

第二款 婚姻ノ方式

婚姻ノ方式

各國法制

佛國

一六六 婚姻ノ方式ハ二個ノ目的ヲ有シ一方ニ於テハ或者ノ間ニ婚姻アリシコトヲ知ルニ就キ利益ヲ有スル者ノ爲メニ公示ノ方法ヲラシメ他ノ一方ニ於テハ結婚當事者ノ意思ヲ確實ニシ之ニ就テ一點ノ疑ヲ挾マシメサラントスルニ在リ今之ニ關スル各國ノ法制ヲ見ルニ

佛國ニ於テハ(一)婚姻ニ關係アル各町村ニ一週間ヲ隔テテ兩度ノ廣告ヲ爲シ其第二ノ廣告ヲ終リテヨリ三日以後一年以内ニ婚姻ノ儀式ヲ舉クヘキモノトセリ其關係町村トハ結婚當事者ノ住所居所及父母後見人等ノ住所地ヲ謂フ(二)婚姻ノ儀式ハ結婚者ノ雙方婚姻地ノ役場ニ至リ四人ノ證人附添ニテ戶籍吏ノ面前ニ於テ之ヲ行フ戶籍吏ハ其式ヲ舉クルニ先ダテ其結婚者ノ人違ナキヤ否ヤ及ヒ法律ノ命スル條件ニ適合セルヤ否ヤニ關スル

英國

證明書ヲ差出サシメタル後民法ノ法文中夫婦ノ權利義務ニ關スル條項ヲ讀ミ開カセ二人ニ對シテ僧老同穴ノ契ヲ爲スヤ否ヤヲ訊問シ其答ヲ聞キテ二人ノ婚姻ヲ結フコトヲ宣言シ而シテ戶籍法上定メラレタル書式ニ從ヒ婚姻舉行ノ證書ヲ作ルモノトス

英國ニ於テハ久シク宗教的の制度ヲ取り國教ノ僧侶獨リ婚姻ノ儀式ヲ舉クルコトヲ掌リシカ千八百三十六年ニ至リ宗教的の婚姻ヲ欲セサル者ノ爲メニ民事的の結婚ノ制度ヲ設クルニ至リ此國ニ於テハ婚姻ハ其宗教上ナルト民事上ナルトヲ問ハス婚姻舉行地ノ町村ニ三週間廣告ヲ爲シ以テ之ニ故障ヲ爲シ得ルノ猶豫ヲ與ヘ而シテ僧侶若クハ公吏カ其定式ノ廣告ヲ了ヘタリトノ證明ヲ爲シテヨリ以來三箇月以内ニ之ヲ舉行スルモノトセリ民事上ノ制度ヲ設ケテヨリ以來英國ニ於ケル婚姻ノ儀式ハ之ヲ三種ニ別ツテ得ヘシ

一 宗教的方式 此方式ハ一ニ宗法ニ從ヘハ完全ナルモノニシテ町村

公吏ノ如キ更ニ之ニ關係スルヲ要セス

二 民事上ノ方式 此方式ハ二人ノ證人附添ヒ戶籍吏ノ面前ニ於テ結

婚者互ニ法律ノ定ムル宣言ヲ爲スニ依リテ其式ヲ結了ス

三 宗教民事中間ノ方式 此婚姻ノ儀式ハ英國ノ國教ヲ奉セサル者民

事上ノ結婚ニ満足セス同時ニ己ノ奉スル宗教上ノ式ニ從テ結婚セシ

ト欲スル者ノ用非ル所ニシテ其方法ハ豫メ定メタル類似寺院ノ舍内

ニ於テ二人ノ證人及戶籍吏ノ面前ニ於テ結婚者互ニ其承諾ノ旨ヲ宣

言スルト同時ニ二十人ノ家長カ其宗教ハ少ナクモ既ニ一年以來公ニ

行ハレ居ルモノナルコトヲ宣言シテ其式ヲ終ルモノトス是レ專ラ猶

太人間ニ行ハルルモノナリ

右ニ述ブル處ノ儀式ハ獨リ英國ニ行ハルル所ニシテ蘇格蘭愛蘭ニ於テハ

各其固有ノ方式ヲ有セリ蘇格蘭ニ於テハ正式ノ婚姻ト不正式ノ婚姻トノ

二種アリ正式ノ婚姻ハ結婚者六週間以上其土地ニ滞在シ其間一定ノ公示

ヲ爲シ且ツ其舉行ハ僧侶ノ掌ル所トス不正式ノ婚姻ハ結婚者互ニ其結婚

ノ意思ヲ表示スルニ依リテ成ルモノニシテ或ハ單ニ後日ノ結婚ヲ約シテ

其時ニ至リ之ヲ實行スルモ猶ホ之ヲ以テ有効ナリトス而シテ其意思ノ表

示ハ或ハ書類ヲ以テスルアリ又ハ裁判所ニ出テテ之ヲ明言スルアリ或ハ

僧侶ノ面前ニ於テスルアリ或ハ又タ名譽アル證人二人ノ面前ニ於テスル

アリ其他何レノ方法ニ依ルモ苟モ確實ノ意思ヲ證スルニ足ルトキハ之ヲ

以テ有効ニ成立セシモノト爲ス從テ其證據ノ方法トシテハ風評モ亦タ婚

姻ヲ有効ナラシムルニ足ル但タ此不正式ノ婚姻ヲ爲シタル者ハ輕微ナル

罰金ヲ科セラルルノ國法アリト雖モ之カ爲メニ其効力ヲ失フコトナシ而

シテ又タ若干ノ日數其地ニ滞在ヲ要スルカ如キ條件ナキヨリシテ英國ニ

於テ民事上ノ婚姻ヲ許ササリシ時代ニ於テハ其宗教上ノ婚姻ヲ避ケンカ

爲メ英國人ニシテ蘇格蘭ニ行テ婚姻ヲ舉行シタリト謂フ世ニ「クリナリ」

クリン」ノ結婚ト謂フモノ蓋シ之ニ胚胎ス又タ愛蘭ニ於ケル英國國教ノ婚

獨逸

奧地利

牙利

婚姻方式ハ殆ト英蘭ニ於ケルカ如シ其加特力教徒ノ婚姻ニ至テハ普通法ノ規定ニ從ヒ單ニ結婚當事者ノ承諾ヲ以テ有効ナリトシタリシカ千八百四十三年以來加特力教徒ノ婚姻ト雖モ其僧侶ノ面前ニ於テ之ヲ爲スコトト爲リ遂ニ他宗者モ亦々各其宗法ニ從テ婚姻スルコトヲ得ルニ至レリ

獨逸ニ於テハ千八百七十五年二月六日ノ獨逸帝國法律ニ依リ全國一般ニ必ス民法上ノ婚姻ヲ爲スヘキコトヲ命セリ其方式ハ佛國ノ方式ト大同小異ニシテ稍ヤ簡便ナルニ過キス例ハ廣告ノ如キハ僅カニ一回ニテ足レリトシ場合ニ依リテハ之ヲ省畧スルヲ得ルモノト爲セルカ如シ

奧地利ニ於テハ千八百十一年ノ法律ニ依リ婚姻ハ同時ニ民事的ニシテ又々宗教的タリシ即チ荷モ國家ノ認許セル宗教ナルトキハ結婚者ハ其自己ノ奉スル宗教ノ僧侶ニ依リテ其儀式ヲ舉クルコトヲ得然レトモ其僧侶ハ僧侶タルノ資格ヲ以テ之ヲ掌ルニアラスシテ此場合ハ公吏タルノ資格ヲ以テ之ヲ爲スモノトシ從テ之ニ關スル紛議ハ民事裁判所ノ決定スル所ナ

伯刺刺爾

リシ是ヲ以テ僧侶等ハ大ニ異議ヲ唱ヘ之ヲ民事裁判所ノ管轄ニ屬スルハ宗教ノ權利ヲ侵スモノナリトシテ千八百五十六年以來婚姻ハ單ニ宗法ノ命スル所ニ從ヒ純然タル宗教的ノモノト爲シ別ニ婚姻ニ關スル宗教上ノ裁判所ヲ組織スルニ至レリ然ルニ又々其反動ハ自由信者ノ間ニ起リ其主張スル所ニ依リテ復々舊法ノ時代ノ如ク宗教的タルト同時ニ民事的タリト爲シ千八百七十年以來又々之ニ關スル新法ヲ出シ遂ニ自由信者ハ全ク民事上ノ婚姻ヲ爲スヲ得ルニ至レリ又々匈牙利ニ於テハ結婚者ノ奉スル宗法ニ於テ其宗教的結婚ヲ必要トセル場合ハ純然タル宗教的ノ婚姻ヲ爲スヘキモノトセリ

伯刺西爾ニ於テハ婚姻ハ全ク宗教的ナリ加特力教信者間及加特力教信者ト他宗ノ信者トノ間ノ婚姻ハ悉ク加特力教ノ方式ニ從ヒ其他ノ異宗者ハ千八百六十一年ノ法律ヲ以テ各自ノ信スル宗教ニ從ヒ其婚姻ヲ舉行スルコトヲ得ト爲セリ

西班牙

西班牙ニ於テハ全ク加特力教法ノ命スル所ニ依テ婚姻ヲ舉行シ來リシカ
 千八百七十年六月十八日ノ法律ニ依リ從來僧侶ノ手ニ在リタル戶籍ヲ奪
 ヒテ全ク之ヲ民事上ノモノト爲シタル以來婚姻ノ儀式モ亦々民事的トナ
 リシト雖モ猶ホ其後ニ於テモ婚姻者ノ町村役場ニ至ルノ前ニ於テ別ニ宗
 教上ノ儀式ヲ行フコトヲ許セリ然ルニ熱心ナル宗教ノ信者ハ更ニ民事上
 ノ儀式ヲ舉クルヲ以テ宗教ノ神聖ヲ汚スモノト思料シ往々之ヲ行ハスシ
 テ單ニ宗教上ノ儀式ヲ舉クルヲ以テ足レリトスル者アルニ至リ千八百七
 十五年更ニ法律ヲ以テ以來民事的結婚ハ強制的ノモノニアラスト爲シ其
 宗教的婚姻ヲ選フ者ハ之ヲ其自由ニ任シ唯々其儀式舉行ノ日ヨリ一週間
 内ニ之ヲ戶籍ニ登錄セシムルノ制ヲ設ケタリ而シテ其民事的結婚ノ方式
 ハ佛國ノ制度ト大ニ類似シ唯々之ヲ舉クル者ノ町村長ニアラスシテ區裁
 判所判事ナル等ノ小異アルノミ

北米合衆

北米合衆國ノ國法ハ概テ英國普通法ノ規則ニ從ヒ別ニ繁雜ナル儀式ヲ要

希臘

セス單ニ結婚者雙方ノ承諾アルヲ以テ足レリトシ其承諾ハ如何ナル方法
 ニ依ルモ苟モ其意思アリト認ムルニ足ル場合ハ之ヲ以テ婚姻成立セルモ
 ノト爲セリ從テ單ニ男女ノ同居セル場合ニ於テモ結婚アリト推測シ之カ
 反對ノ證據アルニアラサレハ之ヲ無効トセサルナリ

伊太利

希臘ニ於テハ各宗教ノ僧侶ハ各其信者ノ婚姻ニ關スル儀式ヲ掌リ其異宗
 者間ノ婚姻ニ至テハ所謂東派ノ僧侶之ヲ行フ唯々此場合ニハ其結婚ノ結
 果ニ依テ生スル子ハ舊教ノ信者タルヘシトノ條件ヲ以テスルノミ
 伊太利ニ於テハ千八百六十五年ノ民法ニ依リ佛國ノ制度ト殆ト同一ナル
 民事的婚姻ノ規則ヲ設ケタリ從テ其手續ニ於テモ殆ト全ク佛國ト異ル所
 ナシ

和蘭

和蘭ニ於テモ亦々佛國ノ制度ニ倣ヒ民事上婚姻ノ制度ヲ定メタリ唯々其
 間ニ著シキ差異アル所ハ重大ノ理由アル場合ニハ國王ノ特許ニ依リ公正
 證書ニ依テ委任セラレタル代理人ヲ以テモ猶ホ婚姻ノ式ヲ舉クルコトヲ

葡萄牙

許スト爲セル是ナリ。又、前段ノ如ク、
 葡萄牙ニ於テハ千八百六十八年ノ法律ニ依リ西班牙ニ於テカカ如ク婚姻
 ノ儀式ニ關スル制度ハ民事的及宗教的ノ二種ヲ採用セリ即チ加特力信者
 ノ婚姻ハ必ス其宗法ニ從ヒ寺院ニ於テ其儀式ヲ舉クルモノトシ又々異教
 者間ノ婚姻ハ必ス民事上ノ儀式ニ從フヘキモノトセリ此點ニ就テ西班牙
 ト異ル所ハ西國ニ於テハ二者ノ選擇ハ婚姻者ノ自由ニ任スルモ葡國ニ於
 テハ其宗教ノ如何ニ依テ必ス二者ノ一ニ從ハサルヘカラストスルニ在ル
 ナリ

露西亞

露西亞ニ於テハ國教ニ屬スル臣民ノ結婚ハ必ス宗教的婚姻ナラサルヘカ
 ラスト爲シ其手續ハ結婚者ヲシテ各自居村ノ寺院ニ毎日曜三回ノ廣告ヲ
 爲サシメタル後二人若クハ三人ノ證人ヲ出サシメ其儀式ハ僧侶之ヲ舉行
 ストセリ而シテ其儀式中結婚者ハ宗法ニ從ヒ必ス其指環ヲ交換スヘキモ
 ノトセリ又々他ノ宗教者モ各其宗法ノ定ムル所ニ從ヒ結婚ヲ爲スコトヲ

「スカン
チ」諸國

許セリ又々千八百七十四年以來異教者ハ民事上ノ婚姻ヲ爲スコトヲ得
 セリ其手續ハ二人ノ證人ノ面前ニ於テ郡ノ警察署長之ヲ行フモノトス
 「スカンチナヒヤ」諸國ニ於テハ從來ハ一ニ宗教的婚姻ノ制度ヲ用非タル
 モ近時ニ至リテハ漸ク民事的制度ヲ輸入シ同時ニ之ヲ併用スルコトナ
 レリ即チ丁抹ニ於テハ千八百五十一年ノ法律ニ依リ結婚者ノ宗教如何ニ
 拘ラス民事的若クハ宗教的ノ婚姻中其一ヲ選フコトヲ許セリ又々國王ノ
 特許ニ依リテハ廣告ノ手續ヲ用非サルコトヲ得又々結婚者ノ自宅ニ於テ
 之ヲ舉行スルヲ得ルノ制度アリ諾威ニ於テハ其國教タル「ル」ザ「教」ニ屬
 セル者ハ縁女ノ住所地ノ寺院ニ於テ之ヲ舉行スルコトトシ其他宗ニ屬ス
 ル者ニ至リテハ千八百四十五年ノ法律ヲ以テ以來公證人ヲシテ其式ヲ行
 ハシムルコトヲ得ルコトトセリ瑞典ニ於テハ千七百三十年ノ法典ニ依リ
 國教ノ信者ハ其住所地ノ寺院ニ毎日曜三回ノ廣告ヲ爲シタル後國教ノ僧
 侶ヲシテ儀式ヲ行ハシムルニアラサレハ其結婚ヲ無効ナラシム其他宗者

間ノ婚姻ニ至テハ前述廣告ノ手續ヲ盡スニ於テハ其奉スル宗教ノ僧侶ヲシテ其儀式ヲ行ハシムルコトヲ得但シ政府カ豫メ其管轄ヲ認許シタル僧侶ニアラザレハ之ヲ爲スト得ストセリ然レトモ此國ニ於テモ亦多特別法ヲ以テ結婚者各其宗教ヲ異ニシ宗教上ノ婚姻ヲ爲スニ困難ナル場合ニ於テハ民事上ノ婚姻ヲ爲スコトヲ許セリ而シテ其結婚者ノ一方國教ニ屬スルカ若クハ結婚ヲ掌ル權力ヲ有スル宗教ニ屬スル下キハ民事上ノ婚姻ヲ選フト宗教的婚姻ヲ選フト全ク其自由ニ任スト雖モ左ノ場合ノ如キハ必ス民事的婚姻ヲ爲ササルヘカラストセリ即チ(一)結婚者ノ雙方カ國教又ハ結婚權限ヲ有スル宗教ニ屬セザルキト(二)基督教徒ノ猶太人ト結婚スルトキ(三)結婚者ノ一人全ク無宗教者ナルトキ

塞爾維ニ於テハ今日猶ホ全ク宗教的婚姻ノ制度ヲ維持シ二人又ハ三人ノ證人ヲ以テ露西亞教ノ儀式ニ從ヒ其僧侶ニ依テ舉行セラル

瑞西ニ於テハ從來各州ニ於テ其制度區々タリシモ千八百七十四年ノ法律

塞爾維

瑞西

土耳其

以來之ヲ一定シ從來各州ニ於テ寺院ノ手ニ屬シタル戶籍及婚姻舉行ノ權利ヲ奪テ町村公吏ノ手ニ移シ全ク民事的婚姻ノ制度ヲ取り其公吏ノ手續ヲ終ラサル間ハ一切僧侶ノ之ニ干渉スルコトヲ嚴禁セリ

土耳其ニ於テハ各宗ノ僧侶及宗教聯合ノ僧侶ニ於テ各其信徒ノ婚姻ヲ舉ルコトヲ許セリ但シ結婚者ハ其宗教上ノ儀式ヲ了リタル後一週間内ニ之ヲ戶籍吏ニ申請セザルヘカラストセリ

婚姻ノ方式ニ關シテ各國法制ノ異ルコト以上述フル所ノ如シ從テ之ニ關スル法律ノ抵觸ヲ來スコト亦タ甚タシ依テ左ニ場合ヲ分テ之ヲ論セントス

第一 内國人カ外國ニ於テ結婚スルトキ

一六七 内國人カ外國ニ於テ結婚スル場合ニハ如何ナル方式ニ從ヘハ内國ニ於テモ猶ホ有効ナルコトヲ得ルカ此問題ニ關シテハ各國ノ法制概テ場所ハ行爲ヲ支配スルノ原則ヲ適用シ外國ニ於テハ内國人間又ハ内外

内國人ノ於テ結婚スル場合ニ於テ如何ナル方式ニ從ヘキ

舉行地法ニ從フ

國人間ノ婚姻ハ其舉行地法ノ命スル方式ニ從ヘハ内國ニ於テモ有効ナルモノト爲セリ佛國ノ如キハ現ニ民法第七十條ヲ以テ之ニ關スル規則ヲ揭クタリ今之ニ就キ詳細ノ適用ヲ舉クレハ其外國法ニ從フヘキ點左ノ如シ

- 一 婚姻ニ關シテ必要ナル廣告ノ手續
 - 二 結婚者カ婚姻舉行地ニ若干ノ年月現住スルコト
 - 三 結婚舉行ノ儀式
 - 四 婚姻舉行ヲ證スル書類ノ調製ニ關スル規則
- 婚姻ノ方式ニ關シテ場所ハ行爲ヲ支配ストノ原則ヲ適用スルノ理由ハ深ク之ヲ論セサルモ讀者ノ容易ニ解スルヲ得ヘキ所ナリ即チ婚姻ハ人生必要ノ行爲中最モ必要ノ行爲ナレハ何レノ土地ニ於テモ容易ニ之ヲ爲スコトヲ得セシメサルヘカラス然ルニ強テ之ヲ其當事者ノ本國法ノ命スル方式ニ從ハシメントスルトキハ或ハ遂ニ不能ヲ責ムルノ結果ニ至ルヘシ況

ノヤ國籍ヲ異ニスル二人カ外國ニ於テ婚姻ヲ舉行セントスル場合ノ如キハ其舉行地ノ國法ニ從フノ外他ニ途ナキニ於テヤ以上ノ理由ニ依リ左ノ場合ニ於ケル内國人ノ結婚ハ總テ有効ナリトス

- 一 塞爾維ノ如キ宗教的婚姻ノ方式ヲ唯一ノ制度ト爲ス國ニ於テハ其國法ニ從ヒ希臘教ノ寺院ニ於テ其僧侶ニ依テ爲サレタル方式ハ内國ニ於テモ有効ナリ
- 二 英國又ハ西班牙ノ如キ宗教的及民事的ノ婚姻ヲ併用スル國ニ於テ内國人カ其一ヲ擇ンテ宗教的婚姻ヲ爲シタルトキモ前場合ト同シク有効ナリ

三 北米合衆國ノ如キ結婚ニ就テハ合意ヲ以テ唯一ノ要件ト爲スノ外何等ノ方式ヲ要セサル國ニ於テ内國人ノ之ニ從テ爲シタル婚姻モ亦タ内國ニ於テ有効ナリトス

以上述フル所ヲ以テ外國ニ於ケル内國人ノ婚姻ノ方式ニ關スル原則ナリ

然ルニ佛國ノ如キハ婚姻ノ形式中廣告ノ一點ハ假令外國ニ於テ結婚
 スル場合ト雖モ猶ホ本國法ノ命スル所ニ從ヒ内國ノ住所地又ハ其父母後
 見人等ノ住所地ニ爲ササルヘカラストセリ佛國ニ於テ此ノ如キ例外的規
 則ヲ設ケタル所以ハ蓋シ之ヲ爲ササルトキハ婚姻ニ關シテ故障ヲ爲スコ
 トヲ得ヘキ者其婚姻ヲ知ラサルニ至リ一國ノ公益ニ害アリト爲スニ因ル
 ナリ其他外國ニ於テ結婚シタル内國人歸國シタル場合ニハ歸國後三箇月
 以内ニ其住所地ノ婚姻公簿ニ登録スヘキモノトセリ蓋シ此方法ニ依リ之
 ヲ第三者ニ知ラシメ以テ其効力ヲ生セシメント欲スルモノナリ
 婚姻ノ方式ハ其舉行地ノ法律ニ從フノ規則モ亦タ一般ノ場合ニ於ケル場
 所ハ行爲ヲ支配スル原則ノ適用ト均シク當事者ニ對スル強制的ノ規則ニ
 アラス換言スレハ此規則アルニ拘ラス當事者ハ其欲スル所ニ從ヒ或ハ内
 國法ノ命スル方式ニ從フヲ得ヘシ若シ否ラストセン平宗教的ノ婚姻ノミ
 ヲ認メタル國ニ於テハ或ハ其宗教ヲ異ニスル爲メ外國人ノ婚姻ニ關シテ

外國人カ内國ニ於テ結婚スル場合ハ荷モ其本國法ニ於テ之ヲ
 禁セサル以上ハ内國法ノ規定ニ從ヒ内國戶籍吏ノ面前ニ於テ有効ニ其婚
 姻ヲ舉行スルコトヲ得ヘシ是レ亦タ場所ハ行爲ヲ支配ストノ原則ノ適用
 ニ外ナラス而シテ此場合ニ於テモ亦タ此原則ノ性質任意的ナル理由ニ依
 リ外國人ハ其本國法ノ命スル所ニ從テ其婚姻ヲ舉行スルモ敢テ妨クル所
 ナシ但シ其方式ハ國際公安ニ關セサルヲ要ス

之カ取扱ヲ拒ムコトアリテ極テ實際ノ不便ヲ免レサルヘシ而シテ其内國
 法ニ準據セシムルニハ彼ノ戶籍登録ノ場合ノ如ク婚姻管轄ノ權限ヲ以テ
 外國駐在ノ公使又ハ領事ニ與フルニ如カサルナリ

第二 外國人カ内國ニ於テ結婚スルトキ

一六八 外國人カ内國ニ於テ結婚スル場合ハ荷モ其本國法ニ於テ之ヲ
 禁セサル以上ハ内國法ノ規定ニ從ヒ内國戶籍吏ノ面前ニ於テ有効ニ其婚
 姻ヲ舉行スルコトヲ得ヘシ是レ亦タ場所ハ行爲ヲ支配ストノ原則ノ適用
 ニ外ナラス而シテ此場合ニ於テモ亦タ此原則ノ性質任意的ナル理由ニ依
 リ外國人ハ其本國法ノ命スル所ニ從テ其婚姻ヲ舉行スルモ敢テ妨クル所
 ナシ但シ其方式ハ國際公安ニ關セサルヲ要ス
 以上ノ理由ニ依リ北米合衆國ノ如キ婚姻ハ承諾ノミヲ以テ唯一ノ要件ト
 爲ス國ノ人民カ其同國人間ニ婚姻ヲ爲ス場合ニ於テ當事者ノ本國法ニ從
 ハント欲スルトキハ佛國ノ如キ種々ノ方式ヲ要スル國ニ於テモ猶ホ其承

宗教的
婚式の
ハ當時
ノ法律
ニ依リ
テ行ハ
ルコト
ヲ要ス
ト云フ
得ルコ
トナリ

婚姻ノ方式

諸ノミテ以テ有効ト爲ササルヘカラス然レトモ宗教的婚姻ヲ以テ唯一ノ方式ト爲セル國ノ人民ハ或國ニ於テハ其舉行地ノ國際公安ニ關スルモノトシテ任意ニ其本國法ノ方式ヲ選擇スルコトヲ得サル場合アルヘシ例ヘハ佛國ノ如キハ今日民事上ノ婚姻ヲ以テ義務的ノモノト爲シ之ニ關スル宗教上ノ儀式ノ如キハ敢テ之ヲ禁スルニアラスト雖モ其儀式ハ必ス先ツ民事上ノ方式ヲ了リタル後ニ於テセサルヘカラス故ニ僧侶ニシテ若シ民事上ノ方式ニ先テ宗教上ノ儀式ヲ舉クルカ如キコトアラハ刑法ノ制裁ヲ受ク罰金ニ處セラレヘキモノトセリ即チ是レ國際公安ニ關スルモノナリ故ニ塞爾維人ノ如キ單ニ其宗教的婚姻ノ方式ノミヲ用非ル國民佛國ニ於テ婚姻ヲ爲スニ當リ其本國法ノ定ムル所ニ從テ之ヲ舉行セントスルカ如キハ佛國ノ國際公安ニ關スルモノトシテ之ヲ無効ト爲ササルヘカラス而シテ内外國人ノ間ニ於ケル婚姻ニ至テハ猶ホ一層強力ナル理由ヲ以テ同一ノ決定ヲ爲ササルヘカラサルナリ

外國公使
領事ハ其
本國法ニ
依リテ其
本國ノ婚
式ヲ行ハ
ルコトヲ
得ルコト
ナリ

本國人
間ニ於テ
ハ其權利
ヲ行使ス
ルコトヲ
得ルコト
ナリ

外國人カ内國ニ於テ結婚スル場合ニ於テ其本國法ノ方式ニ從フヲ得セシメノカ爲メ其本國法ニ於テ婚姻舉行ノ權限ヲ在外交使又ハ領事ニ與ヘタル國多シ英吉利獨逸白耳義伊太利和蘭瑞西等はナリ斯ル場合ニ於テハ内國裁判所ハ外國公使若クハ領事ノ掌リタル其所屬國民間ノ婚姻ノ舉行ヲ正當ナルモノト認メサルヘカラス其然ル所以ハ抑モ在外交使領事カ婚姻舉行ノ權限ヲ有スル理由ハ結婚當事者カ場所ハ行爲ヲ支配スト云フ原則ノ利益ヲ拋棄シテ其本來支配セラレヘキ本國法ニ從ハントスルモノナルニ依リ舉行地ノ主權モ此點ニ於テハ一步ヲ讓ラサルヘカラスト謂フニ在ルナリ然レトモ之ト場合ヲ異ニシ外國ノ公使又ハ領事ノ管轄シタル婚姻ニ於テ當事者ノ一人カ其所屬國民ナラザリシトキハ假令其外國公使又ハ領事ハ其本國法ニ從テ之カ權限ヲ有スル場合ト雖モ内國法ノ上ヨリ見レハ之ヲ無効ト爲ササルヘカラス例ヘハ佛國ニ於テ伊太利ノ男子ト英國ノ女子トノ間ニ結婚セントスルニ當リ在佛國英國公使ヲシテ其國法ノ定ム

婚姻ノ方式

ル方式ニ從テ之ヲ舉行セシメタル場合ノ如キハ伊太利人ノ其本國法ニ從
 ヒタルモノニアラス若シ又タ伊太利公使ヲシテ之ヲ舉行セシメタルトキ
 ハ英國女子ハ其本國法ニ從ヒタルモノニアラス故ニ二者共ニ之ヲ無効ナ
 リトシテ必ス舉行地法タル佛國法ニ從ハシメサルヘカラス否ラサレハ是
 レ舉行地ノ主權ヲ侵シタルモノト謂フヲ得ヘシ要スルニ國籍ヲ異ニスル
 二人ノ外國人間ニ於ケル婚姻ノ方式ニ付テハ場所ハ行爲ヲ支配ストノ原
 則ヲ嚴格ニ適用スヘキモノトス
 婚姻ノ方式ニ關シテハ尙ホ極テ困難ナル場合アリ例ヘハ國ニ依テハ或ハ
 婚姻ノ方式ニ關シテ場所ハ行爲ヲ支配ストノ原則ヲ承認セス必ス其本國
 法ノ命スル所ニ從ハサルヘカラストスルモノアリ或ハ又タ內國ニ於ケル
 外國人間ノ婚姻ニ關シテハ其國駐在ノ外國公使若クハ領事ノ結婚權限ヲ
 全ク承認セサルモノアリ此等ノ異同ニ因リ國際婚姻ニ關シテ難問ヲ生ス
 ルニト多シ故ニ之ニ關シテハ各國共同シテ法制ヲ一致スルカ若クハ又タ

婚姻ノ方式ニ關スル法律ニ依リテ

國際婚姻共同事務所ヲ作り一定ノ規則ヲ定メテ之ヲ強制スルニ如カサル
 ナリ是ヲ以テ國際法高等學會ハ千八百八十年ニ於テ婚姻ノ方式ニ關スル
 左ノ如キ國際婚姻規則草案ヲ議定セリ

婚姻舉行ノ方式ニ關スル法律

第一條 婚姻舉行ノ方式ヲ支配スル法律ハ其婚姻舉行國ノ法律ナリト
 ス

第二條 然レトモ左ノ場合ニ於テハ方式トシテハ如何ナル國ニ於テモ
 有効ナリト認メラルヘシ

一、現行ノ特別條約(Capitulation)ニ從テ非基督教國ニ於テ舉行セラレ
 タル婚姻

二、婚姻當事者共ニ同一國人ナルトキ其地駐在ノ本國公使又ハ領事
 ニ依リ其本國法ノ規定スル方式ニ從ヒ舉行セラレタル婚姻

第三條 純然タル宗教的婚姻ノミノ制度ヲ取ル國ニ在ル外國人ハ其本

國法ノ命スル規則ニ從ヒ又ハ其夫ノ本國公使又ハ領事ノ面前ニ於テ其婚姻ヲ舉行スルヲ得ヘシ而シテ其外國公使領事ハ其駐在國ニ於テ戶籍公吏タル資格ヲ有セサル場合ニ於テモ猶ホ有効ニ之ヲ舉行スルコトヲ得ヘシ

第四條 外國ニ於テ爲シタル一切ノ婚姻ハ公文ヲ以テ之ヲ證シ且ツ之ヲ夫ノ本國ノ官衙ニ報告スヘシ

以上ノ規則ヲ實施スルニ於テハ國際婚姻ノ規則ヲ一致シテ大ニ便利ナリト雖モ此等ハ猶ホ學者ノ希望ニ過キスシテ未タ實際ニ行ハルルニ至ラサルナリ

第三款 夫婦間及ヒ其生子ニ關スル

婚姻ノ効果

夫婦間及ヒ其生子ニ關スル婚姻ノ効果
各國法制

一六九 婚姻ハ夫婦間及ヒ其夫婦間ニ生シタル子女トノ間ニ權利義務ノ關係ヲ生シ其權利義務ノ性質及ヒ之ニ對スル制裁ハ國ニ依テ多少ノ異同ナキ能ハス仍テ先ツ之ニ關スル各國ノ法制ヲ見ルニ

佛國ニ於テハ夫婦間ノ權利義務ヲ定ムルコト概テ左ノ如シ

- 一 夫婦ハ互ニ貞節ヲ守リ互ニ相補助スヘキノ義務ヲ有ス
- 二 夫ハ妻ヲ保護シ妻ハ夫ニ服従ス
- 三 妻ハ夫ト同居シ其夫ノ行ク所ニ從ハサルヘカラス夫ハ又タ其妻ヲ優遇シ且ツ其位置ニ應シテ妻ノ生活ニ必要ナル給與ヲ爲スノ義務ヲ有ス
- 四 妻ハ夫ノ許可ヲ得サレハ必要ナル法律行為ヲ爲スコトヲ得ス
- 五 夫婦ハ互ニ贈與ヲ爲シ又ハ賣買契約ヲ爲スヲ得サルヲ以テ通則トス

又タ夫婦ハ其生子ヲ養育シ及ヒ之ヲ教育スルノ義務ヲ有シ又タ親子ハ互

ニ養料ヲ與フルノ義務ヲ有ス
 右ニ述フル所ノ如ク夫婦間ノ義務及親子間ノ義務ハ各國ノ法制殆ト一般ニ定ムル所ニシテ其異ル點ハ唯々其程度ノ如何若クハ制裁ノ強弱等ニ過キス例ヘハ姦淫罪ノ如キ各國ノ法制必スシモ之ニ對シテ一様ノ制裁ヲ附セス或ハ夫ノ姦淫ヲ有罪ト爲シ又タ之ヲ以テ離婚ノ理由ト爲スニハ唯々其本宅ニ於テ妾ヲ蓄フル場合ニ限ルト爲セルアリ或ハ此等ノ條件ヲ附セスシテ苟モ夫ニ姪行アレハ之ヲ以テ直ニ犯罪アリト爲シ又タ之ニ因リテ離婚ノ請求ヲ許スト爲スモノアリ其他英國ニ於テハ夫ハ妻ニ對シテ懲戒權ヲ有シ其結果トシテ或ル場合ニハ妻ヲ監禁セシムルコトヲ許セリ又タ佛國ニ於テハ妻逃亡シタルトキハ公力ヲ以テ之ヲ引戻サシムルヲ得ルノ判例アリ其他ノ諸國ノ法制ニ於テハ多クハ此等ノ暴力行使ヲ嚴禁セリ妻ノ無能力ニ關シテハ各國ノ法制上尙ホ著シキ差異アリテ大要之ヲ左ノ三種ニ區別スルニトテ得

妻ノ能力
 各國制
 度ニ關スル
 異同

第一種ハ露西亞及埃地利等ノ法律ニシテ夫ニ家長權ヲ認ムト雖モ之カ爲メニ其妻ノ能力ニ變更ヲ來スコトナク妻ハ無夫ノ婦女ト同シク其夫ノ許諾又ハ裁判所ノ許可ヲ受クシテ一切ノ權利行爲ヲ爲スコトヲ得ルモノト爲セリ
 第二種ハ英米ノ國法ニシテ女子ハ結婚以來其夫ノ身分ニ合セラレ以來全ク獨立ノ人格ヲ有セス從テ一切ノ能力ヲ有セサルモノトシ其財産ノ如キモ悉ク夫ノ所有權内ニ入ルモノトス又タ裁判所ニ出訴スル行爲ノ如キハ夫ノ許諾ニ由リ夫ノ名義ヲ以テ之ヲ爲ス場合ノ外一切其權利ヲ有セス
 第三種ハ即チ前二者ノ中間ニ位スルモノニシテ妻ヲシテ多少ノ能力ヲ有セシムト雖モ其重要ナル行爲ヲ爲スニ就テハ夫ノ許諾ヲ要スト爲スモノニシテ佛、白、蘭、伊、及波蘭、西班牙、瑞西ノ「ヂニチ」等之ニ屬ス然レトモ此等ノ諸國ニ於テモ夫ノ許諾ヲ與フル方法ハ必スシモ一様ナラス例ヘハ佛國ノ如キハ其妻カ財産ノ管理ヲ爲ス場合ト營業ヲ爲ス場合トヲ除クノ外個々

