

厦门大学国际经济法文库 总主编/陈安

《鹿特丹规则》下的强制性体制研究

—— 基于规范效力的一种分析

A Study on the Mandatory Régime of the
Rotterdam Rules

—— An Analysis Based on the Legal Effect of the Norms

◎ 胡长胜 / 著



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

国家一级出版社
全国百佳图书出版单位

厦门大学国际经济法文库 总主编／陈 安

《鹿特丹规则》下的强制性体制研究

—— 基于规范效力的一种分析

A Study on the Mandatory Régime of the
Rotterdam Rules

—— An Analysis Based on the Legal Effect of the Norms

◎ 胡长胜 / 著



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

国家一级出版社
全国百佳图书出版单位

图书在版编目(CIP)数据

《鹿特丹规则》下的强制性体制研究:基于规范效力的一种分析/胡长胜著.

—厦门:厦门大学出版社,2013.4

(厦门大学国际经济法文库/陈安主编)

ISBN 978-7-5615-4434-1

I. ①鹿… II. ①胡… III. ①海上运输-国际运输-货物运输-国际公约-研究 IV. ①D993.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 062606 号

厦门大学出版社出版发行

(地址:厦门市软件园二期望海路 39 号 邮编:361008)

<http://www.xmupress.com>

xmup@xmupress.com

厦门市明亮彩印有限公司印刷

2013 年 4 月第 1 版 2013 年 4 月第 1 次印刷

开本:720×970 1/16 印张:22.75 插页:2

字数:378 千字 印数:1~1 200 册

定价:40.00 元

如有印装质量问题请与承印厂调换

总 序

国际经济法是发展中的边缘性法学学科。在世界范围,国际经济法作为独立的法学学科,已有近 60 年的发展史。在中国,经过 20 多年的发展,国际经济法已成为法学各学科中理论研究最活跃、实践性最强的学科之一。当前,在经济全球化和中国加入世界贸易组织的新形势下,国际经济法更呈现其鲜明的时代性和蓬勃的生命力。

得改革开放风气之先,厦门大学在我国较早开展国际经济法的教学和研究。经原国家教委批准,厦门大学于 1981 年和 1985 年在全国率先招收国际经济法专业硕士生和本科生,1986 年开始招收国际经济法专业(1997 年后调整扩大为国际法专业)博士生。1987 年成立厦门大学国际经济法研究所。1995 年,厦门大学“国际经济法及台港澳法研究”学科点被列为全国高校“211”工程重点建设项目。2002 年,厦门大学国际法专业由教育部批准为国家重点学科。长期以来,厦门大学国际法专业学术群体秉承“自强不息,止于至善”的校训,囊萤映雪,开展了一系列国家急需的国际经济法理论和实务研究工作,为我国的法治建设和学科发展作出了应有的贡献。同时,经过不断探索,本专业逐渐形成“出人才”和“创成果”相互促进、相辅相成的研究生培养模式,培养了大批“懂法律、懂经济、懂外语”的国际经济法专门人才。

把本专业建成我国国际法领域的重要研究基地和人才培养基地是我们的奋斗目标。“厦门大学国际经济法文库”的编辑出版,是本专业学科建设和发展的长期性工作。“文库”的宗旨是以系列学术专著的形式,集中展现国际经济法领域的专题研究成果,促进学术和社

会发展。“文库”立足出版厦门大学学者、校友在国际经济法领域的研究成果,更欢迎海内外国际经济法学者惠赐佳作。“文库”坚持作品的原创性标准,崇尚严谨治学,鼓励学术创新和争鸣。在出版国际经济法专家学者力作的同时,尤其关注国际经济法学界的新人新作,包括在优秀博士学位论文基础上发展的学术专著。我们期望“文库”成为国际经济法专家学者辛勤耕耘的园地,源源不断地产出智慧之果,启迪思想,弘扬学术。同时,更希望“文库”发挥国际经济法“智库”的功能,为我国的国际经济条约实践、涉外经贸立法以及涉外经贸实务提供有益的理论指导或参考。

