# 案例一：

案情：一经销商与被告在澳大利亚签订了一项代理协议，选择香港法律作为该代理协议的准据法。根据该协议，代理人(原告)将在香港和东南亚寻找买主购买在澳大利亚的土地，当代理人要求取得佣金时，委托人(被告)主张，该代理人不能取得佣金，因为该代理人没有得到澳洲法律所要求的充当不动产代理人的许可证，而且，协议约定的佣金额超过澳大利亚法律所允许的最高限额。

问题：请问当事人选择的准据法是否有效?

分析：当事人选择香港法作为准据法是无效的，因为它违反了“意思自治”原则中的一个条件，即合同当事人不能弄虚作假地选择合同的准据法。由于本案当事人的目的是为了规避澳大利亚关于许可证和佣金的规定，故他们对香港法的选择无效，应适用澳大利亚法。

# 案例二：

案情：中国某省国际经济技术合作公司的李总经理在北京举行的一次国际经济技术合作洽谈会上结识了科威特胡塔(东方)有限公司驻北京办事处的代表侯赛因，经过几次接触，双方有意进行合作。1991年8月，李总经理及其随行人员应邀访问科威特，并在科威特同胡塔(东方)有限公司草签了一项工程承包合同。同年9月，双方在中国某省省城正式签订了该合同。合同约定，由中国某省的国际经济技术合作公司负责在科威特某地重建一座在海湾战争中被摧毁的工程。合同中无法律适用和仲裁条款，后在合同执行过程中，因胡塔(东方)有限公司多次拖欠工程款项，双方发生纠纷。中国某省国际经济技术合作公司便在北京市中级人民法院提起诉讼。

请问：我国法院对该案是否有管辖权?有管辖权的法院应适用什么法律?根据何在?

分析：(1)我国法院对该案有管辖权，因合同是在中国签订的，根据《中华人民共和国民事诉讼法》的有关规定，我国法院拥有此案的管辖权。但管辖法院不是北京市中级人民法院，而是某省府所在的市中级人民法院。(2)应适用科威特法。此案的准据法，因合同中当事人没有选择准据法，根据最高人民法院的司法解释，对国际工程承包合同，当事人没有选择准据法的，一般应以工程承包地法作准据法。

# 案例三：

案情：1989年，我国某市第四建筑安装公司职工某甲被派往埃及，参加中国港湾工程公司承揽的400幢楼房的建设。1990年2月26当地时间上午8时左右，某甲在该工程5工区工地工作时，被埃及一公共汽车司机撞死。后提起诉讼。

请问，此案应适用何国法律?

分析：此案应适用埃及法律，因为侵权行为的损害赔偿，适用侵权行为地法是国际私法的普遍原则。又根据我国《民法通则》，因侵权行为而提起的损害赔偿诉讼也适用侵权行为地法。

# 案例四：

案情：1997年7月2日，美国人马·司考特和他朋友斯皮门在其住地燃放烟火，烟火本指向空旷地方，但点燃后突然改变方向，击伤司考特的弟弟(狄恩·司考特)的右眼，所燃放的烟花是由中国进口的“空中旅行”。于是狄恩·司考特的父母即委托律师，于1979年在美国得克萨斯州向法院提起诉讼。他们将中华人民共和国做生产烟火的制造厂商作为第一被告，以中国外贸部长作为中华人民共和国的代理人和以中国烟火经销商作为第二、三被告，要求赔偿100万美元。

请问：(1)本案以中华人民共和国为被告是否合法?

(2)本案应适用何国法律?

分析：(1)本案以中华人民共和国为被告是不符合国际法的。因为主权国家享有司法豁免权是国际法上的一项基本原则。

(2)本案应适用美国法律。因侵权行为(产品在美国购买)及损害结果均发生在美国。

# 案例五：

案情：1976年12月21日，中国广州远洋公司所属的南平轮锚泊于埃及亚历山大港外，等候进港卸货，12月23日，苏联的鲁别若涅号也驶入亚历山大港，在南平轮后方很近处抛锚，12月28日10时左右，突然风雨交加，风力达7—8级，海面掀起了大浪，南平轮船长检查锚位未见变化。11时许发现船始走锚，船长即令备车。由于主机身22日起停止使用，暖缸及启动需要一定时间，不能立即动车，而船却在大风浪的推动下，向苏船方向走锚。此时，苏船早已备车起锚。南平轮船长见状鸣笛5短声3次，但苏船不仅没有采取避让措施，反而转动船首对着南平轮左舷。11时50分两船相撞，南平左舷第四、五、六舱舷樯及尾楼左侧全部损坏。

苏船代理人，太阳神航运代理处代表苏方向埃及法院要求扣押南平轮，要中方提供3万英镑(约合12万美元)的保证金，并要求以后在莫斯科解决此案。我方代理在我亚历山大总领事的协助下，也向法院备案，要求扣押苏船。并要苏方提供4．5万英镑的保证金。因苏鲁别若涅号已离港，法院扣留了与该船同属一公司的另一艘名苏沃洛夫号。

该案由埃及法院审理。我代理人请一位在法庭注册的海事专家写海事分析，结论是：全部碰撞责任在苏船。1979年10月1日，埃及初级法院宣判我方胜诉，苏方应赔我方6．43万埃磅。苏方不服上诉于埃及上诉法院(在上诉时曾提出莫斯科离开罗太远，主张将埃及法规定的上诉期限2个月再延长6个月)。1980年5月10日，上诉法院开庭并作出判决，拒绝苏方上诉，维持初级法院原判。1980年11月中旬，我总领事馆收到对方赔款64300埃磅。 此案经过四年后以我方胜诉而结束。

问：(1)本案的性质是什么?

(2)对此类案件埃及法院管辖的依据是什么?

(3)审理此案的有关程序问题应由何国法律确定?

分析：(1)本案的性质是因船舶碰撞而引起的涉外侵权损害赔偿案。

(2)涉外侵权行为的损害赔偿一般由侵权行为发生地法院专属管辖，这是世界各国立法及实践普遍接受的管辖原则。但海上侵权行为有一定的特殊性。侵权行为如发生于一国领域内，而侵权行为影响及于船外，如船舶碰撞、海上污染等，一般认为该侵权行为发生于沿海国。沿海国的法院对此类案件应该具有专属管辖权。如果侵权行为发生在位于一国领海的外国船舶内部，而与沿海国无关，如船舶内部的船员、船主、乘客相互之间发生的侵权行为，一般由船旗国法院管辖。本案因发生在埃及的亚历山大港，属于埃及领海以内，且又是船舶碰撞案，埃及法院对该案当然拥有专属管辖权。苏方提出此案应交由莫斯科解决是缺乏法律依据的。

(3)根据国际私法的普遍实践，一国法院审理涉外案件，在程序上只能适用法院地法。本案有关程序问题，比如上诉期限、诉讼费及律师费等，完全依据埃及法律确定，是正确的。苏方以莫斯科离开罗太远为由，主张将埃及法规定的上诉期限2个月再延长6个月，是毫无根据的。

# 案例六：

案情：一个住所在法国的法国籍男子在19岁时与一个住所在英国年满25岁的英国籍女子结婚，他们是在英国按英国方式举行的结婚仪式。但是，该婚姻随后在一件由该男子提起的诉讼中被法国法院宣告无效，因为该婚姻与法国男子的住所地法——法国法相抵触。按照《法国民法典》第148条之规定，年龄在21岁以下的人结婚，须征得父母的同意。而且，法国法把父母同意识别为未成年人结婚的必要条件，应该依当事人各自的属人法。然而，英国法则把父母对未成年人婚姻的同意识别为婚姻形式问题，应该依婚姻举行地法调整。因此，1908年英国法院在受理此案时，对法国法院的判决未予承认，确认了诉讼当事人之间的婚姻。

问题：试分析该案涉及的主要的国际私法问题。

分析：本案主要涉及国际私法上的识别和涉外婚姻形式的法律适用问题。英国法院将父母对未成年人婚姻的同意这一事实识别为婚姻形式问题，这是援用有关婚姻形式冲突规范处理此案的前提。关于解决结婚实质要件和形式要件的冲突规则，归纳各国的做法不外乎三种：婚姻举行地法、当事人本国法和当事人住所地法。本案中，英国法院采用了婚姻举行地法(英国法)决定婚姻形式问题，是严格恪守“场所支配行为”这一规则的结果。

案例七：

案情：美籍华入朱昂及其妻余杏芳，生前在广州置有坐落在甫堤二马路六号之一的混凝土三层楼房一栋，另有坐落在吉祥路20号二层楼房一栋。朱昂及余杏芳分别于1959年和1975年在美国去世，未留下遗嘱处理其财产(朱、余在美生活时，还在美国Stockton购有住宅一座，朱、余遗有女儿朱宣琼、朱宣强、朱宣娇和养子朱伯然，他们均为居住于美国的美籍华人。朱宣琼、朱宣娇已去世。朱宣琼有子女马慕贞、马慕洁、马慕本、马启湘四人，除马启湘为加拿大籍人外，其余均为美籍华人。

上述在广州吉祥路的房屋，已在50年代被征用，由马慕贞领款1400元。在南堤二马路的楼房全部出租，50年代后由马慕贞代管收租修缮。在美国的住宅，则由业主朱昂及其妻余杏芳、女儿朱宣强及其夫居住。

1988年，朱宣强委托代理人起诉于广州中级人民法院，要求继承上述在广州南堤二马路的楼房。

问题：（1）广州市中级人民法院可否受理此案?

（2）广州的房屋应适用何国法处理?

（3）在美国的遗产应适用何国法律处理?

分析：(1)本案属无遗嘱涉外法定继承案。我国对涉外民事案件管辖权的确定，原则上也以地域权限的划分为根据，并且与确定国内民事案件的管辖权大体一致。由于争议的标的物在我国广州，因而可由广州市中级人民法院审理。

(2)根据我国《继承法》第36条和我国《民法通则》第149条的规定，遗产的法定继承，动产适用被继承人死亡时住所地法律，不动产适用不动产所在地法律。因此，在广州的房屋应适用我国继承法的有关规定处理。

(3)由原告一方独占的在美国的遗产，也应由有继承权的人共同继承。其中，属不动产部分应适用该不动产所在地的法律处理；动产部分应适用被继承人朱昂和余杏芳死亡时的住所地(Stock- ton)的法律处理。

# 案例八：

有一起一方为中国公司，一方为营业所位于×国的外国公司的合同纠纷，当事人在×国签订了合同，并书面协议选择中国公司营业所所在地的中国法院作为管辖法院。合同缔结后，双方发生纠纷，中国公司于是在双方约定的我国某市中级人民法院起诉。

1、中国该法院可否行使管辖？

可以行使管辖，我国法律规定“涉外合同或者涉外财产权益纠纷的当事人，可以用书面协议选择与争议有实际联系的地点的法院管辖。”

2、如果双方并没有协议选择法院，中国哪些法院可行使管辖？

根据规定，“因合同纠纷或者其他财产权益纠纷，对在中华人民共和国领域内没有住所的被告提起的诉讼，如果合同在中华人民共和国领域内签订或者履行，或者诉讼标的物在中华人民共和国领域内，或者被告在中华人民共和国领域内有可供扣押的财产，或者被告在中华人民共和国领域内设有代表机构，可以由合同签订地、合同履行地、诉讼标的物所在地、可供扣押财产所在地、侵权行为地或者代表机构住所地人民法院管辖。”

3、本案中中国与×国都加入了海牙送达公约，中国法院向×国该公司的送达请求程序如何？

根据最高人民法院、外交部、司法部关于执行《关于向国外送达民事或商事司法文书和司法外文书公约》有关程序的通知，我国法院若请求公约成员国向该国公民或第三国公民或无国籍人送达民事或商事司法文书，有关中级人民法院或专门人民法院应将请求书和所送司法文书送有关高级人民法院转最高人民法院，由最高人民法院送司法部转送给该国指定的中央机关；必要时，也可由最高人民法院送我国驻该国使馆转送给该国指定的中央机关。

4、如果中国与×国没有共同的司法协助条约，中国法院应如何向×国提出取证的请求？

可以通过外交途径，我国法律规定，“请求和提供司法协助，应当依照中华人民共和国缔结或者参加的国际条约所规定的途径进行：没有条约关系的，通过外交途径进行。”

5、中国相关法院作出判决后，由何主体向外国法院承认和执行申请？

当事人与人民法院均可。我国法律规定，“人民法院作出的发生法律效力的判决、裁定，如果被执行人或者其财产不在中华人民共和国领域内，当事人请求执行的，可以由当事人直接向有管辖权的外国法院申请承认和执行，也可以由人民法院依照中华人民共和国缔结或者参加的国际条约的规定，或者按照互惠原则，请求外国法院承认和执行。

# 案例九：

有一起一方营业所位于中国的公司，另一方为营业所位于×国的外国公司的合同纠纷，当事人在×国签订了合同，书面约定合同适用1999年中国合同法。该×国与中国均为1980年《联合国国际货物销售合同公约》的缔约国。合同缔结后，双方发生纠纷，中国公司于是在我国某市中级人民法院起诉，并被受理。

本案件中法院应适用何种法律解决合同纠纷？

适用×国法。我国法律规定，涉外合同的当事人可以选择处理合同争议所适用的法律。

如果双方是就在中华人民共和国境内履行的中外合资经营企业合同产生的纠纷，又该如何处理？

应适用中国法。我国法律规定，在中华人民共和国境内履行的中外合资经营企业、中外合作经营企业、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。

如果双方没有选择法律，我国法律是如何规定法律适用问题的？

我国法律规定，涉外合同当事人没有选择法律的，适用与合同有最密切联系的国家的法律。

如果本案要适用×国法，应如何查明？

我国司法解释规定，在应适用的法律为外国法律时，人民法院如果不能确定其内容的，可以通过下列途径查明：1．由当事人提供；2．由我驻该国的使、领馆提供；3．由该国驻华使、领馆提供；4．由中外法律专家提供；5、缔约对方国家中央机关查明。

如果无法查明该国法律，法院应该如何处理？

我国司法解释规定，通过上列途径仍不能查明外国法的，应适用我国相应的法律来处理。

# 案例十：

中国黑龙江省甲市造纸厂（简称甲方）与加拿大乙市有限公司（简称乙方）在甲市签订了《关于成立强强纸业有限公司合同书》，制订了《强强纸业有限公司章程》，在甲市合资成立强强纸业有限公司。强强纸业有限公司经黑龙江省经贸委审查批准，并经黑龙江省工商行政机关登记注册，合资公司于2005年4月正式成立。但是，合资公司双方争议不断，导致无法经营。

请你根据相关知识，回答以下问题并给出理由：

1．双方在《关于成立强强纸业有限公司合同书》中约定中国国际贸易仲裁委员会仲裁。如果乙方向中国国际贸易仲裁委员会提请仲裁，甲方是否可以以本案应由法院专属管辖予以抗辩？（5分）

根据我国民诉法司法解释的规定，属于中国专属管辖的案件，当事人不得用书面协议选择其它国家法院管辖，但协议选择仲裁裁决的除外。因此，本案虽属在中国境内履行合资合同纠纷，专属中国法院管辖，但因为双方书面选择仲裁机构裁决，因此贸仲有权管辖。

2．双方在《关于成立强强纸业有限公司合同书》中约定争议适用中国香港法律，该约定是否有效？（5分）

当事人选法无效。我国法律明确规定，在中国境内履行的中外合资经营企业合同必须适用中国法律，属于强制性法律规定，无论是外国法还是港澳台法律，都不允许选择。

3．此案如由中国国际贸易仲裁委员会裁决解决，乙方向甲市人民法院申请执行，人民法院可以以何种理由裁定不予执行？（5分）

经被申请人举证，有下列情形之一的仲裁裁决可不予执行：第一，无仲裁协议；第二，被申请人未能陈述意见；第三，仲裁程序与仲裁规则不符；第四，超裁或无权裁决。

# 美国九巡案例

对中国被告的商标诉讼，可向美国专利商标局局长送达

2022年11月14日美国第九巡回上诉法院San Antonio Winery, Inc. v. Jiaxing Micarose Trade Co., Ltd.案，本案原告系加利福尼亚公司圣安东尼奥酒厂，由Riboli家族拥有和经营，1998年以来在其葡萄酒产品上使用RIBOLI商标。被告嘉兴某公司系一家中国公司，使用Riboli名字销售服装和鞋子，2018年获得了RIBOLI的美国商标注册。原告圣安东尼奥酒厂得知被告嘉兴公司通过亚马逊等电子商务网站在美国提供带有RIBOLI商标的产品，在加利福尼亚中区联邦地区法院提起诉讼，请求：

1）禁止嘉兴某公司在其产品上使用RIBOLI商标；2）撤销嘉兴某公司2018年所注册的RIBOLI联邦商标。

美国《兰哈姆法》规定，外国商标申请人可以指定一名美国居民接受影响该商标的程序中的通知或程序的送达【15 U.S.C. § 1051(e)】。如果外国商标申请人没有指定美国居民或者指定的美国居民无法找到，那么针对外国商标申请人的通知或程序可以送达美国专利局局长。

被告嘉兴公司指定的美国居民没有回应原告送达的请求，原告圣安东尼奥酒厂向美国专利商标局局长送达了诉讼文件，后者将文件副本转交给被告嘉兴公司。

嘉兴公司未出庭，圣安东尼奥酒厂提出缺席判决动议，但被加尼福尼亚中区地区法院驳回，理由是嘉兴公司未被适当送达，原告圣安东尼奥酒厂上诉，美国第九巡回上诉法院认为，根据美国《兰哈姆法》第1051(e)条向美国专利商标局局长送达诉讼文书，是合法有效送达，而且该送达足以让联邦地区法院对中国被告行使管辖权，遂撤销了一审法院裁定。

# 菲达电器厂案 艺明公司

1993 年7 月29 日，广州菲达电器厂（简称菲达厂）与新加坡艺明公司以传真方式签订了一份灯饰出口协议书。约定：菲达厂向艺明公司出口一批灯饰；菲达厂发货后，以传真形式将提单发出；艺明公司须在三天内将货款全数汇出；

菲达厂收到汇款通知副本后，再将正本提单交付给艺明公司；若有违法提货行为，以诈骗论。协议签订后，菲达厂将两集装箱货物装上美轮公司所属“EAGLEWAVEV.002”轮和“EAGLECOMETV 112”轮，美轮公司分别签发了编号为APLU023158043、APLU023157949的一式三份记名提单。

两票记名提单均记载：承运人为美轮公司，

收货人为艺明公司，装货港为黄埔，卸货港为新加坡，运费预付。黄埔海关《出口货物报关单》证实，两票提单货物的贸易术语是FOB，货物价值分别为58994.148美元、39669美元。

货物运抵新加坡后，买方艺明公司未依协议给菲达厂付款，在未取得正本提单的情况下，要求美轮公司将两票货物交给其指定的陆路承运人YUNGXIE承运，并保证承担由此可能产生的任何后果。新加坡港务当局证实，这两票货物已分别于1993年9月16日、17日交付放行。

菲达厂以美轮公司无单放货为由，向广州海事法院提起诉讼，美轮公司没有提出管辖异议并应诉。中美法律关于无单放货的法律冲突：

我国海商法第71条规定：“提单，是指用以证明海上货物运输合同和货物已经由承运人接收或者装船，以及承运人保证据以交付货物的单证。提单中载明的向记名人交货物，或者按照指示人的指示交付货物，或者向提单持有人交付货物的条款，构成承运人据以交付货物的保证。”

49 U.S. Code § 80110 - Duty to deliver goods

(a)General Rules.—Except to the extent a common carrier establishes an excuse provided by law, the carrier must deliver goods covered by a bill of lading on demand of the consignee named in a nonnegotiable bill or the holder of a negotiable bill for the goods when the consignee or holder—

(1)offers in good faith to satisfy the lien of the carrier on the goods;

(2)has possession of the bill and, if a negotiable bill, offers to indorse and give the bill to the carrier; and

(3)agrees to sign, on delivery of the goods, a receipt for delivery if requested by the carrier.

(b)Persons to Whom Goods May Be Delivered.—Subject to section 80111 of this title, a common carrier may deliver the goods covered by a bill of lading to—

(1)a person entitled to their possession;

(2)the consignee named in a nonnegotiable bill; or

(3)a person in possession of a negotiable bill if—

(A)the goods are deliverable to the order of that person; or

(B)the bill has been indorsed to that person or in blank by the consignee or another indorsee.

本案提单背面的条款：

American President Lines BILL OF LADING

6. PARAMOUNT CLAUSE

i) From loading of the Goods onto the Vessel until discharge of the Goods from the Vessel, the Carrier’s responsibility shall be subject to the provisions of any legislation compulsorily applicable to this Bill of Lading:

a) which gives effect to the Hague Rules contained in the International Convention for the Unification of Certain Rules Relating to Bills of Lading dated at Brussels, August 25, 1924, ( “the Hague Rules” ) including adaptations thereof, such as

the Carriage of Goods by Sea Act of the United States, 1936 ( “US COGSA” ), the provisions of which shall apply on all shipments to or from the United States, or …

28. LAW AND JURISDICTION

i) Governing Law 准据法

Insofar as anything has not been dealt with by the terms and conditions of this Bill of Lading, Singapore law shall apply.

Singapore law shall in any event apply in interpreting the terms and conditions hereof.

ii) Jurisdiction

All disputes relating to this Bill of Lading shall be determined by the Courts of Singapore to the exclusion of the jurisdiction of the courts of any other country provided always

that the Carrier may in its absolute and sole discretion invoke or voluntarily submit to the jurisdiction of the Courts of any other country which, but for the terms of this Bill of Lading, could properly assume jurisdiction to hear and determine such disputes, but shall not constitute a waiver of the terms of this provision in any other instance.

28. LAW AND JURISDICTION

iii) Notwithstanding Clause 28 i) and ii), if Carriage includes Carriage to, from or through a port in the United States of America, the Merchant may refer any claim or dispute to the United States District Court for the Southern District of New York in accordance with the laws of the United States of America.

法律选择条款和合同并入条款

Choice of law clause

vs.

incorporated clause

海牙规则缔约国：法德美新加坡等

1924海牙规则规定承运人货物损害责任为每单位100英镑；

US COGSA 1936：承运人赔偿责任为每单位500美元

原告诉称：原告向被告托运了两集装箱货物，货物运抵新加坡后，被告没有凭正本提单交付货物，违反了运输合同下的有关义务，侵害了原告作为货物合法所有人的利益。请求判令被告向原告赔偿经济损失共162928.80美元及其利息，并承担本案诉讼费。

被告辩称：被告签发的两套正本提单均为记名提单。该提单首要条款中约定适用的法律为美国法，因此美国法应作为本案争议的准据法。根据美国《1936年海上货物运输法》，记名提单的收货人可不凭正本提单提货。

被告已将货物交给记名提单上记载的收货人“艺明公司”，已履行承运人交付货物的义务，不应承担无正本提单放货的责任。

美国律师行和新加坡律师行出具的意见书都认为，记名提单情况下，只要收货人身份得到充分证实，被告就应交付货物，而毋需提交正本记名提单。因此，请求法院驳回原告的诉讼请求。

一审法院（广州海事法院）

本案提单首要条款约定，因本提单产生的争议适用美国1936年《海上货物运输法》或1924 年海牙规则。该约定没有违反中国法律，应确认其效力。但是，美国1936年《海上货物运输法》和1924年海牙规则均没有对承运人向提单记名收货人交付货物问题作出明确规定，因此无法适用。

新加坡提单法案生效于1993年11月12日，对本案纠纷不具溯及力。

因此，本案应适用中华人民共和国法律和有关国际航运惯例。

一审法院（广州海事法院）1995年12月11日判决：

根据中国《海商法》第71条和《民法通则》第106条、第117条以及国际航运惯例，被告美国总统轮船公司赔偿原告广州菲达电器厂货物损失98666.148美元及其利息。第106条　公民、法人违反合同或者不履行其他义务的，应当承担民事责任。公民、法人由于过错侵害国家的、集体的财产，侵害他人财产、人身的，应当承担民事责任。第117条　侵占国家的、集体的财产或者他人财产的，应当返还财产，不能返还财产的，应当折价赔偿。

美轮公司向广东省高级人民法院提出上诉。

上诉理由：本案应适用美国法律或“海牙规则”。根据美国律师意见，依美国法律承运人只须把货物交给记名提单记载的收货人而无须收回正本提单。一审判决没有适用美国法律是错误的，应当纠正。

广东省高级人民法院终审认为：

本案为涉外经济纠纷。菲达厂以美轮公司无单放货，侵害其所有权为由提起侵权之诉，双方之间的权利义务关系应受侵权法律规范调整，而不受双方原有的运输合同约束。

民法通则第146条“侵权行为的损害赔偿，适用侵权行为地法律。”《民法通则意见》第187条“侵权行为地的法律包括侵权行为实施地法律和侵权结果发生地法律。如果两者不一致时，人民法院可以选择适用。”本案货物交付地在新加坡，侵权行为实施地即为新加坡；现菲达厂持有正本提单，无单放货行为侵害了其对货物的所有权，故侵权结果发生地为我国。由于侵权行为实施地和侵权结果发生地不一致，人民法院可以选择适用的法律。

由于本案侵权结果发生地是我国，原告的住所地、提单的签发地等也均在我国境内，本案与我国的法律有更密切的联系。因此由广州海事法院对本案行使管辖权并选择适用我国法律，并无不当。

对被上诉人菲达厂是货物托运人和所有人，双方当事人都没有异议。菲达厂至今仍持有正本提单，提单没有转移，应视为货物没有交付，货物所有权尚未转移给买方，菲达厂仍是本案货物的所有权人。上诉人美轮公司未征得托运人菲达厂同意，在没有收回正本提单情况下，将货物交给了非正本提单持有人，违反了海商法关于承运人应凭正本提单交付货物的规定，侵害了菲达厂对本案货物的所有权，菲达厂有权向法院提起侵权之诉。美轮公司赔偿菲达厂因此遭受的损失。

1996年9月5日广东高院作出（1996）粤法经二上字第29号民事判决书：驳回上诉，维持原判。

美轮公司不服，向最高人民法院申请再审。最高人民法院1998年5月27日裁定：提审本案，再审期间中止原终审判决的执行。

美轮公司再审理由：一、本案纯属海上货物运输合同纠纷，双方争议焦点是承运人在未见到正本记名提单情况下，将提单项下货物交付给提单记名收货人，是否符合海上货物运输合同约定。原审判决认定本案承运人无正本记名提单放货是侵权之诉，定性错误。

二、本案记名提单首要条款明确约定：因本提单而产生的争议适用1936年美国《海上货物运输法》或海牙规则。该法律选择合法有效，对各方均具有法律约束力。原审判决无视当事人对法律适用的选择及有关国际惯例，适用法律错误。

菲达厂再审答辩理由是：一、本案属于国际海上货物运输合同纠纷，应当适用海上货物运输的相关法律，需要解决的关键问题是承运人无正本提单放货是否合法。

二、本案提单条款约定适用海牙规则或1936年美国《海上货物运输法》，这是双方当事人自愿约定，合法有效。但是这个约定没有明确二者是择其一适用还是同时适用；况且这两个法律对于承运人凭提单副本即可交货是否合法，都没有明确规定，无法适用，因此本案应适用中国法律。

最高人民法院认为：

对本案是国际海上货物运输合同无单放货纠纷，双方当事人没有异议，应予认定。海商法第269条规定“合同当事人可以选择合同适用的法律，法律另有规定的除外。”

本案提单是双方当事人自愿选择使用，提单首要条款明确约定适用美国1936年《海上货物运输法》或海牙规则。这一法律选择是双方当事人的真实意思表示，不违反中华人民共和国的公共利益，合法有效。

《海牙规则》对记名提单效力未作规定。

根据美国1936年《海上货物运输法》第三条第四款，在适用美国1936年《海上货物运输法》确认涉及提单的法律关系时，只有同时适用与该法相关的美国《联邦提单法》，才能准确一致地判定当事人在提单证明的海上货物运输合同中的权利义务。因此本案应同时适用美国1936年《海上货物运输法》和美国《联邦提单法》。

根据美国1936年《海上货物运输法》和美国《联邦提单法》第二条、第九条（b）款，承运人向记名提单的记名收货人交付货物时，不负有要求记名收货人出示或提交记名提单的义务。

2002年6月25日，最高人民法院再审判决：依据美国1936年《海上货物运输法》第3条第4款、美国《联邦提单法》第2条和第9条（b）款和《民事诉讼法》第一百八十四条、第一百五十三条第一款第（二）项的规定，

撤消一审和二审判决，驳回万宝集团广州菲达电器厂对美国总统轮船公司的诉讼请求。本案一审诉讼费人民币 41490元、二审诉讼费人民币 41490元，由菲达厂负担

三审法院判决中，哪个法院判决说理论证最充分？判决结果最公平公正？

本案系合同纠纷还是侵权纠纷？为什么？广州海事法院是否享有合法管辖权？为什么？

竞合的前提是菲达厂没有丧失所有权，所有权跟人走还是跟物走？原告提起侵权诉讼

为什么是合同纠纷？当事人之间有合同关系；合同成立而且履行

当事人之间存在的争议焦点是：承运人认为自己已经履行交货义务，按照合同约定履行，托运人认为交货时候应收回正本提单，这是交货方式问题，交货是合同义务，合同义务的履行方式问题属于合同问题

原告提起违约诉讼还是侵权诉讼？

如果原告提起侵权诉讼，但是实际上是合同问题，那么法官应该怎么做？

国际私法和民诉法的关系问题

前述解决法律冲突的法律规范《民法通则》第146条《海商法》第269条均属于特殊性质的法律规范，称为冲突规范。

法院根据冲突规范经过说理论证最终确定的用来作为判决依据的实体法律，称为准据法。

前述案件中，广州海事法院适用的中国《海商法》《民法通则》第106条和第117条、最高法院适用的美国《海上货物运输法》和《联邦提弹法》，均属于准据法。

# 世嘉公司案 海上保险合同纠纷

世嘉有限公司（GLOBAL EMINENCE LIMITED，住所地英属维尔京群岛）诉中国大地财产保险股份有限公司等海上保险合同纠纷案

涉案远洋船舶保险单签发于2016年7月17日，以被告大地财保为抬头，盖有被告大地财保航保中心的承保专用章。被保险人为明进公司和原告世嘉公司，保险金额为480万美元，保险条件为“协会定期船舶保险条款全损险（1/10/83），附加共同海损、救助、施救和碰撞、触碰责任”等；

保险期限自2016年7月18日0时起至2017年7月17日24时止。涉案英文版保险条款的标题下方载明“THIS INSURANCE IS SUBJECT TO ENGLISH LAW AND PRACTICE”（本保险适用英国法律和惯例）。

原告世嘉有限公司主张适用保险条款约定的英国法律，被告主张适用中国法律。

上海海事法院一审观点：涉案协会定期船舶保险条款标题下方载明“THIS INSURANCE IS SUBJECT TO ENGLISH LAW AND PRACTICE”（

但是本案中并无其他证据证明双方就保险合同项下纠纷适用的准据法达成过一致，故应当适用与合同有最密切联系的国家的法律。鉴于涉案保险人为中国公司且涉案保险合同在中国签订，因此中国法是与涉案保险合同有最密切联系的国家的法律，本案的准据法应当为中华人民共和国法律。

上海市高级人民法院二审：一审法院认定中华人民共和国法律是与涉案保险合同有最密切联系的国家法律并确定本案准据法为中华人民共和国法律，于法有据。

当事人是否协议选择了保险合同的准据法？

# 中威船案 船王案

原告：中威轮船公司

中华人民共和国公民陈顺通祖孙三代

被告：日本大同海运株式会社

（大同海运株式会社20世纪60年代并入日本海运，日本海运20世纪80年代并入日本NAVIX LINE，1999年4月日本NAVIX LINE并入日本第二大海运公司商船三井船舶株式会社。）

1909年，浙江宁波14岁少年陈顺通乘着父亲的木船闯进上海滩，到一家汽船公司学习航海业务，不久从一个见习水手成为海运船长。

1930年9月1日，陈顺通在上海注册成立中国有史以来第一家个人独资创办的海运公司“中威轮船公司”， “中威”意为“扬中华之威”。4年后中威公司轮船总吨位超过二万吨，在当时中国航运界居第二，跻身世界著名航运公司之列，航线通往东南亚各国和苏联，公司人才辈出，盛极一时。董浩云（香港船王、香港特首董建华之父）、魏文瀚、魏文达、包达三等著名人士都先后入职中威公司。陈顺通成为名副其实的“船王” （船王第一代）。

1936年陈顺通母亲去世，蒋介石赠匾一副，上书“母仪天下”。可见陈氏家族当时的显赫。1936年10月14日，陈顺通代表“中威”与日本大同海运株式会社在上海签订定期租船合同，约定：将六千七百吨的“顺丰”号与五千吨的“新太平”号租给大同使用，租期为十三个日历月。合同1936年11月1日上午6时生效，租船人1937年12月1日收回船只。合同例外事故条款约定：上述轮船不得进入禁运港口或正发生敌对行动的港口，不得装运有害物资，不得进行有可能引起政府没收、扣留或处罚风险的航行等。中威分别将两轮向日本“兴亚”、“三菱”两家海上保险株式会社投了船体保险。“新太平号”保险金40万日元，“顺丰号”保险金66.7万日元。

1937年7月7日抗日战争爆发。为防御日军，国民党开启战时特别措施：征收民船自沉于重要航道，封锁江海口。被政府征召的轮船有99艘，包括陈顺通仅剩的“太平”号和“源长”号，该两艘船舶于同年在炮火中破舱下沉。陈顺通长子陈洽群日记记载，从1937年8月16日起“中威”就再未收到来自“大同”的租金。租船合同期限届满后，大同也未按时还船。“顺丰”和“新太平”两艘远洋海轮下落不明。“顺丰”和“新太平” 是中威公司的绝对主力，占公司轮船总吨位三分之二。 “顺丰”号是当时中国吨位最重的一艘船舶。因两艘船失踪，

陈顺通1939年春冒险乘飞机东渡已成为敌国的日本，寻找“顺丰”和“新太平”。“大同”法人代表告诉他，“顺丰”和“新太平”都被日本海军当局强行征用，并劝阻陈顺通找日本海军部交涉：“两国正在交战，你千万不可自投罗网，当局会把你当作中国间谍抓起来。”陈顺通绝望回国。

1940年4月9日日本“大同”海运株式会社正式发函给陈顺通，称两轮被日本政府于1938年8月22日“依法捕获”，所有权被宣布归日本国递信省(交通部)，又将两轮转租给“大同”，现“大同”使用两轮并向日本交通部支付船租。

1945年8月15日日本投降。国民政府对抗战危急时刻沉船锁江的船东们作出补偿，陈顺通获得了赔偿金十八万美元。

1947年2月15日陈顺通写信请求盟国驻日本占领军最高司令官麦克阿瑟协助中威公司收回“顺丰”和“新太平” ，并赔偿日方违约造成的全部损失。麦克阿瑟亲笔签名的打字回信写道：“‘顺丰’和‘新太平’二轮已在战争期间不幸灭失，‘中威’须于实物之外另求补救之道。”陈顺通随即给麦克阿瑟回信，附上合同副本航空挂号直邮东京的麦克阿瑟。

两年无望等待后，1949年11月14日陈顺通去世。陈顺通1949年8月8日立下遗嘱将两轮权益及未收之租金全部归其子陈洽群（船王第二代）继承。陈洽群与“大同”联系，大同公司把一切责任推给日本政府。1937年7月7日起被日本拿捕与扣押外国船只的《船只调查表》（盟军最高司令部民间财产局1946年发布）上，写有中威所有的“新太平” “顺丰” 两船船名。”

船王第二代：为了继承父亲事业，陈恰群1958年自上海迁居香港，在香港注册了中威轮船。1962年陈洽群向日本外交部和大藏省提出索赔要求，毫无结果。1964年4月，大同海运株式会社并入日本海运株式会社。

1964年12月21日陈恰群聘请了以日本大律师绪方浩为首的七人律师团，向东京简易裁判所正式对日本政府提起民事诉讼，诉状名为“陈洽群告日本国” 。陈洽群提交的证据有两船的租赁合同、保险单、“大同”给陈顺通的“通知函”，以及当年麦克阿瑟的复函。东京简易裁判所以各种理由一再推迟审判时间，1974年10月25日法庭审判：本案“时效灭失”，驳回原告诉讼请求。理由：日本国1946年颁布《战时赔偿特别措施法》第17条“在战争期间遭受损失的日本公民，应在本法颁布后两年内，向有关当局报告以求补偿，逾期者此权利丧失。”陈洽群1962年才正式向日本外交部和大藏省提出索赔要求，故求偿权丧失。【对于外国公民在日本诉讼没有规定】

1985年7月26日陈洽群突发脑溢血半身瘫痪。1987年12月31日陈洽群出具委托书，指定长子陈震、次子陈春为自己合法代理人，在中华人民共和国境内、日本国和香港地区，继续进行船舶索偿工作

1988年12月20日陈春聘请任继圣、高宗泽、司玉琢、宋杨之和江山等56人律师团，以“中威”为原告向上海海事法院提起诉讼，被告是大同公司继承者日本海运株式会社，要求被告支付拖欠租金、占用船舶费和利息52亿日元，支付原告营业损失费1000万美元以及保险费、诉讼费等，合计共折合美金9750万元。

1989年8月14日上海海事法院立案受理。同年，日本海运株式会社与山下海运株式会社合并成奈维克斯海运株式会社，被告相应变为奈维克斯海运株式会社。

1991年8月15日，上海海事法院首次开庭审理“中威船案”。本案总标的已逾1亿美元。被告质疑原告诉讼主体资格，认为中威轮船公司早已不复存在，香港“中威” 与老“中威”毫无关系。一审休庭后，1992年4月10日陈洽群去世。中威船案马拉松式诉讼的接力棒，正式交到船王第三代陈春手中。【两年后才开庭，可能和律师的私下协商有关 91年民诉才有关于涉外诉讼管辖的规定】

1995年1月10日上海海事法院二次开庭，原告改为陈春、陈震，原告索赔金额累计已达到3亿美元。被告质疑原告陈春、陈震诉讼主体资格，【上海中威和香港中威是一个吗。债权人是中威公司还是陈顺通呢？毕竟这是一个公司，中日友好声明其实已经放弃了中华人民共和国索求战争损失的权利，但是外交部声明曾言，只是放弃中国国家的索赔，但没有放弃中国国民索赔的权利。】 原告指出中威轮船公司是陈顺通创办的个人独资无限责任公司，其全部权利可通过遗嘱由后代层层继承。法院认定陈春、陈震具有原告主体资格。【《中国商事法》中介绍，民国时期的公司法，自然人可以直接作为商人，但需要设立商号，中威是陈顺通的商号，真正的民事主体是陈顺通，所谓的中威公司其实并不具有法人地位，如张小泉剪刀】

1995年5月15日第三次开庭，原告提交了 “1940年9月4日及1959年5月10日大同海运株式会社给“中威”的两封信函”被告主张两轮被日本海军“捕获”因此所有权已转移，但未提供证据。三审无果而终。

三审之后，陈洽群的弟弟向法院提起陈顺通遗嘱无效诉讼。经上海市第一中级人民法院一审、上海高院二审，1998年9月上海中院最终判决陈顺通遗嘱有效。1999年4月奈维克斯并入日本商船三井株式会社 ，2003年4月法院同意原告请求，将商船三井确定为被告。

2003年11月25日，上海海事法院第五次开庭。上海海事法院审理后认为，日本军方在1937年扣留两艘轮船的事实可以认定，但目前没有证据可以认定“捕获”，也没有两艘轮船发生所有权转移登记的证据。1937年7月以后，在战争已经爆发情况下，两艘货轮并未按合同约定被安排到安全海域航行，导致轮船在合同期内被日本军方扣留，大同海运株式会社对此有过错。

此后大同海运株式会社在明知船舶所有人为中国公民陈顺通的情况下继续占有两轮，既不及时告船舶所有人详情，又不支付合同费用，构成侵权。因此从租约期满起至两轮沉没期间，大同海运株式会社属于非法占有两艘货轮，应对船舶所有人实际造成的经济损失承担侵权赔偿责任。

2007年12月7日上海海事法院作出（1989）沪海法商字第25号民事判决：对中威公司的诉讼请求不予支持；商船三井向陈震、陈春支付并赔偿两轮的租金、营运损失、船舶损失及孳息共2916477260.80日元 (29亿余)。

上海市高级人民法院2010年8月6日（2008）沪高民四（海）终字第80号判决:驳回上诉,维持原判。2010年12月23日最高人民法院（2010）民申字第1269号民事裁定书驳回商船三井再审申请。

2012年3月，船王第三代陈春辞世。为执行判决书，船王第四代——陈春长子陈中威，踏上了父亲的追索之路。

2014年4月19日，上海海事法院为执行生效判决，在浙江嵊泗马迹山港对被执行人商船三井株式会社28万吨轮船BAOSTEELEMOTION轮实施扣押。2014年4月20日宁波下着淅淅沥沥的雨。船王第四代、1969年出生的陈中威捧着父亲陈春的骨灰盒，告慰父亲：“爸爸，你放心吧，法院已经强制执行了。”2014年4月23日三井公司向上海海事法院支付了40亿日元（约合2.44亿元人民币），其中29亿日元为法院判定支付原告的赔偿金，其余11亿日元为利息和诉讼费用。2014年4月24日上海海事法院裁定解除对“BAOSTEEL EMOTION”轮的扣押，同时发布了《解除扣押船舶命令》。

船王四代人为两艘船奔波77年（1937-2014），“中威船案”世纪之讼尘埃落定。

国际裁判权和涉外管辖权

82年《民事诉讼法（试行）》没有任何规定。

91年4月9日《民事诉讼法》第243条：因合同纠纷或者其他财产权益纠纷，对在中华人民共和国领域内没有住所的被告提起的诉讼，如果合同在中华人民共和国领域内签订或者履行，或者诉讼标的物在中华人民共和国领域内，或者被告在中华人民共和国领域内有可供扣押的财产，或者被告在中华人民共和国领域内设有代表机构，可以由合同签订地、合同履行地、诉讼标的物所在地、可供扣押财产所在地、侵权行为地或者代表机构住所地人民法院管辖。（国际裁判权和涉外管辖权合二为一）

当事人适格问题

原告：中威轮船公司、陈震、陈春

陈震、陈春为陈洽群之子、陈顺通之孙。

被告：日本商船三井株式会社

1930年在上海设立的中威轮船公司早已不复存在，也没有经过清算。

涉案债权属于陈顺通还是中威轮船公司？

中威船案原告：中威 vs. 陈顺通

In 1930, CHEN Shuntong established a sole proprietorship, the Chung Wei Steamship Co. ("Chung Wei"),in Shanghai.

