

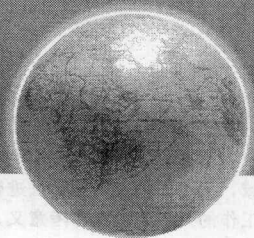


# 当代国际法 论丛

· 第7卷 ·

华东政法大学国际法学院 ©主编

知识产权出版社



# 当代国际法 论丛

· 第7卷 ·

华东政法大学国际法学院 ©主编

知识产权出版社

## 内容简介

本书收集了华东政法大学国际法学院的 18 位老师的论文, 内容涉及国际法的各个领域, 从不同角度对国际法进行解读、阐释、探究、评述, 这些论文对研究、从事国际法工作的人不乏借鉴参考意义, 对学习国际法的师生也有启发、指导作用。

责任编辑: 国晓健

## 图书在版编目 (CIP) 数据

当代国际法论丛. 第 7 卷/华东政法大学国际法学院主编.  
—北京: 知识产权出版社, 2008.1

ISBN 978-7-80198-808-9

I. 当… II. 华… III. 国际法—文集 IV. D99-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 183632 号

## 当代国际法论丛 (第 7 卷)

DANGDAI GUOJIFA LUNCONG

华东政法大学国际法学院 主编

---

出版发行: 知识产权出版社

社 址: 北京海淀区马甸南村 1 号

网 址: <http://www.cnipr.com>

发行电话: 010-82000893 82000860 转 8101

责编电话: 010-82000860 转 8240

印 刷: 知识产权出版社电子制印中心

开 本: 850mm×1168mm 1/32

版 次: 2007 年 12 月第 1 版

字 数: 210 千字

ISBN 978-7-80198-808-9/D·544

邮 编: 100088

邮 箱: [bjb@cnipr.com](mailto:bjb@cnipr.com)

传 真: 010-82000893

责编邮箱: [anxuchuban@126.com](mailto:anxuchuban@126.com)

经 销: 新华书店及相关销售网点

印 张: 7.625

印 次: 2007 年 12 月第 1 次印刷

定 价: 28.00 元

---

版权所有 侵权必究

如有印装质量问题, 本社负责调换。

# 目 录

|                                                                   |     |
|-------------------------------------------------------------------|-----|
| 丁 伟 / 司法解释与立法的耦合：中国国际私法<br>和谐发展的时代要求                              | 1   |
| 刘宁元 / 关于法院地法的理论和实践研究                                              | 10  |
| 刘晓红 / 中国引入临时仲裁制度的再思考                                              | 22  |
| 丁成耀 / 禁止使用武力原则阐释                                                  | 32  |
| 司平平 / 价格协议与反垄断法                                                   | 47  |
| 李 泳 / 试析夹层融资方式在资本弱化规则下的<br>税收法律问题                                 | 61  |
| 顾百忠 / 跨国破产重组法律问题研究                                                | 73  |
| 李伟芳 / 论环境损害在国际条约中的赔偿范围                                            | 96  |
| 管建强 / 探究解释《中日联合声明》第 5 项含义的权利与义务                                   | 108 |
| 张国元 / WTO 体制内的贸易自由化与贸易保护主义探析                                      | 116 |
| 邱进前 / 从 Giacomelli Sport Spa' s Application 一案看<br>欧盟零售业服务商标的可注册性 | 130 |
| 甘 瑛 / 国际知识产权保护与竞争保护底线——以 TRIPS<br>为视角的探究                          | 136 |
| 袁发强 / 既得权保护——从宪法思想到法律适用理论                                         | 151 |
| 王 勇 / 《全面禁止核试验条约》与全面禁止核试验之关系论                                     | 164 |
| 李 娟 / “中国特保”性质详解及弊端评述                                             | 176 |
| 刘 俊 / 外汇制度的法律与政策                                                  | 188 |
| 李 晶 / 小议非排他性协议管辖                                                  | 211 |
| 罗国强 / BOT 核心法律问题再探索                                               | 227 |

