

「美」阿瑟·冯迈伦◎著

李晶◎译

Arthur T. von Mehren

黄进◎校

 法律出版社
LAW PRESS · CHINA

华东政法大学国际法研究中心◎主编

华东政法大学

当代国际法译丛

国际私法中的司法 管辖权之比较研究

*Adjudicatory Authority in Private
International Law A Comparative Study*

美「阿瑟·冯迈伦」著

宇晶◎译

Arthur T. von Mehren

奥进◎校

华东政法大学国际法研究中心◎主编

华东政法大学

当代国际法译丛

国际私法中的司法 管辖权之比较研究

 法律出版社
LAW PRESS·CHINA

*Adjudicatory Authority in Private
International Law A Comparative Study*

图书在版编目(CIP)数据

国际私法中的司法管辖权之比较研究 / 李晶译. —

北京: 法律出版社, 2015. 6

ISBN 978 - 7 - 5118 - 7972 - 1

I. ①国… II. ①李… III. ①国际私法—管辖权—对比研究 IV. ①D997

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2015) 第 141477 号

国际私法中的司法管辖权之比较研究

著 者: 阿瑟·冯迈伦

译 者: 李 晶

责任编辑: 刘晓蕊

装帧设计: 马 帅

责任印制: 张建伟

出 版 法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号 (100073)

<http://www.lawpress.com.cn/>

编辑统筹 法律职业教育出版分社

经 销 新华书店

总 发 行 中国法律图书有限公司 <http://www.chinalawbook.com/>

第一法律书店 (010 - 63939781/9782) 西安 (029 - 85388843)

重庆 (023 - 65382816/2908) 上海 (021 - 62071010/1636)

北京 (010 - 62534456) 深圳 (0755 - 83072995)

销售专线 010 - 63939806/9830

数据支持 法律门 <http://www.falvmen.com.cn/>

开 本 787 毫米 × 1092 毫米 1/16

印 张 22.75

字 数 450 千

版 本 2015 年 6 月第 1 版

印 次 2015 年 6 月第 1 次印刷

印 刷 北京京华虎彩印刷有限公司

书 号 ISBN 978 - 7 - 5118 - 7972 - 1

定 价 51.00 元

所有权利保留。未经许可, 不得以任何方式使用。

如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换。

Adjudicatory Authority in Private International Law A comparative study
by Arthur T. von Mehren
Copyright © 2007 The Hague Academy of International Law
All rights reserved.

英文原著出版于 2007 年
中文版由权利人授予法律出版社出版发行

著作权合同登记号：
图字：01-2015- 3361

本书是高水平特色法学学科建设与
人才培养工程（085 工程）的阶段性成果
本书是国家社科基金项目（项目批准号：14ZDC016）
和上海市教委科研创新基金项目（14YS089）的阶段性成果

今年是韩德培教授诞辰104周年，谨以此书献给敬爱的韩老。

总 序

几年前我们曾经有个宏愿,打算策划、翻译一套反映当代国际法发展的著作。这一想法缘起我们华政的一批国际法老师对教学与科研的担忧,即当代国际法的翻译作品之少与迅速发展的国际社会不相适应,也使中国国际法的研究有点游离于经济全球化的视角。

我们知道,中国国际法的发展离不开对西方经典著作的翻译。国际法在近代中国的传播发轫于《万国公法》,源自1864年美国传教士丁韪良(W. A. P. Martin)翻译的美国法学家惠顿(Henry Wharton)之著作《国际法原理》(Elements of International Law),这是中国官方有组织地正式引进与翻译西方法律与法学著作的开始。此后,丁韪良会同同文馆的学员出版了《公法便览》(译自美国人伍尔胥所著《国际法研究概论》)、《公法会通》(译自瑞士人布伦执礼所著《国际法法典》),成为近代国际法输入中国的重要源流。同时期,英国传教士博兰雅在江南制造局也主持翻译了一系列国际法著作,包括《公法总论》(原著英国人罗伯逊)、《各国交涉公法论》(原著英国人费利摩罗巴德)和《各国交涉便法论》(原著英国人费利摩罗巴德),后者被称为中国引入的第一本国际私法著作。同文馆和江南制造局的这些国际法译著所传达的西方文化观念和国际社会规范在变革时代的中国引起了强烈的反响,不失为19世纪下半期最重要的西学输入成就之一。