“厦门大学国际经济法文库”编辑委员会

2003年6月2日



前 言

自 1924 年《统一提单若干法律规则的国际公约》、《经 1968 年 2 月 23 日议定书修订的统一提单若干法律规则的国际公约》及 1978 年《联合国海上货物运输公约》(以下分别简称《海牙规则》、《海牙—维斯比规则》、《汉堡规则》)依次生效以来,国际海上货物运输法领域的法律冲突愈加明显。据统计,目前国际社会中存在至少 5 种海上货物运输法律制度^①和至少 9 种承运人的责任限制规定^②。在这种背景下,自 1996 年联合国国际贸易法委员会(以下简称 UNCITRAL)第 29 届会议开始,国际社会开始了制定一项新的海上货物运输公约的努力。2008 年 12 月 11 日,联合国第 63 届大会以 A/RES/63/122 号决议通过了《联合国全程或部分途程海上货物运输合同公约》,又称《鹿特丹规则》。至此,历时 12 年的努力才告结束。

一、本书的选题意义

作为海上货物运输立法的最新成果,《鹿特丹规则》代表着海上货物运输立法的最新发展方向。《鹿特丹规则》的现有研究成果中,尚未见到以规范效力为进路展开的研究。“强制性是海上货物运输合同和其他运输合同法律最大的不同之处”^③,本书以法律规范的基本分类作为分析的逻辑起点,选取“强制性体制”这一命题和视角对《鹿特丹规则》进行分析研究。其意义在于,通过揭示《鹿特丹规则》强制性体制对《海牙规则》、《海牙—维斯比规则》、《汉堡规则》强制性体制的变化发展,对强制性体制的本质、价值取向、未来发展趋势等问题进行分析,并为我国国内立法提供借鉴和参考。

① 朱曾杰:《论海上货物运输法的国际统一》,载《海商法研究》1999 年第 1 卷。

② 张湘兰:《国际海上货物运输中的赔偿限额问题剖析》,载《法学评论》1996 年第 2 期。

③ 尹东年、郭瑜:《海上货物运输法》,人民法院出版社 2000 年版,第 46 页。

本书的创新之处有以下几点:第一,选取全新的视角对《鹿特丹规则》进行研究,从而建立起独立的学术进路,对《鹿特丹规则》下的强制性体制作了全面的分析。第二,对强制性体制的本质提出了独立的学术观点,认为强制性体制的本质是采用立法手段对格式条款进行规制。第三,利用最新文献资料,对《鹿特丹规则》下承运人及货方的义务与责任和《海牙规则》、《海牙—维斯比规则》、《汉堡规则》对比并作了较为深入的分析,进而揭示强制性体制价值取向的变化:强制性体制更加公平地对待承运人与货方利益。第四,通过分析揭示《鹿特丹规则》下强制性体制存在着例外。这种例外以货物控制权制度下的任意性规则以及批量合同制度为典型代表。而这种例外代表着强制性体制的最新发展趋势。第五,通过对货物控制权制度下的任意性规则进行分析,认为该制度下的任意性规则可能会影响货物控制权制度在实践中的运作效果。第六,对我国国内海上货物运输立法中的强制性体制进行了分析考察,提出国内水路货物运输立法中不存在强制性体制的原因在于有其他格式条款规制手段的存在。第七,认为强制性体制在一段时间内仍会存在,强制性体制是否消失取决于立法者对格式条款规制手段的选择。

