



三、公共秩序保留制度的适用标准

主观论和客观论（结果说、联系说）

- 四、公共秩序保留的运用
- 1、公共秩序保留不应与他国主权相抵触，与外国公法的排除相混淆。
- 2.适用公共秩序保留不应与适用本国强制性规定相混淆
- 3.慎用公共秩序保留制度限制国际条约中冲突规范的效力。
- 4.援引公共秩序保留条款排除外国法后，不可概以适用法院地。



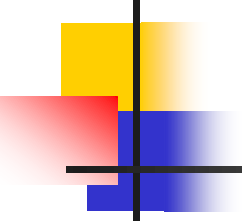
五、我国公共秩序保留的立法与实践

- 立法：
- 1、1950年中央人民政府法律委员会《关于中国人与外侨、外侨与外侨婚姻问题的意见》的规定。
- 2.《民事诉讼法》第260条。
- 3.《民法通则》第150条：“依照本章规定适用外国法律或者国际惯例的，不得违背中华人民共和国的社会公共利益。”
- 4.《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。

问题：（1）“社会公共利益”的表述含糊；

（2）对公共秩序的内涵没有界定

（3）应慎用，增加“明显”、“重大”限定词

- 
-
- 司法实践：
 - 1、1984年旅居阿根廷的中国公民请求承认长期分居协议案（由于阿根廷不允许离婚，双方根据阿根廷法律达成长期分居协议，要求我国驻阿根廷使馆领事部承认与协助执行。）
 - 2、1989年海南省木材公司案



第四节 法律规避（Evasion of Law）

- 一、法律规避的概念与构成要件
- （一）概念：在涉外民事关系领域，当事人为了逃避对其不利的法律的适用，人为制造出连接点，以避开对其不利的法律的适用，使对其有利的法律得以适用。
- 古典案例：1878年Bauffremont's Divorce Case
- 鲍富莱蒙离婚案 王子和公主的故事
- 法国：禁止离婚 德国：允许离婚 →
- 王妃放弃法国国籍，取得德国国籍
- 法国法院：离婚适用本国法（德 法）
- 判决离婚与再婚无效。



2、法律规避的构成要件

- (1) 当事人规避某种法律必须出于故意。
- (2) 当事人规避法律是通过故意改变或制造
■ 连结点来实现的。即对冲突规则的有意
■ 利用。
- (3) 当事人规避的法律是本应适用的强行性
■ 或禁止性的规定。
- (4) 法律规避必须是既遂的。
- (5) 当事人实施法律规避行为后，与原国家
或者地区保持联系。



二.法律规避的性质

法律规避与公共秩序保留之间的关系

- 法律规避是一个独立的法律问题
- 共同点：排除外国法的适用
- 区别：
 - （1）起因不同：个人欺诈；触犯公共秩序
 - （2）主体不同：个人；司法机关
 - （3）保护对象不同：内外国法；内国法
 - （4）后果不同：
 - （5）接受程度与范围不同



三、法律规避的效力

- ——法律规避是有效行为。
- 理由：冲突规范为法律规避提供了可能。
- ——法律规避是无效行为。
- 理由：诈欺使一切归于无效。
- （1）仅规定规避内国法无效。
- （2）凡属法律规避均属无效。
- 具体规定：
 - 1. 规避内国法无效，规避外国法有效。
 - 2. 规避内国法无效，对规避外国法的效力不做规定。
 - 3. 规避内国法无效，规避外国法无效。



4、我国的立法与司法实践

- (1) 现行立法:
- 《民通意见》第194条: “当事人规避我国强制性或禁止性法律规范的行为, 不发生适用外国法的效力。”
- (2) 司法实践:
- 香港中成财务有限公司(贷方)与香港鸿润有限公司(借方)、广东江门市财政局(担保人)借款纠纷案→约定适用香港法

第三节、外国法内容的确定

Ascertainment (proof) of Foreign Law

一、外国法内容的确定问题及产生的原因

- 1.概念：一国法院审理涉外民事案件，根据本国冲突规范的指引应以外国法为准据法时，如何查明外国法的存在以及如何确定外国法的内容。
- 2.查明外国法问题产生的原因
 - (1) 各国法律不同，且法律时常发生变化，法官不能通晓各国法律
 - (2) 各国对外国法的认识不同，有的国家认为外国法是法律，有的国家认为外国法是事实。



