

国际私法反致制度研究*

高琦

【摘要】反致是国际私法中一项既古老又独特的法律制度,学界对是否接受反致争议颇多。接受反致能扩大法律选择的范围,无损法院地国的国家主权,在某种条件下可实现法律适用的一致性,体现了对法律选择合理性结果的追求,属于优法选择方法。目前,国际立法的趋势为限定接受反致范围和限定拒绝反致条件,为合理适用反致制度奠定基础。

【关键词】反致 直接反致 间接反致 国际私法

(中图分类号) D997 (文献标识码) A (文章编号) 1000-2952(2012)02-0072-05

一、反致概述

直接反致:对于某一种法律关系,依法院地国冲突规则去援用某一位外国法作准据法时,法官认为外国法应该包括该外国的冲突法,而依该外国的冲突法之规定,却应该适用法院地国的法律作为准据法,最终法官根据自己国家的法律判决了案件。由于依据法院地国的冲突规则所指向外国法中的冲突规则直接将致送关系送到了法院地国,并未转向其他外国,因此又将这类反致称为“直接反致”。

间接反致,其递送原理与直接反致原理相似,致送关系的终点也回到了法院地法,但是过程却颇费周折,需要经过其他国家相关法律的转承方能返回法院地法。具体递送逻辑如下:对于某一法律关系,法院地国的冲突规则指定适用甲国法(包含甲国冲突法),但甲国的冲突法又指定适用乙国法(包含乙国冲突法),而依据乙国冲突规则却指定应适用法院地国的实体法作为准据法,最后法院依据乙国的冲突规则适用了法院地国的实体法。

在间接反致中,致送过程表现为由法院地国冲突法指引甲国冲突法,再由甲国冲突法指引乙国冲突法的过程,符合转致的特征“向外发散式”方向;致送的结局却是以适用法院地国的实体法规范,这样在致送的大循环中就形成了“向内引导式”方向。因此,笔者认为对这种致送关系的定性应符合逻辑的目的——“回家去”适用法院地国的实体规范,整个致送关系属于“反致”的范畴。只不过指向法院地国实体法的过程不再直接、简

单,而是需要经过两个或两个以上外国冲突法的指引才能确定,所以这种致送关系被称为间接反致,^①与直接反致相对。本文所讨论的反致只包括直接反致和间接反致。

从直接反致和间接反致的分析可知,致送关系能否层层递接的关键在于:由法院地国冲突规范所指向的外国法是包含该外国冲突法在内的全部法律。亦即外国法对反致的态度决定了致送关系能否延续。

长期以来,无论学术界还是司法实务界对于是否接受反致都存在着不同的见解。赞成派和反对派争论的焦点,主要集中在以下几个问题上:其一,是否形成“乒乓球游戏”,造成司法资源的浪费;其二,是否可使判决结果一致;其三,是否使国家主权受损。^②以下笔者将从接受反致的价值考量和立法分析两方面,深入探寻反致制度存在的意义。

二、接受反致的价值考量

笔者认为接受反致的原因,主要是法律适用“合理

* 本文为北京航空航天大学2011年中央高校基本科研业务费专项资金资助项目“中国涉外民事关系法律适用法研究——新法内涵解析及完善建议”研究成果之一,项目编号YWF-11-06-002。

① 韩德培主编《国际私法新论》,武汉大学出版社1997年版,第182页。

② 沈涓主编《国际私法》,中国社会科学出版社2006年版,第46页。

性”的要求，而并非“国家主权”的要求。虽然接受反致确定案件准据法的过程为法官选法带来困难，增加工作负担，但法律适用的“便利性”与“合理性”价值相比，仍应以“合理性”价值为本。

（一）体现法律选择的合理性要求

第一，接受反致，为合理选择法律创造条件。接受直接、间接反致扩大了法律选择或法律评估可选法律的范畴，法院地法须经过一定的递转过程才能获得适用，并且是对相关法律进行考察之后的结果。当某国法院依其冲突规范应适用外国法时，若考虑该外国的冲突规范就至少有三种可供选择的法律——法院地国的实体法、外国法甲或外国法乙，直接反致可选的法律包括由法院地国冲突规范指引确定的外国法甲和法院地国的实体法；间接反致可选的法律除以上两种法律，还包括由外国法甲中的冲突规范指引所确定的外国法乙，以及依此理又确定的外国法丙，等等。这样便扩大了法官可选的法律范围，有利于比较出哪一国法律与案件有更加密切的联系，从而为选出较优质、合理的法律创造机会。

