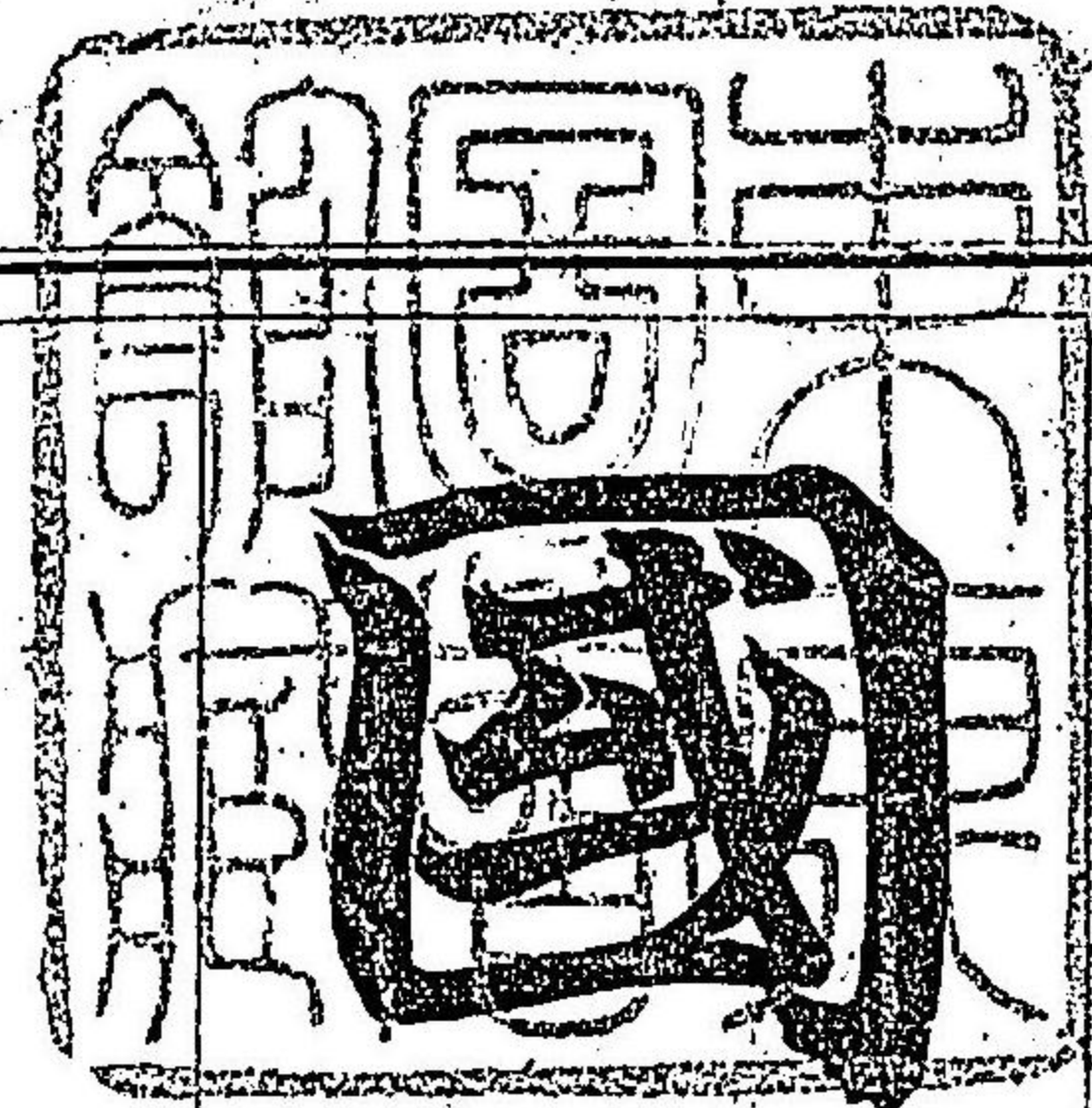


別
No. 425/100



國際私法

福原錄二郎
平岡定太郎 合著



東京金港堂書籍會社

TO
ALEXANDER TISON, ESQ., A. M., B. L.,

PROFESSOR OF ENGLISH LAW IN
THE IMPERIAL UNIVERSITY,

TOKYO, JAPAN.

THIS FIRST EDITION

OF

“Private International Law”

IS

RESPECTFULLY INSCRIBED

BY

THE AUTHORS,

WHO ARE HIS MUCH ADMIRING PUPILS.

I have been asked to write a few words, which may stand at the beginning of this book; and I gladly make use of the opportunity thus given me to say how hearty is my sympathy with the high and resolute purpose, and how warm is my appreciation of the industry and zeal, which the authors of the present volume have brought to the task of its preparation.

I am told that there has been hitherto no adequate treatise in the Japanese language on the subject of the "Conflict of Laws" and this want the authors have aimed here to supply. They have not been daunted by the size of the ground to be covered, nor have they been deterred by the difficulties which lie in the path of those who would explore it. I regret not to be able to read what they have written; but I have been told the authorities from which the following pages are largely drawn, and I am sure that, springing from such sources, they cannot fail to be full of instruction and sound learning.

The general scope of the work also has been put before me; and I felicitate those who are to be helped by it, on the comprehensive view of the subject which it presents to them.

I may be allowed to say a word upon the importance of the subject treated. The "Conflict of Laws" or "Private International Law" is a branch of learning in the law of great and growing interest. It is no less important for the civilian than for the common lawyer. It presents many intricate, novel and pressing questions. America, England, and the Continent of Europe give lessons to, and receive lessons from, each other in this as in no other branch of Jurisprudence unless it be Public International Law. And, as to Public International Law, it is always a question whether it is, properly speaking, law at all. Certainly it is law in a very different sense, and of a very different sort, from our present subject.

Japan may well be looked to for her contribution, which should be a large one, to the development and illustration of "Private International Law." While the policy of seclusion under Shogunate lasted, there was of course no room for the class of questions, which the present conditions of national intercommunication tend so greatly to multiply. The breaking up of the old order brought about system of things which, so long as it lasts, is sure to be a prolific source of difficult problems in the domain of "Private International Law." And it may easily turn out that the growing foreign commerce of this empire, together with the increasing numbers of those who sojourn here as a temporary home, will avail to keep up, if it does not enhance, the importance of this topic of the law, though the present order of international relations shall have been utterly done away. Certainly it will then be of the first importance for Japanese lawyers to be well read in the subject of "Private International Law," for its interpretation and application will devolve wholly upon them and the courts of Japan.

I therefore commend the subject to Japanese lawyers, and beg to be permitted to ask their attention to the present treatise which is designed to aid them in its study. To its authors I render my thanks and my congratulations:—my thanks for their kindness in thinking of me in connection with their work, and my congratulations on the fact that they have thus early given their industry and their scholarship to help advance the knowledge of our law.

6 Kaga Yashiki, Tokyo.

Alexander Tison.

Imperial University.

November 7, 1891.

國際私法序

學友福原錄二郎平岡定太郎國際私法ヲ專攻スル茲ニ年アリ頃日
 潛思研求ノ結果ヲ記シテ余ノ意見ヲ問フ余之ヲ閱スルニ既ニ其
 編纂法ノ先ヅ我心ヲ獲タルモノアリ著者ガ古今明法之士ノ學說
 ナ取聚シテ是非ヲ辯ズル虚心平氣敢テ其學者ノ名聲ノ赫々タル
 ガ爲メニ其判斷ノ明ヲ眩マルサ、コナク卓立獨歩銳精ノ論法ヲ
 以テ之ヲ斷定シ盤根錯節双ヲ迎ヘテ剖ク二氏ノ大家崇拜ノ弊ニ
 陷ラザルヤ能ク真正ノ學者タルニ愧ヂザルモノト稱スベシ二氏
 又比較的研究法ニヨリ博ク文明諸國ノ法令ヲ參稽シテ之ヲ本邦
 ノ法規ニ對照シ其異同ヲ辯シ其得失ヲ論ズ故ニ二氏ノ論ズル所
 古今各國ノ學說東西兩洋ノ成例蚌ヲ剖テ明珠ヲ列スルガ如シ而
 シテ其間敢テ前人ノ餘唾ヲ拾ハズ一個特有ノ新意ヲ出シ着々辯

明論斷ス其説ク所固ヨリ余ト見テ異ニスルモノ尠カラズト雖モ、
其中又前人未發ノ新説ト稱スベキモノナキニ非ズ其國際私法ハ
公法ナリト説キ又行爲地ノ法ヲ以テ能力ヲ支配ス可シト論ズル
ガ如キ蓋シ著者ノ最モ得意トスル所ナリ初メ二氏ノ稿ヲ起スヤ
屢々余ノ書齋ヲ訪ヒテ其所見ヲ述ベ以テ余ノ意見ヲ叩ク余モ亦
常ニ胸襟ヲ啓キテ之ニ應ジ論議ヲ上下スル一再三今ヤ稿ヲ脱ス
ルニ迨ビ余二氏ヲ懇懇シテ之ヲ公刊セシム二氏依テ余ニ題辭ヲ
徵ス余曰ク世人書ヲ著ス者多クハ其序文ヲ能文ノ士ニ囑シ或ハ
其題辭ヲ高位貴紳ニ請フ故ニ或ハ蛇尾龍頭ヲ接グ者アリ狗肉ヲ
售ラントシテ羊頭ヲ懸ル者アリ二氏ノ余ニ序ヲ求ムルヤ之ニ異
ナリ二氏ハ其學友ナシテ斯書ヲ法學世界ニ紹介セシムルモノナ
リ余安ソ喜ンデ之ニ序セザルヲ得ンヤ余嘗テエミルドヲブレ

一氏ノ「財産起原史」ヲ讀ムヲブレ一氏曰ク余ハクリフ、レズリー氏
ニ此書ノ序文ヲ請ヘリ而シテ其之ヲ請フ所以ノモノハ他ナシ余
ハレズリー氏ノ必ズ余ト意見ヲ異ニスル所アルヲ知レバナリ余
ハ又レズリー氏ノ法理學理財學ノ教授タルノ位置及ビ氏ノ法律
史、理財史ノ該博ナル學識ハ必ズ讀者ニ益スル所アルベキヲ信ズ
レバナリト余嘆シテ曰ク序ヲ請フ者ハ當ニ斯ノ如クナルベシト
而シテレズリー氏ノ序文ヲ讀ムニ正ニ是レ一篇ノ大議論或ハ著
者ノ意見ニ同シ或ハ之ニ異ス余復タ嘆シテ曰ク學友ノ著書ヲ序
スルモノ當ニ斯ノ如クナルベシ彼ノ徒ラニ溢美ノ贅辭ヲ臚列ス
ルガ如キハ學友ノ通誼ニアラザルナリト茲ニ於テ聊カ余ノ懷抱
スル所ヲ述ベテ之ヲ著者ニ質サントス
法曹イエリング氏嘗テ道德法律ノ區別ヲ論ジテ曰ク是レ法律學

ノ喜望峯ナリト喜望峰ハ古代大波岬ノ名アリ風浪頗ル悪ク航客
 屢々其針路ヲ誤ル是レ蓋シイエリング氏が取テ以テ比喩セシ所
 以ナリ余謂ラク國際私法モ亦タ法海航客ノ北氷洋ニ非ザルナキ
 ナ得ンヤ古來法理學者ニシテ此暗境ニ探檢ヲ試ムル者幾何ゾ而
 シテ或ハ氷山ニ觸レテ其船ヲ破碎スル者アリ或ハ迷霧ニ入テ其
 針路ヲ失フ者アリ其能ク初志ヲ遂テ歸ル者果シテ幾人カアル而
 シテ福原平岡ノ二氏又此迷海ニ獨立ノ針路ヲ取リ別ニ一ノ新航
 路ヲ開カントス其勇氣ヤ嘉ス可シ余ヤ法海ノ航客曾テ又一ノ航
 路ヲ試ミタル者請フ其海圖ヲ披ヒテ二氏ノ意見ヲ問ハン
 前人ノ國際私法ヲ説ク者多クハ之ヲ國際法ノ一部トス是レ獨乙
 ノシエフテル氏、バール氏、和蘭ノアツセル氏等ガ之ヲ「國際的私法」
 ト稱シ、伊太利ノロモナコ氏、佛蘭西ノボルタリス氏、白耳義ノロー

ラン氏等ガ「國際的民法」ト稱シ、佛ノフェリツクス氏、英ノウエスト
 レーキ氏、フート氏、伊ノフヒオレ氏等ガ「私法的國際法」ト稱セシ所
 以ナリ余謂ラク此說誤レリト夫レ「國際私法」ハ其規定ノ「國際的」ナ
 ルニ非ズシテ其規定セラルル「權利行爲」ノ「國際的」ナルニアリ而シ
 テ其「權利行爲」ハ有效無効ヲ定ムルハ「法」ハ唯ダ一國ノ「法」アルノミ
 甲國ノ臣民乙國ノ臣民ト結婚シ丙國ノ商賈丁國ノ商賈ト貨物ヲ
 賣買シ戊國所在ノ地所ヲ己國ニ於テ讓與シ其權利行爲上ヨリ庚
 國ニ出訴スルガ如キノ「涉外」訴件ニ於テ之ヲ裁判ス可キノ「法規」ハ
 決シテ諸國ノ間ニ行ハルル「法」ニ非ズシテ「只」タ「法廷地法」ノ一アル
 ノミ、彼ノ身分能力ハ本籍地法ヲ標準トシテ其有效無効ヲ定メ不
 動産ニ關スルハ其所在地法ヲ標準トシテ其有效無効ヲ定ムル
 ガ如キモ皆「法廷地法」ニ依リテ然ルノミ、決シテ列國間ニ斯ノ如キ

法規ノ行ハル、ニ非ザルナリ、而シテ各國略ボ同一ノ原則ヲ採用スルニ至リタル所以ノ者ハ、只列國交通貿易ノ便益上ヨリ出デタル者ニシテ、其法規ノ國際的ナルガ爲メニ非ザルナリ、若シ諸國ニ同一ノ規則行ハル、ヲ以テ其法規ヲ國際的ナリトスレバ、二十一年ヲ以テ丁年トスルノ法規ノ如キモ、亦之ヲ國際法ノ一部ト稱セザルヲ得ザルニ至ラン、畢竟文明諸國ニ於テ、涉外權利行爲ニ關シ、同一法規ヲ採用スルハ、謂ハユル物質的歸一ニシテ、法力ノ歸一ニ非ズ、其涉外權利行爲ノ效力ヲ定ムルハ、國々ノ法律ニ依ルノミ、故ニ曰ク、涉外事件ノ效力ヲ定ムルモ、ハ一ニ法廷地法ニアリト。學者又曰ク、涉外權利行爲ノ效力ヲ論ズルニ當リテハ、二國以上ノ法律抵觸スト、是レ和蘭ノローデンブルグ氏、米國ノストーリー氏、ホワルトン氏、獨乙ノヴェヒテル氏等ガ之ヲ「法律ノ抵觸」ト稱セシ

所以ナリ、余謂ラク、此說ハ則テ法境ヲ滅スルノ說ナリト、二物同時ニ同一ノ空間ヲ充サントス、茲ニ於テ抵觸生ズ、然ルニ法律ノ屬人主義ハ既ニ久シク其跡ヲ絶テ、近世諸國ノ法律ハ屬地主義ニ據リ、治外法權ノ場合ヲ除クノ外ハ、自國ノ法律ハ其國境ヲ出デズ、他國ノ法律ハ其國境ニ入ラズ、是レ各國獨立主權ノ然ラシムル所ナリ、各國ノ法境畫然トシテ互ニ侵ス可ラズ、故ニ二法同時ニ同地方ニ行ハレザルハ、恰モ二物ノ同時ニ同一ノ空間ヲ充ス能ハザルガ如シ、惡ンゾ抵牾撞突スルヲ得ンヤ、茲ニ一ノ涉外權利行爲アリ、甲國ノ法之ヲ有效トシ、乙國ノ法之ヲ無効トス、而シテ若シ之ヲ丙國ニ於テ裁判スルニ當リ、甲乙二國ノ法ハ丙國ニ行ハレズ、丙國ノ法廷ハ唯其權利行爲ノ關係地法ニ於ケル効力ヲ明カニシ、而シテ後々自國ノ法律ニヨリ、其有効無効ヲ判決スルモ、ハナリ、此場合ニ於テ、

裁判官ハ、甲國ノ法若クハ乙國ノ法ヲ適用スルモノニ非ズ、自國ノ法ハ裁判官ニ對シ、某國ノ法ニ適ヒタル權利行為ハ、我法庭ニ於テ之ヲ有効トス可シト命ズルニ由ルノミ、故ニ法律互ニ抵觸スルヲナク、涉外權利行為ヲ規定スルノ法ハ、單ニ法廷地法ハ一アルハ、學者又或ハ曰ク、涉外權利行為ニ關シテハ、其關係地ノ法律ハ、効果ヲ他國ニ及ボスモノナリト、是レユツセイヤス氏等ガ之ヲ「法律ノ治外効果」ト稱シ、ホルランド氏ガ「治外私法」ト稱シ、サビニー氏ガ之ニ關スル原則ヲ「所ニ關スル法律ノ効果」中ニ論述セル所以ナリ、然レモ各國ノ主權ハ、法ノ治外効果ヲ許サズ、只自國ノ法ニヨリテ、涉外事件ヲ判決スルノミ、故ニ此論ノ當ヲ失セルハ、敢テ多言ヲ要セザルナリ。

又或ハ曰ク、涉外事件ニ關シテハ、法廷ハ其關係外國法ヲ適用スト、

獨逸ノオルスタツト氏ガ之ヲ「外法適用」ト稱シ、英ノフヒリモール氏ガ之ヲ「國際好誼」ト稱シ、各國交際ノ好誼上ヨリ、涉外事件ニハ外法ノ適用ヲ許スモノトセリ、此説タル國家主權ノ作用ヲ誤リ、法律ト事實トノ區別ヲ知ラズシテ、裁判官ニ外國法律適用ノ職務アルモノトスルニ出ルモノニシテ、余ノ最モ非トスル所ナリ、一國ノ裁判官ハ自國ノ法律ヲ知り之ヲ行フノ職務ヲ有スル者ニシテ、他國ノ法律ヲ知り之ヲ行フノ職務アルヲナシ、故ニ若シ涉外事件ニ於テ裁判官ハ他國ノ法律ヲ適用スルモノナリトセバ、裁判官ハ萬國ノ法律ニ通曉セザルベカラズ、然レモ裁判官ハ固ヨリ斯ノ如キ職務アルヲナク、又斯ノ如キ腦力ヲ具フル者アルヲナシ、涉外事件ニ於テ法廷ノ問フ所ノモノハ、其涉外權利行為ノ効力ナリ、而シテ其行為ノ有効無効ハ、其行為關係地法、即チ本籍地法、行為地法等ニ據

リテ法廷地法之ヲ定ム故ニ裁判官ガ其涉外權利行爲ノ効力ヲ判
決スルハ自國ノ法律ニ依リテ之ヲナスモノナリ其行爲關係ノ外
國法ニ依リテ之ヲナスニ非ズ自國ノ法ハ裁判官ニ命ジテ曰ク「本
籍地法ニ於テ適法ナリト認メタル身分能力ハ我法廷ハ之ヲ有効
ナリト認ム可シ」不動産ニ關スル事件ハ其所在地法ニ於テ有効ナ
リトスル者ハ我國ノ法廷ニ於テモ之ヲ有効ナリトシテ裁判ヲ爲
ス可シト故ニ我法廷ノ問フ所ハ其權利行爲ノ効力ニアリ法廷ハ
只其權利行爲ノ効力ヲ知ラシカ爲メニ行爲關係地ノ外法ヲ事實
トシテ證明セシムル耳外國ノ法律ハ其國境以外ニ効力ヲ有セズ
惡ンゾ他國ノ法廷ニ効力ヲ有センヤ一國ノ法律ハ他國ノ法廷ニ
在リテハ事實ナリ固ヨリ法律タル効力ヲ有セズ即チ其國ニ斯ノ
如キ法律存在スト云フノ事實タルニ過ギズ既ニ事實タリ故ニ證

明ヲ要ス事實ハ證明ヲ要シ法律ハ證明ヲ要セザルハ法律ノ原則
ナリ設シ其法規ニシテ他國ノ法廷ニ法律タル効力ヲ有スル者ト
スレバ裁判官ハ當然之ヲ識ラザル可ラズ焉ソ證明ヲ要スルノ
理アラシヤ故ニ曰ク謂ハユル「國際私法ナルモノハ涉外權利行爲
ノ裁制法ナリト而シテ其法規ノ性質タルヤ純然タル內國法ニシ
テ毫モ國際的ノ元素ヲ有スルコトナシ從來學者ノ國際法ノ性質ヲ
論ズル者概チ皆チ國家主權作用ヲ誤リテ一國ノ裁判官ハ涉外訴
件ニ於テ他國ノ法律ヲ適用スルノ職務アリトシ法律ト事實トノ
區別ヲ誤リテ一國ノ法律ハ他國ノ法廷ニアリテハ事實トナルコ
ト知ラズ法律ニ治外效果アリト信ゼリ此學說竟ニ一國ノ立法ヲ
誤リ主權ヲ損スルカ如キ法規ヲ設ケシムルコトアルニ至ル余按ス
ルニ我邦ノ法例ノ如キハ此原理ヲ誤解シテ立案シタル者ナルヲ

以テ、或ハ外國ノ法律ニ從フト云ヒ、又ハ外國法ヲ適用スト云ヒ、我國法ヲ適用スル時ハ、日本法ヲ適用スト特書ス、嗚呼是レ國法ヲ以テ、我法境內ニ外國法ノ治外效果ヲ認ムルモノナリ、我國民ノ治外法權ヲ厭フヤ、已ニ久シ、而シテ我法例ハ、外國法ノ治外效果ヲ認ム、我裁判官ハ、既ニ新法ノ浩瀚ナルニ苦ム、而シテ我法例ハ猶ホ且ツ裁判官ニ諸外國法ヲ知ルノ職務ヲ負ハシム、余法例ヲ讀ム毎ニ、未ダ嘗テ此點ニ於テ我立法者ト意見ヲ異ニスルヲ慨嘆セズンバ、アラザナリ、抑モ内外交涉事件ニ關シ、我法廷ノ適用スル所ノモノハ、我國法ナリ、我法官ノ遵奉スル所ノモノハ、我國法ナリ、内外交涉事件ニ於テハ、只其權利行爲ノ外國ニ關係アルヲ以テ、其身分能力資格行爲等ニシテ、其本國法若クハ行爲地法等ニヨリテ適法ナルヤ否ヤヲ知ルガ爲メニ、其關係地法ヲ事實トシテ證明セシムルモノ

ナリ、而シテ若シ其關係者ノ身分能力等ニシテ、其本國法ニ依リテ適法ナルモノナルトキハ、我法廷モ之ニ因リテ成立セル權利行爲ヲ有効ナルモノトス、是レ即チ我國法ナリ、而シテ其權利行爲ノ効力アルハ、亦タ唯ダ我國法ナリ、我國法ハ曰ク、涉外事件ニ於テ我國人ノ身分能力ノ問題生シタル時ハ、我法廷ハ其外國人ノ本國法ヲ事實トシテ證明セシメ、若シ其本國法ニ從ヒ、或身分ヲ有シ、又ハ或能力ヲ有スルモノナラバ、我法廷ニ於テモ、之ニ從フノ權利行爲ヲ有効トシ、之ニ從ハザルノ權利行爲ヲ無効トス、然ラバ我法廷ガ外國ノ法律ヲ問フハ、法律トシテ之ヲ適用センガ爲メニ非ズ、事實トシテ之ヲ知ランガ爲メナリ、換言スレバ、其訴訟人ノ本籍地ニハ斯ノ如キ法規存スト云フノ事實ヲ認容スルニ過ギス、故ニ涉外事件ニ於テ、我法廷ノ適用スル所ノ法ハ、我國ノ法ニシテ、決シテ外國ノ

法ニ非ザルナリ、若シ涉外訴件ニ於テ、我法廷ハ外國ノ法律ヲ執行スルノ職務アリト云ハ、我邦ノ主權ヲ奈何ンセン、若シ外國ノ法律ニシテ、其人ニ伴ヒ、其行爲ニ從ヒ、我法境内ニ行ハル、モノトセバ、法律ノ屬地主義ヲ奈何セン、若シ我法廷ニシテ外國ノ法律ヲ適用スルノ職務アリトセバ、我法官ノ智識ヲ奈何セン、之ヲ要スルニ、謂ハユル國際私法ナルモノハ、其法律ノ國際的ナルニ非ズシテ、其權利行爲ノ國際的ナルニアリ、其法規ノ私法的ナルニ非ズシテ、其法規ノ目的タル權利行爲ノ私法的ナルニアリ、國際私法ハ涉外權利行爲ノ效力ヲ定ムル法廷地法ナリ、故ニ國際私法ハ國法ナリ、國際私法ハ公法ナリ、國際私法ハ涉外權利行爲ノ裁制法ナリ、而シテ余ノ此說ヲ唱フル所以ノモノハ、主トシテ次ノ理由ニ基クモノナリ。

- 一一國ノ法律ハ自國ノ法境外ニ效力ヲ有セズ。
- 一一國ノ裁判官ハ職務上自國ノ法律ヲ知ルモノトスレモ、他國ノ法律ヲ知ルモノトセズ。
- 一一國ノ裁判官ハ自國ノ法律ヲ適用スルノ職務ヲ有スレモ、他國ノ法律ヲ適用スルノ職權職務アルナシ。
- 一法律ハ裁判官當然之ヲ知ルモノトシ、事實ハ證明ニ依リテ其存在ヲ認ムルモノトス、故ニ法律ハ證明ヲ要セズ、事實ハ證明ヲ要ス。
- 一一國ノ法律ハ他國ノ法廷ニアリテハ證明ヲ要ス、是レ一國ノ法律ハ他國ノ法廷ニアリテハ事實タルノ證ナリ。
- 一涉外權利行爲ニ關シテ訴訟アル時ハ、裁判官ハ其行爲ノ關係地法ニ適スルヤ否ヤヲ證明セシメ、自國法ノ命ズル所ノ標準

ニ從ヒテ、其權利行爲ノ效力ヲ定ム、故ニ

國際私法ハ涉外權判行爲ノ裁制法ナリ。

涉外權利行爲ノ裁制法ハ法廷地法ナリ。

國際私法ハ、國際法ニ非ズシテ國法ナリ。

國際私法ニ屬スル法規ハ、私法的法規ニ非ズシテ公法的法規ナリ。

國際私法ノ性質ニ關スル余ノ卑見概テ斯ノ如シ、余ノ曾テ航路ヲ開キ、氷洋ノ實況ヲ歷檢シタル海圖ハ、二氏ノ新タニ開カントスル航路ト、或ハ其方針ヲ同フセザルノ點ナキニ非ズト雖モ、著者ノ學理探究ニ熱心ナル、敢テ余ノ海圖ヲ排斥セズ、仍ホ探テ之ヲ船室ニ備ヘント欲シ、強テ余ヲシテ會遊ノ圖譜ヲ製シ、以テ卷首ニ掲ゲシム、嗚呼著者ノ懷ヲ虛フシ益ヲ求ムルハ、我邦ノラブレール氏ナリ、而

シテ余ノ謏劣固ヨリ、敢テレズリ、一氏ニ當ラズト雖モ、姑ラク其需ニ應ジ、其要領ヲ叙シテ序文ニ代フ。

明治廿五年二月下浣

穗積陳重 謹識

國際私法序

今ヤ宇内交通ノ便大ニ開ケ異邦人民ノ關係日ニ益々頻繁ナラン
トスルニ方リ國際私法研究ノ必要ナルコトハ實ニ著明ナリト云
フヘシ回顧スレハ僅ニ十餘年前佛國法科大學學科中ニハ未タ國
際私法ノ科目ナカリシカ時勢ノ必要ニ促カサレテ遂ニ之ヲ「リサ
ンス」ノ正科ニ加ヘ爾來益々其研究ヲ獎勵スルコト、爲レリ是獨
リ佛國ノ現況ニ非ス歐米各國到ル所トシテ此傾向ヲ見サルハナ
ク已ニ有名ナル學者輩出シ名著亦日ヲ追テ其數ヲ加ヘントス惟
フニ是レ當世紀ノ後半ニ於ケル法學進步ノ一大現象ナルヘシ
我邦ニ於テモ近年條約改正内地雜居ノ問題日ニ其歩ヲ進メ内外
人及ヒ外人相互ノ關係亦日ニ頻繁ニ赴カントス果シテ然ラハ國
際私法ノ必要ヲ感スルコト益々切ニシテ其適用多キニ至ルコト

亦決シテ遠キニ非ス今ニ於テ攷々其原理ヲ究メ其應用ヲ講スルニ非サレハ如何シテ列國人民トノ交際ヲ全フシ文明國ノ實ヲ攀クルヲ得ヘケンヤ然ルニ現今ノ狀況ヲ觀ルニ法律各科ノ研究ハ日ニ進歩シ著書亦少ナキニ非スト雖モ獨リ國際私法ノ一科ニ至テハ之ヲ專攻スル者殆ト其人ナク亦其法理ヲ論究シタル著書ニ乏シキハ吾輩ノ深ク遺憾トスル所ナリ

學友福原平岡兩君此ニ感スル所アリ今ヤ此緊要ナル學科ニ關シテ其研究ノ結果ヲ公ケニセラレントス余其緒論ト題スル一部ヲ讀ムニ汎ク歐洲諸大家ノ說ヲ參照シ議論正確序次整然頗ル着實ナル一好著書ト見タリ余ハ國際私法研究ノ必要甚タ切ナル今日ニ於テ兩君カ率先シテ此書ヲ著ハシ以テ此法ノ本義原則ヲ世ニ表明セラレタルヲ悅フナリ惟フニ其法學社會ニ裨益ヲ與フルコ

ト蓋シ少ナカラサルヘシ細評ハ之ヲ他日ニ讓リ今日ハ唯江湖同學ノ諸士ニ此一良著書ノ出テタルコトヲ披露スルニ止メントス

明治廿五年二月廿六日

富井政章識

御著述拜見仕候未熟讀之暇無之候得共多年御研究之
形迹歷々可徵一々御卓論唯感歎之外無之候今にして
既以此御著述あり將來法學之大家たらんこと我輩か
於兩君所不疑有之候敬白

明治廿四年十二月三日

梅 謙 次 郎

福原 錄 二 郎 君
平岡 定 太 郎 君

拜啓陳は今般國際私法の著書御上梓に付批評致候様兼て御相談之處公私多用にて貴稿熟讀の暇無之候間原稿御返却に際し御申譯の爲め左に數言相加へ申候

御兩君はナッソン氏に就き大學の課業として國際私法を修學被致候事に御座候御承知の通り米國は元來諸外國に對しては一國を成し居候へども各州皆殆んど獨立國の有様に在る事に候故國際私法の必要最も多く隨て其學説は充分に發達し居り判決例にも乏しからざる様に存候ナッソン氏は米國人にして同國第一等のハーバード法科大學に於て修學致され候となれば御兩君の氏より學習せられたる處も被相察候加之兩君は課業の餘暇に廣く歐洲大陸諸國の學說判決例をも參照相成候事原稿紙面に判然致し居

り候となれば論旨の是非編纂の當否に至ては或は異見を入れるべき所も可有之哉難計候へども兎に角國際私法の著作として充分の價值あると拙者の確信する處に御座候

國際私法は國際公法と異なり其効力は一國主權の作用に基くものなれば各國其規則を異にし得べき性質あるものなれども國際交誼上并に彼我便益上實際に於ては大同小異にして諸國に共通のものに御座候故に國際私法へ單に國法の一部として之を論究するに能はず又各國私法の全部を對照比較するを目的とするものにあらず即ち所謂比較法理の研究とは其趣を異にするものと存候得共内外人交渉の訴件に關し何れの國法を適用すべきやの問題を決するものなれば彼我異邦の國法に差あるにあらざれば

國際私法の問題を生ずるをなし故に國際私法の應用を必要とする實際の場合に於ては自ら彼我國法の異同を比較せざるを得ずと存候其比較は實際の事實に伴ふものなれば漠然として萬國の私法を比較論究せんとする比較法理學の如き空理に流るゝの弊なく國際私法は研究其物の有益あるのみならず法學上最も有益なる一の科目と考へ申候

御承知の通り我國には目下尙ほ治外法權の制ありて我司法權は殆く外國人の上に行はれざるを故國際私法の問題を生ずべき場合少なしと雖も日本人が外國に於て其國の法律習慣に依り外國の婦人と結婚せしときは我裁判所は之を有効の婚姻とし其男女間に生るゝ子女を正出の子女と看做すべきや等の問題を生ずる

