

[文章编号] 1672-7320(2010)02-0316-05

中国国际私法 60 年回顾与展望

——2009 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 2009 年年会于 2009 年 10 月 17 日至 18 日在浙江省杭州市召开。此次年会由中国国际私法学会主办、浙江工商大学法学院承办,来自全国各地高等院校、科研单位、外交部、外经贸部、司法部、法院、仲裁委、律师界、出版界、新闻界的代表共计 200 余人参加了会议,共收到论文 120 余篇。

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受黄进会长的委托,代表中国国际私法学会在开幕式上致辞,他提出四点建议,即树立以问题为中心的研究意识;养成渗透型的研究路径;侧重中国特色的研究内容,解决中国的实际问题;注意研究成果的多维度展示。本次年会采用了大会发言与小组讨论两种研讨形式。代表们围绕中国国际私法立法、中国国际私法实践、国际私法基本理论、法律适用、国际民事诉讼法和国际商事仲裁法等问题进行了发言与讨论。2009 年 10 月 17 日晚,学会专门召开韩德培法律思想座谈会。现将会上代表发言、讨论的主要观点综述如下:

一、中国国际私法的立法问题

随着我国国际私法立法进程的加快,以黄进教授为首的中青年国际私法学者在借鉴《中华人民共和国国际私法示范法》、有关国际国内立法等最新成果的基础上,起草了《涉外民事关系法律适用法(建议修改之讨论稿)》(以下简称建议稿)。为此,本届年会专设一个讨论小组,共进行了五场专题研讨。该小组围绕国际私法立法的总则、民事主体、物权、债权、知识产权、婚姻家庭继承等方面进行探讨。除黄进教授、郭玉军教授、刘仁山教授、何其生教授、杜涛副教授和徐祥博士分别作主题发言外,许多学者都积极参与了讨论和评析,场面十分热烈,有破有立,具有建设性。

中国国际私法学会荣誉会长费宗祯教授指出,国际私法应以服务司法和立法实践为其任务;建立有中国特色的国际私法,要借鉴国外经验,但不能搞“机械移植”,必须坚持“生物化移植”,要立足于中国国情,坚持不唯书、不唯上、不唯洋,并提出了 12 个值得深入研究的问题,即:(1)要不要在立法中规定什么是涉外因素?(2)涉外民事法律关系适用法需不需要规定适用国际条约和国际惯例?(3)立法是否有规定法律规避的需要?(4)是否规定反致?(5)最密切原则是否还需要特征性履行作为补充?(6)中外合资经营企业合同等几类合同必须适用中华人民共和国法律的规定是否必要?(7)如何在立法中进一步体现保护弱势群体利益?(8)侵权法即将出台,如何在立法中体现侵权法的发展趋势?(9)在人身方面,到底以国籍国法为主还是以住所地法为主?(10)在总则中是否应该原则性规定当事人意思自治、最密切联系原则、直接适用的法等作为基本原则?(11)调查取证到底是应该由法官依职权进行还是作为当事人的主要义务?(12)立法结构问题该如何设计?中国政法大学赵相林教授提出相关讨论应考虑以下五点标准:(1)该规定是否有必要性;(2)该规定的法理依据是否妥当;(3)该规定是否符合国际上先进的立法趋势;(4)该规定是

否符合中国的实际情况;(5)该规定是否存在更好的表述方式。

(一)总 则

第3条关于冲突规范的适用,建议稿采取了法官依职权适用冲突规范的做法。杜涛副教授认为,我国实践中大量存在当事人不主张法官就不适用冲突规范的现象。这一现状与我国当前进行的司法改革总体趋势一致,所以对于冲突规范性质的规定,应考虑赋予当事人充分的自主权,减少法官的干预。一些学者认为,不宜在总则中规定国际私法条约的适用;很少有国家在立法中规定定性和先决问题,我国也可不规定。但费宗祯教授认为,外国没有规定的不等于我国就不可以规定,外国有规定的也不等于我国就必须规定。深圳大学法学院黄亚英教授认为,建议稿在细节上存在问题,如有关的措辞和表述有待斟酌;第4条第2款对最密切联系原则例外的规定,赋予了法官过大的自由裁量权。中国政法大学齐湘泉教授也认为第4条最密切联系的规定不合理,将这一规则作为原则会导致对冲突规范的彻底否定;第9条外国法查明的规定脱离实际,第3款没有明确依据何国法律解释外国法。华东政法大学丁伟教授在发言中指出,国际私法的立法要注意不同法律效力之间的协调。国际私法学界主张法典化是顺应时代要求的;应当根据立法的宗旨来决定内容的去留,如民事诉讼法的第四编属于该法的特殊部分,去掉并不会影响其本体,可将其并入到国际私法典中。

