

国际私法与民法典的分与合

宋 晓^{*}

内容提要：以单边主义方法为基础的国际私法与民法或民法典并无实质联系，但近现代成文国际私法多以多边主义方法为基础，与民法或民法典之间存在深层联系。民法典为成文国际私法提供了法律关系的概念体系，民事法律关系的本质属性为构建具体冲突规范提供了正当化依据。部分国家据此将国际私法或置于民法典总则中，或置于民法典分则中，或置于民法典施行法中。但国际私法在诸多方面需要超越民法典体系，而且在价值判断方面较之民法典更为开放，更易融合外部的宪法、公法和国际法的价值判断。国际私法作为环绕民法典的民事特别法，是国际私法在法律体系中的最佳位置。我国涉外民事关系法律适用法应发展成民商合一的涉外法律适用的单行立法。为了保持国际私法和民法典的有机联系，不宜制定融法律适用、管辖权、判决的承认与执行等于一体的综合国际私法法典。

关键词：国际私法 民法典 冲突规则

一、序 言

民法典在民法法系国家的法律体系中长期居于中心位置。随着成文宪法和宪法裁判的兴起以及民事特别立法数量上的激增，民法典似乎呈现出“衰落”的迹象。^{〔1〕}但是，包括中国在内，许多国家制定或编纂民法典的热情依然高涨。民法典作为私法的基本法是无可疑的，民法典依然可以超越自身，象征一国的法律文化、法律科学和立法技艺。正因如此，民法典之外的其他法律，都应该主动正视自己与民法典的关系，并以民法典为参照，准确认定各自在法律体系中的地位和作用。民法典与其边缘地带的法律部门的关系，较之民法典与距离较远的法律部门的关系，在学术研究和立法过程中处理起来应更为谨慎，因

^{*} 南京大学法学院教授。

〔1〕 See Reinhard Zimmermann, *Codification: History and Present Significance of an Idea*, 3 *European Review of Private Law* 103 - 104 (1995).

为其中存在一个基本问题：这些边缘地带的法律应被编入民法典吗？

国际私法是否应当进入民法典这一问题的答案，不仅取决于立法者对民法典本质的认识，也取决于立法者对国际私法本质的认识。如果民法典只是一系列相近的法律的汇编，无需体系化的精心安排，无需立法技术的匠心运作，那么探讨民法典的边界或探讨一部分法律是否应当进入民法典，很大程度上便失去了意义。大陆法系的民法典之所以为民法典，无一不是将民法典视为一个统一的、有机的整体，何者当取，何者当舍，是民法典编纂中的重大挑战之一。我国民法典编纂，同样必须直面诸如国际私法这样的法律是否应当进入民法典的问题。反过来，当某边缘法律进入民法典之后，这部分法律的发展和命运也就被民法典所制约和限制了。因此，两者互为决定，不能轻易从一者出发草率定论，而应扣其两端，兼顾民法典的使命和边缘法律的特殊发展需要。

从世界范围来看，国际私法和民法典之间的关系，模式多样，不一而足：有将国际私法置于民法典总则篇中的，如葡萄牙民法典及继受葡萄牙民法典的我国澳门地区民法典；〔2〕有在民法典序编中寥寥数笔规定了国际私法的基本原则，而大部分国际私法规范实际由司法判例发展的，如法国；〔3〕有将国际私法规定在民法典附属立法中的，如德国；〔4〕有将国际私法作为民法典的单独一编加以规定的，如俄罗斯；〔5〕有以单行立法模式规定国际私法的，如日本和我国台湾地区；〔6〕有将管辖权、法律适用、判决的承认与执行以及国际商事仲裁四者统合起来，制定一部综合的国际私法法典，从而较为彻底地独立于民法典的，如瑞士。〔7〕上述几种基本模式，都是特定国家多种因素综合作用的产物，为我们从比较法上分析民法典和国际私法的关系提供了丰富的素材，但这也同时表明，国际私法与民法典的分合问题，复杂多变，不易简单论定。

北洋政府于1918年制定了我国历史上第一部国际私法——《法律适用条例》，彼时尚无民法典。1930年南京国民政府主持编纂了民国民法典，未将《法律适用条例》纳入其中，国际私法成了民国民法典之外的单行立法。人民共和国成立后，民国民法典与《法律适用条例》均被废止。1986年民法通则第八章专章规定了国际私法。2000年，中国国际私法学会出版了《中华人民共和国国际私法示范法》，统合规定了管辖权、法律适用、判决的承认与执行，表达了当时学术界希望制定独立国际私法法典的意愿。〔8〕2002年12月，全国人大常委会分组审议了《中华人民共和国民法（草案）》，在该部民法典草案中，国际私法占据一编，名为“涉外民事关系的法律适用”。〔9〕2002年后分别制定通过了草案中的三

〔2〕 参见《葡萄牙民法典》，唐晓晴等译，北京大学出版社2009年版，第7页以下；《澳门民法典》，中国政法大学出版社1999年版，第6页以下。

〔3〕 法国民法典第3条集中规定了国际私法。关于其判例的补充发展，参见《法国民法典》上册，罗结珍译，法律出版社2005年版，第9页以下。

〔4〕 参见德国《民法典施行法》，载《外国国际私法立法精选》，邹国勇译注，中国政法大学出版社2011年版，第3页以下。

〔5〕 参见《俄罗斯联邦民法典》，黄道秀译，北京大学出版社2007年版，第411页以下。

〔6〕 参见我国台湾地区涉外民事法律适用法（2010）；日本《法律适用通则法》（2006），崔绍明译，载《中国国际私法与比较法年刊》第10卷，北京大学出版社2007年版，第449页以下。

〔7〕 参见瑞士《关于国际私法的联邦法》（1987），载前引〔4〕，《外国国际私法立法精选》，第143页以下。

〔8〕 参见中国国际私法学会：《中华人民共和国国际私法示范法》，法律出版社2000年版。

〔9〕 参见丁伟：《论民法典编纂对我国国际私法立法的影响》，《暨南学报（哲学社会科学版）》2015年第9期，第126页。

编，即物权法（2007）、侵权责任法（2009）和涉外民事关系法律适用法（2010）。

如今民法典编纂重又启动，如果立法者继续2002年草案的思路，那么涉外民事关系法律适用法将会进入民法典而成为其中一编。我国学界对民法典的结构和内容似乎没有形成共识，未来国际私法是否应进入民法典，目前还是一个有待论证的悬而未决的问题。我国国际私法是进入民法典，还是保持法律适用的单行法形式，抑或制定一部统合法律适用、管辖权、判决承认与执行等内容的综合国际私法法典，似乎一切皆有可能。民法学界对此论之极少，国际私法学界的部分学者从立法论的角度，主张国际私法应独立于民法典而制定综合国际私法法典。^[10]但是，无论是比较法上的多种模式，还是我国近一个世纪的民法典编纂和国际私法发展的曲折历程，都在提醒我们，国际私法与民法典的分与合问题，还需要我们结合民法典和国际私法的基本原理以及中国立法和司法的现实国情，从理论上详加证明。

本文将从四个方面展开论证，首先分析国际私法的理论发展史与民法或民法典的关系，探讨国际私法在多大程度上依赖民法的理论发展。其次从实证角度分析国际私法与民法典关系的基本模式及其利弊。再次从立法技术、体系构成角度分析国际私法和民法典的体系兼容问题。最后分析当代民法或民法典在多大程度上能为国际私法提供价值分析的源泉。综合上述四个方面，当有助于我们得出国际私法与民法典当分或当合的结论。

二、理论发展史的关联与昭示

民法源于罗马法，而国际私法源于中世纪罗马法的复兴时代。国际私法诞生之后，至少在大陆法系国家，其全部历史似乎就是和民法深度交织在一起的。这究竟是一种缺乏深度分析的假象，还是由两个学科的本质属性所决定的，需要我们深入分析国际私法和民法这两个学科的理论关联的历史，探究它们是彼此独立的关系、隶属的关系抑或局部交叉的关系。在大陆法系，无论是民法还是国际私法，其发展动力主要都源于理论学说，因而探究两者理论发展史的关联，应当成为分析的起点。

（一）法则区别说——罗马法复兴时代

国际私法的核心问题是，当存在两个相互冲突的法律体系时，应适用哪一个法律体系？这个问题并没有出现在早期罗马法中，也没有出现在优士丁尼对罗马法的编纂中，而是首度出现于中世纪中晚期意大利城邦之间。^[11]因此，在中世纪罗马法复兴时代，国际私法并非源于对优士丁尼罗马法的诠释，而是源于彼时法律冲突的实践问题。国际私法问题的提出，和作为现代民法肇始的罗马法复兴，两者并没有任何实质的关联。但是，当时法学家每当面临新的实践问题，都自然求助于罗马法，因为他们本是罗马法的信奉者和诠释者，习惯于通过注释罗马法来寻求一切现实问题的答案。

国际私法问题在罗马法中并无答案，但是注释法学家仍然通过对《优士丁尼法典》首篇第1条进行了“曲解”式的解释，牵强附会地引申出了关乎国际私法的结论，即法律有

[10] 例如，前引〔9〕，丁伟文；许庆坤：《我国民法地域效力立法之检讨——以〈中华人民共和国民法通则〉第8条第1款为中心》，《法商研究》2015年第5期。

[11] See Friedrich K. Juenger, *Choice of Law and Multistate Justice*, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, pp. 11 - 12.

