

七九、從來東洋諸國ニ於ケル外國人ノ地位ハ歐米諸國相互間ニ於ケル外國人ノ地位ト大ニ其趣ヲ異ニセリ歐米諸國間ニ在リテハ相互主義ニ依リ内外人ニ同一ノ權利ヲ享有セシムルヲ以テ最モ優遇セラル、モノトセシムルモ東洋諸國ニ在ル歐米國人ニ在リテハ獨リ内國人ト同一ノ權利ヲ享有スルヲ以テ足レリトセス却テ内國人ヨリモ優等ノ地位ニ立チテ持權ヲ有セシト企ツルモノナリ西洋諸國ト其關係最モ古キ土耳其ニ在リテハ所謂特別條約ノ結果ニ依リ領事裁判ノ制度存在シ今日ニ於テモ土耳其帝國領内ニ於ケル外國人ハ一方ニ於テハ住居ノ自由、往來ノ自由、思想ノ自由等一切ノ權利ヲ享有シテカラ他方ニ於テハ行政司法ノ權一ニ其所屬領事ノ掌握スル所タリ土耳其國ノ地位實ニ憫ムニ堪ヘタリ

土耳其ハ從來外國人ニ土地ノ所有權ヲ許サザリシカ千八百六十七年ニ至リ條件ヲ附シテ一切之ヲ外國人ニ許スニ至レリ其條件ハ不動産ニ關スル一切ノ土耳其法ヲ遵守シ且ツ其訴訟ニ關シテハ領事裁判制度ノ例外トシ

テ土耳其帝國ノ裁判權ニ服從スル國民ニ限リ土地ノ所有權ヲ許容スト爲シタルナリ此條件ハ各國容易ニ承認シ今日ニ至リテハ一般ノ外國人土地所有權ヲ得ルニ至レリ、商工業者ノ權利(智能權)ニ關シテモ土耳其國內ニ店舖又ハ製造所ヲ有シ土耳其ノ法律ニ從ヒ其裁判權ニ服從スル外國人ハ内國人ト同一ノ保護ヲ受ク但シ相續權ニ至リテハ未タ外國人ニ許ササルカ如シ

從來我國及支那ニ於ケル外國人ノ地位モ大ニ土耳其ノ制度ニ類似シタルコトアルハ讀者ノ熟知スル所ナリ然レトモ我國領事裁判制度ノ撤去近キニアルヲ以テ之ヲ詳論スルノ必要ナク余輩亦タ深ク之ヲ論スルヲ欲セス

法律ノ抵觸

法律抵觸ノ決定ニ適用スヘキ原則

第二編 法律ノ抵觸

外國人ハ内國ニ於テ如何ナル權利ヲ享有スルカノ問題ハ既ニ前編ニ於テ之ヲ論セリ本編ハ進テ外國人ノ内國ニ於テ享有スル權利ハ内國ノ法律ニ從テ享有スルカ將タ其所屬國ノ法律ニ從テ享有スルカノ問題ヲ論究セシトスルモノナリ

第一章 法律抵觸ノ決定ニ適用スヘキ原則

八〇 此問題ノ決定ハ國家主權ノ作用タル法治權ノ根據如何ニ依リテ定マル法治權ノ根據ニアリ一、一國ノ統治スル領土ニシテ一ハ一國ヲ組織スル人民是ナリ故ニ法治權ニ關スル國家主權ニハ二種アリ即チ一ハ領

法律ノ抵觸ニ適用スヘキ原則

土主權ニシテ他ハ臣民主權ナリ前者ハ土地ヲ支配スル點ヨリ觀タル主權ニシテ後者ハ人ヲ支配スル點ヨリ觀タル主權ナリ而シテ此二種ノ主權ハ同時ニ行ハルル場合多シ一國ノ領土内ニ於テ其所屬臣民ヲ支配スル場合即チ是ナリ然レトモ今日國際關係ノ頻繁ナル二者相分離スルコト少ナカラス例ヘハ其所屬ノ臣民外國ノ領土内ニ在ル場合ノ如キ即チ是ナリ斯ル場合ニ於テ外國ニ在ル一國ノ臣民ハ一方ニ在リテハ臣民主權ノ作用ニ依リ其本國法ノ支配ヲ受クヘキカ如ク他方ニ在リテハ領土主權ノ作用ニ依リ其所在國法ノ支配ヲ受クヘキカ如シ是ニ於テ乎一國ノ領土内ニ在テ二箇ノ主權互ニ衝突シ何レノ國法ヲ適用スヘキカノ問題即チ所謂法律抵觸ノ問題ヲ生ス而シテ其衝突セル二箇ノ主權ノ中其一ヲ選フトキハ或ハ法律ハ屬地ナリト謂ヒ或ハ之ヲ屬人ナリト謂フ此法律ノ屬地ナルヤ將タ屬人ナルヤハ從來國際法學上喧囂ヲ極メタル問題ナリ故ニ余輩ハ本章ニ於テ之ニ關スル沿革ヲ述ヘ其原則ヲ詳説セントス

第一節 屬地法說

八一、屬地法說ハ其由テ來ル所全ク封建制度ニ在リ凡ソ封建制度ニ於ケル一般ノ觀念ハ土地ヲ以テ國家ノ基本ト爲シ人民ハ唯タ土地ノ附從物タルニ過キスドスルノ結果其土地ノ法律ハ何レノ國民タルヲ問ハス苟モ其土地上ニ在ル一切ノ人ヲ支配スト謂フニ在リ更ニ之ヲ詳説スレハ一方ニ於テハ一國ハ其主權ヲ拋棄セサル以上ハ其領土ノ上ニ於テ一切主權ノ作用ヲ及ホササルヲ得ス從テ其土地ノ上ニ在ル人ハ之ニ住居スル者タルト將タ單ニ通過スル者タルトヲ問ハス悉ク其領土主權ノ支配ヲ受ケサルヘカラス而シテ他ノ一方ニ於テハ一國ノ主權ハ其境域内ニ止マリ一旦其境ヲ越ユルトキハ全ク其作用ヲ失ヒ假令其所屬臣民ト雖モ之ニ對シテ更ニ權力ヲ行フヲ得スト謂フニ在リ之ヲ名クテ屬地法說又ハ法律ノ屬地主

義ト謂フ

駁論

八二、法律ノ屬地主義ヲ嚴正ニ適用スルトキハ法律牴觸ノ問題ヲ生セ
 ス何トナレハ苟モ一國內ニ在ル者ニ對シテハ其國籍ノ如何ニ關セス常ニ
 其所屬國ノ法律ヲ適用スレハナリ從テ國際私法ハ其研究ノ必要ヲ見サル
 ニ至ルヘシ然レトモ屬地主義ハ之ヲ嚴正ニ適用スルコト能ハス若シ之ヲ
 嚴正ニ行ハントセハ個人ノ地位ハ之カ爲メ其安固ヲ缺キ其居所ノ異ルニ
 從ヒ直ニ權利ノ消長ヲ來スヘシ例ヘハ自國ニ於テハ成年者タルモ境外
 ニ出ツレハ忽チ未婚者タルカ如ク身分能力其他諸種ノ權利ニ就キ甚タシ
 キ差異ヲ生スルニ至ル是ニ於テ乎十三世紀以來此原則ヲ調和スルノ說ヲ
 案出シ法律ヲ對物法對人法ニ區別シ對物法ハ内外國人ヲ問ハス苟モ一國
 内ニ在ル一切ノ人ニ適用シ對人法ハ他國ノ領内ニ在ル者ニ對シテモ其所
 屬國法ヲ適用スヘキモノト爲ス說出ツルニ至レリ余輩ハ假リニ之ヲ區別

區別法說

法說ト名ツク

第二節 區別法說

八三、區別法說ハ其始メ一國內ニ於ケル州法ノ異同ニ關シテ生セシモ
 ノナリト雖モ遂ニ之ヲ以テ國際間ニ適用スルニ至リタリ此說ノ主旨トス
 ル所ハ法律ノ規定ニシテ其專ラ人ニ關スルモノハ國境外ニ於テモ猶ホ其
 人ヲ追隨シテ支配シ其規定ノ主トシテ物ニ關スルモノハ其權利者ノ何レ
 ノ國人タルヲ問ハス總テ其物ノ所在地法ヲ以テ支配スト謂フニ在リ此說
 ハ今日猶ホ之ヲ主張スル者ナキニアラスト雖モ其區別ノ根據ニ於テ既ニ
 議論アルヲ以テ其適用ニ至テモ亦大ニ異說アルヲ免レス然レトモ一國
 ノ法律中或種類ノ法律ハ其性質又ハ目的ニ依リテ獨リ國境内ニ効力ヲ有
 スルニ止マラスシテ國境外ニ於テモ尙ホ其所屬人民ヲ追隨シテ支配スヘ

區別法說

キモノト爲ス點ニ至テハ此區別法説ヲ主張スル學者ノ一般ニ認ムル所ナリ抑モ區別法説ハ之ヲ嚴正ナル屬地法説ト調和セシムルコト極テ困難ナリトス何トナレハ屬地法説ノ理論ハ假令誤謬ナリトスルモ領地主權ヲ根據トスル點ニ於テハ極テ鞏固ナルモノナレハナリ是ニ於テ乎區別法説ノ論者ハ其根據ヲ内外國人相互ノ利益ノ上ニ置ケリ曰ク「各國ハ國際上其權利トシテハ屬地主義ニ依ルヲ得ヘシト雖モ之ヲ嚴正ニ適用スルトキハ双方ノ人民ニ權利ノ安固ヲ缺キ實際上ノ不便尠ナカラス故ニ恩惠的ニ相互ノ讓歩ヲ爲シ國際情誼ノ交換(Comitas gentium, Comity, Courtoisie internationale)トシテ一國內ニ在ル外國人ニ其所屬國法ノ適用ヲ許スモノナリ」ト然ラハ則チ如何ナル標準ニ依テ其國境外ニ於テ適用スルヲ得ル法律ト其否ラサルモノトヲ區別スルカ換言スレハ如何ナル法律ハ對物法ニシテ如何ナル法律ハ對人法ナルヤハ何ニ依テ知ルコトヲ得ル乎之ヲ説明スルニ方テハ先此學説ノ沿革ヲ知ラサルヘカラス

八四、十三世紀ノ頃商業ノ發達ニ伴ヒ國際交通ノ頻繁ナルニ及ソテ夫ノ法律ノ屬地主義ハ嚴正ニ過キ各國人ノ交通ニ害有ルコトヲ悟リ伊國人「バルトレ」等主トシテ之ニ關スル研究ヲ爲シテ法律區別ノ理論ヲ發明シ嚴正ナル屬地主義ニ其例外ヲ設ケタリ其説ク所ニ依レハ例ヘハ伊太利ノ或地方ニ於テハ一家内ノ男子ハ遺囑ヲ爲スコトヲ得又タ夫ハ妻ヲ相續人ト爲スコトヲ禁スル等ノ法律アリ此等ノ法律ト雖モ屬地主義ヨリ謂ヘハ内外國人ヲ問ハス總テ之ヲ適用セサルヘカラス然ルニ此等ノ法律ハ一地方ノ慣習ヨリ來リ一般ノ法理ニ適セサルヲ以テ之ヲ外國人ニ適用スルコトヲ得スト爲シ又タ或州ニ於テハ法律行爲ノ條件ニ關スル禁制アリテ例ヘハ夫ハ妻ノ承諾ヲクシテ嫁資ノ處分ヲ爲スコトヲ得ストシタルアリ此等ノ法律ハ一般法理ニ適合スルモノトシテ効力ヲ有スヘシト爲シ又タ人ノ能力ニ關スル法律ハ其本國法ヲ適用スルヲ以テ今日ノ通説ト爲セトモ當時ノ區別法説ハ又之ニ就テモ區別スル所アリテ未成年者ノ無能力ノ

如キ本人ノ利益ノ爲メニスルモノニ關シテハ國境外ニ於テモ尙ホ効力ヲ有セシメ之ニ反シテ女子ハ相續ヲ爲スヲ得スト謂フカ如キ本人ノ不利益ト爲ル無能力ニ關シテハ其適用ヲ國境內ニ止マラシメ其他外國人ノ權利ヲ認ムル點ニ就テモ一般ノ法理ニ適合セサルモノハ決シテ之ヲ許サスト爲スカ如ク其標準トスル所區々トシテ一定スルモノナカリキ此ノ如ク「バルトレ」等ハ種々ノ標準ニ據リテ區別法說ノ適用ヲ試ミタリト雖モ實際ノ適用ニ方テハ極テ困難ニ遭遇セリ例ヘハ相續ニ關スル法律ノ如キ人ニ關スルモノナルヤ物ニ關スルモノナルヤ不明ナルモノ多キヲ以テ遂ニ器械的ノ解釋ヲ爲シ條文ノ冒頭ニアル文字ノ人ナルト物ナルトニ依リテ之カ區別ヲ盲斷スルノ已ムヲ得サルニ至レリ

「バルトレ」等ノ所說ハ極テ不完全ナルモノナリシト雖モ今日國際法上ノ一大原則タル屬人主義ノ起源ハ實ニ此區別說ニ存在ス加之當時彼等ノ唱道セシ說ニシテ今日猶ホ國際法上重要ノ原則タルモノ少ナカラス例ヘハ

レゾム

遺囑又ハ契約等ノ法律行爲ハ之ヲ爲シタル土地ノ法律ニ定メタル形式ニ適スレハ其形式ハ正當ナリト爲スカ如キ又タ法律行爲ノ自然ノ結果又ハ豫想セラレタル効果ノ如キハ其行爲地ノ法律ニ從ヒ之ニ反シテ不意ニ生セシ結果ハ履行地ノ法律ニ從フカ如キ皆「バルトレ」等ノ區別說ニ胚胎シ後ノ學者カ之ヲ敷衍セシニ過キス彼等ノ功績亦タ没スヘカラサルナリ

八五、「バルトレ」ニ繼キ十六世紀中佛國ニ「ヂュムイレ」タルヂヤントレ「ギトコキ」等ノ學者アリテ均シク對物法對人法ノ區別法說ヲ主張セリ即チ左ニ掲クルモノ是ナリ

「ヂュムイレ」ハ亦タ「バルトレ」ノ如ク原則トシテハ法律ノ屬地主義ヲ認メ例外トシテ對人法ヲ認メタリ唯タ「バルトレ」ノ疑ハシキ場合ニ單ニ文字ニ拘泥シテ二者ノ區別ヲ爲シタルヲ指シテ無替ノ說ト爲シ寧ロ精細ニ法律ノ精神ヲ探究シ果シテ人ニ關スルモノナルヤ物ニ關スルモノナルヤヲ事實上ニ區別セリ然レトモ其細微ナル點ニ於テ區別ノ不明ナル場合ニ

「ダルヂヤントレ」

「ギークキ」

荷蘭學者

佛國學者

至テハ猶ホ一定ノ標準ヲ缺キ適用上往々矛盾スルモノアリタリ

「ダルヂヤントレ」モ均シク原則トシテ屬地主義ヲ取り對人法ヲ以テ例外ト爲スノ學者ナリ然レトモ其區別ノ標準ニ至テハ少シク「ヂュム」ト異ナル所アリ例ヘハ不動産ニ關スル法律ハ物ノ所在地ノ國法ニ從ヒ動産ニ關スル法律ハ當事者ノ所屬國法ニ從フトノ主義ヲ取りシカ如シ

「ギークキ」ハ前二人ノ如ク敢テ法律ノ屬地主義ヲ以テ原則ト爲スト謂ハス一ニ立法者ノ意思如何ヲ探究シテ定ムヘシト主張セリ然レトモ是レ亦タ明晰ナル標準ヲ缺キ適用ニ至テ往々矛盾スル所アリシナリ

八六、降テ十七世紀ニ至リ和蘭ニ於テ二三ノ區別法說學者アリシト雖モ均シク屬地主義ヲ原則トシ己ムテ得サル場合ニ國際情誼トシテ屬人法ヲ認ムルノ說ニシテ要スルニ前者ノ亞流タルニ過キサリシ

八七、十八世紀ニ至リテ再ヒ佛國ニ「ブール」^ワ「アイエー」^{フロラン}等ノ學者ノ輩出セルアリト雖モ同シク舊套ヲ脱スルヲ得ス依然對物對人ノ區

別說ヲ取り唯タ對物法ノ區域ヲ縮少シ漸ク屬人主義ニ進ムノ傾向ヲ生シタルハ稍區別說ノ面目ヲ改メタリト謂フヘシ今左ニ此等學者ノ說ヲ畧陳セシ

「ブール」

「アイエー」

「フロラン」

駁論

「ブール」ノ「ワ」ハ前者ト同シク法律ヲ對人對物ニ別チ其何レニ屬スヘキカ疑ハシキ場合ニ於テハ法律ノ直接ノ目的及立法者ノ意思ヲ以テ區別ノ標準ト爲スヘシト謂ヘリ蓋シ未タ進歩シタル說ニアラス

「アイエー」モ亦タ區別法說ヲ取りタリシカ氏ニ至テ稍屬人主義ニ傾ク所アルヲ見ル即チ氏ハ法律ニ對人對物ノ區別ヲ認ムルモ財産ニ關スル場合ノ外ハ總テ對人法ト看做スヘシト爲セリ

「フロラン」モ亦タ屬人主義ニ傾キ不動産ニハ土地ノ法律ヲ適用シ身分能力ハ當事者ノ本國法ニ從フトノ說ヲ爲セリ

區別法說

腐ノ説タルニ過キス此區別法説ニ於テモ猶ホ屬地法説ノ舊套ヲ脱セスシテ土地ヲ主トシ人民ヲ從トスルノ傾向ヲ有シタルハ頗ル妥當ヲ缺キ今日ノ學理ト相容レサル所ナリ蓋シ權利關係ヲ定ムル法律ハ一人ヲ主トシテ其土地ヲ主トセサルコトハ今日ニ於テハ何人モ爭ハサル所ナレハナリ而シテ又タ此派ノ學者カ多クハ人ノ身分能力ニ關スル法律ハ其本國法ニ從フヘシト爲シ恰モ屬人主義ヲ認メタルカ如シト雖モ纔カニ便益ノ理由ニ依リ或種ノ外國法律ノ適用ヲ許スモノニシテ其實決シテ屬地主義ノ原則ヲ變更シタルモノニアラス抑モ便宜若クハ利益ハ法律論トシテハ甚タ薄弱ナル論據タルヲ免レス凡ソ法律上ノ疑問ヲ決スルニハ必ス法律上ノ理由ヲカルヘカラス故ニ今國際關係上一國ノ法律ヲ他國ノ版圖内ニ於テ適用セシムルニハ之ヲ適用セシムルニ充分ナル法律上ノ理由アルヲ要ス換言スレハ之ヲ適用セシムルニハ一國ノ權利タラサルヘカラス若シ其權利有ルコトナク單ニ恩惠又ハ便宜ニ依ルモノナランニハ他國ハ容易ニ之

ヲ制限シ又ハ全ク之ヲ認メサルコトヲ得ヘシ然ルニ區別法説ノ學者ハ双方ノ便益ニ基ク國際情誼ニ依ルニアラサレハ一國內ニ於テ他國ノ法律ヲ適用スルハ其國ノ主權ト相容レサルモノノ如ク思惟スト雖モ苟モ一國內ニ於テ外國法ノ適用ヲ許スハ一國ノ主權ヲ害スルモノトシテ絶テ外國法ノ侵入ヲ許スヘカラスト爲ストキハ假令國際情誼ニ依ルトスルモ均シク主權侵害タルノ事實アルヲ免レス特ニ法律ノ種類ニ依リテ之カ區別ヲ爲シ其人ニ關スル法律ハ外國法ト雖モ尙ホ之ヲ内國ニ適用シテ主權ノ侵害ナシトスルニ至リテハ其妄モ亦タ甚タシト謂フヘシ故ニ國際情誼ヲ根據トシテ外國法ヲ内國ニ適用スルノ理由ト爲ス區別法説ハ今日一般ニ排撃セラルル所ナリ若シ夫レ外國ノ法律ヲ一國內ニ適用スルモ其國ノ主權ヲ侵害セスト謂フ法律上ノ理由ニ至リテハ後段ノ説明ニ依リテ自ラ明カナルヘシ

第三節 獨逸學派ノ説

獨逸學派

八九、區別法説ヨリ一步ヲ進メタルモノヲ獨逸學派ノ説ト爲ス此派ノ學者ハ別ニ一軌軸ヲ出シ彼ノ國際情誼ノ説ヲ排斥スルニ至レリ「ウエヒテル」シヤフチル「サヴィニ」等此派ニ屬ス

ウエヒテル

「ウエヒテル」ノ説ニ依レハ裁判官カ一事件ヲ審判スルニ當テ何レノ國法ヲ適用スヘキカヲ定ムルニハ第一ニ立法者ノ明示ノ意思ニ從ヒ若シ其明示ノ意思ナキトキハ各條ノ規定ニ就テ立法ノ精神ヲ探究シテ之ニ從ハサルヘカラストス例ヘハ婚姻法ノ如キハ一國民ノ基本タル家族ノ組織ニ關スルヲ以テ内國人ニ對シテハ嚴重ニ之ヲ適用スルノ必要アルモ外國人ニ對シテハ之ヲ適用スルノ必要アルコトナク從テ外國人間ノ婚姻ハ勿論内國人ト雖モ之ニ因テ外國人ノ資格ヲ得ル場合ノ如キハ之ニ對シテ内國法ヲ適

シヤフチル

用スルノ必要ナシ之ニ反シテ自國ノ男子カ内國ニ於テ外國ノ女子ト結婚スル場合ニ於テハ自國民ノ組織ニ關スルモノナルヲ以テ内國法ヲ適用スヘシト爲シ其全ク立法者ノ意思ヲ知ルコト能ハサル最終ノ場合ニ於テハ裁判官ノ所屬國法即チ内國法ヲ適用スヘキモノトセリ

「シヤフチル」ハ區別法説ノ不可ヲ鳴ラシ自ラ一個ノ原則ヲ發明シテ「ウエヒテル」ト同シク立法者ノ意思ヲ索メ其明示アルモノハ之ニ從ヒ其否ラサルモノハ一々探究シテ之ニ從フヘシト爲セトモ唯タ最終ノ場合即チ到底立法者ノ意思ヲ知ルコト能ハサル場合ニ至テハ「ウエヒテル」ト其説ヲ異ニシ之ニ内國法ヲ適用セスシテ法律行爲發生地ノ國法ヲ適用スヘシト説クテ而シテ此原則ヲ實地ニ適用スルニ當リ身分及能力ニ關スル法律ハ一般ニ當事者ノ所屬國法ニ從ヒ又タ財産ニ關スル法律ハ之カ區別ヲ爲シ包括財産ニ關スル場合ハ住所地ノ法ニ從ヒ特定財産ニ關スル場合ハ財産所在地ノ法律ニ從フヘシト爲セリ

「ザヴィニ」ハ法律牴觸ノ問題ニ關シテ新説ヲ立テ從來ノ區別法説ヲ取ラサルハ勿論又タ立法者ノ意思ヲ知ルコト能ハサル場合ニ於テ内國法ヲ適用シ或ハ行爲發生地法ヲ適用スヘシト謂ヘル前二者ノ説ヲ取ラス更ニ一生面ヲ開キ其適用ヲ受クヘキ事實ノ性質ヲ審按シ苟モ其性質ニ適合スル法律ハ内外國法ヲ擇ハス之ヲ適用スヘシト爲セリ此説ノ非難ハ此ノ如ク外國法ヲ適用スルハ一國ノ主權ヲ蔑視スルモノナリト謂フニ在リ「ザヴィニ」ハ之ヲ説明シテ曰ク一國ノ主權ヲ遵奉セシムルノ範圍ハ其國ノ生存防禦ヲ以テ限界ト爲ス故ニ一國ハ其公益上ノ理由ニ基ク禁止的ノ性質ヲ有スル法律ヲ其國內ニ在ル外國人ニ適用スルヲ以テ足レリトス若シ夫レ禁止的性質ヲ有セサル法律ニ至テハ之ヲ外國人ニ適用セサルモ敢テ其國ノ主權ヲ傷クルモノニアラスト且ツ一國ノ主權ヲ重シテ屬地主義ヲ原則トスル區別法論者ト雖モ人ノ身分及能力ニ關シテハ當事者ノ本國法ヲ適用スヘキモノトセリ而シテ其理由ノ國際情誼又ハ法理ニ基クテ問ハス其外

國法ヲ適用スル點ニ至リテハ則チ一ナリ故ニ獨リ「ザヴィニ」ノ説ヲ以テ一國ノ主權ヲ害スルモノト爲スヘカラス

此説ヲ實際ニ適用スルニ當テハ主トシテ本人ノ意思ニ從ヒ人ノ身分能力ニ關スルモノハ其本國法ニ從フヲ以テ原則ト爲シ之ニ所在國ノ德義上又ハ經濟上ヨリ來ル例外ヲ認メタリ例ヘハ外國人ノ所屬國法ニ於テハ多妻ヲ許スモ内國ニ於テ此制度ヲ認メサルトキハ身分ニ關スル法律ナリト雖モ其所屬國法ニ從ハシメスシテ内國法ヲ適用スルカ如キ又タ其所屬國法ニ於テ宗教上ノ無能力ヲ認ムルモノ内國法ニ於テ之ヲ認メサルトキハ此種ノ外國法ハ德義上ニ關スルモノトシテ外國人ニモ猶ホ之ヲ適用スルカ如シ其他財産ニ關スルモノニ就テハ區別ヲ爲シ個々ノ財産ニハ財産所在地ノ法律ヲ適用シ又タ相續ノ場合ノ如キ包括財産ニ就テハ死者ノ本國法ヲ適用スヘキモノト爲シ又タ契約ニ關シテハ其形式ハ行爲地ノ法ニ從ヒ其効果ハ履行地ノ法ニ從フヘシト爲セリ

九〇、以上列擧セルカ如ク獨逸學派ノ說ハ從來ノ區別法說ノ上ニ一步ヲ進メ或種ノ外國法ヲ內國ニ於テ適用スルモ敢テ一國ノ主權ヲ害セストシテ之ニ法律的ノ理由ヲ付スルニ至リタルハ此時代ニ於ケル國際私法上ノ一大進歩ト謂フヘキナリ然レトモ今日ヨリ之ヲ見ルトキハ未タ不完全タルヲ免レス殊ニ其適用ニ至リテハ動モスレハ從來ノ封建思想ニ陷ルリ舊套ヲ脱スルヲ得サリシカ如シ即チ此派ノ學者ハ立法者ノ意思ヲ知ルコト能ハサル最終ノ場合ニ就テハ或ハ裁判地法ニ從フト謂ヒ或ハ行爲發生地ノ法ニ依ルト爲シ或ハ事實ノ性質ヲ究メテ之カ適用ヲ定ムル等專ラ法律行爲ノ外形ニ重キヲ置キ未タ一定ノ原則ヲ立ツルニ至ラス從テ之ニ對スル非難モ亦タ少カラス例ヘハ「ウエヒテル」ノ如ク最終ノ場合ニハ裁判地法ヲ適用スト爲ストキハ訴訟法上二個ノ裁判管轄アリテ原告ノ選擇ニ任スル場合ハ其自己ニ利益ナル法律ヲ適用セラルヘキ裁判所ヲ選ンテ之ニ出訴スルニ至リ之カ爲メ被告ノ權利ハ常ニ原告ニ左右セラルルノ弊アルヲ

免レス又タ「シヤフテル」ノ如キハ行爲發生地ノ法律ニ從フト謂フモ其發生地ナルモノハ果シテ何レノ地ナルヤ之ヲ知ルコト極テ難キ場合アリ例ヘハ一法律行爲中數個ノ事項アリテ各其發生地ヲ異ニスルトキハ何レノ國法ヲ適用スヘキカ又タ發生地ハ行爲ノ主格ニ從テ之ヲ定ムヘキカ若クハ目的物ニ依テ之ヲ定ムヘキカ場合ニ依リテ大ニ困難ヲ生スルコトアルヘシ又タ「サヴィニ」ノ說ノ如ク事實ノ性質ニ從フト爲スモ之ヲ知ルコト亦タ極テ容易ナラス要スルニ獨逸派ノ學說ハ大ニ進歩セルモノアリト雖モ未タ以テ法律牴觸ノ大問題ヲ解ク原則ト爲スニ足ラス是ニ於テ屬人法說ノ出ツルヲ見ル

第四節 屬人法說

第一款 屬人法說ノ原則

九一、屬人法說ハ千八百五十一年創メテ伊太利ノ「マンチニ」カ唱道セシ所ニシテ忽チ伊太利全國ニ行ハレ遂ニ歐洲大陸ニ波及スルニ至レリ其說ノ大要ニ曰ク凡ソ私益ニ關スル規定ヲ爲セル法律ハ人ノ便益ヲ目的トスルモノナリ從テ之カ支配ノ範圍モ亦タ其目的タル人ノ上ニ止マリ其他ニ及フヘカラス而シテ苟モ其目的タル人ナル以上ハ如何ナル場所ニ於テモ又タ如何ナル權利關係ニ就テモ常ニ之ヲ支配スルヲ得ルヲ以テ原則トス但シ國際公安ニ關スル規定場所ハ行爲ヲ支配スト謂フ原則及個人ノ意思ヨリ生スル制限ハ此限ニアラスト

凡ソ國家ハ一政權ノ下ニ在ル人ノ集合ナリ其集合ヲ成ス各人民ニ確實ナル保護ヲ與フルニハ一定ノ領土ヲ必要トス故ニ一國ノ主權ハ同時ニ人及土地ノ上ニ行ハル然レトモ此二個ノ原素ハ其必要ノ度ニ於テ多少ノ差異ナクソハアラス人民ナキ國家ハ之ヲ想像スルコト能ハスト雖モ領土無キ國家ハ必スシモ之ヲ想像シ得サルニアラス例ヘハ亞非利加ノ砂漠中ニ漂

泊セル蠻民ノ如キ其領土ヲ有セスト雖モ一定ノ組織ヲ有シ之ヲ統御スル政權ノ下ニ棲息スル以上ハ猶ホ之ヲ一國民ト稱スルヲ得ヘシ且ツ領土ノ國家ニ於ケルハ恰モ住所ノ人ニ於ケルカ如シ從テ領土ノ國家ナラサルハ猶ホ住所ノ人ニアラサルカ如シ之ト異リ人民ノ集合ハ即チ國家ニシテ人民ナクハ國家ナク國家ハ人民ニ依リ人民ノ爲メニ成立セルモノニシテ領土主權ハ臣民主權ノ附從物タルニ過キスト謂フコトヲ得ヘシ此臣民主權ノ作用ニ依リ國家カ其人民ノ爲メニ法律ヲ制定スルニ當リテハ其領土ニ境界アルヲ見ス故ニ公益上ノ必要アル場合ハ格別其他ノ場合ニ於テ外國ノ人民ニ內國法ヲ適用セントスルハ其外國ノ有スル同一ノ臣民主權ヲ害スルモノト謂フヘク之ト同シク他ノ一方ニ於テ外國ニ在ル自國ノ人民ニ對シ之カ法律上ノ地位ヲ支配スヘキ自國ノ權利ヲ行ハサレハ一國ノ主權ヲ拋棄スルモノト謂フヘシ是レ法律ハ元來屬人ナリトシテ外國ニ於テモ所屬國法ヲ適用スヘシト爲ス第一ノ理由ナリトス且ツ如何ナル法律カ

最モ個人ノ利益及必要ニ適合スルカヲ見ルニ是レ其所屬國法ナリト謂ハサルヘカラス何トナレハ一國ノ法律ハ其國ノ人情風俗慣習氣候等ヲ參酌シテ制定スルモノナルヲ以テ本國法ハ其國民ヲ支配スルニ最モ適當ナレハナリ之ヲ第二ノ理由ト爲ス

九二、然ルニ以上ノ理由ニ基キ一國ノ法律ハ國境外ニ於テモ猶ホ其所屬人民ヲ支配スルコトヲ是認スル學者中其國籍ノ存スル國ノ法律ヲ適用セスシテ住所地ノ法ヲ適用スヘシトノ說ヲ爲ス者アリ此種ノ學者ハ住所ニ重キヲ置キ人間一生中ノ法律行爲ノ大部分ハ住所地ニ於テ之ヲ爲シ人ノ性質モ住所地ニ於テ定マリ其慣習モ亦タ住所地ニ於テ養成セララルモノ多ク要スルニ住所地ハ個人タル資格ヲ完ウス故ニ住所地ノ法律ハ最モ人ノ性質ニ適合ス之ニ反シテ所屬國法ハ動モスレハ實際其人ノ性質ニ適合セサルモノアリ且ツ一國民カ外國ニ住所ヲ定メ之ヲ生計ノ中心ト爲ストキハ其所屬國法ニ從ハスシテ住所地法ニ從ハント欲スル意思ヲ有スル

住所地法
說

モノト推測スルヲ得ヘシ故ニ意思ノ解釋上ヨリ見ルモ亦タ住所地法ヲ適用セサルヘカラスト

然レトモ住所ハ未タ之ヲ以テ屬人法說ノ根據トスルニ足ラス凡ソ住所ハ業務ノ中心ニシテ吾人ノ生計上樞要ノ場所ナリト雖モ人間ノ一生中屢々之ヲ變スルコトアリテ之ヲ國籍ニ比スレハ其變動極テ多シ然ルニ之ヲ根據トシテ何レノ地ニ於テモ住所地法ヲ適用セントスルハ是レ容易ニ吾人カ法律上ノ地位ヲ變更セントスルモノナリ故ニ外國ニ於ケル一國人ノ權利ノ安固ヲ目的ト爲ス屬人法說ハ其根據ヲ所屬國法ニ置カサルヘカラス或ハ彼ノ對人法對物法ヲ區別セシ舊說ニ於テ住所地法ヲ根據トシ對人法ハ住所地法ニ從ヒタル先例アリト謂フ者アリト雖モ是當時ニ在テハ特別ノ事情アリシカ爲メ然ルナリ此時代ニ於テハ汎ク一國ニ通スル一様ノ法律アルコトナク各地異様ノ法律ヲ有セシヲ以テ對人法ハ住所ヲ根據トスルノ外途ナカリシモ今日ハ一國ヲ支配スル一般ノ法律アルカ故ニ住所

