國際私法

完

法學博士　中村進午　講述

東京法學院大學

國際私法

目次

緒論　一丁

第一章　國籍　二〇丁

第一節　國籍ノ性質　同丁

第二節　國籍ノ取得　二四丁

第一款　出生ニ因ル國籍ノ取得　二六丁

第二款　歸化ニ因ル國籍ノ取得　三二丁

第一項　歸化ノ性質　同丁

第二項　歸化ノ要件　三五丁

第三項　歸化ノ效力　四六丁

第三款　土地割讓ノ場合ニ選擇ニ因ル國籍ノ取得　五二丁

第四款　回復ニ因ル國籍ノ取得　六〇丁
第五款　婚姻ニ因ル國籍ノ取得　六四丁
第六款　養子又ハ入夫ニ因ル國籍ノ取得　八三丁
第七款　認知ニ因ル國籍ノ取得　八四丁
第八款　未成年者カ父母ニ伴フ國籍ノ取得　八六丁
第九款　妻ノ夫ニ伴フ國籍ノ取得　八七丁
第三節　國籍ノ喪失　八八丁
第二章　住所　九四丁
第一節　住所ノ意義　同　丁
第二節　住所ノ變更　九八丁
第三節　强制的住所、法律的住所　一〇一丁
第四節　住所ノ數　一〇九丁
第五節　法人ノ住所　一一二丁
第六節　住所ノ種類　一一三丁

第三章　國際私法ニ於ケル主義　一一六丁
第一編　能力　一二三丁
第一章　行爲能力　一二五丁
第一節　行爲能力ニ適用スヘキ法律　同　丁
第二節　行爲無能力者　一三六丁
第一款　未成年者　一三八丁
第二款　失踪者　一四四丁
第三款　後見　一四七丁
第四款　妻　一五二丁
第五款　禁治產者　一五四丁
第二章　權利能力　一五八丁
第一節　自然人　同　丁
第二節　法人　一六一丁
第二編　親族法　一六四丁

第一章　婚姻
第一節　婚姻ノ條件　一六四丁
第一款　婚姻ノ實質上ノ條件　同　丁
第二款　婚姻ノ形式上ノ條件　一七八丁
第二節　婚姻ノ效力　一八五丁
第一款　夫婦ノ身分能力ニ及ホス效力　同　丁
第二款　夫婦ノ財產ニ及ホス效力　一八九丁
第三節　離婚　一九四丁
第二章　親子　二〇一丁
第一節　實親子　同　丁
第一款　嫡出子　二〇一丁
第二款　私生子　二〇五丁
第二節　養子　二〇九丁
第一款　養子緣組ノ條件　同　丁
第二款　養子緣組ノ效力　二一四丁
第三章　扶養ノ義務　二一六丁
第四章　親權　二一九丁
第三編　物權法　二二五丁
第一章　總論　同　丁
第二章　所有權　二三二丁
第三章　所有權以外ノ物權　二三九丁
第一節　質權　二四〇丁
第二節　抵當權　二四一丁
第三節　地役權　二四八丁
第四編　債權法　二四九丁
第一章　總論　同　丁
第二章　債權ノ效力　二六一丁
第三章　債權ノ消滅　二六四丁

第五編　事務管理、不當利得及ヒ不法行爲　二六九丁
第六編　精神的財産ニ關スル權利　二八〇丁
第一章　著作權　二八一丁
第二章　工業財産　二八五丁
第七編　相續及ヒ遺言　二八八丁
第一章　相續　同　丁
第二章　遺言　二九一丁
第八編　行爲ノ方式　二九四丁
第九編　國際民事訴訟法　三〇〇丁
第一章　訴訟能力　同　丁
第二章　訴訟手續　三〇一丁
第三章　裁判管轄　三〇八丁
第十編　國際破産　三一四丁
第十一編　商法　三一八丁

第一章　手形　同　丁
第一節　手形ノ要件　同　丁
第二節　手形ノ方式　三二〇丁
第三節　手形ノ履行　三二二丁
第四節　手形當事者ノ權利義務　三二三丁
第二章　會社　三二四丁
第一節　總論　同　丁
第二節　會社ノ國籍　三二六丁
第三章　海商　三二八丁
第一節　船舶　同　丁
第二節　船長及ヒ船舶所有者ノ責任　三二九丁
第三節　運送契約　三三二丁
第四節　海損　三三三丁

國際私法目次終

國際私法

法學博士　中村進午　講義
卒業生　中村甚慶　編輯

緒論

國際私法ヲ講スルニ當リ第一ニ研究スヘキハ國際私法ナルモノ存在セストノ學說是ナリ此說ニ依レハ今日國際私法ナル文字アルモ是レ唯學問上畫カレタル所ノ一樓閣タルニ過キスシテ即チ之アレハ可ナラントノ一ノ希望タルニ止マレリ元來國際私法ナル文字自體カ既ニ奇ニシテ國際私法ト云ヘハ國ト國トノ間ニ於ケル財產上ノ關係ヲ定メタルモノナルカ如ク聞ユ然レトモ斯ノ如キハ法律上何等ノ意味ヲナサヽルノミナラス又所謂國際私法ノ實質ニ適スルモノニアラサルカ如シ要スルニ國際私法ノ存在ハ之ヲ認ムルコトヲ得サルナリト

國際私法ナル文字ハ我國ニ於テハ漸ク十五六年前ヨリ之ヲ用ヰタルカ如キモ歐羅巴ニ於テハ既ニ六十年前即チ千八百四十一年ニ於テ之ヲ用ヰタリ尤モ其以前ニ於テモ唯斯カル文字ヲ有セサルニ止マリ國際私法テフ觀念ハ之アリシナリ然ラハ當時如何ナル名稱ヲ有シタルヤト云フニ羅甸語ニテハ之ヲ「コンフリクトレグーム」ト云ヒ英語ニテハ之ヲ「コンフリクト、オフ、ロース」ト云ヒテ共ニ法ノ衝突ナル意味ナリトス例ヘハ日本人米國ニ行キ米國人ト米ノ賣買ヲ爲シタルトキ或ハ日本人カ米國人ト書面上ニテ米ノ賣買ヲ爲シタルカ如キ場合ニ日本ノ法律ニ依レハ此契約ハ日本人カ書面ヲ發シタル時ヨリ成立スルモノトシ米國ノ法律ニ依レハ米國人カ書面ヲ受取リタル時ニ成立スルモノトナス場合ニ於テ二國何レノ法律ヲ適用スヘキヤ是レ所謂法ノ衝突ナリ又他ノ例ヲ以テセンカ日本ニテハ婚姻年齡ヲ男ハ十七年女ハ十五年トシ英國ニテハ男ハ十四年女ハ十二年トセル場合ニ英國人ナル十四年ノ男ト十二年ノ女トカ日本ニ於テ婚姻ヲ爲サントスルモ日本ノ法律ニ依レハ取消シ得ヘキ婚姻ナルモ英國ノ法律ニ依レハ有效ノ婚姻タリ斯カル場合ニ於テ其何レノ法律ニ依ルヘキヤノ問題モ亦法ノ牴觸ナリ然ルニ

或學者ハ之ヲ否認シテ曰ク法律ノ衝突トハ同一ナル主權ノ下ニ於テ或者ニ許シ或者ニ許サスト云フカ如キ場合ニ於テ眞ノ衝突アリト云フコトヲ得レトモ例ヘハ日本ト英國トノ如キ其主權同一ナラサル國ノ間ニ於テ法ノ衝突ナル觀念ノ存在シ得ヘキモノニアラスト此議論ハ固ヨリ絕對ニ不可ナリト云フ能ハス唯其觀察ノ方法如何ニアルノミ余輩ハ國際私法ノ名稱ニ付テハ今茲ニ論セスシテ之ヲ後日ニ期スヘシ

國際私法トハ何ソヤ簡單ニ之ヲ解セハ私人ノ行爲ニ如何ナル國ノ法律ヲ適用スヘキヤヲ定メタルモノナリト云フコトヲ得ン然ルニ或學者ハ難シテ曰ク古來各國相集マリテ國際私法ニ關スル規定ヲ置キタルコトナク又之カ條約ヲモ締結シタルニアラス唯單ニ各國ノ國內法ニ於テ之ヲ定メタルニ過キス例ヘハ日本ノ法例ノ如キ佛國民法前加編及ヒ獨逸民法第六編ノ如キ皆國內法ヲ以テ之ヲ規定シタルニ外ナラス故ニ國際私法ナルモノハ涉外的事項ニ關スルコトヲ定メタル國內的私法ナリト此議論ハ最モ盛ニ獨逸、墺地利ニ行ハレ獨逸ニ於テハ之ヲ名ケテ外國法ノ適用ト云ヒ又墺地利ノ學者ハ之ヲ今日墺地利ニ行ハルヽ國際私法ト謂

ヘリ佛國ノ學者ハ之ニ反シテ國際私法ナルモノヲ認メ曰ク若シ國際私法ナシト云ハヽ國際公法モ亦存在セスト云ハサルヘカラス即チ國際公法モ國際私法ト同シク成文法ヲ以テ各國ヲ羈束スルモノナケレハナリト我國ニテハ近時國際公法ナルモノナシト唱フル者アリテ世上之ヲ斬新ナル說ナリト評スル者アレトモ此說タル既ニ三百餘年前ニ唱道セラレタル所ニシテ其後一般ニ排斥セラレ今日ニ於テハ絕テ國際公法ナシトノ說ヲ爲ス者ナシ勿論國際公法ノ立法ナシト雖モ慣習ハ明カニ認メラルヽ所ニシテ我國裁判所ノ判決ニ於テモ國際公法ヲ認メタルハ彼ノ有名ナル「イークサン」號事件ニ於テ之ヲ見ルヲ得ヘク畢竟今日ニ於テ國際公法ナシト云フハ陳腐不通ノ說タルヲ免カレサルナリ國際私法ニ至リテハ國際公法ト異ナリ尙ホ極メテ幼稚ナリ然リト雖モ國際私法上ノ慣習モ亦明カニ存在スルヲ見ル例ヘハ人ノ能力ハ本國法ニ依ルト云フカ如キハ各國ノ認ムル所ニシテ國際私法上ノ慣習ナリ又場所ハ行爲ヲ支配ス (Locus regit actum) ト云フ原則アリ是レ或行爲ノ形式ハ其法律行爲地ノ法律ニ從フトノ意味ナリ其他國際私法上ノ原則ニシテ各國ノ默認スルモノ決シテ少ナシトセス國際私法ニ關スルコトヲ國內法ニ於テ定メタルモノハ固ヨリ國際私法ニアラスシテ國內法ナリ斯ノ如ク國際私法ニ關スルコトヲ國內法ニ規定スルハ不可ナキ所ニシテ恰モ國際公法ニ關スルコトヲ國內法ニ於テ規定スルモ國際公法ノ存在ヲ妨ケス又同時ニ國內法ノ存在ヲ害セサルト同一理ニシテ例ヘハ外國公使ニ治外法權ヲ與フル國際公法ノ原則ヲ國內法ニ於テ規定スルコトヲ妨ケサルカ如シ唯國際私法ハ國際公法ノ如ク發達未タ充分ナラス爲メニ各事項ニ付キ往々不明瞭ナルコト少ナカラサレハ以テ其幼稚ナル學問タルコトヲ知ルヘシト雖モ其幼稚ナルカ爲メ之カ存在ヲ否認セントスルハ誤レリト謂フヘシ故ニ余輩ハ斷シテ國際私法ノ存在ヲ主張セントスル者ナリ

國際私法ハ國際公法ト異ナレリ國際公法ハ國家ト國家トノ關係ヲ定メタルモノニシテ國際私法ハ私人間ノ關係ヲ定メタルモノナリ此點ニ於テ二者ハ明カニ區別ヲ有スルモノトス然ルニ學者或ハ國際私法ヲ國際公法中ニ說クモノアリブルメリング、ブサリモール、マルテンスノ如キ然リ然レトモ國際私法ト國際公法トハ全ク其性質ヲ異ニスルモノナルヲ以テ二者ヲ混同スルハ明カニ誤解ナリトス又

或學者ノ如キハ或事項ニ付テハ國際公法上ノ事柄ト國際私法上ノ事柄トハ區別スルコト能ハサルモノアリ例ヘハ「國籍ニ付テ某人ハ某國ノ人ナルカ故ニ一方ニ於テハ政治上ノ權利ヲ有セス他方ニ於テハ私法上ノ權利ヲ有スト云フカ如キ又他ノ例ヲ以テスレハ治外法權ヲ有スル外國公使カ竊盜ヲ爲スモ處罰セラレス又債務ヲ履行セサルモ其駐在國裁判所ニ於テ裁判ヲ受ケサルカ如キ一ハ國際公法ノ問題ニシテ一ハ國際私法ノ問題タリ然ルニ二者ヲ治外法權ナル國際公法ノ一部ニ於テ論スルニアラスヤ故ニ國際公法中ニ於テ國際私法ヲ說クモ不可ナシト唱フル者アリ余輩ノ見ヲ以テスレハ國際公法中ニモ國際私法中ニモ國籍ニ關スルコトヲ說クヘク又國際公法中ニモ國際私法中ニモ治外法權ヲ論スルコトヲ得ヘク二者ハ決シテ之ヲ公法私法ノ二方面ヨリ觀察スルコトヲ妨クルモノニアラサルナリ是ニ由リテ之ヲ觀レハ國際私法ヲ國際公法中ニ論スルノ非ナルコト亦知ルヘキノミ

國際私法ハ外國人ニ權利ヲ與フルニ至リテ始メテ其源ヲ發シタルモノナリ故ニ國際私法ノ前提ハ外國人ニ權利ヲ付與スルニアリト云フハ一部ノ眞理ナリ然レ

トモ外國人ニ對シテハ私法上ノ權利ハ之ヲ與フルト雖モ政治上ノ權利ニ至リテハ之ヲ與ヘサルヲ原則トス此等ハ主トシテ國際公法ニ於テ攻究スヘキモノナリ例ヘハ外國人ハ日本ノ官吏ト爲リ又ハ議員ト爲ルコトヲ得サルカ如シ既ニ外國人ニ權利ヲ付與スルニ至リテ國際私法ハ發達シタルモノナル以上ハ先ツ其根源ニ溯テ如何ニシテ外國人ニ權利ヲ與ヘタルヤヲ研究シ併セテ我國ノ現在ニ於テハ如何ナル權利ヲ外國人ニ與フルヤヲ說明セントス

古代ニ於テハ外國人ハ全ク無權利ナリキ今日ニ於テモ尙ホ公法上ノ權利ヲ外國人ニ與ヘサルヲ原則トス歐洲諸國ニ於テハ昔時外國人ニ權利ヲ與ヘサルノミナラス外國人ヲ敵トシテ遇セシナリ殊ニ羅馬ハ希臘ヨリ一層甚タシカリシナリ「バルバール」ハ希臘ニ來ルモ何等ノ權利ヲ有セス然レトモ義務ヲ負ハシムト斯ノ如ク法律上ヨリ觀察スレハ無權利ナリシト雖モ神ハ外國人ヲモ同一視スルモノナリトシ外國人ノ權利ハ事實上ニ於テハ幾分カ保護ヲ受ケタリ

羅馬ニ於テハ外國人ナル名稱ヲ表ハスニ敵ナル文字ヲ以テセリ外國人ハ啻ニ野蠻人ナリ權利ナシト認メタルノミナラス之ヲ敵ト認メタリ羅馬ニテハ羅馬人カ

權利ノ主體タリ得ルノミニシテ外國人ハ權利ノ主體ト認メラレサリシナリ故ニ羅馬ニテハ權利ノ主體ニ羅馬ノ國民タルコトヲ基礎トセリ然レトモ其後ニ至リ外國人ヲ權利ノ主體ト認メサル爲メ大ニ不便ヲ感スルニ至レリ唯リ外國人ノミナラス羅馬人ト雖モ之カ爲メ困難ヲ生スルニ至レリ何トナレハ外國人ニ物品ヲ賣却シ其外國人カ代金ヲ支拂ハサルモ外國人ハ權利ノ主體ニアラストセルヲ以テ之ヲ被告トシテ裁判所ニ訴フルコトヲ得ス從テ羅馬人ハ外國人ヲ殺害スルコトヲ得ヘシト雖モ代金ヲ得ルノ途ナケレハナリ此不便ハ羅馬人ヲシテ寧ロ代金ヲ支拂ハシムルノ利益ナルヲ覺ラシメ遂ニ外國人ニ權利ヲ與フルニ至リタリ是ニ於テカ內外人ノ間ニ於ケル法律ノ發生ヲ促カセリ所謂「ユス、ゲンチユーム」是ナリ從來羅馬人ノミノ裁判ヲ爲シタル羅馬ノ裁判所モ是ヨリ羅馬人ト外國人及ヒ外國人間ノ裁判ヲ爲スニ至レリ之ヲ「プレートル、ペレグリナス」ト云フ之ト同時ニ羅馬人間ノミノ裁判官ヲ生セリ之ヲ「プレートル、ウルバーナス」(市民ノ裁判官)ト云フ彼ノヒユーニック戰爭後羅馬ハ外國トノ交通ヲ繁クシタルヨリ外國人ニ權利ヲ與フルコト益〻必要トナリタリ當時ニアリテハ外國人ニハ萬民法ヲ適用シ羅馬人ニハ市民法ヲ適用シタリシカ後ニハ一般ニ萬民法ノミヲ適用スルニ至リタリ斯ノ如ク羅馬ニ於テハ漸次外國人ニ權利ヲ與フルニ至リ純然タル羅馬人ト素ト外國人ナリシモ羅馬ヨリ征服セラレ羅馬人ト爲リタル者及ヒ外國人ノ三種アリ第一ヲ市民ト云ヒ最大ノ權利ヲ有シ第二ノ者ハ之ヨリ低キ權利ヲ有シ第三ノ者ハ最低ノ權利ヲ有シタリシモ其後羅馬ノ版圖益〻廣大ト爲リカラカラ帝ノ時代ニ至リテハ市民ノ權利ト征服地ノ人民ノ權利トハ同一ト爲リタリ

羅馬ニ於テハ外國人ニ權利ヲ與フルニ至リタレトモ或種ノ權利例ヘハ公法上ノ權利政治上ノ權利ヲ制限スルノミナラス又私法上ノ權利ヲモ制限シタリコンスタンス帝時代ニ於テ外國人カ羅馬ニ入ルトキハ先ツ國境ニテ所持金ヲ檢査シ又羅馬ヲ出ツルトキハ其持來リタル、ヨリ多クノ金ヲ持去ルコトヲ許サヽリキ其後セオドシアス帝時代ニ於テ外國人ハ羅馬ノ港及ヒ市場ニ入ルヲ禁シタリ是レ羅馬人トノ競爭ヲ防止セントスルノ主意ニ出テタルモノナリ之ヲ今日ヨリ觀ルトキハ狹量ナルカ如キモ何レノ國ト雖モ斯カル制限ヲ加ヘサルナキナリマーカスオーレリアス帝時代ニ於テハ鐵ト武器トヲ外國人ニ賣ルヲ許サス是レ武器ヲ以

テ羅馬ニ抗敵スルヲ恐レタルニ基ケリ

日耳曼人種ノ法律ニ於テモ亦中古外國人ヲ稱シテ外國人ト云ハス外國人ナル文字ト盜賊ト云フ文字ト同一ナリシナリ或ハ之ヲ漂泊人、宿無ト云ヒ又ハ追出サルヽ人間ト云フ意味ニ使用シタリ然レトモ外國人ニハ宿ト火ヲ與フヘシト命セリ後チヤールス大王時代ニ於テハ之ニ一ヲ加ヘ外國人カ火、宿及ヒ水ヲ乞フトキハ之ヲ拒絶スルコトヲ得ストナセリ然レトモ外國人ハ之カ爲メニ權利ヲ得タルニハアラサリシナリ

日耳曼人種ノ法律モ亦其初メニ於テハ外國人ノ權利ヲ認メサリシカ後世ニ至リ外國トノ交通漸ク盛ナルニ及ヒテ稍、其權利ヲ認メ之ヲ保護スルニ至リタリ然レトモ尚ホ(イ)外國人ノ武器ヲ所持スルコト及ヒ(ロ)日耳曼人ト結婚スルコトヲ許サス又(ハ)外國人ハ完全ナル所有權ヲ有スルコト能ハス從テ遺言、贈與又ハ其他ノ方法ニ依リテ自己ノ財産ヲ處分スルコト能ハサリキ又(ニ)日耳曼人ハ外國人ニ金錢ヲ貸與シ外國人カ債務者タル場合ニ之カ保證人トナルコトヲ禁セラレ及ヒ(ホ)外國人ハ貨物ノ小賣ヲ爲スコトヲ許サレサリキ是レ外國人カ商業ヲ營ミテ內國人ノ取得スヘキ利益ヲ奪フノ結果ヲ生スレハナリ而シテ外國人ヨリ輸入スル貨物ニハ莫大ノ輸入稅ヲ課シタリキ其他外國人ニ付テハ國家ハ(イ)國庫相續權及ヒ(ト)難破船沒收權アルモノトセリ

日耳曼人種ハ外國人ハ內國ニ於テ國王ヨリ法律上ノ保護ヲ受クルモノナルカ故ニ其保護ニ對シ年々一定ノ租稅ヲ納付スヘキモノトシ其租稅ハ國王ノ保護ニ對スル報償ナリト思惟セリ而シテ外國人若シ內國人トナルコトナクシテ死亡スルトキハ其被相續權ヲ認メスシテ其財産ハ死者ノ在住セシ國家之ヲ收ムルコトヽセリ之ヲ國庫相續權(Jus albineigüi)ト云フ

難破船沒收權(Jus naufragüi)ハ獨リ難破シタル船舶ノミナラス其船ニ搭載セル財産ヲモ沒收シ及ヒ其船ニ乘込ミタル總テノ人ヲモ捕ヘテ奴隸トナシタリキ是レ蓋シ其土地ニ於テ救助セラレサリシナラハ生命及ヒ其財産ヲ失フヘカリシニ幸ニ其土地ノ人ニ救助セラレテ生命財産ヲ保維シタルモノナルカ故ニ其船舶、財産ハ勿論、人ハ奴隸トナリテ其國ノ王ニ屬スヘキモノナリトノ思想ニ出ツ然レトモ此思想ハ極端ニ走リ之ヲ以テ日耳曼人種好箇ノ財源トナシ平素難破船ノ多カラン

コトヲ神前ニ祈リ難破船ノ爲メニ所々ニ燈臺ヲ設ケ或ハ風雨ノ夜ニ燃火ヲ爲シテ之ヲ誘致シタルコトスラアリシト云フ此事タル獨リ外國ノ臣民ニ付テノミナラス君主又ハ官吏ト雖モ此規則ノ適用ヲ免カルヽコト能ハサリキ一例ヲ擧クレハ千六十五年ゴドウヰンノ子ハロルドナル者ノルマンヂーニ航セントシテソムメイ河口ニ於テ暴風雨ニ遭ヒグイ、フォンポンチウ伯ノ領地ニ漂着シタルコトアリ伯ハ所謂難破船沒收權アリトシテハロルド及ヒ其從者ヲ掠奪セシメ之ヲ城塞中ニ抑留セシカ後莫大ノ金員ト土地トヲ與ヘテハロルド以下ノ解放ヲ請ヒ漸クニシテ之ヲ許サレタリキ而シテ此種ノ沒收權ハ其後之ヲ嚴禁センコトヲ圖リシカ何等ノ效ヲ奏セスシテ止メリ千六百八十一年佛蘭西王ルイ十四世ハ一面ニ於テハ之ヲ禁シ其實多大ノ貨金ヲ徵收スルコトヲ得ルモノトナセシヲ以テ遂ニ同王ノ時代ニ至リテ之カ禁止其效ヲ現ハセリ

又各地ノ諸侯ハ國王ニ代リテ外國人ヲ保護スト稱シ旅行者ノ必要ナキニ拘ハラス故ラニ橋梁、街道、門等ヲ通過セシメ一々租稅ヲ徵シタルコトアリ此通過稅ヲ得ルカ爲メニ設ケラレタル橋梁門關等今日尙ホ其跡ヲ遺スモノ尠ナカラス

斯ノ如ク日耳曼人種ノ間ニ於テハ外國人ハ內國人ニ比シテ其權利ヲ制限セラレタリト雖モ時トシテハ之ニ反シテ內國人ヨリモ外國人ニ多クノ權利ヲ與ヘタルコトアリキ是レ外國ノ商人、學生、職工等ニ對スルモノニシテ之ニ依リテ自國ノ利益ヲ圖ラントシタルモノナリ

然ルニ國際ノ關係漸ク親密トナリ外國人ニハ相互的ニ權利ヲ認ムルニ至レリ之ヲ相互主義ト云フ相互主義ニ二アリ一ヲ法律相互主義ト云ヒ二ヲ條約相互主義ト云フ

一　法律相互主義　法律相互主義トハ甲國ノ法律カ乙國人ノ甲國ニ在ル者ニ或權利ヲ與フルコトヲ許ストキハ乙國モ亦甲國人ノ乙國ニ在ル者ニ同一ノ權利ヲ與フルコトヲ其法律ニ於テ規定スル主義ナリ墺地利民法、普漏西ノ古代普通法、モナコ、瑞典等ノ法律ハ皆此主義ヲ採用セリ

二　條約相互主義　條約相互主義トハ甲國ノ人民ニ乙國家カ或權利ヲ與フレハ甲國家モ亦乙國人ニ同種ノ權利ヲ與フルコトヲ甲乙兩國ノ條約ニ於テ約定スル主義ナリ佛蘭西、希臘、ルクセンブルグノ法律ハ此主義ニ從フ

然レトモ佛蘭西ニ於テハ左ノ權利ハ縱令相互的ニモ之ヲ外國人ニ認メス即チ

イ　裁判管轄權ハ佛蘭西人ノ外之ヲ有スルコトヲ得ス

ロ　外國人カ訴訟ヲ爲スニハ保證ヲ立テサルヘカラス

ハ　外國人ハ佛蘭西ノ官林ニ入リテ薪下草ヲ採取スルコトヲ得ス

佛國大革命ノ時代ニ於テハ所謂自由平等主義ノ極端ナル實行ノ結果トシテ外國人ト雖モ絕對的ニ內國人ト同一ノ權利ヲ有スルモノナリトノ法律ヲ見タリシカ那翁法典編纂ノ時ニ於テハ以前ノ相互主義ニ復舊シ今日ニ於テハ其制限稍寬大トナリタルモ尙ホ相互主義ヲ原則トセリ

相互主義ニ次テ發生シタル主義ニシテ而モ最新ナルモノヲ內外人同權主義トス內外人同權主義ト云フモ絕對的ノモノニアラス政治上ノ權利ハ原則トシテ之ヲ認ムルコトナク私權ニ付テ原則トシテ內外人ハ平等ニ之ヲ享有ストナスノ主義ナリ伊太利、西班牙、丁抹、ルーマニア、葡萄牙及ヒ日本ノ如キ此主義ヲ採ル

露西亞及ヒ北米合衆國ノ採用スル所ノ主義ハ甚タ明瞭ナラス前者ハ多クノ制限ヲ爲シ後者ハ各州其法律ヲ異ニスルヲ以テ一定ノ說明ヲ爲スコト能ハス

英吉利ハ千八百七十年以後外國人ノ權利ヲ認ムルニ至リシモ其以前ニ於テハ之ニ非常ナル制限ヲ加ヘタリ今日同國カ外國人ノ權利ニ加フル制限ノ重ナルモノヲ例示スレハ外國人ハ英國人ノ後見人タルコトヲ得ス又外國ト英國ト開戰スルトキハ其外國人ハ戰爭ノ繼續中凡テ私權ヲ享有スルコトヲ得ス（但此點ニ付テハ實際ハ其權利ヲ停止スルノミ）又英國船舶ヲ所有スルコトヲ得サル等ノ如シ然ルニ英國ニ於テハ一方ニ於テ甚タ寬大ナル點ナキニアラス例ヘハ外國人ト雖モ辯護人トナルコトヲ許シ及ヒ陪審官タルコトヲ得ルカ如キ是ナリ之ヲ要スルニ同國法ノ主義ハ甚タシク制限セラレタル同等主義ナリト云フヘシ

前ニ內外人同等主義ヲ採用スル國トシテ揭ケタルモノト雖モ其分量ニ於テコソ差異アレ各或制限ヲ加フルヲ見ル例ヘハ伊太利ノ如キハ其民法ニ於テ內外人ノ權利ハ平等ナリトセルニ拘ハラス伊太利ノ國籍ヲ有スル船舶ヲ所有スルニハ同國ニ五年以上住所ヲ有スルコトヲ要ストシ葡萄牙ノ如キモ著作權ニ付テ制限シ丁抹モ著作權、商標權、特許權ニ付テ制限ヲ加ヘタリ

我民法第二條ニ於テハ外人ハ原則トシテ私權ヲ享有スルコトヲ定メ唯法令又ハ

條約ニ禁止セル場合ヲ以テ例外トシ所謂內外人同等主義ヲ明カニ採用セリ今其禁止アル現行ノ法令ヲ列擧セハ概ネ左ノ如シ

明治三十二年三月法律第六十七號外國人ノ抵當權ニ關スル件

明治五年四月十四日第百二十四號布告及ヒ明治六年一月十七日第十八號達第十一條

明治三十三年二月法律第七十三號衆議院議員選擧法第八條及ヒ第十條

府縣制第六條

郡制第六條

徵兵令第一條

民事訴訟法第八十八條

明治二十一年四月法律第一號市制町村制第七條第八條第十二條

明治三十一年七月法律第二十一號本邦人外國人ヲ養子又ハ入夫トナスニ關スル件

明治三十二年三月法律第五十號外國人署名捺印及ヒ無資力證明ニ關スル件

明治三十二年三月法律第六十六號國籍法

明治三十二年三月法律第九十四號日本人ノ家族ノ國籍ヲ失ヒタル者ノ權利ニ關スル件

明治十五年六月第三十二號布告日本銀行條例第五條

明治二十二年七月勅令第二十九號橫濱正金銀行條例第五條

明治二十六年三月法律第五號取引所法第十一條

明治二十年八月勅令第四十二號逃亡犯罪人引渡條例第一條第三項

明治三十二年三月法律第六十八號外國官船乘組員ノ逮捕留置ニ關スル援助法第二條第一項

明治二十六年三月法律第七號辯護士法第二條

明治三十三年三月法律第三十六號治安警察法第六條

明治二十年十二月勅令第七十五號新聞紙條例第六條

明治二十九年三月法律第十五號航海奬勵法第一條

明治三十二年三月法律第六十三號水先法第六條

明治三十二年三月法律第四十六號船舶法第一條中第二第三第四及ヒ第二條
明治二十九年三月法律第十六號造船奬勵法第一條
明治三十年三月法律第四十五號遠洋漁業奬勵法第四條
明治二十三年九月法律第八十七號鑛業條例第三條
明治二十六年三月法律第十號砂鑛採取法第四條第一項
明治三十二年六月勅令第三百七十二號外國會社ノ支店及ヒ我國人カ設立シタル會社竝ニ組合ニ關スル件
明治三十二年六月勅令第二百七十三號外國保險會社ニ關スル件
明治三十年四月臺灣總督府令第十五號外國人ニ對シ土地建物ノ賣渡、讓與、交換、貸渡、質入、書入ニ關スル規則
明治三十一年七月法律第十號
明治三十二年八月臺灣總督府令第八號行旅病人及ヒ行旅死亡人取扱法第十七條ニ由ル外國人タル行旅病人及ヒ行旅死亡人及ヒ同伴者取扱ニ關スル法
明治三十二年臺灣總督府第七十一號外國人取扱規則

明治三十二年七月勅令第三百五十二號條約若クハ慣行ニ依リ居住ノ自由ヲ有セサル外國人ノ居住及ヒ營業等ニ關スル件
明治三十三年一月律令第一號外國人ノ土地取得ニ關スル件
明治三十二年七月律令第十三號外國人ノ署名捺印及ヒ無資力證明ニ關スル件
明治三十二年七月勅令第三百二十九號外國人又ハ外國法人ノ權利ノ目的タル不動產ニ關スル件
明治三十二年十二月勅令第四百五十八號
明治三十二年七月司法省令第四十一號外國人又ハ外國法人ノ權利ノ目的物タル不動產ニ關スル登記取扱手續
明治三十二年九月內務省令第五十一號
明治三十一年法律第二十一號ニ依リ外國人ヲ養子又ハ入夫トナサントスル者ノ出願手續ニ關スル件
明治三十二年七月司法省令第四十號非訟事件手續法第二百九條ノ二ニ依リ外國人ノ遺產ノ保存處分ニ關スル手續

明治三十二年八月律令第二十四號本島人及ヒ清國人ノ民法第二百四十條及ヒ第二百四十一條適用ノ件
明治二十九年三月移民保護法
戸籍法第百七十條
民事訴訟法第九十二條
法例
明治三十三年三月法律第六十九號保險業法第百十五條
明治三十三年九月勅令第三百八十號外國保險會社ニ關スル件

第一章　國籍

第一節　國籍ノ性質

國籍ノ性質

國籍トハ平易ニ云ヘハ或個人カ何レノ國ニ屬スルヤヲ定ムルモノナリ之ヲ法律上ヨリ觀察スレハ國籍トハ或人カ或國ノ法律ニ絶對的ニ服從スル關係ヲ謂フ例ヘハ或人カ日本ノ法律ニ絶對的ニ服從スルトキハ此人ハ日本ノ國籍ヲ有スルモノナリ斯ノ如ク國籍ヲ定ムルノ必要ナル所以ハ或人カ絶對的ニ服從セサル場合アルヲ以テナリ例ヘハ外國人カ內國ニ來リテ在住スルモ日本ノ法律ニ絶對的ニ服從スルモノニアラスシテ一時的ノ服從ナリ然ルニ內國人ハ其內國ニ在ル間ハ勿論外國ニ在ルトキト雖モ日本ノ法律ニ絶對ニ服從スルモノナリ斯ノ如キ者ハ即チ日本ノ國籍ヲ有スルモノナリ

國籍ニ付テハ學者或ハ之ヲ國際私法中ニ說明スヘキモノナリト云フモノアリ又多數ノ國際公法學者ハ之ヲ國際公法中ニ說明スルモノアリ然レトモ既ニ前ニモ述ヘタルカ如ク國籍ニ關スルコトハ之ヲ國際公法及ヒ國際私法ノ兩面ヨリ觀察スルコトヲ得ヘキモノニシテ必スシモ其一方ノミヨリ之ヲ觀察スヘキモノニアラス我舊民法ノ如キハ之ヲ國民分限ト名ケタリシカ明治三十二年法律第六十六號ヲ以テ國籍法ヲ發布シタリ蓋シ國籍ニ關スルコトハ純然タル私法ノ問題ノミニアラスシテ公法ノ分子ヲモ有スルヲ以テ特ニ之ヲ單行法トシテ發布シ前述ノ極端ニ陷ルノ弊ヲ避ケタルモノナリ

余輩ハ尙ホ進ンテ國籍ノ性質ニ付キ最モ重要ナル二三ノ點ヲ揭ケテ之ヲ說明セントス

第一　甲國人乙國ニ在ルトキニ於テハ乙國ノ命令アルトキハ其命令ニ因リテ乙國ヲ退去セサルヘカラス又乙國人甲國ニ赴クトキニ當リテ甲國ハ其渡來ヲ禁止スルコトヲ得ヘシ然ルニ甲國人ハ甲國ニ滯在スルノ權利ヲ有シ甲國ヨリ追放セラルヽノ義務ヲ負ハス又外國ヨリ歸來スルニ當リ甲國ハ其國內ニ入ルコトヲ禁止スル能ハスシテ要スルニ或國ノ國籍ヲ有スル者ノ外國ニ滯在スルノ權利ハ或ハ制限セラレ或ハ絕對ニ有セサルコトアリト雖モ自國ニ於テハ其滯在ヲ禁止若クハ制限セラルヽコトナキナリ一國カ他國人ノ渡來ヲ禁止シ若クハ制限スルハ自國ノ安全ヲ保タンカ爲メニスルモノニシテ一國カ自國人ヲ國外ニ追放スルコト能ハサルハ自國人ナシテ世界到ル處ニ居住スルコトヲ得サラシムルノ危險ヲ防禦センカ爲メナリ犯罪人引渡條約若クハ犯罪人引渡條例ニ一國カ自國人ヲ他國ニ引渡スノ義務ナキコトヲ約定又ハ規定スルハ皆此性質ヨリ出ツルモノナリ

第二　國家ハ自國ノ國籍ヲ有スル者ニ對シテ特別ノ保護ヲ與ヘサルヘカラサルノ義務アリ其自國國內ニ在ル場合ハ勿論外國ニ在ル場合ト雖モ之ヲ保護セサルヘカラサルノ義務ヲ負フモノトス之ニ反シテ國家ハ外國人ノ自國ニ滯在スル者ニ對シテハ一定ノ保護ヲ與フル義務アルノミニシテ外國人カ其本國若クハ其他ノ外國ニ在ルトキハ之ヲ保護スルノ義務ヲ有セサルヘシ是レ即チ內國人ト外國人トノ區別アル所以ニシテ內國人ハ自國ノ保護ヲ受クルノ權利ヲ有スル而シテ國家カ此保護ヲ與フルノ機關ハ國內ニ於テハ國內ノ機關ニ依リ國外ニ於テハ國際的國家機關ニ依ルモノトス所謂國際的國家機關トハ重ニ公使領事等ヲ指スモノニシテ何レノ國ノ領事規則ト雖モ領事カ外國ニ在ル本國ノ人民ヲ保護スルノ規定ヲ設ケサルモノナシ例ヘハ婚姻ニ關スル證明、遺產ノ處分難破船ノ救助等ナリ第三國カ甲國ニ在ル乙國人民ヲ保護スルハ決シテ其義務ニアラス從テ甲國ニ在ル乙國人民ハ甲國ニ在ル第三國ノ公使又ハ領事ニ對シ保護ヲ請求スルノ權利ナキナリ斯ノ如キハ即チ權利ノ問題ニアラスシテ唯好意上ノ問題ナリトス但條約ヲ以テ一ノ國家ト他ノ國家トカ第三國ニ在ル自國人民ノ保護ヲ約シタル場合ニ於テハ此限ニアラス例ヘハ明治二十七、八年ノ戰爭ニ際シ上海ニ在ル日本人カ北米合衆國ノ領事ノ保護ヲ受ケタル如キハ權利

