

S H E G A N G M I N S H A N G S H I

G U A N X I A Q U A N

C H O N G T U W E N T I

Y A N J I U

涉港民商事管辖权 冲突问题研究

彭奕 著

中国方正出版社

涉港民商事管辖权 冲突问题研究

彭奕 著

中国方正出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

涉港民商事管辖权冲突问题研究/彭奕著. —北京: 中国方正出版社, 2008. 6

(高校社科研究文丛)

ISBN 978 - 7 - 80216 - 351 - 5

I. 涉… II. 彭… III. 涉港—商事管辖权—研究 IV. C54

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 057126 号

涉港民商事管辖权冲突问题研究

彭奕 著

责任编辑: 康弘

出版发行: 中国方正出版社

(北京市西城区平安里西大街 41 号 邮编: 100813)

编辑部: (010) 59596605

网址: www.FZpress.com.cn

经 销: 新华书店

印 刷: 北京忠信印刷有限责任公司

开 本: 890 毫米 × 1240 毫米 1/32

印 张: 8.75

字 数: 200 千字

版 次: 2008 年 12 月第 1 版 2008 年 12 月北京第 1 次印刷

(版权所有 侵权必究)

ISBN 978 - 7 - 80216 - 351 - 5

定价: 18.00 元

中文摘要

随着香港、澳门的回归以及我国各法域间民商事交往的飞速增进,近年来,作为凸显区际法律冲突的区际民商事诉讼,给各法域带来了许多难题,由此导致的区际平行诉讼更是成为司法实践中的难题。作为区际民商事案件的首要环节,区际民商事管辖权冲突问题的解决至关重要。然而,不同法域间管辖权冲突解决的难度、方法和步骤都是不相同的,不能一概而论。从目前来看,涉港管辖权冲突是最激烈也是最难以解决的。因此,笔者从实证的角度出发,在大量调研和比较研究的基础上,为解决内地与香港的管辖权冲突问题设计了逐步完善的阶段性方案和思路。

全文共分为六章,前后分别有引言和结论。

在引言部分,主要阐明了三个问题:选题的理由,国内对该选题的研究现状以及本文的研究思路、方法和创新。

正文部分主要是遵循笔者以下思路展开:在现阶段司法实践中引入英美法系以自由裁量权为基础的原则、制度来弥补立法空白;在未来的立法中建立两地未决诉讼规则。具体而言:

第一章是关于中国区际民商事管辖权冲突问题的概述。笔者首先探讨了宪法与我国区际管辖权冲突问题,在此基础上对于涉港管辖权冲突解决的模式选择进行了思考。其次,笔者在对内地法院的调研进行总结的基础上,将涉港管辖权问题剖析为两个层面,隐性的规则抵触和显性的平行诉讼,以供进一步深入研究。笔者认为,显性冲突的解决会逐渐推动两地管辖权制度的融合,解决两地管辖权规则的隐性抵触。反过来,管辖

权规则隐性抵触的逐步解决又会间接解决两地的管辖权显性冲突。最后，笔者对两地管辖权规则的差异进行了比较研究，对涉港平行诉讼的产生、类型进行了实证考察和分析归纳，总结出症结所在，以供深入研究解决。

第二章是对于涉港管辖权冲突问题解决方案的寻求。区际法律冲突及解决并非仅在一国内存在的现象，尽管研究它们的学者常常是为了解决本国的区际法律冲突寻求一条可行的路径，但孤立地研究一国内部的区际法律冲突及其解决除了会得出一些主观臆想的结论外，是没有多大意义的。因此，本章第一节对英美法系和大陆法系的部分典型国家以及欧盟解决区际管辖权冲突的方案进行了归纳、分析，以期望有所借鉴。第二节对内地法院解决涉港案件管辖权冲突的现状，以及香港法院解决涉内地案件管辖权冲突的现状进行了实证考察。在此基础上，笔者在第三节中对解决涉港管辖权冲突的问题进行了宏观思考，提出了解决原则、具体方案及步骤，并着重阐述了其中的内地法官自由裁量权问题以及两地管辖权规则统一中的专属管辖和协议管辖事宜。

