

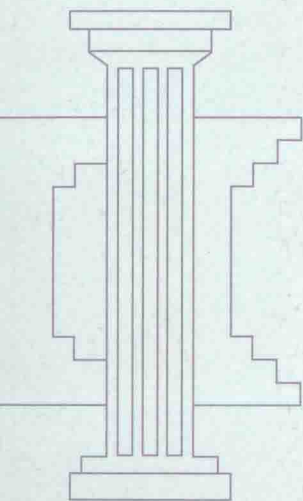
清末民国法律史料丛刊·京师法律学堂笔记

主编 何勤华

国际私法

「日」志田钾太郎 口述

熊元楷 熊仕昌 编 刘晓红 点校



上海人民出版社





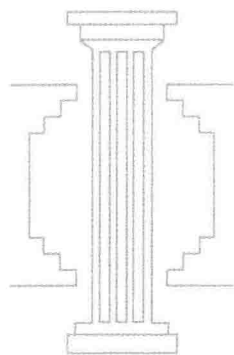
国际私法

国
法
津
史
料
丛
刊
·
京
师
法
津
学
堂
笔
记

主
编
何
勤
华

〔日〕志田钾太郎 口述

熊元楷 熊仕昌 编 刘晓红 点校



上海人民出版社



图书在版编目(CIP)数据

国际私法/(日)志田钾太郎口述;熊元楷,熊仕昌编;刘晓红点校. —上海:上海人民出版社,2013
(清末民国法律史料丛刊. 京师法律学堂笔记)
ISBN 978-7-208-11976-5

I. ①国… II. ①志… ②熊… ③熊… ④刘…
III. ①国际私法—研究 IV. ①D997

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 294347 号

责任编辑 何元龙

封面装帧 王晓阳

清末民国法律史料丛刊·京师法律学堂笔记

国际私法

[日]志田钾太郎口述

熊元楷 熊仕昌 编

刘晓红 点校

世纪出版集团

上海人民出版社出版

(200001 上海福建中路 193 号 www.ewen.cc)

世纪出版集团发行中心发行

上海商务联西印刷有限公司印刷

开本 635×965 1/16 印张 12 插页 4 字数 120,000

2013 年 12 月第 1 版 2013 年 12 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-208-11976-5/D·2410

定价 30.00 元



清末民国法律史料丛刊·京师法律學堂筆記

国际私法

京
師
法
律
學
堂
算
記

总 序

探究近代法律文明的根源与脉络,已成为我们理解并提升自身价值的借镜,为此我们一直努力着。近十年来,我们已陆续点校出版“中国近代法学译丛”、“华东政法学院珍藏民国法律名著丛书”、“大清新法令”、“新译日本法规大全”等诸多清末民国时期的著作,这些点校作品大多以当时的法学译著、专著及法典为主,而包括清末民国时期法律讲义、辞书等在内的基本法律史料则因分布较为分散、查阅难度较大,以及数量庞大等原因而迟迟未能着手整理。因着机缘际会,华东政法大学外国法与比较法研究院于2011年仲夏从私人收藏者手中购得两千余册藏书,其中以民国时期出版的法律书籍为主,这使我们有机会将此类法律基本史料较为完整地展现在读者面前。

“清末民国法律史料丛刊”包含京师法律学堂笔记、朝阳大学讲义等清末民国时期的“法律讲义”,以及“法律辞书”与“汉译六法”三大系列。

大学的法律讲义是近代法律学科发展的重要基石。在中国法律近代化的过程中,众多学者孜孜以求,为法学之发展付出大量的心血和精力。清末民初,随着留学生的派出与西方学术的引进,法律教育也为之耳目一新。这些讲义中所探讨的许多基本

学术问题,并未因时光流逝而丧失其价值。相反,这些问题对于当代法学教育工作者而言,仍然意义重大,具有不可替代的参考作用。

法律辞书的编纂汇集了民国时期法律学者的群体智慧和力量,选入本丛刊的民国二十三年三月由大东书局出版的《法律大辞典》即为汪翰章、罗文干、戴修瓚、郑天锡、张映南、张志让、陈瑾昆、翁敬堂等十余位著名法学家的倾心合力之作。该辞书收录了中外重要的法律名词、中外法学家与立法者的生平简介、各种法律制度及相关重要事件,并对通用术语附有英文、德文、法文、意文、拉丁文等5种语言,成就了西方规范化学术成功嫁接到中国传统法律资源的典范。