# 司法解释与立法的耦合:中国 国际私法和谐发展的时代要求

丁 伟

“耦合(coupling)”是物理学上的概念,指多个系统或运动方式之间通过各种相互作用而彼此影响,以至联合起来的现象,其实质是系统之间及其运动方式的互动。藉此推而广之,在国际私法领域,我们姑且将立法、理论研究、司法实践的有机结合、共同作用于中国国际私法的和谐发展视为一种耦合现象。中国国际私法学会成立二十年来,始终以推动中国国际私法的和谐发展为已任,以极大的热情推动国际私法立法的进程,积极促进理论与立法之间的良性互动。<sup>①</sup>在理论与司法实践关系层面,国际私法学界密切关注司法实践中出现的热点问题,对中国国际私法的司法实践进行跟踪研究,<sup>②</sup>最高人民法院近年来也积极倡导应用法学的研究,努力提高审判机关处理矛盾、化解纠纷、适用法律的水平和能力,<sup>③</sup>理论与司法实践两者的相互交融已渐入佳境。然而,在我国国际私法领域,立法与司法实践的互动则相形见绌,这一状况集中反映在立法与司法解释的关系上。笔者不揣浅陋,拟以我国国际私法领域司法解释与立法的耦合为切入点,分析司法解释与立法的“脱耦”现象,并就促进两者的耦合,进而为推动中国国际私

---

① 丁伟:《论中国国际私法立法与理论研究的良性互动》,载《当代国际私法论丛》(第6卷),北京大学出版社2006年12月第1版。

② 自2001年开始,黄进教授每年发布《中国国际私法司法实践述评》的年度报告,及时总结、梳理司法实践中出现的新问题。

③ 据人民法院报、法制日报等媒体报道,最高人民法院常务副院长曹建明教授2007年6月在第八届《人民法院案例选》通讯编辑年会暨应用法学与案例编写研讨会上讲话时指出:要加强应用法学的研究,将应用法学的研究作为人民法院工作中一项不可或缺的基础性工作。曹建明教授最近还撰文论述应用法学研究的理论意义与实践价值。参见曹建明:《繁荣应用法学研究》,载2007年6月18日法制日报。

法的和谐发展提出若干建议,以期对这些问题的深入研究起到抛砖引玉的作用。

## 一、加强对国际私法司法解释与立法耦合问题研究的现实意义

根据《中华人民共和国监督法》第三十一条的规定,司法解释是指最高人民法院、最高人民检察院作出的属于审判、检察工作中具体应用法律的解释。在我国国际私法领域,最高人民法院对如何适用法律规范所作的解释,以及在法律规范适用于具体案件、事项时所作的解释,都被视为司法解释的范畴。由于我国立法与司法在国家权力问题上具有根本的一致性,司法解释在不违背宪法与法律的前提下,对各级审判机关具有普遍的约束力。尽管司法解释并非立法机关按照法定的立法程序制定的法律规范,在理论上难以将其纳入“法律”之列,但在现行法律明显滞后的情况下,司法解释在很大程度上能够及时、有效地弥补法律的缺漏。有鉴于此,国内有学者认为,司法解释实际上已成为中国法律的一种渊源,这一观点也为国内权威国际私法的教材所采纳。<sup>①</sup>

鉴于司法解释事实上已扮演了中国国际私法渊源的角色,在理论上与立法同属中国国际私法的法源,深入研究立法与司法解释的关系,促进两者之间的耦合,对于保证中国国际私法的和谐发展具有重大现实意义。

其一,立法与司法解释属于中国国际私法体系内两个不同系统,立法为“源”,司法解释为“流”,司法解释源自立法,其位阶低于立法,两者的耦合有助于促进中国国际私法的整体协调性,保证国际私法治理体系内各系统之间的协调一致,同位阶法律规范之间的协调一致及不同位阶法律规范之间的协调一致。

其二,立法与司法解释的产生方式、运作机制不同,两种不同的运动方式通过相互作用而彼此影响;司法解释以立法为母体,同时又可以有效地弥补立法的不足;司法解释作为“准立法”不但发挥着拾遗补阙