法ニ依ラスシテ所屬國法ヲ適用スヘキモノトス加之住所地法說ノ學者中ニモ人ノ生來ノ住所地タル出生地ノ法律ヲ適用スヘシト爲ス者多シ而シテ出生地ト本國トハ事實ニ於テ同一ナル場合甚タ多キヲ以テ此住所地說ハ今日ノ所謂所屬國法說ト實際ニ於テハ符合スルモノト謂フヘシ

原則トシテハ所屬國法說ヲ以テ其當ヲ得タリト爲スコト前述ノ如シト雖モ或場合ニハ例外トシテ所屬國法ノ適用ニ代ヘルニ住所地法ヲ以テスルコトアリ例ヘハ國籍無キ者ニ對シテ屬人法說ノ適用ヲ爲ス場合又ハ同時ニ二個ノ國籍ヲ有スル者ニ之ヲ適用スル場合又ハ一國內ニ數個ノ法律アル場合(俄、米、瑞ノ各州法ノ異ナル場合ノ如シ)ノ如キ勢ヒ住所地法ニ從ハサルヘカス(法例第八條第一項參照)

法律ノ屬人ナリト謂フニ就テハ人ノ身分又ハ能力ニ關スルモノト財產ニ關スルモノトノ間ニ區別ヲ爲サス一般ニ屬人ナルヲ以テ原則ト爲シ唯タ實際上財產ニ關スル法律ニハ公益上ノ理由ヨリシテ禁止的若クハ命令的

ノモノアルヲ以テ之ニ對シテハ物ノ所在地法ヲ適用スルコト多シト雖モ是レ從來ノ區別法說ノ如ク物ニ對スル法律ナルカ故ニ所在地法ヲ適用スルニアラスシテ一國ノ公益上例外トシテ所在地法ヲ適用スルニ當リ實際上偶、物ニ對スルモノ多キニ過キササルナリ

第二款 國際公安ニ基ク例外

九三、法律ノ屬人主義ノ原則ヲ取り一國內ニ在ル外國人ニハ其所屬國法ヲ適用スルヲ以テ今日ノ通說ト爲スト雖モ場合ニ依リテハ例外トシテ之ニ內國法ヲ適用セサルヘカラサル場合アリ其一ヲ國際公安ニ基ク例外トス

凡ソ一國內ニ於テ外國法ヲ適用セントスルトキハ或ハ之カ爲メ一國ノ自存權ヲ侵害シ其生存ヲ傷タルコトアリ一國ノ安寧秩序ニ關スル公益上ノ

國際公安ニ基ク例外

國際公安ニ基ク例外

法律ト相容レサル外國法ヲ內國ニ於テ適用スル場合ノ如キ即チ一國ノ生存ニ危害ヲ及ホスモノナリ此種ノ外國法ハ內國ニ於テ適用スヘキモノニアラス是レ蓋シ今日ノ原則トシテ一國內ニ在ル外國人ニ其本國法ノ適用ヲ受クシムルハ元ト個人ノ利益保護ヲ目的トスルモノナリ然ルニ其外國法ノ適用內國ノ公益ニ反スルトキハ一個人ノ利益ハ一國公益ノ爲メ之ヲ犧牲ニ供セサルヘカラサルヲ以テナリ故ニ牴觸セル二個ノ法律中何レヲ適用スヘキカノ問題ヲ決スルニハ先ツ其法律ノ公益ニ關スルモノナルヤ否ヤヲ研究シ其果シテ一國ノ公益ニ關スルモノナルトキハ內國法ヲ取テ之ヲ適用シ之ニ反シテ單一私人ノ利益ニ關スルモノナルトキハ其人ノ所屬國法ニ從フヘキモノトス其一國ノ公益ニ關スルモノトシテ外國人ニモ尙ホ適用スヘキ內國法ヲ稱シテ國際公安ニ關スル法律ト謂フ抑モ公安ナル文字ハ其意義極メテ漠然タルモノニシテ確實ナル用語ニアラスト雖モ國內法上ノ用語トシテハ亦タ自ラ一定ノ意義無キニアラス國

國際公安
國內公安
別トノ區

際法ノ所謂公安ニ關スル法律トハ國內法ニ於テ公安ニ關スル法律ト同一ナリヤ曰ク然ラス一國人カ契約ニ依リテ違フコト能ハサル內國法中ノ所謂公安ニ關スル法律ハ之ヲ國際公安ニ關スル法律ト相對シ國內公安ニ關スル法律ト稱シ其公安ノ性質一國法ノ下ニ在ル一個人ト其國家トノ關係ヨリ來ルモノナリ之ニ反シテ國際公安ハ其關係一個人ト外國ノ國家トノ間ニ在ルモノナリ二者共ニ其公益上ノ理由ニ基ク點ニ至テハ同一ナリト雖モ其間自カラ廣狹ノ差異アリ例ヘハ人ノ身分能力ニ關スル法律ハ外國ニ於テモ尙ホ其當事者ノ所屬國法ヲ適用スルヲ通則トシ彼ノ和蘭ニ於テハ二十三年ヲ以テ成年トシ我邦ニ於テハ二十年ヲ以テ成年トスル場合ニ於テ蘭人ノ我邦ニ在ル者ニ對シテ二十三年ノ現定ヲ適用スルカ如キハ身分能力ニ關スル法律ハ國際公安ニ關スルモノト爲ササルニ由ル然レトモ身分能力ニ關スル規定ハ國內ニ於テハ之ヲ公安ニ關スルモノト爲シ一個人ハ契約ニ因リテ自由ニ其規定ヲ變更スルコトヲ得ス此差異アル所以ハ

一國ノ組織上其國民ニ對シテハ必ス此種ノ法律ヲ適用スヘキ必要アルモ外國人ハ一國組織ノ要素ニアラサルヲ以テ此種ノ法律ヲ適用スルノ必要ナキニ依ルナリ要スルニ二者廣狹ノ差異アリテ國際公安ニ關スルモノハ常ニ國內公安ニ關スルモノナルモ國內公安ニ關スルモノハ必スシモ國際公安ニ關スルモノニアラス然ラハ則チ實際上所謂國際公安ニ關スルモノ果シテ如何左ニ之ヲ説明スヘシ

國際公安ニ關スル法律

一 一國ノ公權ニ關スル規定ヲ爲セル法律ハ國際公安ニ關スルモノナリ即チ一國ノ組織ニ關スル憲法、行政法、及裁判所構成法等是ナリ此等ハ一國ノ生存上極テ必要ナルモノニシテ外國人ト雖モ其適用ヲ免ルルコトヲ得サルナリ

二 刑罰ノ性質ヲ有スル法律モ亦タ國際公安ニ關スルモノナリ即チ一國ノ刑事法ハ勿論各種ノ警察ニ關スル法律ハ悉ク之ニ包含ス此種ノ法律カ一國ノ生存上必要ナルコト敢テ論スルヲ要セス

法例ノ規定

九四、既成法典中法例第十四條ノ規定ハ即チ右ニ掲クル例外ノ場合ヲ見タルモノニシテ其刑罰法トハ余輩ノ所謂刑罰ノ性質ヲ有スル法律ニ該リ刑法其他刑罰ヲ科スル法規ノ全躰ヲ總稱スルモノニシテ其名目ノ何タルニ拘ハラズ苟モ刑罰ヲ制裁トスルモノハ皆之ニ包含ス例ヘハ諸種ノ稅則ノ如キ專賣特許、版權法ノ如キ其他數多ノ特別法ニ關スル罰則又ハ民法商法ノ各部分ニ散見スル罰則等即チ是ナリ

又タ刑罰法以外ノ公權ノ事項ニ關スルモノトハ即チ余輩ノ所謂一國ノ公權ニ關スル法規ノ全躰ヲ指スモノニシテ亦タ國際公安ニ關スル法律ノ一部ナリ蓋シ公法私法ノ區別ハ法規ノ實質如何ニ就テ之ヲ見ルヘク個々ノ國法ヲ取テ判然之ヲ區別スルコト能ハサルモノナリ例ヘハ舊民法人事編中ニ規定スル國民分限ノ得喪ニ關スルコト其他親族ノ關係ヲ規定スル法律ニ於テモ公法ノ性質ヲ帶フルモノ少ナカラス故ニ汎ク之ヲ公法ノ事項ニ關スルモノト謂ヒ以テ一般ニ公安ニ關スルモノヲ包含セシメタリ

法例ノ規定ハ又タ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ關スル法律ヲ以テ刑罰法其他公法ノ事項ニ關スル法律ノ外ニ置キタレトモ是レ亦タ公法ト範圍ヲ同ウスルモノニシテ特ニ之ヲ區別スルノ要ヲ見ス故ニ余輩ハ之ヲ總稱シテ國際公安ニ關スル法律ト謂フ、

尙ホ此點ニ關スル法例ノ規定ニ就テ一言スヘキモノハ第四條ノ規定ナリ同條第一項ニ曰ク、動產不動產ハ其所在地ノ法律ニ從フ、ト此條文ニ依レハ物ニ對スル法律ハ動產不動產ヲ問ハス均シク所在地ノ法律ニ從フヘキコトヲ原則トスルモノニシテ即チ彼ノ區別法說ノ餘習ヲ汲ミタルカ如シ故ニ余輩ノ原則トスル屬人法說ト大ニ其主義ヲ異ニスト雖モ實際ノ適用上不動產權殊ニ土地ノ所有權ニ關スル法律ハ一國ノ組織ニ關係ヲ有シ所謂國際公安ニ關スル種類ノ法律ナリトシテ屬人主義ノ例外ト爲シ專ラ所在地ノ法律ニ依リテ之ヲ支配スヘキモノトス蓋シ土地ノ所有權ハ一國ノ領土ヲ組織スル一分子ナルニ由リ其外國人ニ屬スル場合ト雖モ之ニ內國法

國際公安ニ關スル法律ノ規定ニ依リテ之ヲ區別スル標準

ヲ適用セサルトキハ是レ一國ノ領土ヲ他國ノ法律ノ爲メニ蹂躪セララルニ異ラサレハナリ

九五、前述ノ如ク一國ノ公權ニ關スル法律及刑罰ノ性質ヲ有スル法律ハ其國際公安ニ關スルモノナルコト更ニ疑ナシト雖モ他ノ法律ニ就テハ如何ナル標準ニ依リ國際公安ニ關スルモノト其否ラサルモノトヲ區別スル乎一國ノ法律中其規定禁止的若クハ命令的ニシテ國家ノ生存上缺クヘカラサルモノハ之ヲ國際公安ニ關スルモノトシテ外國人ニモ尙ホ之ヲ適用セサルヘカラス而シテ如何ナル法律ノ規定カ國家ノ生存上缺クヘカラスルモノナルカニ就テハ一定ノ標準ヲ定ムルコト甚タ難シト雖モ一國ノ政治上經濟上若クハ道德上重大ノ理由アルモノハ其生存上一日モ缺クヘカラサルモノトシテ所謂國際公安ニ關スル規定ナリト謂フヲ得ヘシ故ニ一法律ノ果シテ國際公安ニ關スルモノナリヤ否ヤノ問題ハ法律ノ適用ニ從事スル裁判官ノ判定ニ一任スルノ外他ニ方法アルコトナシ或ハ之ヲ

シテ曰ク此ノ如キ重大ノ問題ヲ裁判官ニ一任スルハ危險ナリ宜シク立法者ヲシテ豫メ之カ定テ下シテ其標準ヲ示サシムルカ然ラサレハ一々之ヲ列記セシメサルヘカラスト然レトモ此難論ハ實際ニ行ハルヘキモノニアラス何トナレハ一定ノ標準ヲ示ス確實ノ定義ヲ下スハ極テ困難ニシテ之カ標準ハ到底漠然タルヲ免レス又タ列記ノ方法モ殆ト不能ナルノミナラス却テ危險ノ恐レアリテ到底其遺漏ヲ免ルルコト能ハサルノミナラス公安ハ元ト公益ニ基キ公益ハ固ヨリ一定不變ノモノニアラスシテ時代ニ依リ大ニ異ルコトアリ例ヘハ佛國ハ從來公益上ノ規定トシテ離婚ヲ禁止ルノ法律ヲ有シタルモ千八百八十四年此法律ヲ廢止シタル以來離婚禁止ノ法律ハ公益ニ關セサルモノト爲レリ又タ我邦ノ保安條例ノ如キ往年ハ公益ニ關スル規定ナリシト雖モ之ヲ廢止シタル今日ニ於テハ復タ公益ノ規定タルコトナシ故ニ立法者ヲシテ之ヲ一定セシムルハ却テ後日ノ不便ヲ生スルノ憂アリテ寧ロ裁判官ノ判定ニ一任スルニ如カサルナリ

第三款 場所ハ行爲ヲ支配ストノ原則ヨリ生スル例外

場所ハ行爲ヲ支配ストノ原則ヨリ生スル例外

九六、此例外ハ法律行爲ノ形式ニ關スルモノニシテ外國人カ内國ニ於テ契約遺贈其他一切ノ法律行爲ヲ爲スニ方リ其本國法ノ命スル形式ニ從フヘキカ又ハ行爲地法ノ規定スル所ニ從フヘキカノ問題ニ對シ場所ハ行爲ヲ支配ス(Locus regit actum)

トノ原則ニ依リ行爲地法ノ規定ニ從フトキハ其法律行爲ハ何レノ地ニ到ルモ有効ナリト爲スモノナリ此原則ハ元ト國際上ノ慣例ヨリ來レルモノニシテ今日ニ於テハ各國ノ一齊ニ承認スル所トナレリ從テ之カ爲メ特ニ國際條約ヲ爲ササルモ國際間互ニ實行セララル所タリ此原則ハ左ノ三問

場所ハ行爲ヲ支配ストノ原則ヨリ生スル例外

ニ分チテ之ヲ研究セントス

第一 此原則ハ法律行爲ノ如何ナル部分ニ適用セララル乎

此原則ハ
法律行爲
如何ナル
要素ニテ
適用セラ
ル乎

問題

九七、凡ソ法律行爲ニ實質上ノ條件ト形式上ノ條件トノ二アリ一ノ契約ヲ爲スニ就テ能力ヲ要シ其原因目的ノ適法ナルコトヲ要スルカ如キハ是レ實質上ノ條件ナリ而シテ其成立ヲ證スル爲メ書類ヲ作り其書類ハ私署證書ナルコトアリ或ハ公正證書ナラサルヘカラサルコトアリ其他法律行爲ヲ終リタル後公示方法ヲ取ルヘキカ如キハ即チ形式上ノ條件ナリ場所ハ行爲ヲ支配ストノ原則ハ即チ此第二種ノ條件ニ適用スルモノナリ此原則ハ法律行爲ヲ爲ス者ノ本國法ニ於テハ公ノ方式ヲ必要トスルモノ内國法ニ於テ之ヲ必要トセサル場合ニ於テ猶ホ嚴正ニ適用スルコトヲ得ル乎例ヘハ當事者ノ本國法ニ從フトキハ贈與ヲ爲スニ公ノ方式ヲ踐マサルヘカラストセルニ行爲地ノ法律ハ之ヲ必要トセサル場合アリ此時ニ當テ行爲地法ニ從ヒ方式ヲ踐マスシテ爲シタル贈與ハ尙ホ其本國ニ對シテモ

消極說

積極說

有効ナルコトヲ得ルヤ此問題ニ對シテハ消極積極ノ二說アリ消極說ニ曰ク凡ソ法律行爲ニ就テ公ノ方式ヲ要スルハ單ニ之ヲ形式上ノ條件トスルニアラスシテ之ヲ實質上ノ條件トスルモノナリ故ニ其方式ヲ欠クトキハ法律行爲ハ全ク無効ナルヲ以テ場所ハ行爲ヲ支配ストノ原則ハ此場合ニ適用ナシト積極說ニ曰ク凡ソ法律行爲ハ吾人ノ生存上一日モ欠クヘカラサルモノナルヲ以テ何レノ場所ニ於テモ自由ニ之ヲ爲サシメサルヘカラス然ルニ消極說ニ從フトキハ一國內ニ在ル外國人ハ場合ニ依リ其必要ナル法律行爲ヲ爲スコトヲ得サルニ至ルヘシ何トナレハ國ニ依リテハ當事者ノ本國法ノ命スル如キ行爲ノ方式ヲ爲スニ必要ナル公吏ノ組織ナキコトアリ或ハ之アリトスルモ其外國人タルノ故ヲ以テ之カ立會ヲ拒ムコトナキニアラス然ルニ其本國法ノ命スル方式ニ從フニアラサレハ其行爲有効ナラストセハ是レ外國人ニ此種ノ行爲ヲ禁スルニ均シクレハナリ此原則ハ固ト此種ノ不都合ヲ避クントスルニ由來スルヲ以テ此原則ノ理由ヲ

場所ハ支爲ヲ支配ストノ原則ヨリ生スル例外

明カニセハ消極説ノ不當ナル復タ言テ俟タサルナリ

第二 此原則ハ如何ナル理由ニ基ク乎

此原則ハ如何ナル理由ニ基ク乎

九八、此原則ノ理由トシテ古代ノ學者ノ説明スル所ヲ見ルニ一國內ニ在ル外國人カ其法律行爲ヲ爲スニ當リ形式ニ就テハ所在地ノ法ニ從フハ任意ニ其國法ニ服從スルモノニシテ此點ニ就テハ一時其國民ト爲リタリト看做スニ由ルト然レトモ此理由ハ甚タ不充分ナリトシテ今日復タ之ヲ唱フル者ナシ蓋シ左ノ二點ニ於テ大ニ批難ヲ免カレサレハナリ

一、此理由ノ如ク一時行爲地ノ人民ト爲リタルモノトセハ其人ノ地位ハ悉ク行爲地ノ法律ニ依リテ支配シ身分能力ノ如キモ亦タ行爲地法ニ從フヘキカ如シ然ルニ身分能力ハ猶ホ本國法ニ從テ之ヲ有セシメ獨リ行爲ノ形式ニ關スル場合ノミ行爲地ノ法律ニ從ハシムルハ極テ不條理ナリ

二、前述ノ理由ハ外國人ノ爲シタル行爲カ其行爲地ニ於テ有効ナリト

ノ理由トスルニ足ルト雖モ其行爲ハ行爲地外ニ於テモ猶ホ有効ナリトスル理由ト爲スニ足ラス然ルニ此原則ハ元來法律行爲ノ効果ヲ國際的ニ有セシメ一國ノ法律ノ定ムル形式ニ從テ爲シタル行爲ハ何レノ國ニ於テモ猶ホ有効ナリト爲スニ在リ故ニ此理由ハ之ヲ以テ此原則ヲ説クニ足ラス

「パウル」ハ此原則ノ理由ヲ説明シテ各國民ノ一致ノ承諾ニ基クト謂ハリ然レトモ元來此原則ニシテ法理ニ適シ實地ノ必要ニ應スルニアラサレハ國際間ニ適用スルノ法則タラシムルヲ得ス是ニ於テ乎今日ハ左ノ二個ノ理由ヲ以テ之ヲ説明スルニ至レリ

一 理論上ヨリ來ルモノ 凡ソ法律行爲ニ形式ヲ必要トスル所以ハ其當事者ヲシテ暴行脅迫若クハ詐欺ノ爲メ其意ニアラサル意思表示ヲ爲サシメサランコトヲ期スルニ在リ各國ノ形式法ハ其人情風俗ノ如何ニ依リ多少ノ異同ナキニアラスト雖モ其意思ノ確實ヲ期スル目的

理論上ヨリ來ルモノ

ニ至リテハ即チ一ナリ故ニ行爲地ノ形式法ニ從テ爲シタル法律行爲ハ形式履行ノ目的ヲ達シタルモノトシ何レノ地ニ於テモ有効ナリト爲ササルヘカラス

實際上ヨリ來ルモノ

二 實際上ヨリ來ルモノ 此原則ヲ認メス一國內ニ在ル外國人ヲシテ總テ本國法ノ命スル形式ニ從ハシメフトスルトキハ甚ダシキ不便ヲ免カレサルヘシ例ヘハ一國人外國ニ在リテ婚姻其他公式ヲ要スル法律行爲ヲ爲スニ當リ本國法ノ命スル形式ニ從フニアラサレハ其行爲有効ナラスト爲ストキハ或ハ行爲地ニ在リテハ本國ニ於ケルカ如キ公吏ノ組織ナキコトアリ又タ或ハ之アリトスルモ其外國人タルノ故ヲ以テ之カ立會ヲ拒絕セラルルコトアリテ遂ニ有効ナル行爲ヲ爲スコトヲ得サルニ至ルヘシ果シテ然ラハ獨リ當事者ノ不利益ナルノミナラス商業ノ發達ヲ獎勵スヘキ今日ニ於テ實ニ各國共通ノ不利益ヲ來スモノト謂フヘシ故ニ實際ノ便宜上此原則ヲ認メサルヘカラス

或ハ難シテ曰ク前述ノ理由ハ行爲ニ公式ヲ要スル場合ニ適用アリト雖モ公式ヲ要セサル場合ニハ適用ナキニアラスヤト然リト雖モ公式ヲ要セサル場合ニ於テモ其理由ニ至リテハ殆ト同一ナリ蓋シ久シク他國ニ在ル者ハ多クハ其本國法ノ命スル形式規則ヲ忘レ易シ故ニ私署證書作製ノ場合ニ於テモ強テ其本國法ニ從ハシムルコト能ハス且ツ普通人ハ多クハ其本國ニ在テモ自ラ法律行爲ヲ爲サシテ之ヲ法律家ニ依頼スルヲ以テ常トス故ニ外國ニ在テハ之ヲ土地ノ法律家ニ依頼セサルヘカラス然ルニ土地ノ法律家ハ依頼者所屬國法ノ定ムル形式上ノ規則ヲ知ラサルコト多ク爲メニ終ニ法律行爲ヲ爲スコトヲ得サルニ至ルヘシ故ニ公式ヲ要スル場合ト均シク此原則ヲ認メサルヘカラス

九九 右述フル如ク此原則ハ專ラ外國人ノ利益ニ關スルモノニシテ夫ノ國際公安ニ關スル例外ノ如ク内國ノ公益ニ關スルモノニアラス從テ此

原則ノ適用ハ内國法ノ規定ニ依リテ之ヲ定ムヘキモノニアラスシテ當事者ノ本國法ノ規定如何ニ從フヘキモノナリ詳言スレハ外國人カ内國ニ於テ爲セシ行爲ニシテ内國法ノ命スル形式ニ從テ正當ナリト認メラレタルモノハ猶ホ其本國ニ對シテモ有効ナリトノコトハ當事者ノ本國法ニ於テ定ムヘキモノナリトス當事者ノ本國法ニ於テ斯ル規則ヲ定ムルハ畢竟一國カ其在外臣民ノ利益ノ爲メニ其主權ノ一部ヲ拋棄シテ自國民ノ外國法ニ從フコトヲ承諾シタルモノナリ而シテ此承諾ハ國際慣例上當然推測セラルルモノナルヲ以テ之カ爲メ特ニ其意思ヲ明示スルヲ要セス即チ一國ハ之ニ關シテ反對ノ意思ヲ發表セサルニ於テハ當然之ヲ承諾セルモノト看做スヲ以テ今日ノ通則ト爲セリ故ニ此通則ニ反シテ一國カ或必要ナル行爲ニ就テ特ニ外國ニ在ル自國臣民ヲシテ本國法ノ命スル所ニ從ハシメント欲セハ必スヤ法律ノ明文ヲ以テ之ヲ禁止セサルヘカラス然レトモ此ノ如キハ極テ重要ナル場合ニ限ルヲ以テ容易ニ此等ノ禁令ヲ設クコトヲ

此原則ハ
義務的ナ
ルカ任意
的ナル乎

得サルモノトス

第三 此原則ハ義務的ナルカ任意的ナル乎

一〇〇 場所ハ行爲ヲ支配ストノ原則ハ嚴格ニ之ヲ適用シ當事者ハ何レノ場合ニ於テモ必ス行爲地ノ形式ニ從ハサルヘカラス乎又ハ其實際爲スコトヲ得ル場合ニハ當事者ノ意思ニ任セ其本國法ニ從フモ猶ホ可ナル乎ノ問題ハ此原則ノ理由如何ニ依テ之ヲ決スルコトヲ得ヘシ若シ此原則ノ理由ヲシテ當事者カ任意ニ一時所在國ノ人民ト爲リタルモノト看做スト謂フニ在ラシメハ此原則ハ義務的ナリト謂ハサルヘカラス何トナレハ假令一時ナリトモ所在國ノ人民ト看做サレタル以上ハ總テ其所在國法ニ服従スルノ義務ヲ有スレハナリ然ルニ此原則ノ理由ハ實際上ノ便宜ニ出テ一ニ當事者ノ利益ヲ保護スルニ在ルヲ以テ之ニ從フト否トハ當事者ノ任意ナリト謂ハサルヘカラス是レ利益ノ拋棄ハ個人ノ自由ナルヲ以テナリ

場所ハ行爲ヲ支配ストノ原則ヨリ生スル例外

然レトモ實際上「一」二ノ場合ニ於テハ必ス行爲地ノ形式法ニ從ハサルヘカ
ラサルモノアリ例ヘハ國籍ヲ異ニセル外國人間ノ法律行爲ノ如キハ何レ
ノ本國法ニモ從フコトヲ得サルヲ以テ斯ル場合ニハ必ス其行爲地ノ法ニ
從ハサルヘカラス又タ行爲地法ノ命スル形式ニシテ其國ノ國際公安ニ關
スルモノハ之ニ從ハサルヘカラサルカ如シ

一〇一、當事者カ本國法ノ命スル形式ヲ避ケンカ爲メ故ラニ外國ニ行
キ其國ノ形式ニ從テ爲セシ行爲ハ猶ホ此原則ヲ適用シテ有効ナリト爲ス
ヤ否ヤ 此問題ハ從來ノ學說ニ岐カレ大ニ議論アル所ナリ

消極說 抑モ此原則ノ理由ハ外國ニ在テ其生活ニ必要ナル法律行爲ヲ
爲スコト能ハサルモノヲ保護セントスルニ在リ然ルニ本問ノ場合ニ
於テハ其理由アルコトナシ且ツ詐欺ヲ以テ法律ノ保護ヲ仰クコト能
ハサルハ普通ノ原則ナリ故ニ本問ノ場合ニハ此原則ノ適用ナシト（フー
リックス「ローラン」デバニエ」等此說ヲ主張ス）

當事者ノ形式ニ從テ行爲スルニシテ其國ノ國際公安ニ關スルモノハ之ニ從ハサルヘカラス又タ行爲地法ノ命スル形式ニシテ其國ノ國際公安ニ關スルモノハ之ニ從ハサルヘカラサルカ如シ

消極說

積極說

積極說 此原則ヲ生シタルハ形式法ノ牴觸ニ關スル難問ヲ避ケントス

ルニ在リ然ルニ當事者ノ秘密ノ意思ヲ探究シテ之カ適用ノ有無ヲ決
セントスルハ是レ難問ヲ再出セシムルニ異ラス且ツ一國ノ國法ヲ以
テ外國法ノ形式ニ從テ爲シタル行爲ハ其無効ヲ明言セサル以上ハ如
何ナル場合ニ於テ之ヲ爲スモ法律ノ許ス所ナリト謂ハサルヘカラス
故ニ之ニ對シテ詐欺ノ行爲アリト謂フヘカラス加之消極說ニ於テハ
本問ノ場合ハ此原則ノ理由ヲ欠クカ爲メ其適用ナキカ如ク論スト雖
モ或理由ヨリ出テタル規則モ一旦法律上ノ一原則ト爲リタルトキハ
其理由ノ有無ヲ問ハス一般ニ之ヲ適用スルヲ以テ通則トス此原則モ
亦タ此種ニ屬ス故ニ此原則ハ獨リ在外臣民カ其所在地法ニ從フニア
ラサレハ行爲ヲ爲スコト能ハサル場合ノミニ適用スヘキモノニアラ
スシテ廣ク一般ノ場合ニ適用スヘキモノナリ然ルニ消極說ノ如ク理
由ヲ欠クトノ故ヲ以テ其適用ヲ受クシメスト爲ストキハ是此原則ノ

場所ハ行爲ヲ支配ストノ原則ヨリ生スル例外

意義ヲ變更シテ大ニ狹隘ノモノト爲スニ異ナラサルナリ(「アッセル」
「ヴィエー」¹「ワイス」等此說ヲ主唱ス)

此問題ハ容易ニ決定ヲ下シ難ク且ツ我既成法典第十條ニ於テハ消極說ヲ
取レルカ如シ然レトモ我輩ハ寧ロ積極說ニ左袒セントス

第四款 當事者ノ意思ヨリ生スル例外

一〇二、凡ソ一國ノ法律ニ二種アリ一ハ命令的ニシテ一ハ任意的ナリ
法律ノ屬人主義ハ國際私法上ノ原則トスル所ナリト雖モ法律ノ種類ニ依
リ必ス其本國法ニ從フヘキモノト其否ラサルモノトノ別アリ前者ハ即チ
命令法ニシテ後者ハ即チ任意法ナリ人ノ身分能力ニ關スル法律又ハ家族
組織ニ關スル法律ハ概シテ命令的ナルカ故ニ當事者ノ外國ニ在ル場合ト
雖モ必ス其本國法ニ從ハサルヘカラス之ニ反シテ契約又ハ遺贈等ノ場合

當事者ノ
意思ヨリ
生スル例
外

ニハ多クハ任意的ナルヲ以テ當事者ノ意思ニ依リ必スシモ本國法ニ從フ
ヲ要セス例ヘハ遺贈ノ場合ニ所在國法ニ依レハ相續人ノ順位ニ就テ本國
法ノ規定ト異ルコトアリ此場合ニ當事者ハ本國法ニ反シテ所在國法ニ從
フヲ得又タ契約ニ就テ國籍ヲ異ニスル外國人間ニ爲セルモノハ當事者ノ
意思ヲ推測シテ契約地又ハ契約ノ効果ヲ生スヘキ土地ノ法ニ從ヘルモノ
ト看做スコトアリ要スルニ任意的ノ法律ハ當事者ノ意思ノ解釋ヲ主トス
ルモノナルカ故ニ此種ノ法律ニ關シテハ當事者ノ意思ニ一任シ屬人主義
ヲ嚴正ニ適用スルコトナシ

以上列記シタル三個ノ例外ヲ除クトキハ屬人主義ハ其適用ヲ完ウシ今日
國際私法上ノ一大原則トシテ一般ニ認メラルルニ至レリ

第五節 各國ノ法制

一〇三、近時實際ニ行ハルル各國ノ法制ヲ研究スルニ方テ先ツ其沿革ニ就テ一言スヘシ法律ノ抵觸ヲ決定スル理論ナルモノ國際法學上ニ起リタルハ極メテ近時ノ事ニ屬ス蓋シ此問題ノ目的トスル所ハ人ヲ支配スル主權ト土地ヲ支配スル主權トノ間ニ生スル衝突ヲ決セントスルニ在レハ此二主權ヲ並立セシメントスル場合ニアラサレハ此問題ヲ生スルコトナクレハナリ然ルニ舊時ニ在テハ或ハ全ク屬人主義ナルコトアリ或ハ全ク屬地主義ナルコトアリ即チ二主權ノ一ヲ主トシ他ハ全然之ヲ排斥シテ更ニ顧ミルコトナカリシナリ羅馬時代及蠻民時代ハ全ク屬人主義ニシテ一切其種族ノ國法ヲ適用セシモ封建時代ニハ一變シテ全ク屬地主義ヲ取レリ從テ此等ノ時代ニハ法律抵觸ノ問題ヲ生スルコトナカリシカ其後法律ヲ人ニ對スルモノト物ニ對スルモノトニ區別スルノ說出ツルニ及ントテ始テ此問題ヲ生シ此區別說ハ佛國法典編纂ノ時代ニ至ルマテ猶ホ之ヲ存セリ故ニ外國法中先ツ佛國ノ法制ヲ知ルハ此問題ニ最モ必要ナルモ

ノト開フヘシ

第一款 佛國ノ法制

一〇四、佛國民法第三條ハ左ノ規定ヲ爲セリ

- 一 警察及安寧ニ關スル法律ハ領地内ニ在ル一切ノ人ヲ拘束ス
- 二 不動産ハ外國人ノ所有スルモノト雖モ佛國法ノ支配スル所ナリ
- 三 身分及能力ニ關スル法律ハ外國ニ在ル佛國人ト雖モ之ヲ支配ス

右ノ規定ヲ解釋スルニ當リ從來佛國法典ハ中古ノ區別說ヲ其儘ニ採用シタルモノナリト說ク學者多シト雖モ今日ノ國際私法學者トシテ有名ナル「リキス」ノ如キハ此規定ハ國際私法ノ原則トシテ一般ニ認メラルル實際ノ規則ヲ掲クタルニ過キスシテ學理ノ説明ハ學者ノ所信ニ任スルモノナリト謂ヘリ何レニスルモ本條ノ規定ハ之ヲ二個ニ區別スルコトヲ得ヘシ即

