法八三九)の如く官吏の不法行爲に對して國家の責任を問はさる國の官吏か佛蘭西の如く反對の制度を設くる國の領地に至りて職務を執行する際、他人に損害を加へたるときは日本又は獨逸政府は賠償の責に任せさるへからす。

不法行爲をなしたる地か法境以外に屬するときは不法行爲地法を適用するに由なし。例へは亞弗利加の內地に於て損害を加へたる場合の如き或は公海に沈架したる海底電線を切斷したる場合の如き孰れも法境以外なるか故に不法行爲地法律なるもの之れなけれはなり。此場合にエッチウス、フェルステルフート等は訴訟地法を適用すへしと說けとも原告か隨意に訴訟地を定むる場合には危險鮮からす(英國の判決例は訴訟地法說を採る)。サクセン法典(第十一條及第七百二條乃至第七百十條)の如きは此場合を豫想し、被害者の住所法に依るへき旨を定めたり。バールは被告の人法に依るへきも原告は其人法か認めたる以上の程度に於て要求を爲すこと能はすと說けり。バールの人法とは住所法なるや又は本國法なるや明ならされとも、若し本國法の謂ならは余は氏の說に贊成す。

兩國の境界に跨りたる不法行爲の管轄法如何。例へは甲乙二國を分割する河川の中央に船舶を停泊し之れか爲め他の船舶か進航する能はすして損害を生したるときは如何。右妨害船の一部分は甲國の領水に在り他の一部分は乙國の領水內に在るものなり。余を以て之を見るに此場合にも行爲地法を適用する能はさるへし。然らは前項に述へたる如く原告、本國法の制限內に於て被告の本國法を適用すへきものとす。

繼續犯に基因する損害は、孰れの法律の管轄に屬するや。例へは甲乙丙三國の湊港を通過して丁國に到るへき船舶內に於て其積荷を盜み取りたる場合に若し甲乙二國の法律は直接の損害のみを賠償すへきものとし、之に反して丙國の法律は間接の損害まても賠償すへきものとせは、孰れの法律に依りて問題を決定すへきや。此場合は不法行爲地なきものに非さるも(ヘルマンの如きは監禁の例を引て不法行爲地は監禁を爲したる數地なりと云へり)其結果は同一なるへきか故に前項の原則を準用すへきものとす。

損害の性質即ち財產權侵害なるや又は他の權利の侵害をも損害と見ることを得るや否の問題は一に不法行爲の成立地の法律に依りて決定せらるへし。而れと

も損害を賠償する方法は國家の生存に大關係あるか故に一に訴訟地法に依らさるへからす。左れは訴訟地に於て金錢以外に賠償の方法を許さゝるときは不法行爲地法に何等の規定あるも金錢以外の賠償を得ること能はす。右に述へたる所は孰れも故意に出てたる權利侵害即ち純然たる不法行爲の場合に係れとも所謂准不法行爲即ち過失に出てたる權利侵害の場合にも法理は則同一なりとす。而して敎科書中、往々本欵中に船舶衝突の事を説明するものあれとも余は便宜の爲め海商の章下に於て之を研究せんと欲す。

第三章　準契約に因る債權

第一節　總論

準契約に關する國際私法上の問題に付ては準契約を生したる地の法律を適用する説と當事者の意思を基本として契約上の債務と同一に看做す説との二あり。第一説は今日多數の學説並に實例の認むる所にして、第二説は羅馬法以來一般に傳唱せられたる準契約は當事者の意思の推定に依るものなりと云へる觀念に基くものなり。然れとも所謂準契約は當事者の意思に基かさることは不當利得の場合に於て最も明かに知ることを得へし。蓋し準契約に因り債務を生する所以は社會上必要と看做されたる行爲の責任を完からしめんか爲めに外ならす。例へは法定の原因なくして支拂を受けたる者は之れを支拂者に返却すへきは確實なる意思を有する者即ち法律上能力者と看做されたる者に對して社會の公益上之れを命令せさるへからす。如斯不當の利得は勿論事務の管理の如きも社會の公益を主眼として立てたる者に外ならす。然らば何か故に準契約に關する法律は國外に於て一般に認らるゝやと云ふに畢竟實際上の必要より出てたる相互主義の實行に過きす。而して當事者の意思に基くと云へる學説を主張する學者例へはローランの如きは國籍を異にせる當事者の間に限り準契約を生したる地の法律を適用すれとも國籍を同ふする當事者に對しては其本國法を適用すへしと云へり。然るに公益を基本として立論する學者は絶對的に事務管理若くは不當利得の原因を生したる地の法律を適用すへしと論せり。我法例の如き即ち是れなり。

準契約は準契約を生したる地の法律に依らさるへからさることは總論に述るか如し。故に日本人たる債務者か獨逸に於て獨逸人たる債權者に辨濟期に至らさる債務を履行したるときは錯誤に出てたると否とを問はす返還を請求すること能はさるのみならす利息をも請求すること能はす(獨逸民法第八百十三條)。而るに此例を顚例し日本に於て辨濟したるものとするときは債務者か錯誤に因りて給付を爲したるときに限り債　者は之に因りて得たる利益を返還せさるへからす(日本民法第七百六條)。

日本民法に依れは惡意の受益者は損害賠償の責に任す(第七百四條)。而る に獨逸民法(第八百十八條)並に佛蘭西民法(第千三百七十八條)に依れは現實の利益若くは利息を返還するに止まり損害の賠償を爲すに及はす。

佛蘭西民法に依れは他人の勞務に因り得たる利益は不當の利得とならす(ムーロン一六七二節)。而るに日本及ひ獨逸に於ては不當利得たり(民法第七百三條獨逸民法第八百十二條)。故に佛蘭西人か他の佛蘭西人の勞務に因りて日本又は獨逸にて利益を受くるも返還を請求する能はす。

以上は不當利得の例なれとも事務管理の場合にも原則を異にすることとなし。故日本人か佛蘭西に於て好意上、佛蘭西人の財產を管理したる場合に本人の意思を推定することを得へきに拘はらす之に反して管理を繼續するも賠償の責に任せされとも、若し獨逸に於て右の所爲を爲したるときは賠償の責に任せさるへからす(獨逸民法第六百七十八條)。

同國人間の不當利得又は事務管理は共通の本國法に依るへきや否は問題なり。ノイマン又はローランの如く準契約を以て意思の推定に基くと爲す者は當然本國法を適用すへき旨を唱ふれとも、已に前に一言せし如く意思の推定を理由として準契約を說明すへからさるか故に絕對的に準契約發生地を適用すへきことと不法行爲と同一なるへし。　モンテチダロ財產法第七百九十四條、アルヂヤンチンボリビヤ其他五國間の條約第三十八條、白耳義民法草案修正案第八條、ドマンプトルシユウエー案、日本法例等は實に此主義を執りたるものなり。　モンゼンは準契約の場合にも不法行爲の規定を準用すへきことを定め、以て行爲地法並に訴訟地法

の二か共同の規定を設くるに非らされは賠償の責なきことを明にせり（第七條及第八條）。法例か不法行爲にのみモンゼンの意見を採用し准契約に限りて之を斥けたる理由に至りては疑なきを得す。

舊法例第七條に依れは法律上の管理も亦其原因を生したる地の法律に從ふへきものとす。舊民法財産編に所謂法律の規定なる文字と同視し養料の義務共有者間の義務まても包含すと論する者あれとも、此の如く廣汎なる意義を有せすして主として後見人、財産管理人等の場合を想像したるものなるへし。舊法例草案には法律上の管理より生する義務は管理人を付せられたる者の本國法を以て之を支配すと定めたり。草案の規定は非議する能はすと雖も余を以て之を見るに此規定は全く無用なりと云ふへし。何となれは法律上の管理より生する義務か被後見人の本國法に依りて決定せらるゝことは後見の性質より生する當然の結果なれはなり。

羅馬法は後見を以て准契約と爲せとも土地所有者の義務の如き羅馬法より見るも將た今日の法律よりも純然たる法律上の義務なるへし。然らは准契約の法理を充つることを得さるも亦た明なり。プロシエの如きは法律上の義務は親族上の關係又は物權上の關係等より生する結果に過きさるか故に總へて主たる關係を管轄する法律に依るへしと論せり。バールは土地所有者の義務は被告たる土地所有者の有する土地の法律を適用すへしと說けり。

法例第十一條初項は舊法例第七條を改め「事務管理不當利得又は不法行爲に因りて生する債權の成立及ひ效力は其の原因たる事實の發生したる地の法律に依る」と定めたり。修正の理由を說明する者は之れ單に文句を改めたるに過きすと云ふと雖も疑なき能はす。何となれは舊法例の法律上の管理なる文字に充用したる事務管理なる語か果して同一の意味なるやは問題なれはなり。民法第六百九十七條に曰く「義務なくして他人の爲めに事務の管理を始めたる者は……其管理を爲すことを要す」と。而るに法律上の管理は義務に基因する者なるか故に二者同一に非さるなり。要するに法例は法律上の管理なる語を削除したるものなれとも原來此語は無用のものなるか故に別段困難を生することなかるへし。船舶の救助も亦た一の事務管理なるか故に本欵に於て說明するを妨けすと雖も

便宜の爲め海商の項中に於て之を條陳せんと欲す。

第五編　親族

第一章　婚姻

凡そ婚姻は家族を組織するの根原にして、家族は亦實に國家を組織するの基礎となるべきものなるを以て、國家は其所屬人民の婚姻に關しては其制度習慣等の如何に因り大なる利害に關するものなり。故に何れの國に於ても之に關する法制を設けさるものなし。而して今日、各國人民は互に交通往來するあり婚姻に關しても種々の國際問題を喚起すること少なからず。即ち其本國以外の地に於て婚姻をなすことあるべく又本國以外に屬する者と婚姻をなすことあるべきなり。此等の場合に於ては啻に其所屬本國に大なる利害を及すのみならず婚姻は又社會組織の根原なるを以て其制度の良否は其婚姻擧行地に關係を及ぼすこと少からざるべし。是れ即ち本章に於て之を研究する所以なり。今便益上、本章を左の五節に分ちて之を研究せんとす。即ち第一、婚姻成立の要件第二、婚姻の方式、第三、婚姻の効力、第四、婚姻の無効及ひ取消、第五、離婚及ひ別居是れなり。

婚姻に關する以上の五問題を研究するに先ち婚姻の豫約に就きて少しく論する所あらん。

凡そ婚姻は一種の契約なるべきことは疑を容れず。然れども前述の如く啻に當事者の一身に對して重要なるのみならず、社會國家に對しても亦頗る重大なる關係を有するものなるを以て、其性質上、全然他の契約と同視することを得ざるなり。故に縦令當事者間に婚姻の豫約あるも其一方は相手方をして强て婚姻を爲さしむる能はずと云はざるを得ず。何となれば個人は他人の身躰の自由を拘束するの力を有せず。殊に當事者の一方か結婚を望まさるに拘らず之を强ふるが如きは道德の原則に反するものなれはなり。

然れども婚姻の豫約も亦全く無効なるに非らず。即ち當事者の一方が正當の理由なくして其約を履行せさるときは他の一方に於ては其損害を賠償せしむることを得へし。是れ民法上の原則に依り個人は己の行爲に因りて他人に損害を加へたるときは之を賠償するの責任を負はさるべからさるを以てなり。

而して此豫約の効力に付きては普通契約の如く當事者の意思に從ひ其撰定したる法律に依るべし。若し當事者の意思明かならざるときは其豫約の成立したる土地の法律に依らさるべからず。是れ普通の婚姻の効力と異なる所なり。其理由は他なし。婚姻の豫約は婚姻其物と異り直に身分能力を變更するものにあらさるを以てなり。而して訴訟地の國際的公秩序に反する能はざるは勿論なり。

第一節　婚姻成立の要件

凡そ個人か婚姻を爲さんとするには一定の要件を備へさる可らさることは各國法律の認むる所なり。而して本節に於ては其法制の如何を論するにあらずして其婚姻か二ヶ國以上に跨るとき何れの國の法制に從ふへきかを研究せんとするものなり。而して之に關し從來三種の主義あり。今左に之を詳論せん。

第一、擧行地説　此説に依れば婚姻の條件は悉く其婚姻擧行地の法律に依るべきものにして、當事者は其本國法に依れば無能力者なるも、其擧行地法に依れば能力者たる場合には婚姻を爲すを許可し、而して此婚姻か完全に成立したる以上は本國に於ても有効なるへきものなり。此説は曾て英米に於て行はれたるものにして蓋し任意服從説より來るものなり。然れとも此説は當を得さるものと云ふべ

し。　凡そ婚姻は其擧行地の社會組織に關係する所ありと雖も其直接に關係する所は當事者の所屬本國なりと云はさるへからず、殊に其要件は主として個人の身分、能力に關するものなるか故に其擧行地法に依るの不可なるは明かなり。

第二、住處地說　此說は中古以來碩學大家の同意せし所にしてフーイエプルゴイン、ブーイノア、ブルヂユ、ストーリー、サヴインニー、ロツコ等之を主張せり。而して現今に於ても英國は此主義を採れり。　蓋し英國の如く一國內に數種の法律行はるゝ土地に於ては或は可なるへしと雖も國內の法制を統一したる國家に於ては住處地說に依るの必要なかるへし。且つ國家は何等の利益ありて其國內に住所を有する外國人の婚姻の要件を定むるに付きて其法律を適用すへきや殆んと其理由を發見する能はさるなり。故に此說の非なるは又自ら明かなり。

第三、本國法說　此說に亦二派あり。

第一派、夫の本國法主義　是れ擧行地の何れの地たるを問はす夫たるへき人の當時の本國法に依るへしと主張するものにして其理由とする所は此婚姻に因りて生する所の家族は夫の本國に屬するものにして其妻及ひ子は將來夫又は父の本國臣民たるへきものなり、而して此新家族を保護するは夫の本國なるか故に、此家族を創設すへき婚姻成立の要件は其夫たるへき人の本國法に依りて支配せらるへきものなりと。　ローラン、フイオレー等は之を主張せり。　此說は一應正當なるか如しと雖も未た完全なりと云ふへからず。　凡夫婦の身分は婚姻に因りて始めて發生するものにして其成立以前に於ては夫なく妻なし。故に有效なる婚姻の成立の如何を定むるには、その未た存在せさる夫の本國法に依りて定むること能はさるは明かなり。

第二派、當事者双方の本國主義　是れ當事者各自の本國法に依りて其婚姻の要素を定むへしとなすものにして最も正當なるものなり。即ち我法例第十三條及ひ歐州大陸の法律其他多數學者も之を承認せり。蓋し婚姻は身分を變更するものなるか故に當事者双方の身分を支配する法律即ち各自本國法に依らさるへからさるなり。　然れとも先に言へる如く婚姻は擧行地の秩序公安に關係する所大なるものなれば其國の國際的公秩序に關するものは其擧行地の規定に從はさるへからさるや言を俟たす。今左に婚姻の要件中、如何なるものが國際的公秩序に關

するものなりや將た本國法を適用すべきものなりやを適當に例示する所あらんとす。

甲、本國法に依るべきもの

一、婚姻の要件として第一に必要なるは當事者の合意是れなり。而して之を必要とするに至りては各國概ね皆然り。其意志表示の方法及ひ一定の年齢に達する迄は其直系尊族又は後見人及ひ親族會の許可を必要とするの点に至りては各國其制度を異にせり。而して其表示方法に付きては婚姻の方式の條に於て之を論すべし。其一定の年齢に達する迄は其直系尊族又は後見人、親族會の許可を要するや否やの問題に至りては其本國法に依るを正當なりとす。是れ個人の能力に關係するものにして且つ個人の利益を保護する爲めに設けられたる制限にして決して、擧行地の、利害に關することなけれはなり。

然れとも外國人の本國法か當事者の合意を以て婚姻成立の要件となさゝるを口實とし、本人の承諾なきも其父母の承諾ある以上は婦女を強て其妻と爲すを得べし、と主張するときの如きは、其國の國際的公秩序に反するものとして斯の如き婚姻を禁せさるべからさるなり。

二、婚姻能力を定むるにも亦各人の本國法に依るべきものなり。是れ身分、能力は本國法に依るべしと云へる原則に從ふものなり。蓋し能力關係に付きては其行爲の性質上、本國法に依るを最も適當なりとなせはなり。故に婚姻擧行地の法律に依れは無能力者なるも本國法に依り能力者なるときは婚姻することを得べく、又本國法に依り無能力者なる場合に於ては假令、其婚姻擧行地に依りて能力者たるも婚姻するを得さるなり。

三、離婚せられたる婦及ひ未亡人は諸國の法律に依れは通例、離婚後又は夫の死後一定の期間、再婚ずることを得ざるの規定を設けたり。此期間に付きても亦其本國法に依らさるべからず。是れ其個人を保護する規定にして其擧行地の國際的公秩序に反するをなけれはなり。

四、失踪に付き或る國に於ては之を以て離婚の原因と認むると雖も、他の國に於ては之れを以て離婚の原因と認めさるものあり。此点に付きても亦本國法に依るへし。是れ身分の變更に關し擧行地の國際的公秩序に反するものに非されはな

り。

五、或國に於ては宗敎を異にする者の間の婚姻を禁ぜり。此規定に關しても亦本國法に依るべきなり。何となれば此規定は其本國の宗敎の勢力を維持するの目的より出るものにして、之か爲め外國の國際的公秩序に關するをなく、從て此規定は又外國人に對して之を適用すへからさるものなれはなり。

六、或國に於ては或種の僧侶に婚姻を爲すことを禁せり。此規定に付きては或は本國法に依らしむべしと云ひ或は之に依らしむべからずと云へり。今其本國法に依らしむべからずと云へる學者の說に從へば、曰く此等の規定は國際的公秩序に關するものにして、如此規定を設けさる國に於ては縱令、其者か僧侶たる身分を有するにもせよ、其婚姻を禁するは甚しく個人の自由を束縛するものにして秩序公安に反するものなれは、縱令、外國人の本國法か之を禁止する場合と雖も之を禁せさる國に於ては此禁令を實行する能はすと。然れとも余輩の考ふる所に依れは此等の禁令は敢て甚しく個人の自由を束縛するものと謂ふべからず。何となれば通例、僧侶の身分は自由に拋棄するを得るものなれはなり。故に苟くも此束縛を脫せんと欲すれは其身分を拋棄すれは可なり。若し之を放棄せさる以上は此者は即ち此禁令に甘んするものと謂ふべし。此故に吾人は此禁令に付ても本國法に依るを以て適當なりと信す。亦之に依りて其擧行せんとする土地の國際的公秩序に反するものと認むるを得さるなり。然れとも僧侶の婚姻を禁ずる國に於て僧侶たる身分を脫するを禁するときに於ては全く其趣を異にすべし。蓋し斯の如き規定は人身の自由を甚しく制限する不當の條項にして國際的公秩序に反するものなるを以てなり。即ち斯の如き規定ある國の僧侶か他の國に來りて婚姻を爲さんと欲するときは僧侶たる身分を脫して婚姻をなすことを許すべきものなり。

乙、以上は專ら個人の利益を保護し且つ主として本國の利害に反するものにして即ち本國法を適用すべき場合を揭けたり。以下之か例外として其擧行地の國際的公秩序に關すべき事項即ち其國の規定に從はさるべからさる場合を明示すべし。

一、重婚を許す國の人、之を禁する國に至りて重婚を爲さんとするときは其擧行地

の國際的公秩序に反するものとして之を禁せざるべからず。例へは土耳古、彼斯の人、我國に於て第二若くは第三の妻を娶らんとする場合に於ては我國は之を許さざるべし。是れ蓋し文明國家に於て一般に認められたる道德の原則に反するものなれはなり。

二、一定の親族間に於ける婚姻を禁止するの規定も亦其國の國際的公秩序に關するものとして外國人にも適用せらるべし。此故に此規定に關しては外國人と雖も婚姻擧行地の法律を遵奉せさるべからす。是れ亦道德の原則より來りたるももなれはなり。

例へは或國に於ては妻の死後、其妻の姉妹と婚姻するを禁じ又夫の死後、其夫の兄弟と婚姻するを禁せり。而して我國に於ては斯かる禁令なしと雖も我國人、此禁令を有する國に至りたるときは此禁令に從はさるべからず。

三、日本、其他多數の國に於ては姦通に因りて離婚せられたる者は其相姦者と婚姻を爲すことを禁せり。然るに英國に於ては反之、他人の妻を姦し之か爲めに其妻か離婚せられたるときは其者は德義上、其婦人を娶るへきものと爲し寧ろ之を一種の義務なりと認められたり。然れとも日本及ひ其他の國か斯の如き婚姻を禁するは道德の原則より來りたるものにして即ち國際的公秩序に關するものなるか故に、今若し英國人か日本に來り此の如き事件を生したるときは此英人は其相姦者と婚姻を爲す能はざるなり。

第二節　婚姻の方式

第一款　婚姻の方式は何れの國の法律に從ふべき乎

婚姻を擧行するに一定の方式に依るを要することは各國法制の定むる所なり。而して本節に於て研究する所の目的は一國人、其本國以外に於て婚姻を擧行せんとするときは其方式は何れの國の法制に依るべきやを定めんとするものなり。此問題に對して一般學者の說及ひ各國立法例は其擧行地の法律の規定に依るべきものとせり。是れ蓋し適當なる說と謂ふべし。即ち一般法律行爲の方式に關しては國に依り或は其行爲地に依るを以て原則となすものあり。或は其行爲の準據法に依るを以て原則となすものありと雖も、此婚姻の方式に至りては各國共に擧行地法主義を採れり。蓋し婚姻の方式は他の方式と異なり國際的公秩序に

關するものなるか故なり。故に我國法例(第十三條一項但書)に於ても一般法律行爲の方式に關しては行爲準據法兼行爲地主義を採ると雖も、婚姻の方式は其擧行地に依るべきことを明言せり。而して此の如く一旦、擧行地法の方式に依りて成立したる婚姻は爾后到る處有効なるべきものなり。

然れども之に對して一の例外とも認むべき場合は、或る外國に滯在する本國人間の結婚の場合に於て其本國の公使又は領事が其結婚を司る場合是なり。此場合に於ては其方式に於ても其本國法の規定に依るべきものとす。是れ前章に於て既に述へたるか如く實際上の必要より來る所の一種の國際慣習にして所謂土地は行爲を支配すと云へる一般の方式に對して一の例外を爲すものなればなり。然れども其方式にして若し其擧行地の國際的秩序に反する場合に於ては其擧行地法に從はさるべからさるは勿論なりとす。例へは佛國に於ける婚姻に關する宗教上の儀式は民事上の儀式に先つべからずと云へる規定の如き是なり。此規定に反するときは啻に其婚姻の無効なるのみならず更に或刑罰を科せらるゝものなり。故に佛國に於ては如此規定あるを以て縱令、外國人か其本國人と婚姻し本國の公使舘又は領事舘に於て其婚姻を擧行する場合と雖も、其本國法か宗教上の儀式を民法上の方式に先つことを許すに拘らず佛國に於ては決して其本國法に從ふことを許さゞるべし。何となれば佛國に於ては宗教上の儀式をして民事上の方式に先たしむるは秩序公安に害あるものとなし之に對して刑罰を設けたればなり。而して其刑罰は總て國際的公秩序に關するものなることは更に説明を要せさるなり。

第二款　各國の法制及之より生する諸疑問

以上の如く婚姻の方式に關しては其擧行地法の定むる所に從ふて以て原則となすと雖も、今日各國の法制は其方式に關して大に異同あるか爲め此原則を適用せんとするには種々の疑問を發生すべし。今左に之を述べし。

婚姻の方式に關する各國の法制を見るに大体に於て之を三種に區別することを得べし。即ち(第一種)歐州諸國に於ては通常此方式を三個に區別し、婚姻の方式は三部分より成立せり。第一、婚姻公示の方式第二、婚姻擧行の方式、第三、婚姻證書の方式是れなり。而して此等の方式は之を要する當事者の合意を正確ならしむる

爲め又其婚姻の存在を社會に公示せんが爲め及び後來に向つて正確なる婚姻ありしことを證明するか爲めに必要ありと認められたるに由る。故に此等の國に於ては此三個の方式を完成するに非れは正當の婚姻成立せす。然れとも(第二種)北米紐育州の如きは婚姻は只當事者の意思のみに因りて成立すべきものとなし、其の間毫も法律上の方式を要せすとするものあり。此故に此州に於ては苟くも二人間に於て繼續せる關係ある以上は直に正當の婚姻ありたるものと認むべきなり。又(第三種)我國に於ては前二者と異なり公示の方式及び擧行の方式に至りては毫も規定の存する所なく只其婚姻を戸籍史に届出つるに因りて効力を生すと定めたり。故に我國に於ては婚姻は只此届出の一事に因りて法律上正當に成立すべきなり。蓋し我立法者は此届出を以て後來、法律上充分なる證據となるのみならず、又當事者の意思を正確に表示せしむるに充分なりと信じ、又公示擧行の方式の必要を認めさるに由るものなり。

以上は方式の手續より之を區別せり。然れとも婚姻擧行の方式は之を司る所の機關の異なるより亦之を三種に區別することを得。即ち露西亞、塞爾維、伯剌西爾、の如きは全く宗教上の儀式に依りて婚姻を擧行すべきものとなし、僧侶か婚姻の擧行を司るものとせり。又日本、佛蘭西、獨逸、伊太利の如きは全く民事上の方式のみにより婚姻を擧行すべしとなすものにして一定の公吏之を司るものとせり。

又英國、墺太利、匈牙利、西班牙等の如きは此兩方式を併用するものとせり。

以上の如く各國法制の異るか爲め此間種々の疑問を生すべし。今之を明瞭ならしめんか爲めに歐州諸國に行はるゝ所に從ひ三種の方式に區別して順次說明すべし。

第一、公示の方式に就きては別に疑問を生することなし。即ち公示を必要とする國に於て其婚姻を擧行するときは縱令、其本國か之を必要とせさるも其擧行地に於て之を必要とする以上は之に從はさるべからず。反之、公示を必要とせさる國に於て其婚姻を擧行するの場合に於ては縱令、其本國か之を必要とするも其擧行地法に從ひ之を必要とせさる可し。

第二、婚姻擧行の方式に關しても凡て其擧行地法の方式に依るべし。即ち此方式の要、不要及ひ其擧行の場處、立會人の要、不要、其性質、員數等凡て其擧行地の法律に

依るべきものとす。然れとも玆に一の疑問あり。即ち當事者の本國法に於て婚姻は必ず公吏の面前に於て舉行すべしと規定せるに、其舉行地の法律は公吏の立會を要せず只僧侶の面前に於て之を舉行すべしと規定する場合、若くは反之、本國法は僧侶の面前に於てすべしと規定せるも舉行地法は公吏の面前に於てすべしと規定せる場合には如何すべき乎。

一、本國法說　或學者の說に依れは公吏又は僧侶の立會は啻に一片の方式とのみ認むべからず。婚姻は頗る重大なるものなるが故に當事者の合意を正確ならしむる爲めに此等の立會を要するものなれば、若し此立會人なき婚姻は正確に當事者の合意を表示したるものと謂ふべからず。即ち此立會は成立の要素にして之を欠くに於ては其婚姻は成立せざるものと看做すべきものなり。故に此僧侶又は公吏の立會の要、不要を定むるは本國法に依らざるべからずと云へり。

二、舉行地法說　前說は一理あるに似たりと雖も余蘊を以て之を見るときは決して正當なるものと云ふべからず。凡そ婚姻は要式行爲なるを常とするを以て原則として何れの方式と雖も其一を欠くときは其婚姻は完全に成立せざるべし、豈に獨り僧侶又は公吏の立會のみに限らんや。然るに既に其方式に關して其舉行國の國際的公秩序に關するものあるを以て總て之を其舉行地の法律に從ふべしとなせる以上は獨り僧侶又は公吏の立會のみを以て本國法に依るべしとなすの理由は毫も存在せず。故に苟くも其方式にして總て其舉行地の規定に從ふべしとなせる以上は之に依りて爲せる婚姻は完全に成立して到る所有効なるべきなり。

