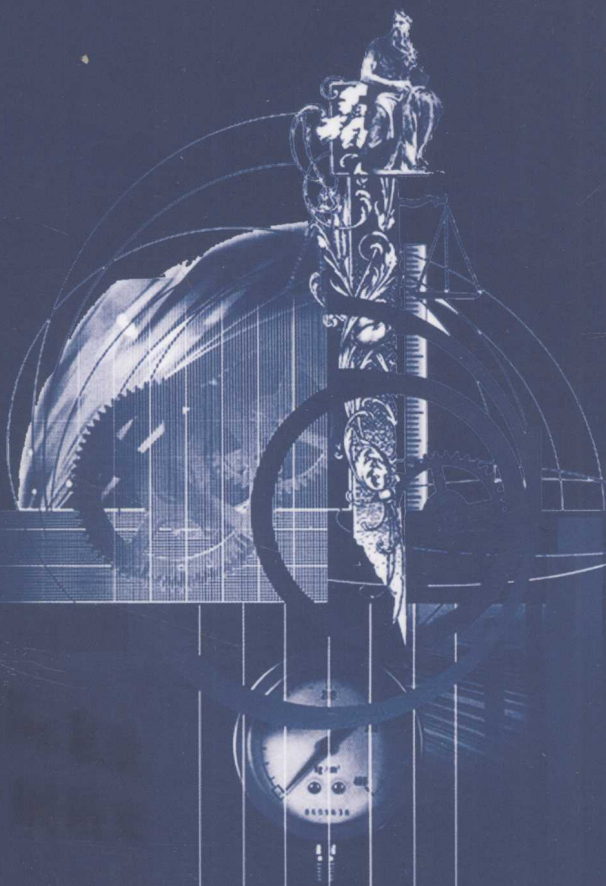


中国国际私法 和谐发展研究

丁 伟◎著



上海社会科学院出版社



ZHONGGUO GUOJISIFA HEXIEFAZHANYANJIU

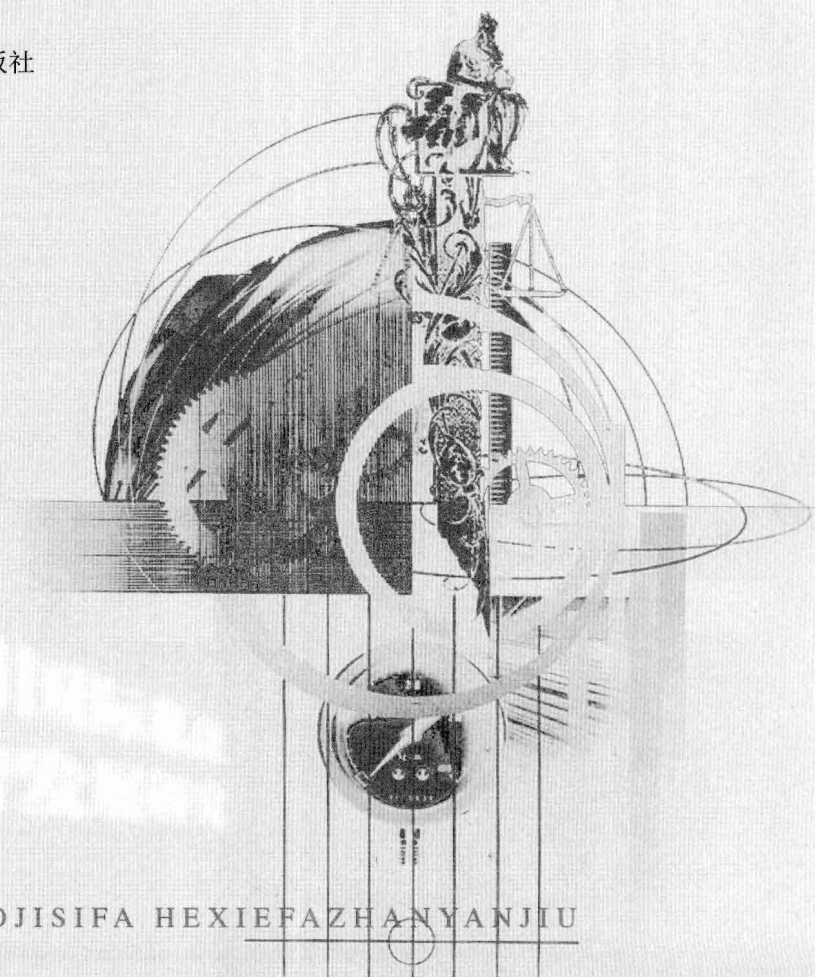
上海市教委重点学科建设项目国际法学 (J51103)

