

中国国际私法学 60 年回顾与展望

肖 永 平

尽管人类历史上最早的成文冲突规范出自我国唐朝《永徽律》中的一条规定:“诸化外人同类自相犯者,各依本俗法;异类相犯者,以法律论”。但唐朝以后,直至清朝,由于闭关锁国政策一直占据统治地位,我国的国际私法制度和理论没有什么发展。清朝末年,西方的国际私法理论通过中国留日学生和西方在中国的传教士传入中国。1918 年 8 月 6 日,中国北洋政府颁布了一部《法律适用条例》,开始了中国国际私法法制的艰难历程。在 20 世纪 40 年代,国际私法学已进入我国法律院系的核心课程,研究也达到了相当的水平,出版了 10 多部很有水准的教材和著作^[1](第 56-57 页)。中华人民共和国成立以后,我国废除了帝国主义列强强加给我国的不平等条约,取消了外国人在华的一切特权,为建立和完善国际私法法制创造了政治条件。但新中国成立初期的 30 多年里,由于帝国主义对我国实行经济封锁,我国的国际民商事交往不多,国际私法制度的建设也基本处于停顿状态。与此相应,国际私法学的发展也相当缓慢,甚至遭到摧残。1978 年我国实行改革开放政策以后,国际私法学才迎来了繁荣的春天。本文通过简要回顾新中国国际私法学的发展历程,重点分析中国学者研究国际私法的特点,揭示中国国际私法学未来发展的路径和方向。

一、发展历程

国际私法学在世界上成为一门独立学科开始于 13 世纪中叶,在 20 世纪初传入中国。中华人民共和国成立以后,国际私法学随着我国社会主义建设的曲折发展而一波三折,大体上可分为三个阶段:

(一)废兴并举时期(1949—1956 年)

中华人民共和国成立后,政府废除了旧中国的《六法全书》(包括 1918 年的《法律适用条例》),力图建立社会主义的法律体系和法律科学,当时的国际私法学主要模仿苏联的模式。1951 年,陆丰和顾世荣各自翻译了前苏联国际私法学家隆茨所著的《国际私法》,先后分别以《苏联国际私法教程》和《国际私法》为书名正式出版,成为我国的基本教材。同时,中国人民大学外交系设置了国际私法教研室,先后请了 3 位苏联专家给教师和研究生讲授国际私法。这个时期的国际私法学主要是引进,直到 1959 年,我国学者仅翻译出版了前苏联柯列茨基的《英美国际私法的理论与实践概论》,出版了一本《国际私法论文集》,后者全部是前苏联学者对一些国际私法问题的探讨。这种状况虽然只是简单的模仿,没有体现中国的创造性特色。但当时的客观条件使我国不可能在短期内创造一个新的国际私法学体系,借鉴前苏联国际私法学就成为唯一可行的途径。特别重要的是,这个时期招收的研究生为我国培养了第一批专门从事国际私法研究和教学的骨干,从 1956 年到 1957 年,武汉大学对外贸易学院、北京大学法律系、北京政法学院先后开设了新的国际私法课,这为我国国际私法学的发展奠定了基础。然而,1957 年以后,法律虚无主义盛行,我国国际私法学的历史就此进入了停滞阶段。这个时期的教训是:借鉴前苏联国际私法学时,理解比较肤浅,很少联系中国实际,存在简单化趋向。

(二)由兴到废时期(1957—1978 年)

由于极左路线的干扰,中国法学界受到法律虚无主义的影响,对于涉及外国法适用的国际私法,其受到的影响首当其冲。这个时期的理论研究几乎处于停滞状态,发表的论文寥寥无几。文革 10 年,法律虚无主义更是登峰造极,适用外国法被视为卖国,研究机构取消了,政法院校停办了,研究者被调散或转业,图书资料流散各处,国际私法的研究者寥若晨星,国际私法甚至鲜为人知,刚刚建立起来的国际私法学就这样夭折了。这个时期几乎没有给我们留下什么学术遗产。

(三)革兴并重时期(1978 年至今)

1976 年后,我国法学界开始逐步肃清极左路线的影响,批判法律虚无主义,加强法制建设。1978 年,中国开始拨乱反正、改革开放。以蒙冤长达 20 余年的著名法学家韩德培教授为代表的一批国际私法学者得到平反、恢复工作。对外开放中发生的许多国际私法问题迫切需要研究解决,中国国际私法学又获得了发展的契机。30 年来,同我国改革开放的不断深入相适应,我国国际私法学的发展大致可分为三个阶段:从 1978 年开始的第一个 10 年可以说是恢复期,主要是“文革”前从事国际私法教学和研究的专业技术人员归队,集中研究国际私法的范围、名称、性质、体系等宏观性基础问题。这从以韩德培教授为会长的中国国际私法研究会在 1987 年正式成立后召开的学术会议所讨论的主题及同期公开发表的论文可以清楚地看出^[2](第 299-304 页)。

