

三国法同堂笔记[2] PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/50/2021_2022__E4_B8_89_E5_9B_BD_E6_B3_95_E5_c36_50258.htm

二．反致 反致的表现形态：（1）直接反致，其过程为甲国法院审理一个涉外民商事案件时冲突规范援引了乙国法，而乙国的冲突规范又指回了甲国法，最后甲国按照本国的实体法进行审理。（2）转致，其过程为甲国法院审理一个涉外民商事案件时冲突规范援引了乙国法，乙国的冲突规范援引了丙国法，最后法院按照丙国实体法进行审理。（3）间接反致，其过程为甲国法院审理一个涉外民商事案件时冲突规范援引了乙国法，乙国的冲突规范援引了丙国法，丙国的冲突规范指引到甲国法，最后法院按照甲国法审理。（4）包含直接反致的转致，其过程为甲国法院审理一个涉外民商事案件时冲突规范援引了乙国法，乙国的冲突规范援引了丙国法，丙国的冲突规范指引到乙国法，最后法院按照乙国法审理。（5）完全反致，是指英国法院的法官在审理一个涉外民商事案件的时候，如依英国法要适用外国法，则该法官应该完全站在外国法律体系的立场上进行审理。反致的产生原因：1、援引外国的冲突规范；2、冲突规范中连接点不同；3、法院地法律接受反致。中国现行法律没有反致制度 三．外国法的查明和解释 外国法查明的核心问题是：对于外国法，究竟属于“法律”还是“事实”的问题。外国法查明的方法：（1）当事人举证证明；（2）法官依职权查明；（3）法官依职权查明，当事人负有协助义务。无法查明外国法时的做法：（1）以内国法取代之，这是多数国家的做法（2）驳回当事人的诉讼请

求（3）适用同本应适用的外国法相近似或是类似的法律（4）适用一般法理 第一种为大多数国家采用的做法，后三种为少数国家采用的做法。外国法的错误适用时的各国做法：

（1）不允许当事人上诉；（2）允许当事人上诉。外国法的查明，法官负有最终的查明义务。我国的司法实践认为“外国法”是“事实”问题，查明错误可以上诉。查明英美法极为困难

四．公共秩序保留 狭义上的公共秩序保留：在一国援引外国法时，如果违背了本国的公共秩序，则本国法院排除适用外国法的适用的制度。广义上的公共秩序保留还包括在承认和执行外国法院的判决以及涉外公证、认证和仲裁中排除外国法的适用

公共秩序：是指一国国家和社会的重大利益，或者是法律和道德上的基本原则，它并不包括实际的具体内容，而是在具体案件中赋予法官最大的自由裁量权以与以予认定。公共秩序保留的限制（理论上）：公共秩序并非本国人的重大利益。例：二战前期，德国铁道部部长为一犹太人，遭迫害避走美国，至美后，向美国地方法院起诉德国铁道部赔偿其损失，依据美国冲突法，涉外雇用合同案件适用雇佣行为地法，因此需要适用德国法，而德国《非雅利安人法》规定解除犹太人的行为是合法的，审理该案的法官科林斯认为：该案要解决的不是德国人的良知而是我们的良知，依据一个人的血统就可以解除一个人的职务，若要我们承认，那么就会深深违背我们的信念，将我们的文明世界贬得一文不值。我国关于公共秩序的保留的相关规定和基本用语见《教材》p541

五．法律规避（一）法律规避的概念 是指国际民商事法律关系的当事人故意制造某种连接点，用以避开本应适用的对其不利的准据法，从而使得对自己有利的法律得

以适用的一种行为。（二）法律规避的效力 该制度仅在理论上有所探讨的余地，但是在各国的司法实践中很少适用。（三）法律规避的构成要件 1）主观上是故意的；2）当事人规避的法律必须是当事人本应适用的强制性和禁止性规范；3）当事人人为地制造或者是改变连接因素；4）客观上必须是既遂的；5）所有的行为必须是合法的。

第五章 国际民商事法律适用

本章内容稍作理解即可，重点在于法条的记忆。

一．权利能力和行为能力

权利能力领域容易产生冲突的领域为：宣告死亡；宣告失踪 自然人行为能力的法律适用属人法，但有两个例外：1）处理不动产的行为能力适用不动产所在地法 2）关于商务活动的当事人的行为能力适用行为地法 记忆法条见《教材》p544 解决法人的行为能力和权利能力的冲突的国际通行做法：适用法人属人法 条文记忆见《教材》p545

二．法律行为、代理和时效

法律行为不是考察内容，可以掠过。法律行为方式准据法的特例：1）涉及不动产的法律行为适用不动产所在地法；2）登记行为方式适用登记地法；3）缔结合同可以适用当事人合意选择的准据法，也可以适用合同或者是法律准据法。 100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com