(二)民事主体

武汉大学何其生教授针对自然人的权利能力和行为能力的法律适用提出,学界关于本条的争议较大,很多学者都认为应适用本国法。纵观大陆法系,大多数国家法律均在属人法上坚持本国法主义。我国多年来的法律和司法实践也都采用本国法原则,但他认为住所地法更值得考虑,首先因为我国是多法域国家,采用住所地法有助于国际法律冲突和区际法律冲突的双重解决,其次我们很难看出适用本国法就一定有利于“保护海外华侨的利益”。对法人属人法采用成立地法主义是考虑目前外国公司和企业来中国设立公司较多,而中国公司向外国投资的则相对较少。因此,采成立地法总体上对我们有利。

(三)物 权

中国国际私法学会会长、中国政法大学校长黄进教授针对物权方面的法律适用指出:首先,《国际私法示范法》对此做了充分研究,建议稿的这部分内容与示范法没有太大区别,主要是把传统的物权法律适用原则和我国现有立法中涉及物权的国际私法规定纳入进来。另外,新增了过去没涉及的领域。其次,由于我国已经制定了《物权法》,所以建议稿采用了《物权法》的体例安排。最后,《物权法》制定后,学界对物权的名称有不同意见,很多学者认为财产法的概念更加合适,但因为《物权法》的存在,我们还是选择使用“物权”这一概念。另外在制定条文时,也参照了国际条约和有关国家的相关规定。

清华大学陈卫佐副教授提出立法技术在一定程度上决定了立法的质量,因此系统性和逻辑性非常重要,在物权这一部分可以贯彻由一般规则到特别规定的立法技术,考虑将第33条“不动产物权适用不动产所在地的法律”作为一般规定进行体例上的重新编排,第32条和第38条之间也存在类似的问题;此外第35条规定的关于“动产所有权转移的法律适用”问题没有考虑到其他动产所有权转移的方式,例如赠与、互易。徐国建博士指出,第30条关于动产与不动产的区分存在忽略虚拟财产等新兴财产种类的可能;关于第35条动产所有权的转移借鉴了德国法的有关原则,他认为是科学且有必要的。杜涛副教授提出应增加文物所有权问题的法律适用规定,采用“来源国法”原则。

(四)债 权

武汉大学宋连斌教授认为,起草工作既要遵循现有立法中的明确规定,又要考虑法官的实际需要。他着重说明了第59条,该条规定受害人可以选择适用侵权行为地法律和侵权结果发生地法律,这体现了对弱者的保护。关于建议稿第64条,原本他倾向于诽谤适用侵权行为地法,后来在与宋晓副教授讨论后改为法院地法。另外,他认为有关不正当竞争和环境污染适用侵权行为地法即可,没必要重复规定。

厦门大学法学院于飞教授指出,债权这章和其他章节整体上有个别用语不协调,比如有些条款中用“法”,而有些却用“法律”。华南师范大学曾二秀教授指出,第59条允许侵权行为受害人在法律规定不同

时选择法律,但这种意思自治的选择是针对一般侵权当事人还是特殊侵权当事人?第 64 条中诽谤侵权为什么要适用法院地法?南京大学宋晓副教授认为应该把第 51 条简化而不是逐一列举,并且在必要的时候,应将最密切原则作为补充予以规定。中山大学罗剑雯副教授对仲裁协议作为新增合同列入债权持有不同观点,她认为仲裁协议不是普通的民事合同,具有一定的准司法性,并希望新草案能够增加关于国际民事诉讼程序法律适用的部分。

(五)知识产权

武汉大学徐祥博士提出,有关知识产权条文起草的指导思想有两点:一是在基础理论方面尽可能汲取成熟理论;二是欧美在知识产权方面的研究较为先进,在立法时可结合我国的实际情况加以借鉴。他认为,知识产权传统分类是著作权、商标权、专利权等,但知识产权是一个权利类型名称,随着社会不断发展,其具体类型将会不断增加,因此无需细分。此外,同一知识产品在各法域中保护的类型不同,可能有的国家将其认定为植物新品种,而其它国家将其作为商业秘密来保护。如果我们按先确定权利类型再考虑冲突规范思路,逻辑上存在问题。所以本条未按传统分类,而采用了一个概括性的规定以适应不断增加的知识产权类型。但有学者对“知识产品”的概念提出疑问,指出现行立法中并不存在该概念。

(六)婚姻家庭继承

武汉大学郭玉军教授指出,在结婚问题上,曾经考虑过双方各自住所地法的观点,但最后还是采用我国原有立法中采纳的婚姻缔结地法的主张。这是因为缔结地非常容易判断,而且英美等国通行的也是这一做法。此外,虽然通常一部立法中前后条文的属人法应保持一致,但是否可以考虑针对不同的法律问题采取本国法或经常居住地法?对于离婚的法律适用,借鉴欧洲国家的实践,采取允许离婚当事人选择离婚准据法的做法,但与《示范法》中的规定不同,去掉“协议离婚”的限制。对于夫妻财产关系的法律适用增加了“实质联系”的限制。对于监护的法律适用,建议稿采用了最有利原则。

