



* 0 0 1 7 8 6 3 0 0 0 *

0017863-000

特 2 3 5 - 7 5 6

国際私法

江川英文・〔著〕

帝大プリント聯盟

1

昭和 1 3

ACJ

384
25

江川英文先生

講義プリント

國際私法
(一)

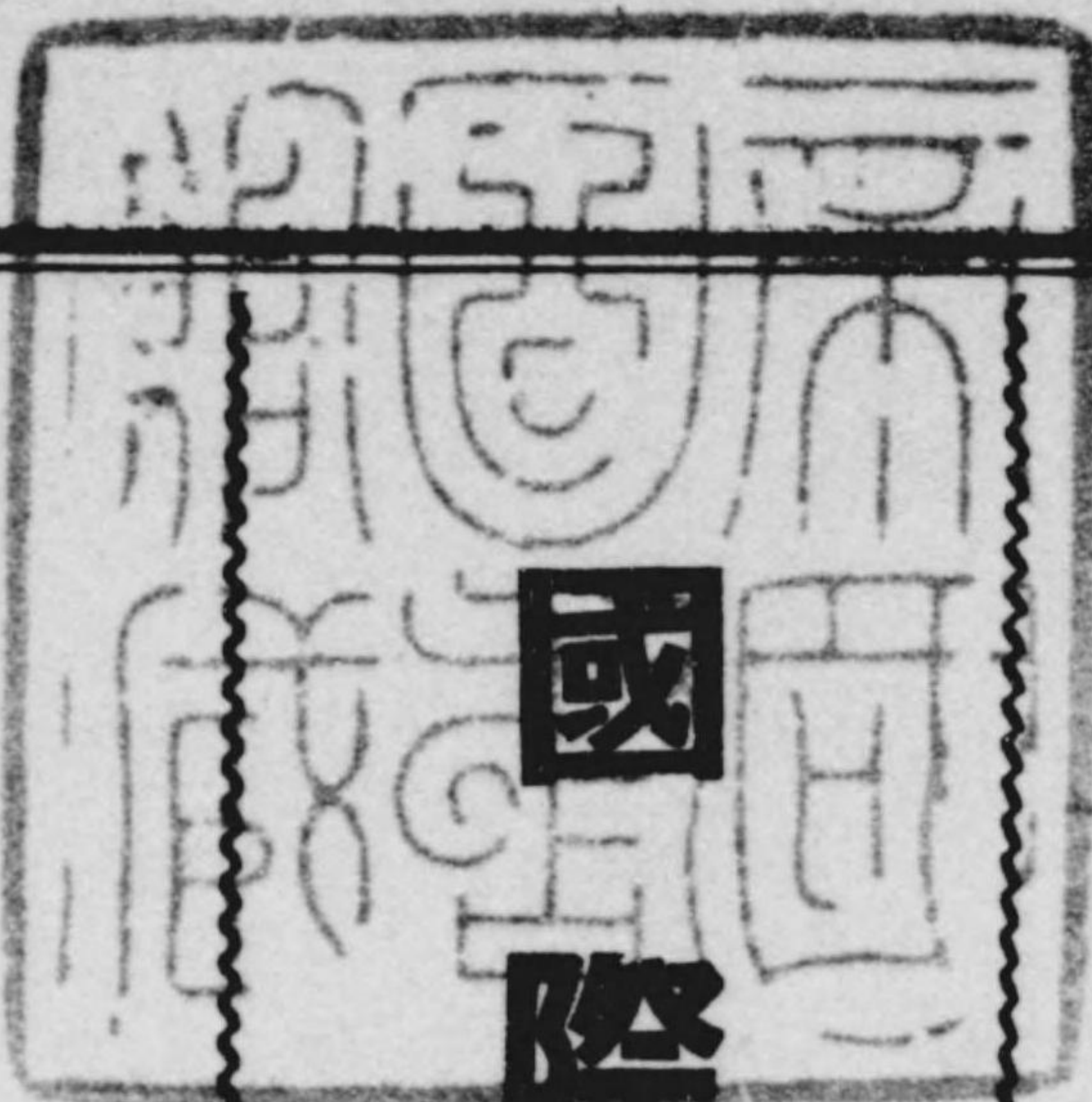
— 總 論 —

昭和十三年四月以降講義

東京帝國大學法學部

帝大プリント聯盟發行

特235
756



江川英文先生

講義プリント

國際私法

(一)

— 總論 —

昭和十三年四月以降講義

東京帝國大學法學部



帝大プリント聯盟發行



江川先生 國際私法 目次

緒論

第一章 國際私法ノ基本觀念 一

第一節 國際私法ノ意義 一

第二節 國際私法ノ本質 一三

一、國際法主義 一三

二、國內法主義 二〇

三、世界法主義 二九

第三章 國際私法ノ名稱及ニ所屬 三九

一、名稱 三九

二、術語 四六

第四章 國際私法ノ範圍 五一

一、法律ノ接觸解決 五二

二、外國人ノ地位 五五

三、國籍及ニ住所 五八

四、判決ノ效力 五九

五、統一私法 六〇

六、既得權尊重ノ原則 六一

七、準國際私法 六九

第五章 國際私法ノ淵源及ニ解決 七〇

一、成文法 七一

二、慣習法 七三

三、條約 七三

四、解決 七三

第二章 國際私法及ニ國際私法學ノ沿革 七七

第一節 古代 七七

第二節 中世 七八

一、野蠻時代	七八
二、封建時代	七八
第三節 近世	八五
一、第十六世紀ニ於ケル佛蘭西學派	八五
二、第十七世紀ニ於ケル帕蘭・白	八五
可長學派	八九
三、第十八世紀ニ於ケル佛蘭西學派	九一
第四節 第十九世紀ニ於ケル他國學派	九三
一、第十六世紀ヨリ第十九世紀前半	九三
這ニ於ケル法律三分主義	九三
二、Schiffner, 說	九四
三、Wielter, 說	九五
四、Savigny, 說	九六
五、Bar, 說	一〇一
第五節 伊・佛・白ニ於ケル屬人法(本國)	

(法)主義	一〇三
一、屬人法主義ノ誕生	一〇三
二、屬人法主義ノ特色	一〇六
三、此ノ學派ノ代表者	一〇六
第六節 英米學派	一〇八
一、英國ニ於ケル國際私法發達ノ	
概メテ新シイ事實	一〇八
二、和蘭學派ノ輸入	一〇九
三、英米國際私法學ノ特色	一〇九
四、Story, 說	一一〇
第七節 最近ニ於ケル特色アル學派	一一四
一、Pillet, 學派	一一四
二、Zitelmann, 學派	一一九
三、Frankenstein, 學派	一二五
四、Gitta	一二九

五、田中教授ノ學說	一三三
第三章 國際私法立法ノ沿革	一三七
第一節 國內立法	一三七
一、佛蘭西民法編纂以前	一三七
二、帝國ノ立法	一三九
四、日本	一四〇
五、他國民法施行法第ニ條以下	一四一
六、及兩國國際私法	一四一
七、國際私法ノ立法形式	一四一
第二節 國際立法	一四一
一、國際私法ノ目的ト國際私法ノ	
統一	一四一
二、國際私法統一運動ノ着手	一四二
三、並次利加大陸ニ於ケル統一運動	一四三
四、海牙國際會議	一四六

本論	
第一篇 國籍及居住所	一五三
第一章 國籍總論	一五三
一、國籍ノ意義	一五三
二、國際法上ニ於ケル國籍ノ	
得長ニ關スル原則	一五四
三、國籍立法ノ理想	一五七
第二章 國籍ノ取得	一五九
第一節 生來ノ國籍取得	一五九
第二節 傳承ノ國籍取得	一六五
第一款 親族法上ノ原因ニヨル國	
籍ノ取得	一六五
第三章 國籍ノ喪失	一七六
第一節 國籍喪失ノ時期	一七六
第二節 國籍喪失ノ效果	一八五

第四章 國籍ノ回復	一八六	第三節 外國法人ノ認許	二八七
第五章 國籍ノ抵觸	一八八	第四節 外國法人ニ對スル監督	二九四
第一節 總說	一八八	第五節 外國法人ノ權利享有	二九六
第二節 國籍ノ積極的抵觸	一九〇	第六節 認許セラレザル外國法人	二九八
第三節 國籍ノ消極的抵觸	二〇四	第三編 法律ノ抵觸	三〇一
第六章 不統一法國ニ屬スル者ノ本國法	二〇八	第一章 外國法ノ適用	三〇一
第七章 住所	二一七	第一節 外國法ノ性質	三〇一
第二編 外國人ノ私法上ノ地位	二三五	第二節 外國法ノ調査及證明	三〇七
第一章 概說	二三五	第三節 外國法適用ノ違反	三一八
第二章 我國ニ於ケル外國人ノ地位	二四九	第四節 外國法適用ノ制限(排斥)	三二六
一、民法第二條ノ規定	二四九	第二章 反致(反定)	三五五
二、營業並ニ職業ノ自由ニ關スル制限	二五〇	第一節 總說	三五五
第三章 外國法人	二六〇	第二節 反致主義ノ根據及具批判	三六六
第一節 總說	二六〇	第三節 法例第二十九條ノ解釋	三七四
第二節 内外法人區別ノ標準	二七五		

國際私法

江川先生

緒論

第一章 國際私法ノ基本觀念

第一節 國際私法ノ意義

- 一、私法の國際交通——私法の國際社会(普遍的法律的共同團體 *Communitas juris gentium* 普遍的人類社会)
 - 二、國際私法ノ達成セントスル目的——私法の國際生活ノ安全保障
- (註) 言フ迄ミナク我々ノ現在ノ生活ハ一國內ニ限ラレズ世界的ニナ

テ本ル私法的十國際交通ガアルト必然的ニ國際社會ガ出來テ
 ルハ勿論法律ニヨリテ規律サレル必要ガアルヲ學者ニヨッ
 テハ、普通の法律的共同団体ト云フコトモアル。田中先生ハ「普通
 的人類、社會」ト謂ハレル。コノ標十國際的私法的社會ノアル以上
 ソコニ法律ニヨリ規律サレ、社會生活ノ安全ヲ達成セントスルノガ
 國際私法ノ目的ナル。(註終)

三、此ノ目的達成ノ方法

(註) 此ノ標十國際社會、私法的統一ノ方法ハ必ズシモ國際私法ニ限
 ラナイ。次、三ツガアル。(註終)

(1) 世界私法ノ統一

(1) 世界法統一ノ可能及ビ不可能 —— *Wielmann*、統一可能論
 (*Die Möglichkeit eines Weltrechts, 1913*) —— 田中教授、世
 界法ノ理論

(10) 統一困難ナル法ノ領域ト統一ノ容易ナル法ノ領域ト統一ナル法

及ビ統一切手法

(註) 元來各國ノ私法ハ相違スルガ之ヲ統一シテ私法的法律關係ニ對
 シテ實質的ニ内容ノ同ジ法律ニスルト、コレニヨリ私法的十國際社
 會ノ安全保障ガ為サレル。コレニヨリ上ノ目的ハ到達出來ル。

然ラバ斯カル統一ハ可能ナルカ? 現在テハ各國共法律ガ異ッ
 テ本ルガ統一ガ可能カハ學者ニヨリ色々ニ論セラレテキル。コレヲ扱ハ
 タ有名學者 *Wielmann*、一ハハハニウキーンデ講演ヲシ、

世界私法ノ統一可能ナリトシ、ソノ根據トシテ、

- 一、各國民ノ法規ノ論理的思惟ノ同一性
- 二、法規ノ内容ニ付、各國民ノ論理的、宗教的觀念ニ大差ナキコト
- 三、私法ノ原則ノ大部分、基礎サル事實、即チ經濟事情ガ各國同一ナルコト。

カウ各國私法ノ統一可能ナルコトヲ論証シテキル。
 彼ノ扱ヘル向類ヲヨリ正確ニ大規模ニ扱ハレタノガ田中先生ノ「世

「法律理論」デ法律ハ大体ニ於テ統一可能ナリトセラレレル。田中先生ハ宗教的、倫理的觀念ニ就テハ客觀的真理アリトセラレ、人間ノ共通ノ理性ニ基イテ斯カル規定ハ一定ノ具體的目的ヲ達成スル為ニナラザレバ、統一可能ナラズ。統一可能ナリトシテモ、又合目的性ガ第一ナル條件規足モ（例ヘバ会社、手形ノ如キ）普遍性ヲ有スルカラ、統一スルニハ可能デアルトサレレル。

又各民族ノ法ヲ相違セシメル事實ノ存在モ見逃シ得ナイ。然ラハ如何ナル法カ統一不可能カハ、統一法ノ限界如何ヲ確定スル必要アリトシテコノ問題ヲ論ゼラル。

田中先生ニヨルト、法ノ有スル正義及ビ倫理ハソレ自体ハ普遍人類的デアレガ、社会的實在ガ同一デナケレバ法律の機構ハ同一デハアリ得ナイ。例ヘバ、未成年者ノ法律行為ヲ取消シ得ベキモノト認メテモ、何故迄カ恩慮分別ヲ欠クトスルカ、トイフ事ハ各事實ニ依ヒ同一デハナイ。故ニ人間ノ法律的恩恵ノ形式ノ同一ト、合目的性ノ同一カラ法ノ統一ヲ

説ク事ハデキナイ。コレハ法ノ關係スル社会的事實ノ中、如何ナルモノガ各民族ニ同一デアルカ否カヲ決メナケレバナラヌトナス。

斯カル社会生活中各民族ヲ異ルノハ、

一、自然的条件ニヨリ支配セラル、社会生活、例ヘバ年齢

二、歴史、傳統的現象トシテ別視セラル、モノ、例ヘバ政治組織、家族生活。

之ニ關スル法ハ統一不可能又ハ困難デアルガ、他ノ部分、即チ社会的事實、個性ヲ重シナイ部分、及ビ赤裸々ト合目的性ノ考慮ヲ拂ハナイ法ハ同一ノ法ニナリ得ベク、又ナルベキモノデアル。例ヘバ、親族法ハ統一不能ナルモ、取引法ハ可能ナリト論ゼラレル。コレヲ *Jurists* *Gemeinschaft* *Gesellschaft*ト結合シ、前者ハ統一性ナク、後者ハアリトセラレレル。

之ニヨルトアル種ノ法ハ統一可能ア、他ノ種ノ法ハ不能又ハ困難ニナル。要スルニ、法カ統一サレタラ、此ノ世界法ニヨリ世界社会ノ法的

安全ハ保障サレル。(註終)

(2) 國際的法律關係ニ適用セラルベキ私法ノ設定——國際的私法關係ノ

實質的規律 (ius gentium 一八九〇年ノ鐵道運送條約、一九一〇年

ノ船舶ノ衝突ニ關スル條約、一九一〇年ノ海難救助ニ關スル條約)

(註) 次ハ唯國際法律關係ニ適用セラルベキ私法ヲ設定スル事デアル。

法律ヲ作ルトラ、私法的生活ノ安全保障ト云フ目的ハ達成セラル

ベク、コレモ奇ハアツダ。

(1) ローマ時代ノ ius gentium ハ ius civile ガロー市民同

ノ法律關係ヲ規律スルニ對シ外國人トノ間ノコレヲ規律スル為デア

ツタ。コレハ國際的法律關係ニ適用セラルベキ法ノ設定デアル。

(2) 現存スルモノトシテハ各國ガ加入シテキル (a) 一八九〇年ノ鐵

道運送條約、(b) 一九一〇年ノ船舶ノ衝突ニ關スル條約、(c) 一九

一〇年ノ海難救助ニ關スル條約、等ノ條約デハ日本モ加入シテキル

コレハ締結國間ノ船ガ衝突シタ時ハドコデ起ツテモ本法ヲ適用スル

(3) コレハ國際的法律關係ニ適用スル法ノ設定デアル。(註終)

國際私法ニ依ル方法——所謂法律ノ抵觸ノ解決ニヨル方法

(1) 法律ノ抵觸 Conflict of laws, conflit de lois, Kol-

lision der Gesetze——内容ノ異ル私法ノ併存、

(2) 法律抵觸ノ解決——各種ノ法律關係ニ適用スベキ法律ノ指定—

法律關係ノ間接的規律

(註) ソコア最後ノ方法ガ國際私法ニヨル方法デ、現在、ハ大部分コ

レニヨツテキル。コレハ各種ノ法律關係ヲ支配スル法律ヲ指定スル

事、即チ其ノ法律關係ニ關係アル各國ノ法律ノ抵觸ヲ解決スルモ、

テ、國際的法律關係ヲ實質的ニ解決スル法ヲ設ケズ、現在コレヲ解

決スルニ適シタ法ヲ選ンデ適用スル。即チ、内容ノ異ル法ノ併存ヲ

前提トシテコレヲ規律スルニ最適ト思ハレル法ヲ選ンデ適用スル。

例ヘバ、日本ノ法律ヲ適用スルカ、英國カニ就テハ日本ノ法律ガ適

當シテオレハコレヲ適用スル。内容ノ異ル法律ガ併存スル事ヲ法律

、抵触ト云フ。

即チ、コレハ或ル法律關係ニ就テ内容、異ル法ガ併存スル外觀ヲ呈スルト解決スルモノデ、英米デハ國際私法ヲ *Conflict of Laws* ト云フノガ普通ナル。

例ヘバ、日本デ日独人ガ結婚スルト日本法ガ適用サレルルガ被追法ニヨルカモ知シテ、婚姻ニ就テニ法ガ競合スル場合ニ何レヲ適用スルカ。コレガ法律ノ抵触デアリ、國際私法デアル。

又日本カラフランスヘ本ヲ註文シタ時ニハ何レノ法ヲ解決スルカ。斯ク凡ソ法律關係ガ何等カノ意味ヲ我國ニ要因ヲ有シ一國ニ限定セラレテナナイ時ニ、法ノ抵触デコレヲ決定スルノガ國際私法デア

併シ斯カル場合ニモ法律ノ抵触ハ真ノ意味デハアリ得ナイ。真ニ抵触スル為ニ甲國、乙國共ニ管轄權ヲ有シナケレバナラナイ。日本法モ被追法モ存シテコソ衝突ガ起ルガ、此ノ場合ニ管轄權ノ存否ノ

向類コソ國際私法ノ向類デアル。故ニ管轄ヲ定メル原則、即チ國際私法ノ原則ガ抵触ニ先立ツモノデアリ、國際私法ハ一ノ法律關係ニ對シテ同時ニ二ツノ管轄ヲ認メルモノデハナイ。故ニ法律ノ抵触ハ言葉ノ嚴格ナル意味ニ於テ云ハレルノデハナク形容デアル。

本當ノ意味ノ抵触ハ管轄權ノ併存ヲ前提トシ、管轄權ノ存在ヲ決定スルノガ國際私法デアルト云フ。種族論法ニナルカラ、形容的ニ抵触ト云フノテ論理的ニハ云ヒ得ナイ。抵触ノ解決トハ二以上ノ法律ガ競合シテナル様ニ見エル時ニドレヲ適用シテ解決スルカデ、法ノ適用範圍ノ決定ト云フ事ニナル。

國際私法ハ斯ク法律關係ノ適用範圍ノ指定スル法律デアルガ、法律關係ヲ實質的ニ規定スル法律ヲ定メルノガ國際私法デアリ、實質的ニ適用サレルノハ國際私法ニヨリ指定サレル何レカノ國ノ民法デアリ、商法デアル。コレヲ國際私法ニ對シテ實質法ト云フ。國際私法ハ實質法デナク、ソレヲ指定スルモノデアル(註終)

國際私法ノ必要

(一) 統一法ト國際私法

(二) 統一不可能ナル法ノ存在ト國際私法ノ永久性

(註) 國際的私法安全ノ保障ノ三方法ハ上ニ挙ゲタガ、此ノ三方法ノ中、初メノニツ、何レカガ實現サレテキルナラバ、國際私法ハ必要ナキ事ハ勿論デ斯カル方法ニヨリ得ナイ時ニミ國際私法ハ必要ナル。

然ルニ現在ノ段階デハ斯カル統一法ハ殆ンド存セズ、或、極メテ限定サレテキル(地域的ニカ、事項的ニカ)。故ニ其ノ範圍デ國際私法ハ絶対ニ必要ナル。

將來ニ於テモ統一法ノ實現モアル範圍デ可能ナル。若シ統一法ガ實現サレルト、ソノ範圍デハ國際私法ハ必要ニナル。法ノ内容ガ各國共同一ナラバ國際私法ノ領域ハナクナル。然ラハ國際私法ハ次第ニ統一法ノ實現ニ伴ツテ減少シ必要ノナイモノニナルカト云フ

ニ、然ラズ。國際私法ハ統一法未實現時代ノ過渡的ノ存在カ、永久的ノ存在カト云フニ、國際私法學者ハ世界私法ノ統一ハ單ナル夢想ナルト云ヒ否定スルノガ多イガ、コレハ一概ニハ云ヘナイ。

結局アル種ノ法律ハ統一セラレル運命ニアリ或ル種ノモノハ統一セラレナイ。ソレハ田中先生ノ云フ通りナル。若シ或ル種ノ法ガ統一セラレナイナラ國際私法ハソノ範圍デ存在スル。統一私法ノ存在ハ必要ナル、可能ナルガ、又實際ニ於テモ統一私法ノ如ク統一サレツ、アル。勿論英米ガ加入シテキナイカラ不完全ナル、留保ナルカラ完全ナルハナイガ、斯ク次第ニ統一ガ實現セラレテ行ク事ハ事實ナル。

各國ノ法律ノ内容ヲ統一スルニ適シナイ親族法等ハ統一困難ナリ且ツ不必要ナル。又能力上ノ未成年者ノ如キモ氣候マ傳統ニヨリ、各民族ニヨリ同一デハナイ。コレヲ統一スルコトハ不可能ナル。ソレヨリハ併存シテキル各國私法ヲ規律スルノニ適合シタモノヲ選

ア方がヨイ。

以上で國際私法ノ大体ノ概念ヲ得ラレタデアラウガ、要スルニ各國ノ私法關係ニ適用スベキ法ヲ指定スル法律デアル。

1. 私法的國際社会ノ法デアリ、国内的社會ノ法律關係ヲハナイ、何等カノ意味ヲ涉外的、外國的要素ガ付ケレバナラナイ、斯カル涉外性ハ何ラカノ意味ヲ一國內ニ限ラレナイ時、例ハバ、(a) 当事者ノ国籍ノ相違、(b) 住所ノ相違、(c) 行為地ノ相違(日本人ガ外國ニ行ツタ時、如シ) (d) 目的物ノ所在地ノ相違
多クノ場合ニ涉外性ガ生ズル。然ルニ外國ノ向ノミノ關係デアル法律關係ガ日本デ問題ニナツタ場合ニモ、涉外性ガアレバ國際私法ハ適用サレル。

2. 法律關係ニ適用サルベキ私法ヲ指定スル。故ニ間接法、適用法ヲ實質法ヲハナイ。

以上が國際私法ノ大体ノ意味デアル。然ラバ斯カル國際私法ハ如何

ナル性質ヲ有スルカ。即チ國內法カ、國際法カが先ヅ問題トナル

(註終)

第二節 國際私法ノ本質

一、國際法主義 (Internationalismus)

(註) 學說トシテハ國內法主義、國際法主義ガアリ、田中先生ハ別ニ世界法主義ヲ唱ヘラレル。

大体歐洲大陸ニハ國際法主義學者ガ多ク、特ニフランスニ多イ。國內法主義ハ英米ノ學者ニ多ク、日本デハ國內法主義ガ多數說ヲ唯跡部博士ハ國際法主義ヲ強ク主張サレル。山田先生始メ大体ハ國內法主義デアル。次ニ重要ト學說ヲ簡單ニ述バル。(註終)

(1) Savignyノ國際法共同團體說 (Völkerrechtliche Gemeinschaft)

(註) Savignyハ今日ノ國際私法ノ出発點デアル。歴史學派ノ始祖テ

アリ、彼ニヨルト近世ノ各國ノ交通ガ益々頻繁トナリ各國ハ屬地主
義ヲ守レナイ。

屬地主義トハ日本法ハ日本ダケト云フノデアルガ、各國ハ共同ノ
利益ノ為内外人ヲ平等ニ見、各國民平等ノ原則ヲ採用シ、同一ノ向
題ハ何処ノ國テモ同一ニ解決スル様ニシタ。禮讓マ恩惠カラデナク
進歩シタ法ノ觀念カラ各國ガ相集ツテ國際法共同団体ヲ作ツテナル。
此處カラ出發シテ *Savigny* ハ自己ノ國際私法ヲ立テタ。コ、カ
ラ國際法説ガ出發シタト説カレテナル。(註終)

(2) *Pillet* ノ説——法律抵觸問題ハ總テ主權抵觸問題

(註)此ノ國際法主義ヲ詳細ニ説ク者トシテ *Pillet* ガアル。一八九
二年ニ論文ヲ書イテ「國際公法トノ關係ニ於テ考ヘラレタ國際私法
ト云フ事ヲ論ジタ。

彼ニヨルト凡ソニ法中何レヲ適用スベキカト云フ問題ノミガ國際
私法デアルノハ、何レノ法ガ係争事件ヲ解決スルニ好都合カニヨリ

テ決定サレル。何レノ法ガコレヲ支配スル權利ガアルカノ問題、即
チ、何レノ立法者、主權者ガ問題トナツタ法律關係ヲ自己ニ服セシ
ムベキ權利ヲ有スルカノ問題デアリ、凡テノ管轄問題ハ立法者、即
チ主權者間ノ管轄問題ニ歸スル。結局ハ主權ノ抵觸ト云フ事ニナル。
主權ノ抵觸ハ國際法ニヨリ解決セラルベク、故ニ國際私法ハ國際
法ノ一分野デアル。國際私法ノ基礎ヲ國際法ニ於ケ、

1. 國家ノ平等、

2. 國家ノ相互尊重、

ノニ原則ヲシテ、1.ニヨリ一國ハ一切ノ外國人ヲ平等ニ扱ヒ、内國
ノ外國事件ヲ平等ニ扱ヒ、外國法ニ自己ノ法ト同一ノ適用範圍ヲ認
メタ主權ノ平等ニ反スルトナシ、2.ニ就テハ、一國ハソノ人民ガ
外國テ虐待サレタナラ損害ヲ請求出來ル。若シサウナラ他國ノ苛酷
ナ法ニ對シテモ出來ナイデアラウカ。コレハ國家ヲ侮辱シタ事ニナ
ルカラデアリ、外國裁判所ノ判決ハ尊重スベク、コレヲ覆ヘス事ハ

相互尊重ノ原則ニ反スル、ト云フノデ此ノ原則ヲ掲ゲシ。
要スルニ Pillet ハ立法権相互ノ管轄問題デアル、ト云フノデア
ル。(註終)

(3)

Burchhardt ノ説——外國法律ヲ承認スル國家ノ義務。

(註)