At the time, the company owned four ships, which Mr. Chen registered with the Shanghai Shipping Administration Bureau in 1931 under his own name as ship owner.……In 1936, Chung Wei entered into two time-charter contracts with Daido.独资商号

中威无法律人格，则无法成为合同当事人；

中威有法律人格，则须先与陈顺通订立合同。

国际私法案件证据程序的特殊性：

如何取得上述债务继承关系的证据？

审案期限：

《民事诉讼法》第270条 人民法院审理涉外民事案件的期间，不受本法第149条、第176条规定的限制。（第149条一审应当在立案之日起六个月内审结。第176条上诉案件应当在第二审立案之日起三个月内审结。）

诉讼时效

日本法还是中国法规定的诉讼时效？

诉讼时效是否届满？

日本国1946年《战时赔偿特别措施法》第17条“在战争期间遭受损失的日本公民，应在本法颁布后两年内，向有关当局报告以求补偿，逾期者此权利丧失。”

1898年《日本民法典》167条 消灭时效

债权，因十年间不行使而消灭。

债权或所有权以外的财产权，因二十年间不行使而消灭。

1957年《日本国际海上货物运输法》第14条

承运人对货物的责任，于货物交付或应当交付之日起一年之内没有被提起诉讼请求时消灭。

《民法通则意见》（1988年1月26日施行）第１６６条：民法通则实施前，民事权利被侵害超过二十年的，民法通则实施后，权利人向人民法院请求保护的诉讼时效期间，分别为民法通则第一百三十五条规定的二年或者第一百三十六条规定的一年，从１９８７年１月１日起算。

《民法通则》（1987年1月1日实施）第一百三十五条 向人民法院请求保护民事权利的诉讼时效期间为二年，法律另有规定的除外。

前述案件涉及一系列重要法律问题：

国际裁判权和国际民商事管辖权问题？

当事人适格和外国人身份确认问题？

定性问题？

域外诉讼文书送达和取证问题？

法律冲突问题？

法院判决承认和执行问题？章公祖师佛像案判决执行？中威船案判决执行？

解决上述所有问题的法律规范的总称，即国际私法。

# 黄金置地公司诉西门子公司

2005年9月上海黄金置地有限公司与西门子国际贸易（上海）有限公司签订了“上海市浦东新区陆家嘴贸易区B2-5地块黄金置地大厦高（低）压配电系统供应工程”合同，约定由西门子向黄金置地提供合同设备，合同相关争议应提交新加坡国际仲裁中心（SIAC）以仲裁方式解决。

合同履行中双方发生争议。黄金置地向SIAC提起仲裁要求解除合同，停止支付货款。西门子反请求要求黄金置地支付全部货款并赔偿损失。仲裁庭2011年《最终裁决》裁决黄金置地向西门子支付人民币9,415,120.49元及172,292.63新加坡元。西门子依据《承认及执行外国仲裁裁决公约》向上海一中院申请承认并强制执行《最终裁决》。

被执行人黄金置地主张，案涉仲裁协议约定将无涉外因素的争议交由外国仲裁机构仲裁，无效，《最终裁决》不应被承认及执行。

上海一中院2015年11月27日裁定：双方为外商独资企业，虽均为中国法人，但注册地均位于上海自贸区，且合同项下设备由西门子从境外进口，案件具有涉外因素，仲裁协议有效，承认《最终裁决》并予以强制执行。

虹某公司与展某公司《软件许可协议》仲裁协议效力纠纷最高人民法院（2021）最高法知民辖终90号民事裁定书（2021年4月23日）

2001年7月18日，展某公司在中国（上海）自由贸易实验区注册成立，类型为台港澳与境内合资有限责任公司。2003年2月25日，虹某公司在浙江省注册成立，类型为中外合资上市股份有限公司。虹某公司与展某公司签订《软件许可协议》，该协议自2017年9月1日起生效。

协议约定虹某公司授权许可展某公司使用ArcSoft软件，展某公司向虹某公司支付授权使用许可费

该协议第17.2（b）仲裁条款载明：若任何纠纷未能在上述规定的期限内得以解决，在一方书面通知后，此纠纷应最终由双方均赞同并熟悉软件行业的单个仲裁员根据届时有效的新加坡国际仲裁中心仲裁规则通过新加坡国际仲裁中心处理的仲裁解决。

虹某公司向浙江省杭州市中级人民法院提起诉讼，主张展某公司拖欠款项、恶意违约以及修改许可软件的行为给虹某公司造成了巨大损失，应当承担继续履行、赔偿损失等违约责任。

展某公司提出管辖权异议，认为合同明确约定合同争议应提交新加坡国际仲裁中心在新加坡仲裁，因此本案不属于人民法院受理范围。

第一，双方对于争议合同存在真实有效的仲裁协议。第二，该仲裁协议合法有效。涉案合同第17.2（b）条约定本案争议应由位于新加坡的新加坡国际仲裁中心仲裁，本案仲裁协议的效力可适用新加坡法律确定。根据《新加坡国际仲裁法》和《国际商事仲裁示范法》的规定，涉案合同中的第17.2（b）条的仲裁条款构成符合新加坡法律规定的书面形式的仲裁协议，对本案当事人之间有约束力。

争议合同为涉外合同，依法可以约定境外仲裁。一是涉案合同当事人双方均系中外合资企业，且展某公司在自贸区注册成立；

二是虹某公司签订合同时系百慕大e-image有限公司的外国法人独资企业，具有涉外因素；

三是展某公司在2018-2019年间生产的手机主要销往海外，因此涉案合同涉及的知识产权系虹某公司在不同国家法律下享有的知识产权，涉案合同的标的大部分为虹某公司在境外享有的知识产权，应认定涉案合同属于涉外合同。

因此应当认定当事人有权约定外国仲裁机构仲裁。

一审法院浙江省杭州市中级人民法院认为，关于案涉仲裁条款的效力问题。虹某公司与展某公司在案涉《软件许可协议》17.2（b）中约定，若任何纠纷未在规定期限内得到解决，该纠纷应通过位于新加坡的新加坡国际仲裁中心（“SIAC”）根据届时有效的新加坡国际仲裁中心仲裁规则仲裁解决。

上述条款中，双方约定将案涉争议提交域外机构进行仲裁的意思表示明确。根据我国《民事诉讼法》第二百七十一条及《合同法》第一百八十二条，具有涉外因素的争议可以提交域外仲裁。《最高人民法院关于适用<中华人民共和国民事诉讼法>的解释》第五百二十二条规定：（一）当事人一方或者双方是外国人、无国籍人、外国企业或者组织的；（二）当事人一方或者双方的经常居所地在中华人民共和国领域外的；（三）标的物在中华人民共和国领域外的；（四）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的；（五）可以认定为涉外民事案件的其他情形。

本案中案涉《软件许可协议》的订立主体均为我国境内企业法人，合同标的物即许可软件的著作权的研发在国内，著作权为虹某公司享有，案涉《软件许可协议》亦系在中国境内订立和履行。鉴于案涉协议的双方当事人，合同标的物，法律关系设立、变更、终止的法律事实均不具有涉外因素，故该协议不属于涉外民事关系。

杭州市中级人民法院认定，本案当事人约定将案涉争议提交位于新加坡的新加坡国际仲裁中心（“SIAC”）进行域外仲裁，缺乏法律依据，案涉仲裁条款应属无效，本案应按照普通国内民事案件确定管辖。

展某公司上诉：本案具有涉外因素，存在认定为涉外因素的其他情形。1.合同主体。案涉合同明确载明被许可人为展某公司及其附属公司，展某公司的附属公司包括境外公司。展某公司系在自贸区注册设立，其情形相比《最高人民法院关于西门子国际贸易（上海）有限公司申请承认与执行外国仲裁裁决一案的请示的复函》的情形具有更明显的涉外特征；2.合同标的物。案涉协议项下许可的知识产权系虹某公司在美国的关联公司开发并享有版权；3.合同约定的履行地为全球范围。案涉协议附件1中明确规定许可协议的地域为全球。这意味着协议的履行地可能不仅限于中国。原审法院未考虑该事实；

4. 虹某公司在案涉协议中规定的管辖法律为美国法，协议中多个条款均提及依照美国法律。且与案涉协议关联的《相互保密协议》《评估许可协议》分别由展某香港公司、展某公司与虹某美国公司签署，展某香港公司和虹某美国公司都是境外注册公司，具有涉外因素。而上述两个协议均构成案涉协议的附属协议。

最高人民法院知识产权法庭认为，本案中，涉案协议的仲裁条款对争议提交域外仲裁机构进行仲裁的意思表示明确，且仲裁机构约定明确具体。

《中华人民共和国民事诉讼法》第二百七十一条规定“涉外经济贸易、运输和海事中发生的纠纷，当事人在合同中订有仲裁条款或者事后达成书面仲裁协议，提交中华人民共和国涉外仲裁机构或者其他仲裁机构仲裁的，当事人不得向人民法院起诉。”原审裁定作出时施行的《中华人民共和国合同法》第一百二十八条第二款规定，涉外合同的当事人可以根据仲裁协议向中国仲裁机构或者其他仲裁机构申请仲裁。

我国法律并未允许国内当事人将不具有涉外因素的争议提请外国仲裁。据此，在审查涉案协议的仲裁条款的效力时还应审查涉案协议是否具有涉外因素。

参照《最高人民法院关于适用<中华人民共和国民事诉讼法>的解释》第五百二十二条，经审查，本案当事人均为中国法人，涉案协议的订立及标的物均在中国境内，当事人之间法律关系的产生、变更、消灭的法律事实也不具有涉外因素。因此涉案协议中的仲裁条款系国内当事人对不具有涉外因素的争议达成的域外仲裁条款，属无效仲裁条款。人民法院对本案具有管辖权。展某公司的上诉请求不能成立，应予驳回。

综上，依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第一项、第一百七十一条之规定，

裁定如下:驳回上诉，维持原裁定。

两案比较

最高人民法院关于西门子国际贸易(上海)有限公司申请承认与执行外国仲裁裁决一案的请示的复函（2015年10月10日(2015)民四他字第5号）最高院民四庭

虹某公司与展某公司《软件许可协议》仲裁协议效力纠纷最高人民法院（2021）最高法知民辖终90号民事裁定书（2021年4月23日）最高院知识产权庭

民事：广义，包括民事和商事，即民商事

《法律适用法司法解释（一）》第三条 涉外民事关系法律适用法与其他法律对同一涉外民事关系法律适用规定不一致的，适用涉外民事关系法律适用法的规定，但《中华人民共和国票据法》《中华人民共和国海商法》《中华人民共和国民用航空法》等商事领域法律的特别规定以及知识产权领域法律的特别规定除外。

商事国际私法规范优先

March 6,2023

什么是民事？什么是商事？

# 中德刑法冲突：Hitler salute

Two Chinese tourists,aged 36 and 49,were arrested for making the straight-armed Hitler salute for photos in front of the Reichstag parliament building in Berlin on 5 August 2017. They were released on bail after paying out €500 each

中国宪法和美国宪法的冲突

路透社2022年1月10日报道，当地时间1月10日，缅甸法院判处缅甸国务资政昂山素季4年监禁，罪名中核心一条是拥有进口对讲机。在缅甸，进口对讲机构成犯罪。昂山素季2021年被扣押至今，先后面临十余项罪名指控，其中包括煽动他人危害国家安全、违反进出口法等。

《中华人民共和国个人所得税法》第1条：在中国境内有住所，或者在中国境内居住累计满一百八十三天的个人，为居民个人。居民个人从中国境内和境外取得的所得，依照本法规定缴纳个人所得税。在中国境内无住所又不居住，或者在中国境内居住累计不满一百八十三天的个人，为非居民个人。非居民个人从中国境内取得的所得，依照本法规定缴纳个人所得税。

《朝鲜民主主义人民共和国外国投资企业和外国人税法》

第17条：外国人在共和国境内取得所得的，应当缴纳个人所得税。外国人在共和国境内居住一年以上的，也应当就在共和国境外取得的所得缴纳个人所得税。

中国教师在朝鲜访问讲学一年以上，就其在中国的个人收入，依上述条款须向两国缴纳个人所得税。（中朝两国没有双重避税协定）

两位被美国公司劳务派遣至武汉工作的美国人在武汉结婚，后一方起诉离婚（管辖权消极冲突）

取得时效消极冲突：《荷兰民法典》第3编第99条对于非登记动产及票据权利,公开持续“善意占有”满三年,可获得所有权;

# 美利坚合众国泛美卫星国际系统责任有限公司诉北京市国家税务局对外分局第二税务所代扣代缴预提所得税决定案

原告（上诉人）：泛美卫星国际系统责任有限公司，住所地：美利坚合众国康涅狄格州06830格林威治皮克威克大厦1号。

　　被告（被上诉人）：北京市国家税务局对外分局第二税务所。

　　第三人：中央电视台。

1996年，原告泛美卫星国际系统责任有限公司与第三人中央电视台签订了“数字压缩电视全时卫星传送服务协议”，根据“协议”，原告泛美卫星公司向中央电视台提供全时的、固定期限的压缩数字视频服务，服务范围包括：太平洋地区（环太平洋服务）、非洲地区（非洲服务）、印度洋地区（南亚／中东服务）、拉美地区（美洲服务）。上述服务分别由PAS—2号、PAS—3R号、PAS—4号、PAS—5号卫星上指定的转发器带宽提供。 中央电视台支付季度服务费和设备费。“协议”签订后，第三人央视按约定向原告支付了订金和保证金，此后定期向原告支付季度服务费和设备费。

2000年，北京市国家税务局对外分局向中央电视台发出京国税外分税二（2000）第319号“关于对中央电视台与泛美卫星公司签署‘数字压缩电视全时卫星传送服务协议’所支付的费用代扣代缴预提所得税的通知”，认定中央电视台向泛美卫星支付的费用属于《中华人民共和国政府和美利坚合众国政府关于对所得避免双重征税和防止偷漏税的协定》（《中美税收协定》）第11条中的特许权使用费，要求第三人履行代扣代缴的义务。

泛美卫星作为原告对北京市国家税务局对外分局第二税务所向北京中院提起行政诉讼，认为依据协议，原告通过操作使用其位于外层空间的卫星及位于美国的地面设施，为央视提供传输服务。整个信号传输过程中，卫星和地面设施属于原告，并完全由原告独立操作使用，央视无权且未实际使用原告的任何设施，因此原告的收入不是特许权使用费，也不是租金。原告收入应属于营业利润。依《中美税收协定》，对于美国企业的营业利润，只有美国企业在中国有常设机构时，中国才有权征税。原告在中国未设立常设机构，故不应在中国纳税。请求撤销319号“通知”

被告北京市国家税务局对外分局第二税务所辩称：央视利用原告所拥有的卫星设备进行电视信号的转发，即属于取得了原告卫星转发器的使用权，因此央视向原告支付的季度服务费和设备费，属于《中美税收协定》中特许权使用费；根据我国税法规定，应当将其计算在应纳税额中。

因此，319号“通知”认定事实清楚，适用法律正确，执法程序合法，请求法院予以维持。

北京市第一中级人民法院认为：依据协议，第三人央视需要利用原告卫星转发器，使其电视信号被传输至太平洋、美洲等地区。

正常情况下，卫星中指定的转发器带宽只能用于传输央视的电视信号，即这些指定带宽的使用权为第三人央视专有。第三人央视有权使用带宽应视为有权使用卫星系统。所以，第三人为此支付给原告的费用属于《中美税收协定》第11条中的特许权使用费。该条规定：如果支付特许权使用费的人是缔约国一方居民，应认为该特许权使用费发生在该缔约国，也可以按照该缔约国的法律征税。

原告的特许权使用费来源于中国，被告税务局认为第三人支付原告的费用属于《中美税收协定》第十一条的征税范围，按特许权使用费总额的7％征税是合法的。

被告319号“通知”认定事实清楚，程序合法，适用法律并无不当，本院维持，驳回原告泛美卫星诉讼请求。

泛美卫星向北京高院上诉称：一审判决将中央电视台认定为泛美卫星公司卫星系统的使用人，将泛美卫星公司收取的费用认定为《中美税收协定》第11条规定的特许权使用费是认定事实错误；一审判决支持对一个在中国境内既没有常设机构又与中国没有联系完全在中国境外的美国公司，且大部分在美国境内从事的活动取得的收入征税违背了《中美税收协定》。请求一审判决。

北京高院驳回上诉，维持一审判决。

公法冲突的解决需要国际条约，国际条约的解释和适用有可能发生冲突。

# 原告刘嘉宝与被告胡倩、第三人傅志文其他所有权纠纷案【上海市普陀区人民法院民事裁定书（2013）普民一(民)初字第2909号】

原告刘嘉宝与第三人傅志文均系香港居民，1998年2月在香港登记结婚。2010年左右，第三人于上海工作期间与本案被告上海居民胡倩发展为情人关系。2011年6月，被告与案外人梁某（售房方）签订房屋买卖合同，购入上海市区的一处房产。第三人傅某陆续向被告胡某交付人民币322万元，向售房方梁某的账户交付人民币120万元。2011年8月，被告胡某将房屋产权登记在自己名下。2011年底，被告胡某与第三人傅某结束情人关系。

原告认为第三人擅自处分夫妻共同财产，侵犯了原告合法权益，故诉至法院，请求：一、确认第三人赠与被告用于购买、装潢房屋等钱款的行为无效；二、被告向原告返还人民币442万元；三、本案诉讼费、保全费由被告承担。

原告诉称：根据我国大陆《婚姻法》，系争442万元应认定为原告与第三人的夫妻共同财产；在夫妻关系存续期间，第三人未经原告同意擅自将该笔钱款赠与被告的行为无效。被告应予返还。

被告辩称：首先，第三人于2011年间陆续赠与被告钱款共计322万元，且均已交付。但第三人向案外人梁某交付的120万元与被告无关。

被告辩称：其次，关于系争钱款性质问题，因原告及第三人的婚姻缔结地、住所地均在香港，故原告和第三人夫妻财产关系应适用香港法律。根据香港《已婚者地位条例》，原告与第三人之间为夫妻分别财产制，故系争钱款应认定为第三人的个人财产。第三人明确表示将个人财产赠与被告，且履行交付义务，赠与合法有效。故被告不同意原告诉请。

第三人称，根据我国大陆《婚姻法》，第三人的赠与行为发生在夫妻关系存续期间，系争钱款应认定为原告与第三人的夫妻共同财产。第三人未经原告允许擅自赠与被告钱款的行为无效，被告应予以返还。

法院认为，根据《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第24条，夫妻财产关系，当事人可以协议选择适用一方当事人经常居所地法律、国籍国法律或者主要财产所在地法律。当事人没有选择的，适用共同经常居所地法律；没有共同经常居所地的，适用共同国籍国法律。本案原告与第三人均系香港居民，又在香港登记结婚，因此应当适用香港法律。

根据香港法律，夫妻无特别约定时，实行财产分别制。原告没有证据证明涉案款项系夫妻共同财产，应认定夫妻实行分别财产制，即系争款项属第三人个人财产。

原告要求被告返还涉案款项，原告并非本案的适格主体。裁定：驳回原告起诉。

涉案夫妻财产关系参照适用《法律适用法》：

方案1：参照适用第24条，将国籍变通为区籍，原告和第三人庭审中均主张适用我国内地法律，该法不是任何一方区籍地法律、经常居所地法律或者主要财产所在地法律，因此法律选择无效。适用共同区籍地法律，即我国香港法律。

方案2：直接适用《法律适用法》24条，共同国籍，中华人民共和国法律；再参照适用《法律适用法》第6条，适用最密切联系原则。

# 假设美国总统轮船公司将一批巴西大豆从巴西运至天津

因运输途中未定期通风，大豆受潮发霉，收货人天津公司索赔。假设货运单位集装箱。American President Lines BILL OF LADING

6. PARAMOUNT CLAUSE

i) From loading of the Goods onto the Vessel until discharge of the Goods from the Vessel, the Carrier’s responsibility shall be subject to the provisions of any legislation compulsorily applicable to this Bill of Lading: a) which gives effect to the Hague Rules contained in the International Convention for the Unification of Certain Rules Relating to Bills of Lading, dated at Brussels, August 25, 1924, ( “the Hague Rules” ) including adaptations thereof, such as the Carriage of Goods by Sea Act of the United States, 1936 ( “US COGSA” )

假设法院认定涉案海运合同最密切联系地为天津

准据法：“US COGSA” 1936？the Hague Rules 1924？中国《海商法》？

国际惯例可否作为准据法？

国际惯例是否属于《涉外民事关系法律适用法》中的“法律”？

若“是”，则可以成为准据法；

若“否”，则无法成为准据法。

上海公司从英国公司进口货物，买卖合同约定适用INCOTERMS2010和中华人民共和国法律，CFR英国伦敦，卖方负责对货物投保一切险。

合同关于卖方投保的约定是否有效？

合同准据法？

INCOTERMS2010？中国合同法？

准据法包括被指引国家的哪些实体法律？

# 德国“宏光”轮和中国“新世纪”轮碰撞案：

根据《1995年上海水上安全监督规则》第39条，船舶离泊时如果可能妨碍他船正常航行，应当鸣放一长一短一长一短的声号，招请他船先行驶过后，再行离泊。德国“宏光”轮为离泊船未能履行招请他船先行驶近后再行离泊的义务，未与正在行驶的中国“新世纪”轮进行联系，鸣放五短声后擅自采取离泊行动，违背第39条，造成碰撞，被法院判决承担70%的责任。

进出上海港口的外国船舶有无义务遵守《1995年上海水上安全监督规则》？为什么？

【交易秩序利益】

# 准据法是否必须是特定国家法律

Rome I Regulation 2008

Article 3 Freedom of choice

1. A contract shall be governed by the law chosen by the parties. The choice shall be made expressly or clearly demonstrated by the terms of the contract or the circumstances of the case. By their choice the parties can select the law applicable to the whole or to part only of the contract.……

Article 4 Applicable law in the absence of choice

1. To the extent that the law applicable to the contract has not been chosen in accordance with Article 3 and without prejudice to Articles 5 to 8, the law governing the contract shall be determined as follows:
2. (a) a contract for the sale of goods shall be governed by the law of the country where the seller has his habitual residence;
3. (b) a contract for the provision of services shall be governed by the law of the country where the service provider has his habitual residence;
4. (c) a contract relating to a right in rem in immovable property or to a tenancy of immovable property shall be governed by the law of the country where the property is situated;

# 怀特住所案

住所认定：怀特生于西弗吉尼亚的大楼,长大后住在西弗吉尼亚的一个被称为“白日小径”的地方。由于继承了父亲留下来的位于宾夕法尼亚的40英亩土地及上面的一所简易房的所有权,后怀特决定迁居到简易房,并于1885年4月2日卖掉了被称为“白日小径”的住所,正式搬迁。但是怀特住了一晚之后,因过于寒冷,和妻子又回到西弗吉尼亚大楼,病死在那里,没有留下遗嘱。根据宾夕法尼亚法律死者遗孀只能分遗产的一半，根据西弗吉尼亚法律死者全部遗产归遗孀。死者兄弟因遗产分配在西弗吉尼亚的巡回法院提起诉讼。依西弗吉尼亚法继承依死者死亡时住所地法。

住了一晚能不能成为住所：主观上有定居意思，客观上存在居住事实。法院认为是住所。

英美法系：属人法是住所地法律

大陆法系:属人法是国籍国法律

后——经常居所地法律

# 自然人国籍冲突案例

中国公民唐某，1990年在北京出生，一直生活在北京。2018年赴英国开曼群岛，同年因投资获得开曼群岛居民身份，并在开曼群岛购买了住房。2019年1月唐某申请英国国籍获得批准，取得英国护照。2019年5月，唐某在德国旅游期间结识经常居所在德国柏林的中国女子小颖。2020年1月，唐某和小颖在小颖父母的经常居所地天津申请结婚登记。

唐 经常居所 自动丧失中国国籍？

小：经常居所德国

唐某和小颖的结婚条件和结婚手续分别应适用何国法律？

结婚条件

结婚手续

考点：经常居所地和定居

示范：《法律适用法》21条，结婚条件首先适用当事人共同经常居所地法律，但是本案中小颖的经常居所地是德国，而唐某与小颖并没有共同经常居所地。没有共同经常居所地的，应当适用共同国籍国法律。

根据题干，小颖经常居所在德国。唐某2018年赴英国开曼群岛投资、获得居民身份并购买了住房，2019年1月申请并取得了英国国籍，5月离开英国在德国旅游，可见英国开曼群岛是他2018年至2019年4月底的生活中心，且假定其期间从未离开英国，则构成持续居住一年以上。并且如果说最初来到开曼群岛是因投资不得不来英国，就算购买房屋也仅是为了投资或有一个居所，但他2019年1月申请英国国籍则可以明确的反映出其具有经常、长期将英国开曼群岛作为生活中心、居住在这里的主观意愿，因此可以认定为英国开曼群岛是唐某的经常居所地。所以，唐某和小颖没有共同的经常居所地。

根据题干介绍，2018年前唐某具有中国国籍，经常居所在中国。2019年其又申请取得了英国国籍，根据我国《国籍法》第九条“定居外国的中国公民，自愿加入或取得外国国籍的，即自动丧失中国国籍。”

关于定居，根据《国家税务总局关于明确个人所得税若干政策执行问题的通知》》(国税发[2009]121号2009年8月17日发布)规定：定居是指中国公民已取得住在国长期或者永久居留权，并已在住在国连续居留两年，两年内累计居留不少于18个月。首先，唐某已经获取开曼群岛居民身份，在开曼群岛拥有住房，并获得英国国籍和护照，应当认为其已经取得住在国英国的长期或与永久居留权。其次从2018年唐某赴开曼群岛起算，推定其从2018年2月开始到2020年1月申请结婚登记，一直在英国居留（旅游期间忽略不计），两年内累计居留时间超过了18个月，符合“定居”的构成要件。因此根据《国籍法》第九条，唐某定居在英国，且自愿加入英国国籍，自动丧失了中国国籍，所以其在2020年1月申请结婚登记的时候，拥有英国国籍而没有中国国籍

# 季女士因J诉芜湖市镜湖区民政局婚姻行政登记案

安徽省高级人民法院 (2019)皖行终789号行政判决书

一审原告，J，曾用名张某，男，1984年生，爱尔兰共和国国籍,现居住于浙江省杭州市滨江区。

一审被告芜湖市镜湖区民政局,住所地安徽省芜湖市镜湖区长江中路51号

一审第三人，季女士,女，1982年生，住黑龙江省嫩江县。

安徽省芜湖市中级人民法院一审查明，J曾为中华人民共和国公民，姓名张某，2013年10月21日加入爱尔兰国籍，取得爱尔兰护照。张某与季女士2012年2月12日在安徽省芜湖市繁昌县民政局登记结婚，2014年10月8日协议离婚，并在芜湖市镜湖区民政局办理离婚登记。2015年6月8日两人在芜湖市镜湖区民政局重新办理结婚登记，芜湖市镜湖区民政局经审核双方提交的中华人民共和国身份证、户口簿等材料后，颁发X号结婚证。J于2018年1月16日向浙江省杭州市滨江区人民法院提起离婚诉讼，法院2019年2月27日作出民事裁定，以J在丧失中国国籍时仍以中国公民身份与季女士登记结婚，登记行为存在瑕疵，双方应先解决该登记效力问题为由裁定驳回起诉。

J之后以芜湖市镜湖区民政局为被告,向安徽省芜湖市中级人民法院提起诉讼称，根据《中华人民共和国国籍法》第九条，其于2013年10月21日加入爱尔兰国籍，同日丧失中国国籍。根据《婚姻登记条例》，其作为爱尔兰公民在办理结婚登记时，应当向省一级民政部门申请，并提交其有效护照，以及其所在国有权机关出具的经中华人民共和国驻该国使领馆认证的本人无配偶证明。其于2015年6月8日在芜湖市镜湖区民政局结婚登记时，未提供其本人无配偶证明，且芜湖市镜湖区民政局不具备涉外婚姻登记职权，因此该婚姻登记行为应予撤销，请求判令撤销芜湖市镜湖区民政局于2015年6月8日为其与季女士办理结婚登记并颁发结婚证（结婚证字号X）的行为。

一审法院认定，《中华人民共和国国籍法》第三条和第九条规定：“中华人民共和国不承认中国公民具有双重国籍。”“定居外国的中国公民，自愿加入或取得外国国籍的，即自动丧失中国国籍。”原告2013年10月21日加入爱尔兰国国籍，取得爱尔兰国护照，且此后原告持此护照出入境，故原告自取得爱尔兰国国籍之日起即自动丧失中国国籍。J在婚姻登记时隐瞒外国国籍，未提供其本人无配偶证明，在缺少其婚姻符合实质性要件的重要证据情况下，不能确定其婚姻登记符合婚姻法实体性规定。案涉婚姻登记结果存在严重错误，应予撤销。依据《中华人民共和国行政诉讼法》第七十条，判决撤销芜湖市镜湖区民政局作出的X号结婚登记行为。

季女士上诉称，一审判决认定J自动丧失中国国籍严重错误。J自取得爱尔兰护照至今，未注销中国居民身份证及户口登记，且持有中国护照，在国内以中国公民身份从事民事及司法活动，其中国国籍并未因其加入爱尔兰国籍而丧失，仍然合法有效。《中华人民共和国国籍法》第九条明确规定自动丧失中国国籍的前提条件是“定居在外国的中国公民”，而J并未定居在国外。J在婚姻登记时提交的包括身份证、户口本在内的各项材料真实有效，芜湖市镜湖区民政局按照内地居民办理结婚登记规定为双方办理结婚登记，确认双方婚姻关系，没有任何违反婚姻法实体规定情形，该婚姻登记行为应予维持而非撤销。请求撤销一审判决，改判驳回J的一审诉讼请求。

芜湖市镜湖区民政局述称，其具有办理被诉婚姻登记的法定职权，已尽到合理审慎形式审查义务。J隐瞒外国护照而产生的行政、民事法律责任应由其承担。请求二审法院依法作出裁判。

季女士提交证据：1、结婚证 2、张某户口簿，证明其登记为中国国籍，户口本至今没注销，也没迁出，仍然发生效力。3、绿城物业服务集团有限公司出具的《证明》，证明J是以中国公民身份从事民事活动，并没有丧失中国国籍，且居住在国内。4、浙江省杭州市滨江区人民法院（2018）浙0108民初282号民事裁定书，证明J并未丧失中国国籍。5、离婚证和自愿离婚协议书，证明J与其2014年10月8日协议离婚时虽然已取得爱尔兰国籍，但J同样是以中国公民身份进行离婚登记的。因此如果认定J在2015年6月8日以中国公民身份缔结婚姻无效，那么2014年10月8日芜湖市镜湖区民政局的离婚登记行为也应该无效。季女士还向本院提交了J 2018年11月27日取得的编号为xxx的中华人民共和国护照，证明J是中国国籍，被诉婚姻登记行为合法。

McDermott Inc. Vs. Lewis and others

Supreme Court of Delaware 531 A 2d 206(1987)

McDermott Inc在Delaware州登记设立，总部headquarters在Louisiana.之后McDermott Inc为取得税收优惠，在巴拿马设立了 McDermott International，并邀请McDermott Inc的股东用McDermott Inc股份换取巴拿马公司的股份，导致巴拿马公司取得了McDermott Inc约92%股份，McDermott Inc持有巴拿马公司约10%股份。

Delaware和Louisiana州法律禁止分公司子公司对其持有的母公司股份行使投票权，巴拿马法律则允许。Delaware,Louisiana and most US states did not permit a subsidiary to vote any shares it held in its parent company.

原告Lewis and others向Delaware 州法院起诉，以无法行使对巴拿马公司的投票权为由，请求判决McDermott Inc设立巴拿马公司的行为非法（the plaintiffs challenged this reorganization），一审法院适用Delaware法律，支持了原告诉讼请求。

Supreme Court of Delaware 认为投票权问题应适用巴拿马法律，原告可以对其持有的巴拿马公司股票行使投票权，撤销一审判决。

汇丰银行HSBC ：The Hongkong and Shanghai Banking Corporation Limited

The company opened in Hong Kong on 3 March 1865 and in Shanghai one month later. Its founder was Thomas Sutherland, a Scot. the Chinese population of Hong Kong has known The Hongkong and Shanghai Banking Corporation Limited by the Cantonese nickname Wayfoong, represented by the Chinese characters 滙and translates as ‘focus of wealth’. In 1992, HSBC moved the head office to London to meet the requirements of the UK authorities.

汇丰银行1865年在香港和上海设立，1992年总部迁往伦敦，是何国法人？总部迁往伦敦是否影响国籍？

圣约翰大学（Saint John‘s University），现华东政法大学前身，初名圣约翰书院，由美国圣公会在沪西梵皇渡【现上海万航渡路】购地兴办，1879年正式开学。1892年起开设大学课程。

1905年，学校成为正式大学，在美国华盛顿州注册，成为获得美国政府认可的在华教会学校，是中国第一所现代高等教会学府。

学校直到1947年才向国民政府注册。1950年12月圣约翰大学宣布与美国圣公会脱离关系。

圣约翰大学在美国和中国注册之前已经招生多年，已经是一个有法律人格的实体，虽在美国注册，但公认是中国第一所现代高等教会学府。

J在二审中向本院提交了护照、爱尔兰国籍和公民法案1956成年人归化证书及中文翻译件，证明张某系其为中国公民时的曾用名，现为爱尔兰公民。

安徽高院认为，根据《婚姻登记条例》第二条和第五条，中国公民同外国人结婚登记的机关是省级人民政府民政部门，办理结婚登记的外国人应当出具本人的有效护照和所在国公证机构或者有权机关出具的、经中华人民共和国驻该国使（领）馆认证或者该国驻华使（领）馆认证的本人无配偶的证明。

本案J在取得爱尔兰国籍后，以张某的名义与季女士共同至芜湖市镜湖区民政局办理婚姻登记，并提交了其身份证、户口簿等材料，芜湖市镜湖区民政局经审查后， 认定J提交的身份材料真实有效并据此作出被诉结婚登记行为，芜湖市镜湖区民政局已尽到合理审慎的审查义务。

但J在婚姻登记时未提供《婚姻登记条例》规定的其本人无配偶证明，导致该婚姻登记缺少婚姻符合实质性要件的证据，无法确定登记行为是否符合婚姻法的实体性规定。故一审判决撤销该婚姻登记行为并无不当。

判决：驳回上诉，维持原判。

浙江省高级人民法院民四庭关于印发《涉外商事审判疑难问题解答（一）》的通知浙高法民四〔2014〕3号

25. 当事人既提交外国护照又提交中国身份证，裁判文书中如何表述？答：依照《中华人民共和国国籍法》，定居外国的中国公民，自愿加入或取得外国国籍的，即自动丧失中国国籍。《中华人民共和国居民身份证试行条例》第十三条规定公民出国或去香港、澳门、台湾地区，按规定需要注销户口时，在办理注销户口手续时，缴销居民身份证。诉讼中，当事人提交其外国护照的，说明其已经加入或取得该国国籍，未办理中国户口注销和身份证缴销的，其原中国身份证和户口本自动失效，不能继续使用。据此，在裁判文书中应列明该当事人为护照颁发国的公民，并列明其护照号码。

实际上是：不承认双重国籍的人有中国国籍

# 原告大华公司诉被告阿联酋超级巨龙公司、被告周国祥、刘燕国际货物买卖合同纠纷江苏省常州市中级人民法院民事判决书（2006）常民三初字第11号

　　原告常州大华进出口（集团）有限公司（大华公司）。

　　被告超级巨龙电子有限公司（SUPREME　DRAGON　ELECTRONICS　LLC，超级巨龙公司），阿联酋登记注册。

　　法定代表人周国祥，超级巨龙公司执行董事。

　　被告周国祥。

　　被告刘燕。

原告大华公司主张：原告自2001年起长期向被告超级巨龙公司出口电子、电器等产品，至2005年年底，被告超级巨龙公司共欠原告大华公司货款174234.41美元。被告周国祥承诺其本人负责付清被告超级巨龙公司欠大华公司的货款，

被告刘燕与被告周国祥系夫妻关系，根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题解释（二）》第24条，债权人就婚姻关系存续期间夫妻一方以个人名义所负债务主张权利的，应当按夫妻共同债务处理，故被告刘燕也应对涉案债务承担连带责任。

原告大华公司诉讼请求为：1、判令被告超级巨龙公司支付原告货款174234.41美元；

2、被告周国祥对前述货款承担连带责任，被告刘燕在其与周国祥夫妻财产范围内对前述债务承担连带清偿责任；

3、本案诉讼费由三被告承担。

法院查明：2006年2月14日被告周国祥传真至原告大华公司，内容如下：经结算，超级巨龙公司尚欠贵公司货款计174234.41美元，给贵司带来很多麻烦，深表歉意。超级巨龙公司是我负责经营，所欠贵司货款均由我本人负责尽快给付你司，请务必谅解。传真日期为2006年2月13日，承诺人周国祥。

2007年7月11日被告周国祥传真至大华公司张雪峰，内容如下：1、我接受您的要求，前期6个月每月支付五万元人民币给贵司。由于七月份迪拜是淡季，请允许我从八月份开始支付。该传真日期为7月11日，署名人周国祥。

被告周国祥与被告刘燕于1987年1月20日在江苏省常州市结婚登记，结婚证号为（87）字第204号。

本院认为：

　　本案系国际货物买卖合同纠纷，卖方系我国境内登记注册的大华公司，买方系阿联酋登记注册的超级巨龙公司。买卖双方未对涉案合同的法律适用做出明确选择，根据《最高人民法院关于审理涉外民事或商事合同纠纷案件法律适用若干问题的规定》第五条规定，人民法院根据最密切联系原则可以确定卖方住所地法律为处理买卖合同争议的准据法。

本案中，卖方大华公司住所地在我国境内，故根据最密切联系原则，我国法律应为原告大华公司与被告超级巨龙公司之间的准据法。

由于被告周国祥及被告刘燕均系中国公民，且引起大华公司与周国祥、刘燕之间法律关系产生的法律事实发生在我国境内，故被告周国祥、被告刘燕与原告大华公司之间的法律关系应适用我国法律。

被告周国祥2006年2月14日发传真给原告大华公司，认可其所经营的被告超级巨龙公司欠原告大华公司货款174234.41美元。同时周国祥表示其本人负责尽快偿还被告超级巨龙公司结欠原告大华公司的前述货款。

被告周国祥前述承诺行为并不免除被告超级巨龙公司对原告大华公司所负的涉案债务，故原告大华公司据此主张被告超级巨龙公司偿还原告涉案货款、被告周国祥对前述债务承担连带清偿责任的诉讼请求应予支持。

《婚姻法司法解释（二）》第24条：“债权人就婚姻关系存续期间夫妻一方以个人名义所负债务主张权利的，应当按夫妻共同债务处理。”被告周国祥与被告刘燕系夫妻关系，故被告刘燕应在其与被告周国祥的夫妻共同财产范围内对涉案债务承担连带清偿责任。

刘燕是否适格被告，适用何国法律？

# TREVOR ROZIER和南京仙龙买卖合同纠纷

江苏省高级人民法院（2010）苏商外终字第0074号民 事 判 决 书

上诉人（原审被告）TREVOR ROZIER，男，1949年10月29日生，英国籍，护照号码：GB093018413，住SUFFOLK，CB9 7NN，U.K.

