



研究生教学用书

# 国际私法案例评析

Private International Law  
Cases Analysis

林燕萍 主编



北京大学出版社  
PEKING UNIVERSITY PRESS



研究生教学用书

D997

63

2007

# 国际私法案例评析

Private International Law  
Cases Analysis

主 编 林燕萍

副主编 刘宁元 刘晓红



北京大学出版社  
PEKING UNIVERSITY PRESS

**图书在版编目(CIP)数据**

国际私法案例评析/林燕萍主编. —北京:北京大学出版社,2007.5

(研究生教学用书)

ISBN 978 - 7 - 301 - 12141 - 2

I. 国… II. 林… III. 国际私法 - 案例 - 分析 - 研究生 - 教材 IV. D997

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 067172 号

书 名: 国际私法案例评析

著作责任者: 林燕萍 主编

责任编辑: 杨丽明 王业龙

标准书号: ISBN 978 - 7 - 301 - 12141 - 2/D · 1760

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.pup.cn>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

出版部 62754962

电子邮箱: [law@pup.pku.edu.cn](mailto:law@pup.pku.edu.cn)

印刷者: 北京中科印刷有限公司

经 销 者: 新华书店

730 毫米×980 毫米 16 开 21.75 印张 414 千字

2007 年 5 月第 1 版 2007 年 5 月第 1 次印刷

定 价: 32.00 元

---

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子邮箱:[fd@pup.pku.edu.cn](mailto:fd@pup.pku.edu.cn)

# 总 序

这是为研究生专门编写的一套教学用书。

研究生是否需要编写教学用书？研究生教学活动中采取教学用书的做法是否会束缚研究生的思维？是否会影响教师开展更加具有创造性的研究生教学与培养活动？研究生教学用书能够在多大程度上面对并且促进研究生培养质量的提高与研究生教育事业的发展？尽管这些问题尚有争议，但我们仍然选择了启动研究生培养改革项目。我们相信，随着研究生人数的扩张、专业学位的发展、研究生培养单位的增加，随着知识的膨胀与研究成果的不断更新以及因此导致的社会对于人才的需求标准的变化，越来越需要有一种能帮助教师与研究生及时对话、沟通信息渠道，同时为研究生展开思考与深入研究提供必要的指引的工具。

在编写过程中，我们形成了几点想法，希望与同行共享：

一、研究生教学用书依然具有教学用书的特点。

研究生教学用书应当是个什么样子呢？这可能是一个仁者见仁、智者见智的问题。有的学者理解，编写教科书，是一门学科里的学问臻于成熟、教学自成体系的显著标志，在某些时候，也是创建、恢复或移植学科体系的便捷方式。本科教材就给很多人这样的预期：教材是通说或定论的载体，是理论大厦的地基，是知识宝库的钥匙。我们认为，尽管研究生教育的知识深度有所不同，研究生培养仍需承载类似的任务，研究生教学用书仍应具有这种功能。有鉴于此，系列用书将充分正面肯定各个专业领域已有的研究成果，适当阐述该学科的基础理论知识体系。读者通过研读这些著作，有望对相关学科领域的研究成果特别是研究现状形成一个较为便捷、全面、系统、权威的把握。

二、研究生教学用书要充分体现研究生培养的特殊性，凸现研究生教育的特点与规律。

研究生培养不同于本科生，研究生教学用书也不同于本科生教材。通常的教材编写惯例与研究生的培养目标不甚兼容。有的院校坚持“百花齐放”，不统一使用研究生教材，有的慎重出版了具有特色的研究生教材。这些做法都值得我们借鉴。研究生教育素有专题、互动、讨论、指导与学生自主学习相结合等的经验，以更加个性化的方式与创新思想、创新知识、创新技能培养目标等为核心介绍相关问题的研究

