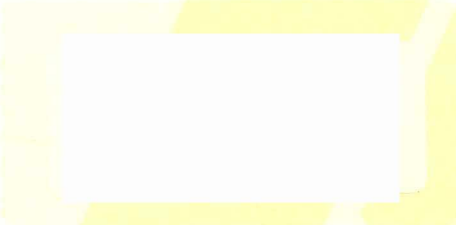


# 多元视野下的 中国国际私法

何其生 著

Private International Law in China:  
A Pluralistic Perspective

高等教育出版社



ISBN 978-7-04-050825-3



9 787040 508253 >

定价 38.80 元

# 多元视野下的 中国国际私法

Private International Law in China:  
A Pluralistic Perspective

何其生 著

高等教育出版社·北京

## 内容简介

本书从历史的视野分析了改革开放以来中国国际私法学的发展,运用比较法的视野分析了中国国际私法的立法成就与不足,从实践的视野审视了中国涉外审判中国国际私法的适用。本书高屋建瓴,资料翔实,论证方法多元,视角独特,充分论证了中国国际私法现代化的发展进程并进行了深刻的反思,提出了许多新颖而又深刻的观点。

---

## 图书在版编目(CIP)数据

多元视野下的中国国际私法 / 何其生著. — 北京 :  
高等教育出版社, 2019. 1  
ISBN 978-7-04-050825-3

I. ①多… II. ①何… III. ①国际私法-研究-中国  
IV. ①D997

中国版本图书馆CIP数据核字(2018)第243346号

---

策划编辑 姜洁 责任编辑 姜洁 特约编辑 毛飞琴 席建波 封面设计 张申申  
版式设计 于婕 责任校对 王雨 责任印制 田甜

出版发行 高等教育出版社 社址 北京市西城区德外大街4号 邮政编码 100120  
购书热线 010-58581118 咨询电话 400-810-0598  
网址 <http://www.hep.edu.cn> <http://www.hep.com.cn>  
网上订购 <http://www.hepmall.com.cn> <http://www.hepmall.com> <http://www.hepmall.cn>  
印刷 三河市宏图印务有限公司 开本 787mm×1092mm 1/16 印张 20.5  
字数 360千字 版次 2019年1月第1版 印次 2019年1月第1次印刷 定价 38.80元

本书如有缺页、倒页、脱页等质量问题,请到所购图书销售部门联系调换  
版权所有 侵权必究  
物料号 50825-00



## 何其生

北京大学法学院教授、博士生导师、北大博雅青年学者、中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁员。曾荣获第八届全国十大杰出青年法学家、教育部“长江学者奖励计划”青年学者（2015）；曾入选教育部新世纪优秀人才、武汉大学珞珈特聘教授；曾获评全国百篇优秀博士学位论文、霍英东教育基金会高等院校青年教师奖等；曾任国家高端智库武汉大学国际法研究所副所长、武汉大学法学院副院长；曾在美国斯坦福大学、德国马普比较法与国际私法研究所、法国马赛三大、奥地利维也纳大学等十多个国家的大学和科研机构访学和交流。

截至 2018 年，出版著作 6 部，在《中国社会科学》《中国法学》《法学研究》等刊物发表中文论文 70 余篇；在 Chinese Journal of International Law（中国）、International and Comparative Law Quarterly（英国）、RebelsZ（德国）以及美国、瑞士、荷兰、韩国等国外刊物发表了英文论文 20 篇，其中 SSCI 论文 8 篇；相关成果为美国网络媒体 VerticalNews 和 iPaperz 所报道，并为英语、法语、德语、意大利语、西班牙语以及以色列的网站所推荐和介绍。

先后参加了联合国国际贸易法委员会《国际合同使用电子通信公约》、《关于网上争议解决的技术指引》、海牙国际私法会议《承认与执行外国法院判决公约（草案）》等国际文书的谈判，以及海牙国际私法会议《取消认证公约》、《海牙送达公约》、《海牙取证公约》、《司法救助公约》特委会的磋商。



