

■ 综 述

研究国际私法立法问题 探讨国际民商诉讼仲裁 ——中国国际私法学会 2004 年重庆年会综述

郭玉军¹, 车 英²

(1. 武汉大学 国际法研究所, 湖北 武汉 430072; 2. 武汉大学 新闻与传播学院, 湖北 武汉 430072)

[作者简介] 郭玉军(1964-), 男, 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; 车 英(1954-), 男, 武汉大学新闻与传播学院教授, 主要从事新闻学、国际私法学研究。

[中图分类号] DF97 [文献标识码] D [文章编号] 1672-7320(2005)02-0286-03

2004年11月18日至20日中国国际私法学会年会在山城重庆召开, 由西南政法大学承办。来自全国各地高等院校、科研单位、外交部、司法部、仲裁委、律师界、出版界、新闻界以及香港特别行政区、澳门特别行政区、台湾地区的代表共计170余人参加了会议, 共收到论文190余篇。此次会议是学会自成立以来参加人数和提交论文最多的一次会议, 是学会顺利完成新老交接后的第一次盛会。

中国国际私法学会名誉会长、武汉大学韩德培教授发来贺辞, 寄语后辈学者发扬学会的优良传统, 为中国国际私法的发展作出更大贡献。中国国际私法学会会长、武汉大学副校长黄进教授在开幕词中号召, 学会要自立、自主、自律, 建立现代化的学会制度, 要坚持学术自由, 要构建团结和谐的学会。

本次年会采用了大会发言与小组讨论两种研讨形式。代表们主要围绕以下三个议题进行了研讨: 1. 中国国际私法立法问题; 2. 国际私法中的法理学问题; 3. 程序法问题。从会议的讨论情况来看, 在讨论的深度和系统性方面有重大进展。现将年会研讨的主要观点综述如下:

(一) 中国国际私法立法问题(法律适用法部分)

中国国际私法立法问题依旧是此次年会上的热门话题, 学者们对我国立法从立法体例、宏观设计、指导思想, 到具体条文设计均进行了相当详细的评述与讨论, 并提出了具体的立法建议。相信会对我国今后国际私法立法工作提供有价值的参考。

具体讨论的问题主要分为:

(1) 总则

与会代表主要比较集中地就宏观指导思想、冲突规范在法院的适用、识别、先决问题、法律规避、公共秩序保留等问题进行了探讨。

武汉大学肖永平教授指出我国国际私法立法应遵循系统化、明确化和实用化的原则, 法典化有编辑、汇编、重述和编纂多种形式, 其中最好是采用重述的方法。

武汉大学博士生徐鹏提出了尚未引起我国国际私法学界充分重视的冲突规范在法院的适用问题, 即冲突规范的适用是强制性的还是任意性的问题。从国际上看, 对冲突规范的适用, 有些国家奉行强制适用原则, 有些则遵循任意适用原则, 还有一些采取折中做法。他建议我国立法中应专门规定冲突规范适用问题, 具体条文为: 除在本法规定可以选择法律的范围内接受双方当事人的明示主张外, 法官应依职权主动适用本法规定的冲突规范。

中国政法大学杜新丽教授认为, 识别的对象应该是涉外民事案件所涉及的事实或问题, 建议将分析和比较法思想渗透到有关识别依据的立法中, 识别一般以法院地法为依据, 依法院地法不能识别的, 以可能适用的法律为依据, 对连结点的认定除国籍外, 适用法院地法, 准据法的解释, 适用准据法所属国的法律及其解释规则。

武汉大学肖永平教授就国际私法中先决问题的含义、构成要件以及类型进行了全面的检讨,提出了广义先决问题的概念与新构成要件说,论述了先决问题与分割论、识别和反致制度的关系,并提出我国立法中应对先决问题的构成要件进行规定,但对先决问题的准据法建议通过司法解释的形式对应当考虑的因素加以规定,由法官根据具体情况灵活决定。

西南政法大学赵生祥教授建议我国应从立法上明确规定法律规避制度,并且内外国法律应一视同仁,无论是规避内国法还是外国法应一律无效。

南开大学孙建副教授、大连海事大学博士生熊育辉就完善我国公共秩序保留制度立法提出建议,指出应废弃使用立法中的“社会公共利益”一词,改用“公共秩序”;在适用标准上采用结果说,公共秩序所要排除的内容不应该包括国际惯例;在外国法被排除后,可以适用法院地法,但以最密切联系原则为适用的限制等。

(2)分则与附则

除了就传统的合同、侵权、婚姻家庭、继承等领域的法律适用加以探讨外,还有一些发言和论文涉及了以往较少予以关注的法律适用问题,如代卫权、投资基金、债权转让、劳动争议、不当得利、无因管理和知识产权的法律适用,研究的对象与视野明显扩大。

