

二十世纪中华法学文丛

④

国际私法之理论与实际

卢峻 著

中国政法大学出版社

D997
L83

417528

二十世纪中华法学文丛

国际私法之理论与实际

卢 峻 著



00417528

中国政法大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

国际私法之理论与实际/卢峻著;曹建明校勘. —北京:中国政法大学出版社, 1998

(二十世纪中华法学文丛)

ISBN 7-5620-1631-3

I. 国… II. 卢… III. 国际私法-理论-实务 IV. D923.

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (98) 第 91971 号

丛书编辑 丁小宣

责任编辑 丁小宣

出版发行 中国政法大学出版社

社 址 北京市海淀区西土城路 25 号 (100088)

电 话 62228801 或 62229803

经 销 全国各地新华书店

印 刷 国家统计局印刷厂

版 次 1998 年 4 月第 1 版

印 次 1998 年 4 月第 1 次印刷

开 本 850×1168 1/32

印 张 12.125

字 数 300 千字

印 数 0,001-5,000 册

定 价 18.00 元

二十世纪中华法学文丛

总 序

二十世纪是中华文化经受空前巨大、深刻、剧烈变革的伟大世纪。在百年巨变的烈火中，包括法制文明在内的新的中华文明，如“火凤凰”一般获得新生。

大体上讲，二十世纪是中国法制现代化的世纪。这一个世纪的历程，不仅仅是移植新法、开启民智、会通中西的法制变革的历程，更是整个中华文明走出传统的困局、与世界接轨并获得新生的历程。百年曲折坎坷，百年是非成败、得失利弊，值此新旧世纪交替之际，亟待认真而深刻的反省。这一反省，不仅有助于当代中国法制建设的深入，亦有助于推进新世纪中国民主与法治社会的形成。这一反省，是一项跨世纪的伟大工程。作为这一工程的起始或基础，我们应全面系统地检视、总结二十世纪中华法学全部学术成就，并试图作初步点评。为此，我们特郑重推出“二十世纪中华法学文丛”。

1898年，光绪皇帝接受康有为、梁启超等人建议，实行“新政”。中国法制现代化的事业于此开始萌动，但旋即夭折。四

D153/69

年之后，在内外剧变的巨大压力下，这一事业再次启动。1902年，清廷命沈家本、伍廷芳为修订法律大臣，设修订法律馆，开始翻译欧美各国法律并拟订中国之刑律、民商律、诉讼律、审判编制法等新型法律。这一年，应视为中国法制现代化的正式开始。自此，中国法律传统开始发生脱胎换骨的变化：以五刑、十恶、八议、官当、刑讯、尊卑良贱有别、行政司法合一为主要特征且“民刑不分，诸法合体”的中国法律传统，在极短时间内仓促退出历史舞台，取而代之的是一个又一个令国人颇感生疏的新式法律体系和法律运作机制。不宁惟是，一套又一套从前被认为“大逆不道”、“不合国情”的法律观念——“民主”、“自由”、“平等”、“法治”、“契约自由”、“无罪推定”、“制约权力”、“权利神圣”等等，随着新型法律制度的推行一起被带给了人民，使人民的心灵深处渐渐发生革命。与此同时，近代意义上的中华法学，亦与“沟通中西法制”的伟大事业相伴而生，渐至发达。出洋学习欧美日本法律成为学子之时尚，法政学堂如雨后春笋，法政期刊杂志百家争鸣，法学著译如火如荼，法学成为中国之“显学”。据不完全统计，仅本世纪上半叶，全国各出版机构出版发行的法律和法学著译及资料，多达6000余种，总印行数多达数百万册。本世纪下半期，“法律虚无主义”一度盛行，为患几近30余年，中国法律和法学一派凋零。70年代末以后，国人痛定思痛，重新觉醒，中国又回到法制现代化的正轨，法律和法学重新兴旺和昌盛，法学著译出版再次空前繁荣。据估计，1978年至今，我国法学著译资料的出版多达万种，总印数可能在千万册以上。这期间，不惟基本完成了前人未竟的法制和法学现代化事业，亦开始了向法制和法学更高的境界的迈进。

