

古代国际私法溯源

——从古希腊、古罗马社会到法则理论的荷兰学派

李建忠 著



法律出版社



国际民商法专题研究丛书

韩德培

黄进

主编

古代国际私法溯源

——从古希腊、古罗马社会到法则理论的荷兰学派

李建忠 著



法律出版社

国际民商法专题研究丛书

韩德培

黄进

主编

图书在版编目(CIP)数据

古代国际私法溯源:从古希腊、古罗马社会到法则理论的荷兰学派/李建忠著. —北京:法律出版社, 2011.5

(国际民商法专题研究丛书)

ISBN 978 - 7 - 5118 - 1872 - 0

I. ①古… II. ①李… III. ①国际私法—法制史
IV. ①D997

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 029006 号

古代国际私法溯源

——从古希腊、古罗马社会到
法则理论的荷兰学派

李建忠 著

责任编辑 孙东育
装帧设计 胡欣

© 法律出版社·中国

开本 A5

版本 2011 年 5 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京中科印刷有限公司

印张 11.25 字数 295 千

印次 2011 年 5 月第 1 次印刷

编辑统筹 独立项目策划部

经销 新华书店

责任印制 张宇东

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 1872 - 0

定价:29.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

总 序

韩德培 黄 进

法律大别为国内法和国际法。国内法和国际法是两个既有联系又有区别的法律体系。一般认为,在国内法体系下有宪法、行政法、民商法、刑法、经济法、环境法、社会法、行政诉讼法、民事诉讼法、仲裁法、刑事诉讼法等法律部门或分支。至于国际法体系,学界意见并不统一。有的学者认为,不存在一个与国内法相对应的国际法体系,国际法就是国际公法;但也有学者认为,与国内法体系相对应的国际法体系的存在是一个不争的事实。笔者赞同后一种主张。如果肯定国际法体系存在,那么,在国际法体系下有哪些法律部门或分支呢?这也是一个仁者见仁、智者见智的问题。根据国际法存在的现实和将来的发展趋势,在笔者看来,在国际法体系下大致有如下法律部门或分支:国际公法、国际私法(国际民商法)、国际经济法、国际刑法、国际行政法、国际民事诉讼法、国际商事仲裁法、国际刑事诉讼法等,其中有的已相当成熟,有的则初露端倪。

由于法律分为国内法和国际法,故以法律为研究对象的法学也可以分为国内法学和国际法学,而且,两者还可以分别进一步划分成若干部门法学或法学分支。比如,在国内法中有宪法学、行政法学、民商法学、刑法学、经济法学、环境法学、行政诉讼法学、民事诉讼法学、仲裁法学、刑事诉讼法学等;在国际法中有国际公法学、国际私法学(国际民商法学)、国际经济法学、国际刑法学、国际行政法学、国际民事诉讼法学、国际商事仲裁法学、国际刑事诉讼法学等。

第二次世界大战后,传统的国际法即国际公法的概念,无论是其内涵还是其外延,都已不能容纳已有巨大发展的国际法律本身。这一点在民商法和民商事争议解决领域表现得尤为明显。在民商法领域,国际上已出现了大量调整国际民商事关系的法律规则和惯例,如1969年订于布鲁塞尔的《国际油污损害民事责任公约》、1979年订于蒙得维的亚的《美洲国家间关于国际私法中自然人住所的公约》、1980年订于维也纳的《联合国国际货物销售合同公约》和国际商会《2000年国际贸易术语解释通则》等。在民商事争议解决领域,国际上也出现了大量调整国际民事诉讼关系和国际商事仲裁关系的法律规则和惯例,如1958年订于纽约的《承认及执行外国仲裁裁决公约》、1961年订于日内瓦的《关于国际商事仲裁的欧洲公约》、1965年订于海牙的《关于向国外送达民事或商事司法文书和司法外文书公约》、1968年订于布鲁塞尔的《关于民商事管辖权及判决执行的公约》、1970年订于海牙的《关于从国外调取民事或商事证据的公约》、1975年订于巴拿马城的《美洲国家间关于国际商事仲裁的公约》和1985年公布的由联合国国际贸易法委员会主持拟定并经联合国大会通过的《国际商事仲裁示范法》等。上述情形不仅可以证明国际法是一个正在不断发展的体系,而且也表明作为国际法体系的部门或分支的国际民商法、国际民事诉讼法、国际商事仲裁法正在成长和形成之中。