とあるへし拙者先年英國留學中數十年間日本に居住し日本の法律習慣に依りて日本の婦人と結婚し數名の子女を擧げたる英國人某歸國の上檢事總長に對して其婚姻の有効なると并に其女子の正出たるを公認せられんを請求して裁判所に訴を起したるにあり而して檢事總長は日本は開明國にあらず日本に於ける男女の結合は一男一女の畢生間の結合にあらずるか故に有効の婚姻と看做すへからすとの抗辯を爲したれとも當時該裁判所の主席判事たりしハンチン氏は日本は開明國にして一夫一婦の婚姻法の行はるゝ國なりとの理由を以て某婚姻を有効とし其子女を正出のものと判決せり是れ即ち國際私法の問題の一例にして日本人に交渉せるものなり今若し日本に於て右同様の問題を生

ずるときは法例實施前に在ては國際私法の通則に依て之を決せざるへからす法例實施後に於ては固より法例に依らざるへからず法例中には國際私法の規則に關するもの數條あり然りと雖とも前述の如く國際私法は萬國に共通の性質を有するものなるか故に其之を充分に研究するの必要あるは敢て法例實施の前後に差かちと存候

國際私法の研究其物の今日に在て必要なるとは前段略述する所を以て明瞭の事と存候而して治外法權領事裁判の制は永久不易のものにあらずして早晚之を撤去せざるへからざるものなることは申す迄もなく近來我國が長足の進歩を爲したる事實は外人も既に承認する所に候へば多年希望の條約改正成就の期も遠から

さるへしと信し候果して然らば外國人との取引頻繁なるに従ひ
屢々内外人交渉の訴件を生ずるとあるへく益々國際私法研究の
必要を見るに到るや期して待つへきと存候

明治廿四年十二月廿日

土 方 寧

平岡定太郎殿

福原錄二郎殿

國際私法序

國際私法ハ法界ノ迷路カ將タ法叢ノ荆棘カ胡爲レゾ斯學研究ノ
途ニ上ル者遑々トシテ徒手空回スル者ノ多キヤ余モ亦師友ノ指
導ニ由リテ國際私法ノ研究ニ發軔セシト雖モ僅ニ一步ヲ着クル
ヤ既ニ紛紛タル學說ノ重圍ニ陥リ前跋後蹙亦迷路中ノ人荆棘裏
ノ客トナレリ是ニ於テ歩ヲ進ムルニ隨ヒ荆棘益衣袂ヲ鉤シ迷路
愈暗黒ヲ加ヘ復タ奈何トモスルコト能ハザリキ然レドモ足探リ
手摸シテ進ムノ際英國判事長あはつと氏ノ語ヲ聞ケリ曰ク動産
ノ分配ニ關シ英國法ハ外國法ニ讓歩スルモノナリト云フハ誤レ
リ動産ハ本國法ニ依リテ分配セラルヘシト云フコト即チ英國法
ナリト余歎シテ曰ク是レアルカナ氏ノ言法律家タル者涉外的法
律關係ニ對シテハ須ラク如是觀ヲ爲スヘシ動産ハ本國法ニ依リ

テ分配セララルヘシトノ規定ノ當否ハ姑ク措キ涉外的法律關係ヲ決スルハ國際法ニアラズシテ內國法ナリトノ見解ハ蓋シ法律適用ノ正鵠ヲ得タル者ト謂フヘシ古來學者唯其事實ノ涉外的ナルヲ見テ漫然此種ノ問題ヲ決スヘキ法律ニ冠スルニ國際法ノ名ヲ以テス是レ法境ヲ沒了シタルノ說ノミ主權ヲ藐視スルノ見ノミ宜ナルカナ後進ヲシテ國際法ノ名ニ眩シテ遂ニ迷路荆棘ニ陷ラシムルヤト爾來此見解ノ指針ニ從ヒテ歩ヲ進ムルニ足下稍逕蹊ヲ得目前微ニ熹光ヲ認ムル者ノ如シ然リト雖モ此種法律ノ性質ニ至リテハ嘗乎トシテ其真相ヲ發見スルユト能ハズ尙前人ノ窠臼ニ陷リテ私法的ノ關係ヲ規定シタル者ナリトセリ是ニ於テ怪疑空湧自ラ裁制スル所以ヲ知ラズ一日益友福原平岡二子凄然タル巨卷ヲ擁シ來リテ余ニ示シテ曰ク是レ余等國際私法ニ關スル

論文ナリト余受ケテ之ヲ讀ミ其國際私法ノ定義ヲ下シテ法律關係ノ二國以上ニ牽聯シタル場合ニ於テ其裁判上法律上ノ管轄ヲ規定シタル法則ナリト曰フニ至リ覺エズ案ヲ拍ナテ曰ク私法ノ名後進ヲ眩惑セシト既ニ久シ而シテ二子善ク其真相ヲ看破シ國際私法ハ裁判上法律上ノ管轄ヲ規定シタル法則ニシテ私法ニアラズ公法ナリト説クハ蓋シ獨得新創ノ見解ナリ余二子ノ説ヲ得テヨリ斯學ノ研究ニ於テ恰モ荆棘ヲ闢クノ利刀ヲ得迷路ヲ照ラスノ惠燈ヲ得タルノ感アリ而シテ二子研究ノ効績之ヨリ大ナル者アリ二子廣ク諸國ノ判例學說ヲ比較シ其進步ノ傾向ヲ觀察シテ行爲地法ヲ以テ涉外的法律關係ヲ判スルノ唯一法律ナリト斷定シタルノ創見ハ論文ノ全豹ヲ一貫シテ博引旁證論理明確些ノ滲漏ナシ近來罕ニ見ル所ノ大著述ト謂フヘシ憶フニ二子ノ此研

究ニ從事スルヤ或ハ圖書館裏首ヲ堆書ニ埋メ或ハ爐邊卓上暇ア
 レハ商權裁量時ニ議論鼎沸口角沫ヲ飛ハシ傍ヲ人無キカ若シ此
 クノ如キモノ歳餘殆虚日ナク福原子ノ俊爽英發平岡子ノ周到精
 密相俟テテ此好著ヲ得タリ而シテ余ノ特ニ二子ノ此大業ヲ成シ
 シヲ喜フ所以ノモノハ肄業ノ餘暇ヲ以テ世ノ大家ト稱スル者ス
 ラ尙敢テセザル最困難ナル題目ヲ擇ヒタルノ勇氣ニ在リ今ヤ二
 子公刊シテ世ニ問フニ當リ余カ二子ノ説ニ由リテ益ヲ得タル次
 第ヲ記シテ序ニ代フ

明治二十五年三月上浣

正木政吉識

刻國際私法序

著者ノ大學ニ入ルヤ教師チツン氏ノ講筵ニ侍シ略ボ英米二國ニ於ケル國際私法ノ
 大要ヲ聽クヲ得タリ爾來諸書ヲ涉獵シ其異同ヲ比較シ其是非ヲ攻究シ學友諸子ト
 討論推敲スルヲ茲ニ年餘終ニ蕪稿ヲ取リテ之ヲ剞劂ニ上スニ至レリ
 我法例ハ法律ノ適用効果ニ關スル原則ヲ掲ケタリ故ニ我國ニ於ケル國際私法ノ如
 何ヲ知ラントセバ法例ノ意義ヲ解釋シ之ヲ敷衍シテ足レリ然レモ一般ノ法理ヲ措
 キテ專ラ單獨ナル成法ノ智識ヲ得ルニ齷齪タルハ學者ノ探ラザル所ナリ況ンヤ國
 際私法ハ世界的性質ヲ有スルモノタリ廣ク諸國ノ法規學說ヲ比較シテ法律ノ眞理
 ヲ發揮シ其進歩ノ方向ヲ定ムルハ實ニ學者ノ荷擔スヘキ所ナリ是故ニ著者ハ法律
 比較ノ一材料トシテ法例ヲ援引シタルニ止マル其意義ヲ解釋敷衍シテ遺憾ナカラ
 シムルニ至テハ著者ノ當ラザル所ナリ然レモ猶多少特殊ノ考察ヲ費シタルモノハ
 其ノ我國法タルヲ以テナリ
 國際私法ノ學タル猶未ダ幼稚ノ觀ヲ脱セズ學說法規紛々トシ歸着スル所ナク毫モ
 一定ノ準則アラザルヲ法學ノ中未ダ此ノ如キモノアラザルナリ是故ニ大家ノ著抄

カラズト雖凡著者未ダ完璧ヲ以テ目ス可キモノアルヲ見ズ、況ンヤ著者ノ謫劣ヲ以テ加フルニ參考ノ資料多カラズ推敲ノ時日長カラズ焉、其萬一ヲ望マンヤ而ノ卑見往々諸大家ノ論スル所ト相齟齬スルモノアリ敢テ奇論ヲ以テ一時ヲ聳動セント欲スルニアラズ故ラニ大家ヲ歷詆シテ自ラ快トスルニアラズ唯疑フ所ヲ直叙シテ江湖博識ノ教示ヲ請ハント欲スルノミ

此書ヲ編スルニ當リテ學友平野猷太郎正木政吉二氏ハ有益ナル材料ト助言トヲ與ヘ并セテ訂正ノ勞ヲ執ラレタリ茲ニ永ク感謝ノ意ヲ表ス

明治廿四年十二月廿五日

法科大學ニ於テ

著

者

國際私法目錄

緒論

第一編 人事

第一章 民籍

總論

第一 民籍ノ性質

第二 民籍ト國籍トノ區別

第一款 民籍ノ區別

第二款 民籍ノ取得

第一 自然人

第二 法定人

第三款 民籍ノ變更

頁數

三七

三八

全

四五

五〇

五六

全

六一

六二

第二章 能力

總論

第一款 能力者及不能力者

第一 自然人

第二 法定人

第三章 婚姻

第一款 婚姻ノ要素

總論

第一 結婚者ノ數

第二 結婚者ノ能力

第三 結婚者ノ等親

第四 双方ノ承諾

第五 法律ノ禁止

第二款 婚姻ノ方式

二

七四

七四

八四

全

九一

九五

九七

全

一〇六

一一一

一二七

一四一

一四三

一四七

第三款 婚姻ノ効果

第四章 離婚

一六九

一九六

第二編 財産

第一章 動産

總論

第一款 生前ニ於ケル所有權移轉

第一 能力

第二 方式

第三 時効

第二款 死後ニ於ケル所有權移轉

第一 遺言

一、能力

二、方式

二〇九

二一二

二三一

二四九

二五四

二五七

二六四

全

二七一

二七七

三

三、解釋	二八一
四、信託	二八八
第二 相續	二八九
第三款 法律ノ作用ニ因ル所有權移轉	二九五
第一 破產	全
第二 婚姻	三〇八
第三 沒收	三〇九
第四款 動產上擔保	三一〇
第二章 不動產	三二一
總論	三二三
第一款 生前ニ於ケル所有權移轉	三三六
第二款 死後ニ於ケル所有權移轉	三五六
第三款 法律ノ作用ニ因ル所有權ノ移轉	三六四

第三編 義務

第一章 契約

總論

第一款 契約ノ成立	三六七
第一 能力	三六八
第二 適法	三八四
第三 方式	三九一
第二款 契約ノ解釋	三九七
第三款 契約ノ性質及附帶件	四〇二
第一 流通證書	四〇三
第二 代理契約	四〇五
第三 陸上運輸契約	四一〇
第四 海上運輸契約	四一四
一、共同海損	四一六
五	四一八

二、荷積証書	六一九
三、賞救銀	四二〇
第四款 契約ノ消滅	四二一
第一款 履行	全
第二款 履行以外ノ消滅	四二五
一、更改	全
二、免除	四二六
三、相殺	全
四、混同	四二七
五、破約	四二八
六、時効	四二九
七、解除、銷除、廢罷	四二九
第二章 私犯	四三〇
第一款 管轄總論	全

第二款 救濟	四三三
第三款 特別ノ場合	四三四

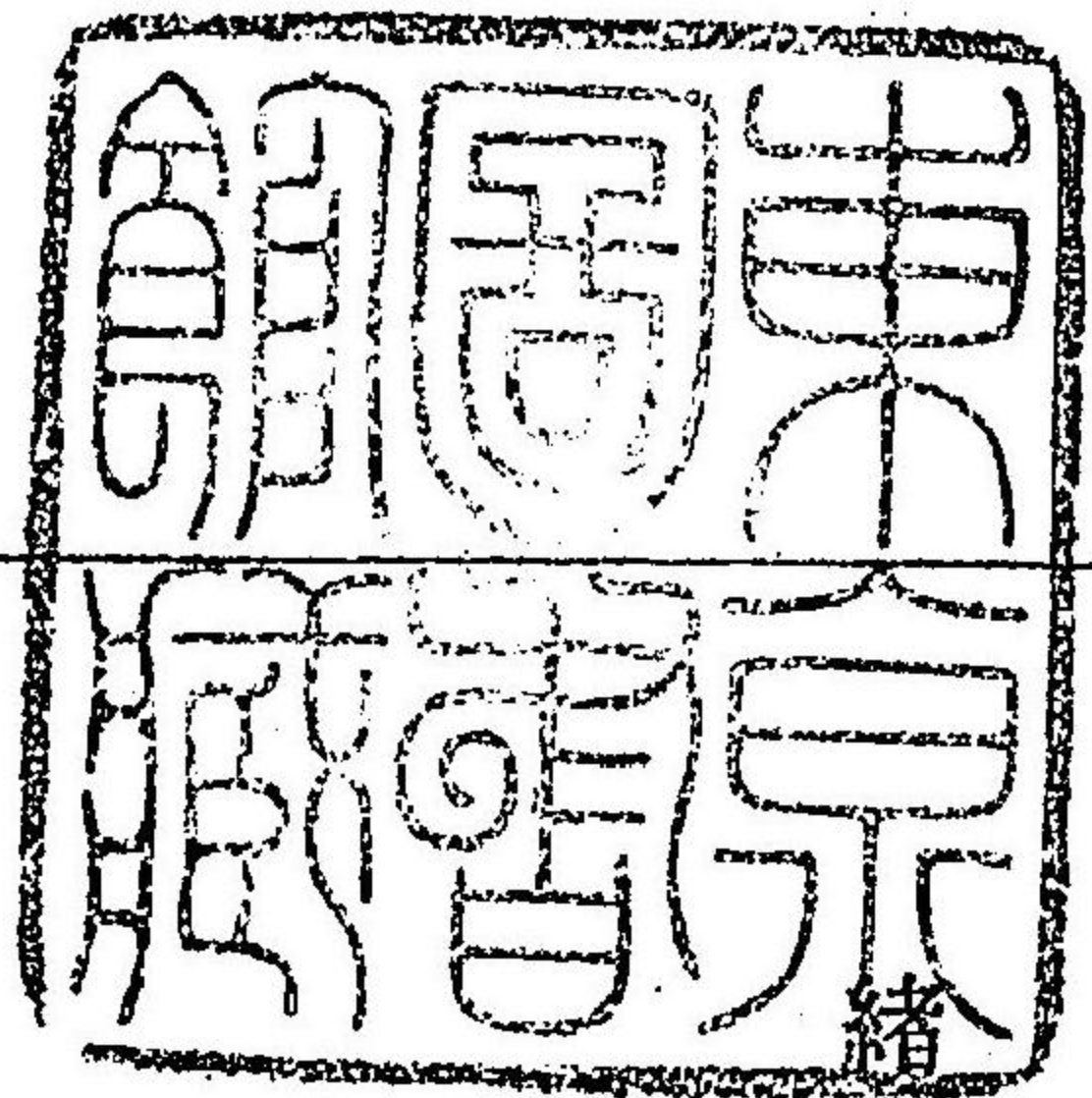
第四編 訴訟

第一章 訴訟手續	四三七
總論	全
第一款 裁判管轄	四三九
第二款 訴訟當事者	四四二
第三款 時効	四四五
第四款 訴訟ノ方法及判決ノ執行	四四九
第五款 證據	四五三
第二章 外國裁判	四五八

國際私法目錄畢

國際私法

福原 錄二郎
平岡 定太郎
合著



緒論

- (一) 緒言
- (二) 國際私法ノ名稱
- (三) 諸學者ノ下セル國際私法ノ定義
- (四) 國際私法ハ或法律的關係ノ二國以上ニ牽連スル場合ニ於テ其
裁判上及法律上ノ管轄ヲ規定スル法則ナリ
- (五) 國際私法ノ起源
- (六) 國際私法ノ基礎
- (七) 法律關係ノ牽連
- (八) 入法物法ノ區別
- (九) 場所ハ行爲ヲ支配ス

第一 緒言

(一) 宇内万国星羅棋峙シ各其封疆ヲ劃シ獨立ノ体面ヲ維持スルヤ必
 ス其國家人民ノ秩序安寧ヲ保護スルニ足ル法律ヲ具備セザルハナシ
 而シ其風俗慣習相同シカラズ地理ノ峻易氣候ノ寒温相均シカラス人
 文ノ開否智識道德ノ進歩亦其程度ヲ異ニスルヲ以テ各國皆其社會特
 殊ノ状態ニ應シテ殊特ノ法制ヲ設ケ彼此同一ナルヲ得ズ或ハ全然抵
 牾シ相容レザルモノアルニ至ル是レ蓋シ死ルベカラザルノ數ナリ往
 古埃及フイニシア希臘等ノ國ヲ建ツルヤ人民ノ性質生業相同シカラズ
 法律慣習亦從テ異ナレリ而シ皆尊大自ラ居リ他國ヲ蔑視シ後塵ヲ追
 フヲ恥チタリシヲ以テ其異ナルモノ終始投合スルコトナカリシナリ(ス
 トーリ)一節蓋シ古代人民ノ他ノ酋族ニ於ケル主從ノ關係アルニア
 ラザレバ之レヲ仇敵視シ嘗テ平等ノ交際ヲナシタルコトアラザリキ而
 シテ近世ニ在リテハ列國互ニ其獨立ヲ認メ互ニ使節ヲ派シ交通和親
 スルモノ凡十數國然リ而シ生産事業大ニ進ミ鐵路海船交通ノ便ヲ助

ケシヨリ貨財ノ流通日ニ盛ニ人民ノ移動月ニ繁シ是ニ於テカ異邦ノ
 人一區ノ地ニ輻湊ノ或ハ賣買ヲナシ贈與ヲナシ契約取引ヲナシ或ハ
 遺言ニヨリテ相続人ヲ指定シ或ハ破産ニヨリテ管財人トナリ或ハ養
 子婚姻ニヨリテ父子夫婦ノ身分ヲ取得スルカ如キ異邦人間ニ於ケル
 法律關係益頻繁ナルヲ致シ從テ其權利ノ得喪移轉ニ關シテ複雑ナル
 法律上若クハ裁判上管轄ノ問題ヲ生スルニ至ル是レ國際私法ノ興ル
 所以ナリ(パール)一節是故ニ文化最モ進ミ交通貿易ノ最モ盛ナル歐洲
 大陸及ヒ英米ノ諸學者ニシテ從來之ヲ論シタルモノ枚擧ス可カラズ蘭
 ニ於テハユール、バル、ウエストレイキ、マイセイ、フートノ如キ佛ニ於テハ
 フイリモール、バル、ウエストレイキ、マイセイ、フートノ如キ佛ニ於テハ
 プールノア、フイリックス、メルラン、カルヴォー、マッセーノ如キ獨ニ於テハウ
 テル、サヴィニー、パール米ニ於テハリヴァモアー、ストーリー、ケント、ボウ
 トンノ如キ伊ニ於テハマンチニ、フィオールノ如キ拔群ノ識見ト蓋世
 ノ才學トヲ以テ此問題ヲ研究シ殊ニ近世ニ在テハ諸國ノ學者國際法

協會ヲ設ケテゴノ原則ヲ闡明スルニカメタリ願フニ我國未ダ治外法
 權ヲ撤去スルヲ能ハズ加フルニ貿易通商ノ未ダ盛大ナラサルヲ以テ
 外人相互間ハ勿論邦人ト外人トノ間ニ於ケル爭訟事件ヲ裁判ス可キ
 機會甚稀ナリ然レモ吾曹ハ到底對等條約ノ締結セラル可キ日アルヲ
 信ス是ノ時ニ至リテハ内地雜居ノ制モ亦永ク之ヲ禁ス可キニアラズ
 果シ然ラハ此國際私法モ早晚大ニ其必要ヲ感スルニ至ルナル可シ則
 チ今日ニ於テ之ヲ講究スルノ酷ヲ早計ナラザルヲ知ルナリ此ノ如
 ク商賣貿易ノ益隆盛ナルニ從ヒ外人トノ取引頻繁ヲ加フルニ至リ始
 メテ大ニ國際私法ノ必要ヲ見ルナリ凡ソ一國ニ於ケル賣買ハ其國法
 ニヨリテ其効力ヲ定ム可キヲ明瞭ナルガ如シ然レモ其賣買ニ我
 國内ニテナシタルモノナリトセンカ若シ其當事者ニ我英人ナルキハ賣
 買能力ノ如キ或ハ方式ノ如キ效果ノ如キ一切我法律ニ從テ之ヲ定ム
 可キヤ或ハ英法ニ從フ可キヤ若シ賣主英人ニ買主佛人ナルキハ則
 チ如何或ハ其物件米國ニ存在スルキハ則チ如何日米英佛孰レノ法律

ニ從フ可キヤ酷ダ困難ナル問題ナリト云ハザルヘカヲズ或ハ英國ノ
 男子佛國ノ女子ト日本ニ於テ結婚シタルキハ其方式年齡効果等ニ關
 ノ亦法律管轄ノ疑義ヲ生スルナル可シ蓋シ主權ノ觀念ヨリ之ヲ論
 スルキハ外國ノ法典若クハ判決例ノ如キ一片紙トシテ之ヲ見ル固ヨリ
 不可ナキナリ一國ノ法廷ハ一切ノ場合ニ於テ外國法ヲ排斥シテ我國
 法ヲ適用スルモ毫モ外國ノ主權ヲ侵凌スルモノニアラズ然レモ若シ
 此ノ如ク國法ヲ適用スルニ當リ一片ノ法理論ヲ墨守シ百般ノ事情ヲ
 顧慮セズ勇往直進シ武斷的ノ措置ヲナスニ至リテハ或ハ一家族若ク
 ハ一個人ノ幸福ヲ害シ延イテ社會ノ風儀秩序ヲ壞亂シ或ハ商賣貿易
 ヲシテ萎靡振ハザルニ至ラシムルノ恐ナシトセズ此ノ如キ場合ニ於
 テハ法律管轄及裁判管轄ニ關シ必ス一定ノ原則ヲ創設セザル可カラ
 ズ是レ即チ國際私法ノ必要ナル點ニシテ古來歐米諸學者ノ精神ヲ此
 科學ノ研究ニ勞シテ轉マザル所以ナリ

第二 國際私法ノ性質

(二) 吾曹ハ既ニ國際私法ノ必要ナル所以ヲ畧述セリ次ニ其性質如何ヲ研究セザル可カラズ蓋シ國際私法ハ或ル法律關係ノ二國以上ノ法律ニ牽連シテ生スル場合ニ其適用ヲ見ルモノナリ其外形ノ國際公法ニ似タルヲ以テ學者之ヲ名ケテ國際私法ト曰ヒ或ハ兩者ヲ併稱ノ之ヲ國際法ト稱セリ然レモ此ノ名稱ニヨリテ其眞誠ノ性質ヲ誤認ス可カラズ國際私法ヲ以テ國際公法ト對照スルキハ全ク其性質ヲ異ニシ唯公私ヲ以テ之ヲ區別ス可キニアラザルヲ見ルナリ蓋シ國際公法ハ國家ト國家トノ間ニ於ケル關係ヲ規定シタルモノニシテ罪人引渡ノ如キ局外中立ノ如キ皆其範圍内ニ入ルモノナリ是故ニ法律ヲ以テ主權者ノ命令ナリトスルハ國際公法ヲ以テ法律ナリトナスコトヲ得ズ何トナレハ對等國ノ間ニ於テハ法律ヲ發布シ之ヲ執行スルノ主權者アラザレハナリ然レモ國際私法ニ至リテハ其性質全ク之ト異ナリ純然タル國法ノ一部ニシテ決シテ國際ニ行ハル可キ法律ニアラザルナリ何

トナレハ(一)國法廷ガ或爭訟ヲ裁判スルニ當リ其法廷ハ之ヲ管轄スベキモノナリヤ否ヤ何レノ國ノ法律ヲ適用ス可キモノナリヤ裁判執行ニ關スル法廷ノ管轄ハ如何是レ即チ國際私法ニヨリテ定ム可キモノニシテ此等ノ問題タル毫モ國際ニ涉レルモノト謂フ可カラズ故ニ國際私法ハ一國法廷ガ或事件ニ適用ス可キ國法撰擇ノ規則ナリトイフモ敢テ妄ナラザル可シ而シテ外國法律ハ其國外ニ効力ヲ有ス可キモノニアラザルヲ以テ假令ヒ我法廷ニシテ撰擇ヲ誤リ外國法ヲ採用セズトスルモ外國主權者ハ之ニ向テ不服ヲ唱フルコト能ハズ是レ蓋シ國際私法ハ國際ノ法律ニアラズ一國ノ國法タルガ故ニ外國主權者ノ容喙ヲ許サマルナリ是故ニ國際私法ノ名稱ハ吾曹其甚ダ失當ナルコトヲ信スルナリ從來諸學者モ亦其不當ヲ論シ種々ノ名稱ヲ創メ之ヲ適用セントセリホランドハ諸説ヲ列擧シ且之ヲ批評セリ吾曹ハ茲ニ之ヲ畧陳シ國際私法ノ性質ヲ明確ニナスノ一助トナサントス

第一 舊派ノ學者ハ國際私法ヲ論スルニ當リ法律ヲ分チテ人法物法

トシ之レニ由リテ法律管轄ヲ定ム可キモノナリトシタルヲ以テ往々
スタチューラス法律論若クハ人法物法論ノ名目ヲ以テ國際私法ヲ論シタルモノアリ
 蓋シ此等ノ論者ハ某々ノ規定ハ人法ニ屬ス故ニ民籍地法ニ從フ可シ
 某々ノ規定ハ物法ニ屬ス故ニ所在地法ニ從フ可シトイフナリホラン
 ド之ヲ評ン曰ク此ノ如ク法律上問題ヲ以テ唯文法上問題トシ之ヲ論
 スルハ近世ニ於テ全ク陳套ヲ免レズト(ホランド法理學三四一頁)
 第二 法律ノ抵觸コンフリクト 多數ノ學者ハ此名稱ヲ採用セリユーベルハ之ヲ
 「コンフリクツス、レグム」(Conflitus Legum)ト云ヒ「ホルシウス」ハ之ヲ「コリ
 シオ、レグム」(Collisio Legum)ト云ヒ其他「マイエルン」ウエヒテル、ストーリ
 「ホワートン、リヴァモア」ノ諸家概チ大全小異ノ語ヲ以テ國際私法ヲ
 命名セリ而シテ何故ニ諸學者法律抵觸ノ名稱ヲ附セシヤハ甚觀易キ
 ガ如シ今一英人日本ニ於テ賣買ヲナセリトセンカ英國ノ法ハ之ヲ無
 効トシ日本ノ法ハ之ヲ有効トスルハ是レ一ノ法律行為ニ關シテ兩
 國ノ法律相抵觸スルナリ此場合ニ於テ日英二法其孰レヲ採ルヘキヤ

ハ是レ國際私法ノ當サニ定ムヘキ所ナリ此ノ如ク國際私法ハ二國法
 律ノ相抵觸スル場合ニ於テ選擇ノ規則ヲ定ムルモノナルカ故ニ之ヲ
 名ケテ法律抵觸トイヘルナルヘシ此ノ名稱ハ善ク國際私法ノ何物ナ
 リヤヲ明示セルモノト謂フ可シ然レハ嚴正ニ之ヲ論スルハ是ノ名
 稱タルヤ甚不完全ニシテ「サヴィニ」(ホランド)ノ指摘スル所亦爭フ可カラ
 ザルガ如シ「ホランド」謂ヘラク國際私法ハ管ニ法律管轄ノミナラズ裁
 判管轄即訴訟手續裁判執行等ニ關スル裁判所ノ管轄ヲ定ムルガ故ニ
 單ニ法律ノ抵觸トイフキハ是レ國際私法ノ一部分ヲ掩フニ過ギズト
 (ホランド三四二頁)「サヴィニ」ノ議論ハ更ニ深刻ナルガ如シ其說ニ據レ
 ハ國際私法ハ主トシテ法律抵觸ノ場合ヲ規定スルモノニアラズ唯或ル
 法律關係ヲ管轄ス可キ國法ヲ定ムルモノナリ法律關係ヲ管轄ス可キ
 國法ニシテ已ニ定マラハ國法ノ抵觸ス可キ所以ナシ前例ニ於テ日本英
 國ノ二法相全シカラズト雖ヒ國際私法ノ原則ニヨリテ日本若クハ英
 國ノ法律ヲ以テ適當ニ其法律關係ヲ管轄ス可キモノナリトスルキハ

三、法律ノ治外効力

決ノ兩法ノ抵觸ヲ見ザル可シ兩法ノ抵觸ハ法律管轄ノ定マラザルニアラザレバ生セザルナリ或ハ兩國ノ法律唯一ノ法律關係ニ關シ各其管轄ヲ主張スルコトナシトセズ是レ即法律ノ抵觸トイフ可キナリ然レモ是レ國際私法ニ在リテハ第二段ノ考案ヲ要ス可キモノニ其主トノ規定スル所ニアラザルナリト(サヴィニー八卷三四節)

第三 法律ノ治外効力 此名稱タルヤシヤイチマン、セガール、シヨミッド、サヴィニー諸家ノ用非タル所ナリ其用語各異ナリト雖ニ歸スル所ハ全シ是レ蓋シ國際私法ハ一國國法ノ其國家主權ノ外ニ於テ有スル効力ヲ規定シタルモノナリトノ意ナリホランド謂ヘラク此名稱ハ大ニ非難ヲ免レザルモノナリ一國ノ法律ヲ其領外ニ於テ最高權ヲ有セシムルガ如キ領アルハ是レ一國主權ノ觀念ニ反セルモノナリト(ホランド三四二頁)此非難ハ必ズシモ有力ナラザルガ如シ蓋シ一國ノ法律ハ其國內ニ於テノミ効力アルモノナリ主權者ハ其主權内ニ於テ毫モ外國法律ノ干涉ヲ受クルコトナシ是故ニ法律ノ治外効力ナルモノアル可

四、法律ノ適用

キ理由アラズトスルハ甚正當ナルニ似タリ然レモ一國ノ主權者ハ禮讓ニヨリテ他國ノ法律ノ効力ヲ我領内ニ認め得ルガ故ニ法律自体ニ治外効力存スルコトヲ主張シ得ズト雖モ他國主權者ニヨリテ之ヲ附與セラル、ヲ得ルナリ然レモ吾曹ハ此名稱ヲ以テ完全ナリトナスニ非ズ何トナレバ此ノ如キ名稱ハ國際公法ニ於ケル治外法權ト其文字ヲ同ウシ區別スルコトナシ從テ國際私法ノ範圍ヲ知ルコト能ハザレハナリ

第四 法律ノ適用 是レオースタット、ストルーフ、諸家ノ用ル所ニモホランドモ其法理學十八篇ノ名稱トシテ此語ヲ採用シタルヲ見レバ亦其正當ナルコトヲ認めタルナルヘシ然レモ此ノ如キノ名目ハ空漠ニシテ其意義ヲ捕捉スルニ苦ムナリ吾曹ハ之ヲ以テ最惡ノ名稱ナリト斷言スルニ脚蹴セザルナリ

三、禮讓

第五 禮讓 是レフィリモールノ採用セシ所ナリ氏ハ其著書ニ題シテ國際私法一名禮讓ト曰ヘリ是レ一國主權ノ觀念ヨリ生シタル名稱ニシテ外國法ハ治外ノ効力ヲ有ス可キモノニアラズ國際私法ニ於テ或ハ之

ヲ認ルハ蓋シ相互主義ニ源因スル國家ノ禮讓ナリトノ說ニ據リ國際私法ニ冠スルニ禮讓ノ語ヲ以テシタルナラン此學說ニ關シテハ伊太利及其他諸國ノ學者大ニ論辨ヲ費シタル所ニシテ禮讓ヲ以テ國際私法ノ論題トナスガ如キハ大ニ不穩當ノ感ナキ能ハズ何トナレバ氏ノ謂フ所ニ據レバ禮讓ハ是レ國際私法ノ一大主義ナリトナスノ觀アレバナリ(フイモール三節)

六、國際私法

第六 國際私法 此ノ名稱ハシユフキル、パール、ピットリゲン、ハマーケル諸家ノ用非ル所ナリ是レ吾曹ノ慣用シ來レル文字ナリト雖モ其意義ニ至リテハ二點ニ於テ不當ナルガ如シ何トナレバ此法律ハ吾曹ガ普通ニ解スル如キ國際法律ニアラズノ國法ノ一部ナリ且ツ此法ハ主トシテ私法ノ適用ニ關スト雖モ其ノ國際私法自体ハ公法ニシテ私法ニアラザレバナリ

