



西南政法大学

Southwest University of
Political Science & Law

涉外法律实务系列

总主编 张晓君

海商法律实务

The Law and Practice of Maritime

主 编 / 王玫黎

副主编 / 倪学伟



厦门大学出版社 国家一级出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS 全国百佳图书出版单位

作者简介

(按章节顺序)

王玫黎,西南政法大学国际法学院教授,博士研究生导师,中国国际法学会理事,中国—东盟法律研究中心理事,中国太平洋学会常务理事,重庆国家安全学会常务理事,重庆海事仲裁委员会长江海事仲裁中心调解员等。主要授课研究方向:国际法和海商法。主要学术成就:出版《海商法学》《中国船舶油污损害赔偿制度研究》等专著8种,主编或参编《国际法学》等教材十余种,发表《我国船舶油污损害赔偿案件的法律适用——以国内法和国际法的关系为中心》《海事仲裁协议独立性探讨》等文章60余篇,其中核心期刊文章有30余篇,内容涉及国际法、海商法、民商法及法学理论等。联系方式:wangmeili@swupl.edu.cn

倪学伟,男,法学硕士,广州海事法院审监庭庭长,高级法官。曾任教于西南政法大学,讲授海商法、国际法等课程。主编著作《中国海商法通论》,担任本科教材《国际法》副主编,参加大型专著《走向二十一世纪的中国知识产权法》撰稿,发表有《国际海运惯例若干问题》《航海过失免责存废论》等论译文,共有90余万字的科研成果公开发表。联系方式:598758107@qq.com

刘畅,女,四川成都人,法学博士,现为西南政法大学国际法学院副教授、硕士研究生导师,主要研究方向为国际法、海商法,在《暨南学报(哲学社会科学版)》《社会科学家》等中文核心期刊发表学术论文十余篇,撰写个人专著1

海商法律实务 ●●●

部,合著1部,编写教科书等教辅资料4部,主持、参与多项国家社科基金项目及教育部和中国法学会等省部级课题并承担主要研究工作。联系方式:lchangang@163.com

禹华英,女,重庆人,西南政法大学副教授,硕士研究生导师,中国国际私法学会理事。1984年西南政法大学法律系本科毕业,获学士学位,2001年西南政法大学研究生法律专业课程进修班毕业。现任职于西南政法大学国际法学院国际私法教研室,主要从事国际私法和海商法的教学研究工作。著有《出入境与国际经贸法律问题研究》《法人与公证律师事务》《中国海商法通论》《海商法学》,并参编多部教材,在国家核心学术期刊杂志上公开发表《论海事国际私法中的法律适用》《国际技术贸易中的限制性商业条款》《海难救助的性质与法律适用》等多篇学术论文。1986年开始从事律师兼职工作,现为重庆丽达律师事务所兼职律师,承办各类民商事案件若干,其中包括涉外海商事的诉讼及非诉讼代理,积累了丰富的涉外法律实务实践经验。联系方式:qtxm411@126.com

陈小曼,女,重庆人,中国政法大学法学学士,英国南安普顿大学法学硕士,西南政法大学法学博士。现为西南政法大学民商法学院讲师,研究领域为公司法、证券法、海商法。曾赴英国牛津大学、美国芝加哥大学访问学习。在《政法论坛》《学术交流》《湘潭大学学报(哲学社会科学版)》《贵州民族学院学报(哲学社会科学版)》等期刊上发表学术论文十余篇,主持、参与多项国家社科基金项目及司法部、重庆市教委、校级课题,参编著作四种。联系方式:10605714@qq.com

张芷凡,女,四川泸州人,法学博士,西南政法大学国际法学院教师,从事海商法的教学研究。主持教育部、重庆市科研项目两项,并参与多项国家级、省部级项目,先后在《法学评论》《中国海商法研究》等刊物上公开发表论文数篇。联系方式:zhifan369@163.com

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



www.docsriver.com 商家 本本书店
内容不排斥 转载、转发、转卖 行为
但请勿去除文件广告宣传页面

若发现去宣传页面转卖行为，后续广告将以上浮于页面形式添加

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



编写说明

为全面贯彻落实教育部关于培养高层次卓越法律实务人才的相关精神,推进我校建设的教育部涉外法律人才教育培养基地建设,提高涉外法律人才教育教学质量,我们编写了《海商法律实务》一书。

《海商法律实务》一书在结构设计和内容安排上大胆创新,力求突出实务性。本书是以《中华人民共和国海商法》为基础来研究的,以我国海商法立法体系为主线,以海商法真实案例为素材,精选经典案例,摘编节选其原文,置于各章节知识内容之后,这既能保持案例的本来面貌,又能深化学生对基础知识和案例内容的理解和掌握,力求帮助学生切实有效地将知识转化为运用法律解决实际问题的能力,培养学生运用法律逻辑分析问题和独立思考的习惯。为此,本书旨在大力提倡以学生为中心、注重培养学生思辨批判能力和实务运用能力。本书适宜于法学高年级本科生和研究生,同样也适宜于学习涉外法律及其实务知识的其他读者。

本书是西南政法大学国际法学院组织编写的“涉外法律实务系列”丛书之一,主要由西南政法大学从事海商法教学与研究的教师与来自海事审判实务工作的法官共同编写,是各位作者集体智慧和研究心得的结晶。本书具体撰稿人及分工如下(以撰写章节先后为顺序):

第一章、第九章:王玫黎

第二章、第三章、第四章、第十一章:倪学伟

第五章、第七章:刘畅

第六章、第八章:禹华英

第十章:陈小曼

第十二章、第十三章:张芷凡

海商法律实务 ●●●

本书在编写过程中,得到原中国远洋控股股份有限公司董事会秘书张永坚的帮助和指导;另外,本书出版还受到厦门大学出版社及其编辑的大力支持,在此一并表示衷心的感谢!

