

本卷要目

法学教育

【王 军】

用外国原版案例进行案例教学的几个问题

国际贸易法

【陈利强 屠新泉】

美国贸易自由化补偿机制

【向秋英】

美国对WTO的正反情绪

国际金融法

【陈兰兰 田晓云】

场外衍生交易清算机构风险监控研究

国际投资法

【周琳静 张国平】

外资并购国家安全审查制度研究

比较侵权法

【[美]斯蒂芬 D. 舒格曼 著

高建学 王 婧 译】

通过损害赔偿金规则进行侵权法改革

INTERNATIONAL COMMERCIAL LAW
REVIEW VOL. 11
◆ 中国国际贸易法学研究会 / 主办
◆ 对外经济贸易大学法学院 / 承办
◆ 沈四宝 王 军 / 主编

国际商法论丛

第11卷



法律出版社
LAW PRESS CHINA

第11卷

国际商法论丛

INTERNATIONAL COMMERCIAL LAW
REVIEW VOL. 11

- ◆ 中国国际经济贸易法学研究会 / 主办
- ◆ 对外经济贸易大学法学院 / 承办
- ◆ 沈四宝 王 军 / 主编



法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

国际商法论丛. 第11卷 / 沈四宝, 王军主编. —北京: 法律出版社, 2013. 8

ISBN 978 - 7 - 5118 - 5191 - 8

I. ①国… II. ①沈…②王… III. ①国际商法—文集 IV. ①D996.1 - 53

中国版本图书馆CIP数据核字(2013)第171411号

国际商法论丛(第11卷)

沈四宝 主编
王 军

责任编辑 黄琳佳
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

版本 2013年8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 北京北苑印刷有限责任公司

印张 13.125 字数 343千

印次 2013年8月第1次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

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

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 5191 - 8

定价:42.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

国际商法论丛

(第11卷)

中国国际经济贸易法学研究会主办
对外经济贸易大学法学院承办

主 编：沈四宝 王 军
执行主编：侯 猛 石 伟

编辑委员会

主任：

沈四宝 对外经济贸易大学法学院教授

王 军 对外经济贸易大学法学院教授

委员(按姓氏笔画顺序排列)：

丁 丁 对外经济贸易大学法学院教授

车丕照 清华大学法学院教授

孔庆江 中国政法大学国际法学院教授

左海聪 南开大学法学院教授

伏 军 对外经济贸易大学法学院教授

邵景春 北京大学法学院教授

杨 松 辽宁大学法学院教授

张乃根 复旦大学法学院教授

周仲飞 上海财经大学法学院教授

高 翔 中国政法大学比较法学研究院教授

莫世建 澳门大学法学院教授

慕亚平 中山大学法学院教授

前 言

《国际商法论丛》于1999年创办,至今已走过14年的历程。整体而言,本刊已经形成了鲜明的学术风格,成为国内外知名学者和青年学术新秀交流的重要平台。

长期以来,《国际商法论丛》依托于中国法学会国际经济法学研究会(2012年更名为中国国际经济贸易法学研究会)和对外经济贸易大学法学院,形成了独树一帜的特色。第一,强调国际视角和比较研究。本刊所登载的文章注重从比较法的角度特别是从英美法的角度,对法律问题进行研究;强调借鉴国外的最新理论成果促进国内学术研究的发 展。第二,突出理论服务实践的价值取向。其所登载的许多文章对我国的民商事立法和政策的制定或修改产生了影响。第三,在许多特色领域形成了信息传播上的优势,特别是在国际经济法、比较民商法、世界贸易组织法、国际投资法等领域,发表了大量高质量的论文。

从本卷开始,《国际商法论丛》将对编辑委员会、刊物字数、栏目板块、审稿程序等进行改革。第一,重组编辑委员会,邀请中国国际经济贸易法学研究会的专家和国际法、比较法领域的知名专家担任编辑委员会委员,进一步提高论文审核的严格性。第二,随着法学界的高质量研究成果不断涌现,为了使成果尽快产生社会影响力,满足学界的研究需求,本刊将缩短本刊的出版间隔,让更多更好的学术成果与广大读者见面。第三,为方便读者查询和引用,本刊联合“中国知网”(<http://www.cnki.net>)和“国际经济法网”(<http://ielaw.uibe.edu.cn>)对论文进行电子化改造,读者可以在上述两个网站上

阅读到本刊前十期论文的全文。此外,本刊还将进一步优化稿源、完善栏目,尽最大努力将学术界的高质量研究成果奉献给大家!

