

识别的对象与识别理论的展开

宋 晓*

内容提要：国际私法的识别问题是独特的法律问题，只与法律适用有关，而和管辖权无直接关联。理论纷乱的源头很大程度上源于对识别对象的认识不清。识别的对象是法律规则，识别的中心问题是识别外国法规则和解决识别冲突。识别过程反映了实体规则与冲突规则的对向交流关系，法院地法说和准据法说各执一端。新法院地法说灵活游动于两端之间，透显了识别问题的本质和实践要求。识别问题只宜强化理论指南，而不宜通过立法解决。

关键词：识别 法院地法说 准据法说 新法院地法说

萨维尼创建现代国际私法体系之后不久，法国学者巴坦（Bartin）和德国学者康恩（Kahn）几乎在同一时间各自独立地发现了潜伏在萨维尼体系深处的难题，即识别问题。^{〔1〕}一百多年以来，面对同一问题，一流的国际私法学者几乎都深涉其中，各自阐明了看法，也提出了解决之道。但令人惊异的是，几乎没有两位学者的识别理论是完全相同的。该说的话似乎都说尽了，普遍共识却仍然遥远。本文无意于乱中添乱，提出什么新的识别理论，而是要对各家学说抱以最大限度的“同情之理解”，在仔细梳理的基础上发掘致乱之根源，并适时澄清我国学界对识别问题的诸多误判。

一、识别问题的界定

识别问题的提出业已百年，解决方法虽然各不相同，但对识别问题的界定大同小异。最初提出者认为，即使各国国际私法完全依循萨维尼体系制定相同的冲突规则，但由于各国对冲突规则的“范围”中的法律关系或法律概念的定义不同，表面完全一致的冲突规则会隐含着“潜在的冲突”，最终将使各国追求判决一致性的希望落空。^{〔2〕}这是普遍认同的识别问题的起点，绝大多数学者亦是从此出发去探索解决之道的。

* 南京大学法学院副教授。

〔1〕 参见〔法〕亨利·巴蒂福尔、保罗·拉加德：《国际私法总论》，陈洪武等译，中国对外翻译出版公司1989年版，第398页。

〔2〕 See Friedrich K. Juenger, *Choice of Law and Multistate Justice*, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, pp. 71-72.

然而,还是有少数中外学者对识别问题提出别样的界定方法。对于一个早已提出并有公认内涵的问题,如果改变问题的提出方式或其主要内涵,就需要仔细论证。诚然,新式界定可能导出别开生面的解决方法,但如果新式界定本质上源于对已有问题的错误认识,就应断然否定,重回旧式界定的轨道,排除新式界定徒然增添的混乱。在此集中探讨对我国学界影响甚深的两种新式界定,其一兴起于我国,其二则本存于国外。

(一) 识别始于管辖权阶段还是法律适用阶段

识别问题是引发各国冲突法体系冲突的两大原因之一,^{〔3〕}毫无疑问是法律适用阶段的问题,与诉讼管辖权并没有直接的关联。在我国国际私法学界,主流观点长期以来也坚持识别是“适用冲突规范的问题”。^{〔4〕}但近年涌现出一种很有影响的观点,认为“识别是法院在处理国际私法案件时首先碰到的一个问题,它决定着法院具体援引哪一条管辖权规则和冲突规范,因而直接影响着案件的处理结果”。^{〔5〕}这就将识别问题从法律适用阶段上溯到了管辖权阶段,从根本上改变了识别问题的界定方法。

在涉外民商事诉讼中,法官首先遇到的是管辖权问题(本国法院是否有管辖权),其次才是法律适用问题(实体争议适用哪国法律)。如果在管辖权阶段将案件定性为“合同”,依据合同履行地或合同缔结地确定管辖权,那么在法律适用阶段似乎也应将案件定性为“合同”,适用合同冲突规则;但如果在法律适用阶段将案件重新识别为“侵权”,并适用侵权的相关冲突规则,那么法律适用阶段的定性岂不与管辖权阶段的定性不一致,岂不违反常理又违背基本的公正观念?既然管辖权阶段与法律适用阶段都涉及案件的定性问题,那就应当将两个阶段的案件定性问题统一起来,统一谓之“识别问题”——“一旦做出定性,法院在决定管辖权、法律选择以及实体法的适用时必须保持连贯性”。^{〔6〕}以上就是主张识别问题应上溯到管辖权阶段的基本理由。

然而,上述理由似是而非,歪曲了管辖权问题的本质。管辖权的确定首先依据人的因素(主要是被告的住所地),而非具体案件的性质;只有在不能依据人的因素确立一般管辖权时,才依据案件的具体性质以为补充,确立特殊管辖权。^{〔7〕}当法院依据人的因素确立管辖权时,案件定性无需进行,只待法律适用阶段才有必要。当法院决定有无特殊管辖权时,确实需要对案件进行定性,但是此时的案件定性只是一种初步定性,或是一种初步审查。一方面,管辖权规则中的法律概念较之实体法中的同一概念通常更为宽泛,外延并不需要完全一致;^{〔8〕}另一方面,管辖权阶段对案件只进行初步审查和初步定性,法院在法律适用的实质审查阶段可以改变管辖权阶段的初步定性,两个阶段的定性不必强求统一。^{〔9〕}

管辖权阶段的定性关乎当事人的程序利益,不能直接决定当事人的实体权利义务;而法律适用阶段的定性是为了实体目的,将直接决定当事人的权利义务。两种定性的法律目的不同,无需统一。国际私法致力于国际上的判决一致性,因此才重视各国相同冲突规则背后“潜在的法律冲突”,才提出识别问题;而各国管辖权规则从本质上说是公法规则,自始不存在法律冲突的问题,

〔3〕 两大原因包括各国冲突规则“范围”的冲突和“系属”的冲突。

〔4〕 参见韩德培主编:《国际私法》,高等教育出版社、北京大学出版社2007年版,第126页。

〔5〕 肖永平:《国际私法原理》,法律出版社2007年版,第115页。

〔6〕 同上书,第123页。

〔7〕 关于一般管辖与特殊管辖的一般原理,参见A. T. von Mehren, *Theory and Practice of Adjudicatory Authority in Private International Law: A Comparative Study of the Doctrine, Policies and Practices of Common and Civil-Law Systems*, 295 *Recueil des cours* 63-67 (2002).

