

中国国际私法学四十年回顾与展望

肖永平* 毕小婧**

内容摘要:在中国国际私法学会的推动下,中国国际私法学经历了从恢复到构建再到重构的40年。中国学者对大国际私法学、区际冲突法、宏观国际法学、国际私法趋同化、国际民商新秩序、中国国际私法立法的法典化、适用外国法的理由、强制性规范、当事人意思自治原则、大国司法理念等问题作出了重要的学术贡献。但中国国际私法的法典化尚未实现,理论原创性不够,国际影响力有限,实践影响力不足,迫切需要中国学者通过践行问题导向、坚持中国立场、运用法理表达、注重实证分析来创新中国的国际私法理论与制度。

关键词:中国国际私法学会 中国国际私法学 大国际私法 区际冲突法 国际民商新秩序 强制性规范 当事人意思自治

伴随着中国改革开放的不断深入,中国国际私法学经历了从恢复到构建再到重构的发展历程。与此相适应,中国学者的研究范式经历了从以立法为中心到以司法为中心的转变,研究方法经历了从注释分析到比较研究再到实证分析的变化,研究成果的主要载体经历了从教材到专论再到论文的变化。本文在简述中国国际私法学发展历程的基础上,重点以学术观点为线索,围绕中国国际私法学会的主要活动,总结其主要成就,最后针对中国国际私法研究的不足,提出努力的方向。

一、学科历史发展

过去40年,中国国际私法研究主要围绕1986年《民法通则》第八章和2010年《涉外民事关系法律适用法》(以下简称《法律适用法》)的制定与适用而展开。在恢复时期(1978—1988年),主要是“文化大革命”前从事国际私法教学和研究的专业技术人员,集中研究国际私法的范围、名称、性质、体系等宏观性、基础性问题。由于当时中国的国际私法立法与司法实践很少,研究素材与理论都是介绍、分析、比

* 武汉大学国际法研究所教授。

** 武汉大学国际法研究所博士研究生。

本文系教育部人文社会科学重点研究基地“十三五”重大项目“共建‘一带一路’与构建人类命运共同体的法治保障”阶段性成果。

较外国的国际私法立法与实践。因此,这个时期主要是引进外国的立法与理论。在构建时期(1989—2000年),越来越多的国际私法博士和硕士加入研究队伍,对国际私法不同领域的具体问题和国别国际私法展开全面研究,关于国际私法的基本制度和民事冲突法的研究向纵深发展,对国际商事仲裁、国际民事诉讼、海事冲突法、商事冲突法的也得到了加强。在重构时期(2001—2018年),中国形成了世界上最大的国际私法研究队伍,以在国内外取得博士学位的中青年学者为主体,深入研究中国国际私法立法、司法以及中国参与国际立法面临的新问题,同时涉及比较国际私法和比较民商法的深入研究,形成了明显的国际私法中国化趋势。^①

在上述进程中,中国国际私法学会先后在韩德培教授、黄进教授的领导下,对我国国际私法学的发展与繁荣一直起着引领作用。从1987年开始,中国国际私法学会(以下简称“学会”)每年召开年会,分别研讨不同的主题(见表1)。从1998年开始,学会连续编辑出版《中国国际私法与比较法年刊》,并在2008年成功入选CSSCI来源集刊。从1994年至2000年,学会集中全国力量起草《中华人民共和国国际私法示范法》(以下简称《示范法》)《示范法》在法律出版社公开出版后,先后被翻译成日文、法文、德文在国外公开出版。从2005年开始,海峡两岸国际私法学术研讨会每年在两岸轮流举行,促进了两岸国际私法立法与理论的相互学习与借鉴。从2011年开始,中韩国际私法学术研讨会每年聚焦一个主题,由两国国际私法学会轮流举办,成为中韩国际私法开展深入学术交流的桥梁。^②2013年,中国国际私法学会成立了国际民事诉讼法、国际私法教学、国际商事仲裁法、海外国际私法追踪等专题研究委员会,每年召开多次小型专题研讨会,推动中国学者在重构中国国际私法体系、制度和规则,创新国际私法理论,完善中国国际私法实践方面不断向精细化方向发展。

表1 中国国际私法学会历年年会讨论主题

时间	承办单位	研讨主题(学会变化情况及主要工作安排)
1987年	武汉大学	全国国际私法教学研讨会(中国国际私法研究会正式成立,韩德培教授任会长)
1988年	西北政法学院	国际司法协助与区际冲突法

^① 参见肖永平:《中国国际私法学60年回顾与展望》,《武汉大学学报(哲学社会科学版)》2009年第6期。

^② 每次大约10名左右中国学者赴韩国参加会议。黄进教授任第一届、第三届代表团团长,肖永平教授任第五届代表团团长,郭玉军教授任第七届代表团团长。

续表

时间	承办单位	研讨主题(学会变化情况及主要工作安排)
1989年	中山大学	涉外经济合同与涉外侵权的法律适用
1990年	武汉大学	内地与港澳地区司法协助问题
1991年	山东大学	海峡两岸法律冲突及海事法律问题(韩德培教授续任会长)
1992年	珠海市对外经济律师事务所	国际私法与国际商事仲裁
1993年	深圳市中级人民法院、深圳大学	社会主义市场经济体制的建立与中国国际私法法制的完善
1994年	宁波大学	《国际私法示范法》(草案第一稿)的体例和内容问题
1995年	司法部、中国政法大学	《国际私法示范法》(草案第三稿)的修改问题、我国司法协助的实践与理论问题(韩德培教授续任会长)
1996年	大连海事大学	《国际私法示范法》(草案第三稿)的完善、海事国际私法
1997年	上海财经大学、苏州大学	《国际私法示范法》(草案第四稿)的修改与注释问题、中国区际民商事交往的法律问题、中国参加有关海牙国际私法公约的可行性问题
1998年	南昌大学	国际民商事交往中的法律适用问题、区际法律冲突问题(学会更名为“中国国际私法学会”、决定编辑出版《中国国际私法与比较法年刊》)
1999年	湖南师范大学	国际民商事案件的管辖权问题、我国涉外商事仲裁的问题与现状(韩德培教授续任会长、《国际私法示范法》定稿)
2000年	中南财经政法大学	中国国际私法的回顾与展望、国际私法基本理论、实践中的中国国际私法
2001年	西北政法学院	21世纪国际私法的理论与实践、电子商务对国际私法的挑战、中国“入世”和西部大开发与我国涉外法制的完善
2002年	华东政法大学	国际私法在涉外审判与仲裁实践中的运用、国际条约在涉外民商事审判中的适用、国际私法的教学方法与理念
2003年	安徽大学	《民法典》(草案)第九编的条文设计与仲裁立法修改问题(黄进教授当选会长)
2004年	西南政法大学	中国国际私法立法问题、国际私法中的法理学问题和程序法问题
2005年	复旦大学	国际私法基本理论问题、国际私法具体领域的法律适用问题、涉外商事审判与仲裁中的实践问题
2006年	辽宁大学	中国法律适用法立法问题、涉外民事诉讼法的完善、仲裁法的修改问题
2007年	武汉大学	全球化与国际私法的新发展(与第一届“全球国际私法论坛”、中国国际私法学会成立二十周年庆典同时举行)

