

[文章编号] 1672-7320(2010)06-0975-05

# 群英盛会 两岸同话“国际私法年” ——2010年海峡两岸国际私法学术研讨会综述

刘仁山 李 婷 张美榕

第六届海峡两岸国际私法学术研讨会于2010年6月18日在武汉召开。此次研讨会由中国国际私法学会与我国台湾地区国际私法研究会主办,中南财经政法大学法学院、湖北省法学会、武汉市仲裁委员会以及中南财经政法大学港澳台办公室联合承办。来自海峡两岸的多所高等院校、科研单位、司法界、律师界的近100位代表参加了会议,尤其是海峡两岸的大部分主流国际私法学者莅临本会。本届会议共收到论文近90篇,是自2005年第一届研讨会举办以来代表人数和提交论文数最多的一届。

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辞中指出,6年来,在海峡两岸同仁的共同努力下,在海峡两岸轮流举行研讨会已成为两岸学术交流、法学交流的重要桥梁,为两岸的法制建设做出了重要贡献。2010年对于海峡两岸而言,注定都是国际私法年。今年5月26日,我国台湾地区公布了立法院在4月30日通过的《涉外民事法律适用法》,这是台湾国际私法立法迈向现代化的重大进展。而大陆《涉外民事关系法律适用法》的制定也正在紧锣密鼓进行,预计年底能够完成并通过。本次会议的议题正是基于这样的背景而确定,希望代表们各抒己见。

台湾“司法院”前大法官刘铁铮教授在致辞中表示,国际私法同其他部门法一样,是国家法制的重要组成部分,是不可或缺的。特别是在现代交通发达、对外贸易频繁的时代,两岸的学者及同仁更应付出心力来研究国际私法。在过去20年间,大陆在韩德培教授等学者的带领下,国际私法学突飞猛进,人才辈出。此次海峡两岸研讨会,即本着学习的态度,与大陆学者交流、切磋。

在中南财经政法大学法学院院长刘仁山教授主持的开幕式上,刘铁铮教授还代表因身体缘故未能出席会议的台湾地区国际私法研究会会长、台湾“司法院”前大法官马汉宝教授,向中南财经政法大学赠送马汉宝教授的父亲、著名法学家马寿华先生的字画。刘铁铮教授引用一句唐诗——“两岸猿声啼不住,轻舟已过万重山”来比喻两岸之间民事商事交流的发展。此外,刘铁铮教授还特别为中南财经政法大学捐赠设立了国际私法奖学金,以奖励在国际私法学习和研究中取得优秀成绩的在校学生。

本次会议采用主题发言与分节讨论的研讨形式,主要围绕以下三个议题进行研讨:(1)海峡两岸涉外民事法律适用法的起草与制定;(2)海峡两岸民事商事交往中的法律问题;(3)国际私法的新发展。来自海峡两岸的专家学者们在民主、友好的氛围中,就上述各议题展开了深入探讨与争鸣。

## 一、海峡两岸涉外民事法律适用法的起草与制定

海峡两岸涉外民事法律适用法的起草与制定,是本次研讨会上最为热门的议题。代表们主要围绕“历史沿革—未来展望”、“本土纵论—域外视角”两个方面各抒己见。

中国国际私法学会名誉会长费宗祯教授回顾并介绍了改革开放30多年来中国国际私法立法的成果。

他认为,中国国际私法立法从形式上看,经历了从若干个单行法中设专章、专条模式发展为现在的单行法模式的过程。在整个 30 年中,立法过程呈现几大特点:(1)国际私法学术研究对国际私法立法起到很大的推动作用;(2)司法解释是对司法实务部门的经验总结,且推动了立法进程,并为立法工作提供了良好基础;(3)中国国际私法立法,从《民法通则》以来一直实行立法机关、学者和实务部门三方结合的方式。另外,根据全国人大法工委的计划,《涉外民事法律关系适用法》(草案)大约于今年 8 月提交全国人大常委会讨论,并争取在本年度通过。所以,费教授认为,如果说中国国际私法立法是以《民法通则》为起点,那么,倘若《涉外民事关系法律适用法》能够在今年通过,则其将成为中国国际私法立法史上的一座新的里程碑。

