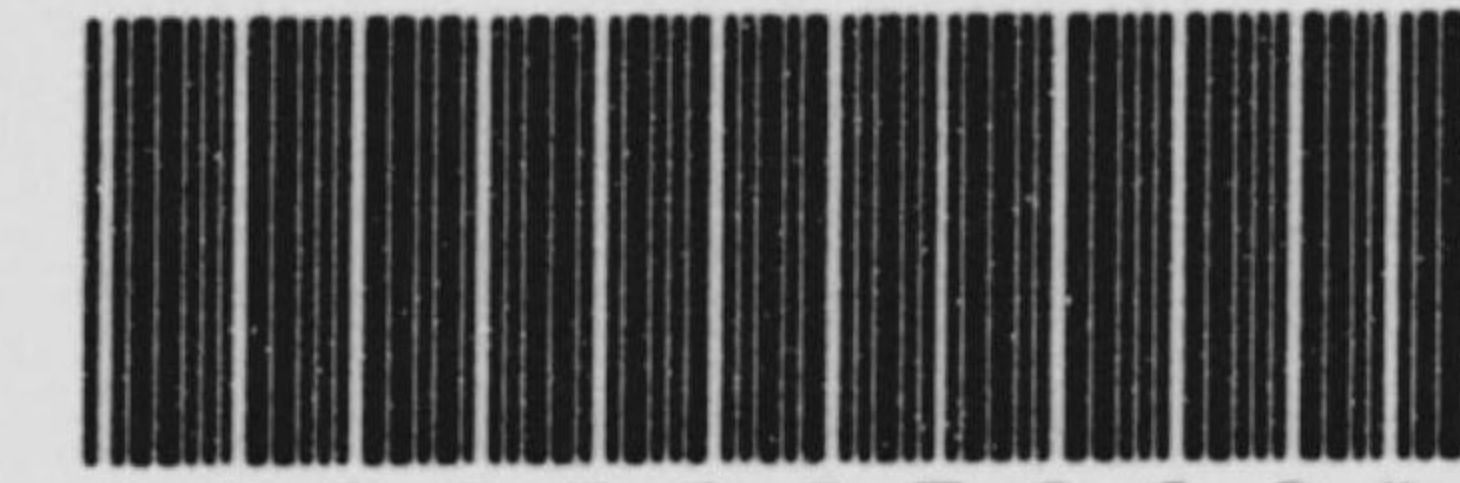


329.6

Y193k

(2)



0018227000

0018227-000

329.6-Y193k-(2)

國際私法

山田三良・著

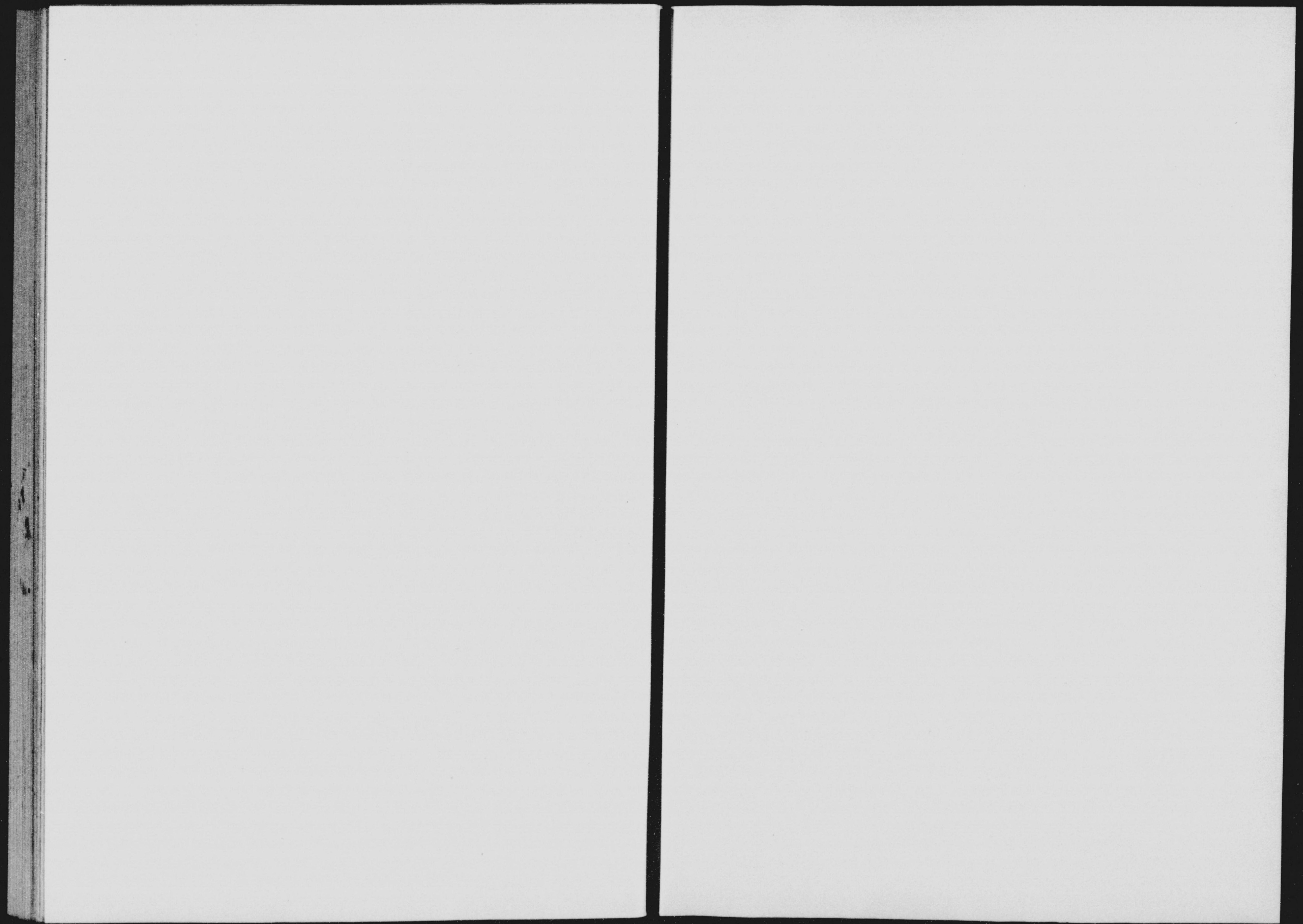
有斐閣

合冊再版

1941

ACJ





H225-8X

法學博士 山田三良 著

國際私法

東京書肆有斐閣

第二項 獨逸學派……………六三
 第三項 伊佛學派……………七二
 第四項 最近の學說……………七五

第四章 國際私法制定の沿革

第一節 國內的立法の沿革……………八八
 第一項 實質上の沿革……………八八
 第二項 形式上の沿革……………九〇
 第三項 法例制定の由來……………九二
 第四項 國際私法の系統……………九九
 第二節 國際的立法の沿革……………一〇一
 第一項 南米會議及汎米會議……………一〇一
 第二項 海牙國際私法會議……………一〇四

第五章 准國際私法

第一節 總說……………一一五
 第二節 異法地域發生の原因……………一一六
 第三節 異法地域と國際私法……………一二〇

第四節 異法地域間の牴觸問題……………一二一

第六章 國際私法研究の方法及範圍

第一節 國際私法の研究方法……………一二七
 第一項 純理的研究方法……………一二八
 第二項 成法的研究方法……………一三〇
 第二節 國際私法研究の範圍……………一三三

第一篇 國籍及住所

第一章 總說……………一四〇

第一節 國籍の意義及性質……………一四〇
 第二節 國籍法の根本原則……………一四三
 第三節 國籍法の地位……………一五〇

第二章 國籍の取得

第一節 生來の國籍取得……………一五三
 第一項 總論……………一五三

第二項 消極的抵觸問題解決の原則	二五一
第一款 國際的解決の原則	二五一
第二款 國內的解決の原則	二五三
第四節 一國數法の場合に於ける本國法	二五七
第六章 住所の抵觸	二六一
第一節 總說	二六一
第二節 住所の抵觸問題解決の原則	二六七
第一項 住所の積極的抵觸問題	二六七
第二項 住所の消極的抵觸問題	二七三
第二篇 外國人の地位	二七五
第一章 外國人の地位の沿革	二七五
第一期 敵視主義	二七七
第二期 賤外主義	二七八
第三期 排外主義	二七九
第四期 相互主義	二八〇
第五期 平等主義	二八三

第二章 現行法上に於ける外國人の地位

第一節 公法上の地位	二九五
第一項 個人的自由權	二九五
第一款 往來居住の自由	二九六
第二款 身體の自由、住居及財産の不可侵	三〇三
第三款 精神上的の三大自由	三〇四
第四款 營業の自由	三〇七
第二項 國家の保護請求權	三一六
第三項 參政權	三二〇
第四項 公法上の義務	三二一
第二節 私法上の地位	三二三
第一項 人格權	三二四
第二項 財産權	三二五
第三項 親族權	三四〇
第四項 相続權	三四三
第三章 外國法人の地位	三四六
第一節 外國法人の意義	三四六

第二節 外國法人の認許 三六六

第三節 外國法人の權利 三八二

第四節 認許せられざる外國法人の地位 三八八

第三篇 法律の牴觸

三九四

總論

三九四

第一章 外國法

三九四

第一節 外國法の意義及び性質 三九四

第二節 外國法の證明 三九八

第三節 外國法の適用と上告 四〇四

第二章 外國法適用の制限

四〇八

第一節 外國法適用の制限に關する主義 四〇八

第二節 外國法適用制限の標準 四一三

第三節 法例第三十條の意義 四一八

第三章 反致法

四二四

第一節 反致法の意義及性質 四二四

第二節 反致法に對する非難 四二七

第三節 反致法の適用範圍 四三四

第四章 準據法

四三九

第一節 準據法の意義及性質 四三九

第二節 準據法の略稱 四四二

第五章 法律關係性質決定の準據法

四四七

各論

四五七

第一部 國際民法

四五七

第一章 人事法

四五八

第一節 權利能力 四五八

第一項 一般的權利能力 四五八

第二項 特別的權利能力 四六二

第二節 行為能力 四六四

第一項 總說	四六四
第二項 未成年	四六七
第三項 禁治產	四八一
第一款 禁治產の管轄權	四八一
第二款 禁治產の原因	四八四
第三款 禁治產宣告の效力	四八六
第四項 準禁治產	四八八
第四項 準禁治產	四九九
第三節 失蹤	四九五
第一項 失蹤宣告の管轄權	四九七
第二項 失蹤宣告の效力	五〇三
第三項 外國裁判所の宣告したる失蹤の效力	五〇四
第二章 物權法	五〇六
第一節 總論	五〇六
第二節 各論	五一三
第一項 物及物の區別	五一三
第一款 物	五一三
第二款 物の區別	五一四

第二項 物權の種類及效力	五一五
第一款 占有權	五一六
第二款 所有權	五一八
第三款 地上權、永小作權、地役權	五一九
第四款 留置權、先取特權、質權、抵當權	五一九
第五款 登記すべき權利	五二二
第六款 物權の得喪	五二二
第七款 取得時效	五二八

