

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

Digitized by 文川网
古韵书城
获取更多电子书

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

docsriver 文川网
入驻商家 古籍书城

在文川网搜索古籍书城 获取更多电子书

《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 ...	郭五军 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

Convention on 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。“人世”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,比上一年增长21.8%,其中:出口3,255.69亿美元,比上一年增长22.3%,进口2,952.16亿美元,比上一年增长21.2%,进出口顺差303.53亿美元,比上一年增长34.6%。参见 <http://www.moftec.gov.cn/table/jckjtj/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。

docsriver 文川网
入驻商家 古籍书城

在文川网搜索古籍书城 获取更多电子书

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。

法律,其阶位应在其他有关民事诉讼的法律法规之上,后者不得与之相抵触,更不用说作为一项司法解释的《规定》了。根据1981年全国人民代表大会常务委员会《关于加强法律解释工作的决议》^①第2条和1997年最高人民法院《关于司法解释工作的若干规定》^②第2条的规定,最高人民法院只能对人民法院审判工作中具体应用法律的问题作出解释,而不能逾越法律本身的规定,进行法外立法。^③《规定》的这种作法实际上是对中国《民事诉讼法》所规定的级别管辖规定做了调整。另外,就《规定》与《意见》的关系而言,两者同为最高人民法院的司法解释,应具有同等法律效力,那么就不能以新的司法解释来取消仍然有效的已有司法解释的有关规定。^④因此,从《规

① 1981年6月10日第五届全国人民代表大会常务委员会第十九次会议通过。

② 法发[1997]15号,1997年6月23日。

③ 特别是2000年通过的《中华人民共和国立法法》(下称《立法法》)第42条明确规定:“法律解释权属于全国人民代表大会常务委员会。法律有以下情况之一的,由全国人民代表大会常务委员会解释:(一)法律的规定需要进一步明确具体含义的;(二)法律制定后出现新的情况,需要明确适用法律依据的。”第43条规定:“国务院、中央军事委员会、最高人民法院、最高人民检察院和全国人民代表大会各专门委员会以及省、自治区、直辖市的人民代表大会常务委员会可以向全国人民代表大会常务委员会提出法律解释要求。”按上述规定,法律解释权仅为全国人民代表大会常务委员会享有,其他国家机关仅享有提出法律解释要求权。但不争的事实是,《立法法》制定后,最高人民法院和最高人民检察院仍在出台大量的“立法性”司法解释。

④ 根据1997年最高人民法院《关于司法解释工作的若干规定》第12条的规定,司法解释在制定了新的司法解释后,不再具有法律效力。但目前的《意见》并没有失效,有关规定也没有被取消。

定》的颁发依据来看,是存在一定问题的。^①

3. 集中管辖的范围

《规定》在肯定适用集中管辖的五类案件的同时,排除了不适用集中管辖的三类案件,而涉及香港、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,参照该《规定》处理。但是问题在于:(1)集中管辖的案件除了上述五类案件外,是否已穷尽其他?随着中国加入WTO及世界经济全球化进程的进一步加快,涉外民商事关系日益深化而复杂,新型案件也会不断涌现,它们是否能被集中管辖?《规定》对此应有所积极准备,而不能消极地等待出现一类新型案件后再解决其管辖问题。因此我们认为,最好能在《规定》中设置一个弹性条款,以容纳将来可能出现的新型案件;(2)这五类集中管辖的案件具体来说又包括哪些?《规定》没有明确,《讲话》作了细化,比如其中“涉外合同纠纷”案件是指法人之间、法人与其他组织之间发生的国际经济贸易、投资、金融、保险、融资租赁、担保、证券、期货、信托、合作、经营等方面的合同纠纷案件;涉外侵权纠纷案件主要是指国际贸易欺诈、涉外票据、证券权益、股东权、损害公司权益、财产所有权等纠纷案件。但是,作为一项司法解释,对各级法院审理案件具有指导意义,理应对此做出明确规定。否则,对于一个具体案件而言,不同法院可能会发生是否适用《规定》的争议;(3)不适用集中管辖的三类案件是否是绝对的?与上述五类案件之间是否有重叠的情形?边境贸易纠纷案件一般来说数量少、标的小,不适用集中管辖有