チ一ハ佛國人ノ外國ニ在ル場合他ハ外國人ノ佛國ニ在ル場合はナリ此區別ニ從テ左ニ之ヲ説明スヘシ

一、佛國人カ外國ニ在ル場合

此場合ニ於クル佛國法典ノ規定ハ身分能力ニ關スル法律ハ一切ノ佛國人ヲ支配スルヲ原則トシ其外國ニ在ル場合ト雖モ猶ホ之ヲ支配スヘキモノトセリ抑モ身分トハ吾人カ社會上及家族内ニ於クル法律上ノ地位ヲ總稱シ能力トハ吾人カ法律行爲ヲ爲スニ就テ身分ヨリ生スル一切ノ權能ヲ謂フ故ニ身分ハ躰ニシテ能力ハ用ナリ是ヲ以テ身分及能力ニ關スル法ハ凡ソ人ノ法律上ノ地位一切ヲ包含スルモノト謂フヲ得ヘシ從テ本條ハ佛國人ノ一切ノ權利關係ニ就テハ其外國ニ在ルトキト雖モ尙ホ佛國法ヲ適用スト謂フニ異ナラス此觀念ヨリシテ本條ハ屬人主義ヲ原則トスルモノナリト主張スルコトヲ得ルナリ

二、外國人カ佛國ニ在ル場合

外國人カ佛國ニ在ル場合

問題

甲說

乙說

此場合ニ於クル佛國法典ノ規定ハ佛國ニ在ル外國人ハ警察及安寧ニ關スル法律ニ就テハ佛國法ノ支配ヲ受ク又タ佛國ニ於テ不動産ヲ所有スル外國人ハ其不動産ニ關スル佛國法ノ支配ヲ受クヘシト謂フニ在リ蓋シ此規定ハ余輩ノ所謂國際公安ニ基ク例外トシテ今日一般ニ認メラルル所ナリ然ルニ此外國人ニ適用スル法律ニ就テ其身分及能力ニ關スルコトハ更ニ規定スル所ナシ此點ニ關シテハ外國人ニ其本國法ノ適用ヲ許ササルノ意ナルヤ否ヤ是レ頗ル議論アル所ニシテ凡ソ左ノ三說ニ岐ルルカ如シ
甲說ハ外國人ノ身分能力ニ關シテモ一切佛國法ヲ適用スヘシト爲スモノナリ而シテ其理由トスル所ハ一方ニ於テハ之ニ關スル法律ノ明文無ク他ノ一方ニ於テハ特別ノ條約ナシ既ニ法律ノ明文無ク又タ條約無キ以上ハ之ニ對シテ本國法ノ適用ヲ許スハ一國ノ主權ヲ侵害スルモノナリ故ニ此場合ニ於テモ亦タ內國法ヲ適用セサルヘカラスト
乙說ハ原則トシテハ外國人ノ身分能力ハ其本國法ヲ適用セシム然レトモ

之カ爲メニ内國人ニ不利益ヲ與フル場合ハ本國法ノ適用ヲ許サスト爲スモノナリ例ヘハ外國人カ佛國人ト契約シ其履行ノ訴ヲ受クタル場合ニ於テ佛國法ニ從ヘハ成年者ナルモ其本國法ニテハ未成年者ナルトキハ其外國人ハ之ニ依テ契約ノ無効ヲ主張スルコトヲ許サレサルカ如シ此說ノ理由トスル所ハ一方ニ於テ法律ノ明文ナキコトヲ謂フハ甲說ト異ナルコトナク他ノ一方ニ於テハ内國人ハ必スシモ外國法ヲ知ルモノニアラス然ルニ外國法ニ依リテ無能力者ナル者ト契約セシカ爲メ後日其契約ノ無効ト爲ルコトアラハ内國人ノ利益ヲ害セラルルコト少ナカラス此危險ヲ慮リテ内國人ハ終ニ外國人ト取引スル者無キニ至ラン是レ公益ニ害アリト謂フニ在リ

丙說ハ外國人ノ身分能力ハ常ニ本國法ノ支配ヲ受クルヲ以テ原則トスルハ乙說ノ如シ唯タ偽計ヲ以テ其本國法ノ規定ヲ知ラシメサルカ又ハ其規定ノ國際公安ニ關スル場合ニ限り内國法ヲ適用スト爲スモノナリ此說ハ

丙說

法典編纂當時ノ理由書ニ依リテ明カナリト謂ヘリ而シテ丙說ノ論者ハ更ニ他ノ二說ヲ駁シテ曰ク乙說ハ内國人ノ私益ニ關シテ例外ヲ設クト雖モ是レ畢竟契約者ノ不注意ニ出テシモノニシテ内國人ノ無能力者タルヲ知ラスシテ之ト契約セシ場合ト更ニ異ル所ナシ然ルニ其外國人ノ無能力ヲ知ラサリシ場合ノミ特ニ例外トシテ内國法ヲ適用シ其行爲ノ無効ヲ主張セシメサルハ不當ナリ故ニ其意思ヲ見テ之ヲ區別シ唯タ惡意ノ場合ノミ懲罰的ニ内國法ヲ適用シテ其行爲ヲ有効ナラシムルノ妥當ナルニ如カスト又々甲乙兩說ニ於テ法律ノ明文ナキコトヲ一理由トスルモ此等ノ點ハ元來外國法ニ於テ規定スヘキ所ニシテ内國法ニ規定スヘキ性質ノモノニアラス即チ内國法ノ明言スヘキ所ハ單ニ其適用アル場合ニ限り其適用セサル點ニ至テハ更ニ内國法ノ關スル所ニアラサルナリ然ルニ法文ナシトノ理由ヲ以テ身分能力ニ關スル場合モ尙ホ外國人ニ内國法ヲ適用スヘト爲スハ不當モ亦タ甚タシト余輩ハ此丙說ヲ贊成スル者ナリ

又タ國際公安ニ關スル場合ニ内國法ヲ適用スヘキコトハ警察及安寧ニ關スル法律ハ領地内ニ在ル一切ノ人ヲ拘束ストノ法文ニ依リテ明カナル所ナリ而シテ法文ニハ單ニ警察及安寧ニ關スル法律トアルモ此法文中ニハ一切ノ國際公安ニ關スルモノヲ包含セシムヘキコト解釋上何人モ爭ハサル所ナリ又タ不動産ニ就テハ特ニ法文ニ明言セリ理論ヨリ見ルトキハ是レ亦タ國際公安ニ關スル場合ナリト雖モ特ニ之ヲ明言セシハ疑義ヲ生セシメサランカ爲メタルニ外ナラス

場所ハ行爲ヲ支配スト謂フ原則ハ法典中ニ明定セスト雖モ各所ニ散在セル法文ノ規定ニ依リ佛國法典ノ立法者カ之ヲ承認シタルコト亦タ疑ヒナキ所ナリトス

本國法ニ
反對ノ規
定アル場
合

一〇五、外國人ノ身分能力ニ關シテ其本國法ヲ適用スルニハ其本國法ニ於テ之ヲ其在外臣民ニ適用スヘキコトヲ規定セル場合ニ限ルヘシ若シ本國法ニ於テ在外臣民ハ身分能力ニ關シテモ其所在國法ニ從フヘシト爲

國籍變更
ノ場合

セルトキハ勿論其本國法ノ適用ヲ爲スコトナシ然レトモ今日ニ於テハ此等ノ場合ヲ法律ノ屬地主義ニ依リテ説明セシテ唯タ本國法ノ委任ニ依リテ所在國法ヲ適用スルモノナリト爲スナリ

一〇六、以上論述セシ所ノ身分及能力ニ關スル規則ハ國籍ヲ變セシ場合ニ如何ナル適用ヲ有スルカ換言スレハ國籍ヲ變スレハ其身分能力ハ新國法ニ從フヘキヤ否ヤ原則トシテハ新國法ニ從フヘキコト疑ナシ蓋シ國籍ハ人ノ身分能力ノ根據ナリ故ニ其根據ヲ變スレハ從テ其末モ亦タ變セサルヘカラサレハナリ然レトモ此原則ハ亦タ一般ノ法理ニ依リテ自カラ左ノ二個ノ制限ヲ受ケサルヘカラス

一 國籍ノ變更ハ自國法ニ依リテ正當ナル場合ニ限リテ有効ナリ例ヘハ國籍ヲ變更スルニ能力ヲ要スル規則アレハ其能力ハ舊國法ニ從ハサルヘカラス

自國法ノ拘束ヲ免レンカ爲メニ故ラニ外國ニ歸化セシ者アルトキハ尙ホ

新國法ノ定ムル身分能力ヲ有セシムヘキヤ否ヤノ問題アリ佛國ノ判決例ニテハ其歸化ヲ無効トシ尙ホ舊國法ニ從テ身分能力ヲ有セシムヘシトナセリ然レトモ一般ノ學說ハ當事者ノ意思ヲ探究シテ其有効無効ヲ區別スルハ實際爲スコト能ハサルモノトシテ尙ホ之ニ新國法ノ定ムル身分能力ヲ有セシムヘキモノト爲セルカ如シ

二 國籍ノ變更ハ第三者ノ既得權ヲ害スルコトヲ得ス例ヘハ外國ニ移住セシ爲メ無能力者ト爲ルモ其以前本國ニ於テ能力者トシテ取結ヒタル契約ハ無効ト爲ルコトナシ又タ多妻ヲ許ス國(土耳其ノ如キ)ニ移住スルモ其以前本國ニ於テ既婚者タル者ハ外國ニ於テ重テ婚姻スルコトヲ得ス是レ第三者タル妻ノ權利ヲ害スルヲ以テナリ

佛國以外ノ法制

第二款 佛國以外ノ法制

一〇七、佛國以外ノ諸國ノ法制ニ於テ其相同キ點ヲ擧クレハ警察及安寧ニ關スル規定ハ外國人ニ對シテモ內國法ヲ適用スルコト及ヒ不動産ハ外國人ノ所有ニ係ルトキト雖モ亦タ均シク內國法ノ支配ヲ受クルノ二點ニ在リ即チ佛國民法第三條第一項第二項ノ規定ハ各國法律ノ均シク認ムル所ナリ然レトモ身分能力ニ關シテハ當事者ノ本國法ヲ適用スルヤ否ヤハ各國法制ノ相異ナル所ニシテ往々之カ抵觸ヲ免レス或ハ絶對的ニ內國法ヲ適用スヘシト爲スモノアリ或ハ一切本國法ヲ適用スルヲ原則トシ獨リ公安ニ關スル場合ノミ例外トシテ內國法ニ從フヘシトスルモノアリ或ハ又タ之ト同シク本國法ノ適用ヲ原則トシ例外トシテ獨リ公安ニ關スル場合ノミナラス內國人ノ私益ヲ害スル場合モ均シク內國ノ法律ニ從フヘシト爲スモノアリ其他又タ特別ノ條約(Capitulation)ニ依リ獨リ身分能力ニ關スル場合ノミナラス一切ノ場合ニ於テ外國人ノ本國法ヲ適用セシムルモノアリ此等ノ諸點ヨリ各國ノ法制ヲ區別スルハ概テ左ノ如シ

一、英米ノ如キハ外國人ノ身分能力ニ關スルモノト雖モ一切其內國法ヲ適用スヘシトスルモノナリ此等ノ國ニ於テハ今日尙ホ封建時代ノ思想ヲ繼續シ法律ノ屬地主義ヲ取ルモノナリ但シ實際上ハ國際情誼 (Comitas gentium)ニ依リテ多少外國人ノ所屬國法ヲ適用スル場合アリト謂フ

二、身分能力ニ就テハ本國法ノ適用ヲ原則トシ例外トシテ公安ニ關スル場合ハ內國法ヲ適用スヘシト爲スモノ白耳義、西班牙、伊太利、葡萄牙、和蘭、羅馬尼、露西亞等是ナリ

三、原則ニ於テハ前者ト同一ナルモ例外トシテ內國人ノ私益ヲ害スル時ハ內國法ヲ適用スト爲スモノ、獨逸、奧地利、瑞西等之ニ屬ス

四、身分能力ニ關スル場合ハ勿論其他國際公安ニ關スルモノト雖モ外國人ノ本國法ヲ適用スルモノ、土耳其其他領事裁判ノ制度存在スル國之ニ屬ス

人自鉢ニ關スル法律ノ性屬

國籍

國籍ノ定義

第二章 人自鉢ニ關スル法律ノ抵觸

第一節 國籍

一〇八、普通ノ定義ニ依レハ國籍(Nationalite)トハ一個人ヲ一ノ民族(Nation)ニ結合スル繩索ナリト謂フ抑モ民族ナル語ハ其字義ヨリ謂ヘハ國家(Etat, State)ヨリモ廣シ然レトモ民族ハ國際法上ノ主格ニアラス故ニ此場合ニ於ケル民族ハ國家ト同一意義ニ解スルヲ以テ今日ノ通説ト爲スニ至レリ是ヲ以テ「國籍トハ一國ヲ組成スル個人ヲ國家ニ結合スル繩索ナリ」ト謂フコトヲ得ヘシ個人カ一國ニ屬シテ其國籍ヲ有スル臣民關係ノ性質如何ハ國法學上ノ一大疑問ニ屬スト雖モ個人ハ其擇フ所ニ任シテ何レノ國籍ヲ有スルモ自由ナリト謂フ點ヨリシテ國籍ハ國家ト個人トノ間ニ於ケル一種ノ契約ナリト謂フヲ以テ今日ノ通説ト爲セルカ如シ

國籍ノ性質如何ニ關セス臣民關係ノ結果トシテ國家ト個人トノ間互ニ權利義務ノ關係ヲ有ス即チ一方ニ於テ國家ハ法律ヲ設ケテ其所屬臣民ノ權利ヲ保護スル義務ヲ有シ且ツ其保護ハ獨リ其臣民ノ内國ニ在ル者ニ對シテ之ヲ爲スノミナラス其外國ニ在ル場合ニ於テモ猶ホ之ヲ爲ササルヘカラス而シテ他ノ一方ニ於テ一國ノ臣民ハ其内國ニ在ルト外國ニ在ルトト問ハス一切其本國法ヲ遵守セサルヘカラス例ヘハ納税ノ義務兵役ノ義務ノ如キ其最モ重要ナルモノナリトス此等ノ義務ニ對シテ双方互ニ權利ヲ有スルハ別ニ説明ヲ用非スシテ明カナル所ナリ

第一款 根源(又ハ生來)ノ國籍(Nationalité d'origine)

及ヒ之ニ關スル法律ノ概論

根源ノ國籍及ヒ之ニ關スル法律ノ概論

一〇九、凡ソ個人ハ必ズ其本國ヲ有スヘキモノトス蓋シ國籍ヲ有シテ一國ニ屬スルハ人生自然ノ必要上ヨリ來ルモノナリ抑モ個人ハ其本國ヲ有スルノ思想ハ一家ヲ有スルノ觀念ニ異ラスシテ唯タ之ヲ大ニシタルニ過キス故ニ個人ノ生存上一家ヲ必要トスル以上ハ亦タ其之ヲ大ニシタル本國ノ必要ナクハカラス是レ一國ヲ組成スル人民アリテ始テ一國タルノ行動ヲ爲スヲ得ルト均シク個人モ亦タ一國家ニ屬シテ始テ其自然ノ權能ヲ發達セシムルコトヲ得ルニ依ル是ヲ以テ一國ノ國法ハ個人ノ出生ノ際ニ於テ第一ニ何レノ國ニ屬スヘキモノナルヤヲ定メサルヘカラス但シ國籍ハ個人ノ自由ノ選擇ニ任スルヲ以テ原則ト爲スカ故ニ其何レノ國籍ヲ有スルカハ本人ノ意思ニ一任スルヲ以テ本則トス然レトモ其自由ノ選擇ヲ爲スニハ又タ相當ノ能力ヲ有セサルヘカラス然ルニ出生ノ初ニ於テハ未タ此等ノ能力ヲ有セサルカ故ニ其成年ニ達スル間ハ一國ノ國法ヲ以テ何レノ國籍ニ屬スルカヲ定ムルヲ以テ各國法制ノ常例トセリ而シテ國

根源ノ國籍ヲ定ムル主義

出生地主義

血統主義

折衷主義

根源ノ國籍及ヒ之ニ關スル法律ノ範圍

二三八

法上之ヲ定ムルニハ常ニ本人ノ意思ノ推測ヲ根據トスルモノナリ

一〇、各國ノ法制上根源ノ國籍ヲ定ムルニ當リ其取ル所ノ主義一様ナラス從テ其規定大ニ異同アルヲ免レス今之ヲ實際ニ徵スルニ概テ左ノ三種ナルカ如シ

- 一、出生地主義 此主義ハ封建時代ノ餘習ニシテ人ハ土地ニ屬スヘキセノト爲シ苟モ一國內ニ出生シタル者ハ悉ク其國ノ國籍ヲ有スヘキモノト爲スモノナリ英國ノ如キ曾テ此主義ヲ取リシコトアリ今日ニ於テモ南米ノ諸國中猶ホ或ハ此主義ヲ取ルモノアリ
- 二、血統主義 此主義ハ希臘羅馬ノ主義ニ基キ系統ヲ重シシ出生地ノ如何ニ關セス其父母ノ國籍ニ從フヘシト爲スモノナリ獨逸、奧地利、匈牙利、羅馬尼、瑞西、瑞典等此種ニ屬ス
- 三、折衷主義 此主義ハ前二者ノ如ク極端ニ走ラス之ヲ併用シテ一國內ニ在ル外國人間ノ子女ハ其父母ノ國籍ニ從フテ原則ト爲シ唯々或

我既成民法ノ規定國民分限取得ノ方

場合ニ於テ内國ノ國籍ニ屬スト爲スモノアリ或ハ又々内國ノ國籍ニ從フテ以テ原則ト爲シ或場合ニ於テ父母ノ國籍ニ從フト爲スモノアリ白耳義、伯拉西爾、バルカリヤ、丁抹、西班牙、北米合衆國、今日ノ英國、希臘、伊太利、蘆森堡、モナコ等ナリ佛國モ亦タ法典編纂以來千八百八十九年六月二十六日ノ改正ニ依リ全ク折衷主義ニ屬スルニ至レリ我國ニ於テハ既成法典民法人事編第二章ニ於テ之カ規定ヲ爲シ其第七條ニ國民分限取得ノ方法ヲ左ノ如ク規定セリ

- 一、日本人ノ子ハ外國ニ於テ生マレタルトキト雖モ日本人トス
 - 二、父母分限ヲ異ニスルトキハ父ノ分限ヲ以テ子ノ分限ヲ定ム
 - 三、父ノ知レサル子ハ母ノ分限ニ從フ
 - 四、父母共ニ知レサルトキハ日本ニ於テ生マレタル子ハ日本人トス
- 若シ其出生地ノ知レサルトキハ現ニ日本國內ニ在ル者ハ日本人ト

根源ノ國籍及ヒ之ニ關スル法律ノ範圍

二三九

日本人ノ
分限ヲ取
得スルコ
トヲ得ル
場ト合

根源ノ國籍及ヒ之ニ關スル法律ノ概論

同第八條ニ於テ日本人ノ分限ヲ選擇スルコトヲ得ル場合ヲ舉ケリ

第一 父カ外國人タルモ母ノ日本人タルトキ

第二 外國人ノ子タルモ日本ニ於テ生マレタルトキ

以上ノ規定中第七條第一項乃至第三項及第八條第一項ハ血統主義ヲ取リ第七條第四項及第八條第二項ハ出生地主義ヲ取ルモノニシテ我國モ亦タ此法典ニ依ルトキハ折衷主義ニ屬スルモノト謂フヘシ

一一、今日各國ノ法制上其折衷主義ヲ取ルモノ最モ多キニ居ル所以ハ前述ノ如ク國籍ヲ定ムルノ法律ハ固ト其意思ノ推測ニ基クモノニシテ折衷主義ハ此點ニ於テ最モ近時ノ事情ニ適スルニ由ルナリ之ト異リ絕對的ノ出生地主義及血統主義ハ此點ニ於テ大ニ欠クル所アリ今試ミニ之ヲ論セシ

絕對的
出生地主義
及血統主義
ノ

同胞相親シムハ人情ノ常ナリ然ルニ出生地主義ハ旅行其他偶然ノ事情ニ依リ父子兄弟ヲシテ其國籍ヲ異ニセシメ自カラ其愛情ヲ疎隔シ甚タシキ

時ノ事情
ニ適セザ
ル所以

ニ至リテハ父子兄弟相戰フノ已ムヲ得サルコトアルヘシ是レ豈出生者ノ意思ナラシヤ又タ純然タル血統主義モ亦大ニ出生者ノ意思ニ反スルコトアルヘシ蓋シ今日國際間ノ交通大ニ開ク人種風俗ノ異同ヲ問ハス自由ニ一國ノ國民タルコトヲ得其父母ノ鄉國ノ如キ更ニ意トセサル者ニ對シテ血統主義ニ依リテ必ス其父母ノ國籍ヲ襲フヘキモノト爲スハ是レ亦タ適當ナル意思ノ解釋ニアラサルナリ

國籍ニ關
スル法律
ノ抵觸ヲ
決定スル
必要

一一二、根源ノ國籍ニ關スル各國ノ法制一定スルトキハ之ニ關スル法律ノ抵觸ヲ生スルコトナシト雖モ前述ノ如ク其法制一樣ナラサルカ爲メ常ニ其抵觸アルヲ免レス是ニ於テカ其抵觸ヲ決定スルノ必要ヲ生ス特ニ各國國法ノ抵觸ニ關シテハ今日屬人主義ヲ以テ原則ト爲シ其所屬國法ヲ適用スヘキモノト爲スト雖モ其根源タル當事者ノ國籍如何ヲ決定セサル間ハ何レノ國法ヲ適用スヘキカヲ知ルヘカラス故ニ先ツ國籍ニ關スル法律抵觸ノ問題ヲ決スルハ國際私法ノ研究上最モ緊要ナリトス依テ今二個

ノ場合ニ區別シテ之ヲ説明セゾトス

第一 國籍ニ關スル内外國法抵觸ノ場合

一國ノ裁判官カ國籍ノ問題ヲ決スルニ當リ其當事者ノ國籍ニ關シテ内外國法間ニ抵觸アル場合ハ內國法ヲ適用シ苟モ之ニ從テ內國人ト認ムヘキ場合ハ之ヲ內國人ナリト決定セサルヘカラス是レ國籍ニ關スル法律ハ一國ノ生命ニ係リ所謂國際公安ニ關スルモノナルヲ以テ裁判官ハ其內國法ヲ適用スルノ義務ヲ有スレハナリ今其一二ノ例ヲ掲ケテ其適用ヲ明カニセシ

一、日本人タル夫婦カ南米「ヴェネヅエラ」ニ滯在中生ミタル子女ハ其所在國法ニ從フトキハ純然タル出生地主義ヲ取ルヲ以テ南米人タラサルヲ得ス然レトモ我既成法典ニ從ヘハ血統主義ニ依リ日本人タルヘキモノナリ(人事編第七條第一項)此子女ノ國籍ニ關スル問題我國裁判所ニ於テ生シタルトキハ裁判官ハ內國法ニ從ヒ之ヲ日本人ナリト決定セ

サルヘカラス然ルニ彼ニ在リテハ猶ホ其國民ト爲スヲ以テ其子女ハ同時ニ二個ノ國籍ヲ有スルノ結果ヲ生スヘシ
二、日本ニ於テ生マレタル外國人ノ子女ハ日本ノ國籍ヲ選擇スルコトヲ得(人事編第八條第二項)故ニ我民法人事編第九條ノ條件ヲ具フルトキハ我國法ニ從ヘハ之ヲ日本人ト爲スヘシ然ルニ獨逸ハ純然タル血統主義ヲ取ルニ依リ其國人ノ日本ニ於テ生ミタル子女ノ國籍問題我國裁判所ニ於テ生シタルトキハ內國法ニ從ヒ之ヲ日本人ナリト決定セサルヘカラス此場合ニ在テモ其父母ノ所屬國タル獨逸ニ於テ移住ノ手續ヲ爲ササル以上ハ同時ニ獨逸人タリ又タ日本人タルヘシ
此ノ如ク一人ニシテ二個ノ國籍ヲ併有スルトキハ極テ不都合ヲ生スヘシ抑モ一個人ヲ國家ニ結合シテ其國民ト爲シ之ニ其國民タル權利義務ヲ認ムルニ當リ其國籍二個ニ涉ルトキハ其權利義務ノ執行上互ニ相容レサルコト多シ例ヘハ兵役ノ義務ノ如キ同時ニ二個ノ國ニ於テ之ヲ盡サシムル

國際間相互ノ條約ニ依リテ之ヲ規定スルノ外ナシ

コト能ハス又タ或ハ時ヲ異ニスト雖モ此種ノ義務ニハ專ラ本人ノ意思ヲ要ス然ルニ双方ニ對シテ各愛國心ヲ有セシメントスルカ如キハ全ク不能ノ事實ナリト謂ハサルヘカラス其他政權ノ如キモ亦タ之ト同シク二個國ニ跨カリテ代議士タリ又ハ國務大臣タルカ如キ其國家利害ノ關係上到底相容レサルモノト謂ハサルヘカラス古人謂ヘルコトアリ「吾人カ二個ノ國籍ヲ有スルコト能ハサルハ猶ホ吾人カ二人ノ生母ヲ有スルコト能ハサルカ如シ」ト然ラハ則チ如何ニシテ此不都合ヲ避クヘキカ蓋シ各國協議ノ上國籍ニ關スル法律ヲ一定スルニ如カサルナリ然レトモ是レ唯タ學者ノ希望ニ屬シ今日ノ實際上ニ於テハ未タ行ハレサル所ナリ佛國ノ如キハ外國ニ於テ生レタル佛國人ノ子女ハ隨意ニ其血統主義ニ依ル佛國ノ國籍ヲ拋棄スルヲ得ルノ途ヲ開キ幾分カ國籍重復ノ弊害ヲ減シタリト雖モ未タ全ク之ヲ除去スルニ至ラス故ニ今日ノ實際ニ在リテハ國際間相互ノ條約ニ依リ之ヲ規定スルノ外ナシ此目的ヲ以テ伊佛間及佛西間ノ如キ既ニ此種ノ

國籍ニ關スル二個ノ外國法抵觸

外國法中其一ヲ選フ標準

條約ヲ爲セリト雖モ未タ國際間一般ニ之ヲ爲スニ至ラサルハ學者ノ遺憾トスル所ナリ

第二 國籍ニ關スル二個ノ外國法抵觸ノ場合

例ヘハ「ヴエチヅエラ」ニ於テ佛國人ノ生ミタル子女我國ニ來リ佛國人ナリト主張シテ日佛條約ニ依リテ佛國人ニ許シタル權利ヲ得ント欲スル場合ノ如キ我國裁判所ハ先ツ其人ノ國籍如何ノ問題ヲ決セサルヘカラス而シテ佛國法ハ此點ニ就キ血統主義ヲ取ルヲ以テ之ニ從フトキハ佛國人タリ之ニ反シテ「ヴエチヅエラ」ノ國法ハ出生地主義ナルヲ以テ之ニ從ヘハ「ヴエチヅエラ」人タラサルヘカラス此場合ニ於テ我國裁判所ハ何レノ國法ヲ適用シテ其國籍問題ヲ決定スヘキ乎此場合ハ二個ノ外國法ノ抵觸ニ關シ我國法ノ關係ナキヲ以テ第一ノ場合ノ如ク國際公安ニ關ストシテ內國法ヲ適用スルノ理由ナシ故ニ二個ノ外國法中何レカ其一ヲ適用セサルヘカラス而シテ其一ヲ選フニハ如何ナル標準ニ據ルヘキカ當事者若シ其二個國ノ一方ニ住所

住所ハ常
ニ國籍合
關ノ場
ニ於ケル
國法適用
ナラズト
スル

ヲ有スルトキハ其住所ノ國法ヲ適用シテ其國籍ノ問題ヲ決スルヲ得ヘシ何トナレハ既ニ一方ニ住所ヲ有スルトキハ其自己ノ選擇ニ依リテ其住所國ニ屬スルノ意思アルモノト推測スルコトヲ得テ其國法ヲ適用シテ之カ國籍ヲ定ムルハ最モ本人ノ意思ニ適スルモノト爲スヲ得ヘケレハナリ然ラハ住所ハ常ニ國籍抵觸ノ場合ニ於ケル國法適用ノ根據ト爲スヲ得ヘキカ曰ク否ラス前例ノ場合ニ於テ當事者若シ二國中ノ何レニモ住所ヲ有セスシテ我國内ニ住所ヲ有スルトスルモ之カ爲メ我國法ヲ適用シテ其國籍ヲ定ムルコト能ハス蓋シ住所ハ元來法律屬人主義ノ根據ト爲ラサルヲ以テ此場合ノ國籍問題ヲ決スルニ當テモ亦タ住所ヲ以テ唯一ノ根據ト爲スヲ得サルナリ今二個ノ外國法中住所地法ヲ適用スヘシト爲シタルハ是レ其住所ヲ以テ當事者ノ意思ヲ推測シテ一方ノ國籍ヲ有スルモノト爲スノ材料ニ供シタルニ過キスシテ之ヲ以テ國籍問題ヲ定ムル唯一ノ根據ト爲シタルニアラサルナリ

最後ノ方
法

然ラハ此等ノ場合ニ在リテハ何レノ國法ニ從テ其國籍ヲ定ムヘキ乎他ニ意思ヲ推測スヘキ方法ナキトキハ止ヲ得ス最後ノ方法トシテ二個ノ外國法中裁判官ノ所屬國法(前例ニ於テハ我國法)ニ最モ類似ノ國法ヲ適用スヘキモノトス即チ前例ニ在リテハ我國ト同主義ヲ取ル佛國法ヲ適用シテ其國籍ハ佛國ニ在ルモノト決定セサルヘカラス此決定ヲ爲ス所以ハ一國ノ裁判官ハ自國ノ法律ヲ以テ常ニ適從スヘキ眞理ナリト看做ササルヘカラス從テ外國法中其最モ自國法ニ類似ノモノハ即チ之ヲ眞理ニ近キモノト爲ササルヘカラサルニ因ルナリ

國籍ノ變更及ヒ之ニ關スル法律ノ抵觸

第二款 國籍ノ變更及ヒ之ニ關スル法

律ノ抵觸

一、二三、凡ソ人ハ自由ナリ故ニ其欲スル所ニ行キテ其生存ノ目的ヲ達シ其天稟ノ權能ヲ發達セシムルコトヲ得此單純ナル觀念ハ以テ國籍ニ關スル原則ヲ定ムルニ足ル即チ國籍ハ個人ノ自由ノ選擇ニ任スルヲ以テ原則ト爲ス然レトモ一ニ此原則ニ放任シテ國法ノ之カ規定ヲ爲スモノナキトキハ一方ニ於テハ妄リニ無賴ノ徒ヲ引入レテ内國人ト爲スノ恐レアリ又タ他方ニ在リテハ一國ヲ去ル者アルニ當リ果シテ其國籍ヲ脫スルノ確實ナル意思ヲ有スルヤ否ヤ疑ハシキ場合ニ於テモ尙ホ之カ國籍ヲ除クカ如キ弊害ナシトセス故ニ國籍ノ變更ニ關シテハ立法者ノ須ラク注意ヲ要スヘキモノタリ是ニ於テ乎各國ノ法制ハ民法又ハ特別法ヲ以テ國籍ノ得喪ニ關スル規定ヲ爲ササルモノナシ依テ先ツ左ニ之ニ關スル各國法制ノ一斑ヲ述ヘントス

佛國ノ法

第一 佛國ノ法制

一、四、佛國ニ於テハ千八百八十九年六月二十六日ノ改正ニ係ル民法

歸化法ニ定メラレタル條件

第八條第五項ヲ以テ外國人ノ歸化法ヲ定メ左ノ三個ノ條件ヲ必要トセリ

一、成年者ナルコト 此條件ハ法文ノ明定ナレト雖モ學說ノ一致スル所タリ

二、佛國ニ住所ヲ定ムル特許ヲ有スルコト但シ十年以來佛國ニ住居スル者ニハ之ヲ要セス

三、歸化ノ願書ヲ登錄セシ後三個年間佛國ニ住居スルコト 此條件ハ特別ノ事情アルトキハ之ヲ一個年ニ短縮スルコトヲ得其特別ノ事情トハ一佛國ノ爲メ重要ナル行動ヲ爲シタルコト二稀ナル技藝ヲ有スル者三有益ナル發明ヲナシタル者四佛國內ニ商店又ハ農工業場ヲ有スル者五殖民地ニ於テ兵役其他公務ニ從事シタル者六佛國ノ婦女ト婚姻シタル者等是ナリ

前掲ノ三條件ヲ具備スル者歸化セントスルトキハ先ツ司法大臣ニ宛テ戶籍寫ヲ添ヘタル願書ヲ差出スモノトス其佛國婦女ト婚姻セシ者ハ猶ホ之

歸化ノ手

特別ノ事

歸化後ニ
權利有スル

歸化ノ効
果

ニ妻ノ出生證書ヲ添フ又タ十年以上住居シタル者ハ一般ノ舉證法ニ依リテ之ヲ證スヘキモノトス此願書ニ依リ大統領ハ其外國人ノ從來ノ履歷ヲ調査シ命令ヲ以テ其許否ヲ決ス而シテ一旦歸化ヲ許サレタル者ハ以後法律上全ク内國人ト同一ナリト謂フヲ以テ原則トス然レトモ其享有スル權利ノ上ニ猶ホ多少ノ區別ナキ能ハス即チ私權ノ享有ニ關シテハ更ニ内國人ト異ル所ナク又タ政權ニ至リテモ概テ之ヲ享有セシムルト雖モ特ニ重要ナル國民ノ特權ハ直ニ之ヲ與フルコトヲ爲サス例ヘハ歸化後十年ヲ經サレハ議員ノ被選舉權ヲ有セシメサルカ如シ但シ此期限ハ法律ノ特許ニ依リテ之ヲ短縮スルヲ得ルトセリ