第三、婚姻の證據に付きても其婚姻舉行地の認むる所の方式に依りて舉行したるものは到る所、此婚姻の存在を證明し得るものとなさゝるべからず。即ち婚姻を以て僧侶の面前に於て舉行すべしと定むる國に於て婚姻を爲したる者は其僧侶の作りたる證明を以て完全なる身分證書と認めざるべからず。又紐育の如く一切法定の方式を設けざる國に於て婚姻を爲したる場合に於ては紐育に於て其婚姻を證明するに足ると認めたる書類又は事實あらば何れの土地に至るも之に依りて其婚姻を證明することを得るものとせざるべからず。是れ甚だ不完全なるが如しと雖も如此定めざるときは實際其婚姻を證明すること能はざるべければ

なり。

毫も方式を要せざる國の人と雖も一定の方式を必要とする國に於て婚姻するときは其擧行地の方式に從はざるべからず。反之、一定の方式を要する國の人と雖も之を要せざる國に於て婚姻するときは毫も方式を用ふるを必要とせざるべし。例へば紐育州の人、日本に來りたるときは日本の方式によりて擧行すべく日本の人紐育に到りたるときは何等の方式をも要せさるべし。而して一旦、其擧行地の規定に從ひたるものは其本國に於ても有効なるものと認めさるべからさるなり。以上述ぶるか如く各國の法制種々なるを以て其間亦種々の疑問發生すへし。然れとも一旦擧行地の方式に依りて其婚姻を擧行したるときは到る所有効なりとは理に於て當に然るべし、と雖も、實際上、今日各國法制の不完全なるより此原則は完全に行はれずして其間眞の衝突を生する場合なしとせず。即ち一國の人か他國に於て婚姻を爲したるとき、其婚姻は其擧行地に於て無効と認めらるゝも本國法に於ては之を有効と認むる場合あるべく、又反之、其擧行地に於て有効と認めたるも其本國に於ては之を無効と認むる場合なきにあらず。例へは宗教的儀式を以て婚姻擧行に必要なる方式と認むる國の人之を必要とせす、却て相當官吏の立會に依て婚姻を擧行すべしとなせる國に於て婚姻を擧行せし場合に、其擧行地の法律に依りたるにも拘らず本國法に於ては之を無効と認むる場合あるべく、又以上の場合に於て其擧行地法に從はず本國法に依りて宗教的儀式のみに依り其婚姻を擧行したるときは其擧行地に於ては之を無効と認めらるゝに拘らず其本國に於ては却て之を有効と認むるをあるべし。又以上の場合に反し婚姻を以て民事上の方式のみに依るべしとせる國の人、宗教的儀式のみを必要とする國に至りて婚姻を爲したるときは亦前述の如き衝突を生すべし。又紐育の人か日本に於て法定の屆出を爲さすして事實上の婚姻を爲したるときは日本に於ては之を正當の婚姻と認めさるべきも、紐育に於ては或は之を有効なるものと認むべきなり。凡そ婚姻の方式は擧行地の規定に依るべく、若し之に依りたるときは到る所有効なるべく若し之に依らさりしときは到る所無効なるべきなり。然るに實際上前述の如き衝突を生し、即ち擧行地法に於て無効なるも本國に於ては有効と認め又擧行地に於て有効と認めたるも本國に於て之を無効と認むるか如きは之を要す

るに今日各國法制の不完全なるより生する所にして、今日に於て之を避くるは甚た難かるべし。若し之を避けんとせば各國其法制を改むるか若くは條約を以て之を避くるにあるのみ。

第三節　婚姻の效力

前に述へたるか如く婚姻は一定の要件を具備し一定の方式を經て玆に始めて成立するものなり。而して婚姻既に成立するや次に起るべき問題は其成立せる婚姻より出つる所の效力は何れの國の法律に依るべき乎と云ふにあり。是れ即ち本節に於て論せんとする所なり。而して其效力に當事者及ひ家族に關する效力と夫婦の財産に關する效力との二種あり。我民法に於ては單に前者を以て婚姻の效力と稱し後者を以て夫婦財産制と云へり。然れとも此二者は共に婚姻の效力たるや明かにして只其間、一方は人格權に關し他方は財産權に關すと云ふの差あるのみ。然れとも此二者の間、自ら法律上の取扱を異にし、その依るへき法律を異にするを以て玆に之を分類して説明する所あらんとす。

第一款　當事者及家族に關する婚姻の效力

第一項　當事者及家族に關する效力に付きては何れの國の法律に依るべき乎

此問題に關して學者の所説一ならす。今之を左に述べん。

第一、當事者の意思兼行爲地法説　婚姻は一の契約なるか故に其效力を支配する法律に付きても普通契約と同しく當事者の意思に從て之を定むべし。而して若し其當事者の意思不明なる塲合に於ては行爲地法即ち婚姻擧行地の法律に從ふべしと。然れども婚姻は當事者の身分に大なる變更を來し且つ一家の利害に大なる關係を及すものなるを以て普通の契約と同視することを得さることは前に屢論ずる所の如し。故に當事者の意思に一任すること能はさるや明なり。而して亦其擧行地に於ても其擧行の方式に於ては其國の秩序に關すること大なるべきも、其婚姻より生する效力に至りては殆んと何等の關係をも有せさるなり。何となれば其婚姻の效力として妻は通常、夫の國籍に屬すべく其生したる子も亦其本國に屬すべければなり。

第二、住所地法説　今日に於て猶婚姻の效力に付きても夫婦の住所の法律に依る

べしとなす法制及び學説あり。然れども婚姻は身分、能力及び家族の關係に關するものにして而して身分、能力及ひ家族の關係に付きては今日の如く國内法制を統一せる時代に於て其住處地法を適用するの不可なることは前に屢論じたる所なり。其國家は其國に住居する外國人の婚姻に對し其人格權に關する効力に付き之を支配するの必要を見ざるなり。何となれば其國家は殆んと何等の利害を感ずることなければなり。

第三、夫の本國法説　余輩は夫の本國法に依ると云ふ説を以て最も適當なるものと信ずるものなり。何となれば身分、能力及び家族の關係に付きては本國法に依るを以て適當となすべきことは前に既に述べたるか如く、且つ其婚姻の効力に關し最も大なる利害を感するは夫の本國なるべければなり。即ち其婚姻に依りて入り來るべき妻は夫の本國の臣民たるへく、又其間に生したる子も亦其國籍を取得し其本國の臣民となるべきを以てなり。故に此等の關係を定むるに於ては夫の本國法に依るを正當なりとす。然れとも若し其妻か其婚姻に依りて夫の國籍を取得せず又た婚姻後、夫婦の一方のみ國籍を變更したるときは如何にすへき。

或學者は其婚姻當事の夫の本國法に依るべしと説き又或學者は夫婦共に國籍を變更したるときに限り其新國の法律に依るべしと云へり。然れとも此場合に於ても猶其夫の本國法即ち現在の本國法に依るべきものなり。如何となれは夫は一家の主宰たるべきものなるか故に、夫婦國籍を異にする場合に於ては夫の本國法に依るを正當とすべきなり(法例第十四條一項參照)。然れとも我國の如く入夫婚姻又は婿養子の制度を有する國に於ては入夫及ひ婿養子婚姻の効力は其妻の本國法に依るべきなり。其理由は前に述へたると同一なる主旨より出つるものにして、其夫は妻の國籍を取得し其妻の本國の臣民となり、其他家族關係に於ても妻の本國法か之を支配すべきものなれはなり(法例第十九條二項)。

第四、所在地法説　或學者は曰く、婚姻の効力は國際的公秩序に關するものなるか故に其所在地の法律に從はしむべしと。然り或る場合に於ては國際秩序に關することなきにあらず。然れとも其効力全体に於ては決して國際的公秩序に關するものなりと謂ふべからず。即ち其國に居住する外國婦人が婚姻に因りて如何

に其身分能力を變更するも、之か爲め其所在地國に於ては其國の國際的公秩序を害せらるべしと思考すること能はされはなり。此故に原則として婚姻の効力は夫の本國法に依るべく、只其所在地の國際的公秩序に關する場合に於てのみ其他の法律に依るべしとなすを至當なりとす。

第二項　夫婦の權利義務に就きての問題

諸國の法制は通例、婚姻中、夫婦間に互に一定の義務を負はしむ。而して其義務の性質及ひ範圍に付きては各國一様ならず。我民法に於ては夫婦は互に扶養の義務を有し、妻は夫と同居するの義務を負ひ夫は亦妻をして同居せしむるの義務を負ふものなり。此等は普通文明國に於て認めらるゝ所のものにして猶、佛國及び露國の如きは夫婦は互に貞操を守り夫は又妻を愛する等の規定を有せり。又扶養の義務に付きても佛國の如きは夫婦は互に其金錢上の給養を爲すべきのみならず又精神上の扶助を爲すへきことを命令せり。然れとも我國に於ては精神上の扶助の如きは道德上の義務に屬すへきものとし、法律上に於ては單に資力上の扶養に付きてのみ規定するを以て足れりとせり。凡て此等の規定に付きては原則として各其夫の本國法に依りて決すべきなり。即ち普通親族間の扶養の義務に付きては權利者及び義務者双方の本國法に依りて其義務の有無及び範圍を定むべしと雖も、夫婦間の扶養の義務に關しては夫の本國法に依りて之を定むべきものとす。此相違の因て來る所は他なし。普通、親族間の扶養の義務は親族相扶助すべき自然の關係を採りて法律上の規定となしたるに過きすと雖も、夫婦間の扶養の義務は婚姻の効力にして一家の和合親睦を目的としたるものなるを以てなり。

然れとも若し其本國の規定にして其所在地國の規定と異なり、其所在地國の國際的公秩序に反するものと認めらるゝときは其所在地の法律を適用すへきなり。例へは我國に在る外國人にして夫婦の一方か他の一方を遺棄して其飢餓に迫るをも顧みさる場合に於ては縱令其本國法は如何に規定する所あるも、此場合には我國法に遵ひて扶養の義務を負はしむへきなり。

夫の妻に對する權力に付きては二個の主義を有したり。即ち古來の羅馬法主義に於ては妻を以て絕對的に夫の權力に服從すへきものと爲し、佛國法其他此法系

に屬するものは多少此趣を繼受せり。然るに古代日耳曼主義は全く之と反對して、夫婦は互に對等の地位に在るものと爲し只一家の利益を保護し其統一を計る爲めに其必要の程度に於て其妻の能力を制限せり。而して此主義は漸次各國に採用せらるゝ傾向あり。此の如く諸國に於て其主義大に異るあり又其國の事情により夫の權力に付き其法制亦自ら異ならさるを得さるなり。

余輩の信する所に依れば此權力に付きても原則として其夫の本國法に依るへきものなり。然れとも其規定にして所在地國の國際的公秩序に關するものは其國の法律に依るへきものとす。今左に如何なるものが國際的公秩序に關すべきものなるやに就き疑問の存する所を論述すべし。

一、佛國の如きは妻か同居を拒むときは公力を以て之に同居を强ゆるの權利を夫に與へたり。今此の如き權利を認むる國の夫婦か之を認めさる國に來り居住するときは、其夫は本國法に依りて此權利を實行する爲め公力を請求することを得へきか。此場合に於ては其所在國の法律は夫に此の如き權利を與ふるは其國の國際的公秩序に關するものと認めて之を許さゝるものなるか故に、本國法の如何に拘らず之を實行すること能はさるものなり。今若し反之、此權利を認めさる國の夫婦來りて此權利を認むる國に住居するときは此場合に於ては夫は此權利を實行し其同居を强ふる爲め公力を請求し得へきや。此場合に於ても亦余輩之を實行し得さるものなりと決定せさるを得す。何となれば婚姻の效力を定むるには原則として其本國の法律に依るべきものにして、只其規定か其所在地の國際的公秩序に關する場合に於てのみ其所在地の法律に依るへきものなりとす。然るに此の如き場合に於ては夫か公力を以て妻の同居を强ふることを爲さゝるも敢て其地の國際的公秩序を害するものなりと謂ふべからさるなり。即ち其地の法律は其本國人に對しても夫は必ず同居を拒む妻に對して公力に依りて其同居を强ざるべからずと命令したるものにあらず。固より之を請求する時は國家は其公力を用ふべしと雖も之を請求すると否とは一切、夫の自由意思の撰擇に任したるものにして所謂任意的規定なれは、外國人か本國法に從ひて其公力を請求せさるも決して其國の秩序を亂すことなきものなり。故に此場合に於ても夫は斯の如き權利を實行し得さるものとなすを以て正當なりとす。

二、又或國に於ては夫は妻を幽閉するの權利を有するものとせり。即ち英國の如き是れなり。今此の如き權利を認むる國の夫婦か之を認めさる國に住居せる場合に於ては夫は其本國法に從ひて猶、此權利を實行することを得さる乎。此場合に於ても亦前問題と同しく之を實行することを得さるものと決定すへきなり。何となれば之れ其所在國の國際的公秩序に關するものなればなり。反之、此權利を認めさる國の夫婦か之を認むる國に住居する場合に於ても亦前問題と同しく其夫は此權利を實行するを得さるものと決定せさるを得す。何となれば此規定は其國に於て任意的のものなれはなり。

第三項　妻の能力に關する諸問題

諸國の法律は婚姻中妻の能力を制限するを常とす。是れ或は夫の權利を擴張するの目的より來るものあり、或は一家の利益を保護し其統一を計るの目的より來るものあり。就中、英國に於ては一八七〇年までは妻を以て全く無能力なりとし一切、其人格を認めさりし。是れ他人に嫁したる婦人の能力は其嫁すると共に夫の能力に併合せらるゝものと認めたるものなり。又或る國に於ては全く無能力者なりとせずと雖も或行爲を爲すには夫の同意を得るを要すと爲し、若し之を得る能はさるときは裁判所の許可を受くべきものとせり。又佛國の如きは妻の行爲に付きては一々夫の同意を得へきものとし、伊太利に於ては夫妻に對して一般の行爲に付き豫め其同意を與ふることを得るものとせり。

以上の如く其能力に於て種々其法制を異にすと雖も、其妻の能力を定むるに付きては原則として其妻の本國法に依るべきものなることと明なり。何となれば其身分能力に關して各其本國法に依るべきものなれはなり。故に夫婦國籍を異にする場合に於ては妻の本國法に依るべきものなり。而して之か爲めに夫婦間に於て實際法律上の衝突を生すべき場合なしとせず。然れども此の場合は既に夫婦國籍を異にすることの不可なるより來る弊害にして實に已むことを得さる所なり。

或國に居住する外國人の妻か其國人と取引を爲したる場合に於て其夫か其本國法の規定に從ひ其取引を取消したるときは其國人は其本國法を知らざりしを理由として之を拒むを得べきか。此問題に對しては之を拒むことを得ずと決定す

るの外なきなり。何となれば前章既に述へたるが如く其當事者は外國人の妻の能力に疑あるときは之を證明せしむるを得べし。然るに之を證明せしめずして輕忽に其能力者たることを信じて之を取引したりとするも、是れ其者の過失にして法律は人の過失を保護するものにあらざればなり。然れども若し其場合に於て外國婦人が種々の手段を以て其能力者たることを信ぜしむる行爲を爲したるときは其取引は取消すこと能はざるなり(法例第三條二項は之と反對の主義を採れり)。

妻の能力に付き夫の同意を要する範圍及び之を得ざりしときの處分の如きも亦其本國法に依らざる可らざるなり。或學者は妻の能力の制限に付きては其所在國の規定に依るべしと論せり。其理由とする所は曰く妻の能力の制限なるものは一家の調和社會の維持を計る爲めにして國際上の公秩序に關するものなるが故に、妻の能力の制限に付きては一切其所在國の法律に從はざる可らずと。然れども余輩は妻の能力の制限を以て國際的公秩序に關するものなりとは信せざるなり。如何となれば若し妻の能力の制限をして果して國際的公秩序に關するものとすれば其夫の許可を經ずして爲したる行爲は全く無効となさゝるべからず。然るに之を取消し得るものとなしたるは是れ所謂任意的規定となせるものにして其効力を無効とすると否とは夫の任意に撰擇することを許したるものなればなり。凡任意的規定は國際的公秩序に關せざることは前に屢々述へたるか如し。此故に余輩は妻の能力の範圍及び其範圍を超へたる場合の處分の如きは總て妻の本國法に依るへしと信するものなり。

妻の能力か若し外國に存在する不動産を處分するの權利に關するときは其不動産所在地の法律に依りて其能力を定むべしと論する學者尠なからず。然れども前既に論したるか如く能力に關する規定は凡て本國法に依るへきものにして、敢て其目的物の動産たると將た不動産たると又内國に存在すると將た外國に存在するとは問ふ所にあらさるなり。

第二款　夫婦の財産に關する婚姻の効力

婚姻の目的は夫婦相共に協同の生活を營まんとするにあり。故に婚姻は獨り其者の身分能力を變更し其間特別の關係を生するのみならず、其財産に於ても多少

從來の關係を變更する所無かる可らず。即ち從來所有せし夫婦の財產に付きても其保存及び處分等に關し特別の關係を生すべし。此關係に付きては各國皆一定の規定を有す。而して其規定に就ては各國の法制大に相異なる處あり。今其大に異れる主義を揭け左に示さん。

第一の、主義は羅馬法より來るものにして、妻の財產は其管理に付きては之を夫に委任すと雖も其處分に至りては婚姻繼續中は之を爲すこと能はすとするものなり。而して妻は亦之か擔保として夫の財產の上に抵當權を有するものとせり。第二の主義は日耳曼法より來るものにして、男女同權の精神に基き夫婦間には啻に生活の協同を成立するのみならす又財產に於ても總て其共有物となせり。第三の主義は夫婦間に於て特別の契約を爲すにあらされは夫婦は互に各從來の財產上に所有權を有し、隨意に自ら之を管理し又隨意に之を處分することを得るものとせり。

近時、歐米諸國の法律は概ね此三主義を折衷して採用せり。即ち第一の主義は羅馬法の精神を繼承する諸國に於て行はれ、第二の主義は佛國民法及ひ此系統に屬する諸國の法制に於て折衷採用せられ、第三の主義は伊太利民法に依りて採用せられたり。而して此等の法制は概ね法定夫婦財產制と稱し特別の契約を爲さゝりし場合に於て適用すへきものとし、別に夫婦は其婚姻の際に其國の禁令に反せさる以上は自由に契約を爲すことを得るものとせり。即ち原則として其契約は自由なるものとし、若し何等の契約をも爲さゝりしときは法定財產制に依るものとせり。而して此當事者に自由の契約を認めさるものは只僅に南米の或國及び瑞西の或州に過きす。

故に本書に於ても夫婦か特別に契約を爲せし場合と全く契約を爲さゝりし場合とに分ちて之を說明せん。

第一項　夫婦間に財產契約の存在せる場合に於て財產に對する婚姻の効力

第一、契約の能力　此の契約を爲す能力に付きては各自の本國法に依るべきこと一般能力を定むる場合と異なることなし。而して其契約中に包含する財產の動產たると不動產たると其場處の內國たると外國たるとは敢て之を問ふの必要な

し。

第二、契約の方式　夫婦財產に關する契約の方式に付きても尚他の契約の方式に於けるか如く其契約成立地の法律に依るへきものなり。而して其契約地の法律に依りて成立したる契約は到る處有効なるへし。故に例へは外國に於ては此財產契約を爲すには公證人の立會を要するの規定あるも、其國人か之を要せすとする國に至りて契約を爲すときは其立會は必要ならさるへし。而して其契約は佛國に於ても有効なるへし。然れとも又國際上の慣習に依り各國は其駐在領事又は公使をして其國人民の婚姻を司り同時に其財產契約に付きても之を支配することを得るとせり。此の如き場合に於ては其駐在國の國際的公秩序に反せさる以上は其本國の方式に依るへきものとす。

第三、契約の內容　契約の內容即ち當事者は如何なることを契約し得るやの問題に就きては苟くも法律に抵觸せさる以上は如何なる契約を爲すも當事者の自由なりと云はさるへからす。而して何れの國の法律に抵觸せさるを要するかは古來議論の存する所なり。

此問題に對しては余輩は夫の本國の法律の禁令に抵觸することなければ可なりと言はんとす。何となれば夫婦の財產契約は啻に財產上の利害に關するのみならず一家全体の安寧幸福に關するものなるか故に、之か爲めに直接に利害を感ずるは未來に於て其家族を支配せんとする國なるへく、而して妻は通常婚姻に因りて夫の國籍に入るへきものなれは將來其家族を支配する國は通例、夫の本國法なれはなり。然れとも我國の入夫婚姻及び婿養子の場合に於ては其家族を支配するは妻の本國法なるか故に此場合に於ては妻の本國法に依るへきものとす。財產契約に疑義ありて其解釋を要する場合に於ても亦夫の本國法に依るへきなり。例へは佛國の男女か西班牙に於て婚姻を爲すに當り其財產に關し單に嫁資方法を取ると約したるときは其本國たる佛國法の嫁資方法を取りたるものか又は西班牙法の嫁資方法を採りたるものなるかの疑問を生することあるへし。此の如き場合に於ては余輩は佛國法に依るものなりと解釋するを正當なりと信す。而して此場合に於ても入夫婚姻及ひ婿養子の場合は妻の本國法に依るへきこと前陳の如し。

第二項　夫婦間に契約の存在せさる場合に於て財産に對する婚姻の効力

夫婦の財産に付き其婚姻の際に特別に契約を爲したるときは其契約に從ふへきことは前に已に述へたるか如し。然るに今若し其財産に付き夫婦間に於て何等の契約を爲さゝりしときは如何。此場合に於て一國人か其本國內に於て婚姻したる場合には其國の法定夫婦財產制に依るへきは勿論なれとも、若し甲國の人と乙國の人と丙國に於て婚姻し又二人とも甲國人なるも乙國に於て婚姻したる場合には何れの國の法律に依りて之を支配せしむへきか、是れ次に研究せんとする所にして、之に關し學說及び法制は其主義を異にせり。今之を述るに先ちて夫婦財產制度に付き其性質を研究するの必要あり。

抑も夫婦財產制度は當事者か契約を爲さゝりし場合に於て立法者か當事者の意思の存する所を推測して其關係を定めたるものなり。而して此財產關係たるや啻に財產に關係するのみならず、實に夫婦の義務の實行を容易ならしめんとするに基くものなり。即ち夫婦の關係を調和し一家の利益を保護せんとするにあり。

故に夫婦財產制は婚姻なる永久關係に伴ふものにして、當事者の身分能力に關係する所多く且つ一家の利益を保持增進するを目的とするものなるを以て、延て其家族の屬する國家にも其利益を及すものなり。故に通常一般の契約と同視すへからさるや明なり。其性質已に此の如しとせは何れの國の法律に依るを最も適當なりとすへき乎、乞ふ左に叙する所あらん。

第一、財產所在地法主義　此說は佛國屬地派の首魁たるダルチャントレの主張する所にして其理由とする所は夫婦か特別の契約を爲さゝりしときは當事者に於ては其財產の關係を定むるの意思なかりしものと認むへきものなり。既に其意思なかりしものとせは法律は之に代りて其財產關係を定めさるへからす。則ち財產所在地の法律は之を決定すへきものなりと。

然れとも夫婦財產制なるものは前述の如く啻に財產に關係するのみならす其目的、夫婦の共同生活を圓滿ならしむるにあり。而して此等の關係に付きては其財產所在地は何等の關係を有せさるなり。思ふに如斯學說は外國人をして其國にある不動產を處分せしむるは危險なりとなせる屬地主義より來るものなり。然

れとも既に外國人か所有せる不動產に付き之を處分したる結果、甲外國人の所有か乙外國人の所有に歸したりとて其所在地に於ては何等の痛痒をも感せさるへし。若し其外國人の處分にして其國の國際的公秩序に關するものあらは其所在地の法律を適用すへしと雖も、其他の場合に於ては其所在地法を適用するの必要を見さるなり。且つ夫婦の財產は一の單位を形成すへきものなるに、若し此の財產の各部分に對し各異れる原則を適用すへしとなすときは甚しき混雜を來すへし。故に今日に於て此說を主張する學者及ひ之を採用せる法制殆んと之なし。

第二、住處地法說　是れ夫婦の財產制を以て住所地法に依るへしとなすものにして、法制及ひ學說亦更に種々の主義に分れたり。今之を大別して變更主義及ひ不變更主義の二とす。

一、變更主義とは或は夫の住所地主義又は夫婦の住所地主義を採るものにして、其夫又は夫婦の住所を變するときは隨て其財產制度を變すへしとなすものなり。

二、不變更主義とは夫又は夫婦の婚姻當時の住所の法制に依り後來、其夫又は夫婦は幾回其住所を變するも其財產制を變することなしと論するものなり。

三、此他尙當事者の意思探求兼住所地說とも云ふへき一派あり。是れチャンヴォエットの主張する所にして、其說に曰く、原來、夫婦財產契約も亦契約の一種なれば當事者の意思を重んじ之に一任せさるへからさること猶普通の契約に於けるか如し。而して夫婦財產に關しても當事者か何等の契約を爲さゝる場合と雖も猶一定の意思を有するを常とす。然るに之を探求せすして直に住所地法を適用するは當事者の意思を重んせさるものなり。故に飽くまて其當事者の意思を探求して之に從ふへく、若し遂に其意思を知ること能はさる場合に於ては其住所地法を適用すへしと。

要之、以上諸說とも其住處地法を適用すへしと云ふに至りては同一なり。而して其理由とする所は或は其當事者の意思茲に存在せしものと推定し、或は住所なるものは個人の生活の本據にして最も重大なる關係を有する所なるを以て此財產制に付きても亦此住所地法に依るを以て可なりとなす等の理由より來るものなり。然れとも住所地の法制を以て夫婦の財產を支配せしむるは決して適當なりと云ふを得さるなり。既に述へたる如く夫婦財產制なるものは啻に財產上の關

係のみならす婚姻なる永久關係と相伴ふものなるか故に容易に變更し得へき住處の法律を以て之を支配するは甚不可なり。且つ一國は其國に住居する外國人の婚姻關係に於て如何に其財産を處分するも毫も其國家に於て之れか爲めに利害を感することなきなり。此故に住所を以て夫婦間の財産關係を定むるの標準となすは其當を得さることと自ら明なり。

第三、本國法說　此說は夫婦間の財産に關し其間特別の契約を爲さゝりしときは本國法に依るへしとなせるものにして、此說にも亦變更主義及び不變更主義又當事者の意思探求兼本國主義の三說あり。

一、變更主義　是れ當事者か特に契約を爲さゝりしときは夫の本國法に依り其法定夫婦財産制を定むへしとなせるものなり。其理由とする所に依れは、夫婦財産制は啻に財産に關するのみならず夫婦間の義務の履行を容易ならしむる目的に出るものにして、實に夫婦の關係を調和し一家の利益を保護するか爲めなるを以て、其財産關係に付きても其本國法を適用するの正當なること猶、身分能力に關して其本國法を適用するか如し。且通常妻は婚姻に因りて夫の國籍を取得するものなるを以て夫の本國法に依るを以て正當なりとすと。此說たるや善は則ち善なりと雖も而かも未た盡さゝる所あり。即ち其夫の本國法に從ひて夫か其國籍を變すると共に其法制を變すへしとなすこと是なり。

二、不變更主義　是れ婚姻當時の夫の本國法に依るへしとなすものなり。是れ最も其當を得たるものと謂ふへし。即ち夫婦財産制なるものは夫の本國法に依るへきものなれとも若し其夫の國籍を變更すると共に其財産制をも變更すへしとなすは妻の既得の權利を侵害するものにして、妻は婚姻當時、其本國法に從ふことを豫想して特別の財産契約を取結はさりしものなるに、通常、夫一己の任意に變更することを得へき國籍の變更に依りて其財産制度を變更するものとなすは夫婦婚姻當時の目的に反するものにして、其既得の權利を侵害するものと云ふへし。且つ縱令、夫か妻の承諾を得て國籍を變更したりとするも其感情に牽かされ或は一家の風波を恐れて其不利なるを知るも枉げて夫の意思に從ふことあり。故に通例諸國の法制は縱令、夫婦か特別の契約を結ひたるときと雖も婚姻登記以後は之を變更することを得すと規定せり。是れ此等の弊害を除かんとするものにし

