

构建和谐世界, 研究基本理论 ——中国国际私法学会 2006 年沈阳年会综述

车 英¹, 郭玉军²

(1. 武汉大学 期刊社, 湖北 武汉 430072; 2. 武汉大学 国际法研究所, 湖北 武汉 430072)

[作者简介] 车 英(1954-), 男, 河北望都人, 武汉大学期刊社编审, 武汉大学新闻与传播学院教授, 主要从事国际法学和新闻传播学研究; 郭玉军(1964-)女, 河北唐山, 武汉大学国际法研究所教授, 博士生导师, 主要从事国际私法学研究。

[中图分类号] DF97 [文献标识码] E [文章编号] 1672-7320(2007)01-0141-03

2006年9月23日至24日中国国际私法学会年会在沈阳召开, 由辽宁大学法学院承办。来自全国各高校、科研单位、外交部、司法部、仲裁委、律师界、出版界、新闻界以及台湾地区的代表共计150余人参加了会议。此次年会主题为: 国际私法与构建和谐世界。会议共收到论文97篇。

中国国际私法学会会长、武汉大学副校长、武汉大学国际法研究所所长黄进教授在开幕辞中强调, 学会要立足创新, 提高质量, 求真务实, 注重学术规范。

本次年会采用了大会发言与小组讨论两种研讨形式。代表们主要围绕以下四个议题进行了热烈的讨论: (1) 中国法律适用法立法问题; (2) 涉外民事诉讼法完善问题; (3) 涉外仲裁法修订问题; (4) 国际私法与国际经济法的关系问题, 等等。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、关于中国法律适用法立法问题

中国法律适用法立法是此次年会上的热门话题, 代表们主要围绕两个方面的问题进行探讨。首先是就中国区际法律冲突中的管辖权、法律适用等问题进行了专题探讨, 有关研究呈现出从宏观到微观的特点。其次是以司法审判为中心, 分析典型案例, 对司法实践现状特别是其中存在的问题进行了评述, 提出了完善我国国际私法立法与实践的建议。

上海财经大学余先予教授对于中国区际法律冲突的解决, 提出目前《安排》是解决我国区际法律冲突的一个好方法, 应该坚持, 目前内地不需要制定单方面的区际冲突法, 建议启动民间的多边机制, 拟定中国区际私法示范法, 供四个法域官方采用或参考。

中国人民大学章尚锦教授针对中国国际私法立法, 提出五点建议: 一是尽快扭转国际私法立法落后于教学、研究与实践的现象; 二是明确国际私法制度以成文法为主案例为指导的法律制度; 三是国际私法的立法名称应该采用国际私法, 而非其他名称; 四是国际私法立法内容应该与时俱进, 包括法律适用、司法管辖权、程序、国际司法协助甚至区际私法; 五是对于具体问题的规定应该加以完善提高。

华东政法学院林燕平教授认为, 我国民航法的修改势在必行。既然中国加入了《蒙特利尔公约》, 自然应该遵守公约, 使国内法与国际条约相协调。但接轨应该以国情来定。我们必须尽早出台合理的航空运输损害赔偿办法, 引入余生收入计算标准, 否则我国旅客在法律上的赔偿额就永远少于外国人, 也不利于保护我国当事人的合法权益。对于民用航空侵权的法律适用可采用一般侵权的立法模式, 而不必归入特殊侵权。中国政法大学朱子勤教授认为, 长期以来国际航空领域的法律适用问题未受到我国国际私法学界的足够重视, 她对国际航空运输关系领域物权关系、合同关系和侵权关

系的法律适用问题进行了比较全面的阐述,认为我国《民用航空法》所规定的法律适用原则与大多数国家的做法一致,但该法的规定并不全面,例如有关航空侵权的法律适用规定就有必要加以完善。

武汉大学国际法研究所郭玉军教授主要阐述了近年欧美等国在国际私法领域的一些新动向。指出美国第二次冲突法重述明确放弃试图区分程序和实体问题的做法,而是鼓励法院直接考虑为什么要适用法院地法;关于反致,虽然现代法律选择方法增强了法律选择的灵活性,但反致是一个不仅仍存在而且仍必须加以重视的问题;关于外国法的查明,尽管不同国家的立法与实践存在较大差异,但似乎近年的立法与实践呈现出法官应依职权查明外国法的一种倾向,特别是英美法系的美国自 20 世纪 60 年开始就出现了改革的倾向。