第三章 債權法

第一節 概論	五三五
第二節 法律行為より發生する債權	五三八
第一項 法律行為の實質的要件	五三八
第二項 法律行為の形式的要件(方式)	五五八
第三節 不法行為より發生する債權	五六五
第四節 事務管理及不當利得より發生する債權	五八二
第一項 事務管理	五八三
第二項 不當利得	五八五

第五節

債権の效力及び債権譲渡の第三者に對する效力

- 第一項 當事者間に於ける債権の效力……………五八七
- 第二項 債権譲渡の第三者に對する效力……………五九二

第四章 親族法

第一節 婚姻

姻

第一項 婚姻の成立要件……………六〇一

第二項 婚姻の效力……………六〇一

第一款 身分上に及ぼす效力……………六〇九

第二款 財産上に及ぼす效力……………六〇九

第三項 離婚……………六一六

第一款 離婚の管轄權……………六二三

第二款 離婚の原因……………六二三

第二節 親子

第一項 嫡出子……………六三二

第二項 私生子……………六三三

第一款 私生子認知の要件……………六三六

第二款 私生子認知の效力……………六三六

六四〇

第三項 養子……………六四一

第一款 養子縁組の要件……………六四一

第二款 養子縁組の效力……………六四三

第三款 離縁……………六四四

第四項 親子間の權利義務……………六四五

第一款 身分に關する權利義務……………六四六

第二款 財産に關する權利義務……………六四七

第三節 扶養の義務……………六四九

第四節 後見及保佐……………六五三

第五章 相続法

第一節 相続……………六六〇

第一項 總論……………六六〇

第二項 各論……………六六六

第二節 遺言……………六七四

第一項 遺言の實質的要件……………六七四

第二項 遺言の形式的要件……………六七八

第三項 遺言の效力……………六八四

目次
第四項 遺言の取消……………一四
……………六八六



緒論

第一章 國際私法の意義及び性質

第一節 國際私法存在の條件

國際私法
存在の條
件

國際私法は歐米諸國に於ても第十九世紀以來漸く發達するに至つた尙極めて幼稚なる法律である。特に我國に於ては明治三十二年七月領事裁判權を撤廢したる改正條約の實施以來始めて其の實用を見るに至つた比較的新規なる法律である。従つて國際私法の意義性質如何を説明するに先ち、一言國際私法は何故に最近世に及んで始めて發達したる法律であるか、抑も國際私法は如何なる條件を具備する社會にして始めて存在すべき法律であるかを略述する必要がある。而して第十九世紀以來激變したる社會的現象の最も主要なる特色の一は、國際交通の進歩發達に伴うて何れの國に於ても外國人の權利保護を増進するに至つた點

内外人の
交通往來

に存するので、國際私法存在の條件は之を(一)内外人の交通往來、(二)外國人の權利保護、(三)内外法律の差異並に、(四)自主獨立の法權の四項に分説することが出来る。

一 内外人の交通往來 交通機關尙幼稚なりし古代に於ては、内外人の交通往來は實際上極めて困難なりしのみならず、各國共に多くは鎖國主義を採つて外國人の内國に來住することを排斥すると同時に内國人の海外に渡航することをも禁止して居つたので、一國の領土内に在る者は唯其國の臣民のみに限られ、一切の法律關係は唯内國に於ける内國人間の關係に外ならなかつたのである。従つて斯る時代に國際私法の存在すべき理由を缺くことは素より當然であると言はねばならぬ。然るに近世特に第十九世紀後半以來、各種の新規なる交通機關相次いで發明せられ、天涯地角猶ほ比隣の如く相接近し、僅に一ヶ月を出でずして世界を一周し得るに至つたのみならず、各國皆開國進取の國是を採つて通商貿易の發達を企圖するに至つたので、内外人の交通往來は急激に發達し、世界到る處内外人間の法律關係の發生を見るに至つた。加之ならず、今や内國に居住しながら書面又は電信に依つて世界各國に於ける商館と日常自由に種々重要なる契約を締結し得ることとなつたのである。國際私法は斯る法律關係に適用せらるべき法律を

外國人の
權利保護

指定することを以て目的とする法律であるから、最近數十年來斯る法律關係の發生を俟つて始めて發達するに至つたのである。

二 外國人の權利保護 内外人が互に交通往來するに至つた時代に於ても古代の社會に於けるが如く外國人に何等の權利保護をも附與せざる限りは、國際私法は尙存在の餘地を存しないのである。然るに近世文明國に於ては後に説明する如く私權の享有に付ては内外人を平等に保護するを以て原則とするのみならず、一定の權利に付ては外國の法律に依つて之を保護することをも認むるに至つたので、茲に國際私法はその發達を促がさるゝに至つたのである。

三 内外法律の差異 外國人が一定の權利保護を享有する場合に於ても、若し權利保護の準則たる内外諸國の法律にして其の規定を同うする限り國際私法の存在を要すべき理由は無いのである。何となれば外國人の滞在國の法律も、其の本國の法律も、若し其の規定を同うして居るものとすれば、何れの法律を適用するも其の結果は同一であるから、内外何れの法律に依て之を保護すべきかを決定するの必要が無いからである。然るに東西各國の法律が各其の規定を異にするとは歴史上極めて明白なる事實であつて、内外何れの法律が適用せらるゝかに依

内外法律
の差異

つて其の結果に於て重大なる差異を來たす事になるのであるから、斯る事情の存続する限り國際私法の存在は已むを得ざるの必要であると言はねばならぬ。併し斯る状態が將來に於ても尙依然として存続すべきや否やに就ては一言説明せねばならぬ。

古來各國の法律が其の規定を異にすることは上述の如く明白なる事實であるが、近世國際交通の發達は各國民をして互に有形の貨物を交易せしむるのみならず無形の思想をも相交換せしめ、東西の文明を融和接近せしむるに至るの傾向があるから、社會文化の反映たる法律制度も亦彼此相接近して往時に於けるが如く顯著なる差異を認めざるに至つたことも亦明白なる事實である。特に最近四五十年來或は學會若しくは實際家の會合に於て或は列國政府の國際會議に於て各種の法律の統一を企圖するもの少からざるのみならず、一九二七年一月以來伊國政府の寄附に因り國際聯盟の附屬事業として伊國羅馬に私法統一國際學院が設立せらるゝに至つたので、世界各國の私法統一事業は將來長足の進歩を遂ぐるに至ることも亦期して俟つべきである。従つて一派の學者は世界統一法の可能なることを主張し、國際私法は唯斯る統一法の成立するに至るまでの經過的存在を

有するに過ぎざるかを疑はしむるに至つた。元來國際私法は國際交通の安全と自由を保障し内外人の權利保護を完うするを以て終極の理想とし目的とする法律であるから、若し各國の私法にして完全に統一せられ唯一無二の世界私法が出現するに至らば、國際私法は其の存在の理由を失ふと同時に最も完全に其の終極の目的を達成したのであつて、刑は無刑を期し、裁判所は訴無からしむるを以て目的とするが如く、世界私法の出現は國際私法の根本理想を實現したものと云はざるを得ない。併しながら世界各國の文化は一方に於て互に歸一すべき傾向を有すると同時に他方に於ては各其の特色を發揮すべき傾向を有すること恰も地球の遠心力と求心力と相俟つて太陽系を構成するが如くである。従つて民情風俗を異にし文化開發の程度を同うせざる國民より成る國家が相對峙する以上は、其の國民的精神の發表に外ならざる法律も亦自ら相異ならざるを得ざることは數の免れざる所であると言はねばならぬ。後に述ぶる如く手形法、海商法又は無體財産權法若しくは郵便、電信、電話等に關する諸法律即ち一言にして云へば國際交通に關する諸法律に付ては各國共に同一の規定を採用するを以て便宜とするが故に此等の諸法律が早晚統一せらるべきは素より論を俟たないが、物權、親族及相

續等に關する一切の私法的規定を擧げて全然同一に歸着せしむることを期するが如きは畢竟學者の空想たるに過ぎないのであつて、苟も現在の國家組織が存續する限り内外法律の差異は永久的に存在するものと論定せざるを得ないのである。而して内外法律の差異が存在する限り内外人の交通往來に伴うて發生する法律關係に付て内外何れの法律を適用すべきかを決定せざるを得ざるが故に此の問題を解決せんが爲に發生したる國際私法も亦永久的に存在せざるを得ないのである。

四 自主獨立の法權 國際私法は國家が自主獨立の法權を以て外國人の權利を保護するに當りて據るべき法律を指定する法則である。従つて若し國家が其の法權を制限せられ外國人に對して裁判權を行使することを得ざる場合には其の存在の必要を見ないのである。我國に於ても安政五年の舊條約以來明治三十二年七月改正條約の實施に至るまでは所謂領事裁判權の存在によつて我國の法權が外國人に及ばなかつたので遺憾ながら國際私法適用の必要は無かつたのである。亞細亞に於ける諸國は曾ては一般に斯る制限を受けて居つたのであるが、我國に次で暹羅は近年領事裁判權を撤廢し、一九二三年以來は土耳其も亦之を撤

自主獨立
の法權

廢するに至つたので、現在尙斯る制限に服するものは只支那一國のみである。併し支那に於ても領事裁判權の撤廢は期して俟つべきことであるから國際私法を要せざるが如き例外的國家の存在は近き將來に於て其の跡を絶つに至るであらう。

之を要するに國際私法は以上列擧せる四條件を具備する場合に始めて存在し得べき法律である。これ國際私法が民法商法等普通の國內法と異なりて唯近世文明國に於てのみ始めて發達するに至りたる所以である。

第二節 國際私法の意義

國際私法は前述の如く内外人の交通往來を前提とする。而して内外人の交通往來に伴うて發生する法律關係は涉外的即ち外國的要素を有する點に於て純然たる內國的法律關係即ち内外人相互間の內國に於ける法律關係と其の面目を異にするものである。然し或る法律關係が外國的要素を有するか否かは法律關係自體の性質如何に因るよりも寧ろ法律關係を構成する法律事實が外國人又は外國と何等かの關係を有するか否かに依つて別かれるのである。即ち或は當事者

國際私法
の意義

法律關係
が外國的
要素を有
する原因

當事者

の國籍住所又は居所の如何に因ることあり、或は目的物の所在地の如何に因ることあり、或は法律行為の行為地又は不法行為の發生地の如何に因ることあり、或は又訴訟地の如何に因ることもある。

(一)當事者 法律關係が當事者の國籍住所又は居所の如何に因つて外國的要素を有する場合

(イ)國籍 當事者の國籍如何に因る場合例へば内國人と外國人との間又は外國人相互間に於ける法律關係は其の當事者の一方又は双方が外國人なる點に於て外國的要素を有する關係と爲る。

(ロ)住所又は居所 當事者の住所又は居所の如何に因る場合例へば内國人相互間の法律關係にても若し其の一方又は双方が外國に居住するときは其の住所又は居所が外國領土内に存在するが爲に外國的要素を有すべく、従つて法律の適用上純然たる内國的法律關係と自ら異なる所無きを得ないのである。