て、即ち法定夫婦財產制に於ても亦婚姻當時の夫の本國法に依るへきものとして其變更を許さゝるを以て最も適當なりとす。故に余輩は夫か其婚姻の際其財產關係に付き特別の契約を結はさりしときは婚姻當時の夫の本國法に依るを以て最も適當なりと信するものなり(我法例十五條及び伊太利法は此主義を採用せり)。

三、當事者の意思探求兼本國法說　是れ近時ローラン及ひワイスがチャンヴォエットの當事者の意思探求兼住所地法を敷衍したるものにして當事者の意思に重きを置くべきを主張し其意思遂に知るへからさるときは其夫婦の本國法に依るべしと云へり。

此說は實際上に於て本國法を取りたると殆んと異なることなし。何となれば當事者は通常其本國法に依るの意思なるへけれはなり。然れとも未た全く然りとなすを得ず。故に此說に依るときは夫婦財產制に付き當事者か特別の契約を結はさりしときは司法官の判定を待つにあらされは未た確定する能はす。隨て夫婦の財產をして長く不確定の地位に在らしむるの嫌あり。且つ此說は未た變更主義なりや又不變更主義なりや明ならず。故に余輩は夫婦財產に於ては前說即ち婚姻當時の夫の本國法を以て最も適當なりと信す。

第三項　國際的公秩序に關する問題

以上述へたるか如く夫婦の財產に關する婚姻の效力に付きては其夫の本國の法律命令に反せさる以上は當事者相方の婚姻の際に於ける契約に依るへきなり。然れとも若し其際當事者か契約を爲さゝりしときは婚姻の際に於ける夫の本國法の示す所の法定夫婦財產制に依りて之を定むへきものとす。然れとも若し其夫婦か外國に居住する場合に於ては亦其國の法律の羈束を受けさるへからさる場合あり。即ち其國の國際的公秩序に關する場合是れなり。而して如何なる規定か果して國際的公秩序に關するものなりやに付き一、二の疑問あり。今左に之を論述せん。

一、妻の不動產を以て婚姻繼續中は絕對的に處分することを得すとなしたる法制を有する國に於ては此制度は國際的公秩序に關するものと認むへきや否や。思ふに此規定は妻の利益を保護する爲に設定せられたるものなり。凡そ婦女は天

性感情深くして思慮を妨くること多し。之に因て婚姻中は自ら夫の爲めに左右せらるゝの傾向あり。即ち其夫を信用するの餘り若くは一家内に風波の起るを避くるか爲め其財産に關しても亦自己に不利益なる處分を爲すことなきにあらず。此憂なからしめんか爲めに立法者は此の如き規定を設けたるものなり。此故に此規定たるや主として一家の利益を保護するの目的に出てたるものにして決して國際的公秩序に關するものと謂ふ可らす。何となれは假令外國人をして此の如き規定に依らしめさるも國の經濟上道德上利害を及ほすことなければはなり。故に此規定は國內の公秩序に關するものにして國際的公秩序に關するものにあらす。從て其國に在留する外國人には適用すへきものにあらさるなり。

二、妻の財産を保護するか爲めに之を監理する夫の財産上に抵當權を有せしむる規定に於ても亦前論の理由を以て國際的公秩序に關するものにあらすと言ふを正當とすへし。

三、夫婦間に於ける財産上の契約は婚姻後に於て之を爲すことを得すとなせる規定及ひ婚姻の際に爲したる財産上の契約は以後之を改むることを得すとなせる

規定に於ても亦前論する所と異なる所なし。

第四節　婚姻の無効及取消

第一款　婚姻の無効及取消は何れの國の法律に依るへき乎

凡そ婚姻は各國の法制上通例一定の要件を具備し一定の方式を經て始めて成立するものなり。而して若し其要件又は方式に於て欠缺ありしときは其欠缺せる要件又は方式の性質に依り其重きものは當然無効となり其輕きものは取消すことを得るものとせり。而して此婚姻か二ヶ國以上に跨る場合即ち甲國人か乙國に至り婚姻し又は甲國人と乙國人とか婚姻したる場合に於ては其無効及ひ取消は何れの國の規定に依りて爲し得へき乎。是れ本節の研究せんと欲する所なり。而して此問題に對しては先つ其無効及ひ取消なるものは如何なる性質のものなりやを研究するの必要あり。

前に述へたるか如く婚姻の無効及ひ取消は正當の婚姻を成立するに必要なる要件及ひ方式を欠きたるに基きたるものなるか故に何れの國の法律に依るを正當とすへきやと問はゝ即ち其婚姻の當時要件及ひ方式を定めたる國の法律に依る

の外なしと答ふるの外なし。何となれば無効及び取消の起る原因は果して法定の要件を具へたるものなりや或は法定の方式を欠きたる者にあらさりしかを撿索するに過きす。　て其規定は要件及び方式を定むるの範圍を出てされはなり。而して此要件及び方式を定めたる法律は無効又は取消の原因の有無及び此請求を爲すことを得るは何人なるや、之を請求し得へき期間其訴を受理せさるの理由及び其効力等一切を定むへきものなり。果して然りとせば第一、其成立の要件に付きての無効及び取消を決するには其當事者の各本國法に依るへく又第二、其方式に付きては其擧行地の規定に依るへきものとす。而して國際的公秩序に關するものに付きては其性質に依りて或は本國法又は擧行地法に依るへきものなり。

第二款　前原則の適用

以上の原則を個々の場合に適用するに付きて猶詳細に説明するの必要あり。而して之を説明する前に如何なるものを以て國際的公秩序に關するものとなすへきやに付きて一言せん。

凡そ如何なるものを國際的公秩序に關するものとすへきやは其國の立法者の定る所に依るものなるか故に婚姻の無効又は取消の原因に付きても或國に於ては之を國際的公秩序に關するものと認めたるも、他の國に於ては然らさるものと認むることあり。故に一概に斯るものは國際的公秩序に關するものなりとし其標準を明示すること能はすと雖も、一國が或る原因を以て檢事に無効又は取消の請求を爲すを許したるときは立法者は此原因を以て國際的公秩序に關すと認めたるものなりと斷言することを得へし。何となれば檢事は公益を代表するものにして其公益を代表すへき檢事に無効又は取消の請求を許したるは之れ明かに國際的公秩序に反すと認めたるものなりと謂ふを得ればなり。然るに或學者は妻の婚姻の取消に付きては其原因は夫の本國法に依るへしと主張するものあり。其理由とする所に曰く、妻は婚姻に依りて夫の國籍を取得するを通常とするものなれは、一旦、其婚姻の成立したる以上は其本國法は即ち夫の本國法なるへし。故に其身分に關すへき婚姻取消の原因に付きては夫の本國法に依るを正當とすと。然れとも之れ決して正當なるものにあらず。何となれば妻の妻たる身分を取得

するは完全に其婚姻を成立したる後に於てすべきものにして、此成立なき以前に於ては妻たる身分を取得するものにあらざるなり。故に此成立を不完全なりと主張する取消の原因に付きては其從來の本國法に依るを正當とすと云はざるべからざるなり。

第一　成立要件

(一) 一定の法定年齡に達せざりしより來る婚姻取得の原因は各當事者の本國法に依るべし。何となれば之れ能力に關するものなればなり。

然れども若し或國に於て其檢事に其不適齡者の婚姻に對して其婚姻の無効又は取消を請求することを許したるときは此規定は其國に滯在する外國人にも適用せらるべきなり。故に此國に於て擧行したる婚姻に付ては其擧行地の法律に從はざるべからず。

又國に依りては不適齡者の婚姻と雖も其適齡に達したる後、一定の期間を經過し又は其婦人か妊娠したるときは其取消を請求することを得すと規定せるものあり。此規定に付きても亦其本國法に依るべきものなり。

(二) 婚姻當事者の合意又は直系尊族、後見人、親族會議等の合意の欠缺せるより來る無効及び取消に付きては原則として當事者の本國法に依りて之を決すべし。

然れども當事者か全く其婚姻に合意せざりし場合、例へば人違其他當事者か實際反對せし等の理由に因り合意なかりしとき又は或國の規定に於けるか如く女子の婚姻に付きては其父母か之に代りて其意思を表示することを許すか如き場合に於ては其本國法の如何に拘らず其婚姻擧行地に於て之を國際的公秩序に關するものと認むることあるべし。此の如き場合に於ては此婚姻は其擧行地の法律に依りて其無効又は取消の理由あるものと認めらるゝことあるべきなり。

或國に於ては詐僞又は之に類する方法を以て女子の合意を强制したるの事實を以て婚姻取消の原因と認むるものあり。此規定も亦本國法に依るべし。

婚姻に付きて合意を與ふべき權利を有する者か之を與へざりしに拘らず婚姻を爲したるときは縱令其必要とする規定は夫婦の一方に存したりとするも其存したる一方は其本國法に從つて無効又は取消を請求することを得べし。

第二　方式

（一）方式に關しては擧行地の法律に依るべきこと既に述べたるか如し。而して其擧行地の法律か或る法定の方式を欠くより其婚姻は全く無効又は取消し得べきものとなさず、單に一定の科料を科すべき旨を規定する場合あり。此場合に於ては其國に於て擧行したる外國人も亦其規定に從ふて一定の科料を命せらるべきなり。

（二）婚姻擧行地の法律か宗教上の儀式を以て婚姻の成立に必要なりとなしたるときは其土地に於て此規定に反したる婚姻は本國法の如何に拘らず其土地の法律に從ひて無効又は取消の原因あるものと認めらるべきものとす。

第三　國際的公秩序に關する規定

（一）重婚に關する規定は人倫の大則より來るものにして即ち國際的公秩序に關するものなるか故に其本國法又は擧行地の一方に於て之を禁する法律ありたるときは其婚姻は無効となるべし。

（二）失踪に關し或國に於ては之を死亡者と看做し其婚姻は解消せられ配偶者は新に他に再婚することを得るものとす。即ち日本、和蘭、澳地利の如き是なり。反之、或國に於ては之を死亡と看做さす其失踪者の死亡を確めたる上に非されは再婚するを許さす。即ち佛蘭西、伊太利の如き是なり。今佛人の妻か其夫の失踪せる後、和蘭に至り其國に於て再婚し其後、其失踪者たる夫か歸り來りたりと假定せん。此場合に於て佛國法に從ひて此再婚を取消し得べきものとなすべきや又は和蘭法に依りて之を正當の婚姻と看做すべきや。思ふに是れ婚姻當事者の能力に關するものなるを以て其本國法に依るを正當なりとす。今反之、和蘭人の妻か其夫の失踪せる後、佛蘭西又は伊太利に於て再婚したる後、其夫か歸り來りたるときは如何。此場合に於ては一の區別を爲すを要す。即ち其妻か伊國に於て再婚したる場合は其婚姻は無効となるべし。何となれば伊國に於ては其無効を主張する權利を檢事に與へたるに依り伊國の立法者か斯の如き婚姻を以て國際的公秩序に反するものなりと認むるを知り得れはなり。然れとも若し其妻か佛國に於て再婚したる場合には其本國法に依りて其婚姻は有効のものと認めらるべし。何となれば佛國に於ては其無効を主張する權を其夫に與へたるのみにして之を檢事に附與せされはなり。即ち國際的公秩序に關するものにあらずとなせるも

のなるを以て本國法に依るべきものなり。

(三) 一定の親族間に於て婚姻するを禁する規定も亦道德上より來るものにして即ち國際的公秩序に關するものなるを以て此原因より來る無効又は取消は其本國又は擧行地の一方に於て之を認むるときは之を無効とし又は取消を爲すことを得べきものとす。

(四) 宗教を異にする者の間に於て結婚を禁する規定に付きては外國人も猶其規定に服從すべきや。即ち此國に於て婚姻を爲したる外國人も之を理由として其婚姻の無効又は取消を請求し得べき乎。前に述べたる如く此規定は其國の宗教の勢力を維持する爲めに設けられたるものにして國際的公秩序に關せざるものなるを以て其婚姻當事者か二人ともに外國人なる場合には當事者双方の本國法か共に此の如き規定を存せざる場合には之を無効とし又は取消を爲すこと能はざるなり。

(五) 或國に於て婚姻を禁ぜられたる或種の僧侶か之を禁ぜざる國に至り婚姻したるときは其本國法に依り其無効又は取消を請求し得べきか又は其擧行地の法律に依るべき乎。前既に論じたる如く或る學者は此の如き規定は人の自由を拘束すること大なるか故に其擧行地の國際的公秩序に反するものとして本國法を適用するを得ずと主張せり。然れども此の如き國に於て苟くも此等の僧侶に對し自由に其身分を拋棄することを許すことありとせば此規定は敢て甚しく個人の自由を害するものと謂ふべからず。故に其本國法を適用するも其擧行地の國際的公秩序に反するものと謂ふことを得ず。反之若し其國に於て其僧侶に對して其身分を拋棄することを許さず縦令拋棄するも生涯其婚姻を爲すを得ずと規定せる場合に於ては此規定は甚しく個人の自由を傷害するものにして即ち國際的公秩序に反するものと云はざるを得ず。故に此場合に於ては本國法の如何に拘らず其擧行地法に依り其無効又は取消を請求することを得ざるなり。

(六) 或國に於ては其國人の異人種と婚姻するを禁せり。即ちルイヂアナの如き是なり。今ルイジアナ人他國に於て異人種の者と婚姻したるときは其婚姻は猶本國法に從ひて無効の原因となるべき乎。思ふに此の如き規定は甚しく個人の自由を制限するものにして一般文明國間に於ては國際的公秩序に反するものと

認めらるゝが故に、此場合に於ては本國法を適用すること能はざるなり。

(七) 君主國に於ては多くは皇族又は貴族の婚姻を爲すには其君主の許可を要する旨を規定せり。今此等の皇族又は貴族が一の共和國に至り其本國の君主の許可を得ずして婚姻したるときは之を原因として其婚姻を無効とし又は取消を爲すことを得べき乎。思ふに共和國に於ては皇族又は貴族と一般の人民との間に待遇を異にするを以て其國の國際的公秩序に反するものと認むべきか故に、此場合に於ては其本國法に從ふて其無効又は取消を主張すること能はざるべし。然れども或學者は只皇族に付きては國際上の好意より其本國法に依らしむべしと主張せりと雖も未だ一般學者の認むる所とならざるなり。

第五節 離婚及別居

第一款 離婚

婚姻か既に成立し、從て完全に其效力を生したるも或原因の爲め當事者双方の生存中其婚姻を解消することあり、之を離婚と云ふ。而して此離婚に付きて從來東洋及び西洋諸國の內に於て之に對する觀念に付き大なる相違ありたり。東洋諸國に於ては古來、離婚なるものを認め、或る場合には離婚を以て却て道義に適ふものとなせり。即ち彼の婦の七去の制の如きは其例なり。是れ蓋し東洋一般に傳播せる儒教主義の道德より其根元を發したるものなり。反之、西洋諸國に於ては中古、耶蘇教漸く盛なるに及ひ離婚なるものは全く道德に反するものとして非認せられたり。蓋し離婚は婚姻の際、神前に於て爲したる誓約を破るものなりと認められたるによる。然れとも耶蘇新教漸く盛なるに及ひ離婚を以て必要なる制定と認め且つ道義に於て背く所なきものなりとの說行はれ、隨て離婚を許可するの法制を設くる國次第に增加し。今日に至りては只耶蘇舊教の根據地とも云ふべき伊太利、西斑牙、葡萄牙等に於て之を禁するのみ、其他の諸國は概ね之を許可するに至れり。

此の如く離婚に付きては往昔東西其觀念を異にせるのみならず今日に於ても猶之を禁止する國あり、或は之を許可する國あり。而して之を許可する國の中に就ても其許可する條件に至りてはまた大なる相違あり。故に離婚に關する國際私法的關係に付きても種々の疑問を生することあり。即ち此等の諸問題に付き左

に條項に分て研究せん。

離婚を許可する國と之を禁止する國との間に跨れる國際私法關係に付きては何れの國法に依りて之を決すべき乎。若し離婚か之を許可する二ヶ國以上に跨るときは何れの國の法律に依りて其原因を定むべき乎。又其効力を定むるは何れの國の法律なるや及ひ其裁判管轄は何れの國に屬するや等の問題なりとす。

第一項　離婚を許可する國と之を禁する國との間に跨れる婚姻關係に付きては何れの國の法律に依るへき乎

此問題に付きては諸學者の說並諸國の法制、判決例區々にして其間、大なる異論あり。今之を論する前に離婚なるものゝ性質を說明せん。

抑も離婚なるものは婚姻の解除なり。或學者は婚姻を以て普通の契約と同視し隨て離婚を以て普通契約の解除と同一なるものと看做せり。然れとも婚姻の普通契約と異ると同しく之を解除する離婚に於ても亦普通契約の解除と異なるものなり。何となれは前既に述へたるか如く婚姻なるものは當事者の身分能力に變更を與ふるものにして且つ一家を形成するの根元たるを以て其家族の所屬たる國家に於ては重大なる關係を有すへく、隨て離婚に於ても亦當事者の身分能力に大なる變更を與へ且つ既に成立せる一家を打破するものなれは其家族は勿論其所屬國家に於ても大なる利害を感するものなれはなり。是れ離婚は婚姻と同しく一般契約と異る所以なり。然れとも離婚は婚姻と全く其性質を異にする場合あり。即ち婚姻は到る處之を妨碍する所なしと雖も離婚に至りては全く之を禁止する所あり。是れ道德上、宗敎上、其觀念を異にする所あるに因る。即ち之を許す國に於ては當事者か其離婚を欲するに拘らず强て之を許さゝるは啻に其當事者の不快不滿及び一家の不和不幸を增長せしむるものと認めたるに原因するものなり。反之、離婚を禁する國に於ては其離婚を許すは啻に其婚姻の目的に反するのみならず社會道德の原則に背き宗敎上の制規に戻ると認るに基くものなり。故に之を禁止するの制度は啻に其國內の公秩序に關するのみならす國際的公秩序に關すへき重大なる性質を有するものなり。是れ離婚の婚姻と大に異なる點ある所以なり。之を略言すれは離婚は婚姻と同しく當事者の身分能力に變更を來し、爲めに其當事者は勿論其家族及び家族の屬する國家に重大なる關係を

及すと同時に亦離婚は婚姻と異なり國際的公秩序に關すること大なるものなり。離婚の性質に付きては以上述ふるか如し。而して此性質に適合して離婚を支配すべき法律は何れなるべき乎。今左に述る所あらん。

第一、訴訟地法說　或學者は曰く、離婚を爲すべきか否やを決定するには訴訟地の法律に依るべし、即ち訴訟地に於て之を許せは離婚するを得べしとするも若し否らさる場合に於ては到底之を爲すを能はす、何となれは離婚は國際的公秩序に關するものなれはなりと。然れとも離婚は國際的公秩序に關すると同時に當事者の身分能力に關し其家族の屬する國家と大なる關係を有するものなり。思ふに此論者は全く是等の關係に注目せさるものなるか故に其說は決して採るへからさるなり。

第二、其原因發生地法說　是れ其離婚の原因たるべき事實の發生したる地の法律に依るべしとなすものなり。之れ蓋し離婚を以て配偶者の一方の不法なる行爲に對する一種の刑罰とせるより來るものにして、實に離婚の性質を誤解したるものなるか故に決して採るべからさるなり。凡そ離婚は當事者及び一家の利益を計り併せて社會の風紀を維持せんとするに出てたるものなり。若し之を刑罰とするときは意外なる結果を生すべし。即ち刑罰なるものは其効力を國内に限るへきものにして決して之を以て國外に及すを能はさるものなり。故に離婚を以て刑罰なりとせは其効力は國内に止るものとなさゝるべからず。斯の如きは甚不當なる結果と云ふべし。且つ此說は其家族の屬すべき國の法律を度外視し又其訴訟地の法律を度外視するに由り亦前說と同しく批難を免るゝことを能はさるなり。

第三、當事者の意思兼契約成立地法說　是れ當事者の意思に從ひて其據るべき法律を定むべく若し當事者か特に其據るべき法律を撰定せさりしときは其契約成立地の法律に據るべしとなすものにして、婚姻を以て契約と同視するより起るものなり。然れとも婚姻は一般契約と全く同視することを能はず、隨て離婚を支配する法律も當事者の意思にのみ任すべからざること前既に述へたるか如し。且つ契約地は其離婚に對し何等の關係をも有せさるへく、隨て其關係を有せさる國の法律に依るは決して適當なるものに非さるなり。

第四、家族の屬する國の法律說　近時學者の說く所にして離婚は其家族を支配する法律即ち夫婦國籍を同一にするときは其本國法に依るべきこと明なるも若し夫婦國籍を異にするときは其家族の屬する本國の法律に依るべしとなすものなり。而して家族を支配する法律は通常夫の本國法なるべきを以て夫の本國法に依るべしとなすものあり。其理由とする所に曰く、離婚は當事者の身分能力に關するを以て本國法に依るを可なりとなし、又其離婚は其家族を支配する國家に大なる影響を及すを以て其家族の本國法に依りて其當否を定むるは蓋し其當を得たるものなりと。然れとも此說は未た全く正當なりと云ふべからず。何となれば離婚は固より其家族を破壞せしむべきものなるを以て其家族を支配する國家に直接の關係を及すべしと雖も又離婚は各當事者の身分を變更せしむべきものなるを以て、縱令、其夫の本國法の離婚を許すときと雖も其妻の本國法か之を許さゝる場合に於ては、妻の本國法に於ては離婚を以て宗敎上道德上許可すべからさるものとなすを以て其認めて不道德となす外國法律に依りて我國民の身分を變更することを承認せさるべし。此の如き不都合を生すべきを以て其一方の本國法のみに依りて之を決すべからざるや明なり。且離婚を許すべきや否やは國際的公秩序に關する事項なるを以て其訴訟地法か離婚を許さゝるに於ては到底之を實行すること能はさるべし。故に此場合に於ては全く訴訟地の法律をも酙酌せさるべからざるなり。

第五、本國法兼訴訟地法說　是れ本國法並に訴訟地法に於て共に離婚を許す場合に於て始めて之を爲すことを得へく若し其一方に於て之を禁する場合に於ては離婚を爲すことを得すと主張するものにして最も其當を得たるものなり。何となれば離婚なるものは當事者の身分能力を變更し且其本國に直接の利害を及すのみならす其訴訟地にも其利害を及すものなれはなり。即ち此規定は國際的公秩序に關するものなり。而して夫婦國籍を同ふしたる場合に於ては此說に付きて敢て疑問を生せさるべしと雖も、夫婦國籍を異にせる場合に於ては學者の所說一ならず。即ち此場合に於ける學說を二種に區別して說明せん。

一、夫の本國法兼訴訟地法說　是れ本國法と訟訴地法か其離婚を許す場合に於ては縱令、其妻の本國法は之を許さゝるも離婚することを得べしと主張するものに

して、其理由とする所は夫の本國法は其家族の關係を支配するものにして離婚は其家族の屬する本國に大なる利害を及すものなれはなりと。然れとも離婚は亦當事者の身分の變更を來すものなれは此說に從ふ可らざるは前に述へたるか如し。

二、夫婦の本國法兼訴訟地法說　是れ夫婦の本國法幷に訴訟地法の三法律共に離婚を認むる場合にあらされは離婚することを得すと主張するものにして最も完全なる說と云ふべし。何となれば離婚は家族の利害に重大なる關係を及すのみならす之と同時に當事者の身分能力に一大變更を來すものなれは、其家族を支配する法律に依ると同時に亦双方の本國法に依らさるべからず。然らされは實際上に於て種々混雜なる問題を生すべきなり。即ち妻の本國法か離婚を以て道德上、宗敎上許すべからさるものとして之を禁する場合に於ては外國法に依りて離婚せられたる結果として其身分を變更することを承認せさるべきなり。故に余輩は必す當事者双方の本國法幷に訴訟地の法律か之を許す場合に於て初めて離婚することを得へしと主張するものなり。

我法例第十六條は離婚は其原因たる事實の發生したる時に於ける夫の本國法に依ると規定し且つ但書に於て兼て其訴訟地法に依ることを規定せり。然れとも夫の本國法のみに依りて之を決するの不可なるは既に述へたるか如し。然るに猶之に加ふるに其事實の發生せる當時の夫の本國法に依るべきことを規定せり。是れ益々吾人の解する能はさる所なり。即ち今離婚の原因たる事實の發生後、夫婦か共に其國籍を變更したる場合ありと假定せん。此場合に於て猶舊本國の法律を適用すべき必要を見さるなり。何となれば先に論じたるか如く其本國法を適用すべしと爲すは離婚なるものは元來其國の立法者か其國に屬する家族の幸福を保護し延きて社會の風紀を維持するの目的より制定せるものにして、且つ離婚は當事者の身分に大なる變更を來すものなるか故に、其家族を支配する法律に依りて之を決すること適當なりとの旨趣より出てたるものなり。然るに一時其國に屬したるも今は全く其國家と關係なき夫婦間の離婚に付き其國の法律を適用せんとするは啻に其國の立法者の意思に適せさるのみならす、當事者に於ても何等の利益なく且つ現在の本國の規定に觸れ其國の秩序を破壞することとなしと

せず。故に余輩は此等の場合に於ても新本國法の規定に依りて其離婚の當否を定めんとするものなり。

以上述ふる所に依り離婚を許す國と然らさる國との間に於ける離婚の問題即ち離婚を爲し得るや否やに付きては予輩は其夫婦の本國法幷に其訴訟地法に於て之を許す場合に於ては之を爲すことを得。若し然らすして其三國中の一か之を禁する場合に於ては到底離婚を爲すことを得すと決定せんとす。然れとも之に付き多少の疑問の起る場合あり。左に之を解釋せん。

一說を爲すものあり、曰く離婚を禁する國に於ては勿論其裁判官は離婚を許す能はすと雖も、反之、離婚を許す國に於ては縱令、其本國法か之を禁する場合と雖も裁判官は本人の請求に依り之を許すことを得と。其理由とする所に曰く、凡そ離婚を許す國の立法者より見るときは離婚を欲する者に强て之を許さゝるは啻に其當事者の不利即ち其家族の不幸を來すのみならず社會の風紀を破り國家の秩序を乱すものと認めたるに由る、故に外國人と雖も之を請求する以上は其本國法の如何に拘らず其訴訟地法に從はさるへからずと。然れとも此說は國際的公秩序の如何なるものなりやを辨せさる者の言なり。凡そ離婚の禁せらるゝ國に於ては此禁令は固より國際的公秩序に關するものなり。何となれば此規定は其國の道德又は宗教上必す許すへからさるものとして絕對的に離婚を禁止するものなれはなり。然るに離婚を許す國に於ては其離婚を許すは絕對的の規定なりと云ふへからず。即ち其離婚を請求すると否とは當事者に一任し、縱令、當事者の一方か其離婚の條件を充實し一家內、屢々風波を生し爲めに其近隣を煩はすことあるも、當事者か離婚を請求せさる以上は法律は之に向つて其離婚を命令することなし。是れ即ち任意的規定にして國際的公秩序に關せさるものなり。既に離婚を許すの規定は國際的公秩序に關せざるものとせば之を以て外國人に及すの必要なかるへし。若し本國法が之を禁止したるに拘らず訴訟地の裁判官か其國の法律に從ひ其離婚を許すことあるも其本國に於ては之を承認することなく即ち其婚姻は解消せざるへし。隨て其離婚當事者の再婚は本國に於ては重婚を以て論せらるへく又此婚姻より生れたる子は姦通に因りて生れたる私生子と認めらるへし。此の如きは最も不當なる結果と云ふへし。故に余輩は夫婦の本國法並に

