

ISSN 1003-7659

中国海商法年刊

ANNUAL OF CHINA MARITIME LAW

1992

中国海商法协会主办

中国海商法年刊

1992

《中国海商法年刊》编委会编辑

000003128176

大连海运学院出版社出版

**《中国海商法年刊》
编辑委员会成员名单**

主 编 司玉琢
副主编 尹东年
编 委 (按姓氏笔划排序)
李嘉华 朱曾杰
孟子群 高隼来
傅廷忠

**中国海商法年刊(1992)
ANNUAL OF CHINA MARITIME LAW**

主 办	中国海商法协会
编 辑	《中国海商法年刊》编委会
出 版	大连海运学院出版社
主 编	司 玉 琢
发 行	大连海运学院出版社
印 刷	大连海运学院出版社印刷厂

ISSN 1003-7659
CN 21-1271/D

定价: 平装 9.00 元
精装 15.00 元

中国海商法年刊

1992 年

第 3 卷

目 录

《中国海商法年刊》编辑委员会成员名单

论 文

- 论海峡两岸区际海事法律冲突…………… 汪鹏南 司玉琢(1)
- 关于强制拍卖船舶制度若干问题的探讨 …… 金正佳 吴自力(19)
- 租约中的货物积载:短装与亏舱索赔…………… (香港)杨良宜(31)
- 论涉外海事仲裁协议的法律效力 …………… 林钧鑫(47)
- 论承租人的安全港义务 …………… 汪鹏南(56)
- 论 Maritime Lien 的性质…………… 肖思礼(72)
- 论无单放货引起货物索赔的时效 …………… 郭 瑜(87)
- 论救助人的损害赔偿问题 …………… 林鹏鸪(97)
- 论海运欺诈手段及其防范措施…………… 孟于群 陈震英(118)
- 论海上运输中的迟延交货损失…………… 宋春风(135)
- 论建立和完善我国渔船抵押权制度…………… 金正佳 翁子明(150)
- 论海运货物损害赔偿责任…………… 金兆华(160)
- 解决国内无正本提单提货的途径…………… 汪一超(172)
- 副本提单加保函提货的若干问题探讨…………… 刘寿杰(181)
- 论适航责任…………… 李守芹(192)

美国碰撞法和布鲁塞尔碰撞公约比较·····	郁志轰(203)
论船舶碰撞新概念的理论和实践价值·····	饶中享(213)
玛瑞瓦禁令及其域外效力·····	张丽英 贾 迅(223)

述 评

《中华人民共和国海商法》的特点评述·····	司玉琢 朱曾杰(234)
海峡两岸海商法之比较·····	(台湾)尹章华(241)
英国新提单法——介绍英国 1992 年海上货物运输法 ·····	杨良宜(266)
澳大利亚海商法律的改革与发展·····	张进先(274)
共同海损制度仍应保留但需简化·····	俞天文(280)
关贸总协定“乌拉圭回合”谈判中的海运问题情况简介 ·····	任为民(290)
海上交通事故调查处理的现行法规与制度·····	赵正庭(294)
制订《国际海上运输危险和有毒物质损害责任和赔偿公约》 (草案)的进展情况·····	任为民(302)

案 例

北京海事仲裁最新裁决案例·····	刘书剑(309)
“新世纪”轮货物转运争议的处理·····	张铁鞠(325)
租船合同产生的部分争议的裁决案例·····	刘书剑(329)
“德运”轮无正本提单提货纠纷案·····	罗四维 桂 钢(335)
“广威”轮货物所有权纠纷案·····	杜伯强(342)
“H”轮与“Z”轮雾中碰撞案的审理 ·····	罗四维 熊绍辉(348)
“M62379A”渔船所有权纠纷案 ·····	赖尚斌(352)
“卡西亚”轮留滞纠纷案的审理·····	吴自力(356)

倒签提单索赔纠纷案·····	徐孝先(359)
在紧迫危险时背离《内规》不负民事责任·····	付郁琳(365)
外派船员人身伤害赔偿案·····	徐孝先(369)

国际公约与航运法规

《中华人民共和国海商法》·····	(373)
《中华人民共和国领海及毗连区法》·····	(425)
《对外经贸部关于国际货物运输代理行业管理的若干规定》 ·····	(429)
《英国 1992 年海上货物运输法》·····	(434)