^① 另外,从《规定》的这种排他性管辖的做法来看,五类案件的一审除了少数(经济技术开发区)基层人民法院、特定的中级人民法院和高级人民法院外,其他任何法院包括最高人民法院都无权受理,尽管根据《民事诉讼法》第21条的规定,最高人民法院对在全国有重大影响的第一审涉外民商事案件和自身认为应当由该院审理的第一审涉外民商事案件有权管辖。如果最高人民法院今后根据《民事诉讼法》第21条的规定仍能受理第一审涉外民商事案件的话,基层人民法院是否也能根据《民事诉讼法》第19条的规定受理第一审涉外民商事案件呢?

其合理性,但也应对“边境贸易纠纷”做出一定的解释,并对“个人型边境贸易纠纷”与“法人型边境贸易纠纷”做出区分。后者标的大,有时所涉关系也比较复杂,适用集中管辖可能会更有利于边境贸易的发展。涉外房地产案件和涉外知识产权案件与涉外合同案件和涉外侵权案件在某些情况下可能难以区分,会有重叠的情形,诸如房地产开发合同、房地产侵权、商标转让合同、著作权侵权,等等,而且这两类案件涉及金额大,社会影响大,处理难度也大,《规定》似乎没有理由将它们排除在集中管辖之外。^① 即使是为了强调这两类案件的特殊性,不管是涉外合同纠纷还是涉外侵权纠纷,都识别为涉外房地产案件或涉外知识产权案件,也应该享受《规定》中经过优化配置的司法资源而进行集中管辖。

4. 集中管辖的监督

《规定》明确指出,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案件移送有管辖权的人民法院审理。这一监督条款在近几年的司法解释中是较为罕见的。^② 《通知》进一步要求“深刻领会实施《规定》的重要意义,尽快做好各项准备工作,尽快明确实行集中管辖的法院的区

① 特别是知识产权中的专利纠纷案件,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》第2条明确指出:“专利纠纷案件由最高人民法院确定的中级人民法院管辖”。

② 在这之后,最高人民法院在2002年2月1日发布的法[2002]23号《关于严格执行高级人民法院受理第一审民商事纠纷案件级别管辖标准问题的通知》中则专门对高级人民法院的级别管辖问题发出通知,该通知如下:“近来,发现少数高级人民法院在受理第一审民商事案件时违反我院法发[1999]11号《关于各高级人民法院受理第一审民事、经济纠纷案件级别管辖标准问题的通知》(以下简称《通知》)的规定,所受理的案件争议标的数额大大低于规定标准,以致上诉至我院的案件数量有所上升,影响了办案效率及对下级法院审判工作的监督指导。为此,我院再次重申,各高级人民法院应严格执行上述《通知》,对于没有依照《通知》规定受理案件的做法应立即予以纠正。对于继续不按《通知》规定受理的案件,我院将作发回重审处理”。

域划分,并及时运作,坚决维护国家大局和法制统一”。把集中管辖提高到维护司法统一的高度,从一定程度上说明了此项改革的难度和执行的难度。到目前为止,全国大部分省、自治区、直辖市高级人民法院明确了实行集中管辖的法院的区域划分,最高人民法院还组织举办了全国涉外商事审判工作专题研讨班,派人到沿海省份调研有关涉外民商事案件集中管辖的执行情况。但这种集中管辖后的实际效应究竟如何,我们以为,尚有赖于涉外审判人员结构的改善、司法审判理念的培育、公平判案能力的提高。改革只是一种新制度的创设,一种新秩序的建构,《规定》的颁行只是改革的开始。

