



研讨涉外民事关系法律适用法 推进国际私法理论与实践 ——2010 年中国国际私法学会年会综述

郭玉军 车 英

中国国际私法学会 2010 年年会于 2010 年 9 月 25 日至 26 日在天津市召开。此次年会由中国国际私法学会主办、南开大学法学院承办,来自全国各地高等院校、科研单位、全国人大法工委、外交部、仲裁委、律师界、出版界、新闻界以及台湾地区的代表共计 200 余人参加了会议,共收到论文 110 余篇。此次年会是学会自成立以来参会人数和提交论文数量均较多的一次盛会。

本次年会采用了大会发言与小组讨论两种研讨形式。代表们围绕中国《涉外民事关系法律适用法(草案)》、中国国际私法理论与实践问题进行了深刻的发言与讨论。现将会上代表发言、讨论以及代表们所提交的论文的主要观点综述如下:

一、《涉外民事关系法律适用法(草案)》评析

2010 年 8 月 28 日我国《涉外民事关系法律适用法(草案)》的颁布标志着我国国际私法立法进程的加快。为此,学会专门邀请全国人大法工委副主任王胜明在大会上做专题报告,介绍有关立法工作的情况,同时在此次年会上专设一个讨论小组,共进行了五场专题研讨。该专题围绕《涉外民事关系法律适用法(草案)》一般规定、民事主体、婚姻家庭、继承、物权、债权和知识产权七个方面进行了探讨。许多学者积极地参与了讨论和评析,为我国的立法建言献策,场面十分热烈,有破有立,具有建设性。

王胜明副主任在大会报告中首先阐述了制定《涉外民事关系法律适用法(草案)》的“全”、“新”、“简”三字要求。“全”意味着不能有遗漏。“新”意味着不能陈旧,不能保守。“简”意味着篇章结构与条文通俗易懂、简明扼要。他认为,在起草《涉外民事关系法律适用法》的过程中,应处理好四个方面的关系:第一,要处理好立足中国实际和借鉴外国经验的关系。第二,要处理好当事人意思自治和对意思自治限制的关系。第三,要处理好确定性和灵活性的关系,适当向确定性倾斜。第四,要处理好法律适用法和单行法律规定的关系。商事领域的法律适用问题是否由单行法来调整更为合适,有待进一步研究。

外交部条法司副司长关键围绕我国国家豁免立法问题以及海牙国际私法会议方面的工作进行了介绍。他指出,在国家豁免问题上我们面临很多的问题,我国国家豁免立法已迫在眉睫。海牙国际私法会议目前工作的最新进展主要涉及有:1. 有关扶养义务公约的履约。2. 我国履行《跨国收养公约》的问题,我国有关收养法律适用的规定与公约规定不一致,导致依我国法律收养国际儿童的效力不能够为外国所承认,需要在理论和实践中予以解决。3. 《取证认证公约》是影响力比较广泛的海牙公约之一,目前该公约已经有 96 个缔约国,但我国目前未加入电子附加证明书的实践项目(简称 EAPP)。他呼吁学者对该

课题应进行深入的研究 4. 海牙国际私法会议已邀请各国专家成立一个工作组,正在起草关于国际合同准据法选择的不具有法律约束力的示范法。

(一) 总则

中国政法大学齐湘泉教授提出,应将草案第 2 条修改为:“涉外民事关系适用的法律,依照本法确定。其他法律对涉外民事关系的法律适用另有特殊规定的,依照其规定;其他法律对涉外民事关系的规定与本法有抵触的,依据后法优于前法原则,适用本法。”第 3 条与第 4 条顺序应调换,因为在当事人协商选择了涉外民事关系应适用法律的情况下,不存在适用最密切联系原则的问题。第 3 条应当明确该条是对涉外民事法律关系适用的限制性规定还是原则性规定。第 4 条应当删除“明示”二字,承认默示意思自治。第 9 条应规定为:“涉外民事关系适用的外国法律是外国的实体法。”华东政法大学丁伟教授认为,草案第 2 条应规定本法与其他法律的关系;第八章附则应增加一条:“本法施行前有关法律适用规定与本法不一致的,按照本法规定。”且应坚持新法优于旧法原则。中山大学谢石松教授认为,第 5 条应改为:“中华人民共和国法律对涉外民事关系有强制性规定的,应当适用中华人民共和国法律。”

中南财经政法大学刘仁山教授认为:第 3 条第 1 款和第 2 款在逻辑上属于同义反复,第 2 款被第 1 款所包含。若将最密切联系原则定为基本原则,建议删除第 2 款;若将最密切联系原则定为补充性原则,建议删除第 1 款。第 9 条中“其法律适用法”最好明确为“该外国的法律适用法”,且该外国的法律适用法应当明确是否包括程序法。第 11 条顺序可调整为:“外国法律的查明,可以由当事人提供。人民法院、仲裁机构或者行政机关可以依职权查明。当事人选择适用外国法律的,由当事人提供。”

