

中国 国际 私 法 与 比 较 法 年 刊

CHINESE YEARBOOK
OF
PRIVATE INTERNATIONAL LAW
AND
COMPARATIVE LAW

2004
(第七卷)

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

中国国际私法 与 比较法年刊

CHINESE YEARBOOK
OF
PRIVATE INTERNATIONAL LAW
AND
COMPARATIVE LAW

2004

(第七卷)

中国国际私法学会
主办 上海政法学院学报
编辑

主编

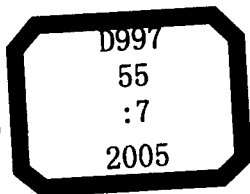


上海政法学院出版社

SHANGHAI LEGAL ACADEMY PRESS

LAW AND COMPA

2004
(第七卷)



中国 国际私法与比较法 年刊

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

图书在版编目(CIP)数据

中国国际私法与比较法年刊. 第7卷, 2004/黄进,
肖永平, 刘仁山主编. - 北京: 法律出版社, 2004. 11
ISBN 7-5036-5123-7

I. 中… II. ①黄…②肖…③刘… III. ①国际
私法-中国-2004-年刊②比较法-中国-2004-年刊
IV. D997-54

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 092990 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
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

编辑/法学学术出版分社
经销/新华书店
责任印制/陶 松

开本/850×1168 毫米 1/32
版本/2005 年 2 月第 1 版

印张/21.75 字数/535 千
印次/2005 年 2 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)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn

传真/010-63939622

法学学术出版分社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/xueshu@lawpress.com.cn

读者热线/010-63939690

传真/010-63939701

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

传真/010-63939777

客服热线/010-63939792

网址/www.chinalawbook.com

电子邮件/service@chinalawbook.com

中法图第一法律书店/010-63939781/9782

中法图北京分公司/010-62534456

中法图上海公司/021-62071010/1636

中法图苏州公司/0512-65193110

中法图重庆公司/023-65382816/2908

中法图深圳公司/0755-83072995

中法图西安分公司/029-85388843

书号: ISBN 7-5036-5123-7/D·4841

定价: 50.00 元

目 录

专 论

“Proper Law”问题探究	刘慧珊(3)
德国不当得利法律制度研究	肖永平 霍政欣(33)
国际扶养的法律适用方法之比较	汪金兰(69)
试论我国国际私法的立法技术问题	乔雄兵(91)
2003 年中国国际私法的司法实践述评	黄 进 杜焕芳(115)

冲突法研究

美国冲突法法典化的变迁	萧 凯(175)
美国经验主义之冲突法重述	王承志(193)
离岸金融交易的一般国际私法问题	罗国强(205)

国际统一私法与比较法研究

论《欧洲宪法条约草案》的两重性	曾令良(223)
论国际法律区域的多元化	刘卫国(249)
商业方法专利制度建构的比较研究	唐昭红(266)

现代建筑物区分所有制度新课题研究·····	罗 丽(283)
试论国际法上的法人责任·····	张颖军(302)

电子商务与国际私法

互联网消费者合同的管辖权问题·····	刘仁山 夏晓红(315)
电子商务合同若干法律问题探讨·····	邓 杰(350)
论电子提单的含义、性质及分类·····	向在胜(368)

国际民商事争议解决机制

国家间判决承认与执行·····	宣增益(397)
美国案件管理运动介评·····	郭五军 裴 洋(415)
论中国——东盟自由贸易区跨文化的争端解决机制的 构建模式·····	徐亚文 赵菊敏(439)
现代商事调解兴起探源·····	尹 力(454)
论中国区际仲裁裁决的相互执行·····	高俊华 宋连斌(468)
浅析仲裁民事责任·····	唐云峰(486)

评介与资料

2002 年美国冲突法司法实践述评

····· [美]西蒙 C. 西蒙尼德斯著 王 莉 李梦圆译	(513)
立陶宛共和国国际私法·····	邹国勇译(616)
阿塞拜疆共和国关于国际私法的立法·····	邹国勇译(633)
蒙古国新国际私法·····	王葆蔚译 邹国勇校(641)
统一商法典 § 9-301 至 § 9-307 以及 § 9-316 的 新文本·····	姜秋菊 邹国勇译(652)