(二)关于涉外司法文书送达

因北京市高级人民法院的请示,^① 最高人民法院于2002年6月21日发布了《关于向外国公司送达司法文书能否向其驻华代表机构送达并适用留置送达问题的批复》^② (以下简称《批复》)。该《批复》主要内容如下:《关于向国外送达民事或商事司法文书和司法外文书公约》(以下简称《海牙送达公约》)第1条规定:“在所有民事或商事案件中,如有须递送司法文书或司法外文书以便向国外送达的情形,均应适用本公约”。根据《民事诉讼法》第247条的规定,人民法院对在中华人民共和国领域内没有住所的当事人送达诉讼文书,可以依照受送达人所在国与中华人民共和国缔结或者共同参加的国

^① 北京市第二中级人民法院2002年初受理了若干起诉日本三菱汽车工业株式会社损害赔偿的案件,在向该会社驻华代表机构北京事务所送达起诉状和开庭传票时,遭该事务所拒收,遂采用留置送达。该事务所就此提出异议,认为根据中国《民事诉讼法》第238条关于国际条约优先于国内法的原则规定,对在中国没有住所的外国公司送达应优先适用《海牙送达公约》,而不能采用《民事诉讼法》第247条所规定的对其在华办事处送达的方式,并认为涉外送达不得适用留置送达。对此,北京市高级人民法院向最高人民法院请示,即对在中国境内没有住所的外国公司送达司法文书能否向其驻华代表机构送达,并适用留置送达?

^② 法释[2002]15号,2002年6月11日最高人民法院审判委员会第1225次会议通过,自2002年6月22日起施行。

际条约中规定的方式送达;当受送达人在中华人民共和国领域内没有代表机构时,便不再属于《海牙送达公约》规定的“有须递送司法文书或司法外文书以便向国外送达的情形”。因此,人民法院可以根据《民事诉讼法》第247条第(五)项的规定向受送达人在中华人民共和国领域内设立的代表机构送达诉讼文书,而不必根据《海牙送达公约》向国外送达。根据《民事诉讼法》第237条的规定,人民法院向外国公司的驻华代表机构送达诉讼文书时,可以适用留置送达的方式。

近几年来,涉外送达难一直是制约人民法院审理涉外案件的瓶颈。许多案件由于不能送达或者不能及时送达,导致案件无法开庭审理,影响了人民法院及时行使审判权,也影响了人民法院对当事人合法权益的及时保护。《批复》虽然属于针对具体案件的个案司法解释,但对今后各级法院处理同类案件具有指导意义。因此,这一司法解释的发布对于缓解人民法院进行涉外送达所遇到的困难是有一定作用的。但是,通过司法解释来解决涉外送达难问题,只是权宜之计而非根本之道。针对该《批复》,我们认为,以下五个问题值得进一步澄清:

1. 对优先适用国际条约的理解

《民事诉讼法》第238条规定:“中华人民共和国缔结或者参加的国际条约同本法有不同规定的,适用该国际条约的规定,但中华人民共和国声明保留的条款除外。”中国由此在国际民事诉讼程序方面确立了国际条约优于国内法的原则。但这并不是说只要中国参加了国际条约,就必须适用国际条约。优先适用国际条约是有条件的:一是中国声明保留的条款除外;二是国际条约与中国法律规定不同,或者是同样事项上两者规定不同,或者是中国法律没有规定而国际条约做了规定。对于中国法律已有明确规定而公约没有明确规定或没有明确禁止的,则不应视为“有不同规定”。这是因为,从国际公约的起草目的来看,绝大多数公约特别是民商事领域的公约,多为加强国际合作、为各成员国提供更多合作的途径和机会,而并不是要将国际公

约凌驾于成员国国内法之上,更不是要以国际公约排除成员国本国法的适用。同样,在涉外送达问题上,尽管中国已经加入了《海牙送达公约》,但并不是在任何情况下都必须无条件地适用公约的规定。^①