虽然本书在结构设计和内容安排上都做了一定程度的新尝试,但是限于时间和水平,书中内容错误和遗漏之处恐在所难免,敬请各位读者惠予批评指正,俾便我们在本书再版时修订完善。

最后需要说明的是,本书各章节摘录的“案例裁决/法律文书”中注释符号和一些格式根据本书的编排格式做了一定的调整,特此说明。

编者

2017年3月

目 录

第一章 冲突法的一般问题·····	1
第一节 法律冲突·····	1
【知识点】·····	1
一、法律冲突产生的原因·····	1
二、法律冲突的解决·····	2
【知识背景】·····	4
【延伸阅读】·····	6
第二节 冲突规范·····	6
【知识点】·····	6
一、冲突规范的概念和结构·····	6
二、冲突规范的类型·····	9
三、系属公式·····	10
【知识背景】·····	12
一、冲突规范的软化趋势·····	12
二、单边主义与多边主义·····	13
【案例裁决/法律文书摘录】·····	14
【延伸阅读】·····	15
第三节 准据法·····	16

涉外民事关系法律适用实务 ●●●

【知识点】	16
一、准据法的概念及其选择方法	16
二、准据法的确定	18
三、先决问题准据法的确定	20
【知识背景】	21
一、适用外国法的相关理论	21
二、先决问题准据法的相关争议	21
【案例裁决/法律文书摘录】	22
【延伸阅读】	60
第二章 适用冲突规范的制度	61
第一节 识别	61
【知识点】	61
一、识别的含义	61
二、识别的冲突产生的原因	62
三、涉外民事法律关系适用法及司法解释中的规定	62
【知识背景】	62
一、关于识别对象的争论	62
二、关于识别依据的争论	63
三、“二级识别”问题	65
【案例裁决/法律文书摘录】	65
【延伸阅读】	66
第二节 反致	67
【知识点】	67
一、反致的概念及形式	67
二、反致产生的条件	68
三、涉外民事法律关系适用法及司法解释中的规定	68
【知识背景】	69

一、关于反致理论·····	69
二、反致的立法与实践·····	69
【案例裁决/法律文书摘录】·····	70
【延伸阅读】·····	71
第三节 法律规避·····	71
【知识点】·····	71
一、法律规避的含义·····	71
二、我国相关立法规定·····	72
【知识背景】·····	72
一、法律规避构成要件相关学说·····	72
二、法律规避的效力·····	73
【案例裁决/法律文书摘录】·····	74
【延伸阅读】·····	74
第四节 公共秩序保留·····	75
【知识点】·····	75
一、公共秩序保留的含义·····	75
二、公共秩序保留与相关概念的区别·····	75
三、我国公共保留秩序的相关立法·····	76
【知识背景】·····	77
一、公共秩序的内涵·····	77
二、关于公共秩序保留的理论·····	77
三、公共秩序保留在各国的立法·····	78
【案例裁决/法律文书摘录】·····	79
【延伸阅读】·····	80
第五节 外国法的查明·····	80
【知识点】·····	80
一、外国法的查明的含义·····	80
二、外国法查明的方法·····	81

涉外民事关系法律适用实务 ●●●

三、外国法不能查明时的解决办法·····	81
四、外国法适用错误时的补救措施·····	82
五、我国对外国法查明的相关规定·····	82
【知识背景】·····	83
对外国法性质认识的争议·····	83
【案例裁决/法律文书摘录】·····	86
【延伸阅读】·····	107
第三章 法律行为、代理和时效的法律适用·····	109
第一节 法律行为的法律适用·····	109
【知识背景/点】·····	109
一、法律行为及其法律冲突·····	110
二、法律行为的法律适用·····	110
三、我国的立法规定·····	112
第二节 代理的法律适用·····	113
【知识背景/点】·····	113
一、国际代理问题概述·····	114
二、民事代理关系的法律适用·····	114
三、关于代理法律适用的国际公约·····	118
四、我国立法之分析·····	119
【延伸阅读】·····	122
第三节 时效的法律适用·····	123
【知识背景/点】·····	123
一、时效的法律冲突·····	124
二、时效的法律适用·····	124
三、我国关于时效法律适用的规定·····	127
【案例裁决/法律文书摘录】·····	128
【延伸阅读】·····	130

第四章 婚姻家庭	131
第一节 结婚	132
【知识背景/点】	132
一、结婚实质要件的法律冲突和法律适用	132
二、结婚形式要件的法律冲突和法律适用	135
三、我国关于结婚法律适用的立法与实践	137
【案例裁决/法律文书摘录】	140
【延伸阅读】	148
第二节 离婚	149
【知识背景/点】	149
一、离婚的法律冲突	149
二、离婚的法律适用	150
三、我国关于离婚法律适用的立法与实践	152
【案例裁决/法律文书摘录】	154
【延伸阅读】	161
第三节 夫妻关系	162
【知识背景/点】	162
一、夫妻人身关系的法律适用	162
二、夫妻财产关系的法律适用	163
【案例裁决/法律文书摘录】	165
【延伸阅读】	176
第四节 父母子女关系	176
【知识背景/点】	176
一、父母与婚生子女关系的法律适用	177
二、父母与非婚生子女关系的法律适用	179
三、收养关系的法律适用	181
【案例裁决/法律文书摘录】	184

涉外民事关系法律适用实务 ●●●

【延伸阅读】·····	192
第五节 扶养与监护·····	192
【知识背景/点】·····	192
一、扶养的法律适用·····	192
二、监护的法律适用·····	194
【案例裁决/法律文书摘录】·····	196
【延伸阅读】·····	207
第五章 继承的法律适用法·····	208
第一节 法定继承·····	209
【知识背景/点】·····	209
一、法定继承准据法的确定·····	209
二、法定继承准据法的适用范围·····	211
三、我国关于法定继承法律适用的规定·····	216
【案例裁决/法律文书摘录】·····	218
第二节 遗嘱继承·····	220
【知识背景/点】·····	220
一、遗嘱的法律适用·····	221
二、我国关于遗嘱继承法律适用的规定·····	226
【案例裁决/法律文书摘录】·····	228
第三节 无人继承财产·····	231
【知识背景/点】·····	231
一、国家取得无人继承财产的依据·····	231
二、无人继承财产归属的法律适用·····	232
三、我国处理无人继承财产的国际私法规则·····	234
【案例裁决/法律文书摘录】·····	235
【延伸阅读】·····	237

