



研讨涉外民事法律适用问题 展望中国国际私法发展前景

——中国国际私法学会 2012 年大连年会综述

郭玉军 车 英

中国国际私法学会 2012 年年会暨《涉外民事关系法律适用法》(以下简称《法律适用法》)实施问题学术研讨会于 2012 年 9 月 22 日至 23 日在辽宁大连隆重召开。会议由大连海事大学法学院承办,来自我国高等院校、科研机构、外交部、法院、海牙国际私法会议、澳门特区、台湾地区的近 200 名专家学者参加了本次年会,共收到论文 120 余篇。

会议开幕式由中国国际私法学会常务副会长、武汉大学法学院院长肖永平教授主持。大连海事大学校长王祖温教授、中国法学会周成奎副会长、大连海事大学法学院院长单红军教授、中国国际私法学会会长、中国政法大学校长黄进教授在开幕式上致辞。最高人民法院审判委员会委员、最高人民法院民四庭庭长刘贵祥、外交部条法司副司长陈佩洁、海牙国际私法会议副秘书长 Christophe Bernasconi 在大会上作了主题报告。年会分三个小组,主要围绕涉外民事关系法律适用法的实施、国际商事仲裁与国际民事诉讼、海事国际私法等议题进行了较为深入研讨,现结合会议发言和提交的论文综述如下:

(一)《法律适用法》的实施及我国涉外司法实践反思

《法律适用法》自 2011 年 4 月开始实施,引起学者们的高度关注,不少学者围绕该法的实施进行了研究,该法实施问题是本届年会研讨的主题和热点问题,主要涉及强制性规定、外国法查明、意思自治原则、最密切联系原则以及具体涉外民事关系法律适用的诸多问题。

黄进教授等在《2011 年中国国际私法司法实践述评》中指出,从统计数据看,2011 年度中国涉外民商事司法审判主要有以下特点:绝大多数案件适用了中国法,涉外案件类型大多为涉外合同纠纷,法律选择方法主要是采用意思自治原则和最密切联系原则。根据实践中发生的问题,他认为在实践中,法院应根据案件的具体情形,谨慎地处理《法律适用法》的溯及力问题;在选择适用域外法的情形下,法院应尽可能地查明域外法;在适用最密切联系原则确定涉外合同的法律适用时,法院应当注意平衡原则与规则的关系,并应尽量扩大 CISG 的适用;在纯粹涉及船舶抵押权的问题上,法院不能以其他方式不合理地规避适用船旗国法;在不当得利和知识产权的法律适用领域,法院今后应注意《法律适用法》的开创性规定。

李双元教授在《关于我国〈涉外民事关系法律适用法〉的几点看法》中认为,《法律适用法》存在几个主要问题:第 51 条规定有关新旧法衔接的规定并未采取废除原先所有已有立法的作法,在实践中可能把我国的涉外民事关系的法律适用制度搞得更为复杂;该法缺乏预设的“基本指导思想”;该法规定的自然人权利能力适用“经常居所地法”,与各国立法的普遍实践并不一致,大大降低了自然人本国法的地位,对我国在属人法管辖上可能带来消极作用。

中国政法大学齐湘泉教授在《我国涉外民事关系法律适用法立法的创新、发展与完善》中提出:《法律适用法》的创新包括立法理念的转变、自然人属人法标新立异、涉外物权法律适用独树一帜、意思自治原则主导涉外民事关系法律适用的选择等方面,立法的发展包括立法体例与各国接轨、最密切联系原则功能得到拓展、法律适用规范被扩展与修正等方面,立法的完善最主要就是表现在属人法的完善。

武汉大学国际法研究所郭玉军教授在《涉外民事关系法律适用法在司法实践中的适用及其反思》中指出,根据对《法律适用法》生效一年多后收集的 73 个案件的分析统计,可以看出该法在实践中的适用具有被援用的条文数量不多,共 15 条,占新法总条文数量的比例为 28.8%,少数条文被援用的频率较高,主要是有关涉外合同的第 41 条和涉外侵权的第 44 条。同时,由于立法的疏漏和新法的复杂性,法

