

第十四辑

国际法与比较法

INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW

论丛
R E V I E W

李双元 主编

湖南师范大学法学院 主办

■ 国际私法的探源

■ 法治社会中行政权价值的宪政思考

■ 我国楼花按揭法律问题研究

■ 威斯特伐利亚的意义 国际法律秩序的文化遗迹

中国方正出版社

第十四辑

**INTERNATIONAL AND
COMPARATIVE LAW
REVIEW**

**国际法与
比较法
丛论**

李双元 主编

湖南师范大学法学院 主办

中国方正出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

国际法与比较法论丛. 第14辑/李双元主编. —北京: 中国方正出版社. 2005. 8

ISBN 7-80216-040-5

I. 国… II. 李… III. ①国际法—文集 ②比较法—文集
IV. ①D99—53 ②D908—53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2005) 第 081869 号

国际法与比较法论丛

(第十四辑)

李双元 主编 湖南师范大学法学院 主办

责任编辑: 许 睿

出版发行: 中国方正出版社

(北京市西城区平安里西大街 41 号 邮编: 100813)

发行部: (010) 66560950 门市部: (010) 63094573

编辑部: (010) 66158711 出版部: (010) 66510958

网址: www.FZPress.com.cn

责编 E-mail: XR@FzPress.com

经 销: 新华书店

印 刷: 北京市梦宇印务有限公司

开 本: 889 毫米 × 1194 毫米 1/32

印 张: 21.875

字 数: 601 千字

版 次: 2005 年 8 月第 1 版 2006 年 1 月北京第 2 次印刷

(版权所有 侵权必究)

ISBN 7-80216-040-5

定价: 35.00 元

(本书如有印装质量问题, 请与本社出版部联系退换)

声 明

凡经采用的来稿如侵犯他人著作权或版权者，来稿人得自负法律上的责任，与本论丛与中国方正出版社无关。

本论丛主编者及中国方正出版社对因此遭受的损害同样保留依法予以追究的请求权。

特此声明

中国方正出版社
二〇〇五年

目 录

[国际私法]

- 国际私法的探源 蒋新苗 (1)
 论仲裁协议的有效性及其认定 李 斌 (80)
 国际商事仲裁中的证据 谢菁菁 (109)
 信托法律适用之比较分析 蒲 芳 (127)

[宪法与行政法]

- 宪法的产生原因及其发展趋势
 新解 周刚志 (177)
 法治社会中行政权价值的宪政
 思考 朱最新 (214)

[民 商 法]

- 艺术品鉴定之法律问题
 研究 郭玉军 张飞凤 (249)
 我国楼花按揭法律问题研究 郭丽媛 (291)

[诉 讼 法]

- 美国证券集团诉讼研究 钟志勇 (319)

主 编 李双元
 主编助理 欧福永

目 录

第十四辑

[环境法]

欧盟温室气体排放控制的法律与政策及其

对中国的方法论意义..... 王 曦 著,杨 兴 译(417)

环境法本位的比较研究 王彬辉(466)

《〈气候变化框架公约〉京都议定书〉的若干问题论略 杨 兴(505)

[国际公法]

威斯特伐利亚的意义:国际法律秩序的文化遗迹

..... C·哈丁 C·L·利姆 著,黄德明 孔 媛 译(539)

[国际贸易法]

印度保障措施的立法与实践研究

..... 江国青 杨慧芳(563)

欧盟对华碳化钨和熔融碳化钨反倾销案述评 舒细麟(598)

CEPA 实施的若干思考 吴 智(648)

[外国法资料]

英国《1977 年不公平合同条件法》

..... 许光耀 宋连斌 姜秋菊 译,许光耀 校(675)

《国际法与比较法论丛》稿约 (690)

Contents

Private International Law

On the Source of Private International Law Jiang Xinmiao (1)

On the Validity and Identity of Arbitration

Agreement Li Bin (80)

The Evidence in International Commercial

Arbitration Xie Jingjing (109)

A Comparative Analysis of Law Applicable to

Trusts Pu Fang (127)

