



上海海事法院 三十年论文精选

1884-2014

主编 / 赵 红



法律出版社 | LAW PRESS

30°

上海海事法院 三十年论文精选

1984-2014

主编 / 赵 红



法律出版社
LAW PRESS • CHINA

图书在版编目(CIP)数据

上海海事法院三十年论文精选:1984~2014 / 赵红
主编. —北京:法律出版社,2015.12
ISBN 978-7-5118-8920-1

I. ①上… II. ①赵… III. ①海事处理—文集 IV.
①D993.5-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2015)第301553号

上海海事法院三十年论文精选(1984-2014)
赵红 主编

策划编辑 万颖 蒋橙
责任编辑 蒋橙
装帧设计 汪奇峰

© 法律出版社·中国

开本 710毫米×1000毫米 1/16
版本 2015年12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 固安华明印业有限公司

印张 31 字数 450千
印次 2015年12月第1次印刷
编辑统筹 大众出版分社
经销 新华书店
责任印制 沙磊

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 978-7-5118-8920-1

定价:79.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

编辑委员会

主 编 赵 红

副 主 编 谢 晨 茆振坤 董 繁 黄松涛

委 员 焦国强 倪 湧 辛 海 谢振銓

周 刚 汪 洋 金晓峰 钟 明

沈 军 柯永宏

执行编委 汪 洋 杨 婵 牟鹏飞

前 言

1984年6月1日,随着上海海事法院在内的首批六家海事法院的成立,中国的司法实践进入了新的发展阶段。三十年峥嵘岁月,弹指一挥;三十年春华秋实,风云际会。广大海法人用忠诚、智慧、勇气和担当推动中国的海事审判事业不断向前发展,在一张白纸上描绘出绚丽的图画。

过去的三十年,是我国改革开放不断深入、经济社会高速发展和法治建设持续完善的三十年,也是上海努力建设“四个中心”,扎实推进落实国家重大战略的三十年。上海海事法院建院三十年来,始终坚持公正司法为民司法,审理各类海事海商案件近3万件,为树立中国海事审判的良好形象做出了应有的贡献。

调研工作作为人民法院审判工作的重要智力支撑,既是审判实践的总结和反思,又是审判经验的提炼和升华。三十年来,上海海事法院始终坚持将调研作为海事审判精品战略的一个重要抓手,通过理论与审判实践相结合、经验总结与前瞻思考相结合、专题研究与个案研究相结合,围绕海事审判的重点、难点、热点问题,总结提炼裁判规则,分析应对实务问题,对接国际海事法律发展,推出了一批优秀的调研成果。这些调研成果,凝聚着几代海法人的智慧与经验,生动地展现了上海海事法院为化解海事纠纷、规范市场秩序、促进改革开放、维护公平正义所做出的不懈努力,也从一个侧面勾勒出中国海事审判事业从无到有、从初创到相对完善的发展历程。

为纪念上海海事法院建院三十周年,我们从历年来的优秀调研论文中精选出具有代表性的40篇结集出版。为方便读者阅读,我们根据主题和内容将这些论文分为“海事诉讼程序创新与完善”、“海事审判理论探索与司法规则”和“航运交易实践与法律适用”三编。需要说明的是,随着时代的发展、法治的进

步,这些论文中的一些思路和建议已经得到采纳并付诸实践,有些观点则未必与当前的法律规定或者行业实务相契合,但这些优秀论文所展示出来的研究思路、研究方法和写作技巧,却仍值得参考借鉴。

本书是展示上海海事法院成长和发展的窗口,也是上海海事法院有分量的司法观点集成,是对过去的纪念,也是给未来的礼物。在新的历史时期,海事审判承担的责任更加重大,肩负的使命更加光荣,海事审判三十年的奋斗历程将激励着新一代海法人继续踏浪前行!