武汉大学肖永平教授认为,第 4 条与第 34、39、40、41、43、52 条规定重复,建议将第 4 条修改。第 4 条中的“依照法律规定”依照何法律规定不明确。应当在附则中加上:“本法生效之日起,《民法通则》第八章、《继承法》第 36 条等法条废止。”并指出第 34 条的表述方式应与其他条文一致。

武汉大学宋连斌教授建议第 5 条加上限制语“经考虑法律适用目的和适用后果”。第 6 条应改为“适用外国法律将明显损害中华人民共和国社会公共利益的,适用中华人民共和国法律”。第 11 条应增加一款,港澳法律适用由人民法院、仲裁机构或者行政机关依职权查明。且顺序调整为“外国法律的查明,可以由当事人提供。人民法院、仲裁机构或者行政机关可以依职权查明。当事人选择适用外国法律的,由当事人提供。”第 2 款改为“可以适用中华人民共和国法律。”第 11 条后应增加一条,说明国际条约和国际惯例的关系,国际条约优先适用,没有国际条约的可以适用国际惯例。

清华大学陈卫佐副教授提出,首先在章节的设定上债权应放在第五章,物权和知识产权放第六、七章。指出第 3 条第 1 款规定过于原则、绝对。华东政法大学刘宁元教授认为,港澳台法律适用问题是不可回避的,建议在草案中规定应参照适用国内法,具体“参照”方法可以由最高人民法院进行解释。中国政法大学冯霞副教授认为:《涉港澳台民事关系法律适用法》与《涉外民事关系法律适用法》应该是两个不同的法律,可以用一个特别的法来解决涉港澳台民事关系法律适用的问题。

外交学院刘慧珊教授认为,第 4 条中的“依照法律规定”应当去掉,因为第五条本身的规定已经对扩大意思自治的范围进行了限制;第 9 条中的外国法律应限定为外国实体法;第 53 条应采纳原审稿的规定,即“知识产权的侵权责任应适用权利保护地法律或法院地法律。”

福建江夏学院屈广清教授认为,冲突规则所指引的准据法未必是最好的准据法;建议增加“此法没有规定的,依本法规定的原则来确定”的条款,如根据本法规定的最密切联系原则、当事人意思自治原则和保护弱者原则等加以确定。

华南师范大学徐锦堂博士认为:我国国际私法立法的指导思想应当是以本土性、明确性、先进性为主调,同时具有国际性、灵活性和可行性。在立法模式上应制定单行的《涉外民事关系法律适用法》和《涉外民事诉讼法》。我国国际私法立法宜规定“当事人意思自治”和“最密切联系”作为涉外民事关系法律适用的基本原则,在属人法上宜采取“组织与私人相区分”的原则,“保护弱者”是具体原则,而不宜认为是法律适用的基本原则。在一般制度方面宜规定“直接适用的法”,而无必要规定“先决问题”和“法律规避禁止”。在立法技术上应做到“繁”“简”适当、“软”“硬”兼备。

费宗祯教授对《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法(草案)》作了“短小精悍,言简意赅”的简要评价,指出立法的要害在于冲突规则的几个原则之间的逻辑关系和协调配合,并着重指出“在法定主义下适用某法律显然有失公平的,适用更为适当的法律,此点重要而又有针对性”。

(二) 民事主体

中国政法大学黄进教授提出,中国选择惯常居所地作为主要连结点的理由主要有:第一,属人法,要么适用本国法,要么适用住所法,要贯穿到底。我国法律应该以惯常居住地法为属人法,在我国《民法通则》中“住所”概念与“经常居住地”概念基本上是一致的,实际上“住所地”就是“经常居住地”。“经常居住地”在认定上更容易些,不需要考察当事人的意愿。第二,海牙公约在属人法领域也以惯常居住地作为连结点。第三,我国涉外民事法律适用法以经常居住地法作为属人法,是一种创新。不能简单认为中国的法制属于大陆法系或是英美法系,中国国际私法立法应吸收两大法系的精华,创造中华法系,采用惯常居所地法有一定的新意。