本卷共刊载 18 篇文章,依然延续着《国际商法论丛》的学术风格和特色。

在法学教育领域,王军的文章探讨了在采用英文原文判例教材进行教学的过程中经常会遇到的几个关键问题。文章介绍了选取和剪裁英文原文案例的方法,以及在选取和剪裁过程中需要注意的问题。作者建议,教师在授课过程应该注意引导学生积累国外法律中的核心概念和术语。

国际贸易法是本刊关注的重点。陈利强、屠新泉的文章对美国的贸易调整援助制度进行了研究。他们认为,美国贸易调整援助制度旨在援助受进口贸易竞争冲击的工人、企业与产业,帮助工人重新就业,恢复企业与产业的国际竞争力。文章指出,美国贸易调整援助制度将对日益深化的中美双边经贸关系产生重大影响。何启豪的文章分析了美国对来自中国的进口商品同时适用反倾销、反补贴措施所引发的法律问题。文章认为,在美国制定法没有明确规定的前提下,同时对中国商品适用反倾销、反补贴措施,不仅背离了美国对非市场经济国家不适用反补贴措施的传统,还导致了重复救济等问题。向秋英的文章探讨了 WTO 及其争端解决机构与美国主权之间的关系。作者认为,在现有的制度框架下,美国很容易违反 WTO 规则及其争端解决机构的裁决,同时,WTO 及其运作使美国的国家主权得到了进一步的延伸。樊奕君的文章探讨了 GATS 视角下的政府管理权问题。作者建议,应该在 WTO 规则允许的范围内,积极拓展中央和地方政府的管理权限,最大限度地保护和发展我国的国际服务贸易。

国际金融法、国际投资法和国际仲裁法是本刊的优势领域。陈兰兰、田晓云的文章分析了衍生交易清算机构的操作风险。作者建议,各国金融监管机构应当加强对衍生交易清算机构的风险监管,对清算机构成员资格、清算机构的风险管理与违约管理等制定规则。

葛向孜的文章从投资者的事后救济角度分析了金融领域投资者适当性制度。作者对英美法和大陆法国家的制度进行了比较分析,并指出维护金融安全的重要性及实施投资者事后救济的必要性。周琳静、张国平的文章对外资并购国家安全审查制度进行了研究。作者认为,外资并购国家安全审查是一把“双刃剑”。文章还对我国外资并购国家安全审查制度的完善提出了建议。崔起凡的文章系统分析了国际商事仲裁中取证的法院协助,并对我国《民事诉讼法》和《仲裁法》中相关制度的完善提出了建议。

国际私法、国际商事组织法和国际竞争法是本刊的特色领域。兰磊的文章对美国法上条约的非自动执行性进行了类型化分析,并分别考察了每种类型的形成原因、性质和判断标准。齐倩倩的文章探讨了公司法人格否认制度下的子公司债权人利益保护制度。作者指出,在市场经济的快速发展过程中,我国需要进一步完善母子公司的管理体制,更好地保护子公司债权人的利益。齐琪的文章从反垄断法的视角探讨了竞争中立法律制度。作者指出,竞争中立法律制度是欧美等发达国家针对中国提出的一项新制度,将对我国企业产生重大影响。

