

法律是人类为了共同利益，
由人类智慧遵循人类经验所做的最后成果。



外国法的适用

一个宏观到微观的考察

苏晓凌 ◎ 著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

外国法的适用

一个宏观到微观的考察

苏晓凌 ◎ 著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

外国法的适用——一个宏观到微观的考察 / 苏晓凌著.
—北京: 中国法制出版社, 2015. 6
ISBN 978 - 7 - 5093 - 6266 - 2

I. ①外… II. ①苏… III. ①国际私法
IV. ①D997

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2015) 第 076413 号

责任编辑 谢雯

封面设计 周黎明

外国法的适用——一个宏观到微观的考察

WAIGUOFA DE SHIYONG——YIGE HONGGUAN DAO WEIGUAN DE KAOCHA

著者/苏晓凌

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/880 × 1230 毫米 32

版次/2015 年 6 月第 1 版

印张/14 字数/270 千

2015 年 6 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 6266 - 2

定价: 49.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfs.com>

市场营销部电话: 66033296

传真: 66031119

编辑部电话: 66010493

邮购部电话: 66033288

(如有印装质量问题,请与本社编务印务管理部联系调换。电话:010-66032926)

推荐词

苏晓凌博士在其 2014 年 8 月完成的博士论文的基础上，增补、修改，完成了《外国法的适用——一个宏观到微观的考察》一书，现在该书正式以专著形式出版发行，对此，我表示真心的祝贺。此外，能够为该书写推荐词，我也感到非常高兴。众所周知，狭义的国际私法的功能是确定具有外国要素的法律关系的准据法。为此，各国都规定了诉讼中通过国际私法来确定准据法的原则，也对仲裁中通过仲裁法等确定纠纷实体所适用准据法的原则进行了提示。

按照准据法的确定原则，如果内国法被指定为准据法，通常在法的适用上不会有太大的困难。但是，如果外国法被指定为准据法，则适用内国法情况下不存在的棘手的问题就出现了。事实上，即使通过海牙国际私法会议等的努力，在世界范围内统一了准据法的确定原则，如果各国法院以不同的方法对待准据外国法的认识、解释和适用问题的话，则经过艰苦努力达成的统一的准据法确定原则也会在很大程度上丧失意义。因此，狭义的国际私法上，外国法的适用以及与之相关的各种问题具有很重要的实践性意义。

基于上述理由，研究外国法的适用以及相关诸问题的苏晓凌博士的著述无论是在实务上还是在学术上都有重要价值。特



别是，著者在讨论外国法适用相关的基本理论之后，研究了法院诉讼中出现的程序法上的各个问题，并就最近世界上关心的外国法适用上的国际性相互协助方案进行了讨论，在这些宏观问题基础上，著者就韩中两国适用对方国家法律的具体案例进行了介绍，比较了两国法院在处理方法上的异同，分析了两国之间司法协助方案以及之后的改善方案。从这一点上，可以说本书在韩中之间司法协助的发展方面也是很有价值的资料。因此，我相信，对国际私法领域中，特别是实务上需要适用外国法的实务家们、关心外国法适用问题的学术研究者、关心韩中之间适用彼此法律这一问题的所有人士，本书都是非常具有实用价值的著述。

苏晓凌博士是我在首尔大学指导的第一位专攻国际私法学并获得博士学位的学生。苏晓凌博士应当在将来日益紧密联系的韩中国际私法交流上担负起重要的任务，从这个意义上说，她是韩中国际私法学界应当共同培养的珍贵的人才。将来，为了韩中日构成的东北亚国际私法学的发展，这些领域中的国际私法专家们必须相互协助，因此，我坚信，现在正在进行中的韩中以及韩日之间的专家交流和协助应当进一步扩大和强化。

