



研讨实施适用法律问题 推进国际私法立法工作

——中国国际私法学会 2011 年昆明年会综述

郭玉军 车 英

2011 年 11 月 18—19 日,中国国际私法学会 2011 年年会暨《中华人民共和国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在云南省昆明市举行。本次会议由中国国际私法学会主办,云南省高级人民法院与云南大学法学院承办,来自全国各地高等院校、科研机构、外交部、最高人民法院、云南省高级人民法院的专家学者和实务界代表共 200 余人参加了会议。会议主题为《法律适用法》实施的相关问题研究,会议共收到论文 130 余篇。

开幕式上,中国法学会林中梁秘书长出席会议并致辞,他对学会为中国国际私法立法与实践所作的贡献给予了高度的评价。中国法学会副会长、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致辞中强调,国际私法学是社会科学的重要组成部分,国际私法学者应当与时俱进,自强不息,追求卓越,不断提升人才培养质量、科学研究能力、社会服务水平,努力构建具有中国特色、中国风格、中国气派的国际私法学。

本次年会采用大会报告与小组讨论两种研讨形式。代表们围绕《法律适用法》的一般规定、民事主体、婚姻家庭、继承、物权、债权、知识产权、国际统一实体法、国际民事诉讼与国际商事仲裁等问题展开认真讨论,特别是以刚果金案为核心,探讨一国两制下的国家豁免问题。现将本次年会研讨的主要观点综述如下:

一、关于《法律适用法》实施问题

《法律适用法》于 2010 年 10 月 28 日颁布,2011 年 4 月 1 日起开始实施。中国国际私法学者对该法给予高度评价,认为该法是中国国际私法立法史上的里程碑,标志着中国国际私法立法迈上新台阶,同时对该法的部分内容也进行了反思,为该法的进一步完善建言献策。此次年会,紧跟立法新发展,专设多场讨论,集中探讨该法的特色、具体条文的特点以及实施中可能遇到的问题。学者提交的论文和发言涉及该法诸多重要方面,特别是对《法律适用法》与其他法律的关系,《法律适用法》中的意思自治原则,特别是动产物权未加限制地采用意思自治原则,最密切联系原则兜底,外国法的查明,经常居所地的认定,涉外离婚的法律适用,涉外侵权的法律适用等问题,进行了深入研讨。

(一) 一般规定

中国国际私法学会名誉会长、最高人民法院原副院长费宗祯教授对中国国际私法立法的历史进行了回顾,形象地称《法律适用法》为“可爱的丑小鸭”,指出该法有 10 个方面的创新与突破,如明确了外国法查明的责任,大量采用经常居所地法等。

最高人民法院高晓力博士根据《法律适用法》这部新法,在实践中运用意思自治原则时需注意:(1)按照法律规定允许当事人选择时才可以选择法律。(2)法律选择的方法必

须是明示的。2007年司法解释规定,双方当事人在诉讼中同时援引同一部法律,可以视为明示选择的一种。(3)当事人选择的范围须严格按照法律的规定,当事人的选择没有实际联系的限制,不要混淆法律选择与管辖权选择,我国法律从未对法律选择有实际联系的要求,但问题不同限制不同,如对于夫妻财产关系准据法,有选择范围的限制;(4)关于选择时间,司法解释规定一审辩论终结前均可进行选择,二审时是否还可以选择法律,值得进一步探讨。第2条第2款以最密切联系原则作为法律选择的兜底原则,对于审判实践具有极其重要意义。

华东政法大学丁伟教授认为,新法标志着我国国际私法立法理念、结构、内容等日趋合理与完善。《法律适用法》后时期应将促进立法体系的完整性、和谐性、根治立法碎片化现象作为立法工作的首要任务,应该将全面清理和整合中国国际私法立法体系中各种现行有效的法律作为立法工作的重中之重,以便理顺《法律适用法》与其他相关法律适用法律及相关司法解释的关系。

