

Private International Law
Cases and Materials

国际私法

原理与案例

冯霞 ©著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

Private International Law
Cases and Materials

国际私法

原理与案例

冯霞 © 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

国际私法:原理与案例/冯霞著. —北京:北京大学出版社, 2017. 6
ISBN 978-7-301-28242-7

I. ①国… II. ①冯… III. ①国际私法—高等学校—教材 IV. ①D997

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 085395 号

- 书 名 国际私法——原理与案例
GUOJI SIFA——YUANLI YU ANLI
- 著作责任者 冯 霞 著
- 策划编辑 郭栋磊
- 责任编辑 郭栋磊
- 标准书号 ISBN 978-7-301-28242-7
- 出版发行 北京大学出版社
- 地 址 北京市海淀区成府路 205 号 100871
- 网 址 <http://www.pup.cn>
- 电子信箱 law@pup.pku.edu.cn
- 新浪微博 @北京大学出版社 @北大出版社法律图书
- 电 话 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027
- 印刷者 北京鑫海金澳胶印有限公司
- 经 销 者 新华书店
- 730 毫米×980 毫米 16 开本 25.25 印张 538 千字
- 2017 年 6 月第 1 版 2017 年 6 月第 1 次印刷
- 定 价 69.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子信箱: fd@pup.pku.edu.cn

图书如有印装质量问题,请与出版部联系,电话:010-62756370

国际私法
原理与案例

前 言

对中国人而言,任何学习和研究都侧重于解决实际问题的考量,这种实践理性的法律观同西方那种逻辑分析式的法律观是大异其趣的。同样,中国人学习法律的目的也是为了运用,故对研习法律之人来说,要想取得理性的效果必须采取正确之方法。一般而言,用法找法的结果无非有三:(1)有可以适用的法律规范;(2)没有可适用的法律规范;(3)虽有规定,可由于其过于抽象,必须加以具体化。无论哪种情况,均需法律规范解释,或使之系统化或使漏洞得以弥补或使法律规范的价值得以补充。概言之,在西方,无论是分析法学派、历史法学派、哲学法学派、比较法学派,还是近代勃兴的社会法学派都无不侧重以研究典型案例的方法来阐述和解释法律的真义。可见,法律的学习和适用,都必将涉及法律的解释问题;而法律解释的重要方法之一即为案例的研究。申言之,法科学生绝不能仅专注于法律条文的分析,更不能只对现行法律条文穿凿附会,而应当在法律条文之外,对社会变迁、社会现状、社会发展趋势,有相应的了解,而要做到这一点,案例的研析便是最便捷的途径之一。而国际私法是以解决涉外民事关系法律适用为核心,包括规定外国人民事法律地位规范、冲突规范、统一实体规范和国际民事诉讼程序和国际商事仲裁程序规范在内的一个独立的法律部门。由此可见,本书《国际私法——原理与案例》对国际私法的原理与案例的研究具有同样重要的意义。

20世纪末叶至今,世界上许多国家或制定或修改了本国的国际私法,以适应本国的经济发展和经济全球化的形势,中国也不例外。2010年10月28日通过并自2011年4月1日起施行《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》(以下简称2011年《法律适用法》),是我国国际私法立法的一个里程碑,该法的颁布,有利于在涉外民商事审判中正确适用法律,平等地保护中外当事人的合法权益,最终保障涉外民事关系的正常发展。本书《国际私法——原理与案例》共分为十三章,将国际私法的基本原理与2011年《法律适用法》所有条文相结合,并将真实案例穿插于全书之中,以期使读者能对国际私法原理和2011年《法律适用法》的条文得以全面的理解与掌握。

本书坚持简洁、明了的特点,紧密联系我国法学教育的实际,贯彻理论联系实际的文风,力求通俗易懂,努力使这本法学教材反映当代国际私法发展成果。本书适合高等学校法学专业本科生作为教材使用,也是法学专业研究生、司法工作者的专业参考书。