ノ行爲ニ就テ特別ニ夫ノ許諾ヲ得ルヲ要シ之ニ反シテ伊太利西班牙等ニ在テハ一般ノ許諾ナルモノヲ與ヘテ從來妻ノ無能力ナリシ行爲ヲ悉ク有効ニ爲サシムルノ方法ト爲セルカ如シ又タ妻カ夫ノ許諾ヲ受クスシテ行爲ヲ爲シタル場合ノ制裁モ國ニ依テ寬嚴ノ差アリ例ヘハ佛國ノ如キハ其行爲ノ無効ヲ主張スルハ獨リ夫ノミニ限ラス妻自身モ亦タ其行爲ノ無効ヲ主張スルコトヲ得之ニ反シテ西班牙ノ如キハ其夫及相續人ノミ之ヲ主張スルコトヲ得妻自身ニ至テハ更ニ之ヲ主張スルヲ得スト爲セルカ如シ夫婦ノ其生子ニ對スル義務モ亦タ國ニ依リテ多少ノ差異アリ佛國及伊國ノ法制ニ依レハ子ハ其父母ノ義務ニ就テハ何レノ場合ニ於テモ訴訟ヲ起シテ之ヲ請求スルコトヲ得スト唯モ墾地利ニ於テハ女子カ結婚ノ際ニ財產ヲ有セサルトキハ父母ニ對シテ嫁資ノ請求ヲ爲シ得ルモノト爲シ又タ普國ノ如キハ男子ハ父ニ對シテ其父ノ收入ノ幾分ヲ分與セシムル爲メ訴訟ヲ起スコトヲ得ヘシトセリ又タ父母カ其子ヲ教育スルノ義務ニ就テモ

各國ノ法制ト多少異ル所アリ獨逸及佛蘭西ノ如キハ父母ハ其子ニ對シテ必ス初等教育ヲ與フルノ義務アリトシ若シ之ヲ守ラサルトキハ刑法上ノ制裁ヲ受クルモノト爲セリ之ニ反シテ伊太利及西班牙等ニ在テハ其子女ノ教育ハ單純ナル德義上ノ義務タルニ過キスト爲セリ又タ其子ノ宗教ニ關シテモ佛國及伊太利等ニ在テハ其父母ノ擇フ所ニ一任スト唯モ墾地利ノ如キハ之ト異リ父母宗教ヲ異ニセルトキハ警察法ニ依リテ其子ノ宗教ヲ定ムヘキモノトセリ其法ニ依レハ父カ特力教信者ナルトキハ其子ハ總テ同宗ナラサルヘカラストシ之ニ反シ母獨リカ特力教信者ナルトキハ女子ハ母ノ宗教ニ從ヒ男子ハ父ノ宗教ニ從フヘキモノトセリ又タ露國ニ於テハ結婚ノ際其一方カ露西亞教信者ナルトキハ其間ニ設ケタル子ハ國教ニ從テ洗禮ヲ受クヘキコトヲ豫約スヘキモノトセリ又タ一家内ノ親族間ニ於テ互ニ養料ヲ給スルノ義務ニ就テモ佛國英國等ニ在テハ直系親相互間ニノミ其義務アツト爲スモ伊國及西國ノ如キハ傍系親間ニモ尙ホ其義

夫婦間及
其子之
關係
如何
何レノ
法ハ
スヘキ
カ

夫婦間及ヒ其生子ニ關スル婚姻ノ効果

四〇四

務アルモノトシ、又々英國及米國ニ於テハ姻族ハ直系ノ場合ト雖モ更ニ此等ノ義務ヲ負フコトナシトセリ

一七〇 各國ノ法制ニ異同アルコト以上述フル所ノ如シ之ニ關スル法律ノ牴觸ハ如何ニ之ヲ決スヘキ乎、例ヘハ二人ノ外國人内國ニ於テ婚姻ノ内國ニ滞在スル場合ニ於テ其婚姻ヨリ生スル夫婦間ノ關係又ハ其子トノ關係ニ付キ生スル効果ハ何レノ國法ニ從フヘキ乎或ハ曰ク婚姻ハ一ノ合意ナリ而シテ合意ハ自由ナルヲ以テ原則トス故ニ婚姻ノ効果ニ就テモ亦タ當事者ノ意思ニ依ルヘキモノトシ其明示又ハ默示ノ意思ヲ解釋シ果シテ何レノ國法ニ從テ婚姻ノ効果ヲ生セシムヘキカハ一ニ當事者ノ選擇ニ任セサルヘカラスト然レトモ是レ誤謬ナリ元來婚姻ハ他ノ合意ト其性質ヲ異ニシ當事者ノ意思ニ一任スヘキモノニアラス凡ソ一國ノ人民カ其婚姻ヲ爲スト爲サザルトハ各自ノ自由ナルト雖モ苟モ之ヲ爲スニ當リテハ之ニ關シテ國法ヲ認メザル効果ヲ生セシム又ハ其認メザル効果ヲ生セサ

外國
ノ
姦通
罪
ヲ
犯
ス
ル
者
ハ
其
本
國
法
ニ
從
テ
處
罰
セ
ザ
ル
ニ
シ
テ
何
レ
ノ
國
法
ニ
從
テ
處
罰
セ
ザ
ル
ニ
シ
テ
何
レ
ノ
國
法
ニ
從
テ
處
罰
セ
ザ
ル
ニ
シ
テ

ラシムルヲ得ス抑モ婚姻ハ家族權ノ根源ニシテ一國ノ組織ニ關スル極テ重要ナル行爲ナルヲ以テ一國ノ人民カ内國又ハ外國ニ在テ婚姻ヲ爲スニ當リテハ必ズ其所屬國法ノ定ムル所ニ從テ其効果ヲ生セシメザルヘカラス故ニ婚姻ニ關スル法律ハ所謂國內公安ニ關スルモノタルコト何人モ疑ハサル所ナリ然レトモ尙ホ一步ヲ進メ此種ノ法律ハ所謂國際公安ニ關スルモノトシテ一國內ニ在ル外國人ニモ亦之ヲ適用スヘキモノナル乎再言スレハ外國人モ其本國法ノ規定ヲ抛テ全ク内國人ノ如ク内國法ノ命スル一切ノ規定ニ從ハサルヘカラサルカハ未タ容易ニ決定スヘカラス今場合ヲ分チテ左ニ之ヲ説明スヘシ

一 外國ノ婦人内國ニ於テ姦通罪ヲ犯シタルトキハ其本國法ノ規定如何ニ拘ラス内國刑法ニ從テ處罰セザルヘカラス如何トナレハ刑法ハ國際公安ニ關スル主タル法律ニシテ苟モ其國內ニ在ル者ハ外國人ト雖モ之ニ從ハサルヘカラサレハナリ然レトモ内國裁判所ニ於テ姦通ニ因ル離婚ノ

夫婦間及ヒ其生子ニ關スル婚姻ノ効果

四〇五

訴ヲ管轄スル場合ニ當リ其本國法ニ從ヘハ離婚ノ理由ダラサルトキニ於テモ内國裁判所ハ尙ホ之ニ離婚ノ理由アリト爲ステ得ルヤ否ヤハ自ラ別問題タリ之ニ關スル説明ハ第五款ニ讓ル

妻ヲ監禁スルコトヲ得ルハ外國法ニ依ルニアラサレハ濫リニ之ヲ制限スルヲ得ス故ニ此種ノ法律ハ國際公安ニ關スルモノタルコト敢テ疑ヲ容レサル所ナリ

二 佛國ニ在ル英國人ノ夫ハ其國法ノ定ムル所ニ從ヒ其妻ヲ懲戒スル爲メ佛國ニ於テ之カ監禁ノ處分ヲ爲サシムルコトヲ得ク如何トナレハ身軀ノ自由ハ憲法ノ保障スル所ニシテ法律ニ依ルニアラサレハ濫リニ之ヲ制限スルヲ得ス故ニ此種ノ法律ハ國際公安ニ關スルモノタルコト敢テ疑ヲ容レサル所ナリ

家出ノ妻ヲ以テ引戻サシムルコトヲ得ルハ外國法ニ依ルニアラサレハ濫リニ之ヲ制限スルヲ得ス故ニ此種ノ法律ハ國際公安ニ關スルモノタルコト敢テ疑ヲ容レサル所ナリ

三 佛國ノ如キ妻カ家出ヲ爲シタルトキハ公力ヲ以テ之ヲ引戻サシムル判例アル國ニ於テ外國人ノ妻ハ佛國人ト同シク斯ル處分ヲ受クヘキモノニアラス元來此種ノ規則ハ佛國ノ特有ニシテ外國法ノ多ク認メサル所ナリ蓋シ諸他ノ外國法ニ於テハ自ラ他ノ方法アリテ斯ル方法ノ必要ヲ認メサルニ因ルナリ且ツ斯ル公力ヲ要スル方法ハ之ヲ外國人ニ適用セサル

モ一國ノ公安ハ之カ爲メニ害セララル所ナシ如何トナレハ佛國人ト雖モ其夫ノ請求ニ因テ始テ之ヲ爲サシムルモノナレハ之ヲ爲サシムルト否トハ個人ノ自由ナリト云フヘケレハナリ加之斯ル判例ハ大ニ輿論ノ攻撃ヲ免レサル所ナリ

一般ノ許諾ニ依リテ無能力者ノ行為ハ其國ニ於テ有効ナルヤ否ヤ此問題ハ妻ノ無能力ニ關スル法律ハ國際公安ニ關スルモノナルヤ否ヤ決スレハ自ラ氷解スヘシ或ハ曰ク妻ノ無能力ニ關スル規則ハ元ト一家ノ安寧ヲ保ツ道德上ノ理由ニ基クモノニシテ婦女カ一朝男子ニ嫁シタル後其夫ノ知ラサル行爲ヲ爲シテ外部ノ關係ヲ生スルトキハ之カ爲メニ一家内ノ風波ヲ起スニ至リ延テ公益ヲ害スルニ至ルヲ以テ之ニ關スル規定ハ全ク國際公安ニ關スト云フヘク從テ外國人ノ妻ニ對シテモ猶

ホ之ヲ適用セサルヘカラスト然レトモ之ニ關スル規定ノ果シテ國際公安ニ關スルモノナルヤ否ヤハ未タ俄ニ決定スヘカラス若シ此規定ノ理由ニシテ專ラ一家ノ妻ヲシテ外部ノ關係ヲ生セザラシムルニ在リトセハ寧ロ英米ノ法制ノ如ク妻ハ全ク法律上ノ人格ヲシト爲スニ若カサルナリ然ルニ我國其他諸國ノ法制ニ依レハ英米ノ如ク極端ナル主義ヲ取ラスシテ一般ニ夫ノ許諾ニ依リテ其能力ヲ回復セシムルコトヲ許セリ是レ其理由ノ爰ニ在ラサルヲ知ルニ足ルヘシ其無能力ノ理由ハ何レニアリトスルモ此種ノ規定ハ一ニ國家ノ公益ヲ目的トスルモノニアラサルヤ必セリ詳ニ言ヘハ女子ハ男子ニ如カサルモノトシテ之ヲ保護スルノ理由ニ出テタリトスルモ又ハ之ヲ一家統一上ノ理由ニ出テタリトスルモ此種ノ規定ハ主トシテ妻又ハ夫ノ私益ヲ目的トスルモノナリト謂フヲ得ヘシ從テ其外國人所屬ノ國法ハ此等ノ目的ヲ達スルニ最モ適當ニシテ所在國ノ國法ハ之カ爲メニ痛痒ヲ感スル所ヲシ要スルニ妻ノ無能力ニ關スル規則ハ國內公安

此決定ニ因ル結果

ニ關スルモノナルコト敢テ疑テ容レスト雖モ其國際公安ニ關スルモノニアラストスルハ一般ノ學說及判例ノ一致スル所ナリトス此決定ニ因リ左ノ結果ヲ生ス

(イ) 本國法ニ依テ夫ノ許可ナク訴訟ヲ爲スコトヲ得ル外國婦女ハ我國ノ如キ其許可ヲ要スル國ニ於テモ猶ホ其本國法ニ從ヒ許可ヲ得スシテ訴訟ヲ爲スコトヲ得ヘシ

(ロ) 英米人ノ妻ハ我國ニ於テモ一切無能力者タルヘシ然レトモ其財產ニ關シ夫ノ濫用ヲ避クル爲メニ其本國法ノ許セル行爲ハ我國ニ於テモ猶ホ之ヲ行フヲ得ヘシ

(ハ) 伊太利人ノ妻ハ我國ニ於テモ其夫ノ一般ノ許諾ヲ得テ能力者タルコトヲ得ヘシ

(ニ) 本國法ニ依テ保證人タルコトヲ得サル西班牙人ノ妻ハ外國ニ在テモ猶ホ其無能力ヲ繼續スヘシ

上來述フル所ト同一ノ理由ニ依リ内國人ノ妻カ外國ニ在ル場合ハ内國法ノ定ムル無能力ノ規則ニ從ヒ或行爲ニ就テハ必ズ夫ノ許諾ヲ要スルコト深ク論セシテ自ラ明カナルヘシ而シテ此決定ハ英米ノ如ク有夫ノ婦ヲ全ク無能力者トセル國ノ外各國判例ノ均シク承認スル所ナリ其他無能力ナル妻ノ爲シタル行爲ノ無効ハ何人カ之ヲ主張スルコトヲ得ルカ又々其取消訴權ヲ行フノ期限如何及ヒ其瑕疵ヲ打消ス方法等亦タ均シク其本國法ノ支配スル所ナリ

五 伊太利ノ如ク夫婦間ニハ遺贈ヲ爲スコトヲ許スモ生存中ノ贈與ヲ禁スル國ニ於テ佛國人ノ夫婦カ其間ニ贈與ヲ爲シタルトキ(佛國ニ於テハ夫婦間ノ贈與ハ解除シ得ヘキモノタルニ過キスシテ禁止法ニアラス)ニ於テモ佛國法ヲ適用スヘキモノトス蓋シ之ニ關スル伊太利法ハ國際公安ニ關スルモノニアラスシテ單ニ個人ノ利益保護ノ法律ナリト謂フヲ得ヘシ如何トナレハ伊太利ニ於テモ遺贈ハ禁スル所ニアラス而シテ佛國ノ解除

シ得ベキ贈與ハ夫婦ノ死去ノ際マテ隨意ニ解除シ得ルカ故ニ其實贈與ト越テ異ニセス要スルニ唯タ其形式上ノ差違ニ止マリテ實質上ハ同一ノ法制ナリト謂フコトヲ得ヘケレハナリ

伊太利人カ佛國ニ在ル不動産ヲ夫婦間ニ賣買シタル場合モ亦タ前同一ノ理由ニ依リ伊國法ヲ適用シテ有効トスルヲ得ヘシ蓋シ伊國法ニ於テハ其禁制ナクシテ佛國法ニハ之アルモ是レ其個人ノ利益ヲ目的トスルモノニシテ國際公安ニ關スル規定ニアラサレハナリ

茲ニ注意スヘキハ前述ノ夫婦間ノ贈與又ハ賣買ノ行爲有効ナルニハ其夫婦ノ本國法ニ違反セザル場合ニ限ルヘシ故ニ夫婦其國籍ヲ異ニシタル場合例ヘハ夫ハ伊國人ニシテ妻ハ佛國人ナル場合ノ如キハ夫婦間ノ贈與及賣買ハ共ニ之ヲ爲スヲ得サルヘシ蓋シ贈與ハ其夫タル伊國人ノ國法ノ禁スル所ニシテ賣買ハ亦タ其妻ノ國法タル佛國法ノ禁スル所ナレハナリ

六 填國人ノ父ハ佛國ニ於テモ猶ホ其女子ノ嫁資請求ニ應セザルヘカ

父母ノ義務ニ對シテハ内國法ニ依リテ爲メザルニシテ國際法ニ依リテ爲メザルニシテハ安ニ國際法ニ依リテ爲メザルニシテハ

強制教育ノ外國人ニ對シテハモ適用スヘキ乎

夫婦間及ヒ其生子ニ關スル婚姻ノ効果

ラ大蓋シ一國ノ公益ハ外國人ノ一家内ニ關スル此種ノ制度如何ニ依テ害セラルヘキモノニアラサルヲ以テ假令内國ノ女子ニ斯ル權利ヲ許ササルモ外國人カ之ヲ行フハ更ニ内國ノ國際公安ニ關スル所ナクハナリ
七 父ニ其子ヲ教育スル義務ヲ命スル内國法ハ猶ホ之ヲ外國人ニ適用スヘキ乎例ヘハ佛國ニ在ル西班牙人ハ千八百八十二年三月二十八日ノ強制教育法ニ從ヒ同シク西國人ナル其子ニ對シテ教育ノ義務ヲ負マヤ否ヤ元來佛國ノ強制教育法ハ其性質公益ニ關シ且ツ其制裁トシテ罰金ヲ科スヘキモノナルニ因リ所謂刑事法ノ一種ニシテ國際公安ニ關スルモノト謂フヘク從テ外國人ニ對シテモ猶ホ之ヲ適用スヘキカ如シ故ニ佛國ノ裁判所ニ於テモ曾テ之ヲ外國人ニ適用スヘキモノナリト判決シタルコトアリ然レトモ爾來同國ノ實際ニ於テハ其反對說ヲ取リ復タ之ヲ外國人ニ適用スルコトナキニ至レリ其理由トスル所ハ此法律ハ國民教育ニ關スルモノニシテ外國人ヲ目的トスルモノニアラス蓋シ國內ニ於ケル外國人ノ無教

親子間養料ノ義務ニ關スル國際法ニ依リテ爲メザルニシテハ

育ハ法律ノ目的外ニシテ之ヲ以テ一國ノ公安ヲ害スト謂フヘカラス故ニ

此種ノ法律ハ外國人ニ適用スヘキモノニアラスト謂フニ在リ此場合ト類似シテ而カモ大ニ其決定ヲ異ニスルモノアリ夫ノ歐洲諸國ニ於ケル幼年職工ノ修業時間ニ關スル法律ノ適用ニ關スルモノ是ナリ此法律ハ全ク警察上ノ規則ニシテ即チ國際公安ニ關スルモノナレハ外國人ニ對シテモ猶ホ之ヲ適用スヘキコト何人モ疑ハサル所ナリ

八 佛國ニ於テ英國人又ハ米國人ナル婿カ其同國人ナル且ニ對シテ養料ヲ請求シタリトセン此場合ハ其本國法ニ從ヘハ請求ノ權利ナシト雖モ佛國裁判所ハ其國法ノ定ムル所ニ依リ其請求ヲ許スヤ否ヤ此問題ハ從來議論アル所ニシテ或ハ之ニ關スル佛國ノ法律ハ國際公安ニ關セサルカ爲メ之ヲ外國人ニ適用スルヲ得スト爲シ此場合ハ其本國法ニ從テ其請求ヲ斥クヘシト論スル者アリト雖モ余輩ハ多數ノ學說ニ從ヒ之カ反對ノ決定ヲ爲サントス凡ソ養料ノ義務ニ關スル法律ハ獨リ當事者タル個人ノ利益

ノ爲メニ設ケタルモノニアラスシテ親族又ハ姻族ニ富裕者アリナカラ貧困ノ爲メ死ニ瀕スル者ヲ生シテ公共ノ救助ヲ要スルコトナカラシメントスル公益上ノ理由ニ出テタルモノナリ故ニ所謂國際公安ニ關スルモノトシテ外國人ニモ亦タ之ヲ適用スヘキモノト信ス余輩ハ更ニ一步ヲ進メ管ニ內國法ノ命スル義務ノ義務ハ外國人ニモ亦タ盡ク之ヲ負ハシムルノミナラス其以外ニ於テ外國法ノ命スル所ノモノモ亦タ之ヲ其所屬國民ニ負ハシムヘシト謂ハントス例ハ佛國ノ如キ傍系親間ニハ義務ノ義務ヲ認メサル國ニ於テ伊國人ノ如キ其義務ヲ有スル者ハ尙ホ之ヲ負ハサルヘカラストスルカ如シ蓋シ此等ノ場合ニ於テ其本國法ヲ適用スルハ獨リ內國ノ公安ニ反セサルノミナラス其國內ニ赤貧者ヲ生セサルカ爲メ却テ一國ノ利益ヲ保護スルモノナレハナリ

一七一 上來述フル所ハ婚姻ノ結果トシテ生スヘキ義務常ニ同國人間ニ存スル場合ナリ然ルニ時トシテハ其義務ヲ負フ者ト之ニ依テ利益ヲ受

國籍ニ關スル夫異
結婚ノ權ハ夫
利權ノハ夫
就テハ夫
ヘキ乎
適用ス

クル者トノ間ニ國籍ヲ異ニスル場合アリ斯ル場合ハ尙ホ一層ノ難問ヲ生スヘシ仍テ尙ホ一二ノ場合ヲ擧ケテ之ヲ明カニスヘシ

一 佛國人ノ夫婦中其夫英國ニ歸化シ英國ニ住居シタルトキ佛國裁判所ハ夫權及妻ノ能力ニ就テハ何レノ國法ヲ適用スヘキ乎即チ夫ノ所屬國法タル英國法ニ從フヘキカ將タ妻ノ所屬國法タル佛國法ニ從フヘキ乎此問題ニ關シ第一ニ疑ナキ點ハ婚姻ノ効果中佛國ノ國際公安ニ關スルモノハ其夫ノ歸化前ト全ク異ルコトナク之ニ對シテハ常ニ佛國法ヲ適用スヘキモノニシテ此點ハ深ク論スルヲ要セスト雖モ其妻ノ能力ニ關シテハ多少ノ疑ナキ能ハス蓋シ妻ノ無能力ヲ定ムルノ理由ハ其自身ノ利益ヲ保護セントスルヨリモ寧ロ夫ノ利益ヲ保護セントスルニ在リ從テ夫婦國籍ヲ異ニシ爲メニ二個ノ本國法ニ抵觸ヲ來ス場合ニハ夫ノ所屬國法ニ從フヘク即チ本例ノ場合ニ於テハ英國法ヲ適用スヘキカ如シ然レトモ之ニ關シテハ更ニ他ノ原則アリ即チ夫婦ノ一方カ國籍ヲ變更スルモ之カ爲メニ他

ノ一方ノ既得權ニ如何ナル影響ヲモ及ボスヘカラスト爲スモノ是ナリ此原則ニ依リ佛國人トシテ殘レル妻ハ其能力ノ點ニ於テ常ニ其本國法ニ依リ佛國法ニ從フテ得ヘシ唯タ其夫ノ所屬國法ニ從フテ以テ利益ナリトスル場合ニ於テノミ隨意ニ其利益ヲ主張スルヲ得ルニ過キス又タ反對ニ妻ノミ外國ニ歸化シタルトキハ夫ハ常ニ其內國法ノ規定スル所ニ從テ夫權ヲ行フコトヲ得ヘシ

二 伊國人佛國人ニ在テ其佛國人タル兄弟ニ養料ヲ請求シタルトキハ佛國裁判所ハ之ヲ採用スルヲ得ル乎伊國ニ於テハ兄弟間ノ養料ノ義務ヲ認ムルモ佛國ニ於テハ否ラス此場合ハ其請求ヲ認ムヘキモノトス蓋シ權利者ノ本國法ト義務者ノ本國法トノ間ニ抵觸アル場合ハ之ニ依テ利益ヲ受クル權利者ノ國法ニ從フヘキモノタリ且ツ此場合ニ於テ佛國ノ公益ハ更ニ害セラルル所ナク其國內ニ貧困者ヲ生セサル點ニ於テ却テ利益ヲ受クルヲ以テ外國法ノ適用ヲ爲スモ更ニ國際公安ニ關スル所ナクハナリ然

兄弟間ノ養料ノ義務ニ關スル法律ノ適用

レトモ若シ場合ヲ異ニシ其權利者ハ元來佛國人ナリシモ歸化ニ依テ伊國人ト爲リシ場合ニ於テハ其養料ヲ請求スルノ權利ナシ蓋シ養料ノ義務ハ人ノ出生ノ時ニ於テ既ニ定マルモノニシテ其以後ノ行爲ニ因テ之ヲ生セシムルコト能ハサルニ因ルナリ之ト同一ノ理由ニ依リ養料ノ義務者モ亦タ權利者ノ出生ニ因テ既ニ生シタル義務ヲ負擔スル以上ハ後ニ其義務ヲ認メサル外國ニ歸化スルモ之カ爲メニ其義務ヲ免カルヘキモノニアラス

三 前例ト同一ノ理由ヲ以テ埃國人タル女子ハ佛國人タル其父ニ對シテ嫁資請求ノ訴訟ヲ爲スコトヲ得ヘシ但シ其女子ハ元ト佛國人ニシテ埃國ニ歸化シタル者ナルトキハ之カ請求ノ權利ヲ有セス

第四款 夫婦ノ財産ニ對スル婚姻ノ効果

一七二 婚姻ハ獨リ其結婚者ノ身分能力ニ變更ヲ生スルニ止マラス其財産上ニモ亦タ之カ影響ヲ及ホスモノナリ而シテ夫婦ノ財産ニ關シテハ結婚ノ際ニ於ケル當事者ノ合意又ハ法律ノ規定ニ依リ其財産ノ所有權若クハ收益權管理權ニ關シ種々ノ規定アルヲ常トス依テ先ツ各國ノ法制ニ就テ其規定如何ヲ見フ

- 佛國ニ於テハ婚姻ニ關スル財産契約ハ自由ナルヲ以テ原則トシ苟モ結婚者ノ能力ニ虧缺ナキトキ以上ハ其夫婦ノ財産ニ關スル方法ハ其擇フ處ニ一任シ何レノ方法ニテモ之ヲ採用スルヲ得ルモノト爲セリ但シ左ノ場合ニ於テハ公益ニ關スル規定トシテ必ス之ニ從フヘキモノナリトス
- 一 夫權ノ結果ヨリ生スル一切ノ權利ニ關スル規定
- 二 親權ヨリ生スル一切ノ權利ニ關スル規定
- 三 未成年者ノ後見及ヒ其脫離ニ關スル規定
- 四 結婚ノ際ニ於ケル契約ニ關シテ法律ノ形式上ノ規定

佛國法ニ於ケル夫婦財産契約ニ關スル形式上ノ規則ハ率テ下ノ如シ即チ

- (一) 其契約ハ公證人ノ面前ニ於テ之ヲ爲シ
- (二) 且ツ其契約ハ必ス婚姻舉行ノ前ニ於テセサルヘカラス
- (三) 其舉行後ニ於テハ更ニ一點ノ變更ヲ爲スヲ得ス
- (四) 證書ノ調製中又ハ婚姻舉行中ニ爲サントスル變更モ猶ホ多少ノ條件ニ從フニアラサレハ有効ナラストス而シテ其契約ノ方法ハ前ニ一言セシカ如ク固ヨリ當事者ノ自由ノ選擇ニ一任スト雖モ法律ノ認ムル所ノモノハ之ヲ四種ニ別ツテ得ヘシ

一 財產共通 此方法ハ結婚者カ財産上ノ契約ヲ爲サザリシ場合ニ於テ遵由スヘキモノトシテ法律ノ定ムル所ナリ此方法ニ從ヘハ結婚者各自ノ財産ヲ二部ニ區別シ其一部ハ之ヲ共通ト爲シ夫婦共ニ之カ所有者タリ收益者タリ而シテ其財産ノ管理ハ之ヲ夫ニ歸ス他ノ一部ハ特有財産ト稱シ其所有權ハ各自ニ留保セシムルモ其收益ハ共通財産中ニ入り又タ其管理ハ夫ノ掌ル所ナリ此財產共通ニ關スル法律ノ規定ハ合意ノ共通ト爲ス

財産分離

ノ定款ヲ以テ自由ニ變更スルコトヲ得ルモノトス

二 財産分離 此方法ニ依レハ夫婦ハ各自從來所有ノ財産上ニ所有權
 收益權及管理權ヲ有シ婚姻中ノ費用ハ一切夫ノ負擔ニ歸スヘキモノト爲
 シ唯々契約ニ依リテ妻ノ負擔ヲ定ムルニ過キス若シ之ニ關スル契約ナキ
 トキハ法律上其妻ノ收入ノ三分ノ一ヲ以テ之ニ充ツルコトトセリ

三 共通排斥 此方法ニ依レハ夫婦各自其固有財産ノ所有權ヲ有シ夫
 ハ此等一切ノ財産上ニ管理權ヲ有シ妻ノ財産ヨリ生スル收入モ亦タ悉ク
 婚姻中ノ費用ニ充ツルコトヲ得ルモノトス

共通排斥

嫁資方法

四 嫁資方法 此方法ハ前二者ヲ折衷シタルモノニシテ之ニ從ヘハ夫
 ハ其固有財産ニ就キ常ニ所有權收益權及管理權ヲ有シ唯々妻ノ財産ハ之
 ヲ二種ニ區別シ一ヲ妻ノ特有財産ト爲シ之ニ對シテ妻ハ所有權收益權及
 管理權ヲ有スルモノトシ他ハ之ヲ嫁資財産ト稱シテ其所有權ハ依然妻ニ
 屬ス下雖モ之カ收益及管理ノ權ハ夫ノ有スル所ヲ別トス而シテ婚姻中ノ

佛國以外ノ法制

費用ハ夫ノ固有財産中ヨリ生ズル收入及嫁資財産ヨリ生ズル收入ヲ以テ
 之ニ充ツ若シ又タ妻ノ財産中特ニ嫁資財産ヲ定メテ悉ク特有財産ト
 爲セル場合ハ前ノ財産分離ノ方法ニ於ケルカ如ク其收入ノ三分ノ一ヲ以
 テ家計ノ費用ニ充ツヘキモノトス而シテ又タ嫁資財産中ニアル不動産ハ
 特別ノ場合ニ於テ法律上例外ヲ設ケタルモノノ外婚姻中ハ之ヲ讓與シ又
 ハ抵當ト爲スコトヲ許サストセリ

以上列記スル所ノモノヲ以テ法律ノ定ムル方法ナリトス而シテ其何レノ
 方法ヲ採用スル場合ニ於テモ妻ハ其財産ノ管理ヲ夫ニ任スルノ擔保トシ
 テ夫ノ財産上ニ法律上ノ抵當權ヲ有スルモノトセリ

佛國以外ノ各國ノ法制ニ於テモ婚姻ノ際ニ於ケル財産上ノ契約ハ自由ナ
 ルヲ以テ原則トセルモノ多シ英吉利、獨逸、埃地利、白耳義、西班牙、伊太利、和蘭、
 葡萄牙、丁抹、瑞典、諾威等皆然ラサルハナシ其自由ヲ認メスシテ法律上一定
 ノ方法ニ從ハサルヘカラストスルモノハ南米秘露、亞爾然丁共和國及瑞西

ノ或州ニ於テ僅ニ之ヲ見ルニ過キス
 夫婦財産契約ニ於テモ一定ノ公式ヲ必要トセルモノ多シ唯タ例外トシテ
 英吉利、西班牙ノ或二三ノ州及瑞西ノ或州ニ於テ其財産中ニ不動産アラサ
 ル場合ニ於テ之ヲ要セスト爲スニ過キス又タ公式ヲ必要トセル國ニ於テ
 モ其方式ハ必スシモ一様ナラス或ハ伊太利、和蘭、白耳義及獨逸ノ或邦ノ如
 キ佛國ト同シク公證人ノ面前ニ於テ之ヲ爲スヘキモノトセルアリ或ハ又
 タ瑞西ノ或州ノ如ク町村役場又ハ裁判所ニ於テシ若クハ二者共ニ併用ス
 ヘシトスルモノアリ又タ或國ニ於テハ其契約ニ別ニ公示ノ方法ヲ命スル
 モノアリ例ヘハ丁抹ニ於テハ公衆ノ面前ニ於テ契約ノ證書ヲ朗讀スヘシ
 ト爲シ瑞典、諾威ニ在テハ之ヲ財産所在地ノ裁判所ニ登錄スルヲ要シ又タ
 「バルチック」海邊ノ諸州ニ於テハ裁判上ノ手續ヲ以テ揭示ヲ爲サシメタル
 後ニアラザレハ第三者ニ對シテ契約ノ効力ナシト爲ス等之ナリ
 又タ各國多數ノ法制ニ從ヘハ財産上ノ契約ハ必ス婚姻舉行ノ前ニ於テ之

英、米

ヲ爲スヘキモノトシ其舉行ノ後ニ於テハ之カ變更ヲ禁止スルヲ以テ普通
 ノ例トセリ但シ一二例外ノ國アリテ或ハ婚姻舉行後ノ契約ヲ有効ト爲ス
 方法ヲ定ムルモノアリ或ハ又タ婚姻舉行後ニ於テ契約ヲ爲シ又ハ之ヲ變
 更スルモ其効力ノ點ニ於テハ一點ノ妨ケナシトスルモノアリ
 其他財産契約ノ方法ニ關スル各國法制ノ異同ハ概テ左ノ如シ
 英、米ノ二國ニ於テハ概シテ之ヲ謂ヘハ財産特有ヲ以テ法定ノ方法ト爲セ
 ルカ如シ

獨逸

獨逸ニ於テハ州ニ依テ大ニ其方法ヲ異ニスルモノ之ヲ要スルニ其最モ實際
 ニ行ハルルモノハ左ノ三種ナルカ如シ

- 一 財産ノ合同 (此方法ハ佛國ノ共通排斥ノ方法ニ類似ス)
- 二 羅馬法ノ嫁資方法
- 三 全部又ハ一部ノ財産共通

換地利ニ於テモ其方法亦タ獨逸諸州ニ異ナラス而シテ契約ナキ場合ハ財

換地利

西班牙

意大利

和蘭

瑞典

産合同ヲ以テ法定ノ方法トシテ之ヲ適用スルカ如シ
 西班牙ニ於テモ其方法三種アリ即チ嫁資方法、財産特有方法、共通方法はナ
 リ而シテ共通方法ヲ以テ法定ノ方法トセリ
 意大利ニ於テモ亦タ西班牙ト均シク三種ノ方法ヲ認メタリ唯タ其異ル所
 ハ西國法ニ於テハ嫁資方法中妻ノ不動産讓渡ヲ禁セサルモ伊國ニ於テハ
 佛國ト同シク之ヲ禁止シタルト、法定ノ方法ヲ財産特有方法ト爲シタルト、
 其他全部ノ共通方法ヲ禁止シタル等ニ過キス
 和蘭ニ於テハ全ク之ニ反シ全部ノ共通ヲ以テ法定ノ方法ト爲シ特ニ財産
 上ノ契約ヲ爲ス者ハ獨リ共通中ノ或ル一種ノ財産ヲ分有スルヲ得ルニ過
 キス
 瑞典ニ於テモ亦タ全部ノ共通ヲ以テ法定ノ方法ト爲シ之ニ反スル契約ヲ
 爲ス場合ハ實際上極テ稀ナリトス但シ共通排斥ノ方法及財産分有ノ方法
 ハ敢テ法律ノ禁止スル所ニアラストセリ諾威及丁抹ニ於テモ其規定殆
 同キス

瑞典

露西亞

瑞典ニ同シ
 露西亞ニ於テハ州法ニ於テ其規則一定セス或ハ佛國ノ共通排斥方法ニ類似
 シタル方法ヲ以テ唯一ノ強制的な方法ト爲セルアリ或ハ一部ノ共通方法ヲ
 以テ強制的な方法トスルアリ或ハ又タ此等ノ方法ヲ以テ單ニ契約ナキ場
 合ノ法定ノ方法トスルアリ又タ稀ニハ嫁資方法ヲ以テ法定ノ方法ト爲シ
 或ハ全部共通ヲ以テ強制的な方法ト爲スモノアリ
 露西亞ニ於テハ極端ナル財産分有ヲ以テ法定ノ方法ト爲セルモ今日實際
 上ノ慣例ハ財産共通ノ方法ニ傾ケルカ如シ又タ波蘭ニ於テハ獨逸ノ財産
 合同ノ方法ヲ以テ法定ノ方法ト爲セトモ財産分離方法、嫁資方法及全部共
 通ノ方法モ亦タ法律ノ禁スル所ニアラス
 夫カ妻ノ財産上ニ施ス管理ノ濫用ニ對スル擔保ノ方法モ亦タ各國ノ法制
 一樣ナラス英吉利、埃地利、和蘭、露西亞、瑞典、諾威、丁抹ニ於テハ佛國ノ如ク妻
 ニ法律上ノ抵當權ヲ有セシムルノ制度ナシ之ヲ認ムル國ニ於テモ其制度
 夫婦ノ財産ニ對スル婚姻ノ効果

一様ナラス例ハハ西班牙ノ如キハ妻ノ抵當權ハ獨リ夫ノ財產上ニ設定セラルルノミナラス妻ノ嫁資財產ノ上ニモ尙ホ之ヲ有スルコトヲ得ルモノトシ且ツ一般ノ抵當ニアラスシテ特別ノ性質ノモノトシ又タ之ヲ公示セサルヘカラストモリ此特別ニシテ公示ヲ要スルモノタルノ點ハ伊太利民法ニ於テモ亦タ均シク規定スル所ナリ

我國從來ノ慣例ニ依レハ婚姻ノ際嫁資ヲ與フルコト甚タ稀ナリ其稀ニ之ヲ與フル場合ト雖モ我國從來ノ女子ハ殆ト財產權ヲ有セザリシカ爲メ其持參ノ財產ハ全ク夫ノ所有ニ歸シ財產共通ノ最モ極端ナルモノナリシ近時ニ至リ實際ノ慣習大ニ變更シ嫁資ヲ與フルノ方法稍ヤ頻繁ナルト同時ニ法律上女子ト雖モ稍ヤ完全ニ諸般ノ權利ヲ享有行使スルヲ以テ原則ト爲シタル爲メ今日ニ於テハ妻ノ特有財產ヲ認ムルニ至レリ然レトモ一家ノ財產ハ共通ヲ以テ原則ト爲スカ故ニ妻ノ特有財產ヲ有スルニ方リ不動產ノ如キハ特ニ區別シテ之カ名義ヲ定メ置カサルヘカラス其詳細ニ至テ