它自身的适用范围,法律冲突问题可通过认定法律的适用范围而得到解决。^[12]中世纪罗马法研究的集大成者、评论法学派代表人物巴托鲁斯(Bartolus)在对《学说汇纂》第1篇第3章第32条和《优士丁尼法典》第1篇第1章第1条及相关前辈注释的长篇评注中,完整提出了法则区别说的方法论基础,以两个基础问题作为国际私法的逻辑起点:一是本城邦的法律能否适用于外城邦的居民;二是本城邦的法律是否具有域外效力。为了回答这两个问题,巴托鲁斯在其评论中尽管提出来诸多双边冲突规则的雏形,但整个法则区别学说主要还是从法则的性质出发,区分人法与物法两大类规则,并认定人法具有域外效力,而物法只具有域内效力。^[13]

从法律规则的性质出发探求其域内域外效力范围,当代学者称之为“单边方法”。^[14]单边方法探讨法律规则中隐含的适用范围,从表面上看是从规则出发的法律解释方法,但是,中世纪对于罗马法的注释法学方法和评注法学方法都不能被简单称为法律解释方法。作为注释法学派和评注法学派的产物,法则区别说也同样不能被称为民法的法律解释学方法。如果将法则区别说视为民法的法律解释学方法,视其为隶属于民法的一部分,这不仅是对法则区别说的误解,更是对罗马法复兴时代的法学方法论的误解。无论是《学说汇纂》第1篇第3章第32条还是《优士丁尼法典》第1篇第1章第1条,其实均非严格意义上的民法规则。法则区别说尽管标榜自己是对民法规则的适用范围的探讨,但注释法学家和评论法学家并没有在其他的罗马法规则注释中论及国际私法问题,可见法则区别说本质上无关于罗马法的民法规则。

欧洲大陆的民法在经历罗马法复兴之后,又经历了人文主义和理性自然法的洗礼。但在历史法学派和法律科学观念登场之前,法则区别学说一直占据国际私法的主导地位,而且关于法则的区分方法也越来越形式主义,^[15]更加远离了对民法丰富的具体规则的分析。法则区分方法试图用极为简单的分类方法,探讨日渐庞大和复杂的民法体系的适用范围,注定是要失败的。但究其失败原因,多大程度上因其未尝和民法实现真正交融,确是值得深思。

(二) 法律关系本座说——法律科学时代

法律关系本座说作为近现代国际私法的奠基理论,自19世纪中叶以来全面取代了法则区别说,至今仍是大陆法系国际私法的思想基础。法律关系本座说对应于民法的法律科学时代,两者不仅是一种时间上的对应关系,而且有着诸多方面的深层联结。

法律关系本座说和法律科学的奠基者,均为德国法学家萨维尼。为反对法国革命的、理性自然法的法学风格,萨维尼主张法律是民族历史有机发展的产物,号召学者深入研究历史中的法律,从历史素材中抽取被反复验证的法律规则,从每个时代的个别的法律中,去发现超越特定时代的更为一般的规则,当前法律因之得以重述,法律体系也由来自于历史深处的原则和规则重构而成。^[16]历史法学派认为他们并非简单地重述历史,而是以批判

[12] 前引[11], Juenger书,第14页。

[13] See Bartolo, *Bartolo on the Conflict of Laws*, Translated by J. A. C. Smith, 14 Am. J. Legal Hist. 157 (1970).

[14] See Frank Vischer, *General Course on Private International Law*, 232 Recueil des cours 36-37 (1992).

[15] See Hessel E. Yntema, *The Historical Bases of Private International Law*, 1 Am. J. Comp. L. 304 (1953).

[16] 关于萨维尼对历史法学提纲挈领的总结,见[德]萨维尼:《当代罗马法体系I》前言,朱虎译,中国法制出版社2010年版,第1页以下。

性思维，利用抽象的概念方法和体系化方法，探索不同历史时期的法律的有机联系，并将不同时期的历史片段整合为超越历史的法学体系。^[17]以概念主义的、体系化的方法，从法学或法律的历史素材中去发现更为一般的超越历史的法律原则和法律规则，这便是法律科学的本质特征。历史法学反对法典化，却从方法论上和规则体系上为德国民法典作了充分准备，可说是法学史上令人惊叹不已的悖论。

萨维尼终结了法则区别说的传统，实现了“国际私法历史上的哥白尼革命”。^[18]但从他自身学术发展的脉络来看，他在晚年将其成熟的法律科学思想和现代民法体系注入国际私法，催生了国际私法的创新思想，整个过程却又那么顺理成章。萨维尼的民法体系和国际私法体系在两个大方面是一脉相承的：第一，法律关系本座说致力于为每一个法律关系构建双边冲突规范，而这些法律关系与民法理论体系中的法律关系完全一致，冲突规范和民事实体规范同享一个概念体系，因而国际私法体系可谓民法体系的一部分。第二，构建冲突规范，实现法律关系的场所化，关键在于对法律关系的本座的认定。而萨维尼几乎纯粹是从具体法律关系的民法性质出发的，其中可能涉及的国家利益、社会政策或国际礼让几乎在所不问。这不仅加深了国际私法与民法的有机联系，而且使国际私法从形式上也成为法律科学的一部分。

例如，在法则区别说时代，动产物权规则或继承规则是人法规则还是物法规则，是否具有域外效力，一直是争论不休的问题。但在萨维尼的国际私法体系中，这些问题都迎刃而解了。动产物权规则反映了物权法律关系，物权的对世属性和公示原则，要求动产物权和不动产物权一样，都适用物之所在地法，^[19]一举解决了动产物权属于人法还是物法的体系之争。同理，继承规则反映了继承法律关系，继承法律关系与被继承人的人格、意志紧密相连，因而应适用被继承人的属人法，这同样不仅结束了继承在法则区别说中的体系之争，也结束了继承应适用物之所在地法还是属人法的争议。^[20]由上述两例可知，在萨维尼开辟的国际私法传统中，国际私法并不需要构建独立于民法的体系，而连接点的取舍或决定，只需从民事法律关系的内在性质出发，无需探讨外在的社会、经济或国际政策。

在以巴托鲁斯为代表的评注法学派那里，关于国际私法的那部分评注和对罗马法的其他评注，两者的内容在本质上是相互割裂的，国际私法与民法也就并无真正关联。但萨维尼无论是在体系上还是在法律科学的方法论上，均将国际私法融入了民法之中，国际私法自此成了民法体系的一部分。然而，无论法律科学如何寻求超越于历史，罗马法都构成了现代民法的历史基础。因此，萨维尼的民法体系拥有罗马法的历史基础，而其国际私法体系则不然，后者更多源于萨维尼的理性建构。同时，民事实体规则是直接规定当事人权利义务的直接规则，冲突规则是一种间接规则，两者在内容上无法直接融合。因此，在萨维尼的学说体系中，国际私法与民法的体系融合，远甚于规则内容的融合。

[17] See J. H. Merryman and Rogelio Perez-Perdomo, *The Civil Law Tradition*, 3rd ed., 2007, pp. 32 - 33.

[18] 参见前引 [11], Juenger 书, 第 35 页。

[19] 参见 [德] 萨维尼:《法律冲突与法律规则的地域和时间范围》, 李双元等译, 法律出版社 1999 年版, 第 93 页以下。

[20] 同上书, 第 165 页以下。

（三）政府利益分析说——法律现实主义时代

在国际私法历史上，有过三次剧烈的思想变革，每次变革均带来了国际私法方法论的革新。第一次变革催生了法则区别说，与复兴罗马法的注释学派和评注学派相对应；第二次变革催生了法律关系本座说，与民法的法律科学相对应；第三次变革史称“美国冲突法革命”，代表性学说为柯里的政府利益分析说，与美国的现实主义法学思潮相对应。从表面上看，前两次思想变革和民法紧密相连，而第三次思想变革发生在美国这一普通法世界，与民法并无直接关联。然而，美国冲突法革命的影响波及全球，只要大陆法系国家的国际私法在一定程度上接受美国学说，我们就需要正视美国学说对国际私法与民法两者关系可能带来的影响。

正如概念法学和法律科学运动塑造了德国法学风格，法律现实主义也塑造了美国法学风格，对美国法学产生了全面和深刻的影响，国际私法即为范例。美国传统冲突法以冲突规则为主体，成为法律现实主义批判传统法学的绝佳标本。法律现实主义批评冲突规范是一种先验的、形而上的规则，不问个案的适用结果和结果的公正与否；在司法现实中，真正决定个案结果的不是法官表面上适用的抽象规则，而是另有其他决定因素，法学的使命就是寻找其中真正的决定因素。^[21]对于政府利益分析说而言，决定涉外案件法律适用的决定因素不是冲突规范，而是相互冲突的实体规则所显现的立法政策以及在实现该立法政策时相关国家或地区所具有的利益。当两个国家在法律适用上均有政府利益，法院应适用法院地法；当只有一个国家在法律适用上有政府利益，则应适用该国法律。^[22]如同法则区别说，政府利益分析方法也是以相互冲突的实体规则为逻辑起点的，因而被称为“新单边方法”。^[23]