Burchhardt 此ノ説ニ就テ「國際私法ノ普遍妥当性ニ就テ」
ト云フ論文ヲ書イテ此ノ問題ヲ扱ツテナル。

彼ニヨルト、内外法ノ適用ノ問題ハ当事者間ノ利益ノミノ問題デ
ナク同時ニ適用セラレベキ國家ノ利益ニ関スル、当事者間ノ利益問
題ノミテハナク立法者ノ問題デアル。立法者ノミヨク何レガ利益カ
ヲ決定シ得ベク、總テノ國家ノ利益ヲ比較考慮シテ決定サルベキ國
際法ノ性質ヲ有スル問題デアル。共同ノ解決、換言スレバ凡テノ當
事者ノ利益ヲ考ヘテ解決ガ正当デアリ、立法者及ビ裁判官ニ對スル
要求ノミナラズ、他ノ諸國ニ對スル法律上ノ要求ニ外ナラナイ。
故ニ同一國內ノ抵牾ガアルガ(例ヘバ米國)、コレト各國間ノソレ

(4)

跡部博士ノ説

(1)

國際私法ハ國家間ノ關係ヲ定ムル法則——國際公法

(註)日本ハ跡部博士ガ正確ニ論ゼラレル。

博士ニヨルト外國法ノ效力ガソノ法律關係ヲ明ラカニスルニ適當デ
アルカラテハナク、正ニ外國法ノ管轄ニ屬スベキ時ハ內國法トナス

トテ較べルト、前者ハ國家ノ國際法上ノ自己独立ノ問題ニフレテナ
ク、後者ハ正當ニ解決スル事ガ法ノ命令デアリ、規定ノ内容ガ
同一ナルトモ後者ノ問題ハ存在スル。何者モ相互ニ承認スベキ特權
ノ限界ヲ定メ他國ヲ承認スル義務ガアル。故ニ二國ノ私法規定ガ全
ク同一テモ此ノ義務ハ存在スル。共通法ハ外國法ヲ認メル義務ノ一
ツデアル。

斯クテ如何ナル範圍デ外國法ヲ適用スベキカモ國際法上ノ問題デ
アル。即チ、外國法承認ト云フ國家ノ義務ノ問題カラ、國際私法ヲ
國際法ノ一部ナリトスル。(註終)

意味ヲハナイ。

要スルニ各國ノ立法權ノ行動範圍ヲ定メル。此ノ範圍ヲ立法權ノ行動範圍ヲ定メル（註終）

(ロ) 國際私法ハ國際公法ト同シク法ノ性質ヲ有ス——國際私法ハ國家ヲ拘束スルカアリ——各國家ノ國際交通ノ權利義務——國際交通ノ一ナル私法的國際交通ノ安全ヲ計ルガ為ニハ國際私法ノ存在が必要又ク可ラザルモノアリトスレバ、各國家ハ又必要上此ノ國際私法ノ原則ニ服従スル事ヲ要スル。

(ハ) 現実ニ國家ヲ拘束スル國際私法ノ存在——條約國際私法及ビ慣習國際私法。

(ニ) 國際私法ト各國ノ衝突規則 *Kollisionsnormen*

(註) 國際法ノ法性ヲ肯定スル為ニハ次ノ二事ヲ肯定セネバナラナイ。

- 1. 國際私法ハ國家ヲ拘束スルマ。
- 2. 現実ニ國家ヲ拘束スル國際私法ハ存スルマ。

第一事ニ就テハ理論上、第二事ハ事實上ノ問題ナリ、此ノ二事ガ *yes*ト答ヘラレテ始メテ法性ヲ有スルトナス。

1. 先ッ拘束性アリマニ就テハ肯定サレル。此ノ拘束力ノ根據ハ國際私法ノ發生理由ニアリトシ、ソレハ國際生活ニ於ケル私法關係ノ國際的確保ヲ目的トスル法ナル。國際私法ハソノ為ニ必要又クベカラザルモノナリ、國際交通ハ起因ナル。國際交通ハ國家ノ權利ニシテ義務テアルト云フ事ガ前提トナリ、此ノ安全ヲ計ル事ガ亦國家ノ權利デアリ義務ニナル。故ニ各國ハ亦此ノ國際私法ノ原則ニ服従セネバナラナイ。

2. 次ニ現実ニ國家ヲ拘束スル國際私法ノ原則アリマ、ニ対シヤリトスル。國際私法ハ矢張り各國ノ承認ニヨル（明示又ハ黙示）
明示ハ各條約ヨリ、黙示ハ各條約ノ慣行ニヨル。ソノ各々ノ实例ガアル。コレヲハ現実ニ存在スル。唯カ、ル物が存在シ、現在國際私法ハ極メテ不完

全テハアルガ、ソレハ國際私法が國際法ヲアル事ヲ否認スル理由ニ
ハナラナイ。國際法ニ於テモ一般國際法ニ対シ特別國際法ガアリ、
又國際私法ノ分量ノ少キコトモ否定ノ理由ニナラナイ。ソレハ性質
ノ如何ニヨル、ト云ハレル。

要スルニ、斯ク國際私法ハ國際法ニシテ國家間ヲ拘束スル。國際
法ハ國家ヲ拘束スルガ、直接人同ヲ拘束セズ、ソノ為ニハ國內法ガ
アル。カクシテ事ヘラレタモノガ各國ノ國際私法デアアル。コレヲ跡
部博士ハ衝突規則ト云フ。

カクテ博士ハ國際私法ハ國際法ノ一部トサレル。(註終)

二、國內法主義 (Nationalism)

(1) Wälster 説

(註) コレハ國際法主義ニ対スルモノデ、國際私法ヲ民法マ商法同様、
國內法ノ一部ニスギナイトナス説デアアル。

Savigny カラ國際法主義が生レタ如ク國內法主義ハ *Wälster* ト
云フ有名ナ學者カラ生レタ。故逸ノ人デ、彼ニヨルト國際私法モ國
內法ノ一部デ、外國法ヲ適用スルカ否カハ國內法ニヨリ定ムベキモ
、デ、國內法以外ニ外國法ノ適用如何ヲ定メル法ハナイ。明示ノ規
定ガナクトモ國內法自身ノ意味、精神カラ定メルノデ國內法以外ニ
コレヲ定メルモノハナイ、ト云ツテキル。(註終)

(2) Kahn 説 — 國際共同団体ヨリ國家ニ對シテ發セラル、命令及

ビ、國家ヨリ私人ニ對シテ發セラル、命令

(註) 次ニ此ノ與ヲ充分明確ニ論ジテキルノガ故逸ノ有名ナ國際私法學
者 *Kahn* デアル。「國際私法ノ内容、性質及ビ方法」トイフ論文
(コレハ後ニ *Frang Kahn* ノ論文集ノ中ニ收メラレタ) ニコレヲ
論ジタ。跡部博士ノ本ニモ、田中先生ノ本ニモ詳シク紹介サレテキ
ル。

Kahn ニヨルト國內法ガ治外法權ヲ要求スルカ否カハ國內法ニ

ヨリ、國家が斯カル立法ヲ制限シ又ハ担保スル。然シ國家ガ國家ノ
 実行行為ニヨリ国内ニ立法スルモノガ國際私法ヲハナク、コレハ他
 人ノ要求ニ應ヘルモノデアル。即チ、第一ノ外部的ノ命令——國際
 共同団体カラ國家ニ對シテ発スル命令——ト、第二種ノ命令——内
 部的ノモノデ國家カラ私人ニ對シテ発セラレル命令、即チワカ管轄
 内デハ、コレコレノ法律ヲ行フト云フ命令——ノ二種ノ命令ガ考ヘ
 ラレル。第一ノモノハ勿論國際法デ、第二ノモノハ国内法ニスド十
 イ。私法ノ適用範圍ヲ定メル命令ニ就テモ此ノ二種ノ命令ガ考ヘラ
 レル。

然ラバ國際法タル國際私法ノ原則アリヤニ就テハ、カ、ル國際法
 タル國際私法ノ原則モ完全ニ組織ハナイガ、或ル範圍ニ於テ將來成
 立スルコトガ出ルモノデ、現在ニ於テモ然イコトハナイ。例ハバ
 如何ナル裁判所モ外國裁判所ノ適用ヲ一般的ニ拒ム事ハ出ルナシ、
 ト云フ國際法ノ原則ガアル。又各國ハ何レモ何ラカ國際法ノ原則ヲ

有サネバナラナイ、ト云フ原則、又實際上各國ノ承認ヲ得タ國際法
 モ認メ得ル。例ハバ不動産物權ニ關シテハ不動産所在地法ニヨル原
 則、又親族法及ビ相續法ハ一時的ニ国内ニ滞在スル者ニ適用スベカ
 ラズ、トノ原則（屬人法ニ就テハ本国法主義ト住所地法トが対立シ
 テキルガ、親族法、相續法が屬地的ニ適用サレルモノデハナク大体
 屬人的デアル事ハ認メラレ、上ノ原則ガ認メラレテキル）等ハ、實
 際各國ニ承認サレ、現在モアル範圍デ國際法タル國際私法ノ原則ガ
 存在ハスル。

然シソノ外ノ大部分ノ原則ハ上ノ第二種ノ國家カラ一私人ニ發セ
 ラレル命令デ、國際共同団体カラ國家ニ發セラレル命令デハナイ、
 ト述ベテキル。（註終）

(3) *gitta* ノ義——涉外的法律關係 *rapport juridique ex-*
tra-national ハ、其ノ本質上、通常ノ国内法的法律關係ノ何等異
 ルトコロナシ。

(註) 次ニオランダノ *Justin* モ国内法説ヲ述ベテキルガ、コレハ後ニ述
ベル。彼ノ書ニハ田中先生ノ世界法の考ヘガ入ツテキルガ、此ノ真
ハ国内法主義ナル。

般ニヨルト法律關係ノ性質ハ法律關係ノ主体ニヨリ定ムベク、國
際私法上ノ主体ハ常ニ私人ナル。例ヘバ、フランス人トスペイン
人同ノ賣買契約ハスペインニ對スルフランスノ權利、スハフランス
ニ對スルスペインノ權利ト何等ノ關係ナク、訴訟モ私人ニヨリ為
サレル。唯兩者同ノ契約ハ純國內的トモノテナク、涉外的契約ニス
ギナシ。(*abstract-national*) 斯ナル契約ハ其ノ本質上ハ二人
ノスペイン人又ハ二人ノフランス人同ノソレト相違ハナク、ソマ
マ一方ガ外人ナルニスギナシ。又法律關係ノ性質ハ同國人同ト同
一デ、故ニ私法ノ範圍ヲ出ルモノテハナシ。
カク全ク性質ヲ同ジクスルナラ法律ソノモノガ性質ヲ異ニスベキ
理由ナク、国内法ト性質ハ同一ナル。即チ、法律關係ノ性質ハ其

ノ全体ニヨリ定ムベク、私人ナル時ハ涉外的ナルモ国内的ノモノト
同一ナルト考ヘル。

日本デモ從來ノ國際私法學者ハ跡部博士ガ國際法主義ヲ採ルノミ
デ、ソノ外ハ一般ニ国内法説ヲトツテキル(註終)

(4) 山田博士ノ説——國際私法ハ一國ノ立法者ガ内外私法ノ適用ニ関
シテ制定シ、又ハ認定シタル法則。

(註) 山田博士ニヨルト、國際私法ハ國家同ノ法律ヲ規律スル法、即チ
國際法テナク一國ノ主權者ガ適用スベキマ否ヲ定メタ国内法ナル。
我國ニキル外人ニ我國ノ法ヲ適用スベキマ否マハ我國ノ國際私法上
ノ向題ナルガ、斯カル國際私法上ノ國際ハ唯當事者同ノ向題ニス
ギナシ。我國トソノ外國ト、同ノ國際關係テナシ事ハ勿論ナル。
若シ外國人、本國ガ本國法ヲ適用スルノ權利ヲ有シ、我國ガ又本國
法ヲ適用スル義務ヲ有スルナラ、カ、ル權利義務ヲ定ムル法ハ國際
法ナルガ、カ、ル設定ハ存セザルノミナラズ、本國法主義ヲトル

國モ住所地主義ヲトル國モ、國際法上共ニ有效ト法テアル事實ニ徴スルモ國際私法ハ國際法ト云ハナイ。又國際私法ヲ國際法テアルト主張スル學者ハ「場所ハ行為ヲ支配ス」物權ハ目的物ノ所在地法ニ從フレトノ法則ガ國際私法トシテ實在スル事ヲ証明セントスルガコレモ國際法説ヲ支持スベキ根據トナラナイ。物權ノ上ノ法則ハ事物ノ性質上正当トスル為デ、國際法ニ正當トスル為デハナイ。場所ハ行為ヲ支配スルノ法則モ矢張り事物自然ノ法則上カラ、各國ガ認テキルカラテ國際法テ斯カル法則ヲ定メル事ヲ要求シテキルカラデハナク、物權ヲ所有者ノ住所地法ニ即セシメテモ何ラ國際法ニ反スルモノデハナイ。

要スルニ何ラカノ原則ヲ定メル様ニ各國家ニ命ズル原則ハ現在ノ國際法ニ存セズ、何レモ一國ノ私法、国内法ニスギナイ。故ニ國際法ト國際私法トハ次ノ如ク異ル。

1. 立法上ノ差異一ハ一國ノ主權者ガ立テタノニ反シ他ハ明示、

又ハ明示ニ國家ガ定メル。

2. 當事者——一ハ私人、他ハ國家

3. 法律關係——一ハ外國的要素ヲ有スルノミデアルガ、國際私法上ノ關係ハ國家ガ國家トシテ他ノ國家ニ對スル權利義務ノ關係ヲ定メルノミ。

4. 修正方法——一ハ外交交渉ヤ戰爭ニヨルガ他ハ普通ノ国内法上ノ問題同様一國ノ私法裁判所ニ於テ修正ナルベキモノデアル

(註終)

(5) 山口博士ノ説——國際私法ハ個人ノ地位ヲ定メタル一國ノ私法。(註)山口博士モ同様ニ国内法説ヲトル。

ソレニヨルト、國際私法ハ個人ノ地位ヲ定メタル一國ノ私法デ、國際法ニ比スルト制裁ハ国内裁判所ヲ課セラレ、(一)主權者ハ自由ニ國際私法ノ原則ヲ變更シ得ルガ、國際法ハサウハ出来ナイ。(二)國際私法ガ国内法トシテ行ハレテキル事實ハ明瞭デアアルガ、國際法ト

シテ行ハレテキル事實ハ証明出来ナイ。(四) 國際法ハ國際団体ニ行ハレルガ、コレニ加入シナイ國、尙願モ國際私法上ノ原則ニヨリ解決シナケレバナラナイ。

故ニ國際私法ハ國內法ヲアルガ、國際私法ノ統一ハ或ル程度実行カレテキルカラ、ソノ範圍ヲ國際法ニナル。(註終)

(6)

絶對的國內法主義ト相對的國內法主義

(註) 上述ノ如ク種々ノ理由ニヨリ各種ノ國內法説ガアルガコレヲ挙ゲルト單純ニ國內法トシテキル説ト、相對的國內法トモ見ルベキモノ、即チ一面國際法ヲ他面國內法ヲアルトノ説ト、ニツガアル。此ノ原則ハ跡部博士ニヨル。

以上ノニツニ分ケ得ルガ、比較的多少ハ相對的國內法説ヲアル。ソレハ一部分ガ國際法ニアルトカ、又ハ將來ハ國際法ニナルベキモノトスル、斯カル説ノ方ガ多い。要スルニ、國內法論者ノ根據ヲ見ルニ、

2、國際私法ハ國家主權者ノ命令ヲ國際法ト異リ、國內裁判所ヲ行ハレル。(形式的根據)

2、實質的根據トシテハ *Pittet*ノ様ニ法律關係ノ主体カラ見テ民法、商法等ト少シモ相違シナイ、トイフ莫テアル。(註終)

三、世界法主義——田中教授ノ説——普遍的人類社会ノ法

(註) コレラノ諸説ニ對シテ最近田中博士ハ「世界法ノ理論」ニヨリ

國際私法ヲ世界法ノ一部ト見ラレル。博士ニヨルト「法アル所社会アリ、社会アル所法アリ」トセラレ、國際私法ヲ世界法トセラレル秩序ノ世界法(統一法)ト共ニ國際私法ハ世界法ヲ構成スル。從來ノ學說ニヨルト結局ハ法ノ衝突、ツマリ主權ノ衝突ガ國際私法ノ本質ヲナスト考ヘテキルガ、コレハ根本的ニ誤マツテキル。世界市民トシテノ人類ノ普遍、人類の法秩序ヲ國家ト云フ色眼鏡ヲ脱スル事ハ誤ツテキル。コレハ正当ナル事態ノ認識ノ妨ゲトナル。法ノ衝突ハ法ソノモノデハナク主權相互間ノ衝突ニ外ナラナイ。故ニ、

法ヲ主權カラ離スト法ノ衝突ハ有リ得ナイ。國際私法ハ一定ノ涉外的向願ヲ解決スル規範ヲ裁判官ニ提供スル。ソレハ各國ニ共通、分母ヲ提供スルモノニ外ナラナイ。世界法ガ出來ル迄ノ運河デアル。世界法トシテ考ヘルナラ各國ノ私法ハ國際私法ヲ通ジテ世界法トナリ、國家ハ其ノ機關トシテコレヲ行フ、デアル。即チ、國民法トカ國際法トカ云フノテナク、普遍的人類社会ノ法、即チ世界法ノ一部デアルトナス。コレガ新シイ説トシテ現ハレタ(註終)

四 諸主義ノ批判

五 國際私法ノ本質

- (1) 私法的國際社会ノ法
- (2) 私法的國際社会ノ組織ノ不完全
- (3) 私法的國際社会ノ機關トシテノ國家
- (4) 實際國際私法ノ多樣性
- (5) 國際私法ノ統一

— *Burchhardt*ノ説 *Bastin*ノ説

- (1) 國際私法統一不可能論
- (2) 國際私法ノ自由ト統一ノ必要
- (3) 國際私法規範ノ同接性

(註) コレヲ、諸説ガ対立シテキルガ然ラハ如何ニ考フベキカ。要スルニ國際私法ヲ如何ナル觀英カラ見ルカニヨリテ向願ハ相違スル。各國ノ行動範圍ヲ規定スル法トスルナラハ國際法ノ一部デア。例ハハ能力ノ同類ニ就キ當事者ノ本國法ヲ適用スルトノ原則ガ各國ヲ拘束スルナラ、各國ハ斯カル原則ニ従フベキ事勿論デ、コレハ國際法ノ一原則デア。而テカ、ル原則ハアリ得ル。ソレハ各國ノ聯合條約ヲ定メテ時デア。國際私法ガ各種ノ法律關係ニ就テ、其ノ適用スベキ法律ヲ定メルガ、カ、ルモノガ國際私法デアツテモ、ソノ為ニ國際法ヲナイト云フ事ハ出來ナイ。カ、ル條約ニヨリテ國際法ヲ定メテモ此ノ條約ニヨル事ハ國際法ニヨルコトニナル。カ、ル原則ガ條約ニヨラズ暗黙ノ承認ニヨリ成立シタ時モ同様デ、斯カル

モノハアリ得ル。

所ガ国際私法ヲ其ノ立法ノ形式カラ見ルト勿論国内法テ、主権者ノ命令ニヨリ發セラレタ時モ国内法ノ一部ニスギナシ。此ノ點、

Koblenz ガ二種類ノ法アリトナスハ正当ナル。法則ノ規定モ国内法タルコト勿論テ斯カル莫カラ国内法論者ハ国際法論者ニ種々ナリト加ヘル。裁判ナキ事ヤ又適用ヲ異ニシテモ国家ハ非難ヲ受ケナイ事(例ヘバ屬人法ニ就、本国法主義ト住所地主義トガ対立シテキルガ莫ル原則ヲトル國ニ對シテ、怪シカラシト非難スル誤ニユカナシ。又英國ハ不動産所在地法ニヨルガ、日本ハ所有者ノ本国法ニヨル)即チ、国際私法ガ国際法デアルナラ斯カル相違ハ許サレナイ筈デアルガ、国際法デアルナラ必ず統一のテアルベキニ實際ニハ統一シテキナシ。カ、ル点カラモ国際法デハナシ。

コレニ對シテ国際法論者(跡部博士)ハ、
1. 各國相違スルノハ本ガ發達シテキナシ為テアル。能カハ屬人法

ニヨル事ハ決定シテキテモ住所地ヤ本国法ガ未決定ナル。併シ、コレハ国際法ニモ存スル。例ヘバ海上捕獲ニ就テ物ノ敵性ヲ所有者ニヨルベキ莫ハ一致スルガ、所有者ノ敵性ハ本国法主義(大陸主義)ト住所地主義(英米主義)ガ對立シテキル。
2. 又国際法違反ニ則チキ事ハ交戦國ノ一方ガ戰時国際法ニ違反スルモ第三國ハ直チニコレヲ責メルトハ限ラナシ。責メテモ漸クル原則ハ存スルト云ヘル。

国際私法ハ国内法ノ如ク鞏固デハナシガ、国内法ノ如ク違反ニシキソノ罪ヲ向フ必要ハナシ。国内法論者ノ非難ハ當ラナシ。一國ノ国内法デアルト共ニ国際法タル国際私法ノ存スルモ亦事實デアルト云ハホバナラナシ。

3. 然シ、国際私法ガ規律スル法律關係ノ性質カラ見ルト、国際私法ハ又世界法ト見ウル。實質的ニ見ルト尙テタ見解デアル。
国際私法ハ人ガ國境ヲ越エテ交通スル時ニ存スル。A、B、國同ノ

法ハ國際社会が組織化ナレテキナイカラ國家が其ノ機關トシテソノ國際社会ノ安全ヲ計ル手段トシテ何レカ、法ヲ適用スル事ヲ定メルノデ、カク見ル時ハ固ニヨリ原則ヲ異ニスル事ハアリ得ヌ様デアルガ、各種ノ法律關係ニ対シ如何ナル法ヲ適用スル事ハ人同ノ國際社会ノ安全ヲ保障スルニ適スルカハ各國家が見解ヲ異ニスル事アリ得ベク、各國ノ法則ヲ異ニシ得ル。即チ、性質上ハ國際私法ハ統一セラルベキデ、各國ハ普遍的な法則ノ樹立ニ努力スベキデアアルガ、現在ハソコ迄ノ段階ニハ到達シテキナイ。私法的國際社会ニ於ケル生活ノ安全保障ヲスルコトガ目的デアアルガ、又國家ヲソノ機關トシテモ各國家ノ見ル所ハ異リ、實際上ノ原則モ異ル故チ未ダ統一スルニ到ラナイ。然シ、國際私法元來ノ性質カラハ必ず統一セラルベキモノデアアル。

然シ、此ノ統一ノ是ニ就テハ統一不可能論ガアル。
 不可能論者ノ中 *Burckhardt* ハ國際法論者ナルモ、ソノ考フ

ル所ニヨルト、法ノ劃一及ビ正義ノ為ニハ一切ノ國家ヲ拘束スル様ニ、又超國家的見地カラ解決セネバナラナイカ、一般國際私法の原則ハ構成シ得ズ、可能ナ、ハ特別國際私法の原則デアアル。換言スレバ、各國ヲ通ジテ正当トセラレル法ハ、

- 1、各國私法ハ各々相異ル事、相異ル法律的概念ヲ有スル事
- 2、實際法、各國ノ公序、良俗ガ異ル事（日本ノ法例三十條、如キ規定ハ各國ニアリ、重要原則デアアルガソノ解釈ハ種々ニナツテキル）
 要スルニ國內ノ公序ニ反スル外國法ハ適用シナイガ各國ノ公序ハ大イニ異ルカラ一般ノ國際私法ハ統一シテモ、コレヲ統一シナイト何ニモナラナイ。
- 3、各國ノ利害關係ノ相違。例ヘバ、外國人ノ多イメキスハ、外國人ノ少イ國ヨリ住所地法ヲ適用スルニツキ利益ヲ有スル。今日、佛國ハ租界ヤ日本ト同様屬人法ニ付本国法主義ヲトルガ、最近住所地法ヲトラント運動シツ、アル。ソレハ外國人が多イカラ屬人

法ニ付本國法ヲ適用スルト、外國法ヲ適用スル場合が多クナルノ
ヲ住所地主義ハ、復帰ガ唱ヘラレテキル。カ、ル考ヘカラハ、
私法ニ付太利ノ如クニ外國ニ多ク出テキル國ハ外國法主義ヲトル
方が良イコトニナル。斯ノ利害關係ノ相違ハ國際私法ノ統一ヲ
害スル。

以上が彼ノ、不可能論デアル。

次ニ佛ノ *Bastin* モ不可能論ヲ唱ヘル。

彼ハ國際私法上ノ *nationalist* デ、彼ガ「法律關係ノ性質決定」
ノ問題ハ彼が提出シタ。ソレハ國際私法ハ種々ノ原則ガアルガ、或
ル問題ガドノ規定ニ當ルカ、即チ、能力ノ問題カ、行為地ノ問題カ
ガ問題ニナリ、結局例ヘバ「相續」ナラ相續ト云フ概念ガ問題ニナ
ルガ甲乙兩國間、相續ノ概念ハ同一デナク、同一問題ヲ一ハ相續向
題トシ、他ハ夫婦財産關係ノ問題トスル。又行為ノ方式ノ問題トス
ル國モアラウ。カ、ル時ニ法律關係ノ性質モ如何ニ決スルカハ彼ノ

qualification ノ問題デアル。

彼ニヨルト此ノ法律關係ノ性質ハ法廷地法 (*lex fori*) ニヨル
ト云フ解決ヲシテキルガコレハ後ニ述ベル。

此ノ法律關係ノ性質決定ノ問題ヲ國際私法ノ統一問題ニ結合シ、
甲乙二國が同一規定ヲ採用シテモ法律關係ノ性質決定ヲ異ニスル。
即チ、一ハ夫婦財産關係トナシ、他ハ相續トスルト、仮令原則ハ同
一デモ適用サレル法律ハA國ニハ相續ノ原則ガ適用サレ、B國ニハ
夫婦財産關係ノ法則ガ適用サレル。結局、國際私法ノ規定ガ統一サ
レナイ事ニナル。ソレデ結局、國際私法ノ終局的統一ハ不可能デア
ルト為シテキル。

ソノ他種々ノ統一不可能論ガアリ、又實際統サレテハオラナイ。
統一運動ハ、或ル程度實現ハシタ。十九世紀末カラハーグノ會議ガ
行ハレ各國ガ加入シタガ限ラレタ事項ニ付テ限ラレタ國ガ加入シタ
ノミデアツタ。又、南米デハ南米諸國ノ國際私法統一運動が行ハレ

夕。然シ全体カラ見ルト未ダ統一サレテオラヌ事ハ事實デアルガ、
Bartini & Buschhardtノ云フ如ク性質上統一不能トハ云ヘナ
イ。国際交通、安全保障ト云フ莫カラハ当然ニ統一サレネバナラナ
イ。各国ノ地理風俗ノ相違カラ違ツテ來ケレバナラナイノデハナ
ク寧ロ統一サルベキ運命ニアル。