我國古來ノ慣例

未タ親族法ノ發布ヲ見サレハ茲ニ之ヲ論スルヲ得ス但シ妻カ夫ノ財產上ノ抵當權ヲ有スルカ如キ制度ハ新法典ニ於テ全ク之ヲ廢止シタルカ如シ

婚姻ノ際ニ於ケル財產上ノ契約ニ關スル各國法制ノ異同ヨリ生スル法律抵觸ノ問題ハ如何ニ之ヲ決スヘキ乎左ニ場合ヲ分テ之ヲ論セシ

第一 契約者ノ能力

一七三 能力ニ關スル規則ハ一切其當事者ノ本國法ニ從フヘキコト取テ疑ヲ存セサルナリ即チ内國又ハ外國ニ於テ内外國人間ニ婚姻ヲ爲スニ方リ其財產ニ關スル契約ノ能力ハ各當事者ノ本國法ニ從ハサルヘカラス蓋シ婚姻ノ結果トシテ當事者ノ一方ノ國籍ヲ變スルコトアリト雖モ其結婚ノ際ニ至ルマテハ未タ何等ノ變更ヲ受クルコトナク各其國籍ヲ有スルヲ以テ其本國法ニ從フヘキノ義務アレハナリ是ヲ以テ日本人ノ外國ニ在ル場合ト雖モ我國法ノ定ムル能力ニ違スルニアラサレハ自由ニ此種ノ契約

夫婦ノ財產ニ對スル婚姻ノ効果

契約者ノ能力
 夫婚財產
 契約ニ於
 ケル當事
 者ノ能力
 若クハ各
 國法ニ從
 フ

夫婦の財産
契約後ハ
ハトス
安ハトス
ハトス
安ハトス
ハトス
安ハトス
ハトス

夫婦ノ財産ニ對スル婚姻ノ効果

約ヲ爲スコトヲ得ス若シ其無能力者ノ爲メニ後見人又ハ保佐人ヲ要スル
コトアリトモハ亦タ之ニ從フヘク或ハ夫婦ノ財産契約ハ婚姻舉行以前ニ
アラサレハ之ヲ爲スコトヲ得ストノ規則アレハ其婚姻ノ結果トシテ外國
ノ國籍ニ入り其國法ニ從テ婚姻後ノ契約ヲ許ス場合ノ外必ス又タ其本國
法ニ服從セサルヘカラサルナリ
茲ニ一疑問アリ婚姻ニ關スル財産上ノ契約ハ婚姻後ニ於テハ之ヲ爲スヲ
得ストノ規定ハ獨リ内國人ニノミ適用スヘキモノナルカ抑モ又タ國際公
安ニ關スル性質ノ規定ナリトシテ内國ニ於ケル外國人ニモ亦タ之ヲ適用
スヘキモノナル乎ト謂フモノ是ナリ或ハ曰ク此種ノ規定ハ夫婦ト契約ス
ヘキ第三者ノ利益ヲ保護スルノ目的ヲ以テ設ケラレタルモノニシテ若シ
婚姻後ノ契約若シハ其變更ヲ許ストキハ之カ爲メニ第三者ノ利益ヲ害ス
ト云フノ理由ニ出テタルモノナレハ所謂一國經濟上ノ理由ニ基キ其公益
ニ關スル規定ナルコト明カナリ故ニ外國人ニモ亦タ之ヲ適用セサルヘカ

ラスト此説ハ聊カ取ルヘキ所アルガ如シト雖モ未タ其當ヲ得タルモノニ
アラズ抑モ結婚後ノ契約ヲ許ササルハ專ラ第三者ノ利益ノ爲メニスルニ
アラズ主トシテ下ノ如キ理由ニ出テタルモノナリ其理由ハ若シ結婚後ノ
契約ヲ許ストモハ結婚者ノ一方カ其父母ヨリ受クル財産ニ就キ大ニ他ノ
一方ノ豫想ニ反スルコトアリテ之カ爲メ夫婦間ノ感情ヲ害スルコト少ナ
カラサルヨリ此等ノ弊害ヲ防カントスルニ在リ此理由ニ依リ專ラ内國人
タル結婚者ノ利益ヲ慮リテ之ヲ設ケタルモノナルカ故ニ外國人ノ本國法
ニ於テ之ニ關スル規定ヲ爲ササル者ニ對シテハ此種ノ規定ヲ適用スルノ
必要ヲ見サルナリ且ツ此規定ノ一理由トシテ第三者ノ利益ヲ保護スルコ
トモ多少包含セサルニアラスト雖モ第三者ハ外國人ノ身分能力ヨリ生ス
ル結果ニ就テハ特ニ詐欺ノ場合ヲ除クノ外其不利益ヲ被ルヲ以テ普通ナ
リトス故ニ獨リ其夫婦財産契約ノ結果ニ於ケル場合ノミ故ラニ第三者ヲ
保護セントシテ之ニ關スル規定ヲ外國人ニマラ適用スヘキノ理由アルヲ

夫婦ノ財産ニ對スル婚姻ノ効果

見サルナリ

式契約ノ方

夫婚財
妻約財
契約地
式其方
約地其
法從國
原從國
スナ原
トア

第二 契約ノ方式

一七四 婚姻ニ關スル財産契約ノ方式ハ亦タ彼ノ場所ハ行爲ヲ支配ス
トノ原則ヲ適用シ外國人ト雖モ猶ホ其契約地ノ形式ニ從フヲ以テ足レリ
トス故ニ本國法ニ從ヘハ之ニ公式ヲ要スル國人ト雖モ其契約地ノ國法ニ
於テ公式ヲ必要トセサル場合ハ私署證書ヲ以テ之ヲ爲スモ猶ホ其本國ニ
對シテ有効ナルコトヲ得ヘシ之ニ反シテ契約地ノ國法ニ於テ公式ヲ必要
トスルカ爲メ之ニ從フ場合ハ一切其法律ニ從ハサルヘカラス例ヘハ之ヲ
管轄スヘキ公吏契約書ノ用語及契約ニ要スル證人ノ員數等總テ其國法ニ
從フヘキモノナリトス然レトモ前屢論述セシカ如ク場所ハ行爲ヲ支配ス
トノ原則ハ其性質任意的ナルカ故ニ當事者ノ意思ヲ以テ外國ニ於テモ事
實上爲シ得ル場合ハ本國法ノ定ムル形式ニ從テ之ヲ爲スヲ得ヘシ例ヘハ
本國法ニ於テ在外公使又ハ領事ニ管轄權ヲ與ヘアル場合ハ其面前ニ於テ

件買契約ノ條實

本國法ノ定ムル形式ニ從テ契約スルトキハ之ニ依テ其方式ヲ完ウスルヲ
得ヘシ此ノ如ク此契約ノ形式ニ就テハ契約地ノ公吏ニ依テ爲サシムルト
本國ノ公使又ハ領事ニ依テ爲サシムルトハ一ニ當事者ノ自由ナリト雖モ
第一ノ場合ニハ必ス總テ土地ノ法律ニ從ヒ第二ノ場合ニハ必ス其本國法
ニ從テ爲ササルヘカラス然レトモ左ノ二個ノ場合ニ於テハ場所ハ行爲ヲ
支配ストノ原則ヲ嚴正ニ適用シテ必ス其契約地ノ國法ニ於テ命スル形式
ニ從ハサルヘカラス

一 契約地ノ國法ニ於テ定メタル形式上ノ規則カ國際公安ニ關スルモ
ノナルトキ

二 結婚者互ニ國籍ヲ異ニスルトキ

第三 契約ノ實質上ノ條件

一七五 以上述フル處ノ契約者ノ能力及契約ノ方式ヲ除キ婚姻ニ關ス
ル財産上ノ契約ニ於ケル實質上ノ條件ニ就テハ何レノ國法ニ從フヘキカ

夫婦ノ財産ニ對スル婚姻ノ効果

婚姻ノ際
財産ニ關スル
契約ノ關係
ナシタル
場合

夫婦ノ財産ニ對スル婚姻ノ効果

四三二

此問題ハ亦タ左ノ如ク區別シテ論ゼントス
一 婚姻ノ際財産ニ關スル契約ヲ爲シタル場合ニ於テハ
例ヘハ佛國人ノ男女カ西班牙ニ於テ婚姻ヲ爲スニ方リ其財産ニ關シ單ニ
嫁資方法ヲ取ルト約シタリトセシ此場合ニ於テ其嫁資方法ハ契約地ナル
西國法ノ定ムル所ニ從フヘキ乎將タ其本國法タル佛國法ニ依ルヘキ乎抑
モ又タ財産所在地ノ國法ニ從フヘキ乎是レ最モ必要ナル問題ナリ蓋シ均
シク嫁資方法ナリト雖モ法制ノ異ナルニ從ヒ其効果亦タ一様ナラサレハ
ナリ抑モ婚姻ノ際ニ於ケル財産上ノ契約ハ専ラ當事者ノ利益ヲ目的トス
ルモノナルカ故ニ其擇フ處ニ任セ何レノ國法ニ從フモ全ク自由ナルヲ以
テ原則ト爲スト雖モ之ニ對シテ二個ノ制限アルヲ見ル何ソヤ一ハ本國法
ヨリ來リ一ハ契約地ノ國法ヨリ來ルモノナリ即チ一方ニ於テハ當事者ノ
本國ニ於テ禁止的ノ規則アル場合ハ其本國法ニ服從スヘキ義務ヨリシテ
外國ニ於テモ猶ホ之ニ違反スルコトヲ得スト他ノ一方ニ於テハ契約地

意思ノ解
釋ニ關ス
ル諸説

第一説

第二説

ノ國法ニ於テ國際公安ニ關スル規則トシテ外國人ニモ亦タ之ヲ適用セシ
トスルモノアル場合ニハ之ニ違背スルコトヲ得サルモノ即チ是ナリ此二
個ノ制限ヲ除キテハ總テ當事者ノ意思ノ自由ニ任セサルヘカラス從テ何
レノ國法ヲ適用スヘキ乎ハ一ニ當事者ノ意思ノ解釋ニ依ルヘキモノトス
而シテ其明示ノ意思アルトキハ之ニ從フヘキコト固ヨリ論ナシト雖モ其
默示ノ場合ニ於テハ如何ニ之ヲ解釋スヘキ乎斯ル場合ニ於ケル意思ノ解
釋ニ關シ三説アリ左ノ如シ

第一説ハ契約地ノ法律ニ從フモノト解釋スルモノナリ 其理由トスル所
ハ契約地ハ概テ婚姻舉行地ナルヲ以テ是レ其當事者ノ意思ヲ推測スル
ニ於テ最モ適當ナリト謂フニ在リ

第二説ハ契約ノ効力ヲ生スヘキ地ノ國法ニ從フモノト解釋スルモノナリ
即チ結婚後夫婦共同シテ住居スヘキ土地ノ國法ニ從フヘキモノトスル
ナリ是レ其契約ノ目的ニ從テ當事者ノ意思ヲ推測シタルモノニシテ此
夫婦ノ財産ニ對スル婚姻ノ効果

四三三

第三説

説ハ最モ多數ノ學者ノ唱道スル所ナリ

第三説ハ夫ノ本國法ニ從テヘキモノト解釋スルモノナリ 此説ヲ唱フル者極テ少數ナルニ拘ラス余輩ハ之ニ左袒セント欲ス其然ル所以ハ普通ノ法制ニ從ヘハ女子ハ結婚ニ依リテ夫ノ國籍ニ入ルモノト爲スカ故ニ其婚姻ニ關スル財産契約ノ効果ヲ生スルノ日ハ夫婦既ニ同一國籍ヲ有スルモノナリ而シテ其國籍ハ結婚ノ當時ニ於テハ永ク之ヲ保持スルモノト思量セサルヘカラス斯ノ如ク夫ノ所屬國法ハ婚姻以來夫婦ノ本國法ト爲リ婚姻ヨリ生スル一切ノ効果ヲ支配スヘキモノナルヲ以テ尙モ夫婦間ニ特別ノ意思ヲ表彰セサル以上ハ婚姻ノ結果トシテ一家ノ組織ニ極テ密着ノ關係ヲ有スル財産上ノ契約モ亦タ其本國法(即チ夫ノ本國法)ニ從フモノト解スルヲ以テ妥當ナリトス

二 婚姻ニ關シテ財産上ノ契約ヲ爲ササリシ場合

此場合ニ於ケル各國ノ法制ハ其最モ一家ノ利益ニ適合スト認ムルモノナリ

婚姻ニ關シテ財産上ノ契約ヲ爲ササリシ場合

リシ場合

以テ法定ノ方法ト爲セリ然レトモ各國其見ル所ヲ異ニシ或ハ財産共通方法ヲ採用シ或ハ嫁資方法ヲ採用シ或ハ又タ財産分有方法ヲ採用シ更ニ一定スル所ナシ故ニ一國人外國ニ於テ婚姻ヲ爲スニ當リ其財産上ノ契約ヲ爲ササルトキハ何レノ國ノ法定方法ニ從ハシムヘキカ抑モ法定ノ方法ハ固ト當事者ノ意思ノ解釋ヲ根據トスルモノナルニ依リ亦タ一ノ場合ノ如ク其意思ノ解釋ニ關シ學者ノ所説一定セスシテ自ラ數説ニ分レリ即チ或ハ契約地ノ法定方法ニ從フモノト解釋スルアリ或ハ結婚後夫婦ノ住居スヘキ土地ノ法定方法ニ從フモノト解釋スルアリ或ハ結婚當時ニ於ケル男子ノ住所地法ニ從フヘキモノト爲シ或ハ夫ノ本國法ハ夫婦ノ國法タルヘキニ依リ之ニ從フシト爲ス然レトモ余輩ハ一ノ場合ト同シク最後ノ解釋ヲ以テ最モ當事者ノ意思ニ適合スルモノト爲シ之ヲ採用セント欲ス以上ノ決定ニ依リ尙ホ之ヲ例示スレハ英國ニ住居スル二人ノ佛國人カ其地ニ於テ婚姻ヲ爲シ更ニ財産上ノ契約ヲ爲ササリシトキハ則チ其本國法

タル佛國ノ法定方法ヲ適用シ之ニ依テ一切ノ効果ヲ生セシムルコトヲ得ヘシ然レトモ是レ全ク意思ノ解釋ニ基クモノナレハ裁判官ハ必ス之ニ拘束セラルルモノニアラス事實上他ノ國法ニ從フノ意思アリト推測シ得ヘキ場合ハ又タ之ニ應スル解釋ヲ爲スハ一ニ裁判官ノ權内ニアルモノトス故ニ斯ル場合ニ於ケル疑議ヲ避ケ裁判官ノ責任ヲ輕カラシメンニハ外國ニ於ケル結婚者ハ其結婚ノ際ニ於テ財產契約ニ關スル方法ハ何レノ國法ニ依ルカヲ明言セシムルヲ以テ便利ナリトス是ヲ以テ佛國ノ如キハ其臣民ノ外國ニ於テ結婚スル爲メ佛國ニ於テ廣告ヲ爲スニ方リ其財産上ノ契約ハ何レノ國法ニ從フカヲ明言セシメ又タ外國人カ佛國ニ於テ結婚スル爲メ内國公吏ノ面前ニ出テタルトキハ内國法ノ命スル所ニ從ヒ其財產契約ノ種類ヲ明言セシムルコトトシ若シ之ヲ明言セサルトキハ内國法ヲ適用シテ其法定ノ方法ニ依リタルモノト看做ストセリ

以上論述セシ所ノ如ク財産上ノ契約ニ關スル實質上ノ條件ニ就テハ一ニ

當事者ノ意思ヲ主トシ其明示ナルト默示ナルトヲ問ハス其不動産ニ關スル場合ト動産ニ關スル場合トヲ別タス又タ其場所ノ如何ニ拘ラス一切其擇フ所ノ國法ニ從テ之カ効果ヲ生セシムルヲ以テ原則ト爲ス然ルニ動産スレハ今日猶ホ舊來對物法對人法ノ區別ニ從ヒ其國境ヲ越ヘテ効力ヲ有スルモノハ獨リ動産ニ關スル法律ニ限リ不動産ニ關シテハ其所在地法ニ從フヘシト論スル者アリ蓋シ此說ヲ爲ス者ハ或國法ニ於ケルカ如ク嫁資財産中ニアル不動産ノ讓渡ヲ禁スルヲ見テ速斷セシモノナルヘシ例ヘハ佛國民法第千五百五十四條ニ於テ妻ノ不動産ヲ讓渡スヘカラサルモノトスルノ法文ハ外國婦女ノ嫁資財産中ニアル不動産ニモ尙ホ之ヲ適用スヘシト解スルカ如シ然レトモ佛國法ニ於テ妻ノ不動産ヲ讓渡スヘカラサルノト爲セルハ公益上ノ理由ニ基ケルニアラスシテ一ニ其妻ノ利益保護ヲ目的トスルモノナリ從テ其規定ハ國內公安ニモ關セサル所ナリ何トナレハ國內公安ニ關スル法律ノ規定ハ當事者ノ意思ヲ以テ之ニ反スルヲ得サ

ルモノナルニ妻ノ不動産ヲ以テ不讓渡物ト爲スハ結婚者ノ財産契約ニ於テ嫁資方法ヲ擇ヒタル場合ニ限り其方法ノ選擇ハ當事者ノ意思ニ一任スルヲ以テ當事者ハ自由ニ之ヲ避クルコトヲ得レハナリ抑モ國際公安ニ關スル法律ハ常ニ國內公安ニ關スル法律ナラサルヘカラス故ニ國內公安ニ關セサルモノ焉ソノ之ヲ國際公安ニ關スルモノトシテ外國人ニ適用スルコトヲ得ンヤ

前ノ場合ニ反シ嫁資方法ニ於ケル妻ノ不動産ヲ不讓渡物ト爲セル國法ヲ有セル者外國ニ在テ其契約ノ効果ヲ主張セントスルニ方リ其所在國法ニ於テ斯ル規定ヲ設ケサルトキハ是レ其國ニ於テハ斯ル規定ヲ爲スヲ以テ財産ノ融通ヲ妨ク一國經濟上ノ公益ヲ害スルモノト爲スニ因リ即チ其國ノ國際公安ニ關スルモノトシテ此場合ニ於テハ宜シク常ニ其所在國法ニ從ハシメサルヘカラス

婚姻ニ關スル財産上ノ契約ニ就キ當事者ノ明示ノ意思ナキトキハ夫ノ所

天婚財産ニ於テハ其國法ニ從フヘキモノナルコトハ既ニ之ヲ論セリ然レトモ其國法ハ必スシモ一定不動ノモノニアラス而シテ其一定不動ナラサルハ或説ノ如ク結婚者ノ住居スヘキ地ノ國法ニ從フヘシト爲スモ亦タ同一ナリ即チ第一ノ場合ニ於テハ結婚後夫ノ國籍變更ニ因リ其國法ヲ異ニシ又タ第二ノ場合ニ於テハ其住所ノ變更ニ因テ國法ヲ異ニスルニ至ルヘシ斯ル場合ニ於テハ現在ノ本國法又ハ現在ノ住所地法ニ從フヘキカ將タ其契約當時ノ本國法又ハ住所地法ニ從フヘキ乎ノ問題ヲ生ス此問題ハ契約當時ノ本國法又ハ住所地法ニ從フモノト決定スヘキコト殆ト疑ナキ所ナリ其理由ハ(一)當事者ノ意思ノ解釋ハ契約當時ノ意思ニ就テ爲スヘキモノニシテ其後ニ生シタル事實ノ如何ヲ問フヘキモノニアラス(二)後日生シタル事實ハ契約ノ變更ヲ來スコトナシ若シ其事實ニ因テ契約ノ變更ヲ來ストセハ妻及第三者ハ之カ爲メニ損害ヲ被ルノ虞アリト謂フニ在リ

屬國法ニ從フヘキモノナルコトハ既ニ之ヲ論セリ然レトモ其國法ハ必スシモ一定不動ノモノニアラス而シテ其一定不動ナラサルハ或説ノ如ク結婚者ノ住居スヘキ地ノ國法ニ從フヘシト爲スモ亦タ同一ナリ即チ第一ノ場合ニ於テハ結婚後夫ノ國籍變更ニ因リ其國法ヲ異ニシ又タ第二ノ場合ニ於テハ其住所ノ變更ニ因テ國法ヲ異ニスルニ至ルヘシ斯ル場合ニ於テハ現在ノ本國法又ハ現在ノ住所地法ニ從フヘキカ將タ其契約當時ノ本國法又ハ住所地法ニ從フヘキ乎ノ問題ヲ生ス此問題ハ契約當時ノ本國法又ハ住所地法ニ從フモノト決定スヘキコト殆ト疑ナキ所ナリ其理由ハ(一)當事者ノ意思ノ解釋ハ契約當時ノ意思ニ就テ爲スヘキモノニシテ其後ニ生シタル事實ノ如何ヲ問フヘキモノニアラス(二)後日生シタル事實ハ契約ノ變更ヲ來スコトナシ若シ其事實ニ因テ契約ノ變更ヲ來ストセハ妻及第三者ハ之カ爲メニ損害ヲ被ルノ虞アリト謂フニ在リ

婚姻ノ無効、別居及離婚

第五款 婚姻ノ無効、別居及離婚

一七六 婚姻ニ因テ生シタル夫婦間ノ關係ハ左ノ三個ノ事由ニヨリテ其變更ヲ來スモノナリ

一 婚姻ノ無効 婚姻ノ無効トハ其舉行ノ條件ニ瑕疵アルモノハ之ヲ取消シテ夫婦ヲ婚姻以前ノ地位ニ復スルヲ謂フ

二 別居 別居ハ夫婦ノ雙方又ハ一方ノ利益ノ爲メ其同居ノ義務ヲ免レシムルニ止マリ之カ爲メニ夫婦ノ關係ヲ絶ツコトナク又タ其婚姻ノ効果モ概テ之ヲ生セシムルモノナリ我國ノ如キ嘗テ此制度ヲ見サリシト雖モ歐洲諸國ノ基督教國ニ在テハ其宗教上離婚ヲ以テ極テ不道德ト爲スカ故ニ此制度ヲ取ルモノ甚タ多シ

三 離婚 離婚モ亦タ夫婦ノ雙方又ハ一方ノ利益ノ爲メニ之ヲ爲スモノナリ

ノニシテ元ト完全ニ成立シタル婚姻ヲ己ムヲ得サル理由ニ依リ解除スルモノナリ

婚姻ノ無効

第一 婚姻ノ無効

一七七 婚姻ノ無効ハ其結婚ニ關スル實質上又ハ形式上ノ條件ヲ虧キタルヨリ生スルモノナリ故ニ無効ノ理由ハ此等條件ノ如何ヲ研究スレハ自ラ明カナルヘシ而シテ其條件ノ如何ハ前既ニ詳述セル所ナルヲ以テ此所ニ於テハ簡單ニ之ヲ述フヘシ

各國法制

佛國ニ於ケル婚姻無効ノ理由ハ大要左ノ如シ

- 一、當事者一方ノ承諾ノ虧缺又ハ人ノ身上ノ錯誤若クハ暴行ニ因ル承諾ノ瑕疵
- 二、婚姻ニ關シテ許否ノ權ヲ有スル者ノ承諾ノ虧缺
- 三、當事者ノ一方婚姻年齢ニ達セサルトキ
- 四、前婚解消セサルトキ

五、親族結婚ノ禁令ニ違ヒタルトキ

六、婚姻公式ノ虧缺

七、戶籍公吏ノ管轄權ヲ有セザリシトキ

右一、二ノ理由ハ之ニ由リテ無効ヲ主張スル人及ヒ其期限ニ制限アリト雖モ三、以下ノ理由ニ至リテハ苟モ之ニ關シテ利害ノ關係ヲ有スル者ハ其無効ヲ主張スルコトヲ得檢事モ亦タ公益ノ理由ニ由リテ之カ無効ヲ申立ツルコトヲ得ルモノトス又タ其訴權執行ノ期限ハ永久ナルヲ以テ原則トシ唯タ其公式ヲ缺キタル場合ニ夫婦カ後日ノ行爲ニ依リテ之ヲ補充スルコトヲ得ルト年齢不足ノ場合ニ夫婦カ結婚年齢ニ達シテ後六箇月ヲ經過セシルカ若クハ其以內ニ於テモ其妻懷妊スルトキハ其無効ノ理由ヲ消滅セシムルトヲ除外スルノミ

此等ノ理由ヲ有スル者婚姻無効ノ言渡ヲ受クルトキハ其効力既往ニ遡リテ夫婦ハ婚姻以前ノ地位ニ復ス從テ其間ニ生シタル子ハ之ヲ私生子ト看

做スヲ以テ原則トス然レトモ當事者ノ善意ナル場合ニ於テ斯ル原則ヲ嚴正ニ適用スルハ苛酷ニ過クルモノトシ當事者又ハ其子ノ利益ヲ慮リ或條件ニ從ヒ其子ヲ正出者ト看做スヘキモノトセリ

英國ニ於テモ婚姻ノ實質上ノ條件又ハ形式上ノ條件ニ瑕疵アルトキハ其婚姻ヲ無効ト爲スモノトセリ例ヘハ親族結婚ノ場合又ハ結婚者ノ一方カ瘋癲人ナリシトキ若クハ結婚者ノ一方カ前婚ノ關係ヲ絶タサリシ場合ノ如キハ如何ナル方法ニ依ルモ之ヲ有効ナラシムルコトヲ得サルモノトシ又無効訴權ハ夫婦ハ勿論一切ノ利害關係人ニ於テ之ヲ行フコトヲ得ルモノトセリ又タ夫ノ陰謀症又ハ妻ノ不妊症婚姻以前ヨリ存在シタル者ニハ其婚姻ヲ解除スルコトヲ許シ又タ錯誤暴行ニ因ル承諾ノ瑕疵モ亦タ婚姻無効ノ理由ト爲ス但シ其原因止ミタル後共同生活ヲ爲ササリシ場合ニ限ルトセリ又タ尊屬親ノ許諾ノ虧缺ハ必要ナル時期ニ於テ故障アリタルニ拘ラス婚姻シタル場合ニアラサレハ婚姻無効ノ理由トナラス又タ結婚年

形式上ノ
條件ヲ欠
キタル爲
メ婚姻無
効ナル由
合トナリ
トナリ

齡ノ不足モ其年齡ニ達シテ後之ヲ默過スルトキハ爲メニ其瑕疵ヲ消滅セ
シムルモノトセリ其他形式上ノ條件ヲ欠キタル爲メ婚姻無効ノ理由タル
モノハ左ノ數個ノ場合ナリトス

- 一、結婚者故意ニ虛偽ノ申立ヲ爲シタルトキ
 - 二、結婚者特許ヲ得スシテ故意ニ婚姻ノ廣告ヲ爲サザリシトキ
 - 三、廣告ヲ爲シタル地以外ノ寺院ニ於テ婚姻ヲ舉行シタルトキ
 - 四、婚姻ニ關與シタル僧侶又ハ公吏ノ管轄違ナリシトキ
 - 五、法律ノ定ムル時刻以外ニ於テ秘密ニ婚姻ヲ舉行シタルトキ
- 以上ノ理由ニ依リ婚姻ノ無効ヲ言渡シタルトキハ其言渡以後婚姻ハ全ク
無効ニシテ夫婦間及ヒ其子ニ對シテモ何等ノ効果ヲ生スルコトナシ從テ
佛國ノ如ク善意ノ結婚者ニ對シテ多少ノ効果ヲ認ムルカ如キ制度アルコ
トナシ此點ニ就テ西班牙、伊太利及瑞西ニ於テハ其制度ヲ異ニシ婚姻ノ有
効條件ヲ欠クモ其善意ナル者及ヒ其子ニ對シテハ一切婚姻ノ効果ヲ生ス

婚姻ノ何レ
ハ無効ナル
ト決スニ
從テ決ス
ヘキ乎

ルモノトセリ

右ノ外各國ノ法制上婚姻無効ノ理由種々アリト雖モ要スルニ其舉行ニ關
スル實質上及形式上ノ條件ヲ欠キタル場合ニ外ナラス而シテ其條件ハ既
ニ之ヲ述ヘタルヲ以テ復タ茲ニ贅セス

一七八 各國法制ノ差異ニ依リ法律ノ抵觸ヲ生シタルトキハ何レノ國
法ヲ適用スヘキ乎例ヘハ內國人外國ニ於テ結婚シタルトキ其有効無効ニ
就キ問題ヲ生シタルトキハ其所在國法ニ從フヘキカ將タ其本國法ニ依テ
之ヲ決スヘキ乎此問題ハ之ヲ解クコト難カラス婚姻ノ無効ハ法律ノ規定
ニ違反シタル結果ナリ故ニ其違反シタル法律ハ亦タ其無効ノ問題ヲ決ス
ル法律タラサルヘカラス即チ其無効ノ理由無効ノ申立ヲ爲スヘキ人無効
訴權ノ行使期限及其無効ノ効果等悉ク之ニ依テ定ムヘキモノトス是ヲ以
テ一切ノ無効ノ理由及効果ニ關スル問題ニシテ其理由尙モ婚姻實質上ノ
條件ヲ欠キタルヨリ來ルモノハ悉ク其當事者ノ本國法ニ從テ之ヲ決定ス

ヘク又タ形式上ノ條件ヲ欠キタルヨリ來ルモノト雖モ其初メ本國法ノ命
 スル形式ニ從ヒ在外本國公使若クハ領事ノ手ヲ經テ舉行シタル婚姻ハ亦
 タ其本國法ニ從テ之カ有効無効ヲ決セサルヘカラス然レトモ一國ノ裁判
 所ガ婚姻無効ノ問題ヲ決セントスルニ當リ國際公安ニ關スル內國法ノ規
 定アルトキハ亦タ之ヲ適用セサルヘカラス從テ其當事者ノ本國法ニ於テ
 無効ノ原因ト爲ササルモノト雖モ其裁判官所屬國法ニ於テ一國ノ安寧秩
 序ニ關スルモノトシテ外國人ニモ適用スヘキモノトスル無効ノ原因ハ尙
 ホ之ヲ認メサルヘカラス
 又タ場所ハ行爲ヲ支配ストノ原則ニ從テ婚姻舉行國法ノ命スル形式ニ從
 テ婚姻シタル場合ニ於テ其形式ヨリ生シタル無効ノ原因ハ亦タ其舉行國
 法ニ依テ之ヲ決セサルヘカラス而シテ此規則ハ外國裁判所カ其問題ヲ決
 セントスル場合ノミナラス當事者ノ本國裁判所カ之ヲ決セントスル場合
 ニ於テモ均シク之ヲ適用スヘキモノトス

婚姻無効ノ場合ニ於テ夫又ハ妻ノ一方善意ナリシトキハ其善意ノ者ニ對
 シテハ多少ノ効果ヲ生セシムトノ國法ヲ有スル者カ斯ル規定ナキ外國ニ
 於テ婚姻無効ノ言渡ヲ受ケタル場合ト雖モ尙ホ其本國法ニ依テ其効果ヲ
 保有スルコトヲ得ヘシ斯ル場合ニ婚姻ノ無効當事者ノ本國法ニ從テ生シ
 タルトキハ更ニ疑ナシ其所在國ノ法律ニ依テ其無効ヲ來シタル場合ニ於
 テモ亦タ善意ナル夫婦ノ一方又ハ其子ノ本國法ニ從テ之カ効果ヲ認ムヘ
 キモノナリ蓋シ善意惡意ハ固ト承諾ニ關スル問題ニシテ婚姻實質上ノ條
 件ナルヲ以テ實質上ノ條件ハ其當事者ノ本國法ニ從フヲ以テ原則トスル
 コト既ニ論スル所ノ如クナレハナリ

右ノ場合ニ反シテ外國人內國ニ於テ結婚シ之ニ關スル其無効ノ問題ヲ
 生セシ場合ニ於テモ亦タ前ト同一ノ規則ニ從ヒ違反セラレタル法律ノ規
 定ニ依リ之カ有効無効ヲ決スヘキモノトス故ニ場所ハ行爲ヲ支配ストノ
 原則ニ從ヒ內國法ノ定ムル形式ニ從テ爲シタル外國人ノ婚姻其形式上ノ

條件ヲ欠キタル爲メ内國裁判所ニ無効ノ訴訟起リタルトキハ則チ内國法ニ依テ其問題ヲ決セサルヘカラス之ニ反シテ其無効ノ理由外國人ノ本國法ニ定ムル實質上ノ條件ヲ欠キタルニ在ルトキハ之カ決定ニ適用スヘキ法律ハ則チ其本國法ナリ但シ此場合ニ於テモ其本國法ノ規定ニシテ内國ノ國際公安ニ反スル場合ハ例外トシテ必ス内國法ヲ適用スヘキモノトス例ヘハ外國法ニ於テ白黑人種間ノ婚姻ヲ無効トシ若クハ奴隸ト自由人民トノ婚姻ヲ無効ト爲スモノハ内國ノ國際公安ニ關スルモノトシテ之ヲ適用セズ又タ其反對ニ外國法ノ有効ナリトスル婚姻モ内國ノ國際公安ニ關スル爲メ之ヲ無効トスル場合アルヘシ例ヘハ土耳其ノ如キ多妻ヲ許セル國ノ人民カ内國ニ於テ重婚ヲ爲シタルトキノ如キ即チ是ナリ

第二 別居及離婚

別居及離婚 各國法制 仰國

一七九 佛國ニ於テハ千八百十六年以來離婚ノ制ヲ全廢シテ獨リ別居ノ制ヲ存スルノミナリシカ此制度ハ大ニ社會ノ風俗ニ害アルヲ認メ千八

百八十四年ニ至リ再ヒ舊法典ノ制度ニ復シ離婚ノ制ヲ設クルニ至レリ而シテ別居ノ制モ亦ク之ヲ存シ左ノ理由ニ依リテ之ヲ言渡スモノトセリ

一、夫婦ノ一方カ他ノ一方ニ對シテ苛酷ノ取扱又ハ甚タシキ侮辱ヲ爲シタル場合

二、妻カ姦通罪ヲ犯セシトキ

三、夫カ本宅ニ妾ヲ蓄ヘタルトキ

四、夫婦ノ一方カ牝刑ノ確定判決ヲ言渡サレタルトキ

夫婦ハ別居ノ言渡ニ因リテ以來同居ノ義務ヲ免カル從テ其財產ニ關スル契約モ之カ爲メニ變更ヲ來シ別居ノ言渡ヲ受ケタル妻ハ其財產ノ管理權及收益權ヲ回復シ其助産ハ自由ニ之ヲ處分スルコトヲ得ルモノトス

離婚ノ理由モ亦タ別居ノ理由ニ異ラス然レトモ千八百八十四年ノ法律ニ依リ夫ノ淫行ニ就テハ一層之ヲ嚴重ニシ其本宅ニ妾ヲ蓄フル場合ニアラズト雖モ苟モ姦通ノ事實アレハ離婚ノ請求ヲ許スゴトトセリ其他協議上

ノ離婚ハ之ヲ許サス必ズ裁判ノ言渡ナカルヘカラス
其他各國ノ法制ハ之ヲ八種ニ區別スルコトヲ得

一 離婚ヲ許サスシテ別居ノミヲ許シ而カモ法律ノ定ムル理由アルニ

アラサレハ之ヲ許サス下爲スモノ西班牙及葡萄牙ノ如キ是ナリ

西班牙ニ於テハ法律上別居ノ理由ヲ定ムルコト左ノ如シ

- (イ) 夫カ其妻ノ改宗ヲ爲サシメシカ爲メ之ニ對シテ暴行脅迫ヲ加ヘタルトキ
- (ロ) 夫カ其妻ニ賣淫ヲ爲サシメント企テタルトキ
- (ハ) 夫婦ノ一方カ其子ヲ虐待シ之カ生命ヲ危フセんとスルトキ
- (ニ) 夫婦ノ一方カ其子ノ淫行ヲ促シタルトキ