冯 霞

2017年5月7日

目 录

第一章 涉外民事关系法律适用法概论	1
第一节 涉外民事关系法律适用法的调整对象	1
第二节 国际私法基本原则在 2011 年《法律适用法》中的体现	12
第二章 冲突规范与准据法	21
第一节 冲突规范	21
第二节 连结点与系属公式	25
第三节 准据法	28
第四节 冲突规范适用中的几种制度	31
第三章 涉外民事关系法律适用法的主体	57
第一节 自然人	57
第二节 法人	74
第三节 国家	84
第四节 国际组织	90
第五节 外国人民事法律地位的几种制度	92
第四章 涉外婚姻家庭关系的法律适用	96
第一节 结婚关系的法律适用	97
第二节 离婚的法律适用	104
第三节 涉外夫妻关系的法律适用	111
第四节 亲子关系的法律适用	115
第五节 收养关系的法律适用	118
第六节 涉外监护与涉外扶养关系的法律适用	121
第五章 涉外继承关系的法律适用	124
第一节 遗嘱继承	124
第二节 法定继承	131
第三节 遗产管理的法律适用	138

第四节 无人继承财产的法律适用	140
第六章 涉外物权关系的法律适用	143
第一节 物之所在地法原则	143
第二节 中国的涉外物权法律适用制度	150
第七章 涉外知识产权关系的法律适用	160
第一节 知识产权关系的概述	160
第二节 知识产权关系的法律冲突及解决	163
第三节 我国涉外知识产权的法律适用	169
第八章 涉外合同关系的法律适用	179
第一节 合同关系的法律适用概述	179
第二节 合同关系法律适用的一般原则	183
第三节 国际贸易合同关系的法律适用	197
第四节 消费合同的法律适用	210
第五节 劳动合同的法律适用	214
第六节 代理合同的法律适用	218
第七节 信托合同的法律适用	220
第九章 涉外侵权关系的法律适用	225
第一节 侵权行为的概念及其法律冲突	225
第二节 一般侵权行为的法律适用	228
第三节 特殊侵权行为的法律适用	235
第十章 涉外不当得利和无因管理的法律适用	253
第一节 不当得利的法律适用	253
第二节 无因管理的法律适用	256
第十一章 国际民事诉讼	261
第一节 国际民事诉讼概述	261
第二节 国际民事诉讼管辖权	270
第三节 财产保全与证据保全	285
第四节 国际民事司法协助	289
第五节 域外送达	292
第六节 域外调查取证	297
第七节 国家间法院判决承认与执行	302

第十二章 国际商事仲裁	309
第一节 国际商事仲裁概述	309
第二节 国际商事仲裁协议	316
第三节 国际商事仲裁程序	337
第四节 国际商事仲裁裁决的撤销制度	346
第五节 国际商事仲裁裁决的承认与执行	352
第十三章 区际私法	361
第一节 区际法律冲突和区际私法	362
第二节 中国区际法律冲突及其解决模式	364
第三节 中国各法域间解决区际法律冲突的实践	370
跋	396

第一章

涉外民事关系法律适用法概论

我国于2010年10月28日通过《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》，共计8章52条，自2011年4月1日起施行（以下简称2011年《法律适用法》），这是我国国际私法立法史上的一个里程碑，标志着具有中国特色的法律体系已经基本建立。随后，最高人民法院在2013年1月7日起施行了《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉若干问题的解释（一）》（以下简称2013年最高人民法院新司法解释〈一〉）。该法的颁布有利于在涉外民商事审判中正确适用法律，平等地保护中外当事人的合法权益，最终保障涉外民事关系的正常发展。对于涉外民事法律适用法的调整对象、调整范围、调整方法等基本理论问题，古今中外的学者都存在较大的分歧。本章仅就相关基础概念进行介绍，以后各章依次对涉外民事关系法律适用法的具体内容进行分析。

