

论澳门国际私法的反致

黄 进 郭华成

作 者 黄进，武汉大学法学院教授、博士生导师，武汉，430072；
郭华成，中国人民大学法学博士，北京，100872

关键词 澳门 国际私法 反致

提 要 反致问题是国际私法中的一个独特的问题。本文从反致的产生与提出入手，从比较法的角度，探讨了反致的概念和类别，介绍了关于反致的理论和实践，对澳门国际私法中关于反致的规定进行了深入的分析。作者认为，澳门国际私法所采取的反致规定是一个较为特别的体系，它以冲突规范之实体法指定为一般原则，但通过对直接反致、转致以及反致的特殊情形加以规定而设置例外，同时又对反致制度的适用进行限制。澳门国际私法之所以如此规定反致问题，主要是为了实现国际法律秩序的和谐与统一、判决的国际一致性以及有利于法律行为的成立等目标。

一、反致问题的概念与类别

在国际私法中，反致问题是在适用冲突规范选择准据法的过程中产生的。同识别问题一样，它也是冲突规范本身之冲突的一种表现形式。

反致概念有广义和狭义之分。一般讲的反致是广义的反致，是一个总括性概念，包括直接反致、转致和间接反致等。

（一）直接反致

直接反致即狭义的反致，在葡文中，它一般称为“反致”（retorno或 renvio），有时被称为“一级反致”（devolução de 1º grau）或“狭义的反致”（devolucao stricto sensu），与英文中的 remission（反致）、法文中的 renvoi au premier degré（一级反致）同义。在英、美冲突法理论中，这种反致又称为“部分反致”（partial renvoi）或单一反致（single renvoi）。直接反致是指，对某一涉外案件，法院按照自己的冲突规范本应适用外国法或外域法，而该外国法或外域法的冲突规范却指定此种法律关系应适用法院地法，结果该法院适用了法院地法。例

如,一位住所在澳门的巴西人,死于澳门,在澳门留有遗产,澳门法院对于其遗产的继承问题进行处理。按澳门国际私法的规定,继承应适用其死亡时的属人法,即巴西法;而按巴西国际私法的规定,继承应适用其死亡时的住所地法,即澳门法。结果澳门法院适用了澳门法。上述可见,这种反致最后导致法院地实体法的适用。它的适用不需要了解有关外国法关于反致的态度,但需要了解该外国有关冲突规范的内容。

(二) 转 致

转致在葡文中为 *transmissão*, 与英文中的 *transmission* (转致) 同义; 有时, 它在葡文中用“二级反致”(*devolução de 2º grau*) 表述, 与法文中的 *renvoi au second degré* (二级反致) 同义; 还有学者将之称为“权限移转”(*transmissão de competência*)。转致, 是指对某一涉外案件, 甲国或甲地区法院根据本国或本地区的冲突规范指定应适用乙国或乙地区的法律, 而乙国或乙地区的冲突规范指定应适用丙国或丙地区的法律, 结果是甲国或甲地区的法院适用了丙国或丙地区的法律。例如, 一位住所设在意大利的丹麦公民, 在澳门去世并在澳门留有遗产。根据法院地澳门的国际私法的规定, 继承适用被继承人死亡时的属人法, 在这个案件中即丹麦法; 而丹麦国际私法规定, 继承应由被继承人死亡时住所地法支配, 在这个案件中即意大利法。结果, 澳门法院在处理这个案件时适用了意大利法。转致同上述直接反致不同, 它最后导致某一外国或外地区的实体法的适用, 而不是导致法院地实体法的适用。

(三) 间接反致

间接反致是指对某一涉外案件, 甲国或地区的法院根据本国或地区的冲突规范指定应适用乙国或地区的法律, 但依乙国或地区的冲突规范的指定应适用丙国或地区的法律, 而依丙国或地区的冲突规范的指定却应适用甲国或地区的法律, 结果甲国或地区的法院适用了自己的实体法。例如, 一位阿根廷公民在英国设有住所, 死于英国, 在澳门遗留有不动产, 后因该项不动产继承问题在澳门涉诉。根据澳门国际私法关于继承适用被继承人死亡时的属人法的规定, 本应适用阿根廷法, 但阿根廷国际私法规定, 不论遗产的种类和场所, 继承适用死者最后住所地法, 又指向英国法, 而依英国的冲突规范却规定应适用不动产所在地法即澳门法。于是, 澳门法院接受这种间接反致, 在处理该案时适用了自己的实体法。间接反致同直接反致一样, 最后导致法院地实体法的适用。