① 黄进主编:《国际私法》,法律出版社1999年9月第1版,第64—65页。

的作用,同时也为立法积累了宝贵的经验,经过立法程序将行之有效的司法解释上升为法律规范,不仅节约了立法成本,而且可以增强立法的可行性、可操作性。从这个意义上说,司法解释与立法两者的耦合有助于充分发挥其各自的功能,并促进立法与司法的良性互动。

其三,立法与司法解释长期的若即若离,使学界有时难以就国际私法的一些制度作出理论上一以贯之的解释而陷入尴尬的困境,并且将会导致我国国际私法立法、司法实践与理论研究处于分离的状态。与此同时,我国国际私法学界目前存在着对立法的缺位过于宽容,对司法解释的越位过于苛求的显著倾向,这一现象长此以往将使我国国际私法的理论研究处于失真的状态。加强对司法解释与立法耦合问题的研究,有助于促进立法、司法实践、理论研究三者的协调一致,从而增强中国国际私法的内聚力。

## 二、中国国际私法司法解释与立法“脱耦”现象的反思

从制度设计上讲,立法与司法解释相辅相成、相得益彰,两者本应处于互动与耦合状态,然而,长期以来,立法与司法解释俨然是两条互不相交的平行线,部分司法解释超越立法已是不争的事实,<sup>①</sup>本文无意再对这一现象的是非曲直作出主观评判,仅就导致部分涉及国际私法内容的司法解释与现行立法“脱耦”这一现象的内在原因作一学理分析,提出若干值得反思的问题。

视角之一:存在于立法机关的导致司法解释与立法“脱耦”的缘由

毋庸讳言,导致国际私法领域司法解释与现行立法“脱耦”现象的直接原因是立法的缺位,这种立法缺位的表现形式是多方面的:

其一,国际私法的立法长期滞后。以冲突规范的立法为例,现行有

<sup>①</sup> 宋连斌:《再论中国国际私法的实践困境与出路》,载2003年《中国国际私法与比较法年刊》,法律出版社2003年11月第1版,第79—87页;丁伟:《我国对涉外民商事案件实行集中管辖的利弊分析——评〈最高人民法院关于涉外民商事案件诉讼管辖权若干问题的规定〉》,载《法学》2003年第8期,第117—123页。

效的冲突规范集中体现在《民法通则》第八章之中,1986年《民法通则》施行后,除一些单行法规中出现一些零星的国际私法规范外,中国冲突法的立法再无实质性的发展。令人深思的是,在这二十多年的时间里,中国经历了从计划经济体制向市场经济体制转变、加入世界贸易组织等一系列史无前例的重大变革,受此影响,当事人参与国际民商事法律关系的形式日趋复杂,范围日益扩大,数量与日俱增,而我国冲突规范的立法却可以安之若素。再以国际民事诉讼程序规范为例,十届人大常委会2007年终于启动了《民事诉讼法》的修订工作,令国际私法学界唏嘘的是,此次修订仅涉及再审、执行等程序,无涉第四编涉外民事诉讼程序的特别规定。

其二,现行有效的国际私法规范残缺不全。审视现行立法,无论是立法的总体水平、法律体系与结构,还是法律条文的具体内容,都存在明显的缺陷。<sup>①</sup>然而,面对残缺不全的国际私法规范和如影随形的司法解释,立法机关既未对立法作必要的补充修订,也未行使立法解释权,对现行立法作必要的补充说明。

其三,国际私法的立法规划难以有效实施。2002年12月25日,九届全国人大常委会第31次会议分组审议了《中华人民共和国民法草案》(以下简称民法草案),中国国际私法学家翘首企盼的民法草案第九编涉外民事关系的法律适用法的审议工作正式拉开了序幕。然而,十届全国人大并未延续对民法草案的审议,仅通过了《物权法》。值得关注的是,《物权法》的审议报告并未对该法草案与民法草案的关系作出必要的立法解释,经九届人大常委会分组审议过的民法草案再也无人问津。十届全国人大常委会又将《涉外民事关系的法律适用法》列入2003—2007年五年立法规划,但十届人大即将届满,《涉外民事关系的法律适用法》始终未列入年度立法计划。按照《立法法》第三十九条规定,列入常委会审议的法律案,搁置审议满两年的,或者因暂不付表决经过两年没有再列入常委会会议议程审议的,终止审议。由此产生的

---

① 丁伟:《世纪之交中国国际私法立法回顾与展望》,载《政法论坛》2001年第3期,第129—132页。

疑问是,符合《立法法》上述规定的民法草案是否已无疾而终,成为废案?列入五年立法规划的《涉外民事关系的法律适用法》是否也已“胎死腹中”?

