

广东律师系列丛书之二十二



广东省律师协会
广东省“一带一路”法律服务研究中心 编

“一带一路” 国际法律业务探究

法律出版社 LAW PRESS · CHINA



中国政法大学
“一带一路”国际法律研究中心

“一带一路”

国际法律业务探究

中国政法大学 法律出版社

广东律师系列丛书之二十三

“一带一路” 国际法律业务探究

丛书主编 肖胜方

副主编 童新 陈方

执行主编 叶港

本册主编 韩俊

本册副主编 傅军 吴凯 朱国祯

编委 刘乙 熊代琨 吴明辉 李建琪

黄赞荣 文强 石倩 肖硕彬

编辑 邓捷 罗楚茵

法律出版社 LAW PRESS-CHINA

图书在版编目(CIP)数据

“一带一路”国际法律业务探究 / 广东省律师协会,
广东省“一带一路”法律服务研究中心编. -- 北京: 法律出版社, 2017

ISBN 978 - 7 - 5197 - 1310 - 2

I. ①—… II. ①广… ②广… III. ①国际法—文集
IV. ①D99 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 208793 号

“一带一路”国际法律业务探究

“YIDAI YILU”GUOJI FALU YEWU TANJIU

广东省律师协会

广东省“一带一路”编

法律服务研究中心

策划编辑 程岳周洁

责任编辑 程岳周洁

装帧设计 马帅

编辑统筹 法律应用·大众读物第一出版分社

出版 法律出版社

开本 A5

总发行 中国法律图书有限公司

印张 9.5

经销 新华书店

字数 266 千

印刷 天津嘉恒印务有限公司

版本 2018 年 1 月第 1 版

责任印制 胡晓雅

印次 2018 年 1 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)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

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、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85330678 重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071639/1636 深圳分公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 1310 - 2

定价:45.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序 言

“一带一路”倡议的推进和落实,为中国企业“走出去”创造了难得的历史机遇,越来越多的中国企业积极参与到“一带一路”沿线国家和地区的基础设施建设、矿产资源开发、生态产业发展、国际贸易等领域,由于对国外投资环境、政策法规不熟悉,法律风险防范意识薄弱等,中国企业在“走出去”过程中面临着各种各样的法律问题和法律风险,对涉外法律服务的需求也日益迫切。基于此,积极提高中国及广东律师涉外法律服务水平、更好地为中国企业“走出去”保驾护航,已成为当前急需解决的重要问题!

为发掘和培养优秀涉外法律服务人才,加强涉外法律服务领域实践基础上的学术交流和理论研究,积累和总结先进经验,切实提高我省律师国际法律服务的水平和市场竞争力,为中国企业“走出去”提供理论参考,助推国家“一带一路”倡议进一步落实,广东省律师协会与广东省“一带一路”法律服务研究中心联合编印了《“一带一路”国际法律业务探究》。本书收录优秀文章共 33 篇,内容涉及涉外民商事审判、资本市场、海事海商、知识产权、双边投资争端解决、国际贸易争端解决、反垄断审查、仲裁制度比较、并购、国际贸易纠纷及保函等各个方面。编委会按涉外民商事争议解决、国际贸易和海事海
试读结束: 需要全本请在线购买: www.ertongbook.com

商、国际投融资、国际并购、知识产权、反垄断、理论研究与探索七个专题汇编出版。

本书汇集了省内外涉外律师的宝贵经验和高校学者的理论研究成果,在促进业务交流和提高专业水平方面具有重要借鉴意义;本书旨在与业界同人进行交流,共同探讨国际法律业务实务问题;论文观点仅为作者本人观点。

因编审时间所限,书中难免有不足之处,恳请广大读者批评指正!

编委会

2017年6月

目 录

Contents

一、涉外民商事争议解决

- 内地涉港民商事判决的送达及执行 吴明辉(3)
- 中老两国劳动争议纠纷解决对比分析 唐 超 苏亚秋(6)
- 中美仲裁制度之简要比较
——以美国仲裁协会为例 孟庆国(11)
- 橘生淮南则为橘,生于淮北则为枳
——争议解决条款国外变形记 赵 华(21)
- 论《纽约公约》下“非内国裁决”在我国的理解与适用 李希帆(26)
- 怎样准备 337 调查答辩状 顾 萍(31)
- 国际货物买卖中网络诈骗案件的民事诉讼实务研究 曹卓敏(37)

二、国际贸易和海事海商

- 非洲国际投资贸易争端解决机制浅析
——以非洲商法协调组织(OHADA)为例 李建琪(47)
- 国际货物买卖交易相对方的识别
——一起涉及多方主体的国际贸易纠纷之案例辨析 曹卓敏(56)
- 独立保函相关法律规定及其在我国现状
——从最高人民法院发布的一则典型案例谈起 黄赞荣(62)
- 出口保温瓶被美国官方召回销毁案解读 陈均艺(69)

