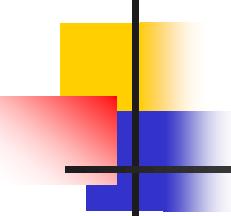


(四) 先决问题 (preliminary question)

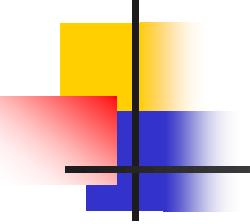
- (1) 先决问题的概念
- 涉外民事关系中，争讼问题的解决需要以首先解决另一个问题为条件，此时，争讼问题为主要问题，而首先要解决的问题为先决问题。
- b. 先决问题适用不同的冲突规范，会导致结果的不同。

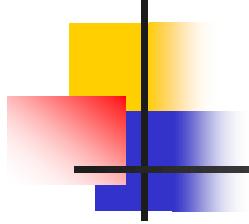


先决问题案例

- 中国公民忻清菊与中国公民曹信宝于1944年在中国结婚。曹信宝于1949年去台湾，1957年去美国定居，1991年加入美国国籍。忻清菊与曹信宝分离后，常有通信联系，忻清菊也于1975年赴美与曹信宝共同生活。自1984年起，忻、曹每年回国探亲一次，并先后购买了宁波市江东荷花一村住宅一套，鄞(YIN)县莫枝镇钱湖西路住宅一套，翻建了鄞县莫枝镇东街住房一间。1989年3月，忻清菊与曹信宝在美国发生矛盾，曹信宝独自来中国同一妇女同居。1990年10月，忻清菊回到中国，要求曹信宝断绝与同居妇女的关系，曹信宝不听，并回美国办理了与忻清菊的离婚手续，又以挂失为名提取了忻清菊与曹信宝在美国银行合存的存款8万多美元。1991年3月，曹信宝又来到中国，并于同年8月17日持美国密苏里州杰克逊郡巡回法庭作出的离婚判决书在宁波市民政局涉外婚姻登记处办理了与原同居妇女的结婚登记。1991年12月14日，忻清菊向宁波市中级人民法院提起诉讼，要求与曹信宝离婚，分割夫妻关系存续期间的共同财产。

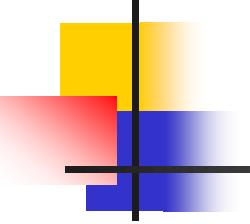
- Case: A (住所在希腊的希腊人，未留遗嘱死亡，在英国留有动产)
- B (A之妻，在英国起诉，要求继承)
- A、B在英国按照民事方式而不是希腊法所要求的宗教仪式缔结婚姻关系。
- 英国法院：
- 动产继承依死者住所地法。（可以继承）
- 先决问题：A、B婚姻是否有效？

- 
- 英国法院需要考虑到底依据哪国的冲突法解决先决问题？
 - **(1)** 英（法院地）的冲突法：婚姻方式依举行地法（英国婚姻法）→ 婚姻有效 → 可以继承
 - **(2)** 希腊（准据法所属国）的冲突法：婚姻方式依据当事人本国法（希腊婚姻法）→ 婚姻 → 无效 不能继承
 - **结论：**并非所有先行解决的问题，都是国际私法上的先决问题。



(二) 构成条件

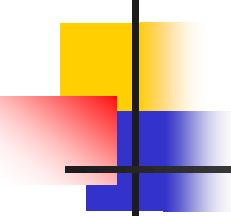
- 1、按照法院地的冲突规则，主要问题的准据法是外国法。
- 2、该先决问题相对独立于主要问题，可作为一项单独的争议向法院提出。
- 3、针对先决问题，依准据法所属国的冲突规范和依法院地国的冲突规范所适用的法律不同，得出的判决结果完全相反。



(三) 先决问题准据法确定的两种主张：

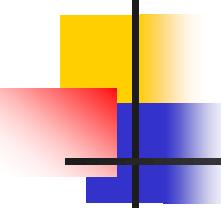
- 1、以主要问题准据法所属国的冲突规范确定先决问题的准据法。（普通法系国家的司法实践）
- 2、依法院地的冲突规范确定先决问题的准据法。
(委内瑞拉、阿根廷的立法；中国国际私法示范法)