中国国际私法 和谐发展研究

丁 伟◎著



上海社会科学院出版社



ZHONGGUO GUOJISIFA HEXIEFAZHANYANJIU

图书在版编目(CIP)数据

中国国际私法和谐发展研究/丁伟著. —上海: 上海社会科学院出版社, 2009

ISBN 978 - 7 - 80745 - 606 - 3

I. 中… II. 丁… III. 国际私法—研究—中国 IV. D997

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 209270 号

中国国际私法和谐发展研究

作 者: 丁 伟

责任编辑: 陈 军

特约编辑: 刘益民

封面设计: 闵 敏

出版发行: 上海社会科学院出版社

上海淮海中路 622 弄 7 号 电话 63875741 邮编 200020

<http://www.sassp.com> E-mail: sassp@sass.org.cn

经 销: 新华书店

印 刷: 上海惠顿实业公司印刷部

开 本: 787×1092 毫米 1/16 开

印 张: 22.75

插 页: 2

字 数: 385 千字

版 次: 2009 年 12 月第 1 版 2009 年 12 月第 1 次印刷

ISBN 978 - 7 - 80745 - 606 - 3/D · 109

定价: 50.00 元

版权所有 翻印必究

序 言

夜阑人静,当我完成本书最后一个专题,转而构思序言部分的写作时,窗外传来了校园悠扬的钟声,时针已经指向了2009年9月30日零时。我蓦然想起,明天就是共和国六十华诞的纪念日。在中华民族五千年的文明发展史中,新中国成立以来60年虽然只是短暂一瞬,但却是沧桑巨变的60年。历史的奥秘往往就在于巧合,在共和国60年历史的坐标上,1979年处于坐标的中线。就在这一年,五届全国人大二次会议表决通过了《关于修正中华人民共和国宪法若干规定的决议》和七部法律,这是当代中国走向民主法制的历史转折点。也正是在1979年秋天,笔者与三百名风华正茂的青年学子怀着对法治的憧憬考入了华东政法学院,成为当年复校的该校第一批学生,从此便与法律结下了不解之缘。时光如梭,岁月蹉跎,30年来华政校园悠扬的钟声不但陪伴我渡过了青涩的学生时代,而且一直鞭策着作为一名教师的我在漫长崎岖的法学征途上踽踽前行。

30年来,尽管自己的身份角色、工作岗位几经嬗变,但对于国际法学的浓厚兴趣丝毫未减,始终坚持在国际私法、国际投资法等学科前沿开展教学与理论研究工作,并且积极从事国际商事仲裁实践,自2003年初以来又直接参与地方立法的制定与审议工作。多年来,教学、理论研究、仲裁实践、立法四位一体的特殊工作背景使我对法学的真谛有了更加深刻的领悟。以本人长期从事教学与研究的国际私法学为例,在国际私法治理体系中,立法、理论研究与司法/仲裁实践能否保持良性互动的和谐关系是评估该治理体系绩效的最为重要的指标。为形象地阐明三者之间的关系,不妨引用物理

