



# 研讨中国国际私法变革历程 展望中国国际私法发展前景

——中国国际私法学会 2013 年兰州年会综述

车 英 郭玉军

2013 年 9 月 27—29 日,中国国际私法学会 2013 年年会在甘肃兰州隆重召开,由甘肃政法学院承办。来自全国有关高等院校、科研机构、外交部、最高人民法院、甘肃省高级人民法院、广东省高级人民法院和湖北省高级人民法院的专家学者和实务界代表共 150 余人参加会议。此次年会以国际私法的变革与发展为主题,围绕国际私法理论与实践的新发展、《涉外民事关系法律适用法》(以下简称《法律适用法》)及《关于适用〈涉外民事关系法律适用法〉若干问题的解释(一)》(以下简称《解释(一)》)与国际私法的新变革、国际商事争议解决的新动向,以及国际投资仲裁与国际能源争端解决机制、健全仲裁制度的新进展等议题,重点探讨了中国国际私法立法与实践中的热点、难点问题。会议共收到论文 108 篇。

中国政法大学校长、中国国际私法学会会长黄进教授在大会上对学会未来发展和国际私法学术研究提出明确要求,强调要以问题为中心,打破学科界限,开拓国际私法学术研究视野;要在创新国际私法的理论、思想和观念方面下大工夫,深化理论研究成果;要聚焦国际私法理论与实践中的热点、难点,开展有针对性的、具有批判性思维的研究,推动国际私法立法与实践不断向前发展。

本次年会采用大会报告与小组讨论两种研讨形式。代表们认真发言讨论,各抒己见,讨论气氛热烈,富有成效。现将会上代表发言、讨论及论文的主要观点综述如下:

## 一、国际私法的理论与实践的新发展

此次年会上提交的有关国际私法理论与实践的论文与发言涵盖了国际私法理论与司法实践中的重要问题,内容丰富,涉及面较广,主要探讨了民法法的修订、最密切联系原则、意思自治原则、第三国强制性规范、外国法查明、法律规避等问题,并对 2012 年国际私法司法实践、涉外知识产权法律适用司法实践等进行了评析与反思,其共同特点是以健全和完善国际私法立法和实践为视角和基本出发点,试图为国际私法立法与实践中的难点、热点问题提供解决方案与对策。

最高人民法院民四庭罗东川庭长在涉外民商事审判中的热点问题的报告中,就民事诉讼法修改后的涉外司法审判应注意的问题做了阐述。他特别指出,按照新民诉法,涉外案件的管辖权、送达、财产保全制度发生重要变化,已废除原涉外编中第 242 条、第 243 条有关协议管辖和应诉管辖的专门规定,有关协议管辖和应诉管辖应该依据国内法编中第 34 条和第 127 条的规定,而且依据第 34 条的规定,虽然字面上规定的可选择的法院为“人民法院”,但涉外案件的当事人可以协议选择域外法院;送达方式中增加了电子送达的方式,邮寄送达和公告送达周期均由原来的 6 个月缩短至 3 个月;涉外保全的种类扩大至诉前保全、仲裁前保全以及行为保全。目前,最高人民法院相关部门正在积极起草新民诉法的司法解释,其中涉外民商事审判方面正在研究考虑不方便法院、平行诉讼、对外国裁决与判决设立司法救济制度等问题。另外,受金融危机影响,在我国有关独立保函的纠纷呈上升趋势,值得关注与研究。

外交部条法司陈佩洁副司长在大会报告中首先指出海牙国际私法会议亚太区域办事处(设立于香港特别行政区)已正式成立,并于 2013 年 9 月与武汉大学国际法研究所共同举办了亚太区域国际诉讼研讨会,就法院选择协议公约、海牙判决承认与执行项目等做了深入阐释和探讨。亚太办事处的成立为推动亚太地区国际私法的和谐发展以及我国国际私法学术活动的国际交流提供了更好的平台。此外,