本章涉及2011年《法律适用法》相关条款：

第1条 为了明确涉外民事关系的法律适用，合理解决涉外民事争议，维护当事人的合法权益，制定本法。

第2条 涉外民事关系适用的法律，依照本法确定。其他法律对涉外民事关系法律适用另有特别规定的，依照其规定。

本法和其他法律对涉外民事关系法律适用没有规定的，适用与该涉外民事关系有最密切联系的法律。

第3条 当事人依照法律规定可以明示选择涉外民事关系适用的法律。

第4条 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。

第5条 外国法律的适用将损害中华人民共和国社会公共利益的，适用中华人民共和国法律。

第6条 涉外民事关系适用外国法律，该国不同区域实施不同法律的，适用与该涉外民事关系有最密切联系区域的法律。

第7条 诉讼时效，适用相关涉外民事关系应当适用的法律。

第一节 涉外民事关系法律适用法的调整对象

法律依据其调整对象的不同而划分为不同的部门。人们把调整在国际交往中所

产生的民商事法律关系的法律,称为涉外民事法律适用法。因此,涉外民事法律适用法的调整对象即是涉外民事关系,从一个国家的角度而言,也即涉外民商事关系,也可以简称为涉外民事关系。

一、涉外民事关系的概念和特征

涉外民事关系,又称国际民事关系,是指主体、客体和法律事实方面含有一个或一个以上涉外因素的民商事法律关系。2013年1月7日施行的最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释(一)》(以下简称新司法解释(一))第1条规定:“民事关系具有下列情形之一的,人民法院是可以认定为涉外民事关系:(1)当事人一方或双方是外国公民、外国法人或者其他组织、无国籍人;(2)当事人一方或双方的经常居所地在中华人民共和国领域外;(3)标的物在中华人民共和国领域外;(4)产生、变更或者消灭民事关系的法律事实发生在中华人民共和国领域外;(5)可以认定为涉外民事关系的其他情形。”

▶ 典型案例

【案情】^①

原告俄罗斯甲公司与被告中国乙旅行社签订了关于俄罗斯汽车、摩托车特技表演团来中国进行友好演出的合同及补充合同,在华时间为1994年3月15日至5月30日,出入境口岸为中国新疆维吾尔自治区霍尔果斯。合同对于双方的权利义务作了约定。被告在与俄罗斯公司签订此合同之前,与第三人武汉丙就共同组织俄罗斯表演团赴武汉演出事宜,于1993年12月24日达成协议和补充协议。俄罗斯公司在我国进行了演出后,在离境前的当天,要求被告履行与其签订的给付俄罗斯公司28万元人民币演出费的协议。此后,被告未按该协议给付演出费,俄罗斯公司遂向中华人民共和国人民法院提起诉讼。

【审理】

法院经审理认为,本案的性质属于涉外演出合同,原、被告签订的演出合同、被告与第三人签订的协议,均合法有效,各方均应履行。原被告之间的合同以及被告与第三方签订的合同都对各自的权利义务作了明确的约定,因此,法院按照合同的约定以及我国法律的相关规定对案件进行了审理。

【法理】

本案是一起涉外民商事案件,本案原、被告之间的演出合同关系就属于涉外民事关系。依据前文所述,涉外民商事关系是主体、客体或法律事实方面含有一个或一个以上涉外因素的民商事法律关系。第一,涉外民商事关系必须具有民商事性质,即属于平等主体之间的财产或人身关系,本案中当事人之间的关系是合同法律关系,当然

^① 参见《俄罗斯BOA公司诉天山国际旅行社演出合同纠纷案》,载最高人民法院应用法学研究所编:《人民法院案例选》(商事卷上),中国法制出版社2002年版,第629—632页。

具有民事性质。第二,涉外民商事关系必须具有涉外性,本案中的合同法律关系的一方当事人是俄罗斯某公司,其属于外国法人,该法律关系的主体具有涉外因素。因此,本案当事人之间的演出合同关系就属于涉外民商事关系。

与国内民商事关系相比,涉外民商事关系具有如下三个特征:

1. 这种民商事关系都具有一个或一个以上的涉外因素,具体表现为:

