

研究国际私法基本理论, 探讨具体领域法律适用 ——中国国际私法学会 2005 年上海年会综述

郭玉军¹, 车 英²

(1. 武汉大学 国际法研究所, 湖北 武汉 430072;

2. 武汉大学 新闻与传播学院, 湖北 武汉 430072)

[作者简介] 郭玉军(1964-), 女, 河北唐山人, 武汉大学国际法研究所教授, 博士生导师, 主要从事国际私法学研究; 车 英(1954-), 男, 河北望都人, 武汉大学新闻与传播学院教授, 武汉大学文科学报编辑部副主任, 主要从事新闻传播学、新闻法学和国际私法学研究。

[中图分类号] DF97 [文献标识码] D [文章编号] 1671-881X(2006)01-0124-03

中国国际私法学会 2005 年年会于 2005 年 10 月 20 日至 23 日在上海召开。此次年会由复旦大学法学院承办, 并作为复旦大学校庆 100 周年一项重要学术活动。来自全国各地高等院校、科研单位、外交部、司法部、最高人民法院、仲裁委、律师界、出版界、新闻界以及香港特别行政区、澳门特别行政区、台湾地区的代表共计 200 余人参加了会议, 共收到会议论文 160 余篇。此次会议是学会自成立以来参加人数最多的一次会议。

中国国际私法学会名誉会长、武汉大学韩德培教授给年会发来贺信, 寄语后辈学者发扬学会的优良传统, 为中国国际私法的发展做出更大贡献。中国国际私法学会会长、武汉大学副校长黄进教授在开幕辞中强调学会要秉承勇于创新、爱知、求善、向上的理念。

本次年会采用了大会发言与小组讨论两种研讨形式。代表们主要围绕以下三个议题进行了热烈的讨论: 1. 国际私法基本理论问题; 2. 国际私法具体领域的法律适用问题; 3. 涉外司法审判与商事仲裁中的实践问题。专家学者们在民主、激烈、友好、轻松的气氛中, 对上述有关问题展开了深入讨论与争鸣。现将会上代表发言、讨论以及代表们所提交论文的主要观点综述如下:

一、国际私法基本理论问题

国际私法基本理论问题依旧是此次年会上的热门话题, 代表们主要从对国际私法传统基本理论问题的新思考、全球化对国际私法发展的影响、实践中产生的国际私法理论问题以及外国国际私法理论与实践的新发展等视角, 阐述个人见解, 展开深入讨论, 并提出了完善我国国际私法理论的建议, 相信会对我国今后国际私法理论研究水平的提高产生积极影响。

武汉大学肖永平教授在大会发言上阐述评析了美国《第二次冲突法重述》与中国法中最密切联系原则在产生背景、功能和适用范围、适用模式上的异同, 指出第二次重述在最密切联系原则运用问题上应该更注重国际法律冲突, 使之更适合于解决国际案件, 此外在分析各种因素时还应更加关注个人利益; 而中国方面则应该尽快出台司法解释或新法填补最密切联系原则运用方面的空白, 以指导法官的实践, 并就特征性履行规定的完善和注重弱者保护问题提出具体建议。

上海交通大学徐冬根教授指出当今国际私法的发展趋势主要体现在: 国际私法立法从分散立法走向法典化、国际私法学说从经院理论走向社会现实、法律选择方法从确定性走向灵活性、国际私法的价值取向从形式正义走向实质正义、法律适用规则从契约到契约与身份融合等几个方面。

厦门大学徐崇利教授认为各国冲突法领域普遍存在两大悖论: 多边主义优于单边主义, 多边主义中实质正义又优于冲突正义, 而实践中多边主义又远未将单边主义逐出冲突法领域, 实质正义也未取代冲突正义; 指出我国冲突法基本价

值取向应定位为多边主义, 在特定情形下, 只要基本正义得到保障, 单边主义可为我国冲突法辅助性价值取向; 在我国现有情形下, 主导性价值取向应为冲突正义而非实质正义。

值得关注的是, 今年有一些学者从宪法的视野研究国际私法问题, 如中南财经政法大学刘仁山教授, 在评析了两大法系主要国家宪法直接作用于法律选择过程的实例后, 指出宪法对法律选择过程干预的具体方式和时机并没有统一模式, 当具有中国特色的更加完善的宪法监督机制建立以后, 我国相关当局应该根据我们的人权观从宪法的高度对法律选择机制进行控制。华东政法学院袁发强博士强调我国应建立切实可行的宪法审查制度, 完善宪法中协调法律冲突的有关条文, 充分发挥宪法在协调解决我国区际法律冲突方面的作用。沈阳师范大学陈小云和大连海事大学屈广清教授从崭新的视角解读了英国宪法与英国国际私法变革发展的关系, 指出英国国际私法的每一次重大变革都几乎由英国宪法的变革引起。尽管英国宪法作为柔性宪法不具有优于英国国际私法的特殊性和权威性, 但其柔性宪法只是反映了其经验主义的法律传统, 英国宪法对英国国际私法具有重要的制约作用。

