

行政法案件中的国际私法先决问题和外国法查明

——德国联邦行政法院 2012 年 7 月 19 日判决评析

王葆蔚*

摘要：国际私法意义上的先决问题不仅可以出现在涉外民商事案件中，也可以出现在公法程序中。德国法院必须在公法程序中依据国际私法处理该民事先决问题。德国法院在行政诉讼中也有义务依职权查明外国法，包括相关的司法实践，查明过程中应穷尽可供利用之手段。即使当事人对事实审法院查明的外国法内容没有提出异议，法院也有义务查明外国法。在上诉程序中，行政程序中对外国法和外国司法实践的查明应当作为事实认定处理。

关键词：国际私法 德国法 先决问题 附带问题 外国法查明

我国国际私法学界在论及先决问题时，一般将其理解为私法领域的固有问题，忽视了公法领域中可能出现的国际私法先决问题。虽然在国际私法之外亦有人讨论“先决问题”，^①但尚未引起国际私法学界的回应，且此种关注目前仍是单向的，即注重行政行为作为民事诉讼先决问题，而没有对称研究行政诉讼中的民事先决问题。进而，既然行政诉讼中可能出现先决问题，则行政法院在处理该问题时，亦会发生外国法查明问题。对此，我国理论研究也鲜有涉及。德国联邦行政法院在其 2012 年 7 月 19 日的判决^②中对“行政诉讼中的民事先决问题”、“行政法院的外国法查明标准”均有精彩论述，无疑对我国国际私法理论和实践具有重要的借鉴意义。该案同时涉及德国《民法典施行法》第 13 条第 2 款规定的特殊连结点、姻亲结婚障碍、公共秩序保留、行政诉讼程序中查明和适用外国法的可上诉性（Revisibilität）、居所和住所（domicile）的区别等一系列国际私法基础问题，故对本案的评析，也有助于我们对国际私法案件审判的深入理解。

* 湖南师范大学法学院副教授，法学博士。本文系湖南师范大学青年优秀人才培养项目“德国国际私法立法和司法实践研究”（2011YX03）阶段性研究成果，同时受湖南省重点学科建设项目资助。

① 例如方世荣、羊琴：《论行政行为作为民事诉讼先决问题之解决——从行政行为的效力差异进行分析》，载《中国法学》2005 年第 4 期，第 41 页；傅郁林：《先决问题与中间裁判》，载《中国法学》2008 年第 6 期，第 155 页；易树：《民事诉讼中的行政先决问题研究》，西南政法大学 2010 年硕士学位论文。

② BVerwG v. 19. 7. 2012 - 10 C 2/12. NJW 2012, 3461. 案件公布网页参见：<http://www.bverwg.de/entscheidungen/entscheidung.php?ent=190712U10C2.12.0>，最后访问时间：2014 年 10 月 16 日。

一 案件事实和判决理由

(一) 案件事实

原告(因涉及隐私,判决中没有公布原告姓名——作者注)为1986年出生的印度人,在德国要求主管部门签发家庭团聚签证。原告的父亲1956年出生,1994年前往德国时已经和一个印度女子结婚,在申请政治庇护失败后于1997年8月在丹麦和德国女子J结婚。该婚姻于2007年5月通过法院判决解除。原告父亲获得居留许可,但入籍申请未获得批准。原告于2004年前往德国,其庇护申请亦遭拒绝,遂联系曾经和其父结婚的J女士,于2007年9月试图和J女士在瑞典结婚,但未能成功。后来原告回到印度,于2008年2月8日和J女士依照当地法律缔结民事婚姻。

2008年2月21日,原告向德国驻新德里大使馆申请家庭团聚签证。大使馆委托调查部门核查申请信息。调查部门在其报告中说明了当事人的家庭关系,并怀疑原告是为了获得德国居留许可才和J女士结婚。大使馆在7月28日以书面方式拒绝了原告的应用,其理由是印度法律禁止继子和继母结婚,故当事人的婚姻无效。原告在德国向行政法院提起行政诉讼。

行政法院驳回原告要求颁发签证的诉讼。原告向高等行政法院提出控诉,高等行政法院驳回诉请,其理由为:根据《民法典施行法》第13条^①第1款,应依照印度法确定原告是否存在身份方面的结婚障碍,印度国际私法采取住所地原则(Domizilprinzip),指向印度实体法,即接受德国冲突规范的指引。由于印度法禁止一等姻亲之间结婚,J女士为原告的继母,所以原告和J女士之间不存在有效婚姻。继母子关系是否存在,取决于J女士和原告之父的婚姻是否有效,对于该先决问题,应当适用《民法典施行法》第13条第1款确定准据法。对于原告之父而言,其在结婚时的惯常居所在德国,而印度法律采住所原则,指向德国法律。根据德国法,虽然J女士和原告之父的婚姻是可撤销的,但在经法院判决离婚之前仍然有效存在。这意味着,J女士为原告的继母,根据印度法律不能和原告结婚。该判决结果不违反《民法典施行法》第13条第2款、《基本法》第6条和《欧洲人权公约》第12条的规定。印度法上禁止一等姻亲结婚的规定并不构成对结婚的不当妨碍,因为德国法在1998年之前也有类似规定,其目的在于维护正常的家庭伦理关系,故此限制不涉及《民法典施行法》第6条规定的公共秩序。