荷兰 2001 年侵权冲突法	杜焕芳译(660)
中国国际私法学会 2003 年年会综述	郭玉军 车 英(666)
《中国国际私法与比较法年刊》稿约	(676)
《中国国际私法与比较法年刊》注释规范	(678)

Contents

Review

- Research on the Problem of "Proper Law"
 Liu Huishan(3)
- On German Unjustified Enrichment Institution
 Xiao Yongping & Huo Zhengxin (33)
- A Comparative Study of the Approaches to the Applicable
 Law of Maintenance Obligation across Frontier
 Wang Jinlan(69)
- On the Legislative Technique of Chinese Private International
 Law Qiao Xiongbing(91)
- Review of Judicial Practice in the Chinese Private
 International Law in 2003 Huang Jin & Du Huanfang(115)

Conflicts Law Studies

- Evolution of American Conflicts Law Codification Xiao Kai(175)
- Empirical Restatement of Conflicts of law in America
 Wang Chengzhi(193)
- On Problems of Private International Law in Offshore

Financial Transactions	Luo Guoqiang(205)
------------------------------	-------------------

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

Dual Features of the Draft Treaty Establishing A Constitution for Europe	Zeng Lingliang(223)
On the Multiplicity of International Legal Region	Liu Weiguo(249)
A Comparative Study of the Construction of the Patent System over Business Method	Tang Zhaohong(266)
On Modern Ownership Right for Apartment: Perspective from Japan	Luo Li(283)
The Liability of Legal Person Under International Law	Zhang Yingjun(302)

E-commerce and Private International Law

Civil Jurisdiction over Consumer Contracts Concluded through Internet: the Development and Prospect of the Consumer Home Jurisdiction	Liu Renshan & Xia Xiaohong(315)
On the Legal Problems Arising from the Electronic Agreement	Deng Jie(350)
On the Conception of Electronic Bills of Lading	Xiang Zaisheng(368)

Resolution of International Civil and Commercial Disputes

Recognition and Enforcement of Judgments between Countries	Xuan Zengyi(397)
---	------------------

Comments on the Case Management in the U. S. A	
.....	Guo Yujun & Pei Yang(415)
On the Constructive Pattern of Cross-cultural Dispute Settlement of China-ASEAN Free Trade Area	
.....	Xu Yawen & Zhao Jumin(439)
On the Rising of Modern Commercial Conciliation	Yin Li(454)
On the Mutual Enforcement of Inter-regional Arbitral Awards in China	Gao Junhua & Song Lianbin(468)
A Probe into the Civil Responsibility of Arbitration	
.....	Tang Yunfeng(486)

Comment and Information

Choice of Law in the American Courts in 2002	
.....	[US] Symeon
C Symeonides, translated by Wang Li & Li Mengyuan	(513)
Private International law of the Republic of Lithuania	
.....	translated by Zou Guoyong(616)
The Legislation of Private International Law in the Republic of Azerbaijan	
.....	translated by Zou Guoyong(633)
New Private International Law of Mongolia	
.....	translated by Wang Baoshi, revised by Zou Guoyong(641)
New Revision of § 9—301 to § 9—307 and § 9—316 of Uniform Commercial Code in USA	
.....	translated by Jiang Qiuju & Zou Guoyong(652)
The 2001 Act regarding Conflict of Laws on Torts in the Netherlands	
.....	translated by Du Huanfang(660)
A Summary of 2003 Annual Meeting of the Chinese Society of Private International Law	
.....	Guo Yujun & Che Ying(666)

专 论

“Proper law”问题探究

刘慧珊*

本文第一部分中集中论证 proper law 的“准据法”这一译法绝非“误译”，“the proper law of a contract”乃是冲突法上对“合同准据法”的特有表述；第二部分展开说明作者在第一部分中提出的论点：“the proper law of a contract”是英国冲突法上的一个特有的历史范畴，它的理论和实践有一个发展过程。“假设意思”和“假设选择”是 19 世纪末至 20 世纪中叶 The doctrine of the proper law 的核心和精髓。最后，简要阐述该说的重大变迁，同时对我国国际私法学界在这方面的研究和争论作出应有的评价。

第一部分^①

英国作为“Proper law”这一名词概念原产地国，1990 年颁布了一项成文法，明令对 1977 年至 1988 年期间的六个有关法规中所含上述用词作重要订正，指明各该法规相关条款中凡出现“proper law

