



当代国际私法研究

21世纪的中国与国际私法

孙南申 杜 涛◎主编

 上海人民出版社

当代国际私法研究

21世纪的中国与国际私法

孙南申 杜 涛◎主编

上海人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

当代国际私法研究:21世纪的中国与国际私法/孙南申,
杜涛主编. —上海:上海人民出版社,2006
ISBN 7-208-06447-4

I. 当... II. ①孙...②杜... III. 国际私法—研究
IV. D997

中国版本图书馆CIP数据核字(2006)第084332号

责任编辑 曹培雷

封面装帧 甘晓培

当代国际私法研究

——21世纪的中国与国际私法

孙南申 杜涛 主编

世纪出版集团

上海人民出版社出版

(200001 上海福建中路193号 www.ewen.cc)

世纪出版集团发行中心发行

上海商务联西印刷有限公司印刷

开本 890×1240 1/32 印张 24 插页 2 字数 647,000

2006年8月第1版 2006年8月第1次印刷

ISBN 7-208-06447-4/D·1116

定价 46.00元

序 言

2005年中国国际私法学会年会于当年10月在复旦大学校园召开,这是一次成功的学术研讨会。此次盛会由中国国际私法学会与作为东道主的复旦大学法学院共同主办,复旦大学法学院国际法研究中心承办。与会代表围绕当代国际私法的理论前沿、特定领域法律适用、涉外司法审判与国际商事仲裁的实践等专题进行了充分的研讨、切磋、交流与探索。本论文集《当代国际私法研究——21世纪的中国与国际私法》正是本届年会主要学术观点与参会论文内容的客观反映,同时也是继2002年复旦大学主办中国国际法年会并出版《当代国际法研究——21世纪的中国与国际法》的又一学术硕果。

本论文集研究内容涉及国际私法、国际商法、诉讼法与仲裁法各领域,并延及国际私法与国际经济法各领域的交叉部分。国外国际私法研究在传统领域已相当成熟,偏重解决法律冲突的程序,主要是关于欧美国家国际私法制度尤其是联邦制国家的区际法律冲突制度,同时注重国际私法统一化立法研究。中国的国际私法研究以传统领域为主,对国内区际法律冲突研究已有相当成果,并开始将研究视角扩大到海事国际私法和其他领域,但是,国际私法理论与中国司法实践相脱节现象仍然存在,前沿理论研究相对薄弱,国际私法新领域研究显然不足。

因此,国际私法的研究应当着眼于发现国际私法理论前沿与新领域应用中的新问题,促进中国国际私法理论创新与发展。还应研

研究与解决中国司法实践中的国际私法问题,为涉外民商事审判提供理论指导,为完善我国国际私法立法提供理论依据与对策建议。研究的基本思路及解决的问题应当涉及:1. 国际私法适用范围之演变与拓展;2. 国际商事交易中的多重法律适用;3. 国际私法领域中的国际条约与国际惯例之适用;4. 涉外民商事案件中的管辖冲突问题;5. 涉外民商事案件的送达途径与效力问题;6. 知识产权领域国际私法问题;7. 海事国际私法问题;8. 商事仲裁中的国际私法问题;9. 特定领域的国际私法问题(包括投资纠纷、不正当竞争、电子商务、证券交易、票据交易、环境污染等领域案件的司法管辖与法律适用问题)等。

本届年会共收到参会论文 160 余篇,是历年来参会论文最多的一次。考虑到篇幅限制,本论文集仅收集了其中具有一定前沿性、创新性与实践性的学术论文。

全书共分为七编,第一编为国际私法基本理论问题,是在传统国际私法理论上,将研究视野扩展至当代国际私法的理论新发展以及对新领域的运用等;第三、四、五编则为国际私法特定领域法律适用问题研究,分别述及知识产权、国际金融、国际运输、保险等领域;第二、六、七编主要反映冲突法的中国司法实践以及国际司法程序、国际商事仲裁中的国际私法问题与发展,包括案例实证分析与国际条约适用等发展趋势。充分反映出当代国际私法运用与实践中的出现的新问题。本论文集的研究方法体现为以下两方面:1. 基础理论与司法实践相结合。国际私法研究的根本目的在于通过正确的法律适用,公正地处理各类国际民商事案件,因此研究应当结合有关涉外民商事司法实践及国际商事仲裁的实际案例进行。2. 采用了比较研究方法,对有关国际经济贸易纠纷与涉外民商事案件处理的中外司法程序与法律适用进行比较研究。