二、国内外研究现状与文献综述

(一)《鹿特丹规则》的研究现状与文献

在《鹿特丹规则》起草过程中及通过后,国内外学术界一直对有关论题保持了较高的研究热情。从国内来看,学界的研究主要涉及《鹿特丹规则》的整体分析、承运人责任、货物控制权、批量合同、海运履约方等内容。代表性论文有:司玉琢教授发表在中国海商法年刊2009年第1—2期的《〈鹿特丹规则〉的评价与展望》及第3期的《承运人责任基础的新构建——评〈鹿特丹规则〉下承运人责任基础条款》;郭萍、李晓枫发表在《国际经济法学刊》2009年第2期的《海运承运人单位赔偿责任限额问题的国际变革——兼评联合国〈鹿特丹规则〉》;郭萍、张文广发表在《环球法律评论》2009年第3期的《〈鹿特丹规则〉述评》;朱曾杰先生的《关于〈全程或部分海上货物运输国际公约〉草案中的若干问题》一文等等。笔者查阅到的博士论文中有6篇涉及《鹿特丹规则》或其草案,分别为:章博博士学位论文《〈鹿特丹规则〉研究:制度创新与借鉴——从承运人识别到货物控制权》;韦经建博士学位论文《寻找流失的契约自由——以海上货物运输法为线索》;闻银玲博士学位论

文《海运履约方法律制度研究》;李章军博士学位论文《国际海运承运人责任制度研究》;向力博士学位论文《国际海上货物运输公约外部关系公约——以〈鹿特丹规则〉为主要考察对象》;姚莹博士学位论文《国际海上货物运输中的权利转让——以 UNCITRAL〈运输法公约(草案)〉为视角》。国内以《鹿特丹规则》为研究对象的专著目前仅有 1 本,由司玉琢、韩立新教授主编,2009 年 12 月由大连海事大学出版社出版的《〈鹿特丹规则〉研究》。该书以《鹿特丹规则》起草过程中的会议文件资料为基础,对《鹿特丹规则》作了逐条解读,并将《鹿特丹规则》与我国国内法,主要是《中华人民共和国海商法》(以下简称《海商法》),进行了比较研究。

比较而言,国外有关《鹿特丹规则》的研究文献更为丰富。代表性论文有载于 2009 年《劳氏海商法与商法季刊》第 4 期的《鹿特丹规则》一文;载于美国《海商法与商务杂志》第 40 卷 2009 年 10 月号的《〈鹿特丹规则〉下批量合同概念的法律与经济分析:若干问题的认识》一文及第 37 卷 2006 年 10 月号的《海上货物多式联运中的法律冲突:联合国国际贸易法委员会〈[全程或部分][海上]货物运输公约草案〉》;载于《佩斯国际法评论》第 20 卷 2008 年春季号的《中途停运与货物控制权:法律冲突?》一文;载于《德克萨斯国际法杂志》第 44 卷 2009 年春季号的《〈鹿特丹规则〉第 10 章:控制运输途中货物》一文以及第 39 卷 2003 年秋季号的《联合国国际贸易法委员会运输法项目:工作进程回顾》一文;收录在《2009 年上海海商法国际研讨会论文汇编》中的《〈鹿特丹规则〉下的运输单证及单证托运人》一文等等。

国外与《鹿特丹规则》有关的专著目前主要有 3 本:一本为 Informa 出版社 2009 年 6 月出版的由英国南安普敦大学教师 Yvonne Baatz、Charles Debattista、Filippo Lorenzon、Andrew Serdy、Hilton Staniland、Michael Tsimplis 合著的《鹿特丹规则:实践注解》(*The Rotterdam Rules: A Practical Annotation*)。该书以英国法为背景,采取比较分析的研究方法,以逐条注解为具体写作形式,重点对《鹿特丹规则》与英国海上货物运输案例法、成文法的异同,《鹿特丹规则》对英国所可能产生的影响从实践的角度进行了比较分析。对《鹿特丹规则》与《海牙规则》、《海牙—维斯比规则》、《汉堡规则》的异同该书也有所涉及。一本为 Lawtext Publishing Limited 公司 2009 年 9 月出版的《海上货物运输新公约——〈鹿特丹规则〉》(*A New Convention for the Carriage of Goods by Sea—The Rotterdam Rules*)。该书由英国斯旺西大学(Swansea University)法学院国际航运与贸易法研