利害關係ノ點ニ就テモソレハ統一ヲ妨ゲルト共ニソレヲ助ケル。
又、本國法主義ヲトルト外國人が多イ時ニハ不利益ダト云フガ、或
ル法律向題ニ就テ外國法ヲ適用スル方がヨイナラ、彼令外國人が多
クテモ、コレヲ適用スレバヨイ。コレハ國際私法ノ性質カラデナク
成ルベク國內法ヲ適用セントスル國際私法ノ目的ニ反スル思想カ
ラ生レタモノデアル。結局國際私法ハ統一サルベク、又サルベキ
運命ニアル。Bartiniノ説ハ法廷地法ニヨルト、前提ヲトツテキル
ガ、此ノ前提ガ誤ツテキルノデ法律關係ノ性質決定ハ受スルニ國際
私法ノ原則ニヨル外ナイ。ソレハ純粹ニ國際私法上ノソノ規定ノ解

釈向題デ、法律關係ノ性質決定ト云フコトハ向題自身がオカシイ。
ソノ莫カラハ Bartiniノ如キ思想ハ生レナイ。法律關係ノ性質決定
ヲ *lex fori* ニヨルトノ解決ガ誤ツテオリ、コレカラ統一不可能
ヲ論ズルコトハ出來ナイ、矛盾セル推論法デアル。
要スルニ統一ノ向題ハ國際私法自体ノ實質目的カラ決定スベク、
國內法デアルトカ國際法デアルトカ云フ必要ハナイ。
次ニ國際私法ハ實質法デナク同接法デアリ、衝突法デアル。實質
的ニアル法律關係ノ性質ヲ決定スルモノデナク、性質ヲ決定スル法
律ヲ定メル法デアルコトニ注意スベキデアル。(註終)

第三節 國際私法ノ名稱及ビ術語

一、名稱

國際私法ハ発達ノ新シイ學問デアルカラ本質論ニ關係シテ種々ナ名

称ガアルカラ、ソレト使用サレテキル主十術語ヲ述ハル。

(1) 法則區別説 (法規分類説) *Statuten-theorie, theorie des Statuts.*

(註) 被遺語デ云フト *Statuten-theorie* デ、コレハ 跡部博士ノ訳デア

ル。 國際私法ハ十四、五世紀、イタリアデ発達シタ、テアルガ、
当時イタリアハローマ法ガ普通法デアリ、各都市國家ガ特別法ヲ有
シ其ノ *Statut* ノ、各法律ノ、抵能、解決トシテ *Postposita foren*
ノ、字着ガ研究シタ。

ソレハ各 *Statut* ノ、性質ニヨリソノ *Statut* ヲ分ケ人ニ属スル
法ト物ニ属スル法トシ、前者ハ属人法、後者ハ属地法トシ人法ト物
法及ビ混合法ヲ分ケタ。 *Statuta* ヲ二分ヌハ三分シタ訳デアアル。
混合法ハ入ト物トノ混合テ属地的効力デアアル。

後世ノ、字着ガ斯ナル國際私法ノ、コトヲ *Statuten-theorie* ト
シテ研究シ論ジタノデアアル。今日テハ斯カル名称ヲ用ヒナイガ一番

永ク用ヒラレタ様デアアル。十九世紀、末迄此ノ法規ヲ分類シソノ性
質ニヨリテ適用ヲ論ジタ。(註終)

(2) 法律抵能論 (法律衝突説) *Conflict of laws, Konflikt de*

lois, Konflikt der Gesetze;

(註) コレハ今日デモ用ヒラレル。英米デハ *Private international*

Law ノ、語モアルガ此、*Conflict of laws* ト云フ言葉、方が多い。ソ
レハ國際私法ガ法ノ、抵能ヲ研究スルカラデアアル。十七世紀、オラン
ダ學派ガ最初ニ用ヒタ (*Rodenburg*)。此ノ、學説ハ十七世紀末ニ
歐洲ニ拡ガリ *Conflict* ノ、語ガ次第ニ認メラレ、遂ニ一八三四年ニ米

國ノ *Judge Story* ガ *Commentors on the Conflict of*
Laws トイフ本ヲ書イタ。國際私法ノ、本デ一番古ク有名ナ、ハ此、
本デアアル。而シテ *Conflict of Laws* ノ、語ガ本ノ名前ニナシタ。
英米ノ、今日ノ、國際私法ハ此ノ、*Judge Story* カラ出テオリ、英國ニ
モ影響シテキル。學説ト夫ニ名前ニ引継ガレタノデアアル。 *Private*

(3) *international law* ヨリ此ノ方が普通ナリ。(註)
internationale Privatrecht, Droit Privé

(註) コレハ普通ニ、*internationales Privatrecht*、或チマル。コ
レハ一ノ四一平ニ被逸、有テ十等者 *Schepher* 之 *Entwicklung*
des internationalen Privatrechts、語ヲ用ヒタ。コレガ正
式ニ用ヒラレタ格ナリナル。

佛語デハ *Droit privé international* ト云フ、英語デハ
International Private Law ト云フ。*Private inter-*
national law ト云フ。又 *national law* ト云フ。

(4) 私國民法 *Droit international privé, Private inter-*
national law (註)

(註) コレハ私國民法デ、佛國デハ普通ニ用ヒラレル。英國デモ此ノ語
が用ヒラレル。

形容詞ノ位置が逆ニナリテキルガ、コレハ Bentham 之 *inter-*
national law ト云フ本ヲ書キ、*Selix* ハ更ニコレヲ公法ト私法
ニニ分シタ。然シコレハ *Story*、中ニ *Private international*
Law ノ語ガアルカラコレヲ誤シタノダト云フ説ヲ *Zitelmann*
等ハ述ベテキル。

此ノ兩者ハ形容詞ノ位置が違フガ、結局ハ國際私法ヲ國際法ノ一
部トスルカ私法ノ一部トスルカノ相違が存スルトカ、又國際法主義
者ト反對者トテ使ヒ分ケル人モナイデハナイガ、然シ一般ニハ國際
私法ノ本質ト關係シテ使ヒ分ケズ、關係ナシニ用ヒラレテキル。語
調ノ上カラ分ケテキルノミデ本質的ニハ、一般的ニハ違ヒハ無ク、
日本語トシテハ國際私法ヲ普通デアル。殊ニ大陸デハ此ノ語ガ用ヒ
ラレ、被逸デハ *Privat internationalrecht* が用ヒラレ、佛國

デハ *Droit international privé* が用ヒラレル。

(5) 法規ノ場所的限界 *Örtliche Grenze der Rechtsregeln* (註)

(註) コレハ *Savigny* ガローマ法体系、著ノ著ヲ述ビテキル (註)

(6) 法律ノ場所的支配 *Örtliche Grenze der Rechtsregeln* (註)

(註) コレモ *Savigny* 採用シテキル。(註)

(7) 並立法源ノ關係 *Verhältnis koordinierte Rechtsquellen* (註)

(註) 独逸ノ学者、二三ノ者々用ヒル。(註)

(8) 私法ノ國際的取扱 *Internationale Rechtsbehandlung der Privatrechtlichen Verhältnisse* (註)

(註) 独逸、*Von Bar* ガ解釋ヲオシレテ「私法關係ノ國際的取扱」ノ名称ガヨイト主張シテキル (註)

(9) 涉外私法 *Droit extra-national* (註)

(註) コレハオランダノ *gita* ガ國際私法ノ對象トスル私法關係ガ涉外

的ナルカヲ云フ。

山口博士ハ「涉外私法」ト主張サレル (註)

(10) 私間法 *Zwischenprivatrecht* (註)

(註) *Guilmann*、主張デアル。彼ハ「International」トハ元

來ノ独逸語デナイカラト云フ。此ノ言葉ヲ作ツタ (註)

(11) 限界法 *Grenzrecht* (註)

(註) *Frankenstein*、主張デアル。

(12) 体系間法 *Droit inter-systematique* (註)

(註) フランスノ学者アルマンジヨノ主張デアル。各体系間ノ抵触ヲ

解決スル法ナルト云フ意味デアル。

以上ノ様ニ各名称ガアルガ、カ、ル学者デモ本ヲ書ク時ニハ國際

私法ト書クノが普通デアル。

國際私法ガ新シイ學問ナル為ニ、カク色々ノ名称ガ出ルノデア

ル。(註)

二、術語

(1) 抵觸規定 (衝突規則) *Kollisionsnorm*

(註) コレハ拙逸語ノ *Kollisionsnorm*、訳語デアルガ衝突規則ト訳スル(藤部博士)ト、船舶衝突、時ナドト誤マラレルカライケナイ。コレハ國際私法ノ規定ノコトヲ云フ。即チ、國際私法ハ法律ノ抵觸ノ事ヲ規定スルト云フノデアル。

フランスデモ *Loi de Kollision*、語ガ用ヒラレル。コレハ次ノ(2)實質法ニ対スル。即チ、實質的ニ規定スル法テナク間接的ニ衝突ヲ解決スルノミデアル。

拙逸人ハ更ニコレヲ次ノニツニ分ケル(註終)

(1) 一方的抵觸規定 *unseitige Kollision*

(註) コレハ法律ノ適用ヲ定メル場合ニ國內法ノ適用ノミヲ定メルモノデアル。佛民法第三條ノ規定ナドハコレデ、佛ノ規定ノミヲ適用スル場合ヲアゲチキルカラデアル。不動産ハ所在地法ニ從フトク、身

分能力ハ本國法ニ從フト云フ事ヲ外國ニ在ル佛人ニモ適用サレルト云フ様ニ規定スルト此ノ様ニナルノデアル。

独民施七條以下デハ此ノ一方的抵觸規定ガ多イガ、夫婦ノ身分上ノ法律關係ニ拙逸語ガ適用サレル場合ノミヲ規定シ一般的ニ規定シナイマリ方デアル(註終)

(2) 完全抵觸規定 *vollkommene Kollision*

(註) コレハ内外ヲ向ハズ適用サレル場合デ完全ニ場合テアル。日本ノ法例ニヨルト能力ハ本國法ニヨルガコレハ内外人共ニ適用サレル。故ニ適用法ハ日本ノミニ限ラズ凡ソ一般的ニアル法律關係ニ適用サレル法ヲ定メル。日本ニハコレガ多イ。(註終)

(2) 不完全双方抵觸規定 *unvollständige-gewisseitige Kollision*

(註) コレハ內國法及ビ外國法ノ適用アル場合デ(註)ノ如ク、一般的ニ或ル法律關係ニ付本國法ガ適用サレルトイフノデナク外國法ノ適用

二、術語

(1) 抵觸規定 (衝突規則) *Kollisionsnorm*

(註) コレハ他逸語ノ *Kollisionsnorm*、訳語デアルガ衝突規則ト訳スル(麻部博士)ト、船舶衝突、時トドト誤マラレルカライケナイ。コレハ國際私法ノ規定ノコトヲ云フ。即チ、國際私法ハ法律ノ抵觸ノ事ヲ規定スルト云フノデアル。

フランスデモ *loi de Kollision*ノ語ガ用ヒラレル。コレハ次ノ(2)實質法ニ対スル。即チ、實質的ニ規定スル法デナク間接的ニ衝突ヲ解決スルノミデアル。

他逸人ハ更ニコレヲ次ノ二ツニ分ケル(註終)

(1) 一方的抵觸規定 *einseitige Kollision*

(註) コレハ法律ノ適用ヲ定メル場合ニ國內法ノ適用ノミヲ定メルモノデアル。佛民法第三條ノ規定トドハコレデ、佛ノ規定ノミヲ適用スル場合ヲアゲチキルカラデアル。不動産ハ所在地法ニ從フトカ、身

分能力ハ本國法ニ從フト云フ事ヲ外國ニ在ル佛人ニモ適用サレルト云フ様ニ規定スルト此ノ様ニナルノデアル。

他民施七條以下デハ此ノ一方的抵觸規定ガ多イガ、夫婦ノ身分上ノ法律關係ニ他逸語ガ適用サレル場合ノミヲ規定シ一般的不規定シナイマリ方デアル(註終)

(2) 完全抵觸規定 *vollkommene Kollision*

(註) コレハ内外ヲ向ハズ適用サレル場合デ完全ト場合デアル。日本ノ法例ニヨルト能力ハ本國法ニヨルガコレハ内外人共ニ適用サレル。故ニ適用法ハ日本ノミニ限ラズ凡ソ一般的ニアル法律關係ニ適用サレル法ヲ定メル。日本ニハコレガ多イ。(註終)

(3) 不完全双方抵觸規定 *unvollständige-gewisseitige Kollision*

(註) コレハ內國法及び外國法ノ適用アル場合デ(註)ノ如ク、一般的ニ或ル法律關係ニ付本國法ガ適用サレルトイフノデナク外國法ノ適用

用サレル場合モ定メルガ、ソレハ内國ニ關係アル場合ニミ適用サ
レル場合デアル。例ハバ、独逸民法第一項ハコレデアル。コレニヨ
ルト婚姻ハ本國法ニヨルガ当事者ノ一方ガ独逸人、時ヤ外人ガ内國
デ行フ場合ヲ規定スルノデ一般ニ無條件ニ定メテキルノデハナイ。
独逸人ハ抵觸規定ヲ斯ク三分シテキルガ (1) 時ニ如何ニ解決スル
カト云フ解決問題ガ起ル (註終)

(2) 實質法

matérielles Recht

(註) コレハ國際私法ニ対スル民法トカ商法トカ實質的ニ法律關係ヲ定
メル法デアル。(註終)

(3) 效果法

Wirkungs recht

(註) 實質法ト同様法律效果ノ存否ヲ定メルモノデアル。
尤モ他ノ意味ニモ用ヒラレ、或ル法律關係ニ付テドコノ法律ヲ適
用スルカニ就テ、例ハバ權利能力ハ訴訟地ニヨルトカシナイデ、夫
々ノ權利ニヨリ、夫々ノ準據法ヲ定メル場合モアル (註終)

(4) 準據法

Massgebendes Recht, Lois applicables

(註) コレハ國際私法ハ準據法ヲ定メルカラデアル。能力ナラ能力ノ
準據法ガ本國トカイフ事ヲ定メル。各法律關係ノ準據法ヲ指定スル
ノデアル。ソノ準據法ヲ定メルニ就テハ特別ナキ限リ本國法トカ、
住所⁽¹⁾地法トカカニテ規定スルノガ普通デ、ソノ主ナモノハ次ノ如シ
(註終)

- (1) 本國法 *lex patriae*
- (2) 住所⁽¹⁾地法 *lex domicilii*
- (3) 所在地法 *lex (loei) rei sitae*
- (4) 行為地法 *lex loci actus*
- (5) 契約地法 *lex loci contractus*
- (6) 舉行地法 *lex loci celebrationis*
- (7) 不法行為地法 *lex loci delicti commissi*
- (8) 履行地法 *lex loci solutionis*
- (9) 法廷地 (訴訟地) 法 *lex fori*

(註) 以上ノ如キ準據法ガ種々アルガ、國際私法ニハラチン語ヲ用ヒル
場合ガ多イ。一應ノラテン語ハ知ツテキテ實ヒタイ。

例ハバ *lex fori* トハ日本ヲ裁判スルナラ日本法ガ *lex fori* デアル。同類トナツタ場所ノ實法デアル。ヨク用ヒラレルカラ知ツテ
實ヒタイ。(註終)

(5) 外人法 *Fremdenrecht*

(註) コレハ租逸語ノ訳テ外國人ノ地位ヲ定メタ法デアル。外國人ノ地
位ヲ定メル法ヲ租逸人ハ *Fremdenrecht* ト云フ。

例ハバ、外人ハ土地ヲ有スルカヲ規定スル外國人出地法ハ *Fremden-
recht* デアル。

外國人ハ如何ナル地位ヲ專有スルカ、向類ニナリ、コレガ要、向
類ニナルノデアル。(註終)

(6) 連結点 (連結素) 連結概念 *Anknüpfungspunkt (Anknüpfung-
ungspunkt)*, *Anknüpfungsbegriff*

(註) コレモ租逸人ノ用ヒタモノデ、國際私法ヲ種々ナ法律關係ニ付テ
種々ナ法律ヲ適用スル。例ハバ、能力ハ本國法トイフ時結ビ付ケル
モノハ國籍デアル。又或ル法律關係ニ付住所地法ヲ適用スルト云フ
ナラ住所ガソコニアルト云フ事ガ結ビ付ケル訳デアル。コレヲ租逸
人ガ特ニ連結点ト稱シテキル。國際私法デハ或ル法律關係ノ連結点
ヲ発見スルモノデアルトイフノデアル。
フランスマデモ用ヒラレル。

此ノ連結点ガ事實上ノモノデハナク、法律上ノ概念デアル事カ
ル。(例ハバ住所) コ、カラ連結概念トモ云フノデアル (*Anknüpfung-
sbegriff*) (註終)

第四節 國際私法ノ範圍

(註) コレハ國際私法トイフ法律ハ如何ナル範圍ヲ有スルカ。又國際

私法ヲ研究スル範圍如何ナ、一面カラ云フト、コレハ本質ニミ關係スル。

本質ニ就テ学説ガ分レル如ク範圍モ亦諸説ガ分レテキル。本質ガ範圍ヲ決定スルト共ニ他面、範圍ハ便宜的ノモノデ一致シタ説ハナイカラ一応コ、テ研究スル必要ガアル。(註終)

法律ノ抵触解決

(1)、私法ノ抵触——國際行政法

(註) タゞ法律ノ抵触モ私法アリ行政法アリ、裁判管轄アリ、デアル。而シ第一ニ私法ノ抵触ガ扱ハレルト云フ事ハ向願ガナイ。即チ、民法ト商法ガ第一デアル。学者ニヨツテハ民法ノミヲ扱フ人モアルガ國際民法ノミヲ國際私法トスルノデハナク便宜上研究範圍ヲ限定シタモノデアルニスギナイ。

Roelands、尤大ナ「國際民法」モ民法ノ事ダケテハナカツタ。

*Reitelmann*ノ本モ民法ノミダガ國際私法ヲ排スル為テナク便宜上デアル。(註終)

(2)、行政法ノ抵触——國際行政法

(註) コレハ法律ノ抵触タルハ明カデアル。尤モ、實質的意味ノ國際行政法モアルガ、コレハ私法トハ異ル。今日テハ行政法トシテ扱ヒ國際私法ニハ入レナイ。(註終)

(3)、刑事法ノ抵触——國際刑事法

(註) コレハ学者ニヨツテハ國際私法ノ中ニ入レル人モ皆ハアツタ。例ヘバ、*von Bar*ハ有名ナ学者ダガ彼ハ「私法及ビ國際刑法」トイフ名ノ本ヲ書イタ。第二版デハ國際刑法ヲ除外シタガ。又学者ニヨリテハ私人ノ利益ニ關スル國際抵触ヲ解決スルノガ國際私法デアルカラ國際私法モ入ルベキデアルト云フ学者モアル。又*Reitelmann*ノ「國際私法雜誌」ニ「マイヤノ *Reitelmann*」ハ初メハ國際私法ト國際刑法ノ名ヲ掲ゲテキタ。然シ、刑事法ト私法トハ目

的・性質ヲ異ニスルカラ、今日デハ、刑事法規ヲ入レズ研究モ別ニ
 スル。ソノ法が妥當ナル。國際刑事法トモ別ナ法律体系ニ於テ
 研究スル方がヨイ。實際的ニモ國際私法カラ除外サレテキル（註終）

(4) 裁判管轄權ニ關スル規定ノ抵觸——國際民事訴訟法

（註）或ル向題ニ就キ外國裁判所ニ管轄權アリヤ。各國ノ民事訴訟法
 ラ管轄權ノ衝突ガ起ル。學者ニヨリテハ國際的ニ裁判管轄ノ向題ヲ
 別ニ國際民事訴訟法トシ國際私法カラ除外スル人モアルシ、又反対
 ニ民事訴訟ノ向題ヲ民法及ビ商法ノ補助法ナルガ故ニ當然ニ國際私法ニ
 包含サレルト云フ。

佛國ノ學者ハ法ノ抵觸向題ト作セテ裁判管轄ト判決ノ承認ノ向題
 トヲ研究シテキル。

独逸ノ *Bahr* ハ當然民事訴訟ヲ含ムトナス

元來管轄事件ハ民法・商法ノ抵觸トハ異ルガ、國際私法ニ關係ア
 ルハ否定出來ナイ、佛ノ如ク附屬的ニ考ヘテモヨイ。現ニ法例中ニ

モ、裁判管轄ノ向題ハアル（四條二項）

即チ、コレハ四條一項ヲ禁治産ノ原因ハ本國法ニヨルトシ準據法
 ヲ定メ、第二項ヲハ外國人ニ對シテ日本ノ裁判所ガ管轄權ヲ有スル
 場合ノ規定ナル。

斯ク管轄ノ規定ハ國際私法ニ含メテ考ヘルノが實際的ナル。

（註終）

(5) 破産法ノ抵觸——國際破産法

（註）コレハ民事訴訟ニ似ルガ破産法ハ別ニ國際破産法トシテ國際私法ニ含
 メナイノが普通ナル。

以上國際私法ハ私法ノ抵觸ヲ解決スルノが主ナ仕事ヲ實際上一、裁
 判管轄ガ研究材料ニナルダケナル。他ノモノハ屬セシメナイノが
 通常ナル（註終）

二、外國人ノ地位

(1) 外國人ノ政治上ノ地位。

(2) 外国人ノ公法上ノ地位
(3) 外国人ノ私法上ノ地位

(註) コレハ外人法ノ向題ヲ佛ノ教科書デハ外国人ノ地位ガ重要向題ニ

ナツテキル。法ノ接触ト外国人ト国籍ノ三者ガ主ニ研究サレル。而
モ國際私法ヲ研究サレルノハ私法上ノ地位ノミナラズ、公法上ノ地
位モナル。尤モ、コレハ大學ノ講義ノ便宜カラテモアルガ、逸ニ
角、外国人ノ地位ガ一般ニ國際私法ヲ論ゼラレル。

コレニ對シ独逸ノ學者ハ外国人ノ地位ヲ全然、國際私法カラ除外
シテキル。例ヘバ *Zitelmann* ハ法規ノ目的ニヨリテコレヲ定ム
ベキデアル。法ガ外國法ニ對シ内國法ノ管轄ヲ定メルナラ、ソノ法
規ハ適用規則ナル。及之、或ル法規ガソノ適用セラルベキ他ノ法規
ヲ前提トスル時ハ此ノ法規ハ單純ニ實質法ノ規定ナル。斯クテ内
外人ノ差等ヲ認メル普通ノ法ハ實質法ナリ、内國法ニ管轄權アル
ヲ前提トスルカラ國際私法ニ屬スベキデハナイト云フ。

又 *Shang Kahn* ハ國ハ外國ノ法ニ一切ノ私權ヲ認メナクテモ
ソレハ自國民ニ不合理ナルカラテアル。此ノ不合理ヲ防久為ニ國
際私法ヲ設ケ得ル。要スルニ彼ハ國際私法ハ外人法ト理論上全ク独
立テ國際私法ニ屬サナイト云フ。

要スルニ、独逸ト佛蘭西トハ對立スル。尤モ佛ハ便宜上ナルガ。
然ラバ理論上ハ、外人法ハ *Zitelmann* 云フ如ク國際私法ヲハ
ナイガ、實際上ハ密接ノ關係ガアリ、外人ノ地位ヲ全然認メナケレ
バ國際私法ノ必要ハナイ。此ノ點カラ國際私法ハ外国人ノ少ク共
法上ノ地位ハ研究スベキナルト云フノガ日本ノ折衷說ナル。例
ヘバ、外国人ガ日本ニ土地ヲ有スルトキ、物權ノ向題トシテ土地法
ニヨルト外国人土地法ガ向題ニナル。

唯、佛ノ學說ノ如ク外国人ノ政治上ノ地位マ公法上ノ向題ハ研究
スルニ及バズ、私法上ノ地位ノミヲ研究スレバ尺ルト解スル。故ニ
私ハ此處デモ私法上ノ地位ノミニ觸レル事ニスル(並終)

三、國籍及ビ住所

(1)、國籍及ビ住所ノ得喪ニ関スル原則。

(2)、國籍及ビ住所ノ抵觸ノ解決。

(註)佛ヲハ外國人ノ地位ト共ニ國籍ガ扱ハレテキルハ上ニ述ベタ如ク

國籍ノ得喪モ扱ハレテキルガ、ソレハ私法テナク憲法(公法)上ノ
問題ナル。

故ニ一般ニ國籍ノ得喪ニ関スル問題ハ國際私法ニ入ラナイ。コレ
ハ各國ガソノ都合ニヨリ國籍法ヲ勝手ニ定メテキルノガ國際法上ノ
原則ナル。米國ハ生地主義ナルガ、日本ハ血統主義ナル。此
ノ兩者ノ中間ニ折衷トシテ色々ナル。ソコニ一入カ同時ニ二國籍ヲ
有スル事アルト共ニ無國籍者モ生ズル。ソレヲ防止スル事ハ各國ノ
努力スル所ナルハアルガ事實上無ク事ハ到底出来ナイ。
所ガ國籍私法上本國法ハ主要ノ準據法ニナツテキル。本國法ハ
事者ノ國籍ヲ有スル國ノ法ナルガ、若シ当事者ガニツ以上ノ國籍

ヲ有スルトキハ何レガ本國法カ向類ニナル。故ニ本國法適用上國籍
ノ抵觸問題ハ國際私法上ノ重要問題ナル。

又住所ノ問題モ英米ノ屬人法ハ住所地法ナルカラ住所カ大事ニ
ナル。日、独ヲハ債權法上ノ法律關係ニ付住所地法カ適用サレル場
合ガアル。

斯ク住所ノ何タルヤハ國際私法上重要ノ問題ナル。又住所ハ一
ノ法律關係ナルカラ其ノ抵觸ト云フ事モ考ヘラレル。國籍ノ抵觸
ト住所ノ抵觸トハ同ジク國際私法上当然解決セラルベキ問題ニナル
ナル。一註終

四、判決ノ涉外的效力

(1)、外國判決ノ承認

(2)、外國判決ニ基ク執行

(註)コレハニツノ問題ヲ含ム。

(1) 外國判決ノ承認。例ヘバ、外國ニ離婚判決ヲナシ日本ニ未タ時

ソノ外国ノ判決ヲ認ムルカ、又ハ認メナイカ、ト云フ事ナル。 (2) 外国判決ニ基ク執行——コレハ外国ノ判決ニ基キ執行スル事ナル。ル。日本テ強制執行スル。

此ノ兩者ハ管轄権ノ向題ト共ニ佛テハ国際私法ニ含まレテケルガ、コレハ裁判管轄ト共ニ国際私法ノ重要向題ナルト考ヘル。例ヘバ、外国ノ離婚判決ノ例モ当然ニ国際私法ノ向題ヲナケレバナラナイ。反之、執行ノ方ハ必ズシモ然ラズ、民事訴訟法ノ強制執行ノ向題トシテ扱フベキナル。(註終)

五、統一私法

*Pillet*ノ説

(2) 国際私法ト統一法トノ關係

(註) 統一私法ト国際私法トハ目的ヲ共通ニスル。唯其ノ方法ヲ異ニシ一ハ各國ノ法律内容ヲ統一セントシ、他ハ各國私法ノ併立ヲ前提トスル。ソコデ法律關係ノ規律ニ最モ適シタ法ヲ適用セントスル。