本论文集的研究目的与学术思想在于:1. 通过研究当代国际私法前沿问题和新领域,促进国际私法的理论创新与发展。2. 国际私法研究应与司法实践相结合,解决涉外民商事司法实务中的实际法律问题,以发挥国际私法理论的作用。3. 在国际私法所涉的国际商

法领域,适用冲突规范与实体规范的目的是同一的,均是解决涉外民商事纠纷。因此,国际商法可视为国际私法的组成部分。4. 发现国际私法在新领域中的重要现实问题及解决途径,进行理论创新与学理解释。

本届年会的顺利召开和本论文集的编辑,承蒙中国国际私法学会的支持与指导;在编辑过程中,各位论文作者也给予了极大的配合;复旦大学法学院国际法研究中心主任张乃根教授十分关心年会的组织工作与本书的出版事宜;上海人民出版社一如既往,鼎力推进学术研究。在此,一并表示诚挚的谢意!

孙南申

于复旦大学法学院

2006年5月8日

中国国际私法学会 2005 年年会综述

孙南申* 朱纯岚**

正值复旦大学百年校庆之际,2005 年中国国际私法学会年会于 10 月 19 日至 21 日在复旦大学成功召开。此次年会由中国国际私法学会与复旦大学法学院共同主办,复旦大学法学院国际法研究中心承办。

10 月 20 日上午,本届年会暨学术研讨会开幕式在复旦大学逸夫科技报告厅隆重举行,开幕式由中国国际私法学会副会长、复旦大学法学院孙南申教授主持。出席开幕式的嘉宾主要有复旦大学党委副书记燕爽同志,中国国际私法学会会长、武汉大学副校长黄进教授,司法部司法协助外事司张红虹副司长,上海市高级人民法院副院长潘福仁同志,广东省高级人民法院副院长陶凯元教授,中国国际私法学会名誉会长费宗祯教授,中国法学会国际经济法研究会会长、对外经贸大学法学院院长沈四宝教授,复旦大学法学院主持工作的副院长董茂云教授,复旦大学法学院国际法研究中心主任张乃根教授等。来自全国各高校、研究机构的国际私法专家学者,司法部门的法官和法律工作者 240 多名代表出席了开幕式。

复旦大学党委副书记燕爽同志代表学校致热情洋溢的欢迎辞;黄进教授代表中国国际私法学会致辞表示诚挚的谢意;张红虹副司长、潘福仁副院长分别代表司法部和上海市高级人民法院对本次年

* 复旦大学法学院教授、博士生导师、中国国际私法学会副会长。

** 复旦大学法学院 2003 级国际法专业硕士研究生、中国国际私法 2005 年年会会议记录组组长。

会的召开表示热烈祝贺;复旦大学法学院副院长董茂云教授代表法学院对各位来宾表示热烈的欢迎和良好的祝愿;已届 95 岁高龄、我国国际私法学界德高望重的韩德培教授虽未能与会,也为本届年会发来了热情洋溢的贺信。

大会发言安排在开幕式的主会场进行,其内容为反映国际私法理论前沿与实践问题的专题报告。广东省高级人民法院副院长陶凯元教授与司法部张红虹副司长分别作了“广东省涉港澳台商事审判实践”与“我国与外国司法协助情况”的大会发言,表明了国际私法理论研究涉外民商事审判、国际司法协助实践的结合;国际私法学会常务副会长、武汉大学肖永平教授与复旦大学孙南申教授先后作了“中美法律有关最密切联系原则”和“我国涉外知识产权保护的法律适用问题”的专题报告,均为国际私法特定问题的最新研究成果;上海市高级人民法院任涌飞庭长与广东商学院于志宏教授的大会发言分别为“上海市涉外民商事法审判实践”和“中国国际私法学会 2005 年佛山研讨会综述”,前者反映上海法院近年来处理的国际私法新类型案件,后者主要反映中国内地与香港地区、澳门地区区际私法冲突理论与实践问题。

