

總社

新譯
國際私法

中國圖書公司印行

257

新譯
國際私法

中國圖書公司印行



3 2173 4616 6

例言

一本書爲日本中央大學明治三十八年之講義。

一本書爲法學博士中村進午所著。中村氏爲日本七博士之一。以研究國際法著名。爲日本國際法學之大家。與高橋作衛齊驅並駕。通日本全國之國際法家。無有出其右者。唯高橋氏專長於國際公法。而中村氏則兼長國際私法焉。

一國際私法既爲法典條文。故於國際問題。頗難憑藉。本書於國際私法上之疑難不能驟決之問題。皆援實例以爲證。俾讀是書者。遇有不能判決之問題。得以有所參酌。而將來施之實事。亦有所把握焉。

一本書於疑難之問題。必羅列歐美各家學說。而加以判斷。又曲引日本法典條文及歐美諸國法典。而加以評論。皆足以開讀者之疑竇。爲本書之特色。

一書中法律名詞。均本原文。蓋恐更改之或失法理之真意也。

一書中地名人名均照外國地名人名辭典之譯音。其有地名人名辭典所未載者。則譯以漢音。而均以日本字母列於其上。

一書中所論法理。概從直譯。故其文不免有艱澀之處。然遇有法理之不難意譯者。不敢不務求曉暢。

譯新
國際私法目次

緒論

第一章 國籍

第一節 國籍之性質

第二節 國籍之取得

認領而取得
父母而取得
未成年者隨其
妻隨夫而取得

因於出生而取得
因於回復而取得

因於歸化而取得
因於婚姻而取得

因於土地割讓之選擇而取得
因於養子及入夫而取得
因於

第二節 國籍之喪失

第二章 住所

第一節 住所之意義

第二節 住所之變更

第三節 強制的住所法律的住所

一九

一九

七九

八五

八五

八八

九一

MGT
D999
12

第四節 住所之數	九七
第五節 法人之住所	一〇〇
第六節 住所之種類	一〇一
第三章 國際私法上之主義	一〇四
第一編 能力	〇九
第一章 行為能力	一一一
第一節 可適用於行為能力之法律	一一一
第二節 行為無能力者	一一一
<small>未成年者 失蹤者 後見人 禁治產者</small>	
第二章 權利能力	一三九
第一節 自然人	一三九
第二節 法人	一四一
第二編 親族法	一四四

第一章	婚姻	一四四
第一節	婚姻之條件 <small>實質上之條件 形式上之條件</small>	一四四
第二節	婚姻之效力 <small>及於夫婦身分能力之效力 及於夫婦財產之效力</small>	一六二
第三節	離婚	一七〇
第二章	親子	一七六
第一節	實親子 <small>嫡出子 私生子</small>	一七六
第二節	養子 <small>養子係親之條件 養子係親之效力</small>	一八三
第三章	扶養之義務	一八九
第四章	親權	一九一
第三編	物權法	一九六
第一章	總論	一九六
第二章	所有權	二〇二

第三章 所有權以外之物權	二〇九
第一節 質權	二〇九
第二節 抵當權	二一〇
第三節 地役權	二一六
第四編 債權法	二一七
第一章 總論	二一七
第二章 債權之效力	二二七
第三章 債權之消滅	二三〇
第五編 事務管理不當利得及不法行爲	三三四
第六編 關於精神的財產之權利	三四四
第一章 著作權	三四四
第二章 工業財產	三四八

第七編 相續及遺言	二五〇
第一章 相續	二五〇
第二章 遺言	二五三
第八編 行爲之方式	二五六
第九編 國際民事訴訟	二六一
第一章 訴訟能力	二六一
第二章 訴訟手續	二六二
第三章 裁判管轄	二六八
第十編 國際破產	二七三
第十一編 商法	二七六
第一章 手形	二七六
第一節 手形之要件	二七六

第二節	手形之方式	二七八
第三節	手形之履行	二八〇
第四節	手形當事者之權利義務	二八〇
第二章	會社	二八一
第一節	總論	二八一
第二節	會社之國籍	二八三
第三章	海商	二八四
第一節	船舶	二八五
第二節	船長及船舶所有者之責任	二八五
第三節	運送契約	二八八
第四節	海損	二八九

新譯
國際私法

緒論

講國際私法第一當研究者國際私法不存在之學說也依此說而言之則今日雖有國際私法之文字亦不過爲學問上之畫中樓閣祇可希望之而已蓋國際私法者其文字自體甚奇味其意義若謂國際私法云者定國與國間之財產上之關係者也然如斯解釋不特於法律上無何等之意味且亦不適於所謂國際私法之實質一言以蔽之總不能認爲國際私法之存在焉

國際私法之文字在日本自十五六年以來始用之然如歐羅巴則自六十年來即已用之其於六十年以前唯無此之文字而已而國際私法之觀念則早已有之顧當時對於此觀念有如何之名稱乎在羅甸語則謂之「孔夫里苦脫雷瓜姆」(コンフリクトオフクトレグイム)在英語則謂之「孔夫里苦脫雷惡夫路斯」(コンフリクトオフ



ロス) 其意味皆法之衝突也。例如日本人赴美國與美國人爲米之賣買。或自日本致信於美國人爲米之賣買。依日本之法律。此契約從日本人發信之時卽已成立。依美國之法律。則此契約於美國人接到書信之時始爲成立。於此等處。將依何國之法律乎。是卽法之衝突也。又有他之一例。如日本之婚姻年齡。男十七歲。女十五歲。而英國之婚姻年齡。男十四歲。女十二歲。假如有英國之十四歲之男。與十二歲之女。欲在日本而爲婚姻。依日本之法律。則儘得將此婚姻取消。而依英國之法律。則爲有效之婚姻。於此等之處。將適用日本法律乎。抑適用英國法律乎。此問題亦法之衝突也。然學者或有否認之者曰。所謂法之衝突者。於同一之主權之下。或者許。或者不許。乃得謂之衝突。今日本與英國主權並不同一。則於兩者國之間。不得謂有法之衝突之觀念存在焉。此議論固不能謂絕對之不通。唯視其觀察之方法何如耳。余輩於國際私法之名稱。今且勿論。期於後日可耳。

國際私法者何也。簡單解之。得謂之曰。於私人之行爲。定適用何國之法律者也。然學

者。或有難之者。曰。古來無各國相集。而規定其關於國際私法之事。且又不締結條約。不過各於其國內法定之。例如日本之法例。法蘭西民法前加編。及德意志民法第六編。皆不外以國內法規定之。故國際私法者。定關於涉外事項之國內私法也。此議論於德意志及壞地利最爲盛行。德意志名之曰外國法之適用。又壞地利之學者。謂之曰。今日壞地利所行之國際私法。而法蘭西之學者反之。謂國際私法者。國家所不可無者也。若不認有國際私法之存在。則併國際公法亦不能認爲存在矣。蓋國際公法與國際私法相同。均非必以成文法羈束各國者也。法蘭西學者之所主張者如此。日本近時亦有唱無國際公法者。世人雖有評此爲最新之學說者。然此等之說。係三百餘年前所唱者。其後此說即被排斥。至於今日。爲國際公法絕無之說者。已無有矣。夫國際公法。雖無立法之所在。然而慣習上。則明明認之。在日本之裁判所。亦認國際公法爲有者。於有名之「依克生（イクサン）事件」可以見之。今日之主張國際公法無有之說者。畢竟不免爲陳腐不通之說也。至於國際私法。則尙極幼稚。而與國際公

法不同。然而國際私法之慣習亦明明見其存在也。例如人之能力依本國法此言也。各國所認為國際私法上之慣習也。日本以滿二十歲者為成年不滿二十歲者為未成年未滿十歲者於法律上為無能力之人為又

場所者足以支配行為。[Iocus regit actum] 此言也。為國際私法之原則。是即或種

行為之形式。從法律行為地之法律之意義也。暹羅法律而行之事曰法律行為在例上

謂法律行為地其他國際私法之原則為各國所默認者甚多關於國際私法之事

定之於國內法者固非國際私法而國內法也。故關於國際私法之事儘可於國內法

定之。猶之關於國際公法之事雖規定於國內法仍不妨於國際公法之存在且同時

更不妨於國內法之存在焉。例如與外國公使以治外法權為國際公法之原則而不

妨於國內法規定之。唯國際私法者尚不能如國際公法之十分發達。故各事項往往

有不明瞭者。其為學問之尙屬幼稚可知。然因其尙屬幼稚而不認其存在則實誤也。

故余輩者斷不能主張國際私法之存在者也。

國際私法與國際公法不同。國際公法者定國家間之關係者也。而國際私法者定私

人間之關係者也。二者明明有所區別。然學者或有謂國際私法即在國際公法中者。如婆羅滿林克（ブルメリング）夫伊利木爾（フ井リモール）馬爾登斯（マルテンス）皆主張之。然而國際私法與國際公法其性質全異。以二者混同之。明明誤解者也。又有學者謂或種事項爲國際公法。或種事項爲國際私法。不能區別者。例如就國籍而論。某人者爲某國之人。故於一方無政治上之權利。於他方有私法上之權利。又有他之一例。如有治外法權之外國公使。雖爲竊盜。不能處罰。雖不履行債務。還即欠債不亦不受駐在國裁判所之裁判。蓋一爲國際公法之問題。一爲國際私法之問題也。然二者非所論於治外法權的國際公法之一部耶。故有唱國際私法儘可歸入於國際公法中之說者。以余輩之見。則無論國際公法及國際私法。均可以有關於國籍之說。又無論國際私法及國際公法。均可以論治外法權。此二者決不妨於公法私法之二方面觀察之也。由是觀之。以國際私法歸入於國際公法中之非。亦可知已。國際私法者。其發源在於與外國人以權利。故國際私法之前提。有云付與外國人以

權利者。此一部之眞理也。然對於外國人以雖與以私法上之權利而不與以政事上之權利爲原則。此可於國際公法攻究之者也。例如外國人者不能爲本國之官吏及議員。夫國際私法之發達。既在付與外國人以權利。則溯其根源。當先研究與外國人以權利之方法。并日本現在與於外國人者爲如何之權利而說明之。

在古代外國人全無權利。雖在今日。尙以不與外人以公法上之權利爲原則。在歐州諸國。昔時不僅不與外國人以權利。直以敵遇外國人。而羅馬較希臘爲更甚。巴兒巴兒（バルバル）者之即來至希臘。不能有何等之權利。義務則必使負之。然自法律上觀察之。雖無權利。而以當時信仰宗教。以爲神之於外國人也。視同一例。因是而外國人之權利。事實上得受幾分之保護。

羅馬之於外國人之名稱。直以敵之文字稱之。外國人者。不啻野蠻人也。不特認爲無有權利。并直認之爲敵。在羅馬僅羅馬人得爲權利之主體。而外國人者。不能認以爲權利之主體也。故羅馬於權利之主體。爲基礎於羅馬之國民。然而至於其後。覺不認

外國人爲權利之主體之大有不便。不僅外國人而已。雖羅馬人亦生困難。何則。以物品賣與外國人之時。如外國人不給付價金。不能訴之於裁判所。因外國人不能爲權利之主體。而不能有爲被告之資格也。緣此之故。雖羅馬人得以殺害外國人。而終無可得價金之途。有此不便。遂使羅馬人覺其寧得價金支付之利益。而至與外國人以權利。內外人之間之法律。於是發生矣。所謂「由斯荷姆久姆」(ユスゲンケユーム)是也。從來羅馬之裁判所。僅裁判羅馬人而已。自是以後。羅馬人與外國人間及外國人間之爭議。亦裁判之。謂之撲雷託爾培雷苦利奈斯(プレートルペレグリナス)。同時又有僅裁判羅馬人間之裁判官。謂之撲雷託爾烏爾排奈斯(プレートルウルバーナス)。即市民之裁判官自披由尼克(ピユーンニツク)爭之後。因羅馬與外國之交通更繁。與外國人以權利。益爲必不可無之事。當時於外國人則適用萬民法。於羅馬人則適用市民法。後至於皆適用萬民法。因是羅馬漸次與外國人以權利。至有純然的羅馬人。與素來之外國人。及被羅馬征服之羅馬人三種。第一者爲市民。有最大

之權利。第二者有稍低之權利。第三者有最低之權利。然其後羅馬之版圖益廣。至楷喇楷喇（カラカラ）帝時代。合市民之權利。及征服地人民之權利爲一。

在羅馬雖與外國人以權利。然於或種之權利多加制限。例如公法上政事上之權利。固宜加以制限。然不特公法上政治上之權利有制限而已。即私法上之權利。亦俱制限之。當孔斯登斯（コンスタンス）帝之時代。外國人入境之時。須先檢查其所持

金。之即所帶之金錢又出境之時。所持去之金。不許較持來時爲多。其後當衰哇獨西阿斯（セ

オドシアス）帝時代。禁外國人入羅馬之市場。蓋出於防止與羅馬人競爭之主意也。今日觀之。何其如是之狹量哉。蓋因其無論何國。無不加以制限也。至麥卡斯哇雷利阿斯（マカスオレリアス）帝時代。鐵與武器不許外國人買之。恐因是而與羅馬人抗敵也。

日耳曼人種之法律。在中古稱外國人。亦不曰外國人。其稱外國人之文字。與盜賊之稱謂。同一而無異。或謂之漂泊無宿之人。又或以爲被追放之人。然是時尙命與外國

人以火及住宿。至卻而斯(チャールズ)大王時代。於火與住宿之外。更加一水之權利。謂外國人當乞水火及住宿時。不得拒絕。然外國人所得之權利亦僅矣。

日耳曼人種之法律。其初亦不認外國人之權利。至後世與外國人交通漸盛。乃稍稍認其權利而保護之。然尚有許多之制限。(一)外國人不得持武器。(二)不得與日耳曼人結婚。(三)外國人不能有完全之所有權。因之不能以遺言贈與及其他之方法。處分自己之財產。(四)日耳曼人借金錢與外國人。外國人爲債務者時。不能以外國人爲保證人。(五)外國人不能爲貨物之小賣。即零此因恐外國人營商業。奪却內國人之利益所生出之結果也。而自外國人輸入之貨物。則課以莫大之收入稅。此外國家對於外國人。(六)有國庫相續權。(七)難破船收沒權云。

日耳曼人種者。以爲外國人在內國。受國王法律上之保護。故對此保護。年年須納一定之租稅。意謂其稅租者。即對於國王保護之報償也。而外國人死亡之時。不認其有被相續之權。死者所遺之財產。由死者所在住之國家收入之。謂之國庫相續權。一三

「albingen」難破船收沒權「Jus naufragii」者。不獨難破之船舶而已。其船中所搭載之財產。亦沒收之。并其乘船之人。亦一概捕之以爲奴隸。蓋彼以爲在其土地而不獲救助。其生命財產。亦必喪失。幸其土人之救助。生命財產。藉以保全。故無論其船舶財產也。即其人亦應爲奴隸。而屬其國王。然此思想趨於極端。日耳曼人種竟以此爲生財之好方法。平素求難破船之多。時時祈禱於神前。并處處設立燈臺。或風雨之夜。爲燃火以誘致之。凡如此之事。不獨對於外國之人民而已。雖對於外國之君主及官吏。亦不免適用此規則。試舉一例。當一千六十五年。岳獨烏依姆（ゴドゥン）之子。哈碌耳獨（ハロルド）者。欲航行諾爾孟地（Normandia）而於沙滿伊（ソムニイ）河口。遭暴風雨。漂至古伊風蓬曲（グイフオンボンテウ）伯之領地。伯者有所謂難破船收沒權。掠奪哈碌耳獨及其從者。抑留於城塞中。後至償金割地。請以哈碌耳獨及從者解放。旋又許之。而此種之收沒權。其後欲圖嚴禁。一時竟難奏效。至一千六百八十一年。法蘭西王路易十四世。於一面禁之。其實所得徵收之償金無算。遂於路

易十四世時代。其禁止之效力現焉。

又各地之諸侯。自謂代王國保護外人。不問旅行者之必要與否。故於橋梁街道門關等。通過之外人。一一徵收其租稅。爲得此通過稅。而所設之橋梁門關等。其遺跡之存於今日者尙不少也。

日耳曼人種之間。外國人之權利。雖比較內國人有所制限。然而有時反之。而所與於外國人之權利。有比內國人爲多者。如對於外國之商人學生職工等。皆多與以權利。以自圖其利益者也。

至於國際之關係漸漸親密。於是認外國人有相互之權利。謂之相互主義云。相互主義有二。一曰法律相互主義。二曰條約相互主義。

(一) 法律相互主義。法律相互主義者。甲國之法律。乙國之人在甲國者。許與以或種權利之時。則乙國對於住在乙國之甲國人。亦與以同一之權利。而相互規定於其法律。壤地利民法。普魯西之古代普通法。摩落哥瑞典等國之法律。皆採用此主

義也。

(二) 條約相互主義。條約相互主義者。甲國之人民在乙國。乙國家與以或種之權

利。則甲國家亦與乙國人民以同種之權利。於兩國條約約定之主義也。法蘭西、羅克勝堡之法律。從此主義。

然而法蘭西縱令從相互主義。而於左之權利。仍不認外國人有之。

(甲) 裁判管轄權。除法蘭西人之外。不能有之。

(乙) 外國人爲訴訟。不可不立保證。

(丙) 外國人不得入法蘭西之官林。採取薪或下草。

法國大革命之時代。爲自由平等主義。極端實行之結果。雖外國人漸見有絕對的與內國人同一權利之法律。至拿破侖編纂法典之時。以前之相互主義復舊。在今日。其制限。雖稍稍寬大。而尚用相互主義爲原則。

次相互主義而發生之主義。其最新者。內外人同權主義也。內外人同權主義云者。亦

非絕對的同權也。在政事上之權利以不能認爲原則而對於私權則內外人享有平等之主義也。意大利、西班牙、羅馬尼亞、丁抹、葡萄牙及日本均採用如此之主義。

俄羅斯及北美合衆國所採用之主義則不甚明瞭。俄國爲許多之制限。北美則各州之法律不同。故不能爲一定之說明也。

英吉利者。至一千八百七十年以後始認外國人之權利。其前則加之以非常之制限。即在今日之英國。其對於外國人之權利。其所加制限之最重者。例如外國人者不能爲英國人之後見人。又外國與英國開戰之時。其外國人於戰爭繼續中不能享有一切之私權。（此實際僅爲私權之停止）又外國人不能有英國船舶之所有權等。是然英國之對於外人之權利於他方又非無寬大之典。例如雖外國人得許爲辯護士及陪審官是也。要之英國法之主義可云甚有制限之同等主義也。

於前雖載有採用內外人同等主義之國。然其分量每有差異。各加以或種之制限。例如意大利之民法。內外人之權利固皆平等。欲有意大利國籍的船舶之所有權者須

在意大利有五年以上之住所。又如葡萄牙。則對於著作權亦有制限。丁抹。則對於著作權、商標權、特許權等。亦均有制限云。

日本民法第二條。定外人享有私權爲原則。唯以法令及條約所禁止者爲例外。所謂內外人同等主義。明明採用之也。今列舉其所禁止之現行法令如左。

明治三十二年三月。法律第六十七號。關於外國人之抵當權之件。

明治五年四月十四日。第二百二十四號布告。及明治六年一月十七日。第十八號達第十一條。

明治三十三年二月。法律第七十三號。衆議院議員選舉法第八條及第十條。

府縣制第六條。

郡制第六條。

徵兵令第一條。

民事訴訟法第八十八條。

明治二十一年四月。法律第一號。市町村制第七條第八條第十二條。

明治三十一年七月。法律第二十一號。關於本邦人以外國人爲養子或入夫之件。

明治三十二年。法律第五十號。關於外國人署名捺印及無資力證明之件。

明治三十二年三月。法律第六十六號。國籍法。

明治三十二年三月。法律第九十四號。關於喪失日本國籍者之家族之權利之件。喪失

日本國籍者之家族即出日本國籍而入外國之國籍也

明治十五年六月。第三十二號布告。日本銀行條例第五條。

明治二十二年七月。勅令第二十九號。橫濱正金銀行條例第五條。

明治二十六年三月。法律第五號。取引所法第十一條。

明治二十年八月。勅令第四十二號。逃亡犯罪人引渡例第一條第三項。

明治三十二年三月。法律第六十八號。關於外國官船乘組員之逮捕留置援助法第

二條第一項。

明治二十六年三月。法律第七號。辯護士法第二條。

明治三十三年三月。法律第三十六號。治安警察法第六條。

明治二十年十二月。勅令第七十五號。新聞紙條例第六條。

明治二十九年三月。法律第十五號。航海獎勵法第一條。

明治三十二年三月。法律第六十三號。水先法第六條。

明治三十二年三月。法律第四十六號。船舶法第一條。第二條。第三條。第四條。及第二條。

明治二十九年三月。法律第十六號。造船獎勵法第一條。

明治三十年三月。法律第四十五號。遠洋漁業獎勵法第四條。

明治二十三年九月。法律第八十七號。鑛業條例第三條。

明治二十六年三月。法律第十號。砂鑛採取法第四條第一項。

明治三十二年六月。勅令第三百七十二號。關於外國會社之支店及日本人設立之

會社並組合之件。

明治三十二年六月勅令第二百七十三號關於外國保險會社之件

明治三十年四月臺灣總督府令第十五號關於對於外國人土地建物之賣渡讓與交換貸渡質入書入之規則

明治三十一年七月法律第十號

明治三十二年八月臺灣總督府令第八號行旅病人及行旅死亡人取扱法第十七條關於外國人之行旅病人及行旅死亡人及其同伴者取扱之法

明治三十二年臺灣總督府第七十一號外國人取扱規則

明治三十二年七月勅令第三百五十二號關於依條約或慣行非有居住自由的外國人之居住及營業等之件

明治三十三年一月律令第一號關於外國人土地取得之件

明治三十二年七月律令第十三號關於外國人之署名捺印及無資力證明之件

明治三十二年七月勅令第三百二十九號關於爲外國人及外國法人權利目的之

不動產之件。

明治三十二年十二月。勅令第四百五十八號。

明治三十二年七月。司法省令第四十一號。關於爲外國人及外國法人權利目的之不動產登記取扱手續。

明治三十二年九月。內務省令第五十一號。

明治三十一年。法律第二十一號。關於欲以外國人爲養子或入夫者之出願手續之件。

明治三十二年七月。司法省令第四十號。非訟事件手續法第二百九條之二。關於外國人之遺產保存處分之手續。

明治三十二年八月。律令第二十四號。本島人及清國人之民法第二百四十條。及二百四十一條適用之件。

明治二十九年三月。移民保護法。

戶籍法第七十條。

民事訴訟法第九十二條。

法例。

明治三十三年三月法律第六十九號。保險業法第一百五條。

明治三十三年九月勅令第三百八十號。關於外國保險會社之件。

第一章 國籍

第一節 國籍之性質

國籍者。平易言之。則定或一個人之屬於何國者也。自法律上觀察之。則國籍者。謂或人絕對的服從或國之法律的關係也。例如或人者。絕對的服從日本之法律之時。此有日本之國籍者也。夫所以定國籍之必要。以或人有非絕對的服從之情形也。例如外國人來居住於內國。非絕對的服從內國之法律。而一時時服從也。然而內國人之在內國。其應服從內國之法律。固無待言。即令不在內國。而在外國之時。亦宜絕對的

服。從。本。國。之。法。律。如。斯。卽。所。謂。有。日。本。之。國。籍。者。也。

就國籍而論。或有以爲可於國際私法中說明之者。又有多數之國際公法學者。以爲可於國際公法中說明之者。然前者既已說明。謂關於國籍之事。可從國際公法及國際私法兩面觀察之。而必不可僅從其一方面觀察之也。如日本之舊民法。名之爲國民分限。以明治三十二年法律第六十六號發佈國籍法。蓋關於國籍之事。不僅純然的爲私法之問題。其中實含有公法之分子。特以單行法發佈之。正所以避余前所述之陷於極端之弊也。

余輩尙當進而就國籍之性質。揭其最重要之二三點說明之。

第一 甲國人在乙國。乙國有命令時。甲國人不能不因其命令而退出乙國。又當乙國人赴甲國時。甲國可以不准其來。故甲國人者。有滯在甲國之權利。而不負被甲國追放之義務。又當其自外國歸來時。甲國不能禁止之。使不入境。要之。有或國之國籍者。其滯在於外國之權利。雖或被制限。或絕對的不能有。而其滯在於自國。則

無所制限。無所禁止者。也。一國之所以禁止他國人之來。及制限之者。爲保自國之安全也。一國之不能放逐自國人於國外者。爲防自國之人。世界到處不能住居之危險也。若犯罪人引渡條約。於犯罪人引渡條例所約定。又規定無引渡自國人於他國之義務。皆自此之性質而出也。

第二 國家對於有自國之國籍者。有不可不與以特別保護之義務。其在自國內之時。固無論矣。即其在外國之時。亦負不能不保護之之義務。反之。國家對於外國人之滯在於自國者。僅與以一定之保護而已。若外國人而歸其本國。或在其他之外國之時。即無保護之義務。內國人與外國人之區別。即在於此。故內國人者。有受自國保護之權利。而國家特設機關以保護之。在國內則依於國內之機關。在國外則依於國際的國家機關。所謂國際的國家機關者。指公使及領事等而言。無論何國之領事規則。未有不設保護。在外國之本國人民之規定者。例如關於婚姻之證明。及遺產之處分。與夫難破船之救助等。至於第三國。決無保護在於甲國之乙國。

人民之義務。因此之故。在甲國之乙國人民。無對於第三國之公使及領事。請求保護之權利者。也。苟其有之。亦非權利上之問題。而唯好意上之問題也。但以條約一之國家。與他之國家。有保護在第三國之自國人民之約者。不在此限。例如明治二十七八年之戰爭。日本人在上海者。受北美合衆國領事之保護。非關於權利及義務之問題。而單出於合衆國之好意者也。又如俄帝尼哥拉斯。保護在土耳其之奉加特力教之人民者。此依條約而生之權利也。

第三 國家對於有自國之國籍者。有或種特殊之權利。例如有使服兵役之權利。及徵收租稅之權利是也。因之人民對於國家。負服從之義務。學者有以此義務爲對於國家保護之酬報者。然而外國人不負如斯之義務也。又國家政治上之權利。以不與外國人爲通則。然謂不與外國人以政治上之權利者。非盡以政治上之權利。與於內國人之謂也。內國人雖亦有無政治上之權利者。唯外國人則總不能有政治上之權利。所以然者。不過外國人對於內國不負特別之義務之結果也。

第二節 國籍之取得

國籍者。或人絕對的服從或國之法律的關係也。故定。或人。有何國之國籍。屬於最重。要之事項。因是各國。罔不於國內法設其規定。而就關於國籍取得之規定。於前所述。國籍之積極的衝突。及消極的衝突。不可不避之。日本憲法第十八條之規定有云（爲日本臣民之要件。依法律之所定）。然而日本從來關於國籍之法律。初未實施。及明治三十二年發佈國籍法。始得解決如何者爲日本人。又如何者得爲日本人之問題。至國籍取得之原因。大別之得九。

- 第一、因出生而取得國籍。
- 第二、因歸化而取得國籍。
- 第三、因選擇而取得國籍。
- 第四、因認知而取得國籍。
- 第五、因婚姻而取得國籍。

第六、因養子或入夫而取得國籍。

第七、因回復而取得國籍。

第八、未成年者隨父母而取得國籍。

第九、妻隨夫而取得國籍。

以下就各種情形而說明之。

第一款 因出生而取得國籍

國籍取得之原因其數雖多。就中所最重者爲出生。因出生而取得國籍者。於有出生的事實。而子從其父或母之國籍者。謂之血統主義。又於有出生的事實。而其子從其出生地國籍者。謂之出生地主義。而以此二主義折衷之者。謂之折衷主義云。

日本之國籍法。以血統主義爲基本。而參之出生地主義者也。依國籍法之規定。因出生而取得日本國籍者。爲以下之五種。

第一 父爲日本人時。

第二 父之國籍不明。又於無國籍之際。而其母爲日本人時。

第三 母懷胎之時。父爲日本人。而子之出生之時。父因離婚或離緣（離婚僅指

婚姻離緣。廣指婚姻。養子此處指養子）而獲得外國之國籍時。以上統主義

第四 子生於日本。而子之父母共不知時。

第五 子生於日本。而子之父母共爲無國籍人時。以上地主義

於舊民法人事編。規定國籍取得之原因。（第一）子之父母爲日本人。（第二）子之父爲日本人。（第三）父不明而母爲日本人。（第四）父母共不明而子生於日本。（第五）父母共不知且其出生地亦不明。而現在居於日本者爲日本人。今以此規定而觀察之。則第一之情形。包含於第二之中。非必要也。第二第三第四之情形。雖爲現行國籍法之所規定。而第五之情形。則不規定之。現行法上此等人。仍不可不爲無國籍之人。此新舊之法制。以何者爲可乎。余則以現行國籍法爲可信也。

在英國。則自英國人所生之子。不問其出生地之何處。總爲英國人（絕對血統主義）

又自外國人所生之子。在英領地生者。得取得英國之國籍。（絕對出生地主義）然有例外。如英國之領地自外國占領得來者。外國人於其占領地所生之子。此不爲英國人也。又依千八百七十年之追加條例。英國人之子。生於外國者。其子達於成年後。因其子之意思。得爲外國人。又外國人在英國所生之子。此外國人之本國法當爲其本國人。時其子達於成年後。得仍爲外國人。

在法國亦以血統主義爲原則。而參之出生地主義。然而其出生地主義與通常之出生地主義不同。余意此可謂之二代出生地主義也。卽如依千八百五十一年二月七日之法律之規定。於法國所生之子。其父亦生於法國者。可因此而獲得法國之國籍。此主義有弊害存焉。例如或有外國人之夫婦。於數十年前旅行於法國而生子。其子於數十年後。偶經法國而又生子。於此等情形。其子卽爲法國人。因其父亦生於法國之偶然的事實也。其子卽爲法國人。不能不謂之毫無理由也。故依千八百七十四年十二月之法律。如此子達於成年後。確有有外國國籍之證明。則准與以自由之選擇。

又依意大利之法律。則基本於血統。而以一種出生地主義參入之。於意大利引續有十年住所之外國人之子。而生於意大利者。得爲意大利人。在羅克勝堡亦採用血統主義。而依出生地主義折衷之。其折衷之方法。則以法國主義及意大利主義而混合之者也。卽二代出生之子。其父母於羅克勝堡有引續之住所者。其子爲羅克勝堡人是也。

於今尙採用絕對的出生地主義者。僅南亞美利加諸國而已。其他悉採折衷主義也。以上之諸主義之中。以何之主義爲善乎。則以血統主義爲最可信。雖然。無論何之主義。皆不能絕對的採用也。如採折衷主義。將依血統主義爲根本乎。抑依出生地主義爲根本乎。此不可不先決者。余於此主義。以根本於血統主義。信爲妥當者也。余今者。請以血統主義及出生地主義之所以不能絕對採用之故說明之。

由絕對採用出生地所生之弊害。試列舉之如左。

第一 絕對之出生地主義者。害家族之相合。

第二 此主義者有反乎父母及子之意思。有因偶然所致之事而決定人之國籍之弊。

第三 封建時代以人民爲土地之產物。此主義謬誤之點。卽根據於此等之思想。

第四 此主義者對於在無所屬之土地及共有地所生之子將不能決定其國籍。次因絕對採用血統主義所生之弊害。又列舉之如左。

第一 此主義亦有反乎本人及父母之意思。而決定國籍之害。

第二 因世界交通之頻繁。而人情風俗慣習等。各國不必限於同一。則絕對使從父母之國籍。決不當也。

第三 當父母不明之時。或其父母無國籍之時。其子之國籍。生不能決定之結果。

巴魯氏(パール)曰。國籍者可從血統主義決定者也。生於國內之子。於父爲婚姻以外之出生時。而母則於既生之於國家領地以內者。其子始可得出生地之國籍。但其子之出生後六個月以內。父無父時。則母父母共無時。則後見人。須向出生地之官廳。

宣言此子有父之國籍。無父時則宣言有母之國籍。若不爲宣言。則此子必然有出生地之國籍。此說係於血統主義中參以二代出生地主義者。父母又後見人不爲從血統而決定國籍之宣言。於第二代在其地所生之子。當然可以取得出生地之國籍者也。余雖以血統主義爲可信。然而未敢認二代出生地主義之爲正當可信也。故依余之所見。雖於二代出生之際。父母或後見人不爲何等之宣言之時。當然使其子取得父母之國籍。唯達於成年後。依血統之國籍。及出生地國籍。就兩者之中。與以自由之選擇可耳。

出生地主義。與出生地主義衝突者。唯在共有地有之。然於血統主義與血統主義衝突者。如採一方之血統主義之國。則子當從父之國籍。他之採血統主義之國。則子當從母之國籍。則一人之子。有得兩國國籍之結果。即國籍之積極的衝突也。例如白耳義利時比之民法草案。凡自白耳義人之父。或母所生之子。爲白耳義人。故如日本人之父。自耳義人之母所生之子。卽爲國籍衝突之時也。

第二款 因歸化而取得國籍

第一項 歸化之性質

歸化者。謂有或國之國籍者。取得他國之國籍也。又歸化者爲無國籍之人時。亦得取得或國之國籍。然於無論何種情形。不可不具一定之條件。歸化之法律上之性質。從來有二說。

第一 契約說

依此說。則歸化云者。甲國及乙國人之間。此乙國人獲得甲國國籍目的之契約也。余以爲國家與個人之契約。不妨認之。故一國與外國人之間。得認爲締結契約者也。然而以國籍獲得爲目的之契約。則不能認何則國籍之性質。或人絕對的服從一之國家之關係也。如依契約說時。則國家與人民之服從關係。是依契約而定矣。此蓋由盧騷（ルソー）一派之國民契約說之歸著也。且依契約說時。其契約從何時成立乎。即因此而生種種之疑問。或有謂從一國定其歸化之要件時。即爲

契約之申請。(以此之意達於彼、謂之申請)依此說時、則或人具法定之要件、而表示其願歸化之意思、即爲對於國家之申請、而爲承諾、而國家之所申請者、當然被其羈束者也。或又謂有歸化之希望的外國人、具備國家之一定條件、而表示其欲歸化之意思之時、其意思之表示、即契約之申請、而國家對之、與以許可者、即承諾也。故契約即於當時而成立云。或有謂國家之與以許可者、對於契約之申請、而爲之、因外國人之承諾、而契約成立也。要之、契約成立時期之不明、實爲此說之缺點。然而假令採用契約說、就其成立之時期、當以前示中第二說爲可信也。

第二、國家片意行爲說。

此說謂歸化者爲付與外國人以自國之國籍、而主權的認定行爲也。此說係法儒威士(Wais)等之所主張。又有學者謂歸化者、國家應私人之請求、而付與以自國國籍之國家主權的行爲也。依此說、則國家先定歸化之條件、外國人既具備歸化之條件、而表示其欲爲歸化之意思之時、固因國家一方之意思、以之作爲自

國之人。而其於外國人之意思如何。亦非全然不問也。

歸化之性質。如上所述。其學說不一致。無論採用何種之學說。均不免有一長一短。採前說者。駁國家片意行爲說曰。若依國家片意行爲說。則國家或許條件不具備之人。歸化亦將有效矣。然而於此等之處。歸化者自其歸化之初。其條件即已欠缺。故斷不能謂其能生效力也。採後說者。又以成立時期不確定。駁契約說。然契約與契約成立時期之不確定。尙屬別個之問題。不足以難契約說也。但如余前之所言。則契約說不特有傾於民約說之嫌而已。且於國家與外人之間。足以爲契約之論據者。亦甚缺乏。故余者。實欲固持第二說也。日本國籍法採何主義。不甚明確。然余則信其爲依國家片意行爲說者也。

第二項 歸化之要件

第一 能力

在古代。不問個人之意思。又有反乎個人之意思而使外國人歸化之事例。卽如墨

墨西哥（メキシコ）之古法。在墨西哥之外國人。不向墨西哥之政府。爲外國人之登記者。必使取得墨西哥之國籍。是也。在日本舊民法草案第十四條之規定。亦云。（外國人無歸國之意。而已在日本定其家。則此外國人十年之後。成日本人。）又有或種之國。以圖增殖人口爲目的。於一定之時間內。在其國內有住所及居所者。當然爲自國人。然而。近世各國之法律。採用如斯之主義者。殆如無之。蓋今日不但無企圖增殖人口之必要。且無論何國。皆有人口過多之困難的狀態。如不顧本人之意思。而強使歸化。實不條理之甚者也。此歸化之所以意思爲必要也。故欲歸化於他國者。必須宣言其意思。緣是之故。凡宣言意思者。不可不有能力。能力者。一般以未成年及成年爲區別之標準。然而其能力。依何國之法律決之乎。通覽各國之法制。大概有三主義。

第一 依歸化國之法律而定其能力之主義。

第二 依歸化者本國之法律而定其能力之主義。

第三 依雙方之國法而不可不有能力之主義。

今以各國之法律而對照之如左。

一、關於能力之規定全然缺如者。例如英俄。

二、採用第一主義者。例如荷蘭、白耳義、即此北美合眾國。

三、採用第二主義者。例如德、法、巴爾幹（ブルカリヤ）

在德國得付與外國人以歸化證書者。其外國人須依本國法而有處分能力。若於法律上不定之時。則須要父後見人又保佐人之同意。又依法蘭西之法律。則欲歸化者須依其本國法有身分變更之能力。

依巴爾幹法律之規定。欲歸化者須從其本國法爲二十一歲以上者。且有夫之婦不能背其夫而歸化。但與其夫共歸化者不在此限。

四、採第三主義者。日本及葡萄牙也。依葡萄牙之法律。凡欲歸化者。無論於本國法。於葡萄牙法。均須爲成年者。於日本國籍法第七條第二項第二號之規定。亦

須滿二十歲以上。依本國法有能力的者。然有例外。如外國人之父爲日本人。又母爲日本人時。則關於右之能力。不必要也。

第二轉住

凡歸化者。於歸化前一定之期間內。在歸化國。不可不有住所。或居所有等國家。以此定爲法律。蓋歸化者。若於一定之期間內。無一定之住所及居所。國家不問其如何而許其歸化。則此歸化者之性行如何。無由知悉。每有誤收無賴之人。而妨害一國之公安者。又自歸化者觀之。其國之人情風俗慣習之如何。未能熟知。一旦驟然歸化。至後日。每有自悔。當時之輕舉者。又有或等國家。恐歸化者多。故特於政策上。設此制限者。