〔8〕 例如,我国民事诉讼法中公司住所概念的外延大于民法中公司住所概念的外延。

〔9〕 从程序法视角出发,法官如果改变对案件的定性,需要对当事人进行释明,当事人也应相应地变更诉讼请求。

遑论“潜在的法律冲突”。

识别问题的中心与识别冲突或外国法规则有关，由此才发展出法院地法说、准据法说、比较法说和新法院地法说这几种主要的识别理论。而各国在解释本国管辖权规则中的法律概念时，只需依据法院地法，而与外国管辖权规则中的同类法律概念无关。我们能想象准据法说和比较法说适用于对本国管辖权规则的解释吗？在确定管辖权阶段，大部分案件无需定性，小部分案件即使需要定性，也和法律适用阶段的定性或识别没有必然联系。因此，法律适用阶段的识别问题不能上溯到管辖权阶段。

(二) 识别仅涉及对“范围”的解释还是对包括“系属”在内的整个冲突规则的解释

冲突规则的结构包含“范围”和“系属”两部分，而“系属”的核心则为连接点。著名国际私法学者劳伦森 (Lorenzen) 认为，识别问题不仅包括对“范围”的解释，还包括对连接点的解释，^[10] 而主流观点则认为识别问题仅涉及对“范围”的解释。之所以产生这种非主流的界定方法，是因为倡导者认为，各国国际私法不仅对“范围”的解释存在冲突，而且对同一连接点的解释也存在冲突。如果“范围”引发了依据法院地法还是外国法进行解释的问题，那么连接点同样如此。如果特定冲突规则的“范围”是依据相关外国法进行解释的，那么连接点也应该依据相关外国法进行解释，这样才能保证对整条冲突规则的解释的统一性。^[11]

反对将连接点的解释纳入识别问题者可能认为，一国制定的冲突规则是该国国内法的一部分，对连接点的解释自然应该依据国内法进行，而不涉及任何相关的外国法。但是，这种观点却不能反击如下诘问：“范围”何尝不是作为国内法的冲突规则的一部分，为何唯独“范围”的解释引发识别问题呢？因此，不能依据冲突规则的国内法属性将连接点的解释排斥在识别问题之外。

但是，对“范围”的解释与对连接点的解释还是存在很大的差异。不管依据什么方法对“范围”进行解释，其目的是要准确适用本国的冲突规则，即本国冲突法体系中有两条甚至两条以上的冲突规则可能适用于具体案件，需要从中准确地遴选其一。从形式上看，即使依据相关外国法的概念解释本国冲突规则的“范围”，最终适用的仍是本国的冲突规则，而非外国的冲突规则。但如果连接点也面临识别问题，也可能依据外国法进行解释，则是从根本上放弃了本国的冲突规则，而赤裸裸地适用了外国的冲突规则，这就违背了一国法院应该适用本国冲突法体系以解决涉外民商事案件的基本主权原则。

在“范围”的解释问题深陷理论泥沼的今天，连接点的解释应该依据什么法律已经有了确定而广泛的共识。学者都认为，一国国际私法不仅能决定在冲突规则中选择哪个连接点，而且有权决定这个连接点的解释问题，也就是说，连接点的解释应该依据法院地法。^[12] 其中只存在一个例外，那就是对作为连接点的国籍的解释，一国只能决定一个自然人是否具有本国国籍，但不能决定一个自然人是否具有外国国籍，否则将被视为是对外国主权的侵犯。^[13]

因此，将识别问题上溯到管辖权阶段，或将识别问题不仅视为是对冲突规则的范围的解释，还包括对冲突规则的连接点的解释，都是对固有识别问题的扭曲，无助于深化对识别问题的研究。

[10] See Ernest G. Lorenzen, *The Qualification, Classification, or Characterization Problem in the Conflict of Laws*, 50 Yale L. J. 744 (1941).

[11] 同上文，第 744 页。

[12] 如果承认反致而适用外国冲突规则，那么外国冲突规则中的连接点的解释依据其所属的法律体系。

[13] See J. G. Collier, *Conflict of Laws*, 3rd ed., Cambridge University Press, 2001, p. 13.

二、识别的对象：事实、诉因、法律关系抑或法律规则

识别的对象究竟是什么？是事实、诉因、法律关系还是法律规则？迄今各种识别理论的重心大多放在识别方法上面，普遍忽略了对识别对象的深入探讨。戴赛的权威著作可谓代表：“识别对象究竟是什么——一个问题、一组事实还是一条法律规则？显然，识别的对象可能是其中的任何一者，这取决于法院探讨识别问题的方式。”^{〔14〕}这就是说，为了便利，法院可以自由认定识别对象，甚至不去准确认定。这种和稀泥的论断阻碍了对识别对象的深入研究。界定识别对象是提出识别方法的逻辑前提，若是识别对象不同，很可能导致识别方法不同。不能准确把握识别对象，就难以理解各种识别理论展开的内在机理，因此必须澄清戴赛式的介于有意与无意间的混沌状态。

我国主流观点认为，识别是“依据一定的法律观念，对有关的事实构成作出定性或分类”，即认为识别的对象是“事实构成”。^{〔15〕}在无数变动不居的事实洪流中，当事人所陈述的事实构成是当事人经过整理和选择的事实。案件的事实构成建立在两个基础之上，一是客观事实，二是剪裁案件事实的具体依据。^{〔16〕}当事人所陈述的案件事实之终局形成，取决于可能适用于案件的法规范的选择，这项选择一方面取决于判断者已知的情境，另一方面取决于他对于案件事实所属的规范整体之认识。^{〔17〕}无论是内国案件还是涉外案件，案件事实都是建立在客观事实与规范选择这两个基础之上的。

在内国案件中，当事人依据内国法律规范陈述和裁剪案件事实并据此提出权利主张时，法官依据证据规则确认该事实之后，必须重新考察当事人所陈述的事实与该事实所仰赖的法律规范之间的契合关系，如果两者契合，则可直接定性为该规范所属的分类概念之中，进而援引该分类概念所对应的法律制度的规范整体；如果两者不契合，法官必须重新发现当事人所陈述的事实和其他法律制度的对应关系。例如，原告依据违约规范陈述案件事实并主张违约赔偿，法官通过证据规则确认该事实之后，如果认为违约规范与“违约事实”是契合的，就可将此案件定性为“合同”案件，并进而适用合同法的规范整体。如果法官发现“违约事实”与违约规范并不契合，而与侵权规范相契合，就应将案件定性为侵权案件，并进而适用侵权法的规范整体。内国案件中的这种定性或识别过程，所展现的是事实与法律之间的关系，反映了事实与相关法律规范之间循环往复的互动过程，反映了这两者之间的对向交流关系。

但在涉外案件中，情形有了本质的不同。假如当事人依据法院地法规则陈述和裁剪案件事实并据此提出权利主张，法官通过本国证据规则确认该事实之后，并非像在内国案件中那样直接去认定该事实与其所仰赖的法律规则的契合关系，而是需要确定应该适用哪条冲突规则以便寻找准据法。^{〔18〕}那么，法官应寻求该事实与特定冲突规则的“范围”的对应关系，还是应寻求该事实所依赖的法律规则与特定冲突规则的“范围”的对应关系呢？例如，当事人依据我国海商法第61

〔14〕 See Lawrence Collins (with Specialist Editors), *Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws*, 14th ed., Sweet & Maxwell, 2006, p. 39.

