

中国国际私法 与 比较法年刊

CHINESE YEARBOOK
OF
PRIVATE INTERNATIONAL LAW
AND
COMPARATIVE LAW

2010
(第十三卷)



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

LAW AND COMPARATIVE LAW

2010
(第十三卷)

中国
国际
私法
与
比较
法
年
刊



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13卷, 2010/黄进, 肖永平, 刘仁山主编. —北京: 北京大学出版社, 2011. 3

ISBN 978-7-301-18579-7

I. ①中… II. ①黄… ②肖… ③刘… III. ①国际私法-中国-2010-年刊 ②比较法-中国-2010-年刊 IV. D997-54

中国版本图书馆CIP数据核字(2011)第028042号

书 名: 中国国际私法与比较法年刊·2010(第十三卷)

著作责任者: 黄进 肖永平 刘仁山 主编

责任编辑: 李燕芬

标准书号: ISBN 978-7-301-18579-7/D·2807

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 20.25印张 508千字

2011年3月第1版 2011年3月第1次印刷

定 价: 39.00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

目 录

专 论

由欧盟经验论中国式国际私法	陈隆修(3)
---------------------	--------

冲突法研究

国际选择法院协议效力的法律冲突与法律适用

——海牙“被选法院地法”规则的优与劣	叶 斌(99)
论海外员工派遣中的准据法问题	詹朋朋(122)
涉外协议管辖中的“实际联系原则”评述	王吉文(143)
跨境远程消费者合同的冲突规范重构	于 颖(155)
人际法律冲突问题研究	孙 吉(173)

欧盟《合同之债法律适用条例》评析

——兼论对中国的启示	李凤琴(200)
主权财富基金的主权豁免问题探析	张晓静(218)

国际民事诉讼

论国际邮轮船票上管辖权条款之法律效力	汪传才(239)
--------------------------	----------

- 网络隐私保护之国际管辖权厘定研究 崔华强(279)
刍议排他性选择法院协议的法律适用 杨晓强 颜杰雄(301)

国际民商事争议解决

WTO 与 RTAs 之间的管辖权冲突与协调

- 以争端解决机制为例 漆 彤(323)
联合国国际贸易法委员会仲裁规则修改问题初探 ... 赵 健(353)
论国际商事仲裁程序中的送达问题 杨 玲(378)
国际商事仲裁域外取证探析 乔雄兵(397)
论英国法院承认与执行外国仲裁裁决中的公共政策
抗辩问题 王 芳(414)

国际私法教学

- 论国际私法的教学空间及其拓展 肖 冰(437)

评介与资料

2009 年中国国际私法司法实践述评

- 黄 进 杜焕芳 孙 吉(457)
澳门冲突法体系介评 涂广建(543)
美国俄勒冈州侵权及其他非合同诉讼请求的法律选择法
..... 黄 伟 译注 宋连斌 校(575)
巴托鲁斯论冲突法 粟烟涛 译(591)

欧洲议会和(欧盟)理事会 2004 年 10 月 27 日关于 负责执行消费者保护法的国内机构相互合作的 第 2006/2004 号条例(消费者保护合作条例) 杜志华 陆 寰 译(613)	
《中国国际私法与比较法年刊》注释规范	(630)
《中国国际私法与比较法年刊》稿约	(635)

Contents

Reviews

- Studies on Private International Law of Chinese style
by the European Union experience Chen Longxiu(3)

Conflicts Law Studies

- Conflict of Laws and Choice of Law Problems in
International Choice of Court Agreement;
How about the law of Chosen Court? Ye Bin(99)
- Some Issues on the Applicable Law in Overseas
Expats Dispatching Zhan Pengpeng(122)
- Comments on the Substantial Connection Principle
of Foreign-Related Forum Selection Wang Jiwen(143)
- Reform on Conflict Rules of Cross-Border Distance
Consumer Contracts Yu Ying(155)
- A Study on Interpersonal Conflict of Law Sun Ji(173)

- Comments on EU Regulation on the Law Applicable to
Contractual Obligations; Argue about the
Enlightment to China Li Fengqin(200)
- Analysing the State Immunity for Sovereign
Wealth Funds Zhang Xianjing(218)

International Civil Procedure

- Enforceability of Forum-Selection Clauses in
International Cruise Tickets Wang Chuancai(239)
- Study on the Definition of International Jurisdiction
under the Protection of Internet Privacy
..... Cui Huaqiang(279)
- Meager opinion on the applicable law of the
exclusive choice of court agreements
..... Yang Xiaoqiang & Yan Jiexiong(301)