最后，再次对著者在此期间付出的努力表示祝贺，恳切希望她在将来能专注研究，不断发表论文和著述，为中国、韩国乃至东北亚国际私法学的发展做出贡献。

2015 年 4 月

首尔大学法学专门大学院教授 石光现

推 薦 辭

蘇曉凌博士께서 2014 년 8 월에 서울大學校에 提出한 法學博士學位論文을 보완하여 “外國法の 適用”이라는 題目의 冊子를 單行本으로 刊行하게 된 것을 眞心으로 祝賀합니다. 또한 제가 이 著書에 推薦辭를 쓰게 된 것을 매우 기쁘게 생각합니다. 周知하는 바와 같이 狹義의 國際私法の의 機能은 外國的 要素가 있는 法律關係의 準據法을 決定하는 것입니다. 이를 위하여 各國은 訴訟에서는 國際私法을 통하여 準據法決定原則을 規定하고, 仲裁에서는 仲裁法 등을 통하여 紛爭의 實體에 適用할 準據法決定原則을 提示하고 있습니다.

準據法決定原則에 따라 國內法이 準據法으로 指定된 境遇에는 法の 適用에서 큰 어려움이 없으나 外國法이 準據法으로 指定된 경우에는 國內法이 指定된 境遇에서는 볼 수 없는 까다로운 問題들이 提起됩니다. 事實 헤이그國際私法會議의 努力을 통하여 世界的으로 準據法決定原則을 統一하더라도 정작 各國法院이 準據法인 外國法을 認識하고 解釋 및 適用하는 過程에서 相異한 接近方法을 취한다면 어렵게 達成한 準據法決定原則의 統一은 大部分 意味를 喪失하게 될 것입니다. 따라서 狹義의 國際私法에서 外國



法適用과 관련된 諸問題는 대단히 重要的 實踐的 意味을 가지는 것입니다.

이런 이유로 外國法適用에 관련된 諸問題를 다룬 蘇曉凌博士의 著書는 實務的으로나 學問的으로 貴重한 價値가 있습니다. 특히 위 著書는 外國法適用과 관련된 基本理論을 檢討한 뒤(제2장) 法院의 訴訟에서 提起되는 節次法的 論點을 다루고(제3장), 最近 世界的 關心事로 浮上한 外國法適用에 관한 國際的 協力方案을 論議한 뒤(제4장), 나아가 韓中間에 相對方國家의 法을 適用하는 過程에서 提起된 論點을 다루고 있습니다(제5장). 특히 제5장에서는 韓國法院이 中國法을 實際로 適用한 事例와 中國法院이 韓國法을 實際로 適用한 事例를 紹介하고 兩國法院의 接近方法的 異同을 分析하여 民事司法共助에 관한 韓中兩者條約의 改善方案까지 提示하는 점에서 이 著書는 將來 韓中間의 民事司法共助의 發展을 위해서도 貴重한 資料라고 생각합니다. 따라서 中國에서 國際私法 특히 實務上 外國法을 適用해야 하는 實務家들과, 外國法適用에 관하여 學問的 關心을 가지는 研究者들, 특히 韓中間 相對方國家의 法の 適用에 關心을 가지는 모든 분들에게는 이 著書가 매우 有用할 것이라고 確信합니다.

蘇曉凌博士는 서울大學校에서 저의 指導로 最初로 國際私法을 專攻하여 法學博士學位를 받은 사람입니다. 또한 蘇曉凌博士는 將來 더욱 緊密하게 協力해야 할 韓中間 國際私法學의 交流에서 重要的 役割을 擔當해야 하고, 이

런 意味에서 韓中國際私法學界가 함께 키워가야 할 貴
 中한 人才입니다. 저는 將次 韓中日로 構成된 東北亞細
 亞 國際私法學의 發展을 위해서는 域內 國際私法專門家들
 의 相互協力이 必須的이므로 現在 進行中인 韓中 및 韓日
 專門家間의 交流와 協力을 더욱 擴大하고 強化해야 한다고
 굳게 믿습니다.

마지막으로 저는 著者の 그간의 努力을 거듭 致賀하
 고, 앞으로도 研究에 精進하여 꾸준히 論文과 著書를 발
 표함으로써 中國은 물론 韓國 나아가 東北亞細亞 國際私法
 學의 發展을 위해 寄與해 주실 것을 懇曲히 當付합니다.