被上诉人（原审原告）南京仙龙工艺品有限公司，住所地中华人民共和国江苏省南京市白下路7号。

一审法院南京中院查明：

2006年5月15日，SSI公司通过电子邮件向仙龙公司确认订单合同SS37005，约定最迟装船日期为2006年8月6日，术语CIF，始发港上海，目的港FELIXSTOWE，合同总价22631美元。2006年6月12日SSI公司电子邮件向仙龙公司确认订单合同SS37023，最迟装船日期为2006年8月1日，术语CIF，始发港上海，目的港FELIXSTOWE，价款6900美元。

2006年7月12日，SSI公司电子邮件向仙龙公司确认SS37024/025两份订单合同。约定最迟装船日期为2006年8月1日，术语CIF，始发港上海，目的港FELIXSTOWE，价款6180美元和5057.5美元。

上述四份合同均注明：装船7日内必须将约定文件复印件传真或电子邮件发送给通知方。如果装船之后的第十日还未收到文件，将从付款中扣除150$罚金，此后每日再扣150$。另货物每迟装一天，将收取装船价值1.5%的罚金。合同在样品要求部分均规定：在确认样品得到SSI公司的书面批准之后，方可开始生产。在生产样品得到批准之后，方可进行装船。

2006年8月3日，SSI公司电子邮件告知仙龙公司合同SS37005生产样品全部确认，请仙龙公司确认最早船期。仙龙公司于同年8月7日回复10天内可以发货。

仙龙公司于2006年8月18日将合同SS37005项下货物从南京龙潭港装船经上海运往指定港FELIXSTOWE；于同年8月22日将合同SS37023、SS37024、SS37025项下货物从南京龙潭港装船运往上海，经上海运往指定港FELIXSTOWE。装船后，仙龙公司分别于2006年9月6日、9月11日将两套海运正本提单、发票、装箱单等单据交中国银行江苏省分行寄往SSI公司指定代收行英国汇丰银行,按照D/P即付款交单方式托收。货到目的港后，TREVOR ROZIER于2006年9月22日向仙龙公司发送电子邮件，称其遭遇财务困难，要求将付款方式改为D/A+10 天即承兑交单后十天付款。

仙龙公司2006年9月25日电子邮件要求TREVOR ROZIER发送一份书面承诺，承诺在收到单证后的十日内付款，无任何附加条件。随后TREVOR ROZIER电子邮件承诺如下：“本人，TREVOR ROZIER正式要求仙龙公司将合同SS37005、023、024、025的付款方式从D/P改为D/A+10 天。一旦收到单证，我保证付款，无任何附加条件。”

收到承诺后，仙龙公司通知银行将上述付款方式做出相应更改。2006年10月10日，SSI公司向英国汇丰银行承兑后取得单据并提走全部货物，但在承兑到期后没有付款。其后汇丰银行终止代收业务，汇票退回中国银行江苏省分行，江苏省分行将退回的汇票交还仙龙公司。

仙龙公司多次向SSI公司及TREVOR ROZIER催要货款未果，于2008年10月15日将SSI公司及TREVOR ROZIER诉至一审法院，请求判令：

1、SSI公司支付货款42773.5美元和利息损失；

2、SSI公司承担托收遭退票手续费7204.13元、公证费1500元、翻译费1200元、律师费36000元，以及本案诉讼费用；

3、TREVOR ROZIER对SSI公司的上述支付和赔偿义务承担连带清偿责任。

第一次庭审后因知悉SSI公司解散，仙龙公司变更TREVOR ROZIER为唯一被告，并申请变更诉讼请求如下：

一、TREVOR ROZIER对SSI公司的债务承担保证责任；

二、TREVOR ROZIER作为SSI公司的负责人和唯一股东，明知公司有未了结诉讼，不当解散公司，应对SSI公司债务承担清偿责任，请求判决TREVOR ROZIER承担因拖欠货款造成仙龙公司退税损失人民币39585.5元，后续翻译费550元。

TREVOR ROZIER一审辩称：与仙龙公司发生合同关系的是SSI公司，TREVOR ROZIER从未对仙龙公司与SSI公司之间合同关系提供任何担保

TREVOR ROZIER与仙龙公司之间联系均是以SSI公司的名义开展业务，而非以个人名义。

请求驳回仙龙公司诉请。

另查明：SSI公司为在英国注册的私人有限公司，发行股票100股，每股1欧元，注册地址在KEDINGTON，SUFFOLK，CB9 7NN。

TREVOR ROZIER为公司股东和董事，YAN LIN JUAN（TREVOR ROZIER之妻）为公司秘书。2008年10月8日，该公司最后一次申报。2009年3月10日，英国公司注册处刊登公告，通知SSI公司董事，根据1985年公司法第652节，除非显示与此相反之原因，否则，自上述日期起3个月期满后SSI公司将由公司注册处除名，公司解散。2009年6月23日，该公司解散。

一审法院再查明：英国2006年公司法：如果登记官有合理理由相信公司不开展业务，登记官可向公司发送信件询问公司是否开展业务。

如果登记官在发送信件后1个月内没有收到任何答复，登记官须在该月届满后14日内通过邮寄方式向公司发送挂号信，指出如果自该日期起1个月内没有收到任何针对第二封信件的答复，将在公报上公布将公司从登记册中除名的通知。

如果登记官在发送第二封信件后1个月内没有收到任何答复，登记官可在公报上公布并通过邮寄方式向公司发送通知，指出自通知之日起3个月届满时，公司名称将从登记册中被除名，并且公司将被解散，除非被证明有相反理由。

一审法院认为：《合同法》第126规定涉外合同当事人可以选择处理合同争议所适用的法律。虽仙龙公司与SSI公司在合同中未作约定，但双方当事人当庭明确表示选择适用中华人民共和国法律解决合同纠纷，因此法院确定中华人民共和国法律作为本案合同关系准据法。

关于SSI公司法律人格，应适用属人法即英国公司法。仙龙公司向法院提交了2008年8月法律出版社出版、葛伟军译《英国2006年公司法》，TREVOR ROZIER提交了英国2006年公司法英文光盘，附部分条文的中文翻译，及一封未经公证、认证的英国律师电子邮件，称有限公司股东责任限于其投资在公司的金额。

关于SSI公司解散后股东清算责任，当事人未能在一审法院指定期限内对英国判例法相关规定进行举证，一审法院经咨询国内法律专家亦未有结果，根据国际私法规则，一审法院以法院地法即我国法律作为替代规则予以适用。

关于本案所涉合同性质。仙龙公司与SSI公司订立的合同，是一方转移标的物的所有权于另一方，另一方支付价款的合同，故双方之间系国际货物买卖合同关系。双方订立合同系当事人真实意思表示，合同合法有效。

TREVOR ROZIER提出仙龙公司迟延交货及迟延交付相关单证，应扣减货款，鉴于SSI公司于2006年8月3日才通过电子邮件确认样品，双方在合同履行过程中对于交货时间已做出相应变更。

且TREVOR ROZIER承诺一旦收到单证没有任何附加条件支付货款，双方对货款支付已经形成新的合意，故对TREVOR ROZIER的该项抗辩理由不予采信。综上，仙龙公司在履行交货义务后，将相关单证和资料交给银行进行托收，SSI公司应当按照约定时间支付货款，其未予支付，属于违约行为，应当承担法律责任。

关于保证责任。TREVOR ROZIER在合同履行过程中应仙龙公司要求做出保证，虽然TREVOR ROZIER同时具有原SSI公司法定代表人身份，但根据双方往来邮件内容，该承诺是在其要求仙龙公司更改付款方式情况下，应仙龙公司要求做出的。

而仙龙公司之所以同意将付款方式做出风险更高的更改，是以TREVOR ROZIER以个人名义保证付款为条件的。现仙龙公司要求TREVOR ROZIER对SSI公司的欠款承担保证责任，有事实和法律依据，予以支持。TREVOR ROZIER不承担保证责任的抗辩理由，不予采信。

关于TREVOR ROZIER对公司解散之后债务应否承担赔偿责任。根据英国公司法SSI公司解散之后法律人格消灭。TREVOR ROZIER作为原SSI公司唯一股东，明知公司有未了结之民事诉讼，却没有向登记官声明，导致SSI公司被解散；公司解散后其怠于履行相关义务，导致公司已无法进行清算，不仅违反了股东诚信义务，亦构成对债权人利益侵害。

故仙龙公司主张TREVOR ROZIER对SSI公司的债务承担赔偿责任，有事实和法律依据，应予支持。

综上，无论基于保证责任还是基于股东过错致公司无法清算的赔偿责任，仙龙公司要求TREVOR ROZIER支付相应货款及汇兑损失、逾期付款损失、追索欠款所生费用的主张，均于法有据。

一审法院判决：TREVOR ROZIER须于判决生效之日起十日内支付南京仙龙工艺品有限公司货款42773.5美元、逾期利息以及汇兑损失；托收遭退票手续费7204.13元、公证费1500元、翻译费1200元、律师费36000元；

一审案件受理费7760元，保全费2720元，合计10480元，由TREVOR ROZIER负担。

TREVOR ROZIER上诉请求：撤销原判，改判驳回仙龙公司一审全部诉讼请求；理由：

我作为SSI公司股东对仙龙公司诉讼请求并不承担任何法律责任, 我作为SSI公司负责人，与仙龙公司联系均代表SSI公司，与我个人无关。我对SSI公司依照英国公司法被解散并无任何过错。二审法院认为：

一、关于法律适用

本案系涉外合同纠纷，双方当事人在审理中均选择我国法律为准据法，一审法院根据当事人意思自治原则确定我国法律为准据法，符合法律规定，本院对此予以确认。

二、TREVOR ROZIER基于其对SSI公司欠款的保证责任，应当偿付仙龙公司主张的货款及损失。首先，TREVOR ROZIER发函要求更改付款方式，在仙龙公司要求下，其于2006年9月25日回函作出承诺。该承诺中TREVOR ROZIER强调本人保证付款，是以个人名义所做的保证，而非以SSI公司负责人身份代表公司所做的保证。因此，TREVOR ROZIER所做的承诺应视为其个人对SSI公司债务承担保证责任。

其次，我国《担保法》第十九条规定，当事人对保证方式没有约定或者约定不明确的，按照连带责任保证承担保证责任。TREVOR ROZIER出具的承诺并未明确保证方式，故其承担连带责任保证。

综上所述判决如下：驳回上诉，维持原判决。

本案是保证合同纠纷还是买卖合同纠纷？

两审法院均基于“双方当事人在审理中均选择我国法律为准据法”适用了我国法律，哪两方当事人？为哪一合同选择的法律？

SSI公司诉讼权利能力和诉讼行为能力准据法？

TREVOR ROZIER不作为导致SSI公司解散，该不作为是否构成对仙龙公司的侵权？

公司属人法？侵权准据法？

BOT: Build-Operate-Transfer合同【一带一路“丝绸之路经济带”和“21世纪海上丝绸之路” 优先建设领域：基础设施互联互通，输出过剩产能：技术、资金、基础设施】中国国企与斯里兰卡签订港口建设工程合同，投资14多亿美元后（中国国家开发银行贷款占70%），斯里兰卡新总统以环境评估手续不全为由全面叫停项目。

【百度：2022年1月中国港湾承建的斯里兰卡科伦坡港东集装箱码头项目举行盛大开工典礼。斯里兰卡总统戈塔巴雅·拉贾帕克萨、中国驻斯里兰卡大使戚振宏出席，项目计划于2025年1月完工。】

中泰铁路于2015年12月在泰国大城府举行启动仪式。按原协议，中泰铁路合作项目全长近900公里。共经过泰国10个府，与中老铁路对接，经老挝磨丁抵达昆明。泰国政府2016年3月突然表示，中泰铁路缩短至250公里，同时决定不再向中方贷款。虽然仍将使用中国技术、信号系统和列车，但工程将使用泰国企业作为分包商，原材料、设备和劳动力也将来自泰国。

假设中国公司起诉泰国政府，管辖权？准据法？【最新进展：中老铁路2021年12月已经连通中国云南昆明和老挝首都万象，作为泛亚铁路中线的一部分，未来将延伸到泰国首都曼谷，即中泰铁路。】

# 两航公司案

1949年11月9日，原民国政府交通部主管的中国航空公司和中央航空公司员工在香港起义，11月12日，新中国中央人民政府宣布中国航空公司和中央航空公司及其财产为国家财产。为阻止新中国政府取得两航公司飞机，二战时期著名美国空军将领陈纳德（曾率飞虎队配合国民党与日本作战因而和蒋介石结下深交）和蒋介石勾结，先由民国政府将两航公司资产售予陈纳德，再由陈纳德将该资产转让于由其控制的美国民用航空运输公司，然后美国民用航空运输公司在香港法院起诉陈纳德，要求交付飞机。

香港初审法院认定飞机属于中华人民共和国国家财产，享有豁免权，驳回起诉。原告上诉于香港上诉法院，被驳回。后原告上诉至英国上议院枢密院委员会。1952年7月英国枢密院判决两航公司的40架飞机属于原告。之后香港政府不顾新中国中央政府强烈抗议，出动军警武力抢夺了存于香港机场的飞机，由美国一艘航母运回美国。

中国政府随后征用了上海英资英联船厂和马勒机器造船厂全部财产。

中国政府立场：无论国家是否为案件当事人，国家财产都享有绝对的豁免权。

# 1979湖广铁路债券案

1911年，为修筑湖南省境内粤汉铁路和湖北省境内川汉铁路（湖广铁路），清政府邮传部大臣盛宣怀代表清政府与英美法德四国银行签订借款合同，借款600万金英镑，四国银行以清政府名义在金融市场发行湖广铁路债券，利息每金英镑五厘，合同期40年。民国政府于1938年起停止支付利息，本金一直未还。

1979年11月5日美国公民杰克逊等人在美国阿拉巴马州北部地方法院起诉中华人民共和国，要求偿还本金一亿美元及利息和诉讼费。

传票送达给时任外交部长黄华，传票载明限被告于传票送达后20日内提出答辩，否则将依原告请求进行缺席判决。外交部退回传票，并提出严重抗议。之后美方又向我外交部和驻美大使馆送达传票和诉状副本，又被我方退回。中国政府多次向美国国务院交涉，声明按照公认国际法准则，中国享有国家豁免权。

美国法院未经我国同意，公然传唤我国国家，并以缺席判决威胁，是对我国国家主权的严重侵犯。

1982年9月，该法院作出缺席判决，判决中华人民共和国赔偿原告41313038美元和利息及诉讼费。

在我国政府努力下，1984年阿拉巴马州地方法院以1976年美国《外国主权豁免法》不具有溯及力和案件超过诉讼时效为由撤销了前述缺席判决，原告请求美国联邦最高法院复审，1987年美国联邦最高法院驳回原告请求。

历时八年的湖广铁路债权案宣告结束。

中国政府立场：未经主权国家同意，向主权国家送达传票是侵犯国家主权的行为。

# 2003仰融案

1990年左右仰融在香港注册设立华博财务公司，积累了第一桶金。1991年仰融与辽宁省沈阳市政府国企金杯汽车控股有限公司（金杯）合资成立沈阳金杯客车制造有限公司（沈阳汽车），金杯拥有60％股权，华博拥有25％，海南华银国际信托投资公司拥有15％。华博随后收购了海南的股权，沈阳汽车的股权结构变为金杯控股60％，华博控股40％。为在纽约证交所上市，仰融在百慕大成立了百慕大控股有限公司（华晨中国）作为沈阳汽车在纽约证交所上市的融资工具，并将其40％股权转让给华晨中国，金杯将其11％股权转让给华晨中国，至此，华晨中国拥有沈阳汽车51％权益。金杯取得华晨中国21.57％股份，仰融的股份78.43%。在筹备上市过程中，中国政府高层官员通知仰融，上市公司大股东应是一家中国实体，而非某香港私人企业，这样，将是50年来中国公司首次在美国上市。1992年5月华博、中国人民银行及另外几家中国政府机构成立了一家非政府组织——中国金融教育发展基金会（基金会）。中国人民银行副行长尚明担任基金会主席，仰融任副主席。

1992年10月9日，华晨汽车（NYSE.CBA）在美国纽约交易所上市，成为第一家中国国有企业概念股，筹集资金8000万美元。之后仰融凭借资本运作，成功打造出一个以华晨汽车为主，包括至少4家纽约、香港、上海上市公司及大量非上市公司、资产一度达到300亿人民币、被人称之为"华晨迷宫"的华晨系。

2002年初，财政部要求各省清理国有资产，辽宁省政府为此成立了由省长助理领导的“工作小组”。2002年3月，工作小组宣布金融教育基金会名下的所有股权，包括仰融在华晨中国的权益，均为国有资产，要求他将这些股份转让给省政府，仰融拒绝。

之后，根据辽宁省政府（时任省长薄熙来）指示，华晨中国董事会解除了仰融总裁、首席执行官和董事的职务，将工作小组成员安排进华晨中国董事会。2002年10月，新组建的华晨中国董事会不再支付仰融工资，并于次月解除了其经理职务，终止其劳动合同。辽宁省政府还成立了华晨汽车集团控股有限公司（新华晨），任命省政府官员作为新公司的管理人员。

新华晨与华晨中国董事会对原华晨中国股份，包括纽约证交所交易的股份进行了要约收购，导致2002年12月18日至19日华晨中国股票在纽约证交所停牌。

２００２年９月２７日，华博财务向北京高院起诉中国金融教育基金会，要求确认其在基金会的投资权益，包括华晨股权。2002年10月14日北京市高级人民法院经济庭正式立案受理。2002年10月18日，辽宁省检察院以涉嫌经济犯罪为名批准逮捕仰融。之后仰融出走美国。

2003年8月8日，仰融在美国联邦地方法院哥伦比亚特区分庭起诉辽宁省政府。 8月21日，法院就仰融、仰融夫人及香港华博财务有限公司起诉辽宁政府非法侵占财产权一案正式向辽宁省政府发出传票，并以特快形式寄往中国司法部，由司法部传送辽宁省政府。

诉讼请求包括：辽宁省政府将华晨汽车和其他产权利益还给华博，或以此股份现值补偿原告；依原告被辽宁省转换的华晨股份及其他产权权益金额判决赔偿金，金额由审判证明；等等。

　　中国司法部１０月８日拒绝了送达请求，次日，美国律师即通过哥伦比亚地方法院，

以外交途径将文件递交到美国国务院，由其下属的特殊领事服务司负责，将该案的法律文书通过美国驻中国大使馆送往中国外交部。

外交部将传票转递辽宁省政府。

辽宁省政府委托美国律师出庭应诉，主张豁免权，请求美法院驳回仰融的诉讼请求。

美国哥伦比亚地区法院审理后认为，辽宁省政府征收华晨中国的股份是主权行为，辽宁省政府享有豁免。

地区法院根据美国《联邦民事诉讼规则》在2005年作出判决，驳回仰融起诉。

仰融随后提出上诉， 美国上诉法院哥伦比亚特区巡回法庭在2006年7月7日作出判决，维持地区法院判决。

# 2008美国对冲基金公司诉刚果民主共和国和中铁集团案

FG Hemisphere Associate LLC v. Democratic Republic of the Congo

南斯拉夫公司Energoinvest与扎伊尔【1997年后改称刚果民主共和国，即刚果(金)】缔约兴建水电基础设施，并于1980和1986年两次与扎伊尔及其国有电力公司签订贷款协议，总额$37705000,协议载明由国际商会国际仲裁院仲裁。刚果(金)未偿还借款，2003年4月Energoinvest分别在法国和瑞士获得胜诉仲裁裁决，裁决刚果(金) 支付一亿多美元。后该裁决转让给美国FG Hemisphere Associates LLC (FG)。2008年美国FG 公司得知中国中铁股份公司在刚果开采矿产将向刚果政府支付巨额费用，向香港特别行政区高等法院原讼法庭申请以衡平法方式执行该仲裁裁决，包括禁止中铁向刚果支付和禁止刚果接受该款项等。

2008年5月16日原诉法庭法官Saw批准申请，签发冻结令和禁令。随后FG以刚果民主共和国为被告、中国中铁股份有限公司及其三家子公司为连带被告提起民事诉讼。刚果民主共和国抗辩：第一，刚果民主共和国政府与中国中铁公司的协议属于刚果与中国之间的外交行为，依据基本法第19 条，香港法院无管辖权；

第二，即使香港法院有司法管辖权，刚果民主共和国和中华人民共和国都主张绝对豁免，因而享有管辖豁免；

第三，即使按照相对豁免原则，中铁股份公司与刚果政府的协议不属于一般商业交易，也可以享受豁免。刚果民主共和国多次通过外交渠道向我国政府提出交涉，外交部通过驻香港特派员公署向香港特别行政区政府先后发出三封函件，指出我国一贯坚持国家绝对豁免原则并且统一适用于全国，包括香港特别行政区；上述函件均由香港特别行政区政府律政司司长作为证据转交香港法院。

2008年12月12日原诉法庭法官Reyes判决法院对本案无管辖权，撤销了法官Saw的禁令。理由：中国中铁股份公司和刚果政府之间协议属于主权行为，因此无论香港是否实行限制豁免理论，刚果（金）都享有绝对豁免。美国FG 公司不服，上诉到香港高等法院上诉法庭。

香港高等法院上诉庭于2010 年2 月作出裁判，二审Stock 法官认为，基本法第19 条“国家行为”条款包括两种情况：一是限制法院质疑外国行政行为和立法行为的合法性；二是法院不得对法院地所在国处理与外国关系的行为进行合法性调查。本案不涉及以上两个方面问题，不属于基本法第19 条 “国防、外交等国家行为”，因而特区法院对该案有管辖权。

合议庭其他法官都赞同这个意见，只是在是否应当给予刚果民主共和国豁免的问题上有分歧。关于香港的主权豁免法律，上诉法庭认为香港回归前施行的1978年英国国家主权豁免法由于回归停止适用，香港回归后没有进行相关立法，因此应适用香港普通法。二审多数法官认为相对豁免原则已经成为习惯国际法，也是香港普通法的一部分，因此回归后香港施行的应是限制豁免理论；同时认定刚果政府与中铁等公司的交易属于商业性质，

2010年2月10日上诉法庭法官以2:1多数判决刚果不享有豁免权，撤销一审判决，维持冻结被告资金的禁令。但二审少数法官认为习惯国际法仍然是绝对豁免理论。

2011年6月30日香港终审法院法官

以3:2多数作出临时判决，认为，本案涉及香港基本法条款解释问题，应提请全国人大常委释法，

决定依据基本法第158条将下述问题提请全国人大解释：

问题（１）根据第十三条第一款的真正解释，中央人民政府是否有权力决定中华人民共和国的国家豁免规则或政策；

《香港基本法》第十三条　中央人民政府负责管理与香港特别行政区有关的外交事务。

　　中华人民共和国外交部在香港设立机构处理外交事务。

中华人民共和国授权香港特别行政区依照本法自行处理有关的对外事务。

问题（２）如有此权力的话，根据第十三条第一款和第十九条的真正解释，香港特别行政区（‘香港特区’）（包括香港特区的法院）是否：①有责任援用或实施中央人民政府根据第十三条第一款所决定的国家豁免规则或政策；或②反之，可随意偏离中央人民政府根据第十三条第一款所决定的国家豁免规则或政策，并采取一项不同的规则；

问题（３）中央人民政府决定国家豁免规则或政策是否属于《基本法》第十九条第三款第一句中所说的‘国防、外交等国家行为’。

基本法第十九条第三款　香港特别行政区法院对国防、外交等国家行为无管辖权。香港特别行政区法院在审理案件中遇有涉及国防、外交等国家行为的事实问题，应取得行政长官就该等问题发出的证明文件，上述文件对法院有约束力。行政长官在发出证明文件前，须取得中央人民政府的证明书。

问题（４）香港特区成立后，第十三条第一款、第十九条和香港作为中华人民共和国的特别行政区的地位，对香港原有（即１９９７年７月１日之前）的有关国家豁免的普通法（如果这些法律与中央人民政府根据第十三条第一款所决定的国家豁免规则或政策有抵触）所带来的影响，是否令到这些普通法法律，须按照《基本法》第八条和第一百六十条及于１９９７年２月２３日根据第一百六十条作出的《全国人民代表大会常务委员会的决定》的规定，在适用时作出必要的变更、适应、限制或例外，以确保关于这方面的普通法符合中央人民政府所决定的国家豁免规则或政策。

２０１１年８月２６日第十一届全国人民代表大会常务委员会第二十二次会议全票通过

全国人民代表大会常务委员会关于《中华人民共和国香港特别行政区基本法》第十三条第一款和第十九条的解释

一、第（１）个问题。依照《中华人民共和国宪法》第八十九条第（九）项，国务院即中央人民政府行使管理国家对外事务的职权，国家豁免规则或政策属于国家对外事务中的外交事务范畴，中央人民政府有权决定中华人民共和国的国家豁免规则或政策。根据《中华人民共和国香港特别行政区基本法》第十三条第一款“中央人民政府负责管理与香港特别行政区有关的外交事务”，管理与香港特别行政区有关的外交事务属于中央人民政府的权力，中央人民政府有权决定在香港特别行政区适用的国家豁免规则或政策。

二、第（２）个问题。依照《中华人民共和国香港特别行政区基本法》第十九条和本解释第三条，香港特别行政区法院对中央人民政府决定国家豁免规则或政策的行为无管辖权。因此，香港特别行政区法院在审理案件时遇有外国国家及其财产管辖豁免和执行豁免问题，须适用和实施中央人民政府决定适用于香港特别行政区的国家豁免规则或政策。根据《中华人民共和国香港特别行政区基本法》第十三条第一款和第十九条，香港特别行政区，包括香港特别行政区法院，有责任适用或实施中央人民政府决定采取的国家豁免规则或政策，不得偏离上述规则或政策，也不得采取与上述规则或政策不同的规则。

三、第（３）个问题。外国国家及其财产在一国法院是否享有豁免，直接关系到该国的对外关系和国际权利与义务。因此，决定国家豁免规则或政策是一种涉及外交的国家行为。基于上述，《中华人民共和国香港特别行政区基本法》第十九条第三款规定的“国防、外交等国家行为”包括中央人民政府决定国家豁免规则或政策的行为。

四、第（４）个问题。香港特别行政区作为中华人民共和国一个享有高度自治权的地方行政区域，直辖于中央人民政府，必须执行中央人民政府决定的国家豁免规则或政策。根据《中华人民共和国香港特别行政区基本法》第十三条第一款和第十九条规定，依照《全国人民代表大会常务委员会关于根据〈中华人民共和国香港特别行政区基本法〉第一百六十条处理香港原有法律的决定》采用为香港特别行政区法律的香港原有法律中有关国家豁免的规则，从１９９７年７月１日起，在适用时，须作出必要的变更、适应、限制或例外，以符合中央人民政府决定采取的国家豁免规则或政策。

刚果民主共和国豁免权案对中国国家豁免政策发展的影响：

①人大释法被大陆和香港媒体一致理解为：我国一直坚持绝对豁免理论。

②2008年11月20日外交部驻香港特派员公署第一封公函：

中国一贯的原则立场是国家及其财产在外国法院享有绝对豁免权，包括绝对的管辖豁免和绝对的执行豁免，中国从未适用过所谓的限制豁免原则或者理论。

中国法院对于以外国国家或政府为被告或者针对外国国家或政府财产的案件，不享有，在实践中也从未行使，管辖权，

无论该外国国家或政府从事的相关行为的性质或目的如何，也无论该外国国家或政府财产的性质、目的或者用途如何。

同时，对于以中国国家或政府为被告或者针对中国国家或政府财产的案件，中国也从未接受过任何外国法院的管辖权。

中国政府的这一原则立场是明确的、一贯的。

# 刘华和王永才财产返还纠纷/未来可得利益继承纠纷

一审法院判决书：上海市第一中级人民法院（1996）沪一中民初字第34号。

二审法院判决书：上海市高级人民法院（1997）沪高民终字第38号。

根据该案例学习：如何在识别过程中进行说理

上海市第一中级人民法院查明，1995年5月15日中国公民王国顺在日本上班途中乘坐日本肇事者荻原驾驶的车辆在日本千叶县公路上遭遇车祸身亡，没有遗嘱。死者妻子刘华赴日本处理善后事宜，1995年6月21日原告出具委托书，内容为：我王永才因年老多病。现全权委托刘华为我的代理人以我的名义办理如下事项：王国顺因事故死亡后的赔偿金事项；家属和孩子的抚恤金抚养金事项，受托人刘华为此签署的一切有关文件，我均承认。该委托书经上海市宝山区公证处公证后交刘华本人。死者王国顺的女儿王赟也一并出具了委托书。

1995年7月19日日本肇事者狄原和日本金泽运输株式会社与刘华达成赔偿协议。协议载明系由荻原、金泽运输株式会社和王国顺三方签订，荻原和金泽运输株式会社对王国顺的赔偿金包括丧葬费、死者丧失的未来可得利益以及精神抚慰金共60185760日元。扣除已支付的3035760日元后，荻原和金泽运输株式会社还应对王国顺支付赔偿金5715万日元。全部赔偿之后，王国顺应对狄原和日本金泽运输株式会社放弃所有债权债务。1995年7月27日被告刘华收到赔偿金6715万日元。原告王永才因为没有得到该赔偿金，向上海第一中级人民法院提起诉讼。

原告王永才诉称，1995年5月15日原告在日本工作的儿子王国顺在日本因车祸死亡。被告刘华（王国顺妻子）代表死者家属与日本肇事者达成赔偿协议，获得赔偿金70185760日元。被告携款回国后，一人独占赔偿款，侵害了原告权利。请求法院确认赔偿金70185760日元的1/3归属原告，并赔偿利息损失。

被告认为，被告所得的赔偿款是其丈夫王国顺因在日本交通事故死亡产生的赔款，属于其丈夫的遗产。被继承人生活在日本，死亡在日本，交通事故发生在日本，赔偿款产生在日本，因此该款项继承问题应适用日本法律。按照日本民法典，被继承人的配偶及子女是第一顺序继承人，父母是第二顺序继承人。第一顺序继承人存在时，第二顺序继承人不参加继承。因此原告作为被继承人的父亲没有继承权。

上海第一中级法院认为，系争赔偿款是死者的亲属依据赔偿协议所取得的赔偿金，该赔偿金不属于死者遗产，应认定为死者直系亲属的共有财产，因不能证明是按份共有，因此应认定为共同共有财产。根据《中华人民共和国《民法通则》第71条，第117条判决：被告支付原告2238万日元；原告其他诉讼请求不予支持。

刘华上诉称：第一，原审判决适用法律不当。案件涉及的基本法律事实发生在日本，损害赔偿也发生在日本，因此本案应当适用日本法律。根据日本法律，本案中抚恤金之外的赔偿款项均属于王国顺的遗产。一审法院将赔偿金视为共有财产，没有法律依据。根据日本法律被上诉人王永才是第二顺序继承人，无权继承遗产。

被上诉人王永才辩称：根据中国法律，赔偿金系死者直系亲属基于赔偿协议取得的共有财产，不属于死者遗产，原审法院定性正确。被上诉人作为共有人有权分割该财产。

上海高级人民法院认为：

系争款项在扣除丧葬费等费用后，包括死者丧失的未来可能利益（未来可能利益）、搭乘者伤害保险金和精神损害抚慰金【没有争议】三部分。

根据日本法律，未来可得利益以及保险金的请求权人是受害者本人，在受害者死亡之后，受害人享有的请求权由其继承人继承。

因此，王国顺因车祸在日本死亡后，对未来可得利益和保险金的请求权，应当属于其法定继承人。

根据《日本法例》第25条，继承适用被继承人的本国法。本案死者是中华人民共和国公民，因此，法定继承人的范围、继承顺序和继承份额应当适用中国继承法。根据《中华人民共和国继承法》第十条，上诉人刘华、被上诉人王永才和案外人王赟都是第一顺序法定继承人。——说理不清楚，但定性清楚，不是共有物分割而是继承问题

关于精神损害抚慰金的请求权，日本法律认为属于死者的配偶，子女及父母所固有。

综上，刘华代表王永才和王赟与日本肇事者以及保险公司进行交涉，应视为代表上述权利人行使请求权，因此取得的相关款项应视为上述全体权利人的共同财产。现在，王永才请求刘华交付该共同财产的一部分，原审法院给予支持并无不当。——老师认为此处是共同财产分割问题，与上段矛盾。 说理不清

课堂讨论：死亡赔偿金不是遗产继承问题，而是共有财产分割的问题。

老师认为：

1、王国顺已经死亡，不具有民事权利能力，因此不能认为是赔偿义务人赔偿给王国顺的财产。

2、 是赔偿协议得到的财产，又因为刘华是三个人的代理人，因此获得的财产归属于全体权利人，因此认定为共有财产分割纠纷。且具有涉外因素。适用37条，协议选择-法律事实发生时动产所在地法律。

3、法律事实是死亡还是赔偿协议的签订、履行，或者是起诉？老师认为没有起诉就不会产生后续问题，故本案法律事实是起诉时财产所在地在中国，故适用中国法。

4、原被告在庭审过程中均选择中国法，也可以认为是默示达成法律选择协议

ps 诉讼时效是实体法问题还是程序法问题

赔偿协议明确写明三方，不包括原被告+明确写明是赔偿给王国顺的赔偿金=原被告当事人不能基于赔偿协议取得财产的所有权

本案赔偿协议应当被认为是本案赔偿义务人履行赔偿义务的行为

上海高院依照1991年《民事诉讼法》第153条，判决：维持上海市第一中级人民法院1996沪一中民初字第34号民事判决书第二项【原告的其他诉讼请求不予支持】

变更上海市第一中级人民法院1996沪一中民初字第34号民事判决书第一项，即‘被告支付原告2238万日元’，变更为“在刘华收到的6715万日元款项中扣除92939.8元人民币以及1134706元日元之后，余款的1/3由刘华在判决生效后15日内交付给王永才。对刘华的其余诉讼请求不予支持。

本案系财产返还纠纷还是遗产继承纠纷？

本案应适用日本民法典还是中国继承法？

本案应适用中国国际私法还是日本国际私法？

《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第31条：法定继承，适用被继承人死亡时经常居所地法律；但不动产法定继承，适用不动产所在法律。

《日本法例》第25条：继承适用被继承人死亡时国籍国法律。《日本法律适用通则法》第36条：动产和不动产法定继承均适用被继承人国籍国法律。

《日本民法典》规定：被继承人的配偶和子女为第一顺序继承人，被继承人的父母为第二顺序继承人。存在第一顺序继承人时，第二顺序继承人不参加继承。

# 中化江苏连云港公司诉美国博联集团公司等海上货物运输合同无单放货损害赔偿案

上海海事法院[2000]沪海法连商初字第45号（2002年3月19日）；上海市高级人民法院[2002]沪高民四（海）终字第110号（2003年6月10日）

原告中化江苏连云港公司（中化公司）。

被告美国博联集团公司（博联公司）。

被告法国达飞轮船有限公司（达飞公司）。

被告江苏环球国际货运公司上海分公司（环球公司）。

2000年2月28日，中化公司与美国国际化工有限公司（国际化工）签订了贸易条件FOB、货物金额97200美元的国际货物买卖合同。同年4月10日，经博联公司授权，环球公司代理博联公司签发了托运人为中化公司、收货人凭国际化工指示的涉案货物无船承运人提单。

同日，博联公司将涉案货物交达飞公司运输，并取得达飞公司签发的托运人、收货人均为博联公司的涉案货物海运提单。上述提单记载的装运船名均为CMA CGM DEIACROIX E01D，【记名提单】装货港上海，卸货港纽约，货名香兰素。同年5月3日，博联公司发传真给达飞公司的目的港代理人INCHAPE公司，要求务必收回其正本提单才能放货。同年11月6日，国际化工与博联公司传真交涉涉案货物下落；11月9日，博联公司代理人环球公司传真中化公司称涉案货物已被达飞公司无单放行。出口报关单记载货物总价为97200美元。经计算，涉案货物出口可退税额为人民币121014元。

原告中化公司诉称，货物已被实际承运人达飞公司无单放行。请求法院判令三被告连带赔偿货款及出口退税损失共计人民币939960元及利息。

被告博联公司辩称，博联公司将货物交付达飞公司，达飞公司作为实际承运人无单放货，应对此承担责任，无过错的博联公司不应承担责任。

达飞公司辩称，达飞公司与中化公司无任何法律关系，对中化公司不应承担任何损害赔偿责任。中化公司应直接向对其签发提单的博联公司主张权利。

被告环球公司辩称，其仅是涉案提单签单代理人，不应承担责任。

庭审中，中化公司称达飞公司构成侵权，博联公司构成违约，请求法院依据《中华人民共和国海商法》第六十三条，判令承运人博联公司及实际承运人达飞公司等承担连带赔偿责任。

上海海事法院要求中化公司选择违约或侵权诉由，中化公司明确将本案诉由表述为侵权赔偿纠纷。

一审上海海事法院认为，中化公司选择了侵权之诉，但未能证明博联公司实施了无单放货的侵权行为。但中化公司与博联公司之间形成了海上货物运输合同关系，博联公司应承担无法凭正本提单交货的违约责任。因此，可通过由博联公司承担违约责任的方式支持中化公司对博联公司之诉请。

中化公司与达飞公司之间无合同关系，达飞公司仅就其与博联公司之间海上货物运输合同向博联公司承担凭正本提单交货的合同义务。且中化公司并未提供达飞公司实施无单放货侵权行为的证据，故达飞公司不应向中化公司承担责任。

识别不受不告不理的约束，因识别问题属于法官的职权范围之内

环球公司是博联公司授权委托的签单代理人，不应对涉案货物损失承担赔偿责任。

上海海事法院遂依照《中华人民共和国合同法》第107条《中华人民共和国海商法》第46条、第48条、第78条和第257条，判决：

一、博联公司向中化公司支付货款97200美元和出口退税损失人民币121014元，以及上述款项的利息。

二、对中化公司的其他诉讼请求不予支持。

中化公司上诉称，达飞公司系本案货物实际承运人，在其运输期间失去了对涉案货物的控制，无单放货的事实已经成立。根据《海商法》第63条，实际承运人达飞公司应与承运人博联公司共同承担连带赔偿责任。环球公司对代理签发涉案提单举证不足，应与承运人共同承担赔偿责任。请求二审改判达飞公司、博联公司、环球公司对中化公司损失承担连带赔偿责任。

　博联公司上诉称，本案无单放货的实施者是实际承运人达飞公司的目的港代理人INCHAPE公司。因此，被代理人达飞公司应承担侵权赔偿责任。

博联公司并未参与无单放货，其与中化公司之间仅存在海上货物运输合同关系，并不存在侵权关系。中化公司在一审中已选择了侵权之诉，一审仍判令博联公司承担违约责任缺乏依据。

达飞公司答辩称，首先，达飞公司是船舶期租人，而非实际承运人。真正的实际承运人是船舶所有人，该实际承运人最终将货物交给了达飞公司的目的港代理人INCHAPE公司，而INCHAPE公司同时也是博联公司的目的港代理人。达飞公司从未授权INCHAPE公司无单放货，不应承担赔偿责任。其次，即使认定达飞公司是涉案货物实际承运人，根据合同相对性，达飞公司也只向博联公司承担无法交货的违约责任，与中化公司无关。请求驳回上诉，维持原判。

环球公司辩称，环球公司系博联公司提单的签单代理人，不应承担赔偿责任。

二审上海高院认为，本案系原告托运人诉承运人、实际承运人等多个被告承担连带责任的共同诉讼。

中化公司已明确其诉请依据为我国《海商法》第63条“承运人与实际承运人都负有赔偿责任的，应当在此项责任范围内负连带责任”。该规定属于《海商法》第四章调整海上货物运输合同关系的内容；

同时，《海商法》第四章第61条规定“本章对承运人责任的规定，适用于实际承运人”。

本案争议事实因中化公司与博联公司之间海上货物运输合同的履行而产生，博联公司亦因履行该合同而委托达飞公司运输涉案货物。

据此，原告的诉请依据及本案当事人之间法律关系的产生等均与海上货物运输合同的履行有关，本案应为涉外海上货物运输合同损害赔偿纠纷。

根据《海商法》第63条“承运人与实际承运人都负有赔偿责任的，应当在此项责任范围内负连带责任。” 因此，承运人与实际承运人连带责任的产生依据并不限于我国传统民法规定的共同侵权或违约等行为，而是《海商法》第63条的特别规定。

虽然中化公司在原审法院令其选定诉由时作出了侵权之诉表述，但其以《海商法》第63条规定作为诉请基础及法律依据之意思表示清楚，符合法律规定。故中化公司的表述不影响本院依法确定本案纠纷的性质。

关于本案纠纷法律适用，博联公司提单背面条款载明依美国法律解释，但博联公司并未提供应当适用的美国具体法律规定。根据《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193条，本院通过法定的几种途径亦未能查明该法律规定，且其他各方当事人均同意适用我国法律，故本案实体纠纷应适用法院所在地即中华人民共和国法律，并由规范海上货物运输关系的特别法《海商法》调整。

中化公司以托运人身份向博联公司交付涉案货物，并取得博联公司签发的指示提单，该提单系两者之间建立海上货物运输合同关系的证明。

博联公司提单并未发生流转，中化公司仍系该指示提单合法持有人，博联公司系承运人。根据《海商法》第60条、第71条，承运人博联公司虽将货物运输委托他人实际履行，但仍应对全部运输负责，其不能履行凭正本提单交付货物之义务，应承担相应的赔偿责任。

达飞公司尚未证实其系涉案船舶承租人。即使其主张成立，其以自己名义对外接受承运人委托并签发提单、利用自己租赁或经营的船舶从事运输活动并负责交货，该行为亦符合我国《海商法》第四十二条第一款第（二）项规定的“实际承运人”之特征。

根据《海商法》第61条，在海上货物运输合同的履行范围之内，《海商法》对承运人责任的规定，也适用于实际承运人。现达飞公司并未履行凭其签发的正本提单向博联公司交货的义务，

达飞公司虽否认其实施了无单放货行为，但无法证实其对货物的具体处分方式及货物下落，且其一审中已经确认对涉案货物失去控制。

达飞公司在其控制、运输货物期间未能履行正当交付货物之义务，存在过错，实际损害了中化公司的权利，应承担赔偿责任。

环球公司经博联公司授权签发提单，法律后果由博联公司承担。中化公司要求其承担赔偿责任的诉请不能成立。

综上，中化公司及博联公司的上诉理由部分成立。上海高院依照《民事诉讼法》第一百五十三条、《海商法》第六十一条、第六十三条、第七十一条，判决：

一、维持一审判决第一项；

二、撤销一审判决第二项；

三、被上诉人达飞公司对博联公司的赔偿款项及利息承担连带责任；

四、对上诉人中化公司的其他诉讼请求不予支持。

本案系违约之诉还是侵权之诉？

达飞公司是否涉案货物的实际承运人？

二审法院的定性是否违背不告不理原则？

# EOS工程公司诉山西新绛发电有限责任公司、新绛县人民政府、中国银行山西省分行侵权案最高人民法院民事裁定书(2003)民四终字第2号

上诉人(原审原告)：EOS工程公司。住所地 CALIFORNIA OAKS ROAD UNIT #302，MURRIETA CALIFORNIA，USA

法定代表人：尼尔•史蒂文斯(NEAL STEVENS)，该公司董事长。

原告美国EOS工程公司于1999年以“返还工程款”向山西省高级人民法院提起诉讼称：“…1995年1月4日，同达集团总裁陈家敏代表同达集团与新绛县人民政府签订建设电厂意向书约定：同达集团在新绛县独资建一座发电厂，并负责前期费用的支付；…我公司分5次将100万美元工程保证金汇入了中国银行山西省分行新绛电厂筹建处的账户。汇入后被该筹建处挪用。县政府不依法行政，客观上给原告的保证金被骗提供了必要的条件，应予返还。银行未按规定开户、结汇，应承担连带责任。”

之后又申请变更诉讼请求为“不当得利”，2000年3月10日山西高院(1999)晋民一初字第9号民事判决书判决新绛县人民政府承担赔偿责任。

被告新绛县人民政府不服，提起上诉。最高人民法院以(2000)民终字第55号民事裁定书裁定撤销原判，发回重审。山西高院重审后2001年4月4日作出(2001)晋民一初字第2号民事判决，驳回EOS工程公司诉讼请求。理由是

“新绛县人民政府和中国银行山西省分行未获利，不具备不当得利的构成要件；故上述二被告不应承担民事责任。新绛发电公司对100万美元的汇入和使用有合法根据，亦不是不当得利者。EOS董事长尼尔明知建设电厂项目工程是给同达集团的，尼尔与陈家敏在1995年2月频繁来往传真，说明100万美元是EOS工程公司为承揽同达集团电厂建设项目而向该集团总裁陈家敏提供的保证金，若原告认为受损，应向陈主张权利。”

EOS工程公司不服该判决，向最高人民法院上诉，审理中又书面申请撤诉，最高人民法院2001年11月(2001)民一终字第64号民事裁定，准许其撤回上诉。

2002年2月4日EOS工程公司向山西省高级人民法院对山西新绛发电有限责任公司、新绛县人民政府、中国银行山西省分行提起侵权损害赔偿诉讼，2002年4月1日山西省高级人民法院立案庭予以受理。EOS工程公司依法缴纳了诉讼费。案件分到民四庭后，承办法官已经向被告送达了起诉状副本。后民四庭又将该案退回立案庭，立案庭作出山西省高级人民法院(2002)晋立民初字第1号民事裁定，裁定对EOS工程公司的起诉不予受理。

EOS工程公司不服上述裁定，向最高法院上诉称：

1．原审裁定违反法律程序。EOS工程公司诉山西新绛发电有限责任公司、新绛县人民政府、中国银行山西省分行侵权纠纷一案，于2002年2月4日向山西省高级人民法院提起诉讼，2002年4月1日该院立案庭经审查依法受理。EOS工程公司缴纳了诉讼费。民四庭承办法官已经向被告送达了起诉状副本。后民四庭又将该案退回立案庭，立案庭裁定不予受理本案。这种作法系程序违法；

2．原审裁定剥夺了EOS工程公司的民事诉讼权利。EOS工程公司的起诉完全符合《民事诉讼法》第108条规定的起诉条件，不构成一事再理。

EOS工程公司1999年就同一事实以“返还工程款”为由向原审法院提起诉讼，后变更诉讼请求为“不当得利”，原审法院判决驳回了EOS工程公司不当得利的诉讼请求。

EOS工程公司后来认识到此案不属于“不当得利”，而应是侵权法律关系，于是以侵权纠纷为由重新提起诉讼。以侵权纠纷为由起诉的案件与已审结的返还不当得利案件是两个不同的案件，原审裁定不予受理，剥夺了EOS工程公司的诉讼权利。

故请求最高人民法院：撤销原审裁定、由山西省高级人民法院恢复审理本案。

EOS公司汇款行为：

债务人向第三人履行债务行为：合同法第64条 当事人约定由债务人向第三人履行债务的，债务人未向第三人履行债务或者履行债务不符合约定，应当向债权人承担违约责任。涉外保证合同纠纷

第三人向债权人履行债务行为：合同法第65条 当事人约定由第三人向债权人履行债务的，第三人不履行债务或者履行债务不符合约定，债务人应当向债权人承担违约责任。涉外建设工程合同纠纷

以缔结工程承包合同为目的的单方民事行为（缔约行为）： 缔约过失责任纠纷？

不当得利纠纷？侵权责任纠纷？

如何识别（定性）？

识别依据：美国法？中国法？

侵权法？合同法§64？合同法§65？

识别对象：原告诉讼请求？

法院认定的事实（案件事实构成）？

思考题：假设EOS公司起诉时只请求法院判令被告支付100万美元，没有说明依据何种法律关系，法院应如何识别？

# 识别

re Cohn：科恩夫妇是住所在德国的德国人。1918年他们在德国用德文立了一个共同遗嘱，指定互为继承人，并宣布他们二人都死后，他们的财产平分给他们的子女（一子两女）。科恩先死，1940年科恩夫人和她的一个女儿奥本海默夫人（住所在德国的德国人）在伦敦一次空袭中被同一枚炸弹炸死。科恩夫人遗留有动产在英国。

数人在同一事故中死亡无法确定先后顺序时，英国法律定年长者先死，德国法规定同时死亡。奥本海默夫人的继承人和科恩夫妇的儿子和另一个女儿因遗产继承问题诉至英国法院。

  英国法院认为推定死亡顺序规则属于实体问题，适用了德国法中的死亡推定规则。

In re Cohn, Uthwatt, J. said: The fact proved in this case is that it is impossible to say whether or not Mrs.Oppenheimer survived Mrs. Cohn. Proof stops there. Section 184 of the Law of Property Act1925 (where two persons die in circumstances rendering it uncertain which of them survived the other, such deaths will, for all purposes affecting the title to property, be presumed to have occurred in order of seniority, and accordingly the younger will be deemed to have survived the elder.), does not come into the picture at all. It is not part of the law of evidence of the lex fori, for the section is not directed to helping in the ascertaining of any fact but contains a rule of substantive law directing a certain presumption to be made in all cases affecting the title to property. As a rule of substantive law the section is relevant where the title is governed by the law of England. It has no application where title is determined by the law of any other country.The German rule (all persons are deemed to die simultaneously) was contained in legislation passed in 1939,which amended a provision of the German Civil Code. The latter provision was contained in Book I of the Code, which was entitled “General Principles”, and was found under the heading “Natural Persons”. The “terms and place in which the repealed article dealing with the same subject-matter was to be found” made it clear that the German rule should be characterized as falling within the category “succession” rather than “procedure and evidence”.