中山大学谢石松教授认为,第21条应改为“自然人无国籍或者国籍不明的,其经常居所地法律为属人法。”第22条应改为“自然人经常居所地不明的,其现在居所地法律为属人法。刘仁山教授认为将第19条改为:“当事人可以协议选择信托适用的法律;没有协议选择的,适用信托财产所在地法律或者信托关系发生地法律,或者信托的目的地及信托的目的实现地的法律。”最后,建议将第39条和第40条合为一条。陈卫佐副教授建议删掉第17条。因为人格权不是单独类型的涉外民事关系,侵犯人格权在侵权一章里已规定。武汉大学WTO学院邹国勇教授认为,关于人格权、代理和信托的规定不宜放在第二章中;第20、21和22条是关于自然人的相关规定,应该放在第12、13和14条的后面,以保持逻辑体系上的衔接性;关于自然人的行为能力问题,应首先适用其国籍国法律,其国籍不明的则适用经常居住地法律,经常居住地法律应是国籍国法律的补充。

外交学院刘慧珊教授指出,关于属人法的连结点,是适用本国法还是适用住所法这一问题。从几次专家建议讨论会来看,曾经一度不提适用本国法,完全是适用惯常居所地法。她认为,还是应优先适用本国法,在没有本国法的情况下,适用惯常居所地法。复旦大学杜涛副教授也提出适用国籍原则符合国际潮流,尤其是在民事权利能力和行为能力方面。在我国是否应当抛弃国籍原则以及是否应当采用惯常居所原则这个问题上,重要的是看我国的历史传统和文化。国籍原则在中国国际私法中的正式确立,迄今已有一个世纪之久。可以认为,国籍原则已经成为中国法律文化的一部分,不应轻易舍弃。在属人法连结点的选择上,学者们尚存在较大分歧。

(三) 婚姻家庭继承

齐湘泉教授提出修改第34条为:“法定继承,动产继承适用被继承人死亡时经常居住地法律,不动产法定继承适用不动产所在地法律。”陈卫佐副教授建议将第27、31、32条“有利于”改为“最有利于”。第39、40条原则上适用物之所在地法律,运输过程中的物适用目的地法律。湖南师范大学蒋新苗教授认为,草案第30条的规定中,“手续”一词用语过于口语化,不够严谨,建议改为“程序”或“形式要件”;删除该条中的“同时”一词;关于收养效力,草案规定适用收养人本国法,而从跨国收养的发展趋势看,倾向于保护被收养人的权益,建议适用被收养人的本国法;“收养的解除”应改为“收养关系的解除”。湖南师范大学欧福永教授认为第26条第2款中,宜增加“当事人双方没有共同居住地又没有共同本国法的,应当适用法院地法”的规定。第31条,应将扶养财产所在地限制为“主要扶养财产所在地”。

厦门大学于飞教授、安徽大学汪金兰教授结合意思自治原则在离婚领域的新发展和欧盟家庭法统一化动向,对我国的婚姻家庭法律选择规则立法提出切实可行的建议。武汉大学郭玉军教授认为各位老师对《草案》有不同认识是正常的,《草案》在具体条文的规定上确实存在一些问题,但基本上来说是可以接受的。郭玉军教授提出应注意两点:一是文字上的修改,如“结婚的手续”最好改为“结婚的形式”;二是对一般规定中的最密切联系原则的争议较大,如果一般规定中取消或修改最密切联系原则的规定,要务必注意总则与分则的衔接。

（四）物权知识产权

外交学院卢松副教授认为,草案第39条和第40条规定一般物权内容变更的,可以协议选择法律适用,但是物权内容是法定的,不可选择。他建议应删除第41条。陈卫佐也建议第39、40条原则上采用物之所在地法律,运输过程中的物适用目的地法律。

中山大学王承志副教授认为,草案在平衡法律选择的“确定性”和“灵活性”两种价值追求的过程中,从现行法律一贯秉承“确定性”一端滑向了过分追求“灵活性”的一端。且不论第一章将最密切联系原则和当事人意思自治原则同时置于根本性指导原则的地位,其第七章有关知识产权的三个条文中,不仅赋予法官较大的自由裁量权,还较大范围地赋予当事人选择准据法的自由。这种跳跃式的变化,将严重冲击我国涉外司法传统。

（五）债权

华南师范大学曾二秀教授提出海商法和民用航空法与本法产生矛盾怎么处理?外国时效问题规定在程序法中,怎么处理?她建议第46和第47条合并。第48条第一句改为“产品责任,适用被侵权人经常居所地法律或者产品取得地法律。”关于不正当竞争和环境污染问题应当另外做出规定,由当事人合意选择应适用的法律不合适。

南京大学宋晓副教授提出,制定涉外债权转让的法律适用规则,面临三条路径选择:适用转让人与受让人根据意思自治原则选择的法律、适用被转让债权的准据法或适用转让人的住所地法。意思自治虽能促进债权转让的商业效率,但不符合确立物权秩序的需要,适用转让人的住所地法过于机械片面。相对来说,适用被转让债权的准据法最能平衡各方当事人的利益,最能满足确立物权秩序的需要,因而应成为我国立法的最终选择,尽管这一系属在某些方面的适用也不尽如人意。