Constitutional Law and Administrative Law

A New Analysis on the Reasons of Production and the Develo-

ping Trend of Constitutional Law Zhou Gangzhi (177)

The Constitutional Thinking on the Value of Administrative

Power in Society of Rule by Law Zhu Zuixin (214)

Civil and Commercial Law

On the Legal Issues of Authentication of Works of

Art Guo Yujun Zhang Feifeng (249)

On the Legal Questions of Mortgage of Future Property of China

..... Guo Liyuan (291)

Procedure Law

On the Class Actions of Securities in

America Zhong Zhiyong (319)

Environmental Law

- The Law and Policy of EU on Greenhouse Gas Emission
Reduction and Their Methodological Importance to China
..... Written by Wang Xi, Translated by Yang Xing (417)
- A Comparative Study on the Principal Place of Environmental
Law Wang Binhui (466)
- On Several Problems of Kyoto Protocol to the Framework
Convention on Climate Change Yang Xing (505)

Public International Law

- The Significance of Westphalia: an Archaeology of the Interna-
tional Legal Order Written by C. Harding & C. L. Lim,
Translated by Huang Deming & Kong Yuan (539)

International Trade Law

- A Study on the Legislation and Practice of Safeguards of India
..... Jiang Guoqing Yang Huifang (563)
- On the Antidumping Case on tungsten carbide and fused
tungsten carbide of EU v. China Shu Xilin (598)
- Several Problems of the Implementation of CEPA Wu Zhi (648)

Materials on Foreign Law

- The Unfair Contract Terms Act 1977 of England
... Translated by Xu Guangyao Song Lianbin Jiang Qiuju,
revised by Xu Guangyao (675)

- Soliciting Article Notice** (690)

[国际私法]

国际私法的探源

蒋新苗*

目 次

- 一、国际私法的雏形或萌芽
- 二、学理型国际私法的产生与传播
- 三、国际私法范式的确立过程
- 四、国际私法统一化运动的雏形

在国际私法产生与发展的历程中，人们习惯性地采取欧洲中心主义的思维定势来追根溯源。这自然有其历史背景和现实诱因。毋庸讳言，欧美国际私法产生与发展的彰显性是有目共睹的。然而，中国在国际私法最初萌芽时期的先锋作用也是不容忽视的。因此，

* 湖南师范大学法学院教授，法学博士，院长，中国社会科学院法学所博士后。

这里先从探析中国盛唐时期最早出现的成文冲突规范开始,然后再沿着古希腊罗马对国际私法萌芽的贡献,逐步追寻国际私法的历史源流。不过,国际私法产生的源头究竟在哪里,至今尚无明确肯定的共同结论。卢峻教授曾明确指出:“国际私法之存在,始于何时,迄无可考。”^①但是,本着追寻的态度,根据现有的文献资料,仅仅有限地揭示国际私法的历史源流,还是有其历史价值与现实意义的。只是更科学、更准确地定论,还有待于考古专家、历史学家和法学家的共同努力。

一、国际私法的雏形或萌芽

1. 昙花一现的中国盛唐时期的国际私法规范

中国唐朝(公元618—907年),堪称中国封建社会的鼎盛时期。当时,中国国力强盛、经济发达、贸易兴隆、文化繁荣,对外交往密切频繁。唐朝京城长安更是当时亚洲乃至世界的大都市。西沿“丝绸之路”,与中亚和地中海各国有着频繁的商业交往;东渡南洋与日本有着直接的贸易文化交流。不仅当时唐朝的官员与商人西出阳关或漂洋过海走向国外,而且不少外国人来到中国。在唐朝京城长安,聚集了许多在此经商或学习的外国人。为了调整和规范各种具有涉外因素的法律关系,中国唐朝的统治者在《永徽律·名例》中就制定了“类似今天的冲突规范的规定”。^②唐《永徽律·名例》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。”^③而《唐律疏议》则进一步说明:“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,若高丽之与百济相犯