其他佛國法ノ離婚ノ理由ト同シク虐待、姦通、刑罰等モ亦之ヲ認メリ
葡萄牙ニ於ケル別居ノ理由ハ左ノ如シ

葡萄牙ニ於ケル別居ノ理由ハ左ノ如シ
一 夫婦ノ一方無期ノ刑ニ處セラレタルトキ

葡萄牙

西班牙

- (ロ) 虐待侮辱アルトキ
- (ハ) 妻又ハ夫ノ姦通

但シ夫ノ姦通ハ之カ爲メニ一家ノ擾擾ヲ醸シ又ハ妻ヲ遺棄スルガ若クハ本宅ニ妾ヲ蓄ヘタル場合ニ限ル

二 離婚ヲ許サスシテ單ニ別居ノミヲ許スハ前ト同シキモ獨リ法律ノ定ムル理由ニ依テ之ヲ許スノミナラス協議上ノ別居モ亦之ヲ許ストス

ルモノ、伊太利ノ如キ是ナリ同國法ニ於テハ法定ノ理由ハ佛國法ニ倣ヒ且ツ之ニ加フルニ其地位ニ應スル相當ノ居所ヲ有セサルカ又ハ故テク一定ノ住居ヲ有セサル場合ニ於テ別居ノ請求ヲ爲スコトヲ許セリ

三 法律ノ定ムル理由ニ依ル離婚ノミヲ許ストスル制度ヲ有スルモノ例ヘハ瑞典、露西亞、塞爾維及獨逸聯邦中ノ或州ニ於ケルカ如シ然レトモ其法定ノ理由ナルモノハ國ニ依リテ著シキ差異アリ今先ツ露西亞國法ノ

離婚ノ理由ヲ舉クレハ左ノ如シ

伊太利

露西亞

(イ) 夫婦ノ一方ノ姦通

但シ此場合ニハ他ノ一方カ事實ヲ知リタルヨリ六箇月内ニ離婚ヲ主張スルトキニ限ル

(ロ)

夫婦ノ一方カ他ノ一方ノ生命ヲ危フシタルトキ

(ハ)

夫婦ノ一方カ他ノ一方ニ對シテ虐待侮辱ノ行爲アルトキ

(ニ)

夫婦ノ一方カ臍刑ニ處セラレタルトキ

(ホ)

夫カ妻ヲ一年以上遺棄シタルトキ

(ヘ)

夫婦ノ一方カ瘋癲トナリタルトキ

瑞典ニ於テハ姦通、遺棄、失踪及陰蕚症等ヲ以テ離婚ノ理由トシ露西亞ニ於テハ姦通罪、失踪及結婚前ヨリアリタル陰蕚症等ヲ以テ離婚ノ理由トシ塞爾維ニ於テハ姦通、虐待、侮辱、八年以上ノ臍刑、基督教者ノ改宗及豫謀ノ失踪ヲ以テ離婚ノ理由トシ又タ獨逸ニ於テハ帝國法ニ於テ別ニ其理由ヲ定ムルコトナク各聯邦ノ固有法ニ從フヘキモノトセリ而シテ其主要ナルモノ

瑞典

露西亞

塞爾維

索選

索選ノ國法ニシテ他ノ聯邦モ多ク之ニ倣ヘリ索選法ノ定ムル所左ノ如シ

(イ) 夫婦ノ一方ノ姦通

(ロ)

夫カ一年以上妻ヲ遺棄シタルトキ

(ハ)

妻カ絶對的同衾ヲ拒絕シタルトキ

(ニ)

夫ニ泥酔ノ常習アルトキ

(ホ)

夫婦ノ一方カ他ノ一方ノ生命ニ危害ヲ加ヘントシタルトキ

(ヘ)

夫婦ノ一方カ自己ノ所爲ヲ以テ故意ニ夫婦ノ交リヲ爲スコト能ハサルニ至リタルトキ

(ト)

夫婦ノ一方カ再犯以上ノ有意犯ヲ行ヒタル爲メ三年以上ノ臍刑ニ處セラレタルトキ

(チ)

夫婦ノ一方カ三年間瘋癲院ニ在リタル後不治症ト診斷セラレタルトキ

(リ) 夫婦ノ一方カ改宗セントキ

(ハ) 但シ他ノ一方カ之ヲ知リタル日ヨリ一年間黙過シタルトキハ離婚ノ理由トナラス

(ヌ) 婚姻ヲ繼續スレハ生命ニ害アリトノ醫學上ノ診斷ヲ受ケタル妻ハ之ヲ理由トシテ離婚ヲ請求スルコトヲ得

四 別居ヲ認メスシテ離婚ノミヲ許スモ其離婚ハ獨リ法定ノ理由ニ依ルノミナラス協議ヲ以テモ尙ホ之ヲ許スルモノ丁抹、諾威、普魯西、ベルン、大公國、羅馬尼及、アルザス、ローレン等是ナリ即チ丁抹及諾威ニ於ケル離婚ノ理由ハ姦淫、理由ナキ遺棄三年間繼續シタルトキ、七年以上ノ失踪、婚以前ヨリアル陰謀、無期徒刑等ナリ但シ無期徒刑ノ場合ニハ七年以内ニ國王ノ特赦アルトキハ離婚ノ理由タラサルモノトス普國ニ於ケル離婚ノ理由ハ更ニ之ヲ容易ニセリ其理由トシテ法律ノ認ムル所下ノ如シ(イ)姦通、未タ姦通ニ至ラサルモ不日不貞ノ行爲アルヘシト推測スルニ足ル交際

丁抹、諾威

普魯西

ハ尙ホ姦通ト同一ニ看做ス(ロ)惡意ノ遺棄(ハ)名譽ノ毀損(ニ)自由ノ束縛(ホ)生命又ハ健康ヲ害セントスル行爲(ヘ)罵詈及ヒ上等社會ニ於テハ輕微ナル暴行(ト)射刑ニ處セラレタルトキ(チ)夫婦ノ一方カ他ノ一方ニ對シテ誣告ヲ爲シタルトキ(リ)可恥ノ職業ヲ行ヒシトキ(ヌ)絶ヘス泥醉又ハ不行跡ノ行爲アルトキ(ル)陰謀又ハ不妊症ハ婚姻中ニ生シタルモノト雖モ全然不能ニシテ且ツ不治症ナル場合(オ)或種ノ不具者トナリタルトキ(ワ)一年以上癡狂者タルトキ等ナリ

英國

五 別居及離婚ノ制度ヲ併用スルモ二者共ニ法律上ノ理由ニ依ルニアラサレハ之ヲ許サストスルモノ英國ノ如キ是ナリ而シテ其別居ノ理由ハ(イ)夫婦ノ一方ノ姦通但シ他ノ一方カ之ヲ縱容シタルトキ又ハ双方互ニ匪行アルトキハ別居ノ理由トナラス(ロ)殘酷ノ行爲(ハ)不治ノ疾病(ニ)二箇年以上ノ遺棄等ナリ離婚ニ至テハ容易ニ之ヲ爲スコトヲ得サルモノトセリ獨リ夫婦ノ一方ノ姦通ノミニ就テハ離婚ヲ請求スルコトヲ得ルモノトシ而

カモ夫ノ姦通ニ就テハ之ト同時ニ親族姦淫、重婚、男色畧取、誘拐又ハ強姦等ノ行爲アル場合ニアラザレハ離婚ヲ許ササルモノトス

六、法定ノ理由ニ依ル別居及協議又ハ法定ノ理由ニ依ル離婚ヲ許スモノ白耳義ノ如キ是ナリ而シテ其理由ハ佛國ト同シク姦通、虐待、侮辱及或種類ノ處刑ナリトス

白耳義

和蘭

七、法定ノ理由ニ依ル離婚ヲ認ムルト同時ニ又タ協議上ノ別居ヲ許スモノ和蘭ノ如キ是ナリ同國ニ於ケル離婚ノ理由ハ(イ)夫婦ノ一方ノ姦通(ロ)夫婦ノ一方カ他ノ一方ノ生命ニ危害ヲ加ヘ若クハ重傷ヲ與ヘタル暴行(ハ)五箇年以上配偶者ノ一方ヲ遺棄シタルトキ(ニ)夫婦ノ一方牀刑ニ處セラレタルトキ(カ)五年以來別居ノ言渡ヲ受ケ更ニ和解ヲ爲サザリシ等ナリ又タ別居ノ理由モ離婚ノ理由ニ同シト雖モ其法定ノ理由ノ外協議上ノ別居ヲ許シ婚姻後二箇年ヲ過キタル者ハ双方ノ承諾アレハ其理由ヲ證明セズシテ別居ヲ爲スコトヲ得ヘシトセリ但シ此場合ニ於テモ裁判所ヲシテ之ヲ

奧地利

認マシマサルヘカラサルハ勿論ナリ

八、夫婦ノ一方カ結婚ノ當時加特力教信者ナリシトキハ離婚ヲ許サズシテ獨リ別居ノミヲ許シ其別居ハ法定ノ理由ニ基クモノト双方ノ協議ニ依ルモノト共ニ之ヲ許ストスルモノ奧地利是ナリ其法定ノ理由ハ(イ)姦通(ロ)重罪(ハ)遺棄(ニ)生命ニ關スル危害行爲(ホ)暴行及侮辱(ヘ)配偶者ノ財産濫用(ト)一家徳義ノ毀損(チ)傳染性ノ惡疾ヲ患ヒタルトキ等はナリ又タ離婚ハ加特力教徒以外ノ夫婦ニノミ之ヲ許シ各其宗法ノ許ス所ニ從ヒ或ハ協議上ノ離婚ヲ爲シ或ハ法定ノ理由ニ依ル離婚ヲ爲スコトヲ得トセリ而シテ其法定ノ理由ハ(イ)姦淫(ロ)五年以上ノ牀刑(ハ)家出(ニ)生命ニ及ホシタル危害(ホ)暴行侮辱(ヘ)數度ノ離合ニ依テ明カニ調和ノ望ミナキ不和等はナリ其他奧地利ニ在ル猶太人ノ離婚ニ就テハ特別ノ規則アリ其著シキ點ハ此宗教信者ハ協議上ノ離婚ヲ爲スコトヲ得ルコト及ヒ姦通ハ更ニ離婚ノ理由トナラサルコト等ナリ

我國ニ於テハ從來離婚ヲ以テ殆ト夫ノ自由ニ一任シ妻ハ絕對的服從ノ義務ヲ有シ又夫ニ對シ何等ノ權利ヲモ有スルコトナカリシ蓋シ支那流ノ道德ハ深ク我人人事上ニ侵染シ因習ノ久シキ漸ク男尊女卑ノ風俗ヲ馴致シ遂ニ維新ノ當時ニ及ヘリ是レ獨リ我國ニ於ケルノミナラス人類自然ノ理法トシテ何レノ邦國ト雖モ嘗テ一度ヒ斯ル時代ヲ經過シ來リシコトハ各國婚姻ノ制度ニ關スル歴史ニ徴シテ明カナリ然リト雖モ我國ノ風俗ハ特ニ其極端ナルモノニ屬シ婦女ヲ見ルコト奴隸モ管ナラス夫ヲ以テ天ト爲シ夫ニ逆フ者ハ天ノ罰ヲ受クヘシト爲シ無理虐待一トシテ夫ノ命ニ違ハサルヲ以テ婦女ノ道ト稱シ妻ヨリ夫ニ對シテ離婚ヲ請求スルカ如キ曾テ許ササル所ナリ去レハ婦ニ對スル夫ノ權力ハ殊ニ強大ニシテ少シク意ニ滿サル者ハ一言ノ下直ニ離婚ヲ命シ平然トシテ復タ怪ム所ナシ是ヲ以テ七去ノ制ノ如キ久シク我習俗ヲ支配シ幕府ノ時代ニ至ルマテ猶ホ之ヲ以テ婦道ヲ教フルノ規則トセリ其制ニ曰ク一ニハ舅姑ニ從ハサル女ハ去ルヘ

シニハ子ナキ女ハ去ルヘシ三ニハ淫亂ナレハ去ル四ニハ格氣深クレハ去ル五ニハ癩病ナトノ惡シキ病アレハ去ル六ニハ多言ナレハ去ル七ニハ物ヲ盜ム心アレハ去ルト以テ當時離婚ノ權ノ如何ニ男子ニ自由ニシテ婦女ニ不自由ナリシカヲ知ルヘシ願フニ當時ニ於テハ婚姻ヲ以テ婦女ノ一生ヲ男子ノ羈絆ニ屬セシムト爲シタルノ結果離婚ノ語ハ單ニ夫カ妻ヲ去ルトノ意義ニ用ヒラレ又タ今日ノ如キ進歩シタル思想アラサリシ從テ離婚ニ關シテハ裁判ノ言渡ヲ要スルカ如キコトナク常ニ協議上ノ離婚ノミ行ハレタリ否ナ寧ロ一方ノ意思ニ依テ自由ニ之ヲ行ヘリ然レトモ近時學理ノ進歩ト共ニ婚姻ノ意義モ亦タ從テ變更シ婚姻ハ法律上公認セル一男一女ノ共諾ニ因リ共同生活ヲ目的トシタル生存間ノ結合ナリトスルノ結果離婚ノ語ハ婚姻ヲ解消スルノ意義ニ用非ラルルニ至リ何人モ亦タ昔日ノ如キ離婚ノ理由ヲ認ムルコトナク夫婦ノ關係ニ付キ爭ヲ生シテ協議上離婚ヲ爲スコトヲ得レハ可ナリ若シ之ヲ得サルトキハ裁判所ニ訴ヘテ離

婚ノ請求ヲ爲スコトヲ許スニ至レリ(明治六年五月第百六十二號布告)然レトモ離婚ニ關スル法律ノ規定ハ未タ實際ニ行ハルルモノナキヲ以テ從來離婚ノ訴ヲ決スルニ於テ其正當ノ理由アルヤ否ヤハ一ニ裁判官ノ判定ニ在シテ之カ許否ヲ決シタリ蓋シ準據スヘキ規則ノ定メナクシテ判定ヲ下スハ裁判官ノ最モ難事トスル所ニシテ家族ノ關係ノ如キ殊ニ然リトス今ヤ法典將サニ成ラントシ此等ノ難事ヲ免ルルコト近キニ在リト雖モ未タ確定ニ至ラサルヲ以テ我國ノ法制トシテ茲ニ詳細ニ掲クルヲ得サルハ余輩ノ遺憾トスル所ナリ然レトモ將サニ制定セラレントスル親族篇ニ於テハ婚姻及離婚ニ關スル規定ノ如キモ歐洲諸國ノ法制ト大差ナカルヘシト信ス是レ暫ク各國ノ法制ヲ列記シテ纔ニ満足セル所以ナリ若シ夫レ別居ノ制ニ至テハ我國從來ノ沿革ニ徴シテ曾テ存セサルモノナルヲ以テ新法典ニ於テモ斯ル制度ヲ設ケサルコトハ余輩ノ信シテ疑ハサル所ナリ

以下別居及離婚ニ關スル法律ノ抵觸ニ就キ二箇ノ場合ニ區別シテ之ヲ論

國內人
在外
場合

別居又
離婚ニ
就テ何
外國法
適用ス
ヘキ乎

セ

甲 內國人外國ニ在ル場合

一八〇 內國人外國ニ在テ別居又ハ離婚ヲ請求シタルトキ外國裁判所ハ之ニ就テ管轄權ヲ有スルヤ否ヤノ問題ハ之ヲ第三編ニ譲リ假リニ其管轄權アリトセハ外國裁判所ハ何レノ國法ニ從テ此種ノ問題ヲ決スヘキ乎即チ當事者ノ本國法ナルカ將タ夫婦ノ住所地法ナルカ或ハ婚姻舉行地ノ法律ナルカ抑モ又タ訴訟ヲ受ケタル裁判所ノ所屬國法ナルカ此問題ニ就テハ學說一致セス或ハ婚姻ヲ以テ普通ノ合意ニ異ナラスト爲シ合意ハ常ニ當事者ノ意思ニ從フヲ以テ原則トスルヲ以テ當事者カ結婚ノ際ニ從ハント欲シタル國法ハ即チ婚姻解除ノ原因及効果ヲ支配スヘキモノナリト云ヒ或ハ殆ト同一ノ理由ヲ以テ夫婦ノ住所地法ニ從フヘシト云ヒ或ハ又タ婚姻舉行地ノ法律ニ從フヘシト云フ要スルニ此等ノ說ヲ主張スル所以ノモノハ婚姻ノ成立ヲ支配シタル法律ト之カ解除ヲ支配スル法律トノ二

者ハ之ヲ異ニスルヲ得ス契約ノ有効無効ヲ決スルニハ其締結ノ爲メニ從
 ビタル法律ニ依ルニアラサレハ之ヲ知ルコト能ハサルト均シク婚姻ノ解
 除ヲ爲スヘキヤ否ヤヲ決定スルモ亦タ其結婚ノ際從ヒタル法律ニ依ルニ
 アラサレハ之ヲ知ルコト能ハスト云フニ在リ然レトモ是レ誤謬ナリ抑モ
 婚姻ハ他ノ合意ト其性質ヲ同ウセス之ヲ結フト否トハ當事者ノ自由ノ意
 思ニ依ルト雖モ其果シテ之ヲ結フニ當リテハ一國ノ組織ニ關シ其當事者
 所屬國ノ公益ニ關スルヲ以テ之ニ就テ國法ノ生セシムル効果ヲ左右スル
 コト能ハス換言スレハ其所屬國民ニ對シテハ國內公安ニ關スルモノトシ
 テ個人ノ契約ヲ以テ隨意ニ之ニ違フコトヲ許ササルモノナリ是ヲ以テ結
 婚ノ際ニ於ケル財産上ノ契約ヲ除ク外總テ婚姻ノ實質條件ハ當事者ノ本
 國法ノ定ムル所ニ從テ其効果ヲ生セシムルト等シク其婚姻ヲ解除スルニ
 就テモ亦之ニ違フコトヲ得スト爲ササルヘカラス故ニ余輩ハ斷シテ婚
 姻解除ヲ支配スルノ法律ハ常ニ其身分能力ヲ支配スヘキ夫婦ノ本國法ヲ

換、歸
 化、國
 籍、化
 人、間
 ノ、關
 係、問
 題、ス
 ル、間

以下謂カントス從テ結婚後夫婦共ニ歸化シタルトキハ其新本國法ニ從ハ
 サルヘカラス但シ夫婦ノ一方ノ國籍ヲ變シタルトキハ國籍ノ變更ハ契
 約ノ變更ト同シク之ニ關セサル第三者ヲ害セスト謂フ原則ニ依リ尙ホ歸
 化以前夫婦ノ關係ヲ支配シタル本國法ニ從フヘキモノナリトス

一八一 曾テ歐洲ニ於テ有名ナリシ境地利ニ於ケル歸化人ノ婚姻ニ關
 スル問題モ亦タ右ノ決定ニ依リテ之ヲ解クヲ得ヘシ前ニ述ヘタルカ如ク
 境地利ニ於テハ婚姻舉行ノ當時結婚者ノ一人加特力教信者ナルトキハ單
 ニ別居ヲ許スノミニシテ離婚ヲ許サス然ルニ實際上此法律ヲ免レテ離婚
 ヲ爲スノ方法アリ其方法ハ本國ナル境地利ニ於テ夫婦別居ノ言渡ヲ受ケ
 タル後新教ニ改宗シテ匈牙利ニ歸化シ又ハ單ニ同國ニ住所ヲ定メ同國新
 教ノ寺院裁判所ヲシテ離婚ノ言渡ヲ爲サシメ更ニ何レノ國ニ於テモ再婚
 ヲ爲サント企ツルモノアリタリ此再婚ハ果シテ有効ナルヤ否ヤノ問題ハ
 從來大ニ議論アリシ所ナリ此問題ヲ學理上ヨリ論スルトキハ唯タ左ノ場

夫婦共ニ
匈國籍ヲ
利ノ所得
ニ定メタ
ルトキ

合ニ於テノミ有効ナリト謂フヲ得ヘシ其場合トハ夫婦共ニ匈牙利ニ歸化シタル爲メ夫婦ノ本國法ハ以來匈牙利國法トナリタルトキヲ謂フ蓋シ匈牙利ノ法律ニ從ヘハ埃地利ノ國法ト異リ離婚請求當時ニ於ケル夫婦ノ宗教如何ニ依テ之ヲ許否スレハナリ之ニ反シテ夫婦ノ一方ノミ匈牙利ニ歸化シタルトキハ之ヲ以テ離婚禁止ノ法律ヲ免ルルコト能ハス管ニ然ルノミナラス此場合ニハ埃國法ト匈國法トノ間ニ牴觸ヲ來シ從テ種々ノ疑問ヲ生ス而シテ此牴觸ハ各其國法ノ定ムル所ニ依リテ之ヲ決セサルヘカラス今埃國法ニ從テ論スルトキハ左ノ四個ノ場合ニ區別スルヲ得ヘシ

一 夫婦共ニ匈牙利ノ國籍ヲ得匈牙利ニ住所ヲ定メタルトキ

此場合ハ以來匈國法ノ支配ヲ受クルコト何人モ疑ハサル所ナリ蓋シ此場合ハ夫婦ノ本國法ト謂フ點ヨリスルモ又タ住所地法ト謂フ點ヨリスルモ匈國法ヲ適用スルノ穩當ナル見ル故ニ其結果トシテ匈國法ニ從ヒ離婚ヲ爲シ再婚ヲ爲シタル者ハ埃國ニ於テモ猶ホ有効ナリト爲ササルヘカラス

夫婦共ニ
匈國籍ヲ
利ノ所得
ニ定メタ
ルトキ

二 夫婦共ニ匈國ニ歸化シタルモ猶ホ埃國ノ住所ヲ持續シタルトキ

此場合ニ於テハ別居離婚ニ適用スル法律ヲ本國法ナリトシ又ハ住所地法ナリトスル所説ノ如何ニ依リテ其有効無効ヲ定メサルヘカラス即チ本國法ニ從フヘシトスルトキハ有効ニシテ住所地法ニ從フヘシトスルトキハ無効ナリ

三 夫婦共ニ埃國人タル國籍ヲ保持シ唯タ其住所ヲ匈國ニ移シタルトキ

此場合ニ於テ匈國ニ於テ爲シタル離婚ハ埃國ニ於テハ如何ナル効果ヲモ生セサルコト明カナリ蓋シ埃國ノ民法ニ於テ埃國人ハ外國ニ於テモ尙ホ本國法ノ支配ヲ受クヘキコトヲ明言セリ而シテ本例ニ於テハ夫婦ハ依然埃國人タル國籍ヲ有スルニ依リ現在匈國ニ住スト雖モ猶ホ之ニ對シテ結婚ノ際加特力教信者タリシ者ニハ離婚ヲ禁スト云フ埃國法ヲ適用セサルヘカラスレハナリ

夫婦共ニ
匈國籍ヲ
利ノ所得
ニ定メタ
ルトキ

夫婦ノ一方ノミハ
夫ノ資格ヲ得
方ノ資格ヲ得
國入タルト
得タルト

婚姻ノ無効別居及離婚

四 夫婦ノ一方ノミハ何國人タルノ資格ヲ得タルトキ
夫婦ノ一方ノミハ何國人タルノ資格ヲ得テ離婚ノ言渡ヲ受クルモ之ヲ以テ
其填國ノ國籍ヲ持續スル配偶者ニ對抗スルコトヲ得ス蓋シ婚姻ニ關スル
法律ハ一方ノ意思ヲ以テ隨意ニ之ヲ變スルコトヲ得サレハナリ此場合ハ
實際ニ於テハ夫婦一人ノミハ國籍ヲ變シタル場合ニ適合スルモノナリ何トナ
レハ填國法及何國法ニ於テモ夫カ國籍ヲ變更スルトキハ其當然ノ結果ト
シテ夫婦ノ國籍モ亦タ隨テ變スヘキモノト爲セハナリ故ニ此場合ハ一ノ場
合同同シ

右ニ掲ケタル填國間ノ婚姻ニ關スル問題ハ千八百七十九年ノ何國法ヲ以
テ同國ニ歸化セントスル者ハ五年間ノ居住ヲ必要ト爲シタルカ爲メ稍ヤ
其實用ヲ減シタリト雖モ以上ノ所論ハ復タ此種ノ問題ヲ生スルニ方リ解
釋ノ標準トナルヘキヲ以テ茲ニ之ヲ掲ケタリ

國際公安
ニ關スル
例外

一八二 內國人外國ニ於テ婚姻ノ解除ヲ爲ス場合ニ於テハ常ニ其本國

法ニ從テ原因結果ヲ生セシムヘキコト上來述フル所ニ依テ明カナリ既ニ
本國法ニ從フ以上ハ外國ニ於テ言渡シタル離婚ノ効果モ亦タ內國ニ於テ
有効ナルコト深ク論スルヲ要セサルナリ然レトモ外國裁判所カ離婚ノ訴
ヲ受理シテ之カ言渡ヲ爲スニ際シ當事者本國法ノ規定カ裁判官ノ所屬國
法ト牴觸シ且ツ其所屬國法ニシテ其國ノ國際公安ニ關スルモノナルトキ
ハ外國裁判官ハ之ニ違フコトヲ得サルカ故ニ婚姻解除ニ關シテハ常ニ當
事者ノ本國法ニ從フトノ原則モ實際ニ於テハ大ニ制限ヲ受ケサルヘカラ
ス今一例ヲ擧ケテ之ヲ明カニセン伊太利ノ如キ今日猶ホ離婚ヲ許ササル
國ニ於テ外國人ノ離婚ヲ請求スル者アルモ伊國裁判所ハ之ヲ採用セサル
ヘシ蓋シ伊國法ニ於テ離婚ヲ禁スルノ理由ハ離婚ハ一國ノ德義ニ反シ國
際公安ニ關セルモノト爲スヲ以テナリ

一八三 又タ別居及離婚ニ關シ各其制度ヲ認ムル國ノ間ニ於テモ其原
因及効果ニ關スル規定ヲ異ニスル場合ニ於テハ一國ノ裁判所ハ其當事者

婚姻ノ無効別居及離婚

單ニ原因
結果ノ規
定ヲ異ニ
スル場合
ニ於テモ
向ホテモ
者ノ本國
法ニ從フ

離婚ノ無効、別居及離婚

四六八

ノ本國法ノ規定ニ從フテ以テ原則トス然レトモ亦タ此場合ニ於テモ均シク國際公安ニ關スル制限ヲ置カサルヘカラス例ヘハ當事者ノ本國法ニ從ヘハ無條件ニテ夫ノ姦通ヲ離婚ノ理由トナス者カ英國ノ如キ夫ノ姦通ハ之ニ伴フニ親族姦又ハ重婚等アルニアラサレハ離婚ノ理由ト爲ササル國ニ於テ單純ナル夫ノ姦通ヲ理由トシテ離婚ノ請求ヲ爲ス場合ニ於テハ英國裁判所ハ之ヲ棄却スヘシ是レ其國法ノ定ムル條件以外ニ於テ離婚ヲ許スハ一般ノ德義ニ反シ國際公安ニ關スルモノト看做スニ因ルナリ之ニ反シテ和蘭ノ如キ配偶者ノ一方カ五年以上故意ニ他ノ一方ヲ遺棄シタル場合ニ於テ離婚ノ理由アリト爲ス國ニ於テハ之ヲ國際公安ニ關スルモノト爲スカ故ニ斯ル原因ヲ認メサル國法ニ屬スル外國人ニ對シテモ猶ホ此理由ヲ以テ離婚ヲ許スヲ得ヘシ其他普國ノ如キ其國法ノ認メタル數多ノ離婚ノ原因中其國際公安ニ關スルモノハ斯ル原因ヲ認メサル國法ニ屬スル外國人ニ對シテモ猶ホ之ヲ理由トシテ離婚ヲ許スヲ得ヘシ然レトモ是レ

離婚後ノ
關係モ亦
同シ

外國人内
場ニ在ル

皆ナ一國ノ安寧ヲ保持スルニ出テタルモノナレハ此等ノ理由ニ依ル離婚ノ言渡ハ其言渡ヲ受ケタル外國人ノ本國ニ對シテハ更ニ一片ノ効力ヲ有セス換言スレハ當事者ノ本國ヨリ見レハ唯タ其本國法ニ從ヒタル場合ノ外更ニ其身分ニ變更ナキモノトス

一八四 又タ離婚後ノ關係ニ就テモ前同一ノ原則ヲ適用スルヲ得ヘシ例ヘハ佛國ノ如キハ姦夫姦婦ハ姦通ヲ理由トシテ離婚ノ言渡ヲ受ケタル後ニ於テモ猶ホ其間ニ婚姻スルコトヲ得ストセリ然ルニ英國ノ如キハ之ニ反シテ人ノ妻ヲ墮落セシメタル者ハ其過失ヲ償フカ爲メ德義上必ス之ト結婚セサルヘカラストセリ而シテ此等ノ國法ハ共ニ其國際公安ニ關スルモノナルカ故ニ佛國人ナル姦夫姦婦ノ英國ニ在ル場合ニ於テモ英國ハ其國法ヲ適用シテ兩者ノ間ニ結婚セシムルヲ得ヘシト雖モ其結果ハ獨リ英國ニ於テノミ有効ニシテ佛國ニ於テハ更ニ其効力ヲ認メサルモノトス

乙 外國人内國ニ在ル場合

婚姻ノ無効、別居及離婚

四六九

一八五 外國人ノ夫婦内國ニ於テ別居又ハ離婚ヲ請求スルトキモ亦タ常ニ其外國人ノ本國法ニ從ハサルヘカラス但シ之ニ就テ内國ノ國際公安ニ關スル規定アルトキハ亦タ必ス之ニ從ハサルヘカラス然ラハ則チ如何ナル法律ヲ以テ内國ノ國際公安ニ關スルモノト爲スヘキ乎或ハ別居及離婚ニ關スル法律ハ其性質悉ク國際公安ニ關スルモノナリト説ク者アリト雖モ未タ必スシモ然ラサルモノアリ然レトモ配偶者ノ一方カ他ノ一方ノ姦通ヲ理由トシテ離婚ヲ言渡サシムルカ如キ其他宗教上政治上若クハ德義上ノ重要ナル理由ノ爲メニ或ハ離婚又ハ別居ヲ許シ或ハ之ヲ許ササル規定ノ如キハ一國ノ公安ニ關スルモノトシテ外國人ニモ亦タ之ヲ適用セサルヘカラス而シテ離婚ニ關シテハ此種類ノ規則極テ多キヲ以テ外國人ノ所屬國ヲ適用セシテ内國法ヲ適用スル場合亦タ極テ多シ今之ヲ例示シテ其適用ヲ明カニセシ

一 我國ノ如キ夫婦別居ノ制ヲ設クサル國ニ於テ佛國人ノ如キ別居ヲ

別居ノ制ニ於テハ
 別居ノ制ニ於テハ
 別居ノ制ニ於テハ
 別居ノ制ニ於テハ

離婚ノ制ニ於テハ
 離婚ノ制ニ於テハ
 離婚ノ制ニ於テハ
 離婚ノ制ニ於テハ

許ス國法ノ下ニ在ル人民之ヲ請求シタルトキハ如何我國法ニ於テ別居ノ制度ヲ設クサルハ之ヲ設クルトキハ一般ノ德義上極テ害アルモノト認メタルニ因ル故ニ此種ノ規則ハ即チ我國ノ國際公安ニ關スルモノトシテ當事者ノ請求ヲ却下セサルヘカラス

二 伊國人ノ如キ其國法ニ從ヘハ離婚ヲ許ササル國ノ人民カ我國ニ於テ離婚ヲ請求シタルトキハ之ヲ許スヘキヤ否ヤ換言スレハ我國ニ於ケル離婚ヲ許スノ制度ハ所謂國際公安ニ關スルモノトシテ外國人ニモ亦タ之ヲ適用スヘキモノナルヤ否ヤ凡ソ一國カ離婚ノ制度ヲ立ツル所以ハ國法ノ認ムル正當ナル離婚ノ理由アルニ當リ猶婚姻ヲ繼續セシムルトキハ一家ノ不和ヲシテ益其度ヲ高メシメ遂ニ一般ノ德義風俗ヲ害スルニ至リ延テ一國ノ公安ニ害アルヲ以テ此等ノ弊害ナカラシメントスル目的ニ出テタルモノナリ換言スレハ離婚ノ制度ハ配偶者ノ利益ヲ目的トスルニアラスシテ寧ロ德義上ヨリ一國ノ安寧ヲ保持スルヲ以テ目的トスルモノニシ

テ所謂國際公安ニ關スルモノナリ故ニ之ヲ許ササル國法ノ下ニ在ル外國人ト雖モ我國法ノ認ムル正當ノ理由ヲ具ヘテ我國裁判所ニ離婚ヲ請求ヲ爲ストキハ亦之ヲ許ササルヘカラス然レトモ是レ元ト一國ノ國際公安ノ理由ヲ以テ之ヲ許スモノナレハ其効力ハ我國内ニ止マリ當事者ノ本國ニ對シテハ固ヨリ何等ノ効力ナキモノトス

三 前同一ノ理由ニ依リ和蘭人ノ如キ離婚ヲ求ムルニハ別居ノ言渡ヲ受ケタルヨリ五箇年後ナラサルヘカラストセル國法ノ下ニ在ル人民カ其年限ヲ滿サスシテ我國ニ於テ離婚ヲ請求ヲ爲シタルトキモ亦之離婚ヲ許スノ制度ハ我國ノ國際公安ニ關スルモノトシテ其請求ヲ採用スヘキモノトス

四 外國人ノ所屬國法ニ於テ我國ト同シク離婚ノ制度ヲ認ムルモ其原因ニ關スル規定ヲ異ニシタルトキハ何レノ國法ニ從ラヘキ乎例ハ配偶者ノ瘋癲又ハ惡疾等ノ原因ニ依リ離婚ヲ許ス國法ノ下ニ在ル人民カ我國

離婚ノ原因ニ於テ其外國ノ法律ニ依リテ之ヲ許スルモノトシテ其請求ヲ爲シタルトキハ亦之ヲ許ササルヘカラス然レトモ是レ元ト一國ノ國際公安ノ理由ヲ以テ之ヲ許スモノナレハ其効力ハ我國内ニ止マリ當事者ノ本國ニ對シテハ固ヨリ何等ノ効力ナキモノトス

ニ於テ此等ノ原因ヲ以テ離婚ヲ請求スルニ方リ我國法ニ於テ其原因ヲ認メサルトキハ如何ニ之ヲ決スヘキカ此問題モ亦之前ト同一ノ理由ヲ以テ之ヲ解クヲ得蓋シ法律上離婚ノ原因ヲ制限スルハ其他ノ場合ニ於テ濫リニ之ヲ許ストキハ一國ノ公益ニ害アリト爲スモノニシテ所謂國際公安ニ關スル規定ナリ故ニ外國人ニモ猶ホ之ヲ適用シテ此場合ニハ離婚ヲ請求ヲ許サスト決セサルヘカラス

五 別居又ハ離婚ノ効果ニ就テモ同一ノ理由ニヨリ我國ノ國際公安ニ關スルモノハ假令當事者ノ本國法ニ於テ許ス所ト雖モ我國法ニ於テ許ササルモノハ亦之ヲ許スヲ得ス例ハ離婚ノ言渡ヲ受ケタル外國婦女ハ其本國法ニ從ヘハ直ニ再婚スルヲ得ルトキト雖モ我國ニ於テ舊民法人事編ノ規定ノ如ク若干ノ期限内ハ再婚ヲ爲スコトヲ得ストスルトキハ之ヲ許サス又之姦通ノ原因ニ依リテ離婚ヲ言渡サレタル由者モ其本國法ニ從ヘハ相姦者ノ間ニ婚姻スルヲ許ストキト雖モ我國法ニ於テ之ヲ禁スルト

外國人
對其
婚姻
之
效力
如何
之
問題
ニ
對シテ
ハ
普
國
ノ
如
ク
法
定
上
ノ
離
婚
ノ
原
因
極
テ
多
キ
國
ニ
於
テ
外
國
人
ニ
對
シ
テ
ハ
離
婚
者
ナ
リ
ト
雖
モ
其
所
屬
國
法
ノ
眼
ヨ
リ
見
レ
ハ
猶
ホ
結
婚
者
タ
リ
是
ニ
於
テ
乎
同
一
人
ニ
シ
テ
同
時
ニ
婚
姻
者
タ
リ
獨
身
者
タ
ル
ノ
身
分
ヲ
有
ス
ル
ニ
至
ル
此
不
都
合
ヲ
避
ク
カ
爲
メ
佛
國
裁
判
所
ノ
如
キ
ハ
外
國
人
ノ
離
婚
問
題
ハ
之
ヲ
受
理
セ
ザ
ル
ノ
方
針
ヲ
執
レ
リ
又
タ
國
ニ
依
テ
ハ
法
律
ノ
明
文
ヲ
以
テ
之
カ
規
定
ヲ
爲
ス
モ
ノ
アリ
瑞
西
ノ
如
キ
即
チ
是
ナ
リ
同
國
ニ
於
テ
ハ
千
八
百
七
十
四
年
ノ
法
律
ヲ
以
テ
外
國
人
間
ニ
於
ケ
ル
婚
姻
ノ
問
題
ハ
之
ニ
關
ス
ル
外
國
裁
判
所
ノ
判
決
ヲ
認
ム
ル
國
法