* 外交学院国际法系教授。

① · 这一部分系作者 2001 年向中国国际私法学会西安年会提交的论文。——编者注

of”之处,均以“law applicable to”代之,原文的两种措辞是 for the words “proper law of”, in each place where they occur, there shall be substituted the words “law applicable to”和 for the words “proper law of” there shall be substituted the “law applicable to”,^①而且该法名称本身就叫“Contract (Applicable Law) Act”,译成中文就是《合同(准据法)法》而不是什么“合同(自体法)法”。在另一项制定法中,涉及侵权或不法行为(tort or delict)时也是用的准据法(applicable law)而不是什么侵权“自体法”。^②如同莫里斯所说,英格兰冲突原则从 20 世纪 70 年代以来已经发生了“戏剧性的变化”,而其中最有意义的是制定法代替普通法的趋势正在增强。^③晚近发生在英国冲突法上的这些大事,好像并没引起我国国际私法学界注意。近些年我国有关国际私法的著述,包括教材、专著、专题论文、博士或硕士学位论文,几乎都含有“合同自体法”这个名词概念和作者们根据各自的理解对它的运用和解说,研究的热情有增无减,对它的解说真是各色各样,纷纷扬扬,争论得还挺热闹,不免令人看得眼花缭乱,困惑丛生。既然成了个“热点”问题,那么,干脆再多些人参与研究和探讨,总该无妨。所以,笔者也鼓起勇气,决定用这个题目写篇文章,一方面,也算再来实践一回“以文会友”;另一方面,也希望能够趁此机会就教于大家;再一方面呢,还可供批判用。下面就来进入正题。

“合同自体法”是目前我国大多数国际私法学者所采用的对“The proper law of a contract”的一种译法。中文里“自体法”一词源自韩德培教授为 1984 年第一版《中国大百科全书(法学卷)》撰写的

① UNITED KINGDOM, Contracts (Applicable Law) act 1990, Schedule 4, Consequential Amendments.

② UNITED KINGDOM, Private International Law (Miscellaneous Provisions) Act, Part 3.

③ [英]J. H. C. 莫里斯主编:《戴西和莫里斯论冲突法》,李双元等译,中国大百科全书出版社 1998 年版,上卷前言。

一个很长的条目,该条标题是“法律行为方式的准据法(applicable law for the form of juristic acts)”,定义为:“根据抵触规则据以确定涉外法律行为的方式是否合法的实体法。”该条又分五个细目详加阐述,在“英美法系国家的规定”这个细目中,韩老首先写道:“英美法系在法律上没有关于法律行为方式的统一法则,而是朝着‘场所支配行为’这一法则的任意性的方向发展。例如,关于契约的方式,英国法认为除结婚方式原则上应严格依行为地法外,一般契约的方式,不论是依契约地法或依契约本身的准据法(proper law,又译本有法、自体法),都属有效。”笔者体会,韩老的这段话至少给了我们以下几点启示:第一,proper law 属于国际私法上准据法(applicable law)这一总概念的范畴;第二,proper law 是英国法上关于契约准据法的独特表述;第三,The proper law of a contract 首选的译法应是“契约本身的准据法”,然后才可译为“契约本有法”、“契约自体法”;第四,之所以在“契约本身的准据法”后面加括号注明原文为 proper law,再说明可有另两种译法,是为了提醒读者注意英国法上这一独特表述有其特定内涵。对此,似可理解为,在英国,不像大陆法系国家的传统那样,机械地运用“场所支配行为”这一古老法则以契约地(缔结地或履行地)为连接点来硬性确定契约方式准据法,而是朝着该古老法则的“任意性的方向发展”,也就是说,要求根据每个契约的具体情况来确定一个合适的法律以适用于该契约的方式,而不是先在法律上定出一个统一规则,然后再依其确定准据法。总之,韩老撰写的上述条目,特别是其中关于“英美法系国家的规定”这一细目的全部释文,虽说受该条目标题所限只论及契约方式的准据法,但仍可看出,它为我们指明了研究英国法上 The proper law of a contract 问题的方向。现在让我们再来看看对 proper law 还有哪些其他译法。早先,日本学者将 proper law 译成“准据法”,并且这一译法早就被引进我国。后来在我国又出现过多种译法,如“特有法”、“适当法”、“适合法”、“宜用法”、“固本法”、“关系法”等等,而且,学者们在提出各自主张的译