黄进教授对中国《涉外民事关系法律适用法》制定的新进展进行了介绍。他指出,2010 上半年,在全国人大法工委的倡议下,中国国际私法学会组织了部分专家,在《中国国际私法示范法》、武汉大学国际法研究所的建议稿和 2009 年年会讨论的基础上,对《涉外民事法律适用法》的专家建议稿进行了研讨和修订。专家讨论中,最受关注的有以下两个问题:

#### (一)新法与旧法的关系问题

目前有三种主张:(1)用单行法取代原来的分散立法,把原来法律中关于法律适用的规定废除;(2)旧法中大的章节不删除,原有的法律法规规定与本法不一致的,以本法为准;(3)其他法律对涉外民事关系法律适用有特别规定的,不做变动,另外制定一个涉外民事关系法律适用法。学会的意见是保留原有法律不动,赞同第二种主张。

#### (二)涉外民事关系法律适用法的结构问题

学会的建议稿在结构上有所创新,共分为 10 章,且突出了以人为本的观念,将人法提前,物法置后,但人大法工委倾向于民法典草案第九篇的结构。另外,学者们对于以下问题的意见分歧较大:对“涉外民事关系”要不要加以界定;外国法查明的责任;对公共秩序、直接适用的法以及法律规避是否应加以规定;继承的法律适用是采用同一制还是分割制等。

台北大学陈荣传教授介绍了即将于 2011 年施行的台湾《涉外民事法律适用法》的最新进展。陈教授作为该法的起草人之一,从基本架构与内容安排方面对新法进行了说明。新法改变了旧法 31 条的结构,但依然保留了旧法中的本国法主义的做法,规定属人法以国籍作为连结点。同时,新法的规定形式比较多元,住所地在立法中的重要性得到了提升。此外,在债权行为的准据法确定问题上,新法引入了特征性履行规则,并对反致问题作了范围上的限制,对规避法律、公序良俗等问题也进行了规定。台湾新法的重点在于,台湾国际私法的发展不能脱离国内实体法的发展。最后,考虑到新法与旧法的关系,新法在颁布一年后才予施行,因此,现在还面临很多解释问题,需要学者们进一步研究。

东海大学陈隆修教授探讨了欧盟的国际私法方式是否适合两岸未来的国际私法实践,并分析了美国现行理论和美国最高法院的判例,比较了 1980 年《合同义务法律适用公约》和欧盟 2008 年罗马 I 规则。陈教授提出,大陆的立法机关若签订两岸之间的协定,欧盟公约第 78 条的规定可资借鉴。

复旦大学陈力教授比较了大陆国际私法与台湾《涉外民事(关系)法律适用法》(草案),指出从条文数量上和规范的相关内容上,大陆是台湾立法的一倍,但在相同或相似制度之规定上,两岸立法各有特色或利弊。其中,在适用范围、区际冲突的解决、反致和公共秩序保留等问题上,两地制度在相似中存有细微差别;在法律规避、国际条约和国际惯例的适用、涉外民事关系的判断标准、识别、先决问题、时际冲突、外国法的查明、互惠与对等、诉讼时效等问题上,双方差别较大。

台湾玄奘大学赖来焜教授也比较了两岸国际私法的最新进展。他认为,两岸国际私法的 DNA 很像,台湾在 1953 年把 1918 年的《民事适用条例》改为《涉外民事法律适用法》,大陆国际私法学会的建议稿名称为《涉外民事关系法律适用法》,但是在立法体系上,特别是合同、侵权、知识产权、代理和法律行为等问题上,两岸的编排略有不同。

中国政法大学宣增益教授介绍了跨国侵权法律适用中的几个新动向。他首先回顾了侵权法律适用领域的争论点 即确定性与灵活性的竞争 并认为如何制定好侵权领域的法律适用 关键是怎样处理好

确定性与灵活性的问题。其次,宣教授总结了欧洲国家在处理该问题的成功经验,提出并总结了瑞士、德国、法国特别是罗马规则中关于侵权法律适用的规定。最后,其提出针对我国相关立法的五项建议,即以侵权行为地法为基本规则;以当事人共同属人法作为替代规则;以最密切联系原则作为灵活规则;以当事人的选择作为自治规则;以免予适用条款作为维护中国社会秩序的“安全阀”。

