



国际法专题研究丛书 屈广清主编

反致问题研究

FANZHI WENTI YANJIU

贺连博 著

- ☐ 本书填补了我国目前反致方面研究专著的空白
- ☐ 对反致问题进行了全面系统的研究
- ☐ 对世界各国的国际私法理论与实践及最新的国际私法立法中的反致制度进行考察
- ☐ 结合我国的具体国情设计出了《中华人民共和国国际私法反致制度建设草案》

知识产权出版社

国际法专题研究丛书 屈广清主编

反致问题研究

贺连博 著

知识产权出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

反致问题研究/贺连博著. —北京: 知识产权出版社, 2006. 9

(国际法专题研究丛书)

ISBN 7-80198-516-8

I. 反… II. 贺… III. 国际私法 - 理论研究

IV. D997

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2006) 第 095826 号

内容提要

本书对反致问题进行了全面系统的研究, 书中从尽可能大的范围内, 对世界各国的国际私法理论与实践和各国最新的国际私法立法中的反致制度进行考察, 以期以更广阔的视角和更深的层次对反致制度进行探讨。本书填补了我国目前反致方面研究专著空白, 力争为此后研究反致的人们提供参考。鉴于我国国际私法立法中尚未规定反致制度, 作者通过对世界各国反致制度立法与实践的研究, 同时结合我国的具体国情, 设计出了《中华人民共和国国际私法反致制度建议草案》, 希望它能为我国立法者在制定我国民法典或在进一步完善我国国际私法制度时提供参考。

反致问题研究

贺连博 著

责任编辑: 陆彩云

责任校对: 董志英

装帧设计: 段维东

责任出版: 杨宝林

出版发行: 知识产权出版社

社址: 北京市海淀区马甸南村 1 号

邮 编: 100088

网 址: <http://www.cnipr.com>

邮 箱: bjb@cnipr.com.cn

电 话: 010-82000893 82000860 转 8110

传 真: 010-82000893 82000733

印 刷: 知识产权出版社电子制印中心

经 销: 新华书店及相关销售网点

开 本: 880mm × 1230mm 1/32

印 张: 10.125

版 次: 2006 年 10 月第 1 版

印 次: 2006 年 10 月第 1 次印刷

字 数: 268 千字

定 价: 30.00 元

ISBN 7-80198-516-8/D · 407

如有印装质量问题, 本社负责调换。

前 言

自 1878 年福果案始至今，反致制度一直是国际私法领域争论最为广泛和激烈的问题。理论上，赞成与反对之声不绝，争论主要围绕是否尊重国家主权、是否可致判决趋于一致、是否能对法律体系予以分割等问题展开。实践中，国际条约、各国国内立法及司法实践也存在较大差异。从国际条约层面看，有的国际条约接受反致，如 1955 年海牙《解决本国法和住所地法的法律冲突公约》；也有国际条约拒绝反致，如 1985 年海牙《国际货物销售合同法律适用公约》。从国内立法及司法实践层面看，大致可分为全面接受反致（既接受反致，也承认转致，且对反致的适用对象没有限制，如波兰、奥地利、前捷克斯洛伐克等），有限制地接受反致（一是限制反致的适用范围，只在有限的范围内接受反致，如英国的双重反致只适用于遗嘱有效性、位于国外不动产的所有权、位于国外动产的所有权、婚姻形式与实质有效性等问题；二是限制反致的种类，即只接受狭义的反致，不接受转致，如日本、泰国、匈牙利等），拒绝接受反致（立法上全面拒绝反致的国家有希腊、伊拉克、秘鲁、埃及、叙利亚、伊朗、摩洛哥等）等情况。

反致制度来源于实践。反致概念出现于 19 世纪，英国法院分别在 1841 年、1847 年、1877 年用反致对科利尔诉利瓦兹案、佛伦里诉佛伦里案、拉克罗克斯货物案作出判决。引起法学界对反致制度广泛探讨和争论的是 1878 年法国最高法院对福果案的判决。从此，关于反致形成理论上尖锐对立的两派。然而，反致制度理论上的争论并没有阻碍其在实践中的运用和发展，现在多数国家的实践接受反致。可以说，反致制度的理论之争与实践要求存在一定脱节。

