

## 比较法对国际私法的意义

——以国际私法的适用、研究和法典编纂为视角

陈卫佐

**内容提要:**国际私法的对象的涉外性意味着它与两个或两个以上国家的法律体系均有联系。较之其他法律部门,国际私法的适用更需要运用比较法方法进行实体法的比较和冲突法的比较;比起其他法学分支,国际私法的研究更需要运用比较法方法,以探究不同法系的异同和各种方法的特点;国际私法规则的国内立法和国际统一也离不开比较法。本文以国际私法的适用、研究和法典编纂为视角,阐述了比较法对国际私法的重要意义,以及对中国未来的国际私法立法、司法和理论研究的启示。

**关键词:**比较法 国际私法 适用 法典编纂

陈卫佐,清华大学法学院副教授,武汉大学法学博士、德国萨尔大学法学博士。

### 引言

作为一国法律体系之组成部分的国际私法,是在各国法律体系的实体私法相互不一致的情况下,对于含有涉外因素的民商事案件,指定该涉外民商事法律关系应适用何国法律体系<sup>[1]</sup>的那部分法律规范的总和。

国际私法所针对的案件是含有涉外因素或外国因素的民商事案件,即与外国(或外国法律体系)有联系的民事或商事案件;国际私法的根本任务在于指定涉外民商事法律关系所适用的法律体系,即在一国法院有国际管辖权的前提下,决定对涉外民商事法律关系是否适用以及如何适用外国法律体系。从本质上说,国际私法是法律适用法、法律选择法和空间上的法律冲突法。国际私法的对象——涉外民商事案件、涉外民商事法律关系——的涉外性意味着它与两个或两个以上国家的法律体系均有联系,因此,较之任何其他法律部门,国际私法的适用更需要运用比较法方法;比起任何其他法学分支,国际私法学的研究更需要运用比较法方法;国际私法规则的国内立法和国际统一也离不开比较法。一言以蔽之,比较法对国际私法的适用、研究和法典编纂均具有重要意义。

### 一 比较法对适用国际私法的意义

#### (一) 实体法的比较与冲突法的比较

在适用外国法律体系时,一国有国际管辖权的法院一般不会适用外国的程序法,因为“程序问题适

[1] 国际私法上所说的“法律体系”,也叫“法律秩序”,是指一个国家现行有效的全部法律规范的总和,包括实体法、程序法和冲突法。

用法院地法”是各国久已确立的一项原则。相比之下,外国实体法和外国冲突法均有可能被适用。于是,审理涉外民商事案件的法官很自然地会将内外国法律体系进行比较,通常是内外国实体法的比较,有时甚至是内外国冲突法的比较。不仅如此,当一个案件与两个或两个以上外国的法律体系都有联系时,在决定适用某外国法律体系之前,法官往往需要将此外国法律体系与彼外国法律体系进行比较,包括实体法的比较和冲突法的比较。<sup>[2]</sup>

### 1. 实体法的比较

各国实体法的比较研究,就是要发现内外国实体法的异同以及其所以如此的缘故。<sup>[3]</sup>虽然国际私法的任务只是确定涉外民商事法律关系所适用的法律体系(准据法),其本身并不能起到调整任何私法关系的作用,但涉外民商事案件的最终解决,并不以找到准据法为已足,而是必须在确定所适用的法律体系之后,再进一步找到该法律体系中最适合于本案的实体法规范,否则,当事人的权利义务无法确定,案件也不算了结。可见,各国实体法的比较对于涉外民商事案件的处理具有特殊的意义。<sup>[4]</sup>

### 2. 冲突法的比较

各国国际私法的国内法性质决定了其冲突法体系之间的差异性,换言之,在国际条约统一冲突法所未及的范围内,一国的冲突法不同于他国的冲突法;世界上有多少个国家,就有多少个冲突法体系。本来,一国审理涉外民商事案件的法院在适用本国的冲突规范确定准据法时,只需找到适当的法律体系并适用其中的相关实体法规范,即可确定当事人的权利义务。但在由法院地国家的冲突规范指定某一外国的法律体系时,各国的做法并不一致。兹以反致和转致为例说明之。

#### (1) 反致和转致

当法院地国家的冲突规范指定某一外国的法律体系时,所指定的既可能是该体系中除冲突规范以外的实体法规范,也可能是该体系中包括冲突规范在内的全部法律规范。第一种情形叫作“实体法规范的指定”,意味着被法院地国家的冲突规范宣告可予适用的外国法律体系,仅仅指其实体法规范。<sup>[5]</sup>第二种情形叫作“总括的指定”,也叫“冲突规范的指定”,<sup>[6]</sup>意味着应予考虑的是包括冲突规范在内的整个外国法律体系。从理论上说,法院地国家的冲突规范对另一个国家的法律体系的指定,要么是“实体法规范的指定”,要么是“总括的指定”,二者必居其一。