究所主任 D. Rhidian Thomas 教授主编。该书作者阵容强大,加拿大著名的海商法专家 William Tetley 教授,以及参与了《鹿特丹规则》谈判起草的 Gertjan Van Der Ziel、Michael F. Sturley 等教授都在作者名单之列。该书按照一定的逻辑顺序对《鹿特丹规则》中的重要制度如承运人责任、承运人义务、承运人责任的排除与限制、多式联运等一一作了分析论述。还有一本为 Michael F. Sturley, Tomotaka Fujita, Gertjan Van Der Ziel 三位教授合著,2010 年 11 月由 Sweet & Maxwell 出版社出版的《鹿特丹规则——联合国全程或部分海上国际货物运输合同公约》(The Rotterdam Rules—The UN Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea),该书采用大量的实例对《鹿特丹规则》的基本内容作了深入翔实的分析论述。这 3 本著作在笔者写作过程中起到了基础性参考文献的作用。

从以上文献来看,国外学术界对《鹿特丹规则》的研究比较而言更为深入。国外学者的研究注重将《鹿特丹规则》有关制度与国内法进行比较研究,更加注重实证研究,与航运实践密切结合。

(二) 强行性规范与强制性体制研究现状与文献

学术界有关私法中的强行性规范与强制性体制的研究已经比较成熟,众多学者的著述涉及这一命题。苏永钦先生的《私法自治中的国家强制》一文对私法中的强制性规范的内容、作用、出现的原因等作了宏观的分析和论述。钟瑞栋先生的《民法中的强制性规范》、许中缘先生的《民法强行性规范研究》两部著作分别从不同的角度对民法中强行性规范的基础理论作了系统的分析研究。耿林先生所著的《强制规范与合同效力——以合同法第 52 条第 5 项为中心》一书对强制规范及其对合同效力的影响进行了系统研究。德国著名比较法学者康拉德·茨威格特、海因·克茨的《合同法中的自由与强制》一文对合同法中合同自由进行限制的必要性、强行性规范出现的原因、各国限制通用条件的立法等进行了分析。^① Jan Ramberg 教授 1993 年发表于《劳氏海商法与商法季刊》的《海商法中的合同自由》一文对海商法中合同自由衰落与强制性规则出现的背景、强制性规则的作用、强制性规则的

^① 该文实际上是康拉德·茨威格特、海因·克茨所著的《比较法总论》(第 3 版)第 2 卷第 24 章。由孙宪忠先生翻译发表在法律出版社出版的《民商法论丛》第 9 卷(1997 年第 3 号)上。

缺陷、强制性规则的未来发展趋势作了全面系统的分析论述。左海聪教授撰写的《论海上货物运输法的强制性:历史、现状与未来》一文回顾了国际海上货物运输立法中强制性体制的发展历史并展望了其未来发展趋势。此外,马得懿先生所著的《海上货物运输法强制性体制论》对海上货物运输法中的强制性体制从宏观角度作了较为系统的论述。

从上述文献来看,学者们对私法中的强行性规范从相似的角度进行了研究和解读。这些研究包括强行性规范出现的原因、强行性规范的种类、强行性规范发挥的作用、强行性规范的适用等等。Jan Ramberg 教授与左海聪教授对强制性体制的论述对本书选题的确立起到了启发作用。

除了以上两类与《鹿特丹规则》和强制性体制有关的参考文献外,其他涉及海上货物运输法的文献如吴焕宁教授主编的《国际海上货物运输三公约释义》,William Tetley 教授所著的《海上货物运输索赔(第4版)》(*Marine Cargo Claims*, 4th ed.),郭瑜教授《海商法的精神——中国的实践和理论》等在本书的写作过程中也参考较多。