对于反致制度的优劣问题，世界各国国际私法学者可谓见仁

见智。从首开探讨反致制度先河的 Froland 到 Dicey、Morris、Batiffol、Cheshire、North、Beale、Reese、Von Mehren、Pierre Mayer、Castel、McLeod、Groffier……学者们从多种角度考察分析了反致制度的利弊，使反致制度在各国国际私法的立法与司法实践中产生了巨大的影响。

我国著名的国际私法学者韩德培、李双元、屈广清、黄进、肖永平、董立坤等都曾从不同角度对反致问题进行过探讨。有的学者认为反致存在种种弊端，有违国际私法的立法宗旨，会破坏公平公正，阻碍国际民商事正常往来，因此主张国际私法中不应采用反致制度。而有些学者通过缜密的分析，考察了司法实践中的很多案例，主张国际私法中应该设立反致制度。他们认为，尽管反致制度存在一些弊端，但若着眼于世界民商事交往的正常进行和便于国际经济贸易活动的顺利开展，适应全球经济一体化进程，采取反致制度是利大于弊的，国际私法中应该规定反致制度……但是，笔者研读国内众多的国际私法著作时发现，目前我国还没有对反致制度进行全面系统研究的专著，多数对反致制度研究的文章都散见于论述国际私法的著作中，而且大都以其中的章节内容形式出现。

笔者之所以决定对这一问题进行全面系统的研究，主要是基于以下三个方面的原因：一是想从尽可能大的范围内，对世界各国的国际私法理论与实践和各国最新的国际私法立法中的反致制度进行考察，以期以更广阔的视角并在更深的层次对反致制度进行探讨；二是想填补我国国内目前缺少反致方面研究专著的空白，力争为此后研究反致的同人提供些许参考；三是鉴于我国国际私法立法中尚未规定反致制度，笔者拟通过对世界各国反致制度立法与实践的研究，同时结合我国的具体国情，设计出《中华人民共和国国际私法反致制度建议草案》，希望它能对我国立法者在制定我国民法典或在进一步完善我国国际私法制度时有所裨益。

目 录

第1章 反致概述	(1)
1.1 概述	(1)
1.2 反致的分类	(4)
1.2.1 反致	(4)
1.2.2 转致	(5)
1.2.3 间接反致	(6)
1.2.4 双重反致	(6)
1.3 反致产生的原因	(7)
1.3.1 反致制度产生的条件	(8)
1.3.2 反致制度的产生条件在现代社会的发展变化	(11)
1.3.3 反致制度将长期存在的根本原因	(12)
1.3.4 两大法系坚持采用各自属人法连接点的 深层原因	(15)
1.3.5 两大法系国际私法的相互融合	(24)
1.4 反致的发展进程	(31)
1.4.1 反致制度的发端	(31)
1.4.2 反致学说的发展	(38)
1.4.3 反致制度在立法中的正式确立	(45)
1.4.4 反致制度的发展现状	(46)
1.5 反致的目的	(47)
第2章 世界各国国际私法学者对反致的态度	(48)
2.1 反致制度实证研究的奠基人弗罗兰 (Froland) ...	(48)
2.2 完全否定反致制度的学者	(49)
2.2.1 卡斯特尔 (Castel)	(49)
2.2.2 威廉·泰特雷 (William Tetley)	(49)

2.2.3	艾伦茨维格·····	(50)
2.2.4	M. M. 波古斯拉夫斯基·····	(51)
2.2.5	刘铁铮·····	(51)
2.2.6	安齐洛蒂 (Anzilotti) ·····	(53)
2.2.7	巴蒂 (Baty) ·····	(53)
2.2.8	阿果 (Ago) ·····	(53)
	小结·····	(53)
2.3	对反致制度持部分否定、部分肯定态度的学者·····	(54)
2.3.1	比尔 (Beale) ·····	(54)
2.3.2	冯·梅伦 (Von Mehren) 和温特劳布 (Wentraub) ·····	(56)
2.3.3	McLeod ·····	(57)
2.3.4	Groffier ·····	(57)
2.3.5	Dicey 与 Morris ·····	(57)
2.3.6	马克洛夫 (Makarov) ·····	(63)
	小结·····	(64)
2.4	完全肯定反致制度的学者·····	(64)
2.4.1	里斯 (Reese) ·····	(64)
2.4.2	皮埃尔·梅耶 (Pierre Mayer) ·····	(65)
2.4.3	巴迪福 (Batiffol) 与拉加德 (Lagarde) ·····	(66)
2.4.4	弗朗塞斯卡基斯·····	(66)
2.4.5	纳瓦莱特·····	(67)
2.4.6	戚希尔和诺斯 (Cheshire & North) ·····	(67)
2.4.7	隆茨·····	(68)
2.4.8	尼德尔 (Niederer) ·····	(68)
	小结·····	(68)
第3章	关于反致的国际统一立法·····	(71)
3.1	拒绝接受反致制度的国际公约·····	(73)
3.1.1	《海牙国际有体动产买卖法律适用公约》·····	(73)