安徽大学汪金兰教授对我国涉外婚姻家庭关系法律适用的立法提出了建议。目前正在起草的《涉外民事关系的法律适用法》(草案)在第六章以专章形式规定了涉外婚姻家庭关系的法律适用规则,包括10个条款(第61-70条),对涉外婚姻家庭关系法律适用进行了全面规定,但其结构安排和内容仍值得进一步探讨。她认为,既要坚持理论上的系统性和完整性,也要兼顾我国审判实务的需要,同时,还要兼顾我国国情。对于领事婚姻、夫妻人身关系、夫妻财产关系等条文需进一步斟酌。

此次会议上,大陆与会代表对台湾《涉外民事法律适用法》抱有浓厚兴趣。中南财经政法大学刘仁山教授、复旦大学陈力教授等对台湾《涉外民事法律适用法》中的识别和先决问题、“关系最切原则”的规定提出问题,陈荣传教授逐一予以回应。他认为,立法不必过度超前,并且,将个人化的色彩降至最低,所以最后的立法是一种折衷和开端。

结合中国国际私法立法完善过程中对外国法的借鉴问题,中南财经政法大学粟烟涛博士针对《法国民法典》第14条的起源进行了历史考察。他认为,在古罗马时期“原告就被告”就是国内最基本的管辖权规则,古罗马帝国崩溃进入属人法时代后的司法管辖实践,几乎没有任何笃定可信的案例素材可以确切知晓当时人际法律冲突案件的管辖规则。在15世纪后大革命爆发前的属地法时期,案例资料也没有以原告住所地或原告国籍国为管辖依据的例证。由此可以看出,第14条没有什么深厚的历史渊源,只是大革命之后的新规。然而草案诞生之初并不是今天的模样,这条规定的诞生与拿破仑一意推行《法国民法典》存在莫大的关系。

## 二、海峡两岸民商事交往中的法律问题

对海峡两岸民商事交往中出现的诸多法律问题,与会代表也表现出极大关注。此次会议中,代表们主要就海峡两岸司法互助协议、最密切联系原则的运用、“分割争点(issue-by-issue)”方法的适用等问题进行了深入而热烈的讨论。

湖北省高级人民法院民四庭庭长李钢法官对湖北高院涉台案件进行了考察。他认为,根据“一国两制”,中国有四个法域,即大陆、台湾、香港和澳门四个法域,也属于国际私法所研究的“法律冲突”,即一个主权国家内部不同法域之间的“法律冲突”。随着两岸各界的共同努力,大陆和台湾的经济、文化、法律等各方面的交往将会日益广泛,法院审判也将会遇到新的涉台法律问题,这将为两岸国际私法学界提供新的共同探讨课题。

台湾亚洲大学法律系助理教授蔡佩芬评价了《海峡两岸共同打击犯罪及司法互助协议》。她认为,只要与司法互助有关,不管是民事、刑事还是行政,都属于该协议规范的内容,所以其司法协助范围比民事司法协助的范围要广。但是其第6条的规定,容易引起争议。对于程序问题,应该可以按照请求方的程序来进行,但是对于是否可以采取强制处分,条文没有进行规定。同时该协议中还有不确定的法律概念,如三个月内及时送达,是送达目的地?还是三个月内完成整个司法协助?所以,蔡佩芬女士认为,这个协议虽已跨出了第一步,但仍有值得进一步完善的空间。

上海海事大学王国华教授对台湾与大陆国际私法中最密切联系原则的运用进行了比较分析。她认为,从有关台湾资料来看,“关系最切”的用语在各个领域均有使用,有四个问题供大家讨论:第一,是不是台湾的司法实践也有这种需要,将准据法的选择与最密切联系相联系?除了学说作为血肉之外,台湾在司法实践中是否也有急切的需要呢?第二,法官在审理涉外案件时,是否会出现滥用冲突规范的情况呢?第三,大陆方面的法律适用法制定正在紧锣密鼓的进行中,在有关条文的拟定中,能否参考台湾的做法以避免冲突呢?第四,在大陆建议稿里,有关共同海损等“其他民事关系”的法律适用能否分配到具

