

● 综 述

# 面向21世纪的中国国际私法

## ——2000年中国国际私法学会年会综述

郭玉军<sup>1</sup>, 车 英<sup>2</sup>

(1. 武汉大学法学院, 湖北 武汉 430072; 2. 武汉大学《武汉大学学报》编辑部, 湖北 武汉 430072)

[作者简介] 郭玉军(1964-), 女, 河北唐山人, 武汉大学法学院国际法学系副教授, 法学博士, 主要从事国际私法研究; 车英(1954-), 男, 河北望都人, 武汉大学学报编辑部副教授, 主要从事新闻传播学、国际私法研究。

[中图分类号] D 990 [文献标识码] D [文章编号] 1000-5374(2000)06-0881-03

中国国际私法学会2000年年会于2000年9月18日至21日在湖北省武汉市召开, 由中南财经政法大学法学院承办。来自全国高校、科研单位、外交部、司法部、法院、仲裁委、律师界、出版界、新闻界以及台湾地区和德国的代表共计100余人参加了会议, 收到论文近60篇。

本次年会采用大会发言与小组讨论两种研讨形式, 生动活泼, 气氛热烈。大会发言围绕中国国际私法的回顾与展望、国际私法的基本理论、实践中的中国国际私法等问题进行研讨。小组讨论围绕INTERNET与国际私法、中国国际私法的实务、国际私法的教学与新问题等展开。与会代表们前瞻21世纪, 本着求实拓新的精神, 充分发扬学术民主, 畅所欲言。现将所议主要论点综述如下:

### 一、关于中国国际私法的回顾与展望

武汉大学法学院黄进教授指出:“九五”期间, 我国国际私法研究领域扩展, 研究内容深化, 取得了一系列研究成果, 如韩德培教授提出的“一体两翼”的理论, 李双元教授提出的国际民商新秩序的理论等, 确立了国际私法学科新体系。但国际私法研究还存在不少问题, 如理论上创新不足、相对忽视基本理论的研究、研究成果对实践影响不足、而且实质性的进步不大等, 这些都是未来研究所要注意的问题。他认为, “十五”期间国际私法的研究重点应包括: 1. 我国国际私法的立法与完善; 2. 我国区际法律冲突与司法协助; 3. 互联网与国际私法的发展; 4. 国外国际私法的发展与跟踪和比较; 5. 21世纪国际私法的发展趋势; 6. 新型国际民商事关系中的国际私法问题。

武汉大学法学院肖永平教授指出: 中国国际私法研究要赶上国际水平, 要有中国特色, 并应认真面对互联网对传统

的国际私法提出的挑战。中国人民大学章尚锦教授对中国国际私法和国际私法50年的历史进行了比较全面的回顾与展望。武汉大学法学院博士生郭树理对中国国际民事诉讼法进行了历史的回顾与展望, 不仅指出了已取得的成绩, 而且还特别指出了国际民事诉讼研究中存在的问题, 如缺少实证研究、缺乏比较法研究、研究手段落后、选题过于集中, 特别是研究中存在“焦躁”倾向。

### 二、关于国际私法的基本理论

关于国际私法的范围、性质等问题, 与会代表们再次进行了热烈的讨论。中南财经政法大学张仲伯教授认为, 国际私法不应该包括统一实体法, 其范围应和《示范法》基本一致。武汉大学韩德培教授则认为, 看问题不应该墨守成规, 而应以历史发展的眼光来看, 国际私法包括统一实体法有其合理性和必然性。中南财经政法大学刘仁山副教授认为, 对国际私法的范围, 一方面要立足于国际私法的传统及其本身所固有的特色, 同时又必须兼顾涉外民商事法律关系发展的现实, 统一实体法和“直接适用的法”已成为国际私法不可或缺的重要组成部分。安徽大学法学院汪金兰副教授对国际统一私法统一的范围、内容以及方式等从多种角度进行了比较深入的阐述。

关于国际私法的性质问题, 河北大学毕武卿教授等部分代表认为国际私法兼具国内法与国际法双重性, 中山大学法学院谢石松教授认为, 国际私法是国际法体系中一个独立的法律部门, 属于广义的国际法。中国矿业大学法学院黄世席讲师认为, 国际私法已完成了由国内法向兼具国内法和国际法性质的转变, 但它要成为完全意义上的国际法尚存在两种主要障碍: 一是由于没有国际审判组织, 即使缔结了统一实