〔15〕 前引〔4〕，韩德培主编书，第126页。

〔16〕 参见〔德〕卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2003年版，第160页。

〔17〕 同上书，第164页。

〔18〕 这是以法官依职权适用国际私法规则为前提条件的。参见宋晓：《论冲突规则的依职权适用性质》，载《中国国际私法与比较法年刊》2007年卷，法律出版社2007年版，第141页以下。

条关于无单放货的法律规定陈述与裁剪案件事实并主张损害赔偿,^[19]法官依据我国证据规则认定事实之后,因我国国际私法没有为无单放货单独制定冲突规则,法官必须定性以准确适用冲突规则,那么法官是去探讨无单放货的事实嵌入哪个冲突规则的“范围”,还是探讨无单放货的规则属于哪个冲突规则的“范围”?

从表面上看,无单放货的规则和依据该规则所陈述与裁剪的事实是合一的,但是,一方面,无单放货的事实形成其实是无单放货的规则的“产物”,另一方面,单纯对事实进行识别,并不能有效地得出分类或定性的结论。只有通过探索无单放货法律规则的法律结构、功能和性质,才能最终决定无单放货的规则究竟反映了合同法律关系还是侵权法律关系。因此,法官真正需要识别的对象不是无单放货的事实,而是无单放货的法律规则。识别无单放货规则的过程,本质上是法院地法的实体规则与本国冲突规则的循环往复的互动过程,反映了两者之间的对向交流关系。

国际私法识别的对象是法律规则这一结论,^[20]在当事人以外国法规则陈述与裁剪案件事实并据此提出权利主张的情形展现得更为清晰。以识别问题的经典案例“马耳他案”为例,遗孀依据外国法即马耳他法主张“贫穷配偶取得四分之一遗产权”(法院地法即法属阿尔及利亚法没有此类规则),^[21]此时固然可以将“贫穷配偶”、“遗产”等视为事实问题,但这些都是破碎的、割裂的事实,完整的事实离不开“贫穷配偶取得四分之一遗产权”这一规则。对于识别的目的来说,该规则显然是整个案件的核心因素,其他案件信息是围绕该规则展开的,是辅助的、服务的角色。因此,法官识别的对象本质上是上述外国法规则,而非诸如“贫穷配偶”、“遗产”等事实信息,这些事实信息一旦离开该外国法规则就失去了独立存在的意义。

在内国案件的识别过程中,只存在两个因素,即案件事实和该案件事实据以终局形成的法律规范,识别过程反映了这两个因素的互动过程。但在国际私法案件的识别过程中,却存在三个因素,即案件事实、该案件事实据以终局形成的法律规范以及冲突规则,识别过程反映了后两个因素的互动过程。内国案件的识别与国际私法案件的识别从更广泛意义上说都属于法律解释的过程,共享法律解释的普遍性思维方式,但识别对象的不同反映了两者本质的区别。国际私法案件的识别更为复杂,正是这种复杂性催生了形形色色的识别理论或方法。

在当事人只依据法院地法规则陈述或裁剪涉外案件事实并据此提出权利主张的情形下,法官只需依据本国法律体系对法院地法的具体规则进行识别,而不管相关的外国法体系对该规则是否作出了不同的定性或分类。在这个过程中,适用哪条冲突规则尚未确定,外国法尚未浮出地平线,因此不存在依据外国法识别的问题。法官在识别法院地法规则时,只涉及本国法律体系,是在封闭框架内进行的。一个有机的法律体系必然将法律概念或法律规则之间的冲突降到最低的限度,该体系内一切法律规则(包括冲突规则)的解释都是以不存在概念冲突和规则冲突为分析的逻辑起点的,尽管实际会发生冲突的情形。因此,法院地法规则的识别问题并非难题,国际私法实践中也几乎没有法院地法规则的识别争议。

在当事人依据外国法规则陈述和裁剪案件事实并据此提出权利主张的情形,识别的对象是外国法规则。因不同法律体系很可能存在概念冲突或规则冲突,法院地法体系对外国法规则的定性

[19] 如“富春航业股份有限公司、胜惟航业股份有限公司与鞍钢集团国际经济贸易公司海上运输无单放货纠纷再审案”,载《中华人民共和国最高人民法院公报》2002年第1期。但该案法官并没有依职权适用冲突规则,因而没有引发识别问题。

[20] Forsyth教授在他的论文中明确指出识别的对象是法律规则,本文的这一结论深受其启发。See Christopher Forsyth, *Characterization Revisited: An Essay in the Theory and Practice of the English Conflict Laws*, 114 L. Q. R. 152 (1998).

[21] 前引[1],亨利·巴蒂福尔等书,第398页。

或分类可能有别于它所属的法律体系，法院地法体系甚至根本不存在同一或类似规则，这就发生了识别冲突。那么识别到底应该依据法院地法的法律体系，还是该外国法规则所属的法律体系，还是别的法律体系？在司法实践中，几乎所有国际私法的识别问题都关乎两个法律体系对特定法律规则的定性或分类的冲突。识别冲突只有在识别外国法规则时才有可能发生，而在识别法院地法规则时却不可能发生。国际私法识别问题的中心就是解决识别冲突问题，也就是说，中心是识别外国法规则问题。

再以“马耳他案”为例，原告依据马耳他规则陈述事实和主张权利，法官为了适用冲突规则，需要对该外国法规则进行识别。马耳他法将此规则定性为夫妻财产制问题，而法国法将此规则定性为继承法问题。依据法国国际私法，夫妻财产制问题适用夫妻最初婚姻住所地法即马耳他法，据此原告胜诉；而动产继承适用被继承人最后住所地法，不动产继承适用不动产所在地法，最后都是法国法，据此原告败诉。^[22]以马耳他规则为识别对象，马耳他法和法国法发生了识别冲突，不同的识别就导致截然相反的结果，识别难题由此而生。