(二)所在地 法律關係は其の目的物の所在地の如何に因り外國的要素を有する場合がある。例へば賣買契約の目的物たる動産又は不動産が外國の領土内に存在する場合には其の當事者双方は共に内國人にして且其の契約は内國に於て成立

所在地

行為地又は事實發生地

せしにも拘らず外國的要素を有する法律關係と爲り、其の所在地法たる外國法の適用を受くることがある。

(三)行為地又は事實發生地 法律關係は其の行為地又は事實發生地の如何に因り外國的要素を有することがある。例へば内國人が内國に於て他の内國人に對して或る法律行為を爲すときは純然たる内國的法律關係であるが、若し之と同一の行為を外國に於て爲したる場合には其の行為地の外國なるが爲に外國的要素を有する關係と爲り行為地法の適用を受くこともある。之と同様に事務管理、不當利得又は不法行為の如きも若し其の事實が外國領土内に於て發生したる場合には外國的要素を有する法律關係と爲り事實發生地法の適用を受けねばならぬこととなる。

訴訟地

(四)訴訟地 現今に於ては一國の裁判所は唯其の國內に於て發生したる内國人間又は内外人間の法律關係に關する紛争のみを裁判するにあらずして、外國に於て發生したる外國人間の法律關係に關する訴訟をも管轄する場合が少くない。従つて同一の法律關係であつても訴訟地の如何に因り外國的要素を有する法律關係と爲るに至ることもある。例へば外國人が他の外國人に對して外國に於て爲

したる法律行為は元來我國に無關係なる法律關係であるが、若し其の當事者が我國裁判所に於て訴訟を提起したる場合には外國的要素を有する法律關係たるを失はないのである。

今一國の裁判所が上述の如き外國的要素を有する法律關係即ち涉外的法律關係を判定するに當つては先決問題として内外何れの法律に依りて之を裁判すべきかを決定せねばならぬ。何となれば諸國の民法商法は唯權利義務の準則を規定するのみであつて、如何なる權利義務に其の規定を適用すべきかを明言しないのを以て例とするから、涉外的法律關係に就ても尙之を適用すべきや否やは法典自體に於ては不明であるからである。併し立法の精神より言へば一定の規定は内國に在る外國人に對して之を適用することを豫想しないと同時に、或る規定は外國に在る内國人に對しても尙之を適用することを目的とするものであると解釋せねばならぬものも少くない。例へば民法の婚姻年齢に關する規定の如きは唯其の國民に對して一定の制限を設けることを目的とするのみであつて、世界各國の人類の爲に結婚年齢を一定せんことを期するもので無いことは明かである。従つて斯る規定は内國に在る外國人に對して之を適用するの必要が無いと同時に

立法の目的より見
たる法律
の適用範
圍

に、外國に在る内國人に對しては尙之を適用すべき必要あることを認めねばならぬ。外國の法律も亦之と同様であつて其の立法の精神より言へば或る法律關係に付ては其の國に在る外國人(従つて日本人)に其の規定を適用せざることを豫想すると同時に外國(従つて日本)に在る其の國民に對しても尙之を適用すべきことを目的とすること猶我が民法と異なる所がないのである。

然るに法律當然の效力より言ふときは一國の法律は唯其領土内に於て拘束力を有するのみであつて、他國の領土内に於ては何等の拘束力をも有せないのであるから、何れの國に於ても内國に在る外國人が其の本國の法律に依つて當然拘束せらるべきことを認むることの出来ないのは言ふ迄もない事である。元來法律の效力と其の規律せんとする目的とが斯の如く其の範圍を異にし、時としては相容れざる性質を有する所以は素と法律の根本たる國家の主權に二個の相異なる方面あるが爲である。即ち國家の主權は通常之を領土と臣民との二方面より觀察して其の領土内に於ける最高の權力たる點に於て之を領土主權と云ひ、其の領土内に於ては他國の權力を排斥し得べきことを認むると同時に、其の國民に對して權力を及ぼし得べき點に於て之を臣民主權と云ひ、一國の臣民は外國に在る場

法律當然
の效力

合に於ても尙其の本國の主權に従ふべき義務を有することを認むるのである。従つて一國の領土主權は其國に滞在する外國人に對する本國の臣民主權と相牴觸すべき性質を有するのである。然るに現行の國際法は此の二方面の限界を規律すべき明確なる法則を有たないのであるから、二者相牴觸するときは國際紛争處理方法に依つて之を解決するの外は無いのであるが、一國の臣民主權は他國の領土内に於ては唯其の領土主權に牴觸せざる範圍内に於て其の效力を及ぼすことを得るに過ぎないとするのが通説である。

國家の主權は上述の如き二方面を有するが故に一國の法律は外國に滞在する内國人に對しても尙其の效力を及ぼし得べきことを規定し得べきも、斯る目的は唯其の法律關係が内國裁判所の管轄に屬する場合に於てのみ之を實現し得るに過ぎないのであつて、外國裁判所の管轄に屬する限りは其の國の法律に依りて本國法律の適用を認めらるゝにあらざれば其の目的を達することを得ざるものである。元來國家は互に外國法律の適用を認容し外國立法の目的を達成せしむべき何等國際法上の義務を有せざることは素より論を俟たないのである。然るに各國立法の精神は皆前述の如く或る法律關係に就ては内國に在る外國人に對し

國際私法の必要

て必ずしも内國法を適用すべき必要なことを認むると同時に外國に在る内國人に對して尙内國法を適用すべき必要あることを認むるのであるから、内外人間の交通往來の自由と安全とを保護するの必要上より言へば、各國立法者は其の領土主權に牴觸せざる限りは互に外國法律の適用を認容して、内國立法の目的を貫徹すると共に外國立法の目的をも貫徹せしむることに努力しなければならぬのである。國際私法は此の必要より出でたる法律であつて、涉外的法律關係に就て内國私法の適用せらるべき區域を明かにすると同時に、外國私法の内國に於ける適用區域を明かにすることを目的とするものである。而して涉外的法律關係は畢竟國際私法的法則の對象たり其の存在の前提條件たるに外ならないのであるから之を定義より除外して簡単に

國際私法の定義

國際私法とは内外私法の適用區域を定むる法則の總體を謂ふと定義することが適當であらうと信ずる。左に之を分析して其の意義を闡明することとする。

一 國際私法は法則である。茲に所謂法則とは現實なる成法(Positive Law)を意味するのであつて、單純なる理論若くは學理上の原則にあらざることを云ふので

法則

ある。一派の學者は理論も亦法則なりと主張するも、理論は成法の一部を成すものにあらずとするのが通説である。然るに國際私法學者中歐洲大陸特に佛伊白等の學派中には動もすれば自己の主張する理論若くは學說を稱して直に國際私法なりと論定する者が少くないが、茲に所謂國際私法とは斯る理論若くは學說を指示する名稱にあらずして、一國に現實に行はるゝ成文若くは不文の法則を總稱するものである。即ち我國に於ては法例第三條乃至第三十條商法施行法第二百二十五條及第二百二十六條等に規定せる成文法則を謂ふのである。

二 國際私法は適用法則である。國際私法は權利義務を直接に規定する法則にあらずして、權利義務の準則たる法律の適用に關する法則である。民法商法等は權利義務の内容實質を規定する法律であるので之を實質法又は實體法と稱するが、國際私法は斯る實體法の適用區域を定むる法則であるから學者は通常之を適用法則と稱するを以て例とする。而して此の適用法則に依りて其の適用區域を定めらるべき法律は或は内國の實體法たることあり或は外國の實體法たることもある。従つて國際私法の内容實質を成すものは權利義務自體即ち涉外的法律關係自體にあらずして斯る法律關係に適用せらるべき内外諸國の實體法であ

適用法則

内外諸國の私法の適用に關する法則

る。或は國際私法も亦實體法と同様に法律關係自體を直接に規定する法則であると主張する者もあるが其の失當なることは後に述ぶる如くである。

三 國際私法は内外諸國の私法の適用に關する法則である。國際私法は内外諸國の公法私法等一般法律の適用區域を定むる法則にあらずして、唯民法商法等私法の適用區域を定むることを目的とする法則である。國際私法學者中には純然たる私法の適用區域を定むる法則のみならず國籍法、民事訴訟法若しくは破産法等の如き公法の適用に關する法則をも包含せしむる者も少くないが、後に述ぶる如く或は説明の便宜上より或は前提條件として之を説明するに過ぎないのであるから定義中に之を包容するの必要は無いのである。或は國際私法論中には外國人の權利に關する問題をも説明するを以て例とするが故に前掲の定義の狭に失することを非難する者もあるが、外國人の權利保護如何は國際私法自體にあらずして國際私法存在の前提條件たるに過ぎないのである。

四 國際私法は國內法である。國際私法は國家間の關係を規定する法則即ち國際法にあらずして、一國の立法者が内外私法の適用に關して制定し又は認定したる法則である。従つて其の國內法たる點に於ては民法商法等と毫も異なる所

國內法

がないのである。然るに歐洲大陸に於ては國際私法を以て國際法の一部分なりと主張する學者が少くないが、其の所説の採るに足らざることとは次節に説明するが如くである。國際私法は斯の如く國內法なるが故に單に國際私法と云へば我國に現行の法律たる國際私法を意味すること恰も民法と言へば我國の民法を意味すると同様である。従つて我國の國際私法を表はさんが爲に特に日本國際私法と稱するの必要はないのである。

國際私法を國內法なりとせば公法なるか私法なるか問題であるが、國際私法は形式上から云へば私法にあらずして公法であると言はねばならぬ。何となれば時に關する法律の適用區域を定めたる施行法(例へば民法施行法、刑法施行法等)は凡て形式上公法に屬すると同様に、國際私法も亦形式上權利義務を規定する法則にあらずして權利義務の準則たる實體法の適用區域を定むる法則であるから公法であると云はねばならぬ。併し實質上から云へば國際私法は渉外的法律關係に適用すべき私法を指定し、之に依りて間接に其の法律關係の内容たる私法上の權利義務を定むるものであるから、私法的權利義務の間接的法則であると言ふことが出来る。従つて民事訴訟法を私權の保護に關する補助法として私法の部

國際私法は公法なりや私法なりや

「國際」なる語の意義

類に屬せしむる者あるが如く、國際私法も亦其の實質上より觀察して之を私法に屬せしむるも敢て失當なりと言ふことが出来ないものである。唯茲に注意すべきことは國際私法に所謂「私法」は其の内容とする法則の性質が純然たる私法なるが爲にあらずして、唯内外私法の適用に關する法則たることを意味するに外ならざることである。且國際私法に所謂「國際」なる語は其の沿革上國際法又は國際公法に所謂「國際」とは大に其の意義を異にし、後者にあつては國家間即ち國家と國家との關係を意味するも、前者にあつては唯通俗に所謂國際的又は内外諸國的和と云ふ意味を有するに過ぎないのである。従つて國際私法に所謂「國際」とは其の規定の國際的なることを意味するにあらずして、唯其の規定の適用を受くべき法律關係の國際的又は渉外的たることを意味するに外ならないことを注意せねばならぬ。