20世纪30年代,西学东渐日益兴盛,民国时期的国际法译著也十分丰富。以商务印书馆为例,在1919年至1937年这一时间段里就出版了三十多部国际法方面的译著。比较著名的有:岑德彰翻译的《奥本海国际法——战争与中立》(1934)、《奥本海国际法——平时》(1934)、萨孟武翻译的《国际纷争与国际联盟》(日,信夫淳平著,1928年)、钟建闳翻译的《国际公法要略》(英,劳伦斯著,1924)、岑德彰翻译的《国际法典》(荷,格劳秀斯著,1929,1931,1937)、孙斯鸣翻译的《现代国际组织之学说与公法》(鲍恩思著,1934)、韦普天翻译的《外国人在苏联的法律地位》(普罗特金著,1937),等等。这些译著对中国国际法学的研究有着重要的推动作用。

1949年之后,西方国际法著作的翻译工作停顿了很长时间。当代西方国际法著作在大陆翻译成中文出版的为数不多。20世纪90年代中期,江平教授主持的“外国法律文库”丛书开创了西方主要法律著作系列翻译

的先河,其中有王铁崖教授翻译的《奥本海国际法》和李双元教授等翻译的《戴西和莫里斯论冲突法》。中国政法大学于1998年开始“美国法律文库”计划,选取美国当代高水平的法学著作予以翻译,介绍美国法律教育的基本模式以及法学理论;米健教授负责的《当代德国法名著》也陆续推出新的译著。除此以外,还有季卫东教授和贺卫方教授主编的“当代法学名著译丛”、北京大学出版社的“世界法学译丛”以及华东政法大学校长何勤华教授主编的“世界法学名著译丛”等。在这些译著中,有关国际法的专著并不多,至今数十年间,系统翻译当代国际法著作的译本也不多见。

从2010年起华政国际法学科来了很多年轻的国际法博士,他们的教育背景和外文水平都令人骄傲。我们在交流中讨论了国际法研究中的翻译工作,他们的热情之高出乎我的想象。我们开始选择书目,根据每个人的研究领域和特长,选取一些能反映海外国际法学最新发展的代表作,计划每年推出三到四本,将当代海外国际法近二三十年的发展介绍给中国。于是就有了这套《华东政法大学当代国际法译丛》。感谢华政这批年轻的国际法博士,他们在教学之余悉心翻译,把大部分时间都倾注在语言转换的拼图游戏中。在短短3年时间里,第一批译著已经面世。例如,郭华春博士翻译的阿根廷学者罗德里格·奥利瓦雷斯—卡梅纳的《债权人视角下的主权债务重组法律问题研究》(2013年)和奥地利学者迈克·瓦博的《国际法视角下的主权债务违约》(2013年),甘瑛副教授翻译的英国学者巴塞尔·马克西尼斯著的《艺术与法律中的善与恶》(2013年),张磊副教授翻译尼泊尔学者苏里亚·P. 苏贝迪的《国际投资法:政策与原则的协调(第二版)》(2015年),李晶博士翻译的美国阿瑟·冯迈伦教授的《国际私法中的司法管辖权之比较研究》(2015年),郭华春博士翻译的英国学者查理斯·普罗克特所著的《曼恩论货币法律问题(第七版)》(2015年),马乐博士翻译的英国学者克里斯托弗·斯托瑟斯的《欧洲平行贸易——知识产权法、竞争法与监管法》(2015年)。这些译著面世或许能使当代中国国际法的研究和翻译又生机盎然了。

