

# 中国国际私法 与 比较法年刊

---

CHINESE YEARBOOK  
OF  
PRIVATE INTERNATIONAL LAW  
AND  
COMPARATIVE LAW

2005  
(第八卷)

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

2005  
(第八卷)

中国  
国际私法与  
比较法  
年刊



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. 第八卷, 2005 年/中国国际私法学会, 武汉大学国际法研究所主办. —北京: 法律出版社, 2006. 5

ISBN 7-5036-6166-6

I. 中… II. ①中…②武… III. ①国际私法—中国—2005—年刊②比较法—中国—2005—年刊 IV. D997-54

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 013019 号

© 法律出版社·中国

**中国国际私法与比较法年刊(第八卷)**

黄 进

肖永平

刘仁山 主编

责任编辑 郑 导

张 琳

装帧设计 李 瞻

开本 A5

版本 2006 年 5 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京中科印刷有限公司

印张 21.5 字数 548 千

印次 2006 年 5 月第 1 次印刷

编辑 法学学术出版社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

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

苏州公司/0512-65193110

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号: ISBN 7-5036-6166-6/D·5883

定价: 50.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

# 《中国国际私法与比较法年刊》

## 编辑委员会名单

顾 问

韩德培 费宗祯

主编

黄 进 肖永平 刘仁山

编委（按姓氏笔画为序）

|     |     |     |     |     |     |     |
|-----|-----|-----|-----|-----|-----|-----|
| 丁 伟 | 王 瀚 | 王生长 | 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 胡敏飞 房 沫

## 目 录

### 特 载

|                    |          |
|--------------------|----------|
| 努斯保教授著国际私法原理 ..... | 韩德培( 3 ) |
|--------------------|----------|

### 专 论

|                           |                   |
|---------------------------|-------------------|
| 文化财产国际争议解决的若干法律问题研究 ..... | 郭玉军 高 升( 11 )     |
| 法律冲突的文化解释 .....           | 许庆坤( 29 )         |
| 基本权利保护与法律选择中的实质正义趋向 ..... | 袁发强( 56 )         |
| 2004 年中国国际私法司法实践述评 .....  | 黄 进 李庆明 杜焕芳( 76 ) |

### 冲突法研究

|                                         |                |
|-----------------------------------------|----------------|
| 美国侵权法律适用制度中的“最密切联系原则” .....             | 刘仁山 周 琳( 127 ) |
| 结婚事项上法律规避问题比较研究——兼评《民法草案》<br>相关规定 ..... | 粟烟涛( 157 )     |

多配偶制婚姻与国际私法的公共秩序保留

- 关于一则案例的分析 ..... 焦 燕(194)
- 跨国环境侵权法律适用规则探析 ..... 胡敏飞(216)
- 个人视角下私法冲突的经济分析 ..... 孔令杰(238)
- 论涉港澳商事案件审理中对公共秩序保留制度的适用  
..... 贺晓翊(260)

国际统一私法与比较法研究

从《欧洲宪法条约》再论欧洲联盟的国际法律人格

- ..... 黄德明 张 华(275)
- 反垄断国际合作中的积极礼让原则述评 ..... 漆 彤(298)
- 国际贸易中的不正当竞争行为研究  
——兼论国际竞争法的冲突与协调 ..... 宁立志 李 强(323)

电子商务与国际私法

- 信息网络法学论纲 ..... 孙占利(365)
- “网络法”质疑 ..... 刘满达(376)

国际民商事争议解决机制

The Approaches to the Principle of Separability of the Jurisdictional Matters in Arbitration—A Comparative Study of the Chinese Law and the Laws of the UK

- ..... Han Ping(387)
- 从马瑞瓦禁令制度的产生与发展看英国法中的因循先例主义原则

|                     |          |
|---------------------|----------|
| ——兼论我国的诉讼保全制度 ..... | 闫卫军(425) |
| 内地与香港司法文书送达若干具体问题研究 |          |
| ——以司法文件为背景 .....    | 郭载宇(452) |