歸化ノ効果ハ其家族ニ及フモノトス其家族未成年者ナルトキハ家長ノ歸化ト同時ニ當然其國籍ヲ取得ス但シ未成年者カ成年ニ達セシトキハ別段ノ國籍ヲ擇フコト固ヨリ自由ナリ又タ家族中ノ成年者及妻ハ家長ノ歸化ニ依リテ當然國籍ヲ取得スルコトナシト雖モ家長ト同時ニ之カ出願ヲ爲

歸化法
ニ對スル人

國籍喪失
ノ原因

スカ若クハ家長ノ歸化ヲ許サレタル後出願ヲ爲ストキハ特別ノ條件ヲ要セシテ唯タ其請願アルノ一事ヲ以テ容易ニ佛國籍ニ入ルコトヲ得ヘシトセリ

以上一般人ノ歸化法ノ外特種ノ人ニ對シテハ亦タ特種ノ歸化法アリテ容易ニ之ヲ許スモノトセリ之ニ該當スル者ハ(一)元ト佛國人タル者ノ子女ハ其成年ニ達セシトキ民法第九條ノ規定ニ從ヒ佛國ニ住居スルコトヲ誓ヒ一箇年以内ニ實際ノ住居ヲ爲ス等ノ條件ヲ充タセハ直ニ其歸化ヲ許スモノトス(二)宗教上ノ理由ニ依リテ外國ニ歸化セシ佛國人ノ子孫ハ何時ニテモ容易ニ復籍スルコトヲ得(三)佛國人ト婚姻シタル外國ノ婦女ハ婚姻ノ事實ニ依リ當然佛國人ト爲スカ如キ即チ是ナリ

- 一一五、佛國ニ於ケル國籍喪失ノ原因ハ概テ左ノ如シ
- 一、外國ニ歸化シテ其國籍ヲ取得シタルトキ但シ現兵役ハ特許ニ依ルニアラサレハ之ヲ免セラルルコトナシ

國籍回復ノ條件

二、民法第八條第四項同第十二條同第十八條ノ規定ニ依リテ外國ノ國籍ヲ選擇シタル場合例ハ外國ニ在ル佛國人ノ生ミタル子女カ成年ニ至リ外國ノ國籍ヲ選ミタル場合ノ如キ即チ是ナリ

三、外國ノ公務ニ從事シ本國政府ノ命令ニ違ヒテ之ヲ繼續シタル者、

四、政府ノ許可ナクシテ外國ノ軍務ニ從事シタル者

五、外國人ト結婚シタル佛國ノ婦女ニシテ婚姻ノ事實ニ依リテ直ニ夫ノ國籍ニ入りタル者等是ナリ

以上ノ方法ニ依リ國籍ヲ失ヒタル者之カ回復ヲ爲スニ當リテハ其國籍ヲ失ヒタル理由ノ如何ニ依リテ自カラ寬嚴ノ差アリトス例ハ外國ノ軍務ニ從事シタリトノ理由ヲ以テ國籍ヲ失ヒタル者復ヒ佛國ノ國籍ニ入ラントスルトキハ普通外國人ノ歸化ニ於ケルト同一ノ條件ヲ具備セサルヘカラス之ニ反シテ結婚ニ依リテ外國籍ニ入りシ婦女カ復ヒ佛國籍ニ入ラントスルトキハ佛國ニ住居スルノ一事アレハ容易ニ之ヲ許スカ如シ而シテ

佛國以外ノ法制

其他ノ理由ニ依リテ國籍ヲ失ヒタル者ハ前二者ノ中間ニ位シ別ニ複雜ナル條件ヲ要セス大統領ノ許否ニ因リテ之ヲ決スルモノトセリ

第二 佛國以外ノ法制

一一六、國籍ノ變更ニ關スル各國ノ法制ハ區々ニシテ一樣ナラス從來ハ內國ノ人民ハ永久其生來ノ國籍ニ屬スヘキモノトシ一切其外國ニ歸化スルヲ許ササルモノアリテ英米ノ二國及瑞西ノ或州ノ如キ亦タ曾テ此主義ヲ取リシト雖モ今日ニ至リテハ國籍自由ノ原則ヲ是認シ其制度ヲ存セズ然ルニ露西亞ノ如キハ今日尙ホ此主義ノ規則ヲ存ス殊ニ千八百六十四年以前ニ於テハ外國人ト結婚シタル婦女ノ外ハ一切外國籍ニ入ルコトヲ許ササリシカ同年三月六日ノ法律ヲ以テ元ト外國人ニシテ露國ニ歸化シタル者ハ其本國ニ復籍スルコトヲ許スニ至レリ然レトモ露國出生者ニハ今日猶ホ全ク外國ニ歸化スルコトヲ許サズ

又タ原則トシテハ內國人ノ外國ニ歸化スルコトヲ許スモ之ヲ爲スニハ必

內國歸化

ス政府ノ許可ヲ得サルヘカラスト爲スモノアリ獨逸、匈牙利、土耳其ノ如キ此種ニ屬ス其他瑞西ノ如キハ內國人カ外國ノ國籍ヲ取得スルモ內國籍ヲ脫スルコトヲ明言セサル間ハ其外國歸化ノ効力ヲ認メストセリ

以上ノ場合ト異リ外國人ニ內國歸化ヲ許シテ之ニ國籍ヲ取得セシムルハ或ハ各國家ノ恩典ナリトシテ之カ許否ノ權ヲ有スルカ若クハ其國法ノ結果トシテ之ヲ外國人ノ權利ニ屬セシムルノ二種アリト雖モ要スルニ其國籍ヲ得ルト否トハ個人ノ意思ニ一任スルヲ以テ今日一般ノ通則ト爲スモノノ如シ然ルニ獨リ「ヴェネツエラ」ノ如キハ苟モ其國內ニ來リテ住居ヲ爲ス外國人ハ其意思如何ニ關セス悉ク之ヲ自國ノ國籍ニ入ルルカ如シ又タ外國人ノ歸化ハ勅令ヲ以テ之ヲ許スヲ通則トスルモ國ニ依リテハ之カ爲メ特ニ法律ヲ出ササルヘカラストセルモノアリ和蘭、羅馬尼及蘆森堡ノ如キ是ナリ

歸化ノ効

歸化ノ効果ニ關シテモ或ハ一旦內國歸化ヲ許サレタル外國人ハ內國人ト

小歸化及大歸化

均シク一切ノ公權私權ヲ享有スヘキモノトシ、或ハ小歸化ト大歸化トノ區別ヲ爲シ小歸化ニハ一般ノ私權及重要ナラサル公權ノ享有ヲ許スモ其重要ナル公權ニ至リテハ之ヲ許サストシ、之ニ反シテ大歸化ニハ一切ノ公權私權ノ享有ヲ許シ殊ニ大歸化ハ重要ナルカ爲メ之ヲ爲スニハ特別ノ法律ヲ要ストシ、或ハ又タ久シク內國ニ住居ノ條件ヲ要ストセルモノアリ、白耳義、伊太利、葡萄牙、匈牙利、北米合衆國、南米ノ亞爾然丁等此種ニ屬スルカ如シ又タ他ノ一面ニ於テ歸化ノ効力ハ本人一身ニ止マリ家族ニ對シテハ未成年者ト雖モ之ニ其効力ヲ及ホサスト爲スモノアリ露西亞、葡萄牙、土耳其ノ如キ之ニ屬ス之ニ反シテ其効力未成年ノ家族ニ及フテ原則ト爲スモノアリ獨逸、埃地利、ベルガリア、英吉利、北米合衆國、匈牙利、伊太利、蘆森堡、瑞西等是ナリ又タ此二者ノ中間ヲ取りテ歸化ノ効力ハ家長一人ニ及フテ原則トシ家族ニ對シテハ唯タ其方法ヲ容易ナラシムルニ止マルモノアリ白耳義、希臘、伯拉西爾、亞爾然丁等是ナリ

一七、我國ニ於テハ既成民法人事編第二章第一節ニ於テ國籍ノ取得方法ヲ規定シ其第二節ニ於テ之カ喪失及回復ノ方法ヲ規定シ其第三節ニ於テ其變更ノ方式及効力ヲ規定シタリト雖モ該法典ハ修正中ニ在リ且ツ其規定ハ專ラ佛國法典ノ精神ニ據リ前掲佛國ノ法制ト大同小異ナルヲ以テ今茲ニ之カ詳論ヲ爲サス又タ外國人ノ歸化法ハ明治二十四年十二月其法案ヲ議會ニ提出セシモ終ニ議了セズシテ止ミ爾後今日ニ至ルマテ歸化法ノ制定アルヲ見ス故ニ今日ニ於テ外國人ノ我國ニ歸化スルヲ得ルハ明治六年三月第百三號布告内外國人間ノ婚姻ノ規定ニ依ルノ外更ニ其途ナシ同布告中國籍變更ニ關スルモノハ左ノ如シ

一、外國人ニ嫁シタル日本ノ女ハ日本人タルノ分限ヲ失フヘシ若シ故アリテ再ヒ日本人タルノ分限ニ復セゾコトヲ願フ者ハ免許ヲ得能フヘシ

二、日本人ニ嫁シタル外國ノ女ハ日本ノ國法ニ從ヒ日本人タルノ分限

ヲ得ヘシ

三、外國人日本人ノ婚養子ト爲リタル者ハ日本國法ニ從ヒ日本人タルノ分限ヲ得ヘシ

以上ノ規定ニ依リ外國人カ内國ノ國籍ヲ有スルニハ男子ハ内國人ノ婚養子ト爲リ女子ハ内國人ノ妻ト爲リタル場合ニ限リ又タ内國人ノ外國籍ニ入ルハ内國ノ女子外國人ノ妻ト爲リタル場合ニ限ルノミ又タ其女子ハ容易ニ我國ノ國籍ヲ回復スルノ途ヲ開ケルニ過キス

一八、國籍ノ變更ニ關スル各國ノ法制ハ之ヲ根據ノ國籍ニ關スル法制ニ比スレハ尙ホ一層甚シキモノアリ從テ之ニ關スル法律ノ抵觸ヲ生スル場合モ亦タ甚タ多シ然レトモ其抵觸モ亦タ根據ノ國籍ニ關スル場合ト同一ノ規則ヲ以テ之ヲ決定スルコトヲ得即チ國籍ノ變更ニ關シテ(一)裁判官所屬國ノ國法ト外國ノ國法トノ間ニ生スル問題ニハ裁判官ノ所屬國法ヲ適用シテ之ヲ定メ(二)之ニ反シテ一國ノ裁判官カ二個ノ外國ノ國法ニ關

スル國籍問題ヲ決スル場合ハ二個國中其問題ト爲リ居ル人ノ住所地ノ法ヲ適用シテ之ヲ定メ若シ二個國ノ一ニ其住所ナキトキハ二個ノ外國法中何レカ最モ裁判官所屬國法ニ近キモノヲ適用ス

一一九、前述ノ如ク國籍ノ變更ニ關スル法律ノ牴觸ヲ決スル一定ノ規則ナキニアラスト雖モ而カモ其牴觸ヨリ生スル實際ノ不都合ヲ免レサルコト恰モ根源ノ國籍ノ場合ニ於ケルカ如シ依テ左ニ四五ノ場合ヲ例示スヘシ

一 露國ノ如ク外國ノ歸化ヲ許ササル國法ノ下ニアル人民外國ニ歸化シタルトキハ露國ニ於テハ依然トシテ從來ノ國籍ヲ有シナカラ外國ニ於テハ新ニ國籍ヲ得ルヲ以テ其人ハ同時ニ二個ノ國籍ヲ有スルニ至ル而シテ若シ其歸化人露國ニ復歸スルトキハ外國歸化ノ國禁ヲ犯セルノ故ヲ以テ國法ノ罰スル所ト爲リ益不都合ヲ重ヌルニ至ル可シ此等ノ不都合ヲ避ケンニハ一國カ外國人ノ内國ニ歸化スルヲ許スハ

法律ノ牴觸ヨリ來ル實際ノ不都合

其歸化ニ因リテ本國ノ國籍ヲ失フニ至ル場合ニ限ルト爲スニ若カス千八百七十年ノ英國法律千八百七十六年ノ瑞西法律及千八百七十八年蘆森堡法律ノ如キ皆之ヲ規定セリ

二 獨逸及和蘭ニ在テハ外國歸化ニ政府ノ許可ヲ要ス此等ノ國民カ其許可ナクシテ外國ニ歸化シタルトキハ又タ同時ニ二個ノ國籍ヲ有スルニ至ル此場合ニモ前述ノ如キ法律アレハ其弊害ヲ避クルヲ得ヘシ或ハ法律ニ依ラサルモ特ニ條約ヲ締結シテ舊國籍ハ歸化ニ因テ消滅スト爲スモ可ナリ故ニ北米合衆國ノ如キハ千八百六十八年以來此種ノ條約ヲ爲セリ同年二月二十二日北獨逸ノ聯邦ト結ヒシ條約ニ於テ合衆國ニ實際五年以上住居シ且ツ米國籍ニ入りシ者ハ獨逸ニ於テモ之ヲ米國人ト看倣ス米國人ノ獨逸籍ニ入ル者モ亦タ同シト爲セリ

三 和蘭人ノ如キ滿二十三年ヲ以テ成年ト爲ル者滿二十一歳ニテ佛國ノ國籍ニ入りタリトセン此場合ニハ和蘭ニテハ猶ホ無能力者ナルカ

故ニ其國籍ヲ脱スルヲ得ス從テ同時ニ二個ノ國籍ヲ有スルニ至ル此ノ如キ弊害ハ其國籍ノ得喪ニ關スル能力ヲ有スルコトヲ證明セシムル法律ヲ以テ之ヲ避クルコトヲ得ヘシ獨逸ノ千八百七十一年六月一日ノ法律及葡萄牙民法第十九條ノ如キ即チ是ナリ

四 「サルヴァドル」ニテハ自國ノ婦女カ外國人ト結婚スルモ爲メニ其國籍ヲ失ハストセリ然ルニ此國ノ婦女カ自國人ト結婚セシ外國ノ婦女ハ其國籍ニ入ルモノトセル國法ノ下ニ在ル男子ト結婚シタルトキハ亦タ同時ニ二個ノ國籍ヲ有スルニ至ル此弊害モ亦タ斯ル國法ノ下ニ在ル婦女ハ自國人ト結婚スルモ之ニ因リテ當然入籍スルヲ得スト爲ス法律ヲ以テ之ヲ避クルコトヲ得ヘシ

五 佛國ニ於テハ外國ニ歸化スル場合ハ判決例上其效果ヲ一人ニ限ルトシ之ニ反シテ瑞西ノ如キハ其效果ヲ未成年ノ子女ニ及ホスヘキモノトセリ故ニ斯ル場合ニ於テ佛國人其未成年ノ子女ヲ伴フテ瑞西ニ

歸化シタルトキハ其子女ハ同時ニ佛國籍ト瑞西國籍トノ二個ノ國籍ヲ有スルニ至ルヘシ是ニ於テカ千八百七十九年七月二十三日ノ兩國間ノ條約ヲ以テ瑞西ニ移住セル佛國人ノ子女ハ成年ニ達セシヨリ一ク年間國籍ヲ選擇スルノ權利ヲ有シ其選擇ヲ爲スマテハ之ヲ佛國人ト看做シ若シ選擇ヲ爲ササルトキハ全ク佛國人タル國籍ヲ確定スヘシト爲シ以テ其弊害ヲ防ケリ

六 前數個ノ場合ニ反シ結婚ノ結果トシテ何レノ國籍ヲモ有セサル婦女ヲ生スルコトアリ例ヘハ我現行法律ノ下ニ於テ外國人ト結婚シタル內國ノ婦女又ハ千八百八十九年以前ノ佛國法律ノ下ニ於ケル佛國ノ婦女ノ如キハ其婚姻ニ因テ當然從來ノ國籍ヲ失フモノト爲セリ此等ノ國法ノ下ニ在ル婦女カ外國人ト婚姻シタル場合ニ其夫ノ所屬國法ニ從ヘハ其國ノ男子ト結婚シタル外國ノ婦女ハ婚姻ニ因リテハ當然入籍スルモノニアラストスルトキハ其婦女ハ之カ爲メ全ク國籍ヲ

有セサルノ結果ヲ生スルニ至ルヘシ故ニ佛國ニ於テハ千八百八十九年法律ノ改正ニ依リ外國人ト結婚セシ婦女ハ其夫ノ所屬國法ニ從ヒ其國籍ニ入レラルル場合ニアラサレハ內國籍ヲ脱セシメスト爲シ以テ此弊害ヲ除却セリ

之ヲ要スルニ國籍變更ノ場合ニハ法律ノ牴觸特ニ甚タシキヲ以テ條約若クハ國法ヲ以テ充分ニ其弊害ヲ避クルノ規定ヲ爲スコト極テ肝要ナリ若シ夫レ能フ可クハ各國協同シテ法律ノ一定ヲ圖ルニ如カサルナリ

第三款 國土分合ノ國籍ニ及ホス影響

一二〇、國土ノ分合ハ戰爭ノ結果又ハ其他政治上ノ理由ニ因リ國際條約ヲ以テ之ヲ爲シ二個ノ國家及其住民ヲ拘束ス故ニ其問題ノ國際法ニ關スルコトハ素ヨリ言フテ俟タサルナリ而シテ分合ノ結果或ハ兩國共同

國土分合
ノ國籍ニ
及ホス影
響

體ノ公益ニ關スルモノアリ、或ハ其住民タル一個人ノ利益ニ關スルモノアリ、其共同體ノ利益ニ關スルモノハ專ラ國際公法ニ屬シ、其個人ノ利益ニ關スルモノハ主トシテ國際私法ニ屬ス、故ニ國土分合ノ問題ニ關シテ國際公法、私法共ニ之ニ論及スルヲ常トス然レトモ國籍ノ變更ニ關スル重要ノ問題ハ特ニ國際私法ノ研究ヲ俟ツモノ多シ

第一 國土分合ノ國籍ニ關スル原則

一三一、國土ノ分合ハ國籍得喪ノ原因ト爲ルモノナリ然レトモ是レ或ハ穩當ヲ缺クノ嫌アリ何トナレハ今日ノ通説ニ依レハ國籍ハ一國ト其人トノ間ニ成立スル一種ノ合意ナリト謂ヒ昔日封建時代ニ於ケルカ如ク人ハ土地ノ附從物ナリト思惟スル者絶ヘテアルコトナシ然ルニ國土ノ分合ニ依リ其住民ノ國籍變更ヲ來スト謂フトキハ人ハ土地ニ附着スルモノト爲スノ嫌アルノミナラス之カ爲メ個人ノ自由ノ意思ヲ拘束スルノ恐アレハナリ然レトモ國土分合ノ結果ニ因リ一時其住民ヲ新國家ノ國籍ニ入

國土分合
ノ國籍ニ
關スル原
則

土地割譲ノ目的ハ無人ノ土地ニ在リテハ無人ノ土地ヲ得ント欲スルニ在リ然ルニ其割譲地ノ住民舉テ舊國家ノ國籍ニ屬シナカラ新國家ノ治下ニ立ツトキハ新國家ノ統治上當タニ其不便ヲ感スルノミナラス之カ生存上危害ヲ蒙ルコトナシトセス故ニ國土割譲ノ場合ニ在リテハ普通ノ場合ノ如ク國籍ノ變更ヲ以テ全ク個人ノ自由選擇ニ一任スヘカラス是ニ於テカ國土ノ割譲アレハ其結果トシテ直ニ其住民ノ國籍變更アリト爲シ之ニ多少ノ條件ヲ附シテ依然舊國家ノ人民タラント欲スル者ハ其國籍ヲ舊國家ニ變スルヲ得ルノ餘地ヲ與フルヲ以テ今日ノ通則ト爲スニ至レリ換言スレハ割譲地ノ住民ハ男女年齢ノ如何ニ關セス割譲以來新國家ノ人民ト爲ルヲ以テ原則トシ唯タ之ニ解除條件ヲ附シ反對ノ選擇ヲ爲スト

全ク個人ノ自由選擇ニ一任スヘカラス

割譲地ノ人民ハ新國土ノ人民トシテ之ニ解

過キス

如何ナル人カ國土ノ分合ニ依リテ其國籍ノ變更ヲ受ケルカ
第三國ノ國民ニ對シテ新國土ノ國籍力有ス

キハ舊國家ノ人民ト爲スナリ今左ニ之ヲ區別シテ詳説ス可シ

第二 如何ナル人カ國土ノ分合ニ因リテ其國籍ノ變更ヲ受クルカ

一 二 三 國土割譲ノ結果トシテ國籍變更ノ問題ヲ生スルハ舊國家ノ臣民ニシテ割譲セラレタル土地ニ關係ヲ有スル者ニ限ル故ニ均シク其土地ニ居住スルモノト雖モ第三國ノ國民ニハ何等ノ影響ヲモ及ホササルコト明カナリ是レ第三國ノ國民ハ國土割譲ノ條約ニ依テ代表セラレタルモノニアラス從テ其條約ノ結果ニ拘束セラレヘキモノニアラサレハナリ故此種ノ住民ニ對シテ新國家ノ有スル權力ハ一國ノ公安ニ害アリトスル場合ニ於テ之ヲ放逐スルヲ得ルノ一事アルノミ

舊國家ノ臣民中割譲ノ地ニ緣故アリトシテ新國家ノ臣民タラシムル者ハ如何ナル標準ニ依リテ之ヲ決定スヘキカ之ニ關スル學說ハ從來一定セス或ハ住所ヲ根據トシ或ハ出生ヲ根據トシ或ハ住所ト出生トヲ合セテ根據トナス等其說概テ左ノ如シ

國土分合ノ國籍ニ及ホス影響

第一説ハ住所ヲ根據トスルモノナリ即チ國土割讓ノ際ニ其割讓地ニ住所ヲ有スル者ハ其以來悉ク之ヲ新國家ノ臣民ト爲スノ説ニシテ其理由トスル所ハ二個ノ意思ノ推測ヨリ來ル、一ハ新國家ノ意思ニシテ新國家ハ其割讓地ノ住民ヲ自國ノ臣民ト爲スニアラサレハ割讓ヲ受ケタル目的ヲ達スルコト能ハス若シ此住民依然トシテ舊國家ノ國籍ヲ保有シ新國家ノ施政ノ妨害ヲ爲ストキハ其國土ヲ自國ノ所領ト爲シタル實ヲ舉クルコト能ハス故ニ苟モ其地ノ住民タル以上ハ其出生地ノ如何ニ拘ハラズ其國籍ニ歸セシメントスルノ意思アリトスルニ在リ又タ此點ヨリ其割讓地ニ出生セシ者ト雖モ此土地ヲ去リ現ニ他ノ地方ニ住所ヲ有スルモノハ更ニ之ヲ問フコトナシトス又タ一ハ人民ノ意思ニシテ割讓地ニ住所ヲ有スルモノハ其土地ニ多クノ利益ヲ有ス故ニ明カニ其反對ノ意思ヲ表示セサル以上ハ新國家ニ屬シテ其保護ヲ受ケントノ意思アルモノト推測スルヲ至當トス之ニ反シテ其土

地ニ生マルルモ之ニ住居セサル者ハ其土地ニ利益ヲ有セサルカ故ニ土地ノ割讓ニ因リテ其國籍ヲ變更スルノ意思ナキモノト推測スルヲ得ヘシ此ノ如ク雙方ノ意思ノ推測ヨリシテ住所ヲ以テ國籍變更ノ唯一ノ根據ト爲スヘシト謂フニ在リ

第二説ハ出生ヲ根據トスルモノニシテ即チ割讓地ニ出生セシ者ハ現在ノ住所如何ニ關セス悉ク之ヲ新國家ノ臣民ト爲スヘシト謂フニ在リ、其理由ニ曰ク第一説ノ如ク住所ヲ根據トシテ國籍ヲ變更セシメントスルハ人ヲ以テ土地ニ附着セシメタル封建時代ノ餘習ナリ今日ニ於テハ凡ソ國土ヲ廣大ニスルハ専ラ其人口ヲ増加スルノ目的ニ出ツ是ヲ以テ今日ノ觀念ハ一州一國ヲ割クニアラスシテ人口若干ヲ割讓スト謂フヘク土地ハ唯タ之ニ附從セシムルニ過キス故ニ如何ナル人民ヲ新國家ノ所屬ト爲スヤハ其隨意ニ變更シ得ヘキ住所ヲ以テ之ヲ定ムヘキニアラスシテ其土地ニ出生セル事實ニ依ラサルヘカラス何ト

住所出生
併用説

ナレハ出生ハ其人ヲ以テ土地ト絶ツ可カラサル密着ノ關係ヲ有セシ
ムルモノナレハナリト

第三説ハ住所又ハ出生ヲ根據トスルモノナリ、即チ前二説ヲ併用シ一方
ニ於テハ住所ヲ根據トシテ割讓地ニ住所ヲ有スル者ハ出生ノ如何ニ
關セス悉ク新國家ノ臣民ト爲シ他方ニ於テハ其土地ノ出生者ハ其住
所ノ如何ヲ問ハス均シク之ヲ新國家ノ臣民ト爲スノ説ナリ此説ノ理
由トスル所モ亦前二説ノ理由ヲ取リテ之ヲ併用セシニ過キス故ニ
亦前二説ニ對スル非難ヲ免ルルコト能ハス即チ第一説ニ對スル封
建ノ餘習ナリトノ非難ヲ受ク第二説ニ對シテハ國家及人民ノ意思ヲ
顧ミストノ非難ヲ受ク

區別説

第四説モ亦タ住所又ハ出生ヲ根據トスレトモ第三説ト異ル所ハ讓渡國
ノ組織如何ニ依リテ其適用ヲ區別スト謂フニ在リ、即チ單純ナル國家
ナルトキハ住所ヲ根據トシテ出生ノ如何ニ拘ハラス苟モ其割讓地ニ

住所出生
兼有説

住所ヲ有スル者ハ其土地ノ割讓ト共ニ國籍ヲ變セシメ之ニ反シテ讓
渡國ノ組織單純ナラスシテ數國相集リテ一國ヲ成セル場合(米、獨、瑞ノ
如キ)ニハ此等ノ國民ハ出生地ニ重キヲ置クカ故ニ此等國民ノ國籍變
更ニハ出生ヲ根據トセサルヘカラスト

第五説ハ割讓ノ効果ヲ可及的狹隘ナラシメント欲スルモノニシテ其國
籍ノ變更ニ就テハ住所ト出生トヲ兼有スルヲ要ストスルモノナリ、此
説ハ今日一般ニ行ハルルカ如シト雖モ亦大ニ非難ヲ免レス蓋シ此
説ハ人民ノ方ヨリ之ヲ見ルトキハ多少利益アリト雖モ新國家ノ爲メ
ニハ大ナル不利益ヲ生スヘシ若シ割讓セラレタル土地新開地ニシテ
其住民ノ大部分其土地ノ出生者ニアラサル場合ノ如キハ之カ爲メ其
國籍ヲ變セシムルコトヲ得サルヲ以テ割讓地ニ在ル多數ノ人民ハ依
然トシテ舊國家ノ臣民タルヘシ從テ終始之ヲ外國人トシテ取扱ハサ
ルヘカラス左スレハ一國ノ公安上危險アリトスル場合ニハ之ヲ放逐

第一説ヲ以テ最モ適当ナルモト信ス

スルノ已テ得サルニ至ルヘシ一時ニ多數ノ人民ヲ放逐スルトキハ土地ノ衰微ヲ來シ一國ノ不利益之ヨリ大ナルハナキナリ
以上ノ諸説中余輩ハ第一説ヲ以テ最モ理論ニ適スルモノト信ス、殊ニ住所ニ就テハ民法上ニ於テモ多少重キヲ置キ之ニ依テ屢、權利關係ヲ生セシムルコトアリ又タ人ノ權利ヲ行使スルモ住所ニ於テスルヲ常トスルカ故ニ法律論トシテハ住所ヲ根據トスルヲ以テ穩當ナリトス然レトモ以上ノ諸説ハ何レモ多少ノ理由アルヲ以テ實際ノ事情ニ應シ便宜上之ヲ取捨スルヲ良トス

第三 如何ナル條件ニ依リテ國籍ノ變更ヲ免ルルコトヲ得ルカ

國土分合ニ由ル國籍ノ變更ヲ免ルル條件

一二三、國籍ハ個人ト國家トノ間ニ成立スル一種ノ合意ナリト説ク人多キ今日ニ在リテハ假令國土割讓ノ結果トシテ一時新國家ノ國籍ニ入ルコトアルモ是レ一國公安上ノ必要ニ出テタル一時ノ政策ニ過キサレハ其人民永久ニ新國家ノ國籍ニ止マルニハ亦タ合意ノ原則上其意思ノ表示ナ

合意ノ原則上意思

ノ表示ハカナルヘカ

カルヘカラス而シテ其意思ノ表示ハ或ハ明示ナルコトアリ或ハ默示ナルコトアリ例ヘハ新國家ニ服從シテ更ニ異議ヲ唱ヘサルトキハ暗黙ニ新國家ノ國籍ニ止マリテ其臣民タルノ意思ヲ有スルモノト爲シ之ニ反シテ舊國家ノ國籍ニ止マルノ意思ヲ明カニスルトキハ舊國家ノ臣民ト爲スカ如シ此意思ハ如何ナル方法ニ依リテ之ヲ表示スヘキカ從來ノ慣例ニ依レハ國土割讓ノ條約ニ依リテ若干ノ期間内ニ割讓地ヲ去リテ舊國家ノ領土ニ移住スル者ハ舊國家ノ人民タルヘシト定ムル場合多シ而シテ此期間ニ移住スルトキハ默示ノ國籍選擇アリタリト看做ス然レトモ或場合ニハ其意思ヲ一層明瞭ナラシムルカ爲メ移住ノ際ニ國籍選擇ヲ明言スヘシトノ條約ヲ締結スルコトアリ之ヲ明示ノ選擇ト謂フ明治二十八年ノ日清間ニ於ケル下ノ關條約ハ其第五條ニ於テ割讓地人民ノ選擇條款ヲ約定セリ其文ニ曰ク

下ノ關條約ニ定ムル割讓地人民ノ選擇條款

日本國へ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

國土分合ノ國籍ニ及ホス影響

ニ住居セント欲スル者ハ自由ニ其ノ所有不動産ヲ賣却シテ退去スルコトヲ得ヘシ其ノ爲メ本約批准交換ノ日ヨリ二箇年内ヲ猶豫スヘシ但シ右年限ノ滿チ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依リ日本國民ト看做スコトアルヘシ

ト是レ即チ第一ノ方法ト同ク割讓地ノ住民ニ一定ノ條件ヲ以テ舊國家ノ國籍ニ復歸スルノ自由ヲ許與スヘキコトヲ約定スルモノニシテ割讓地ノ住民ハ之ニ依テ任意ニ舊國家ノ國籍ヲ保有スルコトヲ得ヘシ此點ヨリ此等ノ住民ハ解除條件附ニテ新國家ノ人民ナルコトヲ見ルヘシ即チ右ノ條款ニ依リテ若シ二箇年内ニ退去スルトキハ條件成就シ割讓ニ因リテ一時享有セル我臣民籍ヲ解除スルヲ得ヘシ而シテ本條但書明瞭ナラサルカ爲メ往々世間ノ疑議ヲ生セリト雖モ撰擇條款ノ法理ヲ明カニスルトキハ自ラ會得スル所アルヘシ

一二四、割讓地住民カ國籍ヲ選擇スルハ即チ意思ノ表示ナレハ此場合

國籍選擇ノ能力

モ亦タ普通ノ場合ノ如ク其能力ヲ有セサルヘカラス而シテ此能力ハ新國家ノ國法ニ從フヘキモノナリ何トナレハ此等ノ人民ハ解除條件附ニテ新國家ノ臣民トナレルモノナレハナリ此能力ニ關シ有夫ノ婦及未成年者ニ就テ多少ノ疑問ヲ生ス

有夫ノ婦

一 有夫ノ婦ハ其夫ト住居ヲ共ニス從テ割讓ニ依リ其夫ト共ニ國籍ノ變更ヲ受ク故ニ亦新國家ノ國法ニ從ヒ其定ムル能力ニ依リテ自ラ國籍ノ選擇ヲ爲ササルヘカラス而シテ其選擇ノ結果如何ニ依リテハ夫婦國籍ヲ異ニスル場合ヲ生スルニ至ルヘシ

未成年者

二 未成年者ハ隨意ニ國籍ノ選擇ヲ爲シ得ルヤ否ヤ之ニ關スル學說數個アリ

第一說

第一說ハ一切其選擇權ヲ有セスト爲スモノナリ其說ニ依レハ未成年者ハ地位ハ其父ノ地位ニ伴フカ故ニ其父新國家ノ國籍ニ入りテ之ヲ默過スレハ之ト共ニ新國家ノ臣民ト爲リ之ニ反シテ其父舊國籍ニ復歸

