

中国审判理论研究丛书
中国审判理论研究会涉外审判理论专业委员会



中国涉外商事 审判研究

(第二辑)



主编：郑鄂

副主编：刘贵祥 徐春建

RESEARCH ON
FOREIGN-RELATED
COMMERCIAL TRIAL



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

中国审判理论研究丛书
中国审判理论研究会涉外审判理论专业委员会



中国涉外商事 审判研究

(第二辑)

RESEARCH ON
FOREIGN-RELATED
COMMERCIAL TRIAL



主编：郑鄂
副主编：刘贵祥 徐春建



法律出版社

LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

中国涉外商事审判研究. 第2辑 / 郑鄂主编. —北京: 法律出版社, 2011. 8

ISBN 978 - 7 - 5118 - 2335 - 9

I. ①中… II. ①郑… III. ①国际商事仲裁—研究—中国 IV. ①D997.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 149714 号

中国涉外商事审判研究(第二辑)
主编 郑 鄂

编辑统筹 大众出版分社
策划编辑 韦钦平 林 喆
责任编辑 林 喆
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 北京中科印刷有限公司
责任印制 沙 磊

开本 720 毫米×960 毫米 1/16
印张 32.5
字数 538 千
版本 2011 年 9 月第 1 版
印次 2011 年 9 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 2335 - 9

定价:69.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

中国涉外商事审判研究(第二辑)

编辑委员会

顾 问	万鄂湘			
主 任	郑 鄂			
副主任	刘贵祥	罗东川	黄 进	徐春建
	盛勇强			
成 员	林广海	王建平	赵 虹	杜以星
	张良开	侯向磊	辜恩臻	陈学斌
	李民韬			

编辑说明

第十一届全国人大第四次会议宣布中国特色社会主义法律体系如期形成,而2011年4月1日起施行的《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》可以称为中国特色社会主义法律体系大厦封顶的最后几块砖瓦之一,意义重大。该法对规范涉外民商事法律关系的法律适用,解决涉外民商事争议,保障当事人合法权益,维护正常的涉外民商事法律秩序具有十分重要的作用。法律的生命在于实施,如何理解与适用这部新的法律,是当前面临的重要课题;《海峡两岸共同打击犯罪及司法互助协议》确立了两岸司法互助的制度框架,标志着两岸司法互助迈出了关键性的一步,有利于涉台民商事审判的发展,如何有效落实和完善值得关注;如何防止对“公共秩序保留”原则的泛化理解和滥用,使其真正起到“安全阀”的作用,仍不失为一个常论常新的话题;司法对仲裁参与的广度和深度决定着仲裁制度的发展,对我国司法对仲裁的支持和监督如何与国际接轨同时又适合中国国情的问題不能回避。上述客观情况的存在为法学理论工作者和法律实务工作者深入探讨和研究提供了广阔的空间。

以此为选题,中国法学会审判理论研究会涉外专业委员会向两岸三地国际私法研究领域的专家学者和从事涉外审判的法官发出邀请,征集对于上述问题的最新研究成果。此次共收到论文77篇,在精选其中50篇论文的基础上,于《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》实施之日的前一天,在风景优美的广东惠州召开了中国法学会审判理论研究会涉外专业委员会第二次会议暨涉外(涉港澳台)民事关系的法律适用研讨会。来自两岸三地的近百位专家学者和实务精英济济一堂,围绕“涉外民商事关系的法律适用”、“公共秩序保留”、“两岸司法互助与涉台审判”、“涉外仲裁司法审查”

等主题展开了热烈的研讨。为推动理论研究,加速成果转化,实现资源共享,涉外专业委员会秘书处征得作者同意后精选其中44篇论文,汇编出版本书,作为中国法学会审判理论研究会涉外专业委员会系列出版物《中国涉外商事审判研究》第二辑。特别令人欣喜的是,最高人民法院万鄂湘副院长和涉外专业委员会主任、广东省高级人民法院郑鄂院长在涉外专业委员会第二次会议上的讲话,这两篇重要文稿,被收录本书之中,令编者深受鼓舞,也令本书大为增色。

本书所收录的研究成果是专家学者和法官对涉外商事审判理论与实践问题深入思考后的智慧和心血的结晶,作为研究当前涉外商事审判的前沿问题的最新资料,对涉外商事审判理论和司法实务工作具有一定的参考价值。希冀本书的出版能够起到抛砖引玉的作用,激发起更多法学理论工作者和法律实务工作者的热情,使涉外民商事审判研究朝着更加广泛、深入的方向发展,为全面实现涉外商事海事审判精品战略提供智力支持。

最后,值本书出版之际,对各位作者的辛勤劳动和法律出版社的鼎力支持表示衷心的感谢!

