



第四讲 冲突规范的基本制度





- ▶ 识别
- ▶ 反致、转致、间接反致
- ▶ 公共秩序保留
- ▶ 法律规避
- ▶ 外国法内容的确定（或查明）





4.1 识别

- ▶ 掌握什么是识别
- ▶ 领会识别的内容有哪些
- ▶ 了解识别的依据，掌握常用的识别依据
——法院地法
- ▶ 理解中国关于识别的规定和态度





1. 什么是识别？

法院在适用冲突规范时，依照一定的法律观点，对案件的事实构成进行分类和解释，确定其性质，并且作出应该援用何冲突规范的法律认识过程。





例

- 👉 1908年英国法院**奥格登案**，涉及一法国人19岁未经父母同意在英国结婚（法国法规定25岁前结婚应经父母同意）效力的问题。
- ▶ 英国法认为“经父母同意”形式要件，适用举行地法即英国法，有效。
 - ▶ 法国法认为“经父母同意”是实质要件，适用住所地法，即法国法，无效。
- 👉 这里**经父母同意到底是实质要件还是形式要件？**即是识别问题。如果识别不同，适用的准据法也不同。



2. 识别的内容



范围

刑法上的诈骗还是民法上欺诈？

物权还是债权？物权问题是动产还是不动产？债权是合同还是侵权？买卖合同还是定作合同？

诉讼时效是实体问题还是程序问题？



连结点

侵权行为是结果地还是发生地？

如何确定经常居所地、被请求保护地、有价证券实现地？





👉 法院地法说、准据法说、分析法学比较法学说、国际条约说、个案识别说、功能定性说、分割识、折衷说、依最密切联系地法说、依事实情况发生地法说。

👉 最常用的是**法院地法说**（理论依据：法官只司法本国法）





4. 中国对识别的态度

- 1、尊重客观事物的现状，确定国际私法案件的性质，要求定性（案由）准确；
- 2、保护内外国当事人的正当权利，公平地解决有关争议问题；
- 3、在竞合的情况下，法院要尊重原告的选择，只要符合我国法律的规定，法院必须按原告提起的诉因识别；
- 4、一旦做出定性，法院在决定管辖权、法律选择以及实体法的适用时必须保持连贯性。





5. 中国关于识别规定

《法律适用法》第8条：

- ▶ 涉外民事关系的定性，适用**法院地**法律





小结及预告

- ▶ 识别是运用冲突规范前提，只有识别正确，才能正确地运用冲突规范。大多国家都用法院地法进行识别。
- ▶ 下节我们将讲授冲突规范的第二个制度：
反致、转致和间接反致