如果认为识别的对象是诉因（cause of action），那么几乎等于说识别对象是构成诉因所依据的法律规则，因为较之事实与法律规则的关系，诉因更是由法律规则直接形成和派生的，更不能独立于特定的法律规则。“二级识别说”认为，识别分为两个阶段，第一阶段以诉因为识别对象，适用法院地法；第二阶段以法律规则为识别对象，依据法律规则所属的法律体系。^[23]该理论的错误之处在于，诉因是以法律规则为基础的，二者是一个硬币的两面。将本质上的一个对象硬生生地拆分为两个对象，并寻求不同的解决方法，这是对识别实践与识别理论的双重扭曲。

同时，也不能认为识别的对象是法律关系。法律关系包含两个本质要素：一为法律的调整；二为现实生活的一部分，如何撷取有限数量的现实生活，则依赖于法律规则所规定的事实构成。^[24]法律关系是具体而非抽象的，不能独立于特定的法律体系。当事人依据法律规则陈述和裁剪案件事实并据此主张权利时，如果认为识别的对象是某一法律关系，那么这一法律关系必然是依据特定法律规则所构成的法律关系，也等于说识别的对象就是该特定法律规则。况且，冲突规则主要以萨维尼的“法律关系本座说”为理论基础，其“范围”是对各类法律关系的表述，识别的目的正是要探究对象属于何种法律关系，以便适用相应的冲突规则。如果说识别的对象也是法律关系，岂非要把甲法律关系识别为乙法律关系？如此，识别的对象和识别的目的就混为一谈了。

三、法院地法说、准据法说的合理逻辑与理论困境

在国际私法案件中，识别的对象是法律规则，而非似是而非的事实、诉因和法律关系，而且识别问题的中心是解决对外国法规则的识别问题，或者说是解决识别冲突问题。如果昧于此义，错误地界定识别对象，那么所提出的识别方法必然是缘木求鱼，例如所谓的最密切联系识别方

[22] 前引 [1]，亨利·巴蒂福尔等书，第 398 页。

[23] See Peter North and J. J. Fawcett, *Cheshire and North's Private International Law*, 13th ed., Butterworths, 1999, pp. 34-35.

[24] 参见 [德] 迪特尔·梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社 2001 年版，第 55 页以下。

法。^[25]如果明乎此义,那么就能对法院地法说和准据法说这两大学说阵营抱以最大限度的“同情之理解”,并能进一步洞察各自的合理逻辑与理论困境。

(一) 法院地法说的合理逻辑与理论困境

法院地法说主张识别应依据法院地法。诚然,当识别法院地法规则时,识别的依据自然是法院地法。但是,识别问题的中心毕竟是识别外国法规则和解决识别冲突问题,对此,法院地法说是否还有生命力?

法院地法说的展开基于两个彼此紧密关联的核心理由。其中一个认为,识别过程是对本国冲突规则的“范围”的解释,解释国内法规则怎能依据法院地法以外的外国法呢?^[26]若识别单纯是对外国法规则进行抽象的定性和分类,而不顾及对冲突规则的“范围”的解释,则不能说识别是对冲突规则的解释。但是,识别外国法规则的最终目的是为了准确适用冲突规则,不论通过何种方法或技术对外国法规则进行定性和分类,其结果必须嵌入“范围”的法律概念之中,识别外国法规则的过程就和冲突规则的解释过程融为一体了。因此,对外国法规则的识别确实可被视为对本国冲突规则的解释,而本国冲突规则的解释依据法院地法,这不是很“自然”的逻辑吗?

但是,识别阶段对冲突规则的解释与内国法规则的解释相比还是存在实质差异的。在内国法中,法律解释的任务是清除可能的规范矛盾,回答规范竞合问题,划定每项规范的效力范围及其界限。^[27]在外国法规则和识别问题浮现之前,法官很可能认为本国各冲突规则的适用界限相对清晰,不存在矛盾或竞合问题。但如果法院地法对外国法规则的定性和该规则所属法律体系对它的定性产生冲突,法官就面临着协调两者的压力。内国法的解释过程完全在封闭体系内依据内国法展开,而识别阶段冲突规则的解释客观上牵扯本国法律体系外的外国法规则,外国法规则应嵌入哪条冲突规则的“范围”内,这是单纯的内国法解释方法所不能回答的。

主张法院地法说的另一个核心理由认为,国际私法是本国法律体系尤其是本国私法体系的一部分,许多国家的国际私法规范就规定在民法典中,冲突规则“范围”中的法律概念和内国民法中的法律概念是一致的,除非国际私法作了特殊的规定。识别应依据法院地法,以保持一国国际私法体系和该国私法体系的协调与一致。如果依据外国法进行识别,就破坏了同一概念体系的一致性。^[28]这一观点有其合理之处。国际私法的发展趋势虽是摆脱民法典走向单行法典,但它毕竟是各国私法体系中的一部分,确有义务维护概念体系的统一。但是,这个雄辩的理由仍然面临如下两个诘难:

第一个诘难是,识别的对象既为外国法规则,本国私法体系中很可能没有对应的规则,例如,“贫穷配偶取得四分之一遗产权”这一马耳他规则,在作为法院地法的法国法体系中就没有对应的规则;又如,普通法系中的信托法律关系,在大陆法系中通常也没有对应的概念。^[29]此时该如何依据法院地国的私法体系进行识别?对此诘难,法院地法说确实难以自圆其说。

[25] 参见谢石松:《国际私法中的识别问题新论》,载《中国国际私法与比较法年刊》1999年卷,法律出版社1999年版,第102页。肖永平教授也认为:“如果依上述标准(法院地法)不能恰当地解决识别问题,则依与案件有密切联系的法律制度来识别。”前引[5],肖永平书,第118页。最密切联系识别方法的错误根源就是机械地认定识别的对象是事实,所以“顺理成章”地提出识别适用与事实有最密切联系的法律。如果认识到识别的对象是法律规则,那么与特定法律规则有最密切联系的法律必定是其所属的法律体系,因此最密切联系识别方法最终无非是变相的准据法说。

[26] See Veronique Allarousse, *A Comparative Approach to the Conflict of Characterization in Private International Law*, 23 Case. W. Res. J. Int'l L. 482 (1991).

[27] 前引[16],卡尔·拉伦茨书,第194页。

[28] 前引[26],Veronique Allarousse文,第483页。

[29] 当然,包括中国在内,许多成文法国家在局部的商事法领域引入了信托概念,但作为整体的信托制度仍为英美法系所独有。See Zweigert & Hein Kötz, *Introduction to Comparative Law*, 3rd ed., Clarendon Press, 1998, p. 37.