原告向联邦行政法院提出上告,其理由为:根据《民法典施行法》第13条第2款第3项,原告和J女士的婚姻应当适用德国法。虽然原告之父和J女士曾经存在婚姻关系,但并无充分理由否定原告和J女士在印度缔结的婚姻。德国法中废除了关于姻亲结婚的禁止性规定,恰好说明

^① 《民法典施行法》第13条【结婚】1. 结婚的条件,适用婚姻双方各自所属国法律。2. 如果根据该法缺乏结婚的条件,则适用德国法,只要(1)婚姻当事人一方的惯常居所在德国或者是德国人,(2)婚姻当事人双方已经采取了所要求的步骤以符合相应的条件并且(3)拒绝该婚姻不符合婚姻自由原则;尤其是如果婚姻一方当事人此前的婚姻已经通过一项在此地作出或得到承认的判决被取消或者该当事人的配偶已经被宣告死亡,则该婚姻不构成障碍。3. 在德国结婚只能依照德国所规定的形式进行。但非德国人之间结婚可以在当事人一方所属国政府合法授权的人面前依照该国法律规定的形式进行;依照这种形式缔结的婚姻由合法授权的人登记在由他掌管的婚姻登记簿,其附件经过公证后具有完全的结婚证明效力。

德国不认可此种禁止性规定。现行德国法律并不限制原告和J女士结婚。上告法院认为，控诉法院的判决违反联邦法律（《行政法院法》第137条第1款第1项），将案件发回高等行政法院（《行政法院法》第144条第3款第1句第2项）。

（二）法院判决理由^①

1. 原告请求权基础为德国《居留法》（AufenthG.）第6条第3款和第28条第1款第1句第1项。据此，外国人要获得在德国的长期居留许可，需在出发之前获得国民签证。该请求权的前提规定在《居留法》第27条和第28条，即原告的配偶必须是惯常居所地位于德国境内的德国人（第28条第1款第1句第1项）。高等行政法院认为该条件不具备：J女士此前和原告之父的婚姻导致其成为原告的继母，故原告和J女士的婚姻依照印度法为无效。这一认定的事实依据不足。

（1）在判定原告是否属于德国人之配偶的问题上，控诉法院正确地认识到，根据《民法典施行法》第13条第1款，应适用双方各自的所属国法判定其结婚能力，则原告的结婚能力适用印度法。根据控诉法院查明的外国法内容，印度法律并没有指向德国，不发生反致。根据印度1954年《特别婚姻法》（Special Marriage Act）第4节第1句和第24节第1款的规定，一等姻亲之间的婚姻无效，所以原告和J女士婚姻的效力取决于双方是否存在姻亲关系。根据《特别婚姻法》的规定，原告是J女士前夫之子，双方之间存在禁止结婚的姻亲关系。控诉法院没有进一步查明是否存在例外规定，当事人也没有提供相关规定。

（2）原告之父和J女士在离婚之前是否存在有效婚姻，属于先决问题。控诉法院采用独立原则，依据《民法典施行法》第13条第1款确定婚姻准据法，这一点在上诉法院看来并无不妥。^②该冲突规范指向印度的实体法和冲突法。

（3）为查明第13条第1款指向的准据法内容，高等行政法院认为，印度在冲突法上采取住所原则，指向当事人的惯常居所地法律。对于原告之父而言，其和J女士结婚时住在德国。根据德国婚姻法，他和J女士的婚姻由于重婚而可以废止，但并非绝对无效。^③原告和J女士之间的婚姻因为姻亲的结婚禁止而不能成立，原告无权依照《居留法》第6条第3款申请签证。

控诉法院没有充分查明事实以支持上述结论。控诉法院在适用《居留法》第6条第3款和第28条第1款第1句第1项时认定，原告并非居住在德国之德国人的丈夫，但并没有充分事实支持该结论。控诉法院查明印度冲突法采用住所地原则，进而认为印度法指向惯常居所地法律。此种将德国法上的“惯常居所”等同于英美法中的“住所”的做法难以令人信服。法院查明外国法时，本应充分考虑印度的立法和司法实践，以阐明这两个概念的区别。控诉法院没有查明这一问题，其认定原告不是“德国人之配偶”缺乏充分的事实依据；这一缺陷源于控诉法院对事实和

^① 下文摘自判决书原文，如无特别说明，所引用法条均为德国《民法典施行法》。

^② 类似判决参见联邦普通法院1976年4月7日判决，BGH IV ZR 70/74 - NJW 1976, 159；联邦普通法院2006年10月11日判决，BGH-XII ZR 79/04-BGHZ 169, 240 Rn. 12.

