



国际私法抑或人际冲突法

——《唐律疏议》“化外人”条的法律性质辨析

李建忠

摘要:《唐律疏议》“化外人”条是我国唐代立法中针对“化外人”案件论定刑名的法律适用原则,“化外人”一词是唐王朝法律中对外族人的泛称。由于唐代社会并不具备国际商事法律冲突产生的现实基础,且“化外人”条也不具备冲突规范的基本结构,因此,唐代社会不可能存在现代意义的冲突法制度,“化外人”条也不是冲突规范。就其法律性质而言,它应看作是人际法律冲突解决的原则,隶属于人际冲突法的范畴。

关键词:《唐律疏议》;“化外人”条;人际冲突法

《唐律疏议·名例》卷第六的“化外人”条是我国唐代立法中针对“化外人”案件的法律适用原则,其立法条文今可见诸于《唐律疏议·名例》卷第六 48 条及其律疏。该律文及其律疏规定:“诸化外人,同类自相犯者,各依本俗法;异类相犯者,以法律论。[疏]议曰:‘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之类,皆以国家法律,论定刑名。”^①学界但凡讨论国际私法的历史,一般都会援引该律文和律疏,认为这是我国最早的冲突法立法,并藉此推断中国唐代社会就已经有了比较成熟的冲突规范。那么,该律文是否真的属于国际私法上的冲突规范?它可否归类于人际冲突法制度?对这些问题的追问不仅关涉“化外人”条律文的合理解读,更直接关系到中国唐代乃至整个古代中国是否存在国际私法或冲突法这一重大命题^②,因而有着重要的理论意义。

一、“化外人”条及其律疏解读

(一)“化外人”的合理解读

唐代及之前的中国一般将华夏族以外的民族称为“蕃夷”、“蕃胡”、“四夷”、“夷狄”、“诸蕃”等。从律疏的解释来看,“化外人”即来自“蕃夷之国”的外族人。但是,《唐律疏议》为什么不用“蕃夷”、“蕃胡”或“四夷”之类的概念而采用“化外人”一词来指称这些来自“蕃夷之国”的外族人呢?这显然涉及到划分华夏族与外族人的标准问题。关于华夏族与外族人的界定标准,学界的观点主要有二:一为国籍标准;二为文化标准。

主流的观点通常以国籍作为划定华夏族与外族人的标准,他们一般以律疏的解释为依据,笼统地将“蕃夷之国”解释为“外国”,将“化外人”解释为“外国人”。客观地看,这类

①长孙无忌等:《唐律疏议》,刘俊文点校,法律出版社1998年,第144页。

②《唐律疏议》“化外人”条及其律疏在《宋刑统》中被一字不差地沿用。元统治者废除唐宋法律,该律文自然也被废除。明朝《大明律》改变了唐宋的立法,将“化外人相犯”改为“化外人有犯”,并作出了“凡化外人犯罪者,并依律拟断”的规定。《大清律例》基本沿用明代的立法,其律文表述为:“化外人有犯,凡化外(来降)人犯罪者并依律拟断”。可见,《唐律疏议》“化外人”条也关乎整个古代中国是否存在国际私法这一重大命题。

观点显然缺乏充分的论据。他们既没有认真考察“国”、“中国”和“外国”这些概念在唐代社会的确切含义,也没有仔细地去甄别唐代民族政权的类别及其与中央政权之间的关系等,以致将当时的民族政权与外族人和今天的主权国家与外国人相混淆,其观点显然过于武断,且有失严谨。

文化标准通常注重对中国古代社会的综合考察,侧重从民族文化差异的角度来解读“化外人”一词,主张“化外人”即那些未经教化的四夷之人,就其族类而言,应指华夏族以外的蛮、夷、狄、戎等蕃胡^①。客观地看,这类观点显然更加合理,这不仅因为它更符合上文所述的唐代历史事实,更因为它客观地揭示了“化外人”概念特有的内含。

从唐代各种文献的记载来看,虽然“蕃夷”、“蕃胡”、“四夷”、“夷狄”、“诸蕃”等有关外族政权的记载充斥其中,但“化外人”一词却一般只出现在律、令、格、式等法律文献中。可见,“化外人”一词在唐代是用来指称外族人的法律用语。那么,唐律为什么要采用“化外人”一词来指称外族人呢?其原因大概有二:一是唐王朝错综复杂的对外民族交往关系使得立法者在立法措辞上不得不采用“化外人”这一笼统概括的概念来指称外族人;二是“化外人”一词的表述或多或少受到了唐以前历代“夷夏”观念的影响。