编 者

二〇一五年九月

目 录

第一编 海事诉讼程序创新与完善

涉外海事审判中外国法适用的困境与出路	晏圣民 / 3
船舶优先权和海事赔偿责任限制的冲突和解决	刘怡如 / 19
海事赔偿责任限制制度中有关的程序问题	张 亮 / 26
建立被执行人债务登记制度之构想	季 刚 / 33
地方法院委托海事法院执行若干问题刍议	刘龙宝 陈咸斌 / 44
海事审判中的确认程序问题研究	
——兼谈《海诉法》相关条款的完善	沈 军 / 48
海事诉讼特别程序法的适用和完善研究	郑肇芳 等 / 58
论海事小额诉讼程序之构建	单 丹 / 93
关于重构海事请求保全船舶扣押制度的若干思考	焦国强 等 / 102
海上保险代位求偿诉讼时效起算之特例研究	
——兼议《保险法》司法解释(二)第十六条在海上保险中的适用性	金晓峰 / 110
承认与执行外国海事仲裁裁决的若干程序问题研究	张 亮 方 懿 / 122
论保险人代位求偿权二审程序权利的构建	沈 军 / 131

第二编 海事审判理论探索与司法规则

再谈保险代位求偿权的行使名义	
——兼谈我国《海诉法》第九十五条的完善	沈 军 / 143
海事确权诉讼的判决效力之我见	钟 明 / 149
《物权法》实施对海事审判的影响	
——以船舶物权为中心	英振坤 等 / 158
涉台海商事纠纷法律适用规则的研究	张姗姗 / 176

涉外海事审判中法律适用难点问题研究	谢 晨 等 / 195
海事赔偿责任限制主体内部求偿之冲突与协调	
——兼议船舶碰撞连带责任与海事赔偿责任限制的协调适用	钱 旭 / 218
第二船籍登记制度及相关法律问题研究	谢 晨 等 / 231
船舶融资租赁的若干法律问题研究	柯永宏 等 / 250
邮轮旅游民事法律关系的实践初探	金晓峰 等 / 267
非油轮燃油泄漏所致清污费用债权性质探析	
——从《油污司法解释》第二十条谈起	周 刚 等 / 275
对海上保险人说明义务的反思	
——以海上保险的特殊性为视角	谢振街 等 / 284
海洋环境公益诉讼之举证责任相关问题研究	方 懿 / 296
“从契约到身份”	
——船员劳务合同的特殊性及其司法应对	汪 洋 / 304
保险利益原则在海上货物保险司法实践中的适用新论	
——我国现行法下对保险利益进行从宽解释的具体路径探索	方 懿 / 316

第三编 航运交易实践与法律适用

论海上保险合同中的保证条款	孙英伟 / 327
共同海损的过失与追偿	倪 湧 / 337
浅议国际海上运输当事人协议延长时效问题	倪 湧 / 344
论海上货物运输合同的任意变更权	沈满堂 等 / 348
货运代理与提单交付	张珊珊 / 363
论国际货运代理人的法律地位	汪 洋 / 373
试论目的港无人提货时承运人的法律救济	陶 冶 / 392
海上国际货物运输门到门服务合同的性质与法律适用	张 亮 / 408
内河驳船运输法律问题研究	
——从拖船与无动力驳船责任承担为核心展开	张 亮 李海跃 / 416
《海商法》中“迟延交付”条款的适用及其相关问题分析	杨 婵 / 423
船证分离的捕捞渔船买卖相关争议研究	谢振街 等 / 431
海上货物运输保险合同中行市变化免责相关问题研究	张 雯 / 445
集装箱超期使用费相关实践问题研究	谢 晨 等 / 453
货运代理企业扣留单证、货物相关法律问题分析	周 刚 等 / 470