对于冲突规则在法院中的适用问题, 南京大学法学院宋晓博士认为, 我国法院应依职权适用冲突规范, 如果认为冲突规则是非依职权适用的, 国际私法在大量国际民商事案件中就会被冷落一旁, 名存而实亡; 复旦大学法学院杜涛博士则认为我国应适当采纳建立在当事人意思自治基础上的“任意性冲突法”理论, 但要施加严格的限制条件。

另外, 学者还就法律选择中的政府利益分析、分割方法、意思自治原则等问题重新进行了审视, 对国际私法中定性问题、先决问题以及欧盟国际私法统一化等问题进行了深入探讨。

二、国际私法具体领域的法律适用问题

代表们对这一领域的讨论具有如下特点: 讨论范围广, 涉及到许多新领域中的国际私法问题, 如中间人持有证券的法律适用、外汇管制冲突的法律选择问题、投资合同的强制法律适用问题等。代表们的观点新颖、注重实证, 比较集中地讨论了住所地的确定、外国法的查明、最密切联系原则的适用、产品责任的法律适用以及海事物权关系的法律适用问题等。

武汉大学黄进教授运用实证分析方法, 通过统计分析, 认为 2004 年我国国际私法的司法实践取得了一定的成果, 国际性案件比上年有所增加, 法院基本上能够合理合法地解决涉外民商事案件, 但在管辖权的确定、证据认定、法律适用和文书说理上仍然存在不少欠缺和值得提高之处。同时, 在 2004 年, 司法实践中出现了一些新的问题, 必须考虑如何解决这些问题。另外, 虽然法律选择仍然可以说是处理涉外民商事案件的中心, 但国际民事诉讼中证据的认定、外国法内容的查明等也越来越重要, 更多地关注法律选择之外的问题以及学术研究中的某些不足。以外国法查明为例, 表面上我国有关外国法查明的规定恰当合理, 而事实上存在诸多问题, 如没有明确查明外国法的性质, 也没有明确当事人在查明外国法问题上的权利义务, 必须考虑重构外国法查明制度。

中国政法大学杜新丽教授在分析涉外产品责任法律适用新发展的基础上检讨了我国有关法律规定存在的问题, 呼吁我国应该制定产品责任法律适用的专门的冲突规则, 总体思路是可以将最密切联系原则作为指导性规范, 具体操作上将侵权行为地法作为最基本的规则, 同时依据保护弱者利益的原则, 给予受害人以充分选择的余地, 允许其在损害地、受害人惯常居所地、责任人主要营业地、产品取得地等不同的法律中选择赔偿数额较高的法律予以适用。如果当事人没有选择, 可以在一定条件下适用责任人营业地的法律。武汉大学博士研究生王葆蒨在借鉴德国国际私法产品责任法律适用原则的基础上, 认为民法典草案中应该取消对产品责任法律适用的特殊规定, 在接受全面原则基础上, 采纳有利原则, 同时设置受害人确定权和生产地原则。

华东政法学院单海玲教授在考察两大法系有关住所、惯常居所制度后, 结合我国目前的实际情况, 认为民法典草案将惯常居所作为确定涉外民商事关系的要素有明显不妥。

吉林大学吕岩峰教授认为, 20 世纪以来, 国际合同法逐渐形成了完整体系。他提出了确立国际合同法体系的理论根据——适当论, 即根据国际合同关系的性质与特点, 遵循“适当”的原则来解决合同的法律适用问题, 认为: 在现阶段, 国际合同法体系既应该包括冲突法制度, 也应该包括统一私法制度; 既应该包括国内法制度, 也应该包括国际法制度。它们相辅相成, 共同实现对国际合同关系的法律调整。

2002 年 12 月 13 日海牙国际私法会议通过了《关于由中间人混合持有证券若干权利法律适用公约》。西北政法学院苏颖霞教授对《公约》的 PRIMA 规则即“证券中间人所在地规则”进行了深入探讨, 指出该规则是海牙国际私法会议在统一冲突法方面的一项最新成果, 在提高现代证券交易混合托管物权关系法律稳定性和可预见性方面具有卓著的功能, 必将对各国立法和实践产生重大的影响, 并在全球范围内引起人们的密切关注。

武汉大学何其生副教授对我国合同法对投资合同的法律适用规定强制适用中国法的做法提出质疑, 认为这一规定在改革开放之初有其存在价值, 但目前其不仅凸现了对内国利益的保护, 而且很难为外国投资者所接受。为避免这一规

定对我国引进外资造成不必要的障碍,主张废弃这种单边冲突规则的规定,改用“企业注册登记地”、“法人成立地国”等双边性连结点。

安徽大学汪金兰教授认为,海事国际私法作为国际私法的一个独立的分支,有着自己特有的体系和内容,而我国《民法典》草案不顾海事国际私法内在的逻辑性和体系的完整性,从法律适用方面将海事国际私法人为地分割为船舶物权、海难救助、共同海损、船舶碰撞等部分,将其生硬地塞进物权、债权和侵权等各章节中,这样做是不可取的。