又ハ義務ノ問題ニアラスシテ單ニ合衆國ノ好意ニ出テタルモノナリ又露帝ニコラスカ土耳古ニ在ル加特力教ヲ奉スル人民ヲ保護シタルハ條約ニ依リテ生シタル權利ナリ

第三　國家ハ自國ノ國籍ヲ有スル者ニ對シテ或特殊ノ權利ヲ有ス例ヘハ兵役ニ服セシムルノ權利、租稅ヲ徵收スルノ權利ノ如キ是ナリ從テ人民ハ國家ニ對シ服從ノ義務ヲ負フ此義務タルヤ國家ノ保護ニ對スル報酬ナリト謂フ學者アリ然レトモ外國人ハ斯ノ如キ義務ヲ負フコトナキナリ又國家ハ政治上ノ權利ヲ外國人ニ與ヘサルヲ通則トス然レトモ外國人ニ政治上ノ權利ヲ與ヘスト謂フコトハ總テノ內國人ニ政治上ノ權利ヲ與フルモノナリトノ謂ニアラス內國人ト雖モ政治上ノ權利ヲ有セサル者アリ唯外國人ハ總テ政治上ノ權利ヲ有セストノ點ヨリ其國ニ對シ特別ノ義務ヲ負フコトナシトノ結果アルニ過キス

國籍ノ取得

第二節　國籍ノ取得

國籍ハ或人カ絕對的ニ或國ノ法律ニ服從スル關係ヲ謂フ故ニ或人カ何レノ國籍ヲ有スルカヲ定ムルハ最モ重要ナル事項ニ屬ス是ヲ以テ各國ハ其國內法ヲ以テ之カ規定ヲ設ケサルハナシ而シテ國籍取得ニ關スル規定ヲ爲スニ付テモ前述セル國籍ノ積極的衝突竝ニ消極的衝突ヲ避ケサルヘカラス我國ニ於テハ憲法第十八條ニ「日本臣民タルヲ要件ハ法律ノ定ムル所ニ依ル」トノ規定アリ然レトモ從來我國ニ於テハ國籍ニ關スルコトヲ定メタル法律ノ實施セラレタルモノナカリシカ明治三十二年國籍法ノ發布ヲ見ルニ及ヒ始メテ如何ナル者カ日本人ニシテ又如何ナル者カ日本人トナルコトヲ得ルカノ問題ヲ解決スルコトヲ得ルニ至レリ

國籍ノ取得ハ

第一　出生ニ因ル國籍ノ取得
第二　歸化ニ因ル國籍ノ取得
第三　選擇ニ因ル國籍ノ取得
第四　認知ニ因ル國籍ノ取得
第五　婚姻ニ因ル國籍ノ取得
第六　養子緣組又ハ入夫婚姻ニ因ル國籍ノ取得
第七　回復ニ因ル國籍ノ取得

第八　未成年者カ父母ニ伴フ國籍ノ取得

第九　妻ノ夫ニ伴フ國籍ノ取得

等是ナリ以下各場合ニ付キ之ヲ説明スヘシ

出生ニ因ル國籍ノ取得

第一款　出生ニ因ル國籍ノ取得

國籍取得ノ原因其數多シト雖モ就中最モ重ナルモノヲ出生ニ因ルモノトス出生ニ因ル國籍ノ取得ニ出生ナル事實アリタル場合ニ子ヲシテ其父又ハ母ノ國籍ニ從ハシムルノ主義アリ之ヲ血統主義ト名ク又出生ナル事實アリタル場合ニ其子ヲシテ出生地ノ國籍ニ從ハシムルノ主義アリ之ヲ出生地主義ト稱ス而シテ此二主義ヲ折衷シタルモノアリ之ヲ折衷主義ト云フ

我國籍法ハ血統主義ヲ基本トナシ之ニ出生地主義ヲ交エタルモノナリ即チ國籍法ノ規定ニ依レハ出生ニ因リテ日本ノ國籍ヲ取得スル場合ヲ次ノ五トナス

第一　父カ日本人ナルトキ

第二　父カ不明ナルカ又ハ無國籍ナル場合ニ其母カ日本人ナルトキ

第三　母カ懷胎シタルトキ父カ日本人ニシテ子ノ出生シタルトキニ父カ離婚

又ハ離緣ニ因リテ外國ノ國籍ヲ獲得シ居リタルトキ(以上血統主義)

第四　日本ニ於テ生レタル子ノ父母カ共ニ知レサルトキ

第五　日本ニ於テ生レタル子ノ父母カ共ニ無國籍人ナルトキ(以上出生地主義)

舊民法人事編ニ於テハ國籍取得ノ原因ヲ規定シテ(第一)日本人タル父母ノ子(第二)日本人タル父ノ子(第三)父不明ナルモ母カ日本人ナルトキ(第四)父母共ニ不明ナルモ日本ニ於テ生レタル子(第五)父母共ニ知レス且其出生地モ亦不明ニシテ日本ニ現在スル者ハ日本人トストアリ今此規定ヲ觀察スルニ第一ノ場合ハ第二ノ場合ニ包含スルヲ以テ不必要ナリ第二、第三、第四ノ場合ハ現行國籍法ノ規定スル所ナレトモ第五ノ場合ハ之ヲ規定セサルヲ以テ現行法上之ヲ無國籍人トナサヽルヘカラス此點ニ付キ新舊何レノ法制ヲ可トスヘキヤ余ハ現行國籍法ヲ可ト信ス

英國ニ於テハ英國人ヨリ生レタル子ハ其出生地ノ何レタルヲ問ハス總テ之ヲ英國人トナシ(絶對血統主義)又外國人ヨリ生レタル子ナルモ英領ニ於テ生レタルモノナルトキハ之ニ英國ノ國籍ヲ取得セシメタリ(絶對出生地主義)然レトモ例外トシテ英國ノ領地カ外國ヨリ占領サレタルモノナル場合ニ其占領地ニ於テ外國人

ヨリ生レタル子ハ之ヲ英國人トナサヽリシナリ又千八百七十年ノ追加條例ニ依リテ英國人ノ子ナルモ外國ニ於テ生レタルモノハ其子カ成年ニ達シタル後其子ノ意思ニ因リ外國人トナルコトヲ得ヘク又英國ニ於テ外國人ヨリ生レタル子ハ其外國人ノ本國法カ之ヲ自國人トナストキハ其子カ成年ニ達シタル後外國人トナルコトヲ得トノ例外ヲ設ケタリ

佛國ニ於テハ血統主義ヲ原則トナシ之ニ交フルニ出生地主義ヲ以テセリ然レトモ其出生地主義ハ通常ノ出生地主義トハ異ナレリ余ハ之ヲ二代出生地主義ト名ケントス即チ千八百五十一年二月七日ノ法律ノ規定ニ依レハ佛國ニ於テ生レタル子ハ其父カ佛國ニ於テ生レタルモノナルトキハ佛國ノ國籍ヲ獲得セシムトアリ此主義ノ弊害トスル所ハ例ヘハ或外國人タル夫婦カ數十年前ニ佛國ニ旅行中子ヲ生ミタリトセンニ其子カ數十年ヲ經テ佛國ニ行キタルニ偶子ヲ生ミタリ此場合ニ其子ハ佛國人トナル斯ノ如ク曾テ父母カ佛國ニ生レタルモノナリトノ偶然ナル理由ニ依リ其子ヲ佛國人トナスハ毫モ理由ナキモノト云ハサルヘカラス故ニ千八百七十四年十二月十二日ノ法律ニ依リテ斯ノ如キ子ハ成年ニ達シタル後外國ノ國籍ヲ有セリトノ證明ヲ爲シ佛國人タルカ將タ其外國ノ國籍ヲ得ルカヲ選擇スルノ自由ヲ與ヘタリ又伊太利ノ法律ニ依レハ血統主義ヲ基本トナシ之ニ交フルニ一種ノ出生地主義ヲ以テセリ即チ伊太利ニ於テハ十年間引續キ伊太利ニ住所ヲ有シタル外國人ノ子ニシテ伊太利ニ於テ生レタルトキハ之ヲ伊太利人トスルヿセンブルヒニ於テハ又血統主義ヲ採レトモ出生地主義ニ依リテ之ヲ折衷セリ而シテ其折衷ノ方法ハ佛國ノ主義ト伊太利ノ主義トヲ混合シタルモノナリ即チ二代出生ノ子ノ父母カ引續キルヿセンブルヒニ住所ヲ有シタル場合ニ於テハ其子ヲルヿセンブルヒ人トナスコト是ナリ

今日ニ於テ尚ホ絶對的出生地主義ヲ採レルモノハ南亞米利加ノ諸國アルノミ他ハ悉ク折衷主義ヲ採レリ以上ノ諸主義中何レノ主義ヲ可トスヘキヤ余ハ血統主義ヲ最モ可ナルモノナリト信ス然レトモ何レノ主義ヲ採ルモ絶對的ナル能ハス所謂折衷主義ナルモノヲ採ルモ其根本トスル主義ハ血統主義ニ依ルヘキカ將タ出生地主義ニ依ルヘキカヲ先決セサルヘカラス余ハ此主義ニ於テモ血統主義ヲ以テ根本ノ主義トナスコトヲ妥當ト信スルモノナリ

余ハ今茲ニ血統主義及ヒ出生地主義ハ何レモ之ヲ絶對ニ採用スヘカラサル所以ヲ説明セン

絶對ニ出生地主義ヲ採用スルヨリ生スル弊害ヲ擧クレハ左ノ如シ

第一　絶對ノ出生地主義ハ家族ノ和合ヲ害ス

第二　此主義ハ父母及ヒ子ノ意思ニ反シ單ニ偶然ノ出來事ニ因リテ人ノ國籍ヲ決スルノ弊害アリ

第三　此主義ハ封建時代ニ於ケル所謂人民ハ土地ノ産物ナリトノ思想ニ根據スルモノニシテ誤謬ナリ

第四　此主義ハ無所屬ノ土地又ハ共有地ニ生レタル子ノ國籍ヲ決定スル能ハサルノ結果ヲ生ス

次ニ又絶對ノ血統主義ヲ採用スルヨリ生スル弊害ハ左ノ如シ

第一　此主義モ亦本人及ヒ父母ノ意思ニ反シテ國籍ヲ決定スルコトアリ

第二　世界的交通ノ頻繁ナルニ伴ヒ風俗、人情、慣習等各國同一トナルニ拘ラス絶對ニ父母ノ國籍ニ從ハシムルハ不當ナリ

第三　父母ノ不明ナルトキ又ハ無國籍ナル場合ニ其子ノ國籍ヲ決定スル能ハサル結果ヲ生ス

パール氏ハ曰ク國籍ハ血統主義ニ從テ決定スヘキモノナリ自國國内ニ生レタル子ハ父、婚姻以外ノ出生ナルトキハ母カ既ニ其國家ノ領地内ニ於テ生レタルモノナルトキ始メテ其子ヲシテ出生地ノ國籍ヲ得セシムヘキモノトス但其子ノ出生後六个月以内ニ父、父ナキトキハ母、父母共ニナキトキハ後見人カ出生地ノ官廳ニ向テ其子ヲシテ父、父ナキトキハ母ノ國籍ヲ有セシムヘシトノ宣言ヲ爲サヽレハ其子ハ出生地ノ國籍ヲ有スルコトヽナルヘシ云々ト此説ハ血統主義ニ交フルコト二代出生地主義ヲ以テシタルモノニシテ父母又ハ後見人カ子ヲシテ血統ニ從テ國籍ヲ決定セシムヘシトノ宣言ヲ爲サヽルトキハ第二代ニ其地ニ生レタル子ニ當然出生地ノ國籍ヲ取得セシムヘシトナセルモノナリ余ハ血統主義ニ重キヲ置クヲ可ナルヲ信スレトモ未タ二代出生地主義ヲ認ムルノ正當ナルヲ信セサルナリ故ニ余ノ所見ニ依レハ二代出生ノ場合ト雖モ父母又ハ後見人カ何等ノ宣言ヲモ爲サヽルトキハ子ヲシテ當然父母ノ國籍ヲ取得セシメ唯成年ニ達シタル後ニ

至リテ血統ニ依ル國籍ト出生地ノ國籍トノ兩者ニ付キ之ヲ選擇スルノ自由ヲ與フルヲ可ナリト信ス

出生地主義ト出生地主義ト衝突スル場合ハ共有地ノ場合ニ限ル然ルニ血統主義ト血統主義ト衝突スル場合ハ一方ノ血統主義ヲ採ル國カ子ヲシテ父ノ國籍ニ從ハシムヘシハシムヘシトナシ他方ノ血統主義ヲ採ル國カ子ヲシテ母ノ國籍ニ從ハシムヘシトナス場合ニ於テ一人ノ子カ兩國ノ國籍ヲ得ル結果即チ國籍ノ積極的衝突ヲ來スモノトス例ヘハ白耳義民法草案ニハ白耳義人タル父又ハ母ヨリ出テタル子ハ白耳義人トスト定ムルカ故ニ日本人タル父ト白耳義人タル母トノ間ニ生レタル子ハ國籍ノ積極的衝突ヲ來スカ如キ場合是ナリ

第二款　歸化ニ因ル國籍ノ取得

第一項　歸化ノ性質

歸化ト云ハ或國ノ國籍ヲ有スル者カ他國ノ國籍ヲ取得スルヲ謂フ又歸化セントスル者カ無國籍人ナルトキモ亦或國ノ國籍ヲ取得スルコトヲ得ヘシ然レトモ何レノ場合ニ於テモ一定ノ條件ヲ具ヘサルヘカラサルコト論ナシ

歸化ニ因ル國籍ノ取得

歸化ノ性質

歸化ノ法律上ノ性質ニ付テハ從來二說アリ

第一　契約說

此說ニ依レハ歸化トハ甲國ト乙國人トノ間ニ於テ該乙國人カ甲國ノ國籍ヲ獲得スルコトヲ目的トスル契約ナリト云フ余ハ國家ト個人トノ契約ヲ認ム故ニ又一國ト外國人トノ間ニ於テ契約ヲ締結シ得ヘキモノナルコトヲ是認スト雖モ乍併國籍ノ獲得ヲ目的トスル契約ハ之ヲ認ムルコト能ハス何トナレハ國籍ハ其性質トシテ或人カ一ノ國家ニ絶對的ニ服從スル關係ナルヲ以テ契約說ニ依ルトキハ國家ト人民トノ服從關係ハ契約ニ依テ定メラルヽコトヽナリ夫ノルーソー一派ノ國民契約說ニ歸著スルニ至レハナリ尙ホ此說ニ依ルトキハ契約ハ何時成立スルヤニ付キ種々ノ疑問ヲ生ス或ハ一國カ其國法ニ於テ歸化ノ要件ヲ定メタルコトヲ以テ契約ノ申込ナリト云フ者アリ此說ニ依ルトキハ法定ノ要件ヲ具ヘタル或人カ歸化ノ意思表示ヲ爲ストキハ即チ國家ノ申込ニ對シテ承諾ヲ爲シタルモノナルヲ以テ國家ハ當然其申込ニ羈束セラルヽコトヽナルヘシ或ハ又歸化ヲ希望スル外國人カ國家ノ一定シタル歸化ノ要件ヲ充タ

シテ歸化セント欲スルノ意思ヲ表示シタルトキハ其意思表示ハ即チ契約ノ申込ニシテ國家カ之ニ對シ許可ヲ與ヘタルトキハ即チ承諾ヲ與ヘタルモノナリ故ニ契約ハ此當時ニ於テ成立スト云ヒ或ハ國家ノ與ヘタル許可ハ契約ノ申込ニシテ之ニ對シテ爲シタル外國人ノ承諾ニ因リテ契約ハ成立スヘシト云フ者アリ要スルニ契約成立時期ノ不明ナルハ此說ノ缺點ナリトス然レトモ假ニ契約說ヲ採ルモノトスレハ其成立時期ニ付テハ前示中第二說ヲ可ナリト信ス

第二　國家片意行爲說

此說ニ曰ク歸化トハ外國人ニ自國國籍ヲ付與スル所ノ主權的認定行爲ナリト是レ佛ノワイス等ハ主張スル所ナリ又或學者ハ歸化トハ私人ノ請求ニ應シテ自國ノ國籍ヲ付與スル國家ノ主權的行爲ナリト言ヘリ此說ニ依レハ國家カ先ツ歸化ノ條件ヲ定メ其條件ヲ充タシタル外國人カ歸化セントスルノ意思表示ヲ爲ストキハ國家ノ片意ニ因リテ之ヲ自國人トスルノ行爲ナリトスルモノニシテ全然外國人ノ意思如何ヲ問ハサルニアラス歸化ノ性質ニ付テハ上述セル如ク學說一致セスト雖モ何レノ說ヲ採ルトスルモ各一長一短アルヲ免カレス前說ヲ採ル者ハ國家片意行爲說ヲ難シテ曰ク國家片意行爲說ニ依ルトキハ國家カ誤リテ條件ヲ具備セサル者ニ歸化ヲ許シタル場合ニ於テモ尙ホ之ヲ有效トセサルヘカラスト然レトモ此場合ニハ歸化ハ初ヨリ條件ヲ充タサヽルモノナルカ故ニ效力ヲ生セサルモノト云ハサルヘカラス又後說ヲ採ルモノハ契約說ヲ駁スルニ成立時期ノ不確定ナルコトヲ以テスト雖モ契約ト契約ノ成立時期ノ不確定ナルコトトハ別個ノ問題ナリ以テ契約說ヲ難スルニ足ラス然レトモ余ハ前ニモ一言セル如ク契約說ハ民約說ニ傾クノ嫌アルノミナラス契約說ヲ採ルトスルモ國家ト外國人トノ間ニ契約アリトスルノ論據ニ乏シキヲ以テ第二說ヲ固持セント欲ス我國籍法ハ何レノ主義ヲ採リタルヤ明確ナラスト雖モ余ハ國家片意行爲說ニ依リタルモノナリト信ス

歸化ノ要件

第二項　歸化ノ要件

第一　能力

古代ニ於テハ個人ノ意思ヲ問ハス又個人ノ意思ニ反シテ外國人ヲ歸化セシメタル事例アリ即チメキシコノ古法ニ於テハメキシコニ在ル外國人カメキシコ

政府ニ向テ外國人タルノ登記ヲ爲サハル者ハメキシコノ國籍ヲ取得セシムト定メタルカ如キ是ナリ我舊民法草案第十四條ニ於テモ歸國ノ意ナクシテ帝國ニ其家ヲ定メタル外國人ハ十年ノ後日本人トナルトノ規定アリタリ又人口ノ增殖ヲ圖ルノ目的ヲ以テ一定ノ時間內內國ニ住所又ハ居所ヲ有シタル者ヲ當然自國人ナリトスル制度ヲ設ケタル國アリタリ然レトモ近世各國ノ法律ニ依レハ斯ノ如キ主義ヲ採用スルモノ殆ント之ナキカ如シ蓋シ現今ニ於テハ人口ノ增殖ヲ圖ルノ必要ナク却テ何レノ國ニ於テモ其增加ノ多大ナルニ困ムノ狀態ナルノミナラス本人ノ意思ヲ顧ミス强テ之ヲ歸化セシメントスルカ如キハ不條理ノ甚タシキモノタルコトヲ認メタルニ因リ歸化ニハ意思ヲ必要トスルニ至レリ故ニ他國ニ歸化セント欲スル者ハ其意思ヲ宣言スヘク從テ其意思ヲ宣言スルノ能力ナカルヘカラストセリ

能力ハ成年未成年ヲ區別ノ標準トスルヲ一般トス然レトモ其能力ハ何レノ國ノ法律ニ依リテ之ヲ決スヘキモノナリヤ之ニ關スル各國ノ法制ヲ通覽スルニ概ネ三主義アリ

第一　歸化セントスル國ノ法律ニ依リ能力ヲ定ムヘシトノ主義

第二　歸化セントスル者ノ本國法ニ依リ能力ヲ定ムヘシトノ主義

第三　雙方ノ國法ニ依リ能力ヲ有セサルヘカラストノ主義

今之ヲ各國ノ法律ニ對照スレハ左ノ如シ

一　能力ニ關スル規定ヲ全然缺如スルモノ例ヘハ英、露ノ如シ

二　第一主義ヲ採レルモノ例ヘハ和蘭、白耳義、北米合衆國ノ如シ

三　第三主義ヲ採レルモノ例ヘハ獨、佛、ブルガリヤノ如シ

獨逸ニ於テハ外國人ニ歸化證書ヲ付與スルコトヲ得ルニハ其外國人カ本國法ニ依リ處分能力ヲ有スルトキニ限ルトシ若シ法律ニ定メナキトキハ父、後見人又ハ保佐人ノ同意アルコトヲ要ストセリ又佛蘭西ノ法律ニ依レハ歸化セントスル者ハ其本國法ニ依リ身分變更ノ能力ヲ存スルコトヲ要ストナシブルガリヤノ法律ニ依レハ歸化セントスル者ハ其本國法ニ從ヒ二十一歲以上ナルコトヲ要シ且有夫ノ婦ニアラサルコトヲ要ス但夫ト共ニ歸化スル者ハ此限ニアラストノ規定アリ

四　第三主義ヲ採レルモノハ我國及ヒ葡萄牙ナリ葡萄牙ノ法律ニ依レハ歸化セントスル者ハ其本國法ニ於テモ葡萄牙ノ法律ニ依ルモ成年者ナルコトヲ要ストセリ我國籍法ハ第七條第二項第二號ニ於テ滿二十年以上ニシテ本國法ニ依リ能力ヲ有スルコトヲ要スル旨ヲ規定セリ此原則ニ對スル例外トシテ外國人ノ父又ハ母カ日本人ナルトキハ右ノ能力ニ關スル要件ヲ必要トセサルナリ

第二　轉住

歸化ヲ爲サントスル者ハ歸化前一定ノ期間內歸化セントスル國ニ住所又ハ居所ヲ有セサル〜カラストノ法律ヲ有スル國アリ蓋シ歸化セントスル者カ一定ノ期間內其國ニ在住シタルコトナキニ拘ハラス之ヲ許ストキハ其國家ハ歸化セントスル者ノ性行如何ヲ知悉スルニ由ナク從テ誤テ無賴ノ徒ヲシテ歸化セシムルコトアル〜ク一國公安ヲ害スルノ虞ナシトセス又歸化セントスル者ヨリ之ヲ觀ルモ其國ノ人情風俗慣習等ノ如何ヲ熟知セスシテ歸化ヲ爲シ後日ニ至リ其輕舉ヲ悔ウルカ如キ者ヲ避クルニアリ又或國ニ於テハ歸化人ノ膠シク生センコトヲ恐レ政策上此種ノ制限ヲ設クルモノアリ

今此要件ニ付キ各國法ヲ參照スレハ概ネ左ノ如シ

英國ニ於テハ歸化前五年以上引續キ英國ニ居住スルコトヲ要ストシ尙ホ例外トシテ英國ニ居住セサル者ト雖モ五年以上外國ニ於テ英國ノ公務ヲ採リタル者ハ歸化ヲ許ストセリ又北米合衆國ニ於テハ五年以上引續キ米國ニ居所ヲ有シ且其中一年以上ハ引續キ同一裁判所管內ニ居所ヲ有シタルコトヲ要件トセリ斯ノ如ク特ニ一年以上ノ期間同一裁判所管內ニ居所ヲ有シタルコトヲ必要トスルハ主トシテ品行ヲ調査センカ爲メニ外ナラス尙ホ其例外トシテ水夫ニシテ三年以上米國商船內ニ在リタル者ハ上述居所ニ關スル要件ヲ必要トセサルモノトセリ又二十歲以上ノ外國人若シ米國ノ兵役ニ服シタルトキハ右ノ五个年ヲ減シテ一个年トナスコトヲ得ルモノトセリ

佛國ニ於テハ歸化前三年間引續キ佛國ニ住所ヲ有スルカ又ハ住所ヲ有セサルモ十年間引續キ佛國ニ居所ヲ有スルコトヲ要件トセリ尙ホ又外國ニ在リテ佛國ノ公務ニ從事シタルモノハ佛國ニ居所ヲ有スルモノト看做ストセリ伊太利

ニ於テハ六年間引續キ伊太利ニ住所ヲ有スルコトヲ要件トナセリ又露國ニ於テハ五年以上引續キ自己所有ノ家屋内ニ住居シタルコトヲ要ストナシ例外トシテ露國ニ功勞アル者、露國ノ公益事業ニ多クノ資本ヲ投シタル者ハ其期間ヲ減スルコトヲ得ヘシトナセリ獨逸ニ於テハ外國人ノ獨逸ニ歸化セント欲スル者ハ歸化前一定ノ期間内獨逸ニ住所又ハ居所ヲ有スルコトヲ必要トセス唯外國人タル者歸化セント欲シテ自己ノ移ラントスル場所ニ住スルカ又ハ宿泊セハ歸化ヲ許スヘシトセリ而シテ一旦獨逸人ト爲リタル後ハ獨逸ヲ去ルコトヲ得スシテ必ス獨逸ニ住所ヲ有セサルヘカラストナセリ斯ル制限ヲ認メタルハ既ニ歸化シテ獨逸人トナリタルニ拘ハラス外國ニ住所ヲ有スルハ不可ナリトスルニアルモノヽ如シ然レトモ獨逸人カ獨逸ニ住居スルヨリモ外國ニ住所ヲ有スルコト却テ利益ヲ得ルコト大ナル場合アルヘキヲ以テ余ハ斯ル制限ヲ認ムルノ不可ナルヲ信ス殊ニ又一國人カ外國ニ逃走シタル場合ハ之ヲ歸來セシムル必要アルトキハ之ヲ强制スル權利アルヘキヲ以テ歸化後如何ナル者ニ對シテモ强テ内國ニ住所ヲ有セシムルノ必要ナキナリ」

我明治二十四年ノ歸化法案ニ於テハ歸化出願前引續キ滿十年以上日本ニ住居シ尙ホ引續キ住居スルコトヲ要ストセリ然ルニ國籍法第七條第二項第一號ニ於テハ引續キ五年以上日本ニ住所ヲ有スルコトヲ要件トシ尙ホ此原則ニ對シ數個ノ例外ヲ認メタリ

一　父又ハ母ノ日本人タリシ者

二　妻ノ日本人タリシ者（妻タルノ日本人タリシ者ヲ謂フ要ノ日本人タリシ者ヲ含マス）

三　日本ニ於テ生レタル者

四　引續キ十年以上日本ニ居所ヲ有スル者（以上國籍法九）

五　外國人ニシテ父又ハ母カ日本人タル者（國籍法C）

六　日本ニ特別ノ功勞アリタル者（國籍法一）

右ノ中(一)(二)(三)ニ掲ケタル者ハ五年以上日本ニ住所ヲ有スルコトヲ要セス單ニ三年以上日本ニ居所ヲ有スルヲ以テ足ル而シテ(三)ニ掲ケタル者ニ付テハ父又ハ母カ日本ニ於テ生レタル者ナルトキ即チ二代出生ナルトキハ三年以上日本ニ居所ヲ有スルヲ要セス直チニ歸化スルコトヲ得ヘシ又(五)ニ掲ケタ

ル者ハ現ニ日本ニ住所ヲ有スルノ一事ヲ以テ足レリトス

國籍法カ以上ノ例外ヲ認メタルハ右ノ如キ者ハ何レモ皆過去、現在ニ於テ血緣又ハ密接ノ關係ヲ有シ通常日本ニ歸化セントスル者多カルヘク事ノ實際ヲ參酌シタルニ外ナラス而シテ(四)ニ掲ケタル者ノ如キハ引續キ五年以上日本ニ住所ヲ有スルモノト同一視シタルニアリ

第三　品行方正ナルコト

品行方正ナラサル者ノ歸化ヲ許可スルトキハ其國ノ公ノ秩序ヲ妨害スルノ虞アリ是レ何レノ國ニ於テモ之ヲ歸化ノ要件ノ一ニ數フル所以ニシテ我國籍法第七條第三號モ亦品行端正ナルコト」ヲ要スト規定セリ然レトモ如何ナルモノヲ以テ品行方正又ハ端正ノ者ト謂フヤ頗ル曖昧ナリ故ニ北米合衆國、丁抹、獨逸瑞典ノ如キ單ニ品行方正トノミ規定スル諸國ノ法典ニ於テハ之カ鑑別ヲ行政官廳ニ一任セリ之ニ反シテ露西亞、希臘、墺地利、メキシコ等ノ諸國ハ積極的又ハ消極的ニ其範圍ヲ確定セントシ從來或犯罪ヲ其本國又ハ外國ニ於テ犯シタル者ニハ歸化ヲ許サヽルモノト規定ス例ヘハメキシコニ於テハ本國ニ於テ(本國ニ限リタルハ不完全ナリ)海賊、奴隷賣買、放火、貨幣ノ僞造變造、株券紙幣ノ僞造變造、暗殺、强竊盜又ハ文書ノ僞造變造ノ罪ヲ犯シ宣告ヲ受ケタル者ハ歸化ヲ許サヽルモノトセルカ如キ是ナリ

第四　生計ヲ營ム力アルコト

此要件ヲ必要トスル所以ハ既ニ本國ニ於テ生活スルノ資力ナキ者ナルニモ拘ハラス之ニ歸化ヲ許ストキハ自國ニ於テモ同シク生計ヲ營ムコト能ハサルヘク其累延ヒテ自國ノ經濟上ニ影響ヲ及ホスノミナラス公安秩序ヲ紊ルカ如キ行爲ナキヲ保セス故ニ獨逸、丁抹、墺地利、匈牙利等ノ各國皆此要件ヲ掲ケサルハナシ我國籍法モ亦第七條第二項第四號ニ於テ「獨立ノ生計ヲ營ムニ足ルヘキ資産又ハ技能アルコト」ヲ必要トスル旨ヲ規定セリ此原則ニ對シテモ我國籍法ハ例外ヲ認メタリ即チ外國人ノ父又ハ母カ日本人ナル場合ニハ其外國人カ現ニ日本ニ住所ヲ有スルトキハ生計ヲ營ム力アルヤ否ヤヲ問ハス歸化スルコトヲ得トセリ然ラハ所謂生計ヲ營ム力トハ如何換言スレハ此要件ノ範圍如何ニ付テハ茫漠トシテ前項ト同一ノ疑ヲ生スヘシ露西亞ニ於テハ本國ノ國内ニ於テ

不動産ヲ有スルコトヲ必要トシ匈牙利ニ於テハ從來五年以上納稅シタルコトヲ要ストセリ

第五　本國ノ國籍ヲ失フコト

此要件ヲ設ケタルハ嘗テ述ヘタル國籍ノ積極的衝突ヲ避ケシメントスルノ趣旨ニ出ツ然レトモ獨逸ノ如キ二個以上ノ國籍ヲ有スルヲ可ナリトスル國ニアリテハ此要件ヲ必要トセス我國籍法第七條第五號ハ「國籍ヲ有セス又ハ日本ノ國籍ノ取得ニ因リテ其國籍ヲ失フヘキコト」ヲ必要トシルクセンブルヒ、瑞西、瑞典、ウルテンベルヒ等モ亦同趣旨ノ明文ヲ設ケタリ

第六　手數料ヲ納付スルコト

手數料ノ納付ヲ必要トスル國ハルクセンブルヒ、瑞西ノ或州(カントン)及ヒ南米ブラジル等ニシテ瑞西ノ如キハ瑞西ノ或一州ニ歸化スルトキハ瑞西人トナルヘキコトヲ定メタリ

第七　人種又ハ宗教ノ制限

今日ニ於テハ此種ノ制限ヲ認ムル邦國ナキニ至リタレトモ北米合衆國ノ如キハ嘗テ白人又ハ亞非利加人ニノミ歸化ヲ許シルーマニアハ耶蘇教信者ニアラサレハ歸化ヲ許サヽルコトヲ明定シタルコトアリ

第八　或場合ニ本國ニ對スル兵役義務ナキヲ證明スルコト

此條件ヲ必要トスルノ理由ハ前述第五ノ場合ニ於ケルト同シ蓋シ歸化人ニシテ二國以上ニ兵役義務ヲ負擔スルカ如キハ兵役義務其モノヽ性質上許スヘカラサル所ニシテ國籍ノ積極的衝突アルト同一ナレハナリ今實例ヲ示セハ例ヘハ墺地利ニ於テハ或國人カ該國ニ歸化セントスル場合ニ其人カ墺地利國ト犯罪人引渡條約ヲ締結セル國ノ人ナルトキハ本國ノ兵役義務ナキコトヲ證明シタル後始メテ歸化スルコトヲ得ルカ如キ是ナリ

第九　宣誓ヲ爲スコト

宣誓ニハ消極的宣誓及ヒ積極的宣誓ノ二種アリ前者ハ從來ノ國籍ノ屬シタル國ニ對スル服從義務ヲ棄ツルコトヲ誓フモノニシテ北米合衆國瑞典諾威等ハ此主義ヲ採用シ後者ハ歸化シタル國ニ忠實ナル服從ヲ爲スコトヲ誓フモノニシテ英吉利、露西亞、伊太利等此主義ヲ採用ス

第十一定ノ形式上ノ條件ヲ履ムコト

多クノ場合ニ於テハ届出又ハ官ノ帳簿ニ登記スルコトヲ要スルヲ謂フ例ヘハ西班牙葡萄牙ノ如キハ官ノ帳簿ニ登錄スルコトヲ必要トセリ

以上説明シタルカ如ク或人カ外國ニ歸化セントスルニハ幾多ノ條件ヲ具備スルコトヲ必要トス然レトモ此原則ニ對シテハ例外ナキ能ハス即チ後ニ説明スル如ク選擇ニ因ル國籍ノ取得ノ如キ是ナリ又我國籍法第十一條ニ依レハ「日本ニ特別ノ功勞アル外國人ハ……云々……內務大臣勅裁ヲ經テ其歸化ヲ許可スルコトヲ得」トアルヲ以テ前掲第一乃至第五ノ要件ニ對スル例外タルモノトス

第三項　歸化ノ效力

歸化ノ效力ハ歸化人ヲシテ內國人ト同一ノ地位ニアラシムルニアリ即チ內國人ト同一ノ權利ヲ有シ義務ヲ負ハシム其外國人タリシトキ雖モ內國人ト同一ノ權利義務ヲ有スト云フモ是レ限定的ノモノニシテ一般的ノモノニアラサルカ故ニ混同セサランコトヲ要ス

此原則ニ對シテハ三個ノ例外アリ即チ(一)內國人ヨリモ多クノ利益保護ヲ與フルコト及ヒ(二)內國人ニ比シテ其利益保護少ナキコト是ナリ前ノ例外ハ今日ニ於テハ之ヲ認ムル法制ナク昔時國家ノ人口稀少ニシテ之ヲ增殖スル必要アリシ時代ニ於テ外人ヲ款待シ其歸化ヲ誘フカ爲メニ往々用サラレタル所ナリ又後者ハ外國人ハ縱令歸化スルモ生來ノ內國人ト全然同一ニ取扱フコト能ハス殊ニ政治上ノ權利ヲ內國人ノ如ク之ニ與フルコトハ甚タ危險ナリト云フニアリ而シテ此例外ハ現今諸國法制ノ認ムル所ナリ

我國ニ於テ右第一及ヒ第二ノ例外カ實際ニ存シタリシコトハ舊史ニ照シテ明カナリ左ニ其要ヲ摘錄シテ參考ニ資スヘシ

第二例外

(イ)　歸化人ハ總テ之ヲ蕃別ニ置ク　蓋シ神別皇別ト區別シタルナリ

(ロ)　歸化人ハ本官タルコト能ハス　權官タルコトハ之ヲ許シタリ

(ハ)　歸化人ハ一定ノ地域內ニ置カレタリ殊ニ京都ノ如キ帝都ニ居住スルコトヲ許サレサリキ

(ニ)　歸化人ハ之ヲ戶籍ニ編入シタリ

(ホ) 歸化人ニハ一定ノ姓ヲ與ヘサリキ　古代ニハ姓ニ八種ノ別アリ曰ク眞人、朝臣、宿禰、忌寸、道師、臣、連及ヒ稻置、是ナリ而シテ歸化人ニハ其初メ眞人、朝臣、宿禰ナル姓ヲ與ヘサリシカ後ニハ眞人ヲ除キ其餘ノ七種ノ姓ハ悉ク之ヲ與フルニ至リタリ

第一例外

(イ) 時服路糧ヲ給シ且歸化人ノ居住スヘキ地ニ赴クマテ費用ヲ給シタルコトアリキ

(ロ) 一定ノ土地ヲ給與シタルコトアリキ

(ハ) 本國ノ租稅ノ酷ナルヲ避ケテ我國ニ歸來スルノ意思アルトキハ路糧ヲ給シテ歸ラシメタルコトアリ

我國籍法第十六條ハ歸化ノ效力ニ付キ前示ノ原則ヲ認メ及ヒ第二ノ例外ヲ認メタリ同條ニ曰ク「歸化人、歸化人ノ子ニシテ日本ノ國籍ヲ取得シタル者及ヒ日本人ノ養子又ハ入夫ト爲リタル者ハ左ニ掲ケタル權利ヲ有セス

一　國務大臣ト爲ルコト

二　樞密院ノ議長、副議長又ハ顧問官トナルコト

三　宮內勅任官トナルコト

四　特命全權公使トナルコト

五　陸海軍ノ將官トナルコト

六　大審院長、會計檢査院長又ハ行政裁判所長官トナルコト

七　帝國議會ノ議員トナルコト

ト即チ同條ハ歸化人ニ付テノミナラス其他ノ原因ニ因リテ國籍ヲ取得シタル者ノ權利ヲモ制限シタルナリ同條ニ於テ疑問トナルハ所謂歸化人ノ子トハ何ソヤ是ナリ今假例ヲ設ケテ之ヲ說明セン