今就此要件。而參照各國之法。大概如左。

在英國。須於歸化前。住居英國。引續至五年以上。尙有例外。雖不住居於英國。而在外國辦理英國公務。至五年以上者。亦許歸化。又在北美合衆國。亦必須有五年以

上之居所且必須於同一裁判所管轄區域內有引續一年以上之居所者所以如斯者不外乎調查其平素之品行也。尚有例外如在美國商船內之水夫有三年以上之資格則不必以居所爲要件又二十歲以上之外國人若服美國之兵役時則右之五個年得減爲一個年云。

在法蘭西於歸化前須先有引續三年間之住所又若無住所則須在法國有引續十年間之居所尚有一例如在外國從事於法國之公務者視如在法國有居所者有同一之資格在意大利則以引續六個年有住所者爲要件又在羅俄斯則須五年以上之住居且其住居必須爲自家所有之家屋者爲要然有例外如在俄國有功勞者又執俄國之公務者於俄國公益之事業上投多大之資本者則得減其期間在德意志外人欲歸化德意志者於歸化前不必在德國有住所及居所唯外國人之欲歸化者必住居於自己所欲移之場所或宿泊之亦可許其歸化而一旦爲德國人後卽不能離德國而住居別處蓋於德國不能不有住所焉既認明此制限

而歸化者。即爲德國人。不能在外國。別有他之住所矣。然而在本來之德國人。則自本國居住之外。得有更向他國爲住所之利益。余對於此之制限。以爲不妥也。蓋如一國之人。因犯罪而逃於外國。於其歸來之時。國家對之有強制其居住內國之權利。至如對於歸化之人。似不應強制之。使必住居於內國也。

在日本明治二十四年之歸化法。於歸化出願前。須引續十年以上。住居於日本。然於國籍法第七條第二項第一號。則以引續五年以上。在日本有住所爲要件。而對於此原則。尙有數個之例外。

- 一 父或母之本爲日本人者。
- 二 妻之本爲日本人者（但既爲妻而爲日本人者不包舍之）。
- 三 生於日本者。
- 四 引續十年以上。在日本有住所者。以上國籍法九
- 五 其父又母本爲外國人而已得日本之國籍者。一國籍法

六 於日本有特別之功勞者。一國籍法

右之中於（一二三）所揭者。在日本不必有五年以上之住所。單於日本有三年以上之居所而已。足於（三）所揭者。父又母生於日本者。即所謂二代出生之時者。不必有三年以上之居所。儘可即時歸化。又於（五）所揭者。僅於日本有現在之住所而已足。

國籍法認以上之例外如右者。皆屬於過去者。其於現在之血緣者。又有密接之關係者。通常欲歸化日本之時。大都不外參酌乎事實。而如（四）之所揭者。不妨與有引續五年以上之住所者。視同一例也。

第三 品行方正

品行若不方正。而許其歸化之時。有妨害其國之公共秩序之虞。無論何國。均以此爲歸化要件之一。所以日本國籍法第七條第三號之規定。亦以（品行端正）爲要件。然而如何者可謂之品行端正。又品行方正乎。頗不易分辨也。故如北美合衆

國、丁抹、德意志、瑞典諸國規定之法典。所謂品行方正者一任行政官廳鑑別之。反之如俄羅斯、墮地利、墨西哥等諸國。或積極的。或消極的。有確定之範圍之規定。如曾在本國或外國犯罪者。概不許歸化。例如墨西哥之對於欲來歸化之人。凡在本國不關於本國者曾犯海賊、奴隸買賣、放火、貨幣之偽造及變造、株券即股票、紙幣之偽造及變造、暗殺、強盜、竊盜、又文書之偽造變造等罪。已受宣告者不許歸化是也。

第四 有自營生計之力

此要件之所以必不可少者。蓋因在本國無生活之資力。若許之歸化。則在自國。必仍不能自營生計。其影響不僅延及於自國之經濟上而已。且不能保其不紊亂公安。故德意志、匈牙利、丁抹、墮地利等各國。無不揭此要件。而日本國籍法。亦於第七條第二項第四號規定此必要之旨。然對於此原則。日本國籍法認有例外。即此外國人之父爲日本人。或者母爲日本人者。其外國人現於日本有住所者。則不問其有營生計之力與否。即可歸化。然則所謂營生計之力者如何哉。申言之。此要件之

範圍如何頗爲茫漠。而與前項生同一之疑問也。在俄羅斯則以在本國之內有不動產爲必要。而在匈牙利則以已納稅至五年以上者爲必要云。

第五 失本國之國籍

此要件之所以不能不設者。卽因欲避國籍衝突之弊也。然如德意志之不妨有兩國籍者亦有之。則此要件實爲不必要矣。日本國籍法第七條第五號云（無國籍者或因於取得日本之國籍可以失去其自國國籍）實爲必要者。在羅克勝堡。瑞典。瓦敦堡（ウユルテンベルヒ）等國亦設有如是之明文。

第六 納付手數料

以納付手數料爲必要之要件者。如羅克勝堡。瑞西之或州。及南美之巴西等國是。而如瑞西者只歸化於瑞西之或一州卽定爲瑞西人云。

第七 人種又宗教之制限

在今日認此種制限之國雖已少有。然如北美合衆國者。嘗祇許白人及亞非利加

人之歸化。又如羅馬尼亞者。明定非信耶穌教之人。則不許歸化。

第八 於或之處。所須證明。對於本國無負兵役之義務。

此條件之所以爲必要之理由。亦與前述第五之情形相同。蓋如歸化人而負擔兩個以上之兵役。義務者。爲兵役義務之性質上。所不能許。而與國籍之積極的衝突相同也。今試示其實例。假如在壞地利。或國人欲歸化壞地利時。其人者。爲與壞地利締結犯罪人引渡條約之國之人。則須證明在本國無服兵役之義務。後始得歸化是也。

第九 宣誓

宣誓者。有消極之宣誓。與積極之宣誓兩種。前者對於從前所屬國籍之國。而誓爲棄卻服從之義務也。北美合衆國、瑞典、瑞威等。採用此主義。後者對於歸化國。而誓爲忠實之服從。英、吉、利、俄、羅、斯、意、大、利等。採此主義。

第十 履一定之形式上之條件。

謂於許多之處所。須要居出。於官也又登記於官之帳簿也。例如西班牙。葡萄牙。必須登錄於官之帳簿也。

如以上之所說明者。或人欲歸化於外國。非具備幾多之條件。不可然而對於此原則。亦不能無例外之處。即如後之說明。因選擇而取得國籍是也。又依日本國籍法第十一條。(於日本有特別之功勞之外國人……云云……內務大臣經勅裁得許可其歸化)對於前所揭第一乃至第五之要件為例外者。

第三項 歸化之效力

歸化之效力者。歸化人得與內國人居同一之地位。即與內國人有同一之權利。負同一之義務也。其為外國人時。雖亦云有與內國人同一之權利義務。然係限定的。而非一般的者也。故不可以混同之。

對於此原則。有兩個之例外。(一)較內國人與以保護之利益為多。及(二)比內國人保護之利益為少。是也。前之例外。於今日法制上。不能認之前之國家。因人口稀少。於不

能。不。增。殖。之。之。時。代。往。往。用。欺。待。外。人。而。誘。其。歸。化。之。方。法。又。後。之。例。外。謂。外。國。人。縱。令。已。經。歸。化。亦。不。能。驟。與。本。來。之。內。國。人。全。然。視。同。一。律。故。於。政。治。上。之。權。利。如。與。內。國。人。同。一。與。之。則。甚。爲。危。險。云。此。例。外。則。爲。現。今。各。國。之。所。認。者。

在。日。本。存。第。一。第。二。例。外。之。實。際。者。觀。於。舊。史。而。可。明。也。今。摘。其。要。於。左。以。資。參。考。

第一例外

(甲) 歸化人者。總置之於蕃別。蓋區別之於神別皇別也。

(乙) 歸化人者。不能爲本官。唯權官則許爲之。

(丙) 歸化人者。須置於一定地域之內。如帝都等處。不能許其居住也。

(丁) 歸化人者。當編入於戶籍。

(戊) 歸化人者。不能與以一定之姓。日本古代之姓有八種之別。曰真人。朝臣。宿

禰。忌。寸。道。師。臣。連。及。稻。置。是。也。而。於。歸。化。人。其。初。不。能。與。以。真。人。朝。臣。宿。禰。之。姓。至。後。除。真。人。之。外。其。餘。七。種。悉。可。與。之。

第二例外

(子) 給與時服路糧且於其赴歸化人所住居之地時有給與以費用者
(丑) 有給與一定之土地者

(寅) 因避其本國之租稅之酷而來歸化我國者在其有歸於本國之意思之時則給以路糧俾就歸途

日本國籍法第十六條者就歸化之效力認前示之原則及第二之例外其第十六條之條文云(凡歸化人歸化人之子取得日本之國籍者及爲日本人之養子與入夫者不能有左揭之權利)

- (一) 爲國務大臣
- (二) 爲樞密院議長副議長又顧問官
- (三) 宮內勅任官
- (四) 特命全權公使

(五) 海陸軍之將官。

(六) 大審院長。會計檢察院長。又行政裁判所長官。

(七) 帝國議會之議員。

本條不特對於歸化人而已。其因他之原因而取得國籍者之權利。亦制限之也。本條之疑問。即何者爲歸化人之子是也。今設假例以說明之。

(一) 英國人甲。歸化於日本。其子乙。亦同父歸化之時。

(二) 英國人甲。歸化於日本。其後生一子之時。

(三) 英國人甲。與其子乙。及其孫丙。共歸化於日本之時。

所謂歸化人之子云者。包含於第一例無疑者也。學者有謂包含於第二例者。然而非也。甲於日本所生之子。當然爲日本人。前示之七個之權利。不必制限之。加之本條第一項後段。爲日本人入夫之外國人。國籍法第五條第二號與其妻所生之子。亦可以斷定其不必爲前述之制限。決非誤也。而於第三之例。丙者可爲歸化人之子耶。學者有謂丙爲乙

之子故不妨稱爲歸化人之子云。然若果如斯則法律何故特書歸化人之子耶。此理由誠不能解於此之際。歸化人爲英國人甲。其子乙隨之歸化而乙之子丙亦隨之。自甲觀之則爲孫而非所謂歸化人之子。余從法律之明文而解釋其正面丙之不包含於本條者。信非得已也。丙隨其父乙歸化之時則受本條之制限而隨其祖父歸化之時則不受此制限。結果甚奇。是法之缺點也。

於國籍法第十七條。規定第十六條之例外曰。前條^{條十六}所定之制限。如依十一條之規定而許之歸化者。自取得國籍五年之後。其他者十年之後。經勅裁之後。內務大臣得解除之。所云依第十一條而得歸化之許可者。卽有特別功勞於日本之外國人也。

依明治二十四年之歸化法案。加左之四個之制限。

(一) 爲國務大臣。

(二) 爲樞密院顧問官。

(三) 爲海陸軍將官。

(四) 歸化後非經過十年不得爲帝國議會之議員。

就此點而觀之。則國籍法上所加之制限。似比諸歸化法案爲多。然有前述之第十七條之規定。故國籍法仍非不寬也。

試以諸外國之實例述之。如法蘭西於歸化後十年間不能爲國會議員。如北美合衆國則歸化人不得爲大統領。又歸化後七年間不得爲國會議員。其他如比利時區別完全歸化與不完全歸化爲兩種。依前者即完全得有政治上之權利。依後者即不完全歸化不能有此權利者也。

第三款 於土地割讓之際因選擇而取得國籍

在土地割讓之際。俾其地之人民有選擇國籍之自由。實根基於宗教之問題。此事於千六百四十八年西發里亞（ウエストフアリア）條約之所確定。爾後其旨趣漸漸擴張。遂至雖無關於宗教之土地割讓之際。亦許爲保維舊國籍及取得新國籍之

選擇。千七百四十二年。塲普締條約於柏林。定於五年以內。得自己選擇何國之國籍。關於土地割讓之際。爲國籍之選擇者。其實例卽在此。

國籍選擇之期間。初無一定。短者一年。長者六年。若過於短時。則恐人民有無暇決其意思之患。若過於長時。則永年間有國籍不定之徒規避兵役義務及其他公法上之義務。於兩國之間。均有極大之困難。故今日對於此國籍選擇之期間。普通以一年。或至二年爲率。如中日條約及普法條約。則爲一年半云。

割讓地之人民者。何指出生於其地者乎。抑指有住所於其地者而言乎。抑并此二者包括之乎。此問題。蓋極易明白者。因土地割讓而變更國籍者。皆屬於爲割讓之國者也。至若僅有住所於此割讓地者。又出生於此割讓地之第三國之人民。則不因此土地之割讓而變更自己之國籍者也。第一說。因出生地而決定之。說富於實際上之利益而起疑義及爭議者。蓋甚少焉。其說曰。以住所爲決定者。有不能明瞭之患。蓋以住所定人之國籍之標準者。實出於古之封建時代之思想。而自今日之思想觀之。則

或以土地割讓於他國者。與其謂割與以土地云者。不如謂割與以人民云云之較爲妥當。蓋今日各國皆置重於人。而非置重於土地。割讓云者。卽以人民讓渡之意義。土地者。不過附從之而割渡者也。故因爲土地之讓與而變動其國籍者。唯出生於其地者而已。至若住所者。極易移動者也。人與住所無密接之關係。然則唯土地與人有密接而不可離之關係耳。此依生地而決定者。其說爲福爾罰賢（フォルウイェ）所主張。而威士（ワイス）表反對之意。又斯德爾苦（ステルク）者。則謂依出生簿所記入者。可以知其與割讓地之關係云。然而此言也。依出生地之說。而反乎事實上之關係者也。蓋出生之場所。與人之生活關係。敢決其必非一致者。例如父母之旅行中有生子者。父母之寄留中亦有生子者。此等之子。殆與出生地無相關係者也。故於實際上當以第二說。以住所卽生活關係之中心點。決定其標準之說。爲正當。其說曰。住所者。謂人民行政政治上之權利之地。且迫於貧窶之時。受區役所及市町村役場之保護之中心點也。尙有一理由。縱令出生之地已被割讓。而於他處有住所者。實與

割讓地。毫無關係。其有利害之關係者。唯在有住所者而已。此等之人民。若不欲與土地一同讓渡。則不可明言之。苟其默而不言。祇能推定其欲爲他國人而已。試再進而述住所地法說之利益。依出生地說之主義。則縱令出生後去而之他。無歸來之意。亦可云屬讓受國之支配。雖不適於實際。而虛名仍在也。然而有住所者。則於其地有直接之利害關係。故與土地共讓。乃當然者也。主張此說者爲哈雷哀尼苦（ハレニング）誇鶴爾蕩（コゴルダン）威士（ライス）等。其他之人主張此說者亦甚多云。

第三說以下者。折衷以上二主義之說也。第三說者。謂生於其地者。及有住所者可總包含之。云其立論無根據。且失之放縱者也。此主義者。有前二說之所長。而亦併有前二說之所短。苟依此主義。則凡與其地有關係者。於出生及住所皆爲讓受國之人民。故與讓渡國以不利益決定不少。第四說謂出生於割讓地。且住居者。則可爲讓受國之人民。云依此說。有此種關係之人民極少。故爲讓受國之人民者亦不多。而讓受國

取之者。頗不免於有損害也。然而如斯之人民。於其地上。有最親密之關係。無疑者也。要之。今日之國際私法。猶未立一定之原則。故於條約。每不能確定其範圍。如千八百六十六年之普壤條約。又如千八百七十一年之德法條約。及其他稍近時之中日條約。其條文中。關於此事之規定。皆缺如。

德法條約第二條云。○（出生於割讓地。而現在住居於其地之法國人民。欲保其法國之國籍者。須於千八百七十二年十一月初一日以前。宣言於該官廳。而移住於法國。則得爲法國之民。且於割讓地上所原有之不動產。仍得有之。）而千八百七十一年十二月十一日之追加條約。凡出生於割讓地而在歐洲以外者。其選擇期限。延至千八百七十三年十月初一日爲止。此條約中之條項。甚不免於暗昧。千八百七十二年三月七日以士多拉堡之回章。○（回章又名回收爲取還之意）由伊爾撒斯、魯達林、魯知事發佈告如左。

（一）生於伊爾撒斯、魯達林、魯知事。且於千八百七十一年三月二日。有住所於其地者。

如欲爲法國人民。則不可不移其住所於法國。而爲明示之宣言。

(二) 雖不生伊爾撒斯、魯達林。而於千八百七十一年三月二日。有住所於其地者。如欲爲法國之人民。亦不可不移其住所於法國。唯不要爲明示之宣言。

(三) 生於伊爾撒斯、魯達林。而於千八百七十一年三月二日。無住所於其地者。如欲爲法國之人民。不可不爲明示之宣言。唯不必移其住所於法國。

千八百七十二年三月七日之回章。在法國之海陸軍人。生於伊爾撒斯、魯達林。而在歐羅巴者。以千八百七十二年十月一日之期限。在歐羅以外者。以千八百七十三年十月一日之期限。欲得德國之國籍者。可向當該官廳而爲宣言。

對於未成年者。於千八百七十二年三月十六日。由知事發出佈告。以未成年而已脫親權者。及未成年而未脫親權者爲分別。更以生於伊爾撒斯、魯達林者。及生於法國他地方者爲分別。

(一) 未脫親權之未成年者。不問其生於伊爾撒斯、魯達林與否。均須依法律上

之代表者而爲選擇。如與法律上代表者分離之時。卽不能選擇法國之國籍。有兩親者。從父之選擇之國籍。無兩親而有後見人者。須與親族會議。得其親族之同意後。可以取得法國之國籍。

- (二) 生於伊爾撒斯、魯達林奔。而已脫親權之未成年者。適用右之第一項。
- (三) 不生於伊爾撒斯、魯達林奔之已脫親權之未成年者。得爲國籍之選擇。全與成年者同。

日本明治八年。與俄國締結交換千島樺太之條約。其第五條之規定如左。

住於交換各地之各民。日本及俄人各政府以左之條件爲保證。各民均得保存其本國籍。

欲歸其本國者。得任意歸其本國。

或願留於交換地者。其足營生計之權利。及其所有物之權利。及信教自由之權利。悉得保全。其所受保護。全與新領主之屬民無異。

然而其各民者均屬於受其保護的政府之支配。

以規定者如是。所謂各民之意義至不明瞭也。

明治二十八年五月十日之中日馬關媾和條約其第五條亦云。

割與於日本國的地方之住民。而欲住居於右割與的地方之外者。得自由賣卻其不動產而退去。自本約批准交換之日起。可爲二個年之猶豫。但滿右年限之時。而未退去該地方者。因日本國之都合_{利猶言便也}視爲日本人。

所謂住民者爲如何之人民。殊不明瞭也。而依本條之時。二年已經過而不去該地方者。則此住民。因日本國之都合視爲日本國民云云。故經過二年仍住於該地者。不過視爲日本人。亦非直卽爲日本人也。或者認斯人不欲爲中國人。故有不能爲中國人之說。又在日本並不與以爲日本人之決定。仍不爲日本人。故學者之論。有謂此等人終爲無國籍之人者。余意以爲於二個年內去割讓地。不欲爲日本人。而欲爲中國人者。必爲中國人無疑者也。其經過二個年後。仍止於其地。而不他去。則自己之爲中國

人爲日本人。全任日本國家之意。思之解釋。而日本國家依日本之都。合謂其爲日本人。則未見其仍能有中國之國籍也。

第四款 因回復而取得國籍

因回復而取得國籍者。謂以前本爲內國人。而一旦取得外國之國籍。爲外國人。厥後再取得內國之國籍也。

有如斯之關係者。縱令一旦爲外國人。然曾經有過自國之國籍。而與自國究竟有密切之關係。緣是之故。雖於普通歸化之條件不完備者。可使其依輕易之方法。以取得自國之國籍也。

在英國。對於因一般回復而取得國籍者。概不認之。單於因婚姻而取得外國國籍之女子。於其夫死亡後。而解消婚姻者。則認其爲國籍之回復。其他從前既出英國國籍。而取得外國國籍之人。後欲回復英國之國籍者。須依純粹之外國人欲取得英國國籍同一之手續。不能不踐歸化之條件。然余輩之意。以爲此主義失之於太狹隘也。何

則英國法之精神。雖對於取得外國國籍之女子。於其夫死亡之時。與以一種之特權。而於其他之情形。責之女子者甚嚴。女子不得輕易回復英國之國籍。有輕易回復英國之國籍者。則謂其不當。然若此女子因其夫有他之姦通而離婚者。則此女子無一點之可責者也。

余輩之意。以爲於婚姻解消之出於如何之理由。不必問之。總之。因回復之故。則必許取得本國之國籍。法蘭西及比利時之學說判例及立法例。實依此主義也。

一旦既爲外國之人。而欲回復舊時本國之國籍者。厥有二種。

- 一、生來爲內國人。既出內國籍而取得外國籍爲外國人後。復欲爲內國人之時。
- 二、生來爲外國人。一旦取得內國籍爲內國人。既而又出內國籍爲外國人。厥後復欲爲內國人之時。

第二種者。與前述之國籍回復之理由相比較。其與內國之關係甚爲薄弱。故諸國之法。制皆不認其爲回復日本亦然。

第一種以所以爲外國人之原因分而爲二。一因婚姻。一因婚姻以外之事由。今日本國籍法上所說明者卽是。

國籍法第二十五條之所定。(因婚姻而失日本之國籍者。於婚姻取消後。在日本有住所者。得內務大臣之許可後。卽得回復日本之國籍。)依此規定。則因婚姻而喪失日本國籍之人。更欲取得日本之國籍者。非備有左之三條之條件不可。

(一) 婚姻解消。然不問其解消之原因如何。此與英國之法制不同處也。
(二) 有住所於日本。此不僅單有回復國籍之意思而已。其所以發表其行爲之必要的理由。卽出於此者也。

(三) 得內務大臣之許可。

國籍法第二十六條。規定非因與外人爲婚姻之理由。而爲外國人者。欲回復日本國籍之時。其條文曰。(依第二十條又二十一條之規定。而喪失日本國籍者。如有住所於日本之時。則得內務大臣之許可後。得回復其國籍。但因第十六條之所揭而喪失

日本國籍者。不在此限。受本條適用者如左。

(一) 因自己之志望。取得外國籍。而喪失日本國籍者。二國籍法

(二) 失日本國籍者之妻。及子。取得夫及父之新國籍。而失日本之國籍者。

而於得日本國籍之條件。與前述之因婚姻而失國籍者之回復時無異。故不必再爲說明。

國籍法第二十六條。本來之外國人。一旦歸化。由養子。又入夫之原因。而取得國籍者。於既失去日本國籍之後。欲再得日本國籍之際。不得依此簡易之條件。蓋以此等人。雖嘗爲日本人。而實則並非純然的日本人也。例如中國人先歸化日本。而爲日本人。其後復歸化亞美利加。而失日本國籍。如更欲再得日本國籍之時。須踐一般之手續。不許照回復國籍之辦法也。

茲之爲疑問者。生來之日本之男子。因爲外國人之養子。而成外國人者。其於緣組消解之後。得依前示之方法。而回復日本之國籍否耶。余輩對於此疑問。雖可依第二十

六條及二十條而下積極之斷定。而以第二十五條不在此情形之內。究爲一不能解決之疑問也。

第五款 因婚姻國籍之取得

同一國籍者間之婚姻。其所關係。只規定於國內法而已。不生國際法上之問題也。其生國際法上之問題者。異國籍者間之婚姻而已。於此等處。夫婦將從何國之國籍乎。在古代皆置重於女子。以女子爲本系。東西之所一軌也。然於今日者。以男子爲組織國家之要部。而女子者在補助之地位。且一夫一婦之主義。殆萬國之所盛行。故以男子爲本位。而無血統不明之患。因之在國際法上。確定婚姻妻從夫之國籍之原則。所以使夫婦兩者有同一之國籍者。爲圖一家之統一。而女子之國籍合於男子者。實因於如前所述之。以男子爲主也。

於日本國籍法。(一)日本人之女子。與外國人之男子爲婚姻之時。及(二)日本人之男子。與外國人之女子爲婚姻之時。分設爲二者之規定。

第一 日本人之女子與外國人之男子爲婚姻之時。

是國籍法第十八條之所規定也。曰、(日本人之女與外國人爲婚姻時則失日本之國籍)云。余輩對於此規定不得不鳴缺點。何則如本條者。單定日本人之女。失日本之國籍而已。若其女之夫不與其女以國籍之時。則其女遂生無國籍之結果也。例如南美之排納在拉 (ベネセラ) 婆利稀阿 (フリヒヤ) 等之法律。自國人之男子與外國人之女子爲婚姻。不與女子以國籍。故若與此等之外國人爲婚姻。則日本之女子。卽成無國籍之人也。

余輩寧以意大利之法。認爲妥當。意大利之法曰、(意大利人之女子與外國人之男子爲婚姻時。若取得男子之國籍者。則喪失意大利之國籍) 故若其女不能得男子之國籍之時。則依然可爲意大利人。而不生如前所述之弊害也。

第二 日本人之男子與外國人之女子爲婚姻時。

於此等處。其女子取得日本之國籍者。日本國籍法第五條第一號之規定。而各國

所概認也。例如英吉利、法蘭西、德意志、比利時、和蘭、俄羅斯等均。是余輩於此等處。爲防積極之衝突。故假如規定外國人之女子爲日本人妻者。限於喪失其本國國籍之時。可以取得日本之國籍。則此規定乃完善矣。

然則婚姻之後。夫或變更其國籍時。妻之國籍受其影響否耶。試說明於下。觀於各國之立法例。大約有左之三主義。

(一) 夫變更國籍之時。妻亦取得其國籍之主義。是英、俄、澳、美、意、瑞西等國所採用也。

(二) 夫之國籍變更而妻之國籍不變更之主義。是法、和、西、丁、比、希、那、瑞等國所採用也。

(三) 妻不表示反對意思之時。則從夫之國籍。若不願而表示其反對之意思者。則許保維其國籍之主義。是德國所採用也。

日本國籍法採用第一主義。其第二十一條之規定云。(夫日本國籍者之妻及其子。

取得其夫及父之新國籍時。則失日本之國籍。夫之國籍變更時。則妻亦隨之。爲避國籍之積極的衝突。故妻取得其夫之國籍時。喪失日本之國籍也。

前示第二主義之理由之所在有二。(一)妻若從夫而變更其國籍。則妻之能力及權利上。恐受變更之故而被損害。(二)妻若從夫而變更其國籍。實反乎妻之豫想也。何則。於婚姻時。豫期得其夫之國籍。雖服從其國之法。律。所甘受者也。厥後其夫變更國籍之時。妻亦隨之。此出於妻之豫期之外者也。顧此二主義。以何者爲正當乎。余輩以日本國籍法之所規定者。信爲優也。此主義。舊民法人編第十一條。及明治二十四年之歸化法案。亦採用之。而英美及德國之學者。所贊同也。日本國籍法第十三條第一項之規定云。(取得日本國籍者之妻。亦共其夫取得日本之國籍)於外國人之夫之歸化時。亦採用同一之主義。即二十一條之所定。日本人的夫。取得外國之國籍時。效力及於其妻。本條者。規定外國人的夫歸化日本之時。其效力亦及其妻者也。而第十三條第二項云。(前項之規定。於其妻之本國法有反對之規定者。不適用

之。蓋所以避自第一項生出國籍之積極的衝突也。又本法第十四條之規定。而關聯於第十三條者。取得日本國籍者之妻。爲其本國法有反對之規定。不能依第十三條而取得日本之國籍之時。雖不具備第七條第二項所揭之條件。亦得歸化也。余輩之以日本國籍法之規定爲正當者。因於一家之統一上。不得不然也。蓋夫婦者。一身同體。而妻者有與其夫同居之義務。實爲通例。然而各國之國家。僅對於自國之國民。與以居於國內之權利。妻非自國人。得使之退去於領土之外。故苟不依日本國籍法等之主義。則夫婦。一身同體之目的。不能貫徹也。法蘭西之學說及實際。雖主張如前所述之妻從其夫歸化。反乎妻之豫想。且有害其能力權利之恐云云。終不免乎謬見。何則。此等之效果。畢竟從妻隨其夫之原則而生之當然事理。若避此效果而望獨立以爲一切之行爲。寧不如當初之不爲婚姻也。

然右之原則。並非絕對的者。有一例外。不可不認之。卽妻對於夫。有獨立之權利。不因夫之歸化而變更是也。對於夫有獨立之權利者。卽夫妻利害相異之權利。例如離婚。

請求權。是現在各國之法律。認爲妻者。有因夫姦通他之婦人之理由。而請求離婚之權利。若夫因既爲姦通之事。恐受其妻爲離婚之請求之故。乃擇不認此種離婚之國而歸化之者。於此等處。妻可以不從其夫歸化之國之法律。而得依從前有國籍之國而提起離婚之訴訟。巴魯（バル）氏之論曰。夫歸化野蠻之國時。妻可以全然不從其國之法律。而從前之國法者也。云云。然不能謂野蠻國爲一切不適於理。未必卽爲正當之學說也。

爲妻者。得離夫獨立而歸化於外國否耶。日本法例第八條。爲關於此點之規定。其條文云。（外國人之妻。非共其夫者。不得爲歸化。）此不認妻之爲單獨之歸化者。外國之法律。亦概依此主義。此點之實際事件之所起。卽起於前所述之僕夫羅猛（ボールモン）事件。茲不厭其重複。詳述之於左。併紹介學者之意見而評論之。

比利時女子喀喇孟希美（カラマンシメー）氏者。與法蘭西之士官僕夫羅猛（ボールモン）結婚。後於法之網南（セイヌ）裁判所。受別居之裁判。是因該國

依千八百十六年之法律。禁止離婚。而僅許別居之故。（此法律至千八百八十六年而廢止）此女後移居於德國之撒克遜。又轉居於柏林。遂歸化德國。與夫之國籍遂異。德國之國法上。已無夫婦之關係。乃與羅馬尼亞之侯爵皮培斯誇（ビベスコ）結婚。而法蘭西之法別居中之妻。是否可以單獨歸化於外國。並無規定。於是夫婦之間。起一問題。爲妻者未得其夫之許可而歸化外國。是否可爲有效。及第二之婚姻。其效力能否成立。此爭議起後。而兩國學者之頭腦大苦焉。

法蘭西之法律之規定。雖云爲妻者非得夫之許可則不能歸化於他國。然如前所述之別居中之妻。獨缺明文。果其不得夫之許可而不能歸化他國耶。是不能明焉。然法國之多數之學者。以爲雖屬於別居中之妻。究未離婚。則與同居之妻相等。仍不能不立於夫權之下。是以非得其夫之許可者。仍不能歸化者也云。

在德國有名之婆倫久里（ブルンナエリ）對於此以詳細之論說。述自己之意見。今摘其大綱以示於左。

(一) 歸化之法律上之性質。歸化之結果雖變更人之私法上之身分能力。然而歸化者。公法上之行爲也。故於定歸化之條件。則或許之。或禁之。及乎定歸化之效力。則總攬入於歸化國之權內。而決非歸化人之本國所能干與。又各國各能自由定其自國人脫自國國籍之條件。而法國民法。因恐有二個以上之國籍者。（註）於第十七條云。（凡爲法國人者。欲歸化於外國之時。須失法國之國籍。）故依此規定。則法蘭西人。反於自己之意思。而不欲爲法蘭西人者。一取得他國之國籍後。則必失法國之國籍。反之。如德意志之法律。則無妨於國籍之重複。故德國人者。儘歸化於外國。尙不喪失德國之國籍也。於本問之情形。可以容許喀喇孟希美（カラマンシメー）歸化否耶。專依德國之法而決。以獨逸既認其歸化爲有效。則喀喇孟希美即非法國之人。

又其所歸化者。爲德國之瓦敦堡（アルテンベルヒ）故若對於歸化得求故障者。唯法之僕富羅猛及其國之檢事也。何則。就德國法律上所許之有效之歸化。其

故障無可挾者之理由也。雖然此二者單對於法國之官廳得爲故障而已。而對於德國之官廳。則無何等故障之可以申立。詳言之。則德國者。與以國籍者也。故不得申立故障。而法國者。失之者也。故得爲異議。然而僕富羅猛對於法國官廳。不能爲故障也。何則。喀喇孟希美因別居。故對於其夫僕富羅猛得身上之自由。而僕富羅猛之對於其妻。則已失其權利也。加之僕富羅猛者。不能與其妻以正當之幸福。固不待言。則拒其妻之歸化者。卽嫉其妻之得幸福。而決非所許。反之。法國之檢事者。於其官廳得申立其故障。何則。(一)別居中之法國人。不得其夫及裁判所之許可。而取得外國之國籍者。卽目中無法國之國籍者也。(二)又免法國國法之法網。而爲再婚者。亦意中事也。然此故障。獨對於法國之官廳得爲之而已。而對於德國。則不得爲者也。

(二) 離婚及再婚之性質。關於離婚及再婚有二個之主義。

(甲) 婚姻者。夫妻之終身間。爲所結合而不離者也。故不許離婚。因之亦不得再婚。

此爲第一主義。

(乙)

以婚姻爲結合夫妻之終身者云云之說。僅一個之理想而已。此理想者。與實際之生活關係。不相一致。故因事實上之必要。而許離婚。於是乎不能不許再婚。

此爲第二主義。

右之二主義。各有一利一害。何者爲是。何者爲非。雖不能判斷。而一國之民。因不欲從自國之法律。而有欲得他國之國籍者。所不能免。此事明明爲國際法之所許也。而國家之對於不欲爲自國國民者。亦不强之使爲自國之國民。此人民既轉於他國。得其國籍之時。即無服從舊國法律之義務。無竝言也。

(三)

變更住所及國籍之自由。此國際法之原則。男女皆可適用。然而女子者。非如男子有國家的政治的業務。爲人之妻。爲人之母。均屬於家族者也是。以其歸化他國。可云比男子爲輕易。故無論何國之法律。自國之女子。與外國人爲婚姻時。必許取得其夫之國籍。決不禁之。果其如是。則於前之例。較夫之不便。更爲不便。如喀喇

孟希美者。因爲避此不便。而取得德國之國籍。及再婚法國。無禁止之理由也。

(四) 關於德國及法國之離婚的法律之比較。

(一) 法蘭西法。法國者。其初許別居而不許離婚。其後於革命時代。以一千七百九十二年之法律。廢別居而許離婚。然至千八百六年。更許別居。同時又許離婚。其後至千八百十六年。又禁離婚而僅許別居。即法國現行之法規。

(二) 德國法。德國法所淵源之普魯士法。許離婚及再婚。於德國之加特力教國。對於別居者。有與離婚者同一之效力。皆許再婚。

普魯士以外之法律。分二種。

甲) 別居者與離婚同。皆得再婚。訴於裁判所。則可變別居而爲離婚。

(乙) 千八百六十三年。撒克遜王國之法律。第千六百六十七條。終身之別居。雖與離婚生同一之效果。惟在夫婦之一方生存間者。不得再婚。

要之德國法者。無論於何之地方爲永久之別居。妻雖不得夫之許可。儘可變更。

其住所及歸化於外國而德國法之精神在於夫婦別居之後得再爲婚姻故不問其居於德國及居於外國也。

(五) 德國法上之歸化條件。歸化之有效與否依該國之法律而決。即前所述者也。

故於今依千八百十七年之德國國籍法。而以其條件決示之。

(一) 歸化者須依其從前之本國爲有處分能力之人。若其能力欠缺之時須依父後見人保佐人之同意。

品行方正。

(二) 於自己所赴之地已有住所及生活之途者。

(三) 於其地能養家族者。

(四) 由以上之四條件而論之則喀喇孟希美者於第三之條件已經具備其可議論者則第一之條件也。依同號之規定無處分能力之時須依父後見人或保佐人之同意。惟於夫之許可則並無規定之處。然以余輩推解之縱令缺此規定亦當以得夫。

之許可爲是。然此不過但爲婚姻中之妻而言。若離婚時之妻。則不以受夫之許可爲必要也。何則。蓋於斯之時。爲夫者對於其妻。已喪失其夫權也。

(六)

國際法上人之地位。於外國。有對於或人。特制限其行爲能力者。例如奴隸。又如在加特力教國居終身之教職者是也。此等之制限。與德國法律上所認人之自由。正相衝突。若此等之國人。來德國時。依自然法。卽視爲有行爲能力者。依此理由。於他國之別居之妻。無論在德國之何處地方。視與已離婚者無異。而得爲再婚。又德國法。凡爲夫者。對於別居之妻。不能有後見之權。故別居之妻。隨意變更其住所。及歸化他國。皆無不可。

(七)

定再婚條件之法律。第二次婚姻之條件。將從何之法律乎。此各國之法律。不相一致。其主要之主義如左。

- (甲) 依新婚契約締結地法之主義。是北美合衆國之學者及判例所採用者也。
- (乙) 依住所地法之主義。此德國所採用者也。

(丙) 依本國法之主義。此法國之學者及判例所採用者也。

照右第二及第三之主義。按僕富羅羅猛事件。依第二說之時。則可從瓦敦堡之法律。依第三說時。則可從德國之法律。故無論從何之主義。皆許再婚也。

以上之所說明者。婆倫久里對於僕富羅羅猛事件。所論之大要也。余輩今試以所信於以上之說者而述之。

(一) 婆倫久里氏言定歸化之條件者。在歸化國之權內。雖謂無害於歸化人本國之權利。然而此於國內法上固爲正當之議論。而自國際法上觀之。則無甚見解也。何則。在國際法上。歸化國及歸化人之本國。不可不圖兩者間之調和。而不可僅論一方也。

婆倫氏雖又言無論何國之人民。欲脫其自國之國籍者。其國家不能妨礙之。然而此不過爲原則之所認者耳。若其脫國籍而有害於公共秩序者。則不能不禁之焉。然氏單以原則爲前提。謂喀喇孟希美之歸化。於德國法上爲有效云云。是亦不過。

一。隅。之。觀。察。余。輩。所。不。能。贊。同。者。也。

又。婆。倫。氏。之。論。本。於。法。國。民。法。第。十。七。條。凡。歸。化。於。外。國。之。時。須。失。法。國。之。國。籍。然。而。此。之。有。效。者。在。取。得。外。國。國。籍。以。後。而。氏。之。所。謂。有。效。者。以。之。爲。取。得。外。國。國。籍。之。前。提。是。實。以。國。際。法。上。之。觀。察。置。之。度。外。也。