学术组织与学术活动

中国海商法协会第三次会员代表大会及第三届第一次理事会 全体会议在京召开·····	(440)
中国海商法协会第三届主席、副主席、常务理事名单·····	(442)
中国海商法协会第三届秘书长、副秘书长名单·····	(443)
中国海商法协会第三届理事名单·····	(444)
海商法研讨会 11 月 26 日在京举行·····	(449)
全国海事法院第二届学术研讨会纪要·····	(452)
关于参加国际污染损害研讨会和海洋环境损害法律评定标准 讨论会的情况报告·····	(459)
制止非法行为的公约和议定书生效·····	(468)
中国海商法协会法规委员会在穗成立·····	(470)
海商法研讨会 6 月 3 日在京举行·····	(471)
全国海事律师业务研究小组在青岛成立·····	(471)
日本将于 1993 年 6 月 1 日起实施威斯比规则·····	(473)

论海峡两岸区际海事法律冲突

汪鹏南* 司玉琢**

区际法律冲突,是指一个国家内部具有独特法律制度的不同地区(“法域”)之间的法律冲突,属于国内法的范畴。区际法律冲突的实践十分悠久,至今在许多国家仍是一个十分现实的问题,瑞士、德国、美国、加拿大、法国和波兰等都是各具特色的所谓“复合法域”国家。^①

近年来,随着香港、澳门即将回归祖国,以及海峡两岸相互合作关系的改善,区际法律冲突问题成为我国各地区法学界研究的热点之一。本文仅就海峡两岸直航引起的两岸区际海事法律冲突进行初步研究,并在此基础上提出解决这一区际法律冲突的法律适用法体系,即“涉台海事关系的法律适用建议案”。

一、海峡两岸直航与区际海事法律冲突的产生

两岸历来均主张“一个中国、一个主权”,但两岸所施行的海商法体系历来是不同的。大陆地区的海商法体系是由大陆《海商法》(1992年11月7日颁布,1993年7月1日施行),大陆参加的有关国际公约和交通部颁行的一系列法规所构成,在海运法规没有规定的场合,主要由《民法通则》等相应法规作为补充。

台湾海商法是在1929年海商法的基础上,于1962年7月25

* 大连海运学院国际海事法律系海商法教研室主任,法学硕士,海事律师

** 大连海运学院院长,海商法教授,海事律师,仲裁员,中国海商法协会海事法律委员会主任委员。

日修订公布并施行。两岸海商法在诸多方面存在着实质性的差异。但是,这一事实本身尚不能当然使海峡两岸成为“一个国家,一个主权”内的两个不同的海商法域,还需要两岸互相承认对岸的海商法在本岸的“域外”效力。

我们认为,海峡两岸互相承认对岸的海商法在本岸的“域外”效力是产生两岸区际海事法律冲突的前提条件,也是海峡两岸直航的必要条件。在海峡两岸直接通航之前,两岸人民在航运活动中,也会产生涉及两岸的海事纠纷,但因两岸均未明确承认对岸作为一个法域的存在,这类海事纠纷并不能构成两岸区际海事法律冲突,其法律适用是十分不明确的,进而导致困难的处境。在目前的间接通航情况下,由于船舶皆悬挂“方便旗”(FOC: flag of convenience),并普遍使用“转换提单”(Switched Bill of Lading),使中国船东拥有的两岸通航船舶变成了外籍船舶,运输合同的缔结地表现为外国港口,即使海峡两岸相互承认对岸海商法的域外效力,绝大多数的两岸人民之间的海事纠纷也不产生区际海事法律冲突,而表现为国际海事法律冲突。

而海峡两岸直接通航,意味着两岸船东拥有的船舶可以不必悬挂方便旗挂靠对岸港口,也无须借助“转换提单”等形式掩盖真正的装货港或卸货港。在这种情况下,一方面,必然产生众多的仅涉及两岸的海事关系;另一方面,在法制社会里,两岸人民都期望一切海事关系,皆能有明确的法律规范对之加以调整。这就必然要求两岸相互承认对岸的海商法在本岸的域外效力,或者允许将对岸的海商法作为事实在本岸作为案件的准据法加以适用,同时相互承认对岸的人民在本岸的海事法律地位;否则,海峡两岸的直航就不能得到有效的维持和向两岸人民共同期望的方向发展。

简言之,两岸相互承认对岸的海商法在本岸的“域外”效力,是一种事实上的需要,其直接的目的是使有关当事人能获得公正的裁判。在不影响各自主权的范围内,国与国之间,政府与政府之间