スレハ之ト共ニ舊國民ト爲ル、唯タ未成年者ト雖モ既ニ父權又ハ後見人ノ下ニ在ラサルモノハ成年ニ達スルマテハ復歸スルコトヲ得ストセリ

第二説

第二説ハ前説ヲ非難シテ曰ク第一説ニ從フトキハ一ハ父權ノ下ニ立タサル未成年者ハ舊國籍ニ復歸スルコトヲ得サルノ弊害アリ又ターハ父權ノ下ニ在ル未成年者ハ強テ其父ノ國籍ニ從ハサルヘカラスルノ弊害アリ、故ニ一切ノ未成年ハ其後見人ヲ有スルトキハ之カ許諾ヲ得テ其國籍ヲ選擇スルコトヲ得サルヘカラス又タ後見人ヲ有セサル者ハ自ラ自由ニ其國籍ヲ選擇スルコトヲ得サルヘカラスト其理由ニ曰ク抑モ國籍ノ選擇ニハ能力ヲ必要トスルコト勿論ナリト雖モ此場合ニハ新ニ國籍ヲ變更スルニアラスシテ從來有シタル舊國家ノ國籍ヲ保續セザトスルモノナリ故ニ此場合ニ限り嚴格ナル能力ヲ必要トスルニ及ハスト

第三説

第三説ハ未成年者ニモ均シク國籍選擇ノ權利ヲ與フヘキモ唯タ其實行ヲ成年ニ至ルマテ延期スヘシト謂フニ在リ、此説ハ最モ理論ニ適合ス即チ一方ニ於テハ國籍ノ變更ニ關シテ能力ヲ必要トスルノ通則ヲ妨ケス、又タ他方ニ於テハ國籍選擇ニ關スル期間ノ如キ本人ノ利益タルヘキモノハ未成年者ニ對シテハ之ヲ中止スヘシト爲ス一般ノ原則ニ適合シ且父權ノ爲メニ左右セラルルノ弊害ナシ其他國籍ニ關シテハ成年ヲ俟ツト云ヘル他ノ規則ト權衡ヲ保チ頗ル妥當ノ説ナリトス

第四 國土ノ分合ヨリ生スル國籍變更ノ沿革及其實例

一二五 古代ノ法制ニ依レハ戰爭ニ因テ略取シタル土地ノ住民ハ必スシモ戰勝國ノ民籍ニ入ルモノト限ラサリシ希臘ノ如キハ敗國ノ人民ハ之ヲ奴隸ト爲シテ自國民ヨリ一等ヲ下シ以テ自國ノ臣民ト混セサラシメタリ、羅馬ニ於テハ其建國ノ始メニ在テハ國土ヲ廣大ニスルノ政策ヨリ戰勝テハ敗國ノ人民ヲ直ニ自國ノ臣民ト爲シ以テ其勢力ヲ張リタリシカ其後

國土分合
ヨリ生スル
國籍變更
及其實例
希臘
羅馬

羅馬

佛國四

國力益々強大トナリ彼ノ羅馬帝國ヲ建立シテ以來此ノ如ク敗國ノ人民ヲ悉ク自國ノ臣民ト爲スハ却テ自國ノ危險ヲ招クモノナリトシテ從來ノ政策ヲ一變シ之ニ對シテ外國人ノ取扱ヲ爲シタリ其後「カラカラ」帝ノ憲法ノ下ニ於テ始テ從來ノ外國人ヲ以テ羅馬國民ト爲スニ至レリ下リテ佛國古代ノ法制ニ就テハ學者間ニ多少ノ議論アリト雖モ通説ニ依レハ敗國ノ人民ハ舊國籍ヲ離レテ戰勝國籍ニ入ラシメタルモノノ如シ而シテ此種ノ規則ハ中世ニ到リテハ特ニ嚴格ニ行ハレ「ルイ」十三世ノ終迄ハ一旦新國家ノ國籍ニ入りタル人民ハ舊國籍ニ復スルノ途ヲ有セサリシカ千六百四十年「アラ」ヲ佛國ニ屬セシメタル際ニ至リ始メテ國土ノ割讓ニ因ル國籍ノ變更ヲ移住ニ依リテ免レシムルノ途ヲ開キタリ(今日ノ所謂暗黙選擇ノ始ナリ)此方法ハ而來途ニ各國ノ間ニ行ハルルニ至レリ此時代ニ於ケル國籍ノ變更ハ獨リ其土地ニ住所ヲ有スル者ノミナラス其土地ニ出生セシ者ニモ均シク之ヲ適用セリ佛國ニ於ケル此規則ハ大革命中及那波翁一世ノ時ニ侵畧セ

實例

佛國「サ
ル」テニサ
ヤ「間」ノ
條約

シ土地ニ對シテハ悉ク適用シ若干ノ年月内ニ移住セサル其土地ノ住居者及出生者ハ悉ク佛國籍ニ入ラシメタリ要スルニ此時代ニ於テ既ニ割讓地ノ人民ハ割讓ノ結果ニ依リ直ニ國籍ヲ變更シテ新國家ノ臣民ト爲リ唯タ暗黙ノ選擇ナル移住ニ依リテ舊國籍ニ復スルコトヲ得タルナリ左ニ尙ホ佛國ニ關スル二三ノ實例ヲ舉ク

一 千八百六十年五月二十四日佛國「サル」テニヤ「間」ノ條約ニ依リ「サ」ヅ「ア」ニイス「ノ」土地ヲ佛國ニ併セタル際其土地ノ住民及出生者ヲ悉ク佛國民ト爲セリ是レ前ニ述ヘシ第三說ニ由ルモノナリ其舊國籍ニ復スル方法ハ條約後一個年内ニ伊國ニ移住スルコトヲ明言シ且ツ實際住所ヲ變更スレハ伊國籍ニ復歸スルコトヲ得ト爲セリ

二 千八百六十一年佛國「モ」ナ「コ」ト「ノ」條約ニ依リテ「マ」ント「ン」及「ロ」ク「ア」リ「ヌ」ノ二個所ヲ佛國ニ併セタルトキモ殆ト前例ト同一ナリ唯タ細則ニ至リ少シク差異アリシノミ

佛國「モ
ナ」コ「ト」
ノ條約

三 千八百七十一年五月十一日獨佛間ノ條約ニ依リ佛國ハ「アルザス」ロ
レンソノ二州ヲ割テ獨國ニ讓與セリ此條約ニ於テハ第二條ニ「割讓
地ニ出生シ現在之ニ住所ヲ有スル佛人ハ獨國人タルヘシ」トアリ此文
面ニ依ルトキハ前ニ述ヘシ第五說ノ如ク出生ト住所トノ二條件ヲ兼
有スルモノニ限リテ國籍ノ變更ヲ爲サシムルモノノ如シ然ルニ當時
獨逸ハ戰勝ノ勢ヲ以テ同年十二月十一日「フランクフルト」ノ追加
條約ニ依リテ其出生者ノ歐洲以外ニ住居セル者ニ限リ選擇期間ヲ一
個年間猶豫スルコトトナシ此追加條約ニ依リ遂ニ本條約ハ一切ノ出
生者ニ及フコトトナレリ故ニ佛國ニ於テハ之ヲ以テ前述ノ第二ノ出
生說ニ依ルモノト解セリ然ルニ其後ニ至リテ獨逸ハ出生者ノミナラ
ズ住所ヲ有スル者モ亦タ獨人ト爲ルコトハ一般ノ原則ニ依ルモノニ
シテ別ニ明言ヲ要セスト主張シ佛國ハ又タ之ニ對シテ異議ヲ述ヘシ
モ遂ニ其結果ハ住所ヲ有スル者ハ同時ニ兩國ノ國籍ヲ有スルコトト

四 千八百七十七年八月十日佛國ハ瑞典トノ條約ニ依リ「センプルタル
ミ」島ノ讓渡ヲ受クタリ此時ノ條約ニ依レハ同島ニ住所ヲ有スル者
ノミヲ佛國籍ニ入レテ其出生如何ヲ問フコトナシトセリ是レ第一說
ニ從ヒシモノナリ而シテ國籍選擇ニ關シテハ未成年者ハ成年ニ達ス
ルマテ之ヲ猶豫シ又タ其能力ハ讓受國ノ法ニ從フトセリ是レ一小島
ノ割讓ニ過キスト雖モ國際法上ノ原則トシテ最モ進歩シタル主義ヲ
採用セシモノナルカ故ニ今日國土割讓ノ場合ニ於ケル模範ト爲スヲ
得ヘシ

第二節 住所

第一款 總說

一般法律
上住所ノ
必要

一二六 新民法第二十一條ニ曰ク各人ノ生活ノ本據ヲ以テ其住所トス
ト新法典ノ規定ハ吾人カ業務ノ中心即チ利益ノ衝點タル場所ハ法律上吾
人カ平常住居スヘキ所ナリト爲ス羅馬法以來ノ原則ニ準據シタルモノニ
シテ今日各國ノ法制ニ於テモ殆ト一致スル所ナリ抑モ住所ハ法律上諸種
ノ點ニ於テ極テ重要ノ關係ヲ有スルモノナリ例ヘハ(一)普通裁判藉ハ住
所ニ依リテ定マリ(民事訴訟法第十條以下)(二)商業登記ハ當事者ノ營業所又
ハ住所ノ裁判所ニ於テ之ヲ爲シ(商法第十八條)(三)破産ノ管轄裁判所モ亦タ
當事者ノ營業所又ハ住所ノ裁判所タリ(同法第九百七十九條)(五)婚姻ノ儀式
ハ夫婦ノ一方ノ住所又居所ニ於テスヘキモノトス(既成法典人事編第四十
三條)ルカ如キ即チ是ナリ其他住所ハ左ノ諸點ニ於テ國際私法上重要ノ關
係ヲ有ス

其國際私
法上ノ必
要

一 今日屬人法說ノ適用ヲ爲スニ當リテハ住所地法ニ依ラスシテ所屬
國法ニ依ルヲ以テ通説ト爲スト雖モ尙ホ或ハ住所地法ヲ適用スヘシ

ト云フ主義ヲ取レル國ナキニアラス英國及獨逸又ハ北米合衆國ノ或
州ハ猶ホ此住所地法ニ從フモノノ如シ故ニ此等ノ國ニ在テハ普通ノ
原則ニ從ヘハ外國人ノ本國法ヲ適用スヘキ場合ニ於テ其住所地法ヲ
適用スルモノナリ

二 法律ノ屬人主義ヲ認メ外國人ノ身分及能力ニ關シテハ一切其所屬
國法ヲ適用スヘシトスル國ニ於テモ其當事者タル外國人ノ國籍不明
ナル場合ニハ其住所地ノ法律ヲ適用スヘシト爲スコトアリ(既成法典
法例第八條第一項)

三 前同一ノ場合ニ於テ英、米、獨、及瑞西等ノ如ク地方ニ依リ法律ヲ異ニ
スル國民ニ對シテハ猶ホ其住所地法ヲ適用スルコトアリ

四 或條件ヲ具備シタル外國人中內國ニ移住シテ國籍ヲ取得セントス
ルトキハ內國ニ住所ヲ定ム可シトセル國多シ我國既成法典人事編及
外國ノ法制ニ於テモ多クハ此種ノ規定ヲ有セリ

五 破産唯一ノ原則ニ基キ國際破産ニ關シテハ其住所地ノ裁判所ノ言渡タル宣告ヲ以テ何レノ國ニ於テモ其効力アリト爲ストキハ住所ハ此點ニ於テ亦タ國際私法上重要ノ關係ヲ有スルモノナリ(第三編第四章第二節參看)

右述フル所ノ如キ諸種ノ點ヨリ吾人ハ其法律關係ニ就キ恰モ一ノ國籍ヲ有セサルヘカラサルト均シク又タ必ス一ノ住所ヲ有セサルヘカラス、且ツ住所ハ唯一ニシテ二アルヘカラサルヲ以テ本來ノ性質ト爲ス蓋シ業務ノ中心トシ生活ノ本據トスル場所ハ數個アルヘキモノニアラサレハナリ然レトモ或ハ一定ノ居所ヲ有セシテ所々漂泊シ爲メニ其生活ノ本據ヲ知ルコト能ハスシテ全ク住所ヲ有セサルモノアリ或ハ又タ數個ノ國法ノ結果トシテ同時ニ二個ノ住所ヲ有スルモノト看做サル場合ナキニアラス或ハ又タ便宜上行爲ノ目的ニ因リ特別ノ住所ヲ有シ從テ同時ニ數個ノ住所ヲ有スルコトアリ此等ノ場合ハ我新民法第二十二條以下ノ規定スル所

住所ハ一
要シ又
チアハ
ヘカ
ラサル

住所ノ知
レサル場
合ニ於テ
住所

日本ニ住
所ヲ有セ
サルモノ
ノ住所

ナリニ...

第二十二條ニ曰ク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本條ノ規定ニ依リ住所ノ何レニ在ルカ知ラサル者ト雖モ其居所ヲ有スルトキハ之ヲ以テ住所ト看做シ住所ニ關スル一切ノ法律關係ヲ生セシムヘシト雖モ其居所モ亦タ之ヲ知ルコト能ハサル者ニ至テハ全ク住所ヲ有セサルモノト爲ササルヘカラス

第二十三條ニ曰ク日本ニ住所ヲ有セサル者ハ其日本人タルト外國人タルトヲ問ハス日本ニ於ケル居所ヲ以テ住所ト看做スト本條ノ規定ハ我國法ノ住所ニ附スル一切ノ効力ヲ外國ニ在ル住所ニ適用スルトキハ實際上極テ不便ナルカ爲メ殊ニ其内國ノ居所ヲ以テ其本來ノ住所ニ代用シテ之ニ一切ノ効力ヲ附セメントスルモノナリ故ニ此種ノ當事者外國ニ眞實ノ住所ヲ有スルトキハ同時ニ其本來ノ住所ト我國法ノ下ニ於ケル住所ト二個ノ住所ヲ有スルニ至ルヘシ

成行爲ニ
所付テノ住

住所 總説

第二十四條ニ曰ク「或行爲ニ就キ假住所ヲ選定シタルトキハ其行爲ニ關シテハ之ヲ住所ト看做ス」ト本條ノ規定スル住所ハ所謂當事者ノ選定ニ依ル住所ニシテ或特別ノ行爲ニ付キ之ヲ設クルモノナリ從テ其目的タル特別行爲ニ付テハ法律上其眞實ノ住所ト同一ノ効力ヲ有スルモノトス故ニ此場合ニ於テハ同時ニ二個ノ住所ヲ有スト雖モ此種ノ住所ハ獨リ特別ノ行爲ニ關スルモノナルヲ以テ他一般ノ行爲ニ就テハ猶ホ其住所ハ唯一ナリト云フヲ得ヘシ

前掲第二十三條ノ場合ニ於テモ其第二項ヲ以テ法例ノ規定ニ從ヒ其住所ノ法律ニ依ルヘキ住所ハ本條規定ノ例外ニシテ本來ノ住所地法ヲ適用スヘキモノトセルカ故ニ別ニ眞實ノ住所アリテ之ニ其効力ヲ附スル場合アルコトヲ認メタルモノナリ
要スルニ事實自然ノ結果或ハ全ク住所ヲ有セサル者ヲ生スルコトアリ或ハ之ニ反シテ便宜上同時ニ數個ノ住所ヲ有スルコトアリト雖モ吾人ハ必

住所ノ類
別

第二款 住所ノ類別

大ニテ住所ヲ有シ又其住所ニシテハ此種ノ性質ノモノナルコト敢テ疑ナキ所ナリトス

自由ニ住
所ヲ選定
スルニハ
相當ノ能
力ヲ備ヘ
カ
ラズ

出生ニ因
ル住所

一二七 吾人ハ何レノ地ニ於テ生活ヲ爲スモ其自由ナルヲ以テ原則トス故ニ國籍ノ選擇モ既ニ吾人ノ自由ニ任スルヲ以テ今日ノ通則ト爲スニ至レリ國籍ノ得喪ハ一國ノ盛衰ニ關ス然ルニ猶ホ之ヲ自由ナリト爲ス况ヤ住所ハ之ヲ國籍ニ比スレハ大ニ輕重ノ度ヲ異ニスルヲ以テ之ヲ自由ニセサルノ理由ナキニ於テヤ然レトモ自由ニ住所ヲ選擇スルニハ又タ之ヲ爲スニ足ル相當ノ能力ヲ備ヘサルヘカラス是ニ於テカ住所ハ之ヲ左ノ三種ニ區別スルコトヲ得

一 出生ニ因ル住所

住所ノ類別

出生ノ際ニハ住所ノ有ル者ハ其出生ノ際ニハ住所ト爲スヲ以テ今日一般ノ法制トセリ例ヘハ正出子ニハ其出生ノ際父ノ有シタル住所ヲ有セシメ私生子ノ承認ヲ受クサル者ハ出生ノ當時其母ノ有シタル住所ニ屬セシメ又タ其承認セラレタル者ハ其出生當時ニ於ケル父ノ住所ニ屬セシムルカ如シ而シテ此種ノ住所ハ後日ニ至リ他ノ住所ヲ得タル確證ナキ間ハ常ニ之ヲ持續スルモノト看做スヘキモノナリ

住所ノ類別

出生ノ際ニハ住所ノ有ル者ハ其出生ノ際ニハ住所ト爲スヲ以テ今日一般ノ法制トセリ例ヘハ正出子ニハ其出生ノ際父ノ有シタル住所ヲ有セシメ私生子ノ承認ヲ受クサル者ハ出生ノ當時其母ノ有シタル住所ニ屬セシメ又タ其承認セラレタル者ハ其出生當時ニ於ケル父ノ住所ニ屬セシムルカ如シ而シテ此種ノ住所ハ後日ニ至リ他ノ住所ヲ得タル確證ナキ間ハ常ニ之ヲ持續スルモノト看做スヘキモノナリ

二 法律ニ因ル住所

各國ノ法制上親權又ハ後見ノ下ニアル未成年者ハ父母又ハ後見人ト同一ノ住所ヲ有スルモノト爲スヲ通則トセリ其他心神不備ノ爲メ後見ニ付セラレタル者モ亦タ其後見人ト同一ノ住所ヲ有スルモノトセリ此原則ニ因リ父母又ハ後見人其住所ヲ變更スルトキハ未成年者又ハ禁治産者ノ住所モ共ニ變更スヘシトスルヲ以テ原則トセルモノ多シ然レトモ

法律ニ因ル住所ニハ親權又ハ後見ノ下ニアル未成年者ハ父母又ハ後見人ト同一ノ住所ヲ有スルモノト爲スヲ通則トセリ其他心神不備ノ爲メ後見ニ付セラレタル者モ亦タ其後見人ト同一ノ住所ヲ有スルモノトセリ

個人ノ意思ニ因ル住所ニハ自由ヲ有スル能力者ハ其選フ處ニ任シテ隨意ニ其住所ヲ變更スルコトヲ得ヘシ而シテ其果シテ之カ變更ノ能力ヲ有スルヤ否ヤハ一ニ其所屬國法ニ依テ之ヲ定ムヘキモノトス

三 個人ノ意思ニ因ル住所

個人ノ意思ニ因ル住所ニハ自由ヲ有スル能力者ハ其選フ處ニ任シテ隨意ニ其住所ヲ變更スルコトヲ得ヘシ而シテ其果シテ之カ變更ノ能力ヲ有スルヤ否ヤハ一ニ其所屬國法ニ依テ之ヲ定ムヘキモノトス住所ノ變更ハ一ニ個人ノ意思ニ依ルヲ以テ從來無能力者タリシ者其能力ヲ有スルニ至リ之カ變更ノ意思ヲ明ニセサルトキハ依然トシテ從來ノ住所ノ類別

住所ノ類別

所ヲ持續スルモノト看做スヘキモノナリ從テ後見ヲ脫離シタル未成年者モ之ヲ默過スルトキハ猶ホ後見人ト同一ノ住所ヲ有シ離婚ヲナシタル婦女モ其住所變更ノ意思ヲ明示セサル間ハ猶ホ其夫ノ住所ヲ持續スルモノト爲ササルヘカラス
上來述フル所ニ因リ全ク住所ヲ有セサル者ハ實際上殆ト之レ無キニ至ルヘシ

法人ノ住所

第三款 法人ノ住所

一二八 法人ハ固ト形體ヲ具ヘサルヲ以テ有形人ノ如ク眞實ノ生活ナルモノヲ有セス從テ其本據タル住所ヲ有スルコトナキカ如シト雖モ法人ハ法律上之ニ一個ノ人格ヲ認メ權利義務ノ關係ヲ生セシムルヲ以テ其目的タル業務ニ關シテハ猶ホ有形人ト均シク之ニ一定ノ場所ヲ定メテ有形人

業務ノ中心ヲ以テ住所ト看做ス

法人ハ住所ノ外別ニ居所ヲ有スルコトナシ

法人ノ其國籍ト一致スル場合多シ

ノ住所ニ於ケルト同一ノ効力ヲ附セサルヘカラス然レトモ法人ノ住所ハ一ニ其業務ノ發達及其第三者トノ關係ヲ目的トスルモノナルニヨリ其業務ノ中心ヲ以テ住所ト看做スヲ以テ一般ノ法制トセリ我新民法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アルモノト規定セルモ亦タ此趣旨ニ出タルモノナルヘシ

法人ハ住所ノ外別ニ居所ヲ有スルコトナシ蓋シ業務ノ中心ハ即チ其主タル事務所ノ所在地ニシテ其住所ナリ故ニ其事務所々在地以外ニ居所アルコトナクレハナリ

法人ノ住所ハ其國籍ト一致スル場合多シ蓋シ今日專ラ準則主義若クハ自由主義ニ因テ設立スル商事會社ノ國籍ハ其主タル事務所ヲ有スル國ニ在リトス而シテ主タル事務所所在地ハ即チ其住所地ナレハナリ(六九號參看) 法人ノ住所ハ業務ノ中心ナリ故ニ之ヲ統轄スル所ハ即チ住所ノアル所ナリ從テ商事會社ノ如キ一地方ニ於テ多クノ業務ヲ行フト雖モ之ヲ統轄ス

ル場所ナラサルトキハ之ヲ以テ住所ト云フヘカラサルコト素ヨリ論ヲ俟
 タス會社定款若クハ社員間特別ノ契約ニ因リ實際ノ事實ニ反シ其業務ノ
 中心以外ニ住所ヲ定メタル場合ノ如キ其社員間ノ關係ニ就テハ選擇ニ依
 ル特別ノ住所トシテ其効力ヲ生セシムヘシト雖モ第三者ニ對シテハ其住
 所タルノ効力ヲ有セサルモノトス

一二九 法人ノ住所モ有形人ノ住所ト均シク唯一ナルヘキヲ以テ原則
 トス蓋シ商事會社ノ如キ各地ニ數個ノ支店ヲ有スル場合ト雖モ其業務ノ
 中心ハ一アリテ二ナキモノナレハナリ但シ實際上ニ在テハ其所在國法ニ
 依リ其支店ヲ以テ住所ノ如ク看做シ其所在地ニ於テ訴訟ヲ爲ス事ヲ許ス
 場合アリト雖モ之カ爲メ本來ノ住所ハ唯一ナリト云フ原則ヲ變更スルモ
 ノニアラス從テ破産唯一ノ原則ニ依レハ其本住所ニ於テ破産ノ宣告ヲ爲
 サシメ其効力ヲ各支店ニ及ホスヲ得ヘシ

法人ノ住所モ亦
 唯一ナルヘカラ
 フサルヘカラ

第四款 住所得喪ノ認定

住所ノ認定
 如何ニ依リ
 裁判ス
 官一任

各國ノ判
 決例
 英吉利

一三〇 住所ヲ定ムルノ方法ハ各國內國法ノ規定スル所ニシテ或ハ從
 來我國ノ戶籍法ニ於ケルカ如ク從來ノ住所ヲ去リテ新ナル住所ニ就クコ
 トヲ明言セシムルノ方法ヲ取ルモノアリト雖モ我國新民法ノ規定ノ如ク
 一切ノ形式ヲ離レ單ニ事實ノ如何ニ依テ之ヲ定ムルモノ多シ故ニ其事實
 ノ認定ハ一一國裁判官ノ判定如何ニ任セサルヘカラス今之ニ關スル各
 國ノ判例中其一ニヲ舉クレハ概テ左ノ如シ
 英國ノ判決例ニ於テハ內國ニ現在居住スル者ハ其居住ノ事實ヲ以テ久シ
 ク住居スルノ意思アルモノト看做シ之ヲ以テ或點ニ至ルマテ住所ヲ有ス
 ルノ證據ト爲シ唯タ眞實ノ住所ヲ定ムルノ意思ト相容レサル證據アル場
 合ニ限リテ其推測ヲ爲ササルモノトセルカ如シ

佛國ニ於テハ左ノ場合ニ於テ住所ヲ定ムルモノト看做スカ如シ

- 一 居村ニ於テ人頭税ヲ拂ヒタルトキ
- 二 契約其他法律行為ヲ爲スニ當リ斷ヘス其居村ニ住所ヲ有スルト記載シタルトキ

三 對人訴訟ニ就キ被告タル場合ニ其住所ヲ有セサルヲ理由トシテ管轄違ノ抗辨ヲ爲ササリシトキ

地地利

地地利ニ於テハ雇人ノ其雇主ト同居スル者ハ雇主ノ住所ヲ有スルモノト看做セリ

伊太利

伊太利ニ於テハ居村内ニ於テ竈税ヲ支拂ヒタル者ハ其地ニ住所ヲ有スル者ト看做セリ

一定ノ標準ナシニ

要スルニ住所取得ノ問題ハ一ニ事實ニ屬シ之ニ關スル一定ノ標準ヲ定ムルコト能ハスト雖モ住所ノ變更ハ個人ノ意思ニ依ルヲ以テ原則ト爲スニ由リ其立證ノ責任ハ常ニ個人ニアルモノトス從テ其確實ナル證據ヲ舉ケ

國際間ニ於ケル住所ノ得喪ハ個人ノ自由ヲ以テス

サル間ハ裁判官ニ於テ猶ホ其從來ノ住所ヲ持續スルモノト看做ササルヘカラス

上來述フル所ハ專ラ一國人内國ニ於テ其住所ヲ變更スル場合ニ於ケル規則ナリト雖モ此規則ハ又々之ヲ國際上ニ適用シ外國人カ内國ノ住所ヲ取得スル場合ニ於テモ猶ホ同一ナリト云フヲ得ヘシ從テ國籍變更ニ關スル能力ハ其本國法ノ支配スル所ナリト雖モ其取得ノ認定ニ至テハ一ニ新住所國ノ國法ニ從フヘキモノトス

一三一 國際間ニ於ケル住所ノ得喪ハ個人ノ自由ナルヲ以テ通則ト爲ス故ニ一方ニ於テハ内國人カ外國ニ住所ヲ移スモ之ヲ禁スヘキモノニアラス又々他方ニ在テハ外國人カ内國ニ住所ヲ移ス場合モ亦々之ヲ止ムヘキモノニアラス然レトモ各國ノ法制中猶ホ或ハ之ニ制限ヲ附スルモノアリ佛國法典ノ如キ民法第十三條ヲ以テ外國人ノ内國ニ住所ヲ定ムル者ニハ其特許ヲ與フヘキモノトセリ蓋シ此特許ニ依リ住所ヲ定メタル者ニハ

外國人ノ身分能力ハ其本國法ノ適用ヲ受クヘシトセル國法ノ下ニ
トニ從テ其本國法ニ對シテハ其本國法ヲ適用スル場
法ニ從テ其本國法ニ對シテハ其本國法ヲ適用スル場
トニ從テ其本國法ニ對シテハ其本國法ヲ適用スル場
法ニ從テ其本國法ニ對シテハ其本國法ヲ適用スル場
トニ從テ其本國法ニ對シテハ其本國法ヲ適用スル場

二 外國人ノ身分能力ハ其本國法ノ適用ヲ受クヘシトセル國法ノ下ニ
於テモ其國籍不明ナル場合ニハ住所地法ヲ適用シ又タ英國其他獨米
瑞ノ或州ニ於ケルカ如ク地方ニ依リテ法律ヲ異ニセル國民ニ對シテ
ハ猶ホ住所地法ヲ適用セサルヘカラス從テ此種ノ人民內國ニ住所ヲ
有スルトキハ他一般ノ國民ニ對シテハ其本國法ヲ適用スル場合ニ於
テモ猶ホ內國法ヲ以テ之ヲ支配スルヲ得ヘシ

第三節 戸籍

一三三 戸籍ハ吾人カ社會上ニ有スル一切ノ資格ヲ包含スルモノナリ
此等諸般ノ資格ハ人ト共ニ發生シ又タ人ト共ニ消滅ス然レトモ其發生ト
消滅トノ間ニ於テ屢重要ナル變更ヲ來スヲ以テ一國カ戸籍ノ制度ヲ設ケ

戸籍制度
ヲ設ケル
理由

戸籍トハ
何ゾヤ

テ其諸般ノ事項ヲ明瞭ニシ確實ニ之ヲ證スルコト即チ公私全般ノ利益ナ
リ蓋シ戸籍ノ必要ハ國家カ其領地内ニ住居スル人民ノ上ニ施ス警察權ノ
上ニ於テモ又タ一個人カ自己ノ身分上ノ地位ヲ證明スル上ニ於テモ又タ
私權ノ關係ニ於テ他人ノ地位ヲ知悉スル上ニ於テモ常ニ之ヲ感セサルハ
ナシ是レ今日ニ於テ各國均シク其制度ヲ設ケル所以ナリ
戸籍トハ法律ノ定メタル一定ノ公吏カ人ノ身分ニ關スル一切ノ事項ヲ登
録スル簿冊ヲ謂フ故ニ出生、後見、脫離、私生子承認、養子、禁治產、婚姻、離婚、相續
隱居、失踪、死亡等苟モ人ノ身分ニ關スル一切ノ事項ヲ包含ス然レトモ普通
各人ニ生スヘキ最も重要ナル身分事項タル出生、婚姻及死亡ノ事項ニ就テ
ハ何レノ國ト雖モ其制度ノ完備セサルハナシ故ニ戸籍ニ關シテハ其登録
スヘキ事項ニ就テ詳論スルコトヲ爲サス單ニ之ニ因テ國際上ニ生スヘキ
二三ノ問題ヲ講究セントス

第一款 外國ニ於ケル内國人ノ戶籍登錄

外國ニ於ケル内國人ノ戶籍登錄

内國人外國ニ於テ出生、婚姻又ハ死亡等ノ事故ヲ生シタルトキハ左ノ三種ノ方法ニ依テ之カ登錄ヲ爲ステ以テ各國普通ノ状態トス

第一 外國公吏ノ管轄

一三四 我邦未タ之ニ關スル法律無シト雖モ佛國ノ如キハ民法第四十

七條ヲ以テ外國ニ於テ爲シタル内國人ノ戶籍登錄ハ苟モ其國法ノ定ムル形式ニ適合セル以上ハ佛國ニ於テモ充分ナル身分證明ノ方法タルヘシトノ規定ヲ爲セリ蓋シ此條文ハ一方ニ於テハ場所ハ行爲ヲ支配ストノ原則ノ適用ニ依リ行爲ノ形式ニ關スルモノハ其發生地ノ法律ニ從テ以テ足レリトスルコトヲ認メ他ノ一方ニ於テハ之ニ關シテ外國公吏ノ爲シタル證明ハ全ク内國公吏ノ爲シタル證明ト同一ノ證據力ヲ有スルコトヲ認メ

外國公吏ノ管轄
外國公吏ノ爲シタル戶籍登錄ハ内國人ノ戶籍ニ於テモ證據力ヲ有ス

タルモノナリ然レトモ其證明セラレタル事實自體ノ効力如何ハ内國公吏ノ證明ニ關スル場合ト同シク之ニ依テ確定スルモノニアラス換言スレハ所載事項ノ眞否ハ公吏ノ與リ知ル所ニアラスシテ一般ノ證據方法ニ依テ定メラルヘキモノナリ故ニ裁判所ニ於テハ反對ノ決定ヲ爲スコトヲ得ヘシ

此規定ハ内外國人關係ノ事項ニ就テモ均シク之カ適用ヲ受クルモノナリ例ヘハ内外國人間ノ婚姻ノ場合ノ如キ即チ是ナリ蓋シ場所ハ行爲ヲ支配スルノ原則ニ從フトキハ内國人ニ關スル場合ノミナラス外國人ト雖モ苟モ其土地ニ在ル者ノ戶籍事項ハ悉ク有効ナリト謂ハサルヘカラス唯タ此所ニ於テ一ノ注意ヲ要スヘキハ戶籍ノ證明ハ果シテ正當ナル外國公吏ノ手ニ成リシヤ否ヤト謂フ點ニアリ故ニ其公吏ノ資格ニ就テハ又タ之カ證明ヲ爲ササルヘカラス是ヲ以テ佛國ニ於テハ千六百八十一年ノ勅令ヲ以テ在外佛國領事ヲシテ之カ證明ヲ爲サシムルコトト爲シ又領事ニ對シ

テハ外務大臣之カ資格ヲ證スルコトト爲セリ
 以上述フル所ヲ以テ今日ノ通則ト爲スト雖モ之ニ關シテ特別ノ條約ヲ爲
 セハ又タ特別ナル便宜方法ヲ行フコトヲ得ルハ勿論ナリ例ヘハ千八百七
 十二年六月十四日獨佛間ノ條約ニ由リ「アルザス」州ト佛國內地ニ
 於ケル戸籍ノ關係ニ就テハ互ニ簡便ニ之カ證明ヲ採用スルコトト爲セル
 カ如シ(裁判所ノ證明ヲ以テ足レリトセリ)

第二 在外公使又ハ領事ノ管轄

在外公使
 又ハ領事
 管轄

一三五 在外臣民カ其國駐在ノ本國公使又ハ領事ヲシテ爲サシメル戸
 籍ノ登録ハ本國ニ對シテ効力アルモノトス但シ此場合ニ於テハ本國法ノ
 命スル規則ニ從テ之ヲ爲スヘキモノトス