华东政法大学刘宁元教授认为,《法律适用法》选择了一个较为狭窄的法律适用法体系框架,只包含冲突规范。在法律适用法这个体系中,“新规则系统”和“旧规则系统”同时发生效力,形成十分复杂的内部结构,不可避免地产生协调和冲突问题。他建议通过两种方法化解冲突:(1)修改立法,即将《法律适用法》第51条修改表述为:“本法颁布前的规定与本法的规定不一致的,适用本法。”通过“后法优于先法”的原则,解决实质冲突问题。(2)由最高人民法院发布司法解释,将《法律适用法》的规定宣布为解决涉外民事关系法律适用的特别法。通过“特别法优于普通法”的原则,解决实质冲突问题。

复旦大学何力教授指出,《法律适用法》第2条的“特别规定”规定导致该法成为一般法,《民法通则》的一些规定成为特别法的倒置现象。而第51条前款的规定则是以作为普通法律的《法律适用法》排除了作为基本法律的《民法通则》条文的适用。为了解决二者之间的法律竞合,可以采用三种办法:启动修改法律的程序;启动立法解释的程序;将《法律适用法》提升为基本法律。

上海交通大学徐冬根教授认为,和谐价值观应该是主导和引领中国国际私法立法的核心价值观念,中国国际私法立法应该体现法律适用规则与法律适用原则的和谐共存,通过“原则一规则”的架构统合涉外民商事法律适用制度。中国国际私法立法应体现法律适用规范确定性和灵活性的融合,确定性和灵活性所体现的价值就是秩序和正义。他建议坚持多元化的法律选择方法,以实质主义方法,多边主义方法和单边主义方法为切入点进行更深入的研究。

西南政法大学刘想树教授在讨论最密切联系原则的司法化的发言中,分析了《法律适用法》将最密切联系规则仅定位为兜底救济规则的主要原因是追求法律适用稳健,司法任务简化等,这种定位不利于优化选法结果、缓解制度缺陷、矫正不当管辖等。他建议,我国应尝试通过“司法能动的原则化方案”,参鉴欧盟最新立法,把最密切联系规则激活成为理性实施我国国际私法的灵魂力量。

西南政法大学张春良博士认为,在意思自治缺位时(包括无意思自治、无效意思自治、无意思自治法、无效意思自治法),立法规定适用法院地法的三类情形(公共秩序保留、外国法无法查明、外国法无规定)不合情理,应一并排除而将其置于最密切联系代位调整之下。当涉外合同当事人有效地选择了某一法律,但该法律本身违背了我国公共秩序,或者没有规定,或者无法查明,按照我国立法规定此时应适用法院地法而非最密切联系代位调整。这一做法未能充分发挥最密切联系规则的合理价值,应予改进;应避免“意思自治法→最密切联系法”退化为“意思自治法→法院地法”。

(二) 民事主体

中南财经政法大学刘仁山教授认为,从各国及海牙国际私法会议和欧盟晚近的理论与实践看,惯常居所则是自然人属人法原则的主要或首选连结点。《法律适用法》中“经常居所地”,应该是与当今世界通行的“惯常居所”含义相一致。对“经常居所地”的认定,他建议:自然人的经常居所地为自然人连续居住满一年的居所;当事人在某一居所连续居住不满一年,或者同时连续居住于两个以上的居所超过一年时,与特定法律关系联系最紧密的居所地为当事人的经常居所地;儿童的经常居所与对其负有监护责任的人的经常居所相同,在特定情况下,应当充分考虑法律的目的以充分保护儿童的利益。武汉大学车英教授对刘仁山教授这一观点非常认同。

中国政法大学宣增益教授对属人法制度进行了详细的考证研究,回顾总结了我国有关属人法立法的历史以及存在的缺陷,指出在《法律适用法》中经常居所地法的适用范围相当广泛,包括当事人身份能力、婚姻家庭、继承、合同等方面。在属人法连结点的选取上,从整部法律看,国籍或者共同国籍作为替换或者第二顺序的连结点适用于某些特殊的领域。

(三) 婚姻家庭

华东政法大学袁发强副教授认为,《法律适用法》在涉外婚姻家庭关系的法律适用方面看似详细、完备,却存在立法技术粗糙的缺陷。某些规定存在法律适用真空,如第21、23、24条;看似引进了先进的弱者权益保护原则,却不仅无助于引导实体公正,更未能减轻法院查明外国法的困难,如第25、29、30条等。