续表

时间	承办单位	研讨主题(学会变化情况及主要工作安排)
2008年	中国政法大学、中国国际经济贸易仲裁委员会、北京仲裁委	以“改革开放三十年与中国国际私法”为主题,集中讨论了全球化背景下的中国国际私法中国法律适用法立法与实践、国际民事诉讼和商事仲裁等问题。
2009年	浙江工商大学	以“中国国际私法六十年回顾与展望”为主题,研讨了中国国际私法立法问题、基本理论问题、法律适用、国际民事诉讼法问题和国际商事仲裁法问题,并特别召开了缅怀韩德培教授座谈会
2010年	南开大学	以“《涉外民事关系法律适用法(草案)》研讨会”为主题,集中讨论国际私法的理论与实践、国际私法统一化运动、国际私法前沿等问题
2011年	云南省高级人民法院、云南大学	以“《涉外民事关系法律适用法》的实施”为主题,分别讨论一般规定、民事主体、婚姻家庭、物权、债权、知识产权等领域的法律适用问题(黄进教授连任会长)
2012年	大连海事大学	以“《涉外民事关系法律适用法》实施问题”为主题,研讨了《涉外民事关系法律适用法》的评析、《民事诉讼法》的修改和海事国际私法等问题
2013年	甘肃政法学院	以“中国国际私法的变革与发展”为主题,集中研讨了《涉外民事关系法律适用法》实施问题、最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释(一)》、国际旅游消费者保护、中国企业海外投资纠纷解决和在线争议解决机制等问题(决定设立若干专题研究委员会、开展优秀学术成果奖的评选)
2014年	上海海事大学	以“国际私法:从理论到实践”为主题,集中讨论了《涉外民事关系法律适用法》实施中的问题、海事国际私法理论与实践、中国(上海)自由贸易区的法律问题、国际民用航空法的理论与实践、海外国际私法的新发展等问题
2015年	广东财经大学	围绕“推进‘一带一路’建设,促进涉外法治发展”,讨论了国际私法理论与实践的新发展,实施“一带一路”倡议中的国际私法问题,我国涉外民商事审判理论与实践问题,中国(广东)自贸区法律问题,我国内地、香港、澳门之间法律冲突及其解决问题,国际民事诉讼改革与发展等问题
2016年	湖南师范大学	以“全球治理与国际私法”为主题,集中讨论了《涉外民事关系法律适用法》实施及其反思(总则)、涉外民事诉讼制度现状与反思、涉外商事仲裁制度改革与发展、涉外民商事审判和“一带一路”建设、外国法查明专题研究、李双元教授国际私法思想研究等问题(黄进教授续任会长)

时间	承办单位	研讨主题(学会变化情况及主要工作安排)
2017年	武汉大学	以“合作共进:中国与世界国际私法的发展”为主题,重点讨论了中国加入海牙国际私法会议以来世界国际私法的发展、“一带一路”与国际司法合作、国际商事仲裁新发展、中国与海牙公约(尤其是《海牙法院选择协议公约》)、亚非拉国际私法的新发展等问题(学会首次与外交部合作主办,海牙国际私法会议协办)
2018年	宁夏大学	新时代中国国际私法的使命

从表1可以看出,自2008年开始,中国国际私法学会年会紧扣国内外国际私法理论与实践发展的前沿,确定了明确的主题,研讨的问题更加广泛,也更加契合中国的立法与司法实践需求。这表明中国从事国际私法研究的队伍在不断扩大,中国学者的中国问题意识在不断提升,为构建中国特色、中国气派、中国风格的国际私法理论体系在不同领域和方面作出自己的贡献。

40年来,中国学者出版国际私法教材近100部,下列教材值得我们认真学习。姚壮、任继圣所著的拓荒之作《国际私法基础》^①,韩德培主编的第一部全国统编教材《国际私法》^②,韩德培主编的《国际私法》(曾获教育部优秀教材一等奖)^③,黄进主编的《国际私法》^④,李双元主编的《国际私法学》^⑤,肖永平编著的《国际私法原理》(曾获全国法学教材与科研成果一等奖)^⑥。出版著作400多部,不少著作值得仔细研读,如韩德培的《韩德培文集》,李双元的《国际私法(冲突法编)》《国际民商新秩序的理论构建》,黄进的《区际冲突法研究》《宏观国际法学论》,肖永平的《法理学视野下的冲突法》。还有大量根据国际私法博士学位论文修改出版的专著,均有较高的学术价值。特别值得一提的是,近5年来,中国学者在国外出版的国际私法著作慢慢多了起来,如汤诤、肖永平、霍政欣在Edward Elgar Publishing Limited出版的Conflict of Laws in The People's Republic of China,涂广建在Springer出版的Private International Law in China,张文亮在Kluwer Law International出版的Recognition and Enforcement of Foreign Judgments

① 姚壮、任继圣:《国际私法基础》,中国社会科学出版社1981年版。

② 韩德培主编:《国际私法》,武汉大学出版社1983年版。

③ 韩德培主编:《国际私法》,高等教育出版社、北京大学出版社2000年版(2014年肖永平主持修订第3版)。

④ 黄进主编:《国际私法》,法律出版社1999年版(2005年修订)。

⑤ 李双元主编:《国际私法学》,北京大学出版社2000年版(2015年欧福永参与主编第4版)。

⑥ 肖永平:《国际私法原理》,法律出版社2003年版(2007年修订第2版)。

in China, 汤净在 Hart/Bloomsbury 出版的 Electronic Consumer Contracts in the Conflict of Laws 以及在 Cavendish 出版的 Jurisdiction and Arbitration Agreements in International Commerce, 陈卫佐在 Martinus Nijhoff Publishers 出版的 La nouvelle codification du droit international privé chinois(《中国国际私法的新法典编纂》)^①。这表明中国国际私法学开始从单向引进转向与外国国际私法双向交流的新阶段。

二、主要学术成就

对40年来中国国际私法学的主要贡献,可以从不同的维度来探讨,如它对中国立法的促进作用、对中国法院司法实践的引领作用、对培养中国涉外法律人才的基础作用,都是值得深入研究与系统总结的。下文主要以宏观性学术观点为线索,介绍10个问题以反映中国国际私法学的主要成就。