其四,立法机关对存在争议的司法解释熟视无睹。面对众多对现行法律作出“补充性修改”、“说明性解释”、“立法性解释”的司法解释,<sup>①</sup>负有法定职责的立法机关往往保持不应有的缄默。而根据《立法法》第四十二条的规定,法律解释权属于全国人民代表大会常务委员会。当法律的规定需要进一步明确具体含义时,或法律制定后出现新的情况,需要明确适用法律依据时,则由全国人民代表大会常务委员会作出解释。《全国人民代表大会常务委员会关于加强法律解释工作的决议》第一条也规定:“凡关于法律、法令条文本身需要进一步明确界限或作补充规定的,由全国人民代表大会常务委员会进行解释或用法令加以规定。”当学界、实务部门质疑司法解释超越现行立法时,鲜见立法部门及时对相关问题作出澄清。

视角之二:存在于司法机关的导致司法解释与立法“脱耦”的缘由

鉴于立法明显缺位,司法实践中常常出现现行立法未能涉及的新问题<sup>②</sup>,在第一线承担审判任务的各级人民法院在应用法律时亟需司法解释的指导,多年来最高人民法院陆续出台了一系列司法解释,其内容几乎涉及国际私法的各个领域,一些司法解释及时填补了立法缺位而出现的真空地带<sup>③</sup>。然而,数量众多、内容相对超前的司法解释与数量有限、内容相对滞后的现行立法将不可避免地发生碰撞,从而导致司法解释与现行立法的“脱耦”。具体来说,存在于司法机关的导致司法解释与立法“脱耦”的缘由主要反映在以下两方面。

① 林燕平:《对我国国际私法司法解释现象的理性分析》,载《法学》2000年第5期,第27页。

② 参见黄进等历年发布的《中国国际私法司法实践述评》年度报告,载2002—2006年《中国国际私法与比较法年刊》。

③ 丁伟:《我国涉外民商事诉讼管辖权制度的完善》,载《政法论坛》2006年第6期,第154页。

其一,一些司法解释的出台较为仓促,对于司法解释的内容与现行法律规范的衔接等问题论证不够充分。近年来,随着我国司法改革步伐的显著加快,需要不断寻找制度创新的空间,当急速推进的司法改革受到现行法律掣肘时,将面临如何跨越法律“红线”的严峻问题。从某种意义上说,一些司法解释的出台不啻是司法机关的“自我救赎”之举。值得一提的是,最高人民法院院长肖扬同志在向十届全国人大四次会议作最高人民法院工作报告时宣布,2006年人民法院将认真落实《人民法院第二个五年改革纲要》<sup>①</sup>,该纲要第一次提出了建立和完善我国特有的案例指导制度,充分发挥指导性案例在统一法律适用标准、指导下级法院审判工作、丰富和发展法学理论等方面的作用。尽管最高人民法院有关负责人明确表示,“这里所说的案例指导制度不同于英美法系的‘遵循先例原则’,而与大陆法系国家实行的判例制度相似。”然而,一石激起千重浪,学界对实施这一制度将对我国现行法律制度产生的深远影响充满遐想。

其二,司法机关似乎将制定司法解释作为指导审判工作的终极手段,而忽视了依法行使立法建议权。根据《立法法》第十二条第二款的规定,最高人民法院可以向全国人民代表大会提出法律草案,由主席团决定列入会议议程。《立法法》第四十三条又规定,最高人民法院可以向全国人民代表大会常务委员会提出法律解释要求。当适用法律遇到问题时,最高人民法院完全可以采用提出立法建议的方式,建议全国人大及其常委会制定或修订相关的法律。