(四) 包含直接反致的转致

这种情形是指, 对某一涉外案件, 甲国或地区法院根据本国或地区的冲突规范指定应适用乙国或地区的法律, 而乙国或地区的冲突规范指定应适用丙国或地区的法律, 但丙国或地区的冲突规范指定应适用乙国或地区法律, 最后甲国或地区的法院适用乙国或地区的实体法处理了案件。这种情形是转致的一种特殊情形。《奥地利联邦国际私法法规》第 5 条第 2 款对这种情形作了明确的规定: “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, 或在被别的法律首次反致时, 则应当适用该外国的内国法。”

(五) 完全反致

完全反致 (*total renvoi*), 又叫作双重反致 (*double renvoi*), 完全反致或双重反致是相对部分反致 (*partial renvoi*) 或单一反致 (*single renvoi*) 而言的。完全反致是英国冲突法中的一种独特作法, 故又叫作“英国反致学说” (*the English doctrine of renvoi*)。完全反致是指, 英国法院的法官在处理涉外民商事案件时, 如果依英国冲突规范而应适用某外国法 (包括苏

格兰法和北爱尔兰等), 应假定将自己置身于该外国法律体系, 像该外国法官依据自己的法律来裁断案件一样, 再依该外国对反致所抱的态度, 决定最后应适用的法律。由于完全反致或双重反致强调像外国法院那样处理反致问题, 故又被称为“外国法院理论”(the foreign court theory)。

二、反致的两种理论

在国际私法上, 关于反致的理论分为两大派: 即赞成论和反对论。澳门的国际私法中的反致理论也是如此。

(一) 赞成论

赞成论主张, 在国际私法中应采用反致制度, 其理由如下: 1. 采用反致可以维护本国冲突规范的原旨和外国法律的完整性。因为一国冲突规范指定适用外国法一般并没有明确指定是适用外国的实体法, 而外国的冲突法和实体法是统一而不可分割的整体, 所以, 当根据冲突规范的指引而适用某外国法时, 如果只考虑适用其实体法规定, 而忽视其冲突法规定, 便不仅曲解了本国冲突规范的旨意, 而且破坏了外国法律的完整性。2. 采用反致可以扩大法院地法的适用。除转致外, 直接反致和间接反致均导致法院地法的适用, 从这个角度讲, 采用反致在多数情况下扩大了法院地法的适用, 完全不能简单地接受反致就等于有损于或弃了自己的国家的立法或司法主权。而且, 适用外国的冲突规范是依本国的冲突规范的指示进行的, 也有利于维护本国法律的完整性。3. 采用反致可以促使各国法院对同一涉外案件作出相同的判决。判决的一致性国际私法始终追求的目标。而采用反致制度有助于实现这一目标, 因为采用反致制度的一个重要后果就是同一案件不论在哪个国家审理都适用相同的法律, 而适用相同的法律意味着判决结果的一致。正由于反致在一定程度上实现同一案件不论在哪个国家的法院审理都适用相同的法律, 采用反致也可以避免或减少当事人“挑选法院”(forum shopping) 或择地行诉, 有利于内国法院判决在外国的承认和执行。

(二) 反对论

反对论主张, 在国际私法中不应该采用反致制度, 其理由如下: 1. 采用反致违背了法院地国冲突规范的原旨。因为冲突规范指定外国法为准据法, 就是指定该外国实体法, 意味着应适用该外国实体法来处理有关涉外案件。如果采用反致, 放弃依内国冲突规范指定的该外国实体法的适用, 转而依该外国的冲突规范重新进行法律选择, 那么, 就显然违背了法院地国冲突规范的本意。2. 采用反致有损于法院地国主权。因为采用反致, 使法院地国的冲突规范的作用受到限制, 而使外国的冲突规范得到实施, 这实际上等于将国际民商事法律冲突的解决诉诸于外国冲突规范, 从而放弃了本国处理国际私法的主权。3. 采用反致会导致无休止的恶性循环, 这是因为采用反致可能在接受反致的国家之间出现互相指定的情况, 亦即出现循环不已的“反射镜游戏”、“网球游戏”、“乒乓球游戏”, 从而使法律选择没有出路, 准据法得不到确定, 法律适用的预见性和稳定性得不到保证。即使最后停止游戏确定某国实体法为准据法, 但从逻辑上也不能自圆其说为何最后指向该国实体法而不是继续指向其冲突规范。4. 采用反致在实践中造成诸多不便。这是因为采用反致将会增加法官和当事人查明或证明外国法内容的任务, 使识别的公共秩序制度的适用变得更加复杂。

