

● 国际法学

对 识 别 问 题 的 反 思

叶 惟

(武汉大学 国际法研究所, 湖北 武汉 430072)

[作者简介] 叶 惟(1961-), 女, 湖北武汉人, 武汉大学国际法研究所博士生, 主要从事国际私法学研究。

[摘 要] 识别冲突是对事实本身和法律规则本身的认识不同所导致的。识别包含有两个互相不可分割的方面: 一是事实和法律规则; 二是识别者自身。对识别制度进行反思就会发现, 识别者自身在以往的研究中常被忽视。这是因为识别者把要被识别的对象作为独立于我的客体对待。识别是在二者间对话的过程中完成的。

[关键词] 识别; 识别冲突; 识别者; 对话

[中图分类号] DF 97 [文献标识码] A [文章编号] 1008-2999(2002)04-0475-04

识别似乎是冲突法的一个特有的概念。“识别是在适用冲突规范时, 依据一定的法律观念, 对有关的事实构成作出‘定性’或‘分类’, 将其归入一定的法律范畴, 从而确定应援用哪一冲突规范的认识过程。”^[1](第 118 页)实际上, 识别制度并不是仅仅出现在冲突法领域。在处理国内法律问题时, 同样也存在识别问题。正如英国学者格雷夫森(Graveson)所指出的, 即使在处理纯国内案件时, 法官也应首先确定事实与法律规则间的本质联系, 从而确定它是不是一个法律问题, 是一个什么样的法律问题, 应适用一个什么样的法律规范。然而, 识别制度之所以成为冲突法的基本问题, 主要原因就在于识别制度本身也常会发生冲突, 如果不对其进行研究, 法律的选择适用将无法进行。

在冲突法领域, 对于识别的认识还存在有一些分歧。关于这一点, 有学者指出, 识别是一个法律认识过程, 它“包含两个相互制约的方面, 一方面是对涉外民事案件所涉及的事实问题进行分类或定性, 纳入特定的法律范畴。……另一方面是对冲突规范本身进行识别, 即对冲突规范所使用的名词术语进行解释, 它既包括对‘范围’的解释, 也包括对‘连接点’的解释。”^[2](第 80 页)

一、识别冲突的产生

识别冲突是由德国学者康恩和法国学者巴丹于 19 世纪末相继提出来的。“识别冲突是指由于法院地国与有关外国法律对同一事实构成作出不同的分类, 采用不同国家的法律观念进行识别就会导致不同的冲突规范和不同的准据法的结果。”^[1](第 119 页)

关于识别冲突, 有学者进一步认为, “识别冲突是由于法院地国与有关外国法律对冲突规范的范围或连结点中同一法律概念赋予不同的内涵, 或对同一法律事实作出不同的分类, 从而采用不同国家的法律观念而导致适用不同的冲突规范和不同的准据法。”^[2](第 82 页)尽管学者们对识别有着不同的认识, 但对导致识别冲突的原因却大致相同。识别冲突产生的原因主要有三个方面: 一是不同的国家对同一事实赋予了不同的法律性质, 因而可能援引不同的冲突规范; 二是不同国家把相同内容的法律问题分配到不同的法律部门中, 而程序问题一般适用法院地法, 实体问题就应以法律关系的准据法加以解决; 三是不同的国家对同一问题规定的冲突规范的概念所具有的内涵不同, 从而导致所指称的对象不同。

这也正是康恩所指出的“隐存的法律冲突”^[3](第 175 页)。

上述识别冲突的原因无疑是存在的。但上述分析中至少预设了同一国家的法官的对识别中的法律事实的认识是一致的。笔者认为,除了康恩所指出的“隐存冲突”之外还有更加隐秘的识别冲突,那就是对事实本身和法律规则本身的理解不同所导致的识别冲突。识别不可否认的是对事实的加以认定,进而定性其所具有的法律性质。但在识别过程中很难把法律规则、事实完全同事实割裂开。