2. 对《海牙送达公约》的理解

从公约第1条条文和公约的其他条文来看,公约并未明确以什么标准来确定是否存在须向国外送达文书的情形,也没有列明这一情形具体包括哪些情况。这就给成员国解释上述情形留下了余地,从而使成员国在决定是否适用公约进行国外送达方面拥有一定的自由裁量权。美国就曾出现过类似的判例。^②也就是说,公约本身不具有绝对的排他性,成员国可以在公约允许的范围内适用内国法。

3. 对《民事诉讼法》的理解

《民事诉讼法》第247条对人民法院在中国领域内没有住所的当事人送达诉讼文书,规定可以采用依条约送达、外交送达、使领馆送达、诉讼代理人送达、代表机构送达、邮寄送达和公告送达等七种方式,只有在不能用前六种方式送达时才能采用公告送达,而前六种方式并非按顺序选择而是任意选择方式,也就是说依条约送达方式并不能绝对排除代表机构的送达方式。

4. 对适用留置送达方式的理解

《民事诉讼法》第四编“涉外民事诉讼程序的特别规定”没有对留

^① 参见高莎薇:《最高法院制定向外国公司送达司法文书的司法解释》,载《中国法律》(香港)2002年第5期。

^② 1988年美国最高法院在大众汽车股份公司诉舒隆克案中认为,对于总部在德国的大众汽车股份公司进行送达时,将需要送达的文书交给该公司设在美国伊利诺斯州的代理机构,即构成合法送达。其理由是:公约并未对决定是否有必要向域外转递文件方面规定一个标准,且德国公司在美国的公司与其母公司之间存在如此密切的控制与被控制关系,足以认为分公司可以作为替代母公司接受送达的代理机构,因此,应适用法院地国法律。参见徐宏:《海牙送达公约简介》,载《中国国际法年刊》(1991年),法律出版社1992年版,第455页。

置送达方式做出规定,但该编第 237 条规定:“在中华人民共和国领域内进行涉外民事诉讼,适用本编规定。本编没有规定的,适用本法其他规定。”这里讲的“其他规定”应是《民事诉讼法》第 79 条关于国内诉讼文书的留置送达规定。另外,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》第 84 条的规定,留置送达方式并不能适用于所有司法文书,对于调解书应直接送达,而不能留置送达。

5. 对涉外送达的“司法文书”的理解

中国有关立法和司法文件中,对该词的用法并不很一致,《民事诉讼法》和《批复》中称之为“诉讼文书”,在中国与其他国家缔结的双边司法协助条约中称之为“司法文书”,而在中国最高人民法院、外交部和司法部于 1984 年 8 月 14 日联名发布的《关于中国法院与外国法院通过外交途径相互委托送达法律文书若干问题的通知》中又称之为“法律文书”。我们认为“司法文书”的提法比较正确,但具体又包括哪些司法文书?中国没有一般性的规定。^①公约采用了“司法文书”的提法,但公约对“司法文书”的概念和范围也没有做出明确的解释,由此给成员国带来理解和适用上的分歧。

随着中国对外交往的进一步深入,涉外民商事案件会越来越多,

^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》第 9 条对“司法文书”有一解释:“本安排中的司法文书在内地包括: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”。法释[1999]9 号,1998 年 12 月 30 日最高人民法院审判委员会第 1038 次会议通过,自 1999 年 3 月 30 日起施行。

最高人民法院《关于内地与澳门特别行政区法院就民商事案件相互委托送达司法文书和调取证据的安排》第 14 条对“司法文书”也做了解释:“本安排中的司法文书在内地包括:起诉状副本、上诉状副本、反诉状副本、答辩状副本、授权委托书、传票、判决书、调解书、裁定书、支付令、决定书、通知书、证明书、送达回证以及其他司法文书和所附相关文件”。法释[2001]26 号,2001 年 8 月 7 日最高人民法院审判委员会第 1186 次会议通过,自 2001 年 9 月 15 日起施行。