在比较侵权法领域,美国学者斯蒂芬·D.舒格曼的文章建议对美国侵权法中的损害赔偿金规则进行调整,具体涉及侵权赔偿金是否是受害人的首要获赔渠道、一般损害赔偿金、收入替代、受害人过错、律师费、惩罚性赔偿金六个方面。刘丽的论文借助案例分析的方法,对英国法上私人妨害的概念、范围、私人妨害的被告的类别等进行了系统分析。邓立婷的文章从比较法的视角对不当得利制度进行了系统研究,并从不当得利请求权基础的理论、不当得利的构成要件、返还效力、不当得利请求权与其他请求权之间的关系四个方面提出了完善我国不当得利制度的建议。

在比较财产法领域,李莉的文章比较分析了英美法和大陆法制度上的知识产权质权制度。文章认为,完善知识产权质权制度对解决中小企业融资难问题将大有裨益。作者从统一登记、完善价值评

估机制等方面对我国制度的完善提出了建议。赵海乐、石伟在对美国联邦《跨州土地销售充分披露法》进行完整翻译的基础上,系统分析和介绍了该部法典。文章指出,信息披露制度有效地保护了买受人的利益,减少了交易纠纷。文章认为,该法所规定的信息披露、冷静期和撤销权等保护买受人利益的专门制度,对我国极具启示意义。

在律师制度领域,赵鑫的文章对英国、美国与中国律师收费制度进行了比较研究。作者认为,律师收费制度是关系律师行业发展和司法资源配置的重要制度。文章在比较分析英国、美国和中国的律师收费主体、方式、标准、原则和争议解决机制的基础上,对我国律师收费制度的完善提出了建议。

《国际商法论丛》(第11卷)的出版及其所进行的改革,都将为刊物今后的发展奠定良好的基础。让我们携起手来将刊物办得更好!

石 伟
2013年6月

目 录

【法学教育】

在案例教学中采用原文判例的几个问题	王 军(1)
-------------------------	----------

【国际贸易法】

美国贸易自由化补偿机制

——贸易调整援助制度研究	陈利强 屠新泉(24)
--------------------	---------------

美国对华同时适用反倾销、反补贴措施问题研究

——从“非公路用轮胎案”切入	何启豪(46)
----------------------	-----------

美国对 WTO 的正反情绪	向秋英(65)
---------------------	-----------

GATS 视角下政府管理权研究	樊奕君(83)
-----------------------	-----------

【国际金融法】

场外衍生交易清算机构风险监管研究

——兼论信用违约互换集中清算机制

.....	陈兰兰 田晓云(98)
-------	---------------

金融领域投资者适当性制度研究

——从投资者的事后救济角度	葛向孜(127)
---------------------	------------

【国际投资法】

外资并购国家安全审查制度研究	周琳静 张国平(147)
----------------------	----------------

【国际仲裁法】

论国际商事仲裁中取证的法院协助

——兼论我国相关制度的缺失与构建 崔起凡(169)

【国际私法】

美国法上条约非自动执行性的类型化分析 兰 磊(192)

【国际商事组织法】

论公司法人格否认制度下的子公司债权人利益保护

..... 齐倩倩(220)

【国际竞争法】

反垄断法视角下的竞争中立法律制度研究 齐 琪(247)

【比较侵权法】

通过损害赔偿金规则的变革进行侵权法的改革

——以美国为视角

..... [美]斯蒂芬·D.舒格曼 高建学 王 婧译(266)

论英国私人妨害的诉讼主体 刘 丽(292)

不当得利比较法研究 邓立婷(310)

【比较财产法】

论我国知识产权质权制度的完善 李 莉(339)

评美国联邦《跨州土地销售充分披露法》(附译文)

..... 赵海乐 石 伟(357)

【律师制度研究】

英国、美国与中国律师收费制度比较研究 赵 鑫(389)

法学教育

在案例教学中采用原文判例的几个问题

王 军*

内 容 提 要

本文所探讨的是在采用英文原文判例教材进行教学的过程中经常会遇到的问题,主要包括以下两个方面:

1. 如何对原文案例进行选取和剪裁。关于案例的选取,本文首先介绍了查找原文案例的渠道,继而讨论了选取这类案例时应遵循的原则。关于案例的剪裁,本文重点介绍了英美法系国家的法院判决所含的基本成分和对其各个成分进行剪裁时应注意的问题。

2. 本文谈到,应该注意引导学生积累国外法律中的核心概念和术语,包括有关特定制度的概念、英美普通法上的概念、英美衡平法上的概念、法律程序术语、国际流行的法律概念。

一、引言

在我国法律教育中引导学生研习国外案例,特别是发达国家的法院作出的判决,是学习外国法知识、培养国际化法律人才的重要途径。这样做的理由是:(1)一国法院的判决,包含了该国法律制度

* 作者系对外经济贸易大学法学院院长,教授。

的几乎所有的成分;^①(2)从一国法院的判决中,可以看到该国法院实际适用其法律的过程和方法;^②(3)阅读外国的原文判例是学习专业法律外语的重要途径。

研习外国的案例,可以通过采用翻译成中文的案例(以下简称译文案例)实现,也可以通过采用原汁原味的原文外国案例(以下简称原文案例)实现。对外经济贸易大学法学院多年来进行案例教学的实践证明,采用或部分采用译文案例进行案例教学,从总体上讲,是一种成功的方法。其优点是,可以降低阅读案例的难度,通过提高阅读速度增加研习案例的数量,有效地扩大知识的覆盖面,进而增强所学领域的知识的系统性。

然而,采用译文案例与采用原文案例所造成的差异也是不容忽视的。其一,采用译文案例不利于对法律外语的学习;其二,译文案例很难精准地反映原文案例的内容。语言是一种艺术,是表达思想和文化内涵的载体。当一种思想通过另一种语言去表达时,其原作者的思想可能无法被充分地表达。从这种意义上讲,原文案例教学是不能完全用译文案例教学替代的。

举例来说,美国法学家伯纳德·施瓦茨在谈到美国人在建国初期采纳英国法而不是法国法的原因时引用了英国历史学家梅特兰著

① 以英美法系国家的案例为例,其中的主要成分包括:(1)制定法的条文,即实际运用于案件的成文法的规定;(2)法院对制定法的条文的解释;(3)法院对不同的制定法和不同的颁布制定法的机构之间关系的阐释,即在不同的制定法发生抵触时,确定它们之间的从属和被从属的关系;(4)法院对先前的判决的态度,即是否把过去的某一判决视为约束本案判决的先例;(5)上级法院对下级法院判决的态度,即维持原判、推翻原判并直接作出判决,或者,将案件发回下级法院进一步审理的过程;(6)围绕特定问题对相关法律和学理的发展现状进行的归纳,等等。这些成分在有的案件中会全部涉及,在有的案件中仅部分地涉及。

② 在判例中,既可以看到法院适用制定法和判例法的过程,也可以看到法院如何处理“法律”与法律外因素的关系,例如法律与公平原则及公正原则之间的关系、法律与政策的关系。

名警句:“taught law is tough law”,可以译为:“讲授的法是顽强的法”。^①其含义是,在课堂里讲授的法律对学生产生的深刻影响很难消除,由此形成的思想方法在后来亦很难改变。显然,通过这句话的中译文难以领悟出这些含义。

阅读原文案例的意义还在于,英语词汇的习惯用法和词义上的微妙区别只有在大量阅读原文案例的过程中才能把握和体会。比如,在著名的侵权法案例 *Brown v. Kendall* 案中,^②首席法官肖(Shaw)在谈到被告应付的注意义务时先后用了 *due care* 和 *proper precautions*,其含义是一样的,都是“适度的注意”;接着又用了 *ordinary care*,即通常程度的注意,含义也大致相同。对这些词义,需要经常接触才能形成正确理解。

二、对原文判例的选取和剪裁

(一) 案例的选取

根据笔者的经验,对于在我国的案例教学中使用的国外案例,可以通过以下渠道进行选取:(1)从外国法学院使用的案例教科书中选取;(2)从我国学者编撰的案例教科书中选取;^③(3)通过网络查找和选取。