① 卢峻著:《国际私法之理论与实践》,中国政法大学出版社1998年版,第3页。

② 黄进主编:《国际私法》,法律出版社1999年版,第92页。

③ 蒲坚编著:《中国古代法制丛钞(第二卷)》,光明日报出版社2001年版,第193页。

之类，皆以国家法律，论定刑名。”^①用现代国际私法的术语来解读，也就是说：具有同一国籍的外国人在中国境内发生相互侵犯的案件，适用当事人的本国法；不同国籍的外国人之间在中国发生相互侵犯的案件，按照唐朝的法律处理。^②由于中国古代的法律是诸法合一、民刑不分，因而唐律中的上述规定对涉外刑事案件和民事案件都是适用的。尽管唐《永徽律·名例》有关涉外法律关系的这种规定，带有明显的刑法特征，但是其国际私法的隐性因子也是众所公认的。它实际上已具有冲突规范的雏形，而在同一时期的世界其他各国法律中至今尚未发现有关类似的成文法规定。在欧洲，直至1756年的巴伐利亚法典才第一次有了成文的冲突规范。

然而，令人遗憾的是，长达两千余年的闭关自守、夜郎自大的封建专制统治，窒息了对外经济、文化交往的发展，使得中国国际私法立法与理论自唐朝后一直落伍于世界先进国家。宋、元、明各朝，国际私法领域一般都沿用旧制，没有多少进展与突破。虽然明朝曾借用唐朝《永徽律·名例》有关涉外法律关系的规定处理过涉及居住澳门的葡萄牙人事务，但依然未突破唐律的框架。^③直至清朝末年，中国不仅依然未见有专门的国际私法立法，而且这方面的法律实践也相当少。

2. 古代希腊准据法选择观念的萌芽

在欧洲大陆，各城邦国家早就开始了对外交往，但萌发国际私法的法律选择观念却要晚得多。这主要在于古代外国的侨民仅仅具有奴隶的身份，而不得成为法律关系的主体。^④例如在古希腊时代，各城邦国家的法律并不保护外国人的婚姻和财产，甚至海盗抢劫外国人财产，也不认为是违法行为。^⑤有资料表明柏拉图和亚里士多

① 刘俊文校点：《唐律疏议》，法律出版社1999年版，第144页。

② 李双元等著：《中国国际私法通论》，法律出版社2003年第2版，第80—81页。

③ 黄汉强、吴志良主编：《澳门总览》，澳门基金会1996年第2版，第13页。

④ 李双元等著：《中国国际私法通论》，法律出版社1996年版，第46—47页。

⑤ 何适著：《国际私法释义》，台北三民书局1983年版，第13页。

德赞成吕库尔古斯法律禁止外国人在斯巴达定居的规定。福斯泰尔·德库朗热认为古代采取否定外国人权利主体资格这一做法的主要原因在于：“古代城邦是建立在宗教基础上的，外国人与本国人不信仰同样的宗教，因此不能对他适用同样的法律。”^①正是因为如此，所以国际私法学的通说都将国际私法的产生源头定位于古罗马法。然而，实际上远在罗马时代以前就有了国际私法观念的初步萌芽。早在古希腊，各城邦之间就出现了商业交往和贸易往来，随之而来的民商事交往也逐渐频繁，从而引发了各种法律冲突问题。基于这一背景，维诺格拉多夫（Vinogradoff）便认为，大致在这一时期，古希腊出现了国际私法（Private International Law）的初步萌芽。不过，维诺格拉多夫所说的国际私法并不是指现今的法律选择规则，而是指建立在共同的原则与商业习惯基础上的古希腊普通法。只是古希腊这种带有国际私法萌芽形态的商业习惯法则并不以任何个别城邦的立法权为基础。由于古希腊各城邦的法律存在着或多或少的一致性，这就在一定程度上减缓了适用法院地法的不公正性。加之，古希腊人崇尚契约自由，起草法律文书的技术完善，因而权利义务可在合同中约定得相当清楚。在希腊，不同的城邦具有共同的语言和文化，这大概有助于各城邦之间缔结相互给予其成员（居民）全部或部分私法权利的条约。在希伯来人中，则因以色列和犹太两个王国实行的摩西法律基本相同，也使条约的缔结或习惯的形成变得容易了。莱瓦尔特曾经指出，在这些条约中，有些也涉及司法管辖权和程序问题，甚至还涉及可适用的法律问题。^②尽管古希腊各城邦之间的民商事交往也比较频繁，但现实并无对法律选择规则的迫切需求。从现有的文献资料尚无法确证古代希腊是否出现过现代意义上的冲突规范。不过，在埃及出土的一具木乃伊里，