在“总括的指定”时,如果被法院地国家的冲突规范指定的外国法律体系冲突规范宣告法院地国家法律体系应予适用,法院最终适用了法院地国家法律体系的实体法规范,前提是法院地国家的法律体系接受这一指定或被指定的外国法律体系冲突规范对法院地国家法律体系的指定是“实体法规范的指定”,则会出现国际私法上的“反致”现象。如果被法院地国家冲突规范指定的外国法律体系的冲突规范宣告第三国的法律体系应予适用,法院最终适用了第三国法律体系的实体法规范,前提是该第三国法律体系接受这一指定(即意欲适用自己的实体法规范),或被指定的第一个外国法律体系的冲突规范对第三国法律体系的指定是“实体法规范的指定”,则会出现国际私法上的“转致”现象。此外,如果被法院地国家的冲突规范指定的外国法律体系的冲突规范宣告第三国的法律体系应予适用,而第三国法律体系的冲突规范宣告法院地国家的法律体系应予适用,法院最终适用了法院地国家法律体系的实体法

[2] 需指出的是,一国的法官一般只进行内国法律体系与某一外国法律体系的比较,即所谓“双边的法比较”。至于多边的乃至普遍的法比较,通常非国内法官所能胜任,而是国际私法学者和立法者的任务。

[3] 马汉宝:《国际私法:总论·各论》,台北,2006年再版,第22-23页。

[4] 有学者从国际私法的实质是划分各国法律体系的适用范围出发,认为各国法律体系适用范围的划分,实质上是各国法律体系中的全部实体法(作为总体)的适用范围的划分,审理涉外民商事案件的法官最终还是关注准据法所属国家的实体法状况的,从而同样得出各国实体法的比较研究有助于问题的解决的结论。虽然将国际私法的实质解释为各国法律体系适用范围的划分这一观点早已不是当代国际私法的通说,但它也从一个角度承认了实体法的比较研究对处理涉外案件的意义。Vgl. Kropholler, IPR (6. Aufl. 2006), § 11 I.

[5] 根据德国《民法典施行法》第3条第1款第2句,对实体法规范的指定,及于“所适用的法律体系(其国际私法除外)”。

[6] Vgl. dazu v. Bar/Mankowski, IPR, Bd. I (2. Aufl. 2003), § 7 Rn. 214; Bamberger/Roth-Lorenz (2003), Art. 4 EG BGB, Rn. 2; Kegel/Schurig, IPR (8. Aufl. 2000), S. 338.

规范,前提是法院地国家的法律体系接受第三国法律体系的冲突规范对自己的指定(即意欲适用自己的实体法规范),或第三国法律体系对法院地国家法律体系的指定是“实体法规范的指定”,还会出现国际私法上的“间接反致”现象。

法院地国家的冲突规范对外国法律体系的指定到底是“总括的指定”还是“实体法规范的指定”,对这个问题的不同回答决定了各国国际私法对反致和转致问题所抱的不同态度。从比较法的角度看,一些国家的法律体系反对反致和转致,另一些国家的法律体系准许反致或转致,而后者采取反致或转致的程度又可能不一样。根据笔者对约60个国家和地区的法律体系所做的比较研究,<sup>[7]</sup>可将这些法律体系对反致和转致问题所抱态度归类如下:(a)一概拒绝反致和转致。一些国家的法律体系对反致和转致采取一概拒绝的态度。对它们来说,国际私法对外国法的指定,是指外国的实体法而不包括冲突法;法官只适用外国的实体法规范而不考虑该外国法对反致和转致问题抱何种态度。由于它们无例外地排除一切反致和转致,其法律体系可称为“反致转致不友好型”法律体系,如阿根廷法、亚美尼亚法、埃及法、巴西法、秘鲁法、魁北克法、立陶宛法、索马里法、塔吉克斯坦法和希腊法。(b)既不绝对地拒绝、也不绝对地采取反致和转致。除了上述完全拒绝反致和转致的国家的法律体系之外,其他国家的法律体系一般采取既不绝对地拒绝、也不绝对地采取的态度:它们要么以拒绝反致和转致为原则,以采取反致和转致为例外,如英格兰法;要么以采取反致和转致为原则,以拒绝反致和转致为例外。奥地利法、白俄罗斯法、波兰法、德国法、法国法、格鲁吉亚法、古巴法、加蓬法、捷克法、斯洛伐克法、拉脱维亚法、卢森堡法、蒙古法、斯洛文尼亚法、委内瑞拉法、以色列法、意大利法和原南斯拉夫法都在很大程度上接受反致和转致,我们可称之为“反致转致友好型”法律体系。(c)只接受反致,排除转致。一些国家的法律体系只接受反致,排除转致,如阿尔巴尼亚法、爱沙尼亚法、朝鲜法、俄罗斯法、列支敦士登法、罗马尼亚法、韩国法、日本法、泰国法、土耳其法、西班牙法、匈牙利法、伊朗法等。