(一)大国际私法学的创立

尽管国际私法从20世纪30年代开始就是我国法学院开设的一门独立课程,但1949年以前中国学者出版的国际私法教材基本上借鉴英美模式,采取的是管辖权—法律适用—判决的承认与执行体系。从20世纪80年代初开始,韩德培教授在主编我国高校第一本《国际私法》统编教材时提出了大国际私法体系,他力主国际私法应以涉外民事法律关系为调整对象,其研究不能局限于冲突法问题,应当扩大到涉外民商事关系的实体法^②。他倡导用发展的眼光,结合国际民商事关系的现状和发展趋势来研究国际私法,并进一步确立了调整国际民商事关系的统一实体法是现代国际私法不可缺少的组成部分的主张。尽管学术界一直存在不同的主张^③,但多数学者从有利于更好地调整国际民商事关系的目的出发,支持“大国际私法”观点,认为国际私法既包括冲突规范、实体规范,又包括程序规范,同时包括调整国际民商事关系的直接方法和间接方法。对于大国际私法理论,韩德培教授曾有过一段形象生动的比喻,他说:“国际私法就好比是一架飞机,其内涵是飞机的机身,其外延则是飞机的两翼。具体在国际私法上,这内涵包括冲突法,也包括统一实体法,甚至还包括国家直接适用于涉外民商事关系的法律。而两翼之一则是国籍及外国人法律地位问题,这是处理涉外民事关系的前提;另一

^① 载《海牙国际法学院讲演集》2012年第359卷。

^② 参见韩德培主编:《国际私法》(武汉大学出版社1983年版),特别是《国际私法新论》的体例安排。

^③ 例如,中南财经政法大学张仲伯教授一直坚持“小国际私法”观点,参见张仲伯主编:《国际私法学》,中国政法大学出版社2010年版。

翼则是在发生纠纷时解决纠纷的国际民事诉讼及仲裁程序,这包括管辖权、司法协助、外国判决和仲裁裁决的承认与执行。”^①正是基于这种大国际私法理论体系,韩德培教授在后来的研究中构建了中国国际私法学的新体系。以他主编的《国际私法新论》和《国际私法》为代表,这一新体系包括总论、冲突法编、统一实体法编、国际民事诉讼法编和国际商事仲裁法编。李双元教授、黄进教授和肖永平教授对大国际私法理论体系作了进一步的阐释、弘扬和发展,如李双元教授在《走向21世纪的国际私法》一书中指出,国际私法包括冲突法、程序法和统一实体法3大部分,国际统一实体法的地位将得到提升。而且,随着国际民商事交往的发展和国际社会法律趋同化趋势的不断加强,国际私法中的统一实体法将不断增加,最终会成为国际私法的主要规范和调整国际民商事关系的最主要的方法。^②黄进教授在《论国际统一实体私法》一文中对国际统一实体法的概念、历史发展、渊源、范围、内容、地位与作用等进行了全面、系统、深入的梳理与阐释,认为国际统一实体私法是国际私法发展的必然结果。^③黄进教授在1999年主编出版的《国际私法》教材中就把国际统一实体私法作为重要的一编。肖永平教授在《法理学视野下的冲突法》中提出,现代国际私法要协调利用直接调整和间接调整两种方法,但对统一实体法的研究要侧重于国际条约和国际惯例的适用,特别对国际统一实体私法条约在我国的适用进行了深入研究与分析,^④他在2003年出版的《国际私法原理》一书也体现了这种主张。如今,大国际私法学已经成为我国国际私法学界的主流观点。

(二) 区际冲突法学的构建

随着“一国两制”构想的提出和实施,我国的区际法律冲突和区际私法成为一个非常现实的问题。韩德培教授和黄进教授最早注意到这是我国国际私法研究的一个重要新领域。1988年,韩德培教授在中国国际法学会北京年会上就中国的区际法律冲突问题作了题为《我国的区际法律冲突问题——我国国际私法研究中的一个新课题》的专题报告,首次明确提出了“一国两制四法域”的区际法律冲突问题,并对解决方案提出了一些初步设想。1989年,韩德培教授与黄进博士合作在《中国社会科学》上发表长篇论文《中国区际法律冲突问题研究》,详细讨论了中国区际法律冲突的产生和特点、解决途径和步骤,并对中国的区际冲突法进行

① 韩德培主编:《国际私法》,高等教育出版社、北京大学出版社2000年版,第7页。

② 参见李双元:《走向21世纪的国际私法》,法律出版社1999年版。

③ 参见黄进:《论国际统一实体私法》,《中国国际私法与比较法年刊》(1998年卷),法律出版社1998年版。

④ 参见肖永平:《法理学视野下的冲突法》,高等教育出版社2008年版。

了一些设计。^①该文引起了国内和国际的广泛重视,英国著名作家韩素音在详读该文后,专程到武大与他们见面,交换意见。1991年,他们在广泛参考和比较中外国际私法与区际冲突法的基础上,草拟了《大陆地区与台湾、香港、澳门地区民事法律适用示范条例》,发表后亦受广泛关注,并为各地媒体大量报道。韩德培教授和黄进教授不仅从整体上探讨了我国区际法律冲突的产生原因、特点及冲突解决的基本原则、途径与步骤等问题,还结合法学理论,以厚重的笔墨对中国区际法律冲突问题进行了全面、深入、细致的论述,构建了中国区际冲突法的基本理论和立法框架,为中国区际法律冲突的解决设计了科学合理的方案。

在此基础上,黄进教授于1991年出版了《区际冲突法》,这是我国第一部有关区际法律冲突的学术专著,填补了我国在该领域的研究空白,标志着有中国特色的区际冲突法学理论体系的形成。该书荣获第二届全国普通高等学校人文社会科学优秀成果二等奖。此后,他相继出版了《澳门国际私法总论》(获第三届全国普通高等学校人文社会科学优秀成果二等奖),发表了大量相关论文,主编多部研究区际法律冲突的著作,如《区际司法协助研究》、《区际司法协助的理论与实务》、《中国的区际法律问题研究》(获第四届全国普通高等学校人文社会科学优秀成果三等奖),进一步丰富和全面构建了中国的区际冲突法学,提出了切实可行的解决中国区际法律冲突的原则、途径和步骤。肖永平教授主编的《内地与香港的法律冲突与协调》则详细阐述了内地与香港法律冲突的特点、协调原则、立法协调模式和司法协助模式等,为解决内地与中国香港地区之间的法律冲突提供了很有见地的建议,该书还获得了司法部优秀研究成果一等奖。近30年来,我国区际法律冲突及其解决一直是国际私法学界的研究热点,很多学者发表了很有价值的成果^②,表明我国区际冲突法学体系完成了重构。这是中国国际私法学对国际学术界的独特贡献。

(三)宏观国际法学的理论构想

黄进教授在《宏观国际法学论》一文中最先提出宏观国际法的构想。^③以后,他主编的《国际私法》对此作了进一步论述。他认为,传统的国际法是指国际公法,即调整国家之间关系的有约束力的法律的总体。但20世纪以来,随着生产和科学技术的飞速发展,国际交往日益频繁,国家、国际组织、不同国籍的法人和自然人相互间的关系越来越错综复杂。这种客观现实促使调整这些关系的法律

