

## 国际私法起源新论

方 杰

**内容提要:**古希腊对外民商事交往发达,社会生活中已存在法律冲突现象,并出现了朴素的冲突规则。古罗马帝国对外经济交往更加频繁,法律冲突现象依然大量存在,外事裁判官和万民法应时而生。极端属人法时代初期,人际法律冲突变得十分严重,意思自治和法律平等观念出现,简单的法律冲突解决原则形成。公元6世纪,查士丁尼编纂《国法大全》,其中《查士丁尼法典》和《学说汇纂》包括诸多基本冲突规范和冲突法理论,基本的冲突法规则体系和理论体系形成,国际私法正式起源。

**关键词:**国际私法 属人法 国法大全

方杰,中央司法警官学院法学院副教授。

国际私法起源问题是国际私法最为重要的基本理论问题之一,研究和探讨此问题有助于国际私法理论学习、研究和交流。目前,中外法学家关于国际私法起源问题观点颇不一致。我国大部分学者认为国际私法起源于14世纪意大利,英国法学家保罗·维诺格拉多夫(Paul Vinogradoff)认为古希腊已经存在国际私法,美国法学家荣格(Friedrich K. Juenger)则认为国际私法起源于欧洲种族法时代。<sup>[1]</sup>客观地讲,国际私法起源属于事实判断,任何有关结论都必须建立在客观依据之上,不得主观推测和臆断。法律部门起源一般需要满足三个条件,即需要法律规范调整的某类型社会关系大量存在、有关基本法律规范体系建立以及相关法学理论积累。因此,探讨国际私法起源就是要考察四个因素,即跨国民商事关系、法律冲突现象、冲突规范体系和冲突法理论。当跨国民商事关系大量衍生、法律冲突现象不断积累、基本冲突规范体系建立和冲突法理论著述等重要标志并存时,就可以认定国际私法正式起源。

[1] 种族法时代,又称蛮族法时代,是欧洲古代法律极端分裂的时代。

## 一 欧洲早期跨国民商事关系发展

### (一) 古希腊跨国民商事活动十分发达

公元前 2000 年中期,希腊文明首先在克里特岛获得发展,克里特文明以岛屿北部的克诺索斯为中心,在弥诺斯统治时期臻于极盛。古希腊独特的地理物质生活条件为其外向型经济发展提供了条件。具言之,山地较多,土地贫瘠,可利用耕地少且狭窄,可耕地不足土地总面积的五分之一,<sup>[2]</sup>各地区气候差很大,极不利于农业耕种,但这催生了古希腊园艺业、手工业和商业;古希腊造船业也非常发达,拥有规模庞大的造船场,具备造船设备和掌握熟练技术的工人,可以建造大型船只;希腊人的贸易大道是海路,<sup>[3]</sup>有许多天然岛屿和优良港湾,古希腊人积极开展国家间和城邦间贸易。此外,古希腊民主政治尊重公民人格,维护公民个性发展,保障公民自由,为古希腊对外经济交往提供了良好的国内政治环境。

公元前 1650 年,古希腊出现了迈锡尼文明。在征服了克里特岛之后,迈锡尼人成为整个东地中海地区活跃的商人,其贸易范围跨过海洋远及埃及。<sup>[4]</sup>公元前 12 世纪至公元前 9 世纪,希腊处于“黑暗时代”,但也没有与世隔绝。公元前 4 世纪希腊城邦国进入黄金时期,同西地中海沿岸的国家间商业交往非常活跃。<sup>[5]</sup>公元前 560 年至公元前 520 年间,阿提卡出产的陶瓶大量输出,抵达开俄斯、列斯堡、塞浦路斯、小亚、黑海沿岸和埃及,西方达到南意大利、伊达拉里亚和法国南部。在公元前 5 世纪前后,雅典已成为“国际性商港”。<sup>[6]</sup>色诺芬称雅典是一个最好的最能生利的贸易地点。<sup>[7]</sup>古代希腊外向型经济十分繁荣,跨国商事交易颇为丰富,跨国民商事关系大量衍生。

### (二) 古罗马跨国民商事交往更加发达

古罗马对外贸易额很大,贸易活动十分活跃,贸易范围极为广阔,包括埃及的麻纱、莎草纸、玻璃器皿和粮食,南俄罗斯的大麻、蜡、皮毛、蜂蜜,阿拉伯半岛的调味品、香料、宝石和骆驼,日耳曼尼亚的琥珀、皮毛和奴隶,乌拉尔山的黄金,中非的象牙、黄金、珍贵木材、香料和调味品,撒哈拉椰枣和黑奴以及印度奢侈品。亚历山大是罗马非常重要的城市,财富和规模排第二,人口约 30 万,是古罗马最大的海港。亚历山大聚集着各国商人,中国的丝绸、茶叶、宝石、香料和奢侈品经由丝绸之路运到这里。古罗马帝国还从事专门的奢侈品跨国贸易。从奥古斯都时代起,罗马帝国与阿拉伯和印度之间的奢侈品贸易一直在稳步向前发展,商品从印度直接地或通过阿拉伯间接地运往埃及。公元前 3 世纪,罗马成为

[2] P. Garnsey, K. Hopkins & C. R. Whittaker, *Trade in the Ancient Economy*, University of California Press, p. 84 (1983).

[3] 参见[法]杜丹著:《古代世界经济生活》,志杨译,商务印书馆 1963 年版,第 63 页。

[4] 参见[英]彼得·阿克罗伊德著:《古代希腊》,冷杉译,2007 年第 1 版,第 13 页。

[5] Friedrich K. Juenger, *Choice of Law and Multistate Justice*, Transnational Publishers, p. 6 (2005).