选取案例时应遵循的原则是:首先,在某一课程中,所选取的全部案例应尽可能地覆盖某一法律学科的各主要领域,使选出的案例具有系统性,让学生学习到成体系的知识。以笔者2012年为3年级本科生开设的两学分的“比较合同法”为例,选取的案例共25个,内

① 伯纳德·施瓦茨:《美国法历史》,法律出版社2011年版,第14页。

② 60 Mass. 292, 1850 WL 4572 (Mass.), 6 Cush. 292.

③ 例如,对外经济贸易大学出版社于2006年出版了《英美法案例精选系列丛书》,共含13本教材。其中的《美国合同法》(American Contract Law)和《美国侵权法》(American Tort Law)由笔者担任第一编者。两本书包括的案例分别为48个和42个。目前这套丛书的第2版正在编辑和出版过程中,其中有的已经出版。

覆盖了合同法大部分领域(以下简称子领域)。^①

其次,让早期的案例与近期的案例各占一定的比例。早期的案例一般是权威案例(leading case)。权威案例是指那些首次将一项重要的法律原则或规则无争议地确定下来且在后来被经常和一致地遵循的判决。^②例如,英国法院1854年判决的Hadley v. Baxendale案,^③无论在英国还是美国都是合同法领域的权威案例。通过学习权威案例,学生可以了解某一法律领域的经典学说和那些已经变得稳定的原则和规则。^④

另外,同样重要的是,选择相当比例的新案例让学生学习,特别是在近几十年内判决的案例。新案例可以让学生了解到相关领域中法律发展的现状。请看下面这个例子。

在美国加利福尼亚州(以下简称加州)上诉法院1979年判决的Beley v. Ventura County Municipal Court案中,^⑤原告是一个建筑承包商,其通过上门推销业务与被告签订了一个为被告装修房屋的合同。在工程即将结束时,被告通知原告说,他没有义务向原告支付报酬,无论是劳务费还是材料费都无须给付。他的理由是:根据加州的

① 所涵盖的子领域包括:contract and other obligations(合同之债与其他债)、promise: certainty(诺言的存在:确定性)、promise: warranty and opinin(诺言的存在:担保与见解)、formalities(形式要件)、offer and acceptance(要约与承诺)、consideration(对价)、promissory estoppel(允诺不得反言)、Illegality(违法)、fraudulent misrepresentation(欺诈性的不真实表示)、duress(胁迫)、undue influence(不正当影响)、Incapacity(缔约能力)、effect of minority(未成年人签约的后果)、Mistake(错误)、Interpretation and construction(合同的解释)、Implied terms(默示条件)、rescission(合同的解除)、impracticability(履约不能)。

② Black's Law Dictionary, Ninth Edition, 2009, p. 969.

③ 1854, 9 Exch 341, 156 Eng Rep. 145.

④ 例如,通过学习Hadley v. Baxendale案,学生可以知道,在“违约损害赔偿”领域,一项确定的规则是:违约方仅对其在合同订立时可以合理地预见的、其违约行为很可能导致的损失承担赔偿责任。参见《美国合同法案例选评》(第2版),法律出版社2006年版,案例96。

⑤ 100 Cal. App. 3d 5.

制定法,这种“上门兜售合同”的卖方必须向买方声明,买方有权在合同签署之后的3日内解除合同;如果没有作这样的声明,买方即有权在任何时候宣布解除合同,并且无须向卖方支付报酬;既然原告没有作过这样的声明,被告可以无代价地获得原告提供的利益。

对于双方的争议,负责起草判决书的 Ashby 法官首先概述了加州《民法典》的相关规定,^①包括其第 1689.5 条、^②第 1689.7 条、^③第 1689.7 条 e 款、^④第 1689.6 条、^⑤第 1689.11 条 c 款。^⑥