其訴訟地法に於て之を認むる場合に非ざれば離婚するを得ずと主張するものなり。

二、離婚を許可する國に屬する夫婦の一方か其國に於て離婚の原因たるべき事實の發生したる后離婚を避くるの目的を以て之を禁ずる國に歸化したるときは如何。

此場合に於ては其離婚の原因たるべき事實が既に其歸化以前に存在したるものなるときは他の一方は離婚を爲すことを得べしと謂はざるべからず。何となれば凡そ人は自己の不法の行爲に依りて他人の權利の發生を妨ぐること能はざればなり。故に夫婦の一方は離婚を免れんとして其國籍を變ずるも決して之を避くること能はざるなり。若し之を免るゝものとするときは離婚を欲せざる配偶者は巧に其離婚を禁ずる國に歸化して其不當の目的を達し不法なる一方の意思に依りて他方の權利を侵すの結果を生ずべきなり。故に此場合に於ては夫婦双方の現在の本國法に依ると云へる原則に對し一個の例外を設くるものなり。惟ふに我法例第十六條は此點にのみ重きを置きたる結果に外ならざるなり。

終に臨んで更に一の疑問を擧ぐれば、或國に於て離婚を許すに拘はらず終生離婚を爲さゞるの契約を爲し又は若し離婚を爲すときは一定の賠償を與ふべき旨を契約したるときは其契約を有效とする規定ありとせん、此規定は他の此等の契約の効力を認めざる國に於ても有効なるべき乎。余輩の信ずる所に依れば此等の規定は之を無効なりと謂はざるべからず。蓋し離婚の制度を設けたる國に於ては離婚の原因を生じたる時に於て離婚を請求すると否とは當事者の自由意思に任す可きものとせり。故に當事者の一方は豫め此自由意思を放棄し又は之を妨害すべき行爲をなすを得ざるなり。且つ苟くも其離婚の要素を具ふる以上は之に依りて離婚せらるゝも其相手方は毫も之が爲めに損害を受けたりと云ふを得ず。縱令損害を受くることあるも之れ自ら招きたる結果に外ならず。随て賠償を請求するの理由なし。然るに之に賠償を爲すべき契約を爲すか如きは是れ國際的公秩序に關するものなるか故に此契約は無効なりと謂はざるべからざるなり。

第二項　離婚か之を許す所の二ヶ國以上に跨る場合には

何れの國の法律に依りて其原因となるべき要件を定むべき乎

離婚は前述の如く之を許す國と然らざる國とありて之を許す國の間に於ても其原因となるべき事實に付き其間亦各其規定を異にせり。今之を許す國の間に於て離婚を爲さんとするには何れの國の法律に從ひて其原因を定むべき乎。

余輩は此原因に付きては其家族の屬する國の法律及ひ訴訟地の法律に依るべしと信するものあり。即ち其家族を保護すべき國の法律に於て許す所の原因にして其訴訟地に於ても認められたる場合に限り之に依りて離婚を爲すことを得るものとす。何となれは離婚は其當事者及ひ家族を保護するを目的とするものにして、隨て其家族の屬する國家は之に依りて其利害を感することと大なるを以て、其家族の屬する國の法律に依りて離婚の原因を定むるを正當とす。而して其制度は國際的公秩序に關するものなるか故に、其訴訟地の法律に於て此事實を離婚の原因と認めさる場合に於ては離婚を爲すことを得ざるなり。

曩に夫婦國籍を異にする場合に於て單に其離婚を爲すべきや否やを決するには夫婦の本國法並に其訴訟地法に依ると主張したるに拘らず、今離婚を許す二ヶ國以上の間に存する離婚問題に付きては其原因となるべき事實を定むるに當り其家族を支配する法律並に其訴訟地法說に依らんとするは抑も如何の理由に由るか。曰く凡そ離婚は身分の變更を生するものなるか故に、若し其夫婦の一方の法律に於て其離婚を禁する場合に於ては外國の法律か離婚を許すか爲めに其結果として其國人の身分を變更するを許さゝるべし。故に此場合に於ては當事者双方の本國法に依るべしとなすものなり。反之、單に離婚の原因を定むる法律に至りては然らず双方の本國共に離婚を許すものなるを以て既に離婚に因りて其身分を變更することは之を許すこと明なり。而して離婚の原因なるものは如何なる婚姻の繼續か一家の幸福に害ありやを定むる所のものにして其之を決するは其家族を支配する法律に依るへきものなれはなり。故に此場合に於ては其家族の本國の法律に依りて之を定むへきものとす。

家族を支配する法律は通例夫の本國法なりとす。然れとも時として妻の本國法か家族を支配する場合あり。即ち夫獨り外國に移住して其國に歸化し妻は依然

其家族と共に故國に留る場合の如き是なり。

第三項　離婚の効力

離婚なるものは婚姻の關係を解消するものなれは其直接の結果として夫婦は互に獨身者となりて更に新なる婚姻を爲すを得へく又其共有財產は一定の方法によりて分割せらるへく夫が妻の財產上に有したりし管理權は全く消滅すへく又親子たる血族上の關係は決して消滅するものにあらさるか故に子の監督に付きては裁判所の決定する所に從ひ何れかの一方に屬せさるへからす。而して此等の關係を決定するには何れの國の法律に依るへき乎。

此問題に對しては離婚の當時に於ける其家族の本國法に依るを正當とす。何となれば離婚の効力なるものは離婚より生する直接の結果にして主として家族の利害に關するものなるを以てなり。

離婚の効力に付き諸學者の議論甚相異れる所のものは離婚を許す國に於て正當に離婚を爲したる者は他の離婚を禁する國に於ても再婚を爲すを得るや否やの問題是なり。

或學者は離婚を禁する國の立法者は離婚を以て道德の原則に反するものなりと認むる故に外國人たる離婚者の來りて其國內に於て再婚を爲すを許すへからず、若し然らずして之を許すときは之れ其國の離婚を禁する精神に反するものなりと云へり。然れとも此說は決して正當なるものと云ふへからず。何となれば一國の立法者は國內に對して如何なることをも命令するを得へしと雖も外國の立法者に對して自己の道德上の觀念を採用すへしと命令するを能はさるなり。既に然りとせは外國の立法者か其國に於て道德に反せずとして其離婚を認むることもあると決して之を妨くること能はざるなり。既に之を妨くること能はすとせは其本國に於て其立法者の定むる所に依り正當に離婚を爲したる外國人の地位は之を承認せさるへからず。若し反之再婚を認めすとせは之れ外國の離婚を認めさるものにして、徒らに其家族の關係に付き其利害を感すること最も少き訴訟地法に依りて其家族を支配せしむるの結果となるべし。且外國に於て正當に離婚したる外國人か其國に於て再婚を爲したりとするも決して之か爲め其國の國際的公秩序を害すへき理由を發見する能はず。故に吾人は此說の採る可らさる

を信するものなり。

上述の理由に依り余輩は既に外國に於て正當に離婚を為したる外國人は縱令其所在地國に於て其離婚を認めすとするも其國に於て再婚を為すことを得と決定せさるへからす。然れとも其國人にして離婚を為すか為め外國に歸化し之を為すや直に舊國籍を回復し其舊國に於て再婚せんとする場合に於ては其再婚を禁止することを得へし。然れとも此場合に於ても明かに其外國の歸化か専ら離婚の為めなるを知り得る場合に限らさるへからず。例へば從來、瑞西の或州に於て行はれたる如く其舊國内に依然たる生活の本據を有し居るに拘らず只名義上、他の國に國籍を移し之に依りて其國に於て離婚し直に舊國籍を回復し其國に於て再婚を為す場合の如き是なり。此場合に於ては其國の規定を免るゝか為めの方便として歸化したるものにして其不正の目的に出つるや明なり。故に此場合に於ては先つ其歸化を以て無効なりとすへし。既に歸化にして無効なるに於ては從て其離婚も亦無効なるへきものなり。故に此場合に於ては再婚を為すこと能さるものと云ふへし。然れとも個人は何れの國に歸化するも自由なるか故に其

目的明かに不正なる場合にあらされは其歸化を取消し又離婚の無効を決定すること能はさるなり。

離婚の効力に付きては原則として離婚の當時、其家族の屬する國の法律に依るへきことは既に述へたるか如し。然れとも其國際的公秩序に關するものに付きては其所在地法を適用すへきこと勿論なり。今其國際的公秩序に關すへきものを例示すれは則ち或る國に於ては姦通に依りて離婚の宣告を受けたるものは其相姦者と結婚することを得すと規定せる國あり。此等の國に在る外國離婚者は其本國法は縱令之を許す場合と雖も其相姦者と婚姻することを得さるなり。

第四項　離婚に付きての裁判管轄

離婚の宣告は何れの國の裁判所の管轄に屬すへきや。此問題に付きては從來種々の學說、法制及ひ判決例ありて為めに其間、種々困難なる問題を發生したり。即ち一國に於て離婚を宣告したるも他國に於ては之を認めす、隨て離婚后の正當なる再婚も或國に於ては重婚と看做されへく又其間に生したる子も一方に於ては嫡出子と認めらるゝにも拘らず他國に於ては姦通より生したる私生子と看做さ

る丶如き是なり。今左に諸學者の說を列擧せん。

第一說、婚姻擧行地說　是れ婚姻擧行地の裁判所の管轄に屬すべしとなす所の說にして婚姻を以て契約と同視し其効力と共に擧行地の裁判管轄に屬すべしと主張する所なり。

婚姻を以て契約と同視するの謬れること既に述へたるか如し。且つ婚姻擧行地は離婚に對し何等の利害關係を有せさるものなれは或場合に於て其國の裁判所は其裁判の受理を拒むことあるべきなり。縱令之を拒絕せさるも何等の利害なき國の法官に其管轄を有せしむるの理なきなり。

第二說、住所地說　是れ住所地の裁判所の管轄に屬すとなすものにして其中種々の區別あり。或者は夫婦の住所となし或は原告の住所裁判所となせり。其原告住所地說にも夫婦を以て同住所に在るものとなすあり或は別に住所を存するものとなすあり。その甚しきに至りては現に居所を有する國の裁判所か管轄すべきものとなせり。此等は或は離婚を以て不法行爲に對する刑罰と看做す理由より來るものあり、或は夫婦か其一國に住所を定むる事實は其管轄を定むるに足るとなすものあり。一千八百九十三年、國際法協會の決議も亦此理由より夫婦の住所地の裁判所の管轄に屬すべきものと決定せり。然れとも住所は離婚に對し特別の利害を有するものにあらず。況んや離婚を以て刑罰となすの不可なる既に述へたるか如きに於てをや。

第三說、本國兼住所地主義　フィオレーは曰く、離婚に付きては本國の裁判所又は離婚の原因たる事實の發生したる當時に於ける夫婦の住所の裁判所之を管轄すべしと。其理由とする所は本國は當事者の離婚に付きて大なる利害を感すべく又其事實の發生したる土地の裁判所は其事實を審査するに最も便利なる地位にあるものにして且つ爲めに當事者に於ても速に其離婚の目的を達することを得早く其家族の不幸を救濟せらるべきなりと。

此說は大体に於て可なりと雖も未全く盡さゝるなり。其本國の裁判管轄に屬すとなすは可なり。然れとも原因たる事實の發生したる當時の住所と云ふに至りては不可なり。即ち若し當事者か其事實發生後其當時の住所を去り他に移りたるときは如何。此場合に於ては既に前住所即ち事實發生當時の住所は其當事者

に對し何等の關係を有せざるべし。然るに何等の關係なき土地の裁判所の管轄に屬すとなすは理由なきことと云ふべし。故に余輩は原則として本國の裁判管轄に屬す可しとし、例外として其現在住所地に於て離婚の原因たる事實の發生したる塲合に限り其住所地の管轄に屬すべしとなすものなり。其理由とする所はフィオレーの述ふる所の如し。即ち本國は其利害を感すること大なるか故に又事實の發生せし現在住所地は當事者と多少の關係を有し且其事實を審査するに便利なる地位に在るを以てなり。而して其住所地の管轄に屬すべしとなす塲合は其住所か當事者の現在住所地にして且つ其事實か其地に於て發生せし塲合に限るを以て、此等の事實か當事者の住所を有せさる土地に於て發生し又は縱令、其住所地に於て發生したるも訴訟の當時其土地を去りたる塲合に於ては本國の裁判管轄に屬すべきものなり。離婚の訴訟の手續及び擧證の方法の如きは全く其訴訟地の法律に依るべきものとす。

第二款　別居

第一項　別居の意義及性質

茲に論せんとする別居なるものは裁判上の別居を指すものにして法律上一定の効力を有するものを謂ふ。夫の事實上、只夫婦か別居をなすものに至りては法律上毫も其効力を生せす、隨て之を論する必要なし。

別居は只夫婦間に同居の義務を免除するのみにして夫婦の關係は依然として存續するものなり。

抑も此制度の發生したる所以は歐州諸國に於て耶蘇舊敎の勢力強盛なる時代に於て一般に離婚を禁したるより一の緩和策として發生したるものなり。即ち離婚を以て宗敎上不倫の行となし法律上全く之を禁止したると雖も、實際上婚姻を繼續すること能はさるの事情あるものに對し强て其義務を果さしめんとするときは、却て一家中に風波を生し到底圓滿なる家庭を形成すること能はず。茲に於て夫婦をして同居の義務を免れしめて、以て聊か其緩和を計らんとしたるものなり。今日尙、舊敎の本據とも云ふべき國に於ては離婚を禁し其緩和策として別居の制度を設けたり。

別居の制度は此の如き事情より起りたるものなるか故に古來曾て離婚を禁せさる東洋諸國に於ては別居なる制度を認むることなし。歐州諸國に於ては近時漸く離婚制度を設けたるも因襲の久しき古來の習慣を一朝に廢止すること能はす、爲めに多くは離婚と同時に別居の制度を認めたり。只或る國に於ては別居を以て一時的のものとなして一定の期間之を許可し、此期間を經過したる以上は再ひ同居をなすか若くは離婚を爲すかの兩者に就き其一を撰はさるへからずとせり。即ち獨逸、瑞西の如き是なり。

以上の如く別居は離婚を認めさる國に於ては離婚の代用として之を認め、又離婚を認むる國に於ては當事者の意思により或は離婚を爲し或は別居を爲すことを得るものとせり。而してその之を請求し得へき原因に至りては兩者毫も異る所なし。其効力に至りては一方は夫婦間の關係を全く絶ち一方は之を保存する等大なる差異ありと雖も之を設けたる立法者の精神に至りては一なり。即ち一家內の風波を避け其幸福を計るにあり。故に國際私法問題に就ても離婚に關する原則は概ね之を別居に準用するを得へきなり。

第二項　別居に關する國際私法上の諸問題

既に述へたるが如く離婚と別居とは同一精神に出てたる別種の法律規定たるに過きず。且つ兩者共に國際的公秩序に關するものなるを以て別居に關する國際私法上の問題も亦殆んど離婚の場合と異なることとなし。今試に左に之を述へん。

一、別居を許す國と之を許さゝる國との間に跨る別居問題、即ち別居を爲し得るや否やに就ては其家族の屬する國の法律及び其訴訟地の法律が之を認むるにあらざれば之を爲すこと能はずと云はざるへからず。是れ離婚と少しく異なる所なり。何となれば離婚は大に當事者の身分に關するを以て双方の本國法に依らざるへからずと雖も別居は當事者の身分に關係する所甚少なく、而して其別居を爲さしむへきか否やは全く其家族の利害に關するものなればなり。

二、別居の制度を有する國家間に於ては何れの國の法律に依りて其原因を定むへきかに付きても亦離婚と同しく其家族の屬する國の法律及び訟訴地法に依るへし。

三、其効力に至りても亦離婚と同しく其家族の屬する國の法律に依るへし。

四、裁判管轄を定むるに付きても亦同じく原則として家族の本國の裁判所の管轄に屬するものとなし、例外として當事者の現在の住所に於て其原因たる事實の發生したる場合に限り其住所の裁判所の管轄に屬せしむべきものとす。

其他の問題は亦茲に再說せず宜しく離婚の條を參照すべし。

第二章　親子

法律上、子の身分を分ちて三種とす。即ち正當の婚姻を爲したる者の間に生れたる子を嫡出子と稱し、正當の婚姻なき者の間に生れたる子を私生子と云ひ、全く自然の關係なく只他人の子を收養したる者を養子と云ふ。而して前二者は血族上自然の關係あるものなれば養子に對して之を實子と云ふ。今此三者の身分關係に付き國際的事項に關するものを採りて逐次之を說明せん。

第一節　嫡出子

凡そ嫡出子たる身分を取得するには必す正當の婚姻の結果たることを要す。故に必す婚姻繼續中に受胎したることを要す。又其婚姻繼續中に受胎したりとするも其子は眞に夫の子たるに非されは嫡出子たる能はさるなり。

今日諸國の立法例に依れは通例、正當の結婚より一定の期間に生れ又は其婚姻解消後、一定の期間内に生れたるものは其婚姻中に受胎したるものとし推定的の規定を設けて以て反對の證據なき限りは之を嫡出子と認めたり。是れ婚姻の目的上當に然らさるを得さる自然の結果なりと云ふべし。

而して此規定は推定的なるを以て縱令正當の婚姻中に受胎し又は法定の期間内に生れたりとするも反對の證據ある場合に於ては其子の嫡出子なることを否認するの訴權を夫に與へたり。而して此推定的規定及び否認の訴權に關する規定に付きては何れの國の法律に依るべきや。是れ即ち本節に於て研究せんとする所なり。

第一、推定的規定に付きては何れの國の法律に依るべき乎

正當の婚姻中に受胎したる子は其夫の子と認め嫡出子なりと推定するは各國同一に規定する所なり。然れとも受胎なる事實は其起點を知ること甚た困難なるか故に、今婚姻成立後、直に受胎したりとするも其子は果して其夫の子を受胎した

るものなりや又其婚姻解消後生れたる子は果して其解消前の夫の子を受胎したるものなりや之を知ること甚た困難なるべし。故に各國の立法者は通常懷胎期間を定め其間に生れたる子は反證なき以上は其夫婦間に生れたる子なりとして嫡出子と推定せり。而して其期間に付きては各國其規定を異にせり。即ち我民法第八百二十條第二項は婚姻成立の日より二百日後又は婚姻解消若しくは取消の日より三百日內に生れたる子は婚姻中に受胎したるものと推定せり。而して佛國及び伊太利に於ては前者を百八十日と定め後者を三百日と定め、墺太利の法律は其最短期を六ヶ月と定め最長期を十ヶ月と定めたり。此の如く懷胎期間に付きて各國其規定を異にせり。而して此期間を定むるに付きては何れの國の法律に依るべきや。例へば日本の婦人か墺太利人に嫁し、夫の死後、舊國籍即ち我國籍を回復し而して婚姻解消後三百二日にして我國に於て子を生したりと假定せよ。此場合に於て我國法に依れは此子は婚姻中に受胎したるものと云ふへからず。反之、墺太利の法律に依れば尙婚姻中に受胎したるものと云ふことを得べし。此等の場合に於て何れの國の法律に依るべき乎。

一、子の出生地法主義　或學者は此懷胎期を定むるには子の出生地の法律に依るべしと云へり。其理由とする所は法律か懷胎の最長期及ひ最短期を定むるは元來之を自然に放任するときは其受胎の事實確定ならさるより、爲めに一家の紛雜を生し延きて社會の安寧を害するものなれは、之を避くるの目的を以て此推定の準則を定めたるものなり。故に此規定は國際的公秩序に關するものと謂ふべし。之を以て苟くも其土地に於て出生したるものは外國人と雖も其土地の定むる所の法律に依らさるべからずと。

然れとも此規定を以て國際的公秩序に關するものとなすは謬れり。此規定は原來、其夫及び家族を保護する規定にして、國家は其國內に在る外國人か其子を以て嫡出子と定むるも將た私生子と認むるも爲めに何等の利害を感することなきなり。況んや此規定は多くは個人の反證に依りて之を覆すを許す所の推定的の規定なるに於てをや。若し之を國際的公秩序に關するものなりとせは斷乎たる命令的の規定ならさる可らさるは前屢々述ぶるか如し。故に余輩は此規定を以て國際的公秩序に關するものと信する能はさるなり。

二、出生の當時其家族の屬したる國の法律說　是れ懷胎期間に付きては家族の屬する國の法律に依るべしとなすものなり。而して家族の屬する國の法律は通常夫の本國法なるべしと雖も、時としては其妻の本國法なる塲合あり。例へは夫のみ國籍を變更し妻及び其他の家族、猶舊國家に屬する塲合の如き是なり。蓋し此說は最も當を得たるものなり。何となれば嫡出子たるや否やを定むるには素と親子の關係に屬し身分を定むるものなるを以て本國法に依らざるべからず、決して偶然の結果たる訴訟地の法律又は出生地の法律に依るべきものにあらず。而して子の本國法は未た知るに由なし又父の本國法のみに依るべからず。固より此法定期間は父の爲めに設けられたるものなりと雖も、其子の嫡出子となるや否やに付きては其家族に最も大なる關係を及ぼすものなるを以て、此懷胎期間を定むるには其家族を支配する國の法律に依らさるべからず。而して或る學者は其子の利益を重するか爲めに受胎當時の本國法に依りて之を定むべしと云へり。然れとも子は出生以前に於ては未た獨立の生活を有せす只母体の附屬物として生活するのみ。故に社會に於ける父子の關係を定むるには出生當時の法律に依るを以て可なりとす。此故に余輩此懷胎期間に關しては出生當時に於て家族の屬する國の法律に依るぺしと信するものなり。例へは墺太利人に嫁したる日本婦人か寡婦となりたる後、其家族と共に我國に歸屬したるときは我國法に依りて之を決すべきなり。此塲合に於て若し其家族は依然、墺太利に存在し自己獨り我國に歸屬したる場合に於ては猶墺地利の法律に依りて之を定むべきなり。

第二、夫の否認　訴權に付きては何れの國の法律に依るべき乎

縱令、子か以上の懷胎期間中に生したりとするも夫は眞に自己の子に非ずと認むるときは反對の證據を擧け之を否認することを得べし。而して此件に關しては果して何れの國の法律に依りて其訴訟を提起するの權利ありや否やを定むべき乎。

此規定に付きても亦出生當時の家族の屬する國の法律に依りて之を決定すべし。何となれば其子か嫡出子の身分を取得すると否とに付きては其家族は大なる利害關係を有すればなり。或者は曰く、此訴訟に關しては其訴訟當時の法律に依るを可とすと。然れとも子は既に出生の當時に於て嫡出子たるや否やの身分を取

得すべきものなるを以て其后、父たる者の自由の意思に依りて國籍を變更したる場合に當り此新國の法律に依りて訴權の有無を定むべしとなすときは或は子の既得の權利を侵害することなしと云ふべからず。故に出生當時の家族の屬したる法律に依らざるべからざるなり。

此訴訟を提起したるとき其證據として主張すべき事實に付きては何れの法律に依りて之を定むべき乎。

此問題に付きても猶出生當時、家族の屬したる國の法律に依るべきものとす。凡そ普通の訴訟事件に付き其擧證に關しては常に其訴訟地の法律に依るべきに拘らず此場合に於ては全く其趣を異にするは何ぞや。曰く此場合に於て證據として提出すべき事實は決して一片の訴訟手續に關するものにあらず、即ち此問題の實質を定むべきものなればなり。此故に其證據として主張する事實にして苟くも其訴訟地の國際的公秩序に關せさる以上は出生當時に於ける家族の本國法に依らさるべからざるなり。

子か否認せられたる場合に於て果して其嫡出子たるを主張し得るや否や、又如何なる事實を主張すべきや、其他子か嫡出子と認められたる場合に自ら之に反抗し得るや否や等に付きては猶其出生當時、家族の屬したる國の法律に依るべきものなり。

第二節　私生子

第一款　私生子の認知

正當の婚姻以外に生したる子を私生子となすことは前既に之を述へたり。而して此私生的親子の關係たるや固より嫡出子と同しく懷胎の事實より來るものなり。然れども是れ只自然の關係のみ法律上何等の關係を有することなし。故に獨逸、佛蘭西等に於ては私生子を稱して自然子又は天然兒と呼へり。而して之をして法律上の親子の關係を生せしめんとするには必ず或方法に依りて其父又は母との關係の存在することを證明せさるべからず。

而して此證明の方法を認知とす。此認知に二種あり。一は當事者の注意的認知にして一は裁判上の强制的認知是れなり。而して我國に於ては此二者を共に認知と稱して區別する所なしと雖も、歐州諸國に於ては認知を以て任意的に出つべ

きものとなし、即ち前者のみを以て認知となせり。然れとも我國の認知なる文字中には任意的自白なる意味及ひ沿革を有せさるを以て今我國の稱に從て認知なる文字を以て此二者を包含すへきものとなせり。

私生子に關する諸國の法律甚異なれり。今其大要を示さん。

一、私生子を認めさる國　英國のコンモンロー及ひ瑞典、那威、丁抹、に於ては全く私生的親子の關係を認めす。只私生子の父と認めらるへきものは其子か一定の年齡に達するまて其養育に必要なる資材を給與するの義務あるのみ。毫も其他の關係を生することとなし。即ち法律上、親子たる關係を生することなく、隨て其父の家に入り其の氏を冐すこと能はさるは勿論、遺産相續に付きても何等の權利を有せず。

二、私生子を認むる國　反之、日本及ひ歐州其他の諸國に於ては概ね私生子なる者を認め法律上私生子の關係を規定せり。然れとも其規定に至りては甚た異れり。

(イ)佛蘭西に於ては父又は母の任意に之を認知するときは私生子の關係を生すへきものとなすと雖も子は父に向ひて之か認知を强ふること能はす。但母に對しては一定の場合に之を强ふることを得。而して佛國及ひ伊太利に於ては親族相姦又は有配偶者の姦通に因りて生したる子を認知することを禁止せり。

(ロ)日本、墺太利、普魯西、等多數の國に於ては父母は任意の認知を爲すを得るは勿論、子に於ても其父母に對して其認知を强ふることを得るものとせり。而して親族相姦又は有夫姦の場合に於て其認知を禁するの規定なし。

第一、認知者の能力其他認知の要件に付きては何れの國の法律に依るへき乎。

認知者の能力、其他認知を爲すには如何なる條件を具備するを要するやに付きて各々其認知者及ひ被認知者の本國法に依るへし。何となれは認知なるものは子に對しては身分の變更にして親に對しては身分能力の問題なるか故に、身分能力は各其本國法に依るへしとなせる原則の適用上當に然るへきなり。而して國際的公秩序に關する規定に付きては其行爲地の法律に依るへきは勿論なり。前に述へたる如く私生子に關しては各國其法制を異にするが故に右の原則を適用するに就きても種々の異論を發生すへし。今左に之を說かん。

(一)認知を禁する國に於ては其國人は勿論、假令當事者の一方の本國法か之を禁す

る場合に於ても認知する能はざるは明なるべく、又其國に於ては之を禁せさる國の人と雖も其私生子を認知すること能はさるべし。何となれば其國に於では道德上其社會の秩序を維持するが爲め之を禁すべきものとなせばなり。即ち其國人を保護する爲めの規定にあらずして國家の道德を維持せんとの規定なるを以てなり。

(二)佛國の如く親族相姦又は有配偶者の姦通に依りて生れたる子を認知するを禁する國に於ては此種の私生子に付きては其親子の一方か佛國人なるときは之を認知することを得さるべし。