尽管美国没有一个州会完全依赖政府利益分析方法，但它已深入美国冲突法的骨髓。政府利益分析方法摒弃双边冲突规范，摒弃法律关系、法律概念和连接点，正和归入概念法学、法律科学阵营的多边主义方法适成相反的两个极端。概念法学和法律科学是大陆法系的民法或民法典和国际私法的共同纽带，一个国家的国际私法越多采用政府利益分析方法，就越是松开了国际私法和民法或民法典的纽带，国际私法和民法或民法典的距离也就越远。柯里坦言，美国冲突法承继欧洲大陆过多，大陆法学风格过浓，政府利益分析方法就是要将美国冲突法从欧洲大陆的法学风格中解放出来，使之重回普通法的怀抱。^[24]柯里进一步声称，政府利益分析方法本质上是一种法律解释方法，尽管可能透过判例法方法构建有限的法律适用规则，但它主要还是建立在个案分析的基础之上，并非用以发展一般的、抽象的、普遍的法律适用规则。^[25]这样的普通法方法，无疑使国际私法和民法或民法典渐行渐远。

（四）历史关联之小结

迄今为止，法则区别说、法律关系本座说和以政府利益分析说为代表的美国冲突法革

[21] 新近关于美国法律现实主义的综合分析，See Frederick Schauer, *Thinking Like a Lawyer: An Introduction to Legal Reasoning*, Harvard University Press, 2009, pp. 124 - 143.

[22] See Brainerd Currie, *Selected Essays on the Conflict of Laws*, Duke University Press, 1963, pp. 188 - 190.

[23] 参见前引〔11〕，Juenger书，第98页。

[24] 柯里对Hill教授的回应文中，反复申明这一点。参见前引〔22〕，Currie书，第627页。

[25] 参见前引〔22〕，Currie书，第627页。

命思想，构成国际私法的思想基础或方法论基础。三者之中，只有法律关系本座说和民法具有深度关联，法则区别说和民法只有极为表层的联系，而政府利益分析说则和民法几乎没有关联。在大陆法系国家，法则区别说早已退出历史舞台，法律关系本座说占据统治地位，因而会给人一种强烈的错觉，似乎国际私法和民法天然就属于同一个私法体系。但是，从国际私法整个历史来看，从两大法系的全局来看，国际私法和民法并不必然相关。国际私法是在解决民法的法律冲突问题，从形式上就有别于民法问题，因而完全可以从民法之外来发展其思想基础和方法论，政府利益分析说即是如此。

三、现实立法的关联模式

在现今各国法律体系中，国际私法和民法典之间存在多种关联模式。不同的关联模式自然受到了纯粹理论的影响，但也受制于一国民法典立法或国际私法立法的时代条件和特殊国情。

（一）置于民法典总则中（总则模式）

严格说来，只有在采取潘德克顿模式的民法体系或民法典中，才有“总则”。潘德克顿模式之特色，在于从万千凌乱的个别事项中，抽象出简约的共同部分，以此从整体上涵摄所有细节，从而将复杂的外部世界，转化为一个易于认知和把握的法律体系。据此理念，民法典分为总则和分则，将分则中的共通部分抽取出来放置分则之前，即为总则。总则强调对分则的共通因素的抽取，其自身亦构成一微观体系。^[26]因此，诸多立法开篇常见的一般规定，若对其余各部分的共通因素抽取不完整，是不足以称之为总则的。当然，一般规定与总则的区别，许多时候仅仅是体系化程度的区别而已。国际私法无论是放在民法典的序编中，典型如法国民法典，抑或放在民法典的总则中，典型如葡萄牙民法典和我国澳门地区民法典，可一并以总则的理念加以观照，名之曰总则模式。

法国继意大利之后，成为法则区别学说之重镇。法国民法典序编中的第3条，从法则区别说出发规定了国际私法。^[27]依据法则区别学说，民法典需规定自身的地域效力范围，不同性质的民法规则具有不同的地域效力范围，因而法国民法典第3条规定了三类规则的地域效力范围，分别为第1款之强行规则，第2款之不动产物法规则和第3款之人法规则。如前所述，民法规则一般并不含有地域效力范围的规定，也不能直接解释或推导出来，地域效力范围有赖于国际私法的特别建构。第3条关于强行法、不动产物法和人法之分类体系，乃是基于法则区别学说的基本分类，与法国民法典各编的体系关联并不明显，因其致力于为法典规定地域效力范围，所以被安排在序编之中。然而，这正好反映了法则区别说的根本缺陷，因为强行法、不动产法和人法之分类，充其量只涵盖了民法典的部分内容，诸如合同、侵权和动产规则的地域效力范围，均付之阙如。法国其后并未制定国际私法单行法，而是由法院依据多边主义方法发展出了一个国际私法的判例法体系，弥补了第3条所留下的

[26] 参见〔日〕山本敬三：《民法讲义：总则》，解亘译，北京大学出版社2004年版，第15页以下。

[27] 法国民法典第3条规定：“有关公共治安的法律，对住在法国领土上的所有人均具有强制力。不动产，即使属外国人所有，仍适用法国法律。有关人之身份与能力的法律，适用于全体法国人，即使其居住在外外国亦同。”见前引〔3〕，罗结珍译《法国民法典》上册，第9页。

巨大真空。^[28]

法则区别学说拘泥于民法的地域效力范围问题，分类方法又过于简单粗劣，无法涵盖民法的全部领域，无法与各编建立起相互呼应的有机联系，此正如法国民法典的第3条。这部伟大的法典开辟了民法典新纪元，有关国际私法问题却固守一种老旧濒死的方法，实在令人遗憾。当今各国无论怎样看待国际私法和民法典的关系，都不可能再采用法国模式了。那么，当多边方法取代了法则区别方法之后，是否就可以顺理成章地在民法典的总则中规定国际私法呢？西班牙民法典和葡萄牙民法典等就是循此思路，在其序编或总则中以多边方法较为详尽地规定了国际私法。^[29] 民法典序编或总则中的国际私法，一旦采用多边方法，其逻辑起点就不在于规定民法的地域效力范围，而是民法典与他国民法的法律冲突问题，或者说是涉外法律关系的法律适用问题。从立法技术上看，其主体内容就是为每一类法律关系逐一规定法律适用规则。

以继受葡萄牙民法典的我国澳门民法典为例，其共分五卷，第一卷为总则，总则第一编第三章即为国际私法之规定，共计50条，约占总则390条之八分之一。^[30] 第三章除国际私法的一般规定之外，大部分为冲突规范之规定（共计39条），内容分别为：属人法、规范法律行为之法律、规范债之法律、规范物之法律、规范亲属关系之法律、规范事实婚之法律以及规范继承之法律，结构和体系紧扣澳门民法典的总则和其余四卷内容，国际私法规则和民法典实体规则同享一个概念体系。从形式上看，国际私法构成民法典之一部分，总则模式并无不妥。然而，究其实质，将国际私法放置民法典总则中，将会引发两大不协调之处：其一为内容上之不协调，尽管冲突规则和民法典的实体规则共享同一概念体系，但一为直接规则，一为间接规则；其二为体系上之不协调，除了冲突规则，总则规则一般是由分则规则抽取出来的共通因素，逻辑上应该涵摄分则规则，但冲突规则和分则中的实体规则是平行展开的，冲突规则并不能涵摄分则中的实体规则，不符合总则的属性和功能。

（二）置于民法典分则中（分则模式）

将国际私法规定在民法典分则中，典型为俄罗斯以及独联体国家的民法典。俄罗斯民法典共分七编，国际私法作为独立的第六编，内含三章共计39条。^[31] 与其他分则编相比，国际私法编的篇幅最短。将国际私法置于民法典分则中，乃是认定国际私法是民法典体系不可分割的一部分，同时认识到国际私法并非单单规定民法典实体规则的地域效力范围，而是主要规定涉外民事关系的法律适用问题，与实体规则乃属并列关系，因而应当规定在分则中。

成文国际私法都以多边主义为主导方法，这是由国际私法自身历史发展所决定的。采用总则模式时，国际私法的法律关系的概念体系需要最大限度地对应分则的概念体系，以便尽量使总则中的国际私法规范覆盖所有分则内容。相比之下，采用分则模式时，国际私法和分则其他各编处于平行关系，国际私法自身的体系安排则相对更为自由。俄罗斯民法

