

中国国际私法立法四十年:制度、理念与方向

刘晓红

【摘要】改革开放四十年来,中国国际私法立法经历了漫长而又曲折的历程。回顾过去,渐趋统一与走向独立的立法模式转变既反映了我国深入推进改革开放的时代要求,也顺应了国际私法发展的历史趋势。而兼容并蓄、平衡协调的立法理念也在实现我国国际私法对域外经验和域内实践有机结合的同时,推动了我国国际私法理论与实践的双轨共进。面向未来,在构建人类命运共同体思想的指导下,中国国际私法更应乘势而为、稳中求进,在立足我国国情的基础上谋求新的发展。因此,制定一部立足中国、面向世界、独立成典的国际私法典是我国国际私法立法的应然方向和崇高目标。

【关键词】改革开放四十年;国际私法立法;立法模式;立法理念;国际私法典

【作者简介】刘晓红,上海政法学院。

【原文出处】《法学》(沪),2018.10.3~21

1978年党的十一届三中全会的召开正式拉开了中国改革开放的大幕,开启了我国社会主义现代化建设新的征程。改革开放以来的四十年,是经济社会全面进步的四十年,是民主法治稳步发展的四十年,更是对外开放、融入世界的四十年。早在改革开放之初,邓小平同志便指出要大力加强对国际法的研究。^①而国际私法作为国际法的重要组成部分,更在这四十年里与时代同频共振,实现了快速发展。回顾过去四十年,我国国际私法立法工作稳步推进,具有中国特色的社会主义国际私法的立法体系日渐形成,立法理念日臻成熟,立法方向越发清晰。展望未来,新时代蕴含新希望更带来新挑战,中国国际私法立法如何做到与时俱进并完成其重要历史使命是理论与实务界共同关注的重点。

一、改革开放以来中国国际私法立法历程回顾

十年“文革”所带来的思想禁锢与秩序混乱成为中国法制建设的巨大障碍。而十一届三中全会提出的“解放思想,实事求是,团结一致向前看”成为了中国法制建设突破难关的关键,并由此开启了包括国际私法立法在内的我国漫长而又曲折的法制建设道路。

(一)改革开放呼唤国际私法立法前行

近代以来,中国在国际私法立法上走过了从无到有并逐步体系化的道路。1918年北洋政府颁布的《法律适用条例》是中国历史上最早的一部国际私法立法。中华人民共和国成立后,在废除包括《法律适用条例》在内的旧中国相关法律及帝国主义列强强加的所有不平等条约后,中国开始以一个主权完整的国家身份在平等互利的基础上与其他国家建立联系,从而为有中国特色的国际私法体系建设奠定了基础。然而,由于众所周知的原因,十年“文革”的摧残和影响,加上法律虚无主义的盛行,有关调整涉外民事关系的法律在我国当时的法律体系中寥寥无几。纵观上世纪五六十年代的国际私法立法,除了在诸如1951年内务部颁布的《关于外侨相互间及外侨与中国人之间的婚姻问题的暂时处理意见》和1959年《中苏领事条约》等法律文本中零星出现了与国际私法有关的条款外,我国国际私法立法长期处于空白。

1978年以后,对外开放政策要求国际私法立法尽快跟进,国际私法分别从外国人民事法律地位、法

律适用、涉外民事诉讼程序和国际商事仲裁等方面展开全方位立法。在外国人民事法律地位上,1979年颁布的《中外合资经营企业法》率先确认了外国人在中国从事民事活动的法律地位。而随着1982年宪法明确允许外国法人来华投资和在华外国人合法权益之后,相继出台的《商标法》与《专利法》等法律法规均就这一问题作出了相应规定。

在法律适用上,1983年国务院颁布的《中外合资经营企业法实施条例》规定:“合营企业合同的订立、效力、解释、执行及其争议的解决,均适用中华人民共和国法律。”尽管该条文属于单边冲突规范,但其已显现出了在涉外民商事法律活动中对冲突规范的重视。而1985年相继颁布的《涉外经济合同法》和《继承法》进一步针对涉外合同与涉外继承的法律适用作出了规定,开启了有中国特色的涉外民事法律适用规则的构建。1986年在总结改革开放以来民事活动经验的基础上,《民法通则》得以颁布,其中第八章专门针对涉外民事关系的法律适用作出规定,在明确一般规定和公共秩序保留的同时其内容涉及民事行为能力、物权、债权、婚姻家庭等诸方面。尽管9条规定简则简矣,但其也在一定程度上反映出立法者对国际私法的关注并有效填补了涉外民事案件无法可依的空白,也为之后《海商法》《票据法》及《民用航空法》等法律中冲突规范的制定奠定了基础。此外,最高人民法院于1987年和1988年颁布的《关于适用〈涉外经济合同法〉若干问题的解答》《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》都针对涉外民事案件的法律适用作出更为细致的规定,极大地丰富了我国关于法律适用的法律规范。^②

在涉外民事诉讼程序和国际商事仲裁制度的立法方面,我国也制定了相关法规。首先,在涉外民事诉讼程序上,1982年颁布的《中华人民共和国民事诉讼法(试行)》便开辟专编对涉外民事诉讼程序作出规定。而1991年颁布的《民事诉讼法》第4编更是以6章33条的体例在外国人诉讼地位、管辖、司法文书的送达和期间、财产保全、涉外仲裁和司法协助等方面作出了规定,从而有效地保障了涉外民事诉讼案件的推进和外国当事人诉讼权利的行使。与此同时,改革开放以来我国先后加入的《关于向国外送达民事或商事司法文书和司法外文书公约》《关于从国外

调取民事或商事证据的公约》等国际私法条约和我国签署的有关司法协助等方面的双边条约,也都构成了我国国际私法的渊源。另外,在立法机关加强立法的同时,最高人民法院先后针对《民事诉讼法》及涉港澳台的区际司法协助等问题出台了多项司法解释,其也在完善我国国际私法立法体系上发挥了重要作用。其次,在国际商事仲裁制度完善上,1986年全国人大批准加入《承认及执行外国仲裁裁决公约》开启了我国仲裁立法与国际接轨。1991年颁布的《仲裁法》第七章专门针对涉外仲裁作出规定,同时最高人民法院就国际商事仲裁问题也作出了大量解释、批复、通知和复函等,有效地推动了我国国际商事仲裁领域的法制完善。

因此,从改革开放以来前二十年国际私法的立法历程看,这一阶段的立法横跨外国人民事法律地位、法律适用、涉外民事诉讼程序和国际商事仲裁等多个领域,纵贯宪法、法律、行政法规和司法解释四层法律位阶,^③使得我国国际私法的立法轮廓初步形成。

(二)市场经济发展助推国际私法立法发展

伴随着党的十四大和十四届三中全会将社会主义市场经济体制确立为我国经济体制改革的目标后,我国对内改革局面再次发生了深刻变化。而随着世界贸易组织(WTO)乌拉圭回合谈判的开启,对外开放格局也逐步形成。因此,在内外两大格局风云变幻的关键时期,我国再次启动了新一轮的立法工作,其中以国际私法为代表的涉外民商事立法成为重中之重。

在外国人民事法律地位方面,加入WTO进一步加强了我国对外国人在华从事民商事活动法律地位与权利的保障。国民待遇与最惠国待遇是WTO中具有重要地位的两项原则,也是维系多边贸易体系的重要支柱,其中国民待遇强调在民商事活动中给予外国人与本国人的待遇应是相同的,而最惠国待遇则强调缔约方给予第三国国民的优惠待遇也应给予另一缔约方。^④所以,为满足WTO在外国人法律地位上的要求,我国在原有法律的基础上进一步调整相关法律法规,加强了对外国人民商事权利的保障。

在法律适用方面,2010年颁布的《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》(下称《适用法》)是新世纪以来中国国际私法立法史上具有里程碑意义的法律,而其制定前后的立法历程更反映出在全球化趋

势下中国国际私法立法的基本理念和思路。上世纪80年代的发展使得我国融入全球化的步伐不断加快,涉外民商事案件的增多导致我国在国际私法尤其是冲突规范上的立法滞后性越发明显,暴露出了冲突法与程序法、总则与分则还有成文法与司法解释多方面的失衡。^⑤面对时代的发展和立法的缺失,我国理论界与实务界纷纷对国际私法的立法工作展开了反思与探讨。理论界早在上世纪90年代初期,以韩德培先生领衔的研究团队率先展开了对国际私法示范法的起草。在凝聚我国国际私法学界共同智慧的基础上,历时6年数易其稿,最终于2000年正式出版了《中华人民共和国国际私法示范法》(下称《示范法》)。该示范法以5章166条的体例对国际私法进行了体系化的建构,内容涵盖管辖、法律适用及司法协助等方面,是一部借鉴了现代国际私法立法先进经验以及国际私法理论研究最新成果的立法建议。从立法实践来看,1999年出台的《合同法》在整合改革开放以来相关合同立法的同时,延续了《涉外经济合同法》对法律适用的指引。而2002年12月提请全国人大常委会审议的《中华人民共和国民法(草案)》(下称《民法(草案)》)更是将“涉外民事关系法律适用法”纳入其中。但由于各方对民法典的争议较大,使得这一立法动议被暂时搁置,取而代之的是通过编纂民事单行法解决立法滞后等问题。因此,在《物权法》《侵权责任法》相继出台之后,第十一届全国人大将立法重点转向了《适用法》并于2010年正式颁布。而两年后最高人民法院更是在《适用法》的基础上颁布了相关司法解释,从而进一步明确了在审判实务中具体问题的司法裁量依据。《适用法》及相关司法解释的颁布尽管未能达到理论界所追求的目标,但其也不失为一种灵活的立法推进。从历史发展的角度来看,其可视为是1918年的《法律适用条例》所开启的法典编纂传统的良性回归。^⑥