学上“耦合(coupling)”的概念。在物理学上,所谓“耦合”是指多个系统或运动方式之间通过各种相互作用而彼此影响,以至联合起来的现象,其实质是系统之间及其运动方式的互动。藉此推而广之,在国际私法领域,笔者姑且将立法、理论研究、司法实践的有机结合、共同作用于中国国际私法的和谐发展视为一种耦合现象。改革开放 30 年来,中国国际私法的立法、研究与司法实践有了长足的发展,但是,三者的关系尚未进入相互交融、相得益彰的佳境,彼此之间“脱耦”的现象时有发生,这种现象不但影响了中国国际私法的和谐发展,也与加快完善中国特色社会主义法律体系的时代要求不相适应。在建设中国特色社会主义法律体系迈出决定性步伐的新的历史时期,国际私法所调整的国际/涉外民商事关系已成为我国法律调整的基础性法律关系之一,国际私法这一独特的法律也已成为中国特色社会主义法律体系中重要的支架性法律之一,促进立法、理论与实践三者的耦合,不断增强中国国际私法治理体系的内聚力,确保中国国际私法的和谐发展,是时代赋予中国国际私法理论工作者的神圣使命。

近年来,笔者始终将目光聚焦在中国国际私法立法、理论研究以及司法与仲裁实践三者的关系上。本书的立法篇在对中国国际私法立法作全景式扫描的基础上,较为深入、系统地对影响三者关系和谐发展的症结作了全方位、多视角的剖析。鉴于中国政府恢复对澳门行使主权后,中国澳门地区的国际私法当属广义的中国国际私法制度不可分割的一部分,笔者曾直接参与了澳门《民法典》、《民事诉讼法典》的本地化工作,深感具有大陆法系色彩的澳门国际私法立法与中国内地的立法相映成趣,各有千秋,立法篇中的相关专题从比较法角度对该问题作了阐述。

本书的理论篇在对中国国际私法理论研究的总体状况、近年来中国国际私法理论研究的热点问题进行宏观评述之后,挖掘、梳理了中国国际私法理论研究中存在的倾向性问题,并对产生这些问题深层次的诱因作了探究。对于涉外合同、侵权行为、婚姻家庭、继承、海商海事等中国国际私法立法较为完整的涉外民商事领域具体的法律适用制度,笔者从理论分析的层面,结合相关的国际私法理论、国际立法的发展趋势及相关国家的法律制度,进行

微观分析。作为一门传统的学科,国际私法的理论体系已定型,囿于传统的思维方式,这一传统学科的一些纯理论研究缺乏活力。理论篇中有关民商事诉讼管辖权制度的专题研究,笔者试图采用新的思维模式,一改传统理论研究中将管辖权、法律适用、判决的承认与执行割裂开来,分别对三者孤立地研究的方法,而是将三者融为一体,着重探索三者之间的内在联系,从而积极探索传统学科理论研究的新路子,使传统学科获得新的活力。同样,理论篇的一些专题,笔者力求理论联系实际、把握时代脉搏、积极捕捉和研究实践中出现的新问题。如关于国际商事仲裁实体法适用的专题研究勇于挑战表面看来似乎已成定论的问题,对该领域存在的疑问进行前瞻性的学理探讨,以期对这些问题的深入研究起到抛砖引玉的作用。

鉴于国际私法学是一门实践性很强的应用性学科,笔者在教学中积极倡导严谨、求实、创新的学风,充分培养和发挥学生的学术个性和自由,在对本科生、硕士研究生、博士研究生的教学中,率先探索案例教学法,注重培养学生分析问题、解决问题的能力。笔者始终认为,实行改革开放政策以来,中国国际私法的实践非常丰富,就国际私法的实证研究而言,中国完全有条件处于世界领先地位。但是由于种种原因,中国国际私法的实证研究反而相对薄弱,在中国国际私法的教学与理论研究中,大量引用西方古老的成案,对中国司法与仲裁实践中出现的鲜活案例知之甚少,这种厚此薄彼、缺乏本土视角的倾向不但使教学与研究失去了针对性、新颖性,而且阻碍了理论研究的自主创新,导致了中国国际私法长期以来无法摆脱其影响力在国际社会式微的状态。本书的实践篇立足于中国本土国际私法实践,各专题所选择的案例均为笔者本人作为仲裁员审理或作为专家提供咨询意见的实例。其中,关于反致制度的实证分析改变了国际私法的研究与教学中清一色沿用一百多年前发生在国外的相同案例的状况,使该制度的研究不再成为公式化的纯理论推导。有关合同之债法律适用“整体法”、“分割法”制度的专题所引用的中国案例,改变了国内外国际私法著作、教材长期缺乏实案的状况,使该制度的研究不再成为虚拟化、空洞化的理论假设。

