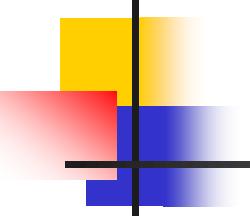


## (五) 结论与我国的实践

- **结论：**
- 对于识别冲突的解决，除了动产与不动产的区分依照物之所在地法进行识别外，目前还不存在一种普遍被接受的理论与方法。
- 各国大多采用法院地法进行识别，但对于法院地法不能解决的问题，还是要通过各种补充方法进行识别。
- 因此，对识别问题应保持灵活态度。



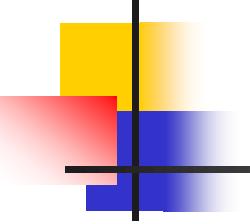
- 我国的立法、司法实践：

《示范法》第9条：

“对国际民商事关系的定性，适用法院地法。但如果依法院地法不能适当解决的，可以参照可能被选择适用的法律来解决。”

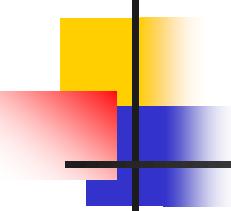
《民法典草案（室内稿）》第5条：

- “国际民商事关系的分类和定性，以法院地法为依据，也可以该国际民商事关系应当适用的法律为依据。”
- 《法律适用法》第8条：涉外民事关系的定性，适用法院地法律。



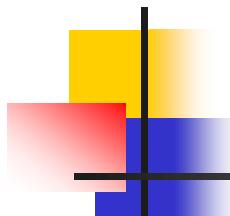
## 案例：

- 1、中国技术进出口总公司诉瑞士工业资源公司损害赔偿纠纷上诉案（上海高院）**
- 2、香港欲亿公司诉江苏轻纺公司侵权纠纷案（江苏高院）**
- 3、广东省轻工业进出口集团公司与TMT贸易有限公司商标权属纠纷上诉案（最高院）**



## 二、排除外国法适用的几种制度

- 问题：
- 法官根据本国冲突规范的指引，应当适用外国法，此时，法官是否只能适用该外国法，没有别的选择？
  - **NO**
  - 存在三种制度，目的在于限制或排除外国法的适用→反致、法律规避、公共秩序保留
  - 制度的适用结果：有积极的，有消极的



## 第二节 反致（remission、renvoi）

- 古典案例1：1878年法国福果（Forgo）案
- Forgo：巴伐利亚国籍、非婚生子，五岁移居法国，具有事实上的住所，但没有法律上的住所。
- 诉因：其姨母要求继承Forgo位于法国的动产。
- 法院：法国的冲突规范（当事人的住所地法）

- 法院：
- 法国的冲突规范——死者住所地法（法律上的）
- 巴继承法：旁系有继承权——巴伐利亚法
- 巴冲突法：适用死者住所（事实）地法
- 法国继承法：旁系无继承权

# 1、反致的概念

狭义的反致：直接反致（一级反致、单一反致）

广义的反致：直接反致、转致、间接反致。

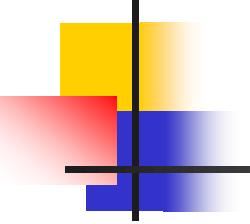
反致图示：

1、法院地国（冲）—他国（冲）→法院地（实）

2、法院地国（冲）→他国（冲）→第三国（实）

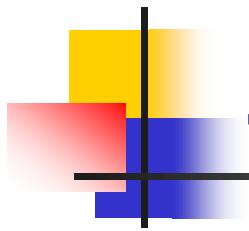
3、法院地国（冲）→他国（冲）→第三国（冲）

法院地（实） ←



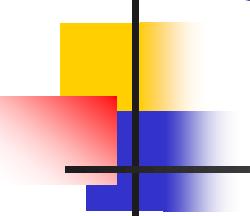
## ■ 外国法院说

- 是英国冲突法中的独特制度，是指英国法官在审理涉外案件时，如果依英国的冲突规范应适用某一个外国法，英国法官即将自己视为在该国法院审判案件，再依该外国对反致所抱的态度，来决定应适用的法律。
- 如果指向的那个外国承认反致，英国法官就适用该外国的实体法，就会出现“双重反致”。
- 如果指向的那个外国法院不承认反致，英国法官就适用英国的实体法，即会出现“单一反致”的结果。
-