的相互承认与否,不应影响一方对他方事实上有效的法律承认。不应存在“法律真空”。近代多数国际私法学者和许多国际司法实践都支持这一点。

依靠法律途径,公正地和合法地解决两岸人民之间的区际海事法律冲突,也是两岸人民的共同愿望。从目前的“通船不通航”和间接通航,到两岸船舶直航,很可能是一触即发的事情,两岸海商法学界应具有前瞻性,力图走在两岸航运实务界的前面,为海峡两岸海事法律冲突找到妥当的解决办法,以促进两岸直航,带动两岸贸易和经济的发展。

二、两岸区际海事法律冲突的特点

1. 从两岸区际海事法律冲突的存在基础来看,海峡两岸的区际海事法律冲突是一种特殊的和崭新类型的区际法律冲突。

我国以外的复合法域国家的区际海事法律冲突可分为两类:(1)在同一国家、同一制度和同一法系内,不同法律区域间的冲突,即一国一制一法系中的法律冲突。如前苏联、捷克和斯洛伐克、南斯拉夫、瑞士、澳大利亚等国家的区际法律冲突;(2)在同一国家、同一社会制度中,不同法系间的区域法律冲突,即一国一制多元法系的法律冲突。如美国、加拿大、英国等国家的区际法律冲突。上述两种法律冲突形式都是一国一制下的区际法律冲突。也就是说,这些国家中各地区的政治、经济制度一致,要么都是社会主义制度,要么都是资本主义制度。由于这些国家具有统一的社会制度,所以各地区的法律都是基于相同的立法原则,这些国家中区际法律的共同点是主要的,不同点是次要的。因此,这种区际法律冲突是比较容易统一的。而我国区际海事法律冲突则自成一类,它一方面表现为在同一国家内,既有相同社会制度之间的海事法律冲突,又有不同社会制度之间的海事法律冲突;另一方面表现为在同一

国家内,既有相同法系之间的冲突,更多的是不同法系之间的冲突。而大陆地区和台湾地区的区际海事法律冲突,与大陆和香港、澳门地区的区际海事法律冲突相比又具有鲜明特色,将构成第四种类型的区际法律冲突。

虽然两岸均主张“一个中国、一个主权”,但海峡两岸尚处于分裂状态,并未实现统一,不存在任何在海峡两岸皆适用的法律。海峡两岸相互承认对岸作为一个法域的存在,是为了配合以直航为主要内容之一的“三通”政策格局;由此而形成的两岸区际海事法律冲突,是在通过和平的道路实现统一的过程中产生的,是一种崭新类型的区际法律冲突,已超出了传统法律冲突法学的概念框架。也正因为两岸区际海事法律冲突是建立在国家尚未统一的基础上,所以将会是十分脆弱的,需要两岸怀着和平统一祖国和繁荣中华民族的共同愿望,以充分的真诚和合作,来细心地维护。

2. 从两岸海商法的差异来看,两岸区际海事法律冲突,既有尖锐性的一面,又有缓和性的一面。

两岸实行的社会制度不同,海事法律制度的传统也不同,必然导致两岸区际海事法律冲突的尖锐性。另一方面,由于海商法共同固有的独特性和国际性,两岸海商法的具体规定在诸多方面是相同或相近的。

目前,大陆地区即将施行的海商法,其基本特征是从实际出发,以通行的国际公约(如 1910 年碰撞公约,1967 年船舶优先权和抵押权公约,1968 年海牙/威斯比规则,1969 年船舶油污损害民事责任公约,1974 年雅典公约,1976 年海事赔偿责任限制公约和 1989 年救助公约等)为基础,吸收体现国际惯例的民间规则(如 1974 年约克—安特卫普规则),借鉴有广泛影响的标准合同(如 GENCON Form, NYPE Form 和 BALTIME Form 等),并考虑了国际海事公约的发展趋势(如 1978 年汉堡规则和 1989 年船舶优先权伦敦公约草案等)^②。台湾也在修订其 1962 年海商法,从台湾

海商法学者的讨论和介绍来看,其趋向也是向通行的国际公约靠近。两岸海商法在直航阶段的确切差异目前还无法讨论,但主要差异可能存在于海事赔偿责任限制、承运人的责任、船舶优先权项目和位次、船舶扣押和诉讼时效等方面。^③