中国人甲，在法国有一农场，饲养良种兔30000只。2018年甲在其经常居所地天津死亡。其在中国的妻子和在法国的一子一女因继承该良种兔发生纠纷，妻子在天津中级人民法院提起诉讼，请求按照中国继承法取得15000+5000良种兔。子女要求适用法国民法典继承3/4良种兔。依《法国民法典》该兔为不动产，依中国法该兔为动产。法院应如何识别？

中国学生甲，在纽约留学期间被DAAD奖学金生德国人开车撞伤右腿，住院1个月，未要求乙赔偿损失。2年后，甲在中国对乙提起损害赔偿诉讼。依《民法通则》136条，身体伤害赔偿的诉讼时效为1年； 德国法规定的诉讼时效为3年；纽约法规定为6年。中国法认为诉讼时效为实体法问题，纽约法认为是程序法问题。依《法律适用法》44条，侵权行为适用侵权行为地法律。

问：我国法院应如何识别？

# 先决：英国影星 好意同乘 案

英国影星案：英国影星甲和北京男子乙在北京结婚，婚后惯常居住于英国伦敦。甲参加德国柏林电影节期间，结识在德国洪堡大学学习法律的天津男子张某。电影节结束后，张某驾驶其刚购买的汽车载甲观光德国城市，因疲劳驾驶，在法兰克福发生交通事故，张某和甲均受重伤。张某经医院抢救痊愈，甲经医院抢救无效死亡。乙委托中国律师在天津高级人民法院对张某提起侵权损害赔偿诉讼，要求张某赔偿**抚养费用**、丧葬费用、精神损害补偿、往来英中德三国的交通费用、取证费用、律师费用和诉讼费用共计100万英镑。

原告可否请求抚养费用的损失？

法院查明，张某户籍所在地是天津，已经在德国留学三年，每年暑假回国探亲一个月。

管辖权？每年回家探亲一个月是否会影响经常居所地？  
1、户籍所在地在天津，虽然德国留学三年，但未形成经常居所地，因此并未形成户籍管辖的例外

2、另一个观点：虽然每年回家探亲，但德国构成德国居所地

对案件的识别：  
1、侵害行为+损害+因果关系+根据我国法律=侵权法律关系

1. 系涉外侵权损害赔偿纠纷

主要问题准据法：侵权自治共居行为地+我国法律禁止转反致=德国实体法

德国国际私法（2007年11月23日《海牙抚养义务准据法公约议定书》）规定，抚养适用抚养权利人惯常居所地法律。

《德国民法典》第823条死者损害赔偿请求权限于请求加害人对死者**直接造成的损失**，例如生命丧失，医疗费，因死亡丧失的可得利益，包括工资收入等等。

死者亲属的精神抚慰金，抚养权利人可以请求的抚养费，均不属于死者损害赔偿请求权的请求范围。经营者因故意或过失致消费者伤害或死亡时，依据美国法律或者我国台湾地区法律，消费者可向经营者请求支付三倍以内惩罚性损害赔偿，惩罚性损害赔偿计算依据是死者直接遭受的损害，不包括抚养费等。

《德国民法典》第844条：

在侵害他人致死的情况下，被害人丧葬义务的承担者，有权要求加害人赔偿丧葬费用。如果侵权行为发生时被害人与第三人之间存在某种关系，基于该关系，被害人对第三人已经或者将来负有抚养义务，且该第三人抚养权利因为被害人死亡而被剥夺，那么该第三人对于因抚养权利被剥夺而遭受的损失，有权要求加害人赔偿。

依据《德国民法典》§ 1360 § 1360a ，夫妻一方在其生活条件表明有必要的情况下，有权要求另一方支付抚养费用。

《中华人民共和国民法典》第1059条 :夫妻有相互扶养的义务

**台湾最高法院判例认为，**死者因加害行为遭受的直接损失，包括死者丧失的可得利益例如工资，以及假设没有加害行为，死者无需付出的费用，例如丧葬费。

但死者生前的抚养权利人损失的抚养费用不属于死者因加害行为遭受的直接损失。

我国台湾最高法院民事裁判字號104年度(2015年）台上字第358號

# 香港伊莉莎遗嘱继承案

香港女子伊莉莎，自幼孤儿，持中英两国护照，因被茂名市一男子欺骗感情，只身闯英伦，并发誓终生不嫁任何男人。伊莉莎聪明美丽，刻苦好学，取得牛津大学经济学博士学位，成为英国维多利亚银行一名银行高管，定居伦敦。2015年伊莉莎被劳务派遣至维多利亚银行北京分行任副行长，该分行行长荷兰人汤姆对其一见钟情，倍加关怀照顾。伊莉莎红颜薄命，2017年底突患重病，汤姆动用多方资源，探知荷兰皇家医院美女医生玛丽（中荷双重国籍）为治疗该种疾病的专家，便与伊莉莎商议去荷兰皇家医院就医，

伊莉莎同意。出于对汤姆的感激，伊莉莎去荷兰之前立一遗嘱：伊莉莎在英国汇丰银行存款100万英镑，在伦敦价值500万英镑的别墅一栋，价值1000万英镑的北京住房一套，在其死后全部归汤姆所有。

之后伊莉莎将其在德意志银行北京分行的2000万欧元的存折交与汤姆，供在荷兰就医使用。

2017年底至2018年6月在荷兰就医期间，主治医生玛丽对伊莉莎产生感情，悉心治疗，伊莉莎很快痊愈，共花费医疗和生活费用1000万欧元。2018年8月离开荷兰之前，玛丽和伊莉莎在荷兰正式结婚，取得合法结婚证书（荷兰法律允许同性婚姻）。2020年5月，伊莉莎在伦敦旧病复发，治疗无效死亡。2021年1月汤姆在北京中院对玛丽提起遗产继承诉讼，请求法院依遗嘱判决其继承伊莉莎的所有遗产。

玛丽答辩称：英国法律规定事后婚姻具有使遗嘱无效的法律效力，因此汤姆无权继承遗产，请求法院判决伊莉莎所有遗产归其继承。

汤姆辩称：玛丽和伊莉莎系同性婚姻，依中国法律无效，因此遗嘱有效，其有权依遗嘱继承遗产。

主要问题：遗产继承？伊莉莎遗嘱效力？婚姻效力？

玛丽和伊莉莎之间婚姻效力是否先决问题？

相关法条：

《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第21、22、32、33条。

J.H.C. Morris on the Conflict of Laws: Formalities and capacity to enter into a same-sex union are governed by the lex loci celebrationis.

section 18 of the Wills Act 1837—

“(1) Subject to subsections (2) to (4) below, a will shall be revoked by the testator’s marriage.

(2)A disposition in a will in exercise of a power of appointment shall take effect notwithstanding the testator’s subsequent marriage unless the property so appointed would in default of appointment pass to his personal representatives.

(3)Where it appears from a will that at the time it was made the testator was expecting to be married to a particular person and that he intended that the will should not be revoked by the marriage, the will shall not be revoked by his marriage to that person.

(4)Where it appears from a will that at the time it was made the testator was expecting to be married to a particular person and that he intended that a disposition in the will should not be revoked by his marriage to that person,—

(a)that disposition shall take effect notwithstanding the marriage; and

(b)any other disposition in the will shall take effect also, unless it appears from the will that the testator intended the disposition to be revoked by the marriage.

Nothing in this section applies in the case of a marriage which results from—

(a)the conversion of a civil partnership into a marriage under section 9 of the Marriage (Same Sex Couples) Act 2013; or

(b)the changing of a civil partnership formed under Part 3 of the Civil Partnership Act 2004 into a marriage under—

(i)the Marriage (Scotland) Act 1977;

(ii)the Marriage and Civil Partnership (Scotland) Act 2014; or

# 原告山东聚丰网络有限公司(聚丰网络公司)与被告韩国 MGAME公司、第三人天津风云网络技术有限公司(风云网络公司)网络游戏代理及许可合同纠纷管辖权异议案.

聚丰网络公司以MGAME公司为被告、以风云网络公司为第三人，于2008年 7月30日向山东省高级人民法院提起诉讼，请求判令：1．被告继续履行双方于 2005年3月10日签订的《独家游戏代理及许可协议》；2．被告赔偿原告33498272．41元的经济损失；3．被告承担本案全部诉讼费用。

山东高院受理后，被告MGAME公司在提交答辩状期间对管辖权提出异议。理由是：原被告双方 2005年3月25日《游戏许可协议》第21条约定：“本协议应当受中国法律管辖并根据中国法律解释。由本协议产生或与本协议相关的所有的争议应当在新加坡最终解决，且所有本协议产生的争议应当接受新加坡的排他性司法管辖。”因此，本案应由新加坡有管辖权的法院审理，山东省高级人民法院对本案没有管辖权。故，请求驳回聚丰网络公司的起诉。

管辖权协议的准据法？？

Choice of court contract lex causae

山东高院认为：本案为涉外知识产权纠纷，原告聚丰网络公司与被告MGAME公司《游戏许可协议》第21条约定争议应当接受新加坡的司法管辖，但同时约定“本协议应当受中国法律管辖并根据中国法律解释”，双方在协议适用法律上选择中国法律为准据法。因此双方协议管辖条款也必须符合选择的准据法即中国法律。

《中华人民共和国民事诉讼法》第242? 244?规定“涉外合同或者涉外财产权益纠纷的当事人，可以用书面协议选择与争议有实际联系的地点的法院管辖……”。据此，当事人选择的管辖法院应限定在与争议案件有实际联系的范围内。

而聚丰网络公司与 MGAME公司协议约定的管辖地新加坡，既不是双方当事人住所地，也不是游戏许可协议的签订地、履行地、争议发生地，所以与本案争议无任何联系，其约定超出了与争议有实际联系的限定范围，该约定管辖应属无效

山东省高级人民法院为原告聚丰网络公司住所地法院，与本案有实际联系，在双方协议约定管辖无效的情况下，对本案行使管辖权，并无不当，符合我国法律规定。

山东高院裁定：驳回韩国 MGAME(MGAME CORPORATION)对本案管辖权提出的异议。

山东高院裁定是否正确？为什么？

# 德国亚欧交流有限责任公司 与黑龙江省绥芬河市青云经贸有限公司合作协议纠纷案

2005年10月27日青云公司向原审法院黑龙江省高级人民法院起诉请求解除其与德国亚欧公司之间《“德国科隆中国商品批发市场D座”合作协议》并请求德国亚欧公司返还进场费22 400735．37元、赔偿项目运作费用220482．94元人民币

德国亚欧公司认为本案争议协议的履行地、被告住所地、涉及的不动产所在地及协议约定管辖地均不在黑龙江省，原审法院对本案没有管辖权。原审法院认为：本案合作协议约定：“如因本协议产生纠纷，…由协议签署地法院管辖仲裁。”该约定为双方当事人协议管辖的真实意思表示，合法有效。双方当事人在山东青岛签订合作协议后，又在黑龙江省绥芬河市签订合作协议的补充协议，该补充协议属于合作协议的组成部分，故青岛市和绥芬河市均属于合作协议的签署地。因此，本案纠纷黑龙江省人民法院有管辖权。裁定：驳回德国亚欧公司的管辖异议。

德国亚欧公司向最高人民法院上诉称：

2004年11月3日双方在上海签订补充协议(一)，补充协议(一)签署地为上海市。2005年1月24日，双方在绥芬河市就进场费等问题协商达成一致，由于德国公司总经理夏烟未带公章，遂于1月26日夏返回北京时，将青云公司起草并签字盖章的补充协议(二)带回北京，签字盖章后转给青云公司。根据中国法律，合同双方签字盖章不在同一地点的，最后签字、盖章地点为合同成立地。故补充协议(二)的签署地应为北京市。因此黑龙江省不是补充协议签订地。由于补充协议签订地有多个，本案应由主合同签署地青岛市中级人民法院管辖。

本案系协议管辖还是特殊地域管辖？

当事人协议选择的是青岛法院、北京法院还是黑龙江法院？

波兰国家公路及高速路管理局与中国海外工程有限责任公司、中国进出口银行侵权责任纠纷管辖权异议案最高人民法院民事裁定书（2014）民申字第1664号 再审申请人（一审被告、二审上诉人）波兰国家公路及高速路管理局（generaldirectorofstateroadsandmotorways）。住所地：波兰共和国华沙zelazna街（00-848）。

被申请人（一审原告、二审被上诉人）：中国海外工程有限责任公司。住所地：北京市海淀区紫竹院路1号7号楼。

一审被告：中国进出口银行。住所地：北京市西城区复兴门内大街30号。

中海外公司与中铁隧道集团和波兰DECOMA Sp.以联合体身份投标波兰A2高速公路项目并中标，2009年9月28日和业主波兰国家公路及高速路管理局签订《波兰A2高速公路设计施工合同》（简称基础合同）。根据波兰公路管理局指示，中海外公司委托中国进出口银行于2009年9月25日开立以 State Treasury General Directorate of State Roads and Motorways（波兰财政部高速公路理事会）为受益人的BKD2009LG00169号银行保函，约定在波兰公路管理局出具书面索款函并写明承包商严重违约或根本未履行合同情况下，银行须支付保函下款项。中海外公司等承包商一直诚信履约，但波兰公路管理局于2011年6月14日向进出口银行发出索赔函，银行2011年7月25日收到。依据保函第9条银行应于收到索赔函30日内，即2011年8月24日前向波兰公路管理局支付保函项下款项。中海外公司认为，波兰公路管理局在索赔函中谎称中海外公司等承包商未履行基础合同项下义务，欺诈进出口银行，利用见索即付保函的独立性恶意向银行索赔保函项下款项，侵害了中海外公司的财产权益，因此向北京第一中级人民法院以波兰公路管理局和中国进出口银行为被告提起侵权诉讼，请求法院判决解除银行的担保责任。北京中院向波兰公路管理局和进出口银行送达起诉状后，波兰公路管理局提出管辖权异议：

基础合同和保函均约定波兰法院管辖，而且联合体与波兰公路管理局关于基础合同的争议已经提交波兰法院审理；基础合同和担保合同均约定波兰法律为准据法，基础合同标的系位于波兰的高速公路建设工程，合同语言为波兰语，工程师、监理单位、供应商、分包商均位于波兰，施工场所和文件图纸均位于波兰，中国法院审理本案非常不方便。故北京中院对本案没有管辖权，本案应由波兰法院管辖。北京市第一中级人民法院（2011）一中民初字第13686-2号裁定书和北京市高级人民法院（2013）高民终字第523号裁定书均驳回管辖权异议。

波兰公路管理局向最高人民法院申请再审：

本案不应定性为侵权纠纷。中海外公司的诉讼请求所指向的法律关系是保函项下担保人的保证责任，故双方之间是保证合同纠纷。依据保函应适用波兰法律并由波兰法院管辖。中海外公司与波兰公路管理局就基础合同双方“是否存在违约”产生的争议属合同纠纷，已经由波兰法院受理。中海外公司所称的“财产权益损失”是其对担保人的债务，该等反担保义务不是其固有权利（绝对权），不是侵权法律所保护的客体。由于本案不应认定为侵权纠纷，也就不应以侵权法律作为本案管辖权的确定依据。受理禁令申请法院应根据保函、基础合同的管辖权进行处置。综上，请求对本案进行再审。

最高人民法院认为：中海外公司起诉主张波兰公路管理局在索款函中谎称承包商未履行基础合同项下义务，欺诈性索取履约保函项下款项，侵害中海外公司财产利益，请求终止并解除担保银行的担保责任。根据该诉讼主张，一、二审法院将案件性质确定为侵权纠纷并无不当。至于该诉讼请求能否得到支持，需由人民法院进行实体审理后作出认定。波兰公路管理局关于本案不应被定性为侵权纠纷的理由不能成立。

案涉基础合同及保函中协议管辖条款只约束合同当事人，本案所涉侵权纠纷三方当事人并未就解决纠纷的方式达成协议，一、二审法院认定北京为侵权行为地、被告住所地，进而确定北京市第一中级人民法院对本案享有管辖权并无不当。

最高人民法院裁定：

驳回波兰国家公路及高速路管理局的再审申请

《最高人民法院关于审理独立保函纠纷案件若干问题的规定》（法释〔2016〕24号,2020年修订） 第5条独立保函载明适用《见索即付保函统一规则》等独立保函交易示范规则，或开立人和受益人在一审法庭辩论终结前一致援引的，人民法院应当认定交易示范规则的内容构成独立保函条款的组成部分。

不具有前款情形，当事人主张独立保函适用相关交易示范规则的，人民法院不予支持。

Incorporated clause

# 江苏省纺织品进出口集团股份有限公司诉北京华夏企业货运有限公司上海分公司等海上货物运输合同无单放货赔偿案

原告江苏省纺织品进出口集团股份有限公司（以下简称“江苏纺织”）诉称：2002年10月，江苏纺织将一批货物交付给两被告从上海出运。被告为此签发了以江苏纺织为托运人、编号SHHX02090473的货代提单。因江苏纺织的国际贸易合同的买方一直没有付款买单，江苏纺织仍持有上述正本提单。但通过调查，货物在目的港已被提取，且签发上述提单的上海华夏货运有限公司根本不存在。为此，江苏纺织请求判令两被告连带赔偿货物损失119098．18美元及上述款项自起诉之日起按中国人民银行贷款利率计算产生的利息损失，并承担本案诉讼费。庭审中，江苏纺织确认以违约为由要求两被告承担赔偿责任。

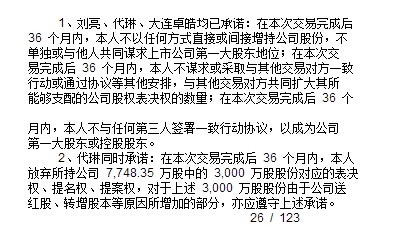
上海海事法院经公开审理查明：2002年10月16日，江苏纺织将装在一个40英尺集装箱内的纺织品交给华夏货运从上海出运。华夏货运签发了编号为SHHX02090473／HDMUQSLB570181的正本提单，提单抬头为华夏货运，托运人为江苏纺织，收货人为RAFAELMORALES，装货港为中国上海港，目的地为美国拉雷多港，签单处盖有杨云和上海华夏货运有限公司的印章。10月14日，涉案货物报关，报关单记载的经营单位和发货单位均为江苏纺织，运输工具名称为MINA／005E，成交方式FOB，总价为119098．18美元，运抵国为韩国，转运港釜山。庭审中，各方当事人对涉案货物在目的地被无单交付和上海华夏货运有限公司不存在的事实都无异议。华夏货运和北京华夏上海公司之间签有代理协议，存在业务代理关系。涉案提单为两被告在我国交通部各自报备的无船承运人提单，并由交通部网站长期公布。上海海事法院认为：江苏纺织仅凭涉案提单盖有并不存在的“上海华夏货运有限公司”的印章，主张华夏货运和北京华夏上海公司联合对其实施欺诈，缺乏足够的事实依据和法律依据。华夏货运在本案中确有不规范操作的行为，该行为应由我国交通部相关职能部门予以查处。华夏货运已承认自己是本案的无船承运人，货物被出运的事实客观存在，原、被告之间的纠纷应属海上货物运输合同无单放货纠纷。有关本案法律适用，华夏货运根据提单背面条款的记载主张适用美国法律，江苏纺织不予同意。依据《中华人民共和国海商法》涉外合同的当事人可以选择处理合同争议所适用的法律。本案提单背面条款只是载有“无论运输是从美国开始或者到美国的，承运人的责任必须根据美国《1936年海上货物运输法》”的内容。而美国《1936年海上货物运输法》并未对无单放货行为作出法律界定。另外，华夏货运未能证明本案提单是江苏纺织自愿选择使用的，也未能证明提单有关法律适用条款是双方当事人的真实意思表示。因此，对华夏货运主张适用美国法律，法院不予支持。根据最密切联系的原则，涉案提单的签发、货物的出运都在中华人民共和国境内，合同的当事人也都是中国法人，所以本案应适用中华人民共和国的法律。北京华夏上海公司作为华夏货运的代理人，与江苏纺织之间不存在海上货物运输合同关系。华夏货运与江苏纺织之间的海上货物运输合同关系依法成立。华夏货运接受了江苏纺织的委托出运货物，并签发了提单，即有义务将江苏纺织的货物安全出运，并在目的港凭正本提单完好地交付。本案虽为记名提单，华夏货运作为承运人未凭正本提单交货，仍应当承担违约赔偿责任。对江苏纺织关于货款损失的诉讼请求，法院予以支持。上海海事法院判决被告华夏货运有限公司向原告江苏省纺织品进出口集团股份有限公司赔付货物损失119098．18美元。　　上诉人（原审被告）华夏货运认为：原判适用法律不当。提单载明的“无论运输是从美国开始或者到美国的，承运人的责任必须根据美国《1936年海上货物运输法》”完全符合本案情况，本案诉讼应当适用美国法律。　上海市高级人民法院经审理查明：提单背面条款第33条为地区条款，其中第33．6条为美国条款。该条款规定：无论运输从美国开始或者到美国的，承运人的责任（如果存在）必须根据美国《1936年海上货物运输法》（COGSA1936）的规定来确定。提单背面条款第36条为法律适用及管辖权条款。其中第36．1条规定，本运输合同应根据香港法律解释。原判查明的其他事实清楚，可予确认。上海市高级人民法院认为：本案系海上货物运输合同无单放货赔偿纠纷。根据我国《海商法》第二百六十九条，合同当事人可以选择合同适用的法律。虽然，本案中华夏货运提单的背面条款系承运人事先拟定好的，但提单是承运人应托运人要求而签发的，应视为双方当事人自愿选择使用。在江苏纺织未举证证明提单背面条款与提单签发前订立的运输合同的有关规定不同的情况下，提单背面条款应视作双方当事人协商一致的结果，如其中已就法律适用作出明确选择，法院应予以尊重。根据提单背面的法律适用条款，本案应适用香港法。根据地区条款，本案承运人的责任应依据美国《1936年海上货物运输法》确定。由于地区条款是当事人对承运人责任问题在适用法律上所作特别约定，并且涉案货物运输涉及美国港口，符合地区条款中规定的适用美国《1936年海上货物运输法》的情形，故在解决本案纠纷时，应优先适用地区条款指向的法律。但我国《海商法》第四十四条规定“海上货物运输合同和作为合同凭证的提单或者其他运输单证中的条款，违反本章规定的，无效。此类条款的无效，不影响该合同和提单或者其他运输单证中其他条款的效力。”本案纠纷涉及对承运人无单放货责任的认定。美国《1936年海上货物运输法》及《提单法》规定，承运人不负有要求记名收货人出示或提交记名提单的义务。我国《海商法》第七十一条规定，承运人必须凭提单交付货物，并不以记名提单和不记名提单作为区分，亦未允许在记名提单的情况下可以不凭正本提单交货。鉴于上述美国法律对本案承运人无单放货责任的规定，较之于我国《海商法》第四章的规定有所减轻，属于违反我国法律的强制性规定的情形，故法院对其效力不予确认。由此，本案中对承运人责任的认定应依据我国《海商法》，原判适用中国法律正确。对于无单放货的事实，华夏货运已予确认，原审法院判令其承担违约赔偿责任并无不当。原判认定事实基本清楚，处理结果正确，可予维持。对华夏货运的上诉请求，法院不予支持。　上海市高级人民法院判决：　　驳回上诉，维持原判。《海商法》第71条 提单，是指用以证明海上货物运输合同和货物已经由承运人接收或者装船，以及承运人保证据以交付货物的单证。提单中载明的向记名人交付货物，或者按照指示人的指示交付货物，或者向提单持有人交付货物的条款，构成承运人据以交付货物的保证。问：1.本案应如何识别？为什么？ 2.上海海事法院是否有管辖权？为什么？ 3.涉案法律选择协议的准据法？该协议是否成立？是否有效？为什么？本案无单放货损害赔偿问题准据法是何国法律？为什么？

# 识别说理示例

广州市兆鹰五金有限公司诉被告北京康捷空货运代理有限公司广州分公司、劲达货运股份有限公司、北京康捷空货运代理有限公司海上货物运输无提单交付货物纠纷 中华人民共和国广州海事法院民事判决书（2004）广海法初字第59号原告广州市兆鹰五金有限公司诉称：2003年8月21日，原告与加拿大San Francisco Gifts Ltd.，（下称礼品公司）通过传真签订一份购销合同，约定礼品公司向原告购买总值40,560美元的货物，交货条件为FOB广州，付款条件为D/P(deliver against payment)。

康捷空广州公司接受原告委托，通过劲达公司向原告出具了海运提单。2003年12月30日原告从被告劲达公司网上货物状态查询系统查询得知本案货物在没有提单情况下被礼品公司取走。原告立即向康捷空广州公司和劲达公司发出查询函，并要求两公司承担赔偿责任，但两公司没有书面答复原告。提单是货物所有权凭证，原告与被告康捷空广州公司、劲达公司不仅存在货物运输关系，同时也存在财产保管关系。两被告作为货物的保管人，未按照惯例向正本提单持有人交付货物，而是向不持有正本提单的人员交付货物，致使原告无法按D/P的付款条件收取货款，更使原告无法凭正本提单收回货物，构成共同侵权，造成原告货物损失。被告康捷空广州公司是被告康捷空公司设立的没有法人资格的分支机构，康捷空公司应对康捷空广州公司承担的债务中不能清偿的部分承担补充清偿责任。请求法院判令被告康捷空广州公司和劲达公司共同赔偿原告货物损失36,510美元、取回正本提单发生的银行费用损失196.64美元，康捷空公司对康捷空广州公司应赔付的损失金额承担补充清偿责任，三被告共同承担本案诉讼费用。被告劲达公司辩称：本案提单为记名提单，记名收货人为礼品公司，本案提单项下的货物已经由劲达公司正确交付给了提单所载明的记名收货人。本案提单背面条款约定，该提单受美国1936年《海上货物运输法》约束。提单上法律适用条款是承、托运双方真实意思表示，根据《中华人民共和国海商法》第二百六十九条，本案应适用美国1936年《海上货物运输法》。……劲达公司已根据记名提单将货物交付给记名收货人礼品公司，适当履行了海上货物运输合同交付货物的义务，没有过错。原告诉讼请求没有事实和法律依据，应予驳回。合议庭成员一致认为：本案原告依据提单以被告无提单交付货物侵权为由提起本案诉讼。本案事实表明，原告是本案提单货物的托运人和提单持有人，被告劲达公司是本案提单货物的承运人，而康捷空广州公司只是劲达公司的代理人，康捷空公司是设立康捷空广州公司的企业法人，均不是本案货物运输合同的当事人。劲达公司在承运本案货物并向原告签发了本案货物提单后，原告和被告劲达公司之间即成立了提单法律关系，而提单是海上货物运输合同的证明，承运人交付货物的权利义务，正是该提单所适用的准据法为承运人履行该提单所证明的海上货物运输合同所规定的权利义务。因此，作为托运人和提单持有人的原告向作为承运人的被告劲达公司依据提单提起的货物交付纠纷，应属于海上货物运输合同纠纷。原告将本案纠纷定性为侵权纠纷不当，不予支持。赠与合同纠纷：2011年5月1日，德国德累斯顿银行上海分行行长沃尔夫（德国人，住所和经常居所均在上海）和其秘书S国公民小妹川子（住所和经常居所于上海）在上海签订了一项赠与合同，合同约定沃尔夫赠送小妹川子劳斯莱斯牌跑车一辆，价值2亿元人民币，但条件是小妹川子必须和沃尔夫共同在该银行工作十年，并且在10年内小妹川子不得与他人结婚，否则沃尔夫有权收回赠送的劳斯莱斯牌跑车。双方明示选择S国法律作为该赠与合同的准据法，依S国法律该赠与合同合法有效。2011年6月1日，赠与车辆的过户手续办理完毕，沃尔夫将车辆钥匙交付给小妹川子，同日，小妹川子取得该赠与车辆的所有权证书。2014年5月1日，小妹川子与上海青年丁某结婚。沃尔夫以小妹川子违反合同约定为由要求小妹川子按照合同约定返还该辆劳斯莱斯牌跑车。小妹川子认为其已取得该车的所有权，拒绝返还。2014年6月1日，沃尔夫将小妹川子诉至上海市高级人民法院，请求法院判决小妹川子返还所受赠的劳斯莱斯牌跑车。合同当事人选择S国法律的法律选择协议是否有效？为什么？该法律选择是否构成法律规避？为什么？适用S国是否违背我国公共秩序？为什么？

# 求婚案

2015年8月1日小旭音乐会现场，游久时代CEO刘亮公开向总裁代琳求婚。公司《2014年年度报告》显示，游久时代前10名股东股权结构如下：天天科技持有142,512,754股，持股比例为17.11%，为控股股东；刘亮持有85,639,600股，持股比例10.28%；代琳持有77,483,451股，持股比例为9.31%；大连卓皓持有20,677,570股，持股比例为2.48%；其余股东持股均不超过1%。刘亮与代琳持股比例之和达到19.59%，二人婚后若订立夫妻财产协议约定夫妻财产归一人所有，将超越天天科技成为第一大股东。对于游久时代的发展必然产生重大影响。如果第一大股东天天科技在投资游久时代公司的投资协议中约定公司核心高管结婚离婚须经董事会同意，否则应主动辞职。该约定是否违反婚姻自由原则？

在德国留学的北京女子张某和德国男子科尔（两人经常居所均在德国）在柏林订立婚约，约定两年后在德国结婚，一年后张某回国探亲期间在北京与中国男子侯某登记结婚，科尔在张某居所地北京海淀区人民法院提起损害赔偿诉讼，张某未提出管辖权异议并出庭应诉答辩。法院查明，婚约约定一方违背婚约，应向无过错方赔偿损失10000欧元；因婚约引起的任何争议，适用德国法律。识别？婚约准据法？假设依据准据法该婚约合法有效，适用该准据法是否违反我国国际私法中的公共秩序？

# 塘沽外运和天津中远货运租船运输损害赔偿纠纷

原告：中国外运天津集团塘沽公司(塘沽外运，登记地、住所地、经常居所地天津)。 被告：天津中远国际货运有限公司(天津中远货运，登记地、住所地、经常居所地天津)。1997年5月26日，原告塘沽外运与案外人大通国际运输有限公司(注册登记地北京)就从日本承运50部尼桑汽车和12辆日野汽车到天津新港的业务签订航次租船合同。6月12日，原告塘沽外运下属部门中国外运天津集团塘沽公司订舱部与被告天津中远货运下属部门天津中远国际货运有限公司储运部就该同一笔业务签订了航次租船合同。该合同约定：被告天津中远货运负责将日野大巴12辆(8.99×2.3×3.015m／辆)，尼桑民用中巴50辆(6.82×1.99×2.595m／辆)共计62辆2513立方米，由日本横滨港运至天津新港，受载期为1997年6月18日至25日，运费为每立方米16美元，承运船舶为“鲁海602”轮，其他条款适用“1976年金康租船合同条款”。合同签章处是 订舱部和储运部公章。1997年6月24日，由于日方备货原因，原告塘沽外运向被告提出增加名古屋一个装货港，双方协商后决定由原告塘沽外运支付被告天津中远货运9千美元，作为“鲁海602”轮靠泊名古屋港的港口使费和船期损失，双方同意受载期后延，但未明确约定最后期限。1997年6月30日“鲁海602”轮抵横滨港锚地，于7月1日0508时靠横滨港装12辆大客车，于7月2日0855时靠名古屋港装运其余50辆中巴车。该轮费尽力气仅装下50辆中巴车中的14辆，其余36辆中巴车因舱高及舱容不够，未能装下。“鲁海602”轮载12辆大客车和14辆中巴车于1997年7月11日1920时靠妥天津新港，将上述26辆车安全卸下。 案外人大通国际运输有限公司就滞留在名古屋的36辆车多次与原告塘沽外运协商未果后，以塘沽外运违反租船合同为由，于1997年7月11日向天津海事法院起诉，要求塘沽外运赔偿运费差价29744.17美元，差旅费10万人民币，违约金438584.59元人民币，共计768292.76元人民币。天津海事法院受理后，1997年7月14日书面通知大通国际运输有限公司尽快以合理运价将剩余车辆运至天津。大通国际运输有限公司于7月16日与北京吉通海运咨询服务公司签订航次租船合同，以每辆1350美元共计46800美元运费将剩余36辆车于7月28日运抵天津新港。大通国际运输有限公司为运该批剩余车辆比原订运费20919.98美元多支出25880.02美元。天津海事法院一审判决塘沽外运违约，但依合同约定的“金康”租船合同条款只赔偿大通国际运输有限公司未履行合同的运费172799.03元人民币，并承担6207.48人民币诉讼费。大通国际运输有限公司上诉至天津市高级人民法院。经天津市高级人民法院主持调解，最终由塘沽外运赔偿大通国际运输经济损失222799.03元人民币，并承担15323.24元人民币的诉讼费和解结案。塘沽外运已于1998年8月14日和9月4日分两批将上述款额给付大通国际运输有限公司。“金康”租船合同条款§12．对于未履行本租船合同的经证实的损失，其赔偿不得超过预计的运费数额。1998年8月28日，原告塘沽外运以被告天津中远货运违反租船合同为由向天津海事法院起诉，要求被告天津中远货运赔偿经济损失222799.03元人民币及其利息并承担诉讼费用。 被告辩称:我公司不具有承运人资格，因此租船合同无效，我公司不承担任何责任。原告塘沽外运提出的损失缺乏计算根据。天津海事法院查明：被告天津中货营业执照经营范围中无租船运输业务。该院认为：本案租船合同均为原被告双方各自下属部门签订，且已实际履行，依照我国民事法律规定其行为后果应由其法人承担。因此，该租船合同应视为原、被告双方签订的合同，由此而引起的法律后果也应由原、被告承担。 本案被告天津中远货运营业执照经营范围中无租船运输业务，因此被告所从事的该合同项下运输行为属超范围经营。但该行为不违反专营、专卖及法律禁止性规定，合同标的物也不属于限制流通物品，只是一般地超范围经营。依照我国法律规定，该行为可按照违反有关行政管理规定另行处理。但本案租船合同属于原、被告双方当事人真实意思表示，该合同应认定有效。由于滞留日本名古屋的36部中巴车未能运回，致使本案租船合同未能完全履行。未能完全履行的原因是被告天津中远货运提供的承运船舶“鲁海602”轮舱高及舱容不够，因此被告构成违约，应赔偿其违约行为给原告塘沽外运造成的经济损失。天津市高级人民法院(1998)高经二终字第24号民事调解书认定了原告因上述合同未能完全履行遭受的经济损失为222799.03元人民币，该调解书已生效，原告损失也已发生。但由于原、被告所订租船合同中明确约定适用“1976年金康租船合同条款”，该条款第十二条明确规定，“对未履行本租船合同的经证实的损失，其赔偿不得超过预计的运费额”，因此被告天津中远货运只应赔偿未履行合同的运费。综上，天津海事法院于1999年2月9日判决：被告天津中远货运赔偿原告塘沽外运20286.04美元折合167915.67元人民币，并自1998年9月1日至实际偿付之日按银行同期存款利率支付利息。原告其他诉讼请求不予支持。原、被告双方均提起上诉。天津中远货运上诉称：我方下属储运部无权代其签署航次租船合同，该行为超出其业务范围，应认定无效。塘沽外运已知晓船舶规范和确认同意舱容，36辆车未能装下，塘沽外运也负有一定责任，请求依法改判塘沽外运承担部分违约责任。塘沽外运上诉称：该合同虽由双方下属部门签订，但双方当事人意思表示真实，并已实际履行，应认定合同有效。被告天津中远货运不能提供适货船舶，只将合同约定62辆车中的26辆车运抵新港，显属违约。这一违约行为给我公司造成222799.03元人民币的经济损失，天津中远货运应赔偿上述损失并承担全部诉讼费用。天津市高级人民法院认为：涉案租船合同是由二上诉人不具有法人资格的下属部门签订，作为船舶出租人的天津中远货运及其储运部不具有承运资格，该租船合同应认定无效。塘沽外运依约提供了托运货物并给付了约定运费，天津中远货运即应提供适于约定用途的承运船舶，并按期将承运货物运至卸货港。由于天津中远货运既无承运人资格，提供的承运船舶也不适货，未能将承运货物全部如期运至卸货港，对由此给托运人造成的实际损失应负赔偿责任。综上，原审判决认定事实清楚，但合同定性错误，处理结果欠妥，应予纠正。 天津高院1999年7月14日判决： 一、撤销天津海事法院一审民事判决。 二、天津中远货运赔偿塘沽外运人民币222799.03元及利息(利息计付期限为1998年9月1日至实际偿付之日)。一审判决赔偿167915.67元人民币 2015《民诉法司法解释》第53条 法人非依法设立的分支机构，或者虽依法设立，但没有领取营业执照的分支机构，以设立该分支机构的法人为当事人。第56条 法人或者其他组织的工作人员执行工作任务造成他人损害的，该法人或者其他组织为当事人。 原被告是否适格当事人？识别：是否合同纠纷？原被告是否合同主体？天津海事法院管辖权？原被告之间租船合同约定适用的“1976年金康租船合同条款”可否作为该租船合同的准据法？为什么？原被告之间租船合同成立和效力的准据法？被告缔约能力的准据法？判决结果？

# 江苏轻工诉江苏环球、美国博联公司无单放货案

民 事 判 决 书（1999）武海法宁商字第80号 原告江苏省轻工业品进出口集团股份有限公司住所地中国江苏省南京市建邺路100号被告中国·江苏环球国际货运有限公司住所地中国江苏省南京市长江路99号被告美国·博联国际有限公司（BRILLIANT INTERNATIONAL CORP. U·S·A）住所地EMPIRE STATE BUILDING, 350 FIFTH AVENUE,NEW YORk,NY 10118, U·S·A原告江苏省轻工业品进出口集团股份有限公司（下简称江苏轻工）因与被告中国·江苏环球国际货运有限公司（下简称江苏环球）、被告美国·博联国际有限公司（下简称美国博联）海上货物运输合同纠纷，于1999年7月30日起诉至本院。本案已于1999年12月21日、2001年10月29日进行了两次公开开庭审理，原告委托代理人，被告江苏环球委托代理人，被告美国博联委托代理人到庭参加了诉讼。本案现已审理终结。原告江苏轻工诉称,1998年7月至12月期间，原告委托被告江苏环球出运一批箱包产品，共4票，目的港为美国迈阿密，货物总价150542.75美元。 同年8月9日、9月26日、10月6日、12月18日，江苏环球以被告美国博联名义向原告签发了四套正本记名提单。提单记载托运人均为原告江苏轻工，收货人均为美国·M/S公司。货物出运后，两被告没有收回正本提单将货物交给记名收货人，造成原告无法收回货款。 1999年12月21日在武汉海事法院诉请判令两被告连带赔偿原告经济损失150542.75美元（折合人民币1249504.83元）及相应利息损失。原告提交证据：1、四票货物的托运明细单、报关单、装箱单和商业发票。证明货物托运人为江苏轻工，货物价值共计150542.75美元。