三、澳门国际私法关于反致问题的规定

澳门国际私法关于反致问题的规定较为详细,在澳门施行的《民法典》用 4 个条文分别规定了反致的一般原则(第 16 条)、对第三国法律的反致(第 17 条)、对澳门法律的反致(第 18 条)以及不接纳反致的情况(第 19 条)。而且,该法典第 36 条第 2 款和第 65 条第 1 款还就所设问题作了反致的规定。此外在澳门适用的一些国际私法公约,如 1930 年《解决汇票本票法律和冲突公约》和 1931 年《解决支票法律冲突公约》,也有关于反致的规定。

(一) 一般原则

在澳门国际私法中,关于反致的一般原则规定在《民法典》第 16 条中。该条规定:如无相反规定,仅适用冲突规范所指定的外国法的国内法。这意味着,在原则上,澳门国际私法的冲突规范对外国法的指定是指定外国的实体法,但法律有例外规定的除外。可以说,《民法典》第 17 条、第 18 条、第 36 条第 2 款和第 65 条第 1 款均属例外规定。

(二) 对第三国法律的反致

《民法典》第 17 条就对第三国法律的反致即转致作了规定。该条第 1 款规定:如果澳门冲突规范所指定之法律之国际私法引用另一法律,而该法律认为本身为规范有关情况之准据法,则应适用该法律之国内法。这一规定包括了转致和含直接反致的转致这两种情况。在转致情形下,澳门冲突规范指定适用甲外国法,甲外国冲突规范又指定适用乙外国法,乙外国冲突规范还可指定适用丙外国法,直至有一外国法直接指定适用自己的实体法。在含直接反致的转致情形下,澳门冲突规范指定适用甲外国法,甲外国冲突规范又指定适用乙外国法,乙外国冲突规范则指定适用丙外国法,而丙外国冲突规范反致乙外国法,最后乙外国接受反致而适用本国实体法。该规定特别强调最后被适用的法律认为自己直接或间接有权调整有关情况。

该条第 2 款是对第 1 款的一个限制。它规定:如果澳门冲突规范所指定的法律为属人法,且当事人常居于澳门或某一个国家,而该国的冲突规范认为该当事人国籍国之国内法为准据法时,停止适用第 1 款之规定。理解和适用这一规定首先要注意的是,法院所适用的澳门冲突规范是以属人法为系属。其次,既然冲突规范以属人法为系属,那么按《民法典》第 25 条之规定,这一款的适用仅限于人的身分状况、能力、亲属关系及继承领域。第三,法律关系的当事人在澳门域内或在其冲突规范也指定适用当事人国籍国法的国家有惯常居所所在地的澳门或某一外国的冲突规范指定的属人法。这一规定没有在所有有关属人法的情形方面限定转致的运作,只限于当事人在澳门或某一外国有惯常居所,而澳门或该外国的冲突规范又规定应以属人法为准据法的情形。

该条第 3 款又对第 2 款作了一项反限制的规定。它规定:如果冲突规范指定的国籍国法指定适用不动产所在地法,且该不动产所在地法认为本身有权限,所有有关监护、保佐、配偶之间的财产关系、亲权、收养人与被收养之间的关系以及继承等情形,均只受第 1 款规则的约束。它表明,受属人法支配的上述法律关系,本来按上款规定,如当事人的惯常居所在澳门或某一外国,且其冲突规范指定应适用属人法,就应以属人法为最后适用的法,但由于澳门冲突规范所指定适用的某当事人的国籍国法之冲突规范又指定适用不动产所在地法,故

它们不受上款规定的约束,而按第 1款进行转致,适用不动产所在地法。这一规定是“最密切联系原则”以及“最强管辖原则”的反映,也体现了“不动产所在地法”优先于“惯常居所地法”。

(三) 对澳门法的反致

对澳门法的反致实际上就是指直接反致和间接反致情形。《民法典》第 18条第 1款规定:如冲突规范所指定之法律之国际私法引用澳门法,则澳门法为准据法。这一规定表明,在一般情况下,澳门接受外国国际私法对澳门法律的反致,包括直接反致和间接反致。然而,该条第 2款对第 1款有所限制,它规定:如果有关问题为属人法事项,则只有当事人的惯常居所在澳门或当事人的惯常居所地国的法律同样认为澳门法为准据法时,澳门方能接受反致,适用澳门的法律。这意味着由于适用法院地冲突规范指定的外国法而导致当事人的属人法和惯常居所地法不一致时,在属人法关系方面不得采用直接反致和间接反致。学者们认为,在适用第 18条第 1款时,如果发现澳门冲突规范指定的外国法也采用直接反致或单一反致,则不应适用之,而应适用第 16条的规定,依澳门冲突规范直接确定准据法。这是因为在澳门冲突规范指定的外国法采用直接反致或单一反致时,该外国法对澳门法的反致是全部指定,即包括实体法,也包括冲突法。这样,如果适用第 18条第 1款的规定,就会出现澳门法与该外国法来回互相指定,循环反复,永无终结的局面。他们实际上是主张,适用第 18条第 1款是以澳门冲突规范指定适用的外国法不采用反致,或者虽采用反致但不采用直接反致或单一反致为前提的,对于澳门冲突规范指定的外国法采用全部反致或双重反致时,是继续适用第 18条第 1款,还是回到适用第 16条,在学者中有不同的主张,有的主张继续适用第 18条第 1款,有的则持否定态度。