隶属国际法体系的国际私法是一个从名称开始就有争议的法律部门和法律学科。直到目前为止,不同的国家和地区及其学者对国际私法有不同的认识和称谓。过去或现在较为普遍使用的名称有“国际私法”、

“私国际法”、“冲突法”和“法律冲突法”等。也有人称之为“法律适用法”、“法律选择法”、“民法施行法”或“法例”。特别值得一提的是,在早期,还有人称之为“国际民法”、“国际民商法”或“国际民事诉讼法”。例如,1889年,美洲一些国家曾在蒙得维的亚订立了《国际民法条约》和《国际商法条约》;1940年,同样是美洲一些国家在蒙得维的亚订立了《国际民法条约》和《陆上国际商法条约》。笔者在这里列举这些名称和现象,就是想从一个侧面说明,国际法体系内的一些部门或分支的内容尚不发达,子体系尚不完整,界限尚不明确,同时,正因为如此,人们对国际私法的认识还相当不一致。不可否认,国际私法是一个在不断发展的法律部门,研究国际私法的法律学科也在不断发展之中。的确,早期的国际私法是以冲突法为主的,主要用冲突规范即冲突法来调整国际民商事法律关系和解决国际民商事法律冲突。后来,由于海牙国际私法会议等国际组织以及一些国家立法的推动,国际民事诉讼规范和国际商事仲裁规范逐渐纳入其中。第二次世界大战后,随着国际经济贸易的迅速发展,国际统一民商法即国际统一实体私法进入一个新的发展时期,无论是以国际条约形式还是以国际惯例形式出现的国际统一民商法在数量上大大增加,在适用范围方面大大扩展,已成为国际私法的重要组成部分。今天,我们可以这样说,国际私法已从传统的国际冲突法演变为以直接规范和间接规范相结合来调整平等主体之间的国际民商事法律关系并解决国际民商事法律冲突和争议的法律部门,集外国人的民商事法律地位规范、冲突规范、国际统一实体私法规范(或国际统一民商法规范)、国际民商事争议解决规范于一体。从某种意义上讲(在其中的国际民事诉讼规范和国际商事仲裁规范自成一体并从国际私法中独立出去后),国际私法就是国际民商法。

本丛书原设计叫做“国际私法与比较法专题研究丛书”,但后来考虑到有必要推动我国法学界对国际民商法的重视和研究,遂改为《国际民商法专题研究丛书》。我们希望借此为国际体系的研究,特别是为国际私法的研究提供新的视角、新的视窗和新的视野。本丛书将坚持开放、择优和纳新的原则。纳入本丛书出版的著作并不仅限于实体法意义上

4 古代国际私法溯源

的国际民商法方面的著作,凡讨论、探索、研究调整国际民商事法律关系、解决国际民商事法律问题、解决国际民商事法律冲突以及解决国际民商事法律争议的上乘之作,无论是实体法著作,还是程序法著作或冲突法著作,均在欢迎之列。

最后,借此机会,我们并代表丛书各位作者衷心感谢法律出版社对丛书编辑和出版的大力支持和协助。

2001 年秋于珞珈山麓

序

改革开放 30 多年来,中国国际私法学在老学者坚持不懈地探索和研究之后,现在无疑进入了初步繁荣时期。这突出体现在两个方面:一是理论研究硕果累累,大量不同风格的论文和著作竞相发表,这些论著或针对国际私法的基础理论问题做宏观研究,或针对国际私法的基本制度和具体领域做微观研究,或针对国内外司法实践开展实证研究等,从而在宏观和微观层面为构建中国国际私法学的完整理论体系打下了坚实的基础;二是立法也有了重大突破,新颁布的《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》在展示中国国际私法学界 30 多年来的理论研究成果的同时,标志着中国国际私法立法步入了一个新的历史阶段,且必将成为中国国际私法学未来发展的新起点。