被告认为原告提交的报关单上结汇方式是D/P，与海关存档的报关单上结汇方式D/A不符。2、由江苏环球代美国博联签发的四票货物正本提单。证明四票货物的托运人为江苏轻工，收货人和通知人均为M/S公司，江苏轻工为正本提单合法持有人。3、江苏环球开具给江苏轻工四票货物的代理费用发票。证明江苏环球已收取代理费用。江苏环球、美国博联对四票货物正本提单和有关代理费用发票的真实性不持异议。　4、1999年3月10日至同年6月30日，江苏轻工与江苏环球、美国博联的往来传真件共15份。证明江苏轻工已要求保全货物。 合议庭根据上述证据确认美国博联为提单承运人，江苏环球为江苏轻工的货运代理人和美国博联的签发提单代理人，江苏轻工为正本提单合法持有人，M/S公司为提单记名收货人。合议庭认定上述传真件可作为确定案件事实的证据使用。被告江苏环球辩称其是依法登记的国际货运公司，系美国博联的揽货与签发提单代理人，依法不应承担其经济损失，诉请判令驳回原告江苏轻工对江苏环球的诉讼请求。被告美国博联辩称，货物交付收货人之前，江苏轻工从未要求保全货物。货物运抵目的港美国迈阿密（MIAMI）后，记名收货人称未收到正本提单，便以出具保函的形式提取货物。 货物交付之后，收货人向江苏轻工支付了部分货款。依据本提单约定，本案应适用《1936年美国海上货物运输法》及美国相关法律。根据美国法律，承运人将货物交付给记名提单收货人，即完成交货义务，无须收货人出示正本提单。因此请求法院依法驳回原告诉讼请求。被告美国博联提交证据：　1、1999年2月23日，江苏轻工发给江苏环球的一份传真。内容是要求江苏环球查询货物到岸情况，咨询货物移至洛杉矶所需费用。证明美国博联在3月5日交货给M/S公司前，江苏轻工没有提出保全货物要求。2、1999年3月8日，江苏轻工发给江苏环球的传真，称收货人已提取货物，要求江苏环球承担无单放货的责任。原告对上述两份传真无异议。 3、收货人M/S公司提走四票货物时向美国博联出具的保函。原告提出不能判断保函真实性。4、收货人M/S公司向美国博联提供的货款支付情况。原告认为该汇款与本案四票货物无关。5、江苏轻工给收货人M/S公司的商业发票，载明结汇方式为D/A120日或30日。6、美国博联从海关复印的一份货物报关单。证明付款方式是D/A（承兑交单），而不是D/P（付款交单）。结合上述证据，合议庭认定至少在1999年3月8日前，美国博联已将货物交给收货人M/S公司。美国博联提交的收货人M/S公司出具的汇款情况不能证明其汇款为本四票货物货款；因此美国博联的证明收货人M/S公司已支付江苏轻工四票货物货款的材料，不予采信。合议庭认定江苏轻工与M/S公司约定的付款方式是D/A120日或30日，江苏轻工后来改变付款方式为D/P，同时认定江苏轻工提交的四票货物的商业发票价款属实，共计150542.75美元。 经庭审举证、质证、认证，本院查明：1998年7月、9月、12月，江苏轻工为履行其与美国M/S公司的售货合同，委托江苏环球向美国博联托运四票箱包产品。江苏环球接受委托，办理了四票货物的订舱、报关、向承运人交付货物等委托事务。价格条件为FOB中国，货物价款共为150542.75美元，约定付款条件为D／A120日或30日。8月9日、9月26日、10月6日、12月18日，江苏环球代表美国博联向江苏轻工签发了以美国博联为承运人抬头的四套正本记名提单，并将提单交付江苏轻工。提单载明装货港分别为宁波、南京、宁波、南通；卸货港均为美国佛罗里达州的迈阿密；运费到付；收货人和通知人均为美国M／S公司。四票货物分别于1998年9月2日、10月29日、11月1日，1999年2月10日运抵美国迈阿密。 江苏轻工将正本提单直接寄给其美国的关联公司－JSL国际公司，由其提示要求收货人付款赎单。收货人美国M／S公司提货时称未收到正本提单，于1998年11月16日、12月4日、1999年元月29日、3月5日向美国博联出具提货保函，付清运输费用后，提取货物。1999年2月23日，原告传真向江苏环球查询货物到岸情况，咨询货物移至洛杉矶所需费用，没有明确要求停止交货。同年3月8日，原告传真告知江苏环球收货人提走了货物，要求江苏环球承担无单放货的责任。四票货物的正本提单均载明：经美国港口运输的提单应适用《1936年美国海上货物运输法》。否则，提单应适用在货物运输国已经颁布为法律的海牙规则或海牙-威斯比规则，在没有上述法律可以适用时，应适用海牙规则。在诉讼过程中，美国博联向本院提供了《1936年美国海上货物运输法》《美国统一商法典》和经美国公证机构公证及中国驻纽约总领事馆认证的美国海利贝利律师事务所律师、纽约大学法学院教授约翰D凯姆鲍博士关于美国法律对记名提单问题的《宣誓法律意见书》。 该意见书结论为：若提单没有载明要求凭正本提单交付货物，托运人也没有指示承运人不要放货，承运人将货物交给了记名提单的收货人，依据美国法律，是履行提单条款的行为，承运人不违反提单条款或任何义务。原告对《1936年美国海上货物运输法》的真实性无异议，但认为《美国统一商法典》不是当事人选择的法律，不应适用，《宣誓法律意见书》属个人意见，只能作参考。合议庭确认《1936年美国海上货物运输法》的真实性，同时核实《美国统一商法典》出自全国人大常委会法工委办公室审定的《中国法律法规大典数据库》，对内容真实性予以认定。《宣誓法律意见书》能够证明美国法律对处理该项争议的法律观点。 本案原、被告双方争议焦点：1、原告江苏轻工改变结汇方式，不向收货人交付提单，对货款不能收回有无责任；2、原告江苏轻工要求保全货物的事实是否成立；3、无正本提单放货责任应适用的法律。第一个焦点，江苏轻工认为，贸易合同与运输合同相互独立，承运人无正本提单放货导致了货款不能收回，应承担责任。美国博联、江苏环球认为，江苏轻工擅自将D/A结汇方式改为D/P，导致贸易合同纠纷。江苏轻工货款不能结算是贸易合同纠纷引起，与承运人无关。 第二个焦点，原告认为其与江苏环球、美国博联的往来传真件共15份证明江苏轻工已要求保全货物。被告认为，原告是在货物已被收货人提取之后才提出改变收货人。第三个焦点，江苏轻工认为，虽然提单约定适用《海牙规则》《维斯比规则》和《1936年美国海上货物运输法》，但上述规则和法律并未规定承运人可不凭正本提单交货。本案提单是一个中国法人在中国境内向另一中国法人签发，合同签订地、履行地及损害发生地都与中国有密切联系，因而在当事人选择的法律不足以解决争议时，中国法律应作为最密切联系地法律予以适用。根据我国海商法规定，承运人依提单交货时应做到收货人正确和凭正本提单交付。《美国统一商法典》等美国其他法律，未经当事人选择，不应适用于本案。 被告认为江苏轻工多次接受美国博联的格式提单，对提单约定适用的法律应有充分了解。提单背面条款选择《1936年美国海上货物运输法》或装运货物国家适用的《海牙规则》、《维斯比规则》。由于我国不是《海牙规则》和《维斯比规则》缔约国，所以本案只能适用《1936年美国海上货物运输法》。该项约定符合《海商法》第269条。《1936年美国海上货物运输法》没有明确规定记名提单如何交付货物问题，因此本案还要适用美国其它相关法律。本案提单中即使没有适用美国法律的约定，根据《海商法》第269条，即“合同当事人没有选择的，适用与合同有最密切联系的国家的法律”，也应适用美国法。综上，法院认为，本案原告江苏轻工起诉被告美国博联和江苏环球无正本提单放货属合同纠纷。合议庭认为，关于第一个焦点：江苏轻工有改变结汇方式而承担贸易合同违约责任的权利。即便M／S公司因此不履行合同，江苏轻工仍不丧失对货物处分权。因此原告改变结汇方式不是造成货款不能收回的原因，不应承担其货款损失。关于第二个焦点： 江苏轻工无依据证明在美国博联交货前向其提出要求保全货物。3月10日至6月30日双方往来发传真时美国博联已与收货人办理交货手续。因此江苏轻工主张在美国博联向收货人交货前，已要求其保全货物的事实，不能成立。关于第三个争议焦点，合议庭认为，本案提单首要条款属双方当事人在合同（提单）中对法律适用的选择，符合《中华人民共和国海商法》第269条，为有效约定。依该约定，经美国港口运输的货物的提单应适用《1936年美国海上货物运输法》，非经美国港口运输货物的提单应适用货物运输国已经颁布为法律的海牙规则或海牙─维斯比规则。本案所涉四票货物均运往美国港口，因此，本案应适用《1936年美国海上货物运输法》。双方当事人在提单首要条款中约定适用《1936年美国海上货物运输法》，符合我国法律规定。本案所涉争议是承运人能否不凭正本提单向记名收货人交付货物，而《1936年美国海上货物运输法》对此未作出明确规定，即当事人选择的法律不能适用于合同所涉全部内容，只调整合同当事人部分权利义务关系，应视为双方当事人在合同中对该项争议的处理没有选择适用的法律。根据《海商法》第269条，合同当事人对该项争议所适用的法律没有选择的，应依照最密切联系原则确定其所适用的法律。最密切联系原则注重法律关系与地域的联系，采用连结因素作为媒介来确定合同的准据法，且所有与某个特定争议有关的连结因素都应在决定准据法时被考虑，只有与合同存在密切联系的法律才能确定为准据法。本案有合同签订地、履行地（包括运输始发地和目的地）、当事人营业所所在地、标的物所在地等连结因素，而当事人之间争议的主要问题是国际海上货物运输合同履行过程中承运人交货行为的法律后果。该项争议在美国港口交货中产生，而非在提单签发地或运输始发地，由于承运人在运输目的地交货行为直接受交货行为地法律的约束，与交货行为地美国法律有实质性联系，该联系比其与合同签订地或运输始发地中国法律的联系更为真实具体，交货行为地法律是事实上支配争议最有效的法律。 同时本案当事人之间的国际海上货物运输合同是采用由承运人提供的格式合同（提单），其首先必须符合承运人营业所所在地法的规定，承运人营业所所在地亦与国际海上货物运输合同联系最密切。本案运输目的地、标的物所在地、承运人营业所所在地均在美国，因此，美国法律与该项争议存在最密切联系，故本案应适用美国法律为准据法。被告美国博联认为本案应适用《美国统一商法典》等美国相关法律的主张，应予支持。被告美国博联提交的美国海利－贝利律师事务所律师约翰D凯姆鲍博士的《宣誓法律意见书》经美国公证机关公证和中国驻纽约总领事馆认证，符合《最高人民法院关于贯彻执行〈民法通则〉若干问题的意见》中关于外国法查明途径的规定，对其提供的美国相关法律的真实性和有效性，本院予以认定。该法律意见书对《美国统一商法典》关于记名提单问题的规定作出了解释，且货物运输目的地所在的佛罗里达州立法部门已接受《美国统一商法典》为本州法律，原告江苏轻工对该法律意见也没有举出相反依据加以排斥，因此，该法律意见可作为处理本案争议的参考，本案应适用《美国统一商法典》。本案所涉四份记名提单均载明收货人是美国M/S公司，依照《美国统一商法典》第7-104条第2款为不可转让提单，不具有流通性。《美国统一商法典》第7-303条第1款第C项规定：除非提单另有规定，承运人在接到不可流通提单收货人的指示后，只要发货人未有相反指示，且货物已到达提单所注明的目的地或收货人已占有提单，可以依指示将货物交付给非提单注明的人或目的地或以其他方式处置货物。 依该条款，承运人交付货物前，只要发货人未有相反要求，在货物已到达提单所注明的目的地后，可以将货物交付给提单注明的收货人。原告江苏轻工在记名提单中未增加约定凭正本提单交货的条款，也没有及时在被告美国博联向记名收货人交付货物前，指示承运人不要交货，因此，被告美国博联依据提单将货物交给指定的记名收货人，应为适当交货，符合美国法律规定，被告美国博联对原告江苏轻工的经济损失不应承担赔偿责任。被告江苏环球与原告江苏轻工为货运代理合同法律关系，其作为受托人在委托权限内完成了江苏轻工委托的有关货物运输的订舱、报关、出运、交付提单事务，已正确履行了自己的职责，其代理行为与江苏轻工经济损失没有直接的因果关系，不应承担赔偿责任。江苏环球代理被告美国博联揽货、签发提单，也没有超越代理权，对江苏轻工经济损失没有过错，亦不应承担责任。因此，原告江苏轻工对被告江苏环球的诉讼请求，不应得到支持。 依照《中华人民共和国海商法》第二百六十九条、《中华人民共和国民法通则》第六十三条第一、二款，《美国统一商法典》（UNIFORM COMMERCIAL CODE OF AMERICA）第七篇第一章第四条第二款、第七篇第三章第三条第一款第C项，以及《中华人民共和国民事诉讼法》第五条第一款、第一百二十八条的规定，判决如下：　　一、驳回原告江苏省轻工业品进出口集团股份有限公司对被告博联国际有限公司的诉讼请求； 二、驳回原告江苏省轻工业品进出口集团股份有限公司对被告江苏环球国际货运有限公司的诉讼请求。　　案件受理费人民币16300元，其他诉讼费人民币4890元，共计人民币21190元，由原告江苏省轻工业品进出口集团股份有限公司承担。如不服本判决，原告江苏轻工、被告江苏环球可在判决书送达之日起十五日内，被告美国博联可在判决书送达之日起三十日内，向本院提交上诉状，并按对方当事人的人数提出副本，上诉于湖北省高级人民法院。思考题：1. 提单首要条款约定适用《1936年美国海上货物运输法》，这一法律选择是冲突法选择还是实体法选择？2. 合同最密切联系地的确定

# 中技 瑞士钢材

2003年1月，中国中技公司在北京与瑞士公司签订购买9000吨钢材的合同，合同仲裁条款规定因合同引起的一切争议应由瑞典斯德哥尔摩仲裁院仲裁。4月1日中国银行上海分行应中技公司申请开出了以瑞士公司为受益人、金额为200万美元的不可撤销信用证。信用证载明：钢材“从意大利拉斯佩扎装运到温州，最迟期限为2003年5月5日。不允许分批装运，不允许转船运输”。随后，瑞士公司将全套单据通过银行提交中技公司。提单签发的日期为2003年5月4日，载明装运人为瑞士公司，并由其在提单上背书。由瑞士公司开具的销货发票，载明钢材数量为9000吨，货款200万美元。同年6月1日，中国银行上海分行将上述货款汇付瑞士公司。 货款汇付后，中技公司因未收到上述钢材，从2003年7月起连续10余次以电传、函件向瑞士公司催询和交涉，但瑞士公司拒不答复。后来中技公司经过调查得知，瑞士公司既无钢厂，也无钢材；向中技公司提交的意大利卡里奥托钢厂的钢材质量检验证书、重量证书和装箱单均系伪造。以瑞士公司为托运人并经其背书的提单上载明的装运船“阿基罗拉”号，在2003年内并未在该提单所载明的装运港意大利拉斯佩扎停泊过，从而证明瑞士公司并未将钢材托运装船，所提交的提单也是伪造的。为此，中技公司向上海市中级人民法院提起诉讼，要求瑞士公司返还货款，赔偿银行贷款利息和经营损失以及其他费用计6001236.21美元，并申请诉讼保全。瑞士公司认为合同规定有仲裁条款，因此中国法院对本案无管辖权。识别？钢材买卖合同和仲裁协议的准据法？ 假设本案中仲裁条款无效，上海中级人民法院对本案是否有管辖权？为什么？法院对本案应如何判决，为什么？1989年《全国沿海地区涉外涉港澳经济审判工作座谈会纪要》：一个法律事实或法律行为有时可以同时产生两个法律关系，最常见的是债权关系与物权关系并存，或者被告的行为同时构成破坏合同和民事侵害。原告可以选择两者之中有利于自己的一种诉因提起诉讼，有管辖权的受诉法院不应以存在其他诉因为由拒绝受理。但当事人不得就同一法律事实或法律行为，分别以不同的诉因提起两个诉讼。 2006年9月8日《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国仲裁法〉若干问题的解释》第十六条　对涉外仲裁协议的效力审查，适用当事人约定的法律；当事人没有约定适用的法律但约定了仲裁地的，适用仲裁地法律；没有约定适用的法律也没有约定仲裁地或者仲裁地约定不明的，适用法院地法律。

# 美国环球营养品公司与四川省新光工业进出口公司国际货物买卖合同纠纷

四川省高级人民法院民事判决书（2005）川民终字第362号上诉人(原审原告)美国环球营养品公司(Global Nutri Co.)，住所地美利坚合众国新泽西州帕西帕尼市巴尔德温路350附U-15号。

被上诉人(原审被告)四川省新光工业进出口公司，住所地中华人民共和国四川省成都市牛市口路30号。

为了进口四川新光工业进出口公司（四川新光公司）滞留在美国纽约港口的一批货物，美国环球营养品公司（美国环球公司）与四川新光公司于2002年2月26日签订合同约定：

美国环球公司向四川新光公司购买水飞蓟500公斤，每公斤26.5美元、银杏提取物1000公斤，每公斤23美元，总价36250美元；预计交货时间2002年3月6日；付款方式为预付40％，余下60％在收货后30日内付清。2002年2月27日，美国环球公司电汇了18000美元给四川新光公司。2002年3月1日，四川新光公司通过敦豪环球快递将美国环球公司所购货物的提单、装箱单和发票邮寄给美国环球公司。

提单签发日期为2001年6月25日，编号为HQSLB380609，载明：发货人四川新光公司，收货人美国环球公司；

装箱单签发日期为2001年6月18日，载明：客户美国环球公司，发票号码SX2001-6-4067，品名及规格水飞蓟素80%500公斤、银杏1000公斤；

发票签发日期为2001年6月18日，编号为SX2001-6-40675载明：数量与货物名称水飞蓟素80%500公斤、银杏1000公斤，总值36250美元。2002年3月4日，美国环球公司签收了上述文件。

2002年2月27日四川新光发给美国环球传真称：“我司承担口岸仓储及清关费用并保证负责产品品质。具体工作我已和货代谈妥，您到时凭单提货，货代会将清关等手续完成后将货直接给您”。（货代直接交付）

2002年4月5日四川新光发给美国环球传真称：“我已与货代联络过了要求他们与NY（纽约）代理及清关行给您尽快落实好”。

2002年4月9日四川新光发给美国环球传真称：“我一直在让货代联络他们NY代理及清关行给您尽快落实”。

2002年4月16日四川新光发给美国环球传真称：“因为帮助我们而给您带来许多麻烦实在对不起，目前的状况确很难办，只能将产品转入仓库然后再想办法逐步解决，请您立即通知货代NY代理将货送入以下仓库，讲明费用由我司负责承担”。（去特定地点提货）

2002年4月19日四川新光发给美国环球传真称：“我也和我的几位客户在谈此批货，进展的还比较顺利，如可行，客户付款时我可让他们直接开张支票给您。同时货代方面还请您帮我要求他们及早入库”。（拒绝交货，同意退款）

2002年4月26日四川新光公司向仓储公司出具保证函，表明需将其在纽约港的1000公斤银杏提取物和500公斤水飞蓟储存在该公司库房。

美国环球公司因一直无法取得货物，向成都市中级人民法院提起违约诉讼，请求法院解除合同，判决四川新光公司返还货款。

成都市中级人民法院一审认为：（一）法律关系、管辖及法律适用。本案双方当事人的营业地分别位于美利坚合众国和中华人民共和国，故本案案由应为国际货物买卖合同纠纷。

美国环球系美利坚合众国注册企业，在我国进行的诉讼应按照《中华人民共和国民事诉讼法》规定的涉外民事诉讼程序进行。根据《中华人民共和国民事诉讼法》第二十四条“因合同纠纷提起的诉讼，由被告住所地或者合同履行地人民法院管辖”，四川新光公司住所地在中华人民共和国四川省成都市，故该院对本案有管辖权。根据《中华人民共和国民法通则》第一百四十五条第一款“涉外合同的当事人可以选择处理合同争议所适用的法律，法律另有规定的除外”，本案双方当事人在本案诉讼中选择处理合同争议所适用的法律为中华人民共和国法律，故本案适用中华人民共和国法律。

（二）标的物交付方法和标准。根据《中华人民共和国合同法》第135条“出卖人应当履行向买受人交付标的物或者交付提取标的物的单证，并转移标的物所有权的义务” ，标的物交付的基本方法为现实交付和拟制交付。现实交付方法即将标的物的占有直接转移于买受人，使标的物处于买受人实际控制之下；拟制交付方法则是在买卖的标的物不实际转移情况下，出卖人将标的物的所有权凭证交于买受人。本案双方当事人签订的是国际货物买卖合同，合同的标的物在签约时已存放在美利坚合众国纽约港口，四川新光公司将货物提单、装箱单、发票共3份所有权凭证寄交给美国环球公司的行为即为拟制交付的方法。

交付标准是双方争议的焦点。美国环球公司认为四川新光公司应于完成清关手续后送货上门，方完成交付；四川新光公司认为交付提单等所有权凭证即完成货物交付。

成都中院认为，美国环球公司所举证据材料能够证明四川新光公司承诺负责办理清关手续并承担仓储及清关费用，但不足以证明交付货物的标准包括完成清关手续后送货上门。

四川新光公司所举证据材料能够证明其向美国环球公司寄交了提单、装箱单和发票，且美国环球公司已收到，故四川新光公司的交货义务已完成。

虽然提单、装箱单和发票上载明的形成时间均为2001年6月，早于合同签订之时，但载明的收货人为美国环球公司，且能与双方签订合同时货物已在纽约港口的事实印证，故该院认为3份凭证载明的时间与合同签订时间不一致并不影响美国环球公司的实体权利的实现。同时，双方当事人在订立合同时已知道该批货物已由四川新光公司运至美利坚合众国纽约港口，

四川新光公司将提单、装箱单和发票寄给美国环球公司，即视为其在该地点把货物交给美国环球公司处置，四川新光公司已完成交货义务。

至于四川新光公司出具的发票上既出现了离岸价FOB术语，又出现了到岸价CIF术语的问题，由于该发票载明的国际贸易价格术语是四川新光公司单方填写，并非是与美国环球公司的约定，且事后也未得到美国环球公司认可，故对四川新光公司以发票上载明的FOB和CIF术语证明交货方式不是送货上门的主张不予支持。

　（三）责任承担。根据现有证据认定，四川新光公司已完成了交货义务。美国环球公司所诉四川新光公司违约及要求解除合同、返还已付货款的主张，因证据不足，不予支持。

根据《中华人民共和国合同法》第一百三十三条“标的物的所有权自标的物交付时起转移，但法律另有规定或者当事人另有约定的除外”，四川新光公司已履行了交货义务，标的物的所有权已转移给美国环球公司。美国环球公司所举证据材料4保证函仅能证明四川新光公司联系过存放该批货物的事实，而不能证明四川新光公司违约，故对该证据材料关于证明四川新光公司违约的证明力不予采信。美国环球公司还认为四川新光公司违约后，实际将该批货物售与另一公司，因未举证证明，四川新光公司又予以否认，故对美国环球公司的该主张不予支持。原审法院判决：驳回美国环球公司的诉讼请求。

宣判后，美国环球公司不服，向四川省高级人民法院提起上诉称：1、本案国际货物买卖是现货交易，卖方应当以现货交付方式转移合同标的物。原判已认定双方签订订货单时，该批货物已经滞留在美利坚合众国纽约港口，故本案不涉及国际货物海上运输，应是现货交易；原判认定四川新光公司已经将提货单、装运单、发票三份所有权凭证寄交给美国环球公司的行为即为提单交付的方法完全没有法律依据，也与双方签订的合同约定不符。

2、原判没有正确认识提单真实性，造成本案关键事实认定错误。

本案买卖合同签订时间为2002年2月26日，而远洋海运公司签发日期为2001年6月25日，期间隔8个月，但提单上的收货人已经写明是美国环球公司，显然是没有可能的，故提单的真实性和证明力都不应予以采信。

原判将这份提单作为裁判本案的关键依据，违背了证据的运用规律。

3、四川新光没有履行交货义务，也没有提供其交货证据，相反双方传真和信函均证明四川新光公司从未将该批货物交给美国环球公司，已经构成故意违约。4、原判适用法律错误。原判适用《中华人民共和国合同法》第一百三十三条、第一百三十五条的规定不当，本案应结合双方在货物买卖之前均已明知该批货物已经到了美利坚合众国纽约港的事实，适用《中华人民共和国合同法》六十一条规定，认定四川新光公司构成严重违约。请求二审法院撤销原判，依法改判或将本案发回重审；上诉费用由四川新光公司承担。

被上诉人四川新光公司书面答辩称：

1、四川新光公司通过国际航空快件将联合运输提单、装箱单、发票寄交美国环球公司，美国环球公司已实际收到这些提单。

2、本案货物亦已通过纽约海关进入美利坚合众国国内。本案标的物交付符合法律规定，原判关于交付提单、装箱单、发票即完成交货义务的认定正确。请求驳回上诉，维持原判。

四川高院认为：（一）关于法律适用。根据《中华人民共和国民法通则》第一百四十五条第一款“涉外合同的当事人可以选择处理合同争议所适用的法律，法律另有规定的除外”，本案双方当事人在诉讼中选择处理合同争议所适用的法律为中华人民共和国法律，故本案应适用中华人民共和国法律。

（二）关于标的物交付。《中华人民共和国合同法》第一百三十五条规定“出卖人应当履行向买受人交付标的物或者交付提取标的物的单证，并转移标的物所有权的义务”，因此，标的物交付的基本方法为交付标的物和交付标的物的单证。

本案国际货物买卖合同的标的物在签约时已存放在美利坚合众国纽约港口，四川新光可通过交付提单方式履行合同。

美国环球认为四川新光公司应于完成清关手续后送货上门；四川新光公司认为交付提单等所有权凭证即完成货物交付。

由于双方当事人并未约定四川新光交付货物的时间及方法，故现有证据不足以证明本案被上诉人四川新光公司应实际交付货物。因此上诉人美国环球关于四川新光公司没有履行现货交付义务即构成违约的上诉主张不能成立。

《中华人民共和国海商法》第七十一条规定“提单，是指用以证明海上货物运输合同和货物已经由承运人接收或者装船，以及承运人保证据以交付货物的单证。”。

提单是由承运人在收到货物或装船时签发的保证据以交付货物的单证，它形成于承运人实际收到托运货物之时。四川新光2001年6将货物交付海上运输时，承运人在提单上载明的签发时间为2001年6月，早于双方合同签订之时，但载明的收货人为美国环球公司，存在明显矛盾。

（用2001年6月签发的提单证明2002年2月26日买卖合同约定的货物于2001年6月25日装船，违背常识。）

四川新光公司称本案提单由承运人2001年6月签发，2002年2月后四川新光公司与美国环球公司签订买卖合同后，原提单即由承运人收回，重新制作并将收货人变更为美国环球公司，但四川新光公司对此未举证证明。且如四川新光所述也不符合《中华人民共和国海商法》第七十一条的规定，四川新光将该提单交付的行为不能视为已实际交付货物。

美国环球公司关于四川新光公司未履行交货义务的上诉主张成立，本院依法予以支持。四川新光公司称其向美国环球公司交付了该提单，即视为已完成了交货义务的答辩理由依法不能成立。

根据现有证据，不能认定四川新光公司已实际完成了交货义务。根据《中华人民共和国合同法》第九十四条第（四）项规定“当事人一方迟延履行债务或者有其他违约行为致使不能实现合同目的，当事人可以解除合同”，美国环球诉四川新光违约及要求解除合同、返还已付货款的上诉主张成立，本院依法予以支持。但其关于要求四川新光公司赔偿其经济损失9000美元的上诉主张，因依据不足，本院不予支持。

　　综上，上诉人美国环球公司的上诉理由部分成立。原判认定事实清楚，审理程序合法，惟适用法律部分不当。

四川高院判决如下：

一、解除美国环球营养品公司与四川省新光工业进出口公司国际货物买卖合同；

二、四川省新光工业进出口公司于本判决生效后十日内向美国环球营养品公司偿还预付款18000美元，并赔偿利息损失（从付款之日起至本判决生效之日止按中国人民银行关于外汇流动资金贷款利率计算，逾期按《中华人民共和国民事诉讼法》第二百三十二条执行）；

三、驳回美国环球营养品公司的其余诉讼请求。

本案第一审案件受理费6185元人民币，其他诉讼费1856元人民币，共计8041元人民币；

第二审案件受理费6185元人民币，其他诉讼费1856元人民币，共计8041元人民币。

全部由四川省新光工业进出口公司承担。

本判决为终审判决。

审判长　颜桂芝

审判员　林　涛

审判员　张　良

二00五年十二月九日

书记员　　甘菱铭

《中国物权法》第23条 动产物权的设立和转让，自交付时发生效力，但法律另有规定的除外。

《中国合同法》

第133条标的物的所有权自标的物交付时起转移，但法律另有规定或者当事人另有约定的除外。

第134条　当事人可以在买卖合同中约定买受人未履行支付价款或者其他义务的，标的物的所有权属于出卖人。

第135条　出卖人应当履行向买受人交付标的物或者交付提取标的物的单证，并转移标的物所有权的义务。

USA Uniform Commercial Code 2000

§2-301 General Obligations of the Parties

The obligation of the seller is to transfer and deliver and that of the buyer is to accept and pay in accordance with the contract

§2-401 Passing of Title

(1)……title to goods passes from the seller to the buyer in any manner and on any conditions explicitly agreed on by the parties.

(2) Unless otherwise explicitly agreed

title passes to the buyer at the time and place at which the seller completes his performance with reference to the physical delivery of the goods.

……

if the contract requires delivery at destination, title passes on tender there.

识别？

成都中院是否有管辖权？

买卖合同的准据法？买卖合同是否有效？

涉案货物是否属于运输途中的物？

所有权转移问题的准据法？

# 章公六全祖师肉身坐佛像

章公祖师俗名章七三，法号普照，北宋年间（960-1127）坐化成佛，因真身的四肢和身首俱全，被称为“六全祖师”。章公六全祖师肉身坐佛像在福建省三明市大田县吴山乡阳春村和东浦村共同拥有的普照堂被供奉上千年，1995年12月15日发现被盗。

2014年10月-2015年3月，匈牙利博物馆展出一尊千年佛像。2015年3月20日,荷兰方面从布达佩斯将“肉身坐佛”撤走。

2015年3月22日, 福建省文物部门初步确认这尊“肉身坐佛”应是1995年被盗的章公祖师像。

2016年6月，福建省三明市大田县吴山乡阳春村和东埔村村民委员会委托中荷律师团向阿姆斯特丹地区法院对荷兰收藏家奥斯卡·范奥弗里姆提起佛像追索诉讼。

被告奥斯卡答辩称“被告已于2015年11月29号与第三方达成交换协议，用所持佛像交换该第三方私人收藏的佛教艺术品，并向此第三方承诺不会透露其姓名”。

“被告既不持有佛像，也不拥有佛像所有权，因此原告的诉讼请求应被驳回。”

供奉章公祖师像的普照堂和杨春村支书

中国法院管辖权？

§265《民事诉讼法》

荷兰法院有无管辖权？

适格原告：佛像所有权人：村委会？村民？

诉讼权利能力行为能力？

《民法总则》第101条 居民委员会、村民委员会具有基层群众性自治组织法人资格，可以从事为履行职能所需要的民事活动。

适格被告：佛像占有人

奥斯卡是否佛像占有人？谁负责举证？

被告奥斯卡在2017年1月提交的答辩状中说，“被告已于2015年11月29号与第三方达成交换协议，用所持佛像交换该第三方私人收藏的佛教艺术品，并向此第三方承诺不会透露其姓名”。“被告既不持有佛像，也不拥有佛像所有权，因此原告的诉讼请求应被驳回。”

识别：章公祖师肉身属于“尸体”“文物”“动产”或“不动产”？

“尸体”或“遗骸”

荷兰《埋葬与火化法》：任何人均不拥有“尸体” “遗骸”所有权。

2012国务院《殡葬管理条例》第4条：人口稠密、耕地较少交通方便地区应当实行火葬；暂不具备条件实行火葬的地区，允许土葬。

佛像CT扫描结果：肉身大部分内脏器官不复存在

文物：荷兰法《文化遗产保护法》第14a条仅指荷兰境内的已登记文物，不包括境外文物。

中国Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects (Rome1995)1998年7月1日对中国生效，对荷兰尚未生效。

第3条：被盗文物的占有人应当归还该被盗物。任何关于返还被盗文物的请求，应自请求者知道该文物的所在地及该文物占有者身份之时起，在三年期限内提出；并在任何情况下自被盗时起五十年以内提出。第4条被要求归还被盗文物的占有人只要不知道、也不应知道该物品是被盗的，并且能证明白已在获得该物品时是慎重的，则在返还该文物时有权得到公正合理的补偿。

动产:善意取得问题

准据法：中国《法律适用法》第37条

Dutch Civil Code book10Article 10:131 Acquisition from a person without a right of disposition

The legal effects of the acquisition of a thing acquired from a person without any right of disposition, shall be governed by the law of the State on the territory of which that thing finds itself at the moment of that acquisition.

HK law香港未参加1995文物公约

1997香港货品售卖条例

第23条 由非所有人售卖

所有权的转让：(1) 除本条例另有规定外，凡货品是由并非货品所有人的人售卖，而该人并非是在所有人授权或同意下售卖该等货品的，则除非该等货品所有人本身的行为令他不能否定卖方的售卖权，否则买方所取得的该等货品的所有权，并不优于卖方的所有权。

(2) 但本条例并不影响─

《代理商条例》(第48章)……

(b) 根据任何特别普通法或法定售卖权力，或根据有司法管辖权的法院所作命令而订立的任何售卖合约的有效性。

第24条 公开市场

(1) 凡货品在香港的任何商店或市场公开售卖，并且是在该商店或市场的通常业务运作中售卖者，买方如出于真诚购买该等货品，且并不知悉卖方在货品所有权方面有任何缺点或欠缺所有权，即取得该等货品的妥善所有权。

中国物权法第107条

遗失物善意取得：

所有权人或者其他权利人有权追回遗失物。该遗失物通过转让被他人占有的，权利人有权向无处分权人请求损害赔偿，或者自知道或者应当知道受让人之日起二年内向受让人请求返还原物，但受让人通过拍卖或者向具有经营资格的经营者购得该遗失物的，权利人请求返还原物时应当支付受让人所付的费用。权利人向受让人支付所付费用后，有权向无处分权人追偿。

盗窃物善意取得？

取得时效准据法：

Article 10:127 Law applicable to things and real property rights in things

Unless provided otherwise in paragraph 2 and 3, the real property regime for things shall be governed by the law of the State on the territory of which that thing finds itself.…

5. Where it concerns the acquisition, establishment, changing or ending of real property rights in a thing, decisive for the purpose of the previous paragraph shall be the moment on which the legal facts, required for such action, take place.

被告公开持续占有佛像发生在荷兰，因此取得时效问题适用荷兰民法典

《荷兰民法典》第3编第99条：对于非登记动产及票据权利,公开持续“善意占有”满三年,可获得所有权;对于其他财产,该期间为十年。荷兰《文化遗产保护法》第14a条规定的文物除外。

依据荷兰法，取得时效的善意实行举证责任倒置，占有人的善意是推定的,不构成善意则需要证明。

消灭时效（诉讼时效）

《荷兰民法典》第3:105条：自所有人之外的其他人开始占有物时起满20年，原所有权人的权利消灭，不考虑原所有人的主观状态。

本案中，自失窃之日的第二日起满二十年,阳春村村民对佛像所有权消灭,而荷兰藏家作为其占有人将直接获得所有权。

消灭时效的准据法

实体法问题：法律关系的准据法lex rei sitae：

福建、香港、荷兰？

程序法问题：法院地法

中国《民法总则》

诉讼时效：

第188条　向人民法院请求保护民事权利的诉讼时效期间为三年。法律另有规定的，依照其规定。

诉讼时效期间自权利人知道或者应当知道权利受到损害以及义务人之日起计算。法律另有规定的，依照其规定。但是自权利受到损害之日起超过二十年的，人民法院不予保护；有特殊情况的，人民法院可以根据权利人的申请决定延长。

该案管辖权问题应适用何国法律？中国法院是否享有管辖权？荷兰法院是否享有管辖权？

村委会是否适格原告？被告是否适格？

原被告适格问题分别应适用何国法律？

章公祖师像属于文物、动产还是尸体？该定性问题应当适用何国法律?

