

524
69

國際私法

山田三良著

第三分冊

納本

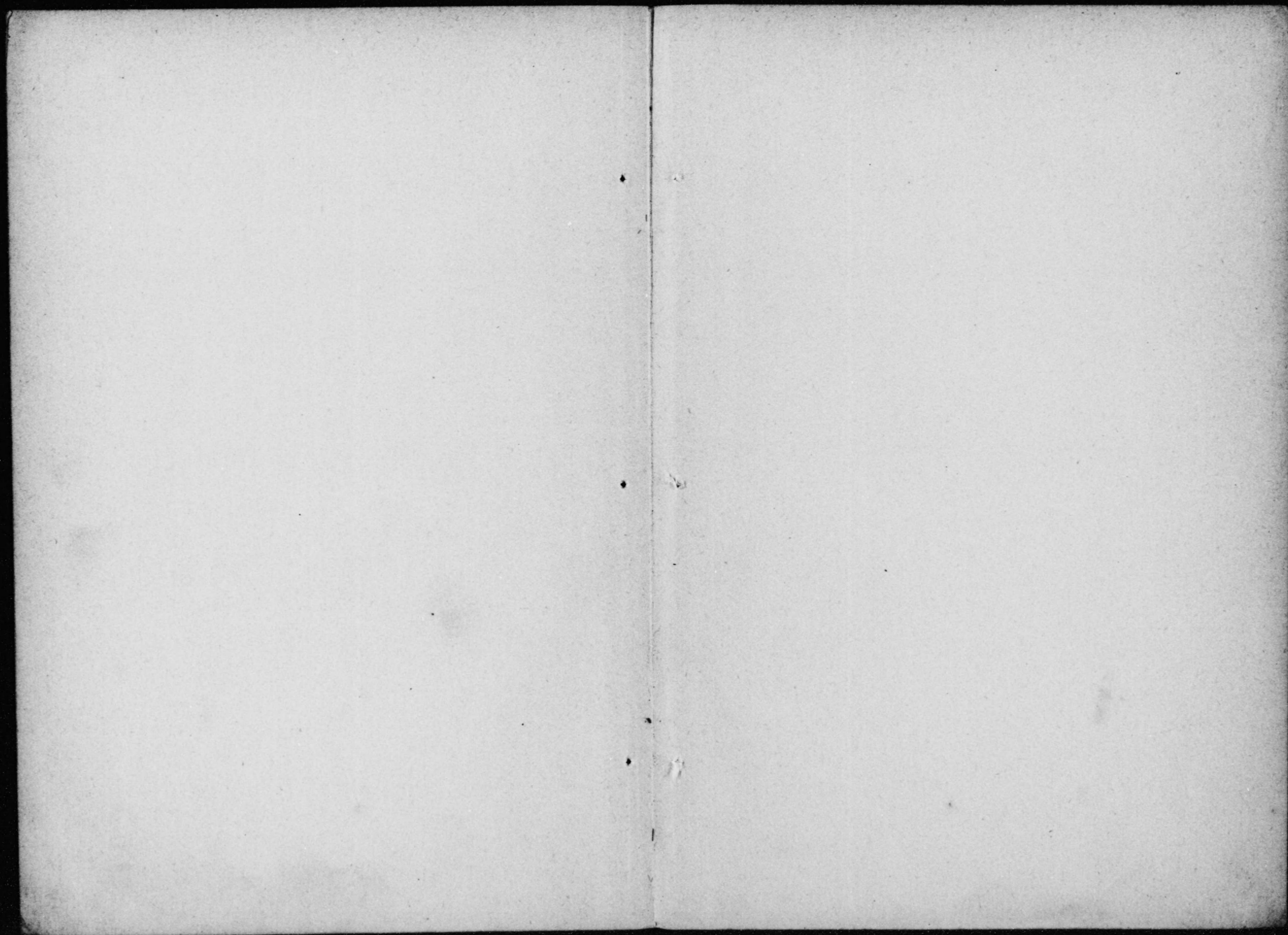
28

山田三良著

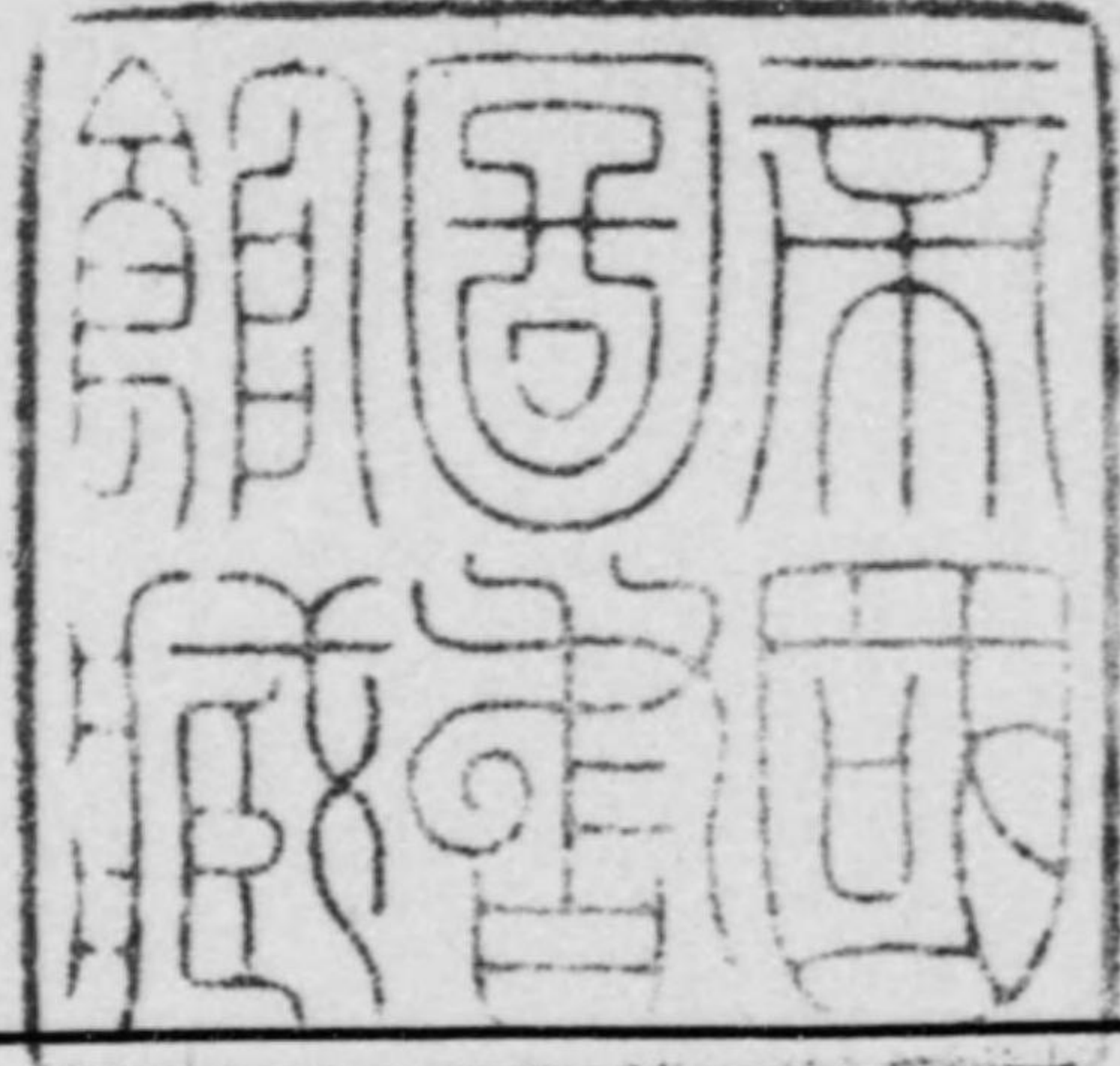
國際私法

第三分冊

東京書肆有斐閣



納本



山田三良著

國際私法

東京書肆有斐閣



624-69

目次

緒論

第一章 國際私法の意義及び性質

第一節 國際私法存在の條件

第二節 國際私法の意義

第三節 國際私法と國際法との關係

第四節 國際私法と實體法との關係

第二章 國際私法の名稱

第三章 國際私法學の沿革

第一節 古代

第二節 中世

第三節 近世

第四節 最近世

第一項 英美學派

目次

一

一
一
七
七
一七
二五
二八
三九
三九
四二
四八
五七
五七
五七

第二項 獨逸學派……………六三

第三項 伊佛學派……………七二

第四項 最近の學說……………七五

第四章 國際私法制定の沿革……………七八

第一節 國內的立法の沿革……………七八

第一項 實質上の沿革……………八八

第二項 形式上の沿革……………九〇

第三項 法例制定の由來……………九二

第四項 國際私法の系統……………九九

第二節 國際的立法の沿革……………一〇一

第一項 南米會議及汎米會議……………一〇一

第二項 海牙國際私法會議……………一〇四

第五章 准國際私法……………一一五

第一節 總說……………一一五

第二節 異法地域發生の原因……………一一六

第三節 異法地域と國際私法……………一二〇

第四節 異法地域間の牴觸問題……………一二二

第六章 國際私法研究の方法及範圍……………一二七

第一節 國際私法の研究法……………一二七

第一項 純理的研究方法……………一二八

第二項 成法的研究方法……………一三〇

第二節 國際私法研究の範圍……………一三三

第一篇 國籍及住所……………一四〇

第一章 總說……………一四〇

第一節 國籍の意義及性質……………一四〇

第二節 國籍法の根本原則……………一四三

第三節 國籍法の地位……………一五〇

第二章 國籍の取得……………一五三

第一節 生來の國籍取得……………一五三

第一項 總論……………一五三

第二項 各論

第一款 父の血統主義に依る場合

第二款 母の血統主義に依る場合

第三款 生地主義に依る場合

第二節 傳來の國籍取得

第一項 親族法上の原因

第二項 歸化

第一款 歸化の意義

第二款 歸化の條件

第三款 歸化の效力

第四款 歸化人の權利制限

第三項 國際法上の原因

第一款 併合の場合に於ける國籍の取得

第二款 征服の場合に於ける國籍の取得

第三款 割讓の場合に於ける國籍の取得

第三章 國籍の喪失

第一節 國籍喪失の原因

第一項 親族法上の原因

一五七

一五七

一六〇

一六一

一六四

一六四

一六九

一七〇

一七二

一七八

一八三

一八四

一八五

一八七

一八八

一九九

一九九

二〇〇

第二項 任意的喪失 二〇二

第二節 國籍喪失の效力 二一七

第四章 國籍の回復 二二一

第一節 國籍回復の條件 二二一

第二節 國籍回復の效力 二二六

第五章 國籍の抵觸 二二七

第一節 積極的抵觸問題發生の原因 二二七

第一項 生來の國籍抵觸 二二八

第二項 傳來の國籍抵觸 二三一

第二節 積極的抵觸問題解決の原則 二三五

第一項 國際的解決の原則 二三五

第二項 國內的解決の原則 二三八

第一款 内外國籍の抵觸問題 二三九

第二款 外國々籍の抵觸問題 二四〇

第三節 消極的抵觸問題 二四九

第一項 消極的抵觸問題發生の原因 二四九

第二項 消極的抵觸問題解決の原則	二五一
第一款 國際的解決の原則	二五一
第二款 國內的解決の原則	二五三
第四節 一國數法の場合に於ける本國法	二五七
第六章 住所の抵觸	二六一
第一節 總 說	二六一
第二節 住所の積極的抵觸問題	二六七
第一項 住所の積極的抵觸問題	二六七
第二項 住所の消極的抵觸問題	二七三
第二篇 外國人の地位	二七五
第一章 外國人の地位の沿革	二七五
第一期 敵視主義	二七七
第二期 賤外主義	二七八
第三期 排外主義	二七九
第四期 相互主義	二八〇
第五期 平等主義	二八三

第二章 現行法上に於ける外國人の地位

第一節 公法上の地位	二九五
第一項 個人的自由權	二九五
第一款 往來居住の自由	二九六
第二款 身體の自由、住居及財産の不可侵	三〇三
第三款 精神上的の三大自由	三〇四
第四款 營業の自由	三〇七
第二項 國家の保護請求權	三一六
第三項 參政權	三二〇
第四項 公法上の義務	三二一
第二節 私法上の地位	三二三
第一項 人格權	三二四
第二項 財産權	三二五
第三項 親族權	三四〇
第四項 相続權	三四三
第三章 外國法人の地位	三四六
第一節 外國法人の意義	三四六

第二節 外國法人の認許 三六六

第三節 外國法人の權利 三八二

第四節 認許せられざる外國法人の地位 三八八

第三篇 法律の牴觸

三九四

總論

三九四

第一章 外國法

三九四

第一節 外國法の意義及び性質 三九四

第二節 外國法の證明 三九八

第三節 外國法の適用と上告 四〇四

第二章 外國法適用の制限

四〇八

第一節 外國法適用の制限に關する主義 四〇八

第二節 外國法適用制限の標準 四一三

第三節 法例第三十條の意義 四一八

第三章 反致法

四二四

第一節 反致法の意義及性質 四二四

第二節 反致法に對する非難 四二七

第三節 反致法の適用範圍 四三四

第四章 準據法

四三九

第一節 準據法の意義及性質 四三九

第二節 準據法の略稱 四四二

第五章 法律關係性質決定の準據法

四四七

各論

四五七

第一部 國際民法

四五七

第一章 人事法

四五八

第一節 權利能力 四五八

第一項 一般的權利能力 四五八

第二項 特別的權利能力 四六二

第二節 行為能力 四六四

第一項 總說 四六四

第二項 未成年 四六七

第三項 禁治產 四八一

第一款 禁治產の管轄權 四八四

第二款 禁治產の原因 四八六

第三款 禁治產宣告の效力 四八八

第四項 準禁治產 四九九

第三節 失蹤 四九五

第一項 失蹤宣告の管轄權 四九七

第二項 失蹤宣告の效力 五〇三

第三項 外國裁判所の宣告したる失蹤の效力 五〇四

第二章 物權法 五〇六

第一節 總論 五〇六

第二節 各論 五一三

第一項 物及物の區別 五一三

第一款 物 五一三

第二款 物の區別 五一四

第二項 物權の種類及效力 五一五

第一款 占有權 五一六

第二款 所有權 五一八

第三款 地上權、永小作權、地役權 五一九

第四款 留置權、先取特權、質權、抵當權 五一九

第五款 登記すべき權利 五二二

第六款 物權の得喪 五二二

第七款 取得時効 五二八

第三章 債權法

第一節 概論 五三五

第二節 法律行為より發生する債權 五三八

第一項 法律行為の實質的要件 五三八

第二項 法律行為の形式的要件(方式) 五五八

第三節 不法行為より發生する債權 五六五

第四節 事務管理及不當利得より發生する債權 五八二

第一項 事務管理 五八三

第二項 不當利得 五八五

第五節 債権の效力及び債権譲渡の第三者に對する效力

- 第一項 當事者間に於ける債権の效力……………五八七
- 第二項 債権譲渡の第三者に對する效力……………五九二

第四章 親族法

第一節 婚姻

- 第一項 婚姻の成立要件……………六〇一
- 第二項 婚姻の效力……………六〇九

第一款 身分上に及ぼす效力……………六〇九

第二款 財産上に及ぼす效力……………六一六

第三項 離婚

第一款 離婚の管轄權……………六二三

第二款 離婚の原因……………六二五

第二節 親子

第一項 嫡出子

第二項 私生子

第一款 私生子認知の要件……………六三六

第二款 私生子認知の效力……………六四〇

第三項 養子

第一款 養子縁組の要件……………六四一

第二款 養子縁組の效力……………六四三

第三款 離縁……………六四四

第四項 親子間の權利義務

第一款 身分に關する權利義務……………六四六

第二款 財産に關する權利義務……………六四七

第三節 扶養の義務

第四節 後見及保佐

第五章 相続法

第一節 相続

第一項 總論……………六六〇

第二項 各論……………六六六

第二節 遺言

第一項 遺言の實質的要件……………六七四

第二項 遺言の形式的要件……………六七八

第三項 遺言の效力……………六八四

目次

第四項 遺言の取消 一四

..... 六八六

は常に同一なるを以て原則とする。而して本條の規定は第七條又は第九條と異なり單に債權法上の法律行為の方式を規定するのみならず、物權法上の法律行為又は親族法若くは相続法上の法律行為の方式をも規定するものである。従つて債權法上の法律行為の方式は法例第七條の規定に従ひ當事者の自由に選定したる法律に依つて之を定むべく、物權法上の法律行為の方式は法例第十條の規定に従ひ目的物の所在地法に依つて之を定むべく、親族法上及び相続法上の法律行為の方式は法例第十三條以下の規定に従ひ當事者の本國法に依つて之を定むべきである。獨逸民法施行法第十一條第一項に於ては此の意味を明かにするが爲めに法律行為の方式は法律行為の目的を形成する法律關係の準據すべき法律に依つて之を定む但法律行為を爲す地の法律に従ふを以て足ると規定してゐる。併し乍ら斯る規定のみにては獨逸人の外國に於ける婚姻の方式又は獨逸に於ける私生子の認知の方式は何れの法律に依るべきかを明かにすることが困難であると言はねばならぬ。

或は法律行為の方式は法律行為の成立要件なるが故に、法律行為の效力を定むる法律に依ると規定することを非難する者もある。併し乍ら法律行為の成立と



法律行為の方式と效力

效力とが其準據法を異にし、然かも其方式が效力を定むる法律に依ることを要する場合には成立を定むる法律に依ることを得ざるは勿論である。例へば婚姻成立の實質的要件は各當事者の本國法に依るべき場合に、若し其當事者が國籍を異にするときは婚姻の方式は成立問題を定むる法律即ち各當事者の本國法に依ることを得ざるや明かである。従つて其效力を定むる夫の本國法に依るか又は擧行地法に依るべきことを定めねばならぬ。之と同様に私生子の認知は各當事者の本國法に依つて其成立問題を定むべきであるが、其方式は認知の效力を定むる法律即ち認知者の本國法に依るを以て原則とせねばならぬ。従つて親族法上の法律行為の方式に付ては其行為の成立を定むる法律に依ると言ふことを得ないのである。特に我法例第八條に所謂法律行為の方式の中には婚姻の方式又は遺言の方式と云ふが如き意思表示の方式を包含するのみならず物權得喪の要件たと第三者に對抗する條件たるとを問はず登記若しくは引渡をも包含するものである。従つて物權的效力を發生する行為の方式に付ても亦其行為の效力を定むる法律に依ると規定するのが妥當であると言はねばならぬ。唯債權發生の原因たる法律行為の方式に付ては其效力を定むる法律に依るよりも、其成立を定むる

法律に依ると規定するのが正當である。併し乍ら實際上より言へば斯る法律行為の成立と效力とは其準據法を同ふするを以て例とするから、成立を定むる法律に依ると云ふも效力を定むる法律に依ると云ふも其結果に於て異なる所は無いのである。従つて各種の法律行為を通して一般的に方式の準據法を定むるに當つては其行為の成立を定むる法律に依ると規定するよりは、寧ろ其效力を定むる法律に依ると規定するのが妥當であると言はざるを得ないのである。

法律行為の方式は上述の如く其行為の效力を定むる法律に依るを以て原則とするのであるが、此の原則を絶對的に適用するときには外國に於て法律行為を爲すことを得ざるに至るの虞があるので、法例第八條第二項は行為地法に依りたる方式は前項の規定に拘らず之を有效とすと規定してゐる。即ち古來諸國に於て方式に關する原則として一般的に認められたる場所は行為を支配すとの格言は我法例に於ては唯だ例外的便宜規定たるに過ぎないのである。然も此の便宜規定は物權其他登記すべき權利を設定し又は移轉する法律行為の方式に付ては之を適用することを得ざるものである。蓋し物權を設定し又は移轉する法律行為即ち物權的法律行為は法例第十條の規定に従ひ絶對的に目的物の所在地法に依る

行為地法
を適用す
べからざ
る場合

べき法律關係であるから、其方式も亦絶對的に斯る行爲の效力を定むる法律即ち目的物の所在地法に依ることを要するが爲めである。併し乍ら物權を處分する法律行爲であつても債權的效力に付ては法例第七條の規定に従ひ當事者の任意に選定したる法律に依つて之を定むべきものであるから、其方式に付ても亦行爲地法主義を制限するを要せざるは云ふまでもない。従つて法例第八條第二項但書に所謂處分なる文字は廣きに失するの虞あるが故に、寧ろ之を「移轉」の意義に解すべきである。

法例第八條に依れば法律行爲の方式は其行爲の效力を定むる法律に依るを以て原則とするのであるが、物權其他登記すべき權利を設定し又は移轉する法律行爲を除くの外は、當事者は如何なる場合に於ても自由に行爲地法の定むる方式に依ることを得べきものである。加之ならず法例第十三條に於ては婚姻の方式は婚姻舉行地の法律に依るを以て原則とし、商法施行法第二百二十五條に於ては手形行爲の方式は行爲地法に依るべきものとし、同第二百二十六條に於ては手形上の權利の行使及び保全の爲めに爲す行爲の方式は行爲地法に依るべきものとする。こゝとは後章に説明するが如くである。

第三節 不法行爲より發生する債權

故意又は過失に依りて他人の權利を侵害する行爲は羅馬法以來債權發生の原因として各國民法の一般に認むる所である。佛國法系の諸國に於ては羅馬法の用語を襲用し故意に因る行爲を私犯(Delits)と云ひ過失に因る行爲を准私犯(quasi delits)と云ひ獨逸法系の諸國に於て之を不法行爲(unerlaubte Handlungen)と稱し、英國法系の諸國に於ては之を私犯(Torts)と稱するを以て例とする。我民法は獨逸民法の用例に従ひ之を不法行爲と稱してゐる。