婚姻ノ無効、別居及離婚

キハ亦タ之ヲ許サストスルカ如シ
一八六 要スルニ外國人ノ内國ニ於ケル別居又ハ離婚ニ關スル問題ハ當事者ノ本國法ニ依テ之ヲ決スルヲ原則トス然レトモ其理由又ハ効果ニシテ内國ノ國際公安ニ關スル法律ト抵觸スルトキハ又タ内國法ヲ適用スヘキモノトス然レトモ此二者ノ抵觸ヨリ奇怪ナル結果ヲ生スルコトアリ例ハハ普國ノ如ク法定上ノ離婚ノ原因極テ多キ國ニ於テ外國人ニ對シテ其所屬國法ノ認メサル理由ニ依テ離婚ヲ言渡シタルトキハ普國內ニ於テハ離婚者ナリト雖モ其所屬國法ノ眼ヨリ見レハ猶ホ結婚者タリ是ニ於テ乎同一人ニシテ同時ニ婚姻者タリ獨身者タルノ身分ヲ有スルニ至ル此不都合ヲ避クカ爲メ佛國裁判所ノ如キハ外國人ノ離婚問題ハ之ヲ受理セザルノ方針ヲ執レリ又タ國ニ依テハ法律ノ明文ヲ以テ之カ規定ヲ爲スモノアリ瑞西ノ如キ即チ是ナリ同國ニ於テハ千八百七十四年ノ法律ヲ以テ外國人間ニ於ケル婚姻ノ問題ハ之ニ關スル外國裁判所ノ判決ヲ認ムル國法

ノ下ニ在ル人民ニ關スル場合ノ外瑞西裁判所ハ一切之ヲ受理セストセリ此規則ニ關シ千八百八十三年中奇怪ナル判決ヲ生シタリ其事實ハ匈牙利人瑞西ニ於テ瑞西婦人ト純然タル民事的婚姻ヲ舉行シタルコトアリ然ルニ匈牙利ノ國法ニ依レハ其臣民ハ外國ニ於テ結婚シタル場合ト雖モ必ス宗教上ノ方式ヲ履行セサルヘカラストスルカ故ニ此婚姻ハ瑞西ノ國法ニ從ヘハ形式上有効ナリト雖モ匈牙利ノ國法ヨリ見レハ全ク無効ナルモノナリ然ルニ其後ニ至リ匈牙利人ナル夫カ瑞西裁判所ニ離婚ノ訴ヲ提起シタルトキ被告ハ之ニ答辯シテ曰ク原告ノ本國法ナル匈國法ニ從ヘハ元來婚姻ノ成立アルコトナシ成立セサル婚姻ハ離婚ニ依テ解除スヘキモノニアラス故ニ原告ノ請求ハ理由ナキモノナリト此答辯ハ瑞西裁判所ノ認ムル所トナリ原告ノ請求ハ遂ニ却下セラレタリ此判決ハ正當ナリト雖モ其初メ婚姻舉行ノ際ニ於テ果シテ其婚姻ハ匈牙利國ニ於テモ承認セラルルヤ否ヤテ糾サスシテ婚姻ヲ舉行セシメタル過失ノ結果ヲ當事者ニ負ハシ

國際法高等學會議決

メタルモノニシテ當事者ハ一面ニ於テハ其瑞西ニ於ケル婚姻ヲ有効ナリト認メラレ他ノ一面ニ於テハ之ヲ無効ナリトシテ離婚ノ請求ヲ却ケラルルノ不幸ニ遭遇セリ此等ノ不都合ヲ避クルノ目的ヲ以テ學者間ニ於テハ婚姻ニ關スル國際規則ヲ定メ國際婚姻事務所及國際婚姻裁判所ヲ設ケテ相互國法ノ抵觸ヲ避ケ婚姻ノ効力ヲ確實ニセント企圖スル者アルモ未ダ實際ニ行ハルルニ至ラス唯タ空シク一片ノ希望トシテ存スルノミ今左ニ之ニ關シテ國際法高等學會カ千八百八十八年「ロザン」會合ニ於テ議決シタルモノヲ掲ケン

- 一 一國ノ裁判所カ離婚ノ訴ヲ受理スルヤ否ヤハ其當事者ノ所屬國法ニ從テ離婚ヲ許スヤ否ヤニ依テ之ヲ決定スヘシ
- 二 當事者ノ所屬國法ニ從ヘハ離婚ヲ許ス場合ニ於テモ離婚ノ原因ハ訴訟ヲ爲ス土地ノ法律ニ定ムル原因ニ從フヘシ
- 三 以上ノ規則ニ從ヒ管轄裁判所ノ言渡シタル離婚ハ何レノ國ニ於テ

モ有効ナリト承認セララルヘシ

親子

第二節 親子

一八七 親子ノ間ニモ亦タ法律上ノ關係ヲ生シ從テ國際法上種々ノ問題ヲ決スルノ必要アリ而シテ其子タル分限ニ三種アリ即チ其父母ノ正當ノ婚姻ニ因リテ生シタルモノヲ正出子ト謂ヒ其正當ノ婚姻ナキ者ノ間ニ生シタル子ヲ私生子ト謂ヒ又タ自然ノ關係ナク合意ニ因リテ生スルモノヲ養子ト謂フ以下此區別ニ從テ遂次之ヲ論セン

第一款 正出子

一八八 先ツ之ニ關スル各國ノ法制ヲ見ルニ佛國ニ於テハ羅馬法ニ於

親子 正出子

各國法制
佛國

タル夫婦間ノ子ハ正出ト看做スト謂フ有名ナル推測ニ多少ノ變更ヲ加ヘテ之ヲ採用シ凡ソ婚姻中ニ生シタル者及婚姻解除ノ後三箇月内ニ生レタル者ハ之ヲ正出ノ子ト看做シ此推測ハ否認ノ方法ニ依リテ初テ之ヲ攻撃スルコトヲ得ルモノトス而シテ否認ハ左ノ三箇ノ條件ヲ具備スルニアラサレハ之ヲ爲スヲ得ストセリ

- 一 一定ノ場合ニ於テ爲スヘキコト 一定ノ場合トハ即チ法律上否認ノ原因ヲ定メタル場合ニシテ又タ三個ノ場合ニ分ル
- (イ) 子ノ出生ヨリ遡テ百八十一日目ヨリ三百日ニ至ルノ間ヲ法律上ノ懷妊時期トシ其間夫婦同居セザリシトキ
- (ロ) 妻ノ姦通及分娩ノ隠秘ニ加フルニ同居ノ無形の不能アリタルトキ
- (ハ) 別居ノ言渡ヲ受ケタル者其言渡ヲ受ケテヨリ三百日以後ニ分娩シタルトキ又ハ別居ノ訴訟ヲ棄却サレ若クハ和解ヲ爲シタル後百

八十日以内ニ分娩シタルトキ

- 二 特定ノ人ニ依テ爲サルヘキコト 即チ否認ハ常ニ夫ニ限リテ之ヲ爲シ得ルヲ謂フ但シ夫カ其訴權ヲ行ハスシテ死亡シ猶ホ其期限内ニアルトキハ其相續人モ亦之ヲ行フコトヲ得

- 三 一定ノ期限内ニ於テ爲スヘキコト 夫自ラ訴權ヲ行フトキハ出産ノ場所ニ在レハ出産ノ日ヨリ一箇月内トシ不在ノトキハ歸宅後二箇月以内トシ又タ其隠秘ノ場合ハ夫カ之ヲ知リタルヨリ二箇月以内トス其相續人ニ訴權ヲ行ハシムル場合ハ其期限ヲ常ニ二箇月トス但シ其期限ハ否認セラルヘキ子カ死者ノ財産ヲ占有シタルトキ又ハ相續人カ自己ノ占有ヲ妨ダラレタルトキヨリ起算スルモノトス

婚姻中ニ出生シタル子ニシテ之ニ對シテ何人モ否認訴權ヲ行ハサルトキハ之ヲ正出ノモノト爲ス從テ若シ其子ノ分限ヲ争フ者アルトキハ出生證書其他如何ナル方法ヲ以テ之ニ對抗スルコトヲ得ヘシ然レトモ其立證

英國

獨逸

奧地利

ノ方法ハ國ニ依テ必スシモ同シカラス或ハ必ス出生證書ニ依テ之ヲ證スヘシト爲スモノアリ或ハ洗禮ノ證書ニ依テ證スヘシト爲スモノアリ或ハ單ニ身分ノ占有ニ依ルモ可ナリト爲スモノアリト雖モ要スルニ婚姻中ノ子ヲ正出ノ子ト看做スノ一事ハ各國法制ノ一致スル所ナリ

英國ニ於テハ婚姻中ニ生レタル子ハ悉ク正出トシ假令懷妊ノ期ハ婚姻以前ニ在ル場合ト雖モ猶ホ之ヲ正出トス而シテ此正出ノ推測ハ裁判上別居ノ言渡ヲ受ケタル場合ニ於テノミ獨リ消滅スルモノトセリ

獨逸法ニ於テモ婚姻中ニ出生シタル子ハ之ヲ正出ノ子ト看做スト雖モ婚姻舉行後幾クモナク出生シタル子及婚姻解除ノ後甚タシク時日ヲ經テ出生シタル者ハ之ヲ否認スルコトヲ許セリ例ヘハ索遼ノ法典ニ從ヘハ婚姻ヨリ百八十二日以内ニ生レタル者又ハ離婚後三百二日以後ニ生レタル者ハ之ヲ否認セルコトヲ許セルカ如シ

奧國法典ニ於テハ婚姻後七箇月以内ニ生レタル者及婚姻解除ノ後十箇月

瑞西

西班牙

伊太利

正出子

以後ニ生レタル者ハ之カ否認ヲ許ストセリ

瑞西ニ於テモ其州法中ニハ婚姻舉行ヨリ百八十日以内ニ生レタル者又ハ婚姻解除ノ後三百日以後ニ生レタル者ハ之カ否認ヲ許ストセルモノアリ

西班牙ニ於テハ婚姻ヨリ百八十日以後ニ生レタル者及婚姻解除又ハ別居ノ後三百日以内ニ生レタル者ハ之ニ正出ノ子タル認定ヲ與フルコトトセリ此認定ハ出産ニ先タツコト百八十日ヨリ三百日ニ至ルノ間夫婦同居セザリシ場合ノ外他ノ證據ヲ以テ之ヲ攻擊スルコトヲ許サス又タ婚姻舉行ヨリ百八十日以内ニ生レタル子ハ之ヲ正出ニアラスト看做ス但シ其夫カ出産ヲ知リタルヨリ二箇月ヲ經テ猶ホ之ニ對スル異議ヲ唱ヘザリシ如キ暗黙又ハ明示ノ承認アルトキハ此限ニアラス婚姻ノ解除又ハ別居ヨリ三百日以後ニ生レタル子ニ對シテハ夫又ハ相續人ハ其正出ヲ争フ權利ヲ有スルナリ

伊太利ニ於テハ其制度殆ト佛國ト同シク唯タ其異ル所ハ否認訴權ノ期限

ニ在リ夫カ出産ノ場所ニ現在シタルトキハ二箇月間否認訴權ヲ有シ其不在ノ場合ハ三箇月トシ又タ其隠秘ノ場合ハ發見後三箇月トス

露西亞ニ於テハ婚姻中ニ生レタル一切ノ子及婚姻解除後三百六日以内ニ生レタル者ハ之ヲ正出ト看做シ婚姻舉行ヨリ百八十日以内ニ生レタル子及ヒ出生ノ日ヨリ遡リテ百八十日ヨリ三百六日マテノ間夫ノ不在ノ爲メ實際夫婦同居セザリシコトヲ立證シタル者ハ之ヲ否認スルコトヲ得又タ否認訴權ノ期限ハ其夫露西亞帝國內ニ在リタルトキハ出産ヨリ一年以内トシ其外國ニ在リタル場合ハ二年以内トス但シ妻カ其子ノ出生ヲ一年以上隠秘シタル場合ハ夫カ之ヲ正當ニ知リタルトキヨリ起算シテ右ノ期限内ニ否認訴權ヲ行フヘキモノトス若シ夫カ期限内ニ死亡シ且ツ明示又ハ暗黙ニ其訴權ヲ拋棄セザルトキハ之カ相續人タル者其死去ヨリ三箇月内ニ否認訴權ヲ行フコトヲ得又タ夫ノ死後ニ出産シタルトキハ相續人ノ訴權ハ其出産後三箇月以内ニ爲スヘキモノトス

親族ノ法

我國ニ於テハ未ダ親族編ノ發布ヲ見ザルヲ以テ婚姻ノ制度ト共ニ親子ノ關係ニ就テモ亦タ其法制ヲ掲クルニ由ナシト雖モ假リニ舊民法人事編ノ規定ニ就テ之ヲ見レハ聊カ其一端ヲ窺フニ足ルモノアルヘシ蓋シ人事ノ如キハ最モ其國ノ慣習ヲ重シスルモノニシテ舊人事編ノ如キ固ヨリ缺點ヲ免レスト雖モ而カモ亦タ之ヲ參酌シタル部分モ少ナカラサレハ將サニ發布セラレントスル親族編ノ規定ト大躰ニ於テ大差ナカルヘシト信ス即チ舊人事編ニ於テハ其第九十一條ヲ以テ婚姻中ニ懷胎シタル子ハ夫ノ子トシ婚姻ノ儀式ヨリ百八十日後又ハ夫ノ死亡若クハ離婚ヨリ三百日以内ニ生レタル子ハ婚姻中ニ懷胎シタルモノト推定スト規定セリ是レ亦タ各國ノ法制ト均シク婚姻中ニ生レタル子ヲ正出ト看做スノ趣旨ニ出テタルモノナリ然レトモ元ト是レ法律ノ推定ナレハ反證ヲ以テ之ヲ破フルコトヲ得セシメサルヘカラサルコト勿論ナリ是ニ於テ乎又タ各國ノ法制ト同シク否認訴權ヲ認メテ婚姻中ニ分娩シタル子ト雖モ自己ノ子ニアラサルコト

ト主張スルコトヲ得セシメタリ此否認訴權ハ初メ佛國法ニ倣ヒテ法律
 上一定ノ場合ヲ指示セシト雖モ強テ之ヲ一定スルトキハ其規定以外ニ十
 分ナル理由アルトキニ方リ之ヲ否認スルコトヲ得サシメ却テ不都合ヲ
 來スノ恐アルカ故ニ確定法文ニハ之ヲ削除シ一ニ當事者ノ舉證ト裁判官
 ノ心證ニ任スルコトトナシタリ蓋シ至當ト謂フヘシ而シテ否認訴權ヲ有
 スル者ハ第百條ニ於テ之ヲ規定シ夫ニノミ屬スルヲ以テ原則トシ其第百
 一條ニ於テ一ノ例外ヲ設ケ夫カ禁治產ヲ受ケタルトキハ後見人又ハ後見
 監督人ハ親族會ノ許可ヲ得テ否認訴權ヲ行フコトヲ得ト爲セリ又々其否
 認訴權ヲ行フノ時期ニ就テハ第百條ニ於テ子ノ出生後ナラサルヘカラス
 ト規定シタルモ胎内ノ子ニ否認訴權ヲ行ハシムヘキノ理ナキハ明白ノ事
 ナリト信ス而シテ其第百二條第一項ニ於テ夫カ子ノ出生ノ場所ニ在ルト
 キハ出生ヨリ三箇月ノ期間内ニ限ルトシ夫カ婦ト住家ヲ異ニシ又ハ婦カ
 子ノ出生ヲ夫ニ隠秘シタルトキハ此期間ハ子ノ出生ヲ知リタル日ヨリ起

正出子ノ
 分限ニ關
 スル法律
 ノ如何ニ
 加スルハ
 キ乎

算スル規定シ其第三項ニ若シ夫カ遠隔ノ地ニ在ルトキハ訴權ノ期間ヲ四
 箇月トシ子ノ出生ヲ知リタル日ヨリ起算スル規定シタリ又々身分ノ證明
 ニ關シテハ第九十二條ニ於テ嫡出子ハ出生證書ヲ以テ之ヲ證スト規定シ
 若シ其出生證書ヲ呈出スルコト能ハサルトキハ第九十四條ノ規定ノ如ク
 身分ノ占有ヲ以テ之ヲ證スルモノトセリ其詳細ハ人事編ノ規定ニ就テ考
 究スヘシ以下之ニ關スル國際法上ノ問題ヲ論ゼン

第一、正出子ノ分限ニ關シテ問題ヲ生シタルトキハ何レノ國法ニ依ラ
 之ヲ決スヘキ乎

此問題親子ノ所屬國內ニ於テ生シタルトキハ其國法ヲ適用スヘキコト固
 ヨリ論ナシ蓋シ此問題ニ適用スヘキ法律ハ當事者ノ本國法タルト同時ニ
 又々此問題ヲ決スル裁判所所在地ノ國法ナレハナリ然ルニ此問題外國ニ
 於テ生シタルトキハ其土地ノ法律ニ從フヘキカ將タ當事者ノ本國法ニ從
 フヘキ乎ハ多少疑ハシキ所ナリ或ハ其土地ノ法律ニ從フヘシト謂フ者ア

リ其説ニ曰ク否認ノ問題ハ元ト證據ノ問題ニ屬ス證據ノ問題ハ訴訟法ニ屬ス訴訟法ハ一國ノ公法ナリ從テ一國ノ裁判官ハ其國法ノ認メサル證據ヲ採用スルヲ得ス故ニ否認ニ關シテハ裁判所所在地ノ國法ヲ適用セサルヘカラスト然レトモ余輩ハ此説ヲ以テ證據其モノト證據ヲ提出スヘキ形式トヲ混同シタルヨリ來レル誤謬ナリト謂フニ躊躇セサルナリ凡ソ形式ハ土地ノ法律ノ支配スル所ナリ從テ證據ノ採擇ニ關スル形式モ亦タ土地ノ法律ノ支配スヘキ所ナリ第三編第二章參看然レトモ法律ノ推定ニ對スル反證トシテ用非ルコトヲ許ス方法即チ證據其者ハ訴訟ヲ爲ス場所ノ如何ニ依テ變更スヘキモノニアラス故ニ內國法ニ於テ許サレタル總テノ證據方法ハ外國ニ於テモ亦タ之ヲ用ウヘキモノナリ更ニ其反面ニ立テ之ヲ視レハ益其決定ノ誤ラサルヲ知り得ヘシ凡ソ一ノ權利ハ之ヲ争フ者アルニ當テ其成立ヲ立證スルコトヲ得ルニアラサレハ之ヲ以テ確實ナル權利ト云フヘカラス從テ舉證ノ權ハ之ヲ以テ確實ニスル權利ト相離ルヘカラ

サルモノナリ今本問ノ場合ニ於ケル子ノ分限ハ正出ナルヤ否ヤハ明カニ人ノ身分ニ關スル問題ナルカ故ニ其身分ヲ支配スル國法ハ亦タ當サニ之カ成立ノ確實ニスル證據ノ方法ヲ支配セサルヘカラス而シテ身分ニ關スル問題ハ常ニ當事者ノ本國法ニ從フヘキモノナルカ故ニ此場合ニ於テモ亦タ其本國法ニ從フヘキコト明カナリ

右ノ決定ニ依リ親子共ニ內國人ニシテ外國ニ在テ否認ノ訴ヲ起シタルトキハ其如何ナル原因ニ依テ之ヲ提起シ得ルカ又タ如何ナル人ニ依リ若クハ如何ナル期限ニ於テスヘキ乎ノ問題モ亦タ悉ク內國法ノ支配スル所ナリト謂フコトヲ得ヘシ唯タ之ニ關シテ所在國ノ國際公安ニ關スル規定アルトキハ之ニ一步ヲ讓ラサルヘカラスルコトハ前屢述アル所ノ如シ又タ之ト反對ニ同一國籍ノ親子內國ニ於テ否認訴訟ヲ起シタルトキハ其原因期限等悉ク其本國法ニ從フヲ得ヘシト雖モ其規定中內國ノ國際公安ニ關スルモノハ亦タ之ヲ斥ケサルヘカラス而シテ如何ナル規則ヲ以テ國際公

安ニ關スルモノト爲スヘキ乎ハ又タ一ノ疑問ナリ依テ一二ノ場合ヲ舉クテ之ヲ明カニセシ

否認ノ理由ニシテ
内國ノ風俗ニ害アルハ
内國ノ治安ニ關スルハ

一 外國人カ其本國法ニ從ヒ婚姻中陰萎症ナリシコトヲ理由トシテ否認ノ訴ヲ起シタル場合ノ如キハ即チ内國ノ國際公安ニ關スルモノナリ蓋シ内國法ニ於テ斯ル理由ヲ認メサルハ之カ立證ヲ爲サシムルヲ以テ一般ノ風俗ニ害アルモノト爲スニ因ル故ニ此ノ如キ理由ニ依ル訴ハ内國法ヲ適用シテ之ヲ斥ケサルヘカラス

否認ノ期限ハ
國際公安ニ關スルハ
ナシトスル

二 否認訴權ノ期限ニ關スル規則ハ之ヲ國際公安ニ關スルモノトシテ外國人ニモ尙ホ之ヲ適用スヘキモノナルヤ否ヤ或ハ曰ク一國ノ國法カ否認訴權ノ期限ヲ定ムル所以ハ一家ノ靜謐ニ關スル疑問ヲ永ク存セサラシメントスルモノニシテ亦タ一國ノ公益ニ關スルモノナリ故ニ外國人ニモ尙ホ之ヲ適用スヘキモノナリト然レトモ余輩ハ此說ヲ取ラス蓋シ否認訴權ノ期限ヲ定メタルハ主トシテ國際公安ニ關係ナキ二個ノ理由ニ基クモ

ナリ即チ一ハ其期限内ニ否認ノ訴ヲ起ササルトキハ否認者ハ其權利ヲ拋棄シテ其子ノ正出ナルコトヲ承認シタリト推定スルニ足ルコト一ハ斯ル事實ハ子ノ出生ヲ違サカルトキハ自然曖昧ニ歸シ立證ノ困難ナルニ至ルコト是ナリ是ニ由テ之ヲ見レハ否認訴權ノ期限ニ關スル規則ハ個人ノ利益ヲ目的トスルモノニシテ毫モ國際公安ニ關スルコトナシ故ニ外國人ハ内國法ノ規定ト異ル長期ノ期限内ニ否認ノ訴訟ヲ提起スルモ更ニ妨クル所ナシ或ハ又タ此規則ヲ以テ訴訟法ニ關スルモノトシテ訴訟手續ト共ニ其土地ノ國法ニ從フヘキモノナリト謂フ者アレトモ余輩ハ又タ之ニ答ヘテ謂ハントス否認訴權ノ期限ハ單純ナル訴訟手續ノ期限ニアラスシテ私法上否認者ノ權利ヲ制限スルモノナリ即チ否認者ノ權利ト一體ヲ爲スモノナリ從テ其權利ノ性質及範圍ヲ定ムル所ノ本國法獨リ之ヲ支配スヘキモノナリト

第二 夫婦ノ國籍ト子ノ國籍トヲ異ニシタル場合ニ其夫否認訴權ヲ行

親子國籍
ノ異ニモ
シトキハ
何レノ國
法ニ從テ
否認ノ權
キヤ
ヤ

子カ國籍
ト變シタ
ルトキハ
否認ノ權
キヤ
ヤ

正出子

フトキハ何レノ國法ニ從フヘキ乎
此問題ニハ多少ノ議論アリテ或ハ親子分限ノ問題ハ元ト婚姻ノ結果ニシ
テ婚姻ハ夫ノ所屬國法ニ依リテ効力ヲ生スヘキモノナルカ故ニ此場合ニ
於テモ亦タ夫ノ所屬國法ニ從フヘシト論スル者アリト雖モ余輩ハ之ニ反
對シテ子ノ國法ヲ適用スヘキモノナリト信ス其理由ハ二個ノ國法中何レ
ノ國法ヲ適用スヘキ乎ノ問題ヲ生シテ兩者ノ地位相均シキトキハ其問題
ニ關シテ利益ヲ有スル當事者ノ所屬國法ニ從フヘシトノ原則ヲ取リ此場
合ニ於テハ子ノ身分ニ關スルモノニシテ其利益ノ關係ハ子ニ於テ最モ大
ナルヲ以テ其子ノ屬スル國法ヲ適用スヘシト謂フニ在リ
右ノ場合ニ於テ子ノ國籍中途ニ變更シタルトキハ何レノ國法ニ從フヘキ
乎換言スレハ子カ其出生ノ時ト否認訴權ヲ受クルトキトノ間ニ於テ國籍
ヲ變更シタルトキハ其新國法ニ從フヘキ乎將タ出生當時ノ國法ニ從フヘ
キカ此場合ニ於テハ出生當時ノ國法ニ從フヘキト疑ナキ所ナリ其理由

ハ親子ノ關係ハ出生ノ當時ニ生スルモノナリ從テ其出生ヲ支配シタル法
律ハ又タ其親子ノ分限ニ關スル問題ヲ決スヘキモノナリ且ツ出生後ニ生
シタル國籍ノ變更ヲ以テ其以前ニ生シタル事實ニ影響ヲ及ホサシムルノ
理由ナシ加之此決定ヲ取ラサルトキハ實際上大ニ弊害ヲ生スルコトアル
ヘシ今日各國ノ法制上多クハ未成年ノ子ノ國籍ハ當然其父母ノ國籍ニ伴
フモノトセリ故ニ斯ル場合ニ於ケル否認ノ問題ヲ新國法ニ從テ決スヘキ
モノトスルトキハ否認者ハ之カ爲メ故ラニ國籍ノ變更ヲ爲シテ子ノ權利
ヲ害スルコトアルハナリ
以上述フル所ヲ約言スレハ左ノ如シ

- 一 正出子ノ分限ヲ定ムル證據ニ關シ裁判所所在地ノ法律ト當事者ノ
本國法トノ間ニ牴觸アルトキハ當事者ノ本國法ニ從フ
- 二 子ノ本國法ト其父母ノ本國法ト相異ルトキハ子ノ本國法ニ從フ
- 三 子ノ國籍ヲ變更シタルトキハ出生當時ノ國法ニ從フ

正出子

私生子

第二款 私生子

私生子ニ二種アリ一ハ普通ノ私生子ニシテ他ハ正出子トセララル者是ナリ

第一 普通ノ私生子

普通ノ私生子
各國法制
佛國

一八九 之ニ關スル各國ノ法制ヲ見ルニ佛國ニ於テハ私生子ハ出生證書又ハ身分ノ占有ニ依テハ一切其子タルノ分限ヲ證スルコトヲ得ス其僅ニ之ヲ證スルノ方法ハ唯タ承認ノ一事アルノミ而シテ承認ハ之ヲ任意的ト強制の下ノ二種ニ區別セリ

任意の承認

一 任意の承認

任意の承認トハ正當ニ婚姻セサル男女カ其子ノ父タリ母タルコトヲ自白スルコトヲ謂フ此承認ハ子ノ出生ノ際又ハ其後ニ於テ管轄吏員ノ面前ニ

強制的承認

二 強制的承認

於テ公ノ儀式ニ依テ之ヲ爲ササルヘカラス又タ通説ニ從ヘハ後見ヲ脫離セサル未成年者及有夫ノ婦ト雖モ猶ホ私生子ヲ承認スルコトヲ得ヘシ然レトモ婚姻中ニ爲シタル承認ハ其配偶者及正出ノ子ニ對シテハ其承認ノ効力ナク又タ有夫姦及親族姦ニ係ル子ハ之ヲ承認スルヲ得ス

佛國以外
の法制

強制的承認ハ任意ノ承認ヲ得サリシ子カ法律ノ許ス場合ニ於テ裁判上其子タルノ分限ヲ承認セシムルモノヲ謂フ有夫姦又ハ親族姦ノ場合ノ外母系ノ探究ハ之ヲ許スモ父系ノ探究ハ之ヲ禁シ唯タ稀ナル例外トシテ畧取誘拐ノ場合ニ於テ僅ニ之ヲ許スノミ

私生子

四九三

承認ハ任意的ナルト強制ナルトヲ問ハス之ニ因テ親子ノ關係ヲ生シ以來多少ノ親權ヲ認メ又タ法律ノ定ムル所ニ從ヒ相續ヲ爲シ又ハ互ニ義務ノ義務ヲ負フモノトス

其他諸國ノ法制ニ於テハ或ハ私生子承認ノ制度ヲ設ケサルモノアリ英國

ノ如キ即チ是ナリ同國ニ於テハ婚姻以外ノ子ハ母ニ對シテモ法律上身分ノ關係ナク又父ニ對シテハ裁判上其子タルコト明カナル場合ニ於テモ更ニ父子ノ關係ヲ生スルコトナク唯タ場合ニ依リ養料ヲ給スルノ義務ヲ生セシムルニ過キス其他ノ法制ニ於テハ往々佛國ノ如ク任意又ハ強制承認ノ制度ヲ設クト雖モ其形式條件及効果等必スシモ同一ナラス例ヘハ普國ノ如キハ有夫姦又ハ親族姦ニ因ル子ト雖モ承認ヲ受クルノ利益ヲ有シ西班牙ニ於テハ父ノ承認ハ私署證書ニ依テモ尙ホ之ヲ爲スコトヲ許シ和蘭ニ於テハ十九歳以下ノ未成年者ハ承認ヲ爲スヲ得ス又父ノ承認ハ其子ノ生母ノ生存間ハ其生母ノ承諾ヲ得サレハ之ヲ爲スコトヲ得スト爲シ又タ露西亞ニ於テハ法文上明定スル所ナシト雖モ實際ノ慣例ニ於テハ貴族ノ子ト平民ノ子トヲ區別シ貴族ニハ絶テ承認ヲ許ササルモ平民ハ母ノ承認ヲ受ケテ親子ノ關係ヲ生スルコトヲ得セシム然レトモ其父トノ關係ハ必ス養子ノ方法ニ依ラサレハ之ヲ生セシムストセリ

我國ノ法

又タ父系ヲ探究ハ之ヲ許スノ國多シ頃地利西班牙北米合衆國普魯西索連「バベリヤ」及瑞西ノ諸州等概テ然ラサルハナシ伊太利ニ於テハ略取誘拐又ハ強姦ノ場合ニ於テノミ之ヲ許ス其他承認ノ効果ニ至テモ各國ノ法制上大ニ差異アリ就中相続權ニ關シテハ大ニ異ル所アリト雖モ繁雜ニ涉ルヲ以テ之ヲ略ス

我國ニ於テハ舊民法人事編ノ規定ニ依レハ夫婦ニアラサル男女ノ間ニ生レタル子ニシテ父ノ何人ナルコト明カナル場合ト否トニ依リ之ヲ庶子ト私生子トニ區別シ庶子ハ父ノ届出ニ基ク出生證書ヲ以テ之ヲ證シ若シ其出生證書ヲ提出スルコト能ハサルトキハ身分ノ占有ヲ以テ之ヲ證明スルコトヲ得セシム人事編第九十五條私生子ハ出生證書ヲ以テ之ヲ證シ若シ之ヲ提出スルコト能ハサルトキハ身分ノ占有ヲ以テスヘシトセリ人事編第九十七條是ニ由テ之ヲ觀レハ我國ニ於テハ佛國其他ノ諸國ノ如ク父系又ハ母系ノ探究ニ就テ特別ノ條件ヲ要スルコトナク單ニ出生證書又ハ身

私生子ノ承認ニ關スル法律ハ如何ニ決シテスルハキ乎

私生子

分ノ占有ヲ以テ庶子又ハ私生子ノ證明ヲ爲スコトヲ得ルモノトス尙ホ詳細ノ規定ニ至テハ暫ク親族編ノ發布ヲ俟ツヘシ
一九〇 私生子承認ニ關スル法律ノ抵觸ハ如何ニ之ヲ決スヘキ乎例ヘハ内國ニ於テ生レタル子ニシテ其父又ハ母ノ承認ヲ得サル者ハ之ヲ内國人ト看做スヲ通則ト爲スモノナリ然ルニ後日ニ至リ其父ナリト稱スル外國人ノ承認ヲ爲サントスルトキハ之ニ關スル條件方式若クハ効果ハ何レノ國法ニ從テ之ヲ定ムヘキ乎現今各國法制ノ通則ニ依レハ父其子ヲ承認シタルトキハ其子ハ父ノ國籍ニ屬シ而カモ其効果ハ出生當時ニ遡ルモノト爲ス此規則ニ依リ或ハ私生子ノ承認ニ關スル法律ハ總テ父ノ所屬國法ニ從フヘシト論スル者アリ然レトモ是レ誤認ナリ承認ノ効果ハ既往ニ遡リテ父子國籍ヲ一ニスルニ至ルト雖モ其効力ヲ生スルニハ其承認有効ニ成立シタル場合ナラサルヘカラス其有効ニ成立スルニハ承認當時各自ノ本國法ニ依テ各其定ムル所ノ條件ヲ具ヘサルヘカラス故ニ此場合ニハ

親子ノ國法ニ於テ承認スルハ如何ニ決シテスルハキ乎

私生子

子ノ國法タル内國法及父ノ國法タル外國法ニ照ラシテ共ニ適法ナル場合ニ於テ始テ前述ノ如キ反致ノ効力ヲ生スルモノト爲ササルヘカラス是レ恰モ婚姻ニ因テ夫婦國籍ヲ一ニスルモ其婚姻ヲ爲スニ就テハ各自ノ本國法ニ從フニアラサレハ有効ナラサルト同一ナリ
以上述フル所ノ結果トシテ私生子ノ承認ヲ爲サントスル父既婚者ニシテ其妻以外ノ婦女ニ懷妊セシメタルモノナルトキハ此私生子ハ夫ノ姦通ニ依ルモノナリ從テ内國法ニ於テハ之ヲ禁セサル場合ト雖モ其父ノ本國法ニ於テ姦通ニ因ル子ノ承認ヲ禁スルトキハ此承認ハ之ヲ爲サシムヘカラス之ニ反シテ其本國法ニ於テハ未成年者ノ其私生子承認ヲ禁セサルモ内國法ニ於テ之ヲ禁スルトキハ未成年者ハ内國ニ於テ承認ヲ爲スコトヲ得サルヘシ例ヘハ和蘭ノ如ク十九歳以下ノ者ハ承認ヲ爲スコトヲ得サル法ノ下ニ於テハ外國人タル未成年者ハ其私生子ヲ承認スルコトヲ得サルカ如シ又タ英國ノ如ク其國法ニ於テ一切私生子ノ承認ヲ許ササル場合モ

親子國籍
ル同ノキス
雖モトキス
安ノ國内國
承認ニ關ス
スルハ公法
スルニ合ハ
スルニ得
ス

任意の承
認の場
合に於
ては要
式ヲキ
ルニハ
何レノ
法ニ從
フ

亦々同

親子共ニ外國人ニシテ同一國籍ニ屬スル場合ト雖モ其內國ニ在テ私生子ノ承認ヲ爲スニ當リ其本國法內國ノ國際公安ニ關スル法律ト牴觸スルトキハ必ス又々內國法ニ從ハサルヘカラス例ヘハ普國人ノ如キ其國法ニ從ヘハ姦通ニ關スル子ト雖モ猶ホ之ヲ承認スルヲ得ルト雖モ佛國ノ如キ之ニ對シテ承認ヲ許サル國ニ在テハ之ヲ爲スコトヲ得サルカ如シ蓋シ佛國法ニ於ケル此種ノ規定ハ一般ノ風俗ヲ維持スルノ目的ニ出テタルモノニシテ所謂國際公安ニ關スルモノナルニ因ル

一九一 私生子承認ノ方法ハ前ニ述ヘタル如ク任意的ト強制的ト二種アリ其任意的承認ノ場合ニ於テ形式ヲ要スルトキハ其形式ハ何レノ國法ニ從フヘキ乎親子共ニ外國人ニシテ同一國籍ニ屬スル場合ハ當事者ノ任意ノ選擇ヲ以テ或ハ場所ハ行爲ヲ支配ストノ原則ヲ適用シテ內國法ノ形式ニ從ヒ或ハ其本國法ノ定ムル所ニ從フヲ得ベシト雖モ其國籍ヲ異ニス

ル場合ニ於テハ當事者ハ其選擇ノ權利ヲ失ヒ常ニ內國法ノ命スル所ニ從ハサルヘカラス例ヘハ西班牙人ノ父佛國ニ於テ其同一國籍ニ屬スル子ヲ承認スルトキハ其選擇ノ所ニ由リテ或ハ佛國法ニ從テ公正證書ヲ以テ之ヲ爲スモ或ハ本國法ノ規定ニ從ヒ私署證書ヲ以テ之ヲ爲スモ若シ其承認セントスル子佛國ノ國籍ニ屬スルトキハ必ス佛國法ニ從テ公正證書ヲ用非サルヘカラス之ニ反シテ佛國人ナル父西班牙ニ於テ西班牙ノ國籍ニ屬スル子ヲ承認セントスルトキハ本國法ノ規定アルニ拘ラス所在國法即チ西國法ノ定ムル所ニ從ヒ私署證書ヲ以テスルモ猶ホ有効ナルコトヲ得ヘシ