体的关系中呢?东吴大学法律系副教授李后政先生随后就这四个问题分别进行了回应。

台湾东海大学法律系助理教授林恩玮先生以台湾最高法院两则先驱性判决为视角,分析了国际私法上的“分割争点(issue-by-issue)”方法及其适用规则。他指出,近来在台湾有许多新的国际私法理论被台湾实务界所接受,如不便利法院原则、最重要关联原则以及分割争点方法。台湾最高法院“96年台上字第1804号判决”和最高法院“97年台上字第1838号判决”,涉及分割争点方法的适用问题。在这两个案件的审理过程中,台湾最高法院将涉案法律问题分为主法律关系与次法律关系,并分别适用了不同的准据法。这对于未来台湾法院于各国际民事诉讼个案中将这一方法进一步地细致化与稳定化的实践富有开创意义。

中国人民大学杜焕芳副教授探讨了协议选择外国法院条款的效力认定与后续救济制度。他认为,从比较法来看,协议选择法院条款属于特殊合同条款,有其自身的准据法,尽管在《协议选择法院公约》中有相关规定,但是大陆对此并没有明确规定。按照《公约》,被选择的法院有权管辖,且不得拒绝,但协议中未选择的,不得管辖。随后,台北大学陈荣传教授就杜教授所提及的问题进行了评议,并简要介绍了台湾的相关司法判决。

针对台湾地区最高法院最终未执行大陆法院关于浙江省纺织品进出口集团公司诉长荣海运股份有限公司案判决的问题,中南财经政法大学法学院刘仁山教授在其提交的《我国大陆与台湾地区民商事判决相互承认与执行现状、问题及思考》一文中,分别就两岸在民商事判决承认与执行所涉及的范围、文书证明、公共秩序保留、以及既判力等问题进行了阐述,并提出两岸相互承认和执行民商事判决有可以共同遵循的法理——利益需要说;有可以共同遵守的原则——司法礼让原则,即如果判决法院所行使的管辖权是恰当的,那么,受托法院对该判决就应给予充分信任。同时,应坚持以礼让作为互惠的前提。

中南财经政法大学法学院徐伟功教授从博弈论的角度探讨了内地与香港民商事判决的认可与执行制度。他认为,内地与香港地区对于相互认可与执行民商事案件的判决,具有两种战略选择,即认可与执行对方法院的判决和拒绝认可与执行对方法院的判决。从一次性博弈的角度分析,双方应该倾向于采取拒绝认可和执行的策略是最好的结果。但从重复博弈的基础分析则会面临“囚徒的困境”。为了解决两岸判决的承认与执行问题,有两种思路可选:一是宪法层面的规定,二是区际协议的安排。在具体案件中,避开囚徒困境的可能的方法,一是不方便法院原则,二是区际案件移送制度。未来大陆与港澳台的民商事判决承认与执行制度仍将任重而道远。

### 三、国际私法的新发展

在新一轮经济全球化和区域一体化的时代背景下,随着涉外民商事交往领域中的新情势、新问题的不断涌现,两岸国际私法学者研究的深度和广度也在日益拓展。本议题中,学者们对诸如国际航空私法领域中的弱者利益保护问题、欧盟里斯本条约对欧盟国际私法发展之影响、跨境环境侵权的法律适用等热点问题进行了热烈的探讨。

西北政法大学王瀚教授对国际航空私法领域中的弱者利益保护问题进行了分析。他认为目前华沙公约的缔约国还未全部接受蒙特利尔公约,事实上在国际航空领域形成了华沙规则与蒙特利尔规则并行适用的情况。蒙特利尔公约只统一了收费运输,但现今私人航空器越来越多,私人航空器的飞行不受蒙特利尔公约调整,对于这类飞行产生的侵权责任问题有待航空冲突法的研究。我国目前研究航空法比较落后,应重视和加强国际航空法和国际私法领域对国际航空的研究,例如航空侵权法,航空保险法、航空代理法、航空服务贸易法、航空环境法等。

台湾政治大学法学院许耀明副教授研究了欧盟里斯本条约对欧盟国际私法发展的影响,特别是其中的欧盟与各成员国关于国际私法事项之对外缔约权限问题。许教授提出了一个耐人寻味的假设,即如果通过条约或冲突规则来调整,则在欧盟内部会出现一个很有趣的整合结果:通过冲突规则达成统一,甚至是达到实体法的统一。是否就意味着冲突法的灭亡呢?这一问题引起与会代表的极大兴趣与关注