Resolution of International Civil and Commercial Disputes

- Jurisdiction Conflict and Harmonization of the Dispute
Settlement Mechanism between the WTO and RTAs
..... Qi Tong(323)
- The Preliminary Research on The Revision of
UNCITRAL Arbitration Rules Zhao Jian(353)
- On Service in Procedure of International Commercial
Arbitration Yang Ling(378)

On Extraterritorial taking of evidence in International Commercial Arbitration	Qiao Xiongbing(397)
The Public Policy Defense the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards in England	Wang Fang(414)

Teaching of International Private Law

Space for Education in International Private Law and Its Expansion	Xiao Bing(437)
---	----------------

Comment and Information

Review of Judicial Practice in the Chinese Private International Law in 2009	Huang Jin & Du Huanfang & Sun Ji(457)
The Macau Conflict of Laws System—An Introduction and an Assessment	Tu Guangjian(543)
An Act on Choice of Law for Torts and Other Non-Contractual Claims in Oregon	translated by Huang Wei revised by Song Lianbin(575)
Bartolus on Conflict of Law	translated by Su Yantao(591)

Regulation (EC) No. 2006/2004 of the European Parliament and of the Council of 27 October 2004 on Cooperation between National Authorities Responsible for the Enforcement of Consumer Protection Laws translated by Du Zhihua & Lu Huan	(613)
Citation Requirements	(630)
Invitation to Contribution	(635)

专 论

由欧盟经验论中国式国际私法

陈隆修*

前言

2008年11月笔者生平第一次进入大陆,于两岸第四届国际私法研讨会上首次与大陆同行开会,当时即震惊于大陆地区人才济济及研究生的热忱与敬业。2009年4月两岸第五届国际私法研讨会再次于台北开会,历经半年,笔者已较能将上次开会所带之震撼略为整理。于第四、五届会议期间,自然有甚多有意义的重大议题为与会的同行所提起,例如台湾地区法院对大陆判决之不予既判力及英国法院所给予之禁止诉讼之命令(anti-suit injunction)大陆法院是否应加以承认等问题。这些棘手的重大议题,笔者以为或许可以大致上归纳于一个更大的议题之下——中国式国际私法。于台北之会议期间,赵相林教授、黄进教授及笔者皆认为我们应该建立一个中国式之国际私法。对两位先进同行之理由笔者不敢妄自揣测,但笔者目睹中国之崛起,大中华地区经济上不可忽视之力量,自然极度需要伴随着同等地位的法律以为呼应才是。两岸的国际私法皆源自西方,于实务上及哲学上我们自然会有感到扞格不入之处。

* 东海大学法律学系教授。

一、美国概况

(一) 选法理论之迷惑

半个世纪前美国选法理论的革命—政策的分析(policy analysis)^①,或许因为走入泥沼,故而有些欧裔美国同僚^②走回头路,企图逆转潮流的再以不重视个案正义的地域性法则(territorialism)^③中之最重要关连(the most significant contact)为主。^④但令笔者最不能认同的是有些学者惑于自身的偏见,逐年对美国各州法院的判决给予表面上之统计^⑤,并且故意以极度扭曲之方式加以解读,以达到其弘

① Brainerd Currie, *Married Women's Contracts: A Study in Conflict-of-Laws Method*, 25 *U. Chi L. Rev.* 227; *Notes on Methods and Objectives in the Conflict of Laws*, 1959 *Duke L. J.* 171. William F. Baxter, *Choice of Law and the Federal System*, 16 *Stan. L. Rev.* 1. Friedrich D. Juenger, *Babcock v. Jackson Revisited: Judge Fuld's Contribution to American Conflicts Law*, 56 *Alb. L. Rev.* 727; *A Third Conflicts Restatement?* 75 *Ind. L. J.* 403.

② 如 Symeon C. Symeonides, *Choice of Law in the American Courts in 1995: A Year in Review*, 44 *Am. J. Comp. L.* 181; *Choice of Law in the American Courts in 1996: Tenth Annual Survey*, 45 *Am. J. Comp. L.* 447.