然るにフイオレーは親か佛國人なる場合に於ては認知するを得へからさるは勿論なりと雖も子が佛國人にして親の國法は之が認知を禁せさる場合に於ては之を認知するを得べしと云へり。其理由とする所に依れば認知の効力を定むるは認知者の本國法に依るべきものにして大抵子は認知に依りて親の國籍を取得するものなれは親の本國法か之を許さゞる場合に於ては到底之を爲すこと能はすと雖も若し親の本國法が之を許す場合に於ては縱令子の本國法か之を許さゝる場合と雖も其親の認知を妨くる理由なし。何となれば此場合に於ては決して其國の公秩序を亂すことなく寧ろ路頭に迷へる私生子を認知するは其國の安寧幸福を增進するものと謂つべし。但し此場合に於ては子の本國の身分登記所に於て認知を爲すを得さるべし。何となれば之を禁する國の官吏は其登記を肯せさればなり。然れとも若し既に認知者の本國に於て正當に其認知を了りたる以上は子の本國に於ても之を認めざるべからずと。然れども余輩は何か故に子の本國法に於ては其國の禁令に反する原因に因りて其國人の身分の變更を許さゞる可らざる乎を疑はざるを得さるなり。即ち立法者に於ては親族相姦又は有配偶者の姦通の如きは人倫に悖る行爲なるを以て之に因りて生れたる子の認知を許すは其國の風紀を紊亂するものと認めたるより之を禁したるものなるが故に、其國人の此禁令に反する行爲に依りて身分を變更するも其禁令の精神に背かずと云ふ能はさるなり。故に認知は必す双方の本國法に於て其認知を禁せさる場合に於てのみ之を爲すことを得へしと謂はさるべからず。

(三)親族相姦及ひ有配偶者の姦通より生したる子の認知を禁する規定は國際的公

秩序に關すへきものなりや否や。換言すれは親子共に之を禁せさる國人なるときは之を禁する國に於て認知を爲すことを得るや否や。

フイオレーは國際的公秩序に關するものにあらすと云へり。即ち此規定は家族の風波を豫防し其幸福を保護するの規定たるに過きすとせり。然れとも余輩は其國の立法者に於ては猶國際的公秩序に關する規定と認めたるものと謂ふを正當と信す。何となれば其國の立法者より見るときは此の如き不倫の子を認知するは其不義の行爲を奬勵するものにして且つ其人の恥辱を社會に公示するに因り延て社會の風紀を害するの結果を生すへきか故に其之を防かんとするの目的より出てたるものなれはなり。故に余輩は此規定を以て猶外國人をも拘束すへしとなすものなり。

(四)又佛國の如く私生子は父に對して認知を強ふることを得すとなせる場合に於ては其父又は子の一方か佛國人なるときは認知を強ふること能はさるへし。然れともフイオレーは其父か佛國人なる場合には勿論認知を求むる能はすと雖も子か佛國人にして父は之を禁せさる國人なる場合には之を強ふるを得へしと云へり。何となれば子か認知を強ふるの目的は親子の關係を生せしむるに在り。而して此目的を達したる以上は子は父の國籍を取得するものなるを以てなりと。然り此強制的認知か父の本國に於て完全に成立したるときは此認知は子の本國に於ても有効なるへし。然れとも子の本國に於ては到底此の如き認知を強ふる能はさるへし。且つ親族相姦及ひ有配偶者の姦通より來る私生子は此問題の關する所にあらさるなり。

(五)此規定は國際的公秩序に關するものなりや否や。此點に付きてもフイオレーは國際的公秩序に關するものにあらずと云へり。然れとも父に認知を強ふるを禁する國の立法者の精神より見るときは此訴權を子に附與するは其國の風紀を害するものと認めたるものなるを以て國際的公秩序に關するものと謂ふを可なりとす。現に佛國裁判所の判例に於ても國際的公秩序に關するものなりと認めたり。即ち佛國に於ては外國人と雖も父の認知を強ふる能はさるなり。

(六)認知者の能力に付きては其本國法に依るへし。即ち無能力者か私生子を認知するには其法定代理人の同意を得るを要すと云へる規定の如きは其本國法に從

はさるべからさるなり。

然るにフイオレーは若し其認知を爲す國に於て無能力者は法定代理人の同意を得るを要せずと規定せるときは本國法は之を要すとなすも、其本國法に依らず其行爲地法に從ひ其法定代理人の同意を要せざるべし。其理由とする所に依れば元來私生子を認知するは既に自然に具はる關係を變じて只法律的の關係となすものにして、此權利は素と自然法より來れるものなるか故に其行爲地の法律か其認知の權利を與へたるときは縱令外國人の本國法が之を禁ずるも其國に於ては之を許可すべしと。若し然らずして認知を爲すの能力を他の契約其他の行爲を爲す能力と同視するは是れ自然法より來る權利を妄りに剝奪するものにして甚だ不當なりと。然れども余輩は私生子を認知するの能力に付きても之を他の能力と區別するの必要なしと信ず。凡そ能力の制限なるものは決して個人の權利を減殺するの目的に出づるものにあらず寧ろ反て之を保護するの目的に出つるものと云ふべし。殊に認知の如き重要なる事件を無能力者に一任するときは或は婦人の愛情に溺れて己れの子に非ざる者を認知するの憂なしとせず。故に此問題に關しても他の能力と同しく本國法に依るを以て正當なりとす。

第二、認知の方式は何れの國の法律に因るべき乎。

認知の方式に付きては一般の原則に從ひ其行爲地法に依るべきものなり。

第三、認知の效力に付きては何れの國の法律に依るべき乎

認知の效力に付きては其家族を支配する法律に依るべきか如し。然れども私生子なるものは嫡出子と異り家族以外に生れたる子にして、日本の如きは庶子を以て父の家に入らしむと雖も歐州諸國に於ては決して私生子を以て其家族の一員と認めず。故に家族を支配する法律に依るべからざるなり。

然らば子の本國法に依るべきや、是れ亦不可なり。何となれば既に認知したる以上は親子の關係を生ずるものなるを以て通例其認知者たる親の本國法に從ふを正當なりとす。宜しく認知者の本國法に依るべきなり。且つ其子の親に異る國籍を取得したるは偶然の事實より起りたるものなり。即ち出生の當時既に親子の關係は存在したるものにして、若し此時其親が之を認知するに於ては子は固より親の本國籍を取得すべきなり。然るに偶々其親が認知を猶豫したるが爲めに

一時出生地の國籍を取得したり云ふに過ぎず。故に余輩は認知者たる父又は母の本國法に依りて其認知の効力を支配せしむべしとなすを以て正當なりと信ずるものなり。

第四、子か父母の認知に反對するの權利に付きては何れの國の法律に依りて定むべき乎

此權利に付きては其認知前の子の本國法に依りて之を定むべし。是れ認知の誤謬なりしに基くものなれはなり。而して父又は母の認知に因りて子は多くは其親の國籍を取得するものなるを以て、既に國籍を變更したる以上は其新本國法に依るべきに似たりと雖も、此國籍變更は認知の結果なるか故に既に認知にして無効なる以上は此國籍變更も亦無効なるべし。而して子か其反對の理由を主張するは其認知を無効となすの目的に出つるものなるか故に、此場合に於ては其認知以前の子の本國法に依りて定むべきものとす。

第二款　准嫡

准嫡とは私生子をして或る一定の條件に依りて嫡出子の身分を取得せしむるの制度を云ふ。而して准嫡なる語は我法典に於て採用せずと雖も、私生子を以て嫡出子に准するの制度なるを以て今玆に此文字を使用せり。

此制度は其初め羅馬に於て行はれたり。蓋し羅馬に於ては彼の嚴格なる市民法に違反して婚姻を爲したる者の子を私生子と認め而して其私生子は他の婚姻以外に生したる普通の私生子と區別し、普通の私生子は常に母に屬すべきものとし生涯嫡出子たる身分を取得すること能はすとなしたれとも、此市民法以外の婚姻によりて生れたる私生子は一定の方法に依りて嫡出子に同しき身分を取得することを得るものとせり。是れ准嫡の因て起りたる源なり。

(甲)而して近來多數の國家は此制度を認めたるも又全く此制度を設けさる國あり。即ち英蘭、愛蘭及ひ英領東印度及ひ南米の或國の如き是なり。

(乙)此制度を認むる國に於ても其要件及ひ方法に付きては甚た同しからず。一、或る國に於ては只後日に於ける父母の婚姻によりて嫡出子たる身分を取得するものとせり。即ち日本、伊太利、佛蘭西、ルイヂヤナ、及ひ瑞西のカントン、ドヴォーの如き是なり。而して日本民法第八百三十六條及ひ伊太利法に於ては離婚せら

るべき私生子は父母の婚姻後に認知せらるゝも可なりと定めたれとも、佛國民法に於ては準嫡せらるべき私生子の認知は婚姻以前又は婚姻の際に之をなすを要すと規定せり。

(二)又或國に於ては其父母の婚姻を以て必要條件となさず、國王の命令に依りて私生子をして嫡出子の身分を取得せしむべきものとなせり。即ち普魯西、墺太利、伯剌西及ひ伊太利(前者と兩方を認む)の如き是なり。

第一、準嫡を爲し得るや否やは何れの法律の依るべきや

一、サヴィンニー、ロッマ等は婚姻當時の父の住所地法に依るべしと云へり。然れとも住所地法の此等身分の關係を支配するの不可なることは今更に論ずるの必要なし。

二、シエフネルは子の出生地の法律に依るべしと云へり。其理由とする所に依れば子の準嫡せらるゝと否とは其關係既に出生の際に定まるものなればなりと。然れとも出生なる偶然事實を以て此家族的永久の關係を支配せしむるの不可なる亦說明を要せざるべし。

三、或學者は婚姻擧行地の法律に依るべしと主張せり。其理由とする所に依れば私生子は婚姻に因りて初めて嫡出子の身分を取得するものなればなりと。然れとも此說も亦採ること能はざるものなり。何となれば婚姻擧行地なるものは偶然の結果によりて定まることと屢々なるべければなり。即ち此偶然の事實に依りて永久的關係を支配せしむるの理なく、且つ其土地に於ては其子の準嫡せらるゝと否とに付て何等の關係を有せざればなり。

四、余輩の信ずる所に依れば私生子を準嫡し得るや否やに付きては其親の家族を支配する所の法律が準嫡の制度を認め並に其行爲地の法律が私生子の認知を許し殊に其準嫡を禁せざる場合に限り準嫡するを得となすを以て最も正當なりとす。何となれば準嫡せられたる者は其親の家族に依るべきものなるが故に其準嫡者の家族を支配する法律に從はざるべからず。又子は身分を變更するものなるが故に其子の本國法が若し私生子の認知を禁ずる國なる場合なるときは既に其私生的關係の存在せしことを證明するを許さず。既に之を許さすとせば如何にして其準嫡を爲すを得べきか。思ふに既に其準嫡を爲すの基礎を失ふ然らば

其准嫡を爲すこと能はざるや勿論なり。反之私生子の認知を禁せざる國なるときは特に其准嫡を禁する場合の外は之を爲すことを得と謂はざるべからず。何となれば其子の准嫡せらるゝによりて其子の秩序を紊乱することなければなり。故に子の本國法に依て私生子の認知を許し且つ特に其准嫡を禁せざる場合にあらざれば准嫡すること能はざるなり。又其行爲地に於て私生子の認知及び准嫡を禁ずるときは其國に於て認知することを得ざるべし。何となれば此規定は國際的公秩序に關するものなればなり。

故に余輩は第一親の家族を支配する法律が其准嫡を認め次に其子の本國法及び訴訟地が其私生子の認知を許し特に其准嫡を禁せざる場合に於て准嫡するを得べしと信ずるものなり。

准嫡せらるべき私生子の出生后、其父が國籍を變更したる場合に舊國籍に依れば准嫡を認めたるも新國家の法律は之を認めざる場合なるときは之を如何にすべき乎。

フィオレーは曰く、如此場合に於ては新國家は其准嫡を許可せざる可らず。何となれば子は出生の當時既に准嫡せらるべき權利を取得したるものなれば其以後、父か國籍の變更に依りて其既得の權利を侵害するの理由なければなり。且つ縦令、其國に於て准嫡を禁ずる場合と雖も必ず其國の公の秩序を乱すものなりと云ふべからず。何となれば其路頭に迷へる私生子をして其歸する所を得せしむるは却て其國の幸福を增進するものなればなり。故に此場合に於ても舊國法に依りて其准嫡を認むべきなりと。然れども偶々其子が出生の當時准嫡を認めたる國法の下に立ちたるの事實を以て其子は既に准嫡せらるべき權利を得たるものなりと謂ふこと能はざるなり。若し此場合に於て子が既に舊國の法律に依り一旦准嫡せられたる以上は其子は既に其准嫡の權利を取得したるものと云ふを得べしと雖も、未だ其准嫡なる行爲の成立せざる以前に於ては之を既得の權利なりと云ふこと能はざるなり。故に余輩は如此父が國籍を變したる場合に於ては其家族も共に其國籍を變更したりや否やを尋ねて現に其家族の屬する國の法律に依りて准嫡をなし得べきや否やを決定せんとするものなり。

第二、准嫡の要件に付きては何れの國の法律に依るべき乎

准嫡の要件を定むるには其親の家族の屬する國の法律に依るべし。何となれば准嫡せられたる子は其家族に入りて其一員となるものなるが故に此家族の屬する國の法律に依るを以て正當とす。而して其要件に關し若し其子の本國法に於て公秩序に反するものと認めたる場合に於ては縱令其親の家族を支配する法律は之を許すも准嫡することを能はざるべし。何となれば子の本國に於ては公の秩序に反して其子の身分を變更するを肯せざるべければなり。又其要件にして其行爲地の國際的公秩序に反する場合には其國に於て准嫡すべからざるは勿論なり。例へば佛蘭西、伊太利の如く親族相姦及び有配偶者の姦通より生れたる子を認知するを禁ずる國に於ては外國人と雖も此の如き私生子を准嫡する能はざるなり。

第三、准嫡の方式に付きては何れの地の法律に依るべき乎

准嫡の方式に付ては其行爲地に依るべきこと一般法律行爲の方式と異なる所なし。

第四、准嫡の効力に付きては何れの國の法律に依るべき乎

准嫡の効力に付きては准嫡當時の親の家族の屬せる國の法律に依るべきなり。何となれば既に准嫡せられたる以上は子は親の家族に入るべきものなるを以て、其家族の屬する國の法律に依るべきは勿論にして又其准嫡當時の法律に依るは此時に於て子の既得の權利となれるを以てなり。

第三節　養子

一種の契約に依りて自然の關係を有せざる二人間に親子の關係を生ずるものを養子緣組とす。

養子の制度は歐州に於て古來之を認め既に埃及、希臘、羅馬の古代に於て行はれたり。殊に羅馬に於ては子なきものをして其家名を永續せしめ宗祀を絕たざらしめんか爲めに養子の制度を設けたり。然るに近時家族制度漸次堙滅するに從ひ此養子の制度に於ても昔時と大に其趣を異にせり。

(甲)或國に於ては全く養子の制度を認めず。英國、北米合衆國、和蘭、瑞西のカントン、ド、ヴォー及ひルイヂナの如き是なり。

(乙)養子制度を認むるも其養子と養親との間に於ては完全なる親子の關係を生ず

ることなく只養子をして養親の遺産を相續せしむるの權利を生ずるに過ぎず。而して其養子は依然實親の家族の中に在りて養親の親族に對しては殆んど何等の關係をも生することなし。佛國其他歐洲諸國多數の法制は概ね之に屬す。

(丙)反之我國に於ては夙に家名を尊ひ宗祀を重するの風行はれ民法に於ても養子は養親の家に入り其嫡出子たる身分を取得し其養親の親族とも嫡出子と同一なる關係を生すべきものたることを定めたり(第八六〇條、第八六一條、第七二七條)。

第一、養子緣組の要件に付きては何れの國の法律に依るべき乎。

養子を爲し得るや否や及び養子と爲る者の能力及び其他の要件に付きては何れの國の法律に依るべき乎。

一、能力は本國法に依るべく其他の要件は當事者の撰擇に任すべしとなすの説

是れ當事者の能力は固より各其本國法に從ふべきも其他の要件に至りては當事者の撰ふ所の法律に從ひ其自由の意思に任せて定むべしとなすものなり。此説は養子緣組を以て普通の契約と同視するに基くものなり。凡契約の自由は各國私法上一般に認むる所にして概ね當事者の意思に放任するを原則とす。故に國際私法上に於ても亦契約に關しては當事者の意思に依りて其依るべき法律を定むべく其意思の知れさるときは當事者の意思の推定上其成立地法に依るべしとなすものなり。然れとも養子緣組を以て普通契約と同視するは決して正當なりと云ふ可らず。養子緣組の一種の契約なることは明なりと雖も此契約の結果は當事者の身分を變更するものにして且つ其國内の秩序に關すること大なるものなれは普通の契約と同一視すること能はず。若し之を同視して當事者の意思に從ひて其依るべき法律を定むべしとするときは其當事者の本國は其國の禁止的命令に反しても其國人の身分の變更を承認せざるべからざる結果を生ずべし。例へは其本國に於ては私生子を養子となすことを禁するに拘らず外國法か之を認許するときは其本國に於ても之を認めさるべからざるの結果となるべし。然れとも其本國に於ては實際如此場合に於て其國の禁令に反し其國人の身分を變更するを肯せさるべし。否らされば其國内の秩序を紊亂するに至るべければなり。故に此説は決して採るべからさるなり。

二、當事者の本國法説　是れ各當事者に付きて各其本國法に依りて決すべしとな

すものにして養親の能力、其他專ら養親に關する要件は養子を爲す者の本國法に依て決すべく、又養子の能力、其他專ら養子に關する要件は養子と爲るべき者の本國法に依て決すべく、又同時に双方に關する要件は双方の本國法に依るべきものとす。而して其結果として當事者の一方の本國法に於て養子の制度を禁する場合に於ては其緣組は成立せさるべし。思ふに此說は最も正當なるものなり。何となれば養子緣組なるものは身分の變更に關し兼て其國內の秩序に關するものなるを以て、其本國に於ては其本國內の秩序に關する規定に反する原因により其國人の身分の變更を認めさるべければなり。

我國に於ても亦此主義を認め法例第十九條第一項に養子緣組の要件は各當事者に付き其本國法に依りて之を定むと規定せり。

第二、養子の制度は國際的公秩序に關するものなりや否や。

養子緣組は國際的公秩序に關するものなりや否や。換言すれは養子の制度を設けさる國に於て之を設けたる國の人は養子を爲すことを得るや否や。

此問題に對しては養子緣組は國際的公秩序に關するものにあらずと答へさるべからず。固より其國に於ては公の秩序に反するものとして之を認めさるものなるべし。然れとも是れ其國人を保護するの規定にして國內秩序たるに過きす。故に縱令、其國に於て外國人か養子緣組を爲したりとも其國の公秩序を亂すものなりと謂ふこと能はさるなり。然れとも或る一、二の條件に付きては國際的公秩序に反するもの無しと謂ふべからず。此場合に於ては固より此緣組を爲すこと能はすと雖も概括的に養子の制度は國際的公秩序に關するものなりと謂ふべからさるなり。

第三、養子緣組の方式に付きては何れの國の法律に依るべき乎。

養子緣組の方式に付きては一般の原則に從ひ其行爲地法に依るべし。然れとも此制度を認めさる國に於ては之に關する方式を有せさるは勿論なるか故に、如此場合に於ては其國に於て養子緣組を爲さんとする外國人は其國に在留する本國領事又は公使に就きて其本國の方式に從ひ之を擧行するの外なきなり。

第四、養子緣組の效力に付きては何れの國の法律に依るべき乎。

養子緣組の效力に付きては養親の本國法に依りて之を定むべし。何となれば養

子は其縁組に依りて養親の嫡出子たる身分を取得するか、然らさるも少くも之と親子の關係に類する一種の關係を生するものなるを以て、既に斯の如き關係を生したる以上は養親の本國法に依りて其効力を定むるを正當なりとす。且其養親の本國法に依るは其養子を爲す目的に適合すへけれはなり。

我法例第十九條第二項も亦此主義を採用せり。

第五、養子の離縁に關しては何れの國の法律に依るへき乎。

養子の離縁に關しては歐州諸國凡て其制度を認めす。是れ養子縁組は終身的性質を有するものとなしたれはなり。反之、我國に於ては離縁の制度を設け協議上離縁を爲すを得るは勿論法定の原因あるときは裁判上の離縁を爲すを得る旨を規定せり。

一、離縁を爲し得るや否やは何れの國の法律に依りて決定すへき乎

此問題を發生するは養親と養子と國籍を異にし其一方に於ては離縁を禁し他の一方に於ては之を許可する場合にあり。此の如き養子縁組は離縁することを得るや否や。 此問題に對しては雙方の本國法に依り其兩國か離縁を許す場合に非れは離縁を爲すこと能はすと云はさるへからす。何となれは離縁は身分の變更なるを以て其本國に於て離縁を禁するときは其國の禁止的規定に觸るゝ所の國人の身分の變更を肯せされはなり。但し離婚の場合と異り其訴訟地法の如何は之を問ふを要せす。何となれは養子の離縁は國際的公秩序に關するものにあらされはなり。然とも是れ概括的の斷定のみ若し其の條件中に國際的公秩序に關するものある場合に於ては又訴訟地の法律に背くこと能はさるは勿論なり。

二、離縁の制度を認めたる國人間の離縁に付きては何れの國の法律に依りて其原因を定むへき乎。

此問題に付きては養親の本國法に依るへし。何となれは既に養子の本國に於ても其離縁を許したる以上は離縁に因りて其身分を變更するを拒まさるへく且つ其縁組の効力を支配する法律と同しく其養親の本國法に依るに非されは實際上甚た不便なるを以てなり。

三、離縁の効力は何れの國の法律に依るへき乎。

是れ亦養親の本國法に依るへきものなり。 何となれは其離縁を爲さしめたる法

律は併せて其効力をも支配すべきものなれはなり。

我法例第十九條第二項に離縁は養親の本國法に依るべしとなせり。是れ離縁をなすべきや否や及ひ其原因、効力等凡て養親の本國法に依るべしとなすものにして少しく不當なるに似たり。然れとも現今外國に於ては離縁を認むるをなく且我國に於ては養子は養親の家に入り其國籍を取得すべく即ち外國人と雖も日本人の養子と爲りたる以上は日本の國籍に屬するものなるを以て、離縁の爲めに其身分の變更を拒まるゝ場合なきか故に敢て不都合を生するをなかるべし。

第三章 親權

親權の意義に就きては古昔羅馬法に於けると近代諸國の法制に於けると頗る其性質を異にせり。羅馬法に於ては親權は戶主に屬する家長權の一部にして其子及ひ卑親族の上に行はるゝ權力を指せり。即ち子及ひ其卑屬親の一身及ひ財產に對する戶主の權利の總稱となせり。故に其權利は全く戶主の利益を目的として成立せるものなり。

反之、近世諸國に於ける立法の精神に依れは親權なるものは子の一身上及ひ財產上の利益を保護する目的を以て設けたるものとなせり。即ち子は父母を尊敬し之を以て天與の保護者と仰くの必要を有し、父母は亦其子に對し身躰財產上、其發達を監督するの自然の義務を有す。之を以て此自然の關係を採て以て親權の制度の基礎としたるものなり。故に近世に於ける立法の精神に依れは親權は全く子の利益の爲めに設けられたるものなり。

前述の如く近代の法制は概ね親權を以て父母の爲めにする權利にあらすして寧ろ子を保護するを目的とする一種の權力となせり。故に子か一定の年齒に達し其保護者を必要とせさるに至らは其親權は除却すべきものとし、又父母か其親權を濫用し子の不利益を生するの虞あるときは其父母は親權を喪失すべき制度をも設けたり。而して親權は父母の双方に屬するものとし、只父の存生中は父のみ之を行使し、其死後又は父か之を行使すること能はさる場合に於て初めて母か之を行使するものとせり。

今日に於ては純粹なる羅馬法主義を採る所の法制は甚た稀なりと雖も、尚多少其

痕跡を留むるもの尠からず。隨て其親權の範圍效力等多少の差異あり。即ち佛國民法及ひ之を基礎とせる諸國の法典は全く子の利益を保護する義務に出てたるものとなし、墺太利、西班牙の民法の如きは稍羅馬法主義に近きものなり。而して我民法第八百七十七條に於ては子の父と同居し獨立生活を營む能はさるものは縱令成年以上に至るも父の親權に服するものとせり。是れ亦近世稀に見る所の立法例なり。第一、親權に關しては何れの國の法律を適用すへき乎。

或は親子其國籍を異にし或は其國籍同一なるも其住所、本國以外に在るときは、此親權の性質範圍及ひ效力等に就きては何れの國の法律に依りて之を定むへき乎。

一、父の住所地法說　此說を爲すものの中、現在の父の住所の法律を適用すへしとなすものあり、或は其子の出生當時の父の住所の法律を適用すへしとなすものあり。然れとも親權なるものは親子の關係より生する家族關係にして其能力に關係する所、大なるものなるか故に其住所地の法律に依るへからさるや明なり。且つ子の出生當時の父の住所地法に依るへきものとなすときは益々不都合なるへし。即ち人は其住所を屢變更することあるものなるか故に、其變更せる數ヶ所に於て各々子を生したる場合に於て其父は各兒に對し各異る法制に依りて親權を行使せさるへからさるの結果となり到底其煩雜に堪ゆへからさるなり。

二、子の出生當時父の本國法說　是れフイオレーの主張する所なり。其理由に曰く、親權は子の利益を保護する爲めに設けたるものにして子の父に對して其保護を請求するの權利なり、而して此權利は子の出生の際、既に既得の權利となるものなるか故に、後日、父か其國籍を變更するも之か爲め此權利を侵害すること能はすと。然り其本國法に依るへしとなすは可なりと雖も、只出生當時の父の本國法と云ふに至ては不可なり。何となれは親權なるものは固より子の保護を目的としたるものなりと雖も亦一家の維持をも目的とし延て國內の秩序にするものなるを以て、飽くまても出生の當時の本國法によりて支配せらるへきものなりとなすへからず。即ち其親子か國籍を變したるときは其新なる國法に依るへきものとす。隨て之を既得の權利なりと認むること能はさるなり。且つ此說は前の出生當時の住所地法主義と同一の批難をも免るゝこと能はさるへし。故に此說も亦採る可らさるなり。

三、家族の屬する國の法律即家族の本國法說　是れ蓋し最も正當なるものなり。何となれば親子の關係は家族の關係にして親權は固より子の利益を保護するの目的に出ると雖も、又家族の維持にも關係し、隨て一國の國內秩序に關する所少からさるを以て、其家族を支配する法律即ち其家族の屬する所の國家の法律に依るを正當なりとす。而して家族の屬する國家は通常父の本國なるべしと雖も往々然らさることあり。即ち他の家族は舊國籍を維持するも父のみ國籍を變せし場合の如き是れなり。然れとも此等の場合甚た稀なるべし。

或學者は親權の効力に關し子の財產に付きては財產所在地法に依るべしと論せり。殊に其不動產に關して其所在地法に依るべしとなせるは現に英國法の認むる所なり。然れとも予輩は財產の不動產なると動產なるとに拘らず又其所在地の外國たると內國とに關せす悉く其家族を支配する法律に依るべしと信するものなり。

第二、國際秩序に關する疑問

以上の如く親權に關しては其性質、範圍、効力等凡て其家族の屬する國の法律に依りて之を定むべし。然れとも其所在地の國際的公秩序に關するものは其國の法律に從ふべきことは勿論なり。今之に關する疑問に就き少しく論述すべし。

(一)外國人か其本國に親權の規定なきを口實として其子を保護するを肯せさる場合に於ては、其所在國家は其外人に對し其子に必要なる保護を爲すべきことを命することを得べし。何となれば之れ人倫に背反するものにして國際的公秩序を害するものなるを以てなり。

(二)又懲戒權の範圍に付きては國際的公秩序に關するものなるを以て其所在地法に從はざるべからず。即ち或國に於ては父は必要と認むる場合に於て子を監禁する權あることを規定するも、若し其所在國に於て之を認めさるときは父は其本國の規定に依り子を監禁すること能はざるべし。

(三)親權及ひ子の財產管理權喪失の規定(我民法八九六條及八九七條)の如きは固より其家族の屬する國の法律に依るべきものなりと雖も、若し外國人にして甚しく子の財產を危殆ならしめ若くは子の一身に付き著しき不行跡あるときは縱令其本國に於ては此等の制限なきも其所在國に於て國際的公秩序を害すと認むると