清王朝的迅速灭亡以及随后十余年中国政局的动荡大大延缓了中国建设近代国家法制框架的进程。至南京国民政府成立,国内政局大体得以稳定。南京国民政府在详细参酌中外立法的基础上,短短数年间,建立了中国近代法的完整体系。“汉译六法”的出版对这一体系的形成功不可没。其所述者,或可激活我们对现代外国法学研究核心问题的深思疑虑。

清末及民国时期大学法律教育的基础讲义、法律辞书以及“汉译六法”奠定了中国近代在接受西方法律传统的同时构建自身法学知识谱系及其价值内涵的文本基础。本丛刊遴选出的书卷各本受制于一己之认识,偏颇难免,然我们秉承开放心态,尽可能纳入诸种重要作品,力求达至开放性及代表性之旨意。

囿于出版年代久远及书籍保管不善,这些法律史料已不便直接翻阅,藏有这些史料的图书馆也多将其作为特藏书,给借阅者加以

诸种限制。如本丛刊的出版能为广大读者带来查阅、研习之便利，那将是对我们精心整理这些文献的最大回馈。

是为序。

何勤华

华东政法大学外国法与比较法研究院

2013 年 12 月 1 日

点校者序

虽然公元7世纪唐律中的“化外人相犯条”在当今已被我国学界视为最早的冲突规范,但在中国古代,真正的国际私法理论体系却从未产生。直到晚清时期,英美学者所著国际私法学著作开始引入,才让中国对近现代国际私法有了初步的了解和认识。但要论真正对中国国际私法的形成产生过影响的,却非日本学者莫属。作为我国历史上第一部国际私法立法,1918年颁布的《法律适用条例》便是北洋政府在日本学者主持下抄袭德、日的国际私法立法而成。而作为最早在中国内地传播国际私法的日本著名学者,志田钾太郎博士的影响不容忽视。

志田钾太郎(志田 钾太郎しだ こうたろう,1868—1951),江户牛込人,日本著名法学家,其主要著作包括《日本商法典的编纂及其改正》、《日本商法论》、《商法总论》及《保险总论》等。少年时,志田氏曾就读东京府寻常中学校、私立东京英语学校。其后,他于1894年毕业于东京帝国大学法科,获得法学学士学位,并继续于帝国大学攻读硕士。1898年志田氏成为学习院教师,同时在东京高商、东京大学、东京专门学校、明治法律学校、和仏法律学校为讲师。其间曾受派赴德国研究商法,回国后于1903年获法学博士学位,并任东京大学法科教授。1908年起,志田氏在中国受聘于清廷修订法

律馆,负责共同起草商法。1909年,《大清商律草案》脱稿,其中,票据法部分主要由志田氏负责起草,因此,《大清商律草案》也被称为《志田案》。遗憾的是,基于种种原因,《大清商律草案》最终未能在中国施行。回日本后,志田钾太郎于明治大学创立商学部,后任千叶県立一宫商业高等学校首任校长。1938至1943年间,志田氏任明治大学校长。

虽然志田氏所起草的法律未能在中国付诸实践,但其对近现代民商法学在中国的传播起到了重要的作用。除了作为清政府的修律顾问,其间他也在法律学堂担当教职。作为一名法学教授,志田氏的讲授内容为当时的中国学者开拓了眼界,其意义自不待言。此外,与当时其他许多日本学者一样,他的讲义也被整理出版,成为当时中国学者编写民商法论著的重要参考资料。本书便是以志田氏的口授讲义为依据而编译出版。时至今日,其中诸多观点理念仍值得思考与借鉴。