第六章 物权的法律适用法·····	238
第一节 国际物权概述·····	238
【知识背景/点】·····	238
一、国际物权的含义·····	238
二、国际物权的法律冲突·····	239
第二节 物之所在地法原则·····	242
【知识背景/点】·····	242
一、物之所在地法原则的历史发展·····	242
二、物权依物之所在地法的理论根据·····	243
三、物之所在地的确定·····	244
四、物之所在地法原则的适用范围·····	245
五、物之所在地法原则的例外·····	247
第三节 信托·····	250
【知识背景/点】·····	250
一、信托的含义和特点·····	250
二、信托的法律冲突·····	251
三、信托的法律适用·····	252
第四节 国有化·····	253
【知识背景/点】·····	253
一、国有化的含义·····	253
二、国有化法令的效力范围·····	254
三、国有化的补偿问题·····	255
【案例裁决/法律文书摘录】·····	257
第七章 债的法律适用·····	265
第一节 涉外合同之债的法律适用·····	265
【知识背景/点】·····	265
一、法律适用的方法论·····	265

涉外民事关系法律适用实务 ●●●

二、缔约能力的法律适用	267
三、合同形式的法律适用	268
四、实质要件的法律适用	269
第二节 涉外非合同之债的法律适用	276
【知识背景/点】	276
一、涉外侵权之债的法律适用	276
二、涉外不当得利的法律适用	285
三、涉外无因管理的法律适用	286
第三节 我国涉外之债的法律适用	287
【知识背景/点】	287
一、涉外合同的法律适用	287
二、涉外侵权的法律适用	293
三、不当得利和无因管理的法律适用	295
【案例裁决/法律文书摘录】	296
【延伸阅读】	322
第八章 海事的法律适用法	326
第一节 船舶物权	327
【知识背景/点】	327
一、船舶物权及其法律冲突	327
二、有关船舶物权的国际公约	329
三、船舶物权的法律适用	329
【案例裁决/法律文书摘录】	331
【延伸阅读】	349
第二节 海上运输与保险	350
【知识背景/点】	350
一、海上货物运输及其法律适用	350
二、海上旅客运输	352

三、海上保险	354
【案例裁决/法律文书摘录】	355
【延伸阅读】	367
第三节 海上侵权行为	368
【知识背景/点】	368
一、船舶碰撞	368
二、海上油污损害	369
【案例裁决/法律文书摘录】	371
【延伸阅读】	387
第四节 共同海损	388
【知识背景/点】	388
一、共同海损及其法律冲突	388
二、共同海损理算规则	388
三、共同海损的法律适用	390
【案例裁决/法律文书摘录】	390
【延伸阅读】	399
第五节 海事赔偿责任限制	399
【知识背景/点】	399
一、海事赔偿责任限制及其法律冲突	399
二、有关海事赔偿责任限制的国际公约	400
三、海事赔偿责任限制的法律适用	402
【案例裁决/法律文书摘录】	403
【延伸阅读】	412
第九章 票据的法律适用法	414
第一节 概述	415
【知识背景/点】	415
一、概念	415

涉外民事关系法律适用实务 ●●●

二、票据关系	418
三、票据类型	420
四、票据行为	421
第二节 票据的法律冲突	426
【知识背景/点】	426
第三节 票据的法律适用	431
【知识背景/点】	431
一、票据行为人行为能力的法律适用	432
二、票据关系的法律适用	433
三、票据行为方式的法律适用	434
【案例裁决/法律文书摘录】	435
【延伸阅读】	468
第十章 航空的法律适用	475
第一节 国际航空运输责任概述	477
【知识背景/点】	477
一、华沙公约及其议定书	478
二、蒙特利尔公约	481
第二节 国际航空运输责任的内容	488
【知识背景/点】	488
一、概述	488
二、国际航空私法公约关于管辖权规定	488
三、国际航空运输责任的法律适用	491
【案例裁决/法律文书摘录】	494
【延伸阅读】	505
第十一章 知识产权的法律适用	531
第一节 知识产权概述	531

第二节 专利权的法律适用·····	533
第三节 商标权的法律适用·····	535
第四节 著作权的法律适用·····	537
第五节 《涉外民事关系法律适用法》关于知识产权问题的相关规定·····	539
第六节 标准必要专利·····	540
【案例裁决/法律文书摘录】·····	543
【延伸阅读】·····	547
一、标准必要专利——专利中的战斗机·····	547
二、标准必要专利并不绝对排斥禁令救济的适用——“Apple v. Motorola” 一案的启示·····	551

第一章

冲突法的一般问题

【内容摘要】国际私法主要是通过冲突规范援引准据法对涉外民商事关系进行间接调整的,因此冲突规范是国际私法的核心规范。本章将对冲突规范及其解决,在国际私法中用来解决法律冲突的冲突规范,以及经冲突规范援引以确定涉外民商事关系当事人实体权利义务关系的准据法的有关问题进行逐一的分析和探讨。

第一节 法律冲突



【知识点】

一、法律冲突产生的原因

从一般意义上讲,法律冲突是指两个或多个不同法律同时调整同一法律关系而在这些不同法律之间产生矛盾的社会矛盾。国际私法通说认为,涉外民事关系之所以会产生法律冲突,主要是因为以下若干因素的同时存在,同时作用,缺一不可:

(一) 各国民商事法律制度互不相同

由于各国的阶级性质、社会制度、经济发展水平以及历史文化传统等各方面存在较大差异,因而各自的法律制度差异较大,尤其是在民事法律制度方面,这种差异尤为突出。在遇到涉外民事关系时,就会提出应适用何国法律来解决当事人的权利和义务更为公平合理的问题。因此,各国民商事法律制度不同是民事法律冲突产生的内在原因。