第二，接受反致，排除外国实体法适用，确定适用法院地法，体现出不合理性与合理性的博弈。从接受直接、间接反致，适用法院地法的结果看，尽管两种反致的结果都是援引法律的方向又回到了法院地国的实体法，但两种反致的致送关系并非直接适用法院地法，而是经过了选法的比较和向回致送的过程。有两个过程：其一，既然外国法中的冲突规范没有主张以该外国实体法调整涉外案件，那么执意适用外国实体法，就会违背该外国的立法意愿，很不合理。而且，外国法甲之冲突法的适用暗示外国法甲的实体法并不合理，即不适用外国法甲之实体法具有合理性。其二，外国法甲之冲突法的适用指引出另外可能适用的法律，且这种指引是依外国法甲的原则和理念选择出的与法律关系较为密切的法律，即适用外国法甲之冲突法指引确定的某外国法或法院地法具有合理性。所以，在直接、间接反致中，“每一次法律援引，对各国不同冲突法的排除，以及对不合理、不适当实体法的排除”，^① 又为进一步接近较合理的优质法律奠定了基础。由此，反致制度存在的合理性，正是在不断排除相关外国实体法适用的合理性因素、确定适用法院地法具有相对合理性的博弈中产生的。

第三，接受反致，间接适用法院地国实体法，能避免接受反致可能形成相互指定的恶性循环。首先，在理论上，接受反致有可能形成逻辑的恶性循环。这种可能性发生在接受反致的国家之间，如果接受反致的法院地国法，不仅指法院地国的冲突法，而且还指法院地国的实体法，此时，致送关系仍须按照法院地国的冲突法重复进行，由此就形成永远无法停止的恶性逻辑循环，法

官无法确定案件的准据法。其次，间接适用法院地国的“实体法”，是避免接受反致形成恶性循环的良方。致送关系无限恶性循环的关键是，由外国冲突法指引所确定的法院地法仍包含法院地国的冲突规范。那么如果从立法上规定接受反致后所适用的法院地法仅是法院地国的实体法规范，而排除再次适用法院地国冲突法的可能，由此即可断绝致送关系相扣的关键环节，避免致送关系的恶性循环。如1978年《奥地利国际私法》第5条规定：“对外国法律的指定，也包括它的冲突法在内。如外国法反致时，应适用奥地利内国法（不包括冲突法）；如外国法转致时，则对转致亦应予以尊重；但当某国内国法未指定任何别的法律，或在它被别的法律首次反致时，则应适用该外国的内国法。”各国规定接受反致适用法院地国实体法的初衷，亦为避免反致的恶性循环。

第四，接受反致，适用法院地国实体法，在某种条件下可以实现法律适用的一致性。接受反致间接获得适用的法院地法，能在某种程度上达到法律适用的一致性，只是这种一致性并非普遍可达成的一般价值。这种判断可以用下例予以证明。关于一个法国人遗留在意大利的不动产继承问题，法国的冲突规则是“不动产继承必须适用不动产所在地法”，而意大利冲突规则是“继承适用死亡者的本国法”。假设法国和意大利对反致有各种不同态度，由此形成以下几种情况：

假设一，法国和意大利的冲突法都不接受反致，那么在法国审理案件得到的结果就是适用“不动产所在地法”即意大利实体法，在意大利审理案件，则会适用“死亡者的本国法”即法国实体法。显然判决所适用的法律是不一致的，更不用说判决的结果会怎样。

假设二，法国和意大利都接受反致。在法国审理该案件，依照法国冲突法适用“不动产所在地法”即意大利法，意大利冲突法又规定“适用死亡者本国法”即法国法，而法国接受反致，则法国法院适用了法国关于继承的实体法。在意大利审理该案，法官依据意大利的冲突规范直接适用“死亡者的本国法”即法国法，法国冲突法又规定适用“不动产所在地法”即意大利法，且意大利接受反致，则法律选择的过程终止在适用意大利关于继承的实体法规范。两国同时接受反致的结果是，在不同国家审理案件会得到不同结果。