強制的承認ヲ爲サシムル場合ニ於ケル法律ノ牴觸ハ如何ニ之ヲ決スヘキ乎此問題ハ雙方ノ身分能力ニ關スルモノナレハ裁判上此承認ヲ爲サシムル場合ハ當事者雙方ノ本國法ニ於テ之ヲ許ス場合ナラサルヘカラス故ニ例ヘハ佛國ニ於テ外國婦女ノ姦通ニ因ル私生子カ其母ヲシテ承認セシメ

強制的承
認の場
合に於
ては要
式ヲキ
ルニハ
何レノ
法ニ從
フ

親子國籍
異父異母
探査ニス
三國ニ於
テ之ヲ第
三國ニ於
テ之ヲ第
三國ニ於
テ之ヲ第
三國ニ於
テ之ヲ第

ノトスルニ當リ其婦女ノ本國法ニ於テハ假令母系ヲ探査ヲ禁セズトスル
モ佛國ニ於テハ尙ホ之ヲ許スヘカラス又父系ノ探査ハ佛國ニ於テハ概
シテ之ヲ許ササルニ由リ其父外國人ナルトキト雖モ同シク之ヲ爲スコト
ヲ得サルナリ

當事者雙方ノ本國法ニ於テ齊シク私生子ノ承認ヲ許ス場合ニ於テモ其證
明ノ方法ニ就テ兩者ノ間ニ牴觸ヲ來スコトアリ此場合ニ於テハ子ノ國法
ニ從ハサルヘカラス蓋シ其身分ニ直接ノ關係ヲ及ホセハナリ

一九二 私生子承認ニ關シテ尙ホ一ノ問題アリ白ク二個ノ國籍ヲ異ニ
スル外國人第三國ニ於テ父系探査ノ訴ヲ爲シ其裁判所所在地ノ國法ニ於
テ之ヲ禁スル場合ニ於テハ其裁判所ハ何レノ國法ニ從テ之ヲ決スヘキ乎
此場合ニ於テハ裁判所所在地ノ國法ヲ適用シテ之ヲ却下スヘキコト何人
モ疑ハサル所ナリ蓋シ此種ノ禁制ハ舉證ノ困難ナル事實ニ就キ德義風俗
ニ關スル問題ヲ醸出セシメサラント欲スル目的ニ出ツルモノニシテ所謂

國際公安ニ關スルモノナレハ訴訟當事者ノ內國人タルト外國人タルトニ
由テ其規定ノ理由ヲ異ニスヘキモノニアラス從テ外國人ニモ亦之ヲ適
用セサルヘカラス然レトモ外國人間ニ於テ其本國法ノ許ス所ニ從ヒ任意
ニ承認シタルモノハ內國ニ於テモ亦之ヲ認メサルヘカラス蓋シ前述ノ
如ク內國裁判所ニ於テ斯ル訴ヲ却下スルハ此種ノ訴訟ヲ審理スルハ一般
ノ風俗ニ關スルカ爲メナリ故ニ裁判所ニ出訴スルニアラスシテ單ニ當事
者相互ノ熟議ニ出ル任意ノ承認ニ係ルトキハ更ニ內國ノ國際公安ニ關ス
ル所ナクハナリ但シ姦通ニ依ル私生子承認ノ如キハ獨リ裁判上ノ場合
ノミナラス任意ノ承認モ亦國際公安ニ關スルモノトシテ之ヲ無効トス
ルヲ以テ通説ト爲ス然レトモ其內國法ノ規則ニ違フモノト雖モ既ニ外國
ニ於テ其身分確定セル場合ハ其國法ニ從ヒ內國ニ於テモ之カ効果ヲ生セ
シムルコト深ク論スルヲ要セス

任意的又ハ強制的承認ノ効果ハ之ニ因テ直接ノ利害ヲ有スル子ノ本國法

ニ從テ以テ原則トスルコト既ニ述ヘタル所ノ如シト雖モ其效果中殊ニ父ノ利害ニ關スルモノハ例外トシテ其本國法ニ從フコトナシトセス例ハ承認ノ結果トシテ父子ノ關係ヲ生シ其父ニ與フル養料ノ義務ノ如キハ其父ノ國法ニ從テ定ムヘキモノトス

第二 正出トセララル私生子

一九三 私生子ヲ正出子トスルハ夫婦ニアラサル男女ノ間ニ生レタル子ヲシテ其男女ノ事後ノ行爲ニ因リ正出子ト同一ノ權利及ヒ同一ノ地位ヲ得セシムル法律上ノ假裝ヲ謂フ今又タ之ニ關スル各國ノ法制ヲ見ン佛國ニ於テハ其父母カ子ノ出生後ニ於テ正當ニ結婚スルトキハ之ニ因ラ其間ノ私生子ヲ正出子ト爲スコトヲ得但シ之ヲ爲スニハ左ノ二個ノ條件ヲ要ストセリ

- 一 結婚以前又ハ遅クトモ婚姻舉行ト同時ニ父母ノ承認アルコト
- 二 其子ハ姦通ノ結果ニ因テ生シタルモノニアラサルコト

各國法制

正出トセラル私生子

又タ私生子カ子孫ヲ有スル場合ニ於テハ其死亡後ニ於テモ猶ホ之ヲ正出子トスルコトヲ許セリ

此後日ノ結婚ニ因リ私生子ヲ正出子トスルノ法制ハ各國殆ト全般ニ認ムル所ナリ我舊民法人事編ニ於テモ亦タ此制ヲ設ケタリ(人事編第百三條乃至第百五條)其他或國ニ於テハ猶ホ羅馬法ヨリ傳來シタル國長特許ノ方法ニ依リ私生子ヲ正出子トスルノ制度ヲ設クルモノアリ此方法ハ父又ハ母ノ一方死亡シタルカ爲メ婚姻ヲ爲スコト能ハサル場合ニ於テ其子ニ對スル過失ヲ償ハシムルノ良法タリ此制度ヲ用井ル國ハ獨逸聯邦ノ諸國西班牙和蘭伊太利及瑞西ノ諸州ナリトス之ニ反シテ英國ニ於テハ蘇格蘭ヲ除キ他ハ容易ニ私生子ヲ正出子トスルコトヲ許サス露國ニ於テモ亦タ後日ノ結婚ニ因テ其私生子ヲ正出子トスルコトヲ許サスト謂フ蓋シ此等ノ制度ヲ設ケタルハ之ヲ容易ニスルトキハ正式ノ婚姻ヲ獎勵セサルニ均シト謂フニ在リ

私生子ノ正出子トシテ
如何ニ之ハ法律ニ依
ルベキ事トス

私生子

一九四之ニ關スル法律ノ牴觸ハ如何ニ之ヲ決スヘキ乎例ハ英國ニ
住居セル英國人佛國人タル私生子ヲ正出子ト爲サント欲シ之ヲ承認シ同
時ニ其母ト結婚シタルトキハ佛國ニ於テ其効力ヲ有スルヤ否ヤ此問題ハ
二個ノ理由ニ依テ之ヲ消極ニ決スルコトヲ得ヘシ(一)英國人ハ其國法ニ於
テ私生子ノ承認ヲ爲スコトヲ得ス從テ父母ノ承認ヲ要ストスル佛國法ノ
下ニ在ル子ハ其本國法ナル佛國法ノ眼ヨリ見テ正出子トセラレルノ能力
ヲ有セス(二)英國法ハ後日ノ婚姻ニ因テ其私生子ヲ正出子ト爲スコトヲ許
サス故ニ其父モ亦タ其本國法ナル英國法ニ依テ無能力者タルモノトス要
スルニ本例ノ場合ニ於テハ正出子ト爲スニ就キ父子共ニ無能力者ナリト
シテ其行爲ヲ無効ト爲ササルヘカラス又々前例ノ如ク二者共ニ無能力ナ
ラサルモ其一方ノミ無能力ナル場合ニ於テモ猶ホ正當ニ其行爲ヲ爲スヲ
得ス例ハ西班牙人タル父カ佛國人タル私生子ヲ承認セスシテ其子ノ母
ト結婚シタル場合ノ如キ西班牙ノ國法ニ從ヘハ婚姻以前若クハ婚姻舉行

私生子ノ正出子トシテ
如何ニ之ハ法律ニ依
ルベキ事トス

私生子

同時ニ其私生子ヲ承認スルノ要件ナシト雖モ佛國ニ於テハ此等ノ條件
ヲ必要トセルカ故ニ子ノ國法タル佛國法ヨリ見テ承認ノ要件ヲ缺クモノ
ハ猶ホ之ヲ無効ナリト爲ササルヘカラス
右ノ場合ニ反シテ當事者各其國法ニ從テ私生子ヲ正出子トスルノ要件ヲ
具フルトキハ其目的ヲ以テ爲ス結婚ハ何レノ場所ニ於テスルモ必ス其効
果ヲ生スヘシ而シテ內國人カ外國ニ在ル場合ト又々外國人カ內國ニ在ル
場合トヲ問ハス常ニ其本國法ノ定ムル所ニ從テ之ヲ爲スヲ得ヘシ但シ其
所在地ノ國際公安ニ關スル法律ニ牴觸スルトキハ必ス之ニ從ハサルヘカ
ラス
茲ニ一問題アリ一國內ニ於テ後日ノ結婚ニ因リ其私生子ヲ正出子トスル
ノ國法アルトキハ其國內ニ於テ外國人ノ爲シタル婚姻ハ假令其本國法ノ
許ササル場合ト雖モ其婚姻以前ノ私生子ヲ正出トスヘキモノニアラサル
カ換言スレハ私生子ヲ正出子トスルノ法律ハ國際公安ニ關スルモノトシ

テ外國人ニモ猶ホ之ヲ適用スヘキモノニアラサルカ此問題ニ關シ佛國大
 審院ハ曾テ外國人ニモ之ヲ適用スヘキモノナリト判決セシコトアリ然レ
 トモ此判例ハ學者ノ非難スル所ナリ蓋シ之ニ關スル法律ハ主トシテ私生
 子ノ利益ヲ保護スルノ目的ニ出テタルモノニシテ內國人ト雖モ其子ヲ承
 認スルト否トハ其自由ノ意思ニ任スルコトヲ得ルヲ以テ之ヲ正出トスル
 ト否トハ其意思如何ニ關スルモノナリ故ニ此種ノ規定ヲ以テ國際公安ニ
 關スルモノト爲シテ外國人ニ適用スヘキモノニアラサルナリ
 私生子ヲ正出子ト爲スハ即チ身分變更ノ問題ナリ故ニ何レノ國ニ於テモ
 必ス其本國法ノ支配ヲ受ケサルヘカラス此點ヨリシテ羅馬法ノ規則タル
 國長ノ特許ニ依テ正出子ト爲スコトヲ得ル國法ノ下ニ在ル人民ハ斯ル制
 度ヲ有セサル國ニ於テモ猶ホ有効ニ其所屬國長ノ特許ニ依テ其子ヲ正出
 子ト爲スヲ得ヘシ之ニ反シテ佛國ノ如キ斯ル制度ヲ有セサル國ノ人民ハ
 此制度ヲ認ムル國ニ於テ其國長ノ特許ヲ得ルモ其本國タル佛國ニ對シテ

ハ更ニ一片ノ効力ヲ有セサルヘシ
 要スルニ私生子ヲ正出子トスルニハ總テ其本國法ノ規定ニ依ルヲ原則ト爲
 スト雖モ姦淫其他一國ノ風俗ニ關スル原因ニ依ル私生子ヲ正出子ト爲ス
 コトヲ禁スルカ如キ一國ノ國際公安ニ關スル規則アルトキハ亦之ニ從
 ハサルヘカラス若シ夫レ私生子ヲ正出子ト爲シタル効果ニ至ラモ或ハ全
 ク之ヲ自然ノ正出子ト同一ニスルカ若クハ之ヲ區別スルカノ問題ノ如キ
 亦タ各當事者ノ所屬國法ニ從テ之ヲ決スヘキモノトス

第三款 養子

一九五 養子ハ子無キ者カ其家名ヲ繼カシメ財産ヲ相續セシムル爲メ
 他人ノ子ヲ養テ親子ノ關係ヲ生セシムルモノニシテ各國ノ法制上殆ト一
 般ニ認ムル所ナリ然レトモ濫リニ之ヲ許ストキハ之カ爲メ婚姻ノ制度ヲ

各國法制

シテ徒法ニ屬セシムルノ虞アルヲ以テ各國ノ法制多クハ之ニ多少ノ條件ヲ附シ又タ鄭重ナル方式ヲ履マシムルコトトセリ今其一班ヲ示サン

佛國ニ於テハ養子ヲ爲スニ三個ノ條件ヲ必要トセリ曰ク養子ヲ爲ス者ハ五十歳以上ナラサルヘカラス曰ク養子ヲ爲ス者ハ養子ヨリモ十五歳以上長セサルヘカラス曰ク養子ノ未成年中六年以上之ヲ世話シタル者ナラサルヘカラスト然レトモ養子カ養父母ニ對シテ功績アルトキ例ヘハ其生命ヲ救助シタル場合ノ如キハ右ノ三個ノ條件ハ之ヲ具備スルヲ要セス唯タ養父母カ養子ヨリ一日ノ年長者タレハ之ヲ許スコトトセリ然レトモ又タ他ノ一方ニ於テ正出ノ子ヲ有スルカ又ハ配偶者ノ承諾ナキ者ハ如何ナル場合ニ於テモ養子ヲ爲スコトヲ許サス又タ養子タルノ條件ハ滿二十一歳以上ノ成年者タラサルヘカラス其成年者ト雖モ二十五歳マテハ父母ノ承諾ヲ得サルヘカラス又タ二十五歳以上ト雖モ父母ノ意見ヲ聞カサルヘカラス其他何人モ同時又ハ順次ニ二人ノ養子ト爲ルヲ得ス又タ判決例ニ依

英國

レハ承認ヲ受ケタル私生子ハ其父カ養子ト爲ルコトヲ得トセリ而シテ養子ノ契約ヲ爲スニハ公式ヲ要シ其公式ハ養父母住所地ノ區裁判所ニ出願シ地方裁判所及控訴院ノ認可ヲ經サルヘカラス其認可ヲ得タル後三箇月内ニ養父母ノ住所地ノ戶籍ニ登錄セサルヘカラストセリ又タ養子ハ遺言ニ依テ之ヲ爲スコトアリ此場合ニハ稍ヤ其方式ヲ省略スルコトヲ得又タ養子ノ効果ハ養父母ト養子トノ間ニ親子ノ關係ヲ人爲的ニ造ルニ止マリ養子ハ之カ爲メニ全ク其生家トノ關係ヲ斷ツニアラス唯タ固有ノ氏名ニ養家ノ氏名ヲ併用スルニ過キス然レトモ養家ニ於テハ正出子ニ異ラサル相續權ヲ有シ又タ親子間相互ニ養料ノ義務ヲ負フ又タ養子ハ養父母ニ對シテ親子ノ關係ヲ生スルニ因リ其間親族結婚禁止法ヲ適用ス

英國ニ於テハ養子ノ制度ヲ認メス然レトモ此國ニ於テハ贈與又ハ遺贈ヲ爲スニ方リ受贈者又ハ受遺者ニ贈與者又ハ遺贈者ノ氏名及地位ヲ繼承セシムルノ條件ヲ附スルコトヲ許シ此方法ニ依テ他國ノ養子制度ト同一ノ

目的ヲ達スルコトトセリ

獨逸其他日耳曼法系統ノ國ニ在テハ一般ニ養子ノ制度ヲ實行シ其條件及
効果等殆ト佛國ニ同シト謂フヘシ然レトモ又タ著シク異ル點ナキニアラ
ス左ニ掲クルモノ即チ是ナリ

- 一 養子ト爲ル者其父ノ承諾ヲ得ルコト能ハサルトキハ裁判所ノ許可
ヲ以テ之ニ代フルコトヲ得
- 二 埃太利及索通ニ於テハ養父母ノ年養子ヨリ十八歳以上ナラサルヘ
カラス「ツーリヒ」ニ於テハ其年齡ノ差ヲ十六歳ト定メリ
- 三 索通ニ於テハ私生子ヲ養子ト爲スコトヲ許スモ埃太利及「ツーリヒ」
ニ於テハ之ヲ禁セリ
- 四 何レノ場合ニ於テモ養子ハ其國法ノ定ムル所ニヨリ國長、行政廳、又
ハ裁判所ノ認可ヲ得サルヘカラス
- 五 普國及埃國ニ於テハ終生無婚者タルヘキ誓ヲ爲シタル僧侶ハ養子

ヲ爲スコトヲ得ス

六 養子ノ關係ハ其當事者ノ一方ノ請求ニ依リ之ヲ解クコトヲ得但シ
其成立ノ際ニ於クルト同一ノ認可ヲ受クルコトヲ要ス

西班牙ノ養子ノ制度ハ殆ト羅馬法ニ同シク之ヲ區別シテ未成年者ニ關ス
ルモノト成年者ニ關スルモノトニトシ又タ其効果モ尊族親ノ養子ト爲
リタル場合ト他人ノ養子ト爲リタル場合トニ區別セリ而シテ左ニ掲クル
者ハ二種ノ養子トモ之ヲ爲スコトヲ得ストセリ

- 一 婚姻不能者
- 二 養子ヨリ十八歳以上長セサル者
- 三 宗教者又ハ其以外ノ者ト雖モ修身獨身タルコトノ公ノ誓ヲ爲シタ
ル者
- 四 婦女 但シ公務ノ爲メ其實子ヲ失ヒタル者ニ對シ國王ノ特許アル
トキハ之ヲ許ス

五 親權ノ下ニ在ル者

未成年者ヲ養子ト爲ストキト雖モ其養子タルヘキ者ノ承諾ヲ必要トス故ニ其未成年者ハ少シモ幼稚ノ時代ヲ脱シタル者ヲラサルヘカラス又タ此養子ヲ爲スニハ國王ノ許可ヲ必要トセリ其他後見人カ被後見人ヲ養子トスル場合ニハ其年齡二十五歳ニ達シタル後ニ於テ國王ノ特許ヲ得ルニアラサレハ之ヲ爲スヲ得ス又タ此未成年者ノ養子ニ關シテハ其者ノ結婚年齡以前ニ死亡シタルトキハ其財産ハ必ス之ヲ其正當ノ相續人ニ引渡スヘキコトヲ契約セサルヘカラストセリ又タ成年者ヲ養子ト爲ス場合ハ裁判所ノ認可シタル契約ヲ以テ之ヲ爲ス其契約ハ養父母養子及養子ノ實父トノ間ニ成ルモノトス其他西班牙ニ於テハ名譽アリ財産アル者ニ捨子ヲ養育セシムルノ法アリ是レ亦タ養子ノ一種ナリトス

伊太利ニ於ケル養子ノ制度ハ大ニ佛國ノ制度ニ類似ス然レトモ又タ左ノ諸點ニ於テ異ル所ヲ見ル

- 一 養父母ハ養子ヨリモ十八歳以上長セサルヘカラス
- 二 十八歳以下ノ未成年者ハ養子ト爲ルコトヲ得ス
- 三 私生子ハ其父母ノ養子ト爲ルコトヲ得ス
- 四 後見人ハ其被後見人ノ財産管理ニ關シタル一切ノ計算ヲ終リタル後ニアラサレハ之ヲ養子ト爲スコトヲ得ス
- 五 佛法ノ如ク其契約前ニ養父母カ養子ノ世話を爲シタルヲ要スルカ如キ條件ナシ

又タ同國ニ於ケル養子ニ關スル形式ハ雙方ノ當事者自カラ養父母ノ住所地ヲ管轄スル控訴院ニ出頭シ書記ノ立會ヲ以テ院長ノ面前ニ於テ之ヲ爲シ其認可ハ控訴院ノ名ヲ以テ之ヲ言渡シ其言渡ヲ受ケタル者ハ二箇月以内ニ養子ノ出生地ノ戶籍欄外ニ之カ記入ヲ爲スモノトス

露西亞ニ於テハ世襲貴族ノ名蹟ヲ濯滅セシメサラシカ爲メ其卑屬親又ハ親族中ニ同名ノ男子ナキトキハ皇帝ノ許可ヲ得テ養子ヲ爲シ之ニ其名蹟

ヲ繼カシムルコトヲ許セリ又々商人社會ニ於テモ養子ノ法アリテ之ニ實
 子ト同シキ一切ノ權利ヲ與フルコトヲ許セリ而シテ其方法ハ稍々寬ニシ
 テ町村公吏カ調査ノ上之カ言渡ヲ爲シ且ツ元老院ノ認可ヲ受クヘキモノ
 トセリ又々農民社會ニ於テハ養子ノ方法ニ代フルニ附籍ノ方法ヲ以テシ
 拾見又ハ孤兒ヲ一家内ニ擲育スルコトヲ許セリ然レトモ之カ許否ハ裁判
 所ノ管轄スル所ニシテ裁判所ハ之ヲ許可シタル後町村公吏ニ報告スルモ
 ノトセリ又々何レノ場合ニ於テモ私生子ハ更ニ其實父ノ養子ト爲ルコト
 ヲ得ストセリ

我國古來ノ慣例

我國ニ於テハ從來家名ヲ尊フノ國風アリ又々特ニ男子ヲ尊フノ習俗ヨリ
 養子ノ制度大ニ行ハレ獨リ子ナキ者ノミナラス女子ヲ有スルモ男子ヲ有
 セサル者ハ必ス養子ヲ爲シテ之ニ家名ヲ讓リ財產ヲ相續セシム甚タシキ
 ニ至リテハ男子ヲ有スルモノト雖モ職業上其他ノ關係ヨリ尙ホ別ニ養子
 ヲ爲シテ家名財產ヲ相續セシムル者アルニ至レリ今日ニ於テハ實子ヲ廢

養子ニ關スル法律ノ概別

内國ニ在ル外國人ノ養子ト爲サン

嫡シテ他ニ養子ヲ爲シ之ヲシテ相續者タラシムルニハ特別ノ事情アルニ
 アラサレハ之ヲ許サスト雖モ其他ニ於テハ別ニ嚴格ナル條件等アルコト
 ナシ醫民法人事編ハ其第七章ニ於テ細密ナル規定ヲ爲セリト雖モ多ク議
 論アル所ナレハ暫ク之ヲ謂ハス其詳細ノ規定ハ將サニ成ラントスル新法
 典ニ依テ知ルヘシ

養子ニ關スル法律ノ概觸ハ左ニ場合ヲ分テ之ヲ論セン

一 外國人内國ニ於テ養子ヲ爲シ又ハ養子ト爲ル場合

一九六 昔時ニ在テハ外國人ハ内國ニ於テ養子ヲ爲シ又ハ養子ト爲ル
 コトヲ得サリシモ今日ニ於テハ各國殆ト之ヲ許ササルハナシ故ニ我國ニ
 於テモ假リニ之ヲ許スモノト看做シ内國ニ在ル外國人間ニ養子ヲ爲サン
 トスル者アルトキハ何レノ國法ニ從テ其有効無効ヲ決スヘキ乎此問題モ
 亦タ人ノ身分ニ關スルモノナリ從テ其當事者各自ノ本國法ニ依ルヘキモ
 ノニシテ各其國法ノ定ムル條件ニ從ハサルヘカラス例ヘハ英國人カ我國

アトスル者
ハ何レトキ
ハ法ニシテ
テ其効力
キテ定ムヘ
キ乎

養子
ニ於テ西班牙人ヲ養子ト爲サザトスル場合ノ如キハ西國ノ國法ニ於テハ
更ニ妨クル所ナシト雖モ英國法ニ於テハ養子ノ制ヲ認メザルカ故ニ英國
人ハ養子ヲ爲スノ能力ナシトキサルヘカラス之ヲ異リ當事者雙方ノ國法
ニ於テ養子ノ制度ヲ認メタル場合ハ各其所屬國法ノ定ムル條件ニ從テ自
由ニ之ヲ爲スヲ得必スシモ他ノ一方ノ國法ニ定ムル條件ニ適合スルヲ要
セサルナリ例ヘハ十八歳以上ノ伊太利人ハ有効ニ外國人ノ養子ト爲ルコ
トヲ得ヘシ故ニ養子ヲ爲ス者ノ國法ニ於テ養子ノ年齢ヲ二十歳以上ニ限
リクルトキト雖モ伊太利人ハ之ニ從フコトヲ單ニ其本國法ニ從テ養子
ト爲ルノ條件ヲ具備スルトキハ有効ニ養子ト爲ルコトヲ得ヘシ之ニ反シ
テ伊太利人ハ其國法ニ於テ私生子ヲ以テ養子ト爲スコトヲ許ササルカ故
ニ獨逸ノ如キハ其國法ニ於テハ斯ル禁制ナキモ獨人ハ伊國人タル私生子
ヲ以テ其養子ト爲スコトヲ得ス然レトモ又々當事者各自ノ本國法ノ定ム
ル條件ニ適合スル場合ト雖モ其條件內國ノ國際公安ニ關スル法律ニ違反

養子

五二六

內國ニ在
ル外國人
間ニ養子
ノ形式ニ
關スル子

養子ノ効
果ハ何レ
ノ國法ニ
從フヘキ
乎

スルトキハ必ス又々內國ノ法律ニ從ハサルヘカラス例ヘハ養子ニ關シ宗
教上ノ理由ヨリ定メタル無能力ノ規定ノ如キ或ハ人民ノ階級ニ依リテ國
王ノ認可ヲ要スル規則ノ如キハ自由平等ノ主義ヲ執ル佛國ノ如キ國ニ於
テハ國際公安ニ關スルモノトシテ之ヲ認メスト爲スカ如シ
養子ニ關スル形式ハ其當事者タル外國人間ニ國籍ヲ異ニスルトキハ場所
ハ行爲ヲ支配スルノ原則ニ從ヒ必ス內國法ニ從ハサルヘカラス若シ其當
事者同一國籍ヲ有スルモノナルトキハ其選フ所ニ任セ或ハ其本國法ニ從
ヒ或ハ又々內國法ニ從フヲ得ヘシ
養子ノ効果ニ就テモ其當事者同國人ナルトキハ亦タ其本國法ニ從フヲ以
テ原則トス之ニ反シテ其國籍ヲ異ニスル場合ニ於テハ其効果ハ養子タル
者ノ本國法ニ從フヲ常トス蓋シ養子ハ之ニ依テ直接ニ其身分ニ利害ノ關
係ヲ有スルモノナレハナリ然レトモ是レ養子ノ爲メニ國籍ノ變更ヲ來サ
サル歐洲諸國ノ法制ニ就テ謂フノミ若シ夫レ我國現行法ノ下ニ於ケルカ

養子

五二七

如ク養子ニ因リテ外國人ノ國籍ヲ内國ニ變セシムル場合ハ養子ノ効果ハ我國法ノ定ムル所ニ依テ之ヲ生セシメサルヘカラス又タ養子ノ結果トシテ生スル所ノ相續權ニ關スル規則ハ其國籍ノ如何ニ拘ハラズ一般ノ原則ニ從ヒ死者ノ本國法ヲ以テ之ヲ支配セサルヘカラス

二 内國人外國ニ於テ養子ヲ爲シ又ハ養子ト爲ル場合

一九七 此場合ニ於テモ全ク前ノ場合ト同一ノ原則ニシテ其養子ヲ爲シ又ハ養子ト爲ルノ能力ハ悉ク當事者ノ本國法タル内國法ノ定ムル所ニ從ハサルヘカラス但シ其行爲地ノ國際公安ニ關スル規則ニ觸ルルトキハ例外トス例ヘハ伊太利ノ如キ私生子ヲ其父ノ養子ト爲スコトヲ禁スル國ニ在テハ我國人モ亦タ斯ル種類ノ養子ヲ爲シ又ハ養子ト爲ルコトヲ得ス蓋シ伊太利ニ於ケル此種ノ法律ハ一般ノ風俗ニ關スル理由ニ基クモノニシテ所謂國際公安ニ關スルモノナレハナリ又タ英國ノ如ク其國法ニ於テ全然養子ノ制度ヲ認メサルトキハ是レ其國ノ國際公安ニ關スルモノトシ

内國人ニ於テ養子ト爲ルハ如何ニシテ之ヲ爲ル

外國ニ在ル内國人ノ養子ト爲ルニ關スル形式ハ如何ニシテ之ヲ爲ル

親權

テ我國人モ亦之ニ從ハサルヘカラス然レトモ又タ養子ノ制度ヲ認メサルハ單ニ其國ノ習慣上之ヲ爲ササルカ爲メニシテ一國ノ公益ニ關スル理由ニ基カサルコト明カナルニ於テハ其國ニ在ル内國人ハ本國法ノ條件ニ從テ之ヲ爲スヲ得ヘシ

外國ニ於ケル内國人間ノ養子ニ關スル形式ハ當事者ノ擇フ所ニ任シ或ハ行爲地ノ法律ニ從ヒ或ハ實際爲シ得ル限リハ内國法ノ命スル所ニ從フヲ得ヘシ但シ内國法ニ從フニハ所在地公吏カ其形式ヲ履ムコトヲ肯ニスルカ若クハ其所屬本國公使又ハ領事ニ之カ權限ヲ與ヘタル場合ナラサルヘカラス若シ其當事者互ニ國籍ヲ異ニスルトキハ必ス其所在國法ノ命スル形式ニ從ハサルヘカラス又タ養子契約ノ効果ニ就テモ其當事者國籍ヲ異ニスルトキハ養子ノ本國法ニ從フヲ以テ通則トス

第三節 親權

親權

各國法制

佛國

一九八 親權トハ父母カ其子ノ身躰及財産上ニ行フコトヲ得ル權利ノ總稱ナリ古昔羅馬時代ニ在テハ親權ノ強大ナルコト驚クヘキモノアリシト雖モ今日ニ於テハ大ニ之ヲ減縮シ親權ハ父母カ其子ニ對シテ負フ所ノ義務ノ反應ニシテ其範圍ヲ必要ノ程度ニ止メタルカ故ニ今日ハ之ヲ父母ノ權利ト謂ハンヨリ寧ロ正當ニ監督セラルヘキ子ノ權利ノ如ク看做スニ至レリ仍テ先ツ之ニ關スル各國ノ法制ヲ見シ

佛國ニ於テハ原則トシテ子ハ其父母ヲ尊敬スヘキモノト爲シ其結果トシテ父母ハ其子ノ身躰上若クハ財産上ニ權利ヲ有スルコトヲ認メタリ其權利ハ概テ左ノ如シ

- 一 監守ノ權 此權利ハ幼年ノ子ヲ父母ノ居宅及ハ其指定シタル場所ニ強制的ニ居ラシムル權利ヲ謂フ
- 二 懲戒ノ權 此權利ハ不順ノ子ヲ裁判所ノ命令ニ依テ一定ノ期間懲治場ニ幽閉スル權利ヲ謂フ

英國

三 子ノ財産ヲ管理シ及ヒ其收益ヲ爲スノ權 十八歳未滿ニシテ後見ヲ脫離セサル子ノ財産管理及收益ノ權ハ父ニ屬シ父死亡スレハ母ニ屬ス但シ母再婚スレハ其權利ヲ失フ

正出ノ子ニ對シテ此等ノ親權ヲ行フ權利ハ父母ノ婚姻中ナレハ父ニ屬シ婚姻解消ノ後ハ母ニ屬ス承認セラレタル私生子モ亦タ其父母ノ監守懲戒ノ權ニ服ス但シ私生子ノ父母ハ其子ノ財産上ニ收益ノ權利ヲ有セス又タ養子女ハ實父母ノ親權ニ服ス又タ總テノ親權ハ其子ノ成年ニ達スルカ若クハ後見ヲ脫離スルトキハ之ニ因テ終了ス

英國ニ於テモ父ハ其子ヲ監守スルノ權ヲ有シ又タ之ヲ懲戒スルノ權ヲ有ス然レトモ同國ニ於テハ特ニ身躰ノ自由ヲ確認スルヲ以テ佛國ノ如ク不順ノ子ヲ幽閉スルカ如キ權ナシ又タ父ハ其子ノ財産上ニ監督權ヲ有スルモ收益ノ權ハ之ヲ有セス唯タ其子ノ教育ノ爲メ高等法術ノ認可ヲ經テ其收益ノ全部若クハ一部ヲ處分スルコトヲ得ルノミ又タ同國ニ於テハ親權

ハ獨リ父ノミニ屬シ母ハ更ニ之ヲ有セス而シテ其終了ノ時期ハ子ノ成年ニ達スルトキトス

獨逸法系ニ屬スル諸國ニ於テハ不順ノ子ニ對シテハ警察ノ力ヲ假ルコトヲ許ス然レトモ其方法ハ佛國ノ如ク嚴重ナルモノニアラス現ニ埃國民法ノ如キハ一家ノ家長ニ與フルニ其子ヲ懲戒スルノ權ヲ以テスルモ其子ガ父母ノ居宅ヲ去リタル場合ニ之ヲ引戻ストキノ外公力ヲ借ルコトヲ許サス又タ普國民法ニ於テハ尙モ其子ノ健康ヲ害セサル限りハ如何ナル方法ヲ以テモ其子ヲ懲戒スルノ權ヲ父ニ許シ又タ其特別法ニ於テ父ノ請求ニ因リ其子ヲ懲治場ニ留置スルコトヲ許スト雖モ之ヲ爲スニハ司法大臣又ハ國王ノ許可ヲ要ストセリ又タ「ツトリヒ」ノ法典ノ如キハ父母ノ居宅ヲ去リタル子ヲ引戻スニハ裁判所ニ訴ヘ周到ナル取調ヲ受ケタル後ニアラサレハ之ヲ爲スコトヲ得ストセリ然レトモ「ベルン」其他獨逸語ヲ用ユル瑞西ノ諸州中ニハ不順ノ子ハ直ニ之ヲ監禁セシムルコトヲ得ルノ制アリ其期

獨逸法系
ニ屬スル
諸國

間ハ最長期ヲ四箇月トシ尙ホ其後二ケ年間ハ一切酒舖ノ出入ヲ禁スルコトトセリ

又タ此獨逸法系統ノ諸國ニ於テハ幼年子女ノ財産管理權ハ常ニ其父ニ屬スルモノトシ母ノ之ヲ有スルハ全ク例外ノ場合ニ屬ス又タ父ハ其子ノ保育及教育ノ義務ヲ有スルニ對シテ其財産ノ收益權ヲ有スト爲ス然レトモ此點ニ於テモ埃國民法ノ如キハ其收入ノ剩餘ハ父ニ屬セスシテ其子ノ爲メニ之ヲ積立テ置クヘキモノトセリ又タ親權ノ終了ニ就テハ國ニ依テ多少ノ差異アリ或ハ父母ト同居ノ子ニ對シテハ其期限ヲ延長セルアリ或ハ其終了ノ時期ヲ裁判所ノ判定ニ任スルモノアリ或ハ又タ後見脫離ニ依テ終了スト爲スモノアリテ一樣ナラスト雖モ要スルニ子ノ成年ニ達スル時期ヲ以テ親權終了ノ時期ト爲スハ一般ニ認ムル所ナリ

西班牙ニ於テハ今日尙ホ羅馬法ノ餘流ヲ汲ミ親權極テ強大ナリ「レトル」ハ之ヲ形容シテ曰ク「西班牙ノ父ハ其子ニ對シテ同時ニ立法者タリ裁判官タ

西班牙

親權

リ後見人タリ又タ主人タリト更ニ之ヲ説明シテ曰ク其行爲ノ規則ヲ定ムル點ニ於テ立法者タリ其之ヲ懲戒シ之ヲ處罰スル點ニ於テ裁判官タリ其自宅又ハ他ニ於テ其子ヲ教育シ保育シ又タ裁判所ニ於テ之ヲ代表スル點ニ於テハ後見人タリ其子ノ業務及財産ニ就キ利益ヲ得ル點ニ於テ主人タリト以テ同國ニ於ケル親權ノ如何ニ強大ナルカヲ知ルヘシ然レトモ財産ノ點ニ至テハ其子カ兵役從軍又ハ宮中ノ仕事公務若クハ著述者又ハ新聞記者トシテ得タル利益ハ其所有權收益權共ニ其子ニ屬ス其他ノ財産ニ就テハ父又ハ母ハ己カ貸與シタル資本ニ依テ得タルモノヲ悉ク自己ノ所有ニ歸スルコトヲ得又タ其子ト同居スル場合ニ於テハ其子ノ職業ニ依テ得タル財産ニ就キ父母ハ當然其上ニ管理權及收益權ヲ有シ子ハ唯タ別居シタル場合ニ於テ始テ其所有財産ノ上ニ父母ノ干渉ヲ免ルルコトヲ得ルニ過キス然レトモ何レノ場合ニ於テモ父ハ其管理ニ係ル財産ノ公正目錄ヲ作ラサルベカラス又タ其妻ノ死後再婚シタル場合ハ其子ニ返還スベキ動

