

法學士 菱谷精吾君講述

國際私法

完

大正
2. 10. 20
製本

日本大學發行

寄贈本

國際私法 目次

第一編 總論

第一章	國際私法ノ基礎觀念	一丁
第二章	國際私法ノ名稱	同丁
第三章	國際私法ト國際公法トノ關係	六丁
第四章	國際私法ノ沿革	九丁
第一節	種族時代ノ觀念	一二丁
第二節	封建時代ノ觀念	同丁
第三節	法則三分說	一七丁
第五章	近世ニ於ケル定理	二三丁
第一節	學說	三三丁
第二節	本國法主義ノ勃興	同丁
第六章	外國法	四一丁
		四三丁

國際私法目次終

第一節 外國法ノ地位	四三丁
第二節 外國法ノ適用	四七丁
第一項 積極的適用	四七丁
第二項 消極的適用	五二丁
第三節 送致再致及反致	五六丁
第四節 外國法ノ證明	六三丁
第七章 外國人	六六丁
第一節 外國人ノ地位	同丁
第一項 公法關係	六七丁
第二項 私法關係	七六丁
第二節 國籍ノ抵觸	七八丁
第三節 國籍抵觸ノ解決	八一丁

國際私法講義

東京控訴院判事 法學士 菱谷精吾 講述

第一編 總論

第一章 國際私法ノ基礎觀念

國際私法ノ基礎ハ各國主權ノ對抗力ニ在リ一國ノ主權ハ國內ニ於テハ絕對ナリト雖トモ字內ニ對立スル關係ニ於テハ常ニ相對ナリ其相對ノ關係ニ於テ相互ニ對抗スルノ力ハ即チ國際私法ニ法的效力ヲ附與スル基礎ナリ

此ノ基礎觀念ハ國際公法ト異ル所ナシ國際間ニ絕對ノ主權ナシト雖トモ各國各自ノ國內ニ對スル絕對主權ハ相對時スル關係ニ於テ相互ニ牽引シ維持シ其衡平力ハ即チ各國主權ヲシテ相互ニ絕對ナルヲ得サラシム爰ニ於テ其對抗スル所ノ作用方式ハ法的秩序ノ發生ヲ促シ條約ニ慣例ニ學說ニ一定ノ系統的理論ヲ構成

スル所以ナリ國際私法ハ固ヨリ國際公法ト同シカラスト雖トモ現今特種ノ法的理論ヲ形成シ立法ニ條約ニ學說ニ其系統的秩序ノ發現ヲ觀ル所以ハ各國民ノ權利活動經濟活動ノ準據スヘキ共通ノ法則ヲ闡明セント希圖スルニ外ナラサルナリ國際公法ノ實現力ハ國內主權ニ於テ認メラレタル條約又ハ慣例ナリ國際私法ノ實現力モ亦國內主權ノ認メタル條約又ハ立法ナリ而シテ其實現セラレサルヘカラサル理由ハ共ニ國際對峙ノ關係ニ存ス換言スレハ各國相互ノ對抗力ナリ衡平力ナリ故ニ國際私法モ亦國際法ノ一種ナルコト國際公法ト異ルコトナシ國際私法ハ國籍ノ内外ト國法ノ無差トニ源泉ス故ニ國際私法ハ國內ヨリ觀レハ一外國人ニ外國法ノ二者ヲ以テ對象トス是レヲ以テ國際私法ノ組織ハ内外人ノ關係ト内外法ノ關係ニ於ケル法的秩序ノ理論ニ外ナラス國際公法ハ國ト國トノ關係ニシテ常ニ國權ノ作用其モノノ相互關係ヲ直接ニ説明スルモノナリト雖トモ國際私法ハ國民ト國民トノ法律的活動ノ準據法ヲ説明スルモノナリ爰ニ所謂準據法トハ内外人又ハ外國人間ノ國內若クハ外國ニ於ケル法律活動ニ就キ適用セララルル法規ノ謂ナリ蓋シ國法ノ異ナル間ニ於ケル法律行為ハ一ニシテ而カモ

二

支配セララルヘキ法ノ二個以上ナル場合ニ於テ孰レノ法ヲ以テ律スルノ最モ適切ナルヤヲ研究スルハ即チ國際私法ノ任務トスル所ナルヲ以テ國際私法ハ一面ヨリ觀察スレハ準據法ヲ研究シ制定スル所ノ法則ナリト謂フモ過言ニアラサルナリ

國際私法ノ理論ハ二大系統ヲ有ス即チ屬地主義及屬人主義是レナリ蓋シ國權ノ存立ハ對內主權ト對外主權ノ二大方面ヲ有ス獨リ對內主權ノ方面ノミヲ以テ國ヲ建ツルハ即チ鎖國主義ニシテ斯ル場合ニハ國內ニ對スル絕對的主權ノ外活動スル餘地ナシト雖トモ其對外方面ニ於テ國ト國トノ關係國民ト國民トノ交通發生シ爰ニ相對的活動ノ方面ヲ生シ領土ヲ區域トスル主權ト領土外ノ自國臣民ニ追隨スル所ノ主權トノ二個ノ分別シタル主權的作用ヲ生ス前者ハ即チ屬地的ニシテ後者ハ即チ屬人的ナリ是ヲ以テ國權ノ相對的關係ニ於テ一面ニ屬地的勢力ヲ維持スルノ法的觀念ト他面ニ於テ人ノ行為ニ追隨スル所ノ屬人的觀念トハ一私人ノ法律活動ニ適用セララルヘキ法律ヲ決定スル所ノ一大現象タラサルヲ得ス此兩面ノ觀念ハ即チ國際私法の準據法ヲ解決セシムヘキ理論ニシテ前者ノ理論

系統ヲ屬地主義ト稱シ後者ノ理論系統ヲ屬人主義ト稱ス然レトモ屬地主義ト屬人主義トカ相對的ニ並ヒ行ハルルコトハ國際私法ノ前提條件タルコトヲ忘ルヘカラス若シ屬地主義ノミヲ以テ律セントセハ國內ニ他國法ノ適用ヲ許サスニ絶對ノ領土權ヲ以テ領域内ノ事物ヲ律スルニ至リ國際私法ノ存在スル餘地ナキニ至ルヘク屬人主義ノミヲ以テセハ一國ノ法律的秩序ハ涉外關係ニ於テ常ニ外國法ノ勢力ニノミ依リテ存在セラルルニ至ルヘシ

屬地主義ト屬人主義トノ相對交錯スル關係ニ於テ其何レノ理論ニモ最モ調和シ偏重スルナキモノハ即チ最良ノ準據法ニシテ國際私法研究ノ目的ハ即チ其最良ノ法ヲ發見スルニ在リト雖トモ事物自然ノ性質ニ於テ其孰レカニ偏倚スルニアラサレハ國內主權ト調和シ若クハ人格ノ存立ニ適切ナラサルモノアリ是ヲ以テ準據法ノ決定ニ關シテハ又更ニ幾多ノ未理的原則ヲ生ス其主タルモノ五アリ

第一 本國法主義 *Lex patriae*

本國法主義トハ國際生活ニ於ケル或ル種ノ準據法ハ當事者ノ屬スル國ノ法律ニ依リテ之ヲ決ストノ法則ニシテ我法則ノ規定ハ是ニ依ルコト甚々多シ

此ノ主義ハ殆ント屬人主義ヲ代表スルモノニシテ一國內ヨリ觀レハ自國民ノ至ル所ニ自國法ノ適用ヲ觀ルニ至ルモノトス

第二 住所地主義 *Lex domicilii*

住所地主義トハ國際生活ニ於ケル或ル種ノ準據法ハ當事者ノ住居スル國ノ法律ニ依リテ之ヲ決ストノ法則ニシテ北歐及英米諸國ノ屬人主義ノ適用トシテ唱導セラルル所ノモノナリ蓋シ各國ノ峙立未タ確實ナラス國籍ノ分界精密ナラサル時代ニ於テハ人ノ住所ハ唯一ノ屬人的根據ニシテ殊ニ國內ノ法律統一セサル時ニ於テハ一國內ニ於テモ尙ホ住所ヲ以テ其法境ヲ定メサルヘカラス故ニ住所地主義ノ理論ハ屬人主義トシテ最モ早ク發達シタルモノナリトス

第三 所在地法主義 *Lex Situs*

所在地法主義トハ物即チ動產不動產ノ所在地法ヲ以テ準據法ヲ決スヘシトノ法則ニシテ屬地主義ノ顯著ナルモノナリ領土權ヲ組織スル所ノ不動產ニ關シテハ古クヨリ此主義ヲ以テ唯一ノ準據法決定ノ理論ト爲シタリ

第四 行爲地法主義 Lex loci actus

行爲地法主義トハ國際生活ニ於ケル或ル種ノ準據法ハ當事者ノ本國住所又ハ目的物ノ存在地ニ關スルナク當事者ノ法律活動ノ行爲地ノ法律ヲ以テ決スヘシトノ法則ニシテ往時ハ行爲ノ法ハ多クハ契約ノ法ヲ以テ律セラレタルヲ以テ一名契約地法主義 Lex loci contractus トモ稱セラル

第五 法廷地法主義 Lex fori

法廷地法主義ハ一ニ訴訟地法主義トモ稱シ内外人又ハ外國人間ノ争訟ニ關シ何レカノ裁判所ニ訴訟ヲ提起シタル時ハ當事者ハ其法廷地法ニ服從スルモノナルヲ以テ其法律關係ニ就キ絶對ニ訴訟地ノ法律ヲ適用スヘシトノ主義ニシテ近世ニ至ルマテ英國裁判所ノ採リタル法則ナリ此主義ハ訴訟ヲ發動ノ原因トシタル絶對ノ屬地主義ニシテ現今此主義ニ據ル準據法ハ時効訴訟手續等ノ公益規定ニ關スルモノニ限ラル

第一章 國際私法ノ名稱

國際私法ナル名稱ハ第十九世紀ノ後半期以來使用セラレ英ノ International private Law

獨ノ Internationales privatrecht 佛ノ Droit international privé 皆其語ヲ同シウスルモノナリ國際私法ノ起リタルハ勿論近世ノコトニアラス中古以來歐大陸諸國ノ商取引特ニ船舶關係等ニ於テハ涉外的私法關係ノ準繩行ハレタリ故ニ未タ科學的分科ヲ爲サスト雖トモ其部門ノ法律思想ニ就キ種々名稱ヲ附セラレタル其著シキモノハ法律牴觸 Collisio Legum 又ハ Conflictus Legum ナル名稱是ナリ此名稱ハ往々ニシテ今尚ホ各國ニ用キラレ獨ノ Konflikt des Gesetzes 佛ノ Conflict des Lois 英米ノ Conflict of Laws 是ナリ國英及北米學者ノ多數ハ今尚ホ此牴觸ナル文字ヲ用フ蓋シ國際私法ノ存立ハ國民ノ國境超越ニ胚胎シ其必要ハ則チ國法ノ異ル國民間ノ國境ニ拘束セラレサル任意取引ニ就キ各自ノ法律牴觸ヲ一致スルニ在リ然レトモ一主權ノ下ニ存スルニアラサル限リハ異ナル國法其モノヲ以テ統一ヲ期スルヲ得ス故ニ特殊法律ノ外ニ於テ何レノ法律ノ適用セララルヘキカヲ定ムルノ法則ノ發生ハ即チ國際私法ノ發生ナルヲ以テ法律ノ牴觸ナル名稱ハ其原因ノ説明トシテ足ルモ其目的ノ如何ヲ明ニスルニ足ラス故ニ今日ニ於テ一般ニ法律牴觸ナル名稱ヲ避ケ英米ノ大家モ亦此名稱ヲ用キサルノ傾向ヲ生セリ

八
獨逸ニ於テハ往時専ラ國際私法ヲ以テ法境ヲ明ニスル學問ナリト觀察セラレ「サ
グーニ」氏ノ如キモ法律ノ場所的管轄 Räumliche Herrschaft der Gesetze 又ハ法律ノ場所
的境界 Ortliche Grenze der Rechtsregeln ナル語ヲ用ヒ同國ノ裁判用語ニハ法律效力ノ
場所的境界 Ortliche Grenze der Wirksamkeit der Gesetze ナル文字ヲ使用シタリ蓋シ法境
トハ法律ノ適用ニ於テ屬人主義ヲ認メ之ヲ自然ノ領土ニ及ホス關係ニ於テ法律
ノ管轄範圍ヲ指稱スルノ語ナリ換言スレハ準據法ノ及フ範圍ハ即チ法境ナリト
謂フヲ得ヘシ是ヲ稱シテ場所的法境又ハ場所的管轄ト謂フハ畢竟領土權ノ區劃
即チ國境ニ拘泥シタル名稱ニシテ法境ノ成立ハ裁判管轄ニ於ケルカ如ク土地ノ
ミナラス又事物ニモ關スルモノナルヲ以テ場所的 Ortlich ナル語ハ穩當ニアラス
是ヲ以テ獨逸ニ於テモ現今ハ此名稱漸ク廢棄セララルニ至レリ
惟フニ名ハ實ノ資ナリ科學的名稱ノ如キハ殊ニ名題其物カ直チニ其内容ヲ表白
スルニ足ルモノヲ擇フヲ相等ナリトス蓋シ國際私法ハ未タ充分ノ發達ヲ遂ケス
其範圍内容殊ニ其系統的理論ノ骨脈ニ至リテハ將來ノ研究ニ俟タサルヘカラサ
ルモノ多クアルヲ以テ學者カ其研究態度ヲ異ニスルニ從フテ其理想モ亦多岐ニ

互リ其稱呼モ一定シ難キ所以ナリ是ヲ以テ斯學ノ研究ニ於テハ其名稱ヲ論評シ
兼ネテ其本質ヲ説明スルニ資スルヲ例トス然レトモ現今國際私法ナル名稱ハ殆
ント普通ナルヲ以テ此名稱ニ從フヲ最モ妥當ナリトセサルヘカラス

第三章 國際私法ト國際公法トノ關係

獨逸ノ「イェリクネック」氏ハ其著近世國法論 *Recht des modernen Staates* ニ於テ國際法ナ
ル文字ハ數義ヲ含ミテ混亂シ易シ故ニ之ニ換ヘルニ寧ロ國家間ノ法 *Zwischen Sta-*
atlichesrecht ナル名稱ヲ以テスヘント論シタリ蓋シ國際ナル觀念ヨリ云ヘハ國際公
法モ國際私法モ共ニ主權ヲ異ニスル國家間ノ法則ヲ論スルモノニシテ私法關係
ハ必スシモ私的關係ノミヲ以テ終局セス公法關係モ亦國權的關係ニノミ終ラサ
ルコトアリ故ニ兩者ノ關係ヲ全ク斷絶シテ各々其區劃ヲ限ラントスルコトハ寧
ロ不能ノコトニ屬ス「ウエー」氏ハ國際法ノ目的トスル利益ニ領土平和戰爭外交官
等ノ關係ノ如ク一般的利益即チ公益ニ屬スル方面ト國民ノ身分能力財產相續等
ノ如ク私人的利益即チ私益ニ屬スルモノトノ二者アリ此區別ハ即チ公法ト私法
トノ區別ニ合致スルモノニシテ前者ニ屬スル抵觸ヲ決定スルモノハ國際公法ニ

シテ後者ノ抵觸ヲ決定スルモノハ即チ國際私法ナリト論セリ此公益私益ノ區別ハ各種ノ法律ニ於テ屢々利用セラレ論議セラルル觀念ナリ然レトモ此二者ノ異ル要點ハ畢竟必要ナル方面ノ差別ヲ説明スルニ外ナラス勿論精密ニ觀察スレハ私益ノ目的ハ公益ニ歸シ公益ノ目的ハ私益ニ歸スルハ屢々法律家ノ論難スル所ナリト雖トモ須臾ラク二者ノ相關聯スル所ヲ離レテ其方向ノ差異ヲ舉示セハ國際公法ハ國家直接ノ國權の交渉關係ニ屬シ即チ主トシテ公益關係ナリト云フヲ得ヘク國際私法ハ國民間相互ノ利益衝突ニ關スル準據法ヲ定ムルモノナルヲ以テ主トシテ私益ノ保護ニ關スルモノナリト云フモ理ナキニアラス例セハ一國民カ外國ニ於テ取引シタル財産權ニ就キ其權利ノ内容ト保護トヲ決スル準據法ハ即チ國際私法ノ論定スル所ナリト雖トモ其得タル財産權ヲ掠奪セラレタル場合ニ被害國民ノ本國カ加害國民ノ政府ニ對シ是カ賠償又ハ膺懲ノ爭議ヲ爲スハ則チ國際公法上ノ關係ニ屬スルカ如キ是ナリ即チ二者ハ區劃シタル觀念ヲ以テセハ明カニ分別セララルルモ而カモ又二者ハ一面ニ於テ互ニ主トナリ又ハ從トナルノ連鎖關係アルコトヲ免レサルモノトス此ノ聯絡スル狀態ニ於テ屢々國際法學

者間ニ國際公法ト國際私法ノ主從ノ關係ニ就キ觀察ノ異ルモノヲ生シタリ即チ「フアンバール」Don Bar氏ノ如キハ國際私法ハ國際公法ノ一部ナリト論シ「ツイテルマン」Vielmann氏ノ如キハ國際公法ヲ以テ國際私法即チ抵觸法規ノ補助法ナリト説明セリ然ト雖トモ畢竟一方ニ偏重シタルノ非難ヲ免レサルヘシ今具體的ニ國際私法ト國際公法トノ異ル點ヲ舉示スレハ凡ソ左ノ如シ

一 法律關係及其主體同シカラス 即チ國際公法ハ國際國家ノ權利ヲ確定シ且ツ實行スル所ノ規則ヲ總括シ其主體ハ國家其モノナリト雖トモ國際私法ハ國民ノ私的關係ノ準據法ニ關スル法則ヲ概括スルモノニシテ其主體ハ國庫トシテノ國家又ハ一私人及ヒ法人是ナリ

二 權利保護ノ形式ニ於テ同シカラス 即チ國際私法上ノ權利ニ就テハ各國ノ裁判所共通ニ之カ管轄ヲ有シ其審判及ヒ執行ニ依リテ其權利保護セララル之ニ反シ國際公法上ニ於テハ海牙ノ永久仲立裁判所ノ新設ノ如キヲ除クノ外戰爭報復仲裁判斷等ノ如キニ依ツテ權利實行セラル