(二) 婆。倫。久。里。氏。謂。因。別。居。而。夫。權。爲。之。喪。失。然。而。別。居。者。並。非。如。離。婚。者。之。全。失。其。關。係。者。對。於。別。居。之。妻。或。亦。有。權。利。在。然。爲。夫。者。是。否。有。許。可。其。妻。歸。化。之。權。利。此。爲。法。國。法。律。上。所。未。定。者。此。中。正。有。疑。問。而。氏。則。遽。下。前。示。之。斷。案。而。不。疑。豈。得。謂。之。肯。綮。也。哉。

(三) 氏。於。歸。化。爲。男。女。之。區。別。謂。女。子。者。無。有。行。政。治。上。之。事。務。者。也。故。女。子。者。儘。可。輕。易。歸。化。於。外。國。云。云。然。而。非。也。何。以。故。女。子。之。行。動。謂。之。爲。國。家。者。自。不。如。謂。之。爲。家。族。者。然。國。家。不。能。不。由。家。族。而。結。合。家。族。如。不。齊。則。國。家。從。而。紊。亂。故。男。女。實。無。區。別。之。理。由。也。

(四) 氏之論謂德國法之精神。在許別居之夫婦之爲再婚。然而德國之親族法。爲外國人而制定者乎。抑爲德國之本國人而設者乎。於此際並不說明。然而余輩則信德國國法之專爲德國人而制定也。然則德國親族法。祇能適用於別居之德國人而已。喀喇孟希美爲法國人在法國爲別居而竟以德國之國法擬之。余輩莫明其意之所存焉。

(五) 氏謂妻之歸化。須得夫之許可者。此制限唯婚姻中之女子則然耳。而在別居中。之婦人。則決定不然云云。雖然所謂別居者。非離婚而仍在婚姻之繼續中也。故氏之說。畢竟於德國法之離婚與法國法之別居混同者也。

其他氏之議論。謂官廳者。有許外國人歸化之權限。故德國官廳之許喀喇孟希美之歸化。實爲有效之行為。不獨德國而已。世界萬國無往而不有效也。今藉此論理而立論。則法蘭西者。依其國法。命爲別居。不僅在法蘭西之領土內而已。將亘世界萬國而無不有效。且可以因是而不能再爲婚姻焉。

對於本問題。依細南（ゼイヤ）裁判所之判決。喀喇孟希美之歸化。雖對於德國有效。而對於法國則無效也。余輩以此判決。信爲得當者也。蓋以此爲國際法上所不能調和之一問題。捨如此判決之外。更無他之良法也。

第六款 因養子及入夫而取得國籍

在歐洲如法蘭西、德意志、奧地利、匈牙利之法制。無有以養子而變更國籍者。蓋使爲養子者。不致喪失其實家（即本生之家）之權利也。日本國籍法第五條第二號及四號。規定爲日本人之入夫及養子者。可取得日本之國籍。是歐洲養子之觀念。與日本養子之觀念。其性質不同也。詳言之。則在彼之養子的法律關係。爲養子者。不過冒一養家之姓而已。而在日本。則如民法八百六十條以下之規定。自緣組之日起。即取得養親之嫡出子之身分。故日本關於養子之法律。爲國籍法所規定。實爲得當者也。然而歐洲諸國之法制。與日本之制度之間。以此等之差異。遂有生出國籍之積極的

衝突之結果者。實所不得免也。

第七款 因認知而取得國籍

認知之性質。讓民法上言之。茲從省略。日本民法。准父及母之認知。民法八而於或種立法例。則限於某之一方得爲之。關於認知而生出之問題。卽爲母者。於自己所生之子。得不認爲自己之所生者耶。余輩對於此問題。可以從事實不能勝於法律之原則而斷定之。例如不認因姦通亂倫及強姦所生之子是也。

次如婚姻以外之子。將從父之國籍乎。抑從母之國籍乎。又異國籍之父母。同時並認知其子之時。則爲子者。將取得何之國籍乎。此問題。決非能以因婚姻中所生之子。例也。何則。婚姻者。妻必取得夫之國籍者也。是故於此時所生之子。不生國籍之疑問。茲所揭之疑問。蓋因私生子而起者。在法蘭西之法律。於此等處。可取得父之國籍。其理由之所在。蓋因爲父者。對於其子。有親權。故從父之國籍。較之從母之國籍。其利益更大也。反之如墮地利、瑞西、瑞典、及德國之法律。則子之所取得之法律。與其從父。寧置

重於母。故務使其得母之國籍焉。今於此二主義中。以何者爲得當耶。此當以從其子之利益爲定。如子以從父爲利益者。則從父之國籍。子以從母爲利益者。則從母之國籍。而余輩則左袒前者之主義。以得父之國籍。信爲至當也。

關於前所述之問題。見於日本國籍法規定之第五條第三號。(被日本人之父又母。認知之時者)即取得日本之國籍。若父母同時認知之時。則單以從父爲限。而取得日本之國籍。國籍法第六條第四號此採用法蘭西之主義也。今依日本國籍法第六條。舉示外國人因認知而取得日本之國籍之條件如左。但本條於被認知者之必要條件及認知者之必要條件。並不分析清楚。故於各項何者爲必要之條件。不可不研究也。

(一) 依本國法爲未成年者。是被認知者之必要條件。

(二) 未爲外國人之妻者。此條件爲被認知者之必要條件乎。抑爲認知者之必要條件乎。不甚明瞭也。然而不能想像。認知者有此必要條件。蓋被認知之子。須未與外國人爲婚姻者。所以防國籍之衝突也。

(三) 父母之中。先爲認知者。爲日本人。此認知者之必要條件也。

(四) 父母同時爲認知之時。則父必係日本人。此條件與前同。亦認知者必要條件也。

第八款 未成年者隨父母取得國籍

父之變更國籍。及於未成年者否耶。在法國古代之法律。國籍之變更。但限於本人。而不及於他人。自純理上言之。此法可謂當得者也。然而在事實上。則不能從此主義。蓋法國制度之精神。以不從其父變更國籍爲子之利益。然而此不免爲謬見也。除少數之例外。以外子皆以從父爲利益。無俟喋喋辨也。蓋未成年者之意思。不能確定。於父之變更國籍之時。不能發表自己之確定之意思。假令暫時取得父又母之國籍。以待後日意思之確定。實爲得當者也。况從法國之制度之時。父子有國籍不同之結果。一旦兩國有戰事。時則父子相鬪於戰場之慘狀。將於是乎。呈矣。顧法國者。爲圖人口之增殖。藉此理論之名目。而置人道於不顧者也。

日本國籍法第十五條第一項之規定（取得日本國籍者之子。依其本國法。爲未成年者之時。與父、又母、共取得日本之國籍。）余輩所贊同者也。

第九款 妻隨夫而取得國籍

妻隨夫而取得國籍者。謂婚姻之後。夫取得他國之國籍之時。妻亦取得夫所變更之國籍也。此於第五款因婚姻取得國籍之後段中。已經詳細說明。可以參觀。茲不重說矣。

第三節 國籍之喪失

國籍之喪失者。其觀察之點不同。故得分爲種種之種類。余輩信此等之種別爲正且便也。其區別者。即（一）因爲外國人而喪失國籍。及（二）因爲外國人以外之理由而喪失國籍。試以此二種之區別而說明之。

第一 因爲外國人而喪失其國籍。

余輩前者。已說明一人不可有二個國籍之緣由矣。茲之因爲外國人而喪失其國

籍者。實避此等國籍之積極的衝突之方法也。依日本之國籍法。此種國籍之喪失者。有左之五種。

(一) 因自己之志望。已經取得外國之國籍。而因之喪本來之國籍。是國籍法第二條所規定也。

(二) 因與外國之男子爲婚姻。而喪失國籍。自理論上言之。則此種之喪失其國籍。已包含於前示之第一種之中矣。然而日本國籍法第十八條之規定。特以此區別之。余輩亦仿其例。而兩者之異點。在前者。必須爲取得外國之國籍者也。然而在後者。則有不必定然者。於或國之法制。自國人與外國之女子爲婚姻時。不一定以國籍付與日本國籍法。設絕對之規定。實爲非理。余輩既於前說述之矣。

(三) 喪失日本國籍者之妻及子。因隨其夫及父。取得新國籍。而喪失其國籍。是國籍法第二十一條及二十二條之所規定。卽所以避國籍之衝突也。舊民法第

十四條。人事編十四條。(失日本人之分限者之婦。及其未成年之子不能引續居於日本者。則失日本人之分限。)雖如此規定。然萬一其夫及其父之所屬之國。不與以國籍之時。遂有國籍之消極的弊害。故於國籍法上修正之也。

(四) 日本人之子。因認知而取得外國之國籍。於是喪失其國籍。此國籍法第二十三條之所規定。爲防國籍積極之衝突。及消極之衝突而設者也。

(五) 因婚姻及養子。而取得日本之國籍。既而又復離婚。及離緣。而取得外國之國籍。因之喪失其國籍。是於國籍法第十九條所規定。其理由與前所述者同。

以上所說者。因爲外國人而喪失其國籍者也。而國際法之原則。各個人得自由拋棄其自國國籍。而取得外國之國籍。如前所說明者。然而國家者。或恐人民自由取得外國之國籍。有妨害自國之安寧秩序之時。則可以不適用此原則。於此等處。國家對於自國人民之取得外國之國籍者。不妨禁之。日本國籍法第二十四條所規定者。卽此是也。依二十四條。處於左之兩個之地位者。定爲例外而不許喪失自國

國籍

(一) 滿十七歲以上之男子。當服海陸軍現役之時。又尙未服過此兵役之義務者。皆不得喪失其國籍。蓋若許此等之人。自由喪失國籍。則必有因避忌徵兵而歸化於外國者。勢必紊亂本國之安寧秩序也。

(二) 現有文武之官職者。非失其官職。後不許喪失國籍。蓋若許容其喪失國籍。則國務必至澁滯。而秩序紊亂之結果。必因之而生也。

第二 因爲外國人以外之理由而喪失其國籍

學者往往於任意的喪失國籍以外。有用強制的喪失及懲罰的喪失之文字者。此等者。即余輩所謂因爲外國人以外之理由而喪失國籍。即包含於中者也。例如法蘭西民法第十七條云。(未得國家之許可。而任外國政府之公務者。失法國人之分限。) 又第二十一條云。(未得國家之許可。而服外國之兵役。又加入外國之兵社者。喪失法國之國籍) 是也。日本舊民法亦仿此例。其人事編第十二條第二號

云（不得日本政府之許可而受外國之官職。又入外國之軍隊之時。失日本人之分限）反之。在日本現行法。此種之規定。全然削除。關於此等之事。並無何等之規定。縱令日本官吏。有就外國之官職。又日本臣民。有加入外國之兵籍者。亦無喪失日本國籍之結果也。

在立法上之理由。所以務令奉外國官職及服外國兵役之人。喪失其國籍者。蓋以爲此等之人。其愛國之心不熾。故對於本國之義務。亦必不肯熱心。然而余輩以爲。雖有此等之事實。不必一定令其喪失國籍也。有此等之事實者。未必即失其愛國之心。不能謂其對於本國之義務。必不熱心也。（一）有驅一時之血氣。或激於愛國心。而出此者。（二）有因人口增殖之結果。於自國無營生計之途。而爲此等之所爲者。此自經濟之點觀之。實爲國家之利益。（三）令如此之人。喪失國籍之時。若此等之人。對於舊國爲破壞安寧紊亂秩序之犯行。既然已非自國之人民。則刑法上。卽有不能加以制裁之缺點。是以如舊民法。人事編草案之設。如此之明文者。對於此等之人。

亦不能適用刑法也。

以上所說明者之外。在德意志法蘭西之法制。凡永久滯在於外國者。必使喪失本國之國籍。日本舊民法之人事編之草案。亦設如是之規定。爲國籍喪失之原因。然而舊民法人事編不採用之。在國籍法亦然。余輩極以爲得當者也。蓋如今日者。有容易取得外國國籍之方法。不必認此之國籍喪失爲必要也。

更以關於結合國之國籍說明之。

何者謂之結合國。此讓於國際公法上詳說之。茲不具論。而爲國際私法上之問題者。謂取得聯邦中一國之國籍之時。卽是否當然卽取得聯邦中之國籍是也。以例解之。如取得德國聯邦中之俾倫一國之國籍。卽可爲德國之人民否之問題也。而在亞美利加合衆國及瑞西合衆國。亦有同一之問題。此在現今多數之法制。則以其國法爲積極之斷定。例如瑞西之憲法第四十三條之規定有云。各州之人民者。瑞西之國民也。而在德國亦然。故喪失德意志聯邦中之一國之國籍者。同時卽不能爲德國人民。

第二章 住所

第一節 住所之意義

下住所之定義。最爲困難。然於普通之意義解之。則可云住所者。生計之主要地也。第
山氏則謂住所者。人留於一定之場所之意。而撒比尼則云住所者。自己之滯在的
居所。而且依之爲其市民之生活。及其職業之中心。所選擇之場所也。又司多利（ス
トリー）則謂住所者。或人無移轉於他處之意。而現在之所也。又或有謂住所
者。於或國內之住民。而人之存在的法律觀念也。其他學者之所下住所之定義。大抵
大同小異。如後段之說明。住所者。實爲意思及行爲之要素。故住所雖有法律的。有強
制的。而其如斯者。自例外觀之。則然耳。余因此等諸氏之定義。而得正當可信之斷論
曰。住所者。人之生活之主要地。而於現在有滯在之意思。表之於行爲者也。故仔細觀
察之。則住所者。有左之二要素。民法二十
一條參照

第一 其場所爲生活之中心。且爲有永久滯在之意思者。故於事實上。雖滯在如何

之永久。而其心中有移居他處之意思者。決不能謂爲住所。所謂意思者。卽法律上行爲能力者之意思也。

第二 依適當之行爲而勵右之意思。依適當之行爲而勵住所之意思之時。則縱令一時移於他之場所。然而其地之住所。仍不妨也。

定住所之必要者。有時以私權享有行使之本據爲之。如關於相續、遺言、婚姻、養子、緣組等之事項。其重要者也。而住所者。尤當以國籍、寄留地、滯在地、加之區別。蓋國籍者。於私法上關係之外。尙有人之政治上之關係。其據何國之法律以定之。雖無一定。而住所者。唯定之於私法上之關係而已。寄留地者。定之於行政上之關係而已。滯在地者。唯定之於其所滯在地之事實而已。依特殊之命令。而定權利義務之外。更不及於他之何等之關係者也。

定住所之標準。在意思與行爲。既如前所述矣。然而欲知此標準。決非容易者。蓋意思之不表示於外部者極多。縱令亦有表示於外部之時。然其意思究爲真正與否。極有

可疑者。蓋不適合於事實之意思。表示無何等之效力也。威斯脫雷克（ウエストレ
ーキ）之著書。於第二百二十七章。就意思之表示。舉一個之例曰。（有一個之英人。
欲永續住居於普魯士。然於此時。此英人者。其爲娛樂而來乎。抑爲保養或爲職業而
來乎。歸鄉之目的存在與否。皆不可不探明之。又其英人者。以如何之觀念。成法律上
之關係乎。就其住所有如何之觀念。不可不注意云云。）欲知其爲住所與否。夫如是
之困難也。學者每常引例。如有病之人。自甲地赴乙地。愈後可歸。學生之赴遠方留學。
業卒後可歸。皆有歸鄉之目的。故疾病之果愈與否。學業之果成與否。不能一定。以未
可操券事項之故。悉不能謂之爲住所也。蓋知人之意思。及觀其意思之表示。極爲困
難。惟其所爲標準者。則得謂以欲歸之意思。 *Animus revertendi* 而往者。不得有住所。
於其所往之地。以欲留之意思。 *Animus remanendi* 而往者。始得以其所往之地。爲住
所。然則於德國之裁判所。其是否有永久留於一定之住所之意思。不必問之。唯有不
定長留之意思者。已足知其無變更之之意思矣。而如家屋之獲得。市町稅之納付。家

族之居所如何。皆足以觀其意思之存在與否也。

第二節 住所之變更

雖一旦獲得之住所。而意思及行爲之二要素。又其內之一要素。若喪失之時。卽失其住所之存在。今以在來（原有也）之住所之不變更者。與夫變更之者之區別。列舉於左。

第一 在來之住所之不變更者。

- 一、僅喪失其意思而仍滯在之時。
- 二、已不滯在而僅有意思之時。

第二 在來之住所之不變更者。

- 一、以得他之住所之意思。而去在來之住所之時。
- 二、無歸來之意思。而去在來之意思之時。
- 三、意思滯在二者共喪失時。

茲設住所變更者與不變更者之二三之例。以詳言之。在甲地之某者。以移其住所於乙地之意思。送其家族及行李於乙地。而自己則尚在甲地。因襲病而死亡之時。則某。

者雖尙在甲地而其住所可作爲已移於乙地者何則蓋其送家族及家具之行爲已見於意思之外部也其次則如某甲者欲自甲地移其住所至乙地將航海而爲暴風所阻因再歸於甲地之時則某者之住所尙未移於乙地也何則如斯者其表意思於外形之行爲不得謂之充足也又其次之一個之問題依選擇而將新得之住所拋棄之時果以何者爲其住所是也例如美國人本於美國有住所乃拋棄之而取得住所於日本既而又有拋棄日本住所之意思而航海於中國而猶未有欲得中國住所之意思之時則該美人之住所何在平對於此問題有三個之異論（第一）得固有之住所即得美國之住所之說（第二）得初選擇而見棄之住所即得日本之住所之說（第三）無論何之住所皆不得是也然而自純理上論之以無住所之說爲最正當何則於此時既無住居於美國之意思及行爲又無住居於日本之意思及行爲於住所上必要之要素一無所有焉然則現今已失之住所不能謂其有焉余以爲於此之時可以固有之住所爲住所即美國之住所復活也此說於學理上雖乏論據然依

從來之判決例。且考之法律上之所以定法律關係者。皆以人民之無所住爲大不便。故僅自便宜考察之。如日本之關於人之私法上之能力。以本國法爲基礎。故使之復歸於本國原有之住所。最爲穩當。其次。如某者棄甲地之住所。將遷移於乙地。而於航海之中死亡之時。則某者之住所。在乙地無疑。何則。蓋是等既有意思而適當之行爲。亦即從之而動也。

就住所之變更。有一甚好之問題。如此國之人。欲變更其住所。而右之二要素雖皆已具備。然按之彼國之法律上所定之方式。尙有未完全之處。而彼國發外人不得有住所於其國之法令之時。無論意思行爲二要素皆已具備。得移其住所否耶。余以爲於此等處。當信其住所之已變更。蓋以其已具備二要素也。凡如斯之問題。皆從各國國法之異同而生。蓋以國際私法之規定。不可不從寬也。如右之情形。若令其不能得住所。則無住所者。益益增加。而一國中之國法。每至於紊亂。國際私法上之秩序也。然而於此等處。照國際私法之原則而變更其住所者。皆可適用住所地法。除不許適用住

所地法之國以外之諸國皆不可忘也。其國之自身一面於國法上不禁止之。一面又欲守國際私法上所許容之原則。是不啻既已前進。而同時又欲後退也。烏可哉。故國際私法之團體。於此等處。須對不許外人得住所之國而責言之。其國亦萬不能不從也。

第三節 強制的住所法律的住所

住所所以意思行爲爲要素。如前所述矣。然對於此原則。猶有例外。有因強制及依法律之規定。務令居於一定之固定的場所者。例如羅馬法。凡犯人之追放於一定之場所者。不得不卽以其被追放之場所爲住所。而德國之普通法。以定犯罪人之住所之事。委任於牢獄之官吏。不得謂之穩當之處置也。然在英國之判決例。命犯罪者終身移住於殖民地之時。卽爲住所之變更。此實至當之見解。無容疑也。蓋終身囚於牢獄者。其住所可視爲卽在牢獄無妨也。滑敦（ホワート）氏著書第五十四章云。（生涯之禁獄。變爲住所。）卽不外此意也。然則囚徒得以牢獄爲住所耶。此議論迄無一定。

囚徒不能有選擇住所之自由。本爲原則。然不以爲然者亦極多。有期追放者。期限經過之後。移住所於追放地。得有選擇之自由。自此點而觀察之。無論何人皆以爲然。而從政治上之原因而被本國放逐者。非以其滯在地爲住所。甚明白也。

羅馬法於追放者之外。定官吏以勤務之場所爲其住所。兵卒以兵營之場所爲其住所。家族以家長所居之所爲住所。而於此際。官吏、兵卒、家族等之住所。是否有居住其地之意思。是否有滯在其地之行爲。皆所不問者。故以此等住所。稱爲強制的住所。又謂之法律的住所。蓋官吏兵卒。於其執行職務之場所。可視爲因欲服其職務之目的而赴者焉。反之。在英國法。不以兵營視爲兵卒之住所。卽如官吏。縱令長駐在於外國者。亦不有住所於外國。近世各國實際之所認也。在英國之判決例。公使與領事。被派遣至一定之地者。其住所移於執行職務之地。然於舊來之住所。仍認之而不廢。但此等之人。有不欲移其住所之時。則可以不移之。而在兵卒亦然。又兵卒而畢生執職務於軍營者。亦得以兵營爲住所。於前所述之終身囚於牢獄之人。其住所亦可視爲在

於牢獄同一例也。

家族從戶主而生必要之住所。在國際私法上之研究甚爲重要。家族者有種種。今先言婦。婦者以夫之住所爲住所。婚姻後夫之住所變更則婦之住所亦從而變更。常隨夫之住所。此夫婦一體之議論。及婦有與夫同棲之義務之所從出者也。而人若欲知婦之住所者。婦之意思之如何。可不必問。唯知其夫之住所足矣。故縱令結婚後不赴夫之住所。亦不能不以夫之住所爲住所也。例如在日本有住所之日本人。與中國女子結婚於亞美利加之時。則此婦於結婚時。卽從其夫有住所於日本。婦雖得夫之許可。事實上。有與其夫不同居所者。然其婦仍不能獨立之住所也。例如日本人與和蘭人結婚於中國。夫歸日本。婦歸和蘭。苟不離婚。則婦之住所仍不能不從夫。惟因裁判之宣告。而夫婦別居之時。則不在此限。是查登氏等之所主張。而法國之判決例。於婦之別居之時。亦得獨立選擇其住所。唯爲國籍之變更。則不許之。夫既死亡之時。婚姻之關係解除。故寡婦者。有選擇其住所之自由。若不欲選擇之時。則

仍可以夫之住所爲住所。此婦必從夫之住所之原則。有一個之例外。即婦對於其夫有獨立之訴權。而因之有變更其住所者是也。例如（因夫犯罪之故而婦得起離婚之訴）假令在有此法律之國。當婦因夫犯何種之罪之理由。而欲提起離婚之訴時。夫恐而移其住所於無此法律之國。夫犯罪而妻不得起離婚之訴之國也。是也。於此之時。如尙謂不可不從夫之住所。則婦所有之獨立權利。必至被其夫損害。因爲保護右之權利。故於此等處。不必從其夫之住所地法也。

次就未成年者之住所而論之。未成年者在父權之下。從父之住所。未得父之許可者。不能有特別之住所。此撒比尼（サビーニ）非利木兒（フ井リモール）第山（タ イセ）諸氏及其他多數之學者之所認也。故父之住所變更。則未成年者之住所亦隨之而變更。此當然者也。被認知之子。以父所認知之當時之所有住所爲住所。父之認知。何以見得此子爲己之子乎。此有二個之主義。（一）於婚姻中所生之子。爲夫之子。（二）於婚姻中懷胎之子。爲夫之子是也。依第一之主義。則如今日婚姻而明日生子。其

子雖可爲夫之子。然事實上非夫之子。甚明白也。故必使其得夫之住所。實爲不當。而採第二之主義較爲妥當。日本民法第二百八十條云。

妻於婚姻中懷胎之子。推定爲夫之子。

自婚姻成立之日起。二百日後。又自婚姻之解消日起。三百日內。所生之子。推定爲婚姻中懷胎者。

故自婚姻成立之日二百日後。又如婚姻之解消。自取消之日三百日以內所生之子。爲婚姻中懷胎之子。即可視爲夫之子。故限於如斯之子。須從其父之住所。於歐洲諸國。凡亂倫而生之子。及姦通而生之子。不許父母之認知。裁判上父母不許證明。故不許爲嫡出子。然於日本法典。無論亂倫之子。及姦通之子。皆認之。故此種之子。一被認知之時。則其住所即從父之住所矣。又未成年者。於達成年後。而未得新住所時。則仍以未成年時之住所爲住所也。

無婚姻而生子之時。此子之住所。以其母分娩時之住所爲住所。然則母於分娩後。即

變更其住所之時。母之新住所。即爲其子之住所否耶。此屬於疑問也。欲決此疑問。於其母之關於此事。有與其父同一之權利否耶。此不可不先決定者。在英國之因婚姻所生之子。父死後。母有此權利。然無婚姻所生之子。則母不有此權利。是之源流。係發生於羅馬者。而羅馬之普通法。母關於此事。不能有與父同一之權利。在北美合衆國之判決例。亦限於婚姻所生之子。父死後。母得變更子之住所。如滑敦（ホワート）則以此爲正理。且爲善良之誠意。Reasonably and in good faith 也。例如當子之瀕於死亡之時。母之所居之地之法律。子之遺產應移於其兄弟。而母見他處之法律。有子之移產移於母者。突然移居之。於此之時。母之行爲。實可視爲出於欲爲子之遺產相續之利己心。故縱令母變更其住所。子不從之。而變更住所。而其意思之如何。不外因各種之情形。而委裁判官之判定也。又母者。於父_{母之}之死亡後。而爲第二婚姻時。已拋棄戶主之權利。則不得裁判所之命令。即不得變其子之住所。非婚姻而生之未成年者之後見人。得自由變更其被後見人之住所否耶。此不問其

禁治產者與未成年者。如果爲當然之後見人。得自由變更其住所。而其他之後見人。如遺言後見人。法定後見人。選舉後見人。則非得親族會及裁判所之許可者。不能變更被後見人之住所。此司多利（ストリー）滑敦（ホワート）威斯脫雷克（ウエストレーキ）等諸氏所採之說也。然如類堪兒休克（ビンケルシエック）路丁薄兒（ロデンプルヒ）等則謂後見人得自由變更其被後見人之住所者也。於瘋癲而受禁治產之宣告者。各國皆於裁判所指定假管理人以管理之。此假管理人得爲後見人同一之行爲。而變更其被管理人之住所。不必待裁判所之許可。信爲妥當也。在英國雖採用如斯之主義。然而法國反對之。後見人不能自由變更瘋癲者之住所也。

第四節 住所之數

一人得有多數之住所否耶。又全無住所之人有耶否耶。定此決定。乃極困難之問題也。羅馬法於此明定之。人若同時選數個之場所。以爲住所。亦屬無妨。又無住所之人

亦有之。撒比尼氏以爲人之可以無住所者。想像有左之三個。

第一、從來之住所已拋棄。而未定新住所時。

第二、未定可以歸住之家。而畢生以旅行爲職務者。

第三、無一定之職務。而彷徨於處處者。

若夫自純粹之學理上觀察之。偶然有無住所者。不可以爭。蓋不能強指無住所者謂其爲有住所者。固甚明白也。然而翻然以思之。若無一定之住所之時。則私權享有之標準。卽不能定於權利享有之行使上。甚不免於繁雜不便也。例如於甲地所爲之事。當從甲地法。於乙丙兩地所爲之事。不可不從乙丙兩地之法。於是於某時。在何地。作何事。不可不一一探究之。而於時日經過之時。當事者自身。每有不能記憶者。有證明已無者。因是關於或事件。至有不得其私權享有之法者。亦復不少。其繁雜與不便。誠莫可名狀。故於如撒比尼氏所列舉之三者。不如皆使之歸復原住所之爲便也。日本民法第二十二條之規定。於不知住所之際。可以居所視作住所。此亦避無住所之一。

方法也。於羅馬法。有一人有許多之住所者。有全無住所者。然無甚不便之感。何則。在羅馬法上之住所。不過以定裁判所之管轄而已。而不以爲私權之基礎也。卽有許多住所者。其人於一般裁判管轄之場所。可訴於許多之裁判所。於全無住所之時。則可赴現有市民權場所 *Origo* 之一般管轄裁判所訴之。故苟欲私權隨住所而行之時。而有許多之住所者。到底不可能之事也。何則。同一之人。不能得有許多之私權也。然假使反對之。而無住所之時。則其人亦必不能享有私權。其缺點甚著。故既獲新住所。後。則從來之住所。又原有之住所。不可不拋棄之也。由是觀之。以住所之有無。及住所之單複。爲裁判管轄之標準。於私權之所從出之源。實有至大之關係也。

觀近來各國之趨勢。學者大都以羅馬主義爲然。如普魯士之普通國法第二十七章之規定云。(人若有二個之住所之時。則其人之能力於二個中擇利益最多之一面之法律以定之) 英國及美國之學說。亦皆不以羅馬法之規定爲然。法蘭西之普魯休 (*プロシユ*) 瑞西之摩哈伊亭 (*ムーハイム*) 德國之撒比尼 (*ザビニー*)

斯託倍（ストツペー）臺倫婆羅（デルンブルヒ）諸氏皆否認之。

第五節 法人之住所

法人者。須定一定之場所。爲其活動之中心點。都府、市町村、寺院、學校、病院、會社等。無不如是。而於會社及其他類似之團體。依定款及依法律上之規定。而定其住所者。屢有之。然而要以商事會社者。以本店之所在地爲住所。又非商事會社者。以事務所所在地爲住所。所以爲常。在日本民法第五十條之規定云。（法人之住所。以主的事務所在地爲之。）會社之設立地。與營業地不相一致之時。以營業地爲住所。此一般所公認之學說也。例如有一工業會社形式。上雖設立於甲國。而其所營業。則在乙國。則此會社屬於乙國之會社。卽不能不服從乙國之法律。德國民事訴訟法第十九條之所定云。（市町村團體。並會社組合及其他之結合體。營造物財團之訴訟上之資格者。依其位置定之。其無他之證明之時。則依其受行政施行之場所而定其位置。）云云。明明解此疑問也。次。會社者不必服從支店存在地之法律。蓋支店之建設者。並

非住所之變更也。會社及團體之移轉其位置之時與夫法人之新設之時受法律上適用之命令之際始得謂之真正之住所之變更也。至云株式會社因定款而變更其位置依多數之議決而決定之者是並非國際私法上之問題而唯於國內法上變更其位置之時爲限。現在法蘭西於千八百八十年六月七日之大審院之判決依社員之多數決議得變其位置於他國已經宣告。

第六節 住所之種類

住所之種類將如何而觀察之乎。此可爲多數之區分。普通所行之住所之區別者如

第一、固有住所。因人者
因土地者

第二、選擇住所。

第三、必要住所。

又如

第一、自然住所。因人者
因土地者

第二、任意住所。

第三、法律住所（包含強制的住所內）

是也。而右之二者。其名雖異。其實相均。固有住所。及自然住所者。人即依父母而定者。土地。即依出生地而定者。指生而立。即有住所者也。選擇住所。及任意住所者。謂廢卻前之住所。而因自己之意。思新獲得之住所也。必要住所。及法律住所者。依法。律。而。不。能。不。從。之。住。所。也。例如子從父之住所。婦從夫之住所是。而於第三節所述之法律的住所。與強制的住所之區別。即屬於法律住所之細分者。而許當事者之聽容者。謂之法律的住所。不許當事者之聽容者。謂之強制的住所。云。例如對於處終身徒刑者之住所是。

或者謂住所之分。本由法律關係。擇法律關係中住所之最重要者。

第一、民事上之住所。

第二、商業上之住所。

第三、裁判管轄上之住所。

第四、遺產上之住所。

是爲英國諸學者之所唱。英國之法學者謂若同一之人而有許多之法律上之關係之時。得承認許多之住所。例如某者於甲地有商業上之住所。於乙地有民事上之住所。即如於相續人之地位而獲得財產之住所。皆無妨礙。而指商業上之住所。稱之謂准住所。所謂商業上之住所者。於何等之點爲必要乎。其人之國籍及住所。雖在本國。當有戰事之時。其人所爲之取引。付物品收可與交戰國他方之人民取引否耶。其人所有之船舶。或商業品。可視爲敵之所有否耶。此定商業上之住所。所以爲必要也。際此之時。其財產事實上。或假定上。是否從敵地來。是否以供敵用。不可不先定之。故照此情形。商業上之住所。存於其人之住所以外之時。雖英國人民所有財產。得視爲敵之財產也。依此種之說。例如甲者於乙地有住所。於丙地有營業所。每日通勤之。即每日由家到其營業所也。雖非遠隔。尙得以此地爲商業上之住所。於是乎有民

事上之住所。商業上之住所。遺產上之住所。及其他百般之法律上之關係。得以有許多之住所。故極錯雜而不免於不便也。尙有裁判管轄上之住所。可與日本民事訴訟法對照。

第三章 國際私法上之主義

國際私法之關係。以如何之法律支配之乎。此因乎時代而有不同。茲以今日所行之主義舉之如左。

第一 絕對屬地主義。絕對屬地主義者。出於中古之後半之主義也。卽於封建時代。統治權與所有權相混淆。對於君主之土地關係。非公法上之主權之關係。而出於私法上之所有權之關係者也。卽以土地爲君主之所有物。而人民爲土地之上附屬者。故君主對於存在於自國之土地上者。不問其爲內人。爲外人。亦不問其爲公法上之關係。爲私法上之關係。悉採委諸自己之自由主義。故依此主義。不顧外國人之在本國有如何之權利。於其來本國之時。一以本國之法律繩之。故採屬地

主義之時。不見有國際私法上關係之餘地也。

第二 絕對屬人主義。又本國法說。此說者。於人之法律關係。適用本國法律之主義。而甲國人赴乙國。毫不服從乙國之法律。因之乙國人赴甲國。亦毫不服從甲國之法律者也。此主義在古代盛行之。而至中古之前半。猶繼續者也。例如於羅馬法之初。謂羅馬之法律者。僅爲羅馬人之法律。而外國人之來羅馬者。不能服從羅馬之法律。故外國人之赴羅馬者。其爲買賣贈與遺言等之能力。全然欠缺。是故外國人之來羅馬。雖有購買食物者。不過爲唯一之事實。縱令有因此買賣之關係。而提起訴訟者。其所訴訟。亦不能得受理。何則。以外國人雖得行買賣之事實。而不得爲買賣之法律行爲者也。至近世意大利之瑪志尼（マンチニ）始有採其他屬人主義者。然而此說有缺點於當事者與本國不同之際。將從何國之本國法耶。並不詳明。採屬人法說之學者。謂於當事者與本國不同之際。則當事者爲意思之宣言。願從何國之法律。卽可以此宣言爲基礎。而下判決。然此說者。限於當事者之意。

思合致之時則可若當事者於應當服從何國之法律不能一致之時則亦到底不能行也。

此主義之所以絕對不能行者有左之二點可以徵明。

(一) 關於事件發生地及係爭地之公之秩序的事項必須不從其本國法方可保其國之秩序之時例如甲國認有奴隸之制度而乙國則謂奴隸者沒卻人間之私權者也故不認之則在甲國之爲奴隸者如赴乙國時亦具普通之人格爲權利之主體又如他之一國認有一夫多妻之制度而彼一國則不認有一夫多妻之制度者是也。

(二) 其法律關係對於本國並無關係之時例如甲國人在乙國有土地而以此土地賣卻於乙國人丙則與甲國人之本國關係極少而於乙國之關係極重大也此主義之到底不能貫徹徵之以上之理由極明瞭也。

第三 裁判所所在地法說。絕對國際私法上之關係從裁判所所在地法者亦到。

底不可行之說也。何則第一、於該法律關係之本質並無關係。又於當事者亦無關係。由偶然之有事。而當事者一方提起訴訟。其事件遂須從其地之法律。實爲一缺點。第二、於當事者一方（即原告）有可以擇自己利益之地。以提起訴訟之弊。第三、當事者一方於事件發生之當時。有豫想受非居所地之法律之拘束之弊。故在今日。無論何國。無論何學者。絕對適用此裁判所在地法說之主義者。已無之矣。或有爲裁判所可適用本國法說者。或有爲可從其他之法律之說者。採此說者。例如衛伊推爾普他（ウエヒテルプフター）等是。

第四 事件發生地法說。即於契約。則採契成立地法。而就人事。則從當事者之本國法。關於物件。則採物件所在地法之說也。從事件發生地法之說者。於事件發生地。不明之時。到底不可行之說也。加之於關於事件之形式上。有引起拘泥事件發生地法之極端論之處。而此說之最大缺點。則在足以拘束當事者之意思。

第五 適法主義。適法主義者。一個之折衷主義。而於國際私法上之關係。適用最

切當之法律之說也。此主義適合於當事者之意思。且於法律關係用最切適之法律。而確有準據可憑者。此說於法國及德國其他諸國盛行之。

採此說者。於法律關係上之必要者。分爲人物行爲之三要素。而關於人之事件。則從其人之本國法及住所地法。其關於物之事件。分爲動產事件及不動產事件之二個。甲者。謂無有一定之地位。從人而輾轉者也。故與人相同。從人之本國法及住所地法。乙者。謂有一定之地位者也。故從不動產所在地法。而於第三之行爲。又分爲實質之行爲與形式之行爲二者。而於實質之行爲。更分爲二個。關於其人之行爲。則從人之住所地法及本國法。關於不動產行爲之實質。則從不動產所在地法。關於行爲之形式。則適用行爲地法。

此主義驟觀之。似乎區分極爲明晰。然而極錯雜之主義也。例如於不同國籍之兩國之人而生爭議之際。依住所地法及本國法時。將依何國之住所地法及本國法乎。並不明載。又甲國人有不動產於乙國而死亡之時。其子尙未成年。當爲相續。而

按之乙國法律之規定。則未成年者。不能相續不動產。若此未成年者。於其本國已達成年。此時關於不動產相續之事。可從不動產所在地之法律乎。抑爲關於相續能力之故。須從本國法律乎。適法主義上。到底不能盡數解明之也。

雖有以上各種之主義。然欲絕對貫徹之。極不容易。而在今日。又發生出一折衷主義。就各個之情形。而以事件之性質研究之。推測當事者之意思。因各種之情形。而適用當事者之本國法。又住所地法。物件之所在地法。行爲地法。契約成立地法。契約履行地法。及其他種種之法律焉。