浅析《海牙规则》《维斯比规则》《汉堡规则》下承运人的责任及
对我国《海商法》中承运人责任相关规定的影 响 …… 朱国祯 (80)

三、国际投融资

双边投资条约中投资者与东道国争端的管辖权问题研究
…………… 封筠 文强 (87)

“一带一路”投资的法律风险防范之通用篇 …… 王清华 (94)

“一带一路”投资的法律风险防范之印度 …… 李袁媛 (100)

“一带一路”投资的法律风险防范之土耳其 …… 杨斌 王清华 (106)

中概股回归国内资本市场
——法律问题简析 …… 李靖文 (118)

印度劳动法体系概述 …… 李建琪 (122)

四、国际并购

外资在华并购实务与法律分析 …… 侯月红 (133)

中国企业直接并购与 SPV 方式间接并购澳大利亚企业的优劣
对比探析 …… 韩俊 (141)

中国投资者收购德国企业的法律挑战
…………… Thomas Weidlich 沈媛 (152)

五、知识产权

国际视角下高校企业知识产权管理人才培养路径浅谈
…………… 唐珺 (163)

装载无形财产的口袋——商标 …… 裴俊薇 肖瑶 (170)

怎样避免 ITC 排除令的不利后果
——提早规划产品的重新设计 …… 顾萍 (183)

六、反垄断

- 探析设立中外合营企业的反垄断审查问题 吴 凯(191)
- 浅议涉外反垄断民事诉讼的若干法律问题 吴 凯(198)
- 从美的收购库卡案看中国企业“走出去”的反垄断风险和对策
..... 周照峰(210)

七、理论研究探索

- “一带一路”下中国律师的机遇与挑战 李靖文(219)
- 加速法律服务业升级 助推广东自贸园区建设 毕亚林(227)
- 广东自贸区的法律定位分析 丘志乔(233)
- 广东律师涉外业务发展的困境和机遇 傅 军(243)
- 跨境电商:“互联网+”时代的律师服务新需求 陈均艺(249)
- 借助前海及自贸区金融创新优势 助推律师法律服务创新
..... 韩 俊(254)
- 附录 相关法律法规 (294)

一、涉外民商事争议解决



内地涉港民商事判决的送达及执行

◇ 广东广和律师事务所 吴明辉

引子:笔者代理了一起民间借贷案件:原告黄某系内地人,被告许某系香港特别行政区永久居民,两人曾经结拜为兄妹。2012年至2013年间,被告向原告共借款45万元人民币,约定每月利息2%;除还过1万元本金外,被告对其余款项及利息经多次催促均以多种理由推诿不还;2014年12月,黄某将许某诉至广东省深圳市罗湖区人民法院。不久法院依法作出判决:许某应返还借款本金44万元和支付相应的利息。

判决既出,现实中立刻面临着判决送达及接下来如何执行的问题。只有生效判决均能送达双方的情况下才能进入执行程序,从而使黄某实现其债权。

众所周知,香港特别行政区在1997年回归后,由于“一国两制”方针的实施,香港特别行政区原有的法律制度(以普通法为依归,并由多条本地法例作补充的法律制度)仍然保留,与内地社会主义法律制度截然不同,属于一国主权下的不同法制区域。因此,内地与香港特别行政区之间便存在不同的法域之间的司法协助问题。目前,内地与香港特别行政区之间关于两地间法院民商事案件判决的送达、承认与执行的司法协助的法律文件有:

(1)《最高人民法院关于内地与香港特别行政区法院相互委托送达民商事司法文书的安排》(自1999年3月30日起施行);

(2)《最高人民法院关于涉港澳民商事案件司法文书送达问题若干

规定》(自2009年3月16日起施行);

(3)《最高人民法院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》(自2008年8月1日起生效)。

前两个法律文件具体规定了内地与香港特别行政区法院之间的司法文件相互委托送达:(1)司法文件包括:起诉状副本、上诉状副本、授权委托书、传票、判决书、调解书、裁定书、决定书、通知书、证明书、送达回证;在香港特别行政区包括:起诉状副本、上诉状副本、传票、状词、誓章、判案书、判决书、裁定书、通知书、法庭命令、送达证明。(2)相互间可委托的法院是:各高级人民法院和香港特别行政区高等法院。最高人民法院司法文书可以直接委托香港特别行政区高等法院送达。