第一编

海事诉讼程序创新与完善

涉外海事审判中外国法适用的困境与出路

晏圣民

【论文摘要】海事审判之专业性、涉外性强于普通审判是不争事实。案件的涉外性必然涉及审判过程中的外国法选择适用问题。但在我国涉外海事审判中,外国法适用问题从来就没有被列入重要视角。实践中陷入了对外国法适用价值的过度漠视、法官自由裁量权的过度扩张和对法律选择规范的滥用,以及同案异判等困境,致使本应适用的外国法被大量排除适用。其成因存在于立法的不完善和法官的执法水平、司法理念等方面。因此,立法和司法机制的完善、法官执法水平的提高及其司法理念的转变是为当务之急。然而,由于法律选择规范本身就是弹性规范,即使法律和司法机制相当完善,仍不可避免地存在法官自由裁量的巨大空间。鉴于此,笔者提出了法官在法律选择过程中行使自由裁量权的若干原则。

【关键词】涉外海事审判 冲突法 外国法的查明 出路

涉外审判与非涉外审判区别之本质在于法律(准据法)的选择适用。由于各国法律非出一源,选择何国法律作为处理争议的准据法直接决定了当事人法律上的命运。因此,准据法的确定和适用成为涉外审判的核心。据统计,自1987年至2001年,全国法院共受理涉外案件6万余件,其中涉外海事案件有4万余件,占近70%。由此可见,涉外海事审判中外国法适用的状况基本上代表了我国国际私法的实践态势和水平。随着全球经济交往的加剧,尤其是我国加入WTO后,涉外海事案件有剧增之趋势,相应地,适用外国法的情况将越来越多,审判质量对国际社会的影响也将越来越大。如何实现海事审判的“公正与效率”,提升中国海事审判的权威性和公信力,成为当务之急。对我国海事法院适用外国法的现状进行梳理,以总结经验,纠错补缺,无疑十分必要。考察我国涉外海事审判中适用外国法的情况,可从量和质两方面展开。

一、我国涉外海事审判中适用外国法的概率——量的考察

由于缺乏系统的案例公布制度,涉外海事审判中适用外国法的现状如何,或褒或贬似都无统计学上的依据。但是对已有的为数不多的海事案例汇编或相关出版物进行分析,仍可见微知著。以下几组数据也许可以大体上说明问题:(1)据不完全统计,1985年1月至1999年2月《最高人民法院公报》公布的涉外案例为33件

(其中交通运输和海事案件 17 件),无一适用外国法;^①(2)从其他资料的统计数据来看,20 世纪 80 年代至 90 年代间我国法院审理的涉外民商事案件中,内、外国法适用的比例分别为 91.9% 和 6.5% (另有 1.6% 适用法理和国际私法理论),^②其中,涉外海事案件中适用内、外国法的比例分别为 92% 和 8%;(3)据笔者对《中国典型海事案例》^③、《海事案例精析》^④、《海事司法理论与实践》^⑤及《全国法院优秀涉外商事海事裁判文书选》^⑥的初步统计,上述四本书(以下简称“四本书”)中共选入涉外海事案件 78 件,仅有 2 件适用外国法,适用内、外国法的比例分别为 97.44% 和 2.56%;这一态势基本上与我国涉外审判中适用外国法的总体情况相当。可见,单从总量上看,我国海事法院在审理涉外海事案件中,适用外国法的概率极小。人们不禁要问:为什么我国法院审理涉外民商案件适用外国法的概率如此之小?历史悠久的冲突法在今天使用价值为何变小?法学院学生花在研习冲突法上的大量精力与其实用价值是否相称?因之,冲突法的发展方向何在?^⑦这的确令人感到费解和不安。作为承担着我国大部分涉外审判任务的海事法院,尤值反思。