第一編 能力

欲爲關於能力之說明者。不能不先研究乎人爲何物。然對於該問題。諸國之立法例及學說。均未有定解。雖有云。人者。權利之主體。是不過爲形式上之說明。而非對於人之實質之定義。於羅馬之古法。謂人者。一。出自母之胎內。二。分娩後能自呼吸。三。非奇形兒（又作畸形兒。卽形體之未全者）等之條件具備者也。然而是不過定法律上

爲人之時期而已。非規定人之實質也。若以爲是卽人之實質。則如犬者。豈亦可謂之人乎。何則。犬者。出自母之胎內。能自呼吸。且非畸形兒也。故日本民法。單定人之時期。而就人之實質。則毫不明言。蓋人之實質者。其結局裁判所。須俟人類學者之鑑定。方可決定。屬於事實問題。而事實上之人。不可不以法律保護之。故就其成人之時期。必以法律上之明文定之也。

人者。雖有自然人與法人二種。然法人者。可於別處說明。茲所言者。僅就自然人一面說明之而已。自然人者。如前所述。必隨其存在而生法律上之效果者也。然其能力。亦因種種之原因。而不同。卽依人之生理。上。心理上。及其他種種之事實。上之狀態。生能力。廣狹之差別。例如未達一定之年齡者。白癡瘋癲者。浪費者。妻後見人。私生子等。均因各各之原因。而其能力。被所制限。而茲之所云能力者。人之享有權利。及行使法律上之資格之謂。而其享有資格之權利能力者。卽可謂之以行爲能力。行使其資格也。以下就權利能力及行爲能力說明之。

第一章 行爲能力

第一節 可適用於行爲能力之法律

就國際私法上之行爲能力。可適用何國之法律乎。有左之三說。

第一、住所地法說。

第二、本國法說。

第三、行爲地法說。

以下可說明之。

第一 住所地法說。此爲法國之薄路拿（ブールノア）等所主唱。中古所盛行之說也。卽謂人與住所之關係者。如物與所在地之關係然。凡人之權利義務者。生活之中心。卽基本於住所。而家族財產等。常置於住所者也。故住所地與人之能力。有最大之關係。故於公法上之行爲能力。依本國法爲必要。然而於私法上之行爲能力。則不能不以適用住所地之法律爲至當也。

第二 本國法說。依此說。則謂人之能力。與其本國之氣候人情風俗慣習等有密接之關係者也。故可以此等之事項。爲決定其行爲能力之根本的基礎云。然而主張住所地法之學者。攻擊之曰。凡人於本國法有不能自知之處。例如北美合衆國。爲多數之洲所成。一國之內。法律不同。然此實不當之攻擊而已。蓋其各州之法律。無非本國法也。又曰。或人屬於何國。不易知之。縱令得知其本國。依其本國法。其人是否爲有能力者耶。此知之亦極困難也。今欲爲賣買之契約。其相手方是否爲有能力者。亦不易知之。卽不能不謂其阻礙取引所之發達。然若知本國法。則今日可以不至如此之困難。蓋本人之並非無能力者。可以求證明之處。又可照會於公使館及領事館也。且於僞稱能力者而欲爲詐術之時。不問其能力之有無。其所行爲對於善意者。於國際私法上。不能視爲無效者也。此他無國籍者及複國籍者之不能定其本國法云云之攻擊者。不特本國法說而已。卽住所地法說。亦包括攻擊之。尙有最後之攻擊之一說。假如有一六十歲之老人。而歸化於外國。則此老人之能

力不能不依外國之法律而決定之。而六十年來有居住事實之出生國法律。則反不依之。其云依歸化國之法律者。非自破壞其本國法說之根據乎。此攻擊實爲正當。不特住所地法說亦被其攻擊而已。住所之變更者。比之國籍之變更。更爲頻繁而且容易者。而住所地法說者。其缺點且更甚一層焉。然此不過想像於例外耳。而非欲攻擊一般原則也。要之住所地法說者。比之本國法說則確有最多之缺點云。

第三 行爲地法說。依此說有三。(一)行爲地法容易知之。(二)當事者雖在國籍與住所不同之時。而適用法律亦無困難之感。何則。行於行爲地之法律。常唯一也。(三)行爲地者。於其不知之處。調查之較本國及住所爲容易云。此爲英美之判決例。及學者之所採用。然行爲地者。最易於變轉。以之而定能力。其對於依行爲地之法律之說。不免有如左之批駁。

(一) 人之能力。與其人之現在土地。無何等之關係。卽行爲地者。不過其人之偶然之一事實而已。

(二) 依行爲地法之結果。則每因其人之所在地而變其能力。有今日有能力而明日卽成爲無能力者。於法律行爲大不便也。

(三) 使當事者適用其所不知之法律。則必至生出反乎當事者意思之結果。

(四) 依行爲地法。則於無主之土地。及二國以上共有之土地。及國境。而爲法律行爲之時。不能見有法律之準據。

定人之能力者。將據何國之法律耶。有三個之學說。如以上所說者。而觀於今日國際法之所傾向。及各國法之實際如何。依千八百八十年。在牛津 *Oxford* 所開國際法協會會議之決議。(一) 一人之身分能力。依本國法。(二) 若本國不明之時。則依住所地法云。又觀於各國之實際。於英美則以採住所地法主義爲主。而於歐洲大陸。則採用本國法主義。於日本法例第三條之規定。亦云。(人之能力。依本國法定之。) 於第二十七條第二項云。(無國籍者。以其住所地法。視爲本國法。其住所不知之時。則依居所地法。) 其做前示國際法協會之議決之原則。則採用本國法主義。而對於無本國者。則

參酌以住所地法主義。而國際法協會會議。於住所不知之時。猶未議決依居所地法。善住所不知之時。除依居所地法之外。更無他途也。然依居所地法而定人之能力。其不適當者。自無俟言。全出於不得已也。

能力之定。亦以依本國法爲原則。然對之有一例外。卽依本國法而有害行爲地之公之秩序及反乎善良風俗者是也。於此之時。則不許依本國法而必準據於行爲地之法律也。然則以如何之行爲爲有害公之秩序及善良風俗乎。是須由行爲地之國家所認定。而屬於事實之問題。今舉一例。如認一夫多妻之土耳其國之人民。來居住於日本之時。在日本之民法。不許一夫多妻。然若絕對採用本國法主義。對於土耳其國之人民。許其娶多數之妻。是明明害及日本之公之秩序也。故日本法例於此例外。特於三十條規定之。

能力之說明。猶未終。然聊有入歧路之感。欲於他之不適當處而爲一言。卽人之納稅。對於何之國家爲之乎。本國乎。住所乎。抑現在地乎。例如於美國有住所而從事於商

業之日本人。偶然行商於英國之時。國際私法之著書。於此處並未說明。而特於各國之國內法見之。如婆倫久里（ブルンチユリー）巴魯（バル）等均謂住所地之國家。有租稅徵收之權。而美國之滑敦（ホワトン）亦如此言。夫租稅之因何故而徵收。此屬於財政學上之問題。而國際私法上。可以不論究之。於今日對於外國人而得徵租稅者。爲一般所認之原則。大抵以條約定之。對於外國人。與對於內國人有同一之程度。又僅對於同一種類之物件。亦得賦課之。唯對於外國人不得課重稅。蓋不外於適用內外人平等主義之原則也。

如是。則人者。無論其在外國。亦不能免夫納稅之義務矣。於何之國家。對於租稅之徵收。有優先權耶。此無有規定。今日之學說。對於動產不動產。其所在地之國家。第一有徵收之權。而於或種之行爲。例如營業。又如從政府取得俸給。則保護其行爲之國家。及與以俸給之國家。第一可以徵收之說。似爲優勢也。關於此等之處。依普國國內法之規定。於普國國內有土地之外國人。自其土地一個年內。有一千五百圓

日本賦
幣換算

上之收入者。須納稅於普國。又外國人。因於普國爲商業之時。而所得之收入。亦須納稅。又反對之。若普國人有土地於外國之時。對於其收入。亦課以租稅。若在外國徵收同一之租稅之時。則免除之。此規定與前示之學說相一致。可信爲最妥當也。又如奢侈品。其性質不一定。有於或國認爲奢侈品。而在他國認爲通常品者。於此等處。於一方納奢侈品之租稅。而於又一方則不能不負擔通常品納稅之義務。觀於意大利之法律。一八七就奢侈品。雖爲外國人之所有品。苟其住居於意國內者。可課以稅金。又於其本國爲通常品。而於意國認爲奢侈品者。亦得作爲奢侈品看待云。此固可於國家主權上論之。而非國際私法上所當認之理論也。余以爲對於奢侈品之稅金。僅可由現在國家課賦。而在他之國家。則不必徵收之。信爲正當。又無一點之疑者。郵便稅及電信稅也。此等者。僅可對於行爲地之國家而支拂。蓋除使用其地之切手即郵之外。更無他種之可用也。其他現今所不認者。如古者有對於兵役之免除。而納一定稅金者。是然而兵役之義務。與人民之籍貫相連者也。故外國人無此義務。其無負擔免

役稅之理由。更無論矣。然關於此點。而有奇妙之法律者。瑞西是也。依其法律。凡不服兵役者。必不可不納免役稅。其所以免役之原因。並不問之。而外國人者。受兵役之免除者也。故不能不負擔免役稅之義務。但於條約上有特定免除者。則不在此限。此法律係千八百七十八年六月發佈者。而以千八百八十二年之法國條約。定免役之協定。

租稅者。有對人而課者。對於物而課者。及對於人之行為而課者之三種。猶有對於人身權而課者。除人頭稅之外。更不多見。大多對於人之收入而課者也。而余輩以爲對於人之收入。其人之本國可賦課之。對於物。則其物之存在地之國家可賦課之。對於人之行為。其行為地之國家可賦課之。此最至當而可信者也。而巴魯（パール）以爲對於行為可分爲二。一者。如對於人之行為是。他者。如對於數人間隔地者間之契約是。而就數人間之行為。於契約成立地可以課稅云。是不可不謂之必然之理論也。以上之課稅問題。國際法學者之研究。尙甚幼稚。於今日不能爲的確之說明。更俟他

日研究之也可。

余曩日在留於拔拔利亞（ババリヤ）國時。曾以彼國之稅法調查之。今請紹介其大略。彼國之租稅。大別之。有國稅。及市町村稅之二種。更區別之爲直接稅及間接稅。而外國人者。因爲受拔拔利亞之保護之故。皆不能不納國稅。即直接稅中。如土地家屋稅。營業稅。資本稅等皆是。而唯資本稅者。限於一年以上引續住居之人。不問其資本之在內在外國。皆包含之。而於本來之外國人。與本爲自國之國民而今爲外國人者。有所區別。本來之外國人。其資本存在於拔拔利亞者。對於其自資本中生出之果實。凡利息皆可稱爲果實而課以稅金。又元爲拔拔利亞國民。而今爲外國人者。於存在於拔拔利亞之資本之外。無論其存在於外國之資本。對於其自資本中所得之收入。亦可課稅。蓋其意以爲縱令其資本存在於外國。要不外乎在拔拔利亞時所積蓄者也。然對於有治外法權者。則爲例外。又對於無資本者之一般之所得稅。則於家屋稅資本稅等不衝突之範圍內賦課之。此所以避二重之徵稅也。加之。所得者尙須從以下之法

則而始徵收。(一)有住所者及居住已有一年以上之久。且於該國有所得者。對於有此等之資格者。始賦課之。(二)於該國因從事於執業。而有所得者。可賦課之。(三)外國人於該國雖無住所。又不居住。而自該國受一定之金錢者。可賦課之。此法則信爲至當者。反之而在德國。苟一年以上住在於德國者。縱令自本國而受金錢。亦賦課以所得稅。是因其留在德國。而受其保護之理由。余以爲非正當也。又對於相續稅。其相續財產如爲不動產。而存在於拔利亞者。其被相續人。不問其爲外國人爲內國人。可課以相續稅。又相續財產而爲動產之時。其被相續者。雖爲外國人。苟於拔利亞有住所者。縱令其動產在外國時。亦課以相續稅。於此等之處。其相續人。須限於在拔利亞有住所者。然而於外國。若對於其相續財產。既課稅額之時。則該國即免除之。又外國之課稅少於拔利亞時。則拔利亞於其所餘之殘額。得賦課之。又間接稅。無論外國人亦負擔之。如手數料亦然。

市町村稅。依國稅同一之理由。外國人亦不能不負擔之。關稅入市稅等亦然。學校寺

院等稅。非必一般負擔之者。而如拔拔利亞。則不問其爲內外國人。自滿六歲後。七個年間。一律行強制就學之制度。故外國人不能不負擔之。而寺院稅者。限於楷脫立克（カトリック）之教徒。有不能不負擔之之義務。

第二節 行爲無能力者

人之行爲能力。原則依本國法定之。前者既述之矣。而關於能力。不僅有無而已。卽制限之亦可依本國法。對於如何者。依如何之理由。而制限其能力耶。此屬於國內法之問題。要出於或因智能之不發達。或因身體精神之有異狀。而爲保護之之故。或爲一家之整理。或爲保護債權者之利益。又或因維持社會之秩序。要不外乎此等之種種原因。如受破產之宣告者。基於第二之理由。認爲刑事上之禁治產者。由第三之理由也。

能力制限之程度。或在絕對的制限之法律。對於無能力者。無論如何之法律行爲。皆不許其單獨爲之。或在相對的能力制限之時。則法律對於斯人。僅就一定之行爲。禁

止其單獨爲之而已。或者爲絕對的無能力者。則行爲之全般皆禁之。或者僅禁其一部。蓋卽前所述之能力制限之理由。對於後者。當與以部分之自由。不必制限其全部之能力也。而通觀各國之法律。如幼者。精神錯亂者。法人。皆屬於第二種之無能力者。而如妻。準禁治產。及未成年者。非幼者。則屬於第二種之無能力者云。

能力之制限者。有於一定之年齡中。制限其或種之行爲。而至其年齡既達之際。卽得爲自由之行爲者。例如民法第七七十二條之第一項是也。或於同一之人。因其狀態之不同。有制限其行爲者。例如成年者有精神錯亂之狀態。又如二十歲以上之女子。既爲婚姻之後。前者爲絕對的無能力者也。而後者爲相對的無能力者也。又如成年者於精神錯亂。而既經治愈之時。婚姻後之女子。既經離婚之時。則卽由無能力者而轉爲有能力者矣。

茲就左之各個之無能力者而略述之。

第一款 未成年者

於如何之人。謂之未成年者耶。各國之法制並無一致。常不免生國際私法上之衝突。國際私法者即以研究避此等衝突之方法爲目的者。而非欲使各國之法律之一致也。

於羅馬之古代。生後至七歲曰、「英放斯」(Infans)爲絕對的無能力者。自七歲至男十四歲女十二歲曰、「英布培斯、英放斯埋育」(Impubes Infans major)得爲法律行爲。其行爲不負法律上之責任。又男自十四歲女自十二歲至二十五歲曰、「米諾雷司」(Minoris)得自爲行爲。若自己以爲不利益。得取消之。於取消以前。其行爲之成立爲有效者。又自二十五歲以上。謂之「埋育雷司」(Majoris)則無論爲如何之行爲。皆負絕對之責任。在日本民法第三條規定。以滿二十歲爲成年。關於人之能力。非若羅馬法之有數個之階段。以二十年爲界限。其以下者爲未成年者。其餘皆爲成年者。又於民法發佈以前。依明治九年四月一日太政官之布告。亦以二十歲爲成年。反之在舊幕時代。以十五歲爲成年。使服元服。然當時各藩之習慣。各各不同。或以十七

歲。或以十三歲為成年。使服元服。雖各各不一。大都於十五使服元服以為常。若其財產相續。必達於此年齡。若子未達十五歲而其父死去時。其家督即不能相續。然有例外。雖未滿十五歲。而已經婚姻者。即作為有能力者。又父死而子未滿十五歲。如有最關切之親族為後見人。則亦許相續。又觀夫舊幕以前之法律。於大寶律令中所設之規定。細分人之年齡為六級。而以二十一歲以上者為成年。試詳說之。自生後至三歲曰黃。自四歲至十六歲曰少。自十七歲至二十歲曰中。自二十一歲至六十歲曰丁。自六十一歲至六十五歲曰老。六十六歲以上者曰耆。蓋本於隋唐之制度也。伊藤東涯及日本史之刑志可以參照 即在隋唐。有與大寶律令大同小異者如左。

黃

少

中

丁

老

隋、 生後至三歲、

四歲至十歲、

十一歲至十七歲、

十八歲至六十五歲、

六十六歲以上、

唐、 同、

四歲至十五歲、

十六歲至二十歲、

二十一歲至六十歲、

六十一歲以上、

更觀於歐美之法制而揭之如左。

(一) 以二十歲爲成年者。之成年少瑞西。

(二) 以二十一歲爲成年者。法蘭西。意大利。德意志。亞美利加合衆國。及比利時等。

(三) 以二十三歲爲成年者。和蘭。西班牙等。

(四) 以二十四歲爲成年者。奧地利。匈牙利。

(五) 以二十五歲爲成年者。之成年長墨西哥。瑞典。諾威。葡萄牙等。

茲有一言。宜當注意者。各國定如斯之成年之期。凡未達其年齡者。卽爲未成年者。其能力被制限者也。而各國者。但不過制限未達年齡者之能力而已。至於已達一定之年齡以上者。則不制限之。申而言之。則各國之法制。無論達於如何之老年。不以其老年之事實。而制限其能力也。獨俄羅斯之法制。則恰與此等之例相反。不僅制限年少者之能力而已。對於老年者。亦有加以制限者。如八十歲以上之老人。不能爲婚姻是也。

人之能力。可從本國法者也。故於本國爲有能力的者。則於外國亦可作爲有能力的者。例如滿二十歲之日本人。至於滿二十五歲爲成年之瑞典國時。亦可認爲有能力的者。然未成年者。或自己僞稱爲成年者。而爲法律行爲之時。則對於此原則。可認爲例外。於此之時。未成年者對於善意之相手方。不能不與有能力的者相同。而負有能力的者之一之責任也。依法國之法律。未成年雖不用詐欺之方法。而相手方信爲成年者。且有可信之證明時。其未成年者。亦不能不負成年者相同之責任。夫本國之法律。與人之能力之發達。有密接之關係。故人之能力。皆依本國法定之。然因此之故。關於未成年者。生兩個之問題。其一、對於在外國生出之人。其能力之發達。有密接之關係者。在外國是否不可不適用本法之問題是也。住所地法之所以生。亦因此問題之故。本國法說於此時。雖其短所。然於想像之例外之時。則究竟不可加本國法說。以批駁。既屢次說明矣。日本法例於此等之處。亦毫無所規定。其二、於或國已達成年。而歸化於他國。在他國爲未達成年之時。此歸化者。可依從來之本國法。而認爲成年否耶。抑將依歸

化國之法律而爲尙未成年耶之問題是也。關於此事有左之數說。

第一說 能力者從本國法也。於本問題之情形則歸化者爲成年者之說。此說實誤。何則於本題之情形所謂本國法者謂歸化國之法律。蓋其人既無有舊國之國籍而歸化國之法律則不認其爲成年者也。

第二說 以既得權之理由當爲成年者之說。依此說則謂此人於舊來之本國既已爲成年者就其爲成年之事得謂之爲既得權。然而所謂既得權者僅於同一法制之下存在者也。故於舊來之本國法下所得權利於歸化國無何等之效力。

第三說 事實上既於本國爲成年者而於歸化國不能無此事實之說。然而國法以達一定之年齡爲成年者決非於事實上檢查其身神之發達者也。事實者必不能勝法律。無論事實之如何法律有絕對之效力。而此事實說者不能有何等之價值也。

其他有默認說正義說等。皆不足採。余輩以爲據理論而言。於本問題之情形。則此歸化者。可作爲未成年者相看。固爲至當。然以便宜上言之。則欲採用既得權說者也。蓋於國際間。其無既得權。雖無待言。然自國際私法之最廣義解之。卽依國際團體之私法的法則之觀念。便宜上欲左袒既得權也。故於本問題之情形。歸化者依本國法作爲成年者可也。

第二款 失踪者

失踪之宣告者。其影響之及於親族、相續及其他一般之法律關係者甚大。茲雖不必說明。然失踪者於國際私法上有重大之問題。二。其一、失踪宣告者當依何國之法律耶。其二、失踪之宣告當宣告於何國之裁判所耶。說明之如左。

第一 失踪宣告。依何國之法律爲之耶。意大之利非育雷（フヒヨレ）法蘭西之威士（ワイヌ）等。皆主張從本國法。蓋基於失踪者身分能力關係之理由也。依日本法例第六條云。（於外國人之生死不分明時。則裁判所者。於其存於日本

之財產。僅就依日本法律可及之法律關係。得依日本之法律。而爲失踪之宣告。然此規定。非無論何處。皆可以適用也。爲法文所明示者。然若有本條以外之事由之時。例如對於並無財產存於日本。而依日本法律。則有法律關係者。日本之裁判所。可爲失踪之宣告否耶。余以爲於此之時。得爲失踪之宣告。無有疑者。本條有所謂。僅就云云之語。僅之文字。繫於依日本之法律之句者。而非繫於裁判所者。申而言之。不過云在日本之財產。就日本法律所能及之法律關係。則可依日本之法律。而就其他之事項。則可從其本國也。故可依日本之法律之所實被本條所限定。而在宣告的裁判所。則毫不爲制限者也。

第二 失踪宣告者。於何國之裁判所爲之耶。關於此問題。如哈勃兒（ハバル）及其他之學者所主張。則謂於失踪者之最後之住所地。又最後之現在地之裁判所。所有宣告之權限。於此固無異論。但從其本國法者。可以勿論。而法例第六條（日本之裁判所。依日本之法律。而爲失踪宣告之時。須以在留於日本之外國人而生。

死。不。明。者。爲。要。故。若。在。外。國。之。外。國。人。生。死。不。明。之。時。須。依。其。本。國。法。而。爲。失。踪。宣。告。也。作。如。此。解。信。爲。至。當。

於本國已受失踪宣告之外國人。於來日本後。生死不明之際。日本之裁判所。得對之而爲失踪宣告乎。於此之時。日本裁判所。亦可爲失踪之宣告。然其外國人在日本生存分明之時。縱令在外國曾受失踪之宣告者。亦不得認爲失踪。無歧言也。

第三款 後見

觀於後見人與被後見人之國籍關係。有左之三個情形。可以想像。

第一 兩者之國籍相同。且在自國之時。此不能生國際私法上之問題。

第二 兩者雖國籍相同。而在外國爲行爲之時。於此之時。雖生國際私法上之問題。而不重大。何則。於此之時。其所生之問題。並非無論依何一面之法律皆可。而將依本國法耶。抑依行爲地法耶。之問題也。此問題者。若爲關於能力之事項。則可依本國法。

第三 兩者國籍不同之時。國際私法上可以研究之真之問題。即生於此時者也。關於後見之事。固可從本國法。然於從本國法。而有反乎其地之公之秩序之時。則當爲例外。而不能依本國法也。然所謂從本國法者。將依被後見人之本國法乎。抑適用後見人之本國法乎。又何者爲反乎公秩序之行爲乎。以下可以說明之。

於後見人及被後見人國籍不同之時。(一)於後見人所屬之國而爲行爲。(二)於被後見人所屬之國而爲行爲。(三)於第三國而爲行爲。雖有此三種之情形。得以一個之原則支配之。而關於此之原則者。即所以決定從被後見人及後見人之何一面之國法者也。余輩對於本問題。以爲可從被後見人之本國法者也。蓋後見之制度者。原爲欲後見人保護監督被後見人而設者也。故當以圖被後見人之利益爲目的。於事實上。雖亦有依後見人之本國法。而被後見人有益者。然余輩總籌國際私法上之原則。當推定依被後見人之本國法爲最有益。不敢但就事實上之現象而爲定論也。且觀夫各國之法制。大概依被後見人之本國法。而日本法例第十三條之規定。後見者亦依

被後見人之本國法云。

於右之原則。有關連而起之一問題焉。例如法國。於後見人之財產。認爲法定之抵當權。被後見人者。於後見人之所有一切之財產上。因當然之結果。亦有抵當權。反之在他國。例如普魯士。不認如斯之制度。被後見人者。屬於不認法定之抵當之國。而後見人者。屬於認之之國。爲被後見人之利益。得認法定之抵當權否。對於此本問題。當依被後見人之本國法耶。抑依後見人之本國法耶。抑依財產所在地之法律耶。然余輩以爲。雖有此之疑問。可依前段所說明之理由。斷定從被後見人之本國法。而無法定之抵當權也。又如於國籍不同之後見人。與被後見人有爭論之時。其所爭之目的物。雖在後見人之本國。亦當與前下同一之斷案者也。蓋於此時。後見人者。依被後見人本國法之原則。與從財產所在地法之原則。雖兩相並立。然而一關於不動產之規定。者。一般的者也。後見之事者。特別的者也。而特法勝於通法之原則。可以適用於此時。二)就本間被後見人之本國法者。以被後見人。不有斯權利爲利益也。依此兩個之理。

由即可以下。定論矣。於次之變例。如後見人者。屬於不認法定抵當之國。而被後見人者。則屬於認之之國。其後見人之財產。存於本國之時。若從皮相上之見解。則從後見人。依被後見人之本國法之原則。於後見人之財產上。似不可不認法定之抵當權矣。然而余輩之解答。適與此相反也。蓋於此時之依被後見人之本國法者。則反乎後見人所屬之國之公秩序也。在日本亦不認所謂法定之抵當。其法例第十三條之規定云。（於依外國法而反乎我國之公之秩序之時。可不適用之。）反之如意大利。則採用折衷主義。於後見人之一定之不動產上。被後見人可行使抵當權者也。

所謂反乎公之秩序之事項者。何耶。余輩亦嘗言之矣。其意義甚廣漠。不易下確定之解釋。而法國之學者。分此爲二種類。（一）反乎絕對之公之秩序者。世界萬國。無論何國。皆以爲亂公之秩序者。例如爲殺人之行爲。及爲盜賊是也。（二）反乎關係的公之秩序者。或反乎特別之國家之公之秩序者。例如從兄弟及從姊妹之間爲婚姻是也。（內所安國）此分類似乎亦有一見理。然而其實漠然者。蓋果以如何者爲世界萬國同。

爲有害公之秩序之事。不能見有一定之標準。何則。如古代之希臘者。許盜殺人而不禁。有以詐欺視爲普通行爲者。故以如何之行爲爲害乎公之秩序者。唯有委適用法律之裁判所及行政官廳決定之而已。

第四款 妻

妻者。因婚姻之故。而成爲無能力者。多數之國之所認。僅於一二之立法例見爲絕對的有能力者而已。妻之有能力與無能力。因爲關於行爲能力之間題。當從本國法。然而學者有謂可從行爲地法者。其說明之理由曰。若其從本國法。則與其妻爲法律行爲之相手方。有被不測之損害者。何則。此婦女爲有夫之婦耶。爲寡婦耶。爲處女耶。不能一見而判別。故妻者。若詐稱身分爲有能力者。而爲法律行爲。他日其行爲取消之後。相手方之受害不少也。加之欲知人之本國。頗爲困難。假令雖已知其本國。而欲知其本國之法律。則尤決非容易。故從行爲地法之時。則可以避此等之弊害。然而行爲地法者。與妻之能力無何等之關係。加之從行爲地法之時。妻之能力與行爲地不同。

則不能不因之而爲變更。是同一人之行爲因行爲地之不同而生出效力差異之結果矣。反之如從本國法時則同一人之行爲到處均有效力不生如此之不便矣。又知其本國及知其本國之法律。在今日亦不爲困難。唯有欺法律行爲之相手方之處。雖如行爲地法說之所云者。於此之時。國際私法之原則對於妻之詐害行爲不以爲有能力者之行爲。故善意之相手方即如行爲地法說之所云亦不立於危險之地位焉。日本法例於妻之無能力者並無規定。妻於如何之事項爲無能力者。一依乎民法之規定。因此可知法例第三條實適用一般之原則也。美國之第西（ダイシー）者對於妻之能力從本國法之原則認爲尚有一個之例外。即夫之拘束其妻之身體自由之行爲。非可依本國法。而必須依行爲地法即依夫之現在地之法律是也。其所以然者蓋因拘束人之身體自由者專屬於國家之權力而非一私人之行爲。可以放任之也。即日本法例第三十一條所謂關於公之秩序者是也。尚有當注意者。於妻依本國法爲無能力者之時。而夫婦共歸化於外國。假令其所歸化之國。採妻有能力者之主

義。其妻更行於他國而爲法律行爲之時。則依前之本國之法律乎。抑將依現在國之法律認爲有能力者之行爲耶。是也。於此之時。妻者當從現在國法律爲有能力者無誤。言也。日本法例第十四條。所謂（婚姻之效力依夫之本國法）也。從夫之現在所有之本國之法律之意。非曾爲婚姻之當時之本國法之意也。關於此點。尙當於婚姻之章詳說之。

第五款 禁治產者

禁治產者。分爲民事上之禁治產與刑事上之禁治產兩種。然而日本刑法第三十五條者。被民法施行法第十四條所削除。現今日本無所謂刑事上之禁治產者矣。縱令認之。如刑法因主刑之終。而採禁止治產之主義。於實際上生國際私法之問題者。僅於脫獄而逃亡於外國之時所爲之法律行爲而已。而於此時之情形。卽不能作爲無能力者之行爲。然而學者。有因刑法之效力不及於外國之理由。而謂刑事上之禁治產。祇能限於本國。而於外國不必認之者。然此說明明誤會者也。蓋此說之論鋒。於民

事上之禁治產。及刑事上之禁治產。不可不云毫無所異也。又民事上之禁治產者。以保護爲目的。而刑事上之禁治產者。則以懲罰爲目的。故學者又有謂兩者全然不同者。然刑事上之禁治產者。亦因其財產之處分。而有害於家族及一般之人。故無論行於何國。皆作爲無能力者也。尙有與此反對之一問題。如在外國已受刑事上之禁治產之宣告者。於內國可以認之否耶。於此問題。可與前之情形視同一例。適用人之能力。從本國法之原則可也。

民事上之禁治產。有兩個之問題。其一、禁治產之宣告者。將從何國之裁判所爲之乎。其二、禁治產者。將從何國之法律而宣告之乎。是也。茲先以第一之問題說明之。對於自國人。得於自國之裁判所爲禁治產之宣告者。固無疑言。然對於外國人。則如何。余以爲亦得當然爲宣告者也。何則。禁治產之宣告者。所以保護本人也。然則自國裁判所者。從何國之法律而宣告之乎。是第二之問題也。依日本法例第四條第一項之規定。有云（禁治產之原因者。依禁治產者之本國法。）卽此外國人。是否可以宣告其禁

治產。依其本國法定之。而其宣告之效力。則依宣告國之法律也。又於第二項云。有住所及居所於日本之外國人。依其本國法而有禁治產之原因之時。則裁判所對於其人。得為禁治產之宣告。此規定。禁治產之畢竟原因。不過重申第一項前段之規定。併示日本之裁判所得為其宣告而已。而第二項但書云。但日本之法律。不認其原因之時。則不在此限。設此例外。則於其本國雖已認為原因。而於日本法律。不認之時。不必為禁治產之宣告也。

德國民法施行法第八條所採主義。則全然不同。外國人有住所及居所於德國之時。其是否為禁治產。全依德國之法律定之。而不採用本國法之主義。是反乎現今國際私法之原則者也。國際私法上。自千八百九十五年。於牛津 (Nott) 開國際法協會之決議。認本國法說以來。未嘗變更之。為現今一般之所認者。余亦信本國法說為至當。且如日本法例。雖亦認現在地之原因。然非認為必要也。但於反乎公之秩序之時。則為例外耳。

次於外國已受禁治產宣告之外國人來內國之時。例如有法國人在法國已受禁治產之宣告。而來住於日本之時。則日本之法律。是否認之爲禁治產者乎。於此之時。自不能不認之。蓋能力問題。不特除例外之外。當從本國法而已。即對於在本國未宣告者。在日本亦有可視爲有宣告之情形者也。然於英美各國採反對之主義。雖外國人於其本國已受禁治產之宣告。於英美各國法律之下。不承認其爲已受宣告者。固守國法萬能主義。視國際法若無睹焉。

以上二種之禁治產。已經說明。此外尚有準禁治產者。全與禁治產相同。於日本法例第五條。亦準用禁治產之規定。故從省略。

第二章 權利能力

第一節 自然人

何者爲權利能力。前既說明。茲不再說。權利能力。亦爲能力之一種。固無待言。能力從本國法之原則。僅就行爲能力上。可以適用。至於權利能力。則不適用之。蓋人得享有

一般之權利。爲各國之所認。而是否。可以權利能力。給與他人。此關於國家之秩序者也。故對於權利能力。則不依本國法。而從現在地法。詳言之。則外國人雖可享與內國人同一之私權。而依今日國際私法上之原則。則此事者。即關於權利能力者也。然而若從本國法。例如有奴隸制度之甲國之奴隸。往不認奴隸制度之乙國之時。其乙國亦將不能不認其爲奴隸。必至生紊亂其國之安寧秩序之結果。又例如以日本之貴族而赴於不認有貴族之法國。法國不能給與以貴族之特權特典。若法國視日本之貴族。而亦以貴族待之。則是明明反乎法國之秩序也。

次如或國之制度。凡貴族不能與貴族以外結婚。又貴族之結婚。必須俟宮內大臣之許可。此等國內之貴族。若赴不認有貴族之法國及美國。而爲結婚之時。其婚姻之效力如何。欲決此問題者。當先決其爲權利能力乎。抑爲行爲能力乎。余謂。如云絕對不許爲婚姻者。雖爲權利能力之問題。然如前揭之二個之情形。或種族間。或一定之方式。似乎屬於行爲能力之問題也。然則於此時。而云婚姻之效力如何。余信其從本國。

法爲無能力者之行爲也。或有謂於此之時在法國爲有效。在日本則無效者。然自國際法上而觀察之。同一之行爲。如云於一國爲有效。而又於一國爲無效。斷不可也。絕對不許爲婚姻者。如前所云。爲權利能力之問題。不從本國法可也。例如從前日本之僧尼。若赴法國而爲結婚。在法國全然有效也。然而歸至日本則全然無效矣。如此等之情形者。於國際私法上。將如何決定之耶。此唯有從國際私法上之原則而觀察。人者。是否可以婚姻。除此之外。更無他之可以決定之方法矣。故於此等之處。認日本僧尼之婚姻爲有效。信爲至當也。

失踪者雖無行爲能力。而非遂無權利能力者。於前者既已說明之矣。若以失踪者爲無權利能力。則可以自由殺戮之矣。故或國雖有受失踪宣告。卽失其權利能力之制度。而他國可不必認之。若於他國受失踪宣告者。而現來於內國之時。可依內國法而認其權利能力焉。

第二節 法人

於前所說之自然人中。雖有如奴隸之無權利能力者。然而法人者。爲法律所製作之物。未有不有權利能力者也。然而法人之權利能力。僅可於國內認其存在。而於國外。則當然不認其有權利能力者。如婆羅休（プロツエ）者。謂法人者。不能離自然人而獨立者也。故當與自然人同一視之云。然而自然人之集合體。是否可認爲法人。全在乎一國法律之所定也。則婆氏說自不足採。或又有謂自國際交通之便宜上。對於外國之法人。有絕對無條件而可認爲內國法人者。依此說。則一國所定之法人。其所設立。一定要件。可至於無效。例如在日本。法人之設立者。不能不具備五個之條件。然至朝鮮。則祇須兩個條件而已。若朝鮮卽認之爲當然之法人。則是日本法律上所認之三個條件。爲有名而無實。此說之所以不能爲正當也。雖然外國之法人在內國固有可認之者。如法人之設立。認同一條件之兩國。以條約互認。其國之法人。最爲適當。如法蘭西、比利時、墺地利、其國法之所規定。凡適於其國法而成立之外國之株式會社。於自國亦認爲法人。又如英法間。亦以條約定相互之株式會社之認許。於日

本民法及商法其認外國之法人亦條文上所明示者然余以爲認外國之法人並非萬不可不認之也蓋於此點亦有可以反對之說一國之國家並無認外國法人之義務甚明瞭也而外國法人在內國是否可認爲法人從來有三個之學說

(一) 外國法人者當然認爲法人之說

(二) 外國法人者不可認爲法人之說 卽於內國之法律上不能認爲法人者則不能爲法人此說係比國之羅蘭 (ロラン) 所主張余亦信此說爲至當

(三) 外國法人之或者有可當然認之爲法人者或者限於在內國法可認爲法人之時而認之爲法人之說

依日本民法第三十六條第一項云 (外國法人者除國及國之行政區劃與夫商事會社之外不能認許其成立但依法律及條約所認許者不在此限) 云然試問當然認此等之外國法人將僅定其成立之許可而於法律應與以許可之時始認其爲法人耶殊不甚明瞭也余取本條後段之意而解釋之知此等之外國法人若於日本法

律。上。所。以。許。爲。法。人。之。手。續。不。完。全。者。不。得。認。之。爲。法。人。者。也。

外國法人者。依如何之標準。始可認爲某國之法人乎。凡有五說。

(一) 依法人設立者之國籍而定之之說。

(二) 依法人所爲之行爲地而定之之說。

(三) 依始與以設立之許可地而定之之說。

(四) 依役員之國籍而定之之說。

(五) 依法人之住所地而定之之說。

第二編 親族法

第一章 婚姻

第一節 婚姻之條件

婚姻之條件者。有實質上之條件。及形式上之條件二種。試分歟而說明之如左。

第一歟 婚姻之實質上之條件

關於婚姻之實質上之條件（一）於同國籍者爲婚姻時（二）於異國籍者爲婚姻時。是生國際私法上之問題者也。說明之於下。

第一 同國籍者而爲婚姻之時。

同國籍者之間之婚姻。僅於其人之本國法及婚姻舉行地法不同之時。始生國際私法上之問題。申而言之。當事者僅在關於婚姻之法律與本國不同之外國而爲婚姻之時。乃生國際私法上之問題者也。而於本國法與舉行地法不同之時。將從何國之法律而定其條件耶。曰。此不能不就各種之事項而區別論之焉。

（一）年齡之制限。各國不同。如英吉利及西班牙等。男達十四歲。女達十二歲者。得爲有效之婚姻。而奧地利者。男女共十四歲。瑞典者。男二十一歲。女十五歲。比利時者。男女共二十一歲。俄羅斯和蘭者。男十八歲。女十六歲。法蘭西意大利者。男十八歲。女十五歲。而日本民法。以男子滿十七歲。女子滿十五歲爲婚姻之適齡。於此之時。如滿十七歲之日本男子與滿十五歲之日本女子。在比利時國爲婚。