(一) 英國人甲日本ニ歸化シ其子乙モ亦父ト共ニ歸化シタルトキ

(二) 英國人甲日本ニ歸化シ其後一子ヲ設ケタルトキ

(三) 英國人甲、其子乙及ヒ其孫丙ト共ニ日本ニ歸化シタルトキ

所謂歸化人ノ子ナル語ハ第一例ヲ包含スルモノナルコト疑ナシ學者或ハ第二ノ場合ヲモ包含スルモノナリト解スト雖モ是レ非ナリ甲カ日本ニ於テ生ミタル子

ハ當然日本人ニシテ之ニ前示七個ノ權利ヲ制限スルノ必要ナシ加之同條第一項後段カ日本人ノ入夫トナリタル外國人(國籍法第二號五)ト其妻トノ間ニ生レタル子ニ前述ノ制限ヲ爲サヽルヲ見テモ此斷定ノ誤ナラサルヲ知ルナリ第三ノ例ニテ丙ナル孫ハ所謂歸化人ノ子ナリヤ否ヤ或ハ丙ナル孫ハ甲ノ子乙ナル者ノ子ナルカ故ニ之ヲ歸化人ノ子ト稱スルヲ妨ケスト解スル學者アリト雖モ若シ斯ノ如クセハ法律ハ何カ故ニ特ニ歸化人ノ子トナシタルヤノ理由ヲ解スルコト能ハサルヘシ此場合ニ於ケル歸化人ハ英國人タリシ甲ニシテ其子乙ハ甲ト共ニ歸化シ丙ハ歸化人タル甲ヨリ見レハ孫ニシテ所謂歸化人ノ子ニアラス余ハ法律ノ明文ヲ正面ヨリ解釋シテ丙ハ同條ニ包含セサルモノナリトナスノ已ムヲ得サルヲ信ス尤モ丙者カ其父乙者ト共ニ歸化スルトキハ同條ノ制限ヲ受ケ其祖父ト共ニ歸化スルトキハ制限ヲ受ケスト云フ結果ヲ生スルハ甚タ奇ナルカ如シト雖モ是レ法ノ缺點ナリ

國籍法第十七條ハ第十六條ノ例外ヲ規定スヽ曰ク「前條ニ定メタル制限ハ第十一條ノ規定ニ依リテ歸化ヲ許可シタル者ニ付テハ國籍取得ノ時ヨリ五年ノ後其他ノ者ニ付テハ十年ノ後內務大臣勅裁ヲ經テ之ヲ解除スルコトヲ得」ト第十一條ニ依リ歸化ヲ許可シタル者トハ日本ニ特別ノ功勞アル外國人ナリ

明治二十四年ノ歸化法案ニ依レハ左ノ四個ノ制限ヲ加ヘタリ

一　國務大臣トナルコト

二　樞密顧問官トナルコト

三　陸海軍將官タルコト

四　歸化後十年ヲ經サレハ帝國議會ノ議員タルヲ得サルコト

此點ヨリ見ルトキハ國籍法ハ歸化法案ニ比シテ頗ル多クノ制限ヲ加ヘタルカ如シト雖モ前述シタル第十七條ノ規定アルカ故ニ國籍法ヲ以テ寧ロ寬ナリトス諸外國ニ於ケル實例ヲ示セハ佛蘭西ノ如キハ歸化後十年間ハ國會議員タルコトヲ得ストシ北米合衆國ハ歸化人ニハ大統領副大統領タルコトヲ禁シ又歸化後七年間ハ國會議員タルコトヲ得ストセリ其他白耳義ノ如キハ完全ノ歸化ト不完全ノ歸化トノ二種ニ區別シ前者ニ依リテ歸化シタル者ハ政治上ノ權利ヲ得レトモ後者ニ依リタル者ハ此權利ナキモノトセリ

土地割讓ノ場合ニ選擇ニ因ル國籍ノ取得

第三款　土地割讓ノ場合ニ選擇ニ因ル國籍ノ取得

土地割讓アリタル場合ニ於テ其地ノ人民ニ國籍ヲ選擇スルノ自由ヲ認ムルコトハ宗教問題ニ根基セリ此事タル千六百四十八年ノウエストファリア條約ニ於テ確定セシカ爾後其趣旨ヲ擴張シテ遂ニ宗教ニ關係ナキ土地割讓ノ場合ニ舊國籍ヲ保維スルト新國籍ヲ取得スルトノ選擇ヲ許スニ至レリ夫ノ千七百四十二年普墺間ニ伯林條約ヲ以テ五年以內ニ何レノ國籍ヲ選擇スルヤヲ決スヘシトノコトヲ定メタルハ土地割讓ノ場合ニ國籍ノ選擇ヲ爲サシメタル實例ナリ

國籍選擇ノ期間ハ區々ニシテ一定セス短キハ一年トシ長キハ六年トセリ若シ短キニ過クルトキハ人民ニ於テ其意思ヲ決定スルニ暇ナキノ恐アリ長キニ過クルトキハ永年間國籍不定ノ徒ヲ生シテ兵役義務其他公法上ノ義務ヲ果サヽルカ爲メニ兩國ノ間ニ甚タシキ困難ヲ生スルニ至ルヘシ故ニ今日ニ於テハ此期間ヲ一年乃至二年トナスヲ普通トス日清條約ノ如キ普佛間ノ條約ノ如キハ之ヲ一年半トセリ

割讓地ノ人民トハ何ソヤ其地ニ於テ出生シタル者ナルカ其地ニ住所ヲ有スル者ヲ指スカ將タ又此二者ヲ包含スルヤ此問題ニ於テ極メテ明白ナルハ土地割讓ニ因リテ國籍ヲ變更スヘキ者ハ割讓シタル國ニ屬シ居リタル者ナラサルヘカラサルコト是ナリ其割讓地ニ住所ヲ有シ居リタルカ又ハ出生シタル第三國ノ人民ハ土地ノ割讓ニ因リテ自己ノ國籍關係ニ變更ヲ及ホスコトナキモノナリ第一說タハ出生地ニ因リテ決定スヘシトノ說ハ實際上ノ利益ニ富メリ蓋シ疑義或ハ爭議ヲ起スコト極メテ稀ナレハナリ此說ニ曰ク住所ナルモノハ時トシテ明瞭ヲ缺クノ恐アリ即チ住所ヲ以テ人ノ國籍ヲ定ムルノ標準トスルハ封建制度時代ノ古キ思想ヨリ出テタルモノナリ今日ノ思想ヨリ觀レハ或土地ヲ他國ニ割與スルハ土地ヲ與フルト謂フコトヨリハ寧ロ其人民ヲ與フルト謂フヲ穩當トス今日ニ於テハ各國皆重キヲ人ニ置キテ其土地ニハ重キヲ置カス割讓ト云フハ人民ヲ讓渡スルヲ意味シ土地ハ即チ附從ノモノトシテ讓渡スナリ故ニ土地ノ讓與ノ爲メニ國籍ニ變動ヲ生スルハ唯其地ニ出生シタル者ノミナラサルヘカラス住所ハ極メテ移動シ易キモノニシテ人ト住所トハ密接ノ關係ヲ有スルモノニアラス然ラハ則

チ唯土地ト人トノ間ニ密接離ルヘカラサルノ關係ヲ有スル所ノ出生地ニ依リ此問題ヲ決定スヘシト此說ハフォルヴイユ(第二百八頁以下)ノ主張セシ所ニシテワイスハ之ニ反對ノ意ヲ表セリ又ステルクハ(第百六十四頁以下ニ於テ)出生簿ニ記入スル所ニ依リテ割讓地トノ關係ヲ見ルコトヲ得ヘシト言ヘリ然レトモ此出生地ニ依ルトノ說ハ事實上ノ關係ニ反スルモノニシテ出生ノ場所ト其人ノ生活關係トハ敢テ必スシモ一致スルモノニアラス例ヘハ父母ノ旅行中ニ生レタル子モアルヘシ父母ノ寄留中ニ生レタル子モアルヘシ此等ノ子ハ出生地ト殆ント何等關係ヲモ有セサルヘケレハナリ故ニ實際上ニ於テハ第二說タル住所即チ生活關係ノ中心點ヲ標準トシテ決定スヘシトノ說ヲ正當トス曰ク住所ハ又人民カ政治上ノ權利ヲ行フノ地ニシテ且貧窶ニ迫リタルトキハ區役所又ハ市町村ノ役場ヨリ保護ヲ受クル中心點ナレハナリト謂フニ在リ尙ホ他ノ理由トスル所ハ縱令割讓地ニ出生シタル者ト雖モ他ニ住所ヲ有スル者ハ毫モ其地ニ利害ノ關係ヲ有セスシテ其利害關係ヲ有スルハ唯住所ヲ有スル者ノミ此等ノ者ニシテ土地ト共ニ讓渡サルヽコトヲ欲セサルトキハ之ヲ明言セサルヘカラス若シ默視シタラシニハ

他國人トナルヲ欲スルモノナリト推定セサルヘカラス尙ホ住所地說ノ利益ヲ述ヘンニ出生地主義ニ依レハ縱令其地ニ生レタルモ既ニ去テ歸來ノ意ナキ者ヲモ讓受國ノ支配ニ屬セシムヘシト云ハサルヘカラサルヲ以テ實際ニ適セサルノ弊アレトモ住所ヲ有スル者ハ其地ニ直接ノ利害關係ヲ有スルカ故ニ土地ト共ニ讓渡サルヽコトハ當然ナルヘシト此說ヲ主張スル者ハレニング、コバルダン、ワイス等其他極メテ多シ

第三說以下ハ凡テ以上二主義ノ折衷說ナリ即チ第三說ハ其地ニ生レタル者及ヒ住所ヲ有スル者ノ總テヲ包含セシムヘシト云フニアリテ立論ノ根據ナク且放縱ニ失スルモノナリ此主義ハ前二說ノ長所アルト共ニ亦其短所ヲ併有ス而シテ此主義ニ依レハ其地ニ關係アル者ハ(出生シ又ハ住所ヲ有スル二種ノ關係ニ於テ)皆讓受國ノ人民トナルカ故ニ讓渡國ニ不利益ヲ與フルコト決シテ少ナカラサルヘシ第四說ハ割讓地ニ出生シ且住居スル者ヲ讓受國ノ人民トナスヘシト云フニアリ此說ニ依レハ此種ノ關係ヲ有スル人民ハ極メテ少ナキヲ例トスルカ故ニ讓受國ノ人民トナル者ハ極メテ少ナクシテ讓受國ニ取リテ甚タシキ損害アルヲ免カ

レス然レトモ斯ノ如キ人カ其地ト最モ親密ナル關係ヲ有スヘキコトハ疑ナキ事實ナリ

之ヲ要スルニ今日ノ國際私法ニ於テハ未タ一定ノ原則ヲ立ツルニ至ラス從テ條約ニ於テ其範圍ヲ確定スルヲ常トス千八百六十六年ノ普墺條約ノ如キ是ナリ千八百七十一年ノ獨佛條約ノ如キ其他近ク日清條約ノ如キ皆條約文中ニ此事ニ關スル明瞭ナル規定ヲ缺ケリ

獨佛條約第二條ハ「割讓地出生ノ者ニシテ現在其地ニ住スル佛國人民タル者カ佛國國籍ヲ保タントスルニハ千八百七十二年十月一日マテニ當該官廳ニ其宣言ヲ爲スヘシ其住所ヲ佛國ニ移シ佛國ニ住スレハ佛國國民タルコトヲ得ヘシ且割讓地ニ在ル不動產ハ之ヲ所有スルコトヲ得ヘキモノ」トセリ而シテ千八百七十一年十二月十一日ノ追加條約ハ割讓地出生ノ者ニシテ歐洲以外ニ在ル者ハ選擇期限ヲ千八百七十三年十月一日マテ延期スルコトヲ定メタリ此條約ノ條項ハ甚タ曖昧ナルヲ免カレサリシヲ以テ千八百七十二年三月七日ストラスブルヒノ回章ヲ以テエルザス、ロートリンゲン知事ヨリ布告ヲ發シ左ノ如ク定メタリ

一　エルザス、ロートリンゲンニ生レ且千八百七十一年三月二日ニ同地ニ住所ヲ有シタル者カ佛國人民トナルニハ其住所ヲ佛國ニ移シ明示ノ宣言ヲ爲サルヘカラス

二　エルザス、ロートリンゲンニ生レサリシモ千八百七十一年三月二日ニ其地ニ住所ヲ有シタル者ニシテ佛國人民トナルニハ住所ヲ佛國ニ移サヽルヘカラス然レトモ明示ノ宣言ヲ爲スコトヲ要セス

三　エルザス、ロートリンゲンニ生レタルモ千八百七十一年三月二日ニ同地ニ住所ヲ有セサリシ者ハ佛國人民トナルニハ明示ノ宣言ヲ爲サヽルヘカラス但住所ヲ佛國ニ移スヲ要セス

千八百七十二年三月七日ノ回章ハ佛國ノ陸海軍ニ在ル人ニシテエルザス、ロートリンゲンニ生レタル者ハ其歐羅巴ニ在ル者ハ千八百七十二年十月一日マテニ、歐羅巴以外ニ在ル者ハ千八百七十三年十月一日マテニ獨逸ノ國籍ヲ得ントスルノ宣言ヲ當該官廳ニ向テ爲スヘキモノトセリ

未成年者ニ付テハ千八百七十二年三月十六日ノ日付ヲ以テ知事ハ布告ヲ發シタ

リ此布告ハ未成年者ヲ親權ヲ脫セサル未成年者ト之ヲ脫シタル未成年者トニ分チ更ニ後者ヲエルザス、ロートリンゲンニ生レタル者ト佛國ノ他地方ニ生レタル者トニ分ケタリ

一　親權ヲ脫セサル未成年者ハエルザス、ロートリンゲンニ生レタルト否トヲ問ハス自身ニテモ又ハ法律上ノ代表者ニ依ルモ法律上ノ代表者ヨリ分レテ佛國ノ國籍ヲ擇フコト能ハス兩親アル者ハ父ノ選擇セル國籍ニ從フヘシ後見人アル場合ニハ親族會議カ同意ヲ與フル限ニ於テ佛國ノ國籍ヲ取得スルコトヲ得

二　エルザス、ロートリンゲンニ生レタル者ニシテ親權ヲ脫シタル未成年者ニハ右第一ヲ適用ス

三　エルザス、ロートリンゲン以外ノ佛國ニ生レタル者ニシテ親權ヲ脫シタル未成年者ハ國籍ノ選擇ヲ爲スヲ得ルコト全ク成年者ニ同シ

明治八年我國ト露國トノ間ニ締結セラレタル千島樺太交換條約第五款ニモ左ノ如キ規定アリ

交換セシ各地ニ住ム各民(日本人及ヒ露人)ハ各政府ニ於テ左ノ條件ヲ保證ス

各民竝共ニ其本國籍ヲ保存スルヲ得ルコト

其本國ニ歸ラシト欲スル者ハ常ニ其意ニ任セテ歸ルヲ得ルコト

或ハ其交換ノ地ニ留マルヲ願フ者ハ其生計ヲ充分ニ營ムヲ得ルノ權理及ヒ其所有物ノ權理及ヒ隨意信教ノ權理ヲ悉ク保全スルヲ得ル全ク其新領主ノ屬民(日本人及ヒ露人)ト差異ナキ保護ヲ受クルコト

然レトモ其各民ハ竝共ニ其保護ヲ受クル政府ノ支配下ニ屬スルコト

規定斯ノ如クナリシヲ以テ所謂各民ノ意義遂ニ不明ニ了レリ

明治二十八年五月十日ノ日清間下ノ關媾和條約第五條ニ於テモ

日本國ニ割與セラレタル地方ノ住民ニシテ右割與セラレタル地方ノ外ニ住居セント欲スル者ハ自由ニ其所有不動產ヲ賣却シテ退去スルコトヲ得ヘシ其爲メ本約批准交換ノ日ヨリ二个年ヲ猶豫スヘシ但右年限ノ滿ヲタルトキハ未タ該地方ヲ去ラサル住民ヲ日本國ノ都合ニ因リ日本國民ト看做スコトアルヘシト規定セルノミニシテ所謂住民トハ如何ナル人民ナルヤニ付テハ明瞭ナラサル

ナリ而シテ同條ニ依ルトキハ二年ヲ經過シテ該地方ヲ去ラサル住民ハ日本國ノ都合ニ因リ日本國民ト看做スコトアルヘシト云フニアルカ故ニ若シ二年ヲ經過シテ該地ニ止マルモ直チニ日本人トナルモノニアラス或ハ斯ル人民ハ支那人タルコトヲ好マサルモノト認ムヘキカ故ニ之ヲ支那人トナスコト能ハストノ說アリ又日本國ニ於テ日本人ナリトノ決定ヲ與ヘサル限ハ日本人ニアラサルカ故ニ結局無國籍人ナリト論スル學者アリ余輩ハ二個年內ニ割讓地ヲ去リタル者ハ日本人タルコトヲ欲セサル者ニシテ且支那人ダランコトヲ欲スル者ナルカ故ニ必ス支那人タラサルヘカラサルモノナリ二個年ヲ經ルモ其地ニ止マル者ハ自己ノ支那人トナルト日本人トナルトヲ全ク日本國家ノ意思ニ任シタルモノト解釋シ而シテ日本カ日本ノ都合ニ依リ日本人トスルニ至ルマテハ未タ支那ノ國籍ヲ有スルモノナリト見ルモノナリ

回復ニ因ル國籍ノ取得

第四款　回復ニ因ル國籍ノ取得

回復ニ因ル國籍ノ取得トハ以前內國人タリシ者ニシテ一旦外國ノ國籍ヲ取得シタル者カ後再ヒ內國ノ國籍ヲ得ルコトヲ謂フ

斯ル關係ヲ有スル者ハ縱令一旦外國人トナリタリト雖モ嘗テ自國國籍ヲ有シタル者ナルヲ以テ自國トノ關係親密ナリトノ理由ニ由リ普通歸化ノ條件ヲ充スコトナク輕易ノ方法ニ依リテ自國ノ國籍ヲ取得セシムルモノナリ

英國ニ於テハ一般ニ回復ニ因ル國籍ノ取得ヲ認ムルコトナク單ニ婚姻ニ因リ外國ノ國籍ヲ得タル女子ノ夫カ死亡シタルニ因リテ婚姻ノ解消シタルトキニ限リ之ヲ許シ其他ノ者ニ付テハ純粹ノ外國人カ英國ノ國籍ヲ取得スルト同一ノ手續ニ依リ歸化ノ條件ヲ踐マサルヘカラサルモノトセリ然レトモ余輩ハ此主義ヲ以テ狹隘ニ失スルコトヲ信スルモノナリ何トナレハ英國法ノ精神ハ婚姻ニ因リ外國籍ヲ得タル女子ニシテ其夫ノ死亡シタル場合ニハ之ニ一種ノ特權ヲ與フルノ必要アルヘシト雖モ其他ノ場合ニ於テハ其責女子ニアリ而シテ斯ル女子ヲシテ輕易ニ英國國籍ヲ回復セシムルハ不當ナリト謂フニアリト雖モ若シ其夫ノ姦通ヲ理由トシテ離婚シタル場合ノ如キハ其女ニ一點ノ責ムヘキ所之アラサレハナリ

余輩ハ婚姻解消ノ如何ナル理由ニ出ツルヲ問ハス總テ回復ニ因ル國籍ノ取得ヲ

許容スルヲ可ナリト信ス佛蘭西、白耳義等ノ學說、判例及ヒ立法例ハ實ニ此主義ニ依レリ

一旦外國人トナリタル者ニシテ國籍ヲ回復セントスル者ニ二種アリ

一　生來內國人タリシ者カ外國人トナリテ後內國人トナル場合

二　生來ノ外國人カ一旦內國人トナリシ後外國人トナリシ者カ再ヒ內國人トナル場合

後者ハ前述シタル國籍回復ノ理由ヨリスレハ甚タ內國トノ關係薄キ者ナルカ故ニ諸國ノ法制ハ之カ回復ヲ認メス我國籍法亦然リ

前者ハ之ヲ分チテ外國人トナリタル原因カ婚姻タルト婚姻以外ノ事由タルトノ二トナス今我國籍法ニ付テ說明スル所アルヘシ

國籍法第二十五條ハ「婚姻ニ因リテ日本ノ國籍ヲ失ヒタル者カ婚姻解消ノ後日本ニ住所ヲ有スルトキハ內務大臣ノ許可ヲ得テ日本ノ國籍ヲ回復スルコトヲ得」ト定メタリ此規定ニ依レハ婚姻ニ因テ日本ノ國籍ヲ失ヒタル者カ更ニ日本ノ國籍ヲ得ルニハ左ノ三個ノ要件ヲ充サヽルヘカラス

一　婚姻ノ解消シタルコト然レトモ其原因如何ヲ問フコトナシ是レ英國ノ法制ト異ナル所ナリ

二　日本ニ住所ヲ有スルコト是レ單ニ國籍ヲ回復セントノ意思ノミナラス之ヲ行爲ニ發表シタルコトヲ必要トスト云フ理由ニ出テタルモノナリ

三　內務大臣ノ許可ヲ得ルコト

是ナリ

國籍法第三十六條ハ外國人トノ婚姻以外ノ理由ニ由リ外國人トナリタル者カ日本ノ國籍ヲ回復スル場合ヲ規定シタリ曰ク「第二十條又ハ第二十一條ノ規定ニ依リテ日本ノ國籍ヲ失ヒタル者カ日本ニ住所ヲ有スルトキハ內務大臣ノ許可ヲ得テ日本ノ國籍ヲ回復スルコトヲ得但第十六條ニ揭ケタル者カ日本ノ國籍ヲ失ヒタル場合ハ此限ニアラス」ト本條ノ適用ヲ受クル者ハ左ノ如シ

一　自己ノ志望ニ因リ外國ノ國籍ヲ取得シテ日本ノ國籍ヲ失ヒタル者（國籍法二〇）

二　日本ノ國籍ヲ失ヒタル者ノ妻及ヒ子カ其者ノ國籍ヲ取得シテ日本ノ國籍ヲ失ヒタルトキ（前一、二）

而シテ日本ノ國籍ヲ得ルノ條件ハ前ニ述ヘタル婚姻ニ因リ國籍ヲ失ヒタル者ノ回復ト同一ナレハ再ヒ説明スルノ要ナシ

國籍法第二十六條ハ本來外國人ニシテ一旦歸化、養子又ハ入夫ノ原因ニ由リテ日本ノ國籍ヲ取得シタル者(同一)カ日本ノ國籍ヲ失ヒタル後更ニ再ヒ日本ノ國籍ヲ得シトスル場合ニハ此簡易ナル條件ニ依ルコトヲ得ストセリ蓋シ此等ノ者ハ嘗テ日本人トナリタリト雖モ素ト是レ純然タル日本人ニアラサルヲ以テナリ例ヘハ支那人ニシテ日本ニ歸化シテ日本人トナリタル後亞米利加ニ歸化シ日本ノ國籍ヲ失ヒタル者カ更ニ再ヒ日本ノ國籍ヲ得ントスル場合ニハ一般ノ歸化ノ手續ヲ踐ムヘクシテ此回復ニ因ル國籍ノ取得ヲ許サヽルナリ

茲ニ疑問トナルハ生來ノ日本ノ男子カ外國人ノ養子トナリテ外國人タリシ者カ縁組解消後前示ノ方法ニ依リ日本ノ國籍ヲ回復スルコトヲ得ルヤ否ヤ是ナリ余輩ハ第二十六條及ヒ第二十條ニ依リ積極的ノ斷定ヲ下スヲ可ナリト信スルモ第二十五條ハ此場合ヲ除外シタルヲ以テ一個ノ疑問タルヘシ

婚姻ニ因ル國籍ノ取得

第五款　婚姻ニ因ル國籍ノ取得

同一國籍者間ノ婚姻ハ其關係スル所國内法ニ止マルヘク國際法上ノ問題ヲ生スルハ異國籍者間ノ婚姻ナリ此場合ニ於テ夫婦何レノ國籍ニ從ハシムヘキヤ

古代ニ於テハ女子ニ重キヲ置キ女子ヲ以テ本系トナシタルコト東西其軌ヲ一ニスル所ナリ然レトモ今日ニ於テハ男子ハ國家組織ノ要部ヲ充タシ女子ハ之ヲ補助スル地位ニ在ル者ニシテ且一夫一婦主義ハ殆ント萬國ノ强行スル所ナルカ故ニ本位ヲ男子ニ採ルモ血統不明ノ恐ナク從テ國際法上婚姻ニ因リテ妻ハ夫ノ國籍ヲ取得スルモノナリトノ原則確定セラルヽニ至レリ其夫婦ノ兩者ヲシテ同一ノ國籍ヲ有セシムル所以ハ一家ノ統一ヲ圖ルカ爲タニシテ女子ノ國籍ヲ男子ニ合スルハ前述ノ如ク男子ヲ以テ主タルモノトナシタルニ因ル

我國籍法ニ於テハ(一)日本人タル女子カ外國人タル男子ト婚姻スル場合及ヒ(二)日本人タル男子カ外國人タル女子ト婚姻スル場合ヲ分チテ規定ヲ設ケタリ

第一　日本人タル女子カ外國人タル男子ト婚姻スル場合

是レ國籍法第十八條ノ規定スル所ナリ曰ク「日本ノ女カ外國人ト婚姻ヲ爲シタルトキハ日本ノ國籍ヲ失フ」ト余輩ハ此規定ニ對シテ聊カ缺點ヲ鳴ラサヽルヲ

得ス何トナレハ本條ノ如ク單ニ日本ノ女カ日本國籍ヲ失フコトノミヲ定ムルトキハ若シ其女ノ夫タルヘキ者ノ國カ其女ニ國籍ヲ與ヘサルトキハ其女ハ遂ニ無國籍人トナルノ結果ヲ生スレハナリ例ヘハ南米ノベネゼラ、ボリビヤ等ノ法律ニ於テハ自國人タル男子ト婚姻スル外國ノ女子ニ國籍ヲ與ヘス故ニ此等ノ國人ト婚姻シタル日本ノ女子ハ無國籍人トナルヘシ

余輩ハ寧ロ伊太利法ノ規定ノ妥當ヲ得タルヲ認ム曰ク「伊太利人タル女子カ外國人タル男子ト婚姻シタル場合ニ於テ其男子ノ國ノ國籍ヲ得タルトキハ伊太利ノ國籍ヲ失フ」ト故ニ女カ其夫ノ國籍ヲ得サルトキハ依然トシテ伊太利人ニシテ前述シタルカ如キ弊害ヲ生セサルナリ

第二ニ日本人タル男子カ外國人タル女子ト婚姻スル場合

此場合ニ於テハ其女子ハ日本ノ國籍ヲ取得スルコトヲ國籍法第五條第一號ノ規定スル所ニシテ各國ノ概ネ認ムル所ナリ例ヘハ英吉利、佛蘭西、獨逸、白耳義、和蘭、露西亞ノ如キ是ナリ余輩ハ此場合ニ於テモ積極的衝突ヲ防カンカ爲メニ日本人ノ妻トナリタル外國人ハ之カ爲メニ本國ノ國籍ヲ失ヒタル場合ニ限リ日本ノ國籍ヲ取得スト規定スルノ優レルニ如カスト信ス

以下婚姻ノ後夫カ其國籍ヲ變シタルトキハ妻ノ國籍ニ影響スルヤ否ヤニ付テ說明スヘシ

之ニ關スル各國ノ立法例ヲ見ルニ大約左ノ三主義アルヲ見ル

一夫カ國籍ヲ變更スルトキハ妻モ亦其國籍ヲ取得ストナスノ主義　是レ露、英、墨、米、伊、瑞西等ノ採用スル所ナリ

二夫ノ國籍變更ハ妻ノ國籍ニ何等變更ナシトナス主義　是レ佛、西、和、丁、白、希、那、瑞等ノ採用スル所ナリ

三妻ニシテ反對ノ意思ヲ表示セサルトキハ夫ノ國籍ニ從ヒ若シ之ヲ好マサルトキハ反對ノ意思ヲ表示シテ其國籍ヲ保維スルコトヲ許ス主義　是レ獨逸ニ於テ採用スル所ナリ

我國籍法ハ第一ノ主義ヲ採用シ其第二十一條ニ於テ「日本ノ國籍ヲ失ヒタル者ノ妻及ヒ子カ其者ノ國籍ヲ取得シタルトキハ日本ノ國籍ヲ失フ」ト規定シテ夫ノ國籍變更ノ場合ニハ妻モ亦之ニ隨フモノトシ國籍ノ積極的衝突ヲ避クルカ爲メニ

妻カ其夫ノ國籍ヲ取得シタル場合ニ日本ノ國籍ヲ喪失スルモノトセリ

前示第二ノ主義ノ理由トスル所ヲ繹スルニ(一)妻ナシテ夫ノ變更シタル國籍ニ從ハシムヘキモノトセハ妻ハ其能力及ヒ權利上ニ變更ヲ受ケ損害ヲ被ムルノ恐アリ(二)又妻ナシテ夫ノ變更シタル國籍ニ從ハシムヘキモノトスルハ妻ノ豫想ニ反ス何トナレハ婚姻ノ場合ニハ其夫ノ國籍ヲ得ルコトヲ豫期シ其夫ノ國籍アル國ノ法律ニ服從スルコトヲ甘受セルモノナリト雖モ夫カ其後國籍ヲ變更シタル場合ニ妻モ亦之ニ隨フモノナリトハ妻ノ豫期セル所ニ反スレハナリト云フニアリ」

前述シタル三個ノ主義中何レカ正當ナリヤト云フニ余輩ハ我國籍法ノ規定ヲ以テ優レリト信スル者ナリ此主義タル舊民法人事編第十一條及ヒ明治二十四年ノ歸化法案モ亦採用セル所ニシテ英米及ヒ獨逸ノ學者ノ等シク贊同スル所ナリ而シテ我國籍法第十三條第一項ハ「日本ノ國籍ヲ取得スル者ハ妻ハ夫ト共ニ日本ノ國籍ヲ取得ス」ト規定シ外國人タル夫ノ歸化ノ場合ニ於テモ亦同一ノ主義ヲ採用シタリ即チ第二十二條ハ日本人タル夫カ外國ノ國籍ヲ取得シタル場合ニ效力ヲ其妻ニ及ホスコトヲ定メ本條ハ外國人タル夫カ日本ニ歸化シタル場合ハ其效力カ妻ニモ及フコトヲ規定シタルモノナリ而シテ第十三條第二項ハ「前項ノ規定ハ妻ノ本國法ニ反對ノ規定アルトキハ之ヲ適用セストシ同條第一項ヨリ生スルコトアルヘキ國籍ノ積極的衝突ヲ避ケンコトヲ圖レリ又同法第十四條ノ規定ハ第十三條ニ關聯スルモノニシテ日本ノ國籍ヲ取得シタル者ノ妻カ其本國法ニ反對ノ規定アルカ爲メニ第十三條ニ依リテ日本ノ國籍ヲ取得セサリシトキハ第七條第二項ニ掲ケタル條件ヲ具備セサルトキト雖モ歸化スルコトヲ得ルモノトセルナリ

余輩カ我國籍法ノ規定ヲ以テ正當ナリトナスハ一家ノ統一上然ラサルヘカラサルニ依ル蓋シ夫婦ハ一身同體ニシテ妻ハ其夫ト同居スルノ義務アルコトヲ通例トス然ルニ各國家ハ自國民ノミヲ國內ニ置クノ權利ヲ有シ自國人ニアラサル妻ヲ其領土外ニ退去セシムルコトヲ得ルノ結果此主義ニ依ルニアラサレハ夫婦一身同體ノ目的ヲ貫徹スルコト能ハサレハナリ佛蘭西ノ學說及ヒ實際ハ前ニ述ヘタルカ如ク妻ナシテ夫ノ歸化ニ從ハシムルハ妻ノ豫想ニ反シ且其能力權利ヲ害スル恐アリト主張スト雖モ謬見タルヲ免ガレス何トナレハ此等ノ效果ハ畢竟妻

ハ夫ニ隨フモノ夫リトスル原則ヨリ生スル當然ノ事理ニシテ若シ此效果ヲ避ケ獨立シテ總テノ行爲ヲ爲サンコトヲ望マハ寧ロ初ヨリ婚姻セサリシニ如カサレハナリ

然レトモ右ノ原則ハ絶對的ノモノニアラスシテ之ニ一ノ例外ヲ認メサルヘカラス即チ妻カ夫ニ對シテ有スル獨立ノ權利ハ夫ノ歸化ニ因リテ變セサルコト是ナリ夫ニ對スル獨立ノ權利トハ夫妻利害關係ヲ異ニスル權利例ヘハ離婚請求權ノ如キヲ謂フ例解スレハ現在ノ國ノ法律ハ妻ハ夫ノ姦通ヲ理由トシテ夫ニ對シテ離婚ノ請求ヲ爲スノ權利ヲ認ムルニ夫カ姦通ヲ爲シ其妻ヨリ離婚ノ請求ヲ受ケソコトヲ恐レ此種ノ離婚ヲ認メサル國ニ歸化シタリトセンニ此場合ニハ妻ハ夫ノ歸化シタル國ノ法律ニ從ハスシテ從前ノ國籍アル國ノ法律ニ依リ離婚ノ訴訟ヲ提起スルコトヲ得ルカ如シ此點ニ關シテパール氏ハ夫カ野蠻國ニ歸化シタルトキハ妻ハ全然其國ノ法律ニ從ハスシテ前ノ國法ニ從フコトヲ得ルモノナリト論スレトモ野蠻國ノ法律ハ總テ不適理ナリト云フコトヲ得サルヲ以テ必スシモ正當ノ學說ニアラサルナリ

妻ハ夫ト離レ獨立シテ外國ニ歸化スルコトヲ得ルヤ否ヤ我法例第八條ハ此點ニ關シテ「外國人ノ妻ハ其夫ト共ニスルニアラサレハ歸化ヲ爲スコトヲ得ス」ト規定シ妻ノ單獨ニ歸化スルコトヲ認メス外國ノ法律モ亦概ネ此主義ニ依レリ此點ニ付キ實際起リタル事件ハ前ニ述ヘタルボーフルモン事件ナリ聊カ重複ノ嫌アルモ左ニ之ヲ詳述シ併セテ學者ノ意見ヲ紹介評論スヘシ

白耳義ノカラマンシメーナル女佛蘭西ノ士官ボーフルモン伯爵ト婚姻シ後同國セーヌ裁判所ニ於テ別居ノ裁判ヲ受ケタリ是レ同國ハ千八百十六年ノ法律ニ依リテ離婚ヲ禁シ唯別居ノミヲ許スコトヽナセルニ因ル(尤モ此法律ハ千八百八十六年ニ至リ廢止セラレタリ)而シテ此女ハ其後住所ヲ獨逸國ノサクセン、アルテンベルヒニ移シ又伯林ニモ轉シテ遂ニ獨逸ニ歸化シ既ニ夫ト國籍ヲ異ニスルノ故ヲ以テ獨逸ノ國法上夫婦ノ關係ナキモノトシルヽヤノ侯爵ビベスコト結婚シタリ而シテ佛蘭西法ニ於テハ別居中ノ妻カ單獨ニ外國ニ歸化スルコトヲ得ルヤ否ヤニ付キテ法律ノ規定ナク從テ兩國間ニ於テ前夫婦ノ間ニテ妻カ夫ノ許可ヲ得スシテ外國ニ歸化シタルハ有效ナリヤ否ヤ及ヒ第二ノ婚姻ハ有效ニ成立ス

ルヤ否ヤニ付テ爭議ヲ惹起シ大ニ兩國學者ノ頭腦ヲ苦マシメタリ

之ニ關シテハ佛蘭西ニテハ妻ハ夫ノ許可ナクシテ他國ニ歸化スルコトヲ得スト規定スト雖モ前述シタルカ如ク別居中ノ妻ニ付テハ明文ヲ缺キ妻ハ尚ホ夫ノ許可ナクシテハ歸化スルコトヲ得サルモノナリヤ否ヤ不明ナリ然レトモ同國學者ノ多數ハ別居中ノ妻ト雖モ離婚シタル者ニアラサルヲ以テ同居中ノ妻ト等シク夫權ノ下ニ立チ從テ夫ノ許可ヲ得スシテ歸化スルコトヲ得サルモノナリト解釋セリ」

獨逸ニ於テハ有名ナルブルンチュリー之ニ對シテ意見ヲ述ヘ詳細ナル論說ヲ公ニセリ其大綱ヲ左ニ摘示スヘシ

一、歸化ノ法律上ノ性質　歸化ハ其結果トシテ人ノ私法上ノ身分能力ニ變更ヲ及ホスヘシト雖モ歸化其モノハ公法上ノ行爲ナリ故ニ歸化ノ條件ヲ定メテ或ハ之ヲ許シ或ハ之ヲ禁シ及ヒ其歸化ノ效力ヲ定ムルハ總テ歸化セシムル國ノ權內ニ屬スルモノニシテ決シテ歸化人ノ本國ノ干與スル所ニアラス又各國ハ各國其自國人ヲシテ自國ノ國籍ヲ脫セシムル條件ヲ定ムルノ自由ヲ有スト雖モ佛蘭西民法ハ二個以上ノ國籍ヲ有スル者アラシコトヲ恐レ(積極的衝突)第十七條ニ於テ佛國人タル者カ外國ニ歸化シタルトキハ佛國國籍ヲ失フヘキモノトセリ故ニ此規定ニ依ルトキハ佛蘭西人タルモノハ自己ノ意思ニ反シテ佛蘭西國人タルヲ要セス一度他國ノ國籍ヲ取得スレハ佛國ノ國籍ヲ失フニ至ルヘシ之ニ反シテ獨逸ノ法律ニ於テハ國籍ノ重複ヲ妨ケストナスカ故ニ獨逸人カ外國ニ歸化スルモ尚ホ獨逸ノ國籍ヲ喪失セサルナリ故ニ本問ノ場合ニ於テカラマシメ[illegible]ノ歸化ヲ許容スヘキヤ否ヤハ專ラ獨逸法ニ依リテ決スヘシ而シテ獨逸ハ有效ニ歸化ヲ認メタルモノナルヲ以テカラマシメ[illegible]ハ既ニ佛國人ニアラス[illegible]