^③ 1998年5月4日通过的《重新规定结婚法的法律》（Gesetz zur Neuordnung des Eheschließungsrechts）废除了有关无效婚姻的规定，在《民法典》中只保留了面向未来生效的婚姻废止，作为对违反婚姻禁止原因的制裁。同时，德国结婚法的特殊规定排除了一般条款，因此婚姻既不能根据《民法典》第116-118条归于无效，也不能基于第119-123条撤销。因此，现行德国法中不存在“无效婚姻”和“可撤销婚姻”，存在瑕疵的婚姻只能宣布废止，废止意味着只能面向未来产生效力（ex nunc）。

证据的认定存在实体错误。

根据《行政诉讼法》第173条和《民事诉讼法》第293条,法院在行政诉讼中也有义务穷尽可供利用之手段依职权查明外国法。查明的范围不仅包括外国的法律规范,也包括其在司法实践中的应用。^①查明义务的原则是尽可能接近外国法(*größtmöglichen Annäherung an das ausländische Recht*),不仅要在外国法体系下理解其法律规范,还要注意外国司法体系中的法律适用方法,兼顾有关判决。至于采用何种方法查明外国法,则属事实审法院自由裁量之范围。准据法较之德国法律越是“陌生”,法官的查明义务要求就越高。^②只有在法院无法查明外国法时,例如存在语言障碍或缺乏查明途径,才能要求当事人就外国法规定及其司法实践进行举证(《民事诉讼法》第293条第1款)。

即使诉讼当事人对于事实审法院查明的外国法内容没有提出异议,法院也有义务进一步查明。法官应依职权查明外国法,所以法官必须承担特别责任,以确定作为判决基础的外国法内容。特别是,如果有明显迹象表明,当事人关于外国法的主张并不正确,法院就有义务穷尽可供采用之手段查明外国法的内容及其实践应用,包括对外国法专家意见进行必要审查。如果穷尽各种手段后仍不能查明外国法内容,应根据“替补法律”(Ersatzrecht)进行判决,^③法院不能作出举证责任判决。

在上诉审中,行政程序中对外国法和外国司法实践的查明不属于法律知识(Rechtserkenntnis),而应当作为事实认定(Tatsachenfeststellung)处理;这里不适用《民事诉讼法》第545条。外国法中是否存在结婚障碍是居留请求权的先决问题,这不属于可确认的法律关系(kein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis);外国冲突法的规定及其在实践中的应用同样如此。因此,上诉法院可以根据《行政诉讼法》第137条第2款对控诉法院查明的外国法进行审查。况且,上诉程序在特定情况下也可以对事实进行确认,无论诉讼当事人是否同意,例如法院认定的事实和庭审记录明显不符的情况。^④

控诉法院并没有尽到上述注意义务(Sorgfaltsanforderungen)。虽然控诉法院正确地意识到印度法以住所原则(Domizilprinzip)作为其冲突规范,但它所援用的资料明确指出印度法中的“住所”不同于欧洲大陆法系国家的“居所”(Wohnsitz),这里的“住所”(domicile)应当依照英国法律确定。在各主要法律评论和著作中,^⑤学者们一致认为,普通法系中的“住所”并不同于德国法中从“惯常居所”演化而来的“住所”;必须充分考虑这一概念在印度法和普通法中的特

① BVerwG, Beschluss vom 10. Dezember 2004 – BVerwG 1 B 12.04 – Buchholz 310 § 130a VwGO Nr. 67, Urteil vom 30. Oktober 1990 – BVerwG 9 C 60.89 – BVerwGE 87, 52, 59.

② vgl. BGH, Urteile vom 13. Dezember 2005 – XI ZR 82/05 – BGHZ 165, 248, vom 21. Januar 1991 – II ZR 50/90 – NJW 1991, 1418 und vom 27. April 1976 – VI ZR 264/74 – NJW 1976, 1588.

③ vgl. BGH, Urteil vom 23. Dezember 1981 – IVb ZR 643/80 – NJW 1982, 1215 und vom 26. Oktober 1977 – IV ZB 7/77 – BGHZ 69, 38.

④ Urteile vom 25. November 2008 – BVerwG 10 C 25.07 – Buchholz 402.25 § 71 AsylVfG Nr. 15 Rn. 17 und vom 25. Juni 2009 – BVerwG 2 C 68.08 – Buchholz 232.0 § 46 BBG 2009 Nr. 1 Rn. 22.

⑤ Mankowski, in: *Staudingers Kommentar zum BGB*, Neubearbeitung 2011, vor Art. 13 EGBGB Rn. 18 f., 20 ff.; Sonnenberger, in: *Münchener Kommentar zum BGB*, Einl. IPR Rn. 726 ff.; Kreitlow, *Das domicile-Prinzip im englischen Internationalen Privatrecht und seine europäische Perspektive*, Peter Lang, 2002; Elwan, *Gutachten zum ausländischen Familien- und Erbrecht*, 2005, S. 158 ff., 162 ff., 173 ff., jeweils m. w. N. zur indischen Rechtsprechung; Ferid, *Internationales Privatrecht*, 3. Aufl. 1986 S. 41; Dosi, *Validity of Marriage and Conflict of Laws*, *ILI Law Review* 2010, 269, 281 ff.