2015 년 4 월

서울大學校 法學專門大學院 教授 石光現

目 录

第一章 绪 论	1
第二章 外国法适用的基本理论	14
第一节 外国法适用的相关用语与概念	14
第二节 外国法的性质	28
第三节 冲突法的强制适用与否和外国法的适用	42
第三章 诉讼程序中外国法适用的实现——比较法的 考察	56
第一节 外国法适用的主张责任和查明责任的分配	57
第二节 外国法的调查方法	115
第三节 外国法无法查明的处理	173
第四节 外国法的解释	209
第五节 外国法适用错误的救济	242
第四章 外国法适用上跨国性的努力	269



第五章 韩国和中国对外国法的适用	306
第一节 韩国在外国法适用上的立法及实践	307
第二节 中国法院对外国法的适用	330
第三节 中国和韩国之间相互法的查明和适用	377
第六章 结论	406
参考文献	416

第一章 绪 论

国际私法在整个法学领域里似乎是一个特异的存在。对于大部分人,甚至于一些法学学者而言,国际私法似乎是一门非常抽象而深奥的学问。曾有一位外国学者比喻说:“冲突法领域是一片阴暗的沼泽地,一群博学而怪癖的学者们滞留于此,使用一些难解的专门用语,为了这个神秘的事物创设了一种理论。”^① 与其他部门法不同,国际私法从其诞生时起,就侧重于理论的构建,法官等法律实务家们在国际私法的成长过程中扮演着相对较弱的角色。12 世纪,意大利北部的城邦国家纷纷制定适用于各自的城邦法则 (statuta),从而产生了真正的法律冲突问题。自那时起,岁月流逝,国际私法经过不断的改革和改良,最终走出象牙塔,蜕变为具有可操作性的、有生命力的法。^② 时至今日,具有体系化国际私法立法的国家逐渐增多。例如,20

① William L. Prosser, “Interstate Publication”, 51 *Mich. L. Rev.* 959, 971 (1953).

② 关于国际私法发展的历史,英文文献 Friedrich K. Juenger, “A Page of History”, 35 *Mercer. L. Rev.* 419 (1984); 韩文文献见 [韩] 张文哲:“国际私法的历史和发展方向”,载国际私法学会《国际私法研究》1998 年第 3 号,第 17~44 页。



世纪后半期，欧洲的瑞士、奥地利、意大利、德国等国纷纷制定系统化的国际私法规则。21 世纪，作为亚洲主要国家的韩国于 2000 年制定了自己的国际私法法典（名称即为《韩国国际私法》），日本于 2007 年修订其《法例》，制定了《法律适用有关的通则法》，^① 中国大陆地区于 2010 年以冲突法规则为主要内容，制定了《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》。^② 从国际的视角看，统一的冲突法规则的创设也在一定范围内部分实现了。例如，早在 1980 年，欧共体 8 个成员国以公约的形式，就合同债务的准据法问题作出了明确的约定。^③ 此后，2008 年，欧盟以此为基础，制定了可直接适用于各成员国的《罗马 I 规则》（Rome I Regulation），在合同准据法上开始采用统一的冲突法规则。在合同领域之外，2007 年，欧盟通过制定《罗马 II 规则》（Rome II Regulation），在侵权、不当得利等非合同债务领域实现了冲突法规则的统一。但是，冲突规则的统一并不意味着国际私法的目的可以自然得以实现，因为冲突法规则本身并不能保障其指定的准据法可以正确地得到适用。冲突法规则的实现所要依赖的重要因素是外国法适用制度。

① 日文名称为“法適用に関する通則”。

② 中国台湾地区也于 2010 年修订了“涉外民事法律适用法”，并于 2011 年 5 月公布。

③ 即“合同准据法欧共体公约”（EC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations，“罗马公约”），最初签订该公约的八个欧共体成员国为法国、意大利、比利时、荷兰、卢森堡、英国、爱尔兰和丹麦。