翻译之难,有过翻译经历的人都有体会。要做到严复先生所说的“信、达、雅”,更是难上加难。我们希望读者能体谅翻译的限制,宽容一些翻译上的错误,以及鲁鱼亥豕之误。

要完成这样一个宏愿,并不是一件容易的事,这需要持续不断地努力和持之以恒的态度。作为学术功德,这套译丛或许能为中国国际法的发展有所贡献。这是我们的心愿,也是我们坚持下去的理由。

林燕萍

2015年6月6日于上海

海牙国际法学院

国际私法中的司法管辖权之比较研究

作者:阿瑟·冯迈伦

已故斯托雷法学教授,哈佛大学法学院,艾美瑞斯教授
在 Eckart Gottschalk 博士的协助下完成

前 言

2006 年 1 月,阿瑟·冯迈伦教授在准备此书第二版的最后阶段去世。该书是对阿瑟·冯迈伦教授 1996 年国际私法一般课程内容的修订和扩充,该书由海牙学院于 2002 年以《国际私法中的司法管辖权理论与实践:对普通法系和大陆法系相关原则、政策和实践的比较研究》为名,作为《海牙演讲集》合集的第 295 册出版。

自一般课程出版后,国际私法理论和实践又有了重要的发展。2005 年 6 月海牙国际私法会议通过了《海牙协议选择法院公约》,被称为“阿瑟的孩子”,该项目从一开始就包含着阿瑟·冯迈伦教授的心血。在欧盟,欧洲法院作出了基本判决,详细阐述了禁诉命令和不方便法院等司法微调手段。而且,一个新的有关婚姻事务和父母责任的管辖权和判决的承认与执行规则正在形成中(《布鲁塞尔条例 II a》)。

在写作该书第二版时,有三位约瑟夫·斯托雷学者在哈佛法学院协助了阿瑟·冯迈伦教授,他们是:Felix Blobel (2003 - 2004), Giesela Ruhl (2004 - 2005) 和 Eckart Gottschalk (2005 - 2006)。他们三位均来自德国汉堡的马克普朗克国际私法与比较法研究所。阿瑟·冯迈伦教授的家人授权我,作为其中最后一位约瑟夫·斯托雷研究学者,接受这份光荣的任务来准备完善出版的手稿。我很高兴地接受这一任务。

马萨诸塞州,剑桥
Eckart Gottschalk

第一版的致谢

本书是集半个世纪教学与研究之成果。在此期间,我从朋友、同事和学生那里获益良多。没有他们的鼓励和愉悦,整个学术生涯将变得孤独。致谢如此之多,必须是安静地说出才合适,但有一个例外。

没有我亲爱的朋友兼同事 Kurt H. Nadelmann 博士的帮助,本书不会写就。他于 1984 年去世,设立了约瑟夫·斯托雷基金,成为留给哈佛大学法学院的遗产。到 1993 年,基金每年的收入足以资助一位斯托雷学者。

从 1993 年开始,当我开始准备海牙国际法学院的国际私法一般课程时,我就受到了一位斯托雷学者的协助。我在海牙的演讲关注于德国的理论和实践,相应的,国际私法的约瑟夫·斯托雷研究学者要么来自于德国汉堡的马克普朗克国际私法与比较法研究所,要么来自于海德堡的国际私法研究所。

在近十年内,有 9 位学者与我合作,共同写作了这本《国际私法上司法管辖权的理论与实践比较法研究》,他们是:Oliver Furtak (1993 - 1995), Martin Gebauer (1995 - 1996), Dietmar Baetge (1996 - 1997), Jan von Hein (1997 - 1998), Mathias Weller (1998 - 1999), Ralf Michaels (1999 - 2000), Michael von Hinden (2000 - 2001), Christian Thiele (2001 - 2002) 和 Moritz Bälz (2002 - 2003)。

本书的准确性,广度和深度均得益于他们;我对他们深深地表示感谢。特别感谢 Christian Thiele,承担了整合本书的七章并整理出版初稿的任务,并完美地完成了这个艰巨的任务。同样感谢 Moritz Bälz,同样出色地处理了相关问题并将初稿转化为印刷版本。