随之产生的涉外送达问题也会更加凸显。我们认为,根据条约和中国法律,可以考虑制定一项专门的《中华人民共和国涉外民商事司法文书和司法外文书送达条例》,对条约与国内法的关系,涉外送达的具体范围、途径、程序等问题做出明确规定。这或许是解决涉外送达困难和规范涉外送达的根本出路,因为这样做既能确实履行中国加入的《海牙送达公约》所规定的义务,又能有针对性地解决中国法院在审理涉外案件时所遇到的实际问题。

(三)关于破产的司法解释

为规范对企业破产案件的审理,最高人民法院于2002年7月18日发布了《关于审理企业破产案件若干问题的规定》^①(以下简称《规定》)。虽然《规定》主要是针对国内企业破产案件的审理,但由于中国至今没有对涉外破产作出明文规定,该《规定》的出台对涉外破产案件的审理也就具有一定的意义。针对该《规定》,我们认为以下三个问题值得进一步说明:

1. 破产主体

中国目前没有统一的破产法,已有的破产立法是区分不同主体进行规定的,并且只调整有限的主体。1986年《企业破产法(试行)》调整的破产主体是全民所有制企业(即现在所谓的国有企业),1991年《民事诉讼法》调整的破产主体是除国有企业以外并且具有法人资格的集体企业、联营企业、私人企业以及设在中国领域内的三资企业,而不适用于非法人的企业、个体工商户、农村承包经营户、个人合伙。尽管《企业破产法(试行)》没有规定的,可以适用《民事诉讼法》的规定,而按照《民事诉讼法》审理企业法人破产案件时还可以参照《企业破产法(试行)》的规定,但是,这种按主体立法的方式,不仅不利于破产案件的顺利审理,而且有违民商事主体待遇平等原则。《规

^① 法释[2002]23号,2002年7月18日最高人民法院审判委员会第1232次会议通过,自2002年9月1日起施行。

定》调整的破产主体是法人企业,也就是说,《规定》适用于上述两部法律调整的法人企业破产主体,而仍然排除了非法人的企业、个体工商户、合伙组织、农村承包经营户的破产主体资格。^①而且,这一《规定》还有可能使不具有法人资格的国有企业得不到调整。另外,中国法院受理的涉外破产案件也可能涉及涉外破产主体,如中国债权人对在中国有财产的外国债务人向法院提起破产申请,那么该外国债务人的破产主体资格究竟是依中国法律还是依外国法律来确定?如果依中国这种有限主体的法律规定,那么有可能使中国债权人针对该外国人的破产申请得不到支持。

2. 破产管辖

在《规定》之前,上述两部法律均对破产案件做了地域管辖的规定,即由债务人所在地(或住所地)法院管辖。《企业破产法(试行)》第5条规定:“破产案件由债务人所在地人民法院管辖”。《民事诉讼法》第205条规定:“企业法人破产还债,由该企业法人住所地的人民法院管辖。”前者对何谓“所在地”未作明确,有赖于司法实践。后者指明了所在地是“住所地”。《规定》第1条规定:“企业破产案件由债务人住所地人民法院管辖。债务人住所地指债务人的主要办事机构所在地。债务人无办事机构的,由其注册地人民法院管辖。”进一步明确了住所地是“主要办事机构所在地”或“无办事机构所在地时的注册地”。实际上,“债务人住所地指债务人的主要办事机构所在地”这一定性早在1987年《民法通则》第39条中就做了规定。^②采用这一根据,即由主要办事机构所在地法院行使破产案件的管辖权,便于法院查清当事人之间的债权债务关系,便于破产管理人清理债务人

^① 《规定》第4条规定:“申请(被申请)破产的债务人应当具备法人资格,不具备法人资格的企业、个体工商户、合伙组织、农村承包经营户不具备破产主体资格”。

^② 1987年《民法通则》第39条规定:“法人以它的主要办事机构所在地为住所。”

