

中国国际私法 与 比较法年刊

CHINESE YEARBOOK
OF
PRIVATE INTERNATIONAL LAW
AND
COMPARATIVE LAW

2009
(第十二卷)

中国国际私法学会 主办
武汉大学国际法研究所



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

LAW AND COMPARATIVE LAW

2009
(第十二卷)

中国 国际私法与 比较法 年刊

黄 进
肖永平
刘仁山
主 编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

中国国际私法与比较法年刊. 第12卷, 2009/黄进, 肖永平, 刘仁山主编. —北京: 北京大学出版社, 2009. 10

ISBN 978 - 7 - 301 - 15804 - 3

I. 中… II. ①黄… ②肖… ③刘… III. ①国际私法 - 中国 - 2009 - 年刊 ②比较法 - 中国 - 2009 - 年刊 IV. D997 - 54

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 167429 号

书 名: 中国国际私法与比较法年刊·2009(第十二卷)

著作责任者: 黄 进 肖永平 刘仁山 主编

责任编辑: 王 晶

标准书号: ISBN 978 - 7 - 301 - 15804 - 3/D · 2414

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.pup.cn>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027
出版部 62754962

电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

印刷者: 北京中科印刷有限公司

经销者: 新华书店

890 毫米 × 1240 毫米 A5 19.5 印张 490 千字

2009 年 10 月第 1 版 2009 年 10 月第 1 次印刷

定 价: 35.00 元

未经许可, 不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有, 侵权必究

举报电话: 010 - 62752024 电子邮箱: fd@pup.pku.edu.cn

《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 王 钢 卜 璐 何秋竺 王 珺

张仲伯教授八十华诞
纪念专辑

目 录

专 论

2005 年海牙《选择法院协议公约》——是福还是祸？

..... 陈隆修(3)

1952 年《罗马公约》现代化 赵劲松(29)

论法院选择协议之形式要求 张利民(53)

冲突法研究

关于国际私法中法律规避的几个问题的探讨 孟宪伟(79)

涉外商业秘密许可协议法律适用问题研究 单海玲(92)

《比利时国际私法典》婚姻家庭领域立法评析及启示

..... 曲 波 李冬梅(108)

近年国家司法考试国际私法试题之学理分析 宋 晓(118)

冲突法之谜的经济分析 霍政欣(153)

论海牙国际私法会议《国际追索儿童抚养费和其他

形式家庭抚养费公约》暨《扶养义务法律适用

议定书》以及中国加入的可行性问题 田立晓(187)

胡伯的冲突法思想初探 王 珺(225)

国际统一实体法与比较法

经由中间人持有证券体制下表决权法律问题研究

..... 李仁真 王江凌(245)

消费者破产中的免责制度比较研究 卜 璐(262)

论国际契约实体法统一进程中的新方式

——法律重述视角下的 PICC 和 PECL 朱雅妮(276)

国际民商事争议解决

论内地与香港民商事判决相互承认与执行制度

及其完善 刘仁山 张美榕(297)

论电子商务环境下协商与调解制度的改革与完善 ... 邓 杰(325)

中美承认与执行外国法院判决制度比较 何秋竺(351)

论国际民事诉讼中的专属管辖权

——兼论我国国际民事诉讼专属管辖条款的重构

..... 彭 奕(372)

论调解员的保密义务 王 钢(392)

评介与资料

2008 年中国国际私法司法实践述评

..... 黄 进 胡 炜 杜焕芳(415)

改革开放三十年与中国国际私法 2008 年中国

国际私法学会年会综述 郭玉军 车 英(480)