《中国涉外商事审判研究》编辑委员会
二〇一一年六月

目 录

领导致辞

在中国法学会审判理论研究会涉外专业委员会第二次会议上的讲话

最高人民法院副院长 万鄂湘 3

在中国法学会审判理论研究会涉外专业委员会第二次会议上的讲话

涉外专业委员会主任、广东省高级人民法院院长 郑 鄂 7

涉外民商事关系法律适用

中国涉外民事关系法律适用法的制定与完善

黄 进 15

中国国际私法立法的里程碑

肖永平 31

涉外民事审判中的国际条约、国际惯例及其直接适用的法

杜新丽 38

论最密切联系规则的原则化

刘想树 50

解读我国《涉外民事关系法律适用法》

涂广建 62

涉外民商事审判中适用国际条约的相关问题研究

沈红雨 83

涉外保证合同法律适用的立法问题探析

——兼评《涉外民事关系法律适用法》第4条和第41条

张 磊 95

前海深港现代服务业合作区法律适用及其他法律问题探讨

温达人 113

最密切联系原则适用中的问题与对策研究

任明艳 121

涉外不动产物权法律适用问题研究

岳为群 130

最密切联系原则的正义规制

张鸣鸣 136

论国际商事条约在中国国内的适用

王思思 144

找法的困惑

——涉外商事审判中外国法适用的现状与思考

沈 湧 150

域外法查明制度研究

林 立 159

我国域外法查明制度之反思与重构

刘景景 176

浅谈域外法查明中的法律专家制度

林雄东 187

涉外民商事合同纠纷案法律适用研究

张小弟 多士平 193

国际产品责任法律适用中的衡平司法

——以人民法院审判实务为视角

白 峻 204

论涉外合同法律适用中的意思自治原则

黄 燕 216

公共秩序保留

区际民事司法中的“公共政策”保留:香港的最新判例

张宪初 225

国际商事仲裁中的公共政策研究

张潇剑 241

析涉外民事关系法律适用中公共秩序条款的适用

高晓力 249

论公共秩序保留原则的适用

——兼论《涉外民事关系法律适用法》第5条

翟寅生 261

公共秩序保留在我国民商事领域承认和执行外国判决及
仲裁裁决司法实践中适用之考量

林 达 马雪涛 277

两岸司法互助及涉台审判

积极务实 共创两岸民商事司法互助新局面

——粤台两地民商事司法互助的现状与展望

徐春建 291

两岸关于民事裁判之认可与执行

郑冠宇 301

两岸司法互助的协议与实施

陈荣传 312

两岸相互认可与执行民商事判决及仲裁裁决机制构建

——以《司法互助协议》签署后为重心

于 飞 324

海峡两岸著作权集体管理制度之比较研究

刘冠华 337

一个中国原则在涉台民商事审判中的适用

杜以星 345

海峡两岸民商事司法协助实务初探

黄 宇 356

关于涉台商事审判中司法协助问题的法律思考

——以珠海中院的司法实践为模本

贺晓翊 364

台湾地区诉讼和解笔录的认可

胡 凯 373

涉外仲裁司法审查

我国国内仲裁裁决不予执行制度:存废之间的思考

于健龙 381

涉外仲裁裁决的司法审查

慕亚平 冯晓乐 慕子怡 388

涉外仲裁的司法审查

天津市高级人民法院民四庭 398

论仲裁协议的法律适用问题

——对我国《涉外民事关系法律适用法》第18条的理解与适用

尹佐海 于喜富 409

涉外仲裁协议的法律适用 ——简析《仲裁法解释》第16条	王功荣 胡正伟	418
对商事仲裁司法监督“双轨制”模式的反思	欧阳振远	427
广东涉外商事仲裁司法审查之现状考量	李民韬	448
支持与监督并重 ——基于国际商事仲裁的司法审查审判实践的思考	张晗庆	462
涉外仲裁司法审查中重新仲裁之实践检讨与立法完善	朱 萍	473
论涉外仲裁当事人合意变更司法审查范围的效力	王显荣	485

附 录

中国法学会审判理论研究会涉外专业委员会组成人员名单	503
中国法学会审判理论研究会涉外专业委员会第二次会议暨 “涉外(港澳台)民商事关系的法律适用”研讨会会议纪要	506

在中国法学会审判理论研究会 涉外专业委员会第二次会议上的讲话

最高人民法院院长 王岐山

(2011年5月31日)