当然,由法院送达的法律文书肯定引起受送达的当事人重视,并慎重处理,但这仍然属于较浅层次的司法协助。而现实中情况是,从内地法院的做法来看,绝大多数的涉港案件在通常的方式不能送达的情况下,常用的做法是公告送达;然而,就算通过上述方式把判决送达到香港的当事人,如果其仍然拒绝履行呢?——第三个文件《最高人民法院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》终于回应了债权人的真正需求。但我们且看该安排设定的内地法院民商事判决被香港法院认可和执行的条件:

(1)是具有执行力的终审判决,包括最高人民法院的判决;高级人民法院、中级人民法院以及经授权管辖第一审涉外、涉港澳台民商事案件的基层人民法院(附名单)依法不准上诉或者已经超过法定期限没有上诉的第一审判决,第二审判决和依照审判监督程序由上一级人民法院提审后作出的生效判决。

(2)须有“书面管辖协议”。包括当事人为解决与特定法律关系有关的已经发生或者可能发生的争议,自该安排生效之日起,以书面形式明确约定内地人民法院或者香港特别行政区法院具有唯一管辖权的协议;含合同书、信件和数据电文(包括电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件)等可以有形地表现所载内容、可以调取以备日后查用的形式。

(3)须是当事人之间的民商事合同。不包括雇佣合同以及自然人

因个人消费、家庭事宜或者其他非商业目的而作为协议一方的合同。

(4) 判决的执行标的须是“金钱给付”。

由上述规定可见,笔者所代理的案件,因事前无“协议”,事后更无法“协议”,如被申请人在内地没有财产的,则无法向香港特别行政区法院申请认可和执行,从而债权人的合法权益难以实现。

因此,两地间可相互认可和执行的判决仍然十分有限。香港特别行政区回归已近 20 年,随着两地人民的交往益深,发生在两地主体之间的涉及婚姻、继承、权利确认等事务日益频繁,产生的纠纷也越来越多,两地之间减少司法壁垒的呼声日渐高涨,特别是在中国恢复对香港行使主权以后,内地和香港民事判决的相互流通,将成为历史发展的必然要求。它不仅能体现国家的统一,保证一国内部各地区司法的严肃性和判决的确定性,而且还可及时解决相互交往中出现的各种问题和纠纷,有利于维护国家的整体利益。因此,法律人士纷纷建议:内地与香港特别行政区应该分别立法,承担相互承认与执行判决的义务,并且在今后香港特别行政区和内地的法律中,应明确以下几点:

(1) 内地和香港特别行政区的法院,有义务相互承认与执行对方法院的民商事判决。可予承认与执行的判决的范围,应包括涉及财产关系和人身关系的各种判决;这类判决也不仅指法院在案件审结时作出的最终判决,还应包括在审理过程中作出的需予承认与执行的裁定、决定、命令以及法院作出或确认的调解协议等。

(2) 申请承认与执行判决时,判决胜诉方可直接向内地有管辖权的中级人民法院提出申请,或直接向香港特别行政区高等法院申请执行。至于执行的方式和措施,可依各自现有法律或司法解释进行。

(3) 由于香港特别行政区与内地的社会制度、法律制度均不相同,因此在相互承认与执行法院判决时,可附一定的条件,但被请求法院在对判决进行审查时,应是形式审查,除审查是否符合这些条件外,不得对判决的适用法律和事实认定方面进行任何实质性审查。

中老两国劳动争议纠纷解决对比分析

◇ 云南隆云律师事务所 唐 超

云南民族大学 苏亚秋

近几年,随着我国经济的进一步发展,“走出去”战略以及“一带一路”等重大对外投资倡议的开展,对外投资合作的广度和深度进一步提高,我国企业面临境外劳资纠纷问题也日益严重。鉴于老挝作为“一带一路”倡议的参与国,以及中老泛亚铁路的开建,对老挝国家的劳动法律研究也就极具现实意义了。本文就中国、老挝两国之间对劳动争议纠纷的解决做了一些对比分析,以期在对比中发现两国之间在劳动争议解决方面的异同,并提出一定的建议。

由于中老两国同属于社会主义、大陆法系国家,因此两国对于劳动争议的立法规定也有相似之处,两国劳动争议解决的基本法律都是在其劳动法中以专章的形式进行规定,并制定相应专门法律进行具体实施。其中《中华人民共和国劳动法》(以下简称中国《劳动法》)第10章以“劳动争议”为题对劳动争议处理的原则、程序、管理机构、时限等方面做了规定,《老挝人民民主共和国劳动法》(以下简称老挝《劳动法》)第11章同样以“劳动争议”为主题,用五个法律条文规定了劳动争议的种类、处理方式、程序及要求等方面做了规定。