# 目 录

---

## 法律文件名称缩略表 / 1

## 引言 / 15

- 15 一、国际私法的理论前景
- 17 二、国际私法的实践思维
- 18 三、中国国际私法现代化的认知与考察

## 第一编 历史视野下的中国国际私法学 / 21

- 22 第一章 改革开放以来中国国际私法的发展
  - 23 一、中国国际私法学的发展进程
  - 24 二、中国国际私法的学科发展
  - 33 三、中国国际私法的主要学术贡献

40	四、中国国际私法学会的发展
46	五、中国国际私法与海牙国际私法会议
48	<b>第二章 中国国际私法学的问题与转变</b>
49	一、存在的主要问题
53	二、中国国际私法学的发展与转变
58	三、重要的国际私法问题

## **第二编 比较法视野下中国国际私法立法 / 65**

---

66	<b>第三章 欧盟冲突法的一体化与中国国际私法的晚近发展</b>
67	一、引言
69	二、统一化与多元化
75	三、规则和方法
84	四、确定性和灵活性
88	五、管辖权选择和内容导向选择
90	六、结论
92	<b>第四章 属人法的重构：国籍、住所和经常居所的博弈</b>
94	一、我国属人法连结点的变迁
96	二、我国属人法连结点的选择与考量
100	三、我国属人法重构后的法律问题
102	四、经常居所的界定
108	五、结论
110	<b>第五章 合同法律适用的新发展：新瓶装旧酒</b>
111	一、经济发展与合同法律适用
112	二、合同领域国际私法立法的进程
115	三、当事人选择的自由与限制
118	四、当事人选择缺失下的法律选择规则
123	五、公平交易和弱者保护
125	六、外国法的适用和中国的公共政策
130	七、结论和反思

133	第六章 侵权行为法律适用的新发展：立法与司法的选择
134	一、中国侵权行为法律适用法的特点
136	二、侵权行为法律适用的传统方法
140	三、晚近侵权行为法律适用的发展与中国的选择
151	四、结论
153	第七章 电子商务的国际私法规则：传统与现代的契合
154	一、电子合同的法律适用
168	二、电子商务中侵权行为的法律适用
174	三、电子商务问题法律选择规则的发展
184	第八章 破产冲突法的晚近发展
186	一、涉外破产的管辖权
187	二、新实用主义与晚近破产冲突法的立法
195	三、破产的域外效力

### 第三编 实践视野下中国国际私法的发展 / 203

---

204	第九章 我国涉外审判中法律适用倾向的实证分析
206	一、我国涉外审判中法律适用情形
214	二、我国涉外审判中内国法倾向的正当性
217	三、我国法院适用内国法倾向的弊端
218	四、我国法院涉外法律适用完善的路径
221	第十章 我国涉外审判中公共政策的实证分析
222	一、利益底线与公共政策
226	二、公共政策原则在我国法院的实践评估
235	三、公共政策：语义解释与界定方法
243	四、结论与启示



## 结语 多元视野下中国国际私法的现代化 / 245

---

- 246 一、中国国际私法学的现代化：国际性的学术话语
- 249 二、中国国际私法立法的现代化：构建合理的政策导向规则
- 250 三、中国国际私法司法实践的现代化：法官冲突法思维的养成与运用
- 253 四、冲突法思维与中国国际私法的现代化