姻時則如何。曰此婚姻不能不謂其爲有效也。何則。年齡之如何。係關於人之能力之問題。可適用其本國法。勿待言而非。關於行爲地之公之秩序之事項也。蓋所以就婚姻上而制限人之年齡者。專出於保護自國人民之目的。而外國人爲婚姻。雖與內國法所定之要件相反。實與內國毫無關係者也。

如以上之結婚年齡之最低限度。爲各國所共認。反之定最高之限度者。僅俄國一國而已。依俄國之法律。凡八十歲以上者。不得爲婚姻。今如有八十歲以上之俄國人來日本欲爲婚姻之時。其可許之否耶。夫俄國之所以禁老年者之婚姻者。爲出於恐害老者之健康耶。抑爲防其與弱年者婚姻而利得弱年者之財產之弊害乎。其理由雖不能明白。然大都出於保護自國人民之身上之必要者也。故縱令在外國仍以其自國人之慣例支配之爲當然也。故其來日本不能爲婚姻。反之如八十歲以上之日本人赴俄國而爲婚姻。則俄國不必禁之。何則。俄國之法律不必就關於日本人身之事項而干涉之。因此等之事項。非有紊亂俄

國之秩序者也。要之關於年齡之條件。可適用本國法而不應從舉行地法也。

(二)

爲婚姻者不能就已有配偶者爲之。然是不過爲一般之原則而已。於或國尙有認一夫多妻之制度者。在此等之國中得與有配偶者爲婚姻。自無待言。如今日之日本人。赴一夫多妻之西藏。欲爲重婚之時。又如西藏人在日本。欲與數人之女爲婚姻時。則如何。曰。日本者以娶二人以上之妻爲妨害公之秩序者也。故於如以上之情形者。萬萬不能許之。然則假使有一西藏人攜數妻而來日本。則如之何。余以爲當以最初所婚姻之妻認爲正妻也。至於日本人在西藏爲重婚者。雖於西藏爲有效。而於日本則爲無效也。蓋日本之民法及刑法。雖日本人之在外國者。亦不能不奉行也。

(三)

凡女子自前婚之解消及取消之日起。非經過一定之期間者。不得爲再婚。而此期間於各國之立法例。有多少之差異。法蘭西、意大利、德意志諸國。皆以十個月。而於日本則爲六個月。假使今有一日本人。於前婚解消已經七個月。而赴德

國爲再婚之時。則德國可許之否。曰。此條件者。並非爲維持秩序而設。而實出於防。血。統。混。亂。之。主。旨。者。也。故。德。國。毫。無。可。以。禁。止。之。理。由。則。於。此。等。之。處。儘。可。適。用。本。國。法。然。若。以。一。度。婚。姻。後。不。得。再。爲。婚。姻。之。制。度。而。對。於。或。人。絕。對。禁。止。其。婚。姻。者。則。不。能。適。用。本。國。法。也。

(四) 於相姦者間不得爲婚姻。是亦關於公之秩序之制限也。故不能從本國法而必須從舉行之法律。

(五) 於一定之親族間不得爲婚姻。當古代人口稀少之時。非特不禁親族間之婚姻。且有強制之者。卽在現今尙有之。如於亞非利加之或土地。婚姻前之男子。必與其已爲寡婦之母爲婚姻。又如西藏及緬甸。凡有兄弟姊妹者。必先就兄弟姊妹爲婚姻。夫親族間禁爲婚姻之理。由雖未有說定。然爲現今一般文明國之所同認。不過其標準有多少之差異耳。例如英國。凡傍系血族及姻族。在三等親內者。不許爲婚姻。而西班牙、和蘭、俄羅斯等。傍系者以四等親爲限度。至如於直系

血族間之不許爲婚姻。則爲各國所全同一致者。又法蘭西不許於叔姪之間而爲婚姻。然如有特別之情形。而有元首之許可者。則許容之。然在日本。則絕對不許之也。若今日有法國叔姪二人。來日本而欲爲婚姻之時。則可許之乎。此問題當就日本法律之所以禁止叔姪間結婚之理由而決者也。若因其肉體上有同一之弱點。故不許其結婚耶。則在日本無禁止法國人婚姻之理由。何則。日本之法律不必顧慮法國人之上也。反之。若因其害日本之風俗而不許之耶。則此等外國人之婚姻。可以禁止。而余謂。若自健康之點而觀察。則如斯之婚姻。在日本亦可以不許之。然則將於何國受許可乎。將受自本國耶。抑自兩國共受之耶。又何者之許可。皆可以不受耶。此蓋當然。受法國之許可也。假如日本之叔姪赴法國爲婚姻。則當從本國法而被禁止。要之。於此等之事。總當以適用本國法爲是也。

(六)

婚姻者有必須經或人之承諾者。子爲婚姻之時。未達一定之年齡者。必須經

父母之承諾。此各國之所認也。例如法國。凡男未至二十五歲。女未至二十一歲。須得父母之承諾。若父母之意見異時。當從父母之意見。男自二十五歲至三十。女自二十一至二十五。則雖不必經父母之承諾。然不可不以三回之書信通知父母。若達於三十歲以上之年齡者。則只須以一回之書信通知而已。其他各國罔不設詳密之種種規定。日本民法。男達三十歲。女達二十五歲者。不必要父母之同意。今若有採此等不要承諾主義之國之人民。至採要承諾主義之國爲婚姻時。則可以許之否。又如要承諾之國之人民。至採不要承諾主義之國而爲婚姻時。則如何。於此等之事。總可以從本國法。蓋如婚姻之許可者。決非關於公之秩序之事項也。

婚姻者。必須要雙方之合意。此一般所認也。若有國焉。准人民之爲賣買婚。掠奪婚。及贈與婚。此等之國之人民。若赴不准爲此種婚姻之國。而欲爲此種之婚姻。則如何。曰。此等之情形。萬不能從本國法。而必須從舉地法者也。何則。若於舉

行地爲暴行脅迫等。欲反乎其他當事者之意思而爲婚姻。實紊亂其地之秩序也。

或對於格段

資格者特別

之人之婚姻。須要受特別之許可者。例如依日本之華族令。

凡華族之婚姻。須受宮內大臣之許可。又依皇室典範之規定。凡皇室婚姻。須受天皇之勅許。又如軍人之婚姻。特設有海陸軍軍人結婚條例。今如有此等之別格之人。如至不認此等別格之人之外國。欲爲婚姻之時。則如何曰。此等之人。縱令在外國而爲婚姻。亦須從本國之法律而受一定之許可。何則。法律之旨趣。所以對於此等人。須令其受一定之許可者。爲維持公之秩序上之必要也。故無論往何國。皆不能不受此法律之適用也。

其他有等之國之法律。有限定人之階級而爲婚姻者。如日本舊幕時代。常人與穢多匪人之間。又大名與公家之間。不能爲婚姻。如斯之時。此等之人。若赴不認有此等階級之法國。而爲婚姻之時。則如何曰。此只能在法國爲正當之婚姻。而歸日本。

則不當也。又如日本之皇族。依皇室典範。祇能與皇族及華族爲婚姻。若赴法國而與華族及皇族以外者爲婚姻亦然。此等之抵觸。在國際私法上。屬於不能解決之範圍。其他奴隸及禁爲婚姻之僧侶。於外國爲婚姻時。亦生同一之問題焉。

在或國有禁止離婚之制度。若有不認禁止離婚之國之人民。赴或國而請求離婚之時。則如何。例如日本人赴西班牙。請求離婚。西國之裁判所。當從日本之法律而不能不許可也。何則。在西國。不過認離婚之事。爲有害於其國之人民。故禁之。至若關於外國人之離婚。則毫無禁止之理由也。

以上者。就同國間而爲婚姻者。已盡說明矣。要之。於此等之情形。其原則。當從本國法而定條件。唯例外有關於舉行地之公之秩序者。則不能不從其舉行地之法律焉。

第二 於異國籍者而爲婚姻之時。

於異國籍者之間而爲婚姻之時。將依何國之法律而定其條件乎。此雖有數個之

學說。然大別之可分爲左之二種。即(一)本國法說。(二)舉行地法說是也。

(一) 本國法說。本國法說亦得分之如左。

(甲) 從夫之本國法說。此說之所根據。在爲夫者。因婚姻而取得種種之權利。

而妻者。有服從其夫之義務。例如夫對於妻。有使之從自己之姓。及使之同居之義務。又妻之爲無能力者。僅對於夫之關係而致。其他如妻所生之子。亦必以夫之姓爲姓。凡婚姻關係。固不置重於夫。非無理由。是以婚姻之要件。亦當從本國法定之。然此說者。於婚姻前之問題。與婚姻後之關係。混同而不分明。實爲誤謬之說。不足採也。夫婚姻之效力。自當從夫之本國法。雖不必言。然於婚姻以前。男女間。非有何等之關係。故於婚姻以前。以決定婚姻之條件爲問題。斷無可以從當事者一方之本國法之理由。明甚。加之若從此說者。於從妻之本國法而定婚姻之條件者。必生被其蹂躪之結果。此說於國際法協會。曾有一次採用之。然於今日。一般皆不認之矣。

(乙)

從當事者雙方之本國法之說。依此說。夫之必要條件。從男之本國法。而妻之必要條件。則從女之本國法。其所根據之理由。以爲婚姻能力之適否。唯各當事者之本國法最能知之。是以若從當事者一方之本國法。則於一方實際精神及肉體不發達之外國人。每有與有能力者爲婚姻者。此當事者之不。幸。不。特。傷。一。家。之。平。和。害。一。國。之。秩。序。而。已。且。於。又。一。方。定。婚。姻。條。件。之。他。之。國。法。必。至。於。無。效。云。此。說。於。論。理。上。及。實。際。上。最。得。正。鵠。最近之國際法協會及意大利法蘭西等立法例。並日本法例第十三條。皆採用此主義。然此說亦決非無可批駁者也。當再於說明舉行地法時述之。

在本國法說中。除以上所說者之外。尙有必從妻之本國法之說者。然此說於今日已無一顧之價值。故從略。

(二)

舉行地法說。此說之代表者。爲美國之滑敦（見上）達脫雷非而特（*ダクトレーフィールド*）等。而非氏之言。則謂一切行爲。皆當從行爲地法律之支

配。故婚姻亦不能不從舉行地之法律。即於行爲地有效之行爲。無論於何國罔不有效。其行爲之效力。無論何國皆不能不認之。然此說所主張者。於或之情形。不能不認有例外。非氏自謂。於行爲地雖爲有效之行爲。而於赴他國爲構成犯罪之時。則其行爲即不能爲有效。即如日本人赴土耳其爲重婚之時。在論者雖認舉行地法爲必要。然其實於舉行地法說。絕對的不能貫徹也。次、採舉行地法說者。攻擊本國法說曰。若從本國法。非特不能不調查其一方之本國。尙有不能不調查其本國法律之困難。不若舉行地法之知之甚爲容易也。加之若不欲從舉行地法者。可不在其地爲婚姻。然若欲於其地爲婚姻者。則必不能不從其地之法律。故即云舉行地法說者。合乎當事者之意思。亦無不可。然於今日。欲知人之本國。及其本國之法律。並非困難。前既說明之矣。又曰。對於或人之婚姻能力之證明。必須於本國之戶籍吏爲之。甚多週折。然而此等之證明。於駐在於外國之本國公使及領事。可以爲之。已爲現今一般所公認。是亦決非困難也。又曰。然

則此等之證明書將向何處提出乎。是必提出於舉行地之戶籍吏。然而如證明書於婚姻履行地之戶籍吏而為提出。則不足為婚姻要件。不能不從履行地法律而定之論據。因其對於舉行地法全無何等之關係也。要之。美國之所以主張舉行地法說者。實因其國為新開之國。人口稀少。借此以為增殖之方法。俾外人相率而來。所謂人口政策者是也。

以上於異國者間婚姻實質上之條件。從何國之法律。已經說明矣。要之。本國法說中之(乙)即從當事者雙方之本國法之說。最為正當。於今日多數之立法例及學者多採用之。其他雖尚有住所地法說等。因其並無價值。故弗論之。

第二款 婚姻之形式上之條件

婚姻之形式上之條件者。可從其婚姻舉行地之法律。關於形式者。非持婚姻之條件而已。凡一切行為。罔不以從行為法為原則。此原則名 *Locus regit actum* 行爲受配所之支配。在古時絕對屬地主義之時代。一切之行為。無不受場所之支配。然在今日國際私法

上之原則。僅有行爲之形式。受場所之支配而已。至於行爲之實質上之條件。則必不受行爲地法之支配。然則以何等事項爲形式上之要件。以何等事項爲實質上之要件。將從何國之法律以定之乎。例如有一日本人在英國爲婚姻之時。英國法以婚姻證書上貼用印花紙爲形式上之要件。而日本則以之爲實質上之要件。於此之時。將從日本之法律乎。抑從英國之法律乎。曰。於此之際。則日本人當然以依日本法律作爲實質上之要件。而就形式上之要件。則可從行爲地法（即英國法）者也。今試示實際上之一例。千八百八十二年。法蘭西有女優名酒拉倍爾奈爾（サラベルナル）者。與希臘國人名大馬拉（ダマラー）者。皆欲免其自國之實質上之要件。而赴英國結婚。蓋在希臘。凡奉希臘教之希臘人。而欲與異教徒結婚之時。以受希臘政府之許可爲必要條件。而彼不欲受此之許可。故赴英國也。（在英國不必要如斯之許可）此婚姻者。於國際私法上。當然爲無效者。何則。以實質上之要件。須從本國法。而彼不具備也。試更以關於形式上之要件。亦示一例。千八百七十三年。有瑞典人名哈兒大

倫（ハルダレン）者。伴其女赴丁抹結婚。然在瑞典。凡婚姻必須赴寺院爲三回之告知。是時當事者並不具備此條件。後日彼等歸至本國。對於寺院報告嫡出子之出生。（瑞典之寺院如戶籍吏衙門之辦理事務）寺院以爲此非正式婚姻之子。以私生子視之。於是寺院與當事者間。遂起爭議。至俟裁判所之判決。裁判所決定其爲嫡出子。蓋於舉地法。（即丁抹國）以告知寺院爲形式上之要件而不認之。而形式上之要件者不必一定從本國法也。故當事者雖缺此條件。而仍不妨其婚姻之成立也。

婚姻之形式上之條件。其依舉地法之規定者。爲任意法乎。抑爲強行法乎。在國法上及國際私法。有多少之疑問。舊民法人事編。則以爲係任意之規定無疑。然於法例第十三條但書云。（其法式者。依舉地之法律。）僅於此處。其爲任意者耶。抑爲不能不依者耶。不甚明白。如以從後者爲是耶。然依民法第七百七十七條有云。（在外國而欲於日本人間爲婚姻者。可報告於駐在該國之日本國公使。又領事。）由此觀之。則其爲任意之規定。甚明白也。故余因欲調和兩法。於法例第十三條之但書。亦作

爲任意之規定解也。或者謂民法爲一般法。而法例爲特別法。故法例之規定甚爲嚴格。云然。以民法之規定爲死文。固非解釋之得當者。而至於報告之形式。則自不能不依日本法律所定之形式也。何則。日本之公使及領事。無受領依外國法律所定形式之報告書之義務也。要之於外國爲婚姻之時。其形式上之條件。並非必須依舉地法。然如欲報告於日本之公使及領事者。於日本法律所定形式上之條件。必須具備。而非必一定從舉地之法律也。而如馬兒登斯（マルテンス）者。則獨有反對之意見。謂雖當報告於本國之公使及領事之時。仍須依舉地法律所定之形式云。次自國際法上觀察。而主張強行法說者。曰。凡一國之主權。及於其國之全體者也。故外國人來內國而爲行爲。亦須從內國之法律。卽如婚姻之實質上之要件。亦特於內國法上許容其適用本國法。於是始不適用舉地法耳。苟其不能許容之時。則一切行爲。自不能不適用內國法。無竅言也。苟其不然。則一國之主權。詎不爲所妨害乎。然而此等議論。其根據甚爲薄弱。不足採也。又有一說。曰。婚姻之形式上之條件。所以必

使具備者。蓋不外夫欲證明婚姻之事實而已。果其如斯。則其證明事實者。不可不從最的確之地之法律。而足以爲婚姻事實最的確之證明者。無有如舉行之法律者。是所以務使從舉行之法律而具備婚姻之形式上之條件。爲不能不強行之也。然而假使從本國法。而謂立婚姻事實之證據。極爲困難者。全屬於妄斷。余不能知其所以然之故也。

其次主張任意說者。謂形式上之要件之從舉行之法律。是否足以爲婚姻事實上之的確之證明。姑勿論。然而其所以必須有證據者。不過爲當事者利益之必要。上起見。或人者。於不欲從舉行之法律所定之形式之時。則必不能謂舉行之法律之能合乎當事者之意思也。總之。反乎當事者之意思。而強令適用舉行之法律者。是真毫無理由者也。依以上之所述。婚姻之形式上之條件之從舉行之法律者。無論其在日本國法上。在國際私法上。皆爲任意之原則。而非強行之原則。蓋可知也。

婚姻形式上之條件之從舉行之法律。及此法律之爲任意法。既因以上之說明而知之。

矣。試再以關於形式上之條件而揭一例。譬如欲在法蘭西西班牙等而爲婚姻者。須於一定之期間之內。公示其可以結婚之旨。而此之公示。大多於戶籍吏衙門之揭示場。及承諾自己婚姻之人之住所地爲之。又如俄羅斯亦必須爲一定之公示。假使有此等之國民。來日本而欲爲婚姻之時。則如何以日本者。不必要如斯之公示者也。欲解決此問題。當先就其如斯之公示。是否爲實質上之要件。抑爲形式上之要件。而求其歸著。而余則以此信爲形式上之要件也。然而承諾自己之婚姻之人（多爲父母）而在本國之時。不可不於本國公示之。則於其本國。卽爲實質上之要件矣。然則其承諾人在外國。而不知其婚姻者。則不特因罹於取消權之時效。而遂喪失取消權而已。卽於其本國法上。所必須公示之意趣。亦因之而沒卻也。然則要公示之國之男。與不要公示之國之女。赴要公示之國。而欲爲婚姻之時。則如何。曰。於此之時。當以公示爲形式上之要件。不可不從本國法。而男子者。可於其本國爲公示。女子則不必爲公示。實爲至當也。反之。如以上之男女。赴不要公示之國。而爲婚姻之時。則如何。曰。於此之

時。可。依。前。次。所。說。明。之。理。由。從。舉。行。地。法。不。必。在。舉。行。地。公。示。而。於。承。諾。自。己。婚。姻。之。人。存。在。於。本。國。時。則。於。本。國。公。示。之。可。也。要。之。形。式。上。之。條。件。斷。不。必。絕。對。從。舉。行。地。法。也。

第二節 婚姻之效力

論婚姻之效力。可分爲三。(一)及於夫婦身分能力之效力。(二)及於其財產上之效力。(三)及於其間所生之子之效力。如是說明之。頗爲便利。然而於最後之一。當於後節關於親子上說明。故茲之所說明者。僅就前之二者而已。

第一款 及於夫婦身分能力之效力

婚姻者。於身分所及之效力。將從何國之法律而定之乎。從來有二說。卽

(一) 本國法說。

(二) 契約地法說。

是也。而本國法說之所根據者。謂婚姻之效力者。關於當事者身分能力之問題也。故

不可不從本國法而爲決定云。又依契約地法說則謂婚姻者本從契約而來者也。故契約之效力當一任當事者之所自定而不必問其從何國之法律也云。茲先就本國法說而爲說明。夫於同國籍者之間爲婚姻雖不生何等之問題。然在異國籍者之間而爲婚姻將從何國之法律耶。或有謂宜從夫婦雙方之本國法者。然而是說固不足採。何則以婚姻之條件雖各得從本國法定之。而於婚姻成立後從雙方之本國法則生衝突也。例如在夫之本國法認夫對於妻有同居同住之權利。固無埃言。而於妻之婚姻以前之本國法妻無如斯之義務也。故就婚姻之效力其從何之一方之本國法斷不可以猶豫兩可也。余謂今日一般之所認從夫之本國法實爲至當。何則以婚姻之後爲妻者應當服從其夫之故也。現今除俄羅斯、奧地利之外皆不認妻爲有完全之能力者。或則以爲限定之無能力者。或則以爲絕對之無能力者。蓋妻之宜從其夫不獨爲當事者之利益而已。且亦爲維持秩序上之必不可少者也。其次如從契約地法說而任當事者自由定之。則必至舉國家所定關於婚姻法律之效力全然蹂躪之。

也。夫婚姻者。家族之基礎也。家族者。國家之要素也。故親族法者。決不能謂之全然任意法。其大半實有公法之性質也。且婚姻之效力者。其關於國家之公之秩序。甚重。故契約說者。其根據不免陷於謬誤者也。

如以上所述婚姻之效力。當以從夫之本國法爲原則。於日本法例第十四條第一項。亦認此原則。然於第二項。則又認有一之特例。如外國人者。與日本之女戶主爲入夫婚姻之時。又爲日本人之壻及養子之時。則其婚姻之效力。當從日本之法例。蓋因置重於家而然也。如斯之婚姻之效力。當依夫之本國法。然亦有一例外。卽此效力。若有害於公之秩序之時。則不可不從現在地之法律。例如於英國法。爲夫者。可以監禁其妻。然於日本。則不許之。故在日本之英國人。不能因有婚姻之效力。而監禁其妻。然則日本人而在英國之時。可以將其妻加之監禁否耶。曰。於此之時。依原則。不能不從本國日本之法律。何則。英國之法。所以許其國人之監禁其妻者。僅爲其自國之人。而設。而非爲外國人而設也。又有他之一例。如在法國。妻對於夫拒絕其同居之時。則夫

可藉公力而強制之使之同居。今如有不認如此制度之國民而赴法國之時亦得藉法國之公力而強制其妻之同居否耶。曰於此之時法國者不能許容其要求也。何則以法國者僅對於自國之人民許其強制其妻之同居而已也。然而若有與法國同一制度之國之人民在法國因關於妻之同居之事而要求法國之公力之時則法國可以應其要求。何則以對於有同一法律之國之人民而假與以公力初無何等之窒礙也。其他如扶養之義務無關於現在地之公之秩序者亦當以從本國法爲是。

第二款 及於夫婦財產之效力

就夫婦之財產制而言。古來亦有許多之主義。如財產吸收主義。共通主義。嫁資主義。別產主義是也。又就此等之主義。有不能不從法律之所。所謂強制的法定主義者。例如比利時、俄羅斯、亞爾然下、及瑞西聯邦中之或州等是。又有一任當事者意思之而定。如無特別之意思表示之時。始從法律之所定。所謂任意的主義是也。例如日本、法蘭西、英吉利、各國所採用之主義。少有異同。遂足以生國際私法上之問題。

關於以上之點。見日本法例之規定者。其第十五條第一項云。(夫婦財產制者。依婚姻當時之夫之本國法)此採用夫之本國法主義也。故若夫之本國法採絕對的法定主義之時。則可從其法律。又採用任意主義之時。則不可不從當事者意思之表示也。如斯之婚姻之效力。無論於身分上。於財產上。皆當依夫之本國法。而於兩者之間。法例之規定上。有一著之差異之存者。即及於身分上之效力。單云(依夫之本國法)。而及於財產上之效力。則云(依婚姻當時之夫之本國法)是也。蓋以及於財產上之效力。非關於公之秩序者。故以一任當事者之意思爲至當。而特限於當事者不爲契約之時。則於婚姻之當時。依本國之法律。其視此實與契約無異也。反之。至於身分上之效力。如前之所說明者。決不能一任當事者之意思也。然而在英吉利、亞美利加、俄羅斯、及法蘭西者。以夫婦之財產。區別動產及不動產之二種。動產者。依夫之本國法。而不動產者。則從不動產之所在地法。如是。則關於不動產者。以依所在地法爲原則矣。然則婚姻之效力。與依夫之本國法之原則。相衝突時。則如何決定之乎。是爲

有非常議論之問題。而未見有一定之結論。然以余之見解。夫婦財產亦不必爲動產。及不動產之區別。大概可以依夫之本國法爲大原則。若依夫之本國法。而有害於不動產所在地之安寧秩序之時。則依所在地法。此最爲正當者也。

其次。夫婦財產契約之形式上之要件。將從何國之法乎。例如依日本民法第七百九十四條之規定云。(夫婦者。於法定財產制不同而爲契約之時。在婚姻報告

報告於戶籍吏

以前。而不爲登記者。則不得以之對抗夫婦之承繼人及第三者)於法蘭西夫婦財產契約者。須在舉行婚姻儀式以前。以公正證書定之。於此之際。如有外國人來日本而欲爲婚姻者。是否當依日本之法律。而爲登記乎。余輩對於本問題。欲爲積極的解答。以場所支配行爲爲原則。即法律行爲之形式。當以從行爲地之法律爲原則。於此之時。亦可以適用之者也。

茲因關於夫婦之財產制。而於國際私法上。有一重大之問題。即夫婦者。既爲財產契約之後。而變更其國籍之時是也。於此之時。從前者之所屬國之法律。而爲之財產契

約。其效力是否可以持續耶。此問題之歸著。即謂國籍之變更者。其變更以前取得之權利。亦因之而變更否。是也。關於以上之問題。有左之二說。

(一) 其效力依舊持續之說。其理由之所在。謂當事者有既得權。故雖國籍已經變更。而於其契約之上。仍不受何等之影響。

(二) 其效力亦因之變更之說。此說曰。於一國中所得之權利。於他國必不能認之。蓋因反乎他國之公之秩序也。然國家者。若對於自外國而來歸化之人。又因他之方法而爲自國之國民者。而不得適用自國法律所定之財產制者。是將設定法規之精神滅卻也。若夫前論之所謂既得權者。僅於同一之主權之下行之。而與本問題無何等之關係者也。

關於此問題。日本民法第七百九十五條之規定。曰。(外國人者。若與夫之法定財產制不同。而爲契約之時。於婚姻後取得日本之國籍。及定住所於日本者。若一年之內。而不將其契約爲登記者。則在日本不得以之對抗夫婦之承繼人及第三者。)故其

契約若依夫之本國法之時固爲有效而仍當以登記爲必要此之規定雖採用前一說之折衷主義而至其結果則與第一說同一歸著今參攷馬兒登斯（マハテンス）所揭在英國之實際之裁判而試示其例有德國人某者在法京巴里與一法蘭西女子爲婚姻從法蘭西法而爲財產共通之契約後赴英京倫敦爲英國之民其妻於英國自爲勞働而自營生計其夫者因前在法蘭西曾結財產共通契約之故欲得分配其妻勞働所得之財產特向裁判所而爲請求英國之裁判所對於此事件而下判決其夫婦之間於婚姻締結之當時契約如何成立均所不問依千八百七十年之英國法妻以獨力所得之資產妻得自己處分之者也而此夫婦又皆既爲英國之人故當從英吉利法而夫不能有如是之權利云此之判決至今德法二國之學者猶反對之而在日本之法例亦不以此判決爲然明甚要之此問題者當以夫之受其妻之所得財產之支配是否有害於公之秩序爲歸著而以余之私見則如斯之事決非有關於公之秩序可從婚姻當時之夫之本國法而決定者也

次就婚姻之無效及取消而爲說明。婚姻之無效及取消者。亦爲關於婚姻效力之問題。而不關於財產之關係。故全可依夫之本國法也。而其提起取消之訴之形式。及取消以後之手續。在一般之原則。可從舉行地法。如斯婚姻之無效及取消。雖依夫之本國法。而如其有關於公之秩序之時。則爲例外。例如在或國。有因其夫之無有勢力之故。而認其妻之有離婚之請求權者。而於日本則不許之。故若或國之夫妻而來日本之時。其妻提起如此之訴訟者。在日本可不許之。因其如此之離婚。有害於公之秩序也。又婚姻取消之效力。可以遡及既往否耶。抑僅於取消以後有之耶。此問題者。亦可以依夫之本國法決之。

第三節 離婚

各國之制度之關於離婚者。大約分爲三種。卽如左。

(一) 絕對的禁止離婚者。

(二) 絕對的委之當事者之自由者。

(三) 限於一定原因而許之者 (所謂制限離婚主義)

絕對的禁止離婚者。一則出於宗教上之思想。謂婚姻者由神以兩姓結合者也。故不可以人爲而解消之。一則謂若許離婚。則婚姻卽有出於輕忽之虞。云絕對的禁止離婚。不外乎此兩個之理由。現今之有此之制度者。僅西班牙及葡萄牙等之二三國而已。此等之國。雖不許離婚。然於有一定之原因之時。則許夫婦之別居。又第二制度者。惟在古時以妻爲財產之時代行之。於現在採如此之制度者。殆絕無矣。日本於民法未施行以前。亦嘗用此制度。非過言也。例如於大寶律令。定七去之原因。(一)無子。(二)淫泆。(三)不事舅姑。(四)口舌。(五)竊盜。(六)妬忌。(七)惡疾。又如義絕。及其他之實際上者。殆自由離婚之事實也。而於現行民法。爲協議上及裁判上之離婚。係衆人所素知者。如以上第一及第二之主義。於現今已被排斥。而獨第三之主義。爲一般諸國之所採用也。然就離婚之原因。各國之所認者。亦不一致。是所以生出國際私法上之問題焉。

(一) 住所在地法說。此說除蘇格蘭之外。爲英國全般。及美國一般之所主張。然從

此說則欲離婚之當事者但須赴離婚法律條件最簡易之國而提起離婚之訴即可如願又不欲離婚者但須赴離婚法律最謹嚴之地亦即可免於離婚矣此住所地法之所以爲有缺點也

(二) 法廷地法說 當事者大都欲從偶然之現在地之法律者也故此說者實反乎當事者之意思又當事者往往有不知其地之法律者且苟從此說則於本國之法律直視若無睹矣此說有如此許多之缺點故亦不足採

(三) 當事者意思說 依此說謂婚姻者因當事者之意思而成者也故其解消及離婚亦當以當事者之意思當事者願從何國之法律而定則即可依何國之法律云然而是說者不特將各國所定關於離婚規定之旨趣一概沒卻實本於此說之前提所謂婚姻者以當事者之意思得隨意據法律而定之云云之謬誤也故此說亦不可採用

(四) 折衷說 此說者謂是否可以離婚之問題則可依當事者之本國法若其許

之。則其要件當從訴訟地法。而不從當事者之本國法。及夫之本國法也。千八百八十八年於德國之漢德堡（ハンデルベルヒ）開國際法協會。曾一次採用此說。然關於此離婚所設之區別。不僅全無理。而且對於訴訟地法主義。亦不免有許多之可以批駁之處。故此說亦不可採也。

(五) 本國法說。妻者由婚姻之故而取得夫之國籍者也。故本國法說謂離婚一事亦不能不從夫之本國法云。然自婚姻後至離婚之時。國籍不變更者。自無異論之發生。至如國籍變更之時。則將從何國之法律乎。是一疑問也。關於此之疑問。有左之二說。

(甲) 從現在所有國籍地之法律之說。依此說。則謂婚姻者。有半之公法之性質者也。國家之所以定婚姻之法律。非為支配外國人。而原所以規律自國人也。故或人者。既自棄其前之國籍。至取得他國籍之時。在所取國籍之國視之。即成爲自國人也。故其婚姻法。不可不適用之。貫徹此理論之時。夫之現在所

有國籍之國法。不可不從之也。

(乙) 從婚姻當時所在地之法律之說。其說曰。探婚姻當時之當事者之意思。大都欲依當時國籍所在地之國法。而支配其婚姻之始終者也。若被後來取得國籍之國法所規律。則或非結婚之當初所能逆料者。加之若從夫之現在所有國籍之國法。而決定其離婚之法律關係。則萬一夫欲離婚之時。直可選擇他國之國法與自己有益者。而取得其國籍矣。何則。以夫之變更其國籍。不
必要妻之同意也。

余以後說爲正當也。而依日本法例第十六條則云。(離婚者。依其原因之事實發生時之夫之本國法。)故例如甲國人之夫婦歸化於乙國。其妻在乙國與他人姦通後。此夫婦又歸化於丙國。依法例之規定。則縱令在甲丙兩國共爲姦通。亦不能爲離婚之原因。若於乙國之法律。以姦通爲離婚之原因之時。所謂依其原因的事實發生時之夫之本國法。而夫可爲離婚之請求者也。余輩不以此主義爲得其正鵠者。何則。若

於婚姻當時所有國籍之國法與原因事實發生地之國法於偶然之中生同一之結果則自然不挾別之異論苟非如此而從並無關係之原因事實發生國之法律實全然無理由者也。

於法例第十六條之但書規定第二之條件云（但裁判所者對於其原因事實依日本之法律非離婚之原因者則不能爲離婚之宣告）例如在瑞西以夫之無勢力爲離婚之一原因而於日本則不然故縱令有瑞西國籍者之夫而無勢力其後此夫婦歸化於日本其爲妻者不能以夫無勢力之原因而於裁判所爲離婚之請求也余對於此之規定又不能無所異見立案者（此立案指立法者當時之用意解）於法律上之所以不許離婚者大都以離婚之有害於本國之公之秩序也然而不許離婚者並非由於一樣之理由或地位之日本人有自舊來之習俗而不許離婚者於此等之處許外國人之離婚者決不有害於本國之公之秩序也故余之意欲將此但書稍加變更如云裁判所者於原因事實限於依日本法律爲有害於公之秩序而禁止離

婚者。則不得爲離婚之宣告。云云。有如此之意味。方爲妥善。是不能不希望於改訂法文之人焉。

以上所說明者。約而言之。對於離婚一事。當以本國法說。依婚姻當時夫之所有國籍之國法。最爲正當。而關於離婚之形式上之手續。則自當從訴訟地法者也。

第二章 親子

因婚姻生夫婦之關係。而夫婦之間始能有子。故親子之關係者。實婚姻之一效果也。其一切國際私法上之關係。皆可以從其親所隸國籍之法律。然而親子之國籍。亦偶然有與親之國籍不同之時。此當依事件之性質而置重於其子之所必要者。當於別章說明之。

親子之關係有二。(一)實親子之關係。(二)養親子之關係是也。故本章分二節。而先就實親子之關係以講述之。

第一節 實親子

實親子亦有二種之區別。(一)嫡出子。(二)私生子也。

就嫡出子之所當研究之問題者。卽其子當屬於何國。及其夫婦間所生之子。當依何國之法是也。然而子者。當屬其親所隸之國之國籍。於前者講論國籍之時。已嘗言之。故茲從略。而此問題者。於私生子之時。則有不同。其夫婦雖有同一之國籍。然有僅其子爲外國人者。其夫婦不欲認此子爲自己之子時。當從何國之法律乎。關於此問題。有左之四說。

(一) 依子之所屬國之法律之說。是法國學者之所唱。其理由。謂人之稱人謂親自己果否爲此人之子。其利害關係。至爲重大。故關於否認之事。亦不能不依子之本國法云。

(二) 依親之所屬國之法律之說。此說之所根據。有以下之三點。(一)曰。親子之關係者。婚姻之效果之一也。而婚姻之效力者。當依夫之本國法。(二)曰。親之對於其子。關於親權者也。親權者。係爲親者之權利也。(三)曰。爲親者。對於其子之是否爲

自己之子。關於親之利害者甚大。故不可不從其父之本國法云。

(三) 就否認者之一方。則依親之本國法。而就被否認者之一方。則依子之本國法之說。此說係折衷於前二說。謂無論否認者及親子皆有利害之關係。不能以一方之所爲。供他方之犧牲也。

(四) 訴訟地法說。此說謂提起否認之訴訟。須依裁判所所在地之法律。就其否認之法律關係而決定之。其所根據之理由。(一)謂於否認之手續上。就證據之問題。而爲證據之蒐集。以訴訟地爲最便。(二)謂否認者。關於公之秩序者也。云。然余謂以證據之蒐集。謂於訴訟地最便。此不特全然無理由而已。縱令以否認爲手續上之問題。其證據之有無。遷延遲滯。而於權利義務之影響。全乎無關者也。故依訴訟地之法律者。實可謂之全無理由。或者謂關於否認之訴。其出訴期限。全爲手續上之問題。故從訴訟地法乎。然而亦關於權利義務之實體。而非關於手續也。故訴訟地法說者。究竟不可以採用也。

法例第七條前段之規定云。(子之是否嫡出。依其出生當時母之夫所隸屬國之法律) 卽明明採用前示之第二說也。余以此說信爲最得當者。蓋親子之關係。如前所述。屬於婚姻效力之問題。故於其子之出生時。當依父之本國之法律。若不依出生當時之父之本國法。而依父之現在國籍之國法。而爲決定。則父若不欲認此子爲自己之子時。直可擇他國國法之與自己有益者。而移其國籍。其弊害甚多也。

本條後段之規定曰。(若其夫於子之出生前死亡者。則依最後所屬國之法律定之) 所以區別其子出生而父死之時。與其子出生而並非父死之時者。因出於防其妻之姦策之目的。恐其不認爲子。而移其國籍於與自己有益之法律之國也。

第二款 私生子

國際私法上。關於私生子之所當研究者。卽認知之問題。而此問題有兩個之情形。可區別而論之。其一) 同國籍者間之認知。卽親及子均甲國人。而在乙國認知之時。(此時如於本國認知者。卽無國際私法上之問題) 將從本國法耶。抑從訴訟地法耶。其

(二)異國籍者間之認知。即親爲甲國人。而子爲乙國人。相認知之時。將從何國之法律乎。是也。

於第一之情形。雖有本國法說及訴訟地法說之二說。然訴訟地法者。全無理由。今日已無唱之者矣。而於普通一般大都。從本國法說。於此處不必深爲說明。唯第二之情形。則爲國際私法上重要之問題。以下當論究之。

異國籍者間之認知。有三個之學說。

第一、依子之本國法之說。依此說。謂認知者。生親子之關係者也。故此子究爲何人之子。實有重大之關係。親者。雖因認知而獲得親權。然親權者。本爲計子之利益而設。而依子之所屬本國之法律者。最足以保護子之利益者也。故認知者。當從其子之本國之法。