中国政法大学姜茹娇副教授就婚姻家庭关系的法律适用作出了相当全面详细建议,对现行立法规定进行了比较全面的补充和修正,例如,“结婚适用婚姻缔结地法律。外国人之间在中华人民共和国缔结的婚姻,也可以适用当事人一方的本国法律、住所地法律或经常居住地法律。”

武汉大学郭玉军教授指出,在知识产权立法体例上主要有集中式和分散式两种,前者指将有关知识产权的法律适用规则设专章或专条加以规定,后者指将有关知识产权法律适用规则设专章或专条的同时,再在其他领域规定有关法律适用规则(在如合同领域规定知识产权合同法律适用规则)。就具体的冲突规则而言,有四种规定方式:1.不区分权利也不区分问题;2.不区分权利,但区分问题;3.区分权利(如工业产权、著作权)但不区分问题;4.既区分权利也区分问题。她认为我国应采取专集中式,并且应该区分权利和问题分别予以规定。

武汉大学何其生副教授认为,就商事关系的法律适用做单独规定有一定意义,但其可行性应做进一步研究,具体内容应包括票据关系、破产关系、信托关系、代理关系、电子商务关系、公司关系、不正当竞争关系和证券关系的法律适用问题。名誉会长费宗祯教授认为民事、商事、海事关系这样的体例安排存在一定问题,应理顺彼此之间的关系。上海交通大学法学院副教授肖凯也提出商事部分与民事部分重合的问题难以处理,肖永平教授则认为这是一般法与特殊法的关系,而非重合问题。

上海交通大学王国华副教授认为,现行海事关系法律适用规定需要加以完善,特别是要加强最密切联系原则在海事领域的适用。西南政法大学刘想树教授认为,附则在内容设计上应包括生效方式与时间、溯及力、时效的法律适用、废止条款等问题。

此次年会上,与会代表就我国法律适用法的立法问题达成了一些共识,但也存在不少分歧。共识主要有:学会应加紧法律适用法的立法准备和建议工作,争取在明年上半年提交草案;同意扩充商事和海事关系中法律适用规则的规定;以专章规定属人法的法律适用是必要的;有必要在总则中就法律规避问题做出规定;有关知识产权的法律适用应当单列一章立法,同时有必要就其他知识产权问题作出规定。分歧主要有:就人格权和身份权的法律适用作出规定是否必要;禁止当事人规避的法律是否包括外国法;我国立法可否以惯常居所地作为属人法的连接点;海牙公约所规定的关于不动产遗嘱方式的准据法地确定在中国是否可行;海事规则和商事规则是集中规定在一章中还是各成一章。

(二)国际私法中的法理学问题

从本次年会的发言和提交的论文来看,我国学者特别是青年学者对国际私法法理学问题的研究已经比较深入,视野开阔,在研究方法上采用了经济分析、利益分析和哲学分析等方法。

厦门大学徐崇利教授在“冲突法之本位探讨”的发言中指出,法律冲突的解决可以归纳为以“私人”、“政府”和“社会”为本位三种情形。根据国际关系理论分析三种本位制,可以得出的结论是,“私人本位制”应成为各国冲突法立法的普遍选择,但以“私人”为本位的冲突法体系也应在有限的范围内或有限的程度上渗入“政府本位制”和“社会本位制”的因素。

南京大学宋晓博士认为,优法方法(适用更好的、更为有用的法律)是国际私法与生俱来的基本法律选择方法,但在传统国际私法体系中一直处于边缘地位。在20世纪国际私法革命中,优法方法才重新受到学者的重视。优法方法推动了法律选择程序向实体正义迈进。

中南财经政法大学研究生周琳运用经济学中的机会成本与激励原理解析了国际私法中的最密切联系原则,认为最密切联系原则是对各方效益最大化和效率的追求,但如不加以限制则会造成诉讼成本和司法资源的浪费。

西南政法大学硕士研究生马荣认为,国家利益是解决法律冲突、决定法律适用的核心问题,主张在制定国际私法时应强调国际私法的国家民族属性,从管辖权、法律适用和外国法院判决承认与执行三个方面贯彻国家利益。

徐国建博士将国际私法分为教授的国际私法、立法的国际私法、律师的国际私法与法官的国际私法。他认为,教授的国际私法可以侧重于理论研究,立法者的国际私法应偏重法条和国际统一立法,律师的国际私法在实践中往往很简单,法官的国际私法在我国水平最低,应该引起更多的研究与重视。