二、查明外国法的方法

- 1.把外国法看作事实，由当事人主张和证明，英美等普遍法系国家和部分拉丁美洲国家采用这种方法。
- 2.把外国法看作事实，原则上由当事人主张和证明，法官可以直接认定。法国采用这种方法。
- 3.把外国法看作法律，由法官依职权查明，欧洲大陆的某些国家，如意大利等采用这种方法。
- 4.基本上把外国法视为法律，原则上由法官负责查明，必要时也可要求当事人予以协助。德国、奥地利、瑞士、土耳其、秘鲁等国采取这种方法。



三、外国法内容不能查明的解决办法

- (1) 以法院地国家的法律代替外国法。
- (2) 适用与本应适用的外国法律相同或者相近似的外国法。
- (3) 适用一般法理
- (4) 驳回当事人诉讼请求或者抗辩



四、外国法适用错误（包括适用冲突规范的错误与适用外国实体法的错误）的补救？

- （1）适用内国冲突规范错误，允许上诉。
- （2）适用外国法错误，法、德等国家不允许上诉，这些国家上诉审是法律审；意大利、奥地利等国家允许上诉。

■ 五.我国关于外国法查明的规定

- （1）我国查明外国法的5种途径。
- （2）外国法无法查明适用中国法律。
- （3）外国法适用错误，允许上诉。



最高人民法院2007年《关于审理涉外民事或商事合同纠纷案件适用法律若干问题的规定》第九条规定

- 当事人选择或者变更选择合同争议应适用的法律为外国法律时，由当事人提供或者证明该外国法律的相关内容。

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为外国法律时，可以依职权查明该外国法律，亦可以要求当事人提供或者证明该外国法律的内容。

当事人和人民法院通过适当的途径均不能查明外国法律的内容的，人民法院可以适用中华人民共和国法律。



我国的立法规定

- 《民通意见》第193条：
- “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由于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。”
- 《法律适用法》第十条 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。



第六节 强制性规定

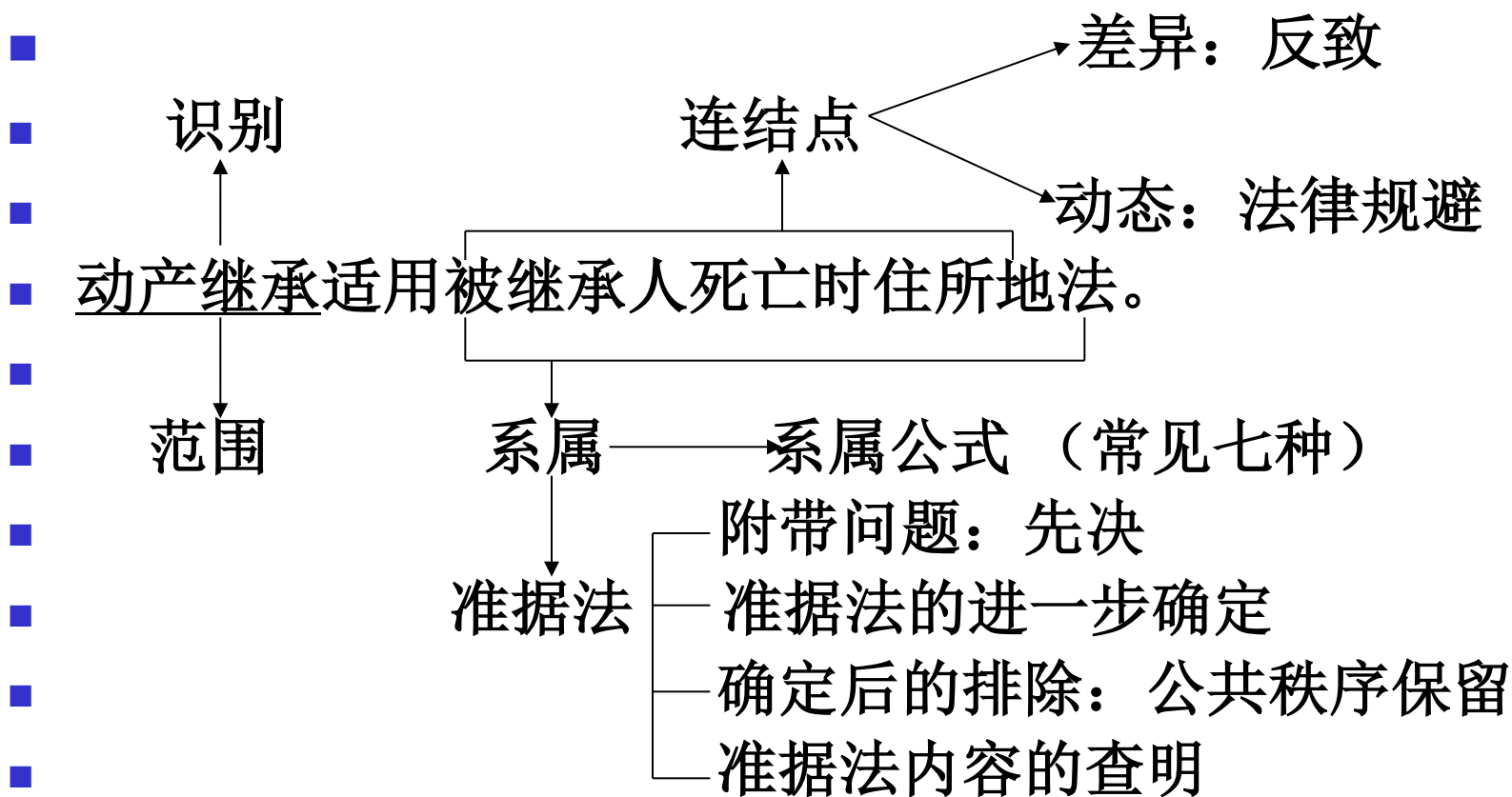
- 一、从理论移植到入法为律
- “直接适用的法”法律制度立法的端始，可以追溯到1804年法国《民法典》第3条规定。
- 1958年，希腊裔法国学者福勋·弗朗西斯卡基斯(Phocion Francescakis)发表《反致理论与国际私法中的体系冲突》一文将“直接适用的法”理论系统化。
- 李浩培1984年撰写中国大百科全书法学卷词条“警察法”，引入中国。
-



