

とし、或は露西亞國籍法(第一六號)の如く十四歳以上の子に就ては何等の影響をも及ぼさざるものとし、或は白耳義國籍法(第四條)又は英國々籍法(第五節)の如く子が成年に達したる後選擇權を行使せしむるものもあるが、大多數の立法例に於ては父母の歸化は當然未成年の子の國籍を變更することを認むることを以て例としてゐる。

我國籍法第十五條に於ても亦此の主義を採り我國に歸化したる者の子が其本國法に依つて未成年者なるときは父又は母と共に我國籍を取得すべきものと規定してゐる。尙同條第二項にも前項の規定は子の本國法に反對の規定あるときは之を適用せずと規定してゐるが、若し子の本國法に於て成年に達したる後選擇權を行使し得べきことを條件として國籍の變更を認むるときは、之を反對の規定と見做すべきや否やは疑問であると言はねばならぬ。何となれば若し之を反對規定として我國籍を取得することを得ざるものとすれば、國籍の變更を認むる本國法の規定に矛盾すべく、若し又之を反對規定にあらずとして我國籍を取得せしむべきものとすれば、條件附の國籍取得を認めざる我國籍法の精神に矛盾するの譏を免れないからである。従つて本條に就ても亦第二項を削除するか然らずん

ば之に代へるに子が成年に達したる後一定の期間内に舊國籍を選択するの自由を認むるを以て一層妥當なりと言はざるを得ないのである。

第四款 歸化人の權利制限

歸化人の
權利制限

歸化に因り我國籍を取得したる者は生來の臣民と同様に、臣民たるの權利を享有し臣民たるの義務を負担せざるべからざるは素より論を俟たないのである。従つて歸化人は私法上の權利を享有し私法上の義務を負担する點に於て生來の内國人と毫も異なる所なきは勿論各種公法上の義務特に兵役の義務を負担する點に於ても亦生來の内國人と全然同様である。併し公法上の權利又は特權は國家の利害休戚に關係する所が多いので、昨日まで外國人であつた歸化人をして生來の臣民と全く同様に之を享有せしむることは、多少の危険なきにしもあらざるを以て、何れの國に於ても歸化人には一定年限の間二、三の重要な權利又は特權を附與することを制限するを以て例としてゐる。例へば歸化人は終身間大統領副大統領の被選舉權を制限せられ若くは五年又は十年間國會議員の被選舉權を享有することを得ざるが如きである。我國籍法第十六條も亦此の主意より歸化人及び歸化人の子並に日本人の養子又は入夫と爲りたる者は終身間左に掲ぐる

權利を享有することを得ざるものとしてゐる。

- 一 國務大臣と爲ること
- 二 樞密院の議長副議長又は顧問官と爲ること
- 三 宮内勅任官と爲ること
- 四 特命全權公使と爲ること
- 五 陸海軍の將官と爲ること
- 六 大審院長會計検査院長又は行政裁判所長官と爲ること
- 七 帝國議會の議員と爲り又は之を選擧すること

以上の制限は國籍法第十七條の規定に依り我國に特別の功勞あるが爲めに歸化を許可したる者に付ては國籍取得の時より五年後、其他の者に付ては十年の後、内務大臣は勅裁を経て之を解除することが出来るが、終身間を原則とする點に於て甚だ長きに失するの非難を免れざるのみならず、斯る多數の官職に就くの權利を制限し、特に帝國議會議員の選舉權をも制限するが如きは、他國に類例を見ざる過當の制限であると言はねばならぬ。

第三項 國際法上の原因

以上は我國國籍法に規定したる國籍取得の原因であるが、外國人は國籍法の規定以外に尙國際法上の原因に依つて我國籍を取得する場合あることを忘れてはならぬ。憲法第十八條は、日本臣民たるの要件は法律の定むる所に依ると明言するが故に、法律の規定以外に國籍取得の原因を認めざるが如くに見えるが、憲法第十八條は唯個々の個人が日本臣民と爲るの要件は法律の規定に依るべきことを明言するのみであつて、法律の規定以外に尙憲法第十三條に規定せる宣戰講和條約締結の結果として、多數の外國人が一括して日本臣民と爲る場合あることを豫想するものであると言はねばならぬ。即ち我國が他國を併合し又は征服したる場合に被併合國又は被征服國の臣民が我國の臣民と爲り、或は我國が他國より領土の一部を讓受けたるが爲めに割讓地の住民が我國の國民と爲るが如き場合に於ける國籍の取得は、憲法第十八條及び國籍法の規定に豫想せざる原因であつて、憲法第十三條と國際法の原則とより由來する結果に外ならないのであるから、茲に國際法上の原因に依る國籍の取得と題して其大要を敍説することとする。

第一款 併合の場合に於ける國籍の取得

一國が他國を併合したる場合に被併合國の臣民が凡て併合國の國籍を取得す

併合の場合に於ける

ることは古今の歴史に徴して明白なる事實である。唯問題とすべきは斯る場合に於ける国籍變更の理由如何である。一派の學者は被併合國の臣民が併合國の国籍を取得する所以は其意思に由るのであつて被併合國臣民と併合國との契約の結果であると説明するがこれは理論上に於ても事實上に於ても維持し得べからざる謬見である。何となれば被併合國の臣民は併合條約の當事者にもあらず又第三者にもあらざるが故に併合國との間に何等の條約をも取結ぶことを得ざるは勿論併合條約に對して賛否の意思をも表示することを得ざるものであるからである。或は被併合國に於て議會の決議又は人民投票に依つて併合の可否を決することもあるがこれは唯被併合國の憲法上の問題たるに過ぎないか或は又併合國が併合の強制的にあらざることを虚飾する外交上の手段たるに過ぎないのである。且斯る場合に併合に極力反對したる少數者も亦賛成者と同様に併合國の臣民と爲らざるを得ないのであるから契約説の如何に無稽なるかは極めて明白であると言はねばならぬ。

然らば併合の場合に於ける国籍變更の根據は何であるか。吾人は之に答へて曰く臣民主權移轉の結果であると。蓋し國家の併合條約は被併合國の主權の全

部即ち領土主權及び臣民主權を併合國に讓渡する合意である。従つて被併合國の領土が併合國の領土と爲る所以は領土に對する主權が併合國に移轉したる結果であると同様に被併合國の臣民が併合國の臣民と爲る所以も亦臣民に對する主權が併合國に移轉したる結果に外ならないのである。此の法理を最も明白に表示したるものは日韓併合條約である。即ち同條約第一條に依り韓國皇帝陛下は韓國全部に關する一切の統治權を完全且永久に我皇帝陛下に讓渡せられたる結果として主權の客體たる韓國臣民は併合に反對したると否とを問はず又併合の當時韓國内に居住したると否とに拘らず皆悉く日本臣民と爲るに至つたのである。

第二款 征服の場合に於ける国籍の取得

一國が他國を征服したる場合に於ても亦被征服國の臣民は征服國の臣民と爲るを以て原則とする。併し乍ら此の場合には併合の場合とは根本原則を異にすることに注意せねばならぬ。何となれば征服の場合に於ては被征服國の主權は國家の滅亡と共に滅亡するが故に征服國と被征服國との間には併合の場合に於けるが如き主權の授受は有り得ないからである。蓋し征服の場合に征服國が被征

服國の領土を取得する所以は征服に因る原始的取得であつて、被征服國の領土主權を承繼したる爲めではないのである。國家の滅亡と共に其國籍を喪失したる被征服地の住民が征服國の國籍を取得する所以も亦これと同様であつて、征服に因り征服國に對して絶對的に服従する事實關係が確立したる結果として其國の臣民と爲るに過ぎないのである。従つて事實上斯る服従關係を有せざる者例へば征服以前より他國に居住する者又は征服に反抗して他國に逃亡したる者は、征服國の國籍を取得せざる點に於て併合の場合と全然その結果を異にするものである。(一九〇二年英國が南阿トランスヴァール及びオレンヂ自由國を征服したる場合に於ける實例參照)

第三款 割讓の場合に於ける國籍の取得

一國が領土の一部を他國に割讓したる場合に、割讓地の住民が讓渡國の國籍を喪失すると共に讓受國の國籍を取得する所以も亦國家併合の場合に於けると同一の法理に依り臣民に對する主權が割讓國より讓受國に移轉したる結果であると言はねばならぬ。然るに一派の學者中には領土割讓の場合に、割讓地の住民が其國籍を變更する所以は住民と讓受國との間に於ける契約の結果であると主張する者もあるが、これは一方に於ては領土割讓の意義が不明瞭であり、他方に於ては所謂選擇條款(Optionsklausel)の意義を誤解したる結果であらうと思はれる。

割讓の場合に於ける國籍の取得

領土割讓の意義

元來領土の割讓とは土地自體の割讓ではなくして領土に對する主權の割讓であることは、恰も民法に於て土地の讓渡と言へば土地所有權の讓渡を意味すると同様である。私法上に於ては權利の分割讓渡を怪しまざるにも拘らず、主權は不可分、不讓與物であると云ふ議論から主權の割讓説には反對する者もある。併し主權は唯一にして立法、司法、行政の三權に分割すべきものにあらずとは憲法上の法理であつて、恰も民法上に於て一般的に物を支配すべき所有權は使用、收益、處分の三權に分割すべきものにあらずと云ふことと同一である。而して民法上一個の所有權が目的物の分割に因つて幾個の所有權にも分割することを得ると同様に、國際法は國家の主權を其客體たる領土の分割に因つて幾個の完全なる主權にも分割し得べきことを認めてゐるのである。又主權は元來國家固有の權力であるから之を他國に讓渡することを得ざるものである。従つて領土の割讓とは畢竟割讓國は割讓地に主權を行ふ權利を拋棄し、讓受國は自己固有の主權を新領地に及ぼすに過ぎないのであつて、兩國間に何等主權を授受するものでないと主張

するものもある。若し斯る説を正當とすれば私法上に於ても權利の讓渡と云ふことは不可能であると言はざるを得ないであらう。何となれば現時の通説に依れば權利とは法律の保護する意思の力であるから、一人の意思の力を他人に讓與することは物理上不可能であるからである。然るに諸國の民法は甲が乙に其所有地を讓渡したる場合には實際上より言へば甲は其地所に對して將來自己の意思の力を加ふることを拋棄し、乙は自由に自己の意思を加へ得ることと爲つたに過ぎないのであるが、法律上に於ては甲の右地所に對する意思の力が恰も客觀的に存在するが如くに思考して、之を乙に讓渡し得べきことを認めて怪しまないのである。これと同様に國際法は一國が主權と稱する國際法上の權利を其客體に比例して他國に割讓し得べきことを認むるものである。従つて領土の割讓とは有形なる領土自體の分割を意味するのではなくして、分割せられたる領土に對する主權の全體を一國より他國に讓渡することを云ふのであると定義せざるを得ないのである。

然るに領土の割讓は主權の割讓たることを認むる學者中にも、割讓せらるべき主權は唯單に領土の處分權即ち狹義の領土主權のみであつて、臣民主權を包含せ

ざるものであると主張する者もある。此の説の理由とする所は若し領土の割讓に臣民主權の移轉をも包含するものとすれば、住民無き領土の割讓を説明することを得ないのみならず、人類集團の賣買讓與を認むることとなるからであるやうである。併し乍ら吾人は唯領土の割讓は割讓條約に特別の規定なき限りは割讓地に對する主權全部を讓渡するものであると云ふのみであるから、住民無き領土割讓の場合に臣民主權を移轉するの理なきことは素より論を俟たないが、此の場合に於ても尙讓渡せらるべきものは割讓地に對する主權全部であると云ひ得べきは勿論である。且國家は單に或る地域内の住民に對する臣民主權のみを他國に讓渡することを得ざるは勿論であるが、一定の領土と共に其住民をも併せて他國に割讓せざるを得ざる場合あることは、國際慣例上一般に認めらるゝ所であつて、何人もこれを以つて人類集團の賣買讓渡なりと非難するものはないのである。之を要するに領土割讓條約は賣買又は交換の如き平和的原因に基く場合には、往々割讓地の住民に從來の國籍を保有しながら引續き外國人として居住し得べきことを認むる例外的規定を掲ぐることも無いではないが、戰爭の結果たる場合には割讓地の住民が當然舊國籍を喪失し新國籍を取得するを以て原則とするこ

選擇權

とは古今を通じて同一である。只近時一方に於て個人の人格を尊重すべき必要を認むるに至りたると、他方に於て割譲に反抗するが如き住民を居住せしむることを得ざる新領地統治上の必要と相俟つて、第十八世紀後半以來戦争に因る領土割譲條約は、皆割譲地住民に一定の期間内に割譲地を退去することを條件として、舊國籍を回復し又は保有することを得べき自由を保障するを以て例とするに至つた。所謂住民の選擇權(Droit d'Option)と稱するものがそれである。即ち選擇權とは退去即ち移住の特典にして、新國籍を解除し舊國籍を回復するの條件である。換言すれば讓受國が主權の移轉に因つて當然其國籍を取得したる割譲地住民に、一定の猶豫期間内に割譲地を退去することを條件として新國籍を離脱することを得べき特典を許與し、讓渡國が斯る條件を具備したる退去者に國籍回復の手續を要せずして舊國籍を保有し得べきことを保障したる結果として、住民は留つて讓受國の臣民と爲るべきか、退いて割譲國の臣民と爲るべきか二者何れかを選択し得べき自由を享有することを云ふのである。我國の學者中には此の期間内に退去せざる住民は國籍の變更を暗黙に承諾したるものであつて、之に因つて讓受國と住民との間に國籍授受の契約が成立したる結果として始めて新國籍を取得

對獨平和
條約に於
ける選擇
條款

するものであるから、猶豫期間中は尙外國人であると説明する者もあるが、思はざるの甚しきものであつて選擇條款の法理を誤解したるものと言はねばならぬ。以上の法理を最も明白に表明したる最近の實例は、世界大戰の結果たる平和條約中に規定せられたる選擇條款である。即ち對獨平和條約第三十四條には、獨逸國はオイペン、マルメデー兩郡の全部に互る地域に對する一切の權利及權限を白耳義國の爲に拋棄す云々と規定し、第三十六條には、割譲地住民の國籍の變更は住民の承諾にあらざりて割譲地に對する主權移轉の直接の結果であることを規定して曰く、

前掲地域に對する主權の移轉したるときは該地域に定住する獨逸國民は當然確定的に白耳義國籍を取得し獨逸國籍を喪失す

尤も一九一四年八月一日以後該地域の住民と爲りたる獨逸國民は白耳義國政府の許可を得るに非ざれば白耳義國籍を取得せざるものとす

而して同條約第三十七條に選擇權を規定して曰く、

本條約に基き白耳義國に讓渡したる地域に定住する獨逸國民は該地域に對する主權の移轉完了後二年以内に獨逸國籍を選択するの權利を有す

右選擇權を行使したる者は爾後十二ヶ月以内に其の選擇したる國に住所を移すことを要す云々。

尙同條約第八十四條及び第八十五條(チェッコ、スロヴァキヤ國との關係第九十條及び第九十一條)波蘭國との關係(第五條及び第六條)ダンテヒ自由市との關係(第一百十二條及び第一百三條)丁抹國との關係(並に對埃平和條約第七十條及び第七十八條等にも同様の規定を掲げてゐる。之に依つて見れば割讓地の住民は主權の移轉と共に當然讓受國の國籍を取得し割讓國の國籍を喪失するものであるから、猶豫期間中と雖も選擇權を行使せざる限りは讓受國の臣民であること極めて明白である。即ち住民は唯十二ヶ月以内に選擇したる國に移住することを條件として主權移轉完了後二ヶ年以内に割讓國の國籍を選擇したる場合に限り一旦取得したる讓受國の國籍を解除し得べき自由を保障せられて居るに過ぎないのである。

或は我邦最近の實例に徴して上述の法理を無視せんとする者もあるが不幸にして下の關係約第五條もポーツマス條約第十條も共に國際法上の先例と爲すに足らないのであるから、之に據つて選擇權の法理を左右することを得ざるは勿論