[28] 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22页。

[29] 参见《西班牙民法典》，潘灯、马琴译，中国政法大学出版社2013年版，第7页以下；前引[2]，唐晓晴等译《葡萄牙民法典》，第7页以下。

[30] 参见前引[2]，《澳门民法典》，第6页以下。

[31] 参见前引[5]，黄道秀译《俄罗斯联邦民法典》，第411页以下。

典第六编除国际私法的一般规定之外，冲突规则分为“确定法律地位时应适用的法”以及“对财产关系和人身非财产关系应适用的法”两章，与分则的实体各编几无对应关系。分则模式中国际私法不必亦步亦趋地采用其他各编的概念体系，相对享有更多的体系自由，这无疑便于国际私法根据自身特点，更为灵活地制定冲突规范，甚至为实体分则中所没有规定的法律关系制定冲突规范。^[32]

尽管分则模式赋予国际私法在体系上或立法技术上更大的自由，但国际私法与其余各编毕竟共处一部民法典中，仍需兼顾整部民法典的体系协调问题。仍以俄罗斯民法典为例，其第七编知识产权的制定时间晚于第六编国际私法，^[33]因而第六编并未包含涉外知识产权的法律适用问题，但除此之外，第六编尽管在体系名称和结构上不同于其他分则各编，在实质内容上却大体规定了其他分则各编的法律关系的准据法。因为整部法典并未规定婚姻与家庭法，第六编也只好忽略涉外婚姻家庭的法律适用问题。俄罗斯若是采用独立国际私法立法模式，缺乏婚姻家庭部分就是难以想象的。然而，尽管第六编与其他分则各编在体系上保持了协调，但是第六编与第一编总则的关系仍然不如其他分则各编与总则之间那么具有紧密的关联。总则大体上仍可视为由分则各编的共同因素抽取而成，但第六编似乎并不在抽取之列。第六编相对于总则的独立性，远高于其他分则各编。从这个意义上说，将国际私法置于民法典分则中的分则模式在一定程度上消弱了整部法典的体系化程度。

（三）置于民法典的附属立法中（附属模式）

民法典的顺利实施，离不开众多辅助性的“杂项条款”，主要包括新旧法的过渡规则、联邦法与地方法的关系规则、民法典与相邻法律部门的关系规则等。这些帮助民法典顺利运行的附属规则，篇幅至少占据民法典的一章，无论是作为总则还是分则加以规定，都会使民法典体系趋于臃肿或散漫，因而常见的立法方式是将其制定为民法典施行法，或作为末章置于民法典的最后，其中民法典施行法相对独立于民法典。将国际私法置于民法典施行法这一附属立法中，德国为其代表。在集中酝酿德国民法典的近二十年里，对于民法典是否应当包含以及如何包含国际私法的问题，经历了一波三折的发展：在最初的民法典草案中，国际私法被安排在总则中，后作为草案的第六编，因遭当时德国外交部反对而被驱离民法典，最后才被置于民法典施行法中，与民法典同时生效。^[34]

在德国民法典立法过程中，国际私法与民法典的分合多变，正是两者关系复杂难解的生动诠释。在萨维尼的理论体系中，国际私法是其巨著《当代罗马法体系》的最后一卷，国际私法成为民法体系中不可分割的一部分。萨维尼的学术影响至深且巨，草案一开始就包括了国际私法，似乎理所应当。但是，民法典采用严格的体系化方法，而无论是总则模式还是分则模式，在体系安排上总会顾此失彼，难尽人意。德国民法典起草之初游移于总则模式与分则模式之间，似乎无可避免。其后，德国外交部提出重要论点，认为国际私法

[32] 当然，在分则模式下，国际私法只能在局部偏离民法典的概念体系。以俄罗斯民法典为例，其第六编“国际私法”第1207条规定了船舶、航空器、航天器的物权法律适用的特殊规则，但第二编“所有权和其他物权”中并无相应的特别规定；第六编第1222条规定了不正当竞争侵权的法律适用规则，但第四编“债的种类”中并无不正当竞争的相关规定。

[33] 第六编于2001年通过，第七编于2006年通过。参见前引[5]，黄道秀译《俄罗斯联邦民法典》，第10页，第14页。

[34] 参见杜涛：《德国国际私法：理论、方法和立法的变迁》，法律出版社2006年版，第189页以下。

并非完全意义上的私法，而是介于私法和国际法之间，如完全以私法的立场制定国际私法，就不能给外交部门和未来法律在处理国与国之间的私法关系时留下足够灵活的空间。^[35] 德国外交部更多从实践立场据理力争，不可谓全无道理。

将国际私法规定在民法典施行法中，便还是承认国际私法是民法体系之一部分，国际私法仍需遵行民法典的概念体系和法律关系的分类体系。德国民法典施行法中的国际私法，除一般规定之外，法律适用规则的体系安排也大体呼应了民法典的概念体系和法律关系的分类体系。^[36] 从形式上看，附属模式非常类似于分则模式。但是，附属模式具有两个严重的弊端：第一，施行法本是规定民法典如何实施的辅助性规则，本身并无逻辑体系和独立的价值追求，离开民法典即无独立存在的价值，但国际私法却有自身的逻辑体系和价值追求，即使独立于民法典也可存在。将国际私法视同诸如新旧法过渡的辅助性规则，无论如何是不恰当的。第二，施行法从民法典出发，为民法典而存在，为了名实相符，施行法中的国际私法规则一改之前草案的双边冲突规范模式，更多采用了单边冲突规范模式，即狭隘地规定何种情况下使用德国民法典，这无疑违逆了萨维尼开创的多边主义传统。其后历经修订，原有单边冲突规范逐步被双边化，但施行法中的国际私法规则也便名实不符。^[37]

（四）独立立法（独立模式）

部分国家或许不满足于上述三种模式，直接斩断了民法典和国际私法的形式联系，或制定单行国际私法法规，范围限于法律适用问题，或制定综合的国际私法法典，包括法律适用以及管辖权、判决的承认与执行等程序事项。上述两者均独立于民法典，可谓之独立模式。瑞士关于国际私法的联邦法是法典式独立立法的代表，范围涵盖五大事项：管辖权、法律适用、判决的承认与执行、破产及和解、仲裁，其中法律适用部分或许与民法典有关，其他部分与民法典就几乎无甚关系了。因此，仅规定法律适用部分的单行国际私法立法，或许仍有可能被视为民法典之外的民事特别法，包含在广义的民法体系中，但如同瑞士关于国际私法的联邦法，则无论如何不能被视为广义的民法体系的一部分了。

瑞士关于国际私法的联邦法的法律适用部分，仍以多边冲突规则为主，其中自然人（第2章）、婚姻法（第3章）、亲子关系（第4章）、监护与其他保护措施（第5章）、继承（第6章）、物权（第7章）、债权（第9章）诸章中的法律概念或法律关系的分类体系，大致对应于瑞士民法典的法律概念或法律关系的分类体系，但知识产权（第8章）、信托（第9a章）、公司法（第10章）则超越了瑞士民法典的概念体系。^[38] 相比之下，无论是总则模式、分则模式还是附属模式，国际私法的概念体系或法律关系的分类体系大致都受民法典较强的约束，两者基本上保持了一致，国际私法若要涵盖民法典未加规定的一大类法律关系，几乎不大可能。在独立模式之中，冲突规则的概念体系和法律关系的分类体系失去了民法典的直接约束，无论是细节还是大的法律分类，均可突破民法典的体系限制而独

[35] 参见前引[34]，杜涛书，第190页。

[36] 受欧盟统一国际私法的影响，德国国际私法的法律关系的概念体系偏离民法典的情形逐渐增多。例如，民法典施行法第五节“非合同之债”、第46条关于环境侵害、消费者保护和强制保险合同等概念，直接建立在对应的欧盟法上，而非建立在民法典的基础之上。参见前引[4]，《外国国际私法立法精选》，第13页，第15页以下。

[37] 参见前引[34]，杜涛书，第195页。

[38] 参见《瑞士民法典》，于海涌、赵希璇译，法律出版社2016版。

辟蹊径，瑞士关于国际私法的联邦法即为如此。^[39]

在独立模式中，民法典再无必要去规定自身的空间效力范围问题，而完全可以交诸独立立法的国际私法。新近全国人大法制工作委员会作了民法总则草案的说明，并未提及将国际私法纳入民法典之中，我国国际私法未来很有可能采用独立立法模式。但草案第12条继续沿袭民法通则第8条第1款之规定：“在中华人民共和国领域内的民事活动，适用中华人民共和国法律，中华人民共和国法律另有规定的除外。”^[40]如果案件不含涉外因素，自然应当适用中国法律，这是主权原则的应有之义，但如果案件含有涉外因素，则应依据我国国际私法决定其准据法。我国领域内的民事活动，既可能含有涉外因素，也可能不含有涉外因素，如是后者，适用中国法而无需规定；如是前者，就应依据国际私法，最后可能适用中国法，也可能适用外国法。草案第12条先直接规定适用中国法，再规定适用外国法为除外情形，这岂非徒然增加逻辑反复和混乱？