她以香港特区法院审理的两个案件为例,阐述现行习惯国际法的认定和适用问题。两个案件当事人认为禁止酷刑和难民不退回,作为习惯国际法已被纳入普通法,香港特别行政区政府应该遵守。目前,我国宪法和香港特区基本法对此无明文规定。香港法院在终审判决中回避了讨论习惯国际法的适用,她呼吁学者加强对此类问题的研究。

广东省高院民四庭林广海庭长结合广东高院涉外审判实践,就中国企业海外投资风险防范问题提出,首先应当将企业“走出去”的风险类型化,采取类型化的防范措施;其次,结合当前我国对外开放的实际,应该认真研究“引进来”和“走出去”的法律环境与风险防范,两头兼顾。

黄进教授对我国国际私法第十二次年度司法实践,暨对我国法院2012年审理的50件涉外民商事案件进行了深入评析,指出我国法院在涉外民商事案件的案由确定、法律选择方法和准据法适用等方面,基本上都能正确适用《法律适用法》,但亦存在一些问题,如部分法院对该法总则和分则规定的关系缺乏正确理解,判断强制性规定的标准较为混乱,查明外国法查明问题上过于保守甚至回避问题;适用意思自治原则确定准据法有随意、简单的现象,对最密切联系原则和特征性履行方法的关系把握不够好,涉外公司关系法律适用方面缺乏一致性等。

武汉大学肖永平教授认为,中国目前的法律对外国强制规范在冲突法层面没有做出规定,目前法院也无适用第三国强制性规范的实践,但我国法院在今后的实践中有可能面临如何对待第三国强制性规范的效力问题。他认为,第三国强制规范在我国只能通过实体法路径产生效力。根据我国现有的实体法框架,可行的实体法路径主要有两条:一是将自始违反第三国强制规范的合同视为有悖我国社会公共利益的特别情形或当事人缔约时发生了重大误解,进而认定合同无效或撤销合同;二是将缔约后第三国强制规范的实施视为合同履行不能或履行艰难,通过援引不可抗力或情势变更解除或变更合同。

武汉大学郭玉军教授在大会互动提问环节,针对代表提出平行诉讼与判决承认与执行问题,提出对于平行诉讼,有欧洲大陆国家和区域性国际条约采纳先诉优先原则,有些国家则采用非方便原则或适当法院原则解决管辖权冲突问题。在我国,现行涉外案件管辖权体系是对普通法系与大陆法系有关制度兼收并蓄的结果。对于国内诉讼,民事诉讼法明确规定了先受诉法院优先原则,而民事诉讼法司法解释对国际案件未遵循先诉优先、一事不两诉原则,允许法院自由裁量决定是否行使管辖权。在中国,不方便法院原则由学者引入,在司法实践中得到运用,并在2005年《涉外海事商事审判工作会议纪要》中确立。目前,该原则只适用于涉外案件。对于有关判决承认与执行,我国与不同国家签订的双边条约中有不同做法,就涉及一事两诉的判决而言,有的规定先受理法院作出的判决如果不存在其他得拒绝承认与执行的原因,可得到承认与执行;有的规定则只要被请求国法院正在审理,不论判决先后即可拒绝承认与执行。

中南财经政法大学刘仁山教授指出,中华民族千年传承的“不患寡患不均”、“礼运大同”的“王道”思想相契合是一种跨越了意识形态、文化隔阂乃至历史时空的默契。通过“以德示人”来获得认同感的“王道”思想区别于西方“以力服人”的“霸道”处世哲学,我们理应对这些经典的传统文化心怀敬畏。中华民族的王道祖训可以成为、且应当成为医治当今全球化管辖规则中诸多弊病的良方。我们的法律制度目前正经受着国际化与本土化激烈博弈,在学习和借鉴国际社会优秀法治成果时,对于他国的制度经验,我们应有客观清醒的认识。