体法公约,也会由于在不同国家的司法机关适用,而不能保证适用结果的统一性,二是由于尚不能在民商法的所有领域达成统一,这样就只能借助冲突规则确立的国内法来解决法律冲突。

上海大学法学院浦伟良教授对冲突规范的结构进行了探讨,提出冲突规范同其他法律规范一样,也是由假定、处置和制裁三部分组成,而同实体规范和程序规范相比,冲突规范的 3 个结构成分均有自己的特点。南开大学国际经济法研究所程宝库教授认为,冲突规范理论中一个普遍的倾向是较少关注冲突规范对国家利益的影响。通过修改冲突规范保持我国同其他国家利益的平衡是一项重要而紧迫的任务。通过修改冲突规范,让外国公司在涉外产品责任案件中按其本国法承担责任是在此类案件中更好地维护我国当事人利益的一个良策。

武汉大学法学院博士生谭岳奇认为,源远流长的自然法思想为 14 世纪意大利法则区别说的诞生提供了理论基础,19 世纪分析实证主义盛行时,德国的法律关系本座说适时而生,并促进了国际私法成文立法的发展,而 20 世纪法社会学理论的兴起为国际私法提供了崭新的处理法律冲突的智慧和经验。武汉大学法学院博士生胡永庆从法律选择方法多元化的历史理性与基础、实证性以及法律选择方法的社会适应性及其利益定向的角度对法律选择方法多元化的合理性进行了探讨。江西财经大学法律系马德才副教授就萨维尼法律关系本座说、中南财经政法大学冯琼琼就自体法理论与冲突法的趋同化问题、中南财经政法大学田圆就保护弱者原则对国际私法基本制度的影响、同济大学文法学院田曼莉副教授就国际私法上的法律规避、厦门大学法学院副教授于飞就反致制度、中南财经政法大学硕士生余锋就国际私法中的识别问题等进行了反思与展望。台湾东吴大学赖来焜博士就前沿国际私法基础理论问题做了发言。

华东政法学院林燕平副教授指出了我国国际私法司法解释中存在着扩大解释即所谓的“良性违宪”和司法解释混乱、不协调的问题,对无文本解释的合法性提出质疑,并提出了整理编纂现有司法解释、明确司法解释的时效性以及完善我国国际私法立法即制定统一国际私法法典等建议。中南财经政法大学刘卫国副教授从不同角度论及了司法解释在我国国际私法中发挥重要作用的原因,以及如何进一步规范 and 发挥司法解释在我国国际私法领域的作用。最高人民法院专家咨询委员会成员费宗祥教授认为,我国司法解释多有历史客观的原因,最高人民法院的许多司法解释是不得已而为之,立法不完备是其主要原因。要避免过多的司法解释一方面是要加强完善立法,另一方面应使司法解释规范化。

吉林大学法学院吕岩峰教授对 20 世纪国际合同法的发展进行了回顾与总结。他认为,最密切联系原则是公正性与确定性的最佳协调,是国际合同法律适用问题在 20 世纪取得的一个重要的突破性的进展;“合同适当法理论”是主观论与客观论的黄金结合,它汲取了合同法律适用历史发展过程中的全部精华。他除了对“特征履行方法”进行了一定的反思外,还提出了统一实体法是国际合同自己的法的观点。湖南

师范大学李先波副教授也从不同角度,比较全面地揭示了当事人未有法律选择时合同法律适用的各种方法。华东政法学院刘小红副教授对涉外合同责任与侵权责任竞合案件的识别、管辖权的确定及法律适用等、中南财经政法大学徐伟功讲师就票据格式的法律冲突及其解决、海南大学法学院袁泉副教授就荷兰侵权行为准据法的新发展、芜湖职业技术学院徐国平从比较法的角度对合同无效制度等问题进行了探索。