以沃尔夫为代表的学者提出了第二个诘难：考究外国法是否适用而不斟酌它的分类，这是不按照外国法的本来面目来看待外国法，^{〔30〕}依据法院地法对外国法规则进行定性和分类，无异于扭曲了外国法。^{〔31〕}

在沃尔夫看来，可能存在下面的情况：依据法院地法对外国法规则的识别结论适用相应的冲突规则，最后发现该外国法规则应作为准据法予以适用，而依据外国法规则所属法律体系的不同识别结论，却可能适用法院地国的另一冲突规则，该外国法规则就可能成为不了准据法；或者相反，依照外国法规则所属体系的识别结论，该外国法规则最后应予适用，而依据法院地法的识别结论，该外国法规则却可能成为不了准据法。由此可见，法院地法说并没有扭曲外国法规则的内容本身，只是很有可能扭曲该外国法规则所属法律体系对它的分类和定性，从而扭曲了决定该外国法规则的适用范围的外国冲突规则。

但是，法官识别的目的只是为了准确适用本国的冲突规则，在依法院地法进行识别的时候只要不歪曲外国法规则的内容，即使扭曲了外国法规则所属法律体系对它的分类或定性以及该体系的冲突规则，也无损于法官准确适用本国的冲突规则。而且，法官在依据法院地法进行识别时虽然扭曲了外国的冲突规则，但这并没有违反什么国际法，在实践中也不可能引发外国的抗议。^{〔32〕}因此，从识别的目的来看，沃尔夫关于扭曲了外国法的诘难有些夸大其辞了。

（二）准据法说的合理逻辑与理论困境

准据法说最有代表性的倡导者是沃尔夫。准据法说从文意上就被认为是一种逻辑的恶性循环：识别是为了准确适用冲突规则，适用冲突规则是为了寻找合适的准据法，识别怎么反而依据准据法进行呢？^{〔33〕}其实，这种大行其道的质疑只是对沃尔夫学说的误解。沃尔夫是这样陈述自己的观点的：“每个法律规则依照它所属的那个法律体系来分类。法国法对法国的法律规则进行分类，意大利法对意大利的法律规则进行分类，而英格兰法院在考究法国的法律规则究竟是否适用时，须斟酌法国的分类。”^{〔34〕}

当事人以特定外国法规则陈述案件事实和提出权利主张时，法官的识别对象是外国法规则，外国法规则已经摆在了法官的面前，而非反对者所认为的此时外国法还没有现身。沃尔夫的识别方法其实不应概括为准据法说，而应概括为“自身体系识别说”，惜乎一种不准确的概括招徕大量只作表面理解的人的误解。但准据法说的称呼已经约定俗成，因而本文继续沿用。

识别的对象是法律规则，识别依据法律规则所属的法律体系进行，这不也是一种“自然”的顺理成章的事情吗？在识别外国法规则时，依据该规则自身所属的法律体系进行识别，这是“按照外国法的本来面目来看待外国法”的方法。^{〔35〕}如果该外国法规则最终成为准据法得以适用，这也是按照该外国法规则原有的分类和定性方法进行识别的结果。识别阶段对该外国法规则的定性和准据法适用阶段对该外国法规则的解释由此得以统一，而不会造成依法院地法识别时对该外国法规则的定性是一种结论，而适用准据法时对该外国法规则的定性又是另一种结论。

但在反对者看来，在面临识别冲突时，如依据外国法规则所属法律体系进行识别，法院地法

〔30〕 参见〔德〕马丁·沃尔夫：《国际私法》，李浩培、汤宗舜译，北京大学出版社2009年版，第177页。

〔31〕 同上书，第178页。

〔32〕 当然，在承认反致而适用外国冲突规则时存有例外。

〔33〕 以“恶性循环”为由指责沃尔夫识别理论的中外皆有，我国学界更甚。参见前引〔4〕，韩德培主编书，第129页；前引〔5〕，肖永平书，第118页。

〔34〕 沃尔夫进而认为，只有当外国法的分类违反本国公共秩序时，才不采用外国法的分类。前引〔30〕，马丁·沃尔夫书，第177页。

〔35〕 同上书，第178页。

对本国冲突规则的“范围”的解释方法最终将被外国法规则所属体系的解释方法所取代，结果是“范围”的解释依据外国法，而“系属”的解释则仍然依据法院地法，法院地国冲突规则于是成了类似于“狮身人面”的混合体。因而反对者认为，准据法说会使法院地国失去对本国冲突规则的主权控制。^{〔36〕}然而这种反对意见似是而非。因为只要法院地国允许识别依据相关外国法，就不会违反法律适用的主权原则，一如国际私法从根本上允许涉外法律关系适用外国法。

其实，准据法说的根本缺陷既不在于逻辑的恶性循环，也不在于失去法律适用的主权控制，而是在于它所带来的识别的积极冲突和消极冲突。例如，在英国法院审理的著名的雷科（Re Cohn）案中，德国籍的母女两人不幸同时死于伦敦空难，无法判断谁先死亡。英国法推定年长者先死，而德国法则推定同时死亡。推定规则在英国被识别为程序规则，而在德国被识别为实体规则。如果两个规则均按照各自所属的法律体系进行识别，那么将导致识别的积极冲突：根据英国的国际私法，程序问题适用英国法，所以英国的推定规则应予适用；而实体继承问题适用被继承人的住所地法，所以德国的推定规则也应适用。^{〔37〕}相反，也可能发生识别的消极冲突，此时相互矛盾的两个规则都将得不到适用。无论是识别的积极冲突还是消极冲突，没有理由只采纳其中一种识别而否定另一种识别，法律冲突问题因而无法解决，沃尔夫对此也没有给出令人信服的答案。^{〔38〕}

四、超越法院地法说与准据法说

法官在识别外国法规则的过程中，往返于本国冲突规则和外国法规则之间，识别成为冲突规则与外国法规则的对向交流关系。如将关注点集中于冲突规则这一端，所主张的识别方法自然是法院地法说；相反，如将关注点集中于外国法规则这一端，所主张的识别方法自然是准据法说。然而，两种方法均过多地关注对向交流关系中的一端而忽视了另一端，都具备一定的合理性却又有致命的缺陷。这就引发了致力于调和两者、揉合两者而又超越两者的方法——比较法与分析法学说和新法院地法说。