又此歸化ハ獨逸ノアルテンベルヒニ於テ爲シタルモノナルカ故ニ若シ此歸化ニ對シテ故障ヲ求ムコトヲ得ル者アリトセハ佛國ニ於ケルボーフルモン及ヒ其國ノ檢事ナリ何トナレハ獨逸國ニ於テハ其法律上有效ニ許シタル歸化ニ付テ故障ヲ挾ムヘキ者アルヘキ理ナケレハナリ然レトモ此二者ト雖モ單ニ佛國官廳ニ對シテ故障シ得ヘキモノニシテ獨逸國ノ官廳ニ對シテハ何等故障ヲ申立ツルコトヲ得ス換言セハ獨逸國カ國籍ヲ與ヘタルコトニ付テ故障ヲ申立ツ

ルコトヲ得スシテ佛國カ之ヲ失ハシメタルコトニ付テ異議ヲ爲スヲ得ヘキノミ然ルニボースルモンハ佛國官廳ニ對シテ故障スルコト能ハス何トナレハカラヴンシメハ別居ニ因リテ其夫タルボーフルモンニ對シテ身上ノ自由ヲ得ボーフルモンハ其妻ニ對スル權利ヲ失ヒタルモノナレハナリ加之ボーフルモンハ其妻ヲシテ正當ニ幸福ナラシムルコト能ハサルニモ拘ハラス其妻ノ歸化ヲ拒ムハ即チ其妻ノ幸福ヲ得ントスルヲ嫉ムモノニシテ決シテ許スヘキ所ニアラス之ニ反シテ佛國ノ檢事ハ其官廳ニ故障ヲ申立ツルコトヲ得ヘシ何トナレハ(イ)別居中ノ佛人カ其夫及ヒ裁判所ノ許可ヲ得スシテ外國ノ國籍ヲ得タルハ即チ佛國ノ國籍ヲ無視シタルモノニシテ(ロ)又佛國國法ノ法網ヲ免カレテ再婚ヲ爲シタルモノナレハナリ然レトモ此故障ハ獨リ佛國官廳ニ對シテノミ爲シ得ヘシシテ獨逸ニ對シテ爲シ得ヘキモノニアラサルナリ

二　離婚及ヒ再婚ノ性質　離婚及ヒ再婚ニ關シテハ二個ノ主義アリ

(イ)婚姻ハ夫妻ヲ終身間結合セシムルモノナルヲ以テ之ヲ離スコト即チ離婚スルコトヲ許サス從テ亦再婚スルコトヲ得ストナスノ主義

(ロ)婚姻ヲ以テ夫妻ヲ終身間結合セシムルモノナリト云フハ一個ノ理想ノミ此理想ハ實際ノ生活關係ト相一致セサルヲ以テ事實上ノ必要ヨリ離婚ヲ許容シ從テ再婚スルコトヲ許スヘシトナスノ主義

右ノ二主義ハ各一利一害アリテ何レヲ是トシ何レヲ非トスルコト能ハスト雖モ一國民カ自國ノ法律ニ從フヲ欲セサルヨリ他國ノ國籍ヲ得ント欲スル者アルハ免カルヘカラサル所ニシテ此事タル明カニ國際法ノ許容スル所ナリ而シテ國家モ亦自國人タルコトヲ欲セサル者ニ對シ其國民タルコトヲ强フルノ必要ナシ斯ル人民ニシテ他國ニ轉シ既ニ其國ノ國籍ヲ得タルトキハ最早舊國ノ法律ニ從フノ義務ナキハ論ヲ俟タサルナリ

三　住所及ヒ國籍ヲ變スルコトノ自由　是レ國際法ノ原則ニシテ男女ニ通シテ適用セラル然レトモ女子ハ男子ノ如ク國家的政治的ノ業務ニ與カラス人ノ妻トシ人ノ母トシテ家族的ノモノナリ從テ其他國ニ歸化スルコトハ男子ニ比シテ輕易ナリト云フヘシ故ニ何レノ國ノ法律ニ於テモ自國人タル女子カ外國人ト婚姻スルトキハ其夫タルヘキ者ノ國籍ヲ取得スルコトヽナシ決シテ之ヲ禁

スルモノナシ果シテ然ラハ前ノ例ニ於テ夫カ受クル不便ヨリモ更ニ大ナル不便ヲ受クル所ノカラマンシメーカ此不便ヲ避ケンカ爲メニ獨逸ノ國籍ヲ取得シ及ヒ再婚シタルコトニ付テ佛國カ之ヲ禁止スルノ理由ナキナリ

四　獨逸及ヒ佛蘭西ノ離婚ニ關スル法律ノ比較

(イ)　佛蘭西法　佛國ハ其初メ別居ノミヲ許シ離婚ヲ許サヽリシカ革命時代ニ於テ千七百九十二年ノ法律ヲ以テ別居ヲ廢シテ離婚ヲ許シタリ然ルニ千八百六年ニ至リテ更ニ別居ヲ許スト同時ニ離婚ヲモ許セリ其後千八百十六年ニ至リ又離婚ヲ禁シテ別居ノミヲ許セリ之ヲ佛國ノ現行法規トナス（ナルンチュリー）

（ノ論文ハ佛國カ離婚ヲ禁止シタル當時ニ公ニセラレタルモノナリ）

(ロ)　獨逸法　獨逸法ノ淵源タル普漏西法ハ離婚及ヒ再婚ヲ許シ獨逸ノ加特力教國ニ於テハ別居シタル者ニ對シ離婚者ト同一ノ效力ヲ與ヘテ再婚スルコトヲ許セリ

普漏西以外ノ法律ハ二種ニ分カル

(甲)　別居シタル者ハ離婚者ト同シク再婚スルコトヲ得ルモ裁判所ニ訴ヘテ別居ヲ離婚ニ變シタル後ナラサルヘカラストナスモノ

(乙)　千八百六十三年ノサクセン王國ノ法律第千七百六十七條ニ於テハ終身ノ別居ハ離婚ト同一ノ效果ヲ生スルモ若シ夫婦ノ一方ニシテ生存スル間ハ再婚スルコトヲ得ストナセリ

之ヲ要スルニ獨逸法ニ於テハ其何レノ地方ニ於テモ永久ノ別居ヲ爲セル妻ハ夫ノ同意ヲ得スシテ其住所ヲ變シ及ヒ外國ニ歸化スルコトヲ得而シテ獨逸法ノ精神ハ別居シタル夫婦ニ再婚ヲ許スモノナルヲ以テ其別居カ外國ニ於テ爲サレタルト獨逸國內ニ於テ爲サレタルトヲ問ハス其ニ再婚スルコトヲ得ルモノナリ

五、　獨逸法上ノ歸化ノ條件　歸化ノ有效ナリヤ否ヤハ其之ヲ許スヘキ國ノ法律ニ依リテ決スヘキモノナルコトハ前ニ說述シタル所ナリ故ニ今千八百七十年ノ獨逸國籍法第八條ニ依リテ其條件ヲ示スヘシ

一、　歸化ヲ爲サントスル者ハ從來ノ本國法ニ依リテ處分能力アルコトヲ要ス若シ此能力ヲ欠缺スル者ナルトキハ父、後見人又ハ保佐人ノ同意ニ依ルヘシ

二、品行方正ナルコト

三、自己ノ赴カントスル地ニ固有ノ住所又ハ生活スル途ヲ發見シタルコト

四、其地ニ於テ家族ヲ養ヒ得ルコト

是ナリ而シテカラマンシメーハ前示四條件中終ノ三者ヲ充タセルヲ以テ議論トナルハ第一ノ條件ナリ同號ニ依レハ處分能力ナキトキハ父、後見人又ハ保佐人ノ同意ニ依ルト規定シテ夫ノ許可ニ付キテハ何等ノ規定スル所ナシ去レト余輩ハ縱令之ヲ缺クト雖モ類推解釋ヲ以テ夫ノ許可ヲ要スルモノナリト解スルヲ正當ナリト信ス然リト雖モ是レ婚姻中ノ妻ニ付テ云フモノニシテ離婚シタル妻ニ付テハ許可ヲ受クルノ必要ナシ何トナレハ斯ル場合ニ於テハ夫ハ妻ニ對シテ夫權ヲ有セサルヲ以テナリ

六、國際法上人ノ地位　外國ニ於テハ或人ニ對シ特ニ其行爲能力ノ制限ヲ加フルコトアリ例ヘハ奴隷ヲ認ムルカ如キ又ハ加特力教國ニ於テ終身教職ニ居ラシムルカ如キ是ナリ此等ノ制限ハ獨逸法律カ人ノ自由ヲ認ムルコトヽ相衝突スルヲ以テ若シ此等ノ國人カ獨逸國ニ來ルトキハ自然法ニ依リテ自由ニシテ

以下ヌケアリ

行爲能力アル者ト看做サルヘシ此理由ニ依リテ他國ニ於テ別居シタル妻ハ獨逸國ノ何レノ地方ニ於テモ離婚者ト同一ニ看做シテ再婚スルコトヲ得ヘク又獨逸法ハ別居セル妻ニ對シテ夫カ後見ノ權ヲ有スルコトヲ認メサルヲ以テ別居者ハ隨意ニ住所ノ變更及ヒ歸化ヲ爲スコトヲ得

七、再婚ノ條件ヲ定ムヘキ法律　第二回目ノ婚姻ノ條件ハ何レノ法律ニ從フヘキヤニ付テハ諸國ノ法制一致セス其主要ナル主義ハ左ノ如シ

(イ) 新ニ婚姻セントスル契約締結地法ニ依ルヘシトノ主義　是レ北米合衆國ノ學者及ヒ判例ノ採用スル所ナリ

(ロ) 住所地法ニ依ルヘシトノ主義　是レ獨逸法ノ採用スル所ナリ

(ハ) 本國法ニ依ルヘシトノ主義　是レ佛國ノ學者及ヒ判例ノ採ル所ナリ

右第二及ヒ第三ノ主義ニ照シテボーフルモン事件ヲ按スルニ第二說ニ依ルトキハアルテンベルヒノ法律ニ從フヘク第三說ニ依ルトキハ獨逸法ニ從フヘキモノトス故ニ何レノ主義ニ從フモ再婚ヲ許スコトヽナルヘシ

以上說明シタル所ハボーフルモン事件ニ關スルブルンチュリー氏ノ所說ノ大要ナ

リ今左ニ之ニ對シテ余輩ノ信スル所ヲ述ヘン

一　ブルンチュリー氏ハ歸化ノ效力ヲ定ムルハ歸化セシムル國ノ權内ニアルモノニシテ歸化人ノ本國ハ之ヲ妨クル權利ナシト言フト雖モ是レ獨リ國内法上正當ナル議論ニシテ國際法上ヨリ觀察セル見解ニアラス何トナレハ國際法ニ於テハ歸化セシムル國及ヒ其歸化人ノ本國ノ兩者間ノ調和ヲ圖ラサルヘカラサルモノニシテ單ニ一方ノミヲ見テ論スルヲ得サレハナリ

又氏ハ如何ナル國家ニ於テモ自國ノ國籍ヲ脫スル人民ヲ妨クコト能ハスト言フト雖モ是レ原則トシテ認ムヘキ所ニシテ若シ其國籍ヲ脫スルコトニシテ公ノ秩序ニ反スルトキハ之ヲ禁スルヨトヲ得サルヘカラス然ルニ氏ハ單ニ此原則ノミヲ前提トシテカラマンシメーノ歸化ハ獨逸法上有效ナリト論スルモ是レ片見的觀察ニシテ余輩ノ贊同スルコト能ハサル所ナリ

又氏ハ佛國民法第十七條ニ於テ外國ニ歸化シタルトキハ佛國ノ國籍ヲ失フトアルヲ根據トシテ論スルモ是レ有效ニ外國ノ國籍ヲ取得シタル以後ノコトニシテ氏カ有效ニ外國國籍ヲ取得シタルコトヲ前提トシテ論スルハ國際法上ノ觀察ヲ度外視シタルモノト云ハサルヘカラス

二　ブルンチュリー氏ハ別居ニ因リテ夫權ヲ喪失セラルヽモノナリト言フト雖モ別居ハ離婚ノ如ク全然夫妻ノ關係ヲ絶ヤタルモノニアラスシテ夫ハ別居セル妻ニ對シテ或權利ヲ有ス然ルニ夫ニ妻ノ歸化ヲ許可スルノ權利アリヤ否ヤハ佛國法ノ定メサル所ニシテ此點ニ疑問ヲ生スルモノトス氏ハ之ニ關セスシテ前示ノ斷案ヲ下シテ疑ハス豈肯綮ヲ得タルモノト云フヲ得ンヤ

三　氏ハ歸化ニ付テ男女ヲ區別シ女子ハ政治的國家的ノ事務ヲ行フ者ニアラサルヲ以テ輕易ニ外國ニ歸化セシムルモ可ナリト論スト雖モ是レ非ナリ何トナレハ女子ノ行動ハ國家的ノモノヨリハ寧ロ家族的ノモノ多シト云フニ過キス國家ハ家族ノ結合ナリ家族齊ハサレハ國家從テ紊亂スヘシ敢テ男女ヲ區別スルノ理由之ナケレハナリ

四　又氏ハ獨逸法ノ精神ハ別居シタル夫婦ニ再婚ヲ許スモノナリト論シ而モ獨逸親族法ハ外國人ノ爲メニ制定セラレタルモノナリヤ將タ獨逸人ノミノ爲メニ設ケラレタルモノナリヤニ付テ説明スル所ナシ然レトモ余輩ハ獨逸法ハ獨

逸人ノ爲メニ制定セラレタル法律ナルコトヲ信ス果シテ然テハ獨逸親族法ハ別居シタル獨逸人ニノミ適用セラルヘク佛國人タルカラマンシメーカ佛國ニ於テ爲シタル別居ニ付キ獨逸法ヲ之ニ擬セントスルハ余輩其意ノ存スル所ヲ知ルニ苦マサルヲ得ス

五　氏ハ妻ノ歸化ニ付キ夫ノ許可ヲ要スル制限ハ婚姻中ノ女子ニ付テ云フモノニシテ別居中ノ婦人ハ決シテ然ラスト說クト雖モ所謂別居ハ離婚ニアラスシテ婚姻ノ繼續中ナリ故ニ氏ノ說ク所ハ畢竟獨逸法ノ離婚ト佛國法ノ別居トヲ混同シタルモノト云フヘシ

其他氏ハ外國人ヲ歸化セシムル權限ヲ有スル獨逸ノ官廳カカラマンシメーヲ歸化セシメタルハ寔ニ有效ノ行爲ニシテ獨リ獨逸帝國內ノミナラス世界萬國何レニ往クモ有效ナリト論セリ今此論理ヲ藉リテ立論センカ佛蘭西カ其國法ニ依リ有效ニ命シタル別居ハ單ニ佛蘭西領土內ノミナラス世界萬國ニ亘リテ有效ニシテ從テ再婚スルコト能ハサルニ至ルヘシ

本問題ニ對スルセイス裁判所ノ判決ニ依レハカラマンシメーノ歸化ハ獨逸國ニ於テハ有效ナルモ佛蘭西國ニ於テハ無效ナリトセリ

余輩ハ此判決ヲ以テ其當ヲ得タルモノナリト信ス蓋シ國際法上調和スルコトヲ得サル一個ノ問題ナリシヲ以テナリ

第六款　養子又ハ入夫ニ因ル國籍ノ取得

養子又ハ入夫ニ因ル國籍ノ取得

歐洲殊ニ佛蘭西、獨逸、墺地利、匈牙利等ノ法制ニ於テハ養子ヲ以テ國籍ノ變更ニ關係ナキモノトセリ蓋シ養子トナリタル者ヲシテ實家ニ於ケル權利ヲ喪失セシメサラントスルニアリ我國籍法第五條第二號及ヒ第四號ハ日本人ノ入夫又ハ養子トナリタル者ハ日本ノ國籍ヲ取得スルモノナルコトヲ規定セリ是レ歐洲諸國ニ於ケル養子ノ觀念ト我國ニ於ケル養子ノ觀念トハ其性質ニ於テ異ナル所アルヲ以テナリ詳言スレハ彼ニアリテハ養子ナル法律關係ハ養子ヲシテ養家ノ姓ヲ冒カサシムルノ效果ヲ生スルニ過キサルモ我ニアリテハ民法第八百六十條以下ニ規定スルカ如ク緣組ノ日ヨリ養親ノ嫡出子タル身分ヲ取得スルモノナルヲ以テ日本ノ法律トシテハ國籍法ノ規定ハ其當ヲ得タルモノナリ然レトモ歐洲諸國ノ法制ト我國ノ制度トノ間ニハ此等ノ差異アルヲ以テ其結果トシテ國籍ノ積極的

衝突ヲ生スルコトアルハ實ニ已ムヲ得サル所ナリ

認知ニ因ル國籍ノ取得

第七款　認知ニ因ル國籍ノ取得

認知ノ性質ハ民法親族編ノ講義ニ讓リ茲ニ説明ヲ省略スヘシ我民法ニ於テハ其父又ハ母ノ認知ヲ認ム(民法二七八)ルモ或立法例ニ於テハ孰レカ一方ノミ之ヲ爲スコトヲ得ルモノトセリ而シテ認知ニ關シテ生スヘキ問題ハ法律上母カ自己ノ生ミタル子ヲ自己ノ子ニアラスト主張シ得ル場合アリヤ否ヤ是ナリ余輩ハ事實ハ法律ニ打勝ツコト能ハストノ原則ニ從ヒ之ヲ主張スルコトヲ得ヘシト斷定セント欲ス例ヘハ姦通亂倫又ハ强姦ニ因リテ生レタル子ヲ否認スル場合ノ如キ是ナリ」次ニ婚姻外ノ子ハ母ノ國籍ニ從ハシムヘキヤ將タ父ノ國籍ニ依ラシムヘキヤ又國籍ヲ異ニスル父母同時ニ其子ヲ認知シタルトキハ子ヲシテ何レノ國籍ヲ取得セシムヘキカ此問題ハ決シテ婚姻ニ因リテ生レタル子ニ付テ生スルコトナシ何トナレハ婚姻ハ妻ヲシテ夫ノ國籍ヲ取得セシムルモノナルコト前ニ述ヘタルカ如キヲ以テ此等ノ者ノ間ニ生レタル子ニ付テハ父母孰レノ國籍ニ依ラシムヘキヤノ疑問ヲ生セサレハナリ故ニ茲ニ掲ケタル疑問ハ私通ニ因リテ生レタル子ニ

付テ起ルモノトス此場合ニ於テ佛蘭西ノ法律ハ父ノ國籍ヲ取得セシムヘキモノトセリ其理由トスル所ハ蓋シ父ハ子ニ對シテ親權其他ノ權利ヲ有シ從テ父ノ國籍ニ從ハシムルコトハ母ニ從ハシムルヨリ其子ニ取リテノ利益寧ロ大ナリト云フニアリ之ニ反シテ墺地利、瑞西、瑞典及ヒ獨逸等ノ法律ニ於テハ子ニ取リテハ父ヨリモ寧ロ母ニ重キヲ置クモノナリトシ母ノ國籍ヲ得セシムルコトヽセリ今此二個ノ主義中何レヲ以テ其當ヲ得タルモノトナスヘキヤニ付テ考フルニ此問題ハ結局同時ニ國籍ヲ異ニスル父母ニ依リテ認知セラレタル場合ニ於テ何レノ國籍ニ從フコトヲ以テ其子ノ利益ト爲スヤニ歸著スルモノナリ而シテ余輩ハ前者ノ主義ニ左袒シ子ヲシテ其父ノ國籍ヲ得セシムルヲ以テ最モ至當ナリト信ス

前述シタル問題ニ關スル我國籍法ノ規定ヲ見ルニ其第五條第三號ハ「日本人タル父又ハ母ニ依リテ認知セラレタルトキ」ハ日本ノ國籍ヲ取得スルモノトシ若シ父母カ同時ニ認知シタルトキハ其父カ日本人タルトキニ限リ日本ノ國籍ヲ得ルモノ(國籍法第四號六)トナシ佛蘭西ノ主義ヲ採用セリ今我國籍法第六條ニ依リテ外國人カ認知ニ因リ日本ノ國籍ヲ取得スルノ條件ヲ擧示スレハ左ノ如シ但同條ハ被認知

未成年者カ父母ニ伴フ國籍ノ取得

者ニ要スル條件ト認知者ニ要スル條件トヲ混淆セルヲ以テ各條項ニ付キテ其何レニ要スル條件ナルヤヲ研究セサルヘカラス

一　本國法ニ依リテ未成年者タルコト　是レ被認知者ニ要スル所ナリ

二　外國人ノ妻ニアラサルコト　此條件ハ認知者、被認知者ノ何レニ要スル條件ナリヤ甚タ不明ナリ然レトモ認知者ニ斯ルコトアリトハ想像スルコトヲ得サルコトナルヲ以テ被認知者タル子カ既ニ外國人ト婚姻シタル者ニアラサルコトヲ要ストシテ國籍ノ積極的衝突ヲ避ケタルモノナルヘシ

三　父母ノ內先ツ認知ヲ爲シタル者カ日本人ナルコト　是レ認知者ニ要スル所ノ條件ナリ

四　父母カ同時ニ認知ヲ爲シタルトキハ父カ日本人ナルコト　此條件モ亦前者ト同シク認知者ニ要スル條件ナリ

第八款　未成年者カ父母ニ伴フ國籍ノ取得

父ノ國籍ノ變更ハ未成年者ニ及フモノナリヤ否ヤ佛國古代ノ法律ニ於テハ國籍ノ變更ハ其人ニ限ルモノニシテ他人ニ及ハサルモノトセリ純理ヨリ云フトキハ此法制ハ實ニ其當ヲ得タルモノナルヘシト雖モ事實上此主義ニ從フコト能ハサルモノアリ蓋シ佛國制度ノ精神ハ國籍ヲ變更シタル父ニ從ハシメサルヲ以テ子ノ利益ナリトナスト雖モ是レ謬見タルヲ免カレス少數ノ例外ノ場合ヲ除クノ外子ヲシテ其父ニ從ハシムルハ其子ノ利益タルコト喋々ノ辯ヲ俟タサル所ナリ殊ニ未成年者ハ其意思不確定ニシテ父ノ國籍變更ノ場合ニ於テ自己ノ意思ヲ確定發表スルコト能ハサルヲ以テ假ニ父又ハ母ノ國籍ヲ得セシメ後日其意思ノ確定スルヲ待ツハ最モ其當ヲ得タルモノナルヘシ況ヤ佛國ノ制度ニ從フトキハ父子國籍ヲ異ニスルノ結果一旦開戰アレハ父子戰場ニ相鬪フノ慘狀ヲ呈スルニ於テオヤ顧フニ佛國ハ其人口ノ增殖ヲ圖ランカ爲メニ名ヲ理論ノ正シキニ藉リテ人道ヲ無視シタルモノナリ

我國籍法第十五條第一項カ此點ニ關シテ「日本ノ國籍ヲ取得シタル者ノ子カ其本國法ニ依リテ未成年者ナルトキハ父又ハ母ト共ニ日本ノ國籍ヲ取得ス」ト規定シタルハ余輩ノ贊同スル所ナリ

妻ノ夫ニ伴フ國籍ノ取得

第九款　妻ノ夫ニ伴フ國籍ノ取得

妻ノ夫ニ伴フ國籍ノ取得トハ婚姻ノ後夫カ他國ノ國籍ヲ取得シタルトキハ妻モ亦其夫ノ變更シタル國籍ヲ取得スルコトヲ謂フ而シテ此點ニ付テハ便宜上第五款婚姻ニ因ル國籍ノ取得中後段ニ詳細説明シタルヲ以テ宜シク之ヲ參觀セラルヘク茲ニ重ネテ説明セス

國籍ノ喪失

第三節　國籍ノ喪失

國籍ノ喪失ハ其觀察點ヲ異ニスルニ從ヒテ種々ニ之ヲ分類スルコトヲ得ヘシト雖モ余輩ハ茲ニ正且便ナリト信スル區別即チ(一)外國人トナルニ因ル國籍ノ喪失及ヒ(二)外國人トナル以外ノ理由ニ因ル國籍ノ喪失ノ二ニ區分シテ説明セントス

第一　外國人トナルニ因ル國籍ノ喪失

余輩ハ前ニ一人ニシテ二個以上ノ國籍ヲ取得セシムルノ不可ナル所以ヲ説明シタリ茲ニ外國人トナルニ因テ國籍ヲ喪失セシムルハ實ニ此等國籍ノ積極的衝突ヲ避クルノ方法ナリ我國籍法ニ依レハ此種ノ國籍ノ喪失ハ左ノ五個トス

一　自己ノ志望ニ因リテ外國ノ國籍ヲ取得シタルニ因ル國籍ノ喪失　是レ同法第二條ノ規定スル所ナリ

二　外國人タル男子ト婚姻シタルニ因ル國籍ノ喪失　理論上ヨリ謂フトキハ此場合ハ前示(一)ノ中ニ包含セラルヘキモノナリト雖モ國籍法ハ第十八條ニ於テ特ニ之ヲ區別シテ規定シタルヲ以テ余輩モ亦其例ニ倣ヘリ而シテ兩者ノ異ナル點ハ前者ニアリテハ必ス外國籍ヲ取得スルモノナリト雖モ後者ニアリテハ必スシモ然ラサルニアリ而シテ或國ノ法制ニ於テハ自國人ト婚姻シタル外國ノ婦人ニ其國籍ヲ付與セサルモノアルニ拘ハラス我國籍法カ絶對的ノ規定ヲ設ケタルコトノ非理ナルハ余輩ノ前ニ既ニ説述シタル所ナリ

三　日本ノ國籍ヲ失ヒタル者ノ妻及ヒ子カ其者ノ國籍ヲ取得シタルニ因ル國籍ノ喪失　是レ國籍法第二十一條及ヒ第二十二條ノ規定スル所ニシテ國籍ノ積極的衝突ヲ避ケンカ爲メナリ舊民法人事編第十四條ハ此事ニ關シ「日本人ノ分限ヲ失ヒタル者ノ婦及ヒ未成年ノ子ハ引續キ日本ニ住居スルニアラサレハ日本人ノ分限ヲ失フ」ト規定シタリト雖モ若シ其夫又ハ父タル者ノ屬スル國ニ於テ此等ノ者ニ國籍ヲ與ヘサルトキハ遂ニ國籍ノ消極的衝突ヲ來スノ恐アルヲ以テ國籍法ハ之ヲ修正シタルナリ

四　日本人タル子カ認知ニ因リテ外國ノ國籍ヲ取得シタルニ因ル國籍ノ喪失

是レ國籍法第二十三條ノ規定スル所ニシテ國籍ノ積極的及ヒ消極的ノ衝突ヲ避ケンカ爲メナリ

五　婚姻又ハ養子緣組ニ因リテ日本ノ國籍ヲ取得シタル者カ離婚又ハ離緣ニ因リテ外國ノ國籍ヲ取得シタルニ因ル國籍ノ喪失　是レ國籍法第十九條ニ規定スル所ニシテ其理由ハ前ニ述ヘタル所ト異ナルコトナシ

以上說述シタル所ハ外國人トナルニ因ル國籍喪失ノ塲合ナリ而シテ國際私法上各人ハ自由ニ自國國籍ヲ拋ツテ外國國籍ヲ取得スルヲ得ルヲ原則トスルコト嘗テ說明シタル所ノ如シト雖モ國家ハ之ヲ以テ自國ノ安寧秩序ヲ紊亂スルモノナリト思惟スル塲合之ナシトセス斯ル塲合ニ於テハ國家ハ自國人民カ外國ノ國籍ヲ取得スルヲ禁スルコトヲ妨ケス我國籍法第二十四條ハ即チ之ニ關スル規定ナリ同條ニ依レハ左ノ二個ノ塲合ニ於テハ例外トシテ國籍ノ喪失ヲ許サヽルコトヲ定メタリ

一　滿十七年以上ノ男子ハ既ニ陸海軍ノ現役ニ服シタルトキ又ハ之ニ服スル義務ナキトキニアラサレハ國籍ヲ喪失スルコトヲ得ス　蓋シ斯ル者ヲシテ自由ニ自國籍ヲ喪失スルコトヲ許容スルトキハ徵兵ヲ忌避スルカ爲メニ外國ニ歸化スル者ヲ生シ我帝國ノ安寧ヲ紊ルニ至ルヘケレハナリ

二　現ニ文武ノ官職ヲ帶フル者ハ其官職ヲ失ヒタル後ニアラサレハ國籍ヲ喪失スルコトヲ許サス　蓋シ之ヲ許容スルトキハ爲メニ國務ノ澁滯ヲ來シ秩序ヲ紊ルノ結果ヲ生スルヲ以テナリ

第二　外國人トナル以外ノ理由ニ因ル國籍ノ喪失

學者往々國籍ノ任意的喪失以外ニ於テ强制的喪失又ハ懲罰的喪失ナル文字ヲ用ヰルコトアリ此等ハ皆余輩ノ所謂外國人トナル以外ノ理由ニ因ル國籍ノ喪失中ニ包含セラルヽモノト知ルヘシ例ヘハ佛蘭西民法第十七條ニ國家ノ許可ヲ得スシテ外國政府ヨリ任セラレタル公務ヲ受諾シタル者ハ佛蘭西人タル分限ヲ失フモノトシ又同第二十一條ニ國家ノ許可ヲ得スシテ外國ノ兵役ニ服シ又ハ外國ノ兵社ニ加ハリタル者ハ佛國國籍ヲ喪失スルモノト定ムルカ如キ是ナリ我舊民法モ亦此例ニ倣ヒ人事編第十二條第二號ニ於テ日本政府ノ允許ナ

クシテ外國政府ノ官職ヲ受ケ又ハ外國ノ軍隊ニ入リタルトキ」ハ日本人タル分限ヲ失フモノトセリ之ニ反シテ我現行國籍法ニ於テハ全然此種ノ規定ヲ削除シ之ニ關シテ何等ノ規定スル所ナキヲ以テ縱令一帝國官吏カ外國ノ官職ニ就キ又日本臣民カ外國ノ兵籍ニ加入スルコトアルモ日本ノ國籍ヲ喪失スルノ結果ヲ生スルコトナシ

抑モ外國ノ官職ヲ奉シ又ハ其兵役ニ服スル自國人ヲシテ其國籍ヲ喪失セシムル立法上ノ理由ハ此等ノ者ハ愛國心ヲ缺キ本國ニ對スル義務ヲ怠ルモノナリトナスニアルヽシト雖モ余輩ハ此等ノ事實ノミヲ以テ其國籍ヲ喪失セシムルノ不可ナルヲ信ス斯ル事實アルモ未タ必スシモ其愛國心ヲ失シ本國ニ對スル義務ヲ怠リタルモノト謂フコト能ハサルナリ寧ロ(イ)一時ノ血氣ニ驅ラレ或ハ却テ愛國心ニ激セラレテ此等ノ所爲ニ出ツル者ナキニアラス加之(ロ)人口增殖ノ結果自國ニ於テ生計ヲ營ムノ途ナキ者ノ爲メニ此等ノ所爲ヲ看過スルハ經濟上ノ點ヨリ見テ國家ノ利益トナルコトアリ又(ハ)斯ノ如キ者ヲシテ自國ノ國籍ヲ喪失セシメタル場合ニ於テ若シ此等ノ者カ舊國ニ對シテ安寧ヲ破リ又ハ秩序ヲ紊ルカ如キ犯行ヲ爲スコトアルモ既ニ自國人民ニアラサルノ結果之ニ刑法上ノ制裁ヲ加フルコト能ハサルノ缺點アリ是ヲ以テ舊民法人事編草案ノ如キハ之ニ關スル明文ヲ設ケ此等ノ者ニ對シテモ亦我刑法ヲ適用スヘキモノトナセリ

以上說明シタル場合ノ外獨逸佛蘭西ノ法制ニ於テハ永ク外國ニ滯在スル者ヲシテ本國ノ國籍ヲ喪失セシム舊民法人事編ノ草案ノ如キモ亦之ニ關スル規定ヲ設ケ國籍喪失ノ一原因トセリ然レトモ舊民法人事編ハ之ヲ採用セス國籍法亦然リ余輩ハ其當ヲ得タルヲ信スル者ナリ蓋シ今日ノ如ク容易ニ外國ノ國籍ヲ取得スルノ方法アルニ於テハ此種ノ國籍喪失ヲ認ムルノ必要アラサレハナリ

終ニ結合國ニ於ケル國籍ニ關シテ說明スヘシ

結合國ノ如何ナルモノナルヤハ國際公法ノ講筵ニ讓リ茲ニ說述セス而シテ國際私法上ニ於テ問題トナルハ聯邦國ヲ組成セル或一國ノ國籍ヲ取得シタルトキハ當然其聯邦國ノ國籍ヲ取得スルモノナリヤ否ヤ是ナリ之ヲ例解スレハ獨逸聯邦

中ノバイエルン國人トナリタルトキハ同時ニ獨逸帝國臣民トナルヤ否ヤノ問題ニシテ亞米利加合衆國瑞西等ノ如キ合衆國ニアリテモ之ト同一ノ問題ヲ生ス而シテ現今多數ノ法制ニ於テハ其國法ヲ以テ積極的ノ斷定ヲ與ヘ例ヘハ瑞西ノ如キハ其憲法第四十三條ニ於テ各州(カントン)ノ人民ハ瑞西ノ國民ナリト規定セリ獨逸ノ如キ亦然リ故ニ獨逸聯邦中ノ一國ノ國籍ヲ喪失スルトキハ同時ニ獨逸臣民ニアラサルコトヽナルヘシ

第二章　住所

第一節　住所ノ意義

住所ノ定義ヲ下スコトハ極メテ困難ナリト雖モ一般ノ意義ニ於テハ住所トハ生計ノ主要地ナリト云フヲ可トスダイセー氏ハ住所トハ人カ或一定ノ場所ニ留マラントスルノ意思ヲ以テ或ハ此意思ヲ繼續シ或ハ滯在中繼續セントシテ滯在スルノ場所ヲ謂フト言ヒサビニー氏ハ住所トハ自己ノ滯在スル居所トシテ且之ニ依リテ其市民的生活及ヒ其職業ノ中心トナサンカ爲メニ選擇シタル場所ヲ謂フト言ヒ又ストーリー氏ハ住所トハ或人カ他ノ場所ヘ移轉スルノ意思ヲ有セスシテ現ニ滯在スル所ヲ謂フト言ヒ又或ハ住所トハ或國內ニ一住民トシテ人ノ存在スル法律觀念ナリト言フ者アリ其他學者ノ住所ニ關シテ定義ヲ下スコト大同小異ナリ後段ニ說明スルカ如ク住所ニハ意思ト行爲トヲ要素トスルカ故ニ住所ニ法律的又ハ强制的ノモノアリト雖モ斯ノ如キハ固ヨリ例外トシテ之ヲ見ルヘシ余ハ此等諸氏ノ定義ニ基キテ「住所トハ人カ生活ノ主要地トシテ現ニ滯在セントスルノ意思ヲ有シ之ヲ行爲ニ表ハシタルノ地ヲ謂フ」トナスノ正當ナルヲ信ス故ニ仔細ニ之ヲ觀察スレハ住所ニハ左ノ二要素ヲ要スルモノナリ(民法二一參照)

第一　其場所ヲ生活ノ中心トナシ永久ノ滯在所トナサントスルノ意思(Animus)

故ニ事實上如何ニ長ク滯在スト雖モ他ニ移ラントスルノ意思アルトキハ決シテ住所トナルコトナシ所謂意思トハ法律上行爲能力ヲ有スル者ノ意思ナラサルヘカラス

第二　適當ナル行爲ニ依リテ右ノ意思ヲ働カシムルコト(Actum)　適當ナル行爲ニ依リテ住所タルヘキ意思ヲ働カシムルトキハ縱令一時他ノ場所ニ在ルトキト雖モ其地ノ住所タルヲ妨ケサルナリ

住所ヲ定ムルノ必要ハ或場合ニ於テ之ヲ以テ人ノ私權享有行使ノ本據トスルニアルモノニシテ殊ニ相續、遺言、婚姻、養子緣組等ノ事項ニ關シテ其重要ナルヲ見ル而シテ住所ハ之ヲ國籍、寄留地及ヒ滯在地ト區別スルヲ要ス蓋シ國籍ハ私法上ノ關係ノ外尚ホ人ノ政治上ノ關係ニ付キ果シテ何國ノ法律ニ據ルヤヲ定ムルモノナルモ住所ハ唯私法上ノ關係ノミヲ定メ寄留地ハ或行政上ノ關係ノミヲ定メ滯在地ハ唯其地ニ滯在スルノ事實ヲ定ムルニ止マリ特殊ノ法令ニ依リテ之ニ伴フノ權利義務ヲ定ムルノ外ハ他ニ何等ノ關係ヲモ及ホサヽルモノナリ