(1) 法律关系主体的一方或双方是外国公民、外国法人或者其他组织、无国籍人,或者一方或双方的住所、经常居所地在国外。例如,一个中国女子在留学期间与一名德国男子结婚,我国的某公司与美国的某公司进行某项货物的买卖等。

(2) 法律关系客体具有涉外因素,如标的物位于外国、标的物属于外国人所有或标的物需要在外国实施或完成。例如,旅居英国的中国公民李某在英国死亡并留有一批不动产和动产,李某的儿子要求继承该不动产。

(3) 法律关系的产生、变更或消灭的事实发生在外国。例如,我国远洋货轮在地中海与外国一艘船舶相碰撞等。

这种涉外民商事关系的涉外因素可以是单一的,也可以是多元的。在实践中,一个涉外民商事关系中往往包含两个或两个以上的涉外因素。

需要特别指出的是,这里所说的涉外因素既包括外国,又包括一个国家之内的不同“法域”(Territorial Legal Unit)。例如,在我国实行“一国两制”的情况下,中国大陆与台湾地区、香港特别行政区、澳门特别行政区之间,均属不同的法域,也可以参照涉外民商事关系的原则,适用有关涉外民事法律适用法的规范来调整。

2. 这种民商事关系是广义上的民商事法律关系。这种法律关系的性质是民事性的,是平等主体间的财产关系和人身关系。之所以说它是广义上的民商事关系,是比较而言的,因为世界各国民法的调整范围不同。在英国、美国没有系统的民法,仅有财产法、合同法、侵权法等;而大陆法系国家虽有民法典,但其所含的内容也不同。瑞士、意大利采取民商合一的原则,即民法中含有商法的内容,而德国、法国等采取民商分立的原则,其民法中不包含商法的内容,东欧一些国家以及我国的民法中不包括婚姻家庭关系和劳动关系。此外,涉外民事法律适用法所调整的涉外民商事关系,还包括国际民事诉讼和国际商事仲裁程序关系,这是所有国家民法典都不具有的,而都是国际私法所包括的内容。

3. 这种民商事关系具有国际性。由于该民事关系是在国际民事交往中产生的,并随着国际交往的发展而发展,它虽然表现为不同国家当事人之间的关系,但是实质上体现了不同国家之间的关系,每个国际民事关系都与两个或两个以上的国家利益密切相关,所以国际性是其特点之一。国家在处理这种关系时,都要服从国家总的对外政策,都要受国际关系的制约。

二、涉外民事关系的法律冲突

法律冲突(Conflict of Laws)也称“法律抵触”,是指针对同一涉外民事关系,由于其涉外因素而导致有关国家在法律效力上的抵触。

、涉外民事关系法律冲突产生的原因,归纳起来主要有三点:

1. 在同一涉外民事关系中,有关国家的法律对同一问题作了不同的规定,这是发生法律冲突的前提条件。法律是统治阶级意志的体现,是由经济基础决定的。各个国家由于政治制度、经济基础、历史文化、宗教信仰和风俗习惯的不同,其立法也不可能完全一致。即使社会制度相同的国家,在立法上也会有很大的差异。

2. 一个国家法律的域内效力与另一个国家的法律的域外效力同时出现在一个法律关系时,便出现了不同国家法律的域内效力与域外效力的冲突。法律的域内效力,亦称属地效力,是指一个国家法律的空间效力,即国内立法对本国境内的所有人、物和行为都有效,这是国家主权的表现。例如,我国的《民法通则》第8条规定:“在中华人民共和国领域内的民事活动,适用中华人民共和国法律……本法关于公民的规定,适用于在中华人民共和国领域内的外国人、无国籍人,法律另有规定的除外。”

法律的域外效力,也称作属人效力,是指一个国家的法律对本国的一切人,无论该人在境内还是境外都有效,都应当适用。例如,《法国民法典》第3条规定:“有关个人身份及享有权利的能力的法律适用于全体法国人,即使其居住于国外时亦同。”