需要说明的是本书在体例上分为立法篇、理论篇、实践篇,并不表明三

篇的内容是绝对独立的,只是各篇中相关专题的研究重点、研究角度各有侧重。事实上立法、理论与实践彼此之间是一种相互交融、难以分割的统一体,部分内容有所交叉正是笔者积极追求的中国国际私法和谐发展应有的良好状态。

上海社会科学院出版社对本书的出版给予了大力支持。陈军编审更是不辞辛劳,仔细地审阅文稿,在此一并表示衷心的感谢。

丁 伟

2009年9月30日

目 录

序言	001
----------	-----

立 法 篇

专题一	中国国际私法立法特点的研究	003
专题二	中国国际私法立法的回顾、现状与展望	014
专题三	中国国际私法立法体系的和谐发展	027
专题四	中国国际私法立法与司法实践的和谐发展	037
专题五	中国国际私法立法与理论研究的和谐发展	047
专题六	中国涉外民商事诉讼管辖权立法的完善	057
专题七	中国对涉外民商事案件实行集中管辖的司法解释评述	075
专题八	中国内地与澳门地区现行国际私法(冲突法)之比较 研究	088
专题九	澳门地区涉外民事案件司法管辖权制度研究	115

理 论 篇

专题十	中国国际私法理论研究的回顾	127
专题十一	当代中国国际私法理论研究中存在的倾向性问题	141
专题十二	中国涉外民商事关系中“超国民待遇”问题的研究	155
专题十三	中国涉外合同之债法律适用制度研究	168

专题十四	中国涉外侵权行为之债法律适用制度研究	186
专题十五	中国涉外婚姻与家庭关系法律适用制度研究	199
专题十六	中国涉外继承关系法律适用制度研究	225
专题十七	中国国际海商海事领域法律适用制度研究	238
专题十八	国际民商事诉讼管辖权制度研究	253
专题十九	国际民事诉讼与国际商事仲裁法律适用比较研究	273
专题二十	中国区际法律冲突与区际私法制度研究	287

实 践 篇

专题二十一	识别制度的理论分析与实证研究	301
专题二十二	限制外国(境外)法适用制度的理论分析与实证研究	314
专题二十三	涉外合同争议法律适用制度的理论分析与实证研究	320
专题二十四	对日民间索偿法律问题的理论分析与实证研究	332
专题二十五	国际商事仲裁中适用司法解释的理论分析与实证研究	344



立法篇

立法是国家的根本，是法治的基石。立法工作关系到国家的长治久安，关系到人民的合法权益。立法工作必须坚持科学立法、民主立法、依法立法，不断提高立法质量，为法治国家建设提供有力保障。

立法工作是法治建设的首要环节。立法工作必须坚持科学立法、民主立法、依法立法，不断提高立法质量，为法治国家建设提供有力保障。立法工作必须坚持科学立法、民主立法、依法立法，不断提高立法质量，为法治国家建设提供有力保障。立法工作必须坚持科学立法、民主立法、依法立法，不断提高立法质量，为法治国家建设提供有力保障。

立法工作是法治建设的首要环节。立法工作必须坚持科学立法、民主立法、依法立法，不断提高立法质量，为法治国家建设提供有力保障。立法工作必须坚持科学立法、民主立法、依法立法，不断提高立法质量，为法治国家建设提供有力保障。