综观各国涉外司法审判实践,“实际上,在任何一个国家,对涉外民商事案件,适用法院地的法律来最终判决涉外案件的,无疑要比适用外国法判决的案件要多很多倍。”^⑧可见,适用内国法的比例高于适用外国法的比例,这实际上是一种国际性现状。从国际私法的发展历史来看,虽然代代国际私法学者孜孜以求,要求平等适用内、外国法的呼声从未停止过,但理想的翅膀始终未能带动现实的躯体一同翱翔,内国法优先适用的司法理念总是时不时地从法官选择准据法的过程中体现出来。其实,这一国际性现状的产生有其历史和现实的深厚基础:(1)理论上,关于外国法适用的理论,从 13 世纪开始先后出现了法则区别说、国际礼让说、法律关系本座说、既得权说、本地法说、政府利益说等,尽管各说的诞生均基于当时客观的政治、经济背景,但无一不视国家主权为雷池。究其实质,适用法院地法是主权独立的需要和保障,适用外国法则是迫于国际经济关系的发展而不得不为,实有“主观

① 宋连斌:“再论中国国际私法的实践困境及出路”,参见 2002 年中国国际私法学会年会论文汇编。

② 何易:“中国法院审理涉外民商事案件法律适用实证分析——以涉外民商事案件统计分析为基础”,载万鄂湘主编:《中国涉外商事海事审判指导与研究》2001 年第 1 卷。

③ 金正佳主编,法律出版社 1998 年版。

④ 王延义主编,青岛海事大学出版社 2000 年版。

⑤ 汤能忠主编,法律出版社 2002 年版。

⑥ 最高人民法院民事审判第四庭编,人民法院出版社 2002 年版。

⑦ 金正佳主编,法律出版社 1998 年版。

⑧ 李双元:《国际私法(冲突法篇)》,武汉大学出版社 2001 年版,第 334 页。

为我,客观为人”之功效。由于各理论均存在不可克服的缺陷和弹性,因此,从某种意义上说,它们又为外国法的排除适用提供了理论依据。(2)法的严格地域性、属地优越权理论的相对合理性、法官所处之社会环境、历史文化传统、利益归属、受教育背景以及对本国法的熟悉程度等因素的存在,使“法官有适用本国法的自然倾向”。(3)法律选择方法之不确定性和非强制性,加上适用内、外国法在繁简程度上的悬殊,更虑及办案效率,法官们十之八九会“避繁就简”而选择本国法予以适用。因此,就各国适用外国法的情况而言,“不容否认,法院地法的优先适用,至少在相当长时期内可能还是一个重要的倾向。”^①我国的涉外审判实践同样无法摆脱这一惯性。这可以说是法官适法层面上的原因。在我国还有另外两个原因:一是立法、执法指导思想上的原因。我国的法律总是或隐或显地彰显本国法的优先适用,如我国《中华人民共和国海事诉讼特别程序法》(以下简称《海诉法》)第8条、《中华人民共和国民事诉讼法》(以下简称《民事诉讼法》)第245条等规定,均体现了积极行使管辖权原则,而在国际私法实践中,对法律的选择在很大程度上取决于对管辖权的选择,因为大多数情况下,法院地国对案件行使管辖权将最终导致法院地法的适用,这是不争之事实。另外,最高人民法院的许多司法解释也体现了“增加适用我国法律的机会的指导思想”。^②二是当事人(包括其律师等代理人,下同)方面的原因。受当事人法律意识、外国法在举证和理解适用上的困难、繁杂、诉讼效率甚至功利等方面因素的制约,海事诉讼中,即便当事人已有约定,但真正坚持适用外国法的不多。最常见的情况是,双方当事人均直接引用中国法进行诉辩或明确表示选择中国法处理本案,海事法院通常将其视为双方对合同法律选择约定的变更,理所当然适用中国法。上述“四本书”78件涉外案件中,当事人在庭审中通过直接引用中国法进行诉辩或明确表示选择中国法处理本案的案件5件,占原本约定适用外国法案件总数的50%。

基于上述原因,仅从内、外国法适用的绝对比例来看,量的考察并不能完全、真实地反映海事审判的质量和审判水平。但我国涉外海事审判适用外国法的概率如此之低,与适用本国法的比例如此之悬殊,以致让人怀疑冲突规范是否还有存在的必要,则肯定不正常。这一现象至少可产生中国海事法院审理涉外案件时,是否存在外国法被恣意排除和法院地法滥用问题的合理怀疑。

