

法学家文丛

章尚锦文集

◎ 章尚锦 著

知识产权出版社

法学家文丛

章尚锦文集

章尚锦 著

知识产权出版社

图书在版编目(CIP)数据

郭寿康文集;章尚锦文集/郭寿康,章尚锦著. —北京:知识产权出版社,2005.9

(法学家文丛)

ISBN 7-80198-434-X

I. 法… II. ①郭…②章… III. ①郭寿康—文集②章尚锦—文集③国际私法—文集④知识产权法—文集 IV. ①D997-53
②D913.04-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 098037 号

内容简介

本书收录了作者在各类刊物上发表的部分论文,包括个人独著和一部分与他人合作的作品,时间跨度为二十年左右,涉及中国国际私法的立法与现状、我国对外改革开放中的国际私法理论与实践问题、涉外民商事关系中的适用法律和国际民商事司法管辖权问题以及作者对我国国际私法立法问题的思考。

章尚锦文集

著 者:章尚锦

责任编辑:兰 涛

出版发行:知识产权出版社

社 址:北京市海淀区马甸南村 1 号

邮 编:100088

网 址:<http://www.cnipr.com>

邮 箱:zscq-bjb@126.com

电 话:010-82000890 82000860 转 8324

传 真:010-82000890

印 刷:知识产权出版社电子制印中心

经 销:新华书店及相关销售网点

开 本:850mm×1168mm 1/32

印 张:9.75

版 次:2005 年 9 月第一版

印 次:2005 年 9 月第一次印刷

字 数:185 千字

全套总定价:76.00 元

ISBN 7-80198-434-X/D · 364

如有印装质量问题,本社负责调换。

编者絮语

本论文集作者章尚锦，系现任中国人民大学法学院返聘教授，并担任对外经济贸易大学世界贸易组织研究院客座研究员、中国管理科学院院士、中国国际私法学会顾问、北京市法学会理事、北京市法学会国际法学研究会常务理事、《中国国际私法与比较法年刊》编委等 10 余个社会兼职。

本论文集节选了作者 100 余篇各类文章中有关国际私法部分的论文、文章和资料，并按时间顺序进行编排，取名为《法学家文丛——章尚锦文集》，是作者的国际私法论文选集，包括个人独作和与人合作而为第一署名人的论文和资料，时间跨度近 20 年，但内容保持原来的状况不变，以便从中了解当时和现在的发展进程，也可以了解我国国际私法和国际私法学与时俱进的点滴情况。因此，文集中可能出现一些前后不一致的论述，例如：(1) 国际私法的性质：是国内法还是国际法？由国内法到国际法；(2) 国际私法的范围：是作广义还是狭义理解？为了使国际经济法恰当合理分工和更符合国际私法立法体系要求，从广义到狭义；(3) 内地和香港、澳门、台湾之间法律冲突的性质：是区际法律冲突还是中央法制和地方

法制间冲突?从区际法律冲突到区分中央法制区和地方法制区的法律冲突及香港、澳门、台湾之间的区际法律冲突;(4)对解放前国际私法和国际私法著作的评价:是一棍子打死还是一分为二?最先提出了一分为二的评价;等等。这既反映了我国国际私法理论和立法的实际情况,也反映了作者对一些具体问题的具体处理,但都不是结论,这也反映了国际私法和国际私法学的复杂性和困难性。作者谦虚的认为:这些论述都很粗浅、不全面,只具有普及国际私法知识和提出问题的意义,难登大雅之堂,仅供教学、研究和实践参考。

为了压缩篇幅,将原论文中的“法”删去了,使文章中曾经引用的一些作者著作中的意见、论述及一些情况说明,只能去看原文了,谨表歉意。参加本论文集收集整理工作的有赵秀文、张秀珍以及徐青森等同志,在此,谨表衷心感谢!