4.2

反致（Remission）

转致（Transmission）

间接反致（Indirect Remission）





本节目的

- ▶ 掌握反致及其原因和特点
- ▶ 理解反致的理论分歧及实践
- ▶ 了解反致的发展趋势
- ▶ 了解中国关于反致的规定

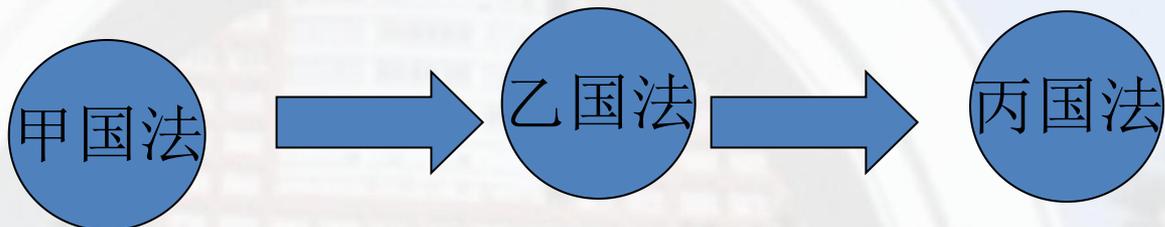


1、什么是反致、转致及间接反致？

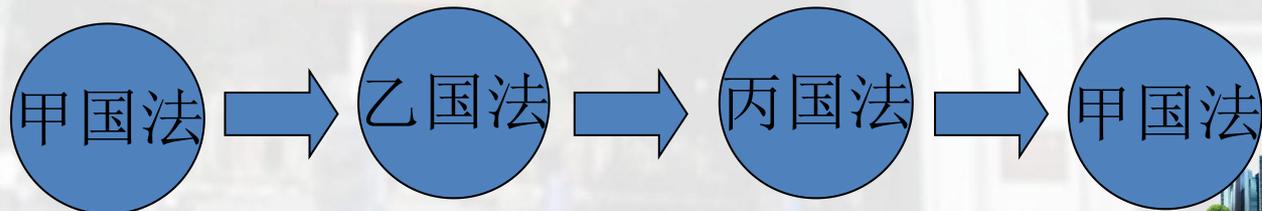
反致



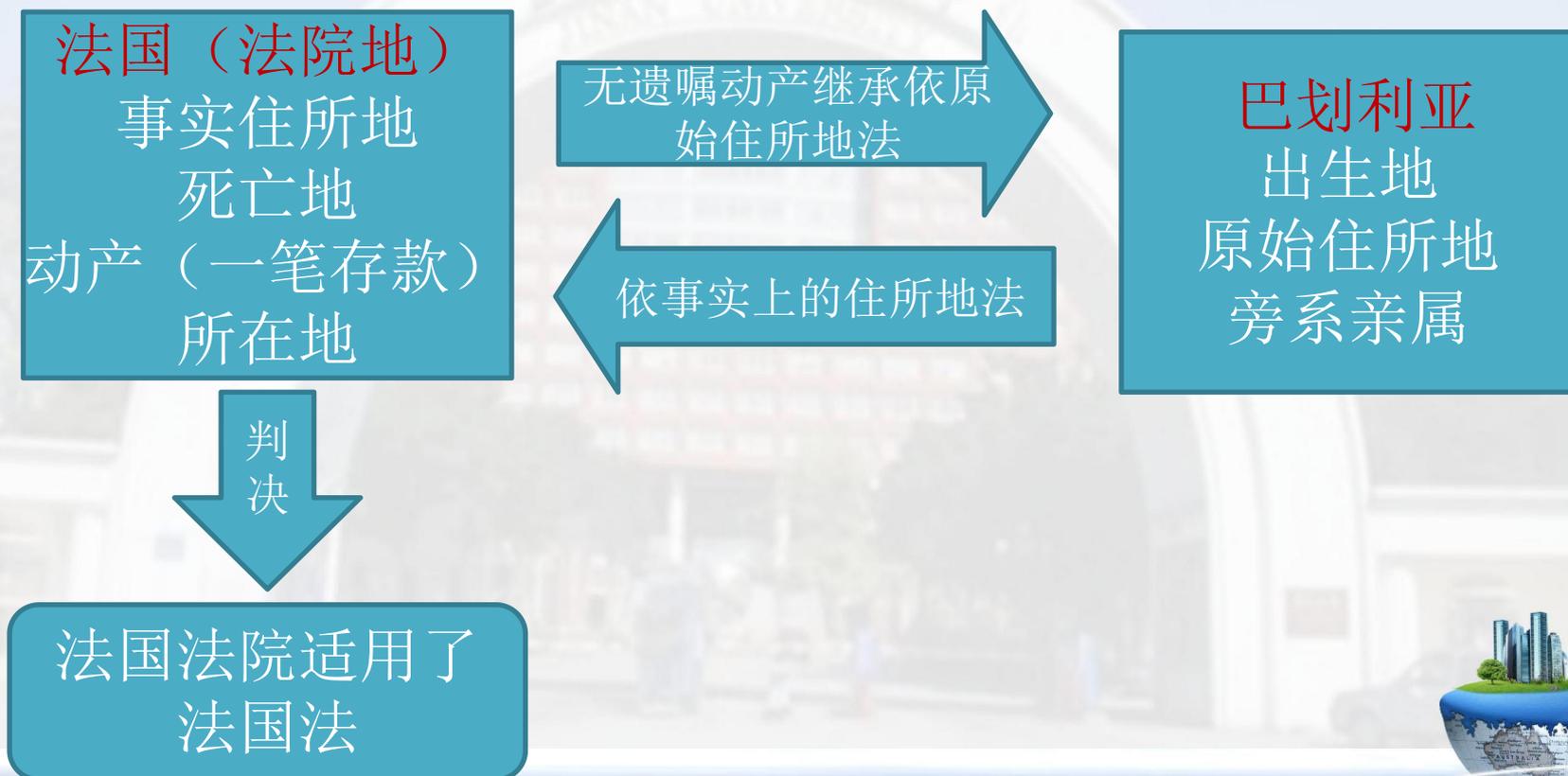
转致



间接反致



1878年法国最高法院判决的福果案件 (Forgo's Case)





2 反致的原因

👉 法院地国家法律把本国冲突规范所援引的外国法理解为**实体法和冲突法**的总和，如果将准据法理解为实体法就不会产生反致问题。

👉 法院地国家的冲突法和准据法国家的冲突法内容**规定不一致**。





3 特点

- ▶ 各自适用都是对于**同一法律关系**；
- ▶ 适用的结果都是冲突规范**最先指出的**，应该适用的那个国家的准据法**没有得到适用**；
- ▶ 通常发生在依**属人法**调整的法律关系之中。
如婚姻、继承、人的行为能力等方面。



4 反致的理论分歧

赞成	反对
<p>1、适用反致是否尊重国家主权问题</p> <p>是把其它国家的法律视为一个整体（实体法和冲突法）这是尊重外国国家主权，维护法律完整性</p>	<p>不能只尊重外国主权而忽视本国主权，反致制度是对本国国际私法的反对</p>
<p>2、是否导致判决一致</p> <p>采用反致制度，同一案件的当事人不论在何国法院起诉都能得到同样适用准据法的结果</p>	<p>冲突规范援引的准据法只能是实体法，虽然有时能导致适用同样的准据法，但也会导致法律适用上的恶性循环，使案件无法确定准据法</p>
