

中国国际私法 与 比较法年刊

CHINESE YEARBOOK
OF
PRIVATE INTERNATIONAL LAW
AND
COMPARATIVE LAW

2003
(第六卷)

中国国际私法学会
武汉大学国际法研究所 主办



法律出版社
LAW PRESS CHINA

LAW AND COMPARATIVE LAW

2003
(第六卷)

中国
国际
私法
与
比较
法
年
刊

中国
国际
私法
学会
主办
武汉大学
国际
法
研究
所



法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

中国国际私法与比较法年刊. 2003/韩德培等主编.
北京:法律出版社, 2003. 11
ISBN 7-5036-4501-6

I. 中… II. 韩… III. ①国际私法-中国-2003
-年刊②比较法-中国-2003-年刊 IV. D997-54

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 084034 号

法律出版社·中国

责任编辑/郑 导

装帧设计/李 瞻

出版/法律出版社

编辑/法学学术出版中心

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/陶 松

开本/850×1168 1/32

印张/20.875 字数/535 千

版本/2003 年 11 月第 1 版

印次/2003 年 11 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn

传真/010-63939622

法学学术出版中心/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/xueshu@lawpress.com.cn

读者热线/010-63939690

传真/010-63939701

中国法律图书公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

传真/010-63939777

中法图第一法律书店/010-63939781/9782

客服热线/010-63939792

中法图北京分公司/010-62534456

网址/www.chinalawbook.com

中法图上海公司/021-62071010/1636

电子邮件/service@chinalawbook.com

中法图苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 7-5036-4501-6/D·4219 定价:48.00 元

《中国国际私法与比较法年刊》

编辑委员会名单

主 编

韩德培 余先予 黄 进

编 委 (按姓氏笔画为序)

丁 伟	王 翰	卢 松	刘卫翔	刘仁山	刘慧珊	朱兆敏
余先予	肖永平	易 俊	屈广清	金彭年	张仲伯	张明杰
赵相林	费宗祯	钱 骅	袁成第	徐 宏	徐冬根	徐国建
郭玉军	章尚锦	黄 风	黄 进	黄 瑞	黄丹涵	董立坤
谢石松	韩 健	韩德培				

执行编委

肖永平 郭玉军

本期编辑

宋连斌 杜焕芳 张 贝

目 录

专 论

2002 年中国国际私法的司法实践述评	黄 进 杜焕芳(3)
替代性纠纷解决机制在中国的现状及其未来发展趋势	郭玉军(52)
解释冲突法中的张力与限制	叶 惟(67)
再论中国国际私法的实践困境及出路	宋连斌(79)

冲突法研究

物权法律适用的历史演进	吕岩峰 边爱军(113)
论公司属人法的确定	肖 凯(132)
现代冲突规则解析	韩汉卿 刘 萍(146)
国际借贷协议法律适用规则探讨	张庆麟(163)

国际统一私法与比较法研究

国际条约在国内适用之研究综述	甘 勇(181)
----------------------	----------

论内陆公司在台湾地区之当事人能力

——评释台湾地区“最高法院”二〇〇〇年台上字

第四六一号判决和二〇〇〇年台上字

第二八九号判决…………… 陆尚乾(201)

电子商务与国际私法

国际私法与电子金融

——欧洲的理论与实践

…………… [英]朱莉娅·霍恩勒著 李仁真 刘 轶译(245)

论域名争议及其解决…………… 邓 杰(271)

网络银行纠纷的管辖权问题初探…………… 郑远民 李志春(287)

电子缔约与联合国《国际货物销售合同公约》的变革

…………… 何其生(299)

国际民商事争议解决机制

国际商事仲裁第三人之理论建构与实务研究

…………… 丁 伟 石育斌(321)

仲裁条款独立性理论的法理及实证探析…………… 刘晓虹(351)

重新仲裁的实践与构想…………… 林一飞(371)

承认与执行外国法院判决的博弈论分析…………… 徐崇利(401)

评介与资料

2001 年中国国际私法的司法实践述评 …… 黄 进 杜焕芳(429)

2001 年美国冲突法司法实践述评

…………… [美]西蒙·C.西蒙尼德斯著 孔令杰 王莉译(465)

迈向关于外国判决承认与执行的新公约

——海牙民商事管辖和外国判决公约草案的新发展

..... 孙 劲(568)