此外,湖南师范大学李双元教授、中国人民大学章尚锦教授、徐国建博士分别在《再论起草我国涉外民事关系法律适用法的几个问题》、《中华人民共和国涉外民事法律适用法(草案)基本问题及条文完善建议》、《对涉外民事关系法律适用法二审稿的意见》中就中国国际私法立法问题提出非常中肯的建议。

二、中国国际私法的理论与实践

肖永平教授在《21世纪英国国际私法前沿述要》的发言中指出,目前英国的国际私法发生了很大变化。21世纪英国国际私法的发展有以下几个特点:采用实用主义方法;相对明显的形式主义;法学家发挥重要作用;冲突法具有任意性;强调商事和程序事项以及欧盟法对其有巨大影响。

谢石松教授在《论国际私法中的直接规范和“直接适用的法”》的发言中指出,国际私法中不存在“直接适用的法”。国际私法中的单边间接规范不是所谓的“直接适用的法”;经单边间接规范指引的直接规范也不是“直接适用的法”;管理性的直接规范更不是国际私法中“直接适用的法”。田晓云教授指出,她更倾向于目前学界的主流观点,即存在“直接适用的法”。

孙南申教授在《证券集团诉讼的域外适用及限制》中提出,美国法院跨境证券诉讼管辖权的确立参照行为标准和效果标准。行为标准引发美国集团诉讼的域外适用,致使美国获得对外管辖权;就效果标准而言,从对外政策和国际礼让的角度考虑,对于发生在国外的行为,法院应谨慎行使管辖权,然而,若立法者有意使相关法律的效力及于国外的行为和交易,法院总会找出理由证明适用本国法的正当性。

大连海事大学王淑敏教授在《〈鹿特丹规则〉排他性选择法院协议》的发言中对《协议选择法院公约》和《鹿特丹规则》两者在确定管辖的原则方面的区别作了评析,指出前者规定所有形式的合同都可以作为协议管辖的依据,而后者第66条“对承运人的诉讼”针对批量合同和非批量合同分别采取了不同的立场,批量合同享有广泛的选择权,而非批量合同适用“实际联系原则”。相对而言,《鹿特丹规则》的“排他性法院选择协议”制度尚欠成熟,应充分吸收和借鉴《协议选择法院公约》中的合理成分。

南开大学孙建副教授在《国际私法上公共秩序涵义的模糊问题》的发言中指出,国际私法追求的目标是在公平平等的基础上适用国内外法律,而公共秩序保留制度中“公共秩序”所指的“国家利益”的界限,缺少明确的界定,导致涵义模糊不清,给法律适用带来了问题。若对公共秩序做过宽的解释,会使国

际私法的目标难以实现。

南开大学左海聪教授在《民法典国际商法法律渊源之条款设计》中提出民法典第4条第1款可以考虑修改为:“涉外民事关系的当事人可以经过协商一致以明示方式选择适用国际惯例等法律规则。……”,即在国际惯例之后加上“等法律规则”的表达,以示当事人选择的国际商法渊源,不仅限于国际惯例,还可以是国际条约(包括对当事人本国已生效和尚未生效的条约)、国际法律重述。因为实践中选择这些形式的法律渊源作为准据法的法律适用条款已经并非鲜见。此外,上海海事大学沈秋明教授就海峡两岸海运直航中的法律问题、武汉大学WTO学院刘瑛副教授就CISG损害赔偿范围实证研究、东北财经大学马得懿副教授就两岸海商法一体化机制实证分析、南开大学向前博士就国际商法:起源、发展及其精神、中国政法大学宣增益教授就航空减排路径之探讨、天津财经大学张川华讲师就主权国家在国际商法发展中的作用等做了精彩发言。

三、其 他

闭幕式上,南开大学法学院院长左海聪教授发表致辞,他认为,中国国际私法学会是一个高度团结、凝聚力强大的专业学术团体。此次大会体现出我国国际私法学界的研究已经到达相当的高度,这为我国国际私法领域的继续研究和整个国际法领域的全面发展奠定了坚实的基础。

中国国际私法学会会长、中国政法大学校长黄进教授在闭幕辞中指出,此次大会是成功、圆满、富有成效的。其中,最大的成效是对《涉外民事关系法律适用法(草案)》进行了深入研讨,这对促进《涉外民事关系法律适用法》的出台起到了积极作用。他还提出:国际私法学界同仁要潜心扎实地做学问,力戒浮躁;要充分利用《涉外民事关系法律适用法》出台的契机,提高国际私法的社会关注度。

本次年会上增选哈尔滨工业大学孙珺教授为常务理事,大连海事大学马明飞博士等3人为理事。经学会研究决定,2010年年会拟定于在云南昆明由云南大学法学院承办。

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

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。

■责任编辑:杜 剑