下の關係
約第五條

である。即ち下の關係約第五條に曰く、

日本國へ割與せられたる地方の住民にして右割與せられたる地方の外に住居せんと欲する者は、自由に其所有不動産を賣却して退去することを得べし、其爲め本條約批准交換の日より二ヶ年間を猶豫すべし、但し右年限の満ちたるときは未だ該地方を去らざる住民を日本國の都合(option)に依り日本臣民と見做すことあるべし

右規定の本文は普通の國際慣例に従ひ住民に選擇權を附與したるものであるが、但書は我政府の選擇權を規定したる點に於て新例であるので、學者は其解釋に苦しみ住民が二ヶ年内に退去せざるのみにては日本の國籍を選擇したるものにあらずして只選擇の申込を爲したるに過ぎず、日本國の都合に依り承認を與へられたる後始めて日本人と爲るのであるから、夫れまでは清國人であると結論する者もある。然し我政府は右但書を適用して日本國民と見做したる事實なきのみならず、臺灣割讓條約が效力を發生したる當初より帝國臣民として之を統治して居たのであるから、右但書は全く無用の規定であつたのである。而して何故に斯る無用の規定を掲げたるかは理解し得べからざる所であるが、當時臺灣には生蕃

の如き未だ王化に浴せざる蠻民があつたので、斯る蠻民が退去せざるの故を以て直に日本臣民と爲り、臣民の權利義務に關する憲法上の保障を享有するに至ることを憂慮したる結果であつたやうである。然るに帝國憲法は憲法施行區域外の新領地の臣民に直に臣民の權利義務に關する憲法上の保障を及ぼすべきことを豫想するものでは無いのであるから、王化に浴せざる蠻民も亦我政府の都合に依り日本臣民と見做すことを俟たずして直に新領地の臣民と爲ることを妨げざるは勿論である。従つて帝國憲法の斯る誤解より出たる但書を根據として、我政府が特に日本國民と見做す迄は清國人なりと結論するが如きは、徒らに文字の末節に拘泥して根本精神を忘れたるの譏を免れざるものと云はねばならぬ。

尙ポーツマス條約第十條は割讓地住民の退去に期限を附することを忘れたるが爲めに、露國臣民は其本國に退去するも引續き割讓地に居住するも全く自由であつて、領土割讓の爲めに居住權並に國籍の變更に就て何等の影響をも蒙らざること恰も第三國臣民たる住民と同様である。戰爭の結果たる割讓地の住民に對して斯の如く寛大なる處置は古來未曾有の新例であつて、若し多數の住民を包容する領土ならんには新領地の統治上其弊害に堪へざるものがあつたであらうと

ポーツマス
條約第十條

國籍を變
更すべき
住民

思はれるが當時概ね流罪人であつた同地の住民は我占領軍に依つて解放又は放逐せられたる結果として、殆ど住民無き領土と同様であつたので、此の如き失當なる規定の弊害を免るゝことを得たのは不幸中の幸であつたのである。従つて斯る規定を根據として選擇權の法理を云々するが如きも亦思はざるの甚しきものであると言はねばならぬ。(國家學會雜誌第二〇卷第八號所載拙稿
一日露講和條約第十條に就て一參照)

領土割讓條約の結果として國籍を變更すべき住民とは如何なる人を意味すべきものなるや。割讓地の居住民中には、割讓國の臣民の外に讓受國又は第三國の臣民をも包含する場合があるが、領土の割讓は讓受國の臣民は勿論、第三國の臣民にも何等の影響をも及ぼさざることは説明を俟たずして明かである。従つて國籍を變更すべき住民とは割讓國の臣民たる住民で無くてはならぬことも亦明かである。併し乍ら割讓國の臣民にして割讓地と關係を有する者の中には、

- (一) 割讓地に生れたる者
- (二) 割讓地に本籍を有する者
- (三) 割讓地に住所を有する者
- (四) 割讓地に居所を有するに過ぎざる者

もあるが、此等の凡ての者を割譲地の住民と稱することを得べきや否やは各條約の規定に徴して考究を要すべき問題である。一八七一年のフランクフルト條約に就ては獨逸は割譲地に生れたる者又は現に住所を有する者は凡て國籍を變更すべき住民なりと主張し、佛國は之に反して唯割譲地に生れ且つ現に住所を有する者のみが國籍を變更すべき住民なりと主張して互に譲らなかつたのであるが、對獨平和條約に依り五十年前に喪失したるアルサス、ローレイン人の國籍を回復したる結果として更に幾多の難問題を發生しつゝあることは注目に値すべき事實である。尙學說も亦(一)住所主義、(二)本籍主義、(三)住所及本籍併合主義、(四)住所又は本籍擇一主義等の數說に別れてゐるが、對奧平和條約第七十條の如く特に住民資格(Pertinenz)を有する者のみに制限したる場合は暫く措き、只單に割譲地の住民は云々と規定せる場合には、出生地又は本籍地の如何に拘らず唯割譲の當時現に住所又は居所を有する割譲國の臣民のみが凡て割譲地住民として國籍を變更すべき運命を有すべきものと解釋するのが妥當であらうと考へる。

對獨平和
條約第八
十五條

尙對獨平和條約第八十五條は此點に關し民族主義に依つて國籍變更の範圍を大に擴張したることは注目に値する一大新例である。即ち同條はチッコ、スロヴァ

キヤ國の一部を爲すと認められたる地域に定住する十八歳以上の獨逸國民が條約實施後二年以内に獨逸國籍を選択するの權利を有することを認むるのみならず、更に進んで獨逸國內に定住する獨逸國民たるチッコ、スロヴァキヤ人も亦二年以内にチッコ、スロヴァキヤ國籍を選択するの權利を有すべきものとしてゐる。加之ならず同條末項に依れば獨逸國民たるチッコ、スロヴァキヤ人にして外國に在る者も亦前記期間内にチッコ、スロヴァキヤ國の定むる要件に従ひ、チッコ、スロヴァキヤ國籍を取得し且獨逸國籍を離脱するの權利を有すべきものとしてゐる。これは民族自決主義に依つて創建したるチッコ、スロヴァキヤ國の利益の爲めに、獨逸帝國を以てチッコ、スロヴァキヤ民族に屬する獨逸國民に對する臣民主權を拋棄せしめたる結果である。

第三章 國籍の喪失

第一節 國籍喪失の原因

古代には何れの國に於ても、個人は國家より剝奪せらるゝ場合を除くの外は國

籍を喪失することを得なかつたのであるが、近世諸國の國籍法は種々の場合に個人が其國籍を喪失することを認むるを以て例としてゐる。而して國籍喪失の原因は國籍取得の原因の反對の場合であるが、出生に因る國籍取得の反對の場合即ち死亡の場合に之を國籍喪失の原因と見做さざるのみならず、金匱無缺の我國に於ては國際法上の原因に基く國籍の喪失を説明するの必要がないから、左に唯當事者の意思如何に拘らず親族法上の原因に依つて當然に之を喪失する場合と個人の志望に因る任意的喪失の場合のみを列擧することとする。

第一項 親族法上の原因

親族法上の原因

親族法上の原因に依る國籍の喪失は國籍取得の場合と同様に左の四箇の場合である。

婚姻

一 婚姻 内國人たる女子が外國人の妻と爲ることに因つて内國の國籍を喪失することは諸國の國籍法上夙に認められたる國籍喪失の原因である。我國に於ても明治六年布告第三號を以て内外人間の婚姻を許可すると共に此の喪失原因を認むるに至つたのである。國籍法第十八條は此の趣旨に従ひ單に「日本人が外國人の妻と爲りたるときは日本の國籍を失ふ」と規定したので、夫が無國籍人たる

離婚

場合若くは日本人の國籍取得を認めざる米國人であるが爲めに、妻は夫の國籍を取得することを得ざる場合に於てすらも尙絕對的に我國籍を喪失せざるを得なかつたのである。然るに大正五年法律第二十七號を以て現行法文の如く、夫の國籍を取得したる場合に限り、我國籍を喪失することに改正して、無國籍人の發生を豫防するに至つたのである。

離縁

二 離婚 外國人が入夫婚姻に因つて我國籍を取得したる後、離婚に因り日本の家を去りたる場合には我國籍を保有せしむべき必要がないから、國籍法第十九條は離婚の効果として我國籍を喪失すべきものとしてゐる。然し此の外國人が既に外國の國籍を喪失し且之を回復し得ざる場合には無國籍人と爲るを免れないから、外國の國籍を有すべきときに限り日本の國籍を喪ふべきものとしてゐる。

三 離縁 外國人が養子縁組に因つて我國籍を取得したる後、離縁に因つて日本の家を去りたる場合にも亦我國籍を保有せしむべき理由が無いから、前者と同様に我國籍を喪失すべきものとしてゐる(國籍法第十九條第)。

認知

四 認知 外國人たる子が日本人たる父又は母の認知に因つて我國籍を取得すると同様に、日本人たる子が外國人たる父又は母の認知に因つて外國の國籍を取

得する場合には、我國籍を保有せしむるの必要がないから、我國籍を喪失すべきものとするのが正當である。併し其子が若し既に日本人の妻となり、又は日本人の入夫若くは養子と爲つて日本の家に在る場合には、我國籍を喪失せしむべき理由が無いことは勿論である。國籍法第二十三條に所謂「日本人たる子」とは國籍法第四條に依り日本に於て生れたるが爲めに我國籍を取得したる棄兒であるか、又は國籍法第三條に依り母が日本人なるが爲めに我國籍を取得したる私生子、若くは國籍法第六條に依り日本人たる母が先づ認知を爲したるが爲めに我國籍を取得したる私生子であることは明かであるが、若し斯る子が外國人たる父の認知に因つて外國の國籍を取得したる場合に、父子國籍を同うせしむるの必要より我國籍の喪失を認むることが上述の如く當然であるとすれば、日本人たる父が外國人たる私生子を認知したる場合に於ても亦母の認知如何に拘らず日本の國籍を取得せしむるのが正當であると言はねばならぬ。従つて父母の認知に同等の效力を附與したる國籍法第六條の規定は第二十三條と相牴觸する點に於て將來改正を要することが明かである。

第二項 任意的喪失

任意的喪失

一たび臣民たる者は永久臣民なりとの格言は古來諸國の國籍法の根本原則であつたので、何れの國に於ても個人は自由に其國籍を喪失するを得なかつたことは既に説明したる如くである。然るに近世國際交通の發達と共に海外に移住する者益々増加するに従ひ脱籍の自由を認むるもの亦漸く増加し、遂に第十九世紀後半以來歐米諸國の法制は外國に歸化したる者は從來の國籍を喪失することを認むるを以て例とするに至つた。國籍の非強制主義を根本原則とする我國籍法に於ても亦移住脱籍の自由を承認し、外國に歸化したる場合に我國籍を喪失することを認むるのみならず、近時更に離脱に因つて我國籍を喪失することをも認むるに至つた。

歸化

第一 歸化

國籍法第二十條に所謂「自己の志望に依りて外國の國籍を取得したる者」とは外國に歸化したる者を云ふのである。國家が其國民に外國に歸化することに因つて國籍を喪失することを認むる所以は、既に外國に移住し其國に歸化したる以上は強て内國の國籍を保有せしむべき必要が無いからである。蓋し國民の外國に歸化することは獎勵すべきことでないのは勿論であるが、現時に於ては國籍は之

を強制すべきものではないと考へられるから、去る者は追はずとして各人の自由意思に放任するのが適當なる處置であるからである。國籍法第二十條には外國人が我國に歸化する場合に於けるが如き何等の條件をも規定してはゐないが外國に歸化して任意に我國籍を喪失する事は重要な行爲であるから、我法律上能力者で無くてはならないことは勿論である。又外國に歸化することを認むる規定は當然其者が外國に移住することを前提とするものである。従つて或學者の如くに國籍法第二十條の規定は絶対無制限であるから、苟も外國法律に従ひ其國の國籍を任意に取得したる以上は、如何なる場合に於ても我國籍を喪失すべきものとし、我國民が内國に居住しながら外國人と爲り得べき事を認めたるものと解釋せねばならぬと主張するが如きは誠に危険なる誤解であると言はねばならぬ。

離脱

第二 離 脱

日本人の子は外國に於て生れたる場合に於ても、血統主義に依つて日本の國籍を取得することは既に説明したる如くである。然るに米國の如く生地主義を採用する國に於て生れたる子は同時に米國の國籍をも取得するが故に、二重國籍者と爲り國籍の牴觸に伴ふ種々の問題を惹起する虞れがあるので、我政府は之を緩和せ

大正五年
の修正國
籍法に於
ける離脱

んが爲めに大正五年法律第二十七號を以て國籍法を修正して國籍の離脱に關する規定を設くるに至つた。此の規定に依れば外國に於て生れたるに因り其國の國籍を取得したる子が引續き其國に住所を有するときは、内務大臣の許可を得て我國籍の離脱を爲すことを得るものとし、離脱を爲したる者は我國籍を喪失すべきものとした(國籍法第二三條の二)。而して離脱の申請は十五年未満の當事者に就ては法定代理人より之を爲し、十五年以上の未成年者又は禁治産者は法定代理人の同意を得て自ら之を爲すべきものとし、滿十七年以上の男子は國籍法第二十四條の制限に従ふべきものとした(大正五年七月内務省令第八號)。

然るに此の規定は許可主義を採り且年齢を制限したる點に於て、在米日本人の期待に適はなかつたのみならず、排日運動を緩和するにも足りなかつたのは遺憾であつた。即ち在米日本人より言へば、十五年未満の子に就ては父母が自由に離脱を申請し、十五年以上の子は父母の同意を得て自ら之を申請し得るにも拘らず、滿十七年以上の男子である場合には兵役の義務を終へたる後にあらざれば之を申請することを得ないので、當時既に滿十七年以上に達したる男子は其不便を懇へて止まなかつたのである。且排日論者は十五年未満の子の爲めには父母が自

大正十三
年の修正
國籍法に
於ける離
脱

由に離脱を申請し得るにも拘らず、成年に達したる本人が自ら之を申請することを許さざるは不合理である。然も兵役の義務を履行せしめんが爲めに之を許さざるは不可解である。且脱籍の自由が内務大臣の許否に依つて左右せられるのであるから、米國に生れたる日本人の子に米國市民權を附與するは危険である。宣傳するので、折角認めたる離脱の規定も二重國籍問題を緩和するに足らなかつたのである。そこで大正十三年法律第十九號を以て離脱の申請に關する年齢の制限を全然撤廢すると共に、一定の國に生れたる者に對しては許可主義をも廢止して、我國籍法の規定に根本的改正を加ふるに至つたのである。即ち改正規定は生地主義を採る諸國を勅令を以て指定したる外國と其他の外國とに大別して、後者に對しては依然として許可主義を維持するも前者に對しては届出主義を採るのみならず、無届に因つて我國籍を喪失することを認むることとした。今此の新規定に依る國籍の喪失を左の三場合に區別して説明することとする。

(一) 無届に因る國籍の喪失

新規定に依れば勅令を以て指定したる外國即ち北米合衆國、亞爾然丁國、伯刺西爾國、加奈陀、智利國、祕露國に於て生れたるに因つて其國の國籍を取得したる日本

無届に因る國籍の喪失

人は出生の届出に添へて特に日本の國籍を留保するの意思を表示するにあらざれば、出生の時に遡りて日本の國籍を喪失することとなつた(國籍法第二十條)。即ち此等の諸國に於て生れたる子が血統主義に依つて日本の國籍を取得することは國籍法第一條に明言する所であるが、戶籍法七十二條の規定に従うて出生の届出を爲すべき父又は母が出生の届出に添へて特に我國籍を留保する旨を届出でざる以上は、離脱の手續を要せずして出生の始めより我國籍を喪失したるものと見做すこととなつたのである。これは我國籍法の根本原則たる血統主義に對する一大例外であつて、恰も此等の諸國に對する關係に於て血統主義を拋棄すると同様である。

或は斯る大改正を試みるよりは寧ろ英國々籍法(第二十條)が外國に於て生れたる子が成年に達したる後外國人と爲るの宣言を爲すことに依つて英國々籍を喪失することを認むるが如く、或は伊國々籍法(第七條)が外國に於て生れ且居住する伊國人にして出生地の國籍を取得したる者は、成年に達したる場合に伊國々籍を拋棄し得べきことを認むると同様に、我國に於ても亦成年に達したる後我國籍を拋棄し得べきことを認むるを以て適當とすと主張し得ないわけでもないが、歐米間