[6] 参见吴高君:《古希腊城邦经济研究》,《北方论丛》2003 年第 2 期,第 35 页。

[7] 参见[古希腊]色诺芬:《经济论》,崔金戎译,商务印书馆 1983 年版,第 68 页。

重要的经济政治国家,罗马商人到国外经商,外国人也到罗马经商。<sup>[8]</sup> 公元2世纪初,罗马商人经海路到达孟加拉湾东岸,后通过缅甸来到我国境内。公元3世纪,随着商业的发展和罗马征服地区的扩大,罗马公民与异邦人及被征服地区的居民之间的民事交往愈加频繁。

### (三) 中国汉唐时期跨国民商事交往大量存在

中国与古罗马早已存在贸易关系,而且这种跨国贸易关系在汉朝达到鼎盛时期。中国的丝绸经由丝绸之路运往罗马,罗马玻璃器皿等商品也通过丝绸之路运到中国。汉武帝时期,汉朝使节最远到达了犁轩,即埃及亚利山大港。公元58年东汉时期,罗马帝国使者和商人首次通过丝绸之路来到东汉洛阳。《后汉书·西域传》记载:“桓帝延熹九年,大秦王安敦遣使自日南徼外献象牙、犀角、玳瑁,始乃一通焉。”<sup>[9]</sup> 公元2世纪,中国丝绸已经成为罗马市民非常喜欢的商品。古罗马历史学家阿米阿努斯·马塞利阿努斯(Ammianus Marcellinus)说,以前丝绸只适用于贵族,而今已普及于社会各阶层,甚至于社会的最下层。<sup>[10]</sup> 为了便利对外交往,汉朝时期我国开辟了海上丝绸之路,《汉书·地理志》记载了汉朝中国与西欧之间进行国际贸易的交通航线,但范围只限于南洋和印度洋。<sup>[11]</sup> 与此同时,汉朝时期已经出现汉朝人与周边国家之间通婚的情况。

唐朝时期政治清明,并采用宽松的对外政策,跨国民商事交往更加频繁。除了途径丝绸之路的跨国商品贸易蓬勃发展之外,唐代中国对外政治、宗教和文化交流也非常发达,成为世界经济文化交流中心。亚非欧诸多国家的使节、商贾、学者和僧侣来中国访问、求学和开展贸易;中国也派学者和宗教人士到国外学习和传教,如玄奘到印度求取真经,鉴真法师东渡日本传教等。长安和广州是当时国际性大都市,有很多外国人在此居住。唐朝时期,中国对外陆路交通和海上交通都很发达,与70多个国家保持经济文化交往。

### (四) 国际私法物质基础形成

国际民商事关系是国际私法的调整对象,是国际私法产生的物质基础。欧洲古希腊和古罗马时期,国家间国际贸易非常发达,国际民商事关系大量衍生,国际私法产生的物质条件已经出现。当国际民商事关系不断发展,成为社会生活中普遍的一般的现象之后,会引发立法存在差异的不同法律体系之间的效力抵触现象,出现法律选择和法律适用的现实需求,并出现相应的立法需求;继而冲突规则和规范逐渐出现,国际私法也就随着这些规则和规范的积累而逐渐形成。法具有物质制约性,社会物质条件决定法律部门的产生和出现。古希腊、古代中国和古罗马时期跨国民商事交往的存在,为国际私法的产生提供了客观物质条件。中世纪以后,跨国民商事关系的迅猛发展使得国际私法不断发展和完善。正如恩格斯所言,法律规则是以法律形式表现了社会的经济生活条件,<sup>[12]</sup> 国际私法是国家外向型经济关系的法律表现形式,古希腊和古罗马时期国家外向型经济蓬勃发

[8] Friedrich K. Juenger, *Choice of Law and Multistate Justice*, Transnational Publishers, p. 8 (2005).

[9] 许嘉璐主编:《二十四史全译》(后汉书第二册),汉语大词典出版社2012年12月版,第95页。

[10] Andrew Feldherr, *The Cambridge Companion to the Roman Historians*, New York: Cambridge University Press, p. 351 (2009).

[11] 参见周一良著:《中外文化交流史》,河南人民出版社1987年版,第48页。

[12] 参见恩格斯:《费尔巴哈和德国古典哲学的终结》,载《马克思恩格斯选集》第1卷,人民出版社1995年版,第37页。

展为国际私法的产生和发展提供了物质准备。

## 二 法律冲突现象产生

### (一) 古希腊法律冲突

古希腊早期阶段,法律和宗教在很大程度上是合一的,在法律和立法问题中特尔菲(Delphi)的圣理名言被认为是阐明神意的一种权威性意见;宗教仪式渗透在立法和司法的形式之中,祭司在司法中起着至关重要的作用。<sup>[13]</sup> 公元前八世纪,城市国家开始出现,每个城市国家被称为“Polis”——城邦,后来比较著名的大城邦有斯巴达和雅典。公元前804年,斯巴达城邦莱库古(Lycurgus)立法,构建了斯巴达城邦法律制度。公元前621年,雅典执政官德拉古将习惯法汇编成册,并公诸于众,雅典法律体制形成,在一定程度上限制了氏族贵族的权力。

希腊各个城邦都有自己的法律和政治制度,这样就具备了不同社会的法律体系充分成熟后开始相互影响的历史条件。在跨城邦和跨国家民商事关系频繁出现的情况下,法律冲突便自然而然出现。在古希腊雅典还存在法律冲突的另一种社会根源。公元前592年经过梭伦立法,民众大会成为一切行政、立法和司法权力的最终受托者,但是此时的民主只是统治阶级的民主,雅典出生和祖籍是雅典的人们组成的公民集团统治着雅典,大量的自由民无法获得公民身份,只能以外侨的身份住在雅典。<sup>[14]</sup> 这是法律冲突产生的另一个根源。

古希腊文学也反映了法律冲突问题。公元前442年,古希腊剧作家索福克勒斯(Sophocles)创作的悲剧《安提戈涅》(Antigone)就上演了宗教法和统治者命令的冲突。希腊人把葬礼看成是神法的命令,违反者将遭到神的诅咒和惩罚性报复。克里昂(Creon)国王禁止人们为违反法律的安提戈涅的兄弟普雷尼克(Polyneiks)举行葬礼,但安提戈涅仍然按照希腊宗教规定的仪式安葬了她的兄弟。她阐述了一个更高层次的法律:它们既不属于今天也不属于明天,没有人能确知它们的生成之时,它们永恒地存在着,为了捍卫它们,我不怕激怒任何人。<sup>[15]</sup> 艺术是现实社会的反映,虽然该剧中所阐述的永恒法与世俗法之间的法律冲突并非国际私法指称的不同国家民商事法律之间的法律冲突,但也在某种程度上佐证了各个时代法学家所关注的不同法律秩序冲突的问题业已存在。