安徽大学汪金兰教授针对欧盟有关离婚法律适用的规则(罗马III)指出,欧盟涉外离婚法律适用规则的新变化:(1)法院地法从主要准据法变为候补准据法;(2)当事人选法成为优先选择;(3)当事人共同惯常居所地法是当事人未选择准据法时的首选准据法等。武汉大学乔雄兵博士指出国际上有关离婚的法律适用出现了有利于离婚、采用最密切联系和意思自治原则的发展趋势,认为我国有关离婚法律适用的规定尚有待细化与完善。

中山大学王承志副教授在涉外夫妻债务清偿纠纷中如何界定夫妻财产关系准据法的范围问题上,认为,司法实践中将夫妻与他人之间的债权债务纠纷识别为夫妻财产关系纠纷,系对夫妻债务清偿案件本质属性的错误理解,混淆了夫妻内部财产关系与外部债权债务关系法律适用的不同。对具有涉外因素的夫妻财产关系以及债权债务关系,应根据各自冲突规范的指引确定其准据法。夫妻财产关系法律适用的范围并不当然扩及于夫妻对外债务清偿问题,而主要调整夫妻双方对外债务清偿过程中的内部财产关系,债权人与夫妻之间另有约定者除外。这是正确理解与正确适用《法律适用法》第24条的必然要求。

(四) 物权

复旦大学杜涛副教授认为,涉外民事交往中,物权法定要求物权必须以物之所在地法律为准据法,不得由当事人约定准据法。然而,近来国际私法上也有人倡导引入当事人意思自治原则。《法律适用法》第37条规定动产物权可以由当事人协议选择准据法,这种不加任何限制的意思自治原则违背了我国《物权法》上所规定的物权法定原则。这不仅与国外立法和司法实践所体现出来的趋势相背离,也不利于维护我国涉外民事交往中当事人的交易安全和国家安全。从理论上,物权适用物之所在地法是物权的绝对性和公示性等基本特性所决定的,物权法领域应当尽量限制当事人的意思自治。我国有关机关应当对《法律适用法》第37条所规定的意思自治原则进行限制。

应该说,将意思自治原则无限制地运用到动产物权问题上的确是《法律适用法》极具创新同时也是最富有争议的规定之一。多数学者认为,在涉外物权关系中当事人意思自治的运用限度需加以必要限制,如限于运输中的物,不影响第三人的利益,限制选择的范围如允许当事人在启运地法或目的地法之间进行选择。这一规定的利弊有待时间与实践的检验。

(五) 债权

华东政法大学林燕萍教授认为,海峡两岸新立法既具有共性同时又各具特色:首先,两岸新涉外侵权立法中都区分了一般侵权与特殊侵权,并对特殊侵权分别规定了法律适用规则;大陆地区列举规定了产品责任侵权、网络侵权和知识产权侵权;台湾地区列举规定了产品责任、不正当竞争、有关出版、广播、电视、计算机网络或其他传播方法的侵权、以及责任保险侵权。第二,两岸新涉外侵权立法中都以侵权行为地法为中心,以例外规则和特殊规则为两翼,构建了新的侵权冲突法体系。但两地的例外规则各有侧重:大陆侧重于意思自治原则,私法自治的空间较大;而台湾地区倾向于最密切联系原则,司法自治的空间更大。第三,大陆立法在具体侵权规则中没有明确规定最密切联系原则,是否可能援引第2条第2款总则的规定有待司法实践的回答;而台湾地区则在侵权部分直接加以规定,并以“但书”形式将最密切联系原则作为一般例外规则。第四,两岸在新的涉外侵权立法中都没有采纳“重叠适用”法院地法。

华南师范大学曾二秀教授认为,《法律适用法》第44条的规定与《民法通则》第146条的规定大相径庭,新规定摒弃了“双重可诉”原则,确立了侵权法律选择中的当事人意思自治原则,确定法律选择规则