と日米間とは米國に於ける歸化權の有無に就て一大差異が存するから、必らずしも同一に論じ得られないことに注意せねばならぬ。即ち歐洲から米國に移住する者は多くは米國に歸化するものであるから、其子は素より當然米國市民である。従つて米國に於て生れたる子が歐洲の國籍を取得する場合は、唯其父母が米國に歸化することを欲せざる場合のみであるから、其子の血統主義に依る國籍を喪失せしむべき理由がないのであつて、唯其子が成年に達したる後自己の志望に因つて外國人(出生地國人)と爲らんと欲する場合に限り、其國籍を喪失し又は拋棄し得べきものとするのが當然である。米國に移住したる日本人も若し米國に歸化することが出来たならば、多くは自ら米國市民と爲つたであらうと思はれる。従つて米國に於て生れたる子は生來純然たる米國市民であつて、我國籍を取得すべき理由は無かつたのである。然るに不當にも日本人は歸化權を與へられて居ないから、如何に多年米國に住居するも、自ら米國市民と爲ることが出来ないので、せめて米國に於て生れたる子をして米國市民として永住せしめんことを希望する者が少くないのは素より當然なことである。従つて多くの場合に米國に於て生れたる子が日本の國籍を取得する所以は、唯その父母が米國に歸化することを得な

かつた結果に外ならないのであるから、恰も父母が其國に歸化したる後に生れたる場合と同様に、其子をして出生の始めより我國籍を喪失せしめ、専ら出生地の國籍のみを取得せしむるを以て正當とすと言はざるを得ないのである。併し單に一時米國に居住するに過ぎない日本人の子、又は如何に久しく定住して居るとしても、其子を米國人たらしむることを欲せざる者の子までも日本國籍を喪失せしむる必要なことは言ふまでもない。國籍法第一條の原則より言へば、斯る子は出生と同時に當然我國籍を取得するのであるが、新規定は此の原則を制限して我國籍を留保するが爲めには父又は母が出生の届出に添へて其旨を届出づることを要すべきものとし、苟も積極的に國籍留保の届出を爲さざる以上は、出生の始より我國籍を喪失することを認めたとである。従つて爾今斯る外國に於て生れたる日本人の子は、其父母が特に上述の届出を爲さざる限りは、唯出生地の國籍を取得するのみであるから、最早二重國籍問題を憂慮するの必要なきに至つたと云つてよいのである。唯問題とすべきは此の例外的規定の適用を何故に生地主義を原則とする凡ての外國に及ぼさずして前掲六ヶ國のみに限りたるかであるが、元來斯る規定の必要を感ぜしめたものは日米間の關係であつたので、米國並に米國

と同様に我移住民の往來漸く頻繁ならんとする加奈陀及び南米の亞爾然丁、伯刺西爾、智利、祕露の六ヶ國に限つたのであらうと考へる。併し斯る制限に理論上何等の根據無きことは後に述ぶるが如くである。

(二) 届出主義の離脱に因る國籍の喪失

前述の如く舊規定は我國籍を離脱するが爲めには内務大臣の許可を要し、且滿十七年以上の男子に就ては兵役の義務の存在せざることを條件としたのであるが、新規定第二十條の二の第二項は、

前項の規定に依り日本の國籍を留保したる者又は前項の規定に依る指定前其指定せられたる外國に於て生れたるに因りて其國の國籍を取得したる日本人、當該外國の國籍を有し且其國に住所を有するときは、其志望に依り日本の國籍の離脱を爲すことを得

と規定して内務大臣の許可を要せざることに改めたるのみならず、第二十四條中の改正に依つて兵役關係の制限をも排除することとなつたので、新規定施行前に斯る外國に於て生れたる日本人並に新規定に依つて我國籍を留保したる日本人も、其國に住居する限りは今後年齢の如何に拘らず、自己の志望に依つて自由に我

届出主義
の離脱に
因る國籍
の喪失

國籍の離脱の届出を爲し得べきことを認めらるゝに至つたのである。此の改正も亦一見頗る新奇に失したるが如くに見えるのであるが、國籍法の根本原則として非強制主義を採る以上は離脱に就ても亦届出主義を採るのが當然であると言はねばならぬ。何となれば自己の志望に依つて外國に歸化したる者が當然我國籍を喪失して外國人と爲ることを認めると同様に、出生に因つて外國の國籍を取得したる者が、其國に住居して専ら其國民と爲るが爲めに我國籍を離脱せんと欲する場合にも亦本人の自由意思に放任するのが當然であつて、内務大臣の許可不許可に依つて決定すべき問題ではないからである。

或は特に我國籍を留保する意思を表示したる者も亦何時にても自由に離脱の届出を爲し得べきことを認めるのは、個人の志望を過當に尊重したるかやうに考へらるゝのであるが、出生届出の際に我國籍を留保するの意思を表示したる者は、其父母であつて本人では無かつたのであるから、本人が其後其國に於て成長するに従ひ將來専ら其國の市民として生存せんことを希望するに至ることあるは素より怪しむに足らない。英國法が外國人と爲るの宣言を爲すことを認め、伊國法が國籍の拋棄を爲すことを認むるも皆斯る場合に該當する規定である。従つ

て一旦我國籍を留保したる者であつても、更に自己の志望に依つて我國籍を離脱し得べきことを認めるのは素より當然であると言はねばならぬ。

唯茲に問題とすべきは國籍の離脱を爲し得べき者は能力者に限るべきか否か、又何時までも自由に離脱を爲すことを得べきか否かである。國籍の離脱又は拋棄を認むる歐洲諸國の國籍法は外國に於て生れたる子が成年に達したる後一定の年限内に離脱又は拋棄を爲すべきものとするを以て例としてゐる。國籍法第二十條の二は唯單に自己の志望に依つて國籍の離脱を爲すことを得と明言するのみであるから此點は不明瞭であるが、國籍法第二十條も亦單に「自己の志望に依りて外國の國籍を取得したる者」云々と規定するに過ぎないにも拘らず、外國に歸化する日本人は能力者たることを要することが明かであると同様に、國籍の離脱に就ても亦自己の志望に依り云々と規定してゐる以上は、能力者にあらずれば離脱を爲すことを得ないものであると言ふことが出来るのである。然るに離脱の手續を定めたる國籍法施行規則（大正十三年內務省令第二十六號）第三條に於て國籍離脱の届出は離脱を爲す者が十五年未満なるときは法定代理人より之を爲し、十五年以上の未成年者又は禁治産者なるときは法定代理人の同意を得て之を爲すことを要すと

規定して、無能力者にても離脱を爲し得べきことを明かにした。これは從來未成年者に離脱の申請を爲し得べきことを認めて居た舊規定を改正するの必要は、寧ろ年齢の制限を撤廢して離脱者の範圍を擴張する點にあつたのであるから、之を成年能力者に及ぼすと共に依然として未成年者にも離脱を爲し得べきことを認めたるに過ぎないのであるが、理論上より言へば自己の志望に依つて離脱を爲し得べき者は能力者のみに限定するのが正當である。尙我國籍法は能力者の離脱に就て之を爲すべき時期を制限してゐないから、離脱者は成年に達したる後何時までも我國籍を留保しながら、自己の都合に依り一片の届出を以て何時にても我國籍を離脱することが出来るのは、國籍の得喪に關する個人の志望を過當に尊重したる譏を免れざるものである。吾人は國籍法施行規則の制定前に主張したるが如く我當局者が離脱の手續を定むるに當つて、離脱の届出は成年に達したる後一定の期間内に爲すことを要すと規定しなかつたことを遺憾とするものである。

(三) 許可主義の離脱に因る國籍の喪失

國籍法第二十條の三は勅令を以て指定したる六ヶ國以外の外國に於て生れたるに依りて其國の國籍を取得したる日本人が其國に住所を有するときは内務大

許可主義
の離脱に
因る國籍
の喪失

臣の許可を得て日本の國籍の離脱を爲すことを得と規定し、且離脱を爲す者が十五年未滿なるときは法定代理人より、十五年以上の未成年者又は禁治産者なるときは法定代理人の同意を得て離脱の申請を爲すべきものとしてゐる(國籍法施行規則第四條)。尙離脱の許可は許可書の日附の翌日より起算し三十日を經過したる時に於て其效力を生ずるものとしてゐる(同規則第六條)。併し乍ら吾人は此の場合に於ける離脱は何故に内務大臣の許可を要するや又何を標準として等しく生地主義を原則とする諸國をかく二種類に區別するやを理解することが出来ない。例へば米國と英國とは共に生地主義を原則とするにも拘らず、一は勅令を以て之を指定し、他は指定外の外國とすべき何等の根據も存しないのは勿論、等しく英國國籍法の行はるる加奈陀に於て生れたる日本人は届出に依つて自由に我國籍を離脱することを得るにも拘らず、英國本土又は其他の英領植民地に於て生れたる日本人は内務大臣の許可を受くるにあらざれば離脱することを得ないとするのは誠に理由なき區別であると言はねばならぬ。且前にも述べたる如く非強制主義を根本原則とする現代に於ては、其國民が外國に歸化し又は國籍を離脱するの自由を認めざるを得ないのみならず、實際上に於ても外國人たらんと欲する者をして強て内國人

歐米諸國の國籍法に於て認めらるる諸種の國籍喪失原因

たるの名義を保持せしめる必要はないのであるから、立法上より言へば寧ろ斯る區別を排除して、生れたる場處の如何を問はず出生地の國籍を取得したる日本人が其國に住居する以上は、自己の志望に依り自由に我國籍を離脱することを得べきものとするのが當然であると言はざるを得ないのである。

以上は我國籍法に規定したる國籍喪失の原因であるが、歐米諸國の國籍法に於ては尙種々の喪失原因を認むるものもある。例へば獨逸(第二十六條)乃、佛蘭西(第七條三、波蘭(第二十一條)露西亞(第十二條)等に於ては政府の許可無くして外國政府の官職に就きたるか、又は外國軍隊に入りたる者、若くは政府の命令に應じて辭職せざる者又は政府の命令に應じて歸國せざる者は國籍を喪失すべきものとし、或は國籍を剝奪することを得べきものとしてゐる。又和蘭(第七條)に於ては十年以上引續き外國に滞在する者、瑞典(第九條)に於ては外國に於て生れ且引續き歸國せざる者は滿二十二歳を以て國籍を喪失すべきものとし、英國(第七條)に於ては歸化人が虚偽の陳述に依つて歸化の許可を得たるか、忠誠の義務に違反するか、或は歸化の許可を得たる後五年以内に一年以上の懲役又は百磅以上の罰金に處せられたる等、幾多の場合を列舉して歸化を無効とし、其國籍を喪失せしむべきものとしてゐる。

我が舊民法人事篇(第十五條)には政府の允許なくして外國政府の官職に就きたる者又は外國軍隊に入りたる者は當然我國籍を喪失することを認めたる規定を掲げてあつたが、現行國籍法は何故に斯る規定を削除したるのであるか、そは吾人の與り知らざる所であるが、我國に於ても外國に居住して我國家の不利益を企圖するが如き不逞の徒が絶無ではないのであるから、他日の改正を俟つて國籍喪失の原因を適當に増加することは必要であらうと考へる。

國籍の喪失に就て尙一言注意すべきことは國籍の喪失と兵役の義務との關係である。即ち徵兵制度に依り國民皆兵主義を採る諸國に於ては、兵役の義務を免れんが爲めに國籍を喪失せんとするものを豫防するの必要上、兵役の義務を負担すべき年齢に該當する男子に就ては國籍の喪失を制限するを以て例としてゐる。我國籍法第二十四條第一項に於ても

滿十七年以上の男子は第十九條第二十條及前三條の規定に拘らず既に陸海軍の現役に服したるとき又は之に服する義務なきときに非ざれば日本の國籍を失はず

と規定して、兵役の義務を忌避するの虞ある國籍の喪失を制限することとしてゐる。

國籍の喪失と兵役の義務

併し乍ら斯る制限は唯外國に歸化する者に對してのみ正當なる制限であるが、第十九條に依り離婚又は離縁の結果として我國籍を喪失する場合、第二十二條に依り子が父に隨ひて其家を去る場合、第二十三條に依り日本人たる私生子が認知に因つて外國人と爲る場合、若くは第二十一條に依り父母が外國に歸化したる結果として其子が我國籍を喪失する場合には斯る懸念より其喪失を制限すべき何等の理由も存せないのであるから、國籍法第二十條第一項に掲ぐる、第十九條と「及前三條」との八字は須らく削除せらるべきものであると言はねばならぬ(戸籍法第一條五參照條)。

尙國籍法第二十四條第二項には、現に文武の官職を帶ぶる者は前八條の規定に拘らず、其官職を失ひたる後に非ざれば日本の國籍を失はずと規定してゐる。これは文武の官職に任命せらるゝことを以て國民の特權とする我國に於ては外國人としては一日たりとも我國の官吏たることを許さざるが爲めである。

官吏の國籍喪失

第二節 國籍喪失の效力

國籍の喪失とは日本臣民たるの資格を失ひ外國人と爲ることであるから、其直

國籍喪失の效力

接の効果として日本臣民にあらざれば享有することを得ざる権利及び特権を喪失し、臣民にあらざれば負擔せざる義務を免除せらるゝに至るのである。且この效力は本人に對して發生するのみならず、其妻及び其子にも及ぶものである。

一 本人に及ぼす效力 國籍喪失者は日本臣民にあらざれば享有することを得ざる一切の権利及び特典を喪失するのであるから、公民權、選舉權、被選舉權の如き公法上の権利及び官吏公吏と爲り又は辯護士と爲る資格特權等は何等の手續をも要せずして當然之を喪失すること勿論である。併し乍ら若し國籍喪失者が日本臣民にあらざれば享有することを得ざる私法上の權利を有したる場合に於ても亦直ちに之を喪失すべきものとすれば、恰も古代に於て國籍喪失の制裁として喪失者の財産を沒收したると同様の弊害を免れないので、國籍喪失者の利益を保護するが爲めに喪失後一ケ年間は尙之を自由に處分することを得べきものとしてゐる。即ち民法第九百九十條第二項に於て、國籍喪失者(戸主)が國籍の喪失に因つて其有する權利を享有することを得ざるに至りたる場合に於て一年内に之を讓渡せざるときは其權利は家督相續人に歸屬すと規定し、國籍喪失者の權利に關する法律(明治三十二年法律第九十四號)には、日本の國籍を失ひたる家族が日本人に非ざれば

本人に及ぼす效力

享有することを得ざる權利を有する場合に於て一年内に之を日本人に讓渡せざるときは其權利は國庫に歸屬すと規定してゐるから、國籍喪失者は外國人として享有することを得ざる權利をも、喪失後一年間は尙權利者として自由に之を處分し得ることを認められてゐるのである。尤も戸主權及び家督相續權は外國人としては一日たりとも之を享有することを得ざる權利であるから、戸主が國籍を喪失したる場合には當然戸主權を喪失すると共に直に家督相續を開始することとしてゐる(民法第九六條一號)。

二 妻に及ぼす效力 婚姻中に於ける夫の國籍の變更が妻の國籍に及ぼす效力に就ては、或は佛國、米國又は露國の如くに何等の影響をも及ぼさざるものとするものもあり、或は獨逸の如くに歸化に因る喪失に就ては妻の同意を要するものもあり、或は又英國の如く妻に國籍を保有する意思を宣言し得べきことを認むるものもあるが、夫の國籍の喪失は當然に妻の國籍を變更するものとする立法例も少くはないのである。併し現代の趨勢は妻の自由意思を尊重するに在るので、一九三〇年四月第一回國際法典編纂會議に於て成立したる國籍法の牴觸に關する條約案第十條に於ては、婚姻中に於ける夫の歸化は妻の同意あるにあらざれば其

妻に及ぼす效力

國籍を變更せず」と規定してゐる。我國籍法第二十一條は日本の國籍を失ひたる者の妻は夫の國籍を取得したる以上は當然に我國籍を喪失すべきものとしてゐる。但し其夫が離婚又は離縁に因つて我國籍を失ひたる場合には妻の國籍に影響を及ぼさざるは勿論である(國籍法第二十二條)。