立法工作是法治建设的首要环节。立法工作必须坚持科学立法、民主立法、依法立法，不断提高立法质量，为法治国家建设提供有力保障。立法工作必须坚持科学立法、民主立法、依法立法，不断提高立法质量，为法治国家建设提供有力保障。

篇首语

“罗马不是一天建成的”，中国国际私法人30年筚路蓝缕构筑了共和国国际私法巍峨大厦坚实的基石。然而，立法作为一种时空的存在，是特定时期社会经济发展的产物，必然留下特定的时代痕迹。立法既是相对理想的一种权威性的制度安排，又是一种有缺憾的制度文明，有限的、稳定的、相对滞后的立法，与无限的、多变的、超前的理论与实践之间，始终处于矛盾状态。30年来，中国国际私法的立法始终是理论研究永恒的主题，也被司法、仲裁实践奉为主臬。中国国际私法立法作为一定阶段理论研究与实践经验的总结和固化，总是在与理论研究与实践的相互交融中得到升华，使立法、理论与实践三者逐渐趋于和谐统一。

专题一

中国国际私法立法特点的研究

现代意义上的国际私法作为一种“舶来品”，属于国际通用的“游戏规则”，与一般的国内法迥然不同。国外的一些国际私法同行总是用一种怀疑的眼光来看待中国的现行立法，不相信中国也具有现代意义上的国际私法规范。究其原因，除了偏见以外，更多的是缺乏对中国国际私法的了解；国内的有些学者也妄自菲薄，总以为中国的国际私法一无是处。当然，从总体上看，中国现行国际私法落后于国际社会国际私法发展的平均水平，但相当部分的法律规定与其他国家的国际私法相比，各有千秋，有些条文甚至不乏创新之举，与国际私法立法水平先进的国家相比，毫不逊色。在短短的二十多年的时间中，中国的国际私法经历了从无到有、从少到多的历史性变革，具有中国特色的国际私法的法律框架已初步形成。本专题将从宏观角度对中国国际私法立法的特点进行评述。

一、立法起步晚，起点高

国内学者一般认为，新中国成文的国际私法立法始见于1985年3月、4月我国相继颁布的《涉外经济法》与《继承法》，这两部法律分别规定了涉外合同与涉外继承关系的准据法。但从严格意义上讲，当代中国国际私法成文的法律规定最早出现在国务院1983年发布的《中外合资经营企业法实施条例》中，该条例第15条规定：“合营企业合同的订立、效力、解释、执行及其争议的解决，均适用中华人民共和国法律。”虽然这是一条单边冲突规范，但意义非同寻常，标志着中国告别了成文的国际私法规范阙如的时代。尽管中国国际私法的起步较晚，但客观上为我国立法借鉴、移植国外及国际上国际私法的最新的立法成果创造了条件。从现行的国际私法规范来看，一些规定借鉴了现代国际私法立法的先进经验以及国际私法理论研究的最新成果。如有关涉外合同的准据法制度，采用了最密切联系原则这一当代国际私法最新的理论，最高人民法院的有关司法解释更是采纳了推定最密切联系点的“特征性履行说”（Theory of

Characteristic Performance),并对通常情况下如何按最密切联系原则推定各种类型的合同关系的准据法一一作了具体规定,^①其中有些规定是直接从1985年海牙国际私法会议通过的《关于国际货物买卖合同法律适用公约》中移植过来的。这种区分合同的不同种类,分别确定准据法的方法反映了合同准据法发展的趋势。再如,《民法通则》第148条将最密切联系原则适用于扶养关系,并以与被扶养人而非扶养人有最密切联系的法律作为涉外扶养关系的准据法。《民法通则》第146条则将当事人共同的本国法、住所地法作为侵权行为之债法律适用的补充原则。这些规定不仅在立法上颇具新意,同时也体现了当代国际私法立法所倡导的保护弱者利益的原则。^②

