陆法系国家实行的判例制度相似。”然而，一石激起千重浪，学界对这一制度实施将对我国现行法律制度产生的深远影响充满遐想。

其二，司法机关似乎将制定司法解释作为指导审判工作的终极手段，而忽视了依法行使立法的建议权。根据《立法法》第12条第2款的规定，最高人民法院可以向全国人民代表大会提出法律案，由主席团决定列入会议议程。《立法法》第43

^① 参见黄进等历年来发布的《中国国际私法司法实践述评》年度报告，载2002~2006年《中国国际私法与比较法年刊》。

^② 参见丁伟：《我国涉外民商事诉讼管辖权制度的完善》，载《政法论坛》2006年第6期，第154页。

^③ 参见肖扬同志在十届全国人大四次会议上所作的《最高人民法院工作报告》。

条又规定,最高人民法院可以向全国人民代表大会常务委员会提出法律解释要求。当适用法律遇到问题时,最高人民法院完全可以采用提出立法建议的方式,建议全国人大及其常委会制定或修订相关的法律。

三、促进中国国际私法司法解释与立法耦合的路径选择

司法解释与现行立法的“脱耦”现象由来已久,其危害之烈不容低估,消除这一现象已经刻不容缓。在冷静反思的同时,我们应对症下药,选择合适的路径,采取积极的步骤,有效根除这一顽症。为此,立法机关、司法机关应该各司其职,形成工作合力,共同推进这项工作。

(一) 立法机关推进司法解释与立法耦合的工作路径

如前所述,现行国际私法立法的缺位已成为司法解释与立法“脱耦”的直接原因,立法机关应当以加强国际私法领域的立法为突破口,积极推进各项工作。

其一,积极推进国际私法的立法进程,从源头上防止“脱耦”现象的滋生。面对涉外民商事法律关系日趋复杂的新变化,立法机关应该审时度势,尽快启动我国国际私法的立法程序。为有序推进我国国际私法的立法进程,立法机关应制定切实可行的五年立法规划、一年立法计划,并分轻重缓急,储备一批立法预备项目和调研项目,以保持中国国际私法的立法协调、有序、持续的发展。

其二,建立立法机关与司法机关互动的常态化工作机制。立法机关与司法机关保持经常性的工作联系,有助于立法机关准确把握司法机关的立法需求,增强立法的可行性、针对性,及时发现和解决审判实践中存在的问题,将“脱耦”现象消灭在萌芽状态。与此同时,立法机关视需要可以委托司法机关承担立法起草任务,并且应及时通过立法程序将事实上已成为中国国际私法重要组成部分的一些司法解释上升为法律。^①

其三,积极行使解释法律的法定职权。为维护成文法的权威性,增强立法的可操作性,立法机关应当充分发挥其在解释法律方面的主导作用,当法律、法令条文本身需要进一步明确界限或做补充规定时,及时对相关条文作出解释或制定相关的补充规定。立法机关及时作出必要的立法解释,也有助于凸显立法解释的权威性,减少不必要的司法解释和学理解释。

其四,加强对司法解释的指导与监督。《监督法》第31条规定:“最高人民法院、最高人民检察院作出的属于审判、检查工作中具体应用法律的解释,应当自公布之日起三十日内报全国人民代表大会常务委员会备案。”这一规定首次以法律的

^① 参见徐冬根:《国际私法趋势论》,北京大学出版社2005年第1版,第310页。

形式规定司法解释的备案制度,但我国立法机关通常实行事后备案的制度,仅对报请审核的材料提出法律审核意见,而没有义务主动审查。如何增强审查备案的实效,需要在实践中积极探索。

(二) 司法机关推进司法解释与立法耦合的工作路径

鉴于在存在冲突的立法与司法解释这对矛盾统一体中,司法解释无疑是矛盾的主要方面,司法机关应该以进一步规范司法解释为工作突破口,积极推进各项工作。

其一,依照宪法和法律,稳步、有序地推进司法改革,进一步处理好改革创新与依法改革、依法执法的关系。鉴于目前有关法律应用的司法解释及司法改革创新的举措涉及宪法、组织法以及刑事、民事、行政领域的实体法和程序法等专属全国人大及其常委会的立法权限,司法机关应正确定位司法解释的性质、地位与目的,积极追求司法改革的主观愿望与社会效果统一的价值观念。值得关注的是,近年来,最高人民法院高度重视司法解释的合法性问题,废止了1997年7月1日发布的《最高人民法院关于司法解释工作的若干规定》,自2007年4月1日起施行了新的《关于司法解释工作的规定》(以下简称《规定》),从制度上保证了司法解释与现行立法并行不悖。^①

其二,建立必要的工作机制,进一步规范司法解释工作。近年来,最高人民法院采取积极步骤,进一步规范和完善了司法解释工作,并根据《人民法院组织法》、《监督法》、《全国人民代表大会常务委员会关于加强法律解释工作的决议》等规定,制定了上述《规定》。《规定》明确了人民法院在审判工作中具体应用法律的问题,由最高人民法院作出司法解释,并规定司法解释应当根据法律和有关立法精神,结合审判工作实际需要制定。《规定》对于司法解释的一般规定、立项、起草与报送、讨论、发布、施行与备案、编纂、修改、废止等事项均作了详尽的规定,将司法解释工作纳入了制度化、规范化的轨道。

其三,及时总结司法实践的成功经验,不断丰富和完善司法解释。司法解释源自司法实践,随着体制的转变、社会的转型、社会结构的调整以及法律的“立”、“改”、“废”的变化,司法实践中不断出现新情况、新问题,司法机关应该把握时

^① 《关于司法解释工作的规定》第18条明确规定司法解释送审稿应当送全国人民代表大会相关专门委员会或者全国人民代表大会常务委员会相关工作部门征求意见;第20条将司法解释送审稿是否符合宪法、法律规定,是否超出司法解释权限作为审核的主要内容;第26条规定司法解释应当自发布之日起30日内报全国人民代表大会常务委员会备案。而已经废止的1997年《最高人民法院关于司法解释工作的若干规定》对这些事项均未作出明确规定。