## (2) 可进行冲突法比较的其他情形

除反致和转致外,其他与冲突规范有关的国际私法总则制度,如识别、先决问题、公共秩序、外国法的查明、法律规避等,无不可以进行国与国之间的比较。例如,关于国际私法上的识别(定性)问题,德国著名比较法学家拉贝尔(Ernst Rabel)主张用比较法方法进行识别(定性)。<sup>[8]</sup>他认为,对于冲突规范中的有关概念,应摆脱法院地法和准据法,而以比较法方法解释之。但是,由于迄今为止处理涉外民商事案件的法院都是国内法院,一国的法官很难胜任拉贝尔所说的比较法上的任务。此外,审理涉外民商事案件的有国际管辖权的国家的法院有时也需适用国际条约的冲突规范,而在决定适用相关的国际条约之前,法院经常需要解释它们。解释条约的方法,除词义解释、体系解释、历史解释、目的性解释外,尚有比较法解释,即比较关于某一条约的外国司法判例和外国理论学说,以便正确地适用国际条约的冲突规范。

## 二 比较法对研究国际私法的意义

作为法学研究的重要方法,比较法方法亦是国际私法学研究所不可缺少的。事实上,任何国家或地区、任何时期的国际私法学者在研究、讨论和阐述国际私法问题时,无论是否声称进行了比较研究,都或多或少地使用了这一方法。因此,也可以说,国际私法学天生就是比较的。

### (一) 不同法系

就国际私法的研究而言,重要的是冲突法的比较,而不是实体法的比较,因为严格地说,实体法的比较不是国际私法学本身的任务,而应委诸相应的比较私法分支,如比较合同法、比较侵权法、比较公司

[7] 陈卫佐:《国际条约的冲突规则中的反致和转致》,2004年德文版,第10-42页(Vgl. dazu Weizuo Chen, Rück-und Weiterverweisung (Renvoi) in staatsvertraglichen Kollisionsnormen, 2004, S. 10-42.)。

[8] Vgl. dazu Rabel, Das Problem der Qualifikation, RabelsZ 5 (1931), 241-288.

法、比较票据法、比较破产法和比较海商法等。但与实体法的比较相似的是,冲突法的比较也需要从法系的角度为之,即比较不同法系的国家的冲突规则的异同。

1. 德意志法系与罗马法系。欧洲大陆国家的国际私法(冲突法),主要有德意志法系与罗马法系之分。德国、奥地利、瑞士等国的国际私法属于德意志法系,法国、意大利、西班牙、葡萄牙、比利时、卢森堡等国的国际私法属于罗马法系。但在今天,这些国家在国际私法上的差异已很难按法系区分。德国国际私法和瑞士国际私法虽同属德意志法系,但二者的区别甚大,如德国国际私法以国籍为主要连结点,而瑞士国际私法以住所为主要连结点;德国国际私法受欧洲共同体法的影响很大,而瑞士至今仍独立于欧洲一体化进程之外;德国国际私法经过1986年、1999年两次重大改革后,现行国际私法的国内渊源是《民法典施行法》第3条至第46条,而瑞士1987年12月18日《关于国际私法的联邦法律》(自1989年1月1日起施行)共有200条,是欧洲第一部打破实体法、程序法和冲突法的传统分野,而将国际管辖权、准据法、判决的承认和执行这三个密切相关的问题连同国际破产及和解、国际仲裁问题规定在一个单一、完整的立法文件里的国际私法法典。甚至可以说,德、瑞两国国际私法的差异,比德国国际私法与属罗马法系的法国国际私法之间的差异还要大。

2. 普通法系。英国、美国、加拿大、澳大利亚、新西兰、爱尔兰、马耳他、塞浦路斯等国的国际私法属于普通法系,其特点是没有成文的、包罗广泛的国际私法法典,而以判例法为主要表现形式。以英、美两国为例,其冲突法都以解决管辖权、法律选择、外国判决的承认与执行这三大问题为主要任务,因而由关于这三个方面的判例组成。但最近几十年来,英国国际私法和美国国际私法各自有不同的发展道路。英国将国际私法规则部分地编纂于单行的制定法中,如1963年《遗嘱法》、1968年和1976年《收养法》、1990年《合同(准据法)法》和1999年《国际私法(杂项规定)法》。传统上以判例法规则为主要法源的英国之所以要制定关于国际私法的制定法规则,主要是因为制定法更能满足法的安定性的需要。加之现代新的时代背景使得英国不得不顺应其所参加的包括欧洲联盟在内的国际组织的趋势,在国内制定法上采取相应措施。美国冲突法则有所不同:美国至今没有适用于各州的、统一的联邦冲突法;各州均有其独立的冲突法体系,且主要用于解决州际法律冲突而不是国际法律冲突。