第三章和第四章是笔者关于内地引入或注重法官自由裁量权解决涉港管辖权冲突问题的具体论述。第三章是关于不方便法院原则的引入。不方便法院原则孕育并主要运用于普通法系国家。随着国际民事管辖权积极冲突的愈演愈烈，不方便法院原则的功效在国际范围内得以突现，亦引起了大陆法系国家的重视。我国在立法上还没有采纳该原则，但司法实践部门近年来似乎对采纳该原则一直是持赞同态度。在回顾了不方便法院原则的基本理论及实践、梳理了香港对于不方便法院原则的理论及运用的基础上，笔者从《中华人民共和国最高人民法院公报》2004年第7期刊登的相关案例入手，阐明了人民法院适用不方便法院原则的必要性和可行性、适用过程中需要考虑的裁量因素以及相关程序性问题。第四章是关于禁诉命令制度的引入。禁诉命令主要是在普通法系国家发展起来的。法院通

过限制一方当事人在国外诉讼程序的提起或继续，达到保护本法院的管辖权和顺利、公正审理案件的目的。尽管禁诉命令作为一种比较极端的手段受到了广泛的争议，但在国际范围内，没有迹象表明禁诉命令的使用正在削减。本章探讨了禁诉命令的概念、特征等基本理论，比较分析了美国、英国、加拿大以及德国的禁诉命令制度。在此基础上，落脚于中国对于禁诉命令制度的借鉴，并着重分析了禁诉命令在解决涉港管辖权纠纷中的可行性和实际操作中的具体问题。

第五章是关于建立内地平行诉讼制度的设想。我国在立法和司法实践中，对于涉外平行诉讼持放任态度，这已受到了学者的广泛质疑。对于一国下的涉港平行诉讼问题，我们不应该一味放任平行诉讼，而应该积极寻求相关规则的建立，以避免不必要的司法资源浪费和求得合作利益的最大化。具体规则的建立可以借鉴国际上的首先受诉原则或承认预期原则。但是，规则的建立及生存期限均倚赖于两地判决的相互承认和执行。具体来说，当内地和香港的判决几乎不能得到相互承认执行时，规则没有生存空间；当部分判决可以得到相互承认执行时，规则的生命力旺盛；当两地判决可以完全得到承认执行时，规则可以简化，只需根据首先受诉原则。因此，本章在对国际上未决诉讼制度进行比较研究的基础上，提出了建立内地未决诉讼规则的构想。

第六章是关于两地判决承认执行的解决。本章在介绍分析了两地判决承认执行现状与困境的基础上归纳出症结之所在；考察归纳了两地判决承认执行的最新发展，提出了解决思路；对内地审判监督制度进行了剖析，并就其改革完善提出了相关建议；最后，对两地判决承认执行的合作前景进行了展望。

最后，笔者在结论部分对涉港管辖权冲突问题的解决方法进行了归纳，共四点：第一，现阶段的主思路为，司法裁量主义与严格规则主义的结合。第二，逐步达成两地管辖权与判决

承认执行的单重安排或双重协议。第三，充分发挥仲裁解决区际民商事争议的功效。第四，建立两地区际问题的协调委员会。

关键词：涉港管辖权冲突 自由裁量权 不方便法院原则 禁诉命令 未决诉讼 判决的承认执行

目 录

引 言	1
一、选题理由	1
二、研究现状综述	3
三、研究方法和创新	5
第一章 涉港民商事管辖权冲突问题概述	7
第一节 中国区际民商事管辖权冲突问题概述	7
一、中国区际民商事管辖权冲突概述	8
二、宪法与我国区际管辖权冲突	14
三、涉港管辖权问题概述	19
第二节 涉港管辖权的隐性抵触	
——两地管辖权规则的差异	25
一、内地的涉外管辖权制度概述	25
二、香港的涉外管辖权制度概述	28
三、比较与评述	33
第三节 涉港管辖权的显性冲突	
——“一国两制”下的区际平行诉讼	37
一、区际平行诉讼概述	37
二、涉港平行诉讼	41
三、涉港平行诉讼的双面效应	44
第二章 涉港平行诉讼解决方案之探索	47
第一节 国际实践之考察借鉴	47