### (二) 西罗马时期法律冲突与万民法

西罗马政治权力集中,帝国地域广博,整个欧洲和地中海周边亚洲和非洲地区都在帝国控制之下。同时,西罗马帝国也是当时世界上非常重要的对外贸易国家,跨国民商事关系大量存在,政治强大和法制统一并不能消除不同种族间的法律冲突问题,古罗马时期国家和民族间法律冲突依然存在。罗马的扩张和其他民族交往增加,不同民族间法律冲突

[13] 参见[美]博登海默著:《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社2004年版,第4页。

[14] 参见[美]约翰·梅西·赞恩著:《西方法律的历史》,孙远申译,陕西师范大学出版社2009年版,第75页。

[15] 参见[美]博登海默著:《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社2004年版,第4页。

依然存在,执法者一方面注意到其它法律的存在,另一方面提出了如何处理罗马人和异邦人关系的问题。<sup>[16]</sup>

罗马帝国专门设置外事裁判官处理涉外民商事关系。在司法活动中,外事裁判官关注如何解决罗马公民与非罗马公民以及非罗马公民之间争议的问题,并从程序形式主义和严格的地方法律规则中脱离出来,根据法律理念、希腊法律原则和诚实信用观念,创立了一个独立的规则体系——万民法,一个较市民法更灵活更有效的调整罗马公民与外邦人以及外邦人之间争议的法律。<sup>[17]</sup> 万民法是由一些惯例、规则和原则组成的,这些惯例、规则和原则反映了那些与罗马有交往的异邦异国的法律制度中共有的成分。<sup>[18]</sup>

客观地讲,只有在尊重外国法的情况下,国际私法才有可能建立起来。罗马早期法学家远没有这样的观念,他们对本国法律的赞赏是合理的,但是由于他们赞赏本国法律,可能使他们中间的很多人轻视所有外国法律,包括希腊法律在内,以致他们连想也没有想过需要建立一些规则来适用这样低劣的法律。<sup>[19]</sup> 万民法的形成是由于迫切的客观需要。万民法是从程序形式主义和严格的地方法律规则中脱离出来的一个独立的规则体系,目的就是解决罗马公民与外邦人以及外邦人之间争议的法律。它是一个目的性很强的法律体系,是实用主义的产物。

虽然万民法正视了法律冲突问题的存在,但解决争议方法是一个国家依据自己的司法体系建立相应实体规则和设置特殊的审判机构和人员,而不是创立冲突规范在效力平等的不同国家法律中进行选择,这种解决法律冲突的方式与国际私法模式有着本质的不同。公元 212 年,卡拉卡拉(Caracalla)皇帝的著名法令授予罗马帝国所有居民罗马市民身份。这使得对一部独立的跨国法律的需求变得更弱,<sup>[20]</sup> 从此万民法的作用和地位变得很低,以致有关资料保存都变得没有必要。从本质上看,万民法是一国创设的专门处理跨国民商事争议的实体法规则,而不是国际私法。

### (三) 极端属人法时代的人际法律冲突

公元 476 年西罗马帝国灭亡后,拜占庭时代开始。在这一时期的法律渊源中,除了日耳曼人在意大利制定的第一批法令外,罗马法占主导地位,几乎是唯一的法律渊源。公元 476 年至 493 年,在短暂而又狂暴的奥多亚塞(Odoacer)统治时期,征服者使得罗马公法和私法在被征服的土地上居住的土著居民中继续得以执行。不过,征服者并没有继受罗马法,他们仍遵守自己的民族习惯。<sup>[21]</sup>

#### 1. 法律平等观念出现

按照统治者日耳曼民族的法律和习惯,每个民族都应该按照自己的法律和习惯生活,统治者的法律和习惯与被统治者的法律和习惯在同一地域同时存在。不论一个人到什么

[16] 参见[意]朱塞佩·格罗索著:《罗马法史》,黄风译,中国政法大学出版社 1994 年版,第 229-233 页。

[17] Friedrich K. Juenger, *Choice of Law and Multistate Justice*, Transnational Publishers, p. 8 (2005).

[18] Henry Maine, *Ancient Law*, ed. Fredrick Pollock, London, pp. 52-60 (1930).

[19] 参见[德]马丁·沃尔夫著:《国际私法》,李浩培、汤宗舜译,北京大学出版社 2009 年版,第 22 页。

[20] Friedrich K. Juenger, *Choice of Law and Multistate Justice*, Transnational Publishers, p. 8 (2005).

[21] 参见[英]梅兰特著:《欧洲法律史概览》,屈文生等译,上海人民出版社 2008 年版,第 9-10 页。

地方,他随身携带着原籍地法律。无论位于何处,舍拉人受舍拉法支配,撒克逊人受撒克逊法支配,依此类推,这已经成为一个普遍的原则,即属人法原则。所有法律体系都是平等的,都得到同等的尊重,每一个法律的存在不需要得到其他或者更高的法律的承认,而出自自身固有的权威,每一法律体系都对等的得到另一法律体系的认可和批准。<sup>[22]</sup>

在法律如此分裂的时代,法律平等观念依统治者法律传统而生。法律平等使法律冲突具备了合理基础并成为可能。在跨国或跨种族民商事交往中,只有各国或各种族法律平等,跨国或跨种族民商事法律关系才会在有关的法律体系之中引发法律冲突。如果不同国家的民商事法律地位不平等,有的地位高,有的地位低,地位高的法律体系必然获得优先适用,法律选择方法和规则必然让位于不同法律体系效力位阶,此时法律冲突便不会产生。同时,法律平等同样也是法律选择的必要前提条件,法律平等使得法律选择和法律适用有存在的机会和可能。

## 2. 人际法律冲突

在日尔曼时期,占主导地位的不再是罗马法,日耳曼入侵者的法律变得重要起来。不同的法律元素混合在一起,它们既互相对抗,也相互吸引和修正。伦巴第法与罗马法关系密切。虽然日耳曼人曾数次取代过被征服民族的法律制度,但是面对有强大内在抵抗能力的罗马法,日耳曼法也无能为力。罗马法在这样的状况下保存下来,成为属人法制度的萌芽。在加洛林时期,法典与法典的关系以一种叫做“法律属人性”的原则来确定。这意味着一个人的居住地的法律将让位于他的属人法,属人法优先,不论其身 anywhere 均适用属人法。此时的属人法常指一个人所属国家或部落的法律。在属人法原则下,一个人的血统和身份表明调整其所有法律行为的法律体系。

