

国际私法讲义

(二)

司法部第二期全国法律专业师资进修班

一九八二年二月

上海

目 录

第三章 冲突规范(一)

第一节 法律冲突的产生	2
一、涉外民事关系中的法律冲突现象	2
二、适用外国法的理论	6
第二节 冲突规范的概念	8
一、冲突规范的含义	8
二、冲突规范的结构	11
三、冲突规范的类型	12
第三节 冲突规范的系属公式和准据法	14
一、系属公式的类型	14
二、准据法的确定	18

第四章 冲突规范(二)

第一节 识别的问题	1
一、识别的含义	1
二、解决识别的理论与实践	3
第二节 公共秩序保留	5
一、公共秩序保留的含义	5

二、公共秩序保留的理论与实践·····	8
第三节 反致与转致·····	9
一、反致的含义·····	10
二、转致的含义·····	12
三、有关反致、转致的理论与实践·····	14
第四节 法律规避·····	16
一、法律规避的含义·····	16
二、法律规避的理论与实践·····	18
第五节 外国法内容的确定·····	18
一、外国法的证明问题·····	18
二、外国法适用错误与上诉问题·····	19

说

明

这本《国际私法讲义》系根据法学界名教授、专家和有关单位同志在本班讲课时的录音整理汇编，以供学员参考。

讲稿未经讲授人审阅，不妥之处，请予批评指正。

司法部第二期全国法律专业

师资进修班

一九八二年三月

第三章 冲突规范(一)

陈力新

第一节 法律冲突的产生

一、涉外民事关系中的法律冲突现象。

这个问题实际上就是要找出冲突规范的对象问题,也就是说法院在处理某一涉外民事案件时应适用何国法律的问题,即指适用内国法或适用外国法的问题。找出冲突规范的对象,这个对象比较复杂,不大好抓。这里有几层:民事关系——涉外民事关系——涉及外国法律适用的涉外民事关系。民事关系即财产关系和与财产关系有密切联系的人身关系。民事关系是由主体、客体和内容三个要素构成的。只要其中有一个以上的要素涉及外国,就是涉外民事关系。具体表现在三个方面:主体是指当事人一方或双方是外国人;客体是指位于外国的物;内容指当事人权利义务有涉外因素。这三个方面,只要其中有一个方面涉及到外国,就叫涉外民事关系,有涉外因素的民事关系,并不一定都有涉及外国法适用的问题,其中只有一部分是涉及外国法适用的民事关系,我们要抓的正是这个,这就是冲突规范所要调整的对象。如果把

涉外民事关系系统统认为是法律冲突规范的对象，那就错了。冲突规范所调整对象的本质属性，就是指那种涉及外国法适用的涉外民事关系，不是一般的涉外民事关系。不能笼统地说国际私法是调整涉外民事关系。要“剥两层皮”：先剥除一般的民法关系，再剥除不涉及外国法的涉外民事关系，剩下的是涉及外国法的涉外民事关系，才剥出了冲突规范的对象来。例如在法国境内有一个满20岁的瑞士籍的人，和人冢签订了一个合同，发生了争执。争执的是该合同有无效力，焦点是这个瑞士人有无签订合同的行为能力。按瑞士法，年满20岁即为成年，有行为能力，他所签订的合同有效；按法国法规定年满21岁才有行为能力，从而导致他所签订的合同无效。这就是牵涉到适用哪国的法律来确定这个瑞士人是否成年的问题，从法国的角度说，这就是一种涉及外国法适用的民事关系，并表现为法律冲突的现象，即法国法（内国法）和瑞士法（外国法）的冲突。

产生法律冲突的现象，是由三个条件所决定的：

（一）由于内国和外国之间存在不同的法律体系，各有不同的民事立法，而两国民法对同一问题往往作了不同的规定。譬如，在生产资料私有制的资本主义国家，土地可以作为个人占有对象；但在公有制的社会主义国家，土地就不能为个人所有。又譬如，即使是同一类型的国家（如都是社会主义国家）尽管有基本相同的法律体系，但由于经济发展不同，民族特点不同，国情不同，也会有不同的民法规定。如我国规定结婚年龄男为22岁，女为20岁；社会主义的罗马尼亚对结婚年龄规定男为18岁，女为16岁。我国和罗马尼亚也有不同的民事法规。