（一）用分析法学或比较法方法建构全新的识别体系

识别过程致力于协调不同国家的识别冲突。比较法与分析法学说于是认为，国际私法的分类方法应超越对向交流关系中的一端，应超越立基于国内法识别方法的法院地法或准据法，应以比较法方法或分析法学方法建构独立的更高层次的概念体系。这一思想的倡导者主要是德国学者拉贝尔（Rabel）：“国际私法规则的概念应是绝对地具有一般性质的概念，这些概念源于分析法学，即一般的法律科学，基于比较法研究的结论，从比较法研究中抽取的概念实质上是具有普遍适用意义的一般原则——而非只源于或适用于单个国家的法律体系的概念。”^{〔39〕}

萨维尼并不希望将其国际私法体系建立在一国或少数国家的基础之上，相反，他致力于将其体系建立在普遍主义的基础之上，诸如人的身份、物法、债法、继承、家庭等法律关系的基本概念，都是建立在他自己所认为的普遍适用的法律科学的基础之上的。萨维尼对这些法律关系的概念分析虽具有历史法学的色彩，但在技术层面上利用了逻辑的、抽象的、体系化的方法，与分析

〔36〕 前引〔26〕，Veronique Allarousse文，第482页。

〔37〕 前引〔14〕，Lawrence Collins书，第41页。

〔38〕 前引〔20〕，Christopher Forsyth文，第152页。

〔39〕 前引〔13〕，J. G. Collier书，第17页。

法学所追求的法律科学在精神实质上是一致的。^[40] 尽管萨维尼的国际私法体系总体上成就辉煌,但他关于法律关系分类的法律科学并没有取得成功,各国根深蒂固的概念差别使萨维尼的普遍主义出现了裂痕。巴坦和康恩正是发现了萨维尼体系的这一裂痕才提出了识别或识别冲突问题。

比较法与分析法学说从某种意义上是在“重建”萨维尼关于法律关系分类的法律科学。该说根据比较法与分析法学的方法形成各种分类,构成一种独立于法院地法并具有普遍适用意义的对各种不同立法的综合,从而建构一种国际私法的概念体系。^[41] 分析法学和比较法的发展,在揭示各国法律制度和法律规则的差异、促进彼此之间的理解,甚至在促进局部法律的融合与统一方面确实日渐重要。如果存在国际私法的独立的识别体系,各国共享同样的分类和定性方法,法院地法说与准据法说的困境也就迎刃而解了。

但是,一个独立的国际私法识别的概念体系,至今仍然只是一个理想。^[42] 在国际层面,“具有普遍适用意义的一般原则”很少存在,即使存在,其解释也充满武断和主观。主流的比较法方法是功能主义比较方法,比较各国法律规则或同或异的社会功能与法律功能,或者在比较的基础上构建最能实现某项社会功能或法律功能的法律规则,这是一种规则取向的比较法方法,而非注重分类或体系比较的方法。^[43] 比较法方法有助于规则实质内容的发展,却无助于协调各国对特定规则的分类方法的冲突。对于构建各国统一的识别的概念体系,比较法和分析法学方法的意义其实是非常有限的。

即使利用比较法和分析法学方法能够构建统一的识别体系,在司法实践中也很难运用。对于国际私法的立法者和法官来说,他们不仅需要熟练掌握本国法律的概念体系,同时也需要熟练掌握独立的国际私法的概念体系,这从法学教育的角度来说几乎是不可能完成的任务。如由法官利用比较法或分析法学的相关结论在个案中独自发展和探寻超越国内法之上的独立自洽的识别体系,这更是不可能完成的任务。其实,当比较法和分析法学能够消弭各国识别体系的冲突、建构统一的识别体系时,各国实体规则的完全统一已经不远了,国际私法就会失去其存在的意义。

(二) 新法院地法说

与比较法与分析法学说的理想角度不同,新法院地法说从现实的角度致力于超越法院地法说和准据法说的矛盾和困境。新法院地法说的方向是从法院地法说这一端出发,向准据法说那一端迈进,代表人物主要有三位学者:卡恩-弗罗恩德(O. Kahn-Freund)、福尔肯布里奇(Falconbridge)和巴蒂福尔(Batiffol)。三人的学说在共享新法院地法说的基本特征的同时,彼此又有微妙的分歧。

福尔肯布里奇主张,识别应从可能适用的准据法规则出发,依据该规则所属的法律体系对其定性并探求该规则所支配的“具体法律问题”,然后再考察该规则及其所支配的具体法律问题能否嵌入法院地冲突规则所规定的“抽象法律概念”之中。嵌入与否须依据法院地法,但从普遍的、世界性的视角来解释法院地冲突规则,外国法规则不应狭隘地依据法院地法的同类规则的识别方法进行识别。^[44] 福尔肯布里奇倡导从普遍主义的视角重新审视“范围”中的法律概念,而不应狭隘地从内国法出发来解释。

[40] 关于萨维尼对抽象方法与体系化方法的论述,参见萨维尼:《〈当代罗马法体系〉第一卷前言》,载其《论统一民法对于德意志的必要性——蒂堡与萨维尼论战文选》,朱虎译,中国法制出版社2009年版,第128页以下。

[41] 前引[1],亨利·巴蒂福尔等书,第411页。

[42] 我国有学者提出冲突法中存在独立的实体法体系,并应据此建构自体识别理论。这不仅误解了冲突法与实体法的关系,目前也是一种不切实际的幻想。参见李旺:《冲突法上的实体法导论》,《法商研究》2003年第2期。

[43] 关于规则取向的功能主义的比较法方法,参见前引[29],Zweigert等书,第33页以下。

[44] See Falconbridge, *Conflicts Rule and Characterization of Question*, 30 Can. Bar Rev. 113-118 (1952).

卡恩—弗罗恩德称其识别方法为“开明法院地法说”(enlightened lex fori):建构全面的分析学的识别概念体系虽是一种乌托邦,但并不妨碍局部地、个别地去建构一些普遍适用的冲突规则的概念,它们相对于内国法中的概念是“开明的”。〔45〕他注重区分内国法的概念和冲突规则的概念,倡导立法者和法官在本国国际私法体系中适当放弃一些内国法的分类方法,例如英国放弃了财产法中属人动产和属物动产的区分方法,而采用了其他国家更为普遍的动产和不动产的分类方法。他进而认为,只要各国渐进地在立法与司法实践中扩大共同的法律概念的数量,识别冲突的规模就会日渐缩小。〔46〕

福尔肯布里奇和卡恩—弗罗恩德都表达了对内国法概念体系的识别功能的不信任,所以都主张超越内国法概念体系。相反,巴蒂福尔对内国法概念体系的识别功能投以了极大信任。巴蒂福尔主张识别不应该依据外国法的分类方法,在识别过程中认真考虑外国法的性质的同时,要将外国的“法律衣料”放进本国体系的抽屉中。协调识别冲突的方法是将外国法规则准确“翻译”为本国的概念,尽管他认识到翻译免不了歪曲外国法的危险。〔47〕他认为任何一个充分发展的实在法体系从根本上说属于普遍性问题的一种特定解决办法,没有一个外国法制度能够超出内国法的范畴。〔48〕