多年以来,来自宾夕法尼亚大学的 Stephen B. Burbank,同时也是司法部的 David Berger 教授,是我的亲密朋友,也教会我很多。他认真地阅读了手稿并在许多方面纠正和深化了我的分析与观点。

手稿中反映的变化是鉴于 1995 年以后欧盟重要性的提升及 1995 年之后的其他发展,我意识到我的助手,在作出这些必要修改上所展现的技巧和巨大耐心是多么必要。他为本书付出的不只是技术和技巧,他是计算机专家,精通德语和法语,并兢兢业业地工作。

最后还剩一个感谢。本书献给我的妻子:琼,她应得这份感谢。

目录 Contents

序言 / 1

- A. 简介 / 1
- B. 国际私法和冲突法的范畴 / 1
- C. 现状 / 3
 - 1. 简介 / 3
 - 2. 适用于涉外争议和情形的法律原则和规则的司法特性 / 3
 - 3. 欧盟 / 4

第一部分 管辖权理论的基础与发源

第一章 司法管辖权:存在原因和主要类型 / 11

- A. 简介 / 11
 - 1. 美国和德国联邦体系的结构性差异 / 12
 - 2. 冲突法和国际私法的早期历史 / 13
 - (a) 介绍 / 13
 - (b) 西罗马帝国的衰落和灭亡 / 13
 - 3. 有关政府权力的基本理论 / 15
 - (a) 主要理论考量 / 15
 - (b) 多国交往或争议的司法管辖权主张与考量因素之关系 / 17
- B. 比较分析下的适当术语:司法管辖权的基本类型 / 19
 - 1. 传统术语的狭隘性 / 19
 - 2. 传统术语在比较和理论研究方面之不足 / 21
 - 3. 为比较和理论研究之术语:一般管辖权、特殊种类管辖权和特别管辖权 / 21
- C. 管辖权和法律适用之间的正当联系 / 24
 - 1. 简介 / 24
 - (a) 概述 / 24
 - (b) 区分原则的限制 / 26
 - (i) 离婚 / 26

- (ii) 劳工的赔偿 / 32
- (iii) 出现异常严重的法律选择困难的情形 / 35
- 2. 判决在域外的承认 / 36
- D. 影响管辖权主张的其他因素 / 39
 - 1. 分配正义的内在权利与义务 / 39
 - 2. 某法律秩序在发展特定法律领域中出现的利益 / 39
 - 3. 经济考虑因素 / 40

第二章 管辖权条款的设计 / 42

- A. 基本政策及其冲突 / 42
- B. 连结因素:其设计和系统重要性 / 43
 - 1. 范式:可操作性和可预见性;诉讼便利、公平和正义 / 43
 - 2. 范式间的冲突 / 44
- C. 管辖权条款的设计者 / 45
 - 1. 概述 / 45
 - 2. 美国 / 46
 - 3. 德国 / 46
- D. 设计的管辖权规则和准则 / 47
 - 1. 美国 / 47
 - (a) 导言:联邦主义的影响 / 47
 - (b) 对“国际鞋业案”的立法反应 / 47
 - (i) 州立法 / 47
 - (ii) 条约与联邦立法 / 49
 - a. 概述 / 49
 - b. 国际条约和联邦立法的地位 / 50
 - 2. 德国 / 53
 - (a) 导言 / 53
 - (b) 德国 1877 年民事诉讼法:立法与行政设计 / 54
 - (i) 最初设计 / 54
 - (ii) 法院重要性的逐步增强 / 56
 - 3. 《布鲁塞尔公约》和《卢加诺公约》以及《布鲁塞尔条例》 / 57
 - (a) 导言:欧洲一体化的影响 / 57
 - (b) 管辖权与判决承认和执行之欧盟法律体系的出现 / 58
 - (i) 《布鲁塞尔公约》和《卢加诺公约》 / 58
 - (ii) 冲突法的“统一化”(Communitarization):《布鲁塞尔条例》 / 60