的财产。^①但是,中国法院在管辖涉外破产案件时,除了适用上述根据之外,还可以适用债务人“破产财产所在地”这一管辖根据。这是考虑到在涉外破产案件中,由于破产登记迟延、跨国诉讼成本的高昂、实体法律的冲突等因素使得本国债权人难于得到合理清偿,为保护本国债权人的合法利益,当有破产财产位于中国境内时,中国法院应享有管辖权。^②当然,采取这种做法不得违反国内的级别管辖规定。《规定》第2条规定:“基层人民法院一般管辖县、县级市或者区的工商行政管理机关核准登记企业的破产案件;中级人民法院一般管辖地区、地级市(含本级)以上的工商行政管理机关核准登记企业的破产案件;纳入国家计划调整的企业破产案件,由中级人民法院管辖。”

3. 破产效力

涉外破产案件所涉及的法律问题很多,其中以破产宣告的地域效力问题最为突出。所谓破产的域外效力,是指在一国宣告的破产是否对位于他国的财产或居住于他国的人具有约束力的问题。对于破产的域外效力,各国的学理和实践颇不一致。^③总的来看,有普及破产主义、属地破产主义和折衷破产主义三种不同的主张和规定。现在的趋势是寻求一种折衷的解决办法,努力把普及主义和属地主义结合起来,充分扩大各自的优点,减少各自的不利之处。^④中国以往法律均未对此做出明确规定,尽管中国《企业破产法(试行)》第28

① 参见黄进主编:《国际私法》,法律出版社1999年版,第371页。

② 参见中国国际私法学会:《中华人民共和国国际私法示范法》,法律出版社2000年版,第101页。

③ 参见石静澍著:《跨国破产的法律问题研究》,武汉大学出版社1999年版,第19~65页。

④ 参见韩德培主编:《国际私法》,高等教育出版社、北京大学出版社2000年版,第261~263页。

条对破产财产的范围做了规定,^① 但并未指出破产效力是否及于境外的财产。因此,如何确立中国的破产宣告效力原则,已成为立法和司法实践中亟待解决的问题。

2002年《中华人民共和国企业破产与重整法(草案)》(以下简称《草案》)中规定了原则性条款,采取了有限制的普遍性原则。^② 而《规定》第73条和第78条规定:“破产企业在境外的财产,由清算组予以收回。债务人对外投资形成的股权及其收益应当予以追收”。这就明确指出了破产的效力及于境外的财产,这是以司法解释的形式第一次确认了中国法院的破产宣告具有域外效力,即采取普及破产主义。这有助于实现债权人平等待遇的破产目标,有助于防止对位于境外的财产的个别扣押,因此具有重要意义。但在实践中,将中国破产宣告的效力及于破产人位于境外的财产,还是有很多困难的。特别是境外的财产如果涉及不动产,中国的破产宣告的域外效力就会大打折扣。没有对方国家的合作,破产裁定的执行就会成问题。因此,无论如何,这种效力的最终实现必须依赖于外国法院的承认与执行,而非一厢情愿之事。

另外,对于外国破产宣告的效力,中国是否承认?法律和《规定》没有规定。我们认为,中国应以互惠或对等为基础,有条件地予以承认。这些条件包括“外国破产宣告不得明显地违背中国的公共秩序”、“外国破产宣告的效力只及于中国境内的动产,而不动产部分应

① 1986年《企业破产法(试行)》第28条规定:“破产财产由下列财产构成:(一)宣告破产时破产企业经营管理的全部财产;(二)破产企业在宣告后至破产程序终结前取得的财产;(三)应当由破产企业行使的其他财产权利”。

② 2002年《中华人民共和国企业破产与重整法(草案)》第8条第1~2款规定:“人民法院依照本法开始的破产清算、和解与重整程序,对债务人在中华人民共和国境内、外的财产有效。在中华人民共和国境外开始的破产清算、和解与重整程序,对债务人在中华人民共和国境内的财产有效。当事人申请在中国执行本程序,应经人民法院裁定许可。”参见石静遐:《中国破产程序域外效力的实例分析——评香港高等法院对“广信”破产程序的承认》,载《政法论坛》2002年第3期。

docsriver 文川网
入驻商家 古籍书城

在文川网搜索古籍书城 获取更多电子书

依中国法律加以处分”等。《草案》中对此规定了四种情形,^①值得借鉴。至于外国破产宣告在中国的承认与执行方式,可以按照《民事诉讼法》有关承认与执行外国法院判决的规定进行。