华东政法大学刘宁元教授在《最密切联系原则在中国的开放性理解》的发言中,对颇具争议的《法律适用法》第41条进行了深入的分析与阐释。他提出无论如何理解特征性履行理论与最密切联系原则的关系,一个确定的事实就是,中国冲突法实践在吸收特征性履行理论时,是在最密切联系原则的内涵中考虑的,即它依附于最密切联系原则并作为将“最密切联系”具体化的根据。因此,两者的关系并非可由法官自由选择,而是当根据特征性履行理论无法确定应适用的法律或者当根据特征性理论确定的准据法不合理时,法官才应该根据最密切联系原则确定应适用的法律。这种理解与最高人民法院历来的司法解释相一致,应该是符合立法者本意的一种解释。

外交学院许军轲教授在《论当事人意思自治原则对我国法院适用国际条约的影响》的发言中提出,对我国尚未生效的国际条约,我国法院没有适用的义务,但当事人的意思自治可以使我国法院适用条约的规定。但条件有四:第一,当事人的选择应是明示地选择,其具体形式可以是书面的,也可以是口头的;第二,具体案件的争讼问题属于该国际条约调整的范围;第三,当事人的选择不违反我国的公共秩序;第四,当事人的选择不得影响我国强制性法律规范的适用。

复旦大学杜涛教授在《国外国际私法发展前沿年度综述(2012—2013)》中对欧盟立法及司法实践的新发展、美国司法实践的变革以及海牙国际私法会议的新动向等作了详尽阐述。特别是,2012年,欧盟理事会出台了《继承事项管辖权、准据法和判决承认与执行以及创设欧洲继承证书的条例》,2013年欧盟委员会出台了《关于相互承认民事保护措施条例》,此外还修订了《布鲁塞尔条例I》和《欧盟破产条例》。其中,在继承案件管辖权、继承准据法、平行诉讼的解决方面都有新发展。他认为,当代国际私法正在发生革命性的变革。法律的发展永远都是社会变迁的产物,是时代精神的体现。正在兴起的第三次工业革命对国际私法的发展提出了挑战,国际私法必须从“法律冲突法”(conflict of laws)向“法律协调法”(coordination of laws)迈进,才能适应时代的变局。

## 二、《法律适用法》及司法解释与国际私法的新变革

除了对《法律适用法》的研究向纵深发展外,2013年1月7日起开始实施的解释(一)亦成为学界的一个新的研究热点。主要涉及法律适用法内部和谐、强制性规定司法实践与司法解释反思、全球治理中的国际私法与公共秩序保留、经常居所地法认定等。解释(一)的颁布对于《法律适用法》的实施将会起到积极的作用,并有利于不断提升国际私法立法与实践水平。当然该司法解释仍有部分规定存在商榷的余地。

华东政法大学丁伟教授在《法律适用法内部和谐问题》的发言中指出,近年来国际私法学界有关《法律适用法》的不少研究成果都聚焦在该法与“其他法律”的关系上,这层关系可视为该法的“外部和谐”问题。而该法第一章一般规定之间的关系、第一章一般规定与其他各章的规定之间、其他各章的规定相互之间均存在不和谐的问题,这层关系可视为《法律适用法》的“内部和谐”问题。他主要探讨了意思自治原则与最密切联系原则的关系、强制性规定与公共秩序保留制度的关系、强制性规定与意思自治原则的关系、强制性规定与最密切联系原则的关系、意思自治原则与最密切履行原则孰先孰后的问题,同一法律关系不同环节法律适用规定的处理方式、交叉法律关系法律适用的处理方式、不同法律关系法律适用的处理方式、内部结构的处理方式等,认为法律适用法尚存在不少值得探讨的问题,认为有些规定需要进一步梳理和明确。