不法行爲を以て債權發生の原因とすることは斯の如く諸國の法律の一般に認むる所であるが、如何なる行爲が果して不法行爲なりや、即ち不法行爲の内容及條付に關しては各國法律の規定する所區々一定せざるが故に、特定の事實は甲國の法律に依れば不法行爲として債權發生の原因と爲るも、乙國の法律に依れば適法の行爲たることあり、又不法行爲より發生する債權の範圍及び救正方法に關しても亦其規定を同らせざる結果として甲國法の認むる債權と乙國法の認むる債權とは其範圍を異にし其救正方法を異にすることもあるのである。故に今甲國人

不法行爲
に關する
各國規正
の差異

甲が乙國人乙に對し丙國に於て行ひたる不法行爲を原因として、被害者乙が加害者甲に對し其現住所たる丁國に於て損害賠償の訴を提起したる場合には丁國裁判所は何れの法律に準據して之を判定すべきや。即ち加害者又は被害者の本國法若くは住所地法に準據すべきや、或は不法行爲の發生地たる丙國法に準據すべきや、將た又法廷地法たる丁國法に準據すべきや等の問題が發生する。

此の問題を論究するに當り先づ注意すべきことは、此問題は唯だ不法行爲の發生地と訴訟地と相異なる場合に於て發生するのみであつて、行爲地と訴訟地と同一なる場合には發生せざることである。換言すれば丙國人又は外國人が外國に於て行ひたる不法行爲に對し丙國裁判所に訴訟を提起したる場合に於てのみ發生する問題であつて、丙國人又は外國人が丙國に於て行ひたる不法行爲に對して丙國に於て訴訟を提起したる場合には斯る問題を發生するの餘地を存せないのである。蓋し一國の法律に於て一定の行爲を不法とし、其行爲者をして損害を賠償すべき義務を負擔せしむる所以は、單に被害者の蒙りたる損害を填補するのみを以て目的とするに非ずして、之に依りて不法行爲の發生を抑制し社會の秩序を維持せんが爲めである。故に其性質上純然たる強行法に屬し、契約より發生する

不法行爲
の發生地
と訴訟地

不法行爲
の準據法
に關する
學說

法廷地法
主義

債權の如く當事者の意思に依りて其準據法を選定することを許さざるものである。従て我國に於て我法律の認めて以て不法と爲す行爲を行ひたる者は、丙國人たると外國人たるとを論ぜず、我法律に規定せる損害賠償の義務を負擔せざるべからざることは素より當然であつて、丙國に於ける不法行爲より發生する債權に關しては専ら丙國法のみを適用すべきことは古今東西を通じて異論なき所である。

併し乍ら外國に於て發生したる不法行爲の準據法に關しては學說上に於ても立法上に於ても區々一定する處がないのである。今之を便宜の爲め左の三主義に大別することとする。曰く(一)法廷地法主義、曰く(二)行爲地法主義、曰く(三)折衷主義である。

第一 法廷地法主義

不法行爲に關する法律は嚴正なる強行法に屬するが故に、不法行爲より發生する債權に關しては其犯行地法の如何に拘らず常に法廷地法(*lex fori*)を適用せざる可らずとはサヴィニー及びウエヒテル等の最も熱心に主張せる學說である。サヴィニーは其理由を説明せんが爲めに佛國民法第三四〇條を引證して曰く、佛國

に於て私生子が其生父を探索することを禁止するは佛國の道德的觀念より出たる強行法である。然るに他國に於て之と正反對の確信より此の如き請求を許與する規定も亦同様に強行的性質を有するから、其國裁判所は佛國に於て生れたる私生子に就ても其訴訟を受理せざるべからずと。併し乍ら私生子の生父に對する扶養請求權は不法行為より發生したる債權と云ふことを得ないから、サグイニの所説は其説例を誤れりと言はねばならぬ。尙サグイニの説に據れば法廷地法の原則は不法行為に對する訴訟の受理又は棄却に關する場合のみならず、兩國の法律が請求の條件又は範圍に於て異なる場合にも亦均しく之を適用すべきものであるから、原告は常に自己に有利なる裁判所を撰擇し、適用せらるべき法律を自由に選定することを得るに至るの弊があるのであるが、サグイニは此の如きは此種の法律の特質より由來する避くべからざる結果たるに過ぎない。況んや債權に關する普通裁判籍は債務者の住所又は居所に限るとの制限に依つて被告の危険を減却することを得るに於てをやと云ふてゐる。獨逸に於てはサグイニ、ウエヒテルの學説を祖述する者多く且法廷地法を適用したる裁判例も亦少くないが、此説は近世國際私法學者の一般に排斥する所である。蓋し不法行為に

關する法律は公の秩序を目的とする強行法たることは素より論を俟たないのであるが、此説の如く外國に於ける行為に關しても亦専ら法廷地法を適用して其行為の不法なるか否かを決定せんと主張するに至りては、私法上の不法行為と刑法上の犯罪とを混同するの非難を免れざるのみならず、行為地の法律に依つて何等の債務をも負擔せざる適法の行為者に對して漫りに債務を負擔せしむるが如き不當なる結果を免れざるものである。

第二 不法行為地法主義

不法行為地法主義 (Lex loci delicti commissi) 即ち不法行為より發生する債權債務は其事實發生地の法律に依つて之を定むべきであるとする主義は、不法行為に關する規定は内國人たると外國人たるとを問はず均しく之を適用すべき強行法たることを前提として、左の二原則を根據とするものである。

一 行為地法に依つて不法行為に非ざる行為は何れの國に於ても不法行為ではない。即ち行為地に於て適法の行為は他國に於て之を不法行為と認むることを得ないから、行為地に於て損害賠償の義務を負はざる者は何れの國に到るも其行為に對して損害賠償の義務を負ふことが無いのである。

不法行為
地法主義

其根據
第一原則

二 行爲地法に従ひ不法の行爲は何れの國に於ても不法行爲である。蓋し不法行爲より發生する債權は加害者又は被害者の意思如何に拘らず、一定の事實に對する制裁として、法律の規定に依つて當然發生する債權債務であるから、不法行爲の發生と同時に加害者は之に因つて生じたる損害を賠償すべき義務を負担し、被害者は之を請求する權利を取得するのである。而して一國に於て正當に取得したる權利は他國に於ても亦既得の權利として之を保護せざるべからざること、は近世國際私法の根本原則とする所であるから、不法行爲より如何なる債權債務が發生すべきかは専ら不法行爲地法に依つて之を定むべきである。特にバールの如きは此原則を維持するに非ずんば一定の法域内に生存する各人は其權利の價値を算定すべき標準を知るに由無かるべく、且之を認むるに非ずんば私法的關係に於ける内外人の眞の同權を望むことを得ざるべしと主張してゐる。

之を要するに不法行爲地法主義は歐洲大陸國際私法學者の通説たるのみならず、近世諸國の立法例或は草案に於ても亦此主義を採るもの少くはない、即ち、コンゴ(國法例五條三)ローラン案十七條三、チエッコスロバキヤ民法草案二十六條、ブスタンマンテ法典一六七條一六八條、獨逸民法第一草案六條、ニーマイエル案七條一)

我舊法例七條(波蘭國際私法十一條)等は皆不法行爲より發生する債權は其原因たる事實の發生したる地の法律に依るべきことを規定してゐる。尙佛、白蘭、伊等斯る明文無き諸國の裁判例に於ても亦此原則を認めてゐる。

不法行爲地法説は斯の如く歐洲大陸の學說判例及び立法例に於て最も廣く認められつゝある所である。併し乍ら所謂第一原則即ち行爲地に於て適法の行爲は他國に於て之を不法行爲と見做すを得ずとする點は素より正當であるが、所謂第二原則即ち行爲地法に従ひ不法行爲より發生したる債權は既得權として何れの國に於ても絶對的に之を保護せざるべからずとする點は訴訟地の公益を無視するの非難を免れざるものである。例へば著作権又は特許權の保護に關し我國と何等條約上の保障なき外國に於て我國民が該外國人の著作権又は特許權を侵害したることありとするも、我法律は之を以て不法行爲と見做さざることは勿論である。然るに若し該外國人が外國に於て斯る行爲を爲したる日本人に對して我裁判所に損害賠償の訴を提起したる場合に常に行爲地法に準據して之を判定すべきものとするときは、我國裁判所は我法律が其自由を保障せる行爲を不法とし之に對して損害賠償の義務を認めざるを得ざるに至るであらう。又我商法第

五百四十四條に依れば船長其他の船員が他人に加へたる不法行為に就ては船舶所有者は該船舶の價額を限度として損害賠償の責任を負担すべきものとしてゐる。即ち被害者に對し該船舶並に船舶に付屬する一切の債權を委附することに依つて其の責任を免るゝことを得べきものとしてゐる。然るに若し我國船舶が所謂人的責任即ち無限責任を認むる外國の領海に於て行ふたる不法行為に對して被害者より我裁判所に損害賠償の訴を提起したる場合に單に行爲地法のみを適用すべきものとするときは、我國船舶所有者は該船舶を委付して其責任を免るゝことを得ないから、船舶の價額以上の損害をも賠償せざるべからざるに至るであらう。果して然らば絶対的行爲地法説は我國立法者が行爲の自由を認許し若くは損害賠償の責任を制限したる立法政策を無視し、我國裁判所をして我法律の精神目的に反する保護を附與せざるを得ざるに至らしむるの譏を免れざるものである。

其制限

不法行為地法を絶対的の原則とするときは此の如き弊害を免れないから從來絶対的行爲地法主義を採用せる學者も近來種々の方面より此原則の適用を制限せんとする學説を提唱するに至つた。例へばパール若くはアッセルの如きも損害

賠償と民事刑罰(Privatrecht)とを區別して、行爲地法は唯だ前者に就いてのみ絶対的に適用すべき原則であるが、民事刑罰に就ては訴訟地法の認むる金額より以上の請求を認むることを得ざるものとしてゐる。併し乍ら所謂「民事刑罰とは何ぞやが不明であるから此制限も亦不明である」と云はねばならぬ。蓋し民事刑罰の起原たる羅馬法に於ては公法の觀念は尙幼稚であつて、現今に於て國家の公訴を發生すべき犯行も唯だ私訴を發生するに過ぎなかつたものが少くなかつたので、斯る犯行に對しては所謂民事刑罰の訴權(Actio Poenalis)を附與して普通の不法行為に對するよりも嚴重なる救正方法を認めためたのである。然るに現今に於ては刑法と民法とは判然分化し、刑法上の不法行為即ち犯罪と民法上の不法行為即ち私犯とは二者別物にして、犯罪に對して刑罰あり私犯に對して損害賠償あり、公訴私訴並起する場合に於ても公訴は刑罰を目的とし、私訴は損害賠償を目的とするに至つたので、民事刑罰なる文字は既に其意義を失ふたものである。或は羅馬法の民事刑罰は現時の刑法に規定せる事項に就ては既に消滅したるも、其他の事項に就ては原則上尙存在すると主張する者もあるが、全然之を否認する學者亦少なくないのである。故に斯る不確定なる標準を以て行爲地法を制限せんとするが

如きは誤れりと言はねばならぬ。假りに一步を譲つて、所謂民事刑罰と損害賠償との區別は常に明確なりとするも、行爲地法の適用を制限すべき必要は獨り刑罰的性質を有する賠償に止らないのである。夫の著作権又は特許權侵害の如き或は船舶委付の如き、苟も訴訟地法に於て請求權を否認し又は制限する場合には常に行爲地法の適用を制限すべき公益上の必要があるのであるから、斯る制限は畢竟狹隘に失するの譏を免れざるものであると言はねばならぬ。

或はローランの如く内國の公益に關する場合に限り行爲地法の適用を排斥すべしと云ふものもあるが、不法行爲に關する規定は素と皆公益に關する規定であるから、斯る制限説を採るときは、内國法と行爲地法と抵觸する場合には常に行爲地法に依ることを得ないから、却つて氏の所説と背馳する結果を來すに至るであらう。或はノイマンの如く外國法に規定せる民事刑罰に就ては行爲地法を排斥し、且加害者が被害者の同國人なることを知得して加へたる不法行爲にして共に行爲地に住所を有せざる場合には寧ろ其本國法を適用すべしと主張する者もある。或はモムゼンの如く被害者に支拂ふべき罰金に就ては内國法の認むる範圍内に於て行爲地法を適用し、内國人が内國人に對して外國に於て加へたる不法行

爲に就ては内國法を適用すべしと主張する者もあるが、何れも採るに足らざる學説である。何となれば不法行爲に就ては加害者の同國人なることを知りたる否と、將た又住所を有すると否とに依りて其準據法を異にすべき理由無きのみならず、當事者の國籍又は住所の如何に依つて債權債務を異にすべき理由は毫も存しないからである。

第三 折衷主義

此主義は外國に於て發生したる不法行爲に關して内國に於て損害賠償の請求權を行ふことを得るが爲めには、第一其行爲が行爲地法に從つて不法行爲たることを要し、第二其行爲が法廷地法に從ふも亦不法行爲たることを要とするにある。是れは從來英米の學説及判例に於て一般に認めらるゝ原則であつて、ダイセは之を左の如き二原則に歸納してゐる、

第一七四則 外國に於て行ひたる行爲が私犯(即ち之に對し英國に於て訴訟を提起することを得べき非行)なりや否やは之を行ひたる國の法律(即ち犯行地法)と英國法律(即ち法廷地法)との連合的效果如何に關す。

第一七五則 外國に於て行ひたる行爲が之を行ひたる國の法律に從ひ非行に

其根據

折衷主義

して且英國法律に従ふも亦非行即ち英國に於て行へば私犯たるべき行爲なるときは之を私犯とす

且氏は其理由を説明して曰く此規則は國際私法上文明國の法律の下に正當に得たる權利は内國に於ても之を保護せざるべからず併し乍ら内國の公益政策に反する限りは既得權と雖も之を保護することを得ずとの二大原則より由來するものである。従つて行爲地に於て債權を發生すべき不法行爲にても内國法が被害者に斯る債權を附與せざる限りは内國裁判所は其權利を保護することを得ざると同時に行爲地法に従ひ訴權を發生せざる行爲は何れの國に於ても之を不法行爲とすることを得ざるものである。

ウエストレーキも亦法廷地法に抵觸する行爲地法の適用を制限せざるべからざる理由を説明して曰く不法行爲に關する法律は社會の秩序を維持することを目的とするのであるから非行に對して救正を附與するに當つても亦公益上の必要より觀察せねばならぬ。従つて法廷地法が行爲地法の附與する救正を認めざるに拘らず尙行爲地法に依りて之を附與せんとするが如きは之を拒絶するが爲めに被害者の蒙むるべき失望を過大視するの弊に陥り不法行爲に關する法律の

目的に背馳するの譏を免れざるものである云々。

之を要するに英米の學說及判例は妥當であつて歐洲大陸の法學者も亦近來漸く英米主義を採用し法廷地法によつて行爲地法を制限すべき必要を認むるに至つたことは獨逸民法の編纂に際し第一草案以來確定法文と爲るに至るまでに左の三主義を経過したる事實に徴して之を知ることが出来る。即ち

第一草案(六條)に曰く 不法行爲より發生する債務關係は其行爲を行ひたる地の法律に依りて之を定む。

第二草案二二四三條第一項同上第二項に曰く 但獨逸法律が外國に於て行ひたる不法行爲に其效力を及すべき限りは獨逸法律を適用す。

第三草案即ち確定法文(民法施行法一二條)に曰く 外國に於て發生したる不法行爲に就ては獨逸人に對して獨逸法律に認めたる請求權よりも以上の請求權を援用することを得ず。

是によつて之を觀るに獨逸民法編纂の沿革上三時期三主義を経過し第一草案に於ては歐洲大陸の通説に従つて單純なる行爲地法主義の規定を設けんとし第二草案に至つて漸く行爲地法の適用を制限すべき必要を認め且つ民事刑罰の除

外説若くは同國人間の除外説を排斥して、ロヒョル修正案に倣ひ苟も内國法律の規定が強行的性質を有する以上は之に牴觸する行爲地法の適用を認めざる主義を採つて但書を附加し、第三草案即ち確定法文に於ては行爲地法の原則を法文上より削除すると共に外國に於ける不法行爲より發生する債權は獨逸人に對しては唯獨逸法律の認むる範圍内に於てのみ之を請求することを得べきものとしてゐる。即ち從來の大陸主義を變更して英米主義を模倣するに至りたるものであると言ふことが出来る。併し乍ら獨逸民法施行法第十二條の規定は唯だ獨逸人が被告たる場合に於てのみ獨逸法を以て行爲地法を制限するも、外國人が被告たる場合には單に行爲地法のみを適用する點に於て内外人平等主義を無視するの非難を免れざるものである。

我國に於ても舊法例第七條は歐洲大陸の學説及び判例に倣ふて絶對的行爲地法主義を採つてゐたが、現行法例第十一條は最近の學説及立法例を參酌して折衷主義を採用することとし左の如く規定してゐる。

事務管理、不當利得又は不法行爲に因りて生ずる債權の成立及効力は其原因たる事實の發生したる地の法律に依る

法例第十
一條

前項の規定は不法行爲に付ては外國に於て發生したる事實が日本の法律に依れば不法ならざる時は之を適用せず
外國に於て發生したる事實が日本の法律に依りて不法なるときと雖も被害者は日本の法律が認めたる損害賠償其他の處分に非ざれば之を請求することを得ず。

従つて我法例に依れば外國に於て發生したる不法行爲に因つて生ずる債權は唯其原因たる事實が發生したる地の法律(即ち行爲地法)に依るも又我國の法律(即ち法廷地法)に依るも共に等しく不法行爲を構成する場合に於てのみ成立し、且其債權は我國の法律が認むる範圍内に於てのみ効力を有するものである。而して此制限は原告又は被告の國籍若くは住所の如何を問はざるが故に、獨逸民法施行法の如き不公平なる結果を來さざるや固より言ふを俟たないのである。

之を要するに不法行爲に付ては我法例は折衷主義を採る結果として、外國に於て發生したる事實が行爲地法に依つて不法なる場合に於ても、若し我國の法律に依れば不法ならざるときは不法行爲より發生する債權を認むることを得ないのである。而して所謂普通法上の不法行爲に付ては諸國の法律は其規定を同ふす

るを以て例とするが故に、甲國に於て不法なる行爲が乙國に於て不法にあらずとするが如き場合は極めて稀有であるが、所謂特別法上の不法行爲に付ては、一國に於て不法行爲を構成する事實が他國の法律に依れば不法行爲を構成せざる場合は決して少しとしないのである。例へば著作権又は特許權の侵害の如き行爲は、事實發生地法たる外國法に依れば不法行爲たるを免れざる場合に於ても、我國の法律に依れば適法の行爲たるを失はざる場合が少くないのである。斯る場合に法例第三十條に依つて外國法の適用を制限するよりは、寧ろ直接に我國の法律に依れば不法なるざる場合には行爲地法を適用し得べからざることを明言するを以て妥當なりと言はざるを得ないのである。然るに學者或は法例第十一條第二項を削除して單純なる行爲地法主義を採るの優れるに如かざることを主張する者あるは、我法例の精神を理解せざるの譏を免れざるものである。之と同様に我法律に依るも亦不法なる場合に於ても行爲地法の認むる損害賠償の範圍又は救正方法が我國の法律の認むる所と異なる場合少しとせざることは素より言ふを俟たないのであるから、法例第十一條第三項は外國に於て發生したる事實が日本の法律に依りて不法なるときと雖も被害者は日本の法律が認めたる損害賠償其

他の處分に非ざれば之を請求することを得ずと規定して、損害賠償の範圍及び方法等は我國の法律に依つて之を制限すべきものとしてゐる。従つて無限責任主義を採る國に於て發生したる不法行爲に付ても船舶所有者は其船舶を委付することに依つて其責任を免るゝことを得べきは既に説明せしが如くである。然るに學者或は損害賠償の方法並に範圍は専ら行爲地法のみ依るべきものにして、訴訟地たる我國の法律に依るべきものにあらずと論定するものあるは思はざるの甚しきものであると言はねばならぬ。

不法行爲地

異主地域に於ける不法行爲

不法行爲に關し尙一言説明すべきことは不法行爲地とは何處なりやである。不法行爲の原因と結果とが同一の法域内に於て發生したる場合には疑を挾むの餘地を存せざるも、甲國の領土内に在る者が乙國の領土内に在る者を殺傷したるが如く、原因と結果とが法律を異にする地域に於て發生したる場合には、原因の發生地を以て不法行爲地と見做すべきか、將た結果の發生地を以て不法行爲地と見做すべきかは困難なる問題である。此の問題に關し或は原因發生地即ち意思行爲の始めて發生したる場處例へば銃砲を發射したる地を以て行爲地と爲す者もあり、或は結果發生地説即ち損害の發生したる場所例へば發砲に因つて人を傷け

たる地を以て行爲地と爲す者もあるが、斯る場合には刑法上に於ても二個の犯罪地を認むるを以て例とするが如く、國際私法上に於ても亦二個の不法行爲地法が並び存することを認めざるを得ないのである。我國に於ては權利所在地説を採り不法行爲に依つて侵害せられたる權利の所在地を以て不法行爲地なりと主張する者もある。此の説に依れば人格權の所在地は人の本國であるから、甲國に在る者が乙國に在る丙國人を銃殺したる場合には不法行爲地は甲國にもあらず乙國にもあらずして丙國である。従つて甲乙何れの國に於て訴訟が發生したる場合に於ても裁判所は被害者の本國法に依つて如何なる債權債務が發生すべきかを定めねばならないのである。然るに此の如きは甲國並に乙國の不法行爲に關する公益規定を無視するの非難を免れざるものであつて、眞に事理に適せざる奇説であると言はねばならぬ。