回顾中国国际私法学的发展历程,我们无疑可以为我们所取得的成就感到骄傲和欣慰,但展望中国国际私法学的未来发展,我们或许应当作更多的反思。21 世纪的中国正处在经济与社会高速增长的特殊时期,中国特色的社会主义理论必然召唤着中

国特色国际私法理论体系的重构,这无疑在未来中国国际私法学发展的方向,也是中国国际私法学界在 21 世纪应当承担的光荣使命。然而,当我们仔细审视中国国际私法学的发展现状时不难发现,我们的理论研究不但滞后于实践的需求,其本身也并没有达到必要的深度和广度,从而导致学界在很多理论问题上尚无法达成共识,这无疑将影响我国国际私法学的重构。从这个意义上说,加强国际私法基础理论的研究,仍然是 21 世纪重构中国国际私法学的重要课题。

国际私法的历史无疑是国际私法学重要的基础理论之一,它不仅记录了国际私法这一学科和法律部门的发展历程,还蕴涵着不同历史时代的法学家们对跨法域民商事法律冲突解决的理论学说。因此,国际私法的历史不仅是这一法律部门的制度史,也是这一学科的法学思想史,堪称该学科领域的纯理论形态。国外学界对国际私法的历史部分历来比较重视,法国、德国、荷兰和美国学者曾就这一领域作过专题研究,但这些研究都比较早,最近的专题研究也是在 20 世纪 60 年代。由于国际私法属于“舶来品”,我国国际私法学界对其历史的探讨只能依赖于对国外已有研究成果的借鉴,明显不够系统深入,还无法全面、准确和翔实地呈现国际私法制度和理论发展的真实状况。客观地看,历史研究的意义在于还原历史的真相,国际私法历史研究的意义则在于澄清国际私法制度和理论发展的本来面貌,使人们在正确了解该学科原貌的基础上进一步研究该学科的其他问题。从这个意义上说,国内学界关于国际私法历史研究的现状不利于我国国际私法学理论研究的进一步升华。

本书作者李建忠博士选择国际私法的历史这一基础理论课题作为研究对象,可谓顺应了 21 世纪中国国际私法学发展的方向。作为他的博士生导师,考虑到他原来的学术背景,我在他入学伊始就鼓励和支持他能在今后的学习中多收集资料,对国际私法的历史做系统深入的研究。不过,国际私法的历史研究确实是一块“硬骨头”,它需要研究者投入比别人更多的精力和时间,而且必须阅读大量的外文文献。这对于研究者而言无疑是一种考验和挑战。让我欣慰的是,他在几番犹豫之后还是坚持了其最初的选择,并最终以其严谨踏实的写作态度,完成了其博士论文的写

作。尽管其博士论文的写作时间有点长,且写作范围也只局限于国际私法历史的古代部分,但就其完成的质量而言,是值得肯定的。该博士论文在答辩时得到了全体答辩委员会成员的首肯,并获得了全优一致通过的优异成绩,这足以说明该文的研究质量与价值是毋庸置疑的。

通览全书,作者以一种更加宽广的研究视野,用历史的、比较的研究方法,对国际私法的古代部分作出了深入系统的研究。全书观点鲜明,注释规范,资料丰富,逻辑严密,论证有力,并从多个方面突破了国内学界对古代国际私法的传统认识,丰富和完善了我国国际私法学的基础理论,其突出特点可概括如下:

第一,资料丰富新颖,援引得当。综观全书,我们不难发现作者收集的资料非常丰富,有些资料不仅年代久远,且在国内并不多见。这对于国际私法的历史研究而言,显然是十分重要的。更加可贵的是,作者在面对海量文献时,并没有在写作过程中简单地堆砌资料,而是在充分消化文献资料的基础上对其作详细的甄别比较,然后再加以引用,并作出规范的注释。这不仅体现了作者严谨的写作态度,也增强了其观点的可信度。