假设三，法国接受反致、意大利不接受反致。在法国审理该案件，依照法国冲突法适用“不动产所在地法”即意大利法，意大利冲突法又规定适用死亡者本国法即法国法，而法国接受反致，则法国法院适用了法国

^① 沈涓：《冲突法及其价值导向》（修订版），中国政法大学出版社2002年版，第174页。

关于继承的实体法规范。在意大利审理该案，意大利的法官依据冲突规范直接适用“死亡者的本国法”即法国法，且意大利不接受反致，则法律选择的过程终止在适用法国关于继承的实体法规范。所以，接受反致的法国法官适用法院地法（法国法）进行判决、不接受反致的意大利法官判决的依据是相关外国法（法国法），由此虽提起诉讼的地方不同，但结果却获得一致的审判依据。

综合考察以上三种假设，接受反致适用法院地法所实现的“判决一致性”价值，并非经由接受反致适用法院地法所能达成的普遍、一般价值，而只有当所涉国家中只有一国接受反致适用法院地法时，才能实现。尽管这种作用有限，但仍为追求“判决一致性”做出了贡献，值得重视。

（二）国家主权受损不应成为排斥反致的主要原因

学者安齐洛蒂认为“承认反致就是将法律冲突的解决委之于外国冲突法，这显然是处理涉外民事关系时放弃了自己的主权”。^① 笔者认为这种观点值得商榷。

第一，需要考察的问题——法官是否应适用外国冲突规范？从法官审理涉外民事案件的过程分析，法官审理案件的目的是为调整涉外民事关系找寻更合理、适当的实体法。所以，即使根据法院地国的冲突规范指引确立了外国法，法院对该案件作出的判决，也应该与如果外国法院具有管辖权、受理案件，并按照外国法将要作出的判决完全一样。^② 亦即，法官应按照外国法官如果审理案件所考虑适用的法律对涉外民事案件进行审判。由于外国法官在审理涉外民事案件时，一定会考察该外国冲突规范的规定，因此，法院地国的法官在审理案件时，也应该适用该外国法中的冲突规范。结论就是，法官在审理涉外案件时应考虑相关外国的冲突规范。

第二，需要解决的问题——接受反致是否等于“放弃了自己的主权”？虽然反致的致送过程涉及外国冲突法，但是承认反致使得法院地国的实体法最终获得了适用。而法院地国相关的实体法规范得以适用的结果足以说明，在两种反致过程中实现了法院地国的立法或司法主权，所以接受反致并非“放弃了自己的主权”，这种主权受损的理由不能成立。

第三，需要澄清的问题——“国家主权”因素是否构成接受反致的主要原因？笔者认为，“国家主权”因素不应成为接受反致的主要原因，接受反致是选择较合理法律的结果。首先，法院地国制定冲突规则的初衷是为了更好调整涉外民事关系，保障涉外民事交往的顺利进行。涉外民事关系主要是私法范畴上的关系，如果用“国家主权”这一公法理念处理私法问题，则难免形成私权利与公权力的对抗，其结果自然对涉外民事关系的判定有失公正、公平。所以，“国家主权”因素不应成为解决涉外私法关系的主要依据。其次，反致制度不仅