(二) 各国存在大量的国际民事关系

各国之间存在正常的民事交往,结成大量的涉外民事关系,这是民事法律冲突产生的客观基础。如果各国只是民事法律制度互不相同,却没有民事往来或者很少往来,民事法律冲突也无从产生。

(三) 各国承认外国人在内国享有平等的民事法律地位

这种平等的民事法律地位体现在两个方面。一是如果内国法不允许外国人享有某项民事权利,也就不会出现外国人作为主体的民事法律关系,当然也不会产生民事法律冲突。二是如果外国人在内国居于凌驾内国人之上的特权地位,也无民事法律冲突可言。

(四) 各国在一定条件下承认外国民事法律在内国的域外效力

任何法律都有一定的效力范围,一般地说,公法常被认为只有域内效力,^①而民商事法则往往因国际民商事交往的需要而同时具有域外效力。而且随着国际经济联系的加强和全球化的到来,各国都会承认外国民商法的域外效力或承认内外国法律的平等地位。如一国承认某人根据外国法律而取得对物的所有权,承认根据外国法律而确定的婚姻、继承关系等等。正是因为各国对彼此民事法律效力的相互承认,才使民商事法律冲突成为现实。

二、法律冲突的解决

涉外民商事法律冲突是在涉外民商事交往与合作的过程中产生的,这种法律

^① 最近,国内有学者提出了“经济冲突法”的概念,意指公法领域也会产生法律冲突和法律适用问题。

冲突如果不能得到及时妥善的解决,涉外民商事关系就不能得到适当的调整,当事人的合法权益就不能得到应有的保障,进而反过来阻碍国际民商事交往与合作的顺利进行和正常发展。因而解决法律冲突是国际私法的重要任务和目标。具体的解决办法有两种:

(一)间接的解决办法

间接的解决办法亦称冲突规范的解决办法,是指通过国内法或国际条约中的冲突规范,指出某种涉外民商事法律关系应适用哪一国家的法律来确定当事人的民商事权利和义务,而没有直接明确地规定当事人权利和义务的方法。例如,1959年的《中华人民共和国和苏维埃社会主义共和国联盟领事条约》第20条规定:“缔约任何一方公民死亡后遗留在缔约另一方领土的财产,包括动产和不动产,均按财产所在地国的法律处理。”该规定只是明确了缔约一方公民死亡后遗留在另一方领土上的财产,应依据财产所在地国家的法律处理,而没有具体规定继承人的范围、顺序以及继承人的权利和义务等等。

间接的解决办法是最早被用来解决涉外民商事关系的法律适用的。在国际私法的学说史上,最早的法则区别说就采取了人法适用人的住所地法,物法适用物所在地法的间接的解决办法。目前所见的最早的国际私法立法——唐朝《永徽律》中的“化外人相犯”条款也是间接的解决办法。

运用冲突规范调整涉外民商事法律关系的方法之所以是间接的解决办法,是因为通过冲突规范调整涉外民商事法律关系要经过两个步骤:第一步是适用冲突规范,找出应该适用于涉外民商事法律关系的法律,即准据法;第二步是通过适用准据法来具体确定当事人的民商事权利义务。如此情形下,适用冲突规范找出准据法,对于确定涉外民商事法律关系的当事人的权利和义务来说,只是一个过渡性的间接步骤,因而称之为间接的解决办法。

间接的解决办法具有概括力强、机动灵活、能适用于所有类型的涉外民商事法律关系的优点。但是,随着涉外民商事法律关系的发展,间接的解决办法在实践中的局限性也凸显出来,这些局限主要有:第一,缺乏明确性和预见性。由于冲突规范本身不构成当事人作为或不作为的准则,不能直接确定当事人的权利和义务,根据它无法预见到法律行为的后果,因而缺乏法律应有的明确性和预见性。第二,缺

乏稳定性。在适用冲突规范的过程中,形成了公共秩序保留等制度,这些制度会限制甚至否定冲突规范的效力。再者,根据冲突规范的指定,某一涉外民事法律关系应该适用某国实体法时,如若该国没有相应的立法规定,当事人之间的权利义务也会处于不确定状态。

(二) 直接的解决办法

直接的解决办法亦称为用统一的实体规范解决的办法,是指通过国际条约和国际惯例中的直接规定当事人民事权利和义务的实体规范,调整涉外民事关系的办法。在国际私法上,直接规定当事人民事权利和义务的实体规范有两种:一种是国内法中专门调整涉外民事关系的实体规范,即国内实体规范;另一种是规定在国际条约和国际惯例中的实体规范,即统一实体规范。国际私法主要研究后一种类型的实体规范。例如,1980年的《联合国国际货物销售合同公约》,对国际货物买卖合同的成立及形式、买卖双方的义务、风险的转移、违约责任、免责条件等均做了明确规定。参加这个公约的国家在调整国际货物买卖关系时,便可直接依该公约的规定来确定买卖双方的权利和义务。

运用统一实体规范调整涉外民事法律关系,能够直接确定当事人之间的权利义务,从而避免了法律冲突,避免了就内国法和外国法做出选择问题。由于这种办法起着积极避免或预防法律冲突的作用,因此,它在本质上是避免和预防法律冲突的办法。

直接的解决办法较之间接的解决办法,更为明确、具体、固定和方便,更有利于消除国际经济贸易交往关系中的法律上的障碍。但也应当看到,在民族国家存在的时代里,由于各国的法律制度存在较大差异,某些领域内的法律问题还不可能通过国际条约和国际惯例加以统一。在不存在统一实体规范的领域,如婚姻家庭和继承领域内,解决有关涉外民事法律关系的法律冲突,只能采用冲突规范予以解决。如果一味夸大直接的解决办法的作用,甚至希望用其代替间接的解决办法,那就会使国际私法失去原有的特质。

【知识背景】

冲突法是一个颇具争议的法律部门。有人说“冲突法是一个烂摊子”,是一个

“阴郁沼泽”，“被一种想要拯救它的现实主义杀死了”，“冲突法有时已像法律的精神病院，它是一个产生古怪的固恋癖和精神分裂症似幻觉的地方”……传统冲突规则在美国受到了激烈的攻击，在所谓的美国冲突法革命中所提出的各种法律选择方法之间也因互相扞格而相互指责，似乎所有可能的方法都被尝试过，却没有一种能够让人满意。