第二、依認知之人之本國法說。謂認知者。因之而取得親權。且因之而得受親之身分之利益者也。其所根據者。不外乎此。

第三、各自依其本國之說。卽就認知者之一方。從其所屬國之本國法。而就被認知者之一方。亦從其所屬國之本國法也。余輩信此說爲得當。蓋如前之二說。僅就何之一方面觀察。其見不特不免於偏。且認知之問題。其在親子關係事項發生以前者。恰與男女婚姻之要件相同。全爲無關係者之身分上之問題。此關於實子之否認。與婚姻效力之關係。其性質全然不同。故想像欲於認知以後。定適從之法律者。其根本不免陷於誤謬也。依日本法例第十八條之規定云。（私生子認知之要件。關於其父。又母者。當依認知之當時父又母所屬之國之法律定之。關於其子者。當依認知之當時子之所屬國之法律定之。）亦採用第三說也。

如以上之認知。各自依其本國法。誠爲至當。然尙有一困難之問題。卽於當事者變更其國籍。而欲認知之時。其依現在國之法律耶。將依出生當時所隸國籍之法律耶。例如中國之男。與日本之女私通而舉子。其後此男子歸化於美國。而女則與其私生子共爲朝鮮人之時。此男者能否從現在所屬美國之法而認知乎。抑將依舊

國中國之法乎。又關於其子者。將依出生之時之所屬國_本日之法律耶。抑將依現在所屬國_鮮即_朝之法律耶。惟無論從何者之法律。均不免有多少之弊害。如其依認知當時所屬之國之法律。則欲認知者。即可擇關於認知之法律最簡易之國。而移轉其國籍。又其子而不欲被他人認知者。即可擇認知要件最嚴格之國。而移轉其國籍矣。然則所謂依子之出生之當時所屬國之法律。則如何。夫認知者。於善意之變更國籍之時。雖可決其無他弊害。然若以惡意變更國籍。則後日必至妄認知於外國人。此不特有害認知者之家族。且將併其國之秩序而害及之矣。又在子之一邊。如被外國人認知之後。不特於其身上。生重大之利害關係而已。即其子之所屬之國家。亦將不能不受其利害之影響。然於一般之變更其國籍。不能概以惡意推測之也。又以認知之問題。於現在國法有重大之關係者。於日本法例。亦依認知當時之所屬國之法律定之。余謂於此處。宜加一但書。但欲以惡意變更其國籍者。不得依現在之本國法而為認知。此最可信者也。

如以上之私生子之認知。大抵可依當事者之本國法。例如在法國因姦通而生子者。不許認知。故認知者。以法國人之子爲日本人時。若其子因姦通而生者。子雖有被認知之資格。其親不能認知也。又例如在和蘭。雖許認知。然如爲十九歲以下之男子。則不許認知也。故如有十八歲之和蘭男子。與日本之女。因私通而生子者。此和蘭之男子。不能認知其子也。至如英國。則於私生子之認知。爲絕對之禁止。其國之人。雖有舉私生子者。亦不能認之。要之。對於認知之事。決定。可從當事者之本國法。而於反對認知之時。亦然。但於形式上之要件。依一般之原則。大都從訴訟地法也。

第二節 養子

第一款 養子緣組之條件

關於養子之緣組。可以左之三個情形而區別說明之。

第一、於同國籍者間養子之緣組之時。此僅於外國爲緣組。而生國際私法上之

問題。至若在本國緣組。則不生何等之問題也。而於外國欲爲緣組。於是乎入國際私法上研究之範圍矣。卽於或國許有養子。而於或國則不許之。例如在日本認養子之制度。而於英國則不許之。於此之時。有一日本人甲。欲以日本人乙爲養子。可在英國爲緣組否耶。欲決此問題。須先探知其國之所以許有養子之理由。顧現今各國之所以不許有養子。而不以認養子爲必要者。決非爲反於公之秩序也。申而言之。則採用此等制度之國者。皆認個人主義。而不以祖先祭祀爲重。其財產之相續。不依養子緣組之制度。而得以贈與及其他之方法處分之也。養子之禁止。果出於如此之理由者。則雖於本國之情形。依本國之法。而爲養子。亦無妨也。或者曰。養子者。反乎自然。及視婚姻之制度。若無睹。故關於舉行地法之秩序。不小也。是則不得依本國法矣。然如養子緣組之制度。非定以外國人爲目的。而專以支配自國人爲目的者也。故如論者之所舉。不能妨害以外國人於自國爲養子之理由。如此。則是否許有養子之問題。當依其本國法也。而養子緣組。實質上之要件。亦當。

從本國法之所定矣。例如在意大利之法律。不得以私生子爲養子。然在法國則不設如此之制限。於此之時。有法蘭西人赴意大利。欲以法蘭西人之私生子爲自己之養子之時。意大利不能不許也。而關於此等之事。日本民法雖無如此之規定。固可與前之所述者作同一之解釋也。

第二、於異國籍者間爲養子緣組之時。養子制度亦關於人之能力者也。故當從本國法。然爲養親者與爲養子者國籍不同之時。將從誰之本國法耶。此所以生國際法之問題也。

就此等之事。有左之三說。

- (一) 從養親一邊之本國法之說。
- (二) 從養子一邊之本國法之說。
- (三) 當事者各自從其本國法之說。

前之三說。皆著眼於一邊之利益而立論者。依第一說。則謂養子制度者。不外乎因爲

養親之利益而設者也。故當從養親之本國法。依第二說則謂因爲養子之利益而設者也。故當從養子之本國法。然養子制度者。決非單爲一邊之利益而設。斷言之則實爲兩邊之利益而設。不可不知加之。利益之問題者。尙在養親養子關係發生之後。至在此關係發生以前。則兩者之間。初無何等之關係。於此之時。而欲定變更其身。分爲養親養子之時之要件。斷不能有標準也。故亦宜與認知之時相同。各從其本國法。實爲正當。在日本法例第十九條之規定。亦云（養子緣組之要件。各依其本國法定之）。此採用第三說也。而余輩亦以第三說爲然。然若認養子制度之理由爲同一之時。其鑑別於何之利益而爲緣組耶。曰。此當以從利益者之本國法爲穩當。例如日本人欲以中國人爲養子。是爲日本人之利益。當依日本之法律。反之。養子制度如爲財產之繼承。而設者。則爲養子之利益。而當依養子之本國法。以上爲理由相同。而要件不同者之見解。若要件與理由均相同。則不生何等之問題。又理由全然相同之時。唯有從第三說。各自依其本國之法而已。

第三、異國籍者之夫婦。以第三國人爲養子之時。此等之事。實際甚少。然如其有之。於國際私法上。將如何決定之耶。自日本法例之正面解釋之。似亦從各當事者之意思。然此非法律之精神也。依日本民法之規定。於養子緣組之時。必得配偶者之同意。若單爲夫之養子。或單爲妻之養子。則不能認之。蓋妻者須從夫。不能與夫異其國籍。爲國際私法上之原則。故於此處。對於爲養親之一事。亦當以其夫之本國法爲養親之本國法也。

第二款 養子緣組之效力

關於養子緣組之效力。亦爲日本法例第十九條第二項之所規定。曰、（凡養子緣組之效力及離緣。依養親之本國法。）試問僅以養親之本國法爲依據者。是何故耶。蓋養子緣組之後。爲子者。必須從親。而且爲養子者。因緣組而取得其養親之國籍者也。然則試進一步而觀歐洲之或國。例如於奧地利。養子不能因緣組而取得養親之國籍。則如何。此於實際。不能免許多之衝突也。然而於國際私法之上。實無有調和之法。

要之。唯有將如斯之違反國際私法原則之法律付之廢止而已。又於日本法例第九條之規定。單云。(依養親之本國法)而於養子當取得養親國籍與否並不提及。此只能以依養親之本國法為解釋也。

就日本法例第十九條之規定。尚有一當注意者。即為養親者於國籍變更後。而欲離緣之時。當依何國之法律是也。就離婚時之規定。則曰。(依原因的事實發生時之夫之本國法)而就離緣之規定。則單云。(依養親之本國法)故日本法例之解釋。依養親現在所屬國之法律而定其條件。明甚。然法例者。因如何之理由。而於二者之間。為如斯之區別乎。為養子者。因妄被離緣而受不利益。為妻者。因被夫之任意離婚而受不利益。有如何之差異。蓋法文之一大缺點也。

在歐洲概不認緣組之解消。今如有日本人以法國人為養子。而於後欲為離緣之時。則依何國之法律乎。是亦可於原因的事實發生地。依養親之本國法。甚為正當。然於日本法例之解釋上。不免生與前段同一之不條理之結論也。

第三章 扶養之義務

就扶養之義務亦可區別爲二以論之。

第一、於同國籍者之際。關於同國籍者間之扶養義務。其問題之生。僅限於在留於外國之時而已。卽從現在地法。是否有扶養之義務。及是否可定其範圍。又其範圍。是否可依本國法決之。之問題也。今依現在地法說之所主張者。則謂受扶養者。大都爲貧困之輩。若不扶養之之時。則現在之國家。對於此貧困之輩。不能不與以救助。其結果。必致國家受不少之損害。故關於扶養義務。當依受扶養者之現在地法云。然此說。甚爲非理。何則。於無扶養者之際。豈遂不受現在國之救助乎。且於駐在其國之受扶養者之本國公使及領事。安得不保護之乎。又其本國亦豈不能保護之乎。是以關於扶養之義務。不必從現在地法。而以適用本國法爲正。當蓋以扶養義務。由於親族關係而發生者也。

第二、於異國籍者間之際。關於扶養義務。雖一般之所認者。皆以從本國法爲原

則然於當事者間國籍不同之時。將依何國之法律乎。申而言之。謂將依受扶養者之本國法乎。抑將依扶養者之本國法乎。於日本法例第二十一條之規定云。（扶養義務者。依扶養者之本國法定之。）日本之對於此問題。以如是爲決。蓋以扶養之問題。與其負擔義務者。有不少利害之關係也。然若於扶養義務不明之時。則將如何決之耶。此不能以日本法例之規定者決之也。巴魯（バル）有言曰。（義務之有無者。當依受扶養之請求者之本國法定之。）余輩亦以作如此解爲最穩當也。

受扶養之請求者。對於爲請求者有扶養義務。而變更其國籍之時。則關於其扶養。將依現在國之法律耶。抑將依親族關係發生當時之法律乎。例如中國之男。以日本之女爲妻。其後變更國籍而爲英國人之時。而受其妻子之扶養請求者。其扶養義務之有無。及範圍。將從現在所屬之英國法乎。或將依從前之本國法乎。日本法例第二十一條之規定。單云。（扶養之義務者。依扶養者之本國法。）而關於此點。則不設何等

之明文。以此論解釋之法。自不能不以依現在所屬國之法律爲正當。然而其立論則不能使人首肯也。夫國家所以定扶養義務有無之旨趣者。欲以保護自國人也。而就自國人所發生之親族關係。縱令國籍變更。然親族關係斷無因之而消滅者也。故扶養義務之有無。雖當事者國籍變更。似仍不能不依親族關係發生當時之本國法。然自親族關係上所生之權利義務。有與其現在國有重大之關係者。則亦不能不依變更後之法律。日本法例雖不甚明瞭。要之從（依扶養者之本國法）之文字而解釋之。則受扶養之請求者。須依受請求當時所屬國之法律也。

第四章 親權

親權者。謂親之對於其子之權利。而有對於子之身上及對於子之財產之二種。親權者。於親之一方。卽單爲父。或爲母。得有之否耶。學者間雖有所爭論。而於日本民法之規定。親權者。爲親之權利。而非父。或母之權利。於羅馬法雖有父權之文字。於德國法亦有母權意義之文字。然皆爲親權。不可分也。

關於親權。當適用何國之法律耶。此並無議論。自當依本國法。無歧乎言。唯生國際私法上問題之親子國籍不同之時。將依何者之本國法乎。以日本法例第二十條之規定。親子間之法律關係。依父之本國法。若無父時。則依母之本國法。由是言之。則當依親之本國法。明甚。而於國際私法上之原則亦然。然而於立法上之當否。則有多少之可議者。蓋親權者。雖爲子之利益而設。然於親之一邊之利益。亦非全然不顧也。自沿革上觀察之。在古代羅馬稱親權之存在曰「*Manus*」麥奴司者。有手之意義。猶言服從於家長之手下也。而家長權中。親對於子之權利。及夫對於妻之權利。皆包含之。後更對於財產上之權利。及對於身上之權利之區別。不問何種。皆爲家長之權利。若不認妻及子之有權利者。在日本。從來亦認親權。謂即親之權利之意思。見之於事實。至於近世。親權之觀念。雖大異其趣。然亦全以子爲自己之利益。決不能謂其爲公正之見解也。是以如余輩曩者所述之私生子。認知於親子國籍不同之時。而其旨趣同一。其理由同一者。以利益之所在爲鑑。若在親之一方之利益。宜從親之

本國法若在子之一方之利益者則宜從子之本國法而於親子之各本國法其認親權有不同者各依其本國法此最得當。

以日本法例而解釋之則親權之效力無論子之身上及財產上皆可及之無疑者也。然而依或者之言則謂對於子之財產中之不動產非必全依親之本國法而可依所在地法者也。何則。凡不動產者皆以依不動產所在地法爲原則也。然依此說則子之不動產甚多非止在一國之時則親當不能通曉各國之法律矣。其他所在地法說之缺點當於以後講物權法時詳述之。然此說究竟爲不可採用者故不能不擇何之一方之本國法而適用之焉。

關於財產當依親之本國法誠如前所述矣。然則其所謂本國法者是否指親權發生之本國法乎。抑指財產取得當時之本國法乎。觀於實際上所行之立法例如英吉利、北美合衆國、及奧地利等皆採後之見解。從財產取得當時之本國法。而日本法例則並無何等之明言。則自當以依親之現在所屬國之法律爲解。而其結果於親之變更

國籍之時。對於子之財產。必至異其權利。致子被非常之迷惑也。然而雖則如此。無論依如何之見解。總不能免多少之弊害。且於實際上。生如是之困難者極少。故日本法例之規定。究不得謂其有差也。又日本法例之規定。其關於親權者。單依親之本國法。然如於或國有不認親權者。則如何。此例雖不多見。然如未成年者。又受禁治產之宣告者。其親不能行親權。此一般之所認也。日本法例於此等之處。不設何等之規定。實爲缺點。依余之見。親權之行。否依親之本國法。而親權之受否。當依子之本國法。如此定之。庶爲至當。而於此際。凡關於公之秩序。則依現在地法。無筭。言故例如意大利。凡有親權者。得因懲戒其子。而送其子入懲治場。而在英國。則不許之。乃有一意大利人。在英國。欲作一懲治場。而將其子監置於中。此萬萬不能者也。蓋英國以懲戒爲國家之權力。故不許私人爲之。所以維持公之秩序也。反之。如英人赴意大利。而欲以其子入懲治場。其可許之否耶。如與前者爲同一之理論。則似可許之。然於此際。不能依現在地法。法即意而須依本國法也。何則。以英國法之目的。爲英國人而定也。則凡爲英國

人者。無論行於何處。皆不得懲戒其子。

尙有一應當研究之問題。依法蘭西千八百八十三年之法律。爲親者對於其子。有施以普通教育之義務。若不盡此義務。則當受刑法上之制裁。今如有不認此義務之國人之人民。有親權而不與其子以教育之時。則法蘭西者。可以刑法之規定。而以此人處罰乎。對於此問題。有某學者。謂刑法者。取屬地主義者也。苟其存在於國內。及一定制限之下。則無論何人。皆不能不適用之。而既於刑法上應當罰之之人。其爲違反公之秩序。尤不言可知。詳言之。則法蘭西之所以處罰不教育其子者。因豫防不學無知之徒。增加於國內。爲暴亂之惡行。致妨害法蘭西國家之安寧秩序也。故此法規。非但爲法蘭西人而設。論其精神。卽外國人亦適用之。且法國之裁判所。亦屢屢有本此趣旨。而下判決者。然余輩對於此見解。不能首肯也。何則。法國所以務使國民教育其子者。實爲圖其子之利益。豈眞爲維持國家之秩序耶。假令果以保持公安爲目的。則對於外國人儘可自由追放之。故此法律者。僅對於法國人適用之而已。而對於外國人之

爲親者實可云不必強制之使盡教育之義務也。然則親爲日本人而子爲法國人之際。則如何。曰。此可從日本法例第二十條。單依親之本國法。親雖怠於普通教育之義務。亦不從法國法而被其處罰也。余謂前之所主張者。其普通教育義務之理由。如因爲子之利益。則可從子之本國法者也。卽在親子異其國籍之時。亦可各自依其本國法。以定其有無之範圍及消滅也。苟其不然。則必有因一方之國法。而以他國之國法沒卻者。

第三編 物權法

第一章 總論

關於物權者。將從何國之法律乎。古來有三說。卽如左。

- (一) 無論動產及不動產。皆從所在地法之說。
- (二) 以動產不動產分之。動產依所有者之本國法。而不動產。則從所在地法之說。
- (三) 動產及不動產。皆從所有者之本國法之說。

試細說之於左。

第一 動產不動產皆從其所在地法之說。

此說之所根據甚多。試舉其主要者如左。

(一) 謂今日者以主權及於國之全體爲原則。若因動產及不動產爲外國人之所有之故。而從外國人之本國法者。是就一切之關係。認爲屬人主義矣。故萬不可不依所在地法也。

(二) 關於物權。如其不用所在地法。則於實際上實有大不便之處。例如有一物於此。甲主張爲自己之所有物。而乙亦以爲自己之所有物。而相爭之時。若依其本國法。則將適用何者之本國法乎。不明孰甚焉。此所在地法之所以不可不依也。

(三) 一物而爲甲乙兩國人所合有之時。若從其本國法。則將如何決定之乎。不免有與前一項同一之缺點也。

(四) 關於物權。若不從其所在地法。每有至於害及所在地之秩序者。若爲不動產。

則尤絕對不能依本國法。例如於英國。忌相續財產之分割。而於土地爲尤甚。然法國則不認之。今於英國有土地之法國人。而死去之時。若從其本國法。則必至分割其土地。而分給與其相續人。是英國之不認分割之法。則豈不全被其破壞乎。約而言之。則不動產而不依所在地法。其有害於所在地之秩序者不小。故不如與動產均從所在地法之爲得當也。

以上係主張所在地法說者之對於本國法說之駁論也。然住所地法說（主張此說者雖不多）亦不免被同一之攻擊。其他雖尙有行爲地法說及訴訟地法說等。然皆不免屈從於所在地法說之下。今依行爲地法說。則就物而設定物權之時。自當從行爲設定之法律。故依此說。則存在於英國之物。而於法國設定物權之時。將不能不從法國之法律矣。是此物者。不特受與物無關之地之法律所支配。且亦反乎當事者之意思也。次依訴訟地法說者。即從因物而提起訴訟之地之法律。是亦從與物無所關係之地之法律也。且訴訟者。係就已有權利義務於物上者而發生。

非因訴訟提起之後始決定權利義務之有無也。若因訴訟之後始決其權利義務之有無是將從前已有之權利義務付之消滅復依訴訟地法而發生新規定之權利義務也。安有如此之理耶？且苟依此說則欲爲訴訟者但須赴自己便益之地而提起訴訟可矣。其弊害有不可思議者。以上所言爲今日一般之學說。殆與所在地法說相一致云。

於日本法例第十條第一項之規定云：（關於動產、又不動產之物權與其他可以登記之權利依目的物之所在地法。）此採用所在地法也。然而依日本法例之主義雖爲物權其不要登記者非皆依所在地法。又雖非物權而爲可以登記之權利則不能不從所在地法也。

第二 分動產與不動產爲二。動產依所有者之本國法。而不動產則從其所在地法之說。

此說以動產與不動產爲區別。而就不動產說與第一說同。謂土地者不特爲領土

之一部而已。即自國家政策上言。亦不能不依所在地法。而就動產言之。則見解便不同也。即此說之論者。謂動產者。從人者也。而所謂人者。即指與物有關係者而言。此議論之所存。並非謂動產之占有者。而實謂動產之所有者也。又有以此說分而爲二者。一爲依所有者之本國法。二爲依住所地法。法蘭西、意大利之學者。採用本國法說。而英美之判決例。輒近依所有者之住所地法也。

更以此說所根據之主要點舉示於左。

(一) 動產者。附隨於人而辨其用。常共人而輾轉變更其場所者也。故從所在地法。往往有極不合者。例如動產之所有者。如赴各國旅行之時。其動產所受支配之法律。將頻頻變更。此所有者。其所到之國之法律。不能知之。即不能安穩保持此動產矣。故關於動產。以從所有者之本國法爲至當。

(二) 或人行於無主之地時。其攜帶之動產。將不能受法律之保護。
(三) 動產之所有者。有不知其物之所在之時。例如以物品運送於遠隔之地。自己

之物品在何國法律支配之下。不得而知。其不便不利。固無埃言。然如從本國法。則不特無害於其所有者。且對於他人亦毫無損害也。蓋物品爲何人之所有物。通常皆附有標札。可因此而知之也。

如以上之所述。動產者。固可以從人爲原則矣。然採所在地法說者。對之攻擊。曰。動產從人之原則。僅限於或種之事項適用之而已。例如或者。於三國皆有動產而死亡。其子相續之時。若從各動產之所在地法。則不免生煩雜之關係。此可以從相續人之本國法。然決非絕對者。不過因爲相續之特別理由。而生出此之原則而已。

第三 動產不動產。皆從其所有者之本國法之說。

此說。爲意大利之非育雷。法蘭西之威士。及羅蘭諸氏。所主唱。而主張此說之學者。以法蘭西及意大利民法等。有云。（不動產者從所在地法）之規定爲解釋。意謂關於不動產之事項。若爲所在地之公之秩序問題時。則可從本國法云。然是明明曲解也。

此說之所根據。謂人者以服從其本國之法律爲本則者也。是以凡屬於其人之所有者。不問其爲動產與不動產。皆當受其所有者之本國法之支配。若其不然。而受其所在地法之支配者。是有妨於本國之公之秩序者也。然余謂動產不動產。不受所有者本國法之支配。而謂有害本國之公之秩序。於今日實可謂之全無理。由者也。然彼主張此說之學者。以關於所在地之公之秩序事項爲例外。而從本國法。故其結果實與第一說同一歸著。何則。以此種之學者。雖其所認爲例外之事甚多。而就關於不動產之物權。全不從本國法也。

第二章 所有權

所有權亦如前章之所述。適用所在地法說。而其性質及保護之方法等。總從所在地法。唯有一疑問所當研究者。關於所有權之問題及能力之問題相競合之時是也。蓋於一方爲關於物權。以依所在地法爲原則。而於一方則因關於能力之故。須以依本國法爲原則。二者又共爲普通的者也。關於此等之事項。英美之學者。謂所有權之取

得。及關於行使之能力。對於普通能力之法。則有特別之性質。皆可從所在地法者也。而德國之學者。則區別此能力爲享有能力及行使能力之二種。謂所有權之可以取得與否。爲關於享有之問題。可從本國法。而就行使之一方。則宜從所在地法。云。然余謂享有能力及行使能力。均爲能力之問題。而無區別之理由。故余以英美學者之說。關於所有權總從所在地法說之爲至當也。若從德國學者之說。例如在日本及俄羅斯。均爲不許外國人有土地所有權之國。而德國人欲有土地所有權之時。（歐洲各國大抵與外人以土地所有權）若從其本國法。則不能不與之。是明明破壞日本及俄羅斯之法律者也。又若依羅馬法及現今西班牙之法律。凡物有通融及不通融之二種。不通融之物。不能讓渡之。例如羅馬法之所謂神法物是。然日本人如赴彼國。而欲得其神法物時。詎不有害所在地之秩序耶。故於此等之處。不能適用本國法。而當從所在地法者也。然此種之論者。於反乎所在地之公之秩序之時。亦認之爲例外。故得謂之同歸於一焉。

關於物權之普通之原則。既於總論說明之。又關於所有權能力之問題。則如本章之說明。然就物權之得喪。不能僅以目的物所在地之原則決之。在日本法例第十條第二項之規定云。(前項所揭權利之得喪。依原因的事實完成時之目的之所在地法)試以關於此點之事項說明於下。

就物權之移轉。普通之原則。亦從所在地法者也。而此原則之適用如何。當先以左之二三要點說明之。

定主物從物之區別。亦當從所在地法。學者有謂於主物。可從其主物之所在地法。而於從物。則從從物之所在地法者。然如此之說。是全以疑問答疑問也。對於定物之主從之法律問題。從來少所說明。今試示一個之例。假如有奧地利某鐵道會社之瀛車。正由拔拔利亞(ババリア)進行之時。而對於瀛鐘車及客車差押之問題。忽生此問題。即謂其瀛鐘車及客車。為主物耶。為從物耶。是也。依奧地利之法律。則以此為從物。而以軌道為主物。依拔拔利亞之法律。則以瀛鐘車及客車為主物。然此問題。當決

定依所在地法。利亞拔以瀛鐘車及客車爲主物也。次如所有權之制限，亦可依所在地法者也。例如私人者，苟不得國家之許可，則不能有爆發物之所有權。又如建設工場者，若係火藥庫，須與人家爲幾許間之距離。以此等之物，有關於所在地之公之秩序也。對於此處，雖主張本國法者，亦不能不認之矣。其他如物之引渡，亦不可不從物之所在地法。或依訴訟地法。然訴訟地之裁判所，不能爲實際上之執行。故仍以實際執行地法，卽所在地之法律爲至當。

關於登記一事，將從何國之法律耶？曰：是亦宜依被登記權利之目的物之所在地法律者也。如德國，則以登記爲權利移轉之要件。而在日本及法國，則單以登記爲對抗第三者之要件而已。至如英國，則全然不認此制度。此等法制之所以不同者，無非基於公益上之理由。凡如此者，當然從其所在地法也。

所有權之取得之時效，亦當然從所在地法。蓋設此種之制度者，考諸立法上之理由，關於或種之物品，若長年累月之間，而其權利不能確定，實爲國家不利益之現象。故

其存在於物上之權利。如數年而不行使。是自棄此物也。故與其爲此等怠慢者所有。無寧其爲他人所得也。是以縱令此物爲惡意者所占領。此惡意者。果其現在有實力於其物上。即可與以所有之權。猶爲國家之利益。然則此時效之完成。須經過幾多之歲月耶。此自當依物之存在國法律所認時效之制度。無待言也。然在英美國家。不以時效爲權利得喪之原因。而以爲對於物上訴權消滅之原因。於是英美多數之學者。不以時效爲關於權利之實質。而以爲關於形式。卽訴訟上者。故謂宜從訴訟地法及本國法也。然而對於因時效而占有物者。如無回復之訴權。則縱令有所有權。亦無所用。其結局實與權利喪失者無以異也。要之英美學者之所說。全爲無理由者。而時效者如前之所述。關於公之秩序者也。則不可不依目的物所在地法也。

又關於動產之時效。有謂宜從所有者之本國法者。此說者。卽爲關於動產上之物權均須從本國法之論者所主張。然此說既於前所舉示之幾多之缺點之外。尙有許多缺點。一)所有者之本國法雖認取得之時效。然於其所在地不認時效制度之時。則於

實際上即不能執行也。(二)或種之動產對於所有者本國之利害關係與對於其所在國利害關係比較之時則於今日屬地主義之原則上實可云與其所在國有重大之利害關係也。故此說者到底不可以採用之。

於次宜說明者。時效之計算問題也。以例解之。如甲國以四年爲時效期間。而乙國以三年爲時效期間之時。於甲國之時效既已完成。而赴乙國。亦爲有效。自無待言。何則。如前所述。就時效論。從物之所在地法也。本問者。以在甲國對於其物有完全取得之權利也。然而今之爲問題者。於前例甲國經過二個年後。而移轉於乙國是也。於此之際。其時效對於前已經過之二個年之效力如何。有左之三說。

第一 依此說。謂已經過之二年。係在甲國者。而其在乙國。則一日亦未嘗經過也。故其兩個年之日月。於乙國不能有何等之效力。而在乙國非再經過三年者。不能完成時效。

第二 此說與前正相反對。謂已經過之二個年。雖在甲國亦有效力。其所主之理由。

謂時之經過者。爲一種之事實。自國際私法上觀之。不問其在甲國經過與乙國經過也。故於前例。自移轉至乙國之後。但須在經過一個年。即可依所在地法（即乙國法）而完成其時效。

第三 此說者以扣足時期而算定時效也。即前例。在甲國經過二年者。已經過四年中之半數者也。故更於乙國經過乙國所定三年期間之二分之一。即一年六個月可矣。

在僅以自國法律爲法律之時代。大抵與現今之法制不同。其於國際私法上之學說。必以第一說爲然。然不能行於今之世。無俟言也。余輩以第二說。信爲最得正鵠者。於日本法例第十條第二項之規定。亦云。（揭於前項的權利之得喪。於其原因的事實完成之當時。依目的物之所在地法。）於或物變更其所在地之時。設法律適用之準則也。蓋關於物權之得喪。僅依目的物之所在地法之原則。猶未爲盡善也。然而僅依此規定。於前例之問題。猶未能解決。何則。以原因之事實。於何時完成。並未明示也。然

而此更可以別個之問題決之。法例第十條者。不過單對於確定之事實而指定適用之法而已。故以之歸責於法文。實非理也。

第三章 所有權以外之物

關於一般之物權。既如前所述。以從物之所在地法爲原則。故不必更就各個之物權而一一說明之。然而就或種之物權。有不能僅以法例第十條之規定爲解決者。當分節而說明於下。

第一節 質權

質權亦爲物權之一。以從目的物所在地法爲原則。然而德國之學者。以質權之享有。及質權之行使。區別爲二。於享有。則依質權設定地（即行爲地）法。於行使。則依目的物之所在地法。例如於或國。凡質權之設定者。須要物之引渡。而於或國。則不必要之。又於或國。質權之設定。必以書面。而於或國。則只須意思表示而已。是關於質權之成立。即享有問題。故以依行爲地法爲決定。又或者自他之方面而觀察之。則此等

者。皆爲方式之事項。自當依以場所支配行爲之原則。而從行爲地之法律也。然而此說不能爲正當也。何則此等者。雖爲關於行爲之方式。而苟非物之引渡及書面之作成。則質權全然不能成立。故仍不得不謂之關於權利之實質也。依余輩之見解。質權者。以物權爲從。以債權爲主。不可不區別之。而其主的債權。依何國之法律爲有效之成立耶。從一般契約之原則。當依契約地卽行爲地之法律。而就質權一邊。當依目的物之所在地法。故例如於日本爲流質者。不可不請求於裁判所。而於英國。對於質權設定者。僅爲通知之而已。足於此之時。有日本人赴英國而設定質權。則可依目的物所在地（卽英國）法。不要請求於裁判所。而得爲流質也。要之。就質權之自體。總從目的物之所在地法。而其爲質權擔保之主的債權。則可依行爲地法者也。

第二節 抵當權

抵當權者。其成立之原因不一。故不能皆依所在地法爲一般之原則。抵當權成立之原因。有法定、合意、裁判、及遺言之四種之區別。法定之抵當。及裁判上之抵當者。強制

的者也。合意上之抵當及遺言之抵當者任意的者也。因此區別對於一般之原則不能無例外。又於或國。於此四個抵當權中。有一二之不認者。或雖認其二三而其種類有不同者。於是乎國際私法上之問題生矣。試以各種類之抵當權之原則及例外之適用之點。而說明之如左。

第一 法定之抵當 法定之抵當者。一言以蔽之。謂在後見人之下。不問當事者之合意與否。於一方之財產上。當然取得抵當也。例如在法國。凡被後見人者。於後見之開始之時。有取得後見人一切之不動產上之抵當權。而在意大利者。被後見人有取得後見人之或種不動產上之抵當權。又如於或國。凡為妻者。於婚姻之時。有夫之一切不動產上之法定抵當權。然如日本及英國等之法律。則不認有所謂法定之抵當權。今有日本人之後見人。有不動產於法國之時。則被後見人者。當然有其不動產上之抵當權否。依在日本法律第十條而解釋之。不可不與以積極之解答也。何則。法例第十條之規定。其就物權。僅從所在地法。而不認有何等之例外也。

(於可依本國法時。雖在三十二條認概括的之例外) 然而余輩自立法之精神觀之。不能認此解釋爲正當也。蓋所在地之所以認法定抵當權之理由。並非欲維持公之秩序。不過欲保護特定之人之利益而已。果其如是。則於前例日本人之被後見人在法國。不有後見人不動產上之法定抵當權。決不能謂其有妨於法國之公之秩序也。法國之法律。以保護法國人爲滿足。日本之法律。以保護日本人爲無遺憾。於日本之法律。雖不與被後見人以法定抵當權。於其保護上。亦非爲有缺。則法國之法律。正不必強其必與。明甚也。故於此等處。不依所在地法。而依被後見人之本國法也。反之法國人之被後見人。在日本時。得有其後見人不動產上之法定抵當權。否耶。余以爲於此之時。當從所在地法也。蓋在日本。以認不動產上之此種之權利。爲反乎公之秩序也。要之。法定抵當權者。無論於財產之所在地。及被後見人之本國法。均不認之之時。終歸於不受其適用者也。

第二 合意上之抵當。合意上之抵當云者。依當事者之意思而設定者也。然則將

從何國之法律乎。於此等處。其原則一任當事者之意思。唯關於目的物之所在地。之公之秩序之時。則依所在地法。然不動產上之物權。大都爲關於其所在地之秩序者。此爲國際私法上一般所認之原則。余謂於此等之處。不能一任當事者之合意。須一概依目的物之所在地法也。

第三 裁判上之抵當。裁判上之抵當者。國家因欲判決之執行。迅速且正確而設之制度也。其關於裁判所在地之公之秩序者。自不待言。然如不顧不動產所在地之法律。而爲執行以紊亂所在地之法律。則其不可許者。明甚。例如甲國之裁判所。裁判關於在乙國之不動產之抵當權時。果依何國之法律爲執行乎。如裁判所所在地與不動產所在地屬於同一之國家之時。則無容疑。若爲異國之時。則無論從何一國之法律。不免紊亂一方之秩序。然余謂於此之時。亦宜依不動產所在地法也。蓋外國裁判所判決之時。其執行非不能於外國爲之。於今日依共助之方法。得委任外國官廳而爲執行。既得爲其執行。則裁判所所在地之秩序。自不被其紊。

亂矣。反之。若從裁判所在地法。則不動產所在地之秩序。必至被其蹂躪也。

第四 基於遺言之抵當。基於遺言之抵當。亦可從不動產所在地之本國法。然於其形式上之要件。有二個之學說。即所在地法說。及行爲地法說是也。關於物權。固可依目的物之所在地之原則。而其設定之方式。亦包含之否耶。此即兩說之爭點也。主張所在地法說者。係斯多利（Stoory）氏。其言曰。若依行爲地法說者。則如或者自己已有許多之不動產在數國。一一爲遺言之時。必不能不受數個之法律之支配。大不便也。然而依所在地法說。亦不能不有同一之弊害。例如不動產散在數國之時。各從其所在地法者。亦不能不受數國法律之支配也。余謂於方式上當依一般之原則。而從行爲地之法律。而於實質上之權利關係。則宜從所在地法。爲相當而可信也。

以上所述之外。對於以何等之物可爲抵當權目的之問題。亦從目的物之所在地法。例如動產者。普通不能爲抵當權之目的。然若於或國許之者。則可從或國之法律。於

今日之實際。動產中之船舶。一般皆認之可作抵當權之目的物也。

抵當權之性質。亦依其目的物之所在地法。例如在日本。始以一般抵當權擔保主債務。於他日主債務不履行時。始移轉其所有權。然在英美。有所謂瑪蓋其 [Mortgage] 之制度。其設定之時。卽爲所有權移轉。他日其債務者履行債務之時。得當然取還之。於此等之際。日本人在英國。不能依日本國法而取得抵當權。反之。英國人而在日本。亦不能受其所謂毛厄其制度之保護。而總須從所在地法律也。

抵當權之公示。亦從所在地法。例如在法蘭西。以登記爲必要。而於意大利及比利時。則不必要之。於此之際。有法蘭西人在意大利取得抵當權時。則亦不必爲登記。此與關於婚姻之公示。全乎不同。要之。關於物權之公示。以目的物爲重。故不可不依所在地法。而關於婚姻之公示。以人爲主。故不外於從本國法也。

再。於抵當權之順位。亦從所在地法。例如對於先取特權優先權之有無。是皆關於公之秩序者也。

第三節 地役權

關於地役權。亦不能從其目的之不動產之所在地法之原則。而爲說明。何則。地役權之目的。之不動產者。有要役地及承役地之二種。如存在於同一國內之時。不生何等之問題。若在異國而二種之不動產存在之時。其依何者之法律耶。甚不明瞭也。日本法例。關於此點。亦不設何等之明文。余謂。當以依承役地之所在地法爲正當。蓋要役地。不過單受利益。而承役地者。爲地役權負擔重大之義務。實關於所在地之公之秩序也。次於法定地役。卽不基於當事者之意思。而設定之地役權。亦同。例如於火藥庫之近傍。若不爲一定之間隔。則不能築造建物。於此等之處。亦宜依承役地之法律。或有以法定地役爲國際公法上之問題者。此不必然。蓋於國境相接之處。對於私人之財產。每每有生此種之問題者。

以上者爲關於物權之說明。然於此外之占有權及用益權。亦皆依目的物之所在地法。唯對於占有權。尙有不能不爲一言者。或占有動產後而變更國籍之時。依占有當

時。之。所。在。地。之。法。律。耶。將。依。現。在。地。之。法。律。耶。是。亦。關。於。公。之。秩。序。者。也。故。宜。從。現。在。地。之。法。律。

第四編 債權法

第一章 總論

關於債權。將適用何國之法律耶。先可區別三種之情形。（注意本編之所謂債權者。以關於契約之說明為主。宜知之。）

- (一) 甲國人與甲國人在甲國爲契約之時。
- (二) 甲國人與甲國人在乙國爲契約之時。
- (三) 甲國人與乙國人在丙國爲契約之時。

就右之第一種之情形。不生國際私法上之問題。於第二種之情形。將依當事者之本國法而契約始成立耶。抑依契約地法。又或從履行地法耶。則生國際私法上之問題矣。又於第三種之情形。例如甲國人與乙國人在丙國結契約。而約定在丁國履行。其

後在戊國訴訟之時。於甲乙丙丁戊五國。當依何國之法律決定之乎。更如於隔國而締結契約之時。將依申請人之本國法耶。抑依承諾者之本國法耶。抑依其他之法律耶。此等之問題。亦甚困難也。