经济全球化的推进有赖于国际法治社会的形成,任何有碍于法治社会形成的

① 李双元:《国际私法(冲突法篇)》,武汉大学出版社2001年版,第339页。

② 徐冬根:“论WTO条件下完善我国国际私法的价值取向”,参见2002年中国国际私法学会年会论文汇编。

恣意都必须禁止。在涉外海事审判中,如过多地强调法院地法的适用,甚至无节制地扩大法院地法的适用,将给我国的国家利益和司法权威带来不利益:(1)不能适应经济全球化及由此导致的法律全球化的现实需要;(2)有悖于法律应平等适用的时代强烈呼声;(3)有可能减损当事人的合法权益;(4)有可能导致判决不被承认和执行;(5)与各国正致力改善外国法适用环境的立法改革潮流相驳逆;(6)有损于国家对外司法形象。从各国最近几年司法实践来看,对适用法院地法作合理限制,以顺应全球经济一体化这一不可阻挡的历史潮流,促进平等主体之间国际贸易的发展,已成为国际潮流。

二、涉外海事审判法律选择过程中存在的问题——质的评估

涉外海事审判法律选择过程中是否存在滥用法院地法的情况,有赖于质的考察。此所谓“质”,系指适用法院地法的合法性和合理性。“合理性”主要是指公正性,公正性以合法性为前提。但由于法律选择规范的刚性和不确定性,使法官主观能动性可发挥的空间扩大,这在海事国际私法领域体现得尤为明显,因此,在选择准据法过程中,对公正性价值应予特别强调。“裁判应求其公正,也即应顾及公信、公平与公允。公信者,社会一般之信任。公平者,当事人之间之平衡。公允者,各事之妥适解决”。^①“国际私法公正价值应该包括两个方面:一是法律选择过程本身体现的公正价值;二是案件的审理结果体现的公正价值。”^②因此,考察我国涉外海事审判适用外国法的质量,应根据法律选择的过程和结果是否合法、公正来判断。根据上述标准,依笔者陋见,不少法官在选择适用法律过程中存在以下问题:

(一)在适法意识上,表现为对外国法适用价值的过度漠视,从而有意无意地排斥外国法的适用

外国法的适用价值,实际上已无须赘述,正如学者所言,随着历史的发展,时代的进步,“近几十年来,国际私法学家们再从抽象的理论上,从思辨的角度,去讨论为什么要适用外国法的问题,已不多见。相反,他们越来越把注意力放在法律选择的方法问题上了”。^③但在海事审判实践中,对于为什么要适用外国法的问题似乎仍未完全解决,前述几组数据虽不能直观、全面地反映适法质量,但仍可间接、部分地说明外国法的适用未受到应有重视。只要对相关案例稍加分析便知,法官对外国法的漠视主要表现在:(1)根本不考虑涉外案件存在的法律选择问题而径直适用中国法进行实体判理分析并作出判决,“好像不经过冲突规范的指引直接适用

① 史尚宽:《宪法论丛》,荣泰印书馆1973年版,第523页。

② 彭丁带:“论最密切联系原则的基础地位”,参见2002年中国国际私法学会年会论文汇编。

③ 李双元:《国际私法(冲突法篇)》,武汉大学出版社2001年版,第305页。

中国的或者外国的某一实体法规则是天经地义的事情”。^①如上述“四本书”78件涉外案件中,不做任何解释直接适用中国法的案件39件,占50%。(2)虽然虑及法律选择问题,但最终选择中国法为准据法的理由实在牵强,往往成为一场“虚假游戏的道具”而已。总之,在应予适用外国法的情况下,不少法官通常会有意无意地以各种理由排除其适用。据笔者所知,大多数海事法官(包括部分资深法官)甚至至今未适用外国法处理过一件涉外案件,出现法律适用“一边倒”的怪现象也就不足为怪了。鉴于此,有学者指出,“中国法官对涉外民商事案件中法律适用问题的忽视是一个非常普遍的现象”。^②

