

中国国际私法 与 比较法年刊

CHINESE YEARBOOK
OF
PRIVATE INTERNATIONAL LAW
AND
COMPARATIVE LAW

2012
(第十五卷)

中国国际私法学会 主办
武汉大学国际法研究所



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

中国国际私法 与 比较法年刊

CHINESE YEARBOOK
OF
PRIVATE INTERNATIONAL LAW
AND
COMPARATIVE LAW

2012

(第十五卷)

中国国际私法学会
武汉大学国际私法研究所

主编



武汉大学出版社
WUHAN UNIVERSITY PRESS

LAW AND COMPARATIVE LAW

2012
(第十五卷)

中国 国际私法与 比较法 年刊

黄进
肖永平
刘仁山
主编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

中国国际私法与比较法年刊. 第15卷, 2012/黄进, 肖永平, 刘仁山主编. —北京: 北京大学出版社, 2013. 8

ISBN 978-7-301-22911-8

I. ①中… II. ①黄… ②肖… ③刘… III. ①国际私法-中国-2012-年刊 ②比较法-中国-2012-年刊 IV. ①D997-54

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 173026 号

书 名: 中国国际私法与比较法年刊·2012(第十五卷)

著作责任者: 黄进 肖永平 刘仁山 主编

责任编辑: 郭薇薇

标准书号: ISBN 978-7-301-22911-8/D·3382

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.pup.cn>

新浪微博: @北京大学出版社

电子信箱: law@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027
出版部 62754962

印 刷 者: 北京中科印刷有限公司

经 销 者: 新华书店

890 毫米×1240 毫米 A5 24.25 印张 608 千字

2013 年 8 月第 1 版 2013 年 8 月第 1 次印刷

定 价: 48.00 元

未经许可, 不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有, 侵权必究

举报电话: 010-62752024 电子信箱: fd@pup.pku.edu.cn

CHINESE YEARBOOK OF PRIVATE INTERNATIONAL

《中国国际私法与比较法年刊》

编辑委员会名单

顾问 费宗祎

主编 黄进 肖永平 刘仁山

编委 (按姓氏笔画为序)

丁伟	王瀚	王红松	卢松
刘卫翔	刘仁山	吕岩峰	李玉泉
杜新丽	沈涓	宋连斌	段洁龙
屈广清	金彭年	张明杰	赵相林
徐宏	徐冬根	徐国建	郭玉军
高菲	黄风	黄进	黄瑞
黄丹涵	蒋新苗	谢石松	韩健

执行编委 郭玉军 宋连斌

本期编辑 宋连斌 颜杰雄 傅攀峰 周园 刘元元

目 录

专 论

论外国法查明的程序规制

——兼评《涉外民事关系法律适用法》

第 10 条的应用 王葆蔚(3)

论我国《涉外民事关系法律适用法》的若干实践困境

..... 刘晓红 胡 荻(35)

国际私法“有利原则”之界定

——兼谈我国《涉外民事关系法律适用法》

有关规定 于 飞(57)

论“最密切联系原则”的适用困境及其解决之道

——基于我国涉外民商事审判实践的考察 傅攀峰(76)

特征性履行理论与最密切联系原则关系之再梳理

——兼议《涉外民事关系法律适用法》第 41 条 ... 张丽珍(98)

再论涉外无因管理的法律适用

——兼评《涉外民事关系法律适用法》第 47 条 ... 朱 彧(125)

冲突法研究

- 中欧涉外离婚法律适用法的新趋势 汪金兰(153)
- 我国涉外产品责任法律适用之立法完善
——以《罗马Ⅱ》为借鉴 戴 霞(166)
- 服务自由原则与欧盟金融合同法律适用规则的完善
——以《罗马条例Ⅰ》为线索 范晓亮(188)
- 论美国证券法反欺诈条款域外法律适用的新发展
——莫里森诉澳大利亚国民银行案及其启示 ... 李旭斐(217)
- 海峡两岸现行冲突法总则之比较研究 汪 晶(237)
- 打破传统:意思自治原则在非合同之债准据法中的适用
..... 张 默(269)

国际统一实体法与比较法

- 《关于儿童收养的欧洲公约》的发展趋势 蒋新苗(289)
- 条约解释的艺术:在动静之间 吴 卡(312)
- 国际航空运输承运人强制责任保险制度研究
——兼评1999年《蒙特利尔公约》第50条
..... 王 瀚 张超汉(328)
- 国际多式联运最新立法与冲突解决 李天生 周 江(385)
- 国家豁免放弃的法律问题研究 周 园(403)
- 国家豁免案件中的外交介入问题
——兼评FG公司诉刚果(金)案 王 卿(444)