第四節 事務管理及び不當利得より 發生する債權

第一項 事務管理

法例第十
一條第一
項

法例第十一條第一項に曰く

事務管理、不當利得又は不法行爲に因りて生ずる債權の成立及び效力は其原因たる事實の發生したる地の法律に依る

と。事務管理とは義務無くして他人の事務を管理することである。委任を受け管理するときは契約關係であるから、其準據法は法例第七條以下の規定に依つて之を定むべきである。又親が子の財産を管理し(法例第二〇條)、夫が妻の財産を管理し(法例第二五條)、後見人が被後見人の財産を管理し(法例第二六條)、若くは遺言執行者が相続財産を管理するが如く(法例第二六條)、法律上他人の事務を管理すべき權利を與へられたる者が爲す管理も亦茲に所謂事務管理にあらざるは勿論である。事務管理者は本人より委任を受けたるにもあらず、又法律上管理する權利義務を有せざるにも拘らず、本人の眞意又は推知し得べき意思に従ひ本人の利益に適する方法に依つて其事務を管理するものであるから、恰も契約ある場合と同様に見做すべきものとして、羅馬法以來之を准契約より發生する債權關係(obligatio ex quasi contractus)と稱する

を以て例としてゐる。従つて國際私法上に於ては契約の準據法に關し當事者の意思不明なる場合に行爲地法に依ると同様に、事務管理より發生する債權は行爲地法即ち事務管理を爲したる地の法律に依つて之を定むべきものとするのが通説である。我法例第十一條も亦此の主義を採るものである。蓋し事務管理は特に管理を受くる者の利益の爲めのみならず、管理地の公益を維持する爲めにも之を奨励すべき必要があるから、管理者をして如何なる權利を取得し如何なる義務を負担せしむべきかは、専ら其地の法律に依つて之を定むることが最も妥當であるからである。

事務管理地とは如何なる場處なりや。事務管理の種類性質の如何に依り或は財産所在地たることあるべく、或は本人の現在地たることあるべく、或は營業所々在地たることもある。即ち財産上の事務管理に付ては管理者若くは本人の住所又は國籍の如何に拘らず、財産所在地が事務管理地である。従つて若し其財産が數ヶ國に散在するときは、各地の財産に付て各獨立の事務管理が並び存することもあるのである。或は事務管理なる觀念は管理の着手に由りて成立するが故に、財産が其所在地を變更したる場合には、事務管理の開始當時に於ける所在地が事

事務管理地

務管理地であると説明する者もあるが、事務管理の繼續中に其財産が所在地を變更したる場合には、新なる所在地法に従ひ別異の事務管理が相連續して成立するものであると言はねばならぬ。事務管理が本人の急迫なる危険の防止を目的とするが如き事實行爲なる場合には本人の現在地が即ち事務管理地である。之と同様に營業上の事務管理に付ては營業所の所在地が即ち事務管理地である。従つて營業所が數ヶ國に存在する場合には各營業所所在地は各相獨立して事務管理地と爲ることを得べきである。

第二項 不當利得

法律上の原因なくして他人より給付を受け又は他人の損失に於て利益を得たる者は即ち不當に利得したる者である。法律は公益上の必要より利得者をして之を返還するの義務を負はしむると同時に、其他人に返還請求權を與ふるものが即ち不當利得に因りて生ずる債權債務である。不當利得は羅馬法以來准不法行爲より發生する債權關係 (obligatio ex quasi delicto) と稱せられ、事務管理よりは寧ろ不法行爲に近似するものであるが、我法例第十一條は事務管理と同様に其原因た

不當利得

る事實發生地の法律に依つて如何なる程度に於ける返還義務を負担すべきかを定むべきものとしてゐる。學說としては或はゲーブルト案の如く債務者の住所地法主義を採る者あり或はローランの如く當事者が國籍を同ふす場合には共通の本國法に依ることを主張する者あり或は又モンゼン案の如く法廷地法に依つて之を制限すべきことを主張する者もあるが、不當利得發生地の法律が一定の債權債務を認むる以上は、他國の法律に依つて之を制限すべき理由存せざるが故に、以上の諸説を採ることを得ざるは素より言ふを俟たないのである。

或は不當利得の發生地に關し、現行法例第十一條の如く、不當利得に因りて生ずる債權の成立及び効力は其原因たる事實の發生したる地の法律に依ると規定するよりも、寧ろ舊法例第七條の如く、不當の利得は其原因の生じたる地の法律に従ふと規定するの一層確定的なることを主張する者もある。併し乍ら舊法例に所謂不當の利得、不正の損害とは不當利得、不法行爲より發生する債權債務を意味し、且其原因の生じたる地とは不當の利得、不正の損害自體が發生したる地を意味するものと解釋するに非らざれば意味を爲さざる規定であるから、寧ろ現行法例の如く債權の原因たる事實即ち不當利得を構成する事實の發生したる地の法律に依

債權の効力

不法行爲
不當利得
及事務管
理より發
生する債
權の成立
と効力

ると規定するの一層的確なるに如かずと言はざるを得ないのである。

第五節 債權の効力及び債權讓渡の第三者に對する効力

第一項 當事者間に於ける債權の効力

債權の成立問題の準據法は其發生原因の如何に依り、或は當事者の意思に従ふて之を定むることあり、意思不明なる場合には行爲地法に依ることあり、或は當事者の意思如何に拘らず事實發生地法に依ることあり、或は又法廷地法に依つて之を制限することもあることは前述の如くである。此の成立問題に關する準據法は債權の効力に付ても亦等しく適用せらるべきものなりや否や。不法行爲不當利得及び事務管理より發生する債權に付ては、成立の準據法は同時に効力の準據法たらざるべからざることには説明を俟たずして明かである。何となれば此等の原因より發生する債權は法律が一定の事實に對して一定の効果を附與したる結果に外ならざるが故に、斯る債權が如何なる効力を有すべきかは其成立を認めたる

る法律に依つて之を定むるの外はないからである。法例第十一條に此等の原因に因つて生ずる債權の成立及び效力を同一の準據法に依つて定むべき旨を規定してゐるの之が爲めである。

法律行爲より發生する債權に付ても亦成立と效力とは常に同一の法律に準據すべきものなりや否や。理論上より言へば此の二者は必ずしも同一の法律に準據すべき必要なしが故に、當事者は法律行爲例へば契約の成立に付ては甲國法に依り、其の效力に付ては乙國法に依ることも亦自由である。然し此の場合に於ても法律行爲の成立の結果として當然發生すべき效力に付ては成立問題の準據法と異なる法律に依ることを得ざるは勿論である。例へば當事者の一方が或財産權を相手方に移轉する義務を負ひ、相手方が之に對して代金を支拂ふべき義務を負ふと云ふ效力を發生せしむることが即ち賣買契約であるから斯る效力の準據法は其の成立自體の準據法と異なることを得ざるは勿論である。之に反して追奪擔保又は瑕疵擔保の如き附隨的義務に付ては當事者は特約を以て別段の意思を表示することを得るが故に、例へば賣買契約の成立は日本民法に依るも擔保義務に付ては英國法に依ると云ふが如くに、成立と效力とに付て各異なる準據法を

法律行爲より發生する債權の成立と效力

債權の存続期間消滅原因

消滅時效

法廷地法主義

指定することを得るのである。併し乍ら法律行爲の主要なる效力は成立問題と同一の準據法に依らざるべからざるにも拘らず、唯其の附隨的效力に付てのみ之と異なる法律を準據法とするが如きことは殆んど絶無であるから、實際上より言へば法律行爲より發生する債權に付ても亦其の成立の準據法は同時に其の效力の準據法であると言はざるを得ないのである。只茲に注意すべきことは法例第七條に所謂法律行爲の效力とは純然たる債權的法律行爲の效力を意味するのみであつて、物權的效力又は身分的效力を包含するものにあらざることである。

尙債權が如何なる期間存続すべきか、如何なる原因に依つて消滅すべきか等も亦效力に關する問題であるから、辨濟、相殺、更改、免除及び混同等に因つて債權が消滅すべきや否やと云ふ問題も亦法例第七條及び第十一條に規定せる債權の效力に關する準據法に依つて之を定むべきである。

併し乍ら此の問題に付ては左記の如き種々の學說がある。

第一 法廷地法主義 消滅時效は債權自體の準據法如何に拘らず、専ら訴訟地の法律に依つて之を定むべしとする説である。英米の如くに消滅時效は單に出訴

期限を定めたるものとし従つて訴訟手續に關する規定たるに過ぎずとする國に於ては外國に於て既に消滅時効に係りたる債權にても出訴期限を經過せざる限りは訴權を認むると同時に外國に於ては尙時効に係らざる債權にても既に出訴期限を經過したる以上は訴權無しとするを以て例としてゐる。併し乍ら消滅時効を以て債權自體の消滅原因とする諸國に於ては債權固有の準據法たる外國法に依つて既に消滅したる債權を再び復活せしむべき何等の理由なきが故に、法廷地法に依つて之を定むることを得ざるや素より論を俟たないのである。

債權者の
住所地法
主義

第二 債權者の住所地法主義 此説は動産が所有者の住所地に存在するものと見做さるゝが如く、債權は債權者の住所地に存在する權利なるが故に、之が行使如何は寧ろ債權者の住所地法に依つて之を定むべきことを主張するものである。併し乍ら債權が果して價値を有するか否かは、債務者が辨濟能力を有するか否かに因るのであるから、若し債權の所在地を定むべきものとすれば、債權は寧ろ債務者の住所地に存在することを認めざるを得ないのであるから、斯る説を採ることを得ざるや素より論を俟たないのである。

債務者の

第三 債務者の住所地法主義 此説は債務者の住所地は債權の所在地であり且

住所地法
主義

普通裁判籍の在る所であるから、債權が果して時効に依つて消滅したるか否かは、債務者の住所地法に依つて之を定むべきものとするにある。此説は法律行為より發生する債權の準據法として一般に債務者の住所地法主義を採る獨逸法系の諸國に於ては一應の理由なきにあらざるも、當事者の自由意思に依り債務者の住所地以外の法律に準據したる場合に、消滅時効に付てのみ債權者の住所地法に依らしむるが如きは甚だ失當であると言はねばならぬ。特に我法例の如く當事者の意思不明なる場合には行為地法に依るべきものとし、且不法行為、不當利得等に付ては事實發生地法に依るべきものとする諸國に於ては、獨り消滅時効に付てのみ債務者の住所地法に依らしむべき何等の根據をも發見するを得ざることは固より言ふを俟たないのである。

債權自體
の準據法
主義

第四 債權自體の準據法主義 此説は消滅時効は債權の效力に關する問題であるから、債權自體の準據法に依つて之を定むべきものとするにある。我國及び歐洲大陸に於けるが如く消滅時効を以て債權消滅の一原因と認むる諸國に於ては此説は素より正當であると言はねばならぬ。我法例が消滅時効に付て特別の規定を掲げざる所以は消滅時効の準據法は債權の效力に關する準據法中に當然包

る法律に依つて之を定むるの外はないからである。法例第十一條に此等の原因に因つて生ずる債權の成立及び效力を同一の準據法に依つて定むべき旨を規定してゐるの之が爲めである。

法律行爲より發生する債權に付ても亦成立と效力とは常に同一の法律に準據すべきものなりや否や。理論上より言へば此の二者は必ずしも同一の法律に準據すべき必要なきが故に、當事者は法律行爲例へば契約の成立に付ては甲國法に依り、其の效力に付ては乙國法に依ることも亦自由である。然し此の場合に於ても法律行爲の成立の結果として當然發生すべき效力に付ては成立問題の準據法と異なる法律に依ることを得ざるは勿論である。例へば當事者の一方が或財産權を相手方に移轉する義務を負ひ、相手方が之に對して代金を支拂ふべき義務を負ふと云ふ效力を發生せしむることが即ち賣買契約であるから、斯る效力の準據法は其の成立自體の準據法と異なることを得ざるは勿論である。之に反して追奪擔保又は瑕疵擔保の如き附隨的義務に付ては當事者は特約を以て別段の意思を表示することを得るが故に例へば賣買契約の成立は日本民法に依るも擔保義務に付ては英國法に依ると云ふが如くに、成立と效力とに付て各異なる準據法を

法律行爲より發生する債權の成立と效力

債權の存続期間消滅原因

消滅時效

法廷地法主義

指定することを得るのである。併し乍ら法律行爲の主要なる效力は成立問題と同一の準據法に依らざるべからざるにも拘らず、唯其の附隨的效力に付てのみ之と異なる法律を準據法とするが如きことは殆んど絶無であるから、實際上より言へば法律行爲より發生する債權に付ても亦其の成立の準據法は同時に其の效力の準據法であると言はざるを得ないのである。只茲に注意すべきことは法例第七條に所謂法律行爲の效力とは純然たる債權的法律行爲の效力を意味するのみであつて、物權的效力又は身分的效力を包含するものにあらざることである。

尙債權が如何なる期間存続すべきか、如何なる原因に依つて消滅すべきか等も亦效力に關する問題であるから、辨濟、相殺、更改、免除及び混同等に因つて債權が消滅すべきや否やと云ふ問題も亦法例第七條及び第十一條に規定せる債權の效力に關する準據法に依つて之を定むべきである。

債權が時效に因つて消滅すべきか否かも亦債權の效力に關する問題である。併し乍ら此の問題に付ては左記の如き種々の學說がある。

第一 法廷地法主義 消滅時效は債權自體の準據法如何に拘らず、専ら訴訟地の法律に依つて之を定むべしとする説である。英米の如くに消滅時效は單に出訴

期限を定めたるものとし、従つて訴訟手續に關する規定たるに過ぎずとする國に於ては、外國に於て既に消滅時効に係りたる債權にても出訴期限を經過せざる限りは訴權を認むると同時に、外國に於ては尙時効に係らざる債權にても既に出訴期限を經過したる以上は訴權無しとするを以て例としてゐる。併し乍ら消滅時効を以て債權自體の消滅原因とする諸國に於ては、債權固有の準據法たる外國法に依つて既に消滅したる債權を再び復活せしむべき何等の理由なきが故に、法廷地法に依つて之を定むることを得ざるや素より論を俟たないのである。

債權者の
住所地法
主義

第二 債權者の住所地法主義 此説は動産が所有者の住所地に存在するものと見做さるゝが如く、債權は債權者の住所地に存在する權利なるが故に、之が行使如何は寧ろ債權者の住所地法に依つて之を定むべきことを主張するものである。併し乍ら債權が果して價値を有するか否かは、債務者が辨濟能力を有するか否かに因るのであるから、若し債權の所在地を定むべきものとすれば、債權は寧ろ債務者の住所地に存在することを認めざるを得ないのであるから、斯る説を採ることを得ざるや素より論を俟たないのである。

債務者の

第三 債務者の住所地法主義 此説は債務者の住所地は債權の所在地であり且

住所地法
主義

普通裁判籍の在る所であるから、債權が果して時効に依つて消滅したるか否かは、債務者の住所地法に依つて之を定むべきものとするにある。此説は法律行為より發生する債權の準據法として一般に債務者の住所地法主義を採る獨逸法系の諸國に於ては一應の理由なきにあらざるも、當事者の自由意思に依り債務者の住所地以外の法律に準據したる場合に、消滅時効に付てのみ債權者の住所地法に依らしむるが如きは甚だ失當であると言はねばならぬ。特に我法例の如く當事者の意思不明なる場合には行為地法に依るべきものとし、且不法行為、不當利得等に付ては事實發生地法に依るべきものとする諸國に於ては、獨り消滅時効に付てのみ債務者の住所地法に依らしむべき何等の根據をも發見するを得ざることは固より言ふを俟たないのである。

債權自體
の準據法
主義

第四 債權自體の準據法主義 此説は消滅時効は債權の效力に關する問題であるから、債權自體の準據法に依つて之を定むべきものとするにある。我國及び歐洲大陸に於けるが如く消滅時効を以て債權消滅の一原因と認むる諸國に於ては、此説は素より正當であると言はねばならぬ。我法例が消滅時効に付て特別の規定を掲げざる所以は消滅時効の準據法は債權の效力に關する準據法中に當然包

含するが爲めである。従つて債權自體が外國法に準據すべき場合には消滅時効の期間も亦其の債權自體の準據法に依つて之を定むべきである。斯る場合に若し外國法の認むる期間が我法律の認むる期間よりも短かきときは、外國法に依つて既に消滅したる債權を我國に於て行使せしむることを得ざるは勿論であるが、外國法の期間が我法律の期間よりも長き場合には、其の期間は我法律に依つて制限せらるべきものである。例へば外國法に依れば十年にして時効に依つて消滅すべき債權にても、若し我法律に依れば五年にして消滅すべき場合には、既に五年を経過したる以上は我國に於ては其の債權を行使することを得ざるものである。蓋し時効は公益に關する制度であるから、我法律に規定せる期間を経過したる債權に付て訴權を行使することを認むるが如きは、消滅時効を認めたる立法の目的に反するが爲めである。

第二項 債權讓渡の第三者に對する效力

債權は所謂對人權であるから、第三者に對して何等の效力をも及ぼさざるを以て原則とするが、或る場合には債權も亦絕對權的效力を有するや否やを問題とす

債權讓渡の第三者に對する效力

ることもある。併し乍ら斯る問題は畢竟債權自體の效力に關する問題であるから、前述の準據法に依つて之を定むべきである。之と同様に債權は讓渡することを得べきや否やも亦債權の效力に關する問題である。従つて債權が債權自體の準據法に依つて讓渡することを得ざる場合には他國の法律に依つて之を讓渡することを得ざるは素より論を俟たないのである。此の意味に於て債權の讓渡は讓渡せらるべき債權の準據法に依つて制限せらるゝ場合あることを認めざるを得ないのである。併し乍ら債權の讓渡自體は法例第七條の規定に依るべき法律行爲である。従つて其の成立及び效力如何は當事者の自由に選定したる法律若くは行爲地法に依つて之を定むべきものであるから、或學者の如くに讓渡せらるべき債權の準據法に依ると論定することを得ないのである。蓋し讓渡せらるべき債權の準據法は債權發生の原因の如何に依り、或は法例第七條に規定せる準據法たることあり、或は法例第十一條に規定せる準據法たることもあるが、債權讓渡なる法律行爲の準據法は常に法例第七條の規定に依つて定まるのであるから、債權讓渡の準據法と讓渡せらるべき債權の準據法とは必ずしも同一の法律にあらざるは勿論である。而して債權讓渡の效力は獨り當事者間に發生するのみなら

ず、債務者其他の第三者に對しても發生するのであるから、何れの法律に依つて之を定むべきかを考究せねばならぬ。尤も當事者間に於ける効力は法例第七條に所謂法律行為の効力であるから、同條以外に何等特別の規定を要せざること明かである。之に反して債務者其他の第三者に對する効力は法例第七條の規定のみに依つて之を解決することを得ざるが故に、我法例は之が爲めに左記の如き特別の規定を掲ぐることにした。

法例第十
二條

第十二條 債權讓渡の第三者に對する効力は債務者の住所地法に依る。

此の規定を説明するに當り先づ注意すべきことは、債權の讓渡とは唯法律行為の效果として甲の債權が乙に移轉する場合のみを云ふのであつて、相續の開始、破産の宣告等法律の規定に因る債權の移轉を包含せざることである。債權が法律行為の效果として移轉する場合には、近世諸國の法律は讓渡の第三者に對する效力を發生せしむるが爲めに債務者の承諾又は債務者に對する確定日附の通知等一定の公示方法を要するを以て例としてゐる。従つて斯る要件を具備するや否やは讓渡の目的たる債權自體の準據法に依つて之を定むべきか、或は讓渡行為自體の準據法に依つて之を定むべきか、或は又更に別異の準據法に依つて之を定む

法例第十
二條の適
用せらる
べき債權

無記名債
權

べきかが問題である。尤も此の問題は唯指名債權の讓渡に付て發生するのみであつて、無記名債權又は指圖債權の讓渡に付ては斯る問題を發生すべき餘地を存せざることには左記の説明に徴して明かである。

甲 無記名債權 無記名債權は其の債權を表示する證券と分離し得べからざるものであつて、證券其物が即ち債權であるから、我民法の如きは之を動産と見做し、物權と同一視してゐる(八六條)。従つて無記名債權讓渡の第三者に對する公示方法は證券自體の交付であるから、其の効力如何は法例第十條に依り所在地法に従ふべきものである。

指圖債權

乙 指圖債權 指圖債權の讓渡も亦其の證券に裏書を爲し之を讓受人に交付することに依つて完成するのである。従つて債務者は裏書が有効に成立する限りは其の證券が何時如何なる法律に依つて何人に讓渡せられたるかを問はず、證券の所持人に對して其の債務を辨濟すべき義務を負ふものである。此の如く指圖債權讓渡の第三者に對する公示方法も亦裏書に因る證券自體の交付であるから、其の効力如何は寧ろ行為地法即ち裏書地の法律に依つて之を定むべきである。併し此の如きは法例第七條と指圖債權の特質とより由來する當然の結果である。



から、之が爲めに何等特別の規定を掲ぐることを要せざるものである。従つて法例第十二條は汎く「債權讓渡」と云ふも唯指名債權の讓渡を意味するのみにして無記名債權及び指圖債權の讓渡を包含せざるや素より論を俟たないのである。

指名債權

丙 指名債權 指名債權の讓渡は法例第七條の規定に従ひ當事者間に有効に成立せりとするも、之が爲めに直に第三者たる債務者に對しても亦讓渡の效力を發生するものと言ふことを得ないのである。何となれば指名債權の債務者は自己の知らざる間に他人が代つて債權者と爲りたることを認むべき義務を負担せざるが爲めである。諸國の民法が債務者の承諾又は債務者に對する確定日附の通知を以て指名債權讓渡の債務者其他の第三者に對する公示方法と爲す所以も亦之が爲めである。然らば指名債權讓渡の公示方法は何れの法律に依つて之を定むべきか。此の問題に關し種々の學說があるが、之を左の四主義に大別するこゝが出来ぬ。即ち(一)行爲地法主義、(二)債權者の住所地法主義、(三)債權の準據法主義、(四)債務者の住所地法主義がそれである。

指名債權讓渡の公示方法の準據法

行爲地法主義

一 行爲地法主義 此の説の要旨は債權の讓渡は當事者間に於ける效力たると第三者に對する效力たるを問はず、凡て行爲地法に依つて之を定むべきもの

であるとする主張するにある。此の説は指名債權を指圖債權と同一視し、債務者をして自己の知らざる間に自己に對する債權が他人に讓渡せられたることを認めしめんとするものであつて、債務者を保護する爲めに設けたる公示方法は却つて債權者の利益の爲めに濫用せらるるに至るの缺點ありと言はねばならぬ。