^① 参见韩德培、黄进:《中国区际法律冲突问题研究》,《中国社会科学》1989年第1期。

^② 例如,沈涓出版的《中国区际冲突法研究》,冯霞出版的《中国区际私法论》,肖永平在 *Conflict of Laws in The People's Republic of China* 中撰写的第四编。

^③ 参见黄进:《宏观国际法学论》,《法学评论》1984年第2期。

规范不断涌现,从而在国际法中出现了许多新的法律部门。因此,国际法已经不是传统的国际公法,而是调整一切国际关系的具有法律约束力的行为规范的总和。从宏观视角对这种国际法律规范进行系统和科学研究的法学,就是宏观国际法学。

黄进教授认为,宏观国际法学不是要给国际公法下一个新定义,也不否认国际公法是调整主权国家之间关系的法律,而是从更广阔的范围来研究国际法。他指出,国际法是一个体系而不是一个部门法。国际法体系包括国际公法、国际私法、国际刑法等。他认为,国际法调整的是超越国界的一切国际关系,包括跨国民商事关系。从这个意义上说,国际私法具有国际性,因为国际私法调整的社会关系是国际民商事法律关系,具有国际性;国际私法的适用范围涉及2个或2个以上国家,跨越了国界,具有国际性;国际私法的部分规范来源于国际条约和国际习惯,具有国际性。因此,国际私法属这种意义上的国际法,或广义国际法,它是国际法体系的一个独立部门或分支。^①这种宏观国际法学论在我国学者中引起了广泛共鸣。^②在这个理论影响下,我国的学科分类将国际公法、国际私法、国际经济法作为一个统一国际法二级学科来开展教学与研究,这在国际上是很罕见的,因为不少国家把国际私法(冲突法)视为国内法体系的一部分。^③因此,与国外国际私法相比,中国国际私法学更加注重国际条约、国际惯例的作用,以及国际公法与国际私法的融通。这种理论开始受到国外同行的认同。^④

(四)国际私法趋同化的系统论证

李双元教授一直致力于国际社会法律趋同化理论的发展和完善,早在1989年,在庆祝武汉大学国际法研究所成立10周年的演讲上,李双元教授就提出了“当代国际私法趋同化倾向正不断加强”的观点。随后,李双元教授在发表的多篇文章中指出,法律趋同化的原因是多方面的,如各国法律在职能上的共同性,为国际社会法律的趋同化提供了必要的前提;法律所调整的社会关系在地域范围上的扩张,也表明法律在不断地从分散走向协调与统一;法律作为上层建筑,既然受经济基础及经济发展水平的制约,经济基础及相当的经济水平,必然有助于法

^① 参见黄进主编:《国际私法》,法律出版社1999年版。

^② 例如,肖永平在《武大国际法评论》2018年第1期发表的《全面依法治国的新阶段:统筹推进国内法治与国际法治建设》、刘仁山在《法商研究》2016年第3期发表的《论作为“依法治国”之“法”的中国对外关系法》都支持这种主张。

^③ 例如,英国学者普遍认为冲突法是英国国内法的一部分。

^④ See Alex Mills, *The Confluence of Public and Private International Law* (Cambridge University Press 2009). See also Jurgen Basedow, *The Law of Open Societies: Private Ordering and Public Regulation in the Conflict of Laws* (Brill 2015).

律趋同化的发展,同时,法律文化的传播与比较法的兴起等都对法律的趋同化有一定的影响。^①

1992年,在他主编的《中国与国际私法统一化进程》中,李双元教授公开阐述了国际私法趋同化的观点。他指出,第二次世界大战后,由于科学技术的迅速发展,国家与国家之间的民事联系大大加强,一国的国际私法制度是否和国际社会的普遍实践比较接近或一致,已成为衡量其国际私法制度是否健全和完善的主要标准之一。他将“国际私法的趋同化”界定为各国国际私法随着国际社会经济上相互依存关系的加强而更趋于协调或一致的倾向。而趋同化的途径既包括各国的立法活动尽可能地吸收那些在法律文化的国际发展进程中、在各国各民族的共同实践中形成的经过检验证明行之有效的带有普遍性的规则和制度,也包括积极创造条件,参与到国际私法的双边和多边、地区和世界范围内的统一化活动中去。^②他还认为,随着具有中国特色的社会主义市场经济的发育与成熟,根植于这种模式之上的具有中国特色的社会主义法律文化和法律制度必将得到进一步发展和完善,而在其中,中国国际私法的发展将与国际社会的普遍实践更趋协调与一致。

除了提出国际私法趋同化的观点外,李双元教授还进一步得出整个国际社会的所有法律部门,均已显现出趋同化的结论。他将法律趋同化界定为不同国家的法律,随着国际交往日益发展的需要,逐渐相互吸收,相互渗透,从而趋于接近甚至趋于一致的现象。其具体表现是在各国国内法律的创制和运作过程中,越来越多地涵纳国际社会的普遍实践与国际惯例,并且有越来越多的国家积极参与国际法律统一化的活动。^③经过多年的研究,李双元教授对国际私法趋同化的理论框架初步形成。该理论目前被越来越多的学者接受和认可,并被广泛运用于法学研究的众多领域。^④

(五)国际民商新秩序的重新构建

① 参见李双元:《法律趋同化问题的哲学考察及其他》,湖南人民出版社2006年版。

② 参见李双元:《法律趋同化问题的哲学考察及其他》,湖南人民出版社2006年版。

③ 参见李双元:《法律趋同化问题的哲学考察及其他》,湖南人民出版社2006年版。

④ 例如,邓晓俊、李健男:《国际私法的趋同化及其障碍——简评〈市场经济与当代国际私法趋同化问题研究〉》,《中国法学》1995年第1期;刘益灯:《崭新的全球化视野——李双元教授国际私法理论述评》,《法制与社会发展》2002年第3期;周后春:《经济全球化与国际私法的变革——李双元教授国际私法思想评析》,《时代法学》2016年第4期;李久红:《国际私法思想的革新与拓展——李双元先生国际私法思想整理与述评》,《时代法学》2016年第2期;徐冬根:《国际私法趋势论》,北京大学出版社2005年版;屈广清:《国际私法发展史》,吉林大学出版社2005年版,都肯定了 this 判断。

该理论由李双元教授在《重构国际民商新秩序中的国际私法》《世纪之交对国际私法性质与功能的再考察》《关于建立国际民商新秩序的法律思考——国际私法功能的深层考察》等系列论文和专著《国际民商新秩序的理论构建——国际私法的重新定位与功能转换》中提出来的。他在分析国际关系和国际法律关系的对应关系时,主张国际政治关系对应于国际公法,国际经济关系对应于国际经济法,国际民商关系对应于国际私法。与这种划分相适应,现在国际社会既然已明确提出要构建国际政治新秩序和国际经济新秩序,自然也应该提出构建国际民商新秩序的任务。而在构建国际民商新秩序的进程中,国际私法应当发挥主导作用。因为国际民商新秩序的构建不仅是自然的而且是必须的,它是经济全球化的需要。