一、研究外国法适用制度的意义

(一) 外国法适用制度的重要性

按照中国学者的研究结论,国际私法存在的根据至少有三个。^① 第一,世界上存在着不同的法体系。第二,这些不同的法体系具有平等的地位。第三,这些不同的法体系之上存在着一个法律共同体。如果具有涉外因素的法律关系只可以适用国内法的话,则没有国际私法也是可以的。换句话说,一国的法律可以在另一个国家内被适用,这是国际私法存在的前提。^② 从这一点出发,外国法能否被适用,如果能被适用,其适用结果的好坏决定了国际私法的生死存亡。因此,就国际私法的研究而言,外国法的适用是一个不可回避的课题。

此外,正如前文所述,国际私法规则的统一已经在一定程

^① 宋晓:《当代国际私法的实体取向》,武汉大学出版社2004年版,第8页。

^② 学界在外国法适用的根据是什么问题上存在多种观点。韩国学者认为,从表面上看,外国法的适用是出自于国际私法规则的规定或者指定。更进一步,国际私法上设置多种连结原则可以从宪法上的平等原则上寻找根据。按照宪法上的平等原则,对同一事物应当一对待,不同的事物应该不同对待。具有外国因素的法律关系应该适用外国法,这正是平等原则的体现。[韩]安春泳:“外国法适用的根据”第554页以下。英美国家也有观点以礼让为立论基础来对外国法适用的根据进行说明。[韩]石光现:《国际私法解说》,博英社2013年版,第124页脚注2。



度上得以实现,然而,无论是像欧洲一样以立法的形式将国际私法规则予以统一,又或者如采纳海牙国际私法会议拟定的相关公约一样,采纳冲突法规则有关的公约,如果在外国法的适用方面不能予以协调配合,国际私法规则统一的意义将大打折扣。因为,虽然按照统一的国际私法规则指定了同一个准据法,但该准据法在不同的国家按照不同的方式适用,则基于同一事实作出的法律判定就可能是不同的,那么国际私法希望达成判决一致的理念将不能得到实现。

外国法适用制度在国际私法上的地位可以从以下两个方面予以说明。第一,外国法适用制度决定了国际私法规则能否真正得以实现。第二,外国法适用制度将影响到解决法律冲突的方法。

1. 对国际私法规则能否实现的影响

尽管并非没有任何争议,^①时至今日,在具有涉外因素的案件可以适用外国法这一点上,几乎没有人予以彻底否定。不仅如此,以欧洲大陆为代表的法律实务也已经证明,外国法的适用是可能的。因此,本书中将不对外国法适用的根据和理由做过多的陈述,而是侧重对实现外国法适用的过程或者程序,

^① 例如,在19世纪时,曾有英国的法官在一个判例中认为,一国的法律不能在另一个国家中适用,判决说“Tobago island 不能制定可以在全世界范围内具有约束力的法律 (pass a law to bind the rights of the whole world)”。Buchanan v. Rucker, 103 Eng. Rep. 546 (K. B. 1808), 转引自 Louise Ellen Teitz, “From the Courthouse in Tobago to The Internet: The Increasing Need to Prove Foreign Law in US Courts”, 34 J. Mar. L. & Com. 97, 97 (2003).

即外国法查明制度的探讨和研究。

这里所说的外国法的查明是指，法院地法院通过某种机制或者手段，明确认识外国法，并将其适用于具体案件争议事项的制度。外国法的查明问题在仲裁或者行政程序等非诉讼程序中也可能存在，但是通常在这些非诉讼程序中，外国法的查明可以以较为灵活的方式处理，并不严格遵守既定的规则，因此本书对外国法查明的讨论将仅限于对诉讼程序中外国法查明制度的研究。

外国法的查明在国际私法体系中的重要地位是不言而喻的。英国 Fentiman 教授曾经指出，外国法的查明虽然带有程序性、附属性的特征，但在国际私法体系中，几乎没有比外国法的查明更重要的问题，外国法查明的程序性功能关涉冲突法本身的生死存亡。^① 虽然准据法的指定是国际私法的核心内容，但是并非按照国际私法指定准据法之后案件便可终结。法院地的法官并不当然熟知被指定的准据外国法的内容，因此必须通过外国法的查明程序，方可作出对案件事实的法律判断，从而最终实现准据法指定的目的。没有外国法查明的相关制度，国际私法本身不能自行得以实现。因此，如果把诸多精致设计的冲突法规则比喻为一个大的建筑物的话，支撑该建筑的

① Richard Fentiman, “English Privative International Law at the End of the 20th Century: Progress or Regress?” at Symeon Symeonides, *Private International Law at the End of the 20th Century, Progress or Regress?* Kluwer Law International, 1999, pp. 187 ~ 188.