欧洲议会和(欧盟)理事会 2008 年 6 月 17 日关于合同之债 法律适用的第 593/2008 号(欧共体)条例(罗马 I)	
..... 邹国勇 译	(491)
《土耳其共和国关于国际私法与国际民事 诉讼程序法的第 5718 号法令》	邹国勇 译(513)
《阿尔及利亚民法典》(节录)	邹国勇 译(531)
马其顿共和国关于国际私法的法律	邹国勇 译(538)
荷兰王国《收养冲突法》	龙威狄 译(568)
2008 年涉外民事关系法律适用法高级研讨会综述	
..... 董海洲 杨晓强	(572)
中国仲裁重大理论与实务问题探讨	
——第三届中国仲裁论坛综述	王 琚 董海洲(580)
第三届内地、香港、澳门区际法律问题研讨会综述	
..... 董海洲 吴正坤	(592)
《中国国际私法与比较法年刊》注释规范	(606)
《中国国际私法与比较法年刊》稿约	(611)

Contents

Reviews

Hague Convention on Choice of Court Agreements 2005

—A Blessing or Curse in Disguise? Chen Longxiu(3)

Modernization of the Rome convention of 1952

..... Zhao Jinsong(29)

On the Formal Requirements of Choice of Court Agreements

..... Zhang Limin(53)

Conflicts Law Studies

On Problems relating to Evasion of Law in Private

International Law Meng Xianwei(79)

Study on the Applicable law of Trade Secret Licensing

Agreement Shan Hailing(92)

Evaluation and Enlightenment on Legislation for Marriage

and Family of the Code of Private International Law

of Belgium Qu Bo & Li Dongmei(108)

The Private International Law Test Questions in National

Judicial Test of the Nearing Two Years:

A Theoretical Analysis Song Xiao(118)

An Economic Analysis of Conflicts Enigma ... Huo Zhengxin(153)

On Convention on the International Recovery of Child Support

and Other Forums of Family Maintenance, Protocol on

the Law Applicable to Maintenance Obligations and

Feasibility of Accession Tian Lixiao(187)

A Preliminary Study on Huber's Theory on Conflict of Laws

..... Wang Jun(225)

International Substantive Law and Comparative Law

Legal Issues of Voting Right of Intermediated Holding System

..... Li Renzhen & Wang Jiangling(245)

Comparative Research on the Relief System in Consumer

Bankruptcy Bu Lu(262)

Research on the New Approach of the Unification of the

International Contract Law—From the Perspective

of Restatement of PICC and PECL Zhu Yani(276)

Resolution of International Civil and Commercial Disputes

On the Recognition and Enforcement of Civil and Commercial

Judgments between Hong Kong and

the Mainland Liu Renshan & Zhang Meirong(297)

Reform and Improvement of the Negotiation and Mediation

System Under the E-commerce Condition Deng Jie(325)

A Comparative Analysis of the Recognition and Enforcement of Foreign

Judgments between America and China He Qiuzhu(351)

Exclusive Jurisdiction in International Civil Procedure Law

—The Revision of the International Exclusive

Jurisdiction Provisions of China Peng Yi(372)

On Mediator's Obligation of Confidentiality Wang Gang(392)

Comment and Information**Review of Judicial Practice in the Chinese Private International**

Law in 2008 ... Huang Jin & Hu Wei & Du Huanfang(415)

A Summary of 2008 Annual Meeting of the Chinese Society of

Private International Law Guo Yujun & Che Ying(480)

Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and

of the Council of 17 June 2008 on the Law Applicable to

Contractual Obligations (Rome I)

..... translated by Zou Guoyong(491)

The Turkish Act No. 5718 of 27. 11. 2007 on Private

International Law and International Civil

Procedural Law translated by Zou Guoyong(513)

Civil Code of Algeria(Abstract)

..... translated by Zou Guoyong(531)

Act on Private International Law of the Republic of Macedonia

..... translated by Zou Guoyong(538)