① [法] 亨利·巴蒂福尔、保罗·拉加德著，陈洪武等译：《国际私法总论》，中国对外翻译出版公司 1989 年版，第 9 页。

② [法] 亨利·巴蒂福尔、保罗·拉加德著，陈洪武等译：《国际私法总论》，中国对外翻译出版公司 1989 年版，第 10 页。

发现了公元前 120 至 118 年间的一个法令,规定凡合同以埃及文字起草的,可以在埃及法院对希腊人起诉。因此,有学者将其视为默示性冲突法规则,认为埃及的该法令指定了语言作为确定管辖权联结因素并承认了当事人意思自治原则。^①可见,私法当事人有权选择法院和选择准据法这种观念早在古希腊时期就已经产生了。^②

3. 古罗马万民法对国际私法产生的启迪

古罗马建国初期也是同古希腊一样轻视外国人。罗马法只承认罗马市民是权利主体,外国人被视同敌人。因为古罗马建国之初,“疆域之外,莫非敌国,敌国人民,何足以言权利之保护”。^③后来由于它征服了大片领土,以及发展对外商业贸易的需要,才逐渐给予非罗马市民一定的法律地位,开始用“万民法”(jus gentium)来调整罗马市民与非罗马市民间以及非罗马市民之间的民事关系。由于古罗马的市民法只适用于罗马市民,并且过于简陋且形式主义极强,无法满足涉及非罗马市民之间的民商交往的需要。于是罗马人在公元前 242 年左右创立了一项制度,设立外邦人大法官,处理涉及非公民的诉讼。外邦人大法官可以不受程序上的形式主义以及严格的本地法的限制,他们常借用大量希腊式的非罗马制度,从而创立了一套独立的法律规范,即万民法。古罗马的万民法比市民法更能适应调整罗马市民与非罗马市民之间以及非罗马市民与非罗马市民之间的民商交往关系。但古罗马的万民法“并没有形成一个完整的体系”,^④而且仍属于罗马内国法,而不是法律的适用法则。古罗马于公元前 242 年设立的外邦人大法官负责这类主要属于家庭关系方面的法律的适用,然而,他们在处理含有非罗马市民因素的

① J. -G. Castel, *Canadian Conflict of Laws*, 4th ed., Butterworths Canada Ltd., 1997, p. 12.

② Friedrich K. Juenger, *Choice of Law and Multistate Justice*, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, pp. 6—8.

③ 梅仲协著:《国际私法新论》,台北三民书局 1982 年版,第 23 页。

④ [法]亨利·巴蒂福尔、保罗·拉加德著,陈洪武等译:《国际私法总论》,中国对外翻译出版公司 1989 年版,第 11 页。

案件时仍不适用外国法。可以说,罗马人并没有发明国际私法规则。^①但是,古罗马外邦人大法官在处理含有涉及非罗马市民因素的案件的一些做法,特别是古罗马万民法,对后世国际私法理论学说及立法与司法实践的启迪作用则是不可磨灭的。

随着罗马卡里古拉皇帝公元212年颁布了一道法令,对罗马帝国内的所有居民授予罗马市民权,此后,不再存在什么涉外问题,因为仅有的外国人只有蛮族人。万民法以及自然法原则被市民法吸收,从而使后者具有世界性,并培育了这样一种观念,即存在一个所有国家共同的法律。

古希腊人和罗马人对于涉外案件,不是采用法律选择规则,而是设立审理涉外案件的特殊法庭,以实体法的手段解决法律冲突。这表明,现代意义上的冲突法不是解决涉外问题的唯一可能方法。可以断言,国际私法统一实体法的历史比冲突法久远得多。^②