3.1.2	《海牙国际有体动产买卖所有权转移 法律适用公约》	(74)
3.1.3	《海牙保护未成年人的管辖权和法律 适用公约》	(75)
3.1.4	《国际货物买卖统一法》	(76)
3.1.5	《海牙公路交通事故法律适用公约》	(77)
3.1.6	《海牙产品责任法律适用公约》	(77)
3.1.7	《海牙抚养义务法律适用公约》	(77)
3.1.8	《统一船舶碰撞中有关民事管辖权、法律选择、 判决的承认和执行方面若干规则的公约》 ...	(78)
3.1.9	1978 年《代理法律适用公约》	(79)
3.1.10	《海牙关于信托的法律适用及其承认的 公约》	(79)
3.1.11	《海牙国际货物买卖合同法律适用 公约》	(79)
3.1.12	《罗马国际合同义务法律适用公约》	(80)
3.1.13	《海牙关于成年人国际保护公约》	(80)
	小结	(80)
3.2	接受反致制度的国际公约	(81)
3.2.1	《海牙婚姻法律冲突公约》	(81)
3.2.2	《海牙离婚及分居法律冲突与管辖法律 冲突公约》	(81)
3.2.3	《海牙未成年人监护公约》	(82)
3.2.4	《海牙婚姻对夫妻身份和财产关系效力的 法律冲突公约》	(82)
3.2.5	《海牙禁治产及类似保护措施公约》	(83)
3.2.6	《布斯塔曼特国际私法典》	(84)
3.2.7	《解决汇票、期票法律冲突公约》	(85)
3.2.8	《解决支票法律冲突公约》	(85)

3.2.9	比荷卢《国际私法统一草案》	(85)
3.2.10	1955 年《解决本国法与住所地法冲突的 海牙公约》	(86)
3.2.11	《海牙抚养儿童义务法律适用公约》	(89)
3.2.12	1962 年《有关核动力船舶经营人责任 公约》	(89)
3.2.13	《海牙收养管辖权、法律适用和判决承认 公约》	(90)
3.2.14	《美洲国家间关于汇票、期票和发票法律 冲突的公约》	(92)
3.2.15	《美洲国家间关于支票法律冲突的 公约》	(92)
3.2.16	《美洲国家间关于国际私法一般规则的 公约》	(93)
3.2.17	《美洲国家间关于支票的冲突法公约》	(93)
3.2.18	《海牙夫妻财产制法律适用公约》	(94)
3.2.19	《海牙国际性非法诱拐儿童民事事项 公约》	(94)
3.2.20	《海牙结婚仪式和承认婚姻有效公约》	(96)
3.2.21	《阿拉伯联盟统一法草案》	(97)
3.2.22	1985 年《国际商事仲裁示范法》	(97)
3.2.23	《海牙死者遗产继承的准据法公约》	(98)
3.2.24	《海牙跨国收养方面保护儿童及合作 公约》	(98)
3.2.25	《关于父母责任和保护儿童措施的管辖权、 法律适用、承认、执行和合作公约》	(99)
	小结	(99)
第 4 章	关于反致的国内立法	(102)
4.1	反致转致都接受的国家和地区	(103)