（二）由于涉外民事关系本身有涉及外国法律效力的法律事

实。譬如法院受理了一件涉外的民事案件，首先抓住事实，这是分析案情的突破口。法律事实有两种，一是行为，二是事件。行为是以人的意志为转移的。如甲乙二人在某一外国订立合同，就涉及到订立合同地方的法律，涉及到外国法效力的问题。又如在外国结婚，也同样涉及到当地法律的效力问题。至于事件，如某人在外国出生、死亡，就构成了法律事件，人一出生就有权利能力，意味着作为权利主体的开始，这就牵涉到该外国法效力的问题。生死是法律事件，是不以人的意志为转移的。死亡意味着民事权利主体的终结，引起婚姻关系消灭，继承关系产生，还有劳动关系、领取抚恤金等一系列法律问题，所以要查清有无涉及外国法效力的事实，事实是根据，这是审理案件的突破口。搞清法律事实，只有涉外民事关系本身存在涉及外国法效力的事实，才谈得上法律冲突的问题。

（三）由于法院所属国承认了有关的外国法的效力，从而发生了法律效力的冲突。这一条很重要。按照公认的国际关系准则，尊重国家主权原则，一个国家的法律只能在其本国境内有效，不能当然地在外国生效。至于外国法能否在内国生效，要看内国承认与否为转移，承认与否以及如何承认，这是内国的自主性权利。对待外国法效力这一独立自主的原则，已经成为公认的国际惯例。如果内国不承认外国法的效力，就不构成法律冲突问题。例如在外国，根据外国法而取得的发明、专利权、商标专用权和著作专有权，虽然涉及了外国法的效力，如果国家之间没有条约义务，内国是不会承认这些权利的，因为这三种权利具有严格的地域性限制。由此可见，只有在涉外民事关系本身有涉及外国法效力的事实，而该外国法效力又为内国所承认时，才产生法律冲突。

以上三个条件（特别是最后一条）是产生法律冲突的基本条件，是涉及到是否适用外国法的问题。冲突规范的对象是什么？就是一些涉及外国法适用的涉外民事关系。冲突规范的对象，实际上包括两层法律关系，一是当事人的权利义务的关系，二是法院选择法律适用的关系。后一层关系的调整是为前一层关系的调整而服务的，是为了解决当事人的权利义务问题。

另外需要指出的是，一件涉外民事案件，有时包含几项法律关系，并且交织在一起，其中有的不涉及外国法效力的涉外民事关系，有的则是涉及外国法效力的涉外民事关系，这就必须一项一项去分析。例如，一个外国厂商，能不能在我国从事某项商品生产的问题？这里就涉及到外国人的法律地位问题，就是说这个外商在我国能否成为民事主体，能否参与民事活动，能否享有民事权利和负担义务的资格问题。对此没有法律冲突可言，因为这不涉及外国法的效力问题。对这个问题，各国都根据自己的社会利益和安全来决定，与外国法无关，全是内国法律决定的事，属于内国的行政管理范围。关于外国人的地位是由行政法或关于外国人法来规定的，但它又是产生民事关系的前提。如果我国准许这位外商在我国从事生产，他就要成为民事权利主体，进行民事活动，而关于该外商的行为能力和权利能力的问题，这就要涉及到外国法的效力问题，因为这和这位外商的身份是有联系而不可分的。因此，究竟是法律地位问题，还是行为能力或权利能力问题，都必须一项一项搞清楚，不能不加分析地眉毛胡子一把抓。

一件涉外民事关系的案件，首先要看它有无涉及外国法效力的问题；如有：还要看该项外国法是否为内国所承认，即内国是否承认外国法的效力问题。如果内国不承认，就不会发生法律冲

突的问题，也就不会给予司法上的保护；如果内国承认外国法的效力，才产生法律冲突问题，才能谈上适用外国法的问题。譬如，对于外国人根据外国法而缔结的婚姻关系，内国一般都是承认的，有涉及外国法适用问题。又譬如，允许外商到内国经商，基于外国法而产生的行为能力和权利能力，一般也是为国内所承认的，也有涉及外国法适用问题。

所谓涉及外国法适用的涉外民事关系，概括地说，是指对某一为内国所承认的涉及外国法效力的涉外民事关系，其法律性质究竟是受内国法支配还是受有关外国法支配的问题。这就是我们要讲的法律冲突现象。讲这一问题的实际意义，是要我们了解，只有涉及外国法适用的民事关系，才是冲突规范调整的对象，才有解决法律冲突的问题，做到有的放矢。

二、适用外国法的理论

适用外国法是一种特殊法律现象，这个现象就是涉及外国法的适用。中心问题是为什么内国要适用外国法？这在资本主义国家有各种学说和理论，理由不一。现仅将有代表性的介绍一下。影响最大的有三：