再者，中华人民共和国领域外的民事活动，只要我国法院有管辖权，就同样面临法律适用问题，草案第12条为什么只规定中国领域内的民事活动，而不规定中国领域外的民事活动？上述对草案第12条的质疑，正暴露了它作为一条总括性的单边冲突规范所具有的根本缺陷。自从多边主义方法占据主导地位以来，单边方法所提出的法的地域效力范围问题其实就不再重要了。因为根据多边主义理念，各国民法依据国际私法规则都是可以“交换”适用的，问题主要不在于法律的地域效力范围是什么，而是涉外民事法律关系应当适用哪个法律。各国民法或民法典频繁交换适用，导致各自的地域效力范围犬牙交错，你中有我，我中有你，这正是全球化时代各国民事交往和法律适用的图景。在独立模式下，民法典既然不再全面规定多边冲突规范，也就不必画蛇添足地再去规定一条总括性的单边冲突规范，唯一合理的方法，就是将自身的空间效力问题，以及更为重要的涉外民事关系的法律适用问题，一并交予独立立法的国际私法。

四、体系兼容问题

上文已多处涉及不同立法模式下国际私法和民法典的体系兼容问题，但囿于不同模式的具体情境，尤其囿于不同模式的典范性立法的特殊条件，尚未能全面分析国际私法和民法典的体系兼容问题。在对四种模式逐一进行描述和分析时，可以发现每种模式在体系兼容上均有不足，如果不能超越具体模式，从更高层面上对国际私法与民法典的体系兼容问题作一般性地分析，便无从判断哪种模式相对更优，哪种模式更切合中国国情。国际私法和民法典的体系兼容问题，有无数细节问题需要讨论，下文重点分析四种模式共同面临的四个主要问题。

[39] 瑞士关于国际私法的联邦法的知识产权、信托和公司诸章，整体上都超越了瑞士民法典的概念体系。再以物权部分为例，瑞士民法典依次主要规定了土地所有权、动产所有权、役权及土地负担、不动产担保和动产担保等，而关于国际私法的联邦法的物权法律适用则依次规定了动产、文化财产、不动产、运输中的物、所有权保留、权利质押、代表货物的证券、运输工具。两相对比，可见国际私法的概念体系在诸多细节上突破了民法典。

[40] 参见2016年6月27日《中华人民共和国民法总则（草案）》。

（一）法律关系的概念体系

近现代以来的成文国际私法立法，无疑是以萨维尼开创的多边主义方法为基石。早先的法则区别说不足以成为成文国际私法的基础，法国民法典中国际私法立法的失败就足可证明，而政府利益分析说等美国冲突法革命学说，本身就反对国际私法的成文立法，更不足为成文立法之基础。多边主义方法的核心，就是为每一类法律关系构建合理的冲突规则，因此，多边主义方法展开的前提，需要一个法律关系的概念体系。离开法律关系的概念体系，就没有多边主义方法可言，而且，法律关系的概念体系如缺乏足够证明，在此基础上的冲突规则同样会失去正当性。国际私法赖以基石的法律关系的概念体系，并非由国际私法独立建构而成，而是直接来源于民法。其中影响最大者，便是德国法律科学所建构的民法体系中的法律关系的概念体系。多边主义方法之所以成功，很大程度上是因为民法的概念体系的建构是成功的。

国际私法直接采用民法的法律关系的概念，无需特别证明；但是，如果偏离民法的概念体系，就需要进行特别论证了。民法自身的概念体系一旦发生变化，就同样给国际私法提出变革要求。时至今日，综观各成文国际私法，诸如人（包括自然人和法人）、物权、债权（包括合同、侵权、无因管理和不当得利）、婚姻、家庭和继承等，仍与民法典的概念体系基本保持一致。在上述大类别的法律关系之下，国际私法也发展出了一些独特的分类，获得了普遍承认，初步可以总结如下：第一，在民法中，物权一般下分所有权、用益物权和担保物权，但在国际私法中，物权一般从不动产和动产的区分开始。^[41]第二，关于合同，国际私法在适用特征履行方法时，以买卖合同和服务提供合同为基本分类，而不以民法典中的多个类型化合同为基础。^[42]第三，国际私法在构建特殊侵权的冲突规则时，对特殊性之认定，并不以民法典中的“侵权一般条款”为基础，而是以是否应当偏离适用侵权行为地法为判断标准。^[43]第四，即使民法典不规定独立的“一般人格权”，国际私法也倾向于单独规定人格权的冲突规则。^[44]

20世纪中叶以来，民法典体系自身也面临许多挑战，部分原属于或应当属于民法典支配范围的法律关系，脱离了民法典而被规定在单行的民事特别法中。民事特别法构成了民法典之外的微观法律体系，价值论上强调社会的、政策的、政治经济的考量，与传统民法典基于自由主义、个人主义的思想基础格格不入，因而与民法典在体系上无法兼容。^[45]20世纪中叶以来，国际私法一如特别民法，大量冲突规则融入了社会的、政策的和政治经济

[41] 如我国涉外民事关系法律适用法第五章“物权”。

[42] 我国涉外合同的法律适用规则长期建立在多个类型化合同的基础之上，尽管类型化的方法不同于合同法。但涉外民事关系法律适用法颁布之后，根据第41条，特征履行方法似乎不再建立在多个类型化合同的基础之上。

[43] 例如，我国侵权责任法所规定的医疗损害、高度危险责任、物件损害等，在涉外民事关系法律适用法中并无相应的冲突规则。相反，涉外民事关系法律适用法第46条规定了人格权侵权的特殊规定，但侵权责任法却视之为普通侵权。

[44] 例如，涉外民事关系法律适用法除了在第46条规定了人格权侵权的冲突规则之外，还在第15条规定了“人格权”内容的冲突规则。关于一般人格权与民法体系之关联，参见薛军：《揭开“一般人格权”的面纱——兼论比较法研究中的“体系意识”》，《比较法研究》2008年第5期，第25页以下。

[45] 参见前引〔17〕，Merryman等书，第152页。

的考量,从价值中立走向了实体取向。^[46]但是,实体取向的多边冲突规则无非是连接点的规定方式发生了变化,而多边主义的思想基础未变,法律关系的概念体系也未受影响。民事特别法相对于民法典来说是异质的,两者的立法技术和价值基础有别,缺乏统一的基础,特别法很难通过再法典化进入民法典。相形之下,那些脱离了民法典的民事特别法领域,诸如劳动法律关系、消费合同法律关系和不正当竞争侵权等,仍可以毫无障碍地保留在国际私法体系中。^[47]

前述总则模式、分则模式和附属模式,都致力于维持国际私法和民法典的法律关系的概念体系的统一。成文国际私法如果脱离民法典的概念体系,历史基础和立法基础都将不复存在。美国冲突法革命学说不再致力于制定一般的、抽象的规则,而是彻底逃离民法的概念体系,依据政府利益分析说等,通过普通法方法,为细化而具体的问题逐一(issue by issue)寻求法律适用规则。^[48]美国国际私法学说对成文国际私法立法虽不乏借鉴意义,但美国抛弃体系化的方法,只能在普通法的背景中展开,而无法在成文法世界立足。如果成文国际私法脱离民法的概念体系,将陷于一片混乱。而且,不仅是多边冲突规则的形式合理性来源于法律关系的概念体系,其实质合理性在相当程度上也是如此。例如,物权法律适用之所以能够结束区别制而统一于物之所在地法,就是因为19世纪完整地提出了物权概念,物法定定的、公示的本质属性决定了物权应当统一适用物之所在地法。法典式的独立立法模式,将程序事项和法律适用事项混为一体,势必割裂民法和国际私法的概念体系的有机联系,实不足取。

(二)“法律行为”之取舍

在国际私法与民法典的体系兼容问题上,有一体系性概念需要特别讨论,那就是“法律行为”。私法自治是现代民法典的逻辑基础,而实现私法自治的基本工具,便是法律行为。法律行为是民法总则的核心概念,亦由合同行为、债权转让、所有权移转、婚姻缔结和遗嘱设立等分则编中的基本行为类型抽象而成。国际私法的概念体系以民法的概念体系为基础,似乎不能放弃法律行为这一民法典的核心概念,否则,国际私法中合同、物权、婚姻、遗嘱等各部分,是否也将面临体系崩解的危险?正是基于法律行为在民法典中的独特地位,许多国家或地区的国际私法直接规定了法律行为的准据法规则,如采用总则模式的我国澳门国际私法和采用附属模式的德国国际私法。^[49]

然而,民法典规定法律行为与国际私法规定法律行为,其效果完全不同。法律行为是一抽象概念,民法典一般将各具体法律行为的共通因素(主要是法律行为的核心要素即意思表示以及意思表示的法律效果)规定在总则中,借此实现对各编分则的“统率”。但在国际私法中,各具体法律行为所形成的法律关系,很难抽取出法律适用上的共通因素,尽管有很多尝试,但规定的意义极为有限。首先,各具体法律行为的实质方面的法律适用,诸如合同、债权转让、结婚、遗嘱等,彼此具有根本差异,不可能实现统一,因此诸如德国

[46] 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133页以下。

[47] 如涉外民事关系法律适用法第42条对消费者合同的规定、第43条对劳动合同的规定。

[48] 参见[美]西蒙尼德斯:《20世纪末的国际私法——进步还是退步?》,宋晓译,载梁慧星主编:《民商法论丛》总第24卷,金桥文化出版(香港)有限公司2002年版,第377页。

