

# 国际私法中识别问题比较研究

肖永平 喻术红

本文利用比较研究的方法,对识别的概念、发生识别冲突的原因、识别的依据和各国关于识别问题的立法等问题进行了研究,并对我国在这一领域的立法提出了建设性的参考意见。

## 一、识别的概念

识别(Characterisation)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”(qualification)或“分类”(classification),将其归入一定的法律范畴,并对有关的冲突规范进行解释(interpretation),从而确定应援用哪一种规范的认识过程<sup>①</sup>。由于人们对识别的认识角度和范围有所不同,西方学者常用 characterisation, qualification, classification, interpretation 等不同的名称来表示。所谓 Characterisation 就是对某一事实赋予法律特征;所谓 qualification,就是对某一事实构成定性;所谓 classification,就是对某一事实进行法律上的分类;所谓 interpretation,就是对某一法律规范进行解释。严格说来,上述名词都不能概括识别的全部内涵。从本质上讲,识别作为一个法律认识过程,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或问题进行分类或定性,纳入特定的法律范畴。因为在适用冲突规范时,首先必须明确案件所涉及的有关事实或问题属于什么法律范畴,例如,是合同问题还是侵权问题,是结婚能力问题还是结婚形式问题,是实体问题还是程序问题,等等。只有明确了这一点,才能根据有关的冲突规范去选择法律。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“连结点”的解释。

从一般意义上讲,识别是人类思维活动的一个普遍现象。人们常常需要凭借一定的思想观点和分类标准,对眼前的现象或事实加以鉴别和分类,把它们归入一定的范畴,以便更好地理解它们。在处理纯国内案件时,识别也是一个很重要的过程。比如现在发生了一起死亡事件,法院首先要区分这个死亡的性质。如果把这个死亡识别为刑法方面的问题,就要提起刑事诉讼;如果把这个死亡识别为自然死亡,那就只提出一些民事方面的问题。正如英国学者格雷夫森所指出的那样,即使在处理纯国内案件时,法官也首先需要找出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,最适合于适用

哪一类法律规范<sup>①</sup>。因此,通过识别,判定事实的性质和应援用的法律,在处理纯国内案件中也是一个十分重要的认识过程,法官的法律意识集中体现于这一过程。只不过在纯国内案件中,法官只依自己国家的法律观念和法律知识进行识别,并不发生识别冲突,因而不需要专门研究识别的依据问题。但对国际私法案件来说,法院首先必须对事实性质作出识别,才能决定适用哪一类(或哪一条)冲突规范。因此,识别问题是国际私法中的一个基本问题。

## 二、识别冲突

把识别作为国际私法中的一个基本问题进行研究首推德国法学家康恩(Farnz Kahn),他于1891年发表了一篇文章,首先讨论识别问题。不久,法国学者巴丹(Bartin)在1897年也不约而同地“发现”了同一问题。识别问题遂引起大陆法系国家学者的广泛讨论,并成为国际私法中的重要问题之一。在美国,首先讨论识别问题的是劳任森(Lorenzen),他在《哥伦比亚法律评论》上发表一篇论文,讨论在欧洲已有30年历史的识别问题。贝克特(Beckett)则第一次在《英国国际法年刊》上发表文章,将识别问题介绍到英国。从此,识别问题在世界各国的冲突法学中逐步成为一个基本问题。

关于识别冲突产生的原因,学者们有不同的解释。康恩和巴丹认为,即使两国有相同的冲突规范,如果其冲突规范中的法律概念并不相同,也会对同一事实的法律性质作出不同分类,从而导致适用不同的冲突规范。康恩把这种情况叫做“隐存的法律冲突”(latente Gesetzes Kollisionen),巴丹称之为“识别冲突”。戴赛和莫里斯则直接称其为“冲突规则之间的冲突”(Conflict between conflict rules),并且认为,即使世界各国都适用统一的冲突规则,只要他们的法律观点或法律概念不同,在包括同一事实构成的案件中,他们对事实的法律性质仍会有不同的认识,因而还会导致冲突的发生。

我们认为,产生识别冲突的原因有如下几种:

1. 不同国家对同一事实赋予不同的法律性质,因而可能援引不同的冲突规范。例如,关于未达一定年龄的青年结婚需要父母的同意的问題,法国法把它识别为婚姻能力问题,英国法则视之为婚姻形式问题。适用前一识别,应援用当事人的属人法来判定其有无结婚能力,而适用后一识别,则应适用婚姻举行地法。

2. 不同国家往往把具有共同内容的法律问题分配到不同的法律部门中去。比如对于时效问题,一些国家认为它是实体法上的一项制度,而另一些国家则认为它只是程序法上的一个问题,作这两种不同的识别,就会导致适用不同的准据法。如认为时效是实体法问题,就应依有关法律关系的准据法解决;如果把它作为程序问题,由于程序问题一律适用法院地法,那么,关于时效问题就要依据法院地法作为它的准据法了<sup>②</sup>。

3. 不同国家对同一问题规定的冲突规范具有不同的含义。尽管各国都是用一定的法律名词或术语来规定冲突规范的范围和系属,但由于各国阶级性质、社会制度以及文化历史传统的差异,不同国家对同一问题规定的冲突规范所使用的法律名词或概念并不一定相同。有时表面上相同,各自对冲突规范含义的理解也不完全一致。例如,各国法律都主张“不动产依不动产所在地法”,但各国对什么是不动产和什么是动产有不同的理解,如法国把峰房看作动产,荷兰则视之为不动产。因此,各国法院在处理涉外案件时,有必要对冲突规范进行解释,看它适用于多大的范围,在哪些场合中适用<sup>③</sup>。

4. 不同国家有时有不同的法律概念或独特的法律概念。例如,对于财产的分类,一般分为

不动产(immovable property)和动产(movable property),英、美普通法则分为 personal property 和 real property,我国一般作生产资料和生活资料的区分,只是在国际私法上也使用动产和不动产的概念。又如,许多国家都有占有时效制度,而我国只有诉讼时效制度。在一个涉外案件中,有关国家的法律如果出现这种差异,也需要先进行识别,然后才能确定准据法。

从各国的司法实践来看,常需要解决识别冲突的问题有:时效问题和举证责任问题是程序法问题还是实体法问题;配偶一方对已死配偶的财产请求权是夫妻财产法上的问题还是继承法上的问题;违背婚约是合同不履行还是侵权行为;妻子的扶养请求权应适用夫妻财产法的规定还是夫妻身份法的规定;无人继承的动产,财产所在地的国家是以最后法定继承人的资格继承还是依物权法上的先占原则取得动产所有权;禁止配偶间互为赠与的规定是婚姻的一般效力还是夫妻财产法或合同法上的问题。对于这些问题,法院必须首先依据一定的标准解决识别冲突,才能正确地适用冲突规范。

### 三、识别的依据

识别冲突究竟应如何解决,是国际私法上讨论了一百余年的问题。在历史上,学者们提出了三种识别方法,即法院地法说、准据法说和分析法学与比较法说。最近几十年,有的学者又提出了个案识别方法、功能识别方法以及其他一些新学说。

1. 法院地法说(Lex Fori)。此说主张以法院地国的实体法作为识别的标准,为康恩和巴丹所首倡,并得到许多国际私法学者的支持,如德国学者齐特尔曼,努斯保姆,法国学者尼波耶,巴迪福,等等。其理由主要是:首先,冲突规范是国内法,其使用的名词或概念因而只能依照其所属国家的法律,亦即法院地法进行解释;其次,由于法院熟悉自己国家的法律概念,依法院地法识别简单明确,不需要外国专家的证明。另外,识别是适用冲突规范的先决条件,在没有解决识别冲突之前,外国法还没有获得适用,因此,除法院地法以外,不可能有其他法律作为识别的依据。但反对此说的人认为,如果只依法院地法进行识别,有时会导致按其性质本应适用外国法而得不到适用,反之,本不应适用外国法却得到适用的结果;而且,在法院地法中没有关于被识别对象的法律制度时,更会出现麻烦。即使国内的冲突规范所使用的名词术语与国内民法的术语相同,但由于作为国际私法调整对象的事实本身具有广泛的世界性,其内容与涵义往往更为广泛,因此,也不应该只依法院地国的实体法进行识别。为了克服上述弊端,有人提出以法院地国的国际私法进行识别,并称之为“新法院地法说”<sup>⑥</sup>。这一主张有一定的合理性并得到很多学者的拥护,如英国学者威希尔和诺斯就认为,对于含有涉外因素的事实情况的识别与纯国内案件应有所不同,因为后者只是对纯国内法的解释问题,而前面是解释国际私法的问题,英国的法官当然不应局限于英国国内法的概念或范畴,否则,在国内法无对应概念的情况下,法官便会束手无策。