院在适用新法时仍然出现了我国涉外民商事审判领域中常见的用法不恰当和说理不准确等问题,同时对于海上运输合同应该适用特别法的规定,但为数不少的案件适用了《法律适用法》。我国涉外司法审判实践对于有争议的条文的运用为我们检验新法提供了宝贵的经验和启示,这对今后新法的完善具有极其重要的作用。

中山大学王承志副教授在《我国涉外合同审判法律适用问题统计分析》中以2008年至2011年600余份涉外合同案件法院判决书为观察对象,发现在涉外合同法律适用领域,法律适用说明缺失或不合理现象严重,对意思自治原则与最密切联系原则的运用逻辑混乱。认为人民法院在审理涉外合同纠纷过程中,须进一步提升法律适用的理念,规范法律适用的步骤,克服以法院地法为中心的不良倾向,认真贯彻当事人意思自治原则,合理运用最密切联系原则。

围绕《法律适用法》第4条强制性规定,有不少学者从不同角度进行了研究和评析。武汉大学肖永平教授认为,《法律适用法》第4条规定的强制性规范是中国国际私法的重要基本制度。法院地强制性规范的识别与适用应遵循比例原则,其识别应以关涉重大公益为必要条件。尽管现行法并未明文规定,但不得仅因外国准据法所属国的强制性规范具有公法性质而排除其适用,另可在实体法框架下考虑第三国强制性规范的效力。华东政法大学刘宁元教授认为《法律适用法》中的强制性规定不应源自公法性质的部门法,而应源自私法部门的规定,是私法部门法中的公法性规定。中南财经政法大学刘仁山教授在《“直接适用的法”之理论与实践问题》的发言中提出:《法律适用法》第4条首次明确了关于“直接适用的法”的制度。从目前司法实践上看,第4条的规定十分必要,有助于解决法院在相关涉外民商事审判中所遇到的法律适用上的难题。但该条规定也存在“直接适用的法”的具体范围没有明确规定,以及“直接适用的法”的范围限于法院地“强制性规定”,不包括外国的“直接适用的法”的问题。由于对“直接适用的法”规定不明,导致该规定在具体个案的适用中存在相当大的解释空间,因此需谨慎对待。

复旦大学副教授杜涛在《国外国际私法发展前沿年度综述(2011—2012)》中指出,我国比较法研究现状不容乐观,比较法论文难以发表的现象令人堪忧。我国国际私法近年来的研究局面不容乐观,存在严重滞后性,对海牙国际私法会议通过的一系列重要公约,我国一直缺乏专门的研究,对北欧、南欧、东欧和拉美国家国际私法的研究也一直付诸阙如。甚至于对香港特区和台湾地区的冲突法都缺乏系统的研究。即使是已有的研究成果,也缺乏必要的后续跟踪研究。

上海邦信阳律师事务所徐国建博士指出,连接点无疑是《法律适用法》这部法律的灵魂所在。该法采用了众多的连接点,实现了连接点的多样化,它在短短的52个条文中一共使用了27个固定连接点以及最密切联系和当事人意思自治两个弹性连接点。但多个连接点在同一条文中无条件并列使用(第17条、第18条、第28条、第33条、第39条、第41条以及第45条)的规定,使得法律规定不具可操作性,应该予以完善。

(二) 国际商事仲裁与国际民事诉讼

《民事诉讼法》(修正案)于2012年8月31日获十一届全国人大常委会第二十八次会议通过。其中,涉外编的规定由原来的4条,删减为现在的2条,有关协议管辖和应诉管辖的规定并入国内诉讼管辖的相关规定。此次年会议文集中有部分学者专门讨论民诉法修改草案,并提出完善有关立法的建议。