此規則ヲ説明スル者或ハ之ヲ外交官ノ治外特權ニ歸シテ曰ク國際上外交
 官ハ其本國ヲ代表スルニ就キ猶ホ其本國ニ在ルト同一ニ看做スノ擬制ニ
 依リ公使館ハ本國ノ一部ヲ爲セルカ故ニ其在外臣民ノ戸籍ニ就テハ恰モ

此規則ノ
 理由

本國ニ在ル戸籍公吏ト同一ノ權利ヲ有シ一切ノ行爲ヲ爲スコトヲ得ト然
 レトモ斯カル理由ヲ以テ外交官ニハ全ク内國ノ戸籍公吏ト同一ノ權アリ
 ト爲ストキハ内國ノ戸籍公吏ハ内國ニ在ル外國人ニ關スル戸籍ノ登録ヲ
 爲ス權利アルニ由リ外交官モ亦タ之ト同シク外國ニ在リナカラ猶ホ外國
 人ノ戸籍ヲ掌ルヲ得ヘシト云ハサルヘカラサルノ結果ニ至ルヘシ然レト
 モ何人モ外交官ニ斯ル權利アルヲ認メス故ニ此規則ノ理由ハ他ニ之ヲ求
 メサルヘカラス蓋シ此規則ノ眞ノ理由ハ内國ノ戸籍登録ニ關シ第一ノ場
 合ノ如ク強テ場所ハ行爲ヲ支配スルノ原則ヲ確守セシメントスルトキハ
 之カ爲メニ内國人ノ不利益ヲ醸スコトアルカ故ニ特ニ此規則ヲ定メタリ
 ト謂フニ在リ其然ル所以ハ今日各國ノ戸籍制度ハ概テ一定ノ公吏ヲシテ
 之ヲ掌ラシムルト雖モ或國ニ於テハ今猶ホ之ヲ僧侶ノ手ニ委スルモノア
 リ(丁抹、瑞典、土耳其ノ如キ)此等ノ國ニ於テハ宗教ヲ同ウスル者ノ戸籍ニア
 ラサレハ之カ登録ヲ肯セサルニ依リ異宗ノ外國人ハ之カ爲メニ改宗セサ

ルヘカラサルノ不都合ヲ生スルニ至ルヘシ加之場所ハ行爲ヲ支配スルノ原則ハ專ラ當事者タル個人ノ利益ノ爲メニ設ケタルモノナレハ其本國法ノ命スル規則ニ從テ之ヲ爲スコトヲ得ル場合ニ於テハ之カ選擇ヲ爲スハ個人ノ自由ナリ故ニ個人ノ便益ノ爲メ設ケラレタル外國公吏ノ管轄ニ從ハスシテ之ヲ其本國ノ公使領事ノ手ニ爲サシムルモ敢テ前ノ規則ト牴觸スル所ナカルヘシ

此規則ハ主トシテ内國人ノ便益ニ基クモノナルカ故ニ其登錄事項ノ外國人ニ關係スル場合ハ公使領事ニ於テ之ヲ管轄スルコトヲ得サルナリ從テ内外國人間ノ婚姻ノ如キハ第一ノ規則ニ從ヒ之ヲ其土地ノ戶籍公吏ニ登錄セシメサバヘカラス若シ外國ノ公使又ハ領事カ其本國人以外ノ者ニ關スル戶籍ノ登錄ヲ爲スカ如キハ駐在國ノ主權ヲ侵スモノトシテ國際法上許ササル所ナリ

第三 在外軍衙ノ管轄

登錄事項ノ外國人ニ關スル場合ハ公使領事ニ於テ之ヲ管轄スルコトヲ得

在外軍衙ノ管轄

一三六 前二種ノ規則ハ一般人ニ通スルモノナリト雖モ外國駐在ノ自國軍隊ニ屬スル軍人軍屬ノ戶籍登錄ニ關シテハ一種ノ例外トシテ其所屬ノ軍隊ニ於テ之カ登錄ヲ爲サシム

此管轄ノ理由

此規則ハ舊ト那波翁第一世カ軍旗ノ在ル處是レ佛國ト唱ヘシヨリ起リ今日ニテモ軍旗ノ在ル處是レ本國ト稱シテ國際法上各國ノ認ムル所トナレリ蓋シ其理由タル一國ノ軍隊ヲ以テ占領セル土地ハ一時軍隊所屬國ノ領地タル如ク看做シ從テ土地ノ主權ハ之カ爲メニ其權力ヲ喪ヒ戶籍登錄ノ如キモ亦タ其軍隊ノ掌ルヘキ所ナリト謂フニ在リ此理由ヲ推ストキハ在外軍隊所屬ノ軍人軍屬ハ獨リ其戶籍ノ登錄ヲ軍隊ニ爲サシムルノミニテ土地ノ戶籍公吏ニ之ヲ爲サシムルモノニアラサルカ如シト雖モ實際上ノ便益ヲ計リ此規則ハ素ト軍人軍屬ノ爲メニスル特權ニ過キスト看做シ其特權ヲ拋棄スルハ本人ノ自由ナリトシテ本國軍衙ニ於テスルモ又タ外國公吏ニ爲サシムルモノニ其選擇ニ任スルモノトセリ

外國ニ於ケル内國人ノ戶籍登錄

内國ニ於ケル外國人ノ戸籍登録

第二款 内國ニ於ケル外國人ノ戸籍登録

一三七 外國人ノ戸籍登録ハ前款ノ場合ト正反對ニシテ第一ニハ内國ノ戸籍公吏之ヲ掌リ第二ニハ外國ノ公使領事其本國臣民ノ戸籍登録ヲ爲シ第三ニハ外國ノ軍隊ニ於テ其部下ノ人民ノ戸籍ヲ登録スヘキモノナリトス但シ第一ノ場合ハ一國ノ權利トシテ外國人ノ戸籍登録ヲ内國公吏ニ掌ラシムルモノナレハ内國ノ法律ヲ以テ之ヲ定メ其法律ノ定ムル所ニ從テ之ヲ爲サシムルモノニシテ之ニ關シテ外國法律ノ有無ハ敢テ問フ所ニアラサルナリ之ニ反シテ第二第三ノ場合ハ便宜上ノ例外ナルカ故ニ外國法ニ於テ特ニ斯ル規定ヲ爲シタル場合ナラサルヘカラス現ニ第二ノ場合ニ關シテハ英獨佛伊白及瑞西和蘭等各之ニ關スル法律アリ故ニ此等ノ國人ニ對シテハ一國ハ其公使又ハ領事ノ戸籍登録ヲ承認セサルヘカラス但

在外臣民ノ戸籍交換

シ其管轄ヲ爲スハ所屬國民ニ關スル場合ニ限り苟モ其内國人ト關係スルモノ又ハ第三國民ト關係スルモノニ就テハ其權利ヲ行ハシムヘキモノニアラス

第三款 在外臣民ノ戸籍交換

一三八 國籍ノ關係ニ因リ國家ハ其臣民ノ上ニ諸種ノ權利ヲ有スルヲ以テ常ニ其在外臣民ノ戸籍上ノ地位ヲ知悉セサルヘカラス殊ニ今日ハ各國悉ク其臣民ノ丁年者ヲシテ兵役ニ服セシムルカ故ニ國家若シ其在外臣民ノ地位ヲ明カニセサルトキハ之カ爲メ其臣民ヲシテ國家ノ生存上ニ極テ必要ナル兵役ノ義務ヲ免レシムルノ虞アリ國家カ其在外臣民ノ戸籍上ノ地位ヲ知ルコト此ノ如ク必要ナルニモ拘ハラス各國ノ之ニ關スル法律ヲ定ムルコト甚タ稀ナリ殊ニ戸籍ノ登録ヲ外國公吏ニ爲サシムル場合ニ

於テハ一國ノ法律ヲ以テ之ヲ羈束シ得ヘキモノニアラス是ニ於テ乎國際條約ヲ以テ各國互ニ其在外臣民ノ所在國ニ於テ登録シタル戶籍ヲ交換シテ常ニ之ヲ知悉セシムコトヲ努メタリ其方法ハ三個月若クハ六箇月毎ニ各國互ニ其臣民ノ出生、婚姻、死亡等ニ關スル一切ノ戶籍寫ヲ交換スヘキモノトス又タ其手續ハ各町村ノ戶籍吏員外國人ノ地位ニ關スル戶籍登録ヲ爲シタルトキハ其謄本ヲ府縣知事ニ差出シ府縣知事ハ之ヲ內務大臣ニ廻送シ內務大臣之ヲ一括シテ外務大臣ニ送り外務大臣之ヲ內國駐在外國公使館ニ送附シ其公使館ヨリ之ヲ本國ニ送り順次本籍地ノ戶籍吏員ノ手ニ到達スルコトトセリ而シテ本籍地公吏ハ之ヲ戶籍簿ニ記入スヘキモノトス此等ノ方法ニ依リ各國ハ一目シテ在外臣民ノ戶籍上ノ異動ヲ知ルコトヲ得ヘシ

第四節 失踪

一三九 普通語ニ於テハ一定ノ場所ニ在ラサル人ノ地位ヲ失踪ト稱スルモ法律上失踪ト稱スルモノハ從來ノ住所又ハ居所ヲ去リテ以來音信ヲ通セス從テ其生死分明ナラサルモノヲ謂フ然レトモ失踪ニ關スル立法ノ趣意ハ不確定ナル法律關係ヲ永ク存續セシムルハ公私ノ利益ヲ害スルコト大ナルヲ以テ之ヲ保護セント欲スルモノナレハ苟モ一定ノ住所又ハ居所ニ在ラサル者ニ對シテハ其生死ノ分明ナルト否トヲ問ハス之ニ關スル法律ノ規定ナカルヘカラス故ニ失踪者ノ法律上ノ地位ハ左ノ三點ニ於テ立法者ノ注意ヲ要スヘキモノタリ

- 一、不在ニ因リ自己ノ財産ヲ管理スルコト能ハサル失踪者自身ノ利益ヲ保護スルコト
- 二、失踪者ノ死去ニ因リテ其財産上ニ權利ヲ有セントスル第三者ノ利益ヲ保護スルコト
- 三、失踪者ノ財産其管理ヲ缺キ爲メニ久シク之カ處分ヲ爲スコト能ハ

サルカ爲メ社會ノ被ルヘキ損害ヲ防クコト

各國法制
佛蘭西

一四〇 以上ノ諸點ニ基キ各國ノ法律一トシテ之ニ關スル規定ヲ設ケサルハナシ今其一班ヲ見ルニ佛國ノ法制ニ於テハ失踪ノ時期ヲ三期ニ分チ第一期ヲ失踪推測ノ時期トシ此時期ニ於テハ未タ其生存ノ望ミ最モ多キヲ以テ裁判所ハ單ニ利害關係人ノ請求ニ因リ失踪者ノ財産管理ニ就キ必要ナル處分ヲ命スルニ過キス第二期ハ失踪宣告ノ時期ニシテ居所不明ノ時ヨリ既ニ若干ノ年月(財産管理人ヲ置キタルトキハ四年否ラサルトキハ十年)ヲ經テ稍其死亡ヲ推測シ得ル時ニ於テ之ヲ爲スモノニシテ此時期モ亦タ利害關係人ノ請求ニ因リテ之ヲ定メ其以來相續人其他死去ノ原因ニ依リテ權利ヲ得ル者ヲシテ其財産ヲ假リニ占有セシムルモノトス此時期ハ左ノ三個ノ場合ニ於テ終了ス

- 一、 失踪者死亡ノ確實ナル證據アル場合
- 二、 失踪者歸來セシ場合

三、 確定占有ノ時期ニ達シタルトキ

第三期ハ即チ之ヲ確定占有ノ時期ト稱ス失踪後三十年ヲ經過スルカ若クハ失踪者ノ百歳ニ達シタルトキニ於テ利害關係人ヲシテ全然其財産ヲ所有セシムル時期ヲ謂フ且ツ何レノ時期ニ於テモ失踪者ハ相續遺贈ノ如キ死去ノ原因ニ因リテ生スル權利ヲ獲得スルコトヲ得ス之ニ關シテハ法文ニ此等ノ原因ニ因リテ權利ヲ獲得スルニハ其獲得者ノ生存ノ確證アル場合ニ限ルト明言セリ又タ失踪者ノ配偶者ハ失踪者死亡ノ確證アルニアラサレハ更ニ他人ト結婚スルヲ得ストセリ是レ蓋シ第三期ニ達スルモ必ス之ヲ死亡シタル者ト看做サザルニ因ル

伊太利
和蘭

伊太利ノ法制モ亦タ殆ト佛國ニ同シ唯タ其異ル所ハ失踪宣告ヲ爲スヘキ年限ヲ佛國ニテハ場合ニ從ヒ四年ト十年トニ定メタルヲ三年ト六年トニ短縮シタル一點ナリ

和蘭民法ニ於テハ佛法典ノ失踪宣告ニ代フルニ死亡ノ宣告ヲ以テシ其年

限モ前述ノ區別ニ從ヒ五年又ハ十年ト爲セリ此國ニ於テハ失踪者ノ配偶者ハ十年ノ後三タヒ催告ヲ爲シテ尙ホ故障ヲ申出ツル者ナキトキハ裁判所ノ許可ヲ得テ再婚ヲ爲スコトヲ許セリ

普魯四

普魯民法ハ其第八十二條ヲ以テ失踪後十年ヲ經過シタル者ニハ其後見人又ハ近親ノ請求ニ因リ死亡ノ宣告ヲ爲シ其以來失踪者ヲ死亡シタル者ト看做シ從テ其相續ヲ開始スルコトヲ許セルカ如シ

埃地利

埃國ニ於テハ裁判所カ死亡ノ宣告ヲ爲シタル後ニアラサレハ其財產ハ他人ノ占有ヲ許サス其間ハ民法ノ定ムル所ニ從テ保佐人ノカ管理ヲ爲シ又タ其間ハ失踪者尙ホ他ノ相續ヲ爲スコトヲ許セリ此國ニ於ケル死亡ノ宣告ハ左ノ三個ノ場合ニ於テ之ヲ爲スヲ得ルモノトセリ

- 一、 失踪者八十歳ヲ超過シ且ツ十年以來音信ヲ絶チタルトキ
- 二、 三十年以來全ク生存ノ徵憑ヲ見サルトキ
- 三、 戰場ニ於テ重傷ヲ負フカ若クハ沈没シタル船舶中ニ在リタル者三

露西亞

箇年以來曾テ生存ノ蹟ヲ見サルトキ

又タ此國ニ於テハ死亡宣告ノ効力ハ獨リ其宣告ヲ請求シタル者ニ對シテノミ生シ又タ其請求ノ必要ナル限度ニ止マルモノトセリ

露西亞ニ於テハ失踪ノ時期ヲ失踪ノ推測ト失踪ノ宣告ノ二期ニ區別セリ第一期ハ失踪者カ其住居ヲ去リテ生死分明ナラサル場合ニ方リ利害關係人ニ於テ失踪者ノ財產所在地ノ裁判所ニ請求シテ其財產管理ニ必要ナル處分ノ命令ヲ受ケタルトキトス此請求ヲ爲スニハ利害關係人ハ一方ニ於テハ失踪ノ事實アルコトヲ證シ他ノ一方ニ於テハ己レ其財產ニ就キ權利ヲ有スルコトヲ證セサルヘカラス此請求ニ因リ裁判所カ之ヲ正當ト認メタルトキハ露國內ニ刊行セル數箇國語ノ新聞紙上ニ三回ノ廣告ヲ爲シタル後其失踪者ノ後見人ヲ命シ之ヲシテ其財產上ニ關スル一切ノ利益ヲ保護セシム第二期ハ第一期ノ處分後四年ヲ經過シタル後利害關係人ノ請求ニ因リ裁判所ハ更ニ三回ノ廣告ヲ爲シ專任判事一名ヲシテ之カ取調ヲ爲

サシメ其結果ニ從ヒ失踪ノ宣告ヲ爲シ從來其者ニ屬シタル一切ノ財産ヲ其相續人ニ引渡シ又タ其配偶者モ其以來居所ノ僧侶ニ請フテ再婚ノ允可ヲ求ムルコトヲ得ルモノトセリ

英吉利

英國ニ於テハ普通法ニ其規定ナシト雖モ判決例ニ於テ失踪後七年ヲ經過シテ更ニ一回モ音信ヲ爲ササルトキハ其相續人ハ失踪者ノ財産ヨリ生スル一切ノ收入ヲ取得スルコトヲ得其後六年ヲ經過スレハ相續人ハ進ンテ其動産ノ所有ヲ爲スコトヲ得又タ更ニ六年ヲ經過スレハ其不動産モ亦タ相續人ノ自由處分ニ任スルモノト爲スカ如シ又タ蘇格蘭ニ於テハ千八百八十一年六月二十二日ノ法律ヲ以テ前掲ノ判例ニ多少ノ修正ヲ加ヘテ之ヲ施行セルカ如シ即チ失踪後七年ヲ經過スレハ相續人ノ請求ニ因リテ裁判所ハ之カ取調ヲ爲シ又タ之カ廣告ヲ爲シタル後其相續人ニ動産不動産ノ收入ヲ得セシメ失踪後十四年ニ至リテ初テ動産ノ引渡ヲ爲シ又タ二十年後ニ至リテ不動産ノ引渡ヲ終了スルモノトシ又タ失踪者ノ歸來ノ場合

ニ於ケル其財産返還請求ノ訴權ハ財産引渡以來十三年ヲ過クレハ消滅スルモノトセリ

我新民法ノ規定

一四一 我新民法ニ於テハ第二十五條以下ヲ以テ失踪ニ關スル規定ヲ設ケタリ其規定ニ依レハ普通法ノ如ク失踪ノ時期ヲ二ニ分チ第一期ハ則チ之ヲ不在者ト稱シ從來ノ住所又ハ居所ヲ去リタル者カ其財産ノ管理人ヲ置カサルカ若クハ其管理人ヲ置キタルモ其權限消滅シタル場合ニ於テハ利害關係人又ハ檢事ノ請求ニ因リ其財産ノ管理ニ付キ必要ナル處分ヲ命スルコトヲ得トセリ(新民法第二十五條)故ニ第一期ニ於テハ本人ノ利益又ハ社會ノ利益ノ點ヨリシテ假リニ財産ノ管理ヲ爲サシムルモノニシテ又タ之カ請求ヲ爲スニ就テハ年限ノ定メ等アルコトナク利害關係人ノ請求ニ因リ直ニ之ヲ命スヘキモノナリトス第二期ハ則チ眞ノ失踪ニシテ不在者ノ生死七年間分明ナラサルトキ利害關係人ノ請求ニ因リテ裁判所カ失踪ノ宣告ヲ爲シタル以後ナリトス此ノ如ク普通ノ期限ハ七箇年ナリト

雖モ埃國法ニ倣ヒ特別ノ事情アルモノハ其期限ヲ三箇年ニ短縮セリ特別ノ事情トハ即チ戰地ニ臨ミタル場合、沈没シタル船舶中ニ在リタル場合、其他死亡ノ原因タルヘキ危難ニ遭遇シタル場合ヲ謂フ而シテ普通七箇年ノ期限ハ最後ノ音信日ヨリ起算シ特別ノ事情ニ因ル三箇年ノ場合ニハ其事情ノ止ミタルトキヨリ起算スヘキモノナリトス此期間滿了スルトキハ乃チ裁判所ハ利害關係人ノ請求ニ因リ失踪ノ宣告ヲ爲スコトヲ得ルナリ(新民法第三十條)此宣告ノ効果ハ別ニ明定スル所ナシト雖モ第三十一條ニ於テ「失踪ノ宣告ヲ受ケタル者ハ前條ノ期間滿了ノ時ニ死亡シタルモノト看做ス」トアルヲ以テ見レハ則チ死亡ニ因テ生スル法律上ノ効果ハ悉ク此宣告ノ時ヨリ生スルモノト解スルヲ得ヘシ、即チ失踪者ノ相續ヲ開始シ又ハ配偶者ノ再婚ヲ許スカ如キ、皆チ此時ヨリ生スルヲ得ヘシ其他失踪者ノ生存又ハ前掲ノ時期ト時ヲ異ニシテ死亡セシコトノ證明アリタル場合ニ於クル失踪宣告ノ取消及ヒ之ニ因リテ生スル効果等ハ民法ノ研究ニ讓リ茲

失踪ニ關
スル法律
ノ抵觸

ニ之ヲ省ク

一四二 失踪ニ關スル各國法制ノ異同ハ上來述フル所ノ如シ此等法律ノ抵觸ハ如何ニ之ヲ決スヘキカ例ヘハ佛國人ニシテ我國ニ住居シ我國ニ於テ財産ヲ有スル者カ數年間其住所ヲ去リテ更ニ其生死ヲ知ルコトヲ得サル場合ニハ其財産ノ管理ニ關シテハ其本國法タル佛國法ニ從フヘキ乎抑モ又タ財産所在地法タル我國法ニ從フヘキ乎此問題ニ關シテハ殆ト疑ナク本國法ヲ適用スヘシト答フルヲ得ヘシ蓋シ失踪ハ不在者ノ身分ノ一變更ニシテ其能力ヲ停止スルモノニ外ナラス而シテ身分及能力ニ關スル法律ハ苟モ所在國ノ公安ニ反セサル以上ハ常ニ其本國法ヲ適用スヘキコトハ法律抵觸ノ決定ニ關スル一大原則ニシテ亦タ我法例ノ明定スル所ナリ然レトモ假リニ我國ニ於テ不動産ノ所有ヲ外國人ニ許シタリトセハ其所有者タル外國人ノ失踪シタル場合ニ於テ之カ管理ニ必要ナル處分ヲ命スルハ我國裁判所ノ權内ナリト謂ハサルヘカラス何トナレハ一國ノ財産

國際公安ニ關スル
ニハ本國
ラサルモ
用シ其然
ラサルモ
法ニ從フ

ハ一個人ノ財産ヨリ成立スルモノナレハ其財産ノ管理ヲ欠キ之ヲ毀損ノ
狀態ニ放任スルハ即チ一國ノ公益ニ關シ所謂國際公安ニ關スルヲ以テ斯
ル場合ニ於ケル不在者ノ財産管理ニ關スル法規ハ外國人ニ對シテモ猶ホ
內國法ヲ適用スヘキモノナレハナリ是故ニ假令外國人ノ所屬國法ニ於テ
失踪者ノ財産管理ニ關スル規定ナシトスルモ我國法ニ從ヒ之カ管理ヲ命
スルコト固ヨリ當然ノ行爲タルヘシ又タ之ト同一ノ理由ニ依リ失踪者ノ
本國法ニ從ヘハ未タ其財産ノ管理ヲ命スルノ期限ニ至ラサルモ我國法ニ
從ヘハ更ニ期限ヲ要セサルカ若クハ期限短キ場合ニ於テモ尙ホ我國法ノ
定ムル期限ニ從ヒ之カ管理ヲ命スルヲ得ヘシ蓋シ我國法ニ於テハ公益上
ノ理由ニ依リ一日モ早ク其財産上ニ施ス適當ノ管理ヲ望ムモノナレハナ
リ
之ヲ要スルニ所謂國際公安ニ關スル場合ニハ總テ我國法ヲ適用スヘシト
雖モ苟モ然ラサル場合ニ於テハ失踪ノ宣告及ヒ其効力等悉ク其本國法ニ

無能力者

用シ其然
ラサルモ
法ニ從フ

依ラサルヘカラス例ヘハ若干ノ年月ノ後ハ死亡ノ宣告ヲ爲シテ相續ヲ開
始セシムル國法ニ屬スル外國人失踪ノ場合ニハ之ニ其本國法ヲ適用シ否
ラサルモノニハ之ヲ適用セサルカ如シ

第五節 無能力者

一四三 汎ク無能力者ト稱スルトキハ公益又ハ私益ノ理由ニ依リ法律
又ハ裁判所カ權利ノ享有若クハ行使ヲ剝奪又ハ停止セルモノヲ謂フ此一
般ノ無能力ニハ其性質種々アリ或ハ一家ノ關係ヨリ來ルモアリ例ヘハ妻
ノ無能力ノ如キ是ナリ或ハ其債權者ノ利益保護ノ目的ヨリ來ルモノアリ
彼ノ破産者ノ無能力ノ如キ是ナリ或ハ又タ社會ノ公益上或ル種類ノ刑罰
ニ附加シテ無能力者ト爲スモノアリ例ヘハ或國ニ於ケル民事上死去ノ制
ヲ設クルモノ又ハ重罪輕罪ノ附加刑トシテ治産ヲ禁シ又タ公權ノ剝奪停

無能力者

止ヲ爲スカ如キモノ即チ是ナリ又タ或國ニ於テハ或人種、或宗教者、或職業者ヲ無能力者ト爲スモノアリ或ハ又タ自然ノ無能力ト稱シ年齢未熟又ハ精神喪失ノ爲メ之ヲ保護スルノ目的ヲ以テ無能力者ト爲スモノアリ要スルニ無能力者ノ種類ハ其數極テ多ク又タ之ヲ設クル理由ニ至リテモ大ニ異同アリト雖モ何レノ國ニ於テモ之カ規定ヲ設ケサルハナシ從テ其間法律ノ牴觸ヲ來スコト最モ多シ仍テ右數種ノモノニ就キ順次之ヲ講究スヘシ但シ妻ノ無能力ハ婚姻ノ結果ヨリ來リ極テ重要ナルモノナルカ故ニ次章ニ讓リ又タ破産者ノ無能力ハ第三編ノ終ニ之ヲ述フヘシ故ニ本節ニ於テハ其他ノ無能力ニ就テ之ヲ研究セント欲ス

第一款 未成年者

第一 未成年ノ時期

一四四 各國ノ法制ヲ見ルニ何レノ國法ト雖モ能力ニ關シテ人生ヲ二期ニ區別セサルハナシ即チ第一期ハ身軀未タ成熟ノ期ニ達セス從テ其智識經驗ニ乏シク獨立シテ人生必要ノ行爲ヲ爲ス能力ヲ有セサルカ爲メ之ニ補助人ヲ附シテ其法律上ノ行爲ヲ保佐セシムルノ時期トス之ヲ未成年ノ時期ト云フ第二期ハ則チ之ニ反シテ身軀智識共ニ成熟ノ期ニ達シ自立シテ一切ノ權利ヲ行使スルヲ得ルノ時ニシテ之ヲ成年ノ時期ト爲ス如何ナル標準ヲ以テ成年未成年ヲ區別スヘキカニ就テハ古來ノ沿革アリテ各國ノ法制必スシモ一樣ナラス蓋シ氣候、人情、風俗又ハ人文開明ノ程度如何ニ因リテ自ラ異ナラサルヲ得サルニ依ル羅馬ニ於テハ身軀發達ノ時期ヲ以テ之カ區別ノ標準ト爲シ「ヂュスチニヤ」ノ法ニ依リ男子ハ十四歳女子ハ十二歳ヲ以テ婚姻ノ時期ト爲シ而シテ婚姻ノ時期ハ亦タ成年ノ時期ナリシカ「フレトリヤ」法以來多少ノ沿革ヲ經テ終ニハ二十五歳ニ達セサルハ完全ノ能力ヲ有セサルモノト爲セリ現今佛國ニ於テハ滿二十一歳ヲ以

テ成年ト爲シ伊太利、露西亞、獨逸、英吉利、亞米利加等亦之ニ同シ、瑞西ニ於テハ滿二十歳ヲ以テ成年ト爲シ其以前ニ結婚セシ者ハ直ニ成年ニ達スルモノトセリ又タ亞爾然丁共和國ニ於テハ滿二十二歳ヲ以テ成年ト爲シ和蘭ニ於テハ滿二十三歳トシ、埃地利及匈牙利ニ於テハ滿二十四歳ト爲ス但シ女子ニ限リ年齢ヲ問ハス結婚セシ者ハ直ニ成年ト爲ストセリ又タ西班牙、葡萄牙、墨西哥、丁抹及那威ノ如キハ羅馬法ノ如ク二十五歳ヲ以テ成年ト爲セリ我新法典ハ瑞西ト同シク一般ノ場合ニハ滿二十年ヲ以テ成年ト爲セリ(新民法第三條)

一四五 此ノ如ク成年未成年ヲ區別スル法律ノ牴觸ニ關シテハ如何ナル決定ヲ爲スヘキ乎換言スレハ幼者ノ無能力ハ何レノ國法ニ依テ之ヲ定ムヘキ乎此問題ニ就テハ敢テ多言ヲ要セサルヘシ即チ身分及能力ニ關シテハ本國法ニ從フトノ原則ハ今日一般ニ承認セララル所ナルカ故ニ一國ノ人民苟モ其國法ニ從テ成年者ナルトキハ何レノ國ニ至ルモ之ヲ成年者

未成年者
ノ無能力
ハ何レノ
國法ニ依
テ之ヲ定
ムヘキ乎

未成年者
ノ後見
各國法制
佛國

トシテ一切ノ法律行爲ヲ爲ス能力ヲ有セシムルヲ以テ原則トス但シ國際公安ニ關スル場合、又タ或國ニ於テハ其內國人ノ利益ヲ害スル場合ニ於テモ之カ例外アルハ前既ニ述ヘタル所ノ如シ

第二 未成年者ノ後見

一四六 後見人ノ制度ハ各國大同小異ニシテ佛國ノ如キハ父母共ニ存在セルトキハ未成年者ハ其權力ノ下ニ在リ父母共ニ死亡スルカ若クハ其一人死亡スルトキハ之ヲ後見人ニ附シテ其身躰及財産ノ監督ヲ爲サシムルモノト爲シ其後見人ヲ命スルニハ或ハ法律上當然父母中ノ生存者又ハ其尊屬親ニ命スルコトアリ或ハ兩親中後ニ死亡セシ者ノ意思ニ由リテ之ヲ定ムルコトアリ或ハ又タ親族會議ノ選擇ニ依リテ之ヲ定ムルコトアリ親族會議ハ父母ノ親戚故舊六人ヲ以テ組織シ區裁判所ノ判事之カ議長タルヘキノ制度アリ又タ後見人ハ後見監督人ノ監視ノ下ニ在テ未成年者ノ身躰ヲ監督シ其財産ヲ管理シ尙ホ其重要ナル場合ニ當リテハ親族會議ノ

協賛ヲ經又ハ裁判所ノ認可ヲ受クヘキモノトシ又タ其任期ハ未成年者カ能力者トナルカ若クハ其死去スルトキ又ハ後見人ノ死亡若クハ解除ニ因テ終ルモノトス又タ後見中幼者ノ財産管理ノ担保トシテ後見人ノ財産ハ法律上未成年者ニ抵當權ヲ有セシムルモノトセリ

佛國以外ノ法制

佛國以外ノ各國ノ法制ニ於テモ其開始設定及權限ニ就テハ大ニ類似スル所アリト雖モ或ハ又タ甚シク異リタル點ナシトセス例ヘハ後見ノ開始ハ被後見人ノ住所ノ地ニ於テスルカ如キハ各國ノ法制上殆ト一定セルカ如キモ後見人ノ選定ニ就テハ大ニ其制ヲ異ニスルモノアリ又タ或國ニ於テハ後見ヲ辭スル正當ノ理由トシテ多數ノ原因ヲ認ムルモノアリ或ハ又タ被後見人ノ身躰財産ニ對スル後見人ノ權限ニ關シ廣狹ノ差異等アリテ一々枚舉ニ追アラスト雖モ試ミニ其一ニテ舉クレハ伊太利及西班牙ノ如キハ父母共ニ死亡セシトキニアラサレハ後見ヲ開始セストセリ我舊民法人事編ノ如キ亦タ殘存スル父母ノ一人死亡シ其未成年者ノ未タ自治產ヲ許

後見ニ關スル法律ハ如何ニ決スヘキ乎

サレサルトキ其他父母生存スルモ親權ヲ行フコト能ハサル場合ニアラサレハ後見ヲ開始セサルモノトセリ(人事編第一百十六條)又タ匈牙利ノ如キハ父ノ死去セル場合ニ於テ後見ヲ開始スルカ如シ或ハ又タ普國ノ如キハ後見人ヲ直ニ裁判所ノ監督ノ下ニ置キ瑞西ノ如キハ之ヲ市町村役場ノ監督ノ下ニ置クカ如シ

一四七 後見ニ關スル法律ノ抵觸ハ如何ニシテ之ヲ決スヘキ乎即チ後見設定ノ場所後見人タルヘキ人及ヒ之ニ因テ生スヘキ一切ノ効果ハ未成年者カ所有スル財産ノ所在地法ニ從フヘキ乎抑モ又タ未成年者ノ本國法ニ從フヘキ乎

英米ノ二國ニ於テハ後見ニ關スル法律ハ悉ク未成年者ノ財産所在地ノ國法ヲ適用スヘシト爲スモノノ如シ蓋シ英米ノ二國ハ諸他ノ歐洲諸國ト異リ主トシテ法律ノ屬地主義ヲ取ルカ故ニ斯ル結果ヲ生スヘシト雖モ斯ノ如キハ今日一般ノ通説ニ反スルモノナリ或ハ後見ノ制度ノ如キハ其結果