3. 北欧法系。北欧国家既没有成文的民法典,也没有国际私法法典。其国际私法的差异甚大:关于人的身份和能力,丹麦、冰岛和挪威的国际私法采住所地主义,即适用当事人住所地国家的法律体系;瑞典和芬兰的国际私法则采本国法主义,即适用当事人国籍国法。<sup>[9]</sup>但现在北欧五国已订立了5个旨在统一国际私法和国际民事程序法的地区性公约。

4. 其他国家。其他国家的国际私法虽未形成明显的法系,但也有其特点。以亚洲国家为例,除中国外,泰国1938年3月10日《关于法律冲突的法律》(1938年3月20日公布并生效)、朝鲜人民民主主义共和国1995年9月6日《关于国际私法的法律》、大韩民国2001年4月7日《国际私法》(第6465号法律,自2001年7月1日起施行)<sup>[10]</sup>和日本2006年6月15日《关于国际私法的通则法》(自2007年1月1日起施行)<sup>[11]</sup>均含有冲突规范。其中,自2007年1月1日起施行的日本《关于国际私法的通则法》是《法例》施行近110年来,日本所进行的最大一次国际私法改革,代表了21世纪各国国际私法改革的新趋向。

## (二) 各种方法

比较国际私法的一个重要方面,乃是探究和运用国际私法上的各种方法。13世纪中叶意大利后期注释法学派学者提出的“法则区别说”,曾经盛行于13世纪至18世纪的欧洲,先后形成“法则区别说”的意大利学派、法国学派和荷兰学派。它在方法上的特点是:对“法则”进行分类,通过确定“法则”的效力范围(诸如域外效力、域内效力)来解决法律适用上的冲突。今天,“法则区别说”的方法早已式微。

[9] 参见《中国大百科全书·法学》,中国大百科全书出版社1984年版,第230页。

[10] 在此之前是1962年1月15日的韩国《涉外私法》。

[11] 在此之前是1898年6月21日的《法例》(1898年7月16日至2006年12月31日施行)。

相比之下,法律关系地域化的方法则独领风骚。此种方法由德国历史法学派创始人萨维尼集其大成并系统地加以阐述。它在方法上的特点是:在处理含有国际性因素的私法案件时,对所涉及的法律关系按其固有性质进行分类,通过确定每一类法律关系的“本座”——通常是与该法律关系有最密切关系的某一地域<sup>[12]</sup>——决定该法律关系所适用的法律体系。此外,在比较国际私法的研究中,利益分析方法已开一时之风气,功能分析方法也渐受瞩目,而起源于美国的“法的经济分析”方法则方兴未艾。关于“法的经济分析”方法,法国学者米伊尔·瓦特(Muir Watt)曾在海牙国际法学院2004年夏季讲习班讲授课程《国际私法的经济方面:关于经济全球化对法律冲突和管辖权冲突基础的影响的思考》,其讲稿被收入著名的《海牙国际法学院讲演集》第307卷,<sup>[13]</sup>德国学者巴泽多(Basedow)和日本学者小野主编的《国际私法的经济分析》一书则收录了2005年在日本召开的由德、日两国学者参加的关于“法的经济分析”方法在国际私法中之运用的研讨会论文。<sup>[14]</sup>

### (三) 比较国际私法学派

“比较国际私法学派”是在第一次和第二次世界大战期间产生的一个较新的国际私法学派。它在德国被称为国际私法的“第三学派”,<sup>[15]</sup>以区别于“普遍主义—国际主义学派”和“特殊主义—国家主义学派”,且在第二次世界大战后有所发展。比较国际私法学派的主要倡导者是德国的拉贝尔、勒瓦尔特、拉珀、沃尔夫和法国的莫里、勒尔布尔—皮涅奥尼埃和巴蒂福尔。他们主张就每一类法律关系寻求对当事人最公正、最适当的法律体系(准据法)。他们肯定各国的冲突规范同时存在且互相歧异的事实,并以此为出发点采取比较的方法进行研究,发现异同、明白得失,以对各国的冲突法体系加以协调,乃至统一。此外,比较国际私法学派的学者还致力于民商事实体法的比较研究,以协调内国法与外国法的适用。1951年以后由多名学者合著的一部十多卷本的著作,对美国国际私法与其他国家的国际私法进行了比较研究,如美国国际私法与瑞士国际私法、美国国际私法与日本国际私法、美国国际私法与土耳其国际私法等。<sup>[16]</sup>

值得一提的是拉贝尔和巴蒂福尔。拉贝尔是出生于德国、后来移居美国的犹太裔著名比较法学家。他在1945—1958年间出版的4卷本著作《法律冲突法:比较研究》(*The Conflict of Laws, A Comparative Study*)是“比较国际私法学派”迄今为止最负盛名的代表作。<sup>[17]</sup>该书第1卷于1958年出第2版;第2卷于1960年出第2版;第3卷于1964年出第2版。拉贝尔通过比较法将其在实体私法领域已试验过的“法发现方法”<sup>[18]</sup>运用到国际私法领域,使比较法不仅服务于立法和法的一般理论,而且服务于司法判例,较之19世纪的比较法大大向前迈进了一步。巴蒂福尔(Henri Batiffol)是比较国际私法学派在法国的代表人物和法国20世纪最伟大的国际私法学家。他曾主张用利益分析的方法研究国际私法,并提出了创立国际私法哲学的设想,著有《国际私法的哲学方面》。<sup>[19]</sup>