一、英美法系国家	47
二、大陆法系国家	51
三、欧盟	52
四、反思与启示	55
第二节 内地、香港法院解决两地管辖权冲突的考察 ...	57
一、内地法院	57
二、香港法院	61
第三节 解决涉港案件管辖权冲突的宏观思考	63
一、宏观思考方案	63
二、内地法官自由裁量权的运用	68
三、管辖权规则的逐步统一	75

第三章 司法裁量权的引入（一）

——不方便法院原则	88
第一节 不方便法院原则的概述	88
一、不方便法院原则的含义	88
二、各国的运用与分析	93
三、评价	97
第二节 香港运用不方便法院原则的理论与实践	99
一、香港法院的不方便法院原则	99
二、涉内地案件运用不方便法院原则的实践	104
第三节 内地法院适用不方便法院原则的再思考	105
一、引论：郭叶律师行诉厦门华洋彩印公司代理合同纠纷管辖权异议案	106
二、必要性及可行性探讨	108
三、人民法院的界定及引发的问题	115
四、适用不方便法院原则的考虑因素	120
五、程序性问题	125

第四章 司法裁量权的引入 (二)

——禁诉命令制度····· 128

第一节 概述····· 128

一、禁诉命令的概念····· 128

二、禁诉命令的功能与特征····· 131

第二节 禁诉命令在部分国家的适用····· 134

一、美国的禁诉命令····· 134

二、英国的禁诉命令····· 141

三、加拿大的禁诉命令····· 148

四、德国的禁诉命令····· 151

五、结论····· 160

第三节 内地法院适用禁诉命令制度的思考····· 163

一、禁诉命令引入的争鸣····· 163

二、香港法院的禁诉命令制度····· 166

三、内地法院适用禁诉命令制度的构想····· 168

第五章 未决诉讼规则的建立

——首先受诉和承认预期标准····· 175

第一节 未决诉讼问题的比较研究····· 175

一、未决诉讼的概述····· 176

二、未决诉讼的解决方式····· 183

三、小结····· 191

第二节 建立涉港未决诉讼制度的设想····· 192

一、公约的启示····· 192

二、建立我国未决诉讼规则的设想····· 195

第六章 内地与香港的判决承认执行····· 201

第一节 两地判决承认执行的困境与症结····· 201

一、内地承认香港法院判决的困境····· 201

二、香港承认内地法院判决的困境····· 205

三、两地判决相互承认执行的症结	208
第二节 两地判决承认执行的最新进展	209
一、李佑荣诉李瑞群案	210
二、《安排》的签署	218
第三节 内地审判监督制度的剖析	223
一、内地再审制度的概述	224
二、《民诉修正案》对再审制度的改革	226
三、对内地审判监督制度的评析与重构	230
四、小结	235
第四节 两地判决承认执行的建议与展望	237
结 论	240
附 录	244
关于内地与香港特别行政区法院相互认可和执行当事人 协议管辖的民商事案件判决的安排 (法释[2008]9号,2006年6月12日最高人民法院 审判委员会第1390次会议通过)	244
主要参考文献	252
一、中文部分	252
二、英文部分	256
三、网络资料	261
后 记	262

