

中国国际私法探源^{*}

齐湘泉

[摘 要] 中国国际私法起源的历史年代,法学界有不同的观点。主流观点是中国国际私法起源于唐代《永徽律》,也有学者认为起源于清末民初对外国法的移植。笔者提出中国国际私法起源于汉代“刘细君和亲案”,汉武帝“从其国俗”的诏书是中国国际私法起源的标志。

[关键词] 中国国际私法 起源 探讨

[作 者] 齐湘泉(1955—),男,山东昌邑人,法学博士,中国政法大学教授、博导,主要研究方向为国际私法、国际商事仲裁法等。

中图分类号:D997 文献标识码:A 文章编号:1674-0602(2012)01-0096-04

在浩瀚的典章古籍和尘封的历史中探寻国际私法起源是一项十分艰辛的工作,资料匮乏和历史久远给予探索者的回馈往往是一无所获,或者收效甚微。然而,如同一个国家、一个民族不能没有自己的历史一样,国际私法作为一个法律部门,不能没有自己的起源与发展史。中国学者对国际私法在中国起源的年代和时代背景一直进行着持续不断地探索,力求还原历史,揭示本原。一些学者基于史实考证和对法律起源的认识,提出了一些有见地的主张,形成了中国国际私法起源的主流观点。

一、中国国际私法起源的两种主流观点

中国国际私法起源于公元651年《永徽律·名例章》“诸化外人”的规定是当下中国法学界占主导地位的观点,从现有资料来看,这一观点是中国著名国际私法学者郭云观在其1933年撰写的《中国国际私法沿革概要》一文中提出的;台湾学者马汉宝认同郭云观的观点,1964年在其所著的《国际私法总论》一书中对国际私法起源于唐朝“诸化外人”的规定作了较为详细的阐述,从理论上进行了论证,使得这一观点传播开来。

永徽二年(公元651年),唐朝颁布《永徽律》,《永徽律·名例章》以成文法形式对涉外关系法律适用作出了规定,“诸化外人同类自相犯者,各依本俗法;异类相犯者,以法律论。”永徽三年(公元652年),唐高宗命唐律的起草人长孙无忌对《永徽律》进行官方注释,编撰《唐律疏议》。次年,

^{*} 本文为2010年度国家社会科学基金重点项目“中国涉外民事法律适用法制定与完善”阶段性研究成果,项目批准号:10AFX015。

《唐律疏议》编撰工作完成。在《唐律疏议》中,长孙无忌对《永徽律》“诸化外人”规定作了精辟的解释:“化外人,谓蕃夷之国别立君长者,各有风俗,制法不同。其有同类自相犯者,须问本国之制,依其俗法断之。异类相犯者,若高丽与百济相犯之类,皆以国家法律论定罪名。”

唐律此条,依疏议所释律义,与近世国际私法之意义,及其前提条件多相暗合。所谓“各依本俗法”者,即今之所称属人法;所谓“以法律论”者,即今之所称属地法。不过唐律不分民刑事件,一概适用此法,^[1]“诸化外人”的规定适用于涉外民事关系的调整。

中国国际私法起源于“诸化外人”的规定是中国法学界的主流意识,多数学者认同这一观点并据此论证中国是世界上国际私法起源最早的国家之一。

也有学者认为中国国际私法起源于19世纪末20世纪初。学贯中西的中国法学界泰斗卢峻先生对国际私法起源进行过呕心沥血的考证,1936年在其所著的《国际私法之理论与实际》一书中发出一声叹息,“国际私法之存在,始于何时,迄无可考。”^[2]卢峻虽然感叹国际私法起源的时间无证可考,但大致认为,“迨19世纪,商务渐盛,旅途安谧,内外国人往来频繁,正义和秩序之观念生,法律之冲突亦生焉,”^[3]国际私法亦应运而生。从国家产生至19世纪这一漫长的历史时期,“国家间之关系式微,应用国际私法之机会亦少,是故数千年来,国际私法尚在演成时期”。^[4]

卢峻的观点为部分学者拥趸,有学者主张国际私法只能是商品经济社会的法律,其产生必须具备国家独立,政治民主,经济自由,国家之间通商,各国人民之间自由的相互往来,给予外国人权利以保护,各国法律彼此相异诸条件。中国封建社会政治上实行的是君主集权制,经济上实行的是土地分封制,断无产生国际私法的可能,国际私法只能在资本主义市场经济条件下产生。