第二,研究方法多样,运用恰当。本书的另一个亮点就是研究方法的多元化,其中运用最多的就是历史的、比较的研究方法。通读全书,我们会发现作者不仅从历史研究的视野来梳理“古代”社会的国际私法制度和理论,还对不同时代的历史背景做了客观的研究和分析,进而阐述了这一时代国际私法制度或理论存在的历史根源,从而回答了某一特定形态国际私法制度或理论出现的历史必然性。与此同时,本书还大量采用了比较研究方法,尤其是在一些学界存在争议的问题上,作者并没有盲目地追随某一种观点,而是采取谨慎的态度,在仔细比较两大法系不同观点的基础上力求在争议之间寻求更加合理的结论。

第三,理论观点有较多创新,逻辑论证严密。面对大家似乎都有所了解的国际私法历史问题,作者用一种先验的怀疑眼光来拷问传统理论的精确性,并通过资料的分析和援引来证明自己的判断,从而得出了一些新的结论,纠正了传统理论中的部分误识误评。例如,他在详细考察欧洲中世纪早期历史和法律制度的基础上,澄清了这一时期属人法制度的阶段

性特征,主张这一时期欧洲的属人法制度可分为法兰克王国统一之前的“相对属人主义”和王国统一之后的“绝对属人主义”两个阶段。又如,他在分析西欧中世纪中晚期并存的法律体系及其各自适用范围的基础上,对这一时期西欧的法律适用状况获得了三个方面的新认识:(1)这一时期领土单元的多元性导致了其法律制度和法律适用状况的多元化;(2)这一时期法律适用的属地主义实际上是针对特定领域的特定法律制度而言的属地主义;(3)这一时期法律适用的属地主义并非一种法律选择方法,而是各封建领主和自治城市当局独立的立法权和司法裁判权的衍生物。再如,他在详细介绍注释法学派学者和巴托鲁斯及其后学的法则理论的基础上,对巴托鲁斯冲突法理的主体内容和理论核心形成了新的认识,主张巴托鲁斯并非区分“人法”与“物法”来考虑法律选择问题的首创者,其法则理论的核心也并不在于他对“人法”和“物法”的区分,而在于两个主题,即城邦法则与习惯对外邦人的效力问题和城邦法则与习惯的域外效力问题。

当然,本书的研究也存在一些不足。最大的遗憾就是本书的研究范围仅局限于国际私法历史的古代部分,这多少让人觉得其体系结构有些残缺不全。当然,作者迫于博士毕业的压力而仓促收笔倒也事出有因,情有可原。希望作者能在今后的学术研究中继续他的理论探索,将这部没有写完的历史完整地续上。此外,本书作者是一位刚刚步入法学学术殿堂的年轻学者,其学术功底有待加强,书中的一些观点也有待广大国际私法爱好者争鸣、讨论,以便作者不断完善。

本书是作者在其博士学位论文的基础上修订而成的。作者在武汉大学法学院攻读博士学位时,我曾担任他的导师,喜闻弟子的毕业论文即将付梓,心中甚为高兴,欣然命笔,略缀数语,以为序,并希望他能在今后的学术生涯中笃志于学,笔耕不辍,学有所成。