二、国内立法体系多层次

从中国国际私法国内立法的现状来看,其显著特征是立法体系的多层次。现行的中国国际私法的国内立法体系由四个层次组成,其中,第一层次是宪法中有关公民的规定,有关社会经济和民事生活的基本原则的规定,有关我国发展国际经济技术合作和文化交流的基本原则的规定,这是我国国际私法国内立法的最高层次,对于我国制定和适用国际私法的各项规定具有指导作用;第二层次是以《民法通则》、《民事诉讼法》为核心的各种民商事法律、法规,这是我国国际私法国内立法的基本层次;第三层次是国务院、中央政府各职能部门为实施全国人大及其常委会制定的国际私法规范而制定的有关行政法规,如《中外合资经营企业法实施条例》、《中国公民同外国人办理婚姻登记的几项规定》等;第四层次是最高人民法院对有关国际私法规范所作的司法解释和批复。后两个层次为我国国际私法国内立法的补充层次。这些规定构成了中国国际私法国内立法多层次、全方位的立法体系。^③

① 关于涉外合同的准据法规定,我国1985年《涉外经济合同法》、1986年《民法通则》及1999年《合同法》相关条文的规定如出一辙,均规定在当事人没有选择合同准据法时,适用与合同有最密切联系国家的法。1987年最高人民法院发布的《关于适用〈中华人民共和国涉外经济合同法〉若干问题的解答》对通常情况下如何按最密切联系原则推定13种涉外的合同的准据法作了具体规定。2007年6月11日,最高人民法院审判委员会第1429次会议通过的《最高人民法院关于审理涉外民事或商事合同纠纷案件法律适用若干问题的规定》则对通常情况下如何按最密切联系原则推定17种涉外的合同的准据法作了具体规定。

② 参见洪莉萍:《中国国际私法研究》,华东师范大学出版社1996年版,第146—147页。

③ 参见丁伟主编:《国际私法学》,上海人民出版社2004年版,第27—28页。

三、立法模式不拘于单一形式

与当代国际社会积极推动国际私法法典化的立法趋势不尽相同,中国国际私法的立法模式与多层次的立法体系相适应,不拘于单一形式,而是采取以专章、专篇系统规定国际私法规范为主,以有关单行法中列入相应国际私法规范为辅的立法模式。在《民法通则》第八章(涉外民事关系的法律适用)中集中规定了一系列冲突规范,在《民事诉讼法》第四编中系统规定了涉外民事诉讼程序的特别规定,在《仲裁法》中也专门载入“涉外仲裁的特别规定”一章。与此同时,在《合同法》、《继承法》、《票据法》、《收养法》、《民用航空法》、《海商法》以及《海事诉讼特别程序法》等单行法律中也列入了国际私法的有关规定。分散立法是特定历史时期中国国际私法立法的必由之路,在国际私法的立法体系不完善,立法缺乏规划的情况下,客观上有助于及时填补国际私法立法上的空白。^①然而,在充分肯定其历史作用的同时,应当清楚地看到其历史局限性,这一立法模式导致了现行我国国际私法立法体系支离破碎,致使一些领域国际私法的规定顾此失彼,前后矛盾,出现了一些立法上挂一漏万的现象。

四、法律渊源多元化

与其他国家国际私法立法相比,中国国际私法立法最显著的特点在于其多元化的法律渊源。前文述及,中国国际私法的立法起点较高,融合了两大法系风格各异的立法特色,其法律渊源呈现出多元化的特点。法律渊源作为一个法律术语具有两种含义,即实质意义上的渊源和形式意义上的渊源。前者又叫物质意义上的渊源,指的是法所体现的统治阶级的意志,它是法的真正根源,来源于社会的物质生活条件;后者又叫法学意义上的渊源,指的是体现统治阶级意志的法的具体表现形式,指由国家制定或认可的各种国际私法规范的存在及赖以产生法律效力的表现形式。国际私法作为一种特殊的法律,它体现了各国统治阶级的协调意志,具有鲜明的阶级性。但对于这一形式多样的部门法,学界通常仅研究其形式意义上的渊源,即由国家制定或认可的各种国际私法规范的