2. 准据法学(Lex Causae)。此说为法国学者德帕涅和德国学者沃尔夫所主张,他们认为,用来解决争议问题的准据法,同时是对争议问题的性质进行识别的依据。如果不这样进行识别,尽管内国冲突规范指定应适用外国法,结果也等于没有适用。但追随这一学说的学者并不多。因为识别问题旨在正确适用冲突规范以指引准据法,而该说主张以准据法进行识别,就意味着先要确定准据法,这难免使自己陷入逻辑上的恶性循环,难以自圆其说。

3. 分析法学与比较法说(The Theory of Analytical Jurisprudence and Comparative Law)。这一学说为德国学者拉伯尔和英国学者贝克特及威希尔所提倡。他们认为,冲突规范中所使用的概

念与实体法中所使用的概念并不是必然同一的。由于冲突规范是使法官能就涉及不同国家法律问题的准据法作出决定的规则,识别过程就必须按照分析法学的原则和在比较法研究基础上形成的一般法律原则,以及从比较法研究中抽象出来的普遍适用的原则来进行。这种主张很吸引人,但到目前为止,根据比较法研究,各国普遍适用的一般法律原则并不多。而且,要真正消除各国法律认识上的分歧,只有彻底改变各国法律本身才能办到,这自然是不可能的。更何况这个学说会大大增加法院的负担,使法院感到十分为难。

4. 个案识别说。苏联学者隆茨和德国学者克格尔持此主张。他们主张对识别问题不采取统一的解决办法。他们认为,识别问题没有什么统一的规则,它归根到底就是一个冲突规范的解释问题。在适用冲突规范时,由于涉及内外国法律的适用问题,对于识别就应该根据冲突规范的目的,考虑是依法院地法还是依准据法才比较合适。

5. 功能定性说(Funktionelle Qualifikation)。这一学说由德国学者 Neubaus 在 1962 年提出来的。他认为上述几种识别方法都是从“法律结构上的定性”着眼,如能用“功能定性”取代“结构定性”,许多识别问题就可解决。所谓“功能定性”,就是“按各个制度在法律生活中的功能来定性。”例如,对于后死配偶的财产请求权,在国际私法上常用法律结构的定性方式,将之视为“夫妻财产法上的请求权”或“继承法上的请求权”,但它显然是忽视了后死配偶财产请求权的目的。因为不论是那种请求权,其目的相同,无非是要使后死的配偶得到应有的财产,使之生活不致发生困难。依 Neubaus 之见,既然两种请求权具有同种目的、同样的功能,不如将“财产法上的请求权”的行使限制在配偶双方生存时的财产关系上,而在一方死亡后,即应适用“继承法上的请求权”,也就是适用死亡配偶(被继承人)死亡时的本国法<sup>⑥</sup>。

#### 四、“二级识别”问题

西方一些学者在研究识别问题的过程中,提出所谓“一级识别”和“二级识别”的理论,如罗伯逊、威希尔和麦科克等。他们认为,识别作为一个思维的认识过程,可将它分为“一级识别”(Primary Characterisation)和“二级识别”(Secondary Characterisation)两个阶段,“一级识别”是“把问题归入到适当的法律范畴”或“按照法律分类对事实加以归类”;“二级识别”是“给准据法定界或决定其适用范围”。两者的区别在于:“一级识别”发生在准据法选出之前,必须依法院地法识别;“二级识别”发生在准据法选出之后,要依准据法进行识别<sup>⑦</sup>。但有一些学者对“二级识别”理论持批判或反对态度,他们认为,将识别分为“一级识别”和“二级识别”是不现实的、人为的、且容易导致专断的结果;而且,不同学者对“一级识别”和“二级识别”的划分标准也常不一致;另外,几乎没有哪一个国家的法院采用过这种理论处理涉外民事案件。我国学者对这种理论几乎都持否定态度<sup>⑧</sup>。