## 评介与资料

### 2003 年美国冲突法司法实践述评

|                                |                |
|--------------------------------|----------------|
| ..... [美]西蒙 C. 西蒙尼德斯著 李梦园 房 沫译 | (473)          |
| 比利时国际私法典 .....                 | 梁 敏 单海玲译(559)  |
| 日本法例 .....                     | 陈卫佐译(607)      |
| 《西班牙民法典》中的国际私法 .....           | 曾 加译(614)      |
| 《吉尔吉斯共和国民法典》(节录) .....         | 邹国勇译(624)      |
| 俄勒冈州合同冲突法 .....                | 李 晶译 宋连斌校(635) |
| 协议选择法院公约 .....                 | 宋连斌译(641)      |
| 海牙国际法学院 2004 年国际私法暑期课程简介 ..... | 胡敏飞(655)       |
| 中国国际私法学会 2004 年年会综述 .....      | 郭玉军 车 英(661)   |

### 附录:

|            |       |
|------------|-------|
| 稿约 .....   | (669) |
| 注释规范 ..... | (671) |

## Contents

### Feature

- Book Review: *Principles of Private International Law* by  
Arthur Nussbaum ..... Han Depei ( 3 )

### Review

- Several Legal Issues Concerning International Disputes  
Resolution of Cultural Property ..... Guo Yujun & Gao Sheng ( 11 )  
Cultural Construction and Interpretation of Conflict of Laws  
..... Xu Qingkun ( 29 )  
The Protection of Basic Rights and the Trend of Substan-  
tive Justice in Choice of Law ..... Yuan Faqiang ( 56 )  
Review of Judicial Practice in the Chinese Private Internation-  
al Law in 2004 ..... Huang Jin, Li Qingming & Du Huanfang ( 76 )

### Conflicts Law Studies

- The Doctrine of the Most significant Relationship in the Amer-  
ican Conflict of Laws on Torts ..... Liu Renshan & Zhou Lin ( 127 )  
A Comparative Study on Evasion of Law in the Conclusion

- of Marriage—Also on Provisions of the Draft Civil Code  
..... Su Yantao (157)
- Polygamy and Public Policy in Conflicts Law—An Analysis on a Case ..... Jiao Yan (194)
- An Analysis of Applicable Law of Transboundary Environmental Tort ..... Hu Minfei (216)
- Economic Analysis of Personal Choice of Law ..... Kong Lingjie (238)
- On the Application of Public Policy in the Commercial Cases Involving Hong Kong and Macao ..... He Xiaoyi (260)

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

- Again on the International Legal Personality of the European Union from the Perspective of the Treaty Establishing a Constitution for Europe ..... Huang Deming & Zhang Hua (275)
- On the Positive Comity Principle of International Antitrust Cooperation ..... Qi Tong (298)
- A Study on the Unfair Competitive Behaviors in International Trade—on the Conflict and the Coordination of International Competition Law ..... Ning Lizhi & Li Qiang (323)

### **E-commerce and Private International Law**

- An Outline of Information Network Law ..... Sun Zhanli (365)
- Oppugning the Concept of "Network Law" ..... Liu Manda (376)

### **Resolution of International Civil and Commercial Disputes**

- The Approaches to the Principle of Separability of the Jurisdictional Matters in Arbitration—A Comparative

- Study of the Chinese Law and the Laws of the UK  
 ..... Han Ping (387)
- On the English Doctrine of *Stare Decisis*—A Perspective From the Establishment and Development of  
 Mareva Injunction ..... Yan Weijun (425)
- Some Specific Questions of the Service of Judicial Documents Between the Inland and Hong Kong ..... Guo Zaiyu (452)

### Comment and Information

- Choice of Law in the American Courts in 2003  
 ..... [US] Symeon C. Symeonides, translated by  
 Li Mengyuan & Fang Mo (473)
- Law of 16 July 2004 Holding Code of Private International  
 Law ( Belgium) ... translated by Liang Min & Shan Hailing (559)
- Private International Law of Japan  
 ..... translated by Chen Weizuo (607)
- Provisions of Private International Law in The Civil Law of Spain  
 ..... translated by Zeng Jia (614)
- Civil Code of the Kyrgyz Republic ( Extract)  
 ..... translated by Zou Guoyong (624)
- Act Relating to Conflict of Laws Applicable to Contracts  
 of State of Oregon  
 ..... translated by Li Jing, revised by Song Lianbin (635)
- Convention on Choice of Court Agreements  
 ..... translated by Song Lianbin (641)
- An Introduction of Summer Courses ( Private International  
 Law) 2004 of Hague Academy of International Law  
 ..... Hu Minfei (655)

|                                                                                               |                            |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------|
| A Summary of 2004 Annual Meeting of the Chinese Society<br>of Private International Law ..... | Guo Yujun & Che Ying (661) |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------|