唐王朝因其开明的民族政策开创了“四夷降服、海内义安”的民族大融合景观,终唐一代,生活在唐中央政权直辖地区的蕃胡不计其数,他们或经商游历,或出任使节,或留学做官,或传教求法,或寻求庇护,或充当人质^②。无论是短期逗留,还是长期定居,他们或多或少都给唐王朝的社会秩序造成了一些负面影响。对此,唐王朝出于对自身社会秩序与安全的考虑,不得不制定相应的法规来规制和管理他们在唐王朝辖境内的各种活动^③。但是,面对如此庞杂的民族政权结构和对外民族交往关系,唐王朝的立法者显然无法也没有必要严格区分这些民族政权的性质种类并将这种区分体现在立法当中。有鉴于此,他们概括地将来自各羁縻州、蕃国和非藩臣朝贡国的诸胡划入“化外人”的范畴予以规范,这样的立法措辞既简化了立法,也方便了司法,体现了一种高超的立法技术^④。

与此同时,采用“化外人”一词来指称诸胡,也反映了唐以前历代“夷夏”观念对唐王朝立法者的影响。众所周知,中国自古就是一个多民族国家,早在先秦时期就出现了华夏族与戎、狄、蛮、夷(“四夷”)同居四海的“五方格局”(《礼记·王制》),并形成了区分“华夏”与“蛮夷”的“夷夏之辨”(也称“华夷之辨”)理论。按照唐以前历代的“夷夏”观,华夏居于中原,为文明中心,中原以外的地区为“四夷”,属化外地区,“夷夏之辨”的本质就是文明与野蛮之辨,它所体现的是古代中国以民族文化而不以地域国家为标准来区分中原王朝与周边民族政权的文化民族主义思想。唐王朝的统治者虽然在对外民族政策上推行了“四夷一家”民族平等理念,但在对待诸胡文明程度的心态上显然不可能超越之前的“夷夏”观念。根据《唐会要》、《旧唐书》和《资治通鉴》等文献的记载,唐朝的法律禁止“化外人”在京师衣华服,同时还有禁止其娶汉妇为妻妾或将其汉族妻妾带回本蕃的规定。这样的立法显然体现了“华夷有别”的“夷夏”观,也反映了唐王朝立法者在文明程度上对诸胡的轻慢心态^⑤。可见,“化外人”一词在唐律中的采用并非偶然,他或多或少体现了唐王朝立法者对先秦以来“夷夏”观念的采纳。

总之,“化外人”条中的“化外”一词并不是从地域和国家的角度来区分中央政权与民族政权,而是从文化差异的角度将众多的民族政权泛称为“化外”,进而将来自这些地区的蕃胡泛称为“化外人”。这样的立法措辞虽然过于笼统概括,但对于唐王朝错综复杂的对外民族交往关系而言,这种概括的立法模式不仅简化了繁重的立法和司法任务,而且也体现了先秦以来的文化民族主义思想在唐律中的延续。

(二)“化外人”条及其律疏的合理解读

从以上的论述中可知,“化外人”条及其律疏中的“蕃夷之国”并非今天国家意义上的国家,而是当时唐中央政权以外的民族政权,就其所包含的范围而言,应包括当时与唐王朝建立朝贡关系的所有民族政

① 苏 钦:《唐明律“化外人”条辨析——兼论中国古代各民族法律文化的冲突和融合》,载《法学研究》1996 第 5 期。

② 方亚光:《唐代对外开放初探》,黄山书社 1998 年,第 19~32 页。

③ 参见谢海平:《唐代留华外国人生活考述》,台北商务印书馆 1978 年,第 299~305 页。

④ 苏 钦:《唐明律“化外人”条辨析——兼论中国古代各民族法律文化的冲突和融合》,载《法学研究》1996 第 5 期。

⑤ 转引自谢海平:《唐代留华外国人生活考述》,台湾商务印书馆 1978 年,第 299~305 页。

权,其中也包括各羁縻府州;“化外人”一词也并非从国籍的意义上来说的外国人,而是基于文化差异对所有来到唐王朝境内的外族人的泛称。基于这样的解读,本文认为“化外人”条及其律疏应做如下解读:

1. 律文:外族人案件,同一族类的人相互侵犯,适用他们本族的风俗习惯与法律论定刑名;不同族类的人相互侵犯,一律依唐律论定刑名。

2. 律疏:外族人案件,所谓“蕃夷之国”,指那些有自己的君长(酋长)的政权。由于它们的法律制度也各有不同,因此,同一族类的人相互侵犯,需要查明他们本族的法制,并适用他们本族的风俗习惯与法律断案;不同族类的人相互侵犯,如高丽人与百济人相互侵犯,一律依唐律论定刑名。

从上述关于“化外人”条及其律疏含义的解读来看,《唐律疏议·名例》卷第六的“化外人”条实际上就是唐律针对外族人刑事案件论定刑名和适用法律的原则,这一点从律疏“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”的表述中即可看出。事实上,从《唐律疏议·名例》的立法内容来看,它所规定的主要是五刑的罪名及其体例,其具体内容涉及刑罚的名称、等级和刑罚适用的原则^①。而从整个《唐律疏议》的内容来看,涉及民商事争议的内容很少,即使是在婚姻、财产等问题上,也大都是与刑事相关。因此,其作为唐代刑事法典的性质毋庸置疑,而作为刑事法典中法律适用原则的“化外人”条,其刑事法律性质显然也无可争辩。当然,由于唐王朝的立法和许多古代社会的立法一样诸法合一,民刑不分,因此,也可以推定“化外人”条适用于今天看来属于民事争议的案件,如侵权纠纷。但即使做出这样的推定,也不能否认这一律文及其律疏主要是一条刑事法律适用原则。

二、“化外人”条的人际冲突法性质

关于《唐律疏议·名例》卷第六48条的法律性质,学界流行的观点是把它看作一条冲突规范或国际私法规范,甚至认为它是中国最早的冲突法立法。笔者认为这样的观点过于牵强,而且也有悖于古代社会法律冲突形成和发展的内在逻辑。

(一)“化外人”条与现代国际私法的对比分析

关于“化外人”条是否属于冲突规范,有两个方面的问题尚需澄清:一是唐代社会是否存在冲突法形成的现实基础;二是“化外人”条是否符合冲突规范的结构特征。

首先,按照现代国际私法理论,冲突法的目的主要在于解决国际民商事法律冲突,从这一意义上看,冲突法实际上是应解决国际民商事法律冲突的需要而产生的一个法律部门。因此,国际民商事法律冲突的产生就成为导致冲突法这一法律部门和法学学科形成的前提性条件。那么,唐代社会是否存在国际民商事法律冲突呢?

现代国际私法理论一般主张国际民商事法律冲突的产生必需基于四个方面必不可少的基本条件,即:(1)不同法域民商事法律制度的形成且相互差异;(2)国际社会的形成和跨法域平等主体之间的正常社会交往与经贸往来;(3)各法域相互承认外法域人在本法域的民商事法律地位;(4)在一定的限度之内,各法域相互承认外法域民商事法律在本法域的域外效力^②。从唐代社会的历史现实来看,虽然在一定程度上也存在与这些要件类似的情形,如跨民族的民商事往来,对外族人在唐王朝的法律地位的有限承认,对外族人法律在唐王朝效力的有限承认等,但不能忽略的是唐代社会的这些类似情形与国际民商事法律冲突形成的现实基础之间还是存在一定的差别:第一,唐代社会并不存在完备的民商事法律制度,其结果导致唐代的立法刑民部分;第二,唐代社会也不存在平等国际法主体组成的国际社会,外族政权与唐王朝的关系实际上是一种不平等的朝贡关系,因此,外族人在唐王朝的法律地位并非现代国际法上的国民待遇,而是唐王朝单方面赋予的有限法律地位;第三,唐王朝对外族人法律在唐王朝效力的有限承认并非出于对国家主权的尊重而赋予其域外效力,而是为解决其境内的不同民族之间的法律冲突而采取的立法举措。由此可见,唐代社会的这些类似情形显然与现代冲突法上国际民商事法律冲突产