三 子に及ぼす效力 諸國の國籍法は國籍喪失者の未成年の子の國籍を當然に變更することを認むるを以て例としてゐる。我國籍法第二十一條に於ても亦日本の國籍を失ひたる者の子が其者の國籍を取得したるときは當然に我國籍を喪失すべきものとしてゐる。此の規定は極めて單簡であるが立法上より言へば將來修正を要する二大缺點を包容するものである。即ち國籍法第十五條に於ては日本の國籍を取得したる者の子は其本國法に依りて未成年者なる場合に限り我國籍を取得すべきものとするにも拘らず本條は單に其子と言ひ、未成年者たると成年者たるを問はないから、成年者たる子と雖も當然我國籍を喪失せざるを得ないのは第十五條と對比して甚しく權衡を失したる規定である。又國籍法第二十三條に於ては日本人たる子が外國人の認知に因つて我國籍を喪失する場合には、但し日本人の妻、入夫又は養子と爲りたる者は此限に「ならず」と規定して國籍

子に及ぼす效力

の喪失を制限したるにも拘らず、本條に於ては斯る但書を忘れたる結果として其子が或は日本人の妻であり、或は入夫又は養子である場合に於ても尙當然我國籍を失ふべきものとなるのが第二の缺點である。尙國籍法第二十二條に於て國籍喪失者が離婚又は離縁に因つて日本の家を去りたる場合には其子の國籍に何等の影響をも及ぼさざるも、若し其子が父に隨うて日本の家を去りたる場合には我國籍を喪失すべきものとしてゐるのは素より當然の規定である。

以上の規定に従ひ國籍喪失者の妻又は子が我國籍を喪失したる以上は國籍喪失者本人と同じく日本臣民にあらざれば享有することを得ざる權利又は特典を喪失し、日本臣民にあらざれば負擔せざる義務を免除せらるべきは素より論を俟たないのである。

第四章 國籍の回復

第一節 國籍回復の條件

國籍の回復とは一旦外國人と爲りたる者が再び故國の國籍を取得することを

國籍回復の條件

云ふ。現時に於ては何れの國に於ても其國民に國籍を喪失するの自由を認むるを以て例とするが、國家は自ら好んで外國人と爲りたる者に對して國籍の回復を認むべき義務はないのみならず、喪失の場合と同様に之を個人の自由に放任することを得ないの言ふまでもない。然し一旦外國人と爲りたる者も他年再び故國に歸來して誠實に其國籍を回復せんことを志望する者も少くないことは豫想し得べき所であるから、近世諸國の國籍法は英國を除くの外は普通の外國人が歸化を爲す場合より區別して、極めて簡易なる條件に依り國籍の回復を認許するを以て例としてゐる。我國籍法に於ても亦第二十五條以下に左の條件を以て我國籍を回復することを得べきものとしてゐる。

第一 歸化に因つて國籍を喪失したる者の國籍回復の條件

歸化に因つて國籍を喪失したる者の國籍回復の條件

國籍法第二十條の規定に依り外國に歸化したるが爲めに我國籍を喪失したる者は、左の二條件を以て我國籍を回復することが出来る(國籍法第二十六條)。

(一) 日本に住所を有すること 我國籍を回復せんとする者は我國に歸來して生活の本據を置き、再び我國を以て本國とするの意思を實際上に表明しなければならぬ。併し住所設定以來の年月の長短は問ふ所で無いから、我國に定住す

るの意思を以て歸國したる以上は、歸國勿々國籍回復の許可の申請を爲し得べきことは勿論である。

(二) 内務大臣の許可 國籍の回復は之を回復せんとする者が其住所地を管轄する地方廳を経て内務大臣に其許可の申請を爲し、内務大臣が之を許可したる場合に成立するのである。併し内務大臣の許可は唯申請を前提條件とする行政處分に過ぎないのであつて、回復出願者の申込に對する承諾にあらざることとは勿論である。

外國に歸化することに依つて我國籍を喪失したる者の中には生來我國籍を享有したる者と、外國人が歸化其他の原因に依つて我國籍を取得したる者とあるが、國籍の回復は唯前者即ち生來日本人であつた者に就てのみ認むべきものである。後者即ち生來外國人であつた者が我國籍を取得したる後再び外國人と爲り、更に再び日本人と爲らんと欲する場合には、國籍の回復を認むべき何等の理由もないのである。何となれば國籍回復者は歸化人の如くに種々の權利を制限せらるゝ所がないので、若し歸化人が更に外國に歸化したる後我國籍を回復し得べきものとすれば、之に依つて歸化人の權利制限を免るゝに至るの弊害があるからであ

る。國籍法第二十六條末段に「但し第十六條に掲げたる者が日本の國籍を失ひたる場合は此限にあらざ」と規定してゐるのは之が爲めである。従つて斯る外國人は更に歸化の手續に依るの外は再び我國籍を取得することを得ないのである。

第二 離脱に因つて國籍を喪失したる者の國籍回復の條件

出生に因つて外國の國籍を取得すると共に、離脱に因つて我國籍を喪失したる者が我國籍を回復する場合にも亦前掲の場合と同様に(一)我國に住所を有すること(二)内務大臣の許可との二條件を要することとしてゐる。(國籍法第(二六條)尙此の場合には國籍を回復せんとする者が未成年者であることもあるから、我國籍を失ひたる者が十五年未滿なるときは、回復の許可の申請は父より之を爲し、父之を爲すこと能はざるときは母、母之を爲すこと能はざるときは祖父、祖父之を爲すこと能はざるときは祖母より之を爲すことを必要としてゐる(國籍法施行(規則)第八條)。

第三 婚姻に因つて國籍を喪失したる者の國籍回復の條件

外國人の妻と爲つたが爲めに我國籍を喪失したる者が、之を回復するが爲めには左の三條件を具備することが必要である。

- (一) 婚姻の解消したること 外國人の妻と爲りたるが爲めに我國籍を喪失せ

離脱に因つて國籍を喪失したる者の國籍回復の條件

婚姻に因つて國籍を喪失したる者の國籍回復の條件

しめたる所以は、夫婦國籍を同うせしむるの主旨より出でたる規定であるから、妻は夫の死亡又は離婚に因つて婚姻關係が解消したる後にあらざれば國籍を回復することを得ないのは勿論である。従つて妻は別居制度を認むる國に於て夫と別居したる場合に於ても尙我國籍を回復することを得ないのである。何となれば別居は婚姻關係を全然解消するものでは無いからである。

- (二) 日本に住所を有すること 従つて外國人の妻は婚姻關係の解消したる後に於ても若し夫の本國又は第三國に居住して我國内に住所を設定せざる限りは、我國籍を回復することを得ないのである。

- (三) 内務大臣の許可あること 外國人の妻と爲りたるが爲めに國籍を喪失したる者が國籍を回復する場合には、前掲の二條件を具備するを以て足れりとする立法例も少くはないが、我國籍法第二十五條は此の場合に於ても尙内務大臣の許可を要することとしてゐる。

尙國籍回復の許可を得たる者は許可の日より十日以内に戶籍法第一百五十二條の規定に従ひ國籍回復の届出を爲すことが必要である。

第二節 國籍回復の效力

國籍回復の效力

國籍の回復とは既に述べたる如く我國籍を喪失して外國人と爲りたる者が再び我國籍を取得して内國人と爲ることである。従つて國籍回復者は生來の臣民と同じく直に日本臣民たるの權利を享有し義務を負担するのであつて、歸化其他の原因に依つて新に我國籍を取得したる者の如くに權利享有を制限せらるゝ所は無いのである。尙國籍の回復と云ふも回復の效力は唯回復の時より將來に向つて發生するのみであつて、國籍喪失前の原狀に回復することを意味するものではないことは勿論である。

國籍回復の效力は特に本人に對して發生するのみならず、更に其妻子に對しても發生するものである。即ち我國籍を回復したる者の妻は夫の國籍回復の效力として我國籍を回復し又は取得することは國籍法第二十七條に規定するが如くである。國籍回復者の子も亦之と同様に或は我國籍を回復し又は新に我國籍を取得するものである。

第五章 國籍の牴觸

第一節 積極的牴觸問題發生の原因

積極的牴觸と消極的牴觸

以上の説明に依り吾人は如何なる場合に我國籍を取得し喪失し又は回復し得べきかを明かにした。而して前述の如くに理論上より言へば人は凡て何れかの國籍を有せざるべからざると共に同時に二個の國籍を有すべからざるものであるが、諸國の國籍法は各其規定を異にする結果として實際上屢々我國籍を有する者が同時に外國の國籍を有する場合もあり、又何れの國籍をも有せざる場合も有るのである。前者は重國籍即ち國籍の積極的牴觸であつて、後者は無國籍即ち國籍の消極的牴觸である。我國籍法は外國の國籍を取得するにあらざれば我國籍の喪失を認めないこととし、且我國に於て生れたる子に就て血統主義に依ることを得ない場合には、生地主義に依つて我國籍を附與すべきものとしてゐるので、消極的牴觸の發生を豫防する點に於ては殆んど遺憾とすべき所が無いのである。併し積極的牴觸は外國々籍法との關係問題であつて、我國籍法の規定のみに依つ

て之を豫防することは出来ないのみならず、入夫婚姻又は養子縁組の場合には我家族制度を維持するの必要より國籍の牴觸を顧慮するに遑なき我國籍法が却つて牴觸問題の發生を増加する原因となることもある位である。

同時取得に因る積極的牴觸
同時取得に因る積極的牴觸
同時取得に因る積極的牴觸
同時取得に因る積極的牴觸
同時取得に因る積極的牴觸
同時取得に因る積極的牴觸
同時取得に因る積極的牴觸
同時取得に因る積極的牴觸
同時取得に因る積極的牴觸
同時取得に因る積極的牴觸

今内外諸國の國籍法の規定に徴して國籍の積極的牴觸發生の原因を概観するに、一個人が二個の國籍を同時に取得したる場合と、時を異にして取得したる場合とがある。同時取得に因る牴觸の場合には即ち生來の國籍牴觸であつて、出生に因る國籍取得の主義を異にする結果として惹起せられたものである。異時取得に因る牴觸の場合には即ち傳來の國籍牴觸であつて、國籍を變更したる者が新に他國の國籍を取得したるにも拘らず、尙從來の國籍を喪失せざる結果として新舊二個の國籍が並び存する場合である。國籍の牴觸問題を説明するに當つては、此の二個の場合を明白に區別することが必要であるから、左に先づ此の二個の牴觸問題發生の原因を略述することとし、次で次節に於て牴觸問題を解決すべき原則を説明することとする。

第一項 生來の國籍牴觸

生來の國籍牴觸

我國籍法は血統主義を原則とし、日本人の子は出生地の如何に拘らず我國籍を

取得すべきものとしてゐるから、生地主義を原則とし又は補則とする外國に於て生れたる場合には同時に出生地の國籍をも取得する結果として、二個の生來の國籍が相牴觸するを免れないのである。即ち

第一 絶對的生地主義を採る國に於ける牴觸

日本人の子が南米諸國の如く絶對的生地主義を採る國に於て生れたる場合には積極的牴觸を免れないことは勿論である。併し我國籍法第二十條の二の改正に依り米國及び加奈陀と共に、南米の亞爾然丁、伯刺西爾、智利及び秘露の四ヶ國に就ても亦、無届に依り出生の始に遡つて我國籍を喪失することが出来ることとなつたので、特に我國籍を留保する旨を届出でたる場合の外は、牴觸問題が消滅するに至つたことは前に述べたるが如くである。

第二 生地主義を原則とする國に於ける牴觸

日本人の子が英米諸國の如く生地主義を原則とし血統主義を補則とする國に於て生れたる場合にも亦積極的牴觸問題を發生することは前者の場合と同一である。従つて英國に於て生れたる日本人の子は英國々籍法上より言へば英國人である。斯る子は成年に達したる後外國人と爲るの宣言に依つて英國々

絶對的生地主義を採る國に於ける牴觸

生地主義を原則とする國に於ける牴觸

籍を喪失することを得るのであるが、斯る宣言を爲さずして英國に居住する限りは日英兩國の國籍を有するものである。但し加奈陀と米國とに就ては特に我國籍を留保する旨を届出でざる限りは、斯る牴觸が発生せざることとなつたことは前述の如くである。

第三 血統主義を原則とし生地主義を補則とする國に

生れたる場合に於ける牴觸

日本人の子が獨逸の如く絶對的血統主義を採る國に於て生れたる場合には、生來の國籍に就て牴觸問題を發生すべき餘地を存せないが、佛蘭西、葡萄牙、白耳義等の如く血統主義を原則とするも、或る程度に於て生地主義を併用する國に於て生れたる場合にも亦積極的牴觸問題を發生することがある。例へば佛蘭西國籍法（第一條第二號、第五號及第二條）に依れば佛國に於て生れたる子は父母共に外國の國籍を有する場合に於ても、若し其父又は母が佛國に於て生れたる者である場合には、佛國の國籍を取得すべきものとしてゐるから、曾て佛國に於て生れたる日本人が日本人又は外國人を妻とし、或は日本人が佛國に於て生れたる日本人又は外國人を妻として佛國に於て産みたる子は、我國籍法上日本人であると同時に、

血統主義を原則とし生地主義を補則とする國に生れたる場合に於ける牴觸

佛國の國籍法に依れば佛國人であるが如きものである。

生來の國籍牴觸に就て尙一言注意すべきことは、此の牴觸は諸國の國籍法が其主義原則を異にする必然の結果であるから、將來國際條約に依つて之を統一するに至るまでは之を豫防することが到底不可能であることである。且此の牴觸は出生と同時に發生するのであるから、之を取得したる當事者の意思とは何等の關係をも有せざるものである。

第二項 傳來の國籍牴觸

近世諸國の國籍法は國籍變更の自由を認むるを以て原則とするが、一方に於ては既に他國の國籍を取得したる者に對しても尙從來の國籍の喪失を認めざるものもあると同時に、他方に於ては他國の國籍を保有する者に對しても尙新に國籍を取得せしむるものもあるので、新舊二個の國籍が相牴觸する場合も亦頗る多いのである。今左に我國籍法を基礎として斯る牴觸問題の發生すべき主要なる場合を列舉することとする。

第一 婚姻に因る牴觸

外國人が日本人の妻と爲りたるときは當然日本の國籍を取得すべきことは

傳來の國籍牴觸

婚姻に因る牴觸

國籍法第五條に明言する所である。然るに露國(國籍法第五條)亞爾然丁、伯刺西爾等に於ては内國人が外國人の妻となるも國籍を喪失することを認めないのであるから、斯る國に屬する女子が日本人の妻と爲りたる場合には積極的抵觸を免れないのである。又米國に於ては米國の女子が外國人の妻と爲りたる場合には特に國籍拋棄の宣言を爲すか又は二年以上引續き夫の本國に住居する場合の外は米國々籍を喪失せざるものとしてゐる。併し日本人の如く歸化し得べからざる外國人と婚姻したる場合には却つて當然に其國籍を失ふべきものとしてゐる。これは東洋人との婚姻をなるべく防遏せんことを期するが爲めである。

第二 入夫婚姻に因る抵觸

第三 養子縁組に因る抵觸

我國籍法第五條は外國人が日本人の入夫と爲り又は養子と爲りたる場合には外國の國籍を喪失すると否とを問はず、我國籍を取得すべきものとしてゐる。養子に就ては支那の國籍法(第二條第四號)も亦同様である。然るに歐米諸國に於ては入夫婚姻を認めざるは勿論、養子制度に就ても和蘭の如くに全然之を認めざる。

入夫婚姻に因る抵觸
養子縁組に因る抵觸

ものもある。且此の制度を認むる國に於ても養子縁組は養子の國籍に何等の影響をも及ぼさざるを以て原則としてゐる。例へば英、米、獨、佛、伊、白、瑞、典、波、蘭等の國籍法の如きはそれである。従つて歐米人が日本人の入夫と爲り又は養子と爲つた場合には積極的抵觸を發生することが明かである。