きは其國家は之に對して相當の處分を命ずることを得べし。

第四章　後見、保佐及親族會

第一節　後見

未成年者の父母が死亡したるか又は或事實に依りて其父母が親權を行ふこと能はざるとき及び禁治產者を生じたるとき此等の無能力者を保護するの目的に依りて他の完全能力者を附し以て其身体及び財產を管理せしむ、之を後見の制度と謂ふ。

此後見の制度を設くるは各國殆んど同一なりと雖も、其後見人の任命方法、資格及び權利義務等に付きては其間、亦自ら法制を異にせり。

今後見人と被後見人と其國籍を異にし又は後見執行地が其本國以外なる等の場合に於ては何れの國の法律に依りて之を定むべきや。即ち被後見人の本國法なりや又後見人の本國法なるべきや又は其住所地法なるべきや或は其所在地法なるべき乎。

此問題に付きては之を從來の學說及び立法例に徵するに大体に於て三個の主義あり。即　第一本國法說、第二、住所地法說、第三所在地法說之なり。而して此三說中何れを以て可なりとすべきか。思ふに後見關係は固と能力の欠缺より發生し、之を補はんが爲めの規定なるを以て本國法に依るべきを正當とすべし。而して本國法に依るとせば後見人の本國法に依るべきか將た被後見人の本國法に依るべきか。余輩は此問題に付きては被後見人の本國法に依るを正當と信ずるものなり。何となれば後見制度は元來被後見人の能力の欠缺せるを補はんが爲めに設けたるものなるを以てなり。語を換て之を言へば後見制度は被後見人の能力の問題に過ぎざればなり。故に予輩は後見に付きては凡て被後見人の本國法に依るべしと主張するものなり。

然れども或場合には其本國法に依ること能はざることあり。例へは本國法に依れば後見開始の原因あるも後見の事務を行ふ者なき場合又は其本國法の明ならざる場合等是なり。斯の如き場合に於ては其所在地に於ては其國の法律に依り臨機の處分を爲すを必要とす。何となれば此場合に於ては到底、本國法に依るこ

と能はず、隨て若し之を放置するに於ては其被後見人の保護を完ふすること能はず延て其國の公益を害するの虞あるが故に、此場合には已むことを得ず其所在地法に依るべきものなり。

此故に予輩は後見に付きては原則として其被後見人の本國法に依り、若し之に依ること能はざる場合に於ては其所在地法を適用すべしとなすものなり。

我法例第二十三條も亦此主義に依れり。然れとも第二項末段は禁治産に關し規定して云く「日本に於て禁治立法の宣告ありたるときに限り日本の法律に依る」と。蓋し禁治産の宣告に付きては其効力を宣告地の法律に依ると爲せるを以て、日本に於て宣告したる場合は日本の法律に依りて其効力を定むべしとなすものなり。是れ日本に於ける同一裁判の宣告か相異れる二樣の効力を生するは内國の取引を害するの虞あり、且つ其本國法に依るとせは其後見制度の異る爲め我國に於て行はれさる場合あるべしとの主旨に出てたるか如し。予輩を以て之を見れは其行はれ能はさる場合は日本の法律に依るべきことと止むを得ずと雖も、其他の場合に於ては其被後見人の本國法に依るべきを正當なりと信す。何となれば外國に於て禁治産を宣告せられたる外國人に付ては既に其本國法に依るとなせる以上は、日本に於て禁治産を宣告せる外國人に於ても其本國法に依るとなすも決して内國の取引を害する虞なけれはなり。假令同一宣告に關して二樣の効力を生するとするも之れ其外國人たるの故なるを以て其外國人たるを辨別し隨て其効力も異ると想像するは決して難事にあらされはなり。

後見に關しては何れの國の法律を適用すべきかは以上述へたる如し。今之に付き疑義の存する各場合に就き少しく説明する所あらん。

一、若し被後見人か二個の國籍を有したる塲合に於ては如何にすべきや。固より問題は後見の塲合のみに限るものにあらず總て本國法を以て準據法となすべき塲合に於て起るべき問題なり。然れとも後見の塲合には最も困難の問題を生すべし。即ち當事者か双方の本國に於て財産を所有する塲合の如き双方の本國に於て各其國人なりと看做し之に對して各其國法に從へて後見人を撰定することあるべし。然れとも此の如き困難は國籍の重複より起るものにして、此場合に於ては各國に於て國籍法の改良又は條約に依りて其重國籍を防止するの外、之に處

するの途なきなり。

二、佛國の如きは其國の婦人にして外國人の妻となりたる者か其夫の死亡後、舊國籍即ち佛國籍を回復し而して其子か母と共に佛國に在留する場合には其子は猶父の國籍を保持するに拘らず其母の本國法即ち佛國法に依りて其後見制度を定むべしと決せる判例あり。然れども此の如き場合に於ては常に佛國法を適用せしにあらず。其本國の法律にして佛國法に比し母の利益を甚しく減殺せる場合に於ては佛國法を適用したり。其理由とする所は外國の法律に依りて佛國人の利益を損害せしむるは佛國の主權の尊嚴を害ふものと爲すに在り。然れども此判例は決して正當なるものと謂ふこと能はさるなり。思ふに斯の如き解釋は後見制度なるものは專ら被後見人の利益を保護する爲めに設立せられたるものとなることを忘却したるより生したる過失なりと謂ふべし。故に予輩は此場合に於ても猶、被後見人の本國法に依りて之を定むべしと信するものなり。

三、後見人の任命の方法に付ては最後に親權を行ふ者の指定に依るもの、或は其者の遺言に依るもの、或は法律の規定に依るもの、或は親族會又は裁判所の撰定に依るもの等の別あり。而して此等に付きても被後見人の本國法に依るべきなり。

然るに今茲に一の疑問あり。或學者は外國の裁判所の判決は其國外に於て其効力を有するには其地の裁判所の承認を經さるべからずとなせる原則に基き裁判所の撰定に依る後見人の効力に付きては財産所在地の裁判所の承認を經さるべからずと論せり。然れども此說は謬れりと云ふべし。勿論、一國の判決は其國外に於て其効力を有せしめんとせは其地の裁判所の承認を經さるべからずと雖も、裁判所か後見人を任命するは只た後見人を撰定するの一方法たるに過きず。而して既に後見人の撰定を以て被後見人の本國法に依るべしとなせる以上は、其本國法の定むる所に依り本國裁判所之を選任したりとする　其後見人は他の選任又は指定に依る塲合と同じく正當なる被後見人の代理者なるべきか故に、何れの地に至るも正當の資格あるものと決定せざるべからず。隨て其地の裁判所の承認を經るの必要なきものと謂はざるべからざるなり。

四、後見人の資格即ち如何なる人を後見人と爲すべきやに付きても亦被後見人の本國法に依るべし。何となれば被後見人の欠缺能力を保護するは如何なる人を

要するか大に其被後見人の利害に關する問題なるを以て、後見に關する他の問題と同じく被後見人の本國法に依るは至當なりと信ずるか故なり。然れとも其後見人の身分に付きては後見人の本國法に依るべきを勿論なり。例へば成年者たるを要するや否やの規定に付きては被後見人の本國法に依るべしと雖も、其後見人か已に成年に達したるや否やを決するは其後見人の本國法に依るべきなり。

五、外國人は後見人たるを得るや否やに付ても其被後見人の本國法に依るべきなり。

六、後見人の權利義務に付きても亦被後見人の本國法に依るべし。然れとも若し其權利にして所在地の國際的公秩序に關する場合には其國の法律の適用を受くべきなり。例へは懲戒權の如き是なり。即ち本國に於ては後見人は其被後見者を監禁するの權利ありと認めたる場合に於ても其所在地法か之を認めさる場合に於ては、其國に在ては其後見者は此權利を行ふを能はさるべし。又或國に於ては區裁判所を以て後見監督機關となし、或事件に付きては其裁判所の許可を經さるべからずと規定するものあり。此規定に付きては其監督の權を有する裁判所

即ち本國の裁判所の許可を經さるべからず。而して外國に住するか爲め實際、本國區裁判所の許可を受くるに困難なる場合に於ては本國法の規定に從ひ其地に在留する本國の公使又は領事の許可を受くべし。但其本國法か所在地の裁判所の許可を受くべしと規定せる場合に於ては其所在地の裁判所の許可を受るを得べし。然れとも其所在地の裁判所か此の如き權限を存せさる場合に於ては遂に之を行ふことを能はさるべし。此場合に於ては必らず其本國の裁判所の許可を受けさるべからず。然れとも其事急にして到底、本國裁判所の許可を受くる能はさる場合又は其本國裁判所の許可を受くるものとせは其內國の取引を害する憂ある場合に於ては其所在國は其國の法律に從ひ必要なる處分を命することを得べし。此の如き場合に於ては多くは其國の公使又は領事か其裁判所に代りて許可を與ふべきか故に、實際上不便を感することと少かるべし。

七、後見監督人を設くべきや否や及ひ其後見監督人の資格、職務等に付きては悉く其被後見人の本國法に依るべきなり。

八、後見人の管理行爲の方式に付きては一般の方式と同しく其行爲地の法律に依

るべきなり。然れども或行爲を爲すに付き裁判所の許可を經べしとなし或は親族會の同意を得べしとなし或は後見監督人の立會を要すとなせる規定に付きては被後見人の本國法に依らざるべからず。是れ所謂方式にあらずして其行爲成立の一要件たればなり。

九、其國に在留する外國人の後見に關しては通例領事條約に依りて之を其國の領事の職權内に屬すとなすを常とす。此場合に於ては其被後見人の本國の駐在領事は其國の相當官署より後見人を定むへき通知を受けたるときは其本國法に依りて必要なる處分を爲すべきものとす。

第二節　保佐

準禁治産者に對しては其欠缺能力を補ふか爲めに他の完全能力者を附し以て之を監督せしむるを常とす。之を保佐の制度とす。

此保佐の制度に付きても各國其規定を異にせること概ね後見制度に於けるか如し。而して此保佐の制度に付きては何れの國の法律に依るべき乎。

此問題に對しては予輩は猶後見制度と同しく被保佐人の本國法に依るべしと主張するものなり。何となれば保佐なるものは準禁治産者を保護する爲めに設けたるものにして準禁治産者なるものは禁治産者の如く心神喪失の常況にあらざるも猶其精神の發達の不完全なるか又は自体の不具なるに依り完全に己の利益を保護し能はざる者に對し其欠缺能力を補はしめんか爲めに設けられたるものにして畢竟被保佐人の能力關係に過ぎざること猶後見制度の被後見者の能力問題に過ぎざると同しきを以てなり。而して其所在地に於て其本國法を適用する能はざる場合に於ては其所在地法に依りて處分すべく又其他の疑問解釋上に於ても殆んど後見制度と異なる所なし故に之を再說するの必要なし。

我法例第二十四條も亦後見の規定を保佐に準用すと規定せり。

第三節　親族會

親族會に付きては各國其規定を異にせり。或國に於ては區裁判所の判事を以て其會議長と爲し又或國に於ては單に一定の親族を以て之を組織せり。而して其員數に至りても其組織すべき親族の種類に至りても其間大に規定を異にせり。然れども其成立の性質即ち後見及び保佐の監督機關たること及び能力の不完全

なる者の爲めに之を保護する目的を以て組織せらるゝの點に於ては各國の制度皆其精神を同ふせり。而して之に適用すべき法律は猶後見及び保佐と異る所なし。即ち之を支配すべき法律は其保護せらるべき無能力者即ち被後見人及び被保佐人の本國法たる可きなり。

第五章　扶養の義務

諸國の法律は通例一定の親族間に互に相扶助するの義務を有せしめたり。之を扶養の義務と云ふ。

抑も扶養の義務なるものは素と德義上の觀念より來りたるものにして、近親の一方か己自から富貴を重ぬるに拘らず他の一方の衣食に窮するを傍觀して顧みさるか如きは全く人道に反すとなすに由るものなり。故に之を受くべき者か自ら其生活を爲すこと能はさる場合に於て發生すべきものなることは各國法制と均しく認むる所なりと雖も、其如何なる窮乏の程度に於て初めて其權利を發生すべきや又何人の間に發生すべきものなりや及び如何なる限度に於て其義務は履行せらるべきものなりや等に付きては各國の法制自ら差異あり。要之、直系血族間に於ては此義務あることを認むるは諸國皆同一なり。而して其傍系血族たる兄弟姉妹間に於ては或は之を認むることあり或は否らざるあり。又或國に於ては直系姻族間にも之を認むるものあり。又葡萄牙の如きは十歳に滿たさる子は其十歳に滿つるまて十親等內の血族間に於て其最も近き者之に養料を給すべしとなせり。又或國に於ては其生活を爲すこと能はさるに至れるも其者に過失なきことを條件となすものあり。又此義務の範圍に付きても或は一定の金額を與ふることを命するものあり或は其權利者の必要と義務者の資力及び身分に應して其衣食住及び醫療、敎育に必要なる金錢又は物品を供給すべきことを命するものあり。諸國の法制は通例後者に屬し獨り英國に於て前者の如く規定せり。

此權利の性質に付きても或國に於ては之を完全なる債權と認め隨意に處分することを得るものと爲し、又或國に於ては之を處分することを得さるものと認めたり。

以上の如く各國の法制相異るを以て若し扶養義務者と權利者との間に國籍を異にし又扶養執行地か本國以外なる場合に於ては何れの國の法律に依りて其扶養の義務の發生及ひ其範圍性質等を決定すべき乎。今相異なれる諸說を擧けて之を評せん。

第一、權利者の住所地法說　是れ權利者の住所地の法律に依りて扶養の義務を定むべしとなすものなり。然れとも扶養の義務は親族關係より生する法定義務なるか故に之を以て住所地法に依るの不可なるは言を俟たず。且つ權利者の住所地法に依るとなすときは扶養權利者は自由に住所を變更して自己に有益なる法律に依ることを得るの結果を來すか故に此說の益々不當なるを知ることを得べし。

第二、家族を支配する法律說　是れフィォレーの主張する所にして、其家族を支配する法律に依るべし、而して若し權利者と義務者と國籍を異にするときは其變更以前の同一家族にありし時の法律を適用すべしと云ふものなり。而して其理由とする所は扶養の義務は家族の關係より來るものなるか故にして、其權利者と義

務者と國籍を異にする場合に於ては必らず何れかの一方が其國籍を變更したるものなることを知るを得べし、故に其變更以前に於ては同一國籍に在りしものなるを以て其當時の本國法に依るべし、何となれば此變更以前に於て既に當事者は停止條件付扶養の權利を取得したるを以て其既得の權利は一方の國籍變更に依りて此權利を變するを能はされはなりと。然れとも此扶養を受くべき權利は權利者の必要に依りて初めて發生すべきものにして其以前に於ては此權利は決して發生するものにあらず。故に之を以て停止　件付權利なりと看做すべからざるや明なり。若し之を以て停止條件付權利なりとなさは遺產相續權の如き亦停止條件付權利なりと云ふことを得べし。豈に此の如き理あらんや。況んや扶養の義務なるものは必すしも同一家族に屬したるものゝみの間に發生するにあらさるに於てをや。即ち始より其國籍を異にする者の間に於ても亦發生するものなり。直系姻族間の扶養の義務の如き即ち是なり。　へば日本人か英國婦人を娶りたる場合の如し。此場合に於て日本人は我民法第九百五十四條に依り其妻の直系尊族に對しても扶養の義務を負ふべし。此の如き場合に於ては其權利者

と、義務者は始より異國籍に屬するものにしてフイオレーの說は此場合には適用すること能はさるべし。故に此說も亦採用すべからさるなり。

第三、扶養の義務者の本國法說　是れ我法例の採用する所にして扶養の義務は義務者即ち扶養者の本國法に依りて之を定むべしとなすものなり。蓋し扶養の義務は親族相扶助すべき自然且德義上の關係より由來せるものにして義務を主として發達したる法律關係なるか故に其義務者の本國法に由りて之を定むべしとなすものなり。然れども扶養の義務なるものは相互的關係にして此義務ある親族間に於ては互に相扶助するの權利あり義務あるものにして今日の義務者は或は變して明日の權利者となることなしと云ふべからず。即ち其權利者と義務者は只其當時の財產上の地位によりて分るゝのみ。故に其一方の本國法即ち常に義務者の本國法に依るものとせは或者は多くの扶養義務を與へたるに拘らず後日自己か之を受くる場合には之より少き扶養を受くることあるべく、或は全く受くる能はさる場合もあるへし。此の如きは眞に不公平の規定なりと云ふへし。故に此說も亦採るべからざるなり。

第四、其發生當時の本國法說　是れ扶養の義務の發生せる當時の權利者及び義務者雙方の本國法に依り雙方の本國か共に之を認めたる場合、即ち相一致せる範圍に於て相扶助すへしとなすものなり。即ち若し一方の本國法は其間に扶養の義務を認むるも他の一方に於て之を認めざるときは一方は他に對して其扶養を請求することを得さるへく又其兩國の間に於て其程度を異にするときは其小なる範圍を定むる法律に依るへしと爲すものなり。是れ最も正當なる說と云ふへし。何となれば扶養の義務は元來親族的永久の關係なるを以て其本國法に依るの可なるは言を俟たず。又雙方の本國法に依り其範圍の小なる方に依りて決定すへきものとせは不公平の結果を生することとなかるへし。而して又其發生當時の本國法に依るへしとなしたるは義務者か其義務を免れんか爲めに其發生後、其國籍を變更するの弊を避けんか爲めなり。

以上の如く扶養の義務は其義務發生當時の雙方の本國法に依りて其相一致せる程度に依りて之を定むべし。然れども其國に滯在する外國人にして雙方の本國に於て扶養の義務なきを口實とし自己は巨萬の富を重ぬるにも拘らず其近親の

饑餓に迫るを座視するか如きことあるときは是れ人倫に悖り社會の道義を亂るものにして、即ち國際的公秩序に關するものなるを以て、此の如き場合に於ては其土地の法律に從ひ其地の政府は其一方に扶養の義務を命することを得へきなり。

第六編　相續及遺言

第一章　相續

我法例第二十五條は規定して曰く

相續は被相續人の本國法に依る

と即ち我法例は相續に關する一切の問題を擧げて被相續人の本國法の決定に委したり。然るに相續の準據法に就ては從來種々の議論を生じたるものなるが故に、我法例第二十五條の精神を明にせんとせば我立法者か異説を斥けたる理由を説明せざるへからず。

相續の準據法に關する學説は左の如し

第一、財産所在地法説　此説を唱ふる者は相續財産を包括財産と認めずして相續を以て單に物權取得の原因と認めたるものなり。即ち相續の問題は物權取得の問題なるが故に財産の所在地に於ける法律に依りて決定すべきものなりと云へり。抑も今日一般の文明國に於ては相續を以て單に財産取得の原因と認むる例

なし。且つ日耳曼の古法に依れば相續は財産取得の原因にして被相續人に對する債權は其死亡に因りて消滅し相續人に移らざりき。此制度たるや今日の經濟事情に適せざるものにして文明國に其跡を留めざるは當さに其所なり。左れば今日に於ては一般に相續を以て被相續人の地位を承繼すと認めざるは莫し。此れ財産所在地が相續の性質に適合せざる所以なり。殊に此說に依れば財産が各所に散在する場合に相續が各種の法律に依りて管轄せらるゝに至る。是に於てか甲地の法律に依れば長子が財産を相續し乙地の法律に依れば數子の間に財産を平有する等の衝突を生ずべきは實に見易きの理なりとす。此れ我法例に於て之を斥けたる所以なりとす。今日、財産所在地說を採用したるは八百八十五年瑞西、北米合衆國條約、モンテウヰデヲ條約等之なり。

第二、被相續人の屬人法說　相續は相續財産の取得にして被相續人の地位を承繼するものなりとは此說の根據なりとす。而るに此說を唱ふるものの中に於ても被相續人の住所法を適用すべしと云ふものあり、或は其本國法を適用すべしと論ずる者あり。殊に此說を主張する學者の中に就きサヴヰニーは說明して曰く、被相續人が遺言を爲さずして死亡したるときは其最後の住所に於ける法律を以て相續問題を決定する標準と爲したることを推知すへし、蓋し被相續人か熟知するは最後の住所法なれはなりと。之に反して本國法說を唱ふる者は以爲らく、相續は被相續人の一身に關するのみならす實に其の家族に關係あるものなり、隨て被相續人の本國に行はるる法律を適用すへきものなりと。我法例は此說を迎へたり。

住所地法說を採用したる者は知利法民法サクセン舊法典、墺太利民法、普國普通法典等なり。而して本國說を採用したるは獨逸、伊太利、ツユリウヒ、日本等之なり。

第三、動産不動産區別說　英米等の學者中には今日尙ほ此說を唱ふる者あり。即ち此說に依れは不動産の相續に付ては不動産所在地法を適用し、動産に付ては被相續人の本國法又は住所法を適用せんとするにあり。然るに此說の缺點は相續問題か異別の法律に依りて決定せらるゝか故に其間に衝突を生ずることと之なり。蓋し相續の問題は一個の法律に依りて決定せらるへき性質を有すれはなり。此第三說は佛國、和蘭等の判決例にも往々其例を見る。

被相續人の本國法に依りて決せらるへきものは相續開始の原因、其順序、相續開始の時期、相續の效力並に相續訴訟權の時效等の問題是なり。然るに相續能力の準據法に付ては或は相續人の本國法又は住所法を適用すへしと云ふ者あり。或は被相續人の本國法又は住所法を適用すへしと云ふ者あれとも、予輩はベルヒホームと共に之を權利能力と同視する者にして、一般の權利能力に關する準據法に依るへきものと信す。故に被相續人の本國法に依るへきものとす。

外國人か內國に於て殘留したる遺產を裁判所又は行政廳に於て管理するは歐洲大陸の例なり。蓋し遺產管理は財產所在地の公安を關係するか故に所在地の法律に依りて此問題を決定すへきものとす。然るに債權の所在地に付ては學說一ならす。或は債權者の住所を以て所在地なりと云ふ者あれとも、予は債務者の住所を以て所在地と看做すを正當と信す。蓋し債權の執行は多くは債務者の住所に於て爲すものにして、債權の目的物若くは之を擔保する財產は債務者の住所に在るを例とすれはなり。要するに遺產管理は唯一準據法に依りて管理せらるへきものに非す。又船舶內に於て死亡したる者の財產管理は船舶所屬國の法律に依るへきものにして、此場合に管理を掌る者は船長なり。

內國の政府又は公共團體か外國人の爲めに支辨したる疾病の費用又は埋葬費用の賠償問題に付ては今日歐洲に於て種々條約あり。又獨逸國の如きは其聯邦內に於ける該費用の賠償に付き規定する所あり。此規定に依れは費用を支辨したる政府又は公共團體の負擔に歸するものなり。然るに獨逸以外の國の例を見るに往々、外國人の遺產中より之を控除するものあり。而して右の費用支辨者に優先の權利を與ふるもの頗る多し。

死亡者の勳章は相續人に於て相續することを得るや否やに付ては各國の立法例並に條約の定むる所同しからされとも、獨逸の如きは勳章の階級に應し或は國家の所有と爲し又は相續し得へきものと爲せり。然るに其他の國に於ては多くは之を賞勳局に引上くるを例とす。又相續人に交付するや否やを以て政府の認定に委する例あり。或は相續人若くは遺族の請求ある場合に限り之を下附する例あり。普魯西に於ては第一等の勳章（武功を表する勳章）は君主の特許あるに非ら

されは之を下附せさるものとす又勳章に嵌入したる寶石を政府に引上くる例あり。

外國人か相續に依り內國に於ける財產を取得したる場合に其外國人に租稅を課する例(ガベルラヘレジタリス)は中世に於て屢々見る所なれとも今日に於ては歐洲諸國の條約に依りて何れも之を非認せり。但し條約なき場合に於て此租稅を徵收することを得るや否やは問題なり。之を徵收し得へしと爲す者は條約は例外を規定したるものなりとの論を根據とす。而して此說を採用する國に於ては租稅の怠納者たる外國人の遺產に對し强制執行を爲すことを認む。玆に注意を要することあり、遺產稅と相續稅及ひ移住稅とは混同すへからさること是なり。後二者は內國人に對しても課するものにして相續問題と何等の關係なし。

相續人なき外國人の財產は何れの國の法律に依りて其取得者を定むへきやは議論ある所にして、バールの說に依れは此問題に關する學說は先占說と相續說との二種なるか如し。而して先占說を唱ふる者は歐洲大陸に於て頗る多し。其說に依れは相續人なき財產が國庫の所有に歸するは國庫か之を先占するに因ると。此說誤れり。何となれは先占には必す占有を必要とするものにして不動產に對する先占を認めたる羅馬法すら尙ほ且つ占有を必要とせり。然るに今日各國の立法例を見るに相續人なき財產は當然國庫の所有と爲る旨を規定し、別段占有の手續を要せされはなり。我國の制度亦然り。然るに他の一說に依れは人民の有する財產殊に不動產は素と國家に於て之を有するものなりしか經濟上の必要より遂に人民に分配し、之をして使用及ひ收益を爲さしむるに至りしなり。故に今相續人なき財產か國家の所有と爲るは其本に歸ることを意味するものなりと。是等の說は予輩の認めさる所にして相續人なき財產か當然國庫の所有に歸するは先占より生する混雜を防くか爲めに生したる規定なりと信す。然らは其財產か存在する國の所有に歸すへきや明かなり。之に反して相續說を唱ふる者は獨逸學者間に頗る多し。其說に依れは國庫か相續人なき財產を取得するは相續人の資格を以て之を取得するものなりと。普魯西普通法典、瑞西に於ける數州の法律は何れも之を認めたり。此制度竝に學說に依れは相續は被相續人の本國法若くは屬人法に依ると謂へる原則より打算して相續人なき外國人の財產は死亡者

の本國か之を所有することと爲るへし。今所在地法說と相續說とを比較するに相續人なき財產は國庫の所有に歸すと謂へる規定の性質に徴して前說の正當なることを信す。

相續人なき外國人の財產中偶然の事實に因り內國に存在する動產に對し所在地法を適用することを得るや。バールは之を非認したれとも一般の學者は之を是認するか如し。予を以て之を見るに相續なき財產か國庫の所有に歸することを果して予輩の信する如く公益の爲めに起りたるものなるに於ては內國に存在する財產は相續人なき一瞬間に於て總て國庫の所有となるへし。然らされは公益保護の精神を貫くこと能はされはなり。

第二章　遺言

所謂遺言能力の問題に付ては或は遺言者の本國法を適用すへしとの說あり。其理由とする所は遺言能力も亦行爲能力なりと謂ふに在り。又財產所在地の法律を適用すへしとの說あり。其理由とする所は遺言は財產を處分する行爲なりと謂ふに在り。第二說は誤れり。何となれは遺言は必すしも遺贈を包含するものに非されはなり。今假りに之を包含するものと爲すも遺贈は必すしも包含するものに非さるか故に、財產か法律を異にする各所に散在する場合に於て唯一の遺言は各種の法律に依りて管轄せさる結果を生すへし。

遺言の內容及ひ效力に付ては或は當事者の意思を標準として準據法を定むへしと云ふ者あり。此說に依れは意思を明示せさる場合に於ては遺言者の本國法を適用するものとす。遺言者の本國法を適用すへしとの說あり又財產所在地の法律を適用すへしとの說あり、財產所在地法說の誤れることは遺言能力に付き一言したる所に依りて之を知るへし。又不動產に付ては其の所在地法を適用すへく動產に付ては遺言者の本國法又は住所法を適用すへしとの說あり。此說は前說と其根據を同ふするものにして前說と同しく種々の法律に依りて遺言の內容及ひ效力を管轄する結果を生すへし。要するに遺言の準據法を定むるに方り財產關係を標準と爲すは全く誤れるものにして我舊法例の如きも遺贈のみを規定し(第四條)一般の遺言に就て規定せさりしは單に財產關係のみに着眼したる誤なり。