4.1.1	法国	(103)
4.1.2	德国	(123)
4.1.3	瑞士	(137)
4.1.4	奥地利	(140)
4.1.5	美国	(143)
4.1.6	巴西	(155)
4.1.7	委内瑞拉	(155)
4.1.8	中国香港	(156)
4.1.9	中国澳门	(156)
4.1.10	白俄罗斯	(157)
4.1.11	哈萨克斯坦	(158)
4.1.12	波兰	(160)
4.1.13	前南斯拉夫	(160)
4.1.14	前捷克斯洛伐克	(160)
4.1.15	土耳其	(161)
4.1.16	荷兰	(161)
4.1.17	比利时	(161)
4.1.18	葡萄牙	(162)
4.1.19	加蓬	(163)
4.1.20	意大利	(163)
	小结	(164)
4.2	只接受狭义反致制度的国家	(164)
4.2.1	日本	(164)
4.2.2	英国	(165)
4.2.3	加拿大	(179)
4.2.4	阿根廷	(179)
4.2.5	墨西哥	(180)
4.2.6	泰国	(180)
4.2.7	菲律宾	(180)

4.2.8 也门人民民主共和国	(180)
4.2.9 越南	(180)
4.2.10 前苏联	(181)
4.2.11 俄罗斯联邦	(182)
4.2.12 斯洛文尼亚	(183)
4.2.13 匈牙利	(183)
4.2.14 (原) 德意志民主共和国	(184)
4.2.15 罗马尼亚	(184)
4.2.16 西班牙	(184)
4.2.17 列支敦士登	(184)
4.2.18 塞内加尔	(185)
4.2.19 多哥	(185)
4.2.20 阿拉伯联合酋长国	(185)
4.2.21 澳大利亚	(186)
小结	(188)
4.3 尚无明确规定, 但可推知接受反致制度的国家 ..	(190)
4.3.1 智利	(190)
4.3.2 哥斯达黎加	(191)
4.3.3 乌拉圭	(191)
4.3.4 巴拉圭	(191)
4.3.5 朝鲜人民民主主义共和国	(191)
4.3.6 阿拉伯也门共和国	(193)
4.3.7 蒙古	(193)
4.3.8 保加利亚	(194)
4.3.9 马达加斯加	(194)
4.3.10 中非	(194)
4.3.11 阿尔及利亚	(194)
4.3.12 布隆迪	(195)
小结	(195)

4.4 明确拒绝适用反致制度的国家	(195)
4.4.1 秘鲁	(195)
4.4.2 希腊	(196)
4.4.3 埃及	(196)
4.4.4 伊拉克	(196)
4.4.5 叙利亚	(196)
4.4.6 科威特	(196)
4.4.7 约旦	(197)
4.4.8 中国	(197)
4.4.9 突尼斯	(200)
小结	(200)
第5章 最密切联系原则与惯常居所连结点的渐广采用	
对反致制度的影响	(202)
5.1 最密切联系原则的渐广采用对反致制度的影响 ...	(202)
5.1.1 反致制度与最密切联系原则间不存在根本性的矛盾	(202)
5.1.2 最密切联系原则作为一个选择法律的方法并不完全排除反致	(203)
5.1.3 如果将最密切联系原则作为选择法律的基本原则,反致仍有可能发生	(204)
5.2 惯常居所连结点的渐广采用对反致制度的影响 ...	(205)
5.2.1 惯常居所的含义及构成要素	(206)
5.2.2 惯常居所连结点的渐广采用缩小了反致适用的空间	(216)
5.3 现代冲突法在其他方面的发展进步对反致制度的影响	(219)
5.3.1 方法论的发展对反致制度的影响	(219)
5.3.2 选择性冲突规则的普及对反致制度的影响 ...	(221)
5.3.3 灵活开放性冲突规则的兴盛对反致制度的影响	(221)