^①张晋藩:《中国法制通史》第4卷,法律出版社1999年,第160页。

^②韩德培:《国际私法》,高等教育出版社2007年,第88~89页。

生的要件不能等同。事实上,唐朝并不存在现代意义的国际民商事法律冲突,因而也不可能存在冲突法制度和冲突法规范。

其次,从现代国际私法有关冲突规范的定义和结构特征来看,“化外人”条也不属于冲突法的范畴。根据通说的界定,冲突规范是在国内法或国际条约中规定某一国际民商事关系应适用何种法律的规范,其结构包括范围和系属两个部分,范围通常规定该冲突规范所要调整的民商事关系或所要解决的问题,而系属则规定相关民商事争议应适用的法律^①。可见,冲突规范一般应针对某一特定的跨法域民商事关系而设,如合同、侵权、婚姻、继承、遗嘱等。从“化外人”条的立法条文来看,“各依本俗法”和“以法律论”确实符合系属的特征,规定了应适用的法律,但“同类自相犯”和“异类相犯”的表述却没有规定该条所要针对的特定民商事关系,而是将所有的法律争议都囊括其中。而且正如上文所分析的,“化外人”相犯条是唐律针对外族人刑事案件论定刑名和适用法律的原则。因此,该条所适用的争议范围主要是外族人的所有刑事法律关系,其系属所指向的应适用的法律也主要指外族和唐王朝的刑事法律。当然,由于唐代的立法和许多古代社会的立法一样刑民部分,因此,也可以推定该条也适用于当时的民商事案件。但即使是做出这样的推定,该律文也不是针对特定的民商事法律关系,而是囊括了所有的民事法律关系。就这一点而言,它显然不符合现代冲突法中冲突规范的基本结构与特征。

(二)“化外人”条的人际冲突法性质

法律冲突是人类跨国家、跨民族、跨宗教文化交往的必然结果,一般指两个或两个以上的法律体系同时调整同一个社会关系而导致的适用法律时的冲突,它主要区分为空间上的国际法律冲突和不同种族、民族、宗教和部族之间的人际法律冲突^②。法律冲突之所以有这样的区分主要是基于法律适用时的两种基本属性,即法的属地性与属人性。法的属地性是指法律适用时以特定的地域(或称法域)为根据,即在特定的地域范围内,无论主体属于哪一个种族,他都必须受支配该地域范围的法律的管辖与约束。法的属人性则正好相反,是指法律适用时不以法律关系主体所处的地域为根据,而是以其血统或所属种族为根据,或者说一个人无论他身在何处,支配他的法律总是本民族的法律^③。当人类社会的交往跨越国家界限时,在主权平等的国际社会里,法的属地性通常会导致空间上的国际法律冲突;当人类社会的交往跨越民族和宗教文化界限时,在一个国家内部,法的属人性通常会导致不同种族、民族、宗教和部族之间的人际法律冲突。

从法律发展的历史及其客观规律来看,古代法原则上都是“属人”的,因此,一个人在跨民族交往中到底适用什么法律不取决于他位于何处,而取决于他来自哪个民族^④。其所以如此,根本原因在于古代社会并未形成主权平等的国际社会,且国家间的交往主要以战争与征服的方式进行^⑤。在战争与征服活动中,一国内的法律冲突一般不可能表现为适用本国法和外国法的国际法律冲突,而主要表现为征服者与被征服民族法律之间的人际法律冲突。历史实践表明,无论是在古希腊社会、古罗马社会还是中世纪蛮族王国,征服者在面对被征服民族的统治与管理问题时,出于缓和民族矛盾的需要,最终都采取了属人主义的态度进而允许被征服民族仍然按其原有的法律制度与风俗习惯生活。这实际上是导致古代社会法律冲突的直接根源。当生活在不同法律与习惯之下的民族同居一国且频繁地相互交往时,被征服民族与征服者相互之间的法律冲突就在所难免,如古希腊社会内希腊人与埃及人之间的法律冲突,古罗马社会内罗马人与异邦人之间以及异邦人相互之间的法律冲突,中世纪早期蛮族王国内蛮族人与罗马人之间的法律冲突等。由于这种情形下产生的法律冲突不属于国家间的法律冲突,而属于同一国家内不同种族和民族之间的法律冲突,因此,从本质上看,它们属于人际法律冲突。

唐王朝境内的法律冲突实际上与欧洲古代社会的法律冲突属于同一类别。《唐律疏议》中的“化外

① 韩德培:《国际私法》,高等教育出版社2007年,第91~92页。

② 肖永平:《法理学视野下的冲突法》,高等教育出版社2008年,第3页。

③ Simeon L. Guterman. "The Origin of the Conflict of Laws in the Early Middle Ages", *New York Law Forum*, 1961, (7).