統一法ガアレバ国際私法ノ存在ハ不必要ニナル。

国際私法ト目的ハ同シテ手段ヲ異ニスル。一ハ実質法テ一ハ抵触規定テアルカラ国際私法ニ入レナイノガ普通ナル。

唯、*Pillet*ハコレヲ包含セシメル。即チ、国際私法ニ与ヘル一層広汎ト範圍ハ進ンデ普遍的社會ニ生ズル法ニ復セシメ得ル様ニシナケレバナライトシテ、統一私法ヲ国際私法ニ入レル。

然シ此ノ兩者ハ全ク性質ヲ異ニスルカラ、條口屬サヌトスル方カヨイ。

尤モ田中先生ハ世界法ノ体系ノ中ニ兩者ヲ含メ、此ノ兩者ガ集ツテ世界法ヲ為スト云フ。カ、ル意味デハヨイガ唯、国際私法ノ中ニ統一法ヲ含マセルノハ方法的ニモイケナイ。更ニ大キナ意味デ世界法ト云フモノノ中ニ包含セルノハ妥当デハナイ。(註終)

六、既得權尊重ノ原則——*Pillet*ノ説——外國ニ於テ適法ニ獲得セラレタル權利ハ原則トシテ國際的ニ尊重セラルベシ。

- (1)、既得権トシテ尊重セラルベキ場合
 - (1)、向類トナレル権利ノ淵源タル法律關係が全然一國ノ国内的性質ヲ有シ何等外國ニ關係ヲ存セズシテ、偏ニソノ國ノ法律ニ從ツテ成立シタル場合。
 - (2)、法律關係が國際的性質ヲ有シ、從ツテ國際私法ノ原則ニヨリ從フベキ管轄法律ノ要件ヲ充タシ成立シタル場合。
 - (3)、既得権尊重ノ根據——國際交通ノ需要ニ基ク必且ノ原則ニヨルモノデ、法律抵觸解決ノ原則ニヨルモノニ非ズ。
 - (4)、*Pillet*ノ既得権尊重ノ原則ニ對スル跡部博士ノ否認論
 - (5)、既得権尊重ハ衝突規則ニヨツテ解決スベキモノデアリ、又充分解決シ得ル。
 - (6)、或ル一國ニ於テ既ニ適法ニ成立セリト認メラレタ法律關係ト雖モ他國ハ自己ノ衝突規則ニ違反シテ認メラレタルモノナルトキハコレヲ尊重スベキモノニアラズ。

(註) 前回ハ如何ナル事が國際私法ニ屬スルカト云フ事ヲ述ベタ。所謂法律ノ抵觸、外國人ノ法律上ノ地位、国籍等ガコレデアル。尙、國際私法ニ屬スル向類トシテ既得権ヲ認メルカト云フ事ガアル。コレハ佛ノ *Pillet* ト云フ人ノ特別ト説デアル。國際私法ハ抑々既得権ヲ認メルカ。即チ、アル國テ正當ニ取得サレタ權利ガ他國ニ認メラレルカノ向類デアル。コレガ國際私法ニ屬スルトスルト *Pillet* ノミナラズ、独逸ヤ英國ノ等者ニモ唱ヘラレタ。コレハ後ニ沿革ノ外ニ述ベル。

Pillet、説ハコレト多少異リ、法律ノ抵觸向類ト別ニコレト独立シテ既得権ヲ認メルカ否カガ國際私法ニ屬スルトナス。

彼ニヨルト國際私法ニ三目的アリ、

- 1、外國人ノ地位ヲ定ムルコト
- 2、法律ノ抵觸ヲ解決スルコト
- 3、外國ニ於テ為サレタ法律效果ヲ定メル事

此ノ2,3,ハ別向願デ、2ヲ解決シテモ、未ダ3ヲ決定スル事ハ出
 来ナイ。3ヲ解決スルニハ適法ニ獲得サレタ權利ハ國際的ニ尊重サ
 ルベシトノ原理ニヨラネバナラナイ。コレハ法律ノ抵触ヲハナイ。
 例ヘバ同国人甲乙ガ本国ヲ結婚シ、住所居所ガ本国ニアルト仮定
 スルト、カ、ル婚姻ハ純國內的ノモノデ國際的性質ハナイ。カ、ル
 婚姻關係ニ適用サレルノハ勿論本國法デ、此ノ場合ニハソノ婚姻ニ
 付適用セラルベキ法ガ何タルカハ少シモ向願ニナラナイ。
 然ルニ斯カル夫婦ガ結婚シテカラ外國ニ行クトソノ國デハ夫婦ノ身
 分ニ付テ國際的向願ヲ生ズル。例ヘバ、夫ガカトリックノ僧侶デ、
 移住國ノ法ハカトリック僧ノ婚姻ヲ禁ジテキル時モ尙裁判官ハ此ノ
 婚姻ノ效力ヲ認メネバナラナイ。何故ナラ舉行サレタ時ハ後法ハ全
 然入ツテキナイ。向願ハ他ノ國デモ效力ヲ存スベキカデアル。コレ
 ハ法律ノ抵触ヲハナイ。始メニ適法ニ取得サレタ權利ガ尊重サレル
 カ否カデアル。國際私法ハコレヲ解決セネバナラナイ。

而シテ Pillet ニヨルト斯カル既得權ハ尊重セラレナケレバナラ
 ナイ。

又純國內的ノモノデナクテモ始メカラ國際私法ノ原則ニ依フベキ
 時ニモソレガ別ノ國ニ行ツタ時ニモ、其ノ權利ガ認メラルベキカニ
 付同ジ向願ヲ生ズル。何レニシテモ之ハ國際的ニ尊重セラレバク、
 コレ國際的的交通ヨリ生ズル原則ニヨルト。即チ、既得權ヲ法律ノ抵
 觸ノ向願トハ別ノモノトスルノデアル。

此ノ考ヘハ Pillet ノ外ニモ佛ノ學者ニ少クナク、或ハ抵触向願
 ノ一ツトシテキル學者モアル(權利取得ノ向願ト共ニ)。然シ其ノ
 内容ハ Pillet ト異ラナイ。ニイボアイエニヨルト、權利取得トハ
 ベルギー人が佛國デ婚姻スル時ハ權利尊重ノ向願デアルガ既得權ハ
 コレト異ル。例ヘバ、佛民法ハ一八一二年迄ハ「父ノ搜索」ヲ禁
 ジテキタ。一八一二年以前ニハ外國人ハ佛デハ父ノ搜索ノ訴ハ公序
 ニ反スルトテ認メラレナカッタ。然ルニ此ノ訴ガ外國デ認メラレタ

時ニハ佛デモ認メラレタ。コレガ既得權デアル。所謂法律ノ抵觸トハ權利ヲ發生スルニ付テ權限アル法律ハ何カ、向類デアルカ、此ノ場合ハ何レノ法律ヲ發生、消滅スルカノ向類デハナク、權利ガ創設サレタ國以外デ如何ナル效力ヲ有スルカ、即チ、權利ノ輸入ノ向類デアル。即チ、既得權ノ向類ハ權利ノ發生ノ後ニ起ル、ト為ス即チ、既得權尊重ヲ *Pillet* ノ如ク、法律抵觸ト対立セシメズニ權利取得向類ト対立セシメテキル。

然ラバ、*Pillet* ヲニイホアイエノ述ベル既得權ノ承認サレルガ所謂法律抵觸トハ別向類トシテ考ヘネバナラナイ事ハ歐部博士カ詳シク述べテ反對サレテキル。コレハ法律ノ抵觸ヲ解決スルノト同一デアルトサレル。

博士ハ所謂既得權ノ尊重トハ衝突規則デハ解決出來ナイカ又ハ衝突規則ニ違反シテモ既ニ成立スルモノニシテ
 1. 既得權尊重ハ衝突規則ニヨリテ解決シ得ルマ。

2. 或ル國ニ於テ既ニ適法ニ成立セリト認メラレタ法律關係モ他國ハ自國ノ衝突規則ニ違反シテ認メラレタルモノナル時ハコレヲ尊重スベキマ。

ノニ向類ヲ提出シ、此ノ第一向類ヲ否定シ第二ノ向類ニハ肯定ノ答ヲ出サレテ始メテ既得權ノ原則ハ法律抵觸カラ独立スルノデアルト前提シ、而モ第一ノ答ニハ肯定、第二ニハ否定ノ答ヲ出シテ既得權向類ヲ否認サレル。

先ツ既得權向類ハ衝突規則ニヨリ充分解決セラレル。
 例ハバ、上例デハ婚姻ノ生ジタ外ニハ何等抵觸ヲ生ジテナク、外國ニ行ケバ即チ抵觸ヲ生ジタノデアル。甲國ノ純国内的法律關係モ乙國ノ裁判所ニカケレバ抵觸ヲ生ズル。法律ノ抵觸向類ガ全然ナイデハナイ。婚姻ノ成立ハ屬人法ニヨルベキ事ガ原則デアルカラ本向類タル婚姻ハ勿論訴訟地ニ於テモコレヲ有效ト認メネバナラナイ。然シ訴訟地ヲ認メルハピレニヨレバ屬人法ノ為デハナク、当

専者ヲ何レノ法律ヲ婚姻セシムベキカノ問題ナシ。

Pillet ハ衝突規則ナルモノハ單ニ法律關係ノ發生成立ニ歸スルモノデアリ、ソノ存続ニ関シトナスガ、カク制限スルハ不必要デアル。即チ、衝突規則ハ法律關係ノ發生・消滅・存続ニ関スル、即チコレハ夫婦關係ニ関スル屬人法ノ規定ヲ充分説明シ得ルモノデ法律抵觸ニ関スル國際私法ヲ充分解決出来ル。

第一ニ既得權ノ問題ハ衝突規則ヲ解決出来ルト云フ。

第二ノ問題ニ就テハ或ル一國デ既ニ適法ニ成立シタ法律ヲ何デモ自國法ニ反シタナラ認ムベキデハナイ。自國法ニ反シテ成立シタ場合ハ自國デハ認メル必要ハナイ。他國デハ成立シタト見テモ、コチラカラ見テコチラノ國際私法ニ反シテナルナラ、カ、ル法律關係ガ成立シタモノト認メル必要ハナク *Pillet* ノ既得權尊重ノ原則ハ否認カレル。

跡部博士ノ否認論ハ正當デアリ *Pillet* ノ云フ所ハ單ニ國際私法

ノ問題ヲ權利ノ發生ト云フ事ダケ認メ存続モ抵觸規定ニヨリ解決セラルベキ事ヲ見逃シテキル。一国内ノ婚姻デモ外國ヲ行ハレル時ニハ訴訟地ト云フ要素ガ入ルカラ所謂涉外私法法律關係ガアルカラ此ノ問題ヲ法律抵觸問題ト別ニ考ヘル必要ハナイ。

コレガ *Pillet* ノ既得權尊重ノ問題デアル。(註終)

七、準國際私法

(註) 最後ニ國際私法ノ嚴格ナル意味デハ一國ト他國間ノ法律ノ抵觸ヲ解決スルノデアルガ、斯カル抵觸ハ國家間ニ限ラナイ。

例ヘバ米國ノ各 *State* ハ各独立シタ主法權ガアル。大体 *Common*

Law ガ行ハレテキルガ各州ガ独立シタ法域ヲ為シテキル事カアリ、

各州デ法律抵觸問題ガ起ルワケデアル。コレガ準國際私法デアル。

國ト國トノ間ノ法律抵觸タケテ國際私法トスルトコレハソレニ入ラ

ナイ。

沿革的ニハ嚴格ノ意味デハナク一国内、異法域間ノ問題トシテ國

際私法ハ発達シテ來ル。即チ、準國際私法カラ國際私法ハ発達シテ來ル。多少ノ差ハアルガ大体同様ニ扱ハレテ來々同様ノ性質ノ法律ナルカラデアル。唯ソノ同ニ多少ノ相違ガアル。例ヘバ、本國法主義ハ準國際私法ノ中デトレナイ。ポトランド國際私法ハ比較的
新シイガ、ソレガ國際私法ト云フ法典ノ外ニ同様ノ規定ヲ設ケテ國內向題ヲ解決シテキル。

米國デハ別ニ扱ハズ同一原則ヲ行ツテキル。
日本デハ民法ハ統一サレテキルガ、台灣、朝鮮ノ如キ異法域間デハ法律ヲ異ニスル場合ガアル。ソコテ斯カル同ノ法律抵觸問題ガ起ルト、コノ場合國際私法ノ規定ヲ準用シテキル。ソノ為ニ共通法ガアリ、コレハ法例第三條以下ノ規定ヲ準用シ、大体同ジ扱ヲシテキル。(註終)

第五節 國際私法ノ淵源及ビ解釋

(註) 他ノ法律ト同様、淵源ノ問題ガアル(註終)
一、成文法

(1) 國內法律タル成文法

(註) 先ヅ第一ニ各國ノ成文法ガアル。ソレハ國際私法ハ各國間ノ法律ノ抵觸ヲ解決スルカラデアル。
然シ國際私法ハ発達ガ遅レテオリ成文法モ不完全デアル。佛民法(一八〇四年ノナポレオン法典、ソノ第三條ハ大キキ原則ヲ掲ゲテキル。勿論ソノ以前ニモ成文法ハアツタガ)ハ、勿論獨立シタモノデナク民法中ノ一ヶ條デアル。
又附屬法トシテ規定サレルハ他逸民法施行法デ、矢張り獨立法デハナイガ附屬法トシテ七條以下ニ規定サレル。
日本ノ國際私法ハ法則トシテ獨立、法典デアルガ全部ガ國際私法デハナイ。他逸ヨリ詳シイガ大体ノ原則ノミデアル。

一九二六年ノポーランドノ國際私法ハ四十二ヶ條ヲ多少詳シイガコレニシテモ他ノ法律ニ比スベクモナイ。尤モ相当詳シイモノモアル。ソレハラテンアメリカノ *Bustamante* 法典ナルガ後ニ述ベ

(四) 國際條約

不完全ヲハアルガ國內法タル成文法ハ第一ノ法律ナル(註終)

(註) 次ニ國際條約ヲハ直接國內法タル效力ヲ有スルマハ争ハレテキルガ少ク共ソレガ若シ實質的ニ一條約ニ加入シテキレバ一ノ法律ニナルハ云フ迄モナイ。國際法說ヲトレバ勿論ナル。要スルニ條約モ成文法トシテ法源トナル。(註終)

二、慣習法

(イ) 國內的慣習法

(ロ) 國際的慣習法

(註) 次ニ慣習法ノアルコトモ他ノ法律ト同様テ、例ハバ國內的ニ判例

ガ、慣習法トシテ認メラレナイ國際ノ慣習法モ、國內法說々國際法說カテ異ルガ實質的ニハ同一トナル(註終)。

三、條理

(註) 最後ニ條理ガアル。殊ニ成文法ノ不完全ニ國際私法ヲハ學說ノ如キモノガ條理トシテ認メラレル。他ノ法律ヨリモ重要性ヲ有スル。

(註終)

四、解釋

(1) 國際私法成文規定ノ不完全

(2) 解釋ノ困難ト學說ノ重要性

(註) 國際私法ノ規定ハ極メテ不完全ナルカラ解釋ノ余地ガ非常ニアル。然シ解釋ハ困難ナルカラ學說ガ重要性ヲ有スル。

國際私法ハ抑々學說トシテ發達シテ來タノ學者ノ說ガ國際私法ヲアル。要スルニ國際交通ノ安全ガ目的ナルアリ、コレガ國際私法ノ指導原理トナルハ勿論ナル。(註終)

(3) 國際法自体ノ立場ヨリノ解釋

(1) 國際私法ノ解釋ト實質法ノ解釋

(註) 次ニ注意スベキハ國際私法ハ各種ノ法ヲ指定スルノミデア
實質法ト同列ノ關係ニハナク異ル段階ニアル。平面ヲ異ニスルカラ
實質法ト國際私法トヲ混同シナイ事が必要デ、國際私法自体カラ解
釈セネバナラナイ。コレヲ同列ニシテ解釈ヲ混同スルオソレガアル。
コレヲ最モ注意セネバナラナイ。

即チ、國際私法ア種々ノ法律上ノ概念ヲ用ヒテキルガ、斯カル概
念ハ全ク實質法ノモノト同様ナル。斯カル概念ヲ民法上ノ概念
ト混同スル(例ヘバ婚姻等)。然シ異ル内容ヲ有テ得ルノデアアル。

(註終)

(4) 法律關係性質決定論

Theorie de qualification

(註) コレヲ混同シタノガ法律關係ノ性質決定論デアアル。コレハ前ニ
述ベタ。コレハ今日ノ重要問題デ未解決デアリ後述スルガ、コレハ

實質法ト國際私法トヲ混同シテ生ジタノデアアル。

ソレハ國際私法ノ規定ノ中ニ能力トカ婚姻ノ方式トカ色々ノ概念
ガ用ヒラレテキルガ、ソレガ何ヲ意味スルカハ問題デアアル。或ル問
題ハ甲國テハ能力問題デアリ、乙國テハ婚姻方式問題デアルトスル
時、此ノ問題ハ果シテ方式ノ問題カ能力ノ問題カハ問題ニナルガ、
コレヲ何レノ國ノ法律ヲ決メルカハ法律關係ノ性質決定問題デア
ル者ニヨリテ色々ニ論ゼラレテキル。

本問題ヲ提唱シタ *Bastin* ハ *lex fori* ニヨリ決定セヨトイフ

ガ、實ハコレハ問題自身ガ誤ツテキル。何故ナラ國際私法ヲ能力ナ
ラ能力ヲ決定シテキルガ、國際私法自体ニヨリ定ツテキル。概念デア
リ、他ノ國ノ實質法ニヨリ決定サルベキチハナイ。ソレハ國際私法
ノ解決自体ヲ他國法ニヨリ決定スル事ニナル。同一平面ニアル實質
法ニヨリナスベキチナイ。コレハ國際私法自体ノ立場カラノ解釈ヲ
忘レ、實質法ト混同シタ為デアアル。

又、例へば國際私法自体ノ立場カラトイフ事ノ例トシテハ、当事者自治、原則ト云フモノハ國際私法ヲ契約ソ、他ノ法律行為ヲスル場合民法ト同一ノ力カアル訳デアルガ、國際私法ヲハ当事者ノ意思ニ從ヒ準據法ヲ定メルノデアルガ、コレヲ否定スル學說ガアル。即チ、当事者自治ノ原則ハ当事者ノ指定スル行為自体ノ有効性が向題ニナル。英法ナラ英法ニヨルトノ指定行為ガアルガ、ソレガ詐偽・恐迫・錯誤ニヨルト云フ時斯カル指定行為自体ハドウスルカト云フト猶環論法ニナル。然シコレモ國際私法自体カラトイフ事ヲ忘レタカラテアル。何レノ國ニヨリテトイフベキチハナク、實質法ト混同シテナルノデアル。國際私法自体ノ立場カラト云フ事ヲ忘レハナラナイ。(註終)

第二章 國際私法及ヒ國際私法學ノ沿革

參考書

Xainé : *Introduction au droit international privé*
 Meili : *Internationales Zivil- und Handelsrecht*
 Beale : *Conflict of Laws*.

跡部博士、國際私法論

田中教授、世界法ノ理論第二卷

(註) 國際私法ハ新シイモノデアルカラ、コ、チ簡單ニ述ベル。詳シクハ法制史デマルベキ事デアルカラ、コ、チハ大体ノ沿革ヲ述ベル

第一節 古代

ローマ時代ニ於ケル *ius gentium*

(註) 普通法律ハ凡テローマ法ニ遡ルガ國際私法ハローマ法ニ遡ラナイ。勿論ローマ法ニ關係付テテ説ク學者モアルガローマ時代ニハ今日ノ意味ノ國際私法ハ十カッタ。

当時 *ius civile* ハローマ市民間ノ法律關係ヲ規律シ、外人間ノ法律關係ハ *ius gentium* ガ決定シタガコレハ抵觸法デハナク實際法デアル。故ニローマ時代ニハ國際私法ナシト云フノガ定説デアル。(註終)

第二節 中世

一、野蛮時代

- (1)、種族法主義 *System der Stammesrechte* (個人法主義)
 - (2)、種族法主義ト後世ノ個人法主義
- (註) ゲルマン時代ニ種族法主義ガ行ハレタガ、コレハ自己ノ所屬スル

法律ニ常ニ從フト云フノデアル。征服者ガ常ニ被征服者ヲ支配シタ。コレハゲルマン個人主義ノ現ハレト云ハレ、又ハ征服者ノ自尊心ニヨルト云ハレル。又ゲルマン民族ニ強イ統一的组织ガ無カッタ為ト云ハレルガ、コレハ近世ニ到リ所謂個人法主義ガ出來、本國法ガ原則トシテ適用サレルガコレトハ異ル。

個人法主義トハ原則トシテ本國法ニヨルノデアルガ、種族法主義ハ同一場所ニ各種族ガ住ンデ中テ、ソレガ各々ノ種族ノ法律ヲ適用スルト云フノデアル。其ノ詳シイ關係ハ明瞭デナイ。(註終)

- 二、封建時代
- (1)、總テノ慣習ハ物的ナリ *omnes consuetudines sunt realia*。
- (2)、財産ハ人ニ從屬セズシテ反ツテ人ヲ自己ニ牽引ス。 *bona personam non sequuntur sed personae ipsa ad se trahunt*

(註) 此ノ封建時代ニハ非常ニ法律ハ屬地的ニナツタ。一國內テハ絶対ニソノ國ノ法律ガ実行サレ、一總テノ慣習ハ物的ナリ、一財産ハ人

ニ從屬セズ却ツテ自己ニ牽引スルナド、云ハレタ。

カクテ嚴重ノ屬地主義ノ行ハレル限リ、國際私法ハ存シ得ナイ。

モ迷バタ法則別説デアアル。(註終)

三、伊太利ニ於ケル法則別説 Statuten-theorie

(1)、第十二世紀以後ニ於ケル伊太利北部諸都市ノ状況

(註)コレハ伊太利北部ノ Lombardii 地方カラ發生シタ。豊カナ土地

デアツタ。王侯カラ獨立シ十二世紀末ニハ各都市ハ共和国ヲナシ、

夫々普通法タルローマ法ニ對シ特別法ヲ有シタ。コレガ Statuta

デアアル。(註終)

(2)、普通法ト地方特別法 Statuta

(註)從ツテ此ノ Statuta トローマ法及ビ Statuta 相互間ノ抵觸向順ガ

解決セラレネバナラナイ。(註終)

(3)、ボロニア大学ニ於ケルヌマニアン法典ノ研究

(註)當時ボロニア大学ヲ中心トスル後期註釈学派 Post glossatorum

ガ研究シ、ソレカラ法規區別説ガ生レタ。(註終)

(4)、後期註釋派ノ學者ノ普通法ト Statuta 及ビ Statuta 相互間ノ抵觸

問題ノ研究

(a)、普通法ニ反シタル Statuta ハ有效ナリヤ。

(b)、若シ有效ナラバ普通法タルローマ法トノ關係ニ於テ如何ナル適用

範圍ヲ有スベキカ。

(c)、各 Statuta 相互間ノ抵觸ハ如何ニ解決スベキカ

(註)當時ノ學者ハ向順ヲ

(a)、普通法ニ反シタル Statuta ハ有效ナリヤ。

(b)、若シ有效ナラバ普通法タルローマ法トノ關係ニ於テ如何ナル適

用範圍ヲ有スベキカ。

(c)、各 Statuta 相互間ノ抵觸ハ如何ニ解決スベキカ、

ハ一

ノミトシ、

- (1) 普通法ニ反シタ *Statuta* ハ原則トシテ有效トシ
- (2) 各都市ノ共同ノ利益ヲ守ル為ニ領土外ノ效力ヲ承認セネバナラ
ナイ。(註終)

(5) 法則區別説ノ代表者 *Bartholus* (一三一四—五五又、五七)

(註) *Post-graduation* ノ中テ有名ナカ *Bartholus* デアル。

彼ノ研究セルハ次ノ諸問題デアル。(註終)

- (4) バルトルスノ研究セル問題
 - (i) 一領域ノ法規ノ效力ハ其ノ領域ニ屬セザル人ニ及ブカ。
 - (ii) 一領域ノ法規ノ效力ハ其ノ領域外ニ及ブカ。

(5) 利益規定 *statutum favorabili* ト不利益規定 *statuta odiosum*

(i) 物ノ為ニ作ラレタル法規 *statuta realia* ト人ノ為ニ作ラレタル法規 *statuta personalia*

(i) 死者ノ財産ハ長子ニ帰属ス *bona decedentium ut*

veriori in primogenitum

(ii) 長子が相続ス *Primogenitus succedit*

(註) 利益規定ト不利益規定トヲ分ケ、後者ハ外國ニアル財産ニ適用サ
レズ、前者ハ領土外ニモ效力ヲ有スル。

而シテ斯カル問題ノ解決ニ当ツテハ *Statuta* 法規自体ノ性質ヲ重
ンシ、物ノ為ニ作ラレタ法規(物法)ト人ノ為ニ作ラレタ法規(人
法)トヲ分ケタ。コレハ後世學者ノ命名デアルガ、*Statuta* ノ性質
ニヨリ分ケテ適用範囲ヲ定メタノデ *Statutum theorie* ノ名ハ出
タ。法則ヲ區別シテ適用範囲ヲ定メタノデアル。

法規ヲ分ケルハ例トシテ「死者ノ財産ハ長子ニ屬スレ」ノ場合ハ、
死者ノ財産ニ重キガ置カレル物法デアリ、屬地法デアル。反之、
「長子が相続スレ」ト云フ時ハ、人法デアリ屬人法デアル、ト云フ。然
シコレハ形式的ナ論理デ、主格ノ何レニアリヤ、相違ニスヤナシ。

ソコテ後世ノ學者ハバルトルス説ヲ「文法学説」トシテ非難シタ。
 然シバルトルスガ當時ノ伊太利テ法律抵觸向類ヲ研究シ諸原則ヲ
 立テ、當時ノ *Pact-Quasiactum* ノ代表者トナツタ意味ヲ國際私法
 ノ鼻祖ト云ヘル。ソシテ彼ノ拳ゲタ原則中ニハ今日デモ認メラレテ
 キルモノガアル。例ヘバ、行為ノ方式ハ行為地ノ法律ニ從フトノ原
 則、如キモノテアル。要スルニ當時ノ學者ガ斯カル法規區別説ヲ考
 ヘ、國際私法ガ發生シタ。ソレヲ次、如キ後継者が承継シタノデア
 ツタ。(註參)

(6) *Bastardus* ノ後継者

- (1) *Baldus* (一三三ニ七一四〇〇)
 - (2) *Salicut* (一三六三—一四一ニ)
- (註) ナシ

第三節 近 世

一、第十六世紀ニ於ケル佛蘭西學派

(1) 第十六世紀迄ノ佛蘭西

(註) 前同ハ第十四、五世紀ノ伊太利商業都市ノ發達カラ國際私法ガ發
 生シ、バルトルスヲ祖トスル *Statutum Theorie* ノ事ヲ述ベタ。
 コレガ第十六世紀ニ入り、佛蘭西學派ナルモノガ生ジタ。
 第十一世紀以降佛ハ封建的法律が行ハレ、屬地主義が行ハレテ
 キタ。ソレガ次第ニ伊太利ノ學説ガ入ツテ *Statutum Theorie*
 ガ傳ツタ。此ノフランス學派ハ佛國南部(成文法地方、北方ハ慣習
 法ヲ屬地主義ヲ、凡テノ慣習ハ物的ナルト云ハレタ)ニ傳ツタガ
 次第ニ廣ツタ。