安徽大学汪金兰教授认为,国际私法上不存在强制性国际惯例,国际私法上的国际惯例只是任意性的实体规范惯例;我国目前有关国际惯例的立法应该加以完善,具体可修改为:“中华人民共和国法律和中华人民共和国缔结或参加的国际条约对于某涉外民事关系争议事项没有规定的,可以适用国际惯例;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,但我国法律有强制性规定的除外。”福建政法学院屈广清教授认为保护弱者应该成为国际私法的一项基本原则,意思自治原则、最密切联系原则都应该服从弱者保护的需要。

台湾玄奘大学赖来焜教授介绍了台湾地区国际私法修法情况。指出台湾地区冲突法有两个显著特点:一是其《涉外法律适用法》第 3 条规定国际私法是强行性法律,以防止法官和律师规避国际私法的适用,二是《涉外法律适用法》第 4 条强调国际私法的非政治性。

二、关于涉外民事诉讼法完善问题

代表们主要围绕我国涉外民事诉讼立法的完善进行发言与讨论。代表们的观点新颖、注重实证,比较集中地讨论了我国协议管辖立法的完善、外国法院判决承认与执行中的互惠问题等。

华东政法学院丁伟教授指出,从宏观上看现行涉外民事诉讼制度主要存在法条规定过于简单,司法解释过度膨胀缺陷,一些司法解释有悖现行有效的民诉法的相关规定的缺陷与不足。而具体制度规定中主要存在现行立法与司法解释不相吻合,过于强调维护国家主权,忽视管辖权领域的国际协调,对协议管辖限制非常严格,对于三类利用外资合同实行专属管辖未必适当等问题。

中山大学罗剑雯副教授从宏观与微观两个层面对我国涉外民事诉讼程序的现行立法进行了比较系统的梳理与深入分析,明确提出,构建和谐世界,应树立“国际利益与国家利益的平衡”这一立法理念,以此调整立法的基本原则及具体内容。微观层面提出应该始终以是否坚持平衡理念来衡量现行立法,在立法体例上,主张应将散乱的涉外程序规则集中于民诉法典中,但取消法典中的“涉外编”,按照民事诉讼程序的内在逻辑结构布局,各有关条文内部均采用先国内后涉外的顺序拟定,最后独立设置“国际司法协助编”。武汉大学车英教授也有相近的看法。

苏州大学张利民副教授指出,对于管辖协议的法律适用,虽然适用法院地法为许多国家所遵循,但机械适用法院地法存在诸多弊端,认为在当事人未做明确选择时,最好的解决方法是求助于当事人的默示选择——适用当事人指定的法院地的法律。西南政法学院宋渝玲副教授提出:应将协议管辖扩大到合同和财产纠纷以外的亲属法领域,如允许离婚诉讼的当事人协议选择管辖法院;取消协议管辖不得违反级别管辖的规定等建议。

湖南师范大学欧福永副教授在实证分析中国当事人在外国利用禁诉令和在外外国遭受禁诉令的案例的基础上,认为禁诉令虽然存在弊端,但在否定外国管辖和表明本国司法态度方面具有积极意义。我国可以借鉴英美法系国家的立法与实践采纳禁诉令制度,在立法中对发布禁诉令的原则、条件以及制裁措施作出较详细的规定。这样,针对其他国家的过度管辖原则,侵蚀我国管辖权的司法行为,我们可以有节制地采用“禁诉令”的手段阻止当事人参加外国诉讼。当然禁诉令只能在个别情形下采用,而不作为解决涉外民事管辖权冲突的一般原则或者制度。并对我国未来立法的禁诉令条款作出了具体而详尽的设计。

复旦大学杜涛副教授指出,晚近各国国际私法立法对于外国民商事判决的承认与执行不再要求互惠,互惠的要求存在诸多弊端。但从我国目前的现实情况来看,应该区分情况决定是否采用互惠的要求,一方面保留民诉法第 267、268 条有关互惠要求的规定,但可以增加一些例外规定,将无需互惠关系的规定扩大到所有有关个人身份关系的外国判决。在实践中,在确定外国是否给予中国法院判决互惠待遇时,采用扩大解释的方法,对于互惠的判断标准,采用法律上的互惠标准,在无法确定外国是否给予我国法院判决互惠待遇时,采用推定互惠的标准。

武汉大学乔雄兵讲师在阐述分析英美国家和大陆法国家有关域外证据开示制度的基础上,指出其在大陆法系国家证据开示制度也引起越来越多的重视,一些国家甚至参考美国的证据开示制度修改本国的有关立法。他提出我国应该