清华大学李旺教授对当事人协议管辖与外国判决的承认与执行法律制度的关系进行了探讨。协议管辖是基于当事人的协议去选择一国法院进行诉讼,其价值是避免国际平行诉讼和管辖争议,是对当事人意愿的尊重。依照我国关于协议管辖的现行制度,当事人协议选择外国法院为专属管辖法院而排除中国法院管辖时,如果一方当事人诉至中国法院,我国法院拒绝行使管辖权由八项条件(详见《民事诉讼法》242条)。他认为,《民事诉讼法》第265条、第266条实际上已经没有什么意义,关于外国法院判决的承认与执行问题,我国仅局限于司法协助条约,在缺乏国际合作的今天,允许当事人选择外国法院就显得捉襟见肘。问题的解决办法有两种:或将外国判决的承认制度的互惠原则作为当事人选择外国法院管辖的协议成立之条件,或对外国判决承认之互惠原则进行再思考。

台湾玄奘大学讲师吴光平先生探讨了当事人意思自治原则、契约准据法的约定与法律规避的防止三者之间的关系。吴先生认为,以规避法律为由拒绝契约当事人依意思自治原则选择的准据法,无疑是对当事人意思自治原则的否定。因此规避法律与意思自治之间没有相容性。理由分别为:(1)法律规避与意思自治原则的核心价值相冲突;(2)当事人依意思自治原则自由选法即是以当事人意思自治为连结因素,故当事人的自愿选法行为并没有变动连结因素,不符合法律规避的客观要件;(3)当事人选择的法律若被排除就失去了意思自治的意义;(4)当事人规避法律的行为可以通过公序良俗或直接适用的法等其他制度来解决。

南京大学宋晓副教授就同一制与区别制模式下的立法抉择问题进行了分析。他认为,我国在涉外继承领域面临同一制与区别制的立法抉择。区别制的历史根源即封建主义已然消失,而同一制的历史根源即概括继承原则仍是现代继承法的基础。区别制不仅造成了动产继承与不动产继承的分割,而且催生了一系列难以克服的法律难题。同一制并不会损害不动产所在地的非继承利益,还可以通过例外规则维护不动产所在地的继承利益。在同一制或区别制的框架内,遗嘱方式、遗嘱能力和遗嘱解释问题应予区别对待。同一制较之区别制已具有绝对的制度优势,我国新立法应弃区别制而取同一制。

中南财经政法大学向在胜副教授分析了欧盟《罗马 II 条例》第7条背景下的跨境环境侵权的法律适用问题。他指出,罗马 II 条例对环境侵权做出了规定,采用了遍在原则,将侵权行为实施地法和损害结果发生地法置于平等地位,并具有相当的灵活性。在遍在原则的框架下,就侵权行为实施地法与损害结果发生地法而言,究竟应选择适用哪一法律,各国立法与司法实践有不同标准,罗马 II 条例采用了有利原则,因为相比侵权行为实施地法原则、损害结果发生地法原则和可预测性标准,有利原则更适于解决环境侵权的法律适用问题。侵权法律适用中的一般例外条款不应适用于环境侵权案件,但在环境侵权案件中,应允许双方当事人选择准据法。

中南财经政法大学讲师钟丽博士介绍了涉外知识产权侵权诉讼中的管辖权和法律适用问题。钟博士提出了两个主要观点。第一,西方国家对侵权外国知识产权的案件经历了一个从属地管辖、到跨界救济、最后似乎又回归属地管辖的过程,而我国司法实践中对于侵权外国知识产权的案件似乎一直不存在管辖的疑虑,这恐怕需要进一步论证。第二,在地域性原则的作用下,对于侵犯外国知识产权的案件,如何适用法律,是个需要讨论的问题。实践中,部分法院以我国法律判断境外的行为是否构成侵权,并进而做出裁判,这种做法显然忽视了知识产权的地域性特征。

以国际民商事关系为对象的国际私法,在构建和保障国际民商事秩序方面具有不可替代的地位。以对外开放为基本国策的我国,必须有完备的对外法律关系体系,国际私法无疑是其中不可或缺的重要部分。健全和完善中国国际私法立法,既是构建和谐的国际民商事秩序的需要,也是构建和谐的国际民商事秩序的基础。