第十六世紀ノ學者トシテ二人ノ有名十人ガアル。*Dumoulin*
 〆 *Argentine* トナル。此ノ二人ノ傾向ハ相異リ、前者ハ進歩

的、後者ハ保守的ナル(註終)。

(12) *Dumoulin (Moussac)* 一五〇。一五六一

(註) 彼ハ元來統一論者・中央集權論者ナ、故ニテ學說モ進歩的ナル。根本ハ法則區別説ヲハアルカ(伊ノ *Statuten Theorie* ヲウケテ) 人法ト物法トニ分ケル(註終)。

(1) 物法及ヒ人法ノ區別

(註) 區別ノ標準ハバルトルスノ如ク形式的ナラズ實質的ナル。即チ、物ノ所在地ニ重キヲ置ク規定ナラバ專ニ内國法ニヨリ支配サレル。但シ除外例アル時ハ別ナル。

人ニ關シ而モ外國人ニ適用セラレナイ規定ハ佛テ無効ナル。斯カルモノハ人法ヲ屬人法の效力ナリ、國境ヲ越エテ其ノ人ニ追隨スル。コレハ伊太利ノ人法ト物法ノ概ニ從ツテナル(註終)。

(10) 意思自治ノ原則 *Principe de l'autonomie de la volonté*

(註) ソノ外契約ノ實質ニ付意思主義ト云フモノヲ唱ヘタ。コレガ今

日ノ當事者自治ノ原則ナル。コレハ始メ夫婦ガ財産契約ヲセザリシ時ハ夫ノ住所地法ノ法定財産法ニ從フ。コレハ夫婦ノ契約ニザリシハ住所法ニヨルト、暗黙ノ意思ニヨルモノト認メタナリナル。コレカラ出感シテ債權法上、國際法上認メラレル當事者自治ノ原則トナリ、コレヲ始メタノカ *Dumoulin* ノ功績ナル。

此ノ点ハ次ノ *d'Argentine* ト激シク論争シタ点ナル。此ノ意思主義ハ從來ノ法則區別説ガ外ニ新ニ立テラレタ原則ナル。(註終)

(3) *d'Argentine (Argentracis)* (一五九一—一五九〇)

(註) コレハブリターニユノ人ヲ封建主義ナル。 *Dumoulin* トハ反對ノ地位ニアル。(註終)

(1) 屬地主義

(註) 彼ノ根本モ伊太利ノ人法物法區別説ニ、法ハ原則トシテ屬地的ナリ、領土内ニ於テノミ絕對ノ效力ヲ有ス。コレガ物法ナル。

唯例外トシテ領土外ノ人ニ適用スル事ガ正義ニ反スル規定ハ成年、無能力、親権浪費者等シハ人法デアリ、例外トシテ領土外ニモ效力ヲ有スル。物トハ土地ニ附屬シタ物、即チ不動産デアアル。故ニ人ト動産トハ住所地法ニヨル。動産ニハ一定ノ住所ガナケレバナリ、ト考ヘタ。

(10) 法ノ三分主義——物法・人法及び混合法

Statuta mixta

(註) 現ニ法ガ人及ビ物ニ関スル時ハ混合法デアリ、コレハ物法ニ屬スル。屬地的効力シカナイ。

要スルニ彼ノ法規ノ分ケ方ハ三分主義デアリ、全体トシテ

Quoniam = 比シ嚴格ニ屬地主義デアリ例外トシテ屬人主義デア

ル。斯カル場合ハ外國法ヲ適用スルノガ正義ニ合スルカラテ、オラ

ンダ學派、如ク禮儀トシテハナイ。(後述)
第十六世紀ニハ佛ニハ斯カル相反スル學者アリ、近世ニ夫々影響ヲ及ボシタ。(註終)

二、第十七世紀ニ於ケル和蘭、白耳義學派

(1) 當時ニ於ケル和蘭、白耳義ノ國情ト *l'Argentine* ノ學說ノ影響

(註) 第十七世紀ニハ此ノ學說ガ和蘭ニ傳ハリ和蘭學派ヲ生ンガ。

當時此ノ地方ニハ地方自治體ガ特別ノ慣習ヲ有シ、相反目シ各地方ノ法ハ主權者ニ屬シ、外國法ヲ適用スルハ自己ノ主權ヲ侵害スルモノデアアル。但シ領土法ノ絕對的適用ハ身分・能力等ニ不便ヲ來スノチ此ノ時ハ國際禮讓トシテ外國法ヲ適用スルトナシタ。

コレハ *l'Argentine* ノ屬地主義ノ影響デアアル。(註終)

(2) *Huber* (一六三六—一六九四)

(註) 此ノ派ノ代表學者ヲ一六九四年ニ本ヲ著ハシ其ノ第二部テ國際私法ヲ論ジタ。(註終)

(4) *Huber* ノ三大公理

(註) 彼ノ言フ所ニヨルト、甲地テ規定サレタ事ガ乙地テモ規定サレル事ガ少クナイ。世界全土ヲ支配スル為ニ同一ノ法律ヲ以テシタ

ローマニハ國際私法ハナクテモヨイガ、向題ヲ解決スル鍵ハローマ
法ニモアリ、コレハ *ius civile* ヨリハ *ius gentium* ニ屬スル。
テハコレヲ如何ニ扱フカニ就テソノ原則ヲ掲ゲタ。ソレハ如何ナル
モノカト云フニ、

(i) 一國ノ法律ハ其ノ領土内ニ於テ効力ヲ有シ、領土内ノ一切ノ臣
民ヲ拘束ス。但シ國境外ニ出ヅルコトヲ得ズ。

(ii) 臣民トハ永久的ト一時的トヲ同ハズ凡テ其ノ國ニ留ル者ヲイフ。
(註) 此ノ第一ト第二ハ屬地主義ヲ稱ヘテキルノテアル。其ノ國ニ居
ル限リ其ノ國ノ法律ノ適用ヲウケルト云フ屬地主義ナル。一(註終)

(iii) 各國ノ君主ハ互ニ他國ノ法律ヲ尊重シ、自國ノ權利利益ヲ害セラ
レザル限リ禮讓トシテ其ノ効力ヲ有セシムルコトヲ認ム。

(註) 第三原則トシテ上ノ原則ヘノ例外ヲ認メタ。原則トシテ第一、
第二デアリ屬地主義ナルガ、アル時ニ例外トシテ外國法ヲ認ムル
ガ、但シソレハ國際的禮讓トシテ認ムルト云フノデアアル。

此ノ三公理ハ大体 *i' Argentine* ト同ジデ、唯異ルハ後者ハ法律上
ノ義務トシテ正義ニ合スルカラ外國法ノ適用ヲ認メタノデアアルガ、
オランダ学派ニヨルト義務トシテテハナク國際的禮讓トシテ認ムル
ノデアアル。(註終)

(四) *Hübner* ノ影響

(註) 此、*Hübner* ノ考ハ英國ニ入り、又米國ノ *Judge Story* ノ筆
ヲ國際私法ノ根本原則ハ *Hübner* ノアゲタモノト同一デアリ、今日
ノ英米法ノ原則トナツテキル。(註終)

三、第十八世紀ニ於ケル佛蘭西学派

(1) *d'Argentine* ノ影響ト其ノ屬地主義ノ緩和
(2) 代表的学者

(註) 第十八世紀ニモ *d'Argentine* ノ学説が認メラレ根本的学説トナツ
タ。唯彼ノ説ハ次第ニ屬地主義的傾向ガ緩和サレ、人ニヨリ屬人
化シタ。當時ノ有名十学者トシテハ次ノ如キモノガアル。

- (1) Boukier (一六七三—一七四六)
 (註) 彼ハ人法物法何レカ紛ハシキ時ハ人法ニヨルトシタ(註終)
- (ロ) Proland (一七四六)
 (註) 彼ハ混合法ハ人法ニ從ハセタ。物法ハ物法ノミトシタ。天張リ
 人法ガ重クナル(註終)
- (ハ) Bonlensis (一六八二—一七六二)
 (註) 彼ハ人ハ物ヨリ尊ク物ハ人ノ為ニ存ス。故ニ人ハ物ヲ制ストシ
 テ人法ノ適用範圍ヲ拓メタ(註終)
- (ニ) Pothier (一六九九—一七七二)
 (ホ) Merlin (一七五四—一八三八)
- (3) 佛蘭西民法ノ編纂
 (註) *L'Argentine*、説ハ斯クシテ次第ニ屬人化サレ、現行ナボレオン
 法典(一八〇三)、第三條ノ現行佛蘭西國際私法ノ原則トナツタ。
 殊ニ *Pothier* ノ説ハ大イニ影響シタ。コレラノ學説カフランス民

法トナツタノテアル。(註終)

第四節 第十九世紀ニ於ケル獨逸ノ學說

一、第十六世紀ヨリ第十九世紀前半迄ニ於ケル法律三分主義
 (註) 十九世紀ニハ独逸ヲ色々偉イ學者ガ輩出シタ。殊ニ *Savigny*
 ハ今日ノ國際私法ノ根本ヲ作ツタ。
 當時矢張り法規三分説が行ハレ、物法ハ所在地法ニヨル等ノ原則
 ガ掲ゲラレタ。コレラノ原則ハ當時ノ立法ニモ收メラレタ。
 要スルニ、人法、物法、混合法ニ分ケル方法ガ十八世紀ノ始メ迄
 行ハレタ。

第十九世紀ニハ色々々學者ガ出テ、一方 *Statuten Theorie* ニ
 基キ其ノ國際私法ノ基礎ヲ既得權ニ置ク説等モ行ハレタ。コレガ
Schäffer、*Wachter*、*Savigny*ノ三人ガ出テ、從來ノ *Statuten*

Theorieトハ別ナ新説トナリ、コレガ十九世紀ノ独逸学派ヲナシタ。

(註終)

二、Schiffmanノ説

Entwicklung des internationalen Privatrechts 一八四一

(註) 彼ハ一八四一年ニ「國際私法ノ発達」ト云フ本ヲ著イタ(註終)。

(1) 法ノ適用ニ関シ実定法ニ規定アル場合ハコレニ従フ。

(註) 先ヅ法ニ関シテ実定法ニ従フハ当然トシ、

(2) 規定ナキ場合ニハ事物ノ性質 Natur der Sacheニ基キ決定スル

— 各法律關係ハ其ノ法律關係ノ成立シタル土地ノ法律ニヨツテコレヲ定ム。

(註) 規定ナキ時ハ條理ニヨリ決スルガ多ク、場合ハ「各法律關係ハレノ成立シタル土地ノ法律ニヨツテコレヲ定ム」事ガ Natur der Sacheニ合スル。成立時法説デ、ソレ故、人ノ權利能力、行為能力ハ人ノ繼續居所ニヨル。コレハ一時約居所ハ行為能力、權利

能力ヲ成立セシメナイカラデアアル。

又物ニ関スル法ハ財産所有者ノ繼續居所デアアル。種々ノ財産ハ

1. 動産ハ一般原則、即チ其ノ所在地法

2. 不動産ハソレノ存在スル土地ニ附着スルモノナル故、所在地法ニヨル。

3. 行為ハ行為地法ニヨル。例ヘバ、債權ハ契約成立地ノ土地ニヨ

ル。斯クテソレハ Natur der Sacheニ合スル。法律關係成立地ノ法ニヨル。コレカラ個々ノ原則が出テ来ル。

外國法適用ノ場合ハ礼讓學説ヲ説明セズ、屬地主義ハ絶對ニ非ズ、ト唱ヘタ点新説ヲ立テテナルト云ハレル。(註終)

三、Wichstenノ説

Über die Kollision der Privatrechtsgesetze, archiv.

f. civil. Praxis XXI, XXV, 1841, 1842,

(註) コレモ Schiffmanノ同時代ニ諸國ノ國際私法規定ノ抵触トイフ

本ヲ書イタ。(註終)

- (1)、裁判官ハ法律、恣能ニ闡シテ特別ノ規定アル時ハコレニ従フ。
- (2)、此、如キ規定ノ存在セザル場合ニ於テハ向願ノ法律關係ニ該當スル内國法律關係、意義・精神ヲ研究シ、内國法ヲ適用スベキカ外國法ヲ適用スベキカラズ。

- (註)即チ、ソノ向願タル内國法ノ *sein und geist* ニヨル(註終)
- (3)、國內法ノ意義精神ヨリ何レニヨルベキカ疑ハシキ時ハ内國法ニヨル(註)即チ、彼ノ説ハ國際私法ノ基本ヲ内國法ニオキ、コレニヨリ諸國類ヲ解決スルト云フノデアリ屬地的色彩が強イ(註終)

- (4) *Wieder*、疑ハシキ時ハ法廷地法ニヨル *in dubio lex fori* 説。

(註)此ノ考ハハ *Wieder* カラ承テキル。而シテ彼ノ考ハカラ今日ノ國內法説が生レテキルト云ハレテキル
以上、如ク國內法ノ考ヘニヨリ國際私法ヲ律セントスルハ、ソノ

根本タル私法的國際交通ノ安全ニ反スル。疑ハシキハ法廷地法ニヨル、ト、説モ不當デアアル。然シ *Wieder* ガ新説ヲ對テタ、ハ事實デアアル。(註終)

四 *Savigny*
System des heutigen Römischen Rechts; 8u Bd 1849,

(註) *Savigny* ガ一番大切デ、此ノ本ノ第八卷ガ國際私法デアアル。彼ハ歴史法學、偉大ノ親デ、*Rechtswissenschaften* 編纂ニ付 *Substant* 下筆ソタ。彼ハ一方、法ノ民族性ヲ強調スルト共ニ他方國際法主義ヲ唱ヘタ。コレハ矛盾スルモノデハタク一方民族性ヲ唱ヘ、他方國際的入類交通カラ國際私法ノ向願が出テ来ルノデアアル。彼ガ歴史法學ノ親王デアアル事ハ國際私法ノ研究者ナル事ト關係ガアル(註終)

- (1)、從來ノ諸説ノ批判
(註)彼ハ先ヅ、

1. 法則區別法ヲ批判シ

2. *Eichborn*, 住所地法説

3. *Wiebern*, *Wölcker*, 法定地法説

4. *Schiffner*, 成文地説

等ノ諸説ヲ研究シ、其ノ説ヲ指摘シテ自説ヲ樹テ、キル。(註終)

(2) 実定法ノ多様性ヲ認メ法規ト法律關係トノ關係ヲ明カニセントスル。

(註) 彼ハ先ツ法規ノ多様性カラ法規ノ支配ノ限界ヲ定メントシ、一方

法規ノ方面カラ他方法律關係ノ方面カラ考ヘテ國際私法ノ諸問題ヲ

解決セントシタ。(註終)

(3) 國際私法ノ基礎——相互ニ交通スル民族ノ國際法的共同團體

Völkerechtliche Gemeinschaft

(註) 彼ハ國際私法ノ基礎ヲコレニ置キ、人ニ於テ内外人ノ地位ノ平等ナ

ル如ク法律關係ニ就テモ相互主義カラ来ル内外人ノ對立ガアル。

法律關係ノ支配ノ決定ノ為ニハ人ガ一定ノ土地ト關係ヲ有スル事コ

透見スル如ク、法律關係ガ其ノ固有ノ性質ニ從ヒ所屬シ服従スル法
域ヲ探究セネバナラナイ。(註終)

(4) 法律關係ガソノ固有ノ性質ニ從ヒ所屬シ又ハ服従スル法域 *Rechts-*

gebiet 各法律關係ニツキ探究スル——法律關係ノ本據 *Situs*,

Sitz, 又ハ本國 *Heimat*

(註) 即チ、法律關係ガ *Sitz* 又 *Heimat* ヲ有スル、ソコノ法律ガ適用

サレネバナラナイ。トイフノガ彼ノ根本觀念ナル。ソコカラ各個

ノ原則ガ出ル。

1. 身分能力ノ本據ハ住所地法ナリ、身分能力ガ住所地法ニヨル

ノナル。

2. 物權關係ノ *Sitz* ハ物ノ所在地ニアルカラ所在地法ニヨル。

3. 債權關係ハ債權者ノ住所ナルカラソノ住所法ニヨル。

ト述ヘテキル。

(5) 外國法適用ニ對スル例外
此ノ *sidy*、アル場所、法律ヲ適用スルコトガ根本テアル(註終)。

(註) 此ノ原則ニ二例外ヲ認メル。即チ *sidy* ガ外國ニアツテモ外國法ヲ適用シナイ時トシテ次ノモノヲ挙ゲル。コレガ法例第三十條ノ

(1) *Order public*、向題トシテ今日モ存スル。(註終)
嚴格ニ実定的ナアリ、強行的性質ヲ有スル法律 *Fesepe von*

strong positionen geingender natur — 單ニ權利者ノ利益ノ為ニ設ケラレタルモノニアラズシテ政治上、經濟上又ハ道徳上ノ理由ニ基イテ絶對的ニ強行スルコトヲ定メタルモノ。

(註) 彼ハ強行法ヲ二分シ妻ノ無能力ノ如ク權利者ノ為ノミノ強行法ハ外國法ヲ適用スベキナルガ、反之、單ニ權利者ノ為ニ設ケラレ

タ重婚ノ禁止ノ如キ法律ニ反スル外國法ハ適用シ得ナイ。コレハ、政治上、經濟上又ハ道徳上ノ理由ニ基イテ絶對的ニ強行スル事ヲ定メタモノナルカラテアル。(註終)

(四) 独逸ニ於テ全ク存在ヲ認メザル外國ノ法律制約

(註) 次ニコレモ適用サレナイ。
以上ノニツガ今日ノ *Order public* ノ向題テアル(註終)

(6) *Daubigny* ノ學說ニ對スル學者ノ非難
(7) *Daubigny* ノ功績及ビ影響

(註) 彼ノ說ハ具體的ニハ認メラレテキナイ点モアルガ、國際私法ノ根本ヨリ國際共同団体ニ置キ、法規ト法律關係向ノ密接ト關係ニ注目シ、各住地法ヲ有タセタル点ハ一、進歩ト認メラレテキル。

今日ノ國際私法ハ *Daubigny* カラ出テキル。彼ノ功績ハ大デ、中興ノ祖トク現代國際私法ノ祖トク云ハレル。

然シ後ノ學者ハ色々批判シテキル。例ヘバ *von Bar*、如キガコレナル。(註終)

五 *Bar* ノ說
Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts, 2Bde. 1889.

11) Savigny の学説ノ批判。

一註) 彼ハ Savigny ヲ批判シ、Savigny ハ *Sitz* ヲ求メラレルガ法律
關係ハ或ル事實ガ法律關係ヲ定メル、デナク、ソノ *Sitz* ヲ定ムルト
ハ結局循環論法ニナル。準據法ヲシテ法律關係ハ分ラナイト云フ。
又法律關係ト云フモノハ無形ナル本據ヲ有シ得ナイト。
然シ Savigny ガ本據ト云フノハ法律關係固有ノ性質カラ固有ノ
法律ヲ準據地法トスバシト云フノデアリ、又一定ノ法律ニヨリ成立
シタ關係ヲハナク一定ノ向類トナル事實上ノ關係ノ事ナル。故ニ
Savigny ノ説ガ循環論法ニナルト、説ハ当ラナイ。(跡部博士モ
云フ如ク Savigny ニ対スル誤解カラデアル)。
此ノ Savigny 説ハ今日ノ独逸ノ立法トソレニナラツタ日本ノ立
法、基本ニナツテキル。所謂法律關係説デアル。
von Bar ガ大体コレヲ承テ繼イテ大成シタト云ヘル。反對モシテ
キルガ根本ハ Savigny ニヨツテキルト見ラレル。(註終)

(2) 何レノ法ニ從フ事ガ國際交通ノ自由ト安全トニ最も適合スルカハ

事物ノ性質 *Natur der Sache* ニ從テ定ムル

一註) Bar ハ上ノ如ク云ツテキルガ、ソノ *Natur der Sache* 云フ
モ Savigny ガ *Sitz* ト云フモ根本ハサウ異ツテキナイ。
以上ノ五人ノ學者ガ独逸學派トシテ *Statuten Theorie* ヲ捨テ、新シ
ク一派ヲ樹テタノデアアル。(註終)

第五節 伊・佛・白ニ於ケル屬人法(本國法)主義

一、屬人法主義ノ誕生——一八五一年ノ *Mancini* ノ講演(政治的理
由ヨリ発生)

(註) 次ニ國際私法ノ要ツタ傾向ハ伊太利ニ興リ佛國ニ伝ハツタ新伊太
利學派ナル。
コレハ屬人法主義ヲ唱ヘ、殊ニ本國法ト云フコトヲ唱ヘタ。

コレハ一八五一年ノ Mancini、Tillem 大學ノ開講履説カラ始
マツタ。彼ニヨルト、

1、國際法ニ於テ民族主義ヲ唱ヘ
2、國際私法上ハ本國法ヲ適用スベシトナシタ。
當時、伊太利統一ノ必要アリト、政治的理由カラ、各民族ハ一國ヲ
ナスベシトノ民族主義ガ持込マレ、コレニ対応シテ國際法主義ガ唱
ヘラレタノデアル。

此ノ説ガ一八六五年ノ伊太利民法ニ影響シ、ソノ國際私法ハ非常
ニ屬人法的デアル。後ノ諸學者モコレヲ強調シタ。
然ルニ此ノ説ハベルギー・フランスデ主張サレ、ベルギーデハ

Rolin ガ尤大ナ本ヲ以テ法ノ屬人性ヲ強調シタ。即チ、本國法ガ
原則トシテ適用サルベク、法ト國民性トハ不可分デアリ法ハ人格ノ
発露デアル。人格ハ國民性ト離レ得ナイ。故ニ屬人的ニ人ニ追隨ス
ル。故ニ公法以外ハ屬人的ニ本國法ガ適用サレネバトラナイ。

別ノ *Rolin* ト云フ人モ殆ンド同ジ事ヲ云ツテキル。

又、佛國ニ於テモ數年前ニ死ンダ *Wetts* ハ尤大ナ本ヲ書イテソレ
デ、法ノ屬人法主義トイフモノヲ強調シ、凡テノ私法ヲ常ニ個人ノ
利益ヲ目的トスベク、ソノ目的地ニ於テハ其ノ物ノ法律關係ヲ支配
スル。

即チ、本國法ハ根本原則デアリ公序ニ背スル事ハ自由意思ニヨル
ベキモノ（意思主義）ノミハ例外トシテ本國法ハ適用サレナイト云
ツタ。

故ニ此ノ屬人法主義ハベルギー及ビフランスノ有力ナ學者ニモ唱
ヘラレタノデアル。

Wetts ハ伊太利学派ノ影響デナク、独自ノモノダト目ラ言ツテキ
ルガ全ク同ジ事ヲ云ツテキル。コレヲ新伊太利学派トカ本國法主義
トカ云フ。

要スルニ、コレヲノ説ハ屬人法ヲ特長トスル。從來モ能力・身分

ハ属人法主義デアツタガ、從來ノ説ハ属人法ハ住所地下云ツ。然ルニ此ノ伊太利説ハ、属人法ハ本国法ト云ツタノデアアル。即チ、同少属人法デモ内容ヲ異ニスル。属人法ニ関シテ本国法ヲ採ルノミナラズ一類ニ(例外ヲ除ケバ)本国法ヲ適用スベシト云フノガ本国法説デアアル。

然シ凡テノ法律ハ此等ノ学者ノ云フ如ク属人的デハナク、殊ニ取引法ノ如キハ然リデアアル。斯クテ此ノ学派ノ説ハ国際私法ノ一般原則トシテハ妥當デナク、所謂属人法ニ関スル事項ノミガ属人的性質ヲ有スルト云フニ過ギナイ。故ニ本国法主義ハ妥當デナク唯成ル種ノ事項・法律ニ付テノミ云フベク一般原則トシテハ云ヒ得ナイ。

斯カル意味デ属人法主義ハ少ク共国際私法ノ一般原則トシテハ認メラレズ歴史的ニノミデアアル。唯本説ハ佛国民法ニ條デ認メラレタ属人法ニ関スル本国法主義ヲ發展セシメタ意味ニ於テハ有力ノ原因ニナツテキル。故ニ本説ハ、

身分能力、親族・相続等ニハ良イガ、一般的ニ国際私法上本国法ニヨルベシト云フハ今日ハ認メラレナイ。今日ノ伊太利ノ学者モソレヲ唱ヘテキナイ。之ガ新伊太利学派ト云フ特別ノ学派デアアル。(註終)

二、属人法主義ノ特色。
(1) 民族主義 *Principe des nationalité*、国際私法ニ於ケル適用。

(2) 國際法主義

(3) 法ノ属人性ノ強調 —— 人格ト國民性ノ不可分ノ關係

(4) 例外
三、此ノ学派ノ代表者

- (1) Mancini
- (2) Espersson
- (3) Rolin

(5) 4) *movement*
thesis

(註) 以上ノ点ニ就テハ既ニ前段ニ説明シタ(註終)

第六節 英米學派

一、英國ニ於ケル國際私法發達ノ極メテ新シイ事實

(註) 歐洲大陸諸國テ各種ノ學說ガ法律抵觸問題ヲ研究シタガ英國テハ後ニ漸ク起ツタ。

ソレハ *Anglo Saxon*ノ慣習ガ *Norman*ノソレト混合シテ統一セル法ガ行ハレ、佛、伊ノ如ク異法域ナク抵觸問題ガ起ラナクシタト云ハレル。一国内ノ地方ト地方トノ間ノ抵觸問題トモ英國ニハナク、一七五三年ニ始メテ外國法適用ガ英國テ問題ニナツタ。コレハフランスヲ結婚シタニ人ノ英國人ノ年齢ノ事テアツタ。(註終)

二、和蘭學說ノ輸入

(註) カクテ次第ニ法律抵觸ガ研究サレ、先ヅ和蘭ノ學說ガ輸入サレタ。ソレハ、(1)、學者ガオランダニ留學セルコト、(2)、兩者ガ政治的關係アル事、(3)、英國ノ封建的、保守的関係ガ當時ムオランダ學說ヲ国情ニ適セル事。ニヨルト云ハレテナル。

而モソノ輸入ニツイテハ、先ヅ英國ノ特殊事情ニ合シタモノガ輸入サレタ。例ヘバ物ハ所在地法ニヨル原則ノ如シ。反之、屬地主義的テナク屬人的ノ原則ハ仲々輸入サレナカツタ。

三、英米國際私法學ノ特色

- (1)、屬地主義的色彩濃厚
 - (2)、外國法適用ノ根據ヲ國際礼让ニオク
 - (3)、屬人法トシテ住所地主義ノ固執
- (註) 本段ノ説明ハ後出。(註終)

四、Story の説

Commentaries on the Conflict of Laws 1834.
(註) 國際私法ハ判例法ナル。他方米國ニモ研究者起リ、有名ナ
Judge Story が英國及ビ大陸ノ制度ヲ研究シ、有名ナル