### (四) 海牙国际法学院与比较国际私法

在比较国际私法发展史上的一个具有里程碑意义的事件,乃是国际法的世界最高学府——海牙国际法学院(Hague Academy of International Law, Académie de droit international de La Haye)的成立。它是1923年在卡内基基金会的赞助下成立的、专门致力于国际公法、国际私法以及相关学科的教学机构,位于荷兰海牙和平宫。其目的是鼓励对于国际性关系所产生的法律领域的各种问题进行深入和公允的探

[12] 指法域,如国家或其领土单位。

[13] Muir Watt, *Aspects économiques du droit international privé (réflexions sur l'impact de la globalisation économique sur les fondements des conflits de lois et de juridictions)*, publié en 2005, in: Rec. Cours La Haye, t. 307.

[14] Sous la direction de Basedow et Kono et en coopération avec Rühl, *An Economic Analysis of Private International Law*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006, 246 pages. Voir Paul Lagarde, *Rev. crit. DIP* 2007, 665.

[15] 德文为 *dritte Schule*。

[16] 参见李浩培:“国际私法学说的历史发展”,载《李浩培文选》,法律出版社2000年版,第47—48页。

[17] 参见《中国大百科全书·法学》,中国大百科全书出版社1984年版,第18页。

[18] 德文为 *Methode der Rechtsfindung*。

[19] Batiffol, *Aspects philosophiques du droit international privé*, éditions Dalloz 1956, 2002.

究。它每年邀请来自不同国家的权威人士前往海牙和平宫授课,内容涉及国际公法、国际私法以及相关学科的理论、实践、立法和判例。授课活动通常在 7、8 月份举行,约持续 6 个星期,分为 2 期:前 3 个星期为国际私法课程,后 3 个星期为国际公法课程。每一期的课程除了关于国际公法或国际私法基本原理的“一般课程”外,还包括若干“特别课程”,后者是根据授课者的专长而选择的,并尽可能考虑到有关国际性法律问题的现实性。

海牙国际法学院没有常设的教学人员。管理委员会是被授权对学院进行学术监督的机构。依照章程,管理委员会由来自 17 个不同国家的成员组成。它完全自主地邀请其认为最有资格讲授某一课程的人前往海牙国际法学院授课,授课用法文或英文进行,用意在于使所授课程既具有高度的实践性,又在学术上具有极高的科学水准。与国内大学法学院系的类似教学活动明显不同的是,海牙国际法学院的课程是为那些掌握了一定国际法知识,并出于职业或个人兴趣而愿意在该学科上深造的人开设的。所有在海牙国际法学院讲授的课程的讲义,均以所讲授的语言收入《海牙国际法学院讲演集》。时至今日,《海牙国际法学院讲演集》已成为关于国际法的最权威的百科全书。

自从海牙国际法学院于 1923 年成立以来,世界上许多国家的国际私法大师都曾在这一国际法的最高学府讲授国际私法。他们的讲义,无论是“国际私法一般课程”还是关于某一国际私法专门领域的特别课程,均被收入《海牙国际法学院讲演集》,成为研习比较国际私法不可多得的权威资料,为比较国际私法的发展做出了不可低估的贡献。

已故著名国际法学家李浩培教授是第一个在海牙国际法学院授课的中国国籍的国际私法学者。<sup>[20]</sup> 其题为《国际私法在遗产继承方面的几个新发展》的英文讲义,已被收入《海牙国际法学院讲演集》第 224 卷(1990 年第 5 分册)。<sup>[21]</sup> 第二个在海牙国际法学院授课的中国国际私法学者是徐冬根教授。其题为《中国国际私法:比较的视角》的法文讲义,已被收入《海牙国际法学院讲演集》第 270 卷(1997 年)。<sup>[22]</sup> 受海牙国际法学院委托,本文作者即将用法文为海牙国际法学院 2012 年夏季讲习班讲授一门国际私法特别课程,其法文讲义将被收入《海牙国际法学院讲演集》。

### 三 比较法对国际私法法典编纂的意义

#### (一) 国内法典编纂

一国的立法者可以自主地制定其国际私法规则,这是其主权范围内的事情;但这样制定出来的国际私法规则在国与国之间是不一样的,造成了各国国际私法在内容上和创制方式上的差异。<sup>[23]</sup> 因此各国在制定本国国际私法规则时,往往需要借鉴其他国家国际私法立法成功经验。<sup>[24]</sup> 兹以比利时国际私法法典的编纂为例,说明一国的立法者在制定其国际私法规则时离不开比较法。<sup>[25]</sup>