征,并结合相关事实,才能在具体案件中将两者进行互换。在此情形下,控诉法院必须深入阐述住所(domicile)的含义,然后查明相关事实。

如果没有深入分析“住所”(domicile)的概念,也没有查明与此相关的事实,就无法正确判定本案中原告之父和J女士的婚姻适用德国法还是印度法。因此,只能将案件发回控诉法院。至于原告和J女士的婚姻是否存在姻亲结婚障碍,也不能简单的依据《民法典施行法》第13条第2款适用德国法。控诉法院认为不能直接适用该条款,这与本庭看法一致。

根据第13条第2款的规定,如果根据外国法缺乏结婚的条件,只要婚姻当事人一方的惯常居所在德国或者是德国人,并且拒绝该婚姻不符合《基本法》第6条所规定的婚姻自由,则适用德国法律。但本案并不具备这些条件。本案中的婚姻障碍是直系姻亲之间的结婚禁止,德国法在1998年5月4日婚姻法修订之前也承认此种禁止性规定。也就是说,在原告之父和J女士结婚的时候,德国法也禁止姻亲结婚。德国法并非基于宪法上的原因而废除该规定,而是基于实验主义的考虑(pragmatischen Erwägung),即该限制性规定不再具有实践意义。该限制性规定并不构成对婚姻自由的不当限制。禁止直系姻亲结婚的目的在于防止出现家庭争议,该目的本身并无不当。

此外,从国际私法的宗旨(Grundentscheidung)来看,也应当基于对外国法的尊重而认可此种对婚姻自由的限制。具体到本案来看,该限制性规定没有不当限制(unverhältnismäßige Einschränkung)原告或者其德国配偶的结婚自由。虽然现今之德国法并不禁止直系姻亲结婚,且原告的婚姻单独来看可能属于有效婚姻,但这并不能改变上述判断。《民法典施行法》第13条第1款指向的结婚准据法并非仅指印度实体法,也包括印度的冲突法,其有可能指向德国法律。

本案中也不能基于《民法典施行法》第6条而对原告和J女士的婚姻适用德国法。虽然第13条第2款规定的特别公共秩序条款并没有完全排除第6条(一般性公共秩序条款),但禁止姻亲结婚的规定属于《民法典施行法》第13条第2款的适用范围,故本案不存在适用第6条的余地。

2. 本庭对重新开始的控诉程序提出如下建议:

(1) 就原告和J女士于2008年2月8日缔结的婚姻而言,首先要审查印度冲突法是否指向德国法,即是否发生反致;这里就要深入分析印度法律中“住所”(domicile)概念的含义及其在司法实践中的应用。特别要查明,原告和J女士的结婚及其申请居留签证的行为是否意味着他放弃了“原始住所”(domicile of origin),并设立了“选择住所”(domicile of choice)。在查明印度法对“住所”概念的解释时,还需要查明该概念的变化,即印度在1954年颁布《特别婚姻法》后,是否对普通法上的住所概念有所修正。

(2) 其次要查明的是,原告之父和J女士的前婚效力是否构成本案中的先决问题,即是否影响原告和J女士的婚姻的效力。要查明印度法关于此种婚姻效力的规定、印度实体法是否规定了瑕疵婚姻的补救措施以及这些补救措施是否可以适用于本案。

(3) 如果前婚在宣告解除之前具有法律上的意义,就要在查明印度法“住所”概念的基础上,进一步回答依照何种实体法律确定原告之父在人身上的结婚条件。在判定“选择住所”时可能还要考虑主观方面的事实,特别是原告之父在到达德国后,是否以及在何种程度和其在印度的家庭保持联系。可能还要分析原告之父的庇护申请对其“选择住所”的影响,是否构成选择住所的主观要件。庇护一般是指因为受国家权力之迫害而寻求暂时性保护。

(4) 在充分查明印度法上住所原则之内容和应用的基础上,如果能确定原告之父和J女士的婚姻依照德国法判断,也不能像控诉法院那样,认为该婚姻不是绝对无效、而是可以废止的。控诉法院的这一见解未能通过上告法院的法律审查。因为不能依据现行《民法典》第1313条、第1314条和第1306条判定该婚姻效力,而应当适用该婚姻缔结时仍然有效的《婚姻法》(EheG)第5条、第16条、第20条和第23条。根据《婚姻法》第20条第1款,重婚会导致婚姻无效;但根据第23条,该婚姻在通过法院判决被宣布无效之前,任何人不得主张该婚姻无效。这一规定实质上等同于现行法律中的可废止婚姻。倘若依照德国法律判定原告之父和J女士的婚姻,则任何人在该婚姻被法律宣告废止之前,都不能主张其无效;也就是说,该婚姻在2007年5月2日被判决离婚之前应视为有效。

(5) 倘若本案不适用印度法判定原告之父和J女士的婚姻,如同控诉法院所理解的那样,则首先要查明,对于1997年缔结的婚姻是否可以适用印度的《特别婚姻法》(1954)和《外国婚姻法》(Foreign Marriage Act, 1969)。这里同样要查明相关的司法实践和解释规则,还要查明对于重婚是否存在例外规定,以及对瑕疵婚姻是否有补救措施。

(6) 最后,倘若原告和J女士的婚姻有效成立,原则上可以考虑为原告颁发居留签证,但同时还要查明,双方是否仅为实现原告之居留目的而结婚(§27 Abs. 1a Nr. 1 AufenthG)。如果双方确系为实现居留目的而结婚,还需要进一步查明《居留法》第27条和第28条规定的其他条件。