[49] 参见我国澳门民法典第34条和第35条;德国民法典施行法第11条。

国际私法，干脆放弃对法律行为的实质问题的规定，而我国澳门民法典抽取了法律行为的实质方面的一小侧面，即“法律行为的意思表示”，为之制定了冲突规则，但其内容也是适用具体法律行为实质方面的准据法，因此还不如完全并入具体法律行为的实质问题的法律适用规则中。^[50]其次，诸如德国和我国澳门地区，都试图统一规定法律行为的形式方面的法律适用规则，但德国规则仍按照具体法律行为类型一分为四，体系上并未完成统一，而我国澳门国际私法似乎在此方面完成了统一规定，但却抹杀了不同法律行为的行为方式的法律适用差异，也是得不偿失。^[51]

法律行为是私法自治的基本工具，私法自治是民法典核心价值之所在，但私法自治却非国际私法的核心价值。国际私法旨在消除各法律体系间的法律冲突，确定各法律关系的法律适用。尽管当代各国国际私法受私法自治观念的影响，普遍扩展当事人意思自治的法律选择的空间，但是涉外民事关系的法律适用，根本上仍是法定的，而非像法律行为制度那样，法定内容主要由当事人的意定内容转化而来，法律行为制度在民法中和国际私法中的根本差别即在于此。民法典的体系建构离不开法律行为制度，而国际私法如效颦民法典却是多此一举。法律行为是民法典总则中之概念，分则模式当然无需规定法律行为的法律适用规则，但总则模式以及坚持以民法概念体系为基础的独立模式也应如此。我国涉外民事关系法律适用法并未规定统一的法律行为的法律适用规则，不管是有意抑或无意，均属明智之举。

（三）民商分立抑或合一

无论一国私法采用民商分立还是合一体制，并不影响商法在学理上的独立性，表面上也不会对民法规范或商法规范的实体内容产生实质影响，因而这似乎是一个纯粹的立法技术问题。但是，如果认为体系化是民法典编纂的核心问题之一，而且民商分立抑或合一关乎法律科学的发展，那么该问题就不能等闲视之了。从民国迄今，我国自认走上了民商合一的道路，但如何实质展现民商合一的立法技术，民法典如何有效吸收商法内容，依然纷争不穷。^[52]民商分立抑或合一，直接影响了国际私法的立法格局。例如，我国澳门地区民商分立，澳门民法典中的国际私法就没有包含商事国际私法；德国亦是民商分立的典型国家，民法典施行法中的国际私法也几乎没有包含商事国际私法的内容，诸如票据的法律适用问题规定在德国票据法中，国际破产法律适用问题规定在破产法中。^[53]瑞士是典型的民商合一国家，其独立的国际私法立法几乎囊括了所有商事国际私法的内容，包括公司、信托和破产等。^[54]

无论是总则模式、分则模式抑或附属模式，如果所在国采用民商分立模式，为了维护体系协调，国际私法也一般被迫民商分立。但是，如果采用民商合一模式，那些商事特别法，诸如票据法、海商法、破产法中的国际私法规则，是应保留在商事特别法中呢，还是

[50] 参见我国澳门民法典第34条。

[51] 例如，涉外民事关系法律适用法第22条、第32条对结婚和遗嘱的形式要件的法律适用作出不同规定，但根据我国澳门民法典第35条之规定，就不能再细化区分了。

[52] 参见王利明：《民商合一体例下我国民法典总则的制定》，《法商研究》2015年第4期，第3页以下。

[53] 参见前引〔4〕，《外国国际私法立法精选》，第19页以下。

[54] 同上书，第143页以下。

应并入统一的国际私法立法中?^[55] 商法区别于民法的法理基础, 主要包括两个方面: 其一, 商法尽管强调商人自治, 但对于法律行为成立与否的判断, 更多基于法律行为的外观和形式, 而民法却努力探求当事人的“真实意思表示”。^[56] 其二, 在规定意思自治的补充规则时, 民法更多考虑了双方当事人之间的公平, 而商法则更多考虑交易的效率和安全, 更多顾及行业惯例和当事人之间的交易惯例。^[57] 民商有别的这两个基础理由, 似乎并不能迁延到国际私法中。国际私法旨在解决具体法律关系的法律适用问题, 如果具体民事关系和商事关系在本质上同属一个法律关系, 就没有民商分立的必要。至于意思表示的判断与补充方法的区别, 是实体层面的区别, 逻辑上并不能直接作用于法律选择问题。

例如, 商事合同与民事合同在本质上均是合同法律关系, 国际私法从合同法律关系的性质出发, 允许当事人意思自治以决定合同的准据法, 当无意思自治时, 则一般适用特征履行方的住所地法, 这其中就不需要区分合同的民事或商事性质。只有当需要实现特殊的实体政策时, 例如保护消费者和劳动者, 才需要制定诸如消费合同和劳动合同的特殊法律选择规则。从国际私法角度出发, 商法的大部分领域尚不足以提出需要特别考虑的实体政策, 因而也无需制定特殊的法律适用规则。^[58] 因此, 站在国际私法层面, 民商天然就是合一的。在民商分立的国家, 国际私法为了大体系的协调, 也实行民商分立, 这虽无可厚非, 却严重损害了国际私法的民商合一性。在民商合一的私法体系中, 常有若干商事特别法, 如票据法、公司法和破产法等独立于民法典, 但国际私法仍应努力将商事法律关系并入民事法律关系中, 统一制定法律适用规则, 而不应放任商事特别法制定众多特殊的商事国际私法规则。^[59] 国际私法为此需要超越民商分立, 甚至需要超越民法去独立探求更高的民商合一之道。

(四) 识别体系之异同

多边冲突规则在结构上仍可视为由“行为模式”与“法律效果”两部分构成。但冲突规则的行为模式, 并非一般法律规则中常见的事实构成, 而是一个法律概念, 通常是反映具体法律关系的法律概念, 例如合同、侵权或动产物权等。具体国际私法案件究竟应适用哪条冲突规则, 首先需要解释冲突规范中的法律关系的概念。在最早构建冲突规则体系的萨维尼理论中, 国际私法与民法共享同一个法律关系的概念体系, 概念解释也自然是一致的, 因而两者具有相同的识别体系。法律科学理论认为, 民法的概念体系本质上是对科学的认识, 超越国界而具有普世属性。但现实远非如此, 两大法系之间自不必说, 即使大陆法系的各民法典之间, 民法的概念体系归根结底是国别的, 各国私法的概念体系的冲突在所难免。两国国际私法有相同的冲突规则和概念术语, 却可能有不同的解释内涵, 这就是国际私法识别冲突的形成根源。

[55] 我国票据法、海商法和民用航空法等均单独规定了相关的冲突规则。

[56] 参见 [法] 伊夫·居荣:《法国商法》第1卷, 罗结珍、赵海峰译, 法律出版社2004年版, 第8页以下。

[57] 同上书, 第9页以下。

[58] 各国国际私法普遍为票据制定了特殊的规则, 因票据之无因性特征, 既非适用合同的法律适用规则, 也非适用权利物权的法律适用规则, 而一般适用“行为地法”规则。

[59] 我国国际私法学界在起草涉外民事关系法律适用法建议稿时, 就进行了民商国际私法统一的努力, 可惜立法者最后放弃了。参见黄进主编:《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法建议稿及说明》, 中国人民大学出版社2011年版, 第10页以下。

一种观点认为,一国国际私法的概念体系,建立在该国民法的概念体系的基础之上,即使面临与他国的识别冲突,也应依据国内民法的概念体系来解释冲突规范中的法律概念,即依据法院地法进行识别。^[60]另一种相反的观点认为,如果当事人依据与案件有密切联系的外国法规则提出权利主张,那么对该外国法规则项下的权利主张的识别,如果仅依据法院地法,就会扭曲该外国法规则的本来面目和属性,因此应依据该外国法规则所属的法律体系而非依据法院地法进行识别。^[61]后者虽非主流观点,但它正确地认识到,国际私法毕竟是在调整涉外民商事法律关系,解决识别冲突需要在一定程度上超越国内民法的概念体系,兼顾国际情形。为此,有一种激进的理想主义观点认为,国际私法的识别难题,源于各国国际私法以本国实体法的概念体系为基础,因而国际私法应当依据比较法,创设自己的独立的概念体系,识别依此独立的概念体系在比较法的基础上进行。^[62]据此理论,国际私法就不宜以任何方式规定在民法典中了。

如能成功构建独立的识别体系,当能消除各国国际私法间的识别冲突,也能推动各国国际私法迈向真正统一,但它毕竟过于理想了,因为多边主义的国际私法自始建立在民法的概念体系的基础之上,迄今没有哪个国家的国际私法能在民法体系之外创设独立的国际私法的概念体系。即使国际私法能够创设独立的概念体系,除非其完全采用有别于民法的概念术语,否则只要术语相近或相同,法官在案件审理中不可能不受他更为谙熟的国内民法的概念体系的影响。然而,因为国际私法的涉外属性,识别问题在一定程度上确实需要超越国内民法的概念体系。许多国家正寻求一种有限的超越,这主要表现在两个方面:其一,国际私法立法中的少数概念,由国际私法在比较法基础上作出明确规定,从而有别于国内民法。^[63]其二,当事人依据外国法规则提出权利主张时,法官应主动“将此外国法的衣料放进本国法律体系的橱柜中”,^[64]这一过程离不开功能主义的比较法方法,识别结论有可能偏离国内法。因此,将国际私法规定在民法典中,不利于国际私法的识别体系在有限范围内超越本国民法的概念体系。

五、价值判断之关联

价值判断首先发生在立法环节。立法者对任何社会问题所作出的最终立法,本质上就是对该社会问题所面临的两种相反的价值判断所作出的最终取舍和平衡。19世纪曾经盛行一种法学观点,典型如法国民法典诞生时代,认为立法者既然已经完成价值判断,法官无需再进行价值判断,而只需将立法者的价值判断结果适用于具体案件就可以了。^[65]20世纪的法学发展批判了这种观点,普遍认为司法过程也同样充满价值判断,而且司法过程的价

[60] 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).