引言

溯国际私法之源，13 世纪意大利“法则区别说”的出现，标志着国际私法理论的诞生。为了解决当时意大利北部各城邦之间的区际法律冲突，“法则区别说”应运而生。因此，从某种意义上来说，区际冲突法是国际私法之母。另一方面，对于某些多法域国家而言，他们将区际（或是州际、省际）法律冲突类似或等同于国际法律冲突。英国学者切希尔和诺斯就认为，“从国际私法的角度，对于英格兰法院而言，苏格兰、北爱尔兰、英联邦以及欧盟任何一成员的法律，均为外国法，就像日本或巴西的法律一样”^①。因此，正如美国冲突法学者埃伦茨韦格所说，“在国际私法的整个历史中，区际冲突法和国际冲突法一直缠结在一起”^②。

一、选题理由

（一）选题意义

广义而论，区际程序法冲突也属于区际冲突的范畴，甚至，管辖权冲突的解决对于整个区际法律冲突的解决具有重要意义。区际平行诉讼将给各法域带来许多问题，例如，产生相互矛盾的判决，不利于实现当事人的权利和区际民商事关系的稳定；浪费司法资源；不利于区际司法协助的顺利进行，判决得不到承认执行，等等。因此难以建立互惠互信，从而导致恶性循环。

^① See Cheshire and North's Private International Law, 13th ed., Butterworths, 1999, p. 9.

^② [美] 埃伦茨韦格：《国际私法》，1967 年英文版，第 19 页。转引自黄进：《区际冲突法研究》，学林出版社 1991 年版，第 8 页。

由于我国宪法的限制、立法和区际协议的缺失以及平行诉讼的剧增，均使得区际民商事管辖权冲突的解决刻不容缓。

近年来，区际民商事管辖权冲突成为我国司法实务中的难点，引起了最高人民法院和相关部门的重视。尤其是最高人民法院等司法部门，一直致力于探索解决该问题的路径。例如，就该议题举办了多次全国范围的会议以及向相关研究机构进行咨询，等等。但由于建议方案过于笼统和宏观，最高院并不十分满意，因此收效甚微。因此，笔者有意于系统研究我国的区际管辖权冲突问题。在大量调研、案例分析和比较法的基础上，笔者试图提出系统的阶段性解决方案，尤其是侧重于在没有相关立法和生效协议的现状下，如何在司法实践中解决区际管辖权冲突问题，以期能为司法实务界解决一个具体难题。

（二）选题限于“涉港”的理由

中国的区际管辖权冲突问题包括涉港、涉澳、涉台以及港澳台三法域之间的管辖权冲突问题。本文选题仅限于“涉港”管辖权冲突问题，理由有二：第一，涉港管辖权冲突是主要的和最激烈的。首先，从2003年至2007年的全国司法统计公报来看，涉港案件通常会占涉港澳台案件总数的60%以上。^①其次，由于我国对香港立法权力的广泛授予，形成了我国涉港管辖权冲突的特殊性，即单一制国家内的两大法系之间的法律冲突。它甚至复杂于同一法系国家间的国际民商事管辖权冲突，因此调和难度很大。第二，由于各法域法律、文化、政治背景的不同，对于这些管辖权冲突的解决方式和阶段性策略也不尽相同。因此，选题范围限定在“涉港”比较务实和具有针对性。

基于以上原因，在征得导师韩先生的同意下，拟以“涉港民商事管辖权冲突问题研究”为题，从务实的角度出发，对该问题的解决进行系统的研究。

^① 参见2003-2007年《全国法院司法统计公报》，载2004-2008年《中华人民共和国最高人民法院公报》第3期。

二、研究现状综述

对于中国的区际法律冲突问题，很早就有学者关注和研究，例如，黄进教授早在1991年出版的专著《区际冲突法研究》，开创了我国学术界对该问题进行研究的先河。对于区际管辖权冲突问题的研究，则是近年来逐渐受到关注的。

（一）理论界的研究现状

相对而言，理论界一直比较重视区际法律适用法和国际民事管辖权冲突问题的研究，并取得了一些成果。近年来，在一些成果中才逐渐涉及和开始重视区际管辖权的问题。首先，以专著或文集形式的主要有：黄进教授主编的《中国的区际法律问题研究》^①；肖永平教授主编的《内地与香港的法律冲突与协调》^②；沈涓教授的《中国区际冲突法研究》^③；李旺的《国际诉讼竞合》^④；徐卉的《涉外民商事诉讼管辖权冲突研究》^⑤，等等。其次，也有一些论文成果。例如，黄进教授的《论宪法与区际法律冲突》^⑥，等等^⑦。