第三節 國際私法と國際法との關係

國際私法と國際法との關係を説明するが爲には先づ二者の差別を明かにすることが必要である。而して國際私法は國內法にして國際法にあらざることとは上述の如くであるが、歐洲大陸特に佛伊學派の通説に依れば國際私法は國際公法と

國際私法と國際法との關係

相對立して國際法の一部分を成すものであるとする。此等の學派は國家間の法律關係を公私の二種に大別し、國家の公益に關する關係若しくは公法關係に就て國家間の關係を規律する法則が即ち國際公法であり、國民の私益に關する關係若しくは私法關係に就て國家間の關係を規律する法則が即ち國際私法であると説明するを以て例とする。此の區別は一見甚だ明確なるが如きも其實極めて不正確にして國際私法の本質を誤解せしむるの虞あるが故に左に少しく其の誤謬を指摘することとする。

元來公法私法の區別は國內法上の分類にして之を國際法上に應用することを得ざるものである。何となれば國際關係は其の内容の如何に拘らず皆國家と國家との間に存する關係であつて、此等の關係を規律する法則が即ち國際法である。特に公益私益に依りて法の公私を區別するの説は國內法上に於ても一般に排斥せらるゝ所であるが、之を國際法上に及ぼし國內法上の公法的關係たるか私法的關係たるかに依りて國際法を公私の二種に分類するが如きは到底維持し得べからざる謬説たるを免れない。即ち此の説は第一に國際關係に國家の私益

佛伊學派
の通説の
誤謬

に關する關係あることを認むる點に於て、第二に國際私法上の關係も亦國家間の關係たることを認むる點に於て二重の誤謬を包含するものである。蓋し國際關係は事の國家全體の休戚に關係すると一私人の利害に由來するとを問はず、苟も國家間の問題と爲りたる以上は皆國家の公益に關する問題であつて、單に國民の私益に關する問題ではないのである。例へば外國に居住する我國臣民が其の財產權を侵害せられたる場合に滞在國の裁判所に之が救正を請求する限りは一私人の利害に關する國際私法上の問題であるが、若し居住地國の裁判所が不當に其の訴訟を拒絶せしが爲に我政府が外交上の保護權に基いて該國政府に對して之が救正を要求するに至りたる場合には、素と一個人の利益に關する問題なるにも拘らず既に外交上の問題となりたる以上は國家全體の利害に關する問題なること、猶我國旗尊重に關する問題と何等異なる所が無いのである。而して斯る國際關係を規律する法則は即ち國際法であつて國際私法の與り知らざる所である。尙通商航海條約其他の條約に於て國民の利益保護に關する規定を掲ぐるもの一枚擧するに違無いが、何人も之を以て國家の私益に關する關係、從つて國際私法の範圍に屬すべき關係なりと主張する者は無いのである。且國際私法上の法律

關係は個人相互の間に於ける國內法上の關係であつて、國家と國家との間に於ける國際關係では無いのである。例へば我國に於て法律行爲を爲したる外國人の能力の有無を其の本國法に依つて定むべきか、將た住所地法又は行爲地法に依りて定むべきかは我國に於ける國際私法上の問題である。併し此の問題は唯當事者間に於ける我國内法上の問題たるに過ぎずして、我國家と外國人の本國との間に於ける國際關係にあらざることは素より論を俟たないのである。若し斯る場合に外國人の本國が我國に對して其の本國法の適用を要求するの權利を有し、我國は能力の有無に付て當事者の本國法を適用すべき義務を有するものと假定せば、國家間に斯る權利義務の關係を定むる法則は即ち國際法の一部分を成すものであると云ふことを得べきも、斯る假定は存在せざるのみならず、本國法主義を採る我が國際私法も住所地法主義を採る英米の國際私法も國際法上共に有效なる法律にして、二者互に國際法違反の國際私法なりと主張することを得ざる事實に徴するも國際法説の如何に無稽なるかを知るに足るのである。或は場所行爲を支配すとの原則と、物權は目的物の所在地法に従ふとの原則とを擧示して國家を拘束すべき慣習國際私法の實在することを證明せんと試むる者もあるが、此の

二原則も亦國際法説を維持するに足らざること明かである。蓋し物權に就て所在地法の原則が多く、國に於て認めらるゝ所以は事物自然の性質上之を正當とするが爲めであつて、國際法上斯る原則を採用すべく拘束せらるゝが爲では無いのである。従つて例へば動産に就ては所在地法に依らずして所有者の住所地法に従ふべきものとするも何等國際法に違反する所無きは勿論である。現に我が法例第八條の如きは法律行爲の方式に關し、場所は行爲を支配すとの原則を變更して唯之を補充的に認むるに過ぎないのであるが、何れの國家も之を以て慣習國際私法に違反する規定であると非難することを得ざるは勿論である。換言すれば論者の主張するが如き慣習國際私法は存在しないことが明白である。若し多くの國に於て認めらるゝ原則が同一なるが故に、國家を拘束すべき慣習國際私法の存在を認むべきものとするれば、個人の人格を認むる民法の根本原則の如きも亦所謂慣習國際私法に屬する規定なりと論定せざるを得ざるに至るであらう。之を要するに國際私法は國家間の關係を規律する國際法とは全然別異の法則であつて、民法商法等と共に國內法の一部を成すものである。従つて國際私法は國家の私益に關する國際關係を規律する法則なりと主張する國際法説は理論上に

國際私法
と國際法
との差異

於ても實際上に於ても到底維持し得べからざる謬見であると言はねばならぬ。國際私法は國內法の一部分を成す法則であるから國際私法と國際法との差異は、猶民法商法等と國際法との差異と同一であつて之を左の四項に要約すること出来る。

立法上の
差異

一 立法上の差異 國際私法は普通の國內法と同じく一國主權者の制定し又は認定したる法則である。之に反して國際法は文明諸國の明示又は默示の共同行爲に依つて成立したる法則である。

當事者の
差異

二 當事者の差異 國際私法の適用を受くべき法律關係の當事者は一個人である。國家が當事者たる場合に於ても個人と同一の資格即ち一外國法人として之が適用を受くることがあるのみである。之に反して國際法の支配すべき法律關係の當事者は双方共に國家にして一個人ではない。或は外交官が國際法上の特權を與へられ、或は一私人が封鎖違反又は戰時禁制品輸送等の制裁を受くる場合には、個人も亦國際法上の權利義務の主體たるが如き外觀無きにしもあらざるも、斯る場合に於ても國際法上の權利義務の當事者は尙國家自體であつて一個人ではないのである。従つて唯國家と國家との關係を規律する法則のみが國際法

法律關係
の差異

であつて、國家と個人又は個人相互の關係を規律する法則は凡て國內法である。

三 法律關係の差異 國際私法上の法律關係は唯外國的要素を有する點に於て普通の私法上の關係と異なるのみである。即ち國家主權の保護の下に於ける内外人間の權利義務に關する關係である。之に反して國際法上の法律關係は國家が國家として他の國家に對する權利義務の關係である。而して國家の上に國家無きが故に此の關係は絶對的平等關係であつて個人相互間に於けるが如く相對的平等關係ではないのである。

救正方法
の差異

四 救正方法の差異 國際私法を解釋し適用するものは一國の裁判所である。従つて國際私法上の救正方法は通常私法上の救正方法と同一であつて當事者は民事訴訟法の規定に従ふて裁判所に對して之が保護を請求せねばならぬ。之に反して國際法を解釋し適用するの權利は各國共に平等に之を享有して居るのであるから、若し國家間に國際法の解釋適用に就て意見を異にするときは之が救正方法は或は外交談判に依り或は仲裁々判に依り或は報復又は戰爭に依りて之を解決するの外は無いのである。尤も近時常設國際司法裁判所の義務的管轄權を承認する國家が漸く増加するに至つたので、斯る國家間に於ける條約又は國際法

の解釋適用に關する紛争に就ては國際司法裁判所は恰も個人間の民事訴訟に對する國內裁判所と同様の管轄権を行ふことを得るに至つたが、國際司法裁判所は國際私法上の問題に就ては斯る管轄権を行ふことは出來ないのであるから、國際紛争平和的處理方法發達したる今日に於ても尙國際私法と國際公法とは其の救正方法を異にすることは素より論を俟たないのである。

國際私法は國際法と全然別種の國內法であることは以上略述せるが如くであるが、之を以て直に國際私法は民法商法等と同じく國際法と何等の關係をも有せざる如く速断してはならない。蓋し國際私法は他の國內法と異なり國際法と最も密接なる關係を有する法律である。沿革上より言へば國際私法の起原は近世國際法よりも數百年前に發生したのであつて、其の當初に於ては國際法とは全然無關係であつたのであるが、近世國際法の發生以來國際交通の自由と外國人の權利保護の保障とが漸く發達するに従ひ、國際私法は國際法と益々相接近し來つたのみならず、今や國際私法の前提條件又は根本原則は寧ろ國際法の原則中に之を探究せざるを得ざるが如き密接なる關係を有するに至つたのである。従つて現今國際私法の尙幼稚なる所以は畢竟現行國際法が尙幼稚なるが爲であるとも結論し

國際私法
と國際法
との密接
なる關係

得るのであつて、將來文明諸國をして一層進歩したる國際私法を採用せしむるに至るか否かも亦一に繋つて國際法の進歩發達の如何にあると論定せざるを得ないのである。夫の國際私法を以て國際法の一部なりと主張する學說の如きも畢竟二者の斯の如き密接なる關係を誤解したる結果より出でたる謬見に外ならないのである。

第四節 國際私法と實體法との關係

國際私法は民法商法等と同じく國內法に屬するも一は適用法則であつて他は實體法であることは既に説明せしが如くである。而して適用法則たる國際私法と實體法たる民法商法等との關係はフランス・カーンの指示せる如く恰も額面の繪畫に對するが如き關係であつて、適用法則たる國際私法は其の内容たる實體法を俟つて始めて其の目的を實現することを得べく、内外の實體法は國際私法を俟つて始めて其の適用區域を明かにすることを得るのである。只國際私法が内外實體法の適用區域を限定する方法は額面の繪畫に於けるが如く直接に之を局限するよりも寧ろ一定の法律關係に適用せらるべき實體法を抽象的に指定し、其

國際私法
と實體法
との關係

の結果として間接に内外實體法の適用區域を明かにするを以て例とする。例へば法例第三條に規定せる人の能力は當事者の本國法に依りて之を定むとの適用法則は唯本國法と云ふ原則を抽象的に指定するのみであつて、内外諸國の民法の適用區域に付ては何等直接に規定する所が無いのであるが、之に依りて間接に我民法の能力に關する規定は唯我國民のみに適用すべきことを明かにすると共に、外國人の能力に付ては其の本國民法の規定を適用すべきことを明かにするのである。斯る適用法則に依りて或る法律關係に適用せらるべきものと指定せられたる實體法を稱して其の法律關係の準據法(Proper Law, Loi applicable, Massegebendes-recht)と云ふ。即ち或る法律關係の準據すべき法律と云ふ意味であつて、前例に付て言へば本國法が即ち能力の有無を定むる準據法である。