三、本书的研究方法

本书主要采用了以下研究方法:(1)规范分析方法。“规范分析主要是分析实证主义法学所倚重的对法律概念和法律命题进行探究时所运用的一系列方法的概称,其中概念分析居于核心地位。”“规范分析的目的就在于明确法律概念进而明确法律命题的含义。”^①本书的基本研究方法为规范分析方法,利用规范分析方法中的逻辑分析、语言分析、描述等方法阐明法律规范有关概念,进而明确法律规范与法律命题的含义。(2)比较分析方法。比较分析在本书写作中的具体应用体现为纵向与横向两个向度的比较。纵向比较,是指将《鹿特丹规则》与《海牙规则》、《海牙—维斯比规则》、《汉堡规则》等国际社会20世纪进行的海上货物运输立法进行比较研究,通过纵向比较可以揭示出有关制度的历史发展脉络。横向比较,是指将《鹿特丹规则》与现行国内法进行比较,通过横向比较可以对《鹿特丹规则》制度产生的国内法背景有更为深刻的理解和把握。(3)条约解释方法。条约解释,是指对一个条约具体规定的正确意义的剖析。^② 条约解释研究方法实际上是法

① 魏治勋:《“规范分析”概念的分析》,载《法学论坛》2008年第5期。

② 李浩培:《条约法概论》,法律出版社2003年版,第334页。

解释学研究方法在国际法领域的具体运用。《鹿特丹规则》的具体表现形式为国际条约,作为国际法渊源的一种,采用条约解释的研究方法具有一定的合理性。在进行条约解释时可以将“条约之准备工作及缔约之情况”作为“解释之补充资料”。本书在写作过程中大量参考了《鹿特丹规则》起草过程中的有关文件资料以详细了解其条文规定之背景,探求条文规定之真意。(4)实证研究方法。本书写作过程中注重将理论分析与海运实践相结合,注意运用案例、有关统计分析数据等一次文献密切关注实践中的问题,力求使本书的研究有扎实的实证基础并对海运实践产生一定的指导意义。(5)法经济学分析方法。法经济学分析方法将经济学的理论和经验方法用于法律制度分析,法经济学的主要议题是对法律制度的效果分析、效率分析、效果预测。^① 本书的写作也在一定程度上运用了法经济学分析方法。

四、本书的基本框架

本书正文分为前言、主文、结语 3 个部分。前言部分对本书写作的学术背景作了介绍,结语部分对本书的结论性认识作了归纳总结。主文部分一共有 6 章。

在《鹿特丹规则》下,强制性体制的内容实际上即为承运人(包括符合一定条件的海运履约方)与货方(托运人、持有人、控制方、收货人、单证托运人)所承担的强制性义务与责任,与此相对应,正文的行文思路与框架结构安排也以此为脉络展开。第一章为强制性体制的基础理论分析及《鹿特丹规则》的基本情况介绍。该章从法律规范的效力划分入手,对强行性规范、任意性规范及强制性体制的有关理论、强制性体制的历史演进、《鹿特丹规则》下强制性体制的基本框架进行了分析介绍。第二章即为强制性体制的核心内容——承运人的义务与责任。该章对承运人在《鹿特丹规则》下承担的义务与责任以新的变化发展为视角作了分析论述。这一部分共计有 12 万字,是本书篇幅最长的一部分。第三章讨论了强制性体制的另外一部分内容即货方强制性的义务与责任。笔者着重论述了货方义务与责任的变化及将其纳入强制性体制所带来的强制性体制价值取向的变化。