影响	(221)
5.3.4 冲突法统一化趋势的发展对反致制度的影响	(222)
第6章 从法律的经济分析和价值分析角度审视反致制度的利与弊	(224)
6.1 法律的经济分析研究方法概述	(224)
6.2 从法律经济分析角度审视反致制度的弊端	(228)
6.2.1 采用反致会增加法院和当事人的经济负担 ...	(228)
6.2.2 采用反致会增加法院的机会成本	(229)
6.2.3 采用反致不一定能完全实现反致制度本身的价值要求	(230)
6.2.4 反致可能导致判决错误概率上升和司法机关公信力的下降	(230)
6.3 从价值分析角度审视反致制度的优点	(231)
6.3.1 反致有利于把各国国际私法间冲突的危害限于最小程度	(231)
6.3.2 反致可以实现保护个人利益的国际私法价值	(235)
6.4 从价值分析角度审视反致制度的弊端	(236)
6.4.1 反致制度在某些时候也会导致不公平的结果	(237)
6.4.2 反致制度并不能保证一定会实现判决一致 ...	(237)
6.4.3 反致结果易受法官自由裁量权的影响	(238)
6.4.4 反致易受经济利益影响, 背离公平公正	(239)
第7章 反致制度发展态势与立法技术分析	(240)
7.1 反致制度发展的一般态势	(240)
7.1.1 对反致发展态势的宏观考察	(240)
7.1.2 对反致发展态势的微观考察	(242)
7.1.3 反致在国际民事诉讼法中的运用	(246)

7.2 反致制度立法技术分析	(248)
7.2.1 反致形态的选择	(249)
7.2.2 反致过程及其控制	(250)
7.3 笔者对中国现行反致制度立法的评析	(253)
7.3.1 我国立法中明确排除反致制度的原因分析 ...	(253)
7.3.2 笔者对反致的评价	(256)
7.3.3 笔者对我国立法中明确排除反致制度的 态度	(261)
第8章 区际反致	(263)
8.1 区际反致问题概述	(263)
8.1.1 区际法律冲突中反致的基本类型	(264)
8.1.2 区际私法上的反致与国际私法上的反致的 共同点	(266)
8.1.3 区际私法上的反致与国际私法上的反致的 区别	(269)
8.2 区际反致问题的理论与实践	(272)
8.3 中国区际法律冲突	(275)
8.3.1 中国“一国四域”格局的形成	(275)
8.3.2 中国区际法律冲突的产生	(279)
8.3.3 中国区际法律冲突的特点	(281)
8.3.4 涉港、澳、台民商事案件的法律适用	(284)
8.4 中国区际法律冲突中的反致问题与解决	(287)
8.4.1 中国区际法律冲突中的反致问题	(287)
8.4.2 中国区际法律冲突中反致问题的解决	(296)
第9章 我国制定国际私法反致制度的设想	(298)
9.1 反致制度综述	(298)
9.2 制定我国反致制度设想及笔者草拟《反致制度 建议草案》	(301)

第1章 反致概述

1.1 概 述

国际私法中的冲突规范，是指定适用外国法的法律根据。但是怎样理解它所指定的外国法的范围——是仅仅指定该外国的除冲突法以外的那部分法律（一般用 domestic law, local law, internal law, substantive law 来表示，即常用的“内国法”这个概念），还是指定包括该外国冲突法在内的全部外国法？这是国际私法的理论与实践中的一个颇有分歧的问题。

对这个问题，存在有两种截然相反的回答：一是主张本国冲突规范指定的，仅限于外国冲突法以外的那部分法律（有学者把这种主张叫做“单纯指定”或“实体法指定”）。这种观点认为，如果把外国冲突法也包括在内，由于有关国家之间相应的冲突规则所采用的连结点不同，或连结点虽同，而对它的解释或认定却不同，便会出现相互指定，循环不已的现象，使准据法得不到确定。如住所地法指定当事人的本国法，而他的本国法又指向住所地法；或甲国认为当事人居住在乙国，而乙国却认为他们居住在甲国。另一种主张则认为本国冲突规范指定的，应是包括该外国冲突法在内的全部法律（有学者把它叫做“总括指定”或“全体法指定”）。此学说认为，在这种情况下，即令外国冲突法规则又指回内国法或指向第三国的法律，法院可接受这种指定，而改为适用内国法或第三国法作准据法。这便是所谓“反致”（renvoi, remission）和转致（transmission）的制度。