第七 國際私法 此名稱ハ最普通ニ英佛ニ於テ行ハル、モノニシテ吾曹ノ通常譯ノ國際私法トナス所ノモノナリ然レモ前者ト區別スルガ

七、私國際法

爲ニ特ニ私國際法ト譯セリ是レ原文ノ意ヲ存スルナリ此名稱ヲ採リタル者ハフイリックス、フイオール、ハウス、ウエストレイキ、フートノ諸家はレナリ而シテ此名稱ハ一見其ノ國際法ノ一部ニシテ夫ノ萬國公法ト稱スルモノト公私ノ別アルニ過ギザルガ如キヲ感スルナル可シ
以上ハホランドノ列舉シ且ツ批評シタル所ナリホランドハ法律適用ノ語ヲ以テ最瑕疵ナシトナシ之ヲ採用シタリト雖モ吾曹ハ之ニ左袒スルヲ能ハズ其他ノ六種ノ命稱ニ對シテ亦遺憾ナキ能ハザルナリ而シテ吾曹ノ從來國際私法ノ文字ヲ用非來レルモノハ是レ第六第七ニ於ケル原語ノ譯字ニシテ歐洲ニ於テノミナラズ亦我國ニ於テ普通ニ慣用セラル、ヲ以テナリ而シテ此語タルヤ甚危險ノ意義ヲ有シ動モスレバ此法ノ性質ニ關シテ大誤謬ヲ生ス可キ恐アリ然レモ吾曹ハ自ラ完全ト思惟ス可キ好文字ヲ發見スルヲ能ハザルガ故ニ姑ク國際私法ナル文字ヲ採リ以テ論題トナセリ要スルニ僅々二三字ヲ以テ其性質ヲ蔽ヒ盡シ以テ意義ノ散漫セザルヲ期スルハ頗ル困難ナリト謂ハザ

ルヘカラス

第三 國際私法ノ定義

(二) 吾曹ハ是レヨリ一轉シテ國際私法ノ定義ヲ下サント欲スカルゾキ
 一曰ク此法律ハ法學ノ一部ニシテ國家ノ版圖内ニ於テ各人相互ノ關
 係ヲ規定スル民法ト各國相互ノ關係ヲ規定スル國際公法ト交渉スル
 モノナリト氏ハ之ヲ以テ敢テ定義トナシタルニアラズト雖ヒ恐クハ
 國際私法ノ範圍ヲ定メタルモノナラン然レモ是レ殆ント意義ナキ空
 言タルニ過キズノ吾曹ハ之レニ由リテ國際私法ノ何タルヲ想像スル
 一能ハザルナリ加之國際私法ハ管ニ民法ノミナラズ商法訴訟法等ニ
 關係スルモノナルガ故ニ若シ國際私法ノ範圍ヲ確定シタルモノナリ
 トセバ是レ甚不當ナリト謂ハザル可カラズフイリックス曰ク國際私法
 トハ各國私法ノ間ニ生スル權利上ノ爭ヲ判定スル規則ノ全体ナリト
 簡ニシ盡セルガ如シ然レモ國際私法ハ私權上ノ爭點ヲ決ス可キ規則

ニアラズノ其規則ノ選擇ニ關スル規則ナルニアラズヤ且又爭點ノ判
 定ニ止マラスノ其判決ノ執行或ハ訴訟手續ニ至ルマデ亦國際私法ノ
 規定内ニアルニアラズヤ然ラバ氏ノ下シタル定義モ亦正當ノモノニ
 アラズフイール曰ク國際私法ハ法學ノ特殊ナル一部ニシテ彼我法律
 ノ紛争ヲ判決シ各國人民相互ノ關係ヲ規定スルモノナリト是レ亦大
 ニ誤レリ國際私法ハ決シテ彼我法律ノ抵觸ヲ判定スルモノニアラズ唯
 一ノ法律關係ニ關スル國法ノ管轄ヲ定ムルノミ已ニ一國法ノ管轄ヲ
 定ムル以上ハ其法律關係ニシテ假令ヒ幾多ノ國法ニ牽連スルモ法律ノ
 抵觸ヲ生スルノ理ナシ二國以上ノ法律全時ニ一物ノ上ニ其管轄ヲ及
 ボスニアラザレバ決シテ相抵觸スルコトアラザレハナリ(前節參照)且又國
 際私法ハ各國人民相互間ノ關係ヲ規定スルモノナリト云フニ至リテ
 ハ殆ント解ス可カラザルナリ此說ニ據レバ内國人間ノ關係ヲ規定ス
 ルモノハ民法ニシテ外國人間ノ關係ヲ規定スルモノハ國際私法ナリト
 ナスガ如シ即民法ノ國際私法ニ於ケルハ羅馬ニ於ケル固有法ノ普通

法ニ於ケルカ如ク兩者並行ノ同等ノ位地ヲ有スルニ似タリ然レモ實際國際私法ハ某々ノ場合ニ於ケル法律關係ハ某國ノ法律ニ從フト言フノミ會テ外人間ノ私法的關係ヲ定メタルコアラズ是ニ由リテ之ヲ觀レバフイオールノ定義ハ徹頭徹尾其誤謬タルヲ免レザルナリウエストレイキ曰ク國際私法トハ何國ノ法廷ニ於テ彼我人民ノ間ニ起リタル爭訟ヲ受理シ何國ノ法律ニヨリテ之ヲ裁判スルヤヲ定ムル私法ノ一部ナリト此定義ヲ前者ニ比スレハ大ニ優ル所アリ然レモ國際私法ノ規定スル所ハ必シモ彼我人民間ニ起リタル爭訟ニ限ラザルナリ當事者双方内國人ナリト雖モ可ナリ又タ外國人ナリト雖モ可ナリ例セバ日本ノ男女佛國ニ於テ結婚シタル場合ニ其方式ニ關シ日本佛國其規定ヲ異ニセリトセバ孰レノ國法ニ從フ可キヤハ國際私法ノ定ムル所ナリトス佛國男女ノ日本ニ結婚シタル場合ト雖モ亦全シ且夫レ國際私法ハ果シテ私法ノ一部ナリヤ否ヤ吾曹ハ大ニ此ト意見ヲ異ニスルナリ爭訟ノ受理法律ノ管轄ヲ定ムルノ法ナリトセバ是レ國家主權ノ活

國際私法ノ定義

動ニ關スル一種ノ法規ニ非ズヤ然ラバ毫モ之ヲ以テ私法ノ一部ナリトナス可キ理由アラザルガ如シ

(四) 以上數大家ノ下シタル定義ハ皆多少ノ疑議アルヲ免レズ吾曹ハ左ノ定義ヲ以テ正確ナリト信ス曰ク國際私法ハ或法律關係ハ二國以上ニ牽連スル場合ニ於テ其裁判上及法律上ノ管轄ヲ規定スル法則ナリト今英人佛人ト日本ニ於テ獨國所在ノ物件ヲ買賣シタリトセバ當事者間ノ法律關係ハ其民籍ニ由リテ英佛二國ニ牽連シ行爲ニ由リテ日本ニ物件ニ由リテ獨逸ニ牽連セルモノナリ此ノ如ク唯一ノ法律關係ニシテ四國ニ牽連スルモノアルニ當リ其ノ訴訟ハ何國ノ法廷之レヲ受理シ何國ノ法律ヲ適用シ之ヲ裁判シ其訴訟手續或ハ裁判執行ハ何法ニヨル可キヤ即法律上及裁判上ノ管轄ヲ一定スルモノ國際私法ナリト謂フ可キナリ國際私法ハ決シテ私法ニアラズ吾曹ハ前ニ擧ケタル定義ヲ以テ簡明ニノ要領ヲ得タルモノナリト信スプロシモハ又次ノ定義ヲ下セリ曰ク國際私法トハ民事商事ニ關スル諸國法律ノ相異

ナルヨリ生スル争訟等ヲ豫防スルヲ本分トナシ各種不全ノ法律ヲ調和シ各其執行ノ限界ヲ劃スル方法ヲ研究スルモノナリト措辭明瞭ヲ欠クト雖ヒ國際私法ノ發生スル所以ハ一ニ此ニ外ナラズ然レモ定義トノ之ヲ見ルキハ純正ノ法理ニ照シ其誤レルヲ知ル可シ何トナレバ諸國ノ法律皆相全シト雖モ或法律關係ヲ目ノ正當ナリ不當ナリトナスハ必其國法ノ一ニ據ラザル可カラズ其法律ヲ定ルハ即國際私法ニ外ナラザレバナリ

第四 國際私法ノ起源

(五) 國際私法ノ性質ハ前述スル所ノ如シ之ニ由リテ國際私法ノ發達ハ國際ノ交誼親密ニシテ貿易商賣ノ繁盛ナル時代ニ在ルヲ知ル可シ羅馬ニ於テハ羅馬市民ト外人トノ間ニ生スル事件ヲ判決ス可キ法律ヲ稱シ「ジュスプレトリウム」若クハ「ジュンセンシウム」ト謂ヒ以テ固有法ト區別セリ然レモ此普通法タルヤ外人間若クハ市民ト外人トノ間ニ於

國際私法ノ起源

ケル法律關係ヲ規定セルモノニシテ國際私法ニ比スルキハ全ク其性質ヲ異ニセルモノト謂フ可シ希臘ニ於テハ多數ノ小市府獨立シ互ニ其封疆ヲ接シタリト雖モ禮讓ニヨリテ他市ノ法律ヲ採用スルハ獨立ノ思想ニ反スルモノトナセシガ如ク曾テ國際私法ナルモノ、發達スルヲアラザリキ(フート緒論)要スルニ當時商業未ク盛ナラズアゼンスノ如キハ遠洋ノ航海ヲナシタリト雖モ其交通スル所ノ範圍甚狹小ナリ且原始社會ヲ去ルヲ未ダ遠カラザル時代ニ於テ酋族間平等ノ關係ヲ維持スルヲ能ハズ征服者トモ他ヲ壓制スルニアラザレバ則チ仇敵トモ相嫉視シタリキ故ニ羅馬ノ古法ヲ見ルキハ羅馬人ニシテ敵國ニ在ルキハ之レヲ死人ト見做シタリキ(パール二節)凡此等ノ事實ハ國際私法ノ發達ヲ碍ゲタルヲ少ナカラザル可シ其後ゴス、フランク、ス、ロム、バ、イヅ、ブル、ガン、デア、ンス等ノ日耳曼種族羅馬帝國ヲ分割スルニ至リシガ當^時ニ於ケル國家思想ハ屬人的ニシテフランク人ハ何ノ處ニ在ルモフランクノ法律慣習ニ從ヒ外人ハ何ノ地ニ在ルモフランクノ法律ニ

ヨリテ管轄セラル、コナシトスルヲ猶今日印度ニ於テ回教徒ブラミン教徒里閩ニ比肩スルモ其法律ヲ異ニスルガ如クナリシナリ勿論異種人間ノ取引アルルニ於テ何酋族ノ法律之ヲ判決ス可キヤノ問題生セザリシニ非ザル可シト雖モ如何ニ之ヲ決セシヤハ殆ト之ヲ知ルヲ得ズ且又此等蠻族ハ互ニ攻撃驅逐シ平和ノ生活ヲナサバリシヲ以テ吾曹ハ亦此ノ如キ問題ノ甚稀ニ發生シタルコヲ想像スルナリ其後フランク酋族ノ王ハフランス國ノ王トナリ歐洲一般封建制度ノ下ニ立ツニ至リテ人民ハ土地ノ附着物トナリ屬人的ノ國家思想ハ變ノ屬地的トナレリ然レモ當時ハ所謂騎士ノ時代ニ人皆武ヲ尙ビ殺伐ノ氣溢レテ十字軍ノ遠征トナリ商業殆ント其跡ヲ斂メントスルニ至レリ此時ニ當リテ國際私法ノ發生セザリシコト固ヨリ論ヲ待タズ而シテ其後久シカラズノ商業ノ回復ヲ來シ地中海上ノ諸市府ジェノアピサアマルフイマツサリア等一時ニ般盛ニ赴クニ及ビロード海法オレロン商法ノ發布アルニ至リ異國ノ人海ヲ航シ互ニ貿易ヲ營ミシガバ始メテ國

際私法ノ必要ヲ感シ其萌芽ヲ見ルニ至レリ其初メニ在リテハ唯商業上ノ慣例トシテ存シタルニ過ギズト雖モ日ニ其必要ヲ覺エ一方ニ於テハ羅馬法學ノ再興ニ際會シ歐洲ノ學者競ヒテ伊太利ニ遊ヒ其ボロノ大學ニ入りテイルチリアスノ餘波ヲ酌ミジユスチニアンノ遺業ヲ尋テ歐洲全土靡然トシ之ニ向ヒ法律ノ學一時ノ盛ヲ極メタリ是レヨリ以來曩キニ商業上ノ慣例トシテ存スルニ過ギザリシモノ發メ國王ノ布令トナリ竟ニ歐洲全土一般ニ之ヲ認ムルニ至リ伊太利和蘭佛蘭西諸國ノ學者亦之ヲ研究シ終ニ法學ノ一科トシテ今日ノ成立ヲ見ルニ至レリ(ストーリー三節ウード國民法一卷一七一乃至二〇〇頁)

第五 國際私法ノ基礎

(六) 吾曹ノ既ニ論セシ如ク國際私法ハ或法律關係ノ二國以上ニ牽連スル場合ニ之ヲ管轄ス可キ法廷及法律ヲ定ムルモノナリ是故ニ國際私法ハ一國ノ法律ヲシテ他國ノ領内ニ於テ其効力ヲ有セシムルノ結果

禮讓主義

ヲ生ス若シ夫レ主權ノ觀念ヨリシテ之ヲ論セハ國家ハ其主權内ニ於テ他國ノ法律ノ干涉ヲ容ル可キニアラズ他國ノ法律ハ我ニ於テ毫モ法律タルノ効力ナキモノナリ然ルニ國際私法ニヨリテ外國法ノ効力ヲ我國内ニ認ムルモノ是レ如何ナル理由ヲ根據トシ然ルヤ之ニ關シテ二説アリ禮讓主義及正理主義是レナリ學者往々禮讓ヲ以テ國際私法ノ根據ナリトシ彼ノフリモールノ如キハ其國際法第四卷ニ題シテ國際私法即禮讓トナシ其他英國ノ諸判決ヲ閱スレバ屢判事ノ此言ヲナスヲ發見ス可シ然レヒ此等諸家ノ所謂禮讓トハ吾曹カ普通ニ了解スル如キ德義上謙遜ノ意義ニアラスノ相互ノ意ヲ有セルモノナリ即我法律ノ彼ニ認メラレンガ爲メ我亦彼ノ法律ヲ認ムトイフノミ主權者ハ唯德義上ノ謙遜ヲナシテ他國ノ法律ヲ我主權内ニ侵入セシムルガ如キコアラザルナリ然ルニ近古ノ學者ハ大ニ之ヲ排斥シ國際私法ノ根據ハ禮讓ニアラズノ正理ナリトセリフイオールハ其著者ニ於テ之ヲ論シ謂ヘラク國際私法ニヨリテ國家其主權ノ一部ヲ割愛シ他國ノ法律

正理主義

ノ効力ヲ認ムルハ是レ決シテ漫然タル禮讓ニ因ルニアラズノ吾曹一人ガ其權利ヲ國外ニ承認セラル可キ權利アルニ因ルナリ若シ夫レ此ノ如キ權利ナクノ唯之ヲ認ムルト否ト一ニ國家ノ禮讓ニ依頼スルキハ國際私法ノ規則タル主權者ノ隨意ニ係リ甚不確定ノモノタラザルヲ得ズト(フイオール三三節)ローレンスモ亦禮讓説ヲ非難シ曰ク散漫ニ且曖昧ナル禮讓ノ思想ハ決シテ權利的問題ヲ決ス可キ規則トシ採用ス可キニアラズトウエストレイキモ亦書ヲローレンスニ贈リテ正理ノ一語ヲ以テ禮讓ノ二字ニ代フルニ至リテハ氏ト全感ナリト謂ヘリ(ローレンス、コムマンテール、シニール、ホーイトン)三、五八伊國ノ大家マンチニハ亦大ニ正理説ヲ唱道シ謂ヘラク禮讓説ノ從來諸大家ノ爲ニ承認セラレタルハ事實ナリユール、ヴェット、ストーリー、ロッコー、ホーイトン、フリックス、フリモールノ諸家ハ實ニ此説ヲ採用セリ然レヒ是レ此等大家ノ一種ノ混全ナシタルニ由ル即彼等ハ絶對的ノ立法權ト其ノ濫用トヲ混全セリ是故ニ亦主權者ノ現ニナセル所ノモノト其ノナサマ

ル可カラザルモノトシテ混合セリニール等諸家ハ立法權ノ絶對的ナルヲ見テ他國法ヲ採用スルハ是レ主權者ノ隨意ニ係ル讓與ナリトセ
ルナリ然レトモ吾人ノ見ル所ヲ以テスレバ主權者ハ必ズ外國法律ヲ
採用セサル可カラザル德義上義務アルモノナリ故ニ唯隨意ニ主權ノ
讓與ヲナスニアラズニ必ズ爾カス可キ拘束ノ下ニ在ルナリ若シ然ラ
ズニ禮讓說ノ正當ヲ認ムルハ國際私法ハ到底一科學ノ体ヲ具備ス
ルヲ能ハズ即主權者ハ隨意ニ其讓與ノ範圍ヲ伸縮スルヲ得可ク或ハ
國際私法ノ定則如何ヲ探究スルノ必要ナキニ至ル可シ云々ト(國際私
法雜誌一八七五年其他サウニールノ如キホウトントノ如キ亦正理說ヲ
唱道セリト雖ヒ吾曹ハ之ヲ列擧セザル可シ要スルニ正理論者ノ論ズ
ル所甚有力ナルガ如シ然レモ吾曹ハ禮讓即國民間ノ相互ハ假令ヒ眞
誠ノ基礎トシテ認ム可カラザルモ尙ホ全ク國際私法ノ外ニ排斥シ去ル
可キニアラザル可シト信ス蓋シ立法權ハ絶對的ナリ一國ノ法律判決
ハ其國外ニ於テ一故紙タルニ過ギズ主權者ハ固ヨリ見テ以テ故紙ト

ナス所ノモノヲ採用スベキ拘束ヲ受クル所以ナシ唯外國法ヲ認メザ
レバ實際上大ニ不便不利ヲ生スルコトアラシク是故ニ或ハ主權者ハ之ヲ
認ム可キ德義上義務アリト謂フコトヲ得然レモ德義上ノ義務ハ法
律上ノ拘束ヲ生スルモノニアラズ假令ヒ其義務ニ背ケリトスルモ是
正當ナル立法權ノ實行ナルノミ此點ヨリシテ觀察スルハ國際私法ハ
主權者隨意ノ讓與ナリト謂フ固ヨリ其當ヲ得タリトス且ツ夫レ主權
者ノ或理由ニヨリテ外國法律ヲ我領内ニ適用セントスルヤ同一ノ場
合ニ於テ我法律ノ亦彼ニ認メラレンコトヲ期スルコトナキヲ得ンヤ吾曹
ハ國際私法ノ全ク相互主義ヲ採ラザルヲ斷言ス可キ蓋固ナル理由ア
ルヲ知ラザルナリ(ホランド三四二頁然レモ主權者ノ此讓與ヲナスヤ
固ヨリ漫然トシテ之ヲナスニアラズ自ラ一定ノ準則之レガ裁制ヲナ
スモノアリ是レ所謂正理ナラン即契約成立問題ヲ以テ契約地ノ法律
ニ從フ可シトナシ婚姻ノ効果ヲ以テ結婚民籍地ノ法律ニ從フ可シト
スルガ如キ必ズ一定ノ原則アリ主權者ハ常ニ之レニ由リテ自ラ主權

ノ讓與ヲナス可キ標準ヲ立ツ是レ正理之レガ根據タルナリ立法者ハ
 常ニ法理ニ遵ハザル可カラズ然レトモ主權ノ作用ハ法理ノ上ニ在リ
 其之ヲ遵奉スルハ爾カス可キ拘束アルニアラズ唯爾カスルノ利益
 アルヲ以テナリ是故ニ吾曹ハ左ノ結論ヲ下シ得可シ曰ク法律制定ノ
 形式上ヨリ之ヲ論スレバ國際私法ハ主權者ノ隨意ニ出テタル主權一
 部ノ讓與ナリ立法ノ標準ヨリ之ヲ論スレバ主權者ノナセル此ノ讓與
 ハ常ニ正理ニ基ケルモノナリ而シテ相互ハ亦所謂正理ノ中ニ包含セ
 ラレ得可シト信ス是故ニフオール等諸家ノ抱持スル所即吾曹ノ名ケ
 テ正理説トナセルモノハ固ヨリ其當ヲ得タリ然レモ全ク彼ノ禮讓説
 ヲ排斥シ去ルニ至リテハ甚不可ナリ且又吾曹ハ正理ナル文字ニツキ
 テ一言セザル可ラズ吾曹ハ常ニ正理ノ觀念ヲ有セザルニ非ズ然レモ
 彼ハ正理ナリ此ハ正理ナラズト言フ吾曹ハ之ヲ證明スルヲ能ハズ正
 理トイヒ自然法トイフ法律上ニ於テハ殆ント意義ナキ空言タルニ過
 キザルナリ「ストイック」哲學ノ羅馬ニ入ルニ及ビ自然法ノ文字ヲ生シ中

世大陸ノ法律學者之ヲ奉戴セリ國際私法ノ勃興スルヤ伊蘭ノ學者實
 ニ之ガ嚆矢タリ此等ノ學者亦羅馬法ノ薰陶ヲ受ケ宇宙間自然ノ大則
 アリテ存スルヲ信ジタルガ故ニ其國際私法ヲ論スルヤ亦同一理由ヲ
 以テ之ヲ説明セントシ國際私法ノ著書ハ竟ニ正理自然等ノ文字ヲ以
 テ填充セラル、ニ至レリユールハ羅馬ニ於テ國際私法ナルモノア
 ラザリシヲ論シテ曰ク羅馬法學中ニ於テ此種ノ問題ヲ發見スルヲ
 能ハザルハ毫モ怪ムニ足ルモノナシ羅馬帝國ハ全世界ヲ統一シ唯一
 ノ法律制度ヲ以テ之ヲ支配シタリシガ故ニ其滅亡後ニ於ケルガ如ク
 幾多ノ法律相軋觸スルヲアラザリキ然レモ此國際私法ノ原理原則ハ
 羅馬法ニ於テ之ヲ求メザル可カラズ而シテ其固有法ニ就キテ之ヲ求
 メンヨリモ寧ロ萬民法ニ就キテ之ヲ求ムルニ若カズ何トナレバ獨立
 國民其相互ノ交渉ニ於テ採用ス可キ規則ハ明ニ萬民法ニ屬スレバナ
 リト「ユール」ブレレクシオーチス、ジョーリス、シヴィリスニ卷一部三章二
 五頁萬民法ハ即自然法ナリ此ノ如ク一般ノ學者自然法ニヨリテ國際

私法ヲ説キタルカ故ニ夫ノ正理説ノ如キハ決シテローレンス、ウエストレ
イキ諸氏ノ創設シタルモノニアラザルナリ然レモ正理ナル文字ハ今
日ノ法學者一般ニ之ヲ嫌忌セリ是故ニ吾曹ハ(必要若クハ便宜)ナル語
ヲ以テ之ニ換ヘントス婚姻ノ婚姻民籍法ニヨリテ支配セラル、ハ其
社會ノ風儀秩序ヲ保ツ可キ必要アレバナリ其他國際私法ニ於ケル一
切ノ原則ハ一トシテ社會上ノ必要若クハ便益ヲ以テ主眼トセザルハナ
シ彼ノ國民相互ノ如キ商賣貿易其他百般ノ事件ニ關シテ大ニ其必要ヲ
見ルコトヲ俟タズン明ナリ

第六 法律關係ノ牽連

(七) 交通盛ニ開ケ商業上取引ノ頻繁ナルニ從ヒ一ノ法律關係ニノ數
國ニ牽連スルニ至ル而シテ其牽連スルヤ或ハ人ニ由リ物ニ由リ或ハ
行爲ニ由ル是ノ如ク牽連ノ狀態相同シカラザルヲ以テ其法律及ヒ法
廷ハ種々ノ名稱ヲ有ス

法律關係ノ牽連

一 人ニ由リテ牽連スル法

甲 國籍地法(Lex Patriae, or Lex Ingeantiae.)

乙 民籍地法(Lex Domicilii.)

二 物ニ由リテ牽連スル法

物件所在地法(Lex Loci Rei Sitae, or Lex Situs.)

三 行爲ニ由リテ牽連スル法

甲 行爲地法(Lex Loci Actus.)

乙 結約地法(Lex Loci Contractus.)

丙 履行地法(Lex Loci Solutionis.)

丁 私犯行爲地法(Lex Loci Delicti Commissi.)

戊 訴訟地法(Lex Fori.)

右ハ大略ヲ掲ケタルモノナリ尙之ヲ細別スレバ民籍地法ノ如キ其内
ニ固有民籍地法婚姻民籍地法等 (Lex Domicilii Originis; Lex Domicilii
Matrimonii.)ヲ包含ス

法廷モ亦左ノ三種ニ區別スルヲ得可シ

一 人ニヨリテ牽連スル法廷

甲 國籍地法廷(Forum Ligantiae.)

乙 民籍地法廷(Forum Domicilii.)

二 物ニヨリテ牽連スル法廷

物件所在地法廷(Forum Rei Site, or Forum Situs.)

三 行爲ニヨリテ牽連スル法廷

甲 行爲地法廷(Forum Actus.)

乙 結約地法廷(Forum Contractus.)

丙 私犯地法廷等(Forum Delicti Commissi, &c.)

國際私法ニ於テ吾曹ガ普通ニ稱呼スル法律及ヒ法廷ノ種類ハ大約前述スル所ノ如シ然レニ國籍地法及國籍地法廷ハ國際私法ニ於テ殆ント之ヲ見ルコトナシ且又結約地法私犯地法等ノ如キハ皆行爲地法中ニ包含セラレ可キヲ以テ最重要ナル法律及ヒ法廷ハ三種ニ過ギズ即チ

人法物法ノ區別

民籍地物件所在地及行爲地ノ法律法廷是レナリ

(八)大陸ノ學者ハ往々國際私法ヲ論スルニ當リ人法物法ノ區別ヲナスコト吾曹ノ己ニ述ヘタル所ナリ(二節)而シテ人事ニ關スル法律ハ民籍地法ニ從ヒ物件ニ關スル法律ハ國外ノ効力ナシトセリブルノア、ブルガンダス、メルラン諸家皆然リ是故ニ此等學者ノ謂フ所ニ據レバ國際私法ニ於テ研究ス可キハ唯某事件ニ關スル法律ハ人法ナリヤ物法ナリヤヲ決スルニ在リ是レホランドノ所謂法律的問題ヲ以テ文法的問題トナスモノナリ此説タルヤ恐クハ沿革上ヨリ生シタルモノナラシム蓋シ日耳曼人種ノ歐洲ヲ蹂躪シテ舊帝國ノ封土ヲ分割スルヤ此等入種ハ其原始社會ヲ距ルコト猶近ク屬地的ノ國家思想ヲ缺キシガ故ニ血統ヲ以テ酋族團結ノ基礎トナシ其征服シタル者ト雖ヒ血統ヲ異ニスルヲ以テ猶其舊法律ヲ保有スルコトヲ許シタリ封建時代ニ迨ヒ國家ハ一定ノ土地ヲ以テ其範圍ヲ限ルニ至レリト雖ヒ大小侯伯ハ自己ニ對シテ忠義ノ宣誓ヲナシタル臣民ハ假令ヒ國外ニアルモ其身上ニ關シ

ハ自己ノ管轄スル所ナリトセリ(パール總論サヴィニール中世羅馬法史一卷三篇)是故ニ吾曹ノ想像スル所ヲ以テフレバ人法物法ノ區別ハ明ニ羅馬教科書法典ノ區別ニ從ヒシモノナル可シト雖ヒ其法律管轄ニ關スル原則ヲ創設スルニ至リテハ或ハ歐洲ニ於ケル沿革ニ基キタルニアラザルヲ得ンヤ然レヒ此説タルヤ今日學者ノ一般ニ承認セザル所ナリ吾曹ノ見ル所ヲ以テスレバ第一國家ハ人ト物トニヨリテ其管轄ノ範圍ヲ全ク異ニスルノ理由アルコトナシ第二人法物法ノ區別ハ一見甚解シ易キニ似タリト雖ヒ其實疑議ヲ生シ易シ例セバ物件處分ノ能力ノ如キ人法ニ屬ス可キモノナリヤ將タ物法ニ屬ス可キモノナリヤ大ニ疑ヲ免レザル可シ是ニ於テ學者亦混合法ナル一種ヲ作レリ然レヒ混合法ノ管轄如何ニ至リテハ學說各全シカラズ故ニ國際私法ニ於ケル此法律ノ分類ハ決シテ満足ナル解説ヲ得ルコト能ハザルモノナリ

(九) 茲ニ一ノ法律關係アリ之ニ牽連スル法律法廷其數尠カラズ從テ其管轄ヲ定ムルニ就キテ甚シキ混雜ヲ生スルヲ免レズ從來之ニ關シ

梅處ハ行爲ヲ支配
ス

種々ノ原則アリ動産ハ人ニ從フトイフガ如キ不動産ハ所在地法ニ從フトイフガ如キ學者ノ唱フル所法律ノ採ル所千種萬様或ハ慥觸セルニ原則ヲ全時ニ遵奉シ實際ノ不便ヲ生シ論理ノ貫徹ヲ得ザルモノアリ其實例ハ動産ニ關スル契約動産處分ノ行爲等ニ關シ之ヲ見ルヲ得可シ然レヒ吾曹ノ信スル所ヲ以テスレバ國際私法ノ已ニ一科學トシテ存在スルヤ必一定ノ準則之ガ綱領ヲ示スモノナカル可カラズ夫ノ種々ノ原則ノ如キハ吾曹ハ他ニ之ヲ論ス可キ機會アルヲ以テ茲ニ贅セズ唯場處ハ行爲ヲ支配ス(Loens Regit Actum)ト云フ原則ニ就キテ一言セザル可カラズ何トナレバ是レ吾曹ガ奉シテ國際私法ノ準則トナシ多少ノ例外ヲ除クノ外一ニ之レニ從フ可シトナスモノナレバナリ理論ヨリノ之ヲ謂ヘバ一國法律ハ其國內ニ於ケル物件ニ關シ一切ノ管轄ヲ有ス可キ力アリ是故ニ所在地法ハ物件ノ處分ヲ支配ストイフ可キニ似タリ然レヒ一方ヨリ之ヲ見レバ一國ノ法律ハ亦其臣民ノ一切ノ行爲ヲ拘束ス可キ力アリ是故ニ物件處分モ亦民籍地若クハ國籍地ノ

法律ニ從フ可シト謂ヒ得ザルベカラズ果シ然ラハ終ニ法律管轄ヲ一定スルヲ能ハザルナリ吾曹ノ見ヲ以テスレハ場處ハ行爲ヲ支配ストノ原則ハ二個ノ鞏固ナル理由ヲ有セリ

第一 法律ハ權利ヲ以テ其主眼トス詳言スレハ權利ノ得喪移轉ヲ規定シ之ヲ保護スルモノナリ法廷ニ發生ス可キ萬種ノ問題モ之ヲ解剖スレハ決シテ權利ノ得喪移轉ノ範圍外ニ出ツルヲナシ例セバ買賣契約ノ有効無効ハ果シ之レニ因リテ權利ヲ生シタリヤ否ヤニアルノミ而シテ其權利關係ノ或ハ生シ或ハ滅スルヤ必ス或行爲(若クハ事實)ニ由ラズンバアラズ是故ニ法律ハ權利得喪移轉ヲ規定シ權利ノ得喪移轉ハ行爲ノ發生ニ由ル然ラハ行爲地ノ法律ハ權利ヲ得喪ス可キ或行爲若クハ事實ハ其眼下ニ發生スルヲ知リツ、猶他國ノ法律ヲ之ヲ管轄セシムルハ甚不當ナリト信ス是レ一ハ一國內ニ於ケル効力ヲ痛ク削減スルノ觀アリ一ハ其事實ヲ審査スルニ最便利ナル地位ヲ棄テ、不便ノ法律ヲ取ルノ實アルヲ以テナリ

第二 法律ハ公益ヲ以テ大目的トスルモノナリ一切ノ規定ハ皆之ニ準據セザルハナシ然レモ近世ノ法律ハ大ニ意思ノ自由ヲ貴ビ公益ニ害ナキ限りハ之ヲ許ス可キモノナリトセリ國際私法モ亦此主意ヲ取レリ今甲國人乙國人ト丙地ニ於テ取引セリトセンカ取引地ノ法律ハ之ヲ知ルヲ最モ容易ニシテ之ニ據ルノ便利ナルヲ明ナリ且其法律ノ下ニ於テ此ノ取引ヲナスヲ以テ當事者ハ必ス先ツ之ニ注目シタルヲ是レ普通ノ事實ナリト謂ハザル可カラズ是故ニ法律關係ハ其働方ヨリ論スルモ受方ヨリ論スルモ均シク行爲地法ニ從フノ便ニ必要ナルヲ見ルナリ而シテ其適用例外等ニ關シハ茲ニ論ズベキ限リニアラズ