这一个世纪的法学著译和资料编纂，是中国法律现代化历程的忠实记录，是中华法学界百年耕耘的结晶。从“全盘欧化”、“全盘苏化”的偏失到“中国特色”法制与法学的探索，百年上下求索留下的这份宝贵的学术遗产，值得我们珍惜；即使仅作为一部时代的病历，也值得我们借鉴和分析，以期发现和治疗我国法制现代化过程中的常见病症。不幸的是，这份学术遗产，特别是本世纪上半叶的法学著译资料，现在正面临着悄然毁失的危险。由于印刷技术低下、纸质粗劣、馆藏条件落后，许多法学书籍破旧枯朽，不堪翻阅，有些甚至图文蚀褪无法辩读。加之种种人为的原因，那些汗牛充栋的法学资料长期尘封蛛网，很少有人记起，半个世纪的探索和成就竟被视若虚无。馆藏制度之限制又使借阅者困阻重重。人们常叹：《尚书》、《周易》乃至秦汉野史随处可得，几十年前的法学著译竟一书难求！此种文化“断裂”现象，实有碍于今日中国法律教育和研究事业之正常进行，亦有损于中国法律现代化事业之发达。以上诸端，不仅本世纪上半期的书籍如是，本世纪下半期的一些作品亦已经或很快将面临同样的命运。有感于此，我们遂有整理本世纪中华法学遗产之愿望及筹划，不意与中国政法大学出版社之设想不谋而合，是以有“二十世纪中华法学文丛”之选印。

本“文丛”选印的书籍或选编的论文，纵贯二十世纪始终。凡能代表本世纪不同时期法律学术水平、法制特色，有较大影响且为当今中国法学教育研究所需要者，均在选印之列。即使是50至70年代间特定背景下的法律和法学作品，只要有历史文献价值，亦可收入。在选印的顺序上，大致由远及近，优先选印上半个世纪的著译资料。目前选印编辑的重点是本世纪前半期作

品。本世纪后半期的法学成就，拟在以后条件成熟时再行整理。选本范围将不局限于内地学者的作品，还将涉及 50 年代以后台湾、香港地区和海外华人学者的法学作品，因为他们的成就也是二十世纪中华法学不可忽视的一部分。除曾正式出版的单本著译外，还将汇聚若干法学家的个人文集，或重新编辑本世纪各个不同时期的法规、案例及习惯调查资料。不过，凡近 20 年间已为各出版机构再版的法学著作、译作，原则上不再选印。

为了保证选本的权威性、准确性，我们特聘请了 6 位本世纪上半叶即涉足法学或司法工作的前辈学者出任顾问。老先生们不顾古稀耄耋之年，亲自批点方案、确定书目、选择版本，并以口头或书面的方式提出了许多宝贵的意见。幸赖于此，我们的计划才得以顺利进行。

本“文丛”之选印，旨在集二十世纪中华法学之大成。为体现历史真实，我们将恪守“尊重原作”的原则，不作内容上的任何更动。即使有个别观点与今日不符，亦予以保留。作为不同时期的特殊历史记录，保持原貌更有利于比较和借鉴。为了使读者对每本书的作者及该书的学术地位等有一个必要的背景了解，我们特约请法学界一些学者为各书撰写关于其人其书的专文，置于书前。除此之外，我们所做的纯粹是一些技术性工作，如纠正原作的排印错误，注明原书所引事实、数据、名称之错误等等。为方便起见，可能将同一法学家的数个单行著作合而为一，也可能将原合印在一起的不同著作分开重印，还可能将当时或今日学人对其书或其人的有关评论或有关的图表、法规资料选附于书后。总之，尽可能使其全面、完整。

本“文丛”的选编校勘，是一项看似简单实则复杂艰难的工作。

作，需要相当的学养和责任心。我们虽兢兢业业，如临深履薄，但仍难免疏漏。恳请各界朋友批评指正。除此之外，还期待学界朋友推荐符合本“文丛”宗旨的法学著译资料，与我们共同完成这一跨世纪工程。