此次年会是近年来国际私法年会参会人数最多的一届。与会代表来自于国内各地高等院校、科研单位、外交部、司法部、国务院法制办、各级人民法院和仲裁委,还有来自我国香港特别行政区、澳门特别行政区和台湾地区高校的代表。特别值得一提的是,代表中有不少是来自审判第一线的法官,充分体现了此次年会注重司法实践的特点。

此次年会共收到论文 163 篇,为历年来参会论文数量最多的一次。年会采用了大会发言与分组讨论两种研讨形式,共分三个专题组与五个时间段,着力营造学术自由、独立创新的研讨氛围。尤其是三个分会场、分时段的讨论多达三组 15 场,为更多的代表提供了发言的机会,也为代表们提供了学术交流、学术研讨的平台。在这里“发言代表面广,讨论集思广益”,国际私法学界学术上呈现出了百家争鸣、百花齐放的景象,学术繁荣可见一斑。

与会代表们围绕国际私法的基本理论问题、国际私法具体领域的法律适用问题与相关立法建议、涉外司法审判与商事仲裁中的实践问题这几个主题,畅所欲言,各抒己见,进行了充分的研讨。

一、关于国际私法的基本理论问题

对国际私法基本理论的探讨是学术研究的基础与源泉。此次年会对国际私法理论问题的探讨并不局限于传统经典理论的研究,还涉及国际私法的若干新理论问题研究、对传统国际私法问题的发展研究、实践中产生的国际私法理论前沿研究,以及借鉴国外国际私法的理论流派的研究等方面。

在有关国际私法与宪法立法关系的研究中,华东政法学院丁伟教授从立法与理论研究的良性互动出发,分析了中国国际私法理论研究的不足,并呼吁理论研究者要积极融入到立法中去。中南财经政法大学刘仁山教授以宪法的角度为视角,讨论了法律选择中的人权保障问题。武汉大学彭奕博士生在题为“中国公共秩序保留制度之立法重构”的论文发言中,对我国公共秩序保留制度之立法进行了梳理与评价,并提出了总体立法建议与方案。

在研究外国国际私法方面,主要集中于对美国冲突法的理论分析。厦门大学徐崇利教授以“冲突法之悖论:价值取向与技术系统的张力”为题,分析了多边主义与单边主义、实质正义与冲突正义在理论和实践领域存在的悖论。针对徐崇利教授的发言,山东大学许庆坤副教授提出了自己的不同观点,在对欧陆、英国、美国传统国际私法进行比较分析之后,提出了对中国国际私法理论的反思。中山大学王承志博士的发言“从美国冲突法重述来比较我国法律选择方法及冲突规则”,提出我国冲突法应借鉴美国冲突法重述,发展出现代新型的冲突规则。

代表们在讨论中对国际私法理论提出了进一步的认识:其一,冲突法是“法官的冲突法”,实践性强;其二,目前对国际私法传统理

论的研究已比较完善,进而需要将研究重点集中于对实际问题的探讨;其三,对国际私法基本理论问题的研究要注重学术研究的现实性、创新性,做到专业化与通俗化相结合。

二、国际私法具体领域的法律适用问题与立法建议

国际私法具体领域的法律适用与相关立法建议是实践性极强的议题,对我国的司法实践及立法具有十分重要的意义。此次年会借助丰富的司法实证研究,对较成熟的领域探讨深入、观点新颖,而且还对新领域中的法律适用问题进行探讨,其中对外国法的查明、最密切联系原则的适用和海事物权等问题展开了热烈讨论。