扩大了可选择适用的法律范围，为选择优质法律创造了机会；而且还包含了对不合理、不适当实体法的排除，以及对较合理、较适当实体法的指引，通过不合理性与合理性的博弈，选择出了较合理的法院地国实体法规范作为调整涉外案件当事人权利和义务关系的法律。所以，这种适用法院地法的过程体现了对较优质法律的追寻，而非以“国家主权”为目的。再次，我们也可以假设：国家在制定冲突规范时，以“国家主权”作为制定法律的主要依据，法院地国的冲突立法完全可以规定某类法律冲突应适用法院地法，这种方式比接受反致更加直接，也有助于提高法官审判的效率，那么立法又何必借助外国的冲突规则考虑解决该法律冲突的其他途径呢？因此，从便利性角度考虑，“国家主权”因素也不是承认直接、间接反致的主要原因。最后，接受反致使法院地国实体法获得适用，虽然主权因素不是主要原因，但法院地国的经济利益及秩序稳定等因素却仍是法官审理案件时考虑的因素。对于维护法院地国经济利益这一点可以福尔果案为证。在福尔果案中，法国法院接受了反致，否定了福尔果旁系亲属的继承权，同时法国法院认为福尔果案所涉及的财产属于无人继承的财产，应由法国国家继承。显然，在此案中接受反致可以适用法院地国实体法而使法院地国获得经济利益。但并非所有接受两种反致的案件，都以实现法院地国的经济利益为目标。如“在结婚或离婚判决是否有效、父母嗣后结婚是否使得子女取得婚生地位的情形，在汇票或支票是否有效以这种票据的签发人或背书人是否具有能力为转移的情形，在需要确定债权让与的要件是否具备的情形，或者在争执点是有关所有权移转问题的情形”，^③ 法院地国接受两种反致的目的就是保持相关社会关系的稳定，而不是直接实现法院地国的经济利益。

（三）“合理性”价值高于“便利性”价值

首先，对于适用法院地法的“便利性”考察，可以从两个阶段进行分析：第一阶段，由法院地国的冲突规范指引确定外国冲突法、继而再由外国冲突法指引第三国冲突法的阶段，亦即查明相关外国冲突法的阶段，但法官对这些制度是不熟悉的、甚至是完全陌生的，因此难免造成诸多不便。第二阶段，当法院地国的冲突规范承认反致时，由于法院地国的法官对内国法是最熟悉的，因此在这个过

① 李双元：《国际私法（冲突法篇）》（修订版），武汉大学出版社2001年版，第244页。

② 这个公式是之前所述福尔果案和特鲁伏特案等所共同采取的。[德] 马丁·沃尔夫：《国际私法》，李浩培、汤宗舜译，法律出版社1988年版，第293页。

③ [德] 马丁·沃尔夫：《国际私法》，李浩培、汤宗舜译，法律出版社1988年版，第282页。

程就不存在“于实际不便”的困扰。其次，即使在第一阶段中对所选择法律的查明确实造成了诸多不便，确实欠缺了法律适用的“便利性”，但与适用法律的“合理性”比较，这种“便利性”价值应低于“合理性”价值。因为对于任何一个案件（无论是国内案件还是涉外案件），确保当事人的合法权益不受侵害都应是立法和司法的首要价值。而如果以“便利性”优先，牺牲审判的“合理性”，则会造成冤假错案、招致当事人的不满，最终导致造成社会秩序的混乱。

三、接受反致的立法分析

（一）各国、各地区立法

目前，在57个国家和地区国际私法立法中，37个法律明确表示接受反致，但关于反致制度的立法又有不同。根据各国接受反致的不同程度，可分为：无条件接受反致，有条件接受反致。立法中多数国家采用有条件接受反致的态度，不仅展现了反致制度的立法趋势，也体现了各国对法律选择合理性结果的追求。

1. 无条件接受反致适用法院地法

采用无条件接受反致的国际私法立法共11个，如1972年《塞内加尔家庭法》第852条反致：“如果可适用的外国法反致塞内加尔法，适用塞内加尔法”。1999年《斯洛文尼亚共和国关于国际私法与诉讼法的法律》第6条：“（1）如果依照本法应适用外国法，则须考虑该国关于确定准据法的规定。（2）若该外国确定准据法的规定又反致斯洛文尼亚共和国法律，则适用斯洛文尼亚共和国的法律，而无需考虑斯洛文尼亚指引准据法的规定。”

比较这两个国家的立法，塞内加尔的立法仅规定反致适用塞内加尔法，并未明确该塞内加尔法是实体法还是冲突法，由此为致送关系恶性循环留下隐患。由于斯洛文尼亚法律规定反致的法院地法不包含斯洛文尼亚的冲突法，从而在立法上起到防范致送关系恶性循环的作用，因此斯洛文尼亚关于反致的规定是较优的模式，成为无条件接受反致立法中多数国家所采用的模式。