一般说来,法院在处理涉外民事案件的过程中,一般要经过三个步骤:1. 争讼问题法律性质的决定;2. 决定适当的连结;3. 决定准据法的适用范围。这三个步骤次序不容颠倒,且每个阶段都有不同的特点,“二级识别”理论正是在分析上述三个阶段的不同特点的基础上,区别对待不同阶段,根据它们的特点采用不同的识别标准。还有很多西方学者对识别作了类似的分类,如劳任森将识别分为:1. 争讼问题法律性质的识别;2. 连结因素的决定;3. 准据法适用的限制。Falconbridge 则直接分为:1. 定性;2. 选法;3. 用法。

我们认为,识别的目的在于弄清有关事实的法律归属,正确解释有关的冲突规范,恰当适用冲突规范以选择准据法。因此,不能将识别的对象和范围无限制地扩大,所谓“二级识别”,实

质就是对外国法的解释和适用问题,与其说是识别问题,不如说是外国法内容的查明问题。对于外国法内容的查明,当然只能依它所属的法律体系进行解释。同样道理,对某一事实的分类以及冲突的解释,也要依其所属的法律体系——法院地法。只有在法院地国接受反致或转致,适用外国的冲突规范时,才必须依冲突规范所属的外国法进行识别。<sup>①</sup>

总之,理论上出现上述分歧的根本原因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,至少要小得多。正如努斯鲍姆曾指出的那样,在解决了法律选择问题后,如导致外国法的适用,在需要作进一步的解释时,也只应依该外国法作出,把这一过程专门叫做“二级识别”,只会徒增混乱,因为这种依外国法对该外国法的概念进行解释已完全不同于法律选择的识别了,在这个阶段,已经不存在识别冲突了<sup>②</sup>。

## 五、小 结

正是因为理论界对识别问题存在着上述分歧,各国法院的实践也很难前后和彼此一致。戴赛和莫里斯曾写道:“不能说英国法院采取了前后一贯的识别理论,它们的判决分散于依法院地法识别和依准据法识别这两个极端之间。”<sup>③</sup>因此,绝大多数国家的国际私法典对这个问题都未作明文规定,它们认为,识别问题不能用一条准则规定下来,应留给法官去自由裁量。

我们立法和司法解释对识别问题均没有规定,各国司法实践实际上几乎都采用法院地法。法律作出明文规定还是必要的。因此,我国法律可以这样规定:

对冲突规范的识别依冲突规范所属的法律体系;但对不动产的识别依不动产所在地法。

这就表明,我国国际私法立法中的“识别”不包括对外国法的适用和解释,对这个问题可以在“外国法的适用”里面规定。同时,它还表明法院在适用内国冲突规范时,依法院地法识别;在反致或转致情况下适用内国冲突规范时,依法院地法识别;在反致或转致情况下适用外国冲突规范时,依该外国法识别;在适用国际条约中的冲突规范时,依国际条约识别。这可以概括为“自体识别说”。

### 注 释:

①③ 李二元:《国际私法(冲突法篇)》,武汉大学出版社1987年版,第164—165、170—171页。

② 格雷夫森:《冲突法·国际私法》,1974年英文版,第43页。

④ 余先予主编:《冲突法》,法律出版社1989年版,第89页。

⑤ 卡恩—弗罗因德:《国际私法的一般问题》,1980年英文版,第227—231页。

⑥ 马汉宝主编:《国际私法论文选辑》(上),五南图书出版社公司1984年版,第381—383页。

⑦ 罗伯逊:《冲突法中的识别》,1940年英文版,第63页;威希尔:《国际私法》,1938年英文版,第30—45页。

⑧ 刘振江等主编:《国际私法教程》,第108—109页;余先予主编:《冲突法》,第92—93页;李二元:《国际私法(冲突法篇)》,第180—181页。

⑨ 努斯鲍姆:《国际私法原理》,1942年英文版,“识别”一节。

⑩ 戴赛和莫里斯:《冲突法》,1980年英文版,第44页。

(责任编辑 车 英)