

中国近代法学译丛

何勤华 主编

国际私法

【日】山西三良 著

李俤 译

陈柳裕 点校

中国政法大学出版社

中国近代法学译丛

何勤华 主编

国际私法

【日】山田三良 著

李倬 译

陈柳裕 点校



中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

国际私法/(日)山田三良著;李倬译. —北京: 中国政法大学出版社, 2002. 11
(中国近代法学译丛)
ISBN 7-5620-2300-X

I. 国... II. ①山... ②李... III. 国际私法
IV. D997

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 096559 号

书 名 国际私法
出 版 人 李传敦
出版发行 中国政法大学出版社
经 销 全国各地新华书店
承 印 清华大学印刷厂
开 本 880 × 1230mm 1/32
印 张 10
字 数 165 千字
版 本 2003 年 5 月第 1 版 2003 年 5 月第 1 次印刷
印 数 0 001 ~ 3 000
书 号 ISBN 7-5620-2300-X/D · 2260
定 价 30.00 元

社 址 北京市海淀区西土城路 25 号 邮政编码 100088
电 话 (010)62229563 (010)62229278 (010)62229803
电子信箱 zf5620@263.net
网 址 <http://www.cupl.edu.cn/cbs/index.htm>

☆☆☆☆☆

声 明 1. 版权所有, 侵权必究。
2. 如发现缺页、倒装问题, 请与出版社联系调换。

中国近代法学译丛

编 委 会

主 编 何勤华

编 委 李克非 李秀清 陈 颐

曲 阳 吴旭阳 张 谷

曾尔恕

总 序

民国时期，是中国近代法学的奠基时期。该时期，不仅出版了一批有份量的专著，如王世杰、钱端升著《比较宪法》、胡长清著《中国民法总论》、黄右昌著《罗马法与现代》、杨鸿烈著《中国法律发达史》、程树德著《九朝律考》、瞿同祖著《中国法律与中国社会》等，也推出了约四百余种外国法学译著，如穗积陈重的《法律进化论》、孟罗·斯密的《欧陆法律发达史》等，它们是中国近代法学遗产的重要组成部分。

令人担忧的是，由于出版年代久远，这批译著日渐散失，即使少量保存下来，也因当时印刷水平低下、纸张质量粗劣等原因，破烂枯脆，很难为人所查阅。同时，这些作品一般也都作为馆藏书，只保存于全国少数几个大的图书馆，一般读者查阅出借也很困难。

鉴于上述现状，中国政法大学出版社高瞻远瞩，关爱学术，策划并决定对民国时期（包括少量清末时期）

2 总 序

的译著进行整理、筛选，以“中国近代法学译丛”的形式重新点校、勘校出版，以拯救民国时期法学遗产，满足学术界以及法律院校广大师生学习和研究的需要。

参与本译丛点校、勘校的有中国政法大学出版社、华东政法学院法律史教研室、北京大学法学院、中国政法大学图书馆等部门的编辑、教师、博士生和硕士生。由于我们学识粗浅，点校、勘校中可能会存在这样或那样的问题，恳请广大读者批评指正。

何勤华

二〇〇二年八月一日

于上海·华东政法学院

凡 例

一、本译丛主要整理点校、勘校出版民国（包括少量清末）时期国人翻译出版的外国经典法律名著。在点校、勘校过程中，对原作不作任何有损原意的改动，仅作适当的技术性加工。

二、原书为竖排版者，一律改为横排。原文“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、异体字，现全部改为简体字、正体字。个别若作改动会有损原意者，则予以保留，另加注说明。

四、原书无标点符号或标点符号使用不规范者，现一律代之以现在规范通行之标点符号。

五、原书无段落划分者，点校、勘校时作适当之段落划分。

六、原书所用译名，现有新译者，全部改为新译。

2 凡 例

如“法郎西”改为“法国”，“意大里”改为“意大利”，“澳地利”改为“奥地利”等。但外国人译名均未改，原因在于原书涉及的外国人名一般均未附外语原文，无法重译。在这种情况下，与其误译，不如保留原貌为好。但对有些附有外语原文者，或点校、勘校者手中有外文原著（如《万国公法》等）者，点校、勘校时对原译名加注说明。