上海人大法工委主任丁伟教授在《仲裁请求撤回:仲裁天平之上合法性与适当性失重现象透析》中分析了在仲裁程序进行过程中,申请人在预判其仲裁请求难以获得仲裁庭认可时,以更换首席仲裁员为目的而撤回其仲裁请求,使仲裁庭撤销案件。嗣后,又重新提出仲裁申请,由新组成的仲裁庭进行审理。现行仲裁制度对于这一形式合法的不适当行为缺乏有效的制约措施,导致仲裁天平之上合法性与适当性明显失衡,并使仲裁庭、仲裁机构面临两难抉择。他建议,申请人撤回仲裁请求应受到严格的时间限制,申请人撤回仲裁请求应以被申请人的同意为前提,并明确赋予仲裁庭在决定是否同意申请人撤回仲裁请求方面以自由裁量权,以避免和消除不当行为的负面影响议。

中国政法大学宋连斌教授在《申请撤销仲裁裁决:现状·问题·建言》中指出:以66份撤销北京仲裁委仲裁裁决的裁定为实证研究样本后发现,我国1994年《仲裁法》对申请撤销仲裁裁决的规定虽然过于简约,但撤销程序存在的问题更多源于法律的实施,前述66份撤销裁决的裁定均存在瑕疵,如误读法条、同案不同判、忽略当事人主义、未充分理解支持仲裁的政策及不太注重运用裁判方法等问题。法官缺乏仲裁法知识以及法律训练不足等因素,也是造成这一现状的重要原因。为改变现状,作为过渡措施,仲裁机构应加强与法院的业务互动;最高人民法院也不妨考虑将涉外仲裁的报告制度,扩大适用于国内仲裁裁决的撤销。为规范撤销程序,一方面,仲裁机构及仲裁员应特别注意遵守程序正义的要求,注意保障裁决在法律上的安全性。另一方面,法院应不断改进仲裁观,提高司法能力,善用自由裁量权。

南京大学法学院宋晓教授在《最高法院对外国法适用的上诉审查》中指出,最高法院位于一国司法体系的顶端,对最高法院是否应对外国法的错误适用进行上诉审查,各国实践和理论存在较大分歧,有拒绝审查模式、有限审查模式和全面审查模式等三种基本模式。从最高法院的上诉裁判功能出发,为落实当事人的上诉救济权利,尤其是在我国二审终审和法官对外国法的查明和确定拥有主导权的语境下,最高法院应对外国法的错误适用进行上诉审查。最高法院从其发展法律的功能出发,也应主动审查下级法院对外国法的错误适用。

华东政法大学杨玲博士在《论国际商事仲裁裁决执行中的国家豁免》中提出,国家豁免规则在仲裁中适用的特殊问题主要有:仲裁协议是否构成对管辖豁免和执行豁免的全面放弃、《纽约公约》第5条与国家豁免规则的关系以及仲裁地对国家豁免规则适用的影响。实践中,由于国际商事仲裁裁决执行地法院只适用本国的国家豁免规则,同一仲裁裁决在不同国家法院的命运不尽相同。总体上,由于限制豁免论的广泛采纳和支持仲裁政策的影响,涉及主权国家的国际商事仲裁裁决有被执行的趋势。目前我国有关国家豁免的现状主要是坚持绝对豁免论、立法分散而简单、缺少实践规则的积累,因此理论上宜采纳限制豁免论、在不超出国际条约义务下尽快立法、并注意实践规则的积累。

苏州大学卜璐博士在《论仲裁协议对国家豁免的放弃》中提出,仲裁协议作为法院对仲裁程序行使司法监督、及对仲裁裁决进行强制执行的依据,在一定范围内构成主权国家放弃国家豁免的意思表示。但国际社会普遍接受的放弃范围仍局限于对仲裁地国法院仲裁监督程序中管辖豁免的放弃。对于主权国家是否通过仲裁协议放弃了第三国承认执行仲裁裁决程序中的管辖豁免,则要取决于各国国内主权豁免制度的规定,国内法在认定国家放弃意图时通常辅之以仲裁地、仲裁准据法、国际条约义务、仲裁规则等考虑因素来认定仲裁协议放弃范围。基于管辖豁免和执行豁免的区别论,仲裁协议对管辖豁免的放弃不能自动延伸至执行豁免,对国家财产采取强制执行措施时,主权国家享有的豁免需要另行放弃。