債權者の住所地法主義

二 債權者の住所地法主義 此の説は債權の所在地は債權者の住所地に在りとする假定説を基礎とするものである。併し乍ら既に説明せし如く債權に付て若し所在地を認むべきものとすれば、寧ろ債務者の住所地に在りと言はざるを得ないのであるから、此の説は其の根據を缺くものと言はねばならぬ。

債權自體の準據法主義

三 債權自體の準據法主義 此の説の要旨は債權の讓渡は債權の存在に關する問題である。従つて債權讓渡の效力は當事者間に於けると第三者に對するとを問はず、凡て債權自體の準據法に依つて之を定むべきものとするにある。此の説は獨逸に於ける通説の如くに法律行爲より發生する債權は原則として債務者の屬人法に依るべきものとし、且債權の讓渡は債權の準據法に従つてのみ有効に成立し得べきものと假定すれば、一應正當なる説明である。併し乍ら我法例第七條の如くに意思不明なる場合には行爲地法に依るべきものとし、且債權の讓渡に

付ても亦此の原則を適用すべきものとする立法例の下に於ては、債權譲渡の準據法は即ち譲渡せらるべき債權の準據法なりと論定することを得ざるや明かである。

債務者の
住所
地法
主義

四 債務者の住所地法主義 債權譲渡の第三者に對する効力は債務者の住所地法に依るとの主義は、實際上多くの國に於て認めらるゝ所であるが、其の理由とする所は國に依つて各異なることに注意を要する。即ち英米に於て此の主義を採る所以は債權債務の所在地は債務者の住所地に在りとするが爲めである。債權に所在地法の原則を適用すべきものとすれば此の説は正當であるが、所在地法は素と物權關係に付て發達したる原則であるから、之を債權關係に適用するが如きは、所在地法の原則を不當に擴張したるの非難を免れざるものである。獨逸に於て此の主義が普通に認めらるゝ所以は、債權の譲渡は債權自體の準據法に依るべきものとし、且債權自體は債務者の住所地法に準據すべきものとする結果である。併し乍ら我法例の下に於ては債權の準據法は必ずしも常に債務者の住所地法なりと云ふことを得ざるのみならず、債權譲渡なる法律行爲も亦常に債權自體の準據法に依ると云ふことを得ないから、斯る理由に因つて此の主義を認むるこ

とは出来ないのである。而して我法例第十二條に於て、債權譲渡の第三者に對する効力は債務者の住所地法に依ると規定せる所以は同條の理由書に詳かなるが如く第三者に對する公示方法が債務者の住所地に於て爲さるゝが爲めである。即ち同條理由書に曰く、

債權の譲渡に關する事項に關して譲渡人と讓受人との間及び讓渡人と債務者との關係は債權の通則に依りて定まるが故に敢て特別の規定を設くるを要せずと雖も、債權譲渡の第三者に對する効力に關しては特別の規定を設くるに非ざれば果して何れの法律に準據すべきや明ならず。債務者、讓渡人又は讓受人の住所地法又は本國法に依るべきや又は債權譲渡の行爲地法に依るべきや、將た法廷地法に依るべきやを知ることは能はざるを以て本案は特に本條を設けて明に債務者の住所地法に依るべきことを規定せり。蓋し債權の譲渡に債務者の承諾を要し或は通知を要するは専ら債務者の爲めに設けたる規定にして、此等の規定に適合せざる譲渡は債務者に對して其効なしとするに非ざれば、債務者は自己に何等の過失なきにも拘はらず非常の損失を蒙むるの不幸を免れざるべし。而して債權者が債務者に債權譲渡の承諾を求むるも通知を爲すも

皆債務者の住所地に於て爲すを通例とし、債権の請求に付ては原告は被告即ち債務者の裁判籍に従ふを以て原則とするが故に、債権譲渡の効力は債務者の住所地法に依りて之を定むるを以て最も實際上の便宜に適合するものと謂はざるべからず。加之我國の民法に於ては動産は物即ち有體物にして債権は物にあらず動産に非ずと雖も、外國に於ては實際上の便宜より債権を動産と同一視するものあり、現に我民事訴訟法に於ても亦債権を動産と同一視し、債務者の住所地を以て債権の所在地と看做すが故に、債権の譲渡に關し債務者の住所地法主義を採るを以て物權の得喪に關し所在地法主義を採りたる理論に最も適合するものとす。

第四章 親族法

親族關係の準據法に付ては從來身分 (status, cast) なる一語を以て一切の親族關係を包含せしむるを以て例とした。然るに身分なる術語は其の重要性を失ふに至りたるのみならず、其の意義甚だ不明であつて、身分は當事者の屬人法に依るべきものとするも、當事者が國籍又は住所を異にする場合には、何れの當事者の如何

身分

なる時に於ける身分を基礎とすべきかを明かにするに足りたないので、近來の立法例に於ては身分又は親族關係と云ふが如き漠然たる用語を排斥して個々の親族關係に付て特別の準據法を規定するを以て例とするに至つた。我法例も亦此の主義を採り第十三條以下第二十四條に至る十二ヶ條に於て、各種の親族關係に付き如何なる時に於ける何れの當事者の屬人法に依るべきかを明かにすることとした。本章に於ては之を(一)婚姻、(二)親子、(三)扶養義務及び(四)後見の四節に大別して其の概要を説明することとする。

第一節 婚姻

第一項 婚姻の成立要件

婚姻の成立要件には實質的要件と形式的要件とがある。

第一 實質的要件

婚姻成立の實質的要件即ち婚姻資格に關する各種の制限に付ては、諸國の民法は或は婚姻年齢を異にし、或は近親婚姻の制限若くは再婚の制限を異にし、或は父

婚姻の成立要件
實質的要件

母又は法定代理人の同意に關する規定を異にするが故に、内外人間又は外國人間に於て婚姻を爲すに當つては、何れの法律に依つて斯る實質的要件を定むべきかを明かにすることが必要である。而して此の問題に關する學説は舉行地法主義と屬人法主義とに大別することが出来るが、後者に付ては更に夫の屬人法主義と各當事者の屬人法主義との二種に再別することが出来る。

舉行地法主義

一 舉行地法主義 此の説は婚姻成立の實質的要件は當事者の國籍又は住所の如何に拘らず婚姻を舉行する土地の法律 (lex loci celebrationis) に依つて之を定むべきものとするにある。此の説の根據は婚姻を普通の契約と同一視して行爲地法に依るべきものとするのであるが、婚姻は人生の最大事件たる身分を設定し、國家社會の基礎を成す法律制度であるから、之を契約と同一視することを得ざるのみならず、婚姻資格に關する規定は社會の善良なる風俗を維持し國民の健全なる發達を擁護せんことを目的とする公益に關する規定であるから、各國の立法者は自國の婚姻法規に違反する自國民の婚姻を無効とするを以て例としてゐる。従つて外國人の本國法上婚姻成立の實質的要件を具備せざるにも拘らず、舉行地の法律に依つて濫りに婚姻を成立せしむるが如きは、元來内國人の身分關係を規律

舉行地法の制限

することを目的とする婚姻法の適用區域を不當に擴張するの非難を免れざるのみならず、外國人の本國の臣民主權をも侵害するの虞ありと言はざるを得ないのである。

上述の如く婚姻成立の實質的要件は舉行地法に依ることを要せざるも、舉行地國は自國の公益に反する外國人の婚姻を禁止することを得るが故に、舉行地法は外國人の婚姻を制限する點に於て消極的に適用せらるゝことあるは素より論を俟たないのである。例へば外國人の本國法が一夫多妻又は多夫一妻主義を認むる場合に於ても、我民法は斯る主義を認めざるが故に斯る婚姻の成立を禁止すべきは勿論である。直系親族間又は二親等間の婚姻の禁止の如きも亦之と同様である。之に反して三親等間即ち叔姪間の婚姻の制限は唯我國民のみに對する制限であるから、英國法の如く叔姪間の婚姻を認むる國に屬する外國人が我國に於て本國法の規定に従ふて婚姻することを妨げざるは勿論である。

夫の屬人法主義

二 夫の屬人法主義 此の説の要旨は婚姻の成立要件は效力と同様に夫の本國法又は住所地法に依るべきものとするにある。後に述ぶる如く婚姻が有効に成立したる場合には其效力は夫の屬人法に依るを以て例とするも、婚姻が有効に

成立すべきや否やを定むるに當つては妻となるべき女子は尙未だ夫となるべき男子の屬人法に従ふべき理由を有せざるが故に、單に夫の屬人法のみによつて婚姻資格を有するや否やを定めんとするが如きは其の當を得ざるものであると言はねばならぬ。

各當事者の屬人法主義

三 各當事者の屬人法主義 此の説は婚姻の成立要件は各當事者の本國法又は住所地法に依つて之を定むべきものとするにある。即ち婚姻すべき資格要件を具備するや否やは夫となるべき男子に付ては其の屬人法に依つて之を定め、妻となるべき女子に付ては其の屬人法に依つて之を定むべきものとし、各自の屬人法に依つて資格要件を具備する以上は相手方の屬人法に依れば資格を備へざる場合に於ても互に有効に婚姻することを得べきものとするのである。我法例第十三條第一項に於て

法例第十三條第一項

婚姻の成立要件は各當事者に付き其本國法に依りて之を定むと規定してゐるのは此の主義を認めたるものである。獨逸民法施行法第十三條、瑞西民法施行法第五十九條第七項丙、波蘭國際私法第十二條等の規定も亦之と同様である。蓋し婚姻は前述せし如く、身分を設定し、國籍をも變更すべき重大關係

形式的要件

を有するものであるから、當事者の本國法に依るべきが當然である。而して當事者の本國法に依る以上は、何れか一方の本國法のみを依ることを得ざるは素より論を俟たないのであるから、此の主義を以て最も適當なりと言はざるを得ないのである。

第二 形式的要件

婚姻の成立には何れの國に於ても一定の方式を要するを以て例とする。而して近世諸國に現行の方式は之を宗教上の方式と民事上の方式とに大別することが出るが、何れも皆其の國の公の秩序又は善良の風俗に關するものであるから、各國共に婚姻の方式に付ては一般法律行為の方式と異なり舉行地法主義を採るを以て原則としてゐる。我法例も亦此の主義を採り、第八條に於て一般法律行為の方式に付ては原則として法律行為自體の準據法に依るべきものとし、行為地法に依りたる方式は唯例外として之を認むるに過ぎざるにも拘らず、婚姻の方式に付ては法例第十三條第一項但書に於て

法例第十三條第一項但書

但其方式は婚姻舉行地の法律に依る

と明言して我國に於て婚姻を舉行する以上は當事者の日本人たると外國人たる

民法第七
百七十七
條

とを問はず、我民法の方式に依ることを要すると同時に、日本人が外國に於て婚姻する場合に於ても亦舉行地法の定むる方式に依つて有効に婚姻を成立せしむることを得べきものとしてゐる。併し乍ら此の原則を絶對的に適用するときは、外國に於て有效なる婚姻を爲すことを得ざるに至るの弊害がある。例へば宗教上の儀式のみを唯一の方式とするカトリック教諸國に於て日本人が婚姻する場合に、若し舉行地の方式に依らざるべからざるものとするときは、斯る宗教を信仰せざる以上は歸國するにあらざれば到底婚姻することを得ないのである。此の不便を排除せんが爲めに我民法第七百七十七條には

外國に在る日本人間に於て婚姻を爲さんと欲するときは其國に駐在する日本の公使又は領事に其届出を爲すことを得此場合に於ては前二條の規定を準用す

法例第十
三條第二
項

と規定し、我民法の方式に依つて婚姻を爲し得べき旨を明かにしてゐる。而して法例第十三條第二項には
前項の規定は民法第七百七十七條の適用を妨げず
と規定して必ずしも舉行地法は絶對的の原則にあらざる旨を明かにしてゐる。

外國人が
我國に於
て婚姻を
爲す場合

唯問題とすべきは外國人が我國に於て婚姻する場合にも亦同様の例外を認むることを得べきや否やである。此の問題に關し學者或は曰く婚姻の方式が舉行地法に依るべきは公益上の必要より出でたる規定である、之に對して唯民法第七百七十七條の適用を除外するのみである。而して例外的規定は嚴格に解釋すべきが當然であるから、之を何等の明文なき外國人の婚姻に及ぼすことを得ざるは素より言ふを俟たないのである。併し乍ら斯る説は我法例の精神を誤解したる謬見である。蓋し婚姻の方式に於て舉行地法主義を採る所以は公序良俗に關するが爲めであることは勿論であるが、必ずしも之を絶對的に強行すべき必要を認むる程度の公序良俗に關する規定にあらざることは、日本人の外國に於ける婚姻に於て本國法に依ることを得べき例外を認むる規定に徴しても明かである。而して公使又は領事が其の本國臣民の婚姻に於て本國民法の規定に従ひ婚姻の方式を舉行せしめ得べきことは國際慣例上一般に是認せらるゝ所である。我民法第七百七十七條は此の國際慣例を基礎とし、駐在國が我國の公使又は領事に斯る職權を行ふことを默認することを前提とするものである。従つて我國に駐在する外國の公使又は領事に對しても亦相互的に斯る職權を行使し得べきことを

承認するものであると言はねばならぬ。併し乍ら外國の公使又は領事が其本國臣民の婚姻に付て斯る職權を行使し得べきことは其本國の法律又は國際條約に於て規定すべき事項であつて、我法例に於て斯る職權の行使を承認すべき旨を規定すべき限にあらざるは素より論を俟たないのである。従つて我法例に外國人の婚姻に關する例外的規定を掲げざるの一事を以て舉行地法を絶對的原则なりと主張するの論據と爲すことを得ざるのみならず、法例第十三條は寧ろ日本人の外國に於ける婚姻に關する例外を規定することに依つて、我國に於ける外國人の婚姻に付ても亦同様の例外を認むべき趣旨を默示するものであると言はざるを得ないのである。但し此の例外は唯所謂外交上の方式に依る婚姻に付てのみである。従つて外國人は本國法の認むる其他方式、特に宗教上の方式に依つて我國の方式を回避することを得ざるは勿論である。

尙我民法第七百七十七條の規定は外國に在る日本人間に於ける婚姻に關する例外的規定である。従つて日本に在る女子と外國に在る男子との間に於て婚姻する場合には此の例外的規定に依ることを得ざることが明かである。尙日本人が外國に於て外國人と婚姻する場合に付ても亦同様である。併し乍ら婚姻の成

婚姻の效力

立に關する一九〇五年の海牙條約第五條には駐在國の臣民に非らざる限り第三國人と本國人との間に於ける婚姻に付ても亦本國人相互間の婚姻と同様に取扱ひ得べき旨を規定してゐる。

第二項 婚姻の效力

婚姻が有効に成立するときは夫たり妻たる身分に伴ふて種々の權利義務を發生するのみならず、妻の財産に付ても亦重大なる効果を及ぼすべきものである。我民法に於ては夫婦の身分上に及ぼす效力即ち婚姻の一般的效力を單に婚姻の效力と題し(民法第七八條以下)財産上に及ぼす效力を夫婦財産制と題するが故に、財産に及ぼす效力は婚姻の效力にあらざるが如くに見ゆるも、此の二者は等しく婚姻の效力に外ならないのであるから、左に此の效力の準據法を説明するに當り便宜の爲め之れを夫婦の身分上に及ぼす效力と財産上に及ぼす效力とに大別することとする。

第一款 身分上に及ぼす效力

夫婦は婚姻の效力として互に同居するの權利及び義務を有し互に扶養するの

身分上に

義務を負ふのみならず、妻は婚姻に因つて夫の國籍を取得し、夫の家に入り又は夫の家の氏を稱し、且如何に女權の發達したる諸國に於ても夫は婚姻關係の主長であるから、妻は夫權に依つて其の能力を制限せらるゝを以て例とする。併し乍ら近來妻が婚姻に因つて國籍を變更することを認めざるものもあるから能力の制限に關しても亦大に其程度を異にするに至つた。例へば英國普通法の如きは妻は婚姻に依りて全く無能力者と爲り、夫より獨立したる人格無きものとし、近來やうやく妻の特有財産制を認めて之を矯正するに至つたが、尙夫の同意あるにあらざれば自由に契約を爲すことを得ざるものとして居る。之に反して露國丁抹等の諸國に於ては妻は自己の財産に關しては完全なる能力を有し、夫の同意を要せずして自由に契約を爲し之を他人に讓渡することを得るものとし、佛國法系の諸國に於ては妻は能力を有するも、夫の權利に依りて制限せられ、夫の許可を要することゝして居る(佛、白蘭、伊、西、瑞、四等の諸國)。其他妻が日常の家事に付き夫を代理する權限に就いても亦諸國の法律は必らずしも同一ではないのである。従つて夫婦の身分上に及ぼす婚姻の効力は何れの法律に依て之を定むべきかを明かにせねばならぬ。而して此の問題に付て屬人法に依るべきことは一般に認めらるゝ

處であつて疑を容るゝ餘地がないが、屬人法中住所地法に依るべしとする説と、本國法に依るべしとする説との二種あるのみならず、本國法説の中にも亦共通の本國法に依るべしとするものと、婚姻當時の夫の本國法に依るべしとするものと、現在の夫の本國法に依るべしとするものとの三説がある。婚姻の效力を住所地法主義に依つて定めんとするものは夫婦は共同生活をなすべきものなるが故に、生活の本據たる住所地法に依るを以て、一層理由あることとし、之を以て最も妥當であるとする主張するのである。此點に付いては獨り英米等住所地法主義を採る諸國に於てのみならず、歐洲大陸に於ても尙斯る説を爲すものは少くないのである。然し乍ら夫婦の一身上に及ぼす婚姻の效力に關する規定は一國の立法者が當事者の意思如何に拘らず、其の國民の爲めに一家の幸福を増進し社會の安寧を保持せんことを目的とする公益規定であるから、當事者に對して臣民主權を及ぼし得べき本國の法律に依るを以て妥當とすべきである。

然し乍ら若し夫婦が國籍を異にする場合に於ては如何。從來婚姻の必然的効力として妻は夫の國籍を取得したのであるが、近來女權の擴張と共に或は一九二二年の米國のケール、アクト又は露西亞民法第一〇三條等の如く、婚姻の効力は

妻の國籍を變更するの効果を有せざる旨を規定するのみならず、時代の趨勢は漸次斯の如き傾向を認むるに到つたので、將來夫婦互に國籍を異にする場合は屢々發生するに至るであらう。斯る場合に夫婦の身分上に及ぼす婚姻の効力は夫婦何れの本國法に據つて之を定むべきかは頗る困難なる問題である。此點に付ても亦夫婦各自の本國法に依るべしと云ふ説もある。併し乍ら婚姻の成立問題に付ては夫婦と爲るべき男女が各獨立せる本國法を有し従つて其本國法の認むる條件を具備したる場合に限り各自互に結婚し得るのであるから、當事者各自の本國法に依るのが正當であるが、婚姻關係が既に成立したる後に於て其効力の準據法を定むるに當つては單一なる實體法に依つて之を定めなければならぬのであるから此の説の失當なる事は素より論を俟たないのである。従つて前述の如く我國に於ては勿論、縱令歐米諸國に於ても夫は夫婦關係の主宰者であり、妻は夫に従ふべき義務を有するものであるから、夫婦國籍を異にする場合には身分上に及ぼす婚姻の効力は妻の本國法に依るよりも寧ろ夫の本國法に依るを以て妥當と認めねばならぬ。

婚姻中に

或は一九〇五年の婚姻の効力に關する海牙條約第九條第二項の如く婚姻繼續

於ける夫
婦の國籍
變更

中に夫婦が國籍を異にするに至りたるときは、最後の共通の本國法に依るべきことを認むるものもあるが、斯る場合は唯婚姻繼續中に夫が國籍を變更したるにも拘らず妻が夫の新なる國籍を取得せざる場合に於てのみ發生するのであるから、婚姻の當初より夫の國籍を取得せざりし場合と同様に、夫の現在の本國法に依るを以て正鵠を得たるものと言はざるを得ないのである。或は一八八八年の國際法學會の決議、若くは一八九一年二月二十日のコンゴ自由國法律第六條の如く婚姻當時の夫の本國法主義を採るものもあるが、身分上に及ぼす婚姻の効力は前述せし如く當事者の意思に依つて左右することを許さざる公益規定より發生する結果であるから、夫が國籍を變更したる以上は舊國籍の本國法如何に拘らず、現在の本國法に規定せる効力を認めざるを得ないのである。従つて身分上に及ぼす婚姻の効力は夫の國籍の變更と共に自ら變更すべきものであると言はねばならぬ。我法例第十四條に於て單純に婚姻の効力は夫の本國法に依ると規定してゐるのは、即ち此の主義を採り常に夫の現在の本國法に依るべきことを明かにするものである。

法例第十
四條

身分上に

夫婦の身分上に關する權利義務は上述の如く夫の本國法に依るを以て原則と

するが、斯る權利義務の實行は行使地の公益に關する所少しとせざるが故に、一九〇五年の海牙條約第一條第二項には、前項の權利及び義務の實行は之を求むる國の法律に於ても同じく認められたる方法に依るに非ざれば之を爲すことを得ずと規定してゐる。我法例第十四條には斯の如き特別の規定なきも、法例第三十條は我國の公の秩序又は善良の風俗に反する以上は外國法を適用することを許さざるが故に、海牙條約と同一の結果に歸着すべきことは素より論を俟たないのである。例へば夫が妻の身體自由に關し如何なる懲戒權を行ふことを得べきかは夫の本國法に依つて之を定めるのであるが、我國に於て之を行使する場合には唯行使地たる我國の法律が認むる範圍及び方法に於て之を實行することを得るのみである。