法的同时,也都相应地提出了具有相当说服力的理由。不过,目前在我国,这些译法当中以“自体法”最为流行。至于其他种种译法,则其最好的命运至多是被忽略不计;最坏的命运那就是被宣布为错译或“误导”而遭到批判了,比如,“准据法”就是。

其实,问题不在某种译法本身是否更为恰当更为准确。问题在有些运用或偏爱某种译法的学者所注入其中的个人理解或思辩式推论是否符合历史和现实。但要对此作出正确判断,却是一件十分困难的事情。这主要是因为第一手资料太缺乏的缘故。举个很小的例子来说,据现有资料,The doctrine of the Proper Law 发源于 19 世纪的英国,是英国著名学者 Westlake 于 1858 年第一个提出了 The proper law of a contract 这一概念。但他在提出的时候是否对其内涵作过解说以及作过什么样的解说,好像这个问题至今仍在云里雾中。在时空距离与我们相隔如此遥远的情况下,搜集资料之难自不必说,就是在对既有资料的运用上也容易出现漏洞,这有时是由于缺乏足够的谨慎,有时则是因为既有资料本身就含混不清,以致有的书上讲,他在 1858 年的时候只是提出了这个概念,并未说明其含义,而是后来,在 1925 年,他才对合同“自体法”作出了自己的解释,说是在英国,将基于实际的考虑来选择决定一项合同实质有效性和效力的法律;被优先考虑的应是交易与之有最真实联系的国家,而不是合同地。但是,另有资料表明,那时(1925 年)他早已长眠地下,出现这样矛盾的说法并不奇怪。试想,就是在我们自己国家,如果哪位领导人或者哪位知名学者哪怕仅在数年前提出了某个成熟的重要论点或思想,在其内容(至少提法本身)已经广为人知的情况之下,要想弄清楚该论点或思想是哪年哪月在哪个场合哪次讲话哪部著作哪篇文章中提出来的,或者弄清楚它最初是被怎样表述的,后来又是被怎样一步步发展完善的,尚非易事,何况对一百多年前的外国学者说过的话呢。

不过,说 Westlake 第一个提出契约 proper law 一词或许是可信

的。好几部英文版国际私法或冲突法原著^①在阐述 The Doctrine of the Proper law 的历史发展时所提到的一系列著名法官或法学家中,他是最早的一位;日本国际法学会编的《国际法辞典》(以下称《辞典》)中的有关条目对此也有所印证,说他“在学说上最初使用契约准据法^②一词”。《辞典》所提供的资料表明,John Westlake 的生卒年份为 1828—1913。他是 19 世纪后期英国一位有代表性的国际法学者,无论在国际私法方面还是在国际公法方面都深有造诣,且建树甚丰。他年长奥本海 30 岁,并在学术上对奥本海有所提携,故被誉为当时的“国际法学界最高权威”。他在 1858 年所著的 A Treatise on Private International Law or the Conflict of Laws 一书中,力图以其对大陆法系丰富的知识为基础建立英国的国际私法体系,这在当时的英国是最初的尝试,因此,该书对以后的学术界和法院有很大的影响。^③但是,他在 1858 年出版的上述著作中对其首创的“The Proper law of a Contract”这一名词概念的含义是否真的未作说明,而是拖延了 60 多年,又神话般地死而复生之后,才在不知什么场合下点出其真谛——与合同“有最真实联系”的法律?对此,我想谁都不会给予肯定回答。事实上,仅从现有的资料看,关于韦氏对 The proper law of a contract 所作解释的出处,至少有三种说法。一是据李浩培教授说,韦氏在其 1858 年出版的上述著作中“倡导一种客观的理论,主张‘合同应适用该交易与之有最真实关系的那个国家的法律’”;^④二是

① See C. M. Schmitthoff, *The English Conflict of Laws*, 3rd ed., 1954, p. 109; Graveson, *The Conflict of Laws*, 1965, p. 346; Cheshire and North, *Private International Laws*, 1979, p. 198.

② 在日本国际法学会编的《国际法辞典》(上),“proper law”和“applicable law”都被译成“准据法”,参见《国际法辞典》,世界知识出版社 1985 年版,第 747~748 页。

③ 同上,第 64, 748, 881 页。

④ 李浩培:《合同准据法的历史发展》,载《国际私法讲稿》(下),司法部国际私法师资进修班内部出版,1987 年,第 17~18 页。