华东政法大学林燕萍教授以《法律适用法》第4条及解释(一)第10条有关强制性规定的规定本身和8个案例为视角,对强制性规定在立法与司法解释中的含义进行了深入剖析。通过实证分析,她指出了司法实践中适用强制性规定案例中存在的问题,如“直接适用的法”边界不清;认为公共秩序保留是纯粹站在法院地法的角度,而“直接适用的法”更多的是站在中立的角度,应当体现出中偏不倚的态度;简单地将“直接适用的法”归入直接适用内国法,与创设这项制度的本意背道而驰。另外,她提出了强制性规定应否包括国际条约的问题,值得关注。她还对国际私法司法解释进行了反思,认为对于国际私法而言,司法解释必不可少。在不断发布司法解释的同时,应该对相关的司法解释进行清理,避免重复或矛盾。对任何一个法条的解释和适用,都必须从其规范的目的出发,避免有歧义的解释,解释(一)第10条对强制性规定的范围作了限定,但其新设了“社会公共利益”的要求,这不仅扩大了规范的目的,而且也增加了操作上的难度。

中南财经政法大学徐伟功教授在《法律选择中的意思自治原则历史源流及其在我国运用》的发言中提出,一方面,意思自治原则逐步从合同领域渗透到非合同领域;另一方面,意思自治原则在合同领域里的运用有缩小的趋势。我国《法律适用法》及其解释(一)构建了意思自治原则运用的三个层次:其一是将意思自治原则提高到基本原则的层次,当事人依照法律规定可以明示选择涉外民事关系应适用的法律;其二是将意思自治原则作为法律适用的一种具体方法的层次,适用于合同、侵权、物权、婚姻家庭等有关领域;其三是排除或者限制意思自治原则适用的层次,主要体现在弱者权益保护原则、直接适用的法与政策导向等三个方面。这种体系化的规定符合现代国际私法的发展趋势,但其实际的运用效果还有待司法实践的检验。

山东大学许庆坤副教授在《我国冲突法中的法律规避制度:流变、适用及趋向》的发言中认为,解释(一)中规定了法律规避,在司法实践中,需要谨慎厘清其与“直接适用的法”和公共秩序保留制度的外在和适用次序,通过对法律规避渊源、司法运用以及立法趋势的考察,认为解释(一)中的规定不宜上升为未来立法中一项独立的一般性制度。

中国人民大学杜焕芳副教授在《自然人属人法与经常居所的中国式判定和适用》的发言中提出,《法律适用法》首次将属人法主要定位于经常居所地法,局部兼顾本国法,弃用住所地法,但缺乏对经常居所的界定。具体判定自然人经常居所的方法主要有等同方法、客观方法、目的方法和综合方法等。解释(一)第15条的规定体现了中国式的判定,即经常居所的判定准据从法院地法到国际私法,判定方法从单一标准到叠加标准,采用叠加标准判定经常居所的方法似过于苛刻。在司法适用中需要按照国际私法的语境理解经常居所,综合考虑经常居所判定标准的叠加适用,解决经常居所的可能冲突和连结点的时际变更,慎重考量例外情形和公共政策。解释(一)对经常居所这一关键概念的界定在实践中仍存在相当多的不确定性问题。此外,最高人民法院还需要相应修改涉外民事诉讼中的原告就被告住所管辖原则,确立原告就被告经常居所管辖原则,两者的判定是否有必要相同,或者在管辖根据的判定上可以更为宽松,值得进一步考虑。

## 三、国际民商事争议解决的新动向

近年来,除了我国仲裁制度完善是研究的一贯热点外,国际投资争端仲裁、国际能源争端解决逐渐成为国际争端解决的研究新热点。

中国政法大学杜新丽教授在《国际投资自由化背景下ICSID管辖权扩展及应对》一文中指出,投资自由化浪潮正在席卷发展中世界,而发展中国家与发达国家之间缔结双边投资条约,则是自由化进程的一个组成部分。国际投资自由化反映在投资争端解决领域表现为传统投资争端解决方式的作用逐渐削弱,ICSID仲裁机制显现出了管辖权扩展的趋势,