虽然在术业上并非专攻国际私法,志田氏也曾提及日本的国际私法学者以山田三良为最精,而自问不逮,但其深厚的民商法功底使其对国际私法的研究更有独到之处。其关注国际私法存在的现实需求性,并跳出各种学说的束缚,针对民商事实体法律各类规定的特点,更好地将国际私法规则与实践需要相结合。同时,结构清晰、逻辑严谨、观点鲜明、简洁明了是本书的显著特点。

本书共分为五部分,第一部分题为“绪论”,实则为现今所说的总论。其对国际私法中的基本理论问题进行了阐释,对国际私法的定义和性质、历史沿革及前景、法律渊源和立法现状均有翔实的说明。虽然年代久远,但书中所言却已与现代的观念极其相近,也足

以见其影响力。绪论部分对外国法性质和适用的说明,也是这一领域的重要史料。在英美法系对该问题逐步产生松动和两大法系在该领域实践逐渐趋同的今天,了解曾经的起点,才能找到其发展的路径,了解外国法适用这一制度在发展中存在的分歧和需要。

由于时代所致,本书将“领事裁判权”作为国际私法的一个章节加以论述颇具特色。尽管该制度已经尘封于历史,其中所反映的史实和司法主权观念的发展,却是值得了解和研究的。中国在国际私法领域受日本影响颇为深厚,可能也与两者共同存在过的“领事裁判权”的历史史实密不可分。日本法制体系建设的经验,对于中国而言有着非常重要的借鉴作用。

第二部分和第三部分对属人法的主要连接点——国籍和住所作了十分详尽的阐述。相较于现代国际私法的论著,本书将极多的篇幅用于对国籍和住所相关理论和法例的阐释,充分体现出属人法在冲突法中的重要地位。同时,值得注意的是,国籍所占之篇幅又远远大于住所,且对住所的阐述一般停留在对英美法的介绍上,在法例中鲜见其存在。若论其中缘由,可能是限于当时的交通条件和交流环境,举家迁徙居住外国并非易事;或者是日本民族对于国籍的强烈归属感使然,因此对住所这一概念远不如对国籍的重视。

就具体内容而言,国籍的取得和丧失与现代法基本无异。在国籍冲突的问题上,学者也已然投入了极大的关注,且当时的许多原则仍为现世所沿用,只是从字里行间体现出日本对其本国国籍重要性的强烈维护和因此而延伸的主权观念。此外,外国人,尤其是外国法人的法律地位这一问题的论述也同样体现出强烈的时代特征,其中的发展变化还是极具时代特征的。相比之下,住所的理论发展

则显得较为平缓了。

第四部分为“国际民法”，即民法领域内的国际私法规则。该部分包含的内容十分广泛，既有民法总则的规定，也有物权、债权、婚姻家庭等内容。作为国际私法中极为重要且相对复杂的一部分，志田氏以其深入浅出的论述方式，将民法领域内的各种法律关系进行了极其细致的区分，并在此基础上对当时冲突法存在的理论难点和分歧概括介绍，更以简练明确的语言阐明自己的观点，在为学者们呈现一个清晰明了的理论框架的同时，也留有思考和启示的空间。

虽然本讲义是一个世纪以前的著作，但该部分的许多内容事实上都仍为现代所沿用，包括物之所在地原则、意思自治原则等。尽管世事变迁，时代已大不相同，但这些古老的原则在冲突法领域内仍具有举足轻重的地位，甚至不断变化扩展，受到越来越多的重视。想来若不是经过历史的检验，这些原则也不会在现实的舞台上历久弥新、璀璨发光。

当然，本讲义也有不少内容透露出时代的局限性，尤其是在婚姻家庭领域，包括对女性地位以及所谓“私生子”的相关问题的论述上。但可以看到，志田氏也已注意到当时平等观念的影响，在其论述中也不乏对未来的展望。在现在看来，他的诸多观点都为现实所映照，令人不禁为其预见性所折服。

最后一部分，志田氏颇有特色地将“国际商法”领域内的有关冲突法问题纳入了国际私法的范围，主要涉及公司（“会社”）和票据（“手形”）的法律适用问题等。这是山田三良书中所未曾提及的内容，也是在当时尚未受到广泛关注的领域。但或许正是由于志田氏深厚的商法功底，让他对商法领域内存在的法律冲突有了更多的认