方法和理论成果,强调教学内容的创新价值和启发意义。

我们力图在内容、体例和使用方法等方面拥有自己的不同特色:更多是专题性的、启发性的、创新性的,注重反映法学不同学科教学科研的最新成果和发展方向;更多地反映方法论的价值与相关研究专题的核心内容,而不拘泥于体例统一,不强求观点一致,目的是启发或帮助研究生培养学习的方法和研究的激情,培养不懈钻研的精神气质和严谨周详的思维习惯;更多地引导研究生通过教学用书的使用拓展学习、研究与思考的空间,鼓励使用本教学用书的老师和学生及其他有兴趣的同行可以灵活使用此教材的各个章节;教师不必单纯以此教材作为教学的基础,学生也不能仅以此教材作为学习的主要内容。

华东政法大学是新中国创办的第一批高等政法院校,由原圣约翰大学、东吴大学等9所院校的法律系、政治系和社会系等合并组建成立。经过几代华政人的努力,华东政法大学现已发展为一所以法学学科为主,兼有经济、管理、金融、外语等专业的多科性院校,成为享誉海内外的“法学教育的东方明珠”。自1981年起创办研究生教育以来,目前已设有法学博士后科研流动站,拥有法学一级学科博士学位授予权。如果说可以把这套系列研究生教学用书大致看成是我们在研究生教育培养方面阶段性研究成果的汇总和多年研究经验的结晶的话,我们愿意与大家共同努力,进一步繁荣我国的法学研究生教育事业。

我们也希望研究生们能够踩在我们以本系列教材这种形式提供的这个肩膀上,将兢兢业业、勤勤恳恳,大胆反思、小心求证,竭力超越、求真务实的学术火炬代代相传、越烧越旺。如果说可以把这套系列教材形象地比喻为全体编者虽已经殚精竭虑、精挑细选但却仍然忐忑不安地播下的一粒粒种子的话,我们希望:在我们祖国法治春风的吹拂下,它们能够慢慢长成一株又一株嫩芽,将来还会茁壮成长、硕果累累……

是为序,并共勉。

何勤华

2007年1月20日



# 前 言

国际私法是一门实践性和应用性很强的法律学科,主要解决国际民商事交往中出现的法律冲突和法律适用问题。作为法学 14 门主干课程之一,“国际私法学”一直是高等法律院校开设的主要课程。华东政法学院从 1981 年招收法学研究生起,开始为国际法学的研究生开设“国际私法专题研究”课程。经过多年的教学经验和课堂讨论,我们逐渐摸索出一套适合研究生教学的国际私法案例教学法。2005 年,我校研究生教育院组织策划一套研究生通用法学教材,分理论研究 with 案例教学两大类。我们申报了“国际私法案例评析”项目,被列入第一批出版计划,由研究生教育院资助出版。

本书在内容安排与结构体例上不同于其他同类案例教程,其特点在于:

(1) 在内容上以“专题”为切入点,突出国际私法的一般制度和法律适用问题。所选择的案例取材于我国司法实践中的真实案件,体现了实践性与应用性的结合。

(2) 在体例上力求创新,在每一节相关问题中将基本知识点与案例分析相结合,再连接到相关的法律法规、司法解释和文献资料,以便研究生进一步深入学习和探讨。

(3) 在附录部分增加了拓展研究的内容,列出我国参加的有关国际私法公约的目录、国际私法专业术语中英文对照表、常用网络资料检索网址、以及《民法(草案)》第九编“涉外民事关系的法律适用法”。

本书由林燕萍教授确定大纲、体例,并作了全书的审校。我们分三个小组编写,其中,林燕萍教授负责第二、三、五、八章;刘宁元教授负责第一章;刘晓红教授负责第四、六、七章。我们的研究生参加了资料的收集、索引和编写工作。他们分别参与了以下各章节的编写工作:宋丽丽、肖佑君、丁承志,第一章;董开星,第三章;王宏,第五章;尹雪萍,第八章、第五章第二节;庄硕,第四章;金霞,第六章;尹灿,第七章。此外,董开星、唐良源花了大量时间帮助整理文献、网址和专业术语对照。作为一项课题研究,他们投入了大量的时间和精力,也显示出他们的聪明才智。

本书的出版,得到华东政法学院研究生教育院和北京大学出版社的大力支持。

北京大学出版社的杨丽明和王业龙编辑为本书的出版付出了辛勤的劳动,特此致谢!