尙妻は獨立の能力者なりや否や。如何なる法律行爲に付て夫の同意又は許可を要し、如何なる法律行爲に付て夫を代理するの權利を有するや等も亦身分上及びぼす婚姻の效力として夫の本國法に依つて之を定むべきである。此の點に付て問題とすべきは法例第三條第二項の制限は外國人たる妻の無能力に付ても亦適用せらるべきものなりや否やである。換言すれば外國人たる妻が其本國法に

依れば無能力者たるべき場合に於ても、若し我法律に依れば能力者たるべきときは、我國に於て爲したる法律行爲に付ては能力者と見做すことを得べきや否やである。此の問題は若し妻の能力の有無は妻自身の本國法に依つて之を定むべきものとし、従つて法例第三條第一項の規定に従ふべきものとするときは、同條第二項の制限に従ふべきことは素より論を俟たないのであるが、若し妻の能力の有無は婚姻の效力として夫の本國法に依つて之を定むべきものとするときは、法例第十四條には第三條第二項の如き特別の規定を掲げざるが故に、我國に於て爲したる法律行爲に付ても絶對的に夫の本國法に依つて之を定むべきものと論定せざるを得ないのである。併し乍ら法例第三條第一項は能力に關する一般的原则であるが如くに、同條第二項に掲ぐる制限も亦内國に於ける取引の安全を保護するの必要より出でたる一般的制限であつて、唯未成年者のみに對する制限ではないのであるから、妻の無能力に付ても亦第三條第二項と同様の制限に従はしむるを以て立法の精神に適合するものと言はざるを得ないのである。

尙法例第十四條第二項は外國人が日本人の女戸主と入夫婚姻を爲し又は日本人の婿養子と爲りたる場合に婚姻の效力は日本の法律に依るべきものと規定し

て居る。然し乍ら此の規定は唯一片の注意的規定たるに過ぎないのである。何となれば外國人が日本人の入夫と爲り又は婿養子と爲りたる場合には、入夫婚姻又は養子縁組と同時に必ず我國籍を取得するのであるから、斯る婚姻の成立と同時に其夫は既に日本人であり従つて日本の法律が即ち夫の本國法であるからである。

第二款 財産上に及ぼす效力

夫婦の財産特に妻の財産上に及ぼす婚姻の效力の沿革は即ち婦人の地位の發達史であつて、古代に於ては妻は夫より獨立して財産を有することを得なかつたのみならず、妻自身が夫の財産であつたことは東西各國の法制史上争ふべからざる事實である。然るに女權の發達したる近世文明國に於ては、妻は夫より獨立して財産權の主體たる資格を有することを認めらるゝのみならず、婚姻中に於ける財産の管理及び處分に關して夫と契約することを得るを以て例とする。所謂契約財産制がそれである。而して夫婦が契約に依つて財産關係を定めざる場合に於ける財産制即ち所謂法定財産制に至つては諸國の民法に規定する所極めて區々にして、或は別産主義を採るものあり、或は共產主義を採るものあり、或は又共通

財産上に及ぼす效力

屬人法説

管理主義即ち夫に妻の財産を管理し収益することを認むるものもある。従つて内外人が相婚姻する場合には、何れの法律に依つて夫婦財産制を定むべきかを明かにするの必要あるのみならず、外國人たる夫婦が我國籍を取得し若くは我國に居住するに至りたる場合に於ても亦其の財産關係は何れの法律に依つて之を定むべきかを明かにせねばならないのである。蓋し夫婦の財産關係が何れの法律に依つて支配せらるべきかは、獨り夫婦の權利義務に關する重大問題たるのみならず、夫又は妻と取引を爲すべき第三者の利益保護の爲めにも亦重要な關係を有するからである。而して此の問題は不動産に關する場合を除くの外は、屬人法に依つて之を定めざるべからざることは何人も疑はざる所であるが、屬人法の基礎に於て住所地主義を採るものと本國法主義を採るものとの二説がある。即ち英米の如く屬人法の原則として住所地主義を採る諸國は勿論、他の問題に於ては本國法主義を原則とする國に於ても、夫婦財産制に於ては特に住所地主義を採るものもある。例へば佛國に於ける判例、一八八八年の國際法學會の決議並に一八九一年六月二十五日の瑞西法律第十九條及び第二十條の如きは夫婦財産制は住所地法に準據すべきものとしてゐる。蓋し夫婦財産制に於ては夫婦の住

所地に於ける第三者の利益を保護するが爲めに我民法第七百九十五條に規定せるが如く外國人が婚姻の後我國の國籍を取得し又は我國に住所を定めたる時は、一年内に財産契約を登記するに非ざれば我國に於ては之を以て夫婦の承繼人又は第三者に對抗することを得ずと規定するの必要あることは勿論であるが、之を以て夫婦財産制自體を住所地法に依らしむべき理由と爲すには足りないのである。何となれば夫婦財産制は夫婦畢生間の財産關係を確定するものであつて、婚姻中は之を變更することを得ざるを以て原則とするが故に、容易に變更することを得べき住所地の法律に依るよりは、更に永續的性質を有する本國法に依るを以て妥當なりとせざるを得ないからである。従つて問題とすべきは夫婦財産制の準據法は本國法なりや將た住所地法なりやに非ずして、國籍又は住所の變更に伴ふて變更するや否やである。而して此の點に關し所謂變更主義と不變更主義との二説があるが、我法例第十五條は所謂不變更主義を採り左の如く規定してゐる。

法例第十五條

第十五條 夫婦財産制は婚姻の當時に於ける夫の本國法に依る。
外國人が女戸主と入夫婚姻を爲し又は日本人の婿養子と爲りたる場合に於ては夫婦財産制は日本の法律に依る

左に之を契約財産制と法定財産制とに區別して其の理由の概要を説明することとする。

契約財産制

(甲) 契約財産制

夫婦は夫婦財産契約を以て其財産關係を定め得べきことは近世文明國の一般に認むる所であるが、或は我民法の如くに婚姻の届出前に於ては契約を以て其の財産關係を定め得べきことを認むるも、婚姻届出の後には之を變更することを許さざるものあり(民法第七九三條及七九六條)。或は獨逸民法の如くに婚姻締結の後と雖も財産狀態を廢棄又は變更することを得べきものとし(獨逸民法第三二條)且財産契約締結の當時夫が外國に住所を有するときは其住所地の夫婦財産制を採用し得べきことをも認むべきものとするものもある。(獨逸民法第三三條)加之ならず、財産契約の内容に付ても亦諸國の民法は各其の制限の程度を異にする所あるが故に、夫婦財産契約は國籍又は住所の變更如何に拘らず、終始一貫婚姻當時に於ける夫の本國法に依るに非ざらんば、夫婦何れかの一方が豫期に反する不利を免れざるものであると言はねばならぬ。是れ我法例第十五條が契約財産制に付て不變更主義を採る所以である。一九〇五年の海牙條約は第二條第二項に於て法定財産制に付ては、夫婦又は其一

不變更主義

方の國籍の變更は夫婦財産制に影響を及ぼさざるものとすと規定するにも拘らず、契約財産制に付ては却つて變更主義を採り、同條約第四條に於て、夫婦が婚姻中に財産契約を締結し又は變更することを得べきや否やは夫婦の本國法に依つて之を定むべきものとし、同第九條に於て夫婦が婚姻中に同一の新國籍を取得したるときは新本國法に依るべきものとしてゐるのは、財産契約の精神を無視するの非難を免れざるものであると言はねばならぬ。

法定財産制

(乙) 法定財産制

婚姻の當時夫婦間に別段の契約を爲さざりし場合に立法者が夫婦間の財産關係を定めたるものが即ち法定財産制であるから、此の場合には變更主義は契約財産制に付てよりは一層有力に主張せらるべき理由あることが明かである。何となれば身分上に及ぼす婚姻の效力に關する準據法が國籍の變更に伴ふて變更すると同様に、其の國民たる夫婦間の財産關係を規定する法定財産制は國籍の變更と共に自ら變更すべきものと主張することが出来るからである。併し乍ら元來法定財産制は身分上の效力を定めたる規定の如き強行的規定と異り、當事者が別段の契約を爲さざりし場合に、立法者が當事者の意思を解釋し補充するが爲めに

不變更主義

設けたる規定たるに過ぎないのである。從て法定財産制に付ても又契約財産制と同様に不變更主義を採り、婚姻當時に於ける夫の本國法に依るを以て妥當なりと認めざるを得ないのである。何となれば夫婦が婚姻の當時に財産契約を爲さざりし所以のものは、其當時の夫の本國法に規定せる法定財産制が最も善く双方の意思に適したるものと認めたるが爲である。即ち法定財産制は當事者雙方の黙約の條項であつたのであるから、之を條件として婚姻したるにも拘はらず、其後に至り多くは夫の意思のみに由來する國籍の變更に依て斯る財産關係を變更することを得せしむるが如きは、婚姻當初の目的に反する結果を將來するの虞があると言はねばならぬ。從つて我法例第十五條は夫婦財産制は婚姻の當時に於ける夫の本國法に依ると明言し、法定財産制たると契約財産制たるとを問はず、夫婦財産制の準據法は夫婦の畢生間一定不變にして國籍又は住所の變更の爲めに何等の影響をも受けざることを明かにして居る。一九〇五年の海牙條約第二條も亦法定財産制に付ては、婚姻舉行の當時に於ける夫の本國法に従ふべきものとし、且夫婦又は其一方の國籍變更は夫婦財産制に影響を及ぼさざるものとして、不變主義を認めて居ることは前述せし如くである。尙注意すべきことは不變更主義

は唯準據法のみに関する原則であつて、本國に於ける實質法の變更如何に關せざることである。従つて婚姻當時に於ける夫の本國法の規定が改正せられたる場合には改正せられたる規定が一定不變の準據法たる夫の本國法として適用せらるべきは勿論である。

公示方法

夫婦財産制に付て不變主義を採るときは、外國人が我國籍を取得し又は、我國に住所を定めたる場合には、法定財産制に付ても契約財産制と同様に第三者の利益を保護するが爲めに之を登記せしむるの必要なることは明かである。何となれば外國の法定財産制が如何なる規定なるかは我國に於ては容易に之を知得し得べからざるが故に、婚姻當時の夫の本國法に規定せる法定財産制によるべき場合には、第三者の利益保護のために我國に於て其内容を登記せしむるの必要あることは契約財産制と同様であるからである。然るに我民法第七九五條は外國人が夫の本國の法定財産制に異りたる契約を爲したる場合に於て婚姻の後日本の國籍を取得し又は日本に住所を定めたるときは、一年内に其契約を登記するにあらざれば日本に於ては之を以て夫婦の承繼人及び第三者に對抗することを得ずと規定するにも拘らず、外國の法定財産制に付ては之を我民法の法定財産制と同一

視し、何等の公示方法をも要せずして直ちに第三者に對抗し得べきものとしてのものは將來修正を要すべき缺點であると云はねばならぬ。
尙第十五條第二項は理論上無要の規定なることは第十四條第二項と同様である。

第三項 離婚

離婚

夫婦關係は死亡に依るの外解消することを得ざるや否や。即ち離婚を認むべきや否やに付ては或は之を禁止する國あり、或は一定の原因ある場合に限り之を許可する國あり、或は又我國の如く裁判上の離婚の外に協議上の離婚をも認むる國あり、且離婚を認むる諸國に於ても其原因に付ては各其の規定を異にする所がある。所以、離婚の請求は何れの法律に依つて之を定むべきか、又離婚請求の訴訟は何れの裁判所の管轄權に屬すべきかを説明することが必要である。

第一款 離婚の管轄權

離婚は夫婦の身分關係を解消するものである。従つて本來夫婦に對して臣民主權を有する國家のみが之を管轄し得べきものであるから、各國は其國臣民の離

離婚の管轄權

婚事件に關して專屬管轄權を有することを認むるを以て例としてゐる。然し乍ら國際交通の發達せる今日外國に居住する夫婦間に不和を生じたる場合に共に歸國するに非ざれば離婚を爲すことを得ざるものとするときは、夫婦自身に取つても、又滞在國の公益を維持する上に於ても、不都合なる結果を生ずるので、例外として居住地の管轄權をも認めざるを得ないのである。従つて一九〇二年の離婚に關する海牙條約第五條に於ては原則として夫婦の本國法に依る管轄權を認むると同時に、補充的に夫婦の住所地の管轄權をも認むべきものとし、外國裁判所は唯本國裁判所に離婚又は別居の請求を爲す事を得ざる婚姻に付てのみ管轄權を有すべきものとしてゐる。茲に所謂住所地とは必ずしも生活の本據を意味するにあらずして、平常居住地の地を意味するものである。併し單純なる居所地の管轄權を認めたるものにあらずるは勿論である。我人事訴訟手續法第一條は離婚の請求は夫が普通裁判籍を有する地(即ち住所地)の管轄に專屬する旨を規定すると共に前項の普通裁判籍は日本に住所なきときは居所に依り居所なきときは最後の住所に依り最後の住所なきとき又は其住所の知れざるときは司法省令を以て指定したる地即ち東京を以て住所地と見做すべきものとしてゐる。此の規定は

内國人に關する規定であるが、外國人も亦我國に於て住所及び居所を有する以上は、離婚の請求を爲すことを得べきことが明かである。併し乍ら單に一時的の居所を有するに過ぎざる夫婦に對し、離婚の宣告を爲すことを認むるが如きは、離婚に關する管轄權を不當に擴張したる譏を免れざるものであると云はねばならぬ。

第二款 離婚の原因

我國の裁判所が外國人の離婚の訴を管轄すべき場合に離婚の原因は何れの法律に依つて之を定むべきであるか。元來離婚に付ては前述の如く諸國の法律各相異なり、羅馬舊教の諸國に於ては婚姻は神意に因りて成立したるものなれば、人爲に依つて之を解消することを得ざるものとして居る。其他の國に於ては一定の原因を限り裁判上の離婚を認むるを以て例とするが、其の原因に至つては區々一定する所がないのである。我民法に依れば一定の原因ある場合に裁判上の離婚を許すのみならず、又協議上の離婚を認め當事者双方の自由意思によつて何時にても夫婦關係を消滅せしめ得べきものとして居る。又歐洲諸國に於ては離婚を許さざる國は勿論、之を認むる國に於ても離婚以外に尙別居の制度を認むるものもあるが。此の如く離婚の原因に付ては各國民法の規定相同じからざるのみ

ならず、我法律に認めざる別居制度をも認むるものがあるが故に、我裁判所は何れの法律に依りて離婚又は別居を宣告し得べきかを明かにせねばならぬ。左に之に關する主要なる學說を列擧して其當否を簡單に論評することとする。

法廷地法主義

一 法廷地法主義 此の主義に依れば離婚の原因は善良の風俗又は公の秩序に關するものであるから、離婚を許すべきや否やは専ら法廷地法に依つて之を定めざるべからずと主張する。此主義は離婚の原因が法廷地の公序良俗に關するものたることを力説する點に於ては極めて正當であつて、何れの國に於ても裁判所は法廷地法の認めざる原因に付て離婚の宣告を爲すことを得ざるものであると謂はねばならぬ。併し乍ら此の主義は他の一方に於て法廷地法の認めたる原因あるときは、縱令其の本國法に於て離婚を認めざる場合に於ても尙離婚を宣告し得ることを認むる點に於て他國の臣民主權を害するの虞ある甚だ失當なる主義であると謂はねばならぬ。

本國法主義

二 本國法主義 此主義に依れば離婚は夫婦の關係を解消するのみならず、國籍の變更を來たすものであるから、之が原因は専ら當事者の本國法に依つて定めねばならぬとするのである。此主義は本國法の認めざる原因に付て外國の裁判

折衷主義

所が離婚を宣告することの不當なることを明かにする點に於ては極めて妥當であるが、苟も本國法の認むる原因ある以上は法廷地法に於て之を認めざる場合に於ても尙離婚を宣告し得べきことを認むる點に於て極めて不當なることは、法廷地法主義の主張に徴して明かである。

法例第十
六條

三 折衷主義 此の主義は離婚の原因は夫の本國法及び訴訟地法が共に之を認むる場合に限り離婚を宣告し得るものとするのであつて最も正當なる主義である。我法例第十六條に於て
離婚は其原因たる事實の發生したる時に於ける夫の本國法に依る但裁判所は其原因たる事實が日本の法律に依るも離婚の原因たる時に非ざれば離婚の宣告を爲すことを得ず

と規定してゐるのは即ち此の主義を認めたるものである。蓋し離婚の原因は不法行為に非ざるも訴訟地の公序良俗に關する點に於て不法行為に類似するものがあるから、不法行為の場合に行爲地法と訴訟地法とが併せて適用せられたるが如く、離婚の場合に於ても亦夫の本國法に於て認められたる原因が訴訟地たる我國の法律に依るも亦離婚の原因たる場合に限り離婚の宣告を爲すことを得べき

ものとするのである。従つて我國の裁判所は外國人の離婚の請求に付ては我法律に依れば離婚の原因ある場合に於ても、若し當事者の本國法が離婚を禁止し若しくは斯かる原因を認めざる限りは離婚の宣告を爲す事を得ざると同時に假令當事者の本國法に於て離婚を認むべき原因ありとするも、若し我法律に於て斯かる原因を認めざる場合には、之に對して離婚の宣告を爲すことを得ざるものである。

本國法決
定の時期

上述の如く離婚の原因は夫の本國法に依るを以て原則とするも、夫の本國法とは如何なる時に於ける本國法なりやは説明を要すべき問題である。此の問題に關し婚姻當時の本國法と訴訟當時の本國法と離婚の原因たる事實發生當時の本國法との三主義を思考し得るのであるが、我法例第十六條は最後の主義を採ることは前掲の法文に徴して明かである。蓋し婚姻當時の夫の本國法に依るべきものとするときは、國籍を變更したる後に發生したる離婚の原因に付ても尙婚姻當時の本國法に依つて離婚の許否を定むる點に於て、現在の本國法の公益に反するのみならず、當事者の離婚請求權を不當に變更するの譏を免れざるものである。若し又訴訟當時の本國法に依るべきものとするときは、離婚の原因たる事實が既に發生したる後に於て、夫が漫りに其の國籍を變更して離婚の一層困難なる國若

くは一層容易なる國の法律を選択することを得るが故に、當事者の一方をして豫期し得べからざる損害を蒙らしむべき弊害を來たすの虞があると言はねばならぬ。是れ即ち離婚の原因たる事實發生當時の夫の本國法に據るを以て當事者双方に對して最も公平に且最も正當なりとする所以である。従つて或行爲が不法なるか適法なるかは其の事實發生當時の行爲地法によるが如く、或事實が離婚の原因となるや否やは事實發生當時の夫の本國法に依つて之を定め且其の事實が訴訟地法に依るも亦離婚の原因たる場合に限り離婚の宣告を爲すことを得べきものとするのである。一九〇二年の離婚及び別居事項に關する海牙條約に於ても亦此の主義を採つて左の如く規定して居る。

海牙條約
の規定

第一條 夫婦は其の本國法及び請求を爲す地の法律が共に離婚を許可する場合に非ざれば離婚を請求することを得ず

別居に付ても亦同じ

第二條 離婚の請求は夫婦の本國法及び請求を爲す地の法律の何れに依るも離婚の原因あるときに限り之を爲すことを得但其原因の同一なると否とを問はず

別居に付ても亦同じ

第三條 前二條の規定に拘らず請求を爲す地の法律にして其旨を命じ又は許可するときは本國法のみを適用するものとす

第四條 前數條に指定せる本國法は夫婦又は其一方が前に他の國籍を有せしとき發生したる事實に離婚又は別居の原因たる性質を有せしむる爲めに之を援用することを得ず

離婚の原因に關する上述の説明は裁判上の離婚に付てであるが別居に付ても亦之と同様である。但我國に於ては別居の制度を認めざるが故に外國人は其の本國法上別居を請求し得べき場合に於ても我國に於ては之を請求し得ざることには前掲の説明に徴して明かである。之と同様に其の本國法に於て協議上の離婚を爲すことを得ざる外國人は我國に於ても亦協議上の離婚を爲すことを得ざることとは素より言ふを俟たないのである。

離婚の原因に付て尙一言説明すべきことは英國法に所謂 *Recrimination* と云ふことである。即ち英國法に依れば夫が妻の姦通を原因として離婚の請求を爲したる場合に被告たる妻が原告たる夫も亦他の女と姦通して居るのであるから離

別居

リクリ
ミン
ネーショ
ン

離婚宣告
の他國に
於ける効
力

婚を請求する権利を有せざるものであると主張するときは、裁判所は醜事に耳を藉さずとして原告の請求を却下するを以て例とする。之を稱して *Recrimination* と云ふのである。若し之を以て當事者双方に姦通ある場合には離婚の原因と爲すことを得ざるものとするときは、斯る夫婦が我國に於て離婚の請求を爲したる場合に於ても亦我國裁判所は本國法の認めざる原因に付て離婚の宣告を爲すことを得ざるものであると言はねばならぬ。若し之に反して英國裁判所が離婚の宣告を爲さざる所以は、唯裁判を求むる者は清き手を以て來らざるべからずとする訴訟手續法上の結果たるに過ぎないとするならば、英國裁判所に於ては裁判を拒絶するにも拘らず、我國に於ては本國法上離婚の原因あるものとして離婚を宣告することを得べきものであると言はざるを得ないのである。予は後説を採るを以て妥當なりと信ずる。

離婚の宣告は他國に於ても承認せらるべきものなりや否や。此の問題に關し海牙條約第七條には第五條の規定に従ひ管轄裁判所の爲したる離婚又は別居の宣告は本條約の規定を遵守したることと、闕席裁判を爲したる場合には被告が外國裁判を承認する爲め本國法に依り必要な特別規定に従ひ呼出されたること