二 公法案件中的国际私法先决问题

(一) 公法案件中国际私法先决问题的含义

根据我国国际私法学界的通行观点,“先决问题”是指一国法院在处理一项国际私法争讼时,如果必须以解决另外一个问题为先决条件,便可把该争讼问题称为本问题或主要问题,而把需要首先解决的另一问题称为先决问题或附带问题;一般认为,先决问题和主要问题均为涉外民事法律关系。^①我国也有学者讨论过行政行为作为民事案件先决问题的情形,即行政行为本身并不是案件的诉讼标的,但案件的正确解决有赖于行政行为效力问题的先行解决,在这样的情况下,行政行为就成为民事诉讼的先决问题;如在房屋产权纠纷案件中,一方当事人对另一方当事人据以主张产权的房地产权证的效力提出异议,要解决房屋产权纠纷必须先解决行政机关颁发房地产权证的行为的效力问题,故行政机关发证的行政行为是否有效就构成了民事诉讼的先决问题。^②

我们认为,先决问题有广义和狭义之分。德国学者冯·巴尔指出,广义上的先决问题指的是任何需要预先判断的法律关系或权利的存在与否,无论它出现在内国或外国的冲突规范或者实体

^① 参见韩德培主编:《国际私法新论》,武汉大学出版社1997年版,第192页。

^② 参见方世荣、羊琴:《论行政行为作为民事诉讼先决问题之解决——从行政行为的效力差异进行分析》,第42页。

规范的条件中。^① 广义先决问题可以分为国际法上的先决问题和国内法中的先决问题，国内法中的先决问题分为公法上的先决问题和私法上的先决问题；私法上的先决问题又分为“国际私法上的先决问题”和内国案件中的先决问题。其中“国际私法上的先决问题”，指的是出现在在内外外国实体或冲突规范中的实体法律的法律后果，应按照国际私法指定的法律处理，还是当该法律后果出现在外国实体或冲突规范时适用该外国的国际私法处理。^②

据此，先决问题和主要问题可以出现在同一法律部门（如民法），也可以分属不同法律部门。例如其中一个问题发生于宪法、诉讼法、税法领域，而另一个问题却发生于民法领域中。具体而言：

（1）出现在公法规范中的私法先决问题。公法规范中常常使用私法法律概念，因此私法先决问题也会出现在公法规范中。例如，婚姻一旦成立，不仅产生亲属法律上的效力，也产生各种公法上的效力，如刑法上的规定的虐待罪、遗弃罪和暴力干涉婚姻自由罪，均以加害人和被加害人之间存在亲属关系为前提条件。在诉讼法中，对第一审法院作出的判决裁定，只有当事人的近亲属可以经当事人同意提出上诉；在强制执行中，应当保留被执行人及其供养亲属的生活费及必要的财产。又如德国劳动法规定，劳动者死亡后，其遗属依法享有遗属津贴；死者生前供养的直系血亲可以享受一次性抚恤金或定期、不定期的生活困难补助。

（2）私法规范中的公法先决问题，即私法问题的解决取决于公法关系的处理结果。例如德国联邦普通法院 1959 年的麦片案中，^③ 被告发明了一种制作麦芽饮料的程序，其中用到原告 1953 年 3 月和 9 月登记的两项专利。原告在 1951 年 4 月到 1957 年 4 月为被告的董事会成员，1955 年 12 月与被告签订了关于使用原告专利的合同。1958 年原告终止合同并起诉被告，要求偿付 1955 年到 1958 年终止合同前的专利使用费用。1955 年合同中规定：两项专利的所有权及其在国外的保护登记，自合同签订之日起属于被告。这里首先要判断一个卡特尔法上的先决问题，即 1955 年的专利使用合同是否违反限制竞争法的规定。法院认为这个先决问题要按照限制竞争法处理，如果合同因为违反卡特尔法无效，原告的请求权就可以获得满足。

本案中的先决问题即为典型的公法案件中的国际私法先决问题。诉讼标的为颁发签证，而能否获得签证取决于原告和 J 女士是否存在有效婚姻。由于原告的父亲是印度人，其在已婚的情况下和一德国女子再次结婚，双方在德国离婚后该德国女子和原告在印度结婚，所以本案中的先决问题包括原告父亲和 J 女士的婚姻是否有效、双方离婚是否有效、原告和 J 女士的结婚是否有效。法院采用独立原则，依照德国国际私法解决上述先决问题。

（二）公法案件中国际私法先决问题的处理

对于公法规范，例如社会法规范中出现的私法先决问题，理论上存在不同的主张，主要可以分为冲突法的方法和实体法的方法两大类。

所谓的冲突法方法，就是用国际私法的方法处理公法规范中的先决问题。早期一些学者例如

^① von Bar, *Internationales Privatrecht I*, Rz. 607; *MünchKomm/Sonnenberger*, Einl. IPR, Rz. 496; Junker, *Internationales Privatrecht*, Rz. 230 – 236.

^② Kegel/Schurig, *Internationales Privatrecht*, 9. Aufl. (2004), S. 376.