尽管编者尽了很大的努力,但限于能力和水平,错误或不当之处在所难免,恳请读者批评指正。

编者  
2007年3月

# CONTENTS

## 目录

<b>第一章 国际私法的一般制度</b> .....	(1)
第一节 识别 .....	(1)
第二节 反致 .....	(12)
第三节 公共秩序保留 .....	(25)
第四节 法律规避 .....	(44)
第五节 外国法的查明 .....	(53)
<b>第二章 涉外物权的法律适用</b> .....	(66)
第一节 涉外物权的基本理论 .....	(66)
第二节 物之所在地法原则 .....	(67)
第三节 涉外不动产物权和动产物权的法律适用 .....	(68)
第四节 国有化问题 .....	(71)
<b>第三章 涉外合同的法律适用</b> .....	(80)
第一节 涉外合同法律适用基本理论 .....	(80)
第二节 常用涉外合同的法律适用 .....	(94)
<b>第四章 涉外侵权的法律适用</b> .....	(115)
第一节 涉外侵权行为之债法律适用的基本理论 .....	(116)
第二节 特殊涉外侵权之债的法律适用 .....	(118)
<b>第五章 涉外婚姻家庭与继承的法律适用</b> .....	(132)
第一节 婚姻家庭法律适用的基本理论 .....	(133)
第二节 涉外继承的法律适用 .....	(162)



---

<b>第六章 涉外知识产权的法律适用</b> .....	(180)
第一节 涉外知识产权法律适用的基本理论 .....	(180)
第二节 涉外知识产权法律冲突的冲突法解决 .....	(183)
第三节 涉外知识产权法律冲突的国际条约解决 .....	(185)
<b>第七章 国际商事仲裁</b> .....	(209)
第一节 国际商事仲裁协议 .....	(209)
第二节 国际商事仲裁管辖权 .....	(228)
第三节 国际商事仲裁的法律适用 .....	(243)
第四节 国际商事仲裁裁决 .....	(255)
<b>第八章 区际法律冲突与区际冲突法</b> .....	(277)
<b>案例索引</b> .....	(318)
<b>附录 1 国际私法常用术语(英中文对照)</b> .....	(321)
<b>附录 2 中国参加的国际私法公约目录</b> .....	(327)
<b>附录 3 民法(草案)第九编涉外民事关系的法律适用法</b> .....	(329)
<b>附录 4 常用法学网站</b> .....	(338)

# CONTENTS

<b>Chapter 1</b>	<b>Preliminary Matters of Private International Law</b> .....	(1)
Section 1	Characterization .....	(1)
Section 2	Renvoi .....	(12)
Section 3	Reservation of Public Order .....	(25)
Section 4	Evasion of Law .....	(44)
Section 5	Proof of Foreign Law .....	(53)
<b>Chapter 2</b>	<b>The Law Applicable to Issues in Real Rights</b> .....	(66)
Section 1	The Basic Theories .....	(66)
Section 2	Principle of Lex Situs .....	(67)
Section 3	Application of Law Concerning Movable and Immovable Real Rights .....	(68)
Section 4	Nationalization .....	(71)
<b>Chapter 3</b>	<b>The Law Applicable to Issues in Contracts</b> .....	(80)
Section 1	The Basic Theories .....	(80)
Section 2	Application of Law Concerning Common Contracts .....	(94)
<b>Chapter 4</b>	<b>The Law Applicable to Issues in Torts</b> .....	(115)
Section 1	The Basic Theories .....	(116)
Section 2	Application of Law for Obligation of Special Torts .....	(118)
<b>Chapter 5</b>	<b>The Law Applicable to Issues in Marital and     Succession Relationships</b> .....	(132)
Section 1	Basic Theories of Application of Law Concerning Matrimonial and Family Matters .....	(133)