年会深入讨论了国际私法实践中存在的一些问题。在立法实践方面,华东政法学院单海玲教授认为自然人住所所在境外这一事实应当作为确定涉外因素的标准;自然人惯常居所在境外这一事实作为确定涉外因素的标准值得商榷,对《民法典(草案)》第九编中涉外因素及住所、惯常居所的相关规定提出了修改建议。中国社会科学院法学研究所沈涓研究员认为:所谓默示的意思自治的判断方法与最密切联系原则中对最密切联系地的考量因素有重合,因而没有必要另行规定默示的意思自治,在没有明示的情况下只需直接适用最密切联系原则;在立法中应完善最密切联系原则的实际运用,立法设计上就要防止法官滥用自由裁量权。在司法实践方面,武汉大学黄进教授在总结 2004 年中国国际私法司法实践的基础上,认为 2004 年我国法院基本能够合理合法地解决涉外民商事案件中的法律问题,但在管辖权的确定等方面仍存在着不足。在司法协助问题上,费宗祎教授提出现在所谓的“地方高级人民法院直接送达是指地方高级人民法院直接向司法部这一“中央机关”进行送达,再由司法部向国外有关机关进行送达。

就国际合同领域法律适用问题的探讨而言,吉林大学吕岩峰教

授以界定国际合同的概念为逻辑起点,提出“适当论”作为国际合同法体系的理论基础,认为国际合同法体系应包括冲突法制度和统一私法制度,包括国内法和国际法制度。复旦大学马忠法博士在题为“试论国际技术转让合同的法律适用”的发言中,提出将国际技术转让合同的法律适用分为私法层面和公法层面,法律适用应以意思自治为主,最密切联系原则为辅,但是约定的法律对强制性规定的条款不予适用,不得违反公共利益、公共秩序。武汉大学何其生副教授的发言对投资合同的强制法律适用提出了质疑,认为这一规定在今天已对我国引进外资造成不必要的障碍,主张废弃这种单边冲突规则的规定,改用双边性连接点。

证券中间人所在地规则,是 2002 年 12 月 13 日海牙证券物权统一冲突法公约的一项最新成果,西北政法学院苏颖霞教授和上海海事大学康锐副教授分别以“海牙《关于中间人混合持有证券若干权利法律适用公约》中的 PRIMA 规则研究”和“论相关人所在地原则的财产法特色”为题提出了各自的观点。苏教授以案例的形式介绍了证券中间人所在地规则的适用,认为任何新东西要得到社会承认,都有实践检验的过程,这就要求学者先行一步,我国亟待对该公约进行研究。康锐副教授则着重于讨论该原则的财产法特色,认为其并没有改变“物之所在地法”原则,是对“物”的新发展。在海事国际私法领域中,安徽大学汪金兰教授针对中国《民法典(草案)》中有关海事国际私法的条文,就法律适用选择问题进行了逐条评论,并提出了自己的建议稿。上海交通大学王国华副教授以理论结合实践介绍了共同海损的法律适用问题。代表们还就船舶抵押的法律适用、提单的法律性质等问题展开了热烈讨论。

年会还围绕若干冲突法规则原则展开了讨论。如中国政法大学杜新丽教授作了题为“涉外产品责任法律适用的新发展及其中国规则的探讨”的发言,认为涉外产品责任是一种特殊侵权之债,提出应当制定专门的冲突规范加以调整,且最密切联系原则有适用余地。武汉大学王葆蔚博士生在题为“德国国际私法中产品责任侵权的法律适用——兼评民法典草案中的有关规定”的发言中对德国国际私

法相关条款进行了解读,认为德国的立法经验对我国民法典有借鉴作用。华南师大曾二秀副教授探讨了“当事人意思自治原则”在侵权法律选择中的运用,提出在一定的限制下将意思自治原则运用于我国的侵权法律选择之中的观点。深圳大学黄亚英教授以“信用证独立性原则及其适用”为题进行了报告,代表们对黄亚英教授提出的案例发表了意见。武汉大学肖永平教授、北京市高级人民法院金凤菊法官等都认为行政机关没有权利行使专属于法院的止付信用证的权力。外交学院姚壮教授指出了问题的关键在于银行是否应该执行止付令。而金凤菊法官介绍了法院在止付信用证上的态度,由于不当止付信用证可能造成严重的后果,最高人民法院对此非常谨慎。肖永平教授认为关键在于程序,止付是诉讼法上的保全措施,保全措施应当由申请人申请后执行。