各位委员、同志们：

领导致辞

今天，我们相聚在历史文化名城北京，隆重召开中国法学会审判理论研究会涉外专业委员会第二次会议，暨《涉外民事关系法律适用法》专题研讨会，我谨代表最高人民法院，对本次会议的召开表示热烈的祝贺，并对辛勤从事涉外审判工作的法官，以及大力支持涉外审判工作的广大专家学者和法律服务人士，表示衷心的感谢和亲切的慰问！

广东作为我国改革开放试验的出发地和试验田，对高规格和外向型经济的需求，为广东涉外审判工作带来了难得的机会。在广东省委党组的坚强领导下，广东涉外审判工作坚持“三个至上”指导思想，坚持“为大局服务，为人民司法”工作主题，围绕“三项重点工作”，不断加强审判队伍建设和审判能力建设，不断提升审判质效，在服务经济社会发展及维护的发挥，依法保障当事人合法权益等方面发挥了重要的职能作用。

广东涉外审判在全面审判、调处的大量、疑难、复杂案件较多，新问题、新情况也较多，但有着良好涉外审判工作的良好基础和有利条件。为此，中国法学会审判理论研究会选择广东作为涉外审判专业委员会的广东高院作为依托，积极开展涉外专业最高层的创建工作。一年多来，广东涉外审判委员会的工作卓有成效，就广东的司法实践中遇到的涉外审判难点问题，对涉外审判的重大问题及时做出反馈和研讨，对司法实践具有重要的指导意义。

2010年10月27日《涉外民事关系法律适用法》出台，对于规范涉外民商事法律关系，保护当事人合法权益，解决涉外民商事争议，构建正常的涉外民商事法律秩序具有十分重要的价值和意义。但如何理解与适用该法，该法新的法律，是涉外审判当前面临的突出问题。涉外专业委员会及时抓住这一新的问题，召开本次专题研讨会，非常有必要。我期待通过本次会议能够进行深入、富有成效的研讨，为审判工作提供有益的指引。

在中国法学会审判理论研究会 涉外专业委员会第二次会议上的讲话

最高人民法院副院长 万鄂湘

(2011年3月31日)

各位来宾、同志们：

大家好！

今天，我们在美丽的花园城市惠州，隆重召开中国法学会审判理论研究会涉外专业委员会第二次会议，暨“涉外（港澳台）民事关系法律适用”专题研讨会，我谨代表最高人民法院，对本次会议的召开表示热烈的祝贺，并对辛勤从事涉外审判工作的法官，以及大力支持涉外审判工作的广大专家学者和法律界人士，表示衷心的感谢和亲切的慰问！

广东作为我国改革开放政策的发源地和试验田，外商投资和外向型经济的发展，为广东涉外审判工作带来了难得的机遇。在广东高院党组的坚强领导下，广东涉外审判工作坚持“三个至上”指导思想，坚持“为大局服务、为人民司法”工作主题，围绕三项重点工作，不断推进审判管理体制改革的，大力加强审判队伍建设，积极推进精品战略，取得显著成效。在服务经济社会又快又好的发展，依法保护当事人的合法权益等方面发挥了重要的职能作用。

广东涉外审判走在全国前列，面临的重大、疑难、复杂案件较多，新问题、新情况也较多，具有开展涉外审判理论研究的良好基础和有利条件，为此，中国法学会审判理论研究会选择依托广东高院设立涉外专业委员会。广东高院不负重托，顺利完成了涉外专业委员会的组建工作。一年多来，涉外专业委员会的工作卓有成效，成功举办了金融危机下的涉外商事审判研讨会，对涉外审判中的重大问题及时做出反应和研讨，对司法实践具有重要的指导意义。

2010年10月28日，《涉外民事关系法律适用法》出台，对于规范涉外民商事法律关系，保护当事人合法权益，解决涉外民商事争议，构建正常的涉外民商事法律秩序具有十分重要的作用和意义。但如何理解与适用好这部新的法律，是涉外审判当前面临的重要课题。涉外专业委员会抓住这一新的问题，召开本次专题研讨会，非常有意义。我也期望着本次研讨会能够进行广泛深入、富有成效的研讨，为审判工作提供有益的指引。

下面,我谈几点意见:

第一,加强应用法学研究,注重研究成果转化,进一步提高服务大局的能力。2011年是我国“十二五”规划的开局之年,“十二五”时期,我国发展仍处于大有作为的重要战略机遇期,同时不稳定因素仍然较多,维护国家安全与社会和谐稳定的任务艰巨而繁重。当前,涉外审判的基本任务仍然是围绕三项重点工作,建立公正高效、廉洁为民的涉外商事海事审判体制和工作机制,营造公平、透明、稳定的外商投资司法环境,为维护国家经济安全、提高生态文明水平、促进经贸航运事业和开放型经济健康发展提供有力的司法保障。因此,在指导思想上,应继续坚持以中国特色社会主义理论体系为指导,积极敏锐地观察、发现并分析司法实践中所面临的重大理论问题和实际问题;在研究方法上,应坚持理论与实践相结合,突出科学性、学术性和现实性,要培养涉外审判理论研究的问题意识、积累意识、世界意识、前沿意识和实证意识;在成果转化上,要坚持“从实践中来,到实践中去”,切实地为涉外审判解决实际问题,并且在更高层次上为立法或者最高法院制定司法解释、司法政策提供可行性建议。

近年来,我们面临的涉外审判实务错综复杂,新问题层出不穷,最高法院也很关注涉外商事海事审判领域中的突出问题,不断制定司法解释、工作意见、会议纪要等指导性文件,加强指导,统一裁判尺度。目前,已就涉外、涉港澳台案件司法文书的送达、船舶碰撞纠纷、无单放货纠纷、外商投资企业纠纷、海事赔偿责任限制等问题出台了司法解释,填补了立法上的空白,消除了法律适用上的分歧。最近,又在调研论证并准备起草油污损害赔偿纠纷、货运代理纠纷等法律适用的相关司法解释。《涉外民事关系法律适用法》出台之后,在具体适用中一定还会遇到很多问题,最高法院也在积极展开调研,起草相关的司法解释,希望大家多注意收集涉外审判实践中的疑难问题,共同努力制定好这一司法解释。涉外专业委员会也应抓住这一契机,充分发挥理论与实践相结合的优势,利用丰富的审判资源,做好调研工作,并积极做好成果转化工作,为完善立法、制定司法解释提供丰富的研究成果。

第二,立足审判实际,提升涉外审判能力,进一步推进涉外商事海事审判精品战略。

去年,最高法院推出精品战略的计划,强调涉外商事海事案件要以精取胜,注重品牌效应,要以公正高效的精品案件赢得国际社会和人民群众的认可与信任。精品战略是一项长期的任务,应常抓不懈。

实现精品战略,不仅要实现实体上的公正,也要实现程序上的公正;不仅要实现案件的公正处理,也要实现纠纷解决的高效率和低成本;不仅要实现案

件处理的法律效果,也要实现案件处理的国际效果和社会效果;不仅要实现一般案件的规范裁判,也要实现疑难案件的准确、合理裁判;裁判文书要做到论据充分、说理透彻、逻辑严谨、用语规范。

实现精品战略,有助于提升涉外法官的审判能力和综合能力。涉外审判是一项专业性很强的工作,涉及的领域也很广泛。涉外审判法官不仅要熟练掌握和运用本国法律,也要了解和熟悉国际公约和国际惯例。因此,我们要注意培养不仅懂理论,也要懂实务;不仅懂涉外专业法律,也要懂民商事基础法律;不仅懂法律,也要懂经贸、懂航运、懂外语;不仅懂法,更要善于用法的复合型审判人才。

涉外专业委员会应加强涉外审判理论、法律适用理论的研究,及时总结司法规律和司法方法,同时充分发挥培训、交流的职能,加强与其他专业委员会的交流与合作,为培养涉外审判人才搭建好平台,为推进涉外审判精品战略提供智力支持和人才储备。

第三,创新审判管理机制,推进司法公开,进一步提升涉外审判司法公信力。涉外审判是中国司法面向世界的窗口,审判是否公正、法官是否廉洁关系着国家司法的形象,不容轻视。我们已经较早地在涉外商事海事审判中尝试了裁判文书公开上网、判决书公开合议庭不同意见、庭审直播等司法公开措施,取得了非常好的成效,并为涉外商事海事审判树立了良好的国际形象。近年来,最高人民法院关于司法公开的改革再次提速,涉外审判应利用先发优势,在司法公开上步子迈得更大一些,除了法律规定不得公开的,其他的都可以公开。公开的范围、公开的方式值得我们进一步探索。涉外专业委员会在对外联络与交流方面具有优势,并且已经与涉外、涉港澳台相关部门机构和团体建立了良好的互动关系。可以考虑充分利用好涉外专业委员会的平台,加强与有关机构或行业协会的联系与合作,邀请相关专业人士参与到涉外审判中,不仅有助于促进纠纷和解,同时也让审判更加透明;也可以探索在涉外商事海事审判中构建法官与律师、当事人之间的法律意见交流制度,构建和谐裁判机制。