財産ノ關係ヲ生スルカ故ニ往々屬人主義ノ例外ヲ認メサルヘカラスル場
 合アリト謂フト雖モ之ヲ以テ國際公安ニ關スルモノトシテ必スシモ其所
 在地ノ國法ヲ適用セサルヘカラスルノ理由アルコトナシ但シ一國內ニ在
 ル財産未成年者ノ所有ニ係リ之ニ對スル後見ノ制度ナクシテ其管理ヲ缺
 キ爲メニ一國ノ經濟上損害ヲ來スコトアラハ此點ニ就テハ一國ノ公安ニ
 害アリト謂フヲ得ヘシ然レトモ何レノ國法ニ從フモ苟モ後見ノ制度ヲ設
 ケテ未成年者ノ財産ヲ管理スルニ於テハ一國ノ財産ハ之カ爲メニ損害ヲ
 被ムルコトナク從テ公益ノ關係ナカルヘシ殊ニ財産所在地ノ國法ニ從テ
 常ニ未成年者ノ後見ヲ設定セサルヘカラストセハ未成年者カ數個國ニ財
 産ヲ有スル場合ノ如キハ數人ノ後見人ヲ定メサルヘカラス此ノ如クナル
 トキハ其財産管理ノ統一ヲ缺キ未成年者ノ資産ハ之カ爲メニ紊亂セラル
 ルニ至ルヘシ是レ未成年者ノ利益ノ爲メニ設ケタル後見制度ノ本旨ニ反
 スルモノト謂フヘシ

後見人ノ被
 後見人ノ籍
 間ニ異ニス
 ナレトキハ
 何レノ國
 法ニ從フ
 べき乎

一四八 要スルニ後見ニ關スル法律ハ常ニ未成年者ノ本國法ヲ適用ス
 ルヲ以テ普通ノ原則トス此原則ハ後見人被後見人共ニ同一國ニ屬スル場
 合ニハ其適用極テ單純ナリト雖モ其所屬ヲ異ニセル場合ハ少シク疑ナキ
 能ハス即チ此場合ニ於テハ後見人ノ所屬國法ヲ適用スヘキカ將タ被後見
 人ノ本國法ヲ適用スヘキ乎此問題ヲ決スルニ當リ先ツ後見ノ制度ニ關ス
 ル立法ノ目的ヲ探究セサルヘカラス若シ其目的ニシテ後見人ノ利益ノ爲
 メニスルモノトセハ後見人ノ本國法ヲ適用スルコト敢テ其理由ナキニア
 ラサルヘシト雖モ後見制度ノ目的タル一ニ被後見人ノ利益ノ爲メニスル
 モノナルコトハ何人モ爭ハサル所ナリ蓋シ後見ヲ受クルハ被後見人ノ一
 種ノ權利トモ謂フヘク後見ハ之ニ對スル公ノ責務ニシテ之ニ依テ被後見
 人ノ法律上ノ地位ヲ定ムルモノナリ故ニ苟モ其本國法ニ於テ被後見人ノ
 能力者タルト否トヲ區別シ以テ後見ヲ開始スヘキヤ否ヤヲ定メタル以上
 ハ之ニ關係ナキ他國ノ法律ヲ以テ其一切ノ効果ヲ生セシヘムキ理アルヲ

後見ニ關シテハ常ニ被後見人ニ依テ適用ス

見サルナリ
以上述フル所ニ依リ後見ニ關スル法律牴觸ノ場合ハ常ニ被後見人ノ本國法ヲ適用スルヲ以テ原則トシ唯タ一二稀ナル例外トシテ一國內ニ住所シ若クハ滞在セル未成年者カ其本國法ニ從テ後見ヲ受クルコト能ハサル場合ニ假リニ其所在國法ニ依テ臨時ノ處分ヲ爲ス場合及ヒ國籍不明ナル未成年者ノ利益ヲ保護スル場合ニ於テ已ムヲ得ス所在地ノ法律ニ從テ之カ處分ヲ爲スノ必要ヲ生スルノミ
右ノ原則ヲ以テ實際ノ場合ニ生スル二三ノ問題ニ適用シテ之カ決定ヲ試ムヘシ

一 後見ヲ開始スルヤ否ヤノ問題ハ無能力者ノ本國法ニ依テ之ヲ決ス此問題ニ關シテハ曾テ「ブラッセル」府控訴院カ與ヘタル判例アリ依テ今之ヲ揭クテ説明ニ代ヘントス其事實ハ白耳義ニ於テ白耳義國ノ婦女ヲ娶リタル西班牙人其間ニ一女ヲ生ミ千八百六十年ニ其妻ヲ喪ヘリ其妻ハ婚姻ニ

後見開始ノ問題ハ何レノ國ニ依ルヘキ乎

因リテ既ニ西班牙人ト爲レル者ナリシ而シテ其幼女ノ父タル西班牙人ハ後見人タル資格ヲ以テ親族會議ヲ召集シタルニ親族會議ニ於テハ其幼女ノ母方ノ祖父ヲ以テ後見監督人ニ命シタリ是ニ於テ幼女ノ父ハ千八百六十五年其親族會議員ヲ被告トシテ「ブラッセル」裁判所ニ訴ヘ其幼女ハ西班牙人ナルカ故ニ同國法ニ從ヒ父母共ニ死亡シタル後ニアラサレハ後見ヲ開始スルヲ得ス故ニ後見監督人ヲ選定セラレヘキモノニアラスト主張セリ然ルニ「ブラッセル」裁判所ハ本訴原告カ其初メ法律上ノ後見人タル資格ヲ以テ親族會議ヲ召集セシハ自己ノ固有ノ父權ヲ拋棄シテ後見人タル資格ヲ以テセシモノナレハ其後見監督人ノ選定ヲ否認スルコト能ハスト判決セリ然ルニ原告ハ此判決ニ服セスシテ控訴ヲ爲シ千八百六十五年七月二十九日「ブラッセル」控訴院ハ前判決ヲ取消シ父子共ニ西班牙人タル以上ハ其子カ法律上當然受クヘキ保護ニ關スル法律ハ西班牙國法ヲ適用セサルヘカラス又タ原告ハ其國法ノ與ヘタル父權ヲ拋棄シタリト謂フモ此ノ如キ人

ノ身分ニ關スル法律ハ一國ノ公益ニ係ルモノナルカ故ニ其拋棄ニ因リテ之ニ違反スルコトヲ得スト判決セリ即チ此場合ニハ西班牙人ハ依然其國法ニ依リテ獨リ父權ヲ有シ其幼女ノ上ニ未タ後見ノ開始ヲ見サルモノナリトセリ

二 後見設定ノ場所ハ何レノ國ニ於テスヘキカ

此問題モ亦タ未成年者ノ本國法ノ支配スル所ナリ而シテ後見ノ設定ハ未成年者ノ出生當時ニ於ケル住所地即チ其父ノ住所地ニ於テ爲スヘキコトハ各國法律ノ殆ト一致スル所ナリ故ニ一國ノ未成年者カ外國ニ住所ヲ有シ其住所地ニ於テ本國法ノ命スル所ニ從ヒ後見ヲ設定スルコトヲ得ル場合ニ於テハ之ニ從テ後見ヲ設定シ其効果ヲ生セシムルヲ得ヘシ斯ル場合ニ於テ未成年者ノ本國法ト其住所地ノ國法トノ間ニ後見ニ關スル法制ノ差異ナキ場合(佛國ト白耳義トノ如ク)ニ於テハ更ニ一點ノ難事アルコトナシト雖モ若シ其制度全ク相異ル場合例ヘハ未成年者ノ住所地ニ於テハ其

後見人ノ場所ハ何レノ國ニ於テ設定スヘキ乎

未成年者ノ保護ニ關スル在外領事ノ權限

本國法ノ命スル必要ノ機關ヲ缺キテ實際後見ヲ設定スルコト能ハサル場合ニ於テハ大ニ困難ヲ感スルコトアリ斯ル場合ニ於テハ如何ニ之ヲ決定スヘキカハ亦大ニ異論アル所ナリ多數ノ學者ハ此場合ニハ未成年者ノ本國ニ於テ後見ヲ設定スヘク殊ニ其本國中父母ノ最後ノ住所地ニ於テスヘシト説ケリト雖モ此説ニ從フトキハ未成年者ノ爲メニ極テ不便ヲ生シ且ツ其實益ヲ受クルコト能ハサルヘシ何トナレハ後見設定ノ地ハ未成年者ノ住所地ト隔絶シ其財產モナク其親戚モ在ラサル所ニ於テ其後見人孤立スルコトアリテ被後見人ノ身軀ノ監督若クハ財產ノ管理ハ實際爲スコト能ハサルヘクレハナリ故ニ此場合ニ於テハ宜シク之ヲ在外領事ノ管轄ニ付シテ未成年者ノ本國法ニ從ヒ其住所地ニ於テ之ヲ設定セシムヘキモノトス

一四九 外國駐在ノ領事ハ其本國人ノ戶籍登錄ヲ爲スノ權利ヲ有スルカ如ク其本國人ノ未成年者保護ニ關シテ必要ナル一切ノ處分ヲ爲スコト

ヲ得ヘシ例ハ佛國人ノ伊太利ニ在テ死亡セシ者其未成年ノ子女ヲ遺留シタリトセハ在伊國佛國領事ハ之ヲ知ルヤ否ヤ直ニ之ヲ土地ノ裁判所ニ紹介シ果シテ佛國法ノ規定ニ從ヒ後見ヲ開始シ得ルヤ否ヤヲ確カメ其回答ニ依リテ二國間法律ノ規定同シカラサルカ又ハ其他ノ理由ヲ以テ後見ヲ設定セシムルコト能ハサルトキハ領事自ラ議長ト爲リテ親族會議ヲ召集シ其後見人又ハ後見監督人ノ任命ヲ爲スヘシ然レトモ斯ル權利ヲ領事ニ與フルハ法律又ハ條約ノ結果ナラサルヘカラス故ニ佛國ノ如キハ之ニ關シテ條約ヲ締結セルモノ多シ例ヘハ西班牙伊太利葡萄牙希臘サルヴァドル「ドミニカン」其他ノ數國ニ對スル領事條約ノ如キ是ナリ此等ノ條約中西伊葡ニ對シテハ締盟國双方ノ領事ハ右ノ如キ場合ニ於テハ直ニ各自ノ本國法ニ從ヒ後見人及後見監督人ヲ任命スルコトヲ得之ト異リ希「サルヴァドル」^{ドミニカン}等ニ對スル條約ニ於テハ互ニ其所屬臣民ノ未成年者ノ爲メニ後見ヲ設定スヘキコトヲ規定スルモ其何レノ國法ニ從テ設定ス

ヘキカヲ明言セス然レトモ佛國民法第三條第三項ニ於ケル「身分及能力ニ關スル法律ハ在外佛國民ト雖モ猶ホ之ヲ支配ス」トノ規定ヲ適用シ各國互ニ其本國法ノ規定ニ從テ後見ノ設定ヲ爲スヘキコト何人モ疑ハサルナリ要スルニ何レノ場合ニ於テモ後見ニ關スル法律ハ未成年者ノ本國法ニ從フヲ以テ原則ト爲スモノナリ

一五〇 斯ノ如キ規則アルニ拘ラス在外領事其所屬國人ノ爲メニ後見人ノ設定ヲ爲ササルカ又ハ土地遠隔ノ爲メニ之カ設定ヲ遲延スルカ或ハ又タ設定セラレタル後見人其職ヲ曠フスルカ如キ場合ニハ未成年者住所ノ裁判所ハ其身軀及財産ノ保護ニ付キ必要ナル臨機ノ處分ヲ爲ササルヘカラス蓋シ此場合ハ公益上ノ必要ニ基クモノニシテ所謂國際公安ニ關スルモノナレハ此ノ如キ場合ハ未成年者ノ本國法ニ從ハスシテ其住所地ノ法律ヲ適用スヘキモノトス但シ此處分ハ緊急ノ必要ニ迫リ一時臨機ノ處置ニ出テタルニ過キサレハ其果シテ本國法ノ規定ニ從テ正當ナル後見

ノ設定アルニ至レハ直ニ之ヲ廢スヘキモノナリ

三 後見人、後見監督人及親族會議員ハ如何ナル人ヲ以テ之ニ任スヘキカ

此問題モ亦タ無能力者ノ本國法ニ依テ決スヘキモノナリ是レ亦タ前述原則ノ適用タルニ過キス從テ其辭任ヲ爲シ得ヘキ正當ノ理由ノ有無若クハ其資格ノ有無ニ關スル問題モ均シク無能力者ノ本國法ニ依テ決スルヲ得ヘシ然レトモ斯ル決定ハ或ハ穩當ナラサルヤノ嫌ナキ能ハス如何トナレハ後見人タル資格ノ有無ニ關スル問題ノ如キハ其人ノ能力如何ニ關スル問題ニシテ其人ノ所屬國法ヲ適用スヘキモノノ如ク從テ後見人、被後見人其所屬國ヲ異ニスルトキハ後見人ノ本國法ヲ適用スヘキカ如クナレハナリ然レトモ此場合ニ於テハ二箇ノ屬人法アリテ同時ニ之ヲ採用スルヲ得ス故ニ勢ヒ何レカ其一ヲ選ハサルヘカラス依テ此場合ニハ寧ロ被後見人ノ所屬國法ヲ適用スルヲ可ナリトス蓋シ後見ノ目的ハ專ラ被後見人ノ利

後見人、後見監督人、親族會議員ハ何レノ國法ニ從テ之ヲ任スヘキ乎

後見ノ効、後見人、被後見人、本國法、以テ原則トス

益ヲ保護スルニアレハ其國法ニ從フハ最モ其目的ニ適フモノナリト爲スニ因ルナリ以上ノ決定ニ依リ佛國ノ如キハ未成年者ノ父死亡スルトキハ母ヲ以テ其後見人ト爲スヘシト爲セトモ埃國ニ於テハ斯ル場合ニハ寧ロ父方ノ祖父ヲ以テ之ニ任スルコトトセリ故ニ若シ佛國ニ於テ後見ヲ設定セラルル未成年者カ埃國人ナルトキハ其母ヲ後見人ト爲サスシテ其祖父ヲ後見人ト爲スヘキナリ

一五一 前問題ノ決定ニ從ヒ未成年者ノ本國法ヲ適用シテ其住所ニ於テ正當ニ後見ヲ設定シタル場合ニハ其後見ノ効果ハ何レノ場所ニ於テモ正當ニ之ヲ生セシムルヲ得ヘシ從テ其身躰ノ保護及財産ノ管理ニ關シテハ常ニ其本國法ノ支配ヲ受クサルヘカラス唯タ稀ナル例外トシテ其所屬國法ニ從ハサルヘカラサルモノハ未成年者ノ身躰ニ對シ懲戒處分ヲ行フノ一事アルノミ是レ此場合ハ所謂國際公安ニ關スルモノナレハナリ其他財産ノ管理ニ就テモ亦タ其本國法ニ從フヲ以テ原則ト爲セトモ不動産

後見脫離

第三 後見脫離

一五二 後見脫離トハ未成年者ノ能力者タル時期ニ於テ他人ノ監督ヨリ脫離シ法律上獨立シテ諸般ノ行爲ヲ爲シ得ルニ至ルヲ謂フ例ヘハ未成年者ハ成年ニ達スルヲ以テ普通能力者タルノ時期ト爲シ以來獨立シテ一切ノ權利ヲ行使シ又ハ義務ヲ負擔スルノ自由ヲ得復タ父母若クハ後見人ノ監督ヲ受ケサルヲ謂フ然レトモ此ノ如ク未成年者ヲシテ成年ニ達セサル間ハ全ク無能力者タラシムルト爲ストキハ爲メニ甚シキ不便ヲ感スルコトアリ即チ一方ニ於テハ各國ノ法制ニ於テ未成年者ト雖モ苟モ幼稚ノ時代ヲ經過スレハ之ニ婚姻ヲ許スモノト爲スカ故ニ既ニ結婚スレハ其結婚ノ結果トシテ重要ナル權利義務ヲ有セサルヘカラス此時ニ於テ猶ホ未タ父母又ハ後見人ノ監督ヲ脫セストセハ毫モ權利義務ヲ有スルノ實ヲ舉クルコト能ハス又タ他ノ一方ニ於テハ未成年者ノ成年ニ達セントスル際ニハ心身既ニ發達シテ諸種ノ事業ヲ營ミ相當ノ職務ヲ行フコトアリ而シテ之

各國法制
佛國

ヲ行フニハ亦タ多少ノ獨立ヲ要シ全然他人ノ權力ノ下ニ服サムシムヘカラス是ヲ以テ各國ノ法制ニ於テ羅馬法ノ後見脫離ノ原則ヲ取りテ之カ規定ヲ爲スモノ多シ左ニ其大要ヲ示サン

佛國ニ於テハ民法第四百七十六條以下ノ規定ニ依リ(一)未成年ノ子ハ男女ヲ問ハス結婚以來後見ヲ脫離スルモノトシ(二)十五歳ヲ經過シタル未成年者ハ父(父亡ケレハ母)ノ宣言ニ依テ獨立シ(三)父母共ニ死亡セルトキハ十八歳以後ハ親族會議ノ決議ニ依テ後見ヲ脫離スルコトヲ得ルトセリ而シテ後見ノ脫離ニ依リ未成年者ハ半ハ能力者ト爲リ爾後自ラ營業ニ關スル一切ノ行爲ヲ爲スコトヲ得又タ其一切ノ財産ノ管理ヲ自由ニスルコトヲ得然レトモ財産ノ處分ニ至テハ猶ホ多少ノ制限ヲ受ケ之カ爲メ法律上ノ保佐人ヲ設ケ重要ナル行爲ニ就キ其意見ヲ問ハシムルコトトセリ蓋シ保佐人ノ性質ハ單ニ無能力者ノ顧問ニ過キスシテ後見人ノ如ク無能力者ヲ代表スルモノニアラサルナリ其職務ハ概テ左ノ如シ例ヘハ不動産ニ關スル

英國

獨逸

訴訟ヲ爲シ若クハ訴訟ヲ受クル場合、動産ノ元本ヲ受領スル場合及ヒ免除
 ヲ爲ス場合等ニ於テハ常ニ保佐人ヲシテ之ニ關與セシメサルヘカラス其
 他負債ヲ爲シ不動産ヲ處分シ及ヒ抵當權ヲ與フル場合ノ如キハ親族會議
 ノ決議ヲ經且ツ裁判所ノ認可ヲ經サルヘカラス
 英國法ニ於テハ佛國ノ後見脫離ノ如キ制度ナシト雖モ滿二十一年ノ成年
 ニ達スル以前ニ於テ幾分ノ能力ヲ與フルコトトセリ例ヘハ男子十四歳以
 上ニ達スレハ婚姻ニ關シテ諾否ヲ爲シ及ヒ動産ノ遺贈ヲ爲スコトヲ得ル
 ノ權利ヲ有スルカ如シ
 獨逸法ニ於テハ佛國ノ如ク後見脫離ノ制度アリテ之ニ依テ後見ヲ脫離シ
 タル者ニハ通常無能力者ノ爲シ得サル行爲ヲ許スト雖モ佛國ノ如ク後見
 脫離者ヲシテ單ニ半能力者タラシムルニ止マラス之ニ完全ナル能力ヲ與
 ヘ全然成年者ノ如ク取扱フモノトセリ但シ之ニ關シ獨逸諸州ノ法律中裁
 判所ノ判定ヲ要スト爲スモノ多シ其他未成年者ノ結婚モ亦タ概シテ後見

伊太利

西班牙

和蘭

ヲ脫離セシムル一方法ト爲セルカ如シ
 伊太利ニ於クル後見脫離ノ制度ハ殆ト佛國ニ同シ唯タ其異ル點ハ(一)結婚
 ノ場合ヲ除クノ外未成年者ハ必ス十八歳ニ達セザレハ後見ヲ脫離スルコ
 トナシ(二)父又ハ(父亡キトキハ)母ハ後見ヲ脫離シタル未成年者ノ法律上ノ
 保佐人ト爲リ其父母共ニ亡キトキニ於テ始テ親族會議ノ決議ニ依リ保佐
 人ヲ命ス(三)夫ハ法律上其未成年ノ妻ノ保佐人タルコト等ナリ
 西班牙ニ於テハ千八百七十年マテハ羅馬法ノ如ク二十五年ヲ以テ成年ト
 爲シ此時期ニ至リ後見脫離ニ依リテ始テ親權ノ支配ヲ免ルルモノト爲セ
 シカ今日ニ於テハ稍ヤ寬大ト爲リ二十五年以下ニテモ之カ脫離ヲ爲サシ
 ムルコトトナレリ其脫離ノ方法ハ或ハ親族間ノ協議ニ基キ國王ノ認可ニ
 依ルコトアリ或ハ裁判ノ結果ニ依テ親權ノ消滅ヲ來スコトアリ
 和蘭ニ於テハ未成年者二十歳ヲ過クレハ高等法衙ノ判決ニ基キ國王ノ協
 賛ヲ得テ成年ノ宣告ヲ爲シタル後後見ヲ脫離セシム而シテ其後見ヲ脫離

我新民法ノ規定

法律ノ如何ニシテ之ヲ決スヘキ乎

セシ者ノ能力ハ原則トシテハ成年者ニ異ラスト雖モ唯タ一二ノ例外アリテ結婚ヲ爲スニハ猶ホ父母ノ承諾ヲ經サルヘカラス又タ其後見脫離ヲ宣告シタル裁判所ハ特ニ財產處分ノ行爲ヲ禁スルコトアル等ナリ

我新民法中未タ親族篇ノ發布ヲ見サルカ故ニ後見ニ關スル一般ノ事項ヲ知ルコト能ハスト雖モ總則ノ規定ニ依テ其一端ヲ視ヘハ佛國ノ如キ後見脫離ノ方法ヲ認メス唯タ一種又ハ數種ノ營業ヲ許サレタル未成年者ハ其營業ニ關シテハ成年者ト同一ノ能力ヲ有ストセリ(新民法第六條第一項)此點ニ就テハ未成年者ヲシテ全ク能力者タラシムルモノニシテ蓋シ獨逸民法ノ規定ヲ參酌セシモノナルヘシ

各國法制ノ異同ハ以上述フル所ノ如シ之ニ關スル法律ノ牴觸ハ如何ニシテ之ヲ決スヘキ乎抑モ後見脫離ハ無能力者ノ身分ニ影響ヲ及ホシ之ニ對シテ從來有セザリシ能力ヲ與フルモノナリ故ニ身分及能力ニ關スル法律ハ本國法ニ從フトノ原則ニ依リ後見脫離ニ關スル一切ノ條件及効果ハ悉

日本ハ人ハ於テ後見ヲ得ス

因ニ見ルテハ後見ノ制度ハ國際公法ニ關スルヤニ

ク無能力者ノ本國法ニ從フヘキコト深ク論スルヲ要セスト雖モ尙ホ明解ヲ爲サンカ爲メ左ニ一二ノ例ヲ舉ケテ其適用ヲ示シ同時ニ其疑問ヲ決セントス

一五三 日本人ノ佛國ニ在ル者ハ佛國法ノ規定ニ從テ其未成年ノ子女ノ後見脫離ヲ爲スヲ得ス是レ我國法ニ於テハ後見脫離ノ制ヲ設ケサレハナリ但シ我國法ニ從ヒ未成年者ニ營業ヲ許スノ手續ヲ爲スハ固ヨリ妨ケサル所ナリ

一五四 英國ノ如キ後見脫離ノ制度ヲ有セサル國ノ人民カ佛國ニ於テ結婚シタルトキハ婚姻ニ因リテ後見ヲ脫離スヘキ佛國法ヲ適用スヘシト論スル者アリ蓋シ此說ヲ主張スル理由ハ此種ノ法律ハ一國ノ公益ニ關スルモノナルニ因リ外國人ニモ猶ホ之ヲ適用スヘシト謂フニ在リ然レトモ此說ハ所謂國際公安ト國內公安トノ區別ヲ混同シタルモノナリ元來此種ノ法律ハ一個人ノ利益ニ關スルト同時ニ一國ノ公益ニ關スルモノナリ故

ニ一國ノ臣民ハ之ニ違フコト能ハス即チ所謂國內公安ニ關スル法律ナリ
 然レトモ佛國ニ於テ婚姻シタル英國人カ之ニ因テ後見ヲ脫離セサルモ敢
 テ佛國ノ安寧秩序ニ關スル所アラズ即チ所謂國際公安ニ關スルモノニア
 ラサルナリ故ニ普通ノ原則ヲ適用シ此場合ニ於テモ猶ホ英國人ノ本國法
 ヲ適用シ後見脫離ヲ爲サシムヘキモノニアラス

一五四 今場合ヲ異ニシ二國ノ法制均シク後見脫離ノ規則ヲ設ケ唯タ
 其實質上ニ關スル規則ヲ異ニスル場合ニ於テハ兩者ノ牴觸ハ如何ニシテ
 之ヲ決スヘキ乎例ヘハ伊國法ニ於テハ未成年者ハ十八歳ニ達セサレハ後
 見ノ脫離ヲ許サス之ニ反シテ佛國法ニ於テハ場合ニ依リ十五歳以上ノ未
 成年者ニ後見脫離ヲ許ストセリ此場合ニ於テモ各國民ノ能力ニ關スル規
 則ハ其臣民所在國ノ國際公安ニ關スルコトナシ從テ純然タル屬人主義ヲ
 適用シ佛國ニ在ル伊國人ハ十八歳以上ニアラサレハ後見ヲ脫離セス又々
 其反對ニ伊國ニ在ル佛人ハ十五歳ニシテ後見ヲ脫離スルコトヲ得ヘシ

二國共ニ
 規則唯ニ
 其設ケタ
 其實質上
 ノ規則ニ
 異ニスル
 場合ニ

外國ニ於
 テ後見
 形式ノ

一五五 外國ニ於テ後見脫離ヲ爲ス場合ニ於テハ其形式ハ何レノ國法
 ニ從フヘキカ例ヘハ佛國ノ如ク後見ノ脫離ハ區裁判所判事ノ面前ニ於テ
 其宣言ヲ爲ササルヘカラストセルアリ或ハ又々單ニ私署證書ヲ以テ之ヲ
 爲スト得ルトセル國アリ其方式ヲ要スル國法ノ下ニ在ル人民カ其方式ヲ
 要セサル國ニ在テハ何レノ國法ニ從テ之ヲ爲スヘキ乎斯ル場合ハ其所在
 地ノ國法ニ從テ之ヲ爲ストキハ本國ニ對シテモ猶ホ有効ナリト爲ササル
 ヘカラスト蓋シ此場合ニハ場所ハ行爲ヲ支配スト云フ原則ノ完全ナル適用
 ヲ受クル理由ハ存スレハナリ

後見脫離ノ制ヲ設ケサル國ニ於テ之ヲ行ハントスルトキハ如何ニシテ之
 ヲ爲スヘキ乎此場合ニハ其土地ノ國法ニ從テ之カ方式ヲ履行スルコト能
 ハス故ニ便宜法ヲ設ケテ其國ニ駐在セル本國領事ノ管轄ニ屬セシメ本國
 法ノ命スル一切ノ條件ニ從テ之ヲ爲サシムルヲ良シトス

右ノ外後見脫離ノ結果タル保佐人ノ任命及ヒ其權限後見脫離者ノ能力等

悉ク其本國法ノ規定ニ從フヘキコト敢テ喋々ヲ要セサルヘシ

心神不備
ニ因ル無
能力者

第二款 心神不備ニ因ル無能力者

各國法制

佛國

一五六 立法者カ無能力者トシテ其利益保護ノ規定ヲ設クルモノハ獨
 リ未成年者ニ止マラスシテ既ニ成年ニ達スルモ其心神不備ノ爲メ自ラ其
 財産ヲ管理シ其他生活上必要ナル行爲ヲ爲スコト能ハサル者ニ對シテモ
 猶ホ未成年者ニ均シキ保護ノ法律ヲ設ケリ而シテ其保護ノ程度モ亦タ心
 神不備ノ程度ニ依リテ異リ或ハ之ヲ禁治産ト稱シテ之ヲ後見人ニ付シ或
 ハ之ヲ准禁治産ト稱シテ單ニ保佐人ヲ付スルニ止マルモノアリ今之ニ關
 スル各國ノ法制ヲ見ルニ

佛國ニ於テハ心神不備ノ者ヲ三種ニ區別シ第一種ハ瘋癲白痴ノ常況ニ在
 ル者ニシテ未成年者ニ於クルト同一ノ制度ヲ設ケ以テ其身軀財産ノ保護

英國

ヲ爲セリ從テ其後見人ノ設定權限等ニ關スル規則ニ至テモ亦タ未成年者
 ノ場合ト殆ト同一ノ規則ニ從フヘキモノトセリ第二種ハ常時心神ヲ喪失
 セル者ニアラスシテ時々癡狂ノ狀態ニ在ル者ナリ從テ之ニ對シテハ全然
 治産ヲ禁スルコトナク唯タ之ニ相談人ヲ附シテ其重要ナル法律行爲ヲ保
 護セシムルニ過キス而シテ其行爲ハ民法第五百十三條ニ制限的列記ノ規
 定アリテ其以外ノ行爲ニ就テハ全ク能力ヲ有セシメタリ之ヲ准禁治産者
 ト稱シ浪費者モ亦タ此中ニ包含セリ第三種ハ即チ前二種以外ノ瘋癲者ニ
 シテ多少ノ條件ニ依リ瘋癲院ニ在ル者ナリ此種ノ瘋癲者モ其能力上幾分
 ノ制限ヲ加ヘ其財産ハ臨時ノ管理人ヲ設ケテ之ヲ保護セシムルコトト
 セリ

英國ニ於テハ瘋癲白痴及生來ノ聾者啞者及盲者ハ之カ爲メ特ニ設ケタル
 法官ノ決定ニ依リ無能力者ト爲スヘキモノトセリ而シテ其無能力ノ言渡
 ヲ受クタル者ノ爲メニ一ノ委員會ヲ設ケ之ヲシテ其身軀財産ヲ保護セシ

ム此種ノ無能力者ハ財産ヲ處分シ及ヒ義務ノ負擔ヲ爲スヲ得ス又タ其間ニ結ヒタル婚姻ハ之ヲ無効トセリ

普魯士

普國ニ於テハ醫學上ノ精密ナル検査ヲ爲シタル後裁判所ノ命令ニ依リテ之ヲ禁治産者ト定メ其身軀財産ヲ保護セシムルカ爲メ之ニ後見人ヲ付ス又タ必要ナル場合ニ當リテハ之ヲ其公立病院ニ入院セシムルヲ許可スルコトトセリ

奧地利匈
牙利

奧國ハ其制度殆ト普國ニ同シク匈牙利ニ於テハ瘋癲、白痴、心神耗弱者及混費者ニハ保佐人ヲ附スルノ制アリ

白耳義

白耳義ニ於テハ其制度殆ト佛國ニ同シト雖モ其瘋癲院ニ在ル者ニ就テハ特別法ヲ以テ多少變更セルモノアリ

西班牙

西班牙ニ於テハ身軀不隨及精神喪失者ニシテ自ラ其財産ヲ治ムルコト能ハサル者ニハ之ニ保佐人ヲ附ス而シテ其保佐人ハ專ラ近親中ヨリ之ヲ選フコトトセリ

伊太利

伊太利モ亦タ殆ト佛國ト同一ナリ唯タ後見人選任ノ點ニ就テ多少ノ差異アルノミ

和蘭

和蘭ニ於テモ亦タ其制度佛國ニ同シクシテ唯タ瘋癲者ノ身軀ニ關スル政府ノ監督及ヒ之ヲ瘋癲院ニ入ルルノ制度若クハ其財産管理ノ點ニ於テ特別法ヲ設ケテ特ニ注意ヲ加ヘタリ

露西亞

露西亞ニ於テハ瘋癲人ノ親族之ヲ地方廳ニ申請スレハ地方官及法官立會ノ上醫學上ノ検査ヲ爲シ其心神喪失ノ證據確實ナルトキハ之ニ必要ナル臨機ノ處分ヲ爲シ其最終ノ決定ハ露西亞帝國元老院ニ於テ之ヲ爲シ本人ハ先ツ其親戚ニ交付シ親戚之ヲ肯セサル場合ニ於テ之ヲ公立病院ニ入ルルモノトセリ而シテ其決定以來禁治産者ノ財産ハ假リニ之ヲ其相續人ニ引渡スト雖モ相續人ハ獨リ其財産ノ處分ヲ爲スコト能ハサルノミナラス之ヨリ生スル收入モ亦タ之ヲ保管シテ平癒ノ時ニ於ケル返還ノ準備ニ供セサルヘカラストセリ

我新民法ニ於テハ禁治産及準禁治産ノ二者ニ區別シ心神喪失ノ常況ニ在ル者ハ之ヲ禁治産者トシテ後見ニ付シ心神耗弱者、聾者、啞者、盲者、浪費者ハ之ヲ準禁治産者トシテ之ニ保佐人ヲ付スルコトトセリ其詳細ノ説明ハ之ヲ民法ニ譲リ敢テ茲ニ贅セス(新民法第七條乃至第十三條)

心神不備ニ因ル無能力者ニ關スル各國ノ法制ハ畧ホ右ニ述フル所ノ如シ之ヨリ其牴觸ニ就テ説明スヘシ

一五七 外國人ノ心神喪失者若クハ其他ノ者ノ我國ニ在ルトキハ之ニ對シテ我國裁判所ハ其者ノ身軀財産ノ保護ニ必要ナル一切ノ處分ヲ爲スコトヲ得ル乎若シ之ヲ爲スコトヲ得ルトセハ何レノ國法ニ從フヘキ乎即チ我國法ノ規定ニ從フヘキカ將タ外國人ノ本國法ニ從フヘキ乎此問題ニ關シテハ我國裁判所ハ公益保護ノ爲メ心神喪失者ノ財産保護ニ必要ナル保存行爲ヲ爲シ又タ其者ノ爲メニ他ニ危險アル場合ハ之ヲ瘋癲院ニ幽閉スル等必要ナル處分ヲ爲スコトヲ得ヘシ然レトモ此等ノ處分ハ所謂安寧