李双元教授所倡导的国际民商新秩序,是对旧的国际民商秩序进行扬弃的结果。详细说来,首先,国际民商新秩序是全球整体意识不断加强的产物。这种在国际共识基础上建立的国际秩序应是一个有序、开放、灵活的大系统,国际私法居于基础性地位,属于基本规范。其次,这种国际民商新秩序必须谋求不同社会制度、不同发展水平的国家、人们之间民商事交流的开展和他们民商权益的平等保护。最后,国际民商新秩序与国际政治新秩序、国际经济新秩序是相辅相成、密不可分的。而且,由于国际私法趋同化倾向的不断加强,在构筑国际民商新秩序的进程中,传统冲突法将从局限于解决个案的法律冲突和判决结果的公正,向追求各国选法规则的更趋协调的现代冲突法转变,冲突法上的识别、反致等制度也将因国际社会本位观念的渗入与加强而发生重大变化。只要人们承认国际私法必须担当起构筑国际民商新秩序的重任,国际私法就必然要破除传统的或古典的只包括冲突法的陈旧体系,并把可直接适用于国际民商事关系的实体法也囊括进来,这就大大推动了国际私法从纯粹是间接法到间接法与直接法相结合的转变;同时实现从过去纯粹是国内法到国内法与国际法相结合的重大转变。而且,它与国际公法、国际经济法共同构成主要国际法律体系进而与国内法律体系相并立。^①该理论为国际私法的发展注入了新的活力,在中国法学界产生了较大影响。^②

(六) 中国国际私法立法的法典化主张

^① 参见李双元:《法律趋同化问题的哲学考察及其他》,湖南人民出版社2006年版。

^② 参见郭玉军:《把握21世纪国际私法的发展趋势——评〈国际民商新秩序的理论构建〉》,《法学研究》1999年第3期,第141-148页;谭岳奇:《寻找失落的秩序——李双元教授“国际民商新秩序”理论述评》,《法制与社会发展》2001年第2期,第39-41页;田洪鋈:《国际贸易法委员会与建立国际民商新秩序》,《当代法学》2005年第5期,第23-25页;黄文旭:《联合国国家及其财产管辖豁免公约与国际民商新秩序的构建》,《湖南警察学院学报》2013年第3期,第25-29页等。

中国国际私法立法一直落后于理论发展。在20世纪80年代初起草《民法通则》时,由于当时国际私法在中国尚未普及,立法部门最初并没有考虑在《民法通则》中规定国际私法规范。由于韩德培、费宗祯等前辈的及时反映和据理力争,立法部门才改变初衷,在《民法通则》第八章中规定了涉外民事关系的法律适用。尽管后来的一些单行法规也规定了零星的国际私法规范,我国学者普遍认为:我国的国际私法还不健全和完善,已制定的一些国际私法规范也比较零星分散,不够系统和全面,存在不少缺陷和空白,不同法律文件中规范相同事项的条文之间常常不一致、不协调,远远不能适应我国对外开放和未来发展的需要,也与我国作为世界大国的国际地位极不相称。因此,国际私法的法典化一直是我国国际私法学界研究的热点问题。

自1990年开始,肖永平在韩德培教授的指导下对中国冲突法立法问题进行了系统研究,并以此为题在1993年完成了博士论文,对中国冲突法的立法体系、主要内容进行了系统的具体设计。^①在1993年中国国际私法学会深圳年会上,与会代表建议起草一部《示范法》,并成立了起草小组。从1994年至1999年,各起草成员在起草小组会议和每年年会上,对《示范法》的结构和内容进行反复讨论与修改,前后易稿数次,最后定稿为第六稿,共5章166条。《中华人民共和国国际私法示范法》每条条文都附有说明,全部条文都译成英文,于2000年在法律出版社出版。这在中国法学界是首开先河的模式和成果,其指导思想具有一定的超前意识,改变了传统“成熟一个制定一个和”“宁缺毋滥”的想法、做法。

《示范法》的立法结构结合了大陆法系和英美法系国家的立法经验,共5章:第一章总则;第二章管辖权,分为5节(一般管辖—特别管辖—专属管辖—协议管辖—关于管辖的其他规定);第三章法律适用,共12节(国籍、住所、惯常居所和营业所—权利能力和行为能力—法律行为方式和代理—时效—人身权—物权—知识产权—债权—婚姻家庭—继承—破产—仲裁);第四章司法协助;第五章附则。可见《示范法》不仅有原则性规定,还对每一具体领域作了详尽的规定;既有法律适用方面的规定,又有管辖权和司法协助的规定;既有对传统国际私法领域的规定,又有对新兴领域的规定,具有超前意识。《示范法》的英文版和日文版分别在荷兰和日本公开出版,在国际上产生了较大影响,《国际私法年刊》(英文)2001年卷把《示范法》看成中国国际私法理论的集中体现。

令人遗憾的是,2010年通过的《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》并没有采纳《示范法》的立法模式,尽管其中的不少条文参考了《示范法》的具体规定。因此,学者们认为中国目前尚未完成国际私法的法典化。学者们普遍认为中

^① 参见肖永平:《中国冲突法立法问题研究》,武汉大学出版社1996年版。

国国际私法法典化是完善中国特色社会主义法律体系的时代要求,是中国国际私法体系和谐发展的内在要求,并不存在不可逾越的障碍,但仍然存在“立法者理性独尊”现象、学者与立法者沟通渠道不畅、部分学者研究方法和研究内容脱离立法现实等问题。^①可以说,实现国际私法的法典化是中国国际私法学者追求的终极目标。但在现阶段,有学者主张中国国际私法立法应坚持走独立于民法典的法典化道路;^②有学者主张将《涉外民事关系法律适用法》完善为民商合一的涉外法律适用单行立法而非综合国际私法法典。^③有学者借鉴俄罗斯国际私法立法,主张将国际私法纳入民法典体系。^④总结而言,我国学者共有民法典分编、优化当前立法、制定单行立法和编纂国际私法典4种不同主张。^⑤

(七)适用外国法理由的多元化解释

我国学者在20世纪80年代一般从实务角度分析我国法院在一定条件下适用外国法的原因,总结的理由主要有:(1)为了公平有效地调整国际民商事关系,在许多情况下适用外国法是必要的;在有些情况下适用外国法反而对本国或本国当事人有利。(2)从国际民商事纠纷的解决来看,有时必须适用外国法,如对处于外国境内的不动产所有权争议,只能适用该外国法才能有效解决争议。(3)适用外国法是各国主权和法律相互协调的结果,它受到国际法上对等或互惠原则的支配,一国适用外国法与该外国在同等条件下适用内国法有着内在联系,而适用外国法正是相互尊重主权的結果。(4)一国同意有条件地适用外国法并不违背国家主权原则,而是国家主权的实际运用。^⑥