（二）实务界的研究现状

由于区际管辖权冲突给我国各法域的司法实践造成了一定的难题，迫切需要得到改善和解决。因此，司法实务界的态度是相当积极的。

① 黄进主编：《中国的区际法律问题研究》，法律出版社2001年版。

② 肖永平主编：《内地与香港的法律冲突与协调》，湖北人民出版社2001年版。

③ 沈涓：《中国区际冲突法研究》，中国政法大学出版社1999年版。

④ 李旺：《国际诉讼竞合》，中国政法大学出版社2002年版。

⑤ 徐卉：《涉外民商事诉讼管辖权冲突研究》，中国政法大学出版社2003年版。

⑥ 黄进：《论宪法与区际法律冲突》，载《法学论坛》2003年第3期（第18卷）。

⑦ 例如，黄进：《论国际私法公约在法制不统一国家的适用》，载《中国国际私法与比较法年刊》（第2卷），法律出版社1999年版；胡宜奎：《内地与香港民事诉讼管辖权的冲突及解决方法》，载《江淮论坛》2004年第1期；罗剑雯：《论欧盟民商事管辖权体系对协调我国区际民商事管辖权冲突的启示》，载《法学评论》2004年第3期；刘力：《中国区际民事诉讼管辖权冲突的协调与解决》，载《法律适用》2004年第8期。

首先, 最高院组织进行了系列活动。最高院于 2002 年 11 月 29 日在中国涉外商事海事审判网上发布了《涉外商事审判实务问题解答》讨论稿, 并曾向我校国际法研究所就“涉外案件的管辖权冲突问题”进行咨询, 其中有相当一部分内容是关于区际管辖权冲突解决问题的。咨询意见后由宋连斌、郭玉军、肖永平教授作出; 2004 年 5 月 19 日, 由最高院法官学院和民四庭发起, 在深圳召开的“内地与港澳地区商事研讨会”, 其中议题之一即为区际民商事管辖权冲突的解决。在该会议上, 来自不同法域的相关学者、法官提出了一些建议, 其成果主要表现为《“内地与港澳地区商事研讨会”论文集》; 2005 年 5 月 21 日至 22 日, 由中国国际私法学会和广东省法官协会主办的“内地、香港、澳门区际法律问题研讨会”在佛山召开, 56 名内地、香港、澳门的法官、学者出席了会议, 并提交了系列论文。^① 另外, 最高院与香港特别行政区关于“相互执行判决的安排”也在积极磋商中。据悉, 尽管进程缓慢、艰难曲折, 但仍然取得了一定进展。

其次, 广东省法院系统的研究现状。广东省的有管辖权法院每年都要受理大量的涉港澳台商事纠纷案件, 尤其是 20 世纪 90 年代以后, 平均每年受理涉港澳台商事纠纷案件 3000 件以上。最多的一年即 2002 年, 全省法院受理涉港澳台商事案件超过 6000 件。其中涉港澳商事案件占全省涉外、涉港澳台商事案件总量的 80%, 占全省涉港澳台商事案件的 90% 以上, 约占全国涉港澳商事案件总数的 80%。因此, 在地方法院中, 他们的司法总结和研究成果最具有发言权。近几年来, 他们对司法实践中积累下来的材料进行了整理, 对存在的问题进行了归纳, 对审判中的经验进行了总结。归纳起来主要有以下几个方面: 一是编写了《涉外商事审判丛书》, 丛书中有两本重在整理和总结涉外、涉港澳台商事案例, 以挖掘蕴涵在相关案例