<p>3、关于扩大本国法适用范围</p> <p>既然外国法拒绝调整有关法律关系，法院就可适用本国法</p>	<p>不是因为外国法拒绝调整，而是本国法院引用不当带来反致，如果一味扩大本国法的适用范围，就会给国际私法带来损害</p>





5 反致的实践

1、接受反致

- ▶ 如德国、法国、日本、美国、英国等。
- ▶ 有的既接受反致又接受转致如奥地利、波兰；
- ▶ 有的只接受反致却拒绝转致如匈牙利，日本、泰国；
- ▶ 有的只在特定的民事关系中接受反致或转致

2、拒绝反致

- ▶ 如希腊、伊拉克、意大利、荷兰、埃及、叙利亚、巴西、秘鲁、伊朗和摩洛哥
- ▶ 国际公约中有采纳反致，如《婚姻法律冲突公约》允许反致（第1条），也有明确排除外反致，如2000年海牙《关于成年人国际保护公约》（第19条）





6 反致的发展趋势

- ▶ 各国一般将其作为例外适用，采纳的国家了往往附加条件和范围的限制；
- ▶ 适用通常限于身份能力、婚姻家庭和继承领域，合同、侵权领域不适用；
- ▶ 灵活性的规则（如意思自治、最密切联系原则）和国际私法统一化运动弱化了反致作用；





7 中国的规定

- ☞ 2007年最高人民法院关于涉外民事商事合同的司法解释：
 - ▶ “涉外民事或商事合同应适用的法律，是指有关国家或地区的实体法，不包括冲突法和程序法。”
 - ▶ 即在解决涉外经济**合同**的法律适用时，我国不接受反致。
- ☞ 中国《法律适用法》第9条：
 - ▶ “涉外民事关系适用的外国法律，不包括该国的**法律适用法**。”
 - ▶ 说明中国全面否定了反致，对转致和间接反致也没规定。





小结及预告

☞ 反致等作为国际私法的一项制度通常作例外适用。冲突规范的软化及国际私法统一化运动，反致已经在弱化。

☞ 预告：

- ▶ 冲突规范的第三个基本制度：**公共秩序保留**





4.3 公共秩序保留制度 (Reservation of public order)