(二)在适法技术上,表现为自由裁量权的过度扩张和对法律选择规范的滥用

法律选择关乎当事人切身利益,当事人对法官在确定准据法过程中合法性、公正性和妥当性的希冀甚高。然海事审判中,适法的技术性几乎被忽略,但有时也可以说,正是基于“技术”操作,才导致中国法的无节制适用。

法律选择和适用通常采三部曲方法,即识别、选定连结点以及法律的查明和适用,这也是各国通行做法。^③在这三部曲中,容易出现法官自由裁量权的过度扩张和对法律选择规范的滥用,主要表现为:(1)对争议双方作出的法律选择“合意”随意地强行干预,轻易否定格式合同中的法律选择条款。航运实务中,包含法律选择条款的格式合同大量存在,如提单、租约、保险单等,且大多具有流转性,如约定的准据法是外国法,法官往往会以其未经争议双方合意为由予以否定,甚至直接予以否定。如某海难救助费用分摊追偿案中,法院认为,“涉案提单没有首要条款,本案也不应适用提单约定的仲裁事项及适用的法律。按最密切联系原则,收货人因海难救助费用的追偿可以在中国法院向承运人提起诉讼,并适用《中华人民共和国海商法》”。^④该案中,姑且不论最密切联系原则的适用是否恰当,仅就提单约定选择的法律而言,未作必要说明就武断地排除了当事人合意选择的外国法,可谓强词夺理。值得一提的是,实践中,将提单背面管辖权(包括法律选择)条款甚至提单正面的此类条款视为单方意思表示而否定其效力的情况大量存在,笔者认为值得商榷。(2)滥用最密切联系原则。通常是把最密切联系原则当做“联系原则”滥

① 肖永华:“我国法院审理涉外民商事案件必须解决的三个问题”,载万鄂湘主编:《中国涉外商事海事审判指导与研究》2001年第1卷。

② 肖永华:“我国法院审理涉外民商事案件必须解决的三个问题”,载万鄂湘主编:《中国涉外商事海事审判指导与研究》2001年第1卷。

③ [挪威]S.布雷柯斯:《国际航运中法律选择新发展》,侯军、侯广燕译,中国城市经济社会出版社1996年版,译者序。

④ 汤能忠主编:《海事司法理论与实践》,法律出版社2002年版,第400页。

用,有两种情况,一是只要能找到中国与案件连结点的联系,中国法即予适用,而不考虑连结点的多少,如某亏舱费、滞期费纠纷案中,法院认为“原告与被告未在合同中约定解决纠纷所适用的法律,应适用与合同最密切联系的国家的法律解决本案纠纷。本案货物运输的目的港是中国汕头港,故本案应适用中国法律”。^①二是只要与中国有联系的案件连结点多于与外国有联系的案件连结点,即适用中国法,而不考虑各连结点在实质重要意义上的差异。如某案中,法院在认定提单背面管辖权条款系单方意思表示而无效后,仅以涉案货物目的港为上海即认定上海与本案具有密切联系。该案虽是管辖权异议案,但反映的问题可说明法官在运用最密切联系原则时的认识误区。(3)未严格依法定途径查明外国法,导致外国法“无法查明”。最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》(以下简称《民通意见》)第193条对外国法的查明途径作了明确规定,但在实践中,几乎找不到一个案例能证明法院穷尽了全部法定方法来查明外国法,通常仅采“当事人提供”一途,如当事人不能提供或提供的外国法不合要求,则法院认定该外国法“不能查明”。问题还在于,即便在将外国法查明义务全部课予当事人的情况下,法官也往往不提前向当事人释明,到庭审时才询问当事人是否能提供,甚至怠于询问,径直以当事人未提供外国法为由,认定外国法不能查明;或虽然行使了释明权,但法官完全将外国法的提供等同于一般证据的提供,从而适用举证期限的规定,不当地限制了当事人的举证权,导致外国法“不能查明”。在这里,法官的职权查明方法,通常乃纸上谈兵。笔者认为这一现象具有普遍性,相信不会有人反对。