后来,随着研究的深入,中国学者提出了多种不同的解释。例如,国际交往互利说认为,适用外国法出自各国对外交往的需要,目的是从法律上平等保护内国人和外国人在国际民商事交往中的正当权益。适用外国法是一种特殊的法律现象,不能单从法律本身去寻找产生这种现象的原因,而要从国际社会生活中去理解。由于各国自然条件不同、经济发展不平衡,都有互通有无、彼此交往的需要。为了发展对外交往关系,各国不仅要采取政治上、经济上的措施,更需要法律上的

^① 参见丁伟:《中国国际私法和谐发展研究》,上海社会科学院出版社2009年版。

^② 参见刘仁山:《中国国际私法立法应独立于民法典的编纂》,《法制日报》2015年5月6日。

^③ 参见宋晓:《国际私法与民法典的分与合》,《法学研究》2017年第1期。

^④ 参见田洪璠:《俄罗斯国际私法立法之“变”与“不变”——兼论对我国国际私法立法思路的启示》,《当代法学》2018年第1期。

^⑤ 参见丁伟:《民法典的编纂与中国国际私法的法典化发展》,《政法论坛》2018年第1期。

^⑥ 参见肖永平:《国际私法原理》(第2版),法律出版社2007年版。

保障,以便在平等互利的基础上发展正常关系。如果一国法院根本不考虑适用外国法,就会在政治、经济、文化上造成不良后果,最终损害本国的核心利益。可以说,一国法院适用外国法本质上是为了维护自身的核心利益,是基于国际交往互利的需要。^①

又如,适当论主张根据国际合同关系的性质和特点,遵循适当原则来解决合同的法律适用问题。具体来说,适当论是在综合传统冲突法关于合同法律适用的同一论和分割论、客观论和主观论的基础上,充分考虑合同关系的本质要求和处理合同争议的价值取向,来确定合同应适用的法律。它既肯定当事人意思自治的优先地位;又以颇具适应性的最密切联系原则作为补充。同时随着情势变迁,根据国际合同及其问题的特殊需要,不断形成新的合同法律适用原则,以满足合同法律适用对“适当性”的要求。而且,对国际合同的法律调整不应局限于冲突法方法,而应努力寻找其他更适当的方法,如国际统一实体法方法。以合同为基础,适当论同样可以用来解释侵权和其他民商事领域的法律适用问题。也就是说,适当论的宗旨是探寻和确定适当的法,以公平合理地调整国际民商事关系,有效地维护当事人的正当权益,促进国际民商事交往的发展。^②

由于国际私法中的法律适用问题需要调整4种关系:国家之间的法律冲突关系、个人之间的利益冲突关系、国家对本国人的管辖关系和外国人对国家的服从关系;需要平衡3种利益:个人利益、国家利益和社会利益(包括国际社会的整体利益);需要考量2条价值主线:冲突法层面的公平和实体法层面的公平。如果片面强调一个方面而忽视其他方面,必然只适合其中部分情况,甚至一小部分情况,但对其他情形产生不合理的结果。因此,从整体上讲,法律适用理论必须是综合性、协调性的;而对某一具体领域或者具体问题来说,某一因素常常因该问题的特殊性而被优先考虑,其他因素被暂时放弃,但这种选择也不是固定不变的,要随着国际情势的变化而变化。因此,有说服力的法律适用理论要力争达到不同法律体系之间的协调,包括本国法与外国法的协调、国内法与国际法的协调等;同时在个案中考量相关国家的公共利益、政策和国家间的礼让要求,当事人之间的公平以及公共利益与私人利益之间的平衡。这种适用外国法的理由可以概括为“合理协调论”。

(八) 强制性规范的谨慎适用

李浩培先生、韩德培先生在20世纪80年代初就注意到欧洲国际私法中的“直

^① 参见余先予主编:《国际法律大辞典》,湖南出版社1995年版。

^② 参见吕岩峰:《吕岩峰论国际法》,吉林人民出版社2005年版,第226-249页。

接适用的法”。^①到90年代,徐冬根对该问题进行了系统研究,^②引起了中国学者对“直接适用的法”的极大关注。^③2010年《法律适用法》第4条在我国国际私法立法中第一次规定了强制性规范,这是“直接适用的法”在立法层面的表达。作为多边选法体系的例外,强制性规范是法律适用的前提性问题,它是那些与涉外民商事关系具有密切联系,无须经过冲突规范指引而直接得到适用的一国具有强制力的实体法规范。

因此,界定强制性规范需要考虑社会公共利益,适用强制性规范需要将比例原则作为公权力与私权利在国际私法上关系的基本准则,并要从替代性制度视角审视公共秩序保留制度与法律规避制度在冲突法体系中的功能定位。由于最高人民法院颁布的《关于适用〈中华人民共和国海外民事关系法律适用法〉若干问题的解释(一)》第10条是以不完全列举方式来解决可操作性问题,我国不少学者对该问题展开了深入研究,主张国际强制性规范应仅限于强制性规范中的效力性规范,管理性规范则并不必然导致法律行为无效。与公共秩序保留不同,强制性规范仅适用于涉及国家重大社会利益的领域,且并不关注外国法在案件中适用的结果,仅强调实体法规范的强制适用。而法律规避中的强制性规定,属于国内民法中的强制性规定,适用时要经冲突规范指引,才会出现当事人为达到特定目的,通过滥用或人为变更连结节点的方式规避国内实体法的问题。^④

总结中国学者的观点,皆普遍认为:(1)《法律适用法》第4条所称“强制性”,在冲突法层面原则上应以关涉重大公益为基本标准。是否关涉重大公益,可根据各领域特点在规范类型化的基础上判断。(2)冲突规范指引的准据法为外国法,对于该法所属国的强制性规范,不得仅因其具有公法性质而排除适用。(3)在《法律适用法》框架下,对意思自治的任何限制都须谨慎且有充分理由支撑。对重大公益的关照使强制性规范成为当事人意思自治的必要限制,但此限制必须符合比例

^① 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332页;韩德培:《国际私法的晚近发展趋势》,《中国国际法年刊》(1988年卷),法律出版社1989年版。

^② 参见徐冬根:《论“直接适用的法”与冲突规范的关系》,《中国法学》1990年第3期;徐冬根:《论法律直接适用理论及其对当代国际私法的影响》,《中国国际法年刊》(1994年卷),中国对外翻译出版公司1996年版。

^③ 例如,肖永平、胡永庆:《论“直接适用的法”》,《法制与社会发展》,1997年第5期;刘仁山:《“直接适用的法”在我国的适用》,《法商研究》2013年第3期。

^④ 参见张文晋:《国际私法中“直接适用的法”探析》,《大连海事大学学报(社会科学版)》2013年第2期。

原则。^①

但是,分析我国法院适用《法律适用法》第4条的案例,一大部分裁判文书存在没有说明适用第4条的理由—适用国际私法规则的顺序错误—应该适用第43条或者第44条但错误适用第4条等错误。