Section 2	Application of Law Concerning Succession .....	(162)
<b>Chapter 6</b>	<b>The Law Applicable to Issues in Intellectual Property Rights .....</b>	<b>(180)</b>
Section 1	The Basic Theories .....	(180)
Section 2	Resolving Conflict of Laws for Intellectual Property Rights: Conflict Law Perspective .....	(183)
Section 3	Resolving Conflict of Laws for Intellectual Property Rights: International Treaties Perspective .....	(185)
<b>Chapter 7</b>	<b>International Commercial Arbitration .....</b>	<b>(209)</b>
Section 1	International Commercial Arbitration Agreement .....	(209)
Section 2	The Jurisdiction of Arbitral Tribunal in International Commercial Arbitration .....	(228)
Section 3	The Applicable Law for International Commercial Arbitration .....	(243)
Section 4	Awards of International Commercial Arbitration .....	(255)
<b>Chapter 8</b>	<b>Interregional Conflict of Laws and Private Interregional Law .....</b>	<b>(277)</b>
<b>Table of Cases</b>	.....	<b>(318)</b>
<b>Appendix</b>		
1.	Common Terminologies in Private International Law (English—Chinese) .....	(321)
2.	Catalogs of Treaties in The Field of Private International Law to Which China Is a Participant .....	(327)
3.	Civil Law Code(Draft) Chapter 9: Application of Law in Civil Relationships with Foreigners .....	(329)
4.	Frequent Cited Law Websites .....	(338)

# 第一章 国际私法的一般制度

## 第一节 识别

### 文章索引

- 林欣:《论国际私法中的程序法与实体法问题》,《外国法译评》(1994/4)
- 肖永平、喻术红:《国际私法中识别问题比较研究》,《武汉大学学报(哲学社会科学版)》(1994/6)
- 王慧、戴庆康:《对国际私法中最密切联系原则的再思考》,《中外法学》(1997/4)
- 段东辉、左军:《论英联邦国际私法司法实践统一化》,《武汉大学学报(哲学社会科学版)》(1998/5)
- 黄勇:《论识别的对象和标准》,《甘肃政法学院学报》(1999/4)
- 刘想树:《国际私法中的识别问题比较研究》,《现代法学》(1999/6)
- 刘晓红:《论国际私法中对涉外合同责任与侵权责任竞合之处理》,《华东政法学院学报》(2001/2)
- 张红:《论“二级识别”》,《山东大学学报(哲学社会科学版)》(2001/3)
- 刘月兰:《浅析国际私法中的识别制度》,《前沿》(2002/11)
- 胡家强:《对国际私法调整对象和范围的重新认识》,《中国海洋大学学报(社会科学版)》(2003/1)
- 李旺:《冲突法上的实体法导论》,《法商研究》(2003/2)
- 金振豹:《论国际私法上识别冲突的解决》,《比较法研究》(2003/3)
- 章祺、尚芹:《识别问题的思考》,《山东行政学院山东省经济管理干部学院学报》(2003/4)
- 徐文超:《准据法新说》,《南京财经大学学报》(2004/1)
- 于倩:《论涉外民事诉讼中的协议管辖》,《黑龙江省政法管理干部学院学报》(2004/3)
- 赵生祥:《论国际私法中识别的误差》,《现代法学》(2003/6)
- 陈康:《论适用或排除外国法制度中体现的对立统一》,《河南理工大学学报》(2005/1)