二、若干涉外民商事案件的统计分析

案例的统计与分析也应当成为中国国际私法的一项重要研究方法。^②通过案例统计与分析,可以将抽象的国际私法理论知识化解为具体的国际私法实践知识,从而使枯燥的国际私法规则变成活生生的现实规则。同时,通过案例统计与分析,能够把握有关国际私法案件处理的实际运作情况,从而为理论研究提供更多的养分,反过来,这样的理论研究因其能够满足实践需要,从而对国际私法的司法实践起到推动作用。

本部分首先对36例涉外民商事案件进行统计,^③然后在此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进行分析。

^① 2002年《中华人民共和国企业破产与重整法(草案)》第8条第3款规定:“有下列情形之一的,人民法院裁定不予许可:(一)该国与中国不存在相关的条约或者互惠关系;(二)该国程序违反中国的社会公共利益;(三)该国破产法及相关法律中的实体性规定与中国破产法存在重大差异,并可能损害中国债权人利益;(四)人民法院认为应当考虑的其他因素。”

^② 关于国际私法学的研究方法,如比较方法、历史方法、博奕论和移植论,可参见徐伟功:《国际私法学的研究方法》,载《河南政法管理干部学院学报》2001年第1期。

^③ 案件主要来源:最高人民法院涉外商事海事审判网(<http://www.ccmt.org.cn>)官方发布的司法文书和典型案例以及《最高人民法院公报》2002—2003年刊登的有关涉外民商事、海事案件。要说明的是,有关涉外婚姻家庭及继承的案件由于缺乏官方资料,本文未加以统计。关于案件的选取,既考虑了争议的尽可能多样性,又照顾了审案法院的尽可能多级性;既考虑了选择法律和适用法律的正确性,又考虑了选择法律和适用法律的不合理性。尽量使运用这种选取模式而得出的初步结论能比较客观地反映中国国际私法司法实践的实际状况。

表 1: 涉外民商事案件抽样统计

序号	案件名称	涉案国或地区	管辖权确定方法	法律选择方法	适用法律
1	湖北省技术进出口公司与中国人民保险公司湖北省分公司国际货物运输保险合同索赔纠纷案 ^①	双方均为中国当事人	普通管辖, 根据被告住所地。	一审法院判决适用最密切联系原则, 但没有具体说明理由。二审法院认为, 当事人对一审判决适用中国法均无异议, 据此可以认定当事人同意适用中国法。	中国法 ^③
2	南京日信油脂化工有限公司与京泰实业(集团)有限公司、青岛腾伟经济发展公司购销合同纠纷案 ^④	中国及香港	普通管辖, 根据被告住所地。	适用最密切联系原则, 京泰公司选择中国内地法院起诉, 腾伟公司和日信公司均为中国法人, 故中国是与本案有最密切联系的国家。	中国法
3	海南实业公司与山东省威海市化工进出口有限公司委托代理合同纠纷案 ^⑤	中国、韩国	特殊管辖, 根据合同的签订地和履行地。	一审法院未作说理。二审法院认为当事人在审理期间协商同意适用中国法, 故根据当事人意思自治原则适用中国法。	中国法

① 2002年6月6日湖北省高级人民法院(2002)鄂民四终字第11号二审判决, 武汉市中级人民法院(2001)武经初字第141号一审判决。

② 这里所指的“中国”仅指中国内地而言, 以下同此。

③ 这里所指的中国法是指中国内地的实体法, 以下若未作说明, 同此。

④ 2002年5月15日山东省高级人民法院(2002)鲁民四终字第3号二审判决, 青岛市中级人民法院(2000)青知初字第111号一审判决。

⑤ 2002年6月28日山东省高级人民法院(2002)鲁民四终字第6号二审判决, 威海市中级人民法院(2001)威经外初字第4号一审判决。