予を以て之を見るに遺言の性質たるや親族關係と密看するものにして殊に遺言者の親族と密接の關係を有するものなり。且つ遺言に由りて遺贈を爲す場合には其利害關係人は多く遺言者の本國法に依りて生活するものなるが故に遺言者の本國法に依りて遺言の内容及び効力を定むるを宜しとす。法例第二十六條に曰く

遺言の成立及び効力は其成立の當時に於ける遺言者の本國法に依る

遺言の取消は其當時に於ける遺言者の本國法に依る。

前二項の規定は遺言の方式に付き行爲地法に依ることを妨げず

此規定たるや遺言成立の當時に於ける本國法を標準とし現在の本國法に依らず。蓋し現在の本國法に依るときは遺言者の意思を保護する能はざれはなり。又遺言の取消が、遺言者の本國法に依ることに付ては議論なき所なり。遺言の方式に付ては場所は行爲を支配すとの原則に依るべきことは學者の一般に唱ふる所にして遺言者の利益を保護するが爲めに必要なりとす。我法例も亦然り(第二十六條末項)。而して諸外國の實例を見るに多くは我法例と同一の規定を掲げたり。唯英米に於ては不動産に關する遺贈の方式に付ては必す不動産所在地法に依るべきことを定めたり。又和蘭に於ては外國に於ける和蘭人が遺言を爲すに方りては必ず公正證書を必要とせり。

遺言の解釋に付てはフェリークス、バール、サウキニー等の學者は遺言地の法律及び言語よりも寧ろ本國又は住所に行はるる法律又は言語を標準とすべしと云へり。例へは同一の文字か遺言地、本國若くは住所に於て異別の意味に用ゐらるる場合に於ては本國若くば住所に行はるる意味に從ふものとす。

第三章 各國の法制

白耳義

白耳義に於て外國人か死亡したる場合に相續人か不明なるときは本國の領事は本國の法律に依りて其遺産を管理し、遺産目錄の調製及ひ封印を請求することを得。

遺言の方式は佛國と同一なり。

丁抹

丁抹に於て住所を有する者か死亡するときは其國籍か何れの國に屬するを問はす丁抹の遺産裁判所之を管轄す。外國に住所を有する丁抹臣民の遺産は丁抹遺産裁判所に於て管轄權を有せず。

同國の遺産裁判所か遺産問題に付き遺産法(千八百七十四年)並に其他の訴訟法に遵由することは明白なる事實なれとも、外國に於て爲したる遺産の效力は何れの國法に依りて判定すへきやの問題は同國の法律に徵するも將た慣例に徵するも之を決定するに由なし。

佛蘭西

相續は被相續人の住所に於て開始す。相續人は法定なると指定なるとを問はす特別の手續を要せすして遺産を取得す。

相續の承認に就ては單純の承認限定の承認及ひ拋棄あり。

遺贈の方式に三種あり。曰く自筆證書、曰く公正證書、曰く秘密方式是なり。

希臘

希臘に於ては裁判所は遺産の管理及ひ處分に付き管轄權を有せす。若し相續人か不在なるか未成年者なるか保佐に付せられたるか又は死者か公共の金を保管したるときは職權上、遺産に封印を爲す。相續人は相續開始の時より四ケ月以內に相續を承認し又は拋棄する意思を表すへきものとす。

遺言の方式には四種あり。曰く公證書、曰く秘密證書、曰く自筆證書、曰く口頭の方式是なり。

英吉利

英國に於ては千八百五十七年の法律に依り遺産の管理の爲めに特別の裁判所を設く。但し當事者の請求あるに非らされは封印其他の職務を行はす。

同國に於ては動産の相續と不動産の相續との間には非常の差異あり。死者の不動産相續人には法定と指定の二種あり。

動産の相續人は「エキセクユウトル」(遺言を以て選定したる動産代表者)及ひ「アドミニストラトール」(裁判所に於て選定したる動産代表者)の二種あり。

第七編　商事

第一章　總論

國際私法上、商事の性質を定むるは實質上に於ても將た形式上に於ても重要なりとす。蓋し實質上必要と云ふは法律行爲は商事なるときは商法に依て管轄せらるれはなり。而して實質上如何なる法律行爲か商事なるや否の問題は當該法律行爲を管轄する法律に依りて定まる。抑ゝ當事者の意思を基本として法律行爲の問題を解釋すへきは民事と商事とにより其趣を異にするか故に、當事者か管轄法を明言せさるときは法律行爲を爲したる地の法律に依りて商事の性質を定むるものとす。例へは佛國人か日本に來り或る法律行爲を爲したる後、佛國に於て此行爲に就き訴訟を生したる場合に行爲地たる日本の法律か之を商事と爲し商法の範圍に屬するものと定めたるときは佛國の法廷は宜しく日本商法の規定に從て之を裁判せさるへからす。モンテウヰデヲ條約は絕對的に行爲地法說を採用せり。其第一條に曰く

法律行爲か民法上の行爲と見るへきや將た商法上の行爲と見るへきやは法律行爲を爲したる國の法律に依る。

民事、商事の區別を明にする必要は形式上にも亦之あり。例へは佛國の法律に依れは商事上の訴訟を管轄する者は商事裁判所なり。故に前項に述へたる法律行爲か商事なるときは佛國の商事裁判所に於て之を管轄すへし。然れとも右の法律行爲か果して商事なるや否は日本の法律に依て之を判定するものに非すして訴訟地たる佛國の法律に照して其性質を明にせさるへからす。何となれは佛國法律(即ち商事裁判所の權限を定めたる商法)は商事裁判所の爲に商事の性質を明にしたれはなり。若し外國の法律に依て佛國法廷の管轄すへき商事の内容を定むるものとせは佛國裁判所は外國法の爲めに其職務の範圍を常に左右せらるゝに至れはなり。例へは甲國の法律に依れは不動產に關する法律行爲は之を商行爲と見做さす而るに乙國の法律に依れは之を商行爲と認めたる場合に甲國に於て右の法律行爲に關し訴を提起したるとき同國の商事裁判所に於て之を裁判する能はさるや明なり。例へは佛國商法(第六百三十二條)に依れは演劇は商事なれ

とも和蘭商法は之を商事と看做さゝるか故に和蘭に於て商事裁判の特則に據らさるものとす。

證據方法を定むる場合にも亦商事の性質を定むる必要あり。例へは佛國の法律に依れは商事上に於ける證據方法は民事に比して其範圍頗る大なり(例へは商法第百九條)。故に此場合には法律行爲か商事なるときは民事に於て採用を許されさる證據方法をも採用するに至るへし。而して證據方法に關して商事の性質を定むる法律は獨り訴訟地あるのみ。否らすんは裁判所は裁判所々在地法か認めさる證據方法を採用せさるへからさるに至るへし。之を要するに商事の實質的性質は當該法律行爲の準據法に依りて之を定め形式的性質は訴訟地法に依りて定むへきものとす。

商人の身分は營業地法に依り定むへしと云ふものあり。或は當該法律行爲を管轄する法律に依りて定むへしと云ふものあり。蓋し此の如き問題を生するは國際私法上商人の身分を定むる必要あれはなり。例へは商人か營業中に爲したる法律行爲は反對の證據なきときは商行爲と看做すと云へる規定ありとせは或る行爲か商行爲なるや否を定むるか爲には先つ當事者の身分を定めさるへからす。而して此場合には右の法律行爲を管轄する法律中に所謂商人なる文字の意義は外國法に依りて決すへからさることは明なれはなり。加之行商の如きは營業地を有せさるか故に第一說に依れは其の身分を確定する能はさるへし。

商人の身分に附着する義務(例へは商業帳簿を備付くる義務又は商業登記簿に登記すへき義務)の如きは一に營業地法に依り定まるものとす。何となれは營業地以外に於て義務を履行せしめんとするも得へからされはなり。權利も亦營業地の法律に依りて定まるものとす。例へは商號を保護せらるゝ權利の如き即ち之なり。蓋し此等の權利は營業の附屬物なれはなり。

商婦か夫の承諾を要するや否の問題は夫の本國法に依りて定まるものとす。何となれは夫の承諾を要するは夫婦間の關係を保護するか爲に外ならす。然るに此必要の有無は本國法以外に知るものなし。蓋し夫婦の本國は夫婦共存の目的を實行する土地なれはなり。

商業使用人の使用より生する法律關係は營業地の法律に依るへきや又は委任を

與へたる地の法律に依るへきや抑も亦取引地の法律に依るへきや。取引地の法律に依るときは第三者の爲め利益ありと云ふものあれとも主人の營業地に行はるゝ法律に注意するは困難の事に非す。而るに主人より見れは使用人か實際取引をなす地の法律を知るは頗る困難なり。又委任を與へたる地即ち使用人を選任したる地の法律を以て管轄法となすも不可なり。何となれは選任地を知るは當事者と雖も往々困難なれはなり。況んや第三者に在りては之を知ること容易ならす。然るに營業地は業務の中心なるか故に使用人と取引をなす者か此地の法律に着目すへきは自然の理なり。況んや選任地は大抵營業地なるに於てをや。故に營業地の法律を以て使用人の使用より生する諸般の法律關係を律するは尤も妥當なりと信す。

第二章　會社

日本法律に依れは商事會社は悉く法人なれとも外國に於ては必しも法人ならす。例へは獨逸に於ては合名會社及ひ合資會社は法人にあらす。而して外國會社か法人に非さる場合に於ては內國に於て其人格を認むへきや否やの問題を生するの必要なしと雖も、法人の性質を有する外國會社に付ては內國に於て人格を有するや否やは從來立法上及ひ學理上の問題たり。法人か社會發達の必要より生する當然の結果なることと果して獨逸新學派の言ふ如くならは法人か國外に於て人格を認めらるゝは敢て生人と異ならす。之に反して主として白耳義、佛蘭西等の學者か唱道する如くならは法律か國外に效力を有せさる如く法人も亦國外に於て當然效力を有するものに非らす。人世を天地の中心と爲す觀念は科學の進步に因て今や全く其跡を絕ち、人と動植物との間に主從の關係なきことを一般に明にするに至れり。而かも此等の生物か彼金石と共に未た人格を具有せさる所以は何そや。此理由を知らんと欲せは法律か成立しある所以に想着すれは思半に過くるものあらん。抑々法律は人類生息の必要に起りたるものにして其目的たるや坤上に於ける諸般の品物を擧けて其統治に歸せしむるに在り。即ち法律は人を以て主位に置き萬般の品物を從位に置く。此時に中り所謂法人は人類生息の必要より起りたるものにして其人

格を得るは目的（ツ・ウエック）に非すして手段（ミッテル）たり。而るに生人の人格は生存上の必要より出つるものにして手段に非すして目的たり。生人の人格は法律と相終始するものにして人に人格を認めされは社會に法律制定の必要なし。乃ち法律は生人たる人格を中心として緊廻するものなり。然るに法人は法律發生以後に生するものにして法律と其運命を共にするものに非す。天涯地角苟も法律の存する所には即ち生人を人格と認めさるものなしと雖も、法人の制は法律の發達せる國に非すんは存することなし。而して法人は生人の爲めに存在するものなりとせは其人格を具有することは法律の規定を待て始めて知ることを得へきものとす。

法律は其效力を國外に及さす。故に其制定に係る法人は當然國外に人格を認めらるへきものに非す。是れ法人の認許に付き所謂准則主義其他の主義を發生したる所以にして中に就き君主特許主義、法律特許主義の如きは已に陳腐に屬す。自由設立主義の如きは一派の學者か唱道するに拘はらす實際上弊害鮮からす。

法人は法律の創作物なることは夫れ明なり。然らは外國の法人を一切認許せさるは尤も單純にして贊すへきか如し。而るに方今文明の進歩するや勞力、財本の協合は益々其效力を逞ふし、法人殊に商事會社の設立日に踵を接して起る。その經濟界に負ふ所實に大なるものあり。而して人世百般の事實は文明の進歩、交通の發達と共に益々涉外的となり、甲國の會社は國外に其效力を及して始めて其面目を全ふすへく、乙國の會社も亦甲國會社の爲めに利益を蒙むる鮮からす。歐洲に於ける航海會社又は鐵道會社其他保險會社の如き殊に其例の顯著なるものにして、東洋に於ける航海會社に吾人が負ふ所頗る多きは何人も知る所の事實に非すや。此時に方り外國會社を法人として國內に認許するは國家利害の上より打算するも固より當に然るへき所とす。然れとも外國法人の種類を制限せす絕對に之を認許せんか其弊害固より測る可らす。故に外國會社中之を認めて害なきものを擇んて之を認許するを可とす。外國會社に關する各國の法制左の如し（外務省の條約實施取調書に據る）。

獨逸

獨逸營業條例（第十二條）は外國の法人の營業に關しては之を聯邦各自の國法

に一任したり。普魯西にては千八百六十一年六月二十二日の法律第十八條を以て左の如く規定せり。

外國の法人は國際條約に依り別段の規定なき限りは主務省の許可を得るに非されは普國に於て恒定の營業を行ふことを得す

株式會社及ひ株式合資會社も亦法人の部に屬するか故に外國に本店を有する會社にして內國に支店を設置せんとするときは其の支店を設置する地の商業登記簿に之を登記せさるへからす。此登記は商法の規定(第百七十九條第二百十二條千八百八十四年七月十八日の株式條例)を履行し、從て國家の認可を受けたるを證明する場合に於て始めて成立するものとす。此認可は普魯西に於ては企業の目的の何たるを問はす之を必要とす。然れとも玆に注意すへきことは前記の法律に依れは內國に於て恒定の營業を營むに非されは此認可を受くるを要せさること是なり。外國の會社か直接に又は出張員によりて(內國に支店を設置することなく)行ふ營業は右の規則に該當せさるなり。然れとも外國の保險企業者に付ては千八百五十三年五月十七日の法律に左の規定あり。即ち此等の企業者にして內國に代理人を置かんと欲するときは之に付て主務省の許可を受くる可らす、而して其許可は一旦之を與へたる後と雖も何時にても理由を付せすして之を取消すことを得るなり。

佛蘭西

外國の合名會社又は單純なる合資會社は久しき以前より佛國に於て認められたり。佛國法か之に關して一言せさる所以は裁判所も著者も佛國に於て此種の會社の存在を認め且つ佛國に於て其取引を爲すの權利を認むることに一定すれはなり。此種の會社は何等の特別條件にも從屬することなし。株式により組織されたる會社は之を株式會社と株式合資會社とに區別することを要す。」千八百五十七年以前にありては外國の株式會社は佛國に於て認めらるへきや否やの問題に付き極めて議論ありたり。即ち株式會社か佛國に於て特に佛國政府の許可を受けさる場合には行政官廳は株式會社か佛國に於て取引を爲すの權利なきものとせり。然れとも裁判所は反對の判決例を實行せり。千八百五十七年五月三十日の法律は白耳義政府の認許の事實に由り白耳義に於て適

法に存在する一切の會社に法律上の人格を認めたり。而して此法律は尚は政府か勅令を以て同一の制度を他の諸外國の會社に擴張することを許したり(政府は之に基つき佛國に在る諸外國の會社に其取引を實行することを許可せり土耳古に對しては千八百五十九年サルデーニャに對しては千八百六十年、葡萄牙、リニクザンブール、瑞西、西班牙、希臘に對しては千八百六十一年、和蘭陀に對しては千八百七十二年六月十四日の勅令、北米合衆國に對しては一千八百八十二年八月六日勅令を以て之を認許せり)。其他の政府は勅令を以て特別に一個又は數個の會社か佛國に於て其の取引を實行することを認許するを得へし(此説に屬するものはリヨンカン、ボアステル商法正義第三百三號、ルフォール保險契約論第一卷三百五十五頁、ワイス國際法第二卷四百廿八頁なり。然れとも之に反對する學者はボン會社論第二卷第千八百六十三號エル、ド、コンデー商法字彙第五卷外國會社の部第十七號なり。然れとも實際政府は曾て此類の許可を與へたることなし)。其他尚は條約に依りて認許を與ふることを得へし。千八百六十二年四月三日の條約は英國に於て組織せられ又は許可せられたる會社に佛國に於て取引する權利を特許せり。英國の有限合本會社は政府の許可なくして執業するものなるか故に之を佛國に許可するには尚は條約を要したり。故に外國株式會社は本國政府の許可を受けたるものにして且つ所屬國と佛國との間に條約あるか又は上に述へたる如く之に對して勅令を發せられたる場合に非されは佛國に於て取引することを得す。但し英國の會社は英國政府の許可を必要とせす。商業を爲す者の佛國に於て最惠國民の取扱を受くることを約したる諸國は條約を締結したるものと見做して之を本國と同視す(此點に付ては議論あり後に述る所を參照すへし)。以上述ふる所の結果として(第一)或一國の爲めに佛國政府か何等の勅令をも發せさるときは其國の株式會社は佛國に於て取引を爲すことを得す(この點に付ては議論あり例へは一千八百九十一年八月一日ホニエー立論のベルヌ工業所有權論中には是等の外國株式會社に對して佛國政府は許可を與ふるを得と論せり、然れとも事實上政府は嘗て此の如き許可を與へたることなし)。(第二)佛國政府か或一國の株式會社の爲め勅令を發したる場合と雖も其會社本國に於て明かに認許せられたるもの

にあらさるときは尚ほ之に對して佛國に於ける營業の權利を拒絶せさるへからす。然れとも歐州諸國中、其國內に於て株式會社か業務を行ふには政府の許可を必要とせさるもの多し。是等の株式會社は佛國に於て業務を行ふことを得るや否や。判決例上は之に業務を行はしむへきものとせり(西斑牙、白耳義、獨乙、匈牙利の法制に於ては株式會社に對する許可の必要を廢せり。佛國に於ても亦一千八百六十七年の法律を以て之を廢せり。佛國裁判所は是等諸國の會社は佛國に於て取引し得るものと判決せり(リヨンカン及ひルノー商法論第二卷七百九十三頁)。株式合資會社に付ては之を區別することを要す。其設立に付き政府の許可を必要とせさる國に屬する株式合資會社は株式會社と同一に取扱ひ一千八百五十七年五月三十日の法律之を支配す。其設立に付き政府の許可を必要とせさる國に屬する株式合資會社は單純なる合資會社と同しく佛國に於て自由に執業することを得。此說は多數學者の一般に認むる所なり(ホン會社論第一千八百五十六號以下、ヴアヴアッスール會社論第二卷百八十一頁、一千八百九十四年國際私法雜誌九百五十八頁モンチエー論說參照すへし)。然れとも或種の學者は謂らく是等の會社は一千八百五十六年七月十七日の法律に依り佛國の合資會社に命せられたる條件を充たすに非されは佛國に於て取引するを得すと。一千八百五十六年七月十七日の法律に從へは株式合資會社の株金は五百フラン以下なるを得す(會社資本か十萬フラン以下なるときは百フラン)。株式合資會社は會社資本全部の募集を終り且つ各株主の應募株金四分の一の拂込後に非されは未た完全なる設立なきものとし其の業務を開始せしめす。株金の拂込及ひ募集は公證人の面前に於ける會社管理人の申立に依り證明せらる。此申立には株主名簿拂込の狀況及會社の定欵を添附せさるへからす(第一條)。株券は全部拂込迄記名ならさるへからす(第二條)。且つ株金五分の二拂込の後に非されは賣買するを許さす(第三條)。ポン、ヴアヴアッスール、モンチエー等の說に依れは本國に於て許可を必要とせさる株式合資會社は佛國に於て是等の規則に從はさるへからす。然れとも多數の學者は是等の會社は佛國に於ては單純なる合資會社と同しく自由なるものとせり(リヨンカン及ルソー會社論第二卷一百八十一頁參照すへし)。佛國に於ける外國會社

の權利義務の如何を知らんと欲せは須らく其の佛國に於て認められたるものと認められさるものとによりて之を區別せさるへからす。佛國に於て認められさる會社は佛國に於て何等の權利をも行使することを得す。是等の會社は例へは佛國裁判所に債務者を訴追することを得す。然れとも之に反して佛國裁判所に被告人として訴追せらるゝを得るは何人も認むる所なり(此場合に於ける外國會社は單に事實上の會社と見做さるゝなり。リヨンカン及ひルノー商法第二卷八百九頁從前の裁判例は反對の宣告を爲せり)。佛國に於て認められたる外國の會社は法人として佛國法か外國人に認めたる一切の權利を享有す。故に是等の會社は商業を爲し不動產を取得所有し契約を爲し專賣特許若くは製造標を利用し訴訟を爲す等の權あり(然れとも是等の會社は其有形同國人よりも優待せらるゝことなし。故に其の原告として訴訟を爲す場合の如きは必す訴訟資力の保證を立てさるへからす)。

外國の合資會社若くは單純なる合資會社は佛國に於て何等の條件なくして取引を爲すことを得。其他の會社即ち株式により組織されたる會社は(第一)外國に於ける其法律上の存在を證明し(第二)其の外國の一切の會社に關する條約又は勅令あることを證明せさるへからす。而して一國の會社に對する一般の條約又は勅令なき場合には特別に之を許可したる勅令あることを證明せさるへからす(前に學者に依りては佛國政府は勅令を以て或國の一切の會社を許可するを得るも其の二三の會社のみを許可することを得すと思考する人あるを述へたり。然れとも此議論は全く理論上に止まり實際に於ては此種の勅令あることなし)。外國會社か其本國に於ける法律上の存在を證明するには證據書類を以て之を爲すことを得。例へは會社定款の拔書、公示の要件を充たしたりと云ふ證明書等即ち之なり。以上は佛國法の規定する所なり。然れとも實際に於ては外國會社は佛國政府の許可を受けす又其監督を受けすして自由に其業務を行ふもの多し(特に多數の英國又は米國生命保險會社を例示せん。是等の保險會社は佛國に於て重要なる業務を行へり。一千八百六十七年七月二十二日の佛國法に依れは佛國の保險會社設立には政府の許可を必要とせさるか故に外國會社は假令其本國法に從へは許可を要せさるものと雖も佛國に於ては

必す許可を受くへきものたり。然るに事實上に於て是等の外國保險會社は佛國に於て何等の許可をも請ふことなし)。佛國法學者の多數は外國會社に對する監督の制度なきことを痛論し之に關する嚴重なる法律の發布を希望せり(就中ルフォール生命保險契約論第一卷二百五十二頁以下モノー大審院報告リョンカン一千八百八十五年國際私法雜誌二百七十三頁所說參照すへし)。外國人を以て組織したる會社か佛國會社たることを得るや否やは後に述へん。

伊太利

外國商事會社に關しては商法第二百三十條乃至第二百三十二條に左に譯出する規定あるに依り外國諸商事會社は右の規定に依るに於ては伊國內に於て自由に其業務を營むことを得ること固より多言を要せす。而してその商法普通の規定に依りて組織せられたると特別の法律に依りて組織せられたると又は合名及ひ合資たると株式たるとは問ふ所に非されとも外國民事會社か伊國內に於て自由に其業務を行ふことを得るや否やに付ては伊國民法其他の法律中特殊の明文なきか故に學說及ひ判決例未た全く一致せさるもの丶如し。一派學者の說に依れは民事會社なるものは一種の法人にして法人は各國か各其の必要又は有用と認むる所に從ひ法律の假想を以て之に人格を賦與するものなれは其人格たるや國外に於て毫も效力を生するものに非す隨て外國民事會社は伊國法律の明許なき以上は伊國內に於て其業務を行ふこと能はさるを知るへし云々と主張すれとも他派學者の說に依れは伊國民法第三條に『外國人は伊國人と同樣に私權を享有す』とあり。而して右外國人とは勿論外國法人をも含むことと現行民法編纂完成の諸書類に徵するも明瞭なるか故に法人たる外國會社は伊國內に於て自由に其業務を行ふことを得へし云々と說明せり。而して當時伊國の學說及ひ判決例共に第二說に傾けり。伊國法制に依れは『人の身分及ひ能力は其本國法に遵ふ』を以て原則となし伊民法第六條參看法人たる外國會社は之を外國人と看做すか故に右外國會社の能力は其本國の法律に依て之を判斷すへきものにして伊國法律に依るへきものに非されとも其中公共の秩序及ひ善良の風俗に關する規定に關しては偏へに伊國法律にのみ依るへき者なるに付(伊民第十二條例へは宗教に關する法人は伊國內に於て財産を有する

を得すと云ふ規定の如き及ひ民事上の法人か受くへき所の相續は政府の許可を受くるに非されは右法人に於て之を受くる能はすと云ふか如き規定は亦公共の秩序を維持するか爲め伊國に於て特設したる法制なるに依り、外國會社は假令其本國法に於て此等の事項に對する能力を有すと雖も伊國に於ては斷して不能力と看做さる可きなり。外國會社に關する伊國商法の規定(千八百八十二年十月發布)第二百三十條、外國に於て合法に組織せられたる會社にして伊國内に支社又は代表所を設けんとするものは登記、定欵及ひ會社契約の公示、右に變更ありたるときは其變更の事由及ひ歳出入會計簿等に關する伊國商法の規定を遵守すへく、且つ右支社又は代表所の業務を擔當し若くは右本社を代表する者の氏名を廣告するを要す。右業務擔當人若くは代表者は第三者に對して伊國會社の業務擔當人に等しき責任を有す。外國會社の性質か第七十六條に規定したる諸會社(合名、合資、及株式を指す)の性質と異なるときは定欵及ひ會社契約の公示等に關し本法律か株式會社に對して規定したるの手續と同様なる手續を履行するを要し、而して右會社の業務擔當人か第三者に對して有する責任と同様なる責任を有す。外國に於て組織せられたる會社にして其本店若くは最も主要なる目的物件を伊國内に有するときは其會社契約の形式及ひ効力に關し(假令右契約か外國に於て取結はれたるにもせよ)全く本法律の規定を適用す。第二百三十一條、前條の規定の手續を履行するときは外國會社は伊國會社と同様なる法律上の結果を得、而して總ての場合に右外國會社の業務擔當人及ひ代表者は其資格に附屬する事件の取扱より生したる義務に關し連帶且つ單獨に責任を帶ふるものとす。第二百三十二條、外國に於て組織せられたる合名及ひ合資會社は第九十條に規定したる期限内に(會社契約の日付後十五日以内)其重なる事務所を設けんとする土地を管轄する商事裁判書記局に其會社契約の全部を提供することを要す。伊國内に於ける其他の支店若くは代表所に關しては第九十條の規定(右支店若くは代表所との關係を定めたる契約書を提供することと等の手續を指す)を遵守するを要す。右の外の種類に屬する會社にして外國に於て組織せられたるものは其の主なる事務所を設けんとする土地に於ては第九十一條の規定に從ひ、其他の支店若くは代表所を設けんとする土地

に於ては第九十二條の規定を遵守するを要す。

英吉利

外國會社及ひ株式會社は何等特別の條件をも附せらるゝことなく其業務を營むことを許容せらる。外國の會社は會社條例に依り存立する會社として登記するを得さることは固より論を俟たすと雖も斯る外國會社か聯合王國内に於て商取引を爲すことを禁止する規定毫も存在せさるなり。會社に關し英國政府と外國政府との間に左の約定覺書又は取極書を締約せり。白耳義千八百六十二年十一月十三日、佛蘭西千八百六十二年四月三十日、墺太利千八百六十七年十一月二十六日、突尼斯千八百七十五年七月十九日、日耳曼千八百七十四年三月二十七日、西班牙千八百八十三年一月二十九日、希臘千八百八十八年八月四日。

墺太利

外國の株式會社差金株式會社保險會社は特別の條件を付し墺國内に業務を行ふの准可を得。而して其條件は二個の特別法律を以て規定せらる。保險會社に非さる各外國の株式會社及ひ合資株式會社は左記の條件を充たすときは墺國に於て法律上其存生を認定せられ、墺國同種の會社と均しく營業的に其業務を行ふことを得。其條件左の如し。