斯洛文尼亚共和国关于国际私法与诉讼法的法律

..... 邹国勇译(585)

哈萨克斯坦共和国新国际私法立法和新国际民事

诉讼法..... 杜 涛译(613)

韩国 2001 年修正国际私法 沈 涓译(636)

2002 年中国国际私法学会上海年会综述 ... 郭玉军 车 英(653)

Contents

Review

- Review of Judicial Practice in the Chinese Private
International Law in 2002
..... Huang Jin & Du Huanfang(3)
- Alternative Dispute Resolution in China: the Present
and the Future Guo Yujun(52)
- On the Extension and Limitation of the Interpretation of
Conflicts Law Ye Wei(67)
- Reconsideration on the Dilemma and Outlet of the
Private International Law Practice in China
..... Song Lianbin(79)

Conflicts Law Studies

- Historical Evolution of the Applicable
Law to Real Property Lv Yanfeng & Bian Aijun(113)
- On the Determination of Personal Law of
Corporations Xiao Kai(132)

An Analysis of Modern Conflict Rules

..... Han Hanqing & Liu Pin(146)

A Study of the Applicable Law to International

Loan Contracts Zhang Qinglin(163)

**International Unification of Private
Law and Comparative Law Studies**

Comprehensive Comments On the Relations of Domestic

Law and International Treaties Gan Yong(181)

Capacity of Mainland China Corporations in Taiwan

Region Lu Shangqian(201)

E - commerce and Private International Law

Private International Law and E - finance: The European
Perspective

..... [UK]Julia Hornle, translated by Li Renzhen & Liu Yi(245)

On the Domain Name Disputes and Resolution Deng Jie(271)

On the Jurisdiction over Internet

Banking Disputes Zheng Yuanmin & Li Zhichun(287)

Electronic Contracting and the Innovations of "UN

Conventionon the International Sale of Goods"

..... He Qisheng(299)

Resolution of International Civil and Commercial Disputes

A Study of the Practice of the Third Party in International
Commercial Arbitration and Its Theoretical

Structure Ding Wei & Shi Yubin(321)

Juristic and Positivistic Study of the Theory of Separability of Arbitration Clause	Liu Xiaohong(351)
Practice and Theoretical Structure of Re – arbitration	Lin Yifei(371)
Game Theoretic Analysis in the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments	Xu Chongli(401)

Comment and Information

Review of Judicial Practice in the Chinese Private International Law in 2001	Huang Jin & Du Huanfang(429)
Choice of Law in the American Courts in 2001 [US]Symeon C Symeonides, translated by Kong Lingjie & Wang Li(465)	
Approaches to a New Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgements	Sun Jin(568)
The Republic of Slovenia: The Law Concerning Private International Law and Procedure	translated by Zou Guoyong(585)
The New Private International Law/ New International Procedure Law of the Republic of Kazakhstan	translated by Du Tao(613)
Private International Law of the Republic of Korea 2001	translated by Shen Juan(636)
A Summary of 2002 Annual Meeting of the Chinese Society of Private International Law	Guo Yujun & Che Ying(653)

专 论

2002 年中国国际私法的司法实践述评

黄 进* 杜焕芳**

本文主要对 2002 年中国国际私法的若干司法实践进行了考察和分析。第一部分对最高人民法院发布的有关涉外民商事管辖权、涉外司法文书的送达和涉外破产等三个重要司法解释作了评析。这些司法解释对于今后各级人民法院的涉外审判工作具有指导意义,但在不同程度上也存在一些问题,应加以适当地改进。第二部分考察了我国人民法院审理涉外民商事案件的司法审判实践,在对 36 例涉外民商事案件统计的基础上着重对涉外民商事案件的管辖权确定方法和法律选择方法作了分析。第三部分以“美国总统轮船公司案”为例,对该涉外民商事案件在法律关系的定性、确定管辖权的方法以及法律选择和法律适用等问题上进行了实证剖析。