^① 参见丁伟:《世纪之交中国国际私法立法回顾与展望》,《政法论坛》(中国政法大学学报)2001年第3期。

存在及赖以产生法律效力的表现形式。^① 由于国际私法从其法律性质上讲兼具国内法和国际法的双重特性,其调整对象又具有涉外因素,这就决定了它的渊源具有多重性。从总体上讲,国际私法的渊源主要有国内渊源和国际渊源两大类,其中,国内渊源主要由国内立法和国内判例两部分所组成,国际渊源由国际条约与国际惯例两部分所组成。从中国国际私法的渊源来看,无论是国内渊源还是国际渊源,都呈现出显著的中国特色。

从中国国际私法的国内渊源来看,在中国这一深受大陆法系法律制度影响的国度,成文法无疑占主导地位,但由于历史的原因,国际私法的成文法长期阙如,肇始于改革开放新时期的中国国际私法成文法数量有限,面对复杂多变的国际民商事法律纠纷常常处于捉襟见肘的尴尬境地。为弥补成文法的不足,作为普通法系主要法律渊源的司法判例在一些个案的处理过程中呼之欲出,发挥着“准法律渊源”的作用,而具有中国特色的司法解释更是成为事实上的国际私法的渊源。司法判例与司法解释能否作为国际私法的渊源学理上争论较大,且已然性与实然性反差较大,这些问题又是中国国际私法立法特色中最令人关注的焦点问题。

从中国国际私法的国际渊源来看,实行对外开放政策后,逐步融入国际潮流的中国对于作为国际私法立法渊源的国际条约、国际惯例持审慎的态度:

1. 关于国际条约的法律地位

国际条约是两国或多国之间关于确定、变更或终止它们的权利与义务关系的书面协议。在国际条约中列入统一的国际私法规范就构成了国际私法的渊源。国际条约中所确定的国际私法的原则与缔约国国内法中的国际私法规范应保持一致,根据“约定必须信守”的原则,如两者发生抵触,应以条约规定为准,除非该缔约国缔结条约时对条约的某些条款提出保留而且条约本身允许缔约国提出保留。因为国内法所规定的是调整一切涉外民事法律关系的一般原则,具有普遍性,但缺乏针对性,而国际条约则是针对参加国之间特定的法律关系而订立的,因此应该把条约的规定视为国内法规定的一种例外而予以适用。关于国际条约的法律地位及国际条约与国内立法的相互关系,各国的现行制度不尽相同,大致上有四种做法:一是国内法优越于国际条约;二是国内法与国际条约地位平等;三是国际条约优越于国内法;四是国际条约优越于宪法。^②

^① 参见刘想树:《国际私法基本问题研究》,法律出版社2001年版,第81页。

^② 参见李双元主编:《国际私法》,北京大学出版社2006年版,第30—31页。

与多数国家不同的是,我国宪法未对条约与国内法的关系予以规定,也未对条约是否需要转换成国内法才能适用作出规定,但是,我国《民法通则》第142条第2款规定:“中华人民共和国缔结或者参加的国际条约同中华人民共和国的民事法律有不同规定的,适用国际条约的规定,但中华人民共和国声明保留的条款除外。”此外,《民事诉讼法》、《海商法》、《票据法》以及《民用航空法》等国内立法中也有类似的规定。

2. 关于国际惯例的法律地位

国际惯例是指在国际交往中逐渐形成的不成文的行为规则。根据《国际法院规约》第38条第1款的规定,国际习惯是“作为通例之证明而经接受为法律者”。该定义表明,一项通行的规则要成为国际习惯必须具备两个条件:一是“物质因素”,即长期实践中重复类似行为而形成普遍的习惯做法;二是“心理因素”,即这种做法被国家和当事人认可而具有法律效力。