在涉外民事诉讼程序和国际商事仲裁制度的立法方面。在涉外民事诉讼上,上世纪90年代以来我国对外格局发生了深刻变化,1991年颁布的《民事诉讼法》在管辖权、司法协助等诸多方面已经难以适应新时代的发展需要。首先,“一国两制”的提出和港澳回归标志着我国从单一法制向多元法制的迈进。^⑦因此,以《关于人民法院认可台湾地区有关法院民事判决的规定》和《关于内地与香港特别行政

法院相互委托送达民商事司法文书的安排》为代表的司法解释的出台,有效地解决了海峡两岸暨香港在区际司法协助等诸多方面的问题。其次,在管辖权上,1991年《民事诉讼法》过分强调维护国家主权的倾向忽视了该领域的国际协调,从而导致立法与司法解释的不相吻合。^⑧尽管在2007年对《民事诉讼法》的修订中并未涉及到相关内容,但学界的长期讨论和实务界的反馈使得全国人大常委会在2012年对《民事诉讼法》的修订中对相关条文作出了更改。此次修法,立法机关着重将过去国内案件与涉外民商事案件的诉讼制度差异进行了整合以实现标准的统一。其中通过删除旧法当中涉外协议管辖的规定,将国内与涉外民事诉讼中的管辖制度进行整合。同时删除了涉外民事诉讼中的“财产保全”并将其与国内财产保全制度并轨。另外,对送达方式的丰富也顺应了时代发展的变化。^⑨而在国际商事仲裁方面,首先,自1998年以来最高人民法院先后出台了多份与承认和执行港澳台仲裁裁决有关的司法文件,从而实现了该领域从《承认及执行外国仲裁裁决公约》为制度基础向国内法的转型,为海峡两岸暨香港、澳门之间仲裁裁决的承认与执行提供了重要的法律依据。^⑩其次,2012年《民事诉讼法》新设了仲裁前证据与财产保全,增加了规定禁止通过仲裁方式逃避履行法律文书确定的义务,明确了仲裁协议排除法院管辖权的效力及撤销仲裁裁决适用裁定形式,统一了无涉外因素的国内仲裁裁决的撤销与不予执行的条件。从而进一步贯彻了司法支持仲裁的理念,对仲裁与司法关系进行了重构。^⑪最后,党的十八届四中全会以来,中央高度重视推动包括仲裁在内的多元化纠纷解决机制的构建。近年来,最高人民法院相继出台的多项司法解释在理顺诉讼与仲裁关系,支持仲裁发展,保障“一带一路”争议解决方面均发挥了重要作用。

综上,自上世纪90年代改革开放不断深入推进以来,随着国内外格局的深刻变化,我国在国际私法立法上深受全球化的影响。在广泛借鉴域外国际私法立法经验的基础上,我国通过对相关立法的修订与补充实现了国际私法体系的进一步完善,适应了当前社会发展的需要。

(三)四十年国际私法立法的得与失

过去的四十年,我国国际私法立法取得的成绩

是有目共睹的。但不可否认,在取得成绩的同时仍然显现出诸多问题,需要我们加以检视与反思。纵观改革开放四十年来国际私法的立法发展,其主要呈现出以下特点。

其一,四十年来国际私法立法经历了从无到有并逐步体系化的过程,国际私法制度构建日趋完善。自1979年《中外合资经营企业法》明确外国人法律地位以来,我国国际私法在外国人民事法律地位、法律适用及涉外民事诉讼程序和国际商事仲裁等方面以分散的方式进行了立法。而随着国际私法立法经验的逐步积累,上世纪80年代先后颁布的《民事诉讼法(试行)》和《民法通则》首次将国际私法立法进行了体系化,勾勒了我国国际私法立法的初步轮廓。就法律适用而言,形成了以《民法通则》为主干,以《合同法》《继承法》《收养法》《票据法》《海商法》《民用航空法》等基本法律中相关冲突规则为补充的国际私法体系。尤其值得提出的是,在中国国际私法体系初创阶段,最高人民法院有关涉外民商事争议解决的若干司法解释从司法实务角度创造性地丰富和完善了中国涉外民事关系法律适用法制度,这些司法解释既是对司法实践的总结,也是立法的先导,它们基于立法又超越立法,构成了我国国际私法体系的重要组成部分。^⑩尽管立法体系初成,但改革开放日新月异的变化为国际私法立法提出了更大的挑战。因此,自上世纪90年代以来,我国立法机关曾希望通过《民法(草案)》的编纂实现对国际私法的体系完善。尽管最终由于各种原因,使得相关立法未能成型,但各方所做出的努力却在潜移默化中推动了我国国际私法的体系化发展,并最终体现在《适用法》及相关立法当中,从而进一步完善了我国国际私法的立法体系。

其二,充分借鉴域外立法,理论研究助推国际私法立法理念与国际接轨。我国国际私法立法起步虽晚但起点较高,其中离不开对域外立法的借鉴与吸收。早在上世纪80年代,我国在有关涉外合同的准据法选择上便采用了最密切联系原则这一当时国际私法最新的理论,并且在相关司法解释中更是采纳了“特征性履行说”来推定最密切联系点,并且在如何运用最密切联系原则推定各类合同关系上引入了1985年海牙国际私法会议通过的《关于国际货物买卖合同法律适用公约》的相关规定。^⑪而在《民法通

则》的立法中,将最密切联系原则适用于扶养关系准据法确认,既解决了实际问题又体现了国际私法立法中对弱者利益的保护,可谓颇具新意。^⑫在积极吸收域外立法经验的同时,我国国际私法理论研究也在推动国际私法立法上发挥了重要作用。综观世界各国的国际私法立法,学者的推动和理论贡献起着极为重要的作用,国际私法因此有“学说法”之称,中国也不例外。^⑬《示范法》作为改革开放以来国际私法学界智慧的凝结,其在推动国际私法立法上发挥了重要作用。例如《适用法》以“经常居所地”作为属人法的认定标准便是对《示范法》的借鉴,而其背后更渗透出学界对海牙公约中“惯常居所地”标准的引入。^⑭

其三,四十年来国际私法立法始终与时代发展同频共振,为改革开放保驾护航。改革开放之初,加强对外贸易及引进投资是对外开放的重点。因此,这一阶段的国际私法立法也将重点放在了如何保障外国投资和解决涉外合同纠纷上。进入20世纪90年代,一方面,加入WTO是我国当时对外开放的重中之重。因此,为应对加入WTO所带来的诸多挑战,我国国际私法立法进入了调整和补充时期。国民待遇与最惠国待遇的引入使得国际私法立法进一步强化了对外国人在华民事法律地位的重视,跨国贸易与投资的增多也使得我们加强了在市场主体、物权及合同等领域的国际私法立法。^⑮另一方面,“一国两制”的提出使得我国在区际法律冲突与协调和区际司法协助等方面面临了更多挑战。对此,最高人民法院连续出台了多份司法文件着重对区际相关法律问题进行分析,从而有效地保障了“一国两制”的贯彻和区际民商事活动的顺利开展。

改革开放以来国际私法立法取得的成绩不容忽视,但其也在四十年发展中显露出了部分问题。首先,就立法体系来看,我国国际私法的立法缺乏统一规划,其体系与结构尚不完整,立法条文笼统,各类法律、法规存在重复、不一致,甚至相互矛盾的地方,还有许多法律规范不完整、不周全,留下不少立法上的空白。其次,就具体制度来看,尚存不少差强人意之处。在外国人民事法律地位方面,尽管我国已然构建了较为完善的法律制度保障外国人在华民事权利与地位,但在相关立法当中也存在一定程度的不足。例如《适用法》将“经常居所地”作为属人法的标准,尽管其展现出对国际最新立法经验的吸收,但在

抛弃以国籍或住所为本国法主义同时采用概念模糊的“经常居所地”,其能否适用于结构多样的跨国法人等民事主体的地位认定令人担心。而不区分法律关系的性质,几乎是一刀切地将经常居所地法贯彻到属人法适用的所有领域是否妥当也令人忧虑。^⑧在法律适用上,关于“涉外”的含义、反致的存留、意思自治的适用范围、外国法查明等问题都引发了多方争论,相关问题至今仍未有定论从而为操作留下困难,为未来立法留有空间。^⑨在涉外民事诉讼程序上,尽管我国已然构建了以《民事诉讼法》为核心的涉外民事诉讼程序制度。但从长期的实践来看,其所暴露出的相对封闭与保守、对涉外案件的特殊性关注不足和可操作性不强的问题始终阻碍着我国外向型的涉外民事诉讼程序体系的构建。^⑩而在国际商事仲裁领域,由于《仲裁法》自1995年颁布施行后未进行过实质性修改,从而导致在诸多问题上既难以与《承认及执行外国仲裁裁决公约》衔接,也难以紧跟国际发展趋势,立法滞后性较为突出。