國際私法は斯の如く涉外的法律關係の準據法を定むる法則であるから、國際私法の規定を設くるに當つては内外何れの實體法を準據法とするを以つて正當とすべきかを決定しなければならぬ。而して此の問題を決定するが爲には先づ内外諸國の實體法は如何なる點に於て其の規定を異にするか、又其の規定の異なる所以は如何なる理由より出でたるものであるかといふことを明かにせねばな

内外諸國
の實體法
に精通す
る必要

らぬ。何となれば國際私法は内外諸國の立法の目的を調和するに足るべき原則を確立することを理想とするものであるから、先づ内外諸國の立法の目的を審かにするにあらざれば適用法則の當否を判定することは出来ないからである。且つ適用法則に依つて指定せられたる準據法として實際に適用せらるべき法律は内外諸國の實體法に外ならないから、内外諸國の實體法に精通するにあらざれば國際私法上の法則を適用することは出来ないのである。例へば當事者の本國法に依ると云ふ規定は當事者の本國に現行の實體法を知るにあらざれば之れを適用するに由なきが如くである。之れを要するに國際私法は内外諸國の實體法と最も密接なる關係を有するものであつて、國際私法の規定の必要なる所以を理解するが爲にも、其の規定の正當なる所以を理解するが爲にも、又其の規定を實際に適用するが爲にも内外諸國の實體法に精通することが極めて必要である。獨逸のフランツ・カールが「國際私法の研究は内外實體法の比較研究に始まり内外實體法の比較研究に終はる」と云つたのは此の關係を道破せる明言である。

國際私法と比較法學とは斯の如く密接不離の關係を有するものであつて、國際私法は内外私法の比較研究と相俟つて始めて其の目的を達成することを得るの

比較法研
究の必要

であるから、國際私法の研究に従事する者は内外私法の比較研究を忽にすべからざることは勿論である。併し比較法學と國際私法とは元來相獨立せる別種の學問であるから此の兩者は各別々に之を研究しなければならぬ。而して歐米諸國に於ては内外法制の比較研究が頗る旺盛であつて、有力なる比較法學會は機關雜誌を發行して各國最近の法制を紹介することを期し、且多くの大學に於ては比較法制の講座を置き内外法制の比較研究を講述するを以て例として居るのであるが、我國に於ては内外法制の比較研究は未だ甚だ不備であつて、斯る學會も講座も尙存しないのであるから、國際私法上の原則を適用するに際し外國法の規定如何を知ることが得ない場合が屢々發生するのであつて、攻學者の爲にも實際家の爲にも頗る遺憾であると言はねばならぬ。

第一章 國際私法の名稱

古來諸國の學者が現今所謂國際私法に對して命名したる名稱は頗る多様であつて一々枚舉に遑無いが、名は實の實であつて名稱の如何に依り其の學說の一斑を推知するに足るが故に左の主要なるもの二三を掲げて其の由來を略述するこ

國際私法
の名稱

ととする。

第一 法則區別說 (Traité de statuts)

國際私法の始祖バルトルス (Bartolus) が第十四世紀の中葉伊國に於て始めて學研究の基礎を開きし以來第十八世紀の終に至るまで約四百五六十一年間國際私法は法則區別說として研究せられたのであつた。元來スタチュート (Statuta) とは當時伊國の各地方に行はれたる特別法を意味する語である。バルトルスは斯る地方特別法は其の地方に屬せざる當事者に對しても其の效力を及ぼすべきや否やを研究するに當り其の種類性質の如何に依りて之を人に關する法則又は物に關する法則等に區別したので、此說を祖述せる後の學者は其の「法則」(スタチュート) なる語を轉用して學說自體の名稱と爲すに至つたのである。然るに第十九世紀以來國際私法は地方特別法の適用問題より一變して内外國私法の適用問題を主たる目的とするに至りたるのみならず法則區別說自體も根柢より覆へざるに至つたので此の名稱も亦遂に跡を絶つに至つたのである。

第二 法律抵觸論 (Conflict of Laws)

此の名稱は一六五三年和蘭の學者ローデンブルグ (Rodenburg) が婚姻に關する

法則區別
說法律抵觸
論

法則又は慣習の牴觸より發生する法律問題に就て」と題する著書に於て初めて提唱したるものであつて、爾來同國の學者は一般に此の名稱(De conflictu Legum)を用ゐるを以て例としたのみならず、第十七世紀末に於て蘭國の學說が歐洲諸國を風靡するに從ひ、此の名稱も亦益々廣く一般に普及するに至つたのである。特に近世國際私法學の主唱者たる米國の判事ストーリー(Story)が一八三四年有名なる「法律牴觸論」を著して此の名稱を襲用せし以來、英米に於ては今日に至るまで尙一般に此の名稱を慣用するを以て例とすることは、其の不適當なることを非難せるダイシー(Dicey)博士自ら尙其の最近の著書に「法律牴觸論」と題せるを見ても之を知るに足るのである。歐洲大陸に於ては第十九世紀の後半以來此の名稱は一般に其の跡を絶つに至つたが、一派の學者は今尙此の名稱を優先せしむべしと主張するのみならず、名稱としては之を排斥する者と雖も、國際私法は何を研究するかとの間に對しては皆法律の牴觸問題なりと答ふるを以て例とするが故に左に一言此の語の意義如何を説明することとする。

抑も牴觸とは物理學上二個の物體が同時に同一の空間を占領せんとする場合に始めて發生することを意味する言葉であるから、法律上に於ても二個の法律が

牴觸の意義

同時に同一の法律關係を支配せんことを要求する場合にあらざれば法律の牴觸ありと言ふことを得ないのである。然るに斯の如き意味に於ける法律の牴觸は理論上に於ても實際上に於ても到底存在し得べからざるものであると言はねばならぬ。何となれば外國法律は如何なる場合に於ても内國に於て内國法と同時に同一の法律關係を支配すべき當然の效力を有するものでは無いからである。學者の所謂法律の牴觸とは斯の意味の牴觸にあらずして唯或る法律關係に就て内外の私法が其の規定を異にすることを意味するに過ぎないのである。例へば我民法は滿二十歳を以て成年とし外國の民法は滿二十一歳を以て成年とする場合に、滿二十歳以上二十一歳未滿の外國人が我國に於て或る法律行爲を爲したりと假定せば、我民法に依りて之を能力者と見做すべきか、將た外國民法に依りて之を無能力者とし従つて其の行爲の取消し得べきことを認むべきかと云ふ問題が發生し、其の適用すべき法律の如何に依つて其の結果に重大なる差異を生ずることとなる。學者は斯る場合を稱して能力に關する法律の牴觸があると云ふのである。即ち能力に關する内外私法の規定が相異なる場合に外國法が外國人の能力を支配すべき當然の效力を有せざることは勿論であるが、内國法が外國人の能

力を支配すべきか否かも亦法典自體に於ては不明であるから、國際私法上内外何れの法律を準據法とすべきかを決定するに當つて、立法者又は裁判官の腦裡に映ずる印象を形容して假りに内外法律が相牴觸すると云ふに過ぎないのである。語を換へて言へば法律の牴觸とは畢竟するに涉外的法律關係に付て内外諸國の法律が其の規定を異にすることを比喻せる形容詞たるに過ぎないのである。之を要するに法律の牴觸は嚴正なる意味に於ては存在せざるのみならず假りに比喩的に存在せりとするも、國際私法は法律の牴觸自體に關する法則にあらざして其の牴觸を調和し解決する法則であるから、之を法律牴觸論と稱するは極めて不適當なる名稱であると言はねばならぬ。夫のダイシーが自ら此の名稱を襲用せるにも拘らず尙國際私法は法律の牴觸問題を解決するにあらずして内外何れの法律を適用すべきかを選定するの法則なるが故に寧ろ之を法律選定論 (Choice of Law) と改稱するの簡明なるに如かずと主張して居るのも之が爲めである。

第三 法規の場處的限界論 (Ortliche Grenze der Rechtsregeln)

國際私法を以て法律の場處に關する效力論なりとする學説は第十七世紀以來往々唱へられた所であるが、第十九世紀の半に於てサビニー (von Savigny) が其の名

法規の場
所的限界
論

著現今羅馬法系統論第八卷に於て國際私法に關する新學説を提唱するに當り之を法律の效力の場處的限界論と命名して以來この名稱は獨逸に於ては忽ち大勢力を有するに至つた。特に獨逸民法編纂に際し一八八七年法典起草委員會が國際私法規定草案二十六條に「法則の場處的支配」(Räumliche Herrschaft der Rechtsnormen) と題したるが如きは其の最も顯著なるものである。併し此の名稱は狹隘に失して國際私法の全部を包容するに足らないのみならず、屬人法の適用を無視するが如き誤解を惹起する虞あるが故に甚だ不適當であると言はねばならぬ。従つて獨逸以外には行はれ無かつたのみならず獨逸に於ても第十九世紀末以來漸く其の勢力を失ふに至つた。

第四 外國法の適用 (Anwendung der ausländischen Gesetze)

一八二二年エールシュタット (Erlstadt) が外國法適用論を著して以來獨逸に於て國際私法は外國法の適用に關する法則を定むるものであると主張する者が少くない。英米に於ても一派の學者は外國法の適用 (Application of Foreign Laws) と稱するのである。此の名稱は獨逸民法第二草案に於て民法第六編を「外國法の適用」と題して國際私法規定三十條を掲ぐるに至つて一時非常に重きを爲したが、

外國法の
適用

第三章案成るに及んで民法第六編を削除して之を民法施行法總則第七條以下に挿入したる結果として特別の表題も共に消滅したので、獨逸立法者が結局如何なる名稱を選びたるものと見做すべきかは現今に於ては全然不明瞭と爲り了つた。然して獨逸民法草案理由書には國際私法なる名稱を使用し、獨逸帝國裁判所も亦此の名稱を採用せるを以て見れば、外國法の適用なる名稱は最早過去のものとなつたことを知るに足るのである。

第五 私國際法 (Droit international privé)

此の名稱は一八四三年フェリックス (Faelix) が其著「私國際法一名私法牴觸論」に於て始めて提唱せし以來忽ち佛伊、白等の諸國に一般に行はれ、近時に於ては英米諸國に於ても亦漸次之を慣用するに至つた。而して此の名稱に就ては國際私法を國際法の一部なりとする佛伊學說發達の結果として當初フェリックスが使用したる International の意義が全然没却するに至つたことに注意を要する。蓋しフェリックスが此の名稱を使用した當時に於てはベンサム (Bentham) の創造したる International なる語は英語に於てのみこそ「國家間の意義を有したが、歐洲大陸特に佛國に於ては單に内外國と云ふが如き通俗的意義を有するに過ぎなかつたのであ