第一編 人事

第一章 民籍

- 《一〇》緒言
- 《一一》民籍ノ性質
- 《一二》民籍ハ必ス之ヲ有シ且必ス唯一ナルヘシ
- 《一三》民籍ト國籍トノ區別
- 《一四》私法的關係ニハ民籍主義ヲ執リテ國籍主義ヲ執ラス
- 《一五》民籍ノ區別
- 《一六》准民籍
- 《一七》民籍ノ取得
- 《一八》自然人
- 《一九》法定人
- 《二〇》民籍ノ變更
- 《二一》固有民籍ノ復活
- 《二二》意思證明ノ事實

總論

(一〇) 民籍(Domicil)ヲ説明スルニ當テ先ツ一言セザルベカラザルモノアリ民籍ハ我法例ニ所謂住所(人二六二乃至二六八參照)ナルモノナリト雖モ吾曹ノ故ラニ異様ノ名稱ヲ用ヰタル所以ノモノハ法典ニ用ヰル住所ナル語ハ其意義往々不精確ニシテ之ヲ襲用スルハ論究ニ不便ヲ與フルト尠カラザルニ由ル又吾曹ハ本章ニ於テ屢々國籍(Nationality)居所(Residence)ナル語ヲ用ヰル所以ノモノハ我法典ハ法例民法ニ於テハ國民分限、住所居所、住居地(法例八、八七、一六)ト云ヒ商法民事訴訟法ニ於テハ國籍、住所所在地(商八二六、八三二、民訴一三)ト云ヒ往々意義ヲ同ウシテ用語ヲ異ニシ爲メニ混同誤認ヲ生センコトヲ恐ル、ニ在リ

第一 民籍ノ性質

(一一) 民籍ハ私權ニ屬シ一市民(Citizen)トシテ一國內ニ有スル一箇人ノ私法上ノ關係ナレトモ其性質ヲ詳ニセントスルニハ之レカ定義ヲ與ヘザルベカラズ然レモ其定義ニ關シ古來學者間ニ種々ノ說アリ故ニ

茲ニ諸大家ノ學說中最モ有力ナルモノ二三ヲ掲ケ以テ其欠點ヲ指摘シ一ハ正當ナル定義ノ下ニ難キヲ示シ一ハ民籍ノ觀念ヲ得ル助トナサントス

サグイニ一曰ク民籍ハ各人カ永久ノ居宅トシテ選擇シ或ハ法律的諸關係並ニ業務ノ中心トシテ選擇シタル場所ナリト若シ定義ノ意味ニ隨フトキハ民籍中ノ選擇ニ係ラザル固有民籍(Original Domicil)ヲ除外セザルベカラザルノミナラス近世ノ定說タル居宅ハ業務ノ中心ナリトスル所ノ主義ニ反シ却テ居宅ヲ業務ノ中心内ニ埋沒セシメタルハ稍陳腐ノ嫌ヒアリ故ニ此定義ハ不完全ナルヲ免レズ

ウエストレイキ曰ク民籍ハ居處ニ對スル法律觀念ナリト此定義ハ簡約ニシテ理想ニ富ムト雖ウエストレイキモ其不完全ナルヲ明白セル如ク居處(Residence)自体ノミヲ以テ民籍ノ意ヲ盡セルモノニアラス或ル特別ナル事情ノ隨伴スルヲ要シ其事情ニシテ明白トナリ始メテ法律觀念ノ生スルモノナルカ故ニ其事情ノ如何ナル性質ノモノナルカ

ヲ顯ハサマル以上ハ未ダ以テ完全ノ意義ヲ與フルニ足ラザルナリ
 ダイセイ曰ク民籍トハ法律ノ認メタル永久ノ居宅タル國又ハ處ナリ
 ト此定義ノ不完全ナルハ時ヲ以テ民籍ノ要素トナシタルニ在リ時ヲ
 以テ民籍ノ要素トスルハ第一ニ不穩當ナリ何トナレハ永久ノ居宅ト
 ハ彼ノヴァツテルストリーノ如ク唯時ヲ以テ意思ノ點ノミニ牽連セ
 シムレハ可ナリ然レモ永久ノ居宅ト謂フトキハ意思(Anims)事實(Fac-
 t)共ニ永久ノ意ヲ帶ハシメタルカ故ニ現在民籍タル居宅ヲ去リ遠
 ク外國ニ往キ數年ノ後其居宅ニ歸ルノ意思アルモノモ尙事實上永久
 ニアラサルヲ以テ是レ民籍ニアラズト云ハザルベカラザル不道理ヲ
 來サム寧ロホワイトンノ所謂終局ノ居宅(Final Abode)ト云フヲ穩當ト
 ス(ホワイトン二一節)決シテ居宅ノ永久ナルヲ要セザルナリ第二ニ危
 險ナリ何トナレハ事實ノ永久ヲ現スモノトセバ民籍變更ノ場合ニ於
 テ如何ナル期間ハ變更ヲ爲スニ足ルヤノ難問題ヲ惹キ起コセハナリ
 或學者曰ク居宅(Home)ハ民籍ノ換用語(Convertible Term)ニシテ居宅ニハ自

ラ永久ノ意義ヲ含ムト是レ大ナル誤謬ナリ(ダイセイ一五二頁參照)彼ノ
 世人ノ唱フル民籍ハ居宅ナリ居宅ハ民籍ナリトノ語ハ決シテ期間ノ
 點ニ於テ謂フニアラズ或ル他ノ家族上ノ關係ニシテ双方ニ通スル點
 ヲ指シタルノミヨシヤ學者ノ説ヲ正當トスルモ居宅ニシテ既ニ永久
 ノ意思ヲ包含スルモノトセハ何ヲ以テ更ニ永久ナル語ヲ附スルノ必
 要アラシヤ

フート曰ク民籍ハ一國內ニ其住民團體ノ一員トシテ居住スルヨリ生
 スル所ノ人ト國土トノ關係ナリト此定義ハ民籍ヲ以テ人ト國土トノ
 關係トシ其關係ハ一國內ニ其住民團體ノ一員トシテ居住スルヨリ生
 スルモノナルヲ要スル意義ナルカ故ニ民籍ノ本体ヲ説明スルハ諸大
 家ノ定義中最モ完全ナリト信ス然レモ其單ニ關係ナル語ヲ用非タル
 ヨリ或ハ尙十分ニ民籍ノ本体ヲ解得スル能ハザルヲ恐ルカ故ニ吾
 曹ハ左ノ定義ヲ下シ以テ自ラ據ルアラントス

民籍ト或ハ法境內ニニ住民ト人ノ存在スル法律觀念ナリ

Domicil is the legal conception of a man's existence as a member of a community within a *rechtsgebiet*.

此定義ハ意味簡單ニシテ別ニ説明ヲ要セスト信ス社會コムニニチ
一ノ一員トシテ存在ストハ存在ノ性質ヲ顯ハシ法境內ニ存在ストハ其
存在ノ範圍ヲ示ス蓋シ社會ナル語ハ純正ナル法語ニ非スト雖モ普通
ニ慣用スル所ナリ故ニ之ヲ採用セリ

(一) 二) 民籍ノ性質ヲ説キ終ルニ臨ミ茲ニ二個ノ決定スヘキ問題アリ

第一 一人ハ必ス民籍ヲカルヘカラザルヤ

第二 一個以上ノ民籍ヲ有シ得ヘキヤ

第一ハ唯一ノ民籍ハ必ス之ヲ有セザルヘカラズ(人二六七、マイセー

三頁)然ルニサヴィーノ説ニ據ルトキハ羅馬人中ニハ左ノ場合ニハ

民籍ヲ有セズトスル者アリシガ如シト雖モ此説ハ既ニ學說判決例

ニ於テ掃蕩セラレタリ(Savigny, Rom. Recht. viii § 354.)

甲 舊民籍ヲ拋棄シ新民籍ヲ索メテ未タ之ヲ得ザル者

一個ノ民籍ハ必ス
之ヲ有セザルヘカ
ラス

乙 歸國セントスルモ中心トナスヘキ住地ノナキ行商人ノ如キ

者

丙 一地方ヨリ他ノ地方ニ轉徙シ一定ノ住地ナキ浮浪者ノ如キ

者

甲ノ場合ニ舊民籍ヲ拋棄シ或ル國ニ於テ新民籍ヲ求メツ、アリト
セハ意思行爲ノ二者明白ナルヲ以テ英米ノ判決例ニ於テハ(凡ソ人
ハ永住ノ目的ヲ以テ他邦ニ渡レハ其居住ノ場所ハ未タ確定セズト
雖モ民籍ハ既ニ其新渡航國ニ移リタルモノナリト定マレシ)若シ單
ニ舊民籍ヲ拋棄シタルノミニシテ趣クヘキ所ノ新國ヲ有セズ茫然
新民籍ヲ得ント望ミツ、アリトセハ通常ハ新民籍ノ得ラル、迄誕
生ニ由リテ得タル固有民籍ヲ其ノ人ノ民籍トシ固有民籍ニシテ知
ルベカラサルカ或ハ先キニ之ヲ鄭重ニ拋棄シ去リタルトノ明ナル
トハ止ムヲ得ス現在所ヲ民籍トストセリ乙丙ノ場合モ亦然リ其理
由ハ民籍變更ノ處ニ至リ明ナルヘシ(Bruce v. Bruce, 9 Bro P. O. 566;

民籍ハ唯一タルヘ

Moore v. Wilkins, 10 N.H. 452; Hicks v. Skinner, 72 N.C. 1.

第二 一個以上ノ民籍ヲ有スルヲ得ズ幼少ノ時ハ米國ニ民籍ヲ有シ其後移リテ之ヲ佛國ニ定メ尙轉シテ日本ニ定ムルヲ得ル如キ例ヲ以テ時ヲ異ニスレハ數個ノ民籍ヲ有シ得ルモノナリト曰フモノアレトモ是レ固ヨリ言フヲ待タズ同一時ニ於テハ決シテ二三ノ民籍ヲ有スルコトヲ得ザルノミ例ハ民籍ヲロンドン府ニ有シ米國サンフランシスコノ熱鬧ノ街頭ニ商館ヲ構ヘ日々商業ヲ營ミ且別ニ開地ヲ擇ヒテ幽栖ヲ以テ偃息ノ處トナスカ如キ場合ニ其商人ハ同時ニ三個ノ民籍ヲ有スト論スル者ノ如キハ是レ蓋シ民籍ト住地(Residence)トヲ混同スルモノニシテ眞誠民籍ハ唯一ノ外有スヘカラザルコトハ英國ニ於テモソマールヰイル對ソマールヰイル判決例後ノ定説トナレリ唯例外トシテ更ニ商業民籍裁判民籍等ヲ有スト雖モ是准民籍ニシテ決シテ眞誠ノ民籍ナラザルハ後ニ述フルコトアルヘシ(Somerville v. Somerville, 5 ves 749)

民籍ト國籍トノ區別

第二 民籍ト國籍トノ區別

第一、

(一) 民籍ハ住民トシテ存在スル觀念ニシテ存在スル觀念ナリフットハ國籍ノ定義ヲ下ノ曰ク國籍トハ國家ト其統治權ノ下ニ在ル一個臣民トノ關係ナリト又曰ク國籍ハ人ノ政治的身分ナリ民籍ハ人ノ私法的身分ナリト(フット八頁)

第二、

國籍ハ臣民トノ國家統治ノ下ニ在ル法律觀念ナリ故ニ公法上ノ關係是レヨリ生ス即任官ノ權兵役ノ義務等ノ如シ民籍ハ唯社會ノ一員タル觀念ニ止マルガ故ニ身ヲ外國ノ境域内ニ置クト雖モ其統治權ノ下ニ在ルモノニアラズ故ニ公權ヲ享ケ公務ヲ負フノ原因トナラズ

私法的關係ニハ民籍主義ヲ執リテ國籍主義ヲ執ラス

(二) 總論ヲ終ルニ臨ミ一言スヘキコトアリ
國際私法ハ外國ニ牽連セル一ノ私法的關係ニ對シテ法律適用ヲ定ムルモノナリ法律關係ノ外國法ニ牽連スルハ或ハ所爲ニヨリ或ハ其目的物ニヨリ或ハ其當事者ニヨリ是故ニ行爲若クハ事實ノ發生物件ノ存在及ヒ當事者ノ民籍ハ法律適用ヲ定ム可キ三個ノ標準タリ然ルニ我

法律ハ民籍ニ代フルニ國籍ヲ以テシ國際私法ノ原則ヲ規定セル法例ノ條文ニ於テ屢本國法ノ文字ヲ見ル民法人專編ハ其第二章ニ於テ國民分限ヲ規定セリ蓋シ我ガ立法者ハ國籍ヲ以テ其ノ公法的關係ノ原因タルト全時ニ亦私法的關係ニ關スル法律適用ノ一ノ標準トナシタルナリ營ニ我法律此ノ如キノミナラズ佛伊諸國モ亦然リ故ニ國籍主義ハ佛法系諸國ニ於ケル法律ノ特色ナリ

古代ニ於テハ各國皆其法律ノ保護ヲ受ク可キモノハ其國籍ヲ有スルモノニ限レリ羅馬固有法ノ如キ是レナリ交通貿易ノ未タ開ケザルニ當リテハ父祖世々其國土ヲ守リ國外ニ居留スル等ノ事アラズ是故ニ國籍ヲ以テ私法適用ノ標準トスルヲ固ヨリ其當ヲ得タリ然レモ交通益開ケ商業漸盛ナルニ及ビテハ一國ノ臣民其地ニ永住スルヲ能ハズ常ニ外國ニ往來スルニ至ル或ハ營利ノ爲メ或ハ其他ノ目的ヲ以テ生涯外國ニ寓スル者アラン子孫ヲ外國ニ舉ケ家屋ヲ購ヒ土地ヲ有シ其土ヲ以テ骨ヲ埋ムルノ地トナスキハ是レ己ニ其社會ノ一員タルモノ

ナリ今日ノ文明社會ハ實ニ此ノ如キ者尠カラズ此等ノ輩ハ外國ノ民籍ヲ有スル者ニシテ未タ其國籍ヲ有スルモノニアラス是ノ故ニ其公法的ノ權利義務ヲ負ハシムルヲ固ヨリ當ヲ得ズ然レモ一個人間ニ於ケル平等の諸關係ニ至テハ其國籍ノ如何ヲ問ハス己ニ其社會ヲ組織スル一員タル以上ハ全一法律ノ管轄ニ屬セシムルヲ當然ナリト思考ス國籍ハ公法的ノ觀念ナリ夫ノ夫婦ノ關係債權者債務者ノ關係トイフガ如キ平等ノ諸關係ハ私法的ノ關係ナリ然ラバ國籍ヲ以テ私法的關係ニ對スル法律適用ヲ定ムルノ標準トナサンヨリハ寧ロ民籍ヲ以テ之レガ標準トナサン文明ノ進歩シタル社會ニ於テハ其當ヲ得タルモノナリト信ス

國際私法ニ於テ人ト土地トノ間ニ於テ三樣ノ關係存ス國籍民籍現在地是レナリ市町村制ニ於テ規定セル人ト市町村トノ間ニ存スル三樣ノ關係ハ宛モ之レト相對比スルヲ得公民タル關係住民タル關係及ヒ現在者タル關係是レナリ民籍ハ永住ノ意思ト住居ノ事實トニヨリ

テ之ヲ得ルガ如ク住民タル身分モ亦永住ノ意思ト住居ノ事實トニヨ
 リテ之ヲ取得ス(町村制六條市制六條是故ニ外國臣民ト雖モ猶住民タ
 ルヲ得可シ住民ハ町村共有物ニ對シ共用ノ權利ヲ有シ又町村ノ費用
 ヲ分擔スルノ義務アリ其公民ト異ナルハ唯市町村ノ行政機關ヲ組織
 シ得ルト否トニアリ兩者ノ差違ハ公法的關係ニ在リテ存ス(市町村制
 一章乃至三章其以前ニ在テハ戶籍ノ有無ニヨリテ私法的權利義務ノ
 有無ヲ定メタリト雖モ近世ニ於テハ諸國皆實際上ノ事實ニ基キ永住
 者ヲ以テ市町村ノ一員ト見做シ私法上ノ權利義務ヲ有セシムルニ至
 レリ國際私法ニ於テモ亦全様ノ進歩沿革ヲ見ル臣民タルノ身分ハ公
 法的關係ノ基タリト雖モ民籍ハ實際ニ其社會ヲ組織セル人民ノ身分
 タリ假令モ外國ノ國籍ヲ有スル者ト雖モ均シク私法ノ適用ヲ受ケシ
 ムルト最モ當ヲ得タルモノナリ我ガ市町村制ハ已ニ前述ノ規定ヲナ
 シ而シテ我ガ法例ハ猶佛國法系ノ特色ヲ存シ國籍ヲ以テ公法的及ヒ私
 法的關係ノ法律管轄ヲ定ム可キ標準トナセルト最奇怪ト謂ハザル可
 カラズ

カラズ

ホワートン等ハ國籍主義ヲ攻撃シ曰ク若シ國籍ヲ以テ私法適用ノ標
 準トナサンガ我米國民ハ全一ノ國籍ヲ有セリト雖モ各州其法律ヲ異
 ニセリ然ラハ各州ノ民籍ニヨリテ法律適用ヲ定ムルニアラザレバ國
 籍ヲ以テ之レヲ定ムルト能ハザル可シト英國ノ如キ亦一國家ニシテ數
 種ノ法律行ハル此ノ如キ場合ニ於テハ竟ニ國籍主義ヲ貫ク能ハザル
 ナリ我ガ立法者ハ豫メ此事アルヲ測レルガ如シ法例八條一項ハ此困
 難ヲ排除スルモノナリ(法例八)

吾曹ハ右ニ述ヘタルガ如ク民籍主義ノ當ヲ得タルヲ信ス故ニ此書ヲ
 編スルニ當リ徹頭徹尾民籍法ヲ取リテ本國法(即國籍法)ヲ取ラズ我法
 律ハ常ニ本國法ヲ取リテ民籍法(法例ニ所謂住所ノ法)ヲ取ラズ讀者ハ
 書中所々ニ兩者ノ衝突ヲ見ル可シト雖モ吾曹ハ一々之ヲ辨解セザル
 ガ故ニ常ニ此意ヲ記慮セラレントヲ望ム

吾曹ノ見解ニ據レバ國籍ハ公法的身分タリ國際私法ニ於テ重要ノ事

項ニアラズ故ニ其取得即歸化等ノ問題ニ關シテ研究ノ勞ヲ取ラズ

民籍ノ區別

第一欸 民籍ノ區別

(一五)世人ノ所謂民籍ナルモノ、中ニハ民籍(Domicil)ト准民籍(Quasi Domicil)トノ別アルヲ注意セザルヘカラズ吾曹ハ先ツ民籍ノ分類ヲ説キ次ニ准民籍ニ就キ一言スル所アラントス

民籍ハ嚴格ニ論スルトキハ唯一ニシテ又一個ハ必ス有スルモノナレハ一系一統ニ様ニ涉ル理ナキモ翻テ考フレハ元來人ト住地トノ關係ナルヲ以テ假令ヒ人ノ點ヨリ見レハ畢生一聯續タルモ住地ノ點ヨリ見レハ變轉スル毎ニ異種ノ民籍ヲ成ス觀ナキ能ハス民籍ニ就テハ

第一

甲 法定民籍(Domicil by Law)

乙 獲得民籍(Domicil by Acquisition)

第二

甲 固有民籍(Domicil of Origin)

乙 選擇民籍(Domicil by Choice)

第三

甲 固有民籍(Domicil of Origin)

乙 選擇民籍(Domicil by Choice)

丙 必要民籍(Domicil by Necessity)

以上ハ一般學者間ニ行ハル、區別ナリト雖モ吾曹ハ之ヲ取ラズ第一ハ法定民籍ノ中ニハ附屬人タル幼者妻等ノ民籍獲得民籍中ニハ獨立人ノ民籍ヲ含メリ吾曹ヲ以テ之レヲ見レハ此區別ハ殆ント無益ナリ抑モ民籍ヲ區別スル必要ハ主トシテ誕生ノ際ニ得タルモノト其後ニ變更ヲ來シタルモノトヲ區別スルニ在リ然ルニ此區別ニ從フトキハ妻ノ民籍ノ如キハ誕生ニ依テ得タルモノモ其夫ニ從ヒテ得タルモノモ共ニ法定民籍トセルカ故ニ其實益ナシ(ダイセイ一三三九頁)第二ニハ固有民籍中ニ人ノ誕生ニ由リテ得タル民籍ヲ含ミ選擇民籍中ニハ其

民籍ヲ區別スル種類

後ニ得タル民籍ヲ含ムカ故ニ妻ノ民籍ノ如ク單ニ婚姻ノ結果ニノ敢テ自ラ選擇シタルニアラザル場合モ尙ホ選擇ノ名稱ヲ附スルハ穩當ナラズ(フーフト民籍ノ章及ヒウドニー對ウドニー判決例ニ於テウニストベリー卿ノ理由書第三ハ固有民籍中ニ誕生ニ由リテ得タル民籍選擇民籍中ニ獨立人カ自由ニ選擇シ得タル民籍、必要民籍中ニ妻ノ婚姻ヨリ得タル民籍等ヲ含メリ而シテ此區別ハ之ヲ採用スル學者モ尠カラスト雖モ故ラニ三階級ニ區分セルハ假令ヒ民籍ノ性質上止ムヲ得ザルニ出ツルトスルモ實益ノ點ニ於テ一モ三階級ヲ設クル必要ヲ見ズ却テ往々混雜ヲ惹キ起コスノ恐アリ且ツ必要民籍ノ名稱モ之ヲ固有民籍ニ冠ラシムルハ或ル點ヨリ觀レハ敢テ爲シ難キニアラサルヲ以テ吾曹ハ此區別ヲ採ラズ(ストーリー四九節ダイセイ三四〇頁)

此他誕生民籍選擇民籍或ハ固有民籍第二民籍ノ區別アレモ吾曹ハ左ノ如ク區別スルヲ以テ正當ト認ム

民籍ヲ別テ固有民籍變更民籍トス

第一固有民籍(Domicil of Origin)

第二 變更民籍(Domicil by Change)

此區別ハフーフト等ノ區別スル所ノ固有民籍(Domicil of Origin)獲得民籍(Domicil by Acquisition)ト其實ニ於テ異ナラズ唯獲得民籍ノ名稱ヲ變更民籍ト改メタルノミ蓋シ固有民籍タリトモ畢竟獲得セルモノナルカ故ニ獲得民籍ナル名稱ハ明ニ之ト區別スル能ハズト信シタルニ由レリ而シテ固有民籍中ニハ人ノ始テ生ル、ヤ直ニ獲得スル民籍ヲ含ミ變更民籍ニハ固有民籍ノ一變轉ヲナセルモノハ悉ク之ヲ含ム決シテ其變更カ法律ノ推定ニ基クト他人ノ意思若クハ自己ノ意思ニ基キタルトヲ問ハズ

准民籍

(一六)次ニ准民籍(Quasi Domicil)ニ就キ一言セントス凡ソ人ハ原則トシテ一以上ノ民籍ヲ有スヘカラズトイヘモ商業裁判遺產ニ就キ真正ノ民籍ノ外更ニ特別ノ民籍ヲ有スルコトアリ學者之ヲ准民籍ト稱ス(八二六八條參照)

第一

第一 商業上民籍(Commercial Domicil)

商業上民籍トハ商業貿易ノ盛ナル地ニ於テ商人カ單ニ商業取引ノ爲メニ自己ノ本店ト定メタルモノニシテ或ハサムエル本店或ハ同孚泰本店ノ名ヲ以テ苟モ商業上ニ關スルモノハ一トシテ之ヲ取扱ハサルナキモ單ニ商業ノ目的ノミニ關シ而シテ店主ノ商業外ノ法律行為ハ一ニ其本國ノ民籍ニ由リ全ク關係ナキモノヲ云フ又假令ヒ商業民籍ヲ得ルノ行為アラザルモホカトノ說ニ據レハ戰時ニ至リテ商人カ敵國ノ埠頭ヨリ商品ヲ運送セハ該商人ハ其國ニ國籍民籍共ニ之ヲ有セザルモ猶敵國ニ住スル商人トシテ遇セラル、ヲ以テ其點ニ於テハ商業上民籍ヲ得タルモノナリ

第二

第二 裁判上ノ民籍 (Domicil for Judicial Purpose)
 他人ヲ訴フル目的ノミニ付キ其裁判管轄上ノ民籍ヲ得ルコアリ是レ亦真正ノ民籍ニアラス(フット民籍ノ章)

第三

第三 遺産上ノ民籍 (Domicil for Administrative Purpose)
 遺留人産ノ相續ヲ定ムルハ死者最後ノ民籍地法ニ依テ決定スルモノ

ナリト雖モ時トシテハ唯在外ノ遺留人産相續ノ爲メ民籍ヲ自己ノ真正民籍外ニ得ルコアリ英國ニ於テバヴィクトリア女皇ニ至リ(24 & 25, Vict. c. 121) 外國ト相互ノ條約アル場合ニ限リテ遺産處分上外國臣民ハ英國ニ於テ英國臣民ハ外國ニ於テ各動産ヲ遺留シテ死亡スル迄ニ一年以上住居シ且ツ其國ニ民籍ヲ移スノ書面公言ヲナシタルニアラサレハ其舊國ニ於テ有シタル民籍ニ從フトナセリ此場合ニハ本人ハ他ノ目的ニ關シテハ其變更民籍ニ由リ得ヘキニモ拘ハラス以上ノ條件ヲ充サズンハ遺産ニ關シ必ス舊民籍ニ支配セラル、モノナルヲ以テダイセイ曰ク此場合ハ例外トシテ遺産上ノ民籍ヲ得タルモノナリト(ダイセイ三頁)

然レモ此ノ如キモノハ果シテ民籍ヲ以テ之ヲ目シ得ヘキヤ民籍ノ性質如何ハ已ニ定義ニ於テ論シタル所ナリ(約言スレハ民籍ハ社會ノ一員タル觀念ナリ唯商業、遺産管理等ノ爲メニ其社會ニ於テ特別ナル一員タルト能ハサルヤ明ナリ是故ニ此等ハ唯公益上ノ理由ヨリ認めタル

法廷及ヒ法律管轄ノ特例トノ見ル可キノミ全ク民籍ノ觀念ト關係ナ
キモノナリ

第二款 民籍ノ取得

(一七) 既ニ民籍ノ如何ナルモノナルコトハ前款ニ之ヲ説明シタル故ニ
之ヲ獲得スル人即チ民籍ノ隨テ存亡スル主体タル人ニ關シテ民籍ヲ
説クヘシ人ヲ自然人法定人ニ區別シ自然人ヲ再別シテ獨立人即チ法
律關係ヲ爲スニ足ル能力ヲ有スル者ト附屬人即チ或ル法律關係ニ付
テハ其附從スル所ノ獨立人ニ伴ヒテ變更セラル、者トナシ此等ノ人
ニ關シテ民籍ノ獲得存立ヲ説明セントス

(一八) 第一 自然人

(甲) 獨立人 我人事篇ニ於テハ外國人ノ始テ日本ニ住所ヲ移ス場
合ニ關スル規定中別ニ獨立人附屬人ノ區別ヲ明記セスト雖モ
其精神ニ於テハ蓋シ吾曹ト異ナルコトナカラシ(八、二六五)而シテ

民籍ノ取得

一、自然人

自由ニ法律行為ヲ爲シ得ル人ノ中ニ於テモ軍人官吏書生奴婢
ノ如キ久シク他處ニ居住スルモノハ多少民籍ノ取得ヲ疑ハシ
ムルニ足ルノ居住ヲナスコトナキニアラズト雖モ概シテ民籍ヲ
其滞留地ニ得ントスルノ意思ナキモノナレハ(民籍變更ノ節參
照)亦概シテ民籍ヲ獲得若クハ變更セザルモノトス(マイセー一
二八乃至一四七頁サヴニ一五九頁ウエストレイキ四三節)我人
事篇第二百六十三條ニ曰ク戶主ハ本籍ヲ移ス地ノ身分取扱更
ニ申述シテ住所ヲ變更スルコトヲ得ト而シテ家族獨立シテ一家
ヲナストキモ亦同ジ(八、二六四)且又民事訴訟法ニ於テハ裁判籍
上稍々嚴格ナル推定ヲ以テ當事者ノ住所ヲ定ムル規定アリ(民
訴裁判籍ノ節參照)其中ニハ所謂民籍トナスヘキモノヲモ包含
スト雖モ元來民籍(Domicil)ナル語ハ我國ノ訴訟法ニ使用スル裁
判籍ノ住所ナル語ト必シモ一致セズ何トナレハ吾曹ノ所謂准
民籍ナルモノヲモ往々包括スルノミナラズ時トシテハ准民籍

ニモアラサルモノアレハナリ(人二六八)蓋シ英米諸國ト雖ト裁
判籍ニ關シテハ特ニ便宜上民籍ヲ推定スルモノニシテ嚮キニ
説明シタル准民籍ト看做スノ外ナシトス

乙

附屬人 自由ニ法律行爲ヲナス能ハズシテ或ル獨立人ニ隨從
スル幼者、既婚婦、被後見人等ノ民籍ノ獲得變更ニ關シテハ歐米
ノ學說判決例殆ント一轍ニ出テ理由モ亦明白ナルガ故ニ吾曹
ハ之ヲ翻覆説明スルノ必要ナシト信シ左ニ其歸着スル所ノ學
說判決例ノ結果ノミヲ示サム

(一) 附屬人ノ民籍ハ其附屬スル所ノ獨立人ノ民籍ト全一ナ
リ且ツ之ニ隨從シテ變更スルモノトス

(イ) 嫡出子又ハ嫡出ト認メラレタル子ハ父ノ生存中ハ父
ノ民籍ト全一ノ民籍ヲ有シ且ツ之ニ隨從シテ變更スル
モノトス(ウエストレイキ三五節ダイセイ六九頁Somerville v. Somerville 5. ves 749)

(ロ) 私生ノ子又ハ父ノ死亡シタル子ハ母ノ生存中ハ母ノ
民籍ト同一ノ民籍ヲ有シ且ツ之ニ隨從シテ變更スルモ
ノトス(ダイセイ九七頁ホワートン四一節)

(ハ) 父母ナキ子又ハ母ナキ私生子ハ後見人ノ民籍ト全一
ノ民籍ヲ有シ且ツ之ニ隨從シテ變更スルモノトス(ダイ
セイ九七頁Sharpe v. Crispin, L. R. 1. P. & D. 611)我人事篇
第二百六十三條二項ニ曰ク未成年者又ハ民事上禁治産
者タル戸主ノ住所ハ親族會ノ許可ヲ得テ後見人之ヲ變
更スルコトヲ得又全第二百六十四條二項ニ曰ク一家新立
ノ未成年者ニ付テハ後見人住所ヲ設定スヘシト而シテ
全第二百五十五條ニ於テハ父母ノ知レザル子ハ一家ヲ
新立スト規定ス其精神ニ於テハ吾曹ト全一ナリ、
但シ子ノ民籍ハ母ノ結婚ニ依テ變セズ(Bryall v. Kennedy,
49.N.Y.347)又詐欺ノ目的ニ出テタルトキハ母又ハ後見人

ハ自ラ民籍ヲ變シテ其効果ヲ幼者ニ及ホス能ハズ(ダイ
セー一〇四頁)

(二) 附屬人ノ民籍ハ其屬スル所ノ人チ失フモ法律上民籍ヲ
變更スル人ナクンハ幼年期ノ終迄ハ自己ノ既ニ保有スル
民籍ヲ繼續ス(サヴィニー三五七節フイリモール七三節スト
ーリー四二節)

(三) 附屬人ノ民籍ハ獨立人トナルモ自己ノ行爲ニ由リ民籍
ヲ變更スル迄ハ繼續スルモノナリ

(イ) 成年者トナリシ者ハ幼者タル時ニ得タル民籍ヲ保ツ
(ダイセー一〇八頁)

(ロ) 寡婦トナリシ者ハ妻タリシ時ノ民籍ヲ保ツ(ストーリ
ー四六節)

(ハ) 離婚婦トナリシ者ハ離婚前ノ民籍ヲ保ツ(ダイセー一
〇九頁)