一、劳动争议的定义

劳动争议又称劳动纠纷,许多国家和地区也称为劳资争议或劳资纠纷。劳动争议从广义上来讲,指劳动关系双方当事人或其团体之间关于劳动权利和劳动义务的争议;从狭义上讲,仅指劳动关系双方当事人之间关于劳动权利和劳动义务的争议。

中国《劳动法》没有明确定义劳动争议,但是在具体实施法律中可以看出中国《劳动法》对于劳动争议的定义选择了狭义定义的方法,即仅指在劳动关系双方之间的关于劳动权利和劳动义务的争议,比如《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》(以下简称中国《劳动争议调解仲裁法》)第2条对于劳动争议调解和仲裁范围的规定,仅将劳动关系的争议纳入该法的适用范围,而对于雇佣形成的劳务关系则适用一般民事法律的规定,比如《中华人民共和国民法通则》《中华人民共和国侵权责任法》等。关于老挝对于劳动争议定义的规定,老挝《劳动法》第61条规定“劳动争议是指用工者和劳动者就劳动不能达成一致意见的问题”,根据该法第2条关于用工者和劳动者的定义可知,用工者指依法聘用劳动者,并发放劳动报酬的单位或者个人,即个人也可以作为劳动法的用工主体。而中国劳动关系的用工主体必须为组织,个人和个人的雇佣关系认定为劳务关系,不受中国《劳动法》的管辖。由此可以看出,老挝对于劳动争议采用了广义的解释方法,在劳动过程中双方不能调和的争议都属于劳动争议的范畴。上述两国对于劳动争议不同的定义,产生了不同的争议解决方法。

二、劳动争议的分类

依据不同的分类标准,可以将劳动争议进行不同类别的分类。按争议主体的数量可以分为个别争议和集体争议;按争议主体是否具有涉外因素分为国内争议和涉外争议;按争议的性质可以分为权利争议和利益争议等。

其中权利争议是指基于法律法规、劳动合同或集体合同的规定,涉及对劳动法律法规、劳动合同和集体合同的解释与适用,围绕着既定的权利发生,又称为法律争议。利益争议,是指因为确定或变更劳动条件而发生的争议,如改变劳动条件、环境等发生的争议,又称事实争议。此分类的重要意义在于权利争议和利益争议的处理机制不同。

老挝《劳动法》第61条第2款规定:“劳动争议分为两类:法律法规方面的争议,即因执行劳动法、劳动规章、劳动合同和劳动单位内部规定和其他各种法律文件发生的争议;利益方面的争议,即劳动者从用工者获取的新权益的争议。”由此可以看出,老挝对于劳动争议的分类采用了

性质分类的方法,即按照不同争议的性质,将劳动争议分为法律争议和利益争议。

中国《劳动法》没有明文规定劳动争议的分类,但在其他适用法律做了列举式的规定。中国《劳动争议调解仲裁法》第2条规定:“中华人民共和国境内的用人单位与劳动者发生的下列劳动争议,适用本法:(一)因确认劳动关系发生的争议;(二)因订立、履行、变更、解除和终止劳动合同发生的争议;(三)因除名、辞退和辞职、离职发生的争议;(四)因工作时间、休息休假、社会保险、福利、培训以及劳动保护发生的争议;(五)因劳动报酬、工伤医疗费、经济补偿或者赔偿金等发生的争议;(六)法律、法规规定的其他劳动争议。”通过列举的方式,可以看出事实上中国劳动法律对劳动争议基本也是按照权利争议和利益争议进行分类的。同时,根据中国《劳动争议调解仲裁法》第84条的规定可以看出,中国也将劳动争议分为个体争议和集体争议进行处理。

三、劳动争议处理的方式和程序

(一)老挝《劳动法》第62~64条针对不同的劳动争议类型,规定了不同的纠纷解决方式和程序

1. 涉及法律方面劳动争议的解决

劳动者、工会组织或劳动者代表认为用工者未执行劳动法、劳动规章、劳动合同、劳动单位内部规定和其他各种法律文件的规定,有权提出异议。用工方或其代表应及时进行处理,处理过程中,劳动者可要求工会或劳动者代表参加。双方进行协商,对异议取得全部或部分一致意见的,应在见证人的见证下签署备忘录,并将该备忘录在5日内报送劳动行政管理部门、工会或劳动者代表。

在异议提出15日内,用工者未及时组织协商或协商不能达成一致,包括达成一致意见但未能实施的,劳动者有权向劳动行政部门申诉。

劳动行政管理部门收到申诉后,在15日内不能处理或达成了部分一致意见但不能得到实施的,纠纷双方有权向人民法院提起诉讼。

2. 涉及利益方面劳动争议的解决

涉及利益方面的劳动争议解决程序参照上述法律争议处理程序,所不同的是,劳动行政管理部门在15日内不能妥善处理的劳动利益争议,