本节目的

- ▶ 掌握公共秩序保留制度及其特点
- ▶ 了解公共秩序保留制度的立法方式
- ▶ 掌握公共秩序保留制度的救济
- ▶ 领会公共秩序保留制度的主观说和客观说
- ▶ 掌握中国关于公共秩序保留的规定





公共秩序保留制度

杰克诉B剧院案

美国夫妇杰克1930年住法国塞纳市，其妻未经丈夫同意与B剧院签订表演合同，丈夫起诉要求赔偿作为丈夫的权威受到了损害的赔偿。

法国冲突法规定应依**美国人住所地法即美国法**；但法国法认为**违背了法国的公共秩序**，损害了丈夫的权威权力；判决赔杰克6000美元损失。

判词：“在现代立法和道德的情况下，不能容许已婚女子在法国公然蔑视其丈夫的意志，公然与B剧院签订演出合同的行为，是违反法国的公共道德的。”





1 何为公共秩序保留？

👉 法院(法国法院) 根据本国的冲突规范已经援引指定某外国法(美国法) 为调整国际私法关系的准据法时, 如认为该外国法(美国法) 的内容与本国(法国) 的公共利益、道德标准与法律秩序相违背就拒绝适用该外国法(美国法)。





何为公共秩序？

☞ 不同国家有不同解释。

▶ “公共政策”、“特殊政策”“善良风俗”等。
如一夫多妻、男女不平等、种族歧视等。我国是指“社会公共利益”。





2 公共秩序保留制度的特点

- (一) 它是世界各国普遍使用的国际私法制度，每个国家都有根据自己的标准，解释“公共秩序”的权利；
- (二) 虽然各国解释不完全相同，但对概念、内容的解释都规定的十分广泛；
- (三) 对公共秩序的解释富有弹性，且随时间、地点、条件的不同而变化，国际上无法作出统一的解释；
 - ▶ 随着时代发展和观念的更新，一些国家不再以公共秩序为由不承认他国的一夫多妻、同性婚姻和赌博之债。
- (四) 受理法院也不能无限制地扩大其解释范围，否则构成对国际私法本身的否定，遭到其它国家的报复，给国际交往带来损害。





3 公共秩序保留的立法方式

(一) 间接限制

- ▶ 如《法国民法典》第3条1款：“有关警察与公共治安的法律，对于居住在法国境内的居民**有强制力**”

(二) 直接限制

- ▶ 《民法通则》第150条：“依照本章规定适用外国法律或国际惯例的，不得违背中华人民共和国的社会公共利益。”

(三) 合并限制

- ▶ 如《法律适用法》

第4条 中华人民共和国法律对涉外民事关系有强制性规定的，直接适用该强制性规定。

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





4公共秩序保留的救济

(一) 法院地法说

- ▶ 用法院地法代替。秘鲁、土耳其、匈牙利等
- ▶ 应选择无碍内国公共秩序的相近似的另一类外国法或适用该外国法的一般法律原则而不至于全部拒绝应适用的外国法。

(三) 拒绝审判说





5公共秩序保留的主观说和客观说

👉主观说：

- ▶ 只有**外国法本身的规定**与法院国的公共秩序相抵触，即可排除该外国法的适用，不问具体案件适用外国法的结果如何。

👉客观说（结果说）：

- ▶ 只有**当外国法适用的结果**违反法院地国公共秩序时，才排除外国法的适用。

👉客观说为各国实践普遍采用





6 中国规定

👉 《法律适用法》第5条“外国法律的适用**将**损害中华人民共和国**社会公共利益**的，适用**中华人民共和国法律**。”

表明：

- ▶ 直接限制方式
- ▶ 采结果说
- ▶ 公共秩序解释为“社会公共利益”包括我国道德基本观念和法律的基本原则。保留我国的司法制度、宪法精神、社会主义原则。
- ▶ 救济方式：中国法





小结及预告

👉 小结:

- ▶ 公共秩序保留被称为国际私法上的“安全阀”，是限制外国法适用最常用的制度，是运用冲突规范的例外。它可消除冲突规范的危险性，保护国家或社会的重大利益、道德和法律基本原则。

👉 预告:

- ▶ 冲突规范的第四个制度：**法律规避**





4.4 法律规避





本节目的

- ▶ 掌握法律规避及其构成要件
- ▶ 了解法律规避的实践
- ▶ 领会法律规避与公共秩序的差别
- ▶ 掌握中国的规定





1 什么是法律规避（Evasion of law）

 又称“法律欺诈”或“窃法作弊”是指当事人故意制造某个连结点，以逃避原来适用于他们关系的法律规定，而获得对自己有利的法律的适用的行为。

 法律规避不仅存在于亲属法、婚姻法，还渗透到国际私法的其他领域，如公司法、运输法、保险法中。





1878年法国最高法院的鲍富莱蒙王妃离婚案

- ▶ 法国王子鲍富莱蒙的王妃原系比利时人，因与王子结婚而取得法国国籍，后因夫妻关系不和而分居。由于1884年以前的法国法禁止离婚，王妃为了达到与法国王子离婚而与罗马尼亚比贝斯柯王子结婚的目的，只身前往允许离婚的德国并归化为德国人后，即在德国法院提出与法国王子离婚的诉讼请求并获得离婚判决。随后在德国与比贝斯柯王子结婚。婚后她以德国人的身份回到法国。鲍富莱蒙王子在法国法院提起诉讼，要求法国法院判决上述离婚无效。
- ▶ 法国法认为，虽然离婚应适用当事人的本国法，但王妃取得德国国籍的目的显然是为了逃避法国法中禁止离婚的规定，所以离婚判决是借法律规避行为取得的，离婚和再婚均属无效。
- ▶ 该判例确定了一个原则即规避本国法的行为无效。





☞ 法律规避有时也发生在区际、人际（如不同的宗教信仰徒之间）的法律抵触之中。

- ▶ 例如，美国男女两人，住密歇根州，是表兄妹，拟结婚。按照密歇根州民法，表兄弟姊妹不得互相结婚；
- ▶ 肯塔基州民法，不禁止这种亲属间的互婚。该两人即可到肯塔基州；
- ▶ 又如：在叙利亚，人的身份能力适用其所属宗教法。一个基督教徒受到应给付其妻赡养费的判决后，即改信伊斯兰教，因为按照伊斯兰教法，夫无须赡养其妻。





常规避的法律

- ▶ 规避关于**禁治产**的规定
 - 有的国家规定无行为能力人不能自理财产A、精神竭弱B、浪费无度、酗酒成性
- ▶ 规避关于**不准离婚**的规定；法国 1884年前禁止离婚
- ▶ 规避夫妻**财产所有制契约**的规定
- ▶ 规避**法院管辖权**规定
- ▶ 规避关于**行为能力**的规定。
- ▶ 规避**成立公司**交大量费用或税款的规定。如美国特拉华州成立公司、英属维尔京岛注册成立公司。
- ▶ 规避**船舶登记**交费的规定，如挂“方便旗”的现象





规避法律的手段

☞ 通常通过改变连结点的方式

- ▶ 改变住所地
- ▶ 变更国籍
- ▶ 变换行为地
- ▶ 变换物之所在地
- ▶ 改变宗教信仰





2 法律规避的构成要件

☞ 四个要件：

- ▶ 主观上：必须出于**主观故意**；
- ▶ 行为方式：**改变某种连结点**来实现的；
- ▶ 规避对象：本应适用的**强行性规范**而非任意性规范；
- ▶ 客观后果：**达到**其适用对自己有利的法律**目的**。