^③ BGH, Urt. v. 11. 11. 1959 – KZR 1/59 (OLG München) (“Malzflocken”), GRUR 1960, 350.

拜茨克认为,^① 在社会法中的家庭先决问题应按照德国冲突规范处理,即法院地法原则,以保持内国法律体系的和谐。^② 如果按照法院地法原则身份地位不成立,就不能主张社会法上的权利。但也有学者反对这种方法,认为这个方法实际上是类推适用私法先决问题的解决方法,没有考虑到公法规范中私法先决问题的特殊性。他们主张,首先要考察国际私法的方法是否符合该公法规范的目的和意义,然后才能确定是否可以用国际私法的方法处理先决问题。例如梅代尔指出,^③ 如果在涉外案件中严格按照内国法律的含义去适用这些概念,那些按照外国法律符合该概念的生活关系就不被考虑;如果一个为外国法律承认的婚姻按照德国法律无效,那么在德国社会法中也是无效的,因为它不产生和德国法律承认有效的婚姻同样的效果。克格尔认为,^④ 社会保险规范中的家庭关系同样可以按照法院地法原则处理,但如果德国冲突法导致婚姻无效,就需要通过其他方法调整。后来的一些学者主张利用准据法原则的方法处理该问题,以保证先决问题和社会法规范本身的一致性。^⑤

第二类方法是实体法的方法,即不考虑冲突规范的规定,直接从公法规范本身出发,根据该规范的立法目的和实体价值处理先决问题。^⑥ 这种方法按照如下几个步骤进行:^⑦ 首先要考察公法规范所属法律体系本身是否有实体法律上的直接规定。如果立法者希望在解决公法规范先决问题的时候直接适用内国法律,就可以采取两种方法,其一是直接规定,例如德国法律中对未成年人这个概念直接规定为18岁以下的人,从而排除了此种先决问题。另外一种方法是直接指引德国法律,例如德国1982年的《政治避难程序法》(Asylverfahrensgesetz)第6条规定,只有年满16岁,并且按照《民法典》的规定不属于无行为能力的外国人才有权提出该程序。这样,无论先决问题是否具有涉外因素,都按照德国法处理。如果法律中没有这样的明确规定,就进入第二个步骤,即通过对公法规范的解释,看该规范中的私法概念应当如何理解。例如劳赫尔指出,^⑧ 社会法规范中的先决问题带有强烈社会色彩,这种色彩来自主要问题准据法即社会法规范;因此社会法中的家事概念不同于它在民法中的本来意义,而应当根据社会法规范本身的目的来考虑。例如,德国《个人收入法》第12条第2款(§12 Nr. 2 EStG)规定,纳税人用来支付给有法定抚养义务人的那部分收入可以免税,这里所说的“法定抚养义务的人”,主要是指德国《民法典》第1601条中的亲属关系。德国财政法院(BFH)在判决中除了用民法来确定法定抚养义务外,还承认“潜在的法定抚养义务”(potentiell gesetzlich unterhaltsverpflichtet),即那些虽然不符合民法法定抚养义务条件,但当事人在事实上承担的抚养义务。^⑨

① Beitzk, in: *Festschrift für das BSG II* (1979), 479, 483 ff.

② Niederer, *Einführung in IPR*, S. 87.

③ Maydell, in: *Festschrift Bosch*, 654.

④ Kegel/Schurig, *Internationales Privatrecht*, S. 384.

⑤ Maydell, *Sach- und Kollisions Normen im internationalen Sozialversicherungsrecht*, S. 46f.

⑥ Samtleben, *RabelsZ* 52 (1988), 473.

⑦ Samtleben, *RabelsZ* 52 (1988), 473f.

⑧ Rauscher, *NJW* 1983 2476.

⑨ BFHE 110, 167 = *BStBl* 1973 II, 776 (778); BFH, *BStBl* 1974, 86 (87).

三 行政法院的外国法查明义务

本案中还涉及行政法院的外国法查明义务、外国法查明须达到的深入程度以及适用外国法的上诉审查。根据德国《行政法院法》第 173 条和《民事诉讼法》第 293 条，法院在行政诉讼中也有义务依职权查明外国法，包括相关的司法实践，查明过程中应穷尽可供利用之手段。即使当事人对事实审法院查明的外国法内容没有提出异议，法院也有义务进一步查明。在上诉审中，行政程序中对外国法和外国司法实践的查明不属于法律判定（Rechtserkenntnis），而应当作为事实认定（Tatsachenfeststellung）处理。

（一）查明途径

根据德国《民事诉讼法》第 293 条的规定，法院在查明外国法内容时应依职权行使自由裁量权，既可以要求当事人提供，也可以由法官查明。但为了维护和实现冲突规范的强制性和整个冲突法规范的一致性和权威性，法官一般依职权主动查明外国法。