肖永平

2011年2月8日于珞珈山

目 录

绪论/1

- 一、本书研究的语境/1
- 二、古代国际私法研究的理论意义/7
- 三、古代国际私法研究的现状/8
- 四、本书的研究方法和结构安排/12

第一章 国际私法在古希腊、古罗马社会的萌芽/14

第一节 国际私法在古希腊社会的萌芽/17

- 一、国际私法在古希腊社会萌芽的客观基础和必要条件/17

- 二、古希腊社会国际私法制度的萌芽因素/19

第二节 国际私法在古罗马社会的萌芽/22

- 一、国际私法在古罗马社会萌芽的现实基础/22
- 二、古罗马社会国际私法制度的萌芽因素/26

小结/32

第二章 欧洲中世纪早期法律适用的属人主义/33

第一节 中世纪早期欧洲蛮族王国的法律制度/34

2 古代国际私法溯源

一、西哥特王国的建立及其法律制度的形成/36

二、勃艮第王国的建立及其法律制度的形成/39

三、东哥特王国的建立及其法律制度的形成/41

四、伦巴第王国的建立及其法律制度的形成/43

五、法兰克王国的建立及其法律制度的形成/45

第二节 蛮族王国法律制度的属人法特征及其社会历史根源/51

一、法的属人性与属地性/51

二、蛮族王国法律制度的属人主义特征/52

三、蛮族王国属人法制度的社会历史根源/55

第三节 蛮族王国内法律适用的规则及其法律冲突的解决/60

一、属人法的确定问题/60

二、法律冲突的解决/63

小结/65

第三章 西欧中世纪中后期法律适用的属地主义/70

第一节 西欧中世纪中后期法律适用属地主义的历史基础/73

一、西欧中世纪封建等级制度及其总体特征/74

二、封建等级制度下的西欧封建割据局面/75

三、教会势力的扩张和商业贸易的繁荣/78

第二节 西欧中世纪中后期并存的法律体系及其适用范围/79

一、基督教世界普遍适用的教会法/79

二、各国商人之间以及城市贸易和海外贸易等领域普遍适用的商人法/87

三、调整封建领主和封臣之间关系的封建法/97

四、各封建王国之内适用的王室法/101

五、调整庄园内领主和农民关系以及农业生产关系的庄园法/111

六、各自治城市的城市法/114

第三节 西欧中世纪中后期法律适用状况的基本结论/126

一、西欧中世纪中后期法律体系的多元性问题/126

二、西欧中世纪中后期法律适用属地主义的准确含义/129

三、法律适用属地主义在封建西欧各国存在的非同步性/130

四、西欧中世纪中后期法律适用的属地主义与国际私法的关系/131

第四章 法则理论的意大利学派/134

第一节 法则理论释义/134

第二节 意大利法则理论产生的历史背景/137

一、中世纪欧洲商业贸易的繁荣/137

二、中世纪城市的崛起和意大利城市自治运动的展开/140

三、注释法学派的兴起和罗马法的复兴/145

第三节 注释法学派的开拓性探讨与冲突法的起源/148

第四节 法兰西南部城市评论法学家对“法则理论”的早期探讨/157

一、评论法学派概述/157

二、法兰西南部城市的评论法学家对“法则理论”的早期探讨/159

第五节 巴托鲁斯与冲突法理论体系的建立/162

一、巴托鲁斯的生平/162

二、巴托鲁斯的冲突法理论体系/165

三、对巴托鲁斯冲突法理论的评价/199

第六节 巴托鲁斯的后学们对其冲突法理论的发展和延续/209

一、巴尔杜斯的生平及其法则理论/210

二、巴瑟勒莫斯·德·萨利塞托和罗朱斯·库尔蒂乌斯的法则理论/213

小结/214

第五章 法则理论的法国学派/218

第一节 法国学派法则理论形成的历史根源/219

一、法国当时的政治法律状况/220

二、罗马法在法国的传播/225

第二节 查尔斯·杜摩兰的法则理论/230

一、查尔斯·杜摩兰的生平/230

二、杜摩兰的法则理论/232

第三节 贝特朗·达让特莱的法则理论/237

一、贝特朗·达让特莱的生平/237

4 古代国际私法溯源

二、贝特朗·达让特莱的法则理论/238

第四节 法国学派其他学者的理论/243

一、吉·德·柯基耶的法则理论/244

二、佛罗兰、布耶和布尔努瓦的法则理论/245

小结/248

第六章 法则理论的荷兰学派/251

第一节 荷兰学派法则理论形成的历史背景/251

一、联邦合众省共和国的政治体制/252

二、主权理论的传播/253

三、繁荣的国际贸易和崇尚自由的文化氛围/255

第二节 荷兰学派主要法学家的法则理论/257

一、荷兰学派的法则理论概说/257

二、荷兰学派主要法学家的法则理论/259

第三节 尤里克·胡伯的“礼让说”/268

一、尤里克·胡伯的生平/268

二、尤里克·胡伯的冲突法理论体系/269

三、尤里克·胡伯的冲突法理论评价/289