住所ヲ定ムルノ標準ハ意思ト行爲トニ在ルコト既ニ述フル所ノ如シ然リト雖モ此標準ヲ知ルハ決シテ單純ナルモノニアラスシテ意思ハ外部ニ表示セラルサルコト極メテ多ク縱令外部ニ表示セラレタルモノト雖モ其意思ノ果シテ眞正ナルモノナリヤ否ヤ極メテ疑ハシキモノアリ蓋シ事實ニ適合セサル意思ノ表示ハ何等效力ナキモノナレハナリウ゛ストレーキハ其著書第二百二十七章ニ於テ意思ノ表示ニ付キ一個ノ例ヲ擧ケテ曰ク「茲ニ一個ノ英人アリテ永續シテニープルスニ滯在シ居リタリトセン然ルトキハ此英人ハ娛樂ノ爲メニ行キタルカ保養又ハ職業ノ爲メニ行キタルカ歸鄉ノ目的ハ存在スルヤヲ探ラサルヘカラス又其英人ハ如何ナル觀念ヲ法律上ノ關係ヨリ形成セルヤ其住所ニ付キテ如何ナル觀念ヲ有シタルヤヲ注意セサルヘカラス云々」ト住所ナリヤ否ヤヲ知ラント欲スルコト夫レ斯ノ如ク困難ナリ學者カ常ニ引例トスル所ノ患者カ甲地ヨリ乙地ニ赴キ疾病癒エテ後歸ルヘシト云ヒ學生カ學成リ業遂ケテ後歸ルヘシト云フカ如キハ皆歸鄉ノ目的ヲ有スルカ故ニ疾病ノ果シテ癒ユルヤ否ヤ學業ノ果シテ成ルヤ否ヤノ不定、未必ノ事項ナルノ故ヲ以テ悉ク之ヲ住所トナスニ足ラサルナリ蓋シ人ノ意思ヲ知リ其意思ノ表示ヲ見ルコトハ極メテ困難ナリト雖モ唯其標準トスヘキ所ハ歸ラントスルノ意思(Animus reverterendi)ヲ以テ往キタル者ハ其往キタル地ニ住所ヲ有スルコトヲ得ス留マラントスルノ意思(Animus remanendi)ヲ以テ往キタル者ハ其往キタル地ニ住所ヲ有スルコトヲ得ト云フニアルノミ去レハ獨逸ノ裁判所ニ於テモ人カ一定ノ住所ニ永久ニ留マラントスルノ意思ヲ有スルヤ否ヤハ之ヲ問フヲ要セス唯不定ニ長ク留マラントスルノ意思ヲ有シ之ヲ變更スルノ意思ヲ有セサレハ足レリトセリ而シテ家屋ノ獲得、市町村稅ノ納付、家族ノ居所如何ノ如

キハ皆其意思ノ存否ヲ知ルニ資スヘキモノナリ

第二節　住所ノ變更

一旦獲得シタル住所ト雖モ意思及ヒ行爲ノ二要素又ハ其内ノ一要素ヲ喪フトキハ住所ハ其存在ヲ失フモノトス今在來ノ住所ノ變セサル場合ト之ヲ變スル場合トヲ區別シテ左ニ列擧スヘシ

（第一）在來ノ住所ノ變更セサル場合
- 一、意思ノミヲ喪失シテ滯在セルトキ
- 二、滯在ヲ止ムルモ意思ノミ有スルトキ

（第二）在來ノ住所ノ變更スル場合
- 一、他ニ住所ヲ得ントスルノ意思ヲ以テ在來ノ住所ヲ去ルトキ
- 二、歸還スルノ意思ナクシテ在來ノ住所ヲ去リタルトキ
- 三、意思、滯在共ニ之ヲ喪失シタルトキ

茲ニ例ヲ設ケテ住所ノ變更スル場合ト變更セサル場合ノ二三ヲ擧ケンニ甲地ニ在ル某者乙地ニ住所ヲ移サントスルノ意思ヲ以テ家族及ヒ荷物ヲ乙地ニ送リ自己ハ尚ホ甲地ニ在リ病ニ斃ハレ死亡シタルトキハ某者ハ其尚ホ甲地ニ在リシニ拘ハラス乙地ニ住所ヲ移シタルモノト視ラルヘシ何トナレハ家族及ヒ家具ヲ送

リタルノ行爲ハ意思ヲ外部ニ働カシメタルモノト見ルヘケレハナリ次ニ某者甲地ヨリ住所ヲ乙地ニ移サントト欲シ航海セントシタルモ暴風ニ妨ケラレテ再ヒ甲地ニ歸リタルトキハ某者ノ住所ハ未タ乙地ニ移ラサルモノナリ何トナレハ斯ノ如キハ未タ意思ヲ外形ニ表ハシタル行爲充分ナリト稱スルヲ得サレハナリ次ニ一個ノ問題ハ選擇ニ依リテ新ニ得タル住所ヲ抛棄スルトキハ其者ノ住所ハ果シテ何レニ在リヤト云フコト是ナリ例ヘハ米人米國ニ住所ヲ有シタル者之ヲ棄テテ日本ニ住所ヲ取得シ更ニ之ヲ棄ツルノ意思ヲ以テ支那ニ渡航シ而モ未タ支那ニ住所ヲ得ルノ意思ナキトキハ該米人ノ住所ハ何處ニ在ルヤ此問題ニ對シテハ三個ノ異論アリ（第一）固有ノ住所即チ米國ノ住所ヲ得ルトノ説（第二）初メ選擇シテ今見棄テタル住所即チ日本ノ住所ヲ得ルトノ説第三）何レニモ住所ヲ得ストノ説是ナリ然レトモ之ヲ純理上ヨリ論スルトキハ無住所ナリトスルヲ以テ最モ正當ナリト信ス何トナレハ此場合ニハ米國ニ住スルノ意思及ヒ行爲ナク又日本ニ住所ヲ有スルノ意思モナク又行爲モナク住所ニ必須ナル要素ハ一モ之ヲ有スルコトナケレハナリ然レトモ亦今現ニ失ヒタル住所ヲ有スルモノナリト云フコトヲ

得ス余ハ此場合ニ於テハ固有住所即チ米國ノ住所ニ復活セシムルヲ可ナリトスルモノナリ此說ハ學理上ノ論據ニ乏シト雖モ從來ノ判決例ニ依據シ且人民ヲ無住所トスルノ不便ヲ排シ法律關係ヲ定ムル法律ノ區々ニ出テンコトヲ恐ルヽ便宜上ノ考ニ基クノミ殊ニ我國ノ如ク人ノ私法上ノ能力ニ關シ本國法ヲ基礎トスル國ニ於テハ原有住所ニ復歸セシムルコト最モ穩當ナルヘシ次ニ某者甲地ノ住所ヲ棄テヽ之ヲ乙地ニ移サントスル欲シ航海ノ途中死亡シタルトキハ某者ノ住者ハ乙地ニ在ルコト疑ヲ容レス何トナレハ此場合ニ於テハ意思既ニ存シ適當ナル行爲亦之ニ從ヒテ動キタルヲ以テナリ（民法二二及ヒ二三參照）

終ニ住所ノ變更ニ付キ好個ノ問題アリ即チ住所ヲ變更セントシテ右ノ二要素ヲ充タシタルモ住所ヲ得ントスル國ノ法律ニ依リテ定メタル方式ニ缺クル所アルカ若クハ其國カ外人ノ住所ヲ自國ニ有スルコトヲ禁スルノ法令ヲ發シ居ルトキハ意思、行爲ノ二要素ノ具備セルニ拘ハラス住所ヲ移スコトヲ得サルヤト云フコト是ナリ余ハ斯ノ如キ場合ニ於テモ尙ホ且住所ノ變更ヲ來シタルモノト信ス蓋シ二要素ノ既ニ備ハレルモノアレハナリ凡テ斯ノ如キ問題ハ各國國法ノ異同ヨリ生スルモノナルヲ以テ國際私法ノ規定ハ成ルヘク之ヲ寬ニセサルヘカラス右ノ如キ場合ニ於テ若シ住所ヲ得セシメストセンカ益無住所者ヲ增加シ一國ノ國法ハ容易ニ國際私法上ノ秩序ヲ紊ルニ至ルヘシ然レトモ此場合ニ於テ國際私法ノ原則ニ照シ住所ヲ變更シタルモノトシテ其住所地法ヲ適用スヘキハ之ヲ許ササル國以外ノ諸國ナルヘキコトヲ忘ルヘカラス其國自身ハ一方ニ於テ國法上之ヲ禁止シナカラ他方ニ於テ國際私法上之ヲ許容スルノ原則ヲ守ラントスルハ恰モ是レ前ニ進ミ同時ニ後ニ退カントスルカ如シ行ヒ得ヘキノコトニアラス故ニ國際私法ノ團體ニ斯ル場合ニ際シテハ須ラク外人ノ住所ヲ得ルヲ許サヽル國ヲ責ムヘク其國ハ亦歩ヲ讓リテ努メテ之ニ從ハサルヘカラサルナリ

強制的住所、法律的住所

第三節　強制的住所、法律的住所

住所ニハ意思ト行爲トヲ要スルコトハ前ニ述ヘタル所ノ如シ然レトモ此原則ニ對シテハ例外トシテ強制又ハ法律ノ規定ニ依リテ住所ヲ一定ノ場所ニ固定セシムルコトアリ例ヘハ羅馬法ニ於テ一定ノ場所ニ追放セラレタル者ハ其場所ニ住所ヲ有セサルヘカラストナセルカ如シ獨逸ノ普通法ニ於テ犯罪人ノ住所ヲ定ム

ルコトヲ牢獄ノ官吏ニ委任シタルハ穩當ヲ得タル處置ト云フヲ得サルナリ然レトモ英國ノ判決例ニ於テ犯罪者カ刑罰殖民地ニ終身ノ移住ヲ命セラレタルトキハ住所ノ變更アリタルモノトナシタルハ至當ノ見解ナルコトヲ疑ハス蓋シ終身牢獄ニ囚ヘラレタル者ハ住所ヲ牢獄ニ有スルモノト見テ差支ナケレハナリ夫ノホワートン氏カ其著書第五十四章ニ於テ生涯ノ禁獄ハ住所ヲ變スト云ヘルハ此意ニ外ナラス然ラハ囚徒カ牢獄ヲ住所トナスコトヲ得ルヤ否ヤ此點ニ付テハ議論一定セスト雖モ囚徒ハ住所ヲ選擇スルノ自由ヲ有セストノ原則ヨリ之ヲ否定スル論者極メテ多シ有期追放者カ期限經過ノ後住所ヲ追放地ニ移スコトヲ得ルハ選擇意思ノ自由アル點ヨリ觀察シテ何人モ之ヲ肯定スヘシ政治上ノ原因ヨリ本國ヲ追放セラレタル者モ亦其滯在地ニ住所ヲ有セサルヘカラサルモノニアラサルコト明白ナリ

羅馬法ニ於テハ追放者ノ場合ノ外官吏ハ其勤務ノ場所ヲ、兵卒ハ其兵營ノ場所ヲ住所トナシ家族ハ家長ノ居ル所ヲ住所トナスヘキコトヲ定メタリ而シテ此場合ニ於テ官吏、兵卒、家族等ハ住所ヲ其地ニ有セントスルノ意思及ヒ其地ニ滯在セントスル行爲ノ有無ヲ問ハサルモノトス從テ此住所ニ强制的住所又ハ法律的住所ナル名稱ヲ附セリ蓋シ官吏、兵卒ハ其職務ヲ執ルヘキ場所ニ於テ職務ニ服セントスルノ目的ヲ以テ其地ニ赴キタリト看做スヲ以テナリ之ニ反シテ英國法ニ於テハ兵營ヲ兵卒ノ住所ト看做スコトナシ官吏ニ付テモ縱令長ク外國ニ止マル者ト雖モ外國ニ住所ヲ有スルモノトナサヽルコトハ近世各國ニ於テ實際ニ認ムル所ナリ英國ノ判決例ニ於テハ公使又ハ領事カ一定ノ地ニ派遣セラレ其地ニ職務ヲ執ルモ之ヲ以テ住所ヲ其地ニ移シタルモノトナサス却テ舊來有スル所ノ住所ヲ廢セサルコトヲ認メタリ但此等ノ人々ニシテ住所ヲ其地ニ移サントスルノ意思アルトキハ容易ニ之ヲ移スコトヲ得ヘキハ勿論ニシテ兵卒ニ付テモ亦同シ又兵卒ニシテ畢生其兵營ニ職務ヲ執ラントスル者ハ亦兵營ヲ住所地トスルコトヲ得ヘキハ前ニ述ヘタル終身牢獄ニ囚ヘラレタル者カ其住所ヲ牢獄ニ有スルモノト見ルヲ得ヘキト同一ナリ

家族カ戸主ニ從屬スルヨリ生スル必要的ノ住所ノコトハ國際私法ノ研究ニ於テ甚タ重要ナルモノタリ家族ニハ種々アリト雖モ先ツ婦ヨリ說カンカ婦ハ夫ノ住

所ヲ住所トスヘシ婚姻後夫カ住所ヲ變スルトキハ婦ノ住所モ亦之ニ從テ變シ當ニ夫ノ住所ニ隨伴スルモノトス是レ夫婦ハ一體ナリトノ議論及ヒ婦ハ夫ト同接スルノ義務アルヨリ出テタルモノニシテ人若シ婦ノ住所ヲ知ラントセハ婦ノ意思如何等ヲ問フコトヲ要セス唯夫ノ住所ヲ知レハ足ルノミ故ニ縱令婦ハ結婚後夫ノ住所ニ赴キタルコトナキモ尚ホ夫ノ住所ヲ其住所トナスヘキモノニシテ例ヘハ日本ニ住所ヲ有スル日本人タル男子ト支那人タル女子ト亞米利加ニ於テ結婚シタルトキハ此婦タル支那人ハ結婚ト同時ニ夫ノ住所タル日本ニ住所ヲ有スルコトヽナルヘシ

婦カ夫ノ許可ヲ得テ事實上夫ト其居所ヲ異ニスル場合ト雖モ尚ホ婦ハ獨立シテ住所ヲ有スル能ハス例ヘハ日本人ト和蘭人ト支那ニ於テ結婚シ夫ハ日本ニ、婦ハ和蘭ニ歸ルモ苟モ離婚セサル以上ハ婦ノ住所ハ夫ノ住所ニ從ハサルヘカラス尤モ裁判ノ宣告ニ因リ夫婦別居スルトキハ此限ニアラス是レホワートン氏等ノ主トシテ認ムル所ニシテ佛國ノ判決例ニ於テモ婦ハ別居ヲ爲ストキハ獨立シテ住所ヲ擇ムコトヲ得ヘキモノトナセリ唯之カ爲メ國籍ヲ變スルコトヲ許サス夫カ死亡シタルトキハ婚姻ハ解除スルモノナルカ故ニ寡婦ハ其住所ヲ選擇スルノ自由ヲ有ス若シ特ニ其選擇ヲ爲サヽルトキハ夫ノ生前ノ住所ヲ以テ其住所トス此婦ハ夫ノ住所ニ從ハサルヘカラストノ原則ニ一個ノ例外アリ即チ婦カ夫ニ對シ獨立シテ起スコトヲ得ヘキ訴權ニ影響スヘキ住所ノ變更アリタルトキ是ナリ例ヘハ夫カ「夫ノ某犯罪ヲ理由トシテ婦ハ離婚ノ訴ヲ起スコトヲ得ヘシ」トノ法律アル國ニ住所ヲ有シ居リタリト假定シ婦ハ夫カ之ニ該當スル某犯罪ヲ犯シタルヲ理由トシテ離婚ノ訴ヲ提起セントスルニ當リ夫ハ之ヲ恐レテ「夫ノ某犯罪ヲ理由トシテ婦ハ離婚ノ訴ヲ起スコトヲ得ス」トノ法律アル國ニ住所ヲ移シタル場合ノ如キ是ナリ此場合ニ於テ尚ホ婦ハ夫ノ住所ニ從ハサルヘカラストセハ之カ爲メ獨立シテ夫ニ對シテ有スル所ノ權利ヲ害セラルヽニ至ルカ故ニ右權利ノ保護ヲ全ウセンカ爲メニハ此場合ニ婦ヲシテ夫ノ住所地法ニ從フヲ要セサルモノトナサヽルヘカラス

次ニ未成年者ノ住所ニ付キテハ其父權ノ下ニ在ル間ハ父ノ住所ニ從フトノコト及ヒ父ノ許可ヲ得テ特別ノ住所ヲ有スルヲ得ヘキコトハサビニー、フォリモール、ダ

イセー諸氏其他多クノ學者ノ認ムル所ナリ故ニ父ノ住所ノ變更スルト共ニ未成年者ノ住所亦之ニ伴ヒテ變更スヘキハ當然ナリ認知セラレタル子ハ父カ認知當時ニ有セル住所ヲ以テ其住所トナスヘキモノトス父ノ認知即チ如何ナル子ヲ其子ト見ルヘキヤニ付テハ二個ノ主義アリ一ハ婚姻中ニ生レタル子ハ凡テ夫ノ子トスルモノニシテ他ハ婚姻中ニ懷胎シタル子ハ凡テ夫ノ子ナリトナスモノ是ナリ第一ノ主義ニ依レハ今日婚姻シテ明日生ルヽモ其子ハ夫ノ子トナルヘシ然レトモ斯ノ如キ子ハ事實上夫ノ子ニアラサルコト明カナレハ從テ之ニ夫ノ住所ヲ得セシムルコトハ不當ニシテ第二ノ主義ヲ採ルヲ以テ妥當トス我民法第八百二十條ニハ

妻カ婚姻中ニ懷胎シタル子ハ夫ノ子ト推定ス

婚姻成立ノ日ヨリ二百日後又ハ婚姻ノ解消若クハ取消ノ日ヨリ三百日内ニ生マレタル子ハ婚姻中ニ懷胎シタルモノト推定ス

トアルカ故ニ婚姻成立ノ日ヨリ二百日後又ハ婚姻ノ解消若クハ取消ノ日ヨリ三百日以内ニ生レタル子ハ婚姻中ニ懷胎シタル子即チ夫ノ子ト見ラルヘキカ故ニ斯ノ如キ子ニ限リ其住所ハ父ノ住所ニ從フヘキモノトス歐羅巴諸國ニ於テハ亂倫ノ子及ヒ姦通ノ子ニハ父母ノ認知ヲ許サス裁判上父母ヲ證明スルコトヲ許サス從テ嫡出子トナスコトヲ許サヽルモノアリタレトモ我法典ニ於テハ亂倫ノ子父ハ姦通ノ子ナルモノヲ認メサルカ故ニ此種ノ子ト雖モ一タヒ父ノ認知ヲ受ケタルトキハ即チ其住所ハ父ノ住所ニ從フヘキモノトス又未成年者ニシテ成年ニ達シ新住所ヲ得サルトキハ未成年者タリシ當時ノ住所ヲ以テ其住所トス

婚姻ナクシテ生レタル子ハ母カ其子ヲ分娩シタル當時ニ有シタル住所ヲ其住所トナス而シテ若シ母カ分娩後住所ヲ變シタルトキハ母ノ新住所ハ直チニ其子ノ住所トナルヤ否ヤハ疑問ニ屬ス此疑問ヲ決スルニハ先ツ母ハ此事ニ關シテ父ト同一ノ權利ヲ有スルヤ否ヤヲ決定セサルヘカラス英國ニ於テハ婚姻ノ子ナルトキハ父ノ死後ハ母此權利ヲ有スレトモ婚姻ナクシテ生レタル子ニ付テハ母ニ此權利ナキモノトセリ是レ其源ヲ羅馬法ニ發シタルモノニシテ羅馬ノ普通法ニ於テハ母ハ此事ニ關シ父權ト同一ノ權利ヲ有セサルモノトシ北米合衆國ノ判決例ニ於テモ亦婚姻ノ子ニ限リ母ハ父ノ死後子ノ住所ヲ變スルコトヲ得ヘシトナシ

ホワートン氏ノ如キハ正理ニ適ヒ且善良ナル誠意ヲ以テ(Reasonably and in good faith)セサルヘカラストナセリ例ヘハ子ノ死ニ瀕シタルトキニ當リ母ハ住所ヲ「子ノ遺産ハ其兄弟ニ移ル」トノ法律アル地ニ有シ居リタルニ突然「子ノ遺産ハ母ニ移ル」トノ法律アル地ニ住所ヲ移シタルトキハ母ノ行爲ハ子ノ遺産ヲ相續セントスル利己心ニ出テタルモノト見ルヘキヲ以テ斯ル場合ニハ縱令母カ自己ノ住所ヲ變スルモ子ヲシテ之ニ伴ハシムヘカラストナスカ如シ而シテ其意思ノ如何ハ各場合ニ因リ裁判官ノ判定ニ委スルノ外ナキナリ又母カ父(夫)ノ死亡シタル後第二ノ婚姻ヲ爲シタルトキハ戸主タル權利ヲ拋棄シタルモノナルカ故ニ裁判所ノ命令ヲ得スンハ子ノ住所ヲ變スルコトヲ得サルナリ

婚姻ナクシテ生レタル未成年者ノ後見人ハ自由ニ被後見人ノ住所ヲ變スルコトヲ得ルヤ否ヤ未成年者ト禁治産者トヲ問ハス當然ノ後見人ニ限リ自由ニ之カ住所ヲ變更スルコトヲ得ヘキモノニシテ其他ノ後見人即チ遺言後見人、法定後見人、選擧後見人ノ如キハ親族會又ハ裁判所ノ許可ヲ經サレハ未成年者又ハ禁治産者タル被後見人ノ住所ヲ變更スヘカラストハストーリー、ホワートン、ウエストレーキ氏等ノ採ル所ノ說ナリト雖モピンケルシユック、ローデンブルヒ氏ノ如キハ後見人ハ自由ニ被後見人ノ住所ヲ變更シ得ヘキモノナリト云ヘリ瘋癲者ニシテ禁治産宣告ヲ受ケサル者ニハ各國重ニ裁判所ヨリ假管理人ヲ指定シ之ヲシテ禁治産ヲ受ケタル瘋癲者ノ後見人ト同一ノ行爲ヲ爲サシムルヲ以テ住所ヲ變スルニモ亦裁判所ノ許可ヲ要スルモノトナスヲ妥當ナリト信ス英國ニ於テハ斯ノ如キ主義ヲ採ルト雖モ佛國ニ於テハ之ト反對ニシテ後見人ハ自由ニ瘋癲者ノ住所ヲ變更スルコトヲ得ヘキモノトセリ

第四節　住所ノ數

住所ノ數

一人ニシテ數多ノ住所ヲ有スルコトヲ得ルヤ全ク住所ヲ有セサル者アリヤヲ定ムルハ極メテ困難ナル問題ナリ羅馬法ハ明カニ人若シ同時ニ數個ノ場所ヲ選ムトキハ悉ク之ヲ住所トナスコトヲ得ヘキモノトシ又住所ヲ有セサル人モアルヘキコトヲ認メタリサビニー氏ハ住所ヲ有セサル人アルヘキ場合ヲ想像シテ左ノ三個ヲ擧ケタリ

第一　從來ノ住所既ニ拋棄セラレ新住所未タ定マラサル場合

第二　歸住スヘキ家ヲ定ムルコトナク畢生旅行ヲ以テ職務トナス者

第三　定マリタル職務ヲ有スルコトナク所々ヲ彷徨スル者

若シ夫レ純粹ノ學理上ヨリ觀察スレハ往所ヲ有セサル場合ノ現出スルコトハ爭フヘカラス住所ヲ有セサルモノヲ指シテ强テ住所ヲ有スト云フコト能ハサルハ固ヨリ明白ナル所ナリ然レトモ繇テ考フレハ若シ一定ノ住所ヲ定メサルトキハ私權ノ享有ヲ定ムヘキ標準ヲ缺キ權利ノ享有行使ノ上ニ於テ極メテ不便ト繁雜トヲ免カレス例ヘハ甲地ニ於テ爲シタル行爲ニ付テハ甲地ノ法ニ從ヒ乙丙兩地ニ於テ爲シタル行爲ニ付テハ乙丙兩地ノ法ニ從ハサルヘカラス從テ某ノ行爲ヲ爲シタルトキハ何地ニ在リシヤ一々之ヲ探究セサルヘカラス是ヲ以テ時日ヲ經過スルトキハ當事者自身モ其記憶ヲ脫スルコトアリ又證明ノ立タサルコトモアリテ遂ニハ或事件ニ關シテ其者ヲシテ私權ノ享有行使ヲ得ルニ術ナカラシムルニ至ルコト稀ナリトセス其繁雜ト不便トハ名狀スルコト能ハサルヘシ是故ニサビニー氏カ列擧シタル三個ノ場合ノ如キハ皆之ヲ原住所ニ復歸セシムルノ便ナルニ如カサルナリ我民法ハ第二十二條ニ於テ住所ノ知レサル場合ニ於テハ居所ヲ以テ住所ト看做スト規定セリ是レ亦無住所ヲ避ケントスル一方法ナリ羅馬法ニ於テハ一人ニシテ許多ノ住所ヲ有スルコトアルモ全ク住所ヲ有セサル者アルモ敢テ甚シキ不便ヲ感スルコトナカリキ何トナレハ同法ニ於テハ住所ハ唯裁判管轄ヲ定ムルノミニシテ之ヲ以テ私權ノ基礎トナセルニアラサレハナリ即チ許多ノ住所ヲ有スル場合ニ於テハ其人ハ一般ノ裁判管轄ノ場所トシテ許多ノ裁判所ニ訴ヘラレ全ク住所ヲ有セサル場合ニ於テハ其人カ現ニ市民權ヲ有スル場所(Origo)ノ一般ノ管轄裁判所ニ訴ヘラルヽモノトナシタルナリ故ニ苟モ住所ト私權トヲ伴ハシメント欲スル場合ニアリテハ許多ノ住所ヲ有セシムルコトハ到底不可能ノ事タリ何トナレハ同一ノ人ヲシテ許多ノ私權ヲ得セシムルコト能ハサルヘケレハナリ去レトモ亦反對ニ全ク住所ヲ有セシメサルトキハ其人ハ私權ヲ享有スルコト能ハサルニ至ルヘク其缺點甚タ著シキカ故ニ新住所ヲ獲得スルマテハ從來ノ住所又ハ原有ノ住所ヲ繼續シ置カシメサルヘカラス是ニ由テ之ヲ觀レハ住所ノ有無、住所ノ單複ハ住所ヲ以テ裁判管轄ノ標準トスルカ私權ノ源泉トスルカニ至大ノ關係アルモノト云ハサルヘカラサルナリ

近來各國ノ趨勢ヲ見ルニ學者概ネ羅馬ノ主義ヲ認メサルニ至リ普漏西ノ普通國法第二十七章ノ如キハ「人アリ若シ二個ノ住所ヲ有スルトキハ其能力ハ二個ノ內其人ニ最モ多ク利益アル方ノ法律ニ依リテ之ヲ定ム」ト規定シ英國及ヒ米國ノ學說モ皆羅馬法ノ規定ヲ否認シ佛蘭西ノブロシュー、瑞西ノムーハイム、獨逸ノザビニー、ストッペー、デルンブルヒ氏等皆之ヲ否認セリ

法人ノ住所

第五節　法人ノ住所

法人ハ一定ノ場所ヲ定メテ其活動ヲ爲スノ中心トナスノ必要アリテ都府、市町村、寺院、學校、病院、會社等皆然リ而シテ會社其他類似ノ團體ニ於テハ定款ニ依リ又ハ法律上ノ規定ニ依リテ其住所ヲ定ムルコト屢之アリト雖モ要スルニ商事會社ニ於テハ本店ノ所在地ヲ住所ト定メ又非商事會社ニ於テハ事務所ノ所在地ヲ其住所トナスヲ以テ常トス我民法ハ其第五十條ニ於テ「法人ノ住所ハ其主タル事務所ノ所在地ニ在ルモノトス」ト規定セリ會社ノ設立地ト營業地ト相一致セサルトキハ營業地ヲ以テ住所トスルコトハ一般ニ認メラルヽ所ノ學說ニシテ例ヘハ一ノ工業會社アリテ形式上甲國ニ於テ設立セラレタリト雖モ乙國ニ於テ其事業ヲ營ミ居ルトセハ此會社ハ乙國ニ屬スル會社ニシテ從テ乙國ノ法律ニ服從セサルヘカラス獨逸ノ民事訴訟法第十九條ニハ市町村團體並ニ會社、組合及ヒ其他ノ結合體、營造物、財團ノ訴訟上ノ資格ハ其位置ニ依リテ之ヲ定メ他ノ證明ナキトキハ行政ノ施行セラルヽ場所ヲ位置ト定ムトアリテ明カニ此疑ヲ解キタリ次ニ會社ハ支店ノ存在スル地ニ行ハルヽ法律ニ服從スルヲ要セサルモノニシテ即チ支店ノ建設ハ住所ノ變更トナルコトナシ會社又ハ團體カ其位置ヲ移轉スルト同時ニ法人ノ新設セラレタル場合ニ適用セラルヽ法律上ノ命令ヲ受ケタルトキハ茲ニ始メテ住所ニ眞正ノ變更アリタリト云フコトヲ得ヘキナリ株式會社カ定款ニ於テ位置ヲ變更スルハ多數決ニ依リテ之ヲ決定スヘシト云フハ是レ國際私法上ノ問題ニアラスシテ唯國內ニ於ケル位置變更ノ場合ニ限ルモノトス現ニ佛國ニ於テハ千八百八十年六月七日ノ大審院ノ判決ニ於テ社員ノ多數決ニ依ルモ會社ノ位置ヲ他國ニ變スルコトヲ得スト宣告シタリ

住所ノ種類

第六節　住所ノ種類

住所ノ種類ハ其觀察點如何ニ因リテ之ヲ數多ニ區分スルコトヲ得ヘシ普通ニ行

ハル、住所ノ區別ハ

第一　固有住所――人ニ因ルモノ／土地ニ因ルモノ

第二　選擇住所

第三　必要住所

トスルモノト

第一　自然住所――人ニ因ルモノ／土地ニ因ルモノ

第二　任意住所

第三　法律住所（強制的住所ヲ包含ス）

トスルモノト是ナリ而シテ右ノ二者ハ其名異ナリト雖モ其實相均シク固有住所又ハ自然住所トハ人即チ父母ニ依リテ定マルモノト土地即チ出生地ニ依リテ定マルモノトアリテ生レナカラニシテ直チニ有スル住所ヲ指スモノナリ選擇住所又ハ任意住所トハ前ノ住所ヲ止メタル場合ニ自己ノ意思ニ因リテ新ニ獲得スル住所ヲ稱シ必要住所又ハ法律住所トハ法律ノ規定ニ依リテ之ニ從ハサルヘカラサル住所ニシテ例ヘハ子カ父ノ住所ニ、婦カ夫ノ住所ニ從ハサルヘカラサルカ如

シ而シテ第三節ニ述ヘタル法律的住所ト強制的住所トノ區分ハ即チ法律住所ノ細分ニ屬スルモノニシテ當事者ノ聽容ヲ許ス所ノ法律住所ハ之ヲ法律的住所ト云ヒ當事者ニ聽容ヲ許サヽルモノハ之ヲ強制的住所ト云フ例ヘハ終身徒刑ニ處セラレタル者ニ對スル住所ノ如シ

或ハ住所ヲ分ツニ法律關係ヲ本トシ法律關係中住所ヲ定ムルニ最モ重要ナルモノヲ擇ヒテ

第一　民事上ノ住所

第二　商業上ノ住所

第三　裁判管轄上ノ住所

第四　遺產上ノ住所

トナス者アリ是レ重モニ英國諸學者ノ唱フル所ニ係リ英國ノ法學者ハ若シ同一ノ人カ許多ノ法律上ノ關係ヲ有スルトキハ許多ノ住所ヲ承認スルコトヲ得ヘシト言ヘリ例ヘハ某者甲地ニ其商業上ノ住所ヲ有シ乙地ニ民事上ノ住所（即チ相續ノ場合ニ財產ヲ獲得スル住所ノ如シ）ヲ有スルコトヲ得ヘシトナシ此商業上ノ住

所ヲ指シテ准住所ト稱セリ所謂商業上ノ住所ナルモノハ何等ノ點ニ於テ必要アルカ其人ノ國籍又ハ住所ハ本國ニ在ルモ戰時ニ於テ其人ノ爲ス所ノ取引ハ交戰國他方ノ人民トノ取引トナルヤ否ヤ其人ノ船舶或ハ商業品ハ敵有ト看做スコトヲ得ルヤ否ヤ是レ特ニ商業上ノ住所ヲ定ムルノ必要アリト云フ所以ニシテ斯ノ如キ場合ニハ先ツ其財産ハ事實上或ハ假定上敵地ヨリ來ルカ或ハ敵ノ使用ニ供スルモノナルカヲ定メサルヘカラス故ニ場合ニ依リテハ商業上ノ住所カ其人ノ住所以外ニ存スルトキハ英國臣民ノ有スル財産ト雖モ之ヲ敵ノ財産ト看做スコトヲ得ヘキナリ此種ノ說ニ依レハ例ヘハ甲者乙地ニ住所ヲ有シ丙地ニ營業所ヲ有シ毎日之ニ通勤スルカ如キ接近シタル所ナルモ尙ホ此地ヲ商業上ノ住所トナスコトヲ得ヘク民事上ノ住所、商業上ノ住所、遺産上ノ住所、裁判管轄上ノ住所其他百般ノ法律上ノ關係ニ從テ許多ノ住所ヲ有スルコトヲ得ヘシトナスモノナルカ故ニ極メテ錯雜ヲ來スノ不便アルヲ免カレサルナリ尙ホ裁判管轄上ノ住所ニ付テハ我民事訴訟法ヲ對照スヘシ

第三章　國際私法ニ於ケル主義

國際私法上ノ關係ハ如何ナル法律ヲ以テ支配セシムヘキヤハ時代ニ因リテ其考ヲ異ニセリ而シテ今日ニ至ルマテニ行ハレタル主義ノ重ナルモノヲ擧クレハ左ノ如シ

第一　絕對屬地主義　絕對屬地主義ハ中古ノ後半ヨリ出テタル主義ニシテ即チ封建時代ニ於テ統治權ト所有權トヲ混淆シ君主ノ土地ニ對スル關係ヲ以テ公法上ノ主權ノ關係トナサスシテ私法上ノ所有權ノ關係トシタルニ出テタルモノナリ即チ君主ハ土地ヲ所有シ人民ハ土地ニ附屬スルモノナルカ故ニ君主ハ自國ノ土地ノ上ニ存在スルモノニ對シテハ其外人タルト內人タルトヲ問ハス又其公法上ノ關係ニ於ケルト私法上ノ關係ニ於ケルトヲ問ハス悉ク自己ノ自由ニ委ストノ主義ヲ採レリ故ニ此主義ニ依レハ外國人カ其本國ニ於テ如何ナル權利ヲ有シタルヤヲ顧ミス其自國ニ來ルニ及ヒテハ一ニ自國ノ法律ノミニ從ハシムルモノナルヲ以テ絕對ノ屬地主義ヲ採ルトキハ國際私法上ノ關係ヲ生スルノ餘地アルヲ見ス

第二　絕對屬人主義(又ハ本國法說)　此說ハ人ノ法律關係ニ付テ其本國ノ法律ヲ

適用スルノ主義ニシテ甲國人乙國ニ赴クモ毫モ乙國ノ法律ニ服從スルコトナク從テ乙國人甲國ニ來ルコトアルモ毫モ甲國ノ法律ニ服從セシムルコトナシトスルモノナリ此主義ハ古代ニ於テ行ハレタル所ニシテ中古ノ前半ニ至ルマテ繼續シタルモノナリ例ヘハ羅馬法ノ初メニ於テハ羅馬人ノ法律ナリトナシ外人ノ羅馬ニ來ル者ハ羅馬人ノ法律ニ服從スルコト能ハストナセリ故ニ外人ハ羅馬國ニ赴キテ賣買、贈與、貸借、遺言等ヲ爲スノ能力ヲ全ク欠缺シタルモノナリ從テ外國人カ羅馬ニ來リテ食物ヲ購買スルコトアルモ是レ唯一ノ事實ニ過キスシテ縱令此賣買ノ關係ヨリ訴訟ヲ起スコトアルモ其訴訟ハ受理セラルヽコトナシ何トナレハ外人ハ賣買ナル事實ヲ行フコトヲ得ルモ賣買ナル法律行爲ヲ爲スヲ得サリシモノナルヲ以テナリ近世ニ至リテハ伊太利ノマンチコーヲ始メトシ其他屬人主義ヲ採ルモノアリト雖モ此說ノ缺點ハ當事者カ本國ヲ異ニスル場合ニ何レノ本國法ニ從ヒテ可ナルヤ不明ナルニアリ屬人法說ヲ採ル學者ハ當事者ニシテ本國ヲ異ニセハ當事者ナシテ意思ノ宣言ヲ爲サシメ以テ何レノ國ノ法律ニ從フヤヲ定メシメ此宣言ヲ基礎トシテ判決ヲ下スコトヲ得ヘシト謂フニアレトモ此說ハ當事者ニ意思ノ合致アル場合ニ限リ行ハルヽ說ニシテ當事者カ他マテ何レノ法律ニ服從スヘキヤニ付キ一致ヲ爲サヽルトキハ到底行ハルヘキモノニアラス

此主義カ絕對ニ行ハルヽコト能ハサルハ左ノ二點ニ徵シテ明カナリ

一　事件發生地又ハ係爭地ノ公ノ秩序ニ關スル事項ニシテ本國法ニ從ハシメサルコトヲ以テ其國ノ秩序ヲ保ツニ必要ナリトスル場合アリ例ヘハ甲國カ奴隸ノ制度ヲ認ムルモ乙國ハ奴隸ノ制度ハ人間ノ私權ヲ沒却スルモノナリトノ謂ヲ以テ之ヲ認メス甲國ニ於テ奴隸トナリタル者カ乙國ニ來リタル場合ニ乙國カ之ヲ普通ノ人格ヲ具ヘタル權利ノ主體ト見ルカ如シ他ノ一國ニ於テ許サレタル一夫多妻ノ制度ヲ他國ニ於テ認メサルカ如キ亦然リ

二　法律關係カ本國ニ對シテ何等ノ關係ナモ有セサル場合例ヘハ甲國人カ乙國ニ所有スル土地ヲ乙國人タル丙者ニ賣却シタル場合ノ如キハ甲國人ノ本國ニ關係アルコト極メテ少ナク却テ乙國ニ關スル關係極メテ重大ナルカ如シ