本节重点与考点

- 1、定义解释：识别、反致、转致、间接反致、法律规避、公共秩序保留、外国法内容的查明。
- 2、公共秩序保留与法律规避的异同。
- 3、外国法内容查明的途径。
- 4、综述排除外国法适用的几种制度。

冲突法总论基本知识示意图





冲突法总论部分司法考试专栏

准据法的进一步确定——《民通意见》192

- **（2004）70.** 根据我国的司法解释，我国法院在依法应适用外国法律时，如果该外国不同地区实施不同的法律，应如何确定准据法？
 - A.** 依据该国的区际冲突规则确定准据法
 - B.** 可以直接选择适用该国任一地区的实体法
 - C.** 在无法根据该国的区际冲突规则确定时，依据最密切联系原则确定准据法
 - D.** 依当事人的住所地确定准据法



冲突法总论部分司法考试专栏

公共秩序保留关联法条——《民通》150

- **2006(39)**世界各国都将公共秩序保留作为捍卫本国根本利益的一项重要法律制度。关于这一制度，下列哪项判断是错误的？
- **A.** 我国的公共秩序保留制度仅在适用外国法律将违反我国社会公共利益的情况下才可以适用，其结果为排除相关外国法律的适用
- **B.** 在英美普通法系国家中，“公共秩序”的概念一般表述为“公共政策”
- **C.** 公共秩序保留制度已经为国际条约所规定
- **D.** 我国法律中常常采用“社会公共利益”来表述“公共秩序”的概念



外国法查明关联法条——《民通意见》193

- **2006(81)**中国公民王某在甲国逗留期间，驾车正常行驶时被该国某公司雇员驾驶的卡车撞翻，身受重伤。王某回国后，向该公司在中国的分支机构所在地法院起诉，要求该公司赔偿其损失。我国《民法通则》规定，侵权行为的损害赔偿适用侵权行为地法。依此，关于如何查明应当适用的甲国法，下列哪些选项是正确的？





作业：以问题为依据总结我国现行国际私法立法（对现行立法归类整合）

- **A.** 可由中外法律专家向法院提供甲国有关交通肇事损害赔偿方面的法律规定
- **B.** 只有我国驻甲国使领馆才能提供甲国有关交通肇事损害赔偿方面的法律规定
- **C.** 王某自己可以向法院提供甲国有关交通肇事损害赔偿方面的法律规定
- **D.** 经各种途径仍不能查明甲国有关法律时，法院应当依照公平原则裁判