法兰克时代是这一原则最为盛行之时。<sup>[23]</sup> 在前古罗马版图内,居住在一起的人之间的法律关系完全受不同的法律管辖。圣·阿波巴(St. Agobar)主教写信给路易斯(Louis)提到,这样的事情经常发生,属于不同法律体系的五个人被看到走在一起或坐在一起。<sup>[24]</sup> 极端属人法时代是一个法律体系混而不乱的时代,各个种族仅仅受本种族法律和习惯的支配,不同种族适用不同的法律,不同种族之间民商事交往,如合同、贸易、侵权或通婚,必然会导致不同种族法律体系法律冲突产生。法律平等观念盛行,多元化法律体系并存,跨种族民商事交往频现,法律冲突自然而然产生。

### (四) 中国汉唐时期法律冲突

中国汉朝已经存在法律冲突现象,汉朝人与周边国家人通婚行为经常会引发法律冲突。汉武帝时期的“刘细君案”就揭示了相关国家婚姻制度不同所导致的法律冲突现象。<sup>[25]</sup> 事实上,由于特定历史原因,中国周边民族“收继婚制度”一直存在,自汉代以来跨国婚姻法律冲突一直存在。唐朝时期,大量外国人在中国长安和广州求学和经商,不同国家的人之间在一起生活,引发法律冲突不可避免。

[22] 参见[英]梅兰特著:《欧洲法律史概览》,屈文生等译,上海人民出版社2008年版,第50页。

[23] 参见[英]梅兰特著:《欧洲法律史概览》,屈文生等译,上海人民出版社2008年版,第49-50页。

[24] F. Von Savigny, *Geschichte Des Romischen Rechts Im Mittelalter*, 2d ed., Nabu Press Data wydania, p. 116 (1834).

[25] 参见齐湘泉:《中国国际私法探源》,《中国政法大学学报》2012年第1期,第97页。

### 三 国际私法规则萌芽

#### (一) 古希腊国际私法规则

英国法学家保罗·维诺格拉多夫(Paul Vinogradoff)认为希腊已经存在国际私法,但他并不能提供在具体证据。他指出虽然很难确定希腊是否存在类似现代意义的法律冲突规则的规则,但他依然认为古希腊可能有这样的规则。<sup>[26]</sup> 美国法学家约翰·梅西·赞恩指出,雅典城邦之间通过缔结条约来实施国际私法,通过这种公约,一国公民的权利在另一个国家也能得到保护;这些公约给予了缔约国国家的公民享受其居住国家的法律的权利;希腊人在许多方面发展了国际公法和一些国际私法。<sup>[27]</sup> 实际上,有一些国际公约中包含了国际私法冲突规范的萌芽。比如,以弗所(Ephesus)和萨迪斯(Sardes)签订的条约中就规定,对于侵权诉讼由行为人所属城邦法院管辖,并依该地法律判决。<sup>[28]</sup> 美国学者西蒙尼德斯(Symeonides)也指出希腊有类似条约:公元前100年,古希腊城邦间签订的条约中曾约定,因侵权行为所引起的索赔应当由侵权行为人住所地法院管辖并适用该法院地的法律。<sup>[29]</sup>

美国学者荣格在其著作《法律选择与州际司法》中提到,希腊托勒密王朝时期的埃及提供了一些被认为是最早冲突规范的文件:从鳄鱼墓穴中木乃伊体内发现的一份莎草纸记载了一系列公元前120至118年颁布的法令,其中一条是解决希腊和埃及法院管辖权冲突的问题。<sup>[30]</sup> 莱瓦尔德(Lewald)认为,这条法令规定,如果用埃及语言与希腊人签订合同,则埃及人可以在埃及法院起诉希腊人,这条法令中包含了明确的冲突规范。明确确定的语言是选择管辖权有关的连接因素,其被认为是当事人自主原则;通过选择习惯语,双方当事人可以选择法院,因此也间接地选择了所适用的法律。<sup>[31]</sup>

法国学者亨利·巴蒂福尔也曾指出,古代希腊各城邦国家为了缓和相互之间的紧张关系,便利商贸往来,协调本邦人与外邦人之间的民商事冲突,逐渐开始形成一些承认外邦人法律地位的制度,比如保护或款待制度和条约制度。按照巴蒂福尔的解释,所谓保护或款待制度,是指自荷马时代就已经形成并一直得以延续的一种制度,这种制度通常规定外邦人受到本城邦市民(外国人利益的保护者)的保护和监督;而所谓条约制度,则指古希腊社会的城邦之间经常相互约定给予位于本邦范围内的外邦侨民全部或部分私法权利的“权利互惠条约”。<sup>[32]</sup> 保护制度和条约制度是外国人在内国从事民事活动的前提和基

[26] P. Vinogradoff, *Outlines of Historical Jurisprudence*, Transnational Publishers, p. 157 (1922).

[27] 参见[美]约翰·梅西·赞恩著:《西方法律的历史》,孙远申译,陕西师范大学出版社2009年版,第81页。

[28] Kegel/Schurig, *Internationales Privatrecht*, C. H. Beck 2000, S. 145.

[29] Symeon C. Symeonides, Windy Collins Perdue & Arther T. von Mehren, *Conflict of Laws: American, Comparative and International*, West Group, p. 6 (1998).

[30] Friedrich K. Juenger, *Choice of Law and Multistate Justice*, Transnational Publishers, p. 8 (2005).

[31] Friedrich K. Juenger, *Choice of Law and Multistate Justice*, Transnational Publishers, p. 8 (2005).