章公祖师像的善意取得问题应当适用荷兰民法典、中华人民共和国物权法还是我国香港法律？为什么？

章公祖师像的取得时效问题应适用荷兰民法典、我国大陆还是我国香港法律？为什么？

本案诉讼时效问题应适用荷兰民法典、我国大陆还是我国香港法律？为什么？

回答上述所有问题的法律规范的总称，即是国际私法。

2018年12月12号，荷兰阿姆斯特丹地区法院裁决，驳回了中国福建村民向荷兰藏家范奥维利姆追讨章公祖师肉身坐佛像一案的起诉。

理由：荷兰法院认为，村委会不是荷兰《民事诉讼法典》里定义的自然人或法人，没有诉讼资格，即原告缺乏诉讼权利能力。

2015年12月11日福建省三明市中级人民法院对原告福建省大田县吴山乡阳春村民委员会、大田县吴山乡东埔村民委员会诉被告Oscar Van Overeem、Design & Consultancy B.V. 、Design & Consultancy Oscarvan Overeem B.V. 物权保护纠纷一案正式立案，并通过国际司法协助程序，成功向荷兰的被告方送达了应诉材料。

案经2018年7月26日、10月12日两次公开开庭审理，查明了案件事实。

2020年12月4日下午，福建省三明市中级人民法院公开宣判，判令被告奥斯卡•凡•奥沃雷姆——在判决生效之日起三十日内向原告福建省大田县吴山乡阳春村民委员会、东埔村民委员会返还案涉“章公祖师”肉身坐佛像。

原告是否适格？

被告是否适格？

原被告适格问题应适用中国法律还是荷兰法律？

# 晓星公司诉广西外运无单放货侵权损害赔偿案

最高人民法院上诉判决书

上诉人(原审原告)：晓星香港有限公司，住所地：香港特别行政区中环皇后大道中9号25楼2504室

被上诉人(原审被告)：中国船务代理公司防城港公司。住所地：广西壮族自治区防城港市外贸大厦2楼。

　被上诉人(原审被告)：中国外运广西公司。住所地：广西南宁市七星路137号。

被上诉人(原审被告)：中国农业银行梧州分行。

住所地：广西壮族自治区梧州市步埠路62号。

上诉人晓星香港有限公司(晓星公司)因与中国船务代理公司防城港公司 (防城外代)、中国外运广西公司(广西外运)、中国农业银行梧州分行(梧州农行)提单侵权纠纷一案，不服广西壮族自治区高级人民法院(2001)桂经初字18号民事判决，向最高人民法院提起上诉。最高人民法院依法组成合议庭，公开开庭审理了本案。上诉人、被上诉人均到庭参加诉讼。原审认定：

1997年2月25日，晓星公司与香港智得国际贸易有限公司(智得公司)签订一份《购销尿素合同》，约定由晓星公司供给智得公司尿素28 000吨，单价200美元／吨。

1997年3月10日智得公司又与广西防城港进出口公司第六分公司 (六分公司)签订一份《售货合同》，约定由智得公司供给六分公司尿素28 000吨，单价为210．8美元／吨，价格条件为CIF中国防城港，总金额为5 902 400美元。付款条件为需方在1997年3月19日前开出不可撤销远期180天信用证。 1997年4月3日，智得公司租用“西来尔”轮将晓星公司供应的28 000吨尿素运至防城港。 “西来尔”轮开出正本空白指示提单一式三份交由晓星公司收执。货到港后，六分公司委托防城外代理货报关，防城外代向海关申报并办理了9000吨尿素的通关手续。

4月17日，六分公司、梧州农行分别向防城外代出具保函，要求防城外代放行提货。4月18日至7月19日防城外代共放行货物9000吨给六分公司。由于六分公司未能开出许可证，为了保证各方利益，7月21日，晓星公司与六分公司、智得公司签订《协议书》(简称三方协议)，约定：六分公司必须保证晓星公司成本，购买价按晓星公司成本价194美元／吨计算，六分公司采取开立其他货物信用证贴现给智得公司转付给晓星公司作为尿素货款，最迟8月15日前须全部贴现付清货款；晓星公司保证积极配合六分公司办理报关及清关工作，如六分公司未能按上述执行，一切损失由智得公司负责。之后由于没有进口许可证，防城外代仍无法清关。

1997年9月11日防城港海关以货物超期未报关为由提取变卖了“西来尔”轮所载19,245.8吨尿素，扣除税款等费用后，于1998年6月12日通知防城外代，要求其通知货物所有人办理退款手续。1998年4月22日，晓星公司将一份正本提单交智得公司转六分公司，以便六分公司向海关办理19 000吨尿素退款手续。1998年11月晓星公司将六分公司诉至防城港市中级人民法院称，其是“西来尔”轮货物提单持有者，防城外代是该船船务和货物代理，1997年6月6日防城外代分拆提单提走了9000吨尿素，1997年9月11日海关变卖余下货物，并要求船代公司通知货主，由于防城外代未及时通知而未果，为此，请求法院确认其是正本提单持有人，海关变卖“西来尔”轮所载19 245。8吨尿素的余款为其所有。

经法院主持调解，双方达成协议；六分公司确认晓星公司是“西来尔”轮全套正本提单所有人，提单项下的19 245．8吨尿素的余款16 702 311．55元属晓星公司所有。调解书已生效执行。晓星公司为追索9000吨尿素货款，曾于1999年6月1日以有仲裁条款的《售货合同》诉至南宁市中级人民法院，被南宁市中级人民法院裁定驳回起诉。期间1998年--2001年晓星公司每年向香港法院、新加坡法院申请扣船令，以保证本案诉讼时效。2001年3月28日，晓星公司以“西来尔”轮货物正本提单诉至原审法院，请求法院确认三被告无单放货的事实，侵犯了晓星公司拥有的提单项下货物的所有权。

原审认为：晓星公司在诉讼时效内一直申请香港及新加坡法院扣押提单项下货物承运人的船舶，因此，晓星公司对与承运人负有连带债务的当事人起诉，并不超过诉讼时效。本案涉及两个法律关系，一是无正本提单放货、提货损害赔偿的法律关系：二是国际货物买卖合同关系。在货物抵港当时，晓星公司合法持有正本提单，是提单项下的货物所有人。防城外代作为船代和理货人，没有依据货物的正本提单，而是凭保函交付货物给六分公司，违反了国际贸易惯例。梧州农行为六分公司无正本提单提货出具保函提供担保，同样违反了国际贸易惯例。

然而晓星公司并未依据提单的物权向防城外代、梧州农行主张权利，而是以国际货物买卖合同货主的身份，与六分公司就价格、付款条件及违约问题重新对货物进行处理，并签订协议书，说明晓星公司持有的提单不再具有物权凭证的效力，而只是运输合同和交付货物的证明。此外，晓星公司起诉六分公司要求返还海关变卖的19 000多吨货物货款的行为表明，晓星公司认可了六分公司是货物权利人，因此其货物不再享有所有权。由于晓星公司不再是货物所有权人，梧州农行向防城外代出具保函，防城外代依据货主六分公司指令放货，不构成对晓星公司的侵权，

晓星公司主张三被告侵权并要求赔偿提单项下9000吨尿素的贷款的理由不成立，不予支持。晓星公司与六分公司的货款纠纷应另行解决。依照《民法通则》第72条第2款“按照合同或其他合法方式取得财产的，财产所有权从财产交付时起转移”的规定，判决；驳回晓星公司诉讼请求。

晓星公司不服上述判决，向最高人民法院提起上诉，请求撤销一审判决，改判防城外代赔偿其9000吨尿素款共计人民币21 971 139．2元。广西外运和梧州农行承担连带赔偿责任。

理由是：三方协议不能否定提单的物权效力。涉案货物尚未凭单交付，六分公司从未获得也不可能获得涉案货物的所有权。

防城外代答辩称，1、本案已过诉讼时效。根据《海商法》第257条“就海上货物运输向承运人要求赔偿的请求权，时效期间为一年，自承运人交付或者应当交付货物之日起计算”，向承运人的代理人就海上货物运输要求赔偿的请求权，其时效期间也应当为一年。

晓星公司1998年3月向新加坡高等法院起诉承运人，2000年12月7日新加坡高等法院裁定驳回晓星公司起诉。

《海商法》第267条“时效因请求人提起诉讼、提交仲裁或者被请求人同意履行义务而中断。但是，请求人撤回起诉、撤回仲裁或者起诉被裁定驳回的，时效不中断。 请求人申请扣船的，时效自申请扣船之日起中断。 自中断时起，时效期间重新计算”，晓星公司对承运人及其代理人的诉讼时效并不因1998年3月的起诉及扣船而中断。

2、 一审判决认定晓星公司持有的提单已不再具有物权凭证的效力，具有事实和法律依据。

3、 防城外代同意六分公司无单提货是基于六分公司出具的公司保函和梧州农行出具的银行保函而为之，梧州农行应负保证责任；

广西外运答辩：1、本案中防城外代作为承运人在目的港的代理人，只有他才有权决定货物的交付，广西外运其无权决定货物的交付，当然也不可能成为无单放货、提货的责任人。

2、广西外运是六分公司的报关代理人，并未直接从事侵权行为。

　　梧州农行答辩称：晓星公司通过三方协议追认了六分公司非法占有货物的事实，而且梧州农行出具保函的行为与晓星公司的损失之间没有因果关系。认为一审判决认定事实清楚，适用法律正确，请求驳回晓星公司的上诉。

最高人民法院认定：

本案中晓星公司凭以起诉的提单是空白指示提单，该提单已经托运人背书。

广西外运为涉案货物到港后六分公司委托的报关人。1997年9月11日，防城港海关以货物超期未报关为由提取变卖了“西来尔”轮所载的19 245．8吨尿素，于1998年6月12日通知广西外运，要求其通知有关收货人凭进口单证及配额证明办理退款手续。

《海商法》第七十一条：提单是指用以证明海上货物运输合同和货物已经由承运人接收或者装船，以及承运人保证据以交付货物的单证。提单中载明的向记名人交付货物，或者按照指示人的指示交付货物，或者向提单持有人交付货物的条款，构成承运人据此交付货物的保证。

《海关法》第二十一条：进口货物的收货人自运输工具申报进境之日起超过三个月未向海关申报的，其进口货物由海关提取变卖处理。

《海商法》第二百五十七条　就海上货物运输向承运人要求赔偿的请求权，时效期间为一年，自承运人交付或者应当交付货物之日起计算；

在时效期间内或者时效期间届满后，被认定为负有责任的人向第三人提起追偿请求的，时效期间为九十日，自追偿请求人解决原赔偿请求之日起或者收到受理对其本人提起诉讼的法院的起诉状副本之日起计算。

　　有关航次租船合同的请求权，时效期间为二年，自知道或者应当知道权利被侵害之日起计算。

《海商法》第二百六十七条　时效因请求人提起诉讼、提交仲裁或者被请求人同意履行义务而中断。但是，请求人撤回起诉、撤回仲裁或者起诉被裁定驳回的，时效不中断。

　　请求人申请扣船的，时效自申请扣船之日起中断。自中断时起，时效期间重新计算。

《民法通则》第135条和第137条：向人民法院请求保护民事权利的诉讼时效期间为二年，从知道或者应当知道权利被侵害时起计算

《民法通则》第140条：诉讼时效因提起诉讼、当事人一方提出要求或者同意履行义务而中断。

识别？管辖权？

侵权责任准据法？

货物所有权归属是否先决问题？

物权准据法？

货物所有权：9000吨？ 19000吨？

诉讼时效准据法？

《海商法》257条：1年，自承运人交付或者应当交付之日起计算

《民法通则》135条：2年，从知道或者应当知道权利被侵害时起计算

# 陈刚诉新加坡航空公司人格权侵权案

2013年8月14日，广东凯地律师事务所与康泰公司签订《协议书》，约定由康泰公司代理广东凯地律师事务所陈刚等七名人员前往马尔代夫旅游事宜，包括代办签证、购买机票、预定酒店等。2013年９月６日，陈刚等七人乘坐新航航班从香港起飞。在其通过了香港海关，并经新航柜台审核文件后，新航收取了上述七人的机票、护照等证件，并向其出具签收证明文件，内容为：“我们很遗憾，我们必须保管你们的护照和／或旅行文件以提交给香港／新加坡的相关机构，因为我们并不能确定这些文件是否被那里的相关机构接受”。

飞机经停新加坡时，新航未将陈刚的上述证件交还陈刚，抵达马尔代夫后，新航将上述证件交给马尔代夫当局，马尔代夫当局长时间审查后，才将陈刚一行放行。新航未收取与陈刚等一同乘机的其他乘客的机票、护照等证件。2013年９月１２日，广东凯地律师事务所向康泰公司投诉，认为新航非法扣留其员工的护照及旅行文件，并将团员移交马尔代夫移民局扣留审查的作法，带有明显的种族歧视，使团员自尊心受到伤害。康泰公司随即将投诉反映给新航，要求其解释。

新航答复称其做法是为了保护旅客及航空公司的利益。康泰公司认为一直以来，持中华人民共和国因私护照，乘搭新航经新加坡转机前往马尔代夫均无需持新加坡签证，亦无须在香港登机前由新航收取并保管客人证件。

因此，特致函新航询问程序是否如常，新航回复“如搭客在新加坡转机而又不出境的话，以上程序到目前为止仍然未变”。

陈刚等七人的机票由新航授权的香港售票点出售，经转递给康泰公司后，由康泰公司在深圳交付给陈刚等人。（合同订立地？）陈刚等七人机票内容均为英文表述，在机票中有新航提醒旅客注意的英文条款，其中“注意栏”的内容为“若旅客的旅程涉及除出发国外之最终目的地或经停地点，可适用《华沙公约》并受该公约管辖，并在大多数情况下限制乘运人对旅客死亡或身体损害及行李遗失或损坏的责任……”。陈刚以其精神受损为由起诉至深圳市中级人民法院，要求新航和泰康公司赔礼道歉并赔偿精神损失费用人民币３０万元。

识别：违约v. 侵权？

深圳中院的管辖权？

《法律适用法》第44条？第46条？

准据法？

判决结果？

# 贵州瓮福公司与寰宇公司、斯诺公司海上货物运输合同不当得利纠纷（广州海事法院）

2013年10月9日，寰宇租船公司（UNIVERSAL CHARTERING INC.寰宇公司，住所地和经常居所地为纽约）与“MERAKS”（莫拉克）轮船东BULKTRANS （EUROPE） CORP.[欧洲散运公司，住所地和经常居所地为荷兰]签订了该轮定期租船合同约定：寰宇公司租用散运公司的“莫拉克”轮，租期45天，租金每天5，500美元；散运公司授权寰宇公司签发该轮租期内有关运输的提单。

2013年10月9日寰宇公司与STARTRADE PACIFIC INC.（星贸太平洋公司，下称星贸公司，住所地和经常居所地为香港）签订航次租船合同约定：星贸公司向寰宇公司租用“莫拉克”轮，自中国湛江港和北海港运载20，000吨袋装化肥至孟加拉国赤塔根港，运费每吨19美元；运费在签发提单时付清；湛江及北海的代理为湛江外代和北海外代；船舶所有人因未收取的运费、亏舱费、滞期费和置留损失而对货物享有留置权。同日上午0958时，星贸公司代理人SUNRICH SHIP MANAGEMENT PTE LTD.（日富公司，住所地和经常居所地为香港）向寰宇公司代理人NEPTUNE CARGO BROKERS INC.（尼普顿公司，住所地和经常居所地为新加坡）发出电子邮件称，

装货港卸货港代理由租船人指定，装港代理为“外代”，寰宇公司对此无异议。2013年10月19日双方签订该航次租船合同附件同意第二装货港变更为中国钦州港，代理为钦州外代（住所和经常居所地为广西钦州）。

2013年10月12日，贵州瓮福磷矿进出口公司（瓮福公司住所和经常居所地为贵州）与斯诺运输公司（SINO TRANSPAC CORPORATION，住所和经常居所地为香港）签订一份航次租船合同，约定瓮福公司向斯诺公司租用“莫拉克”轮，运载11，000吨袋装重钙自湛江港至孟加拉吉大港，运费每吨18美元，装运时间2013年10月16日。10月18日“莫拉克”轮在湛江港装货完毕，共装化肥11，022吨。

寰宇公司代理人尼普顿公司转委托湛江外轮代理公司（湛江外代，住所和经常居所为湛江）作为寰宇公司的船舶代理人。10月20日斯诺公司向瓮福公司提交了湛江港至吉大港共199，584美元运费发票。10月28日，瓮福公司通过中国银行贵州分行将运费199，584美元汇至斯诺公司指定账户。10月31日尼普顿公司传真称“船东不允许签发提单给托运人，因为有责任支付运费的公司没有支付运费”。但湛江外代违反指示，以“船东寰宇租船公司的代理人”名义，向托运人瓮福公司签发了运费预付清洁已装船提单。提单记载船东为寰宇公司，签注日期为2013年10月18日。11月4日寰宇公司收到斯诺公司支付的运费70，569美元。

2013年10月19日，“莫拉克”轮自湛江抵达广西钦州港，日富公司委托钦州外代作为该轮在钦州港代理，钦州外代接受了委托。10月27日“莫拉克”轮在钦州港装货，托运人为广西化学品进出口有限公司（化学品公司）。10月30日日富公司电传钦州外代称“船东确认授权贵司代表船长签发/释放提单”。次日钦州外代接到该轮船长和尼普顿公司电传，告知提单签发权已授予寰宇公司，提单签发事项须与尼普顿公司联系，钦州外代无权签发提单；钦州外代遂将此事电传日富公司。2013年11月2日船舶装货完毕，共装运10，500吨袋装化肥。

2013年11月3日钦州外代将“莫拉克”轮船长及尼普顿公司反对其签发提单一事再次通知日富公司，4日日富公司指示钦州外代释放提单给托运人，钦州外代遂即向托运人化学品公司释放了按其指示签发的提单。钦州外代所签发提单抬头为“中国外轮代理钦州公司”，为“运费已付”提单，提单签名处有打印的“AS AGENT FOR AND ON BEHALF OF MASTER： DIMOPOULOS GEORGIOS”（作为代理人代表船长）字样，并加盖了钦州外代业务专用章，有钦州外代工作人员梁剑竹签名。11月6日“莫拉克”轮驶离钦州港。11月11日，钦州外代收到日富公司支付的代理费用23，000美元。

2013年11月8日寰宇公司代理人尼普顿公司通知瓮福公司由于没有收到运费，湛江至吉大港航次已经中断。11月21日瓮福公司迫于无奈向寰宇公司额外支付了20，000美元运费。

“莫拉克”轮从湛江港开航后，寰宇公司以未收到运费无力完成本航次运输为由，指令“莫拉克”轮在新加坡停航。2013年12月23日，寰宇公司与瓮福公司、塞瑞克斯（香港）公司签订一份三方协议，约定：1、期望通过此协议以利于“莫拉克”轮至孟加拉航次任务的及时完成；2、瓮福公司和塞瑞克斯（香港）公司各向寰宇公司支付150，000美元；3、若寰宇公司成功从星贸公司或其代理手中收回本航次所有费用，

瓮福公司保留向寰宇公司收回150，000美元的权利，塞瑞克斯（香港）公司保留向寰宇公司收回68，000美元的权利，寰宇公司无权反对。4、本协议由英国法调整和解释，由本协议产生的任何争议缔约方应提交新加坡法院管辖。2014年1月19日，瓮福公司根据协议向寰宇公司支付了150，000美元。

2014年1月8日，“莫拉克”轮在孟加拉开始卸货，所有货物均交给正本提单持有人，其中除本案同航次11，000吨货物提单由湛江外代签发外，其余12套共计10，500吨货物提单是由钦州外代签发，上述所有提单均由目的港船舶代理联合海运公司交由该轮船长收回。

2014年10月28日，寰宇公司以湛江外代擅自向瓮福公司签发提单造成其未收到本案所涉航次运费为由，向广州海事法院起诉。

广州海事法院于（2014）广海法湛字第46号民事判决，认定寰宇公司对本案所涉11，022吨化肥应收取运费为209，418美元，扣除斯诺公司已向寰宇公司支付的70，569美元，判令湛江外代支付寰宇公司运费损失138，849美元及其利息。

2014年12月25日，寰宇公司在北海海事法院对钦州外代提起船舶代理侵权损害赔偿诉讼，请求判令钦州外代赔偿运费损失及利息共计473，010.40美元。北海海事法院民事判决书（2015）海事初字第001号认为钦州外代对寰宇公司损失不构成侵权，驳回寰宇公司诉讼请求。

2015年4月1日瓮福公司向广州海事法院起诉寰宇公司和斯诺公司称：

广州海事法院（2014）广海法湛字第46号民事判决认定寰宇公司对本案所涉11，022吨化肥应收取运费为209，418美元，扣除斯诺公司已向寰宇公司支付的70，569美元，判令湛江外代支付寰宇公司运费损失138，849美元及其利息。

湛江外代已经履行了该判决，向寰宇公司支付了138，849美元。但是2013年10月28日，瓮福公司根据与斯诺公司的航次租船合同向斯诺公司支付运费199，584美元。同年11月4日，斯诺公司给付寰宇公司70，569美元，均属于本航次运费。另外，由于寰宇公司代理人通知瓮福公司由于没有收到运费湛江至吉大港航次中断，瓮福公司迫于无奈于2013年11月21日向寰宇公司额外支付了20，000美元运费。在航行途中寰宇公司以无力支付航行有关费用为由将“莫拉克”轮停航在新加坡，又使瓮福公司被迫支付

150，000美元。

瓮福公司认为，斯诺公司是运输合同合同承运人，寰宇公司是实际承运人，同一航次中无论承运人或者实际承运人，只能收取一次运费。本案中斯诺公司和寰宇公司共收到了四笔款项：1、瓮福公司2013年11月21日向寰宇公司支付的20，000美元；2、斯诺公司收取瓮福公司的199，584美元；3、寰宇公司收取瓮福公司的150，000美元；4、湛江外代向寰宇公司支付的赔偿款138，849美元。斯诺公司和寰宇公司都向瓮福公司主张运费，导致瓮福公司在本航次中共支付369，584美元，加上湛江外代向寰宇公司支付的138，849美元，承运人共收取了508，433美元，比应收航次运费209，418美元多出299，015美元。

根据《中华人民共和国民法通则》第92条，斯诺公司和寰宇公司多收的款项构成了不当得利，因此，请求广州海事法院判令斯诺公司和寰宇公司连带返还不当得利款项299，015美元及其利息。斯诺公司和寰宇公司没有提出管辖权异议，均出庭应诉。

识别？

管辖权？

准据法？

# 复旦大学抄袭案

被请求保护地法律：保护请求所依据的法律

Law of the place for which protection is sought

2015年5月27日，复旦大学在其110周年校庆日发布的宣传片《To My Light》，被批抄袭了日本东京大学2014年宣传片《Explorer》。设东京大学在上海知识产权法院对复旦大学提起侵权诉讼，侵权行为地（所有可看到该宣传片的国家？）管辖权？准据法？

Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works：168 member states including China, Japan, UK, USA,Germany.

注意：管辖和法律适用是两个问题

q1：中国法院是否有管辖权？  
q2：准据法？被请求保护地是哪里？

q3：著作权归属？

涉案作品在日本享有日本法律赋予的著作权。

基于知识产权地域性和伯尔尼公约，涉案作品在中国，德国分别享有中国法律、德国法律赋予的著作权。

原告请求中国法院保护哪国法律赋予其的著作权。

是否有可能侵害日本东京大学在美国的著作权？信息网络传播权。

**案例（一）**

2021年5月15日，中国公民王国顺（经常居所地位于日本东京）在日本东京上班途中遭遇车祸死亡，未留遗嘱。王国顺妻子刘华（住所地、经常居所地位于上海浦东新区，中国公民）受王国顺父母委托，赴日本与肇事者荻原（日本国籍，经常居所在日本东京）和荻原隶属的天皇运输株式会社（注册登记地和主营业地均在日本东京）达成赔偿协议，赔偿协议载明：“本协议系由荻原、金泽运输株式会社和王国顺三方签订，荻原和金泽运输株式会社对王国顺的赔偿金包括丧葬费一千万日元和死者丧失的未来可得利益一亿五千万日元，赔偿给刘华和王国顺父母的精神抚慰金共三千万日元，每人一千万日元。扣除之前已支付的一千万日元后，荻原和金泽运输株式会社还应对王国顺支付赔偿金一亿八千万日元。”王国顺生前在日本东京银行有银行存款三千万日元。刘华携上述共两亿一千万日元回到其经常居所地中国上海。王国顺父母（住所地和经常居所地均在上海浦东新区）要求和刘华平分该两亿一千万日元，遭到刘华拒绝。2022年12月1日，王国顺父母作为原告在上海市浦东新区人民法院对刘华提起诉讼，认为系争赔偿款共两亿一千万日元属于原被告当事人的共有财产，请求法院判令原告和被告刘华按照中国法律均分系争财产，每人获得七千万日元。被告刘华主张系争赔偿款属于其丈夫王国顺的遗产，按照日本法律，所有遗产均应当由刘华继承，王国顺父母作为第二顺序继承人无权继承遗产，请求法院判决所有遗产由被告刘华一人继承。

上海市浦东新区人民法院查明：

王国顺（男，1980年12月1日出生）和刘华（女，1985年10月10日出生）于2005年在中国上海结婚登记，没有子女。王国顺于2008年赴日本谋生，之后一直在日本生活居住。

日本国际私法规定，动产和不动产法定继承均适用被继承人死亡时国籍国法律。夫妻财产关系适用夫妻共同国籍国法律。前述冲突规范指引是冲突法指引。《日本民法典》规定，被继承人的配偶和子女为第一顺序继承人，被继承人的父母为第二顺序继承人。存在第一顺序继承人时，第二顺序继承人不参加继承。

请依据我国国际私法法律法规和司法解释，回答下列问题：

**1、上海市浦东新区人民法院对本案是否拥有合法管辖权？为什么？ 法院应适用何国法律对本案进行识别？本案属于共有财产分割纠纷还是遗产继承纠纷？为什么？**

（1）上海市浦东区人民法院对本案拥有合法管辖权**。**管辖权问题属于民事诉讼程序问题，依据我国《民事诉讼法》第4条，一律适用法院地法律。本案由中国法院受理，因此应依据我国《民事诉讼法》解决管辖权问题。依据《民事诉讼法》第266条，涉外民事诉讼优先适用第四编规定，第四编没有规定的，适用我国国内民事诉讼法的规定。本案属于涉外民事法律纠纷，首先判断级别管辖，依据《最高人民法院关于涉外民商事案件管辖若干问题的规定》第1条“基层人民法院管辖第一审涉外民商事案件，法律、司法解释另有规定的除外。”，依据《最高人民法院关于明确第一审涉外民商事案件级别管辖标准以及归口办理有关问题的通知》第1条“……直辖市中级人民法院……管辖诉讼标的额人民币2000万元以上的第一审涉外民商事案件”，本案中诉讼标的额为两亿一千万日元，兑换人民币1058万元左右，未达到上海市中级人民法院管辖诉讼标的额下限，上海浦东新区法院属于基层人民法院，有级别管辖权。其次判断地域管辖，原告对被告提起的是财产权益纠纷，由于被告刘华在中国有住所地和经常居所地，因此不适用《民事诉讼法》第四编第272条的规定，而适用本法的其他规定，根据《民事诉讼法》第22条“对公民提起的民事诉讼，由被告住所地人民法院管辖；被告住所地与经常居住地不一致的，由经常居住地人民法院管辖。”，刘华住所地上海浦东新区法院有地域管辖权，综上所述，上海市浦东新区法院对本案拥有合法管辖权。

（2）法院应适用中国法对本案进行识别。识别又称定性，根据《法律适用法》第8条：“涉外民事关系的定性，适用法院地法律。”本案中，法院地是中国，故而应用中国法律对案件进行识别。

（3）本案属于共有财产分割纠纷和遗产继承纠纷**。**王国顺父母起诉刘华要求分割两亿一千万日元，由日本公司赔偿金一亿八千万日元和王国顺生前在日本东京银行有银行存款三千万日元组成，本案款项的性质问题，直接影响案件的性质，属于定性问题，根据前述，应适用中国法。

首先，根据《民法典》1122条“遗产是指自然人死亡时遗留的个人合法财产。依照法律规定或者根据其性质不得继承的遗产，不得继承。”，王国顺生前在日本东京银行存款三千万日元，属于王国顺死亡时遗留的个人合法财产，属于遗产范围。

其次，需要判断赔偿金一亿八千万日元的性质，根据赔偿协议，该笔款项由王国顺丧葬费、死者未来可得利益、对王国顺父母和刘华的精神抚慰金三部分组成。根据《民法典》1179条“侵害他人造成人身损害的，应当赔偿……造成死亡的，还应当赔偿丧葬费和死亡赔偿金。”第一，丧葬费不属于自然人死亡时遗留财产，而是对自然人死亡后办理后事支出费用的补偿，因此不属于遗产范围。第二，所谓的“未来可得利益”，和我国的“死亡赔偿金”制度相似，根据《人身损害赔偿解释》第1条“本条所称赔偿权利人，是指因侵权行为或者其他致害原因直接遭受人身损害的受害人、依法由受害人承担扶养义务的被扶养人以及死亡受害人的近亲属。”，可见，死亡受害人的近亲属可以作为死亡赔偿金的赔偿权利人，由于能够获得死亡赔偿金的前提是受害人死亡，在受害人死亡时，其民事权利能力和行为能力消灭，可见，受害人并不享有死亡赔偿金请求权，死亡赔偿金请求权只能归属于死亡受害人的近亲属。因此死亡赔偿金不是王国顺死亡时遗留的人身损害赔偿请求权的，而是王国顺死亡后，其近亲属获得的请求权，换言之，死亡赔偿金不是自然人死亡时遗留的个人财产，不属于遗产的范围。第三，对王国顺父母和刘华的精神抚慰金不是王国顺死亡时遗留的个人财产，因此不属于遗产的范围。因此，赔偿金均不属于遗产。

虽然日本公司签订的赔偿协议中称系与“王国顺”签订，但鉴于王国顺已经死亡，根据我国民法，自然人死亡时民事权利能力和民事行为能力终止，在事实和法律上都不可能签订赔偿协议。由于实际和日本公司签订协议的人是刘华且日本公司明知这一事实，应根据日本公司的内心真意，将赔偿协议的另一方签订者认定为刘华。本案中，刘华接受王国顺父母的委托，与日本公司协商赔偿事宜，在赔偿过程中，虽然没有表露自己是王国顺父母委托人，但实际在协商时兼具以王国顺父母委托人和王国顺配偶的双重身份，以王国顺父母委托人身份取得的财产依代理关系归被委托人所有，因此王国顺父母和刘华形成对财产的共有。本案系共有财产分割纠纷。

综上所述，根据《法律适用法解释》第11条“案件涉及两个或者两个以上的涉外民事关系时，人民法院应当分别确定应当适用的法律。”，定性采用分割制，在两亿一千万日元中，三千万日元属于遗产，一亿八千万日元不属于遗产，而是属于王国顺父母和刘华的共同财产，因此本案属于共有财产分割纠纷和遗产继承纠纷。

**2、王国顺和刘华之间夫妻财产关系的准据法是何国法律？为什么？王国顺父母继承本案遗产的继承顺序和继承份额问题应当适用何国法律？为什么？ 本案诉讼时效问题应当适用何国法律？为什么？写出你认为正确的判决结果，并简要说明理由。**

（1）王国顺和刘华之间的夫妻财产关系应适用中国法。根据《法律适用法》第二十四条：“夫妻财产关系，当事人可以协议选择适用一方当事人经常居所地法律、国籍国法律或者主要财产所在地法律。当事人没有选择的，适用共同经常居所地法律；没有共同经常居所地的，适用共同国籍国法律。”本案中，王国顺和刘华之间不存在协议选择适用的法律，且王国顺经常居所地为日本，刘华的经常居所地为中国，没有共同经常居所地法律，因此应适用共同国籍国法律，即中国法。

（2）王国顺父母的继承顺序和继承份额问题应适用日本法。根据《法律适用法》第三十一条“法定继承，适用被继承人死亡时经常居所地法律，但不动产法定继承，适用不动产所在地法律。”本案中，王国顺死亡时没有留下遗嘱，对于其留下的遗产——日本东京银行存款三千万日元，应采取法定继承，银行存款不属于不动产，因此应适用被继承人死亡时经常居所地法律，即日本法。

（3）本案的诉讼时效问题应适用日本法。共有财产分割属于物权问题，根据《法律适用法》第37条“当事人可以协议选择动产物权适用的法律。当事人没有选择的，适用法律事实发生时动产所在地法律。”本案中，双方当事人王国顺父母和刘华没有协议选择动产物权适用的法律，应适用法律事实发生时动产所在地法律，法律事实发生时应为刘华取得动产占有时，此时动产处于日本，因此应适用日本法。又，根据《法律适用法》第7条“诉讼时效，适用相关涉外民事关系应当适用的法律。”，就遗产分割而言，诉讼时效应适用和遗产分割相同的法律，即日本法，就共有财产分割而言，诉讼时效应和共有财产分割适用相同的法律，即日本法。故，本案诉讼时效问题应适用日本法。

（4）我认为正确的判决结果：王国顺父母各得6000万日元，刘华得9000万日元。

首先，由于刘华和王国顺的夫妻财产关系应适用中国法，即夫妻共同财产制，就王国顺遗产三千万日元，应首先进行夫妻共同财产分割，一千五百万属于王国顺遗产，一千五百万属于刘华的财产，就王国顺的一千五百万日元，适用日本法开始法定继承，王国顺配偶刘华属于第一顺序继承人，王国顺父母为第二顺序继承人，在第一顺序继承人存在时，第二顺序继承人不参与继承，刘华获得一千五百万日元。

其次，就日本公司赔偿金一亿八千万日元，应适用日本法进行共有财产分割。由于本案案情没有提供日本法共有财产相关规定，因此可以视为日本法相应内容无法查明。根据《法律适用法》第10条“不能查明外国法律或者该国法律没有规定的，适用中华人民共和国法律。”，根据中国法，《民法典》第308条“共有人对共有的不动产或者动产没有约定为按份共有或者共同共有，或者约定不明确的，除共有人具有家庭关系等外，视为按份共有。”王国顺父母和刘华之间具有家庭关系，应为共同共有关系，由于三者没有分割协议，基于公平原则，三者平分，每人各得6000万日元。

**案例（二）**

2015年9月22日德国公民凯瑟琳所有的豪华型奔驰轿车在其德国柏林的住所被盗。同年10月1日意大利罗马汽车贸易公司（简称罗马公司，登记地和主营业地均在意大利罗马）和德国慕尼黑进出口公司（简称慕尼黑公司，登记地和主营业地均在德国慕尼黑）订立汽车买卖合同，从慕尼黑公司购买一辆德国牌号的豪华型奔驰轿车。罗马公司向慕尼黑公司汇付了全部货款共100万欧元后，慕尼黑公司在德国慕尼黑将汽车交付于罗马公司，罗马公司将汽车从德国运回意大利罗马。2016年10月在意大利留学的中国公民董先生从罗马公司购买了该辆奔驰汽车，供个人生活使用，董先生向罗马公司支付了全部货款共120万欧元。2023年1月董先生毕业后回中国上海生活居住，也将该汽车带回上海。董先生将原来的德国牌照更换成中国上海牌照，使用该车从事网约车业务。

2023年5月，凯瑟琳来中国上海旅游，乘坐了董先生的网约车从上海浦东机场至上海外滩。乘车期间凯瑟琳了解了董先生购买该奔驰轿车的经历，并告诉董先生该汽车是其在德国被盗的私人汽车，请求董先生返还该车辆。因董先生拒绝返还汽车，凯瑟琳于2023年6月15日向上海浦东新区警方报案，并于2023年6月20日在上海市浦东新区人民法院以董先生为被告提起返还原物之诉，请求法院判决涉案汽车属于原告凯瑟琳所有，判令董先生将涉案汽车返还给原告凯瑟琳，并承担诉讼费用。董先生随即在该法院对意大利罗马公司提起撤销合同之诉，主张撤销合同，请求法院判令罗马公司返还货款和赔偿损失。法院将两案合并审理。德国慕尼黑公司以第三人身份出庭参加诉讼。

上海市浦东新区人民法院查明：

原告凯瑟琳1980年1月出生于德国，一直在德国柏林生活居住，2023年5月1日来中国上海旅游。被告董先生1990年出生于中国上海，2010年起在意大利罗马某大学学习法律，2022年6月获得该大学博士学位，2023年1月回中国上海生活居住，回国以后以开网约车为主要职业。凯瑟琳向上海警方报案后，涉案车辆被上海浦东新区警方扣押，一直存放于上海浦东新区某车库内。

德国冲突法和意大利冲突法均规定，动产物权适用动产所在地国家的法律。

《德国民法典》规定：动产所有权转让人和受让人就转让人转让所有权和受让人受让所有权问题达成合意，并且动产已经交付，则动产所有权于动产实际交付于受让人之时由转让人转移于受让人。动产买卖合同的无效不影响动产所有权的转移，买卖合同无效的后果适用不当得利法律的规定。无处分权人转让动产，如果受让人受让动产时系善意而且已经支付了合理对价，则受让人于动产实际交付之时取得该动产的所有权。但是善意取得制度不适用于盗窃物，如果无处分权人转让的是盗窃物，则无论受让人是否善意，所有权人均有权追回，所有权人对盗窃物的所有权不因盗窃行为和无处分权人的转让行为而丧失。

《意大利民法典》规定：动产所有权于转让人和受让人就所有权转移达成合意并且动产实际交付于受让人之时发生转移。无处分权人转让动产，如果受让人受让动产时系善意而且已经支付了合理对价，并且转让动产的债权合同合法有效，则受让人于动产实际交付之时取得该动产的所有权。动产占有者被推定取得占有之时系善意，有相反证据的除外。动产买卖合同的买方因为卖方或者第三人的原因丧失动产占有的，有权撤销买卖合同；被撤销的买卖合同自始无效。合同撤销后，卖方有义务赔偿买方已支付的货款、合同订立和履行费用以及使用货物产生的必要费用。

请依据我国国际私法法律法规和司法解释，回答下列问题：

**3、慕尼黑公司和罗马公司之间汽车买卖合同的准据法是何国法律？为什么？罗马公司和董先生之间汽车买卖合同的准据法是何国法律？为什么？该两份汽车买卖合同的诉讼时效问题应分别适用何国法律？为什么？涉案汽车所有权归属问题应适用何国法律作为准据法？为什么？写出你认为正确的判决结果，并简要说明理由。**

（1）慕尼黑公司和罗马公司之间汽车买卖合同的准据法是德国实体法。因该案由我国上海市浦东新区人民法院受理，故应适用我国的《法律适用法》，根据《法律适用法》第41条“当事人可以协议选择合同适用的法律。当事人没有选择的，适用履行义务最能体现该合同特征的一方当事人经常居所地法律或者其他与该合同有最密切联系的法律。”本案中，慕尼黑公司和罗马公司没有选择汽车买卖合同的准据法，故应选择最能体现该合同特征的一方当事人经常居所地法律或者其他与该合同有最密切联系的法律。罗马公司和慕尼黑公司之间的合同是动产买卖合同，最能体现合同特征的一方当事人是出卖方慕尼黑公司，慕尼黑公司登记地和主营业地均在德国慕尼黑，根据《法律适用法》第14条，法人主营业地为经常居所地，故最能体现该合同特征的一方当事人经常居所地法律为德国法。罗马公司登记地和主营业地均在意大利罗马，慕尼黑公司登记地和主营业地均在德国慕尼黑，在德国慕尼黑将汽车交付于罗马公司，因此与该合同的最密切联系地应被认为是德国，与该合同有最密切联系的法律是德国实体法。综上所述，慕尼黑公司和罗马公司之间汽车买卖合同准据法为德国法。

（2）罗马公司和董先生之间的汽车买卖合同的准据法是意大利实体法。根据《法律适用法》第41条“当事人可以协议选择合同适用的法律。当事人没有选择的，适用履行义务最能体现该合同特征的一方当事人经常居所地法律或者其他与该合同有最密切联系的法律。”罗马公司和董先生之间没有关于合同适用法律的协议，因此应适用履行义务最能体现该合同特征的一方当事人经常居所地法律或者其他与该合同有最密切联系的法律。本案为汽车买卖合同，最能体现该合同特征的一方当事人为出卖人罗马公司，根据《法律适用法》14条，法人的主营业地为经常居所地，罗马公司的主营业地为意大利，故罗马公司的经常居所地为意大利，最能体现合同特征的一方当事人经常居所地为意大利。汽车买卖合同订立地、履行地均在意大利，因此与该合同的最密切联系地应被认为是意大利。综上所述，合同准据法是意大利实体法。

（3）该两份汽车买卖合同的诉讼时效问题应分别适用德国实体法和意大利实体法。根据《法律适用法》第11条“案件涉及两个或者两个以上的涉外民事关系时，人民法院应当分别确定应当适用的法律。”《法律适用法》第7条“诉讼时效，适用相关涉外民事关系应当适用的法律。”根据上述分析，两份汽车合同应分别适用德国实体法和意大利实体法，因此，两份汽车买卖合同的诉讼时效应分别适用德国实体法和意大利实体法。

（4）涉案汽车所有权归属问题应适用意大利实体法。根据《法律适用法》第37条“当事人可以协议选择动产物权适用的法律。当事人没有选择的，适用法律事实发生时动产所在地法律。”本案中当事人凯瑟琳和董先生没有协议选择应当适用的法律，因此应适用法律事实发生时动产所在地法律，由于本案系返还原物之诉，故“法律事实”应指董先生获取汽车，法律事实发生时法律即董先生获取汽车时汽车所在地法律，即意大利实体法。

（5）我认为正确的判决结果：

1.凯瑟琳诉董先生返还原物之案中，驳回凯瑟琳诉讼请求，董先生无须返还原物。

凯瑟琳提起返还原物之诉的请求权基础，是《民法典》243条，若以该条提前返还原物之诉，构成要件之一是董先生为无权占有人，根据案情，董先生可能构成善意取得，并以此形成有权占有身份。

董先生善意取得的构成要件之一是出卖人罗马公司无权处分，该汽车系罗马公司从慕尼黑公司购得后出卖给董先生的，罗马公司如果构成善意取得，那么出卖汽车系有权处分，董先生基于正常交易秩序获得汽车所有权，无需善意取得制度就形成有权占有，若罗马公司不构成善意取得，那么罗马公司出卖汽车系无权处分，需要进一步判断董先生是否构成善意取得。罗马公司是否善意取得的问题构成**先决问题**。首先，主要问题“涉案汽车所有权归属”依法院地国冲突规范须适用外国法意大利法为准据法，其次，罗马公司是否无权处分该能够作为一个单独的问题向法院提出，并有自己的冲突规范可供援引，最后，在确定先决问题准据法时，适用法院地国冲突规范和适用主要问题准据法所属国冲突规范会导致不同国家实体法的使用，法院地国冲突规范指向意大利实体法，而主要问题准据法所属国冲突规范会指向动产所在地国实体法，罗马公司获得汽车时，汽车所在地为德国，故依主要问题准据法所属国冲突规范会指向德国实体法。因此，罗马公司是否构成善意取得的问题构成先决问题，需要先判断。

罗马公司获得汽车时，汽车所在地为德国，故依主要问题所属国冲突规范会指向德国实体法，根据《德国民法典》规定“无处分权人转让动产，如果受让人受让动产时系善意而且已经支付了合理对价，则受让人与动产实际交付之时取得动产的所有权，但是善意取得制度不适用于盗窃物，如果无处分权人转让的是盗窃物，则无论受让人是否善意，所有权人均有权追回，所有权人对盗窃物的所有权不因盗窃行为和无处分权人的转让行为而丧失。”罗马公司虽然获得动产系善意且支付合理对价，但该汽车时盗窃物，因此原所有权人的所有权并不因此丧失，罗马公司的占有是善意占有、无权占有。进而分析董先生是否构成善意取得，根据上述分析，罗马公司将动产交付给董先生的行为应适用意大利实体法，根据《意大利民法典》“无处分权人转让动产，如果受让人受让动产时系善意而且已经支付了合理对价，并且转让动产的债权合同合法有效，则受让人于动产实际交付之时取得该动产的所有权。”，罗马公司为无处分权人，受让人董先生，其受让动产时系善意且已经支付合理对价，且转让动产的债权合同合法有效，则董先生在动产实际交付之时取得动产所有权，原所有权人凯瑟琳的所有权自动消灭，因此凯瑟琳无法向董先生提出物上请求权返还原物之诉，董先生不用返还汽车。

2.董先生诉罗马公司合同撤销案中，合同不可撤销。

罗马公司和董先生之间的汽车买卖合同的准据法是意大利实体法，根据《意大利民法典》，动产买卖合同的买方因为卖方或者第三人的原因丧失动产占有的，有权撤销买卖合同；被撤销的买卖合同自始无效。由于董先生不用向凯瑟琳返还汽车，因此动产买卖合同的买方没有因为卖方或者第三人的原因丧失动产占有，董先生无权撤销买卖合同。

**案例（三）**

香港女子伊莉莎，自幼孤儿，持中英两国护照，因被广东茂名市一男子欺骗感情，只身闯英伦，并发誓终生不嫁任何男人。伊莉莎聪明美丽，刻苦好学，2000年取得牛津大学经济学博士学位，成为英国维多利亚银行一名高管，定居英国伦敦。2015年1月伊莉莎被劳务派遣至维多利亚银行北京分行任副行长，该分行行长荷兰人汤姆（住所和经常居所均在北京市）对其一见钟情，倍加关怀照顾。2018年底伊莉莎突患重病，汤姆动用多方资源，探知荷兰皇家医院美女医生玛丽（中荷双重国籍，住所和经常居所于荷兰）为治疗该种疾病的国际权威医生，便与伊莉莎商议去荷兰皇家医院就医，伊莉莎同意。出于对汤姆的感激，伊莉莎于2019年1月去荷兰之前在北京立一亲笔书写和签名的遗嘱：伊莉莎在英国汇丰银行存款1000万英镑，在汇丰银行上海分行存款2000万英镑，在伦敦价值1000万英镑的别墅一栋，价值1000万元人民币的北京住房一套，在其死后全部归汤姆所有。之后伊莉莎将其在德意志银行北京分行的一亿欧元的银行存折交与汤姆，供在荷兰就医使用。

在荷兰就医期间，主治医生玛丽对伊莉莎产生感情，悉心治疗，伊莉莎很快痊愈，共花费医疗费用2000万欧元。2020年8月，玛丽和伊莉莎在荷兰正式结婚，取得合法结婚证书（荷兰法律允许同性婚姻）。2020年11月，伊莉莎回英国伦敦居住，就任英国维多利亚银行副行长，玛丽仍在荷兰工作。2022年6月伊莉莎在伦敦旧病复发，治疗无效死亡。2023年1月，汤姆在北京市高级人民法院对玛丽提起遗产继承诉讼，请求法院依遗嘱判决其继承伊莉莎的所有遗产。

汤姆诉称：玛丽和伊莉莎系同性婚姻，依中国法律无效，因此其有权依遗嘱继承遗产。

玛丽辩称：其和伊莉莎在荷兰合法缔结婚姻，中国应予以承认。本案继承准据法为英国法，英国法律规定事后婚姻具有使遗嘱无效的法律效力，因此遗嘱无效，汤姆无权继承遗产，请求法院判决伊莉莎所有遗产归其继承。

法院查明：

英国冲突法规定，同性别的人之间缔结婚姻，结婚形式要件和实质要件均适用婚姻缔结地国家的实体法。伊莉莎和玛丽之间的婚姻按照荷兰婚姻法合法有效。《英国遗嘱法》第18条规定，如果立遗嘱人订立遗嘱之后又与他人缔结合法有效的婚姻，该婚姻具有撤销该遗嘱的法律效力，除非情况表明立遗嘱人订立遗嘱之时已经明确将与某一特定人结婚。

英国普通法实行婚姻分别财产制，夫妻各方婚前和婚后财产均属于其个人所有，夫妻之间没有相互抚养的权利和义务。配偶一方死亡又没有任何子女，在没有遗嘱或者遗嘱无效的情况下，被继承人的所有遗产由生存配偶继承。另查明，涉案遗嘱依据中国民法典合法有效。伊莉莎无子女。

请依据我国国际私法法律法规和司法解释，回答下列问题：

**4、 北京市高级人民法院对本案是否享有法定管辖权？为什么？法院对本案应如何识别？为什么？北京市高级人民法院应认定伊莉莎和玛丽分别具有何国国籍？为什么？**

（1）北京市高级人民法院对本案有法定管辖权。

管辖权问题属于民事诉讼程序问题，依据我国《民事诉讼法》第4条，一律适用法院地法律。本案由中国法院受理，因此应依据我国《民事诉讼法》解决管辖权问题。依据《民事诉讼法》第266条，涉外民事诉讼优先适用第四编规定，第四编没有规定的，适用我国国内民事诉讼法的规定。