## 参考文献 / 256

---

## 案例索引 / 269

---

## 附录一 1978—2017 年国际私法书目 / 276

---

## 附录二 中国大陆学者的英文国际私法著作和论文 / 306

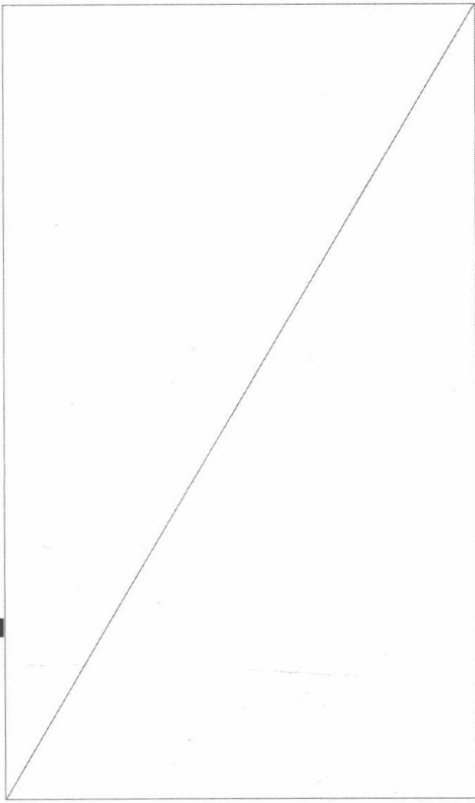
---

## 附录三 境外中国学者的英文国际私法著作和论文 / 311

---

## 后记 国际私法怎么样? / 317

---



法律文件名称

缩略表

---

	法律文件简称
中国	《法律适用法》
	《法律适用法解释》
	《侵权责任法》
	《民商事合同法律适用规定》
	《物权法》
	《人民法院组织法》
	《企业破产法》
	《中外合资经营企业法》
	《国际私法示范法》
	《立法法》
	《合同法》
	《民用航空法》
	《票据法》
	《海商法》

法律文件全称

2010年《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》

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）》

2009年《中华人民共和国侵权责任法》

2007年《最高人民法院关于审理涉外民事或商事合同纠纷案件法律适用若干问题的规定》

2007年《中华人民共和国物权法》

1979年《中华人民共和国人民法院组织法》（2006年修正）

2006年《中华人民共和国企业破产法》

1979年《中华人民共和国中外合资经营企业法》（2016年修正）

2000年《中华人民共和国国际私法示范法》  
（由中国国际私法协会草拟，不具正式法律效力）

2000年《中华人民共和国立法法》（2015年修正）

1999年《中华人民共和国合同法》

1995年《中华人民共和国民用航空法》（2017年修正）

1995年《中华人民共和国票据法》（2004年修正）

1992年《中华人民共和国海商法》

中国

《民法通则》·····

《民法通则意见》·····

《涉外经济合同法解答》·····

《中法民商事司法协助协定》·····

《继承法》·····

《涉外经济合同法》·····

《婚姻法》·····

《宪法》·····

《民事诉讼法意见》·····

《电子商务示范法》·····

联合国

《关于难民地位的公约》·····

《扶养义务的法律适用协定》·····

《民商事管辖权和外国判决公约》·····

海牙国际私法会议

《关于父母责任和儿童保护措施方面的管辖权、法律适用、判决承认与执行领域以及合作的公约》·····

- ..... 1986年《中华人民共和国民事诉讼法通则》(2009年修正)
- ..... 1988年《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法通则〉若干问题的意见(试行)》[部分废止]
- ..... 1987年《最高人民法院关于适用〈涉外经济合同法〉若干问题的解答》[失效]
- ..... 1987年《中华人民共和国和法兰西共和国关于民事、商事司法协助的协定》
- ..... 1985年《中华人民共和国继承法》
- ..... 1985年《中华人民共和国涉外经济合同法》[失效]
- ..... 1980年《中华人民共和国婚姻法》(2001年修正)
- ..... 1982年《中华人民共和国宪法》(1988年、1993年、1999年、2004年修正)
- ..... 1992年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》[失效]
- ..... 1996年《联合国国际贸易法委员会电子商务示范法》  
(UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce)
- ..... 1951年《关于难民地位的公约》(Convention Relating to the Status of Refugees)
- ..... 2007年海牙《扶养义务的法律适用协定》(Protocol on the Law Applicable to Maintenance Obligations)
- ..... 1999年海牙《民商事管辖权和外国判决公约(草案)》  
(Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters (draft))
- ..... 1996年海牙《关于父母责任和儿童保护措施方面的管辖权、法律适用、判决承认与执行领域以及合作的公约》(Convention on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children)