中南财经政法大学刘仁山教授指出,对于继承和遗嘱的法律适用的规定,其主要特点是在继承问题上借鉴德国、比利时、加拿大魁北克省等国或地区的最新发展,引入了意思自治原则。同时对于继承明确采用了狭义的反致。

许军珂教授肯定了建议稿中很多条款具有前瞻性,与国际接轨,如婚姻家庭继承领域采取意思自治原则;同时赞成郭玉军教授所提出的建议稿可采取备选方案的建议。沈涓教授主张,第 72 条(结婚)结婚的实质要件不应完全排除属人法,能否考虑设置成选择性条款。第 82 条(继承)采用了意思自治的原则,但第 83 条(遗嘱)没有采用意思自治的原则,是否也可以考虑采用意思自治原则。安徽大学法学院汪金兰教授表示,第六章婚姻家庭部分,结婚、婚姻效力、离婚、父母子女关系的确定及其关系等条款之间存在逻辑上的先后顺序,可以重新考虑建议稿的条款顺序。最后,蒋新苗教授建议收养问题应考虑最有利儿童原则,以与国际公约接轨。

二、中国国际私法的实践问题

何其生教授首先从我国的审判实践出发,运用统计的方法,总结出我国司法实践中大量存在的法院地法倾向。但我国法院地法倾向的成因不是单一的,而是多种原因“合力”的结果,如主权优位观念的束缚、我国国际私法立法的封闭性和冲突法的自身特点等。因此,我国现在的法院地法倾向已不是传统意义上的法院地法现象,其存在确实具有不少弊病。所以应当从完善相关立法和提升法官国际私法专业素质方面对我国的法院地法倾向进行适当的限制。

华中师范大学教师徐妮娜从我国涉外民商事司法的实践困境入手,提出我国涉外司法实践的困境主要发生在涉外法律关系的判定、冲突规范的适用、最密切联系原则的确定和外国法的查明。她认为功能型的国际私法应当是我国国际私法发展的趋势,同时还从司法机关的相关人才任用制度、理论研究与立法、司法实践联动等方面提出了具体的制度设想。

三、国际私法的基本理论问题

吉林大学吕岩峰教授在《和谐世界视野中的国际私法观照》的发言中提出,要以和谐世界的理念构建国际私法体系,建设和谐世界是现代国际私法的应然价值追求,国际私法自始应以和谐世界为价值追求,国际私法是和谐世界的基本法,和谐世界的国际私法应该是以人为本的“适当法”。

陈卫佐副教授在《论准据法与“适当准据法”》的发言中提出:准据法的内涵是冲突规范所指定的、最终适用于某一涉外民商事法律关系法律体系的法律体系,是确定当事人权利义务的实体法规范所属国家的法律体系。the proper law 的概念在英国已经过时。

李刚副教授在发言中提出,英国国际私法的同质化表现为:美国国际私法中的最密切联系原则、政府利益分析说被英国国际私法所吸收;英国制定法在加强,逐渐成文化、法典化;英国国际私法的异质化表现为:英国国际私法更倾向于实用主义方法;英国国际私法的发展更多归功于法学家的学说。

华东政法大学袁发强副教授从《鹿特丹规则》入手,认为传统观念认为识别作为法院进行法律选择适用的前提步骤存在于冲突法中的观点有待商榷。《鹿特丹规则》对承运人和货物控制方的识别问题进行的统一规定,一定程度上说明“识别”与“识别冲突”不仅存在于冲突规范的选择适用中,而且存在于准据法的选择适用领域。“二级识别”现象是客观存在的,应当重视研究该问题。

四、法律适用问题

华东政法大学国际法学院刘宁元教授在《论反垄断法域外管辖冲突和建立域外管辖之效果标准的国际法基础》的发言中提出,我国《反垄断法》第2条与长期盛行的“效果标准”不谋而合。20世纪80年代后,各国立法很明确地接受了“效果标准”,适用“效果标准”已经成为了普遍的事实,反垄断法的域外管辖有一定的国际法基础。

中南财经政法大学向在胜副教授在《论冲突规范的依职权适用》的发言中提出,外国法适用有三种模式:德国的职权主义、英国的现实主义和法国的折中主义。他建议我国采取英法模式。刘想树教授赞成从比较现实的角度,采取英法模式。主持人刘慧珊教授表示,本次会议开拓了法律适用的一些新领域,有利于涉外民事关系法律适用法草案的修改。在侵权问题上,我国的规定显然有待修改。新问题不断出现,我们必须扩大自己的知识领域,以满足实践的需要。