《鹿特丹规则》下的强制性体制存在着例外。例外情形主要有两种,第一种为存在于强制性体制框架内的任意性规则,第二种为批量合同对强制

^① 魏建、周林彬:《法经济学》,中国人民大学出版社 2008 年版,第 13 页。

性体制的背离。第四章与第五章是对这两种例外情形的分析论述。该部分写作是本书的重要创新之处。以规范效力为视角对《鹿特丹规则》进行考察,最直观的印象就是由于任意性规则的存在,强制性体制由原来的机械僵硬变得相对灵活。第四章对强制性体制框架下存在的任意性规则进行了分析论述。值得一提的是,虽然有众多的论文对货物控制权进行了研究,但是本章从规范效力的角度对其进行考察并得出了新的结论。第五章对强制性体制例外的第二种情形进行了分析论述。《鹿特丹规则》借鉴了美国国内法中的服务合同,规定了批量合同制度。如果承运人与托运人缔结了批量合同,那么在《鹿特丹规则》设定的条件之下,他们就可以背离《鹿特丹规则》的强制性规定,自由地对合同条款进行约定。批量合同制度是法律对航运实践变化发展的回应,也体现了运输法与强制性体制的最新发展趋势。

最后,第六章对《鹿特丹规则》强制性体制及有关制度对我国国内法的启示和借鉴作了分析论述。

“立法中的斗争不是为了准确地定义概念或前后一致地运用已确定的定义,而是为了保护各种利益。”^①“利益是法律的产生之源,利益决定着法律规则的创建,利益以及对利益的衡量是制定法律规则的基本要素,法律是‘保护利益’的手段。”^②在《鹿特丹规则》起草过程中同样伴随着承运人利益与货方利益以及由此衍生出来的航运国家利益与货主国家利益之间的对立和竞争,由此而产生的争论在《鹿特丹规则》条文的议定过程中随处可见。本书适当对《鹿特丹规则》若干条款草拟的过程和背景进行了评介。

① [德]菲利普·黑克著:《利益法学》,傅广宇译,载《比较法研究》2006年第6期。

② 杜涛、江国勇:《德国利益法学评述》,载《法学论坛》2003年第5期。

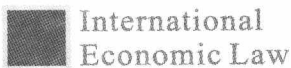
目 录

第一章 《鹿特丹规则》与强制性体制	1
第一节 强行性规范的理论分析	1
一、强行性规范与强制性体制	1
二、国内法语境下的强行性规范	5
三、强行性规范与利益保护	9
四、本书命题中的“强制性体制”	11
第二节 海上货物运输法中的强制性体制	12
一、强制性体制的发轫	12
二、强制性体制的扩展	16
三、强制性体制的本质与功能	19
第三节 《鹿特丹规则》及其强制性体制	23
一、《鹿特丹规则》的制定背景	23
二、《鹿特丹规则》的起草过程	24
三、《鹿特丹规则》的若干特点	29
四、《鹿特丹规则》下强制性体制之延续	33
本章小结	40
第二章 《鹿特丹规则》强制性体制下承运人的义务与责任	42
第一节 承运人义务与责任概述	42
一、承运人义务与责任适用的主体	42
二、承运人的义务	50
三、承运人的赔偿责任	54
第二节 承运人责任基础的变化	58
一、承运人责任基础概述	58
二、归责原则	58
三、免责条款的新变化	60

四、举证责任·····	78
第三节 最小网状责任制之构建·····	84
一、“门到门”运输的兴起及其法律规制·····	84
二、《鹿特丹规则》调整“门到门”运输·····	88
三、《鹿特丹规则》下的最小网状责任制·····	96
第四节 海运履约方之构建及其影响·····	109
一、履约方与海运履约方的概念·····	109
二、海运履约方与承运人责任制度适用主体之扩展·····	116
三、承运人之独立合同人、代理人法律地位变化 对货方利益的影响·····	125
第五节 适航义务之变化·····	128
一、适航义务概述·····	129
二、适航义务扩展至整个海上航程·····	133
三、适航义务法律地位的改变·····	139
四、承运人提供集装箱之适货义务·····	143
第六节 单位赔偿责任限制之变化·····	146
一、承运人单位赔偿责任限制概述·····	146
二、单位赔偿责任限制适用对象的扩大·····	150
三、赔偿责任限额的提高·····	153
本章小结·····	159
第三章 货方义务与责任纳入《鹿特丹规则》强制性体制·····	163
第一节 《鹿特丹规则》下货方义务与责任的强制性·····	163
一、《鹿特丹规则》下的货方·····	163
二、货方义务与责任的强制性·····	175
三、《鹿特丹规则》下强制性体制价值取向的变化·····	180
第二节 货方强制性义务与责任·····	183
一、托运人义务·····	183
二、托运人赔偿责任·····	195
三、持有人赔偿责任·····	202
四、其他货方主体的义务与赔偿责任·····	207
本章小结·····	209