海牙国际私法会议

《国际儿童诱拐民事方面的公约》·····

《产品责任法律适用公约》·····

《婴儿保护方面主管机关的权力以及法律适用公约》·····

《关于国际销售合同法律适用的公约》·····

《解决本国法和住所地法冲突的公约》·····

《罗马条例 I》·····

《罗马条例 II》·····

《罗马条例 III》·····

欧盟

《里斯本条约》·····

《尼斯条约》·····

- ..... 1980 年海牙《国际儿童诱拐民事方面的公约》( Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction )
- ..... 1973 年海牙《产品责任法律适用公约》( Convention on the Law Applicable to Products Liability )
- ..... 1961 年海牙《婴儿保护方面主管机关的权力以及法律适用公约》( Convention of 5 October 1961 Concerning the Powers of Authorities and the Law Applicable in Respect of the Protection of Infants )
- ..... 1955 年海牙《关于国际销售合同法律适用的公约》( Convention on the Law Applicable to International Sales of Goods )
- ..... 1955 年海牙《解决本国法和住所地法冲突的公约》( Convention Relating to the Settlement of the Conflicts between the Law of Nationality and the Law of Domicile )
- ..... 2008 年《关于合同义务法律适用的第 593/2008 号条例》( Regulation ( EC ) No. 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the Law Applicable to Contractual Obligations, Rome I ) O.J. 2008 L 177
- ..... 2007 年《关于非合同义务法律适用的第 864/2007 号条例》( Regulation ( EC ) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law Applicable to Non-Contractual Obligations, Rome II ) O.J. 2007 L 199
- ..... 2010 年《关于在离婚和分居法律适用领域中执行加强型合作的欧盟理事会第 1259/2010 号条例》( Council Regulation ( EU ) No 1259/2010 of 20 December 2010 Implementing Enhanced Cooperation in the Area of the Law Applicable to Divorce and Legal Separation, Rome III ) O.J. 2010 L 343
- ..... 2007 年《里斯本条约》( Treaty of Lisbon Amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community )
- ..... 2001 年《修改欧洲联盟条约、建立欧洲共同体的各项条约和若干有关文件的尼斯条约》( Treaty of Nice amending the Treaty on European Union, the Treaties Establishing the European Communities and Certain Related Acts )



欧盟

欧盟《电子商务指令》·····

欧盟《电子签名指令》·····

《阿姆斯特丹条约》·····

《远程契约消费者保护指令》·····

《关于破产程序的公约》·····

《马斯特里赫特条约》·····

《关于特定国际性破产的公约》·····

《罗马公约》·····

《布鲁塞尔公约》·····

《欧洲共同体条约》·····

《欧洲联盟运行条约》·····

2000年《关于内部市场中与信息社会的服务特别是电子商务有关的若干法律问题的指令》( Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on Certain Legal Aspects of Information Society Services, in Particular Electronic Commerce, in the Internal Market, Directive on electronic commerce ) O.J. 2000 L 178

1999年欧盟《电子签名统一框架指令》( Directive 1999/93/EC of the European Parliament and of the Council of 13 December 1999 on a Community Framework for Electronic Signatures ) O.J. 2000 L 013

1997年《修正欧洲联盟条约、建立欧洲共同体的各项条约和若干有关文件的阿姆斯特丹条约》( Treaty of Amsterdam Amending the Treaty of the European Union, the Treaties Establishing the European Communities and Certain Related Acts )

1997年欧盟《远程契约消费者保护指令》( Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council of 20 May 1997 on the Protection of Consumers in Respect of Distance Contracts )

1995年欧洲联盟理事会通过的《关于破产程序的公约》( EU Convention on Insolvency Proceedings ), 后发展为2000年的《欧盟破产条例》

1992年《马斯特里赫特条约》( Maastricht Treaty ), 亦称《欧洲联盟条约》( The Treaty on European Union, TEU )

1990年欧洲理事会起草的《关于特定国际性破产的公约》/《伊斯坦布尔公约》( European Convention on Certain International Aspects of Bankruptcy )