事实上,对于事实的定性在法律实务中并非总是一致的。之所以会有分歧,很大程度上是因为人们对法律规则、法律概念意义理解常常会出现分歧。它既来自于法律自身,也来自于法律的外部。在人们的经验世界中,法律从来就只是一种残缺的理性。所以,意义冲突本身就客观地存在着。导致人们理解分歧产生的原因既来自于法律自身,也来自于影响法律世界的外部因素。人们不可能生活在真空中,在对于某件事物进行反思时,他早已和这个世界融为一体了。而且在理解之前既不可能从虚无中、也不可能清空我们的头脑。对法律已有概念、规则的理解,甚至决定他作出如此理解的社会文化背景、风俗习惯、信仰等都会在对一个法律事实进行定性时继续发挥作用。这种作用或许不易为我们所察觉,但它确实存在着。所以,识别冲突表面上看起来是对事实定性产生的分歧,但实际上却是对法律世界意义理解的冲突。对法律世界意义的理解更为重要,如若被忽视掉了,很难真正地把握识别冲突产生的实质。

识别包含有两个互相不可以分割的方面:事实和识别者自身。对事实的识别是依据一定的法律观念和法律规则,所以识别过程中包含着对法律观念和法律规则的识别,这二者常常是交织在一起的。识别者自身在识别过程中的地位也是非常重要的,这是另一个容易被忽略的因素。生活中不难发现,对同样一个事物往往会有不同的理解。根本原因就在于人类自身生存意义的多样性,正是人类生存意义的多样性才导致了理解的多样性,也从根本上导致了识别冲突的产生。

二、识别是一种对话

识别既是识别者与事实间的对话,也是识别者与法律规则间的对话,并且这二者之间只能在理论上、并不能在实践中截然地加以区分开。

识别是识别者与事实之间的对话。然而,对事实的认定并非我们想像的那般简单。事实必须具有某种结构才能进入我们的视野,这种结构是通过我们的意向建构起来的。识别或者说对事实进行法律分类是建立在对事实的认定基础之上的。事实并不是孤立地存在着,如果它不进入我们的视野,即使它存在,对我们而言也是毫无意义的。并且任何感知材料、意识材料都不是独立于我们的自在物,它们和我们共在,并在与我们的对话过程中无时不被我们的意向所建构。一旦事实具有了“作为”结构,它与我们的对话就开始了。“理解的‘作为’结构是以我们把世界看成是将成的世界而不是现成的世界为基础的,这种结构体现了个人和世界的实践关系。”^[4](第 150 页)比如,一个法律事实在那里存在着,这仅仅是一个事实而已,并不能说明任何问题,只有当我们把它作为能够证明另一事实的证据或者需要被别的事实予以证明时,它就具有了某种可能性或某种意义。这就好像一根木头,它也存在着,但它没有意义。一旦有人把它作为建筑材料而加以利用,它就具有了一种可能性或者说一种意义。意义实际上就是同人的实践关系,既然是实践关系,一件事实的意义不是既定不变的,它有着无限的可能性,就看我们把它看“作为”我们可利用的目的和方式。

识别也是识别者与对事实进行法律分类所依据的法律规则之间的对话。法律规则在识别过程中起着很重要的作用。例如,1911 年英国法院审理的霍尔案就存在对一张契约的法律性质的认定问题。案件的基本情况是,一个住所所在安大略省的英国人未立遗嘱死亡,留下一张涉及维多利亚土地的抵押利益的契约。对该契约的性质的认定问题,依照英国和安大略省的法律,此土地受益人的利益属于不动产;而依维多利亚省的法律,此土地受益人的利益为动产。识别的不同结果关系到继承人对抵押契约的继承是依据不动产所在地法、还是依被继承人死亡时的住所地的法的问题^[5](第 83 页)。那么,究竟依什么地方的法律或者依据别的什么进行识别,这就关系到可能适用什么法律规则的问题。

对于究竟依据什么地方的法律或者别的什么进行识别,在国际私法的历史上也存在了一百多年。较为古老的有法院地法说、准据法说和比较法说。近几十年来,也有学者提出了一些新的识别方法,如个案识别、功能识别等。