(九)当事人意思自治原则的扩张

中国学者从20世纪80年代开始就肯定当事人意思自治在国际私法中的作用,一般在合同领域把它作为首要法律适用规则来研究,^②对其历史源流、理论基础、表现形式及其限制问题也进行了全面的研究。^③这些成果被我国《涉外经济合同法》的相关规定及其司法解释所采纳。随着研究的深入,一些学者主张提升当事人意思自治在国际私法中的地位、扩大其适用范围。^④这些主张被2010年《法律适用法》所采纳,共有15个条文规定了意思自治原则,除第3条规定“当事人依照法律规定可以明示选择涉外民事关系适用的法律”这条一般规定以外,另外14个条文规定了当事人意思自治原则的3种形式:(1)直接规定双方当事人可选择适用法律的民事关系包括委托代理、信托、仲裁协议、动产物权、运输中的动产物权、合同、侵权责任、不当得利和无因管理、知识产权的转让和许可使用。(2)只能由双方当事人在一定范围内选择适用法律的民事关系包括夫妻财产关系、协议离婚、知识产权的侵权责任。(3)只能由一方当事人选择适用法律的民事关系包括消费者合同和产品责任。

这是私人主体参与全球治理的必然要求。问题是国际私法中的强制性规范和公共政策不足以全面应对全球治理中的私人立法问题,应考虑从强制性规范、公共政策、基本人权等不同方面对意思自治原则进行限制。加强主权国家间的协调及主权国家对私人主体创设规则的适当审查,是在当事人意思自治原则扩张形势下国际私法必须解决的问题,要在促进经济全球化的同时保证各国共同受益。

(十)大国司法理念下有利于国际司法合作原则

^① 参见肖永平、龙威狄:《论中国国际私法中的强制性规范》,《中国社会科学》2012年第10期。

^② 参见王军、陈洪武:《国际商事合同的法律适用》,中国对外经济贸易出版社1991年版。

^③ 参见肖永平:《法理学视野下的冲突法》,高等教育出版社2008年版。

^④ 参见吕岩峰:《当事人意思自治原则论纲》,《中国国际私法与比较法年刊》(1999年卷),法律出版社1999年版;吕岩峰:《论当事人意思自治原则之扩张》,《法学评论》1997年第6期;徐崇利:《我国冲突法立法应拓展意思自治原则的适用范围》,《政治与法律》2007年第2期。杜涛:《论物权国际私法中当事人意思自治原则的限度——兼评〈涉外民事关系法律适用法〉第37条》,《上海财经大学学报》2012年第5期。

随着中国进入改革开放的新时代,为有效推进“一带一路”建设,何其生教授主张我国应树立“大国司法理念”,具体包括:(1)重视司法制度的竞争性,在管辖权层面,应单独系统地设计国际民事管辖权的规定,增加竞争性管辖权事项,注意考虑与国际社会的兼容性,争取在未来国际立法中起到示范效应或引领作用。(2)强调服务性,重视在全球范围内为保护当事人的权利提供便利,转变以前过于强调国家利益,在送达、取证、认证等程序上突出当事人权利的保护,可以设置国际商事法庭,以提升我国司法的专业化水平。(3)注意大国司法斗争中的合作性,强化判决全球流通意识,通过加入《选择法院协议公约》和采用推定互惠,加强司法合作,实现合作型博弈。^①

肖永平也建议中国法院树立大国司法理念,主动淡化司法主权观念,强化平等保护、合作共赢、开放高效的司法理念;完善公平司法制度,充分保障外国当事人的诉讼权利、适当缩小专属管辖的范围、妥善解决平行诉讼问题;创新和谐司法方法,积极适用“不方便法院”原则、主动确认存在互惠关系、依法准确全面适用国际条约和国际惯例、充分发挥指导性案例的作用;弘扬包容司法文化,支持发展多元纠纷解决机制、尽量查明并正确适用外国法律。^②

三、反思与展望

分析我国国际私法40年的发展历程可以发现:其学术成果的产出和效益、学术研究的传承和创新、理论研究对于立法和司法的推动,都取得了明显的进步和多方面的发展。但与我国对外开放的需求和外国国际私法的发展状况相比,我国国际私法理论的原创性不够,学术研究的碎片化和重复现象还比较普遍,学术研究方法单一、体系化构造不足,对我国司法实践的影响有限,中国国际私法的法典化目标还没有实现。^③

因此,未来中国的国际私法研究应该遵循以下基本路径:

(一) 践行问题导向

所谓问题导向,就是要打破传统法学部门的界限,对中国面临的重大国际私法问题和国际社会普遍关注的问题,从不同的学科视角、不同的国际行为体诉求、

^① 参见何其生:《大国司法理念与中国国际民事诉讼制度的发展》,《中国社会科学》2017年第5期。

^② 参见肖永平:《提升中国司法的国际公信力:共建“一带一路”的抓手》,《武大国际法评论》2017年第1期。

^③ 参见杜焕芳:《中国国际私法学术研究之转型:立场、方法与视野》,《华东政法大学学报》2013年第1期。

不同的研究方法,开展综合性比较研究,以揭示该问题的本质、特点和发展变化的一般规律,使中国的国际私法研究能够深入下去、扩展开来,为形成有国际影响力和国际竞争力的国际私法理论打下坚实的基础。^①这就要求我们改变以前习惯于宏观问题的理论思辨和一般性介绍国外理论的研究方式,从国际国内的现实需求发现问题,从国际国内的客观实践中寻找经验,避免局限于国际法与国内法的传统分界和不同国际法二级学科的理论分野,从多学科视角提炼理论。通过由内到外、由区域到全球、由“同者求同”到“异者求同”,逐步实现中国国际私法理论与制度的创新。

因此,中国国际私法学者应基于中国国家利益的战略考量,及时提出对中国有利的议题,以改变过去的被动局面,从而引领国际议题;要未雨绸缪、开展前瞻性研究,在新的国际规则的形成过程中,不但要提出“中国方案”、体现“中国智慧”,还要力争改变过去单纯对他国方案进行简单的修修补补的局面;同时积极推动相关国际条约的修改,使有关的国际规则朝着有利于维护中国国家利益的方向发展。^②

笔者以为,在当前美国推行逆全球化,中国主张变革全球治理体系、推动构建“人类命运共同体”的新时代,国际私法不应当仅仅是法律选择法,还应当是立法管辖权分配法、司法管辖权协调法和执法管辖权合作法。未来中国国际私法应该重点研究公法域外适用的理论基础、国际条约和国际惯例的适用规则、中国参与海牙《外国判决承认与执行公约》谈判的立场与对策、限定强制性规范的适用范围和条件、创新司法管辖权的协调制度、扩大执法管辖权的合作范围、建立私人主体参与全球治理的行为规范、确定国际私法在刑事附带民事案件中的适用规则、探索不同纠纷解决模式之间的借鉴与衔接等问题。