此主義ノ到底貫徹スルコト能ハサルハ以上ノ理由ニ徴シテ極メテ明カナリ

第三　裁判所所在地法說　國際私法上ノ關係ヲ絕對ニ裁判所所在地法ニ從ハシムト云フノ說ハ到底行フヘカラサルノ說ナリ何トナレハ第一ニ該法律關係ノ本質ニ何等ノ關係ナク又當事者ニ何等ノ關係モナキ所ニ當事者一方カ訴訟ヲ提起シタリト云フ偶然ノ出來事ニ由テ其事件ヲ其地ノ法律ニ從ハシムルト云フ缺點アリ第二ニ當事者ノ一方即チ原告カ自己ノ利益ニ傾クノ地ヲ擇ヒテ其地ニ訴訟ヲ提起スルノ恐アリ第三ニ當事者カ其事件發生ノ當時ニ於テ豫想シ居ラサリシ法律ノ拘束ヲ受ケシムルノ弊アリ故ニ今日ニ於テハ如何ナル國ニ於テモ如何ナル學者ト雖モ絕對ニ裁判所所在地法ヲ適用セントスルモノナク或ハ其裁判所ハ本國法ヲ適用スヘシトノ說ヲ爲スモノアリ或ハ其他ノ法律ニ從フヘシトノ說ヲ爲スモノアリ此說ヲ採ル者ハ例ヘハウエヒテルプフター等ノ如シ

第四　事件發生地法說　即チ契約ニ於テハ契約成立地法ヲ採ルヘク人事ニ付テハ當事者ノ本國法ニ從フヘク物件ニ關シテハ物件所在地法ヲ採ルヘシトノ說ナリ事件發生地ノ法律ニ從フヘシトノ說ハ事件發生地ノ不明ナル場合ニ於テ到底行ハルヘカラサルノ說ナリ加之事件ノ形式ニ關スルコトニ至ルマテ事件發生地ノ法ニ拘泥セサルヘカラストノ極端論ヲ惹キ起スノ虞アリ要スルニ此說ノ最モ大ナル缺點ハ當事者ノ意思ヲ拘束スルコトニアリ

第五　適法主義　適法主義トハ一個ノ折衷主義ニシテ國際私法上ノ關係ニ最モ適切ナル法律ヲ適用スヘシトノ說ニシテ當事者ノ意思ニ適合セシメ且其法律關係ニ最モ適切ナル法律ヲ見出シテ之ニ準據セシメントスルニアリ而シテ此說ハ獨逸佛蘭西其他ノ諸國ニ於テ盛ニ行ハルヽ所ナリ

其說ヲ採ル者ハ凡テノ法律關係ニ最モ必要ナル要素ヲ分テ人、物及ヒ行爲ノ三個トナセリ而シテ人ニ關スル事件ハ其人ノ本國法又ハ住所地法ニ從ハシメ物ニ關スル事件ハ之ヲ分テ動產ニ關スル事件、不動產ニ關スル事件ノ二個トナシ甲者ハ一定ノ地位ヲ有セス人ニ從テ轉輾スルモノナルカ故ニ人ト同シク人ノ本國法又ハ住所地法ニ從ハシムヘシト謂ヒ乙者ニ付テハ一定ノ地位ヲ有スルモノナルカ故ニ不動產所在地法ニ從ハシムヘシト謂ヒ第三ノ行爲ニ付テハ之

ヲ分テ實質ト形式トノ二者トナシ行爲ノ實質ハ更ニ之ヲ分テ二個トナシ其人ニ關スル行爲ハ人ノ住所地法又ハ本國法ニ從ハシムヘシトナシ不動産ニ關スル行爲ノ實質ハ不動産所在地法ニ從ハシムヘシトナシ行爲ノ形式ニ關スルコトニハ行爲地法ヲ適用スヘシトセリ

此主義ハ極メテ明晰ナル區分ヲ爲シタルカ如キ觀アリト雖モ極メテ錯雜シタル主義ナリ例ヘハ國籍ヲ異ニスル兩國人間ニ於テ動産ニ付キ爭ヲ生シタル場合ニ住所地法又ハ本國法ニ依ルモノトスルトキハ何レノ本國法ニ依リ何レノ住所地法ニ依ルヘキカ不明ナルヘシ又甲國人カ乙國ニ於テ不動産ヲ有シ死亡シタル場合ニ其遺子タル未成年者ヲシテ相續セシメントスルニ當リ乙國ニ於テハ未成年者ノ不動産相續ヲ許サヽルノ規定アリト假定センカ若シ此未成年者ハ其本國ニ於テハ成年ニ達シ居レリトセハ此場合ハ不動産ヲ相續スル事柄ニ關スルヲ以テ不動産所在地ノ法律ニ從フヘキカ又ハ相續能力ニ關スル事柄ナルカ故ニ相續者ノ本國法ニ從フヘキヤノ如キニ至リテハ到底適法主義ヲ以テ之ヲ解明シ盡スコトヲ得サルヘシ

以上ノ如ク諸種ノ主義アリト雖モ到底絶對ノ主義ヲ貫徹スルコト極メテ困難ナレハ今日ニ於テハ更ニ一ノ折衷主義ノ發生スルアリテ各個ノ場合ニ付キ其事件ノ性質ヲ攻究スルカ若クハ當事者ノ意思ヲ推測シテ各場合ニ因リ當事者ノ本國法又ハ住所地法、物件ノ所在地法、行爲地法、契約成立地法、契約履行地法其他種々ノ法律ヲ適用セントスルニ至レリ

第一編　能力

能力ニ關スル說明ヲ爲スニハ先ツ人トハ何ソヤヲ研究セサルヘカラス然ルニ該問題ニ對シテハ未タ諸國ノ立法例及ヒ學說共ニ之カ定解ヲ與ヘタル者ナシ人ハ權利ノ主體ナリト云フモ是レ唯形式上ノ說明ニシテ人ノ實質ニ對スル定義ニアラス羅馬ノ古法ニ於テハ人トハ(一)母ノ胎內ヨリ出テタルコト(二)分娩後呼吸スルコト(三)奇形兒ニアラサルコト等ノ條件ヲ具備スルモノヲ謂フトセシモ是レ人タルノ實質ヲ規定シタルニアラスシテ法律上人タルノ時期ヲ定メタルノミ若シ之ヲ以テ人ノ實質ヲ定メタルモノトセハ犬ノ如キ亦人ナリト云ハサルヘカラス何トナレハ犬モ母ノ胎內ヨリ出テ、呼吸シ、且奇形兒ニアラサルヲ以テナリ我民法ニ

於テモ單ニ人タルノ時期ヲ定ムルノミニシテ人ノ實質ニ付テハ毫モ明言セス要スルニ人ノ實質ハ結局裁判所カ人類學者ノ鑑定ヲ俟テ之ヲ決定スヘキ事實問題ニ屬スルモノトス而シテ事實上人タル以上ハ法律ハ之ヲ保護セサルヘカラサルヲ以テ其人タルノ時期ニ付テハ法律上明文ヲ以テ之ヲ定ムルノ必要アルモノトス

人ニハ自然人ト法人ノ二種アリト雖モ法人ニ付テハ別ニ說明スルコトヽシ茲ニハ自然人ニ付テノミ說明スヘシ自然人ハ前述ノ如ク其存在ニ伴フテ必ス法律上ノ效果ヲ生スルモノナリト雖モ亦種々ノ原因ニ依リテ其能力ニ差異ヲ認メラルルモノトス即チ人ノ生理上、心理上、其他種々事實上ノ狀態ニ依リテ能力ノ範圍ニ廣狹ノ差ヲ生スルモノトセリ例ヘハ一定ノ年齡ニ達セサルカ爲メ、白痴瘋癲ナルカ爲メ、浪費者ナルカ爲メ、妻ナルカ爲メ、後見人ナルカ爲メ、私生子ナルカ爲メ等ノ原因ニ依リ其能力ヲ制限セラルヽカ如シ而シテ茲ニ能力ト云フハ人カ權利ヲ享有シ及ヒ行使スル法律上ノ資格ヲ謂フモノニシテ其享有スル資格ヲ權利能力ト云ヒ行使スル資格ヲ行爲能力トハ云フナリ以下權利能力及ヒ行爲能力ニ付キ說明スル所アルヘシ

行爲能力ニ適用スヘキ法律

第一章　行爲能力ニ適用スヘキ法律

第一節　行爲能力

國際私法上行爲能力ニ付テハ何レノ國ノ法律ヲ適用スヘキヤニ付テハ左ノ三說アリ即チ

第一　住所地法說

第二　本國法說

第三　行爲地法說

是ナリ以下之ヲ說明スヘシ

第一　住所地法說　之レ佛國ノブールノア等ノ主唱セシ所ニシテ中古盛ンニ行ハレタル說ナリ即チ人ト住所トノ關係ハ物ト所在地トノ關係ノ如ク凡テ人ノ權利義務ハ生活ノ中心即チ住所ヲ基本トシ家族、財產等ヲ其住所ニ置クヲ常トスルモノナルカ故ニ住所地ハ其人ノ能力ニ最モ大ナル關係ヲ有ス故ニ公法上ノ行爲能力ニ付テハ本國法ニ依ル必要アランモ私法上ノ行爲能力ハ其住所地

ノ法律ヲ適用スルヲ至當トスト云フニアリ

第二　本國法說　此說ニ依レハ人ノ能力ハ其本國ノ氣候、人情風俗、慣習等ニ密接ノ關係ヲ有スルモノナルヲ以テ此等ノ事項ハ其行爲能力ヲ決定スル根本的ノ基礎ヲ爲スモノナリト云フニアリ然ルニ住所地法說ヲ主張スル學者ハ之ヲ攻擊シテ曰ク人ノ本國法ハ之ヲ知ルコト能ハサル場合アリ例ヘハ北米合衆國ノ如ク一國內ニ於テ法律ヲ異ニスル數多ノ州ヲ有スル國ノ如シト然レトモ是レ不當ノ攻擊ノミ此場合ハ其各州ノ法律カ即チ本國法タルナリ又曰ク或人カ何レノ國ニ屬スルヤハ之ヲ知ルコト容易ナラス假リニ其本國ヲ知ルコトヲ得ルトスルモ其人カ其本國法ニ依リテ能力者タルヤ否ヤヲ知ルコトハ極メテ困難ナリ今一ノ賣買契約ヲ爲サントスルモ其相手方ノ能力者タルヤ否ヤヲ知ルコト困難ナリトセハ則チ取引ノ發達ヲ阻害スルモノト云ハサルヘカラズト然レトモ本國法ヲ知ルコトハ今日ニ於テ爾ク困難ナルモノニアラス本人ヲシテ能力者タルコトヲ證明セシムルコトヲ得ヘク又公使館領事館等ニ照會スルモ可ナリ尙ホ能力者タルコトヲ信セシメンカ爲メ詐術ヲ用サルカ如キコトアラン

カ斯ル場合ニハ能力ノ有無ヲ論セスシテ善意者ニ對シテハ其行爲ハ國際私法上有效ノモノタルナリ此他無國籍者及ヒ複國籍者ノ本國法ヲ定ムルコト能ハスト云フモ此攻擊ハ住所地法說モ亦之ヲ受ケサルヘカラス尙ホ最後ノ攻擊ニ依レハ例ヘハ茲ニ六十歲ノ老人アリト假定セン二此老人カ外國ニ歸化セシ場合ニ於テハ其老人ノ能力ハ外國ノ法律ニ依リテ決定セサルヘカラス六十年來居住ノ事實アリシ出生國ノ法律ニ依ラスシテ歸化セシ國ノ法律ニ依ラシムヘシト云フハ是レ本國法說ノ根據ヲ自ラ破壞スルニアラスヤト此攻擊ハ一應正當ナルカ如キモ是レ亦住所地法說ノ被ラサルヘカラサル攻擊ナルノミナラス住所ノ變更ハ國籍ノ變更ニ比シ更ニ頻繁ニシテ且容易ナルモノナルヲ以テ住所地法說ハ一層此缺點ヲ有スルモノト云ハサルヘカラス殊ニ斯ル例外ノ場合ヲ想像シテ一般原則ヲ攻擊セントスルハ非ナリ要スルニ住所地法說ハ本國法說ニ比シテ最モ多クノ缺點ヲ有スルモノト云フヲ得ヘシ

第三　行爲地法說　此說ニ依レハ(一)行爲地法ハ之ヲ知ルコト容易ナリ(二)當事者カ國籍又ハ住所ヲ異ニスル場合ト雖モ法律ノ適用ニ困難ヲ感スルコトナシ何

トナレハ行爲地ニ行ハルヽ法律ハ常ニ唯一ナレハナリ(三)行爲地ハ其知レサル場合ニ於テモ之ヲ調査スルコト本國又ハ住所ニ比シテ容易ナリト云フニアリテ英米ノ判決例及ヒ學者ノ採用スル所トス然レトモ行爲地ハ最モ變轉シ易キヲ以テ能力ヲ定ムルニ其行爲地ノ法律ニ依ルヘシトノ說ニ對シテハ左ノ如キ多少ノ非難アルヲ免カレス

(一) 人ノ能力ハ其人ノ現在スル土地ト何等ノ關係ヲ有スルモノニアラス即チ行爲地ハ其人ニ取リテハ一ノ偶然ノ事實ノミ

(二) 行爲地法ニ依ルノ結果ハ其人ノ所在ヲ異ニスルニ從テ其能力ヲ變シ今日能力ヲ有スルモ明日ハ無能力者トナリ法律行爲ヲ爲スニ大ナル不便ヲ來スヘシ

(三) 當事者ハ自己ノ知ラサル法律ヲ適用セラルヽニ至リ爲メニ當事者ノ意思ニ反スル結果ヲ生スルコトアルヘシ

(四) 行爲地法ニ依ラントスルモ無主ノ土地二國以上共有ノ土地又ハ國境ニ於テ法律行爲ヲ爲ス場合ニ於テハ準據スル法律ヲ見出スコト能ハサルヘシ

人ノ能力ヲ定ムルニハ何レノ法律ニ據ルヘキヤニ付キ三個ノ學說アルコトハ以上述ヘタル所ノ如シ而シテ今日國際法ノ傾向及ヒ各國法ノ實際如何ヲ見ルニ千八百八十年オックスフォードニ開キタル國際法協會々議ノ決議ニ依レハ(一)人ノ身分能力ハ本國法ニ依リ(二)若シ本國不明ナルトキハ住所地法ニ依ルモノトセリ又各國法ノ實際ヲ見ルニ英米ニ於テハ主トシテ住所地法主義ヲ採用シ歐洲大陸ニ於テハ本國法主義ヲ採用ス我法例モ亦其第三條ニ於テ「人ノ能力ハ其本國法ニ依リテ之ヲ定ム」ト規定シ第二十七條第二項ニ於テ「國籍ヲ有セサル者ニ付テハ其住所地法ヲ以テ本國法ト看做ス其住所カ知レサルトキハ其居所地法ニ依ル」トシテ前示國際法協會ノ議決ニ倣ヒ原則トシテ本國法主義ヲ採用シ本國ナキ者ニ對シテ住所地法主義ヲ加味シタルモノトス尤モ國際法協會會議ニ於テハ住所不明ノ場合ニハ居所地法ニ依ルヘキコトヲ議決セサリシモ住所カ知レサル場合ニハ居所地法ニ依ルノ外他ニ途ナキモノトス然レトモ居所地法ニ依テ人ノ能力ヲ定ムルカ如キハ其不適當ナルコト勿論ニシテ全ク已ムヲ得サルニ出テタルモノトス」能力ヲ定ムルニハ其本國法ニ依ルヲ原則トスルモ之ニ對シテハ一個ノ例外アリ

即チ其本國法ニ依ルコトカ行爲地ノ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スル場合是ナリ此場合ニ於テハ其本國法ニ依ルコトヲ許サスシテ行爲地ノ法律ニ準據セシムヘキモノトス而シテ其如何ナル行爲カ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スルヤト云フニ是レ行爲地ノ國家カ認定スヘキ所ニシテ事實問題ニ屬スルモ今一例ヲ擧ンレハ一夫多妻ヲ認ムル土耳其國ノ臣民カ日本ニ來リテ居住スル場合ノ如シ我國ニ於テハ一夫多妻ハ民法上之ヲ認メス然ルニ絶對ニ本國法主義ヲ採用センカ土耳其國人ニ對シテ多數ノ妻ヲ娶ルコトヲ許容シ若クハ其有スル數人ノ妻ヲ認メサルヘカラス是レ明カニ我國ノ公ノ秩序ヲ害スルモノト云ハサルヘカラス此例外ニ付テハ我法例モ亦其第三十條ニ於テ之カ規定ヲ設ケタリ

能力ノ說明未タ終ラス且聊カ岐路ニ入ルノ感ナキニアラサレトモ他ニ適當ノ場所ナキヲ以テ茲ニ一言セント欲スルモノアリ即チ人ノ納稅ハ何レノ國家ニ對シ之ヲ爲スヘキモノナルヤ本國カ住所地カ將タ現在地カ例ヘハ米國ニ住所ヲ有シテ商業ニ從事スル日本人カ偶英國ニ行商シタル場合ノ如シ此點ニ關シテハ國際私法ノ著書ニ於テ詳シク說明セルモノナリ又各國ノ國內法ニ於テモ特ニ規定スル所アルヲ見スプルンチュリー、バール等ハ住所地ノ國家カ租稅徵收ノ權ヲ有スト說ケリ米ノホワートン亦然リ元來租稅ハ何カ爲メ之ヲ徵收スルヤハ財政學ノ問題ニ屬シ國際私法ニ於テ論究スルノ要ナキモノニシテ今日ニ於テハ外國人ニ對シテモ租稅ヲ賦課徵收シ得ルハ一般ニ認ムル所ノ原則ナリト云フヲ以テ足ル唯多クハ條約ヲ以テ外國人ニ對シテモ內國人ニ對スルト同一程度ニ於テ又同一種類ノ物件ニ對シテノミ之ヲ賦課スルコトヲ得トシ特ニ外國人ニ對シテ重稅ヲ課セサルコトヲ定ム蓋シ內外人平等主義ノ原則ノ適用ニ外ナラス

此ノ如ク人ハ外國ニ於テモ納稅義務ヲ免カルヽ能ハサルコトハ之ヲ規定スルモ何レノ國家カ租稅ノ徵收ニ付キ優先權ヲ有スルヤニ付テハ規定スル所ナシ今日ノ學說ハ動產、不動產ニ付テハ其所在地ノ國家カ第一ニ徵收スルノ權アリトシ或行爲例ヘハ營業ノ如キ又ハ政府ヨリ得ル所得ニ付テハ其行爲ニ保護ヲ與ヘ若クハ所得ヲ與フル地ノ國家カ第一ニ徵收スヘシトノ說優勢ナルカ如シ此點ニ關スル普國國內法ノ規定ニ依レハ普國國內ニ土地ヲ有スル外國人ハ其土地ヨリ一ケ年一千五百圓(日本通貨ニ換算シテ)以上ノ收入アル場合ニ於テハ普國ニ納稅スヘシ又外國

人カ普國ニ於テ商工業ヲ爲ス場合ニハ其因テ得タル收入ニ付テ納稅スヘシ又之ト反對ニ普國人カ外國ニ於テ土地ヲ有スル場合ニハ其收入ニ對シ租稅ヲ課スルモ若シ其外國ニ於テ同一ノ租稅ヲ徵收スル場合ニハ之ヲ免除スルモノトセリ此規定ハ前示ノ學說ト一致スルモノニシテ最モ妥當ヲ得タルモノト信ス又奢侈品ノ如キハ其性質スラ一定ノモノニアラス即チ或國ニ於テハ奢侈品トスルモ他ノ國ニ於テハ之ヲ通常品ト認ムルコトアリ此ノ如キ場合ニハ一方ニ於テハ奢侈品トシテ租稅ヲ納メ又一方ニ於テハ通常品トシテ納稅ノ義務ヲ負擔セサルヘカラス之ニ關スル伊國(一八七七年)ノ法律ヲ見ルニ奢侈品ニ付テハ外國人ノ所有品ト雖モ苟モ伊國內ニ居住スル以上ハ稅金ヲ賦課スヘク又本國ニ於テ通常品トスルモ伊國ニ於テ奢侈品ト認ムル以上ハ之ヲ奢侈品ト看做ストセリ國家主權論トシテハ固ヨリ可ナランモ國際私法上是認スヘキ理論ニアラス余ハ奢侈品ニ對スル稅金ハ其現在スル國家ノミ之ヲ賦課シ他國家ハ徵收セサルモノトスルヲ至當ト信ス又一點ノ疑ナキハ郵便稅、電信稅ナリトス此等ハ其行爲地ノ國家ニ對シテノミ支拂フヘキモノトス蓋シ其地ノ切手ヲ使用スルノ外他ニ途ナケレハナリ其他現今

認メサルモ古ハ兵役ノ免除ニ對シテ一定ノ稅金ヲ納メシメタルコトアリ然レトモ兵役ノ義務ハ臣民籍ニ附著スルモノナルカ故ニ外國人ハ此義務ナキハ勿論從テ免役稅ナルモノヲ負擔スヘキ理山ナシ然ルニ此點ニ關シ奇妙ナル法律ヲ有スルモノハ瑞西ナリ其法律ニ依レハ凡テ兵役ニ服セサル者ハ必ス一定ノ免役稅ヲ支拂ハサルヘカラス其免役ノ原因ハ之ヲ問フ所ニアラス而シテ外國人ハ兵役ノ免除ヲ受クルカ故ニ免役稅ヲ負擔スルノ義務アルモノトス但條約ニ於テ特ニ免除シタル場合ハ此限ニアラストセリ此法律ハ千八百七十八年六月發布シタルモノニシテ千八百八十二年佛國ハ條約ヲ以テ免役ノコトヲ定メタリ

租稅ハ人ニ對シテ課スルモノ、物ニ對シテ課スルモノ及ヒ人ノ行爲ニ對シテ課スルモノトノ三種ニ大別スルコトヲ得ヘシ尤モ人身權ニ對シ課スルモノハ人頭稅ノ外之ヲ見ルコトナク多クハ人ノ收入ニ對シテ課スルモノナリ而シテ余輩ハ人ノ收入ニ對シテハ其人ノ本國之ニ賦課スヘク物ニ對シテハ其物ノ存在地ノ國家之ニ賦課スヘク人ノ行爲ニ對シテハ行爲地ノ國家ニ於テ賦課スルヲ至當ト信スパールハ行爲ニ對スル稅ヲ分チテ二トシ一ハ一人ノ行爲ニ對スルモノ他ハ數人

間殊ニ隔地者間ノ契約ニ對スルモノトシ其數人間ノ行爲ニ付テハ契約成立地ノ國家ニ於テ課稅スヘシト說ケリ是レ蓋シ必然ノ論決ト云ハサルヘカラス

以上課稅問題ハ國際法學者ノ研究未タ甚タ幼稚ナルヲ以テ今日ニ於テハ確的ノ說明ヲ爲スコト能ハス更ニ他日ノ研究ニ俟ツノ外ナシ

尙ホ余カ曩日バヾリヤ國在留中同國ノ稅法ニ付キ聊カ取調タル所アルヲ以テ以下其大略ヲ紹介スヘシ同國ニ於テハ租稅ヲ大別シテ國稅ト市町村稅ノ二トシ更ニ國稅ヲ直接稅及ヒ間接稅ニ區別ス而シテ外國人モバヾリヤ國ノ利益保護ヲ受クルモノナレハトノ理由ヲ以テ國稅ニ付テハ一般ニ之ヲ納メシムルヲ原則トス即チ直接稅中土地家屋稅、營業稅、資本稅ノ如キ皆然リ唯資本稅ハ一年以上引續キ居住スルモノニ限ルトセリ而シテ其資本ハ內國ニ在ルモノヽミナルヤ又ハ外國ニ在ル者モ包含スルヤト云フニ此點ニ付テハ本來ノ外國人ト元バヾリヤ國民タリシ者ニシテ現今外國人タル者トヲ區別セリ即チ本來ノ外國人ナレハ其資本カバヾリヤ國ニ存在スル場合ニ限リ其資本ヨリ生スル果實ニ對シテ課稅シ元バヾリヤ國民ニシテ現今外國人タル者ナレハバヾリヤ國ニ存在スル資本ハ論外

國ニ在ル資本ヨリ生スル收入ニ對シテモ亦課稅スヘキモノトセリ蓋シ此場合ハ縱令外國ニ在ル資本ナルモ素トバヾリヤ國ニ於テ蓄積セシ資本ニ外ナラサレハナリ尤モ治外法權ヲ有スル者ハ此例外ヲナスハ勿論ナリ又資本ニ對スルニアラスシテ一般ノ所得稅ハ土地稅、家屋稅、資本稅等ニ衝突セサル範圍內ニ於テ之ヲ賦課スルモノトセリ是レ二重ノ徵稅ヲ避ケンカ爲メナリ加之所得稅ハ尙ホ以下ノ法則ニ從ヒ賦課セラルヽモノトス(一)バヾリヤニ住所ヲ有スルカ又ハ一年以上居住スル場合ニ限リ且バヾリヤニ於テ得タル所得ニ對シテノミ之ヲ賦課ス(二)又バヾリヤニ於テ或職業ニ從事シ之ニ因リテ得タル所得ニ對シテ賦課ス(三)バヾリヤニ住所ヲ有セス又居住セサル外國人ト雖モバヾリヤ國ヨリ一定ノ金錢ヲ受クル者ニ對シテ之ヲ賦課スト惟フニ此法則ハ至當ナルヘシ獨逸ニ於テハ之ニ反シテ尙モ一年以上在住スル者ナレハ縱令本國ヨリ受クル金錢ナルモ尙ホ之ニ對シテ所得稅ヲ賦課スルモノトセリ是レ獨逸國ニ在留スル者ハ其保護ヲ受クル理由ニ基クモノナランモ余ハ正當ニアラストト信ス又相續稅ニ付テハ其相續財產カ不動產ニシテバヾリヤ國內ニ存在スル場合ハ其被相續人カバヾリヤ國人タルト外

國人ナルトヲ問ハス相續稅ヲ賦課スヘシ又相續財產カ動產ナル場合ハ其被相續者カ外國人ナルトキト雖モ苟モハヽリヤ國ニ住所ヲ有スル以上ハ縱令其動產カ外國ニ在ルモ尙ホ相續稅ヲ賦課スヘシ尤モ此場合ハ相續人モハヽリヤ國ニ住所ヲ有スルトキニ限ルトセリ然ルニ外國カ其相續財產ニ對シ既ニ課稅シタルトキハハヽリヤ國ハ之ヲ免除シ又外國ノ課稅カハヽリヤ國ノ稅額ヨリ少ナキトキハ其差額ハハヽリヤ國ニ於テ之ヲ賦課スルモノトセリ又間接稅ハ外國人ト雖モ之ヲ負擔スヘク手數料ノ如キ亦然リ[illegible]市町村稅ハ國稅ト同一ノ理由ニ依リ外國人モ之ヲ負擔セサルヘカラス關稅、入市稅等亦然リ學校稅、寺院稅ハ一般ニ負擔スヘキモノニアラサレトモハヽリヤノ如キハ內外國人ヲ問ハス滿六歲ヨリ七个年間ハ强制就學ノ制度ナルヲ以テ外國人モ之ヲ負擔セサルヘカラス寺院稅ハ「カトリック」敎徒ニ限リ之ヲ負擔スルノ義務アルモノトス[illegible]

行爲無能力者

第三節　行爲無能力者

人ノ行爲能力ハ原則トシテ其本國法ニ依リ之ヲ定ムヘキモノナルコトハ既ニ前節ニ於テ述ヘタル所ナリ而シテ能力ニ關シテハ啻ニ其有無ノミナラス之カ制限ニ付テモ亦本國法ニ依ルヘキモノトス如何ナル者ニ對シ如何ナル理由ニ依リ其能力ヲ制限スルヤハ國內法ノ問題ニ屬スルモ要スルニ或ハ智能ノ發達完全ナラス身神ニ異狀アルカ爲メニ之ヲ保護スルノ必要ニ出テ或ハ一家ノ整理又ハ債權者ノ利益保護ノ爲メニ又或ハ社會ノ秩序ヲ維持スルノ必要ヨリス破產ノ宣告ヲ受ケシムルカ如キハ第二ノ理由ニ基キ刑事上ノ禁治產ヲ認ムルカ如キハ第三ノ理由ニ因ルモノナリ[illegible]能力制限ノ程度ニ付テハ或ハ絕對的ニ之ヲ制限シテ行爲能力ナシトスル場合アリ此場合ニ於テハ法律ハ斯ル無能力者カ如何ナル法律行爲ヲモ單獨ニ自ラ爲スコトヲ許サス次ニ或ハ相對的ニ能力ヲ制限スル場合アリ斯ル場合ニ於テハ法律ハ斯ル人ニ對シ唯或一定ノ行爲ニ付テノミ其自ラ單獨ニ爲スコトヲ禁スルノミ何カ故ニ或者ハ之ヲ絕對的無能力者トシテ之ニ行爲ノ全般ヲ禁シ或者ニハ其一部ノミヲ禁スルヤ蓋シ前述シタル能力制限ノ理由ヲ異ニスルカ爲メニシテ後者ニ對シテハ之ニ部分的ノ自由ヲ與フルノ必要アリテ其全部ノ能力ヲ制限スル必

要カケレハナリ而シテ各國ノ法律ヲ通觀スルニ幼者、精神錯亂者、法人ノ如キハ第一種ノ無能力者ニ屬シ妻準禁治産者及ヒ未成年者(ラ幼者ニアルモノ)ハ第二種ノ無能力者ニ屬シ[illegible]能力ノ制限或ハ一定ノ年齢マテハ絶對的ニ或行爲ヲ制限スルモ其年齢ニ達スレハ自由ニ行爲ヲ爲スコトヲ得ル場合アリ例ヘハ民法第七百七十三條第一項ノ如キ是ナリ或ハ同一ノ人ニ付テ其人ノ狀態ヲ異ニスルニ依リテ行爲能力ヲ制限スル場合アリ例ヘハ成年者カ精神錯亂ノ狀態ニ至リタルカ爲メニ又ハ三十歳以上ノ處女カ婚姻ヲ爲シタルカ爲メニ前者ハ絶對的無能力者トナリ後者ハ相對的無能力者トナルカ如キ是ナリ又成年者カ精神錯亂ノ治シタル場合、婚姻ノ婦カ離婚ヲ爲シタルカ如キハ其反對ニシテ即チ無能力ヨリ轉シテ有能力トナルモノ[illegible]例ナリ[illegible]

左ニ各個ノ無能力者ニ付テ略述スル所アルヘシ

第一款　未成年者

未成年者カ如何ナル場合ニ於テ成年者トナルヤハ各國法制ハ一致セサル所ニシテ國際私法上常ニ衝突ヲ免カレス國際私法ハ即チ斯ル場合ニ於テ如何ニセハ此衝突ヲ避クルコトヲ得ルヤヲ研究スルヲ目的トスルモノニシテ決シテ各國ノ法律ヲ一致セシメントスルモノニアラサルナリ[illegible]

羅馬ノ古代ニ於テハ生後七歳マテヲ「インフ[illegible]ス(Infans)」ト稱シテ絶對的行爲無能力者トナシ七歳ヨリ男子ハ十四歳、女子ハ十二歳ニ至ルマテヲ「インプベス、インフアンチヤ、マヨール(Impubes infantia major)」ト云ヒ法律行爲ヲ爲スコトヲ得レトモ其行爲ニ付テ法律上ノ責任ヲ負ハシメス又男子十四歳、女子十二歳ヨリ二十五歳マテヲ「ミノレス(Minores)」ト名ケ自ラ行爲ヲ爲スコトヲ得ルモ若シ自己ニ不利益ナリトセハ之ヲ取消スコトヲ得トナシ之ヲ取消スマテハ其行爲ハ有效ニ存立スルモノトセリ次ニ二十五歳以上ヲ「マヨレス」(Majores)ト云ヒ總テノ行爲ニ付テ絶對ノ責任アルモノトセリ我國ニ於テハ民法第三條ニ「滿二十年ヲ成年トス」ト規定シタルヲ以テ羅馬法ニ於ケルカ如ク能力ニ關シテ數個ノ階段ヲ認ムルコトナク二十年ヲ限界トシテ其以下ノ者ヲ未成年者トシ他ヲ成年者トセリ又民法發布以前ニ於ケル明治九年四月二日太政官布告ニ依ルハ同シク二十歳ヲ以テ成年トセリ

之ニ反シテ舊幕時代ニ於テハ十五歲ヲ以テ成年トシ元服セシメタリ然レトモ當時各藩其慣習ヲ異ニシ或ハ十七歲ヲ以テ、或ハ十三歲ヲ以テ成年トシテ元服セシムル等一樣ナラサリシモ概ネ十五歲ニテ元服セシメ財產相續ハ此年齡ニ達スルコトヲ必要トシ若シ其子カ十五歲ニ達セサル中ニ其父死去スルトキハ其家督ヲ相續スルコト能ハサルモノトセリ去レトモ之カ例外トシテ十五歲未滿ノ者モ婚姻スルトキハ能力者トナシ又父死シテ其子十五歲ニ達セサルモ恩惠的ニ其親族ヲ後見人トシ以テ其相續ヲ許シタルモノハ如シ又舊幕以前ニ於ケル法律ヲ見ルニ大寶令ニ於テハ之ニ關スル規定ヲ設ケ人ノ年齡ヲ六級ニ細分シ所謂成年ハ二十一歲以上トセリ詳說スレハ生後三歲マテヲ黃ト云ヒ四歲ヨリ十六歲マテヲ少ト云ヒ十七歲ヨリ二十歲マテヲ中、二十一歲ヨリ六十歲マテヲ丁、六十歲ヨリ六十五歲マテヲ老、六十六歲以上ヲ耆ト云ヘリ蓋シ隋唐ノ制度ニ基ケルナリ（尙ホ伊藤東涯ノ制度通及ヒ大日本史ノ刑志ヲ參照スヘシ）即チ隋唐ニアリテハ大寶令ト大同小異ニシテ左ノ如シ

黃　少　中　丁　老

隋　生後三歲マテ　四歲ヨリ十歲　十一歲ヨリ十七歲　十八歲ヨリ六十五歲　六十六歲以上

唐　同　四歲ヨリ十五歲　十六歲ヨリ二十歲　二十一歲ヨリ六十歲　六十歲以上

終ニ歐米ノ法制ヲ見ルニ次ニ掲クルカ如シ

(一) 二十歲ヲ成年トナスモノ（最モ年少ナル成年）瑞西

(二) 二十一歲ヲ以テ成年トナスモノ　佛蘭西、伊太利、獨逸英吉利、亞米利加合衆國、白耳義及ヒ露西亞等

(三) 二十三歲ヲ以テ成年トナスモノ　和蘭、西班牙等

(四) 二十四歲ヲ以テ成年トナスモノ　墺地利、匈牙利等

(五) 二十五歲ヲ以テ成年トナスモノ（最モ年長ナル成年）墨西哥、瑞典、諾威、葡萄牙等

茲ニ一言注意スヘキハ各國ニ於テ斯ノ如ク成年期ヲ定ムルハ其年齡ニ達セサル者即チ未成年者ノ能力ヲ制限セントカ爲メナリ而シテ各國ハ獨リ或年齡ニ達セサル者ノ能力ヲ制限スルモ或一定ノ年齡以上ニ達シタル者ノ能力ヲ制限スルコトナシ換言スレハ各國ノ法制ニ於テハ如何ニ老年ニ達スルモ其老年タルノ事實ヲ以テ能力ヲ制限セサルナリ獨リ露西亞ノ法制ハ此等ノ例ニ反シ年少者ノ能力ヲ制限スルノミナラス老年者即チ八十歲以上ノ者ハ婚姻スルコトヲ得サルモノト

セリ

人ノ能力ハ本國法ニ從フヘキモノナルヲ以テ本國法ニ於テ能力者タル以上ハ外國ニ於テモ亦能力者タルヘキモノトス例ヘハ滿二十二歳ナル日本人ハ滿二十五歳ヲ以テ成年トナス所ノ瑞典ニ至ルモ之ヲ能力者ト認メラルヘシモノトス然レトモ未成年者カ自ラ成年者ナリト僞リテ或法律行爲ヲ爲シタル場合ニ於テハ此原則ニ對スル例外ヲ認メタリ即チ此場合ニ於テハ未成年者ハ善意ナル相手方ニ對シテハ有能力者ト同一ノ責任ヲ負ハサルヘカラス佛國ノ法律ニ依レハ未成年者カ詐欺ノ方法ヲ用ヰサルモ相手方ニ於テ成年者ト信シ且之ヲ信シタルコトヲ證明シタルトキハ其未成年者ハ亦有能力者ト同一ノ責任ヲ負フヘキモノトセリ而シテ人ノ能力ハ其發達ニ密接ノ關係ヲ有スル本國ノ法律ニ依リ之ヲ定ムルモノトナスノ結果茲ニ未成年者ニ關シテモ二個ノ問題ヲ生ス其一ハ外國ニ於テ出生シタル人ニ對シテハ其能力ノ發達ニ密接ノ關係アルハ即チ外國ナルヲ以テ之ニ本國法ヲ適用スルハ不可ナラスヤトノ問題是ナリ住所地法說ノ生シタル所以亦此問題ニ應センカ爲メナリ此點ハ本國法說ノ短所タルハ勿論ナリト雖モ斯ノ如キ例外ノ場合ヲ想像シテ本國法說ヲ批難スルコトノ不可ナルコトハ既ニ屢〻說明シタル所ナリ我法例ニ於テモ此場合ニ關シテ毫モ規定スル所ナシ其二ハ或國ニ於テ成年ニ達シタル者カ他國ニ歸化シタルニ其國ハ未タ之ヲ以テ成年ニ達セサルモノトナストキハ此歸化者ハ從來ノ本國法ニ依リテ成年者ト認メラルヘキヤ將タ歸化國ノ法律ニ依リテ尙ホ未成年タルヘキヤノ點是ナリ此事ニ關シテ左ノ數說アリ