冲突法产生以来，它便以跨国民商事关系这一涉及所谓“全球化”领域的问题为调整对象，到现在已经有超过八个世纪左右的时间了。为什么当“全球化”浪潮汹涌而至，跨国民商事交往急剧增多的情况下，专门以这种交往关系为调整对象的冲突法存在的意义反而受到质疑？如果冲突法是一种无用的规则，为什么在对传统冲突规则进行了最激烈的批判的美国法院中，彻底弃置冲突规则的主张却没有被那些“务实”的法官们所采纳？如果冲突法不是无用的，那么它在跨国交往中究竟扮演了以及应该扮演什么样的角色？

探讨冲突法的功能也许可以作为回答上述问题的适当途径，因为，法律“理论与法律实践中的很多争论往往都是对法的功能的不同理解引起的，或者是需要通过阐明法的功能而得到正确的解决”。吴文藻先生认为，“每一社会活动，不论是风俗、制度或信仰，都有它独特的功能，非先发现它的功能，不能了解它的意义”。

目前还没有关于冲突法功能的中英文专著出版。我国以冲突法的功能为主题的论文不多，在中国知网上搜索关键词“国际私法”并含“功能”，得到的结果为4篇，包括《经济全球化对国际私法的影响》《国际私法功能演进之研究》《准确适用准据法的精巧设置：识别制度功能驳正——兼析中华人民共和国民法典（草案）第九编之规定》和《试论公共秩序的功能与限制——对公共秩序制度下法官自由裁量权的思考》。

“功能分析理论必须要求明确地指出功能所助益的单位，法律功能也是如此，必须说明对某社会单位而言”，该法律的制度或规范所具有的功能。“这里所谓单位，指个人、次团体以及较大之社会结构乃至社会文化”，冲突法的功能也需要根据不同的助益对象进行理解。在冲突法的理论中，有着关于冲突法本位的讨论，徐崇利教授在《冲突法之本位探讨》一文中，将关于冲突法本位的理论与实践总结为“私人本位”、“政府本位（国家本位）”和“（国际）社会本位”。所谓私人本位指的是将冲

冲突解决问题的过程视为私人权利取得的过程,而社会本位是指将实现国际社会的整体利益视为解决冲突法解决问题的导向;政府(或者国家)本位则从在各国之间分配利益的角度来理解法律选择的过程。此外,一些学者将“后现代主义”理论引入冲突法研究(见本书第二章),用文化的视角观察冲突法现象,把“文化群体”带入我们的视野之内。因此,可分别在“私人维度”“国家维度”“社会维度”和“文化群体的维度”四个方面阐述冲突法功能。^① 足见冲突法的重要性和冲突规范的不可替代性。

【延伸阅读】

1. 黄进:《论宪法与区际法律冲突》,载《法学论坛》2003年第3期。
2. 肖永平:《冲突法理论的价值追求》,载《河南省政法管理干部学院学报》2007年第3期。
3. 王晨宇:《冲突法功能论》,吉林大学博士论文,2012年。

第二节 冲突规范



【知识点】

一、冲突规范的概念和结构

(一)冲突规范的概念

冲突规范,又称法律适用规范或法律选择规范,是指由国内法或国际条约规定的,在处理涉外民商事法律关系时指明应该适用何国实体法的规则。冲突规范是国际私法所特有的规范,具有以下特点:

(1)就其内容而言,冲突规范仅指明某种涉外民商事关系应适用何种法律,以

^① 摘自王晨宇:《冲突法功能论》,吉林大学博士论文,2012年。

期公平合理地处理这种关系,而并不直接规定涉外民商事法律关系当事人的权利与义务。它有别于实体法规范,是一种法律适用规范。

(2)就其性质而言,冲突规范也不同于程序法规范,它是一种法律选择规范。程序法规范主要是调整和确定当事人主张其实体权利时所应遵循的程序、所处的程序法地位以及彼此之间形成的程序权利义务关系。冲突规范则是通过在相冲突的民商事法律中做出选择以实现对外民商事关系的调整。

(3)就其作用而言,冲突规范对外民商事法律关系仅起着间接调整的作用。冲突规范本身并不能直接确定当事人的权利义务而发生直接调整的作用,它必须与经过它所援引的某一特定的实体法结合起来,才能发挥调整当事人权利、义务的作用。这种间接调整的作用是冲突规范有别于其他法律规范的一个显著特点。

(4)就其结构而言,冲突规范具有不同于一般法律规范的特殊结构。一般的法律规范在结构上都由三个部分组成,即规范适用的条件、概括的行为模式和法律后果。冲突规范则有着十分特殊的结构,即仅由范围和系属两部分组成。

(二)冲突规范的结构

如上所述,冲突规范由范围和系属两部分组成。范围指明该规范所要调整的法律关系,系属则指出调整该法律关系所应适用的法律。

在冲突规范的系属中,有一个很重要的组成部分,就是连结点,亦称为连结因素或连结根据,它是冲突规范借以确定涉外民商事法律关系应当适用什么法律的根据。例如,在“不动产物权关系,适用不动产所在地法”这条冲突规范中,“不动产所在地”就是连结点。

1. 连结点的意义

在冲突规范中,连结点的意义表现在两个方面:从形式上看,连结点是把冲突规范中“范围”所指的法律关系与一定地域的法律联系起来的纽带和媒介。冲突规范之所以是一种间接规范,是因为它并不直接规定当事人的权利义务,而只是通过连结点去援引某一法律来确定当事人的权利义务。从实质上看,这种纽带或媒介又反映了该法律关系与一定地域的法律之间存在着内在的实质的联系或隶属关系。因此,对不同法律关系连结点的选择不是任意的,它必须在客观上确实能体现这种内在的联系。正如英国学者威希尔和诺斯曾指出的那样,所谓“连结点”或“连