3. 从法律冲突的形成原因来看,两岸区际海事法律冲突,近似于国际海事法律冲突,冲突的范围十分广泛,而且缺乏有效的协调机制。

首先,在立法管辖权方面,两岸处在同一个水平面上,事实上享有不受对岸制约的地区立法管辖权,两岸的立法机关并不服从于一个最高的政权。可以预知,两岸区际海事法律冲突,随任何一个法域的海商法的变化而变化,将是十分活跃和不稳定的冲突法领域。从现在起,即应相互注意对岸海商法的发展趋势。其次,在解决两岸区际海事法律冲突方面,两岸各自行使终审权,没有一个共同的最高机关来加以协调,随时都有失控的危险。这需要两岸司法机关更多的自制,并将案例予以公开,以接受两岸人民,特别是航运实务界和海商法学界的监督。

三、两岸区际海事法律冲突的解决途径

同国际法律冲突的解决一样,任何区际法律冲突的解决,可以借助统一实体法来彻底解决,或适用法律冲突法来间接解决,两岸区际海事法律冲突的解决也不例外。

从解决两岸区际海事法律冲突的效果来看,统一两岸的海商法无疑是最令人满意的途径,但在和平统一过程中的两岸直航阶段,不能过多期望这种途径。即使在两岸统一以后,两岸区际法律冲突如同1997年后大陆与香港间的区际法律冲突,按“一国两制”方针,也应肯定在一定时期内各地区法律制度存在的差异,急于统一两岸的实体法,不会为台湾地区的人民所接受,也与“一国两制”

的精神实质相违背。

适用法律冲突法来间接解决两岸区际海事法律冲突,在理论上可以采用下列五种方式之一:

1. 直接适用本法域的国际冲突法规则;
2. 类推适用本法域的国际冲突法规则;
3. 参照适用本法域的国际冲突法规则;
4. 两岸分别制定各自的区际海事法律冲突法规则;
5. 两岸共同制定统一的两岸区际海事法律冲突法规则。

采用上述第一种和第二种方式是不可取的,这不仅在理论上混淆了区际法律冲突与国际(涉外)法律冲突在性质上的区别,而且在技术上并不能完全解决两岸区际海事法律冲突中存在的特殊问题,虽然目前大陆法院在审理涉港澳经济纠纷中,是按照这样的方式来确定法律适用。

采用参照本法域的国际冲突法规则来解决两岸区际海事法律冲突,只是一种权宜之计。它没有明确区际法律冲突和国际法律冲突的区别所在,两岸在处理属人法的连接因素、跨越两岸的侵权行为地、公共政策原则、意思自治的范围以及对国内内聚力的考虑等方面,将处于一种十分不确定的状态。在将来的海事司法实践中,任何法域对这些亟待明确的特别问题处理不当,都可能给本身就十分脆弱的两岸区际海事法律冲突带来危机。然而无论如何,两岸现行的国际冲突法规则,对解决两岸区际海事法律冲突都有很大的参考价值,因为两岸区际海事冲突法仍然是法律适用规范,在调整对象(即相冲突的几种法律制度)、功能(即在与事实相联系的几种法律制度之间进行选择)和方法(即冲突规范的解释和适用)等方面,都是与国际冲突法规则相似的。事实上,今天我们称之为国际私法的东西是在非国际的情况下发展起来的。因此,无论是两岸分别制定各自的,还是两岸共同制定统一的两岸区际海事法律冲突规则,都要参照两岸现行的国际冲突法规则,并尽量与之相协

调。

我们认为,为了解决直航阶段两岸区际海事法律冲突,现在应该做和可以做的事情,是研究制定各自的区际海事法律冲突法规则,并主要借助两岸海商法学界的交流和合作,使两岸的相应规则尽量协调一致。各自的冲突法规则,在将来的司法实践中将受到检验和两岸学术界的检讨和评判,从而不断趋于协调和完善,待时机成熟,即可着手制定两岸统一的区际海事法冲突规则。这一统一的冲突规则的形成,有可能走在大陆与香港、澳门地区之间统一的区际冲突法之前;如果是在它的后面,即可以简单地准用或参照它。