不管三位学者分歧如何,他们的学说可被纳入同一个学说即新法院地法说之中,并共同揭示了新法院地法说的基本特征。

第一,三位学者充分注意到在识别过程中应从外国法规则入手,而不能将识别对象界定为事实,并且在识别过程中不能机械地适用法院地法。也就是说,他们都反对机械地适用内国法概念体系进行识别。

第二,无论是福尔肯布里奇所主张的“普遍的、世界性的”解释方法,卡恩—弗罗恩德所建构的“开明的”概念,还是巴蒂福尔的“翻译”,都建立在对外国法规则的功能、性质和法律政策的深入研究之上。相对于巴蒂福尔来说,福尔肯布里奇和卡恩—弗罗恩德的学说与准据法说的距离更近。这种对可能适用的法律规则的功能、性质和法律政策的分析,多少有些类似于美国冲突法革命中涌现的单边主义的法律适用方法,也与当代国际私法的实体取向特征相吻合。〔49〕

第三,尽管他们主张从外国法规则出发,但都认为国际私法识别最终应回到法院地法的框架中,因而他们的学说被概括为新法院地法说而非新准据法说。福尔肯布里奇之“新”,体现在对冲突规则的概念的灵活解释方面;卡恩—弗罗恩德之“新”,是区分内国法概念体系和冲突法的概念体系,在冲突法体系中引入不同于内国法的概念;巴蒂福尔之“新”,则体现在追求准确“翻译”的过程。对于前两位学者而言,为便利识别,最终需改造法院地法体系,而对巴蒂福尔来说,识别不必改造法院地法体系,因而相对保守,更接近于法院地法说。

第四,相对于法院地法说和准据法说,三位学者倡导的识别方法更加灵活、更有弹性,是关于识别的指导性方法,而非具体机械的规则。他们虽然放弃了比较法说建构一个全面而全新的识别体系的努力,放弃了体系比较的方法,但他们骨子里都以功能主义的规则比较方法为基础,努力探讨外国法规则与相关法院地法规则的功能差异,注重微观的规则比较而不注重宏观的体系比

〔45〕 See O. Kahn-Freund, *General Problems of Private International Law*, Sijthoff and Noordhoff, 1980, pp. 227—228.

〔46〕 同上书,第227页以下。

〔47〕 前引〔1〕,亨利·巴蒂福尔等书,第404页。

〔48〕 同上书,第412页。

〔49〕 关于单边主义方法和国际私法的实体取向,参见宋晓:《当代国际私法的实体取向》,武汉大学出版社2004年版,第14页以下,第133页以下。

较。相对来说,卡恩-弗罗恩德主张渐进地走向比较法说,与比较法说距离最近。

因此,新法院地法说只是一种灵活的识别方法,以功能主义的规则比较方法为技术核心,摇摆于法院地法说和准据法说这两种学说所构成的谱系中,不同学者的学说停留在该谱系的不同位置。尽管从理论上研究究竟应停留在哪个准确的位置能够无限地深化对识别问题的认识,但应注意,实践中不同个案可能需要停留在不同的地方。无论如何,新法院地法说准确反映了国际私法识别过程的实质——外国法规则与冲突规则的对向交流关系,游动于两个对立的识别结论之间,有望成为识别理论的主流。

五、识别制度的重负:原初目的之外

识别的目的是为了准确适用冲突规则,上述讨论的诸种识别方法都是为此目的服务的。但是,英美理论界的一些权威学者却指出识别不能仅服务于此狭隘的目的,而应同时服务于其他甚至更重要的目的。其中,最引人注目的是“完善冲突法体系”和“结果选择”两种观点。对此需要有清醒的、批判的认识。

戴赛修订者认为:识别本质上是精确界定冲突规则以完善冲突规则的过程。如果认为“范围”中的法律概念具有客观独立的意义,那就犯了概念主义的错误,识别过程就是法院重审冲突规则的正当性的过程,是考察实体规则的目的以判断冲突规则是否涵盖它的过程,在某些情形下,如果法院认为相近的冲突规则均不能涵盖特定的实体规则,就应为其创制新的冲突规则。^[50]他们借用曼恩斯(Mance)法官的话说:“识别的总的目的是寻找适用于特定问题的最适当的法律,冲突法最初承认的分类是人为的、不自然的,这些分类除了帮助寻找最适当的法律之外别无自身价值。机械地适用分类而不考虑其适用结果,这与分类的目的背道而驰。我们需要对分类重新阐释、修正或承认新的分类。”^[51]

他们举了如下例子:英国法规定,立遗嘱人的嗣后婚姻可以撤销结婚之前的遗嘱,除非立遗嘱时已经表明遗嘱不受嗣后婚姻的影响,法国法的规则与此不同。那么英国法应适用于哪些立遗嘱人呢?那就要问哪些立遗嘱人在结婚时有意使其遗嘱不受自动撤销遗嘱的法律的约束,答案必然是那些结婚时想到他们的事务将要适用英国法的那些人。这就意味着不管对于动产还是不动产,该问题应适用结婚时的住所地法。但是,英国的继承规则只规定动产适用住所地法(不动产继承适用不动产所在地法),而传统的夫妻财产制问题适用结婚时丈夫的住所地法(对处理妻子的遗嘱问题不合理),因此,该规则或该问题无论识别为继承问题还是夫妻财产制问题均不合理,最好的方法是将此作为独立的分类,为此制定独立的冲突规则。^[52]

法官在解释法律时,为适应时代的变迁,必要时将会发挥司法能动,重新阐释或修正原有的法律概念,但是司法能动是有限制的,只能适用于法律概念的模糊空间,而不能变更概念的中心含义。中心含义只能通过立法而不能通过法律解释加以改变。^[53]戴赛修订者的识别方法过分逾越了法律解释的限度,实际上只是将冲突法体系用来寻找最合适的法律素材,而不是将它们视为权威之渊源。这种识别方法对判例法国家来说都走得太远了,遑论成文法国家。识别的本质只能是解释冲突规则的过程,而不能成为完善或创新冲突规则的过程。