首先我们来分析一下法院地法说。法院地法说主张依法院地国的实体法进行识别。它的主要理由是:第一,冲突规范是国内法,它的意义只能依据所属国家的法律进行解释,即法院地国的法律;第二,法官只熟知自己国家的法律,依法院地法识别简单明了,无需外国专家的证明;第三,识别是使用外国法律的前提,因此在解决识别冲突之前,没有理由依据外国的法律。这里把对事实作为相对于我们的客体予以定性,从而依据这个或者依据别的什么进行识别。这样既没有体现我们的主观上的建构,也没有体现事实与我们间的平等对话的地位。而反对的理由似乎更具说服力,威希尔和诺

斯就认为,即使在英国,英国的法官也不应局限于英国国内法的概念或范畴,否则,在国内法无相应概念的情况下,法官便会束手无策。更令人担心的是,如果依法院地法进行识别可能导致按其性质本应该适用外国法的得不到适用,而不应适用外国法的却适用了外国法。我们注意到这里使用了“按其性质应该”这个说法。“应该”是法律的要求、抑或事实本身的要求,这正是我们要关注的问题。

同样是基于对这一问题的考虑,德国学者拉伯尔和英国学者贝克特与威希尔提出了分析法学与比较法说。他们认为,冲突法和实体法所使用的概念并不必然相同,应该根据通过比较研究而形成的一般法律原则进行识别。这一主张在以往的实践中遭遇到了很大的困难,但笔者认为在理论上仍然是很有价值的。实践中遇到的困难在我看来是法律本身的困难,是法律冲突各方的法律规则、事实和法官在以既定案件为基础的融合过程中的困难。从目前冲突法的实践来看,这种困难在相当长的时期内是无法克服的。

准据法说一经提出,其自身的弊端就显露出来了。根据法国学者德帕涅和德国学者沃尔夫的主张,准据法即是用来解决争议的,也是对所争议问题的性质进行识别的依据。理由是:如果不是这样,经国内冲突法指定应适用的外国法在识别阶段也要发挥作用,否则等于没有使用。有学者指出:“该学说主张依法律关系的准据法进行识别,就意味着要在准据法确定之前依准据法对法律关系的性质进行识别,这难免使自己陷入逻辑上的恶性循环,很难自圆其说。”^[5](第105页)这里的弊端显而易见,如果他们所说的准据法确实是指识别之后选择确定的准据法的话,我们无法解释为什么会导致这种显而易见的逻辑错误。无论如何,识别过程所依据的东西是包含法律规则的。识别时依据什么地方的法律或者什么法律,这是一个要先行确定的问题。

正是由于各种理论所遇到的困难,一些学者另辟蹊径。前苏联学者隆茨和德国学者克格尔主张根据冲突规范的目的作为选择适用法院地法、还是依与法律关系有关的外国法更为合理。冲突法的目的、冲突法的目的与合理性的关系问题说到底是一个冲突规范的解释问题。余先予先生提出:“对于究竟依什么法律进行识别不能一概而论。一国法院在处理涉外民商事案件时,应从有利于促进国际民商事法律关系的稳定,维护当事人的合法权益,便于案件及时处理等方面出发,主要应依法院地法对与案件有关的事实或问题进行识别,对自己的冲突规范进行解释;同时,也应该适当考虑依与案件有密切联系的有关国家的法律进行识别,如对不动产进行识别最好依不动产所在地法进行,对法院地法并没有作出任何规定的有关事实的识别最好依对该事实有规定的有关外国国家的法律进行。”^[6](第106页)这里不仅对冲突法的目的作出了概括,而且也表明了应该根据冲突法的目的进行识别的立场。

对在识别过程中对法律的理解的重要性越来越为冲突法学者所重视,英国学者福尔肯布里奇就主张在法院确定准据法之前应当进行一种临时的识别,对于任何可能得到适用的法律规则法院都有义务从上下文的联系上对其进行理解,从而决定应适用的冲突规范和准据法。福尔肯布里奇强调根据上下文的联系进行理解,实际上就是对法律文本的理解,这也是依法律进行识别的前提。