4. 欧洲大陆的极端属人法对国际私法萌芽的外在作用

公元476年,西罗马帝国灭亡以后,欧洲大陆各民族迁徙频繁,形成了各民族杂居的格局。各民族来往杂居便产生了种族法。为了解决不同民族之间交往所引发的问题,出现了适用各族当事人的种族法的做法。法律只支配本族人,而不适用于异族人,即不论处于何地,日耳曼民族一律依日耳曼法,法兰克民族一律依法兰克法,罗马人仍适用罗马法等。这一时期,法律的适用与地理无关,对某个案件适用什么法律,不是取决于该案件与某个法律地理上的联系,而是取决于主体是不是该法律的属民。之所以出现这种情况,主要是因为当时的法律理念是根据日耳曼法上所谓的“族裔和平秩序”(Friedensordnung des Stammes)而建立的。基于该观念,只有本族人才能参与族法的制定并受族法的保护,族法不适用于异族人。^③另一方面,由于上述部落民族喜欢游移生活而不习惯

① 李双元等著:《中国国际私法通论》,法律出版社1996年版,第47页。

② 蒋新苗、杨翔主编:《国际私法》,湖南人民出版社2002年版,第57—88页。

③ 刘甲一著:《国际私法》,台北三民书局1986年版,第99页。

于定居，一个民族易地迁居后仍保持原有的法律习惯，亦即族法永远只支配本族人民，而不以领土来划分法律的效力范围。因而各民族来往杂居而产生的“涉及外族”之民事关系，在当时是适用各族当事人的族法。这一时期大约自西罗马帝国灭亡后经历了四百余年，后世学者常称之为种族法时代（period of racial laws）或属人法时代（period of personal laws）。又因为每一民族的人，无论居住何地，永远受其民族固有法律和习惯支配，因此又可以称之为“极端属人法时代”。法国学者亨利·巴蒂福尔明确指出：“在同一领土上，在同样问题上，同时适用于不同类别的公民的许多法律的并存，这种现象称为法律的属人性：应适用的法律取决于有关的人。”对于属人法时代的发端，孟德斯鸠将法律属人制度的发明权归于日耳曼人，认为日耳曼人在蛮族入侵以前提出了这种制度。而萨维尼却持不同看法，他认为法律属人制度是在不同居民在同一领土上共同生活的特殊环境下自然产生的。事实上，日耳曼人同古代人一样，并不认为外国人有权适用他们的本国法，而是把外国人看作应该被驱逐的敌人或可以买卖的奴隶，在任何情况下都不受法律的保护。^①无论学者们对属人法的起源做何种挖掘，但必须注意的是，种族法或极端属人法与真正意义上的国际私法的属人法是风马牛不相及的。种族法或极端属人法不是发生法律冲突时选择法律的属人法，而是各种族的人之间发生法律行为时各受本族法的支配。^②国际私法适用的前提是多个法律能否在适用上发生竞争关系或出现冲突，而种族法的适用并不要求发生法律冲突问题。尽管种族法或极端属人法还不是随后产生的国际私法的雏形，但其中的某些规范诸如“继承依被继承人的血统法”、“契约关系当事人的能力依各该当事人的种族法”等，在形式上跟后来出现的冲突规范具有一定的相似性。此外，种族法或极端属人法时代所形成的习惯

① [法] 亨利·巴蒂福尔、保罗·拉加德著，陈洪武等译：《国际私法总论》，中国对外翻译出版公司1989年版，第12—13页。

② 陈顾远著：《国际私法总论》（上册），安徽大学出版社1930年版，第159页。

做法似乎对国际私法当事人意思自治原则的萌芽也起到了或多或少的推动作用。例如,在“极端属人法时代”,当事人可以通过承认自己属于某一特定的部族,从而实际上可以选择他受什么法律支配,法官也容忍这种行为。这似乎是默示地认可了当事人意思自治原则。因此,无论种族法或极端属人法与真正意义上的国际私法的属人法相距有多远,但决不可否认种族法或极端属人法对现代国际私法的产生所形成的外在影响或形式上的启示。