とを條件として、何れの條約國に於ても之を承認すべきものとしてゐる。尙同條第二項には行政裁判所に依つて宣告せられたる婚姻又は別居と雖も夫婦各自の本國法にして其の離婚又は別居を認むる以上は何れの條約國に於ても之を承認すべきものとしてゐる。我國は斯る條約には加入してゐないが、我國に居住する外國人に對して本國の管轄裁判所が離婚を宣告したる場合には我國に於ても亦之を承認すべきものであると言はねばならぬ。蓋し外國裁判所の判決に因れる強制執行は民事訴訟法第五百十四條及び第五百十五條の規定に従ひ、我國の裁判所に於て執行判決を以て其適法なることを言渡したるときに限り之を爲すことを得るのであるが、離婚の宣告の承認は強制執行と異なり、唯其の事實を承認し之を戸籍簿に記載するに過ぎないから離婚宣告の確定判決が民事訴訟法第二百條の條件を具備する限りは我國に於ても其の效力を有することを認むることが正當であるからである。

第二節 親子

親子の關係には自然的即ち實子と擬制的即ち養子との二種あり、且實子に嫡出

子と私生子との別あり、各其法律關係を異にして居るから、親子間の權利義務に關する問題を説明するに當り、便宜の爲め之を(一)嫡出子(二)私生子(三)養子及び(四)親權の四項に區別して略述することとする。

第一項 嫡出子

嫡出子 妻が婚姻中に懐胎したる子は夫の子なりとの推定は羅馬法以來各國の民法に認めらるゝ原則であるが、所謂懐胎時期に適せざる子に付ては諸國の法律は夫に嫡出否認の訴權を附與するを以て例とする。而して此の否認訴權を行ふ期間及び條件は各國の法律上必ずしも一定せざるのみならず、或は父子國籍を異にする場合あり、或は母と其の夫とが國籍を異にする場合あるが故に子が嫡出子なるや否やは何れの法律に依つて之を定むべきかを明かにせねばならぬ。

夫の住所
地法主義
此問題に付て英米に於ては子の嫡出子なりや否やは婚姻が有效なりや否やに關すると云ふ主意より、此問題は婚姻の效力と同じく夫の住所地法に據りて之を定むべきものとして居る。併し乍ら子が嫡出子なりや否やと云ふことは婚姻の效力ではなくして、寧ろ婚姻關係の結果として父たり子たる身分ありや否やの問

子の本國
法主義

題であり、且此の問題の解決如何に因り直ちに子の國籍にも關係を及ぼすのであるから、斯る問題は夫の住所地法に依つて之を定むることを得ざるものである。佛國に於ける一二の學者は否認訴權は夫の利害に關するよりも寧ろ子の利害に關すること一層重大なるが故に、斯る問題は寧ろ子の本國法に據て之を定むべきものとして居る。然し乍ら否認訴權の目的は子の利益の爲めに存するにあらずして父と稱せらるゝ夫が自己の子にあらざるものを子なりとする推定を打破して、親子の關係の存在せざることを確立せんが爲めに特に夫に附與せられたる權利であるから、斯る權利の有無は推定的父即ち母の夫の本國法に據るべきものであつて子の本國法に據ることを得ないのである。加之ならず父子國籍を異にする場合は否認訴權の結果として婚姻外の子たることが確定したる後に發生するのが通例であつて、子の國籍は否認訴權の行使を俟つて始めて定まるのであるから、今嫡出子なりや否やを決するに當つては其の父と稱せらるゝ者の本國法に據らざるべからざることは明かである。故に歐洲大陸諸國に於ける學説は一般に子の出生當時の推定的父の本國法に據つて之を定むべきものとして居る。我法例第十七條に於ても亦此の通説を採用し左の如く規定してゐる。

母の夫の
本國法主義

法例第十
七條

第十七條 子の嫡出なるや否やは其出生の當時母の夫の屬したる國の法律に依りて之を定む若し其の夫が子の出生前に死亡したるときは其最後に屬したる國の法律に依りて之を定む。

唯茲に注意すべきことは否認訴權を行ふに當りては所謂父子の關係は只推定的たるに過ぎずして果して父なりや否やは未定の問題であるから、直ちに父の本國法と云ふことを得ないのである。これ法例第十七條に其母の夫の屬したる國の法律と云ひ父の本國法と云はない所以である。且此の問題は其の子の出生當時に於ける母の夫の本國法に依つて之を定むべきものであつて、出生後の國籍の變更を問ふの必要がないから、其子の出生の當時母の夫の屬したる國の法律に依つて之を定むべきものとして居るのである。只其の夫が子の出生前に死亡したる場合には出生當時の本國法に據ることを得ざるが故に、夫の死亡前に屬したる最後の本國法に據るべきものとして居る。

尙否認訴權は上述の如く子の出生當時の母の夫の本國法に依るべきものであるが、其の行使方法に至つては訴訟地の公序良俗に依つて制限せらるゝ所多きことを注意せねばならぬ。



第二項 私生子

私生子に
關する諸
國の法制

私生子と其の父母との法律關係を如何に定むべきかは重要な社會問題であつて、諸國の法律は大に其の規定を異にしてゐる。即ち或は英國法の如く私生子は何人の子にもあらず國民の子なりとして認知を全然認めざるものあり、或は佛國民法(第三四〇條。併し本條は一九一二年十一月十六日の法律を以て改正)の如く父は私生子を認知することを得べきも私生子に對しては父系を探索することを禁止するものもあり、或は我民法(第四八三條)の如く私生子に認知請求權を附與するものあり、或は又獨逸民法(第七七條)の如く認知如何に拘らず私生子の父をして子が滿十六年に達するまで母の身分に相應する扶養を爲す義務を負擔せしむるものもある。且認知を認むる國に於ても認知の要件及び效力に關しては各其の規定を異にするが故に左に先づ私生子認知の要件に關する準據法を説明し、次で認知の效力の準據法を説明することとする。

第一款 私生子認知の要件

第一 私生子認知の實質的要件

私生子認

知の實質
的要件

私生子を認知することを得べきや否や、私生子は認知を請求することを得べきや否や、將た如何なる條件の下に認知することを得べきや、等認知の實質的要件は訴訟地の公序良俗に關する所重大なるが故に、専ら法廷地法に依つて之を定むべきものであると主張する者あり、或は私生子の母が懐胎の當時内國人たるか若くは内國に住所を有したる場合には内國法に依つて之を定むべきものであると説く者もある。併し乍ら私生子の認知は法律上親子の關係を發生せしむるものであるから、斯る身分上の關係は當事者の本國法に依つて之を定めざるべからざることは素より論を俟たないのである。唯問題とすべきは當事者が國籍を異にする場合に何れの當事者の本國法に依るべきかである。此の點に關し或は認知は認知せらるゝ私生子の身分に重大なる關係を有するが故に、私生子の本國法に依るべしと主張する者あり、或は之と反對に認知者たる父又は母の本國法に依るべしと主張する者もある。元來私生子の認知は法律上親子の關係を發生せしむる點に於て私生子の身分の變更よりは寧ろ認知者の身分上一層重大なる影響を及ぼすものであるから、認知者の本國法に依ることを要するのみならず、認知者の本國法にして認知することを許さざる以上は、認知を成立せしむることを得ない

のであるから、認知者が其の本國法に依つて認知の要件を具備するにあらざれば、認知することを得ざるは素より論を俟たないのである。併し乍ら認知は私生子の身分上にも重要な關係を有するのみならず、若し私生子の本國法にして認知を認めざるときは、他國の法律に依つて之を認知することを得ないのであるから、私生子が其の本國法に依つて認知せらるべき要件を具備することも必要であると言はねばならぬ。従つて恰も婚姻の成立には各當事者の本國法に依つて婚姻資格を具備することを要すると同様に、私生子の認知は認知者も私生子も各其本國法に依つて認知の要件を具備する場合に限り有効に成立するものであると言はねばならぬ。

尙此の本國法を定むる時期に付て或は私生子の認知は出生の時に遡つて親子の關係を發生せしむるのみならず、父は出生後國籍の變更に依つて認知を困難ならしむるの虞があるから、認知は私生子の出生當時の本國法に依るべきことを主張する者もある。併し乍ら出生當時の本國法は必ずしも常に私生子の爲に有利なりと斷定することを得ざるのみならず、若し現在の本國法が認知を制限し若くは禁止する限りは、假令出生當時の本國法に依れば認知の要件を具備する場合に

法例第十
八條

於ても、認知を有効に成立せしむることを得ないのであるから、認知者も私生子も認知當時の本國法の要件を具備すべきものであると言はねばならぬ。我法例第十八條に於て左の如く規定してゐるのは之が爲めである。即ち

第十八條 私生子認知の要件は其父又は母に關しては認知の當時父又は母の屬する國の法律に依りて之を定め其の子に關しては認知の當時子の屬する國の法律に依りて之を定む

認知の効力は父又は母の本國法に依る

第二 私生子認知の方式

我民法第八百二十九條に依れば私生子の認知は戶籍法第八十一條以下に規定せる事項を記載したる届書を以て届出づることに依つて成立するのであるが、我法例は私生子認知の方式に關して何等特別の規定を掲げざるが故に、一般法律行爲の方式に關する法例第八條の原則に依つて之を定むるべきである。従つて認知の方式は認知の効力を定むる法律即ち認知當時に於ける父又は母の本國法に依るべきものである。併し乍ら法例第八條第二項に従ひ行爲地法に依りたる方式も亦有效なることは勿論である。尙我國民が外國に於て認知を爲す場合には

私生子認
知の方式

戸籍法第六十條の規定に従ひ其國に駐在する我國の大使公使又は領事に届出を爲すことを得るが故に、行爲地法たる外國法に規定する方式に依る場合は實際上極めて稀有であるであらう。

第二款 私生子認知の效力

私生子の認知の效力は認知者と被認知者との間に法律上親子の關係を發生せしむるに在るのであるが、或は我民法第八百二十七條の如く父の認知したる私生子に庶子たる身分を取得せしむるものあり、或は嫡出子たる身分を取得せしむるものもある(民法第八三條)。且私生子は認知の結果として認知者の國籍を取得するを以て例とするも、諸國の法律が其規定を異にすることは既に説明せしが如くである(國籍法第五條及第六條參照)。斯る效力は何れの法律に依つて之を定むべきかに關し、或は私生子の本國法説を主張する者もあるが、認知者たる父又は母の本國法に依つて之を定めざるべからざることは、嫡出子なりや否やが出生當時の推定的父の本國法に依つて之を定むべきものとすると同様である。而して此の場合に於ける認知者の本國法とは認知當時に於ける認知者の本國法に外ならざることは素より論を俟たないのである。我法例第十八條第二項に認知の效力は父又は母の本國

私生子認知の效力

法に依ると明言してゐるのは之が爲めである。

第三項 養子

養子は元來家族制度を維持するの必要より出でたる制度であるが、近世個人主義の發達するに従ひ大に其趣を異にし、或は此の制度を認めざるものあり、之を認むる諸國に於ても或は親族關係を發生せしむるものあり、或は單に財産上の關係を發生せしむるに過ぎざるものもあるが故に、内外人間に養子縁組を爲すに當つては、縁組の要件效力及び離縁は何れの法律に依つて之を定むべきかを明かにする必要がある。左に之を三款に區別して其の概要を説明することとする。

第一款 養子縁組の要件

第一 實質的要件 養子縁組の實質的要件は養親に付ては實子を有せざることを要するものあり、或は四五歳以上の高齢者たることを要し、或は養子よりも十五年以上又は十八年以上等の年長者たることを要するものあり、或は我民法の如く苟くも成年者たる以上は戸主たると家族たるを問はず養子を爲し得べきことを認むるものもある。養子に付ても亦或は未成年者は養子たることを得ずと

養子

養子縁組の實質的要件

するものあり、或は十五年未滿の幼者又は未成年者に非ざれば養子と爲ることを得ずとするものあり、或は父母の同意を要するものあり、或は又一九二六年制定の英國養子法の如く裁判所の許可を要するものもある。尙我國に於ては外國人を養子と爲すには内務大臣の許可を得ることを要し、獨逸に於ては縁組の契約は凡て管轄裁判所の認可を得ることを要件としてゐる。従つて縁組の當事者が國籍を異にする場合には、婚姻又は認知の場合と同様に、各當事者の本國法に依つて縁組の資格要件を具備するや否やを定めねばならないのである。我法例第十九條は此の趣旨に基き左の如く規定してゐる。

法例第十
九條

第十九條 養子縁組の要件は各當事者に付き其本國法に依つて之を定む

養子縁組の效力及び離縁は養親の本國法に依る

右第一項の結果として日本人が外國人を養子と爲す場合たると、外國人が日本人を養子と爲す場合たるとを問はず、養親と爲るべき當事者が其本國法に依つて養子を爲し得べき資格要件を具備し、且養子と爲るべき當事者も亦其本國法に依つて養子と爲り得べき資格要件を具備する場合に限り、縁組が有効に成立するこゝとが出来るのである。此の點は獨逸民法第二十二條第一項に於て養子縁組は養

養子縁組
の方式

親が縁組の當時獨逸國籍を有するときは單に獨逸法に依つて之を定むと規定し、養子の本國法の規定如何を顧慮せざるものと其選を異にするものである。

第二 養子縁組の方式 我法例は養子縁組の形式的要件即ち方式に付て何等特別の規定を設けざるが故に、法例第八條に規定せる一般法律行爲の方式の準據法に従ふべきものである。従つて縁組の方式は其法律行爲の效力を支配すべき法律即ち養親の本國法に依つて之を定むべきである。尙同條第二項に依れば行爲地法に依りたる方式も亦有效であるが、民法第八百五十條には外國に在る日本人間に於て縁組を爲さんとする場合には、其國に駐在する日本の公使又は領事に其届出を爲すことを得と規定してゐるから、實際上に於ては外國法の方式に依る場合は殆んど絶無であるであらう。

第二款 養子縁組の效力

養子縁組の效力に付ても亦諸國の法律は其規定を異にし、或は養親の家に入り嫡出子たる身分を取得し、従つて養親の國籍を取得することを認むるものあり、或は一定の親族關係を發生するも國籍の變更を來たさざるものあり、或は單に財産關係を發生するに過ぎざるものもある。此の點に付ても亦當事者が國籍を異に

養子縁組
の效力

する場合には縁組の効力は養子の本國法に依つて之を定むべしと主張する者もあるが、養子の制度は素と養親の爲めに認められたる制度であり、特に我國に於ては家族制度を維持するの必要より出でたる制度であるから、縁組の効力は養親の本國法に依つて之を定むべきものであると言はねばならぬ。是れ我法例第十九條第二項に養子縁組の効力は養親の本國法に依りて之を定むと規定せる所以である。

第三款 離縁

婚姻に付て離婚を禁止するが如く養子縁組に付ても亦離縁を認めざるものもあるが、我民法の如きは裁判上の離縁を認むるのみならず、協議上の離縁をも認むべきものとしてゐる。蓋し家族制度を維持するの必要より出でたる制度なるが故に其の目的に適せざる限りは之を解消するの必要あるが爲めである。従つて如何なる原因に依つて離縁を爲すことを得べきや否やは専ら養親の本國法に依つて之を定むべきであると言はねばならぬ。或は此の場合に於ても亦離婚と同様に本國法兼法廷地法主義を採ることを要するが如きも、離縁は離婚よりも善良の風俗に關する所少なきを以て假令養親の本國法に於て我民法と異なる原因を

離縁

認むるものありとするも、必ずしも我法律に規定する原因を以て之を制限することを要せざるものであると言はねばならぬ。但法例第三十條に依り我國の公の秩序又は善良の風俗に反する場合には之を制限せざるべからざるは勿論である。

第四項 親子間の權利義務

以上述ぶるが如く親子の關係には三様の區別があるが、嫡出子たると私生子たると將た養子たるとを問はず、子は未成年の間は凡て親權に服すべきものであつて、父又は母は親權に基いて子の心身を監護し且其の財産を保護する權利を有し義務を負ふべきものである。古代に於ては親權の範圍は頗る廣大であつて、生殺與奪の權力をも包含せしが故に、親權は寧ろ公法上の權力であつたのである。然るに公法と私法と相分化したる近世文明國に於ては親は國家に對して其子を養育すべき公法上の義務を負擔すると同時に、私法上に於ては只其子の利益の爲めに心身を監護し財産を保護する權利義務を有するに過ぎないのである。従つて親は教育上必要なる範圍内に於て自ら其子を懲戒し又は裁判所の許可を得て之を懲戒場に入ることを得べきも、漫りに身體を監禁し若くは傷害することを得ざ

親子間の
權利義務

るは素より言ふを俟たないのである。之を要するに親権は父母たる身分に基いて存在する私法上の権利義務である。然も諸國の法律は其権利義務の範圍に關して規定を異にしてゐるから、親権及び親子間の権利義務は何れの法律に依つて之を定むべきかを説明せねばならぬ。左に之を子の身分に關する権利義務と財産に關する権利義務とに分説することとする。

第一款 身分に關する権利義務

親が未成年の子の心身を監護し教育する権利義務、子の居所を指定する権利、子に職業を營むことを許可する権利等子の身分上に關する権利義務に付ては或は親權行使地法主義を採る者あり、或は住所地法主義を採る者もあるが、斯る権利義務は其性質上親權者の本國法の支配に屬すべきものであるから、近世多數の立法例は本國法主義を採るを以て例としてゐる。我法例第二十條も亦此の主義を採り左の如く規定してゐる。

法例第二十條

第二十条 親子間の法律關係は父の本國法に依る若し父あらざるときは母の本國法に依る

此の問題に關し或は親子若し國籍を異にする場合には寧ろ子の本國法に依る

べきことを主張する者もあるが、親権は元來親の權利であるから、權利者たる親の本國法に依るを以て妥當なりとせねばならぬ。或は又親権は子の出生當時の父母の本國法に依つて之を定むべしと主張する者もある。併し乍ら父母が國籍を變更したる以上は從來の本國法は最早親子間の關係を規律すべき理由を有せざるものであるから、國籍の變更と共に新なる本國法に依らざるべからざるは固より言ふを俟たないのである。是れ法例第二十條に單に父又は母の本國法に依ると明言し常に現在の本國法に依るべき旨を明かにせる所以である。

親権は前述の如く父又は母の本國法に依るべきであるが、親権の行使は行使地の公序良俗に關する所あるが故に、唯行使地の法律が認むる範圍内に於てのみ之を行ふことを行べきものである。従つて本國法に依つて認められたる懲戒權の行使にても、若し其の懲戒方法が行使地の公序良俗に反する限りは之を行使することを得ざるものである。

第二款 財産に關する權利義務

親は未成年の子の財産を管理し収益するの權利を有し、財産に關する法律行為に付き未成年の子を代表する權利を有するを以て例とするも、其權利の範圍に付

財産に關する權利義務

ては諸國の法律は其規定を異にするが故に、何れの法律に依つて之を定むべきかを明かにせねばならぬ。此の問題に關し英米に於ては不動産に付ては所在地法に依り、動産に付ては住所地法に依るを以て例としてゐる。歐洲大陸に於ては概ね本國法に依るを以て例とするも、佛國民法第三條及び波蘭國際私法第十九條第三項の如きは不動産に付ては所在地法に依るべきものとしてゐる。併し乍ら動産たると不動産たるとに依つて父母の管理權を異にすべき理由は無いから、我法例第二十條に於て財産に關する權利義務に付ても亦身分に關する權利義務と同様に父又は母の本國法に依つて之を定むべきものとしてゐるのは素より正當であると言はねばならぬ。只茲に注意すべきことは外國人たる父母が我國に在る子の財産に關して如何なる管理權を有すべきかは父母の本國法に依つて之を定むべきであるが、斯る權利の行使は財産所在地法たる我國の法律が認むる範圍内に於て之を行使することを得るに過ぎないことである。例へば佛國民法^(第三八條)に依れば父は子の財産に關し法定の利益權を享有するのであるが、我民法は斯る物權を認めないから、佛國人たる父は我國に在る其子の財産に關しては斯る物權を享有し又は行使することを得ざるものである。

第三節 扶養の義務

扶養の義務

親族相互に扶養すべきことは倫理道德上の義務であるが、近世諸國の民法は此の義務を法律化し、一定の親族間に扶養を爲すべき法律上の權利義務を認むるを以て例としてゐる。元來扶養の義務は經濟的給付を目的とする債務關係であるが、親族たる身分關係に伴ふて發生せる法定の債務なるが故に、諸國の民法は之を普通の財産權より區別し、親族關係より發生する權利義務として親族法中に規定するを以て例としてゐる。然も扶養の義務を負ふべき親族の範圍及び扶養の程度如何に付ては諸國の法律は各其規定を異にするが故に、斯る義務は何れの法律に依つて之を定むべきかを明かにせねばならぬ。或は此の問題に關し法廷地法說を採る者もあるが、扶養の權利義務は其性質上所謂一身に專屬する法定の權利義務であるから、當事者の屬人法に依らざるべからざることとは多言を要せずして明かである。唯問題とすべきは何れの當事者の屬人法に依るべきかであるが、之に關して左の三主義がある。

請求者の

第一 請求者の本國法主義

國際民法 第四章 親族法

本國法主義

此の説を採る者は扶養の義務は元來扶養の請求を爲す當事者の利益の爲めに認められたるものであるから、義務者の屬人法如何に拘らず、専ら請求者の本國法に依つて扶養を請求する権利ありや否や、如何なる程度に於ける扶養を請求し得べきやを定むべしと主張するのである。併し乍ら此の説は扶養義務は法定義務であるから、義務者は自己の本國法に依つて命ぜられざる限りは之を負担すべき理由を有せざることを忘れたるものである。或は請求者の本國法に依るに非ざれば、公の救恤を要し其地の公益に反するが如き結果を來たすのであることを理由として此説を主張する者もあるが、請求者が滞在國の臣民にあらざる場合には之を國外に放逐することを得べく、又其國民たる場合には救恤を要することあるも已むを得ざる次第であるから、之が爲めに他國の臣民たる親族に扶養の義務を強制することを得ざるは素より言ふを俟たないのである。(プスタマンテ法典六七及六八條參照)