産ノ擔保トシテ抵當ヲ供セサルヘカラストセリ又タ同國ニ於ケル親權ノ消滅ハ左ノ原因ニ依ル

- 一 父母中ノ生存者死亡シタルトキ
- 二 父又ハ子カ尙侶ト爲リタルトキ
- 三 子カ或種ノ公務ヲ負ヒタルトキ
- 四 父ニ親族姦ノ如キ或種ノ犯罪アルカ又ハ其子ヲ遺棄シタルトキ
- 五 婚姻又ハ成年ニ因テ後見ヲ脫離シタルトキ

伊太利ニ於テハ其制度殆ト佛國ニ同シク唯タ其異ル所ハ左ノ二點ニ過キサルカ如シ

- 一 父ハ子ニ對シテ純然タル懲戒權ヲ有スルノ外其子不品行ナルトキハ僅ニ生存ニ必要ナル食料ヲ與ヘテ居宅以外ニ住居セシムルヲ得ルコト
- 二 父母カ子ノ財産上ニ有スル法律上ノ收益權ハ子ノ成年ニ達スルマ

テ之ヲ有スルヲ以テ原則トス其母死亡シテ父カ再婚スルトキハ之ニ依テ其收益權ヲ失フコト

露西亞

露西亞ニ於テハ親權ニ關スル法律ハ全國ニ通シテ一様ナラスト雖モ概シテ之ヲ謂ヘハ親權ハ寧ロ強大ナリト謂ハサルヘカラス父母ハ一般ニ其子ニ懲戒權ヲ有スト雖モ波蘭ノ國法ニ依レハ父母ハ其子ノ健康ヲ害シ又ハ教育ノ進歩ヲ妨ケサル限リニ於テ懲戒權ヲ有ストセリ然レトモ其懲戒ノ方法トシテ之ヲ幽閉スルコトヲ許サス之ニ反シテ露西亞本國ニ於テハ其子カ公務ニ從事セサル場合ニ限リ裁判所ノ許諾ヲ經テ幽閉ノ處分ヲ爲スコトヲ得トセリ又タ其幽閉ノ期限ハ二個月以上四個月以下ト爲スト雖モ其期限内ニ於テモ父母ノ請求アルトキハ直ニ之ヲ解放スヘキモノトセリ又タ父母ハ其幼年ノ子ノ財産上ニ管理權ヲ有スト雖モ收益權ニ至テハ之ヲ有セス獨リ波蘭ノ規定ハ佛國法ト同ク其收益權ヲ認メタリ又タ其終了ハ子ノ死亡及公權剝奪ニ因ルヲ以テ通則トス然レトモ地方ニ依リテハ又

我國古來ノ慣例

タ他ノ時期ヲ定ムルモノアリ我國ニ於テハ家族制度ノ餘習トシテ一家ノ權力ハ全ク戸主ニ屬シ其家族タル者ハ悉ク戸主ニ服従スヘキモノトシ父母ト雖モ戸主ニアラサル者ハ其子ニ對シテ親權ヲ行フコト能ハサルカ如キ從來ノ慣習アリタリ然レトモ舊民法人事編ニ於テハ此慣習ヲ一變シテ親權ヲ以テ戸主權ノ以外ニ置キ其間ノ區分ヲ明カニシテ以テ親子相互ノ利益ヲ保護セント企テタリ然レトモ詳細ノ規定ハ又タ之ヲ未成ノ親族篇ニ譲リ直ニ法律牴觸ノ問題ニ入ラントス

親權ニ關スル法律ノ牴觸

一九九 當事者ノ所屬國外ニ於テ親權ノ問題ヲ生シタルトキハ其權利ノ性質範圍若クハ期限等ハ如何ナル國法ニ依テ之ヲ定ムヘキ乎抑モ親權ハ父子ノ關係ヨリ生スルヲ以テ一種ノ家族權ナルコト明カナリ從テ家族ノ關係ヲ支配スル法律ハ又タ親權ノ問題ヲ定ムルノ法律ナラサルヘカラズ而シテ家族ノ關係ヲ支配スル法律ハ當事者ノ本國法ナリ故ニ親權ノ問

内國ニ在ル外
國ニ在ル内
國ニ在ル人
外國ニ在
ル親權ニ
關スル問
題ハ如何
ニシテ決
定スルニ
キカムニ
從テカ

親權

題ヲ定ムルノ法律モ亦タ當事者ノ本國法ナルコト深ク論スルヲ要セザル
ナリ唯々其執行地ノ國際公安ニ關スル場合ニ於テ之カ例外アルノミ合場
合ヲ分テ其適用ヲ明カニセシ

一 内國人ノ親子外國ニ在ル場合

二〇〇 此場合ニ於クル親權ノ問題ハ悉ク内國法ノ支配スル所ナリ從

テ何人カ親權ヲ有スルカノ問題モ亦タ内國法ニ從フヘキモノトス例ヘハ
内國法ニ於テ父死亡スレハ親權ハ母ニ移ルト爲ストキハ假令其所在國法
ニ於テ母ノ親權ヲ認メサル場合ト雖モ猶ホ其本國法タル内國法ヲ適用ス
ヘク又タ何人カ親權ノ下ニ立ツヘキカノ問題ニ就テモ同一ノ決定ヲ爲ス
ヲ得ヘシ例ヘハ内國法ニ於テハ私生子ト雖モ親權ノ下ニ服從セサルヘカ
ラスト爲ストキハ假令其所在國法ニ於テ私生子ニ及ホスノ親權ヲ認メサ
ルトキト雖モ猶ホ内國法ヲ適用スヘキモノナリ又タ親權消滅ノ時期ノ如
キモ内國法ニ於テ滿二十歳ノ成年ヲ以テ其時期ト爲ストキハ假令所在國

親權
種トシテ
父ノ財力
子ノ利益
上ニ有ス
權ニ關ス
法ノ下ニ
在ル者ハ
外國ニ在
ル者ハ不
動產ニ在
ルニ關シ

親權

法ニ於テ二十一歳又ハ其以上ト定ムルトキト雖モ亦タ之ニ從フヲ要セス
其他親權ノ範圍ニ至テモ亦タ之ニ準シ常ニ當事者ノ本國法ニ從フヲ以テ
原則トス然レトモ此點ニ於テハ屢所在國ノ國際公安ニ關スルモノトシテ
之ヲ制限セラルルコトアリ例ヘハ本國法ニ從ヘハ其子ヲ懲戒スル爲メ之
ヲ幽閉スルコトヲ許スモ其所在國法ニ於テ斯ル方法ヲ許ササルトキハ又
タ其國法ニ從ハサルヘカラス是レ身體自由ノ原則ニ反スル行爲ハ一國ノ
國際公安ニ關スルモノナレハナリ
佛國ノ如キハ此點ニ關シテ大ニ議論アル問題ヲ生ス同國法ニ依リ父母ハ
親權ノ一種トシテ其十八歳未滿ノ子ノ財産上ニ法律上ノ利益權ヲ有スル
コトトセリ其利益權ハ外國ニ在ル不動産上ニモ尙ホ之ヲ有スルコトヲ得
ルヤ且ツ其外國ハ英國又ハ我國ノ如ク法律上ノ利益權ヲ認メサル國ニ於
テモ猶ホ之ヲ有スルヤ否ヤノ問題はナリ或ハ曰ク利益權ハ所有權ノ支分
權ナリ故ニ所有權ニ關スル權利ノ認否ハ一國ノ國際公安ニ關スルモノト

ホ之ヲ有
スルコト
ヲ得ルカ

親權

シテ外國人ニモ猶ホ其所在國ノ法律ヲ適用セサルヘカラサルト均シク法律上ノ利益權ノ認否ニ付テモ亦タ其財產所在國ノ法律ニ從ヒ其國法ニ於テ之ヲ認メサルトキハ敢テ之ヲ外國人ニ許スヘキモノニアラスト然レトモ多數ノ學者ハ之ニ反對シテ曰ク抑モ父母カ其子ノ財產上ニ有スル利益權ハ其子ノ爲メニ養育教育等一切ノ義務ヲ負フ報酬トシテ之ヲ有スルモノニシテ親權ノ一種タルニ過キス而シテ親權ハ他ノ家族權ト共ニ當事者ノ本國法ニ從フヲ以テ原則ト爲ス以上ハ其ノ一種タル法律上ノ利益權ノ許否ニ就テモ亦タ其本國法ニ從ハサルヘカラス且ツ英國ノ如キハ法律上ノ利益權ヲ認メサルモ別ニ不動産ニ關シテ終身使用收益ヲ爲サシムルノ制度アリテ其實殆ト佛國ノ利益權ニ異ラサルヲ以テ苟モ法律上斯ル權利ヲ承認スル以上ハ契約ニ依テ之ヲ設定スルト法律ニ依テ之ヲ設定スルト其權利ヲ認メタル點ニ於テハ毫モ異ル所ナシ從テ當事者ノ本國法ニ從テ之ヲ與フルモ敢テ一國ノ國際公安ヲ害スルコトナシト然レトモ我國ノ如

同國籍ノ
親子內國ノ
合ニ在ル場
合ニ於ケル
親權ハ何
レノ國ハ何
ノ國ニ從フ
キニ從フヘ

親權

ク全ク利益權ナルモノヲ認メサル國ニ於テハ又タ自ラ決定ヲ異ニセサルヘカラス蓋シ我國ニ於テ之ヲ認メサルハ一ハ我國從來ノ慣習上此種ノ權利存在セザリシト一ハ之ヲ認ムルヲ以テ經濟上不利益ナリトスル理由ニ基クモノナルヘシ然ラハ則チ我國法ノ之ヲ認メサルハ公益上ノ理由ニ依ルモノニシテ所謂國際公安ニ關スルモノナリ從テ此制度ヲ有スル佛國人ノ如キモ我國ニ在テハ之ヲ有スルコトヲ得スト論定セサルヘカラス

二 同一國籍ヲ有スル外國人ノ親子內國ニ在ル場合

二〇一 昔時ニ於テハ各國ノ法制多クハ內國ニ在ル外國人ヲシテ親權ヲ行ハシムルコトヲ許サザリシト雖モ今日ニ於テハ之ヲ行ハシムルヲ以テ一般ノ通則ト爲スニ至レリ而シテ之カ行使モ亦タ其本國法ニ從テ之ヲ爲サシムヘキコト敢テ疑ナキ所ナリ唯タ內國ノ國際公安ニ關スル場合ハ之カ例外トシテ內國法ヲ適用スヘシト爲ス點ニ於テ多少ノ疑問ヲ生スルノミ例ヘハ英國ノ如キハ其國法ニ於テ子女懲戒ノ方法トシテ之ヲ懲治場

ニ入ルルコトヲ許サスト雖モ我國ニ於テ若シ之ヲ許ストセハ(人事編第百五十二條)我國裁判所ハ英國人ノ出願ニ對シ之ヲ許スヘキヤ否ヤノ問題ヲ生ス或ハ曰ク一國カスル制度ヲ設ケタルハ公益上ノ理由ニ基クモノニシテ且ツ其方法ハ身軀ノ拘束ニ係リ一國警察法ノ關スル所ナリ故ニ外國人ニモ亦之ヲ適用セサルヘカラスト然レトモ此種ノ制度ハ元ト不順ナル子ヲ改善セシムルノ趣旨ニ出テ專ラ一家ノ利益ヲ目的トスルモノニシテ內國人ト雖モ必ス之ニ從ハサルヘカラサル性質ノモノニアラス換言スレハ懲戒ノ爲メ其子ヲ懲治場ニ入ルルト否トハ其父母ノ意思如何ニ一任スルモノナリ故ニ之ヲ國際公安ニス關ルモノトシテ斯ル制度ヲ有セサル外國人ニ適用スヘキモノニアラサルナリ

三 親子國籍ヲ異ニスル場合

二〇二 此場合ハ親子ノ一方ノ內國人タルトキト其雙方ノ外國人タルトキトテ問ハス常ニ其子ノ本國法ヲ適用スヘキモノナリ蓋シ親權ノ制度

親子國籍
ル場合ニ
親權ノ問

何國法ニ
從フヘキ
カ

ハ主トシテ子ノ利益ヲ目的トシテ之ヲ設クルモノナレハ其利益ヲ受クル者ノ國法ニ從テ以テ一般ノ原則ト爲セハナリ或ハ親權ノ一種タル父母ノ利益權ノ如キハ父母ノ利益ノ爲メニ設クルモノトシテ其本國法ヲ適用スヘキカ如シト雖モ之ヲ設ケタル理由ヲ探究スレハ全ク父母ニ對スル報酬ノ性質ヲ有シ之ニ依テ充分ニ其子ノ保護ヲ爲サシメントスルモノナレハ結局又タ其子ノ利益ノ爲メニ設ケタルモノナリト謂フテ得ヘシ從テ此種ノ權利ニ關シテモ猶ホ子ノ本國法ヲ適用スヘキモノトス但シ佛國ノ判例ニ於テハ反對ノ決定ヲ取リテ此場合ニ父母ノ本國法ヲ適用シタルコトアリ要スルニ此點ニ關シテハ學說判例ノ一致セサル所ナリ

第四章 財産権ニ關スル法律ノ抵觸

財産権ニ
關スル法
律ノ抵觸

二〇三 財産権ハ之ヲ大別シテ物權債權智能權ト爲スト雖モ此種ノ權利モ亦タ其人ヲ主トスル點ニ於テハ他ノ諸種ノ權利ト更ニ異ル所アルヲ見ス故ニ財産権ニ關スル法律ノ抵觸ニ就テモ亦タ前數章ニ述ル所ノ人自牒又ハ家族權ニ關スル法律抵觸ノ場合ニ於ケル原則ヲ適用スルコトヲ得ヘシ換言スレハ財産権ニ關シテモ猶ホ法律ノ屬人主義ヲ原則トシ唯タ其制限トシテ國際公安ニ關スル場合場所ハ行爲ヲ支配ストノ原則及個人ノ意思ヨリ來ル三箇ノ例外ヲ置クノミ

第一節 物權

物權

財産権ニ關スル法律ノ抵觸 物權

二〇四 物權ニ關スル内外國法ノ抵觸ニ關シテハ何レノ國法ヲ適用スヘキ乎ノ問題ハ夫ノ對物對人區別法學者ノ說ク所ニ依レハ其權利ノ目的物動產ナルト不動產ナルトニ依テ之ヲ區別シ不動產ニ關シテハ其所有者ノ國籍如何ヲ問ハス常ニ其財產所在地ノ國法ヲ適用シ動產ニ關シテハ常ニ其所有者ノ所屬國法ヲ適用スヘキモノト爲セリ其不動產ニ關スル理由ニ曰ク不動產ハ國土ノ一部ヲ爲シ一國ノ領土ハ之ニ依テ組織セラル故ニ一國ノ領土主權ハ常ニ其上ニ及ヒ又々他ノ侵犯ヲ許サ、ルモノトシテ常ニ其所在國法ヲ適用セサルヘカラスト而シテ動產ニ關スル理由ニ至テハ學說一致セズ甲者ハ之ニ不動產ニ關シテ所在國法ヲ適用スルト同一ノ理由ヲ附シテ曰ク動產ハ其性質不動產ト異リ一定不變ノ所在地ヲ有セサルカ故ニ所有者ノ住所ヲ以テ動產ノ所在地ナリト看做スヲ得ヘシ從テ之ニ所有者ノ所屬國法(此時代ノ所屬國法ハ即チ其人ノ住所地法ナリ)ヲ適用スルハ即チ不動產ト同シク物ノ所在地法ヲ適用スルモノナリト乙者ハ曰ク

動產ハ其性質上一定ノ所在地ヲ有スヘキモノニアラス常ニ其所有者ト相合シ之ト一體ヲ爲シ其行ク處ニ隨從ス故ニ其所有者ノ身體ヲ支配スル所屬國法ハ亦タ其動產ヲ支配セサルヘカラスト
 斯ノ如ク其理由ニ異同アリト雖モ昔時ニ在テハ動產不動產ヲ區別シテ其間ニ適用スヘキ法律ヲ異ニシタルヤ明カナリ此說ハ今日猶ホ之ヲ唱道スル者ナキニアラスト雖モ一般ニ陳腐ノ學說ト爲シ最新學派ノ勃興ト共ニ日ヲ退フテ其勢力ヲ失フニ至レリ且ツ此派ノ學者モ實際ノ必要ヨリ之ニ重要ナル例外ヲ認メサルヘカラサルニ至リ其實之カ區別ノ趣旨ヲ貫クニト能ハサルニ至レリ例ヘハ不動產所有權ノ得喪ニ必要ナル能力ニ關スル規則ハ之ヲ對人法中ニ入レテ常ニ所有者ノ所屬國法ニ從フヘシト爲シタルカ如キ又々個々ノ動產ニ關スル規則ハ之ヲ對物法中ニ入レテ常ニ其所在國法ヲ適用スヘシト爲シタルカ如キ是ナリ
 斯ノ如ク區別法說學派ニ於テハ數多ノ例外ヲ設クテ其適用ヲ狹隘ニスト

雖モ尙ホ今日ノ學理ニ適合スルモノニアラス抑モ區別法說ハ不動產ニ關シテ其所在地ノ國法ヲ適用シ以テ一國主權ノ獨立ヲ完ウスト爲スト雖モ元來不動產ニ關シテ外國法ヲ適用スルモ之カ爲メ必スシモ一國ノ主權ヲ害スルモノニアラス又タ動產ニ關シテハ常ニ其所有者ノ所屬國法ヲ適用スヘシト爲スト雖モ動產ニ關シテモ一切所屬國法ヲ適用スルトキハ場合ニ依リ其所在國ノ主權ヲ害スルコトナキニアラス故ニ此說ハ一方ニ於テハ其必要ナキニ強テ財產所在國法ヲ適用セントシ他方ニ於テハ其必要アルニ却テ之ヲ適用セサルノ不都合アルヲ見ル是ニ於テ乎今日ニ於テハ一切此種ノ區別說ヲ排斥シテ首尾一貫ノ原則ヲ取り其動產ニ關スルト不動產ニ關スルトヲ問ハス總テノ物權ハ悉ク其權利者ノ所屬國法ニ從フヲ以テ原則トシ唯々其例外トシテ所在地ノ公益ニ關スル場合ニ限り特ニ其國法ヲ適用スヘキモノト爲スニ至レリ

或ハ難シテ曰ク一國內ニ在ル不動產ハ外國人ノ所有ニ屬スルモノト雖モ

其所在地ノ國法ヲ適用スルヲ以テ近時各國法制ノ通則トセリ然ルニ今其不動產ニ關シテモ猶ホ其所有者ノ所屬國法ヲ適用セントスルハ是レ此通則ニ違フモノニアラスヤト然リ一般ノ通則ハ論者ノ說ノ如シ然レトモ抑モ其所謂通則ナルモノハ若シ之ニ關シテ外國法ヲ適用スルトキハ爲メニ內國ノ公益即チ所謂國際公安ニ關シ一國ノ利益ヲ害セラルル場合ニ就テ特ニ之ヲ謂ヘルモノニシテ其公益ヲ害セサル場合ニ於テモ猶ホ汎ク外國法ノ適用ヲ許サスト謂フニアラサルナリ若シ然ラストシ苟モ不動產ニ關スル法律ハ悉ク其所在國法ヲ適用スヘキモノナリトセハ之カ處分ニ關スル能力ニ就テハ何レノ國法ヲ適用セントスル乎蓋シ又タ其所在國法ヲ適用スヘシト謂ハサルヲ得サルヘシ果シテ然ラハ身分及能力ニ關スル法律ハ當事者ノ所屬國法ヲ適用ストノ原則ハ如何ニ之ヲ解セントスル乎茲ニ至テ論者ノ說一モ價値ナキヲ見ル

右述ナル所ノ理由ハ動產ニ關シテモ亦タ同一ナラサルヘカラス即チ其所

在國ノ國際公安ニ關スル場合ハ其國法ヲ適用シ其否ラサル場合ハ常ニ其所有者ノ所屬國法ヲ適用スルヲ以テ原則トスルコト不動產ニ於ケルト更ニ異ルトコロナシ唯タ從來諸國ノ法典中動產ニ關シテハ不動產ノ場合ノ如ク其所屬國法ヲ適用スルノ規定ヲ見サルハ二者ノ異ル所ナリト雖モ是レ一ハ佛蘭西典編纂時代ノ如キ殆ト一世紀以前ニ在テハ動產ヲ以テ今日ノ如ク貴重セサリシト一ハ動產ニ關スル法律ハ一國ノ公益ニ關スルモノトシテ其國法ヲ適用スヘキ場合極テ稀ナルニ因ルナリ

以上述フル所ノ原則ヲ以テ之ヲ各種ノ物權ニ適用シ其如何ナル場合ニ於テ權利者ノ所屬國法ヲ適用スヘキカ又々其如何ナル場合ニ於テ財產所在地ノ國法ヲ適用スヘキカハ即チ本節ニ於テ講究セントスル所ナリ我新民法ハ其第二編ニ於テ物權ノ規定ヲ爲シ占有權以下九種ノ物權ヲ認メリ即チ占有權、所有權、地上權、永小作權、地役權、留置權、先取特權、質權、抵當權、是ナリ而シテ占有權ハ其性質上ヨリ謂フトキハ純然タル一物權ニアラスシテ本

權ニ對スル法律上ノ假裝的物權ナルカ故ニ別ニ之ヲ論セスシテ本權ニ關スル原則ヲ適用スヘキモノトシ地上權及永小作權ハ人的地役ノ一種トシテ之ヲ地役權ノ部ニ合スルコトヲ得留置權以下ノ四種ハ總稱シテ之ヲ物上擔保權ト謂フ依テ今物權ヲ所有權、地役權及物上擔保權ノ三種ニ大別シ順次之ヲ論セントス

第一款 所有權

所有權
各國法制

二〇五 所有權ニ關スル各國法制ノ大要ヲ見ルニ方リ先ツ我國法制ニ就テ其概ヲ述ヘン新民法ハ第二百六條ニ於テ所有權ハ總令ノ制限内ニ於テ自由ニ其所有物ノ使用收益及處分ヲ爲ス權利ナリト爲シ其以下數十條ヲ以テ之カ使用收益ノ方法及ヒ其制限又ハ取得ノ方法等詳細ナル規定ヲ爲セリ所有權ノ制限ハ專ラ一國ノ經濟、衛生、安寧其他一般公益上ノ理由

所有權

ニ基クモノナリ例ハ警察法ニ依リ市街地ニ火災ノ恐レアルカ又ハ健康ニ害アル製造所ヲ設クルコトヲ得サルカ如キ又タ鑛業條例ニ依リ鑛山探掘ニ關シテハ政府ノ許可ヲ要スルカ如キ或ハ土地收用法ニ依リ土地ノ買上ヲ爲サルルカ如キ即チ此類ナリ其他所有者間ノ紛議ヲ避ケ若クハ雙方ノ便益ヲ圖ルカ爲メ相隣地ノ所有者ニ之カ制限ヲ爲ス等其種類甚々多シ又タ所有權取得ノ特別ノ方法トシテ動産ニ關シテハ無主物ノ先占遺失物ノ拾得埋藏物ノ發見ヲ認メ又タ動産不動産ニ通シテ添付ヲ認メ(民法第二百三十九條乃至第二百四十八條其他一般ノ財産權取得ノ方法トセル時効(民法第六十二條)占有民法第九十二條乃至第九十五條)分割民法第二百五十六條乃至第二百六十二條)賣買其他諸種ノ契約等亦タ均シク所有權取得ノ方法タリ又タ物權ノ設定及移轉ハ當業者ノ意思表示ノミニ依リテ其効力ヲ生スルノ原則ヲ認メ唯タ不動産ニ關スル得喪及變更ハ登記法ニ從ヒ其登記ヲ爲シテ始テ第三者ニ對抗シ得ルモノト爲シ又タ動産ニ關ス

佛國

ル物權ノ讓渡ハ其目的物ノ引渡アリテ始テ第三者ニ對抗シ得ヘシト爲セリ(民法第七十六條乃至第七十八條)
佛國民法ハ其第五百四十四條ニ於テ所有權ノ定義ヲ下シ法律及規則ニ依テ禁止セラレタル使用ヲ爲ササル限度ニ於テ最モ完全ニ物ノ收益處分ヲ爲ス權利ナリト謂ヒ之ニ對スル諸種ノ公益上ノ制限ハ亦タ屢認ムル所ナリ又タ其取得ノ方法トシテハ先占添付占有時効等ヲ認メ其他各種ノ契約及相續遺贈等亦タ其取得ノ方法タリ又タ動産不動産ヲ通シテ所有權移轉ノ合意ハ當事者ノ意思表示ノミニ因リテ其効力ヲ生スル原則ヲ認メ唯タ不動産ニ關シテハ登記ヲ爲スニアラサレハ他ノ登記ヲ爲シタル第三者ニ對シテ其効力ヲ生セスト爲セリ
英國ニ於ケル所有權取得ノ方法ハ其動産タルト不動産タルトニ因リテ之ヲ區別シ不動産ニ關シテハ其先占及沒收ヲ許ササルニ依リ獨リ任意ノ移轉及時効ノ二方法アルニ過キササルカ如シ同國ノ古法ニ於テハ不動産ノ移

英國

轉ニハ一種ノ公式ヲ要シ其公式ハ佛國ノ古代ニ於タルト同シク實物ノ引渡又ハ之ニ代ハル有形上ノ行為ヲ以テスヘキモノト爲シタリ然レトモ千八百四十五年ノ法律ヲ以テ之ヲ改メ唯々單純ナル讓渡ノ證書ニ依テ不動產ノ移轉ヲ爲シ得ルモノト爲シ更ニ千八百八十一年ノ法律ヲ以テ其證書ノ書式ヲ一定スルニ至リ始テ從來ノ形式ヲ全廢スルニ至レリ又タ同國ニ於ケル不動產ノ移轉ニ關シテハ登記ヲ要スルノ制度ナク唯々移轉ノ當時ニ於テ原所有者ヲシテ從來ノ證書ヲ引渡サシメ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルヲ得ヘシトセリ又タ時効ハ一切ノ不動產取得ノ方法ト爲リ三十年間占有ヲ爲シタル者ニ對シテハ其以前不動產上ニ收益ヲ爲シタリトノ事實ノミヲ以テ之カ取戻ヲ爲スコトヲ得スト爲シ若シ其占有六十年ヲ過クルトキハ其初メ證書ヲ以テ占有ヲ許シタル場合ノ外一切之カ取戻ヲ爲サシメス又タ所有權回復ノ訴權ハ其占有ヲ失ヒタル時若クハ其權利ヲ證明スル最終ノ行為アリシ時ヨリ十二年ヲ過クレハ消滅スルヲ以テ通則トシ唯々

所有者ノ無能力ナル場合ニ於テノミ特ニ六箇年ノ猶豫期間ヲ與ヘリ又タ同國ニ於ケル動產ノ取得ニ關シテハ先占添付及合意ノ三種ヲ適用スルカ如シ而シテ先占及添付ニ就テハ今日猶ホ未タ羅馬法ノ規則ヲ採用スルモノノ如シ合意ニ至テハ或ハ贈與ヲ以テシ或ハ賣買ヲ以テス其贈與ノ場合ニハ必ス目的物ノ引渡ヲ要シ之ニ反シテ賣買ノ場合ニハ之カ引渡ヲ要セス單ニ合意ノミニ因リテ完全ナル効力ヲ生スルモノト爲スカ如シ獨逸法ニ於テハ動產不動產を通シテ無主物ニハ先占取得ヲ許シ殊ニ動產ニ關シテハ三箇年ノ時効ニ因リテ取得スルコトヲ許シ埋藏物ニ就テハ土地ノ所有者ト發見者トノ間ニ折半取得ヲ許シ其他一切ノ合意ヲ以テ所有權取得ノ方法ト爲セリ又タ不動產所有權移轉ノ行為ハ其所在地ノ登記簿ニ登記スルニアラサレハ完全ナル効力ナシトシ當事者間ニ於テモ猶ホ此登記ニ因テ始テ効力ヲ生スルモノト爲セルカ爲メ不動產ニ關シテハ時効取得ノ方法ナシト謂フ又タ動產ノ移轉ニ關シテハ獨逸聯邦ノ國法多クハ

西班牙

物件ノ引渡ヲ必要トセルカ如シ
 西班牙ニ於テハ宗教上禮拜ノ用ニ供スル物件及寺院孤兒院ノ如キ教會ノ
 建物其他公共ノ用ニ供スル財産ハ之ヲ不融通物トシテ其所有權ノ移轉ヲ
 許ササルモ其以外ノ物ニ在テハ先占添付若クハ埋藏物發見等共ニ所有權
 取得ノ方法タリ又々同國ニ於テハ合意ノミニ因リテ所有權ヲ移轉スル原
 則ヲ認メス必ス物ノ引渡ヲ要スト爲シ且ツ不動産所有權ノ移轉ヲ以テ第
 三者ニ對抗スルニハ又々別ニ登記ノ規則ニ從ハサルヘカラストセリ又々
 時効ハ動産ニ就テハ三年間繼續セル占有ニ正權限及善意ノ條件ヲ具備ス
 ルトキハ所有權取得ノ方法トナリ又々不動産ニ就テハ十年又ハ二十年ノ
 占有ニ因リテ其取得ヲ許スヲ通則トス但シ特別ノ場合ニ在テハ例外トシ
 テ三十年四十年又ハ百年ノ期限ヲ要スルモノト爲スカ如シ
 白耳義及伊太利ノ法制ハ殆ト佛國ニ同シ唯タ伊太利ニ於テハ遺失物又ハ
 贓物ノ所有權取得ニ關シテハ二箇年ノ占有ヲ以テ足レリトシ佛國法ノ三

白耳義及伊太利

露西亞

箇年ト異ルノミ

露西亞ニ於ケル所有權取得ノ方法ハ左ノ如シ

- 一、 動産不動産ヲ問ハス無主物ニ對スル先占
- 二、 羅馬法ノ規則ニ從テ添付
- 三、 所有者及善意ノ占有者ハ元物ヨリ生スル果實ニ就テ所有權ヲ取得ス
- 四、 動産不動産ヲ問ハス十年間繼續セル占有ノ結果ニ因ル時効取得

四、 合意ノ結果

而シテ法典ノ規定ニ依レハ合意ニ因ル所有權ノ移轉ハ證書ヲ以テ之ヲ證
 シ且ツ其有價ナルト無價ナルトヲ問ハス物件ノ引渡ヲ爲スニアラサレハ
 移轉ノ効力ナシトシ從テ移轉ノ時期モ亦々實際占有ノ時ト同一ナリトセ
 リ然ルニ此制度ハ後ニ之ヲ改正シ千八百六十六年四月十四日ノ公證規則
 及千八百八十一年五月十九日ノ法律ニ於テ獨法ノ主義ヲ採用シ不動産權

ノ移轉ハ其所在地ノ登記簿ニ登録シタル後ニアラサレハ其効力ヲ生セス
トセリ以上ハ露西亞帝國法典ノ制ニシテ波蘭及バルチック諸州ニ於テハ
他ニ異リタル法制アリ

所有權ニ
關スル法
律ノ如何
ハ之ヲ決
スヘキ乎

二〇六 所有權ニ關スル法律ノ牴觸ハ如何ニ之ヲ決スヘキ乎即チ所有
權ノ行使取得及移轉ノ方法等各國法制ノ異同ニ依リ之カ牴觸ヲ生スルト
キハ其所有者ノ所屬國法ヲ適用スヘキカ將タ目的物所在地ノ國法ヲ適用
スヘキ乎之ニ關スル一般ノ學說ハ左ノ如シ
凡ソ物ニ關スル法律ハ之ヲ二種ニ區別セサルヘカラス第一種ハ一國ノ政
治上及經濟上ノ理由ニ基キ一般所有權ノ制度ニ關スルモノニシテ第二種
ハ單ニ權利者ノ私益保護ニ關スルモノナリ即チ第一種ハ一國ノ公益國際
公安ニ關スルモノナルカ故ニ假令外國人ト雖モ合意其他ノ行爲ヲ以テ之
ニ違フコトヲ得サルノミナラス其所屬國ノ法律ニ異リタル規定アルトキ
ト雖モ亦タ必ス之ニ從ハサルヲ得サルナリ然レトモ第二種ノ法律ニ至テ

ハ所有者ノ私益ニ關スルモノナルヲ以テ苟モ其物件所在國ノ公益ヲ害セ
サル以上ハ當ニ所有者ノ本國法ヲ適用スルコトヲ得ヘシト
右ノ標準ニ依リ內國ニ在ル動産又ハ不動産ニ就キ外國人ノ所有者ナル
場合ニ於テ其所有權ノ限界ヲ定ムルハ其外國人ノ所屬國法ニ依ルヘキカ
將タ內國法ニ依ルヘキ乎ノ問題ハ容易ニ之ヲ決スルコトヲ得ヘシ蓋シ所
有權ノ行使ニ關スル制限ノ如キハ所有者ノ私益ニ關スルモノニアラスシ
テ一國ノ公益上ノ理由ニ基クテ以テ此等ノ規則ハ必ス內國法ニ從ハサルヘ
カラサルコト又タ論ヲ俟タサル所ナリ故ニ我國ノ如キ新法典ニ於テ用益
權使用權ヲ物權ノ一種ト認メサルハ公益上ノ理由ニ基クモノトシテ佛國
人ノ如キ用益權使用權ノ設定ヲ許ス制度ノ下ニ在ル者ニ對シテモ我國ニ
在ル財産上ニハ此等ノ支分權ヲ有セシムルコト能ハサルナリ要スルニ所
有權其者ノ性質限界等ヲ定ムル法律ハ多クハ物ノ所在地ノ公益ニ關スル
モノナルカ故ニ當ニ其所在國法ヲ適用スヘキモノナリトス從テ動産不動

所有權ノ
取得及移

第一種
國際公安
ノ關係

産ノ區別ノ如キ其他個人ノ所有スルモノヲ得ル物ト其否ラサル物トヲ定
ムルカ如キ所有者ノ所屬國法ト物ノ所在地ノ國法トノ間ニ抵觸アルトキ
ハ亦タ必ス其所在國法ヲ適用スヘキモノナリトス

二〇七 所有權ノ取得及移轉ノ方法ニ關シテハ其所有者ノ國籍如何ヲ
問ハス常ニ其物ノ所在國法ヲ適用スヘキカ將タ所有者ノ所屬國法ヲ適用
スヘキ乎此問題ニ關シ全ク疑ヲ生セサル所ハ所有權ノ取得移轉ニ關スル
當事者雙方ノ能力ハ苟モ所在國ノ國際公安ニ關セサル以上ハ常ニ其當事
者ノ本國法ヲ適用スヘシト爲ス點是ナリ故ニ此場合ノ問題ハ當事者ノ能
力ノ問題ニアラスシテ所有權得喪ノ方法自體ニ關スルモノナリ此方法ハ
左ノ二種ニ區別シテ之ヲ論セサルヘカラス

第一種ハ概シテ國際公安ニ關セサルモノ 即チ當事者ノ合意ニ依テ所有
權ノ取得及移轉ヲ爲ス場合はナリ抑モ合意ノ規則ハ當事者ノ意思ノ解釋
ヲ根據トシ專ラ其利益ノ保護ヲ目的トスルモノニシテ一國ノ公益ヲ基礎

トシテ設ケタルモノニアラス故ニ合意ニ關シテハ一ニ當事者ノ意思ヲ主
トシ敢テ物ノ所在國法ニ從ハシムヘキモノニアラス而シテ又タ此合意ニ
關シテハ其目的物ノ動産タルト不動産タルトニ依リテ之カ區別ヲ爲スヘ
キモノニアラス學者或ハ不動産ヲ目的トスル合意ハ常ニ其所在地ノ國法
ニ從フヘキカ如ク思惟スル者アリト雖モ是レ認説タルヲ免レス苟モ所在
國ノ公益ニ反セサル以上ハ不動産ト雖モ動産ト均シク當事者ノ欲スル所
ニ從テ隨意ニ之カ取得移轉ヲ爲シ得サルノ理アルヘカラス蓋シ自由ニ物
ヲ處分スルハ所有權中最モ重要ナル權能ナレハナリ故ニ合意ニ就キ物ノ
所在國法ニ從フハ唯タ左ノ二箇ノ場合ニ過キス