國際私法ヲ以テ國內法ナリトスル學者ハ尙ホ二者ノ間ニ立法的差異アリト稱ス

即チ國際公法ハ各國ノ共同行爲ニ依リテ成立スルモ國際私法ハ各國主權者カ國內ノ立法手續ニ依リ任意ナル裁定ニヨルモノナリト説明ス然レトモ此觀念ハ予輩ノ採ラサル所ナリ

第四章 國際私法ノ沿革

第一節 種族時代ノ觀念

一 羅馬法系

今日ノ民法刑法ハ勿論一般ノ公私法ハ其淵源ヲ羅馬法ニ汲マサルモノ殆ント之ナシト雖トモ羅馬法カ國際私法ニ貢獻スル所甚ク尠シ然レトモ尙ホ斯法ノ研究ヲ羅馬法ニ參酌セサルヘカラサル所以ハ中古法學者カ常ニ斯法ノ研究ニ羅馬法ヲ採用シタルヲ以テナリ「サビニ」ノ如キモ所謂場所的法律適用論ノ根據ヲ羅馬法ニ索メタリ抑モ羅馬法ノミナラス古代ノ種族的人民ノ間ニハ各自ノ種族ハ其尊崇スル神ノ特別保護ノ下ニ立ツトノ觀念行ハレタルヲ以テ種族團體ハ各々其國境ヲ出テス國ト國トノ交渉即チ國際關係ナルモノノ存立スルコト極メテ稀ナリキ然レトモ羅馬勃興ノ初期ニ於テ「カルターゴ」ノ如キ近國ト條約ヲ締結シタル

事實アリ「チチエロ」ノ法律書義務編中ニ人類共同社會 *Communis humani generis Societas* ナル語アルヨリシテ學者ハ羅馬ニ夙ニ國境外ニ關スル法律思想アリト論スルモノアリト雖トモ恐クハ當時一二學者間ニ進歩シタル觀念ノ存シタリト謂フニ過キサルヘシ各種人類ノ共同關係ヲ一團ト觀タル法律觀念ハ即チ國際法ノ根據ナルヲ以テ其觀念ノ發達シタル後ニアラサレハ拘束力アル國際私法ノ存在ヲ認ムル能ハス其後羅馬帝國ノ勃大ヲ來タスト共ニ外國人ノ入り來リテ彼我ノ法律關係ヲ生スルニ方リ國際私法又ハ州際私法ノ發達ヲ觀ルニ至レルモノトス其最初ニ特筆セラルヘキモノハ彼ノ種族法 *Ius gentium* 是ナリ種族法ハ當時萬民同權法 *gnod epud omnes gentes paraque Cusio dicitur* 稱セラレ市民法 *Ius civile* ニ對立ス即チ市民法カ羅馬國民ヲ支配スル爲メニ適用セララルニ反シ種族法ハ羅馬國民ヲ除キタル他ノ種族ヲ同等ニ保護スル爲メニ制定セラレタルモノナリ蓋シ羅馬不斷ノ膨脹ハ各國民ヲ配下ニ統御スルニ當リ在來ノ市民法ニ適合セサル法律行爲ヲモ採用シ之ニ法的效力ヲ認メ保護セサルヘカラサルニ至リ他種族ノ法規及ヒ域外慣習ヲ斟酌シ固有ノ法規ヲ緩和シ補充シ變更スルニ至レルナリ是ヲ以テ

種族法ナルモノハ域外各地ノ法ヲ比較研究シテ一種ノ内容ヲ異ニシタル自國法規ヲ作りタルモノト謂フヘキナリ故ニ純然タル國內ノ特別法ニシテ外國法ノ效力ヲ其儘自國內ニ認ムル今日ノ國際私法トハ其根本ニ於テ等シカラサルナリ實ニ「キップ」氏ノ論スルカ如ク當時ノ羅馬ハ外國人ノ交通異國籍ノ人類相互ノ法律關係ニ於テ今日ノ如ク屬地主義ノ觀念又ハ屬人主義ノ立脚點ヨリ解決スヘキ國際私法ノ生スヘカリシナランモ羅馬ハ策此處ニ出テスシテ域外人ノ其固有法ニ全ク關係ナキ第三法即チ種族法ヲ作りタルモノナリ而シテ此種族法ノ如何ナルモノナリシヤハ今日ニ於テ詳ナラス恐ラクハ親族相續ノ範圍ニ於テハ域外人ニ各種族ニ屬スル法ヲ適用シタリシモノト推察セラレ其後種族法ノ適用増大スルト共ニ固有ノ市民法ハ却テ種族法中ニ混入セラレ「カラカラ」帝ノ時羅馬國內ノ住民ニ總テ市民權ヲ與フルニ當リ斯ル特異ノ法ノ存立ヲ失フト共ニ國際的法律ノ發達ヲ觀ルコトナキニ至レリ

二 日耳曼法系

翻テ日耳曼民族ノ斯法ニ關スル事蹟ヲ觀ルニ紀元第五世紀ヨリ第九世紀ニ互リ

テ存在シタル日耳曼法令即チ *Ieges Paroborum* ニ於テハ屬人法 *Personalrecht* (又ハ *Rassen recht* 種族法) ヲ採用シタリ蓋シ日耳曼民族ノ初メ同盟團體トシテ國家的組織ヲナシ後掠奪者トシテ羅馬國ニ移住スルヤ羅馬人ト日耳曼人トハ其異ル種族ニ異ル法ヲ適用セントスルニ出テタルナリ是ヨリ先キ日耳曼民族カ同盟スル時ニ既ニ各種族ハ各々其自己ノ生國法ニ從ヒ規律セラレンコトヲ主張シタリ「ゴバルドウス」僧正カ神聖路易王ニ呈セシ書中ニ「爰ニ國人集レハ此國人各異レル法律ニ依リテ生活ス」トハ能ク當時ノ狀況ヲ表ハシタルモノナリ是ヲ以テ人種ノ雜居甚シキ處ニ於テハ法律行為又ハ訴訟ノ當事者カ何レノ國法ニ屬スルカラ宣言スルノ習慣行ハレタリ「羅馬ニ屬スル余ハ羅馬法ノ下ニ生活スルコトヲ爰ニ宣言ス」ト云フカ如キ是ナリ所謂 *Professio juris* 是ナリ此宣言ニ依リテ法律關係ヲ明瞭ニ爲シ通用法律ノ選擇ヲモ爲シ得タリシナリ(但シ任意的ニアラス) 此ノ「レ」ゲルスバルバロームノ國際私法的法則ハ略左ノ如シ

一 私法關係ハ父ノ系統ニ依ル

二 妻ハ夫ノ法律ニ從ヒ寡婦ハ再ヒ其ノ出生法ニ從フ

- 三 契約上ノ義務者ハ出生法又ハ宣言シタル法ニ依リテ義務ヲ負フ
- 四 相續ハ被相續者ノ種族法ニ依ル
- 五 不法行爲ハ被害者ノ出生法ニ依ル故ニ生命賠償額ハ被害者ノ種族法ニ依ル

六 寺院ハ羅馬法ニ依ル但シ僧侶ハ出生法ニ從フ

爰ニ注意スヘキハ前掲ノ屬人法即チ種族法ハ今日ノ所謂本國法主義又ハ屬人主義ト其意義ヲ異ニスルコト是ナリ「ローラン」氏カ曾テ之ヲ混同シ「レーゲル」氏カ「バロールム」ノ屬人法ハ近世ノ本國法主義ノ淵源ナリトセルハ一般ニ氏ノ誤解ナリト認メラル近世ノ所謂本國法主義ナルモノハ今日ノ各國法ノ自負心即チ統一國民ノ本國法ハ一定ノ範圍内ニ於テ各國法ノ抵觸ニ打勝ツテ適用セラレサルヘカラサルノ主張ニ基クモノナリ是ニ反シ「レーゲル」氏カ「バロールム」ノ屬人法ハ所謂種族法ト稱セララルモノニシテ種族固有ノ法律ハ絶對ニ凡テノ場合ニ適用セラレヘキモノナリトスルニテ自國ノ法治ヲ自負スルニ出ルモノニアラサルナリ二者全ク其根本ノ觀念ヲ異ニス然レトモ獨逸人ハ今日尙ホ中古日耳曼民族ノ

屬人法ハ今日ノ本國法主義ヲ産メルモノナリト誇稱ス斯ル思想ハ斯學ノ圓滿ナル解説ニ事實上支障ヲ來スコトニ留意セサルヘカラス英米主義ノ如キハ我裁判所ハ普通法ヲ適用スルノ外適用スルモノナシト宣言シタルコトアルカ如ク今日ニ於テモ本國法主義ヲ認ムルヲ欲セサル風潮アリ

第二節 封建時代ノ觀念

封建制度ノ最モ盛ナル時代ニ於テハ國際私法ノ存在スル餘地ナシ蓋シ封建制度ハ各國相互ノ交通ヲ杜絶シ隨テ國境外ニ於ケル私法的關係ヲ收熄セシムルヲ以テナリ然レトモ社會生活ノ趨勢ハ斯カル絶對的ノ國境封鎖ヲ實現スルニ由ナク消長ノ間ニ多少ノ國際私法的關係ヲ持續セリ以下封建制度ノ最モ嚴守セラレタル時代ト漸ク交通ノ緩和セラレタル時代トニ分テテ其間ニ於ケル斯學ノ沿革ヲ觀察セントス唯茲ニ注意スヘキハ何レノ國史ニ於テモ封建制度若クハ之ニ類似シタル時代ヲ經過セサルコトナシト雖トモ其ノ年代ハ各國必スシモ同一ニ出ツル能ハス隨テ一定ノ世紀ヲ限リテ是ヲ説明スル能ハスト雖トモ其封建時代ニ於ケル國際私法ノ觀念ハ殆ント一樣ノ理論ヲ以テ觀察シ得ヘキモノトス

第一 嚴守時代

日耳曼民族ノフランケン國漸ク分裂シ第十一世紀以後ニ至リテハ各地ノ王侯各々其領土ヲ擁シテ樹立シ領内ノ土地所有者ニ忠順ノ誓約ヲナサシメ壘ヲ高ウシテ漫リニ外人ノ交通ヲ許ササリキ斯カル時代ニ於テハ屬人主義ノ如キハ小主權者ノ甚タ悦ハサル所ニシテ獨リ屬地主義勢力ヲ恣ニスルニ至ル蓋シ屬地主義ハ領土内ニ存スル人ト物トヲ問ハス絶對ニ所在地法 *Lex eni sine* ニ從ハサルヘカラサルヲ原則トスルヲ以テナリ斯カル觀念ハ洋ノ東西ヲ問ハス封建制度ニ必ラス隨伴スヘキ觀念ニシテ當時ノ學者ノ所謂財產ハ人ニ從屬スルニアラスシテ財產ハ却ツテ人ヲ牽引ス *Bona personam non sequitur sed personam ipsam adse trahunt.* トノ法則行ハル當時行ハレタル日耳曼ノ屬地主義ハ王侯ノ權力漸ク増大スルニ及ヒ益々他國人ノ權利又ハ能力ヲ制限シ土地ノ所有ヲ禁止シ相續ニハ重稅ヲ課シ甚タシキハ遺產ハ總テ死亡地ノ領主ニ歸屬スルモノトスルニ至レリ斯カル觀念ハ日耳曼民族ノ法制史上「サクセンスピーゲル」*Sachsen spiegel*「スワーベンスピーゲル」*swaben spiegel*ノ二法典ニモ

表明セラル即チ前者ノ第一卷第三條ニ各外來人ハ「バイヤー」人タルト「スワーブン」人タルト「フランケン」國人タルトヲ問ハス「サクセン」國ニアル遺產ハ此國法ニ從ヒラ之ヲ取得シ決シテ其者ノ國法ニ從ハサルヘシト規定シ後者ノ第一章三十二節ニ一國ヨリ他ノ國ニ來リ其國ニ在ル財產ニ就テ訴ヲ爲サント欲スル者ハ其國法ニ從ヒ決シテ自己ノ國法ニ從ハサルヘシトノ規定ノ如キ即チ是ナリ然レトモ斯カル國民ノ國際生活ヲ無視シタル國法ノ如キハ文運ノ發達ニ伴ヒテ永ク存在スルヲ得サルハ勿論ナリトス是ヲ以テ商工業ノ發達ニ伴ヒ地中海沿岸ノ貿易盛大トナリ一方ニハ十字軍ノ如キアリテ地方割據ノ勢力ヲ混和シ遂ニ日耳曼民族ノ屬地主義ノ極端ヲ緩和スルニ至レリ

日耳曼民族ノ封建制度ト同一ナル國際私法ノ觀念ハ佛蘭西及和蘭ニ於テモ觀ルヘキ沿革ヲ爲セリ佛蘭西ニ於ケル國際私法ノ發達ハ第十六世紀ノ後半期ニ於テ「ダルチアントレ」一派ニ依ツテ助長セラレタリト雖トモ第十一世紀ヨリ第十四世紀頃ニ至ルマテノ間ハ佛國ノ王權來タ確立セス主トシテ地方慣習ニ依ル封建的法則行ハレタリ和蘭ニ於テモ亦第十七世紀ニ至ルマテ

ノ間ハ全ク佛國ト其例ヲ同シウシ漸ク國際的法規ヲ覺知スルニ當リ是ニ對シテ「ウルクス、フーバー」カ法理的解説ヲ試ミタルハ沿革上注意スヘキ事項ナリトス同氏（一六三六—一六九四年生）ノ説ク所ニ依レハ法律衝突ノ場合ニ關スル根本原則ハ之ヲ羅馬法ノ「ユースゲンチウム」ニ依リテ解決セラルヘキモノナリトシ之カ基礎トシテ

一 一國ノ法律ハ其國境內ニ於テ一切ノ臣民ヲ拘束ス但シ其效力ハ國境外ニ出ツルヲ得ス

二 一切ノ國民トハ永久的ナルト一時的ナルトヲ問ハス總テ國內ニ在ル者ヲ云フ

三 各國主權者ハ他國ノ主權者又ハ他國人民ノ權力若クハ權利ヲ害セサル限リニ於テ常ニ各國ノ施行スル法律ノ效力ヲ保有スルコトニ力ムヘシトノ三大公理ヲ發表シタリ若シ氏ハ羅馬ノ國法ハ羅馬ノ全領土內ニ於テ種族ノ異ナルヲ問ハス市民外ノ者ニ對シテハ同一ニ「ユースゲンチウム」ヲ適用シタルノ事蹟ニ則リタルモノナレトモ領土內ノ人民ヲ其國籍ノ如何ニ關セ

ス之ヲ國民視スルカ如キハ今日ニ於テハ到底認めララルヘキモノニアラス唯僅カニ第三ノ法則ニ依リ權力若クハ權利ヲ害セサル限度ニ於テ各國法律ノ效力ヲ相互ニ保有スヘキコトヲ説明スルニ至リタルハ多少斯學ノ根本ヲ開拓シタルノ效アルモノト謂フヘシ

第二 緩和時代

後ニ説クカ如ク第十四世紀ニ於テ伊太利ノ「バルトールス」一派ノ學說盛ナルニ及ヒ各國ノ封建制度モ亦漸ク弛緩シ漸次國際私法ノ學理モ亦發達ノ曙光ヲ認ムルニ至レリ前述ノ佛蘭西ノ如キハ第十五世紀ノ頃マテハ全ク嚴守セラレタル封建制度ノ思想ニ束縛セラレタリト雖トモ屬地主義ノ緩和セララルニ及ヒ鎖國的法則ハ一種ノ解釋法ニ依リ却テ涉外的ノ法則ヲ發生スルニ至リタルハ注目スヘキ事實ナリトス即チ不動産ニ關スル法則トシテ不動産上ノ權利ハ其所在地法ニ依ルヘシトノ原則ニ就キ封建時代ニ於テハ之ヲ絕對的ノモノトシ他國ノ同一ナル法則ニ對シ何等ノ顧慮ヲモ施ササリシト雖トモ之ヲ相對的ニ解釋スルニ至リ不動産ハ各國其所在地法ニ從フヲ法則ト

スルヲ以テ各國ノ法律ハ等シク其國境ヲ越エサルモノナリ從ツテ他國カ一國ノ不動産ニ關スル法律關係ニ就テモ亦其所在地法ニ從フヘキモノナリトノ解釋ヲ認メ不言ノ間ニ所在地法カ他國ニマテ及フト同一ノ效力ヲ認容シタル如キ是ナリ畢竟是等ノ解説ハ從來封建制度ニ於テ發達シタル法則即チ法律ハ國境ヲ越エス又ハ法律ノ效力ハ立法者ノ境內ニ限局ストノ思想ヲ其儘ニ保存シ而カモ時運ノ進歩ニ迫ラレ曲解シテ之カ緩和ヲ試ミタルモノトス然レトモ國際私法ノ必要ハ斯カル曲解的觀察ノミヲ以テ満足セラルヘキモノニアラス第十六世紀ノ半ハニ至リ同國ノ「ダルヂアントレー」氏出ツルニ及ヒ伊太利ニ發達シタル法則說ヲ採用シ所謂法則三分說ナルモノヲ確立スルニ至レリ然レトモ「ダルヂアントレー」氏ノ法則三分說ハ要スルニ封建法ノ擁護者トシテ立論セラレタルモノナルコトヲ注意セサルヘカラス即チ氏ハ總テノ法律ヲ物件法人事法混合法ノ三者ニ區別シ物件法ハ絶對ニ物ノ所在地法ニ從ハサルヘカラス混合法ハ一面人ニ關スルモ他ノ一面ニ於テ物ニモ關スルヲ以テ物ノ所在地法ニ從フヘキモノナリトシ何レニモ屬地主義ヲ鼓

吹シ唯僅カニ人事法ニ屬スルモノノミヲ以テ屬人主義ニ依ルヘキモノナリトセリ然レトモ例セハ未成年者カ不動産ヲ處分スルヲ得スト云フ法規ノ如キハ人ノミニ關スルニアラスシテ不動産ニモ關シ農夫ト貴族トニ依リ相續分ヲ異ニスル如キハ身分關係ナルモ尙ホ財產ニモ關係ス是等ノ身分ト財產トニ兩屬スルモノノ如キハ尙ホ混合法ニ屬スヘキモノナルヲ以テ屬地主義ニ依ルヘシト説明セリ當時佛國ノ諸俗ハ此說ヲ歡迎シタリト雖トモルイ十四世ノ統一時代ニ際會シ同氏ノ說ヲ一般ニ行ハルルコトナクシテ消滅セリ

第三節 法則三分說

法則三分說ナルモノハ第十四世紀ニ於テ其源ヲ伊太利ノ「バルトールス」ノ所說ニ發ス是ヲ以テ法則三分說ヲ知ラント欲セス先ツ「バルトールス」ノ説明ヲ了解セサルヘカラス

「バルトールス」ハ紀元千三百十四年伊太利ニ生レ當時伊太利ノ「ボロニヤ」大學ヲ中心トシタル「グロツサートル」ノ學派ニシテ後註釋家「Post- glossator」トシテ有名ナル學者ナリ當時伊太利ニ於ケル私法的國際關係ハ敍上ノ佛獨ニ於ケル封建制度ト異