从级别管辖来看，根据《最高人民法院关于调整高级人民法院和中级人民法院管辖第一审民事案件标准的通知》“高级人民法院管辖诉讼标的额50亿元（人民币）以上（包含本数）或者其他在本辖区有重大影响的第一审民事案件。 ”，本案中，诉讼标的没有达到高级人民法院管辖诉讼标的额50亿元，但本案为涉外案件，涉及同性婚姻效力、遗嘱效力和遗产分割等多个法律问题，且伊莉莎的遗产价值数额巨大，分布在中国和英国，可以被认为是在本辖区内具有重大影响的第一审民事案件，高级法院具有管辖权。

从地域管辖来看，《民事诉讼法》第四编没有关于遗产继承纠纷的规定，应适用《民事诉讼法》第四编以外的第34条规定“下列案件，由本条规定的人民法院专属管辖：……（三）因继承遗产纠纷提起的诉讼，由被继承人死亡时住所地或者主要遗产所在地人民法院管辖。”2022年6月，被继承人伊莉莎死亡，根据《民法典》25条“自然人以户籍登记或者其他有效身份登记记载的居所为住所；经常居所与住所不一致的，经常居所视为住所。”根据《法律适用法司法解释（一）》第13条“自然人在涉外民事关系产生或者变更、终止时已经连续居住一年以上且作为其生活中心的地方，人民法院可以认定为涉外民事关系法律适用法规定的自然人的经常居所地，但就医、劳务派遣、公务等情形除外”，伊莉莎2020年11月至2022年6月生活在英国伦敦，连续居住一年以上，根据题干，伊莉莎自2000年起一直居住在英国伦敦，只因为劳务派遣、就医原因离开过英国，可以推定英国是伊莉莎的生活中心，因此被继承人死亡时住所地是英国。其次，判断被继承人主要遗产所在地人民法院，伊莉莎曾在德意志银行北京分行的一亿欧元的银行存折交与汤姆用于就医，实际花费2000万欧元，因此伊莉莎的遗产包括德意志银行北京分行8000万欧元、英国汇丰银行存款1000万英镑，在汇丰银行上海分行存款2000万英镑，在伦敦价值1000万英镑的别墅一栋，价值1000万元人民币的北京住房一套，北京是伊莉莎的主要遗产所在地，北京法院具有地域管辖权。

综上所述，北京高级人民法院具有法定管辖权。

1. 法院应依中国法，将本案识别为遗嘱效力纠纷。

识别，又称定性，根据《法律适用法》第8条“涉外民事关系的定性，适用法院地法律。”根据中国法律观念，本案同时涉及法定继承和遗嘱效力问题，原被告对法定继承人的范围和遗嘱效力均存在争议。由于继承顺序是先遗嘱继承后法定继承，法定继承以遗嘱继承为前提，因此应将主要问题识别为涉外遗嘱效力纠纷。

1. 伊莉莎具有中国国籍，玛丽具有中国国籍。

根据《国籍法》第3条“中华人民共和国不承认中国公民具有双重国籍。”，伊莉莎同时持有中国和英国护照，玛丽是中国和荷兰的双重国籍。根据《法律适用法》第19条“依照本法适用国籍国法律，自然人具有两个以上国籍的，适用有经常居所的国籍国法律；在所有国籍国均无经常居所的，适用与其有最密切联系的国籍国法律。自然人无国籍或者国籍不明的，适用其经常居所地法律。”

伊莉莎是香港女子，根据《全国人民代表大会常务委员会关于〈中华人民共和国国籍法〉在香港特别行政区实施的几个问题的解释》（下称《国籍法香港解释》）第2条“所有香港中国同胞，不论其是否持有“英国属土公民护照”或者“英国国民（海外）护照”，都是中国公民。”伊莉莎应被认为具有中国国籍。玛丽同时具有中国和荷兰国籍，形成国籍的积极冲突，根据内国国籍优先原则，法院可以只承认玛丽的中国国籍。

1. **玛丽和伊莉莎之间婚姻效力问题是否属于我国国际私法中的先决问题？为什么？该婚姻效力的准据法是何国法律？为什么？涉案遗嘱的效力问题应适用何国法律作为准据法？为什么？写出你认为正确的判决结果，并简要陈述理由。**
2. 遗嘱效力问题的准据法是英国法

根据《法律适用法》第33条“遗嘱效力，适用遗嘱人立遗嘱时或者死亡时经常居所地法律或者国籍国法律。”

首先，判断遗嘱人立遗嘱时和死亡时的经常居所地法律。所谓经常居所地，根据《法律适用法》第13条“自然人在涉外民事关系产生或者变更、终止时已经连续居住一年以上且作为其生活中心的地方，人民法院可以认定为涉外民事关系法律适用法规定的自然人的经常居所地，但就医、劳务派遣、公务等情形除外。”伊莉莎2019年1月立遗嘱时，2015年1月至2019年1月期间居住在北京，连续居住一年以上，但系出于劳务派遣的原因，因此北京不能被认为是伊莉莎立遗嘱时经常居所地。2000年至2015年期间，伊莉莎定居英国伦敦，达到连续居住一年以上且作为生活中心的要求，故伊莉莎立遗嘱时的经常居所地是英国。2022年6月伊莉莎死亡时，2020年11月至2022年6月期间，伊莉莎居住在英国伦敦，连续居住一年以上。根据题干，伊莉莎自2000年起一直居住在英国伦敦，只因为劳务派遣、就医原因离开过英国，可见英国是伊莉莎的生活中心，故伊莉莎立遗嘱时和死亡时经常居所地均为英国。

其次，判断遗嘱人伊莉莎立遗嘱时和死亡时国籍国法律，根据上述《国籍法香港解释》，法院应将伊莉莎认为是中国公民，根据《法律适用法》第19条“依照本法适用国籍国法律，自然人具有两个以上国籍的，适用有经常居所的国籍国法律；在所有国籍国均无经常居所的，适用与其有最密切联系的国籍国法律。自然人无国籍或者国籍不明的，适用其经常居所地法律。”伊莉莎具有两个以上国籍，应适用有经常居所的国籍国法律，前段分析可得，伊莉莎立遗嘱时和死亡时经常居所地均为英国，应适用有经常居所的国籍国法律，即英国法律。此时《国籍法香港解释》和《法律适用法》第19条发生冲突，《法律适用法》是法律，在效力上优于司法解释，并且，《法律适用法》第19条指明“依照本法适用国籍国法律……”，说明《法律适用法》更具有针对性和特殊性，因此应优先适用《法律适用法》第19条，伊莉莎的立遗嘱时和死亡时国籍国为英国。【和之前结论“伊莉莎应被认为具有中国国籍。玛丽同时具有中国和荷兰国籍，形成国籍的积极冲突，根据内国国籍优先原则，法院可以只承认玛丽的中国国籍。”相矛盾？？？？？？？】

-1说理不充分

综上所述，遗嘱效力问题应适用英国法律。

（2）婚姻效力问题属于我国国际私法中的先决问题

先决指法院在处理国际私法案件的争议问题时，该争议问题的解决以另一个问题的解决为先决条件。

首先，要构成先决问题，主要问题依法院地国冲突规范必须以外国法为准据法。本案的主要问题是遗嘱效力问题，应适用英国法为准据法。其次，婚姻效力问题能够作为一个单独的问题向法院提出，并且有自己的冲突规范可供援引。最后，在确定先决问题准据法时，适用法院地国冲突规范和适用主要问题准据法所属国冲突规范会导致不同国家实体法的适用，并最终不同的判决结果。适用法院地国，即中国冲突规范的结果是导致中国实体法的适用，根据主要问题准据法所属国，即英国冲突规范的结论是，“同性别的人之间缔结婚姻，结婚形式要件和实质要件均适用婚姻缔结地国家的实体法。”，伊莉莎和玛丽之间的婚姻按照荷兰婚姻法合法有效，适用法院地冲突规范和适用主要问题准据法所属国冲突规范会导致不同国家实体法的使用，并分别产生婚姻无效和有效的后果。

综上所述，婚姻效力问题属于我国国际私法的先决问题。

（3）婚姻效力的准据法是荷兰法。

根据《法律适用法》第10条“涉外民事争议的解决须以另一涉外民事关系的确认为前提时，人民法院应当根据该先决问题自身的性质确定其应当适用的法律。”主要问题准据法国家英国的冲突规范规定“同性别的人之间缔结婚姻，结婚形式要件和实质要件均适用婚姻缔结地国家的实体法。”玛丽和伊莉莎的婚姻缔结地为荷兰，因此应适用荷兰法，双方婚姻合法有效。

1. 我认为正确的判决结果：遗嘱不发生效力，伊莉莎的遗产由玛丽继承。

遗嘱效力适用英国法律，《英国遗嘱法》第18条规定，如果立遗嘱人订立遗嘱之后又与他人缔结合法有效的婚姻，该婚姻具有撤销该遗嘱的法律效力，除非情况表明立遗嘱人订立遗嘱之时已经明确将与某一特定人结婚。伊莉莎在订立遗嘱后，又和玛丽订立合法有效的婚姻，具有撤销该遗嘱的法效力，在伊莉莎死亡时，其不存在合法有效的遗嘱，且无子女，其所有遗产由生存配偶玛丽继承。

**案例（四）**

2015年5月，英国人汤姆在香港注册设立香港艺术品寻源有限责任公司（简称香港寻源公司），主要从事受托寻找他人丢失的名人字画等艺术品的业务。香港寻源公司主营业地在北京市海淀区，雇有不同国籍的职员10名。

2018年10月，香港寻源公司的德国籍职员沃尔夫因公在德国出差期间，在德国法兰克福展览会上偶然发现了其德国朋友斯特先生丢失的一幅梵高油画。沃尔夫成功将该幅油画从展览会上盗出，带到瑞士，存放于香港寻源公司租赁的瑞士品德银行的保险柜中。2021年5月1日，沃尔夫拜访其好友斯特先生（住所和经常居所均在德国柏林），在斯特先生家中，两人谈起斯特先生多年前丢失的梵高油画。沃尔夫告诉斯特其现在受雇于专业寻找丢失艺术品的香港寻源公司，该公司已经掌握了关于该幅梵高油画下落的一些重要信息。

沃尔夫随即拿出香港寻源公司的艺术品寻找委托合同范本，询问斯特是否愿意正式委托香港寻源公司寻找该幅梵高油画，斯特犹豫片刻之后表示同意。随后沃尔夫代表香港寻源公司和斯特先生在斯特家中签订了寻找梵高油画的委托合同，合同约定斯特先生承担香港寻源公司为寻找该幅梵高油画支付的所有差旅费用，香港寻源公司找到并将该幅梵高油画交付给斯特先生后，斯特先生向香港寻源公司支付委托费用100万欧元。委托合同争议解决条款约定中华人民共和国北京市人民法院对因该合同发生的一切争议享有排他性管辖权，合同争议适用《瑞士债务法典》作为合同准据法。

一周之后，斯特先生从其在瑞士品德银行工作的朋友处得知香港寻源公司已经找到该幅梵高油画并将其存放在瑞士品德银行的事实真相，2021年5月10日斯特先生以香港寻源公司订立委托合同时故意隐瞒事实真相构成欺诈为由，要求撤销委托合同，遭到香港寻源公司拒绝。2021年5月12日，斯特先生知悉其依据《瑞士债务法典》享有单方面撤销合同的权利后，立即在北京市中级人民法院起诉香港寻源公司，请求法院判决解除原被告之间的委托合同，被告向原告交付被告非法占有的该幅梵高油画，并返还原告已经支付给被告的差旅费50万欧元。

北京市中级人民法院审理查明：涉案梵高油画原属于斯特先生所有，2010年12月在斯特先生住所被盗。2021年5月5日，原告斯特先生向被告香港寻源公司支付差旅费50万欧元。

请依据我国国际私法法律法规和司法解释，回答下列问题：

**6、原被告之间的法律选择协议是否有效？本案委托合同的准据法应是何国法律？为什么？本案梵高油画的所有权归属问题应当适用何国法律？为什么？**

（1）原被告之间的选择协议有效，应以《瑞士债务法典》为准据法。

首先，本案由北京市中院审理，应适用我国的《法律适用法》作为冲突法。

其次，需要对本案的主要问题进行定性，根据《法律适用法》第8条“涉外民事关系的定性，适用法院地法律。”原被告之间存在委托合同纠纷。

最后，根据《法律适用法》第16条规定：“代理适用代理行为地法律，但被代理人与代理人的民事关系，适用代理关系发生地法律。当事人可以协议选择委托代理适用的法律。”根据国际私法理论，法律选择协议的性质是以法律选择本身为内容的合同，关于法律选择协议成立和效力的准据法，一般存在三种解决办法：法院地法；主合同最密切联系地法；当事人选择的法律。

本案法院地为北京中院，合同签订地为德国，履行地，即找到油画地点为德国，双方当事人的经常居住地分别在德国和中国香港，因此主合同最密切联系地为德国，当事人选择的法律是《瑞典债务法典》，由于德国法和瑞典法都无法查明，因此根据《法律适用法》第10条第2款“不能查明外国法律或者该国法律没有规定的，适用中华人民共和国法律。”依据中国法判断法律选择协议的效力。

从缔约能力上看，双方当事人均具有缔约能力；从法律选择形式上看，属于明示选择、书面选择；从法律选择范围来看，我国《法律适用法解释》第5条表明，当事人可以选择与系争涉外民事关系没有实际联系的法律，此外，双方当事人在法律选择上意思表示真实，法律选择有效。本案应适用《瑞典债务法典》作为委托代理合同的准据法。

1. 本案梵高油画的所有权归属问题应适用德国法为准据法。

根据《法律适用法》第37条“当事人可以协议选择动产物权适用的法律。当事人没有选择的，适用法律事实发生时动产所在地法律。”本案中，当事人斯通先生和寻源公司没有协议选择动产物权适用的法律，应适用法律事实发生时的法律，所谓法律事实，即寻源公司获取该幅梵高油画的事实，此时油画位于德国，故，油画所有权归属应适用德国法。

**案例（五）**

原告阿卜杜勒（男，34岁，巴基斯坦国籍，住所地和经常居所地：上海市闵行区）与妻子、女儿、岳母原定2020年12月31日从上海乘飞机到卡拉奇。由于没有从上海到卡拉奇的直达航班，阿卜杜勒于2020年12月29日购买了由第三人香港国泰航空公司（登记地、主营业地和住所地：中国香港国泰城）作为出票人的机票，机票列明的航程安排为：2020年12月31日11点，原告阿卜杜勒在上海浦东机场乘坐被告中国东方航空公司（登记地、主营业地和住所地：上海市浦东新区国际机场大道）的MU703航班至香港；同日16点乘坐第三人香港国泰航空公司的航班至卡拉奇。机票背面条款载明该合同适用中华人民共和国法律，合同争议由英国伦敦法院管辖。该机票为打折票，机票上注明不得退票、不得转签。2020年12月30日15点，浦东机场开始下中雪，导致该日104个航班延误。次日因需处理飞机除冰等问题，从浦东机场起飞的航班有142架次被延误，MU703航班由于天气原因延误3小时22分钟起飞，以至阿卜杜勒一行到达香港机场后，未能赶上国泰航空公司飞往卡拉奇的衔接航班。

在浦东机场候机时，原告阿卜杜勒及家属已经意识到MU703航班延迟到达香港，多次到被告东方航空公司的服务台询问如何处理。东方航空公司工作人员让阿卜杜勒填写了《续航情况登记表》，并表示填好表格后会帮助解决。阿卜杜勒及家属到达香港后，东方航空公司工作人员向原告阿卜杜勒告知了两个处理方案：其一为阿卜杜勒在香港机场等候三天，然后搭乘国泰航空公司下一航班，三天费用自理；其二为原告阿卜杜勒自行出资购买其他航空公司的机票至卡拉奇，约需费用2.5万港元。阿卜杜勒当即表示这两个方案均无法接受。阿卜杜勒的妻子杜琳因携带着婴儿，在焦虑、激动中给上海东方航空公司打电话，但工作人员已经下班。最终经香港机场工作人员交涉，阿卜杜勒一行购买了阿联酋航空公司的机票及行李票，搭乘该公司航班绕道迪拜到卡拉奇。为此，阿卜杜勒支出机票款4721港元、行李票款759港元，共计5480港元。2021年12月10日，原告阿卜杜勒以中国东方航空公司为被告，向上海市浦东新区人民法院提起航空旅客运输合同损害赔偿诉讼，香港国泰航空公司以第三人身份参加诉讼。

原告阿卜杜勒认为，原被告之间存在合法有效的航空旅客运输合同，被告航班的延误行为，将原告阿卜杜勒一行陷入走无法走、留无法留的两难境地。原告迫于无奈，购买了阿联酋航空公司从香港经迪拜到卡拉奇的机票，为此付出机票款和行李票款共5480港元。被告东方航空公司未按时将原告从上海送往香港，已经构成违约；航班延误后，东方航空公司又违背了自己作出的承诺，拒绝为原告重新安排从香港到卡拉奇的航程，存在重大过错。请求法院判令东方航空公司赔偿原告的经济损失人民币5990元，并负担本案诉讼费。

被告东方航空公司辩称：首先，被告承担的是上海——香港段运输责任，只要将原告阿卜杜勒送到香港，被告在该合同中的义务就已经履行完毕，因此被告没有违约。其次，原告阿卜杜勒购买的是由第三人香港国泰航空公司作为出票人的机票，阿卜杜勒与被告之间不存在运输合同关系，被告系以香港国泰公司代理人身份运送原告及其家属，被告运输行为的法律后果应当由被代理人香港国泰航空公司承担。再次，12月31日的MU703航班延误是天气原因造成的，被告和第三人对该航班延误均不承担责任。关于原告阿卜杜勒12月31日在浦东机场填写的表格，被告东方航空公司庭审中表示已经找不到了。第三人香港国泰航空公司认为MU703航班延误是天气原因造成的，属于不可抗力，被告和第三人对该航班延误均不应承担责任。

请依据我国国际私法法律法规和司法解释，回答下列问题：

**7、本案机票背面选择英国法院的法院选择条款是否合法有效？为什么？上海市浦东新区人民法院对本案是否拥有合法管辖权？为什么？**

（1）机票背面的法院选择条款无效。

法院选择条款是管辖权问题，依据《民事诉讼法》第4条，一律适用法院地法律，本案由上海市浦东新区人民法院审理且为涉外纠纷，故应优先适用我国《民事诉讼法》第四编规定，第四编没有规定的，应适用第四编以外的《民事诉讼法》规定。

《民事诉讼法》第四编没有关于协议管辖的规定，故应适用第35条“合同或者其他财产权益纠纷的当事人可以书面协议选择被告住所地、合同履行地、合同签订地、原告住所地、标的物所在地等与争议有实际联系的地点的人民法院管辖，但不得违反本法对级别管辖和专属管辖的规定。”机票背面条款约定该合同争议由英国伦敦法院管辖，但英国伦敦与本案争议没有实际联系，该法院选择条款无效。

（2）上海市浦东新区人民法院对本案具有合法管辖权。

法院选择条款是管辖权问题，依据《民事诉讼法》第4条，一律适用法院地法律，本案由上海市浦东新区人民法院审理且为涉外纠纷，故应优先适用我国《民事诉讼法》第四编规定，第四编没有规定的，应适用第四编以外的《民事诉讼法》规定。

《民事诉讼法》第四编没有关于航空运输损害赔偿诉讼的规定，应适用第四编以外的其他规定。从级别管辖来看，根据《最高人民法院关于涉外民商事案件管辖若干问题的规定》第1条“基层人民法院管辖第一审涉外民商事案件，法律、司法解释另有规定的除外。”，上海市浦东新区法院具有级别管辖权。从地域管辖来看，应适用第28条“因铁路、公路、水上、航空运输和联合运输合同纠纷提起的诉讼，由运输始发地、目的地或者被告住所地人民法院管辖。”本案中，阿卜杜勒和中国东方航空公司的航空运输合同运输始发地是上海，目的地是卡拉奇，被告住所地是上海浦东新区，因此上海浦东新区法院有地域管辖权。综上所述，上海市浦东新区法院有法定管辖权。

**8、被告东方航空公司是否享有代理权的问题应适用何国法律作为准据法？为什么？被告东方航空公司和第三人香港国泰航空公司之间法律关系的准据法是何国法律？为什么？机票背面选择中国法律的法律选择协议是否合法有效？为什么？涉案航空旅客运输合同的准据法是何国法律？为什么？**

（1）被告东方航空公司是否享有代理权的问题应适用中国法。

根据《法律适用法》第16条“代理适用代理行为地法律，但被代理人与代理人的民事关系，适用代理关系发生地法律。当事人可以协议选择委托代理适用的法律。”由于本案中，并不存在当事人协议选择法律的情形，故而应当适用第16条第1款。东方航空公司主张自己是香港国泰公司的代理人，所从事的运输行为属于代理行为，属于相对人阿卜杜勒和东方航空公司之间的纠纷，应适用代理行为地法律，代理行为地在中国，因此应适用中国法。

（2）被告东方航空公司和第三人香港国泰航空公司之间法律关系的准据法是中国法。

东方航空公司和第三人香港国泰航空公司之间的法律关系是代理人与被代理人的民事关系，适用代理关系发生地法律，在本案中，东方航空公司与香港国泰航空公司之间的代理关系发生于阿卜杜勒2020年12月29日购买机票时，即代理关系发生于上海，故涉案航空旅客运输合同的准据法是中国法。

（3）机票背面选择中国法律的法律选择协议有效，涉案航空旅客运输合同的准据法是中国法。

《法律适用法》第2条规定“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。”根据《民用航空法》第188条“民用航空运输合同当事人可以选择合同适用的法律，但是法律另有规定的除外；合同当事人没有选择的，适用与合同有最密切联系的国家的法律。”因此，民用航空运输合同当事人能够选择合同适用的法律。国际私法理论认为，选择法律的实质是法律选择协议，就法律选择协议效力的准据法，有三种解决办法：适用法院地法；适用主合同最密切联系地法律；适用当事人选择的法律。本案中，法院地法和当事人选择的法律都是中国法，主合同为航空旅客运输合同，始发地在上海，目的地是香港，当事人阿卜杜勒和东方航空公司的经常居所地都在上海，因此最密切联系地为中国。故，应适用中国法判断法律选择协议是否有效。从缔约能力来看，双方当事人均有缔约能力；从法律选择形式来看，采用明示选择、书面选择；从法律选择范围来看，《法律适用法解释》第5条表明，当事人可以选择与系争涉外民事关系没有实际联系的法律，此外，双方当事人在法律选择上意思表示真实，法律选择有效。本案应适用中国法作为准据法。

**案例（六）**

2018年4月至10月间，原告上海武进经纬纺织有限公司（住所地、经常居所地和注册登记地均在上海）将多个集装箱货物交付给两被告北京华夏企业货运有限公司（简称北京华夏，住所地、经常居所地和注册登记地均在北京）和华夏货运有限公司（简称华夏货运，住所地、经常居所地和注册登记地均在中国香港九龙）从上海出运，被告北京华夏代华夏货运公司出具了编号为SHHX项下的共计19套该公司的记名提单，承运原告所有的货物自中国上海至美国德克萨斯、长滩等地。提单记载的托运人均为原告，收货人为不同记名人。涉案提单背面条款均载明：提单项下纠纷，如货物出入美国境内，应适用《1936年美国海上货物运输法》和《美国联邦提单法》。装运港均为中国上海，目的港均为美国港口。华夏货运确认涉案货物由其具体负责承运，涉案货物已由其在目的港的代理进行了实际交付。

因原告国际贸易合同的买方一直没有付款买单，原告现仍持有上述提单正本。经调查涉案货物在目的港已被提取，原告据此认为两被告在出运涉案货物过程中存在欺诈行为，违反了提单所证明的海运合同的约定，严重侵犯了原告作为正本提单持有人的合法权利，于2022年1月在上海海事法院提起无单放货损害赔偿诉讼，请求判令两被告连带赔偿货物损失1，093，971.32美元及上述款项自起诉之日起按中国人民银行贷款利率计算产生的利息损失。

被告北京华夏辩称，其和华夏货运在北京签订了委托代理合同，其按照代理合同在中国大陆实施代理行为，与原告没有任何法律关系，请求驳回原告的诉请。被告华夏货运辩称，涉案提单条款载明应适用《1936年美国海上货物运输法》和《美国联邦提单法》，根据美国法律，被告无单放货符合法律规定，系履行海运合同的合法行为，请求驳回原告的诉请。

针对被告华夏货运的答辩，原告主张，首先，原告提起的是侵权诉讼，当事人之间权利义务关系不受提单条款的约束，因此提单背面约定适用美国法律的条款无效。本案侵权结果发生地在上海，因此本案应适用中国法律，即我国海商法。其次，即使法院认定本案属于合同纠纷，由于原告根本不知悉提单背面的法律选择条款，该条款系被告单方意思表示，违背我国《海商法》第269条，亦应属于无效。

法院查明：《美国联邦提单法》第二条、第九条（b）款规定，承运人向记名提单的记名收货人交付货物时，不负有要求记名收货人出示或提交记名提单的义务。

《中华人民共和国海商法》第71条规定：“提单，是指用以证明海上货物运输合同和货物已经由承运人接收或者装船，以及承运人保证据以交付货物的单证。提单中载明的向记名人交货物，或者按照指示人的指示交付货物，或者向提单持有人交付货物的条款，构成承运人据以交付货物的保证。”

请依据我国国际私法法律法规和司法解释，回答下列问题：

1. **上海海事法院应适用何国法律和如何识别本案？为什么？提单背面选择美国法律的法律选择条款是否有效？为什么？本案无单放货损害赔偿问题应适用何国/何地法律？为什么？本案诉讼时效问题应适用何国/何地法律？为什么？示范：**

（1）上海海事法院应适用中国法识别本案，并识别为海上货物运输合同纠纷。

本案由上海海事法院审理，应适用中国《法律适用法》，根据《法律适用法》第8条“涉外民事关系的定性，适用法院地法律。”因此，上海海事法院应适用中国法对案件进行识别。

本案原告是托运人和正本提单持有人，被告是承运人，《海商法》第71条规定：“提单是指用以证明海上货物运输合同和货物已经由承运人接收或者装船，以及承运人保证据以交付货物的单证。提单中载明的向记名人交付货物，或者按照指示人的指示交付货物，或者向提单持有人交付货物的条款，构成承运人据以交付货物的保证。”鉴于提单是海上货物运输合同的证明，承运人交付货物的权利义务，正是该提单准据法为承运人履行海上货物运输合同所规定的权利义务。因此，作为托运人和提单持有人的原告向作为承运人的被告北京华夏依据提单提起的货物交付纠纷，应属于海上货物运输合同纠纷。因此，原告将本案纠纷定性为侵权纠纷不当。

（2）提单背面选择美国法律的法律选择条款有效

《海商法》269条规定：“当事人可以协议选择合同适用的法律。”本案属于涉外运输合同纠纷，且提单可以作为双方合同关系的证明，故而当事人双方可以在提单背面选择美国法作为合同准据法。国际私法理论认为，选择法律的实质是法律选择协议，就法律选择协议效力的准据法，有三种解决办法：适用法院地法；适用主合同最密切联系地法律；适用当事人选择的法律。本案中，法院地法是中国法，主合同为海上货物运输合同，装运港均为中国上海，目的港均为美国港口，原被告均为登记注册在中国的公司，主合同最密切联系地为中国，当事人选择的法为美国。由于美国关于法律选择协议的法律都无法查明，因此根据《法律适用法》第10条第2款“不能查明外国法律或者该国法律没有规定的，适用中华人民共和国法律。”故从三个解决办法都会导致依据中国法判断法律选择协议的效力。从缔约能力来看，双方当事人均有缔约能力；从法律选择形式来看，采用明示选择、书面选择；从法律选择范围来看，《法律适用法解释》第5条表明，当事人可以选择与系争涉外民事关系没有实际联系的法律，此外，双方当事人在法律选择上意思表示真实，法律选择有效。本案应适用美国法作为准据法。

1. 本案无单放货损害赔偿问题，属于运输合同纠纷的一部分，应适用涉案海上货物运输合同的准据法，即美国法。依据《法律适用法》第2条规定“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。”以及《海商法》第275条“海事赔偿责任限制，适用受理案件的法院所在地法律。”，本案由中国法院受理，因此无单放货损害赔偿涉及的海事赔偿责任限制部分，应适用中国法。

（4）本案诉讼时效问题应适用美国法。

《法律适用法》第7条规定“诉讼时效，适用相关涉外民事关系应当适用的法律。”，本案基础法律关系适用美国法，那么，本案诉讼时效也应适用美国法。

**10、北京华夏是否享有合法代理权的问题应适用我国大陆法律、我国香港法律还是美国法律？为什么？涉案委托代理合同的准据法是何国/何地法律？为什么？ 写出你认为正确的判决结果，并简要说明理由。**

（1）北京华夏是否享有合法代理权的问题应适用中国内地法律。

根据《法律适用法》第16条规定，代理适用代理行为地法律，但被代理人与代理人的民事关系，适用代理关系发生地法律。当事人可以协议选择委托代理适用的法律。本案中，并不存在当事人协议选择法律的情形，代理权问题属于被代理人和代理人之间民事关系，应适用代理行为地法律，故而认定北京华夏是否有合法代理权，应根据代理发生地法，由北京华夏和原告均位于中国且货物在中国交付可推知，应适用中国内地法律。

1. 涉案委托代理合同的准据法是中国内地法律。

根据《法律适用法》第41条“当事人可以协议选择合同适用的法律。当事人没有选择的，适用履行义务最能体现该合同特征的一方当事人经常居所地法律或者其他与该合同有最密切联系的法律。”本案中，当事人没有协议选择法律，应根据特征履行方式和最密切联系原则确定适用法。在委托合同中，代理人的代理义务应当为最能体现合同特征的义务，故而代理人华夏货运？？？？？？？？？？？？？？？？？经常居所所在地应当为适用履行义务最能体现该合同特征的一方当事人经常居所地，即香港。如果人民法院根据最密切联系原则确定合同争议应适用的法律，本案的合同履行地为香港，合同当事人一方也为香港法人，故而可以认定香港为本案的最密切联系地。

因此，本案可以选择香港法律作为委托代理合同的准据法。与上文结论相矛盾！！！

-1说理不充分

1. 最正确的判决结果：对原告的诉讼请求不予支持。

本案为海上货物运输合同纠纷，当事人于提单背面协议选择适用《1936年美国海上货物运输法》和《美国联邦提单法》有效。根据美国法律，被告无单放货符合法律规定，系履行海运合同的合法行为，故而被告对于本案货物的损失并不存在任何过错。因此，对原告损害赔偿的请求不予支持。

# 小狗丢失案

北京人小毛在我国台湾旅游期间丢失宠物狗，小毛因旅游时间紧张，又不懂法律，寻找数小时未果后便独自返回北京。在台湾旅游的德国人克里斯托弗发现该狗，报台湾失物招领处。克里斯托弗5个月后携狗去瑞士旅游，在瑞士旅游12个月后回德国，一年后携狗来北京旅游，小毛发现其宠物狗后要求索回遭拒，向发现地海淀区人民法院提起返还原物之诉。

准据法：法律事实发生时物之所在地法

我国《民法典》第318条 遗失物自发布招领公告之日起一年内无人认领的，归国家所有.

我国台湾民法典：取得时效6个月

瑞士民法典：取得时效5年

德国民法典：动物不是物。

# 所有权保留案例：

我国《民法典》第641条：当事人可以在买卖合同中约定买受人未履行支付价款或者其他义务的，标的物的所有权属于出卖人。出卖人对标的物保留的所有权，未经登记，不得对抗善意第三人。

德国《分期付款买卖法》第1条：所有权保留约定必须采用书面形式。

我国台湾地区《动产担保交易法》第5条：所有权保留约定非经以书面形式为之不得成立，非经登记不得对抗善意第三人。

福州公司和德国汉堡公司在福州订立货物出口合同，书面买卖合同约定货款分五期支付，由台湾承运人承运货物；卖方福州公司将货物运至台湾，由台湾承运人在台湾装船后运至汉堡；货款付清前货物所有权属于福州公司。

汉堡公司支付了两期共15%货款后宣告破产，汉堡公司的债权人德国银行申请德国法院扣押拍卖了该批货物。福州公司向福州中院起诉德国银行要求损害赔偿。

# 案例分析示例

中国公民倩倩和菁菁系南开大学同班同学，住所和经常居所均在中国天津市滨海新区。2020年5月20日，倩倩的朋友凯凯（美国公民，住所和经常居所均在德国）通过邮政汇款给倩倩汇款1000美元，以庆祝倩倩生日。因凯凯将收款人姓名误写成了菁菁，倩倩一直未收到汇款，菁菁收到汇款通知后提取并消费了该1000美元。2023年3月凯凯调查得知菁菁提取了汇款，要求菁菁将1000美元交付给倩倩，菁菁明确拒绝。2023年6月凯凯在天津滨海新区法院对菁菁提起返还不当得利诉讼，请求菁菁返还1000美元。依据我国国际私法，下列选项正确的是（AD）

A. 原被告之间的不当得利纠纷应适用中国实体法律

B. 原被告之间的不当得利纠纷应适用美国实体法律

C. 返还不当得利的诉讼时效应适用德国法律

D. 天津滨海新区法院对本案有合法管辖权

本案原告凯凯是美国公民，根据《法律适用法司法解释（一）》第一条“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”规定，本案具有涉外因素，属于涉外不当得利纠纷。《法律适用法》第四十七条“不当得利、无因管理，适用当事人协议选择适用的法律。当事人没有选择的，适用当事人共同经常居所地法律；没有共同经常居所地的，适用不当得利、无因管理发生地法律。”该条是有条件选择适用的冲突规范，顺序依次是①当事人协议选择适用的法律、②共同经常居所地法律、③不当得利发生地法律。首先，题干中未提及原被告有协议选择法律的行为；

其次，原告凯凯的经常居所地在德国，被告菁菁的经常居所地在中国天津市滨海新区，因此原被告之间也没有共同经常居所地，故本案应适用不当得利发生地法律。

由题干“菁菁收到汇款通知后提取并消费了该1000美元”可知，不当得利发生地在天津，因此本案应适用中国法律。又因为《法律适用法》第9条拒绝反致，故本案准据法为中国实体法律。故A项正确，B项错误。

《法律适用法》第7条规定“诉讼时效，适用相关涉外民事关系应当适用的法律。” 由上一部分论述可知，本案不当得利法律关系准据法为中国法，故诉讼时效问题也应该适用中国法。C选项认为适用德国法，故C项错误。

管辖权问题属于程序法问题，根据我国《民事诉讼法》第四条“凡在中华人民共和国领域内进行民事诉讼，必须遵守本法。” 凯凯在天津滨海新区法院对菁菁提起返还不当得利诉讼，因此管辖权问题应当适用我国《民事诉讼法》。

根据《民事诉讼法》第266条和第22条“对公民提起的民事诉讼，由被告住所地人民法院管辖；被告住所地与经常居住地不一致的，由经常居住地人民法院管辖。”本案被告菁菁住所地与经常居所地一致，均为中国天津市滨海新区，因此天津滨海新区法院对本案享有地域管辖权。

关于级别管辖，《关于涉外民商事案件诉讼管辖若干问题的规定》规定，中级人民法院管辖争议标的额大的涉外民商事案件，对于天津，要求标的额达到4000万元以上。本案的标的额仅有1000美元，不符合标的额大的情形，因此应该归基层人民法院管辖，即天津滨海新区法院对本案有级别管辖权。

综上所述，天津滨海新区法院对本案享有合法管辖权，D项正确。

中国海外工程公司（登记地和主营业地均在北京）在承揽波兰高速公路建设工程时签订了一系列分包合同和买卖合同，并向中国进出口银行（登记地和主营业地均在北京）申请开立了以波兰财政部为受益人的独立保函，独立保函第1条定义条款载明适用《见索即付保函统一规则》，第2条法律适用条款载明因保函引起的争议适用英国法律。后波兰财政部（主营业地在波兰）以中国海外工程公司建设的工程质量瑕疵为由要求中国进出口银行支付独立保函约定的款项，中国海外工程公司以波兰财政部和中国进出口银行为被告、以波兰财政部的索赔行为构成独立保函欺诈为由向北京市中级人民法院起诉，请求法院颁发支付令，禁止中国进出口银向波兰财政部付款。

依我国国际私法，下述选项正确的是（ ）

A. 法院应将本案识别为涉外合同履行纠纷

B. 涉案保函争议的准据法是英国实体法律

C. 涉案保函争议的准据法是《见索即付保函统一规则》D. 涉案保函争议的诉讼时效问题应适用英国法律

方案（1）《法律适用法》第八条“涉外民事关系的定性，适用法院地法律”本案由北京市中级人民法院受理，因此应当适用中华人民共和国法律和法律观念进行识别。依据我国法律和法律观念，银行与非银行金融机构出具的书面保证书叫做保函，因此保函是一种特殊的保证，本质上是合同，而在商事领域，为了提高交易效率，一些保函独立于基础法律关系，不受基础法律关系的影响，这种具有独立性的保函就是独立保函，因此从则个意义上讲，独立保函本质上是完全独立的一个合同。

本案独立保函受益人波兰财政部请求开立人中国进出口银行履行保函约定的义务，而原告申请人中国海外工程公司认为波兰财政部的索赔行为构成独立保函欺诈，提起本案诉讼，请求法院颁发止付令，意在阻止中国进出口银行履行合同义务。

波兰财政部向中国进出口银行索赔属于行使合同权利，中国进出口银行付款属于履行合同义务。原告认为存在独立保函欺诈，开立人不应当履行合同义务；被告波兰财政部认为开立人应当履行合同义务。因此本案争议核心就在于合同是否应当履行，因此本案属于合同履行纠纷，又根据《法律适用法司法解释（一）》规定，案涉合同争议的一方当事人主营业地位于波兰的波兰财政部为外国法人，本案具有涉外因素，因此本案应当识别为涉外合同履行纠纷，A选项正确。

根据《法律适用法》第四十一条“当事人可以协议选择合同适用的法律。当事人没有选择的，适用履行义务最能体现该合同特征的一方当事人经常居所地法律或者其他与该合同有最密切联系的法律。”

本案为涉外合同履行纠纷，独立保函第2条法律适用条款载明因保函引起的争议适用英国法律，表明当事人协议选择适用英国法，并且根据《法律适用法》第九条我国拒绝反致，因此本案的准据法为英国实体法律。B选项正确。

《见索即付保函统一规则》规定在独立保函的第1条定义条款中，表明对保函相关概念或定义的解释应当适用该规则，该条款并没有约定争议的解决问题，表明当事人的本意是将该规则作为合同的条款来对待的，属于合同并入条款。

并且《最高人民法院关于审理独立保函纠纷案件若干问题的规定》第五条明确规定：“独立保函载明适用《见索即付保函统一规则》等独立保函交易示范规则，或开立人和受益人在一审法庭辩论终结前一致援引的，人民法院应当认定交易示范规则的内容构成独立保函条款的组成部分。”该规则属于合同条款的一部分，并不是当事人所选择的准据法。C选项错误。

《法律适用法》第七条规定“诉讼时效，适用相关涉外民事关系应当适用的法律。”即诉讼时效的准据法与其所属的基础民商事法律关系的准据法保持一致。由上一部分论述可知，本案争议根据当事人意思自治适用英国法作为准据法，因此本案基础民商事法律关系的准据法是英国法，因此诉讼时效问题也应该适用英国法。故D项正确。

方案（2）

本案当事人之一波兰财政部属于外国法人，符合《法律适用法司法解释（一）》第一条“（一）当事人一方或双方是外国法人”之情形，因此本案为涉外案件。

首先，中国海外工程公司主张案涉基础合同履行过程中，波兰财政部在索款函中谎称其建设的工程存在质量瑕疵，欺诈性索取独立保函项下款项，侵害中国海外工程公司公司财产利益，请求法院颁发止付令。

根据原告诉讼主张，波兰财政部的行为是独立保函欺诈行为，属于民事侵权行为。本案中国海外工程公司是独立保函申请人，中国进出口银行是独立保函开立人，波兰财政部是独立保函受益人，本案是三方当事人之间围绕独立保函欺诈而产生的侵权争议，应识别为侵权纠纷。

其次，本案申请人与受益人之间有基础合同关系，但原告未就基础合同纠纷提起诉讼；本案原告和被告波兰财政部之间不存在保函合同关系，故本案不属于合同履行纠纷，A项错误。

独立保函第1条“定义条款”载明适用《见索即付保函统一规则》（URDG758），依据《最高人民法院关于审理独立保函纠纷案件若干问题的规定》第五条“独立保函载明适用《见索即付保函统一规则》等独立保函交易示范规则，或开立人和受益人在一审法庭辩论终结前一致援引的，人民法院应当认定交易示范规则的内容构成独立保函条款的组成部分。”可见该规则属于合同条款的一部分，并不是当事人所选择的准据法。C选项错误。

独立保函第2条“法律适用条款”载明因保函引起的争议适用英国法律。该条款约定于本案独立保函欺诈索赔之前，即本案侵权事件发生之前。

依据《法律适用法》第44条，侵权行为法律关系当事人无权在侵权事件发生之前协议选择法律，因此独立保函约定适用英国法律的条款违背《法律适用法》第44条，无效。依据该条规定，由于各方当事人没有共同经常居所地，应当适用侵权行为地法律作为侵权准据法。

本案被告波兰财政部向中国进出口银行请求支付款项，原告认为该请求属于欺诈性索赔，索赔行为和索赔结果均发生在该银行主营业地即北京，因此涉案侵权行为实施地和结果发生地均在北京，故涉案保函争议的准据法是我国实体法律，B选项错误。

《法律适用法》第七条“诉讼时效，适用相关涉外民事关系应当适用的法律。”即诉讼时效的准据法与其所属的基础民商事法律关系的准据法保持一致。基于以上分析本案基础民商事关系的准据法是我国法律，因此诉讼时效问题也应该适用我国法律。故D项错误。

中国公民霍某2001年赴德国留学，任职于德国柏林大学，定居德国柏林。霍某和中国公民莎莎2010年在北京结婚，婚后霍某回德国生活工作；莎莎生活在北京，经常居所在北京。2015年5月霍某申请取得了德国国籍。2017年霍某与莎莎在德国柏林生下女儿霍小莎。2018年8月霍某和莎莎在北京订立一份两人亲笔签字的《共同遗嘱》，约定霍某和莎莎中首先死亡的一方的所有遗产归生存的一方所有；两人都死亡时，两人的所有遗产均由霍小莎继承。2019年10月霍某因病在德国柏林死亡。霍某在中德两国均有银行存款若干，在德国柏林有一栋住房。依据我国国际私法，下列选项正确的是（ABCD）