(二)坚持中国立场

我国的国际私法研究应当毫不动摇地维护中国的国家安全和国家根本利益,以中国特色社会主义法治道路、理论和制度作为构建中国国际私法理论与制度的指针,在国际法治与中国法治的互动过程中坚持自身法治特色。既要借鉴国际法治的优秀成果,又要贡献于国际法治,在循环往复的法治互动过程中完善中国国际私法制度,提升中国国际私法理论水平。

一方面,我国学者需要吸收中国法治传统。中国传统社会是“无讼”社会,形

^① 参见肖永平:《中国国际私法学60年回顾与展望》,《武汉大学学报(哲学社会科学版)》2009年第6期。

^② 参见肖永平:《论法治中国建设背景下的中国国际法研究》,《法制与社会发展》2015年第4期。

成“德主刑辅”为中心的儒家礼法思想和“以刑为主,诸法合体”的传统法律体系,通过伦理道德衡量社会行为,并辅以宗法制、官僚制为内容的治理体系。^①这种传统一方面使人们更加注重“私德”而缺少“公德”,更加强化公权而弱化私权;另一方面更倾向于按照道德准则丈量社会关系,注重构建和谐社会关系的礼法精神。因此,中国学者需要科学对待中国传统社会的治理取向,发挥礼法的社会控制功能,一方面需要研究和发掘中国传统礼法中符合法治精神的观念、价值和思维方式;另一方面需要矫正传统礼法中背离法治的内容,形成包含传统文化精髓的中国式法治特色,并将中国法治成果传播于国际社会,形成和维护中国法治认同,最终发展成为具有国际影响力的法治实体。

另一方面,我们必须借助国际法治促进中国法治进步,凭借法治建设成就谋求国际话语权。这要求我们紧盯国际法治动向,及时了解、分析和掌握国际立法规则、立法发展趋势和基本特征,进而反求诸己,明确中国国际私法的发展方向;全面、系统地研究外国国际私法的核心价值、新兴观念、主流理论和代表学说,并以“人类命运共同体”理论为基准对之进行检验和取舍;科学借鉴国际社会国际私法的成功经验,推动中国国际私法的不断进步,让中国的国际私法制度被人信赖、国际私法理论使人信服、国际私法文化让人信仰。

(三)运用法理表达

历史经验表明,每个国家、每个时代的国际私法理论都与这个国家在国际关系中的核心利益密切相关。例如,在国际私法学说的发展历程中,荷兰学者胡伯提出的“国际礼让说”就是为了维护荷兰资产阶级革命胜利以后既要对外扩张,又要捍卫自己主权独立、防止周围封建国家干涉的需要。德国学者萨维尼提出的“法律关系本座说”与德国作为后起的资本主义国家要求重新瓜分国际资源和国际市场的需要密切相关。英国学者戴赛提出的“既得权理论”与英国这个老牌资本主义国家一方面面临后起帝国主义国家(如德国)的威胁,另一方面又受到殖民地人民革命打击,迫切需要维护其海外殖民利益不无关系。现代欧洲国家奉行的“直接适用的法”理论是为了满足这些国家加强对国际经济关系干预的需要;美国的“最密切联系理论”方便美国法院利用美国在国际社会的霸权地位灵活选择其需要适用的法律;苏东社会主义国家提出的“对外政策需要说”与它们主张的和平共处与国际合作的外交政策一脉相承。^②

但是,一个国家的国际私法理论要获得国际社会的认同,必须以人类的普世

^① 参见夏群:《文化相对论视角下的法治话语权》,《人民法治》2015年第1期。

^② 参见韩德培主编、肖永平主持修订:《国际私法》,高等教育出版社、北京大学出版社2014年版。

价值和国际社会易于接受的方式加以呈现。国际法研究者的中心任务就是要善于发现、提炼和总结通过法理表达出来的主张。因此,中国学者的理论主张不能是赤裸裸的利益诉求、简单的政策宣示或者在国际社会无法交流的政治口号,而必须借助国际法治语言,通过提升中国法治的话语权,用能够反映国际关系的基本准则、体现市场经济的一般规律、符合人类的自然理性、概括中国实践经验和智慧的法言法语表现出来。

要实现上述目的,必须开展规范的、深入的比较法研究,不仅在规范层面比较国际法与国内法、不同国家国内法的异同,更要在实际运用层面比较不同国际行为体对这些法律规则的不同解释、不同适用方法,还要在法治文化方面探究这些法律规则背后的历史根源、社会背景、政策追求和利益诉求。通过对现有国际私法概念、规则和各国法律中共有的理念、价值、概念等作出不同解释,改变中国国际私法受制于西方的概念框架、知识体系和评价标准的现状;通过讲好中国故事,提炼中国经验,用跨越时空、超越国度、富有永恒魅力、具有当代价值的国际私法理论参与国际法学界的交流与交锋,进而影响国际私法的发展方向。^①只有如此,中国的国际私法才能在国际社会让人倾听、被人理解、使人信服。

(四)注重实证研究

当中国特色社会主义法律体系基本建成后,我国法学研究的基本模式应该从以立法为中心转向以法律实施为中心。这就要求我们改变以前仅侧重于文本研究、简单的比较法研究的习惯,下大力气开展实证研究,即通过对大量经验数据的统计和计量分析,归纳出一般性结论;这就要求我们“走出书斋、奔向田野”,掌握定性分析和定量分析的基本方法,遵守观察、调查、大数据分析、实验的基本规范,而不是随机性的简单的个案分析。

笔者以为,关于《法律适用法》具体条款在我国法院的适用情况、国际法律规则对我国立法的影响、国际条约和国际惯例在中国司法实践和仲裁实践中的适用方式和作用、中国有关涉外法律法规在法院实践中的功能和作用、双边司法协助条约的实施效果等问题,都值得我们分门别类地根据具体问题开展实证研究。因为只有越来越多地根据“数据”说话的国际私法理论才能被国际社会所普遍认可和接受。^②

^① 参见肖永平:《提升中国法治话语权的两个维度》,《人民法治》2015年第1期。

^② 参见肖永平:《论法治中国建设背景下的中国国际法研究》,《法制与社会发展》,2015年第4期。

The Forty Years Development of Science of Private International Law in China

Abstract: Under the impetus of Chinese Society of Private International Law, Chinese science of private international law has experienced 40 years from recovery to construction and to reconstruction. Chinese scholars have made important academic contributions to many issues, such as major private international law, interregional conflict law, macroscopic international law, assimilation of private international law, new international civil and commercial order, codification of China's private international law, reasons for applying foreign law, mandatory norms, party autonomy, and judicial philosophy of great powers, and so on. However, the codification of China's private international law has not been realized, the theoretical originality is not enough, the international influence is limited, and the practical influence is insufficient. Therefore, Chinese scholars should practice the issues orientation, adhere to China's position, use legal expression, and focus on empirical analysis to innovate China's theory and system of private international law.

Key words: Chinese society of private international Law; Science of private international Law in China; major private international law; interregional conflict law; new international civil and commercial order; mandatory norms; party autonomy

(责任编辑:钱 静)