第四章 《鹿特丹规则》下强制性体制之缓和	212
第一节 货物控制权制度下的任意性规范	212
一、货物控制权的引入与辨析	213
二、货物控制权制度的基本内容及任意性规则	226
三、任意性规则对货物控制权制度的影响	246
第二节 强制性体制框架下的其他任意性规范	248
一、承运人义务与责任制度下的任意性规范	248
二、关于货物装卸义务的任意性规定	257
三、收货人承担的非强制性义务	259
本章小结	261
第五章 《鹿特丹规则》下批量合同对强制性体制之背离	263
第一节 批量合同缔约自由的确立	263
一、批量合同概述	263
二、远洋班轮服务协议纳入与批量合同缔约自由	275
三、批量合同缔约自由与强制性体制缺陷之矫正	283
第二节 批量合同背离强制性体制之限制	285
一、批量合同背离强制性体制的形式限制	286
二、批量合同背离强制性体制的内容限制	292
本章小结	295
第六章 《鹿特丹规则》强制性体制与中国国内立法	297
第一节 我国航运业与海上货物运输立法现状	297
一、我国航运业现状	297
二、我国海上货物运输的立法现状	298
三、我国海上货物运输立法中的强制性体制	300
第二节 《鹿特丹规则》强制性体制对我国国内法的借鉴意义	303
一、概述	304
二、承运人责任与义务制度的借鉴	308
三、货物控制权制度的借鉴	312
四、批量合同制度的借鉴	316
本章小结	321
结 语	323

缩略语表·····	328
参考文献·····	331
后 记·····	346



第一章

《鹿特丹规则》与强制性体制

第一节 强行性规范的理论分析

一、强行性规范与强制性体制

(一) 强行法与任意法的划分

法由法律规范组成,法律规范是组成法的基本单位。依据不同的标准,法律规范可以作不同的划分,譬如可以划分为实体性法律规范与程序性法律规范,行为规范与裁判规范等。强行性规范与任意性规范是依据规范的效力对法律规范所作的一种传统划分。^①

强行法(拉丁文 *jus cogens*, 英文 *peremptory norms*)与任意法(拉丁文 *jus dispositivum*, 英文 *random norms*)的划分最早可以追溯至罗马法。罗马法被法学家们划分为公法(*jus publicum*)和私法(*jus privatum*)两大部分。前者包括调整宗教祭祀活动和国家机关活动的法律规范,后者包括调整财产所有权、债权、家庭和继承等方面的法律规范。罗马法学家乌尔比安

^① 法律规范的这一传统划分较为粗糙,近年来,民法学者对民法规范进行了更为细致的划分。例如,拉伦茨教授将法律规范分为任意规范、强制规范和半强制规范,参见耿林:《强制规范与合同效力——以合同法第52条第5项为中心》,中国民主法制出版社2009年版,第90~91页;钟瑞栋先生认为,民法规范可以进一步细分为任意性规范、授权一方当事人规范、授权特定第三人规范、半强制性规范、强制性规范,参见钟瑞栋:《民法中的强制性规范》,法律出版社2009年版,第22~59页;许中缘先生将民法规范分为强行性规范、任意性规范、许可性规范、宣示性规范,参见许中缘:《民法强行性规范研究》,法律出版社2010年版,第154页。