编 者

2004年12月

目 录

中国国际私法的立法与国际私法学的 历史与现状

20 世纪中国国际私法的回顾与	
21 世纪中国国际私法的展望	(3)
20 世纪末以前中国国际私法学论述和	
著作目录(资料)	(43)

中国实践中的国际私法理论问题

完善国际私法法制发展社会主义市场经济	(71)
世界经济一体化趋势中的国际私法	(81)
也论国际私法的范围	(95)
国际私法与世界贸易组织规则比较研究	(101)

中国实践中的法律适用和国际民事司法 管辖权问题

解决不同地区法律冲突的原则与做法

——评“条例草案”中关于私法权益的规定	(113)
涉外劳动关系的国际私法调整	(121)
涉外知识产权的法律冲突及其法律适用原则	(135)
我国不同法域的法律冲突和法律适用问题探讨	(142)
电子商务合同争议的管辖权和法律适用初探	(151)
世贸组织解决争议机制与国际私法	(169)
试论条约在国内的适用	(186)
国际民事诉讼管辖权制度研究	(203)

中国国际私法立法问题探讨

我国冲突法立法及其特点	(223)
加入世贸组织和西部大开发与我国	
国际私法法制的完善	(230)
简论实施 WTO 规则和尽快完善我国	
国际私法立法	(245)
我国国际私法立法模式探讨	(255)
我国国际私法立法问题研究建议纲要	(272)

中国国际私法的立法与国际 私法学的历史与现状

20 世纪中国国际私法的回顾与 21 世纪中国国际私法的展望

引 言

中国是古代四大文明古国之一,又是世界三大文明发祥地之一,当前东西两大文化中心之一东方文化的代表。作为文化组成内容的属于法律文化的国际私法文化,也是如此。根据江泽民总书记“三个代表”的理论,中国文化是先进的文化;中国法律文化应是先进的法律文化。那么,中国的国际私法文化,也不应例外。因此,回顾我国 20 世纪的国际私法,展望我国 21 世纪的国际私法,并介绍 20 世纪前历史上国际私法在我国的萌芽,便具有重大的意义。

尽管在不同的历史时期、不同的国家和不同的学者,对何为国际私法有不同的界定,但都离不开国际私法是处理国际民事经济关系的有关法律适用或法律调整问题,包括建立、变更和终止国际民事经济关系,处理争议的司法管辖权、法律适用、司法协助、判决的承认与执行问题等。

国际私法,通常包括作为法律部门之一的国际私法和作为法学部门之一的国际私法学,经历了萌芽期、形成期和发展期,

* 文章未署名者均为作者自己所作。

目前在继续发展中。中国是国际私法和国际私法学的萌芽地。我国一些学者认为,中国是国际私法或冲突法的故乡。但无论是国际私法还是国际私法学,都是在欧洲形成的,然后在欧洲、亚洲、美洲大发展。

一、20 世纪前历史上国际私法在中国的萌芽

国际私法和国际私法学的历史发展,如前已指出的世界上大致经历了萌芽期、形成期和发展期。中国国际私法和国际私法学的历史发展,虽与欧洲有所不同,大致上也经历了这三个过程。当然,目前仍在发展中。而在 20 世纪前的历史上,国际私法和国际私法学都已在中国萌芽,特别是国际私法的核心规范——冲突规范,最早出现在中国。

(一) 20 世纪前历史上国际私法规范在中国的萌芽

这表现在关于外国人民事法律地位和冲突规范的规定上。

1. 关于外国人民事法律地位的规定

众所周知,在奴隶社会早期,外国人是奴隶,不享有民事权利;在奴隶制后期,外国人享有了一定的民事法律地位。在中国春秋战国时期,各诸侯国把外国自由人区分为周朝的臣民和化外人,外国臣民享有经商、结婚甚至做官(客卿)的权利。在漫长的封建社会中,在总体上对外开放的情况下,汉朝就积极开展对外贸易,设有专管对外贸易的官员“大鸿胪”;唐

末时,外国人来中国做生意、定居的更多了。公元 1146 年南宋高宗赵构的“上谕”要求“市舶(外贸)之利,颇助国有,宜循旧法,以招徕远人,阜通货贿”。当时,外国人享有居住权、受教育权、婚姻权、继承权、民事诉讼权等。例如,宋代沿用唐制,给予外商和一般外国人继承权:父母,嫡妻(如无子女,继承 $1/3$),亲男及在室(未出嫁)女,同居亲兄妹,同居亲侄子女,在室姐妹(继承 $1/3$)。这比欧洲国家如法国,在 1789 年以前,一直不承认外国人的继承权,早了七八百年。以后,外国人享有的民事权利日益增加,明末虽曾一度限制外国人入境,但 1840 年鸦片战争后,帝国主义列强凭借不平等条约而在中国享有了特权地位,直到中华人民共和国成立,才肃清了帝国主义在华特权。