识,进而更加重视冲突法在这一领域内的需求和作用。虽然此部分的篇幅较少,但其内容是极其珍贵的,为当今的学者了解当时国际商法领域内的国际私法制度和规则提供了宝贵的资料。

纵观全书,志田钾太郎以其简约的风格,将国际私法的基本理论深入浅出地一一呈现,虽然篇幅不多,但内容极其丰富,既有横向的各国之间的比较,又有纵向的历史发展脉络的梳理,可谓框架清晰、论述充实、观点明确。译者的编译也是精炼而不艰涩,将志田氏讲授的精髓很好地保留了下来,实为学界之幸。稍有遗憾的是,在点校过程中,对于书中出现的一些人名和国名,或是由于译者从日语音译而来,或是其习惯用法并非当今通用,点校者无从加以注释而只能保留原文。

20世纪初,是中国近代法学的奠基时期,尤其对于国际私法这一学科而言,更是重要的创始阶段。无可否认,像志田钾太郎这样的日本学者在其中产生了重大的影响和作用。重温那个年代的著作,从中能看到的不仅是历史的影像,更是时代发展的轨迹。因此,将这些旧时著作重新点校出版,以史为明鉴,以求有所思、有所得。

刘晓红

凡 例

一、本丛书为“清末民国法律史料丛刊”之“京师法律学堂笔记”。由熊元楷、熊元襄、熊元翰编辑。

二、原书为竖排，现改为横排。原文中“如左”、“如右”之类用语，相应改为“如下”、“如上”等。

三、原书所用繁体字，现统改为简体字。异体字在不损原意的情况下，径改之。

四、原文无标点符号或标点符号使用不规范者，一律以现在通行之标点代之。

五、原书文字有脱讹倒衍者，点校者予以更正，并加注释说明。

六、原书对外来语之翻译文字，如国名、人名，一律保持原貌，加注释说明。

七、原书中有些字、词在现代汉语中依然保留其义项者，如“发见”、“豫审”等，一律不作改动。

八、原书无段落划分或段落划分不清者，在点校、勘校时做适当划分。

九、原书所引之事实、数字及其他相关资料确有错误者，加注释说明。

十、所有注释一律采用脚注，每页重新编号。

例 言

是编为日本法学博士志田钾太郎所讲授。其有讲述太略者，则参考他书以补之。

国际私法，与民法、商法，互相发明。研究民商法者，不可不研究国际私法。

涉外关系，以民事商事为多。舍国际私法，无从解决。中国将来收回领事裁判权，必适用国际私法。故治国际私法，为当务之急。

志田氏称日本治国际私法者，以山田三良为最精，而自问不逮。然理解明彻，眉目了然，最便学者，亦本书之特长也。

编者识

目 次

总序(何勤华)	1
点校者序(刘晓红)	1
凡例	1
例言	1

绪 论

第一章 国际私法之定义及性质	3
第一节 定义	3
第二节 性质	6
第二章 国际私法之沿革及将来	10
第一节 沿革	10
第二节 将来	19
第三章 国际私法之研究方法	21
第四章 国际私法之法源及诸国国际私法的立法之现状	22
第一节 法源	22
第二节 立法之现状	24

第五章 国际私法之系统	26
第六章 领事裁判权之特例	28
第七章 国际私法上之外国法	31
第一节 外国法之性质	31
第二节 在裁判所证明外国法	32
第三节 裁判所误认外国法之适用	34
第四节 关于适用外国法之一般的制限	35
第八章 国际私法上之参考书	38
第九章 本论之分类	40

第一编 国 籍

第一章 国籍及国籍法之意义	43
第二章 国籍之得丧	46
第一节 国籍之取得	46
第二节 国籍之丧失	56
第三节 国籍之回复	60
第三章 国籍之冲突	62
第一节 积极冲突	62
第二节 消极冲突	65
第三节 国籍之确定	66
第四章 法人之国籍	68
第五章 外国人及外国法人在法律上之地位	74
第一节 外国人法律上之地位	74