[32] 参见[美]亨利·巴蒂福尔、保罗·拉加德著:《国际私法总论》,陈洪武等译,中国对外翻译出版公司1989年版,第77页。

础。在古希腊法律制度资料如此残缺的状况下,我们只能作大胆的推测和猜想。从希腊的城邦制度、对外国人的态度和海外贸易状况看,古希腊已经存在法律冲突问题,同时可能存在城邦间争议解决的简单冲突规范和统一冲突规范。我们可以推断,在古希腊时期国际私法已经萌芽。

## (二) 极端属人法时代国际私法规则

### 1. “法律声明”制度

在极端属人法时代,确定当事人属人法是一件非常重要的事情,“法律声明”制度随之诞生。“法律声明”要求每个人都有义务根据具体情况,在官方需要的时候作出此种声明。一方面,官方会进行调查,有关官员召集民众询问每个人的属人法。8世纪末期,曾有敕令指示王国监察员和审判员们向诉讼当事人询问“他们本民族的法律”。一般情况,一个人的“法律声明”是因为他想要作出某些法律行为,有时当事人似乎可以指定不是他们真正的原籍地法,而是他们愿意服从的法律。<sup>[33]</sup>但是,“法律声明”的选择并不是完全的自由,要受到严格的限制,声明的法律必须是声明者本民族的法律。但允许有例外,在国籍不明或者不知父母是谁的私生子、被释放的奴隶、已婚妇女和从事神职工作的所有人,可以选择法律。<sup>[34]</sup>而且这种意思自治并不限于人身关系案件,合同案件同样适用。这是第一次离开属人的原籍地法原则而由契约当事人选择法律的第一个例子,是合同领域意思自治原则最早的雏形。在法律冲突解决方法上的个人“法律声明”被法院认可,实际上表明法律确认了当事人意思自治原则。<sup>[35]</sup>人法原则适用也存在例外,一是个人的法律无法确认时,如外国人和非基督徒(在中世纪,外国人的法律得不到承认);二是个人的法律与公共利益相冲突时,个人的法律要服从于公共利益。<sup>[36]</sup>“法律声明”制度本质上是案件适用法律的确认和选择。

### 2. 法律冲突解决原则

多元化法律体系同时盛行及人际法律冲突存在,催生了法律冲突解决规则。种族法时代已经存在国内人际法律冲突简单的规则。除了“法律声明”制度和法律冲突解决的总原则,即每个种族只适用自己的法律和习惯外,若不同种族涉及同一民事案件时——如在同一项交易中达成合作的几方属于不同种族,或者不同种族之间婚姻——还可以通过以下原则解决法律冲突:第一个原则是尽量使所有相竞争的法律都具有效力。这是指涉及人的权利能力和行为能力的情况,案件各当事人依据自己血统适用自己的属人法决定自己的权利能力和行为能力,但这一原则有时不具有可操作性。第二个原则是当只能适用几个法律中的一个时,优先适用利益占支配地位一方的法律。第二原则又有两个附属原则:一是在监护和继承领域,采用占支配地位的某一特定法律;二是在婚姻领域,在不同阶段轮流适用不同人的法律。<sup>[37]</sup>事实上,极端属人法时代确实存在一些冲突法规则,如

[33] 参见[英]梅兰特著:《欧洲法律史概览》,屈文生等译,上海人民出版社2008年版,第52页。

[34] 参见[英]梅兰特著:《欧洲法律史概览》,屈文生等译,上海人民出版社2008年版,第52、53页。

[35] Friedrich K. Juenger, *Choice of Law and Multistate Justice*, Transnational Publishers, p. 10 (2005).

[36] 参见[英]梅兰特著:《欧洲法律史概览》,屈文生等译,上海人民出版社2008年版,第55页。

[37] 参见[英]梅兰特著:《欧洲法律史概览》,屈文生等译,上海人民出版社2008年版,第54页。

财产转让形式要件遵从卖方属人法、侵权行为适用侵权行为人属人法、婚姻形式要件适用丈夫属人法、涉外诉讼程序适用被告属人法等。<sup>[38]</sup>

### (三) 中国唐朝国际私法规则

汉朝时期,由于中国与周边国家法律制度不同,跨国民商事交往会引发法律冲突。但是,至今为止仍未发现汉朝法律体系之中存在冲突规范和冲突规则。“刘细君案”的解决依然是通过皇帝诏书——行政命令的方式,并非法律选择方式。唐朝时期,中国跨国民商事交往极为频繁,唐朝政府注意到跨国民商事交往引发的法律冲突,并制定了一条明确的法律适用原则。唐朝《永徽律·名例章》中规定:“诸化外人,同类自相犯者,依本俗法;异类相犯者,以法律论。”它是我国至今可查的最早的法律适用原则,与极端属人法时代的法律适用原则较为相似,是一条概括性极强、适用范围非常广泛的以人为基础的法律适用原则。

## 四 国际私法正式起源——查士丁尼《国法大全》

国际民商事关系蓬勃发展,法律冲突不断出现,简单的法律冲突规则和朴素的国际私法理论逐步积累,为国际私法起源奠定了实践和理论基础,国际私法正式起源仅仅需要历史给予一个契机。公元527年,查士丁尼继位成为东罗马帝国皇帝。查士丁尼一直怀有重振罗马帝国的雄心。为了恢复罗马帝国昔日的荣耀,他一方面不断进行军事征服,收复失去的帝国领土;另一方面则要复兴罗马帝国最伟大的智力成就——罗马法,使之永载史册。公元528年,查士丁尼任命了一个十人委员会,负责起草法典和编纂法律。公元553年,查士丁尼颁布《国事诏书》,又称《国法大全》,包括三个部分,即《学说汇纂》(Digest,以下简称《汇纂》)、《查士丁尼法典》(Justinian Code,以下简称《法典》)和《新律》(Novels),其中《汇纂》共50部并划分章节,主要记载古典法学著作精华并为当时现行法提供说明。《法典》和《汇纂》中已经存在基本的冲突规范体系和法律选择理论阐述,涉及契约、侵权、遗嘱、物权、刑罚法则以及教会法等领域。

### (一) 契约有关冲突规范和理论

在契约领域,《法典》第1章注释阐述在探讨契约法律适用时指出:“如果一个博洛尼亚人在莫地纳签订契约,他应当受莫地那法则的约束。”对于这个问题,我们应关注两点:第一,法则是否能在立法者领域之内约束非属该领域之事物;第二,法则的效力是否可延伸到立法者领域之外。<sup>[39]</sup>《法典》第6章和《汇纂》第21部规定了契约形式的法律适用,即由契约缔结地法支配。<sup>[40]</sup>《汇纂》第22部规定了诉讼形式的法律适用,即适用法院地法。如果涉及诉讼理由和原因,则还要分两种情况。《汇纂》第21部规定契约本身事项

[38] P. M. North & J. J. Fawcett, *Cheshire and North's Private International Law*, Butterworths, London, p. 16 (1992).