二、法定人

(四) 瘋癲白痴者ニ關シテ民籍ノ獲得變更ハ幼年者ト同一ノ
原則ニ從フモノナリ

(一九) 第二 法定人

國際私法上法定人ヲ論スルハ會社ヲ以テ主トス會社ノ民籍ハ法律上
業務ノ中心若クハ事務所々在在地ト認定スル所ニ存ス換言スレハ第一、
商事會社ハ通常會社ノ業ヲ營ム地ニ存シ第二、商事會社ニアラサル會
社ハ事務所々在在地ニ存ス(サヴィニー三五四節ウエストレイキ一二九
節ダイセー一一〇頁フット七九頁)而シテ若シ事務所ナキトキ又ハ數
所ニ於テ事務ヲ取扱フトキハ其首長或ハ擔當者ノ住所ヲ以テ事務所
ト看做ス(フット七六頁其他ノ法人ニ就テハ英國等ノ學說判決例ニ從
フトキハ國家(ステート)ヲ以テ法人トナシ帝國ノ場合ニ於テハ之ヲ
單獨會社(Corporation Sole)ト看做シ共和國ノ場合ニ於テハ之ヲ衆合會社
(Corporation Aggregate)ト看做スカ故ニ若シ其主權獨立ノ資格ヲ以テセズ
シテ一個人タル私ノ資格ニ於テ訴訟當事者ノ地位ニ立ツトキハ英國

法廷ハ或ル例外即チ訴訟費用ヲ除クノ外ハ之ヲ一個人ト同様ニ視ル
モノトス

第三款 民籍ノ變更

民籍變更

(二〇) 民籍ノ變更ハ民籍諸問題中最モ重要ナルモノナレハ原則ハ單
簡ナレトモ適用ヲ誤ルノ恐レアリ故ニ最モ注意ヲ要ス

要件

(第一) 凡ソ民籍變更ニハ意思(Animus)ト事實(Factum)ノ共存ヲ要ス(人二
六五、二六四、二六二參照)

外國ニ永住スルノ意思ナク終局ハ本國ニ歸ルノ意ニテ數年外國ニ居

住スル事實ヲミニテハ未タ民籍ヲ得ヘカラズ實ニ英米學者ノ慣用ス
ル永住ノ意思(Animus Manendi)ト還歸ノ意思(Animus Revertendi)トハ其人
ノ外國ニ於テ民籍ヲ得ルヤ否ヤヲ判知スルノ標準ナリ(ダイセイ一七三
頁、ストーリー一四四節、ウエストレイキ三七頁參照)

左ニ英米判決例ノ中ニ就キ最賾易キモノ二三ヲ擧ゲテ以テ民籍ヲ得
ルニ確實ナル意思ノ必要ナルヲ示サン

甲、英人某米國ニ於テ新事業ニ着手シ財ヲ蓄ヘ産ヲ得ハ他年錦ヲ着
テ故郷ニ還リ若シ事業ノ成功ヲ得ズンバ再ヒ郷土ヲ踏マザル決心ヲ
以テ米國ニ渡航セシカ中途病歿シタルニ同人ノ遺産ニ就キ民籍ノ問
題起リ或ル判官ハ人慾限リナシ財ヲ蓄ヘ産ヲ得ルニハ殆ント定限ナ
シ斯ル茫然タル意思ヲ以テ鄉國ヲ辭セシモノハ到底成功歸期ヲ見ル
ヲナキモノトシ民籍ハ米國ニ移レリトスルヲ穩當ナリトスト唱ヘシ
モ結局該人ノ民籍ハ尙ホ英國ニ在リト判決セラレタリ

乙、佛人英國ニ民籍ヲ移サントス偶英國ニ於テ營メル商業ニ失敗シ

負債大ニ積モリ督促將ニ嚴ナラントス遂ニ意ヲ決シ以爲ラク債主ニシテ督促嚴急ナラズンハ米國ニ永住セント幾クナラス産ヲ遺シテ死亡セリ此場合ニ於テ英法廷ハ同人ノ国籍ハ米國ニ移レリト判決セリ以上ノ二例ニ於テ或ル條件ノ發生ニヨリ新任居國ニ在留セザルノ意思アリシハ同一ナリ然ルニ一ハ国籍ヲ移サズトシ一ハ国籍ヲ移シタリト判決セル所以ノモノハ蓋シ大ニ理由アリ要スルニ其條件ノ性質ヨリシテ永住意思ノ既ニ成立スルト成立セザルトノ差ヲ生シ隨テ一ハ永住意思アリ一ハ未タ永住意思アラザルニ基クモノナリ即甲判決例ニ於テハ財ヲ蓄ヘ産ヲ得ルノ途絶エ落膽失望ノ域ニ達セザレハ永住ノ意思ヲ生シタリトスヘカラズ乙判決例ニ於テハ既ニ永住ノ意思ハ其者ノ心頭ニ萌シタリ唯一朝債鬼ノ襲撃ニ逢ヒテ始メテ其永住ノ意思ヲ消滅セシムルノミ換言スレハ前者ノ永住意思ハ前期條件ニ係リ後者ノ永住意思ハ後期條件ニ係ル是レ此二判決例ノ矛盾スル如ク見ユレモ其判定ノ正鵠ヲ得タル所以ナリ

固有民籍ノ復活

茲ニ注意ヲ要スルコトハ妻ノ其夫ノ国籍ニ從フ如キハ国籍變更ニ事實意思ノ二者ヲ要スル例外タルニ在リ妻ハ婚姻ノ爲メニ轉住スルモノナレハ果シテ變更民籍地ニ永住スルノ意思アリヤ否知ルヘカラス若シ法律カ意思ヲ推測シタルモノトセハ反證ニ依テ翻案シ得ヘキモノナレトモ其翻案セシメザルハ固ヨリ意思ノ有無ヲ問ハザルナリ

(二二) (第二) 變更民籍ヲ捨ツルノミニシテ固有民籍ノ復活スルモノナリヤ否ヤ

吾曹ハ原則トシテ變更民籍ヲ拋棄シタル時ハ更ニ他ニ国籍ヲ得ザル間ハ當然固有民籍ノ復活スルモノトス然レトモ此問題ハ實ニ學者間非常ノ議論アリ且實際上ニ有益ノモノタルヲ以テ暫ク反對説ヲ討究セントスサ、シヨ、リ、チ曰ク變更民籍タリトモ一旦之ヲ獲得シタル以上ハ更ニ新民籍ヲ獲得スル迄ハ繼續スルモノナリ固有民籍タリトモ既ニ先キニ之ヲ拋棄シタルモノナレハ他ノ新民籍ヲ得ルト同シク再得ノ證左ヲ要ストホワートン曰ク国籍復活ノ説ハ其理由ハ姑ク

非復活説

置キコンチクチカツト法廷ノ判決例ヲ始メ數多ノ判決例ニ反シ且米國ノ政治上ノ主義ニモ撞着ヲ來スヲアルヘシ何トナレハ米國ニユ一ヨ一州ニ變更民籍ヲ有シタルモノニシテ更ニ米國ノ西北部ニ移轉セントスレトモ尙ホ何レニ定住スヘキヤノ心算モナク單ニニユーヨ一州ノ民籍ヲ拋棄セハ米國人民ハ移住民ノ常トシテ其間ハ米國外ナル他邦ノ法律ヲ固有民籍地法トシテ採用シ從テ成年者モ幼者トナリ加フルニ不幸死亡スルアラハ外國相續法ニ從ハザルヘカラザルニ至リ非常ノ困難ヲ來タスヘシト然レモリーチノ說ノ如ク既ニ本人ハ棄去ノ意思(Animus Relinquendi)ヲ以テ變更民籍ヲ捨テタルモノナルニ尙之ヲ繼續スルト推定スルハ吾曹ハ其理由ノ何タルヲ知ル能ハズ何トナレハ棄去ノ意思ト永住ノ意思トハ共存スヘキモノニアラズ棄去ノ意思アラハ永住ノ意思ナキモノナリ永住ノ意思ナクシテ加フルニ棄去ノ行爲アラハ恰モ五個ノ條件ヲ以テ發生シタルモノハ亦五個ノ條件ノ悉ク去ルニ因リテ消滅スルト同一ナラン又ホワートンノ說ノ如

固有民籍ノ復活ニ對スル諸家ノ理由

ク判決例ノ存否云々ハ復活說ニモ數多ノ判決例學說アレハ理由トナラサルノミナラス米國政略ニ反ストノ理由モ米國ノ國態ハ特殊ノモノニシテ例外タルヲ記憶セハ亦有力ナルモノニアラザルヲ知ルヘシ

復活說ヲ主張スルハ大家中ニ甚タ多キノミナラズウドニ一對ウドニ一キング對フオクスウエルノ判決例アリテ學說判決例共ニ論理ノ歸着スル所ハ同一ニシテ要スルニ一タヒ變更民籍ヲ拋棄スレハ唯其事實ノミヲ以テ當然固有民籍ニ復歸スヘシ更ニ新變更民籍ヲ得ルノ間ハ固有民籍ヲ以テ其人ノ民籍トナスニ在リ其理由トスル所ハ別ニ法理トシテ價值アルモノヲ見ズ唯各國判官學者等ノ國籍(Nationality)ナル觀念ニ動かサレタル不完全ノ觀念ニ基キタルニ外ナラス而シテ吾曹ノ尙ホ之ヲ採用シタル所以ノモノモ亦唯學者ノ贊同スルモノ多キト此判決例カ反對說ニ關スル判決例ヨリモ一層確定セルトニ在ルノミ學者中ニハ便宜ニ基ケリトノ理由ヲ付スルモノアレモ甲ナル固有民

籍ヨリ乙丙丁戊ト變シタルモノニ取リテハ同シ舊民籍ニ就キ或ハ甲
 民籍ヨリモ乙若クハ丁民籍ヲ便宜ナリトスル場合アリテ敢テ固有民
 籍ヲ採ルヲ便宜ナリトハ一定セザルカ故ニ其理由モ十分ナラスウエ
 ストレイキハ臣民誓約ハ容易ニ回復ス(Native allegiance easily reverts)換言
 スレハ一旦國籍ハ他國ニ移スル若シ之ヲ拋棄スルノ許可ヲ得タルト
 キハ再得ノ證左ヲ要セス忽チ誕生國ノ國籍ニ復スルモノナリ然ルニ
 或ル場合ニ於テ國籍ハ民籍ノ標證トスルニ足ルコトアリ故ニ民籍モ
 同一ニ復活スルトナスモ可ナラント謂ヘリ(ウエストレイキ二四四節)
 此理由ニシテ果シテ肯歎ニ中レリトセハ英人日本國ニ國籍ヲ移轉シ
 後更ニ民籍ヲ米國ニ移シタル場合ニ本問題起ラハ固有民籍タル英國
 ニハ既ニ國籍ナキヲ奈何セン要スルニ吾曹ハ民籍ノ復活非復活共ニ
 好理由ヲ有セス姑ク學說判決例ニ於テ多數ノ傾向アリト信スル所ニ
 從ヒ復活スルモノトナスノミ
 茲ニ一言スヘキハ以上ノ如ク變更民籍ハ單ニ之ヲ拋棄スルノミ(Mere

民籍ヲ變更スル意
 思ノ證明

Abandonment)ニテ足ルト雖トモ固有民籍ハ單ニ之ヲ拋棄スルノミニテ
 ハ未タ變更ノ結果ヲ來サズ是ヲ以テ學者固有民籍ヲ拋棄スルト變更
 民籍ヲ拋棄スルトノ間ニ區別ヲナシテ曰ク變更民籍ハ單ナル拋棄ヲ
 以テ足ルモ固有民籍ハ更ニ新民籍ノ獲得ヲ要スト是レ固ヨリ常ニ新
 民籍ヲ獲得スル迄ハ復活スルカ故ニ外見ノ異ナルノミニシテ其實ハ
 決シテ異ナラザルナリ

(二二)(第三) 意思證明ノ事實、

意思明白ナレハ前ニ述ヘタル原則ノ適用ハ敢テ困難ナラザレトモ其
 意思ハ何等ノ事實ニ據リテ之ヲ確定スベキヤ人ハ行爲ノ結果ヲ豫想
 セルモノナリトノ原則ハ意思自体ノ問題トナレル場合ニハ適用スヘ
 カラス即チ民籍ノ變更アリシヤ否ノ疑問ハ必ス其人ノ先ツ外國ニ實
 際多少住居スルノ行爲アリシ後ニ起ル問題ナルカ故ニ若シ其行爲ヲ
 以テ意思ヲ推定セハ所謂循環推理(Petio Principii)ニ陥ルヲ以テ務メテ
 意思ハ居住ナル事實以外ノ事實ニ於テ推究スヘキモノナリフイリモ

一ルヲ始メ他ノ學者ハ意思ノ表彰トシテ左ノ各項ヲ列舉セリ吾曹ハ一々之ヲ説明スルノ勞ヲ取ラス(フイリモール二一節乃至三五一節
ダイセー一四頁參照)

第一 永住ノ意思ノ表彰

- 一 口頭又ハ書面ノ確言
- 二 誕生ノ場所
- 三 死亡ノ場所
- 四 家族ノ居所
- 五 商業上ノ塵舗
- 六 公證ノ登錄
- 七 政治上ノ權利又ハ特權ノ享有
- 八 財産ノ所有
- 九 居住ノ期間

第二 變更意思ノ表彰

- 一 口頭又ハ書面ノ確言
- 二 家族引拂
- 三 財産ノ賣却等

ウドニー對ウドニーノ判決例

茲ニ以上陳ヘ來リタル原則ニ最モ關係多キ有名ナル判決例ウドニー對ウドニー(L. R. 1. Sc App. 441.)ヲ示サシ

蘇格蘭ヨリ以太利ニ派遣セラレタル領事ウドニーハ父母妻子ヲ蘇格蘭ニ留メ官命ヲ以テ以太利ニ赴キ後二十年ヲ經テロンドン府ニ來リ前後三十年餘外國ニ滯留シタリ其子ハ英國尉官ヲ奉職セシモ負債ノ爲ニ去テ佛國ブローロンヌニ往ケリ其人滯在中一婦人ト通シ一子ヲ擧ケ幾クナラズシテ正式婚姻ヲナシ夫婦トナレリ而シテ尉官没シテ其子相續ヲナシタリ原告ウドニーハ右相續者ノ伯父ニシテ被告ハ私生子ナルヲ以テ相續權ナシト主張セリ其理由トスル所ハ尉官ハ元來蘇格蘭人タルニ相違ナキモ永年英國ニ住シタルヲ以テ英法ノ支配ヲ受クヘキモノナリ既ニ英國ニ住居アリ一時轉居ヲナシタルハ英國ノ民

籍ヲ變更シタルモノトスルニ足ラズ英法ニ從ヘハ其子ハ固ヨリ私生子タルヲ免レズト云フニ在リ

被告ウドニーハ假リニ尉官ノ住居ヲ以テ英國ニ在リトスルモ再ヒ英國ニ來ラザルノ意思ヲ以テ去リタル以上ハ其民籍ハ蘇國ニアリ人ハ瞬時ノ間トイヘモ苟モ民籍ナカルヘカラズ彼流浪人ノ如キ實際ニ居處ナキモノト雖モ法律上ヨリ見レハ尙ホ民籍ヲ有ス故ニ其英國民籍ヲ捨テタル後ハ蘇國ヲ尉官ノ民籍トスヘキモノナリ而シテ所争ノ兒ハ其英國ヲ去リタル後ニ誕生シタルモノナリト云フニアリ

以上ノ事實ニ基キ蘇格蘭法廷判官ノ説モ二派ニ分レタリシカ遂ニ尉官ノ民籍ハ蘇國ニ在リト判定セラレタリ其理由ニ曰ク尉官ノロンドンニ去リシ後ハ全ク無民籍ニ異ナラザルモ民籍ヲ有セザルハ瞬時モ法律ノ許サザル所ナルカ故ニ嚮キニ有シタル民籍ヲ以テ尉官ノ民籍トセザルヘカラス而シテ蘇國ノ法律ニ據レハ其子ハ無論嫡出ノ子トナルヲ得ヘシト

本訴件ハ左ノ四點ヲ決定シタルモノトナスヲ得ヘシ(第一)子ノ民籍ハ親ノ民籍ニ從フ(第二)民籍ハ官命赴任ノ場合ノ如ク本人ノ之ヲ變更スル自由意思ナキハ變更ヲナサザル(第三)變更民籍ハ復歸セザルノ意思ヲ以テ拋棄スル時ハ固有民籍ノ復活スル(第四)人ハ瞬時モ民籍ナキ能ハザル(但シ若シ此尉官ニシテ一部ノ不動産ヲ蘇國ニ一部ノ不動産ヲ英國ニ遺留セハ英國ノ不動産ハ尉官ノ子ニ傳ハラザルヲ忘ルヘカラス何トナレハ不動産處分ハ所在地法ノ決スルモノニシテ英法ハ私生子ノ出生後其父母婚姻ヲナスモ之カ爲メニ其子ヲ嫡出子トセザレハナリ(不動産ノ章參照)

第二章 能力

七十四

- (一三) 總論
- (一四) 能力ハ行爲地法ノ支配ニ屬ス
- (一五) 能力ヲ民籍地法ノ支配ニ屬セシメントスル學說並ニ非難
- (一六) 能力者及不能力者
- (一七) 自然人
- (一八) 法定人

總論

(一三) 能力ノ問題ハ實ニ困難ナレド要スルニ能力ハ人ガ法律上或行爲ヲ爲スノ力ナルカ故ニ此問題ハ或ハ取引ヲナシ或ハ契約ヲナシ或ハ婚姻ヲナス如キ力ノ有無ハ何レノ國法ニ據テ定ムヘキモノナリヤニ外ナラズ

我法例第三條ニ曰ク人ノ身分及ヒ能力ハ其本國法ニ從ラト本國法トハ法例第八條ノ意義ニ據リ國民分限ノ所在國法ニシテ吾曹ノ所謂國籍地法タルヲ明ナリトス蓋シ此規定ハ全ク佛民法第三條ニ倣ヒタル

總論

日本ノ規定

能力ハ民籍若クハ國籍地法ニ據テ支配ストノ學說

モノナリ此ノ如ク規定セラレタル以上ハ身分及ヒ能力ハ吾曹日本人タルモノハ謹テ本國法ニ從フノ主義ヲ奉セザルヘカラズト雖モ吾曹ハ學理ノ研究ニ於テハ大ニ非難ナキ能ハズ元來身分能力ノ支配法ニ關シテハ十四世期ニ於テバートラスノ大議論(Bart. Cod. I.)ヲ始メシ頃ヨリ學說紛々判決例區々ニシテ法典亦一樣ナラズ或ハ法律カ人ニ對シテ或ル身分能力ヲ定メタルキハ何レノ國ニ至ルモ其人ノ身体ニ隨伴スルモノト云ヒ或ハ法律カ人ノ身分能力ヲ定ムルハ唯其配下ニ來リシモノ、射影ヲ計ルニ過キズト云ヒ之ヲ効力ノ點ヨリ區別スルトキハ一ハ國外効力主義ニシテ一ハ非國外効力主義ナリ佛國ノ如キハ國籍ヲ標準トシテ第一說ヲ採リ英國ノ如キハ民籍ヲ標準トシ加フルニ承認國ノ法律ニ牴觸セザル限リ之ヲ承認スルモノトナシ亦第一說ヲ採レリ第二說ハ之ニ據ルモノ少シ要スルニ從來ノ學者多ク民籍若クハ國籍ヲ標準トセリ然レモ何故ニ身分及ヒ能力ノ支配法ヲ定ムル標準ニハ民籍若クハ國籍ヲ採ルヘキヤノ理由ニ至リテハ一トシテ

七十五

有力ナル説明ヲ與ヘズ蓋シ身分及ヒ能力ハ人ニ關ス人ニ關スルガ故ニ民籍若クハ國籍ヲ標準トスヘシトノ空漠タル理由ヲ根據トスルモノナルカ如シ斯ル空理ニ根據スルカ故ニ國外効力非國外効力ノ反對說ヲモ生スルナリ若シ法律ハ何故ニ身分及ヒ能力ナルヲ規定セザルヘカラザル必要ヲ生シタルヤ身分及ヒ能力ハ法律ノ創定スルモノナレハ之ヲ創定セザルヘカラサル理由ヲ穿索スルトキハ之ヲ支配スル法律ヲ決定スルノ標準自ラ生シ國外効力非國外効力ノ議論モ自ラ一掃シ去ルヲ得ヘシ吾曹ノ見解ニヨレバ身分及ヒ能力ハ社會ノ公安國家ノ必要上ヨリ人ノ或ル特別若クハ普通ノ法律關係ヲ定ムル標準トシテ立法者ノ創定スルモノナレハ人ノ或ル特別若クハ普通ノ法律關係ヲ生スルハ必スシモ民籍若クハ國籍ノ所在地ニ限ラザルヲ願ミルトキハ以上ノ學說ハ忽チ其根據ヲ失スルニ至ラン

(二四) 吾曹ハ諸大家ト說ヲ異ニシテ能力ハ原則トシテハ行為地ノ法律 (Lex Loci Actus)ニ據リテ決定セラルヘキモノトナス何トナレハ法律

能力ハ行為地法ノ支配ニ屬ス

上ノ行為ニシテ能力ナキモノ、ナシタル行為ハ行為ニアラザレハナリ然ルニ法律上ノ行為ハ行為地法ニ支配セラル、トハ動カスヘカラザル原則タルノミナラス其行為ノ一要件タル能力モ亦行為地法ニ支配セラル、トハ苟モ要件ハ背法タルモ其行為ハ正當ナリト謂フノ不道理ナルヲ了解スルモノハ皆之ヲ首肯スルナラント信スレハナリ故ニ能力問題ハ果シテ行為ニ關係ヲ有スル場合ニ限り起ルモノナリヤ將々絶對的ニ能力ヲ論スルヲアリヤ決スレバ足ル吾曹ハ能力ノ絶對的問題アラザルヲ信スル者ナリ日常所謂能力者ナリヤ否ヤノ問題ハ或ハ絶對的問題ノ看アリト雖モ其實相ヲ究ムルトキハ彼レハ我日本ニ於テ法律上ノ行為ヲナス力アリヤ否ヤ即チ行為地法タル日本法律ニ於テハ能力アリヤ否ヤノ問題ニ歸着スルモノニシテ決シテ絶對的ニ能力問題ノ發生スルナキヲ信スルナリ吾曹ハ左ニ諸大家ノ學說ヲ駁撃スルニ先チ一言スヘキヲアリ佛法並ニ我法例ハ國籍ヲ以テ身分能力ノ支配法ヲ決スル標準トセル精神ハ民籍ヲ標準トスル學者

ノ精神ト異ナラズシテ唯國籍民籍ヲ嚴密ニ區別シ來リタルト否トニ由來スルモノナレハ一ニ之ヲ民籍地法ニ據ル學說ト同一ニ看做シテ論究スルモ其精神ニ於テハ大差ナシ故ニ吾曹ハ總反對說ノ最強ナルモノト信スル民籍地法主義ヲ駁撃セントス

(二五) 獨逸學者中ニ於テモサヴィニーノ如キハ能力ハ一切民籍地法ニ據リテ決セラルトモノナリト唱ヘタリシモ痛クバールノ攻撃スル所トナレリ民籍地法ニ據ルト主張スルモノハ左ノ攻撃ニ對シ辨解ノ辭ナカルヘシ(サヴィニー六四頁、バール九八節)

第一 甲地ニ民籍ヲ有スルモノ乙地ニ來リタル時ニ甲地ノ法律ハ貴族ニ商業ヲ爲スヲ許サズ而シテ乙地ノ法律ハ之ヲ許ストセハ其民籍地ニ於テ之ヲ爲サシメザルヲ以テ乙地ニ於テモ之ヲ爲サシムヘカラズ然ラハ同シ乙地ニ居住シテ取引ヲ營ム貴族ニシテ一ハ内國人ニシテ一ハ外國人ナルカ故ニ能力ニ差アルナリ是レ近世ノ大主義ナル内國人外國人共ニ同能力ヲ有ストスル原則ニ背反スルモノニアラズ

能力ヲ民籍地法ノ支配ニ歸セシメントスル學說并ニ非難

ヤ

第二 甲國ニ存スル法律ニシテ乙國ニ存セザルコトアリ然ルニ丙ハ其民籍地タル甲國ニ於テ該法律ノ爲メ法定死人トナルヲ以テ乙國ニ於テモ民籍地法ニ據ルトセハ之ヲ法定死人トセザルヘカラサル不正ノ結果ヲ來サザルヤ

ハールハウエヒテルノ說ニ贊同シ權利能力業務能力ヲ區別シ人ノ權利能力ヲ喪失セシムル奴隸制度ヲ認ムル如キ法律ハ他國ノ之ヲ承認スルヲ要セズ甲國ノ奴隸モ乙國ニ來ラハ自由人トシテ可ナリ而シテ業務能力ニ至リテハ少シク區別ヲナスベシトシ更ニ業務能力ヲ區別シテ一般業務能力特別業務能力トナシ特別業務能力ハ民籍地法ニ據リテ決定セラルヘキモノトセハ丙者ノ甲地ヨリ來リテ乙地ニ於テ取引ヲナスニ當リ通常各取引人ハ丙者ノ民籍地法ニテハ如何ナル制限的法律ノ存スルヤノ注意ヲナサマルヘカラズ是レ嚴刻ニ失スルモノナリ故ニ行爲地法ニ據リ決定スルヲ以テ正當トス然レモ一般業務能力ハ

其人ノ自然ノ性質ニ屬スルモノナレハ幼者ノ如キ之ニ對シテ多少ノ制限ナキ國ハアラザルヲ以テ少ク注意ヲナス者タランニハ其人ノ民籍地法ハ如何ナルヤノ注意ヲナシタル後ニアラザレハ取引ヲナスモノナキヲ以テ關係者ヲシテ不幸ニ陥ラシムル恐レナシ之ニ陥ルモ取引者ノ不注意ノ責ノミ故ニ此場合ニハ民籍地法ニ於テ能力ヲ決定スルヲ可ナリトセリ(パール能力ノ章)然レモ行為地法ニ於テ成年ニ達セルモノハ假令民籍地法ニ據ルトキハ幼者ナリト雖モ善意ニ取引シタル者ニ對シテ責ヲ負ハシメザルヘカラズトシテ中八九ハ行為地法ニ據ルヘキヲ認メナカラ僅ニ一部ノ例外ヲ設ケタリ而シテ其例外ニ對シ一モ積極的理由ヲ與ヘズ單ニ保護ヲ主旨トスルカ如シ吾人ハ以爲ラク假令ヒ幼者タリトモ外國ノ幼者タルカ故ニ其幼者ノ取引地ノ法律カ一般ノ幼者ニ與フル保護若クハ制限ヨリ更ニ大ナルモノヲ其民籍地法ニ從ヒ與フヘキ理ナシ論理精鍊ナルパール其人ニシテ此說アルハ甚怪ムヘキナリ(ダイセー)ノ如キハ能力ノ存立(Existence)ト能力ノ効果

(Dieck) トヲ區別シ存立ハ民籍地法ノ定ムル所ニ從ヒ承認スヘキモ効果ニ至リテハ之ヲ行為地法ノ定ムル所ニ由リ決定スヘキモノナリト主張シタリ(ダイセー)一六六頁然レトモ能力ナル語ノ分界ヲ如何ニ解セルヤヲ疑ハザルヲ得ズ能力ノ存立トハ何ソヤ身分若クハ資格ニ外ナラザルヘシ(身分ハ社會ニ於ケル一私人特別ノ地位ナリ故ニ其人ノ隸屬セル社會ノ法律之ヲ定ムルハ當然ナリ能力ハ或法律行為ヲナシ得ルヤ否ヤノ問題ナレハ行為地法之ヲ定ムルハ亦當然ト謂フ可キノミ其他佛國大審院等ハ人法物法ノ區別ヲ立テ、能力支配法ノ決定ヲナサントシ(ブローセー)一八〇頁(ホワートン)ノ如キハ制限的能力保護的能力ノ區別ヲ立テ、其支配法ヲ異ニセントシタレトモ要スルニ亦謬見タルヲ免レズ殊ニ人法物法混同法ノ如キハ其基礎ニ於テ既ニ誤レリ不完全ノ說ト謂フベシ(ホワートン)一〇一節)

又或學者ハ人ノ能力ハ特殊ノ場合ニ當リ特殊ノ行爲ニ付キ之ヲ決定スルカ如キモノニアラズ初ヨリ包括的ニ決定スヘキモノナルカ故ニ民籍地法ニ據ルヘキモノナリト云ヘリ若シ此說ニシテ果シテ正鵠ヲ得タルモノナリトセバ吾曹ノ行爲地法ニ據リ各行爲ニ從ヒテ決定ヲ下スヘシトスルハ不可ナラン然レトモ此說ハパールノ強説ナル攻撃ノ下ニ破擢セラレ事實上如何ナル場合ニ於テモ或ル特殊ノ行爲ニ關シ能力無能力ヲ決定セザルナリト定マレルガ故ニ此ニ詳ニ駁撃ヲ加ヘザルベシ(パール能力ノ章)

婚姻ノ能力

此ノ如ク能力ハ行爲地法ニ據ルモノトセハ婚姻能力ハ民籍地法ニ據ルトハ如何ナル意義ナリヤ抑婚姻ナルモノハ結婚式ノ如ク其舉行地ニ於テ一時ニ完結シ了ルモノニ非ズ彼ノ夫タリ婦タル身分獲得ノ如キハ一見瞬時ニ成ルカ如キモ是レ婚姻ニアラズ婚姻ノ結果ノ婚姻ハ男女畢生間ノ結合ナレハ其行爲地トハ何レヲ指スヤ其實一定シ難キモノナリト雖トモ婚姻民籍地ハ其夫ノ民籍地ニシテ該夫婦ガ借老

身分

ノ生活ヲ送ル中心ニ外ナラザルヲ以テ所謂婚姻民籍地法ニ據ルトハ是レ法律上行爲ノ中心タル地ノ法ニ據ルモノナリ
前ニ述ベタル身分ニツキ尙一言セン甲國ノ貴族乙國ニ移リ乙國ニ於テ商業ヲ營マントス然ルニ甲國法ト乙國法トノ間ニ貴族ノ商業ニ關シテ其規定ヲ異ニストセハ其貴族ノ商業ニ關スル能力ハ行爲地法ナル乙國法ノ規定ニ從フヘキハ勿論ナレモ其貴族トシテノ存立ニ關シテハ如何乙法ニ從フヘシトセハ或ハ其貴族モ平民タルヲアラン然レモ一般ノ定説トシテ一國ノ貴族ハ他國ニ於テ之ヲ認メザルヲナシ是レ或ハ民籍地法ノ決定ニ從フニハアラザルカノ疑ナキニアラズ然リトイヘトモ(元來貴族ノ貴族トシテ正當ノ事情ノ下ニ其身分ヲ得タルヤ是レ之ヲ創定シタル政府ノ政畧ニ基キタル者ニシテ其事情ノ如何ハ該政府ノ獨リ選フ所ニ任スヘキノミ他國ノ敢テ批議スベキモノニアラズ故ニ其民籍地法ノ之ヲ決定スルハ能力ノ問題ト全ク其性質ヲ異ニシ其人ノ隸屬シタル國法カ自己ノ社會ノ一私人ノ地位トシテ之

ヲ管轄決定スルモノナリ

能力不能力

第一款 能力者及ヒ不能力者

(二六) 能力ハ婚姻相續財産契約ノ章ニ至リ尙明ナルヘシト雖モ茲ニ其特別關係ノ二三ヲ示サントス

(二七) 第一 自然人

既婚婦

一 既婚婦

既婚婦ノ契約ヲ爲ス能力ハ行爲地法ニ據リテ決定セラル、モノナリ英國慣習法ハ既婚婦ノ無能力ナルヲ定メリ而シテ英國既婚婦若シ斯ノ如ク既婚婦能力ノ制限ノナキ國ニ來リ契約ヲ爲サバ尙無能力トオスヘキヤ否ヤノ疑問ヲ生ス學者中ニ是レ殆ント耶蘇教國一般ノ制限ナルカ故ニ既婚婦ト取引ヲナシタルモノハ自己ノ過失ニ由リテ危險ニ陷レルノミ故ニ同婦人ノ能力ハ其民籍地法ニ從テ決シテ可ナリ(サグイニ一三七頁 Pothier, Traité des oblig. Par. 2, c. VI. §2.) ト唱フルモノア

幼者

二 幼者

レモ斯ル制限ハ其制限ナキ國ニ對シテハ何ノ効力ヲモ有セズ(ホリト一八頁)外國婦人ノ果シテ既婚婦ナリヤ否ヤハ内國人ノ得テ知リ易カラザル所ナリ假ニ知リ易シトセンカ銅色人種ト白哲人種トノ間ニ在テハ内外人ノ區別明ナリト雖モ白哲人種ニ於テハ其果シテ外國人ナリヤ否ヤヲ判別シ難キ場合アルヘク且又外國人ニシテ既婚婦タルヲ明ナリトスルモ其外國ニ於テハ行爲地法ヨリモ果シテ嚴格ナル法律ノ制限アリヤ否ヤ假令此等ハ知リ易シトスルモ取引地人民ハ之ヲ知ルノ義務ナキカ故ニ同婦人ノ能力ハ民籍地ノ制限ニ拘ハラズ取引地法ニ隨テ決定スヘシトノ説多シ