2. 冲突规范的规定

在冲突规范方面,在我国国际私法学界较普遍的看法是:中国是最早制定冲突规范的国家。最早提出这一事实的是刘振江教授,并立即得到刘丁教授和笔者的支持,后来包括我国国际私法学界泰斗在内的学者们都持这一看法。尽管早在约公元前 407 年战国时魏文侯相李悝所编的《法经》所遗的片断记载中,没有冲突规范,但公元 651 年唐代的《永徽律·名例》(唐律第 6 卷第 4 条)则明确规定“诸化外人同类自相犯者,各依本俗法;异类相犯者,以法律论”。对国际私法案件的法律适用,采用了属人法和法院地法(属地法)相结合的原则,原始状态的冲突规范类似现代的冲突规范。由于当时的中国民刑

不分,而该条明确规定了外国因素的法律关系,所应适用的法律和解决法律冲突的原则,该规定既是刑法冲突规范,又是民法冲突规范。当时,世界上其他国家和地区都还没有冲突规范,所以,这是最早的冲突规范。欧洲最早制定现代冲突规范的是巴伐里亚土地法,已是公元 1756 年了,比唐律的规定晚了 1105 年。宋、元承袭唐制,明、清则由属人主义和属地主义结合转变为属地主义立场,如《大明律》、《大清律》规定“凡化外人犯罪者,并依律拟断。”

3. 国际民事诉讼程序规范

国际民事诉讼程序具有严格的地域性。在我国古代,涉外民事案件并无与国内民事案件不同的特殊程序规定。外国人行使民事诉讼程序与中国人没有区别,正如宋汪大猷所说的“既入吾境,当依吾俗,安用岛夷俗哉”。这当然包括法律适用和诉讼程序问题。

综合以上三方面规范情况可知,在还没有发现其他文明古国或其他国家有关规定前,如果冲突规范的制定标志着国际私法规范的出现,那么,可以说,中国是最早的国际私法规范制定者,也可以说中国是国际私法的萌芽地和故乡。

(二) 20 世纪前历史上国际私法学在中国的萌芽

在 20 世纪前的中国历史上,虽无专门的国际私法理论学说,但论述和记载是有的。不少国际私法学者认为,中国是世界国际私法学的萌芽地。有的学者甚至认为,公元 7 世纪的

《唐律疏议》的工作和意大利十三四世纪时注释学派的工作相同,可称为“中国的注释法学派”。以后,尽管有点点滴滴的论述,但自唐至清咸丰,均没有国际私法专著。

1. 属人主义和属地主义相结合的法律适用原则

国际私法学在中国的萌芽,其法律适用原则是相当先进的。公元 651 年唐《永徽律》颁布后,长孙无忌等 19 人经奏准对 30 卷《唐律》进行“疏议”(注释)。对《唐律》第 6 卷第 4 条的规定疏议说:“化外人,谓藩夷之国,别立君长者”,如现在的外国主权国家的公民。“各有风俗习惯,制法不同”意思就是这些国家各有自己的民族风俗习惯,制度和法律也不同。“其有同类相犯者,须问本国之制,依其俗法断之;异类相犯者,若高丽之与百济相犯之类,皆以国家法律论定刑名”。这段“疏议”就是说,具有相同国籍的外国人间的争议,适用他们本国的法律,即国籍所属国法;不同国籍的外国人之间,如高丽国人和百济国人之间的争议,适用中国的唐律(法院地法)处理。这个“疏议”明确提出了处理国际私法案件的两个法律适用原则,即属人原则和属地原则。

2. 无人继承的财产归国家的论述

唐代以后,中国的冲突规范和国际私法学说都是沿袭唐代的规定和主张。但在《新唐书·孔癸戈传》中有下列记载:“海商客死,官藉其赀,满三月,无妻子诣府,则没人。”这个记载,按现在的话来说,就是无人继承的财产归国库。这是目前国际上公认的原则。

3. 属地主义

前面已指出,唐《永徽律·名例》规定了属人主义和属地主义相结合的法律适用原则,但自宋代起,却转为属地主义了。如宋代泉州外刺史汪大猷说:“既入吾境,当依吾俗,安用岛夷俗哉。”用现在的话来讲,就是外国人既然进入中国境内,就应该依照中国的法律办事,为什么还要适用外国法?这里所说的“俗”,就是现在所说的“法”或“法律”。