有限地引入证据开示制度,并在相关的领域制定有关的障碍立法,完善证据开示的配套机制。

三、关于涉外仲裁法修订问题

代表们主要就我国仲裁法的修订,特别是有关仲裁协议的准据法、仲裁机构是否应该承担民事责任、ADR 的含义、可仲裁性的新发展等问题进行了深入而热烈的讨论。

与会代表对于当事人未约定仲裁协议的准据法,也未约定仲裁地,直接适用法院地法的做法提出是否妥当的质疑。复旦大学孙南申教授指出,在国际商事仲裁立法与实践中,如果当事人未能对仲裁协议的适用法律作出约定,亦是按照国际私法上国际合同中普遍适用的“最密切联系原则”,适用与仲裁协议有最密切联系的国家的法律,决定该仲裁协议的有效性。中国人民大学赵秀文教授对最高人民法院有关德国旭普林一案的批复,提出不同看法,认为约定 ICC 规则就等于约定由国际商会仲裁院进行仲裁。

武汉大学宋连斌教授认为 20 世纪末最后十几年,仲裁法的改革浪潮席卷全球,我国在修订仲裁法时应充分借鉴国际上许多好的做法和制度。高菲博士认为此次仲裁法的修订,程序上的问题不是修改的关键,真正要解决的是体制上的问题。另外最重要的一个问题是,仲裁机构是否应承担民事责任。她本人持否定态度。贸仲会深圳分会韩健教授也认为规定仲裁机构承担民事责任并非国际上的通行做法,仲裁机构应该享有豁免权,否则仲裁将成为一个高风险的行业,不利于我国仲裁制度的发展。

华东政法学院刘晓红教授认为中国 ADR 制度的构建应结合本国的法律文化传统和 ADR 发展情势,科学地吸收其他国家现存的 ADR 制度的合理因素,并在此基础上形成具有中国特色的本土化 ADR 制度。认为英国的 ADR 模式对我国具有较大的借鉴价值。同时,中国可以更多吸收日本 ADR 中调解制度的精华。关于 ADR 的含义,与会代表指出,“ADR”中的 A 还有其他含义,在《国际商会友好争议解决规则》(The ICC Amicable Dispute Resolution Rules)中, A 指友好的,另外还有 appropriate 和 additional 的用法。

武汉大学何其生副教授指出,随着现代通信手段的多样化,仲裁协议书面形式要求正面临新的考验。有些国家现已不再要求仲裁协定以书面形式作成。有些国家对“书面形式”所作的定义十分宽泛,这种要求也实际上已经不存在。1958 年《纽约公约》第 2 条第 2 款的规定可能并不符合现今国际合同的做法,从而影响到国际贸易中某些约定的法律的确信性和可预见性。在仲裁协议形式问题上现代化趋势下,未来我国《仲裁法》在修订时,应扩大仲裁协议书面形式的范围,以包含通过电子通信手段达成的仲裁协议。但对于格式合同中,消费者与电子商务经营商所约定的仲裁条款,应该谨慎对待。要往往处于弱势地位的消费者到电子商务经营商所在地去申请仲裁,成本极其高昂,往往与仲裁标的不成比例,完全承认此类仲裁条款的效力,在实质正义上有欠妥当。

北京大学张潇剑副教授认为,从国际商事仲裁的理论与实践来看,在可仲裁性问题上适用仲裁地法、当事人同意选择的法律以及仲裁裁决的被请求承认与执行地法,均存在着问题。提出了依照一般法律原则来决定争议可仲裁性问题的观点,并从理论上论证了在可仲裁性问题上适用一般法律原则的可行性。阐释了争议的可仲裁性与公共政策及强行法的关系,展望了一般法律原则在可仲裁性问题乃至在跨国商事领域中适用的良好前景。

北方工业大学田晓云教授对于任意性国际商事惯例能否作为国际商事关系的准据法问题进行探讨。指出传统理论坚持国际商事关系的准据法仅限于国内法,反对非国家法的适用。而目前持肯定态度的学者越来越多,在国际商事仲裁领域适用非国家法作为准据法已得到比较普遍的认可。许多国家的国内立法、国际条约以及在国际上有重要影响的国际组织文件都已表现出对国际商事关系法律适用的宽松态度,即允许当事人选择或由受理案件的法院或仲裁庭适用国际商事惯例、一般法律原则等非国家法律规则作为判案的依据。而这种观点对传统的准据法概念有一定影响。

(责任编辑 于华东)