山东大学法学院讲师许庆坤认为法律冲突及其解决不能从其自身来理解,也不能从所谓的立法者意志来理解,相反应该将其置于它赖以存在的文化背景来认识。文化的“和而不同”是法律冲突存在的基石。不同的法律冲突解决方法体现了不同的文化品格。我国冲突法的完善应与我国文化特征相协调。他认为在我国现有背景下,采用具有英美文化特征的弹性冲突规范不能不说是一种危险。

华东政法学院丁伟教授、大连海事大学屈广清教授、武汉大学车英教授、外交学院卢松副教授、外交部条法司参赞徐宏博士等均认为,理论研究不能脱离实践,理论研究的最终目的是服务于司法实践的需要,不能华而不实。

(三)国际民事诉讼和国际商事仲裁中的法律问题

有关国际商事仲裁与国际民事诉讼的专题研讨会气氛热烈,除仲裁法的修正、临时仲裁等问题外,还就新兴的体育仲裁问题,特别是我国域外送达制度等国内学者较少予以关注的问题进行了深入探讨。

学会会长黄进教授作为国际体育仲裁理事会任命的体育仲裁院雅典奥运会特别仲裁庭仲裁员,全程参与了雅典奥运会的仲裁工作。他指出体育争议分为两类,即与体育有关的商事争议以及与体育有关的纪律性和技术性争议。他认为,我国学者应加强对体育仲裁的研究,注意体育仲裁与商事仲裁的联系与区别,体育仲裁对国际商事仲裁研究有一定影响,应对以下几个方面的问题加以关注:1.可仲裁事项范围扩大;2.体育仲裁协议具有特殊性;3.体育仲裁中允许有第三人。

学会副会长、北京仲裁委秘书长王红松女士向与会代表介绍了北京仲裁委近些年的改革措施,主要涉及:1.仲裁员的遴选办法;2.仲裁员报酬制度;3.章程修改;4.仲裁员培训考核。

武汉大学国际法研究所宋连斌副教授认为我国仲裁法修订应注意以下问题:1.要将支持仲裁的理念转化为实际的规则;2.防止仲裁诉讼化的倾向;3.当事人意思自治原则要求仲裁法的修改体现两套程序规则:一是以当事人意思自治为本位,二是仲裁庭应当有权适当地进行仲裁;4.重视仲裁员制度;5.立法与国际接轨;6.注重实证分析;7.仲裁制度改革应体现方便当事人的政策。

华东政法学院刘晓红副教授就仲裁协议效力扩张问题进行了深入的分析,她指出目前理论界关于仲裁协议效力存在契约性和准司法性两种不同的观点,而实践中仲裁协议效力不断扩张和延伸是一个不争的事实,如未签字的第三人在某些情况下也要受仲裁协议的约束。目前支持仲裁协议效力扩张的理论基础主要有:“禁止反言”原则、“揭开公司面纱”理论和公平合理的期待原则。

中国人民大学赵秀文教授认为在国际商事仲裁中,法律意义上的仲裁地点不同于开庭地点和合议地点;仲裁地点的确定对仲裁的司法监督具有重要影响;一国法院对外国仲裁裁决的司法监督应仅限于承认与执行或拒绝承认与执行,而不能行使撤销的权力。

詹礼愿博士提出了建立中国区际商事仲裁中心的构想,但其他一些与会者对此发表了不同看法,认为目前中国仲裁机构众多,关键的问题不是设立一个专门的中心,而是提高现有仲裁机构的办案水平。与会者还就临时仲裁问题进行了热烈讨论,一种观点认为我国应接受临时仲裁,另有为数不少的学者则认为,在目前中国缺乏诚信的体制下,临时仲裁能否正常运转难以预料,现阶段不宜盲目推行临时仲裁制度。对于区际司法协助中一些重要问题如司法协助的途径、方法、民事案件移送制度等,代表们也进行了集中深入的探讨。

复旦大学孙南申教授指出,涉外民商事管辖的冲突包括涉外诉讼管辖冲突与涉外仲裁管辖冲突。对于涉外诉讼管辖冲突,他分析了在一事两诉、协议管辖和责任竞合案件中应采用的原则。

武汉大学何其生副教授在分析了近年来我国域外送达中的非常态事件后认为,对域外送达先入为主的定性和效率低下是我国目前域外送达的症结所在。为提高送达效率,应在《海牙送达公约》体制下,扩大中国“中央机关”的设置;将现代科技(电子邮件和传真)运用于送达实践;确立法院为主,当事人为辅的送达体制。

(四)其他

2005年学会年会将由复旦大学法学院承办,会议主题拟为:1.涉外司法与仲裁实践中的国际私法问题。2.中国国际私法立法(法律适用法)建议案。

(责任编辑 何坤翁)