从 1988 年开始的第二个 10 年可以说是发展期,主要是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。例如,中国国际私法研究会第二至第十一届年会讨论的主题分别是:涉外经济合同与涉外侵权的法律适用问题、内地与港澳地区司法协助问题、海峡两岸法律冲突及海事法律问题、国际私法与国际商事仲裁问题、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、《国际私法示范法》(草案第一稿)的体例和内容问题、我国关于司法协助的实践与理论及《国际私法示范法》(草案第三稿)的修改问题、海事国际私法及将国际法、国际私法、国际经济法合并为“国际法”的问题、中国区际民商事交往的法律问题及《国际私法示范法》(草案第四稿)的修改和注释问题、国际民商事交往中的法律适用问题和区际法律冲突问题。

从 1998 年开始的第三个 10 年可以说是初步繁荣期,以在国内外取得博士学位的中青年学者为主体,深入研究中国在开展国际私法立法、司法和参与国际立法时面临的新问题,以及比较国际私法和比较民商法的逐步深入。从 1999 年开始,中国国际私法研究会正式更名为“中国国际私法学会”。历届年会讨论的主题分别是国际民商事案件的管辖权问题和我国涉外经贸仲裁制度的问题和现状、中国国际私法的回顾与展望及实践中的中国国际私法、21 世纪国际私法的理论与实践及电子商务对国际私法的挑战、国际私法在涉外审判与仲裁实践中的运用及国际条约在涉外民商事审判中的适用、《民法典(草案)》第 9 编条款设计与仲裁立法问题、中国国际私法的立法问题和国际私法中的法理学问题、国际私法具体领域的法律适用问题和涉外司法审判与商事仲裁中的实践问题、国际私法与构建和谐世界、全球化与国际私法的新发展、改革开放 30 年与中国国际私法等。由此可见,中国国际私法学越来越关注中国自己的立法、司法和仲裁实践,对外国国际私法和国际条约中的国际私法规则的研究不断走向深入。

二、研究特点

总结 30 年来我国国际私法研究活动的特点,揭示其未来的发展方向,对于中国特色国际私法理论体系的构建、立法体系的完善,并在中国法院和仲裁机构的实践中更好地适用国际私法规则,都有重要的意义。30 年来我国国际私法研究的特点可以概括如下:

(一)研究内容比较注意外国或国际立法和实践

由于国际私法是在 20 世纪初期开始从西方传入中国,但国际私法理论的传播、国际私法制度的建立和国际私法观念的深入人心是一个漫长的过程。在此过程中,国际经济和民事交往的频繁程度起着决定性的影响。因此,在我国改革开放的前 15 年,中国国际私法学者研究的对象主要是外国的国际私

法立法与实践和有关国际条约的规定。这个时期出版的教科书,尽管也有以“中国国际私法”为书名的教材,但仍以介绍不同国家在国际私法的一些制度和具体法律适用规则方面的不同做法为主要内容,只有很小的篇幅介绍中国的立法或做法。最近10多年来,虽然我国的对外开放和经济全球化不断发展,跨国民商事交往也越来越频繁,但真正专门研究中国国际私法问题的论著还不多见,有些论著虽然以研究中国的国际私法立法或理论为题,其主要内容也是以归纳和总结外国和国际条约的做法来论证中国应该采取的立场。因此,中国现有的国际私法研究带有明显的“外国”因素和“国际”因素,容易让人感到国际私法离我国的生活很遥远。

(二)研究方法一般是比较法方法和注释分析方法

国际私法与比较法具有天然的联系,因为它要解决和调整不同国家民商事法律制度的差异和冲突问题,离不开对这些国家民商法的比较研究;另一方面,不同国家的国际私法规则本身也存在很大差异。为了掌握和研究各国的国际私法,揭示国际私法的发展趋势,我国国际私法学者普遍习惯于比较研究方法。但大多数学者停留在不同国家和国际条约的规范比较,即采取注释分析方法解释不同国家的立法,通过大陆法系、英美法系和国际条约的宏观分类归纳不同的做法,缺乏深入的实证分析和法律制度、法律规则背后的理性分析,也很少联系民商法、诉讼法、仲裁法、法理学等其他学科展开比较研究。这种简单化的比较只能说明问题,对解决问题难以提供充分的、有说服力的论证。

(三)研究成果主要是理论化表现形式

我国国际私法研究的成果形式主要是教科书、专著和论文。大多数教科书从内容到形式缺乏鲜明的特色,专著一般是围绕某一专题的专门研究成果,但从中国的问题出发,从中国的社会实际寻求理论资源的专著还不多见,研究中国问题、提炼中国经验的论文在总量中也是少数。这些过于理论化的成果对上影响中国国际私法立法的力度还不够,对下失去了对中国相关司法实践和仲裁实践的指引能力和培育人们国际私法意识的影响力。这样一来,不仅一般民众很难理解国际私法,就是其他法学领域的专家也不太了解国际私法。因此,在国际私法传入中国100年,经过了30年持续发展的今天,国际私法并没有真正融入中国社会。这是值得理论研究者、立法者、实务工作者共同思考的。