第四 認知に因る抵觸

外國人が日本人たる父又は母に依つて認知せられたる場合に、我國籍を取得すべきことは國籍法第五條及び第六條に規定する所である。然るに英國の如く全然認知を認めざるものもあり、或は佛、葡、又は南米亞爾然丁、伯刺西爾、智利等の諸國の如くに認知を以て國籍得喪の原因と認めざるものもあり、或は又露國の如くに私生子と嫡出子とを區別せざるのみならず、國籍の喪失には凡て政府の許可を要するものもあるから、此等の諸國に屬する外國人が日本人に依つて認知せられたる場合には、從來の國籍を喪失せざるにも拘らず、我國籍を取得する結果として積極的抵觸を免れざるものである。且認知に因つて國籍を變更することを認むる諸國例へば獨、奧、伊、白、蘭、波、瑞、諾等に於ては父が認知したるときは常に父の國籍を取得するを以て原則とするが故に、日本人たる母が認知し

認知に因る抵觸

たる後に於て、此等の諸國に屬する父が認知したる場合には、斯る子は日本の國籍を取得するのみならず、更に外國の國籍をも取得することとなるのである。吾人が前に斯る場合に母の認知に因つて取得したる國籍を維持するの必要なしと主張したのは、斯る牴觸を豫防することを適當と信ずるがためである。

歸化に因る牴觸

第五 歸化に因る牴觸

我國籍法は外國人が歸化に因つて我國籍を取得するが爲めには外國の國籍を喪失することを條件としてゐるから、牴觸問題を發生すべき餘地はないのである。只我國に特別の功勞ある外國人が歸化する場合に限り、斯る條件を要しないから、或は牴觸を免れざることもあり得ると云ふに過ぎない。然し歐米諸國に於ては一方に於ては歸化の條件として從來の國籍を喪失することを要するもの少く、他方に於ては露國(國籍法第十三條)の如く外國に歸化するも、政府の許可なき以上は國籍の喪失を認めざるものもあり、或は獨逸(國籍法第二十五條)の如く外國に歸化するも尙獨逸の國籍を保有し得べきことを認むるものもあるから、歐米諸國間に於ては歸化は國籍牴觸問題發生の一大原因であるのである。

傳來の國籍牴觸と

傳來の國籍牴觸に就て尙一言注意すべきことは、生來の國籍牴觸の場合に於け

當事者の意思

るよりも當事者の意思に關すること頗る多大なることである。即ち新舊二個の國籍の中、舊國籍は多くの場合には出生に因つて取得したる國籍であるが、新國籍は歸化に因つて取得したる場合は勿論婚姻又は縁組等に因つて取得したる場合に於ても、當事者が志望し若くは豫期したる結果に外ならないのであるから、新國籍の取得は當事者の意思に基いて發生したるものであると言ふことが出来るのである。後に述ぶる如く我法例第二十七條に於て新舊二個の國籍が相牴觸する場合には、最後に取得したる國籍に依つて其本國法を定むべき旨を規定したる所以も亦茲に存するのである。

第二節 積極的牴觸問題解決の原則

第一項 國際的解決の原則

國籍の積極的牴觸問題を解決するに當り先づ注意すべきことは國內法上の問題と國際法上の問題を區別すべきことである。例へば内外二個の國籍を有する者を內國人として兵役の義務に服せしむるが如き、又は甲乙二個の外國々籍を有する當事者を甲國人なりとして、甲國の法律を其本國法として適用するが如き

國內法上の問題と國際法上の問題

は、即ち我國內に於ける行政上又は司法上の問題である。之に反して出生地の國籍を取得し且其國に居住する一個人の爲に、血統主義を採る國が自國の臣民なりと主張して外交上の保護權を争ふが如き、或は甲乙兩國が丙國に對して其國に滞在する犯罪人を各自國の臣民なりと主張して其引渡を争ふが如き問題は、即ち國家間に於ける國際法上の紛争である。而して現行國際法より言へば何人が自國の臣民たるかを決定することは、各國家の主權に專屬する事項であつて、或一個人が或國の國籍を有するや否やに關する一切の問題は、唯該國家の法律に依つてのみ決定せらるべき問題であるから、或一個人に對して兩國が各自國の臣民なりと主張する場合には、理論上之を解決すべき何等の標準も存しないのである。學者往々に國籍の積極的抵觸問題は理論上に於ても法律上に於ても到底解決し得べからざる問題であると説明してゐるのは、斯る國際紛争の場合に就ては正當な議論である。併し國際私法上解決を要すべき問題は斯る國際紛争ではなくして國內法上の問題としてある。而して國內法上の問題としては之を解決することを得べく、且必らず解決せざるべからざる問題である。何となれば國家は二個以上の國籍を有する當事者に對しても、何れかの國籍を基礎として行政權又は司法

國際的協
定に依る
解決

權を行はざるを得ないからである。然るに此點に關する諸國の國際私法又は國籍法の規定は頗る區々且不完全である處から、之を國際的に協定することが必要であるので、國際聯盟に於ては最近數年來國籍法の抵觸問題に關する解決方法を考究し、一九三〇年四月第一回國際法典編纂會議に於て國籍法の抵觸に關係ある或種問題に關する條約案三十一條、無國籍に關する特別議定書三十一條、無國籍の或場合に關する議定書十五條、及び重國籍の或場合に於ける兵役の義務に關する議定書十七條を決議するに至つたのである。茲に國際的解決と言つたのは即ち前掲條約案に規定するが如き解決方法の事であつて、國際紛争に對する解決方法を意味するものではないのである。國籍抵觸問題の根本的解決は國際協定に依つて各國の國籍法の主義原則を統一することである。併し現今の状態に於ては生地主義を採る諸國の憲法又は國籍法を改正して血統主義に統一することも不可能であると同様に、血統主義を採る諸國をして生地主義を採用せしむることも亦不可能であるから、國籍法自體を統一して抵觸問題發生の原因を杜絶する根本的解決は遺憾乍ら之を斷念せざるを得ないのである。従つて現時に於て國籍の抵觸に關する問題を國際協定に依つて規律することを得べき可能なる

根本的解
決の不可
能

最大限度は甚だ姑息ではあるが、一方に於ては世界各國の國籍法が各其規定を異にする事實を其儘に放任しながら、他方に於ては世界各國をして人は凡て一個の國籍を有すべく、且一個以上を有すべからざることを認めしむることが國際社會一般の利益なることを互に確信し、従つて國籍問題に關して人類の進むべき理想は無國籍及び重國籍を共に消滅せしむるにあることを承認して、可成抵觸の範圍を縮小するに足るべき規定と抵觸を解決するに適切なる一二の原則とを確立するを以て満足するにあると言はざるを得ないのである。此點に於て海牙に於て成立したる前掲條約案は尙極めて不徹底なる規定たるを免れないのであるが、國籍抵觸問題に關する國際的解決の大事業に關して漸進的法典編纂の第一歩を試みたるものであつて、吾人の研究を要すべき一大文獻であると言はねばならぬ。尙其規定せる原則の當否如何は次項に於て之を論評することとする。

第二項 國內的解決の原則

國內法上の問題として國籍の積極的抵觸問題を解決するに當つて第一に注意すべきことは、内外國籍の抵觸問題と外國々籍の抵觸問題とを判然區別すべきことである。何となれば此の二者は同一の原則に依つて之を解決することを得ないからである。

第一款 内外國籍の抵觸問題

內國の國籍と外國の國籍と積極的に相抵觸する場合には、同時取得たると異時取得たるとを問はず、常に內國の國籍のみを認むるを以て原則とする。且此の原則は國籍法自體の性質より由來する當然の結果であつて之が爲めに何等特別の規定を要せざるものである。蓋し内外二個の國籍が相抵觸するとは、唯内外國籍法を比較したる場合に於ける比喩の語であつて、何れか一國の國籍法上より言へば國籍は如何なる場合に於ても常に唯一であつて、二個の國籍が並び存することを認めるものはないのである。而して國籍の得喪に關する規定は國家成立の要素たる臣民の資格を定めたる最も重要な公法であつて、佛伊學者の所謂國際公秩序に關する規定であるから、内外二個の國籍を有する當事者に就ては、何れの國に於ても外國法の規定如何に拘らず、各之を自國の臣民と認むるのが當然であると言はねばならぬ。例へば或個人が我國籍法の規定に依つて我國籍を有する以上は、公法的關係に就ても私法的關係に就ても、我國の行政官及び司法官は之を日本臣民なりと認めざるを得ないのであつて、其者が外國の法律に従ひ外國の國籍

を有するや否やを問ふことを要せざるのみならず、斯る外國法は我國の公の秩序に反するが故に如何なる場合に於ても之を適用することを得ざるものである。従つて外國人とは外國の國籍を有する者なりと言ふことを得ないのであつて、外國の國籍を有すると否とを問はず日本國籍を有せざる者を云ふと消極的に定義すべきである。國籍法の牴觸に關する條約案第二條及び第三條に左記の如き法文を掲げてゐるのは上述の法理を言明したる規定である。

第二條 或個人が或國の國籍を有するや否やに關する一切の問題は該國家の立法に依つて決定せらるべし

第三條 本條約の規定の留保の下に二個又は數個の國籍を有する者は其國籍國たる各國家に依つて其國民として認めらるべし

第二款 外國々籍の牴觸問題

二個の外國々籍が相牴觸する場合に第三國たる我國に於て、何れの國籍を以て其本國法を定むべきかは重要にして且困難なる問題である。此の場合に於ても當事者は畢竟唯一個の國籍のみを有するものとして取扱はるべきであることは勿論であるが、二個又は數個の中何れの一個を認むべきかが問題であるのである。

外國々籍の牴觸問題

蓋し内外國籍の牴觸の場合には内國の國籍に重きを置くべき理由は國籍法自體の性質上より極めて明白であるが、外國國籍の牴觸の場合には、第三國たる我國より言へば何れの國籍も共に同等の國籍法に依つて取得したる國籍であるから、國籍自體より言へば其一を他より優先せしむべき何等の理由をも發見することを得不いのである。學者は通常此の問題を説明するに當り、牴觸せる國籍が同時に取得せられたると時を異にして取得せられたるとを問はざるを以て例とするが、予は此の二者は同一に論ずることを得ないものであると信ずるので、之を生來の國籍牴觸問題と傳來の國籍牴觸問題とに區別して説明することとする。

第一 生來の國籍牴觸問題

外國人が二個以上の生來の國籍を有する場合に、第三國に於て其本國法を定むるに當つては、先づ其外國人が何れかの一方に住所を有すか否かを區別する必要があるのである。

甲 何れかの一方に住所を有する場合

出生に因つて甲乙兩國の國籍を取得したる外國人が、甲國又は乙國に住所を有する場合には、第三國に於ては現に住所を有する國の國籍に依つて其本國法を定

何れかの一方に住所を有する場合

生來の國籍牴觸問題

むるを以て原則とすべきことは實際上に於ても學說上に於ても異論なき所である。蓋し個人の國家に對する關係に於て國籍に次で重きを置くべきものは住所である。従つて國籍と住所とを併せ有する國は、單に國籍のみを有する國よりも一層重要な關係を有するものであると言ふことが出来るからである。唯問題とすべきは住所の意義如何であるが、後章に述ぶる如く住所の意義を一定することは困難なるのみならず、此の場合には之を嚴格なる意義の住所に限定する必要がないから、寧ろ之を常時居住地の意義に解釋するのが妥當であらうと考へる。現に國籍法の牴觸に關する條約案第五條にも斯る個人の有する數個の國籍中、該個人が常住的にして主たる居所を有する國の國籍を認むべきものとしてゐる。

乙 何れの一方にも住所を有せざる場合

若し數個の國籍を有する外國人が其何れの一方にも住所を有せざる場合、即ち第三國に居住する場合には如何にして其本國法を決定すべきか。此問題に就ては學說は區々一定する所がないが、最も極端なる説を爲す者は斯る場合には寧ろ住所地法を以て本國法に代用すべきものであると主張してゐる。例へば獨逸に於けるノイマンニ派の學者又は佛國のデバニエ等の如きである。併し乍ら本國

何れの一方にも住所を有せざる場合

法主義を採る諸國に於て當事者が國籍を有せざる場合に住所地法を以て本國法に代用する所以は、誠に己むを得ざるの結果たるに過ぎないのであるから、當事者が二個以上の國籍を有すること明白なるにも拘らず、唯其一を選択するの困難なるが爲めに之を無國籍人と同一視するが如きは、本國法主義を無視するの譏を免れざるものと言はねばならぬ。或は當事者の意思に重きを置き、當事者をして自由により其一を選択せしむべきものであると主張する者もあるが、生來の國籍牴觸は當事者の意思に原因するものではないのみならず、問題の發生したる後に於て當事者をして自己に有利なる國籍を選択せしむるが如きは、相手方又は第三者の利益を害するに至るの虞があるから、斯る解決方法を採用することを得ないのは勿論である。終極に血統主義を優先せしむる説を採る學者の中にも或は當事者が何れの一方にも現在又は過去の住所を有せざる場合には、其父母の現在又は過去の住所の存在する國の法律を以て其本國法と爲すべしと主張する者もある。併し若し當事者の過去の住所を探究すべきものとするときは、結局出生地の國籍を認めざるを得ざるに至るべく、若し又父母の現在又は過去の住所をも認むべきものとするときは、結局血統主義を優先せしむることゝなるから前後矛盾するの譏を免

れざるものである。或はチーテルマンの如くに裁判所は事情に徴して當事者に最も密切なる關係を有する國籍に従ふべきものであるとして、裁判官に一任せんとする者もある。國籍法の牴觸に關する條約案第五條末段に於て、或は情況よりして該個人が事實上最も密切なる關係を有するものと見做し得べき國の國籍を認むることを得べしと規定して居るのも亦之と其主旨を同うするものである。併し斯る説は問題解決の標準を示さざるの非難を免れざるのみならず、同條約案の如くに第三國をして斯る國籍を認むべきか或は常時居住國の國籍を認むべきかを選択せしむるが如きは甚だ失當であると言はざるを得ないのである。

果して然らば此問題を如何に解決するを以て適當とすべきか。此の問題は其性質上根本的解決方法はないのであつて、只比較的妥當なる方法を選ぶことのみが許されて居るに過ぎない。其意味に於て予輩は之に對してワイス一派の學者と共に國籍の得喪に關し第三國たる訴訟地の國籍法に最も近似する主義を採用する國の法律に依つて其本國法を定むべしと答へんとするものである。従つて例へば佛國人の子が米國に於て生れたるが爲めに、佛國の國籍と米國の國籍とを取得したるも、現在我國に住所を有する場合に、我裁判所が其本國法を決定するに

當つては、血統主義に重きを置く我國籍法に近似する佛國々籍法に依つて之を佛國人なりとし、佛國法律を以て其本國法と見做すべきものである。蓋し裁判官の主觀的標準に依つて何れの國籍が當事者に一層密切なる關係を有するものなるかを判定するよりも、我立法者の認むる客觀的標準に徴して之を判定することが、一層妥當であると言はざるを得ないからである。或は此説は二個の外國法が同一程度に於て訴訟地法に類似するときは、實行不能の場合が発生するから不可得であると非難する者もあるが、生來の國籍の牴觸問題の發生する所以を審かにするときは、斯る非難の當らざることには極めて明白である。例へば佛國の法律と白國の法律とは内國に於て生れたる外國人の子が、更に内國に於て生れたる場合には、之を内國人と爲す點に於て全然同一であると假定するも、佛國に於て生れたる白國人の子が我國に住居する場合に我裁判所は血統主義を原則とする白國法律に依つて之を白國人なりとするに何等の困難をも感ぜざるが如きである。或は此説は内國法に近似する外國法を選定せんとする點に於て内國法を第一位に置くものであると非難する者もあるが、二者同等の外國々籍を選定するに當り他に據るべき標準を缺くが故に、内國法に近似するものを選択するに過ぎないのである。

から之を以て内國法に優越なる地位を認むるものとして非難することは出来ないと信ずる。

第二 傳來の國籍牴觸問題

傳來の國籍牴觸とは外國人の生來の國籍と傳來の國籍と相牴觸するか若くは二個の傳來の國籍が相牴觸する場合即ち新舊二個の國籍が相牴觸する場合である。而して新國籍の取得が前に述べたる如く當事者の意思に基く點に於て生來の國籍牴觸とは大に其性質を異にするものであるから第三國に於て斯る當事者の本國法を決定するに當つては當事者の意思に重きを置き新に取得したる國籍に依つて之を定めるのが妥當であると考へる。我法例第二十七條第一項は此の問題の解決に關し左の如く規定してゐる。