[39] Henry Beale, *Bartolus and the Conflict of Laws*, pp. 12-13 (1914) (Code I. 4, gloss).

[40] *Ibid.*, p. 18 (Code 6. 32. 2. & Dig. xxi. 2. 6).

适用契约成立地法,而非履行地法。<sup>[41]</sup>《汇纂》第12部和第22部规定因过失和迟延履行而引发的争议,并区分了三种情形,即契约履行地已经确定于某一特定地点,或者有几个可以选择的履行地点以致需要选择契约履行地,或者由于约定不能而无契约履行地。对于契约的履行地固定的,适用契约履行地法;对于后两种情况,则由契约支付地法管辖,因为过失和迟延在契约支付地发生。<sup>[42]</sup>《汇纂》第1部、第21部和第46部规定,有关契约双方共同利益的事项应由契约缔结地法支配;但契约履行过程中出现的未预见事项则应由法院地法支配<sup>[43]</sup>。

## (二) 侵权有关冲突规范和理论

在侵权领域,《法典》记载:如果某外邦人在本邦城的行为依城邦法则属于不法行为,他应该受到城邦法则的惩罚吗?<sup>[44]</sup>《法典》第3章,《汇纂》第1部、第39部和第47部记载了如下规则:若该外邦人的行为根据共同法为不法行为,则根据城邦法或习惯处罚之。若外邦人的行为根据共同法并无不当,则区分三种情况:若该外邦人在城邦居住时间很长以至于他应该知道城邦法则,则适用城邦法处罚之;若该外邦人在该城邦居住短暂,但特定行为为各城邦所普遍禁止(如未经政府批准而将谷物带出领土),在此情况下其不得以不知作为辩护理由;若该外邦人在该城邦居住短暂,且特定行为并非各城邦所普遍禁止,则除非他确实知道该城邦法则,否则不受城邦法约束。此种情况的处理原则是,不知者不应受惩罚,除非此种不知性质非常严重或者系怠于行使权利。<sup>[45]</sup>在侵权领域,古罗马法从公正角度寻求法律冲突解决办法。

## (三) 继承有关冲突规范和理论

在遗嘱领域,《法典》第6章和《汇纂》第49部记载,对于外邦人在威尼斯订立遗嘱,该遗嘱是否有效的问题,必须考察如果威尼斯的法律或习惯有效,那么它是否可以适用于在威尼斯的外邦人。习惯是否可适用于城邦内的外邦人?城邦法则规定本城邦人在五个见证人面前订立遗嘱,遗嘱才具有法律效力,而该法则不能约束一个偶然出现在其城邦的人;除此之外,本城邦法最适合本城邦,其不应延伸至外来人。<sup>[46]</sup>《汇纂》第26部规定,若财产所在地不存遗嘱形式有关的习惯,则遗嘱形式有关法则具有域外效力。<sup>[47]</sup>《汇纂》第22部和第29部规定,行为形式适用行为地法,适用法则因行为地不同而不同;但对于人的能力差别和不同,法则不能处分,除非此人属于该法则管辖。<sup>[48]</sup>《法典》第8章规定本

[41] J. Clarence Smith, Bartolo on the Conflict of Laws, 14 *The American Journal of Legal History* 165 (1970) (Dig. xxi. 2. 6. ( § 16)).

[42] Henry Beale, *Bartolus and the Conflict of Laws*, pp. 12-13 (1914) (Dig. xii. 1. 22; xiii. 3. 4; and especially xxii. 1. 1 in prin).

[43] *Ibid.*, p. 21 (Dig. xxi. 2. 6. Dig. xlvi. 3. 98; Dig. I. i7. 34).

[44] *Ibid.*, pp. 23-24 (Code 8. 53 (52). 1).

[45] J. Clarence Smith, Bartolo on the Conflict of Laws, 14 *The American Journal of Legal History* 165 (1970) (Code 3. 15; Dig. xlvi. 11. 9; Code 3. 24. 1; Dig. xxxix. 4. 16. 5; Dig. I. 9. 6).

[46] Henry Beale, *Bartolus and the Conflict of Laws*, p. 25 (1914) (Code 6. 23. 9; Dig. xlix. 14. 32).

[47] *Ibid.*, p. 27 (Dig. xxvi. 5. 1 in fin.; xxvi. 1. 10 and note).

[48] *Ibid.* p. 27 (Dig. xxii. 5. 3; xxix. 3. 2. § 7).

城邦关于形式的法则可以约束外邦人。<sup>[49]</sup>

关于法则地域效力问题,《法典》第6章规定负担性禁止性法则效力不可延伸至立法者领域之外。<sup>[50]</sup>第8章规定许可性法则要注意两个问题,一是许可性行为能否在法律生效领域之外作出;二是许可性法则依据法律许可的方式和地点实施是否具有域外效力。<sup>[51]</sup>《汇纂》第1部第7章和第17章、第26部第5章和第7章记载,善意遗嘱效力延伸至任何地方的有关财产,甚至是国家之外。法律赋予遗嘱法律效力,如果遗嘱自始有效,可以推定其效力从其本身延伸至所有财产;虽然法律不直接处分财产,但推定可以处分这些财产。除此之外,土地或标的物位于何处,就可以在何处提起正当诉讼,并获得相应裁决。法官作出的裁决在其他法官面前同样具有法律效力。<sup>[52]</sup>

《法典》第1章、第6章和第7章记载法官见证遗嘱,遗嘱形式要求较少,遗嘱具有法律效力,并且依据此遗嘱发生的继承在任何地方具有效力。<sup>[53]</sup>《法典》第8章、第10章和《汇纂》第1部、第21部、第26部、第42部阐述了英国长子继承制有关的冲突法规则。如果一个在英国和意大利都有财产的人死亡,依据何国法律处理?拉韦纳省学者詹姆斯(James)和库内奥省学者威廉(William)认为,对于英格兰境内的财产,判决应根据英格兰地方习惯作出;意大利境内财产的则应根据共同法分配,即在兄弟间分配。有关人的法则不影响外国人;被继承人为英国人,长子继承在英国的财产,并按照共同法继承其他财产。<sup>[54]</sup>