基础恰恰是外国法查明制度。

2. 对解决法律冲突的方法的影响

国际私法本为解决法律冲突而登上历史舞台。解决法律冲突的基本方法主要有三种。^① 一是统一各国实质法^②的方法,即所谓实质法的方法(substantive law approach);二是单边的方法(unilateral approach);^③三是传统的多边的方法(multilateral approach)。在这些方法中,多边的方法的运用以外国法的可适用性为前提。如果外国法被证明根本不可能被适用,那么在设计法律冲突的解决方法时,就只能抛弃多边的方法,转而谋求实质法的统一或者采用以确定本国法适用范围为手段的单边的方法。美国教授 Symeonides 在 1998 年召开的国际比较

① 当然,在国际私法的方法上,存在着多种多样的分类方法。例如有学者将当事人自治作为独立的方法予以对待。宋晓:《国际私法的实体取向》,武汉大学出版社 2004 年版,第 53~67 页。

② “实质法”的概念在中国目前并不存在。韩国学者借鉴德国法立论,区分“实体法”和“实质法”。“实质法”是与冲突法相对应的概念,而“实体法”则是与程序法相对应的概念。这种指称似更为严谨,因此本书中沿用了这一用语。

③ 在单边方法的定义上,存在着不同的见解。韩国学者认为,单边方法是各潜在的准据法出发,通过确认其适用范围来选择、确定合适的准据法。[韩]石光现:《国际私法解说》,博英社 2013 年版,第 23 页。美国 Symeonides 教授一方面将单边的方法与法则分类说同等看待,一方面又以 20 世纪在美国出现的政府利益分析说为例,把适用法院地法的方法归并为单边方法。Symeonides, *S. C. Private International Law at the End of the 20th Century, Progress or Regress?* Kluwer Law International, 1999, pp. 11~15. 中国李双元教授则认为,法则分类说本质上是一种双边或者多边的方法。李双元:“国际私法正在发生质的飞跃”,《国际法与比较法论丛(第五辑)》,中国方正出版社 2003 年版,第 369 页。本书将单边方法理解为,从法院地法出发,通过探索确定法院地法的适用范围,确定法院地法是否可以作为准据法适用于纠纷案件的方法。

法学会第 15 次代表大会上提交的报告书中曾就这一观点进行过详细的阐述。即，外国法查明上的问题“的确是存在的，也是困难的。但是这并不意味着我们应该回避这一问题，反而意味着我们应对法律选择程序予以更多的研究。只有在大量研究之后才可以判断外国法查明上的困难是否的确是不可解决的或者该困难是否已经对跨国案件的公正解决造成了严重的影响。如果对该问题的回答是肯定的，则我们也许应当抛弃法选择的方法而寻找其他更好的方法，例如放弃对具有涉外因素案件的管辖，或者只适用法院地法，又或者需要考虑为涉外案件设定统一的实质法规则”。^① Symeonides 教授的分析明确地说明了外国法查明制度与法律冲突解决方法之间的关系。

另一方面，通过改善外国法查明制度或者通过国际社会的努力，最终证明外国法完全是可以被查明的或者至少在大部分的情况下是可以被查明的，则可以认定多边的方法是具有合理性的，是可以被采用的解决法律冲突的方法。

（二）外国法适用可能性的增加

随着全球化时代的到来，国际间人的交流、物的交流在不断增加。由于国际交易、文化交流、移民移民、国际旅行等的增加，各国法院在审理案件过程中遭遇具有涉外因素的案件的

^① Symeonides, S. C., *Private International Law at the End of the 20th Century, Progress or Regress?* Kluwer Law International, 1999, p. 18.