从上述的“疏议”和以后的点点滴滴的记载可知,中国历史上虽然还没有国际私法的论著和专业学说,但对如何处理国际私法问题是有所论述的。由于中国历代的书籍、文献资料浩如烟海,发现的不多,以后也许会发现更多的论述。在当时的条件下,我们可以认定,历史上国际私法学是在中国萌芽的,因为这些论述都早于11世纪开始的前期和后期意大利注释法学派的“注释”,可惜以后没有系统的发展,也没有人研究、宣传和弘扬,没有获得应有的国际地位。

(三) 国际私法和国际私法学在中国萌芽的条件

国际私法和国际私法学在中国萌芽是因为中国当时具备了萌芽国际私法和国际私法学的基础、前提和条件。中国古代总体上是对外开放的,而且繁荣昌盛,国际经贸交往发达,“丝绸之路”是世界闻名的。中国又赋予外国人广泛的民事权利——经商、留学、当官,因而人员交往频繁、众多,从而又必然产生买卖、合同、定居、借贷、婚姻、继承等涉外民事法律关

系,同时,涉外民事争议也必然不断发生。而交往国家之间的法律(当时称为“俗”)规定是不同的,又互相承认民事立法具有域外效力,如唐《永徽律·名例》所明文规定的可以适用外国法,这就产生了法律冲突,出现了适用何国法的问题,需要从理论上、立法上予以解决。这些基础、前提和条件是:国际民事经济关系的发展,赋予外国人民事法律地位,交往国立法规定不同而又互相承认对方民事立法的域外效力等。因此,历史上国际私法和国际私法学在中国萌芽了。

二、20 世纪上半叶中国国际私法的回顾

20 世纪上半叶,可以说是中国引进西方国际私法的时期。历史上,国际私法和国际私法学都是在中国萌芽的,中国可以当仁不让地称为国际私法的故乡,但无论是国际私法还是国际私法学的形成,都在欧洲的意大利、法国和德国。而 20 世纪上半叶的中国,却从日本和欧洲引进了国际私法和国际私法学,而在世界的东方出现了中国的国际私法。

(一) 20 世纪上半叶中国国际私法的回顾

自公元 651 年唐《永徽律·名例》规定了萌芽状态的冲突规范后,虽然以后沿袭唐制,对继承等问题上有所具体化,但总的是国际私法立法停滞不前。蒙古律中有所反映,清末有所议论,试图起草,亦未成功。直到 1918 年,在爱国人士和人民群众的推动下,北洋军阀政府邀请日本人主持、制定《法律

适用条例》，共 7 章 27 条，分别规定：总纲，关于人之法律，关于亲族之法律，关于继承之法律，关于财产之法律，关于法律行为方式之法律，附则等。该条例受日本 1898 年《法例》的影响较大，人们可以发现，有许多规定与日本《法例》相似或相同，在法律体系上属于大陆法体系。该条例的主要不足之处是带有半封建半殖民地的色彩，如男女不平等，某些条文客观上还迎合了帝国主义担心取消“领事裁判权”而又企图保护其在华特权的要求，如规定了当时条件下对中国非常不利的继承依被继承人本国法原则。该条例在存在着“领事裁判权”的情况下，中国法院无权受理涉外民事案件的条件下，根本无法贯彻实施；加上帝国主义国家间的矛盾，由于是在日本人主持下起草的，遭到了其他列强的反对，更无法实施。尽管如此，该条例对中国 20 世纪 20 年代～40 年代的国际私法和国际私法学的发展，还是起到了一定的作用和影响的。中国从此有了一部国际私法，结束了中国的国际私法只处于萌芽状态的历史。同时，也出现了以该条例为主轴进行论述的著作，开始了国际私法著作本土化的进程。

1918 年 8 月 5 日公布的这部《法律适用条例》，1949 年后在我国台湾地区继续实施。在 1953 年 6 月 6 日进行了修改，并改名为“涉外民事法律适用法”，未分章，条文增加到 31 条。

从上述的材料介绍可知，20 世纪上半叶，我国的国际私法是从外国引进的，但逐步本土化，从而结束了我国国际私法只处于萌芽状态的历史。