结因素”，就是指那些能在法院需要处理的事实情况与某一特定法域之间建立起“自然联系”的明显事实。^①

2. 连结点的分类

(1)客观连结点和主观连结点。客观连结点主要有国籍、住所、居所、物之所在地、法院地等，这种连结点是一种客观实在的标志。主观连结点主要包括当事人之间的合意和最密切联系地，二者所不同的是意思自治是由当事人商定，而最密切联系地由法官确定。

(2)静态连结点和动态连结点。静态连结点是不变的连结点，它主要指不动产所在地以及涉及过去的行为或事件的连结点，如婚姻缔结地、合同缔结地、法人登记地、侵权行为发生地等。静态连结点比较容易据此确定涉外民事关系应适用的法律。动态连结点是可变的连结点，如国籍、住所、居所、所在地等。动态连结点的存在，一方面加强了冲突规范的灵活性，另一方面也为当事人规避法律提供了可能的条件。此外，动态连结点常导致一个涉外民商事关系与在不同时间阶段发生变化了的连结点指向的不同法律相联系，从而形成法律适用上的冲突。为此，冲突规范就有对连结点做出时间限定的必要。

(3)连结点的选择

连结点的选择，是在一个法律关系诸多构成要素中，选择一个最能反映“范围”中所要解决的问题的本质，并以与之存在密切联系的要素作为连结点，以指引准据法的选择，从而公平合理地解决涉外民商事纠纷。

连结点的选择是有客观依据的，连结点必须反映范围与所适用的法律之间内在的联系，因此，它的确立既不是任意的也不是虚构的，而应是慎重的和实际的。此外，连结点作为冲突规范系属中的一个重要组成部分，其确立不是偶然的，也不是僵固不变的。它的产生、形成和发展，与一国的政治、经济条件以及国际民商事交往与合作实践的发展都是密切相关的。^②而且冲突规范的不断发展与完善、法

^① 参见李双元：《国际私法（冲突法篇）》，武汉大学出版社1987年版，第134页。

^② 例如，在侵权领域，除一般的侵权行为外，还出现了有关产品责任、交通事故、环境污染、国际欺诈、诽谤、不正当竞争等多种特殊的侵权行为，使得侵权关系日趋多样化、复杂化。

律选择的日趋公平与合理,在很大程度上都直接取决于连结点的不断改良和优化。

(4) 连结点的冲突

德国法学家卡恩提出了“连结概念的冲突”。例如,两个国家的冲突法都规定,侵权行为依侵权行为地法,但两国对侵权行为地的理解不同:一国认定加害行为发生地是侵权行为地,而另一国家认定后果发生地为侵权行为地,这就产生了连结点的冲突问题。

至于如何解决连结点的冲突问题,由于它实质上是识别问题的一个方面,因而应通过识别加以解决。

二、冲突规范的类型

根据冲突规范中系属的不同规定,可以将冲突规范分为以下四种基本类型:

(一) 单边冲突规范

单边冲突规范,是直接规定某种涉外民商事法律关系只适用内国法或只适用外国法的冲突规范。这种冲突规范的系属中只有一个连结点,并且直接表明了该结点是内国或者外国。指明适用内国法是单边冲突规范最常见的一种形式,如我国《合同法》第126条第2款规定:“在中华人民共和国境内履行的中外合资经营企业合同、中外合作经营企业合同、中外合作勘探开发自然资源合同,适用中华人民共和国法律。”直接指明适用外国法的情况比较少见,如苏联1969年颁布的《苏俄婚姻家庭法典》第162条第4款规定:“外国人在苏联境外按照有关国家的法律结婚,苏俄承认有效。”

(二) 双边冲突规范

所谓双边冲突规范,是指其系属并不直接规定适用内国法或外国法,而只规定一个可供推定的系属,并据此结合涉外民商事法律关系的具体情况去确定应适用某一国家的法律的冲突规范。例如,我国《涉外民事关系法律适用法》第11条规定:“自然人的民事权利能力,适用经常居所地法律。”其中的“经常居所地法律”就是一个需要推定的系属。据此,如果经常居所地在内国就适用内国法;反之,则适用外国法。可见,双边冲突规范所指定的准据法既可能是内国法,也可能是外国法,在法律适用上体现了对内外国法律的平等对待。

(三) 重叠适用的冲突规范

重叠适用的冲突规范,是指其系属所规定的两种或两种以上法律必须同时适用于某种涉外民商事关系的冲突规范。例如,1902年《海牙离婚公约》第2条规定:“离婚之请求,非依夫妇之本国法及法庭地法均有离婚之原因者,不得为之。”这表明,离婚问题必须同时适用夫妇之本国法和法院地法,只有二者均认为有离婚原因时,才准许当事人离婚。

(四) 选择适用的冲突规范

选择适用的冲突规范就是其系属中有两个或两个以上的连结点,但只选择其中之一来调整某一涉外民商事法律关系的冲突规范。依照选择法律的方式,可将这类冲突规范分为两类:

(1) 无条件选择适用的冲突规范。在这种规范中,法院可以任意或无条件地选择系属中的若干连结点中的一个来调整某一涉外民商事法律关系。例如,《涉外民事关系法律适用法》第33条规定:“遗嘱效力,适用遗嘱人立遗嘱时或者死亡时经常居所地法律或者国籍国法律。”

(2) 有条件选择适用的冲突规范。它是指系属中有两个或两个以上的连结点,但只允许依顺序或有条件地选择其中之一来调整某一涉外民商事关系的冲突规范。如我国《涉外民事关系法律适用法》第21条规定:“结婚条件,适用当事人共同经常居所地法律;没有共同经常居所地的,适用共同国籍国法律;没有共同国籍,在一方当事人经常居所地或者国籍国缔结婚姻的,适用婚姻缔结地法律。”显然,本冲突规范所列举的准据法有三个,但在适用时,必须遵循一定的顺序,即在三个不同的系属中不能适用前一系属指向的法律时,才能适用后一系属所指向的法律。

三、系属公式

在国际私法理论中,往往把一些解决法律冲突的原则公式化,使其成为固定的系属,以解决同类性质法律关系的冲突问题。这种公式化、固定化的系属就是系属公式。常见的系属公式主要有以下几种:

(一) 属人法

属人法,是以法律关系当事人的国籍、住所等作为连结点的系属公式。属人法

一般用来解决人的身份、能力及亲属、继承关系等方面的法律适用问题。属人法还可以分为自然人属人法和法人属人法。

(二)物之所在地法

物之所在地法,是以涉外民商事关系客体所指的标的物所在地为连结点的系属公式,常常用来解决物权尤其是不动产物权关系的法律适用问题。

(三)行为地法

行为地法,是指民事行为发生地国家的法律。这是以行为地为连结点的一个系属公式。起源于“场所支配行为”这一古老的法律谚语,主要用来解决法律行为有关方面的法律适用问题。由于法律行为的性质不同,“行为地法”在实践中主要表现为以下几种形式。

(1)合同缔结地法。一般用来解决合同的成立、合同内容的合法性、合同的方式等方面的法律适用问题。

(2)合同履行地法。一般用来解决合同履行方面的法律适用问题,有时也可用来解决有关合同内容及其有效性方面的法律适用问题。

(3)婚姻缔结地法。一般用来解决涉外婚姻关系尤其是婚姻方式方面的法律适用问题。

(4)侵权行为地法。一般用来解决涉外侵权行为之债的法律适用问题。在实践中,对于侵权行为地法有侵权行为实施地法和损害结果发生地法两种理解。

(5)遗嘱订立地法。一般用来解决遗嘱的成立、遗嘱的方式等方面的法律适用问题。

(四)法院地法

法院地法,是以审理涉外民商事案件的法院所在地为连结点的系属公式,一般用来解决涉外民商事诉讼程序方面的法律适用问题。不过从现代各国立法和有关国际条约的规定来看,这一系属公式也可用于某些实体问题法律冲突的解决,例如,根据我国《民法通则》《海商法》《民用航空法》和其他有关法规,解决离婚、船舶优先权、民用航空器优先权、公海或公海上空的侵权行为、海事赔偿责任限制等问题的法律冲突,均可适用法院地法。除此之外,在有关国家对于冲突规范的解释(即识别问题)发生冲突、冲突规范所援引的外国法违反法院地国的公共秩序、国内

立法和国际条约中没有可资适用的实体法时,通常也会适用或代之以法院地法。

(五) 旗国法

旗国法是以旗帜所属国为连结点的系属公式,一般用来解决船舶、航空器等运输设备的物权关系及其在运输过程中产生的纠纷的法律适用问题。

(六) 当事人合意选择的法律

当事人合意选择的法律,是以双方当事人的合意为连结点的系属公式。该系属公式,主要用于解决涉外合同的法律冲突问题。由于这一系属公式表明法律承认双方当事人有共同协商选择法律的自主权,故又称之为意思自治原则。

(七) 最密切联系国家的法律

最密切联系国家的法律这是指与涉外民事法律关系有最密切联系的国家的法律,是 20 世纪 50 年代以后出现的一个比较新的系属公式。这种方法可以被认为是法律关系本座说的继承和发展。目前,它既是一项有关法律的指导原则,又作为一个系属公式大量出现在冲突规范中,用于解决各种不同性质的涉外民商事关系,尤其是涉外合同关系的法律适用问题。

【知识背景】

一、冲突规范的软化趋势

传统的冲突规范是按照萨维尼的法律关系本座说理论建立起来的。萨维尼认为,每一项法律关系只存在一个本座,所以传统冲突规范中的系属只有一个连结点。这一个连结点所指定的一个特定的法域,并不一定能够反映法律关系中常常存在着的多种连结因素;被指引作为准据法的法律,也不一定为法院所了解。这种机械性和相当程度的盲目性,都可能导致对当事人不公正的结果。为此,传统的冲突规范受到了不少学者的批判和非难。他们纷纷提出反映时代要求以及现实需要的变革措施,以求增强冲突规范的灵活性和适应性,其结果就是冲突规范愈益体现出的软化趋势。

(1)用灵活性冲突规范代替传统的“硬性规范”。主要表现在“当事人意思自治”原则和“最密切联系原则”的采用,这都无疑是对冲突规范的一种软化处理。

(2)增加连结点的数量,从而增加法律适用的可选性。目前,各国冲突法中的选择适用的冲突规范大量增加,规定多个连结点是软化冲突规范的一种有效方法。

(3)对于法律关系的不同方面进行分割,对不同部分或不同环节规定不同的连结点。早在中世纪,有学者主张有关违法合同的问题由履行地法支配。有关合同的其他问题由合同订立地法支配。这种分割法在目前有了进一步发展的趋势,因为法律关系往往由不同的方面和环节构成,并且部分与部分之间、环节与环节之间往往具有相对的独立性,它们常常有自己的重心,一概要求所有的方面和环节受一个连结点指引的法律支配,不可避免地具有机械性。因此,对同一法律关系的不同方面或环节进行划分,并规定不同的连结点,相对增加连结点的数量,也是软化传统冲突规范的一种有效方法。^①

二、单边主义与多边主义

在国际私法领域,存在着单边主义和多边主义的法律选择方法。对于单边主义法律选择方法,国内多位学者对其进行了专题研究并对其概念做了界定,例如有学者提出:“单边主义法律选择方法主要是指从法律规则本身而不是法律关系出发,通过将实体规则类型化的方法来确定其适用范围,从而解决法律适用冲突问题。”^②也有学者提出:“该法律选择方法通常不经过援引冲突规范,而是直接适用某一特定实体法。单边主义法律选择方法的实质是认为实体规则有其固有的适用范围,通过分析实体规则的适用范围可以决定法律适用问题,从而最终解决多元法律体系之间的法律冲突。”^③一般认为,单边主义法律选择方法起源于意大利的法则区别说。例如,我国《涉外民事关系法律适用法》第4条规定:“中华人民共和国法律对涉外民事关系有强制性规定的,直接适用该强制性规定。”该条便是一条典型的单边主义的法律选择方法。