论投资者利益保护在证券立法中的定位	霍洪涛(458)
比较法视野下当事人失权制度的检视与借鉴	
——以德国、美国立法例为基点	刘显鹏(472)

国际民商事争议解决

国际商事仲裁中间措施发布决定权的归属趋向	杜新丽(497)
传统与现代:仲裁程序规则的历史流变	杨 玲(517)
论调解中的干扰因素	王 钢(542)
国际投资仲裁裁决实现机制评析	王朝恩(554)
国际商事仲裁中的仲裁地问题研究	颜杰雄(572)

评介与资料

2011 年中国国际私法司法实践述评

.....	黄 进 傅攀峰 杜焕芳(597)
-------	------------------

论法律选择中的法经济学

..... [美]拉夫·迈克尔 著 林燕萍 张潇颖 译(655)	
----------------------------------	--

罗马尼亚民法典	杜 涛 译(705)
---------------	------------

波兰共和国 2011 年 2 月 4 日《关于国际私法的法令》

.....	邹国勇 译(731)
-------	------------

Contents

Reviews

- Procedural Regulation on the Ascertainment of Foreign
Law—Together with a Discussion over the Application of
Article 10 of the “Law of Application of Law for
Foreign-related Civil Relations of the People’s
Republic of China” Wang Baoshi(3)
- Several Issues Arising from the Judicial Practice related to the
“Law of Application of Law for Foreign-related Civil
Relations of the People’s Republic of China”
..... Liu Xiaohong & Hu Di(35)
- On “Favor Principle” in Private International Law—Together
with a Discussion over the rules of the “Law of Application
of Law for Foreign-related Civil Relations of the People’s
Republic of China” Yu Fei(57)
- On the Difficulties Arising from the Application of “the
Doctrine of the Most Significant Relationship” and the
Way out—Based on the Examination of China’s Judicial
Practice in the Trial of Foreign-related Civil and

- Commercial Cases Fu Panfeng(76)
- Re-rationalization of the Relationship Between the Theory of
Characteristic Performance and the Principle of the Most
Significant Relationship—Together with a Comment on
Article 41 of the “Law of Application of Law for
Foreign-related Civil Relations of the People’s
Republic of China” Zhang Lizhen(98)
- On the Application of Law to *Negotiorum Gestio* again—Together
with the Comments on Article 47 of the “Law of Application
of Law for Foreign-related Civil Relations of the People’s
Republic of China” Zhu Yu(125)

Conflicts of Law Studies

- New Trends in Application of Law for Foreign-related Divorce
both in China and Europe Wang Jinlan(153)
- On Legislative Perfection of the Law of Application of Law for
Foreign-related Product Liability: Taking the ROME II
as a Reference Dai Xia(166)
- “Free to Provide Services Principle” and the Recast of EU
Choice of Law Rules on Financial Contract; on the Study
of Rome I Fan Xiaoliang(188)
- New Development of Extraterritorial Application of US
Anti-fraud Securities Law—Revelation of *Morrison v.*
National Australia Bank Li Xufei(217)
- A Comparative Study on the Present General Provisions of the

Conflict of Laws Across the Taiwan Strait	Wang Jin(237)
Breaking the Tradition: Party Autonomy in the Choice of Law	
Governing Non-Contractual Obligations	Zhang Mo(269)

International Uniform Substantive Law and Comparative Law

Trends in the Development of the European Convention on the	
Adoption of Children	Jiang Xinmiao(289)
The Art of Treaty Interpretation: Between the Dynamic and	
Static Interpretation	Wu Ka(312)
Studies on the System of Mandatory Liability Insurance Concerning	
Carrier of International Air Transportation	
—Comments on Article 50 of 1999 Montreal Convention	
.....	Wang Han, Zhang Chaohan(328)
The Latest Legislation of International Multimodal Transport	
and the Solution to the Related Legal Conflict	
.....	Li Tiansheng & Zhou Jiang(385)
On Waiver of Foreign Sovereign Immunity	Zhou Yuan(403)
Problems Arising from the Diplomatic Intervention in State	
Immunity Cases	Wang Qing(444)
Positioning for the Protection of Investor's Interests in	
Legislation on Securities	Huo Hongtao(458)
An Examination of the Loss of Rights for a Legal Party under	
a Comparative Analysis and its Inspiration—Taking	
German and American Legislation	
as a Starting Point	Liu Xianpeng(472)