## 一、识别冲突产生的原因

19世纪末,德国学者康恩(Farnz Kahn)和法国学者巴丹(Bartin)首先将识别作为国际私法上的一项制度提出,<sup>①</sup>识别冲突问题开始引起大陆法系国家学者的关注。英美法系中,最先对识别冲突进行阐述的是美国法学家劳伦森(Lorenzen)和英国法学家贝克特(Beckett),<sup>②</sup>逐渐地,识别成为冲突法中的一个基本问题。

在司法实践中,产生识别冲突问题的原因往往有以下几种:(1)各国的内国法赋予同一事实以不同的法律性质,因此可能会援引相异的冲突规范,得出相异的法律结论;(2)各国的内国法对同一问题规定的冲突规范有相异的内涵或外延;(3)各国的内国法可能把同类的法律内容归结到实体法或程序法等相异的法律部门中,以此为依据作相异的识别就可能导致适用相异的冲突规则;(4)各国内国法可能存在其他国家内国法中没有的或者其独特的法律概念。

第一,各国内国法对同一事实赋予不同的法律性质。最著名的例子莫过于1889年法国最高法院审理的安东夫人诉巴特罗案(Anten V. Bastolo)<sup>③</sup>。安东夫人是马耳他人,在马耳他结婚,住所在马耳他,后安东夫妇移居到法属阿尔及利亚并在那里购置了不动产。1889年,安东逝世,其夫人根据马耳他法律到阿尔及利亚法院起诉,被告是死者安东先生的遗产管理人巴特罗先生。安东夫人要求根据马耳他法律,妻子除享有夫妻财产的一半以外还要有四分之一死者土地用益权。由于阿尔及利亚当时是法国殖民地,因此适用法国法律。依据法国法之规定,未亡配偶以继承人身份取得已亡配偶的财产,但是不得取得已亡配偶的土地用益权。本案的关键是如何对法律事实进行识别,是夫妻财产关系还是继承关系,这个识别过程直接影响到采用哪个国家的冲突规范,而且对当

<sup>①</sup> 1891年,康恩在《耶林年刊》第30卷发表了《法律冲突论》,其中将“识别”称为“潜在的冲突”;1897年,巴丹发表《国际私法上法律关系定性说》,第一次使用“定性”(qualification)这一概念。

<sup>②</sup> 识别制度在欧洲发展了30年以后,劳伦森在《哥伦比亚法律评论》上发表论文首次在美国提出识别问题;贝克特则在《英国国际法年刊》上发表文章,把识别问题引入英国法学界。

<sup>③</sup> 该案是司法实践中第一次运用识别制度处理的涉外民事案件,又称为马耳他人婚姻案(Maltese Marriage Case),在国内各版本的国际私法或者冲突法著作中均有提及。

事人的利益会产生直接的影响。如果将本案识别为夫妻财产关系,就应该适用马耳他法,根据该国的冲突规范,夫妻财产依结婚时住所地法,也就是马耳他法;如果识别为不动产继承关系,就应该适用不动产所在地法,即法国法。法国最高法院的法官在审理时,将本案识别为夫妻财产关系,适用了马耳他法律,满足了原告的诉讼要求。

第二,各国的内国法对同一问题规定的冲突规范具有不同的内涵或外延。尽管每个国家的冲突规范的系属和范围都是通过一定的法律名词或者法律术语表述出来的,但是即使表面完全相同的法律名词有时候因为不同国家的法律和法律概念不一致,实际上对它们的理解也是不尽相同的。比如说,各国法律都主张“不动产依不动产所在地法律”,但各国对什么是动产、什么是不动产各有自己的理解。最明显的莫过于荷兰把蜂房视为不动产,而法国法则规定蜂房是动产。因此各国法院在审理涉外民事案件时,有必要对冲突规范的内涵和外延加以解释,明确它们适用的范围和场合。