1980年签订并于1991年生效的《罗马公约》( Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations )

1968年《布鲁塞尔关于民商事案件管辖权及判决执行的公约》( Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters )

1957年《罗马条约》/《欧洲共同体条约》( Treaty Establishing the European Economic Community ( TEEC ) )

1957年《罗马条约》( Treaty establishing the European Economic Community , TEEC ) 经2007年《里斯本条约》更名为《欧洲联盟运行条约》( Treaty on the Functioning of the European Union ( TFEU ) )

	《电子商务条件下消费者保护指南》·····
	《纽约公约》·····
其他国际法律文件	《布斯塔曼特法典》·····
	《海牙规则》·····
	《统一船舶碰撞某些法律规定的国际公约》·····
	《统一计算机信息交易法》·····
美国	《第二次冲突法重述》·····
	《统一商法典》·····
	《土耳其国际私法和国际诉讼程序法》·····
	《日本法律适用通则法》·····
其他国家	《比利时国际私法典》·····
	《也门民法典》·····
	《荷兰侵权冲突法》·····

..... 1998年OECD《电子商务条件下消费者保护指南》(OECD Guidelines for Consumer Protection in the Context of Electronic Commerce)

..... 1958年《承认及执行外国仲裁裁决公约》(United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards)

..... 1928年2月第六届泛美会议于古巴首都哈瓦那通过的《国际私法法典》(Convention on Private International Law, Bustamante Code)

..... 1924年《统一提单的若干法律规定的国际公约》(International Convention for the Unification of Certain Rules of Law Relating to Bills of Lading)

..... 1910年《统一船舶碰撞某些法律规定的国际公约》(Convention for the Unification of Certain Rules of Law with respect to Collisions Between Vessels)

..... 1999年美国《统一计算机信息交易法》(Uniform Computer Information Transactions Act, UCITA)

..... 1971年美国《第二次冲突法重述》(Restatement (Second) of Conflict of Laws)

..... 1952年美国《统一商法典》(Uniform Commercial Code, UCC)

..... 2007年12月12日起施行的《土耳其共和国关于国际私法和国际诉讼程序法的第5718号法令》

..... 2007年1月1日施行的《日本法律适用通则法》

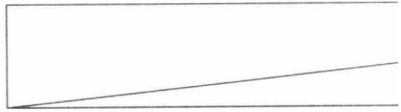
..... 2004年10月1日施行的《比利时国际私法典》

..... 2002年4月10日通过的《也门人民民主共和国民法典》

..... 2001年4月11日起施行的《荷兰侵权冲突法》

	《哈萨克斯坦共和国民法典》 .....
	《突尼斯国际私法法典》 .....
	《列支敦士登国际私法》 .....
	《意大利国际私法制度改革法》 .....
	日本《制造物责任法》 .....
其他国家	《罗马尼亚关于国际私法关系的调整第 105 号法》 .....
	《瑞士联邦国际私法法规》 .....
	《联邦德国关于改革国际私法的立法》 .....
	《奥地利联邦国际私法法规》 .....
	德国《民法施行法》 .....

- ..... 1999年7月1日起施行的《哈萨克斯坦共和国民法典》
  
- ..... 1998年11月27日通过, 1999年2月1日起施行的《突尼斯国际私法法典》
  
- ..... 1996年9月19日通过的《列支敦士登国际私法》
  
- ..... 1995年5月31日起施行的《意大利国际私法制度改革法第218号法令》
  
- ..... 1994年7月1日公布, 1995年7月1日起施行的日本《制造物责任法》
  
- ..... 1992年9月22日通过的《罗马尼亚关于国际私法关系的调整第105号法》
  
- ..... 1987年12月18日通过, 2010年修订的瑞士《关于国际私法的联邦法》
  
- ..... 1986年7月25日通过的《联邦德国关于改革国际私法的立法》
  
- ..... 1978年6月15日通过, 1979年1月1日施行的《奥地利联邦国际私法法规》
  
- ..... 1896年8月18日批准, 1900年1月1日生效的德国《民法施行法》



# 引言

## 一、国际私法的理论前景

国际私法是一个体系庞大、内涵丰富的学科。其英文翻译之一 international private law，通常是指国际民商事法律，调整的是国际民商事法律秩序。而其另外的翻译之一 private international law 则通常是指法律适用法，是在具体的案件中用来确定实体法的法律选择规则。