第一說　能力ハ本國法ニ從フヘキモノナルヲ以テ本問ノ場合ニ於ケル歸化者ハ成年者ナリトノ說　此說ハ誤レリ何トナレハ本問ノ場合ニ於ケル所謂本國法ナルモノハ其者ノ歸化シタル國ノ法律ヲ謂フモノニシテ其人ハ舊國ノ國籍ヲ有セス而シテ歸化國ノ法律ハ未タ其者ヲ以テ成年者ト認メサレハナリ

第二說　既得權ナリトノ理由ヲ以テ之ヲ成年者ナリトナス說　此說ニ依レハ此者ハ既ニ舊來ノ本國ニ於テ一度成年ト爲リタルモノナルヲ以テ其成年者タルコトニ付テ既得權ヲ得タルモノナリト謂フニアリ然レトモ所謂既得權ナルモノハ同一法制ノ下ニ於テノミ存在スルモノニシテ舊來ノ本國法ノ下ニ於テ得

タル權利ハ歸化國ニ於テ何等ノ效力ヲ有スヘキモノニアラス[illegible]

第三說ハ事實上既ニ本國法ニ於テ成年トナリタルモノナルヲ以テ歸化國ハ此事實ヲ狂クルコト能ハストノ說ハ然レトモ國法カ一定ノ年齡ニ達シタル者ヲ成年者トナスハ決シテ事實上其身神ノ發達ヲ檢査スルモノニアラスト而シテ事實ハ法律ニ勝ツコト能ハス事實ノ如何ニ拘ハラス法律ハ絶對的ノ效力ヲ有スルモノナルヲ以テ此事實說ハ何等ノ價値ナキモノト云フヘシ[illegible]

其他默認說、正義說等アレトモ一トシテ採ルニ足ルモノナシ余輩ハ理論トシテハ本問ノ場合ニ於ケル歸化者ハ未成年者トシテ取扱ハルヘキモノナルコトヲ信スレトモ便宜上既得權說ヲ採用セント欲スルモノナリ蓋シ國際間ニ於テ既得權ナルモノハ存在セサルハ勿論ナリト雖モ國際私法ヲ最モ廣義ニ解シ即チ國際團體ノ私的法則ナリトノ觀念ニ依リ便宜上既得權說ニ左袒セント欲スルナリ故ニ本問ノ場合ニ於ケル歸化者ハ從前ノ本國法ニ依リ之ヲ成年者トシテ取扱フヘキモノトスルナリ

第二款　失踪者

失踪ノ宣告カ親族相續其他一般ノ法律關係ニ重大ナル影響ヲ及ホスモノナルコトハ茲ニ說明ノ要ナキモ失踪ニ付テハ國際私法上二個ノ重要ナル問題アリテ存ス即チ其一ハ失踪ノ宣告ハ何レノ國ノ法律ニ依リテ之ヲ爲スヘキヤトノ問題ニシテ其二ハ失踪ノ宣告ハ何レノ國ノ裁判所カ之ヲ宣告スルヤトノ點是ナリ左ニ之ヲ說明スヘシ[illegible]

第一　失踪ノ宣告ハ何レノ國ノ法律ニ依リ之ヲ爲スヘキヤ　此點ニ付テ伊ノフヒヨレリ佛ソワイス氏等ハ本國法ニ從フヘシト主張セリ蓋シ失踪ハ身分能力ニ關ストノ理由ニ基クモノナリ我法例第六條ニ依レハ「外國人ノ生死カ分明ナラサル場合ニ於テハ裁判所ハ日本ニ在ル財產及ヒ日本ノ法律ニ依ルヘキ法律關係ニ付テノミ日本ノ法律ニ依リテ失踪ノ宣告ヲ爲スコトヲ得」トアリ即チ日本ノ裁判所カ日本ノ法律ニ依リ失踪ノ宣告ヲ爲スヘキモノトセリ然レトモ此規定ハ一般ノ場合ニ適用セラルヘキモノニアラサルコトハ法文ノ明示スル所ナルヲ以テ若シ同條所定以外ノ事由アルトキ例ヘハ財產ハ日本ニ存在セサルモ日本ノ法律ニ依ルヘキ法律關係ノ存スル場合ニハ之ニ對シテ日本ノ裁判所ハ

失踪ノ宣告ヲ爲スコトヲ得ルヤ否ヤ余ハ此場合ニ於テモ尙ホ失踪ノ宣告ヲ爲スコトヲ得ヘシト信ス同條云々ニ付テノミ「トアル「ノミ」ノ文字ハ「日本ノ法律ニ依リ」トノ何ニ繫ルモノニシテ「裁判所ハ」ニ繫ルモノニアラス換言スレハ日本ニ在ル財産及ヒ日本ノ法律ニ依ルヘキ法律關係ニ付テハ日本ノ法律ニ依ルヘク其他ノ事項ニ付テハ本國法ニ從フヘシト云フニ過キサルモノトス故ニ日本ノ法律ニ依ルヘキ場合ハ同條ニ於テ限定セラレタルモ宣告スル裁判所ニ付テハ毫モ制限セラレタルモノニアラサルナリ

第二 失踪ノ宣告ハ何レノ國ノ裁判所カ之ヲ爲スヘキヤ此點ニ關シテハ「其他ノ學者ノ主張スルカ如ク失踪者ノ最後ノ住所地又ハ最後ノ現在地ノ裁判所ニ於テ宣告スル權限ヲ有ストスルハ異論ナキ所トス但其本國法ニ從フヘキコトハ勿論ナリ而シテ法例第六條ニ依リ日本ノ裁判所カ日本ノ法律ニ依リ失踪ヲ宣告スル場合ハ日本ニ在留スル外國人ニシテ其生死不明ナルコトヲ要スルモノトス故ニ外國ニ在ル外國人カ生死不明ナル場合ニハ其本國法ニ依リテ失踪宣告ヲ爲スヘキモノト解スルヲ至當ト信ス

後見

本國ニ於テ失踪宣告ヲ受ケタル或外國人カ日本ニ來リタル後生死不明トナリタル場合ニ於テハ日本ノ裁判所ハ之ニ對シテ失踪宣告ヲ爲スコトヲ得ルヤ否ヤ此場合ニ於テ日本ニ於テモ失踪ノ宣告ヲ爲スコトヲ得ヘシ然レトモ其外國人カ日本ニ於テ生存スルコト分明ナル場合ハ縱令本國ニ於テ失踪ノ宣告ヲ受ケ居ル者ナルモ之ヲ失踪者ト認ムルコトヲ得サルハ勿論ナリトス

第三款 後見

後見人ト被後見人トノ國籍ノ關係ヲ見ルニ左ノ三個ノ場合ヲ想像スルコトヲ得ヘシ

第一 兩者國籍ヲ同ウシテ自國ニ在ル場合ニ此場合ニ於テハ國際私法上ノ問題ヲ生スルコトナシ

第二 兩者國籍ヲ同ウスルモ外國ニアリテ行爲ヲ爲ス場合ニ此場合ニ於テハ國際私法上ノ問題ヲ生スルモ重大ナルモノニアラス何トナレハ此場合ニ生スル問題ハ兩者何レノ一方ノ法律ニ依ルヘキヤニアラスシテ本國法ニ依ルカ將タ行爲地法ニ依ルカノ問題ナリ而シテ此問題ハ能力ニ關スル事項ナルトキハ本

國法ニ依ルヲ可ナリトスレハナリ[illegible]

第三ニ兩者國籍ヲ異ニスル場合ニ國際私法上研究スベキ眞ノ問題ハ此場合ニ始メテ生スルモノナリ[illegible]

後見ニ關シテハ本國法ニ從フベキモノトス然レトモ本國法ニ從フコトカ其地ノ公ノ秩序ニ反スル場合ニ於テハ例外トシテ本國法ニ依ルコト能ハサルナリ然ラハ所謂本國法ニ從フトハ被後見人カ本國法ニ依ルベキモスナリヤ將タ後見人ノ本國法ヲ適用スヘキモノナリヤ及ヒ公ノ秩序ニ反スル行爲トハ如何是レ以下ニ說明セントス欲スル所ナリ[illegible]

後見人ト被後見人トカ國籍ヲ異ニスル場合ニ於テモ(イ)後見人ノ屬スル國ニ於テ行爲ヲ爲ス場合及ヒ(ハ)第三國ニ於テ爲ス場合ノ三アリト雖モ總テ一個ノ原則ヲ以テ支配スルコトヲ得ヘシ而シテ此原則ハ後見ニ關シテハ後見人及ヒ被後見人ノ何レノ本國法ニ從フヘキヤヲ決スルニ依リテ定マル余輩ハ本問ニ對シテ被後見人ノ本國法ニ從フベキモノナリト解ス蓋シ後見ナル制度ハ後見人ヲシテ被後見人ヲ保護シ監督セシメンカ爲メニ設ケタルモノニシテ從テ被後見人ノ利益ヲ圖ルコトヲ目的トスルモノナレハナリ尤モ事實上後見人ノ本國法ニ依ルコトヲ以テ却テ被後見人ノ利益トナスコトアルヘシト雖モ余輩ハ國際私法ノ原則上總テノ場合ニ於テ被後見人ノ本國法ニ依ルコトヲ最モ利益ナリト推定スルモノニシテ敢テ事實上ノ現象ニ付キ論定スルモノニアラス而シテ各國ノ法制ヲ見ルニ概ネ被後見人ノ本國法ニ依ルベキモノトシ我法例第三十三條モ亦後見人ハ被後見人ノ本國法ニ依ルヘキ旨ヲ規定シタリ

右ノ原則ニ關聯シテ起ル問題ハ或國例ヘハ佛國ニ於テハ後見人ノ財產ニ法定ノ抵當權ヲ認メ被後見人ハ後見人ノ有スル總テノ財產ノ上ニ當然ノ結果トシテ抵當權ヲ有スルモノトセルモ之ニ反シテ他ノ國例ヘハ普漏西ニ於テハ斯ル制度ヲ認メスト云フトキハ被後見人ハ法定ノ抵當ヲ認メサル國ニ屬シ後見人ハ之ヲ認ムル國ニ屬スルトキハ被後見人ノ利益ノ爲メニ法定ノ抵當權ヲ認ムヘキモノナリヤ否ヤ是ナリ本問ニ對シテハ被後見人ノ本國法ニ依ルカ後見人ノ本國法ニ依ルカ將タ財產所在地ノ法律ニ依ルカノ疑問ヲ生スト雖モ余輩ハ前段說明シタル理由ニ依リテ被後見人ノ本國法ニ從ヒ法定ノ抵當權ナシト斷定セントス又其國

籍ヲ異ニスル後見人ト被後見人トノ間ニ爭アリテ其爭ノ目的物カ後見人ノ本國ニ在ルトキト雖モ前ト同一ノ斷案ヲ下スヘキモノナリ蓋シ此場合ニ於テハ後見ハ被後見人ノ本國法ニ依ルトノ原則ト財産殊ニ不動産ハ其所在地法ニ從フトノ原則ト兩立スルモノナレトモ(イ)不動産ニ關スル規定ハ一般的ノモノニシテ後見ノコトハ特別的ナリ而シテ特法ハ通法ニ勝ツトノ原則ハ此場合ニモ適用セラルルコト及ヒ(ロ)本問ニ付キ被後見人ノ本國法ハ被後見人ヲシテ斯ル權利ヲ有セシメサルコトヲ以テ利益ナリトスルトノ二個ノ理由ニ依リテ此論定ヲ得ルナリ次ニ例ヲ變シテ後見人ハ法定ノ抵當ヲ認メサル國ニ屬シ被後見人ハ之ヲ認ムル國ニ屬シ其後見人ノ財産カ其本國ニ存スル場合ニ付テ考フルニ皮相ノ見解ヲ以テスレハ後見ハ被後見人ノ本國法ニ依ルトノ原則ニ從ヒ後見人ノ財産上ニ法定ノ抵當ヲ認メサルヘカラサルカ如シ然レトモ余輩ハ之ニ反スル解答ヲ與フルモノナリ蓋シ此場合ニ於テ被後見人ノ本國法ニ依ルトセハ後見人ノ屬スル國ノ公ノ秩序ニ反スルコトヽナレハナリ我國ニ於テモ亦所謂法定ノ抵當ナルモノヲ認ムルコトナク且法例第三十條ハ外國法ニ依ルコトカ我國ノ公ノ秩序ニ反スル場合ニ於テハ之ヲ適用スヘキモノニアラスト規定セリ之ニ反シテ伊太利ノ如キハ後見人ノ一定ノ不動産上ニ被後見人ヲシテ抵當權ヲ行ハシムルノ折衷主義ヲ採用セリ

所謂公ノ秩序ニ反スル事項ノ如何ニ付テハ余輩嘗テ一言シタルカ如ク其意義廣漠ニシテ確乎タル定解ヲ下スコト甚タ難シ佛蘭西學者ハ之ヲ分類シテ二トナシ一ハ絶對的公ノ秩序ニ反スルモノニシテ世界萬國何レニ至ルモ公ノ秩序ヲ亂ルモノ例ヘハ殺人行爲又ハ盜賊ノ如キヲ謂ヒ(所謂國際公安)二ハ關係的公ノ秩序ニ反スルモノニシテ或特別ノ國家ノ公ノ秩序ニ反スルモノ例ヘハ從兄弟及ヒ從姉妹間ノ婚姻ノ如キヲ謂フ(所謂國內公安)ト論ス此分類タル一見理アルカ如シト雖モ其實漠然タルモノニシテ如何ナルモノカ果シテ世界萬國何レノ國ニ於テモ其公ノ秩序ヲ害スルモノナリヤ之ヲ決定スルノ標準ヲ見出スコト能ハス何トナレハ古代希臘ノ如キハ盜ヲ許シ殺人ヲ禁セス詐欺ヲ以テ普通ノ行爲ト看做シタルコトアリシヲ以テナリ故ニ或行爲カ公ノ秩序ニ反スルヤ否ヤハ其法律ヲ適用スル裁判所又ハ行政廳ノ決定ニ委スルノ外ナキナリ

第四款　妻

妻カ婚姻ニ因リテ無能力者ト爲ルコトハ多數ノ國ノ認ムル所ニシテ僅カニ一二ノ立法例ニ於テ絶對ニ有能力者トスルヲ見ルノミ妻ノ有能力無能力ノコトモ行爲能力ニ關スル問題ナルヲ以テ其本國法ニ從フヘキハ當然ナリ然ルニ或學者ハ行爲地法ニ從フヘシトシ其理由トシテ說明シテ曰ク若シ本國法ニ從フトセハ其妻ト法律行爲ヲ爲シタル相手方ハ不測ノ損害ヲ被ムルコトアルヘシ何トナレハ或婦女カ有夫ノ婦ナルヤ寡婦ナルヤ將タ處女ナルヤハ一見シテ判別シ得ヘキモノニアラス故ニ妻ハ其身分ヲ詐ハリ有能力者ナリト稱シテ法律行爲ヲ爲シ而シテ他日其行爲ヲ取消シ以テ相手方ヲ害スルコト少ナカラサレハナリ加之人ノ本國ヲ知ルコトハ頗ル困難ノコトニ屬シ假ニ其本國ヲ知リ得ルトスルモ其本國ノ法律ヲ知ルコトハ決シテ容易ノ業ニアラサルナリ然ルニ行爲地法ニ從フトキハ此等ノ弊害ヲ避クルコトヲ得ヘシト然レトモ行爲地法ハ妻ノ能力ト何等ノ關係アルモノニアラス加之行爲地法ニ從フトキハ妻ノ能力ハ行爲地ノ異ナルニ從ヒテ變更シ同一人ノ行爲ニシテ行爲地ノ異ナルニ從ヒ其效力ニ差異ヲ來スノ結果ヲ生ス之ニ反シテ本國法ニ從フトキハ同一人ノ行爲ハ到ル所同一ノ效力ヲ有スルヲ以テ斯ノ如キ不都合ヲ生スルコトナシ又本國ヲ知ルコト及ヒ本國ノ法律ヲ知ルコトノ如キモ今日ニ於テハ敢テ困難ナルコトニアラス唯法律行爲ノ相手方カ欺カルヽ虞アルコトハ行爲地法說ニ云フカ如シト雖モ此場合ニ於テハ其妻ノ詐害行爲ハ有能力者ノ行爲ト看做サルヽコトハ國際私法ノ原則トシテ認メラルル所ナルヲ以テ善意ノ相手方ハ決シテ行爲地法說ニ云フカ如キ危險ノ地位ニ立ツモノニアラス

我法例ニ於テハ妻ノ無能力ニ付テハ特ニ規定セサルヲ以テ妻カ如何ナル點ニ付キ無能力ナルカハ民法ノ規定ニ依ルヘキモノトス從テ此點ニ付テハ法例第三條ノ一般ノ原則ヲ適用セラルヽモノト知ルヘシ米ノダイシーハ妻ノ能力ハ本國法ニ從フトノ原則ニ對シ一個ノ例外ヲ認メタリ即チ夫カ妻ノ身體ノ自由ヲ拘束スルノ行爲ハ其本國法ニ依ルヘキモノニアラスシテ行爲地法即チ夫婦ノ現在地ノ法律ニ依ルヘシト云フコトヲ是ナリ其理由ハ人ノ身體ノ自由ヲ拘束スルハ國家權力ニノミ專屬シ之ヲ一私人ノ行爲ニ放任スヘキモノニアラズ即チ我法例第三十

條ニ所謂公ノ秩序ニ關スルモノナリト云フニアリ尙ホ玆ニ注意スヘキハ妻カ本國法ニ依リ無能力者タル場合ニ夫婦共ニ外國ニ歸化シ其歸化國ニ於テハ妻ヲ有能力者トスル主義ヲ採ルモノト假定センニ其妻カ更ニ他國ニ行キテ法律行爲ヲ爲シタルトキハ前ノ本國ノ法律ニ依リ無能力者ノ行爲トスヘキカ將タ現在國ノ法律ニ從ヒ有能力者ノ行爲ト認ムヘキカトノコト是ナリ此場合ニ於テハ妻ハ現在國ノ法律ニ從ヒ有能力者タルコト勿論ニシテ我法例第十四條ニ所謂「婚姻ノ效力ハ夫ノ本國法ニ依ル」トアルハ夫ノ現在有スル本國ノ法律ニ從フトノ意ニシテ婚姻シタル當時ノ本國法ヲ意味スルモノニアラス尙ホ此點ニ關シテハ婚姻ノ章ニ於テ詳說スヘシ

第五款　禁治産者

禁治産者

禁治産ヲ分チテ民事上ノ禁治産及ヒ刑事上ノ禁治産ノ二トス然レトモ我刑法第三十五條ハ民法施行法第十四條ヲ以テ削除セラレタルヲ以テ現今我國ニ於テハ所謂刑事上ノ禁治産ナルモノナシ縱令之ヲ認ムルモ我刑法ノ如ク主刑ノ終ルマテ治産ヲ禁スルノ主義ヲ採ルトキハ實際ニ於テ國際私法ノ問題ヲ生スルコトハ唯脫獄シテ外國ニ逃亡シタル場合ニ爲シタル法律行爲ニ付テ之アルノミ而シテ此場合ハ之ヲ無能力者ノ行爲ト見サルヘカラス然ルニ刑法ハ國外ニ效力ヲ及ホサストノ理由ヨリ刑事上ノ禁治産ハ其國內ニ限ルモノニシテ外國ハ之ヲ認ムルヲ要セスト說ク學者アリ去レト此說ノ誤レルコトハ明カニシテ却テ此論鋒ヲ以テセハ刑事上ノ禁治産ト民事上ノ禁治産トハ毫モ異ナル所ナキモノト云ハサルヘカラス又民事上ノ禁治産ハ其禁治産者ヲ保護スルヲ目的トシ刑事上ノ禁治産ハ懲罰ノ目的ニ出ツルモノナルカ故ニ兩者全ク異ナルト說ク者アリ去レト刑事上ノ禁治産者モ其財産ノ處分ニ因リ家族又ハ一般人ヲ害スルモノナルヲ以テ何レノ國ニ行クモ之ヲ無能力者トスルノ必要アルヘシ尙ホ反對ニ外國ニ於テ宣告シタル刑事上ノ禁治産ハ內國ニ於テ之ヲ認ムヘキヤ否ヤ此問題ハ前ノ場合ト同一ニ歸スルモノニシテ人ノ能力ハ本國法ニ從フトノ原則ヲ適用スヘキモノト信ス

民事上ノ禁治産ニ付テハ二個ノ問題ヲ生ス其一ハ禁治産ノ宣告ハ何レノ國ノ裁判所之ヲ爲スヘキヤ其二ハ禁治産ハ何レノ國ノ法律ニ從テ之ヲ宣告スヘキヤト

ノコトは是ナリ先ツ第一ノ問題ニ付キ説明センニ自國人ニ對シ自國ノ裁判所カ禁治産ノ宣告ヲ爲シ得ヘキハ勿論ナルモ外國人ニ對シテハ如何余ハ亦當然宣告スルコトヲ得ヘシト信ス何トナレハ禁治産ノ宣告ハ本人ヲ保護スルニアレハナリ然ラハ自國裁判所ハ何レノ國ノ法律ニ從テ之ヲ宣告スヘキヤ是レ第二ノ問題ナリ我法例第四條第一項ノ規定ニ依レハ「禁治産ノ原因ハ禁治産者ノ本國法ニ依ルトアリ即チ或外國人ヲ禁治産者トスヘキヤ否ヤハ其本國法ニ依リ之ヲ定ムヘキモノトシ而シテ其宣告ノ效力ハ宣告ヲ爲シタル國ノ法律ニ依ルヘキモノトセリ又第二項ニ於テ「日本ニ住所又ハ居所ヲ有スル外國人ニ付キ其本國法ニ依リ禁治産ノ原因アルトキハ裁判所ハ其者ニ對シテ禁治産ノ宣告ヲ爲スコトヲ得」ト規定セルモ此規定ハ畢竟禁治産ノ原因ハ禁治産者ノ本國法ニ依ルトノ第一項前段ノ規定ヲ繰返シタルニ過キスシテ日本ノ裁判所カ其宣告ヲ爲スコトヲ得ヘシトノコトヲ併セテ示シタルノミ而シテ第二項但書ニ至リテ「日本ノ法律カ其原因ヲ認メサルトキハ此限ニアラス」トシ一ノ例外ヲ設ケタリ即チ本國法ニ於テ認ムル原因ナルモ日本ノ法律ニ於テ認メサルトキハ禁治産ノ宣告ヲ爲スコトヲ要セサルモノトセリ

獨逸民法施行法第八條ハ全ク之ニ異ナル主義ヲ採レリ即チ外國人カ獨逸國ニ住所又ハ居所ヲ有スル場合ニ其者ヲ禁治産者トナスヤ否ヤハ全ク獨逸ノ法律ニ依リテ之ヲ定ムルモノトシ本國法主義ヲ採用セス是レ現今國際私法ノ原則ニ反スルモノナリ國際私法上ニ於テハ千八百九十五年オッタワ（オッタワ）ニ開キタル國際法協會ノ決議ニ於テ本國法説ヲ認メタル以來之ヲ變更シタルコトナク現今一般ニ是認セラルル所タリ余モ亦本國法説ヲ至當ト信シ且我法例ノ如ク現在地モ其原因ヲ認ムルコトヲ要ストノ規定ハ却テ其必要ヲ認メス但公ノ秩序ニ反スル場合ハ勿論此例外タルヘキナリ

次ニ外國ニ於テ禁治産ノ宣告ヲ受ケタル該外國人カ内國ニ來リタルトキ例ヘハ佛國人カ佛國ニテ禁治産ノ宣告ヲ受ケ日本ニ來住セシトキハ日本ノ法律ハ之ヲ禁治産者ト認ムヘキヤ否ヤ此場合ハ勿論之ヲ認ムルモノト云ハサルヘカラス蓋シ能力問題ハ例外ノ場合ヲ除クノ外ハ本國法ニ從フヘキモノナルノミナラス本國ニ於テ宣告セサル者ニ對シテスラ之ヲ日本ニ於テ宣告スル場合アルヲ見ルモ

明カナレハナリ然ルニ英米法ハ反對ノ主義ヲ採リ縱令外國人カ其本國ニ於テ禁治產ノ宣告ヲ受クルモ英米法ノ下ニ於テ爲シタル宣告ニアラサレハ之ヲ認メストシ國法萬能主義ヲ固守シテ國際法ヲ無視スルモノヽ如シ

以上ヲ以テ二種ノ禁治產者ノ說明ヲ了レリ尙ホ此外準禁治產者アレトモ斯ハ全ク禁治產者ト同一ニシテ我法例第五條ニ於テモ禁治產者ノ規定ヲ準用スルモノトセリ故ニ說明ヲ省ク

權利能力
自然人

第二章　權利能力

第一節　自然人

權利能力ノ如何ナルモノナリヤハ前ニ說明シタル所ナルヲ以テ茲ニ再說セス權利能力モ能力ノ一種ナルコトハ勿論ナルモ能力ハ本國法ニ從フトノ原則ハ行爲能力ニ付テノミ適用セラルヽモノニシテ權利能力ニ關シテ適用セラルヘキモノニアラス蓋シ人カ一般ニ權利ヲ享有スヘキモノナルコトハ各國ノ認ムル所ニシテ人ニ權利能力ヲ與フルヤ否ヤハ絕對ニ國家ノ秩序ニ關スルモノナレハナリ故ヽニ權利能力ニ付テハ本國法ニ依ラスシテ現在地法ニ從フヘキモノトス詳言スレハ外國人ト雖モ內國人ト同一ノ私權ヲ享有スヘキコトハ今日國際私法上ノ原則ニシテ此事ハ即チ權利能力ニ關スルモノナリ然ルニ若シ本國法ニ從フモノトセハ例ヘハ奴隸制度ノ存在スル甲國ノ奴隸カ此制度ヲ認メサル乙國ニ行キタル場合ニ於テハ其乙國モ亦之ヲ奴隸トシテ認メサルヘカラサルニ至リ其國ノ公ノ秩序ヲ紊亂スルノ結果ヲ生ス又例ヘハ日本ノ貴族カ佛國ノ如キ之ヲ認メサル國ニ行クトキハ佛國ハ自國民ヨリ以上ノ特權特典ヲ外國人ニ對シテ付與セサルヘカラス是レ亦明カニ佛國ノ秩序ニ反スルモノト云ハサルヘカラス

次ニ貴族ハ貴族トノ外結婚スルコトヲ得ストノ制度又ハ貴族ノ結婚ハ宮內大臣ノ許可ヲ要ストスル制度ノ存在スル國ノ貴族カ佛米ノ如キ全然貴族ナルモノヲ認メサル國ニ行キテ結婚シタルトキハ其婚姻ノ效力如何此問題ハ先ツ權利能力ノ問題ナルヤ行爲能力ノ問題ナルヤヲ決セサルヘカラス余ハ絕對ニ婚姻ヲ許サスト云フカ如キハ權利能力ノ問題ナレトモ前揭二個ノ場合即チ或種族間又ハ或方式ヲ要ストスルカ如キハ行爲能力ノ問題ナリト思料ス然ラハ此場合ニ於ケル婚姻ノ效力如何ト云フニ余ハ本國法ニ從ヒ無能力者ノ行爲ナリト信ス或ハ斯ル

場合ニハ佛國ニ於テハ有效ナルモ日本ニ於テハ無效ナリトノ說アリ然レトモ國際法上ヨリ觀察シテ同一ノ行爲カ一國ニ於テハ有效ナルモ一國ニ於テハ無效ナリト云フカ如キハ不可ナルコト明カナリ

絕對ニ婚姻ヲ許サストノコトハ前ニ一言セシ如ク權利能力ノ問題ナルヲ以テ本國法ニ從ハサルモ可ナリ例ヘハ往昔ニ於ケル我國ノ僧尼カ佛國ニ行キテ結婚シタルトキノ如キハ佛國ニ於テ全ク有效ナルモノトス然レトモ日本ニ歸來セハ全ク無效ナリ此場合ハ國際法上如何ニ之ヲ決定スヘキヤト云フニ全ク國際法上ノ一般ノ原則ヨリ觀察シ人ニハ婚姻ヲ許スヘキモノナリヤ否ヤニ因リ決定スルノ外ナキモノトス故ニ此場合ハ日本僧尼ノ婚姻ヲ有效ト認ムルヲ至當トス

失踪者ハ行爲能力ナキモ權利能力ヲ失ヒタルニアラサルコトハ前ニ既ニ說明セル所ナリ即チ若シ失踪者ハ權利能力ナキモノトセハ之ヲ殺戮スルモ自由ナルコトヽナルニ至ルヘシ故ニ或國ニ於テ失踪ノ宣告ヲ受ケシ者ハ權利能力ヲ失ヒタルモノトストノ制度アルモ他國ハ之ヲ認ムルノ要ナキヲ以テ若シ其國ニ於テ失踪ノ宣告ヲ受ケタル者カ內國ニ來リ現ニ存在スルトキハ其內國法ニ依リ之ヲ權

利能力者ト認ムヘキモノトス

第二節　法人

既ニ說明シタルカ如ク自然人中ニハ奴隸ノ如キ權利能力ヲ有セサル者アレトモ法人ハ法律ノ製作物ナルヲ以テ權利能力ヲ有セサルモノナシ然レトモ其權利能力ハ之ヲ認メタル國內ニ於テノミ存在スルモノニシテ國外ニ於テハ當然權利能力ヲ認メラルヽモノニアラスブロッシェーノ如キハ法人ハ自然人ヲ離レテ存在セサルモノナルカ故ニ自然人ト同一ニ取扱フヘキモノナリト云ヘリ然レトモ自然人ノ集合體ヲ法人ト認ムヘキヤ否ヤハ全ク一國ノ法律ノ定ムル所ナルヲ以テ此說ノ採ルニ足ラサルヤ論ナシ又國際交通ノ便宜上ヨリ外國ノ法人ヲ絕對無條件ニ內國法人ト認ムヘシト說ク者アリ然レトモ此說ニ依レハ一國カ法人ノ設立ニ一定ノ要件ヲ定ムルモ遂ニ其效ナキニ至ルヘシ例ヘハ日本ニ於テハ法人ノ設立ニ五個ノ條件ヲ具備スルコトヲ要ストシ朝鮮ニテハ二個ノ條件ヲ充スヲ以テ足レリトスル場合ニ若シ當然朝鮮ノ法人ヲ認ムルモノトセハ我國ノ法律ニ於テ認メタル三個ノ條件ハ有名無實ニ終ルヘシ是レ此說ノ不正當ナル所以ナリ然レト

モ外國ノ法人ヲ內國法ニ於テ認ムルコトハ固ヨリ可ナリ殊ニ法人ノ設立ニ同一ノ條件ヲ認ムル兩國カ條約ヲ以テ互ニ其國ノ法人ヲ認ムルカ如キハ最モ然リトス佛白墺ノ如キハ其國法ニ於テ適法ニ成立シタル外國ノ株式會社ハ自國ニ於テ之ヲ法人ト認ムルコトヲ規定シ又英佛間ニ於テハ條約ヲ以テ相互ノ株式會社ヲ認許スルコトヲ定メタリ我民法及ヒ商法ニ於テモ外國法人ヲ認ムルコトハ條文ノ明示スル所ナレトモ余ハ必スシモ外國法人ヲ認メサルヘカラサルモノニアラサルコトヲ信ス此點ニ付テハ反對說アルモ一國ハ外國法人ヲ認ムルノ義務ナキハ明カナリ而シテ外國法人ヲ內國ニテ法人ト認ムヘキヤ否ヤニ付テハ從來三個ノ學說アリ

一　外國法人ハ當然法人ト認ムヘシトノ說

二　外國法人ハ凡テ法人ト認ムヘカラストノ說　即チ內國ノ法律ニ於テ法人ト認ムルニアラサレハ法人ニアラストト云フニアリテ白耳義ノローランノ如キ此說ヲ主張ス余モ亦此說ヲ至當ト信ス

三　外國法人ノ或者ハ當然之ヲ法人ト認メ或者ハ內國法ニ於テ之ヲ法人トスル場合ニ限リ之ヲ法人ト認ムヘシトノ說

我民法第三十六條第一項ニ依レハ「外國法人ハ國、國ノ行政區畫及ヒ商事會社ヲ除ク外其成立ヲ認許セス但法律又ハ條約ニ依リテ認許セラレタルモノハ此限ニアラス」トアリテ此等ノ外國法人ハ當然之ヲ認ムルノ意ナルカ將タ單ニ其成立ヲ許可スルコトヲ定メタルノミニシテ法律カ許可ヲ與ヘタル場合ニ於テ始メテ法人ト認ムルノ意ナルヤ極メテ不明瞭ナリ余ハ本條ハ後段ノ意味ニ解釋スルモノニシテ此等外國法人モ日本ノ法律ニ於テ法人タルヘキ手續ヲ完了セサル以上ハ之ヲ法人ト認ムヘキモノニアラサルモノト信ス

外國法人カ如何ナル標準ニ依リテ某國ノ法人ト認メラルヘキヤニ付テハ凡ソ五說アリ

一　法人設立者ノ國籍ニ依リテ定ムヘシトノ說

二　法人カ行爲ヲ爲スヘキ地ニ依リテ定ムヘシトノ說

三　始メテ設立ノ許可ヲ與ヘシ地ニ依リテ定ムヘシトノ說

四　役員ノ國籍ニ依リテ定ムヘシトノ說

五　法人ノ住所地ニ依リテ定ムヘシトノ說

第二編　親族法

第一章　婚姻

第一節　婚姻ノ條件

婚姻ノ條件ハ之ヲ實質上ノ條件ト形式上ノ條件トノ二ニ分ツコトヲ得左ニ款ヲ分チテ之ヲ說明スヘシ

第一款　婚姻ノ實質上ノ條件

婚姻ノ實質上ノ條件ニ關シテハ(一)國籍ヲ同ウスル者カ婚姻ヲ爲ス場合(二)國籍ヲ異ニスル者カ婚姻ヲ爲ス場合ニ於テ國際私法上ノ問題ヲ生スルモノトス以下之ヲ分說スヘシ

第一　國籍ヲ同ウスル者カ婚姻ヲ爲ス場合

國籍ヲ同ウスル者ノ間ノ婚姻ニ付テハ其者ノ本國法ト婚姻擧行地法ノ異ナル場合ニ於テノミ國際私法上ノ問題ヲ生スルモノトス換言セハ當事者カ婚姻ニ關シ法律ヲ異ニスル外國ニ於テ婚姻スル場合ニ於テノミ國際私法上ノ問題ヲ生スルモノナリ而シテ本國法ト擧行地法ト異ナル場合ニ於テハ何レノ法律ニ從ヒテ其條件ヲ定ムヘキヤニ付テハ各種ノ事項ニ付キ區別シテ論スルノ必要アリ

一　年齡ニ付テノ制限ハ各國區々ニ出テ英吉利、西班牙等ハ男子十四歲女子十二歲ニ達スレハ有效ニ婚姻ヲ爲スコトヲ得トシ墺地利ハ男女共ニ十四歲、瑞典ハ男子二十一歲女子十五歲、白耳義ハ男女共ニ二十一歲、露西亞、和蘭ハ男子十八歲女子十六歲、佛蘭西、伊太利ハ男子十八歲女子十五歲トシ而シテ我民法ニ於テハ男子ハ滿十七歲女子ハ滿十五歲ヲ以テ婚姻ノ適齡トセリ斯ル場合ニ於テ日本人タル滿十七歲ノ男子ト滿十五歲ノ女子カ白耳義ニ行キテ婚姻ヲ爲シタルトキハ如何ト云フニ此婚姻ハ勿論有效ナリト云ハサルヘカラス何トナレハ年齡ノ如何ハ人ノ能力ニ關スル問題ナルヲ以テ其本國法ヲ適用スヘキコト勿論ニシテ而モ亦行爲地ノ公ノ秩序ニ關スル事項ニモアラサレハナリ蓋シ婚姻ニ付テ人ノ年齡ヲ制限スルハ專ラ自國ノ人民ヲ保護スルノ目的ニ出ツルモノニシテ外國人カ婚姻ヲ爲スニ當リテ內國法ノ定ムル要件

ニ反スルモ毫モ內國ニ關係スル所アラサレハナリ

以上ノ如ク結婚年齡ノ最低限度ハ各國ノ共ニ認ムル所ナルモ之ニ反シ最高限度ヲ定ムル立法例ハ僅カニ一ノ露國アルノミ同國ノ法律ニ依レハ八十歳以上ノ者ハ婚姻ヲ爲スコトヲ得ストセリ今八十歳以上ノ露國人カ日本ニ來リ婚姻セントスルトキハ之ヲ許スヘキヤ否ヤ露國カ老年者ノ結婚ヲ禁シタルハ健康ヲ害スルカ爲メカ或ハ弱年ノ配偶者カ婚姻ニ依リテ財產ヲ利得セントスル弊害ヲ防クカ爲メカ其理由明白ナラスト雖モ兎ニ角自國人ノ身上ヲ保護スルノ必要ヨリ出テタルモノナルカ故ニ縱令外國ニ在ル自國人ト雖モ之ヲ支配スルハ當然ナリ故ニ日本ニ來ルモ婚姻ヲ爲ス能ハサルモノトス之ニ反シテ日本人タル八十歳以上ノ者カ露國ニ於テ婚姻スルモ露國ハ之ヲ禁スヘキモノニアラス何トナレハ露國ノ法律ハ日本人ノ身上ニ關スル事項ニ付テハ干涉スルノ必要ナク而シテ此等ノ事項ハ露國ノ秩序ヲ紊亂スルモノニモアラサレハナリ之ヲ要スルニ年齡ニ關スル條件ニ付テハ本國法ヲ適用スヘキモノニシテ擧行地法ニ從フヘキモノニアラサルナリ