第三,各国的内国法可能把同类的法律内容归结到实体法或程序法等不同的法律部门。比如关于时效问题,有的国家归结于实体法上的一项制度,有的国家则认为它属于程序法内容。这个时候识别就很重要,因为一旦识别为程序问题,就将适用法院地法;反之,如果识别为实体问题,就要依据有关的法律关系来确定准据法。

第四,各国内国法可能存在其他国家内国法中没有的或者独特的法律概念。由于各国的文化传统、社会制度和法律体系不同,造成了以上情况。最显著的例子应该是英美法上有 personal property 和 real property 的区分,而一般都只是分为不动产(immovable property)和动产(movable property)。比如说钥匙,在英美法上由于钥匙是房子的必要附加(annexation),而房子作为不动产有不可移动性,属于 real property,因此钥匙也有此特性,变成了 real property 的一部分。这个概念在大陆法系国家是没有的。

面对以上识别冲突,各国法院在司法实践中,有必要先依据一定的标准解决识别冲突,这样才能正确地适用冲突规范。

## 二、识别的概念

识别 (identification) 是指在适用冲突规范时, 根据一定的法律观念, 对构成冲突规范范围的有关法律事实进行分类和定性, 将其归入一定的法律范畴, 并对有关的冲突规范所适用的法律概念进行解释, 从而决定适用何种冲突规范的认识过程。

识别 (identification) 是指在适用冲突规范时, 根据一定的法律观念, 对构成冲突规范范围的有关法律事实进行分类和定性, 将其归入一定的法律范畴, 并对有关的冲突规范所适用的法律概念进行解释, 从而决定适用何种冲突规范的认识过程。西方学者对识别的常用用词分别是: qualification, classification, characterization, interpretation, 但是严格来说, 以上四种称谓都只是识别的一个特定方面, 而非识别概念的全部。笔者认为, 从本质上来说, 识别是一个法律认识过程, qualification 和 classification 是识别的第一步, 即根据一定的法律观念对法律事实进行分类和定性的过程; 然后应该将分类和定性的结果归入一定的法律范畴, 这便是 characterization; 第三步才是对冲突规范需要适用的法律概念进行解释的过程, 即 interpretation。以上三步紧密结合、相互制约, 才是一个完整的识别过程, 即 identification。

英国学者格雷夫森 (Graveson) 指出: “即使在处理纯粹的国内案件时, 法官首先也需要找出发生的事实与有关的法律规则之间的本质联系, 从而确定它是不是一个法律问题, 是一个什么性质的法律问题, 最应该适用哪一类法律规范。”<sup>①</sup> 对于国际私法案件的分类和定性, 我们首先要明确的是在适用冲突规范时案件涉及到的法律事实应该如何认定的问题, 只有先对事实问题作出识别, 才能决定适用什么类型的冲突规范。在明确了法律事实的范畴, 确定了要适用的冲突规范的类型之后, 才能选择最恰当的准据法。但是, 识别还有一个重要的方面, 就是对冲突规范本身的识别, 也就是对构成冲突规范的术语进行解释, 即对冲突规范的“范围”和“连结点”的解释。以上就构成了识别的一个完整过程。

能够正确地进行识别, 解决因为识别标准的不同而隐含的冲突, 不仅关系到冲突规范的适用是否恰当而准确, 更重要的是关系到能否正确地理解冲突规范的要求, 进而确定正确的准据法。识别对各国法院来说, 是它们在审理涉外案件时

<sup>①</sup> R. H. Graveson, Conflict of Laws · Private International Law, Sweet & Maxwell Ltd. Seventh Edition, 1974.