虽然从解决两岸区际海事法律冲突的效果来看,与两岸共同制定统一的冲突规范相比,两岸分别制定各自的冲突规范并不可取,可能引起各法域区际冲突规范本身的冲突,以发生反致和转致问题,并诱发当事人“择地行诉”的弊端,但是从务实的立场出发,在和平统一过程中的直航阶段,由两岸共同制定统一的区际冲突法很可能是不切实际的,而两岸各自的区际冲突法,至少比两岸法院参照各自的国际冲突法来解决两岸区际海事法律冲突问题,前进了一大步,为当事人提供了明确的指针,为将来统一的区际冲突法的制定奠定了良好的基础。

四、解决海峡两岸区际海事法律冲突的理论基础

在阐述了海峡两岸区际海事法律冲突的产生与两岸直航的关系、冲突的特点和解决这一冲突的途径后,为了制定可操作的区际冲突规则体系,还必须研究作为建立这一规则体系的理论基础。

1. 属人法的归属

在两岸区际海事法律冲突中,属人法须服从住所地法,而不应将国籍作为属人法的连接因素。

基于两岸人民的国籍皆为中国,如果以国籍作为属人法的连

接因素,则无从指示应适用的法律。而属人法,无非是采用国籍主义或住所主义,在国籍主义不适用的场合,自然应采用住所主义^④。此外,在两岸区际海事法律冲突中,规定属人法服从住所地法,与现行国际冲突法规则也是协调的。大陆《民法通则》第143条规定,“中华人民共和国公民定居国外的,他的民事行为能力可以适用定居国法律”,而与住所主义同一旨趣。

属人法,虽然尚无统一的范围,但一般是指“关于个人身份和能力的法律”^⑤,在两岸区际海事法律冲突中,属人法的直接影响限于两岸人民的行为能力,如当事人缔结海上货物运输合同的行为能力,设立船舶抵押权的行为能力等,然而必须注意的是,在海商法中具有特别重要意义的船舶,虽然是物,但具有国籍并悬挂船籍国国旗航行,而且两岸法律均规定船舶物权须服从船旗国法,只是在大陆地区的海商法中规定船舶优先权适用法院地法。例如《海商法》第270条和271条分别规定,“船舶所有权的取得、转让和消灭,适用船旗国法”。“船舶抵押权适用船旗国法”。这些国际冲突法规则,显然不能直接适用于两岸区际海事法律冲突,也应该从国籍主义向住所主义调整,好在船舶皆有其法定住所——船舶登记港。

2. 侵权行为地

按照传统国际私法的理论,与物权相比,以债务人的给付为他的活动内容的债并不能象某些有形财产那样自行确定场所,这些活动不一定与某一特定地点有联系,而且实践中很难把债与产生债的法律行为或法律事实分离开来,这便构成了以行为或结果发生地的法律作为侵权行为或合同的准据法的理由。但在现代国际私法理论中,“最密切联系原则”具有很大的影响^⑥,而且传统的合同地法,已从合同缔结地法,经合同履行地法,发展为自治法,即采用意思自治原则。就合同之债的准据法而言,《民法通则》第145条和《海商法》第269条明确采用意思自治原则,并以最密切联系原

则作为补充。就侵权之债的准据法而言,《民法通则》第146条和《海商法》第273条皆以适用侵权行为地法为原则。本文在这里先讨论侵权行为地在两岸区际海事法律冲突中的确定所存在的特殊问题,而将意思自治原则和最密切联系原则,留待下文阐述。

侵权行为地包括侵权行为实施地和侵权结果发生地,在两岸区际海事法律冲突中,当侵权行为实施地和侵权结果发生地跨越两岸时(如船舶油污),应适用大陆海商法还是台湾海商法呢?按最高人民法院对《民法通则》第146条的解释,人民法院可以任意选择适用其中一地的法律。但从人民法院处理的涉外侵权案件来看,人民法院通常选择其中与法院地法一致的法律,典型的案例有如:福建省宁德地区经济技术协作公司诉日本国日欧集装箱运输公司预借提单侵权损害赔偿纠纷上诉案(1989年,上海市高级人民法院)、中国技术进出口总公司诉瑞士工业资源公司侵权损害赔偿纠纷上诉案(1988年,上海市高级人民法院)和兴利公司、广澳公司与印度国贸公司等货物所有权争议上诉案(1990年,最高人民法院)等。而1989年2月1日台湾“法务部”拟定的《两岸人民关系暂行条例草案》第11条规定:“民事法律关系之行为地或事实发生地跨连台湾地区与大陆地区者,依中华民国法律”。相比较之下,以采用法院地法更为适宜。