#### (四) 物权有关冲突规则

在物权领域,《法典》第8章规定有关物本身产生的权利的问题,应遵循物之所在地的习惯或法则。<sup>[55]</sup>《法典》已存在物之所在地法系属公式。

#### (五) 刑罚法则有关冲突规则

有关刑罚法则域外效力问题,《汇纂》第1部、第2部和第49部记载,对于域外犯罪的罪人或者受害人是外邦人,即使刑罚法则明确禁止该行为,也不能管辖位于外邦的人,因为刑罚性法则是城邦特有的权力。城市联盟属于例外,例如佩鲁贾(Perugia)法律规定在阿西西(Assisi)的犯罪可以在本地惩罚。如果城邦居民在城邦外犯罪,且城邦法则认为其系犯罪行为,则城邦法则是有效的,该居民的血统赋予所属城邦管辖并惩罚他在任何地方的犯罪行为的权力。因此,此种犯罪司法管辖权属于城邦,城邦可以通过相关立法。<sup>[56]</sup>《汇纂》第4部、第22部、第24部和第29部记载,城邦法则明确规定适用于位于外城邦的本邦居民,于是可以根据该法则起诉和惩罚在外邦的本邦人;或者法则宣告只在

[49] *Ibid.* p. 27 (Code 8. 49. 1).

[50] *Ibid.* , p. 32 (Code 6. 28. 4).

[51] *Ibid.* p. 27 (Code 8. 49. 1).

[52] *Ibid.* , p. 36 (Dig. xxvi. 5. 27; xxvi. 7. 47; Dig. I. 17. 17; Dig. I. 7. 22; Dig. xxvi. 4. 3. Â § i; Inst. I. 17).

[53] *Ibid.* , p. 37 (Code 2. I. 2; 7. 62. 15 and 19; 6. 23. 31; Code 6. 23. 19).

[54] *Ibid.* , pp. 44 - 45 (Dig. xxvi. 5. 27; Code 10. i. 4; Dig. I. i. 24; Dig. xlii. 4. 3. Dig. xxi. 2. 6; I. 17. 34; Dig. I. 4. 6; Code 8. 10. 3).

[55] Nikitas E. Hatzimihail, Bartolus and the Conflict of Laws, *Revue Hellenique de Droit International*, Vol. 60, p. 21 (2007) (Code 8. 10. 3).

[56] J. Clarence Smith, Bartolo on the Conflict of Laws, 14 *The American Journal of Legal History* 261 (1970) (Dig. ii. I. 20; Dig. i. 1. 9; Dig. xlix. 14. 7 in fin).

本城邦内适用,于是法则没有域外效力。如果是诉讼程序问题,则依据诉讼发生地法,因为有关诉讼程序的刑罚法则适用于城邦的每一个诉讼,虽然诉因可能在城邦外发生。处理诉讼实体问题的惩罚性法则不具有域外效力,但是必须关注诉讼发生地。<sup>[57]</sup>

#### (六) 结论

古希腊时期的冲突规则少而零碎,且很难考证。欧洲极端属人法时代和中国唐朝的法律适用原则基本适用于所有领域,但缺乏配套的各个民事关系领域的冲突规范,仅仅依据一个或两个法律适用原则,根本无法判断一个部门法的产生。判断国际私法起源需要依据三个主要因素标准(跨国民商事关系、法律冲突现象和冲突规范体系)和一个附带标准(冲突法理论)。在古希腊、中国汉唐和欧洲极端属人法时代,存在跨国民商事关系和法律冲突现象,却没有冲突规范体系和冲突法理论阐述,因此,在古希腊、中国汉唐和欧洲极端属人法时代,国际私法并未真正出现。

东罗马帝国时期,跨国民商事交往和法律冲突现象依然大量存在。从查士丁尼《国法大全》内容看,《法典》和《汇纂》已经存在明确的冲突法规范:契约形式由契约缔结地法支配;诉讼形式法律适用法院地法;契约本身事项适用契约缔结地法;过失和迟延履行争议适用契约支付地法;契约双方共同利益的事项由契约缔结地法支配;缔约履行未预见事项由法院地法支配;行为形式适用行为地法;物权关系应遵循物之所在地的习惯或法则等。同时,《汇纂》也包括有古罗马学者对法律适用的讨论以及对某些涉外民事关系法律适用的观点。可以说,查士丁尼《国法大全》已经包含对应不同法律关系类型的基本的冲突规则体系。鉴此,我们可以得出下述结论:国际私法萌芽于古希腊,发展于极端属人法时代,形成于古罗马时期查士丁尼《国法大全》。换言之,国际私法规则和理论起源于查士丁尼《国法大全》。

## 五 国际私法起源于查士丁尼《国法大全》之佐证

### (一) 学者观点佐证

14 世纪,意大利后期注释法学派法学家巴托鲁斯在评注查士丁尼《国法大全》的基础上,完成第一个系统国际私法理论——《法律冲突论》。巴托鲁斯分析和研究的冲突规范和冲突法理论有很多直接来源于查士丁尼《国法大全》,阐述国际私法规则和理论时也多次援引《法典》和《汇纂》中的冲突规范和冲突法理论。加拿大学者史密斯指出,巴托鲁斯完成了对国际私法形成一个半世纪以来前辈理论的简明综合,将其谈及和涉及的问题扩大了两倍,并加入了自己的思考。这个综合理论见于他对《汇纂》的评注之中,除了对法典规范做了一些顺序调整并添加了一些附录之外,他的评注几乎是逐字重复的第一部法典。克斯古茨维勒(Max Gutzwiller)也指出巴托鲁斯是“法律冲突论”的集大成者,而不是创立者。<sup>[58]</sup>

[57] Henry Beale, *Bartolus and the Conflict of Laws*, pp. 59–60 (1914) (Dig. iv. 43. 2; Dig. xxiv. 3. 64. Â § 9; Dig. xxii. 5. 3; xxix).

[58] Max Gutzwiller, *Geschichte des Internationalprivatrechts, Von den Anfängen bis zu den grossen Kodifikationen*, *Revue internationale de droit comparé Année 1979*, Volume 31, Numéro 4, S. 29.