る。且當時國際法は Droit des Gens と稱して決して Droit international とは言は無かつたので、フェリックスは一八四〇年始めて國際私法に關する論文を公にするに當り「内外法律牴觸論一名國際法」と題し其の卷頭に内外諸國の私法間の牴觸を解決する爲に認められたる法則の全體を稱して Droit international (國際法) と云ふと定義し、米國のホキートンが Droit des Gens の意味に於て Droit international なる語を使用したことを非難して居るのである。従つて彼が其後三年にして Droit international したことを「私」なる形容詞を追加せるに過ぎないのであつて、其の所謂「國際法」なる語は決して國家間に行はるべき法則を意味せしもので無いことは素より論を俟たないのである。然るに近時一方に於て Droit international なる語を英語の意義と同様に Droit des Gens に代用する者漸く多きを加へたるのみならず、他方に於て國際私法は國際法の一部なりとする學說が勃興するに従ひ、此の名稱は遂に佛伊諸國に於ては其の文字の示すが如く公國際法に對する私國際法を意味することと爲るに至つた。従つて若し佛伊の國際法説を正當と認めるならば此の名稱は名實相適合するものとして稱賛せざるを得ないのであるが、既に説明せる如く國際私法は國

内法にして國際法の一部分にあらざるが故に、此の名稱は實に國際私法の本質を誤解せしむるの虞あるものとして之を排斥せざるを得ない。特にウエストレーキを始めとし英米法學者は國際法説を排斥するにも拘らず尙此の名稱を模倣して Private International Law (私國際法) と稱するが如きは矛盾も亦甚しと言はねばならぬ。故にホランドの如きは過去數十年間此の名稱が國際私法の本質を誤らしめたる罪を明かにするが爲に何人も之を使用せざることに努めねばならぬと切言して居る。

國際私法

第六 國際私法 (Internationales Privatrecht)

此の名稱は一八四一年シュフナー (Schäffner) が其著「國際私法發達史」に於て始めて採用せしものであるが、爾來獨逸、奧太利、和蘭、瑞西等の諸國に漸次一般に行はれ、現今に於ては單に學者の著書のみならず裁判所の判例に於ても一般に慣用せらるるに至つたのである。シュフナーは此の名稱に使用せる「國際」なる語に就て特に説明する所は無かつたが、當時は勿論現今に於ても獨逸に於ては國家間の關係を規律する國際法を Völkerrecht と稱するを例とし Internationales Recht と稱する者無きを以て見れば、彼の使用したる Internationales なる形容詞は フェリックス と同様に「國

家間」の意義ではなくして唯内外的又は國際的と云ふ意味を有するに過ぎないことを推知するに足ると言はねばならぬ。且獨逸法系の諸國に於ては國際私法を國際法なりとする佛伊學説を排斥するを以て例とするから、此の名稱は比較的に名實相適ふものと言はざるを得ないのである。英語又は佛語に於ても近來私國際法よりは寧ろ國際私法 (International Private Law, Droit privé international) と稱するの優れるに如かずと唱ふる者が少くないが、一般的に言へば國際法説を採ると否とに拘らず私國際法と稱するを以て例とすることは前述の通りである。

我國に於ける「國際私法」は其の形式より言へば獨逸語の翻譯に該當すべきであるが、恐くは明治當初に於ける佛語「私國際法」の譯語であらうと思はれる。蓋し幕末以來維新當初我邦に初めて輸入せられたる泰西法律學は佛蘭西法學であつて英米法學は之に次ぎ獨逸法學は更に遙に後に輸入せられたのであつた。而して佛蘭西に於ては國際法學者を單に公法學者と稱し國際法を歐洲公法と稱する慣例もあつたので「國際」なる英語を Droit des gens に應用するに當つても亦「公」の一字を附加して公國際法 (Droit international public) と稱し私國際法と區別したのである。我國に於ても國際法を萬國公法又は交際公法等と稱し之を公法と思考して居つ

我國に於ける名稱

た處から前掲佛語を譯するに公國際法と言はずして國際公法と譯述するに至つた様である。國際私法も亦此の譯語に倣ふて私國際法を斯の如く記述したものと信ずる。故に公私の形容詞の位置こそ異れ譯語の由來から云へば尙佛語の名稱と同様に國際法に公法私法の二種あるが如く誤解せしむるの虞ありと言はねばならぬ。併し國際法は特に公法と稱するの必要なく英語及び獨逸語に於て單に國際法と稱するが如く我國に於ても亦「公」の一字を省略すべきである。かくて「國際私法」てふ名稱は國際法の一部にあらざることゝ明かにする點に於て、私國際法よりも遙に優る所あるのみならず、普通の私法と異なりて國際的即ち内外人の交通往來上に於ける私法なることを明かにする點に於て能く其の本質を表現するに足るべき名稱であると言ふことが出来る。併し此の名稱も尙「國際」なる形容詞を國際法に於ける「國際」と同じ言葉を用ゐて而かも之に異なる意義を盛ることを認めざるを得ざるが如き缺點を免れないのであるが、既に多年一般に慣用せらるゝ所であるから、將來更に一層優良なる名稱が発見せらるゝに至るまでは之を襲用するを以て適當なりと信ずる。

第三章 國際私法學の沿革

第一節 古代

國際私法は既に説明せし如く近世國際交通の發達に伴ふて發生したる法則なるが故に、古代より中世の末期に至る迄は之に關する研究の起原を見出すことが出来ないのである。近世の法律學は概ね羅馬法より由來するを以て例とするので、學者は往々國際私法も亦其源を遠く羅馬の萬民法(jus gentium)に求むべきことを主張するのであるが、萬民法は國際私法の淵源を成さざるのみならず此の二者は全く別物であつて、萬民法の存在自體が羅馬法時代には國際私法の存在を必要としなかつたことを證明するものである。蓋し羅馬は其建國の當初に於ては四圍の外國人を敵視して何等の權利保護をも與へなかつたので、斯の如き時代に於て國際私法の存在する餘地無きことは言ふ迄もない、而して其隆盛時には羅馬は世界唯一の帝國であつて之と對立する國家の存在を認めなかつたのであるから、内外私法の適用如何と云ふが如き問題は發生するに至らなかつたのである。

羅馬法と
國際私法

素より羅馬に統一せられたる新領土の民族は頗る雑多であつて羅馬市民と同一視することが出来なかつたので、羅馬市民固有の法律即ち所謂市民法 (*ius civile*) の外に、此等新附の人民相互間の關係若しくは羅馬市民と市民外の人民との關係を規律せんが爲に裁判所が各民族に共通の正義公平に基いて幾多の權利義務の準則を確立するに至つたものが即ち所謂萬民法であつた。従つて萬民法中に偶然外國人に關する一、二の規定を包含して居たとしても、それは實體法的規定であつて適用法則では無かつたのである。要するに所謂萬民法は羅馬の統一的私法であつて近世諸國の民法の淵源を成すものであるが、國際私法は羅馬法の與り知らざる所であると言はねばならぬ。

羅馬帝國の滅亡後歐洲各地方に民族の大移動を來し史家の所謂暗黒時代を現出せし當時に於ては、國家的生活が尙幼稚であつて、法律は唯其の民族を支配するのみで領土とは何等の關係も無かつたのである。従つて何れの地方に移住するも唯其の民族固有の風俗慣習に従ふて生活するのみであつて、居住地の法律如何を顧みるの必要は無く、従つて屢、同一の都會に於て相對座する五人が各五個の異なる法律に従ふて生活するが如き奇觀を呈することもあつた。學者の所謂中

民族法時代

古の屬人法又は民族法と稱するものが之れである。現今に於ても領事裁判權を有する諸國の人民が同一の地方に雜居する場合には斯る狀態が発生することがある。例へば日、英、佛、伊、米の五國人が支那上海に於て他人に對して相共に不法行為を行ふたる場合には五人の加害者は各異なる本國法に依りて支配せらるゝが如きものである。羅馬帝國の滅亡以來中世封建制度の確立に至る迄約三百年間は法律は斯の如く絶對的屬人主義であつて其の適用區域は同一の民族に屬するか否かに依つて定まり、土地の如何には關係が無かつたのである。従つて斯る時代に於ても亦國際私法の存在を要せざりしことは明白である。

然るに風俗慣習を異にせる民族も同一の地方に雜居すること數百年の久しきに及ぶに従ひ、互に融和し同化して自ら其地方に特有なる風俗慣習を醸成し、漸く郷に入つては其の俗に従ふと云ふ情勢を現出するに至つた。特に第十世紀頃より群雄各地に割據して所謂封建制度を確立し、上は王公より下庶民に至るまで土地に對する權利の分配に依つて公法上及び私法上の地位を定むるを以て例とするに至つたので、領土に關する意識漸く發達し來り、苟も諸侯の領土内に在る者は民族の如何に拘らず必ず其の地方の法律慣習に従ふべきことを要求するに至

封建制度に於ける屬地法時代

つた。即ち換言すれば封建制度の結果として從來の屬人主義の民族法は一變して嚴格なる屬地主義の法律が行はるゝに至つたのである。然るに斯の如く一國の法律は其領土内に於ける一切の法律關係を支配すべきものとし、外國人は如何なる場合にも常に滞在地の法律に依らざるべからざるものとするときは、滞在地に於ては婚姻をも遺言をも爲すことを得ざる場合が屢々發生するに至るの虞がある。そこで、漸く勃興せんとする通商貿易の發達を企圖し外國人の交通往來の安全を保護せんとすれば、如何にかして此の嚴格なる屬地法の適用を制限せざるを得ないことになるのである。國際私法は即ち此の需要を充たさんが爲に發生したる法則であつて、封建制度の結果たる嚴格なる屬地主義の弊害に耐へずして始めて發生するに至つたものである。而して第十四世紀の始に當り他國に卒先して此の必要を痛感したるものは近世通商の先驅者たりし伊太利北部の自由都市であつた。

第二節 中世

第十一世紀以來漸く勃興したる伊太利北部の諸市は商工業の發達に伴ふて益

近世國際
私法の起
源

富強を加へ第十二世紀末以來封建制度漸く衰微するに従ひ實際上獨立自治の小共和國を成し、スタチュートと稱せられたる特別法を制定するに至つた。且之と同時に各都市の法律學校に於て羅馬法の研究益々發達するに従ひ絶對的屬地法の適用を制限して通商貿易上の便益を計るべき必要を認むる法學者相續て輩出した。就中羅馬法註釋學派中の最も偉大なる法學者バルトルス(一三三一年—一三五七年)出で、此の急務に應ずべき新なる研究を開拓するに至つたのである。後世に所謂法則區別説は即ちそれであつて、近世國際私法の起源は實に茲に始まるのである。

今其の所説の概要を説明せんに當時羅馬法は「成文の道理」(Ratio scripta)として尊信せられ各地方に一般に行はるゝ普通法と見做されて居たのであるが、各都市には各自の制定したるスタチュート(status)と稱する特別法があつた。各都市に於ける此のスタチュートは羅馬法と異なる所あるのみならず、各自相互に異なる所あるは勿論である。而して此のスタチュートが羅馬法と相牴觸する場合に於ても尙有效なりや否や又甲乙兩地方のスタチュートが相牴觸する場合には如何に之を解決すべきであるか、問題であるが、前者は特別法は普通法に先だつと云ふ羅馬法自體の原則に依つて之を解決し得べきも、後者即ち地方特別法が互に牴觸する場