幼者ノ契約能力ハ行爲地法ニ據リテ決スヘキナリ二十五年ニ達セズンハ成年トセザル國ノ人民二十年ヲ以テ成年ト爲ス國ニ來リテ結約シ不能力ヲ以テ其責ヲ免レントスルモ能ハズ斯ノ如キ場合ニ之ヲ不能力トセハ獨リ其取引人ニ對シ詐欺ノ結果トナルノミナラズ本人自

身モ殘刻ナル不能力ニ陥ルモノト謂ハザル可ラズ何トナレハ手形ノ振出ヲ始トシ凡テ單純ナル取引ニモ關係スルコトヲ得ザルニ至レハナリ佛國ニ於テモ一千八百六十一年ノ大審院判決例ニ於テ外國人ニシテ佛ノ成年ニ達シタルカ故ニ佛人其能力者タルヲ信ノ之ト結約セハ外人ハ其責任ヲ免レンガ爲メ不能力ヲ主張スルヲ許サズト判決セリ
 (ダイセー一七八頁、フート二六一頁、Male v. Robart, 3 Esp. 163)

瘋癲白痴者

三 瘋癲白痴者

瘋癲白痴者ニ關シテハ稍議論アリテ顯然ナル瘋癲白痴者ハ天下ニ向テ充分ノ表影ヲナスモノナレハ民籍地法ノ制限ハ至ル所ニ承認セラレヘキモノナリ斯ル場合ニ於テハ其人ト取引スルモノハ其民籍ノ如何ヲ究問スヘキ義務ヲ有セリト謂フモノアリ(ホリートン一二二節然レトモ幼者ト云ヒ瘋癲白痴者ト云ヒ其民籍地法ニ據ルヘシトスル議論ノ根底ハ悉ク保護主義ニアルモノ、如シ果シテ然ラハ民籍地法ノ外國取引地法ヨリモ保護多キハ可ナリ若シ取引地法ノ保護多キハ

浪費者、破産者、

ハ亦取引地法ニ從ハザルヘカラザルニアラズヤ加之假令ヒ取引地ノ法ヲ以テ民籍地ヨリモ嚴刻ナリトスルモ瘋癲白痴ト稱スル者ニシテ一見通常人ノ如クナリセハ取引地法ニ從テ決セズンハ取引者ヲシテ非常ノ不幸ニ陥ラシムルコトアルヘシ何トナレハ此場合ハ顯然タル瘋癲白痴ノ場合ト異ナリ必本人ノ民籍地法ヲ究尋シテ而後取引スヘキ義務ノ存スル理ナクハナリ故ニ此點ニツキテハ殆ント學者一致シテ取引地法ニ據ルヘキモノトナセリ然ラハ如何ナル點迄ハ顯然ノ瘋癲ニシテ如何ナル程度マテハ顯然ノ瘋癲タラザルカ固ヨリ万人共ニ疑ナキ場合アルヘキモ兩者ノ區別不分明ニシテ一見尋常人ニ近キモノ、如クナル場合ナキニアラズ是故ニ吾曹ハ假令ヒ瘋癲白痴者ト雖モ外國ヨリ來リテ内國ノ瘋癲白痴者ヨリモ廣大ノ保護ヲ求ムヘカラズ一切行爲地法ニヨルノ正常ナルヲ信ス

四 浪費者、破産者

浪費者破産者ニシテ無能力ノ言渡ヲ受ケタルモノハ行爲地法ニ據ル

論ナシ(ホワートン七九七節、バール一一二節)
五 後見人及ヒ管財人

外國後見人ハ内國ニ於テハ決シテ直接ノ權限ヲ有セザルヲ明ニシテ其法律上ノ行為ヲ爲スニ當リ被後見人ニ對スル權限ハ内國政府ノ認許ヲ經ザレハ行フ能ハザルモノナリ故ニ後見人ノ能力モ其權限執行ノ地ノ法律ニ據ルヘキモノト云フヲ得ヘシ(ホワートン一一七節外國無能力者ニ關シテ選任セラレタル外國管財人ハ内國所在ノ同無能力者ノ身体財産ニ對シテ權利義務ナシ若シ之ヲ支配スルノ能力ヲ得ント欲セハ更ニ内國政府ノ認許ヲ經ザルヘカラズ何トナレハ内國所在ノ無能力者ノ身体財産ヲ支配セントスルニハ必然内國ニ於テ行為ヲ爲サザルヘカラザルヲ以テ行為地法ノ認許ヲ要スルナリ然レモ英國コツテンハム卿ハ或判決例(Newton v. Manning, 1. Han & G. 362)ニ於テ外國政府ノ命令ニ依リ正當ニ選任セラレタル管財人ハ其無能力者ニ屬スル金錢ノ支拂ノ爲メ内國法廷ニ訴フルトキハ内國法廷ハ之ヲ裁判

スルモノトセリ嘗テスコットランド瘋癲者ノスコットランド管財人ガ同瘋癲者ノ英國ニ有スル貸金ニ關シテ訴訟ヲナシタルニ之ヲ裁判シテ同人ハ被管財人ノ有スル債權ヲ免除スルヲ得ルモノナリト判決セリダイセイハ此判決例ヲ解シテ曰ク此判決タルヤ外國管財人ハ英國ニ於テ權利義務ナシトノ原則ニ矛盾スルカ如キ觀アルモ其實訴訟スル權利アルトト管財人トシテ權利義務ナキトハ敢テ牴觸スルモノニアラズ抑モ本件管財人ニ關シテ英國法廷ハ單ニ管財人タル事實ノミヲ以テ英國所在ノ瘋癲者ノ身体財産ヲ支配スル權利義務ヲ與フルモノトシテ承認セルニアラズト雖モ外國法律ニ據リテ選任セラレタル管財人ハ或ル目的ニ對シテ瘋癲者ノ財産ノ所有者トスルヲ得ヘキモノナレハ其財産ニ付キ英國法廷ニ向ヒテ其權利ヲ主張シ得ルコト恰モ財産ノ買受人若クハ破産ノ爲メ財産ノ分配ヲ受ケタル人ト同一ニシテ其權利タルヤ全ク外國法律ニ據リテ行ヒタル取引ヨリ得タル所ノ權利ナリ英國法廷ハ之ヲ認許スルノミト謂ヘリ(ダイセイ一一九

茲ニ一ノ注意スヘキアリ流通證書ニ關スル能力ノ問題はナリ此問題ハ學者間大ニ議論アリサヴィニ一日ク斯ル證書作爲者ノ能力ハ其民籍地法ニ據リテ決スヘク結約セル地ノ法律即チ行爲地法ノ何タルヲ問ハズ何人ト雖モ苟モ相當ノ注意アル人ハ其主タル署名者ノ民籍ニ注意セズ之ヲ受クルモノナク又受クヘカラズトパールハ大ニ之ヲ非難ノ曰ク若シ其署名者ノ民籍地法ニ於テ署名者ノ能力ニ制限アリトセハ署名者ハ其制限ヲ利用シ自己ノ振出シタル流通證書上ノ義務ヲ免レントスル不正ナル結果ヲ生スヘシト而シテ英米獨佛ノ法律ニ於テモ今日多少制限ナキモノアラズ要スルニ此問題ハ猶ホ未ダ確定セザルモノナリト雖モ吾曹ノ見ル所ニ據レハ其署名者ニシテ結約地法ニヨリテ能力者タル以上ハ何レノ地ニ至ルモ猶其ノ能力者タルヲ認メザルベカラズト信スルナリ何トナレハ流通證書ノ有効無効ヲ決定スルハ結約地法ナルガ故ニ其有効條件ノ一タル能力ニシテ獨リ他

法ニ隨フノ理ナケレハナリフット等ノ所說亦然リ故ニ其結約地法ニ據リ署名者ノ能力充分ナル以上ハ假令其民籍地法ニ依リ無能力ナルモ尙有効タル可シ即チ結約地ハ行爲地ニシテ行爲地法ノ決スル所ハ一般ニ之ニ從テ亦有効トナスヘキモノナレハナリ(フット二六一頁以下契約ノ章參照)

第二、法定人

二、法定人

(二八) 法定人即チ擬制人ノ中主要ナルモノハ會社ナリ會社ノ能力ハ設立國ノ法ニ據ルヘキヤ將タ取引國ノ法ニ據ルヘキヤ一般ニ論スルトキハ或ハ認可ナクシテ行フ能ハザル業務アリ又認可ヲ受クルヲ要セザル業務アリ或ハ資本ヲ制限シ資本金ニ義務ヲ負ハシメ或ハ身元金ヲ國庫ニ納メシムルアリ然ルニ會社ガ其設立國ニ於テ無限ノ權限ヲ附與セラレタルヲ以テ他國ニ入り取引ヲ行フニ當リテハ此等ノ制限ヲ守ルニ足ラズトスルノ不當ナルハ言フ費サズシテ明白ナルヲ以テ內國會社ニ許サマル權力ヲ外國會社ノ行ハントスルモ決シテ之ヲ

會社ノ能力モ行爲
地法ニ據ル

許スヘカラズ故ニ會社能力ノ其行爲地法ニ據リ決定セラレベキトモ亦自然ニ明白ナラン但シ是レ其能力ノ點ニ於テ然ルノミ其存立ノ點ニ至リテハ甲國ノ會社ハ甲國ノ設立セルモノナレハ乙國ニ於テハ之ヲ會社ト認メズシテ可ナリトハ言フヘカラス國際法ノ主義トシテ假令ヒ他國ノ會社ナルモ内國會社ト同シク會社トシテ之ヲ認メザルヘカラス何トナレハ會社ノ創設ハ甲國ノ創設ニシテ其成立セルト否トハ創設國法ノ支配ニ屬スヘキモノナルカ故ニ乙國ノ法律ニ牴觸セザル限リハ之ヲ認ムヘキモノナレハナリ唯其能力ニ至リテハ行爲地法ニ從フヘシトスルノミ要スルニ會社ノ正當ニ成立セシヤ否ハ設立行爲ノアリシ國法ニヨリテ決スルモノナリ(ダイセイ一六六頁)

然レモ外國ノ會社ハ普通ノ業務ニシテ如何ナル外國ノ自然人ト雖モ爲シ得ヘキモノニ關シテハ猶モ外國自然人ノ場合ト同シク十分ニ保護セラレ、ノ權アリ而シテ他國ニ入り其國境內ニ業務ヲ營メハ其國ノ

制度ニ從ハザルヘカラズ例ヘハ外國ノ鐵道ハ地方規則ニ基キ柵ヲ植エ垣ヲ結フノ義務アルカ如シ(ウエストレイキ二八八節)

外國會社ノ株主ニ對シテハ其會社設立國ノ法律ニ於テ負ハシメタルヨリ過大ノ義務ヲ負ハシムルヲ得ズ何トナレハ株主ノ義務ヲ負擔スル能力ハ會社ヲ設立シタル行爲ニ關セルカ故ニ其行爲地法ニ據テ定リ會社ノ能力ノ如ク會社ノ行爲ニ基キ取引地法ノ決スヘキモノニアラザレハナリマツサチニセツ法廷ハ嘗テ判決シテ曰ク會社設立國ノ負ハシムルヨリ重大ナル義務ハマツサチニセツノ株主ニ負ハシムヘカラズト(ホワートン一〇五節)

英國法廷ニ於テハ如何ナル程度マテ外國會社及其權限ヲ承認スルヤハ未タ一定セズト雖モ訴訟手續ノミニ關シテハ裁判所構成法ノ發布以來一定シテ外國會社ハ假令ヒ英國法ニ從ヒ設立セラレザルモ英國法廷ニ於テ原告又ハ被告トシテ訴訟ヲナスコトヲ得

第三章 婚姻

- (二九) 婚姻ハ舉行地法ニ從フヘシトスル學說
- (三〇) 婚姻ハ契約ニ非ズ
- (三一) 婚姻ハ民籍地法ニ從フ
- (三二) 例外
- (三三) 婚姻ハ一男一女ノ結合ナリ
- (三四) 一夫多妻ハ民籍地法ニ拘ハラズ不成立トス
- (三五) 一夫多妻國ニ於ケル一夫一妻
- (三六) 英國法廷ニ於ケル日本ノ婚姻
- (三七) 結婚者ノ能力ハ民籍地法ニ從フ
- (三八) 歐米ノ學說
- (三九) 結婚能力ノ民籍地法ニ從フ理由
- (四〇) 能力ト禁止トノ區別
- (四一) 結婚能力ニ關スル諸國ノ法規
- (四二) 結婚ノ豫約
- (四三) 結婚不能力者
- (四四) 結婚能力ニ關スル日本ノ規定
- (四五) 近親婚ニ關スル法規ノ沿革

- 〔四六〕近親婚禁止ノ程度
- 〔四七〕近親婚ニ關スル帝國法規ノ比較
- 〔四八〕日本ノ規定
- 〔四九〕双方ノ承諾
- 〔五〇〕法律ノ禁止
- 〔五一〕要素ト方式トノ區別
- 〔五二〕婚姻方式ハ舉行地法ニ從フ
- 〔五三〕婚姻方式ノ專ラ民籍地法ニ從ハザル理由
- 〔五四〕故意ヲ以テ國法ヲ脱シタル場合
- 〔五五〕婚姻方式ハ民籍地法ニ從フキハ亦有效トス
- 〔五六〕婚姻方式ニ關スル諸國ノ法規
- 〔五七〕方式ニ關スル英佛米三國法規ノ差
- 〔五八〕日本ノ規定
- 〔五九〕身分上ノ効果
- 〔六〇〕既婚婦ノ財産權行使ノ能力
- 〔六一〕結婚後ニ於ケル民籍變更ハ婦ノ能力ニ影響ヲ及ボス
- 〔六二〕財産上ノ効果
- 〔六三〕不動産上ノ効果
- 〔六四〕財産上効果ハ物件所在地法ニ從フトノ説

- 〔六五〕日本ノ規定
- 〔六六〕結婚後民籍ヲ變更セハ財産上ニ如何ナル影響ヲ及ボスヤ
- 〔六七〕民籍變更ニ取得セル財産
- 〔六八〕夫婦財産契約
- 〔六九〕嫡生

第一款 婚姻ノ要素

總論

〔二九〕婚姻ニ關スル學說ヲ大別スレバ之ヲ二種トナスヲ得可シ一ハ婚姻舉行地ノ法律ニ從フ可シトスル者一ハ民籍地法ニ從フ可シトスル者是レナリスト一曰ク自權者間ノ結婚ハ其舉行地ノ法律ニ從フヲ以テ本則トス其法律之ヲ正當ナリトセバ天下到ル處之ヲ正當ナリト認メ若シ之ヲ不當トセバ天下到ル處亦之ヲ不當ト認メザル可カラズ(スト一)一三節ト氏ハ更ニ其理由ヲ述ベテ曰ク若シ此規則ニ遵ハザルキハ大ニ不都合ノ結果ヲ生スルニ至ル可シ今英國ニ民籍

婚姻ハ舉行地法ニ從フヘシトスル學說

ヲ有スル者佛國ノ法律ニ從ヒ佛國ニ於テ結婚セリト假想セヨ是ノ時ニ當リ英國ハ舉行地法即佛國ノ法律ニ據ルテ其婚姻ノ當否ヲ決セズ
 ノ自國ノ法律ニ據リテ之ヲ不正當ナリ無効ナリト認ムルキハ其結婚
 ナルヤ佛ニ在リテハ有効ニシテ英ニ在テハ無効ナリ其所出ノ子佛ニ在
 リテハ嫡生ニシテ英ニ在リテハ私生ナリ其夫婦タル者英ニ於テハ更ニ
 婦ヲ娶リ夫ニ嫁スルヲ得可シ佛ニ於テハ之ヲナスヲ得ズ總テ婦タル
 ノ特權ハ佛國ニ於テハ妻タル者之ヲ有スレモ英ニ於テハ之ヲ有スル
 一ナシ此ノ如ク夫妻双方ノ關係及ビ其所出ノ權利等ニ關シ著シキ混
 雜ヲ生ズ可シト(ストーリー) 一一一節然レモ今婚姻ハ民籍地ノ法律ニ
 從フトスレバ假令ヒ其婚姻ノ佛國ニ舉行セラレ而シテ佛國ノ法ニ照シ
 テ有効ナリトスルモ其英國法ニヨリテ無効ナル以上ハ佛國ノ法廷モ
 亦之ヲ無効ナリトセザル可カラズ是レ國際法上ノ禮儀ナリ氏ハ斯ル
 場合於テ英佛兩國共ニ自己ノ法律ヲ固守ノ一步モ相讓ラザル可キ
 ヲ假定メ立論ノ地トナシタルガ故ニ此誤謬ノ見解ヲ生シタルナリカ

ンシズ曰ク契約ノ要素及ヒ其從フ可キ法式ハ結約地ノ法律ニ從フ可
 シト以テ婚姻モ亦舉行地法ニ從フ可シトスルノ說ヲ維持セリユール
 ルモ亦謂ヘラク婚姻舉行地ノ法律之ヲ有効トナス以上ハ萬國之ヲ認
 メザル可カラズ但シ他人ヲ詐害シ若クハ德義ニ背戻スト認ムル行爲
 ハ此限ニアラズトユール一卷二章八節其他大陸ノ諸學者英米ノ諸
 判事ハ其著書ニ於テ其判決ニ於テ此說ヲ唱道シタル者甚多シ

ホワートンノ非難

ホワートンハ此說ニ對シテ二個ノ非難ヲ加ヘタリ曰ク第一此學說ハ許
 多ノ例外ヲ設ケザル可カラザルニヨリテ實際多ク其適用ヲ見難カル
 可シ亡妻ノ姉妹ヲ娶ルハ我國(米國)ニ於テ之ヲ不徳トセザルナリ其英
 國ニ於テ舉行セラレタルガ爲メニ我法廷ハ之ヲ無効トナス可キヤ結
 婚ノ年齢ハ國ニヨリテ全シカラズ其ノ外國ニテ婚シタルガ爲メニ我
 法廷ハ我法律ニ於テ己ニ結婚適齡ニ達セリト認ムル者ト雖モ猶其齡
 ニ達セズト決スヘキヤ決ノ爾カセザルナリ云々第二此學說ハ外國旅
 行中ニ於テ結婚セシ者ヲノ甚シキ危險ノ地位ニ居ラシムル者ナリ旅

行者ハ固ヨリ其地ノ法律ヲ詳悉セス或ハ全ク之ニ想着セザリシナラ
 ン其思想外ニ置キ若クハ詳悉セザリシ法律ニ據リ其婚姻ヲ支配ス可
 シトセハ結婚者ハ實ニ不測ノ難ヲ蒙ル可シ且又支那人インデアンハ
 一夫多妻ノ制ヲ有スル者ナリ彼等ノ移住地ニ於テ爲シタル結婚ハ一
 夫多妻ト雖モ亦之ヲ有効トセザル可カラザル可シト(ホワートン一六
 二節)然レ此非難ハ甚有力ナルモノニアラザルカ如シ何トナレハ第
 一ノ非難ハ唯此學說ノ米國ノ慣例ニ違フヲ論シタルニ止リ第二ノ非
 難ハ特ニ例外ノ場合ヲ述ベタルニ過ギザレバナリ

〔三〇〕古來ノ學者ハ概チ婚姻ヲ以テ一ノ契約ナリトナセリ例ヘハボ
 チエーハ以テ生涯夫婦タルノ契約ナリトシヒュームハ以テ人種繁殖ヲ
 目的トセル契約ナリトシストーリーハ以テ契約ニ基キタル社會上ノ
 制度ナリトセリ凡ソ契約ノ有効無効ハ結約地ノ法律ニ從フヲ原則ト
 ス是故ニ結婚モ亦其結婚地ノ法律ニ支配セラル可キモノナリトノ思
 想ヲ生スルヲ怪ム可キニアラズ然レ近世ノ法理學者ハ婚姻ヲ以テ

婚姻ハ契約ニアラ
 ズ

契約ト見做スノ不當ナルヲ論セリ凡ソ契約ニ於テハ双方ノ協議ニヨ
 リテ權利義務ヲ定ムルヲ得レト婚姻ニ於テハ夫婦間ノ權利義務ハ法
 律ヲ定メ當事者ノ意思ヲ以テ之ヲ動かスヲ得ズ(ホワートン一二六
 節)且夫レ契約ハ義務ノ創設ヲ以テ直接ノ目的トスルモノナリ而シテ
 婚姻ハ然ラズ之レニ由リテ男子ハ夫タリ女子ハ婦タルノ身分ヲ得夫
 婦ノ權利義務ハ之ニ附隨シテ生スルナリ(アンソンの氏契約法獨ノスタ
 ール曰ク契約ハ人ガ其人格ノ一部ヲ交換スルモノナリ換言セバ其契
 約者ノ双方ガ其自益ノ一部ヲ交換スルモノナリ然ルニ婚姻ハ双方共
 自益ノ全部ヲ交換シ又ハ共有スルモノナリト是故ニ婚姻ト契約トハ
 甚タ近似セルヲ争フ可カラズト雖モ直ニ契約ニ關スル法規ヲ取テ婚
 姻ニ適用セントセバ是レ大ニ誤レリ

〔三一〕英國ノ判決例ハ近世ニ至リテ一定シ婚姻ノ有効無効ハ民籍地
 ノ法律ニ從フ可シトセリブラハム卿曰ク婚姻契約ヲナスニ當リテ當
 事者ノ意思ハ其住居地ノ上ニ在リ(ウワレンダー對ウワレンダー)ガメル卿

婚姻ハ民籍地法ニ
 從フ

百二
亦曰ク當事者ハ必ず其永住ス可キ地ノ法律ニ注目シタル可キヲ以テ其婚姻ノ要素ハ民籍地法ニ從フ可シト(ブルック對ブルック)此等諸判事ノ言ニ據レハ結婚者ハ結婚ノ時ニ當リ其民籍地即自己ノ永住ス可キ土地ノ法律ニ注目シ其支配ヲ受ク可キ意思ヲ有シタリト推定ス可キガ故ニ婚姻要素ノ虧缺セリヤ否ヤハ一ニ民籍地法ニ從フ可シト云フニ在リウヰルン對ウヰルンニ於テベンザンス卿ハ更ニ一步ヲ進メテ曰ク余ハ斯ル場合ニ於テ民籍地法ニ訴フルノ最正當ニメ有益ナルヲ確信ス社會ノ異ナルニ從ヒ婚姻ノ義務ニ關シテ亦異様ノ見解ヲ有シ從テ亦異様ノ法律規定ヲ生ス離婚ニ關シテ亦然リ此異同タルヤ社會ノ狀態ノ全シカラザルニ由リテ生ス可キ必然ノ結果ナリ是故ニ婚姻ノ問題ハ當事者ノ隸屬スル社會ノ法律ニ從ヒ此法律ヲ執行スルノ權能アル其社會ノ裁判官ヲ之ヲ決セシム可シ余ハ之ヲ以テ最正理ニ合スルモノナリト信ス此ノ如クシテ始メテ男女一國ニ於テハ夫婦タリ一國ニ於テハ然ラザルノ奇觀ヲ生スルノ弊ヲ防クヲ得ント

之ニ對スル非難及
答辨

之ニ對シ非難ヲ加フル者アリ曰ク此ノ如ク婚姻ノ有効無効一ニ民籍地ノ法律ニ從フ可シトスル時ハ不當ノ結果ヲ生スルニ至ル可シ米國ノ法ニ從ヒ米國ニ於テ結婚シタル者必スシモ其正當ノ夫婦タルヲ保セズ其所出ノ子必シモ嫡出タルヲ保セズ(ユース)ノ法律ハ異教者トノ結婚ヲ禁スルカ故ニ米國ノ法廷ハ斯ル婚姻ヲ無効ト宣告セザル可カラズ支那人ノ一夫多妻モ其國法ニ於テ之ヲ許ス以上ハ米國法廷モ亦之ヲ正當ノ婚姻ト認メザル可カラズ是レ豈不當ノ結果ナラズヤト(ホーリントン一六四節)蓋シ米國ノ如キ新造國ニ在テハ多數ノ人民ハ歐洲ヨリ移住シ來リタル者ニシテ猶本國ノ民籍ヲ脱セザル者甚多シ此多數ノ人民ヲ各自本國ノ法律ニ從ヒテ結婚セシムルハ大ニ不都合ヲ感ス可キヲ以テ米國學者ノ此非難アル亦宜ナリ然レモ此等人民ノ猶本國ノ籍ヲ脱セザル以上ハ法律上彼等ノ永住ス可キ土地ハ米國ニアラズ其自國タル可キノ推定ヲ下スモノナルヲ以テ永住地ノ法律ニ據リテ婚姻ノ効力ヲ定ムルヲ決メ不正トイフ可カラズ夫レ婚姻ハ單

純ナル契約トシテ之ヲ見ル可キニアラズ一ノ重大ナル社會上ノ制度ニシテ之ニ關スル規定ハ社會ノ德義宗教政治上ノ利害ト直接ノ關係ヲ有スルモノタリ亡妻ノ姉妹ヲ娶ルヲ外人ニ在テハ毫モ其不徳タルヲ見ザル可シト雖モ英國ノ社會ハ之ヲ以テ背徳ノ所爲トナスナリ從兄弟姉妹ノ相婚スルハ各國比々之アリ西班牙國ノ之ヲ禁スルハ羅馬教ノ宗旨ニ由レリ今英人若クハ西班牙人外國ニ於テ本國法ノ禁ヲ犯シ而シテ其婚姻ノ正當ナルヲ得バ亡妻ノ姉妹ヲ娶ルヲ禁シ從兄弟姉妹ノ婚姻ヲ禁スル法律ノ下ニ於テ此禁令ヲ犯セル夫婦ノ生活スルヲ見ルニ至ル可シ是レ豈ニ社會一般ノ風紀秩序ヲ害スルヲ甚シキニアラズヤ故ニ本國法廷ハ到底斯ル婚姻ノ正當ヲ認メザル可ク若シ婚姻舉行地ノ法廷モ亦自己ノ規定ヲ墨守シ此等婚姻ヲ以テ正當ナリト認ムルキハ此等ノ人其國ニ在テハ路人タリ國ヲ出テハ夫婦タリ其地位亦甚ダ奇ナリト謂ハサル可カラズ更ニ一例ヲ舉ケンニ米國ハ新創ノ國タルヲ以テ常ニ幼者ノ結婚ヲ獎勵スルニ傾ケリ(ミル經濟書二卷十三

第四節(歐洲大陸ハ之ニ反ス是等ノ規定ハ一ニ其國經濟上ノ必要ニ根源ス是故ニ獨逸法廷ハ假令ヒ廿五歳ニ達セズトモ米國男子ノ結婚ヲ禁シ可カラズ獨逸人ノ結婚適齡ハ假令ヒ米國ニ於テスルモ決メ之ヲ減縮スベカラズ此ノ如クニシテ初メテ一國ノ政略其全キヲ得可ク社會ノ風紀秩序其整フルヲ致ス可シ而シテ相互主義ニ基ケル國際上ノ禮儀モ亦充分ニ實行シ得ヘキナリ

例外

(三二)此ノ如ク婚姻ノ要素ハ民籍地ノ法律ニ從フヲ以テ原則トス是レ一方ニ於テハ社會上ノ必要ニ由リ一方ニ於テハ國際上禮儀ニ因ル然レモ其規則タルヤ固ヨリ例外ナシトセズ例セバ支那人若クハインヂアンノ一夫多妻ノ如キハ文明諸國ニ於テ德義ニ背戾シ彝倫ヲ壞亂スルモノトナスヲ以テ假令ヒ其本國法ニ於テ之ヲ正當ト認ムルモ文明諸國ノ法廷ハ決メ之レヲ認メザル可シ吾曹ハ後節ニ於テ之ヲ詳論ス可キヲ以テ今之ヲ略シ唯民籍地法ニ從フノ規則ニ多少例外アルヲ注意スルニ止ム

婚姻ハ一男一女ノ結合ナリ

第一 結婚者ノ數

(三三) 法理學者ハ婚姻ノ定義ヲ下シ曰ク婚姻トハ男女兩姓間ノ生存結合ニシテ法律ノ之ヲ認メタルモノナリト故ニ彼ノ一夫一婦ノ如キ數夫一婦ノ如キ純然タル法理ヨリシテ見レバ皆婚姻ニアラザルハナシ然レモ吾曹ハ國際私法ヲ論スルニ當リ此ノ如キ廣濶ノ定義ヲ與フルニ躊躇セザル能ハズ各國法制ノ沿革ヲ見ルニ概テ一夫數妻若クハ數夫一妻ノ制ヲ實行シタル時期アラザルハナシ法理學者ハ古今各國ニ於ケル諸制度ヲ包括ス可キ定義ヲ下サント欲スルガ故ニ其言フ所甚ダ廣濶ニ流ル、ハ到底止ムヲ得ザルナリ然レモ國際私法ハ唯今日ノ文明諸國間ニ於テ行ハル、モノナルヲ以テ其定義ヲ下スヤ亦文明社會ノ一般ニ慣用スル所ニ基カザル可カラズ是故ニ國際私法ニ於テ所謂婚姻トハ一男一女ノ生存結合ナリト謂ヒ得可シ(ホワートン一二六節ストーリー一三及一一四節)

(三四) 一夫多妻ハ耶蘇教ノ禁止スル所ニシテ歐米文明國ノ以テ大ニ背

一夫多妻ハ民籍地

法ニ拘ラズ不成立トス

英國ノ判決例

德ノ行爲トナス所ナリ故ニ歐米諸國ノ法廷ハ民籍地ノ法律ニ從ヒテ婚姻ノ要素ヲ決ス可キ原則ノ例外トシテ之ヲ認メズ是レモルモン回教等ノ婚姻ハ耶蘇教國ノ所謂婚姻ト全ク性質ヲ異ニストナスヲ以テナリハイド對ハイドニ於テモルモン宗ヲ奉スル男女生國ニ於テ其宗教ノ儀式ニ從ヒ結婚シ其後男子ハサントウヰチニ移リ茲ニモルモン宗ヲ拋棄シタルガ故ニ男子ハ破門セラレ女子ハ他人ニ婚スル自由ヲ得タルヲ宣告セラレタリ翌年男子ハ英國ノ籍ヲ得後二年ヲ經テ女子ハモルモン宗ノ儀式ヲ踐ンテ他ノ男子ト結婚セリ是ニ於テ男子ハ女子ニ對シテ離婚ノ訴訟ヲ英國ノ法廷ニ提起セリ法廷ハ判決ヲ下シテ曰クモルモン宗ノ婚姻タルヤ其ノ舉行地ナル合衆國ノ法律ハ之ヲ有効ト認ムト雖モ我法廷ハ決シテ之ヲ以テ婚姻ト認メズ從テ原告告問ニ於テ會テ秋毫モ結婚上關係ノ存在シタルヲ認ムルヲナシ是故ニ離婚ノ訴訟ハ根據トスル所ナシ何トナレバ己ニ初ヨリ婚姻アラザレバナリト(L. R. I. P. & D. 131)此場合ニ於テ婚姻舉行地ハ米國ナリ當時男女

ノ民籍モ亦米國ニ在リシナリ故ニ一般ノ原則ニ從ヘバ米國ノ法律ニ依ラザル可カラズ然ルニ英ノ法廷ハ米國法律ノ如何ニ關セズ其婚姻タルヲ承認セザルヲ斷言セリ英國ノ法廷ハ此判決ヲ下スニ當リ實ニ米國ノ法律ヲ誤解セリ然レモ英國法ノ精神ヲ發揮スルニ於テ充分ナル可シ(フリート五三頁)

佛國ノ定規

メルランノ言ニ據レバ佛國ノ法律ハ回々教徒間ノ一夫多妻ノ婚姻ヲ認メテ正當ノ婚姻トスレモ佛國婦人ト回々教國ノ男子トノ間ニ結ヘル一夫多妻ノ婚姻ヲ認許セズ(メルラン一三章三七〇)然レモ英ノフリート雖モ猶之ヲ不正トスト謂ヘリ(フリート四卷三二九節)

米國ノ定規

米國ノ法律モ亦英佛ト相同シインデアンノ慣習ニ從ヒテナシタル一夫多妻ノ婚姻ハ之レヲ不正トナセリ判事ペルヲレス曰ク(婚姻トハ一男一女ノ生涯ノ結合ニシテ其義務タルヤ當事者ノ意思及ヒ行爲ニヨリテ之ヲ解除スルヲ得ズ之ヲ解除スルハ唯國家ノ公力ノミト)蓋シ之ヲ