2002 年是中国加入世界贸易组织(WTO)后的第一年。“入世”不仅加快了中国贸易体制改革,而且也给中国带来了巨大的经济效

* 武汉大学国际法研究所所长、教授、博士生导师。

** 武汉大学国际法研究所国际私法专业博士研究生。

益。^①2002年也是中国国际私法^②司法实践得到进一步发展的一年。在“入世”的背景下,涉外民商事关系进一步拓展,涉外民商事案件也进一步增多。司法实践在中国国际私法的现代化进程中发挥了重要作用。最高人民法院发布的一般性司法解释和针对具体案件的个案司法解释,对于今后各级人民法院的涉外审判工作具有指导意义。^③而各级人民法院在审理涉外民商事案件过程中所作的判决,特别是刊登在《最高人民法院公报》上的案例,^④对于今后各级人民法院审理同类案件具有判例法意义。^⑤本文主要对2002年中国有关国际私法的若干司法解释和判决案例进行考察和分析,指出存在的问题并提出合理的解决方法,以期对中国国际私法的司法实践有所助益。

一、若干有关国际私法的司法解释评析

所谓司法解释,是指国家最高审判机关和最高检察机关就在审判和检察过程中应用法律的问题所作的、具有法律效力的说明。^⑥

① 据海关初步统计,2002年全国进出口总值为6,207.85亿美元,比上年增长21.8%,其中:出口3,255.69亿美元,比上年增长22.3%,进口2,952.16亿美元,比上年增长21.2%,进出口顺差303.53亿美元,比上年增长34.6%。参见 <http://www.moftec.gov.cn/table/jckj/tjkb/kb2002-12.html>,2003年2月10日。

② 本文所指的中国国际私法仅指中国内地的国际私法。

③ 有关国际私法的司法解释问题的论述,可参见林燕平:《对中国国际私法司法解释现象的法理分析》,载《法学》2000年第5期;刘卫国:《国际私法之司法解释初探》,中国国际私法学会2000年年会论文。

④ 《最高人民法院公报》自1985年创办以来,公布了不少国际私法领域的典型案例。截至1999年2月,共公布涉外案件33件,这些案例也应当是中国国际私法的重要组成部分。参见最高人民法院公报编辑部编:《最高人民法院公报典型案例全集(1985.1~1999.2)》,警官教育出版社1999年版,第312~853页。

⑤ 尽管判例在中国尚未成为法律的一种渊源,但其在国际私法中具有独特的重要地位,无论是对普通法系国家来说还是对大陆法系国家来说,都具有重要的意义。See O. Kahn-Freund, *General Problems of Private International Law* 108~127 (1976); 黄进著:《中国国际私法》,法律出版社1998年版,第17~18页。

⑥ 参见江平主编:《中国司法大词典》,吉林人民出版社1991年版,第6页。

在中国,有权进行司法解释的最高司法机关包括最高人民法院和最高人民检察院。由于检察工作与国际私法的关系不大,最高人民检察院的司法解释几乎不涉及国际私法问题。因此,国际私法的司法解释主要是指最高人民法院的各种司法解释,本文所要评析的也主要是最高人民法院发布的有关国际私法的司法解释。

(一)关于涉外民商事管辖权

为正确审理涉外民商事案件,依法保护中外当事人的合法权益,最高人民法院发布了《关于涉外民商事案件诉讼管辖若干问题的规定》^①(以下简称《规定》),决定对涉外民商事案件进行集中管辖。《规定》共七条,其主要内容如下:第一条,第一审涉外民商事案件由下列人民法院管辖:(一)国务院批准设立的经济技术开发区人民法院;(二)省会、自治区首府、直辖市所在地的中级人民法院;(三)经济特区、计划单列市中级人民法院;(四)最高人民法院指定的其他中级人民法院;(五)高级人民法院。上述中级人民法院的区域管辖范围由所在地的高级人民法院确定。第二条,对国务院批准设立的经济技术开发区人民法院所作的第一审判决、裁定不服的,其第二审由所在地中级人民法院管辖。第三条,本规定适用于下列案件:(一)涉外合同和侵权纠纷案件;(二)信用证纠纷案件;(三)申请撤销、承认与强制执行国际仲裁裁决的案件;(四)审查有关涉外民商事仲裁条款效力的案件;(五)申请承认和强制执行外国法院民商事判决、裁定的案件。第四条,发生在与外国接壤的边境省份的边境贸易纠纷案件,涉外房地产案件和涉外知识产权案件,不适用本规定。第五条,涉及香港、澳门特别行政区和台湾地区当事人的民商事纠纷案件的管辖,参照本规定处理。第六条,高级人民法院应当对涉外民商事案件的管辖实施监督,凡越权受理涉外民商事案件的,应当通知或者裁定将