[61] 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页以下。

[62] 参见 [德] 拉贝尔:《识别问题》,薛童译,《比较法研究》2014年第4期,第151页以下。

[63] 例如,我国涉外民事关系法律适用法的扶养、信托等概念,普遍认为区别于民法的概念,而有独立的界定。

[64] 参见前引 [28], 巴蒂福尔等书,第404页以下。

[65] 参见前引 [17], Merryman 等书,第39页以下。

值判断更为复杂，不仅不限于还原立法者的价值判断过程，而且还需适度融入宪法或其他部门法的价值判断，甚至包括法律之外的社会伦理。^[66]因此，分析国际私法和民法典的关系，不可忽视两者在价值判断方面的关联，而这同样可以从立法和司法两个层面具体展开。

以多边主义方法为基础的国际私法立法，正是从每一类法律关系的民法属性出发来建构具体冲突规则的，因而传统冲突规则立法中的价值判断，大多直接顺延了民法的价值判断。潘德克顿风格的民法典常常自认是法律科学的表达，以技术化方法采取了价值中立的路线。但任何立法归根结底离不开价值判断，即使是以法律科学为基础的民法典，在价值判断方面，实际上奠基于个人自决原则，发扬了个人自由主义，无非是体系化和概念化的技术方法从形式上掩盖了价值判断的棱角和锋芒，致使民法典难以唤起普通民众的道德律令感。^[67]如今普遍认为，以法律科学为基础的民法典，本质上是以个人自由主义为价值基础。多边主义方法既然承袭了民法的价值判断，大多数冲突规则自然也反映了19世纪民法的个人自由主义的价值理念。

例如，以住所为连接点的属人法规则，赋予了当事人通过设置和改变自己的住所来决定自己属人法的自由；行为地法规则，诸如合同适用合同履行地法规则、结婚适用婚姻缔结地法规则等，不仅使行为的法律效果归于行为地，更是隐含了当事人拥有创设法律行为的自由并应对自己法律行为负责的理念；物之所在地法规则，同时适用于不动产和动产，直接反映了物权法定主义和物权的公示原则。这些都是国际私法和民法在价值判断上的相通之处。传统的多边冲突规则，如果不从民法角度去探求其立法的价值基础，那么很难发现它们在立法时的独立的价值基础。多边冲突规则体系表明，内国法和外国法基本处于平等地位，享有适用于个案的平等机会，其结果是各国法律交换适用，如同商品的自由交换，这与19世纪民法典所追求的自由竞争的经济理念何其吻合。^[68]

传统多边冲突规则尽管从根源上同享民法的价值基础，但冲突规范是以地理场所（诸如履行地、住所地）的连接点为最核心的构成要件，很难让人从这些地理概念上面发现其内含的价值判断。法律科学所建构的民法规则，从形式上掩盖或降低了立法时的价值判断，冲突规范则更有过之。在整个法律体系中，冲突规则的价值中立的程度似乎是最高的。当法官适用冲突规则时，冲突规则本身很难有效提醒法官去还原立法时的价值判断。如果法官无法直接通过规则的具体内容进行有效的价值判断，司法过程就易失去方向，结果公正性就无从保障。这可以说是传统冲突规则与生俱来的根本缺陷。美国冲突法革命对传统冲突规则的批评，最猛烈和最深刻之处就在于此。这些革命者认为，冲突规则迷失了价值判断，成了盲眼规则，它们草率指定的准据法又如何实现个案公正呢？所以应彻底抛弃冲突规则，重新开始。^[69]

[66] 这一主题在美国学者德沃金的著作中展现得最为充分。他的关于法律与道德的综合性论述，见 Ronald Dworkin, *Justice in Robes*, Harvard University Press, 2006, pp. 1-35.

[67] See Franz Wieacker, *A History of Private Law in Europe: with Particular Reference to Germany*, Translated By Tony Weir, Clarendon Press, 1995, p. 378.

[68] 参见前引[14]，Vischer文，第35页以下。

[69] 参见[美]卡弗斯：《法律选择问题批判》，宋晓译，载梁慧星主编：《民商法论丛》总第27卷，金桥文化出版（香港）有限公司2003年版，第418页以下。

美国传统的冲突规则体系借鉴自欧洲大陆，但因美国并无欧洲民法传统，难以从民法深处发现冲突规则的价值基础，于是冲突规则在美国就更加失去了价值判断的根基。柯里抛弃传统冲突法而提出的政府利益分析说，重心在于分析如若案件适用特定州或国家的法律，能否实现该州或该国法律背后的立法政策和利益，其间就进行了综合的价值判断，融合了宪法的、私法的和公法的价值判断，公开拒绝价值中立，崇尚内容导向和结果定向。^[70]以欧洲大陆的视角，美国之所以引发冲突法革命，固然源于传统冲突规则的弊端，但也部分因为美国缺乏欧洲大陆的民法传统，冲突法无法从民法中汲取营养，以致固有弊端更加严重，因而美国彻底否定传统冲突法的态度对于欧洲大陆来说无疑过于激进了。但美国的政策分析方法，特别是内容导向的新方法，却也深刻影响了欧洲大陆，促进了欧洲大陆对传统冲突规则体系的改造。于是，大量多边冲突规则不再采取单一连接点的形式，而是同时规定了多个连接点，或重叠适用，或选择适用，一改价值中立的形式，而趋向于内容定向和结果定向。

对于传统国际私法，一部民法典似乎足以为其提供充足的价值基础。但是，对于内容定向和结果定向的冲突规则而言，立法时的价值基础却需要超越民法典。内容定向和结果定向的冲突规则，例如促进法律行为有效的冲突规则，尚且可说与民法典的承认和保护法律行为的价值判断是一致的，但诸如保护劳动者、消费者、被扶养人等特定弱方当事人利益的冲突规则，其价值考量通常就不是来自于民法典，而是来自于民法典无法包容的民事特别法，或其他综合的社会、经济和伦理诸方面的价值判断。^[71]内容定向或结果定向的冲突规则，或采用选择适用的冲突规则，或采用重叠适用的冲突规则，或直接规定适用于特定当事人利益的冲突规则，其规则形式尽管仍然属于多边冲突规则，但较之传统的单一连接点的冲突规则，具有了鲜明的价值判断。在当代各国成文国际私法体系中，内容定向和结果定向的冲突规则的比例，已经超过了传统单一连接点的冲突规则。^[72]当民法典不足以为当代国际私法的立法提供充分的价值基础时，国际私法与民法典也就渐渐拉开了距离。

司法过程中的价值判断，最后需要由法官独自完成。如果法官不是投币机式机械的法律适用者，那么法官所有的能动和智慧就集中表现在个案审理过程中的价值判断。法官在司法过程中，不仅需要谙熟立法者的价值判断和取舍，而且需要融入因时代发展而不断提出的新的价值观念，以及需要协调部门法之间的价值分歧。后两者更加反映了司法的本质，对法官提出了更大的挑战。法官在具体个案中虽然只是适用了极为少数的具体规则，但就价值判断而言，法官所实现的个案正义，绝不仅仅是这些少数具体规则所要求实现的正义，而是整个法律体系所要求实现的正义，甚至是法律体系所寄生的那个时代和那个社会所要求实现的正义。^[73]总之，司法过程中的价值判断，需要法官超越具体的法律规则，超越具体法律规则所属的部门法。在这点上，国际私法和民法典表现出了不同的趋向。民法典因

[70] See Herma Hill Kay, *A Defense of Currie's Governmental Interest Analysis*, 215 *Recueil des cours* 9 (1989).

[71] 关于内容定向和结果定向的冲突规则的综合分析，参见前引〔48〕，西蒙尼德斯文，第398页以下。

[72] 在我国涉外民事关系法律适用法中，单一连接点的冲突规则约占所有冲突规则的一半。

[73] 这就是法律价值判断的整体性（integrity）要求，据此法律问题可以寻获“唯一正确的答案”。See Ronald Dworkin, *Law's Empire*, China Social Sciences Publishing House, 1986, pp. 225 - 228.