东道国司法主权进一步受到制约。在扩展管辖权的途径方面,ICSID 仲裁庭往往通过扩大解释“投资”与“投资者”定义,同时利用保护伞条款以及最惠国待遇条款,最终达到将投资争端纳入 ICSID 管辖权的目的。根据中国的实际,允许最惠国条款扩展适用于 ICSID 争端解决事项弊大于利,我国在今后签署或修订双边投资条约时,应当明确限制或排除将最惠国条款适用于程序性事项;至少也应在投资条约中作出最惠国条款的效力不溯及既往的规定。

上海政法学院张正怡博士在《从 ICSID 仲裁实践看海外能源投资的法律风险与防范》一文中提出,目前海外能源投资蓬勃发展,纠纷日增,国际投资争端解决中心(ICSID)作出的仲裁裁决案件中,有关能源投资的案例屡见不鲜。能源投资争端案件仍然离不开以管辖权为代表的程序争议和以投资待遇为代表的实体争议两类问题。在法律适用上,绝大多数裁决坚持将 ICSID 公约作为可适用法律;部分裁决由于争议双方国籍所在国均是能源宪章条约(ECT)成员国而将该条约作为可适用的法律;少数裁决则根据善意原则直接适用东道国国内法。从实体争议看,投资者遭遇的海外投资风险主要有东道国因政策或法律发生变动而终止特许协议、东道国对投资者的资产进行征收、东道国没有提供相应的投资待遇等。在我国从东道国向投资母国身份转变的进程中,对海外能源投资的法律风险进行思考和预防具有重要的理论与实践意义。

中国政法大学宋连斌教授在《司法与仲裁关系的重构:“民诉法”有关仲裁新规定之解析》的发言中,阐述了 2012 年修改的民诉法的特点,指出修改部分有 1/10 的条款(6 个条文)涉及仲裁,即新设了仲裁前证据与财产保全,增加规定禁止通过仲裁方式逃避履行法律文书确定的义务,明确仲裁协议排除法院管辖权的效力及撤销仲裁裁决适用裁定形式,统一了无涉外因素的国内仲裁裁决的撤销与不予执行条件。与原规定相比,新规定重构了仲裁与司法的关系,进一步贯彻了司法支持仲裁的理念,通过外部支持与监督对仲裁本身施加影响,对我国仲裁制度的完善是显而易见的,其实施必将促进《仲裁法》的完善。但仍有可提升的空间,如尚未将无涉外因素的国内仲裁裁决的撤销与不予执行条件与涉外仲裁裁决撤销与不予执行的条件统一。

浙江工商大学严红副教授在《美国集团仲裁的发展与挑战》的发言中介绍了美国集团仲裁的三个里程碑判例,认为美国联邦最高法院对集团仲裁态度前后矛盾,2003 年时的结论是积极支持,2010 年态度冷却下来。由此可见,集团仲裁在美国仍是一个颇受争议的制度,美国法院对集团仲裁的态度在支持与限制之间犹豫不定。结合我国实际,在我国引入集团仲裁的时机并不成熟,我们仍需要密切关注该制度的发展变化。

#### 四、其 他

在此次年会上,中国国际私法学会召开了两次常务理事会,分别就学会工作和未来发展进行了深入研究,会议决定在中国国际私法学会的统一领导和指导下成立各种国际私法专题委员会,以推进国际私法的研究向专题化、纵深化发展,进一步提高国际私法学术研究的质量和水平;为繁荣国际私法学术研究,拟于 2014 年起开展国际私法优秀学术成果评奖活动,进一步鼓励和激励中国国际私法学术研究向更深入、更广阔的领域迈进;学会增补杜涛教授等为常务理事、王卿等为理事。2014 年年会拟于 2014 年秋季在上海召开,由上海海事大学承办。

■ 作者简介:车 英,武汉大学学报(哲学社会科学版)常务副主编,武汉大学新闻与传播学院教授;湖北 武汉 430072。

Email:henryche630@163.com。

郭玉军,武汉大学国际法研究所教授、法学博士、博士生导师。

■ 责任编辑:杜 剑