然而，对于狭义的国际私法来说，由于其晦涩的术语、复杂的规范以及一些高深莫测的理论，对于大多数学习法律的人来说都是“避而远之”。即使在国外，也是如此。

冲突法的领地是一片阴郁的沼泽，遍布着遥颤的泥潭；居于此地者，为一群博学而乖戾的教授，他们用怪诞和令人费解的术语为神秘之物创



立理论。<sup>①</sup>

尽管如此,国际私法近年来却越来越为各国和地区所重视。在国家层面,晚近各国国际私法立法的热潮是最好的体现。<sup>②</sup>在区域层面,欧盟更是将其从第三支柱上升为第一支柱,<sup>③</sup>被认为是实现共同体目标,即内部市场正常运行所需要的自由、安全、公正的环境,必不可少的途径和方式。欧盟在冲突法领域进行了大量的立法,诸如《罗马条例 I》《罗马条例 II》《罗马条例 III》就是最好的例证。我们在理论上还在探讨国际私法所调整的对象是否是国际民商事法律秩序的时候,欧盟已将其运用于内部市场的统一化,促进私法秩序的协调。

晚近,在某种程度上,国际私法被人们寄予厚望,成为推动涉外民商事交往,促进本国的跨国商业的发展,保护妇女儿童的合法权益,甚至是推进全球治理,实现全球或区域法律的一体化等的重要方式、路径和手段。更进一步,有学者认为冲突法是未来国际治理的重要手段。<sup>④</sup>在 2008 年美国《法律与现代问题》(*Law and Contemporary Problems*) 第 71 卷第 3 期设置的专题“跨学科的冲突法”中,发表了 15 篇文章。该专题的作者们从不同的学科与视角,如政治学、经济学、社会学、人类学以及法理学等,重新思考国际私法作为一个法律的法律(a law of laws),在目前全球化进程日益加快的时代,处理国际冲突或者跨国冲突而并非仅仅是作为解决国家之间法律冲突的政治策略的可能性。国际私法作为法律的法律,模糊了公法与私法、国家与个人的界线,也许有一天会成为一种解决跨国冲突的模式。

国际私法晚近的发展也因此似乎远离了“阴郁的沼泽”,不再是“遥颤的泥潭”,而是寄予了新的功能。那么,在现代国际社会,什么是国际法的价值使命,

① See Maurice Rosenberg, Comments on Reich v. Purcell, 15 *UCLA L. Rev.* 641, 644 (1968).

② 参见邹国勇译注:《外国国际私法立法精选》,中国政法大学出版社 2011 年版,序言。

③ The EU Treaty has been compared to a Greek temple built on three pillars: the matters of the EC Treaty, the Common Foreign and Security Policy and Justice and Home Affairs. See the Maastricht Treaty, Title VI (“Provisions on Cooperation in the fields of Justice and Home Affairs”), Arts. K.1 and K.3.