秩序ニ關スル警察上ノ處分トシテ公益保護ノ爲メニ之ヲ爲スモノナレハ之カ爲メニ其本人ノ身分及能力ニ對シテハ何等ノ影響ヲ及ホスコトナシ今一步ヲ進メテ我國裁判所ハ其外國人ニ對シテ禁治産ヲ宣告シ之ニ後見人ヲ附スルカ若クハ準禁治産者トシテ保佐人ヲ附スルカ如キ之ヲ爲スコトヲ得ルヤ否ヤノ問題ニ至テハ大ニ論スヘキ所ナリト雖モ此問題ハ之ヲ第三編ニ譲リ假リニ之ヲ爲シ得ヘシトセハ其禁治産若クハ準禁治産ノ條件及効果ニハ我國法ヲ適用スヘキカ將タ外國人ノ本國法ヲ適用スヘキ乎ノ問題アリ此問題モ亦タ身分及能力ニ關シテハ本國法ニ從フトノ原則ニ依リテ之ヲ決スルヲ得ヘシ是レ禁治産若クハ準禁治産ハ其本人及家族ノ利益ノ爲メニ成年者ヲ以テ未成年者ト見做スカ如キモノナルニ依リ其能力ニ關スルモノナルコト明カナレハナリ且ツ此決定ハ「ブールノア」ノ如キ對物法對人法區別派ノ學者ニ於テモ既ニ唱道セル所ナレハ何人モ爭ハサル所ナリ

以上ノ原則ニ依リ其適用ノ二三ヲ掲クレハ左ノ如シ

一 如何ナル人ヲ禁治産者又ハ準禁治産者ト爲ス乎ハ其本國法ニ依ル從テ外國法ニ於テ禁治産者ト爲スヘキ者ハ我國法ニ於テ之ヲ認メサル場合ト雖モ猶ホ之ヲ禁治産者ト爲ササルヘカラス之ニ反シテ我國法ニ於テ準禁治産者ト爲スヘキ者モ其本國法ニ於テ之ヲ認メサルトキハ亦タ準禁治産者ト爲スコトヲ得サルナリ

二 禁治産ノ請求ヲ爲シ得ル人モ亦タ其本國法ノ定ムル所ニ從フヲ以テ原則トス唯タ我國ノ檢事ハ公益ヲ代表シテ外國人ニ對シテモ禁治産ノ請求ヲ爲スヲ得ヘシ是レ其必要處分ニ就キ國際公安ノ問題生スレハナリ

三 禁治産ノ効力モ亦タ本國法ノ支配スル所ナリ而シテ其効力ハ人ニ關スルモノタルト財產ニ關スルモノタルトヲ問ハス均シク其本國法ニ從ハシメサルヘカラス又タ後見人保佐人等ノ種類其選任ノ方法及其權限等モ悉ク本國法ニ從フヘキナリ然レトモ若シ所在國ニ於テ本國法ノ適用ヲ

以上ノ原則ニ依ル
用ニ依ル
三ノ適

刑罰若クハ政治上宗教上ノ失權者
ハ宗教上ノ失權者
ハ政治上ノ失權者
ハ宗教上ノ失權者
ハ政治上ノ失權者

各國法制

爲サシムルコトヲ得サルトキハ未成年者ノ場合ト同シク其管轄ヲ其國駐在ノ本國領事ニ與フルモ亦タ一ノ便法タルヘシ

第三款 刑罰若クハ政治上宗教上ノ失權

ニ因ル無能力者

一五八 先ツ之ニ關スル各國法制ノ一斑ヲ見ルニ佛國ニ於テハ或種類ノ刑罰ヲ受ケタル者ハ之カ爲メ大ニ其能力ヲ減殺サルル場合多シ例ヘハ懲役禁錮ノ體刑ヲ受ケタル者ハ其刑期間當然治産ヲ禁セラルルカ如キ或ハ主刑若クハ附加刑トシテ公權ヲ剝奪スルカ如キ即チ是ナリ佛國以外ノ諸國ニ於テモ多クハ之ニ類スル法制ヲ見ル殊ニ或國ニ於テハ猶ホ民事上死去ノ制ヲ設ケテ或種類ノ重罪ニ處セラレタル者ハ法律上死者ト同一ニ

刑罰若クハ政治上宗教上ノ失權ニ因ル無能力者

看做サレ從テ相續ヲ開始シ婚姻ヲ解除シ爾後其夫婦間ノ生子ヲ以テ私生子ト看做スカ如キモノアリ我國ノ如キ亦タ佛國ノ制ニ倣ヒ刑事上ノ禁治產者及公權剝奪停止等ノ法ヲ設ケリ

此等ノ法制ニ基キ刑事裁判所ノ言渡シタル無能力ノ判決ハ其言渡ヲ爲シタル國外ニ於テ如何ナル影響ヲ及ホス乎此問題ヲ決スルニ方リ左ノ二個ノ場合ニ區別シテ之ヲ論セシ

第一 外國裁判所ニ於テ言渡サレタル場合

一五九 刑事ニ關スル法律ハ國際公安ニ關スルモノトシテ外國人ト雖モ必ス其土地ノ法律ニ從ハサルヘカラスアルコト各國法制ノ均シク認ムル所ナリ故ニ其刑罰ノ結果トシテ生スル無能力ハ外國人ト雖モ亦タ必ス之ヲ受ケサルヘカラス例ヘハ佛國ノ如キ其國法ニ於テハ既ニ民事上死去ノ制ヲ廢シタルモ其制度尙ホ存在セル國ニ於テ佛國人罪ヲ犯シタルトキハ其處刑ノ結果トシテ民事上死去ノ地位ニ立タサルヘカラス又タ反對ニ外

外國裁判所ニ於テ言渡サレタル場合

外國裁判所ノ言渡シタル無能力ハ其國內ニ止マレ

國人佛國ニ於テ罪ヲ犯シ其處罰ノ結果トシテ或種類ノ能力ヲ失フヘキトキハ假令其本國法ニ於テ斯ル制度ヲ存セサルモ猶ホ之ニ服セサルヘカラス然ルニ此點ニ就テ少シク疑ヲ生スヘキハ外國ニ於テ言渡サレタル裁判ノ結果ニ因ル無能力ハ其國外ニ於テモ猶ホ其効力ヲ有スルヤ否ヤ換言スレハ其無能力ハ終始其人ニ追隨スルモノナルヤ否ヤノ問題ナリ此問題ハ消極ニ決スルヲ以テ妥當ナリト信ス凡ソ刑罰法ハ之ヲ設ケタル國ノ公安ヲ維持セントスルモノニシテ其効力他國ニ及フヘキモノニアラス且ツ之ヲ犯シタル者ハ其國ノ安寧ヲ害シタルモノトシテ處分ヲ受ケタルモノナレハ苟モ其國ニ在ル間ハ其裁判ノ結果ニ服從セサルヘカラスト雖モ一朝其國外ニ出ツレハ其法律自體カ効力ヲ失フト同シク其結果タル無能力ノ言渡モ亦タ其効力ヲ失ヒ本來從フヘキ本國法ノ支配ノ下ニ復歸シ全ク其能力ヲ回復スルモノト論セサルヘカラス或ハ難シテ謂ハシ外國ニ於テ重大ナル罪ヲ犯シタル者一朝本國ニ歸來スレハ全然其能力ヲ回復スト爲ス

刑罰若クハ政治上宗教上ノ失權ニ因ル無能力者

トキハ其弊害測ラレサルモノアラント然リ余輩ト雖モ亦タ其弊害ヲ知ラサルニアラス然レトモ斯ル弊害ヲ避クニハ豫メ本國法ヲ以テ此等ノ犯罪者ニ關スル失權ノ規定無カルヘカラス單ニ外國裁判ノ結果ニ依リテ直ニ之ヲ無能力タラシムヘキモノニアラサルナリ左ニ之ニ關スル判例ヲ擧クン

千八百六十八年露國ノ軍人佛國ニ於テ無期徒刑ニ處セラレ其結果トシテ當然治産ヲ禁セラレタリ此判決ニ對シ露國元老院ハ內務大臣ノ報告ニ依リ露國刑法第二十五條及第二十八條ニ於テ徒刑ニ處セラレタル者ハ一切私權ノ享有ヲ失フコトノ規定ヲ適用シテ其能力ヲ認メタリ之ニ反シ千八百八十七年丁抹ノ軍人獨逸ニ於テ重罪ニ處セラレ其結果トシテ公權ノ剝奪ニ遇ヒタルモ其丁抹ニ歸國スルヤ之ニ對スル年金其他一切ノ待遇ヲ復セリ蓋シ其理由トスル所ハ丁抹人ノ外國ニ於テ犯シタル行爲ハ果シテ丁抹ノ法律ニ照シテ有罪ナルヤ否ヤ確實ナラス云々

本國裁判所ニ於テ言渡サレタル場合

本國法ノ言渡シタル場合ハ其無能力及ハ外國ニ及フ

ト謂フニ在リタリ

第二 本國裁判所ニ於テ言渡サレタル場合

一六〇 日本人日本ノ刑事裁判所ニ於テ處刑ヲ言渡サレタル結果トシテ治産ヲ禁セラレタル場合ハ其無能力ハ外國ニ於テモ猶ホ有効ナルヤ此場合ニハ其無能力ハ其人ヲ追隨シテ有効ナリト謂ハサルヘカラス如何トナレハ此場合ノ被告人ハ前ノ場合ト異リ獨リ我國内ニ於ケル公安ノ理由ニ依テ處罰セララルニ止マラス其本國人タルノ故ヲ以テ處罰セラレタルモノナレハナリ抑モ一國ノ法律ハ其臣民ノ身分能力ヲ支配スルモノナリ故ニ苟モ其法律ノ作用ニ依リテ身分能力ノ變更ヲ來シタルトキハ其由テ來ル所以ノ如何ヲ問ハス常ニ其人ニ追隨スヘキモノナリ從テ其法律規定ノ自然ノ結果タルト刑事裁判ノ結果タルトハ更ニ之ヲ問フヲ要セサルナリ

以上述フル所ト同一ノ理由ニ依リ外國人ノ其本國刑事裁判ノ結果ニ因リ

刑罰若クハ政治上宗教上ノ失權ニ因リ無能力者

テ無能力タル者ハ我國ニ於テモ均シク無能力ナリト謂フヘシ然レトモ此點ニ就テハ一ノ例外アリテ其外國裁判所ノ言渡シタル無能力我國ノ國際公安ニ關スルモノナルトキハ我國ハ之ヲ認ムルヲ得サルヘシ例ヘハ民事上ノ死去ノ如キハ假令外國裁判所カ斯ル無能力ヲ言渡シタリトスルモ我國ニ於テハ之ヲ認ムルヲ得サルナリ

右ノ外外國法ニ於テハ或ハ政治上ノ理由、人ノ階級、宗教ノ異同、又ハ職業ノ如何ニ依テ之ヲ無能力者ト爲スモノアリ此等ノ無能力モ亦タ法律上各人ノ平等ヲ認メタル我國ノ國法上ニ於テハ國際公安ニ關スルモノトシテ之ヲ斥ク其能力ヲ認メサルヘカラス例ヘハ或國法ニ於テ或宗教ニ從事スル者ハ民事上ノ死去者ト爲スカ如キ(我國從來ノ虛無僧ノ如シ)又タ或國ニ於テ或宗教信者ヲ無能力者ト爲スカ如キ又タ或國ニ於テハ白人種以外ノ者ヲ無能力者ト爲スカ如キ或ハ又タ皇族ハ一切君主ノ許可ヲ得サレハ結婚ヲ爲スノ能力ナク又ハ爲替證書ヲ作ルノ能力ナシト爲スカ如キ此等特別

ノ無能力ハ一般ノ公益ニ關スルモノトシテ一切內國ニ於テ之ヲ認メサルモノトス

家族權ニ
關スル法
律ノ牴觸

婚姻

第三章 家族權ニ關スル法律ノ牴觸

第一節 婚姻

一六一 婚姻ハ之ニ因テ正當ナル一家ヲ組織シ一切ノ家族權ヲ生スル
 根源ニシテ人生ノ行爲中最モ重要ナルモノノ一ニ數フルヲ得ヘシ殊ニ婚
 姻ハ人生自然ノ傾向ニ應スルモノナルヲ以テ時ノ古今ヲ問ハス國ノ東西
 ヲ論セス一トシテ之ニ關スル法制ヲ有セサルハナシ然レトモ其實質上ノ
 條件及ヒ其方式其他消滅解除等ノ方法ニ至テハ各國法制上ノ差異甚タシ
 キモノアリ從テ法律ノ牴觸ヲ來スコト尠ナカラズ殊ニ一方ニ於テハ國際
 關係ノ頻繁ナルヨリ國際婚姻ヲ爲ス者日ニ倍多キヲ加ヘ他方ニ於テハ婚
 姻ヨリ生スル家族制度ノ良否ハ一國組織ノ良否ニ關スルカ爲メ必スシモ

家族權ニ關スル法律ノ牴觸 婚姻

當事者ノ本國法ノミニ從ハシムヘキモノニアラス是ニ於テカ婚姻ニ關シテハ國際私法上重要ナル問題ヲ生スルコト多シ依テ本節ニ於テ此等諸般ノ問題ヲ研究セントス

第一款 婚姻ノ實質上ノ條件

婚姻ノ實質上ノ條件

各國法制

佛國

一六二 先ツ各國ノ法制ヲ見ルニ佛國ニ於テハ(一)大統領ノ特許アル場合ノ外ハ男子ハ十八歳女子ハ十五歳以上ニアラサレハ結婚スルコトヲ得ス(二)男子二十五歳以下女子二十一歳以下ノ者ハ結婚ニ關シ父母又ハ後見人ノ承諾ヲ得サルヘカラス(三)其年齢以上ノ者ト雖モ父母又ハ其尊屬親ノ意見ヲ請ハサルヘカラス(四)何人モ前婚消滅以前ニ再婚ヲ爲スヲ得ス(五)婦女ハ前婚消滅ノ後ト雖モ十箇月以内ハ再婚スルヲ得ス(六)親族間姻族間ニハ一切ノ直系親間及ヒ傍系ニハ兄弟姉妹間、亡夫妻ノ兄弟姉妹間及ヒ伯叔父

英國

母甥姪間ノ結婚ハ之ヲ爲スヲ得ス但シ(四)(五)(六)ノ場合ハ重大ナル理由アレハ大統領ノ特許ニ依リテ結婚スルコトヲ得ト爲セリ

英國ニ於テハ男子ハ十四歳女子ハ十二歳ニシテ始テ結婚ヲ爲スコトヲ得男女共ニ二十一歳ニ達セサル間ハ必ス父母又ハ後見人ノ承諾ヲ得サルヘカラス又タ前婚解消セサレハ再婚ヲ爲スヲ得ス親族及姻族間ノ結婚ハ一切ノ直系親及三等親内ノ傍系親間ニ在テハ之ヲ爲スヲ得ストセリ又タ蘇格蘭ニ於テハ結婚期即チ男子十四歳女子十二歳ヲ過クレハ父母又ハ後見人ノ許諾ヲ要セストシテ極テ之ヲ容易ニセリ

獨逸

獨逸ニ於テハ男子二十歳以上女子十六歳以上ヲ以テ結婚期トシ(但シ特許ノ制アリ)男子二十五歳女子二十四歳以下ハ父又ハ父亡キトキハ母ノ承諾ヲ要シ且ツ二十一歳未滿ノ者ハ尙ホ之ニ後見人ノ承諾ヲ必要トセリ又タ養子ノ場合ニハ養父ノ承諾ヲ得サルヘカラストシ又タ重婚ヲ禁シ親族ニ在テハ一切ノ直系親間ニ之ヲ禁シ傍系親ニ在テハ兄弟姉妹間ノミ之ヲ禁

奧地利

セリ其他養父母養子女間ノ結婚ヲ禁シ婦女ハ前婚解消ノ後十箇月ヲ經過スルニアラサレハ再婚スルヲ得ストセリ

奧國ニ於テハ男女共ニ十四歳以前ニ結婚スルヲ得スト爲シ二十四歳未滿ノ者及義務ヲ負フ能力ナキ成年者ハ父ノ承諾ヲ要シ若シ父死亡セルカ又ハ承諾ヲ與フルコト能ハサル地位ニ在ルカ或ハ又タ其子女ノ私生子ナル場合ニ於テハ後見人ノ承諾及裁判所ノ認可ヲ要ストシ又タ軍人ハ總テ其長官ノ認許アルニアラサレハ結婚ノ能力ナク親族間ノ結婚ニ就テハ其親族タルト姻族タルトヲ問ハス又タ其嫡出ナルト庶出ナルトヲ問ハス直系親族間ニハ一切之ヲ禁シ傍系親ニ在テハ伯叔父母甥姪間及從兄弟姉妹間ノ結婚ヲ禁セリ又タ宗教上ニ於テ基督教信者ハ他宗ノ者ト結婚スルヲ得ストシ其他高等ノ僧侶ハ勿論普通ノ信者ト雖モ不婚ノ誓ヲ爲シタル者ハ結婚ノ能力ヲ有セストセリ又タ姦通其他ノ理由ニ因リ離婚ヲ爲シタル者ト其離婚ノ原因ト爲リタル者トノ間ニ於ケル結婚モ亦タ之ヲ禁セリ又タ

西班牙

懷妊中離婚セル婦女ハ出産後ニアラサレハ再婚スルヲ得ス若シ其懷妊疑ハシキトキハ六箇月後ニ至レハ再婚ヲ爲シ得ルモノトス但シ鑑定ノ結果ニ由リ妊娠ニアラサルコト確定シタル場合ニ於テハ特許ヲ得テ再婚スルヲ得ト爲セリ又タ此國ニ於ケル猶太人ニハ兄弟姉妹間甥姪伯叔父母及伯叔祖父母間ノ結婚ヲ許サス又タ鰥夫ト其亡妻ノ直系親若クハ姉妹ト結婚スルカ如キ又タ寡婦ト亡夫ノ直系親兄弟甥及ヒ其子ト結婚スルカ如キ均シク禁スル所ナリ

西班牙ニ於テハ男子ハ十四歳女子ハ十二歳ニ達スレハ結婚ヲ爲スコトヲ得男子二十三歳以下女子二十歳以下ハ父ノ承諾ヲ要シ父亡キトキハ母若シ父母共ニ亡キトキハ父方ノ祖父次ニ母方ノ祖父ノ承諾ヲ要シ其總テ在ラサルトキハ親族會議ノ決議ニ基キ後見人ノ承諾ヲ得且ツ地方裁判所ノ認可ヲ得ヘキモノトス右ノ年齢ヲ經過スレハ承諾ヲ受クルヲ要セスト雖モ猶ホ法律ノ定ムル所ニ從ヒ尊屬親ノ意見ヲ聞カサルヘカラス而シテ此

國ニ在テハ親權ノ勢力甚タ強キヲ以テ此婚姻承諾ノ規定ニ反スルトキハ之ニ對スル制裁モ亦甚タ重シ又タ親族間ノ結婚モ一切ノ直系及傍系ノ親族間ハ勿論姻族ニ於テモ四等親マテ之ヲ禁セリ其他養子ニ就テモ直系ノ親族間ニハ之ヲ爲スヲ得ス又タ處刑ノ裁判ヲ受ケタル姦夫姦婦間ニハ結婚ヲ許サストセリ

伊太利

伊太利ニ在テハ結婚ニ關スル實質上ノ條件殆ト佛國ニ異ラス隨テ其年齡及承諾ニ關スルコトヨリ親族結婚禁止ノコトニ至ルマテ更ニ佛國ト異ルコトナシ唯タ其一二異ルモノハ佛國ニ於テハ婦女ハ婚姻解消ノ後十箇月ヲ經ルニアラサレハ嚴ニ再婚ヲ禁スト雖モ伊太利ニ於テハ其出產セシ者ハ直ニ結婚スルヲ許シ又タ男子二十五歳女子二十一歳以上ハ父母ノ承諾ヲ請フヲ要セスト爲スカ如キ其主タルモノナリ

和蘭

和蘭ニ於テハ男子十八歳女子十六歳ニ至テ結婚ヲ爲スコトヲ得男女共ニ二十三歳以下ノ未成年者ナルトキハ父及母ノ承諾ヲ要シ母其意見ヲ異ニ

スルトキハ父ノ承諾ノミヲ以テ足レリトス又タ父死亡スレハ其權母ニ移リ母死亡スレハ父方ノ祖父次ニ母方ノ祖父次キニ父方ノ祖母更ニ母方ノ祖母等順次之カ承諾ノ權ヲ有ス若シ尊族親悉ク死亡スルトキハ後見人及後見監督人ノ承諾ヲ要シ若シ之ヲ拒ムニ於テハ區裁判所ノ認可ヲ得サルヘカラストシ又タ父ノ承認シタル私生子ハ其父ノ承諾ヲ要シ父亡キトキハ母ノ承諾ヲ要シ父母共ニ死亡セルカ又ハ承認ヲ受ケサル子ニハ其後見人及後見監督人ノ承諾ヲ要シ其之ヲ拒ムニ於テハ區裁判所ノ認可ヲ要ストシ其他成年者ト雖モ三十歳ニ至ルマテハ猶ホ父母ノ意見ヲ請ハサルヘカラストセリ又タ親族結婚ニ關シテハ其嫡出タルト庶出タルトヲ問ハス親族姻族共ニ兄弟姉妹間甥姪ト伯叔父母及伯叔祖父母間ハ之ヲ禁シ其他姦通者相互間ニ在テモ亦之ヲ禁シ又タ婦女ハ前婚解消ノ後三百日ヲ過クルニアラサレハ再婚ヲ爲スヲ得ストセリ

露西亞

露西亞ニ於テハ男子十八歳女子十六歳以後ニ於テ甫テ結婚ヲ許ス但

シ露西亞教ノ僧侶ヲシテ特ニ其年齡ニ滿タサル最後ノ六箇月間ニ結婚ヲ許サシムルノ權ヲ與フ此國ニ於テ一種特別ナルハ男女共ニ八十歳ヲ超ユレハ結婚ノ能力ナシトセル是ナリ其他男女共ニ父母後見人又ハ保佐人ノ承諾ヲ得サレハ結婚ヲ爲スヲ得ス猶ホ左ノ場合ニ於テハ確ク結婚ヲ許サス(一)前婚ノ關係未タ絶ヘサル者(二)既ニ三回結婚シタル者(三)國教ノ僧侶全躰又タ親族結婚ハ宗法ノ禁スル所ニシテ親族姻族共ニ四等親以內ハ之ヲ爲スヲ得ス其他名付親名付子(宗教上親子ノ名分ヲ有スル者)ノ間ニ結婚ヲ爲スヲ得ス蓋シ此等ノ者ハ精神上ノ親子ト看做スニ因ルナリ

瑞典

瑞典ニ於テハ男子二十一歳女子十五歳ヲ以テ結婚期トシ二十五歳以下ノ未成年ノ婦女及成年ノ婦女ト雖モ後見ニ付セラレタル者ハ父又ハ後見人ノ承諾ヲ必要トセリ又タ男子ハ妻ノ死亡ヨリ六箇月女子ハ夫ノ死亡ヨリ一年以後ニアラサレハ再婚ヲ爲スヲ得ス又タ配偶者ノ死亡後其生子其他ノ相續人ニ對シ法律上ノ分配ヲ爲ササル以前ニ於クル鰥夫寡婦ハ再婚ス

丁抹、那威

ルヲ得ス又タ姦夫姦婦ノ間ハ假令他ノ一方ノ配偶者死亡ノ後ト雖モ結婚ヲ許サス姦通ヲ理由トシテ離婚セシ者ハ其前配偶者生存シテ未タ再婚セサルカ其承諾ニ國王ノ認可ヲキ間ハ之ヲ許サス又タ禁錮以上ノ刑ニ處セラレタル者ハ其刑期間結婚ヲ爲スヲ得ス其他親族結婚ニ就テハ一切ノ直系親間及傍系親ニ在テハ兄弟姉妹間及伯叔父母甥姪間及父生存中ハ繼母ノ子及ヒ其父母ト結婚スルヲ許サストセリ

丁抹、那威ニ在テハ男子二十歳女子十六歳ヲ以テ結婚期トシ其他ハ瑞典ト大同小異アルノミ

我國ニ於テハ新法典ノ修正未タ其終ヲ告ケサルヲ以テ暫ラク親族篇ノ條布ヲ俟テ以下婚姻ノ實質條件ニ關スル法律ノ抵觸ニ就キ場合ヲ分テ之ヲ論セントス

外國ニ於ケル内國人間ノ婚姻

第一 外國ニ於ケル内國人間ノ婚姻

一六三 外國ニ於ケル内國人間ノ婚姻ニ就テハ英米ノ判決例ニ依ルト

キハ今日猶ホ其實質上ノ條件ニ就テモ婚姻舉行地ノ法律ニ從フヘキモノト爲セルカ如キモ余輩ハ斷シテ之ニ反對シ身分及能力ニ關スル一國ノ法律ハ國境ヲ越ヘテ猶ホ其臣民ヲ追隨スルノ原則ヲ適用シ其婚姻本國ニ對シテ有効ナルニハ必ス其當事者ノ本國法ノ命スル所ニ適合スルヲ要スト論定セントス是レ婚姻ハ身分及能力ニ關スル行爲中其最重要ナルモノナレハナリ此論定ノ結果トシテ婚姻能力ノ年齡之ニ對シテ拒否ノ權ヲ有スル人及ヒ結婚禁止ノ規則等悉ク其本國法ニ從ハサルヘカラス唯タ其規定中婚姻舉行國ノ國際公安ニ關スルモノアルトキハ之ヲ許ササルハ其國ノ權利タルコト上來屢論述セシ所ト異ラス

第二 內國ニ於ケル外國人間ノ婚姻

一六四 右ノ場合ト反對ニ外國人カ內國ニ於テ婚姻ヲ舉行スル場合ニ於テモ其實質上ノ條件ハ悉ク其當事者ノ本國法ヲ適用スヘキモノト論定セサルヘカラス然レトモ前項末段ニ述フルカ如ク外國人ノ結婚ニ關スル

婚姻ノ實質上ノ條件ニ關スル法律ニ從フヘキモノト爲セルカ如キモ余輩ハ斷シテ之ニ反對シ身分及能力ニ關スル一國ノ法律ハ國境ヲ越ヘテ猶ホ其臣民ヲ追隨スルノ原則ヲ適用シ其婚姻本國ニ對シテ有効ナルニハ必ス其當事者ノ本國法ノ命スル所ニ適合スルヲ要スト論定セントス是レ婚姻ハ身分及能力ニ關スル行爲中其最重要ナルモノナレハナリ此論定ノ結果トシテ婚姻能力ノ年齡之ニ對シテ拒否ノ權ヲ有スル人及ヒ結婚禁止ノ規則等悉ク其本國法ニ從ハサルヘカラス唯タ其規定中婚姻舉行國ノ國際公安ニ關スルモノアルトキハ之ヲ許ササルハ其國ノ權利タルコト上來屢論述セシ所ト異ラス

內國ニ於ケル外國人間ノ婚姻ニ關スル法律ニ從フヘキモノト爲セルカ如キモ余輩ハ斷シテ之ニ反對シ身分及能力ニ關スル一國ノ法律ハ國境ヲ越ヘテ猶ホ其臣民ヲ追隨スルノ原則ヲ適用シ其婚姻本國ニ對シテ有効ナルニハ必ス其當事者ノ本國法ノ命スル所ニ適合スルヲ要スト論定セントス是レ婚姻ハ身分及能力ニ關スル行爲中其最重要ナルモノナレハナリ此論定ノ結果トシテ婚姻能力ノ年齡之ニ對シテ拒否ノ權ヲ有スル人及ヒ結婚禁止ノ規則等悉ク其本國法ニ從ハサルヘカラス唯タ其規定中婚姻舉行國ノ國際公安ニ關スルモノアルトキハ之ヲ許ササルハ其國ノ權利タルコト上來屢論述セシ所ト異ラス

結婚期ニ關スル法律ニ從フヘキモノト爲セルカ如キモ余輩ハ斷シテ之ニ反對シ身分及能力ニ關スル一國ノ法律ハ國境ヲ越ヘテ猶ホ其臣民ヲ追隨スルノ原則ヲ適用シ其婚姻本國ニ對シテ有効ナルニハ必ス其當事者ノ本國法ノ命スル所ニ適合スルヲ要スト論定セントス是レ婚姻ハ身分及能力ニ關スル行爲中其最重要ナルモノナレハナリ此論定ノ結果トシテ婚姻能力ノ年齡之ニ對シテ拒否ノ權ヲ有スル人及ヒ結婚禁止ノ規則等悉ク其本國法ニ從ハサルヘカラス唯タ其規定中婚姻舉行國ノ國際公安ニ關スルモノアルトキハ之ヲ許ササルハ其國ノ權利タルコト上來屢論述セシ所ト異ラス

條件內國ノ國際公安ニ反スル場合ハ亦タ必ス之ヲ禁止セサルヘカラス而シテ其果シテ國際公安ニ關スルヤ否ヤノ點ニ付キ多少ノ疑ヲ生スル場合アリ仍テ二三ノ例ヲ舉クテ其適用ヲ明カニセシ

一 佛國ニ於テ西班牙人タル滿十四歳ノ男子ト同國人タル滿十二歳ノ女子トノ間ニ婚姻ヲ舉行スル場合ハ佛國ノ國際公安ニ關スルコトナキ乎或ハ曰ク凡ソ法律ニ於テ婚姻能力ヲ定ムルハ其國民ノ衛生上又ハ智識上ノ程度ヲ慮リ國家ノ根本タル家族ノ組織ニ關シ善美ナル效果ヲ得ント欲スルニ在レハ其國內公安ニ關スルモノタルハ勿論同時ニ國際公安ニ關スルモノトシテ其國法ニ反スル婚姻ハ總テ之ヲ禁セサルヘカラスト然レトモ此說ハ所謂國內公安ト國際公安トノ區別ヲ誤リタルモノナリ即チ本例ノ場合ハ之ヲ國內公安ニ關スト謂フヲ得ヘキモ之ヲ以テ國際公安ニ關スト謂フヘカラス故ニ余輩ハ此等ノ婚姻ヲ以テ當然有効ナリト謂ハントス其然ル所以ハ凡ソ一國民ノ身軀及智識ノ發育ハ人種氣候風俗人情等ノ如

何ニ因リテ異リ一國民ハ他國民ト其成熟ノ時期ニ於テ互ニ遲速ノ差アルモノナリ故ニ之ヲ計量シテ婚姻能力ノ年齢ヲ定ムルハ獨リ本國法ノ掌ル所ニシテ他國法ノ與リ知ル所ニアラス殊ニ此等外國人ハ內國臣民ト爲リテ內國ノ組織ニ關スルモノニアラサレハ其身軀、智識ノ成熟セルト否トハ內國ノ公益ニ利害ノ關係ヲ及ホスコトナシ故ニ此等外國人間ノ婚姻ハ一ニ其爲ス所ニ放任セサルヘカラス

二 婚姻能力ノ年齢ニ違シタル蘇格蘭人佛國ニ於テ其尊屬親ノ承諾ヲ得スシテ婚姻ヲ爲サントスル場合モ亦タ前例ノ場合ト同シク其本國法ノ規定スル所ニ一任シ佛國法ノ關與スル所ニアラサルナリ

三 外國人ノ所屬國法ニ於テ他國ニ於ケル婚姻ノ場合ニ於テモ尙ホ其本國君主ノ許可ヲ必要トセル場合ニ其許可ヲ得サル者ハ內國ニ於テモ結婚能力ヲ有セス然レトモ斯ル條件ハ一般ノ國民ニ悉ク之ヲ必要ナリトスル場合ニ限ルモノニシテ彼ノ君主國ノ法制中往々見ル所ノ皇族ニ限リ特

二 婚姻承諾
規 則
法 則
從 本 國 法

婚 姻 能 力
君 主 之 特 許
許 可 之 要 件
之 要 件
國 際 公 安
乎 關 於 國 家 之 安 全

ニ君主ノ許可ヲ要スル特別ノ無能力ノ如キハ平等主義ヲ原則トセル國法ノ下ニ於テハ更ニ之ヲ認メサルナリ但シ此場合ニ於テモ君主ノ特許ナキトキハ其本國法ニ對シテハ之ヲ無効ト爲スヘキモ婚姻舉行地ニ在テハ其條件ヲ是認スルヲ以テ却テ國際公安ニ關スルモノト爲スヘシ

四 或國法ノ規定ニ依リ宗教上ノ盟約ヲ爲シタルカ爲メ又ハ宗教ヲ異ニスルカ爲メ若クハ人種ノ異同ニ依リ又ハ特種ノ刑罰ニ因リ婚姻無能力者ト爲シタル者モ亦タ內國ニ於テハ斯ル無能力ハ國際公安ニ關スルモノトシテ之ヲ是認セスシテ自由ニ之カ結婚ヲ爲サシメサルヘカラス例ヘハ民事上死者ト見做サレタル或國ノ僧侶ノ如キ又タ佛國ノ加特力教ノ僧侶若クハ瑞西ノ新教ノ僧侶ノ如ク其本國法ニ於テハ結婚無能力者トシテ彼等ノ結婚ヲ許ササルモ內國ニ於テハ自由ニ之ヲ許スヲ得ヘシ其他亞米利加「テキサス」州人ノ如キ白人種以外ノ婦女ト結婚スルヲ禁セラレタル者又ハ外國ニ於テ刑罰ノ結果トシテ民事上死去ヲ宣告サレタル者ノ如キ亦タ

宗 教 人
種 等 無 因
種 類 結 婚
能 力 者 無
內 國 結 婚
ハ 有 効 ナ