リ各地ニ發達セル自由市ノ自治制度ニ基クモノナリ蓋シ第十四世紀以來獨佛ノ封建制度益々確立スルニ當リ伊太利ノ小工業市ハ各地ニ小ナル共和的自治制度ヲ形成シ第十二世紀頃ニ至リテハ是等ノ自由市ハ殆ント皆自治ヲ完成シ各別ニ「スタチユータ」Statutaト稱スル特別法ヲ發布スルニ至レリ然ルニ此スタチユータハ各市同一ニ出ツル能ハス恰モ小獨立國カ各自ノ國法ヲ有スルカ如ク各市ノ交通頻繁ナルニ至リ今日ノ如ク法律牴觸ノ解決ヲナスヘキ法則考究ノ必要ヲ生シタリ是カ研究モ亦當時伊太利ニ勃興シタル羅馬法ノ註釋家ノ手ニ依リタルハ蓋シ自然ノ數ナリト謂フヘシ

「バルトールス」ノ所説ハ今日ヨリ觀レハ固ヨリ非難スヘキ點少カラスト雖トモ其説ク所尙ホ今日ニ原則トシテハ行ハルルモノ少カラス當時ノ第一ノ懸案タル羅馬法ノ普通法則ト自由市ノスタチユータト牴觸スル場合ニ就キ「バルトールス」ハ羅馬法ヲ以テ各地ヲ支配スル普通法ナリトシ「スタチユータ」ヲ以テ其特別法ナリト認メ二者相牴觸スル場合ニ於テハ特別法ハ即チ特殊ノ事情ノ下ニ成立シタルモノナルヲ以テ此特別法「スタチユータ」ニ準據スヘキモノナルコトヲ論定セリ「バ

ルトールス」ハ「スタチユータ」ノ效力ハ人ト物ニ對シ如何ナル適用カヲ有スルカヲ研究スル爲メニ問題ヲ二類別セリ即チ

- 第一 一地方ニ於ケル法則ノ效力ハ境外國人ニモ及フヤ
 - 第二 一地方ニ於ケル法則ノ效力ハ境外ノ土地ニモ及フヤノ問題ナリ
- 此第一ノ問題ニ付キ氏ハ主權ヲ異ニスル法則モ亦法律關係ノ異ナルニ從ヒ他主權ノ下ニ在ル國人ニモ及ホスモノナルコトヲ是認シ其行ハルヘキ各法則ノ論定略左ノ如シ

第一 契約ニ關シ其性質ニ基ツク效力ハ契約地法 Lex loci contractusニ從フ

契約ノ法式ハ契約地法ニ據ル

「バルトールス」ノ説ク所ニ據レハ契約ノ法式ハ是ヲ簡略ニスルヲ得ヘキ規定アレハ何レノ地タルヲ問ハス其地方ノ簡略手續ニ從フモ之ヲ無効ニスヘキ理由ナシ何トナレハ法式ニ從ハサルニアラサルヲ以テナリ域外人カ屬人法ニ據ラサルノ理由ノ之ニヨリテ契約ノ效力ヲ滅却スヘキモノニアラスト主張セリ

第二 物權ニ就テハ物ノ所在地法ニ據ル

此法則ハ後ニ説クカ如ク物件法ノ屬地主義ニ基礎ヲ與ヘタルモノニシテ今日ニ於テモ動産不動産ニ關シテハ一ニ目的物ノ所在地法ニ準據スルヲ原則トナス

第三 權利能力及行爲能力ニ關シテハ契約地法ヲ適用スヘカラス

此原則モ亦今日ノ身分能力ハ屬人法ニ據ルトノ大原則ヲ解決シタルモノニシテ當時ニ於ケル屬人主義ノ開拓ナリト謂フヘシ然レトモ「バルトールス」ノ説ハ現今ノ如ク必スシモ能力ニ關シテハ本國法又ハ住所地法ヲ適用セサルヘカラスト論斷シタルニアラス畢竟氏ノ力ヲ費シタルハ契約成立ノ效力ト契約ヲ爲スノ能力トハ混同スヘカラサルヲ明カニシタルモノトス

第四 消滅時効ニ關シテハ法廷地法ニ據ル若シ特定ノ債券履行地アル時ハ此履行地法ニ據ル

此精神ハ畢竟消滅時効ハ公益規定ナルヲ以テ域外人ノ訴訟ト雖トモ之ヲ裁判スルニ當リテハ裁判所所在地ノ法則ヲ變更スルヲ得スト云フニアリ此原

則ハ今日英米學者ノ固守スル所ニシテ如何ナル事情アルモ之ヲ變更セストノ基礎觀念ヲ與ヘタルモノナリ

第五 相續法ニ關シテハ左ノ法則ニ據ル

一 無遺言相續ニ就テハ其目的物ノ所在地法ニ據ル

此無遺言相續法則ニ關シテハ氏ノ説明ニ就キ特ニ注意スヘキモノアリ氏ハ本國法ニシテ人民ヲ保護スル爲メニ設ケタル規定ニ屬スルモノハ其規定ノ效力ハ外國ニ在ル本國人ヲ支配スルモノナリト説明セリ蓋シ相續ノ場合ハ人即チ相續人ニモ關シ物即チ相續財産ニモ關スルヲ以テ其適用法ヲ定ムルニハ其法ハ人民ヲ保護スル爲メニ設ケタル保護規定ナルヤ否ヤニ基ツキテ之ヲ決セサルヘカラス保護規定ナル時ハ即チ人ニ重キヲ置カサルヘカラスアルヲ以テ被相續人ノ屬人法ニ從フヘク相續財産ノ所在地法ニ從フヘキモノニアラスト云フニアリ茲ニ所謂保護規定ナルヤ否ヤノ問題ニ就テハ即チ後世ノ人事法又ハ物件法ノ區別ヲ生シタル端緒ニシテ其詳細ハ次ニ明カナルヘシ

二 遺言相續ニ關シテハ其方式ハ行爲地法ニ據ルヲ以テ足り其能力ハ必スシモ行爲地法ヲ適用スヘキモノニアラス

此法則ノ所謂遺言能力ハ前ニ説クカ如ク一般契約能力ト等シク域外人ノ能力ヲ行爲地法ヲ以テ與奪スヘキモノニアラス換言スレハ屬地主義ニヨリテ域外人ノ能力ヲ増加セサルト共ニ又之ヲ削減スルノ理由ナシト云フニアリ而シテ其方式ニ就テハ契約ノ方式ト異ル無ク方式ハ畢竟實用ト便益トヲ基礎トシ域外人ニ對シテモ其便益ヲ與フルハ毫モ行爲地法ニ損害ヲ加フルコトナシト云フニアリ

第六 訴訟手續ハ訴訟地法即チ裁判所所在地ノ法律ニ從ハサルヘカラス

此法則ハ今日尙ホ一般新法ノ原則トスル所ニシテ法廷地ハ外國人ノ爲メニ特殊ノ訴訟法ヲ定メ其裁判ヲ異ニスル能ハサルハ自明ノ理ナリト云フヘシ以上「バルトールス」ノ第一ノ設題ニ對スル自答ノ注意スヘキ要點ナリ第二ノ設題即チ一國ノ法律ハ域外ニモ效力ヲ及ホスヤノ問題ニ就テモ同氏ハ自答的解説ヲ試ミタリ然レトモ實ハ此第一第二ノ設題ハ文字ヲ異ニシテ同一ノ論題タルコ

トヲ注意セサルヘカラス何トナレハ法律關係ニ就キ第一設題ニ於ケル解説トシテ行爲地又ハ訴訟地以外ノ法則ノ適用アル事ヲ是認スルハ即チ一國ノ法律カ其國外ニモ效力ヲ及ホス場合ヲ論證スルモノニシテ自國內ニ於ケル外國法ノ適用範圍ヲ論スルモ自國法カ他國內ニ準據セラルル適用範圍ヲ論スルモ全ク同一問題ニ屬スルヲ以テナリ然レトモ氏カ其解説ニ就キテ論スル所ニ注目スヘキモノ凡ソ二點アリ其第一點ハ前述ノ如ク同氏ハ法律ニ保護規定ト然ラサルモノトアリ保護規定ハ即チ個人ノ利益ニ關スル法則ナルヲ以テ内國人ハ假リニ外國ニ在リトスルモ尙ホ其利益保護ニ從ツテ内國法ノ支配ヲ受ケサルヘカラスト論定セラルト是レナリ其第二點ハ後世所謂人事法 *Statuta personalia* 物件法 *Statuta Realia* ノ區別ノ範ヲ爲シタル所ノモノ是ナリ其説明ハ前述ノ第一設題ニ於ケル無遺言相續ニ就テノ人ニ關スルモノト物ニ關スルモノトノ觀念ニ出ツルモノニシテ氏ノ觀ル所ヲ以テスレハ人ニ關スルモノハ屬人法タルヘク物ニ關スルモノハ屬地法タルヘキモ其二者ノ何レニモ關聯スル相續ノ如キニ在リテハ何レノ原則ニ從フヘキヤニ就キ「バルトールス」ハ斯カル場合ニハ法律又ハ慣習ノ精神ニ從ヒ主トシ

テ物ニ關スル精神ナルトキハ屬地法ニ據ルヘク主トシテ人ニ關スルモノニ於テハ屬人法ヲ適用スヘシト論シ之ヲ例セハ相續ノ場合ニ於テ死者ノ財產ハ長子ニ歸スヘシトノ規定ナル時ハ財產ハ即チ其條文ノ主格ナルヲ以テ物ニ關スル法即チ物ノ所在地法ニ從フヘク若シ其規定ハ長子ハ死者ノ財產ヲ相續スヘシトアル時ハ長子即チ人ヲ主格トシタルモノナルヲ以テ人ニ關スル法即チ屬人法ニ據ルヘキモノナリト解説セリ斯クノ如ク同一意義ノ規定ヲ觀察スルニ會々文章ノ異ナルニヨリテ國際私法ヲ準據法ヲ別異ナラシメントスルカ如キハ甚タ理由ナキモノニシテ窮シタル曲論ナリト云ハサルヘカラス今日此說ニ從フモノナシ「バルトールス」ノ說ハ斯學ニ關スル伊太利學派ノ諸說ヲ統一シ其後同國ノ「バルドウス」(一七三〇年^生一七九〇年^亡)「ザリチエツト」(一七三三^生一七九二^亡)ノ二大家起リ「バルトールス」ノ說ヲ布行シテ益々其說ノ根據ヲ固メタリ當時是等ノ學者ニヨル斯學ノ法則ハ其後封建時代又ハ文學革新時代ヲ經テ幾多ノ曲折セル沿革ヲ經テ今日ノ國際私法ヲ形成スルニ至レリト雖トモ其學理ノ源泉ハ實ニ前述ノ「バルトールス」ノ所說ニ胚胎ス是ヲ以テ同氏ハ實ニ國際私法學ノ鼻祖ト稱セラレ

總テノ法則ヲ三分シテ之ニ屬地法ト屬人法ヲ配シ以テ準據法ヲ定ムルノ學說ハ今日ニ至ルマテ國際私法學者ノ立論ヲ支配スルノ觀アリト雖トモ此區別ヲ最モ明白ニシタルモノハ「ダルデアントレー」氏是ナリ然レトモ同氏ノ說ハ混合法ヲ認ムルト共ニ之ニ屬地法ヲ配スルヲ以テ能事ト爲セリ然レトモ第十八世紀ノ上半期ニ於テ佛國ニ「フロラン」(一七四六年^生一七九七年^亡)「ブールノア」(一七六八年^生一七九〇年^亡)「ブーイエー」(一七三四年^生一七九七年^亡)ノ三學者出テ何レモ斯學ニ關スル著述ヲ爲シ「ダルデアントレー」ノ法則區別ヲ採用セリ然リト雖トモ是等ノ學者ハ漸ク封建的思想ヲ說却シ人事法ノ範圍ヲ擴張セリ其所說ノ大要ハ法律ハ原則トシテ物的ナリト雖トモ人事法ハ之ト對立シテ存在シ必スシモ物件法ノ例外タルモノニアラス蓋シ人事ニ關シテハ地方ノ慣習ト法規トニ斟酌シテ内外人ノ法律關係ヲ觀察セサルヘカラス一國カ他國ニ恩義ヲ盡スヘキ相互關係ニ於テ人的ノ法律關係ニハ外國法ヲ認用スヘキモノナリト説明スルニ至レリ而シテ三氏ハ力メテ混合法ノ説明ヲ避ケタルハ注意スヘキ事項ナリ蓋シ混合法ナルモノハ必スシモ「バルトールス」ノ認メタル所ニアラス同氏ノ所謂物ニモ關シ人ニモ關スルトノ兩性的法律關係ニ就キテ論セシ所

ノモノヲ以テ後世特ニ混合法ノ名稱ヲ附シテ或ハ之ヲ物的ニシテ屬地法主義ニ據ルヘキモノナリトシ或ハ人的ノモノトシテ屬人主義ニ據ルヘキモノナリトシ其適用ノ消長ハ時世ノ變化ニ伴ウテ學者ノ論戰シタル所ナリトス故ニ沿革上混合法ニ關スル理論ハ今日尙ホ明確ナラサルモノアリ是等三氏ノ其説明ヲ避ケタルハ蓋シ故アリト云フヘシ

茲ニ一言スヘキハ英米法ニ於ケル斯學ノ態度是ナリ英國ニ於テハ恰モ獨逸ニ於ケルカ如ク第十八世紀末ニ至ルマテハ學說トシテ觀ルヘキモノ殆ント之ナシ蓋シ歐羅巴大陸諸國ニ於テハ伊太利ニ於ケルカ如ク涉外的生活漸ク頻繁ヲ來シタルヲ以テ前述ノ如ク沿革ノ觀ルヘキモノアリト雖トモ英國ハ一ノ島帝國ニシテ「アングロサクソン」ノ習慣法規ト「ノルマン」ノ夫等ト混和統一セラルルニ及ヒテハ法律ノ衝突ニ迫ラルル内外準據法ノ研究ノ如キハ必要ナシ事例ニモ遭遇セザリシナリ「レーネ」ガ論スル所ニ據レハ英國裁判所ニ於テ國際私法問題ノ起レルハ紀元一七五三年ヲ以テ嚆矢トナス同年ノ第一判例ハ佛國ニ於テ結婚シタル英國男女ノ婚姻年齡ノ準據法ニ關スルモノニシテ裁判所ハ之ニ就キ行爲地法即チ佛蘭

西法ニ據ルヘキモノトナセルナリ斯カル事例ハ當時ニアリテハ頗ル進歩シタル判例ナリト云フヲ得ヘシ從來英國ハ廣汎ナル屬地主義ヲ採リ第十九世紀ニ至リテモ「ピット」氏ノ如キハ裁判官カ他國法ニ據リテ裁判スル如キハ自己ノ義務ニ叛キ又國家ノ權利ニ反スルモノナリトシ人ノ身分及能力ニ關シテモ凡テ英國内ノ行爲ニハ英國法ヲ適用スヘキモノナリト主張セリ蓋シ英米法ハ今尙ホ屬地主義ヲ原則トシ内外人タルヲ間ハス物ニ關シテノミナラス行爲ニ關シテモ自國內ニ於テハ自國法ヲ適用スヘク住所地法及居所地法ヲ以テ屬人主義ノ準據法ト爲シ本國法ヲ以テ屬人法ナリトスルヲ認メサルナリ是ヲ以テ同國ニ發達シタル國際法ハ前述ノ法則三分説ニ依リテ開發セラレタリト觀ルヘキ理論少シ

第五章 近世ニ於ケル定理

第一節 學說

前章ニ於テ説明シタルカ如ク紀元第十四世紀ニ於テ「バルト」ル「ス」ノ法則説ハ夙ニ國際私法ノ原理ヲ闡明シタルモノナリト雖トモ其後封建制度ノ餘弊ヲ受ケ屬地主義勢力ヲ逞シウシ實際ノ不合理ヲ覺知スルニ及ヒテ屬人主義其間ニ餘蘊ヲ

伸ハシ第十九世紀ニ至ルマテハ徒ラニ屬地主義ト屬人主義トノ論戰ノ間ニ推移シ法則三分説ハ其唯一ノ討論問題トナレリ然ルニ第十九世紀ノ中世頃ヨリ獨逸ノ新學說漸ク新綱目ヲ提ケテ舊説ノ迷夢ヲ破リ次イテ新伊太利新學派ノ本國法主義成立スルニ及ヒテ國際私法ノ定理ニ一大進運ヲ觀ルニ至レリ

獨逸新思想ニ於ケル最先ノ學者ヲカルゲオルグフオンウエヒテルトナス然レトモ同氏ハ國際私法ノ新學說ヲ建造シタリト云ハンヨリハ寧ロ從來斯學ノ沿革ヲ明カニシ殊ニ法則主義ノ不確實ニシテ且ツ其三分説區劃ノ學者ニヨリ甚々錯雜セル立論アルヲ綜合分解シテ明白ナラシメ一々其非點ヲ明ニシテ現今世界ノ發達シタル趨勢ニ適合セサルモノトシ更ニ各國法ヲ互ニ認容批評スヘキノ原理ヲ明白ナラシメタルノ效甚々大ナルモノトス而シテ氏カ從來ノ說ヲ排斥シテ立テタル所ノ原則ハ左ノ如シ

第一 根本ノ原則トシテ涉外事件ヲ裁判スルニ當リ裁判官ハ先ツ以テ自國內ノ制定法ニ於テ其準據法ニ關スル明文アリヤ否ヤヲ驗シ若シ其明文アラハ之ニ據ルヘシ

第二 若シ主權者カ明文ヲ以テ涉外的準據法ヲ定メサルトキハ裁判官ハ係争ノ法律關係ニ付キ内國ニ定マリタル内國法ノ意義精神ヲ研究シ之ニ基ツキテ外國法ニ據ルヘキヤ否ヤヲ定ムヘシ

第三 若シ第二原則ノ研究ニヨリ確タル準據法ヲ知ルヲ得サルトキハ裁判官ハ内國法ヲ適用スヘシ

此第三原則ノ如キハ最モ現今ニ容レラレサルモノニシテ「ウエヒテル」ノ説ノ重キヲ爲スヲ得サリシハ其故アリト云フヘキナリ斯クノ如ク不明ノ場合ニ結局内國法ニ據ルヘキ者トセハ涉外的法律關係ハ不明ノママ常ニ内國法ノ適用中ニ陷落シ國際私法ナキニ歸着セサルヘカラス新説ヲ出サントシテ獨斷ニ陷ルモノト云フヘシ「トエール」氏ハ此説ヲ裝飾シテ競合シ來レル數法規ハ其精神上ノ關係ヲ研究シ更ニ如何ナル程度マテ數法規互ニ相讓步セント欲スルヤハ研究セサルヘカラスト論セルモ國際私法ノ理論的前提ナクシテ法規本體ニ其讓步スル程度ヲ研究スル如キハ不能ノコトニ屬ス