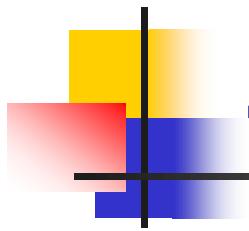
## 2、反致产生的原因

- **1、客观原因：**有关国家冲突法的冲突
  - **(1)** 对冲突规范中的连结点规定不同；
  - **(2)** 对连结点的涵义存在不同的解释。
- **2、主观原因：**法院地国冲突规范指向外国法时，对外国法的理解包括冲突法
- **3、致送关系的存在：**有关国家冲突规范的连结点都指向外国，否则，致送关系就中断了。



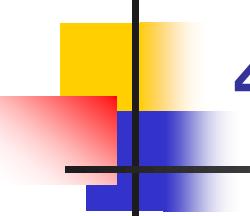
### 3、关于反致的理论之争 (赞成派 pk 反对派)

- 1、赞成反致的观点
  - (1) 维护外国主权
  - (2) 保证判决结果的一致性
  - (3) 维护外国法律体系的整体性
  - (4) 不能因为法官的工作负担丧失法律适用的公正性
  - (5) 扩大本国法的适用范围
  - (6) 增加法律选择的灵活性与公正性



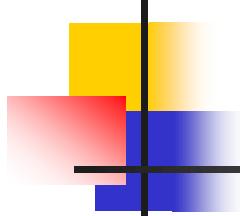
## 2、反对反致的观点

- (1) 采用反致有损于内国立法主权
- (2) 保证判决结果的一致性具有偶然性
- (3) 反致与法院地国冲突法的目的相抵触
- (4) 反致增加法官的工作负担
- (5) 反致会导致恶性循环，形成“乒乓球游戏”



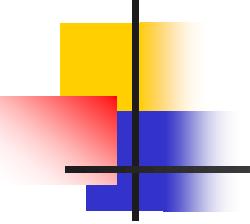
## 4、关于反致的立法及其发展趋势

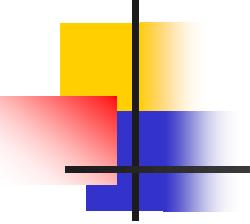
- (1) 现状:
  - 完全接受和完全不接受的国家是少数，有  
限度接受的国家是多数，国际条约在合同领域  
排斥，在其他有限领域接受。
- (2) 发展趋势:
  - a.普遍接受反致
  - b.限于特定领域：身份、能力、婚姻家庭、继承  
领域采用反致，合同、侵权、法律行为有效性  
等领域排除反致。
  - C.随着连结点的灵活化，反致作用空间越来越小

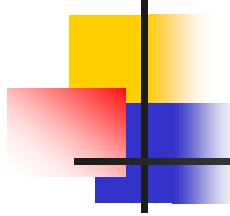


## 5、我国的立法与实践

- (1) 现行立法:
- 最高法院《民法通则》的司法解释第**178**条:
  - “人民法院在审理涉外民事关系的案件时，应当按照民法通则第八章的规定来确定应适用的实体法。”
- 《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。

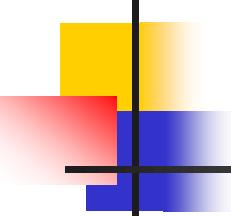
- 
- (2) 立法改革：《民法典草案（室内稿）》  
第2条：
  - “依照本法规定所应适用的法律是指有关国家的民商事实体法律，而非冲突法，但条第 款规定的除外。
  - 对于自然人的法律地位和身份关系，若依本法规定应当适用某外国法律，而依该国冲突法又应适用中华人民共和国法律的，可以接受外国法的反致，适用中华人民共和国法律。”