谨以本“文丛”献给中国法制现代化事业，献给中国民主法治的新世纪！

二十世纪中华法学文丛

编委会 谨识

1997年7月于北京

二十世纪中华法学文丛

凡 例

一、本文丛系有选择地整理二十世纪的法学经典文献，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”等等。

三、原书繁体字一律改为简体。个别若作改动会有损原意之，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，一律代之以新式标点符号。

五、原书无段落划分者，适当划分段落。

六、原书所用专有名称、专门术语（特别是外国人名、地名、书名之译名及学科名称）今日有更通用统一提法者，酌加改动或注明。

七、原书引用之事实、数字、书目、名称（包括人名、地名）及其他材料确有错误者，酌加改动，并加注说明。

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、个别特别重要的著译，酌于书后附上新编之名词索引。

十、原书某些附录确无保留必要者，不再编入，但加注说明。

卢峻先生与中国国际私法

曹建明

卢峻教授的《国际私法之理论与实际》，由中国政法大学出版社重新出版，这不仅是卢老 88 岁高寿的最好祝贺，也是中国国际法学界值得称颂的一件大事。今天重读一下卢老在 60 多年前写就的这部力作，我们不仅可以从他许多非常精辟的论述中得到很多新的启发和教益，同时，我们也再一次深深感受到卢老对中国国际私法发展所作出的十分杰出的、卓越的贡献。

卢峻先生，字于昉，浙江省宁波市人，1909 年 3 月生。卢先生 5 岁即读小学，11 岁考入教会主办的崇信中学（后改四明中学），16 岁考入沪江大学。年余，因家庭经济困难，转入东吴法学院夜校，攻读法律，连任 3 年班长，每学期成绩全优，列第一名，获校方颁发金钥匙奖。卢先生在东吴法学院求学期间，同时在复旦大学攻读历史，并担任该校英文课助教，此外在课余还兼任惠灵中学英语教员，勤工俭学，维持个人生活，并资助家用，工作学习十分紧张。在十分艰苦的学习条件下，卢先生先在复旦大学取得文学士学位，继而取得文学硕士，后又在东吴法学院取得法学士学位。

1930 年，卢老经吴经熊先生推荐，由美国哈佛大学法学院院长给予研究员资格，赴美深造，专攻国际法、国际私法和法理学。1932 年在哈佛大学获法学博士学位。同年回国，担任东吴

大学法学院国际私法、英美财产法教授。其后，历任暨南大学、光华大学、沪江大学和大厦大学等校教授。抗战爆发后，于1939年去重庆，担任朝阳学院、复旦大学教授、系主任，西北法商学院教授、院长，东吴、沪江法商学院联校教授、教务长，中央大学教授、法学院院长、法律研究所所长。抗战胜利后，返沪任上海复旦大学、东吴法学院教授。

卢峻教授最早的著作是《中国近代国际关系史》，完成于1928年。卢老发表的论文主要是两个方面：一是国际关系方面的论文，约30余篇，分别发表于各个时期的期刊报章；二是法律方面的论文，分别用中英文撰写，发表在东吴《法学杂志》、《中华法学杂志》（英文）、《中华法学杂志》、《东方杂志》、《新中华杂志》、《中国评论》（英文）等刊物。其中，他的《评中美商约》一文，对中美商约的本质加以揭露，抨击了国民党政府的卖国行径。这篇论文在当时有较大的影响。又如他用英文撰写的《条约的登记》一文，发表在英文期刊《中华法学杂志》上，他主张条约必须登记并公诸于世，使人民进一步认识所谓秘密条约的危害性。他的《所谓上海犹太仲裁法庭》的论文，谴责了侵犯中国司法管辖权的非法行为。他的《外国人在我国的法律地位》、《联合国改革问题》等论文，在我国都较有影响。