Commentaries on the Conflict of Laws ヲ書イタ。(註終)

- (1) 三原則
- (イ) 各國ハ其ノ領土ニ於テ唯一ノ主權及ビ裁判權ヲ有ス。從ツテ其ノ領土内ニ在ル一切ノ財産及ビ一切ノ人(内國人タルト外國人タルト)同ハズ、及ビ其ノ領域内ニ於テ為サレタル一切ノ契約其ノ他ノ行為ヲ支配ス。
- (ロ) 一國ハ其ノ法規ヲ以テ自己ノ領域外ニ在ル財産及ビ人(内國人タルト外國人タルト)同ハズ)ヲ拘束ス。
- (ハ) 一國ノ法律ガ他國ニ於テ如何ナル拘束力ヲ有スルカハ專ラソノ他國ノ法律ニ依ツテコレヲ定ム。若シ其ノ國ノ法律ニ外國法ノ認容、拒否

又ハ制限ニ付キ明示又ハ暗示ニ何等定ムル所ナキトキハ其ノ國ノ政策及ビ利益ニ反セザル限リハ、國家ハ國際禮讓ニヨリ外國法ヲ採用シタルモノト推定ス。

- (註) 此ノ三原則ハ上述ノ *Widder* ノ三原則ニ似テキル。即チ、
- (イ) 各國ハ其ノ領土ニ於テ唯一ノ主權及ビ裁判權ヲ有ス。從ツテ其ノ領土内ニアル一切ノ財産及ビ一切ノ人(内國人タルト外國人タルト)同ハズ、及ビ其ノ領域内ニ於テナサレタル一切ノ契約其ノ他ノ行為ヲ支配スル。
- (ロ) 一國ハ其ノ法律ヲ以テ自己ノ領域外ニ在ル財産及ビ人(内國人タルト外國人タルト)同ハズ)ヲ拘束スル。
- (ハ) 一國ノ法律ガ他國ニ於テ如何ナル拘束力ヲ有スルカハ專ラ其ノ他國ノ法律ニ依ツテコレヲ定ムル。若シ其ノ國ノ法律ニ外國法ノ認容拒否、又ハ制限ニ付キ明示又ハ暗示ニ何等ノ定ムル所ナキ時ハ其ノ國ノ政策及ビ利益ニ反セザル限リハ國家ハ國際禮讓ニヨリ

外國法ヲ採用シタルモノト推定スル。

ト云フノテ、原則トシテ屬地主義ハ例外トシテ或ル場合ニ外國法
カ適用サレルト云フノテアル。

Hilber、十七世紀ノオランダ派ノ影響ヲ見ルベキデアル(註終)

(2) Story ノ學說ノ影響。

一、此、Story 說ガ逆ニ英國ニ影響シ、今日、英米派ハ Story ヲ
原則トシテキル。勿論具體的ニハ色々判例ガ出来テ巧妙ナ原則ガア
ルガ。

而シテ英米ノ國際私法ノ特長ハ

- 1. 屬地法主義的デアリ
- 2. 外國法ヲ適用スル場合ニ屬人法トシテ住所地法ヲ適用スル。住
所地法ヲ身分能力等ニ適用スル。
- 3. 又、外國法ヲ適用スル根據ヲ Hilber ト同様、國際私法トシテ
デアリ、法律上ノ義務トシテハナイ。尤モ英國ノ此、Committee

ハ禮讓)ハ大陸ノソレト異ルト云ハレル。大陸ハ法律上ノ義務ニ
對スルガ英米ハ正義ノ原則ヲ含メテ意味ノ尊重デアル。故ニ両者
ハ相違ニルト云ハレル。

ソレハ兎ニ角外國法適用ノ基礎ヲ禮讓ニ置イテキル。

斯ク、英米ハ大陸、日本ト相當異ルガ、最近フランスノ學者ハ英
米ヲ研究シコレニ接近スル人モアル。殊ニフランステハ十ポレオン
法典ヲ屬人法ニ就テ本國法主義ヲ採ツテキルガ、コレガフランス國
情勢分ニ合ハズ住所地主義ニ優セントスル説が多い。此ノ点テ次第
ニ英ノ國際私法ニ接近セントスル傾向ガアル。

英米派ハ理論ハ独逸ニ及バナイガ實際ノ判例等ハ非常ニ発達シテ
キルト云ハレ、判例カラ色々ナ原則ガ生レ大陸ノ學者ノ様ニ根本理
論ト云フ様ナ事ハ書イテキナイガ實際上ハ発達シテキル。

コレガ英米派デアル。以上今日迄ノ大体ノ學說ハ述ベタガ其ノ

他、最近変ツタ説ガ若干唱ヘラレテキルガ、次ニ述ベル。跡部博士ノ本ニモ書イテアル。(註終)

第七節 最近ニ於ケル特色アル学説

1. Pillet, 学説

Principe de droit international privé 1903
Traité pratique de droit international privé

2 vols. 1923〜24

(註) 前回ハ国際私法ノ沿革ヲ述ベテ大体现代ニ至ツタ。殊ニ最近ノ十九世紀ノ所謂独逸ノ Savignyニ至ル迄ノ学説ノ変遷ヲ述ベタ。コレニ続イテ最後ニ現代ニ於ケル特色アル学説ヲ二三述ベ、次ニ国際私法ガ成文法トシテ規定サレテ来タ沿革ヲ述ベル。
先ヅ Pillet ハ近代フランスノ最モ著名ナ国際私法ノ学者ヲ、一

九。三年ニ「国際私法ノ原則」トイフ本ヲ書キ、一九二三年カラニ四年ニカケテ「
トイフニ冊ノ大着ヲナシ

タ。前者ヲハ根本理論ヲ述べ、後者ハベルギー説トフランス説ノ判例ノ關係ヲ述ベテキル。

ソ、外ニ「ポアイエト共ニ教科書ヲ書キ、ソノ他論文モ多イ。数年前ニ死シタ。(註終)

(1) 国際私法ハ国際法ノ一分科——法律抵触問題ハ主権ノ抵触問題

(註) 彼ノ説ハ先ヅ国際私法ヲ国際法ノ一分科デアルトシタ。前ニモ紹介シタ如ク国際ハニツノ国即チ、二人ノ主権者ノ何レガ適用スル権利ヲ有スルカノ問題、即チ主権ノ抵触問題デアアル。コレハ国際法ニナル。(註終)

(2) 法律抵触ノ解決ニ付キ法ノ有スル性質ヨリ出發——法ノ有スル二重性質

(1) 法ノ永續性——permanence - extra-territoriale

(1) 法ノ一般性 *généralité - territoriale*

一、註) 法ノ抵觸ニ付テハ法ノ性質カラ見ル、即チ
1. 永続性、2. 一般性、ノ二重ノ性質ヲ有シ、法ハ内外關係ニ於テ
ハ併存シ得ル。所ガ國際關係ニ於テハ此ノ二性質ハ併立セズ、法ハ
同時ニ涉外的デアリ、且ソ屬地的デアルト云フ事ハ出来ナイ。ソコ
テ國際關係ニ於テハ此ノ二者中何レカ重要ナラザル方ヲ捨テネバナ
ラナイ。(註終)

(3) 國際的關係ニ於テハ法ノ有スル性質ノ中一方ヲ犧牲トセネバナ
イ——法ノ社会的效果ノ尊重 *respect de l'effet social de la
loi* ニヨツテコレヲ決ス。

(註) 然ラバ其ノ何レヲ捨テルカハ「法ノ社会的效果ノ尊重」ニヨリ決
セネバナラナイ。(註終)

(4) 社会的目的ヨリスル法ノ分類

(1) 社会一般ノ利益ヲ保護スルコトヲ以テ直接ノ目的トスル法——一般

法 *loi générale*, 屬地法 *loi territoriale*

(2) 一私人ノ利益ヲ保護スルコトヲ以テ直接ノ目的トスル法——永続法
loi permanente, 屬人法 *loi personnelle*, 涉外法 *loi extra-
territoriale*

(註) 然ラバソレハ又何ニヨリ決スルカ?

彼ハ法ノ社会的目的ニヨルベシトナス。而シテ社会的性質上法ハ
二ツニ分ケラレル。

- 1. 社会一般ノ利益ヲ保護スルコトヲ以テ直接ノ目的トスル法
 - 2. 一私人ノ利益ヲ保護スル事ヲ以テ直接ノ目的トスル法。
- ノ兩者デアアル。

ソコデ *Pillet* ハ此ノ區別ニ從ヒ國際私法上ノ同題ヲ決定シ得ル
トナス。2. ハ永続法デアリ、涉外法デアリ、屬人法デアアル。1. ハ
一般法、屬地法デアアル。即チ、個人保護法ハアラユル所ニ個人ニ隨
伴スベキデアアル。保護セラルベキ個人ノ住所ヲ向フベキデアナイ。

雨、降ル時ニ今ヲサシタリ、ツボメタリシテハ何ニモナラナイ、開キ放シニセネバナラナイ。即チ、何処ニ行ツテモ個人ニ追隨セネバナラナイ。

反之、一般法ハ社会ヲ構成スル各人ノ共同ノ需要ヲ充タスカラ其ノ各人ニ適用サレネバナラナイ。トニツ、適用範圍ニ分ツ。

コレガ *Pillet* ノ抵觸解決ノ根本原則デアル。ソノ他國際私法ノ目的トシテ外國ニ於テ為サレタ行為ノ效力一既得權尊重ノ原則一ヲ述ベテキルガ、ソレハ既ニ述ベタ。

以上ガ *Pillet* ノ学説ヲ極メテ巧ミデアル。 *Savigny* ハ法律關係ノ *Sitz* ヲ求メタガ、 *Pillet* ハ法規ノ性質カラ適用範圍ヲ定メル。コレハ法則區別説トソノ根本ハ似テキル、コレヲ一般法トカ水統法トカ云ツテ分ケテキル。

然シソノ社会目的ト云フ標十標準ハサウ正確デナク、 *Savigny* 説以上ニ出テキルトハ云ヘナイ。

又既得權モ法律抵觸ノ外ニ認メル必要ハナイ。フランクスニ於テハピレールノ説ガ相当採用セラレテキル有力説デア

- (5) 涉外法ト屬地法ト、抵觸——屬地法ノ優先
- (6) 涉外法向ノ抵觸

- (7) 共通點アル場合——コレヲ適用
- (8) 共通點ナキ場合——合理的解決方法ナシ

- (9) 屬地法向ノ抵觸——第三國ガ同意ヲ解決スル場合ニ生ズ——合理的解決方法ナシ。

(8) *Pillet* ノ学説ノ批判

(註) 説明ナシ。(註終)

二 *Rittelmann* ノ学説

Rittelmann, *Internationales Privatrecht* 2 Bde. 1897~12

(註) 彼ハボン大学、教授ヲ穂積先生ハソノ、講義ヲキカレタトイフ。
一八九七年ニ國際私法ノ第一部ヲ書キ、第二部ハ一九〇三年ヲ、完
成シタノハ一九一二年ナル。

有名ナリ、異色アル説ナル。(註終)

(1) 國際法の又ハ超國家的ニ效力ヲ有スル國際私法 *völkerverrechtliches*

oder über-staatliches internationales Privatrecht.

各國家ノ立法權相互ノ、限界ヲ確定スル國際法(國際私法ノ統一原理)

(註) 彼ハ國內的ニ效力ヲ有スル國際私法 *inner staatlich*

geltende system. Privatrecht、外ニ、國際法ノ一部ナル回

際私法即チ、國際法的ニ又超國家的ニ效力ヲ有スル國際私法

ト云フモ、ノ、原理ヲ見セントシテキル。(註終)

(1) 統一原理見、目的

(i) 現行法規、欠陥補充

(ii) 將來、立法、資

(iii) 當事者ニヨル法律適用

(iv) 演繹的方法——普遍妥當性、要求

(v) 國際私法ノ根據——國際法

(i) 國際法ノ問題——法律關係ニ何レノ法律ヲ適用スベキカ

(ii) 此ノ問題ハ常ニ人ノ權利ノ問題トシテ現ハル。

(iii) 權利ハ國家ノ法律ニヨリテ與ヘラレタル法律上ノ力

(iv) 國際法上有效ニ人ニ權利ヲ賦與シ、又ハコレヲ剝奪シ得ルハ國際

法上承認セラレタル法律上ノ力ヲ有スル國家ノミ

(二) 國際法上ノ事項ニツキ立法權ノ認定

(i) 對人商權——*Personenfreiheit*——國家ハコレニヨツテ其ノ

國ニ屬スル人民ヲ其ノ、内國ニ在ルト外國ニ在ルトヲ問ハズ支配ス。

(人的支配及ビ物的支配)

(ii) 對土商權 *Gebietshoheit*——國家ハコレニヨツテ其ノ領

土ニ一切ノ支配權ヲ有スル。

(2) 國內的に効力ヲ有スル國際私法

innerstaatlich geltendes

Substantivum - Privatrecht 國家が其ノ裁判官及び國家ヨリ法律問題ノ裁判ヲ為スコトヲ委ネラレタル其ノ他ノ總テノ者ニ一定ノ法律秩序ノ適用ヲ余ズル一定ノ國家ノ内部ニ於テ効力ヲ有スル法律

(3) 超國家的國際私法ト國內的國際私法トノ關係

(1) 裁判官ガ拘束セラルルノハ國內的國際私法ノミ

(2) 國內的國際私法ノ欠缺セル場合ニ超國家的國際私法ガ適用セラレ

ル 補充的適用規用 *subsidiaire Anwendungsbereich*

(註) 此ノ超國家的國際私法ハ一國內法タル國際私法ノ外ノ國際法タル

國際私法ノ權利ノ限定ノ為ニ必要ナル。

人ノ權利ノ向願ニ付テ當事者ノ一方ガ取シテ相手方ニ對シテ主張スル所ノ權利ヲ有スルカノ問題トナル。權利ハ國法ニヨリ與ヘラル。國家ガコレヲ賦與シ剝奪スル為ニハ國家自身ガソレ以上ノモノノ

カラ有サネバナラヌ。

國家ノ法律上ノカガ國際的ニ有カナル為ニハ國際的ニ承認サレテキナケレバナラナイ。人ニ權利ヲ与ヘ又ハ奪フノハ法律上ニ認めラレタ國家ノミナル。

ソシテ國家主權ハ人民ト領土トニヨリ定ルカラ、一國ガ私法上有スル立法權モコレニヨリ定ルベキモノナル。一國ハソノ計人主權ニヨリテソノ國ニ屬スル人民ハ國內ニアルト国外ニアルトヲ向ハズ支配シ、又領土主權ニヨリ領土上ニ一切ノ支配權ヲ有スル。

彼ハコノ人民主權ト領土主權カラ諸原則ヲ演繹シテ引出サレントスル。

國家ガソノ支配權ノ範圍ニツキ何ラ定メル所ナキ時ハ國家ハ一國內的原則ナキ時ハ超國家國際私法ノ原則ガ適用サレル。カ、ル場合ノ為ニ超國家的國際私法ヲ知ル必要ガアル。ソレハ國內的國際私法ノ補充的適用規定ナル。

(4)

コレ被ノ超國家的國際私法アアル(註終)

*Pictet-Lemmann*ノ學說ノ批判

(註)コ、超國家的國際私法ヲ認メルノガ被ノ特長デ例ヘバ人ヲ直接支配スル權利マアル人ニ給付ヲ命ズル權利ハ本國法ニヨリ定メラレル何故ナラ人ニ付テハソノ上ニ对人高權ヲ有スル國即チ本國法ガ主權ヲ有スル。故ニ債務者所屬國ガ債權法デアリ、不法行為ハソノナサレテ土地ノ法ニヨル。何故ナレバ不法行為者ノ國ハ國際法上外國人ニ對シテモ有效ニ命令ヲ發シ得ルカラデアル。凡テ義務者ニ對スル國家ノ支配權力カラ生ズル。コレハ義務者ノ本國法ニヨル。ソレハ人民主權ヲ有スル本國ノミガカカル權利ヲ与ヘ得ルカラデアル。又有形物ヲ支配スルハ物ノ有スル國ノ法ニヨル。何故ナラ物ニハソノ物ノ有スル國ガ領土主權ヲ有スルカラデアル。何故ナラ物ニハアル行為ニ付テハソノ行為ノ行ハレル國ガ領土主權ヲ有スル。自己ノ意念ニ反シテ陳列サレテキル偽真ハソノ陳列サレテキル國ノ法

律ニヨリ撤回サレル(人格權)

即チ彼ハ國家主權トイフ事カラ極メテ論理的ニ演繹的ニ諸學說ヲ出シ一ノ特色アル租乙約學說デアル。

然シ余リニ形式的ニ國家ノ对人主權ト領土主權カラ演繹シテキルノデ、更ニ實質的ニ國際交通ナドカラ演繹サルベク、又彼ノハ論理的演繹デアリ實際的デナイ。実定ノ國際私法カラ離レテキルト非難サレテキル。然シ乍ラ有力ナ参考ニナル説デアル。

三 *Franckenstein*ノ學說

Internationales Privatrecht 4 Bde 1926-35

doctrines du droit international privé

(*Revue du droit international privé* 1932 No. 1)

Tendances nouvelles du droit international privé

(*Recueil des cours de l'Académie de droit international*

de la Haye. 1930 Tom 3)

(註) Zitelmann ニ依ツテ矢張り異色ガアル。

独逸ノ学者トシテ最近 Franckenstein ガアル。論理的演繹的デア

ルハ Zitelmann ニ似テナル。

始メ独乙ベルリンノ弁護士デアルガ、ユダヤ人デアルカラ今ハ独逸ニキタイ。(註終)

(1)、國際法ハ各國ノ法律秩序ノ支配スル範圍ヲ相互ニ限界ツケルコトヲ任務トスル——限界法 Grenzrecht

(註) 彼ニヨルト國際私法ハ各國ノ法律秩序ヲ相互ニ限界付ケルコトヲ任務トスル限界法デアアル。(註終)

(2)、限界法ノ基礎——二重ノ結合——先驗的公理 apriorische Axiome

(1)、人ト其ノ本國法トノ結合——民族心理学的及國家法的必然

völkerpsychologische und staatliche Notwendigkeit

(四) 物ト領土國トノ結合——物ヲ法律秩序トノ間ノ唯一ノ法律的紐帯トスル。

(註) 彼ハコノ限界法ヲ解決スル為ニ、(1)、人トソノ本國法トノ結合、

(2)、物ト領土國トノ結合、トイフニツノ結合ヲ基礎トシテ出發スル。

(1)、ハ、民族心理学的及國家法的必然デアルトイフ。

(2)、ハ物ト法律秩序間ノ唯一ノ紐帯デアアル。

コ、ニ結合ハ先驗的公理デアリ限界法ノ基礎トナル。兩者ハ本質的デアリ、第一次的デアアル。(註終)

(3)、第一次的連結 Primäre Anknüpfung——人トソノ本國法トノ結合及び物ト領土國トノ結合。

(註) 故ニコレヲ第一次的連結トイフ。(註終)

(4)、第二次的(傳來的)結合 sekundäre (derivative) Anknüpfung——法律秩序ガ其ノ支配ニ屬スル人民及び物ニ對シテ自ら直接ニ支配ヲ行フ代リニ他ノ法律秩序へ服従セシムルコトニヨツテ、

コレヲ支配スル場合

(註) 法律の秩序ガソノ支配ニ属スル人民及ビ物ニ対シテ自ら直接支配
スル代リニ他ノ法律秩序ニ服従セシムルコトニヨリコレヲ支配スル
モノデアルカラ第二次の連結トイフ。(註終)

(5) 偽似連結 *Pseudo-Anknüpfung* — 或ル法律秩序ガソノ本
来ノ法律的権力ヲ超エテ他國ノ人民ヲ服従セシムル場合

(註) コレハ法ノ本質ト矛盾スルモノデアルカラ偽似連結トイフ。

(6) 國際私法ハ本國ガ其ノ人民ノ上ニ行使スル人民主權ノ原理ト物ニ對
シ無制限ニ外國人ニ對シテハ公序即チ留保條款 *Verkehrsklausel*
及ビ偽似連結ニヨツテ行ハレル領土權ノ原理ノ限界確立ニ外ナラヌ。

(註) 彼ニヨルト國際私法ハ本國ガ人民ニ對スルト民主權ト領土主權ノ
限界確定ノ問題ニ外ナラヌ、トイフノガ根本デ、コレカラ第一次連
結トカ第二次連結トカ細カク論ジテキルノデアル。演繹的デアリ、
論理的ニ細カイ点 *Rietelmann* ト同範疇ニ属スル。

(7) *Frankenstein* / 學說ノ批判

(註) シカシソノ根本ハ人ト本國法、物ト領土法トノ結合トイフ事ニナ
ツテキル。ソレガ先見の公理デアルト云ツテキルガソレハ必ズシモ
一般ニ認メラレルカ疑問デアリ、未ダ通説ニナラナイガ異色アル説
トシテ認メラレテキル。現在ノ被乙デハ余リ認メラレテキナイ(註終)

四 *gitta* / 説

La méthode du droit international privé 1890
Das Wesen des internationalen Privatrecht (Archiv
für öffentliches Recht Bd. 14)

(註) 彼ハオランダノ學者デ一八九〇年ニ「國際私法ノ方法論」ヲ著ハ
シテ特色アル學者デアアル。

(1) 國際私法ハ普遍的ノ結合 *Société universelle* ニ於ケル個

人間ノ關係ヲソノ性質ニ適合スル法ニ服セシムル法律——國際私法ハ私法ノ一尙面スハ一態様——二人ノ個人間ノ同一ノ法律關係ガ吾人ノコレニ對スル觀察点ノ如何ニヨツテ涉外的トナリ或ハ国内的トナル。

(註) 假ハ國際私法ヲ國家間ヤ個人間ノ關係トスル從來ノ國際私法學說ヲ斥テ、國際私法ハ唯個人間ノ法律關係トナシタ。國際私法ハ私法ノ一態様ヲアリ、国内法ト異ラナイ。二人間ノ法律關係ハ觀察点如何ニヨツテ或ハ國際的トナリ、國法的トナル。

(2) 國際私法ノ基礎——人類ノ普遍的、法律的共同団体 (註終)

communauté juridique universelle du genre humain

(3) 國際私法ニ關スル國家ノ地位——國家ハ二人間ノ立場ニ於テ普通人類社会ノ中心機關ノ代表者トナル。

(1) 各個ノ國家——世界交通ヨリ生ズル法律關係ニ規範ヲ與ヘ、コレヲ保護スル、普通人類社会ニ對スル各個ノ國家ノ義務
(2) 全体トシテノ諸國家——普通人類社会ニ對スル全体トシテノ諸國家ノ義務。

(註) 國際私法ノ基礎ヲ人類ノ普遍的、法律的共同団体ニナキ國家ヲソノ中心機關ノ代表者トスル。二人間ノ立場ニ於テ

(1) 先ツ各個ノ國家ガ國境ヲ超エル世界交通が行ハレル為ニ義務ヲ負フ

(2) ソノ集合体、機關トシテ國家ハ裁判ヲ行フ

要スルニ、普通的人類社会ハ立法者モ裁判官モ有サナイカラ、ソノ集合体ノ官吏ニヨラネバナラヌト云フ事ニナルノデアル。

(4) 國際私法ノ方法

(1) 個別的方法 *méthode individuelle*——一定ノ國家ノ見地カラ普遍的法律社会ヲ構成スル各個人ニ對スル國家ノ義務ノ實現

ヲ目的トスル。

四、普通的方法

methode universelle

——全体トシテ考ヘラレ

タ諸國家ノ見地カラ普遍的法律社会ヲ構成スル各個人ニ對スル諸國家ノ全体ノ義務ノ實現ヲ目的トスル——法律關係ノ社会的目的ニ關

スル諸國家ノ共通ノ確信ニ基礎ヲ置テ諸國家ノ實質的普遍的法律规定ノ形成

(註) 概ハ國際私法ノ方法トシテニツノ方法ヲ區別シ

1、普通的方法ハ全体トシテ考ヘラレタ諸國家ノ見地カラ普遍的法律社会ヲ構成スル各個人ニ對スル諸國家ノ全体ノ義務ノ實現ヲ目的トシ

2、個別的方法トハ各個人ノ構成スル普遍的社会ニ於テ果ス義務ノ實現ヲ計ル。

而シテ普通的方法トハ法律關係ノ社会的目的ニ關スル諸國家ノ共通ノ確信ニ基礎ヲ置テ實定的普遍的法律規定ヲ形成スル義務ヲ有スルト云フノデアル。(註終)

(5)

gitta ノ學說ノ批判

(註) 概ハ國際私法ヲ國家概念カラ解放シ人類ノ共同団体ヲ考ヘラキル人類ノ普遍的共同団体ヲ出発点トシ *Savigny* ノ說ヲ一層先ニ進メテキルコトニナル。

國際私法ヲ實質的ニ普遍人類のニ見ル点テ非常ニ進ンダモノデアリ、最も進歩的ナモノデアアル。田中先生ノ說ト共ニ特色アル說デアアル。(註終)

五、田中教授ノ學說

世界法ノ理論(殊ニ第二卷)

(註) コノ普遍的人類社会ヲ認メテ國際私法——トイフヨリハ世界法ノ体系ヲ樹テタノガ田中先生デアアル。(註終)

(1)、法アル所ニ社会 *ubi societas ibi ius*、ノ立場——世界社会ニ於ケル世界法ノ存在

- (1) 法ノ概念ノ國家ノ概念及ビ民族ノ概念カラノ解放
(註) 田中先生ハ社会アル所法アリトナシテ、先ヅ國家及ビ民族カラ法ヲ解放シ世界法可能論ノ消極的條件ヲ定メタ(註終)
- (2) 世界社会ノ存在ニ世界經濟ノ存在ノ事實及ビコレヲ規制スル法律規範ノ存在ノ社会学的及ビ經濟学的論證
(註) 世界法トシテ可能トラシメル精神的要素トル人類ノ普遍的法律原理即チ自然法トノ關係
- (3) 國際私法ハ世界法ヲ構成スル一ノ重要ナル部分——國際法及ビ狹義ノ世界法即チ統一法ト共ニ世界法ヲ構成スル
(註) 觀念ハ法律秩序ト世界人類の私法的交通団体トノ間ニ存在シ國際私法ノ本質ノ正當ナル認識ノ妨ゲトナル
- (4) 衝突ノ否定——法ノ衝突ハ主權相互間ノ衝突——國家又ハ民族ノ觀念ハ法律秩序ト世界人類の私法的交通団体トノ間ニ存在シ國際私法ノ本質ノ正當ナル認識ノ妨ゲトナル
(註) 從來ノ說ハ國際法說モ國內法說モ共ニ法ノ衝突ト云フ事ヲ認メル說ニ陷ツテキル。國家ト民族ト云フ色眼鏡ニヨリ正當ナル認識ヲ妨ゲ