(c) 欧洲一体化的哲学 / 62

第三章 美国与德国管辖权理论的出现 / 66

A. 美国 / 66

1. 对司法管辖权进行司法控制的宪法基础 / 66

(a) “充分诚信”条款 / 66

(b) “正当程序”条款 / 69

(i) 背景 / 69

(ii) 对州法院行使司法管辖权进行宪法控制的第一步: *Pennoyer v. Neff* (1877) / 71

2. “权力理论”主宰时期: 1877 - 1945 / 72

(a) 实行中的理论 / 72

(b) 权力论的“玄学” / 77

(i) 无体物的“存在” / 77

(ii) 法人的“出现” / 78

3. 司法管辖权理论由权力论向诉讼正义理论的过渡 / 79

4. 诉讼正义理论: 国际鞋业案 (1945) 及其以后 / 81

(a) 权力论与诉讼正义理论的分歧 / 83

(b) 对峙?: *Shaffer v. Heiner* (1977) / 85

5. 一般管辖权和特殊类型管辖权能否因其典型作用而越过宪法审查? / 87

6. 共存: *Burnham v. Superior Court of California* (1990) / 89

7. 美国 21 世纪初管辖权理论的模糊性与不确定性 / 94

(a) 权力论和诉讼正义论在当代的地位与范围 / 94

(b) 国家关注与当事人关注的各自重要性 / 95

(c) 基于方便、公平和正义而设立的连结点的复杂性、多样性和变化性 / 97

B. 德国 / 98

1. 《德国民事诉讼法》(1877) / 99

2. 一般理论的出现 / 99

(a) 首次努力 / 100

(b) 早期工作 / 102

(c) 纽豪斯 (Neuhaus) / 104

3. 当代场景 / 107

(a) 海尔德里奇 (Heldrich) / 107

(b) 施罗德 (Schröder) / 108

(c) 克洛珀勒 (Kropholler) / 109

- (d) 盖默尔 (Geimer) / 110
- 4. 综合理论的出现与宪法控制: 法伊弗 (Pfeiffer) 的贡献 (1995) / 112
 - (a) 法伊弗的体系 / 112
 - (b) 以管辖权为目的对原告的正当对待 / 113
 - (c) (最低) 联系的相关性 / 115
 - (d) 法伊弗理论的适用 / 116
- 5. 德国法院的贡献 / 119
 - (a) 主要的判决 / 120
 - (i) 国际管辖权与国内管辖权的分离: 联邦最高法院 1965 年 6 月 14 日的判决 / 120
 - (ii) 对《德国民事诉讼法》第 23 条的限制: 联邦最高法院 1991 年 7 月 2 日的判决 / 122
 - (iii) 宪法法院的附带意见对《德国民事诉讼法》第 23 条的尊重: 联邦宪法法院 1983 年 4 月 12 日的判决 / 124
 - (iv) 《德国民事诉讼法》第 606b 条第一款的违宪性: 联邦宪法法院 1985 年 12 月 3 日的判决 / 124
 - (b) 判例法的重要性 / 125