因此,回顾过去四十年国际私法立法的发展,其在改革开放不断发展中实现了自我体系的建立与完善,初步形成了较为全面的国际私法立法体系。与此同时,国际私法立法也仍然留下了诸多遗憾与不足,为我们进一步推动国际私法发展提供了空间。

二、渐趋统一、走向独立:中国国际私法立法的模式与路径

通观社会发展史,法律无不经历了从无形到成形的过程,并在成形法的基础上达至更为高级的法典阶段。^⑪改革开放以来,中国国际私法立法模式由分散到专章再到独立的转变是中国国际私法四十年发展的重要表现。而这一历程也恰与域外国际私法法典化历程相一致,从而显现出中国国际私法进一步走向独立法典化的趋势。

(一)中国国际私法立法模式的转变与因应

改革开放以来,中国国际私法的立法模式经历了从分散到专章再到独立的转变,这既是根据我国在不同阶段国情所做出的现实选择,也反映了国际私法立法的一般规律。

1. 从分散立法到专章立法。从分散立法到专章立法是改革开放初期的现实选择,也是法律域外立法规律的体现。一方面,分散立法符合了我国当时的基本国情。党的十一届三中全会上,邓小平同志

本着务实的态度指出了修改和补充法律的重要性,并强调“成熟一条就修改补充一条,不要等待‘成套设备’。”^⑫因此,在邓小平同志这一思想的指导下,改革开放初期我国立法工作总体上呈现出了一种单点突破的特点。换言之,改革开放的重点在哪里,立法工作的重点也在哪里。而国际私法作为国家对外开放重要的法制保障,其立法工作也围绕着对外开放的重点展开。这一阶段,我国对外开放工作的重点主要放在引进外资和扩大外贸两个方面。因此,1979年颁布的《中外合资经营企业法》和1985年颁布的《涉外经济合同法》成为服务两大工作的重要法律,其中便对外国人法律地位、法律适用等问题作出了分散式的规定,弥补了该领域的国际私法立法空白。而进入80年代中期,我国对外开放势头强劲,在全面开放格局即将形成之际,我国针对当时国内外民商事发展的基本情况及时在《民法通则》中以专章形式对涉外民事关系的法律适用作出规定,实现了与《民事诉讼法(试行)》中的涉外民事诉讼程序的配套,从实体法与程序法两个方面完善了国际私法的立法体系。

另一方面,从分散立法到专章立法体现了国际私法早期立法的特点。纵观西方国际私法立法史,其国际私法立法多是在本国民法典的基础上逐渐生成的。而对比来看,虽然我国尚无民法典,但从本质来讲整个民事法律集合一定程度上发挥着民法典的作用。因此,西方国际私法的立法历程和我国的立法历程具有可比性。早期国际私法立法主要以分散立法为主,尤以法国、葡萄牙等为代表。尽管这种分散立法是将法律适用规范分散于民法典不同篇章,而在我国其呈现的样态本质上并无差异。1804年制定的法国民法典较早关注到了国际私法问题,并在其序编第3条对国际私法中的强行规则、不动产和人身权作出了规定。法国之后,西班牙与葡萄牙等国均在进一步丰富条文的基础上延续了在民法典的总则或序集部分对国际私法进行规定的方式,其也被澳门国际私法立法所延续。^⑬尽管这一立法方式开启了国际私法的立法之路,但由于其数量有限和规定零散使得法律适用调整范围较狭窄且不成系统,令相关国家不得不在实践中另寻它法加以补充。因此,立法技术上分散立法还只是法律适用规范立法的雏形阶段。^⑭面对分散立法的缺陷,国际私法立法

开始进一步整合,以德国为代表的专章立法模式应运而生。1871年德国统一以后,制定统一民法典的呼声日渐高涨,其中便有国际私法入典的主张。德国民法典在国际私法立法上可谓一波三折,经反复拉锯后最终在作为民法典一部分的民法典施行法中予以施行。^⑥相较于分散式立法,专章立法的模式更为体系和统一,但在立法中也可以看到,其寄居于民法体系下便不得不要受到民法的影响。但国际私法本身又具有一定的独立性,其仍需要达到自身的体系化。因此,如何协调好民法体系自洽与国际私法体系化发展就成为了专章式立法所面临的问题,从而为国际私法立法增添了一大挑战。

2. 从专章立法到独立立法。从专章立法到独立立法既是我国进一步改革开放和发展的需要,也符合全球国际私法发展的大趋势。一方面,从专章到独立的转变是改革开放深入发展的内在需求。上世纪90年代初期,邓小平同志南巡讲话和党的十四大召开迎来了改革开放深入推进的又一轮高潮。对此,以《民法通则》为支撑的专章立法模式已然暴露出调整范围有限、立法体系失调等多方面问题,难以全面地调整涉外民事法律关系。因此,这一阶段我国国际私法理论界率先行动,集全国国际私法学者之力展开了《示范法》的研究与起草。其在体例上打破了专章立法模式,在借鉴域外国际私法立法最新趋势的基础上采用了独立立法的模式。尽管其最终并未转化为国家立法,但其倡导的独立立法模式却深刻影响了我国国际私法立法的发展。2002年的《民法(草案)》曾考虑以专编规定涉外民事关系法律适用的形式延续专章立法模式,然而《民法(草案)》的被搁置使得这一设想最终落空。但面对改革开放的继续推进的需要,国际私法立法仍需发展。2010年以单行法体例面世的《适用法》在满足立法需要的同时,也恰恰成为了我国国际私法独立立法的开端,从而推动我国国际私法从专章立法向独立立法的迈进。

另一方面,从专章到独立的转变也符合了全球国际私法发展的趋势。奥地利、瑞士、斯洛文尼亚等国的国际私法立法便反映了这一趋势。1978年奥地利颁布的《关于国际私法的联邦法》是在19世纪初《普通民法典》基础上修订、抽离和发展而成的。其以8章54条的方式就法律适用问题作出了专门规定,制定过程体现了国际私法从民法逐步抽离的过

程,是一种从专章式到独立式的过渡,恰与我国当前《适用法》为支撑的立法模式相一致。与奥地利国际私法立法不同,1987年颁布的《瑞士联邦国际私法》以13章200条的体例对管辖、法律适用、判决的承认与执行和国际商事仲裁进行了统一的规定,从而实现了“大国际私法”从理论到制度的跨越。^⑦受其影响,斯洛文尼亚在1999年颁布的《关于国际私法与诉讼的法律》以总则、法律适用、管辖权与诉讼程序、外国判决(仲裁裁决)的承认与执行、特别规定及附则6章的体例对国际私法进行了体系化的建构。单从结构来看,斯洛文尼亚国际私法典已然在瑞士的基础上实现了进一步的体系化,结构严谨、逻辑严密,不仅避免了立法形式上和结构上的残缺不全,也便于法官查阅与适用,符合司法的实际需要。^⑧可以说,上述域外国际私法立法模式反映出国际私法已然呈现出基于民法而又超越民法的趋势,实现了“大国际私法”从理论到制度的飞跃,从而显现了从专章到独立的立法趋势。

(二)中国国际私法立法模式的应然方向:法典化

放眼世界,近百年来国际私法发展经历了从分散到专章再到独立的法典化的立法统一。而立足中国,改革开放四十年来国际私法立法模式的转变也呈现出向独立成典步步推进的趋势。因此,继续推动我国国际私法法典化既适应了目前我国立法现状,也符合了融入全球化和继续改革开放的时代要求,更满足了新时代中国法治建设和国际私法自身发展的需要。

首先,百年历史积淀为中国国际私法法典化奠定了坚实的基础。1918年北洋政府颁布的《法律适用条例》是一部承袭了1896年《德国民法施行法》和1898年《日本法例》因而具有明显大陆法倾向的国际私法单行法,自1927年南京国民政府令暂准援用到1949年中华人民共和国成立将其废止,该法规为中国国际私法法典化留下了宝贵的历史积淀。经历了上世纪50年代到80年代国际私法空白期和改革开放前十年国际私法恢复期后,上世纪90年代我国学界对编纂国际私法典的呼声日益强烈。如前文所述,作为学术界集体智慧的结晶,《示范法》深刻影响了我国国际私法立法,并从体例和内容等多方面为法典编纂提供了良好的支持。上世纪90年代后期民法典起草工作启动后,对于是否将国际私法纳入其

中引发讨论。起初学界认为国际私法应单独立法,但很快该观点发生了变化,认为利用民法典起草的良机可以尽快完成国际私法立法工作。因此“涉外民事关系的法律适用法”被纳入其中,成为了《民法(草案)》第九编。^②但随着《民法(草案)》立法工作的搁置,国际私法也未能乘此东风实现法典化。直到2010年《适用法》颁布,才实现了在法律适用领域的体系化。尽管《适用法》并未像《示范法》一样涵盖管辖、司法协助等国际私法其他领域,但该法的出台也实现了国际私法初步法典化,从而为下一步的工作奠定了基础。