凡契約大抵從當事者之意思。無疑者也。此原則。爲國際私法上一般之所認。日本法例第七條。亦明明認之。唯於其當事者意思不明之時。始生國際私法上之問題也。於舊法例。亦云依當事者之意思爲原則。於其意思不明之時。而當事者國籍相同者。則適用本國法。若國籍不同者。則擇其與契約有最多之關係之國法而從之。然在事實上。果與何者有最多之關係。則不得而知。在意大利之民法。亦殆與此設同一之規定。即當事者之意思不明時。於同國籍者之時。則從其本國法。於異國籍者之時。則從契約地之法律。然現行法例第七條第二項之規定。單云、（當事者意思不明時。依行爲地法）於同國籍者之契約。及異國籍者之契約。均所不問。總從行爲地法。故如有日本人。偶然旅行於美國。而爲契約之時。其契約之成立及效力。依美國之法律。

而定。甚非穩當。余謂於從國籍者間之爲契約。當以從本國法爲是。然謂從本國法決無缺點。則又不然。例如永年間居住於美國之日本人相互爲契約之時。則以依行爲地法（即美國法）爲相當也。關於此點。有許多之學說。說明於左。

第一 履行地法說。此說之所根據者。謂債權之最要者。履行也。無論爲如何之契約。苟不履行。則殆與無契約相同。故於債權。宜從履行地法云。在立法例。則撒克遜嘗採用之。在裁判例。則於德國見之。此說爲德國之撒比尼所唱導。而厄爾倍羅（ゲルベル）斯多利（ストーリ）非里穆阿（フライモア）及威斯脫雷克（ウエストレーキ）等之學者贊同之。然而此說亦非無可批難者也。反對之學者以巴魯（バル）推羅（テル）及羅蘭（ローラン）等爲最重要。其所攻擊之主要點如左。

(一) 縱令依履行爲關於債權之重要事。然爲之之履行地。則不能謂其重要也。時而當事者不知履行地之法律。將因此而受意外的法律之適用也。蓋履行一事。

使必僅依履行地法。既爲不當。則關於契約之全體。如務令從履行地法者。亦可謂其全無理由也。

(二) 於不定履行地之契約。每有生出不知所從之結果者。撒比尼氏對於此批難而爲辨解曰。凡一切之契約。大抵其履行地。無有不定及不明之時。蓋於多數之處。契約之當事者。皆可定爲履行之地。若其於不定之時。債務者或有業務。其關於業務而締結之契約。則可以其業務地作爲履行地。又若無業務地者。則可以行爲地與債務者住所地同一之所。作爲履行地。至於其他之情形。總以債務者之住所地作爲履行地云。然而如此之推測。不特爲非理之推測。後日當事者亦有於他之場所履行之時。安可遂據以爲標準耶。

(三) 若從此說。則當事者如欲以一個之債權分爲在數國而爲履行之時。則將從如何之法律乎。不能知也。

(四) 當事者時或有不欲依履行地法之時。履行與契約有極大之關係。而強之以

法律之適用。豈非不當。

(五) 履行地與契約之履行。雖有關係。然於契約之成立及效力。則不有何等之關係者。

第二 債務者本國法說。英美之學者。不置重於本國。而置重於住所。故對於債權。

主張依住所地法。茲之云本國法說者。亦併此等住所地法而說明之也。

此說之所根據。謂契約者。爲債務者之所重要者。而亦立法之精神也。故最適於債務者之利益之法律者。唯從債務者之本國法及住所地法耳。此說唱導之最多者。爲德意志學者。如悖楷（ベツカー）推羅（テル）啞脫（ロート）等。又現在生存之巴魯氏等皆屬之。然此說亦不免有左之缺點。

(一) 依此說之時。債務者如有兩個以上之國籍。將依何國之法律。耶。不能知矣。夫國家固未有明使其有二個以上之國籍。而固有明認其得有二個以上之住所者。（例如英國）又反之。如對於無國籍者及無住所者之契約。亦均無可以適。

用。之。法。律。也。

(二) 債務者之本國法及住所地法。是否爲其人之利益。不可知也。又或以從債權者之本國法及住所地法爲利益乎。亦不可知也。故若以債務者之本國法及住所地法推測爲債務者之利益者。亦不過出於臆斷而已。

(三) 假使以債務者之本國法及住所地法爲債務者之利益耶。然法律者何故僅保護債務者之利益。而不顧債權者一面乎。此理由實不可解。則此說者終不免陷於一偏之見而已。

(四) 雙務契約之當事者。於相互的既爲債務者。同時又爲債權者之時。亦將適用何之法律乎。不可知也。

(五) 關於國際私法上之權利關係。不認一般保護義務者之原則。此論僅就債權關係。漫然欲主張保護債務者。其爲失當。無筵言也。

第三 債權者本國法說。此說現今殆無唱之者。

第四 訴訟地法說。此說之根據。謂一國之裁判所。無適用他國法律之義務。故雖

在他國成立之債權。亦不能不依訴訟提起地之法律決之。若其不然。而適用契約成立地法律。是訴訟地之主權爲其所侵害也。然對於此說。有左之批難。

(一) 雖云裁判所適用外國之法律。而侵害內國之主權。然於此之際。決非適用外國之法律也。蓋不過適用依外國法之自國法律耳。是即對於訴訟地法說之攻擊也。然而余自國際私法之本質上觀察之。苟不違反於訴訟地法之公之秩序。則適用外國法。亦毫無妨礙也。

(二) 關於契約之成立不成立及其他實質之問題。非於訴訟之當時定之。而以既存在之關係爲裁判之目的。明甚。然而欲以於實質上毫無關係之訴訟地法。而決定其實質。是誤其本末也。

(三) 若從此說。債權者赴自己利益之法律地。而提起訴訟。其有害於債務者。決定非少。

第五 行爲地法說。

此說又稱爲契約地法說。羅蘭（ローラン）非力克司（フリクス）等所採用。而其所根據。謂當事者最易知者。爲行爲地法。故以當事者亦必從此法律爲推測云。此說之長處。在契約之形式與實質依同一之法律點而存在。按諸場所支配行爲之原則。此主義不獨行爲之形式。并其實質。亦貫徹之者也。然而此說亦不免有少之缺點。

（一）行爲地之法律。雖當事者之所素知。然亦有不盡然者。當事者自己。於不知他國之法律之時。而偶然在他國爲法律行爲者。決定不少。

（二）於無主之地。爲行爲之時。又於數國交界之地。完成或種行爲之時。將依何國之法律乎。是不能知也。

（三）當事者之意思。或有不欲依行爲地法者。亦未可知。然而必謂一概從之。終不免於速斷之嫌也。

此說者。雖有如右之二三缺點。然比他之四說之缺點。不特爲少。且對於此說。儘有

可以辯護之途。故於現今有一般採用之傾向。如英吉利、法蘭西、和蘭、比利時、西班牙、及日本法例皆採用之。然對於此有二個之例外。如左。

(一) 關於公之秩序之時。則依訴訟地法。

(二) 關於能力。依本國法。

如以上所述。就債權關係採用行爲地法說之結果。生一個之問題。卽何者謂之行爲地是也。行爲地者。卽爲法律行爲之地。夫人而知之矣。然於隔地者間而爲契約之時。申請地。承諾地。其他幾多之行爲地。果以何者爲行爲成立之地乎。不能決定於國內法。以何時爲成立之時。耶。於國際私法。以何地爲成立之場所。耶。例如日本人在朝鮮。對於英國人爲契約之申請。此英國人正在法國旅行之時。受取其申請狀。更旅行於德國而開披之。次又行於比利時而認其承諾狀。又於和蘭發送之。然申請者之日本人。既自朝鮮歸於日本。如受領其承諾狀。於此之時。將以何地爲契約之成立地乎。有左之數說。可以想像得之。

(一) 申請人者以申請時之地爲契約成立地之說。

(二) 承諾人者以受申請人之申請通知時之地爲契約成立地之說。

(三) 以承諾之通知地爲契約成立地之說。

(四) 以承諾之通知到著地爲契約成立地之說。

(五) 以申請人知承諾地爲契約成立地之說。

右之中第二第三之說其對於申請人甚酷。何則。申請人一邊不能知承諾者之在何地。受領申請狀也。并不知承諾人之在何地發承諾狀也。加之以發承諾之通知地爲契約之成立地之時。於發承諾狀時卽生效力。而申請人於未知契約之成否以前。對於其契約。生被其拘束之結果。此於一國內爲承諾之意思表示時。其契約之成立。於申請人尙無所害。蓋受支配於同一之法律之下也。然爲國際私法上之問題者。申請人受自己全乎不知之他國法律之支配也。故此二說不得謂之正當。反之。如第四說者。對於承諾者太酷也。何則。承諾者之一邊。有不能知申請人之到著地之時。其結果

必致受自己全未豫想之國之法律所支配也。於第五說之缺點亦同。然於第一說時爲申請者之利益固無待言。而且承諾者。因既知申請地之故。而知申請地之法律。亦不爲難。縱令有不知申請地及不知申請地之法律之承諾者。不應其申請而已足。決不強被不知之法律之支配。於此等處。多少之契約不能成立。實自然之結果也。總之。隔地者。間之契約。以發申請之通知之地。作爲行爲地。此最適當者。是以日本法例亦採用此說。其規定云。（就契約之成立及效力。以發申請之通知地。作爲行爲地。）其例外。則謂（受申請者。於爲承諾之當時。而不知申請之發信地者。以申請者之住所。地作爲行爲地）云。余謂。於此之際。自當以申請者之本國作爲行爲地。所以不以住所地作爲行爲地者。以人往往有數個之住所也。

第二章 債權之效力

關於債權之效力。於日本法例上。亦無規定之所。依第七條。先就當事者之意思。願依何國之法律而定。而於其意思不明之時。不外從行爲地法也。本法第十二條。雖設有

關於債權讓渡之規定。然單爲對於第三者之效力。而非對於債權者之效力也。故本條之說明。且讓於後。

學者或爲說曰。債權之效力。有直接效力及間接效力之區別。前者從契約而出於直接之效力也。故宜從行爲地法。後者。全屬於別種之性質。故須從訴訟地法。而所謂直接之效力者。就金錢之借貸契約而言。卽以金錢返還也。而間接之效力者。於義務不履行之際。請求損害賠償之謂也。然而余輩不能認之。何則。兩者無論從何如之契約。而其所生之效力。實無區別之理由。且又全爲不能區別者也。故總以依契約成立地（卽行爲地）之法。律。爲。是。是。故。依。契。約。地。所。認。之。效。力。無。論。何。處。皆。不。能。不。認。之。是。一。般。之。原。則。然。亦。有。許。多。之。例。外。試。說。明。之。如。左。

第一 關於公益之事項。不可不從訴訟地法。卽雖於契約成立地爲有效之契約。而有關於訴訟地之公之秩序之時。則不能不從訴訟地法。例如於買賣奴隸之國所成立之契約。而至不准賣買奴隸之國而請求履行。則其地之裁判。所可從行爲。

之法。律。而。不。必。以。其。契。約。爲。有。效。也。又。就。關。於。國。家。之。專。賣。品。及。禁。止。品。之。契。約。亦。如。之。例。如。於。法。國。不。許。私。人。間。爲。煙。草。之。賣。買。而。屬。於。國。家。之。專。賣。而。於。德。國。則。不。然。今。在。德。國。締。結。煙。草。買。入。之。契。約。而。在。法。國。爲。訴。訟。之。時。則。法。國。之。裁。判。所。以。不。認。其。契。約。之。效。力。也。蓋。因。關。於。自。國。公。益。之。事。項。不。能。認。依。外。國。法。成。立。之。契。約。之。效。力。也。對。於。禁。止。品。亦。然。

第二 關於契約之追認。須依追認人之本國法。是追認者。非契約。而爲關於追認人之行爲能力之問題也。

第三 因債權之效力而移轉物權之時。不能不依物之所在地法。如前說明之物權法。就可以移轉物權之原因的債權關係。雖可依契約成立地法。而其結果。於關於動產不動產權利移轉之時。則以依物之所在地法爲原則也。

契約之效力。除右之所說之例外之外。大都可依其成立地之法律者。然而於日本法例第十二條。因欲使債權之讓渡者。有對抗第三者之力。故設特別之規定。即依本條

謂（對於債權讓渡之第三者之效力。依債權者之住所地法）云。蓋關於債權者之讓渡。第三者常注目於債務者也。故於債務者之住所。普通類能知之。而於有讓渡之行爲與否。則多不知之。法律爲欲保護第三者。故認一般行爲地法之例外也。然而有一疑問。所謂債務者之住所地云者。謂債權發生地之住所地耶。抑爲讓渡當時之住所地耶。余謂法例無何等之明文。故當以債務者現在之住所地爲正當。如此解釋。毫無錯誤者也。

第三章 債權之消滅

債權之消滅。日本法例上亦無何等之規定。故依第七條。無別段之意思。表示之時。唯有從行爲地法而已。蓋從廣義解之。債權之消滅亦爲效力之一種。故依本條而被支配實當。然也行爲地法爲當事者最知之法律。而當事者就債權之消滅不表示何等之意思者。可作爲默認。依行爲地法也。因之。如消滅之方法。總依行爲地法。無待言也。唯於因時效而消滅之時。其學說甚爲分歧。聊說明之如下。

第一 債務者之本國法。又住所地法說。此說者。關於契約之成立及效力。與依當事者之本國法。及住所地法。有同一之缺點。即於債務者多數。又本國及住所所有多數之時。又債務者雖僅一人。然如英國認多數之住所之時。依何國之法律乎。且於契約。不能僅置重於一方。而依本國法及住所地法。加之。若依一方之本國法及住所地法。常有爲其人之不利益者。其他若從此說之時。則債務者可擇時效期間最短之地。而任意移轉其住所。其缺點之尤者。債務者得依契約成立當時之住所而避之。要之。此說之缺點如此之多。則終不可以採用也。

關聯於此說所生之問題。如於物權法之下之所說明。於債務者住所移轉之時。其時效依何地之法律定之乎。是也。例如依契約地之法律。以七年爲時效之完成。而現在地之法律。則以十年之時。當事者於契約地已經過三年半。後轉住於現在地之時。將再經過幾年而爲時效之完成乎。關於債權之消滅。而主張住所地法論者。謂時之經過者。於無論何國。皆爲同一。故更於現在經過六年半者。即爲時效完成。

云。然而余輩意謂。凡債權之消滅。唯於因時效而消滅之時。不能從本國法說及住所地法說。於前者亦嘗言之。故就此問題。不能贊成住所地法論者之說。非深論也。

第二 債權者之本國法。又住所地法說。此與前說爲正反對。而其缺點則同。

第三 當事者現在地法說。此說之論據。謂時效者。關於公之秩序者也。云。然而以時效爲關於一般公之秩序者。此亦無根據之說也。若從此說之時。則既成立之契約。必至受無關係之地之法律所支配。且假令現在地頻頻變更。其準據法亦將因之而生變更之結果焉。

第四 法廷地法說。此說一稱爲裁判所所在地法說。又稱爲訴訟地法說。主張此說者。謂時效者。係關於訴訟手續之問題。而非關於權利實體之問題也。然而以時效爲非關於實體。云者。實爲誤謬。又英美制度之出訴期限。單爲喪失裁判上之請求權利者。故經過一定之期限。即不能爲裁判上之請求。是非權利消滅之結局耶。故於英美之制度。亦不能謂時效之單爲手續上之問題也。又有論者。謂定時效之

期間者。不可不調查其證據。而其證據之調查。苟不依裁判所所在地規定之法律。則不能以之爲裁判之根據。又或者謂時效者。關於公之秩序者也。故不能不依法廷地法云。然而證據之調查者。當依契約成立地之法律爲之。又時效者。雖云關於公之秩序。然立法例不認其爲關於公之秩序。將奈何。故此說亦不可採用。加之。一般法廷地法之缺點。皆不能免焉。

第五 履行地法說。此說之所根據甚多。(甲)時效者。係對於債權者怠於行使其權利所加之制裁。使與已經履行者生同一之效果者也。故不可不從履行地法。(乙)時效者。義務履行之推定也。其他丙於契約之最重要者。爲履行。故宜從履行地法云。英美判決例。及德國之判決例。採此說。然余輩以爲此與前總論中所說。有同一之理由。故此說不可從也。

第六 行爲地法說。此說比前數說之缺點爲少。又於實際取當事者之便宜也。於日本法例關於債權之消滅。雖如前之所述。一無規定。然債權之消滅者。於廣義上

得見效力之一。故應用第七條關於時效當事者之意思。不分明時。依行爲地之法。律以解釋。法例之精神。對於此說。雖與對於一般行爲地法說相反對。然究非深刻之論駁也。

第七 折衷說。此說者。雖以依行爲地法爲是。然於行爲地所認時效期間。較訴訟地法所認時效期間爲長之時。其長之部分爲無效。卽謂於訴訟地法所定之期間。亦可認之也。而其所主之理由。謂時效者。雖或有反乎公之秩序之點。然實非關於公之秩序之制度也。且若欲使此說之理論爲一貫者。總不能不依訴訟地法也。此非折衷之說而何哉。

第五編 事務管理不當利得及不法行爲
事務管理。及不當利得。古來稱之爲準契約。而不法行爲者。其性質不同。在日本民法及各國之立法例。亦設不同之規定。故以一一分說明之爲正當。然日本法例於同一條文中。規定此之三者。故姑從一括而講述之。

先關於事務管理及不當利得將適用何者之法律耶。有左之數說。

第一 行爲地法說。此說爲羅蘭（ローラン）阿腮（アツセ）馬爾敦斯（マルテンス）等之所採用。其所根據謂此等事由雖不基於當事者意思之合致。然若當事者有其意思之時。則可推測其必依行爲地法者也。故事務管理及不當利得之稱爲準契約者。亦正以可與一般契約相準。而依其行爲地法也。而馬爾敦斯所主張之理由。則稍異。謂此等事由。與其行爲之土地上有重大之關係。故宜依行爲地法云。此說明之理論。信較前者爲優。依日本法例第十一條第一項之規定云。（依其原因的事實發生地之法律。）雖不明云行爲地法。然其採用此說。甚明白也。

第二 當事者之本國法說。此說區別當事者同國籍之時。及異國籍之時。於後者之情形。雖從行爲地法。而於同國籍者之際。則不可不依當事者之本國法云。其所主之理由。謂當事者。就此等事由發生權利義務之時。可推定其有從本國法之意。

思云。然而假使自此種之原因所發生權利義務之關係。而關於其地之公之秩序。則亦可仍從本國乎。故此說亦不免於失當也。

第三 訴訟地法說。此說爲撒比尼（サビニ）西密脫（シミット）等所主張。其論據謂自準契約而生之損害。與因刑事上之犯罪。對於權利者與以損害之時。爲同一之性質。故宜從裁判所所在地之法律云。然苟從此說。則原告者可赴與自己有益之地。而提起訴訟。其結果必至僅保護原告一面。而失其公允。且縱令原告並無惡意。而如依偶然提起訴訟地之法律。亦可謂之全無理由也。

以上者。關於事務管理及不當利得之共通之法則也。而對於事務管理。尙有一特別之問題。即關於難破船救助之際是也。於此等之際。當區別論之如左。

- (一) 於領海內救助之時。
- (二) 於公海內救助之時。

右之第一者。於救助船及被救助之船。不問國籍之同異。總須依原因的事實發生地

(即領海所屬國)之法律。於第二者。如謂其爲無行爲地乎。然實有行爲地者。以無法律之支配。不免生國際私法上之問題。於此之時。如兩者之船舶。其國籍相同者。亦不生國際私法之問題。其生問題者。在救助船與被救助船國籍不同之時耳。對於此點。有左之三說。

第一 依被救助船所屬國之法律之說。此說之根據。謂於被救助之船。有大關係也。

第二 依救助船所屬國法律之說。此說基於與前反對之理由。謂被救助船之所以得生存者。因獲救助之故。然則當以救助船爲主。而以被救助船爲從也。故當依從隨主之原則。而依救助船之本國法云。

第三 救助船依被救助船所到著之地之法律之說。依此說。則所謂救助云者。必以被救助之船舶。達於不危險之地位而後可。若僅於一時在洋海中救其沈沒。而不引率之至於一定之安全港內。未可云救助其船舶也。換言之。凡救助之行爲。於

到達地爲完成者。可以其地作爲原因事實之發生地也。

以上三說中之第二說。爲一般所採用。而於一千八百八十八年所開之萬國商法會議。亦以此說是認。其第三說。雖於原因事實之發生地。巧爲說明。然若依此說之時。救助船到著於自己最利益之地。實與被救助船以不當之損害也。余謂於此之時。當以公海爲原因之發生地也。故於第三說。不能令人欽服也。

次關於不法行爲而說明之。

就不法行爲。亦依行爲地（即原因事實發生地）之法律。殆一般學說之所同認者。然亦不能無反對之說。而其反對說之最重要者。爲訴訟地法說。此爲撒比尼氏及二三學者之所唱導。然亦有幾多之缺點。於是折衷說生焉。日本法例第十一條之規定。即採用此說。而英美主義亦同之。在日本法例第十一條第二項之規定云。（前項之規定。就不法行爲。於外國發生的事實。依日本之法律。不爲不法之時。則不適用之。）或種之行爲。於其原因發生地。雖認爲不法行爲。而在日本訴訟地。按之日本法律。不

認其爲不法行爲之時。則不適用原因發生地法。而適用訴訟地法也。又本條第三項之規定云。（於外國發生的事實。依日本法律。雖爲不法之時。然此被害者。非就日本法律上所認之損害賠償及其他之處分。則不得請求之。）定關於自不法行爲而生之損害賠償之準則。即於外國發生之事實。依日本之法。雖爲不法之時。然關於損害賠償。須依訴訟地之日本法律。而不適用原因發生地之法律也。要之。於日本法例。因不法行爲而生之債權之成立及效力。原則雖依事實之發生地（即行爲地）法。然此事實之是否爲不法。則依日本之法律爲標準。而縱令在原因發生地之法律上。爲不法之行爲。然於日本之法律上。不認其爲不法之時。則不適用行爲地法。而概適用訴訟地法也。

就日本法例第十一條第三項之規定。有一解釋上之疑問。即（於外國所生事實。依日本之法律。爲不法之時云云）其事實依外國法是否亦爲不法耶。並不明言。無論本條第一項規定。以依原因發生地法爲原則。第二項第三項者。雖似定其特例。然第

二項云。(前條之規定云云)固可勿論。而於第三項獨無何等之明言。故不能爲第一項之特例。而遂疑其爲別個之獨立之規定也。然而余謂可作爲第一項之。但書解亦非不得當者。卽或種事實於外國。雖非不法之時。然於日本之法律。認爲不法。卽可作爲不法。又於外國。雖爲不法之時。而於日本法律。不認爲不法者。卽非不法之意。而日本法例。雖認爲不法。然其損害賠償之處分。如關於日本之公之秩序者。亦當依日本之法律也。日本法例之說明。雖如以上云云。然余謂如損害賠償之問題。亦不必設如斯之特例。何則是純然的私法問題。而毫無關於公益之問題。故於行爲地之法律。非認爲不法者。於日本亦不必認爲不法也。或有以之爲一之刑罰之論者。此說雖爲謬誤。然亦未可全駁。今關於此。試示英國裁判所所下之判決例。英國之船舶。赴比國。雇比國之領港人。因其領港人之過失。於比國之領海內。衝突他之船舶。而加以損害。於是被害船舶。對於加害船舶。於英國裁判所。提起損害賠償請求之訴。而依比利時之法律。則因領港人之過失。加損害於他之船舶之時。加害船舶不可不賠償之。反之。

於英吉利之法律。則加害船舶不負擔斯之責任。英國裁判所於本件。即採用訴訟地主義。謂於加害船舶無賠償之責任。此判例與日本法例。雖出於同一之旨趣。然余謂當以如前述之適用原因發生地（即比國）之法律爲正當也。蓋對於如斯之事件。適用比國之法律。而使加害者負賠償之責任。毫無與英國之公益無所妨害也。然理由反對。而於英國人不利益之時。即於比利時船有加害行爲之時。則如何要之。關於公之秩序之際。基於不法行爲之損害賠償。依一般之訴訟地法之折衷主義。必不能令人首肯也。

次之疑問。於無主之地。爲不法行爲時。依何之法律耶。於同國籍者間之際。在日本法例上。亦無何等之規定。又無其他可以補助之學說。及判例。故於公海中船舶之衝突。國際私法上生實際之問題。往往有困難之感。關於以上之事。有兩個之先決問題。

(一) 對於船舶之衝突。何國有裁判權乎。

(二) 對於船舶衝突之法律關係。依何國之國法判決之乎。

對於第一問。可在以後說明。茲僅就第二問而爲說明之。關於第二問之說明。有左之數說。

第一 先決定管轄裁判所。而依裁判所所在地法之說。余以此說爲得當也。然亦有反對之者。其說如下。

(一) 依被害船舶之本國法說。

(二) 依加害船舶之本國法說。

(三) 依被害船舶第一到著地之法律之說。

(四) 依加害船舶第一到著地之法律之說。

(五) 依被害船舶最終到達地之法律之說。

(六) 依加害船舶最終到達地之法律之說。

(七) 依當事者任意提起訴訟地之法律之說。

裁判管轄。卽與第一之問題殆爲同一之學說。然其所根據。在是否以加害者爲標

準。抑依被害者爲標準之二點。夫加害與被害者。本無判然之區別。有兩邊皆有加害行爲。而同時又皆爲被害者。故此等之學說。終不得謂之得其正鵠。而如依第七說。原告者。擇自己利益之地。而提起訴訟。其弊害尤大焉。

第二 依各國共通之法律之說。是說爲法國了抗（リヨンカン）之所主張。然無各國共通之法律之時。則如何到底。此說不能採用也。

第三 受理訴訟之裁判所。調查各國共通之法律之有無而適用之。若無共通法律之時。則依其裁判所所在地之法律之說。此卽英國之判例所採用也。

第四 依各船舶所屬國之法律之說。是一千八百八十八年萬國商法會議。及是年開設國際法協會之所採用也。然從此說之時。於一方雖有損害賠償之責。而於他方則認爲無之之時。將如何耶。要之。此說者。雙方之國家。於同一之程度所認之損害賠償之外。有不能適用之缺點。在法國商法第四百七條第三項之規定云。（由於不明之原因。而船舶衝突之時。則雙方分擔其賠償。）然是亦不過於法國國

內生衝突及於公海內法國船舶互相衝突之時適用之耳而不能爲國際私法之準則也。且單從理論上觀之此規定亦不得謂之公平何則無過失之船舶無負擔損害之半額之理由也。

第六編 關於精神的財產之權利

所謂精神的財產之權利者係著作權工業權等之總稱。而或以準物權又準債權稱之。然而余輩之意財產權者非盡可納於物權與債權之中。既非物權亦與債權有異。儘可以一種特別之權利論之。債權之原則可依原因發生地法。而物權則可依物之所在地法。而此等之權利則有不能適用此原則者。又屬於精神的財產者其種類甚多。然茲不過就其最重要者而說明之而已。

第一章 著作權

關於著作權有著作權同盟者。是一千八百八十七年七月五日於瑞西之巴倫府（バルン）各國委員之所制定。謂之通常著作權同盟。而原語稱爲文學美術保護國

際同盟。於今日各國。殆皆加入於此同盟。而爲完全之維持。設中央事務所於瑞西巴倫府。隸瑞西外務省之監督之下。置所長一人。及助手三人。經理其事。每月以法蘭西語發行月報。其對於外國著作權之特別保護。是否與以內國同一之權利。全屬於其國之自由。而多以相互之條約定之。其所以定此項萬國之條約者。卽此同盟。而其所以主之理由。謂關於一國著作權之保護。若於他國而不獲保護者。則其人之質苦心而製作者。將爲他國人之所竊掠而去。故不可袖手旁觀也。其認著作權之旨趣。不外乎此。

日本亦於明治二十七年。當與英國改正條約之際。加入於此之同盟。及後所說明之工業財產同盟之中。有人謂此次之加入。於日本並無十分之利益者。卽於外國得著作權之書籍。日本不能自由翻譯也。日本人之能讀外國之原書者甚少。其結局。必致開發之途。被所杜絕。加之如日本之所著之書。外國殆無翻譯之者。此日本人之著作物。所以不適用於該同盟也。然而此說不免爲非理之論也。何則。加入於該同盟者。並

非。日。本。人。從。此。不。能。翻。譯。外。國。之。著。書。也。唯。必。得。著。者。與。發。行。者。之。許。可。而。已。而。於。實。際。外。國。人。所。著。之。書。並。非。拒。絕。日。本。人。之。以。日。本。文。翻。譯。且。又。並。不。有。害。及。於。著。者。之。利。益。也。唯。不。過。翻。譯。之。時。求。著。者。之。承。諾。有。多。少。手續。上。之。困難。而。已。且。翻。刻。之。必。得。原。著。者。之。承。諾。亦。爲。不。能。不。然。者。蓋。若。日。本。人。而。購。讀。原。書。則。爲。原。著。者。及。發。行。人。之。利。益。於。日。本。翻。刻。而。發。賣。之。其。害。及。原。著。者。與。發。行。人。之。利。益。無。幾。乎。言。故。不。加。入。於。該。同。盟。而。自。由。爲。此。等。之。翻。刻。不。特。著。者。之。苦心。效。果。被。其。剝。奪。而。已。實。反。乎。國。際。通。義。之。行。爲。也。

該。條。約。即。爲。保。護。文。學。美。術。之。著。作。物。者。而。其。所。謂。文。學。美。術。著。作。物。者。如。書。籍、小。冊。子、其。他。之。文。書、演。劇。腳。本、樂。譜、圖。畫、雕。刻。物、及。地。圖。等。均。包。含。之。凡。各。同。盟。國。之。著。作。者。發。行。者。及。其。承。繼。人。等。於。其。自。國。中。享。有。之。權。利。在。他。之。同。盟。國。亦。得。享。有。與。自。國。同。一。之。權。利。然。而。受。此。保。護。者。其。請。求。保。護。之。際。不。能。不。守。著。作。地。法。所。認。之。一。定。之。條。件。及。方。式。又。就。其。所。受。保。護。權。利。之。年。限。在。十。年。以。內。若。經。過。此。年。限。之。時。則。無。論。

何人得翻譯又翻刻之。而於一定之書籍。或期間刊行數次之時。自其最終之卷之發行時起算。爲十年之期間。又定期刊行物而爲永久者。不以其一冊作爲單獨之著書。其十年之期間。不問其何時發行。概自翌年一月起算。例如無論其本年一月發行者。與十二月發行者。概不置問。均自翌年一月起算。受十個年間之保護。蓋因欲避手續之繁雜而爲此也。次著作者之本國。雖不加入同盟。而其發行地爲加盟者。其著作物亦受同一之保護。又新聞雜誌之類。或翻譯。或轉載原文。可以自由。唯禁止轉載者。不在此限。而如政治上之議論。及時事談等。尤得自由之轉載。是蓋不過爲事實之報道也。再如演劇之脚本之實際興行。又樂譜之演奏。皆受同一之保護者也。假如同盟國而有侵害著作權之出版物者。得差押之。然而其差押後之手續如何。毫無規定之。是否得以沒收之乎。是屬於疑問也。故此等之事項。唯有一任之各國之國內法而已。如以上之關於著作權者。雖有萬國同盟之存在。然各國不妨反其同盟而自由締結條約。如英吉利意大利間之條約。其一例也。

第二章 工業財產

關於工業財產同盟。千八百八十三年。始於法國之巴里議決。其原名曰關於工業上所有權之保護同盟。此同盟亦置中央事務所於瑞西之巴倫府。今述該條約之大略於左。

同盟國之人民。與他之同盟國之關於發明之特許。工業的意匠、雛形、商標、及商號等。互受同一之利益保護。而受此保護者。須守其國法所定之條件及方式。例如因發明捕鼠器。而於日本得特許。更欲於英國受同一之保護者。不可不遵英國所定法律之手續。而出願於英國之特許局。又雖爲同盟國以外之人民。而在同盟國之事務所。又在同盟國有業務者之時。亦與同盟國人受同一之保護。而就同盟中之一國得特許。及其他之保護者。於他之同盟國。亦欲得其同一之保護之際。須經過若干之時。於此之時。如被狡獪之徒先行仿造。則不無危險。故因此之故。有一定期間內之優先登錄權。優先登錄權者。就在或國已登錄之事項。於一定之期間內。無論何人。不得於他

之同盟國爲同一之登錄。其期間關於特許六個月。關於意匠商標製造標等三個月。而於隔海隔國之間。更以一個月加算。此期間本爲歐洲各國間所定之標準。然於今日不無過短之感焉。

如右之所述。於本國已受登錄之時。於他之同盟國亦得受同一之保護。然而有二個之例外。第一之例外。即關於公之秩序者是也。例如外國人在其本國。以我皇室之御紋章。及與我國旗同一之徽章。爲商標。雖爲登錄。而於我國不能受與其本國之同一之保護也。其他如害風俗之繪畫等。亦然如斯物件。不特不與以保護而已。并可禁止其發賣。又反乎本條約。爲不正之商標製造標等。侵害著作權等。亦與之同。皆得差押之。其差押以後之手續。雖無所規定。而以反乎公之秩序及害善良之風俗而論。以收沒之爲至當。至第二之例外。凡於本國未受特許保護之物件。而出品於萬國博覽會者。不得受同一之保護也。

次就關於本同盟之中央事務所之組織而爲一言。是亦與著作權同盟事務所相同。

亦置設於巴倫府。而以著作權同盟事務所所長兼掌其事務。而本事務所者。於各同盟國所特許及其他之保護。更登錄之。又存置其原品及其謄寫。同時對於各同盟國報告之。且發行關於特許物及商標之雜誌。其關於中央事務所所員及監督事項。總一任於瑞西國。至其費用。則於各同盟國依一定之等差而分擔之。其等差斟酌於各國之貧富。於本同盟會議時決之。

關於工業財產同盟之各同盟國。如自由締結特別之條約者。與關於著作權同盟之時相同。

第七編 相續及遺言

關於相續。依何之法律耶。有左之三說。

- (一) 財產所在地法說。
- (二) 被相續人之本國法又住所地法說。
- (三) 折衷說。

分析之於左。

第一 財產所在地法說。此說基於古代之國王相續權。謂國王者。存在於自國一切之財產。均得相續之者也。故在十八世紀末時。凡外國人之死於其地者。其財產歸於國王及其國家之所有。又外國人不能爲內國人之相續人。其基於此思想。所主張之說曰。財產者。係屬於其所在國者。故所有者死亡之時。則國王或國家立卽相續之者也。而此相續人得相續者。爲一種之恩惠。姑如何者。可爲相續乎。關於其財產所在地之公之秩序之問題也。然而於財產散在各處之時。其相續者不能不受許多法律之支配。加之。相續人者。於不知財產所在地之時。蓋然間依向來所不知之法律而確定其權利。且又對於被相續人而有債權者。大都有不可不知相續財產所在地法之缺點。反之。依被相續人之本國法。則一切財產。皆確定於同一之法律支配之下。而不生如右之缺點者也。

第二 被相續人之本國法又住所地法說。採用此主義之學者。爲撒比尼羅爾非

育雷馬兒登斯等撒比尼曰。被相續人不爲遺言而死亡之時。卽其欲依最後的住所地法也。若其不然。而欲依他國之住所地法者。則必爲明示矣。加之其相續財產散在各處之時。被相續人所熟知之法律者。爲最後之住所地法而已。故被相續人者。必不欲依自己所不知之財產所在地法。而有欲從其所熟知之法律之意思。甚明白也。蓋撒比尼氏者。置重於推定被相續人之意思者也。又非育雷氏曰。關於一般之能力。而鑑其發達之狀態。宜依本國法。其決之之理由。非爲關於相續者。而爲關於被相續者之秩序之故。故不得不依本國法也。或國家者。就其國民之相續。特設規定。以支配其國民之相續。如係外國之法律。而決定其關係。則是自國之法。全被破壞也。要之。第二說雖有兩個之理由。然余者。並不置重於推測被相續人之意思。而信爲關於公之秩序者也。

第三 折衷說 此說卽對於動產。則依被相續人之住所地法。及本國法。對於不動產。則從其所在地法。而其所根據。謂動產者。附屬於所有者者也。縱令事實上。已離

所有者而存在。尙可視爲爲所有者之用。且有輾轉不定之性質。故其定權利關係之根本者。除依所有者之本國法外。無他法矣。反之。如不動產。則有一定之所在地。而具不動之性質。且爲所在地主權之所支配。故有可從其所在地法云。英美之法律。均採用此主義。蓋就不動產總依其所在地者。爲英美法律所採用之原則。而於法蘭西。及他國之法律。於其行爲之方式。自必依行爲地法。英美法律者。則無論其爲方式。苟爲關於不動產者。亦不能不從所在地法。於是乎卽就相續而論。凡關於不動產之相續之時。亦須依所在地法。而對於此說。不特與財產所在地法說。有同一之批難而已。而於法律關係上。更有錯雜之缺點。且於今日。就不動產依一般所在地法說者。殆無唱之者矣。

日本法例第二十五條。採用右之第二說。其規定云。（相續者。依被相續人之本國法。）德國、意大利、西班牙、希臘等諸國亦同之。

第二章 遺言

關於遺言。於日本法例第二十六條規定之云。（遺言之成立及效力。依成立當時之遺言者之本國法。）其可以依本國法者。明甚。於同時既爲遺言。則後日雖變更其國籍。然其遺言之成立及效力。仍當依爲遺言之當時之國法而定。蓋若其不然。則受遺者。對於其他受遺言效力之利益者。得以遺言者之意思。自由變更而與奪之焉。或有學者。謂遺言之效力者。宜依遺言者之最後之住所地之法律。其所主張之理由。謂遺言之成立及其效力者。關於其遺言者現屬之國之公之秩序者也。然余輩對於其所謂關於公之秩序之理由。不能發見之。若夫關於公之秩序事項。僅所在地法之不可從。故依一般最後之住所地（即現在地）法者。斷不能謂其爲正當之見解也。

對於右之例外。日本法例第二十六條第二項之規定是也。即對於遺言之取消。不依爲遺言之當時之本國法。而依取消當時之遺言者之本國法。余輩謂遺言者大都宜依遺言當時之遺言者之本國法。獨於其取消依取消當時之本國法者。實不能發見其理由也。