^① 法释[2001]27号,2001年12月25日最高人民法院审判委员会第1203次会议通过,自2002年3月1日起施行。

案件移送有管辖权的人民法院审理。

为配合《规定》的实施,最高人民法院发布了《关于认真学习贯彻〈关于涉外民商事案件诉讼管辖若干问题的规定〉的通知》^①(以下简称《通知》),主管院长在新闻发布会上作了重要讲话^②(以下简称《讲话》),对《规定》做了进一步阐释。下文主要结合《通知》和《讲话》,对《规定》做逐一剖析。

1. 集中管辖的意义和影响

《通知》第1条中指出,“对涉外民商事案件实行集中管辖,是因应‘入世’后面临的新形势而采取的一项重要改革举措;是优化案件管辖,充分发挥审判效能所做出的一项重要决策”。《讲话》认为,最高人民法院以司法解释的形式对涉外民商事案件的管辖作出重大调整,将以往分散由各基层、中级人民法院管辖的涉外民商事案件集中由少数收案较多、审判力量较强的基层、中级人民法院管辖,其目的是为了进一步实现司法改革“公正与效率”主题,提升中国法治的权威性和公信力,为“入世”创造良好的司法环境。从《规定》颁行的这一初衷和中国涉外民商事审判的现状及其改革来看,集中管辖的这种方式,在优化司法资源的配置、改善涉外案件的审理环境、排除地方保护主义的干预等方面,具有一定的积极意义。但另一方面,《规定》作为一项一般性司法解释,其实施必然对涉外民商事案件管辖产生深刻影响。这种管辖具有跨区域性,除了高级人民法院外,只有少数基层(经济技术开发区)人民法院和特定的中级人民法院行使此类一审案件的管辖权。这种排他的集中管辖方式,在一定程度上触伤了那些丧失这类案件管辖权的其他法院。《规定》颁行之初,法院系

^① 法[2002]22号,2002年3月1日。

^② 参见《关于涉外民商事案件诉讼管辖若干问题的规定——最高人民法院副院长万鄂湘答记者问》,载曹建明主编:《民事审判指导与参考》(2002年第1卷),法律出版社、人民法院出版社2002年版,第135~137页。

统的反响就非常强烈。另外,这类案件的审级也相应地提高,除了经济技术开发区人民法院受理的第一审案件由所在地中级人民法院终审之外,大多数案件由高级人民法院终审。这意味着高级人民法院将担负起终审处理大量涉外民商事案件的重任,而不论案情的复杂简单、案件影响的大小、争议金额的多少。随之带来的另一个影响是,最高人民法院再审涉外民商事案件的任务也将加重。审判业务量的增加,无疑会影响到最高人民法院对下级人民法院以及高级人民法院对所辖区域的司法审判监督职能的行使。

2.《规定》的颁发依据

在中国法院的级别管辖上,《民事诉讼法》第 18 条规定:“基层人民法院管辖第一审民事案件,但本法另有规定的除外”。这也就是说,第一审民事案件,无论涉外涉内,一般由基层人民法院管辖,除非法律另有规定。《规定》明确指出其颁发依据为《民事诉讼法》第 19 条,该条规定:“中级人民法院管辖下列第一审民事案件:(一)重大涉外案件;(二)在本辖区有重大影响的案件;(三)最高人民法院确定由中级人民法院管辖的案件”。这也就是说,任何中级人民法院都有权管辖“重大涉外案件”。根据最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》^①(以下简称《意见》)第 1 条的规定,所谓“重大涉外案件”,是指争议标的额大,或者案情复杂,或者居住在国外的当事人人数众多的涉外案件。因此,从上述规定来看,除最高人民法院司法解释的“重大涉外案件”以外,其他一般涉外案件均应由基层人民法院管辖。但在《规定》中,除了少数(经济技术开发区)基层人民法院和特定的中级人民法院有权管辖涉外民商事案件之外,其他基层人民法院和一般中级人民法院则一概被剥夺了这种管辖权。《规定》的这种作法是否具有合法性?从法律效力上而言,《民事诉讼法》是根据中国宪法制定的调整有关民事诉讼关系的基本

^① 1992 年 7 月 14 日最高人民法院审判委员会第 528 次会议讨论通过。