其次,中国国际私法法典化符合融入全球化和继续改革开放的时代要求。国际私法从诞生之初便与全球化有着密切的联系。正是由于全球化的不断推进,使得世界各国国际私法在表现形式、立法方法等诸多方面实现融合,其中法典化便是重要的趋势。^③近年来反全球化风潮再度来袭,一定程度上会影响包括国际私法在内的相关法律的立法走向。但综合研判世界发展大势,经济全球化是不可逆转的时代潮流。^④因此,坚持对外开放基本国策,积极融入全球化发展是我国的基本立场。经济全球化推动了国际民商事规则统一化,^⑤因此,坚持中国国际私法法典化的发展方向,既有利于我国融入全球化发展,也符合继续改革开放的基本立场。

最后,中国国际私法法典化是新时代法治建设与国际私法自身发展的内在需要。如前所述,我国当前的国际私法存在立法体系的多层次、立法模式多样且分散的情况,从而会导致在价值、规范与操作等多个方面不甚协调。^⑥党的十八大以来,中央高度重视立法工作在改革开放中的重要作用。而坚持立法先行,通过立改废释并举,加快完善法律体系已然成为当前立法工作的重点。^⑦因此,推动中国国际私法法典化既有利于解决当前我国国际私法体系不协调等诸多问题,也符合十八大以来我国立法工作的努力方向,是我国新时代法治建设和国际私法自身发展的内在需要。

(三) 中国国际私法法典化的路径选择

在明确法典化是我国国际私法发展的应然方向后,选择何种路径实现法典化便成为我们所要面临的现实问题。通过前述论证,我们能够发现从分散到专章再到独立是国际私法法典化总的趋势。而从

中国情况来看,在明确我国国际私法需要法典化这一目标的前提下,选择何种路径实现法典化便是摆在我们面前的问题。从我国现状与当前时代发展要求出发,选择独立立法进行法典化应该是当下中国国际私法法典化的可行路径。

首先,当前民法典编纂工作作为国际私法独立成典提供了巨大契机。一方面,党的十八届四中全会作出编纂民法典的重大决策,是对当前国际民商事规则日趋统一的正确因应。而作为国际民商事体系重要组成部分的国际私法,民法典的编纂也为国际私法典的成形提供了巨大契机,指明了法典化是国际私法的发展目标。另一方面,从目前民法典的编纂情况来看,2017年颁布的《民法总则》并未涉及涉外民事法律关系的调整问题,由于总则具有统摄整部民法典的地位,其这一立法倾向也昭示了民法典无意涉及国际私法。与此同时,从目前对民法典各分编的讨论与起草来看,无论是体例安排与内容设计,还是理论研讨和实务反馈,其都未显现出将国际私法纳入其中的意向。因此,民法典不会涉及国际私法内容的趋势已渐趋明朗化,而民法典的让位恰恰为国际私法独立成典腾出了巨大的立法空间。

其次,国际私法独立成典顺应了当前发展趋势,是具有科学性的立法选择。过去的一百年是国际私法法典化的一个世纪,而通过对域外立法经验的检视可以发现,国际私法法典化路径是从分散到专章再到独立步步推进的。因此,采用独立的法典化路径符合了当前国际私法法典化的趋势,选择该路径实现法典化是对域外百余年国际私法法典化经验的有效借鉴。同时,独立成典有利于协调国际私法与民法典的关系并实现国际私法自身的体系化,具有科学性。一方面,由于国际私法调整涉外民事法律关系使其不得不从国际视角对不同法域作出关照,其在许多具体概念上并不同于国内民法。另一方面,时代发展让诸如消费者保护、反不正当竞争等具有公法色彩的涉外民商事关系被纳入到国际私法当中,令国际私法在调整范围上逐渐宽于民法。^⑧所以,采用独立式进行国际私法法典化,可以在实现国际私法自身体系完善的同时不破坏民法典的体系,是较为科学的立法选择。

最后,国际私法的初步体系化和丰富的立法经验为独立成典奠定了良好基础。改革开放四十年

来,我国国际私法内容已然较为丰富。尽管现行成文法存在多层次立法、法条之间不甚协调等局限,但总体上已经涵盖了管辖、法律适用、涉外民事诉讼程序和国际商事仲裁等方面,立法体系已然初步形成。因此,依托现行国际私法规范编纂独立的国际私法典是具有可行性的。而且《适用法》《民法通则》和《民事诉讼法》等法律的长期适用也积累了大量的国际私法实践经验,这些经验也可以很好地反哺法典编纂。当然,国际私法典的编纂并非是现行法律的简单相加,其更强调自身体系和逻辑的自治。回顾过去四十年的发展,《示范法》的出台和国际私法理论研究的不断深入都为国际私法典的编纂提供了有力支撑,使得法典在体例、内容等多方面的设计都有据可依。而在编纂中将诸如《民事诉讼法》中“涉外民事诉讼程序的特别规定”进行抽离并纳入法典也并不会破坏《民事诉讼法》自身体系的完整性。在立法操作上,国际私法独立成典并没有不可逾越的障碍。^⑤因此,现阶段初步体系化的国际私法和过去四十年所积累的丰富的立法经验均是国际私法典编纂的养料,其极大地减轻了立法的困难,为国际私法独立成典奠定了良好的基础。

三、兼容并蓄、协调平衡:中国国际私法四十年立法理念演进

改革开放以来的国际私法发展,除了立法模式上逐步呈现出独立成典的趋势外,广泛借鉴域外立法理念并立足我国国情的发展,是过去四十年国际私法立法的突出特点。而聚焦我国国际私法立法理念,四十年来其集中体现在了国际化与本土化、趋同论与特色论以及冲突正义与实质正义这三个方面,而所呈现出的特点便是兼容并蓄、协调平衡。

(一)国际化与本土化兼顾

1. 意思自治。意思自治原则允许当事人协议选择调整涉外民商事关系的法律,是私法自治原则在国际私法领域的具体体现。该原则最早发端于合同领域,目前已是各国立法与国际社会所公认的确定合同准据法的首要原则。^⑥随着国际民商事交往的日益频繁,意思自治原则在国际私法领域中的适用发生不断的扩张。一方面,意思自治原则的适用领域不断扩大,从传统的合同领域逐渐发展到婚姻家庭、侵权甚至物权领域;另一方面,对于意思自治原则本身的理解也出现了扩张,对于当事人的选法时

间、选法范围以及选法方式等问题都出现了扩大化的趋势。^⑦

我国在改革开放之初的国际私法立法中就采纳了意思自治原则。1985年颁布的《涉外经济合同法》第5条首次在立法上明文规定涉外经济合同的当事人可以协议选择处理合同争议所适用的法律。之后的相关立法如《民法通则》《海商法》《民用航空法》也均肯定了该原则。2010年出台的《适用法》对意思自治原则的吸收更为全面,一方面将该原则规定在总则之中使其上升为我国国际私法的基本原则,赋予其统领的地位;^⑧另一方面在分则法律适用中大量采用意思自治原则,除合同领域外还将该原则引入到委托代理、信托、夫妻财产制、协议离婚、动产物权、一般侵权、产品责任、不当得利与无因管理、知识产权转让及许可、知识产权侵权这些领域。2012年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉若干问题的解释(一)》又对意思自治原则的具体适用作了进一步明确,扩张了意思自治的适用范围。^⑨

2. 最密切联系原则。最密切联系原则是法院在对涉外民商事案件进行法律适用时,权衡与案件或当事人具有联系的各种因素,寻找和确定与该法律关系或当事人有最密切联系的法律加以适用的原则。最密切联系原则是传统多边主义方法在20世纪发展的产物,该原则一定程度上克服了传统冲突规范过于僵硬的缺陷,更有利于实现案件的公平解决,为当今许多国际私法立法和条约所采用。

《涉外经济合同法》首次将最密切联系原则引入我国立法,将该原则作为当事人未选择法律时的补充性原则。这种将最密切联系原则作为当事人意思自治补充的规定也被后续的立法所继承。总体上,此阶段的立法由于最密切联系原则本身的特性以及立法规定的原则化和简单化,使得该原则缺乏可操作性。为应对该问题,最高人民法院也在相关司法解释中对此进行了回应。一方面针对合同领域最密切联系原则缺乏可操作性的弊端,引入了特征性履行方法;另一方面将最密切联系原则的适用范围进行了进一步扩展。^⑩

《适用法》对最密切联系原则的规定有了较大改变。该法首先肯定了最密切联系原则的补缺功能,将其作为兜底性条款,对那些我国立法尚未作出规

定的领域提供法律适用的依据。^⑩同时其还在第39条、第41条强调该原则在特定领域的矫正功能,以确保证案件法律适用的灵活性和合理性。

3. 弱者保护原则。现代意义上的弱者保护制度是19世纪中叶以后伴随着福利权主张和福利国家的产生而形成的现代社会制度。^⑪一般而言,国际私法层面上的弱者保护是指对那些在涉外民商事关系中处于弱势地位或者不利地位的当事人予以特殊或倾斜性的保护,弱者保护原则体现了国际私法的人文关怀,是立法者制定国际私法规则时的重要考虑因素。^⑫

较之其他部门法,弱者保护原则在我国国际私法的早期立法中基本处于缺失状态。仅有少数关于家庭法的冲突规范体现出了对弱者的保护,有些立法甚至与保护弱者的宗旨背道而驰,^⑬这无疑滞后于当今世界的立法潮流。这一状况在《适用法》出台之后得到了极大的改善,其具体表现为两个方面。一方面是适用范围扩张,在消费者合同、劳动合同、产品责任、媒体侵犯人格权以及婚姻家庭等诸多规定等多领域中均直接体现出了弱者保护原则;^⑭另一方面是手段更加灵活多样,具体体现在对特定当事人意思自治的限制,运用“有利于”原则在法律适用上向弱方当事人利益进行倾斜。以及以强制性规定和公共秩序保留进行补充等方面。