當事者の本國法に依るべき場合に於て其當事者が二個以上の國籍を有するときは最後に取得したる國籍に依りて其本國法を定む但し其一が日本の國籍なるときは日本の法律に依る

即ち此の規定は傳來の國籍牴觸に就ては其原因の如何に拘らず常に新に取得したる國籍に依つて當事者の本國法を定むべきものとする點に於て、世界各國に

傳來の國籍牴觸問題

對して一の新たなる立法例を示したるものである。學者或は舊國籍を喪失せざる以上は他國は新に國籍を附與することを得ないから寧ろ舊國籍に依らざるべからずと主張する者もあるが國籍變更の自由は現今文明諸國に於ける國籍の得喪に關する根本原則であつて何れの國に於ても從來の國籍を喪失すると否とを問はず外國人に國籍を附與することが出来るのであるから第三國に於ては最後に取得したる國籍を尊重し之に依つて其本國法を定むるを以て當事者の意思と國籍法の根本原則とに適合するものと言はざるを得ないのである。例へば露國人が脱籍の許可を得ずして米國に歸化したる場合に若し我裁判所に於て最後に取得したる米國の國籍を排斥して露國法を以て其當事者の本國法なりと判定するときは當事者の意思に反するのみならず移住脱籍の自由を無視するの非難を免れぬであらう。之と同様に米國の女子が佛國人の妻と爲り佛國の國籍を取得したる以上は米國の國籍を喪失せざる場合に於ても我國に於ては最後に取得したる佛國々籍に依つて其本國法を定めざるを得ないのである。其他の原因に依つて新なる國籍を取得したる場合に於ても法理は同一であるから生來の國籍牴觸の場合に於けるが如くに、何れかの一方に住所を有すると否とに依つて其結果

を異にすべき何等の理由も存せないことは明かである。従つて第三國が常時且主要なる居所を有する國の國籍を排他的に選擇し得べきことを認めたる前掲條約案第五條の規定は、生來の國籍牴觸問題を解決するが爲めには適當なる規定たるを失はないが、傳來の國籍牴觸問題を解決するの原則と爲すには足りないものであると言はねばならぬ。我法例第二十七條は新舊二個の國籍が相牴觸したる場合に於ける本國法を定むる原則のみを規定して、生來の國籍が同時に相牴觸せる場合を規定せざる所以は、我立法者が此の二者は同一の原則に依つて之を解決すべきものにあらざるのみならず、後者に就ては之を法例に規定するよりは寧ろ學說及び判例の發達に俟つの安全なるに如かずと考へたるが爲めである。學者或は法例第二十七條第一項に、但其一が日本の國籍なるときは日本の法律に依るとあるが爲めに、内外國籍の相牴觸する場合に内國の國籍が優先することを得るが如くに説明する者もあるが、既に述べたる如く内國の國籍が外國の國籍に優先すべきことは特別の法文を要せざる自明の法理であるが、第二十七條の本文のみにて此の但書を掲げざるときは内國の國籍が舊國籍である場合に於ても、尙最後に取得したる外國々籍を認むるが如く誤解せらるる虞があるから、唯斯る誤解を

豫防するが爲めに附記したる注意的規定たるに過ぎないのである。

第三節 消極的牴觸問題

第一項 消極的牴觸問題發生の原因

我國籍法は前に述べたる如く、日本人の子は外國に於て生れたる場合に於ても當然日本國籍を取得すべきものとし、且日本人は外國の國籍を取得するにあらざれば我國籍を失はざるものとしてゐるので、日本人に就ては無國籍即ち國籍の消極的牴觸問題を發生すべき餘地が無いのである。然し外國人に就ては其本國々籍法の如何に依り、或は出生に因つて生來の無國籍人と爲る場合あり、或は出生後の事實に因つて從來の國籍を喪失したるが爲めに無國籍人と爲る場合もあることを注意せねばならぬ。

我國籍法第四條に依れば日本に於て生れたる外國人の棄兒又は無國籍人たる外國人の子は生地主義に依つて我國籍を取得するが、外國の國籍を有する外國人の子に就ては生地主義を認めないから、斯る子は其父母の國籍を取得せざる限りは生來の無國籍人たるを免れないのである。例へば絶對的生地主義を採る南米

消極的牴觸の發生原因

諸國に於ては外國に於て生れたる子は内國に歸來するか或は内國人と爲るの意思を表示するにあらざれば、内國の國籍を取得することを得ざるものとしてゐるから、此等の諸國に屬する外國人より生れたる子が引續き我國に居住する場合に、其本國の國籍取得の要件を満たさざる限りは、無國籍人たるを免れざるものである。又英國に於ては英國婦人が外國に於て生みたる私生子に英國々籍を取得することを許さないから、英國婦人が我國に於て産みたる私生子は無國籍人たるを免れないのである。尙英國法に依れば英國人の子が外國に於て生れたる場合に英國の國籍を取得するが爲めには、其父が英國に於て生れたる者なるか、歸化又は領土の併合に依つて英國々籍を取得したる者なるか、或は其子の出生後一年以内(特別の場合には二年以内)に英國領事に出生の届出を爲すことを要するから、我國に於て生れたる英國人の子が斯る條件を具備せざる場合にも亦無國籍人たるを免れないのである。(法一九二二年英國々籍法第一節第一項參照)。米國法に依るも亦外國に於て生れたる米國人の子は、其父が曾て米國に居住したること無き場合には、米國々籍を取得することを得ないのであるから、我國に於て生れたる米國人の子も亦場合に依り生來の無國籍人と爲ることがあるのである。

無國籍は尙從來の國籍を喪失したる者が他國の國籍を取得することを得ざる場合にも發生する。即ち我國籍法は政府の許可を得ずして外國の文官又は武官と爲るか、又は一定の期間外國に滞在するが爲めに我國籍を喪失することを認めないが、歐洲諸國に於ては斯る原因に基づく國籍の喪失を認めるものが少くないから、若し此等の諸國に屬する外國人が我國に滞在中斯る原因に依つて從來の國籍を喪失するに至りたる場合にも亦無國籍人たるを免れないのである。

第二項 消極的牴觸問題解決の原則

第一款 國際的解決の原則

近世諸國の國籍法は何人も何れか一個の國籍を有すべきことを原則として、國籍の消極的牴觸を豫防するを以て例としてゐるが、尙之を根絶し得ないことは以上の説明に徴して明かである。而して無國籍人に就ては外交上の保護を主張すべき本國なるものが存在しないのであるから、積極的牴觸の場合に於けるが如くに國際紛争を惹起することなきは勿論である。併し乍ら無國籍人の滞在する國家より言へば、斯る外國人を領土内に居住せしむべき義務は無いのであるから、必要ある場合には緣故深き外國をして其者を引取るべき義務を負擔せしめざるを

得ない場合もあり得るのである。素より生來の無國籍人に就ては何れの國に對しても斯る要求を爲すことを得ざるは勿論であるが、國籍の喪失に因つて無國籍人と爲つた場合には、其喪失が個人の希望に基きたると國家の一方的處分に依りたるに拘らず、滞在國は之が爲めに損害を蒙るべき理由は無いのであるから、從來の本國をして國籍喪失前と同様に斯る無國籍人を引取るべき義務を負はしむることが正當であると言はねばならない。

此の問題は從來學者の注目を惹くに足らなかつたのであるが、世界大戰後歐洲大陸に於ては或は故國を逃亡し、或は故國より國籍を剝奪せられ、若くは之を喪失したる者であつて、今尙何れの國籍をも取得することを得ない者が頗る多數あるのであるから、無國籍人の取扱に關する問題は國際聯盟の注意を喚起し、一九三〇年四月第一回國際法典編纂會議に於て無國籍人と該無國籍人が最後に有したる國籍國との間の關係を規律するが爲めに、無國籍に關する特別議定書を協定するに至つたのである。而して其第一條には左の如く規定してゐる。

個人にして外國に入國後、他國々籍を取得すること無くして其國籍を喪失するときは、其の前國籍國は左記の場合右個人の滞在國の請求に依り、該個人を其の

國際的協
定に依る
解決

領土に入國せしむるの義務あるものとす

(イ)該個人が不治の病氣又は其他一切の原因に依り常時的赤貧状態にあるとき
(ロ)該個人が滞在國に於て少くとも一ヶ月の禁錮に處せられ、刑の執行を終りたるか或は刑の一部又は全部の執行猶豫を受けたるとき

右(イ)の場合には該個人の前國籍國は前記要求より起算して第三十日目より滞在國に於ける救助費用を供する約束の下に該個人の引取を拒絶することを得
(ロ)の場合には運送費は送還の要求を爲したる國の負擔たるべし

若し此の議定書が列國の批准を経て其の效力を發生するに至れば、從來不明確であつた無國籍人の舊本國に對する國際關係に就て國際法上一種の新規なる原則を確立することとなるであらう。併しこれは國際法上の原則であつて國際私法上の原則では無いのであるから、之に依つて無國籍人の屬人法を決定するの標準を左右することを得ざるは勿論である。

第二款 國內的解決の原則

國籍の消極的抵觸に關する問題は唯本國法主義の屬人法を認むる國に於てのみ發生する問題であつて、住所地法主義の屬人法を認むる國に於ては、斯る問題を

國內的解
決の原則

法例の規定

解決すべき必要を見ないのである。蓋し國籍を有せざる當事者に就ては本國法主義を適用することが不可能であるから、本國法主義の屬人法を認むる國に於ては、無國籍人の屬人法を定むるに當り、本國法主義を拋棄すべきか、或は國籍以外の標準を以て本國法に代用すべき法律を指定すべきかを決定せざるを得ないので、我法例第二十七條第二項は此の問題に關し左の如く規定してゐる。

國籍を有せざる者に付ては其住所地法を以て本國法と見做す、其住所が知れざるときは其居所地法に依る

即ち我法例は無國籍人に就ては其國籍に依つて屬人法を定むることを得ないので、住所地の法律を以て本國法と見做し、従つて本國法として之を適用すべきものとするのである。元來個人と國家との關係は其國に國籍を有するか、又は住所若しくは居所を有するか否かに依つて定まるのであつて、國籍に基く關係は最も密接且永續的であるが、住所に基く關係も亦之に次で密接且永續的關係であるから、諸國の國際私法は當事者の屬人法を定むるに當つて、國籍に重きを置いて本國法主義を採るものと、住所に重きを置いて住所地法主義を採るものとに別かるゝ所以である。従つて本國法主義の屬人法を認むる國に於ては、當事者が國籍を有せ

最後の本國法、住所法又は居所地法に依らんとする

ざるが爲めに之に依つて其本國法を定むることを得ざる場合には、之に次ぐべき密接なる關係ある住所地の法律を以て本國法と見做すことが極めて妥當であると言はざるを得ない。

或は獨逸民法施行法第二十九條の如くに、當事者の本國法に依るべき法律關係は、舊國籍を喪失したるが爲めに無國籍人と爲りたる者に就ては、最後に屬したる國の法律に依つて之を定め、若し曾て何れの國にも屬せざる者に就ては住所を有する國、若し住所なき場合には居所を有し又は有したる國の法律に依つて之を定めるのが正當であると主張する者もある。併し斯る説は舊本國が滞在國に對して或種の國際義務を負擔することを要する國際問題と、當事者の屬人法を定むべき國內問題とを混同するものであつて、國際私法上に於ては何等の根據なき見解であると言はねばならぬ。何となれば舊本國の法律を以て無國籍人の本國法と爲すが如きは、本國法主義自體と矛盾するのみならず、既に其故國を去り多年他國に居住して其地の法律生活に同化したる當事者に對して、舊本國の法律を適用するが如きは屬人法自體の精神を無視するの譏を免れないものである。

或は又生來の無國籍人即ち出生の初めより一定の國籍を有せざる當事者に就

父母の本

國法に依
らんとす
る説

ては、先づ當事者の父母の國籍國の法律を以て其本國法と爲し、父母が知れざる場合又は無國籍人たる場合に限り、當事者の住所地法を以て其本國法と爲すべきであると主張する者もあるが、吾人は其理由を發見するに苦しむざるを得ないのである。蓋し無國籍人も亦父母の血統を遺傳し、其傳統的な性格を繼承することは素より論を俟たないが、各人は寧ろ十四歳に達する迄の教育地が父母の血統よりも一層密接なる關係を有することを主張する有力なる學說もある位であるから、多年他國に生活の本據を有し、其地の人情風俗慣習に従うて生存する者に對して、日常の生活上何等の關係もなき父母の故國の法律を以て無國籍人の本國法と爲すが如きは、住所地法も亦本國法と相並んで屬人法の基礎を爲すに足るべき重要な意義を有することを忘れたるものと言はねばならぬ。

之を要するに國籍の消極的抵觸問題を解決するの原則は極めて簡單であつて、法例第二十七條に規定せるが如く、當事者の住所地法を以て其本國法と見做すにるのである。而して若し其當事者が住所をも有せざるか、若し之を有するも之を確知することを得ざる場合には、己むを得ず居住地の法律を以て其本國法と見做すべきである。

第四節 一國數法の場合に於ける本國法

一國數法
の場合に
於ける本
國法

國籍の抵觸問題に關する説明を終はるに當り尙一言注意すべきことは、當事者の本國法に據るべき場合に、若し其本國に於て地方に依り異なる法律が並び行はるゝときは、何れの法律を以て本國法とすべきかと云ふ問題である。此問題に對して或は無國籍人の場合と同様に當事者の住所地の法律を以て本國法と見做すべき事を主張する者もあるが、現に本國法を有するにも拘らず、第三國に住所を有する場合に於ても、尙住所地の法律を以て本國法と見做すが如きは、本國法主義を無視するの譏を免れざるものである。或は又聚合國と單一國とに依つて解決を異にするべきものとし、前者にあつては國籍の外に尙各州の民籍を認めるから、民籍に依つて其所屬する地方を定むべく、後者にあつては國籍以外に地方籍なるものは存在しないから、住所に依つて其所屬する地方を定むべしと主張する者もある。併しながら斯る學說の採るに足らざることは、等しく聚合國にあつても、米國に於ては單に住所に依つて何れの州に屬する市民たるかを定むるにも拘らず、瑞西に於ては外國に於て住所を有する瑞西人に就ては、民籍を有する州(カントンの)法律

に依つて之を定むべきものとし、波蘭に於ては内國に於ける最後の住所地法に依り、若し全く住所を有せざりし者に就ては中央首府所在地の法律に依るとするが如く、必ずしも一定する所なき事實に徴しても明かである。加之ならず住所地法を原則とする英米に於ても、植民地に對する關係に就ては人種又は民族に依つて準據すべき法律を異にする場合あること、恰も我朝鮮臺灣等に於て民族に依つて法律を異にすることあると同様である。斯の如く地方に依つて法律を異にする國に於ては各一定の法則に依つて其國民が何れの地方の法律に従ふべきものであるかを明かにするを以て例としてゐる。而して斯る關係を定めたる法則は、成文法たると慣習法たるとを問はず、實質的私法の一部分ではなくして、學者の所謂准國際私法の一部分を成すものである。従つて本國法主義を採る國に於て、地方に依り法律を異にする國に屬する當事者の本國法を定むる標準を規定するに當つては其當事者が何れの地方に屬すべきかを自ら規定することを得ないのであつて、唯其當事者が本國の准國際私法に依つて、所屬すべき地方の法律を以て本國法と見做すべき旨を規定することを要するのみである。國際法學會が曾てオックスフォードに於て國際私法の根本原則を議決するに當り、第六條第一項に於て人

の身分及び能力は其本國法に依るべき旨を明言すると共に、同條第三項に於て

一 國內に異なる私法並び行はるゝ場合には外國人の身分及び能力に關する問題は其者の屬する國の内國法に依りて之を定む

と規定してゐるのも亦此の趣意を明かにせんとするものである。茲に所謂内國法とは數法中の何れの法律に依るべきかを定めたる法律即ち准國際私法を意味すべきことは議事録に徴して明かであるが、「其者の屬する國の内國法に依つて之を定む」と云ふときは、斯る當事者の屬人法に就て本國法主義を採るべきか、將た住所地法主義を採るべきかと云ふ根本問題をも當事者の屬する國の内國法に依つて定むべきが如く誤解せらるゝの虞があるから、我法例は第二十七條第三項に於て