国内立法在一般情况下,同时具有域内效力和域外效力,特别是在有关自然人的权利能力和行为能力方面,既要求位于其境内的外国人遵守国内法,又要求位于境外的本国人遵守本国法。这样就发生一个国家的法律的域内效力与另一个国家法律的域外效力的法律冲突。例如,我国的一位22岁的公民李某与在中国留学的18岁的法国女留学生结婚。依据我国的法律的域内效力,该法国人不具有结婚的权利能力,但是依据法国的法律的域外效力,她具有结婚的权利能力。因此,法律冲突本质上就是法律适用的冲突。

3. 受案法院在一定条件下承认外国法律的域外效力。所谓承认外国法律的域外效力,就是受案法院承认当事人依据该外国法取得的某项权利在法院地国家也有效,这也就等于是适用了该外国法。一般意义上而言,一个国家的立法仅仅在其境内有效,其他国家并没有承认和适用外国法律的义务。但是,如果受案法院绝对地适用其内国法,而拒绝所有外国法以及依据外国法所取得的权利,那么就会回到严格的属地主义时代,法律冲突无从产生,涉外民事法律适用法也就丧失了存在的必要性了。而涉外民事交往的稳定与发展要求国家相互之间承认对方国家的某些法律的效力,并在一定条件下适用有关的外国法。

▶ 典型案例

【案情】^①

2001年8月9日,甘肃公路局所属的一辆“甘05291”福特越野车从兰州开往西安,该车途经西安绕城高速公路时,由于车左前轮突然爆破,致使车辆失控飞出高速公

^① 参见《中国公民诉日本横滨橡胶株式会社产品责任赔偿案》, http://www.pkulaw.cn/case/pfnl_117527384.htm/?match=Exat, 访问日期:2017年3月25日。

路并碰撞到几十米外的地下涵洞,车上4人死亡,车辆报废。事故发生后,经有关部门现场勘查取证和分析,认定事故原因是“左前轮爆破,车速过高,致使车辆失控”。由于出事的轮胎是由日本某株式会社生产的,受害人认为日本某株式会社应当承担侵权赔偿责任,遂委托律师展开调查。

2002年8月,4名死者的家属和甘肃省公路局到西安市中级人民法院分别起诉。

【审理】

法院经审理认为:本案属于涉外侵权案件,案件的焦点集中在是否由于被告生产的轮胎的缺陷导致了受害人的身亡,以及举证责任的承担问题。对于本案的法律适用问题,原告主张适用日本法律,被告表示法律适用问题由法院决定。依据日本的法律,本案的赔偿标的额可以达到人民币2,000万元,而依据中国的法律,每位原告得到的赔偿金不会高于人民币20万元。

【法理】

根据上文所述,涉外民事法律冲突的产生有如下三个原因:(1)不同国家对同一问题的法律规定不同;(2)一个国家法律的域内效力与另一国家法律的域外效力同时出现在一个涉外民商事关系上;(3)受案法院在一定条件下承认外国法律的域外效力。本案即存在涉外民事关系的法律冲突。首先,在该案中,中日两国相关法律对产品责任的赔偿问题规定的标准差异巨大,依据日本的法律,本案的赔偿标的额可以达到人民币2,000万元,而依据中国的法律,每位原告得到的赔偿金不会高于人民币20万元。其次,该案为涉外侵权纠纷,一方当事人为中国人,另一方为日本法人,此时就出现了中国法律与日本法律同时出现于同一涉外民事关系的情形,中国的产品责任法的域内效力与日本的产品责任法的域外效力同时作用于该涉外侵权赔偿案件。最后,由于涉外民事交往的日益发展,根据平等互利原则,各国的法律在涉外民事关系中的地位平等。因此,我国承认日本法律在我国境内的法律效力。由此,在该涉外侵权纠纷中就产生了法律冲突,即适用日本法律和适用中国法律的冲突,法官在解决纠纷时首先必须解决的就是应当适用哪国法律的问题,这也是涉外民事法律适用法要解决的问题。

三、涉外民事关系的调整方法

由于涉外民事关系必然涉及两个或两个以上的国家的法律,因此,究竟应适用哪个国家的法律来调整涉外民事关系就成为涉外民事法律适用法的核心问题。调整涉外民事关系主要有如下几种方法。