三、涉外司法审判与商事 仲裁实践中的问题

本次年会的特点之一,是增加了研讨中的“冲突法与中国司法实践”的内容,邀请了12名从事涉外民商事审判的法官带专题参会研讨,他们分别来自最高人民法院、北京市高级人民法院、上海市高级人民法院、江苏省高级人民法院、安徽省高级人民法院、广东省高级人民法院、广州海事法院等法院的涉外民商事审判庭。

涉外司法审判与商事仲裁实践中的问题涉及面极广,此次年会所探讨的内容包括海牙《协议选择法院公约》、仲裁制度改革、可仲裁性与公共政策、法院司法与仲裁程序间的冲突、仲裁的性质、区际裁决的执行问题、海峡两岸司法协助的对比研究和不同法域间仲裁裁决的委托机制等。

讨论的热点问题之一,是《协议选择法院公约》。2005年6月12日至30日,由外交部条法司挂帅的中国代表团参与了海牙国际私法会议,该会议的最重要成果之一,就是通过了海牙《选择法院协议公

约》(以下简称《公约》)。上海邦信阳律师所的徐国建博士对《公约》结构内容作了概括性介绍,并就《公约》适用范围、管辖权、外国法院对判决的承认和执行等问题作了较为详尽的评述。最高人民法院高晓力法官从法院审判实践的角度,谈了《公约》对我国国际私法的影响以及法院所面临的工作。代表们关心的是《公约》生效后,是否对仲裁产生较大的冲击和影响。其主要观点是:由于涉及国家主权问题,《公约》在经贸领域不大可能发挥《纽约公约》那样的作用,换言之,《公约》生效并不会导致仲裁萎缩。

热点问题之二,是仲裁制度改革中仲裁机构的定位、仲裁员报酬、仲裁规则的改革、中国仲裁法的修改、仲裁制度的双轨制并轨、临时仲裁的有效性等问题。沈四宝教授作了题为“从外国仲裁实践看我国商事仲裁的改革”的发言,指出商事仲裁是服务业,其本质是服务,希望这一定位能作为主流被认识到。广东省高级人民法院欧阳振远庭长以“国内和涉外商事仲裁的对比研究”为题,立足实践,对国内仲裁和涉外仲裁的监督模式作了对比研究,提出变“双轨制”为“单一制”的建议。复旦大学罗国强博士生提出“仲裁性质的两分法”,并通过实例阐述其观点:仲裁关系可以分为内部关系和外部关系,如果某个问题是内部关系问题就应着重考虑其契约性,如果是外部关系问题就应着重考虑其司法性。

热点问题之三,是涉外商事仲裁在某些特殊领域中的实践问题,包括中国国际私法学会副会长、武汉大学郭玉军教授提出的仲裁程序与破产程序的冲突与协调等问题,香港城市大学赵云博士提出的网络域名争议行政仲裁裁决的效力问题,中南财经政法大学钟丽博士提出的知识产权可仲裁性问题等。代表们就这些问题进行了深入讨论。

总之,本届年会是一次成功的学术研讨会,不同的观点在此切磋,探索的激情在此迸发,特以此文综述本届年会的过程与学术观点,并继续关注新世纪的中国国际私法理论与实践的发展。