第四节 荷兰学派对后世国际私法的影响/298

一、荷兰学派对英国国际私法的影响/298

二、荷兰学派对美国国际私法的影响/301

小结/303

结论/307

附录：外国人译名表/323

主要参考文献/330

后记/338

绪 论

一、本书研究的语境

(一) 国际私法的名称

国际私法这一名称从何而来?这些看似简单平常的概念其实蕴涵着更加复杂而且充满歧义的内涵。

从国际私法发展的历史来看,作为一个法学部门和法学分科,其最初的理论形态是由中世纪晚期的注释法学派和评论法学派开创的“法则理论”(statute theory),其理论核心在于解决法律冲突时的法律选择问题。不过,由于那时并没有今天这么详细的法学分科和法学部门的划分,因此,“法则理论”并非一个法学部门,也不是一个单独的法学分科,他只是对法则学者冲突法理论的一个统称而已。^{〔1〕}事实上,最早将法律冲突和法律选择问题

〔1〕 关于“法则理论”这一名称从何而来,本书尚无结论。但从中世纪法学发展的历史事实来看,那个时候尚无今天的法学部门与法学分科的详细划分。从法则学者的部分冲突法原始著作来看,巴托鲁斯和杜摩兰的原著主要是针对《查

归入一个特定的法律部门并冠之以特定名称的是荷兰的法学家克里斯蒂安·罗登博格(Christian Rodenburg, 1618 ~ 1668), 他在其 1653 年出版的《法律冲突专论》(*Tractatus de Jure Conjugum*)一书中首次用“*conflictus legume*”(冲突法)来指称国际私法这一部门法学。^[1]继罗登博格之后, 荷兰著名的法学家尤里克·胡伯(Ulric Huber)在其名著《论不同帝国间的不同法律冲突》(*De conflictu legume diversarum in diversis imperiis*, 1689)一文中也沿用了这一名称, 并继而为其追随者、美国著名的联邦最高法院法官、哈佛大学法学教授约瑟夫·斯托里(Joseph Story)在其名著《冲突法评论》(*Commentaries on Conflict of Laws*, 1834)一书中所沿用。今天, “Conflict of laws”这一名称仍然为许多英、美法学界所广泛使用, 这其中包括英国著名的法学家戴西(A. V. Dicey)、美国著名的国际私法学者弗朗西斯·沃顿(Francis Wharton)和约瑟夫·比尔(Joseph Henry Beale)以及在美国法学界有着重大影响的美国家学会等。^[2]

不过, “Conflict of laws”并非该学科的唯一名称。事实上, 与“Conflict of laws”这一名称同样为人们所熟知并广泛采用的是“Private International Law”(直译为中文是“私国际法”, 但在中国, 对应的学科名

士丁尼法典》首篇(Lib. 1, tit. 1, *de Summa Trinitate*)的评注, 保罗·伏特的著作则主要是针对《查士丁尼法学阶梯》(*Institutes*)的评注, 而法则理论这一概念在他们的著作中并没有出现。由此可见, 法则理论这一概念只能看做后世学者对法则学者理论学说的一个统称。关于巴托鲁斯、杜摩兰和保罗的原著, 参见萨维尼的《冲突法及其在时间和空间上的效力范围》一书的附录。See Friedrich Carl von Savigny, *A treatise on the conflict of laws and the limits of their operation in respect of place and time*, 2nd edition, translated by William Guthrie, Edinburgh: T. & T. Clark, Law Publisher, London: Stevens & Sons, 1880, pp. 433 - 516.

[1] See Hessel E. Yntema, *The Comity Doctrine*, 65 Mich. L. Rev. 1966 - 1967, p. 20; and see Friedrich K. Juenger, *Choice of Law and Multistate Justice*, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, p. 20; 另外, 参见陈卫佐:《拉丁语法律用语和法律格言词典》, 法律出版社 2009 年版, 第 40 页。

[2] 美国法学会曾两次主持了美国冲突法的重述(*Restatement of the Conflict of Laws*), 这两次重述的名称都采用了“conflict of laws”这一名称。