新中国成立后，卢先生继续在复旦大学、东吴法学院任教。1952年院系调整，卢老转入华东政法学院任教授；之后，又在上海社会科学院法学研究所任研究员，从事国际私法研究及指导研究生的工作。在我就读华东政法学院研究生期间，我曾得到了卢老的悉心指导和帮助，特别使我感到荣幸的是，在我研究生毕业的时候，他还亲自担任了我的论文答辩委员会主席。我和卢老的许多学生都一致认为，无论是卢老的为人品质，还是他的治学精神都是永远值得我们学习的。卢老为人正直、生活俭朴、洁身自好。其崇高品质令人敬仰。卢老对学生不仅严格要求，同时又

循循善诱，诲人不倦，不辞辛劳，感人至深。

值卢峻先生这部《国际私法之理论与实际》即将重版之际，我特地去拜访了他。尽管卢老 88 岁高龄，年迈体弱，视力较差，然而他讲话时所表现出的那种精神状态，那种非常清晰的思路，以及不断吐出一个又一个英语词组，令我非常感动和钦佩。也正是卢老与我一个多小时的交谈，使我看到《国际私法之理论与实际》这部著作在中国国际私法学发展史上所占有的极其重要的地位。

1840 年鸦片战争后，随着一系列不平等条约的签订，中国逐步沦为半殖民地半封建的国家，帝国主义列强把治外法权强加于中国，涉及外国人的案件由外国的领事法院管辖。这就破坏了中国法律的统一性与中国主权的完整性，也就从根本上动摇了国际私法的基础。在长期的反帝反封建斗争中，中国人民不断要求废除治外法权。当时的中国政府为了缓和人民斗争的压力，进行所谓法制改良，由此颁布了 1918 年的《法律适用条例》。该条例共 27 条，对人的能力、婚姻、家庭、继承、财产、法律行为的方式等方面的法律适用问题作了规定，结束了中国国际私法立法长期停滞不前的局面，从一定程序上推动了中国国际私法的教学与研究。卢先生正是在这个背景下，去美国哈佛大学研修国际私法，回国后写了这部《国际私法之理论与实际》。比较当时中国仅有的几本国际私法教材，卢先生的《国际私法之理论与实际》的主要特点表现在：

第一，卢峻教授十分明确地提出了国际私法的概念：“国际私法者，即所以在涉外关系中规定内国法抑某一外国适用之法规也”。这在当时中国法学界不少人对国际私法为何物还不清楚，或如何认识国际私法的本质即定义尚不明了的情况下，无疑是一个很大的进步。该书分绪论、通论、本论三大部分，共 35 章，其范围之广，体系之完整，为中国国际私法学这门学科的建立与

发展奠定了非常重要的基础。

第二, 尽管当时的中国政府颁布了《法律适用条例》, 但该条例可以说是 1896 年《德国民法施行法》、1898 年《日本法例》的翻版。因此当时有关国际私法的著作, 也往往局限于大陆法系国际私法理论的介绍与研究。卢峻先生是当时留美研究国际私法的最早学者之一, 他在研究大陆法系国际私法的基础上, 又进一步研究了英美法系的国际私法。因此在该书中, 我们可以在许多地方看到卢峻先生对大陆法系和英美法系国际私法独到的比较研究, 以及对国际私法立法的背景及理论基础的系统、完整介绍和分析, 这对于中国探索解决国际私法问题的途径是非常重要的。

第三, 卢峻先生认为, 大陆法系的理论和英美法系的判例都各有其特点, 但仅靠法则或光凭判例又难免有缺陷。因此, 他又认为, 中国的国际私法应注重理论与实践的结合。在卢老的这部书中, 他既从理论上纵论中外国际私法主要学派的得失, 又联系实际, 阐述自己的见解, 风格新颖, 独具创见。