Resolution of International Civil and Commercial Disputes

Trends in Attribution of Power to Issue Interim Measures in

International Commercial Arbitration Du Xinli(497)

Tradition and Modernity: the Evolution of Arbitral Procedure

Rules Yang Ling(517)

On Interfering Factors in Conciliation Wang Gang(542)

An Analysis of the Implementation Mechanism for International

Investment Arbitral Awards Wang Chao'en(554)

On the Place of Arbitration in International Commercial Arbitration

..... Yan Jiexiong(572)

Comment and Information

Review of Judicial Practice in the Chinese Private International Law

in 2011 Huang Jin, Fu Panfeng & Du Huanfang(597)

Economics of Law as Choice of Law

..... Lin Yanping & Zhang Xiaoying(655)

New Romanian Private International Law Du Tao(705)

Polish Act of 4 February 2011 Private International Law

..... Zou Guoyong(731)

专 论

论外国法查明的程序规制

——兼评《涉外民事关系法律适用法》 第10条的应用

王葆蔚*

《涉外民事关系法律适用法》第10条必须结合具体的程序规定,才能发挥其应有的作用。通过比较法研究和实证研究可知,外国法查明最有效和最常用的手段是通过专家查明外国法。故而对外国法查明的程序规制,集中体现在对外国法专家意见的程序规制。《涉外民事关系法律适用法》第10条确立了外国法性质的二元模式,导致在我国外国法查明制度中存在不同性质的外国法专家意见,应适用不同的证据规则加以规范。在诉讼程序中,应通过专家法律责任、交叉询问等手段保障外国法专家意见的独立性和中立性。专家应当以书面形式出具外国法意见书,并在必要情况下应参加庭审,接受法官和当事人的质询。外国法专家意见需经过质证,才能由法院作为裁判基础加以适用。法官应当从形式和内容两方面对外国法专家意见进行必要审查。

* 湖南师范大学法学院副教授,法学博士。

基金项目:教育部人文社会科学研究项目“外国法查明中的专家意见制度比较研究”(11YJC820111)之阶段性研究成果。

一、外国法查明途径的检讨

《涉外民事关系法律适用法》第10条规定:“涉外民事关系适用的外国法律,由人民法院、仲裁机构或者行政机关查明。当事人选择适用外国法律的,应当提供该国法律。不能查明外国法律或者该国法律没有规定的,适用中华人民共和国法律。”该条仅规定了外国法查明的责任,对于外国法查明的途径并没有进一步规定。同时,该法并没有明确排除《民法通则》及其相关司法解释中有关国际私法的规定,故对于外国法查明的具体途径,可以继续适用《最高人民法院关于贯彻执行中华人民共和国民法通则若干问题的意见(试行)》(以下简称“《意见》”)第193条。^①《意见》第193条规定了五种查明外国法的方法:(1)由当事人提供;(2)由与我国订立司法协助协定的缔约对方的中央机关提供;(3)由我国驻该国使领馆提供;(4)由该国驻我国使馆提供;(5)由中外法律专家提供。

就第二种和第三种方法而言,由于查明外国法时必须将外国法作为整体考察,不仅要查明外国成文法的规定,还要查明外国法的解释规则、理论支持以及在司法实践中的应用^②;同时还必须对所涉案件的情况有基本的了解,对案件法律关系有初步的分析,才能比较准确地去查找外国法,这样的要求对于我国驻外使领馆、外国驻我国使领馆来说相当困难。^③导致通过使领馆查明操作难度大、花费时间长,查明效果不理想。例如在某涉外案件中,当事人约定的准据法为新加坡法律,但双方均没有向法院提供有关的新加坡法律。我国法院依照《意见》第193条的规定请求新加坡驻华大使馆

^① 类似观点参见万鄂湘主编:《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法条文理解与适用》,中国法制出版社2011年版,第80页。

^② Saenger, *Zivilprozessordnung*, 4. Auflage 2011, ZPO § 293, Rn. 18.

^③ 郭玉军:《近年中国有关外国法查明与适用的理论与实践》,载《武大国际法评论》2007年第2期,第7页。