西安财经学院讲师王卿在《国家豁免权的正当程序保障刍议》中指出,限制豁免原则的广为接受使得主权国家被诉和败诉的案件越来越多。正当程序保障这一命题对国家豁免诉讼和国家豁免权有着重要意义。现有国家豁免规范和实践在对外国国家的送达、缺席判决、程序特权和豁免、外交介入、出庭方式等程序问题上做出了特殊规定或处理,这些特殊程序规则或实践在一定程度上保障了外国国家的国家豁免权的行使,防止和降低了国家豁免诉讼的政治风险。对于屡屡被诉的国家来说,研究并积极利用这些正当程序规则和实践是胜诉的另一蹊径。

(三) 海事国际私法

上海海事大学王国华教授在《〈法律适用法〉的实施对我国涉外海事关系法律适用原则的影响》中指出,该法不仅填补了我国国际私法的许多立法空白,还在具体的适用原则上有许多重大改变,如扩大了当事人意思自治原则和最密切联系原则的适用范围等,这符合当代国际私法发展的趋势。《法律适用法》的上述亮点对于涉外海事关系法律适用原则的修改有很好的启示作用,对司法实务也有重要的参考意义,《法律适用法》中有关意思自治原则、最密切联系原则的规定对我国涉外船舶物权、船舶碰撞以及国际海上货物运输合同三大领域法律适用原则的修改具有积极的借鉴意义。

韩立新教授在《国际海事公约在中国适用的冲突的预防和解决》中提出,缔约国按照国际法规则有效签订的国际海事公约,对缔约国具有约束力。鉴于我国宪法和立法体制没有明确解决关于国际海事公约与国内法冲突的规定,为预防两者的冲突,我国在缔结或者参加国际海事公约时,应当考虑我国的立法状况,在缔结或者参加公约后,应采取必要的措施,坚持预防为主的原则,合理解决国际法和国内法适用的矛盾,尽量避免国际海事公约与我国国内法的冲突。

(四) 其 他

海牙国际私法会议已于2012年4月在香港特区设办事处,预计年底该办事处将正式开始运作。这有助于推动中国在国际私法领域的发展和影响。海牙国际私法会议副秘书长伯纳斯康尼先生(Christophe Bernasconi)是首位参加我国国际私法学会年会的海牙国际私法会议的官员。他介绍了海牙国际私法会议的历史、中国加入海牙国际私法会议的情况、中国感兴趣的有关公约,并对海牙国际私法会议在亚太地区的发展、香港特区办事处的筹备情况进行了说明。

名誉会长费宗祯教授在闭幕式致辞中强调,《法律适用法》实施后,国际私法有必要向纵深发展,目前最高人民法院正在起草制定相关司法解释,我们应该更加主动积极地参与有关工作,推动学术界与实务界间更好的交流,为中国涉外法制完善作出应有贡献。

黄进教授在闭幕式上对学会的未来发展提出了5点意见:(1)研究应进一步从理论到实践,应该密切联系实践,及时关注国际私法领域的重大前沿问题;(2)要从追随到创新。国际私法学会需要成为一个学术型、创新型的团体;(3)从大国到强国。中国国际私法研究应该从研究大国到研究强国。(4)从国内到国际。中国国际私法应该逐渐走向世界,无论是在理论、立法还是人才上,都应该推向世界;(5)从浮躁到宁静。国际私法学者需要潜心治学,宁静致远,回归宁静,真正通过研究,提升学术水平,真正走向国际,实现强国之梦。

常务理事会议决定,增选马得懿等11位同志为学会理事,学会2013年年会将在甘肃兰州召开,由甘肃政法学院承办。

■作者简介:郭玉军,武汉大学国际法研究所教授,法学博士,博士生导师;湖北 武汉 430072。

车 英,武汉大学新闻传播学院教授。

■责任编辑:杜 剑