Family Law Legislation of the Netherlands	
..... translated by Long Weidi	(568)
An Overview of 2008 Advanced Seminar on Law of Law	
Application of Foreign Civil Relations	
..... Dong Haizhou & Yang Xiaoqiang	(572)
An Overview of the Third Chinese Arbitration Forum	
..... Wang Jun & Dong Haizhou	(580)
An Over View of the Third Seminar on Private Interrigional	
Law between Macau, Hong Kong and Mainland China	
..... Dong Haizhou & Wu Zhengkun	(592)
Citation Requirements	(606)
Invitation to Contribution	(611)

专 论

2005 年海牙《选择法院协议公约》

——是福还是祸？

陈隆修*

2005 年海牙《选择法院协议公约》(以下简称 2005 年《海牙公约》)在大幅度缩减 1999 年《公约草案》的基础上,迫于商业上的实际需求,将公约范围限定在商业对商业间的选择法院协议上,以期获得国际上较为一致的认同。但 2005 年《海牙公约》因其以被指定法院地法为条款效力之主要依据的做法而饱受争议,认为其不但违反判例法之传统,更与较近实体法之发展不合。管辖条款效力的独立性与管辖条款以被指定法院地法为准据法这两者相结合,对弱方当事人极其不利,更无法达成美国和欧盟宣扬的公平正义。2005 年《海牙公约》本就于管辖条款之效力上经常违反上述美国联邦判例法、英国判例法及新近之欧盟契约法规则,对弱势一方没有善尽保护之法律上天职,再加上管辖条款效力独立性之条款,弱势一方通常别无选择只能任强势一方指定而至“遥远而陌生的国度”去应诉或起诉。而借鉴我国台湾地区的做法,以“合理的牵连基础”作为管辖依据,则可彰显个案公正。正因为存在上述弊病,放弃大范围之

* 台湾东海大学法律学教授。

公约,而订立一些不方便法院理论^①及惩罚性赔偿等可行之小公约,

① 对于美国法院动辄以“不方便法院”为由帮助跨国企业及践踏当地人权,促使一些中南美国家,如哥斯达黎加、厄瓜多尔、危地马拉、洪都拉斯及尼加拉瓜等,试图以立法拒绝美国法院有关不方便法院之认定,但似乎美国法院仍然横眉以对千夫指,见 Scott Holwick, *Transnational Corporate Behavior and Its Disparate and Unjust Effects on the Indigenous, Cultures and the Environment of Developing Nations: Jota v. Texaco, a Case Study*, 11 *Colo. J. Int'l Envtl. L. & Pol'y* 2000, pp. 209—212。美国的 Alien Torts Claims Act 规定当外国人遭受违反国际法之侵犯,联邦法院对该侵权行为之诉讼有管辖权:“The district courts shall have original jurisdiction of any civil action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of nations or a treaty of the United States.” 28 U. S. C. 1350 (1980)。又美国最高法院认定国际法的法源包含其他国家的惯例、条约、司法意见及学者的著作, *United States v. Smith*, 18 U. S. (5 Wheat.) 153, 160—61 (1820)。故而对跨国石油公司于南美洲所造成的生态浩劫及对原住民施以种族灭绝的酷刑,美国学者试图以国际法来阻止美国法院以“不方便法院”之名来实施暴行。其中特别是 1948 年《人权宣言》25(1)条规定:“Everyone has the right to a standard of living adequate for the health and well-being of himself and of his family, including food, clothing, housing and medical care and necessary social services, and the right to security in the event of unemployment, sickness, disability, widowhood, old age or other lack of livelihood in circumstances beyond his control.” 及 Rio Declaration on Environment and Development, United Nations Conference on Environment and Development, U. N. Doc A/CONF. 151/5/Rev. 1 (1992): “Indigenous people and their communities, and other local communities, have a vital role in environmental management and development because of their knowledge and traditional practices. States should recognize and duly support their identity, culture and interests and enable their effective participation in the achievement of sustainable development.” Scott Holwick, *Transnational Corporate Behavior and Its Disparate and Unjust Effects on the Indigenous, Cultures and the Environment of Developing Nations: Jota v. Texaco, a Case Study*, 11 *Colo. J. Int'l Envtl. L. & Pol'y* 2000, pp. 215—218。对于美国同僚为人权、公义所作的努力,个人除了十二万分的尊重与真诚的脱帽致敬外,更想于此声援他们德不孤必有邻。见陈隆修:《以实体法方法论为选法规则之基础》,载《东海大学法学研究》2004 年第 21 期,第 234 页中,个人如此写着:“英国于加入 the European Convention on Human Rights 后,便于 1998 年通过 Human Rights Act。俟 1998 年法案开始执行后,无论根据案件准据法或法院地法该请求权存在与否,皆须配合该欧洲人权公约”。故违反《欧洲人权公约》之行为,无论英国侵权行为法是否有规定,仍可以此为诉因直接请求得。而海牙 1999 年管辖权公约第 18(3)条更是规定订约国对违反国际法之暴行皆有管辖权。故而敬告个人所十分尊敬之美国同僚,违反国际法或国际习惯法之暴行,无论是否作为诉因或管辖权之基础,皆是于国际上已有共识之做法,而非是新的理论。