紀元一八四九年ニ至リ歴史學派ノ泰斗「フォンザヴィニー」氏ハ「現今羅馬法ノ系統」

Savigny, System des heutigen römischen Rechts VIII S. 1-367ト題スル書中ニ於テ法律效カノ場所的管轄 Räumliche Herrschaft der Gesetzeヲ論究シタリ其所説ハ「ウエヒテル」ノ論スルカ如ク國內法ニ於テ法律衝突ノ場合ニ於テ適用スヘキ準據法ヲ定メタル時ニ裁判官カ其國法ニ遵フヘキハ最早學者ノ論スヘキ餘地ナシト雖トモ現今準據法ヲ明定シタル法律ハ甚タ僅少ニシテ其規定アルモノニテモ僅カニ數ヶ條ニ過キス思フニ文明國間ニ國際團體ヲ組織スルト等シク文明國民間ニモ法律ノ共同團體アルモノト觀サルヘカラス各國ノ法律ハ各自統治上特異ノ法律規定ヲ顯ルコトナキニアラスト雖トモ等シク優劣ナク人類ノ共同法益ヲ成ス所ノモノニシテ恰モ一國內ノ各地ニ異ル法律ヲ施行スルモノノ如ク觀察スルヲ得ヘシ是ヲ以テ他國ノ法律ヲ適用スヘキ事案ニ該リテハ其事案タル法律關係ノ性質ヨリシテ優劣ナク内外法ノ何レカヲ適用セサルカラス而シテ其適用ノ標準ハ即チ法律管轄ノ場所的關係ニ屬シ各法律關係ノ特別ノ性質ニ基ツキテ異ル法律ニ所屬シ又ハ服從スルモノナリ其特別性質ニ基ツキテ探查シ得タル所ノモノハ即チ法境ニシテ法律關係自身ノ本據の存在スル所ナリ此法律關係ノ本據ニ從テ裁

判スルハ即チ裁判官ノ義務トセサルヘカラサル所ニシテ不明ノ場合ニ內國法ニ從ツテ以テ能事トスルカ如キ封建的思想ニ束縛セラレタルモノナリト痛論セリ此クノ如ク氏ニ依リテ開發セラレタル各國ノ法律團體ナル思想ハ實ニ國際私法ノ根據ヲ成ス所ノモノナリ然リ而シテ氏ハ各法律關係ニハ大略三ノ本據アルヘキヲ述ヘタリ即チ其一ハ身分又ハ相續關係ノ如ク人ノ住所ヲ本據トスルモノ(未タ住所地法ノ舊套ヲ脱セス)其二ハ不動產ノ如ク其所在地ヲ本據トスルモノニシテ第三ニハ債權關係ノ如キハ履行地ヲ本據トスヘキモノナリト然ルニ同氏ハ更ニ右ノ原則ノ例外トシテ外國法ノ適用ヲ許ササルニ二箇ノ場合ヲ論シタリ其場合左ノ如シ

第一 強行的性質ヲ有スル法律(同書第八卷三四頁乃至三七頁及一六〇頁乃至一六二頁)

此點ニ付キ「サヴィニ」氏ハ法律ヲ二大別シテ任意法及強行法トナシ其強行法ニ於テ更ニ細別シテ權利者ノ利益ノミニ係ルモノト主トシテ國家ノ公益ニ係ルモノトノ二トナシ爰ニ所謂例外ヲナス所ノ強制的性質ノ法律トハ即

チ此主トシテ國家ノ公益ニ係ルモノヲ指示スルニテ此種ノ法律關係ニ於テハ絶對ニ外國法ヲ容ルル餘地ナク内國法ノ獨斷ニ歸スヘキモノナリトセリ例セハ多妻主義ノ土耳其人カ獨逸國內ニテ重婚ヲ受ケントスル如キ又ハ猶太人カ土地所有權ヲ主張スル如キハ絶對ニ獨逸法ノ認容スルヲ得サル所ナリ然リ而シテ任意法ノ部類ニ屬スル所ノモノハ即チ氏ノ前掲ノ原則ニ基ツキ各國法共同體ノ法規トシテ法律關係ノ性質ニ基ツキ内外法平等ニ適用力アルヘキモノトス

第二 自國內ニ全ク存在ヲ認ムル能ハサル法律制度

例セハ奴隸ノ制度妻ニ身體刑ヲ科スル夫權又ハ使用者ヲ監禁スルノ權ノ如キモノニシテ内國制度ニ於テハ絶對ニ存在ヲ認メサルモノハ到底國法上ノ保護ヲ與フヘキモノニアラスト謂フニ在リ

以上「サヴィニー」ノ説ハ從來法則三分説其他ノ諸説ニ對比スレハ實ニ隔世ノ感アリ此新思想ハ迅速ニ世界學者ノ贊助ヲ得索孫民法「ツューリッヒ」私法ノ如キハ此ノ説ヲ採用シテ國際私法的规定ヲナスニ至レリ然レトモ「サヴィニー」ノ説ハ現今

非難セラルヘキ點ナキニアラス其注目スヘキ第一ハ當事者ノ住所地ヲ以テ債權關係ノ本據トシタル點ニシテ其第二ハ法律關係ノ性質トハ如何ナルモノナルヤ即チ法律上ノ效果ヲ發生スル事項ナルヤ否ヤヲ決定スヘキ標準ヲ示ササルコト是ナリ蓋シ債權關係殊ニ双務契約ノ如キハ双方ノ當事者カ權利義務ヲ有シ而シテ其當事者カ住所ヲ異ニシ國法ヲ同シウセサル時ニ於テハ住所地法ニ從フノ原則ヲ適用スルニ由ナク法律關係ノ性質ニヨリ其本據ヲ定ムル説ノ如キモ既得權説ニ於ケルカ如ク循環論法ニ陥ルノ譏ヲ免レス然レトモ其後「ウキン」ド「シャイド」「パール」「ボルネコン」等ノ學者ニ依リテ「サヴィニー」説ハ修正補足セラレ殊ニ伊太利學派ノ本國法主義一般ニ採用セラルルニ及ヒ第一ノ住所地法主義ニ對スル非難ハ除却セラルルニ至レリ第二ノ非難點ニ付キ「ボルネコン」氏ハ普國法境論ニ於テ「サヴィニー」氏ノ説ヲ祖述シ各法律關係ハ其性質上從屬スヘキ法境ニヨリテ決セサルヘカラストナシ而シテ所謂法律關係ナルモノニハ當事者ノ目的物、效果及行為ニ關シ其法境即チ本據ヲ探索シ以テ適用セラルヘキ法律ヲ定メサルヘカラスト開説セリ蓋シ人ノ行為其他ノ事實ニ付キ法律上ノ關係ナルヤ否ヤヲ決スヘキハ

必スシモ先提トシテ云ヒ出スヘキ法律ナカルヘカラサルノ理ナク其事實關係ノ
 特種ニ依テ普通ニ決セラレ得ヘキ所ノモノナリ或ハ嚴格ニ事實關係ヲ以テ法律
 的關係ナリト論斷スルニ當リテハ國法の根據ヲ必要トセサルヘカラサル場合
 ルヘシト雖トモ其點ニ付テハ恐ラク事物自然ノ事情換言スレハ一般ノ法律の觀
 念ヲ以テ之ヲ論斷スルノ外ナカルヘシ是ヲ以テ「フホン、パール」氏ハ新ニ事物自然
 ノ性質ニ基クトノ説ヲ提供シテ現今ノ獨逸學派ヲ風靡スルニ至レリ
 「フホン、パール」氏ハ國際私法ヲ以テ人ノ國籍、居所、物ノ存在地、受訴裁判所ノ所在地
 ノ法律ニ依ツテ各地ノ法規ノ事物自然ノ結果ヲ研究スルモノナリト爲シ且ツ論
 シテ曰ハク爰ニ所謂事物自然ノ結果トハ簡單ナル語ヲ以テ説明スルヲ得ズ國籍
 及裁判所ノ國際問題ニ付テハ法律又ハ國際條約ニ依リテ其原則ヲ規定スルコト
 甚タ必要ナレトモ事物自然ノ結果ニ遵由スルニハ頗ル討究ヲ要スルヲ以テ立法
 及國際條約ニ於テハ大ニ注意シテ規定ヲ制限スルニ如カヤ學者或ハ立法若クハ
 國際條約ヲ以テ完全ナル基礎ヲ定ムルニアラサレハ國際私法ハ結局不完全ニシ
 且ツ薄弱ナルヲ免ルル能ハスト論スルモ事物自然ノ事情ハ斯クノ如ク一般ニ

於テ一定スルヲ得ヘキモノニアラス各國ノ裁判例カスル立法及條約ニ反對スル
 傾向アルハ其證ナリト蓋シ「パール」氏ノ説ハ全般ノ事物ヲ抽象シテ其事情ヲ明カ
 ニスルヲ以テ基本トスルモノナリト雖トモ所謂事物自然ノ結果又ハ其事情ナル
 モノヲ分解シタル理論ニ於テハ未タ觀ルヘキ説明ナキモノト謂フヘシ從來ノ學
 說ハ此事物自然ノ結果ニ於テ必要ニ迫ラレ其理論ヲ説明セントシタルモノニテ
 學問上ノ研究トシテハ「パール」氏ニ依リテ未タ十分ノ解説ヲ與ヘラレタルモノト
 謂フヲ得ス

第二節 本國法主義ノ勃興

從來ノ沿革ニ於テ述ヘタル如ク人ノ身分能力ノ如キハ人事法ニ屬シ涉外的效力
 アルモノト論セラレタルモ其基本ハ常ニ人ノ住所ヲ標準ト爲シタリト雖トモ千
 八百六十五年伊太利法典ニ採用セラレタル本國法主義ナルモノハ一般ニ是認セ
 ラルルニ至レリ此ノ學說ハ「マンチニ」以來ノ伊國派ノ學者ニ依リテ主張セラレ
 タリ其論據トスル所ハ曰ハク多數ノ法律ハ人格ノ發表ナリナリ而シテ人格ハ國
 籍ニ依リテ定マルカ故ニ又之ヲ國籍ノ發表ナリト云フヲ得ヘシ換言スレハ外國

ニ於テモ各人ノ國籍ハ承認セラレサルヘカラサルト共ニ人格モ亦等シク外國ノ承認ヲ得サルヘカラスト「ローラン」氏ノ如キハ熱烈ナル同情ヲ以テ氏ノ説ヲ宣傳シタリ同氏ノ國際民法論ニ説ク所ニ據レハ身分ニ關スル法律カ人法ナルコトハ其法律ハ國籍ヲ構成スル各種ノ有形無形ノ狀態ヨリ生スル結果ニ一致スルヲ以テナリ即チ人ハ到ル所國籍ヲ伴フカ故ニ身分ニ屬スル法律モ亦常ニ人ニ從ハサルヘカラス昔時ノ學者カ人法ニ就テ論シタル所ノモノハ直チニ移シテ本國法ノ基礎トシテ説明スルヲ得本國法ハ豈ニ吾人ノ骨ノミナランヤ實ニ吾人ノ血液ト共ニ吾人ノ血管ヲ循環ス何トナレハ吾人ハ父母ヨリ享クル血液ト共ニ吾人ノ國籍ヲ獲得スルヲ以テナリト一八七四年國際法協會ニ於テハ此ノ説ニ從ヒ身分能力親族協議ニ關スル抵觸問題ニ就テハ住所地法ニ代フルニ國籍ノ法律ヲ以テスルヲ原則ト爲スヘント決議シ各國法制モ亦此ノ説ヲ採用スルニ至レリ然レトモ今日ノ正當ナル觀察ヨリ云ヘハ本國法主義ヲ是認スルハ要スルニ國際共同關係ニ於テ外國ニ在ル外國人ノ私權ヲ尊重保護スル所以ニ出ツ一私人カ其本國ト密接ナル關係ヲ有スヘキコトハ今日ノ國際法上輕視スルヲ得サル所ナル

ヲ以テナリ然レトモ爰ニ注意セサルヘカラサルハ本國法主義ノ擴張ハ國法ノ不同ヲ國際私法ノ範圍ニ擴張スルノ虞アルコト是ナリ蓋シ私法上國籍ヲ重ンスルノ甚シキニ過クル時ハ國際交通ヲ制縛シ終ニ夫ノ種族法時代ニ再ヒ還ラシムルモノナルヲ以テナリ又注意セサルヘカラサルハ本國法主義ノミニ依リテ尙ホ法律管轄ヲ定メ難キ場合アルコト是ナリ本國ノ不明換言スレハ國籍ノ重複又ハ絶無ナルコト往々之アルヲ以テナリ此ニ於テ住所地法主義ハ國際私法ニ尙ホ今日ニ捨ツル能ハサルモノアリ

第六章 外國法

第一節 外國法ノ地位

國際私法ノ理想ヲ以テ云ヘハ「サヴィニー」ノ道破シタル如ク所謂各國民ノ法律共同團體ノ繩規ヲ以テ國際私法ノ任務トスル所ニシテ其理想ノ發達スル終局ハ各國法規ノ融合一致シテ私抵觸スルナキニ在リ然レトモ斯ル希望ハ各國民ノ風俗習慣其他ノ國情カ最美ノ文明ヲ以テ陶冶シ盡サレタル黃金時代ヲ想像スルニアラスンハ蓋シ實現スルヲ得サル所ノモノナリ是ヲ以テ今日ノ國際私法ト內國法ト

一致セサル外國法ノ存在ヲ前提スルモノナリ而シテ外國法ハ外國法其モノトシテ各國間ノ認容適用ヲ受ケ各國法ノ私牴觸スル點ヲ融和セシムルモノナリ然ルニ裁判官カ實際外國法ヲ適用スルニ當リテ其適用ヲ爲ササルヘカラサルノ理由ニ至リテハ種々ノ學說アリ

前ニ説明シタル如ク「サヴィニー」ノ唱フル所ニ依レハ法律共同團體ノ一員トシテ内國裁判官カ外國人ノ關係アル法律關係ヲ裁決スルモノナルニ依リ外國法モ亦内國法ト同等ニ適用ヲ受ケサルヘカラス蓋シ國家ノ存在ヲ相互ニ承認スルヤ從テ其法律ヲ相互ニ承認スルニ至ルヲ以テナリト(同氏羅馬法論第八卷二七頁以下)然レトモ此說ハ各國ノ現狀ヲ離レタル學理上ノ説明トシテハ其價值ヲ認ムルニ足ルト雖トモ國民法ニヨリ任用セラレタル裁判官カ此ヲ各國ニ對シ法律共同團體ノ一員トシテ終始スルヲ得ヘキモノニアラス然レトモ又之ヲ他國ヨリ觀察シテ外國法ヲ内國ニ適用スルハ外國主權ヲ認ムルモノト謂フヲ得ス斯カル觀念ハ既ニ封建時代ノ遺物ナリ蓋シ裁判官カ外國法ヲ適用スルハ外國主權ノ認容ニアラスシテ内國主權ノ明示又ハ默認ニ係ル國際私法ノ原理ニ基ツキ外國主權ノ認ム

ル條規ヲ以テ訴ヲ裁決スルモノナリ故ニ其裁決權ハ純然タル内國私權ナル唯其裁決スルニ當リ適用スル所ノ法則ハ必スシモ一々各種ノ場合ニ内國主權ノ命令ヲ以テ外國法規ヲ内國法規ニ改造シテ適用スルモノニアラス斯カル理論ハ管ニ迂ナルノミナラス外國ノ裁判執行ヲ爲シ又ハ又ハ外國法ニ依リテ發生シタル效果ヲ直チニ内國法ニテ保護スル如キニ對シテハ斯カル外法改造說ハ到底維持セラルヘキモノニアラス之ト等シク現今ノ國際私法ニ關スル各國ノ規定ハ未タ詳細ノ域ニ至ラス殆ント總テノ立法例ハ大略ノ原則ヲ掲クルニ止マルヲ以テ裁判官カ國際私法ノ原理タリ之カ補充ヲ爲シテ外國法規ノ適用又ハ效力ヲ認メサルヘカラサル場合決シテ鮮少ニアラス斯カル場合ニ必スシモ一々各國主權ノ認承ヲ受クルモノニアラス今日ニ於テハ少クモ國際私法ノ原理トシテ斯カル事例ハ當然ナリト認メラル是ヲ以テ今日ニ於テハ外國法ハ外國法規單體トシテ他國ノ法廷ニ適用ヲ受クルモノタルハ殆ント國際私法上歸着シタル結論ナリト雖トモ其理由ニ至リテハ「サヴィニー」ノ説明ヲ以テシテハ餘リニ遠過キ更ニ適切ナル説明ヲ試ミントスル者少カラス其卑近ニシテ而カモ透徹セサル説明ハ禮讓說ナリ

禮讓說 *Comitas gentium* ハ前キニ沿革ニ於テ述ヘタルカ如ク最發端ノモノナリ「フリー」ブルメリング氏等近時ニ至ルマテ之ヲ唱フ其說ク所ノ要領ハ國家ハ宇内ニ列スルニ付キ相互ニ讓歩スルハ國家ノ義務ナリ此讓歩ハ決シテ恩義ニアラスシテ國際團體ノ團體員タル義務ニ出ツルモノナルヲ以テ各國家ハ相互ニ權利トシテ此讓歩ヲ請求スルヲ得ヘシト *Bulmering: Das Völkerrecht Handl. S.208* 此説明ハ昔時外國法ヲ認容セサルヲ原則トナスモ僅カニ禮讓ニ依リテ任意ニ外國人關係ニ外國法ヲ參酌スルカ如キ觀念ト異リ互ニ權利トシテ禮讓ヲ請求スルヲ得ト云フニ在ルヲ以テ最早禮讓ノ名ヲ存シテ其實ヲ失フモノト謂フヘシ

要スルニ今日ニ於テ國際私法上外國法ヲ內國ニ認容スルハ必スシモ當然ニ一國ノ法律ハ他國ノ領内ニ效力ヲ有スルモノニアラス又繼テ國家主權ノ特段ノ認容ヲ得テ初メテ嚴格ナル制限ノ下ニ他國法ノ認容ヲ許可スルモノニモアラス内外人ノ法律關係ハ大綱ニ於テ一樣ニ各文明國間ノ保護スル權利關係トシテ各國法規ノ認ムル所ナルヲ以テ之カ保護認容ハ今日ニ於テハ單純ナル道義ノ觀念ニアラスシテ法律上ノ正當若シクハ不正當或ハ權利上ノ有效若クハ無效ノ觀念トシ