(示范法第15条) “国际民商事案件或者事项的主要问题的解决依赖另一先决问题的解决时，先决问题所涉及的民商事关系的法律适用应根据本法依据该民事关系的性质决定。



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） 2012年12月28日法释〔2012〕24号

- 第十二条 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。



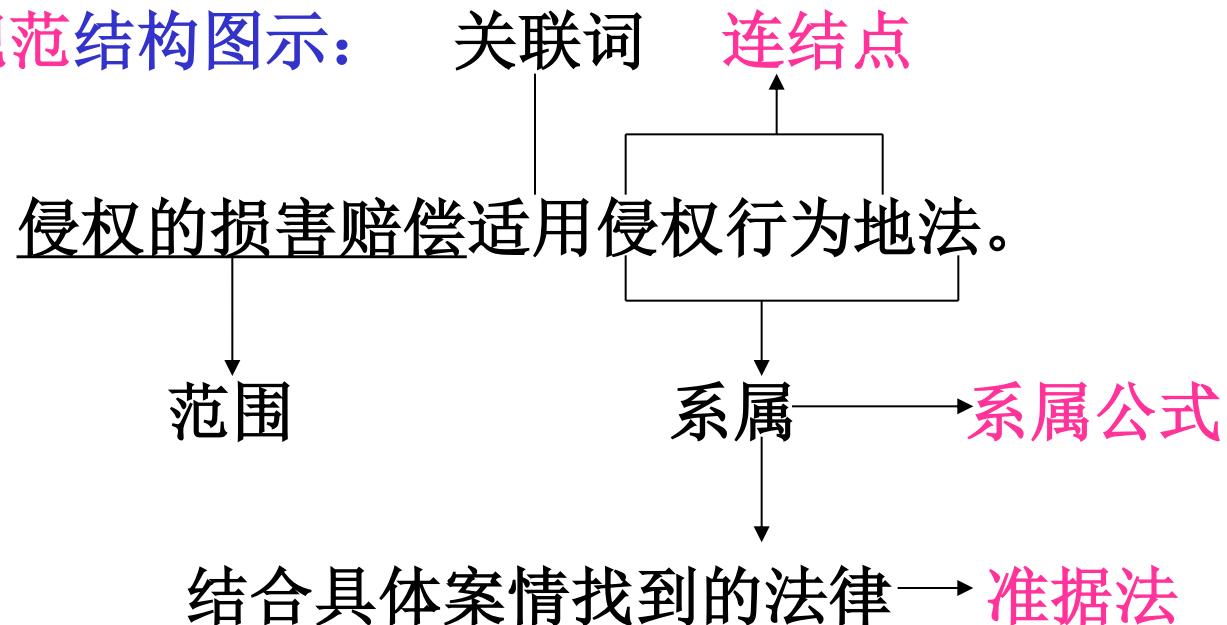
中国司法实践（李伯康房产继承案）——此案中是否存在先决问题？

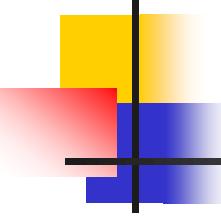
- 1938年，李伯康在港东台山与范素贤结婚，婚后无子女。
- 1943年，李前往美国，定居于加利福尼亚洛杉矶。
- 1967年，李与周乐蒂在美国内华达州结婚。
1981年，李于洛杉矶去世，遗产中有一处位于广州的楼房。
- 1986年5月，范得知离去世，在广州办理了继承房产的证明，领取产权证。
- 周得知后，在广州某法院起诉，要求继承房产

本节（冲突规范与准据法）知识结构与重点知识总结

- 本节主要内容：四个冲突法的重要概念及与其相关的几个法律问题

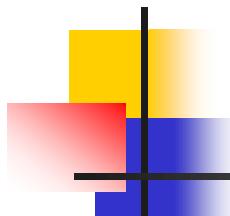
*冲突规范结构图示：





冲突法的四个重要概念及与其相关的几个法律问题

- 冲突规范：概念、特点、结构、类型
- 系属公式：概念、七个常见的系属公式
- 连结点：概念、类型、发展趋势
- 概念
- 特殊情况下准据法的确定
 - 区际冲突
 - 人际冲突
 - 时际冲突
- 先决问题
 - 概念
 - 构成要件
 - 应适用哪国冲突规范
- 准据法
-
-
-
-



重点与考点：

- 1、定义多：冲突规范、范围、系属、系属公式、准据法、连结点、先决
- 2、冲突规范的特点与结构
- 3、举例说明并分析冲突规范的类型
- 4、冲突规范（或连结点）的发展趋势
- 5、先决问题的构成要件

第五章 冲突规范的适用

第一节 识别

一、识别（适用冲突规范的前提）

-

二、排除准据法适用的几种制度

-

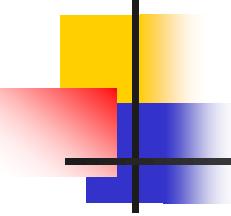
三、外国法内容的确定

反致

公共秩序保留

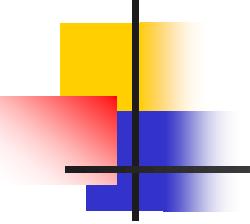
法律规避

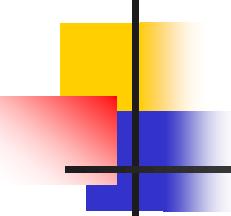
即：本节共涉及在适用冲突规范过程中可能遇到的五个一般性的问题。



一、识别的概念 (Qualification/Classification)

- 依据一定的法律观念，对有关的事实构成或者法律问题作出定性，将其归入一定的法律范畴，从而确定应当适用哪一冲突规范。
- 对案件涉及的法律关系进行定性与归类，这一过程叫做识别。
- 从冲突规范的角度，识别也可以理解为对范围的解释。