### 三、促进中国国际私法司法解释与立法耦合的路径选择

司法解释与现行立法的“脱耦”现象由来已久,其危害之烈不容低估,消除这一现象已经刻不容缓。在冷静反思的同时,我们应对症下药,选择合适的路径,采取积极的步骤,有效根除这一顽症。为此,立法机关、司法机关应该各司其职,形成工作合力,共同推进这项工作向前发展。

① 参见肖扬同志在十届全国人大四次会议上所作的《最高人民法院工作报告》。

### (一)立法机关推进司法解释与立法耦合的工作路径

如前所述,现行国际私法立法的缺位已成为司法解释与立法“脱耦”的直接原因,立法机关应当以加强国际私法领域的立法为突破口,积极推进各项工作:

其一,积极推进国际私法的立法进程,从源头上防止“脱耦”现象的滋生。面对涉外民商事法律关系日趋复杂的新变化,立法机关应该审时度势,尽快启动我国国际私法的立法程序。为有序推进我国国际私法的立法进程,立法机关应制订切实可行的五年立法规划,一年立法计划,并区别轻重缓急,储备一批立法预备项目和调研项目,以保持中国国际私法的立法协调、有序、持续的发展。

其二,建立立法机关与司法机关互动的常态化工作机制。立法机关与司法机关保持经常性的工作联系,有助于立法机关准确把握司法机关的立法需求,增强立法的可行性、针对性,及时发现和解决审判实践中存在的问题,将“脱耦”现象消灭在萌芽状态。与此同时,立法机关视需要可以委托司法机关承担立法起草任务,并且应及时通过立法程序将事实上已成为中国国际私法重要组成部分的一些司法解释上升为法律<sup>①</sup>。

其三,积极行使解释法律的法定职权。为维护成文法的权威性,增强立法的可操作性,立法机关应当充分发挥其在解释法律方面的主导作用,当法律、法令条文本身需要进一步明确界限或作补充规定时,及时对相关条文作出解释或制定相关的补充规定。立法机关及时作出必要的立法解释,也有助于凸显立法解释的权威性,减少不必要的司法解释和学理解释。

其四,加强对司法解释的指导与监督。《监督法》第三十一条规定:“最高人民法院、最高人民检察院作出的属于审判、检查工作中相关的具体应用法律的解释,应当自公布之日起三十日内报全国人民代表大会常务委员会备案。”这一规定首次以法律的形式规定司法解释的备案制度,但我国立法机关通常实行事后备案的制度,仅对报请审核的材料

① 徐冬根:《国际私法趋势论》,北京大学出版社2005年11月第1版,第310页。

提出法律审核意见,而没有义务主动审查。如何增强审查备案的实效,需要在实践中积极探索。

## (二)司法机关推进司法解释与立法耦合的工作路径

鉴于立法与司法解释这对矛盾统一体中,司法解释是矛盾的主要方面,司法机关应该以进一步规范司法解释为工作突破口,积极推进各项工作:

其一,依照宪法和法律,稳步、有序地推进司法改革,进一步处理好改革创新与依法改革、依法执法的关系。鉴于目前有关法律应用的司法解释及司法改革、创新的举措涉及宪法、组织法以及刑事、民事、行政领域的实体法和程序法等专属全国人大及其常委会的立法权限,司法机关应正确定位司法解释的性质、地位与目的,积极追求司法改革的主观愿望与社会效果相统一的价值观念。值得关注的是,近年来最高人民法院高度重视司法解释的合法性问题,废止了1997年7月1日发布的《最高人民法院关于司法解释工作的若干规定》,自2007年4月1日起施行新的《关于司法解释工作的规定》(以下简称《规定》),从制度上保证了司法解释与现行立法并行不悖。<sup>①</sup>