另外,代表们还就侵权法律选择中的意思自治原则的运用、外汇管制冲突的法律选择问题、共同海损的法律适用规则、提单及运输单证的法律适用等发表了意见。

三、涉外司法审判与商事仲裁中的实践问题

代表们主要围绕海牙《选择法院协议公约》、仲裁的性质、仲裁制度双轨制、知识产权的可仲裁性等问题进行了深入而热烈的讨论。

2005年6月30日,第20届“海牙国际私法会议”外交大会上通过了《选择法院协议公约》。该公约是海牙国际私法会议经过10多年艰苦谈判形成的,标志着第一项全球性的涉及民商事管辖权和判决承认与执行的国际公约最终得以诞生。徐国建博士对公约内容进行了比较全面的评析,指出了公约可能会对仲裁制度产生一定影响,如一定程度上鼓励当事人选择法院诉讼方式解决争议。最高人民法院高晓力法官则指出了该公约对我国可能具有的影响,以及我国如加入,我国法院所要应对的问题,特别是提出公约中的声明制度非常值得研究,以保护我国利益。武汉大学宋连斌教授在点评中认为,除仲裁裁决执行便利外,仲裁制度本身还有其他许多优势,因此公约的出台并不会减弱仲裁制度的影响,但公约的通过的的确对研究仲裁制度有许多有益的启示。

学会名誉会长费宗祯教授指出仲裁机构是民间性的,仲裁制度的改革要注意防止行政化倾向、诉讼化倾向,注重仲裁机构内部体制改革。

关于仲裁制度双轨制和对仲裁裁决是否进行实体审查问题,代表们进行了激烈的讨论。广东省高级人民法院欧阳振远法官认为,区分国内仲裁和涉外仲裁,司法监督实施“双轨制”的监督模式存在诸多弊端。法院对于仲裁裁决的实体问题一般情况下不予干预可作为我国法制发展的长远目标,但在目前的社会现实条件下,原来设立“双轨制”监督模式的前提条件已经发生变化,应统一对仲裁裁决的监督标准,撤销对涉外仲裁审查的“逐级报告”制度,在附加严格条件的同时,对于当事人要求对仲裁裁决实体审查的请求权应该给予法律上的确认。对此,姚庄教授认为双轨制如要并轨,应该是国内仲裁制度向涉外仲裁制度并轨,对仲裁裁决不宜进行实体审查,可能只有借违反公共政策这一最后的防线,对仲裁裁决的实体问题进行审查。

华东政法学院刘晓红教授在分析研究了欧美有关可仲裁性新发展的基础上指出,在可仲裁性问题上存在如下发展趋势:可仲裁性问题与公共政策概念的“脱离”;判定可仲裁性法律适用标准发生变化,有直接适用实体规则的趋势;仲裁主体以及客体可仲裁性范围均有扩大。

武汉大学郭玉军教授就仲裁程序与破产程序冲突及其解决问题指出:如果破产管理人接受或履行破产程序开始前签订的合同,则一般该合同中的仲裁条款也作为合同的一部分而具有执行力;破产管理人在不履行主合同时应有权选择是否履行仲裁条款。不管是破产程序开始后继续进行仲裁,还是在破产程序开始后重新开始仲裁,仲裁程序的进行仅仅只会导致对债务的确认及对其数额的确定,申请人应基于裁决所确定的债权的有效性和数额而返回破产法院来参加破产财产的分配。对于国际商事仲裁来说,其在与破产程序的冲突中占有明显的优势,一般都能在破产程序进行的同时继续进行或开始。一些国家的有关实践确认了在本国进行的仲裁程序不受外国破产程序的限制性影响,有关中止仲裁程序的规则无法构成拒绝承认与执行外国仲裁裁决的公共秩序。

复旦大学陈力副教授就BIT伞型条款与国际投资争议中平行管辖问题指出:近年来由于BIT伞型条款和ICSID管辖权的扩大,“中心”仲裁与基于合同管辖条款确立的国内仲裁或诉讼之间的“平行诉讼”问题时有发生,借鉴国际民事诉讼中的“未决诉讼原则”、“非方便法院原则”或者“关联诉讼规则”解决国际投资争议中出现的“平行诉讼”具有可行性。

另外,代表们还就网络域名争议行政仲裁裁决的效力、提单仲裁条款的效力、内地裁决在香港特区的承认与执行、区际仲裁裁决承认与执行委托机制、不方便法院问题进行了探讨。

在本次年会的闭幕式上,辽宁大学法学院、大连海事大学法学院、吉林大学法学院提出承办中国国际私法学会2006年年会的申请,但具体地点和明年年会会议主题待定。

(责任编辑 于华东)