第四,充分发挥平台作用,积极促进能动司法,协力打造社会主义法治建设示范区。2010年国务院、国家发改委批复《前海深港现代服务业合作区总体发展规划》,2011年3月6日粤澳两地签署《粤澳合作框架协议》,这标志着广东对外开放进入新的起点,粤港、粤澳合作掀起新一轮高潮。特区的建设、经济的发展需要完善的法治建设保驾护航,国务院也明确要求为特区的发展创造优良的法制环境,打造社会主义法治建设示范区。可以预见的是,区际间

的投资、经贸往来必将更加频繁,更多的新情况、新问题将对现有的法制建设、涉外审判以及审判管理机制提出新的挑战,很多新的课题值得我们探讨。对此,我们要有清醒的认识,既要认识到任务的艰巨,也要认识到机遇的难得。涉外专业委员会要充分利用地处广东的优势,利用丰富的审判经验和人才储备,积极发挥司法能动性,对特区建设和发展过程中可能存在的法律问题进行评估和研究,为特区立法提供切实可行的意见和建议。同时,要着重研究和解决与审判业务密切相关的法律适用问题、管辖权问题、纠纷解决方式、法治机构建设问题等,积极应对可能出现的新类型纠纷,为特区发展创造良好的司法环境,为打造社会主义法治建设示范区贡献力量。

同志们,涉外审判任务艰巨,责任重大,涉外审判理论研究具有基础性功能,我们务必要牢记使命,增强涉外审判法官的使命感、责任感、紧迫感,为涉外审判事业励精图治、创新进取。我也相信,借助涉外专业委员会这个平台,涉外审判法官和专家学者密切合作,互取所长,涉外审判理论研究必将成绩斐然,为提升我国涉外审判水平,建立公正、高效、权威的涉外审判司法制度作出应有的贡献。

最后,预祝本次研讨会圆满成功。谢谢大家!

在中国法学会审判理论研究会 涉外专业委员会第二次会议上的讲话

涉外专业委员会主任、广东省高级人民法院院长 郑 鄂

(2011年3月31日)

尊敬的万鄂湘副院长,各位领导、各位专家,同志们、朋友们:

今天,我们在历史悠久的“鹅城”、现代开放的“惠民之州”,召开中国法学会审判理论研究会涉外专业委员会第二次会议。这次会议,是一次回顾总结的会议,我们要认真总结涉外专业委员会成立以来的工作和成效。这次会议,更是一次展望未来的会议,我们要深入研究涉外专业委员会下一步的工作目标和规划。请允许我代表涉外专业委员会和广东高院,对出席本次会议的万鄂湘副院长,国务院有关部办、最高人民法院有关部门的领导,各高院领导、论文作者,以及来自内地和港澳台地区的专家学者,表示热烈欢迎和衷心感谢!

自2009年7月召开成立大会暨第一届年会以来,在最高人民法院和审判理论研究会的领导下,在广东省委、省政府的支持下,在各位委员和全体会员的积极参与下,涉外专业委员会紧紧围绕审判理论研究会章程,认真落实成立大会精神,不断丰富理论研究平台,加强内外学术交流,推进审判理论发展,促进涉外审判实践,初步打开了工作局面,为今后的进一步发展奠定了基础。主要是:

第一,我国涉外审判理论研究的平台基本搭建起来。自成立以来,我们抓紧涉外专业委员会的组建工作并不断完善。经审判理论研究会批准,建立、健全了涉外专业委员会领导机构,开展了委员推荐、选任前期工作,为这次会议讨论通过正式委员名单作好了准备;设立了秘书处,具体负责专业委员会的日常工作。通过涉外专业委员会这样一个平台,我们高举中国特色社会主义伟大旗帜,深入贯彻落实科学发展观,团结全国有志于从事涉外审判理论研究的人才,推动涉外审判理论与实践的相互促进、共同进步、交融发展。

第二,着力发挥涉外审判理论研究指导实践、促进立法的作用。在成立大会暨首届年会上,同时举办了“金融危机对涉外商事审判影响及对策研讨会”。与会代表针对金融危机与涉外商事司法应对、外商投资企业纠纷、涉外股权转让纠纷、涉外商事合同与担保、金融危机与信用证纠纷、金融危机与海事司法应对、涉外商事审判程序、涉外商事诉讼调解等八个领域的法律问题,