5. 属地法时代的异化直接诱发了国际私法的产生

自公元10世纪后,欧洲社会进入封建社会,社会激荡剧变。在阿尔卑斯山以北广袤土地上,由于群雄割据、封君建国,逐渐进入了君主专制的封建社会。这个时期领土的观念渐次加强,上自王公下至平民,概依土地占有的多少决定其法律地位的高低。凡在领地内居住的所有人,不论其属什么民族,一律不得适用本族法律,而必须受当地法律与习惯的支配。由于这个时期法律与领土关系密切不可分,法律的适用范围也是以领土界限为划分标准的。因此这种极端的属地法时代,也可称为“领土法时代”。^①这种极端的属地法严格地限制了外国人的法律地位,一人从此领地移居彼领地,即可能丧失财产甚至自由,也无法结婚,成立遗嘱或为其他民事行为。这种极端的属地法甚至存在于同一城市的不同区域中,例如在Breslau,直到1840年1月1日,在继承人、配偶财产制等方面共存五种不同的制定法和习惯法,它们各自的适用都只限制在特定的地域范围之中,不但相邻的居民之间会适用不同的法律,甚至一座房子位于不同法律范围的交界处,房子的一部分要适用这一法律,而另一部分却要适用另外的法律。某人从一地移居到另一地,即可能丧失原来的财产甚至自由。在这种封建割据制度下,根本不可能有国际私法或冲突规范产生的机会与空间。

不过,在阿尔卑斯山以南地区,极端属人法之所以也渐渐为属

^① Sir Peter North and J. J. Fawcett, *Cheshire and North's Private International Law*, 12th. ed., Butterworths London Ltd., 1992, pp. 16—17.

地法所取代,究其原因倒不是因为封建制度,而是在于意大利半岛各城邦国家的次第兴起。^①当时的意大利北部,由于商业交往与贸易的发展,一些重要的城市摆脱了封建束缚而取得了自治,兴起了一些城邦国家,各城邦都制定了自己的法则(statuta)。各城邦国家不仅有自己的法则,而且都坚持这些法则的效力只及于各自领域内。各城邦国家法则的属地性逐渐凸现。加之,各城邦国家的法则与当时适用的罗马法有所不同,而且各法则之间也互有出入。为了各城邦国家之间的互通有无和人员往来的方便,人们渐渐认识到有必要对这种严格的属地性进行限制。于是,属地法时代的这种异化使得13世纪的意大利半岛自然而然地成为国际私法的发祥地。^②

6. 古俄罗斯国际私法的萌芽

在追寻国际私法的起源与萌芽时,不可忽视对前苏联社会主义法律体系产生过巨大影响的俄罗斯国际私法的诞生与形成历史的研究。实际上早在公元911年基辅俄罗斯王国就出现了古老的国际私法规则萌芽形态。^③当时的基辅俄罗斯王国曾与古希腊城邦国家签订了一个条约,其中就对俄罗斯人在希腊死亡后的遗产处理问题做了规定。该条约第13条规定,如果俄罗斯人在希腊死亡,未订立遗嘱处理其财产,且在希腊无亲人,那么,该俄罗斯人的财产应发回俄罗斯,交其幼辈近亲属。当俄罗斯人在希腊死亡且订立了遗嘱处理其财产,则由指定的继承人接收该财产。该规定实际上已具有冲突规范的初步特征。尽管它离内容完整的国际私法的冲突规范还有相当大的距离,但却确实是解决涉外民商事法律冲突的一条规则,可以看作俄罗斯国际私法的最早的萌芽形态。^④

① 马汉宝著:《国际私法总论》,台北汉林出版公司1982年版,第245—246页。

② Clive M. Schmitthoff, A Textbook of the English Conflict of Laws, Sir Isaac Pitman & Sons Ltd., 1945, pp. 14—15.

③ [前苏]隆茨著:《苏联国际私法教程》,大东书局1951年版,第48页。

④ 黄进主编:《国际私法》,法律出版社1999年版,第93—94页。