持上述观点的学者认为中国国际私法起源于清末民初。那时,中国社会剧烈变革,进入社会形态转型期。八国联军坚船利炮洞开国门、外国资本和外国商品的强力输入,瓦解了自给自足的农业经济,中国民族资本主义产生并发展起来,中国被推进了资本主义商品市场。“自五口通商以后,门户洞开,海路商埠,逐年增辟,加之交通之进步,机械之勃兴,而吾国之经济遂息息与世界各国相通”。^[5]清朝末年,中国开始了“睁眼看世界”,加强了对西方文化的了解;西方国家来华的传教士,带来了先进技术和西方社会的文明;变法维新,引进了西方国家法律文化。清末民初,留学生回国传播了民主思想,《新青年》等刊物的创办,白话文运动的推展,民主、科学、人权、自由等思想深入人心;1895年,英国学者费利摩巴德(Robert Phillimore)所著的《各国交涉便法论》(Private International Law On Comity)一书经傅兰雅(英)译、钱国祥校,由江南制造局出版;1903年,李广平翻译了日本学者太田政弘、加藤正雄、石井谨吾撰写的《国际私法》一书,范迪吉等人翻译了日本学者中村太郎所著的国际私法方面一书,分别由译文汇编社、上海会文学者出版,此后,十多位日本学者的国际私法方面的著作先后被译成中文在中国出版,奠定了中国国际私法起源的理论基础。清末民初,西法东渐,西方国家法律在中国被大量翻译、借鉴、吸收、采纳,加速了中国本土法和移植法的融合,加快了中国国际私法的立法进程。1918年《法律适用条例》颁布,标志着中国国际私法的产生。

[1] 郭云观:《中国国际私法沿革概要》,《法律评论》第11卷第2期,1933年11月。

[2] 卢峻:《国际私法之理论与实际》,中国政法大学出版社1998年版,第3页。

[3] 卢峻:《国际私法之理论与实际》,第3页。

[4] 卢峻:《国际私法之理论与实际》,第4页。

[5] 柳诒徵:《中国文化史》(下册),中国大百科全书出版社1988年版,第845页。

二、中国国际私法起源于汉武帝“从其国俗”诏书

笔者多年来致力于中国国际私法起源的研究,根据收集到的资料及对国际私法起源的认识,主张中国国际私法起源于汉代的“和亲”,^[6] 具体而言,起源于“刘细君和亲案”。

公元前202年,西汉王朝建立。汉初,国弱勢衰,北部匈奴40万精骑,时常犯境,掠夺人口财物;南部百越虎视眈眈,存亡汉之心。为了获得发展的时间和空间,汉高祖刘邦从娄敬计,韬光养晦,采用“和亲”策略,以婚姻换安宁,从而产生了涉外婚姻关系。这些涉外婚姻关系大都湮灭于历史的长河,但“刘细君和亲案”因法律冲突和法律适用问题在历史上留下了重重的一笔,为我们研究中国国际私法的起源提供了宝贵的资料。

“刘细君和亲案”案情大致为:汉武帝时期,汉在反击匈奴侵扰的战争中连连获胜。为进一步追击匈奴,张骞提出结盟大月氏以共同打击匈奴的建议。^[7] 元狩四年(公元前119年),汉武帝派张骞出使大月氏,欲联合大月氏共击匈奴。张骞抵达大月氏故地后知道大月氏已经西迁,乌孙人在匈奴的支持下击败大月氏,占领了大月氏土地,建立了乌孙国。乌孙国远离汉朝,对汉朝所知不多,又臣服匈奴已久,故婉拒汉使合击匈奴之劝。乌孙国出于对汉朝赠赐金、帛及大批牛羊的回敬,派使者携厚礼护送张骞回汉并到汉都长安答谢。据《汉书》记载,乌孙国使者惊慕汉的繁荣和发达,“其使见汉人众富厚,归其国,其国后乃益重汉。”张骞出使西域10年后,即武帝元封中(公元前110年),乌孙国因与汉通往激怒了匈奴,匈奴调兵遣将欲讨伐乌孙国。为避免与匈奴兵戎相加,乌孙国以良马千匹为聘,要求娶汉公主以结姻亲,共拒匈奴。汉武帝考虑到结亲可以牵制匈奴,有利于国家安定,于是答应了乌孙国的请求,挑选颇有文才的江都王刘建的女儿刘细君为公主,远嫁乌孙国王昆莫,随她而去的属员有数百人,还带去了大批礼物。

昆莫年老禅让,其孙岑陁继位。^[8] 按照乌孙国的习惯法,继位不仅承袭王权,还要继承人身,刘细君应续充岑陁之室。孙妻奶,汉律规定为乱伦,其罪当诛。在这起涉外婚姻关系中,汉律与乌孙国习惯法相抵触,产生了是适用汉律禁止乱伦婚姻、还是适用乌孙国的习惯法,刘细君续充岑陁之室这样一个法律选择问题。刘细君主张法律的属人效力,要求适用汉律拒绝乱伦婚姻;乌孙国主张法律的属地效力,要求适用乌孙国习惯法刘细君嫁与岑陁。双方僵持不下,刘细君上书奏折汉武帝,请求回汉。汉武帝颁诏命刘细君以抵御匈奴为重,遵从乌孙国的习惯法,续充岑陁之室。“天子报曰:从其国俗。欲与乌孙共灭胡。”^[9] 在汉代,诏书是皇帝布告臣民的专用文书,是法律的一种形式,具有约束力。刘细君从皇令,嫁昆莫的孙子岑陁为妻,婚后生一女,起名少夫。