二 婚姻ヲ爲スニハ配偶者ナキコトヲ必要トス然レトモ是レ一般ノ原則タルニ過キス或國ニ於テハ今日尙ホ一夫多妻ノ制度ヲ認ムルヲ以テ此等ノ國ニ於テハ配偶者アルモ婚姻ヲ爲スコトヲ得ルハ勿論ナリ今日本人カ西藏ノ如キ一夫多妻ヲ認ムル國ニ行キ重婚ヲ爲サントスルトキ又反對ニ同國人カ日本ニ於テ數人ノ婦ト婚姻セントスルトキハ如何日本ニ於テハ二人以上ノ妻ヲ娶ルコトカ公ノ秩序ヲ害スルモノト認ムルモノナルヲ以テ以上何レノ場合ニ於テモ之ヲ許スヘキモノニアラス然ラハ西藏國人カ二人ノ妻ヲ携ヘテ日本ニ來リタルトキハ如何余ハ最初ニ婚姻セシ妻ヲ以テ正妻ト認ムヘキモノナリト信ス又日本人カ西藏ニ於テ重婚ヲ爲シタルトキハ同國ニ於テハ有效ナランモ日本ニ於テハ之ヲ無效トス日本ノ刑法及ヒ民法ハ外國ニ在ル日本人ニモ當然行ハルヽカ故ナリ

三 女ハ前婚ノ解消又ハ取消ノ日ヨリ一定ノ期間ヲ經過シタル後ニアラサレハ再婚ヲ爲スコトヲ得ス而シテ此期間ハ各國ノ立法例ニ於テ多少ノ差異アリ佛伊獨ノ諸國ハ十个月トシ我國ニ於テハ之ヲ六个月トセリ今日本人カ前

婚解消後七个月ヲ經テ獨逸ニ於テ再婚セントスルトキハ同國ハ之ヲ許スヘキヤ否ヤ此條件ハ秩序維持ノ爲メニ設ケタルニアラスシテ血統ノ混亂ヲ防クノ主旨ニ出テタルモノナルヲ以テ獨逸國ハ宜モ之ヲ禁スルノ理由アルコトナシ故ニ此場合ニ於テハ本國法ヲ適用スヘキモノトス然レトモ一度婚姻シタル者ハ再ヒ婚姻スルコトヲ得ストノ制度ハ或人ニ對シテ婚姻ヲ絶對ニ禁止スルト同一ニ歸スルモノナルヲ以テ本國法ヲ適用スヘキモノニアラス

四　相姦者間ニ於テハ婚姻ヲ爲スコトヲ得ス是レ亦公ノ秩序ニ關スル制限ナルヲ以テ本國法ヲ適用スヘキモノニアラス擧行地ノ法律ニ從ハサルヘカラサルナリ

五　一定ノ親族間ニ於テハ婚姻ヲ爲スコトヲ得ス古代人口ノ稀少ナル時代ニ於テハ親族間ノ婚姻ハ之ヲ禁セサルノミナラス寧ロ之ヲ强制スルノ必要アリキ現今ニ於テモ亞弗利加ノ或土地ニ於テハ婚姻前ノ男子ハ寡婦トナリタル母ト婚姻スヘキモノトシ又西藏、緬甸ノ如キモ兄弟姉妹アレハ先ツ其兄弟姉妹ト婚姻スヘキモノトセリ親族間ノ婚姻ヲ禁スルノ理由ハ未タ定說ナシ

ト雖モ現今文明國ノ一般ニ認ムル所ニシテ唯其標準ニ多少ノ差異アルノミ例ヘハ英國ノ如キハ傍系血族、姻族共ニ三等親內ニアリテハ婚姻ヲ爲スコトヲ許サストシ西班牙、和蘭、露西亞等ハ傍系ハ四等親ヲ限度トスルカ如シ而シテ直系血族間ノ婚姻ヲ許サヽルハ各國ノ全ク一致スル所トス又佛蘭西ニ於テハ叔姪間ノ婚姻ハ之ヲ禁スルモ特別ノ場合ニ國家元首ノ許可アレハ之ヲ許容スルモノトセルモ我國ノ如キハ絶對ニ之ヲ許サス今若シ佛國人タル叔姪カ日本ニ來テ婚姻ヲ爲サントスルトキ之ヲ許可スヘキヤ否ヤ此問題ハ我國ノ法律カ叔姪間ノ婚姻ヲ禁スル理由ノ如何ニ依リテ決セラルヽモノナリ若シ肉體ニ同一ノ弱點ヲ有スルカ故ニ之ヲ許サストスルニアラハ日本ニ於テハ佛國人ノ婚姻ヲ禁スルノ理由ナシ何トナレハ日本ノ法律ハ佛國人ノ身上ヲ顧慮スルノ必要ナケレハナリ之ニ反シ日本人風俗ヲ害スルカ故ニ之ヲ許サストスルニアラハ亦此等外國人ノ婚姻ヲモ禁止スヘキハ勿論ナリトス而シテ余ハ此問題ハ健康ノ點ヨリ觀察シテ斯ノ如キ婚姻ハ日本ニ於テ之ヲ許スヘキモノト信ス然ラハ何レノ國ノ許可ヲ受クヘキモノナルヤ本國カ日

本カ將タ兩國共ニ之ヲ受クベキカ又ハ何レノ許可ヲモ受ケスシテ可ナルヤ蓋シ當然本國タル佛國ノ許可ヲ受クベキモノト云ハサルヘカラス又日本人タル叔姪カ佛國ニ行キ婚姻スル場合ニ於テハ勿論本國法ニ從ヒ之ヲ禁止セラルヽモノトス要スルニ此點ニ付テハ總テ本國法ヲ適用スヘキモノトス

六、婚姻ハ或人ノ承諾ヲ必要トスルコトアリ子カ婚姻ヲ爲ス場合ニハ一定ノ年齡ニ達スルマテハ其父母ノ承諾ヲ得ルコトヲ要ストスルハ各國ノ概ネ認ムル所ナリ例ヘハ佛國ノ如キハ男ハ二十五年女ハ二十一年ニ至ルマテハ父母ノ承諾ヲ得ルコトヲ要シ父母意見異ナルトキハ父ノ意見ニ從フ男二十五年ヨリ三十年マテ女二十一年ヨリ二十五年マテハ父母ノ承諾ヲ要セサルモ書面ヲ以テ三回通知セサルヘカラス其以上ノ年齡ニ達スレハ一回ノ書信ニテ足レリトスルカ如ク其他各國種々詳密ノ規定ヲ設ケサルハナシ我民法ニ於テハ男三十年女二十五年ニ達スレハ父母ノ同意ヲ得ルコトヲ要セストセリ今此等ノ承諾ヲ要セサル主義ヲ採ル國ノ人民カ之ヲ要スル國ニ來リテ婚姻セントスルトキハ之ヲ許スヘキヤ否ヤ又反對ニ承諾ヲ要ストスル國ノ人民カ之ヲ要セサル主義ヲ採ル國ニ行キ婚姻セントスルトキハ如何此等ノ場合ニハ總テ本國法ニ從フヘキモノトス蓋シ婚姻ニ許可ヲ與フルカ如キコトハ決シテ公ノ秩序ニ關スル事項ニアラサレハナリ

婚姻ハ當事者雙方ノ合意ヲ要スルハ一般ニ認ムル所ナルカ若シ賣買婚掠奪婚又ハ贈與婚ヲ認ムル國ノ人民カ之ヲ認メサル國ニ來リテ此種ノ婚姻ヲ爲サントスル場合ニハ如何此場合ニハ本國法ニ從フコト能ハスシテ擧行地法ヲ適用スヘキモノトス何トナレハ擧行地ニ於テハ暴行脅迫等其他當事者ノ意思ニ反シテ婚姻ヲ爲サシムルコトヲ以テ其地ノ秩序ヲ紊亂スルモノトスルヲ以テナリ

或格段ノ人ノ婚姻ニ對シテ特別ノ許可ヲ要ストスル場合例ヘハ我國ノ華族令ニ依レハ華族ノ婚姻ニハ宮內大臣ノ許可ヲ要シ皇室典範ノ規定ニ依レハ皇族ノ婚姻ニハ勅許ヲ受クルコトヲ要ストセリ又軍人ノ婚姻ニ付テハ陸海軍軍人結婚條例ノ設ケアリ今此等格段ノ人カ華族又ハ皇族ヲ認メサル外國ニ於テ婚姻セントスルトキハ如何其他軍人ノ婚姻ニ付テモ亦同シ此等ノ人

ハ縱令外國ニ於テ婚姻スルモ本國ノ法律ニ從ヒ一定ノ許可ヲ受ケサルヘカラス何トナレハ法律ノ趣旨ハ此等ノ人ノ婚姻ニ對シテハ一定ノ許可ヲ得セシムルコトカ公ノ秩序維持ニ必要ナリト認メタルモノト解セサルヘカラサレハナリ故ニ何レノ國ニ行クモ其法律ノ適用ヲ受ケサルヘカラス

其他或階級ノ人トノミ婚姻スルコトヲ得トノ法律ヲ有スル國例ヘハ我舊幕時代ニ於テハ常人ト穢多非人又ハ大名ト公家トノ間ノ婚姻ヲ禁止セリ斯ノ如キ場合ニ此等異階級ノ人カ其禁止ヲ認メサル佛國ニ行キ婚姻シタルトキハ如何佛國ニ於テハ正當ニシテ日本ニ歸來セハ不當ナリト云フノ外ナシ又日本ノ皇族ハ皇室典範ニ於テ皇族及ヒ華族ノミトノ婚姻ヲ許サル然ルニ佛國ニ行キ皇族又ハ華族以外ノ者ト婚姻セシトキノ如キモ亦同シ此等ノ抵觸ハ國際私法上解決スル能ハサル範圍ニ屬スルモノトス其他奴隷又ハ婚姻ヲ禁セラレタル僧侶カ外國ニ於テ婚姻セシ場合ノ如キ亦同一ノ問題ヲ生スルモノトス

或國ニ於テ離婚ヲ禁スル場合ニ離婚ヲ禁セサル國ノ人民カ其國ニ行キ離婚ノ請求ヲ爲シタルトキハ如何例ヘハ日本人カ西班牙ニ行キ離婚ノ請求ヲ爲シタル場合ノ如シ此場合ニハ西國ノ裁判所ハ本國即チ日本ノ法律ニ從ヒ之ヲ許可セサルヘカラス何トナレハ西國ニ於テハ其國ノ人民ノ離婚ヲ有害ト認メ之ヲ禁シタルニ過キスシテ外國人ノ離婚ニ關シテハ毫モ之ヲ禁スルノ理由ナケレハナリ

以上ヲ以テ國籍ヲ同ウスル者ノ間ニ於ケル婚姻ニ付テノ說明ヲ終レリ要スルニ此場合ニ於テハ原則トシテ本國法ニ從ヒ其條件ヲ定ムヘキモノニシテ唯例外トシテ擧行地ノ公ノ秩序ニ關スル事項ニ付テノミ其擧行地ノ法律ニ從フヘキモノトス

第二　國籍ヲ異ニスル者カ婚姻ヲ爲ス場合

國籍ヲ異ニスル者ノ間ニ於テ婚姻ヲ爲スニハ何レノ國ノ法律ニ從ヒテ其條件ヲ定ムヘキヤニ付テハ數個ノ學說アリト雖モ之ヲ大別スレハ左ノ二種ニ分ツコトヲ得一、本國法說二、擧行地法說即チ是ナリ

一　本國法說　本國法說ハ亦更ニ左ノ如ク分ツコトヲ得ヘシ

（イ）夫トナル者ノ本國法ニ從フヘシトノ說　此說ノ根據トスル所ハ夫ハ婚

姻ニ因リテ種々ノ權利ヲ取得シ妻ハ夫ニ服從スルノ義務アリ例ヘハ夫ハ妻ニ對シテ其姓ヲ名乘ラシメ或ハ同居セシムルカ如キ權利アリ又妻ノ無能力ハ其夫ニ對スル關係ニ於テノミ存在スルモノナリ其他子ニ付テモ夫ノ姓ヲ名乘ラシムルカ如キハ皆婚姻關係ニ付キ夫ニ重キヲ置クヘキ理由タラスンハアラス故ニ婚姻ノ要件ニ付テモ夫トナルヘキ者ノ本國法ニ從ヒテ之ヲ定ムルヲ當然トスト云フニアリ然レトモ此說ハ婚姻前ノ問題ト婚姻後ノ關係トヲ混同スル誤謬ノ說ニシテ採ルニ足ラス即チ婚姻ノ效力ハ其夫ノ本國法ニ從フヘキハ勿論ナリト雖モ婚姻以前ニ於テハ男女間ニ何等ノ關係アルモノニアラス然ルニ婚姻ノ條件ハ婚姻以前ニ於テ決定スヘキ問題ナルヲ以テ當事者一方ノ本國法ニ從ハシムヘシトノ理由ノ存在セサルハ明カナリ加之若シ此說ニ從フトキハ妻ノ本國法ニ於テ定メタル婚姻ノ條件ハ全ク蹂躙セラルヽノ結果ヲ生スルニ至ルヘシ此說ハ嘗テ國際法協會カ一回之ヲ採用シタルコトアリト雖モ今日ニ於テハ一般ニ否認スル所ナリ

（ロ）當事者雙方ノ本國法ニ從フヘシトノ說　此說ニ依レハ夫トナルヘキ條件ハ男ノ本國法ニ從ヒ妻トナルヘキ條件ハ女ノ本國法ニ從フヘシト云フニアリ其根據トスル所ハ婚姻能力ノ適否ハ各當事者ノ本國法ノ最モ能ク知ル所ナリ然ルニ若シ當事者一方ノ本國法ニ從ハシムルモノトセハ一方ニ於テハ實際精神及ヒ肉體ノ發達セサル外國人ヲモ尙ホ能力者トシテ婚姻セシムルカ如キ結果ヲ生シ當事者ノ不幸ハ勿論延テ一家ノ平和ヲ傷ケ一國ノ秩序ヲ害スルノミナラス又一方ニ於テハ婚姻ノ條件ヲ定メタル他ノ國法ヲ無效ナラシムルニ至ルト云フニアリテ此說ハ理論上及ヒ實際上ニ於テ最モ正鵠ヲ得タルモノトス最近ノ國際法協會ノ議決及ヒ伊佛等ノ立法例竝ニ我法例第十三條ハ此主義ヲ採用セリ然レトモ此說モ亦決シテ非難ナキニアラス开ハ擧行地法說ヲ說明スル所ニ於テ述フヘシ

本國法說中以上ノ外尙ホ妻トナルヘキ者ノ本國法ニ從フヘシトノ說アリト雖モ今日ニ於テハ全ク一顧ノ價値ナキモノナルヲ以テ玆ニ之ヲ說明セサルヘシ

二　舉行地法說　此說ノ代表者ハ米國ノホワートン、ダットレーフィールド等ニシテ今フ氏ノ曰フ所ヲ聞クニ元來總テノ行爲ハ其行爲地ヲ支配スル法律ニ從フヘキハ當然ナリ故ニ婚姻ニ付テモ亦其舉行地ノ法律ニ從ハサルヘカラス即チ行爲地ニ於テ有效ナル行爲ハ何レノ國ニ於テモ有效ニシテ其行爲ノ效力ハ何レノ國ニ行クモ亦之ヲ認メサルヘカラスト然レトモ此說ヲ主張スル者モ或場合ニハ例外ヲ認メサルヘカラサルモノヽ如シフ氏自ラ曰ク行爲地ニ於テ有效ナル行爲モ他ノ國ニ行キテ犯罪ヲ構成スル場合ニ於テハ其行爲ヲ有效トスル能ハスト即チ日本人カ土耳其ニ於テ重婚ヲ爲スカ如キ場合ハ此論者ト雖モ本國法說ヲ是認スルモノニシテ要スルニ舉行地法說ヲ絕對ニ貫徹スル能ハサルナリ次ニ舉行地法說ヲ採ル者ハ本國法說ヲ採ル者ヲ攻擊シテ曰ク若シ本國法ニ從フヘキモノトセハ其一方ノ本國ヲ取調ヘサルヘカラサルノミナラス尙ホ本國ノ法律ヲ取調ヘサルヘカラサルノ困難アリ然ルニ舉行地法ハ之ヲ知ルコト極メテ容易ナリ加之若シ舉行地法ニ從フコトヲ欲セサレハ其地ニ於テ婚姻セサルナルヘシ然ルニ其地ニ於テ婚姻ヲ爲サン

ドスルハ是レ其地ノ法律ニ從ハントスルモノニシテ即チ舉行地法說ハ當事者ノ意思ニモ合スルモノト云フヲ得ヘシト然レトモ今日ニ於テハ人ノ本國ヲ知リ又其本國ノ法律ヲ知ルコトノ困難ナラサルコトハ既ニ說明セル所ニ依リテ明カナリ又曰ク或人ノ婚姻能力ノ有無ニ對スル證明ハ其本國ノ戶籍吏ニ於テ之ヲ爲スヘキモノトセハ頗ル手數ヲ要スルニアラスヤト然レトモ此等ノ證明ハ外國駐在ノ公使領事ニ於テ之ヲ爲スヘキコト現今一般ニ認ムル所ナルヲ以テ是レ亦決シテ困難ナルコトニアラス更ニ又曰ク然ラハ此等ノ證明書ハ何レニ向テ之ヲ提出スヘキヤト這ハ當然舉行地ノ戶籍吏ニ提出スヘキモノトス然レトモ證明書ヲ婚姻舉行地ノ戶籍吏ニ提出スルカ如キハ婚姻ノ要件ハ舉行地ノ法律ニ從ヒテ之ヲ定ムヘシトノ論據トスヘキモノニアラスシテ全ク舉行地法說ト何等ノ關係ナキ事項ニ屬スヽヲ要スルニ米國ニ於テ主トシテ舉行地法說ヲ主張スルハ全ク同國カ新開國ニシテ人口寡少ナリシカ爲メ其增殖ノ方法トシテ外人ノ渡來ヲ圖リタル特別ノ理由所謂人口政策ニ出テタルモノニ外ナラス

以上ヲ以テ異國籍者間ニ於ケル婚姻ノ實質上ノ條件ハ何レノ國ノ法律ニ從フヘキヤヲ講了セリ之ヲ要スルニ本國法說中ノ(ロ)即チ當事者雙方ノ本國法ニ從フヘシトノ說ヲ最モ正當トスルモノニシテ今日ニ於テハ多數ノ立法例及ヒ學者ノ採用スル所ナリ此他住所地法說等アルモ茲ニ論スルノ價値ナキヲ以テ之ヲ省略ス

婚姻ノ形式上ノ條件

第二款　婚姻ノ形式上ノ條件

婚姻ノ形式上ノ條件ハ其婚姻ヲ擧行スル地ノ法律ニ從フヘキモノトス形式ニ關スルコトハ唯リ婚姻ノ條件ノミナラス總テ行爲地法ニ從フヲ原則トス此原則ヲ名ケテ Locus regit actum 「場所ハ行爲ヲ支配ス」ト云フ而シテ古昔屬地主義ノ絕對ニ行ハレタル時代ニ於テハ場所ハ行爲ノ全般ヲ支配セリト雖モ今日國際私法上ノ原則トシテハ場所ハ行爲ノ形式ヲ支配ストノ意義ヲ有スルニ止マリ行爲ノ實質上ノ條件ニ付テハ必スシモ行爲地法ノ支配ヲ受クヘキモノニアラス然ラハ或事項カ形式上ノ要件ナルヤ將タ實質上ノ要件ナルヤハ何レノ國ノ法律ニ依リテ之ヲ定ムヘキヤ例ヘハ日本人カ英國ニ於テ婚姻スル場合ニ英國法ニ於テハ婚姻證書ニ印紙ヲ貼用スルコトヲ以テ形式上ノ要件トシ日本ニ於テハ之ヲ實質上ノ要件トスト假定セハ斯ノ如キ場合ニ於テハ何レノ國ノ法律ニ從ヒテ其要件ノ性質ヲ定ムヘキヤト云フニ此場合ニ於テハ當然日本人ハ日本ノ法律ニ依リテ其實質上ノ要件ヲ充スヘク又形式上ノ要件ニ付テハ其行爲地即チ英國法ニ從フヘキモノナリ今實際上ノ一例ヲ示サンニ千八百八十二年佛國ノサラベルナールナル一女優カ希臘國人ダマーラーナル者ト各本國ノ實質上ノ要件ヲ充スコトヲ免カレンカ爲メ英國ニ行キテ結婚セリ蓋シ希臘ニ於テハ若シ希臘教ヲ奉スル希臘人カ異教徒ト結婚セントスルトキハ希臘國政府ノ許可ヲ受クヘキコトヲ以テ必要條件トナセルヲ以テ此許可ヲ受クルコトヲ欲セサリシニ出テタルナリ(英國ニテハ斯ル許可ヲ要セス)而シテ此婚姻ハ國際私法上當然效力ナキモノトス何トナレハ實質上ノ要件ハ其本國法ニ從フヘキモノナルニ之ヲ充サヽレハナリ尙ホ形式上ノ要件ニ關スル一例ヲ示サンニ千八百七十三年瑞典人ハルグレンナル者女ヲ伴フテ丁抹ニ行キ結婚セリ然ルニ瑞典ニ於テハ婚姻ハ其寺院ニ對シテ三回ノ告知ヲ要スルモノトスルモ當事者ハ此條件ヲ充サヽリシヲ以テ後日彼等ハ本國ニ歸

來シテ其寺院ニ對シ適出子ノ出生ヲ届出タリシニ(同國ノ寺院ハ恰モ戸籍役場ノ如キ事務ヲ取扱フ)寺院ハ正式ノ婚姻者間ノ子ニアラサルヲ理由トシテ之ヲ私生子トセリ是ニ於テ乎寺院ト當事者間トノ爭議ハ遂ニ裁判所ノ解決ヲ俟ツニ至リシカ裁判所ハ之ヲ適出ノ子ナリト決定セリ蓋シ寺院ニ告知スルコトハ丁抹國即チ擧行地法ニ於テ之ヲ形式上ノ要件ト認メサルモノニシテ形式上ノ要件ハ其本國法ニ從フコトヲ要セサルモノナルカ故ニ當事者カ此要件ヲ缺クモ其婚姻ノ成立ヲ傷クルコトナケレハナリ

婚姻ノ形式上ノ條件ハ其擧行地ノ法律ニ依ルトノ規定ハ任意法ナルヤ將タ强行法ナルヤ國法上及ヒ國際法上共ニ多少ノ疑問ノ存スル所ナリ舊民法人事編ニ於テハ任意的ノ規定ナリシコト疑ナカリシモ法例第十三條但書ニ於テハ單ニ「其法式ハ擧行地ノ法律ニ依ル」トノミアルヲ以テ之ニ依ルト否トハ其任意ナルヤ將タ必ス之ニ依ラサルヘカラサルヤ明白ナラス解釋トシテハ後者ニ從フヘキカ如キモ民法第七百七十七條ニ依レハ「外國ニ在ル日本人間ニ於テ婚姻ヲ爲サント欲スルトキハ其國ニ駐在スル日本ノ公使又ハ領事ニ其届出ヲ爲スコトヲ得」トアルヲ以テ觀レハ其任意的ノ規定タルコト明カナリ故ニ余ハ兩法ノ調和上法例第十三條但書モ亦之ヲ任意的ノ規定ナリト解セント欲スルナリ或ハ民法ハ一般法ニシテ法例ハ特別法ナルヲ以テ法例ノ規定ヲ嚴格ニ解釋適用スヘキモノナリト說ク者アリト雖モ故ラニ民法ノ規定ヲ死文タラシムルハ解釋ノ當ヲ得タルモノニアラサルヘシ然レトモ届出ノ形式ニ至リテハ日本ノ法律ノ定メタル形式ニ依ルヘキモノトス何トナレハ日本ノ公使又ハ領事ハ外國ノ法律ニ依ル形式ヲ具ヘタル届書ヲ受領スルノ義務ナケレハナリ之ヲ要スルニ外國ニ於テ婚姻スル場合ニ其形式上ノ條件ハ必スシモ其擧行地法ニ依ラサルヘカラサルモノニアラス然レトモ若シ日本ノ公使領事ニ届出ヲ爲サントセハ必ス日本ノ法律ニ定メタル形式上ノ條件ヲ充タスヘク擧行地ノ法律ニ從フヘキモノニアラスト解スルナリヤルテンスノ如キハ之ト反對ノ意見ヲ有シ本國ノ公使領事ニ届出ヲ爲ス場合ニ於テモ擧行地ノ法律ニ定メタル形式ニ從フヘシト云ヘリ

次ニ國際法上ヨリ觀察センニ强行法說ヲ主張スル論者ハ曰ク凡ソ一國ノ主權ハ其國ノ全體ニ及フモノナルカ故ニ或外國人カ內國ニ來リテ或行爲ヲ爲スニハ總

テ內國法ニ從ハシムルヲ當然トス從テ婚姻ノ實質上ノ要件ノ如キモ特ニ內國法ニ於テ其本國法ニ從フヘキコトヲ許容スルカ故ニ擧行地法ヲ適用セサルノミ苟モ特ニ許容セサル限リハ總テノ行爲ニ付キ內國法ヲ適用スヘキハ勿論ニシテ若シ然ラストセハ一國ノ主權ハ爲メニ侵害セラルヘシト然レトモ此議論ハ根據薄弱ニシテ採ルニ足ラス又一說アリ曰ク婚姻ノ形式上ノ要件ハ何カ爲メニ之ヲ具備セシムルモノナルカ蓋シ婚姻ノ事實ヲ證明センカ爲メニ外ナラサルヘシ果シテ然ラハ其事實ヲ證明スルニ最モ確的ナル地ノ法律ニ從ハシメサルヘカラス而シテ婚姻アリタル事實ヲ確的ニ證明スルハ該婚姻擧行地ノ法律ニ如クハナシ是レ擧行地法ニ從ヒテ婚姻ノ形式上ノ條件ヲ充タサシムルハ强行的タラサルヘカラサル所以ナリト然レトモ本國法ニ從ハシムレハ婚姻ノ事實ヲ證據立ツルコト困難ナリトハ全ク一ノ妄斷ニ過キスシテ余ハ其理由ヲ發見スル能ハサルナリ

次ニ任意說論者ノ主張スル所ハ形式上ノ要件ヲ擧行地法ニ從フトスルハ婚姻ノ事實ノ證明ヲ確的ナラシメントスルニアルハ勿論ナリト雖モ元來其證據ナルモノハ當事者ノ利益ノ爲メニ必要ナルニ過キス加之或人ハ其擧行地ノ法律ニ定メタル形式ニ從フコトヲ欲セサル場合ナキニアラサルヲ以テ擧行地法ハ必スシモ當事者ノ意思ニ合セリト云フ能ハス之ヲ要スルニ當事者ノ意思ニ反シテモ擧行地法ヲ適用スヘシトノ理由ハ毫モ存在スルコトナシト云フニアリ

以上述ヘタル所ニ依レハ婚姻ノ形式上ノ條件ハ擧行地法ニ從フヘシトノコトハ我國法上ニ於テモ亦國際私法上ニ於テモ任意的ノ原則タルニ止マリ決シテ强行的ノ原則ニアラサルコトヲ知ルニ足ルヘシ

婚姻ノ形式上ノ條件ハ擧行地法ニ從フヘキコト及ヒ此法律ハ任意法ナルコトハ以上說明シタル所ニ依リ知了セラレタルヘシ尙ホ形式上ノ條件ニ關シ一例ヲ揭ケンニ例ヘハ佛蘭西、西班牙等ニ於テハ婚姻セントスル者ハ一定期間其婚姻スヘキ旨ヲ公示スルコトヲ要シ而シテ此公示ハ多クハ自己ノ屬スル戶籍役場ノ揭示場竝ニ自己ノ婚姻ニ對シ承諾ヲ與フヘキ人ノ住所地ニ於テ之ヲ爲スヘキモノトセリ露西亞ノ如キモ亦一定ノ公示ヲ必要トス今此等ノ國ノ人民カ斯ル公示ヲ要セサル日本ニ來リテ婚姻セントスルトキハ如何ト云フニ此問題ハ要スルニ斯ノ如キ公示ハ實質上ノ要件ナリヤ將タ形式上ノ要件ナリヤト云フニ歸著スルモノ

ナリ余ハ之ヲ以テ形式上ノ要件ナリト信ス然レトモ其承諾ヲ與フヘキ人(多クハ父母)カ本國ニ存在スルトキハ其本國ニ於テ之カ公示ヲ爲サヽルヘカラス即チ本國ニ於テハ之ヲ實質上ノ要件トスルヲ正當トスヘシ然ラサレハ其承諾ヲ與フヘキ人ハ外國ニ於ケル婚姻ヲ知ラサルカ爲メ其取消權ノ時效ニ罹ルコトアルヘキヲ以テ遂ニ其取消權ヲ喪失スルノミナラス本國法カ公示ヲ要ストセル趣意ヲ沒却スルノ結果ヲ生スルヲ以テナリ然ラハ公示ヲ要ストスル國ノ男ト之ヲ要セストスル國ノ女トカ公示ヲ要ストスル國ニ來リ婚姻セントスルトキハ如何ト云フニ此場合ニ於テハ公示ハ形式上ノ要件ナルヲ以テ當然擧行地法ニ從ハサルヘカラス而シテ男ハ更ニ其本國ニ於テモ亦公示スヘシ女ハ之ヲ要セサルモノト解スルヲ至當トス之ニ反シテ以上ノ男女カ公示ヲ要セストスル國ニ來リテ婚姻セントスルトキハ如何此場合ハ前ニ説明セシ所ノ理由ニ依リ其擧行地法ニ從ヒ擧行地ニ於テハ公示スルヲ要セサルモ若シ本國ニ承諾ヲ與フヘキ人ノ存在スルトキハ其本國ニ於テハ之カ公示ヲ爲スヘキモノトス之ヲ要スルニ形式上ノ要件ハ絶對ニ擧行地法ニ從フコト能ハサルモノト信ス

婚姻ノ效力

夫婦ノ身分能力ニ及ホス效力

第二節　婚姻ノ效力

婚姻ノ效力ヲ論スルニハ夫婦ノ身分能力ニ及ホス效力其財産上ニ及ホス效力及ヒ其間ニ生レタル子ニ關スル效力ノ三ニ分チテ説明スルヲ便利ナリトス去レトモ最後ノモノニ付テハ後節親子ニ關スル説明ヲ爲スニ當リテ論述スヘキカ故ニ玆ニハ前二者ニ付テ説明スヘシ

第一款　夫婦ノ身分能力ニ及ホス效力

婚姻カ身分上ニ及ホス效力ハ何レノ國ノ法律ニ從ヒテ之ヲ定ムヘキヤニ付テハ從來二説アリ即チ

一　本國法説

二　契約地法説

是ナリ而シテ本國法説ノ根據トスル所ハ婚姻ノ效力ハ當事者ノ身分能力ニ關スル問題ナルヲ以テ其本國法ニ從テ之ヲ決定セサルヘカラスト云フニアリ又契約地法説ニ依レハ婚姻ハ元來契約ニ基クモノナルヲ以テ其契約ノ效力モ當事者ノ定ムル所ニ放任シ其何レノ法律ニ從フモ之ヲ問フコトヲ要セスト云フニアリ先

ツ本國法說ニ付キ說明センニ同國籍者間ノ婚姻ニ付テハ何等ノ問題ヲ生スルコトナキモ異國籍者間ノ婚姻ニ付テハ何レノ本國法ニ從フヘキヤ或ハ夫婦雙方ノ本國法ニ從フヘシトノ說アリト雖モ是レ固ヨリ採ルニ足ラス何トナレハ婚姻ノ條件ハ各其本國法ニ從ヒ之ヲ定ムルコトヲ得ルモ婚姻成立後ニ於テ雙方ノ本國法ニ從フヘキモノトセハ忽チ衝突ヲ生スルヲ以テナリ例ヘハ夫ノ本國法ニ於テハ夫ハ妻ニ對シ同居同住ノ權利ヲ認ムルニ拘ハラス妻ノ婚姻前ニ屬シタル本國法ニ於テハ妻ニ斯ル義務ナキモノトセル場合ノ如シ故ニ婚姻ノ效力ニ付テハ孰レカ一方ノ本國法ニ從フヘキモノトセサルヘカラス余ハ今日一般ニ認ムル所ニ依リ夫ノ本國法ニ從フヘキモノトスルヲ以テ正當ナリト信ス何トナレハ婚姻後ニ於テハ妻ハ凡テ夫ニ服從スヘキモノナレハナリ現今露西亞、墺地利等ヲ除クノ外ハ妻ニ完全ノ能力ヲ認ムルモノナク或ハ限定無能力トシ或ハ絶對無能力トセリ蓋シ妻ナシテ夫ニ從ハシムルハ獨リ當事者ノ利益ノミナラス公ノ秩序ヲ維持スル上ニ於テ最モ必要ナルヲ以テナリ次ニ契約地法說ニ從ヒ當事者ヲシテ自由ニ之ヲ定メシムルモノトセハ國家カ婚姻ニ關シテ制定シタル法律ハ全ク其效力ヲ蹂躪セラルヽ結果ヲ生スルニ至ルヘシ抑モ婚姻ハ家族ノ基礎ニシテ家族ハ國家ノ要素ナリ故ニ親族法ハ決シテ全然任意法ナリト云フコト能ハス寧ロ其大半ハ公法ノ性質ヲ有スルモノト云ハサルヘカラス即チ婚姻ノ效力ハ國家ノ公ノ秩序ニ關スルモノナルヲ以テ契約地法說ハ全ク其根柢ニ於テ誤謬ニ陷レルモノトス

以上所述ノ如ク婚姻ノ效力ハ夫ノ本國法ニ從フヲ以テ原則トス我法例第十四條第一項ニ於テモ亦此原則ヲ認メタリ然レトモ第二項ニ於テ一ノ特例ヲ認メ外國人カ女戸主ト入夫婚姻ヲ爲シ又ハ日本人ノ增養子トナリタルトキハ婚姻ノ效力ハ日本ノ法律ニ依ルヘキモノトセリ是レ家ニ重キヲ置キタルノ結果ニ外ナラス斯ノ如ク婚姻ノ效力ハ夫ノ本國法ニ依リ至ル所之ヲ認メラルヽモノナリト雖モ之ニハ一ノ例外ノ存スルモノアリ即チ或效力カ現在地ノ公ノ秩序ヲ害スル場合ニ於テハ其現在地ノ法律ニ從ハサルヘカラス例ヘハ英國法ニ於テハ夫ハ妻ヲ監禁スルコトヲ許セリ然レトモ日本ニ於テハ之ヲ許サス故ニ日本ニ在ル英國人ハ婚姻ノ效力トシテ其妻ヲ監禁スルコトヲ得サルカ如シ之ニ反シ日本人カ英國ニ

行キタル場合ニ於テ其妻ヲ監禁スルコトヲ得ルヤト云フニ此場合ニ於テハ原則ニ依リ本國タル日本ノ法律ニ從ハサルヘカラス何トナレハ英國法カ夫ニ對シ妻ヲ監禁スルコトヲ認メタルハ其自國人ニ對シテ之ヲ認メタルノミニシテ外國人ニ對シテ之ヲ許容シタルニアラサレハナリ又他ノ例ヲ以テセハ佛國ニ於テハ妻カ夫ニ對シ同居ヲ拒ミタルトキハ夫ハ公力ヲ籍リテ其同居ヲ强制スルコトヲ得トセリ今斯ル制度ヲ認メサル國ノ人民カ佛國ニ行キタル場合ニ於テ佛國ノ公力ヲ籍リ其妻ノ同居ヲ强制スルコトヲ得ルヤ此場合ニ於テハ佛國ハ其要求ヲ許容スヘキモノニアラス何トナレハ佛國ハ自國ノ人民ニ對シテノミ其妻ノ同居ヲ强制スルコトヲ許シタルモノナレハナリ然レトモ若シ佛國ト同一ノ法制ヲ有スル國ノ人民カ佛國ニ於テ妻ノ同居ニ關シ佛國ノ公力ヲ要求シタル場合ニ於テハ佛國ハ其要求ニ應スルコトヲ得ヘシ何トナレハ同趣旨ノ法律ヲ有スル國ノ人民ニ對シテハ其公力ヲ假スニ於テ何等ノ支障ナキヲ以テナリ其他扶養ノ義務ノ如キハ現在地ノ公ノ秩序ニ關セサルモノナルヲ以テ其本國法ニ從ヒ之ヲ決スヘキモノナリトス

夫婦ノ財産ニ及ホス效力

第二款　夫婦ノ財産ニ及ホス效力

夫婦ノ財産制ニ付テハ古來諸種ノ主義アリ財産吸收主義、共通主義、嫁資主義、別産主義ノ如キ是ナリ又此等ノ制度ニ付テモ必ス法律ノ定ムル所ニ從ハサルヘカラスト命スル所謂强制的法定主義ヲ認ムルモノアリ例ヘハ白露、アルゼンチン及ヒ瑞西ノ或州（カントン）ノ如シ又當事者ノ任意ニ定ムル所ニ委シ特別ノ意思表示ナキ場合ニ於テ始メテ法律ノ定ムル所ニ從ハシムル所謂任意主義ヲ採用スルモノアリ例ヘハ日本、佛蘭西、英吉利ノ如シ斯ノ如ク各國ノ採用スル所區々一轍ニ出テサルカ故ニ自ラ國際私法上ノ問題ヲ生ス

此點ニ關スル我法例ノ規定ヲ見ルニ其第十五條第一項ニ「夫婦財産制ハ婚姻ノ當時ニ於ケル夫ノ本國法ニ依ル」ト定メ以テ夫ノ本國法主義ヲ採用シタリ故ニ若シ夫ノ本國法カ絶對的法定主義ヲ採レルトキハ其法律ニ從フヘク又任意主義ヲ採用セルトキハ當事者ノ意思表示ニ從ハサルヘカラス斯ノ如ク婚姻ノ效力ハ身分上ニ於テモ財産上ニ於テモ共ニ夫ノ本國法ニ依ルヘキモノトスルモ兩者ノ間ニ於テハ法例ノ規定上一ノ著シキ差異ノ存スルモノアリ即チ身分上ニ及ホス效力