他解决法律冲突的主要方法就是其对《国法大全》的评论。<sup>[59]</sup> 1914年哈佛大学教授约瑟夫·亨利·比尔翻译巴托鲁斯的《法律冲突论》，也提到巴托鲁斯是对《法典》进行评注，<sup>[60]</sup>这也从另一角度佐证了国际私法起源于查士丁尼《国法大全》。16世纪，法国学者杜摩林同样对查士丁尼《国法大全》进行研究和评注，系统阐述了契约领域法律冲突解决方法——意思自治原则。17世纪荷兰学者胡伯和19世纪德国学者萨维尼的国际私法理论研究也都与古罗马法有着千丝万缕的联系。这并非偶然现象，而是因为查士丁尼《国法大全》与国际私法的起源密切相关。

## （二）研究方法佐证

中世纪意大利注释法学派的主要工作就是研究查士丁尼《国法大全》，这也是其学派名称的由来。从研究方法角度看，前期注释法学派坚信查士丁尼《国法大全》具有几近神圣的起源，<sup>[61]</sup>把《国法大全》连同《圣经》及教会法一起视为神圣的典籍，<sup>[62]</sup>认为查士丁尼法律对中世纪法律意识而言具有启示性的权力，是一种始终有效的法秩序的神圣原典。<sup>[63]</sup>前期注释法学派认为对这些法律文本所进行的任何超出纯粹解释的做法都是“不可接受的狂妄”。<sup>[64]</sup>前期注释法学派研究查士丁尼《国法大全》的方法完全是经院式的，积极努力的去探寻《国法大全》原意。

后期注释法学派又称评论法学派，其改变了传统文献解释方式，建构起一种新的法律体系内的法律分析结构。评论法学派为了回应时代生活尤其是各地“特别法”实践的需求，不能再像注释法学派那样完全依赖查士丁尼文本，而是要寻找法律文本的“精神”或“实质”，在逻辑性解释的框架内和一套精心制作的逻辑辩证工具的帮助下“强解”法律文本，运用概念建构和推释的外表形式，将一种全新的、现代的、适应另一个时代需要的内容注入《国法大全》的概念之中。<sup>[65]</sup>后期注释法学派关注社会生活实际情况，不仅对《国法大全》进行注释，还提出法律原则和根据，建立法律分析结构，将罗马法原则与社会经济生活、政治生活以及家庭生活结合起来。

巴托鲁斯是后期注释法学派著名代表。从其所属学派及其采用的法学研究方法看，其在评注和研究查士丁尼《国法大全》基础上研究国际私法规则和理论，采用的法学研究方法基本上依然是经院的。其研究成果结合时代因素而对《国法大全》有所超越，但是这种超越非常有限，基本上是扩展解释《国法大全》。这决定了其诸多冲突规范和冲突法理论直接来自《国法大全》，也从另一角度证明了国际私法起源于《国法大全》。

从法律本身状况看，古希腊在文化和社会生活当中已经存在法律冲突问题，不但城邦

[59] Nikitas E. Hatzimihail, Bartolus and the Conflict of Laws, *Revue Hellenique de Droit International*, Vol. 60, p. 15 (2007).

[60] Henry Beale, *Bartolus and the Conflict of Laws*, Introduction (1914).

[61] 参见舒国滢：《波轮亚注释法学派：方法与风格》，《法律科学》2013年第3期，第34页。

[62] 参见[美]伯尔曼著：《法律与革命——西方法律传统的形成》，贺卫方等译，中国大百科全书出版社1993年版，第146、169页。

[63] 参见[德]弗朗茨·维亚克尔著：《近代私法史——以德意志的发展为观察重点》（上），陈爱娥、黄建辉译，上海三联书店2006年版，第35、36页。

[64] 参见舒国滢：《波轮亚注释法学派：方法与风格》，《法律科学》2013年第3期，第36页。

[65] 参见[葡]叶士朋著：《欧洲法学史导论》，吕平义、苏健译，中国政法大学出版社1998年版，第108-110页。

之间特有的法律体系之间冲突问题经常出现,而且已经出现简单的冲突规则。古罗马时期,法律冲突依然存在,为解决法律冲突问题,外事裁判官创立万民法。万民法正视法律冲突问题,但解决争议的方法是创立相应的实体规则,而忽视了法律选择问题。极端属人法时代,法律极端分裂且人际法律冲突严重,意思自治最初模型和法律平等观念形成,并建立简单法律选择原则,为国际私法形成提供了基础和可能。法律神圣典籍查士丁尼《国法大全》不仅含有明确的冲突规范,还包括冲突法理论阐述,同时也是国际私法第一个理论学说建立的基础,构成国际私法的正式起源。

---

---

[ **Abstract** ] In ancient Greece, civil and commercial intercourses with foreign elements had flourished, conflicts of law already existed in social life, and simple conflict rules emerged. In ancient Rome, economic intercourse with foreign elements had become even more frequent, the phenomenon of legal conflicts still existed in a large amount, and praetors peregrinus and Jus Gentium had come into being. In the early Middle Ages, party autonomy and the conception of equality before the law had emerged, conflicts of personal laws become very intense, and simple legal principle of conflicts of law formed. In the sixth century AD, Justinian “Corpus Juris Civilis” contained more systematic theory and rules of conflict of laws, and the system of basic rules and theories of conflict of law had taken shape. Ultimately private international law had originated from “Corpus Juris Civilis”.

---

---

(责任编辑:廖 凡)

## 本刊声明

经举报并核实,本刊于 2010 年第 1 期刊发的《19 世纪德国人格权理论之辩》(作者:张红)与德国学者 Klaus Martin 在先所著 Das allgemeine Persönlichkeitsrecht in seiner historischen Entwicklung(Verlag Dr. Kovač, Hamburg 2007, ISBN 978-3-8300-3172-7/3-8300-3172-6)内容高度雷同。本刊决定撤销张红署名的《19 世纪德国人格权理论之辩》一文,目前已联系相关文献数据收录机构将该文从数据库中删除,并建议读者在引用相关内容时,直接参考德国学者原书。对此给读者带来的不便,我们深表歉意!我们强烈谴责这种学术不端行为,并希望学界继续给予监督。衷心感谢广大读者一直以来的关心与支持,我们将继续努力,更好地为读者服务!

《环球法律评论》编辑部

2017 年 1 月 6 日