“从其国俗”即为一条法律冲突规范,该条法律冲突规范确认在“和亲”出现转继婚时依属地原则确定应适用的法律,承认乌孙国法律的属地效力,限制汉律的属人效力,中国国际私法由此发端。

法律具有连续性,汉武帝“从其国俗”的诏令在其当政期间一直具有法律效力。刘细君与岑陁生活数年后香销玉殒,为了巩固和乌孙国的联盟,汉朝遣解忧公主续弦乌孙国王岑陁。婚后不久,岑陁身患绝症,溘然而逝。岑陁的弟弟翁归靡继承王位,代理朝政,娶寡嫂为夫人。岑陁儿子泥靡成年后继位,又将解忧公主这位非嫡亲的寡母立为夫人。解忧公主知晓汉武帝的诏令,知道被新国王

[6] “和亲”是指两个国家或者两个不同民族或者同一种族的两个不同政权之间为实现一定的目的所进行的联姻。

[7] 大月氏是公元前5世纪—公元前2世纪位于中国西北部的一个少数民族政权。

[8] 岑陁父亲在昆莫禅让前去世,岑陁系代位继承。

[9] 《汉书·西域传》。

收继是乌孙国习惯法并为汉朝所认可,为了顾全汉朝与乌孙国和好的大局,承受了心理上的巨大压力,三嫁乌孙国王。

公元前 87 年,汉武帝驾崩,但始于汉初的“和亲”政策一直延续下来,“从其国俗”演进为习惯法规则。汉元帝建昭五年(公元前 33 年),王昭君“和亲”匈奴呼韩邪单于。呼韩邪死后,呼韩邪的儿子雕陶莫皋继位。匈奴王位继承的法律和习俗与乌孙国相同,王昭君要嫁给继位的雕陶莫皋。王昭君不从,上表天子请求回汉。天子批奏应遵从匈奴习惯法,王昭君遂嫁匈奴单于雕陶莫皋为妻。

始于汉初的“和亲”婚姻在中国封建社会一直持续,延绵不绝,约有 2000 多起,这些婚姻都是依“从其国俗”规则确定应适用的法律。中国封建社会 2000 多年,“从其国俗”规则适用 2000 多年。中国封建社会战争连绵不绝,人口掠夺和人口迁徙习以为常,汉族和少数民族平民之间通婚现象在边境地区较为普遍,这些涉外婚姻产生的法律冲突大都适用“从其国俗”规则解决。“和亲”婚姻及平民涉外婚姻的法律选择和法律适用,我国既有“从其国俗”法律适用规定,又有法律适用的实践。所以,有理由认定中国国际私法起源于汉武帝时期的“刘细君和亲”案。

三、国际私法的起源具有多元性

国际私法的产生和发展是一个缓慢、渐进的过程,在人类各民族文明的演进过程中既表现出一定的规律性、又表现出一定的特殊性,经历了由个别到一般,由特殊到普遍这样一个发展过程。在世界范围内,国际私法的起源是多极的而不是单一的,历史上,古巴比伦两河流域的沃土,古希腊爱琴海的波涛,都曾孕育出国际私法文明;意大利等国家基于对城邦之间、国家之间法律冲突的调整,先后都制定过国际私法,“如法国从前与英美各国,俱有渐生交涉之便法,其法有依罗马之古律而设,有依其本国与他国特设之律而设,又有依通商常行之规例而设,又有依各国创造公法人书中所论之理而设”。^[10]

各国国际私法起源各有千秋,具有民族性和本土性。各国国际私法无论以何种方式起源,都是基于一定的物质生活和经济条件被创制出来,都是根植于一定的社会基础的。法律是对社会发展客观规律的映射,而不是制定者的恣意妄为或者心血来潮,立法者从来不能对置身其中的物质生活和经济条件颐指气使、发号施令,相反却要受到特定历史条件的制约和局限。国际私法以涉外民事关系为调整对象,只要有涉外民事关系存在,就必然产生创制国际私法进行调整的需求。社会形态不是国际私法产生的必然条件,生产关系和社会发展的需求才是法律产生的决定性因素。

中国国际私法自汉代起源以来,始终以习惯法、成文法形式存在,与中国对外经济交往和民事往来相伴相随,历史悠久,源远流长。不无遗憾的是中国封建社会没有产生法学家群体,士大夫阶层没有对涉外民事关系的法律适用进行系统的学理研究,偶有文人墨客进行探索,也是浅尝辄止,致使中国调整涉外民事关系的法律自生自灭,湮灭在历史的尘埃里。清末民初,学有所成的留学生陆续回国,带回了外国国际私法理论,传播了国际私法理念,开启了中国国际私法的新篇章。通过对外国国际私法立法、理论的借鉴、移植和本土化,中国国际私法逐渐发展起来。经过 100 多年的演进,中国国际私法已自立于世界民族之林,可与各国国际私法比肩。

(责任编辑 邵利琪)

[10] Walter G.F. Phillimore:《Private International Law or Comity》,London 1889,pp.5-6.