（一）国际礼让说。该说认为一国的法律本来只在其境内有效，在被他国承认其效力时，是出于该国对外国的礼让。这要用马克思主义的认识论和法律观来剖析它。这个学说，说“一国的法律本来只能在其境内有效”，这是对的；但“在他国承认其效力时是出于外国的礼让”，这就不对了，不符合事实。“礼让”二字是个不确定性的概念，什么时候礼让，什么时候不礼让，没有标准。这种说法掩盖了适用外国法的事实真相，歪曲了适用外国法的本质和真正意图。所谓出于礼让，只不过是灵活使用的。

代名词罢了。

(二) 既得权说。认为凡是根据一国法律而正当取得的权利，必须同时在其它国家中也获得同样的权利，为他国所承认。这种说法，一开始就把一国的法律强加在他国之上，这未免太武断、太霸道了，而且不符合实际。例如在外国取得的发明权、专利权、商标权、著作权等，如果没有条约义务约束，另一国是不会承认的，这已经成了公认的国际惯例，所以此说亦不可取。

(三) 法律关系本座说。认为任何法律关系，按其本质都与一定的法域相联系，这种本质的联系，就叫法律关系的本座；如果这个本座在外国，就应适用外国法，这是国际义务。他们说“任何法律关系都与一定的法域相联系”，这是对的，符合事实；但说“如果这个本座在外国就适用外国法”，这就强加于人了。它是以假设的国际义务为前提的，但到目前为止国际间并不存在这种公认的国际义务。由于这种学说不符合实际，所以在国际上行不通。

这三种学说的共同特点是认识论上的局限，他们把内国对外交往的必要性切断了，忽视了适用外国法是出于内国在对外交往上的需要。无论哪个国家适用外国法都是从内国的利益出发的。

我们在北京编国际私法统编教材时，经过大家研究讨论，初步提出了我们的学说，叫做“国际交往互利说”。现供大家参考。

我们认为，适用外国法的出发点是出于各国在对外交往上的需要，从法律上平等互利地保护内国人、外国人在国际交往中的正当权益，并受内国根本利益所制约。

我们是以马克思主义认识论、法律观为指导来看待适用外国

法的问题，我们认为适用外国法是一种特殊的法律现象。要认识这种现象不能只从法律本身了解，还要从法律本身之外去找根源。这个根源就是从社会生活的物质条件上去理解。这就是，在商品经济的国际环境由于各国生产发展不平衡，促进了各国互通有无。彼此交往的需要，要把这种对外关系反映在一个国家的执政方针和对外政策中，就考虑到在某些场合下需要，适用外国法。适用外国法是在内国对外政策的绝对指导下所采取的一种特殊法律措施。要对外交往，互通有无，除政治上和经济上的措施外，还需有法律上的保证，保证在平等互利的基础上正常交往的进行，保证在双方交往中当事人的正当权益。例如保护某外国人在外国已取得某项财产所有权，这就是内国法对他的财产所有权的承认的保证，这就是承认外国法效力的体现并适用了外国法。又如在外国结婚的夫妇，他们到内国来，内国就要承认，这也要承认外国法效力的体现并适用了外国法。如果根本不考虑适用外国法的问题，不承认外国法的效力，就会产生不良后果，就会在政治上、经济上、文化上等各方面带来不良影响，以致造成内国在根本利益上的损害。

适用外国法的实质，是在各国对外政策的绝对指导下，所采取的一种特殊法律措施，是出于内国根本利益的需要，借助于适用外国法调整某些涉外民事法律关系，有利于发展同各国的友好往来，这就是适用外国法的真相所在。

第二节 冲突规范的概念

一、冲突规范的含义

冲突规范是针对某一涉及外国法适用的涉外民事关系的调整，规定在法律适用上应适用何国法律的规范。适用何国法律就是指

适用内国法或有关的外国法。有的书把它称为选择法律适用的规范，也有的称它为国际私法规范（认为国际私法是冲突规范的总和）。有的书则把它称为法律适用规范，这是不确切的。因为，法律适用规范有很多种，冲突规范是其中的一种，其特殊性是在于就内国法与外国法之间适用哪一国法律的问题，与一般法律适用规范不同。

这种规范的渊源（法律表现形式），表现为国内立法、国际条约、国际惯例三个方面。

例如，在国内法方面，1954年，由中华人民共和国外交部、最高人民法院颁布的《外人在华遗产继承问题处理原则》第七条规定：“外人在华遗产动产在互惠原则上可按被继承人国家的法律处理”。