七、为保留原著面貌，对原书所引用之事实、数字、书目、名称及其他材料确有错误者，也不作任何改动，但加注说明。

八、原书排字确有错误，当时未能校出者，酌加改正，并加注说明。

九、民国时期出版的法学译著，有些是篇幅很小的册子，只有几十页、一百余页。考虑到现代读者的阅读习惯，以及译丛每册书稿的大体平衡，我们将这些小册子做了适当处理，有的以二三册合并一起出版，有的以“某某法学文选”的形式出版。

绪 论

第一章 国际私法之性质

第一节 国际私法之意义

欲明国际私法之本质，当先知斯法存在之前提条件。夫国际私法，与民法、商法等异，至近世而始发达。其所以较迟于他法之原因，则苟知凡法皆应时代及社会状态而生者，自可以明其故。

在昔，各国皆固守锁国主义，严禁内外国人之往来，故一国之中，受法律之适用者，但属本国人民，而居于版图以内者，又无外人之迹，故其时社会之无国际私法存在者，实理势之使然也。然至今世，各国皆取开国进取之国是，通商贸易日以繁昌，奖励国民之远商，

2 绪 论

认许外人之营业，关于私权享有，内外国人皆以受同等保护为原则，与其国臣民享有同一之权利，于是，保护此内外国人权利之问题，遂以发生。然其国独立自主之法权，倘被制限，对于外国人不能行使裁判权时，则殊无国际私法之必要。如《日本改正条约》实施以前，有所谓领事裁判权者，日本之法权不能行于在留日本之外国人者，是也。

虽然，即使各国对于外人均行本国之法权，且保护外人之权利，而苟其法律规定同出一辙，则亦无须于国际私法。盖外国人所受之权利保护，虽有依其滞在国法律者，有依其本国法^{〔1〕}者，若其法律之规定既同，则其结果可不问为何国之法律矣。然法律者，实社会之反映，由于国民的精神所发生，各国之国民的精神既殊，则世界之法律亦不能无异。近世学者欲谋世界各国法律之统一，或开列国会议，或学者相会合讨论，虽声势日高，如海商法、手形法、^{〔2〕}著作权法等某部分之法律，亦既共采同一之规定，或期诸将来，然欲举一切之法律使归于一，则实一幻想耳。盖世界上苟有国家之轸域存者，则法律亦不能不异其规定也。夫各国法律所以各

〔1〕 原文无此“法”字。——点校者注

〔2〕 即“票据法”，“手形法”系日文所指称的直译。——点校者注

异其规定之原因，不过各从其国情、民俗及文化启发之状态，而异其立法之目的。则于保护外国人之权利，一面又须不背其立法之目的，其应依何法以定权利关系之问题，于以发生，夫固必然之结果。

国际私法，盖即因解释此问题而发达者也。要之，即以各国各异之法律，而欲共依同一标准，以定其所适用之法律，换言之，即法律规定虽因国而殊，而如可以适用于某种法律关系之法律者。苟在甲国在乙国而恒为同一，则其权利保护，不问在于何国，皆得依同一标准而受保护，夫如是，而内外法律之立法目的，始得调和。故国际私法之目的，可谓无论何国，皆以怀同一目的，又皆由同一必要而生者也。