^① 参见李双元、张明杰:《论法律冲突规范的软化处理》,载《中国法学》1989年第2期。

^② 参见李春峰:《从法律选择方法的演变看国际私法的价值定位》,载《西部法学评论》2009年第4期第86页。

^③ 参见宋晓:《当代国际私法的实体取向》,武汉大学出版社2004年版,第24页。

在国际私法领域,多边主义方法是指通过连结点将各类国际民商事法律关系“场所化”或“分配到”固定国家或地区,最后适用该特定国家或地区的法律。^① 多边主义方法是从萨维尼 1849 年《现代罗马法体系》(第八卷)的出版而得以体系化的。多边主义法律选择方法的本质是从法律关系本身出发,而不是从法律规则出发。大陆法系的多边主义法律选择方法是由萨维尼的法律关系本座说所确立的,“为每一类法律关系寻找其本质上所属的地域”,即萨维尼所创立的多边主义方法。普通法系的多边主义法律选择方法的理论基础是既得权理论和最后行为理论,代表性的学者是美国的比尔。

在国际私法历史中,不管是单边主义还是多边主义都没有能够达到完全的至高无上性。而在今天的国际私法中,尤其是在美国,这二者不但能够共存,而且能够相互影响。对此,莱弗拉尔(Robert A. Leflar)指出,当代国际私法判例援引的范围很广,不只是依赖于某个单一的法律选择理论,而是融合了几种不同的理论来取得案件的结果。^②

【案例裁决/法律文书摘录】

一、美国最高法院 1979 年审理的杜克诉豪森案

该案原告是一名妇女,被告是一个患有性病(淋病)的男子,他们在旅行途中发生性关系,地点依次为弗吉尼亚州、纽约州、宾夕法尼亚州、艾奥瓦州、内布拉斯加州和纽约州。后来,原告染上了淋病,当她发现被染上性病时,并未提起诉讼。过了近 4 年时间,到她病情恶化时,才向被告住所地州——怀俄明州联邦地方法院对被告提起侵权之诉。由于怀俄明州关于侵权行为的诉讼时效是 4 年,该州联邦地区法院根据陪审员的裁决作出判决:被告应向原告偿付补偿性赔偿费 30 万美元,惩罚赔偿费 100 万美元。被告以该案超过诉讼时效为由,向美国最高法院提起诉讼。最高法院引用《第一次冲突法重述》第 377 条关于侵权行为地的规定:“过错地

^① 参见李春锋:《从法律选择方法的演变看国际私法的价值定位》,载《西部法学评论》2009 年 4 期。

^② Robert A. Leflar, The Nature of Conflicts Law, 81 Colum. L. Rev. 1080(1981).

点是指行为人需要对其侵权行为负责的最后事件发生地”，认为被告的侵权行为地是纽约州，该案的诉讼时效依纽约州的时效法。而纽约州关于侵权行为的诉讼时效是3年。因此，本案已超过诉讼时效，结果被告胜诉。

二、巴布科克诉杰克逊夫妇案

1963年9月，住所在美国纽约州的杰克逊夫妇邀请同住在一城的巴布科克小姐一同驱车去加拿大周末旅游。汽车由杰克逊夫妇驾驶。在加拿大安大略省，汽车突然失控发生车祸，致使巴布科克小姐严重受伤。巴布科克小姐回到纽约后便向法院提起诉讼，要求杰克逊夫妇赔偿损失。根据安大略省的法律规定，除以赢利为目的的运载乘客外，汽车的所有者和驾驶者对乘客因车祸造成的损失概不负责。但纽约州法律规定被告在这种情况下应负赔偿责任。被告以侵权行为地为由，要求法院适用安大略省法律，驳回原告提出的赔偿要求。初审法院作出判决支持被告的主张，原告不服遂提出上诉。

在本案中，初审法院的判决无疑很难让美国人接受，因为本案中纽约州无疑与该案更有密切的联系，后来上诉法院按照最密切联系原则，最终确定适用纽约州的法律作为本案的准据法。

【延伸阅读】

1. [德]萨维尼：《法律冲突与法律规则的地域和时间范围》，李二元等译，法律出版社1999年版。
2. 肖永平：《中国法学界研究冲突法的路径》，载《政法论坛》2005年第4期。
3. 徐冬根：《论国际私法的柔性化与刚性化》，载《法制与社会发展》2003年第3期。
4. 吕岩峰：《准据法及其理论与方法论纲》，载《吉林大学社会科学学报》2004年第5期。

涉外民事关系法律适用实务 ●●●

第三节 准据法



【知识点】

一、准据法的概念及其选择方法

(一) 准据法的概念

准据法是国际私法所特有的概念,是指经冲突规范制定援用来确定国际民商事关系当事人具体权利和义务的特定的实体法。这里的实体法,不仅包括经冲突规范指引的某一主权国家的实体法或某一主权国家内具有独特法律制度的法域的实体法,还包括经冲突规范指引的某一国际条约或国际惯例中的统一实体法规定。

(二) 准据法的选择方法

准据法的选择方法是立法机关在制定冲突规范和司法机关在处理涉外民商事争议适用冲突规范时可供采用的方法。通常认为有以下几种选择方法:

1. 依法律的性质选择准据法

该方法起源于13—14世纪意大利法则区别说。虽然“法则区别说”关于人法物法的划分并不科学,但作为一种方法一直为国际私法的理论和实践所承认。直到现在,在处理涉外民商事法律关系时,仍会考虑它所涉及的内国法和外国法究竟是强行法还是任意法,是属地发还是属人法,然后再决定选择哪一国的法律。这种方法仍是一个具有价值的准据法确定方法。

2. 依法律关系的性质选择准据法

这是萨维尼首先提出的理论。这种方法是在法律关系本座说中创立的,摆脱了法则区别说在选择准据法的方法论上的束缚。它不是从分析法律本身的性质入手,然后套用具体的法律关系,而是从分析法律关系的性质入手,然后依次确立应适用于该法律关系的法律。这种方法对之后的国际私法理论和立法均产生了重大影响。