第二 義務者の本國法主義

此の主義は扶養の義務ありや否やは扶養義務者の本國法に依つて之を定むべきものとするのであつて、扶養義務は義務者の一身に專屬する法定義務たる性質

義務者の本國法主義

法例第二十一條 双方の本國法主義

に最も善く適合せる説である。我法例第二十一條に左の如く規定してゐるのは此の主義を認めたるものである。

第二十一條 扶養の義務は扶養義務者の本國法に依りて之を定む

第三 双方の本國法主義

此の主義は扶養義務の有無を義務者の本國法に依つて定むるのみならず、更に権利者の本國法に依つて之を制限せんとするものである。併し乍ら扶養の義務は元來倫理道德上の義務を法律化したる義務であるから、既に義務者の本國法に依つて義務が存在する以上は、假令請求者の本國法に依れば義務無き場合に於ても、尙其義務を認むるを以て本來の目的に適合するものと言はざるを得ないのである。是れ我法例が斯る折衷主義を排斥して單純なる義務者の本國法主義を採用せる所以である。

法例第二十一條に付て尙一言説明すべきことは扶養義務とは如何なる義務なりやと云ふ問題即ち扶養義務の性質決定問題も亦義務者の本國法に依つて之を定めざるべからざることである。従つて我民法に依れば扶養の義務にあらざる場合に於ても、若し義務者の本國法に依つて扶養の義務が存在する以上は、我國裁

扶養義務の性質決定の準據法

判所は扶養の義務として斯る請求を認めざるを得ないのである。例へば我民法に依れば私生子は認知せられざる限りは其實際上の父に對して養育費教育費を請求するの権利を有せざるものであるが、獨逸民法(第八七條)に依れば私生子の父は子が滿十六年に達するまで之に母の身分に相應する扶養を爲す義務を有するのである。従つて私生子が獨逸人たる生父に對して斯る請求を爲したるときは、我裁判所は我民法上扶養義務にあらざるの故を以て此訴を却下することを得ないのである。バルタン一派の學者が法律關係の性質決定は常に法廷地法に依らざるべからずとする説の失當なることは此の一事に徴しても明かである。尙法例第二十一條には扶養義務者の本國法とあるも、果して扶養義務者なりや否やは判決の確定を俟つて始めて定まるのであるから、嚴格に言へば問を以て間に答ふるの非難を免れざるものであるが、茲に所謂扶養義務者の本國法とは扶養の義務ありとして請求せられたる者即ち被告の本國法を意味するに外ならないのである。

法例第二十二條

尙法例第二十二條には

前九條に掲げたるものの外親族關係及び之に因りて生ずる權利義務は當事者の本國法に依りて之を定むと規定して、親族關係の範圍親族會、親等其他の親族關

係に關する權利義務に付ても亦當事者の本國法に依るべき旨を明かにしてゐる。併し乍ら斯る概括的規定のみにては、當事者が國籍を異にする場合には、何れの當事者の本國法なりやを明かにするに足りないのであるが、實際問題としては被告の本國法に依らざるを得ないのである。

第四節 後見及保佐

後見及保佐

後見には未成年者の後見と禁治産者の後見とがある。二者等しく無能力者の保護を目的とする制度であるが、前者は親權の延長であつて親權を行ふ者なき場合に開始し、後者は禁治産宣告の結果として開始するものである。従つて後者に關する國際私法上の問題は極めて簡單であつて、唯我國裁判所が外國人に對して禁治産の宣告を爲したる場合に限り、後見關係は凡て日本の法律に依つて之を定むべきものである。法例第二十三條第二項の末段に「日本に於て禁治産の宣告ありたるときに限り日本の法律に依ると規定してゐるのは之が爲めである。而して如何なる場合に外國人に對して禁治産を宣告することを得べきかは法例第四條に付て既に説明せしが如くである。従つて茲には唯未成年者の後見に付て説

禁治産者の後見

未成年者の後見

明することを要するのみである。

未成年者の後見は親権の延長である。後見人は親権者の地位に立つて未成年者の能力を補充するものである。併し乍ら後見は親権と異なり専ら被後見人の利益保護を目的とする制度であるから、後見人と被後見人と国籍を異にする場合には親権者と同様に後見人の本國法に依ることを得ざるは素より言ふを俟たないのである。従つて未成年者の後見の準據法に付て問題とすべきは、被後見人の屬人法なりや將た財産の所在地法なりやである。

所在地法主義

第一 所在地法主義

此の主義は後見は主として未成年者の財産の管理に關する問題であるから、財産所在地法に依つて之を定むべきものとするにある。亞爾然丁民法第四百四十三條及び第四百四十五條の如きは即ちそれである。英米に於ても亦外國人たる未成年者が内國に於て有する動産及び不動産に付ては、内國に於て特別に後見人を附すべきものとしてゐる。併し乍ら我國及び歐洲大陸諸國に於ける如く、親権者が其本國法に依つて未成年者の心身及び財産を保護することを妥當なりとする以上は、後見の場合に於ても亦財産所在地法の如何に拘らず、被後見人の屬人法

住所地法主義

に依るを以て正當とせざるを得ないのである。

第二 住所地法主義

屬人法の原則として住所地法主義を採る英米諸國に於ては後見は被後見人の住所地法に依つて之を定むべきものとしてゐる。歐洲大陸に於ても瑞西の一八九一年六月二十五日の法律第四條に於ては被後見人の住所は後見裁判所の所在地に在りとし、同法第十條に於ては後見は第十二條乃至第十五條を除くの外専ら被後見人の住所地法に依るべきものとし、第十八條には住所地に於ける後見と本國に於ける後見とは同時に執行することを許さずと明言してゐる。併し乍ら歐洲大陸に於ては現今一般に本國法主義を採ることは次に説明するが如くである。

本國法主義

第三 本國法主義

歐洲大陸に於ては第十九世紀後半以來法典編纂の發達するに従ひ、本國法主義を以て屬人法の原則とするに至つたので、後見に付ても亦被後見人の本國法主義を認むるを以て例とし、一八九一年の國際法學會の決議及び一九〇五年の未成年者の後見に關する海牙條約等も亦此の主義を採用してゐる。我法例は第二十三條第一項に於て「後見は被後見人の本國法に依る」と言明し、海牙條約第一條と同一

法例第二十三條第一項

の主義を認めてゐる。蓋し後見は未成年者の能力を補充することを目的とする制度であるから、能力の有無を當事者の本國法に依つて定むべきものとする以上は、後見が如何なる原因に依つて何時より開始し何時まで繼續すべきか、後見の事務は如何に執行すべきか、將た後見人の權限及び後見人と爲るの資格如何等の問題も亦被後見人の本國法に依つて之を定むべきものと言はざるを得ないのである。只茲に注意すべきことは親權の場合と同様に被後見人の身體に及ぼす監督權の行使に付ては行使地の公序良俗に依つて制限せらるゝことあるべく、財産に關する管理權に就ても亦所在地法の公益規定に依つて制限せらるゝ所あることである。

後見は斯の如く被後見人の本國法に依るを以て原則とするも、本國の管轄官憲は外國に於て死亡したる者の遺子に對して迅速に後見人を附することを得ざる場合が少くないから、歐米諸國間には領事職務條約を締結し、互に領事をして駐在國に於ける本國臣民の爲めに後見を設定し監督すべき職權を行はしむることを認むるものも少くないので、海牙條約第二條に於ては若し本國に於て外國に居住する未成年者の爲めに後見を設定せざるときは、未成年者の本國の外交官又は領

事は本國法に従ふて後見を設定することを得、但未成年者の居住する國が之に反對する場合は此限にあらずと規定してゐる。且第三條に於て若し前二條の規定に従ふて後見を設定せられざる場合には、後見は例外として居住地法に従ふて設定し且執行せらるべきものとしてゐる。蓋し斯る場合には其本國は未成年者をして能力を補充すべき機關の缺陷より由來する不利益を免れしめんが爲めに居住地國が後見を設定せんことを希望するのみならず、居住地國は本人の利益保護の爲めより言ふも、將た第三者の利益保護の爲めより言ふも、苟くも本國に於て後見を設定せざる限りは、例外として外國人たる未成年者に對しても亦後見を設定して其能力を補充することを要するが爲めである。従つて我法例第二十三條第二項には左の如く規定して、海牙條約第三條と同様に我國の例外的管轄權を認むることとした。

日本に住所又は居所を有する外國人の後見は其本國法に依れば後見開始の原因あるも後見の事務を行ふ者なきとき及び日本に於て禁治産の宣告ありたるときに限り日本の法律に依る。

即ち我法例は左の三條件を具備する場合に限り我國裁判所が外國人たる未成

年者に對して後見を開始することを認むるものである。

(一) 被後見人たる外國人が日本に住所又は居所を有すること

財産所在地法主義を採る諸國に於ては、未成年者が内國に存在する動産又は不動産を有する場合には、内國に居住せざるときと雖も尙後見を設定し得べきものとするを以て例とするが、我法例は本國法主義を原則とするが故に、唯未成年者が内國に居住する場合に限り例外として後見を設定することを得べきものとするのである。

(二) 本國法に依り後見開始の原因あること

外國人が未成年者なりや否や、親權を行ふ者が管理權を有せざるや否や、即ち後見開始の原因ありや否やは其本國法に依つて之を定めなければならない。これは能力の有無が本國法に依るべき原則の當然の結果である。後見の終丁の原因も亦本國法に依るべきは勿論である。(海牙條約第5條參照)

(三) 本國法に従ひ後見の事務を行ふ者なきこと

後見の事務を行ふ者なき場合に二つある。即ち本國の管轄官憲が後見人を附せざる場合と、本國に於て指定せられたる後見人が我國に來つて後見の事務を行

ふこと能はざる場合とである。

以上の三條件を具備する場合には外國人たる未成年者に對する後見は我民法に依つて之を規律すべきものである。従つて後見人たるの資格條件及び後見人の被後見人に對する權利義務等一切の後見關係は皆我法律のみに依つて之を定むべきものである。海牙條約第三條の規定も亦此の點に付ては我法例と同一である。只問題とすべきは我國に於て後見人を選任したる後は其本國に於て更に後見人を選任することを得ざるや否や、又若し之を選任したる場合には何れの後見人が優先すべきかである。此の問題に關し海牙條約第四條は居住地に於ける後見の存在は本國に於ける新後見の設定を妨げざるものとしてゐる。併し乍ら我民法第九百六條は後見人は一人たることを要すと明言し、且我法律に依つて選任せられたる後見人が其後本國に於ける後見人の選任に依つて其資格を失ふべき旨を定めたる何等の規定も存しないから、法例第二十三條第二項の適用ある場合には本國に於ける新なる後見は我法律に依るべき後見には何等の影響をも及ぼさざるものであると言はねばならぬ。

尙法例第二十四條には前條の規定は保佐にも之を準用すと規定するが故に、我

國に於て禁治産の宣告ありたる場合には我法律に依つて後見に付すると同じく、我裁判所が準禁治産を宣告したる場合にも亦我法律に依つて保佐人を付すべきものである。

第五章 相續法

第一節 相續

第一項 總論

曩に外國人の地位に付て説明せし如く、古代に於ては外國人は相續權を享有することを得なかつたのであるが、現時に於ては何れの國に於ても外國人なるが故に相續權を拒否せらるゝことなきを以て例とする。従つて外國人が内國に在る外國人の遺産を相續し、又は内國人の遺産を相續する場合が屢々發生する。然るに從來相續法に關する諸國の規定は極めて區々であつて或は遺産相續のみを認むるものあり、或は家督相續を認むるものあり、又その原因に付ても死亡又は失踪

に因つて開始することを認むるものあり、或は又隱居若くは國籍喪失等に因つて開始することを認むるものもある。且相續自體に付ても或は長子相續制を採用ものあり、或は均分相續制を採用ものあり、其他相續順位、遺留分等に關しても亦各其規定を異にする所があるから、相續は何れの法律に依つて之を定むべきかを明かにせねばならぬ。

元來相續問題は一方に於ては相續財産の繼承に關する問題たる點に於て屬地法の支配を免れざると同時に、他方に於ては親族關係を前提とする點に於て屬人法の支配を受くべきものである。是れ古來相續問題は國際私法上最も困難なる問題として重要視せらるゝ所以である。相續の準據法如何を説明するに當り、先づ解決すべきは相續權なる一般的包括的權利が存するや否やの問題である。羅馬法以來相續とは被相續人の權利義務を包括的に繼承する權利なりと解釋するを以て例とするが、近來相續とは被相續人の有したる個々の權利を取得することを意味するのみであつて、相續權なる一般的權利の存在を否認する者もある。併し乍ら我民法は近世諸國の民法と共に、相續權なる包括的權利を認めてゐるか、茲には相續權なる一般的權利の存在することを前提として其の準據法を説明

することとする。而して此の問題に付て從來唱へられたる主要なる説は左の三主義である。

財産所在
地法主義

第一 財産所在地法主義

此の説の根據とする所は、相続は財産私有制度と密切なる關係を有し、或は財産の分散を豫防せんが爲に長子相続に重きを置くものあり、或は之と反對に富の偏在を豫防するが爲めに均分相続主義を採るものもあるのであるから、外國人が相続する場合に於ても亦所在地の斯る公益規定に従はざるを得ないとするにある。相続は若し單に個々の財産権を別々に取得するの原因たるに過ぎざるものとするときは、此の説の正當なることは素より言ふを俟たないのである。併し乍ら相続権なる一般的權利を認め、被相続人の權利義務を包括的に繼承するものとするときは、相続財産が數國に散在する場合に於ても、相続に關する問題は、何れか一國の法律に依つて統一的に之を解決せざるを得ないのであるから、所在地法説は相続権の性質に矛盾する説明であると言はねばならぬ。

不動産所
在地法動
産屬人法
主義

第二 不動産所在地法、動産屬人法主義

不動産に關する相続は所在地法に依るべきものとし、動産に關する相続は屬人

法に依るべきものとする説は、バルトルス以來法則區別學派の一般に採用する所であつて、動産は人に從ふ(*mobilia personam sequuntur*)との格言を成立せしむるに至つたのである。而して當時所謂屬人法は當事者の住所地法であつたことは既に説明せしが如くである。英米に於ける國際私法は現今に於ても尙此主義を固守するものである。佛國に於ては學說上異論なきにしもあらざるも、判例は動産に付ては被相続人の本國法に依り不動産に付ては所在地法に依るべきものとしてゐる。和蘭、希臘、露國等に於ても亦佛國判例と同様である。不動産所在地法主義は斯の如く現今尙多くの國に行はるゝ法則であるが、所在地法を適用する限りに於て、前説に對すると同一の非難を免れざることは素より言ふを俟たないのである。

被相続人
の本國法
主義

第三 被相続人の本國法主義

此の説は相続財産の動産たると不動産たるとを問はず、又其所在地國の如何に拘らず、相続に關する問題は凡て被相続人の本國法に依て之を定むべきものとするにある。元來被相続人の死後遺産は之を統一的に規律せざるべからず、從て唯一個の法律即ち死者の最終の屬人法に依つて之を定めざるべからざるとする説

は、既に第十八世紀以來歐洲大陸特に獨逸に於て漸く一般に認めらるゝに至つた學說である。而して當初此の説が法定相続に適用せらるゝに至つた根據は被相続人の推定的意思であつた。即ち被相続人は住所地の法律を熟知するにも拘らず遺言に依つて自ら遺産を處分せざりし所以は、住所地法の規定に依つて繼承せらるゝことを妥當なりと信じたるが爲めであるとするにあつた。蓋し法定相続に關する規定は恰も立法者が其國民の爲めに一般的遺言を指定したると同様であつて、被相続人が若し此の規定に満足せざるときは遺言に依つて自ら處分することを得べく、又若し之に満足するときは遺言を爲すべき必要を見ないからである。併し乍ら相続が被相続人の屬人法に依るべき所以は、被相続人の推定的意思如何に因るにあらずして、國家の公益上屬人法に依るを以て正當とするが爲めである。即ちウエヒテル及びバグイニ等の主張する如く國家が相続法を規定するに當り眼中に置くものは相続財産に屬すべき物にあらずして、相続財産の屬すべき人であるから、相続法は屬人法に屬すべき法律であつて、直接には人を目的とし、唯間接に物を目的とするに過ぎない。従て相続財産の運命を統一的に支配すべき法律は唯被相続人の屬人法あるのみである。而して近世法典國に於ては屬

人法は住所地法にあらずして本國法であるから、被相続人の本國法主義を以て理論上最も正鵠を得たるものと言はざるを得ないのである。是れ我法例第二十五條に於て

法例第二十五條

第二十五條 相続は被相続人の本國法に依る

と明言し、最も一般的に此の主義を採用せる所以である。尙此の點に於て我法例と同様の主義を採るものは伊國法例第八條、西國民法總則第十條第二項、モロッコ保護領に於ける内外國人の地位に關する一九〇二年の西國法律第十六條、獨逸民法施行法第二十四條及び第二十五條、モロッコ保護領に於ける内外國人の地位に關する一九一三年八月十二日の佛國法律第十八條、波蘭國際私法第二十八條第一項並に相続及び遺言に關する海牙條約草案第一條、ブスタマンテ法典第四百四十四條等である。

之を要するに相続は財産の性質及び所在地の如何に拘らず被相続人の本國法に依るを以て正當とすることは理論上に於ては何人も争はざる所である。併し乍ら現今諸國に行はるゝ主義原則は前述の如く區々一定する所なく、或は動産と不動産とを截然區別して準據法を異にするものあり、或は動産に付ても數ヶ國に

散在する場合には、所在地法の如何に依つて各其準據法を異にするものがあるが故に、將來國際條約に依つて之を協定するにあらざれば、上述の理論を貫徹することは頗る困難であると言はねばならぬ。而して相續及び遺言に關する海牙條約草案は被相續人の本國法主義を原則とすることは前掲の如くであるが、露、佛、匈等諸國の代表委員は既に一八九三年の第一回會議に於て不動産に付ては絶對的に所在地法主義を認むべき必要あることを述べて、此の原則に反對してゐたのであるから、前掲の原則は其後第三回及び第四回の會議に於ても一九二八年の第六回會議に於ても、大多數を以て採用せられたのであるが、此等の諸國が將來果して斯る條約を批准するに至るや否やは疑問であると言はねばならぬ。

第二項 各論

相續は被相續人の本國法に依るべきことは上述の如くであるが、相續に關する各種の問題は單に此の原則に關する説明のみに放任することを得ざるものもあるから、左に主要なる問題に付て此の原則の適用を略述することとする。

相續開始
の原因

第一 相續開始の原因

相續は如何なる原因に依つて開始すべきかは被相續人の本國法に依つて之を定むべきものである。従つて死亡又は失踪のみを相續開始の原因とすべきか、或は我民法に認むるが如く、戸主の隱居又は國籍の喪失、養子縁組の取消、若くは女戸主の入夫婚姻又は入夫の離婚等をも相續開始の原因とすべきか否かも亦相續人の本國法に依つて定むべき問題である。併し乍ら法例第六條の結果として外國人が我國に於て失踪の宣告を受けたる場合には、其本國法に於ては失踪の制度を認めざる場合に於ても尙我國に於ける失踪の宣言を以て相續開始の原因と見做さざるを得ないのである。何となれば斯る場合に外國人に對して失踪の宣告を爲す所以は、失踪者の財産關係を確定すべき公益上の必要あるが爲であるから、本國法の規定如何に拘らず我國に於ける財産に付ては相續を開始せしめざるを得ないのである。即ち法例第六條は此の點に於て法例第二十五條の例外規定を成すものである。

相續能力

第二 相續能力

相續能力とは相續人と爲るの資格である。従つて行爲能力にあらずして特別の權利能力である。而して特別的權利能力の有無は其權利自體の準據法に依つ

て之を定むべきものであるから、或者が相続権を享有するの資格を有するや否やは、其権利の準據法たる被相続人の本國法に依つて之を定むべきである。従つて如何なる者は家督相続人又は遺産相続人と爲ることを得ざるや、又相続人が數人ある場合には如何なる順位に於て相続すべきや等の問題も亦被相続人の本國法に依つて定むべきものと言はねばならぬ。或は相続人の本國法に依り相続人たることを得ざる場合には、假令被相続人の本國法に依つて相続権を享有することを得べき者と雖も、相続人たることを得ずと云はざるべからずと主張するものもある。現に波蘭國際私法第二十八條第二項の如きは此の説を採り、相続人は相続権を支配する法律に従つて遺産を相続すべき能力を有するのみならず、其本國法に依るも亦斯る能力を有せざるべからずと規定してゐる。併し乍ら被相続人の本國法に於て既に相続人たるの資格あることを認むる以上は、他國の法律に依つて更に之を制限すべき必要なきが故に、斯る説は畢竟無要の制限を爲すものと言はねばならぬ。

相続分遺
留分及び
拋棄

第三 相続分、遺留分、承認及び拋棄

同順位の相続人數人ある場合に各自の相続分は平等なりや否や、家督相続人又

は遺産相続人は遺留分として相続人の財産の如何なる部分を受くべきか等の問題は相続権自体に關する問題であるから、被相続人の本國法に依つて定むべきことと素より言ふを俟たないのであるが、相続人が限定承認即ち相続に因つて得たる財産を限度として被相続人の債務を辨濟すべき旨を保留して承認を爲すことを得べきや否や、相続権を拋棄することを得べきや否やに付ては少しく説明を要する。蓋し此等の問題に付ても亦被相続人の本國法に依るを以て原則とすべきは勿論であるが、相続人は被相続人の本國法に依つて之を相続せざるべからざる義務を有するのではないから、相続権を拋棄する以上は被相続人の本國法に依つて支配せらるべき何等の理由も存しないことが明かである。併し乍ら苟くも相続権を拋棄せざる以上は被相続人の本國法に従はざるを得ないのであるから、假令相続人の本國法に依れば限定承認を認むる場合に於ても、若し被相続人の本國法に於て之を認めざる限りは、限定承認を爲すことを得ずと言はねばならぬ。