其二,建立必要的工作机制,进一步规范司法解释工作。近年来最高人民法院采取积极步骤,进一步规范和完善司法解释工作,并根据《人民法院组织法》、《监督法》、《全国人民代表大会常务委员会关于加强法律解释工作的决议》等规定,制定了上述《规定》。《规定》明确了人民法院在审判工作中具体应用法律的问题,由最高人民法院作出司法解释,并规定司法解释应当根据法律和有关立法精神,结合审判工作的实际需要来制定。《规定》对于司法解释的一般规定、立项、起草与报

---

① 《关于司法解释工作的规定》第十八条明确规定司法解释送审稿应当送全国人民代表大会相关专门委员会或者全国人民代表大会常务委员会相关工作部门征求意见;第二十条将司法解释送审稿是否符合宪法、法律规定、是否超出司法解释权限作为审核的主要内容;第二十六条规定司法解释应当自发布之日起三十日内报全国人民代表大会常务委员会备案。而已废止的1997年《最高人民法院关于司法解释工作的若干规定》对这些事项均未作出明确规定。

送、讨论、发布、施行与备案、编纂、修改、废止等事项均作了详细的规定,将司法解释工作纳入了制度化、规范化的轨道。

其三,及时总结司法实践的成功经验,不断丰富和完善司法解释。司法解释源自司法实践,随着体制的转变、社会的转型、社会结构的调整以及法律的“立”、“改”、“废”的变化,司法实践中不断涌现出新情况、新问题,司法机关应该把握时代脉搏,适时清理、废除陈旧的司法解释,及时总结司法实践的成功经验,不断丰富和完善司法解释。尽管目前理论界与实务部门对于最高人民法院公布的案例是否具有法律约束力、是否可以成为司法解释,中国是否应该承认判例的法律地位众说纷纭,<sup>①</sup>但是这不应该妨碍我们对这些问题进行有益的探索。最高人民法院正在推进的我国特有的案例指导制度无疑有助于发挥指导性案例在统一法律适用标准、指导下级法院审判工作、丰富和发展法学理论等方面的作用,这种案例指导制度对于丰富和完善我国相关的司法解释具有积极的作用。

其四,主动融入立法潮流,积极行使法律赋予的立法提案权。司法机关是法律实施和适用的重要环节,也是法律与社会之间的连接点,其中心工作是通过审判案件处理大量的现实矛盾和纠纷,维护社会的公平和正义。相对于其他法律职业人士,审判人员可以直面庭审的激烈辩论,经历法律思维的全过程,所以对社会的矛盾、司法的功能和法律的丰厚内涵有更加深刻的体会和更为独到的见解。<sup>②</sup>因此,司法机关应该打破依赖司法解释的迷思,主动融入立法潮流,结合审判工作的需要,及时提出制定、修改或废止相关法律的意见和建议。

在我国积极构建具有中国特色的社会主义法律体系的新时期,以科学发展观为统领,积极促进司法解释与立法的耦合,进一步推动立法、司法实践与理论研究三者的良性互动,保证我国国际私法的和谐发展,是时代赋予我们的崇高使命。我们应当不辱使命,积极探索,奋发有为,为繁荣中国国际私法事业作出不懈的努力。

① 董峰:《迈出尊重案例通向遵循判例的困惑之门——我国实现法律统一适用合法有效之路径》,载《判例与研究》,2007年第1期,第7—15页。

② 引自曹建明:《繁荣应用法学研究》,载2007年6月18日法制日报。

# 关于法院地法的理论和实践研究

刘宁元

在我国的大部分国际私法教科书中,“法院地法”(lex fori)都是一个理所当然的系属公式。<sup>①</sup> 法院地法这一系属公式一般被解释为:指受理涉外民商事案件的法院所在地或者国家的法律。<sup>②</sup> 很显然,它是以法院管辖为基础,以受理案件的法院所在地或者国家为连接点,指引相关法律关系准据法的机制。法院地法这一系属公式在各国冲突法立法中普遍被运用,在我国冲突法立法中表现得尤为突出。例如,中华人民共和国公民和外国人……离婚适用受理案件的法院所在地法律;船舶优先权,适用受理案件的法院所在地法律;船舶在公海上发生碰撞的损害赔偿,适用受理案件的法院所在地法律;海事赔偿责任限制,适用受理案件的法院所在地法律;民用航空器优先权适用受理案件的法院所在地法律;民用航空器在公海上空对水面第三人的损害赔偿,适用受理案件的法院所在地法律等。<sup>③</sup> 但作为系属公式,法院地法的实践效果与其他系属公式有明显的不同。本文拟从理论和实践的角度对法院地法做进一步的分析,并就法院地法是否宜于归类于系属公式之中以及它的运用领域与理论和限制问题,发表粗浅的看法。