五、国际民事诉讼问题

澳门大学法学院助理教授涂广建在发言中认为,2005年海牙《协议选择法院公约》和我国大陆地区的国内立法并没有不可调和的矛盾,我国完全可以加入2005年的海牙公约。湖南师范大学法学院教授欧福永在《论平行诉讼中美国禁诉令审查的两种新途径》的发言中提出,禁诉令是阻止当事人挑选法院的重要手段。美国对禁诉令的审查主要有两种传统路径和两种新路径。我国也可以借鉴美国的相关制度来处理一些司法实践中的个别典型案件。

与会代表还对我国协议管辖的性质问题和不方便法院原则在我国的应用情况进行了热烈的讨论。谢石松教授和吴用副教授认为,虽然目前的法律没有明确规定法院选择的性质,但从我国的司法实践中可得出结论:只要双方当事人没有明示该选择是非排他性的,就可以认为双方当事人的选择具有排他性。

谢石松教授认为,最高法院在一个以不方便法院原则否认广东省高院管辖权的案件中,在中国确立了不方便法院原则。肖凯副教授则认为目前中国的实践尚不具备适用不方便法院原则的社会现实基础。他提出,不方便法院原则建立在普通法系国家管辖权规定非常宽泛的情况下,是对过于宽泛的管辖权的一种限制手段。而我国关于管辖权的规定非常有限,没有必要确立不方便法院原则。而且不方便法院原则会使中国的司法系统出现更多的拒绝司法的现象,不利于对当事人的保护。中国政法大学冯霞副教授认为,目前中国出现的一些拒绝司法的案例并不完全是法律原因而更多的是出于对主权和政治的考虑,应当以

更为开阔的视野看待相关问题。谢石松教授指出,虽然中国目前的立法没有明确地规定不方便法院原则,但是在司法实践中存在大量的案例。

六、国际商事仲裁问题

中国政法大学齐湘泉教授在发言中提出,我国学者混淆了什么是仲裁程序中的适当通知。关于适当通知的认定很重要,如关于电子邮件进行通知的效力,从实践看,各国都承认电子方式送达有效。但有一个问题,无法确定对方当事人是否收到且难以证明。因此必须注意要采取措施加以证明。关于在国际商事仲裁中能否适用公告送达,他认为国内很多仲裁规则仿照了民事诉讼的送达方式。其他的国际商事仲裁机构一般没有采用公告方式送达的,公告送达忽视了被申请人权利的保护。中国国际经济贸易仲裁委员会的赵健博士也反对公告送达,因为这与仲裁的保密性原则相悖。

云南财经大学法学院石现明老师在发言中对我国绝对的一裁终局制度提出质疑,认为应对国际商事仲裁和国内商事仲裁进行区分,是否实行一裁终局应当实行当事人意思自治,或是国际商事仲裁机构内部可以制定一种选择性的上诉程序。赵健博士认为该观点比较具有颠覆性,一裁终局可能具有相对性,但是在绝大多数情况下是绝对的;其次,例外情况并不能否定基本原则的成立;建立一个上诉机制是否就一定能够解决公平问题也是值得探讨的。

赵健博士主要介绍了《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》拟修改的主要内容如下:(1)增设多方当事人选择仲裁员条款。(2)增加仲裁员“独立性示范声明”。(3)在一定条件下,允许第三方加入仲裁程序。(4)适当扩大反请求与抵销权的范围。(5)关于仲裁员的责任问题,规定:“仲裁庭的成员、指派当局、海牙常设仲裁院秘书长和由仲裁庭指派的专家,在适用法律所允许的最大限度内,不对同仲裁有关的任何作为或不作为承担责任”。

七、其 他

学会会长黄进教授在闭幕式上对于学会今后的工作提出五点建议:第一,要进一步弘扬韩德培教授的精神,继续他开创的事业。第二,建议全国的国际私法学者一定要积极参与我国涉外民事法律适用法的立法工作。第三,要积极推动中国国际私法走向世界。第四,进一步促进中国国际私法学术与实践的结合。第五,从事学术研究要遵守学术规范。

此外,外交部徐宏副司长、司法部张晓鸣处长、最高人民法院高晓力法官在大会报告中分别就“外交工作中的国际法热点问题”、“我国司法协助协定签订与实施情况”和“我国法院承认和执行外国仲裁裁决中的热点问题”做了精彩发言。

本次年会上增选何其生等 4 人为学会常务理事,刘远山等 16 人为理事。

经研究决定,中国国际私法学会 2010 年年会拟定在天津召开,由南开大学法学院承办。

(责任编辑 何坤翁)