- 
- (一) 识别的概念
 - 又称“定性”，是指依据一定的法律概念，对待决案件的事实情况或有关问题进行定性或分类，把它归入特定的法律范畴，从而确定应援用哪一条冲突规范来选择准据法的认识过程。
 - 识别的意义：（1）对确定管辖权的意义；
（2）对法律适用的意义。（例：合同与侵权的竞合）
 - 识别的对象。



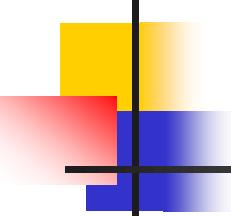
国际私法研究识别问题的特殊视角

- (二) 识别的冲突及其解决
- 与案件相关的不同国家的法律（或国际条约）可能对同一事实或法律问题作出不同的定性（即识别的冲突），此时需要确定应根据哪个法律进行识别的问题。

- 人物：德国的卡恩**1891**年提出：“隐存的冲突”
- 法国的巴丁**1897**年提出：“识别冲突”
- 美国的劳伦森**1903**年介绍到美国
- 英国的贝克特**1934**年介绍到英国

- 古典案例：**1908年英国Ogden v. Ogden**

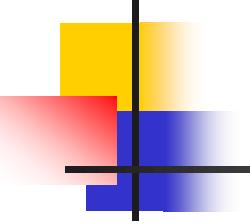
- Case: 1908年英国 **Ogden v. Ogden**
- 背景: 在英国结婚
-
- 19岁的法国男子 ————— 英国女子（**Ogden**夫人）
- 在法国提出离婚，法国法院判决离婚（法国法律规定：“未满25岁的子女未经父母同意不得结婚”） → **Ogden**夫人又与**Ogden**结婚。
Ogden先生知道前婚，主张婚姻关系无效。

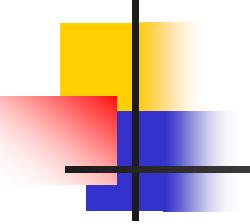


1908年英国法院审理：

核心问题：前一个婚姻是否有效→应该适用哪条冲突规范→识别→识别冲突：

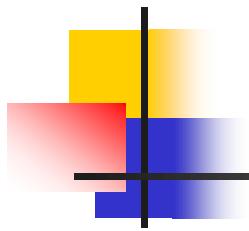
- 依据英国法，“同意”为婚姻形式要件
 - 依据法国法，“同意”为婚姻能力问题
- 如果：
- 婚姻形式要件→婚姻举行地法：英国法
婚姻能力问题→当事人（夫）本国法：法国法
- 应该依据哪国法律进行识别？

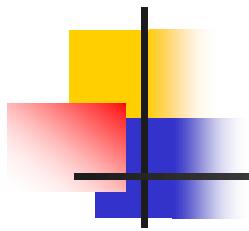
- 
- (三) 识别产生的原因
 - 1、对同一事实，不同国家的法律规定了不同的法律性质。
 - 2、对相同的法律问题，不同国家将其分属于不同的法律部门。
 - 3、法律概念存在差异，不同国家对同一问题规定的冲突规范具有不同的含义。（如，动产与不动产的划分，有些概念某些国家不存在，如，别居、准正等）
 - 4、有的国家的法律概念是其他国家没有的。

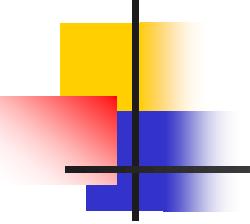


(四) 识别的依据（识别冲突的解决）

- **1、法院地法说**
- ——主张以法院地国的实体法作为识别的依据。
- 理由：
 - (1) 冲突规范是国内法，构成冲突规范的概念应该依国内法即法院地法来解释；
 - (2) 易于操作；
 - (3) 用外国法识别有损法院地国的主权；
 - (4) 识别发生在适用冲突规范之前，此时不存在外国法
- 反对观点：
- 法院地法中无相应的法律制度就无法识别。

- 
- 依据法院地法进行识别的例外：
 - （1）适用国际条约中的冲突规范，对其所使用的法律概念不能依照法院地法进行识别。
 - （2）适用外国的冲突规范时（反致），不能依照法院地法进行识别。
 - （3）对动产与不动产的划分，根据物之所在地法识别。

- 
- **2、准据法说**
——识别应依适用于争议问题的准据法进行。
 - 反对观点：
 - 存在逻辑上的恶性循环：识别的目的是确定准据法，准据法在没有确定之前，如何识别？

- 
- **3、分析法说与比较法说**
 - ——识别应依建立在比较法基础上的共同概念进行。
 - **4、个案识别说**
 - ——根据案件的具体情况来决定识别的依据。
 - **5、区分初级识别与二级识别采用不同的依据**
 - 初级识别依法院地法进行，二级识别是对准据法进行的识别。
 -