如后所述，此学问所以附以“国际的”之形容词也，要之，国际私法既为在现今文明社会始得存立，则其结果之必至近世文明国乃见其发达者，固也。

其原因既如是，则国际私法者，可一言以蔽之曰：规定可以适用于涉外的法律关系之法律之法则也。

涉外的法律关系者，谓有外国的元素^{〔1〕}之法律关系也。夫其法律关系所由有外国的元素者，或关于当事者

〔1〕原文为“原素”，下文之“原素”，一律改为“元素”，不再另行加注。——点校者注

4 绪 论

国籍之如何，如外国人与外国人在我国为某法律行为时，其当事者为外国人，自与本国人间之法律行为所生关系为异。又或关于当事者之住所或居所之如何，如虽为本国人间之法律行为，苟在本国，斯当认为通常之法律行为，而若其一方或双方在外国，则其当事者虽本国人，其住所则在外国，则亦与普通之法律行为为异。又或依法律关系之目的物所在地之如何，如为买卖目的之物件在外国者，则其法律行为，不问结于何国，以其目的物之所在地属外国，则又与普通之法律行为为异。且一国之裁判所，非但裁判在本国所发生之法律关系已也，即在外国所生之法律关系，及当事者为外国人者，皆得而管辖之。故虽为同一法律关系，因诉讼地之异即裁判所之不同，而乃为含有外国的元素之法律关系。则判定此有外国的元素之法律关系，当依何法律而决之者，即国际私法是也。

夫苟欲说明此问题，何以须解释之根本问题，则非先明法律之性质及其效力之范围不可。

凡一国之法律，于其版图内为最高之权力，有排斥他权力而行使之特质。一国如是，他国亦然。故不许外国法律行于本国，即一国之法律，于其国境外，无排斥他国法律而行之性质。然法律之目的，非谓一国之法律必支配存在其国内之一切法律关系者，即对于在外国法

律关系或在外国之本国人，亦非无以自国法律支配之为目的者。即法律效力范围，与法律所欲支配之目的之范围异，有时且有不相容之性质者。

且就主权方面观之。一国之主权，行于其国家版图内之最高权力之点，曰“领地主权”。对于领地主权，虽排斥外国之主权，然国家之主权固可从他方面以支配其臣民。而国家臣民，既未必恒住本国，即其滞居外国，而国家之臣民主权，犹有能及其效力于此等臣民之性质。故其结果，无论其臣民在何国，皆有服从其本国主权之义务，则一国之领地主权，有与他国之臣民主权相抵触之性质者，可知矣。

主权之性质，既有两方面，故一国法律，亦有两方面。即法律中有不以适用于在本国之外国人为目的，而以须适用于在外国之本国人之目的者。例如婚姻年龄之制限，各国皆对其臣民而设，非为外国人而定，故此等法律，对于在本国之外国人，无适用之必要，而对于在外国之本国人，则须适用。即外国法律，亦然也。夫各国法律当然之效力，虽无行于外国之性质，然由立法之目的而言，则关于某种法律关系，有以不适用于在本国之外国人而须适用于在外国之本国人之目的，如上所述。然而，内外各国之民法、商法等，于其法律本文，皆不言明适用之区域，故当内外国人相交通往来，

为有外国的元素之法律行为时，即宜从其法律关系之性质，征之立法目的，而决定其为适用本国法律抑外国法律者。而国际私法者，盖即所以限定内国法律适用之区域，及外国法律在内国之适用区域为目的者也，然亦非定内外国之公法、私法等一般法律之适用区域，乃以定民法、商法等私法之适用区域为至要之目的也。故可下其定义曰：国际私法者，定内外私法之适用区域之法律也。

学者或以内外法律规定之相异为法律之抵触，谓国际私法乃为解释内外法律之抵触之法则者。若如后所述，正当解释法律抵触之语，则此定义虽不得谓之误，然实有误解国际私法本质之虑。

又有谓国际私法者，乃为于内外法律中选择其适用何法律之法则，如英国之戴西^{〔1〕}博士，称国际私法为关于法律选用之规则者。然此定义，亦未足以表彰国际私法之特质，故亦不敢赞同。