比利时立法者于 2004 年 7 月 16 日通过了《关于国际私法法典的法律》(简称《国际私法法典》),<sup>[26]</sup> 自 2004 年 10 月 1 日起施行。这是比利时立法史上的第一部国际私法法典,且被冠以“国际私

[20] 海牙国际法学院 1990 年夏季讲习班。这一年在海牙国际法学院授课的还有已故著名国际法学家王铁崖教授,但王铁崖教授讲授的是国际公法特别课程。参见王铁崖:“中国与国际化——历史与当代”,载《中国国际法年刊(1991 年)》,中国对外翻译出版公司 1992 年版,第 5-115 页。

[21] 李浩培:“国际私法在遗产继承方面的几个新发展”,载《中国国际法年刊(1991 年)》,中国对外翻译出版公司 1992 年版,第 116-203 页;参见 Li, Haopei: Some Recent Developments in the Conflict of Laws of Succession, Recueil des Cours, Vol. 224 (1990-V), pp. 9-121。

[22] Xu Donggen: Le droit international privé en Chine: une perspective comparative, Recueil des Cours, Vol. 270 (1997), pp. 107-235。

[23] 马汉宝:《国际私法:总论·各论》,台北,2006 年再版,第 16 页。

[24] 唐表明:《比较国际私法》,中山大学出版社 1987 年版,第 26 页。

[25] 即便在以判例法为主要法源的国家,法官在创立国际私法上的先例时,一般也需要参考外国的国际私法。

[26] Moniteur belge, 27 juillet 2004。

法典”的名称,在晚近各国的国际私法改革中实属罕见。该法典共有 13 章、140 条,内容包括比利时法院的国际管辖权、准据法的确定、外国民商事判决和公文书的效力,具体是:总则、自然人、婚姻关系、“同居”关系、亲子关系、扶养义务、继承、财产、债、法人、集体性支付不能程序、信托和最后条款。在比利时国际私法法典问世之前,自 1989 年 1 月 1 日起施行的瑞士 1987 年 12 月 18 日《关于国际私法的联邦法律》共有 200 个条文,内容包括总则、自然人、婚姻、亲子关系、监护和其他保护措施、继承、物权、知识产权、债法、公司、国际破产及和解、国际仲裁和最后条款,是迄今为止世界各国国际私法制定法中条款最多、内容最详备的一部国际私法法典。<sup>[27]</sup> 从 1998 年 3 月起,一个由比利时著名国际私法学者组成的小组受比利时司法部的委托,着手对包括瑞士国际私法法典在内的其他国家的国际私法最新立法成果进行系统、深入、细密的研究,历时 6 年,数易其稿,最终草案于 2004 年 7 月 16 日为比利时立法机关所通过,<sup>[28]</sup> 实现了比利时立法者所定的国际私法法典编纂三大目标——明晰性、现代性和国际开放性。<sup>[29]</sup> 这是比较法影响国际私法法典编纂的一个成功范例。

从比较法的角度看,各国国内制定法中的冲突规范的创制方式各不相同。(1)有些国家有单独的国际私法法典,且在内容上仅限于冲突规范,如自 1979 年 1 月 1 日起施行的奥地利 1978 年 6 月 15 日《关于国际私法的联邦法律》。(2)有些国家虽然也有单独的国际私法法典,但其内容不限于冲突规范,如瑞士 1987 年 12 月 18 日《关于国际私法的联邦法律》和 2004 年 7 月 16 日通过的比利时《国际私法法典》。(3)有些国家制定了以冲突规范为主要内容的单行法,如自 1900 年 1 月 1 日起施行的德国《民法典施行法》(经 1986 年和 1999 年两次重大修改)。之所以说它们以冲突规范为主要内容,是因为它们的规定不限于冲突规范。例如,德国《民法典施行法》也规定了时际法律冲突、关于联邦法与州法之间的冲突的规范。(4)一国的冲突规范也可能相对集中地规定于该国的民法典或类似于民法典的制定法,成为其中的一编或一章。例如,1995 年的越南《民法典》第 7 编是关于国际私法的规定。(5)即便是有国际私法法典或以冲突规范为主要内容的单行法的国家,也会有包含冲突规范的其他单行法,只不过这种单行法在国际私法上处于较为次要的地位,如 1998 年 5 月 4 日的德国《结婚权利法》(自 1998 年 7 月 1 日起施行)。(6)此外,即使是以判例法为主要法源的普通法系国家,其冲突规范也可能部分地规定于一些单行法,如英国 1882 年《汇票法》、1963 年《遗嘱法》、1968 年和 1976 年《收养法》、1990 年《合同(准据法)法》和 1999 年《国际私法(杂项规定)法》。

## (二) 国际法典编纂——国际私法规则的国际统一

正因为各国的国际私法各不相同——世界上有多少个国家,就至少有多少个国际私法体系——一些普遍性和区域性的国际组织,如海牙国际私法会议、国际联盟、联合国、欧洲共同体等,<sup>[30]</sup> 致力于通过国际条约的方式统一国际私法规则,进行国际私法的国际法典编纂。在这方面,比较国际私法也是有所作为的。