目 录

- 1 / 中国国际私法学会 2005 年年会综述 孙南申 朱纯岚
- 1 / 第一编 国际私法基本理论问题
- 3 / 论国际私法发展的基本趋势 徐冬根
- 28 / 中国内地与港澳之间区际私法中的公共秩序保留问题 孙南申
- 47 / 论国际合同法体系 吕岩峰
- 70 / 涉外商事合同法律适用新论 丁伟 朱淑娣
- 84 / 美国冲突法中的分割方法评析 徐伟功 蔡鑫
- 105 / 国际私法中先决问题的法律适用 李晶
- 121 / “任意性冲突法”理论研究 杜涛
- 136 / 论传统冲突规则在网络空间的应用与困境 朱纯岚
- 146 / 欧洲联盟国际私法的统一化 邹国勇
- 175 / 第二编 中国国际私法的司法实践
- 177 / 2004 年中国国际私法司法实践述评 黄进 李庆明 杜焕芳
- 223 / 广东法院涉港澳台商事审判的实践、探索与展望 陶凯元
- 238 / 从实证角度看中国法院中的法律选择问题 杜焕芳
- 268 / 内地、香港、澳门区际法律问题研讨会综述 于志宏
- 279 / 第三编 知识产权中的法律适用问题
- 281 / 我国著作权保护中的法律适用分析 孙南申

- 294 / 试析国际公约的不同版权条款及法律冲突 张乃根
- 303 / 试论国际技术转让合同的法律适用 马忠法
- 317 / **第四编 国际金融中的法律适用问题**
- 319 / 国际债券的法律适用问题探析 乔雄兵
- 344 / 海牙《关于由中间人混合持有证券若干权利
法律适用公约》中的 PRIMA 规则研究 苏颖霞 王葆蔚
- 353 / 一起国际贸易托收案件的启示 余先予 印然琦
- 382 / 外汇管制冲突及其法律选择问题刍议 李仁真 刘音
- 397 / **第五编 国际运输与保险中的法律适用问题**
- 399 / 国际航空运输法律适用问题比较研究 王瀚 孙玉超
- 438 / 我国涉外海上货运合同法律适用问题探讨 沈秋明
- 448 / 我国海上保险委付行为的法律性质之我见 陈亚芹 陈梁
- 459 / **第六编 国际民事司法程序问题**
- 461 / 不方便法院原则与司法保护主义 董勤
- 485 / 荷兰不方便法院原则对我国立法的启示 袁泉 罗楚湘
- 498 / 论船舶油污损害赔偿诉讼管辖权 詹思敏 宋伟莉
- 513 / BIT 伞型条款与国际投资争议中平行管辖问题初探 陈力
- 532 / 海牙《选择法院协议公约》评介 孙劲
- 542 / 电子邮件送达方式在我国运用的可行性、障碍及
制度设计 张淑铤
- 557 / **第七编 国际商事仲裁**
- 559 / 论国际商事仲裁裁决国籍的确定 王天红
- 569 / 国内和国际商事仲裁的对比研究 欧阳振远
- 606 / 国际商事仲裁可仲裁性问题的在欧美的发展趋势 刘晓红 许旭
- 641 / 评析美国法院近期审理的涉及中国企业的仲裁执行案 龚柏华
- 673 / 提单仲裁条款效力的政策与法律分析 徐曾沧

686 / 仲裁性质的两分法	罗国强
693 / 提单上的外国仲裁条款对提单持有人的效力研究	龚 婕
709 / 国际法协会《关于公共政策作为拒绝执行国际商事 仲裁裁决的工具的最终报告》述评	刘 瑛
722 / 试论仲裁与破产程序的冲突及其解决	郭玉军 肖 芳

Content

- 1 / **A Summary on the Annual Conference in 2005 of the Chinese Society of Private International Law**
Sun Nanshen and Zhu Chunlan
- 1 / **Part I General Theories on Private International Law**
- 3 / General Trends of Private International Law Xu Donggen
- 28 / Order Public of Interregional Conflict of Laws in China between Inland, Hongkong and Macao Sun Nanshen
- 47 / On the System of International Contract Law Lü Yanfeng
- 70 / A New Thesis on Applicable Law of International Commercial Contract Ding Wei and Zhu Shudi
- 84 / A Comment on Dépeçage of American Conflict of Laws
Xu Weigong and Cai Xin
- 105 / The Preliminary Question in Private International Law
Li Jing
- 121 / Facultative Choice of Law Theory Du Tao
- 136 / The Application and Predicament of Traditional Conflicts Rules in Cyber-Space Zhu Chunlan
- 146 / The Unification of European Private International Law
Zou Guoyong