Appendix:

|                                |       |
|--------------------------------|-------|
| An Invitation to Authors ..... | (669) |
| Citati on Requirements .....   | (671) |

---

特 載



## 努斯保教授著国际私法原理\*

韩德培\*\*

编者按:《努斯保(现通译为努斯保姆)教授著〈国际私法原理〉》是韩德培教授 1944 年在哈佛大学时写的一篇书评,但长期都不为世人所知,作者自己也因故丢失了手稿和文本。本刊重发此文,是希望这一深具学术意义的历史文献能够为更多的人所了解和学习,同时以纪念韩老 95 岁华诞。

前年十月十日英美两国政府正式宣布,废除在华之领事裁判权,并旋与我国政府签订新约,规定英美人以后在中国将享受与中国人同等之待遇。我们相信:从此以后“领事裁判权”将成为历史上一个陈旧的名词,而在我国国境以内,凡与外人有关的一切“涉外诉讼”均将一律归我国法院依法审理。

但审理关于私法方面之涉外诉讼时,依照国际私法,往往仍必须适用外国之法律。在何种情形之下,方须适用外国之法律?适用外国法之理由何在?假如有关之外国法不仅为一国之法律,而为多数

---

\* Arthur Nussbaum, *Principles of Private International Law*, Oxford University Press, New York, 1943, p. 288. 本文原载《思想与时代月刊》(国立浙江大学文学院主办), 1944 年第 33 期, 第 30 ~ 33 页。感谢武汉大学国际法研究所博士生刘正中提供文章原件。

\*\* 武汉大学资深教授, 博士生导师。

国家之法律时,究应适用其中何国之法律?又适用外国法时,应按照如何之程序?对外国法之适用,可否加以适当之限制,限制之程度又将何如?这许多复杂而专门的问题,都属于国际私法学之研究范围。往日我国因受领事裁判权之限制,对于这一门科学,尚无亟求了解之需要,因之研究法律的学者,也往往对之不甚重视。但今后领事裁判权既已取消,我们对于这一门科学,便有加以深切注意和研究之必要。

近代欧美国家,由于国际交通之日渐发达及国际往还之日渐频繁,对于国际私法的知识,早已感觉有迫切之需要。而一般法学者对于这一方面的研究,也因此异常热烈。历年出版的许多关于国际私法的鸿篇巨著,大可供我们参考之用。远者不必说,单以近数年内英美德法四国而论,比较重要的著作便有英国威夏尔(Cheshire)的《国际私法论》(*Private International Law*, 2<sup>nd</sup> ed., 1938),美国施屯保(Stumberg)的《法律之冲突原理》(*Principles of conflict of Laws*, 1937)顾立奇(Goodrich)的《法律之冲突备要》(*Handbook of the Conflict of Laws*, 2<sup>nd</sup> ed., 1938),德国拉丕(Raape)的《德国国际私法论》(*Deutsches Internationales Privatrecht*, Bd. I, 1938, Bd. II, 1939),以及法国聂坡埃(Niboyet)的《法国国际私法论》(*Traité de Droit International Prive Francais*, t. I & t. II, 1938),努斯保教授的这本新著《国际私法原理》也可以说是晚近关于国际私法方面的重要著作之一。

作者于1933年以前,曾任德国柏林大学法学教授有年。1933年始由德来美,任哥伦比亚大学法学院“聘访教授”(Visiting Professor)。他是国际私法和商法的专家,他曾著有德文的《德国国际私法论》(*Deutsches Internationales Privatrecht*)一书,于1932年出版;来美以后,又著有《法律上之货币》(*Money in the Law*)一书,于1939年出版。这两本书都是作者的精心杰作,尤其后者在英美法学界与经济学界都已博得一致的好评。