在广义上来用反致这个概念，它除了包括转致之外，还包括

间接反致。狭义上的反致是指仅适用内国法的情况。另外，英国学者莫里斯（Morris）还对英国冲突法中的反致制度以及英国法中特有的反致制度——“双重反致”进行过深入地论述。莫里斯曾经举过这样一个例子并对之进行了分析：一个不列颠国民死时在意大利有住所，未留遗嘱，在英格兰留下动产。对于死者遗产的继承问题，英格兰冲突规则指定适用住所地法（意大利法），但意大利冲突规则指定适用本国法，该法暂时可以被假定为英格兰法。在这里，我们就碰到了涉及反致（remission）法院地的冲突规则之间的明显冲突。但如果这个未留遗嘱而死的人是德国人而不是不列颠国民，那么，我们就会碰到一个涉及转致（transmission）德国法的冲突规则之间的明显冲突。如果这个未留遗嘱而死的人在英格兰法意义上在纽约有住所，但在纽约法意义上住所地在英格兰，且英格兰和纽约的冲突规则都规定动产的无遗嘱继承由住所地法支配；我们就会遇到一个潜在的冲突规则之间的冲突，它产生于这样的事实：尽管英格兰和纽约冲突规则表面上一致，但它们在构成住所这一点上是不同的。●

在这些情况下，法院可能会以三种不同的方法凭想象来解决这种歧义：●

（1）法院可能会适用外国的内国法规则，即可适用于在该外国产生的纯内国情形的外国法，并不考虑对该外国法来说使这种情形成为法律冲突情形的那些因素。这样，在那个英格兰国民未留遗嘱而死、住所地在意大利且在英格兰留下动产的案例中，英格兰法院也许会（如果它接受这种解决办法）适用对意大利人

● 对于住所，在英格兰和纽约规则之间至少有两个重要的差别可以提出：（1）在纽约，选择住所的放弃并不涉及原始住所的恢复（比较规则第13条第（2）款第2项）；（2）在纽约，原始住所比起在英格兰来说，更容易被选择住所代替。

● Cheshire and North, p. 59; Morris (1937) 18 B. Y. I. L. 32, 33; 108 Falconbridge, pp. 173-174; 《国际私法委员会第一次报告》第23节[(1954) (Cmd 9060)]。

适用的意大利法的纯内国规则,不考虑未留遗嘱而死者是一个英格兰国民的事实。这种方式要求有该外国的内国法证据,而不要其冲突规则的证据。基于它是“简便而合理的”,^①这个办法已被两名英格兰法官所推荐,但在另一个案件中,在对权威的论著进行全面考察之后被拒绝。^②

(2) 如果外国的冲突规则反致到法院地法或转致第三国法,法院也许会接受这种指定,而运用法院地的内国法或者该第三国的内国法。前面这种程序在法律上被认为是“接受反致”。^③这样,在英格兰国民未留遗嘱而死、住所意大利、在英格兰留下动产的案件中,英格兰法院也许会(如果它接受这种解决办法)适用英格兰法的内国法规则,即在《1925年遗产管理法》(修正案)中所制定的规则,不考虑死者未留遗嘱而住所意大利的事实。这种方法要求有与继承有关的外国冲突规则的证据,但不要关于反致的外国规则的证据。它已被一些大陆法系国家的法院在很多著名的案例中所接受,^④且有时为大陆法系国家的立法机关所规定,^⑤但它不是英格兰法院流行的做法。它可被简便地称做“部分”或“单一”反致理论。

(3) 法院可能以与外国法院判决案件所采用的完全相同的方式判决案件。这样,在那个英格兰国民未留遗嘱而死、住所

① Re Annesley [1926] Ch. 692, 708 ~ 709; Re Askew [1930] 2Ch. 259, 278; 参见 Barcelo v. Electrolytic Zinc Co. of Australasia (1932) 48C. L. R. 391, 437.

② Re Ross 案 (1930) 1 第 377 章、第 402 章。考察是如此全面,以致自审理至交付判决花费 4 个月时间。

③ 这个表述必须要与接受反致主义相区别,法院可以接受反致主义而不必接受第一次的转致。前者意味着停止来回送达的乒乓球游戏,后者意味着继续这种游戏直到另一球员厌烦它为止。

④ OLG Lu ~ beck, March 21, 1861, 14Seuffert's Archiv, p. 164; Big - wood c. Bigwood (1881) Belgique Judiciaire, p. 758; L' Affaire Forgo (Clunet, 1883, p. 64); L' Affaire Soulie (Clunet, 1910, p. 888); Falcon - bridge, pp. 147 ~ 149.

⑤ e. g. article 27 of the Introductory Law of the German Civil Code (1900).