4. 国际社会公共利益与维护本国国家利益的一致性。作为一个负责任大国,遵守国际约定是维护国际秩序最典型的体现。优先适用国际公约原则也是当代国际私法的发展趋势之一,我国诸多立法均体现了这一原则。1985年《继承法》首次确立了国际条约优先原则,之后的《民法通则》《海商法》等都再次肯定了这一原则。《适用法》本身虽未像这些立法一样明确规定国际条约优先原则,但在之后的司法解释中对该原则予以了间接规定。^⑮

由于各国在政治、经济以及文化上的不同,为维护本国的核心利益,排除根据冲突规范所指引外国法的公共秩序保留制度也为各国所普遍认可。我国包括《民法通则》《适用法》在内的多个立法均明确规定了公共秩序保留制度,同时在其他部门法和司法解释中,还将违反公共秩序作为拒绝执行外国法院判决、外国商事仲裁裁决和拒绝司法协助的理由。^⑯

现代国际私法中,公共秩序保留的适用逐渐表现出弱化的趋势。同时,随着国家对社会经济生活

干预的加强,越来越多的国家规定对于某些涉外民事法律关系必须适用部分特别法、强行法和禁止性规范,旨在保护本国的经济秩序和维护特定利益。《适用法》也首次将强制性规范同公共秩序保留进行区分,并在随后的司法解释中对该制度的适用进行了具体规定。

(二)趋同论与特色论的协调

所谓法律的趋同论,乃指不同国家的法律随着社会需要的发展,在国际交往日益发达的基础上,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。法律趋同化的表现具体包括两方面:一是各国在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;二是越来越多的国家积极参与国际法律统一活动。^⑰而特色论则强调中国国际私法必须具有中国特色,反对照抄照搬外国国际私法法条。^⑱这两种观点并非相互对立、互相排斥,纵观改革开放四十年来我国国际私法立法的发展历程,可以看出趋同论和特色论在立法实践中得到了协调。

1. 趋同论的表现。纵观改革开放四十年来我国国际私法的发展历程,国际私法在立法方面的趋同化体现在以下几个方面:首先,在立法模式上,趋同化表现为我国国际私法的立法从分散到集中。传统国际私法的立法模式大多受法国民法典影响,仅在民法典中集中或分散地加入几条冲突法条文,涉及问题及调整范围有限,且规定也极为简单。而近几十年来,世界范围内国际私法的法典化浪潮不断增强,不但涉及国家众多,且法典也日趋完备。^⑲从改革开放之初分散立法,到《民法通则》专章立法加分散立法,再到以《适用法》为主的独立立法,其显现了趋同化对立法模式的影响。

其次,立法技术趋同。传统国际私法以萨维尼的法律关系本座说为理论基础,多采用双边冲突规范,规定单一、固定的连结点。这种对法律适用的一致性和稳定性的过度追求随着国际交往增加、国际私法案件的复杂化遭到了广泛批评。有学者认为传统的冲突规范并没有真正进行法律选择,而进行的是所谓“法域选择”。^⑳因此,当代国际私法立法开始普遍通过增加连接点数量、提高连接点的灵活性与开放性以及对同类法律关系依不同性质规定不同连结点等方式,对传统冲突规范进行了“软化处理”从

而力图弥补相关缺陷。而从我国立法看,《适用法》通过增加选择性冲突规范、对特定的合同和侵权单独规定等方式改变了《民法通则》和《继承法》的做法,从而体现出立法技术趋同化对我国立法的影响。

最后,趋同化还体现在各国国际私法基本原则的趋同。我国在国际私法立法方面较为全面地接受了近年来国际社会所普遍认可的一些国际私法基本原则、基本理念。1985年《涉外经济合同法》对涉外经济合同就采用了以当事人意思自治为主、最密切联系原则为辅的方法,并在之后的立法和司法解释中引入了特征性履行方法、弱者保护原则。而《适用法》更是将意思自治和最密切联系原则提升到基本原则的高度,并在具体规定中体现出对弱者权益的特别保护。

2. 特色论的表现。我国国际私法的立法虽然在很大程度上借鉴了域外国际私法的具体制度和理念,但在将这些外来制度转化为我国立法的过程中,也根据我国国情对部分制度进行了修正,从而在立法中体现出了部分中国特色,这集中反映在《适用法》及其司法解释之中。^⑤

首先,在属人法连结点的选择上,《适用法》创新性地规定以经常居所为主要连结点。关于属人法的认定,国际社会上一直存在着以大陆法系国家为代表的国籍法主义和以普通法系为代表的住所地法主义之争。^⑥作为连结点而言,无论国籍和住所都存在其内在的缺陷和局限。《民法通则》采用住所作为属人法的连结点,而《适用法》则创造了经常居所地的概念,更加强调对生活中心、营业地的考察。^⑦

其次,在国际私法原则的规定上我国立法也体现出了自己的特点。我国先后在多部立法中采纳了意思自治原则,并且对该原则的适用进行了扩大化的规定。在《适用法》中,一方面将其规定在总则中作为一条基本原则,另一方面在分则的法律适用部分,将意思自治扩展适用到合同之外的侵权、婚姻家庭乃至动产物权领域。^⑧同时还在司法解释中对当事人选法时间、范围以及默示选法等问题都作了宽泛的规定。考虑到在我国之前司法实践中存在法官对于最密切联系原则的不当适用,^⑨《适用法》对最密切联系原则的规定也颇有特色。一方面将其规定在总则中作为兜底性条款,另一方面在特定的法律适用领域规定了“更密切联系”。

再次,在平等对待内外国法律问题上,不同于近年来很多国家在国际私法上所体现的“回家去”倾向,^⑩我国国际私法立法并未特别强调适用中国法律。在具体法律适用方面,我国国际私法立法主要采用了双边和选择性冲突规范,仅在极少领域才采用单边冲突规范规定只能适用中国法。同样在冲突法的基本制度方面,我国国际私法立法也仅仅在公共秩序保留和强制性规范上对适用外国法进行了限制,同时还通过司法解释对两项制度的适用作出了严格限定。

最后,在国际私法特殊制度方面,我国现在已通过立法和司法解释对包括识别、反致、法律规避等冲突法一般问题作出了明确规定。同时在立法上首次将公共秩序保留和强制性规范进行了区分,这被认为是根据中国改革开放实际对国际上“直接适用的法律”理论的吸收和扬弃。^⑪

(三) 冲突正义与实质正义的平衡

法的价值是任何法律在创制时就必须考虑的重大问题,其贯穿于立法和司法活动的始终。国际私法价值取向与正义观更是探讨国际私法定位和导向所不能回避的问题。^⑫具体而言,其体现在对冲突正义与实质正义之间辩证关系的认知上。

一般认为,冲突正义是指在涉外民商事案件的法律选择中,寻求在地域或空间上最适当的法律中所体现出来的正义。通常认为以传统多边冲突规范构成的法律选择体系是冲突正义的具体体现,其内涵核心是实现判决的一致性或者适用空间上最好的法律。^⑬实质正义,是指在法律选择过程中,更多关注案件实体处理结果的正义,该方法更强调对案件的公平处理结果的追求。美国冲突法革命所产生的各种理论则是实质正义的代表。两者的关系并非绝对对立,而更多是相互配合、相互补充。^⑭

以《涉外经济合同法》《民法通则》为代表的我国国际私法早期立法虽然引入如最密切联系原则这样弹性的连结点,但其适用仍被限定在特定领域内。其他绝大多数法律适用规范还是采用了传统的双边方法,只规定了单一的连结点。同时对于某些特定合同领域的法律适用还专门规定了单边规范。因此总体而言,此阶段的我国国际私法立法更注重法律适用的确定性、一致性和可预见性,突出的是对冲突正义的追求。而《适用法》的出台标志着我国国际私

法立法价值上更多地考虑到了实质正义,具体反映在以下几个方面。

首先,从冲突规范的类型上,较之我国之前国际私法立法,《适用法》更多地采用了选择性冲突规范,而复数连结点的引入使得法律适用的空间明显增加,增强了灵活性。其次,引入结果定向规则。结果定向规则是结果定向主义在立法中的体现,是指涉外民事案件中的法律适用旨在追求一定的实体结果,并将此实体结果视为第一需要。^⑤结果定向规则在立法中主要表现为无条件选择性冲突规则、单方意思自治规则、“有利于”规则。《适用法》在婚姻家庭继承的部分法律适用中规定了无条件选择性冲突规则,在消费者合同、产品责任中采用了单方意思自治规则,在扶养、监护问题上规定了“有利于”规则,充分体现了对实质正义的追求。再次,将最密切联系原则从之前我国国际私法立法中简单的连结点提升到了基本原则的高度。最密切联系原则本身就是国际私法从冲突正义向实质正义转变的重要体现,《适用法》将其上升到兜底原则的高度,能够对现行立法所存在的缺漏和日后新情况的出现提供可遵循的方法。最后,就《适用法》本身而言,其规定较之以往分散式的立法而言更为完整和统一,弥补了此前立法方面的缺漏。这在更为广泛的范围内保护了涉外民事关系当事人的合法权益,也在一定层面上体现了实质正义。