何チカ背德亂倫ノ行爲トイフヤ

何チカ背德亂倫ノ行爲トイフヤ

以テ一夫多妻ノ婚姻ナラザルヲ明ニセルナリ(ロッシュ對ワシントン)凡ソ婚姻ノ有効無効ハ或ハ民籍地ノ法ニ據ル可シトシ或ハ舉行地ノ法ニ據ル可シトスレモ背德亂倫ノ行爲ニ至リテハ之ヲ例外トナス可キヲ諸家ノ爭ハザル所ニシテ諸法律ノ一致セル所ナリ然レモ何チカ背德亂倫ノ行爲トナスヤニ至リテハ困難ノ問題ヲ生スルヲアリ蓋シ國際法ノ基礎トスル所ハ自然法ノ觀念ニ在リ故ニ國際私法ノ發達ハ歐洲列國ノ對立シタル時ニ在リト雖モ遠ク羅馬ノ普通法ニ根底セリト謂フ可シ(フリート緒論)是故ニ何チカ背德トシ何チカ亂倫トスルヤノ問題ハ開明諸國ノ通義ニヨリテ定マル諸國一般之ヲ以テ背德亂倫ナリトセバ是レ即自然法ノ以テ背德亂倫トナス所ナリ(ストーリー一四節)結婚者ノ數ニ至リテハ諸國己ニ定論アリ曾テ一夫數妻若クハ數夫一妻ノ不正タルヲ爭フモノアラズ故ニ吾曹ハ之ニ向テ更ニ言ヲ費スノ必要アルヲ見ズ

一夫多妻國ニ於ケル一夫一妻

(三五) 一夫多妻ノ不正ナルヲハ更ニ論ナシ今回々教國ノ一男子一女

一、重婚は所を猶婚
上掲の如く、重婚は所を猶婚
は、他國の婚姻に於て、
ハインズ博士の學を以て、
ク、他國の法律

四、重婚は所を猶婚
ハ、他國の婚姻に於て、
北、他國の婚姻に於て、
他國の婚姻に於て、
元ノリ

英國法廷ニ於ケル
日本ノ婚姻

子ト其教法ニ從テ婚セリトセハ是レ猶ホ不正ナルカ或ハ正當ノ婚姻
ト認ム可キカ英國ノ法廷ハ猶之ヲ認メザルカ如シ(ハイド對ハイド)我
大學教授チアン氏曰ク是レ其外形ニ於テハ一男一女ノ結合タリト雖
モ猶之ヲ以テ文明諸國ノ婚姻ト同一視ス可キニアラズ何トナレバ此
男子タル何時ト雖モ他ノ一人若クハ數人ノ女子ヲ娶ルヲ得ケレバ
ナリト若シ又結婚ノ當時男子女子ニ約スルニ決メ他ノ女子ヲ娶ラザ
ル可キヲ以テセバ如何吾曹ハ猶其不正ナルヲ信ス何トナレハ男子ハ
更ニ他ノ女子ヲ娶ルヲ得ズト雖モ此ノ制限タルヤ婚姻自体ノ性質上
ヨリ生シタルニアラズ契約上ノ義務タルニ過ギザレハナリ

(三六)我日本ハ一夫一妻ノ制ヲ取レリ(人三一)而シテ社會一般一夫多妻
ノ敗徳タルヲ疑フ者ナシ故ニ此點ニ關シテハ歐米耶蘇教國ト正ニ相
一致セリ故ニロッシニ對シント、ハイド對ハイドノ如キ訴訟事件ノ
我法廷ニ起ルアラバ亦全様ノ判決ヲ下ス可キヲ吾曹ノ確信スル所ナ
リ英國ノ法廷ハ我日本國法ニ從ヒテナセル婚姻ノ正當ナルヲ認メタ

法例

リ(ブリックレー對檢事長)アメリカン、ローレグニエーノ記者之ヲ評ソ曰ク
是レ日本ノ文明國タルヲ歐洲ノ承認シタル者ト謂フベキナリト
法例第十四條ニ曰ク公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ關スルキハ行爲ノ地
當事者國民分限及財産ノ性質ノ如何ヲ問ハズ一ニ日本法律ヲ適用ス
ト然ラハ一夫多妻ノ如キ一般ニ認メテ敗徳ノ結合トナス所ノモノハ
結婚者國籍結婚地ノ如何ヲ論セズ我裁判所ハ我法律ヲ適用シ其不成
立ヲ認ムルヲ得可キナリ(法例一四、一五)

第二 結婚者ノ能力

(三七)結婚者ノ能力ハ婚姻要素中最重要ノ部分ナリ學說亦區々一定
セズ然レモ己ニ婚姻ノ要素ハ民籍地法ニ從フヲ以テ原則トナス以上
ハ此能力モ亦全一法律ノ支配ヲ受ケザル可カラズ(二節參照)夫ノスト
リノ如キ婚姻ノ要素ヲ以テ舉行地ノ法ニ從フ可シトナスノ諸學者
ハ能力ノ問題モ亦舉行地法ニ從フ可シトナス何トナレバ能力ノ問題
ハ婚姻要素中ノ重要ナル部分ナレハナリ

結婚者ノ能力ハ民
籍地法ニ從フ

(三八) ホ非ートーン曰ク一般ニ之ヲ云ヘバ人民ノ分限能力ニ關スル一國ノ規定ハ假令ヒ其人外國ニ在住スト雖モ猶之ヲ適用ス而シテ年齡ノ如キ双方ノ承諾ノ如キ婚姻ヲ約ス可キ能力ノ如キハ一ニ當事者ノ隸屬スル國家ノ法律ニ據リテ決セラル然レモ不動産上ニ於ケル結婚ノ効果ハ不動産所在地法ニ從フ可シト(ホ非ートーン一七二頁フリモール四卷二八四節) サヴィニーノ說ニ據レバ結婚能力ニ關スル一切ノ問題ハ夫タル者ノ民籍地ノ法律ニ從フ可シ妻ノ民籍ハ結婚ニ由リテ夫ノ民籍ニ理沒ス故ニ其ノ何ノ地ニ於テ儀式ヲ舉行スモ毫モ關スル所ニアラズ何トナレバ夫ノ民籍地ハ即チ夫妻ノ住居セント欲スル所ニ婚姻契約ノ履行地ナリト謂ヒ得可ケレバナリ是故ニ其地ノ法律其夫妻ノ婚姻能力ヲ支配スルコト怪ム可キニアラズ若シ又夫妻タル者結婚地ニ於テ將來ノ住居ヲ定メントスルノ意思アルキハ其舉行地法ノ支配ヲ受ク可キ者タリト云フニ在リ(サヴィニー八篇三七九節) 蓋シ學說ノ紛々タルヲ能力ノ問題ヨリ甚シキハナシ古代ノ學者ハ往

々法律ヲ分チテ屬人法物件法ノ二種トナシ屬人法ハ人ノ何ノ處ニ在ルヲ問ハズ其効力ヲ失ハザルモノトス能力ニ關スル規定ノ如キハ明ニ屬人的ノ法律タリ故ニ一タビ民籍地法ニ據リテ能力ノ有無定マル時ハ永久其人ニ附着シテ會テ分離スルヲナシトセリメルラン、ジョン、ヴォートノ如キ皆此ノ學說ニ屬スル者タリ此學說ニ據ルキハ婚姻能力ノ問題モ亦民籍地法ニ從フ可キハ明ナリ然レモ此說タルヤ今日諸學者ノ排斥メ殆ント願ミザルモノナリ(能力ノ章參照)ブルガダス、ボチエーノ如キ諸大家モ亦能力ハ民籍地法ニ從フノ說ヲ取ル其他ブールノア、フローラン、ユーベル諸家ハ各自ノ見ヲ持シ敢テ絶對的ノ議論ヲ吐カズ少多ノ區別ヲ設テ說ヲナセリ然レモ甚々雜駁タルヲ免レズ往々一笑ニ堪ヘザル者アリ(ストーリー四篇參照)英國ノ判決例ヲ見ルニ行為ノ能力ハ其行為地ノ法律ニ從フ可ク若シ又契約財産等ノ事ニ關セズシテ單ニ能力有無ノ問題生スルキハ民籍地ノ法ニ從フ可シトセリ(フート三三乃至三五頁)唯ツトマヨール對ツ、バルロスノ判決例ニ於テ

結婚能力ノ民籍地
法ニ從テ理由

判事ハ公言ノ曰ク凡ソ結約ノ能力ハ其民籍地ノ法律ニ從テ可キヲ爭フ可ラザル原則ナリト然レモ此訴訟事件タルヤ葡國ノ從兄弟姉妹本國ノ禁ヲ犯シ英國ニ於テナシタル結婚ノ正當ナルヤ否ヤノ爭ナリシヲ以テ是レ唯婚姻ノ禁止ニ關スル問題ナリ能力不能力ノ問題ニ非ザルナリ故ニ判事ノ言ハ大ニ學者ノ非難ヲ蒙リタルノミナラズ亦事實ニ適切セザルヲ以テ英國法廷ニ於テ大ナル勢力ヲ有スル者ニ非ズ

(三九) 吾曹ハ敢テゾエト諸氏ノ所謂入法物法ノ區別ヲ採ルモノニ非ズ且又ボチエー諸家ノ如ク絶對的ニ人ノ能力ヲ以テ民籍地ノ法律ニ從テ可キモノナリトセズ然ルニ猶ホ結婚ノ能力ハ其民籍地ノ法律ニ從テ可シトノ原則ヲ掲クルハ別ニ其據ル所アリテ然ルナリ蓋シ民籍ハ住居ナリ今英國ノ籍ヲ有スル者假令ヒ獨逸ニ在留セリト雖モ法律ノ目ヲ以テ之ヲ見レバ猶ホ英國ヲ以テ最後ノ住所トナセルナリ永ク英國社會ノ一員タルノ地位ヲ繼續スヘキ推測アルナリ英國ニ於テ男子ノ結婚適齡ハ十四歳タリ獨逸ニ於テハ廿五歳タリ英獨ノ二國ハ

其社會ノ狀態ニ從ヒテ婚姻ノ主義ヲ異ニセリ婚姻ノ放任主義ヲ取レル英國ノ人民ニ唯其獨逸ニ在ルガ爲メニ廿五歳ニ達スル迄ハ有効ノ婚姻ヲナスヲ得ズトセバ是レ大ニ不正ノ結果ヲ生スルモノナリ今日直ニ終ル是故ニ此ノ如キ贈與賣買ノ成立効果ニ關シ行爲地ノ法律其力ヲ及ボス可キハ最モ其當ヲ得タルモノニシテ行爲ノ能力ニ關スル英國法ノ精神實ニ此ニ在リ然レモ婚姻ハ男女畢生ノ結合ナリ結婚ノ儀式ヲ了レハ婚姻終レリト謂フ可キニアラズ夫ノ民籍地ハ即チ夫妻ノ永住セント欲スル處ナルガ故ニ假令ヒ其婚姻ハ會々獨逸ニ於テ其端緒ヲ開クモ其實行ヲ見ルハ英國ニ外ナラズ是故ニ結婚能力ハ民籍地ノ法律ニ從テ可シトノ原則ハ宛モ行爲ノ能力ハ行爲地ノ法律ニ從テ可シトノ原則ト併立シテ論理上毫モ相侵サマルモノナリ然レモ或ハ外國ニテ結婚ノ多年若クハ永久其民籍地ニ歸ラザルモノナシトセズ此ノ如キ場合ニ於テ猶ホ婚姻ノ行爲ハ民籍地ニ在リトイフハ甚ダ

其社會ノ狀態ニ從ヒテ婚姻ノ主義ヲ異ニセリ婚姻ノ放任主義ヲ取レル英國ノ人民ニ唯其獨逸ニ在ルガ爲メニ廿五歳ニ達スル迄ハ有効ノ婚姻ヲナスヲ得ズトセバ是レ大ニ不正ノ結果ヲ生スルモノナリ今日直ニ終ル是故ニ此ノ如キ贈與賣買ノ成立効果ニ關シ行爲地ノ法律其力ヲ及ボス可キハ最モ其當ヲ得タルモノニシテ行爲ノ能力ニ關スル英國法ノ精神實ニ此ニ在リ然レモ婚姻ハ男女畢生ノ結合ナリ結婚ノ儀式ヲ了レハ婚姻終レリト謂フ可キニアラズ夫ノ民籍地ハ即チ夫妻ノ永住セント欲スル處ナルガ故ニ假令ヒ其婚姻ハ會々獨逸ニ於テ其端緒ヲ開クモ其實行ヲ見ルハ英國ニ外ナラズ是故ニ結婚能力ハ民籍地ノ法律ニ從テ可シトノ原則ハ宛モ行爲ノ能力ハ行爲地ノ法律ニ從テ可シトノ原則ト併立シテ論理上毫モ相侵サマルモノナリ然レモ或ハ外國ニテ結婚ノ多年若クハ永久其民籍地ニ歸ラザルモノナシトセズ此ノ如キ場合ニ於テ猶ホ婚姻ノ行爲ハ民籍地ニ在リトイフハ甚ダ

其空想的ニ馳スルヲ見ル可シ然レモ結婚地若クハ夫婦現住地ヲ以テ
 行爲地トシ其法律ノ管轄ヲ認メンカ其不當ナルヲ見ルナリ何トナレ
 バ此等ノ土地タルヤ一時ノ寄留地ノミ何時之ヲ去ルモ未ダ知ル可カ
 ラズ其土地ニ於テノ結合ノミヲ以テ畢生結合タル婚姻ナリトナスハ
 婚姻ノ意義ニ背戾シタルモノナレバナリ或ハ結婚ノ初ヨリ畢生一ノ
 外國ニ住スルヲアランカ其法律ハ即行爲地法ナリトシテ最正當ナル
 カ如シ然レモ此ノ如キ土地ハ民籍地ナラザルヲ以テ夫婦ノ永久ニ住
 ス可キトハ初ヨリ之ヲ推知スルヲ能ハズ其法律ノ管轄ハ當事者ノ死
 ニ至ルマデ住居シタル後ニアラザレバ之ヲ定ムルヲ能ハザルベシ是
 故ニ吾曹ハ其ノ理想的ニ走ルノ譏アルヲ願ミズ猶ホ民籍地ヲ以テ行
 爲地ナリト言ハントス若シ物質的觀察ヨリソ此ノ如キ特殊ノ場合ニ
 於テ民籍地ハ行爲地ニアラズト云ハ、吾曹ハ他ニ別ニ行爲地アルヲ
 認ムル能ハズ然レモ婚姻ニヨリテ妻ハ夫ノ民籍ヲ得其社會ノ一員ト
 ナルナリ其社會ハ最モ其婚姻ニ關シ大ナル利害ヲ有セリ故ニ婚姻行

爲ノ地ニアラズトスルモ猶ホ民籍地法ノ管轄ヲ認ム可キヤ明ナリ(二
 節參照)是故ニ吾曹ハホホトト其結論ヲ同ウスレモ外國ニアルモ
 其人ノ能力ハ猶民籍地法ニ從フ可シトノ廣濶ナル前提ヲ贊スルモノ
 ニアラズ而シテサヴィニノ論最モ其肯綮ニ中レルニ似タリ(フー
 八頁參照)

〔四〇〕從來ノ學者ハ能力ノ語ヲ濫用シタルガ如シ吾曹ハ常ニ法律ノ
 禁止ト不能力トノ間ニ劃然タル區別ヲ設ケザル可カラズトセリフ
 ト曰ク人ニ能力アリトハ他人ニ比シテ法律ノ禁止權利ノ剝奪ヲ受
 ケザルヲ云フ是故ニ一般人民ノ上ニナシタル制限ハ決シテ不能力者
 ヲ作ルモノニアラズ甲者ハ自己ノ亡妻ノ姉妹タル乙ヲ娶ルヲ能ハズ
 丙丁等ノ男子ハ之ヲ娶ルヲ得ルガ故ニ甲者ハ此點ニ關シ不能力ナル
 カ如シ然レモ亡妻ノ姉妹ヲ娶ル能ハザルハ法律一般ノ禁止ニシテ甲者
 ガ乙婦人ヲ娶ル能ハザルト均シク丙丁モ亦自己ノ妻ノ姉妹ヲ娶ル能
 ハザルガ故ニ甲ハ丙丁ニ比シテ多クノ法律上制限ニ服スト謂フ可カ

ラズ此ノ如キハ之ヲ不能カトイフ可カラズ唯法律ノ禁止ナルノミト
(ラート三〇頁)然ルニ往々此兩者ヲ混同シ堂堂タル法典著書ニ於テ無
能力ノ文字ヲ廣濶ノ意義ニ用井タルヲ見ル(取三章一節二款、ホワート
ン一三二節以下、ソトマヨール對ヅ、バルロス)

(四一)英國ノ法律ハ未ダ結婚能力ノ問題ヲ以テ民籍地法ニ委ス可シ
トスル直接ノ判決アラズト雖モ蓋シ此主義ニ傾ケルガ如シブルック對
ブルックニ於テカメル卿ハ一大原則ヲ下シテ曰ク結婚契約ノ要素ハ民
籍地法ニ從ヒ法式ハ結婚地法ニ從フト是レ已ニ英法ノ主義ヲ明ニセ
ルモノト謂フ可シ何トナレバ結婚當事者ノ有能力タル可キヲ婚姻ノ
一大要素ナレハナリソトマヨール對ヅ、バルロスニ於テ契約ノ能力ハ
民籍地ノ法律ニ從フ可キヲ爭フ可カラザル原則ナリトイヘリ然レモ
是レ決ノ古來一定ノ原則ニアラズ大ニ學者ノ非難ヲ惹起シ加之該事
件ハ能力ノ問題ニアラズ婚姻禁止ノ問題ナリシヲ以テ此判決例ハ
殆ント全ク價值ナシト謂ハザル可カラズコンウェイ對ビ、ズレイハ離

結婚能力ニ關スル
諸國ノ定規
英國ノ定規

米國ノ規定

婚ニ關シタル判決例ナリシト雖モ其冒頭註スル所ヲ見レハ結婚者ノ
一方ノ民籍地法ニ據リテ不能カナルキハ結婚地ノ法律ハ其規定ニ遵
從セザル可カラザルコトヲ明言セリ
ホワートンノ著書ニ據レハ米國ノ法律ハ之ト異ナリ第一外國人其民
籍地ノ法律ニ據レバ結婚適齡ニ達セザルヨリノ不能力者タルモ米國
法律ニヨリテ能力者タルキハ米國ニ於テ有効ノ婚姻ヲナスヲ得第二
米國人其民籍地法ニ據リ能力者タルキハ外國ニ於テ結婚シ其結婚地
ノ法律猶ホ之ヲ不能力ト見做スト雖モ米國法廷ハ其婚姻ノ有効ヲ認
ム可シ即チ第二ノ點ニ於テハ英米相一致スト雖モ第一ノ點ニ於テハ
全く相反對セリ氏謂ヘラク結婚能力ヲ以テ或ハ結婚地或ハ民籍地ノ
法律ニ從フ可シトスルノ說皆非ナリ此問題ハ國家政略ノ問題ナリ故
ニ此點ニ關シテ一步モ外國法ニ讓ル所アル可カラズ幼者ノ結婚ヲ獎勵
スルハ米國ノ政略ナリ故ニ我幼者ハ外國ニ在リト雖モ有効ノ婚姻ヲ
ナシ得可シ外國ノ幼者ト雖モ米國ニ在ル限リハ亦有効ノ婚姻ヲナシ

得可シト此說ニ據レハ第一第二ノ規定ヲ生スルコト怪ム可キニアラズ
 (ホワートン一二七、一四七節)吾曹ハ敢テ二個ノ疑ヲ呈セン(第一)外國ニ
 民籍ヲ有スル幼者ノ結婚ヲ認ムルハ國家政略上果シ幾何ノ利益アリ
 ヤ彼等ハ外國社會ノ一員トシテ存在シ外國ヲ以テ其住處トナスモノ
 ニアラズヤ或ハ答ヘテ曰ハシ彼等ハ現ニ米國ニアリ其結婚ヲ認ムル
 ト否トハ固ヨリ米國社會ノ經濟上ニ關係スト然ラバ更ニ問ハン米國
 幼者ノ外國ニ於ケル結婚ヲ認ムルノ利益ハ何ノ所ニアリヤ彼等ガ米
 國ニ國籍ヲ有スルガ故ニアラザルカ然ラバ第一ノ場合ニ於テ何故ニ
 外國ノ民籍ヲ認メザルヤ要スルニ此法律ハ論理上不都合ノ規定ナリ
 少ク是利己主義ニ失シ國際上禮儀ヲ顧ミザル不正ノ規定ナリ(第二)若
 シ第一ノ規定ニ從フキハ米國ニ於テ有効ノ結婚タルモノ外國ニ於テ
 或ハ無効タル可シ外國法律モ亦國家政略主義ヲ取テ一步モ讓ル所ナ
 キハハ法律ノ衝突ヲ來シ結婚者ノ身分所出ノ地位權利ニ關シ大ナル
 混雜ヲ生ス可シ

伊國ノ判決及ビ學
說

伊國ミランノ判決例ニ據レハ一國ノ法律能力ニ關シ規定ヲナスキハ
 外人ト雖ヒ之レニ從フ可シ(フイオール六三二頁)マンチニーノ說ニ據レ
 ハ人ノ能力ハ其國籍ヲ有スル土地ノ法律ニ從フ可シ然レヒ其ノ公ノ
 秩序ニ關スルモノハ此限ニアラズ即チ行爲地ノ法律ニ據ル可シトス
 ルナリ然ラハ結婚能力ハ公ノ秩序ニ關スルモノナルガ故ニ一ニ舉行
 地ノ法律ニ從フ可シトスルカ或ハ米國法ノ主義ヲ取ル可キカ吾曹ハ
 明ニ之ヲ知ルコト能ハズ

婚姻ノ預約

(四二) 婚姻ヲナスノ豫約ハ純粹ノ理論上ヨリ之ヲ謂ヘバ契約ナリト
 謂フヲ得可シ英國ノ法廷ハ從來之ヲ以テ一ノ契約ト見做セリ然レモ
 斯ル契約ニ關スル訴訟ノ大ニ弊害アルヲ以テ今日ニ在リテハ學者ノ
 議論之ヲ許ササルニ傾ケリ佛國輓近ノ判決例ニ據ルニ亦之ヲ以テ一
 ノ契約ト見做サズン若シ豫約違反ニ因リ損害ヲ生スルキハ私犯トシ
 賠償ヲ命セリ伊國ノ法律モ亦佛ト相全シ故ニ茲ニ其能力ヲ論スルノ
 要ナシト思考ス

結婚不能力者

一、未成年者

(四三) 結婚不能力者ヲ類別スレハ大約左ノ三種ニ歸ス

一 未成年者

結婚適齡ノ問題ハ結婚能力ノ中最重要ノ部分タリ適婚ノ年齡ヲ定ムルハ人体發育ノ程度ト社會經濟ノ狀態トニヨル是レ學者ノ以テ國家政略上ノ問題トナス所ノモノナリ故ニ其規定ハ國ニヨリテ異ナレリ我人事籍ハ男子十七年女子十五年ト定ム佛伊ハ男子十八年女子十五年獨逸ハ男子廿年女子十六年英國ハ男子十四年女子十二年穗積博士民法原理之ヲ要スルニ各國ノ法律ハ二主義ノ下ニ之ヲ類別スルヲ得可シ(第一)適婚ノ最低年齡ヲ以テ標準トスルモノ(第二)立法者ガ最適當ト認ムル年齡ヲ以テ標準トスルモノ是レナリ而シテ其適齡ハ何ノ法ニ據リテ支配セラル可キヤニ關シハ大ニ學者ノ論議スル所タリ吾曹ハ前數節ニ於テ略ホ所見ヲ陳ベタルガ故ニ重複ヲ來サンコトヲ恐レ更ニ茲ニ之ヲ論セズ

二、不具者

二 不具者

不治ノ無勢力ハ宗教法ニ據レハ婚姻ヲシテ不成立タラシム然レモ結婚前ニ於テ當事者其無勢力ノ事實ヲ知ルルハ之ヲ理由トシテ離婚ヲ求ムルコトヲ得ズ不具者ノ婚姻ヲシテ不成立タラシムルハ婚姻ノ性質上若クハ普通ノ人情ニ於テ然ラザルヲ得ザルモノニシテ各國ノ法律之ニ關シ甚シキ差異アルヲ見ズ然レモ身體不具ヲ理由トシテ婚姻ノ成立ニ關シ或問題ノ生スルハ固ヨリ當ニ民籍地ノ法律ニ從テ判斷ス可キモノナリ

英國法ニ據レバ男女ノ身體子ヲ産ムニ堪ヘザルハ單ニ之ヲ理由トシテ婚姻ヲ不成立トナスヲ得ズ(ドイツ對アヴェリントン)蘇格蘭ノ法律ハ之ニ反スホワートン曰ク此ノ如キ區別ハ唯國內ニ於テノミ効力アル可シ男女交通ノ不能ハ明ニ耶蘇教國ノ通義ニヨリ結婚ノ不成立ヲ致スト雖モ出產ノ不能ニヨリテ婚姻ノ成立ニ關係ヲ及ホスコトハ宗教法ノ認メザル所ナリ勿論羅馬法王ノ宣告ニヨリ斯ル婚姻ヲ不成立トナシタルノ實例ナキニアラズト雖モ是レ特殊非常ノ行爲トシテ之ヲナシ

タルモノニ決シテ宗教法一般ノ現定ニアラズト(ホワートン一四九節)氏ノ説ニ據レバ二國特殊ノ法規ハ凡テ外國法廷ニ於テ其効ナシトスルガ如シ是レ大ニ非ナリ國法ノ抵觸アリテ始メテ國際私法ノ必要ヲ見ルノミ若シ耶蘇教國ニ共通セル規定ノ外ハ國外効力ナシトセバ何ヲカ國際私法ノ問題トイフヤ我日本ノ法律ハ固ヨリ出產不能ヲ以テ婚姻不成立ノ原因トセズ然レモ蘇格蘭人ノ此訴訟ヲ提起スルアラバ婚姻不成立ノ判決ヲ下ス可キモ當然ナリト信ス何トナレバ婚姻ノ能力ハ民籍地ノ法律ニ從フ可キモノナレバナリ

三、瘋癲者

瘋癲者ノ婚姻ハ銷除シ得可シ(能力ノ章參照)

(四四)吾曹ハ最後ニ我法律ノ規定ヲ論セムトス人事編第五十二條ニ曰ク日本ニ於テ外國人カ婚姻ヲナサントスルハ其能力ハ本國ノ法律ニ從フ但第三十一條乃至第三十七條ノ條件ト違背セザルヲ要スト蓋シ茲ニ謂フ所ノ本國ノ法律トハ國籍所在ノ國ノ法律ヲ指セルナ

結婚能力ニ關スル日本ノ規定

リ國籍ト民籍トハ本ト全一ニアラズ然レモ民籍ヲ以テ私法管轄ヲ定ムルノ標準トナサズ國籍ヲ以テ之ニ代フルハ是レ舊學派ノ主義ニシテ佛國法系ノ諸國ニ於ケル一種ノ特色タルコト已ニ之ヲ論セリ吾曹ハ更ニ第卅一條乃至第卅七條ヲ研究セザル可カラズ第卅一條ニ曰ク配耦者ハ重キテ婚姻ヲナスヲ得ズト是レ即チ一夫多妻ニ反對セルヲ明ニセルナリ第二章ニ於ケル吾曹ノ所説ヲ參照セバ更ニ喋々ヲ要セザル可シ第卅二條ニ曰ク夫ノ失踪ニ原因スル離婚ノ場合ヲ除ク外女子ハ前婚解除ノ後六月内ニ再婚ヲナスコトヲ得ズ云々是レ血統ノ不明ヲ防グガ爲メニ設ケタル時期上ノ制限ナリ然レモ吾曹ノ見ル所ヲ以テスレバ此ノ如キ規定ハ之ヲ禁止トイハシヨリハ一ノ法式上ノ規則ナリト云フ可キノミ何トナレバ是レ唯便宜上時期ノ制限ヲ附シタルニ過キズノ吾曹ガ通常禁止ノ意義ヲ解スル如ク絕對的ニ結婚ノ權利ヲ奪ヒシニアラザレバナリ(法式ノ章參照)若シ吾曹ノ言フ所ヲ眞ナラシメバ結婚地タル日本ノ法律ハ法式ノ問題ヲ決ス可キモノナ

ルヲ以テ第五十二條ノ法文ガ外人ヲシテ此條件ニ服セシムルハ正理正當ナリトス(全章參照第卅三條ニ曰ク姦通ノ原因ニヨリテ離婚ノ裁判ヲ言渡サレタル曲者ハ相姦者ト婚姻ヲナスヲ得ズト此ノ條文タルヤ能力ノ問題ニアラズン德義上ノ思想ニ基キタル法律ノ禁止ナリト信ス法律禁止ノ問題ハ其當事者ノ民籍地法若クハ國籍地法ニ據リテ決セラル可キヲ通則トス唯此例外タル可キモノハ背德亂倫ノ行爲即一夫多妻若クハ母子兄妹ノ婚姻ノ如キモノノミ何ヲカ背德亂倫トスルヤ是レ文明諸國一般ノ認承スル所ニヨリテ定マル姦通者ノ結婚ハ各國凡テ之ヲ以テ亂倫ナリトスルカ決シ然ラズ英國法ノ如キハ現ニ之ヲ許セリ而シテ之ヲ禁スルハ大ニ理アリ何トナレバ姦通者ヲ相婚セシムルハ是レ其罪惡ヲ遂クシムルモノニシテ大ニ風紀ニ害アレバナリ然レモ之ヲ禁セザルモ亦理ナキニアラズ蓋シ國家ハ已ニ罪惡ニ對シテ相當ノ制裁ヲ加ヘ被害者モ亦民事上ノ訴訟ニヨリテ相當ノ救済ヲ得タリトセバ彼等相姦者ヲシテ其愛情ヲ抑ヘテ終生ノ快樂ヲ得ザラ

シムルガ如キハ苛酷ノ感ナキニシモアラザル可ケレバナリ夫レ已ニ各國ノ規定之ニ關シテ相一致セズトセバ各國ノ通義ニ照シテ背德亂倫ナリトイフ可カラズ然ラバ相姦者婚姻ノ許否ハ其國籍地法ニ從ハシムルヲ以テ正當トナス可キニアラザルカ第三十四條以下四條ハ等親ニ關スル問題ナルヲ以テ章ヲ換ヘテ之ヲ論セン

第三 結婚者ノ等親

(四五) 近世文明ノ諸國ハ皆近親者ノ結婚ヲ禁止セリ而シテ其程度モ亦大ニ小異ナリ蓋シ古代ニ於テハ所謂酋族共全婚ニシテ近親ト雖モ毫モ忌避スル所アラザリキ(ラボック)開化起原論其後姦掠賣買ニヨリテ定婚ノ制ヲ生スルニ至リ近親相婚スルハ往々一家内ニ風波ヲ起スノ弊アルヨリ竟ニ之ヲ禁スルニ至レルモノナリ此ノ沿革ヲ詳叙スルハ實ニ有益ナリト雖モ國際法ノ範圍ヲ超脱スルノ恐アルガ故ニ之レヲ割愛ス羅馬教ハ其初ニ於テ全ク親族ノ結婚ヲ禁シ其後七等親ヲ以テ禁止ノ境界トシ其後全ク之ヲ禁シ又六等親ニ限ルトセリ(等親計算法

近親婚ニ關スル法律ノ沿革

ハ宗教法ニ據ル歐洲一般ニ一時宗教法ノ規定ヲ取テ自國ノ法律トナセシガ故ニトレント高僧會議ノ議決ハ大ナル勢力ヲ歐洲社會ニ及ホセリ今日ニ於テ歐洲一般ニ採用スル近親結婚禁止ノ範圍ハ直系親及ヒ三等親羅馬法計算法ニ據ル以內ノ傍系親ニ止ル而シテ伯叔父母甥姪間ノ婚姻ハ或ヘ一二ノ條件ヲ附シテ之ヲ許スモノアリ抑モ中世以降法律ニ於テ近親婚ヲ禁スルノ理由ヲ説明スル者種々附會ノ說ヲ立テ或ハ曰ク近親婚ハ神ノ禁スル所ナリ或ハ曰ク人性ノ自然ニ反ス或ハ曰ク血統ノ混亂ヲ來ス曰ク早婚ノ弊ヲ生ス曰ク子孫ノ精神ヲノ羸弱ナラシムト然レモ沿革法理ニヨリテ之ヲ研究スルハ近親婚ヲ禁止シタルハ蓋シ一家内ノ平和ヲ保維スルノ必要ヨリ生シタルガ如シ然レモ因襲ノ久シキ社會一般近親婚ヲ以テ德義ニ背戾シ彝倫ヲ壞亂スルノ行爲ト見做スニ至リ是ニ於テ或ハ以テ神意ニ反クトシ或ハ人性ノ自然ニ反ストスル性法學者ノ議論ヲ見ルニ至レルナリ願フニ我日本ニ於ケル近親婚ノ沿革モ亦之ニ似タルモノアリ而シテ彼ノ歐洲ニ於