在国际条约方面，1959年，《中苏领事条约》第十条规定：“缔约任何一方公民死亡后，遗留在缔约另一方领土上的财产，包括动产和不动产，均按财产所在地国家法律处理”。

在国际惯例方面，它是内国用某种方式来认可的，如双方订合同，考虑将来发生纠纷怎么办，可以通过双方协商，自行约定，发生争执时适用某国的法律来处理，称为“意思自治”原则。

冲突规范必须和它自己所指出的实体规范相结合才能发挥法律作用。这是由于调整当事人的权利义务还要按冲突规范所指出的实体规范来作出决定。一般把它叫做间接调整的方法，它是相对于直接调整而说的。还有一种规范，是不要通过冲突规范，直接决定当事人权利义务问题的规范，叫统一实体规范。例如，中国、罗马尼亚对外贸易机构1961年《交货共同条件》第十三条规定：“除合同另有规定外，一般货物按合同的交货期限延误

三十天以上，机器设备延误六十天以上，售方应支付购方按实交货物发票上所开的价款每吨0.3%的罚金；如果再延误，时间在四周以上，由第五周起，至第八周止，每吨罚金0.6%；自第九周以后，每吨罚金1%。但罚金总值不得超过全部迟交货物发票上所开价款的8%。罚金的支付并不免去售方对迟交货物的交付任务”。这种实体规范在条约里有，在国际惯例里也有，如F、O、B，C. I. F。这种规范与国内规范不一样，是几个国家通过条约或大家认可的，不用通过冲突规范就可直接调整。

我的意见，统一实体规范可放在国际私法规范里，但在这里不讲，因为我们在这里讲的只是冲突规范。

由于冲突规范可以导致外国法的适用，这就提出了两个理论问题，一个是外国法的域外效力问题；一个是冲突规范的本质问题。

关于域外效力问题，有人认为产生法律冲突，域外效力是一个重要原因。又有人认为，所有涉外民事关系都有法律冲突问题，其理论根据就是法律有域外效力。我不同意这个看法，道理已在前面讲过了。另外，不是所有涉外民事关系都有适用外国法的问题。按公认的国际关系准则，尊重国家主权原则，一国的法律不能在另一国生效，另一国如果以某种方式予以承认，才可以在另一国生效，没有当然的域外效力。说一国的法律有当然的域外效力是没有法律根据的。相反，从国家主权原则出发，只能得出这样的结论：每一个国家的法律，只能在它境内有效。要在另一国有效，必须通过该国以某种方式承认才可以。是否承认，那是该国自主性的权利，这是公认的惯例。内国运用了外国法，对该外国法来说就有了域外效力。它是后果，不是前提，是内国予以承

认后才发生效力的，而有人认为适用外国法是以域外效力为前提的，我不同意。

关于冲突规范的本质问题。是体现哪个阶级意志的问题。适用外国法取决于内国对外政策的要求，并不是秉承了外国统治阶级的意志才在内国适用外国法，而是在内国的对外政策绝对指导下的一种法律措施。换言之，冲突规范也就是内国对外政策的转化形态，或者说，冲突规范是转化为法律了的对外政策。适用外国法是对外政策的要求，不适用外国法也是对外政策的要求，是为对外政策服务的工具，是体现内国根本利益的需要，目的是维护内国在对外交往中的利益，并不是反映了外国统治阶级的利益。适用不适用外国法以冲突规范为根据，但冲突规范本身的制定，要从内国的对外政策来考虑，并不是盲目的。

有人认为根本没有法律冲突。不承认不行，客观上各国都有冲突规范的立法，只是有的多一些，有的少一些，有的全面一些，不承认有法律冲突，采取法律虚无主义态度，是不对的。另外，有人说什么冲突规范不冲突规范，我不信那一套，我按政策办事，这是一种极左思想的反映，是否定了冲突规范的法律作用。

根本不承认有法律冲突，我不同意；说所有涉外民事关系问题都有法律冲突，我也不同意。如外国人在中国雇请保姆，中文秘书、中文翻译等服务人员，这里就没有涉及外国法适用的问题，既没有与外国法发生联系的行为，也没有与外国法发生联系的事件，根本不涉及外国法的效力，当然无法律冲突可言。