随着对识别问题研究的深入,有些学者如罗伯逊、威希尔就提出了“二级识别”的问题。他们认为,“一级识别”是依据法律对事实加以分类;“二级识别”则是对准据法的界定和适用,是在确定准据法之后对已确定的准据法的理解。

然而,这种理论却遭到了英国学者戴赛和莫里斯的反对,后来也为罗伯逊和威希尔自己所抛弃。莫里斯认为,“完全可以说初级和二级识别的区分是不真实的、人为的,且会导致武断的结果。”^[6](第47页)这种分歧或许正如有学者所指出的,是“在于人们对识别范围和对象的认识不同,如果将识别限定在适用冲突规范的过程中,分歧也许会消除,或至少要小的多。”^[2](第91页)但笔者认为,即便把识别限定在了适用冲突规范的过程中,没有了二级识别,也仍然无法回避对法律规则的理解问题。也就是说,即使在初级识别过程中,也存在着对法律规则的理解问题。因为,对事实的识别是依据一定的法律,本身也包含有对法律规则的理解。

在识别过程中,识别者自身在以往的研究中常常被忽视。在对那些客观存在着的事实和规则进行解释,要解释的东西就已经在我们的世界观中了。因此,解释者或者识别者在对话过程中的作用是不能被忽视的。事实和规则与识别者共在,它们并不是机械地、孤立地存在着,被动地被理解。识别者和它们的关系是主、主关系,而不是主、客关系。正因为是主、主关系,对话才可以进行。通过对话,它们的意义世界不断地被开启。

对于识别者而言,具有不同眼光的人对于事实和规则所释放出来的意义的把握是不同的。识别者一方面对被识别的东西进行建构,另一方面又在倾听事实和规则所释放出来的意义。当然,这一切都决定于识别者的前见。

至于前见,海德格尔认为,理解总是根植于我们预先已有的东西——前有^[7](第180-187页)。也就是说,在开始解释之前,要解释的东西已经在我们的世界“观”中了,是我们预先就已经有的东西。

这种前见既是人无法决定的,也是人无法摆脱的。人不可能生活在真空中,他和这个世界共在。他所置身于其中的社会文化背景、物质生活条件、他所属的民族心理结构等注定了为他所有。这些东西无时无刻不在影响他并变成了他自己的

东西,即所谓前见。

人的前见始终隐而不现,在识别问题上,前见包含有法律概念、法律的基本价值、法律事实的构架等方面。它们实实在在地决定了我们在识别过程中对于被识别的事实或识别过程中对法律规则的感悟。如果我们的前见存在着固有的缺陷,事实和法律规则的意义就会被遮蔽,我们也就无法识别,或者识别不当。因此,识别得当与否还要依据标准行之。

[参 考 文 献]

- [1] 韩德培. 国际私法[M]. 北京: 高等教育出版社, 2000.
- [2] 肖永平. 冲突法专论[M]. 武汉: 武汉大学出版社, 1999.
- [3] 韩德培. 国际私法新论[M]. 武汉: 武汉大学出版社, 1997.
- [4] 张汝伦. 意义的探究——当代西方释义学[M]. 辽宁: 辽宁人民出版社, 1986.
- [5] 余先予. 冲突法[M]. 上海: 上海财经大学出版社, 1999.
- [6] 莫里斯. 戴西和莫里斯论冲突法[M]. 北京: 中国大百科全书出版社, 1998.
- [7] 海德格尔. 存在与时间[M]. 上海: 生活·读书·新知三联书店, 1987.

(责任编辑 车 英)

Review on Characterization

YE Wei

(Wuhan University Law School, Wuhan 430072, Hubei, China)

Biography: YE Wei (1961-), female, Doctoral candidate, Wuhan University Law School, majoring in private international law.

Abstract: Characterization conflict is led from different understands on fact and rule. Characterization contains two indivisible aspects. One is the fact, the other is itself. Turning identify system over, we can discover that it had been ignored in study before. The important cause is that characterized object is regarded as exist independently. Characterizing should have finished gradually in dialoging.

Key words: identify; identify conflict; identifier; dialog