關於遺言之宜依遺言者之本國法。既述之矣。試再以有名之實例。揭之於左。

有俄羅斯人楷羅分坎兒（カルフンケル）氏者。其妻遺一女名來白楷那皮諾烏一邱（レベツカールピノウイツチエ）而妻死亡。因娶後妻。其後妻於前婚時。曾舉一女名派烏里耐烏一邱（パウリネーウイツチエ）氏。從其後妻之願。望欲以之爲養女。然俄國之法律。有嫡子者不得更有養子。氏對於裁判所詐稱無嫡出之子。而請以其後妻前婚之女爲養子。厥後氏遺言以其財產之一部。使來白楷那皮諾烏一邱相續。而以他一部。使派烏里耐烏一邱相續之。後歸化於法國而氏亡。其後妻以已之實子爲戶籍。上遺言者之養女。指其前妻之遺女爲非嫡出子。謂不能相續遺言者財產之一部。而訴之於法國裁判所。法國裁判所於審理之中。其遺言者前在俄國裁判所隱匿嫡出子而爲養女之事。亦被發覺。於是判謂派烏里耐烏一邱非適法之養子。而反對寡婦之要求。以遺產全部之相續權。判決與來白楷那皮諾烏一邱。

右之法國之裁判所。即依遺言當時之遺言者本國法。而適用法蘭西之法律也。

第八編 行爲之方式

關於行爲之方式。前在婚姻之形式的要件中曾說明之。然本編以說明關於契約的一般之方式爲目的。

凡關於行爲之方式。以從其行爲地法爲國際私法上之原則。於日本法例亦除關於婚姻遺言特設規定之外。尙於第八條第二項云。（依行爲地法的方式者。不必拘於前項之規定。亦爲有效云。）其規定者如此。凡一切依行爲地法之方式。無不有效。唯於物權上爲特例。即關於物權之得喪變更的法律行爲。依其目的物之所在地法。於此以外。關於一切之情形。皆從以場所支配行爲之原則云。

就場所支配行爲之原則之根本的理由如何。學者間之議論。大別之有左之四說。

- 說。
- (一) 主權服從說。主權服從說更可分之爲二。(一)強制的服從說。(二)相對的服從說。

(甲) 強制的服從說。依此說。謂右之原則者。屬地主義之結果也。國家有主權。

故足以支配於其國內所爲之一切行爲。是以行爲者。不能不服從主權。

(乙) 相對的服從說。此說非如前說之爲絕對的服從。行於其土地。而願意服

從其法律。自任意的行爲上來。若不欲服從其主權之時。則不必一定服從之也。

依強制的服從說之論者。所主張之要點如左。

(子) 若此原則而非強制的者。則何故於國際私法。又國內法。依行爲地之法

律而定乎。此不能解也。

(丑) 若此原則而非強制的者。則於依當事者本國法之時。將依何一方之本

國法耶。此不能解也。

(寅) 若此原則而非強制的者。何以於欲依本國法時。而有不能依本國法之

事耶。又是否當依本國法。及不依本國法。有不能定者耶。

採相對的服從說之論者。所主張之要點如左。

(子) 行爲之方式者。不過爲當事者之便宜。而從行爲地之法律耳。若當事者

不欲從其國之法律之時。可不必依之者也。此說爲羅蘭及非
首清等所主張

(丑) 於或國有對於行爲之人。禁止其用或種之形式者。此等國於當事者爲

行爲而用其形式之時。明明認其從行爲地以外之法律也。羅蘭威新脫
等所採用之說

(寅) 於行爲地不明之時。依強制的服從說。不能從行爲地法。羅蘭巴兒
等所主張

主權服從說。雖爲日本法例及諸國國內法之所採用。然有左之所揭之缺點。不可不知。

(子) 此說者淵源於中世之屬地主義。而近世學者再參之屬人主義者也。然

今屬人主義。既爲絕對的屬地主義所破壞。遂至主權服從說亦失其根據。

(丑) 如此說之論者之言。在其土地者。自應從其法律。此理由。即移於他國之

時。亦當從其國之法律之道理也。然今日雖如何之法律。雖如何之學者。而

一旦於甲國已經成立契約。則其當事者移轉於乙國之理由。即不能有效。而不能使之從乙國法。

(二) 萬國契約說。此說爲德國巴魯氏等所採用。謂各國者對於從他國所定方式而爲之行爲之效力。認爲默約者也。然而此所謂默約者。並無明證。故是說亦不足採。

(三) 便宜說。謂此原則以當事者之便宜爲基礎。余之意亦與此說相同。信爲出於實際上之便宜也。蓋若法律行爲之方式而不能依行爲地法。則當事者遂有不能行爲及非常困難之感。例如在日本對於或種之行爲者。須於公證人。以日本之文字。使爲公證。假如有日本人在法蘭西欲爲法律行爲。其地既無公證人。又無駐紮於彼處之公使及領事。即使有公證人。亦不能以日本文字爲公證。則當事者必有非常不便之感。無俟言也。

(四) 證明手段說。是爲羅蘭氏等所唱。其所主之理由。謂契約之所以不能不用

形式者。爲欲其契約後日之有證明也。而行爲地法者。不特爲證明之最便利者而已。夫證據者。各國之所特有者。故其所以立證據之必要之形式。亦當以依行爲地之法律爲是云。

又此原則。是否係強行者耶。抑爲任意者耶。如於前次所說明之關於婚姻之方式。余以爲任意的者也。於法例第三條第一項但書之規定云。（婚姻之方式。依舉行地法。）雖似有強行之意義。然民法第七百七十七條之規定。（於外國爲婚姻之時。得就近報知於駐在外國之本國公使及領事。）以此活動之條文。解法例規定之爲任意的意義。實非不當也。又自論理上觀之。本爲當事者之利益而設之規定。亦斷不能強行之者也。又自實際上觀之。有所往之行爲地。不明者。有於或國禁止或種之方式者。又有當事者不欲從行爲地所定之方式者。於斯之時。皆不能從行爲地法。且不從之。亦並非不應當也。加之。在或國有或種行爲之方式。萬不能不從本國法者。若此等處。亦謂不能不從行爲地法。則當事者之本國。必至被其破壞矣。

因有以上之各種理由。故余謂場所支配行爲之原則。非強行的。而爲任意的者也。尚有一個之問題。如不懷好意。欲避本國所定之方式。而特往外國爲法律行爲。則如何。例如在日本爲或種之行爲者。須貼用收入印紙之證書。而在朝鮮。則不要如是之方式。有日本人赴朝鮮。從簡單之方式。而爲法律行爲。其效力如何。以此等之法律行爲爲不能有效者之立法例甚多。如日本之舊法例亦然也。然而當事者之是否不懷好意。欲調查之。不特實際上甚爲困難。且如斯之事實。於實際亦甚稀。故現行法例。已不認此之制限矣。蓋不免有多少弊害之生也。

第九編 國際民事訴訟

第一章 訴訟能力

於訴訟之能力。不採能力從本國法之原則。而依訴訟地之法律者也。依日本民事訴訟法第四十四之規定。（外國人者。從其自國法律。雖無訴訟之能力。然從本國之法律。而爲有訴訟能力者之時。卽視爲有訴訟能力者。）而在德國民法。亦設同一之規

定。蓋訴訟能力者。有足以提起訴訟之能力而已。足不必如一般能力之須鑑於本國之風土氣候慣習等而定。故不必依其本國法也。但德國之民事訴訟法。對於法人之訴訟能力。亦依法人之本國法。余謂法人之訴訟能力。特依本國法者。亦不能發見其理由。不如依訴訟地法之爲相當也。

第二章 訴訟手續

於一般訴訟手續。依訴訟地之法律。此雖特爲法例之所規定。然訴訟手續者。不外乎一般法律行爲方式之一種。而於行爲之方式。可從其行爲地法者。於法例第八條規定之。故訴訟行爲者。從其行爲地之訴訟地之法律。亦當然之結果也。

於訴訟手續之依訴訟地法。雖如右之所說。然於或之事項。是否爲手續上之問題。抑爲實驗上之問題。將依何者之法律而定乎。是一疑問也。例如訴狀之貼用印紙。於或國作爲實質上之問題。於或國則作爲形式上之事項。於斯情形。將依何者之法律決定之乎。余謂是亦宜依訴訟地法也。故於當事者之本國法。又契約地法。雖爲形式上

之要件。而於訴訟地法作爲實質上之要件之時。則亦宜以爲實質上之要件也。反之於訴訟地法爲形式上之要件之事項者。亦總宜作爲形式上之要件也。例如於英國。使爲宣誓。及使捧戴聖書之事。無論何國之人。苟於英國爲訴訟行爲者。不能不從宣誓之方式。是蓋於英國爲一定之形式也。然對於此原則有一例外。卽關於證據調查之時是也。於外國爲證據調查時。必須囑託其外國之官廳。又駐在於其國之自國公使及領事。蓋一國之裁判權。當然不能及於外國者也。而於此時。其證據調查之必要之方式。不能依訴訟地法。而不可不從外國之法律也。然而是不第云依訴訟地法。直可云依行爲地法也。故日本之法例。不用訴訟地法之文字。而用一般行爲地法之文字。余之所贊同者也。參照民法訴訟法第二百一十一條及法例第八條

裁判之送達。亦以依訴訟地法爲原則。然而民事訴訟法第一百五十二條云。對於在外國之本邦公使館之官吏。並其家族從者。其送達囑託外務大臣爲之。第一百五十三條云。除前條之情形之外。施行於外國之送達者。可囑託外國之管轄官廳。又駐

在於外國之日本公使及領事爲之。於囑託外國官廳送達之時。不能依訴訟地法。而裁判所者。不能直接與外國之裁判所及其他之官廳相交通。故其送達之囑託。須依外交上之手續。甚爲煩雜。而有訴訟終結之弊。於是有兩國約定條約。得囑雙方之裁判所。直接送達者。例如於千八百七十九年之德國與俄國之條約。於此之際。可依受託之國之法律而送達者也。

依千八百七十七年於瑞西久里（チエーリ）所開國際協會之決議。凡訴訟之手續。可依訴訟地法。而其送達之已囑託外國者。則依受託國之法律。

裁判上之保證。亦爲手續上之問題。故可依訴訟地法。而於日本訴訟法第八十八條云。（爲原告及原告從參加之外國人。因對於原告而爲請求。其所需之訴訟費用。須立保證。）雖定有如此之原則。而本條第二項第一號云。（依國際條約及原告所屬之國之法律。本邦人於同一之時無立保證之義務。）於此之際。可無保證義務也。次更就裁判之執行而爲說明。裁判之執行。雖可從執行地之法律。然外國之判決者。

是否可在內國執行。對於此問題。學者頗有議論。其學說及立法例。可分爲左之四種。

第一 外國之所判決者。內國不受其拘束之說。是爲法國民事訴訟法之所採用。百法國民訴訟法五 而其所主張之理由。謂外國之所判決者。在內國並無不能不認之理由。假使讓一步而認其判決者。然亦非當然執行者也。若內國而不能不執行外國之判決者。是內國之主權被其侵害也。云云。前示之日本民事訴訟法主義。亦即基於此思想。

第二 認外國之判決。且不能不執行之之說。此說者。基礎於國際私法之觀念而立論者也。舉其主要之點。大約如左。

(一) 國家者。取平等之主義。卽外國法亦務須認之。且同時又不能不尊重之。夫法律者。對於一般之人之命令。判決者。對於特定之人之命令。雖有差異。而其實質則並無所異。判決者。卽爲狹義之法律。若不認外國之判決。是蔑視外國之主權也。

(二) 於外國受判決者。有服從之既得權。然而於他之國不認其判決者。是害及於當事者之既得權也。

(三) 如右之認外國之判決者。其判決之執行。亦不能不認之。然此說於外國之判決。非云自進而執行之也。必於其請求之際始執行之。

第三 執行條件附之外國之判決之說。此說謂與外國定相互之條件。使外國執行自國之判決。而自國亦執行外國之判決。又外國之判決。不違反自國之公之秩序之時。則由自國執行之。於國法上定一定之條件者也。屬於此主義之立法例甚多。更區別之如左。

(一) 壞地利法之主義。壞地利法者。即要相互之條件者也。

(二) 意大利法之主義。意大利法者。其執行外國之判決。須限於不違反自國秩序之時。始得執行之者也。

(三) 德國法之主義。併用以上之二主義。即要相互之條件。且於外國之判決。不

違反於公之秩序者。始得執行之。

(四) 英美法之主義。依英美法。於外國裁判所所爲之判決。有正當之權限。且公

平之時。則可以執行之。而其外國裁判所之權限。及其判決之是否公平。由執行

國美即英認定之。

最後觀於日本。依日本民事訴訟法第五百十四條第一項規定云。(因外國裁判所判決之強制執行。而於本邦裁判所執行其判決者。限於已爲適法之訊明時。得爲之)。先對於外國所判決之執行。於未執行之前。必先在本國更爲執行之判決。次爲執行判決者。於第五百十五條所認之一定之條件。即以採用第一之主義爲原則。然於實際。則與第三之主義相同者也。

第四 外國之裁判所。對於其自國人所下之判決。則雖在內國亦可執行。而對於內國人所下之判決。則不許執行之之說。此主義。現今獨有希臘用之。其理由。謂對於希臘人有裁判權者。唯希臘國家而已。然而現今國際私法。已無採用此主義者。

且若依希臘之法律而當事者此一方爲希臘人。彼之一方爲外國人時。則如何不能知也。

如以上雖有種種之主義。然余輩以混用前示第三說中。填地利及意大利之主義爲最正當。即日本國法之主義。於今日亦不可不採用之。無俟言也。

第三章 裁判管轄

裁判管轄。亦可分爲二種。一爲事物之管轄。一爲土地之管轄是也。前者屬於國內法之問題。後者屬於國際法上應當研究之問題。然於土地管轄之關於一國內土地之範圍者。亦不過爲國內法之問題而已。

土地之管轄。即場所之裁判管轄。是於此等之處。將從何國之法律耶。自國內法之觀念上論之。則本國之裁判官。無有必須知外國法律之義務。故不成爲問題。然於國際私法之觀念而言。則不能爲如是之論斷者也。依千八百七十五年和蘭海牙之國際法協會之決議。則可以使支配實質上權利之國之裁判所裁判之。例如離婚。可依其

原因事實發生當時之夫之本國法定之。又如養子之離緣。可從養親之本國法。又如關於不動產上之物權。則可從不動產之所在地法。此於所在地之裁判所。大抵有裁判權。此議決雖非全無理由者。然當事者頗爲不便也。例如朝鮮之女與日本之男爲婚姻後。同赴英國。而欲在英國離婚。則此當事者若從夫之本國法。不能不渡來日本。於日本裁判所提起訴訟也。

依定權利之實質之法律。而定裁判之管轄。其不便如此。然則其從各當事者之本國法乎。則又有生消極的及積極的衝突之虞。欲避其衝突。唯有以條約約定。使其從何方之法律。如千八百六十九年。法國及瑞西所締結之條約。是該條約即依訴訟提起地之法律也。

就裁判之管轄。而爲歷史上之觀察。在古代無論何國之國家。苟非自國人民相互間之訴訟。則裁判所不爲裁判之。土耳其、希臘、羅馬。皆如此。現代法蘭西之主義尙類之。法蘭西之裁判所。僅裁判法蘭西人與法蘭西人之訴訟。及法蘭西人與外國人之訴訟。

訟而已。至外國人與外國人之訴訟。則不裁判之。試示其判例於左。

千八百七十三年。某外國人買自法國巴里至英國倫敦之鐵道車票。而託以行李。至倫敦後。而行李不能領取。於是欲對於法國鐵道會社提起訴訟。該會社者。應於其訴訟未起之前。給與原告以相當之賠償。然而該會社謂自己並無法律上之過失。而請求英國第一鐵道會社之賠償。乃第一會社亦即據此理由。不任其咎。而要求其第二會社之賠償。所謂第一會社者。經法國。過海上。入英國。達倫敦。所有二個鐵道會社不同之線路。而辦其第一線路之會社也。然此原因之契約。締自法國。第一會社因此理由。對於法國裁判所提起訴訟。法國裁判所不准之。其理由以本件之原告（即第一會社）及被告（即第二會社）皆為英國之法人。而為外國人也。外國人間之訴訟。法國裁判所。可以不裁判之也。

法國之所以採如斯之主義者。全出於國內法之觀念。彼謂（一）自國之法律者。係為自國人而設者也。故於自國全無關係者間之事件。不能適用。（二）自國之裁判所者。為裁

判自國人而設。不特無裁判外國人之義務。且若裁判外國人間之訴訟。是侵害其外國之主權者也。(三)裁判官於實際上。雖有知外國人之本國。及其本國之法律者。而於其他一般外國之法律。無不可不知之義務。且亦不能悉知之也。故若謂於外國人間之訴訟。不能不裁判之者。是實強自國裁判官之所難也。然而此理由者。於國際私法上之根本觀念。不特大爲謬誤。即前示之三種實際上之理由。亦決不能爲正當也。蓋裁判外國人間之訴訟者。非強要裁判官之知一切外國法。而得依當事者之申立及證明。而裁判之也。且在今日。即欲知外國法。亦非困難之事。得照會於駐在外國之自國公使及領事。召喚之使爲證言也。要之法國之主義。到底不能採用之。於當事者亦甚爲不便。故法國於近世。對於此原則。有二個之最大之例外。即如左。

第一 關於在法國之不動產之訴訟。

第二 關於在法國爲財產上契約之訴訟。

如右之情形。即外國人間之訴訟。法國之裁判所亦可裁判之。蓋於第一之情形。如法

國之裁判所不爲裁判者。必至有害於公之秩序。於第二之情形。於法國有密接之關係。故其契約行爲地之法國。不特單爲實體上之權利關係而已。并且以有裁判之管轄權爲相當也。

如上之所述。國際協會之決議。可使支配權利實質之裁判所管轄之。法國之主義。雖以對於外國人之訴訟。不有管轄權爲原則。然自現今國際私法之觀念而論之。無論如何。不能謂其有適當之見解也。余輩謂一國之法律。決非單以支配自國之人爲滿足。又一國之裁判所。決非僅以裁判自國人之訴訟爲滿足。故裁判管轄者。可依其訴訟提起地之法律定之。而訴訟之提起。一任當事者之意思。卒至裁判管轄亦以當事者之意思爲定。此今日國際私法上之原則也。蓋雖依此原則。而於實體上之權利關係。則可以法律爲一定之準據。於當事者之一方。並無不利益之來也。况其爲當事者之最便利者耶。然如以特種條約定管轄裁判所之時。亦無妨也。例如於埃及之混合裁判所。又如於舊日埃條約。特定裁判之管轄。又如現今歐洲各國與中國所結條約。

認一種之混合裁判所。即如在住於中國之外國人與中國人之間之訴訟。由外國之領事及中國行政官混合裁判之。然如此之制度。僅於文明程度不相等之國家間。容認之而已。於文明國間。苟其不害於自國之秩序者。不可不受理外國人之訴訟也。

第十編 國際破產

關於國際破產。有可以研究之問題二。(一)使爲破產耶。抑不使之破產耶。將從何國之國法。(二)破產宣告之效力。於外國是否應當認之耶。第一之問題。在國際私法之原則。可依受破產者之住所地法而決之。即一國之裁判所。依其土地之法律。對於有住所於其管轄內之外國人。得爲破產之宣告。故別無說明之要。然於第二之問題。則有幾多之學說。試述說之於左。

第一 破產宣告之效力。依破產者之本國法之說。即所謂絕對的屬人主義。是例如日本人。於英國之裁判所受破產之宣告。然其效果。則依日本之法律定之。對於破產者之財產。無論其在何國。總依日本之法律。而其所根據者。謂各國之制定破

產法者。以適用於其本國人爲目的。而無爲外國人適用之精神。云。余謂此論據者。到底出於謬誤者也。蓋於論理上。雖云一國之法。僅以適用於一國爲目的。而非爲外國人所適用者。然而斷言之。則萬萬不能。亦既屢述之矣。故如於實際上。亦謂不能認之。則破產之宣告。將有不能實行之結果焉。例如日本人在英國受破產之宣告。而尙有財產於德國之時。德國之法律。不能與日本法律所認之破產宣告有同一之效力焉。此破產宣告依本國法之所以生不能實行之結果也。

第二 破產宣告之效力。依宣告國之法律之說。此說又稱訴訟地主義。卽於或國受破產宣告之時。依爲其宣告之裁判所在地之法律。而定其效力。無論何國。皆可以認之者也。例如日本人在英國受破產之宣告。則可從英國法而定其效力。故破產者。若有財產於德國之時。破產之效力。對於此在德國之財產。當然可以及之者也。然而此說亦與前說相同。不能執行者也。

第三 破產宣告之效力。僅能及於在宣告國之財產之說。依此說。英國裁判所對

於日本人爲破產宣告之時。其破產宣告之效力。僅能及於其在英國之財產而已。此說關於破產宣告之執行。足以補前兩說之缺點。然而同一人之財產。對於在。或。國者破產之效力。能及之。而對於在他國者。則不能及之。是不能謂其得當也。何則。蓋對於破產之人。而宣告。非對於一。之財產。而爲宣告也。又從當事者之方面而觀察之。則同一人之財產。必致呈受種種法律所支配之奇觀。且若果從此說。則破產者。可先將財產運至他國。使破產之效力。歸於無效。其弊害。有不可勝言者。故此等之理由。到底不能採用也。

第四 破產宣告之效果。雖從宣告國之法律。而對於在外國之法律。實際上效力不能及之之說。此說與前述之理由。雖不同。而其結果則同歸於一也。前說之原則。謂對於外國之財產。破產宣告不能及之云云。而此說則以可以及之爲原則。僅云於實際上不能爲破產宣告之執行而已。例如日本人在英國受破產之宣告。其破產宣告之效力。自能及於其財產之全部。然實際上對於其在德國。與在他國之財

產則其效力不能及也。

以上四說之中。余以第二說爲正。當對於在外國財產不能執行之駭。難於今日不能謂其爲得當也。蓋一國之裁判宣告不能直接於外國而執行之。自無俟言。然而今日之得委任外國官廳執行之者。爲今日一般國際私法上之所公認也。如日本改正破產法。採用第四主義。卽自國內法上考察而出者也。

第十一編 商法

第一章 手形

第一節 手形之要件

手形之要件。從何之法律乎。有二個之學說。卽本國法說及行爲地法說是也。然兩說共非絕對的者。均折衷於他之一說。其結局蓋歸著於同一也。

第一 本國法說 此說以依振出人之本國法定手形之要件。然而振出人之本國有不能知之之時。故手形之效力之有無不能決。於是有以依行爲地法認爲例外。

者。日本法例第三條第二項之規定云。（外國人在日本爲法律行爲之時。依其本國法。雖爲無能力者。而依日本法爲有能力者之時。則不必拘於前項之規定。即可作爲有能力者。）如手形行爲。（手形行爲亦不外於法律行爲）於當事者能力之得依行爲地法者。實即採用此主義也。德國手形法第八十四條之規定。其旨趣亦與此相同。其他俄國、瑞西、及法蘭西等亦同。

第二 行爲地法說。此說謂依行爲地法爲有效之手形者。無論至何國固不有效者也。英美各國皆採用此主義。日本商法施行法第二百五條。關於手形之要件。特採用此主義。該條第一項之規定云。（於外國爲手形行爲之要件。依其行爲地之法律。）又其第二項云。（不拘定於前項之規定。其在外國所爲手形行爲。已具備日本法律所定之要件之時。依外國之法律。雖其要件尙未具備。然爾後在日本爲手形之行爲。作爲有效。日本人在外國。對於日本人而爲手形行爲。已具備日本法律所定之要件者。亦同。）故於原則。雖依行爲地法。而例外則依日本之法律（即

本國法也。且關於外國人來日本而爲手形行爲時亦無所規定。此亦當然依日本之法律無疑者也。

第二節 手形之方式

場所者。足以支配行爲。此原則卽於手形之方式亦適用之。千八百八十五年之國際法協會所決議者如左。

爲替手形及約束手形之方式。依振出地法。裏書引受及保證之方式。從爲此等行爲之場所之法律。

日本商法施行法第二百六條之規定亦云。（於外國行使手形上之權利。又爲保全之行爲之方式者。依行爲地之法律。）而所謂行爲地者。卽手形義務者爲署名而負義務之地也。

對於右所說明之行爲地法說。有次之反對說。

第一 履行地法說。此說爲法國之諾爾諾爾（ノルノール）了抗（リオンカ

ン)等所主張。其理由。謂於手形關係之最視爲重要者。爲履行。故宜依履行地之法律云。此說亦並非謂絕對的。可以適用。而於得依履行地法之意味。而爲說明者。與前在債權總論。所論駁之履行地法說。爲同一之理由。故此說得反對之也。

第二 折衷說。名爲折衷說云者。以從行爲地法爲原則。而又認有例外也。英國手形法第七十二條。德國手形法第八十五條第二項等。均採用此主義。卽自國人於外國爲手形行爲。依自國法其方式已經完備者。於外國雖或無效。然其手形來至自國之時。其手形行爲爲有效也。

有時於或種事項。有不能知其爲手形之方式。抑爲關於實質者。例如貼用印紙。在或國以之爲實質上者。若怠於貼用之時。則手形卽不能成立。反之在日本。則單以爲爲形式上者也。例如英國法。於行爲地法。雖爲無效之手形。然其手形歸來於英國之時。則爲有效。正從第二之見解也。然則此種之疑問。依何國之法律決定之乎。余輩之意。亦以依行爲地法爲然也。

第三節 手形之履行

手形之履行。可從履行地之法律。而如千八百七十二年之德國高等判決例。明明認此主義。故於履地法認爲恩惠日之時。可以依之。又於支拂日適逢休日之時。而履行地法定其前日或翌日爲支拂者。亦可依其規定者也。

第四節 手形當事者之權利義務

學者於手形當事者之權利義務。雖有以權利義務分爲說明者。然余輩以爲不必分爲說明也。故於本款並不分開而說之。

手形當事者之權利義務。當依何國之法律乎。有左之三個之主義。

第一 絕對的行爲地法說。謂手形者。一之契約也。而契約者。以依行爲地法爲原則。故手形當事者之權利義務。亦宜從行爲地法云。日本舊商法依此主義。然而新商法反之。

第二 相對的行爲地法說。此說謂手形之權利義務。各國必非劃一者。故例如爲

引受者。則依引受地之法律。又如爲裏書者。依爲裏書之地之法律。各各依其行爲地之法律。云國際法協會之決議者如左。

爲替手形約束手形之效果。並效力。又裏書、引受、保證之效果。並效力。須限於無妨署名入能力之規定者。則可依爲此等行爲之國之法律而定。但手形振出後之行爲效果。不得超過於手形振出地所定之效果。

第三 履行地法說 此說爲法蘭西學者所採用。如樸邱（ポチエー）者。其最著者也。然對於此說。有一般履行地法說之缺點。故不可採用之。如以上之三個主義者。余輩左袒第二說也。

第二章 會社

第一節 總論

外國會社者。在內國亦可認之否耶。此既無絕對的認之說。而亦無絕對否認之學說。從內國法上考察之。則外國法人者。依外國之法律而成立者也。外國法者。僅於其國

內爲有效而已。故外國之法人亦僅能存在於其自國而止。其在他處之國當然不能認其存在者也。然而今日者認國際交通之自由而國家萬能主義已不能行。故各國概於一定之制限之下許認外國之法人。觀於今日各國之法制者大別有四個之主義。

第一 無條件承認主義。是英、美、意大利、比利時及瑞西等所採用者也。

第二 僅對於或國家承認之主義。

第三 於或種情形承認之主義。

第四 限於或種類之會社認許之主義。

日本民法第三十六條對於商事會社採用第一之主義。而法蘭西之對於株式會社採用第二主義。合名會社及合資會社採用第一之主義。又如奧地利則折衷於第三及第四主義。凡此等者皆於國內法定之者也。

次以條約相互承認者。例如千八百八十八年奧地利與瑞西之條約。千八百八十三

年瑞西及塞爾維亞之條約是也。

千八百九十一年。在德國漢堡所開國際法協會之決議。依本國法適法而成立之株式會社。於他國亦認許。但反其國之公之秩序之時。則不在此限。云。余輩亦以此之決議爲正當也。

第二節 會社之國籍

前節以外國會社在內國是否可認爲研究。然而所謂外國會社者何耶。不可不先決之。例如俄國人在日本創設會社。而在朝鮮執行其業務之時。將認之爲何國之會社耶。試舉其著重之學說如左。

第一 依社員之國籍而定之之說。此說於有數國之社員之時。全乎不能決也。又雖有以社長及取締役之本國定會社之國籍之說。然於社長變更之際。豈會社亦因之變更。又若取締役各各之國籍不同時。將不能定會社之國籍也。故此說不足採。

第二 依會社之業務執行地之法律而定之之說。

第三 依其所設立地場所之法律而定之之說。

余輩之意。會社之國籍。當依受許可之國家而爲取得。此會社受何國之許可者。即取得何國之國籍。蓋主張第三說也。故於前例。縱令社員爲俄人。執行業務在朝鮮。而於日本認許其設立者。卽爲日本之會社。唯此說亦有缺點。當事者可擇其定會社條件最簡單之國。而往設立會社。以圖免受自國法律之支配也。然而此弊害者。由於各國之同其條件。若於非常相異之國。相互的不認許其設立。則此弊害可得而除去也。如右之所述。會社之國籍。依其受認許之國之法律定之。故會社之能力。亦依其受認許之國之法律定之也。

對於外國會社。於日本之法律可以參照者。商法第二百五十五條。第二百五十七條。乃至二百六十條。商法施行法第一百五條等是也。

第三章 海商

第一節 船舶

關於船舶之一般而定準據法者。有左之二說。

第一 船舶所在地法說。

第二 船舶本國法說。

右第一說之所根據。謂動產不動產者。皆從其所在地法之一般之原則者也。然若從此說時。則船舶常變其所在。將其準據法日日因之而不同。而權利義務之關係。有不安之狀態。無論如何。不免有此缺點。反之。從船舶之本國法。則無如此之缺點。而本國法說之根據。謂關於或船舶之權利義務。以本國法爲最適於保護。與人之能力之適用本國法。毫無所異也。關於船舶自身。今日一般似皆採用此說者。右之二說之外。尙有訴訟地法說。然對於一般訴訟地法說。頗有駁難。故今日殆無唱之者矣。

第二節 船長及船舶所有者之責任

船舶所有者對於船長之所爲於如何之範圍內負責任耶。詳言之。船舶所有者之責任。是否爲絕對的。抑是否爲相對的是也。

第一 任無限之責任之說。此主義爲英美所採用。然漸次設例外。而縮小其範圍。例如美國。船舶所有者對於船長之不法行爲。於其船舶及運送貨之限度內。負其責任。於英國。則應船舶之噸數而負責任是。

第二 任有限之責任之說。此主義者對於適法行爲。及不法行爲。均於一定之限度內。負責任也。歐洲大陸諸國均採用之。

然則右之責任。將依何國之法律定之耶。有左之二說。

第一 船舶本國法說。

第二 行爲地法說。

第一之理由。謂船長之權限。定於船舶之本國法。故其責任亦當依本國法。若其不然。而船長從其行爲地之法律。則船舶所有者與船長相隔離。不能知其在地而爲行。

爲。於。是。因。其。國。法。之。不。知。每。有。不。安。之。狀。態。不。特。船。舶。所。有。者。爲。然。即。與。船。長。爲。取。引。之。第。三。者。亦。然。反。之。從。船。舶。之。本。國。法。則。一。切。知。其。法。律。而。甚。爲。便。利。也。又。依。第。二。說。時。則。對。於。在。公。海。中。所。生。事。項。無。準。據。之。法。律。也。

次。應。當。說。明。者。關。於。船。舶。之。衝。突。也。關。於。船。舶。之。衝。突。之。問。題。即。甲。依。何。國。之。法。律。而。定。其。責。任。(乙)於。何。國。之。裁。判。所。有。裁。判。權。是。也。其。第。一。之。問。題。嘗。於。爲。不。法。行。爲。之。說。明。時。已。略。述。之。矣。故。本。節。僅。就。第。二。問。題。即。就。船。舶。衝。突。之。裁。判。權。所。在。而。說。明。之。船。舶。於。公。海。中。衝。突。於。何。國。有。裁。判。權。耶。有。左。之。數。說。

第一 原告之船之本國有裁判權之說。然所謂原告又被告者並非絕對的者。而以先起訴者爲原告。故若依此說。則爲原告者。有因依自己船舶之本國法。而於自己不利益時。遂至不起訴者。

第二 被告之船之本國有裁判權之說。對於此說。亦與前說有同一之批駁。

第三 船之到達港之所屬國有裁判權說。此說可分爲以下之二說。

(一) 到達地者。須爲目的地說。然若兩船相衝突。而兩船之目的地各異者。則此說不能採用矣。

(二) 於實際到著地行使裁判權之說。然若衝突之兩船各異其所到達地之時。則此說仍不能採用也。
要之前示之四說。各有缺點。於國際私法上。尙未有一定不動之原則。故今日不外以條約定裁判權之所在也。

第三節 運送契約

對於運送契約。將依何國之法律乎。有左之五說。

第一 發航地法說。此說在今日已無採用之者。何則。以發航地之爲何地。於運送契約並無影響也。

第二 到達地法說。此說與前同一理由。無採用者。

第三 當事者之本國法說。此於當事者有同一之國籍之時。則可。然於當事者之

國籍不同之時則亦不能採用。

第四 折衷說。此說謂於履行之時可依到達地法。

第五 契約地法說。此說謂不問其發航地與契約地是否相同。苟當事者不表示其反對之意。則從契約地法云。爲今日最有勢力之說。

第四節 海損

關於海損之事。依何國之法律乎。有左之五說。

(一) 船舶到達地法說。

(二) 訴訟地法說。

(三) 發航地法說。

(四) 船舶之本國法說。

(五) 荷卸地法說。

試略述於左。

第一 船舶到達地法說。此說爲千八百八十八年萬國商法會議之決議所採用。而其所主之理由。謂海損者。不特有重大之關係而已。對於當事者。可作爲依船之到達地法之默暗之意思表示云。然此說有左之缺點。

- (一) 所謂到達地者。謂豫定之到達地耶。抑將指實際到達之地耶。不明也。
- (二) 若以豫定地爲到達地。則於其船尙未達豫定之到達地之時。不能得準據法也。若指實際到達地。則當事者。又有不能不知萬國法律之缺憾。
- (三) 其他如船主及荷主。不豫定到達地。而一任船長之意思之時。又到達地有數處之時。卽不能依此說也。

第二 訴訟地法說。是非本來的訴訟地法說。而爲折衷的者也。於有海損之時。雖從行爲地法之決定。然於公海中遇事變而不能得行爲地法時。則依訴訟地法云。安登堡 (アントウエルプ) 所開國際法協會。曾一度採用此說。然於行爲地不明之時。因何故而依訴訟地法耶。余輩不能知其所以然之故也。此對於一般訴訟

地法說不免與之同受攻擊。

第三 發航地法說。此說之所根據。謂發航地法者。當事者所最熟悉者也。故推測當事者之意思。而依發航地法云。然此說亦不免有缺點。蓋當事者未必能全知發航地之法律。且或者有幾處之發航地。則更不能知矣。

第四 船舶之本國法說。此說謂自船舶上所生之事。當依船主之本國法及船舶之國籍而定。甚明瞭也。何則。以船舶以外之動產。皆無國籍。獨船舶有國籍也。然此說亦有左之缺點。

(一) 知船舶之本國。有甚爲困難之時。何則。當事者給運送契約之時。往往但置重於船長之技量。而不問其船之國籍之有無也。

(二) 最初所裝載之船而生破損。每有換載於他國籍之船舶者。於此之時。當事者又烏能知他國之法律。

第五 荷卸地法說。此說類似於第一說。唯彼置重於到達地。而此說置重於荷物。

有此差異而已。故對於此一說所受之攻擊。此說亦不能免焉。如前所述。於海損之時所定之準據法。雖有數個之學說。然總不能得國際私法上之。則故萬不得已。惟有於條約上。又國內法上。設其規定而已。

新譯
國際私法終

教科書目

- 初等小學修身課本 張繼長編 第二冊每冊一角 教授本 張繼長編 第二冊每冊三角
- 初等小學國文課本 朱樹人編 第二冊每冊一角五分 教授本 朱樹人編 第二冊每冊三角五分
- 初等小學算術課本 沈不編 第二冊每冊一角五分 教授本 沈不編 第二冊每冊三角五分
- 初等小學圖畫範本 張在恭編 首冊附開各一角半 一冊至八冊每冊一角
- 初等小學手工教授本 徐傳藻編 第一冊五角 第二冊四角
- 小學體操範本 沈不編 上編二冊每冊五角 下編一冊六角
- 初等小學唱歌課本 沈不編 第一冊二角 教授本 林萬里編 第一冊三角
- 高等小學修身課本 黃德雲編 第一冊八角 教授本 石承宣編 第一冊三角
- 高等小學算術課本 石承宣編 第一冊八角 教授本 石承宣編 第一冊三角
- 高等小學歷史課本 趙鈺編 第一冊一角 教授本 趙鈺編 第一冊五角
- 高等小學地理課本 姚明編 第一冊二角 教授本 姚明編 第一冊四角
- 高等小學格致課本 吳家燾編 第一冊 教授本 吳家燾編 第一冊四角五分
- 家事課本 黃端履編 全一冊一角二分
- 最新算術教科書 石承宣編 印刷中
- 新幾何學教科書 沈不編 印刷中 平函八角 立讀六角

簡易地理教本

- 簡易地理教本 沈祖編 全一冊三角五分
- 簡易理化課本 吳傳編 全一冊四角 教授參攷書 吳傳編 全一冊三角
- 心理學 楊保復編 全一冊四角
- 教育史 沈不編 全一冊五角
- 實用教育學 吳傳編 全一冊五角
- 小學各科教授法 沈不編 全一冊四角
- 參考
- 算學自修書(算術之部) 沈不編 上册五角 下册六角
- 最新化學理論解說 吳傳編 全一冊一元
- 小學劣等生救濟法 楊傳編 全一冊三角
- 幼兒保育法 傅編 全一冊二角五分
- 通俗教育談 傅編 全一冊三角
- 衛生新論 吳傳編 全一冊三角
- 瑞典典式疾病圖操(附圖一幅) 徐傳藻編 全一冊三角五分
- 新國際私法 吳傳編 全一冊八角
- 實驗電報學 傅編 全一冊六角
- 蒙古志 印刷中

出版各書隨時續登

光緒三十三年八月出版



新國際私法
定價銀捌角

著者 日本中村進午

譯者 寶山袁希濂

校訂者 吳縣潘承鏗

印刷者 中國圖書公司

發行者 中國圖書公司

總發行所 中國圖書公司

上海棋盤街元字九十九號

500043
(13)