相続財産

の移轉

第四 相続財産の移轉

相続は被相続人の本國法に依るべきことは前述の如くであるが、相続財産が相続に依つて果して相続人に移轉したるや否やに付ては、財産所在地法の規定に依

つて制限せらるゝ場合あることを注意せねばならぬ。例へば財産所在地法が相続に依つて物權を移轉する場合に於ても、若し登記又は引渡を要するとき、斯る要件を具備するに非ざれば相続財産が相続人に移轉したと言ふことを得ないのである。之と同様に所在地法に依つて相続人が一定の財産權を享有することを得ざる場合にも亦斯る種類の相続財産を取得することを得ざるものである。例へば一般外國人は外國人土地法に依り土地所有權を享有するに至りたる今日に於ても、日本人に對して土地所有權を禁止する國に屬する外國人は同法第一條に豫想せる勅令に依り土地所有權の享有を禁止又は制限せらるゝ場合有るを免れないのである。従つて若し相続人と被相続人と互に國籍を異にするときは、我國に於て土地を所有したる外國人の相続人が土地に關する權利を享有することを得ざる場合をも發生し得るのである。斯る場合には相続人は土地に付ては被相続人の本國法に依つて相続權を享有することを得ると同時に、所在地法に依り土地所有權を享有することを得ざるものであると言はねばならぬ。併し乍ら相続人が被相続人の本國法に於て相続權を享有する事實は之を否認することを得ないのであるから、斯る場合には相続人は自ら取得することを得ざる土地を一ヶ

相続人の
曠缺

年内に賣却して其代價を繼承することを認めるのが正當である(外國人土地法)。

第五 相続人の曠缺

相続人曠缺の場合に於ける相続財産(*bona vacantia*)は何れの國庫に屬すべきか、換言すれば財産所在地の國庫に屬すべきか、將た被相続人の本國の國庫に屬すべきか。此の問題の解決は相続人の曠缺したる場合に於ける相続財産に對する國庫の權利は先占權なりと解釋すべきか、將た眞の相続權なりと解釋すべきかによつて其の結果を異にするものである。我民法第千五百九十九條に於て一定の期間内に相続人たる權利を主張する者なきときは相続財産は國庫に歸屬すと規定してゐるのは、領土主權の結果として個人の權利の消滅したる財産は國家の先占權に依り凡て國庫に歸屬することを認めたるものである。英米を始めとし歐洲大陸諸國の民法は概ね此の主義を採るものである。而して斯る主義を採る諸國に於ては、相続人の曠缺せる相続財産が何れの國庫に歸屬すべきかは最早相続問題にあらずして、無主の財産の取得に關する問題に過ぎないのであるから、財産所在地法に依り所在地の國庫に屬すべきものと論定せざるを得ないのである。即ち我法例に付て言へば第二十五條の問題にあらずして、第十條によつて解決すべき問

題たるに過ぎないのである。

之に反して獨逸民法^(第三一九條)の如く相續開始の際被相續人の血族も配偶者も存在せざる場合には被相續人が死亡の當時屬したる聯邦の國庫が法定相續人と爲り被相續人が獨逸帝國の臣民にして何れの聯邦にも屬せざる場合には帝國々庫が法定相續人と爲ると規定する國に於ては、國庫は最終の相續人であるから相續人の曠缺は遂に發生すべき餘地を存せざるものである。従つて獨逸に於ては外國に居住する獨逸人の遺産は最終の相續人たる獨逸の國庫に屬することを認むると同時に、獨逸に居住する外國人の遺産に付ては何等規定する所がないが、條約上の相互主義に依つて其本國の國庫に屬すべきことを認むるを以て例としてゐる。斯の如く國庫を最終の相續人とする國に屬する被相續人が自然人たる相續人を曠缺せる場合に於ける我國に在る遺産は、我國庫に歸屬すべきか將た其本國の國庫に歸屬すべきものと見做すべきかは頗る困難なる問題である。法律關係の性質決定に關し法廷地法説を採る學者は、法例第二十五條に所謂相續は我民法に規定せる相續を意味するに外ならざるが故に、國庫を法定相續人とするが如きは相續と稱することを得ざるものであり、従つて法例第二十五條の問題にあらず

して、我民法に規定せる相續人曠缺の問題であると説明してゐる。併し乍ら法例第二十五條に所謂相續とは何ぞやと云ふ問題も亦既に説明せし如く被相續人の本國法に依つて之を定むべきであるから、被相續人の本國法に於て國庫を法定相續人とする以上は、尙法例第二十五條に依るべき相續問題であると言はねばならぬ。然し我民法は外國の國庫が法定相續人たることを認めないから、法例第三十條に依り法例第二十五條の適用を制限する結果として、法例第十條が適用せられ、従つて所在地法たる我民法の規定が適用せらるゝに過ぎないのである。

相續及び遺言に關する一九二八年の海牙條約草案第一條第三項に於て本條約は唯自然人の相續權にのみ適用すと明言し、第四條に於て相續財産は遺言に因る相續權利者なきとき又は相續の準據法に従ひ國家が法定相續人たる場合を除き法定相續人なきときに限り財産所在地の國家に依り獲得せらると規定し、尙最近制定の波蘭國際私法第三十一條に於ても亦被相續人の本國法に依り相續人無き財産は、相續人曠缺の遺産として被相續人の死亡當時其領土内に存在したる國の法律に従ふ。被相續人の本國法に依り他の相續人無きが爲め法律上其國家又は其他の法人に歸屬すべき財産も亦相續人無き財産と見做すと規定してゐるのも

前述の解釋と其主意を同ふするものである。

第二節 遺言

遺言

遺言によつて處分することを得べき事項中には私生子認知の如き直接に相續に關係なきものもあるも、遺言は主として法定相續の變更に關する法律行為であるから、諸國の民法は之を相續法中に規定するを以て例としてゐる。而して遺言の成立に關する諸國の法律は實質的要件たる遺言能力及び遺言に依つて處分することを得べき事項の性質若くは範圍に付ても、形式的要件たる方式に付ても大に其規定を異にして居るから、左に先づ遺言の實質的要件並に形式的要件の準據法を説明し、更に進んで遺言の效力及び取消を説明することとする。

第一項 遺言の實質的要件

遺言を爲す能力に付ても亦普通の行為能力を有することを必要とするものもあるが、多くの國に於ては遺言に付ては特別の能力を認め、無能力者と雖も一定の年齢に達したる者は遺言を爲すことを得べきものとするを以て例としてゐる。

遺言の實質的要件

例へば我民法(第一條)に於ては滿十五年、獨逸民法(第二九條)に於ては滿十六年、奧國民法(第五六條)に於ては滿十八年に達したる者は遺言を爲すことを得べきものとし、佛國民法(第九〇條)の如きは滿十六歳に達したる者は其財産の半額に付ては遺言に依つて處分することを得べきものとしてゐる。尙我民法佛國民法及び和蘭民法等に於ては浪費者も亦遺言能力を有するを以て例とするも、奧國民法に依れば唯其財産の半額に付て遺言を爲すことを得るのみであり、獨逸民法に依れば浪費の爲めに能力を制限せられる者は全然遺言能力を有せざるものとしてゐる。

遺言能力に關する諸國の法律は上述の如く異なる所あるのみならず、遺言は遺言者の死亡を俟つて始めて其效力を發生するものであるから、遺言者の死亡當時の屬人法が遺言成立當時の屬人法と異なる場合には、何れの法律に依つて遺言能力の有無を定むべきかを明かにせねばならぬ。此の問題に付ても亦相續問題の準據法と同様に財産所在地主義、住所地主義等を探るものもあるが、既に行為能力に付て本國法主義を採り、且相續に付ても亦被相續人の本國法主義を採る以上は、遺言能力の有無は遺言者の本國法に依らざるべからざること、素より當然であると言はねばならぬ。唯問題とすべきは如何なる時に於ける本國法なるか

にある。此の點に關し(一)遺言當時の本國法説と(二)死亡當時の本國法説と(三)遺言當時及び死亡當時の本國法との三説がある。一八九四年及び一九〇〇年の海牙條約草案は第三説を採用してゐたのであるが、一九〇四年の第四回會議に於ては之に關する規定を削除して第一條第二項に「遺言は實質的要件及び效力に付き同一の規定(死亡者の本國法)を適用す」と明言し、第二説即ち死亡當時の本國法説を採用することとした。此の説の理由とする所は遺言は法定相続を變更することを目的とするものであるから、若し遺言能力を定むる法律が法定相続を定むる法律と異なるときは、法定相続と遺言相続と相抵觸するの虞れありとするのである。併し乍ら遺言も亦一の法律行為であつて、當事者が其意志を表示したるときに成立するのである。而して一旦有効に成立したる意思表示は當事者が其後無能力者となりたる場合にも之が爲めに無効に屬せざることは素より言ふを俟たないのである。且遺言者は必ずしも死亡當時の本國法を豫想することを得ないから、若し遺言能力の有無を死亡當時の本國法に依つて定むべきものとすれば、遺言者は畢竟有效なる遺言を爲すべき機会を有せざるに至るであらう。加之ならず此の説に依るときは意志表示の當時無効なりし遺言が其後の國籍の變更に依つて有效

となるが如き奇怪なる結果を發生する恐れがある。要するに第二説は遺言の效力と成立とを混同するの非難を免れざるものである。

我民法第六十三條に於て「遺言者は遺言を爲す時に於て其能力を有することと要す」と明言するが如く、國際私法上に於ても亦遺言能力は遺言を爲す當時に於て存在することを要するが故に、遺言能力の有無は其成立當時に於ける遺言者の本國法に依つて之を定めざるを得ないのである。此の理論は能力以外の實質的要件即ち遺言に依つて處分することを得べき事項の性質又は範圍に付ても亦同一である。我法例第二十六條第一項に於て、

法例第二十六條第一項

遺言の成立及び效力は其成立の當時に於ける遺言者の本國法に依ると明言してゐるのは之が爲めである。従つて遺言成立の實質的要件に關する準據法に付ては、海牙條約草案の規定よりも我法例の規定を以て妥當なりと言はざるを得ないのである。尙此の點に關し一八九一年六月二十五日の瑞西法律第七條第四項(但住所地主義)、獨逸民法施行法第二十四條第三段、及び波蘭國際私法第二十九條等は皆我法例と其趣旨を同ふするものである。

第二項 遺言の形式的要件

遺言の形式的要件

遺言は何れの國に於ても最も嚴格なる要式行爲であつて、法律に定めたる方式に従ふに非ざれば之を爲すことを得ずと明言するを以て例としてゐる。而して諸國の民法に規定せる遺言の方式は區々一定する所なきが故に、内國人が外國に於て遺言を爲し又は外國人が内國に於て遺言を爲す場合には、何れの法律に於て規定せる方式に従はざるべからざるかを明かにすることが必要である。此の問題に關しても亦英米に於ては不動産に關する遺言の方式は所在地法に依るべきものとするも、其他の諸國に於ては一般法律行爲の方式と同様に、遺言の方式は遺言自體を支配する法律、即ち遺言者の屬人法に依るか又は遺言を爲す土地の法律（即ち行爲地法）に依ることを得べきものとするを以て例とする。即ち遺言者は遺言の方式に付ては其屬人法に依るべきか若くは行爲地法に依るべきかを選択することを得るものとするのである。我法例第二十六條第三項は唯遺言の方式に付き行爲地法に依ることを妨げずと明言するのみであつて方式自體の準據法に付ては何等規定する所がないから、一般法律行爲の方式に關する法例第八條に依

法例第三十六條第二項

つて之を定むべきものである。即ち遺言の方式は其行爲の效力を定むる法律に依るを以て原則とし、例外として行爲地法に依りたる方式も亦之を有效とするのである。而して遺言の效力は遺言者の死亡を俟つて始めて發生するのであるが、法例第二十六條第一項は遺言の效力も亦成立と同様に遺言成立當時の遺言者の本國法に依ると明言するが故に、遺言の方式は原則として其成立當時の遺言者の本國法に依るべきものである。併し乍ら遺言の方式が常に遺言者の本國法に依らざるべからざるものとするときは、方式を異にする外國に於ては遺言を爲すことを得ざるが如き不便あるが故に、遺言の方式に付ては行爲地法に依るべき便宜を認めることが一層必要である。従つて法例第八條第二項に依り遺言の方式も亦例外として行爲地法に依ることを得べきは素より當然であると云はねばならない。故に理論上より言へば法例第二十六條第三項に於て行爲地法に依ることを妨げざる旨を明言するの必要なこと明かであるが、法例第八條第二項の但書は、物權を設定し又は處分する法律行爲に付ては此限にあらざると制限し、而して遺言は概ね物權の處分に關する法律行爲なるが故に、第二十六條第一項の規定のみに放任するときは第八條第二項の例外を認めざるが如く誤解せらるゝ虞がある

ので、遺言の方式に付ても亦行爲地法に依り得べきことを明かにして居るのである。

海牙條約

一九二八年の海牙條約草案第六條は遺言の方式に關し左の如く規定してゐる。
第六條 遺言は其方式に關しては之を爲したる地の法律又は死亡者が遺言の當時若くは死亡の當時屬したる國の法律の規定に従ひたるときは有效なりとす。

本國の外に於て爲す遺言に付き遺言者の本國法が一定の方式を命じ又は禁ずるときは、此規定の違反は遺言者の屬したる國に於て且其國に存在する財産に付てのみ遺言の無効を發生するものとす。

即ち右第六條第一項の規定は遺言の方式が死亡當時の本國法の要件を具備するときは、成立當時の本國法に依れば無効なる場合に於ても尙之を有效とする點に於て、我法例の規定と其趣意を異にするものである。此の説を採る者は曰く遺言の方式は常に必らず成立當時の本國法又は行爲地法に依らざるべからずとするは論理に偏するものである。遺言成立當時の屬人法に依れば方式上缺陷ある場合に於ても、其後取得したる屬人法に依れば方式の要件を具備する以上は、之を

有效とするも相續關係を支配する準據法の精神目的に背馳するものと言ふことを得ないのである。蓋し遺言は遺言者の死亡に依つて其效力を發生するものであるから、サヴィニーも言へる如く法律的には寧ろ死亡當時に成立したるものであると言ふことが出来る。従つて被相續人の死亡當時に於ける本國法の方式に適合する遺言は、方式上既往に遡りて有效なる遺言たるを妨げざるものである云々。併し乍ら無より有を生ぜざるが如く、成立當時の本國法に依つて無効なる遺言は、屬人法の變更に依つて有效となるべき何等の理由も存せざるのみならず、強て之を有效とするときは法定相續人其他の第三者の利益をも害すべき弊害を惹起するの虞あるが故に、斯る主義を排斥したる我法例の規定を以て妥當なりとせざるを得ないのである。

尙遺言の方式に付て注意を要すべきことは、本國法の規定と行爲地法の規定とが相抵觸する場合には何れの法律によつて之を定むべきかである。換言すれば相續及び遺言自體を支配する法律が、遺言は必らず或る特定の方式に依つて爲すべきことを命じ、若くは其他の方式に依つて爲すことを禁じたる場合には、之に異なる行爲地法の方式に依ることを得ざるや否やである。獨逸民法第二讀會草案

本國法と
行爲地法と
が相抵觸する場
合

(第二項四)には之を否定する規定があつたが、確定法文は之を削除してゐるので、獨逸立法者の之に對する意思は不明瞭である。一九〇四年第四回國際私法會議に於て、和蘭政府は遺言の方式の準據法を定めたる條文の第二項として左記の修正案を提出した。

本國の外に於て爲す遺言に付き遺言者の本國法が實質的要件として本國法に定めたる方式に依るべきことを命じたる場合には他の方式に依つて遺言を爲すことを得ざるものとす。

蓋し和蘭民法第九百九十二條に依れば外國に居住する和蘭人は公正證書に依るの外は遺言を爲すことを得ざるが故に、和蘭人の外國に於て私書證書に依つて爲したる遺言は、行爲地法に依れば有效なる場合に於ても、和蘭民法に依れば無効である。和蘭政府の前掲修正案は和蘭民法の禁止的規定を條約上に承認せしめ、他の條約國に於ても亦斯る遺言の無効を承認せしめんとするにあつたのである。然るに第四回會議に於ては、斯る規定の違反は唯遺言者の本國に於て無効の原因と爲すことを得るに過ぎずして、其遺言が行爲地法の方式に適合する限りは行爲地及び其他の國に於ては有效たるを妨げずと規定して、蘭國政府の修正案の一半

を否認することとした。而して一九二八年の第六回會議に於ては更に一步を進めて、遺言者の本國に於ても唯其本國に存在する財産に付てのみ之を無効と爲すことを得べきものとしてゐる(前掲第六條第二項參照)併し乍ら場處は行爲を支配すとの原則は元來便宜規定たるに過ぎないのであつて、行爲地國は外國人に對して遺言の方式を強制すべき權利を有せざるのみならず、遺言自體が遺言者の本國法に依ることを要する以上は、遺言の方式も亦遺言者の本國法に依るを以て原則とせざるを得ないのである。従つて若し外國人の本國法が一定の方式に依るの外遺言を爲すことを許さざる場合には、滞在國は遺言者の本國法の斯る禁止規定に違反して爲したる遺言に何等の效力をも附與すべき理由を有せざるものであるから、前掲海牙條約第六條第二項の規定は遺言の方式に關する本國法の禁止規定の適用を不當に制限するの非難を免れざるものであると言はねばならぬ。

遺言の方式は便宜上行爲地法に依ることを得べきことは既に説明せし如くであるが、外國に於て遺言を爲す場合には事情の通ぜざる行爲地法に依るよりも、寧ろ其本國法に依るを以て一層便利なりとする場合少しとせざるが故に、近世文明國間に於ては互に本國の領事が斯る場合に公證人の職務を行ふことを認むるを

以て慣例としてゐる。我民法第千八十六條に於て日本の領事の駐在たる地に在る日本人が公正證書又は祕密證書に依りて遺言を爲さんとするときは公證人の職務は領事之を行ふと規定してゐるのも亦斯る國際慣例を前提とするものである。

第三項 遺言の效力

遺言の效力は何れの法律に依つて之を定むべきものなるか。此の問題に關し我法例第二十六條第一項は遺言の成立及び效力は成立當時の遺言者の本國法に依るべきものとし、海牙條約第一條第二項は遺言の實質的要件及び效力に付き死亡者の本國法を適用すべきものとしてゐる。即ち前者は成立當時の本國法主義を採り、後者は死亡當時の本國法主義を採る點に於て異なるも、二者共に遺言の成立と效力とを區別せざる點に於て同一の缺點を有するものである。蓋し遺言の效力は遺言者の死亡を俟つて始めて發生するのであるから、假令成立當時の本國法に依れば有效なる遺言であつても、若し死亡當時の本國法に依つて無効なる場合には、何等の效力をも發生することを得ざるものである。又死亡當時の本國法

遺言の效力

が成立當時の本國法の認むるが如き效力を認めざる場合に於ても、亦成立當時に豫想せられたる效力を發生することを得ざるものである。例へば遺言者は成立當時の本國法に従ひ遺言に依つて全財産を處分したる場合に於ても、若し死亡當時の本國法に依れば遺言者は法定相続人又は配偶者の遺留分として其財産の二分の一又は三分の一を留保せざるべからざる場合には、遺言は唯其遺留分を控除したる殘餘の財産に對して效力を發生するのみである。従つて遺言の效力は成立問題と異なり遺言者の死亡當時の本國法に依つて之を定むべきものと言はねばならぬ。我民法施行法第九十四條に於て遺言の成立及び取消に付ては遺言者の死亡の時の法律を適用すと規定してゐるのは、新舊法律の抵觸に關する規定であるが、之を内外法律の抵觸問題に及ぼすも亦適切なる規定たるを失はないのである。之を要するに我法例第二十六條第一項は遺言者の死亡當時の本國法に依るべき遺言の效力を成立問題と同様に成立當時の本國法に依らしむる點に於て又海牙條約第一條第二項は遺言者の遺言成立當時の本國法に依るべき實質的要件を遺言の效力と同様に死亡當時の本國法に依らしむる點に於て、共に其規定を誤りたるものであると言はねばならぬ。

第四項 遺言の取消

遺言の取消

遺言は遺言者の死亡の時より其效力を發生するが故に、遺言者は死亡に至るまでは何時にても遺言の全部又は一部を取消すことを得るものである。且諸國の民法は概ね遺言の取消權は之を拋棄することを得ざるものとし、遺言者が積極的に取消の意思を表示せざる場合に於ても、前後の遺言が相抵觸する場合には、其抵觸する部分に付ては後の遺言を以て前の遺言を取消したるものと見做すべきものとしてゐる。斯の如く遺言の取消は一の新なる遺言であるから、遺言の取消が有効に成立するや否やは、取消當時の遺言者の本國法に依つて定むべきものである。我法例第二十六條第二項に

法例第二十六條第二項

遺言の取消は其當時に於ける遺言者の本國法に依る

と明言してゐるのは之が爲めである。海牙條約草案第七條に於ても亦遺言に關する第一條第二項及び第六條の規定は之を遺言の取消に適用すべきものとしてゐる。

尙遺言の取消を取消すことを得べきか、遺言の取消を取消したる場合には最初

の遺言は復活すべきか、或は一旦取消されたる遺言は如何なる場合に於ても復活することを得ざるか等の問題は皆遺言の取消の效力に關する問題である。而して遺言の取消は遺言者の死亡を俟たずして其效力を發生するが故に、取消當時の遺言者の本國法に依つて之を定むべきものと言はねばならぬ。

國際私法 終

納本

111

昭和九年十一月一日印刷
昭和九年十一月五日發行



著者

山田三良

發行者

江草重忠
東京市神田區神保町二丁目十七番地

印刷者

島連太郎
東京市神田區美土代町二丁目一番地

發行所

東京市神田區神保町二丁目十七番地
電話九段三三〇番地
振替口座東京三三二七〇番地
東京市本郷區森川町八十番地

有斐閣
終閣

國際私法 下卷 奧付
定價金 九拾錢

印 刷 所 · 三 秀 舍

Handwritten scribble: 3/20

京城帝國大學
總長 法學博士 山田三良先生新著

國際私法

菊判假綴

第一分冊	定價	金壹圓八拾錢	郵稅	金拾四錢
第二分冊	定價	金壹圓八拾錢	郵稅	金拾四錢



624
69