二、冲突规范的结构

冲突规范由两部分构成：“范围”与“系属”。

“范围”是指由冲突规范所要调整的民事关系。解决这个民

事关系，在法律适用上适用某种法律，这一部分内容叫“系属”，又叫冲突原则。如“物权依物之所在地法”，“物权”是“范围”，“物之所在地法”是“系属”。

任何一条冲突规范，在规范形态上都由这两部分连结起来的。“范围”有它特定的含义，这里指的“物权”是涉外物权，在范围里肯定了有冲突问题。“系属”是解决冲突的办法，是通过一定的联系点，把某种法律联系起来，如“物之所在地法”，其中“物之所在地”就是联系点。简单讲，“地点”就是联系点，看物在什么地方。联系点是“系属”里的一个内容，“系属”里还有一个联系点所联系的法律，通过联系点把某一个国家的法律联系起来，形成“系属”。

三、冲突规范的类型

冲突规范的核心部分是“系属”部分，由于联系点的数量不同，表明的情況不同，可分成下列各种不同类型：

（一）单边冲突规范

它的系属只有一个联系点，其所联系点，其所联系的法律，有一个明确的地点为标志，用不着推定。不象物之所在地法，还要看物之所在地在哪里才能确定。单边冲突规范很明确指出适用内国法或外国法。但依明确的情况不一样，又可分为三种：

①明确指出适用内国法的单边冲突规范。如：《法国民法典》第三条规定“不动产即使属于外国人所有，仍适用法国法律”。

②明确指出适用外国法的单边冲突规范。如：《苏俄婚姻家庭法典》第一百六十二条第四款规定：“外国人在苏联境外按照有关国家的法律结婚，在苏俄承认有效”。这就是说，外国人在

苏联境外已经缔结的婚姻，适用有关的外国法。

③明确指出适用某一特定国家的单边冲突规范，如《苏联、比利时——卢森堡经济同盟临时贸易专约》第十三条规定：“关于苏联驻比利时商务代表处订立或担保的贸易合同的一切争执，如在该合同中没有关于司法管辖或仲裁的专门条款，应受比利时法院的司法管辖，并依比利时法令解决”。

（二）双边冲突规范

其系属也只有一个联系点，但它与单边不同，因为它所联系的法律不是用一个明确的地点为标志的，而是用一个需要推定的地点为标志的。如“契约缔结地法”这一系属中的具体联系点就是要推定的。如缔结地在内国就适用内国法，在外国就适用外国法，经推定才能确定适用内国法还是外国法。

（三）选择性的冲突规范

其特点是在这种冲突规范的系属中包括有两个或两个以上的联系点。法院可选择其中的一个，以适用其所联系的法律。这种冲突规范可分为：

①无条件的选择性冲突规范。如东德1975年颁布的《法律适用条例》第十六条规定：“合同和其它法律行为的方式，应当依照支配该法律关系的国家的法律确定。如果其方式遵照缔约地、单方面的意思表示或法律行为生效地的国家相应的法律规定时，该种方式亦能允许”。这种冲突规范有许多联系点，每一个联系点都有平等的法律效力，可以在其中任选一个作为适用法律的根据。

②有条件的选择性规范。如1898年《日本条例》第二十条规定：“亲子间的法律关系，依父之本国法；若无父时，依

母之本国法”。两个联系点不能任意选择，是有条件的，有先后之别，父亲不在了，才可用母之本国法。两个不是平等的，有主次之分，先后之别。

（四）重叠性的冲突规范

有两个或两个以上的联系点，但它与选择性冲突规范不同，它要求法院把各个联系点平等地并同时地作为适用法律的根据，不得只根据其中的一个。如：1902年在海牙缔结的《关于离婚的公约》第二条规定“离婚之请求非夫妇之本国及法院地法均有离婚之原因时，不得为之”。同时要符合好几个规定，几个联系点同等有效，要符合几个联系点联系的法律。所谓重叠性的冲突规范，是以联系点的重叠为其特点的，而联系点的重叠往往导致适用法律的重叠。

比较常见的是双边冲突规范。它只有一个联系点，需要结合案件的具体情况推定，比较客观、灵活，也有相对的稳定性。最少的是重叠性冲突规范，往往由于重叠，冲突不能解决。

第三节 冲突规范的系属公式和准据法

一、系属公式的类型：

系属公式就是把冲突原则公式化，把同类的民事关系用同一类的公式来解决。

1、属人法：（Lex personalis）

对民法关系的主体而言，在确定人的身份能力和权利能力时常此公式，人的身份能力和权利能力是和人身不可分离的，比如说他是一个外国人就有可能涉及到外国法的效力问题，这里边就存在一个法律冲突问题。对属人法的理解有二种：

（1）当事人的本国法：即把属人法理解为当事人的国籍所