バルトル
スの學説

合に何れの法律に依るべきかは羅馬法の豫想せざる新なる問題であつた。バルトルスは此の新なる問題を解決するには

第一、一地域の法則は其の地域に屬せざる人にも適用すべきか

第二、一地域の法則の効力は其の地域外にも及ぶべきか

との二方面より觀察して、斯る特別法は果して如何なる人又は如何なる物に適用せらるべきかを闡明するの必要あることを提唱した。バルトルスは、此の問題を(一)契約、(二)不法行爲、(三)遺言、(四)其他の事項、(五)俗人法則の僧侶に對する適用、(六)禁止的規定の地域外に於ける効力、(七)許容的規定の地域外に於ける効力、(八)刑罰的規定の地域外に於ける効力、(九)刑事裁判の管轄區域外に於ける効力の九項に分つて説明して居る。今其中近世國際私法と關係深き事項二、三に付て左に其の概要を擧示することとする。

甲契約

バルトルスは外國人がベルジアに於て爲したる契約に關する訴訟が其本籍地に於て發生したる場合を假定して曰く、此訴訟に何れの法則を適用すべきかは困難なる問題であつて其の包含する争點の如何に依りて之が解決を異にすべきである。即ち若し其契約の方

契約

式に付て言へば其方式を行ふたる土地の法則を適用すべく、若し其の訴訟手續に付て言へば法廷地の法則を適用すべく、若し其訴訟の根本問題に付て言へば更に之を再別して當事者が初より豫期せし效果に付ては契約地の法則に依るべく、豫期せざる效果即ち不履行に付ては履行すべき場所と定めたる地の法則に依るべし云々。此の最後の履行地法説は現今の通説と異なるも、方式に關する行爲地法及び訴訟手續に關する法廷地法の原則の如きは今尙一般に是認せらるゝ所である。

遺言

乙遺言

バルトルスは遺言に關する説明を遺言の方式、實質及び能力の三項に區別し先づ方式に付ては遺言を爲したる土地の法則に依りたる方式は有效なりとし、外國人の屬人法が羅馬法であつて、五人又は七人の證人を必要する場合に於ても、遺言地の法律例へばヴェネチヤの法則が二人又は三人の證人を以て足るとするときは二人又は三人の證人を以てなされたる遺言即ち行爲地の法則に依りたる方式も亦之を有效なりとする。何となれば方式に關する法則は個人の便益の爲に設けたるものなるが故に其の地方に屬せざる外國人に對しても尙其便益を與ふることを得べきものであると云ふのである。次に遺言の實質に付ては現時の學説と異なり之を契約と同一視して遺言を爲したる地の法則に従ふべきものであるとした。而して遺言の能力に付ては一地方の法則は其地方に屬せざる外國人の遺言能力を増減し得べきものではなく、從つて滞在地の法則が家族たる子に遺言能力を付與す

る場合に於ても、若し其子の屬する法律が羅馬法であつて家族たる子に遺言能力を付與せざる場合には斯る外國人は遺言を爲すことを得ざるものとして居る。即ち此の説明に依りてバルトルスは能力は屬人法に依るとの近世國際私法の一大原則を道破したるものと稱すべきである。

丙 不動産

バルトルスは第四項に「其他の事項」と題して外國人が市内に有する家屋に付て争の生じたる場合を假定して曰くこれ直接に家屋即ち物に關する問題なるが故に其物の存在する土地の法則に依りて之を決定せざるべからず云々と。バルトルスは茲に後世の學者の所謂物法即ち所在地法の原則を説明して居る。

丁 相続

バルトルスは第七項に於て權能を附與する法則の地域外に於ける效力に關する種々の問題を説明したる後、相続に關する一大難問即ち長子相続主義を採る英國に屬する者が均かかと云ふ難問題に到着した。當時の學説は區々であつたが概して屬地法に依るべきものとした。然るにバルトルスは此の問題は人に關すると共に物に關するが故に必らずしも常に物を主とすることを得ざるものであるから、寧ろ其法則の意義如何を研究し若し物を主とするとき例へば、死者の財産は長子に屬すと規定したるときは全財産に對して所在地

法を適用すべきである。何となれば斯る法則は物自體を目的とし其所有者の内國人たると外國人たるを問はないからである。之に反して法則が若し人を主とするとき例へば、長子は死者の財産を相続すと規定するときは若し其死者が英國人にあらざる場合には英國人に在る遺産に付ても尙之を適用することを得ざるべし、何となれば人に關する規定は外國人に其效力を及ぼすべきものにあらざるが故に。而して死者が若し英國人なりし場合には其長子は英國に在る財産は總て之を相続することを得べきも、羅馬普通法に依るべき地方に在る財産に付ては所在地法に依つて唯其一部分を相続し得るに過ぎざるべし云々。之を要するにバルトルスは法則が物を主とするか人を主とするかに依つて其の適用區域を定むべきことを提唱し、更に進んで法則の精神目的を探究するに至つた結果として法文の位地の前後如何に依つて其の適用を異にするが如き結果に陥つたので、後世の學者中には之を文典上の區別説なりと冷評する者もあるが其の酷評たるは素より論を俟たないのである。併しバルトルスの學説は一切の法律を人に關する法則と物に關する法則とに區別せんとする點に於て根本的缺點を有するものと言はねばならぬ。何となれば法律は凡て人に關すると同時に物に關するものであつて、單に人又は物のみに關する規定は極めて稀有の例外たるに過ぎないからである。然も此の缺點あるにも拘らず絶對的屬地主義の弊害

を匡正せんが爲めに内外法則の適用區域を限定せんことを試みたるバルトルスの所説は實に近世國際私法の基礎を創建したる新研究であつて、能力に關する屬人法、方式に關する行爲地法、物權に關する所在地法、訴訟手續に關する法廷地法等の諸原則は彼の始めて提唱したる儘の形式に於て今尙世界各國の現行國際私法の根本原則を成すことを顧みればバルトルスは實に國際私法學の始祖として萬古不滅の偉業を建設したるものと言はねばならぬ。

第三節 近世

バルトルス以降伊太利に於てはバルドス(一四三〇—一四七〇年)サリセト(一四三六—一四九二年)デチウス(一四五三—一五三五年)等相次でバルトルスの學説を祖述したが、十六世紀以來佛國文化の發達と共に斯學の中心も亦佛國に移るに至つた。蓋し當時佛國に於ては一面に於て各地方の慣習法極めて區々にして殆んど驛馬を替へる毎に法律を異にするが如き状態であつたので、此の交通往來上の不便困難を除却することが急務であつたのみならず、他方に於て王權漸く旺盛にして諸侯の法律を統一せんとする氣運も勃興しつゝあつたので此等の事情は相俟つて法則區別說研究の興味を惹

第十六世紀に於ける佛蘭西の學説

起した。此時に際しデュムーラン、ダールジャントレ及びギ、ユキイユ等の碩學輩出してバルトルスの學説を祖述し、就中ダールジャントレの功績は最も顯著であつて法則區別說を大成するに至つた。

デュムーラン

デュムーラン(一五五〇—一六〇〇年)は元來王權擁護者であり法律統一論者であつたので、伊太利の學説を承繼するに際しても、屬地法の適用を制限すると共に屬人法の適用範圍を益々擴張することに努力した。特に契約の實質問題に付てはバルトルス以來の學説を一變して當事者の自由意思に依つて何れの法律に依るべきかを定むべきものとし、明示の意思不明なる場合には默示の意思を推究すべきことを主張した。此説は法律行爲の準據法に關する當事者自治の原則を提唱したる新説であつて、爾來今日に至るまで各國に於て一般に認めらるゝ原則である。現に我々法例第七條第一項の如きも亦此説を採用したる規定である。ダールジャントレ(一五九〇—一六五〇年)は元來佛國北部の貴族で封建制度の擁護者であつたので、デュムーランの學説に反對して法律は原則として屬地的ならざるべからざる旨を力説した。即ち彼は(一)慣習法は凡て其地域内に於て效力を有するのみである。且其地域内に於ては絶對的拘束力を有するが故に凡ての法則は原則として屬地法即ち物法(chose)である。

ダールジャントレ

uta, realia)である。(二)併し嚴格に人の身分能力に關する法則は例外として到る處其人に追従すべき屬人法即ち人法(Statuta personalia)である。(三)尙人に關すると同時に物に關する法則例へば貴族平民等の身分の如何に依り不動産の相續分を異にするが如き法則は混合法(Statuta mixta)である。而して斯る法則も亦其目的の所在地と密接なる關係を有するが故に寧ろ屬地法に屬すべきものであるとした。要するに彼は法律は原則として屬地的であつて唯身分能力に關する法律のみが例外として屬人的なることを明かにしたる點に於て法則區別說に確然たる基礎を與へたものである。且彼の法則三分主義が漸く普及するに及んでバルトルス以來の學說に法則區別說の名稱を附することも亦益々一般に行はるゝに至つたのである。

次で第十七世紀に於ては斯學の中心は更に和蘭に移轉するに至つた。即ち當時和蘭に於てはブルグンドス、ローデンブルグ、ヴェット父子、フリーベル等の碩學相次で輩出してダールジャントレの學說を祖述した。且フリーゴ、グロチウス出でて國際法學を唱導し、獨立にして平等なる國家より成立する國際團體も亦法に依つて規律せらるべき法理を闡明するに至つたので、國際私法の研究は茲に初めて國際法

第十七世紀に於ける和蘭の學說

フリーベルの學說

の研究と密切なる關係を有するに至つた。今フリーベル(一六六三—一六九四年)の所說に依つて和蘭學派の一斑を示さんに、彼は其著羅馬法及現行法論第二編を諸國法律の牴觸と題し、此の問題は左の三公理を基礎として之を研究すべきものとしてゐる。

- 即ち
- 一、一國の法律は其領土内に於てのみ效力を有し且一切の臣民を拘束す
 - 二、臣民とは永久的たると一時的たるとを問はず凡て其領土内に在る者を云ふ(グロチウスは外國人は其滞在國の法權に服従するが故に之を一時的臣民と稱した)
 - 三、各國の君主は禮讓の爲め互に他國の法律を尊重し自國の權利利益を害せざる限りは其效力を有せしむべきものとす。

彼は之を前提として一國の法律はダールジャントレと同様に原則として屬地的ならざるべからざること、従つて外國人と雖も滞在國に於て法律行爲を爲す以上は凡て其地の法律に服従せざるべからざること、主張し、然も一國の法律が如何なる場合に於ても他國に效力を及ぼすことを得ざるものとするときは甲國に於て有効に成立したる契約も乙國に於ては何等の效力をも有せざるに至るが故に、