[50] 前引 [14], Lawrence Collins 书,第 48 页。

[51] 同上书,第 49 页。

[52] 同上书,第 49 页以下。

[53] 参见 [英] H. L. A. 哈特:《法律的概念》,许家馨、李冠宜译,法律出版社 2006 年版,第 119 页以下。

从上述例子来看，他们的出发点是探寻特定的规则应该支配哪些人，这其实是一种典型的单边主义分析方法，而非多边主义的分析方法。他们利用单边主义的分析方法寻找到最合适的法律，然后再进行识别，识别结果的合理与否取决于能否寻找到恰当的冲突规则指向单边主义方法已经锁定的法律。可以看出，此时不仅是识别，甚至是识别赖以存身的多边主义的冲突法体系，都已成为单边主义的附庸，几乎成为一种装饰。识别问题是多边主义的产物，戴赛修订者的识别方法却放逐了识别问题赖以存身的多边主义体系，这是一个巨大的、不可调和的矛盾。

美国法院受“冲突法革命”的影响，对多边主义冲突法体系一直持有深刻的怀疑，认为传统方法只注重冲突正义而忽视了实质正义。美国法院在适用多边主义的冲突法体系时，经常利用识别制度来追求实质正义。在许多案件中，当最初的识别结果导致的准据法会带来不公正的后果时，就将案件重新识别为其他类型的案件，适用另一冲突规则以得到法院想要的结果。^[54]这无疑是一种结果定向的方法，是诸多逃避方法（escape devise）中的一种。^[55]通过操纵识别制度以追求公正的案件结果，这对于某些个案来说可能是公正的，但却付出了惨重的制度代价，不仅牺牲了司法应有的诚实品质，也使复杂的识别问题变得更加扑朔迷离。^[56]

应该看到，无论是戴赛修订者所倡导的通过识别完善冲突法体系的理论，还是美国法院利用识别追求个案公正的逃避方法，主观上都想要进一步完善多边主义的冲突法体系，或者缓和多边主义体系的僵固性。但是多边主义体系的完善只能综合地通过立法方式加以修正，而不能通过扭曲识别制度来达到临时的目的。识别只是对冲突规则的解释过程，追求其他的功能和目的最终将扭曲识别制度，是识别制度无法承受之重。

六、结 论

我国国际私法立法仍然坚持以多边主义方法为主体，识别问题无从回避。识别问题只和涉外民事案件的法律适用有关，而和涉外民事案件的管辖权问题无关。识别问题是一切冲突规则适用过程中的普遍性问题，其中心是识别外国法规则与解决识别冲突。

识别虽是令人望而生畏的理论难题，但只要抓住识别的对象是实体法律规则（主要是外国法规则），即当事人据以陈述或裁剪事实并据以提出权利主张的法律规则，只要深刻认识到识别过程本质上是法律规则（主要是外国法规则）和法院地国冲突规则的对向交流关系，就能较容易地理解各种识别理论或方法的展开逻辑及其力量与弱点。

法院地法说执着于对向交流关系中冲突规则的一端，而准据法说执着于实体法律规则（主要是外国法规则）的另一端，各自反映了真理的一面而忽略了另一面。比较法与分析法学说和新法院地法说努力涵摄对向交流关系中的两端，试图超越法院地法说和准据法说。相比之下，比较法与分析法学说过于浪漫理想，新法院地法说最能反映识别问题的本质，最为深切著明。

解决识别问题必须游动在冲突规则和实体法律规则（主要是外国法规则）之间，对于不同的案件，最后应当停在两端之间的哪个位置，这依然是一个灵活的难以确定的问题。因此，识别问

[54] 关于美国法院将识别作为逃避方法的实践，参见 Peter Hay, R. J. Weintraub and P. J. Borchers, *Conflict of Laws: Cases and Materials*, 13th ed., Foundation Press, 2009, pp. 507—515.

[55] 识别、反致、分割和公共秩序保留等方法均可以成为逃避方法。

[56] 前引 [2]，Friedrich K. Juenger 书，第 73 页。

题天然不应通过立法来解决,只应强化理论、原则和方法对法官的指导。^[57]理论应进取,立法当无为,这一结论对正在进行的我国国际私法立法来说,格外具有警醒作用。

Abstract: As a special legal problem, characterization in private international law is deeply embedded in Savigny's theory, harassing scholars of several generations in this field. Actually, characterization focuses on the interpretation of operative facts which are part of a conflict rule, so it relates only to the process of choice-of-law, and has nothing to do with the civil judicial jurisdiction.

Among fact, cause of action, legal relationship and legal rule, which is the object of characterization? To a great extent, the confusion girding this issue gives rise to all the controversies around characterization. The answer should be the substantive legal rules (mainly the foreign substantive rules), based on which the parties state their facts and assert their rights. In fact, characterization reflects a mutual communication between legal rules (especially the foreign rules) and forum's conflicts rules. Consequently, the key issues of characterization are to classify foreign legal rules and to resolve the conflicts of characterization.

When the object of characterization is accepted as legal rules, various theories or approaches on characterization, their strongpoint and weakness as well, will be easily understood. "The *lex fori* doctrine" prefers the conflict rules, while "the *lex cause* doctrine" prefers the substantive legal rules, both of which stand at the opposite ends of the spectrum, reflecting one side of the same coin and neglecting the other. However, two other approaches, that is, "the comparative law and analytical law doctrine" and "the new *lex fori* doctrine", attempt to surpass the mentioned two theories by trying to take both ends of the spectrum into consideration. Comparatively, "the new *lex fori* doctrine" deeply touches the nature of characterization, while "the comparative law and analytical law doctrine" is too Utopian to be practical.

In conclusion, the way to characterization remains to be a flexible and unsettled process, like swing of the pendulum, oscillating between the two extremes of the conflict rules and the substantive rules, and finally stopping at a certain point based on specific cases. The issue of characterization, naturally, should be resolved by providing the judges with guidance from theories, principles and approaches, rather than enacting legislative rules by parliament.

Key Words: characterization, the *lex fori* theory, the *lex causae* theory, the new *lex fori* theory

[57] 我国学界致力于建构识别的立法规则,《中华人民共和国国际私法示范法》第9条规定了识别问题。参见中国国际私法学会:《中国国际私法示范法》,法律出版社2000年版,第5页。然而,这是一条错误的道路,勉为其难,只能造就混乱不堪的识别规则,一如其第9条。对第9条的批评,参见金振豹:《论国际私法上识别冲突的解决》,《比较法研究》2003年第3期。事实上,即使不制定关于识别的一般性规则,也不妨碍必要时在冲突法立法体系中引入一些“开明的”概念,以别于内国法的概念,例如我国国际私法体系中的“扶养”这一概念,以及未来国际私法立法亦可全面引入的“信托”这一概念。