该书于 1936 年初版时由国际私法教授郭云观先生审核。郭先生深为赞许, 誉之为当代国际私法难得的佳作。

令人敬佩的是, 卢老在晚年仍致力于国际私法的教学与研究, 特别是我国实行对外开放政策以来, 涉外民商案件不断增多, 卢老深感我国当时尚无一部全面系统的中文国际私法公约汇编。在这种情况下, 卢老以年迈多病之躯, 毅然担负主编《国际私法公约集》的艰巨任务, 并组织各方面力量进行翻译和汇编。该书所集 102 个多边公约, 绝大部分都是根据英文或法文原本全部译出的。卢老对每篇译稿均亲自审核, 有的反复审核多次, 对每个字、每一个标点符号都不放过。在视力极差的情况, 他的任务之艰巨与毅力之惊人, 可以想象。1986 年, 卢峻先生主编的《国际私法公约集》作为中国第一部全面系统的国际私法公约汇编正式出版。这对中国国际私法学的研究和各有关部门的工作,

无疑是一个重要的贡献。

令人高兴的是，回顾近年来中国国际私法的发展，国际私法已成为我国重要的法律部门，国际私法学已成为我国独立的法律学科。在实践中，国际私法得到广泛的适用。我们正迎来国际私法发展的新时期。在这时候，我想，我们不应忘记为中国国际私法的建立与发展作出卓越贡献的老前辈、老法学家们。但愿读者和我一样珍惜这部《国际私法之理论与实际》；同时也祝愿卢峻先生健康长寿。

1997年7月1日于华政园

郑 序

19 世纪以来，各国商民，贸易交通，日益繁赜，适用法律，时感齟齬，究心于此者，多谓宜别定准则，以资解决，此国际私法所以浸成巨观也。吾国今日，正拟撤销领事裁判权，攻治斯学，尤为当务之急。友人卢君峻，游学美洲，曾问业于彼邦国际私法大师卞耳。归国后，任东吴大学教师有年，兹抒其心得，著为本书，嘱余为序。余方将赴海牙，倚装待发，粗观其概，则于宏纲要义，大都阐发详明，固不失为善本；倘更就各种法则，博稽中外载籍，一一为之疏通证明，则其声价当更增矣。总书数语，聊当临别赠言，不足以为弁首也。

民国二十五年（1936）十二月二十日

郑天锡

例 言

著者自美返国后，即应上海东吴大学法学院之聘，担任国际私法讲席，迄今六载。初以该学院偏重英美法，故以英美之成例教之；然英美判例，对于我国法律适用条例，颇多歧异之处，为求研究者实际上之应用起见，故不嫌简陋，于授课余暇，编成讲义。今夏复以诸友好之敦促，经略加整理，始成本书。然研钻未邃，谬误难免，其能抛砖引玉，则幸甚焉。

本书之目的，非仅为解释法律适用条例，且为灌输国际私法之基本观念，指示解决国际私法问题之途径，藉以触类旁通，启发思想。故于各国立法之背景及其理论基础，探讨綦详，俾为将来修改我国法律适用条例，以资借鉴。

我国法律适用条例，规定甚略，故本书每题，旁采外国立法例及学说，比较研究之，并择其优者而与我国立法精神相符者，以法理之性质阐明解释之，或补充该条例之规定。

本书内容，论述范围，悉就简括，除国家管辖权及法律冲突本论外，如国籍、住所、外国人之地位等问题，亦约略述之。

本书之用语，不依法律适用条例，而照现行民法称呼之。例如，不称“不法行为”而称“侵权行为”，不称“事务管理、不当利得”，而称“无因管理，不当得利”是；但本书之编制，一仍法律适用条例。关于商法部分，因该条例规定缺乏，兼以我国民法现采民商合一制度，故如海商、保险、票据法等，不另章讨论，而悉依其性质，各附述于其他章内。

坊间关于国际私法书籍，其参考材料，多偏重大陆学派，而忽于英美学派，且对于国家管辖权一点，往往漏述。本书则以大陆英美相提并重，特立国家管辖权一章，摘其管辖要义，更于必要时，于分章前论述其管辖问题。

本书材料，大都采取各国教本及杂志，间亦参入作者之管见，惟国内参考书籍，颇感缺乏，故一部分系作者在美国哈佛大学研究时之札记，惟因日久，不免遗忘，欲求详确根据，殊觉困难，是以本书注解，或有不能详尽之处。

本书付梓之前，承郭云观及查良鉴二君，详密校正，用特志谢。