第二部分 基本主题与普遍问题

第四章 “原告就被告”原则: 被告所在地管辖权优先吗? 应当优先吗? / 129

A. 导言 / 129

B. 该原则在实践中的地位 / 130

1. 当代法律体系要求实行该原则吗? / 130

2. “原告就被告”原则与司法管辖权的主要理论相符吗? / 133

(a) 联系论 / 134

(b) 权力论 / 135

(c) 方便、公平与正义论 / 136

3. 在现代实践中, 原告所在地法院与被告所在地法院孰优先? / 137

C. 原被告诉讼机遇与风险的分配 / 139

1. 是什么导致法院对一方当事人比对另一方而言更为诱人? / 139

2. 基于管辖权的目的, 原告或被告应当优先吗? / 141

(a) 基于矫正正义和确保程序经济简化而让原告优先 / 141

(b) 为平衡诉讼能力而让原告优先 / 144

第五章 司法管辖权与合意:诉因分割的后果,作为诉讼参与人的加入和选择法院协议 / 146

A. 导言 / 146

1. 概述 / 146
2. 两种范式情形 / 147

B. 当事人对诉讼排他效力的控制程度:即“分割”(“Splitting”) / 147

1. 导言 / 147
2. 判决最大的排他效力 / 148
 - (a) 美国法 / 149
 - (i) 普通法和 Field 法典 / 149
 - (ii) 在《联邦民事诉讼规则》和相应的州法系统下 / 149
 - (b) 德国法 / 151

3. 当今实践 / 152

- (a) 美国法 / 152
- (b) 德国法 / 154

C. 建立在诉讼当事人对诉讼程序参与基础上的管辖权 / 156

1. 概述 / 156
2. 被告无异议的参与 / 157

- (a) 简介 / 157
- (b) 美国的理论和实践 / 157
- (c) 德国的理论与实践 / 159
- (d) 《布鲁塞尔条约》和《布鲁塞尔条例》 / 161

3. 作为原告的参与 / 162

- (a) 美国理论和实践 / 162
 - (i) 传统地位 / 162
 - (ii) 当今对 *Adam v. Saenger* 案中的规则之立场 / 163
 - a. 《第二次冲突法与判决重述》 / 163
 - b. *Adam v. Saenger* 案的规则是否符合宪法? / 166
- (b) 德国理论和实践 / 166
 - (i) 简介 / 166
 - (ii) 《德国民事诉讼法》(ZPO) / 169
- (c) 《布鲁塞尔条约》和《布鲁塞尔条例》 / 170

D. 行使司法管辖权的当事人合意:协议赋予管辖和协议排除管辖 (Prorogation and Derogation) / 173

1. 导言 / 173

- (a) 计划和私人自治:概述 / 173
- (b) 计划、私人自治和争议解决 / 174
- 2. 协议赋予管辖的条款与协议排除管辖的条款 (Prorogation and Derogation) / 176
 - (a) 重要问题 / 177
 - (i) 一般合同法对法院选择条款的重要性 / 177
 - (ii) 当事人的合意能否代替或改变官方的争议解决进程? / 177
 - (b) 非排他性管辖权的规定:协议赋予管辖的条款(prorogation 条款) / 178
 - (c) 排他性管辖权的规定:协议排除管辖的条款(derogation 条款) / 178
 - (i) 美国法 / 179
 - (ii) 德国法 / 184
 - a. 简介 / 184
 - b. 1974 年改革法令的背景 / 185
 - c. 1974 年改革法令 / 186
 - (iii) 《布鲁塞尔条约》和《布鲁塞尔条例》 / 188
 - a. 原始条约 / 188
 - b. 1978 年修正案 / 189
 - c. 1989 年修正案 / 190
 - d. 《布鲁塞尔条例》 / 191
- E. 自我设计的私人争议解决机制:仲裁协议 / 192
 - 1. 法国 / 192
 - 2. 普鲁士和德意志帝国 / 194
 - (a) 《德国民事诉讼法》第 X 卷(1877) / 194
 - (i) 概述 / 194
 - (ii) 第 X 卷仲裁法 / 195
 - (b) 1998 年《改革法》 / 196
 - 3. 普通法系 / 198
 - (a) 英国 / 198
 - (b) 美国 / 201
 - (i) 概览 / 201
 - (ii) 美国仲裁法的“联邦化” / 206
 - a. 原始理解 / 208
 - b. 对原始理解之概念结构的侵蚀:*Erie. R. R v. Tompkins* 案的重要性 / 209
 - c. *Erie* 案后对《联邦仲裁法》认识的改变 / 211
 - d. *Southland* 案判决(1984):概念、历史和政策的分歧 / 213