④ See F. Johns, Performing Party Autonomy, 71(3) *Law & Contemp. Probs.* 243; J. R. Paul, The Transformation of International Comity, 71(3) *Law & Contemp. Probs.* 19 (2008); A. Slane, Tales, Techs and Territories: Private International Law, Globalization, and the Legal Construction of Borderlessness on the Internet, 71(3) *Law & Contemp. Probs.* 129 (2008); Andrea Riles, Cultural Conflicts, 71(3) *Law & Contemp. Probs.* 273 (2008); N.E. Hatzimihail, The Many Lives-and Faces-of Lex Mercatoria: History as Genealogy in International Business Law, 71(3) *Law & Contemp. Probs.* 169 (2008); J. Bomhoff, The Reach of Rights: “The Foreign” and “The Private” in Conflict-of-Laws, State-Action, and Fundamental-Rights Cases with Foreign Elements, 71(3) *Law & Contemp. Probs.* 39 (2008); M. Constable, Afterword: Conflicts as a Law of Laws?, 71(3) *Law & Contemp. Probs.* 343 (2008); K. Knop, R. Michaels & A. Riles, Transdisciplinary Conflict of Laws, 71 *Law & Contemp. Probs.* 1 (2008); K. Knop, Citizenship, Public and Private, 71(3) *Law & Contemp. Probs.* 309 (2008); R. Michaels, Economics of Law as Choice of Law: A. Simpson, Subjects of Sovereignty: Indigeneity, The Revenue Rule, and Juridics of Failed Consent, 71(3) *Law & Contemp. Probs.* 73 (2008); R. Wai, The Interlegality of Transnational Private Law, 71(3) *Law & Contemp. Probs.* 107 (2008); T. Ruskola, Colonialism Without Colonies: On the Extraterritorial Jurisprudence of the U.S. Court for China, 71(3) *Law & Contemp. Probs.* 217 (2008); B. Cossman, Betwixt and Between Recognition: Migrating Same-Sex Marriages and the Turn Toward the Private, 71(3) *Law & Contemp. Probs.* 153 (2008).

或者说，国际私法所描绘的理想图景，无疑需要更深的思考。在当代中国特定的社会背景下，中国国际私法所追求的是一种什么样的私法秩序，无疑需要以历史的视角来总结既往，展望未来。

## 二、国际私法的实践思维

国际私法的特殊性和理论认知的不同，反映在实践中亦会有不同的侧重点。在普通法系国家，例如美国，更侧重于各种法律选择的方法；而在大陆法系国家，则更着眼于结果的确定性、一致性，在现代社会复杂的法律关系下又兼容了灵活性因素。

在具体的司法实践中，国际私法更是一种特殊的方法，一个分析问题的独特视角。它在传统实体法和程序法思维的基础上，带来的是对实体法和程序法颠覆性的认识。例如，传统的法律规范通常分为实体法规范和程序法规范，而冲突规范却很难归类为二者的任何一种。在普适性的法理学论著中，法律规范通常由行为模式和法律后果组成，但冲突规范的组成却是由“范围”和“系属”组成。尤其是国际私法中的一般性制度，诸如识别、反致、先决等问题，在案件处理过程中，会带来变革性的解决问题的思路。因此，国际私法带给我们更多的是思维方式的变革。这种思维，笔者称为“冲突法思维”。一个最简单的例子如下：

中国公民甲从美国纽约机场乘坐飞机准备回国，在纽约机场与准备前往中国的美国公民乙发生冲突，公民甲受到一定的伤害，在回到北京经医院检查发现，某部位骨折，在北京住院治疗近半个月伤愈后，甲准备向乙寻求赔偿。

对于此案件，通常人们会直接选择在北京的法院起诉，适用中国的法律解决争议。而实际上，如果一个人具有冲突法的思维，就会发现这样的问题至少会有四种选择：

选择方式	管辖权	法律适用
A	北京	中国法
B	北京	纽约州法
C	纽约	中国法
D	纽约	纽约州法

对于何种选择成为最好的选择，不仅需要成本与收益的博弈，更需要相关的国际私法知识，诸如域外送达、域外取证，尤其是判决的承认与执行，等等。一个缺乏国际私法知识储备的人，很难形成冲突法思维，也很难对上述问题作出准确的判断。更进一步而言，一个没有冲突法思维的人很难在跨国争议的处理中采用灵活的方式、多元的战略，从而获取利益的最大化。

冲突法思维首先在于对于冲突利益的认知；其次在于选择方式的多元，不管是直接方式还是间接方式，不管是直接适用的规范还是间接的指引规则。当事人所寻求的是一种相对正义，或者说是冲突正义。冲突正义有可能成为真正的实体正义，也有可能只是一种形式正义。