时运用了“最密切联系方法”，采用有条件选择适用的规则使侵权法律适用具有了更大的确定性。

湖南警官学院李先波教授认为，《法律适用法》第44条对侵权构成要件和认定的法律适用规则没有做出明确规定，这可能会造成实践中适用的困惑；对当事人自由选择准据法也缺乏限制，而晚近国际社会的立法实践普遍对侵权领域当事人选择法律的自由做出严格的限制，对于选择的主体、方式、与应当直接适用法的关系、对其他主体权利的影响等问题宜作出较为详尽的规定。

浙江大学金彭年教授认为，我国新近施行的《涉外民事关系法律适用法》第47条关于不当得利的规定并未真正采纳“原因关系准据法主义”，而以“原因关系冲突规则主义”取而代之，这种做法在冲突法层面和实体法层面都是值得检讨与反思的。对第47条中的“意思自治”和“发生地”作适当的解释，可在一定程度上弥补上述缺憾。

（六）知识产权

中南财经政法大学徐伟功教授就版权法律适用中的保护国法原则进行了深入剖析，认为版权法学者倾向于以国际统一版权立法及其法律适用规则来解决版权法律冲突；传统冲突法学者则更希望将版权问题分割为不同方面，分别采用不同的法律适用规则。从国际版权公约以及各国对版权冲突法的现实态度来看，“保护国原则”是现阶段更为适合的版权冲突法原则，完全可以成为一个自足的冲突法体系，适用于除版权合同以外的所有版权法律冲突。

中南财经政法大学李婷博士生对《法律适用法》第7章第48—50条有关知识产权的确权、转让和侵权问题的规定进行了评析，认为，从总体来看，该部分的冲突规则以“被请求保护地”为主要连接点，辅以当事人协议选择地、合同特征性履行地、最密切联系地以及法院地。但从有关改动的文本中可以看出，立法者似乎踌躇于对“法院地法”和“保护国法”、以及国家间利益等问题的权衡与选择之上，其有些规定仍有待商榷。

二、关于国际民事诉讼问题

武汉大学郭玉军教授认为，备受关注的FG Hemisphere Associates LLC诉刚果民主共和国及其他人案在经历了一系列审判后，终由香港终审法院做出终局裁决。香港终审法院根据全国人民代表大会常务委员会的释法，判定香港特别行政区应与中央政府的国家豁免规则保持一致，因而香港法院对刚果民主共和国无司法管辖权。本案将“一国两制”制度下国家豁免规则的适用问题以及中国的国家豁免立法问题提上了议程，并为国家豁免立法及其区际适用问题提供了一定的解决路径和实践经验。然而，考虑到中国已经签署《联合国国家及其财产管辖豁免公约》，且采取限制豁免并不必然对中国不利，因此中国可以考虑适时转变其态度。

武汉大学李华成博士生认为，涉及外国国家的民商事争议的重要性决定其应当由较高级别法院进行初审。在我国，中级人民法院因其法官自身法律知识储备不足和涉外审判经验欠缺等原因不适宜作为初审管辖法院，最高院现有的受案规模及其主要职能和两审制的司法原则也决定其不应成为初审法院，中国在国家豁免立法时应确定由高级人民法院对国家豁免案件进行初审管辖。

西安财经学院王卿讲师对国家豁免案件中的外交介入问题提出四点看法：（1）外交介入的根本原因在于国家豁免问题具有法律和对外政策的双重属性；（2）外交介入并不是常态，只有对外交有重大影响时方能介入；（3）应尽量避免主动干预，通常情形下，只有在国家豁免主体向法院地外交部提出外交请求或者抗议时，外交部才对具体案件进行考察以进一步考虑是否介入；（4）我国并无像美国那样的三权制衡机制，外交部门并无直接介入审判过程的职权，作为“法庭之友”的做法在中国行不通。

山东大学黄世席教授对跨境赌博债务判决的承认与执行问题进行了研讨，他认为，以公共政策为由拒绝执行属于同一个主权国家的其他法域的合法赌博债务或者判决的做法需要慎重考虑。我国内地法院以公共政策为由拒绝执行澳门地区产生的合法赌博债务的做法欠妥，一方面，内地赌客没有尊重澳门的法律，这不利于内地和澳门之间的民商事往来和有关判决的相互认可与执行；另一方面也不利于打击内地的赌客。应该具体问题具体分析，承认澳门地区的某些合法赌债，或者在内地和澳门的民商事司法