美国法院对于给予外国集体诉讼之原告巨额惩罚性赔偿并不放心,故而因此可能导致美国法院于“不方便法院”之发展上,造成人类国际私法历史上最黑暗的纪录。对这种邪派理论之蔓延,崛起中的中国应以第三世界龙头老大之地位,代表中南美、印度尼西亚、印度及台湾等遭受不平等待遇之劣势地区,与美国讨论、协商惩罚性赔偿于国际场合之适用问题,进而促使美国法院于适用不方便法院理论时能达成英国标准——而这正是美国学者与美国法院之期望。这亦是崛起的中国所应肩负之责任,这才是正道,亦是王道!

如此对人权、环保及国际贸易才较有切确之保障,才能切实保障作为司法公正基石的个案正义。

前言

美国于 1992 年向海牙会议(the Hague Conference on Private International Law)建言,应考虑订定一个世界性的民商管辖权及承认与强制执行判决公约。公约主要的目的是促进有关管辖权及执行判决上所引起之问题的稳定性(certainty),以期能减少平行诉讼(parallel litigation)^①所浪费的人力、时间及花费。^② 事实上海牙会议于 1971 年已订有 Hague Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters,但此公约并未为大多数国家所接受。于美国的大力鼓吹下,海牙会议于 1999 年订立了 the Preliminary Draft Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters。这个草约所采纳的并非传统上多边或单边公约(single or double convention),而是创造了一个所谓的“混合”式公约(mixed convention)。^③ 将管辖基础(bases,或理由 grounds)分为三类:(1)白名单(white list),基于此种管辖基础而来的判决,其他订约国必须承认;(2)黑名单(black list),明白

① 此为美式用语,英国除了 parallel proceedings 外,亦称为多重(或复数)诉讼 multi-ple proceedings。参见陈隆修:《父母责任、管辖规则与实体方法论相关议题评析》,载《东海大学法学研究》2006 年第 25 期,第 287 页。

② Consultation Paper on the Hague Convention on Choice of Court Agreements 2005, Hong Kong Department of Justice, 5 July 2007, Summary.

③ See Arthur T. von Mehren, Enforcing Judgment Abroad, Reflections on the Design of Recognition Conventions, 24 *Brooklyn J. Int'l L.* 1998, p. 17; Arthur T. von Mehren, The Case for a Convention-mixte Approach to Jurisdiction to Adjudicate and Recognition and Enforcement of Foreign Judgments, 61 *RabelsZ* 1997, p. 86; Arthur T. von Mehren, Recognition and Enforcement of Foreign Judgments: A New Approach for the Hague Conference?, 57 *Law & Contemp. Probs.* 1994, p. 271. 故 von Mehren 教授于伦敦政治经济学院大学部对个人有授业之恩,恩师对美国主导海牙管辖公约不遗余力,为主要之倡导者。