或又谓国际私法者，亦以研究关于外国人之权利为目的，而病前揭定义之失于偏小。然外国人之权利，不过为国际私法之前提条件，而非为国际私法自体之本

〔1〕原文为“大西”，下文之“大西”，一律改为“戴西”，不再另行加注。——点校者注

质，故余敢信前揭之定义为正当，而国际私法学者，亦即为研究此法则及其原理之学问也。

国际私法，既如上所述，为定法律适用区域之法律，而为一国之立法者制定或认定之法则，故为国内法而非行于国家间之国际法者，明矣。换言之，国际私法者，不外为定一国之司法官于适用法律时所当依据之准则，而为拘束其国之裁判官者也，与民法、商法等无所轩轻。故谓国际私法为国际法一部之学说，非余辈之所采用者也。

既谓国际私法为国内法矣，则生果为何种国内法之问题，属于国内之公法乎？抑私法乎？由其形式言之，则属于公法，而非私法。何则？国际私法非犹普通私法为直接定权利义务之实质法，乃为定权利义务准则之实质法之适用区域者也，即与定关于时之法律适用区域之施行法（如民法、商法等），其形式上，属于公法者等，故国际私法于其形式之意义，亦为公法。然由其实质言之，则国际私法，乃以定适用于有外国的元素之法律关系之法律，其所定之法律，乃为规定此法律关系之实体，即权利义务，故国际私法，可谓为间接定权利义务之准则，则称此法律为私法，亦无不可。犹之民事诉讼法，不能离民法或商法而存在，故于为私权保护之手续法之点，有属于私法之分类者，国际私法亦然，由实质

上观察之，固得属于国内之私法也。

惟于此有当注意者，则国际私法之范围，非但如民法、商法等纯为定私法之适用区域，乃并国籍法、民事诉讼法及破产法等公法，而亦定其适用区域者，则谓国际私法之实质为私法者，其间不无语弊存焉。然此不过为沿革上理由所生之结果，至其主要之目的，则仍在定私法之适用区域，故称之为国际私法，亦无不当。

唯吾人于国际私法之所谓“私法”云者，解为关于私法适用之法则之意。所谓“国际”者，则与国际公法之所谓“国际”大异，非为国家与国家间之义，乃国际的或内外的之义也。学者所解释（如巴尔等学说）国际私法，为内外人之国际交通上之私法者，亦此意也。故国际私法之规定，非为国际的，不过以表明受其规定之适用之法律关系，为国际的或内外的而已。

第二节 国际私法与国际公法之关系

上节所述，以国际私法为国内法。而依欧洲大陆之通说，则谓国际私法乃为国际法之一部，与国际公法相对峙，而分为公、私两法者。据此说，凡国家间之法律关系，可大别为二，即规定关于国家公益之国家间之法律关系者，为国际公法；规定国家私益即关于其国民利

益之国家间法律关系者，为国际私法。意大利、法国、比利时各国学者，皆主此说，德国亦多采用之。

此区别骤观之，虽若甚明，其实则否，不知国际私法固与国际公法异。关于他国之主权，固无何等之关系也，且以国际关系（即国家间之法律关系）而区别之为国家之公益、私益者，已大谬矣。凡国家间之关系，不论其事之基于国家公益抑私人利益，苟其成为国际关系者，则皆为关于国家之公益，而不得谓为关于私益者也。如日本之臣民，滞在某国，其财产被侵害时，依通常之诉讼，向滞在该国之裁判所求其权利之救济。此虽为关系一私人利益，应属于国际私法范围之关系，然若因其滞在该国不与以正当救济，日本政府依外交上之手续，对其国要求适当之救济时，虽本由于个人利益所发生，而既成为外交上之关系（即国际关系），则不可谓为非关于国家公益之问题，且此种关系乃国家与国家间之关系，故为受国际公法之支配者，非国际私法所可与闻，则不能认此种法律关系为属于国际私法之范围者，明矣。又如通商航海条约或领事裁判条约，凡结国际条约者，虽皆不外谋增进其国臣民之利益，然关于此等利益保护之国家间之关系，纯为属于国际法之范围，非为国际私法上之关系。故欧洲大陆学者之谓国际私法乃定关于一私人利益之国际关系者，殊大谬不然者也。