就查明外国法的具体方法而言，法官可以选择：（1）自行查明。法官可以通过自由心证程序查明外国法，例如利用法院图书馆的文献查阅外国法；^① 也可以通过自由证据程序（Freibeweisverfahren）查明外国法，^② 例如咨询公共机构。采用这两种方式可以在较短时间内查明外国法内容，并且不会增加当事人的费用负担。在判决理由中，法院必须说明其据以确定外国法内容的的数据或认知来源。^③（2）通过《伦敦公约》查明外国法。1968 年 7 月 7 日通过的《关于提供外国法数据的欧洲公约》（又称《伦敦公约》）^④ 为查明外国法提供了国际合作途径。就法律属性而言，通过《伦敦公约》查明外国法属于法院通过自由证据程序查明外国法的特殊情形。但从实践情况来看，德国法院很少采纳公约提供的途径查明外国法。在有的案件中，公约机构虽经努力也无法查明外国法内容，最终仍通过外国法专家意见的形式查明外国法。（3）当事人提供。根据《民事诉讼法》第 293 条，法院在查明外国法内容时可以要求当事人协助。若当事人可以较容易获知外国法内容，则更有义务协助。在多数案件中，当事人因为缺乏相关专业知识和无法提供外国法的内容。即使当事人提供了外国法内容，还要根据具体情况（例如当事人之间的协议、法律的公开程度、是否存在其它查明渠道等^⑤）才能决定是否采用当事人提交的意见

① Stein/Jonas/Leipold, § 293 ZPO, Rn. 10.

② 自由证据程序在概念上并不是说可以在自行检索、不拘形式的查明和正式的严格证据程序之间选择。而是指不拘泥于民事诉讼法规定的证据手段和证据规则的事实查明方式。参见 Hanns Prütting, in: *Münchener Kommentar zur ZPO*, Band 2, 4. Aufl. 2008, § 293 ZPO, Rn. 49.

③ Stein/Jonas/Leipold, § 293 ZPO, Rn. 38; Pfeiffer, *Die revisionsgerichtliche Kontrolle der Anwendung ausländischen Rechts*, NJW 2002, 3306, 3307.

④ BGBl. 1974 II, S. 938. 该公约的主旨在于，为方便司法机构取得外国法数据而建立一个国际协作机制，从而使缔约国互相提供关于民商法律和诉讼程序的数据。公约规定每个缔约国设立或指定一个国家部门或中央机关，接受来自其它缔约国的请求，同时指定或设立一个或数个机构，接受来自本国司法机关提供数据的请求，并将其转递给外国相应的接受机构。

⑤ BGH NJW-RR 1994, 642; BGH NJW 1976, 1581, 1583.

作为正式证据,抑或另行指定专家(鉴定人)出具法律意见。^①(4)聘请专家出具外国法意见。法院可以向大学研究所或马克斯—普朗克研究所等比较法机构寻求帮助,委托这些机构的研究人员出具独立的专家法律意见。法院指定中立的专家出具外国法意见,可以避免法律意见受当事人的干扰,也可以减少语言因素对专家意见可信度的影响。出具意见的专家等同于鉴定人,出具的法律意见属于鉴定结论证据,适用有关的证据规则。^②

(二) 查明外国法的深入程度

根据德国联邦普通法院确立的规则,外国法的查明对象不仅包括作为法律渊源的成文法、习惯法、判例法,也包括法学学说、立法资料以及对案件审判有约束力和指导意义的材料。例如法院指定的专家接受委托后,应根据自己的比较法知识和经验,对有关问题进行正确的定性和分类,^③确定争议事项在外国是否为民事纠纷,属于实体法争议还是程序问题,由侵权法还是合同法调整等。在确定争议性质后,应使用该外国的语文逐一核查有关法律渊源,如成文法和判例;如有疑义,还应查找该国的权威法律评论、法学教科书以及立法文件,确定法律规范的目的和意旨,以保障查明的质量。在此过程中,专家也可以参考国内有关资料,例如对外国法的翻译、介评等,以印证对外国法理解,但不能以此为主要查明手段。当外国法对某问题没有具体规定时,专家需要综合分析外国的法学学说、立法准备资料和司法判例,以探求外国法对有关问题的处理方法。

联邦普通法院在2003年的一个判决中指出:^④虽然法官对于查明外国法的具体方法有自由裁量权,但查明的内容不能局限于正式的法律渊源,还应包括外国司法实践中的具体状况,尤其是相关司法判例。事实审法官必须将外国法律作为一个整体查明,包括外国法在学理和判例上的发展,法官必须充分利用所有可供选择的认知来源(Erkenntnisquellen)。如果法院仅依靠W博士于1997年3月10日和1999年8月13日出具的专家意见确认泰国法,并没有尽到《民事诉讼法》第293条规定的查明义务。虽然该两项专家意见围绕时效问题进行了阐释,但局限于法律中所规定的期限和中断事由,没有涉及泰国的学理和判例。鉴定人在1999年的专家意见中明确提出,他无法获知泰国关于时效的司法判例和法律文献,也无法确定泰国《船舶交通法》第308条和泰国《民商法典》第448条的关系,前者规定了6个月的特别时效,后者规定的时效期限为自知晓不法行为或赔偿义务后1年或者不法行为发生后10年,在过失杀人情形下为15年。在这种情况下,控诉法院理应依职权进一步通过其他方法查明外国法,尤其是泰国在司法实践中如何处理两种时效规定的关系。更何况,原告在质证阶段已经指出,W博士提供的关于时效问题的法律意见存在错误:泰国《船舶交通法》第308条相对于泰国《民商法典》第448条而言并不属于特别法(lex specialis);在泰国法律中,只要起诉书送达检察官,即自动开启刑事程序,而无

① BGHZ 118, 151.