テ解釋セラレ從テ外國法ハ其保護ニ於テ有效無效正當ヲ決スル所ノ準據法タルニ至ルモノニシテ其適用ノ範圍ハ又自ラ其必要ニ依リテ制限セラレ認容セラル其程度ニ於テ認容セラレタル外國法ノ國內效力ハ內國法ト相分ツコトナシ此ニ於テ其認容セラルル程度ハ現今ノ文明國間ニ如何ナル法則ニ基クヤハ更ニ討究スヘキ問題ナリ

第二節 外國法ノ適用

第一項 積極的適用

一國主權者ノ定メタル準據法ヲ適用スルハ固ヨリ論セスト雖トモ其ノ二箇ノ場合ニ付キテハ法理上ノ見解ヲ下ササルヘカラス

第一 一國主權カ外國法ノ認容ヲ明示セサル場合ノ適用

第二 當事者カ外國法ヲ選擇スル場合

第一 涉外關係ニ付キ一國主權カ外國法ノ認容ヲ明示セサル場合ニ於テハ何レノ國法ニ據ルヘキヤハ從來沿革上種々ノ説明アリト雖トモ國際私法學ノ見地ヨリ之ヲ觀レハ主權ノ認容如何ニ拘ハラズ禁制ナキ限リハ一般ノ學理ト例規ニ從ヒ

テ決セラルヘキモノト謂ハサルヘカラス然レトモ國際公法ト異リ國際私法ニ於テハ未タ斯ル問題ニ付キ各國主權ノ認メタル例規ノ有スルナク一般學說ヨリ之ヲ觀ルモ從來ノ屬地法ト屬人法トノ消長ニ伴ヒ未タ一般ニ認メラレタル原則アリト謂フヲ得ス單純ニ主權者ノ制定ヨリ之ヲ觀レハ主權ヲ異ニスルニ從ヒテ國際私法ノ規定モ亦各々異リ且ツ其規定モ亦詳密ニ涉ルモノナキヲ以テ實際裁判官ノ適從スル所ニ甚タシキ困難ヲ感スルコト多シ是ヲ以テ實際ニ於テハ裁判官ハ明カニ準據法ノ規定ナキ時ニハ自國法即チ裁判所在地法ニ從フコト爲シ此觀念ハ古クヨリ疑アル場合ニハ法廷地法ニ據ル(In dubis pro lege fori)ノ格言ニ依リテ行ハレタリ然レトモ此格言ハ最モ制限セラレサルヘカラス蓋シ明示ナキモ默示即チ解釋上外國法ニ從フヘキ主權者ノ意思ナシ時ニ其規ニ疑ハシキモノトシテ自國法ノ知り易キニ匿ルル場合多キヲ以テナリコザツク氏ハ外國法ノ適用ハ內國法自身ノ制限 *Selbstbeschränkung* (獨逸民法論第一卷第四十五頁ナリト謂ヘリ裁判所ハ多クハ斯カル內國の解釋家ノ說ニ支配セラレ外國法ノ適用ヲ以テ國權主權ヲ制限スル例外規定ノ如キ感ヲナスコト多シ誤レルノ甚タシキモノト謂フヘ

シ然レトモ翻ツテ必要ナキニ外國法ニ準據スル如キハ又甚タ慎マサルヘカラス必要アルモ尙ホ外國法ヲ拒否スルハ尙ホ公序良俗ヲ保持スルニ足ルモ必要ナキニ妄リニ外國法ヲ涉外關係ニ適用スルニ至リテハ全ク保護ヲ求ムル訴訟當事者ノ信賴ヲ破リ國際私法ノ原則ヲ破壞スルヲ以テナリ殊ニ強行法ノ關係ニ於テ然リ是ヲ以テ一八七五年國際法協會モ裁判所ノ管轄ニ付キ裁判官ハ必要アルニアラスンハ外國法ヲ反省スルノ義務ナシト決議シ海牙會議ニ於テモ此說明ハ問ニ行ハシタリ是ヲ以テ現今ノ狀勢ニ於テハ一國主權ノ明示アル場合ハ勿論其默示及解釋ノ精神ニヨリ裁判上必要ナル限りハ涉外法律關係ニ付キ外國法ハ內國法ト國一ニ適用セラレサルヘカラストノ結論ヲ生ス

第二當事者カ外國法ヲ選擇スル場合ニ關シテハ中古以來其適法ナルコトヲ認メラレ古代日耳曼民族ノ法律宣言ノ如キモ蓋シ之ニ類スルモノナリ然レトモ日耳曼ノ法律宣言ハ任意ノ法律選擇ノ意ニアラス然ルニ爰ニ説明スル所ノモノハ本來當事者カ內國法又ハ國際私法ニ依リ當然ニ適用セラレル法律ノ存スルニ拘ハラズ便宜上他國ノ法律又ハ過去ノ廢法ニ依リテ當事者間ノ法律關係ヲ律セラレ

ンコトヲ約スルモノナリ是ヲ以テ其效力ヲ付與シ當事者選擇ノ準據法ヲ裁判上適用スヘキモノナルヤ議論アル所ナリ獨逸民法ノ確定案ニハ變更セラレタリト雖トモ其第一第二草案ハ何レモ斯カル場合ノ效力ヲ認ムル規定ヲ爲シ民法ノ總則トシテ之ヲ掲ケタルヲ以テ内國人間ノ法律行爲ニモ選擇法ヲ認ムルノ結果ヲ豫想シタルモノトス尤モ斯カル效果ヲ認ムル場合ハ當事者カ内國法ノ下ニ任意ノ約款ヲ設ケ得ヘキ法律行爲ニ限定セラレルモノトス(同草案第一第二第三十四條)レーゲスベルガーノ「パンデクテン」ニ論スル所ニ據レハ此問題ハ當事者カ任意ノ契約ヲ許サルル部分即チ當事者カ法律ニ任意ノ約束ヲ爲シ能フ場合ナラサルヘカラスト説明シ同書一六七頁斯カル場合ハ特ニ法律ノ規定ヲ以テ聽許スルノ規定ヲ要セスト爲セリ故ニ獨逸民法ノ下ニ於テハ斯カル規定ノ有無ヲ問ハスギルケノ論スルカ如ク聽許法ノ範圍内ニ於テハ當事者ハ明示又ハ默示ヲ以テ適用法ノ選擇ヲ爲スヲ得ヘキモノトス(同氏獨逸法論二一六頁)然レトモ爰ニ所謂聽許法ノ範圍如何ノ問題ニ至リテハ未タ十分ニ説明セラレサル所ナリ先ニ述ヘタル強行法ノ範圍ノモノハ國際私法上ノ國外準據法上ヲモ尙ホ適用ヲ拒止スルモノ

ナルヲ以テ強行法ニ屬スル部分ニ付キ當事者ノ任意選擇ヲ許スヘキモノニアラス然レトモ所謂關係的公序良俗法ノ如キニ於テハ往々絶對ノ強行ヲ要セサル場合アリテ而カモ内國人ニハ其強行ヲ必要トスルモ外國人ニハ必スシモ強ユルヲ要セサル法規ナキニアラス教育若クハ警察上ノ取締ニハ往々ニシテ斯カル規定アリ是ヲ以テ外國人ニハ多少寛大ニ其效力ヲ認ムル場合アリテ内國人ニハ其地位ノ關係上尙ホ強行的部分ニ屬シ任意ノ法律選擇ヲ許ササルコトアルヘキヲ注意セサルヘカラス畢竟其適用ハ公ノ秩序善良ノ風俗ニ背反スル場合ノ關係的事實認定ノ運用ニ外ナラス

我法例ハ第七條ニ於テ原則トシテ當事者ノ法律選擇ヲ許セリ即チ廣ク内外人ニ關セス法律行爲ノ成立及效力ニ付キテハ先ツ以テ當事者ノ意思ニ從ヒ其準據法ヲ定ムヘキモノトセリ此規定ハ廣ク我國私法ノ總則タル性質ヲ有ス内國人ノ内國ニ於ケル法律行爲ニ於テモ亦適用セラルヘキモノトス然ルニ普通内國人カ外國法ヲ選擇スル場合ナリ又明約ナキ限りハ行爲地法即チ我國法ニ從フモノト解釋セラレ當然ニ内國法ヲ適用ス然ルニ手形又ハ運送契約等ニ於テハ外國法ノ適

用ヲ選擇スルノ便宜アルコトアルヘシ然リ而シテ我法例ニ斯カル場合ヲ契約ノミニ限ラスシテ廣ク法律行為ノ成立及效力ニ關シ之ヲ聽許シタルヲ以テ双方行為タルト一方行為タルトハ其間フ所ニアラス然レトモ當事者間ニ於テ一方行為ノ效力ヲ當然ニ其相手方ニ對シ有效ナラシムルニハ其相手方モ亦明示又ハ默示ニ其行為者ノ選ヒタル準據法ニ依ルコトヲ約定シタル場合ナラサルヘカラス然ラスシテ強ヒテ相手方ヲ一方行為ノ他國法ニ依リテ羈束セントスル如キハ即チ公序良俗ニ反スルモノト謂ハサルヘカラス是ヲ以テ法例ハ必スシモ双方行為ニ限定スルコトナシト雖トモ其規定ノ效力ヲ現出センニハ常ニ双方行為ノ契約アル場合ヲ豫想シタルモノトス而シテ其選擇法ノ契約效力モ亦公序良俗法ノ適用ニ支配セララルモノナルヲ以テ此任意選擇ノ法規適用ハ前述ノ如ク聽許法ノ範圍内ニ係ルモノトス

第二項 消極的適用

爰ニ消極的適用トハ普通ノ場合ニ於テハ外國法ヲ適用スヘキ事項ニ關シ外國法ヲ適用セスシテ却テ自國法ヲ適用スル場合ナリトス此場合ニ凡ソ三アリ

一 強行法ノ場合

二 反致法ノ場合

三 當事者ノ任意選擇ノ場合

是ナリ當事者任意選擇ノ場合ハ既ニ前項ニ於テ述ヘタリ而シテ反致法ノ理論ハ更ニ多クノ説明ヲ必要トスルヲ以テ次節ニ譲リ爰ニハ強行法ニ關スル場合ヲ説明スヘシ

強行法ニ關スル場合トハ前キニ國際私法ノ沿革上觀ルヘキ新定理ヲ解説スルニ當リ「サヴィニー」ノ説トシテ舉示セル所ノモノナリ即チ「サヴィニー」ハ當初ヨリ此例外規定ヲ特ニ説明シ一般ニ採用セラルル所トナレリ同氏ノ強行法ハ

一 絶對的性質ヲ有スル法律

二 國內法ニ於テ全ク存在ヲ認メサル法律制度

ノ二トス(羅馬法論第八卷三四—三七頁一六〇—一六二頁一)ノ場合ハ土耳其人カ獨逸ニ於テ重婚スル如キニハ奴隸制度ノ如キ是ナリ然レトモ此制限ハ「パール」ノ論スルカ如ク少シク正當ノ範圍ヲ超越セリ何トナレハ此二箇ノ強行法ノ場合ニ

於テモ國內法ノ必スシモ制限スルヲ要セサル場合アルヲ以テナリ例セハ一夫多妻ノ制度ハ之ヲ認ムル能ハストスルモ多妻ヨリ生シタル子ニ對シ何レノ國ニ於テモ嫡出子タル身分ヲ剝奪スルノ理由ナキ如キ是ナリ是ヲ以テ「デスバン」ブロシ「一」 Despuget, Brocher. ノ如キ佛學者ノ唱フル所ノ絕對的公序良俗法 *lois d'ordre public absolues* 關係的公序良俗法 *lois d'ordre public relatives* ノ別ヲ必要トス絕對的公序良俗法ハ國內ニ於テ重婚ヲ許シ又ハ「モナコ」賭場ノ如ク賭場ノ契約ヲ認許スル如キ到底國內ニ存在及成立ヲ許ササル法規ニシテ關係的公序良俗法トハ國內ノ法律行為又ハ内地人又ハ之ト等シキ程度ノ外國人ニノミ強行スルヲ必要ト認ムル法律關係ニ存ス例セハ利子制限法ノ如キハ外國ニ於ケル法律行為ニシテ強ヒテ適用スル要ナク親族會議夫婦財產制ノ如キ良俗ニ關スルモノニテモ必スシモ外國人ニ強要スルノ要ナク兒童教育義務ノ如キモ又之ヲ強ユルノ必要ナシ故ニ是等ノ關係的公序良俗法ハ前者ノ絕對的ノモノト異リ能フ限リニ於テ外國法ヲ排斥スヘキモノニアラストスルハ現今ノ通説ナリ或ハ關係的公序良俗法ハ總テ引用法ノ範圍タルノ價值ナク假リニ關係的ナリトスルモ外國法ヲ排斥スル上ニ於

テハ等シク絕對的ノモノナリト解説スル學者アリ然リ而シテ此公序良俗ノ實質ニ至リテハ國際法ト國內法トヲ問ハス豫メ理論ヲ以テ其内容ヲ確定シ得ヘキモノニアラストシテ何レノ國法モ多クハ抽象的規定ヲ以テ満足ス我國法例第三十條獨逸民法施行法第三十條ハ何レモ同様ノ規定ヲナス唯我法例ニハ單ニ公ノ秩序善良ノ風俗ニ反スル場合ヲ除外例トナスモ獨逸法ハ善良ノ風俗及獨逸ノ目的ニ反スル場合ヲ列舉セリ蓋シ獨逸法ノ目的ニ反スル場合トハ少シク解説ニ苦シム所ナリト雖トモ要スルニ公ノ秩序ニ反スルノ意ニ外ナラス英國ノ「ダイシー」氏ハ英國裁判所ニ於テ外國法ニ依リ正當ニ得タル權利ト雖トモ之ヲ認容セサル場合ヲ列舉セリ其主タルモノハ

- 一 權利ノ實行カ涉外的效力ヲ致スヘキ帝國議會ノ法律ト兩立セサルトキ
 - 二 權利ノ實行カ英法ノ政策又ハ英國政事の制度ノ維持ト兩立セサルトキ
 - 三 權利ノ實行カ外國ニ於テ其國ノ主權ト衝突スルトキ
- 即チ是ナリト蓋シ其意義ニ於テ必スシモ前掲ノ公序良俗ノ觀念ト相異ルモノニアラス即チ比較的具備的ニ列舉シタリト云フヘキノミ *diccy. Adigest of the laws of*

England with reference of the Conflict of laws. Ge. et. l. i. principles No. II.

第三節 送致再致及反致

Verweisung, Weiterverweisung, Rückverweisung, Theorie du renvoi.

曾テ述ヘタルカ如ク現今各國ニ行ハルル國際私法ノ原則ハ統一セス殊ニ英米及丁抹等ノ住所地方主義ト日伊獨佛ノ本國法主義トノ差ハ國際私法其モノトシテ著シキ抵觸アリ爰ニ於テ反對法ナル一原判ハ國際私法上ニ行ハルルニ至レリ爰ニ所謂送致トハ國際私法上ノ問題ヲ解決スヘキ準據法ヲ國內法ニ求メスシテ其法致ヲ外國法ノ規定ニ索ムルモノナリ再致トハ該送致ノ方法ニ依リ外國法ニ準據法ヲ索ムルモ其外國法ノ規定中索ムル所ノ準據ナク更ニ其外國法の規定ニヨリ他ノ外國法ニ準據法ヲ索ムル場合ナリ而シテ反致トハ右ノ送致ニ依リ準據法ヲ外國法ニ索メタルモ外國法中ニ其規定ナク更ニ國內法ニ歸反シテ國內法ニ準據スル場合ヲ稱ス故ニ送致ハ發端ニシテ再致ト反致トハ歸反スルト否トノ差ニヨリテ理論ヲ異ニスルモノト謂フヘシ之ヲ例セハ本國法主義ノ國ニ於テハ身分能力殊ニ親屬相續ニ關シテハ本國法ニ準據スヘキモノトシ國內在住ノ外國人

ニ付是等ノ問題生スル時ハ國內法ヲ適用セスシテ其外人ノ本國法ニ其法律關係ヲ送致シテ其本國法ヲ適用處斷ス然ルニ其本國法ハ住所地位主義ナル時ハ其本國法ニ於テハ其法外人ノ所在地ノ國內法ニ依リテ支配セラルヘキモノトス斯カル場合ニハ送致ヲ歸反シテ本國法主義ノ適用ヲ阻止シ國內法ヲ適用處斷スルモノハ即チ反致法ト稱セララルル場合ナリ是ニ反シ斯カル場合ニ其外國人カ國內ニ居住セスシテ他ノ第三國ニ住シ會々國內ノ裁判所ニ訴訟スルニ過キササル場合ニ於テハ國內法ニ歸反セスシテ更ニ第三國ノ居住地ノ法ヲ採リテ準據法ト爲ササルヘカラス斯カル場合ヲ稱シテ再致ト謂フ

送致再致及反致ノ理論ハ畢竟本國法主義ノ認ムル所ノ所謂本國法トハ本國ノ實體法其モノノミヲ指稱スルヤ若クハ實體ノミナラス其本國ノ國際私法の規定ニモ包含スルヤノ問題ノ解決ニ依リテ應用ヲ異ニス若シ國際私法の規定ハ所謂準據スヘキ本國法ノ内ニ包含セラレストセハ住所法主義ノ國法ニテ其絕對ニ其本國法タルノ故ヲ以テ之カ適用ヲ爲シ決シテ再致セララルコトナク又反致セララルコトモナシ是ヲ以テ此理論ハ國際法の規定ハ準據法ノ内ニ包含ストノ前提ニ

ヨリ適用セラルヘキモノトス然レトモ今日ニ於テハ送致及反致ノ理論ハケーネ
 等ノ所謂國際私法上ノ「ロンテニス」(L'ontenis international)ト嘲笑セラレ一般ニ其採用
 フ喜ハサルニ至レリ蓋シ本國法主義ニ於テハ本國法ヲ適用セントシ本國ニ於テ
 ハ住所地位主義ニ依リテ當事者ノ住所地位ニ準據セシメントシ互ニ適用スヘキ
 法例ヲ投ケ返シテ底止スル所ナキヲ形容シタル語ナリ千八百九十六年以來外國
 法ニ準據スル場合ニ其外國法ノ據ル所ノ國際私法の規定ヲモ尙ホ準據セラルル
 ヤニ付國際法協會ノ問題トナリ屢議論セラレタル後千九百年九月ニユウシヤテ
 ルニ開カレタル國際法協會ニ於テ左ノ決議ヲ觀ルニ至レリ曰ハク
 一國ノ法律カ私法ニ關スル國際法規ノ抵觸ノ規定ヲ爲スニ方リテハ各事項ニ
 適用セラルヘキ規定實體法其モノヲ指示スヘク其各事項ノ抵觸問題ニ關スル
 外國法規(國際私法の規定)ヲ指示(即チ包含)セサランコトヲ希望ス
 蓋シ斯クノ如ク本國法主義ヲ採ル國ニシテ其ノ本國法ハ國際私法の原則トシテ
 住所地位ニ從フモ屬地法ニ從フモ何等願慮スル所ナク絕對ニ其本國ノ實體法其
 モノノミニ反省シ之ヲ適用スル時ハ全ク反致又ハ再致ノ適用ヲ觀ルコトナカル