其自身的庞大体系和综合特性，并无强烈意愿去寻求民法典之外的价值支持，而当代国际私法则相反，这主要表现在如下三个方面：

第一，国际私法并不拒斥宪法基本权利的介入，需要适时引入宪法的价值判断。在宪制时代到来之前，许多国家的民法典一度承担了宪法功能，其所捍卫的人身权、财产权和合同自由权等，就是后来宪法基本权利的重要组成部分。当宪制发展之后，宪法基本权利体系渐趋完善，诸如平等权、言论自由权、结社权、正当程序权利等，就远非民法典所能包容了，而宪法基本权利对民法典究竟具有何种影响，却成为一个有争议的基本问题。^[74]一般而言，民法典主要通过法律行为制度捍卫私法自治，因而拒绝宪法基本权利直接作用于民法典，即否定基本权利对私法的“直接第三人效力”，因为基本权利的直接效力必然会导致合适性、必要性和比例原则适用于法律行为，并通过广泛的内容控制架空私法自治。^[75]相反，国际私法却不必担心宪法基本权利会破坏法律行为制度或损害私法自治，因为国际私法并不以私法自治为逻辑基础，法律行为制度在国际私法体系中意义有限，因而国际私法可以对宪法的基本权利敞开怀抱，承认其直接效力。^[76]尽管宪法基本权利在我国司法过程中的地位和作用均不明朗，但至少可以从理论上说，冲突规则在司法适用的过程中应直接接受合宪性审查。

第二，国际私法的“直接适用的法”的认定和适用，需要引入公法的价值判断。直接适用的法制度，或者说国际私法强制性规则制度，已得到当今各国国际私法的普遍承认。一国法律体系中的某些公法性质的规则，诸如环境保护规则、外汇管制规则、消费者与劳动者保护规则等，要求优先于冲突规则而直接得到适用，而不论冲突规则指向哪国准据法。这些规则于是便成了直接适用的规则。直接适用的规则一般不来自民法典，而是来自民事特别法或行政法，因而民法典的价值分析方法几无适用余地。但是，究竟哪些规则可以成为直接适用的规则，此案中被认定为直接适用的规则，在彼案中是否也应得到同样的认定，这些公认难题引发了广泛的讨论和争议。^[77]究其问题实质，因为其中引发了复杂的价值判断问题，国家利益、社会利益与私人利益交织在一起，任何一个单向维度的价值判断均不足以下定结论。其中，公法的价值判断尤为重要，因为直接适用的规则本质上属于公法规则。公法规则是否一定作用于包括国际私法在内的私法，是否一定可以排除冲突规范的适用，特别是直接否定当事人合意选择的准据法，这需要考察其适用的合适性和必要性，兼顾比例原则，逐案进行分析判断。

第三，国际私法的司法过程需要注入国际法的价值判断。当国际私法依附于一国民法体系时，就和民法一样主要关注个人之间的公平问题，而涉外性所引发的国际维度则普遍被忽视了。部分学者认为，国际私法应该纳入国际法的范畴，因为一旦回到国际层面，国际私法本质上就是对各国立法管辖权的界定和分配，各国国际私法应彼此趋同，以形成和

[74] 参见 [德] 卡纳里斯：《基本权利与私法》，曾韬、曹昱晨译，《比较法研究》2015年第1期，第171页以下。

[75] 同上文，第181页。

[76] 例如，德国联邦宪法法院在1971年和1983年所作出的两个经典判决，就承认了宪法基本权利可以直接作用于国际私法。参见王葆蔚：《德国联邦最高法院典型判例研究》，法律出版社2015年版，第1页以下。

[77] 关于直接适用规则或国际私法强制性规则的详尽分析，见 Jürgen Basedow, *The Law of Open Societies: Private Ordering and Public Regulation in the Conflict of Laws*, Nijhoff, 2015, pp. 459 - 504.

协一致的分配方法。^[78]近现代民法典捍卫了民族性,强化了主权国家的中央权威;相形之下,国际私法的本质是趋向国际性的,相同的法律关系无论在哪国审理,均呼唤一致的判决,而外国法的大量适用,客观上消弱了法律的主权属性。因此,将国际私法纳入国际法范畴的观点,尽管与当今各国的法律现实相悖,但其中包含了合理的成分。这就要求法官在适用国际私法规则时,至少应该适度融入国际法的价值判断,从横向上,尽可能促进各国法律体系的协调;从纵向上,承认那些保护个人人权的国际人权法规则,一如宪法的基本权利,同样可以直接作用于国际私法。

因此,无论是基于立法论的分析,还是基于司法过程的分析,国际私法在价值判断的追求上,已经超越民法典而具有许多独立的追求了。

结 论

回首清末民初以来我国继受西方民法的历史,德国的法律科学与民法典对我国民法影响最深。法律科学追求体系化、抽象化和一般化,其所塑造之法律,最大限度地超越了具体国情和现实,也易为国情和现实迥然不同的他国所借鉴和继受。^[79]我国正在制定的民法典,不管将融入多少中国的独特经验,如果不顾法律科学的基本要求,将会失去我们百多年积淀的历史根基和理论传统。体系化正是法律科学对民法典的基本要求,我国国际私法与民法典的分与合,是民法典的体系化所不能回避的问题。

国际私法的理论发展史涌现了多种理论和方法论,并非全都和民法产生了深刻的关联。但只要成文国际私法以多边主义方法为基础,国际私法和民法或民法典之间,就是一种剪不断理还乱的关系。无论是基于理论和价值判断的分析,还是基于各国多种模式的实证考察,国际私法与民法典的分与合问题,似乎不能简单地从一两个方面遽下论断。在以多边主义方法为基础的国际私法立法中,民法典为国际私法提供了几乎全部的法律关系的概念体系,而每一类民事法律关系的基本性质构成了冲突规则尤其是传统冲突规则的价值源泉。这正是部分国家将国际私法编入民法典的基本理据。但无论如何,总则模式和附属模式均不符合民法典和国际私法各自的体系化要求,分则模式是缺陷相对较小的立法模式。

国际私法尤其是当代国际私法,在诸多方面正寻求超越民法和民法典:国际私法天然寻求民商合一的体系;国际私法的体系正当性虽源于民法典,但无需法律行为这一总则概念;国际私法的识别体系应适度超越民法的识别体系;国际私法在立法和司法过程中,对来自宪法、公法和国际法的价值判断,较之民法典更为开放和包容。这些因素无疑表明国际私法不宜进入民法典。综合衡量之下,国际私法与民法典的最理想的关系,莫若国际私法作为民法的特别法,在民法典之外,却为民法典的强大磁场所牵引。只要摒弃国际私法致力于规定民法典的地域效力范围的单边思维,那么国际私法离开民法典,就不会损害民

[78] 近年倡导以国际法视角看待国际私法的代表性论著,见 Alex Mills, *The Confluence of Public and Private International Law: Justice, Pluralism and Subsidiarity in the International Ordering of Private Law*, Cambridge University Press, 2009.

[79] 参见前引 [67], Wieacher 书, 第 374 页。

法典的固有体系。相反，如果坚持国际私法并入民法典，反而限制了国际私法有别于民法的发展要求。

我国涉外民事关系法律适用法已经为独立于民法典的民法特别法奠定了基础，只是尚需统合其他部门法中零散的冲突规则，向民商合一的方向发展。至于部分学者主张制定融合法律适用、管辖权、判决的承认与执行等的国际私法法典，将从根本上割裂国际私法和民法的关系，国际私法为此将失去体系化的基础。我国民法总则最新草案的第12条，从狭隘的主权观念出发，固守早该抛弃的单边冲突规范的立法技术，不仅不能科学合理地解决涉外法律关系的法律适用问题，更不能鼓励外国法院在一定条件下适用中国民法典，终将致大国法律无博大之气象。

Abstract: There is no substantial relationship between the civil code and private international law (PIL) if PIL is grounded on unilateralism, such as the statutory theory of the Middle Ages, or the governmental interest analysis of contemporary American conflicts law. Codified PIL in modern civil law countries, however, has been based on multilateralism much more than unilateralism, which leads to a complicated relationship between PIL and the civil code. The civil code provides PIL with a conceptual system of legal relationships and a justification for the making of concrete conflict rules. Consequently, PIL either is integrated into the general or special part, or becomes an ancillary part, of the civil code in many countries. If PIL must be integrated into the civil code itself, the less damaging place to the whole civil system for PIL is the special part of the code. PIL has reached far beyond the scope of the civil code in many aspects, including no necessity for the concept of legal acts in PIL, the easiness to unify civil and commercial law, the introduction of some concepts unique to PIL for the purpose of characterization, and the openness to values from such other legal areas as constitutional law, public law and international law. So the best place for PIL in the legal system is to be enacted as a separate special legislation of the civil code. The Chinese Law on Choice of Law for Foreign-related Civil Relationships should be developed into a separate law combining both civil and commercial conflict rules, but not into a comprehensive PIL Code integrating rules on the application of law, jurisdiction, and recognition and enforcement of foreign judgments, so as to avoid serious damages to the organic and lively relationship between PIL and civil code.

Key Words: private international law, civil code, civil law, conflict rules