《国际私法原理》一书,并非讨论国际私法范围内所有一切问题之详尽专著,而系仅就国际私法中若干重要的基本问题,分别予以精当之剖析与评论。本书共分三大部分:第一部分系泛论国际私法之性质、范围及种种学说演变之历史。第二部分系对国际私法上的一些基本问题,如“定性”(Qualification)、“反致”(Renvoi)、“公共政策”(Public Policy)、“法律之规避”(Evasive Submission to Foreign Law)、“住所与国籍”(Domicil and Nationality)及“法律行为之方式”(Formality of Transactions)等,分别有所讨论;此外并特别提出契约问题,作比较详细之论述。第三部分系专论程序问题,如管辖(Jurisdiction)、外国判决之承认与执行及外国法之证明等,皆在讨论之列。书末则附有简明之书目,将近年各国所出版的关于国际私法的重要论著及定期刊物之名称,择要开列,以备参考。

国际私法上的许多问题,都是非常复杂而专门的问题,在此可不必加以论列。我只拟对作者在本书中所采取的研究方法及其对国际私法所持的主要观点,略加评述。

作者的研究方法,显然有两个特点,第一是他的比较的研究法,第二是他的实证的研究法。英美国家的法学者,除少数学者以外,大都只研究他们自己本国的法律,而鲜有注意其他国家之法律者。其结果:在一方面,他们固容易因此而精微深入之造诣,但在另一方面,他们的见解却也往往难免失之狭隘,偏于一隅。在国际私法方面,因为常常涉及外国法之适用问题,这种见解狭隘偏于一隅的不良现象,自应竭力避免,所以研究国际私法者,最宜采取比较的研究法,不但应注意其他国家关于私法之规定,而尤须认识其他国家关于国际私法之规定。按欧陆国家之国际私法,原较英美发达国家为早,其足为比较研究之资料者,正不在少;但在英美国家,除已经有少数学者如施多莱(Story)、戴赛(Dicey)、魏斯来克(Westlake)、费里谟(Phillimore)、卜尔(Beale)、劳任森(Lorenzen)等,对于欧陆国家之国际私法,曾予以不同程度之注意外,晚近一般法学者类多漠然视之,

不求了解。难怪有些国际私法上的问题,在欧陆国家虽早已获得圆满之解决,而在英美国家还正为许多学者所断断争辩,聚讼不已。假如英美学者采取比较的研究方法,我想他们一定可以节省不少枉费的精力。作者在本书内即采取比较研究的方法,他以欧陆国家之国际私法为背景,而分析说明美国国际私法的种种原则,所以他常常能指出后者有些什么优点和缺点,譬如关于管辖问题及外国法之证明问题,依作者的观察,欧陆国家的解决方法,便远比英美为妥善,足为英美所取法。所以本书之出版,对于英美法学界,实可谓为一伟大的贡献。

欧陆国家的国际私法学者,在传统上素有一种崇尚理论而不重实际的倾向。他们往往从理论上确定几条广泛的原则,以为凭这几条原则,便能解决国际私法上的一切问题。至于这些原则在个别案件中的应用,是否能产生合理的结果,却非他们所愿措意或追究。理论固然是不可缺少的,但专骛理论而不顾实际,便易流于空疏迂阔,而不能适应现实社会之需要。所以当第一次世界大战之前后,在德国法学界便有一批学者提倡一种所谓“现实主义”(Realism),要注重“法律上之事实研究”(Die Rechtstatsachenforschung, Fact Research in Law),要注重法律规则在实际上应用之结果;而作者便是提倡这种主义的主要人物之一。近年德国的国际私法学者中,除作者以外,他如雷瓦德(Lewald)、麦雪尔(Melchior)也都有这种倾向;他们所著的国际私法著作,雷瓦德著有《德国国际私法论》(*Das Deutsches Internationales Privatrecht*),于1931年出版;麦雪尔著有《德国国际私法之基础》(*Die Grundlagen des Deutschen Internationalen Privatrechts*),于1932年出版,对于判例非常重视,在欧陆法学界可谓独创一格,别开风气。作者在本书内,也处处表现这种“现实主义”的精神。他不但将欧陆学者那种只重理论不重实际的传统倾向摆脱净尽,而且对于英美一些带有同样倾向的学者,也不惜加以严格的批评。他并未完全放弃理论问题的探讨,但是他却将理论建筑于事实之上,以事实