(一) 间接调整的方法

纵观各国的立法以及司法实践,对于法律冲突的解决,主要采用的是运用冲突规范来指定应当适用的法律的间接调整方法。

所谓的间接调整方法,是指在国内立法或者国际条约中,制定法律适用规则,规定在何种情况下应当适用内国法,在何种情况下应当适用外国法以及适用哪国法,然后再依据所指定的那个国家的实体法来具体确定当事人之间的权利义务,而不是直接

规定当事人之间的权利义务关系。2011年《法律适用法》就属于典型的间接调整方法。

利用冲突规范进行间接调整,是涉外民事法律适用法的主要调整方法,也是传统涉外民事法律适用法唯一的调整方法。随着国际关系的发展,在某些领域也出现了对涉外民事关系进行调整的国际公约。但是,由于国际公约在缔约国数量以及其调整的事项方面具有局限性,因此,冲突规范仍是迄今为止调整涉外民事关系的主要方法。

然而,利用冲突规范进行间接调整,也存在其自身的局限性,主要表现在:第一,冲突规范作为一种间接规范,与实体规范相比,因为其不直接规定当事人之间的权利义务,所以不能够使当事人预见法律行为的后果。第二,依据冲突规范确定实体法的过程非常复杂,要受到反致、转致、法律规避、公共秩序保留、外国法内容的查明等一系列与适用冲突规范相联系的法律制度的制约,从而使得冲突规范最初指向的法律与法院最终用于调整该国际民事关系当事人之间的权利义务关系的法律往往并不一致。第三,各国制定的冲突规范通常互不相同,就会导致同一个民事纠纷在不同国家诉讼,就会适用不同国家的法律,导致不同的判决结果。

(二) 直接调整的方法

1. 统一实体法

统一实体法调整,即制定统一的实体规范,直接规定当事人之间的权利与义务。统一实体规范是指在国际条约(包括双边和多边条约)和国际惯例中用以确定当事人权利义务的规范。这种规范可以绕开法律冲突,更迅速、更准确地直接确定当事人的权利义务。统一实体规范又包括两种,即有关国家间缔结的双边或多边条约,以及国家承认并允许当事人选用的国际惯例。自19世纪以来,在国际贸易领域出现了众多相关的国际公约和国际惯例,它们对于调整涉外民事关系、消除法律冲突、解决法律适用问题起到十分重要的作用。

但是,利用统一实体规范调整涉外民事关系也有一定的局限性,具体表现在:首先,统一实体法的适用仅限于缔约国之间,而非缔约国的当事人之间以及缔约国与非缔约国的当事人之间的国际民事关系往往不受公约的约束。而目前,还没有一个世界各国均参加的国际公约。其次,某些公约仅仅调整某一法律关系的某一方面,而对于这种法律关系的其他方面,仍须借助于冲突规范进行调整。例如,1980年《联合国国际货物销售合同公约》仅适用于合同的成立、双方当事人的权利与义务、违约责任以及补救措施等方面,而对于当事人的缔约能力、无形物的买卖等,该公约均不调整。该《公约》第7条第2款规定:“凡本公约未明确解决的属于本公约范围内的问题,应按照本公约所依据的一般原则来解决,在没有一般原则的情况下,则应按照涉外民事法律适用法规定应适用的法律来解决。”也就是说,仍然需要借助冲突规范进行间接调整。最后,有些公约允许当事人排除其适用,而国际经济贸易方面的国际惯例则更因为多是任意性的,必须在当事人选择以后才能适用,这无疑在一定程度上减损了国际公约和国际惯例在调整涉外民事关系上的效力与作用。例如,1980年《联合国国际货物销