- 
- (3) 司法实践
  - 武汉海事法院审理的“英国达拉阿尔巴拉卡投资公司诉巴哈马曲姆普航运管理公司案”
  - 案情：原告向被告贷款，被告以船舶抵押，抵押协议约定适用巴哈马共和国法律。后，该船舶因另一保险合同纠纷被武汉海事法院扣押。原告在多次索要贷款未果情况下，向武汉海事法院起诉，请求行使对该船舶的第一抵押权。原告同意适用中国法，被告附议。
  - 法院判决：适用海商法第**271**条：“船舶抵押权适用船期国法律”，本案应适用巴哈马国法律。



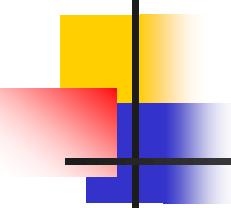
## 第三节 公共秩序保留（reservation of public order/policy）

- 经典案例：
- Case1: 贺尔泽诉德国帝国铁路公司案
- Case2: 斯特劳斯保险公司诉加拿大太平洋铁路公司案：



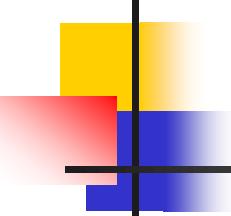
# 贺尔泽诉德国帝国铁路局案：

- —— 贺是德国公民，犹太血统，任公司总管。
- —— 1933年，根据德国当局关于非雅利安人的立法，必须解除犹太人的职务，贺被解职。
- —— 由于铁路局在纽约数家银行有存款帐户，贺到纽约州法院起诉。
- —— 雇佣合同在德国订立和履行，应适用德国法。
- —— 法院认为德国法的规定违背美国的公共秩序不应予以适用。



# 斯特劳斯保险公司诉加拿大太平洋铁路公司案：

- 被告承运一批生丝从上海至纽约，途中生丝为被告所雇佣人员偷窃，发生货差。
- 1930年原告起诉至纽约州法院。
- 美国规定提单关系应适用当事人选择的法律。提单规定适用英国法律，1924年英国《海上货物运输法》规定承运人对此不负责任。
- 法院认为英国法的规定违反了纽约州的公共秩序，转而适用美国法，判决被告赔偿损失。



# 一、公共秩序保留的概念

法院审理涉外民事案件，依本国冲突规范本应适用某一外国实体法，但该外国法的适用会与法院地国重大利益、基本政策、法律的基本原则等相抵触而排除外国法适用的制度。

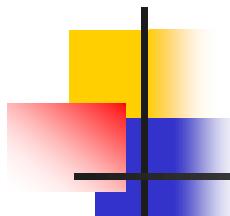
公共秩序保留的功能：

消极功能，否定外国法的适用。

积极功能，肯定本国法的作用。

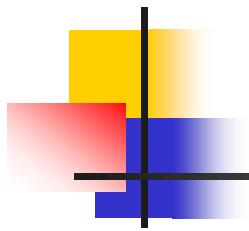
注意的问题：

- 1、公共秩序含义灵活、弹性
- 2、适用外国法的结果与本国公共秩序相违背
- 3、该制度不仅适用于法律选择，也适用于对外国判决的承认执行



## 二、公共秩序保留的起源与立法模式

- (一) 公共秩序保留的起源
- 1. 巴托鲁斯提出剥夺女性继承权的法律是“令人厌恶”的法律，不具有域外效力。
- 2.“胡伯三原则”指出，每一国家的法律仅在本国领域内有效，根据礼让，一国可以允许外国法律在本国保持效力，只要这样做不损害国家主权权力和公民利益。
- 3. 萨维尼、孟西尼、戴西、斯托雷在理论上对公共秩序保留都进行了阐述，使得公共秩序保留制度日趋完善。



## (二) 公共秩序保留的立法模式

- 1、间接限制外国法的适用——明确规定某些国内法规范是直接适用的。  
例，《法国民法典》第3条第1款：“有关警察与公共治安的法律，对于居住在法国的居民均有强行力。”
- 2、直接限制外国法的适用——明确规定外国法的适用如与内国的公共秩序相抵触则不予适用。
- 3、合并限制模式，如《意大利民法典》