「地方に依り法律を異にする國の人民に付ては其者の屬する地方の法律に依ると明言し、當事者の本國法として適用せらるべき法律は、如何なる場合に於ても其本國の何れかの地方に行はるる法律であつて、第三國の法律にあらざること、明かにすると共に、當事者が本國の何れの地方に屬すべきものと認むべきかは、本國の准國際私法に依つて定むべき問題であるから、我法例に於ては唯其本國の斯る

法律に依つて當事者の屬する地方の法律を以て本國法と認むべき旨を明かにすることとしてゐる。尙一九二六年制定の波蘭國際私法第三十七條に「本法に於て準據法として指定せられたる法律の本國に於て、數多の異なる私法が並び行はるる場合には、其國の内國立法に依りて何れの法律を適用すべきかを定む」と規定してゐるのも亦我法例の規定と其趣旨を同うするものである。

然るに或はチーテルマン一派の所說に従ひ、並び行はるる數多の私法中に就て當事者が何れの法律に従ふべきかを定めたる本國の法律は、其國の實質私法の一部を成すものであると主張し、従つて既に當事者の本國法に依ることを認めたる以上は、本國の斯る規定に依ることも亦素より當然であるから、法例第二十七條の如き特別の明文を要せざるものであると説明する者もある。併し乍ら斯る關係を定めたる本國の法律は、成文法たると不文法たるとを問はず、實質法的性質を有する規定にあらずして、異法地域間に於ける法律適用の原則を定めたる准國際私法規定に外ならざること、瑞西居住民及居留民法（第一條乃至第六條）又は一九二六年制定の波蘭地方間私法（第一條乃至第五條）及第三十一條（參照）の規定に徴して極めて明白である。而して我法例は後篇に説明する如く實質法と適用法則とを最も嚴正に區別し、本

特別の明文を要せずとする
説

國法とは唯本國の民法商法等の實質的私法を意味するのみであつて、本國の國際私法又は准國際私法たる適用法則を其中に包含せしむることを許さざる主義を採るものであるから、單に當事者の本國法に依ると云ふのみでは、論者の如くに本國の准國際私法規定をも當然に適用すべきものと解釋することを得ないのは言ふまでもない。然も論者が此の根本的誤解より出發して、我法例第二十七條第三項は唯其本國に於て何れの法律に依るべきかを定めたる普通法（吾人の所謂准國際私法）の存在せざる場合に於てのみ適用せらるべき規定であつて、且此の場合に「其者の屬する地方の法律」とは、當事者の本籍地法を意味するものであると結論するが如きは、誠に我法例の規定を無視する妄斷であると言はざるを得ない。

第六章 住所の牴觸

第一節 總 說

住所は國際私法發生以來數百年間屬人法の基礎を成すものとして最も重要な地位を占めたることは既に説明せし如くである。然るに第十九世紀以來法典

國際私法
と住所の
問題

編纂の發達と共に國籍を以て屬人法の基礎と爲すものが増加するに従つて、住所は大に其重要性を失ふに至つたのであるが、英米に於ては今尙一切の屬人法は住所に依つて之を定むるのみならず、本國法主義を採る國に於ても尙幾多の法律關係に就て住所地法に依ることを認むるものあり、且國籍の得喪自體も亦住所に關係する所頗る多大であるから、住所は今日に於ても尙國際私法上考究を要すべき重大問題たるを失はないのである。

元來住所は羅馬法より由來したる思想であつて、一定の地に居住する事實と其地に定住する意思を有することとの二要件を基礎とするものであるから、其根本思想は何れの國に於ても同様であるが、實際上に於ては住所に關する諸國の法制及び學説は頗る區々であつて一定する所が無い。例へば我民法(第一條)は佛國民法(第二條)と同じく住所は生活の本據を有する場處にありとし、西國民法(第四條)は常時居住の地にありとし、葡國民法は永久的居所を有する地にあるとしてゐる。之に反して獨逸民法(第七條)は各人の住所は其居所を永久的に設定したる場處にあるとして、定住の意思を要することを前提としてゐる。特に瑞西居住民法(第三條)の如きは定住するの

住所の定
義に關す
る諸國の
法制

意思を要する旨を明言してゐる。英米に於ても亦住所は定住する意思を以て實際に居住する場處にあるとするのが通説である。従つて住所の定義に關する諸國の法制は大體に於て生活の本據又は業務の中心のある場處に重きを置くものと、永久又は常時の居所を有する場處に重きを置くものとの二種に別かれてゐるのである。然しサヴィニール以來永久的居所なるが故に業務又は利害關係の中心なりとし、或は生活の本據なるが故に永久的居所なりとする學説が發達するに至つたので、此の二者の區別は畢竟形式上の差異に過ぎないのである。

住所は之を取得する時期の如何に依り生來の住所即ち出生に因つて取得したる住所と傳來の住所即ち出生後の事實に因つて取得したる住所とに區別することが出来る。住所は又之を取得する原因の如何により當事者が任意に選定したる住所即ち任意住所と、法律の規定に依つて定められたる住所即ち法定住所との二種に大別することが出来る。生來の住所は法定住所の最も顯著なる一例であつて、歐米諸國の民法は概ね未成年者若くは無能力者は父母若くは法定代理人の住所に妻は夫の住所に、軍人は其職務地に各其住所を有するものと見做すと明言するを以て例としてゐる。例へば佛國民法(第一〇五條)乃伊國民法(第一八條)瑞西民法

生來の住
所及び傳
來の住所
選定住所
及び法定
住所

(第二) 獨逸民法(第九條乃至)露國民法(第十條)ブスタマンテ法典(第二條)等の如きである。之に反して我民法は住所の有無は専ら事實の認定に依つて定むべきものとし、法定住所を認めざることをしてゐる。

而して國際私法上考究を要すべき住所は本來の意義に於ける住所であつて、諸國の法律が居所を以て住所と見做したる住所は問題とする所ではないのである。例へば我民法第二十二條には住所の知れざる場合に於ては居所を以て住所と見做し、第二十三條には日本に住所を有せざる者は、其日本人たると外國人たるとを問はず、日本に於ける居所を以て其住所と見做すと規定してゐるが斯る規定は國際私法上住所地法に依るべき場合に之を適用すべからざること、は民法第二十三條但書に明言するが如くである。而して本來の住所が二個以上同時に並び存する場合あるや否やは諸國の法制上其規定を異にする所であつて、或は獨逸民法(第七條第二項)の如く積極的に重複住所を認むるものもあるが、或は之と反對に瑞西民法(第二條第三)の如くに禁止的明文を掲げ、又は英米法の如くに住所は常に唯一ならざるべからずとするものもある。我國に於ても亦佛國に於けると同様に一人が同時に二個以上の住所を有することを認めざるを以て通説としてゐる。

國際私法
上考究す
べき住所

住所の重
複及び單

無住所

無住所の存在に就ても亦瑞西民法(第二條)又は獨逸民法(第七條)の如く、從來の住所を拋棄したる者が新なる住所を取得せざる場合に發生することを認むるものもあるが、或は英國の如くに一旦取得したる住所は更に新なる住所を取得するまでは尙消滅せざるものとし、若し當事者が新なる住所を取得せずして任意住所を拋棄したる場合には、生來の住所が常に復活すべきものとして無住所の發生を絕對的に豫防してゐるものもある。我民法は住所の有無は生活の本據が存するや否やに依つて定むべきものとしてゐるから、從來の住所を拋棄したる者が新なる住所を設定せざる限りは住所無き者と爲ることを認むるものである。

以上略述したる如く諸國の民法は住所の意義を異にするのみならず、住所の得喪又は變更に關する規定を同らせざる結果として、我國に住所を有する者が同時に外國に於ても亦住所を有する場合即ち住所が積極的に抵觸する場合あると共に當事者は何處にも住所を有せざる場合即ち住所が消極的に抵觸する場合あるを免れないのである。

而して住所の積極的抵觸を最も根本的に解決する方法は、住所に關する規定を國際的に統一するの外はないのであるから、國際聯盟の國際法典編纂專門委員

住所の抵
觸

國際法典
編纂專門
委員會に

會に於ける住所問題に關する専門委員マガレイス氏は第一案として住所に關する國際的統一規則の決定を目的とする條約案十一ヶ條を報告してゐる。住所は素より國籍の如くに政治的理由を基礎とする法律關係では無いのであるから、之が統一は國籍の統一の如くに到底不可能であると斷言することを得ないのは勿論であるが、現時の状態に於ては之が統一は歐洲大陸諸國間に於ても頗る困難であるのみならず、住所に國籍と同様の重要性を認むる英米法系の諸國が到底斯る統一に参加し能はざることは同委員ブライヤリー氏の批評に徴しても明かである。従つて吾人は住所に關する規定の統一を斷念すると共に、住所に關する法律の牴觸問題を解決することに努力せざるを得ないのである。マガレイス氏が第二案として斯る牴觸問題を解決することを目的とする條約案七ヶ條を提出してゐるのも亦斯る情勢を看取したる爲めである。特に我法例は屬人法に就ては本國主義を原則とするも、國籍を有せざる當事者に就ては住所地法を以て本國法と見做したるのみならず、債權讓渡の效力並に契約の成立に就ても亦住所地法を適用すべき場合あることを認めてゐるから、住所の積極的及び消極的牴觸問題を解決すべき原則を明かにすることは極めて肝要であると言はねばならぬ。

第二節 住所の牴觸問題解決の原則

第一項 住所の積極的牴觸問題

住所の積
極的牴觸
問題

住所の積極的牴觸問題に就ても亦内國に於ける住所と外國に於ける住所とが相牴觸する場合と、二個以上の外國に於ける住所が相牴觸する場合とに區別して説明することとする。

第一 内外住所の牴觸

内外住所
の牴觸

住所は居住の事實を基礎とする一法律觀念であるから、人が一國の領土内に住所を有するや否やは、何れの國に於ても其國の法律に依つて之を決定せざるべからざることは何人も争はざる所である。従つて内國の法律に依つて内國に住所を有する以上は、外國の法律に依つて外國に住所を有すると否とに拘らず、内國の法律即ち法廷地法を以て其者の住所地法と爲さざるを得ざることは論理上當然の結果であると言はねばならぬ。我法例第二十八條第二項は唯當事者の住所地法に依るべき場合に前條第一項を準用すべき旨を規定するのみであつて、甚だ不完全なる規定たるを免れないのであるが、内外國籍の牴觸の場合に常に内國の

國籍に依るべきことが當然自明の法理であると同様に、内外の住所が相牴觸する場合にも亦、我法例は住所取得の原因の任意的たると法定的たるとを問はず、又其時期の前後如何に拘らず、特別の規定を俟たずして常に内國の住所を以て住所地法を定むべきことを根本原則とするものであると論定するを妨げないのである。然るに論者或は此の場合には國籍牴觸の場合に偏へに内國々籍に依らしむるが如く、偏へに内國住所に依らしめざるべからざる理由は存しないから、寧ろ二外國住所の衝突の場合と同一の決定方法を探るべきものであると主張する者あるは吾人の理解し能はざる所である。

學者又往々にして住所の牴觸問題を解決するに當つて先づ此の問題を管轄すべき法律を決定することに努め、或は當事者の本國法に依つて之を定むべきものとし、或は法廷地法に依つて之を定むべきものとし、或は又當事者の意思に依つて之を定むべきものとする者もある。併し乍ら住所は元來身分又は能力の如くに人格の屬性を成すものではなくして、人格者と一定の場所との間に存する事實關係を基礎とする概念に外ならないのであるから、當事者の本國法に依つて住所の有無を決定せんとするが如きは、屬人法の管轄すべき範圍を不當に擴張したるの

非難を免れざるものである。或は佛國又は白國に於ける裁判例の如くに、内國に於ける住所の有無は法廷地法に依つて之を決定し、外國に於ける住所の有無は當事者の本國法に依つて之を定むべきものとするものもあるが、住所は上述の如く屬人法の管轄すべき事項に屬せざるが故に此の説明の後半も亦謬見であることが明かである。或はビイエ及びニーポアイエ一派の如くに法廷地法を絶対的の原則と爲し、外國に於ける外國人の住所の有無が問題たる場合に於ても、尙法廷地法に依つて之を定むべきものとし、住所の意義如何を決定すべき法律は常に法廷地法であると結論するが如きは、實に住所を管轄すべき法律の決定を誤るのみならず、後に述ぶる如く法律關係の性質決定論自體をも誤るものであると言はねばならぬ。尙住所の設定は當事者の自由意思に放任するを以て例とするが故に、住所の存否に關する問題も亦當事者の意思に依つて定むべきであると主張する者もあるが、或る個人の住所が何處にありと認むべきかは裁判所の決定すべき問題であつて、當事者をして自由に之を決定せしむるを得ざるは勿論である。

外國住所
の牴觸

第二 外國住所の牴觸

當事者が二個以上の外國住所を有する場合に何れの住所を以て住所地法を定

むべきものなりや。例へば我裁判所に於て當事者の住所地法を適用すべき場合に、若し其當事者が英國法に依つて英國に於ける住所を有すると同時に、佛國法に依つて佛國に於ける住所を有するときは、英佛何れの法律を以て其當事者の住所地法と定むべきかは、大に研究を要する問題である。前掲の國際聯盟の専門家委員マガレイス氏は此の問題に關して法定住所と任意住所とを區別し、法定住所は常に任意住所に優先すべきものとして第二案第五條に

二國の法律に依り人が一個の法定住所と一個又は數個の任意住所とを有するときは法定住所が優先す。若し人が二國又は數國に法定住所を有するときは居所を有する國の法定住所が優先す

と明言してゐる。併し乍ら法定住所たるを問はず、人が或國に住所を有するか否かは、唯其國の法律のみに依つて決定すべき問題であることを是認する以上は、第三國より言へば何れの住所も同等であつて、甲國に於ける住所は法定住所なるが故に乙國に於ける任意住所よりも有力なりと認むべき何等の理由も存せないことは明かである。且法定住所を有する者が任意住所を選定することを得ざる制限は、唯其國の領土内に於て效力を有するのみであつて、當事者

が他國に移住して新なる住所を選定することを妨ぐるを得ないのであるから、第三國より言へば先に取得したる法定住所よりも寧ろ後に取得したる任意住所を優先せしむるを以て一層妥當なりと認めざるを得ないのである。

或は住所地法に依るべき權利の如何に依つて其決定を異にすべき旨を主張し、親族權に關しては主たる居所の存する住所地の法律に依り、物權債權及び相續權に關しては業務の中心の存する住所地の法律に依るべきものとし、(マガレイス第二案第三條及第四條)或は又當事者の現在居所の存する住所地の法律に依るを以て原則とするのであるが、若し何れの住所地にも居所を有しない場合には、親族權相續權に就ては父母の現在住所又は過去の住所の存在する住所地の法律に依り、財産權に就ては當事者が過去又は現在に於て最後に取得したる居所の存する住所地の法律に依るべきものとする者もある。併し乍ら既に住所地法を以て或る權利關係の根據法と定めたる以上は、其權利の親族權たるは財産權たるに依つて住所の有無を定むる標準を異にすべき何等の理由も存せざることは極めて明白であるから、斯る區別は何等の根據なき獨斷であると言はねばならぬ。

我法例第二十八條第二項は此の問題に就て第二十七條第一項の規定を準用す

べき旨を規定してゐるから、若し當事者が時を異にして二個の外國住所を取得したる場合には、最後に取得したる住所の存在する地の法律を以て住所地法とすべきである。此の解決方法は移住の自由を認むる現代に於ては理論上に於ても實際上に於ても極めて妥當であると言はねばならぬ。何となれば舊住所を失はざる場合に於ても、他國に於て新なる住所を取得したる以上は、新なる住所に依つて住所地法を定むるを以て、當事者の意思に適するものと見做すべきのみならず、新住所地國の法律が住所の設定を認めたる趣旨にも一層能く適合することが明らかであるからである。