(四)研究方式注重集体攻关

我国国际私法学者非常注意集体攻关,最有影响的是《中华人民共和国国际私法示范法》和中国国际私法学会规范化的学术活动。中国国际私法学会自1987年成立以来一直坚持规范的学术年会活动和专题学术讨论会,聚集我国从事国际私法教学、研究和实际工作的精英。从1998年起,每年编辑出版一本《中国国际私法与比较法年刊》,这种开诚布公、自由讨论的学术氛围有力地推动了中国国际私法的研究。从1993年学会决定起草《中国国际私法示范法》开始,每年的年会都围绕以韩德培教授为首的起草工作小组起草的《示范法》草稿进行讨论,前后六易其稿,其间还召开多次专门讨论会。经过6年的集中研究和讨论,最后在1999年完成第六稿。该《示范法》分为总则、管辖权、法律适用、司法协助和附则5个部分,共166条,每条都有适当的说明,全部条文都有英文翻译。该《示范法》2000年由法律出版社出版以后在国内外受到了广泛重视,欧洲出版的《国际私法年刊》将其英文版全文发表,日本在2003年出版了该《示范法》的日文版,我国全国人大常委会在起草《涉外民事关系法律适用法》时主要参考和借鉴了该《示范法》,我国最高人民法院在2007年发布的司法解释《关于涉外民事合同纠纷案件的法律适用问题》与该《示范法》的相关规定几乎完全相同。这说明该《示范法》是中国国际私法学界集体智慧的结晶,对中国国际私法立法、实践和理论研究均具有重大影响,并在国际上占有一席之地。

三、未来展望

随着经济全球化的不断深化,中国的开放程度和国际民商事交往必将更加深入和频繁。当中国发展成为一个负责任大国和强国的时候,中国的国际地位和所扮演的角色也将发生改变。毫无疑问,中国将以建立公平合理的国际新秩序为目标,通过国际法治来发挥自己的作用。因此,作为国际法领域一个

重要分支的国际私法,在构建国际民商新秩序方面必须发挥重要作用。因此,中国的国际私法研究,要把重心从学习、引进和借鉴外国的国际私法转到研究、总结和提炼中国的国际私法实践和理论上来。简而言之,就是要实现国际私法的中国化,即解决中国的实际问题,制定中国的完善立法,创立中国的系统理论。为此,中国未来的国际私法研究路径和方式应该注意以下几点:

(一)树立以问题为中心的研究意识

这要求我们改变以前习惯于研究宏观问题和一般性介绍外国国际私法的做法,结合国内外国际私法理论研究的前沿,以具体问题为研究对象,通过深入比较不同国家和国际条约的做法和制度,采用多种研究方法,从不同角度揭示该问题的本质、特点和发展变化的一般规律,使国际私法的理论研究能够持续深入下去、扩展开来,为形成有国际影响和国际竞争力的国际私法理论打下坚实的基础。

(二)养成渗透型的研究路径

由于国际私法与民商法、诉讼法、法理学的密切联系,国际私法研究不能仅仅局限于国际私法的制度和规则,很有必要深入到民商实体法的比较与综合,渗透到诉讼法、仲裁法等程序法的基本原理和制度,上升到法理学的高度和理性。只有这样,才能增强国际私法的实用性,提高国际私法制度和规则的可操作性。

(三)侧重中国特色的研究内容

随着中国面临的国际私法立法和司法实践问题越来越多,中国的国际私法研究应该以研究中国问题为中心,以研究中国重大现实问题为突破口,增强维护中国利益的意识,通过阐明中国学者的主张,介绍中国的立法及其应用,研究中国的实际案例,达到解决中国现实问题、创立中国特色、中国气派、中国风格的国际私法理论体系的目的。值得注意的是,这将是一个长期的过程,甚至是几代人的不懈努力。因为此目标的实现受制于司法实践的客观需要、对外开放的程度、国际民商事交往的频繁度和国际私法的学术积累水平等因素,而这些因素在短期内难以达到相应的高度。

(四)注意研究成果的多维度转化

现有研究成果的载体主要是论文和著作,也主要在课堂、会议和学术界传播,这对国际私法的研究、传播和应用都是不利的。未来国际私法的研究成果应该注意向以下层面转化:(1)是向中国的立法转化,尽量让我国立法机关采纳,以推动我国的相关立法不断完善;(2)是向中国的司法实践转化,使理论研究成果成为我国司法实践的指南和重要参考;(3)是向国际条约转化,使更多的国际条约采纳中国的主张和理论,增加中国在国际规则形成过程中的作用;(4)是向国际学术界转化,及时、完整、准确地把中国国际私法的立法、实践和理论观点介绍到国际社会,在国际学术刊物和国际会议上反映中国的经验和智慧。

基于上述考虑,未来几年中国国际私法的研究可以集中于中国国际私法立法的设计和完善、国际私法的法理学问题、国际私法规则在中国法院的适用问题、海外国际私法的新发展、网络社会的国际私法问题等^[3](第 139-140 页)。

[参 考 文 献]

- [1] 韩德培:《国际私法》,北京:高等教育出版社 2007 年版。
- [2] 肖永平:《冲突法专论》,武汉:武汉大学出版社 1999 年版。
- [3] 肖永平:《中国冲突法领域中近期应加强研究的几个问题》,载《法学研究》2004 年第 2 期。

(责任编辑 车 英)