3 法律规避实践

👉 规避本国法、外国法一律无效

- ▶ 阿根廷、1979年美洲国家《关于国际私法规则的公约》也有规定。因为不法行为得到的权利不能在法律上得到认可。

👉 规避本国法无效，规避外国法有效

- ▶ 一般认为规避内国强行法的行为是无效的。如1922年意大利佛莱案，在法法院获离婚而规避意法只准别居不准离婚的法律。准许当事人规避意法。如法国。





3 法律规避实践

- ▶ 规避本国法无效，规避外国法区别对待(中国)
- ▶ 对于所规避的外国法，应视情况而定
- ▶ 如规避的外国法是**正当的、合理的**（如禁止与性病患者结婚、近亲结婚）应认定**无效**；
- ▶ 如规避的外国法是**非正当的规定**（如禁止种族歧视、男女平等），应认定该**规避有效**。





4 与公共秩序的差别

比较内容	法律规避	公共秩序保留
起因不同	当事人故意行为引起	冲突法本身的规定，与当事人无关
性质不同	一般具有违法性	非属滥用都是正当的、合法的
后果不同	当事人要承担法律责任	当事人不要承担法律责任
保护对象不同	保护内外国法禁止性规定	只保护内国法基本原则；不一定是禁止性法律规范



5 中国规定

- ☞ 《法律适用法》没有规定。
- ☞ 《法律适用法司法解释（一）》第11条
 - ▶ 一方当事人**故意**制造涉外民事关系的连结点，**规避**中华人民共和国法律、行政法规的**强制性**规定的，人民法院应认定为**不发生适用外国法律**的效力。





小结及预告

👉 当事人规避的法律是本应适用的强行法，不论其是实体法还是冲突法，也不论是内国法还是外国法，都可构成法律规避，并应认为无效。

👉 预告：**外国法内容的确定**





4.5 外国法内容的确定

如何查找应该适用的外国法？





本节目的

- ▶ 掌握理解什么是外国法内容的确定
- ▶ 领会外国法的性质、查明和违背
- ▶ 掌握中国关于外国法确定的规定





1 什么是外国法内容的确定（查明）

☞ 一国法院根据本国冲突规则指定作为准据法的某一**外国法**时，对该外国法的具体内容应如何确定适用。

☞ 包括三层意思，有一定的独立性。

- ▶ 外国法被适用的性质
- ▶ 外国法内容的证明
- ▶ 外国法内容的违背

☞ 以上案例中的**甲国侵权行为法**和**韩国合同法**即是中国法院需要查明确定的外国法律。





2 被适用的外国法的性质

☞ 一国法院根据本国冲突法规定适用另一个国家法律来处理涉外案件，那么这个外国法是依什么样性质（资格）被采用的，是作为**事实**的一部分来证明案情，还是作为**法律**被引用当作判决的依据。

☞ 以上案例要适用的 **甲国侵权行为法**和**韩国合同法**是案件的**事实**还是**法律**？





关于性质有三种不同主张

- (一) 事实说
- (二) 法律说
- (三) 折衷说





事实说

- 👉 美英法系所有国家、部分拉丁美洲国家
 - ▶ 观点：把被适用的外国法看作是一种事实而不是法律，这个事实是整个国际私法案件事实一部。
 - ▶ 理论根据：**法官只司本国法**





法律说

👉 意大利、奥地利、荷兰等国家为代表

- ▶ 观点：认为被运用的外国法也是法律而不是事实，并且具有和本国法一样的约束力
- ▶ 理由：**法官知法**





折衷说

德国、瑞士、土耳其等国家

- ▶ 观点：认为该适用外国法不是法律，但也不是单纯的事实，不能用严格的定义来确定它的性质，只能把它的适用看作是本国主权的命令。
- ▶ 理由：法官依职权查明，但当事人亦有协助的义务。外国法在其本国内是法律，但被另一国引用就变成了事实因素。





3 外国法内容的证明

👉 外国法内容的举证

- ▶ 持**事实说**国家，主张外国法内容证明问题应由**诉讼当事人进行举证**。法官无依职权查明义务；
- ▶ 持**法律说**国家，主张应由**法官举证**，与当事人无关；
- ▶ 持**折衷说**国家，主张**法官举证为主，当事人举证为辅**。





3 外国法内容的证明

外国法查明方式

- ▶ 通过外交渠道查明（可靠，但往往为时效不允许）
- ▶ 各国自行建立外国法的档案资料以备查证
- ▶ 建立国际机构调查、提供外国法内容
- ▶ 允外国人到本国当律师以弄清外国法内容