③ 对第二新编的最重要关连法则笔者以前如此评论:

“地域性主义与我们根深蒂固的传统行为模式相符,自然顺理成章地成为世人评量公平正义的基准。最重要关连说经常衡量案件中关连点的结集数量,并进而以此作为准据法取舍之依据。故而以与案件事实有最多关连点之地之法作为准据法,自然成为一般人认为合理之解决方案。亦理所当然地被认为也是符合公平正义的一种做法。

然而以案件事实情况之关连点的结集作为准据法的依据,如前述是一种半机械式的做法,实务上有可能导致对意外侵权行为之被害人无法给予赔偿之情况。因为“地域性主义”的属性,使得最重要关连说忽视案件所牵连的实体法,导致可能对被害人造成不公平的后果的判例已一再发生。地域性主义固然符合我们传统的行为模式,因而依据地域性主义而得之判决亦有着表面之合理性。在现代化社会里,我们对法院判决的结果必须问一个基本问题:“即我们要求的是社会上表面上直觉的合理性,还是于做了学术研究后维持当事人间的真正公平正义?”载陈隆修、许兆庆、林恩玮:《台湾财产法暨经济法研究丛书(十三)——国际私法:选法理论之回顾与展望》,台湾地区财产法暨经济法研究协会发行,2007年版,第177、178页。

④ Willis Reese, *Choice of Law: Rules or Approach*, 57 *Cornell L. Rev.* 322; *The Second Restatement of Conflict of Laws Revisited*, 34 *Mercer L. Rev.* 501.

⑤ 例如 Symeon C. Symeonides, *Choice of Law in the American Courts in 1999: One More Year*, 48 *Am. J. Comp. L.* 143, 145-146(2000)。

扬最重要关连说之主旨。事实上笔者以为早期采纳最重要关连说之美国法院,可能较为偏向第二新编第 145 条^①第 2 项中所列之关连点^②,但后来可能判例法技巧之演进,对第 6 条第 2 项较给予注意。^③第 6 条第 2 项中之基本概括原则包含审判地之政策、其他与特定争点有利害关系的州之有关政策及利益、合理期待之保护及特定领域内之基本政策^④等,不折不扣为利益说之基本教条;而州际间及国际间制度的需要、对于判决结果的预期与一致性及易于决定和

① 见陈隆修:《美国国际私法新理论》,台北五南图书公司 1987 年版,第 78—80 页。

② 同上书,第 134—153 页所述包含 *Babcock v. Jackson*, 12 N. Y. 2d 473 在内之早期经典案件。

③ 见陈隆修、许兆庆、林恩玮:《台湾财产法暨经济法研究丛书(十三)——国际私法:选法理论之回顾与展望》,台湾地区财产法暨经济法研究协会发行,2007 年版,第 208—229 页中所述之美国案例,于多年后笔者于此坦白承认——当时笔者分析其时最新之美国案例,即是针对这些丧失客观学术立场之“统计”及其以偏盖全之解读而来。

④ 第 6 条为:

(1) A court, subject to constitutional restrictions, will follow a statutory directive of its own state on choice of law.

(2) When there is no such directive, the factors relevant to the choice of the applicable rule of law include;

(a) the need of the interstate and international systems;

(b) the relevant policies of the forum;

(c) the relevant policies of other interested states and the relative interests of those states in the determination of the particular issue;

(d) the protection of the justified expectations;

(e) the basic policies underlying the particular field of law;

(f) certainty, predictability and uniformity of result; and

(g) ease in the determination and application of the law to be applied.

这些国际私法的后进学者没经历 20 世纪 60 年代选法革命的洗礼,没有开天辟地的宏观气魄,不能自立学说,选择在偏好的学说后面混淆其他学说。于昔日著作中,当时笔者还写着:“许多法学家将会同意,该等要素并无法对法院达成具体的判决有任何帮助。”见陈隆修:《美国国际私法新理论》,台北五南图书公司 1987 年版,第 79 页。没想到法学之进展如此快速,现在的法院能兼顾第 6 条之概括性原则及第 145 条之地域性关连点。在当时选法规则亦甚少第 6 条第 1 项宪法之规范,现在至少有着 *Allstate Insurance Co. v. Hague*, 449 U. S. 302 (1981) 的表面规范。

适用的法律等三个原则,即为“五种考虑”^①因素的翻版。故而很明显的法院接受第2新编之论述,可能即通常亦是本于政策的分析而来。^②如果细心一点就可发现亦有甚多美国同僚早在这些统计表出现前,就已发现美国法院的混乱与困惑,并且经常假最重要关连之名而行政策导向的个案正义。^③事实上 American Law Institute 于困难的 complex litigation 就曾建议以利益说为基准,而于利益说无法解决之真冲突时,再辅以最重关连之州之法为解决真冲突之依据。^④这些欧裔的美国同僚如此的掩耳盗铃是否因为最重要关连原则于欧洲风卷残云之故?笔者以为数年前笔者对加州、纽约其时最新的案例分析^⑤,已经是事实胜于雄辩的铁证。于指控其他同僚不科学时,笔者于此不得不小心翼翼地提出新看法:或许美国法院采纳第6

① Robert Leflar, Choice-Influencing Considerations in Conflict of Law, 41 N. Y. U. L. Rev. 277; Conflicts Law: More on Choice-Influencing Considerations, 54 Cal. L. Rev. 1584.