售合同公约》第6条规定：“双方当事人可以不适用本公约，或在第12条的情况下，减损本公约的任何规定或效力。”即公约的适用要让位于对当事人所选择的其他法律的适用。

► 典型案例

【案情】^①

1994年3月31日和9月6日，原告日本国甲株式会社（需方）与被告中国福建乙有限公司（供方）先后签订了5份冻切块章鱼买卖成交确认书。其中，双方约定的价格条件为CNF横滨价，并具体约定了不同规格的货物的单价。后由于在履行合同的过程中，原告发现存在货物短重问题，于是自1995年4月19日起通过函件向被告主张权利，双方协商未果，原告遂向我国法院提起诉讼，要求被告赔偿其所遭受的损失。

【审理】

法院经审理认为：该案属于涉外合同纠纷案件。二审法院经审理认为，上诉人与被上诉人签订的合同符合当事人的意思表示，应属有效合同。由于当事人在合同中约定了CNF价格条款，因此应依据国际商会《国际贸易术语解释通则》的规定处理货物短重等风险责任的承担问题。鉴于双方当事人在合同中没有选择支配合同其他事项的准据法，因此，依据我国法律的规定，应适用与合同有最密切联系的法律，在该案中即中国的法律来支配合同的其他方面。

【法理】

本案涉及了涉外民商事案件中国际惯例的适用问题。国际惯例虽然具有任意性，但在国家予以承认并由当事人选用的情况下就具有法律的约束力，应当予以适用。一般意义上的“国际惯例补缺原则”并不能涵盖国际惯例在国际私法中的地位与作用。即便在存在相关的国际公约或国内立法的情况下，只要公约允许当事人对其适用加以限制，那么当事人所选择的国际惯例就具有在一定范围内排除公约以及国内法的适用的效力。

2. 国内法中“直接适用的法”

在涉外民事法律适用法的发展中，在欧洲出现了一种“直接适用的法”的调整方法。这种法律规则的适用并不依赖于连结因素的指引，而是依据它们所体现的政策与有关案件的关系的程度，自己决定自己的适用范围。对于这一类规范，最初只是将其作为公共秩序制度的一部分，而且主要只涉及法院地国自己的这种实体规范。但现在，随着对于本应当适用的外国公法不得借助冲突规范而加以排除的观念的逐步盛行

^① 参见《日本国三忠株式会社诉中国福建九州集团(股份)有限公司国际货物买卖合同短重赔偿案》，载最高人民法院应用法学研究所编：《人民法院案例选》（商事卷上），中国法制出版社2002年版，第119—125页。

以及立法的逐渐接纳,把各国国内法中的“直接适用的法”纳入涉外民事法律适用法的范畴的观点也比较常见,并为一些国家的立法所采纳,例如,2011年《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。”^①从涉外民事法律适用法的功能,即建立国际交往的新秩序的角度而言,将这种“直接适用的法”纳入调整涉外民事关系的方法范围内未尝不可,因为虽然调整的方法不同,但它毕竟起到调整涉外民事关系的作用。但是,对于“直接适用的法”的适用并不是不受限制的,它必须符合国际公共秩序,并且不得破坏内外国法律平等的原则。

总之,间接调整的方法和直接调整的方法都是调整涉外民事关系、解决涉外民事关系的法律适用问题的方法。但是,它们的调整方法不同,运用的法律规范也不同,在解决同一个国际民事关系时,只能适用其中的一种,不能同时适用。在一般情况下,统一实体规范具有优先于冲突法规范的效力,只有在没有统一实体规范或统一实体规范规定不全面的情况下,才适用冲突规范。但是,这两种方法并非是对立的,在解决某一国际民事关系的法律适用问题上,二者是相辅相成的。

四、几种不同的法律冲突形态

涉外民事法律适用法上的法律冲突,主要是指不同国家间的法律冲突,即国际法律冲突。此外,还有一些法律冲突也是国际私法应当解决的,包括区际法律冲突、人际法律冲突和时际法律冲突。