四、构建人类命运共同体:中国国际私法未来发展的重要使命

在回顾改革开放四十年来中国国际私法立法的制度与理念形成的同时,中国国际私法未来的立法方向更值得我们去思考。建设相互尊重、公平正义与合作共赢的新型国际关系是习近平总书记外交思想的深刻体现,它为国际私法的发展指明了未来长期的工作重点和努力方向,具有深远的战略意义和重要的实践价值。

2017年,习近平总书记在瑞士达沃斯和日内瓦相继发表演讲,系统阐述人类命运共同体的基本理念、原则、内涵和实践路径,从而不断丰富其内涵,成为中国最具有鲜明时代特色的新外交价值观。^⑥“法者,治之端也”,推动构建人类命运共同体离不开各国对国际法治的维护。^⑦“良法是善治之前提”,推动构建人类命运共同体更离不开对国际法的重视与发

展。毫无疑问,服务新型国际关系与人类命运共同体的构建,将是未来中国国际私法的重要历史使命。

(一)全球化的发展观是中国国际私法的基本立场

当今世界正处于大发展、大变革时期,全球治理体系和国际秩序正在加速变革,各国之间的联系和依存日益加深,国际力量对比趋于平衡,和平发展大势不可逆转。与此同时,世界面临的不稳定性、不确定性日益突出,世界经济增长动能不足,贫富分化日益严重,地区热点问题此起彼伏,恐怖主义、网络安全、重大传染性疾病、气候变化等非传统安全威胁持续蔓延,人类正面临着许多共同挑战。^⑧在此背景下,逆全球化风潮再起,世界各国政策呈现出明显的内生性,使得民族国家体系与全球化之间的张力正在脆弱平衡中发生位移并加剧逆全球化发展。^⑨面对国际局势的风云变幻,我们应当看到困扰这个世界的诸多问题并非是全球化的所造成的,因为经济全球化是社会生产力发展的客观要求和科技进步的必然结果,而当前的逆全球化风潮实际上是对经济全球化进程不足的反映。^⑩因此,如何更好地适应和引导经济全球化,推动经济全球化朝着更加开放、包容、普惠、平衡、共赢的方向发展,是中国与世界各国共同所要承担的责任。树立“全球法律”意识,弘扬国际法治理念,也是中国国际私法发展所要坚持的基本立场。基于全球化的不断深入,中国国际私法在未来将会进一步融入全球国际私法的发展大潮,从而实现二者的协调与一致。

首先,国际法治与国内法治的双向互动与有机统一,决定了中国国际私法将进一步融入世界。受制于各国政治、社会及文化等诸多方面的差异,法治具有的强烈国别性使其难以形成全球统一的法治标准与模式,但随着社会的发展和世界的融合,法治在理念、价值等诸多核心要素上又逐渐趋于一致,呈现出一种全球范围内的普遍性。^⑪所以,从辩证的角度看,国际法治与国内法治尽管是分属两级的治理机制,但一定程度上国内法治构成了国际法治的基础与前提,而国际法治也成为了国内法治的延伸与发展,从而在双向互动中实现有机统一并内化于全球治理法治化的进程中。^⑫而从国际私法自身看,无论它在性质上属于国内法还是国际法抑或是两者兼具,其都会在国际法治与国内法治的双向互动中实现内外的协调与一致。在该点上,欧盟各国国际私

法的发展及其不断推进的统一化进程为我们提供了很好的范例。

其次,全球化将进一步推动国际私法趋同化,并进而带动中国国际私法的立法本位的改革。可以预见,中国国际私法的国际社会本位观念将进一步得到提升。这不仅表现为我们在国内立法上会更多地去考虑国际合作,考虑整个国际社会的共同利益,考虑遵循某些国际社会公认的准则,^⑩并吸收和借鉴域外立法中的先进元素,还表现为中国更加全面参与国际私法条约体系建设。在全球化推动国际私法趋同化的过程中,国际私法条约体系的形成与拓展发挥了举足轻重的作用。国际条约作为国际法渊源的表现形式之一,是支撑国际法体系的重要支柱,更是当今世界国际合作的重要依存。改革开放以来,我国先后缔结了诸多双边和多边条约,其内容涵盖了管辖、判决(仲裁裁决)的承认与执行、司法协助等方面。每一个国际私法条约的背后都凝结着我国在推动国际私法融入世界方面做出的努力,极大地促进了国际私法国际统一化运动。^⑪也就在这几十年间,中国在国际私法条约体系的建设上参与愈广、声音愈强。2017年9月签署的《选择法院协议公约》是我国全程参与谈判和磋商的又一项国际私法条约,整个过程中我国代表多次就判决的效力及执行问题提出具体意见,部分建议也被纳入到最终文的本中。^⑫在坚定推动全球化的立场上,我国将进一步加强在国际私法条约体系建设上的参与度,因为这既是构建人类命运共同体所必需,也是全球国际私法继续发展所必要。

(二)多边主义的秩序观是中国国际私法的必要遵循

联合国作为当今世界最重要的国际组织,其洋溢着多边主义精神的联合国宪章宗旨和原则是支撑现代国际秩序的支柱。^⑬而“一带一路”倡议作为推动国际秩序和国际体系变革的中国方案,是构建人类命运共同体的具体路径,其所倡导的共商共建共享理念更是对联合国所倡导的多边主义的继承与发展。国际私法作为“一带一路”建设和构建人类命运共同体的重要工具,多边主义也理应成为其未来发展的必要遵循。

首先,多边主义是推进“一带一路”建设促进国际法治的必然选择。“冷战”结束以后,依靠单一强权

所支撑的国际秩序越发难以为继。现代国际秩序理应在普遍行为准则的基础上,依靠多元主体的协调而加以建构和维系的,这便是多边主义的体现。^⑭习近平总书记于2013年提出建设“新丝绸之路经济带”和“21世纪海上丝绸之路”的倡议,以期开创中国全方位对外开放新格局。从人类历史发展的全局来看,“一带一路”既是经济发展的过程,也是东西文明对话的过程,更是建构未来人类命运共同体的过程。^⑮其实际上是促进全球治理体系变革、倡导构建人类命运共同体的重要步骤。从“一带一路”倡议出发,共商意味着听取多方声音。因为面对日趋复杂的国际局势,世界上越来越多的事情需要各国共同商量着办。^⑯只有如此才能构建更加民主的国际秩序,才能推动国际法规则的不断形成。共建强调凝聚多方力量,构建和维护国际新秩序需要各方努力,这既是对国家主权平等原则的遵循,也是推动各国承担责任,共同构建国际法规则的应有之义。

其次,多边主义应是当代国际私法法律选择方法的主流和方向。纵观国际私法(冲突法)法律选择方法的发展,经历了从传统单边主义——传统多边主义——新单边主义——当代多边主义的嬗变过程。单边主义法律选择是根据法律规范本身的适用意愿来确定法律规范适用的空间范围,其最早可追溯至13世纪意大利巴托鲁斯的“法则区别说”。虽然后世学者对巴氏的理论有所改良,但其基本未脱离单边主义的倾向。直至19世纪萨维尼提出“法律关系本座说”,法律选择才逐步从单一主义向依客观标准来确定法律适用的多边主义演进。该种传统多边主义方法强调从涉外民事关系入手,通过分析某涉外民事关系与地域之间的特定联系,最终确定应当适用某地域的实体法。在上世纪美国冲突法革命中,具有单边主义倾向的“政府利益说”盛极一时,这种新单边主义方法为传统单边主义植入了新的因素,但其仍未撼动多边主义在两大法系冲突法中的地位。^⑰而当代新多边主义方法则是在传统多边主义基础上的进一步发展。以“最密切联系原则”和“当事人意思自治”等为代表的新多边主义理论,在坚持规则为准绳的同时,强调规则制定上要注重开放与灵活,力图通过规则来实现实质正义。总的来看,多边主义之所以能成为法律选择的主流,是因为其在价值取向上远胜单边主义。尽管单边主义在操

作上有其优势,但无论各国冲突规则是否一致,多边主义都能保证法律选择的稳定性和可预见性并实现相对的正义。^③因此,坚持多边主义发展我国国际私法既符合当前的基本共识,也顺应了国际私法的主流价值取向。

最后,多边主义是构建和维系国际民商事秩序的有效方式。如前所述,全球化下国际私法条约体系日渐形成,而其中多边国际私法公约更是占据了重要地位。之所以越来越多的国家选择加入多边国际私法公约,其背后所反映的是对构建国际民商新秩序的渴求。^④一方面,国际民商新秩序的构建带动了国际私法尤其是冲突规则的趋同化,从而大大提升了法律选择的稳定性;另一方面,国际民商新秩序的构建推动各国更加关注跨境争端的有效解决和高效执行。秩序的维系离不开可行的争端解决机制,在理念层面,新型国际秩序的构建呼吁各国进行协调和沟通,通过对话和平解决争端。在制度层面,随着国际争端在数量和类型上的不断增多,整个国际争端解决机制都朝着规则化和法制化方向发展,尤其是以《承认及执行外国仲裁裁决公约》为代表的多边条约推动了以仲裁为代表的替代性纠纷解决方式的有效运转,从而有效地解决了国际民商新秩序构建中的矛盾并维系了国际民商事秩序的顺利开展。^⑤