ヘキナリ然ルニ我法例ハ獨逸民法施行法第二十七條ト等シク當事者ノ本國法ニ
 依ルヘキ場合ニ於テ其國ノ法律ニ從ヒ日本ノ法律ニ依ルヘキ時ハ日本ノ法律ニ
 依ルト規定セリ若シ我國ノ此規定ヲ解スルニ法文ノ所謂法律ナル語ヲ解スルニ
 何レモ國際私法の規定ヲ包含スルモノトセリ所謂國際法文ノ「ロンテニス」ヲ生ス
 例セハ我國國際法ノ英國人ノ能力ニ關シ法例第三條ノ規定ニヨリ英國法ヲ適用ス
 ルニ方リ所謂法文ノ當事者ノ本國法ニ依ルヘキ場合(其國ノ法律即チ英國法ニ從
 ヘハ英國人ノ能力ハ即チ英國ノ住所地位主義ノ國際私法の規定ニ從テ日本ノ法
 律ヲ適用セサルヘカラス然ルニ日本ノ法律ニ依レハ其實體法ニ於テハ滿二十歲
 フ以テ行為能力ヲ認ムルモ日本ノ國際私法の規定即チ法例ニ依レハ英國法ヲ適
 用セサルヘカラス即チ此法律ナル語ニ國際私法の規定ヲ包含セシナレハ即チ斯
 カル場合ニ於テ歸着スヘキ準據法ナキニ至ル是ヲ以テ我國法ヲ解スルニ方リテ
 ハ最後ノ日本ノ法律ニ依ルトノ文字ハ日本ノ實體法ニ據ルノ意ニシテ國際私法
 的規定ヲ包含セサルモノト解釋セサルヘカラス獨逸ニ於テハ國際私法の規定ノ
 法律ニハ「レヒト」ナル語ヲ用ヒ實體法ニハ「ゲゼツ」ナル語ヲ用ヒテ區別シタルヲ以

國際私法 總論 外國法 送致再致及反致

テ明瞭ニ其意義ヲ知ルニ足ル然ルニ又更ニ我法例ノ前掲ノ規定ニ於テ其前段ノ其國ノ法律ニ從ヒテ其法律ナル語ハ實體法ノミヲ指示シタルモノト解スルヲ得ス獨逸法ノ「レヒト」ト同シク國際私法の規定ヲ指示シタルモノト謂ハサルヘカラス其意ナルコトハ法例ノ修正案理由ニモ明記セラルル所ニシテ若シ此前段ノ法律ナル語ヲ實體法ノミニ限ルト解スル時ハ其國ノ法律即チ本國法ニ依リ能力ハ確定セラレ法文ノ所謂日本ノ法律ニ依ルヘキ場合ノ發生スルコトナク法文ハ全ク意義ナキニ至ルヘシ斯クノ如ク我法例二十九條ノ規定ヲ解釋スル時ハ我國法ハ前掲ノ國際法協會ノ希望ニハ一致セサルモノトナリ所謂反致法ヲ採用シタルモノニ歸着ス而シテ同條ノ規定ハ其反致法ヲ認ムルニ二箇ノ制限ヲ付シタリ其一ハ再致ヲ認メス必ス我國法ノミニ歸反スヘキモノトシ其二ハ本國法適用ノ場合ノミニ限り行爲理法又ハ財産所在地法ノ適用ニ就テハ全然反致スルコトナカルヘキノ原則是ナリ

斯クノ如ク我國法カ反致法ヲ認メタルニ付テハ其修正案理由書ハ二箇ノ理由ヲ示セリ即チ

(一) 準據法ハ實體法ノミヲ規定スル時ハ各國ハ實際コノ同一ノ原則ヲ採用セサル限りノ各國ノ國際私法の規定ハ往々相牴觸スルヲ以テ他國ノ國際私法の規定ヲ反省スルノ必要アリ

(二) 元來我國ニ居住スル外國人ハ我國法ニ服從スヘキモノナルモ我國法ハ立法ノ異同ヲ參酌シテ本國法ニ據ルヘキモノトスルニ過キス本國法ハ即チ住所地ノ我國法ニ從フヲ適切ナリトスル場合ニ施行スヘキ性質ノモノニアラス

ト謂フニ在リ此第一ノ理由ハ獨逸民法施行法ノ理由ニモ掲ケラルル所ニシテ例セハ住所地法主義ノ丁抹法ニ依レハ二十一歳ニ達スルニアラサレハ遺言能力ナキニ十五歳ニシテ遺言能力アル我國ニ住スル十五歳以上二十一歳未滿ノ丁抹人カ遺言ヲ爲シタル事件ニ付キ訴訟起リタリトセンニ我國法例二十六條ニ依レハ遺言ノ成立及效力ハ本國法ニ依ルヘキモノナルヲ以テ丁抹法ニヨリ遺言無能力者ノナシタル無効ノ遺言トナラサルヘカラス此場合ニ丁抹ノ國際私法の規定即チ住所地法主義ニ依レハ我國法ニ反致シテ無能力ノ行爲トナルヘシ而シテ此遺言ハ假リニ其本國丁抹ノ裁判ニ於テ決セラルル時モ同國ノ住所地法主義ニ依リ

我國法ノ十五歲以上ノ能力年齡ヲ適用セラレ等シク遺言ノ效力ヲ認メラレ其裁判同一ニ歸着ス是レ畢竟國際私法の規定ヲ反省スルニ基ク牴觸ノ防止ナリト說明スルモ此ノ理由ハ住所地主義ノ國ハ反致法ヲ採用セスシテ本國主義國カ反致法ヲ採ルニ依ル偶然ノ牴觸防止ニ過キスシテ若シ前例ノ場合ニ於テ丁抹國ハ本國法ヲ採ルニ至ルカ若クハ反致法ヲ採ルニ至ル時ハ右ノ遺言者ハ丁抹ニ於テハ依然無能力トナリ而シテ我國ノ裁判所ニ於テハ反致スルコトナキニ至ルヲ以テ等シク丁抹ノ本國法ニ依リ無能力者トナルヘシ是ヲ以テ反致法ヲ採リテ準據法ノ牴觸ヲ減少シ得ルノ理ハ偶然ノ事由ニ外ナラスシテ反致法ヲ採用セサル時ハ却テ國際私法ノ進歩ニ伴フテ其牴觸ナキニ至ルヲ望ミ得ヘシ第二ノ理由即チ本國法ハ自ラ其效力ノ適用ヲ否認スル場合ニ強ヒテ本國法ヲ適用スルノ要ナシトハ抑モ國際私法ノ原則トシテハ採用シ難キ理由ナリ蓋シ國際私法ノ任務ハ各國主權ノ自由ナル立法ニ付キ各國民ノ共通の準據法ヲ統一スヘキ原理ノ發表ニ在リ昔時ノ國際禮讓ノ意ヲ以テ外國法ノ效ヲ認ムルモノニアラス或ハ言フ做シテ本國法ニ據ルヘキ場合ニ其本國法カ其適用ヲ認メサル如キ國際私法ノ規定ヲ

ナスニ於テハ其適用ヲ受クヘキ者(前例ノ遺言者)ハ其點ニ付キ關係的ニ無籍者ト同一ナリ無籍者即チ國籍ヲ有セサル者ニ付テハ住所地主義又ハ行為地主義ノ法律ニ據ルノ外ナキヲ以テ此ノ理ニ於テ本國法ヲ適用セサルモノナリト論スルモノアルモ斯ル理由ハ等シク國際私法ノ原理ヲ闡明スルニ足ラサルノミナラス反致スルトハ却テ本國法ノ鼻息ヲ伺フテ自國法ノ適用ニ反スルノ理ニ基クモノナリ以上説明スルガ如ク反致法ノ理論ハ今日ニ於テ國際私法上ノ原則トスルニ足ラスト認ムルハ一般ノ通説ナリ

第四節 外國法ノ證明

比較法學ト國際私法トハ固ヨリ同一ニアラスト雖トモ比較法學ハ國際私法ノ目的及進歩ニ資スルコト甚ク必要ナリ蓋シ比較法學ハ廣ク世界ニ於ケル慣習的及原則的ノ類似ヲ探究シ其善惡得失ヲ比較シテ國情ノ背馳セサル限ニ於テ各國法ノ一致ヲ促進スル所ノモノナリ比較法學ハ各國法ノ一致ヲ其終局ノ目的トスルニアラスト雖トモ研究ノ透徹セサルニ基ク不一致ハ其結果ニ於テ漸次除却セラレルニ至ルヘキモノトス國際私法モ亦其直接ノ目的ハ不一致ナル各國法ヲ其適

用ニ於テ準據ノ標準ヲ一定センコトヲ期スルモノニシテ其結果ニ於テハ比較法學ト其接ヲ一ニスルモノト謂フヘシ更ニ準據ヲ實際ニ適用スルニ方リテ其準據スヘキ外國法ヲ知ル上ニ於テハ比較法學ハ國際私法ノ活動ヲ助クルモノト謂フヘシ

國際私法上ノ原理ヨリ謂ヘハ前ニ説明シタル如ク外國法ノ一國內ニ準據セララルハ必スシモ外國法カ性質ヲ變シテ內國語ニ化シタルモノト謂フヲ得ス然レトモ其適用ノ方面ヨリ訴訟上ノ關係ヲ謂ヘハ外國法ハ其裁判所ニ於テハ內國法ト同一ノ效力ヲ有ス然レトモ內國ノ裁判官ハ必スシモ比較法學者ニアラス其職責ハ必スシモ世界ノ國法ヲ知悉セサルヘカラサルモノニアラス爰ニ於テ外國法ノ適用ニ關スル外國法ノ證明ヲ研究セサルヘカラス

由來英米學派ニ於テハ曾テ英國ニテ我裁判所ニ用ヒラルル所ノモノハ我國ノ普通法ナラサルヘカラストノ思想行ハレタル如ク外國法ヲ國際私法上ノ規定ニ依リテ適用スルニ方リテハ是ヲ援用セントスル當事者ノ證明ヲ要スルヲ原則トセリ北米諸國ニ於テハ外國法ハ一ノ事實ニシテ其存在及解釋ハ陪審官ノ材料トシ

テ立證セララルヘキモノトス「ウエストレーキ氏ノ國際法雜誌ニ論スル所ニ據レハ英國ニ於テハ外國法ノ證明ハ鑑定ノ方法ニ據ルヘキモノトス其鑑定ハ審ニ其成文又ハ法典ノ存否ノミナラス其解釋ニ關スル學說及判例ヲモ包含ス然レトモ裁判官ハ必スシモ其鑑定ニ制限セララルコトナキハ他ノ事實ノ判定ト異ルコトナシ若シ當事者ハ鑑定其他ノ方法ニ依リ外國法ノ存在及内容ヲ説明スルヲ得サル時ハ裁判官ハ進ンテ之ヲ調査スルノ義務ナク證明セラレサル限りハ外國法ハ內國法ト同一ナルモノト推定セララル然レトモ英國モ亦外國法ノ智識ヲ得ルニ便宜ナル法律ヲ定メ內國裁判官ハ外國法ノ存否解釋ニ付キ外國裁判所ニ知照シ且ツ外國裁判所ヨリ知照セラレタル內國法規ニ回答スヘキヲ認メタリ

我民事訴訟法ノ規定ハ獨逸ノ民事訴訟法ト等シク裁判官ハ職權ヲ以テ必要ナル外國法ヲ調査スルヲ得ヘキモノト定メタリ(我民事訴訟法第二百十九條獨逸民訴訟法第二六五條然レトモ原則トシテハ當事者ノ立證ヲ要ス(獨逸民訴訟法ハ裁判所ニ知レサルモノニ限り證明ヲ要スト云フモ必要我國法ト同一義ニ歸ス)唯裁判所ハ當事者ノ證明ニ羈束セララルコトナク職權ヲ以テ調査シ解釋シ且ツ適用セザルヘ

カラス其適用ニ至リテハ又當事者ノ要求ニ基スルモノニアラス我法例ノ規定ニ從ヒ係訴事實ハ外國法ノ適用ヲ要スルヤ否ヤヲ判定シ其適用ヲ要スルモノニ至リテハ內國法ノ適用ト等シク職責上之ニ基ク裁定ヲ爲ササルヘカラス是ヲ以テ其適用ノ拒否及解釋ノ是非ハ法律上ノ問題トシテ上告點トスルヲ妨ケス英國法系ニ於ケルカ如ク之ヲ事實問題ノ裁判ト等シク上告審ノ判定ヲ求ムルヲ得サルモノト解スルハ不當ナリ學者或ハ外國法ノ適用解釋ヲ誤リタルコトハ自國法ノ適用解釋ニ違背シタル結果ヲ生スル時ニ限リ上告ヲ許スヘシト論スルアリ(佛國リビュール氏ノ如シ)ト雖トモ我國法ノ如ク本國ニ依ル又ハ行爲法ニ依ルト云フカ如ク外國法ヲ適用スヘキヲ以テ國內法ノ内容トシタル立法ノ下ニ於テハ外國法ノ解釋ノ誤謬ハ必然ニ我國內法ノ適用ヲ誤リタル結果ヲ觀ルモノト論斷スルヲ得ヘク爲メニ外國法自國ノ最高裁判所ノ統一の判決ヲ左右スルト云フヲ得サルナリ

第七章 外國人

第一節 外國人ノ地位

第一項 公法關係

遺憾ナク平等主義ノ權利保護ヲ享受スル所ノモノハ公法上ノ自由權及私法上ノ財產權是ナリ親屬上ノ身分權等ニ關シテハ本國法主義又ハ住所地法主義ヲ原則トスルヲ以テ保護ヲ受クル點ニ付テハ內國人固ヨリ同等ナリト雖トモ財產權ノ如ク國內法ヲ以テ他國人ノ權利ヲ創設シ效力ヲ持續セシムルトハ少シク其意義ヲ異ニス故ニ親族權ニ關シテハ原始的ニ權利ノ享受ニアラスシテ繼承的ニ保護ヲ受クルノ權利アリト解スルヲ寧ロ相當ナリトス以下是等權利ニ付キ各種ノ關係ヲ説明スヘシ

第一 自由權

自由權ノ性質ニ就イテハ國法學ノ論究スル所ニ係ルト雖トモ要スルニ人類自然ノ生存ニ於テ爲シ得ヘキ活動範圍ノ全部ニ於テ國家主權ノ干涉制限ナク固有ノ權利トシテ保護セラルル方向ノ概括ニシテ佛人ノ「ドロアド、オムム」 Droit der homme 獨人ノ「インヂビツレ、フライハイトレヒト」 Individuelle Freiheitrecht 稱スル所ノモノ是ナリ我國憲法ノ保障スル所ノ自由ハ主トシテ此自由權ニ屬ス然

レトモ外國人ハ當然ニ我憲法ノ保障ヲ享受スルモノニアラス憲法上ノ保障ハ臣民タル身分ニ對スルモノナルヲ以テナリ内外人平等ナリトハ憲法ニ反セサル限リ憲法以外ノ法令ニヨリ國內法ノ據ル所ノ主義ナリ憲法ハ性質上主權ト臣民トニ關シ外國人ニ對スル待遇ヲ規定スヘキモノニアラス假リニ伊國民法ノ如ク外國人ハ內國人ト同一ノ權利ヲ有スルコトヲ概括的ニ規定スルト雖トモ憲法上ノ權利ハ當然ニ外國人ニ及ホスモノニアラス是ヲ以テ各國ハ國際上ノ條約ニヨリ一般ニ身體ノ自由及居住旅行並ニ營業ノ自由ヲ保障スルヲ常トス明治三十七年ノ締結ニ係ル日英條約第一條ハ兩締盟國一方ノ臣民ハ他ノ一方ノ版圖内何レノ地ニ到リ旅行シ居住スルモ全ク隨意タルヘク而シテ其身體財產ニ對シテハ完全ナル保護ヲ享受スヘシ又日佛條約其他ニ於テモ職業ノ自由モ併セテ約定セリ

身體及精神上ノ自由ニ對シテモ原則トシテハ制限ナキモノトス身體ノ自由ハ勿論精神上ノ自由ハ歐米人ノ深ク尊重スル所ニシテ爰ニ精神上ノ自由トハ一信教ニ言論著作三集會結社ノ三方面ニ於ケル自由ニシテ何レモ各國ノ憲法ノ

保障スル所ニ係ル其他營業ノ自由即チ生活資料ヲ得ル所ノ業務ニ就テモ亦日佛條約ニ於ケルカ如ク制限ナキヲ本則トナスモ特殊ノ技能ヲ有スル職業ニ就テハ外國人ト雖トモ其技能ノ公認ヲ受クルヲ必要トス例セハ船長護士醫師產婆ノ職業ノ如キハ試験合格等一定ノ資格ヲ必要トシ外國人カ其本國ニ於テ是等ノ資格ヲ有スルヲ以テ當然ニ我國内ニ其資格アルモノト謂フヲ得ス然レトモ其資格ノ明白ナルモノノ如キニ於テハ事實上默認スルコトナキニアラス日英ノ協商ニ於テハ醫師ノ免許ニ就テハ共通ナル旨ノ承認ヲナスニ至レリ以上説明スル如ク公法上ノ各自由權ハ概シテ内外人共ニ平等ナルヲ原則トスルモ國內公安ノ制限ト國際公法上ノ制限ニ依リ必スシモ全然同一ナルヲ得スシテ外國人ニ著シキ制限ヲナスモノアリ以下其制限ヲ列擧スヘシ

一 犯罪人引渡及外人ノ拒絶放逐
犯罪人引渡ハ畢竟一種ノ司法權ノ活動ニシテ必スシモ條約上其引渡ヲ締結シタルニ基因スルモノニアラス外國人モ內國ノ司法及警察ノ活動ニ絶對ニ服従スルノ義務アリ是ヲ以テ引渡條約ニ基ク犯罪人ノ逮捕引致引渡ト雖トモ必ス