武汉大学法学院博士生杜涛对经济法的域外适用与经济冲突法的概念、特征、适用、经济法律冲突的国际协调等进行了详细的阐述。上海财经大学余先予教授就 WTO 的法律规则、中山大学法律学系研究生梁丹妮就 BOT 投资方式提交了论文。

湖南师范大学法学院蒋新苗教授认为,现代国际社会的收养法已逐渐从简单收养、完全收养并存的多元格局转向以完全收养为主的立法取向;各国收养法逐渐摒弃将收养视为纯契约行为的当事人放任主义,改采强化收养的行政或司法程序的国家监督主义,以更好地保护被收养儿童的利益。华东政法学院刘宁元就自然人民事行为能力和身份法律适用提交了论文。

黑龙江大学法学院王晓玲副教授对于判断涉外民商事法律关系的标志之一“定居”进行了相当深刻的分析,明确这一概念及其在国际私法中的地位对于调整涉港澳台民事关系具有重要意义。广州商学院于志宏副教授就内地与港澳台司法协助中的调查取证问题、武汉大学法学院博士生肖凯就国际民事诉讼中的未决诉讼问题、中南财经政法大学硕士生张兰兰就国际协议管辖合意的成立要件、中南财经政法大学硕士生乔惠鹏就国际民事诉讼中的诉讼保全、复旦大学陈力就内地与香港民事管辖权的法律冲突与协调等问题分别提交了论文。

### 三、关于实践中的国际私法问题

#### (一) 涉外仲裁制度

中国海事仲裁委员会刘书剑秘书长对海事仲裁案件的实体法的适用以及程序法和仲裁程序问题进行了介绍。武汉大学博士生宋伟莉认为应以一般协议的法律适用规则来解决国际海事仲裁协议效力的法律适用问题,而不应该简单地将其归入程序法问题径自以法院地法处理。

中国国际经济贸易仲裁委员会深圳分会韩健副秘书长首先介绍了中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则的修改情况。2000 年 10 月 1 日以后,中国国际经济贸易仲裁委员会将开始受理国内争议,同时使用中国国际商会仲裁院的名称。他还认为,在确定当事人是否有仲裁的意思表示时,不应刻意拘泥形式,在仲裁中也存在着类似代表诉讼权的代表仲裁提起权(或派生仲裁提起权)和代位仲裁提起权。最高人民法院专家咨询委员会成员费宗祥教授对此有不同看法,他认为,严格地说仲裁没有第三人问题,如果次债务人没有对仲裁提出异议,说明次债务人已默示地同意了仲裁,不是代位仲裁的问题。但海事仲裁委刘书剑秘书长又对此提出了不同意见。

此外,与会代表还对以下几个方面的问题进行了较为深入的探讨:1. 仲裁协议的效力问题,特别是仲裁协议书面形式的确定、仲裁机构的确定以及临时仲裁的问题,代表们指出,我国应学习和借鉴其他国家的做法,在立法上明确承认临时仲裁。2. 仲裁员的责任问题。广州金桥律师事务所詹礼愿律师指出我国应建立仲裁员责任制度,并从承担责任的主体、条件、形式、范围、时效以及追究责任的具体方式和程序等方面进行了较为深入的阐述。3. 德国律师柯儒慈对我国《仲裁法》和仲裁制度谈了几点认识。他认为:(1)中国的仲裁立法与国外的立法越来越接近,正在走向国际化,同时又具有中国的特色;(2)外国人不熟悉和不理解的是中国仲裁机构的作用非常强,秘书处、办案秘书对仲裁的影响非常大;(3)立法上有不协调的地方。另外,他还向中国学者介绍了德国新《仲裁法》的有关情况。

#### (二)涉外民事案件的法律适用

武汉大学法学院博士生何易采用实证分析方法对中国法院审理涉外民事案件的法律适用进行了分析。根据他的调查结果,我国法院适用中国法律(包括根据我国法律规定参照国际惯例)审理案件的占91.9%,适用外国法审理案件的只占6.5%。他认为,这种适用法律“回家去”的趋势不是历史的倒退,而是螺旋式的上升,但冲突法的作用不受重视也确实是实际情况。