(一) 区际法律冲突

一个国家内部不同的地区由于实施不同的法律而被分为不同的法域,不同法域的法律制度之间的冲突,就被称为区际法律冲突。^②在涉外民事关系中,如果应当适用的法律是某一多法域国家的法律,或者该民商事关系发生于同一国家的不同法域之间,那么,由于各法域立法的不同,便产生了应当适用哪个法域的法律的问题。这种区际法律冲突(International Conflict of Laws)又称州际法律冲突(Interstate Conflict of Laws),多见于联邦制国家或复合法域国家,即一国内部存在实施不同的法律制度的地区。我国目前实行“一国两制”的制度,我国大陆与香港特别行政区、澳门特别行政区以及台湾地区实行不同的法律制度。因此,我国也属于多法域的国家,在实践中,区际法律冲突问题亦层出不穷。

^① 最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉若干问题的解释(一)》第10条:有下列情形之一,涉及中华人民共和国社会公共利益、当事人不能通过约定排除适用、无需通过冲突规范指引而直接适用于涉外民事关系的法律、行政法规的规定,人民法院应当认定为涉外民事关系法律适用法第4条规定的强制性规定:(一)涉及劳动者权益保护的;(二)涉及食品或公共卫生安全的;(三)涉及环境安全的;(四)涉及外汇管制等金融安全的;(五)涉及反垄断、反倾销的;(六)应当认定为强制性规定的其他情形。

^② 冯霞:《涉港澳台区际私法》,中国政法大学出版社2012年版,第5页。

▶ 典型案例

【案情】^①

1991年9月17日,被告中国乙工业总公司向原告浙江甲银行香港分行出具了一份贷款担保书,对于原告向丙电子有限公司提供的50,000,000美元的贷款提供担保,并约定担保合同受香港特别行政法律管辖。

1991年9月19日,被告将《关于为香港丙电子有限公司贷款担保的报告》向国家外汇管理局备案,但该担保书未获国家外汇管理局的批准。

此后,丙电子有限公司陆续偿还了原告的部分贷款。对于未还的贷款及利息,二者与被告以及中国航天工业总公司签订了一份《丙电子有限公司重新安排还款方案》,并约定该协议应由被告乙以及中国航天工业总公司来函确认,但被告以及中国航天工业总公司并未确认。

1998年11月18日,丙电子有限公司被清盘破产。于是,原告向法院起诉,请求法院判决被告乙对丙电子有限公司未偿还的贷款及利息承担连带责任。

【审理】

法院经审理认为,被告于1991年9月17日出具的为丙电子有限公司向原告借款50,000,000美元承担连带责任的担保书,因其未按照当时我国有关金融、外汇管理法律法规的规定向国家外汇管理局办理外汇担保许可登记手续而无效。在担保合同的法律适用问题上,虽然原被告双方当事人在担保合同中约定“受香港特别行政法律管辖并根据香港特别行政法律解释”,但是内地公司提供外汇担保应当履行批准及登记手续是内地法律法规的强制性要求。在未履行规定的审批及登记手续的情况下,双方当事人有关适用香港特别行政法律的约定违反了内地法律法规的强制性规定。根据民通意见的规定当事人规避我国强制性或者禁止性法律规范的行为,不发生适用外国法的效力。本案当事人选择适用香港特别行政法律的情形,亦应参照这一规定执行。法院最终适用了内地的法律来支配担保合同的效力。

【法理】

在本案中,针对同一个问题,我国内地的法律与香港特别行政区的法律作出了不同的规定。当事人的担保合同如果依据香港特别行政法律的规定,是有效的,当事人必须遵守;而依据内地的法律规定,因为其未按照当时我国有关金融、外汇管理法律法规的规定向国家外汇管理局办理外汇担保许可登记手续,因而是无效的。因此,本案中的担保合同在适用香港特别行政法律与内地法律时会产生完全不同的结果,这就是法律冲突的一种表现形式,即区际法律冲突。区际法律冲突是发生在一个主权国家境内的不同法域之间的,对该类法律冲突的解决同样具有极为重要的意义。

^① 参见《中国银行(香港)有限公司与中国长城工业总公司担保合同纠纷案》,中华人民共和国最高人民法院民事判决书:(2001)民四终字第16号,转载自北大法意网 <http://www.edu.lawyee.net/>,访问日期:2016年10月21日。