④ 巴里尼古拉斯:《罗马法概论》,黄风译,法律出版社2004年,第59页。

⑤ 杨泽伟:《国际法史论》,高等教育出版社2011年,第10页。

人”一词实际上是唐王朝立法对其境内诸胡的泛称，因此，就“化外人”条调整的法律冲突而言，它实际上是唐王朝境内不同族类的蕃胡相互之间以及蕃胡与华夏族之间的法律冲突，这种情形与古罗马社会的法律冲突十分相似。可见，从本质上说，它并非主权国家间的国际法律冲突，而是同一国家内不同种族和民族之间的人际法律冲突。

关于“化外人”条的法律性质，就其总体特征而言，应属于人际冲突法的范畴。按照通说的界定，人际法律冲突(the conflict of personal laws)是指一国之内不同种族、民族、宗教、部落以及不同阶级的人之间的法律冲突^①，或一国之内一般法律与适用于宗教、种族团体内部的法律之间的冲突^②。因此，人际冲突法即有关人际法律冲突解决的法律规范的总和，而有关人际法律冲突解决的法律选择规范则可相应地称之为人际冲突法规范。

从历史上存在的人际冲突法来看，欧洲中世纪的日耳曼种族法堪称人际冲突法的典范。总体上来看，该法律体系有两个显著的特征：一是法律规定不区分法律争议的民刑性质，也不区分争议所属的法律关系性质，仅以种族为界限，笼统规定各民族的人无论在哪里，都只受本民族的法律支配，按本民族的法律生活；二是法律适用时的属人主义，即争议发生时法律适用仅与法律争议主体所属的种族有关，而与法律效力的地域范围无关，法律争议的解决一律适用当事人各自的属人法(即本族法)^③。

《唐律疏议》“化外人”条在根本性质上与欧洲中世纪的日耳曼种族法类似。按照“化外人”条律文的表述，其所谓“同类相犯，各依本俗法”，即相同族类的化外人相互侵犯，按照其本民族的法律与风俗习惯来论定刑名；而所谓“异类相犯，以法律论”，即不同族类的化外人相互侵犯，其中也包括化外人与汉族人相犯，则按照唐律来论定刑名。可见，无论是该条的立法表述还是其立法目，其所关注的核心问题在于规定“同类”和“异类”的“化外人”相互侵犯时适用哪一种民族的法律，至于其“相犯”事项的民刑性质及其所属法律关系等具体事项，显然不在其关注的视野之内。这样的立法表述无疑体现了人际冲突法以解决不同种族之间法律冲突为核心的根本特征。

当然，《唐律疏议·名例》卷第六的“化外人”条并未构成完整的人际冲突法体系，它只是部分地体现了人际法律冲突解决的基本原则。唐王朝与周边民族政权的关系是一种君臣关系或朝贡关系，这与法兰克王国内各民族之间的平等关系有显著的不同。唐王朝在政治、经济、军事和文化上的强势决定了其对外民族政策开明程度的有限性，这种有限性体现在法律上则表现为“化外人”案件中法律适用的属人性与属地性相结合：即同类的外族人相互侵犯适用它们共同的属人法，而异类的外族人相互侵犯或外族人与汉人相互侵犯时适用唐律。可见，《唐律疏议》“化外人”条并不像欧洲中世纪的日耳曼种族法那样任由各民族生活在各自的属人法之下。正是由于“异类相犯”并不需要考虑适用当事人各自的属人法，因此，唐律中并没出现有关人际法律冲突中属人法确定的规则体系，而只有人际法律冲突解决的一般法律适用原则。

综上，本文主张唐代社会并不具备国际民商事法律冲突产生的现实基础，因而不可能存在现代意义的冲突法制度，而《唐律疏议·名例》卷第六的“化外人”条也不具备冲突法中冲突规范的基本结构，因而不属于冲突规范的范畴。就“化外人”条的法律性质而言，它实际上应看作是一条人际法律冲突解决的原则性规定，隶属于人际冲突法的范畴。

■作者简介：李建忠，浙江理工大学法政学院副教授，法学博士；浙江 杭州 310018。

■基金项目：教育部2009年社科研究规划基金资助项目(09YJA820074)；浙江理工大学2010年科研启动基金项目(1006825-Y)

■责任编辑：车 英

①黄 进：《论区际冲突法与人际冲突法、际际冲突法的关系》，载《西北政法学院学报》1988年第4期，第83页。

②薛 波：《元照英美法词典》，法律出版社2003年，第283页。

③李建忠：《古代国际私法溯源》，法律出版社2011年，第33~69页。