^① 详见 <http://www.ccmt.org.cn/>。

中的审判经验；一本旨在介绍广东涉外、涉港澳审判人员的审判心得、法律观点和研究成果；还有一本则是总结审判实践中一些行之有效的实务操作方法。二是公布实施了《关于涉外商事审判若干问题的指导意见》。这个《指导意见》主要是整理归纳涉外、涉港澳台民商事审判实践中存在的问题，并就法院对这些问题的处理意见进行了阐明。该《指导意见》共列出了107个问题。这些问题的产生或者是由于现行法律缺少相关的规定，或者是由于法律规定的不够明确，或者是由于不同的法律规定相互矛盾。该《指导意见》体现的一些做法是多年来广东涉外、涉港澳台民商事审判经验的精髓。三是进行了涉港澳民商事审判的专题调研工作，撰写出了《广东涉港澳民商事审判工作的发展状况、存在的问题及其对策与建议》的长篇调研报告^①。

三、研究方法和创新

（一）研究方法

第一，由于区际法律冲突问题并不是中国所特有的问题，同时，由于涉港区际法律冲突问题更类似于国际法律冲突问题，因此，我们可以通过比较研究的方法，借鉴国际上的一些做法。第二，本文着重于司法实务问题的深入、具体探讨。目前，对区际法律冲突问题的大部分研究，多是从宏观角度考虑解决区际法律冲突的原则、方法、途径。因此，正如黄进教授在2005年5月21日“内地、香港、澳门区际法律问题研讨会”上所强调的一样：“今天，当我们重新审视这个问题时，我们的工作有必要也应该实行三个转变：一是从宏观研究向微观研究的转变；二是从抽象理论研究向具体实际问题研究的转变；三是从务虚向务实的转变。”这就是说要针对从内地、香港、澳门三地交往中产生的各种具体的现实的区际法律问题来

^① 参见陶凯元：《广东法院涉港澳台商事审判的实践、探索与展望》，载《中国国际私法学会2005年年会论文集》，第341～347页。

展开研究，探讨解决问题的办法。由此，本文着重于案例的分析、归纳和总结，司法实践的评析与总结，其中会运用到数据统计方法、归纳、演绎的方法。第三，在个别复杂问题的分析上，对于一个问题几个方面的分析，会运用到马克思主义哲学，例如，对立统一论。第四，本文试图从立法和司法实践两方面来解决“涉港民商事诉讼管辖权冲突”问题，重点在后者，因此，对于本文提出的相关建议（例如，赋予司法实践中的自由裁量权），必须进行系统的理论分析和法学推理。

（二）论文的创新之处

本文的选题是典型的小题大做，弥补了我国系统研究涉港民商事管辖权冲突问题的空白。本文的特征在于鲜明的实证性，因此，对具体规则的阐述并不集中于简单的比较法考察，而是分析是否可在内地适用以及应该如何适用等现实问题，这些都需要进行大量的实证考察。需要提及的是，笔者还将以内地现有的立法体系为框架，探讨具体规则的确立形式，在遵循法治原则的前提下，合理界定司法的准立法功能，彰显司法解释在内地法制建设中的重要意义。

如果一定要说创新，笔者归纳为两点。第一，笔者将涉港管辖权问题分为两个层面。其一为立法层面的管辖权确定规则的冲突（隐性冲突），其二为司法层面的平行诉讼现象（显性冲突），分别在不同的阶段侧重于不同层面的解决，形成系统的阶段性解决方案。既为现阶段立法空白、没有两地协议的情况下解决涉港管辖权冲突提供了路径，也为将来的立法或协议设计了建议条款。第二，笔者大胆引入了英美法系中的禁诉命令制度。禁诉命令制度在国际上备受争议，我国学者甚至大陆法系学者对之进行研究的也是寥寥数人。笔者将其引入到涉港管辖权冲突的解决中来应该说是一项创举。尽管笔者的本意不在于标新立异，而是侧重于务实，但该项制度的引入无疑会导致笔者成为众矢之的之险。没有功劳也有苦劳，就姑且将之当做是笔者的一项创新吧。