一、 合意ノ結果物ノ所在國ノ公安ニ關スルカ爲メ之ニ對シテ土地ノ法
律ヲ適用スルトキ

二、 當事者ノ合意ニ因リ物ノ所在國法ニ從フヘシト爲シタルトキ

然レトモ此第二ノ場合ニ於テハ當事者カ隨意ニ之ニ服從スルモノニシテ

一國國法ノ命スル所トシテ之ニ服從スルニアラサルナリ
 合意ノ結果物ノ所在國ノ國際公安ニ關スルモノトシテ必ス其國法ニ從ハ
 サルヘカラサル場合ハ不動產所有權ノ移轉ニ就テ法律ノ定ムル所ニ從ヒ
 登記ヲ爲スニアラサレハ第三者ニ對抗スルコトヲ得スト爲スカ如キ又々
 動產ニ關スル所有權ノ移轉ニ就テ其物ノ引渡ヲ爲スニアラサレハ第三者
 ニ對シテ効力ナシトセル規則ノ如キ即チ是ナリ蓋シ此等ノ規則ハ共ニ物
 權移轉ノ確實ヲ圖リ一般經濟上ノ理由ニ基クモノナルヲ以テ外國人ト雖
 モ亦之ニ從ハサルヘカラルナリ
 合意ニ因ル所有權ノ移轉ニ關シテハ其選フ所ニ任シ何レノ國法ニ從フモ
 自由ナルヲ以テ原則ト爲スト雖モ其合意ノ形式ニ關シテハ場所ハ行爲ヲ
 支配ストノ原則ニ從ヒ其行爲地ノ法律ニ從フヲ以テ通則ト爲ス例ヘハ佛
 國人ノ如ク贈與ヲ爲スニハ特別ノ方式ヲ要スル國法ノ下ニ在ル人民ト雖
 モ我國ニ於テハ私署證書ヲ用弗若クハ書面ヲ用弗スシテ之ヲ爲スモ尙ホ

第二種
國際公安
ニ關スル

第一、先
占

其効力ヲ有スヘシ然レトモ形式ニ關シテハ又々一般ノ通則ニ從ヒ苟モ其
 行爲地ノ公益ニ反セサル以上ハ尙ホ其當事者ノ本國法ニ從フモ其自由ナ
 ル所ナリトス但シ其實際ノ適用ハ當事者タル外國人雙方其國籍ヲ同ウセ
 ル場合ニノミ生スルモノトス
 第二種ハ國際公安ニ關スルモノ 契約以外ノ所有權取得ノ方法ハ概シテ
 之ヲ謂ヘハ悉ク一國ノ公益ニ關セサルハナシ故ニ常ニ物ノ所在國法ヲ適
 用スヘキモノナリ今試ミニ其場合ヲ列舉シテ之ヲ論セン
 第一 無主ノ動產ノ所有權ヲ先占ニ依テ取得スルハ無用ヲ轉シテ有用ト
 爲スモノニシテ一國經濟上ノ理由ニ基クモノナリ又々無主ノ不動產ヲ國
 庫ノ所有ニ歸シテ個人ノ所有ニ歸セサルハ一ハ先占ニ關スル爭論ヲ防ク
 ノ目的ニ出テ一國公安維持ノ理由ニ基キ一ハ不動產ハ國家ノ基礎タル國
 土ノ一部ヲ爲スモノナレハ之ヲ國庫ノ所有ニ歸シテ更ニ適當ナル人ニ附
 與セントスル經濟上ノ理由ニ基クモノニシテ孰レカ公益上ノ規定ナラザ

ルハナシ從テ外國人ニモ尙ホ之ヲ適用セサルヘカラス例ヘハ外國人ノ所屬國法ニ於テ無主ノ動産ニ就テ先占取得ヲ許ササル場合ニ於テモ我國ニ在テハ猶ホ此等ノ外國人ニ無主動産ノ先占取得ヲ許スモノトシ之ニ反シテ外國人ノ所屬國法ニ依レハ無主ノ不動産ノ先占取得ヲ許ストキト雖モ我國ニ於テハ之ヲ許サスト爲スカ如シ

第二、遺失物ノ發見及埋藏物ノ發見

第二 遺失物ノ拾得、埋藏物ノ發見ニ關スル規則モ亦タ一國ノ公益ニ關スルモノナリ蓋シ之ニ因リテ其幾分ノ權利ヲ拾得者又ハ發見者ニ與ヘサルトキハ一國ノ富ヲ減シ苦クハ之ヲ増ササルノ恐レアリト謂フ經濟上ノ理由ニ基ケルモノニシテ即チ一國ノ公益ニ關スルモノナリ故ニ之ニ關スル外國人所屬國法ノ規定如何ニ拘ラス常ニ內國法ノ規定ヲ適用セサルヘカラス

第三、添付

第三 添付ニ因テ所有權ヲ取得スル場合ニ於テモ其附合ナルト混和ナルト將タ加工ナルトヲ問ハス強テ之ヲ分離スルトキハ或ハ全ク其價格ヲ失

第四、時効及占有

ヒ或ハ莫大ノ費用ヲ要シ或ハ少クトモ價格ノ幾分ヲ減シ爲メニ一國經濟上ニ不利益ナリトシテ之カ規定ヲ設ケタルモノナリ故ニ外國人ノ所屬國法ニ於テ其規定ヲ異ニスルトキト雖モ內國ニ在テハ又タ必ス內國法ノ規定ニ從ハサルヘカラサルナリ

第四 時効及占有ニ因ル取得ハ專ラ公益上ノ理由ニ基クコト深ク論スルヲ要セス例ヘハ我新民法第六十二條第一項ニ於テ二十年間所有ノ意思ヲ以テ平穩且公然ニ他人ノ物ヲ占有シタル者ハ其所有權ヲ取得スト爲シ以テ動産不動産ノ取得時効ニ關スル原則ヲ定メタルカ如キ又タ同條第二項ニ於テ不動産ノ善意ノ占有者ハ十箇年ノ時効ニ因リ其所有權ヲ取得ス云々ト爲スカ如キ又タ第九十二條ニ於テ平穩且公然ニ動産ノ占有ヲ得タル者カ善意ニシテ且過失ナキトキハ即時ニ其動産ノ上ニ行使スル權利ヲ取得スト規定シテ一般ニ占有ニ因ル動産權ノ取得方法ヲ認メタルカ如キ或ハ又タ第九十三條ニ於テ其物ノ盜品又ハ遺失物ナル場合ト雖モ一

箇年間ニ其回復ノ請求ヲ受クサルトキハ其權利ノ確定スルコトヲ規定シタルカ如キ悉ク物權移轉ノ安固ヲ圖リ就中所有權ノ安全ヲ企圖シタル一國經濟上ノ重要ナル理由ニ基クモノナリ故ニ外國人ト雖モ其所屬國法ノ規定如何ニ拘ラス此等ノ規定ニ就テハ必ス亦タ內國法ニ從ハサルヘカラス從テ時効又ハ占有ニ因リ取得スル權利ノ如何ナルモノナルカ又タ其占有ノ性質及時効ノ期限ノ如キ又タ其中斷停止ノ理由ノ如キ悉ク內國法ヲ適用スヘキモノトス例ヘハ佛國法ニ從ヘハ不動産ノ取得時効ハ善意ノ場合ハ十年又ハ十五年トシ惡意ノ場合ハ之ヲ三十年トシ動産ノ占有モ亦タ盜品遺失品ニ係ルトキハ三箇年間其所有者ノ回復訴權ヲ許スト雖モ此等ノ國法ノ下ニ在ル佛國人假リニ我國ニ於テ一切動産不動産ノ取得ヲ爲シ得ルトセハ之ニ對スル取得時効ハ常ニ我國法ヲ適用シ不動産ニ關シテハ善意ノ占有ナルトキハ十年ヲ以テ時効取得ヲ得セシメ其善意ナラサル場合ハ之ヲ二十年ト爲シ又タ盜品遺失品ノ場合ニ於テモ之カ回復訴權ヲ行

四

フノ期限ヲ二箇年トスヘキナリ其他不動産ニ關シテハ十二年ヲ以テ時効ノ期限トセル英國人ノ如キ又タ善意惡意ヲ問ハス十年ヲ以テ時効ノ期限トセル露西亞人ノ如キ又タ動産ニ關シテハ善意ノ占有ニ對シテモ猶ホ羅馬法ノ規定ニ從テ三年ヲ經サレハ所有權ヲ取得セストセル西班牙人ノ如キ皆我國ニ在テハ內國法ノ定ムル所ニ從ヒ或ハ十年二十年又ハ即時ニ其權利ヲ取得スルコトヲ得ヘキナリ

動産ハ容易ニ其所在ヲ變シ之ヲ外國ニ輸送スルヲ得ルヲ以テ法律ノ適用上往々困難ヲ來タスコトアリ例ヘハ西班牙ニ於テ一物ヲ買受ク之ヲ我國ニ持來リ其占有ハ我國法ノ即時取得ヲ許スノ規定(民法第百九十二條)ニ適合セルトキ西國ノ國法ニ從テ三年間ハ猶ホ其回復訴權アリトシテ訴ヲ起シタル場合ノ如キハ我國法ニ從テ其請求ヲ棄却スヘキカ或ハ其占有ヲ始メタル西國法ニ從テ之カ回復ヲ許スヘキ乎此問題ハ多少ノ疑ナキニアラスト雖モ余輩ハ其動産ハ內國ニ入ルヤ否ヤ直ニ其時ヨリシテ內國法ニ從

ヲ占有セラレタルモノト看做シ之ニ對シテ内國法ノ定ムル占有取得ノ規定ヲ適用シ其回復ノ請求ヲ斥クルコトヲ得ヘシト信ス是レ其動産一朝内國ニ入ルトキハ一國ノ公益上ヨリ其所有ノ安全ヲ保タシムルノ必要アレハナリ又タ之ト同一ノ理由ニ依リ佛國ニ於テ買入レ我國ニ持來リタル動産ニシテ其物ノ盜品又ハ遺失品ニ係ル場合ハ佛國法ニ從ヘハ三箇年間回復訴權ヲ許スト雖モ我國ニ於テハ二年以後ハ其訴權ヲ許サストナスヲ得ヘシ

地役權

第二款 地役權

二〇八 地役權ハ之ヲ廣義ニ解スルトキハ他人ノ土地ヲ自己ノ用ニ供スル物權ナリト謂フヲ得ヘシ而シテ地役ハ古來之ヲ土地ニ關スルモノト人ニ關スルモノトノ二種ニ區別セリ其所謂土地ニ關スル地役トハ土地ノ

土地ニ關スル地役
各國法制
我新民法ノ規定

利益ノ爲メニ他人ノ土地ヲ使用スルモノヲ謂ヒ人ニ關スル地役トハ他人ノ利益ノ爲メニ他人ノ土地ヲ使用スルモノヲ謂フ我新民法ニ於テハ一切人ニ關スル地役ヲ認メサルヲ以テ原則トシ唯タ例外トシテ一種ノ地役タル入會權ニ其規則ヲ準用スルニ過キス然レトモ各國ノ法律上尙ホ人ニ關スル地役ヲ認メタルモノ多ク又タ我新民法上ノ地上權及永小作權モ亦タ汎ク學理上ヨリ之ヲ見ルトキハ人ニ關スル地役ノ一種ト謂フコトヲ得ヘシ依テ今便宜上之ヲ一括シテ論セントス故ニ本款ニ所謂地役ハ新法典第六章ニ規定スル地役ヨリ復ニ廣義ノモノナルコトヲ知ルヘシ

第一 土地ニ關スル地役

二〇九 先ツ各國ノ法制ヲ見ルニ我新民法ニ於テハ佛國法ノ如ク法律上ノ地役ヲ認メス其法律上ノ地役ト稱スルモノハ多クハ所有權ノ制限ナルヲ以テ之ヲ所有權ノ部ニ規定シ唯タ人爲的ノ地役權ノミヲ認メタリ且ツ其第二百八十條ニ於テ地役權者ノ權利ヲ規定シ地役權者ハ設定行爲ヲ

以テ定メタル目的ニ從ヒ他人ノ土地ヲ自己ノ土地ノ便益ニ供スル權利ヲ有ス云々ト爲シ我法典ノ所謂地役權ハ土地ノ爲メニ土地ヲ使用スルノ權利ナルコトヲ明言シ人ニ關スル地役權ナルモノヲ認メス又々同條但書ヲ以テ第三章第一節中ノ公ノ秩序ニ關スル規定ニ違反セサルコトヲ要スト爲シ所有權ノ限界中其所謂公益ニ關スル規定ニ反スル地役ハ不法ナリトシテ之ヲ禁セリ其不法ノ地役トハ例ヘハ袋地ノ所有者カ圍繞地ノ上ニ通行ヲ爲サストスルモノ隣地ヨリ水ノ自然ニ流下スルヲ妨クルモノ界標ヲ設クサルコトヲ約スルモノ等即チ其著キモノナリ

地役權ノ設定ハ契約ヲ以テ之ヲ爲ス場合最多ク又々遺贈ヲ以テ之ヲ設定スルモ法律ノ禁スル所ニアラス又々通則ニ從ヒ時効ニ因リテモ尙ホ其權利ヲ取得スルコトヲ得ヘシトセリ但シ此場合ニハ其地役繼續且ツ表見ノモノニ限ルトセリ然レトモ外國法ノ如キ所有者ノ用法ニ依ル地役權設定ノ方法ヲ認メス蓋シ之ヲ認メサレハ必竟當事者ノ意思ノ解釋ニ基クモ

ノニシテ特別ノ設定方法ト爲スノ要ナシト謂フニアルカ如シ地役權ノ消滅ニ就テハ混同及時効ノ規則ヲ適用スルコトヲ得ヘシ即チ地役權ハ第一混同ニ依リテ消滅ス新民法第七十九條第一項ニ曰ク同一物ニ付キ所有權及ヒ他ノ物權カ同一人ニ歸シタルトキハ其物權ハ消滅ス又々同條第二項ニ曰ク所有權以外ノ物權及ヒ之ヲ目的トスル他ノ權利カ同一人ニ歸シタルトキハ其權利ハ消滅スト此等ノ物權總則ノ規定ハ又々此地役權ニ關シテ之ヲ適用スルコトヲ得ヘシ第二時効ニ因リテ消滅ス此消滅時効ニ就テハ三個ノ規定アリ一第百六十七條第二項ニ於テ債權又ハ所有權ニアラサル物權ハ二十年間之ヲ行ハサルニ因リテ消滅ストアルモノ(二)第二百八十九條ニ於テ承役地ノ所有者カ取得時効ニ必要ナル條件ヲ具備セル占有ヲ爲シタルトキハ地役權ハ之ニ因テ消滅ストアルモノ(三)第二百九十三條ニ於テ地役權者カ其權利ノ一部ヲ行使セサルトキハ其部分ノミ時効ニ因リテ消滅ストアルモノ即チ是ナリ要スルニ地役權ノ消滅時

佛國及伊

効ハ承役地ノ所有者ニ於テ完全ナル占有アルトキハ新民法第百六十二條ニ從ヒ其善意ナルト否トニ因リテ十年若クハ二十年ノ後消滅ニ歸シ又タ地役權ノ行使ヲ爲サザリシトキハ其全部ナルト一部ナルトヲ問ハス其不行使ノ部分ハ二十年ノ後ニ至レハ消滅スルモノトス

佛國及伊國ニ於テハ法律上ノ地役ト人爲上ノ地役トノ二種ヲ設ケ其法律上ノ地役中ニハ一方ニ於テ一國又ハ一町村ノ公益ニ關スルモノ即チ軍事林制道路又ハ河川ニ關スルモノヲ認メ他方ニ於テ我新法典ノ所有權ノ限界中ニ規定セルモノヲ地役トシテ之ヲ認メリ又タ人爲上ノ地役ニ至テハ土地ノ便益ノ爲メニ他人ノ土地ヲ使用スル地役ハ公ノ秩序ニ關セサル限リハ隨意ニ之ヲ設定スルコトヲ得ト爲セリ而シテ其設定ノ方法ハ合意時効所有者ノ用法等ト爲シ又タ其消滅ノ方法ハ混同三十年間權利ノ不使用其他通則ニ從ヒ設定期限ノ満了地役權者ノ權利ノ拋棄等トセリ

英國ニ於テモ亦タ或種ノ地役ヲ認ムルカ如シ例ヘハ隣地通行ノ地役觀望

英國

獨逸

ノ地役隣地ニ支柱ヲ設ケル地役ヲ如キ是ナリ而シテ其設定ノ方法ハ或ハ合意ヲ以テスルアリ或ハ二十年ノ取得時効ヲ以テスルアリ或ハ自然ノ結果ニ因ルトスルモノアリ例ヘハ土地ノ一部ヲ買受ケタル者其賣主ノ土地ヲ通過スルニアラサレハ公路ニ出ツルコトヲ得サル場合ノ如キ賣買契約ノ自然ノ結果トシテ地役權ノ設定アルモノトセリ

獨逸ニ於テモ一般ニ地役ハ土地ノ便益ノ爲メ他ノ土地ノ上ニ設ケルヲ以テ原則ト爲スト雖モ例外トシテ或ル有形無形ノ特權者ニハ隣地ノ所有者ニアラサルモ之ニ地役權ヲ與フルカ如シ例ヘハ或種ノ射的會社ノ爲メニ所有地上ニ射的ノ權利ヲ與アルカ如キ又タ或種ノ牧畜會社ノ爲メニ所有地内ニ牧畜ヲ爲サシムルカ如キ是ナリ又タ獨逸法系ノ國ニ於テハ法律上ノ地役及人爲上ノ地役ヲ認メ地役設定ノ契約ハ土地臺帳ニ登記スルニテサレハ効力ナシトセリ但シ此點ニ付キツトハ舊イ法典ハ外見イ工事ニ依テ明カニ之ヲ知ルコトヲ得ルモノニ就テハ例外ヲ設ケリ又タ千八百七

西班牙

十二年ノ普國法及索遜法典ハ右登記ノ規則ヲ廢止セリ
 西班牙ニ於テハ羅馬法ノ區別ニ從ヒ市街地ノ地役ト田野ノ地役トノ二種
 ナリ而シテ其性質モ亦タ法律上ノモノト人爲上ノモノトニ區別シ其
 取得ノ方法ハ合意遺贈時効及占有等ナリトス又タ地役設定ノ行爲ハ土地
 臺帳ニ登記スルニアラサレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルヲ得ストシ其消
 滅ハ混同拋棄期限滿了權利ノ不使用等ナリトス

露西亞

露西亞ニ於テハ法律上又ハ裁判上ノ地役ナルモノアリ又タ人爲上ノ地役
 モ之ヲ認メタリ然レトモ同國ニ於テハ時効ヲ以テ地役權取得ノ原因ト爲
 サス又タ人爲上地役ノ設定ハ必ス書類ヲ以テ之ヲ證セサルヘカラストシ
 其證書ハ必ス其不動産所在地ノ臺帳ニ登記セサルヘカラスト爲セリ而シ
 テ地役ノ消滅ハ地役權者ノ拋棄混同當事者間ノ買戻契約期限滿了解除條
 件及十年間ノ消滅時効等ナリトス

地役ニ關スル法律ノ細則

二一〇 地役ニ於ケル法律ノ牴觸ニ關スル規則モ亦タ所有權ノ場合ト

原則ノ適用

同シク當事者ノ所屬國法ヲ適用スルヲ以テ原則トス而シテ國際公安及形
 式ニ關スルモノ若クハ當事者ノ意思ノ解釋ニ任スルモノハ其例外ヲ爲ス
 コト亦タ前ニ述ブル所ト異ルコトナシ依テ今一二ノ場合ニ就テ左ニ此原
 則ノ適用ヲ示サン

- 一 地役ハ土地ヲ目的トスル一ノ物權ナリ從テ其制度ノ如何ハ一國ノ
 公益ニ關スルモノナリ故ニ要役地又ハ承役地ノ所有者ハ何レノ國人
 ト雖モ其土地ノ所在國法ニ從フヲ以テ原則トス是ヲ以テ我國法ニ於
 ケルカ如ク地役ハ土地ノ便益ノ爲メニ他ノ土地ヲ使用スルモノニ限
 ルトセル國ニ於テハ其性質ニ違ヒ人ノ便益ノ爲メニ他ノ土地ヲ使用
 スルカ如キ又タ土地ノ便益ノ爲メト雖モ人ノ上ニ義務ヲ負ハシムル
 カ如キ地役ハ之ヲ設定スルコトヲ得ス

- 二 地役權ノ取得及消滅ノ方法ニ就テハ普通ノ規則ニ從ヒ當事者ノ能
 カニ關スル者ハ其所屬國法ヲ適用シ其形式ニ關シテハ場所ハ行爲ヲ

支配スルノ原則ニ從テ行爲地法律ニ從テ當事者ノ意思ノ自由ニ任
 スヘキ性質ノモノハ一國ノ國際公安ニ關セサル以上ハ又タニ其意
 思ノ解釋ニ從テ得ヘシ例ヘハ所有者ノ用法ニ依ル地役ノ設定ノ如
 キ我新民法上明カニ之ヲ認メスト雖モ其方法ニ依テ地役ノ設定ヲ爲
 スモ敢テ我國ノ公益ニ反スルコトナシ故ニ當事者ノ意思如何ニ因リ
 又タ此方法ニ依ル地役權ヲ認ムルヲ得ヘシ

三 地役ノ設定行爲ニ於テ之ヲ登記スル規則ノ如キ亦タ不動産ニ關ス
 ル公益上ノ規定ナルカ故ニ外國人ノ我國ニ在ル者ハ假令其外國人ノ
 所屬國ニ於テハ斯ル制度ナシトスルモ必ス我國法ノ命スル所ニ從ハ
 サルヘカラス

四 地役權ノ取得時効及消滅時効ノ如キモ亦タ一國ノ公益ニ關スル規
 定ナリ從テ外國人ノ所屬國法ニ於テ此種ノ規定ナシトスルモ我國ニ
 在テハ必ス我國法ノ規定ニ從ハサルヘカラス又タ外國人ノ所屬國法

入ニ關ス
 地役
 各國法制
 新民法ノ
 規定

ニ其制度ナキニアラサルモ其規定ヲ異ニスル場合ニ於テハ亦タ我國
 法ノ定ムル所ニ從フヘキモノトス

第二 人ニ關スル地役

二一 我新民法ニ於テハ人ニ關スル地役ヲ認メス從テ外國ノ法制中
 ニ在ル用益權住居權使用權ノ如キハ之ヲ物權トシテ規定セス然レトモ人
 ニ關スル地役ハ學理上汎ク之ヲ解スルトキハ我法典ニ於テ物權トセル地
 上權及永小作權ノ如キモ亦タ之ニ包含セシムルコトヲ得ヘシ故ニ今此二
 種ノ權利ニ就キ少シク講究スル所アラントス

地上權ハ他人ノ土地ニ於テ工作物又ハ竹木ヲ所有スル爲メ其土地ヲ使用
 スル權利ニシテ新民法第二百六十五條永小作權ハ小作料ヲ拂ヒテ他人ノ
 土地ニ耕作又ハ牧畜ヲ爲ス權利ナリ(新民法第二百七十條)而シテ二者共ニ
 其性質ヲ論スレハ一種ノ借地權タルニ過キス即チ二者共ニ人ノ便益ノ爲
 メニ他人ノ土地ヲ使用スル權利ナリト謂フヲ得ヘシ是レ其性質上ヨリ見

ルトキハ人ニ關スル地役ノ一種ト爲スコトヲ得ル所以ナリ
我新法典ノ認ムル借地權ニ四種アリ地上權永小作權賃借權及使用賃借權
是ナリ而シテ前二者ハ之ヲ物權トシ後ノ二者ハ之ヲ債權ト爲セリ此諸種
ノ權利ハ素ト同一性質ノ借地權ナルカ故ニ其權利ノ區別ヲ爲スコト容易
ナラサル場合多シ然レトモ地上權ト永小作權トノ重要ナル差異ハ其目的
ノ上ニ在リテ地上權ノ目的トスル所ハ宅地又ハ林地ニシテ永小作權ハ耕
作及牧畜ヲ目的トスル借地權ナリ其他永小作權ハ必ス有償ノ設定ヲ要ス
ト雖モ地上權ハ必スシモ有償ナルヲ要セス然レトモ是レ單ニ學理上ノ區
別ニシテ地上權ト雖モ實際ニ於テハ有償ナル場合多キヲ以テ其主タル差
異ハ右ニ述ヘタル目的ヲ異ニスルノ點アルニ過キスシテ其性質ニ至テハ
二者同一ナリト看做スモ敢テ妨ケアルニアラス若シ夫レ二種ノ權利ヲ以
テ賃借權ト區別スルニ至テハ實際上極テ困難ナル場合多シト雖モ其詳細
ノ研究ハ之ヲ民法ニ讓リ此所ニ於テハ唯々地上權及永小作權ニ關スル一

二ノ重要ナル規定ニ就テ述ヘントス

新民法ニ於ケル地上權者ハ第二百九條乃至第二百三十八條ノ定ムル所有
權ノ限界ニ關スル規定ニ從ハサルヘカラス新民法第二百六十七條地上權
ノ存續期間ハ設定行爲ヲ以テ之ヲ定メタルトキハ如何ナル長期ト雖モ之
ヲ存續スルコトヲ得然レトモ設定行爲ヲ以テ之ヲ定メサルトキハ土地ノ
慣習ニ從ヒ慣習ナキトキハ多少ノ條件ヲ以テ地上權者ハ何時ニテモ其權
利ヲ拋棄スルコトヲ得若シ其拋棄ヲ爲ササルトキハ裁判所ハ當事者ノ請
求ニ因リ二十年以上五十年以下ノ範圍内ニ於テ其存續期間ヲ定ムト爲セ
リ(新民法第二百六十八條又タ永小作人ハ土地ニ永久ノ損害ヲ生スヘキ變
更ヲ爲スコトヲ得ス)新民法第一百七十一條永小作權ノ存續期間ハ二十年
以上五十年以下トシ其五十年ヨリ長キ期間ヲ以テ之ヲ設定シタルトキハ
五十年ニ短縮ス然レトモ五十年毎ニ之ヲ更新スルコトヲ得若シ當事者間
ニ存續期間ヲ定メサルトキハ土地ノ慣習ニ從ヒ慣習ナキトキハ之ヲ三十

年トス新民法第二百七十八條等其重要ナル規定ナリトス
 佛國ニ於テハ三種ノ人ニ關スル地役ヲ認メ悉ク其權利者ノ生存間若クハ
 之ヨリ短キ期間ヲ以テ消滅スルモノトセリ此共通ノ性質ハ則チ人ニ關ス
 ル地役ノ特性ニシテ其土地ニ關スル地役ト異ル所ナリトス

- 一 用益權 用益權ハ他人ノ所有物上ニ使用收益ノ權利ヲ有スルモノ
 ナリ此權利ハ不動産及動産ノ上ニ設定スルコトヲ得然レトモ一回ノ
 使用ニ依リテ消滅スル物ニ就テハ其物ノ性質用益權者カ其權利消滅
 ノ際ニ方リテ目的物ヲ原狀ノ儘ニテ返還スヘキ義務ト相容レサルヨ
 リ此種ノ物ニ對スル用益權ハ之ヲ準用益權ト稱シ其返還ノ際ニハ同
 種同量ノ物ヲ以テスルコトヲ許セリ
- 二 使用權 使用權ハ用益權ノ制限セラレタルモノニシテ使用權者自
 身及其家族ノ爲メ其物ヲ使用シ及ヒ之カ果實ヲ收益スル權利ナリ此
 權利ノ用益權ト異ル重要ナル點ハ此權利ハ之ヲ他人ニ讓渡シ又ハ之ヲ

賃借ニ附スルコトヲ得サルニ在リ

- 三 住居權 住居權ハ其性質全ク使用權ニ異ラス唯々之ヲ家屋ニ適用
 シタルニ過キサザルナリ

英國ニハ佛國ノ如ク用益權ノ制度アルコトナシ唯々所有權ヲ以テ人ノ一
 生テ期間トシテ有セシムルノ方法アルニ過キス是レ亦タ強テ之ヲ名ツク
 ルトキハ人ニ關スル一種ノ地役ト謂フコトヲ得ヘキ乎
 獨逸ニ於テハ其制度尙ホ封建ノ餘習ニ因ルヤ否ヤハ之ヲ論スルノ要ナシ
 下雖モ實際上人ニ關スル地役ノ數極テ多ク羅馬法ニ於ケルヨリモ猶ホ一
 層廣ク此種ノ地役ヲ許セリ羅馬法ニ於テハ使用權用益權住居權其他一二
 ノ人ニ關スル地役權ヲ認ムルニ過キスト雖モ獨逸法ニ於テハ人ノ便益ノ
 爲メ動産又ハ不動産上ニ設定シタル畢生間ノ性質ヲ有スル一切ノ權利ハ
 總テ之ヲ人ニ關スル地役ト爲シ個人ノ意思ヲ以テ隨意ニ之ヲ設定スルコ
 トヲ許スカ如シ

西班牙及
伊太利

地役權

五七二

西班牙及伊太利ニ於テハ佛國ノ制度ト殆ト異ル所ナク人ニ關スル地役トシテハ用益權住居權使用權ヲ認メ其權利ノ取得及消滅ニ關スル方法等亦タ殆ト佛國法ト異ルコトナシ

露西亞

露西亞ニ於テハ場合ニ依リ所有權自昧ト其收益權トヲ分離スルコトヲ許スト雖モ法律上ハ用益權住居權若クハ使用權等特種ノ權利ヲ認メサルヲ以テ通則トセリ然レトモ地方ニ依リテハ猶ホ羅馬法ノ用益權及住居權ニ關スル規定ヲ有スルモノアルカ如シ

人ニ關スル地役ニ就スルニハ法律ハ何レノ國法ナルヤ此

二一二 人ニ關スル地役ニ就キ適用スヘキ法律ハ何レノ國法ナルヤ此場合モ亦タ土地ニ關スル地役ノ場合ト同一ノ規則ニ從フヘキモノトス即チ原則トシテハ當事者ノ所屬國法ニ從ヒ例外トシテ國際公安ニ關スル場合場所ハ行爲ヲ支配スルノ原則及當事者ノ意思ニ因ル場合ノ制限ヲ適用スルニ在リ此規則ニ依リ左ニ場合ヲ分テ其適用ヲ示サン

一 我國法ニ於テ用益權住居權使用權ヲ物權トシテ認メサルハ之ヲ物

最モ國際
公安ニ關
スルモノ

權トスル下ニハ國家經濟上有害ナラズ爲スニ因ル故ニ之ニ關スル制度ハ所謂國際公安ニ關スルモノトシテ外國人ニモ尙ホ之ヲ適用シ其所屬國法ニ於テハ此種ノ權利ヲ許ス場合ト雖モ我國ニ於テハ一切之ヲ設定セシムヘキモノニアラサルナリ

二 之ニ反シテ地上權永小作權ハ我國法ノ物權トシテ認ムル所ナリ此規定モ亦タ一國經濟上ノ理由ヨリ來ルモノナリ故ニ外國人ノ所屬國法ニ於テ之ヲ認メサル場合ト雖モ我國ニ在テハ之ニ關スル一切ノ規定ヲ適用スルコトヲ得ヘシ然レトモ若シ其取得享有消滅ノ規則中我國ノ公益ニ關セサルモノ又ハ場所ハ行爲ヲ支配ストノ原則ヨリ來ルモノ其他當事者ノ意思ノ自由ニ任スルモノハ又タ其所屬國法ニ依ルコトヲ得ヘシ

二一三 地上權及永小作權ニ關スル規定中其最モ公益ニ關スル一ニノ場合ヲ舉クレハ左ノ如シ

地役權

五七三

一 永小作權ニ就テハ我新民法第二百七十八條ノ規定ノ如キ其存續期間ニ關スルモノハ若シ之ヲ無制限ニ延長スルトキハ土地ノ改良ニ注意ヲ怠ルニ至リ遂ニ一國ノ公益ヲ害スルノ恐アリ故ニ此種ノ規定ハ所謂國際公安ニ關スルモノトシテ外國人ニモ亦之ヲ適用セサルヘカラス

二 地上權及永小作權ニ關シ其消滅ノ場合ニ土地ノ所有者カ時價ヲ提供シテ其地上ニ施シタル工作物竹木等ヲ買取ル旨ヲ通知シタルトキハ地上權者及永小作權者ハ正當ノ理由ナクシテ之ヲ拒ムコトヲ得スト爲セル規定(新民法第二百六十九條及第二百七十九條)ノ如キ若シ工作物竹木ノ權利者カ之ヲ收去スルニ任スルトキハ多クハ其物ノ價格ヲ損シ又タ土地ノ價格ヲ損スルコト稀ナリトセス此ノ如キハ獨リ當事者双方ノ利益ヲ害スルノミナラス亦然國家經濟上ノ不利益ヲ來スモノナリ故ニ此種ノ規定モ一國ノ公益ニ關スル所ナリ

三 永小作人ハ其耕作又ハ牧畜以用ニ供スル土地ニ永久ノ損害ヲ生ズベキ變更ヲ加フルヲ得ズル規定(新民法第二百七十一條)ノ如キ亦之ヲ許ストキハ土地ノ價格ヲ損シ國家經濟上ノ不利益ヲ來スル以テ公益上ノ理由ヨリシテ之ヲ禁シタルモノナリ

四 地上權者間若クハ地上權者ト土地所有者間ニ就テ所有權ノ限界ニ關スル規定ヲ適用シ地上權者ヲ以テ恰カモ土地所有者ト同一視シ其權利ノ制限ヲ定メタルカ如キ(新民法第二百六十七條)其制限多クハ公益上ノ理由ニ基クルモノナリ

五 地上權ノ存續期間ニ就キ裁判所カ種々ノ事情ヲ斟酌シテ二十年以上五十年以下ノ範圍内ニ於テ之ヲ定ムルカ如キ(新民法第二百六十八條第二項)亦タ土地ノ改良ヲ怠ルカ如キ變テカラシメントスル公益上ノ理由ニ出テタルモノナリトス然レトモ地上權ハ永小作權ト異リ第二百六十八條第一項ノ規定ニ依レハ設定行爲ヲ以テ地上權ノ存續期

間ヲ定メサリシ場合ニ於テ云々トアルヲ以テ反對推理ニ依リ設定行爲ヲ以テ其存續期間ヲ定メタルトキハ永久ナルコトヲ得ルト解スヘキカ如シ從テ地上權ノ存續期間ニ關スル規定ハ或ハ之ヲ公益上ノ關係ナシト推論スル者ナキヲ保セス然レトモ斯ル論定ハ地上權ノ性質上決シテ許スヘキモノニアラス蓋シ地上權ハ殆ト所有權ニ均シキ強カノモノナルヲ以テ斯ル權利ヲ永久ニ存續セシメシ乎所有權者ハ空シク虛名ヲ有スルノミニシテ毫モ利益ヲ得サルカ爲メ之カ改良ヲ加ヘス又々地上權者モ強カナル權利者ナリト雖モ土地ノ所有者ニアラサルカ爲メ之カ改良保存ニ就テ忠實ナルコト能ハス若シ此ノ如クニシテ二者共ニ其土地ヲ損壞ニ委シテ顧ミルコトナカラシカ國家ノ不利益ハ將サニ測ラレサルモノアルニ至ラシ是レ豈ニ國際公安ニ關セスト謂フヲ得ンヤ況ヤ法文ニ於テハ存續期間ヲ定メサリシ場合トアリテ之ヲ反對ニ解釋シテ存續期間ヲ定メタル場合ハ當事者ノ定メタ

ル期間ニ從フヘキモノト爲スモ既ニ存續期間ト謂ハハ必スヤ其終期ナカルヘカラス凡ソ期間ニハ始期及終期アリ若シ此始終ナクハ是レ即チ期間ニアラス豈ニ又々所謂永久若クハ無限ナルモノアラシヤ此故ニ地上權ヲ以テ永久ニ存續セシムルカ如キハ獨リ其性質上不可ナルノミナラス法文ノ解釋上亦之ヲ許ササルコトヲ知ルヘシ既ニ公益上ノ理由ニ出テタルモノナリトモハ外國人ト雖モ我國ニ在テハ亦タ此規定ニ從ハサルヘカラサルコト敢テ多言ヲ要セサルナリ

以上述フル所ノ第二及第三ノ場合ニ就テ我新民法ハ之ト異リタル慣習アルトキハ其慣習ニ從フト規定セリ(新民法第二百六十九條第二項及第二百七十七條)是レ或ハ當事者ノ意思ヲ主トスルモノニシテ之ニ關スル規定ハ公益ニ關セサルカ如シト雖モ凡ソ慣習ハ其土地ノ人情ニ適ヒ又々經濟上ノ理由ニ合スルモノト看做シタルモノニシテ敢テ個人ノ意思ニ因ルノ精神ニアラサルナリ故ニ外國人ノ我國ニ在ル者