(四) 不接受反致的情形

在澳门施行的《民法典》第 19条对不接受反致的情形作了两款规定,其规定实际上是对反致适用的进一步限制。

1. 与其使之无效不如使之有效。第 19条第 1款规定:如果适用前两条规定(即第 17条和第 18条)将导致按照第 16条之规则原为有效或产生效力之法律行为变为不完全有效或不产生效力,或者令原为正当身分状况变为不正当身分状况时,则停止前两条规定之适用。这一规定很明确是维护第 16条规定的一般原则,限制第 17条和第 18条关于接受反致的规定的适用的,它也是“有利于法律行为成立”原则的体现。2. 意思自治与反致。第 18条第 2款规定:如果当事人在容许其选择外国法之情况下作出指定,亦停止适用前两条之规定。这一规定表明,在允许当事人意思自治的领域,如《民法典》第 34条规定的国际法人通过条约或章程约定其属人法以及第 41条第 1款规定的当事人的法律行为所生之债的准据法的情形,无反致可言。但是,应该注意的是,这一规定并不排除当事人选择某一国家的冲突规范而间接指定另一实体法为准据法,不过,这种情况在实践中很少出现。

(五) 反致的特殊情形

在澳门施行的《民法典》第 36条第 2款和第 65条第 1款对反致的特殊情形作了具体的规定。这两款都是关于意思表示方式的规定。

按照第 36条第 1款,法律行为意思表示方式依适用于法律行为实质的法律,但依意思表示地当时有效的法律亦可;不过,支配法律行为实质的法律要求法律行为须遵守特定方式的,

应依适用法律实质的法律，即使法律行为发生在外国亦然，否则无效或不产生效力。该条第2款进一步规定，如果法律行为意思表示没按意思表示地法律所规定的方式作出，但已遵守意思表示地法律中的冲突规范所指定的国家的法律所规定的方式，则该法律行为之意思表示在形式上亦为有效；不过，这一规定不影响上述第1款关于支配法律行为实质的法律要求须遵守特定方式的规定的适用。

根据第65条第1款，死因处分以及其废止或变更之方式符合订立行为地法之规定，或者符合被继承人意思表示时或死亡时之属人法之规定，又或者符合当地法律的冲突规范所指定的法律之规定时，均为有效。这里所讲的“当地法律”应理解为处分行为地法或被继承人意思表示时或死亡时的属人法。

上述两款关于反致特殊情形的规定是以有利于法律行为成立的原则为基础的，并不以判决的国际一致性为目标。《民法典》第16条至19条关于反致的一般规定对这两款没有制约作用，也就是说，这两款规定是第16条至18条的特别规定。例如，死因处分方式按行为地法和被继承人意思表示时或死亡时之属人法均为无效，但按行为地法的冲突规范所指定的法律为有效，就应该按该法认为死因处分方式有效，即使该行为地法的冲突规范所指定的法律中的冲突规范又指定别的什么法律亦然。而这种情形按第17条第1款则有不同的处理，即应继续反致或转致。

综上所述，澳门国际私法所采取的反致规定是一个较为独特的体系。它不同于传统的单一反致或双重反致模式，但同双重反致模式比较接近，因为它要求法院在决定反致问题时不仅应考虑被指定的外国法的冲突规范，而且还要考虑其在反致事项上的态度。澳门国际私法关于反致的规定是以实体法指定或实质指定为一般原则的，但它又通过对反致（第18条）和转致（第17条）的规定以及对有关反致的特殊情形的规定设置例外，为了维护一般原则，它又通过排除适用反致和转致的规定（第19条）来对第17条和第18条的适用加以限制。澳门国际私法中关于反致的规定主要是为了实现三大目标：即国际法律秩序的和谐与统一，判决的国际一致性和有利法律行为的成立。

（责任编辑 车 英）