#### (三)有关国际公约

外交部条法司田妮就面向21世纪的海牙国际私法会议作了大会发言。她指出,海牙成员国数量在日益增加,若干海牙公约的影响也正在逐渐扩大。为适应经济全球化的趋势,海牙国际私法会议正将关注的目光从婚姻家庭法领域转向商法领域。目前正在集中精力起草《民商事管辖权和外国判决公约》,并致力于研究电子商务、抵押证券所涉国际私法问题等新课题。司法部张晓鸣处长主要就《海牙送达公约》、《海牙取证公约》在我国的情况做了介绍。外交部领事司官员孙劲对《关于保护儿童国际收养合作的公约》进行了评介。西北政法大学王翰教授、中国社会科学院沈涓副教授对制定中的海牙《民商事管辖权和外国判决公约》作了相当深刻的剖析,并对如何完善我国《民事诉讼法》的有关规定提出了有价值的建议。

此外,华东政法学院丁伟教授就对日民间索赔中的法律问题提出了颇具说服力的观点。他认为,中国政府放弃的只是战争赔偿,而对日民间索赔是受害赔偿,所以中国的民间受害者完全有权依照国际私法的途径向日本政府索赔;在对日民间索赔中,个人具有直接向日本国提出赔偿的请求权,个人直接向战败国提出索赔具有国际条约和国际习惯法上的依据;将细菌战的受害赔偿与一般民事赔偿的诉讼时效混为一谈缺乏法律依据。最后,他建议可以仿效中英两国政府1987年解决历史遗留的相互资产要求的协定,解决中国受害者对日民间索赔的问题。

## 四、关于INTERNET与国际私法及国际私法教学问题

武汉大学法学院肖永平教授认为,INTERNET对传统国际私法的连结点、法律选择方法、准据法、管辖权、国际民事诉讼送达、取证等提出了严峻的挑战。华东政法学院硕士生赵运刚指出,美国法院在处理网络案件时,以宪法要求的正当程序为前提,适用“最低联系”标准,这种确定管辖权的方法在方法论上的意义远远大于其在解决具体争端方面的意义。中国政法大学杜新丽教授等就数字时代的冲突法、武汉大学法学院博士生蒋茂凝就计算机信息网络中版权国际保护的新发展、武汉大学法学院博士生何其生对电子商务中的电子证据、广东德赛律师事务所吴友明律师就互联网对法律适用的影响、武汉大学法学院博士生朱萍对虚拟空间中主权及管辖权的困境与出路、中南财经政法大学硕士生沈宏罡就电子商务与网上仲裁协议的形式要件等进行了初步的探讨。

中山大学法学院罗剑雯讲师对如何在国际私法中采用诊所式教育提出了有益的见解。诊所式教育包括实地实习、模拟训练与角色扮演、当事人诊所、一体化诊所等方法。诊所式教育有利于培养学生分析问题与解决问题的能力。她指出,作为一门理论性和实践性都很强的学科,国际私法有必要结合本学科的特点采用适当有效的方法,进行互动式教学等。

## 五、关于《中华人民共和国示范法》出版

1993年中国国际私法学会年会上成立了以韩德培教授为组长的《中华人民共和国示范法》起草小组,并于1994年7月完成了《示范法》第1稿。此后,经过多次讨论和修改,最后定稿为第6稿。《示范法》(第6稿)共分5章。第1章总则、第2章管辖权、第3章法律适用、第4章司法协助和第5章附则,共有166条。每一条文都附有适当说明。《示范法》已由法律出版社于2000年以中、英文出版。《示范法》是我国法学界第一部完全由学术研究团体起草的示范法典,开创了我国民间立法之先河。它代表着我国国际私法学界的研究水平,是里程碑式的研究成果,不仅在我国国际私法学界产生重大影响,而且也引起了国外学者的关注。《示范法》必将对我国国际私法理论发展以及立法与司法实践产生深远影响。

学会还增补了湖南师范大学法学院李先波副教授为常务理事、同济大学文法学院田蔓莉副教授为理事。全会决定2001年年会将在陕西省西安市召开,由西北政法学院承办,拟围绕以下几个议题进行研讨:1. 网络经济与国际私法;2. 西部大开发与国际私法;3. WTO与国际私法。

(责任编辑 叶娟丽)