(三)在适法效果上,表现为同案异判现象突出

在我国,法律选择问题从来就没有被列入重要视角。各海事法院,甚至同一法院的不同法官基于不同的理念、标准进行法律选择,其结果必然是各行其是,导致同案异判。如对提单背面法律选择条款效力的认定,就是典型成例,各海事法院的认定和理由可谓五花八门。在许多情况下,当事人或律师会主动提供各种生效案例供审理同类案件的法官参考,但后者常会以“我国并非判例法国家,其他海事法院甚至本院其他法官就同类案件所作出的判决,对本案无拘束力”为由,作出不同裁判。其实,“判例在我国无拘束力”这一论断本身“绝对正确”,但是如果将其放在国家整个体系中进行考察,则仅“相对正确”。因为“拘束力”并不能等同于“影响力”,“无拘束力”的案件可能对本案有巨大的“影响力”,最高人民法院以公报形式公布的案例即是明证。据笔者在办案中了解,由于各海事法院执法不统一,已有

^① 金正佳主编:《中国典型海事案例》,法律出版社1998年版,第196页。

相当部分当事人视个案而择院诉讼。这种现象的存在,有悖于法律对稳定性、统一性和可预见性的目标价值追求,贬损了国际社会对我国海事审判所寄予的期望值,在我国加入 WTO 后极力提升国际地位之际,其负面影响不容低估。

综上,导致内、外国法适用比例如此悬殊,主观原因不能忽视,权利滥用存在。对此,有学者尖锐地指出,“立法、司法及仲裁实践与理论反差极大,理论之花远远结不成实务之果,甚至达到触目惊心的程序,而不是一种的理论与实践脱节的问题。”^①

三、成因分析

在应予适用外国法时,法官为什么未适用或不愿适用外国法?从法官选择适用法律之主、客观两方面分析,笔者认为主要有以下原因:

1. 立法模糊。依照我国法律规定,除存在公共秩序保留、法律规避及直接适用的法等情况外,有下列情形之一即应适用外国法:

- (1) 合同当事人合意选择适用外国法;
- (2) 外国法为与合同有最密切联系的国家的法;
- (3) 根据我国冲突规范的指引,确定外国法为准据法。

与此相对应,中国法得以适用的情况是:

- (1) 合同当事人合意选择适用中国法;
- (2) 中国为与合同有最密切联系的国家的;
- (3) 根据我国冲突规范的指引,确定中国法为准据法;
- (4) 应予适用的外国法无法查明;
- (5) 本应适用的外国法被公共秩序保留原则所排除;

(6) 中国法为“直接适用法”(如在我国境内履行的“三资”企业合同,必须直接适用中国法律)。

上述规定,看似明确,实则模糊,常令法官无所适从。例如,根据意思自治原则确定准据法时,何为“涉外合同”、如果判断“合意”、有权选择法律的主体范围及选择的法律是否必须与本案有联系等,不无疑问,格式合同下尤其如此。运用最密切联系原则是,何为“最密切联系”?大有文章。此外,识别也是关键,如将无单放货、倒签或预借提单、海事欺诈等识别为合同纠纷还是侵权纠纷,将时效、证据、推定、海事赔偿责任限制等识别为程序权利还是实体权利,其准据法将完全不同。此外,原告在起诉时滥列被告的情况在我国也是普遍现象,而多列被告的后果,在识

^① 宋连斌:“中国国际私法的实践困境及出路”,载《中国国际私法与比较法年刊》2002年第5卷。