---

① 李双元教授习惯于将其称为“准据法表述公式”,其中包含有对冲突规范结构及其所代表功能的不同理解,但就其在冲突规范立法中的表现形式,却并无差异。英国学者莫里斯也用与李双元教授类似的称呼表述我们称其为系属公式的内容。参见《国际私法》,李双元主编,北京大学出版社2006年版,第85页;《法律冲突法》,[英]莫里斯著,中国对外翻译出版公司1990年版,第8页。

② 李双元主编:《国际私法》,北京大学出版社2006年版,第87页;黄进主编:《国际私法》,法律出版社1999年版,第249页;丁伟主编:《国际私法学》,上海人民出版社2004年版,第83—84页;等等。

③ 以上规定参见《中华人民共和国民事诉讼法》第147条;《中华人民共和国海商法》第271条、第273条和第275条;《中华人民共和国民用航空法》第187条和第189条。

## 一、法院地法的内国化和其他系属公式的中性化

要研究法院地法的实践效果,有必要先解决一个基础问题,即冲突规范的效力范围问题。在当今国际实践中,冲突规范的效力范围基本上不超过其制定机构所在国家或者地域,即一个国家颁布的冲突规范只为该国司法机构所用,一个国家的司法机构通常不用他国的冲突规范。这一结论的理论基础在于,冲突规范被各国定性为如同程序规范,只在立法者域内发生效力,通常不发生跨国效力。上文之所以用“基本”、“通常”,是因为其结论不具有绝对性。冲突规范跨国发生效力还可能在两种情形下出现。其一,一国的冲突规范因反致制度的运作被其他国家司法机构借用。其二,为解决区际法律冲突所导致的准据法确定的繁难,一国司法机构也有可能借用他国的冲突规范。但上述两种情形只能算作冲突规范效力范围的例外,这些例外不影响其本质:冲突规范仅具域内效力。

冲突规范的域内效力范围自然引致法院地法的实践效果,即一国冲突法立法中的法院地法实指该国的内国法,不存在任何外国法被指引的可能性。以我国关于离婚的冲突规范立法为例进行分析:“中华人民共和国公民和外国人……离婚适用受理案件的法院所在地法律。”如果抛开冲突规范的域内效力范围这一前提,其实践效果存在下述两种可能性:

(1)中国法院管辖的离婚案件,“受理案件的法院地法律”实指中国法律。

(2)外国法院管辖的离婚案件,“受理案件的法院地法律”实指外国法律。

但问题在于,上述第(2)种可能性在实践中不可能出现。其原因在于用以确定准据法的冲突规范是中国的,只有当中国法院管辖案件时它才可以发挥作用;如果外国法院管辖案件,该外国法院不可能运用中国的冲突规范,其结论是中国冲突规范中的法院地法不可能指引出外国的法律。我国最高人民法院就上述有关离婚的冲突规范进行解释

时,就说得十分直白:我国法院受理的涉外离婚案件,离婚以及因离婚而引起的财产分割,适用我国法律。<sup>①</sup>英国学者莫里斯在其冲突法论著中也指出:“法院地法总是指法院地国内法,如果法院是英国法院即指英国法”。<sup>②</sup>