A. 霍小莎拥有中华人民共和国国籍 B.《共同遗嘱》内容是否有效的问题应当适用德国法律

C.《共同遗嘱》的形式如果符合中国法律，则法院应认定遗嘱形式有效。D. 霍某和莎莎的夫妻财产关系问题应适用德国法律

理由：A：我国《国籍法》第五条 父母双方或一方为中国公民，本人出生在外国，具有中国国籍；但父母双方或一方为中国公民并定居在外国，本人出生时即具有外国国籍的，不具有中国国籍。依据该条规定，霍小莎是否具有中国国籍，取决于其父母是否有中国国籍以及是否定居国外。根据题干介绍，霍小莎父亲霍某定居德国柏林，2015年5月申请取得了德国国籍。依据我国《国籍法》第九条，定居外国的中国公民，自愿加入或取得外国国籍的，即自动丧失中国国籍，霍小莎父亲霍某自动丧失了中国国籍。霍小莎母亲莎莎是中国公民，经常居所在北京，不是定居在外国。因此我国《国籍法》第五条第一款，霍小莎一出生即具有中国国籍。

根据我国《国籍法》第三条，“我国不承认中国公民具有双重国籍。”因此即使霍小莎事实上存在双重国籍问题，我国也仅承认其中国国籍。因此，霍小莎拥有中国国籍，A项正确。

B：《法律适用法》第三十三条： 遗嘱效力，适用遗嘱人立遗嘱时或者死亡时经常居所地法律或者国籍国法律。2018年8月霍某和莎莎在北京订立一份两人亲笔签字的《共同遗嘱》，约定霍某和莎莎中首先死亡的一方的所有遗产归生存的一方所有；两人都死亡时，两人的所有遗产均由霍小莎继承。虽然本案遗嘱由父母二人共同订立，但由于本案中只有父亲去世，遗嘱中的前半部分生效；只有等母亲去世后，遗嘱的后半部分才会生效。

所以，就本案情况看，应当认定遗嘱人为父亲。依据前述分析，父亲霍某的国籍国是德国。

关于霍某的经常居所地问题，根据《法律适用法》司法解释（一），自然人在涉外民事关系产生或者变更、终止时已经连续居住一年以上且作为其生活中心的地方，人民法院可以认定为涉外民事关系法律适用法规定的自然人的经常居所地，但就医、劳务派遣、公务等情形除外。霍某定居在柏林，根据《国家税务总局关于明确个人所得税若干政策执行问题的通知》，“定居”是指中国公民已取得住在国长期或者永久居留权，并已在住在国连续居留两年，两年内累计居留不少于18个月。可见，霍某至少已经在德国连续居留两年，满足了连续居住一年以上的要件。霍某为德国教授，任职于德国柏林大学，房产也在德国，可以认定其生活中心也位于德国，因此可以认定德国是霍某的经常居所。

综上，霍某死亡时和立遗嘱时的经常居所地均为德国，其死亡时和立遗嘱时的国籍国均为德国，因此依据《法律适用法》第33条，《共同遗嘱》内容是否有效的问题应当适用德国法律。B项正确。

C：《共同遗嘱》的形式问题，根据《法律适用法》第32条，“遗嘱方式，符合遗嘱人立遗嘱时或者死亡时经常居所地法律、国籍国法律或者遗嘱行为地法律的，遗嘱均为成立。”因双方在北京订立遗嘱，因此遗嘱行为地在北京。根据第32条规定，只要遗嘱形式符合遗嘱行为地即中国的法律，则法院应认定遗嘱形式有效。因此C选项正确。

D：夫妻财产关系问题，根据《法律适用法》第24条，“夫妻财产关系，当事人可以协议选择适用一方当事人经常居所地法律、国籍国法律或者主要财产所在地法律。当事人没有选择的，适用共同经常居所地法律;没有共同经常居所地的，适用共同国籍国法律。”

根据题干认定的事实，夫妻二人没有协议选择法律。根据B项分析可知，男方经常居所地为德国，女方为北京，双方没有共同经常居所地；由于霍某已经丧失了中国国籍，莎莎只有中国国籍，所以两人也没有共同国籍国。

根据《法律适用法》第二条，“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。”因按照本法无法确定夫妻财产关系所适用的法律，因此适用最密切联系原则。

因夫妻一方具有德国国籍且定居德国，夫妻共同财产中的部分动产和全部不动产均位于德国，适用德国法对夫妻共同财产进行处理更符合效率因素，因此应当认定德国是最密切联系地。

综上，涉案夫妻财产关系问题应当适用德国法律。因此D选项正确。

# 合同冲突法案例戒指赠与案

我国深圳某外商投资企业总经理甲国公民A（30周岁）和其秘书乙国公民B（18周岁）签订了一项书面赠与合同，合同规定A赠送B价值6000万美元的钻石戒指一只，但是B必须和A共同在该外资企业工作十年，并且在10年内B不得与他人结婚，否则A可收回赠送的钻石戒指。双方书面选择甲国法作为该赠与合同的准据法，依甲国法该赠与合同合法有效。

三年后B与他人结婚，A欲讨回钻石戒指不成，诉至深圳市中级人民法院。

1.深圳中级人民法院对本案有无管辖权？为什么

管辖权问题属于民事诉讼程序问题，依据我国《民事诉讼法》第4条一律适用法院地法律。本案由中国法院受理，因此应依据我国《民事诉讼法》解决管辖权问题。

依据《民事诉讼法》第266条，涉外民事诉讼优先适用第四编规定，第四编没有规定的，适用我国国内民事诉讼法的规定。依据《民事诉讼法》第22条，对自然人提起的民事诉讼，原则上由被告住所地人民法院管辖。被告住所地和经常居住地不一致的，由经常居住地法院管辖。本案甲国公民A和乙国公民B在深圳工作三年以上，依我国法律可认定其住所和经常居住地在深圳。由于被告经常居住地在深圳，因此深圳法院对本案享有一般地域管辖权。

依据2022年《最高人民法院关于涉外民商事案件诉讼管辖若干问题的规定》第二条 中级人民法院管辖下列第一审涉外民商事案件：（一）争议标的额大的涉外民商事案件。北京、天津、上海、江苏、浙江、福建、山东、广东、重庆辖区中级人民法院，管辖诉讼标的额人民币4000万元以上（包含本数）的涉外民商事案件；本案标的额6000万美元，因此深圳市中级人民法院对本案享有级别管辖权。

综上所述，深圳市中级人民法院对本案第一审案件享有法定管辖权。

2.当事人之间的法律选择协议是否有效？为什么？该法律选择协议的准据法是何国法律？

依据《法律适用法》第41条第1款规定“当事人可以协议选择合同适用的法律。”本案属于涉外赠与合同纠纷，合同当事人双方选择了甲国法作为合同准据法，该法律选择符合《法律适用法》第41条第1款规定，因此是合法的法律选择。

关于法律选择效力的认定，我国现行法律缺乏明文规定。国际私法理论一般认为，当事人选择法律的协议在性质上是一个以法律选择本身为内容的合同，即 “法律选择协议”。关于法律选择协议成立和效力的准据法，国际社会主要有下述三种解决办法：

(1)适用法院地法；(2)适用主合同的最密切联系地法；(3)适用当事人选择的法律。

本案法院地在深圳，合同订立地在深圳，合同履行地在深圳，违约行为发生地亦在深圳，当事人双方的经常居住地均位于深圳，因此无论依据法院地法原则还是依据最密切联系原则，法律选择协议的准据法都是中国法。

如果依据第三种理论，则法律选择合同的成立和效力应适用当事人选择的法律，即甲国法。由于本案案情没有提供甲国法关于法律选择合同成立和效力的相关规定，因此可以视为甲国法中的相应内容无法查明。依据我国《法律适用法》第10条，外国法内容无法查明时适用中华人民共和国法律，因此本案亦应适用我国法律作为法律选择协议的准据法。

依我国合同法，本案中当事人双方一致选择甲国法作为合同准据法，当事人双方意思表示真实，且对于选择的法律达成了意思表示一致，因此法律选择协议已经成立。

选择法律方式方面，当事人以明示方式选择甲国法作为准据法，符合《法律适用法》第3条，该方式合法有效

法律选择形式问题和法律选择合同的成立和效力问题一样，适用法律选择协议的准据法，本案中即甲国法。由于甲国法关于法律选择协议形式的规定无法查明，依据《法律适用法》第10条适用我国法律。依据我国主流司法实践，口头或书面形式的法律选择均为有效。本案法律选择协议系书面形式，该法律选择协议形式合法有效。

法律选择时间方面，本案当事人在订立赠与合同时即选择了法律，完全符合《法律适用法司法解释（一）》第6条第1款。

法律选择范围方面，我国《法律适用法》第41条允许当事人选择任何国家法律作为合同准据法，当事人选择的甲国法符合《法律适用法》第41条规定。

缔约能力方面，依据我国《法律适用法》第12条，原被告双方缔约能力原则上适用其经常居所地法律。依据《法律适用法司法解释（一）》第13条，原被告均在深圳工作三年以上，满足了持续居住一年以上加生活中心的条件，因此可以认定原被告经常居所均在深圳，故双方缔约能力均适用我国法律。依据我国法律，双方均达到成年年龄，具有完全民事行为能力，因此可认定双方均具有缔约能力。

综上所述，本案中法院应适用我国法律确定法律选择协议的效力。依我国民法典，当事人双方均具有缔约能力，法律选择意思表示真实，法律选择协议成立。

涉案法律选择在形式、方式、内容以及选择法律的时间和范围方面均符合我国国际私法规定，因此当事人之间的法律选择协议合法有效。

**3.法院应适用何国法律确定赠与合同的效力？为什么**

根据前述分析，本案中法律选择协议合法有效，法院应适用当事人选择的甲国法确定赠与合同的成立和效力。

适用甲国法是否违背我国国际私法公共秩序，按照我国《法律适用法》第5条进行分析。

# 伊莉莎遗产继承纠纷

法院对本案应如何识别？

依据我国《法律适用法》第8条，识别适用法院地法律，本案法院地系北京，因此法院应适用我国法律识别本案。本案系因被继承人伊丽莎死亡后遗留财产归属问题引起的纠纷。原告汤姆请求法院判决其按照伊莉莎遗嘱继承伊莉莎的所有遗产，被告玛丽请求法院判定伊丽莎的遗嘱无效，其作为伊莉莎的合法配偶继承伊莉莎的所有遗产，因此，本案争议焦点可归结为谁有权继承伊丽莎的遗产、应该继承多少遗产的问题，应识别为遗产继承纠纷。

伊莉莎虽然留有遗嘱，但是一方面，涉案遗嘱并未处分所有遗产，即使识别为遗嘱继承纠纷，本案也需要确定法定继承的准据法；另一方面，我国《法律适用法》仅规定了遗嘱效力的准据法，对遗嘱继承法律适用问题没有规定，因此识别为遗嘱继承纠纷，会导致冲突规范适用的困难，例如遗嘱可否剥夺法定继承人所有继承份额的问题应适用法定继承准据法还是遗嘱效力准据法，我国即缺乏明确规定。而且，若识别为遗嘱效力纠纷，由于遗嘱效力诉讼属于确认之诉，不是给付之诉，并不符合当事人诉讼的真实目的。因此综合考虑我国实体法和冲突法规定以及当事人的诉讼目的，本案应识别为遗产法定继承纠纷。

本案原告汤姆是荷兰人，主体涉外；伊莉莎遗产中有一部分位于英国，诉讼标的涉外；故本案具有明显的涉外因素，应识别为涉外遗产法定继承纠纷。

# 天津公司丹麦美人鱼公司无单放货案

2018年7月29日，原告天津公司（登记地和主营业地均在中国天津）与美国“艺明公司”（登记地和主营业地均在美国纽约州）在天津滨海新区签订《钢材销售合同》，约定：原告向“艺明公司”出口一批钢材，原告发货后以传真形式将提单发出，“艺明公司”须在收到提单传真件十天内将货款全数汇出；原告收到汇款通知副本，再将提单正本交付“艺明公司”；若有违法提货行为，以诈骗论。

2018年10月，原告天津公司将该批钢材交付给丹麦美人鱼海运公司（登记地在丹麦，主营业地在英国伦敦）从天津出运，货物在天津港装上丹麦美人鱼海运公司所属的“神龙”号远洋货轮。

天津美人鱼公司（登记地和主营业地均在天津滨海新区）代丹麦美人鱼海运公司在天津签发了以原告为托运人的一式三份正本记名提单，提单记载，承运人为丹麦美人鱼海运公司，托运人为天津公司，收货人为“艺明公司”，装货港为天津，卸货港为美国纽约，运费预付。天津海关提供的《出口货物报关单》证实，原告提单项下货物的价格条件为FOB，价值为一亿八千万美元。

货物运抵美国纽约后，“艺明公司”未依协议向原告付款。美国纽约港务当局证实，涉案货物被“艺明公司”于2018年11月30日提走，存放于该公司在美国纽约的仓库。

天津公司仍持有天津美人鱼公司代丹麦美人鱼海运公司签发的上述全套正本提单。提单背面条款第36条载明：本运输合同适用《美国统一商法典》，承运人和托运人之间因本运输合同产生的一切争议均由新加坡法院行使排他性管辖权。

原告天津公司以丹麦美人鱼海运公司和天津美人鱼公司为被告，于2019年7月8日向天津海事法院提起损害赔偿诉讼。被告丹麦美人鱼海运公司在法定期间内提出管辖权异议，主张本案应由提单约定的新加坡法院管辖。天津海事法院裁定驳回异议。2019年10月20日天津海事法院公开开庭审理本案。

原告天津公司诉称：虽然本案提单背面条款载明运输合同适用《美国统一商法典》，但原告从未对提单背面条款做出过任何意思表示，也从未同意被告单方拟定的法律选择条款。原告没有在提单背面签字盖章，被告也未能举证证明提单背面法律适用条款是双方当事人的真实意思表示，因此本案争议应适用中华人民共和国法律。依据中华人民共和国法律，两被告没有凭正本提单交付货物，违反了运输合同下的义务，侵害了原告的货物所有权，应承担损害赔偿责任。请求法院判令两被告向原告赔偿经济损失共一亿八千万美元及利息，并承担本案诉讼费。

被告丹麦美人鱼海运公司辩称：虽然本案提单背面条款系承运人事先拟定，但提单是承运人应托运人要求自愿签发，托运人自愿接受，应视为双方当事人自愿选择使用。因此提单背面法律选择条款应视作双方当事人真实一致的意思表示，故法律选择协议合法有效。

依据本案当事人协议选择的《美国统一商法典》，承运人向记名提单的记名收货人交付货物时，不负有要求记名收货人出示或提交记名提单的义务。因此被告向记名收货人交付货物没有过错，不应承担任何法律责任。

原告进一步主张，即使提单背面法律选择条款有效，由于该条款选择的美国法律允许无单放货，与我国《海商法》规定相冲突，因此法院也应当适用公共秩序保留制度排除美国法律的适用。

被告天津美人鱼公司辩称，其作为丹麦美人鱼海运公司的代理人签发涉案签单，和原告之间不存在法律关系，原告的诉请缺乏事实和法律依据，请求驳回原告的诉讼请求。

天津海事法院查明：《美国统一商法典》在美国纽约州生效，依据该法典，承运人向记名提单的记名收货人交付货物时，不负有要求记名收货人出示或提交记名提单的义务。Uniform Commercial Code USA

§2-301 General Obligations of the Parties

The obligation of the seller is to transfer and deliver and that of the buyer is to accept and pay in accordance with the contract.§2-401 Passing of Title

(1)……title to goods passes from the seller to the buyer in any manner and on any conditions explicitly agreed on by the parties.

(2) Unless otherwise explicitly agreed, title passes to the buyer at the time and place at which the seller completes his performance with reference to the physical delivery of the goods.

1、提单背面选择新加坡法院的法院选择条款是否有效？天津海事法院对本案是否有合法管辖权？为什么？

答：提单背面选择法院条款无效，天津海事法院有管辖权。理由是：

当事人双方在提单中明确约定管辖法院，可视为订立管辖权选择协议。根据中国民诉法第四条，凡在中华人民共和国领域内进行民事诉讼，必须遵守本法。由于管辖权是诉讼程序问题，必须强行适用中国法，因此涉案法院选择协议的成立和效力问题均应适用我国法律。

本案提单背面条款并没有当事人盖章签字，当事人对提单背面条款是否达成一致存在争议，因此首先应分析本案中当事人是否就提单背面法院选择条款达成合意，即当事人选择新加坡法院的法院选择协议是否成立的问题。根据我国《民事诉讼法》第四条，回答该问题亦适用我国法律。我国《海商法》第71条规定

“提单，是指用以证明海上货物运输合同和货物已经由承运人接收或者装船，以及承运人保证据以交付货物的单证”。法院认定的证据表明，被告自愿签发提单，原告自愿接受提单，当事人都认为提单合法有效，依据《海商法》第71条，合法有效的提单证明当事人之间成立了以提单条款为内容的海上货物运输合同，除非有相反证据，提单正面条款应和背面条款都基于《海商法》第71条推定成为该海运合同的内容。任何一方主张提单某一条款不属于合同内容，该当事人应负举证责任。本案原告认为提单背面法院选择条款不属于合同约定，但没有提交证据，无法推翻《海商法》第71条的推定，因此应认定提单当事人对涉案法院选择条款达成了合意，即法院选择协议已经成立。

但依据《民事诉讼法》第35条“合同或者其他财产权益纠纷的当事人可以书面协议选择被告住所地、合同履行地、合同签订地、原告住所地、标的物所在地等与争议有实际联系的地点的人民法院管辖，但不得违反本法对级别管辖和专属管辖的规定”，以及《民事诉讼法解释》第531条“涉外合同或者其他财产权益纠纷的当事人，可以书面协议选择被告住所地、合同履行地、合同签订地、原告住所地、标的物所在地、侵权行为地等与争议有实际联系地点的外国法院管辖。根据民事诉讼法第34条和第273条规定，属于中华人民共和国法院专属管辖的案件，当事人不得协议选择外国法院管辖，但协议选择仲裁的除外”。

法院选择协议生效需满足三个条件：其一，书面协议，本案中双方当事人在提单背面约定新加坡法院管辖，依据《海商法》71条，提单作为海上运输合同的证明，满足书面协议的条件；其二，选择的法院与争议有实际联系，本案中新加坡既不是合同履行地，也不是标的物所在地、原被告住所地、合同签订地，与案件没有任何实质性联系，因此实际联系要件没有满足；其三，不得违反级别和专属管辖，本案当事人未约定级别管辖，本案也不属专属管辖范围。

因此总结来看，本案当事人协议选择新加坡法院管辖的法院选择协议虽然具备了上述第一和第三个要件，但新加坡法院不属于与案件有实际联系的地点，第二个要件无法满足，因此应认定涉案法院选择协议违背我国《民事诉讼法》第35条，因而无效。

关于天津海事法院是否有管辖权问题，依据《民事诉讼法》第四条，应适用我国《民事诉讼法》来判断。依据《民事诉讼法》第266条，涉外民事诉讼程序，优先适用第四编规定。从地域管辖来看，本案原告提起损害赔偿之诉，《民事诉讼法》第四编中有特殊规定。第272条规定“因合同纠纷或者其他财产权益纠纷，对在中华人民共和国领域内没有住所的被告提起的诉讼，如果合同在中华人民共和国领域内签订或者履行，或者诉讼标的物在中华人民共和国领域内，或者被告在中华人民共和国领域内有可供扣押的财产，或者被告在中华人民共和国领域内设有代表机构，可以由合同签订地、合同履行地、诉讼标的物所在地、可供扣押财产所在地、侵权行为地或者代表机构住所地人民法院管辖”。涉案提单在天津签发，装运港是天津，涉案货物在天津出运，因此天津是涉案海上货物运输合同的订立地和履行地，天津海事法院对本案拥有地域管辖权。

从级别管辖权来看，依据2022年《最高人民法院关于涉外民商事案件管辖若干问题的规定》第二条 ，中级人民法院管辖下列第一审涉外民商事案件：（一）争议标的额大的涉外民商事案件。北京、天津、上海、江苏、浙江、福建、山东、广东、重庆辖区中级人民法院，管辖诉讼标的额人民币4000万元以上（包含本数）的涉外民商事案件。本案属于涉外海上货物运输合同纠纷，标的额超过一亿美元，应当由中级法院管辖。原告向天津海事法院起诉，天津海事法院属于中级人民法院，因此根据前述规定，天津海事法院对本案拥有级别管辖权管辖。

综上，天津海事法院对本案享有合法管辖权。

2、天津海事法院对本案应如何识别？为什么？

本案被告丹麦美人鱼海运公司登记地和主营业地均位于境外，根据《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)》第一条，“第一条 民事关系具有下列情形之一的，人民法院可以认定为涉外民事关系:(一)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；(四)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；”因此本案具有涉外因素，首先应依据我国国际私法确定识别准据法。

依据《法律适用法》第八条“涉外民事关系的定性，适用法院地法律”，本案由天津海事法院受理，因此应适用中国法律和法律观念进行识别。

天津海事法院应当识别本案为涉外海上运输合同纠纷，理由如下：

依据我国《海商法》第71条，提单是海上货物运输合同的证明。本案事实表明，原告是本案提单货物的托运人和提单持有人，被告丹麦美人鱼公司是本案提单货物的承运人。被告在承运本案货物并向原告签发了提单后，原告和被告之间即成立了以提单条款为内容的海上货物运输合同，承运人交付货物的权利义务，正是该合同准据法为承运人规定的合同权利义务。因此，本案承运人是否有权向提单记名收货人放行货物以及是否有义务在交付货物时收回正本提单问题，实质上是承运人是否按照海上货物运输合同约定履行了交货义务以及该履行是否有瑕疵的问题。向提单记名收货人交付货物是海运合同承运人承担的合同义务，

本案当事人各方均认可承运人向记名收货人交付了货物，即当事人各方对承运人履行了海运合同义务这一事实没有争议，争议焦点在于交付货物方式是否合法、是否符合合同约定。

交货方式是否合法、是否符合合同约定的问题本质上是合同义务履行是否有瑕疵的问题。依据我国法律规定和法律观念，合同义务的瑕疵履行和拒绝履行均属于合同问题，因此本案争议属于合同争议，本案应识别为涉外海上货物运输合同履行纠纷。

**3、提单当事人选择《美国统一商法典》的法律选择协议是否合法有效？法院应否适用公共秩序保留制度排除《美国统一商法典》的适用？为什么？ 合法有效，不应适用公共秩序保留。**

理由是：

《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4条规定，中华人民共和国法律没有明确规定当事人可以选择涉外民事关系适用的法律，当事人选择适用法律的，人民法院应认定该选择无效。因此判断涉案法律选择协议成立和生效之前，首先须判断该法律选择协议的合法性。

本案属于涉外海上货物运输合同纠纷，涉及的冲突规范有我国《法律适用法》第41条“当事人可以协议选择合同适用的法律。当事人没有选择的，适用履行义务最能体现该合同特征的一方当事人经常居所地法律或者其他与该合同有最密切联系的法律”以及《海商法》第269条“合同当事人可以选择合同适用的法律，法律另有规定的除外。合同当事人没有选择的，适用与合同有最密切联系的国家的法律”。依据《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3条“涉外民事关系法律适用法与其他法律对同一涉外民事关系法律适用规定不一致的，适用涉外民事关系法律适用法的规定，但《中华人民共和国票据法》、《中华人民共和国海商法》、《中华人民共和国民用航空法》等商事领域法律的特别规定以及知识产权领域法律的特别规定除外”，《海商法》作为特殊法优先于《法律适用法》。因此涉案法律选择协议合法性问题应适用我国《海商法》269条，依据该条规定，涉外海上货物运输合同当事人可以协议选择合同适用的法律，因此当事人选择美国法律符合法律规定，是合法的法律选择。

当事人选择法律方式方面，本案当事人在提单上注明，以明示方式选择了美国法作为准据法，符合《法律适用法》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”，该方式合法有效。

法律选择形式方面，一般认为法律选择协议形式属于合同的实体问题，应受当事人选择的准据法支配。但我国司法实践主流观点认为应适用法院地法，本案中即我国法律。我国对于法律选择协议形式并没有明确要求，学界和司法实践主流观点认为，口头或书面形式的法律选择协议均为有效，本案中当事人书面达成法律选择协议，形式上合法有效。

法律选择时间方面，当事人在订立合同时选择了法律，符合《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6条“当事人在一审法庭辩论终结前协议选择或者变更选择适用的法律的，人民法院应予准许”的要求。

法律选择的范围方面，《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5条规定“一方当事人以双方协议选择的法律与系争的涉外民事关系没有实际联系为由主张选择无效的，人民法院不予支持”，也就是说，当事人依据《海商法》269条，可以选择任何国家的法律，本案当事人选择的美国法律符合法律选择范围的要求。

当事人缔约能力方面，《法律适用法》第14条规定“法人及其分支机构的民事权利能力、民事行为能力、组织机构、股东权利义务等事项，适用登记地法律。法人的主营业地与登记地不一致的，可以适用主营业地法律。法人的经常居所地，为其主营业地”，本案中当事人双方登记地和主营业地分别位于中国、丹麦和英国，都是合法注册成立的公司，具备法人资格，依据其登记地或者主营业地法律都有缔约能力。

法律选择协议成立和效力问题，各国立法和实践不一致，我国主流观点认为应适用法院地法，简单易行，提高司法效率，节省司法成本。本案原告天津公司在中国提起诉讼，根据法院地法理论，本案应适用中国法作为法律选择协议成立和生效问题的准据法。根据法院认定的事实和我国《海商法》第71条的推定，提单背面法律选择条款属于合同内容，承运人和托运人就该法律选择条款达成了合意，涉案法律选择协议已经成立；根据我国《民法典》第502条“依法成立的合同，自成立时生效”的规定，该法律选择协议成立并生效。

综上所述，本案当事人就涉案法律选择条款达成了合意，法律选择协议意思表示真实，在形式、方式、内容以及选择法律的时间、范围和缔约能力方面均符合法律的规定，因此当事人之间选择《美国统一商法典》的法律选择协议已经成立，合法有效。

《中华人民共和国法律适用法》第5条规定，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。学界主流观点认为，我国公共秩序的含义包括①我国宪法基本精神、基本原则或制度；②我国主权和安全；③我国法律的基本原则；④我国缔结或参加的国际条约所承担的义务，或国际法上公认的公平正义观念；⑤如果某一外国法院无理拒绝承认我国法的效力，则根据对等原则，我国也可以公共秩序保留排除该外国法的适用，以作为报复措施。

《美国统一商法典》对无单放货的允许不违背我国宪法基本精神、基本原则或制度，在本案中不会损害我国主权和安全，不违背我国法律的基本原则，并非背离中国人民在长期历史发展过程中形成的根深蒂固的公平正义观念。因此法院不应适用公共秩序保留制度排除《美国统一商法典》的适用。

4、涉案钢材所有权转移问题应适用何国法律？为什么？

答：涉案钢材所有权转移问题应适用美国法律

理由是：涉案钢材所有权转移问题属于动产物权问题，应依据《法律适用法》第37条确定准据法。

《法律使用法》第37条规定，“当事人可以协议选择动产物权适用的法律。当事人没有选择的，适用法律事实发生时动产所在地法律。”

说理方案（1）本案中，天津公司和艺明公司没有协议选择钢材物权适用的法律，故应当适用法律事实发生时动产所在地法律。法律事实是指依法能够引起法律关系产生、变更、消灭的客观情况。它是法律关系产生、变更、消灭的前提，法律事实大体上分为法律行为和法律事件。对于涉案钢材所有权转移的争议问题，法律事实应当是美国艺明公司取得钢材的占有，因为占有转移才导致了当事人对钢材所有权转移的争议。

根据案件事实：货物运抵美国纽约后，涉案货物被“艺明公司”于2018年11月30日提走，存放于该公司在美国纽约的仓库。故艺明公司取得对钢材的占有这一法律事实发生时，钢材所在地是美国，故对于涉案钢材所有权的转移问题应当适用美国法律。

说理方案（2）本案当事人各方没有协议选择钢材物权适用的法律，故应当适用法律事实发生时动产所在地法律。法律事实是指能够引起法律关系产生、变更和消灭的现象。本案双方争议焦点是无单放货是否合法，

引起该争议的主要法律事实是在港口该钢材被无正本提单持有人提走。因此，对于这批钢材所有权而言，法律事实应当是钢材在港口被无正本提单持有人提走的事实。这一事实发生在美国纽约，进而，涉案钢材的所有权转移问题应当适用美国纽约法律（或者美国法律）。

说理方案（3）本案当事人各方没有协议选择钢材物权适用的法律，故应当适用法律事实发生时动产所在地法律。对于法律事实的认定，学界主流观点认为，法律事实指能引起法律关系发生、变化、消灭的客观情况，即当事人争议的物权据以产生、变更或消灭的事实。在一起案件中有多个法律事实出现的情况下，我认为应选择与当事人所争议的物权关系联系最为密切的法律事实。

本案双方未约定标的物转移的时间，因此货物所有权应在交付时转移，即在货物交付时，动产物权发生变化，故货物交付属于与本案争议标的物有最密切联系的法律事实，因此标的物交付地为本案的法律事实发生时动产所在地。涉案货物在美国纽约交付，即交付货物的法律事实发生时货物位于美国纽约，因此依据《法律适用法》第9条和第37条，涉案钢材所有权转移问题应当适用美国纽约的实体法。

5、天津美人鱼公司是否拥有代理权问题应适用何国法律？为什么？

答：代理权问题应适用中国法律，理由是：

《法律适用法》第16条规定“代理适用代理行为地法律，但被代理人与代理人的民事关系，适用代理关系发生地法律。当事人可以协议选择委托代理适用的法律。” 天津美人鱼公司是否具有代理权问题，属于代理人自身的权利和资格问题，并未涉及与代理人以外的其他法人或自然人的法律关系，因此应适用代理行为地法律，即中国法律。

当涉及到由于代理人行为导致与其他法人、自然人发生法律关系，则应适用与发生的法律关系相对应的冲突规范。

6、根据我国法律，代理权是否存在？

说理方案（1）对于是否有代理权，应依据我国法律进行判断。根据我国法律和法院认定的事实，本案中代理人属被代理人的子公司，其行为有总公司授权，应视为代表总公司行为，双方之间存在法律联系，因此具有代理权利。

说理方案（2）根据我国法律和法院认定的事实，由于丹麦美人鱼公司没有否认二者之间的代理关系，构成自认，应当认定天津美人鱼公司为丹麦美人鱼公司的代理人。

# 巴西无单放货法律查明

根据巴西第800/07号规范性指令第22条第二项d分项规定，货物到港前，船抵达第一个巴西港口前48小时，船东（实际承运人）必须在SISCARGA系统中录入Master B/L（船东提单）资料，系统会生成一个对应该票货物Master B/L的CE-Mercante do Master编号。无船承运人的巴西代理需要在船舶抵达卸货港口前48小时内登陆SISCARGA将与Master B/L相对应的House B/L（“货代提单”或称“无船承运人提单”）相关信息进行录入。未能在指定时间在SISCARGA上申报信息，系统将自动扣留所有未提前48小时申报的货物舱单。船公司缴纳每票提单5000雷亚尔的罚金后才能放行。

海关和码头在清关以及放货时看的是最接近进口收货人的提单所对应的CE-MERCANTE FILHOTE 编号。如果没有无船承运人介入，船东Master B/L体现的收货人就是进口收货人，该提单对应的CE-MERCANTE do Master编号可以用来清关和提货；所有介入涉案货物运输的无船承运人都必须在同一系统（SISCARGA）将相应House B/L（无船承运人提单）资料进行录入，但只有体现最终进口收货人为收货人的House B/L对应的CE-MERCANTE FILHOTE编号才可以用来清关和提货，其他提单对应的编号在系统中仅作为参考，而不会用来清关和提货。

根据《巴西海关条例》（2009年2月5日第6.759号法令）第二部分第五条“港口、机场和边境点将通过有关海关当局的声明行为变成保税区，以便在海关控制下，能够：

来自国外或以国外为目的地的车辆的停放或过境。

来自国外或以国外为目的地的货物的装载、卸载、储存或通过；以及

来自国外或一起为目的地的旅行者的上船、下船或过境。”

即，进口货物到港后，必须在海关保税场所内卸下。当货物根据巴西当地法律规定在海关保税场所内卸下交给港口当局后，承运人在运输合同项下的交货义务即完成，其责任期间终止。

货物在保税场所卸下后，船东对货物拥有的唯一控制是在SISCARGA内锁定货物，但只有在运费和共同海损费用没有付清情况下实际承运人才可以锁定货物，因其他原因锁定货物，将承担法律责任。

货物解锁后，进入清关环节。由报关行凭参考编号CE-MERCANTE FILHOTE进入SISCOMEX申报进口货物，进行清关和提货作业。巴西清关分四个通道，分别是：绿色通道，黄色通道，红色通道和灰色通道。进口货物海关通关通道由SISCOMEX进行选择（承运人无法控制）。影响通关通道选择的条件和因素包括提单上收货人资质、公司记录、纳税情况等，海关通过收集这些信息来判定提单上现实的收货人的货物要进哪个清关通道中。

绿色通道：系统登记货物自动清关，无需进行任何文件核对或货物查验，实际收货人无需提供任何文件，如正本提单、清关文件等，即可在集装箱放行时将集装箱提走。

黄色通道：海关只查验文件即可放行货物，而不会查验货物。

红色通道：海关既会查验文件也会查验货物。

灰色通道：需进行文件核对、货物检验和海关特殊的管控流程，检查是否在货物申报金额上有诈骗的可能。如海关怀疑存在低报了货值，或是收货人存在欺诈行为等情况，海关会把该货物归为灰色通道。

根据巴西法律规定，进口到巴西的货物必须交付给当地海关或港口当局，这是巴西法律的强制性要求。承运人在将货物交给港口实体或市政码头后，即完成了运输合同项下交货义务。后续货物的申报、清关、收货人提货环节由巴西海关通过SISCARGA操作，承运人不介入。经海关稽查员在SISCOMEX上进行最后审核确认后，货物由保管人直接放货给进口收货人。承运人仅在运费或共同海损费用未结清情况下，才可在SISCARGA系统上锁定货物，否则将受到巴西法律处罚。可见，承运人在将货物交付给当地海关或港口当局后即失去对货物的控制。

巴西法律要求进口申报和提货时需要提交提单正本或同等效力文件，但提单正本并非必须，在巴西港口清关和放货的实际操作中，也并不要求必须提供提单正本。

在绿色通道情况下，收货人从巴西海关提货不需要出示任何正本文件或单证。

温州佰利兰德橡胶轮胎有限公司与地中海航运有限公司、温州中外运船务代理有限公司海上、通海水域货物运输合同纠纷再审案【案号：（2020）最高法民再171号】

2008年司法考试卷一第35题：

我国协航号轮与乙国瑟皇号轮在乙国领海发生碰撞。协航号轮返回中国后，瑟皇号轮所有人在我国法院对协航号轮所属船公司提起侵权损害赔偿之诉。在庭审过程中，双方均依据乙国法律提出请求或进行抗辩。根据这一事实，下列哪一选项是正确的？(单项选择，请按照2017年中国现行有效的国际私法分析和说理。)

A. 因双方均依据乙国法律提出请求或进行抗辩，故应当由当事人负责证明乙国法律，法院无须查明

B. 法院应依职权查明乙国法律，双方当事人无须证明

C. 法院应依职权查明乙国法律，也可要求当事人证明乙国法律的内容

D. 应由双方当事人负责证明乙国法律，在其无法证明时，才由法院依职权查明。

# 广东省高级人民法院民事判决书（2004）粤高法民四终字第6号

中国银行（香港）有限公司（简称香港银行）和案外人金明亮公司均是在香港注册的公司。1997年2月 18日新华银行香港分行（后并入香港银行；权利和义务由香港银行继受）与金明亮公司签订了一份《还款承诺函》，约定由新华银行香港分行贷款贰佰万美元给金明亮公司，并约定了还款期限、年利率等事项。为了担保上述贷款，珠海鑫光集团股份有限公司（简称珠海公司）和铜川鑫光铝业有限公司（简称铜川公司）作为保证人分别于 1997年1月 8 日、2月 3日向该行出具《不可撤销担保契约》。两份担保契约均约定保证人承担连带责任，约定由香港法律管辖。

后来香港银行向广东省珠海市中级人民法院起诉要求珠海公司和铜川公司承担担保责任。珠海公司要求追加香港金明亮公司为被告；认为本案审理应当适用中国法律；同时提出香港银行的诉讼请求已超过法律规定的两年诉讼时效，珠海公司的保证责任应当依法免除。

铜川公司答辩称：《不可撤销担保契约》不是当事人双方真实意思表示，对铜川公司不发生法律效力；本案担保无效；本案应使用中国内地法律予以审理；香港银行的诉讼请求已过诉讼时效。

在广东省珠海市中级人民法院审理本案期间，香港银行就主合同纠纷以借款人金明亮公司等为被告向香港特别行政区的法院提起诉讼。香港特别行政区高等法院（原讼法庭，以下称香港法庭）于2003年3月4 日作出判决，判令金明亮公司支付：1、美金1877879．60元或在支付时同等港币的数额；2、自 2003年1月11日至该裁决日期为止；按美金100万元的数额或在支付时同等港币的数额支付，以最优惠利率加年利率百分之一计算利息，其后以裁决利率计算直接至全部清偿为止；3、固定讼费为港币1015元。

原审法院广东省珠海市中级人民法院认为，《不可撤销担保契约》约定该担保契约受香港法律管辖，但《不可撤销担保契约》所涉及的担保在性质上属对外担保。而内地法律有对外汇严格进行管制的规定。参照最高人民法院《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）》第一百九十四条的规定，当事人规避内地强制性和禁止性法律规范的行为，不发生适用香港法律的效力。因此，《不可撤销担保契约》的效力应适用内地法律。关于诉讼时效等在内的其他争议，适用当事人约定的香港法。香港时效条例第4条规定：基于简单合约的诉讼时效为6年、盖印文书的诉讼时效为12年。香港银行主张放款日为1997年3月5 日，即使从该日起算，至今仍在香港法规定的时效期间内。因此本案诉讼时效期间未届满。

《不可撤销担保契约》所涉及的担保在性质上属对外担保。根据1987年国家外汇管理局《外债统计监测暂行规定》和 1991年 9月 26日国家外汇管理局《境内机构对外提供外汇担保管理办法》，境内机构对外提供担保应经过我国外汇管理部门的审批和登记。最高人民法院《关于适用＜中华人民共和国担保法＞若干问题的解释》第六条第（一）项规定：未经国家有关主管部门批准或者登记对外担保的，对外担保合同无效。由于未经国家外汇管理部门批准，珠海公司和铜川公司提供的担保均应认定无效。

就主合同纠纷，香港法庭已经作出判决，确认了主债务数额。香港银行提供的香港法庭的判决等证据，证明主债务的有效存在及主债务的数额等事实。珠海公司和铜川公司未提出证据予以反驳，对香港法庭判决中确定的关于香港银行与金明亮公司之间的主债务有效存在及其债务的数额，应作为事实予以确认。因合同被确认无效适用内地的法律，则无效的后果（法定后果）也必然由内地法律确定。根据《中华人民共和国合同法》第五十八条规定，担保合同无效造成债权人损失，担保人有过错的应承担赔偿责任。

香港银行与珠海公司和铜川公司均应知道内地有关对外提供外汇担保的法律规定，却在未依规定办理批准、登记的情况下提供担保和接受担保，由此造成担保合同无效，双方均有过错。依最高人民法院《关于适用＜中华人民共和国担保法＞若干问题的解释》第七条的规定，珠海公司和铜川公司仅应对金明亮公司不能清偿的债务承担二分之一的赔偿责任。因珠海公司和铜川公司系分别提供保证，就各自订立的合同，珠海公司和铜川公司没有共同的过错，故该两公司均有义务独立承担责任（即珠海公司和铜川公司对香港银行的损失不承担连带赔偿责任）。

在珠海公司和铜川公司之间，任一公司履行债务的效力及于其它公司。即在任一公司履行债务的金额内，另一公司免除责任。据此，广东省珠海市中级人民法院作出（2002）珠法民四初字第4号民事判决：一、珠海公司对金明亮公司不能清偿的债务承担二分之一的赔偿责任； 二、铜川公司对金明亮公司不能清偿的债务承担二分之一的赔偿责任。金明亮公司应该清偿的债务为：1、本金100万美元；2、100万美元的年息。其中自 2003年 1月 11 日至 2003年3月4日止，以最优惠利率加年利率百分之一计。2003年3月 5 日至本判决生效之日再过十日止，按香港法院不时公布的裁决利率计；3、香港银行在香港提起诉讼时支付的诉讼费1015港元。

香港银行得向珠海公司和铜川公司两者之间的任一公司主张权利，任一公司履行债务的效力及于另一公司。

即在任一公司履行债务的金额内，另一公司免除责任。但已履行债务的公司，不能向另一公司追偿。给付事项限珠海公司和铜川公司于本判决发生法律效力之日起十日内履行完毕。逾期根据《中华人民共和国民事诉讼法》第二百三十二条的规定…三、驳回香港银行的其他诉讼请求。本案一审案件受理费人民币84618元、财产保全申请费66075元，由珠海公司和铜川公司各负担75346.5元。

上诉人铜川公司不服原审判决，向广东省高级人民法院提起上诉，请求对原审判决予以改判，并判令驳回香港银行对铜川公司的诉讼请求。上诉人认为，原审判决存在如下错误：第一、原审判决认定当事人在担保合同中约定的法律适用规避了内地法律的适用，但同时又认定出合同效力以外的其他问题应适用当事人约定的香港法律；之后，却又适用内地法律确定保证合同无效后的责任问题。这种认定是自相矛盾的，其结果严重侵害了铜川公司的利益。

被上诉人香港银行答辩称：原审判决适用法律是正确的，请求对原审判决予以维持。

原审被告珠海公司称，本案保证合同无效，其不应承担责任。

广东省高级人民法院经审理查明，原审判决认定事实属实。铜川公司在二审期间提交了由香港律师出具的关于担保合同无效后担保人责任问题的香港法律内容的法律意见书。该意见书认为：

根据香港法律，无效担保合同不产生法律效力，担保人无需依照担保合同或其条款承担责任等。

识别问题？

本案当事人在担保书中约定适用香港法律是否属于国际私法中的法律规避行为？

法院是否应适用公共秩序保留制度？

本案的诉讼时效应当适用香港《时效条例》还是适用我国《民法通则》？