(三)坚持正确的义利观是中国国际私法的应然取向

诚如习近平主席所言:“法律的生命在于公平正义,各国和国际司法机构应该确保国际法平等统一适用,不能搞双重标准,不能‘合则用、不合则弃’,真正做到‘无偏无党,王道荡荡’。”^⑥而这也恰恰为徘徊在冲突正义与实质正义之间的中国国际私法指明了所应坚持的价值取向。

冲突正义与实质正义的分野本质来自于不同法律传统下在制度与理念等方面的差异,随着法律的相互借鉴与融合,冲突正义与实质正义也在各自的基础上取长补短,和合共生。^⑦而从构建人类命运共同体的角度出发,我们理应看到冲突正义与实质正义并非是对立的,以冲突正义为原则,以实质正义为补充才是我国国际私法未来发展的价值取向。一方面,冲突正义是我国国际私法仍要坚持的原则。其一,坚持正确的义利观要求法律平等统一地适用。正义因具有抽象性,使其在不同法域具有不同

的内涵和外延,想要构建世界各国普遍接受的实质正义目前仍有难度。而伴随着国际私法的趋同化,世界各国对正义的理解也将在这一过程中投射进渐趋统一的冲突规则当中。因此,坚持法律平等统一的适用便是要坚持冲突正义的价值取向,而这既是当下可行的选择也是对正确义利观的坚持。其二,坚持正确的义利观不能搞双重标准。国际私法上的实质正义是指为了实现个案实体结果的正义而超越冲突法,从而产生和纯国内、无冲突的案件一样所期待正义的结果。^⑧而这便需要将各国民商事实体法纳入考量范畴,从而陷入了标准各异的正义当中,产生了双重甚至多重标准,影响国际层面理念与制度的统一。

另一方面,实质正义是我国国际私法的必要补充和追求目标。其一,穿梭于规范与事实之间的司法活动都是在寻求具体案件中的实质正义,而作为创设规范的立法如果缺乏对实质正义的关照,一定程度上会陷入法律的机械与僵化。因此,在把握冲突正义这一有力抓手的同时,关注实质正义并在立法中为其打开通道,是国际私法未来发展中不可忽视的方向。其二,对实质正义的追求是构建人类命运共同体的目标之一。从国家层面来看,我们之所以倡导构建更加民主公平的国际新秩序,本质上是在寻求对现行某些不公平国际规则的修正,而其终极目标则是构建不分强弱大小,实现实质正义的国际秩序。而从个人层面来看,人类命运共同体不仅仅涉及世界各国,更关系到全人类的生存与发展,因此需要每个人的信任与维护。习近平总书记指出,要努力让人民群众在每一个司法案件中都能感受到公平正义,不能让不公正的审判伤害人民感情。^⑨这背后所揭示的便是一旦失去实质正义,人民将失去对法律的信任,从而令其大打折扣。因此,在我国国际私法的未来发展上,坚持冲突正义的同时不能也不应忘记对实质正义的追求。并相信通过人类命运共同体的构建,具有普遍性的实质正义观也会在日趋统一的冲突正义理念影响下得以形成。

五、乘势而为、稳中求进:中国国际私法典展望

回顾改革开放四十年来我国国际私法立法历程,渐趋统一与走向独立的立法模式转变既反映了我国深入推进改革开放的时代需求,也顺应了国际私法发展的历史趋势。而兼容并蓄、平衡协调的立

法理念,也在实现我国国际私法对域外经验和域内实践有机结合的同时,推动了我国国际私法理论与实践的双轨共进。面向未来,在构建人类命运共同体的思想指导下,中国国际私法更应乘势而为、稳中求进,在立足我国国情的基础上谋求新的发展。因此,制定一部立足中国、面向世界的独立的国际私法法典应是我国国际私法的未来。

在国际私法领域,过去的一百年被视为国际私法法典化的一个世纪。尤其是进入20世纪以来,国际私法的立法形式进一步趋于法典化方式,制定单行的冲突法或国际私法,使之从民商法典或民事诉讼法典中分离出来。法典化具有确定性、稳定性、内在逻辑性和和谐性等优点,反映了当代世界的立法潮流。^⑥回顾改革开放走过的历程,我国国际私法经历了从上世纪80年代以来的分散立法、专章立法到新世纪的独立立法历程,兼顾国际化与本土化、效益与公正,已经并将在构建公平高效国际民商事秩序方面发挥重要作用。

国际私法调整国际民商事关系,而国际民商事关系奠定了国家之间交往的基础。“一带一路”倡议背景下,我国对外开放程度进一步加强,国际民商事交往日益频繁。作为保障对外开放秩序的基础性法律,中国国际私法立法走独立法典化道路,也是提升中国国际形象的重要举措。^⑦肩负服务构建人类命运共同体,推动建设互相尊重、公平正义、合作共赢的新型国际关系重大使命,中国国际私法比以往任何时期更加具有开放性和包容性。国际私法要从全人类的整体利益出发,在尊重各国主权平等和世界文明多样性的基础上,根据国际民商事关系的性质和特点,综合考量国际民商事实践中的各种相关因素。^⑧在我国积极发展全球伙伴关系、扩大同各国利益交汇点的过程中,国际私法法典化也将在最大程度上服务推进大国协调与合作,构建总体稳定、均衡发展的大国关系框架,加强交流合作与对外发展。

与此同时,民法典的编纂也为中国国际私法的法典化发展提供了难得的历史机遇,我们在统合民事实体法的同时,也需要对现行有关涉外民事关系法律适用的各种立法资源进行系统清理、整合。^⑨中国国际私法法典化的发展面临前所未有的机遇,国际私法将在消除或减少跨国交往的国际民商事法律冲突、增加国际民商事关系的稳定性和可确定性、促

进国际民商事主体深入合作方面持续发挥重要作用。国际私法在立法和司法的过程中,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。基于国际私法立法的特殊性和重要性之考量,我们力倡中国国际私法立法应坚持走独立于民法典的法典化道路。制定中国国际私法法典,使之成为中国特色社会主义法律体系中的支架性法律之一,是我国国际私法立法的崇高目标。

注释:

①参见中共中央文献编辑委员会编:《邓小平文选》第2卷,人民出版社1983年版,第147页。

②参见韩德培、肖永平主编:《国际私法》第2版,高等教育出版社、北京大学出版社2007年版,第56页。

③参见李双元:《走向21世纪的国际私法:国际私法与法律趋同化》,法律出版社1999年版,第146~147页。

④参见李庆元:《国际私法中的国籍问题研究》,法律出版社2010年版,第86~87页。

⑤参见丁伟:《世纪之交中国国际私法立法回顾与展望》,《政法论坛》2001年第3期。

⑥参见陈卫佐:《涉外民事法律适用法的立法思考》,《清华法学》2010年第3期。

⑦参见黄进:《中国法制的新发展:从单一法制到多元法制》,《武汉大学学报》(哲学社会科学版)1999年第6期。

⑧参见丁伟:《我国涉外民商事诉讼管辖权制度的完善》,《政法论坛》2006年第6期。

⑨参见邵明:《我国涉外民事诉讼程序之完善》,《中国人民大学学报》2012年第4期。

⑩参见刘晓红:《海峡两岸仲裁裁决相互认可与执行制度之检视与修正》,《法学》2011年第12期。

⑪参见宋连斌:《司法与仲裁关系的重构:“民诉法”有关仲裁新规定之解析》,《仲裁研究》2013年第3期。

⑫参见黄进:《中国涉外民事关系法律适用法的制定与完善》,《政法论坛》2011年第5期。

⑬参见丁伟:《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,第3~4页。

⑭参见洪莉萍:《中国国际私法研究》,华东师范大学出版社1996年版,第146~147页。

⑮肖永平:《中国国际私法立法的里程碑》,《法学论坛》2011年第2期。

⑯参见董海洲:《从“身份”到“场所”——属人法连结点的历史与发展》,《法学家》2010年第1期。

⑰参见王家福:《WTO与中国社会主义市场经济法律制度建

设问题》,《中国法学》2001年第1期。

⑧参见郭玉军:《中国国际私法的立法反思及其完善——以〈涉外民事关系法律适用法〉为中心》,《清华法学》2011年第5期。

⑨参见王胜明:《涉外民事关系法律适用法若干争议问题》,《法学研究》2012年第2期;宋晓:《中国国际私法的“怕”与“爱”》,《华东政法大学学报》2013年第1期。

⑩参见涂广建:《构建外向型的涉外民事诉讼程序体系》,《武汉大学学报》(哲学社会科学版)2016年第5期。

⑪参见[日]穗积陈重:《法律进化论》,黄尊三等译,中国政法大学出版社1997年版,第7~8页。

⑫同前注①,中共中央文献编辑委员会编。

⑬参见《西班牙民法典》,潘灯、马琴译,中国政法大学出版社2013年版,第7~12页;《葡萄牙民法典》,唐晓晴等译,北京大学出版社2009年版,第7~16页;涂广建:《澳门国际私法》,社会科学文献出版社2013年版,第60~62页。