テキル

- (4) 法ノ衝突ハ法ソノモノデハナク主權相互ノ間ノ衝突デアル(註終)
國際私法ノ本質的内容ハ國際私法問題自体ヲ決定スルニ存シ人類主義ノ精神カラ一定ノ法的法律關係ノ性質ニ適合スル法規ヲ選取スル規範ヲ裁判官ニ對シテ設定スルコトニ存スル——統一法ガ未カ充分發揮セザル現狀ニ於テ各國ノ國內法ヲシテソノ世界法の效力ヲ發揮セシムル不可欠ノ運動
- (5) 實質的ニ見レバ各國ノ國內法ノ共通ノ分母デアリ不可欠ノ運動デアル。抽象的ニ存スル國際私法ノ原則ヲ天下りのニ適用スル事デハナク當事者ガ根據スル法ヲ発見スル際ニ役目ヲ果ス(註終)。
- (註) 世界人類社会ノ機關トシテノ國家
- (註) 各國ノ國內法ハ國際私法ヲ通ジテ世界法トナリ、國家ハ世界人類社会ノ機關デアル(註終)。
- (6) 田中教授ノ學說ノ批判

一、田中先生ノ世界法ノ理論第一卷、大部分ハ國際私法ニ充テラレテ

キテ踏種ノ根本的向順ヲ論ゼラレテキル。

実質的ニ國際私法ヲ見テ國際私法ヲ世界法ノ一部トサレル点ハ面

白クソ、影響モ大デアリ、現代ノ一ツノ有力ナ特色アル説ト云ハ木

バナラナイ。

以上、多クノ学者ガソレゾレノ立場カラ種々ナ学説ヲ述ベラレテ

キル。

以上テ大体國際私法ノ発達ヲ述ベタ、始メ國際私法ハ学説トシテ

発達シタガ、次第ニ立法トシテ発達スルヤウニナリ、今日ノ法典國

テハ國際私法ノ立法ヲ有シテキル。成文立法ノ沿革ヲ次ニ述ベル。

國內立法ト條約ニヨル國際立法ト、ニツガアルガ、先ツ國內立法カ

ラ述ベル（註終）

第三章 國際私法立法ノ沿革

第一節 國內立法

一、佛蘭西民法編纂以前

（註）佛民法以前ニモ学説的立法ガアツタガ最モ大事ナ、ハ佛民デアル

（註終）

二、佛蘭西民法編纂

（註）佛民法ガ出来テカラ各國ニ立法ガ行ハレ最モ重要ナモノデアル。

ソレハ三條ヨリ成ル。（註終）

(1) 第三條

第一項、警察及ビ安寧ニ關スル法律ハ領土内ニ居住スル凡テノ者ヲ拘束スル。

(註) コレハ公序ニ屬スル規定ハ一方的抵觸規定デアアルコトヲ示ス

第二項、不動産ハ外國人ノ所有ニカ、ルモノト雖モ佛蘭西法ニヨリテ支配セラル。

(註) コレモ一方的抵觸規定デアアル(註終)
第三項、人ノ身分及ヒ能力ニ關スル法律ハ外國ニアル佛蘭西人ヲモ支配スル。

(註) コレモ一方的規定ヲ屬人法ハ本國法ニヨルコトヲ示スノデアアルコト、テ始メテ本國法ニ關スル屬人法主義ガ認めラレソノ意味ヲ重要デアアル。

從來ハ住所地法ガ屬人法デアツタガ、コトテ住所地法ガ本國法ニ變ツタ。今迄ハ主トシテ右ノ國際私法ガ一國內ノ法律抵觸問題ヲ研究シ解決スルコトガ主ト目的ヲ國際向ノ法律ガ未発達デアリ、又一國內テモ法ガ統一サレテキズコレヲ解決スルノカ國際私法ノ大原

別トナツタノデアアル。ソコテ住所地ノ法律ガ、ノ當事者ノ身分能力ニ付テ追隨スルコトニナツタ。

然ルニ佛民法ガ國內法ヲ統一シ國內的ニハ法律抵觸問題ハ起ラテクナツタガソレト同時ニ屬人法ニツキ本國法主義ガ採用サレルコトニナツタ。

又後ニ新伊太利學派ガ本國法ヲ國際私法ノ一般原則ト主張スルニ至ツタノテ屬人法ニ付テハ本國法ヲ適用スルトイフ説ガ圧倒的ニナツタ。身分、能力ニ付テハ本國法主義ガ認めラレ日本モサウデアアル

(註終)

二、諸國ノ立法

(註) コト佛氏ニ判裁サレ各國テ立法ガ行ハレ十九世紀ハ法典編纂時代ト云ハレタ。日本ニモ影響ヲ及ボシタ。一八二九年オランダ民法總

則、一八六五年イタリー民法
 一八九〇年ノ独逸B.G.B.ト共ニ施行法
 一九二六年ノポーランド國際私法ハ四ニ條ヲ新シク詳シイ立法デア
 ル（註終）

四、日本

(1) 旧法例（明治三年）——施行セラレズ
 （註）日本デモ旧民法トソノ法例ガデキタガ、旧民法不施行ト同様ニ
 施行サレズニ終ツタ。（註終）

(2) 現行法例（明治三一年法律第一〇号）
 （註）新民法ト共ニ更ニ制定サレテ施行サレタ。
 第三條カラ第三〇條迄ハ凡テ國際私法ノ規定デアル。
 ソ、外改正草案アルハ、(1) イタリー、(2) ベルギー、等ノ諸國デア
 ル。（註終）

五、獨逸民法施行法第七條以下

六、波蘭國際私法（一九二六年）

江川著 波蘭共和國ノ國際私法（法協四九卷九号）

七、國際私法ノ立法形式

- (1) 民法中ニ規定スルモノ
- (2) 施行法中ニ規定スルモノ
- (3) 單行法ニ規定スルモノ

（註）(1) 民法中ニ規定スルノハ佛、(2) 施行法中ニ規定スルノハ独逸、
 (3) 單行法ハ日本、ポーランド、デアアルガ次第ニ獨立シテユク傾向ガ
 アル。コレハ當然デアル（註終）

第二節 國際立法

（註）條約ニヨリ定メントスルノガ國際的立法デアル（註終）
 一、國際私法ノ目的ト國際私法ノ統一

(註) 國際私法が私法的國際交通ノ安全ヲ計ルコトヲ目的トスルカラ、
 従ツテ元來國際的ナレバナラナイ。國際私法ノ原則ガ各國相違
 スルコトガオカシイ。然シ事實上ハ各國相違シテキル。コレハ未だ
 違ノ為デアル。ソコデコノ不便ヲ除去スル為ニ條約ニヨリ規定ヲ統
 一セントスル運動ノ起ル事ハ當然デアル。(註終)

二、國際私法統一運動ノ着手

*Mancini*ノ努力

(1) 一八六七年伊太利政府ハ *Mancini* ヲシテフランス独自ノ政府ニ
 對シテ國際條約締結ノ公ノ交渉ヲ為サシム——普佛戰爭ノ為不成功
 (註) 先ヅ統一運動ハ伊太利ニ起リ新屬入法主義者 *Mancini* ガ統
 一事業ヲ主張シタ。

統一ノ為ニ國際會議ヲ開クコトヲ計畫シタ。一八六七年(ガ、同
 モナッ普佛戰爭ガ起リコ、企テハ失敗シタ。彼ノ生存中ハ何ラ成功
 シナカツタ。(註終)

(2) 一八七一年ジユネーブニ於テ開催セラレタ國際法學界 *Institut*

de droit international ニ於テ *Mancini* ハ國際私法統一條約ノ必
 要ヲ力説

(註) 然ルニソ、後國際法學界デ *Mancini* ハソ、必要ヲ主張シタ
 (註終)

(3) 一八八一年——*Mancini* 外務大臣トシテ交渉

(註) 外務大臣トシテ大イニ主張シタガ未ダ成ラズ。(註終)

(4) 一八七四年和蘭政府ハ外國判決ノ執行ヲ相互ニ確保スルニ必要ナル
 原則ノ協定ヲ為スガタメニ國際會議ノ開催ヲ諸國政府ニ提案ス。

(註終) 次ニオランダ政府ガヒダシタガコレモ失敗シタ。

*Mancini*ノ主張ハ生前成ラズ、政洲大陸ヲハ盛テナカツタガ南米
 大陸ヲ端緒ニツイタ。(註終)

三、亞米利加大陸ニ於ケル統一運動

(註) 南米ヲハ各國ガ集リ條約ヲ作り調印サレタ。(註終)

(1) Lima 会議

一八七〇年ベルー政府ノ發議ニ基キソノ首府リマニ於テ Peru, Argentine, Chili, Bolivia, Ecuador, Venezuela, Costa Rica ノ代表者ガ集リ、國際私法、刑法、訴訟法等ニ關スルノ章六十條ヨリナル條約案ヲ議決一八七〇年調印。ソノ後 Uruguay, Guatemala ニ加盟調印シタガ不實施ニ終ル。

(註) コノリマ會議ノリマ條約ハ實施ナレズニ終ツタ。ソコデ次ノ會議ガ行ハレタ(註終)

(2) Montevideo 會議

一八八〇年 Argentine 及び Uruguay ノ發議ニ基キ Uruguay, Montevideo, Argentina, Uruguay, Bolivia, Brazil, Chile, Paraguay, Peru 等ノ代表者ガ集リ國際私法、商法、刑法、訴訟法、著作權、商標權、特許權等ニ關スル條約案ヲ議決シヌラナル及ビナリ。ガ國際民法及ビ刑法ニ關スル條約ニ調印

セガリシヲ除キコレニ調印シ、ソノ中諸國ハ批准シタ。

(註) コレガ調印サレ數國ガ批准シトニカク數國テハ行ハレテキル。コレガ聯合條約成立ノ第一デアル。(註終)

(3) 汎米會議 Pan-American Conference. ニ於ケル國際私法ノ統一事業

- (註) 南米ノ會議ハ汎米會議ノ副催ニヨリ全アメリカ的デアツタ(註終)。
- (1) 一八九〇年ワシントンニ於ケル第一回汎米會議
- (註) 米大座ニオケル社会至府行政上ノ諸問題ヲ研究シ國際法モソノ一部トナツタ(註終)
- (2) 條約案ノ準備
- (3) 一八二八年ハバニニ於ケル第六回汎米會議ニ於ケル *Code Bustamante* ノ成立。

Bustamente、*Havana* 大学、教授兼法院判事ヲアツタ。コ
、*Code Bustamente* 一 國際私法、商法、刑法、訴訟等全文四三
七條

(註) 批准國 — *Argentina, Bolivia, Brazil, Cuba, Panama,*
Haiti, Venezuela, Costa Rica, Ecuador, Guatemala,
Mexico, Nicaragua, Peru, Salvador.

齊藤武生 國際私法ニ關スルスマンテ法典トシ、正文一法學論叢
二三卷一ニ、頁)

Bismonte; Project de Code de Droit international
privé ノムル (國家學會雜誌四。卷一。号紹介)

江川 第六回汎米會議ニ於テ成立セル國際私法々典 (國家學會雜
誌四三卷一) 号)

(註) 以上、多ク、國が批准シタ。米國ハ関与ハシテナク憲法上ノ

向願 (中央政府ニ條約締結權ナシ) 加入セズニ終ツタ。中米、南
米、統一法ニ終ツタ。

コレハ他大十モ、デ、真ノ意味ノ國際私法ヲナク刑法や訴訟法ニ
モ及ンデナル。コレが加入國向ノ統一テアル。

但シ多クノ点ニ付テ留保ガ認メラレソレハ統一サレテナクイテアル
ル。

根本向願トシテ屬人法ニ關スル事項ニ付南米デ住所地法主義ガ多
カツタガ本國法主義ノ國モアリコノ点ニ因ツタ。

ソコデ結局コノ法典ハ勝手ノ主義ヲトレルトイフ事デアツタ。故
ニコノ根本点ハ不統一デハアルが兎ニ角カ、ル統一法が行ハレ、參

加國向テアル程度迄統一トイフコトが實現シタ。コレが南米ニ於ケ
ル統一テアル (註終)。

四、海牙國際會議

(註) ヨーロッパ大陸ヲモ統一ハ行ハレ *Mansini* ノ生存中ハ成立シ
ナカツタガ、オランダ政府ハコレヲ受継イデハーグデ會議ガ開ガレ
タ。外務大臣 *Raden* ノ努力ニヨルモノデアル。(註終)

(1) *Raden* ノ努力
(2) 海牙會議ノ開催

- (イ) 第一回會議 一八九三年
 - (ロ) 第二回 一八九四年
 - (ハ) 第三回 一九〇〇年
 - (ニ) 第四回 一九〇四年
 - (ホ) 第五回 一九二五年
 - (ヘ) 第六回 一九二八年
- 前後六回開カレ或点ニ付テ條約ガ出来タ。ソノ條約ハ次ノニツデア
ル。

(3) 海牙會議ノ成果

- (イ) 婚姻ニ関スル法律ノ抵触ヲ規定セル條約(一九〇二年)
批准國—— 独逸、ダンケツヒ、匈、伊、リユクセンブルク、和、波、葡、
葡、葡、ルーマニア、瑞典、佛(脱退一九一三年)、白(脱退一九一八年)瑞西(一
九一九年)、独(脱退一九三三年)、瑞典(脱退一九三四年)
- (ロ) 未成年者ノ後見ニ関スル條約(一九〇二年)
批准國—— 独、白、ダンケツヒ、匈、伊、リユクセンブルク、和、波、
葡、ルーマニア、瑞典、瑞西、佛(脱退一九一三年)
- (ハ) 民事訴訟ニ関スル條約(一九〇五年)
批准國—— 独、匈、白、丁、ダンケツヒ、西、エストニア、フィンラン
- (ニ) 離婚並ニ別居ニ関スル法律並ニ裁判管轄ノ抵触ヲ規定スル條約(一
九〇二年)
批准國—— ダンケツヒ、匈、伊、リユクセンブルク、和、波、葡、
ルーマニア、佛(脱退一九三一年)、白(脱退一九一八年)瑞西(一
九一九年)、独(脱退一九三三年)、瑞典(脱退一九三四年)

ド、佛、匈、伊、レトニア、リユクセンブルグ、ノールウエー、和、波、葡、ルーマニア、露、瑞典、瑞西、チエコスロヴァキヤ、ユーゴスラヴィア、

(米) 夫婦ノ身分上並ニ財産上ニ及ボス婚姻ノ效果ニ関スル法律ノ牴牾ヲ規定セル條約(一九〇五年)

批准國——ダンケツヒ、伊、和、波、葡、ルーマニア、瑞典、佛(脱退一九一〇年)白(脱退一九二二年)

(ハ) 禁治産並ニコレニ類似ノ保護手段ニ関スル條約(一九〇五年)批准國——独、ダンケツヒ、匈、伊、和、波、葡、ルーマニア、瑞典、佛(脱退一九一六年)

(註) 以上六條約デソレゾレ歐洲大陸ノ各國ガ加入シ現在モ行ハレテ中ル統一法デアル。又ソノ補充改正法案モ行ハレテキル。ソ、他相統

破産ニ関スル法典モ行ハレテキル。然ルニ諸種ノ理由カラ次第ニ有力國ガ脱退スルニ至リ、又ソレハ

婚姻ニ関スル問題ニ付テ脱退、ベルギー間デ條約解釋ニ付テ意見ヲ異ニシタノデ、佛先ツ脱退シ、民訴以外ハスベテ脱退シベルギーコレニ倣ツタ。斯ク始メハ景氣ガヨカツタガソノ後振ハナイ。今日デハヘーグ會議ハ失敗シタ事ニツテキル。震運ニ頻シ一九二八年以來府カレテキナイ。將來別ノ新シイ遣り方デ恐ラクヤリ直サネバナルマイ。(註終)

(4) 海牙會議ト日本

(註) 日本ハ勿論出テキナイ、途中カラ代表者ヲ出シテキルガ、元來ヨロツパ會議トノ入レナカツタガ *Wahen* ノ努力デ代表者ダケハ送レタガーツモ加入シテハキナイ。

五、スカンディナヴィア諸國ノ國際私法統一事業——*Union Scandinave* 國際私法ノ統一ニ関スル條約——一九三一年批准

- (1) 婚姻、(2) 養子、(3) 後見、(4) 一般規定

批准國——デンマーク、フィンランド、イスラランド、ノールウエイ、スエーデン

(註) スカンディナヴィア地方ハ大体住所地主義ノ他地方ト異ル
ノデコ、ダケノ統一法ヲ作ラントシタノデアル。
米大陸デハ凡テノ事項ニツキ統一的デアルガヨローロッパデハ何々
ノ点ニ付テ規定スル方法デアル。例ヘバ婚姻トカ未成年トカ。
以上カ国際会議デ今日デハ以上ノ如ク失敗シテキルガ将来ハ統一
條約ガ行ハレルデアラウシ、又行ハレナケレバナナイト考ヘル。
以上テ統一運動ノ事ヲ了ヘ次ニ国籍ノ問題ニ移ル。(註終)

本論

第一編 国籍及び住所

第一章 国籍總説

Flournoy and Hudson, Nationality laws of various countries as contained in constitutions, statutes and treaties. 1929

一、国籍ノ意義

(註) 元来国籍ノ得喪ノ向類ハ国際私法ニ属サヌガ属人法トシテ本国法ヲ決定スル為ニハ、ヤハリ国籍ノ向類ヲ決定セネバナナイノデア

ル。(反對説モアルカ)

コ、デハ国籍ノ抵触ノ發生ヲ研究スル為ニ得表ノ事モ日本ノ国籍法ヲ中心ニシテ簡單ニ述ベル。国籍トハ要スルニ人ヲ國家ニ從屬ニシメル關係ヲ国籍ヲ有スル者ハソノ國ノ人民トカ國民トカハレ
ル。日本ノ国籍ヲ有スルノガ日本人ナル(註終)

二、國際法上ニ於ケル国籍ノ得喪ニ關スル原則。

(1) 国籍ノ得喪ニ關スル問題ハ國內管轄事項

(註) 如何ナル人ガ日本人ナルカハ日本ノ法律ニヨリテ決マル。一國ノ国籍ヲ有スルカ否カハ各國同様ニ決ムルトイフコト、即チ國內管轄事項ナルト云フコトガ國際法上ノ原則ナル。国籍ニ適スル理由ニヨル。

封建時代ニハ生地主義アリ(英國)、大陸ヲハローマ法以來血統主義ナル。又人口ノ少シ土地ヲハ生地主義ヲ政策上トルノガ普通ナル。南米諸國、オーストラリアハソレナル。反之人口密ナ

ル國ハ血統主義ガ行ハレル。ソノ國テモ血統主義ニ生地主義ガ加味サレル所モアル。佛ハ血統主義ニ基ク生地主義ガ加味サレテキル。又國防上ノ見地カラメ決定サレ帰化ノ條件、国籍離脱ト兵役義務終了ノ關係ノ如シ。英國ハ十九世紀始メニ国籍離脱ヲ米國ト争ツタ。ソレハ海員ノ米國帰化ノ為ニ海上覇權ニ脅威ヲ來シツカラナル。要スルニ國內管轄事項ナルヲ原則トスル。

ソノ結果国籍ノ抵觸ガ生ズル。一人デニツ有スル時ト一ツモ有サナイ時ナル。

然シ国籍ノ抵觸ハ理想的ニハナルベク少クセネバナラナイ。ソレハ國內法ノ制定ニヨリ防止スルコトガ必要アリ、又ソレニヨリアル程度迄避ケ得ル。例ヘバ出生ニヨル取得ノ時ハ別トシ、出生後ノ帰化トカ婚姻ノ時ハ旧国籍ヲ失ハネバ新国籍ヲ得サセズ、又新国籍ヲ得タラ旧国籍ハ失ツタコトニスレバヨイ。
日本デモコノ点ニ意ヲ用ヒニ重国籍ヤ無国籍ヲ防止シテキル。

次、防止方法ハ條約ニヨル方法デ、一般條約トシテハ一九三〇年
聯盟主權ノ下ノ國際法典會議ニ於ケル(註終)

(2)、一九三〇年ノ國際法典會議ニ於ケル國籍問題

江川、國際法典會議ニ於テ作成セラレタル國籍ニ關スル條約(國
際法外交雜誌三十卷三号、六号)

(註)コレハ國際裁判ヲ明カニスルタメニ國際法ノ原則ヲ明ニスル為、
條約ニヨリ國際法ヲ成文化スル企テガナサレ、一九三〇年ニ第一回
が行ハレ、

(1) 國籍、(2) 國家責任、(3) 領海

ノ三問題ガ扱ハレタ、討論ノ基礎案ヲ作り各國ニ送ツタ。(註終)

(4) 國籍ノ抵觸ニ關スル條約

(イ) 二重國籍ノ或種ノ場合ニ於ケル兵役義務ニ關スル議定書
(ロ) 無國籍ノ一ツノ場合ニ關スル議定書
(ニ) 無國籍ニ關スル特別議定書

(註) ソコテ國籍ニ關スル條約ガ出來、多クノ國ガ加盟シ日本モ調印シ
タガ批准シタ國ハ多ク、實施ナレテキナイ條約デアル。
條約トシテハ

1. 國籍ノ抵觸ニ關スル條約

2. 二重國籍ノ或ル種ノ場合ニ於ケル兵役ノ義務ニ關スル議定書

3. 無國籍ノ一ツノ場合ニ關スル條約

4. 無國籍ニ關スル特別議定書

ノ四條約ガ出來タ。

國籍抵觸ニ關スル條約ニ於テモ先ヅ國籍向願ガ國內ノ管轄事項デアル事
ヲ決定シテキル(第一條)(第二條)。唯アル場合ニ抵觸ヲ少クス
ル為ニ努メテキルノデ、原則ヲ統一的ニ定メタモノデハナイ(註終)

三、國籍立法ノ理想

(註) 以上ノ如ク國籍ハ國內事項デアルガ理想トシテハ一人ハ一ツト云

(1) 國籍非強制ノ原則

フコトガ望マシイノデアル。(註終)

忠誠 (sternal loyalty) トカ、一旦臣民ヲラバ永久ニ臣民ナリ

(once a subject, always a subject) ト云ハレタ。然

シヨーロッパカラ米國ニ移住スル人が増加シテガ前、國ノ離脱ヲ認

メナカッタガ米國ハ國籍離脱ハ天賦ノ原則トナシ、英國ハ忠誠非解

消ノ原則ヲ脱キ一八六〇年以來米國ノ Berlin 大使ガ諸國ト條約

ヲ結ビコレニヨリ離脱ヲ認メ、離脱ノ自由ガ認めラレタ。今日テハ

強制シナイ新國籍ヲ取得シタラ旧國籍ハ強制シナイ事ガ原則トナツ

テキル。ソレハ理想ニ合スル。ソレハ國際法学会デモ一八九五年ノ

Cambridge 大學決議、日本國際法学会ノ決議ニモアル。(註終)

(2) 國籍唯一ノ原則

(註) コレモ國籍法ノ性質上完全ニ實現ハ出来ナイガ成ルベクニ重國

籍、無國籍ノ發生ヲ防止シ凡テノ人ハ一ツノ國籍ヲ有タネバテラヌ

ト同時ニ何入モニツノ國籍ヲ有スル事ヲ得ズト云フ事ガ國籍法ノ理

想トナツテキル。國籍ノ抵牾ノ發生ヲ防止スルノデアル。然シ完全

ニハ出来ナイ。

以上ガ國籍ノ一般向類デアル。(註終)

第二章 國籍ノ取得

第一節 生來ノ國籍取得 (概元取得 nationalite d'origine)

(註) 國籍ノ取得ハ生來ノ場合ト出生後ノ場合トガアリ前者ハ生來ノ國

籍取得ト云ハレル。后者ニハ、(1) 自由意思ニヨルトキ(歸化)、

(2) 親族法上ニヨル時(婚姻等)、(3) 國際法上ニヨル時(併合等)

等カアル。(註終)

一、出生ニヨル國籍取得ニ關スルニ主義

(1) 血統主義

ius sanguinis

(註) コレハ親ノ有シタ血統ニヨルモノヲ云フ。(註終)

(2) 生地主義

ius soli

(註) コレハアル國ニ生レタ事實ニヨルモノ。

家族制度ノ民族主義國ニハ血統主義行ハレ、封建制度國ニハ生地主義カ行ハレル。但シ今日ハ純粹ナ主義ハナク、両方ヲ折衷シテナル主義ガ一層多イ。

1、純粹ナ血統主義

2、純粹ナ生地主義

3、生地主義ヲ加味シタ血統主義

4、血統主義ヲ加味シタ生地主義

1、日本モ比較的純粹ナ血統主義ナル。独、墺モコレニ近イ。但シ獨モ一聯盟ニ生レタモノハ反對ノ証明アレハ然ラズ。日本テモ捨兒ハ例外ニナル。

2、生地主義ハ殊ニ南米デハ原則トサレテキル。但シ内國人ガ外國テ生ンダ小供ヤソノ他例外ハアル。純然タル生地主義ハ封建制度ト共ニ跡ヲ絶ツタノデアル。

3、生地主義ヲ加味スル血統主義ハ佛、白ナドデアリ、日本モサウ云ヘル。親ガ自國籍ハ有サクテモ自國テ生レタ者ヤ深イ關係アル者ニハ自國籍ヲ與ヘル。加味ノ程度ニハ色々アリ、佛ノ如キハ比較的生地主義ガ多クナツテキル。佛テ生レ父母ノ一方ガ佛人ノ時(ニ代ノ佛人)ニハ佛ノ國籍ヲトラセル。

4、血統主義ヲ加味スル生地主義ニハ南米諸國アリ、國內テ生レタモノデモ或ル條件ノ下ニ父母ノ國籍ヲ取得サセル。英國モ生地主義ガ成年ニ達シタ時ニアル條件ノ下ニ父母ノ國籍ヲ請求スル事ヲ認メテキル。

以上ノ如クデアルカラ國籍抵觸ガ起ル。(註終)

二、血統主義ニヨル國籍ノ取得

(註) 日本ハ血統主義ナルガ、男テハ父母何レクニ付テハ理論上父母
両方ノ子ナルカラ父母ガ國籍ヲ異ニスルナラ選擇サルベシト、說
アルモ普通ハ父、國籍ニツカセル。(註終)

(1)、父、血統ニヨル場合

(イ)、出生當時ニ於ケル父ノ國籍ヲ取得スル場合——國籍法一條

(ロ)、父、死亡當時ニ於ケル父ノ國籍ヲ取得スル場合——國籍法一條

(ハ)、懐胎當時ニ於ケル父ノ國籍ヲ取得スル場合——國籍法一條

(註) 日本テハ夫婦一代ノ原則ガ行ハレ外國ノ女モ日本ノ男ト結婚スレ
バ日本人ニナルガ、國籍法十三條二項ノ例外ノ時ニノミ問題ニナル
ガ原則ハ父ノ血統ニヨル

然ラハ懐胎カラ生出迄ノ如何ナル時期ノ父ノ血統ニヨルカ
理論上ハ懐胎ノ時ノ父トスルガ血統主義上當然ナルガコレガ決
定ハ困難ナルカラ子ノ出生當時ノ父トナル

(2)、母、血統ニヨル場合

(イ)、父ノ知レザル場合——國籍法三條

(ロ)、父カ無國籍ナル場合——國籍法三條

(註) ヲク父ノ血統ニヨルノガ原則ナルガ、コレニヨリ母ヲ時ハ母ノ
血統ニヨル。民法第三條ガコレヲ決定スル。第三條ハ懐胎時ニヨル
ノナル

第二條第二項、第三條、

以上カ血統ニヨル場合ナル(註終)