内国冲突规范中法院地法的这一实践效果很值得我们关注。它说明“法院地法”(如果我们也能够称其为系属公式的话)不同于其他的系属公式。在一国冲突法立法中,其他的系属公式,如住所地法(*lex domicilii*)、本国法(*lex patriae*)、行为地法(*lex loci actus*)、物之所在地法(*lex situs*)、合意选择的法律(*lex voluntatis*)、婚姻缔结地法(*lex loci celebrationis*)等,其实践效果均有两种可能性,这两种可能性即使考虑了冲突规范的域内效力范围,依然如此。以我国关于婚姻的冲突规范为例进行分析:“中华人民共和国公民和外国人结婚适用婚姻缔结地法律。”同样由中国法院管辖,其实践效果存在两种可能性:

(1)在中国境内结婚,“婚姻缔结地法律”实指中国法律。

(2)在中国境外结婚,“婚姻缔结地法律”实指外国法律。

从实践效果出发,法院地法只存在一种可能性和其他系属公式均存在两种可能性,笔者称其为法院地法的内国化和其他系属公式的中性化。这一结论意味着,当一国制定冲突规范时,其他系属公式的选择会带来内、外国法律适用的结果,由此构成的冲突规范属于双边冲突规范;而法院地法的选择只会带来内国法律适用的结果,由此构成的冲突规范在本质上应属于单边冲突规范。以我国冲突规范为例,规定“中华人民共和国公民和外国人……离婚适用受理案件的法院所在地法律”与规定“中华人民共和国公民和外国人……离婚适用中华人民共和国法律”,在实践效果上并无差别。<sup>③</sup>

---

① 参见最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》第188条。

② [英]莫里斯著,李东来等译:《法律冲突法》,中国对外翻译出版公司1990年版,第8页。

③ 至于外国法院管辖的离婚案件,我国在承认执行其判决时是否也要求该外国法院按同样的冲突规范适用法律,那属于判决承认和执行问题,不能与法院地法作为系属的实践功能混为一谈。

前述冲突规范跨国发生效力的例外情况不影响法院地法的内国化性质。不错,一国法院受理的涉外案件,在考虑法律选择时,不是绝对不考虑外国冲突规范的效力。如前所述解决反致制度的运作和有关区际法律的冲突时,外国冲突规范的效力是可以考虑的。但这些情形只可能在其他系属公式的作用下产生,而与法院地法这一系属却是无缘的。其原因在于,这些情形的产生基础于外国法得以适用,而法院地法不可能导致这一基础。以反致制度为例,反致虽然可能导致一国考虑外国冲突规范的效力,但其实践基础是内国冲突规范指向外国法,而只有包含中性化系属(如本国法、住所地法等)的内国冲突规范才可能有此效果,法院地法绝无此种指引效果,故法院地法的内国化性质不受反致制度的影响。

以上我们分析了国内法制中法院地法的实践效果。但法院地法作为系属并非仅仅出现在国内法制中,它也会出现在国际法制中。如有关船舶碰撞的法律适用公约规定:如果碰撞发生在领海以外的水域,则适用受理案件法院的法律。<sup>①</sup>

国际法制中的法院地法有些不同。公约的约束力保证了其冲突规范在每个成员国发生效力,自然就会带来一些不同的实践效果。首先,国际法制中的法院地法与国内法制中的法院地法实践效果不同。后者总是指向该国国内法,而前者却要视管辖法院所在国。成员国法院管辖有关涉外案件后,只要满足公约中法院地法的适用范围,应当按照公约的要求适用自己国家的国内法;也就是说,国际法制中的法院地法包含所有成员国的国内法。其次,同在国际法制中,法院地法与本国法等其他系属公式的实践效果不同。依前者确定的准据法受管辖法院的影响而有异,而依后者确定的准据法却不受管辖法院的影响;<sup>②</sup>也就是说,国际法制中的法院地法根本不能起到统一适用准据法的作用。

① 参见《统一船舶碰撞中有关民事管辖权、法律选择、判决的承认和执行方面若干规则的公约》(1977年9月30日在里约热内卢的国际海事委员会全体会议通过)第4条。

② 例如,在法院地法的作用下,同为缔约国适用,甲国法院管辖案件准据法是甲国法,乙国法院管辖案件准据法是乙国法。而在本国法的作用下,同为缔约国适用,无论管辖法院为何国,准据法均指一个相同国家的法律。