这也是美国冲突法革命批判的重点。于是美国人侧重于赤裸裸的利益分析，侧重于法院地法的优先选择。即使 David F. Carvers 宣称应该废除“管辖权选择”，而去寻求“结果选择”，<sup>①</sup>实际上，这亦是一种相对的结果，一种冲突正义。因为在一个冲突的案件中，即使是结果的比对，也需要找到连结因素，找到相关的实体法。因此，美国的冲突法革命，在某种程度上只是一种实用主义或功利主义的冲突法思维。

然而，无论如何，涉外民商事案件的处理不仅离不开冲突法知识，更需要能够运用冲突法知识，综合考虑成本与收益，制定争议解决方案和策略。而要形成完整的冲突法思维，无疑需要长期的冲突法训练，需要有国际化的视野和比较法的方法。

### 三、中国国际私法现代化的认知与考察

在涉外法治的发展过程中，为了适应中国进一步深入改革开放的需要，我国很多涉外法律都在适应国家的变化和发展，采纳国际社会通行的规定，吸收国际社会法律研究最前沿的成果，实现我国法律制度的现代化。这其中，国际私法当然并不例外。改革开放以来，调整国际民商事关系的国际私法在我国受到了重视，不管是理论研究、人大立法，还是司法实践，都有了前所未有的发展。理论与实践的成果十分丰富，但是，这并不意味着我国国际私法实践与理论是“比翼齐飞”的。

首先，在理论研究上，很多学者都指出中国学者在理论创新上还缺乏贡献，没有提出有特色的学说。另外，中国学者每年使用英文发表的论文还屈指可数，中国国际私法学者在全球国际私法学领域的话语权有待提升。

其次，相比于中国国际私法学的发展，司法实践中国际私法的应用问题不少。近年来，有学者针对我国涉外商事海事案件的裁判文书，连续多年来对涉外案件准

<sup>①</sup> See David F. Carvers, *The Choice-of-Law Process*, The University of Michigan Press, 1965.

据法的适用情况做了统计。<sup>①</sup>从2001—2010年,每年适用外域法包括中国香港地区、澳门地区和台湾地区的法律不到3%。多年来,对于法院地法的倾向和偏好,很多法院基本上都在利用国际私法的方法和制度力争实现中国法的适用。这种倾向在某种程度上体现了自我封闭式的思维方式。

最后,国际私法立法的过程亦可能如此。2010年《法律适用法》成为首部中国国际私法的单行法,注定在我国国际私法的立法史上具有里程碑的意义,但其中的很多规定值得关注。在我国立法机关的相关立法资料中,看不到灵活性与确定性的权衡,也很难看到法律选择中对实体结果的追寻。

伴随着中国作为世界大国的和平崛起,中国国际私法的现代化与中国社会相随发展是必然的趋势。然而,在中国国际私法的现代化过程中,哪些问题是未来发展的重点,中国国际私法学、国际私法的立法和法院的司法实践该走向何方,是本书考察的重点。而对于各个领域,本书运用的方法或视角有所不同,对于理论,本书运用历史的视角来审视中国国际私法学的发展;对于立法,本书更侧重于比较分析欧盟、美国等国家和地区的发展,并着重于合同、侵权、身份法、电子商务和破产,揭示中外立法的深层次差异;而对于司法实践,本书更多地关注具体案例,剖析司法者的冲突法思维。笔者希望通过前述不同角度的分析,能够总结异同,探索中国国际私法在后《法律适用法》时代的重要问题、发展路径和解决方法,进一步深化对中国国际私法现代化的认知。

---

<sup>①</sup> 具体可参见黄进教授自2001年以来在《中国国际私法与比较法年刊》上所发表的关于中国国际私法的年度司法实践述评;亦可参见黄进、杜焕芳等:《中国国际私法司法实践研究(2001—2010)》,法律出版社2014年版。



第一编

历史视野下  
的中国国际  
私法学

---