Abstract: On April 13, 2010, Supreme Court of the Philippines adopted the Rules of Procedure for Environmental Cases. It was generated in the context of the judicial activism in Philippines and the designation of 117 environmental courts by Supreme Court of the Philippines. The main content of the Rules include the scope of application, legislative goals, standing, citizen lawsuit, fastened lawsuit procedures, consent decree, relief measures, application of precautionary principle in evidence, strategic lawsuit against public participation, etc.. This paper points out that special rules of procedures for environmental cases should also be developed in China. Furthermore, some experiences can be learned from the Philippines Rules of Procedure for Environmental Cases, such as a clear jurisdiction of environmental courts, widened standing in environmental cases, ways to speed up environmental trial process, extensive settlement between parties in environmental cases, various way of legal remedies and application of precautionary principle in the use of evidence.

Non-litigious Experience of Chinese Traditional “Mediation” 85

Yu Ronggen & Wei Shunguang/ Supervisor of doctoral candidates, Professor of South West University of Political Science and Law, Doctor of law, lecturer of Guangdong Huizhou College.

Abstract: Chinese traditional mediation mechanism is an ancient modal of “non-litigious mechanism of dispute solution”. This paper aims to systematically expound the mechanism regarding its history, main types and characteristics, its basis of economy, society, mind and cultural psychology. The ancient mechanism provides the modern system with wisdom and resources for a “non litigious” dispute solution. It paves itself a path of modernization as well. This paper also reviews on the process of its modernization and analyzes its differences and similarities from the modern system.

A Study on the Origin of Chinese Private International Law 96

Qi Xiangquan/ Doctor of law, Professor, Supervisor of doctoral candidates, China University of Political Science and Law.

Abstract: The law academy holds different views on the exact historical time when the Chinese private international law was originated. The main point of view indicates it started from Yong Hui Law in Tang Dynasty. Other scholars suggest it come from the implant of foreign law at the end of Qing Dynasty and beginning of Min Guo (the Republic of China). The writer of this paper argues that Chinese private international law initiate from “the Case of Liu Xijun’s Peace-making Marriage” and be marked by the royal letter about “following his country’s custom” by Emperor Wu of Han Dynasty.

Constitution of Crime of the Third Party Taking Money from the Scene of Death 100

Jing Houliang / Instructor, University of Jinan.

Abstract: Taking property from a dead person or beside of it by the unrelated third person violates the property of inheritors and constitute larceny. In this case, conviction of larceny should not be excluded for the seemly no violation of possession. Because larceny protects not only a person’s possession, but also the objects belonging to the person. Legal rights of larceny firstly refer to the right of property and other rights followed by possession. In addition, according to the lawmaking provision of our country, “refusing to hand over” is the essentials of encroachment and “a case chargeable only upon complaint”, which blocks the assigning possibility of embezzlement. So it is not appropriate to explain the embezzlement further and this kind of case is also devoid of the deservedness of embezzlement.

On the Issues of Science and Military or War 108

Li Xingmin/ Professor, Journal Press of Newsletter of Dialectics of Nature of Chinese Academy of Science.

Abstract: This paper discusses about several prominent issues of science and military or war. It includes the history of science and military or war, the characteristics of establishing study on military science, the interrelationship between military or war and science, the ethical issues and political disputes in the study of military science and if science or scientists should undertake crime and responsibility of war.

The Thought of Dr. Sun Yat-sen and the Renaissance Road of China 125

Liu Yuanjun/ Former President of Soochow University and Taipei Municipal University of Education.

Abstract: In commemoration of the Xinhai Revolution, we should re-examine the Sun Yat-sen’s exploration of the renaissance road of China. From nationalism to Livelihood, and then to the civil rights doctrine, the thought of Sun Yat-sen is worthy of further attention, some of which has been misinterpreted, misused. The insights of Sun Yat-sen’s thought will be appreciated in the future and will provide a valuable inspiration for the approach of renaissance of China.

The Third Definition on “Culture” 130

Huang Zhuoyue/ Doctor of literature, Professor, Supervisor of doctoral candidates, School of Humanities,