成立于 1893 年的海牙国际私法会议<sup>[31]</sup> 是一个以“逐渐统一国际私法规则”为宗旨的永久性的政府间国际组织<sup>[32]</sup> 和“跨国境民商事合作的世界组织”,在荷兰海牙设有一个常设事务局。截至 2008 年 7

[27] 参见陈卫佐:《瑞士国际私法法典研究》,法律出版社 1998 年版,“前言”第 1-2 页;第 15-16 页。

[28] Voir Erauw, Fallon, Guldix, Meeusen, Pertegás, van Houtte, Watté, Wautelet (eds.), Le code de droit international privé commenté, 2006, pp. 2-3.

[29] See Fiorini, The Codification of PIL: the Belgian Experience, in: 54 ICLQ (2005) 509; 510, note 105.

[30] 国际联盟、联合国和欧洲共同体均通过了一些与国际私法有关的公约。如国际联盟主持制定的 1930 年 6 月 7 日《解决汇票和本票方面的某些法律冲突的日内瓦公约》和 1931 年 3 月 19 日《解决支票方面的法律冲突的日内瓦公约》、1951 年 7 月 28 日《联合国关于难民法律地位的日内瓦公约》、1954 年 9 月 28 日《联合国关于无国籍人法律地位的纽约公约》、1965 年 3 月 18 日由联合国主持制定的《关于解决国家与他国国民之间的投资争端的华盛顿公约》以及 1980 年 6 月 19 日《关于合同之债准据法的欧洲共同体(罗马)公约》。

[31] 海牙国际私法会议的网站为 <http://www.hcch.net>。

[32] 参见《海牙国际私法会议章程》第 1 条。

月3日,海牙国际私法会议已有69个成员(包括68个成员国和一个成员组织——欧洲共同体),<sup>[33]</sup>既有传统上属于德意志法系和罗马法系的欧洲大陆国家,又有属于普通法系的国家,还有亚洲、非洲和拉丁美洲国家。2007年1月1日,修正后的《海牙国际私法会议章程》第3条生效,所增加的“区域性经济一体化组织条款”使得除国家外,区域性经济一体化组织也可以成为海牙国际私法会议的成员。2007年4月3日,欧洲共同体作为一个有国际法律人格且有对外权力的区域性经济一体化组织,正式以自己的名义成为海牙国际私法会议的成员。自1951年至2008年7月3日,海牙国际私法会议已制定了39个公约,其中27个公约已经生效。<sup>[34]</sup>作为一个专业水平极高和成员众多的国际组织,海牙国际私法会议必须在代表不同国家利益的相互分歧的观点、立场之间折中、斡旋及调解,以求同存异、达成协议,制定出为各方所接受的统一国际私法规则。有鉴于此,它被誉为国际私法统一运动方面的“比较法论坛”,<sup>[35]</sup>而正如有学者指出的,在海牙国际私法会议所制定的一些公约中,比较国际私法学派取得了相当的成就。<sup>[36]</sup>

#### 四 结语——对中国的启示

目前,中国国际私法正处在发展的关键时期。在立法方面,中国迄今尚无一部国际私法法典,现行国际私法主要表现为不同的制定法文件中的冲突规范,主要是1985年4月10日通过并公布的《中华人民共和国继承法》(自1985年10月1日起施行)、1986年4月12日通过并公布的《中华人民共和国民法通则》(自1987年1月1日起施行)第8章“涉外民事关系的法律适用”(第142条至第150条)、1990年12月12日原对外经济贸易部发布并施行的《中华人民共和国外资企业法实施细则》(2001年4月12日修订)、1991年12月29日通过的《中华人民共和国收养法》(自1992年4月1日施行、1998年11月4日修正)、1992年11月7日通过并公布的《中华人民共和国海商法》(自1993年7月1日起施行)第14章“涉外关系的法律适用”(第268条至第276条)、1995年10月30日通过并公布的《中华人民共和国民用航空法》(自1996年3月1日起施行)第14章“涉外关系的法律适用”(第184条至第190条)、1995年5月10日通过、自1996年1月1日起施行的《中华人民共和国票据法》(2004年8月28日修正)第5章“涉外票据的法律适用”(第94条至第101条)、1999年3月15日通过并公布的《中华人民共和国合同法》(自1999年10月1日起施行)、1999年5月25日由中华人民共和国民政部发布施行的《外国人在中华人民共和国收养子女登记办法》、2005年10月27日修订通过的《中华人民共和国公司法》(自2006年1月1日起施行)<sup>[37]</sup>等法律、法规中的冲突规范。<sup>[38]</sup>立法者的当务之急就是尽快完成中国国际私法的法典编纂,使中国的国际私法规则更加科学化、体系化、现代化和国际化,以促进其与各国国际私法体系之间的和谐,并提高法的安定性和可预见性。随着中国民法典的制定被纳入立法进程,中国国际私法的法典编纂也进入了倒计时阶段。根据2008年4月15日第十一届全国人民代表大会常务委员会第二次委员长会议通过的《全国人大常委会2008年立法工作计划》,<sup>[39]</sup>“2008年立法工作安排”中“预备项目12件”,其最后一件就是“涉外民事法律关系适用法”<sup>[40]</sup>,并称“有关方面正在抓紧调