决定适用哪种准据法之前必须解决的问题,因此是国际私法中的一个基本问题。

### 三、如何解决识别冲突

关于识别冲突如何解决的问题,在国际私法学界讨论了一百多年,至今学者们还是有各自不同的看法,主要有以下几种:

#### 1. 按照法院地法识别

它主张以法院地法作为识别的依据来解决识别冲突,康恩和巴丹是该学说的倡导者和忠实拥护者,德国学者齐特尔曼、奴斯鲍姆,法国学者尼波埃、巴迪福等亦支持这一观点。这是各国目前司法实践中最普遍采用的一种识别方法。

主张该学说的主要理由如下:第一,国际私法是内国法的一部分,因此它使用的法律名字用内国的法律概念解释是最为合理的,也就是用法院地的法律解释。第二,法官最熟悉的就是本国的法律,在审理过程中使用本国法律,对法官来说是最简单明了的,也是最明确的,不需要长时间的求证或者查明外国法律。第三,识别本身就是适用外国法的前提条件,在没有解决识别问题之前,是不可能适用外国法律的。也正因为这样,适用法院地法是最合理的方法。第四,如果允许用外国法决定法院地国的冲突规范在什么情况下可以被适用,会使法院地国失去本国的冲突规范的控制,同时也破坏了它本身的法律体系的完整性,是主权国家不能接受的。第五,如果使用外国法进行识别,就是对法院地国司法主权的破坏。

反对法院地法学说的学者们坚持认为,在实践中如果都用法院地法对涉外民事案件进行识别,有时会导致应该适用外国法的案件得不到适用,或者应该适用法院地法的案件却适用了外国法的情况出现。更重要的是,如果一个国家的法律中有一些概念是外国法中没有的,或者外国法有些法律概念是内国法中没有的,法院地法就不能对上述情况进行识别。

针对反对者的声音,理论界出现了“新法院地法说”,即以法院地国的国际私法进行识别。也就是在审理涉外民事案

件时,法官对含有涉外因素的事实识别不能局限于一个国家内国法的概念或范畴,而应该适用本国的国际私法进行识别。<sup>①</sup>这一学说由于有一定的合理性,因此为一些学者所支持。

法院地法说在各国的司法实践中是得到最广泛认同的学说。

## 2. 按照准据法识别

它主张用来解决争议的准据法同时就是对该争议问题的性质进行识别的依据。法国法学家德帕涅为该学说的首倡人,德国法学家沃尔夫和日本的一些法学家也支持这一观点。主张该学说的主要理由为:第一,从涉外民事案件本身来说,法院地国的冲突法既然已经指定用外国法,那么就应该将需要适用的该外国法作为准据法,这样就可以避免对冲突规范本身识别不准确造成的准据法的不恰当适用;第二,法院地国既然已经决定援引外国法作为准据法,那么就承认了外国法的效力,在此基础上,若不按照外国的准据法加以识别,就损害了外国的立法和司法主权。

但是由于识别问题本身就是要先正确分析冲突规范,以此明确需要适用的准据法,如果以准据法进行识别就必须先确定准据法,这在逻辑上是冲突的,因此该学说追随的学者和实际判例较少。尽管如此,一些国家在实践中还是按照准据法识别冲突规范。例如,英国一直采用法院地法说,但是在1954年英国上诉法院审理的 *Re Maldonado* 遗产案中,却采用了准据法说。<sup>②</sup> 该案中,一位住所地在西班牙的西班牙妇女未留遗嘱死亡,在英国留下了二万六千英镑财产,因为她没有任何近亲属继承遗产,因此西班牙政府要求取得她的遗产。英国法院如果按照一贯的做法即依据法院地法判决该案,那么该遗产会根据英国法律判为无主物,根据先占原则由英国取得。但是审理此案的法官采用了准据地法原则,使得西班牙政府的诉讼要求得到满足,以政府作为这笔遗产继承人的身

<sup>①</sup> 参见李双元:《国际私法(冲突法篇)》,武汉大学出版社2001年版,第212—213页。

<sup>②</sup> 参见[英]J. H. C. 莫里斯主编:《戴西和莫里斯论冲突法》,李双元等译,中国大百科全书出版社1998年版,第52页:“西班牙政府依据西班牙法对于没有近亲属的未留遗嘱的死者财产的请求,是一项继承权而不是王权”。