接着,他对此前的相关案例进行了讨论。他首先提到了加州上诉法院此前适用加州《民法典》第 1689 条解决类似争议的 Weatherall Aluminum Products Co. v. Scott 案。^⑦ 根据该案,加州制定法的上述规定适用于各种在买方家中订立的合同,即使是买方给卖方打电话,邀请其来买方家里签约的。Ashby 法官由此得出结论说,该案合同属于加州《民法典》第 1689 条所定义的上门兜售合同,由此,被告有权解除合同。

Ashby 法官继而援引了加州上诉法院判决的 Trumbo v. Bank of Berkeley 案^⑧和加州最高法院判决的 Sims v. Petaluma Gas Light Co. 案^⑨。根据前一判决,即使一个书面合同的买方有权使该合同归于无效,该合同本身以及卖方在该合同项下提供的服务或材料,在性质

① 在英美法系国家,每位参加案件审理的法官原则上应分别发表意见,但判决书通常先由一个法官起草,然后由其他法官表达赞同意见或其他意见。

② Civ. Code, § 1689.5,“上门兜售合同”(home solicitation contract)的定义。

③ Civ. Code, § 1689.7,卖方须通知买方有权在3日内解除合同。

④ Civ. Code, § 1689.7, subd. (e),买方有权在卖方向买方发出此类通知之前的任何时候宣布解除合同。

⑤ Civ. Code, § 1689.6,买方行使合同解除权的方式。

⑥ Civ. Code, § 1689.11, subd. (c),买方有权拒绝就卖方已经提供的服务支付报酬。

⑦ 71 Cal. App. 3d 245 [139 Cal. Rptr. 329].

⑧ 77 Cal. App. 2d 704, 709-710 [176 P. 2d 376].

⑨ 131 Cal. 656, 660 [63 P. 1011].

上却不一定违法或违反道德准则。根据后一判决,即使卖方不能根据一个明示的建筑合同获得赔偿,他仍有权就买方获取的建筑物在改进后的合理增值得到补偿。

在讨论上述制定法和先例的基础上,Ashby 法官陈述了让被告就该建筑物在装修后的增值对原告进行补偿的理由:(1)加州的制定法和判例法都没有禁止法院在此类案件中根据衡平法上的不当得利理论让提供服务的一方获得补偿。(2)该案中并不存在原告通过履行小部分的合同义务以规避法律或对原告进行强制的情况。^①(3)判决原告不能获得任何补偿是明显不公平的。^②

综上,通过阅读这个案件,学生可以了解到美国合同法近期发展的一些情况。第一,美国的合同法是在州的法律体系内获得发展的。^③第二,州法院是如何处理合同与不当得利的关系的。第三,州的制定法在法律发展的过程中起什么作用。第四,一个州的法院是怎样解释和适用该州的制定法的,是怎样做到既不与制定法的精神相违背又要实现公平和公正的结果的。第五,美国法院是如何奉行遵守先例原则的。

(二)案例的剪裁

一般而言,在将原文案例用于教学目的时,都需要对其进行剪裁,即把篇幅较长的原文案例的某些部分删去,将其缩减为较为精炼

① Ashby 法官的意思是,在上门兜售的情况下,卖方可能以买方已经使用货物或接受服务为理由,拒绝买方解除合同的要求,加州颁布该制定法正是为了防止这种情况,而在本案中,并没有发生此种规避或违反此种立法目的的情况。

② Ashby 法官写道:在本案中,被告是在原告实质性地完成了合同项下的工作并经过很长一段时间之后才行使制定法赋予他的合同解除权的;在此情况下,如果将该法的含义解释为,即便被告已经就其房屋的增值获得了几千美元的收益,原告也不能获得任何补偿,那将是显失公平的。

③ 总体上说,美国的私法(例如合同法、侵权法、财产法)是在各州发展的。美国的联邦法院在一定的情况下也审理私法案件,但其所依据法律是州的私法,所形成的判例成为州的判例法的组成部分。