② Erik Jayme, Die Expertise über fremdes Recht, in: Fritz Nicklisch (Hrsg.), *Der Experte im Verfahren*, 2005, S. 111.

③ 若当事人聘请外国律师出具法律意见,很有可能出现对“问题”的误读。例如德国法院曾经就分居条件咨询意大利的国家法律机构,后者回答说签订分居协议必须由检察机关参与。后来才搞清楚,检察机关的参加在意大利仅是一个程序问题,而根据德国国际私法,程序适用法院地法,所以争诉案件中根本不需要检察机关参与。Erik Jayme, Die Expertise ueber fremdes Recht, in: Fritz Nicklisch (Hrsg.), *Der Experte im Verfahren*, 2005, S. 114.

④ BGH, Urteil v. 23. 6. 2003, II ZR 305/01. NJW 2003, 2685; MDR 2003, 1128; FamRZ 2003, 1549.

需像专家意见中提出的那样必须由法院接受起诉状。为了正确行使法律赋予的自由裁量权，控诉法院必须另行委托一位熟悉泰国法律理论和法律实务的专家出具意见。

在德国，如果当事人聘请的专家出具的法律意见存在错误并造成第三人损害，应依据缔约过失责任对第三人承担损害赔偿。法院指定的专家出具错误意见导致当事人损害的，则适用侵权法的规定。德国《民法典》专设第 839a 条规定法庭鉴定人的责任：法院指定的鉴定人若故意或者重大过失的提供错误意见，且法院判决也根据该意见裁判的，鉴定人应赔偿当事人据此产生的损害。外国法查明错误可以表现为对外国法的不正确表述；^①也可以表现为对某些法律规则的遗漏。总之，只要专家提供的结论或信息和客观情况不符，就构成“错误的专家意见”。^②

（三）外国法查明的上诉审查

德国法官对于外国法的查明，系采法官依职权查明模式，即法官有义务独立查明外国法，所以无论是下级法院的识别错误而导致的外国法错误适用，还是关于外国法适用的形式推理和理由阐释，联邦普通法院一概拒绝进行上诉审查。但另一方面，上诉法院可以审查下级法院的法官是否尽到了法律所规定的外国法查明义务。如果法官仅查明外国法的规定，而没有考虑其在实践中的适用情况，就属于没有充分查明外国法内容，从而违反了《民事诉讼法》第 293 条的义务。对此，联邦普通法院特别指出：^③根据（当时的）《民事诉讼法》第 549 条第 1 款和第 562 条，当事人不能仅针对外国法提出上告，所以上告法院不能审查控诉法院是否正确解释和适用外国法；但控诉法院查明外国法的程序，系法院适用德国程序法的行为，属于上告法院的审查范畴。

结 语

综上所述，国际私法意义上的先决问题不仅可以出现在涉外民商事案件中，也可以出现在公法案件中，法院必须在行政诉讼程序中依据国际私法处理该民事先决问题，从而拓宽了国际私法的适用范围。但法院对该民事先决问题的处理是否具有“既判力”，即行政法院对于民事法律关系的认定是否具有法律约束力，仍需进一步研究。同时，行政法院和普通法院一样有义务查明外国法，其查明外国法的深入程度应接受上诉审查。在德国，即使当事人提供了外国法内容，但如果有明显迹象表明，当事人关于外国法的主张并不正确，法院仍有义务穷尽可供采用之手段查明外国法的内容及其实践应用，这和我过涉外民商事审判中对过于依赖当事人提供外国法的状况形成鲜明对比。在我国目前的司法实践中，外国法查明主要出现在商事领域，当事人大多选择准据法，且具有较强的经济实力，法院大可以要求当事人提供准据法的内容；但在涉外婚姻家庭案件中，当事人一般没有选择法律，其证明能力也较弱，法院是否能够继续要求当事人提供法律从而回避自己的查明义务呢？因此，完善法院查明外国法的方法和标准，是我国国际私法进一步发展的重要问题。

^① OLG Hamm NJW-RR 1998, 1686.

^② Wagner, BGB § 839a Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. (2009), Rn. 17.

^③ BGH, Urteil v. 23. 6. 2003, II ZR 305/01. NJW 2003, 2685; MDR 2003, 1128; FamRZ 2003, 1549.

The Preliminary Question and the Proof of Foreign Law in the Administrative Litigation: Comment on the Judgement of the German Federal Administrative Court on July 19, 2012

Wang Baoshi

Abstract: The preliminary question in the sense of conflict of laws appears not only in the international civil litigation, but also in the public law litigation. In Germany, the courts must decide the private preliminary question in the administrative litigation according to the private international law. As the courts in the civil litigation, the courts in administrative litigation also need to prove the contents of foreign law ex officio by exhausting the available provided methods, including the judicial practice in other countries. In appeal proceedings, the foreign law proved in the first instance should be accepted as facts.

Keywords: Private International Law, German Law, Preliminary Question, Incidental Question, Proof of Foreign Law

(责任编辑:李庆明)