3 外国法内容的证明

☞ 对无法证明和查证失败的补救措施

- ▶ **驳回请求。**
- ▶ 德国民诉法规定：法院可以以证据不足驳回诉讼
- ▶ **以本国法代替**；直接适用内国法；奥地利、波兰奥地利等大多数国家如此。





3 外国法内容的证明

对无法证明和查证失败的补救措施

- ▶ **美国**。无法查明的国家的法律，如果与美国法律比较接近的美英法系国家的法律，就类推适用以美国法代替；如果无法查明的是大陆法系或与美法律体系相差甚远，就驳回诉讼请求。
- ▶ **法国**。法国则是如果查明的外国法律简单、明显，可以不要当事人举证直接加以运用；如果查证困难就以事实不清驳回诉讼请求
- ▶ **适用一般法理**。日本学说和判例有此主张。





4 外国法的违背

- ☞ 适用内国冲突法错误（直接违反）。
- ☞ 可以上诉，实质上同适用内国法错误。





4 外国法的违背

☞ 适用外国法错误（间接违反）

- ▶ 持**事实说**国家认为，上诉审是法律审而不是事实审，故**不得上诉**。如法国、德国等。德国虽持法律说但也不得上诉。
- ▶ 持**法律说**国家认为应当与错误适用内国法同等看待，**可以上诉**。如奥地利、葡萄牙、等国。英美虽视外国法为事实，但却主张可以上诉。





5 中国规定



《法律适用法》第10条

- ▶ “涉外民事关系适用的外国法律，由人民法院、仲裁机构或者行政机关查明。当事人选择适用外国法律的，**应当**提供该国法律。
- ▶ **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。”



查明机构：人民法院、仲裁机构或者行政机关查明



意思自治：当事人查明



不能查明或没有规定：用中国法律

- 上述案例1侵权行为法由法院查明；案例2由当事人提供





5 中国规定



《民法通则》第八章

- ▶ 193. 对于应当适用的外国法律，可通过下列途径查明：
 - ①由当事人提供；
 - ②由与我国订立司法协助协定的缔约对方的中央机关提供；
 - ③由我国驻该国使领馆提供；
 - ④由该国驻我国使馆提供；
 - ⑤由中外法律专家提供。

- ▶ 通过以上途径仍不能查明的，适用中华人民共和国法律。





5 中国规定

👉 法律适用法《司法解释》（一）

👉 第十七条（何为不能查明？）

- ▶ 人民法院通过由当事人提供、已对中华人民共和国生效的国际条约规定的途径、中外法律专家提供等合理途径仍不能获得外国法律的，可以认定为不能查明外国法律。
- ▶ 根据涉外民事关系法律适用法第十条第一款的规定，当事人应当提供外国法律，其在人民法院指定的合理期限内无正当理由未提供该外国法律的，可以认定为不能查明外国法律。





4.5.5 中国规定

👉 法律适用法《司法解释》（一）第十八条
（如何适用已查找到的外国法？）

▶ 人民法院应当**听取**各方当事人对应当适用的外国法律的内容及其**理解与适用的意见**，当事人对该外国法律的内容及其理解与适用均无异议的，人民法院可以予以确认；当事人有异议的，由人民法院**审查认定**。





中国的外国法查明中心

- ▶ 中国政法大学外国法查明中心
- ▶ 华东政法大学外国法查明中心
- ▶ 蓝海法律中心





小结及预告

👉 小结:

- ▶ 外国法内容的确定，涉及到需要查明的外国法性质、查明的方法和途径、法院和当事人的查明义务、查证失败救济措施等等，不同国家有不同的规定。

👉 预告:

- ▶ 进入国际私法分则介绍——国际私法主体。





阅读材料

☞ 阅读教材：

- ▶ 第四章李双元 欧福永主编、李健男 王保蔛副主编：《国际私法》北京大学出版社，2015年1月第4版

☞ 阅读法规：

- ▶ 《法律适用法》第一章
- ▶ 《法律适用法》司法解释（一）》相关条文