[33] 印度于2008年3月13日成为海牙国际私法会议的第69个成员。

[34] v. Bar/Mankowski, IPR, Bd. I (2. Aufl. 2003), § 3 Rn. 52; Staudinger-Sturm/Sturm (2003), Einl. zum IPR, Rn. 365-375.

[35] 陈卫佐:“海牙国际私法会议对21世纪国际私法新发展的贡献”,《法学》2007年第11期,第92-100页。

[36] 参见《李浩培法学文集》,法律出版社2006年版,第469页。

[37] 参见《中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会公报》2005年第7号,第548-570页。

[38] 参见黄进主编:《国际私法》,法律出版社2005年版,第44-45页;黄进:《中国国际私法》,三联书店(香港)有限公司1997年版,第14-16页;张潇剑:《国际私法论》,北京大学出版社2004年版,第573-587页;齐湘泉主编:《涉外民事关系法律适用法》,人民出版社2003年版,第42页。

[39] 参见《中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会公报》2008年第4号(总号:270),第500-501页。

[40] 我认为这一名称不够准确。正确的说法要么是“涉外民事法律适用法”(如我国台湾地区1953年6月6日公布并施行的《涉外民事法律适用法》),要么是“涉外民事法律关系的法律适用法”。



研和起草工作,视情况在2008年或者以后年度安排审议”。中国未来的国际私法立法,不论是否采取国际私法法典的形式,也不论其名称为何,均将从比较法中获取养分和受到启发。

在司法方面,在审理涉外民商事案件时,中国法官适用国内法的冲突规范和已对中国生效的国际条约的冲突规范的水平 and 能力,均将在比较法研究中逐渐得到提高,因为“比较研究的结果,可为司法者适用法律之助”。<sup>[41]</sup>

在理论研究方面,首先,我国学者应更加关注世界潮流,提出有见解的学说,创立有中国特色的国际私法哲学体系。其次,由于传统冲突规范具有一定的僵硬性、机械性和盲目性,一些国家的国际私法制定法规定了以最密切联系原则为基石的“例外条款”(如瑞士1987年12月18日《关于国际私法的联邦法律》第15条、韩国2001年4月7日的《国际私法》第8条),以矫正传统冲突规范的不足,增加国际私法规则的灵活性。一些国家的国际私法甚至使最密切联系原则上升为一般原则(如奥地利1978年6月15日《关于国际私法的联邦法律》第1条)。再次,国际私法方法论的深入研究将使得运用冲突规范来确定准据法的方法呈现多样性,以适应当今世界复杂多变的生活关系和日渐增多的私法上往来的需要。最后,国际私法上的公平和正义问题已引起学者们的注意和讨论。关于公平问题,早在半个多世纪以前,李浩培先生在其所著《国际私法总论》中即已指出:国际私法所解决的问题,实则是执行私人间公平的问题。<sup>[42]</sup>足见其对公平问题的重视。与之密切相关的问题是正义问题。所谓“冲突正义”(冲突法上的正义),是不同于“实质正义”(实体法上的正义)的。保护社会和经济上的较弱方当事人也应是未来我国国际私法法典编纂的目标之一,因为它既可体现实质正义,也可体现冲突正义。一些国家晚近的国际私法法典编纂所体现的“有利于儿童”、“有利于妇女”、“有利于消费者”、“有利于劳动者”、“有利于受害人”、“有利于法律行为的有效性”、“有利于交易安全”等原则,正是出于实现公平和正义目的之考虑。

总之,诚如已故著名国际法学家、国际私法的一代宗师李浩培教授所指出的:“研究、适用和制定国际私法,如果不用比较法方法,不可能得到满意的结果。”<sup>[43]</sup>

---

[Abstract] This article expounds the significance of comparative law to private international law from the perspectives of application, research and codification of private international law, as well as its inspiration to the future Chinese legislation, adjudication and theoretical research on private international law.

---

(责任编辑:冉 昊)

[41] 李浩培:“比较法的意义、方法、目的及现状”,载《李浩培文选》,法律出版社2000年版,第830页。

[42] 李浩培:《国际私法总论》,武汉大学出版社1945年版,载《李浩培法学文集》,法律出版社2006年版,第8页。

[43] 同上,《李浩培法学文集》,法律出版社2006年版,第513-514页。Vgl. auch Kropholler, Die vergleichende Methode und das Internationales Privatrecht, in: ZVgl. Rwiss. 77 (1978)1ff.