② 事实上自第一个指标性的案例 *Babcock v. Jackson* 以来,美国法院就有将各种选法理论混合使用的倾向。只是早期操作技巧不纯熟,通常将利益说与最重要关连说分别叙述,见陈隆修:《美国国际私法新理论》,台北五南图书公司1987年版,第134—153页中对这些早期经典案例之解析。而这种分别使用的技巧,到后来已经纯熟到不必分别使用,而浑然一体变成大杂烩式的使用。这种混用的方式在选法革命初期已广为先进同僚所公认,有些人甚至是赞同的,见本注同上书,第13页,Robert Leflar, *Choice of Law: A Well-Watered Plateau*, 41 Law & Contemp. Prob. 10 (1977)。其于第26页中如此公开的写着:“事实上现在大部分美国法院都朝着所谓一个法律冲突法则发展。聚集所有的理论在一起是一种好的凝聚而不是坏的。”稍后亦有类似见解的如 Bruce Posnak, *Choice of Law—Rules vs. Analysis: A More Workable Marriage Than the (Second) Restatement; A Very Well-Curried Leflar Over Reese Approach*, 40 MERCER L. Rev. 869 (1989)。美国各种选法理论革命的宿命,或许就在于一诞生就会被法院加以混用,差别只在于早期技巧不熟,可清晰地见到痕迹,现在则驾轻就熟难以辨识。

③ Larry Kramer, *Choice of Law in the American Courts in 1990: Trends And Developments*, 39 Am J. Comp. L. 465; Michael Solimine, *The Impact of Babcock v. Jackson: An Empirical Note*, 56 Alb. L. Rev. 773.

④ A. L. I., *Complex Litigation Project-Proposed Final Draft*, 54 La. L. Rev. 881 (1994).

⑤ 陈隆修:《美国国际私法新理论》,台北五南图书公司1987年版,第208—229页。

条第2项的概括性原则,不但代表政策分析的优势,亦可能是代表最重要关连原则的挫败。

(二) 管辖规则之混乱

美国国际私法不但于选法规则上产生反动逆流,于管辖权上亦陷入困境。英国为判例法之母国(homeland of common law),美国于管辖法规上经常不遵循英国母法,而自行创立一些观念或引进大陆法,截至目前为止这些做法经常华而不实,徒增困扰。所谓“一般管辖”与“特别管辖”^①之大陆法概念,对于教科书之学术分类自然有帮助^②,但法院于实务上在境内管辖,如英国一般仍以“所在权力”(presence power)^③为基本的管辖基础,而以“不方便法院”为行使管辖之限制。于 *International Shoe Co. v. Washington*^④ 中所立下之“最低限度关连点”(minimum contacts)原则,有一度于 *Shaffer v.*

① 这个大陆法名词在美国首先出现于 A. T. von Mehren and D. T. Trautman, *Jurisdiction to Adjudicate: A Suggested Analysis*, 79 *Harv. L. Rev.* 1121, 1135-1145 (1966). 有趣的是甚多美国同僚尚不知这为大陆法之国内管辖概念,以为是两位先进同僚所创始。恩师 von Mehren 为德裔,这或许为渊源之所在。英国至今仍对此无动于衷,学术上亦似乎未见多所讨论,个人以为高下立见。

② 于 *Helicopteros Nacionales de Colombia, S. A. v. Hall*, 466 U. S. 408 (1984). 中,美国最高法院对“一般管辖”(general jurisdiction)定义为有关管辖权:“over a defendant in a suit not arising out of or related to the defendant's contacts with the forum.” p. 414;而对“特别管辖”(specific jurisdiction)则定义为“jurisdiction over a defendant in a suit arising out of or related to the defendant's contacts with the forum.” p. 414. 于该案中法院对于一般管辖给予一个重大的限制。大多数法官认为一个外国被告即使于过去8年中,在德州购买达到80%之直升机团队,并于德州进行其他商业活动,仍没有于德州构成“继续而有制度的商业活动”(constitute the kind of continuous and systematic general business contacts)因此德州法院并没有一般管辖权, p. 416. 许多美国同僚因而认为“继续而有制度的商业活动”之一般管辖并不存在。个人认为美国最高法院这个定义有重大缺陷,“住所”为一般管辖之基础,难道“住所”不是“contact”吗?或许“contact”应改为“conduct”较妥。引进外来法学总是困难的。

③ *Pennoyer v. Neff*, 95 U. S. 714 (1877).

④ 326 U. S. 310 (1945).