近親婚禁止ノ程度

テ宗教法ノ勢力ヲ及ホシタルト均シク我日本ニ於テモ亦夫ノ儒教主義ノ影響ヲ被リ全姓相娶ラザルヲ以テ社會ノ德義トナシタルヨリ母子兄妹ノ婚姻ヲ以テ背德亂倫ノ行爲トシ之ヲ忌避スルニ至レルナラシ(穂積博士民法原理)

(四六)吾曹ハ已ニ婚姻ノ要素ハ民籍地ノ法律ニ從フ可シト云ヘリ然レモ背德亂倫ノ行爲ニ至リテハ法廷ノ承認スル限リニアラズ第一章參照故ニ今母子ノ結婚ヲ認ムルノ國アリト假想センニ文明諸國ノ法廷ハ民籍地法ノ如何ニ關セズ決メザル之ヲ認メザル可シ然レモ幸ニ未ダ此ノ如キ不正ノ規定アル國アルヲ聞カズ唯野蠻人種ノ風習トシテ存スルノミ故ニ此ノ如キ問題ハ到底國際私法上ノ問題トシテ法廷ニ現出シ來ルコトナカル可シ然レモ伯叔父母甥姪間ノ婚姻從兄弟姉妹ノ婚姻ニ至リテハ國ニヨリ或ハ之ヲ禁シ或ハ之ヲ許スガ故ニ此等ノ問題ハ往々法廷ニ提出セラル、コトアル可シ此時ニ當リテ其國法之ヲ禁スルハ當事者ノ民籍地ニ於ケル法律ノ如何ヲ問ハズ猶ホ敗德亂倫ト

ノ之ヲ認メザル可キカ或ハ亡妻ノ姉妹ヲ娶ルヲ禁スル國ニ於テハ外人ノナシタル斯ル婚姻ト雖モ猶ホ亂倫トノ之ヲ認メザルカ積極消極ノ兩説アルカ如シ

一、消極説

第一 消極説英國ノ法廷ハ自己ノ法律ヲ固執シ其亂倫ト認ムルモノハ他國ニ於テ然ラザルモ猶ホ之ヲ認メズブルク對ブルクニ於テカメル卿曰ク我英國ノ立法者ハ亡妻ノ姉妹ヲ娶ルヲ以テ神ノ法ニ反シ惡例ヲ生スルモノナリト見做スト是ヲ以テ之ヲ觀レバ結婚者ノ民籍如何ヲ問ハズ一切此等ノ婚姻ヲ承認セザルナリセントレオナード卿亦曰ク吾人ノ見ル所ニヨリテ神意ニ背戾ストセバ吾人ハ外國法ノ効力ヲ認メズト且ツ曰クヘンリー八世廿五年條例ニ溯リテ之ヲ考レバ英國法ハ亡妻ノ姉妹トノ婚姻ハ假令ヒ其間唯姻屬ノ關係アルニ過キズト雖モ猶ホ血族ノ場合ト均シク尋倫ヲ亂ルガ故ニ神意ニ戾リ自然法ニ背ケリト見做ストウエンスレイデル卿亦曰ク余ハ判事ストーリーノ如キ有力ノ論者ニ亂倫ノ理由ニヨリテ婚姻ヲ否認スルニハ耶蘇教

國一般之ヲ以テ亂倫ト認メザル可カラズトイフ如キ議論ヲ主張スルヲナカル可キヲ確信ス若シ之ヲ主張ストセバ是レ根據ナキノ論ナリ此種類ノ婚姻(亡妻ノ姉妹トノ婚姻)ハ神意ニ反ストノ英國法之ヲ禁セリ其神意ニ反スルハ聖書ニヨリテ之ヲ徵ス可シ云々(ブルク對ブルク)然ルニットマヨル對ツバルロスノ判決ヲ見ルキハ之ニ關スル英國法ノ全斑ヲ知ル可シ葡國ノ法律ハ猶ホ宗教法ノ勢力ヲ受ケ從兄弟姉妹ノ結婚スルヲ禁シ唯法王ノ特許ヲ得シキハ此限ニアラズトセリ葡國ノ從兄弟姉妹英國ニ於テ法王ノ許可ヲ得ズノ相婚セリ是レ果ノ英國ニ於テ正當ト認ムヘキヤ否ヤ是レ此爭訟ノ要點タリ法廷ハ之ヲ否認セリ其判決文ノ用語ニ關シ許多ノ非難ヲ招ケリト雖モ要スルニ葡國ノ禁スル所ハ英國ニ於テ之ヲ禁セズト雖モ在英ノ葡人ニ對シ猶ホ禁止ノ効力アルヲ認メタルモノナリ故ニ英法ノ精神ハ之ヲ約言スレバ左ノ如シ曰ク等親其他婚姻ノ制限禁止ハ民籍地法ニ從フト雖モ亂倫ノ行為ニ至リテハ例外ナリトナス而シテ何ヲカ亂倫ノ行為トスルヤハ

訴訟地法ノ決スル所ナリ

第二 積極説ストリー曰ク一夫多妻及ヒ亂倫ノ婚姻ハ耶蘇教ノ禁スル所ナリ是故ニ耶蘇教國ハ決シテ一夫多妻及ヒ亂倫ノ婚姻ヲ認メザルヘシ然レモ亂倫ノ婚姻トハ唯耶蘇教國一般ニ之ヲ以テ亂倫トナス場合ニ限ル自然法若クハ耶蘇教ノ教旨ガ近親婚ヲ禁スル程度如何ハ正確ニ之ヲ認ムルヲ難ク耶蘇教國亦此點ニ關シテ相一致セズ而シテ直系親族及ヒ傍系親ニ於テハ兄妹ノ結婚ハ宗教法及ヒ慣習法一般ニ之ヲ以テ自然ニ反シ法律ニ違フトナス是レ明カニ社會ノ秩序ト徳義トニ戾レルモノトナスナリ然レトモ是ヨリ以外ニ至リテハ大法官ケン
トノ言ヘルカ如ク特別ノ法律アリテ之ヲ禁スルニアラザレバ直ニ自然法若クハ耶蘇教ノ教旨ヲ擴張シ之ニ及ボスヲ甚ダ難シ(ストリー一四節)是レウエンズレイデル卿ノ非難セシ所ナリケントハ近親婚ニ關シテ同様ノ議論ヲナセリ曰ク此ノ如キ婚姻(直系親ノ婚姻)ノ自然法ニヨリテ有罪且無効ナルヲ一般ニ認ムル所ナリ余カ所謂自然法トハ

造物主カ社交的動物タル人類ニ附與シタル行爲ノ正當ナル規則ニシテ吾人ノ理想ニヨリテ之ヲ知ルヲ得可シ此他近親ノ理由ヲ以テ婚姻ノ無効タルヘキ一ノ場合アリ兄弟姉妹ノ結婚是ナリ直系親ハ之ヲ措キ親族若クハ姻屬ニ由レル傍系親ニ關シテハ自然法ガ如何ナル程度ニ至ルマデ婚姻ヲ禁スルヤ其範圍ヲ定ムルヲ難ク自然法學者ノ説ク所亦區々一定セズト雖モ多數ノ議論ハ文明社會ノ慣例ニテハ兄弟姉妹ノ婚姻ヲ以テ背德亂倫一家ノ純潔ト幸福トヲ害シ自然法ノ嚴禁スル所トナスナリ古代人民ノ斯ル婚姻ヲ嫌忌セシヤモンテスキエーノ云フ如ク往々迷信ノ然ラシムル所ナリシト雖モ畢竟道理ト自然トニ基ケルモノナリ此ノ規定タルヤ實ニ家族制度ニ基キ家族上ノ關係ヨリ生スル權利義務慣習愛情ヨリ生ス此權利義務若クハ愛情慣習ハ是レ社交的且機能的動物タル人類ニ附與セラレシ自然法ノ一部ト云フモ不可ナルヲナシ斯ク近親間ノ婚姻ハ兩立セザル義務ト感情トヲ取テ一物体ノ上ニ併合セシメ家族上ノ關係ヨリ生スル義務慣習愛情ヲ雜

駁ニシ人類ノ徳義上感情ヲ傷害スルコト甚シキヲ以テ古今之ヲ非難スル者多シ此問題ニ關シ秋毫ノ疑ヲ懷ク者アラバ唯人類一般ノ慣習如何ヲ見ル可シ人類一般此ノ如キ結合ヲ排斥スルニアラズヤ是レ必ズ有力ナル自然ノ法則アリテ然ルナラン自然法ノ禁制ハ絶對的ノ義務ヲ生スルモノナリ古今東西ニ共通セル一般の義務ヲ生スルモノナリ古來ノ慣習トシテ社會ニ存在シ吾人ハ吾人ノ理想ニ於テ之ヲ了解シ吾人ノ義務トシテ之ヲ承認ス故ニ此自然ノ大法ニ反セル兄妹ノ結婚ノ如キハ固ヨリ背徳ノ行爲トシテ之ヲ否認ス可シ然レモ是ヨリ以外ノ婚姻ニ至リテハ自然法ノ主義ニ基キテ之ヲ無効トスルヲ得ズ各國ノ法律慣例ヲ見ルニ多ク近親婚ノ禁止ヲ擴メテ兄妹以外ノ親族間ニ及ホスモノ少シトセズ然レモ是レ既ニ家族一團外ノ關係タルニ過ギズ故ニ直系親及ビ兄妹間ノ婚姻ヲ禁スル如キ家族上制度ヨリ生シタル規定ト全一ノ論ニアラズ吾人ガ此等兄妹以外ノ親族間ニナセル婚姻ヲ以テ無効トスルハ唯國ノ成法アルカ爲メニシテ其他ニ理由ヲ發

見スルコト能ハズ故ニ立法者ガ特ニ此等ノ婚姻ニ對シ禁制ヲ設ケザル以上ハ吾人ハ自然法ヲ援引ノ之ヲ否認スルコト能ハズ唯宗教上ノ制裁ト社會ノ慣行及ビ輿論トニ一任スルノ外ナキナリト(ワイトマン)對ツイトマン此等ノ議論ニ據レバ所謂亂倫ノ行爲トシテ國際法上否認スヘキ婚姻ハ唯直系親間及ビ兄弟姉妹間ニ過ギズ其他伯叔父母甥姪間ノ婚姻ノ如キ從兄弟姉妹ノ婚姻ノ如キ若クハ亡妻ノ姉妹ヲ娶ルガ如キハ國家或ハ之ヲ禁スト雖モ之ヲ以テ亂倫ヲ亂リ自然ノ大則ニ反スルモノト云フ可カラズ此說ヲ採ルキハ夫ノブルック對ブルックニ於ケル諸判事ノ言フ所ト全ク其趣ヲ異ニシ亂倫ノ問題ハ訴訟地ノ法律獨リ之ヲ定ム可キニアラズ文明國一般ノ通義ニ依ル可キモノタリ故ニ佛國ノ男子亡妻ノ姉妹ヲ娶ラバ英國ノ法廷ハ寧ロ其正當ノ婚姻タルヲ認ム可キモノナリ

吾曹ハ寧ロ第二說ノ穩當ナルヲ認ム吾曹ハ自然法ナル文字ノ屢々國際私法上ニ用ヰラル、ヲ惜ム何トナレバ所謂自然法ナルモノハ世ノ

學者以テ神意ニ基キタル萬古不易ノ法律ニ人定法ノ標準タル者ナリトナスト雖モ吾曹ハ之ヲ確認スルヲ能ハズ若シ之ヲシテ存在セシメンカ吾曹ハ之ヲ確知スルヲ能ハザレバナリ希臘哲學ノ羅馬ニ入りテ所謂普通法ノ基礎ヲ作リシヨリ歐洲ノ學者一般ニ自然ノ大法ナルモノアリト確信シ法律ヲ論スルニ當リ人性ノ自然ト云ヒ絶對ノ正理ト云ヒ概テ獨斷定教ニヨリテ先天ノ空論ヲ縱ニシ國際法モ亦自然法ノ觀念ヲ以テ其基礎トセリ自然法ノ語タルヤ之ヲ言フヲ易ク而シ共ノ何物タルヤヲ認識スルヲ甚難シ世間未ダ空漠ニシテ確實ノ意義ヲ有セザルモノ自然法ノ文字ヨリ甚キハアラズ此ノ如キ架空ノ說ヲ採リテ法學ノ基礎トナス以上ハ到底鞏固ナル建築ヲナスヲ能ハザル可シ吾曹謂フニ國際私法ノ基礎タル觀念ハ到底國家ノ必要ニ外ナラズ或ハ曰ク國民ノ禮讓ナリト然レモ禮讓ノ意タルヤ異竟相互ノ二字ニアリ彼ヲシテ我が利益ヲ計ラシメンガ爲メニ我亦彼ノ利益ヲナスト云フニ過ギザルノミ故ニ國際上ノ禮讓ハ相互主義ニ由レリ決ノ漠然

タル德義上ノ理由ニヨリ我主權ノ一部ヲ讓リテ外國法ノ効力ヲ我國内ニ認ムルニハアラズ故ニ國民ノ禮讓トハ之ヲ換言スレバ國家ノ必要ナリトイフモ敢テ不可ナキヲ信スルナリ夫レ然リ故ニ一國ノ主權内ニ於テハ決シテ外國法ノ効力ヲ認ム可キニアラズト雖モ國家ノ必要アル以上ハ亦一步ヲ彼ニ讓ラザルヲ得ズ是レ國際私法ノ起ル所以ナリ然レモ單ニ必要トイフモ之ヲ以テ國際私法ノ起ル所以ヲ説明スルニ足ラズ必ズヤ其ノ如何ナル必要アルカヲ究メザル可カラズ夫レ法律ノ効力ハ屬人的ヨリ屬地的ニ移ルモノナリ然レモ國法ノ効力ニシテ全ク主權外ニ及バズトスレバ大ニ其狹隘ヲ感スル場合アル可ク且ツ交通貿易ノ日ニ開ケ人民ノ移動益頻繁ナルニ當リ其行ク所トシテ己レヲ支配スル法律一切全シカラザルガ如クンハ其行爲昨是今非ノ状態ヲ呈シ甚シキ不便ヲ感スベシ故ニ主權外ト雖モ外國國家ノ秩序安寧ヲ害セザル以上ハ我法律ノ効力ヲ認メラレント欲セザル可カラズ而シテ我亦全様ノ場合ニ於テ外國法ヲ認メザル可カラズ日本ニ於テ

ナシタル正當ノ賣買ト雖モ英國ニ於テ其所有權移轉ヲ認メズ日本法律ニ從テナシタル日本人ノ結婚ニ英國法其夫妻上ノ關係ヲ認メザルモ日本社會ハ大ニ不利益ヲ被ムル可ク其地位ヲ易フレバ英國社會モ亦大ナル不利益ヲ感ス可シ是故ニ婚姻ノ要素ヲ以テ民籍地法ニ從テ可シトスルモノハ實ニ外國ニ對スル好意ヲ以テ然ルニアラズ實ニ我國家ノ必要ニ出ツルナリ然ルニ一夫多妻ノ如キ亂倫婚姻ノ如キ一種ノ婚姻ニ至リテハ此本則ノ例外ナリトスルモノハ世界文明國一般ノ通義ニヨリテ婚姻ノ性質ニ背戾ストナス所ナルヲ以テナリ若シ唯何ヲカ神意ニ反ストスルヤ亂倫トイフヤノ問題ハ我獨リ之ヲ決ス可シトイハマ外國ノ法廷モ亦將ニ爾云ハントス然ラハ婚姻ニ關シハ國際私法上ノ問題トナルモノナカル可シ何トナレハ法律ノ禁止ハ種々ノ理由ニヨルト雖モ婚姻ニ關スル禁制ノ如キハ概テ釋倫若クハ宗教上ノ理由ニ根據スルヲ以テナリ若シ英國判事ノ言ノ如クンハ葡國判事モ亦一切從兄弟姉妹ノ婚姻ヲ認メズトイハンは故ニ英國判事ノ

言タルヤ其結果ハ訴訟地法ヲシテ何ヲカ亂倫トシ何ヲカ神意ニ反スルヤヲ決セシムルニ止マラズ一切婚姻ノ要素ニ關スル問題ハ訴訟地法ノ効力ニ服從セザル可カラザルニ至ラン是レ國際私法ノ根據タル國民禮讓ヲ顧ミザルモノナリ國家ノ必要ニ背ケルモノナリ(二節及五節參照)

是故ニ吾曹ノ信スル所ヲ以テスレハ亂倫ノ行爲トシテ法廷ノ認メザルモノハ直系親及ヒ兄妹間ノ婚姻ノミ

(四七)等親ニ關スル規定ハ各國相同シカラズ羅馬レヴィタス法典ニ於テハ一切親族ノ結婚ヲ禁セリ(レヴィタス法典一八篇六節)宗教法ハ此法典ニ基キ其初亦同様ノ規定ヲナセリ其後禁止ノ範圍ヲ縮少メ七等親(宗教法計算法ニ據ル)ニ止メタリ千二百十五年法王インノセント三世ハ更ニ之ヲ縮少シ四等親トス而シテ伯叔父母甥姪(宗教法計算法ノ三等親)以下ノ等親直系ヲ除クハ法王ノ特許ヲ得テ有効ニ結婚スルヲ得(ベルマテードル寺院法七三四頁)葡國ノ法律ハ全ク宗教法ニ倣ヘリ獨

近親婚ニ關スル諸國法律ノ比較

逸ノ法律ハ直系親及ヒ兄妹間婚姻ヲ禁止シ其他伯叔父母甥姪間ノ婚姻ハ皇帝ノ特許ヲ以テ有効ナルヲ得(ゲッセン註一〇七、一一六合衆國ノ法律モ亦直系及ヒ兄妹間ノ結婚ヲ禁スルノミ外國人米國ニ於テ此禁止外ノ親族ト婚スルキハ假令ヒ其外國法ニ於テ之ヲ禁スルモ米國法廷ハ之ヲ有効ト認ム)(ホワートン一三七節英國ノ法律ハ三等親以內ノ婚姻ヲ禁ス)

日本ノ規定

〔四八〕我日本ノ法律ハ直系親及ヒ三等親以內ノ傍系親ノ婚姻ヲ禁ス(八三四乃至三七)是レ從來ノ慣習ト大ニ違フ所ナキノミナラズ今日ノ文明諸國法律ト概ニ符合セルハ吾曹ノ喜フ所ナリ然レモ人事編第五十二條ニ據レハ外人日本ニ於テ結婚スルキハ第三十四條以下四ヶ條ノ條件ニ違背ス可カラズトス若シ之ニ違背セバ其婚姻ヤ必ズ無効ナル可シ吾曹ハ到底此規定ニ向テ賛成ノ意ヲ表スルヲ得ズ何トナレバ〔吾曹ハ婚姻禁止ノ問題ヲ以テ民籍地法ニ據ル可キモノトシ直系親及ヒ兄妹間婚姻ハ乱倫トシ之ヲ排斥ス可シト雖モ伯叔父母甥姪間ニ至

リテハ全一論法ヲ用ヰルヲ得ズト確信スレバナシ然レモ第五十二條ノ規定ハ外人日本ニ於テ結婚スル場合ノミニ適用ス可キヲ明ナリ反對論理ヲ以テ之ヲ推セバ外人外國ニ於テ結婚セバ假令ヒ伯叔父母甥姪間ト雖モ其本國法ノ許ス以上ハ我法廷ニ於テ亦其正當ヲ認ムルガ如シ立法者若シ第三十五條ノ婚姻ヲ以テ所謂亂倫ナリトセハ外國ニナシタル外人ノ婚姻ト雖モ亦之ヲ否認セザル可カラズ立法者ノ精神或ハ茲ニ在リテ反對推理ノ解釋ヲ許サルカ果シ然ラバ是レ英國判事ト説フ全クスルモノナリ抑モ唯日本ニ於テナシタル外人ノ婚姻ヲノミ否認スルニ在ルカ理由如何ヲ知ルニ苦ム其レ或ハ婚姻ノ日本ニ於テ舉行セラレタル以上ハ邦人ト均シキ規則ヲ以テ支配ス可シトノ意ナランカ是レ婚姻ノ要素ヲ以テ舉行地ノ法律ニ從フ可シトスルモノナリ

第四 双方ノ承諾

〔四九〕双方ノ承諾ハ婚姻ノ要素ナリ若シ之ヲ缺クハ婚姻ヲシテ不

双方ノ承諾

成立若クハ無効ナラシム(八五五、六三三)蓋シ婚姻ハ合意ニ基ケル男女ノ
 畢生結合ナルガ故ニ承諾ニ關スル合意ノ規定ヲ適用スルヲ固ヨリ至
 當ナリ歐洲ノ法律モ亦我規定ト略ボ相似タリ羅馬法ハ人違ノ婚姻ヲ
 以テ不成立トセリ宗教法モ亦然リ(アイヒホルン寺院法二部三五二節)
 普魯士法典ハ人違若クハ儀式ノ錯誤ニ因リテナシタル婚姻ヲ以テ無
 効トス(ランドレヒト二部一篇四〇節)然レモ錯誤ノ事實發見ノ後男女
 猶ホ全住セバ最初ニ於ケル承諾ノ欠乏ヲ補フ可シ英國法ニ據ルモ人
 違ノ婚姻ハ不成立ナリ(ビショップ婚姻及離婚二〇六節)
 吾曹ハ各國ノ法律ヲ玆ニ列擧スルノ勞ヲ取ラザル可シ何トナレバ國
 際私法ハ裁判管轄ヲノミ論スルモノナレバナリ吾曹ノ確信スル所ヲ
 以テスレバ双方承諾ノ欠乏若クハ不完全ノ婚姻上ニ及ホス結果如何
 ハ是レ婚姻ノ成立ニ關スル問題ニシテ民籍地ノ社會ハ之ニヨリ最利害
 ヲ感ズルヲ明ナルヲ以テ民籍地法ニ從フノ一大原則中ニ包含セラル
 可キモノナリ

法律ノ禁止

第五 法律ノ禁止

一、僧侶

(五〇) 各國ノ法律ハ種々ノ理由ニヨリテ婚姻ヲ禁止スル場合アリ吾
 曹ハ已ニ其一ニヲ論ゼリト雖モ猶ホ吾人ノ觀察ニ漏レタル者尠カラ
 サルヲ以テ法律禁止ノ一節ヲ設ケテ特ニ此等ヲ一括セント欲ス
 一 僧侶ノ婚姻歐洲中ノ或國ニ於テハ僧侶ノ婚姻ヲ禁ゼリ蓋此禁止
 ヌルヤ多クハ羅馬教ノ教旨ニ基ケルモノナラン此ノ如キ禁止ハ果
 國外ニ効力アリヤ否ヤウストレイキ曰ク英國法ハ此ノ如キ僧侶婚姻
 ノ禁止ヲ認メズ何トナレバ英國法ノ政略ハ嚴ニ一切ノ人民ヲシテ婚
 姻ヲナスヲ能ハザルヲナカランニ在レバナリ(ウストレイキ五五
 頁)トホリトシハ更ニ之レヲ附言ノ曰ク外國僧侶ノ英國ニ往ク者甚
 ダ少數ナルニ拘ハラズ猶且此ノ規定アリ況ンヤ我が米國僧侶ノ多數
 ハ歐洲ニ旅行セリ更ニ多數ノ亞細亞人歐洲人ハ米國ニ來往セリ此等
 人民ニ向テ全様ノ精神ニ由ル規則ヲ適用スルヲ怪ム可キニアラズト
 蓋シ氏ノ意ハ米國僧侶ハ僧侶ノ婚姻ヲ禁スル國ニ於テ婚スルモ猶ホ

二、猶太人及異教者

其正當タルヲ妨ケズ外國僧侶米國ニ婚姻セバ其民籍地法ト斯ル婚姻ノ禁止アリモ米國法廷ハ猶ホ其正當ノ婚姻タルヲ認ム可シ是レ婚姻ヲ獎勵スルヲ以テ米國ノ政畧トナスヨリ生スル必然ノ結果ナリトイフニ在リ(ホワートン一五四節)英米ノ法律ハ或ハ然ラン然レモ吾曹ノ見解ニヨレバ寧ロ民籍地法ノ命スル所ニ一任スルノ優レルヲ覺ユ

二 猶太人若クハ異教者トノ結婚禁止 澳太利及ヒ匈牙利ノ法律ハ耶蘇教徒ト非耶蘇教徒トノ婚姻ヲ以テ不成立トス千八百七十八年澳國維納高等裁判所ニ於ケル一判決ハ斯ル禁止ノ國際上効力ニ關シ澳國法廷ノ執ル所如何ヲ知ル可シ其爭訟事件ニ於テ原告ハ普魯士人ニシテ耶蘇教徒ナリ被告ハ匈牙利人ニシテ猶太教徒ナリ原告ハ被告ト普魯士ノ伯林ニ於テナシタル婚姻ノ不成立ノ宣告ヲ請求セリフラーグノ民事裁判所ハ判決ヲ下シテ曰ク此婚姻タルヤ普魯士ニ於テ舉行セラレタルカ故ニ普魯士ノ法律之ヲ支配ス可シ其法律ニ據レバ異教者ト耶蘇教徒トノ婚姻ヲ以テ不成立トナサ、ルヲ以テ原告ノ請求ヲ却下

ストホヘミアノ控訴院ハ此判決ヲ破棄シ其後維納ノ高等裁判所ニ於テ原告ノ勝訴トナレリ其判決ノ理由トスル所ハ被告ハ己ニ本國ノ法律ニヨリ耶蘇教徒トノ結婚ヲ禁セラレタリ此規定タルヤ所謂屬人的法律ナルヲ以テ被告ハ假令ヒ外國ニ於テ婚姻スルモ猶ホ此禁止ノ外ニ在ルモノト云フ可カラズトナスニアリ是ヲ以テ之ヲ觀レハ澳國法廷ハ此ノ如キ禁止ノ猶ホ國外ノ効力アルヲ認ムルモノニ正ニ吾曹ノ見ル所ニ合セリ(一八七九年發刊「ジュールナル」ツ、ドローアイ、アンテルナショナル、ブリグヱー」五〇〇頁)

耶蘇新教徒ト羅馬舊教徒トノ婚姻ハ各國曾テ之ヲ禁セズ然レモ普魯士ノ法律ハ斯ル婚姻ニ於テハ所出ノ子女ヲ父ノ宗教ニ從テ教育ス可シトノ一條件ヲ附セリ(ランドレヒト」二部二編七八節)

ホワートン謂ヘラク此ノ如キ禁止ノ國際上ノ効力ハ一種ノ問題トシテ研究スルノ價值アル可シト且ツ氏ノ意見ニ據レハ國外ノ効力ナシトス吾曹ノ見ル所ヲ以テスレバ此問題タルヤ婚姻ヨリ生シタル問題ナ

三、階級ニ由ル禁止

リト雖婚姻ニ關スル問題ニアラズ

三 階級ニ由ル禁止、古代血統ヲ以テ社會團結ノ基礎トスル時代ニ於テハ祖先ノ如何ニヨリテ人民ノ階級ヲ立テ其間ノ交婚ヲ禁シタリ是レ各階級ヲ其血脉ノ純潔ヲ維持セシムルハ政治上ノ秩序ヲ保ツニ於テ大ニ必要ヲ感シタルカ故ナリ是ヲ以テ羅馬ノ初ニ當リテハ貴族平民ノ交婚ヲ禁シ「レキス、カヌレイア」ノ發布アルニ及ヒ漸ク其禁ヲ解クニ至レリ獨リ羅馬法然リトセズ希臘印度ヲ初メ各國ノ歴史ニ於テ此ノ如キ事實アリシヲ徵ス可シ今日ニ於テモ亦往々此種ノ禁止アルヲ見ル(英國ジョージ三世一二年條例一篇一節參照)日耳曼聯邦中亦多少此種ノ禁止ヲナセル國ナキニアラズ此ノ如キ禁止ハ國外ノ効力ヲ有ス可キカ米國ハ特殊ノ主義ニ據リ婚姻ノ制限禁止ニ關スル外國法ノ効力ヲ認メズ故ニ此等ノ法律ハ到底米國判事ノ注目ヲ惹クヲ能ハザル可シ然レモ吾曹ノ屢論シタル如ク婚姻當事者ノ民籍如何ニ由リテ此等禁止ノ國際上効力ヲ認ムルヲ最至當ナリト信ス

四、人種ニ由ル禁止

四 人種ニ由ル禁止、合衆國ノ或州ニ於テハ白哲人種ト銅色人種トノ婚姻ヲ禁スル條例アリ

第一款 婚姻ノ方式

要素ト方式トノ區別

(五一) 吾曹ハ略ホ婚姻ノ要素ヲ説キ了レリ即チ婚姻ノ要素ハ民籍地ノ法律ニ據ル可シトセリ然レモ婚姻ノ方式ニ關シハ亦其規定ヲ異ニス今之ヲ論スルニ先チ何ヲカ方式トナスヤヲ論セザル可カラズ即チ方式ト要素トノ區別ヲ明ニセザル可カラズ(或ハ曰ク法律ノ絶對的禁止ハ是レ要素ナリ其他ハ皆方式ナリト)フット四五頁及ソトマヨール對ツ、パロルス及シノニン對メイラック例セハ近親ノ婚姻ノ如キハ法律絶對的ニ之ヲ禁スルヲ以テ是レ要素ナリ幼者ノ婚姻セントスルニハ尊屬親ノ許諾ヲ要ス若シ之ナクンハ婚姻ヲシテ有効ナラシムル能ハズ是ノ如キ制限ハ絶對的禁止ニアラザルガ故ニ寧ロ方式トシテ論ス可キモノナリ即チ尊屬親ノ許諾ハ一ノ方式ナリト)此區別ハ一瞥シテ

婚姻方式ハ舉行地
法ニ從フ

甚ダ解シ難キガ如シト雖凡決シテ不當ノ區別ニアラズト信ス當事者
ガ婚姻ヲナシ得ルヤ否ヤノ問題ハ是レ要素ノ問題ナリ當事者如何セ
ハ婚姻ヲナシ得ルヤハ是レ方式上ノ問題ニシテ要素ニアラズ

〔五二〕婚姻ノ方式ハ舉行地ノ法律ニ從フ可シトスルヲ以テ原則トス
ヘルシウス曰ク(行爲ノ方式ヲ決スルハ民籍地法ニアラズ物件所在地
法ニアラズ行爲地法是レナリ) (Si lex actus formam dat, inspicendus est locus
actus, non domicilii, non rei sitae) 又曰ク夫婦ノ居住スル土地ノ法律ニ從ヒ
正當ノ方式ヲ踐ミテ爲シタル婚姻ハ夫ノ民籍地又ハ本國ノ法律ニ定
メタル儀式ニ違フヲ理由トシテ解除スルヲ得ズトメルラン曰ク是レ全
ク自然法ノ契約ナリ是故ニ野蠻人一定ノ法律ナキ地方ニ於テ結婚ス
ルモ他國ハ猶ホ其正當ノ婚姻タルヲ認ム可シト其他佛國ノ學者ハ多
ク婚姻ノ方式ヲ以テ舉行地ノ法律ニ從フ可シトス英國ノ法律ハ明ニ
此原則ヲ採用セリシノニ對メイラックニ於テ婚姻舉行地法ト民籍地
法トノ衝突ヲ生セリ佛國ニ民籍ヲ有スル佛人佛國法ノ要スル方式ヲ

婚姻方式ノ專ラ民
籍地法ニ從ハザル
理由

踐マズ英國ニ於テ婚姻セリサークレッスウエル、クレッスウエル此ノ婚姻
ヲ以テ有効ナリトシ判決ノ理由ヲ述ベテ曰ク契約ヲ爲スノ能力及ヒ
不能力ノ問題ハ一ニ結約地ノ法律ニ從フ可シト此理由ハ甚ダ不充分
ナリ何トナレハ此問題タルヤ能力ニ關スル問題ニアラズ唯婚姻ヲ
ナスニ先テ爲ス可キ方式ニ關スルモノナレバナリ且ツ又婚姻ヲ以
テ一ノ契約トナシ契約一般ノ規則ヲ以テ之ニ適用セントシタルハ是
レ亦正當ナリト謂フ可カラズ此ノ如ク此判決ノ理由ハ甚ダ不備ナリ
ト雖モ婚姻ノ方式ヲ以テ結婚地ノ法律ニ從フ可シトスルハブルック對
ブルックノ判決例モ亦之ヲ認メタリ最近ノ判決例タルントマヨール對
ツバルロスノ判決ノ理由トスル所大ニ缺點アルハ吾曹已ニ之ヲ述ヘ
タリト雖ブルック對ブルックト相一致セリ

〔五三〕凡ソ方式ノ舉行地法ニ支配セラル可キハ殆ント反對ノ議論
アルヲ見ズ婚姻ノ要素ヲ以テ民籍地法ニ從フ可シトスル學者若クハ法
律ト雖モ猶ホ且此原則ヲ承認ス況ンヤストーリー等ノ如ク要素ト雖