住所の積
極的抵觸
問題

住所の積極的抵觸は通常新舊二個の住所が時を異にして發生するを以て例とするが、稀れには二個の法定住所が同時に發生する場合も有り得る。我法例は生來の國籍抵觸に就て何等規定する所がないと同様に、二個の住所が同時に發生する場合に就ても亦、之が解決方法を學說及び判例に一任することゝしてゐる。而して吾人は此の場合には通説に従ひ、當事者が現に居所を有する住所地の法律を以て住所地法とするのが適當であらうと信ずる。尙斯る場合に若し當時者が何れの住所地國にも居所を有せざるときは、最後に居住したる住所地國の法律を以

欠

MISSING

昭和七年六月六日印刷
昭和七年六月十日發行

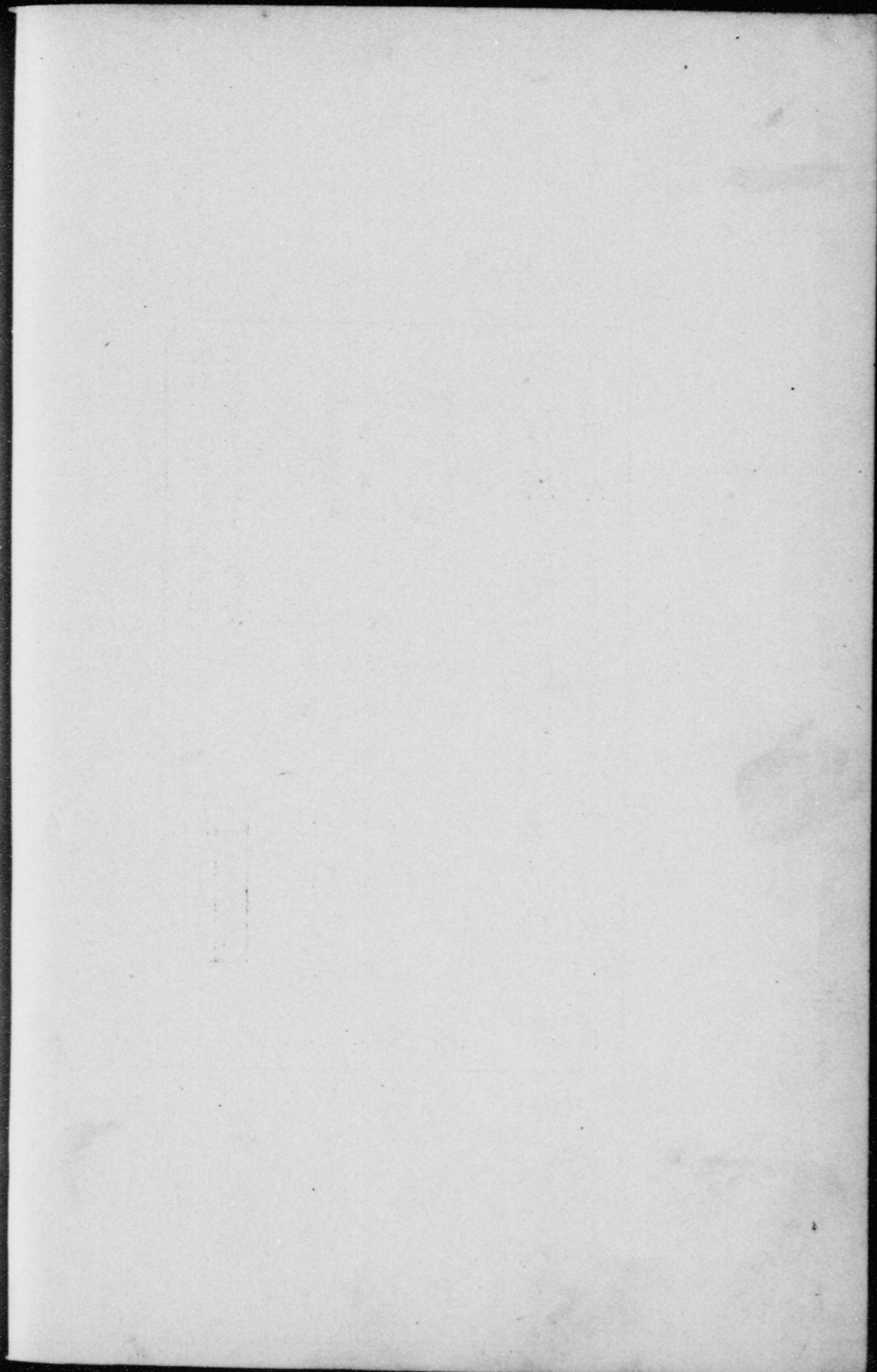
國際私法 上卷 奧付
定價 金壹圓八拾錢

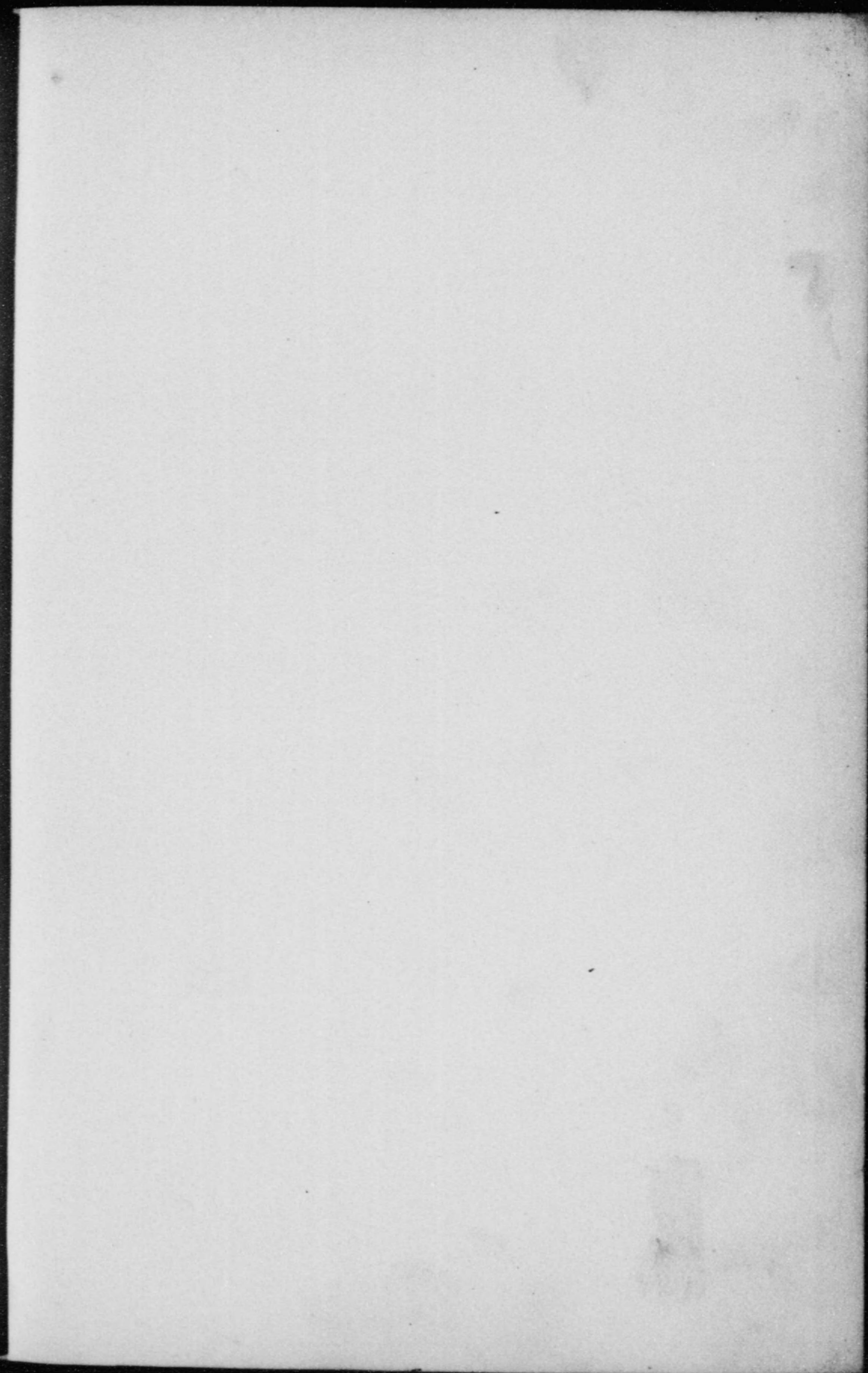
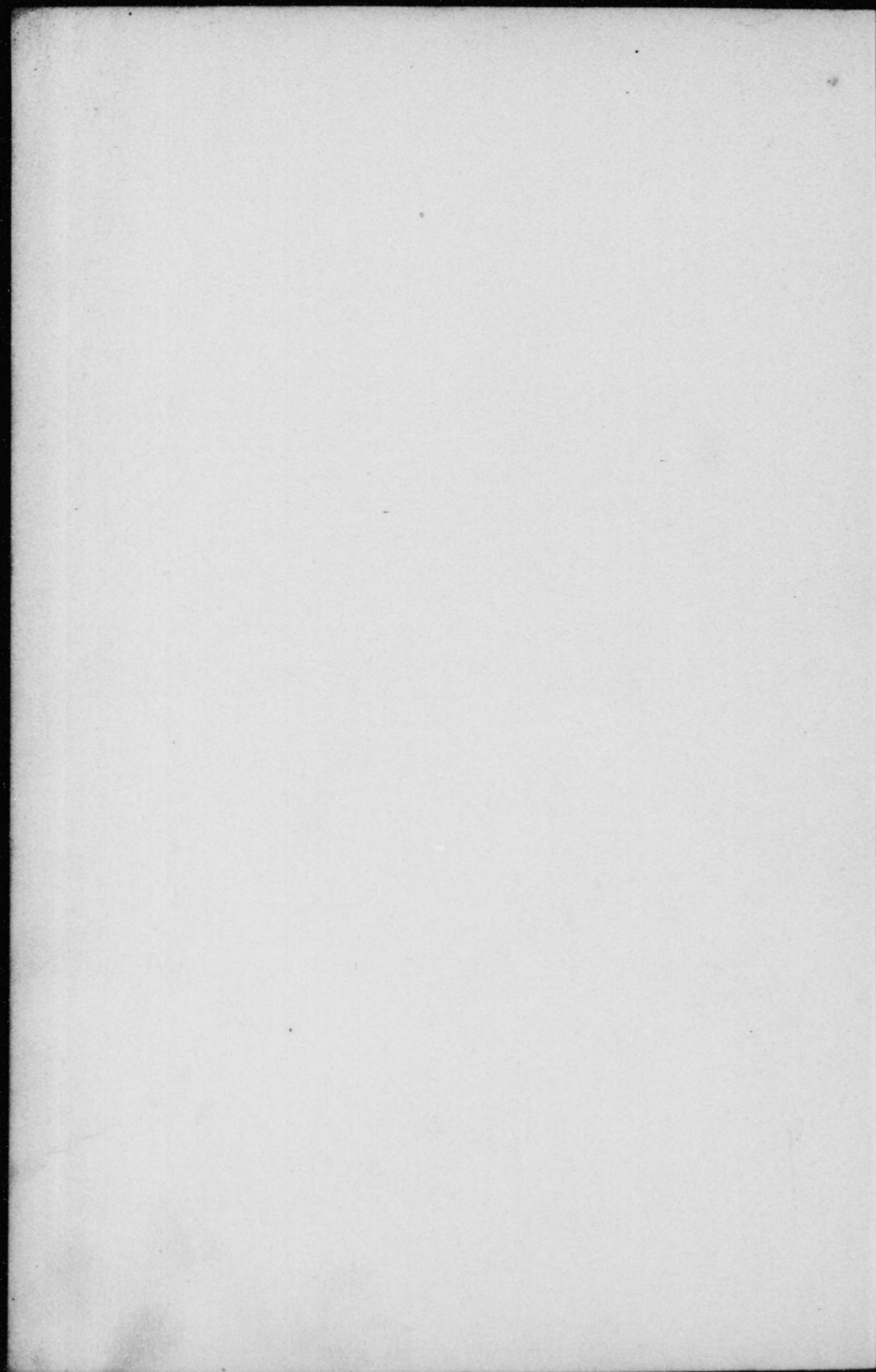


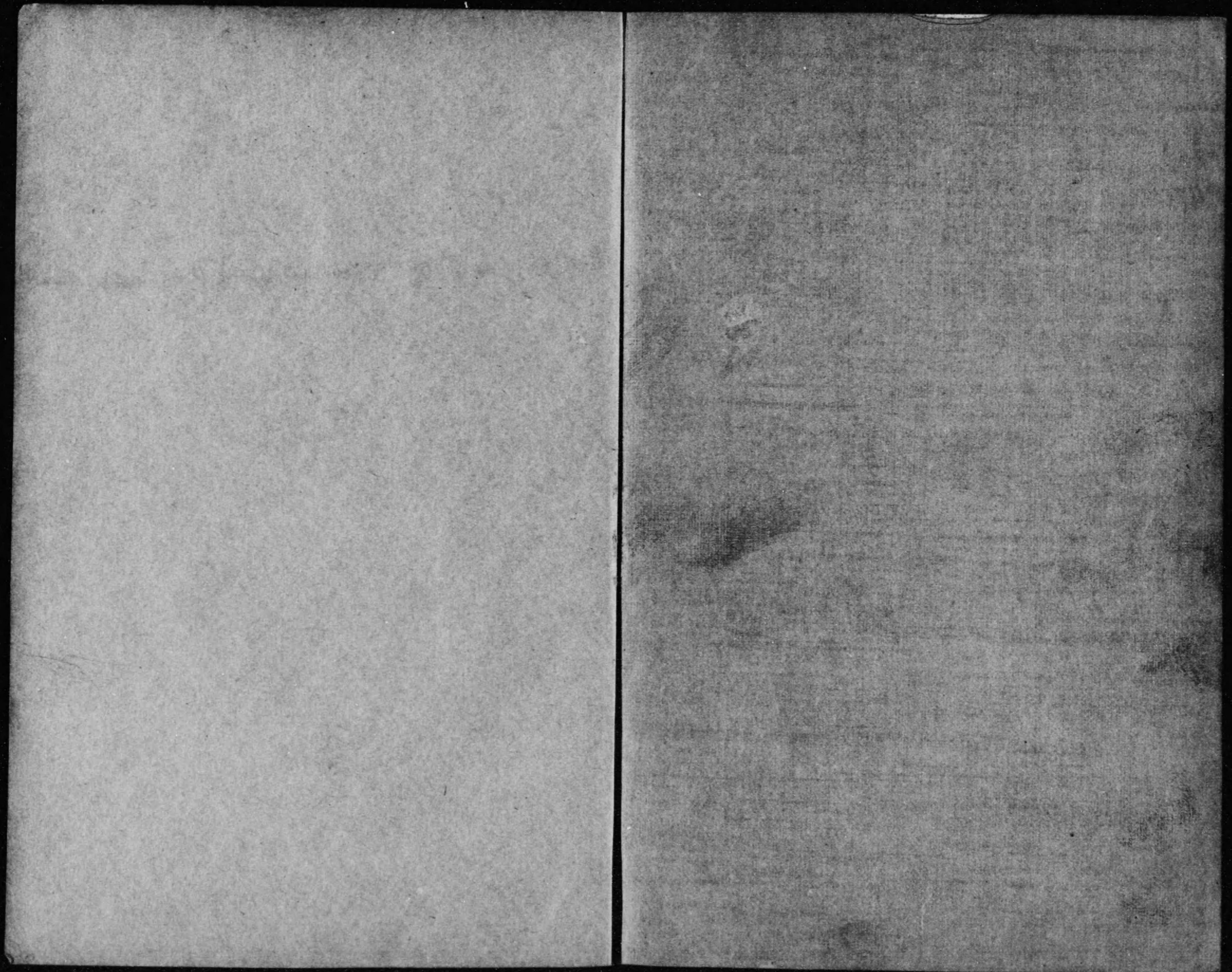
著者 山田 三 良
發行者 江草 重 忠
印刷者 島 連 太 郎

發行所 東京市神田區一ツ橋通町五番地
東京市本郷區森川町八十番地
有終閣

印 刷 所 三 秀 舍







624
69

7.9.28