三、生地主義ニヨル國籍ノ取得——國籍法四條、戶籍法七八條

(1)、父母ガ知レザル場合

(2)、父母ガ無國籍ナル場合

(註) 次ニ日本ノ國籍法ニ加味サレタ生地主義ヲ述ベル

唯父ノ死シタ時ハ出生當時ト云フ事ハタイカラ死亡當時ト云フ
事ニナル。國籍法第一條カ定メル。(註終)

コレハ(1)、父母が知レナイ時、(2)、父母ニ国籍ナキ時、ニハ血統主義ヲ貫クト無国籍者ヲ生ズルノデ、コレヲ防グ為ニ例外ヲ認メタノデアル。

先ヅ(1)、父母共ニ知ラレザル時、ハ独、伊、白、国籍法ニモ規定ガアルガ、日本デハ日本デ生レタ子ノ父トシテ推定規定ハオカナイ(第四條)。故ニ日本デ生レタ事ガ証明ハレバナラナイ様ニ見エルガ実ハ推定規定ガアルト同様ニ解決スルハガ妥当デアルト一搬ニ云ハレテキル。

一九三、年ノ條約一四條ノ規定モ父母ノ知レザル子ハ出生地ニヨルトシ、捨子ハ反証アル迄ハソノ國デ生レタモノト看做ストノ推定規定ヲオイテキル。(註終)

(2)、父母ガ分ツテモ無国籍ノ時、モ日本ノ国籍ニヨルト日本ノ国籍ヲ取得スル條約ノ規定モコレヲ認メテキル。以上ガ生來ノ国籍取得デアリ、ニ重国籍ハ妨グ得ナイ、無国籍ハ

防止シ得ルカ根本的ニ抵触ハ致シ方カナシ。又同一主義デモ程度如何ニヨリ抵触ガ起ル外ナシ。(註終)

第二節 傳來ノ国籍取得

第一款 親族法上ノ原因ニヨル国籍ノ取得

一、婚姻

実方正雄、婚姻ト妻ノ国籍(法学校会雜誌四九卷八号、九号五〇卷五号)

(1)、婚姻ト妻ノ国籍トノ關係一聞スルニ主義反ビ最近ノ傾向

(2)、我ガ國籍法ノ主義——國籍法第五條一号

(註)妻トナル者ガ夫ノ国籍ヲ取得スルカ否カノ向類デアル。妻ノ国籍ニ付テハニ主義ガアル。

人、家族一本主義——婚姻セバ当然夫ノ国籍ニナル。

2. 男女平等主義——婚姻シテモ当然ニハ妻ハ夫ノ国籍ヲ取得セヌトナス主義

從來ハ家族一体主義ガ認めラレタガ次第ニ女子ノ法律上ノ地位ガ主張サレ男女同權トシテ事ガ国籍立法ニ現レ、婚姻シテモ当然ノ国籍ヲ取得セズ從來ノ国籍ヲ保持トシテ事ガ次第ニ近代ノ傾向ニナツテキル。一九二二年ノ米ノ国籍法、一九二七年ノ佛改正法、南米諸國・ロシア等テハ下位主義デアル。

現行国籍法ハ家族一体主義ヲ婚姻スレバ當然夫ノ国籍ヲ取得スル。上述ノ法典會議テハ本問題ハ結局決ラズ、第八條ハ消極的規定ヲオイメニ止マル。即チ男女平等主義ヲトルト他國ノ男ト自國ノ女トガ結婚シテモ国籍ヲ失ハナイガ、家族一体主義ナラ当然夫ノ夫ノ本國法ニヨルト妻ハ取得シナイ場合ニハ無国籍ニナル、ソコテ妻ノ本國法ハ妻ガ夫ノ国籍ヲ取得スル事ヲ條件トスル場合ニ限ルト云フ規定ヲオイタノデアル。

コノヘーグノ會議テハ婦人団体ノ運動モアリ平等主義ガ主張サレタ。

唯日本ノ現行法テハ家族一体主義ヲ男女平等主義ハ認めラレナイ即チ外國ノ女ハ当然日本ノ国籍ヲ取得スル。故ニ女ノ本國法ガ平等主義ヲトツテキルトスルトニ重国籍者ニナルガ、日本ノ現行法トシテハ当然取得スルノハ己ムヲ得ナイ。国籍ノ積極的抵觸ガ発生スル余地ガアル。コレガ国籍法第五條第一號デアル(註終)

二、入夫婚姻——国籍法五條ニシテ外國人ヲ養子又ハ入夫ト為スノ法律(明治三一年七月一日法律第一一號)

(註)コレハ第五條第二号デアル。

入夫婚姻ソノモノノ目的カラ、又日本ノ家族制度上当然デアアル。コレハ明治三一年ノ特別條約ニヨリ内務大臣ノ許可ヲ要スル事ニナリ、條件ニツテ認めテキル(十年以上上位ムトト、品行端正ナル事)三、養子縁組——国籍法第五條四号、外國人ヲ養子又ハ入夫トナスノ

(註) 養子縁組と同様第五條第四号ハ上ト同一條件ヲ定メテキル。養子ノ国籍カ変更スルコトヲ認メル主義ト認メナイ主義トガアル。独、佛、日ハ後者、日本、ポーランドハ前者ナル。

條約十七條モコレヲ規定シテキル。婚姻ト同様無国籍ヲ防止スル為ニ養子ノ国籍ヲ失ハシメルニハ養親ノ国籍ヲ取得スル事ヲ條件トシテキルノデアル。反之日本デハ前国籍ヲ失フト否トニ拘ラズ取得サセルカラ抵觸ヲ生ズルノデアル。(註終)

四、認 知 ——— 国籍法五條

認 知ニヨル哉が国籍取得ノ要件 ——— 国籍法六條

- (1) 私生子ガソノ本國法ニヨツテ未成年者ナルコト
- (2) 私生子ガ外國人ノ妻ニアラザルコト
- (3) 父母ノ中先ヅ認知ヲ為シタル者ガ日本人ナルコト
- (4) 父母ガ同時ニ認知ヲ為シタル時ハ父ガ日本人ナルコト

(註) 国籍法第五條ニ規定サレテキルガ第六條ニハソノ條件ヲ定メテキル。

1. 私生子ガソノ本國法ニヨル未成年者ナルコト
 又私生子ガ外國人ノ妻ニ非ザルコト
 3. 父母ノ中先ヅ認知シタル者ガ日本人ナルコト
 4. 父母ガ同時ニ認知シタル時ハ父ガ日本人ナルコト
 4. ツテアル。コレヲ説明スルト

(1) 私生子ガソノ本國法ニヨリ未成年者ナルコト、未成年ノ時ハ、
 第一〇條ニヨリ帰化シ得ルカラデアル。
 (2) 私生子ガ外國人ノ妻ニ非ルコト、外國人ノ妻ナラズ張リ取得シ
 ナイ。

(3) 父母ノ中先ヅ認知シタル者ガ日本人ナルコト
 (4) 父母ガ同時ニ認知シタル時ハ父ガ日本人ナルコト。同時ノ時ハ父
 ヲ優先セシメル。先ニスレバ母ニモ認メル。コレハ父ノ血統主

義ヲトル日本ノ國籍法ト調和シナイ。

同時ナクテモ父ニ優先權ヲ認メル伊、和ノ國籍法モアル。

以上ガ親族法ニヨル國籍ノ取得ナル。(註終)

第二款 自由意思ニヨル國籍ノ取得 歸化

一、歸化ノ意義

(註) 歸化トハ個人ノ出願ニ對シ國家ノ許可ニヨリ成立スル行政處分ナル。

アル。許可ノ義務ハナイ、コレガ日本ノ主義ナル。

米國ハ歸化權ヲ認メ一定ノ條件ガアレバ歸化ヲ許可セネバナラナ

イガ、日本テハ行政處分ナラズ國家ノ自由ナル。(註終)

二、歸化ノ條件

(註) 何レノ國デモ歸化ニハ條件ヲ定メテキル、米國テハ自由人タル白

入ニ限ラレタガ、次デ黒人モ市民ニナツタノデ一八七〇年ニ歸化ニ

關スル規定ハ白人、黒人及ビソノ子孫ニ適用シタ。一八八〇年頃ニ

支那人排斥運動ガ起リソノ法律ガ出表テ歸化權ヲ奪ハレタ。

一九〇六年ノ歸化法ハ八種、宗敎ニヨル差別ヲ設ケテキナイ。日
本人ニ付テハ支那人ノ様ナ英文ハナイ。明文上ハ歸化ハ可能ナル
ガ、米國ノ裁判所ハ白人及ビ黒人及ビソノ子孫タル外國人ニ限ルト
云ヒ、日本人モ支那人同様歸化不能トシテキル。現在テハ日本人ノ
歸化權ハナク、人種ニヨリ特別ノ取扱ガ為サレテキルノナル。

日本ノ條件ハ國籍法七條ニ定メテアル。(註終)

(1) 普通ノ場合 國籍法七條

(1) 引續キ五年以上日本ニ住所ヲ有スルコト

(2) 滿二十年以上ニシテ本國法ニヨリ能カラ有スルコト

(3) 品行端正ナルコト

(4) 獨立ノ生計ヲ営ムニ足ルベキ資産又ハ技能アルコト

(5) 國籍ヲ有セズ又ハ日本ノ國籍ノ取得ニヨリ其ノ國籍ヲ失フベキ事

(註) (1)ハ二重國籍ヲ防グ為ナル。コレハ普通歸化デ、第八條ハ特別
歸化ナル。(註終)

(2) 外國人ノ妻ノ歸化

(註) 妻ハ夫ト共ニセネバナラナイ。夫ト共ニスルノデハナク妻ノミノ歸化ノ時ノ事ナル。又、特別ノ場合ニ條件ガ輕減サレル。(註終)

(3) 特別ノ場合——國籍法八條

(1) 引続キ五年以上日本ニ住所ヲ有スルコトヲ要セガル場合——現ニ日本ニ住所ヲ有シ且ツ引續キ三年以上日本ニ住所ヲ有スル場合——國籍法九條

(i) 父又ハ母ノ日本人タリシ者

(ii) 妻ノ日本人タリシ者

(iii) 日本ニ於テ生レタル者——日本ニ於テ生レタル者ノ父又ハ母ガ日本ニ於テ生レタル者ナル時ハ引續キ三年以上日本ニ住所ヲ有スルコトノ条件ヲ必要トシナイ。

(iv) 引續キ十年以上日本ニ住所ヲ有スル者

(註) 普通ノ外國人ヨリモ日本ト關係ノ深イ人ハ條件ガ輕クナル。

第九條第二項參照(註終)

(ロ) 現ニ日本ニ住所ヲ有シ品行端正ナルコト及ビ國籍ヲ有セズ又ハ、日本ノ國籍ノ取得ニヨツテ其ノ國籍ヲ失フベキコトノ條件ヲ以テ足ル場合——父又ハ母ガ日本人ナル場合——國籍法一〇條

(註) コノ場合ニハ、コレガケノ條件ヲ定リルノテアル。(註終)

(イ) 國籍法第七條ノ條件ヲ何等具備セズシテ歸化シ得ル場合——日本ニ特別ノ功勞アル外國人——大歸化 *grand naturalization*

國籍法一一條

(註) コレハ全然條件ヲ要シナイ場合ヲ大歸化ト云ハレル。内務大臣カラ勅裁ヲ得ル。第十一條參照(註終)

三、歸化ノ效力

(1) 本人ニ及ボス效力——國籍法十六條

(註) 效力ハ官報ニ發表シテカラナイト對抗シ得ナイ。(第十二條) 效力發生ハ内務大臣ノ許可ガアツタ時デアルガ官報ニ告示ナキ時ハ

對抗力がない(註終)

(2) 妻ニ及ボス效力——國籍法十三條、十四條

(註) 妻ハ当然夫ニ從フ。第十三條第二項ハ反對ノ規定アル時ハ此ノ限リニ非ズトシテキルガ、コノ反對ノ規定トイフコトノ意味ハ明ラカデナイガ妻ノ國籍ヲ失ハシメ、又外國ノ規定アル時ヲ意味スルト考ヘル。然ラザレバ二重國籍ニナルカラデアル。

然シ日本ガ家族一體主義(國籍法五條)ヲトツテキルノト第十三條ニ項トハ調和シナイ。婚姻シタ時ハ當然二重國籍ニナリ得ル。歸化シタ時ニノミ防止スル為ニ夫婦ノ國籍ヲ別ニスルコトヲ考ヘテキルノハ調和シテキナイ。

殊ニ日本民族ト合致シナイ外國人ハ日本ノ國籍ニ入レルカ否カト云フ様ナ回顧ガ起ル。第十三條ニ項カラハ日本人ノ妻デアリ而モ日本入テナイ場合ガ出テ來ルノデアル。唯第十四條ヲ簡單ニ歸化ヲナシ得ルコトニシテキル(註終)

(3) 子ニ及ボス效力——國籍法十五條

(註) 親ガ歸化シテモ成年ノ子ニハ效力ヲ及ボサナイ。未成年ノ子ニ付テハ

(1) 当然及ブトナスモノ(多數國)

(2) 及バナイトナスモノ

(3) 選択セシメルモノ(成年ニ達シタ後)

日本ノ國籍法第十五條ハ当然取得主義ヲトル。唯二重國籍ノ発生ヲ防止スルタメ第二項ハ本國法ニ反對規定アル時——即チ本國法ニヨレバ本國ノ國籍ヲ失ツタ時ハ日本ノ國籍ヲ取得シナイトシテキル。條約第十三條。(註終)

(4) 效力発生ノ時期——國籍法十二條

(註) 以上ガ歸化ノ效力デアルガ、ソノ他歸化入ニハ權利ヲ制限シ重要ナ地位ニツカセナイ。

第十六條ニハ國務大臣トカソ、他重要地位ニツキ得ザルコトトシ

テキル。但シ大帰化ノ場合ハ勅諭ヲヘテ解除シ得ル。
以上ノ外國籍法ニヨル取得トイフ場合ガアル。コレハ國籍法ノ規
定スル所デハナイ。

憲法十八條ハ法律ニヨリテノミ日本臣民タルコトトシテキルガ、
ソノ外ニ條約大推ニヨル條約ニヨリ國籍ヲ取得シ得ルノナル。領
土併合トカ割讓トカノ場合ニハ取得スル(台湾、朝鮮)。大戦後ニ
モ此ノ例ハ多カツタ。コレモ國籍取得ノ一態様デアルガ國際法ニ讓
ル。(註終)

第三章 國籍ノ喪失

第一節 國籍喪失ノ時期

(註)コレニモ色々原因ガアル。取得ノ反面トシテ種々アル外ニ、

1. 國際法ニヨル喪失

又、利奪ニヨル喪失

コレハ外國ノ軍隊ニ入ツタトカ官職ニツイタトカ長ク外國ニキテ
本國ノ命令ニ服サナイ時トカ自國ノ利益ニ反シテ外國ノ利益ヲ因
ツタ等ノ刑罰トシテ行ハレル。日本ニハナイ。

先ツ親族法上ノ原因ニヨルモノヲシラベル。(註終)

一、婚姻

(1) 家族一体主義ト男女不平等主義

(2) 明治六年布告第一〇三條

(3) 現行法——國籍法一八條

(註)外國人ト結婚シタ日本ノ女デアル。古クハ当然日本ノ國籍ヲ失ツ
タ事トシテキタガ、然レニ夫ノ國籍ヲ取得シナイ場合ニハ無國籍ニ
ナルノデ大正五年ニ國籍法ヲ改正シタ。ソレニヨルト夫ノ國籍ヲ取
得セバ日本ノ國籍ヲ取得スルノナル。(註終)

二、離婚及ビ離縁——國籍法一七條、二四條、

(註) コノ場合ニモ日本ノ國籍ヲ失フガ國籍法第二四條ニヨリ男子十七才以上ノ者ハ兵役ヲ許マシテキナケレバナラヌ事ニナツテナル(註終)

三、認 知——國籍法二三條

(註) コノ場合ニモ失フ、

以上ガ親族法上ノ原因ニヨル場合デアル、

次ニ任意的喪失ヲ述ベル(註終)

四、歸 化——國籍法二〇條、二四條、

(註) 從來ハ歸化ト同様歸化ニヨル離脱モ認メラレテカソク、

第二〇條ニヨリ外國ニ歸化スレバ当然日本ノ國籍ヲ失フガ、天孫

リ第二四條ノ條件ガアル、

又大正五年、十三年ニ米國トノ關係ニ於テ特別ニ離脱ト云フ制度

ガ特別ニアル、次ニ述ベル。(註終)

五、離 脱

(1)、離脱ノ意義

(註) 從來ノ日本ノ國籍法ニヨルト、外國ニ移住シツノ國ニ歸化シテ、

外國ノ國籍ヲ取得スレバ日本ノ國籍ヲ失フ。又外國人ト婚姻シ、

養子縁組シ外國ノ國籍ヲ取得スレバ日本ノ國籍ヲ失フ(親族法上ノ

原因)

以上ノ如キ喪失以外ニ日本ノ國籍ヲ脱スル事ハ認メラレテカソク、

故ニ生地主義國ニ生レソノ國ノ國籍ヲ取得シタ者ハ日本ノ國籍ヲ脱

スル方法ナク、二重國籍者ニナツタ、例ハバ米國(生地主義)ニ生

レタ日本人ハ当然米國ノ國籍ヲ取得スルガ、日本ハ血統主義デアリ

双方ヲ同時ニ取得シ、而モカ、ル場合ニ付テハ日本ノ國籍法上日本

ノ國籍ヲ脱シ得テカソク、コレデハ二重國籍者ガ多クナル。ソコデ

コレヲ防カタメニ認メラレタノガ國籍ノ離脱デアル。

コレハ大正五年ニ至リ始メテ認メラレタ(註終)。

(2)、大正五年法律第二七号ニヨル改正 改正法第二〇條ノ二、同二四條

(註) ソレハ要スルニ重国籍ヲナクサフ事ニ基ク。殊ニ米國ニ住ム日本人中日本ノ国籍ヲ脱スル方法ガ認めラレナイト困ルトイフ要求ガ強カツタ。何故ナラバ以上ノ如ク血統主義ノ者ガ米國ノ国籍ヲ有チ血統主義ノ国籍ヲ失ハナイト米國市民トシテ完全ナ市民権ヲ享有セシムルコトハ危険デアルト称セラレタノデアアル。

元來ナラバ米國法律ヲ若シ日本ニ帰化ガ許サレルナラバ帰化シテ帰化人カラ生レルト米國国籍シカ有リタイ。然ルニ米國ハ前述ノ如ク日本人支那人ハ帰化出來ナイ。ソコデニ重国籍ニナル、カカル者ニ日本ノ国籍ヲ保有セシムル必要ハナク、寧ロ日本國籍ヲ失ハシメ完全ニ米人ト認めル方ガヨイトイフノ理由デ、コレガ米國太平洋海岸ノ日本人ニ強ク主張サレコレニ基キ日本テモ法律ヲ改正シタ。大正五年法律第二七号ニヨル改正デアアル。

同法律第二〇條ノニ第一項——内務大臣ノ許可ヲ得テ日本ノ国籍ヲ離脱スル。

全上、第二項——十五才未満ノ者ト以上ノ者、即チ子供デモ離脱出未ル。

全上、第三項——継母又ハ後見人ハ親族会ノ同意全上、第四項

(3) コレヲ始メテ国籍離脱トイフ制度ガ認めラレヌ(註終)

(1) 大正十三年法律第一九号ニヨル改正
勅令ヲ以テ指定スル外國ニ於テ生レタルニヨリテ其ノ國ノ国籍ヲ取得シタル者ノ離脱——国籍法ニ〇條ノニ、国籍法第二〇條ノニ第一項ノ規定ニヨリ外國ヲ指定スルノ件ハ大正一三年一月一七日勅令ニ六二号ノ国籍法施行規則ニ條、三條、昭和一一年五月二八日勅令七九号

(2) 勅令ヲ以テ指定スル以外ノ國ニ生レタルニヨリ其ノ國ノ国籍ヲ取得シタル者ノ離脱——国籍法ニ〇條ノ三、国籍法施行規則三條(註) 然ルニ大正五年ノ法ハ極メテ不徹底デアアル。

人 本分ノ制限ニ付キニ〇條ノニヲオイタガ、コレニモニ四條ノ制
 限ガアル、即チ十七才以上ニナルト第二四條ニヨリ現役ノ陸海軍
 ニ服サネバナラナイ、徳兵ノ關係カラ實際ニ離脱ハ出来ナイ
 大正五年ニ十七才ノ者ニニ四條ニヨリ兵役ヲ了ヘナイト離脱出来
 ナイ、自分ノ判断ヲ離脱シテモ(十五才以上)十七才ニナルト
 モ早出来ナクナル、

2、又コノ点ニ付キ米國ノ排日論者ニ云ハセルト、十五才迄ハ父母
 ノ自由ニ為シ得ルガ十五才以上ニナルト自ら国籍ヲ離脱ヲ申請シ
 得ナイ、ハ不合理デ、ソレガ兵役ノ義務、為ナラ益々不合理デア
 ルト彼等ハ林ヘタ。カクテ實際上ノ效果ハ上ラナクナツタ。
 3、又内務大臣ノ許可ニカ、ラシメテ脱籍ノ自由ガコレニ左右サレ
 ル、ソコチ矢張り米國ノ排日論者ニ云ハセルト、カ、ル日本人ノ
 子ニ市民權ヲ与ヘルノハ危險ト云ツタ。
 カノテ本末ノ目的ヲ違シ得ヌノデコレヲ徹底サセル要求ガ出テ現行

法ノ如ク改正サレタ。コレが大正十三年ノ改正法デアル。

コレニヨルト国籍離脱ノ場合ニツノグル一ノ令ケ、一ハ許可ヲ
 要セズ当然離脱シウル者デ、他ハ大正五年同條許可ヲ要スル、ソレ
 ハ出生地如何ニヨリ分ケタ。最モ日本移民ガ多ク(米國ノ如ク)コ
 ノ必要ノ場所デハ許可ナク離脱シ得ルガ、他ノ國デハ内務大臣ノ
 許可ヲ要スル。カクニツニ分ケタ。

(1) 人 先ヅ無届ニヨル離脱ハ現行法ニ、條ノ二第一項
 国籍法第二〇條ノ二第一項ノ規定ニヨリ外國ヲ指定スルノ件(大
 正十三年一月一七日勅令ニ六二号)

コレハ昭和一年改正サレテメキシコガ加ヘラレタ。
 勿論留保ヲスレバ日本国籍ヲ有シニ重国籍者ニナル。留保ヒマ
 ト当然外國人ニナル。コレヲ自動的国籍離脱トイフ。
 2、次ニ内務大臣ノ許可ヲ要セズシテ離脱シウル者ガ同法第二〇條
 ノ二第二項ニ規定シテアル、

即ち留保スルト日本国籍ヲ取得スルガ後ヲニ重国籍ヲ不可トシ、日本ノ国籍ヲ捨テル時ニハ許可ナクシテ離脱シ得ル。

又勅令ニヨリ指定サレタ國ヲ生レナクテモソノ國ノ国籍ヲ取得スル場所ニモコレヲ認メタ、住所サヘアレバ離脱シ得ル（許可ナクシテ）、施行規則第二條第三項ニ規定シテアル。コレハ届出サハスレバヨク許可ハイライナイ。

以上が許可ヲ要セズ離脱シ得ル場合デアル。

(ロ) 次ハ大正五年ノ改正法同様許可ヲ要スル場合ヲ第二〇條ノ三ニ規定サレル。手続ハ施行法第四條ノ二ニ規定シテアル。第六條モ参照セヨ（效力發生期）

コノ許可主義ニヨル離脱ハ大正五年ト同様デアルガ、ソノ相違ハ大正五年ノ改正法ニヨルトニ四條ヲ兵役ヲ完了セヌト離脱出来ナイ。カツタが大正十三年改正法ハコレヲ完了セズシテ出来ル事ニシテ点デアル。テナイト折角ノ法ノ趣旨ヲ違シ得ナイカラデアル。

カ、ル場合ニハ實際外國ニ生レ離脱セントスルノハ完全ニ二重国籍者デナク、向フノ人間ニナルノデアルカラ徴兵忌避ノ心配ハナイ。ソコデニ四條ヲ省イタ、然ラザレバ實際上ノ意味ヲナサナイ。以上が許可主義ニヨル離脱ノ制度デ、離脱ヲスレバ日本ノ国籍ヲ失フノデアル。

以上が現行法ノ離脱ノ規定ヲ国籍喪失ノ重要ナ一ツノ場合デ、コレニヨリ二重国籍ノ発生ヲ防止シ得ル。勿論国籍ヲ留保スレバ二重国籍ニナル。日本ノ国籍ヲ有クタイ者ニ強イテ失ハセル必要ハナイカラ留保制度ヲ認メタノデアル（註終）

第二節 国籍喪失ノ效果

一、本人ニ對スル效果

(1)、日本人タルノ資格喪失——外國人——国籍法二四條

(註) コレハ当然ナル。日本ノ国籍ヲ脱スレバ日本人ナクナル。法律上ハ外國人ニナル。民法ノ九六四條ヲ家督相続開始原因ニナル。コレハ日本ノ戸主ハ日本人ナラシメバナラナイカラデアル。外國人ハ日本ノ戸主ニナレナイ(註終)

(2) 日本人ニ非レバ享有シ得ザル權利——民法九九〇條二項、国籍喪失者ノ權利ニ關スル件(明治三二年三月二九日法律九四條)

(註) コノ場合ニ民法九九〇條ノ適用ガアル(第一項、第二項)(註終)

二、妻及ビ子ニ對スル效果——国籍法二一條、二二條

(註) 妻ニ及ボス效果——国籍法二一條
 外國人ニナルトソノ國、国籍法ニヨリ妻及ビ子ガソノ國、国籍ヲ取得シ、日本ノ国籍ヲ失ハヌトニ重国籍ニナルカラコノ規定ヲオイタノデアル。(註終)

第四章 国籍ノ回復

一、国籍回復ノ意義

(註) コレハ以前日本ノ国籍ヲ有シテキヤ者ガ何ラカノ理由テ国籍ヲ失ツテキヤモノガ、又日本ノ国籍ヲ有シタイト云フ時テ一種ノ帰化ナルガ、普通ノ帰化ト異リ日本トノ關係ハ深イ、コレヲ国籍回復スルハ再帰化トイフ。コレニイロイロ十場合ガアル(註終)

二、国籍回復ノ場合

(1) 外國人 妻トナツタコトニヨツテ我が国籍ヲ喪失シタ者ガ国籍ヲ回復スル場合——国籍法二五條

(1) 婚姻關係ノ消滅

(2) 日本ニ住所ヲ有スルコト

(3) 内務大臣ノ許可ヲ得ルコト

(註) 日本ニ住所サヘアレバヨイノデアル(註終)

(2) 外國ニ歸化スルコトニヨリテ我が国籍ヲ喪失シタ者ガ国籍ヲ回復ス