与国际私法的其他渊源相比,国际惯例在国际私法中的地位如何认定存在较多的分歧。按照我国多数学者的观点,国际惯例分为两类:一类是属于法律范畴的国际惯例,具有法律约束力,不需要当事人选择而必须遵守,即强制性惯例;另一类是不属于法律范畴的国际惯例,不具有法律约束力,只有经过当事人的选择,才对其产生约束力,即任意性惯例。作为国际私法渊源的国际惯例大多数属于这种任意性国际惯例。^① 简而言之,国际惯例作为国际私法的渊源必须具备两个条件。其一,它必须在长期的实践中持续有效,其内容是特定的、约定俗成的,不能有第二种解释;其二,它只有经过当事国明示或默示认可,才对当事国具有法律拘束力。

在各国国际私法立法与司法实践中,对于国际惯例的适用条件存在差异。少数国家规定,国际惯例通常是在没有相应的国内立法和国际条约规定的情况下才准许适用。我国《民法通则》第142条第2款也明确规定:“中华人民共和国法律和中华人民共和国缔结或者参加的国际条约没有规定的,可以适用国际惯例。”而大多数国家未对国际惯例的适用作出限制性规定。

此外,有关一般法律原则的法律地位也是国际私法立法渊源中颇具争论的问题。所谓一般法律原则是指各国国内法律体系和国际法中所包含的共同原

^① 参见韩德培主编:《国际私法》,高等教育出版社、北京大学出版社2000年版,第31页;黄进主编:《国际私法》,法律出版社1999年版,第81—82页。

则或法律理念。一般法律原则作为法律的渊源已经得到普遍的认同。^① 根据一些国家的国内法以及若干国际条约的规定,一般法律原则(包括国际私法的原则)在法无明文规定时,亦可作为解决国际私法实体问题争议的依据。早在1939年的泰国国际私法第3条就规定:本法及其他泰国法未规定的法律冲突,依国际私法的一般原理。此外,1982年前南斯拉夫的国际私法、1984年秘鲁的国际私法、1987年约旦的国际私法、1972年美国第二次冲突法重述都有类似的规定。在仲裁中,允许友好仲裁和依公平原则仲裁更为常见。尽管一般法律原则作为国际私法渊源已被各国所承认,但其应该包括哪些具体的原则,尚无统一的答案,在实践中难以把握。

在我国国内立法中,一般法律原则是否为法律渊源尚无明确的规定。但是,我国《仲裁法》第7条规定:“仲裁应当根据事实,符合法律规定,公平合理地解决纠纷。”《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》第43条第(1)项规定:“仲裁庭应当根据事实,依照法律和合同的规定,参照国际惯例,并遵循公平合理原则,独立公正地作出裁决。”在我国仲裁实践中,“公平合理”原则这一一般法律原则可以作为裁决的依据。

五、司法判例突破了传统制度与理论的藩篱

所谓司法判例是指法院可以援引作为审理同类案件依据的判决。关于司法判例能否作为国际私法的法律渊源,各国的法律制度以及司法实践存在差异,理论界对于该问题也有争论。英美等普通法国家以判例法作为主要法律形式,权威的法官所作的判决可以作为先例,具有法律拘束力。在这些国家中,除了个别单行法中有一些成文的冲突法以外,大部分国际私法的表现形式是法院判例。由于判例繁多且十分零乱,且常相互抵触,给国际私法的适用带来许多困难。为此,一些著名的国际私法学者或民间机构便开始了系统的国际私法规范的汇编和整理工作,作为这些国家处理涉外民事案件的权威依据。例如,英国学者戴赛于1896年编著的《法律冲突法》系统全面地归纳整理出英国判例中所适用的冲突规范,并逐条加以阐释,后由莫里斯等人相继修订,到1993年该书已出至第十二版。美国法学会作为一个非官方的学术机构承担了美国冲突法的编纂工作。1934年由比尔任报告员出版了美国《第一次冲突法重述》。

^① 参见黄进主编:《国际私法》,法律出版社1999年版,第88—89页。