2. 有条件接受反致适用法院地法

采用有条件接受反致的国际私法立法共26个，具体表现为规定针对某些法律关系接受反致或拒绝反致。

（1）原则拒绝反致，但在自然人法律地位问题中接受反致。可以接受反致的领域是自然人法律地位的相关问题，但为什么需要特意规定这种情况下接受反致呢？目前，关于自然人法律地位相关问题的法律适用问题，存在两种基本的连结点——本国法与住所地法，各国基于对属人法的不同理解，制定了各自冲突规则。例如，对同一涉外民事法律关系或法律问题，有的国家冲突规范规定应适用本国法，而另一些国家的冲突规范规定应

适用住所地法。这就产生了三种可能：

第一，认为属人法是指本国法的国家之间，反致关系无法形成。这是因为，法官依据法院地国的冲突规范指引确定某一法律关系适用当事人的本国法，而当事人本国的冲突法也同样认为对该法律关系应适用当事人的本国法，那么法官最后自然就会依据当事人的本国法进行审判。第二，认为属人法是指住所地法的国家之间，反致关系也无法形成。原因与第一种情况相同，由于法院地国和当事人住所地国同样认为对某涉外民事关系应适用当事人的住所地法，法官则理所应当依据当事人住所地法进行判决。第三，认为属人法分别是本国法和住所地法的国家间，方能形成反致关系。这种关系表现在：如果法院地国的冲突法规定当事人身份适用当事人本国法，而当事人本国法认为当事人住所地法才是当事人的属人法，最后法律适用又回到了法院地法，此时才能形成反致的致送逻辑。因此，反致只能在对属人法有不同认识的国家间产生，本国法与住所地法的对立为反致的产生提供了广泛的基础，^①同时也为适用法院地国的实体法提供合理适用的条件。

（2）原则接受反致，对某些特别法律关系拒绝反致。通过对各国立法的总结，限制反致适用法院地法的领域主要集中于适用当事人意思自治、最密切联系原则、保护弱者原则等的领域。这些原则已包含优质法律选择方法，据此原则所确立的准据法往往与案件已具备了较实质或较密切联系，而法院地法与案件的联系更加偶然、松散，所以在以上领域中要适用更加合理的法律而排除法院地法的适用。采用这种立法模式的立法以韩国《2001年修正国际私法》第9条为代表。拒绝反致的领域如下：

①对于合同问题，“当事人合意选择了应适用的准据法的情况，依据本法确定了应适用的合同准据法的情况”，拒绝反致。首先，依“当事人意思自治原则”，当事人在选择法律时主要选择的是支配双方当事人实体权利和义务的实体法律，如果将“当事人意思自治”所确立的法律理解为包括该国的冲突法，那么经这种冲突法指引所确定的法律就是法院地法或第三国的法律。但无论是适用法院地法中的实体规范还是适用第三国的实体规范，法律适用的结果是一定的——使当事人原本选择的某国实体法规范不能适用，即有违“意思自治”的初衷。其次，依据“本法确定了应适用的合同准据法的情况”是指依据韩国《2001年修正国际私法》第26条确定准据法时的客观连结，其所规定的内容为最密切联系原则和特征性履行方法。在依据最密切联系原则确定准据法时，适用最密切联系原则和特征性履行方法已经考虑到与案件有联系的所有因素，所以此时

^① [英] J. H. C. 莫里斯主编《法律冲突法》，李东来等译，中国对外翻译出版公司1990年版，第470~476页。

所确定适用的法律必定是能解决当事人权利义务关系的实体法,而不再包含冲突法,由此就断绝了反致产生的条件。所以,在适用最密切联系原则确定准据法时,理论上就排除了反致产生的可能性。