协助协议中就澳门赌博债务问题做出特别规定,这样更有利于打击内地赌客到澳门赌博。

中国社科院李庆明博士认为,美国《外国人侵权法》诉讼涉及的是侵权请求,但遗憾的是,法官对法律选择问题的分析都比较简略。对于损害赔偿问题,除了传统的法律选择规则以外,美国法院还会根据法院地法作出惩罚性赔偿的判决。对于诉讼时效问题,法院一般都是类推适用《酷刑受害人保护法》,适用10年的诉讼时效。针对《外国人侵权法》诉讼中被告身份的特殊、案件事实的特殊以及原告所遭遇的实际困难,美国法院依据其国内法,经常认定允许诉讼时效的衡平中止,尽量不让原告的请求因时效的原因而被撤销。

湖南师范大学王葆蒨博士针对外国法专家意见的程序规制指出,通过专家意见查明外国法,是涉外民商事审判中最常用和最有效的外国法查明手段。《法律适用法》第10条确立了外国法性质的二元模式,导致在我国外国法查明制度中存在不同性质的外国法专家意见,对此应适用不同的证据规则加以规范。当事人和法院应依照一定的标准,选择适格的专家出具外国法意见。在诉讼程序中,可以通过专家法律责任、交叉询问等手段保障外国法专家意见的独立性和中立性。专家应当以书面形式出具外国法意见书,并在必要时参加庭审,接受法官和当事人的质询。法官应当从形式和内容两方面对外国法专家意见进行必要审查。外国法专家意见需经过质证,才能由法院作为裁判基础加以适用。外国法专家因过错出具错误意见并造成当事人损害的,应承担侵权责任。

三、关于国际商事仲裁问题

武汉大学宋连斌教授对《仲裁法》颁布后的中国仲裁制度的新发展从有关仲裁的司法解释、仲裁规则、“判例法”角度进行了全面梳理与阐述。他认为:1994年《仲裁法》实施至今的16年间,最高人民法院通过司法解释,使得我国仲裁制度在仲裁协议的效力认定、申请撤销仲裁裁决、仲裁裁决的执行、区际仲裁裁决的相互认可与执行等方面,出现了新的动向,如支持执行仲裁协议的政策,采纳仲裁地标准认定仲裁裁决国籍等。各仲裁机构在仲裁管辖权异议的处理、涉外仲裁的法律适用、最低限度的正当程序标准、仲裁与调解的衔接、仲裁员制度等方面,也推动了我国仲裁制度的发展。最高人民法院公布的案例及对个案的答复,具有典型性和指导意义,是研究我国仲裁制度不可忽视的“判例法”。《法律适用法》对涉外仲裁协议准据法确定的新规定尚有待实践检验。

广西师范大学房沫副教授认为,仲裁庭组成前的临时救济措施规则因有助于提高仲裁效率等,受到越来越多仲裁机构的青睐。尽管存在诸多优势,这一制度在具体设计中仍存在如临时救济措施命令或裁决的可执行性、仲裁员的选定、临时救济措施程序的时间规定等诸多需要深入探讨的问题,对这一制度的剖析将有益于我国仲裁临时救济措施制度的构建。

四、其 他

在此次年会上,学会顺利地进行了第七届理事会的换届选举,产生了新一届的理事会,黄进教授连任学会会长,肖永平教授连任常务副会长、丁伟教授等连任副会长,刘晓红教授、刘想树教授、於世成教授等增选为副会长,郭玉军教授连任副会长兼秘书长,宋连斌教授等任副秘书长。此外,本次年会还通过了新修订的中国国际私法学会章程。同时决定,2012年年会拟由大连海事大学法学院承办。

■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,武汉大学国家文化创新研究中心研究员,武汉大学艺术法研究中心主任;湖北 武汉 430072。

车 英,武汉大学新闻与传播学院教授,武汉大学学报(哲学社会科学版)常务副主编,编审。

■责任编辑:杜 剑