シモ其條約ノ效果ニ依リテ行ハルルモノニアラス其條約ナキ國人ニ對シテモ亦此引渡行ハルヘシ唯原則トシテ政治犯者ニ及ホサルモノトス次ニ拒絕及放逐ハ必スシモ犯罪人ニ關スルノミニアラスシテ國內領土權ノ作用ニ依リ何等ノ理由ヲ問ハス外國人ノ上陸ヲ拒絕シ又ハ既ニ居住旅行スル者ニ就キ退去ヲ命シテ之ヲ放逐スルヲ妨ケス拒絕又ハ放逐ノ理由ノ不正ハ國際公法上ノ問題ヲ惹起スルコトアルヘシト雖トモ對等國ノ領土權トシテ其制限ヲ認ムルニ由ナシ是ヲ以テ一八九二年國際法協會ハ其一定ノ原因ヲ人道及正義ニ基キテ制定シ同一ノ遵守スヘキ法則タランコトヲ希望セリ其重ナル原因トシテ認ムル所ハ

(イ) 危險ナル群來者
 (ロ) 戰爭内亂又ハ流行病ノ必要
 (ハ) 公衆ノ衛生若クハ風俗ニ害アル者殊ニ公共ニ危險アル犯罪ノ爲メニ刑ノ宣告ヲ受ケタル者

等是ナリ其決議ニ於テ注目スヘキハ單ニ内國勞働者ノ保護ノミヲ以テ拒絕放逐

逐ノ理由トナスコトヲ得ストノ一事項是ナリ北米合衆國ノ東洋勞働者ヲ排斥スル如キハ到底學理的根據ヲ有スルモノニアラス尙ホ露國ノ如キハ特定ノ地方ニ就キ外國旅行者ニ旅券ヲ下付シ旅券ナクシテ旅行スル者ハ遠犯者ト爲ス如キ例ハ旅券ノ交付ニ不正義ナル制限ナキ限リハ居住旅行ノ制限ト觀ルヲ得

二 政事上ノ集會結社

外國人ハ參政權ヲ有セス是ヲ以テ政事ニ關スル集會結社ニ就キ其自由ヲ主張スルヲ得ス其一部分ノ放任ヲナスト否トハ全ク國內公安ノ觀念ニ依ル我現行ノ治安警察法ハ外國人ハ政治結社ニ加入シ又ハ公衆ヲ會同スル政談集會ノ發企人タルコトヲ禁止ス同法第六條政治結社ニ加入スルハ參政權ノ行使ニ關スルモノニシテ外人ニ之ヲ許可スルヲ得サルハ必要ノ理ナルモ集會ニ出席シテ政事談ヲナス如キハ必スシモ公安ヲ害セサルモノトシテ放任セラルル秘密結社ハ國內人ニモ禁止セラルル事項ニシテ當然外國人ニテ適用セラルルモノトス

(同法第十四條)

三 特殊ノ營業權

七一

日佛條約ハ特ニ双方ノ國民ヲ相互ノ版圖内ニ於テ本人自身ハ勿論組合又ハ代理人ニ依リ工業商業ヲナスノ自國ナルヲ定メタリト雖トモ(同條約第四條斯ル一般ノ營業權ハ其條約規定ナクモ一般ニ國內公安ノ許ス限リ外國人ノ自由ニ屬ス然レトモ特殊ノ營業ニ限リ自國臣民ニアラサレハ營業ノ目的ヲ確保シ難キ事情ノ爲メニ外人ニ之ヲ禁止スルモノアリ(イ)取引所ノ會員又ハ仲買人タル業務(ロ)一般ノ鑛業及砂鑛採取業(ハ)辯辯士ノ業務ハ何レモ現今我國法ノ外國人ニ禁止スル所ナリ内國港ノ運送業即チ沿岸貿易(Shipping trade)ハ各國何レモ之ヲ内國人ノ特權トシテ保存スルヲ原則トナス我國船舶法第三條ニ於テ海難若クハ捕獲ヲ避クル爲メ又ハ法律條約其他ノ特許ニ依ルニアラサル限リハ外國船舶ハ日本各港ノ間ニ運送業ヲナスコトヲ得サルヲ明定セリ但シ從來ノ例ニ依リ橫濱神戸長崎及函館間ニハ外人ノ海上運送ヲ許セリ(日英條約第十一條第三項沿海漁業權モ亦國際慣例ニ於テ外人ニ許可セサルヲ原則トスルモ我國漁業法ハ内國臣民ニテモ免許ヲ受クルヲ要スルヲ以テ特ニ外人ニ對シテ禁止ノ明文ヲ掲ケス

其他外國人ニ對シ居住旅行ノ届出ヲ命シ若クハ銀行業保險業等ニ付キ特別ノ手續若クハ保證金ヲ要スルモノアリ是等ハ畢竟國籍ヲ異ニセル自然ノ結果ニシテ内國人ニ付キテモ身分職業等ニ特別手續ヲ要スルト毫モ異ルナク外國人ノ自由營業ヲ制限スルノ意ニアラサルナリ

第二 保護請求權

外國人ハ自由權ノ大部分及財産權ニ付キ内國人ト同一ノ保護ヲ受クルニ付キ其保護ノ發動ニ付キ立法司法行政各機關ニ對シ其促進ヲナスヲ得ルハ當然ノ結果ナリ唯特別ノ地位ニアルヨリシテ内國人ノ必要トセサル事項ニ付キ特殊ノ保護ヲ要求スルコトアルヘキハ内國人タラサルカ故ニ特殊ノ義務ヲ負フコトアルト等シク其本義ニ於テ特別ノ保護請求權ヲ有スルモノニアラス是以テ立法上ノ保護請求權ハ請願ノ形式ニヨリ司法上ノ保護請求權ハ訴訟ノ形式ニヨリ行政上ノ保護請求權ハ訴願又ハ行政訴訟ノ形式ニヨリ行ハルコト六内國人ト全く同一ナリト謂フヘシ然レトモ立法上ノ請願ニ付テハ内國人ハ

憲法上ノ權利トシテ之ヲ認メラルルモ(憲法第三十條)外國人ハ之ト同一ノ憲法上ノ權利ヲ享有スルモノト謂フヲ得ス是ヲ以テ學者間或ハ外國人ノ請願權ハ之ヲ制限シ若クハ認許セサルモ可ナリト論スルモノアルモ請願權ハ參政權ニアラズ保護セラルヘキ地位ニアル者ノ相當ナル陳情ニ一形式ヲ附加シタルモノニ過キス議員選舉若クハ自治制度ノ會議制等ニ對シ政治組織ノ請願ヲナス如キハ或ハ外人ニ禁止スルノ理由ナキニアラサルヘシト雖トモ之等ニ關スル請願ト雖トモ一概ニ外國人ノ保護シ關係ナキモノト謂フヲ得ス若シ妄リニ國政ニ干與スルノ言議ノ如キハ採用セサルコトニ依リテ紛亂ヲ防止スルヲ得ヘキヲ以テ一般ニ學者ハ外國人ノ請願權ヲ當然ニ認ムヘキモノト解スルヲ通説トス司法上ノ訴權ニ就テハ日佛條約第一條第三項ハ自由ナル訴權ヲ互互ノ國民ニ認メ且ツ訴訟ニ關シ內國民ニ許與シ又ハ許與セラルヘキモノト同一ノ權利及特典ヲ享有スヘシト定メタルヲ以テ民事訴訟法ニ於テ外國人ノ訴訟ニ保證ヲ立ツル義務及訴訟救助ニ關スル特別規定ハ全ク除外セラレ外國人モ內國人ト同一ノ地位ヲ獲得シタルモノト謂フヘシ且ツ攻撃防禦ノ爲メニ總テノ訴

訟行為ハ盡スヲ得ルハ勿論ナリト雖トモ代人ヲ定ムルニ當リテハ外國人辯護士ヲ兩國ノ辯護士ト同等大ツトシテ用フルヲ得ズ辯護士ト稱スルハ辯護士法ニヨリ內國人タルニ限ルヲ以テナリ但シ民刑法ニ辯護士訴訟ヲ要セサル我國法ノ下ニ於テハ何等ノ痛痒ヲ感セサルコトナルヘシ行政上ノ訴願又ハ行政訴訟ハ納税ノ義務アリ且ツ營業ノ自由アリ意匠商標著作發明等ニ付キ平等ニ智能權ヲ有スル外國人ニ之ヲ認許スルハ固ヨリ法ノ規定ヲ要スルモノニアラズ然レトモ政務機關ノ選舉權ナキ外國人ハ選舉ニ關スル訴願又ハ行政訴訟ヲ提起スルヲ得サルハ當然ノ結果ナリトス

第三 參政權

參政權トハ國家ノ政務機關ト爲リ又ハ其機關ノ組織ニ參照スル一種ノ國民權ナル外國人ハ必スシモ忠良ノ精神ヲ具備セサルモノト謂フヲ得スト雖トモ性質上國家ノ政務ハ其國家組織ノ人員ヲ以テ構成スヘキモノナルヲ以テ外國人ニ其構成員トナリ若クハ其組織ニ參與スルノ權利ナキハ自明ノ理ナリ衆議院議員選舉法其他地方自治機關ノ選舉法等ニハ特ニ外國人ノ參與スルヲ明

言スルモ斯ル明言ナキ法律ニ於テモ參政權行使ニ屬スルモノト認メラルル行
爲ハ之ヲ外國人ニ許容スヘキモノニアラス

第二項 私法關係

私權ニ關スル外國人ノ地位ハ即チ民法第三條ノ規定ニ依リ條約又ハ法律ニ制限
ナキ限リハ全ク内國人ト同等ノ權利ヲ有シ義務ヲ負フ之ヲ私權ニ關シ外國人ノ
地位ヲ明ニセント欲セハ唯其制限ヲ受クル程度ヲ舉示スルニ依リテ明晰ナルヲ
得ヘシ

第一 土地所有權ニ關スル制限

土地所有權ヲ外國人ニ禁止スルコトハ諸強國ニ於テハ必スシモ之ヲ認メ畢竟
國情ニ基キテ制限スルト否トノ自由ナルモノト謂フヘシ所有權以外ノ地上權
其他ニ就テハ沿革上許容セラレタル永代借地權ト稱スル一種ノ地上權ノ外抵
當權質權ヲモ日獨新條約議定書ニ依リ之ヲ我國内ニ認許スルニ至レリ然レト
モ是等ノ擔保權ヲ第三者カ滌除スルニ當リテハ增價競賣申出ニ付キテ外國人
カ債權者タル場合ニハ外國人カ自己ニ取得スル能ハサルヲ以テ一定ノ差額ヲ

負擔スヘキモノト定メラル(明治三十二年法律六十七號民法三七八條三八一條
以下參照)

第二 船舶所有權ニ關スル制限

我島帝國ノ如キニ於テ運輸通商ニ關シ國民ノ特權ヲ認ムルハ甚タ至當ナリ船
舶法第一條ハ日本公海署若クハ日本人又ハ之ニ準スヘキモノニアラサレハ單
獨ニ日本船舶ヲ所有シ又ハ日本船舶ノ持分ニ依ル一部ノ所有權ヲモ獲得スル
ヲ許サレス

第三 特殊ノ株券ニ對スル制限

日本銀行正金銀行農行銀行ノ株券ハ外國人ニ其所有ヲ禁止セラル何レモ國內
財政經濟ニ關シ重要ノ業務ニ從事スル所ノ銀行ナルヲ以テ之カ株主タルコト
ハ恰モ參政權ノ一部ニ加ハルノ結果ヲ生スルヲ以テナリ
以上ノ制限ノ外ハ一般ニ外國人ハ制限ナク私權ヲ享有ス親族法上外國人ヲ日本
人ノ養子又ハ入夫タラシムルニ一定ノ條件ヲ具備シテ許可ヲ受クルヲ必要トシ
相續權ニ關シテハ以上三箇ノ制限ニ屬スル財產權ノ相續ヲ爲シ得サル制限アリ

第二節 國籍ノ抵觸

ト雖モ前者ハ唯手續ノ差異ニシテ後者ハ原則ノ結果ニ外ナラス
 國籍ノ抵觸ニ二種アリ重國籍及無國籍是ナリ無國籍モ重國籍モ畢竟國籍法規ノ
 抵觸ノ結果ナリ故ニ無國籍モ亦國際私法上ニ於テハ一種ノ國籍抵觸ト稱スルヲ
 得重國籍ノ場合ヲ積極的國籍ノ抵觸ト云ヒ無國籍ノ場合ヲ消極的國籍ノ抵觸ト
 云フ

抵觸ノ原因ハ要スルニ各國ノ立法ニ於テ國籍法ノ據ル所ノ主義相同シカラサル
 ニ因ル其一ハ國籍ノ自然取得ニ關シ親族法及歸化法ノ規定同シカラサルアリ何
 レモ其據ル所ノ原則ノ不一致ナルニ基ク我國籍法第一條ニ曰ク子ハ出生ノ時其
 父ガ日本人ナル時ハ之ヲ日本人トス但シ其出生前ニ死亡シタル父ガ死亡ノ時日
 本人ナル時亦同シト此條文ハ即チ血統主義ヲ採リタルモノニシテ若シ父ガ子ツ
 出生前離婚又ハ離縁ニ依リ日本ノ國籍ヲ失ヒタル時モ尙ホ懷胎當時父カ日本人
 タリシ時ハ其子ハ日本人ナリトス(同法第二條此原則ハ出生地ノ國內ナルト外國
 ナルト問ハザルハ勿論ナリ然ルニ南米諸國ノ如キハ父母ノ國籍如何ヲ問ハズ

其領土内ニ生レタルモノヲ總テ自國人トナスノ出生地主義ヲ採ルヲ以テ日本人
 カ南米ニアリテ子ヲ生メハ其子ハ我國法ニヨリ日本人タルト共ニ出生地法ニ依
 リ他ノ國籍ヲモ取得スルニ至ル更ニ佛蘭西ノ如キハ血統主義ト出生地主義トヲ
 折衷シ外國人カ自國ノ領土内ニテ子ヲ生メハ其子ハ血統主義ニヨリ父母ノ國籍
 ヲ取得セシムルモ其子ヲ佛國內ニ成長居住シテ更ニ子ヲ生メハ即チ父母ノ國籍
 ニ依ラスシテ佛國ノ國籍ニ編入ス然ルニ我國法ハ外國居住ノ長短若クハ其直系
 親等ノ遠近ニ依リ國籍ノ變更ヲ認メザルヲ以テ爰ニ又一ノ抵觸ヲ生スルモノト
 謂フヘシ次ニ親族法上ノ國內規定ノ異ルニ依ル國籍ノ抵觸ヲ家族主義ヲ採ル東
 洋諸國ト箇人主義ヲ採ル歐米諸國トニヨリ著シキ相違ヲ來ス即チ養子及入夫婦
 姻ニ依ル國籍取得ハ前ニ述ヘタル如ク家族制度ノ結果ニシテ歐米諸國ニ於テハ
 入夫ノ制度ヲ認メス且ツ養子ヲ認ムルモ養子ニヨル國籍變更ノ原因ヲ認メサル
 ヲ以テ前掲ノ如ク外國人ノ入夫又ハ養子ニヨリ我國法ハ國籍ヲ與フルモ其本國
 法ハ其國籍ノ喪失ヲ來ササルコトアリ歸化ハ我國法ニ於テハ歸化ニヨリ本國法
 正其國籍ヲ失フ場合ニアラザレバ歸化ヲ許シテ我國籍ヲ與フルコトナキヲ以テ

斯ル抵觸ナシ入夫及養子ハ家族制度ノ必要條件ナルヲ以テ外國人ト雖トモ其婚姻又ハ縁組ヲ全然禁止スルニアラサル限リハ國籍ノ移轉ハ其必然ノ結果ト認メサルヘカラサルヲ以テ歸化ノ如ク他國法ニヨル前國籍ノ喪失ヲ顧ルニ暇ナシ是即チ國籍ノ抵觸ヲ來ス所以ナリ之ト同一ノ理由ニ基キ我國人ノ妻トナリタル外國人モ亦當然ニ我國籍ヲ取得セシム此ノ移轉原因ハ必スシモ家族制度ノ維持ニ基クモノニアラスト雖トモ南米諸國ノ如キハ其國ノ女子カ他國ノ人ト婚姻スルモ當然ニ自國籍ヲ喪失セシメヌ又北米合衆國ニ於テハ其婚姻シタル女子カ國內ノ居住ヲ捨テサル限リハ尙ホ從來ノ國籍ヲ保有セシム故ニ是等ノ原因ニ依リテ積極抵觸ヲ來スモノトス

消極的ノ國籍抵觸即チ無國籍ノ發生原因ハ出生ノ届出ナキ爲メ戶籍上ノ無籍ニ基ク場合アルヘキモ是等ハ國內法ノ關係ニ屬シ國籍法規ノ抵觸ニ原因スルモノニアラス我國籍法ニ於テハ前ニ述ヘタル如ク婚姻認知又ハ歸化ニ依リ我國籍ノ喪失ヲ表スヘキ場合ヲ認ム即チ日本ノ女子カ外國人ト婚姻シタル時ハ當然日本ノ國籍ヲ失フモ和蘭又ハ南米諸國ニ於テハ自國民ノ妻ハ當然ニ自國ノ國籍ヲ取

得スルコトヲ認メサルヲ以テ斯ル場合ニハ爲メニ國法ノ異ルニヨリ無國籍者ヲ發生セシム歸化ノ場合ニ付テハ一旦成立シタル歸化カ國外居住其他ノ理由ニヨリ歸化國ノ法律ニヨリ歸化カ無効ニ歸シタル場合ニ我國法ハ其當然ノ復籍ヲ認メサルヲ以テ是又消極的抵觸ヲ來ス認知又ハ外國人ノ入夫若クハ縁組ニ由ル復籍ニ就テハ我國法ハ外國ノ國籍ヲ取得スルコトヲ以テ條件トスルヲ以テ其抵觸ヲ防止スルコトヲ得ルモノトス

第三節 國籍抵觸ノ解決

第一 積極的外國々籍ノ抵觸解決

他國法ニ依リ其國籍法ノ衝突ノ結果一人カ二ケノ國籍ヲ有スル場合ニ付テハ其衝突シタル外國ノ二ケ以上ノ國籍法ハ國內法ヨリ見レハ共ニ輕重ノ差ヲ認ムル能ハス故ニ外國法ノ輕重厚薄ノ觀念ヲ以テ此問題ヲ解決スルニ由ナシ故ニ從來學者間ニ其國籍ハ住所ヲ伴フヤ否ヤヲ以テ之ニ輕重ノ差ヲ設ケ以テ推定外國籍ヲ認メント試ミタリウエース氏ハ重國籍者ノ本國法トハ即チ住所ヲ有スル國ノ本國法ナラサルヘカラス換言スレハ重國籍ノ當事者カ其國籍ノ何レカニ住所ヲ