②对于某些家庭关系问题,“依据第46条的规定确定了应适用的抚养准据法的情况;依据第50条第三项的规定确定了应适用的遗嘱方式准据法的情况”,应拒绝反致。首先,对于“依据第46条的规定确定了应适用的抚养准据法的情况”,是指依据有利于被抚养人利益的原则所确定的准据法。由于条文的设计已经充分考虑到被抚养人是弱者,应加强对弱者保护的因素,因此依据第46条指引所确定的法律一定是对保护被抚养人最有利的法律。而接受反致目的也是选择更优质的解决当事人纠纷的法律,所以在第46条已考虑到最优质法律的前提下,没有必要再重复使用具有相同选择优质法律目的的法律选择方法。其次,对于“依据第50条第三项的规定确定了应适用的遗嘱方式准据法的情况”,是指遗嘱方式可以适用的各种法律。这些规定基本包含了遗嘱所可能涉及到的各个国家,只要其中一个国家认为遗嘱方式有效,则法院即可认定该遗嘱方式有效,这种遗嘱的效力判断比较直观、容易。所以,法院地国没必要再通过接受反致,确定遗嘱方式的效力。

③对于“依据第60条的规定确定了应适用的船籍国法的情况”,拒绝反致。这是因为,船籍国法与海商关系已经暗含了一种密切的联系,因此没有必要再引用优质选法的方法——反致进一步选法。而且船籍国法是确定且稳定的,法官在受理案件之后很容易确定船籍国法是何国法律,如果将船籍国法理解为船籍国的冲突法,那么由船籍国冲突法指引所确定的准据法则有两种可能——法院地法和第三国法。但不论适用法院地法还是第三国法,同样会导致本具有较密切联系的船籍国法被适用,而因诉讼关系偶然与海商案件联系在一起法院地法或其他不相关的第三国法得以适用,其后果就是适用了与案件并非存在密切联系的法律,对解决海事纠纷十分不利。所以,在海事关系确定适用船籍国法的情

况下,会拒绝接受反致。

(二) 国际公约

目前,尚未接受反致的国际公约主要集中在国际货物买卖等商事领域,这些领域中大多适用当事人意思自治原则。为了确保合同法律适用更加明确、更加便利,当事人合意选择的法律多数情况是指所选择法律国家的实体法,没有外国冲突法的衔接,反致关系自然无法形成。接受反致适用法院地法的国际公约有25个,涉及反致制度能发挥最大效能的绝大部分事项,主要是与适用属人法相关的领域:关于人的身份、能力、结婚、离婚、婚姻状态变动后的财产归属、继承、抚养、跨国收养、关于父母责任和保护儿童措施的管辖权、法律适用、承认与执行、禁治产及类似保护措施以及未成年人监护等特定领域。由此可见,对于与属人法相关的领域,为反致的发生提供了良好土壤。

小结:在直接、间接反致中,法院地法是致送关系的结果。虽然反致制度将更多法律纳入到法律选择的范畴带来确定法律的困难,但这并不影响在实践中承认直接、间接反致适用法院地法的合理性。在57个国家或地区的国际私法立法中,37个国家或地区明示接受反致,还有多数与属人法相关的国际公约接受反致,这说明多数国家认可反致是一种选择优质法律的方法。但接受反致却不是无限制、无条件的。在接受反致的立法中,采用无条件接受反致的11个、采用有条件接受反致的26个,这种数字的差距体现了反致制度的发展趋势,即多数国家有选择性接受和有选择性限制反致。主要表现为:第一,限制接受反致的范围,如在属人法相关的领域接受反致;第二,明确拒绝反致的条件,如在适用当事人意思自治、最密切联系原则、保护弱者原则等已包含优质法律选择方法的领域,拒绝接受反致。

本文作者:北京航空航天大学法学院讲师、外层空间法研究所和航空法研究所研究员,中国社会科学院研究生院法学院法学系2008届博士
责任编辑:赵俊

On Renvoi in Private International Law

Gao Qi

Abstract: Renvoi is an old and special legal system in Private International Law. There have been many debates about whether or not to accept Renvoi for a long time. From my point of view, accepting Renvoi can not only provide much more choice in laws without harming sovereignty, but also can realize the consistency in law application in some extent. Therefore, Renvoi is a better way for choosing laws. It is a tendency in international legislation to limit the fields of accepting and rejecting Renvoi, which lays a foundation for applying Renvoi reasonably.

Key words: Renvoi; direct Renvoi; indirect Renvoi; Private International Law