当侵权行为地位于台湾海峡的中国领海以外时,应将其视为在公海上发生还是视为跨连两岸呢?我们认为应将其视为发生于公海,就船舶碰撞的损害赔偿而言,同样适用法院地法。

在船舶上发生的人身伤亡,应视该船舶登记港为侵权行为地,否则可能导致复杂的结果。

此外,就船舶碰撞的损害赔偿而言,按《海商法》第273条3款,侵权行为地法有一个例外,即“同一国籍的船舶,不论碰撞发生于何地,损害赔偿适用船旗国法”(这与《民法通则》第146条规定之法院也可以选择适用当事人共同本国法或共同住所地法律不尽

相同)。基于上述对属人法归属的解释,我们认为在两岸区际法律冲突规范中,应当将共同国籍因素,变更为其船舶登记港的共同法域(或大陆法域,或台湾法域)因素。

3. 意思自治原则的适用

海商法是民法的特别法,原则上是通过保护个人利益来保护一般利益,而且个人利益在涉外合同中更需要自由,因而现代各国法律允许涉外合同当事人选择处理合同争议所适用的法律,即肯定在合同准据法方面的意思自治原则。同时,为了保证法律的权威,各国法律对自治法方法也规定了例外,例如大陆《涉外经济合同法》第5条明确规定,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。这是强制性的适用法规定,当事人不得协议选择适用其他国家或地区的法律。

一般认为,在区际法律冲突法中,由于各法域的法律都是由同一立法者颁布或承认的,故合同当事人协议选择的合同准据法可以及于强制性法律^⑨。但这却不适用于两岸区际海事法律冲突,前文我们已经观察到,在和平统一祖国过程中的直航阶段,两岸事实上并不存在一个共同的最高立法机关和最高立法(如其实际效力及于两岸的宪法),两岸的立法管辖权处在同一水平面上,因而两岸的强制性法律,不得由两岸合同当事人协议排除或违反。大陆地区的海商法中有些规定是强制性的,例如《海商法》第四章第44条明确规定:“海上货物运输合同和作为合同证明的提单或者其他运输单证中条款,违反本章规定的无效。将货物的保险利益转让给承运人的条款或者类似条款,无效。”其效力相当于1924年海牙规则的第三条第8款。

4. 最密切联系原则的适用

近代各国国际私法学说和判例对合同的准据法,除实行当事人意思自治原则以外,十分强调最紧密联系原则:美国1969年《第

二次法律冲突法重述》第6节最先以条文的形式规定了最紧密联系原则,大陆《民法通则》第45条和《海商法》第269条在合同准据法方面也采纳了这一原则作为意思自治原则的补充。

最密切联系原则是萨维尼法律关系本座说的发展,具有兼收并蓄现代国际私法理论各派学说的特点,但还远非一个完善的原则,它不过是在法律所要保护的各種价值之间所作的一种选择,特别是给法官留下了较大的自由权衡的余地。我们认为,在两岸区际海事法律冲突中,最密切联系原则的适用与在国际海事法律冲突中相似,而且只适用于合同当事人没有有效地选择合同准据法的情况。

5. 公共政策原则的适用

公共政策的适用有两个方面,一是对法律适用法规则指示的外国法的排除,二是对外国判决拒绝承认或执行,本文在此只研究前一方面,即一般意义上的公共政策在两岸区际海事法律冲突中的适用问题。

在国际私法理论中,公共政策原则被认为是适用外国法的一种必要的例外,本国立法者允许采用外国法,旨在维护国际交往的安全与公平,如果外国法的内容有害本国的公安或公益,自然不许加以应用。在司法实践中,法院采纳的方法是,从个案中审查适用外国法后产生的效果,兼顾各国国情和立法宗旨,再确定是否违背本国的公共政策。绝大多数国家的立法采用了公共政策原则,《民法通则》第150条,《海商法》第276条和台湾《涉外民事法律适用法》第25条也作了公共政策保留,只不过在大陆地区称“社会公共利益”,而在台湾地区称“公共秩序善良风俗”而已。

根据一种普遍的观点,在合并国家的区际法律冲突中,由于存在着共同的政治权力机构,各法域的法律都是由同一立法机关颁布或承认的,法官不能拒绝执行该立法机关的命令,哪怕是对于具有不同法律传统的地区的命令,也就是说国内一法域的法官不能