⑭参见徐冬根:《国际私法趋势论》,北京大学出版社2005年版,第276页。

⑮参见杜涛:《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189~197页。

⑯参见陈卫佐:《瑞士国际私法法典研究》,法律出版社1998年版,第19页。

⑰参见邹国勇:《一部继往开来的国际私法——〈斯洛文尼亚国际私法〉立法介评》,载赵海峰主编:《国际法与比较法论坛》第2-3辑,黑龙江人民出版社2008年版,第368页。

⑱参见杜涛:《国际私法的现代化进程:中外国际私法改革比较研究》,上海人民出版社2007年版,第200~201页。

⑲参见[荷]汉斯·范鲁:《全球视角中的国际私法》,张美榕译,《国际法研究》2017年第6期。

⑳参见习近平:《开放共创繁荣,创新引领未来——在博鳌亚洲论坛2018年年会开幕式上的主旨演讲》,《人民日报》2018年4月11日第3版。

㉑参见费宗祯:《对中国国际私法的重新认识》,《人民法院报》2018年1月24日第7版。

㉒参见丁伟:《中国国际私法法典化的再思考——纪念〈中华人民共和国国际私法示范法〉制定十周年》,《武汉大学学报》(哲学社会科学版)2009年第6期。

㉓参见李适时:《新时代立法工作的新成就、新特点》,《中国人大》2018年第2期。

㉔参见刘仁山:《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日第10版。

㉕同前注⑤,丁伟文。

㉖ See Symeonides, Symeon, The Hague Principles on Choice of Law for International Contracts: Some Preliminary Comments, 61 Am. J. Comp. L. 873 (2013), pp. 875-882.

㉗参见许军珂:《国际私法上的意思自治》,法律出版社2006年版,第227页。

㉘关于意思自治是否构成《适用法》的基本原则学界尚存在部分争议。参见齐湘泉:《基本原则与宣示性条款之辩——〈涉外民事关系法律适用法〉第3条再解读》,《清华法学》2018年第2期。

㉙参见高晓力:《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)〉解读》,《法律适用》2013年第3期。

㉚参见马志强:《国际私法中的最密切联系原则研究》,人民出版社2010年版,第141~143页。

㉛参见万鄂湘主编:《〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉条文理解与适用》,中国法制出版社2011年版,第24页。

㉜参见胡玉鸿:《正确理解弱者权利保护中的社会公平原则》,《法学》2015年第1期。

㉝参见徐冬根:《人文关怀与国际私法中弱者利益保护》,《当代法学》2004年第5期。

㉞参见屈广清:《论保护弱者的国际私法方法及其立法完善——以冲突规范的保护方法为中心》,《法商研究》2006年第5期。

㉟有学者认为应当区分弱者保护和人权保护,指出在国际私法的语境中,弱者具有不同于社会意义和一般法律意义上弱者的含义,是法律选择或争议解决方式及地点选择方面的弱者,而不是民事权利义务关系上的弱者。因此,在涉外父母子女关系、涉外扶养和监护关系中不存在国际私法视角下的弱者。参见袁发强:《我国国际私法中弱者保护制度的反思与重构》,《法商研究》2014年第6期。

㊱同前注⑨,高晓力文。

㊲参见高晓力:《国际私法上公共政策的运用》,中国民主法制出版社2008年版,第107页。

㊳参见李双元主编:《市场经济与当代国际私法趋同化问题研究》,武汉大学出版社2016年版,第4页。

㊴参见吕岩峰:《“趋同论”与“特色论”——中国国际私法立法思潮述评》,《浙江省政法干部管理学院学报》1997年第4期。

㊵参见邢钢:《国际私法法典化进程》,《政法论坛》2009年第5期。

㊶ See David F. Cavers, A Critique of the Choice-of-Law Problem, 47 Harv. L. Rev. 173 (1933-1934), pp. 173-194.

㊷关于《涉外民事关系法律适用法》创新性、特色性的论述,参见前注⑫,黄进文;前注⑬,郭玉军文;齐湘泉:《论〈涉外民事关系法律适用法〉立法特点》,《西北大学学报》(哲学社会科学版)2011年第2期;陈卫佐:《涉外民事关系法律适用法的中国特色》,《法律适用》2011年第11期。

㊸参见宋晓:《属人法的主义之争与中国道路》,《法学研究》2013年第3期。

㊹关于对属人法选择经常居所地的不同意见,参见前注⑬,宋晓文。

⑤关于是否应当在物权法律适用领域导入意思自治原则在我国国际私法学界尚存在争议,参见杜涛:《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;宋晓:《意思自治与物权冲突法》,《环球法律评论》2012年第1期。

⑥参见郭玉军、徐锦堂:《从统计分析方法看我国涉外民商事审判实践的发展》,《中国国际私法与比较法年刊》第11卷,北京大学出版社2008年版,第142~145页。关于我国国际私法实践情况分析还可参见黄进教授等自2003年每年在《中国国际私法与比较法年刊》发表的中国国际私法实践述评系列文章。

⑦参见徐伟功:《美国法律适用中“回家去的趋势”及我国法律适用中的法院地法倾向》,《河南财经政法大学学报》2013年第5期。

⑧参见前注⑫,黄进文。关于该问题也有学者提出了不同意见,参见前注⑤,丁伟文。

⑨参见徐冬根:《论国际私法的形式正义和实质正义》,《华东政法学院学报》2006年第1期。

⑩关于冲突正义内涵的解读也存在部分争议,参见徐鹏:《涉外法律适用的冲突正义——以法律关系本座说为中心》,《法学研究》2017年第3期。

⑪关于国际私法中冲突正义和实质正义关系的论述,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348~356页;张丽珍:《冲突法的正义问题研究》,华东政法大学2014年博士学位论文。

⑫参见[美]西蒙尼德斯:《20世纪末的国际私法——进步还是退步?》,宋晓译,《民商法论丛》第24卷,金桥文化出版(香港)有限公司2002年版,第398~399页。

⑬参见赵永琛:《试论习近平外交思想的辩证统一性》,《国际问题研究》2018年第2期。

⑭参见习近平:《共同构建人类命运共同体——在联合国日内瓦总部的演讲》,《人民日报》2017年1月20日第2版。

⑮参见《决胜全面建成小康社会 夺取新时代中国特色社会主义伟大胜利——在中国共产党第十九次全国代表大会上的报告》,《人民日报》2017年10月28日第1版。

⑯参见沈伟:《逆全球化背景下的国际金融治理体系和国际经济秩序新近演化——以二十国集团和“一带一路”为代表的新制度主义》,《当代法学》2018年第1期。

⑰参见习近平:《共担时代责任共促全球发展——在世界经济论坛2017年年会开幕式上的主旨演讲》,《人民日报》2017年1月18日第3版。

⑱参见曾令良:《国际法治与中国法治建设》,《中国社会科学》2015年第10期。

⑲参见赵骏:《全球治理视野下的国际法治与国内法治》,

《中国社会科学》2014年第10期。

⑳参见李双元、孙劲、蒋新苗:《21世纪国际社会法律发展基本走势的展望》,《湖南师范大学社会科学学报》1995年第1期。

㉑参见韩德培:《海牙国际私法会议与中国》,《武汉大学学报》(社会科学版)1993年第3期。

㉒参见徐国建:《建立法院判决全球流通的国际法律制度——〈海牙外国判决承认与执行公约草案〉立法资料、观点和述评》,《武大国际法评论》2017年第5期。

㉓参见黄进:《习近平全球治理与国际法治思想研究》,《中国法学》2017年第5期。

㉔See John Gerald Ruggie(ed.), *Multilateralism Matters: The Theory and Praxis of an International Form*, Columbia University Press, New York, 1993, p.11.

㉕参见明浩:《“一带一路”与“人类命运共同体”》,《中央民族大学学报》(哲学社会科学版)2015年第6期。

㉖参见《推动全球治理体制更加公正更加合理为我国发展和世界和平创造有利条件》,《人民日报》2015年10月14日第1版。

㉗参见李良才:《欧美国际私法理论的晚近发展研究》,湖南师范大学2012年博士学位论文,第281~283页。

㉘参见徐崇利:《冲突法之悖论:价值取向与技术系统的张力》,《政法论坛》2006年第2期。

㉙参见李双元、徐国建主编:《国际民商新秩序的理论建构——国际私法的重新定位与功能转换》,武汉大学出版社1998年版,第65~67页。

㉚参见刘晓红:《建设相互尊重、公平正义、合作共赢的新型国际关系》, https://www.chinalaw.org.cn/Column/Column_View.aspx?ColumnID=1136&InfoID=25756 中国法学会,2018年5月21日访问。

㉛同前注④,习近平文。

㉜参见张丽珍:《国际私法中冲突正义与实质正义衍进之多维观照》,《社科纵横》2018年第2期。

㉝See Symeon C. Symeonides, *The American Choice-of-Law Revolution: Past, Present and Future*, Martinus Nijhoff Publishers, Boston, 2006, p.404.

㉞参见习近平:《在首都各界纪念现行宪法公布施行三十周年大会上的讲话》,载中共中央文献研究室编:《十八大以来重要文献选编》上册,中央文献出版社2014年版,第91页。

㉟参见丁伟:《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。

㊱同前注④,刘仁山文。

㊲参见吕岩峰、闫峰:《人类命运共同体理念与国际私法精神》,《人民法院报》2018年2月28日第5版。

㊳同前注⑤,丁伟文。