會社は創立地の法律に依り其存在を認定せられ、且つ規則正しく營業を爲し居ること、會社の屬する國の政府か墺國同種の會社に營業的に業務を營むことを許可し且つ相互主義に依り墺國の會社に自國の會社同樣、其國の裁判所に於て權利の實行を許容すること、會社の目的か墺國の利益に反せす且つ會社の定款か商事交通の安全に關する墺國立法の原則に抵觸せさるとき、會社か定款に準據したる決議に依り墺國内に於て業務を營むに際しては一般に墺國の法律を遵守し、特に會社に關する法令を遵奉すへきことを表明したるとき、但し表明に關しては必要と認めたる際は會社の屬する本國政府の許可を要す。外國の會社か果して前題の條件を充したるや否やを判決し又營業許可狀を交付する官廳は墺國同種の會社創立に關する事項を司る官廳なりとす。

外國の會社の營業期限は會社の定款の規定の期限に均しき時間若くは定款中

に定めたる期限より短しかき期限間認可せらる。若し認可期限を超へ營業せむとするとき又は未た營業許可を得さる支店若は代理店を設けむとするとき、幷に本國の會社に於ける定款補充若は變換の結果に基き墺國に於ける營業を擴張せむとするときは同外國會社の營業を認可したる官廳は之を許すや否やに付き新に之を決定するものとす。外國の會社は營業認可狀に依り營業を開始し延期し若は變換するに先ち營業認可狀の文面及ひ會社定款の重要なる規定を特別の法令を以て規定すへき新聞紙を以て廣告すへき者とす。此法令に從ふて會社の廣告すへき其他の廣告も亦前顯の新聞紙を以てすへきものとす。外國の會社は其營業事務を總括する爲め一人若は數人より成れる代表者を任命す。此代表者は墺國官廳へ認可願を差出し又認可を得たる上は公けの新聞紙を以て廣告を爲すものとす。又此代表者は墺國に於ける其會社の主たる所在地に繼續して居住を有するか又は繼續的居住を占めさるへからす。會社の代表者は墺國に於ける其業務上より生する各般の事件に付き無制限且全權を以て墺國の官廳若は第三者に對し裁判上及ひ非裁判上會社を代表する者とす。

又外國の會社は墺國に於ける其業務上より生する訴訟事件に於ては被告として墺國の裁判所に服從す。而して若し會社の定款に基き中裁判官の裁決を要すへき事件を生するときは此等の事件は單に墺國に於て指定すへき中裁判所に於て仰くへきものとす。墺國に於ける外國會社の代表者は各事業年度の初め三箇月內に前事業年度に關する左記の書類を會社の主たる所在地を管轄する州廳へ差出すへきものとす。

會社總會の議事錄、會社の收支總決算、墺國に於ける營業特別收支決算、此の決算に於ては墺國內の營業に供する資金及ひ墺國に在る營業資產を會社の其他の財產と區別して之を證明するを要す。州廳は差出したる會社の特別收支決算にして誤謬を有し、且つ此誤謬たる會社の代表者か職務に相當せる注意を用ゐたりとせは之を避くるを得へかりしものなるときは、其の誤謬より發生したる損害に付き會社の代表者は墺國に於ける會社の總債權者に對し無限の責任を有す。墺國に於て營業を許可せられたる外國會社の權利義務は同種の墺國會社に適用すへき法律及ひ勅令に依りて決す。特に國家か會社管督に關する法律

上の規定及ひ若し會社にして商業を營むときは法律上其存立を認められ居る地の商業登記簿に登記するの義務に關する規定(但し其會社所在地に商業登記簿ある場合)は之を外國會社に適用するものとす。又外國の會社は墺國法律勅令の規定に從ひ墺國の會社と同しく墺國に於ける營業資産及ひ墺國に於ける營業及ひ其他の收入に對し租税地方税及ひ手數料等を徵收せらるゝものとす。會社の營業認可の效力は左の件に因りて消滅に歸す。(イ)若し會社にして認可狀に明記しある期限内に墺國に於ける營業を實際開始せさるとき、若し又認可狀に期限明記なきときは認可を得たる時より起算し六箇月以内に墺國に於ける營業を實際開始せさるとき。(ろ)若し外國會社墺國に於て開始せる營業を官廳の許可なくして三箇月間以上全く停止したるとき。(は)會社若し其本國に於て法律上の成立を失ひ又其財産に關する完然なる處分能力及ひ取引能力を失ひたるとき。(に)墺國に於ける會社の營業に關する認可狀に於て許可しある期限を經過したるとき。(い)及び(ろ)に於て會社營業認可の效力消滅の期限を定めたりと雖も、之れ會社全體の營業能力消滅の期を示したるものにして、會社の營業能力の一部は一般の營業條例の規定に依り(い)及ひ(ろ)に記載せる期限の到達前に消滅に歸することとなしとせす。外國會社の認可を取消すとを得へき場合左の如し。(い)若し外國會社の本國に於て墺國の會社に對する不利益なる變換を來したるとき(ろ)當該法律を犯したるとき。保險會社、外國の保險會社は其の株式會社なると差金株式會社なると又相互保險會社たるとを問はす外國會社の營業許可に關し各當時行はるゝ法律上の規定に依り墺國に於て營業を許可せらる。然れとも若し外國會社の本國に於て保險事業の部類中其全部若は一部を許さゝるの規定存するときは、當該外國會社に對しては墺國に於て同種の部類に屬する保險事業を營むことを許さゝるものとす。外國の會社にして營業上の店舖を有せす且つ單に私法上の範圍内に於て物品の購入を爲すに止まるときは前述の規定に從ひ營業の認可を受くるに及はす。然れとも外國の會社、墺國に於て營業的に其業務を行ふに於ては縱令、其業務は會社事業の一部類に屬し且つ物品の賣捌は之を外國に於てするも營業認可を得さるへからす。商事及ひ保險業を目的とする外國の會社の權利義務は特別の

法律に依り規定せらる。特別の法律に規定なきもの及ひ前顯以外の外國會社に對しては自國の此等會社に對する規定を適用す。墺國の外國と締結せる通商條約中の規定にして事、外國會社に關するものは單に墺國に於ける營業許可に關することゝ營業許可の上は墺國の會社と同樣に取扱ふへきことを規定せり。外國政府の發行に係るか若は其保證を以て發行せる富籤にして籤に當らさるも札代の損失に歸せさるものを除くの外、外國富籤を所有することは法律の許さゝる所なり。僥倖利得金付債券に關する現行規定左の如し。債權者の總員若は一部分の債權者に債券記載の金額の外に僥倖利得金を約するの債券にして抽籤若は其他の僥倖の方法を用ゐ以て償却すへき債券の番號及ひ債券付帶僥倖利得金の金額を定むるものは一つに特別の法律に依り單に國家經營上の目的にのみに發行せらる。此規定に反して發行したる債券は法律上賣買の目的物とならさるものにして沒收せらるゝものとす。墺國外の發行に係る僥倖利得金付若は此の如き有價證券の假券を目的物とする契約は夫婦間の契約の外無效なりとす。然れとも前顯の規定は既に千八百八十九年三月一日以

前に墺國に於て流通せる外國政府の發行に係る僥倖利得金付債券若は政府の保證を得て發行せる僥倖利得金付債券にして適當の時に於て證印せられたるものには適用せす證印を受くることを得へき債券は特別の條例を以て公布せられたり。而して此條例たる單に獨逸聯邦諸國、伊太利、露西亞、瑞典、塞爾比亞及ひ土耳其發行の債券に係れり。前顯の法律に據り法律上流通を禁せられたる債券を占有若は所有し又は契約の目的物と爲し若は契約に參與したるものは税租規則違反者と認め違反行爲を組成せる債券額面の金額合計五分の一に當る罰金を徴收す。但し罰金の額は少くとも五拾クルデンを下るを得す。前顯法律上流通を禁したる債券を營業的に賣買したる者は違反行爲を組成せる債券額面の金額合計の五分の二に當る罰金を徴收す。而して其額は少くとも五百クルデン以上とす。印刷物若は公然たる其他の方法を用ゐて法禁の富籤若は證印を受くるを得さる僥倖利得金付債券を廣告し之か購求を薦め或は其相場を掲け又は其抽籤表を發行したる者も亦税租規則違反者と認め三百クルデン以内の罰金を徴收す。但し匈國發行の僥倖利金付國債券及ひ其他の債券並

に私人發行に係る內國の債券にして既に現行法律の發布前に抽籤法を許可せられ發行したるものは例外とす。

亞米利加

一般に外國組合及ひ株式會社(銀行保險及船舶會社を包含し)は當國各州に於て其業務に從事するを得。然れとも斯の如きは重に各州法律に依るものにして或州に於ては此等の諸會社は州法の制限を遵守し州官吏の檢閱監督を受くへきものとす。保險會社(特に生命保險會社の)如きは尚更以て然りとす。而して其詳細はニューヨーク保險會社監督官の職務を規定せる同州の法典に依て之を觀るへし。然れとも此等の事項は中央政府の管轄に屬せすして州政府の監督に屬するを以て通例とす。但し合衆國中央政府の特別管轄に屬する地方は此限にあらす。本問に對する答辯は前節の說明と大異なかるへしと雖も玆に數言を附加すへし。中央政府の直轄に屬する地方に於て業務に從事する外國組合は假令、合衆國市民の之か株主たる者ありと雖も、該會社は外國會社と看做さるを以て司法手續及ひ訴訟等に關しては外國の一個人に適用するものと同一の法律規則を遵守せさるへからす。或州に於ては外國組合の代表者に於て其會社は該州の法廷に於て訴訟を受くることを承諾する旨の書面を差出すにあらされは業務に從事することを許さゝるものあり。之を要するに合衆國の諸州に於ては外國會社をして內國會社と同等の地位にあらしめ且つ其地方の法律を遵奉せしむるの外、何等の條件をも付せすと云て可なり。

丁抹

外國會社及ひ株式會社特に銀行保險及ひ船舶會社の如きは丁抹國制定の普通法律に遵ひ當國に於て其業務に從事することを許すを以て常例とす。但し丁抹國會社法に依れは當國內に其支店を設置せむと欲する外國會社は其支店を自立會社として當國に登錄し獨立會社の遵守すへきものと同一の規則に從ふへきものとす。之に關する諸法規及ひ登錄せらるへき會社の種類は本書附屬の別紙法律書寫中に記載しあり。以上の如き會社又は支店の所有主は免許狀を受くるを要す。

外國會社の營業に關する條約の例左の如し。

伊太利

伊國と他諸國と締結せる通商航海條約に於ては別に一條を設け一方の國の商工業に關する會社は他の一方の國に於て法律に從ひ其權利を行ふことを得る旨を規定せるもの少なからさるか故に、前掲商法發布以前にありては外國會社は國際條約の允許ありて始めて伊國內にありて其權利を行使することを得るものなり。然らすんは多數の國際條約に於て右の如き規定を設くるの必要少しも之なき筈なりとの議論行はれたりしか現行商法に於て前項說明せる如き明文を設けたる後は此種の議論全く絕止するに至りたり。則ち外國諸會社の伊國に於て其業務を行ふの權利は條約に於て之を規定せるに非すして內國法を以て之を明揭するなり。

佛蘭西

合名會社又は單純なる合資會社は條約に依らすして自由に佛國に於て業務を行ふことを得。株式に依りて組織されたる會社の佛國に於て業務を行ふ權利は或は白耳義の會社に於けるか如く法律に依りて生し或は西班牙、亞米利加の

會社に於けるか如く勅令に依りて生し或は又條約に依りて生することあり（是れ判決例及有名なる學者の意見なり。ワイス國際法論第二卷四百二十八頁、ルフォール生命保險契約論第一卷二百五十五頁）。事實上、英國會社は千八百六十二年四月三十日の條約に依り佛國に於て其權利を行使することを認められたり。ロンヌ控訴院は英國會社は佛國裁判所に起訴することを得すと判決せり。（然れとも此判決は一千八百六十三年五月十九日大審院に於て破棄されたり）。其範圍稍〻狹隘なりと雖も之と同樣の條約一千八百八十七年三月十六日佛伊兩國間に調印されたり。所屬臣民か通商條約に依り最惠國民の待遇權を有する國の會社は他國の會社を許可する勅令若くは條約に均霑するとを得るや否や。此問題には激烈なる議論ありたり（此問題は實際アルザス、ロレーヌの會社に關し發生し、ワイスは國際法論第二卷四百四十頁に於て積極說を主張し、リヨンカン及ひルノーは商法論第二卷第一千二百十號に於て消極說を主張し、其他雙方共に學說判決例等あり）。

英吉利

會社に關し英國政府と外國政府との間に左の約定覺書又は取極書を締約せり。

白耳義　千八百六十二年十一月十三日
佛蘭西　千八百六十二年四月三十日
伊太利　千八百六十七年十一月二十六日
突尼斯　千八百七十五年七月十九日
日耳曼　千八百七十四年三月二十七日
西班牙　・　千八百八十三年一月二十九日
希臘　千八百八十八年八月四日

獨逸

帝國は諸外國（大貌列顚、白耳義、伊太利、露西亞、塞爾維）との約定に依り並に墺太利西班牙、希臘等との通商條約の規定に依り此等諸外國の商事會社、理財會社及ひ匿名會社を權利能力者と認め、之をして特に帝國の裁判所に出頭することを得せしむるに至れり。然れとも此等の會社は之か爲めに營業、の權を與へられたるに非す。隨つて依然、聯邦各自の法律上の制限に服するなり。

墺太利

商事及ひ保險業を目的とする外國の會社の權利義務は特別の法律に依りて規定せらる。特別の法律に規定なきもの及ひ前顯以外の外國會社に對しては自國の此等會社に對する規定を適用す。墺國の外國と締結せる通商條約中の規定にして事、外國會社に關するものは單に墺國に於ける營業許可に關することゝ營業許可の上は墺國の會社と同樣に取扱ふへきことを規定せり。

亞米利加

中央政府の直轄に屬する地方に於て業務に從事する外國組合は假令合衆國市民の之か株主たる者ありと雖も、該會社は外國會社と看做さるゝを以て司法手續及ひ訴訟等に關しては外國の一箇人に適用するものと同一の法律規則を遵守せさるへからす。或州に於ては訴訟を受くるをを承諾する旨の書面を差出すにあらされは業務に從事することを許さゝるものあり。之を要するに合衆國の諸州に於ては外國會社をして內國會社と同等の地位にあらしめ、且つ其地方の法律を遵奉せしむるの外、何等の條件をも付せすと云ふて可なり。

外國會社の營業權を認むるは各國近代のことなれとも外國會社の當事者能力を認むる例は歐州諸國に於て夙に見る所なり。當事者能力即ち訴訟上原被告となる能力の承認は營業權承諾に先したるものと云ふへし。其原因を考ふるに外國會社の當事者能力を認むるも之か爲めに直接に內地の公益に影響を及すものに非らされはなり。蓋し外國會社か內地に一定の營業所を設け常に其業務に從事するに非らすして民事上の法律行爲を爲し若くは時々其業務を營む如きは內地の經濟社會に影響を及すも外國に於て營業するに於ては內地に些の累を及すものに非らす。歐洲諸國か夙に外國會社の當事者能力を認むる所以なしとせんや。例へは英國に於て外國會社に其法廷に於て原告又は被告となることを認めしは十八世紀以來のことなり。白耳義に於ては千八百四十九年破毀院に於て外國會社の當事者能力を認めさる旨を判決せしも千八百五十五年の法律は佛國の商事會社に當事者能力を認むるに至り。千八百六十二年十一月十三日の英吉利白耳義條約に依り英國の商事會社は總て白耳義に於て當事者能力を認めらるゝに至れり。佛國に於ても千八百五十七年の法律以前に於ては外國會社の當事者能力を認めたり。露西亞に於ては千八百八十三年の大審院判決に依れは同國と特に條約を以て此事を定めたる場合に非らされは外國會社の當事者能力を認めさりしか如し。

外國法人の人格を認め內國に於て營業を許すとせは其享有する權利の範圍如何。要するに外國法人か享有する權利の範圍は其本國法に依るへきや抑も亦內國法律に依るへきや。若し本國法に依るへきものとすれは權利の範圍は常に確定するも內國の法律に依るへきものとするときは國法の異なる每に權利の範圍も亦異なるに至るへし。シローラン氏以謂へらく、外國の法人は設立地に於て法理上生存すと雖も外國に於て生存するものに非す、即ち權利を行使せんとする地の法律に依て認許せらるゝに非らされは此地に生存す可らさるものにして外國に於て法人に生存を與ふる者は其地の法律なる以上は認許せられたる權利の範圍を定むるものも亦同一の法律たらさる可らすと云々。ワイス氏之を駁して曰く、ローラン氏の說は認許に因て本國の國籍を喪失して認許國に歸化することを認むるものと云ふへし、蓋し認許は法人に新に人格を與ふるものに非す又新に國籍を附

與するものに非らす云々。ローラン氏の說の當否を明にせんと欲せは先つ認許の何物なるやを明にせさるへからす。若し認許か法人の創立と同義なれは外國法人の享有する權利の範圍は凡て內國の法律に從ふ可しと雖も認許は未存の事物を創生するの謂に非らすして既存の事物を活動せしむるに過きす。由來人格は權利享有に關する法律の範圍なり。故に外國人を認許すとは畢竟既存の權利範圍を認むるの謂なり。日本民法人事編の草案第七條には「法律は外國國家を除くの外無形人の成立を認許せす但し條約又は特許あるときは此限に在らす其成立を認許したる外國無形人は帝國に成立する同種のものと同一の權利を享有す」と理由書に曰く『無形人は假想上のものにして法律の力を以て造成するものなれは性質上其國に限る可く豈に國益の爲め設くるものを外國に及ほすの謂あらんや、故に我法律は外國に於て設定したる無形人の存立を認許せす若し我國に於て權利を行はんと欲せは我國の認許を得るを要す此認許は或は條約を以て之を約し或は我政府より特別の允許を受くへきものとす或は法例第七條の規定を援用し「人の身分能力は其本國法を以て之を支配す」の規則を援引し人の身分能力は其本國法を以て支配すへきものなれは外國無形人は其本國法に從ひ其資格を定む可しと云ふ者あらん、然れとも前に一言したるか如く無形人は人事編の權利義務を有すへきものに非らす第七條は各個人に限り毫も無形人に關係なきことは理の當然なり且つ夫れ無形人を設定するものは公益の爲めにあらすや故に無形人の設立に關する法律は公益上に關するものなり社會の權利に關するものなり社會の權利を目的とする法律は如何なる性質を有するか是れ管人法に非すして管地法なり而して管地法の性質たる一國內に限り決して之を外國の地に適用するを得さるものとす一國に於て或る無形人を公害あるものとなし之を禁止せんに若し外國に設定したる同種の無形人か侵入するを得んには其禁止は全く無益に屬すへし一國の公益たるものも他國の公害と爲ることあるを以て外國無形人の存立を認許すへきや否やに付可否の權を貯存せさる可らす』云々。此れローラン氏と見解を同ふするものなり。

新民法第三十六條に曰く「外國法人は國、國の行政區畫及ひ商事會社を除く外其成立を認許せす但法律又は條約に依りて認許せられたるものは此限に在らす、前項

の規定に依りて認許せられたる外國法人は日本に於て成立する同種の者と同一の私權を有す但外國人か享有することを得さる權利及法律又は條約中に特別の規定あるものは此限に在らす」と舊人事編第六條に曰く。

法律は外國法人の成立を認許せす但し條約又は特許あるときは此限に在らす

成立の認許を得たる外國法人は日本に成立する同種の者と同一の私權を有す

但條約中又は許可中に其權利を制限したるときは此限に在らす

新民法第三十六條の末項は舊人事編第六條並に其草案(但書を除く外)と殆と規定を同ふす。今此等の條文を按するに外國法人は日本に於ける同種の法人と同一の權利を有するか故に本國に於て享有す可らさる權利をも享有するに至るへし。果して然らば此れ法人の認許に非すして創立なり。或は曰く民法第三十六條第二項は外國法人か日本に於ける同種の法人に比し多量の權利を享有す可らさることを規定したるものなりと。然れと此の如く解釋するときは但書の意味を沒了すへし。

日本新民法第三十六條第二項の如き規定を設けさる國に在りては公益に抵觸せさる範圍に於て外國會社は其本國に於て享有する權利を享有すへし。要するに外國會社の權利能力は當該法律關係の準據法に依りて定まる。故に甲國の會社か乙國に於て不動産を所有することを得るや否やの問題か我國に起りたる場合に之を決定する準據法は不動産所在地たる乙國の法律なり。

外國會社の本國を定むる標準。如何ラーバンド、ゲマイエル、カルミンスキノ、バール諸氏は法人には住所あるも國籍なし世人は往々法人の國籍なる文字を弄するも宜しく愼まさるへからすと言へり。而して會社の國籍は事實上、業務の本源たる地を云ふ。會社定款又は國法を以て往々本源地を指定する例鮮からすと雖も國際私法に於ては何等の效力ある者に非らす。即ち國際私法上に於ては事實上如何なる地か會社業務の本源なりやを査定するを要す。蓋し會社の業務とは會社の目的を達するか爲めに起る諸般の法律關係にして之を執行する地か國外に在るも問ふ所に非らさるなり。例へは海外航海を營業とする會社を横濱に設立し同港を以て運送契約を爲す本源地と爲したるときは、運送契約の執行は日本及ひ歐米間の航路なりと雖も之か爲めに該會社の國籍か日本に屬することを妨け

さるなり。其他、外國の鑛山を發掘する會社を內國に設立し諸般の法律關係か孰れも設立地に基因するときは亦內國か會社の本國なるへし。此れ英佛の判決例に於て是認せらるゝ所なり。

外國法人か享有すへき權利の範圍は內國に特別の規定なきときは法人の本國法に依りて定まると雖も、營業の手續に至りては內國法に依るへきか如し。然れとも此の如くするときは外國會社か本國法に從ふと云へる原則は大半其效力を失ふへし。故に公の秩序に反せさる以上は總て本國の法律に從ふへきものとす。

我國に於ては外國會社にして日本に支店又は代理店を有する者は總て日本の商法に依りて管轄せられ、保險會社のみは特別の規程に依る(商法施行法第百十五條)。

第三章　手形

較、整頓せる經濟社會に於て手形の制度あらさるなきを見れは手形か經濟に關係する所頗る大なるを知るへし。而して手形の特性は迅速且つ的確に金額の供給を爲すに在るか故に孰れの國に於ても之に關する規程は嚴格ならさるへし。而るに經濟の發達幼穉にして手形の流通か國境を超へさる時代に在りては手形より生する一切の法律問題は唯一の國法に依りて以て判定すへく、手形義務を負擔する者か仰て以て自家責任の標的と爲す者は悉く皆同一の國法なり。而るに文明の進步は經濟の進步と雁行し交通機關の整備は各國民の交通を促進するか故に、國民經濟の面目漸く一變し國內的より世界的に遷移するや手形の流通區域も亦國際的となれり。昔時は振出地、讓渡地並に支拂地か倶に同一の國境を出てさりしも、今は甲國に於て振出したる手形か乙國に於て讓渡され而して更に丙國に於て支拂はるゝ例數ふるに勝へす。彼の外國に數多の支店を有する商人の如き又外國の商店と取引を爲す內商の如き孰れも皆國際的手形を利用せさるなし。手形に關する規程は嚴格なり。一步を誤まれは即ち之れか爲めに手形をして無效ならしめ、手形に關係する巨多の人をして慘禍に陷らしむ。抑々、手形は普通の契約に比し債權の移轉容易なるか故に一通の手形か支拂はるゝ迄に幾多の人手に輾轉せらるるや測るへからす。此時に方り此等の人か同一の法律に依て管轄せらるゝときは其間の權利義務は同一の標準に依て判定せらるるか故に別段困

難を感せすと雖も、若し手形義務を負擔する人か國籍を異にし、隨て其遵奉する法律か同しからさるか若くは手形義務を負擔すへき行爲を爲したる地か同一の法境ならさるときは、此等の人の間に存する法律關係を斷定する所の標準一途に出てす。茲に於てか其中に就き標準たるへき一箇の法律を擇はさる可らす。例へは日本に於て振出したる手形を英吉利に於て讓渡し佛蘭西に於て支拂ふ場合又は獨逸に於て振出したる手形を伊太利、西班牙其他數國に於て讓渡したる場合、若くは日本人か佛蘭西に於て振出したる手形を佛蘭西人か同國に於て讓受け而して支拂地も亦佛蘭西なる場合に孰れの法律を適用し以て手形上の法律關係を決定すへきや。國際私法は即ち此問題を解釋するものなり。蓋し手形に關する各國の規定一なるに於ては別段困難を感せさるも今日の如く互に相隔離せるときに於ては實際の不便鮮からす。學者夙に茲に見るあり、世界萬國を協合して手形法同盟を組織せんと企圖せしもの茲に年あり。千八百八十五年國際法協會か可決せしノルザ案の如き同年アントウエルペンに開きたる商法會議の如き孰れも此目的に向て一歩を進めたるものなり。乞ふ左に項を分ちて手形に關する國際私法の原則を説明せん。

第一節　手形能力

手形義務を負擔する資格即ち手形能力の管轄法に就ては學説並に實際上凡そ三主義あり。

一、住所法主義

此主義は行爲能力を住所法に依て決定すへしと論する學者の間に行はるゝものにして、サヴヰニー、フヰヨール、エスペルソン、ヴイス、リヨンカン、ルーノール諸氏の如きは其巨擘と稱す。然れとも住所法を行爲能力の標準と爲す可らさる如く手形の能力に就ても亦標準と爲す可らす。何となれは住所は唯一なるものに非らさるのみならす無住所の人之あれはなり。

二、本國法主義

此主義は歐洲大陸殊に佛國の學者間に行はるゝものにして所謂舊主義と稱するものなり。然れとも行爲能力の性質を按するに法律行爲か民事なると將た商事なるとにより結論を異にすへき者に非す。故に余は本説を正當なりと

信す。

三、行爲地法主義

第三の主義は手形義務を負擔すへき行爲を爲したる地の法律に依て手形上の權利義務を判定せんとするものにして、英、米の學者間に行はるるのみならす同國に於て實際上行はるゝ所の主義なり。蓋し其理由とする所は手形は經濟社會に關係する所頗る大にして、相手方の能力を其本國法に照し一々査按して後、始めて手形行爲をなすか如きは頗る迂遠のことにして活潑なる現今の經濟事情と相容れすと云ふに在り。此主義も亦完全ならす。何となれは此主義に依るときは本國法に依り能力ある者まても手形義務の負擔を免るる結果を生すれはなり。我國の制度は亦此主義を採れり。商法施行法第百二十五條に曰く

外國に於て爲したる手形行爲の要件は行爲地の法律に依る

前項の規定に拘はらす外國に於て爲したる手形行爲か日本の法律に定めたる要件を具備するときは外國の法律に依れは要件を具備せさるときと雖も爾後日本に於て爲したる手形行爲は有效とす日本人か外國に於て日本人に

對して爲したる手形行爲か日本の法律に定めたる要件を具備するとき亦同し。

四、折衷主義（本國法主義と行爲地法主義とを併合せし爲めに此名あり）

獨逸手形法第八十四條に曰く「手形上の義務を引受くる外國人の能力は其屬する國の法律に依て判定す但本國の法律に依り手形能力なき外國人か内國（獨逸）の法律に依り手形能力あるとき内國に於て手形義務を引受たる場合には之か爲めに義務を負ふものとす」。

千八百九十四年ライプチッヒの會議に於て本法の草案を討議するに方り此條文に就ては草案起草委員の間にも大論議ありしか、竟に九票に對する十票の差を以て草案の如く確定するに至れり。此條文の弱點を指摘する者は曰く「獨逸の諸邦は手形法制定の當時未た行爲能力に關する統一的の規程なきか故に、甲邦に於て能力を有する者も乙邦に於て無能力者たる場合尠とせす。此等の者は契約をなす能力なきか故に手形義務を負擔する能はさるは明なり。何となれは獨逸手形法第一條は契約に因て義務を負ふ能力ある者に非らされは手形能力なしとすれ