有スル場合ハ其住所ヲ有スル國ノ法律ヲ以テ所謂推定的本國法ト認メサルヘカ
 ラス其重國籍ノ何レニモ住所ヲ有セサル場合ニ於テハ其重國籍ノ何レカノ法律
 ニテ最モ法廷地ノ法律ニ近邇シタル國ノ法律ヲ以テ其本國法ナリト認ムルヲ至
 當トスト論セリ「アツセル」氏ハ重國籍ノ内ノ何レカニ住所ヲ有スル當事者ニ對シ
 テ其住所地ノ法律ヲ以テ本國法ナリト推定スルハ其理由アリ之ト同一ノ理由ニヨ
 リ重國籍ノ何レニモ住居セス第三國ニ住所ヲ有スル當事者ニ係ルトキハ即チ其
 本國ヲ決定スヘキ根據ナク換言スレハ第三國ヨリ之ヲ觀レハ全ク國籍ナキモノ
 ト同一ニ看サルヘカラス斯ル場合ニハ國籍ナクシテ單ニ住所地アルモノナルヲ
 以テ均シク住所地法ヲ適用スルヲ以テ推定的本國法ノ準據ナリト謂フヲ得ヘシ
 ト論セリ其他學者ニヨリテ多少ノ異說ナキニアラスト雖トモ要スルニ法廷地法
 類似ノモノヲ以テ本國法ト認ムヘキカ又ハ住所地法ヲ以テ最モ重キモノト認ム
 ヘキカノ一問題ニ歸着ス若シ「ウエース」氏ト「アツセル」氏トノ說ノ異ルハ重國籍者
 カ第三國ニ住所ヲ召スル場合ノ三ニ係リ其國籍ノ何レカニ住所ヲ有スルトキニ
 於テ其住所地ノ國籍ヲ本國ナリト認ムルハ殆ト學者間ニ一致スル所ナルヲ以テ

其同一ノ理論ヲ以テ第三國ニ住所ヲ有スル場合ニ於テモ尙ホ住所地法ニ據ルヘ
 シトノ議論ハ頗ル正鵠ヲ得タルモノナリト謂ハサルヘカラス自國法即チ法廷地
 法類似ノモノヲ以テ其本國法ナリト推定スル如キハ妄リニ自國法ヲ尊重スルニ
 過キス斯ル場合ノ適用ハ法廷地法ハ現ニ自國法ノ適用ヲ當事者ノ本國法ニ讓リ
 タル場合ニ係ルヲ以テ其場合ニ於テ總テ自國法類似ノモノヲ尊重スルハ頗ル僻
 見タルノ誹ヲ免レサルモノト謂フヘシ

我法例第二十七條第一項ノ本文ニ於テ重國籍ノ場合ニ就キ其當事者ノ最後ニ取
 得シタル國籍ニ依リテ其本國法ヲ定ムヘキモノト規定シタリ然レトモ先ニ國籍
 抵觸ノ場合ニ於テ論シタル如ク國籍ノ取得ニハ自然的ノモノト人爲的ノモノト
 アリ自然的ノ國籍取得即チ出生ニ因テ國籍ヲ取得スル場合ニ就テハ時ノ前後ヲ
 生スルコトナキヲ以テ我法例ノ斯ル規定ハ斯ル場合ニ就テハ至ク其適用ヲ見ル
 能ハサルモノトス而シテ他ニ其規定ナキヲ以テ前述ノ理由ニ依リ其住所地ヲ以
 テ其本國法ナリト推定スルヲ至當トス而シテ人爲的ノ國籍取得ニ就テハ殆ト同
 時ニ行ハルルニトヲ想像スル能ハサルヲ以テ的確ニ此我法例ノ規定ハ其適用ヲ

見ルヘシ「モンテネグロ」財産法第八百條ハ恰モ我法例ノ前掲ノ規定ニ相同シ蓋シ
 最後ニ取得シタル國籍ハ即チ當事者ノ意思ニ合致スルモノニシテ其孰レニ從フ
 自國ノ強行法ノ範圍ニ屬セサルヲ以テ他ノ法律行為ニ於ケルト均シク當事者
 ノ意思ニ從テ其準據法ヲ定ムト試ミタルモノト謂フヘシ其立法例少シト雖ト
 モ蓋シ理由ナキモノニアラス

第二 消極的ノ國籍抵觸ノ解決

消極的ノ國籍即チ無國籍ノ場合ニ於テハ其當事者ハ元來本國ナルモノヲ有セサ
 ルヲ以テ本國法ノ適用ヲ受クヘキ根據ヲ有セサルモノトス斯ル場合ニ於テハ其
 當事者自身カ選擇シタル生活ノ本據即チ住所ハ其本國タルノ性質ヲ有スルモノ
 ト謂ハサルヘカラス蓋シ住所ヲ有スル地ノ法律ノ保護ノ下ニ立ツヲ以テ其當事
 者ノ意思ナリト解決セサルヲ得サルヲ以テナリ是ヲ以テ「レ」ネノ論セシカ如ク
 住所ハ本國ヲ補足スルモノナリトノ觀念ハ本國法主義ヲ採ル所ノ國際私法學者
 ニ依テ尙ホ是認セララル所ナリ況ヤ住所地法主義ヲ採ル學者ニ於テハ住所ハ寧
 本國ニ優ルトスルヲ以テ此點ニ關シテハ其結論ニ於テ軒輊スル所ナシ千八百

八十年英國「オックスフォード」ニ於テ開カレタル國際法協會ニ於テモ本國ノ知レサル
 場合ニ於ケル人ノ身分能力ハ本國法ニ據ルヘキモノナリト決議シタリ我法例第
 二十七條第二項モ亦此說ニ依リ國籍ヲ有セサル者ニ就テハ其住所地法ヲ以テ本
 國法ト看做シ其住所知レサルトキハ住所地法ニ據ルヘキモノナリト規定セリ
 國際私法上ノ住所ノ觀念ニ就テハ必シモ國內法ニ於ケル住所ノ觀念ト同一ニア
 ラズ「イギリス」法ニ於テハ住所ヲ區別シテ生來住所法定住所及ヒ選定住所ノ三
 ナス選定住所ハ即チ其實ト意思トノ二箇ノ要件ヲ以テ成立シ任意的ニ存立スル
 モノト認め恰モ我國民法ノ生活ノ本據ヲ以テ住所ト認ムルモノト略同一ノ觀念
 ニ出ツルモノナリ其他ノ住所ハ畢竟法律ノ規定ニ基テ推定セララルモノニ係リ
 歐大陸ノ民法中ニモ略々此等ノ二種ノ住所ノ種別ヲ認ムルモノ多數ナリ然レト
 モ我國法ニ於テハ法例ノ規定モ亦民法ノ規定ト其意義ヲ異ニセサルモノト認ム
 ルヲ至當トスルヲ以テ畢竟事實的生活ノ本據タル關係ニ於テ當事者ノ意思モ亦
 其事實ニ一致シタルニ依テ成立スルモノトス而シテ我國ハ獨逸法ニ於ケルト異
 リ二箇以上ノ住所ヲ認メサルヲ原則トスルヲ以テ前述ノ國際私法ノ規定ノ適用

ニ於テモ疑義ヲ生スルコト少カルベシ然レトモ孰レニ生活ノ本據ヲ有スルヲ發見シ難キモノナキニアラス又全ク生活ノ本據ヲ營ムコトナク隨所ニ放浪シテ生活ヲ營ムモノ決シテ少キニアラス是ヲ以テ法定住所ヲ認メサルト共ニ居所ヲ以テ其住所ノ不存在ヲ補充スルノ規定ヲ認メタリ若シ他ノ國法ニ於テ二箇以上ノ住所アリトセラルル場合ニ於テモ我國法ノ適用ニ就テハ他國法ノ住所ニ關スルコトナク事實上生活ノ本據タルベキ住所ヲ認定シテ我國法例ノ運用ヲ見ルベキナリ而シテ居所ニ就テハ居所トハ即チ現在ノ場所ヲ意味ス何人ト雖モ居所ト有セサルナキヲ以テ抵觸ノ問題ヲ生セニ是ヲ以テ本國法主義ノ適用ニ於テハ結局居所地法ニ到着シテ適用上ノ終局ヲ見ルニ至ルベシ然レトモ國ニ依リテハ一領國內ノ地方ニ依リテ法律ヲ異ニスルモノアリ露西亞又ハ北米合衆國ノ如キハ特ニ其著シキ例外ナリ斯カル場合ニ於テハ所謂本國法ナルモノニ就テモ亦孰レノ地方ノ法律ニ據ルベキヤノ疑問ヲ生ス斯カル場合ニ於テハ其當事者ハ本國中住所ヲ有スル地方ノ法律ニ據ルヲ一般ノ通則トナス若シ其住所ヲ有セサルトキハ其居所地方ノ法律ニ據ルニ先ニ述ベタル住所地法ノ歸着ト同一理論ヲ應用スルヲ

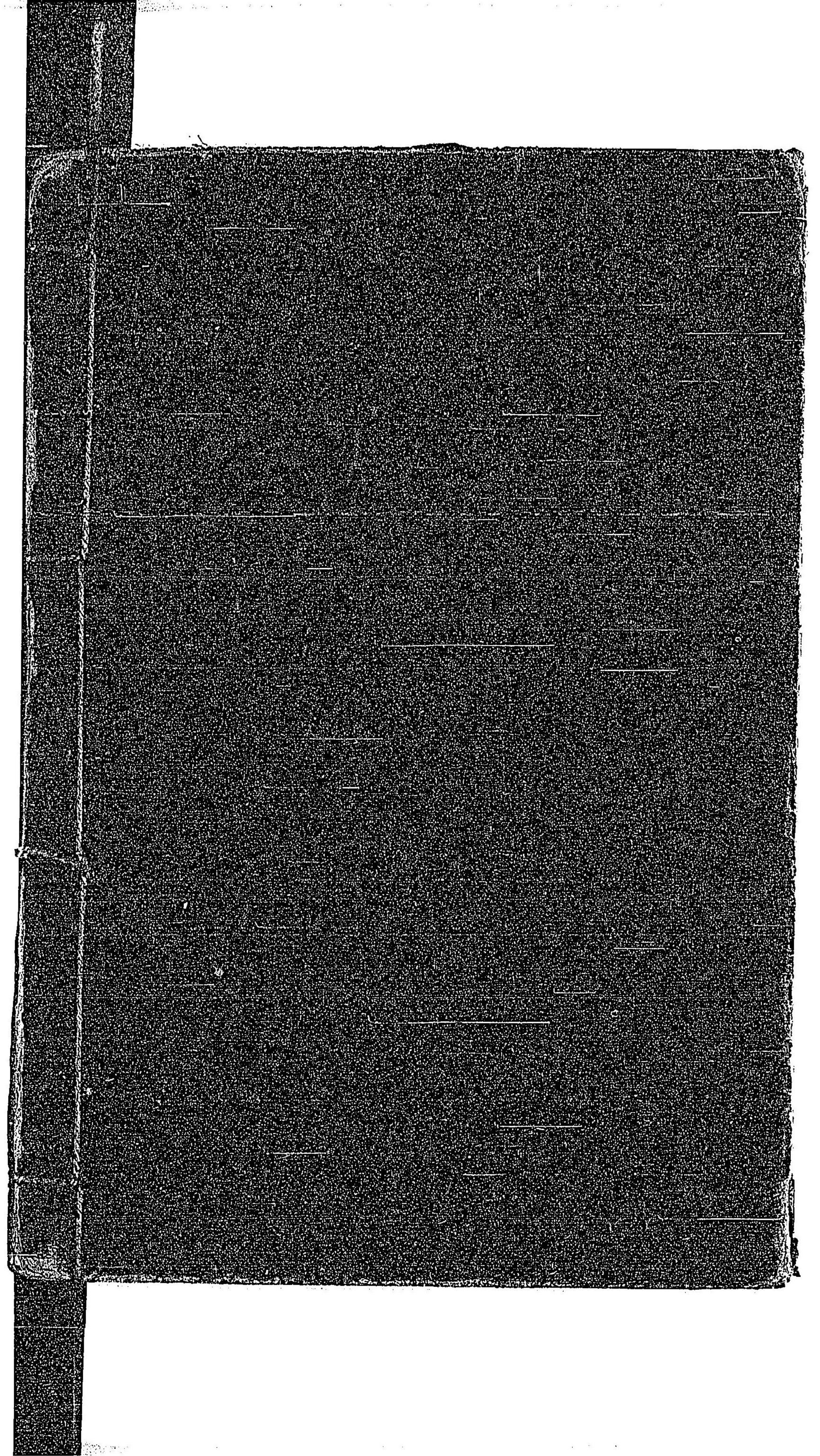
得ヘシ蓋シ其當事者ノ屬スル地方ノ法律ハ本國法主義ノ原理ヲ特ニ減縮シタルニ外ナラサルナリ我法例第二十七條第三項ノ規定ハ畢竟此理ヲ明カニシタルニ過キス然レトモ此理論ハ千八百八十年ノ國際法協會ニ於テハ頗ル紛議ヲ來シタル所ナリウエストレーキ等ノ英國學者ハ先ニ述ヘタル住所地法主義ノ理論ヲ根據トシテ地方ニ依リ異ル法律ノ下ニ在ル一國民ノ法律管轄ハ結局前述ノ生來住所ノ地方法ニ據ルヘキモノナリト論セリ蓋シ住所地法主義ヲ貫徹セントセハ此說ハ根據ナキニアラスト雖トモ本國法主義ノ觀念ヨリ之ヲ云ヘハ必シモ生來住所ニ限定スヘキモノニアラス要スルニ其當事者ノ屬スル地方ノ孰レナルカラ事實問題ニ委シ其屬スル地方ノ生來住所ニアルト現實ノ居所ニアルト又他ノ個所ニ在ルトハ我法律ノ豫定セサル所ナリ同年ノ國際法協會ハ多數ノ民法並立スル一國內ニ於ケル外國人ノ身分能力ハ其本國ノ國內法ニ依リテ其所屬ヲ決スヘキモノト論定セリ蓋シ本國法ヲ適用スルニ當リ其本國法ノ孰レナルカハ國際私法ノ自ラ決定スヘキ問題ナリトセンヨリハ本國法ノ適用ニ依テ其問題ヲ決スルノ至當ナルヲ認メタルニ出ツルモノナリ我法例ハ必スシモ其本國ノ國內法ニ依

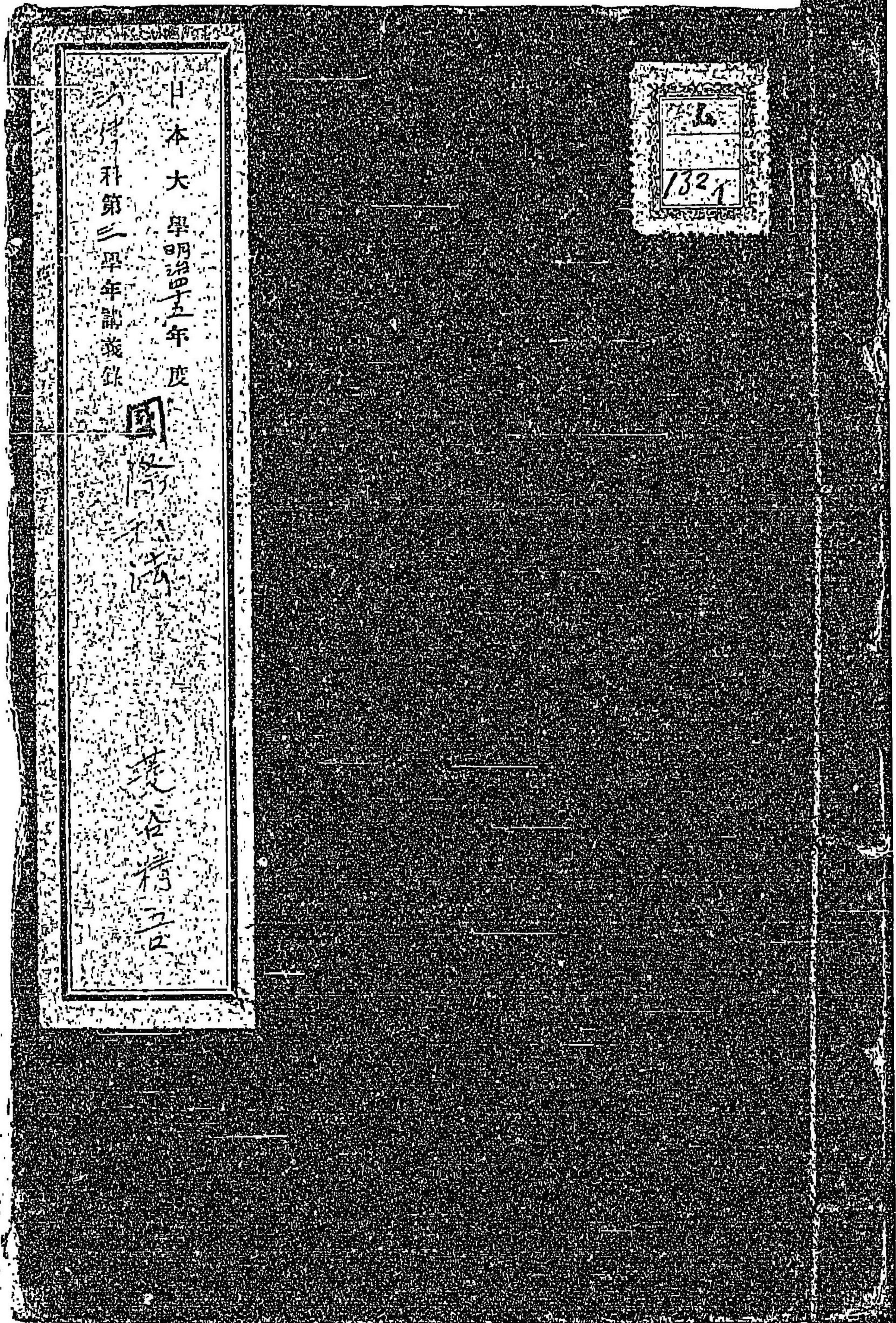
5
1321

夫其當事者ノ屬スル地方ノ如何ヲ決定スベキモノカリト明言セスト雖トモ恐クハ實際ノ適用ニ於テハ其所屬ノ標準モ亦畢竟本國法ノ適用ニ外ナラサルヲ以テ本國法ノ國內法ハ最重要ナル決定資料タルヘシ

此ノ點ニ對シテハ、本國法ノ適用ニ對シテハ、其ノ當事者ノ屬スル地方ノ如何ヲ決定スベキモノカリト明言セスト雖トモ恐クハ實際ノ適用ニ於テハ其所屬ノ標準モ亦畢竟本國法ノ適用ニ外ナラサルヲ以テ本國法ノ國內法ハ最重要ナル決定資料タルヘシ

國際私法終





日本大學明治卅五年度
 法律第三學年講義錄
 國際私法
 菱谷精吾

1321

039285-000-4

△-1321

國際私法

菱谷 精吾 / 述

[M45?]

BCD-0093