斯る不便困難を除却せんが爲めに各國君主が國際禮讓(Comitas gentium)に基き他國の法律に依るべきことを認めたる場合に限り例外として其效力を有すべきものであるとしてゐる。此の學説は國際禮讓を基礎として内外法律の牴觸問題を解決せんとする點に於て非難を免れざる所があるが、外國法適用の根據を説明せんことを努めたる點に於て從來の學説に比較して一段の進歩を示したるものである。従つて和蘭學派を以て國際私法發展の途を杜絶したるものと爲すマイリ一派の冷評の如きは素より取るに足らざる妄語であると言はねばならぬ。要するに第十七世紀に於ける和蘭の學説は爾來歐洲大陸諸國に行はれ、特に獨逸、奧地利等に於ては第十九世紀の初期に至るまで一大勢力を有し、英米に於ては今尙現行國際私法の基礎を成すこと次節に説明するが如くである。

次で第十八世紀に於ては佛國文化の隆興と共に斯學の研究は再び佛國を中心とするに至つた。當時佛國に於てはブーイエー(一七六三年)フロラン(一七四六年)及びブールノア(一七六二年)の三大法學者輩出して法則區別説を祖述し、特に屬人法の範圍を益々擴張して屬地法の適用を益々制限するに至つた。蓋し當代の學説はダールジャントレの學説に基き法則は原則として屬地的なることを認めたと

第十八世紀に於ける佛蘭西の學説

あるが、或種の法則の屬人的なることは唯單に例外として之を認めるのではなく、寧ろ正義の觀念に基き一種の原則として之を認むべきものとした。従つてブーイエーの如きは或法則が物に關するか人に關するか疑はしき場合には寧ろ人に關する法則と見做すべきものなりと主張し、フロランの如きは人は物よりも貴く物は人の爲に存するが故に人は物を制せざるべからずと主張し、ブールノアの如きも混合法に付ては常に重きを人法に置くべきことを主張した。従つて慣習は凡て物法なりとの原則は大に制限せられ、ダールジャントレが物法と認めたる幾多の法則も今や人法に屬するものと認めらるゝに至つた。此の學説はポチエー(一七九九年)メルラン(一七五四年)を通して佛國民法の編纂上に重大なる影響を及ぼし、民法前加編第三條に左記三個の原則を明言せしむるに至つた。即ち第十八世紀末に編纂せられ第十九世紀の劈頭より實施せられたる佛國民法第三條は

佛國民法第三條

第一に「警察及安寧に關する法律は領土内に居住する總ての人を拘束す」と明言して斯る法律は絶對的屬地法にして内國人たると外國人たるとを問はず絶對的に之を強行すべき旨を明かにし

第二に「不動産は外國人の所有に屬する場合に於ても尙佛蘭西法に依りて之を

支配す」と明言して、不動産に關する法律關係は物權的たる否とを問はず悉く所在地の法律に依るべきものとし、バルトルス以來の所謂物法の原則を採用し、第三に「人の身分及能力に關する法律は佛蘭西人が外國に在る場合に於ても尙之を支配す」と明言して、身分及能力に關する法律は所謂人法即ち屬人法にして佛國民法は佛國人が佛國に在るときは勿論外國に在る場合に於ても尙之を支配すべきものとし、バルトルス以來漸次發達し來りたる屬人法の原則を最も概括的に採用した。

之を要するに佛國民法第三條は過去五百年間の久しきに亘つて研究せられた法則區別説の成果を最も簡明なる形式に結晶せしめたと共に、從來地方間の法律牴觸問題を研究するを以て主たる目的とした法律區別説をして其存在の理由を失はしむるに至つたのである。故に佛國民法の編纂は左の三點に於て國際私法學の沿革上重大なる意義を有することに注目せねばならぬ。

(一)國際私法の成立　バルトルス時代に於ける伊國の都市は、各小共和國を成して居たのであるから各都市間の法律の牴觸は恰も内外國間法律の牴觸に類似せるものであつたが、佛蘭西、和蘭、獨逸若しくは英米等に於ける法則區別説の發達は内

佛國民法
第三條の
國際私法
沿革に於
ける意義

國際私法
の成立

外諸國間の法律の牴觸よりは寧ろ一國內に於ける地方間の法律牴觸問題を解決するの必要より出でたるものであつた。然るに今や法典の編纂に依り佛國內に於ける各地方の法律が統一せられたる結果として地方間の法律牴觸問題は全然消滅し、唯内國法と外國法との牴觸問題の解決のみを目的とする純然たる國際私法の成立を見るに至つた。従つて此の意味に於ける國際私法は第十九世紀に於ける諸國の法典編纂に伴ふて初めて發生したるものであつて佛國民法は實に之が先驅を爲すものであつた。

(二)本國法主義の發生　バルトルス以來屬人法とは當事者の住所地法を意味するを以て例としたが、佛國民法編纂以來當事者の本國法を意味するに至つた。蓋し何れの國に於ても地方に依り法律を異にする時代に於ては屬人法は當事者の住所地を標準として之を定めざるを得ないから、法則區別説に所謂屬人法とは住所地法を意味するの外はなかつたのである。例へば均しく佛國人なりと云つても地方に依つて法律を異にするときは屬人法は住所に依りて所屬する地方の法律を意味するの外は無いのである。然るに法典の編纂に依り各地方の法律が統一せられたる以上は、佛國人は何れの地方に住所を有するも其屬人法とは佛國民法

本國法主
義の發生

を意味するに過ぎないから、佛國人の屬人法とは唯佛國民法即ち本國法あるのみである。佛國に住居する外國人に付ては民法に規定する所はないが、佛國裁判所は佛國人が外國に住居する場合に於ても尙佛國民法に従はざるべからざるが如く、佛國に住居する外國人も亦身分能力に付ては其本國の法律に従ふべきものと解釋するを以て例として居る。斯の如く佛國民法は從來の住所地法主義を一變して本國法主義を成立せしむるに至つた。但し此の變化は伊佛法學者の鼓吹するが如き學理上の理由より出でたのではなくして、法典編纂の偶然の結果たるに過ぎないことは注意を要する。

(三)成文國際私法の嚆矢 國際私法の原則は從來は唯慣習法として認められたるに過ぎなかつたのであるが、佛國民法第三條に前掲の如き三原則を明言して以來、佛國民法を模倣せる歐米諸國の立法者は或は民法中に或は民法附屬の法典中に國際私法に關する規定を掲ぐるを以て例とすること後章に述ぶるが如くである。素より佛國民法以前に於ても一、二の國際私法的規定を掲げたる成文法は無いでもなかつたが、近世諸國の法典の模範たる點に於て佛國民法は成文國際私法を掲げたる最初の法典として重大なる影響を及ぼしたるものと言はねばならぬ。

成文國際
私法の嚆
矢

第四節 最近世

最近世即ち第十九世紀以來の沿革はその發達の順序に従つて英米學派、獨逸學派及び佛伊學派の三項に區別してその大要を敘述することとする。

第一項 英米學派

英米に於ては國際私法の研究は第十九世紀以來漸く發達し來りたるものであつて、一八三四年の出版に係る米國判事ストーリーの名著「法律牴觸論」を以つて嚆矢とする。蓋し歐洲大陸に於ては幾多の地方特別法が並び存したる結果として夙に其の牴觸を解決すべき法則區別説の發達を促したるも、英國に於ては慣習法(Common Law)はアングロサクソンの慣習とノルマン民族の慣習とを融和せる統一的法律として行はれたるが故に法則區別説を研究すべき必要を見なかつたのである。後蘇格蘭を併合して聯合王國を成すに及んで始めて英蘭法と蘇格蘭法との間に牴觸問題を發生するに至つたので、裁判所は判例を以て漸次和蘭に於ける法律牴觸論を輸入して之が解決を考究するに至つた。然も其の學説の全部を輸入したのではなくして、唯英國慣習法と矛盾せざる限度に於て徐々に之を繼受

英國に於
ける國際
私法の發
生

することに努めたのである。例へば所在地法の原則は慣習法上土地に關する封建思想と一致せるが故に直に之を採用したが、屬人法の原則の如きは慣習法上曾て存在せざる思想なるが故に極めて近時に至るまで之を採用することを許さなかつたのである。且場所は行爲を支配すとの原則の如きも歐洲大陸に於て作成したる公正證書の英國內に於ける效力を否認せんが爲めに大に之を制限しつゝあつたのである。

之に反して米國に於ては建國以來各州各法律を異にする結果として、米國各州人間に於ける法律の牴觸問題は日常到る處に發生するのみならず、第十九世紀以來歐洲各國より渡來する者漸く増加するに従ひ歐米人間に於ける法律の牴觸問題を解決すべき必要も亦屢々發生するに至つた。然るに當時之に關する何等の成文法も存在せざりしは勿論、先例とするに足るべき裁判例も尙未だ發達して居なかつたので米國法曹は茫然自失せざるを得ない状態であつた。是に於て米國最高裁判所判事たりハーバード大學教授たりし碩學ストーリーは此の新時代の新要求に應ぜんが爲めに英國の判例を研究し、更に溯つて歐洲大陸の學説及び判例をも研究して夫の有名なる「法律牴觸論」を著述し、爾來今日に至るまで米國に於

米國に於ける國際私法の發生

ストーリーの學説

ける此の問題に關する無名の立法者たるの盛名を肆にするに至つた。ストーリーは此の著書に於て第十七世紀に於ける和蘭の學説特にフーベルの學説を祖述して左の三原則を基礎とすべきことを主張してゐる。

第一 各國は其の領土内に於て唯一の主權及び裁判權を有す。従つて其の領土内に在るものは人と物とを問はず凡て之に服従せざるべからず
 第二 一國は決して其の法律を以て自己の領土外に在る物及び人を拘束することを得ず

第三 一國の法律が他國に於て如何なる效力を有するかは専ら後者の法律に依つて之を定むべきものとす。若し其の國の法律が此點に付何等の規定をも設けざるときは、裁判所は一種の「私の萬民法」(Jus gentium privatum)を認め自國の政策及び利益に反せざる限りは、他國の法律に效力を附與することを得べし、而して此の場合に裁判所が此の如き權能を有するは各國相互の便宜即ち國際禮讓(comitas gentium)に依るものにして法律に依つて然るにあらず

ストーリーの法律牴觸論は特に英米に於ける斯學研究の先驅者たりしのみならず、又實に歐洲大陸に於ける近世國際私法研究の導火線たりしことは、此書出版

ストーリーの學説の影響

以來僅に十數年を出でずして歐洲諸國に於ける國際私法の著作は干牛充棟も嘗ならざるに至りたる事實に徴して之を知るに足るのである。今その主要なる著書を擧示せんに英國に於ては一八三八年始めてバージェスの「植民地法及外國法註釋書」と題する有名なる著作の出版あり、一八三七年には伊國のロッコ、一八四三年には佛國のフェリックス、一八四四年にはマッセ及デマンジエー、一八四五年にはドゥ、シヤッサ等の著書相續で出版せられ、獨逸に於ては一八四一年にはシェフネル、一八四一及二年にはフォン、ウエヒテル、一八四九年にはフォン、サヴィニー等の著述あり、更に英國に於ては一八五八年にはウエストレーキ、一八六一年にはフェリモリアの國際私法論の出版を見るに至つた。

而して英米に於ては國際私法論は涉外的法律關係を管轄すべき裁判所と之に適用すべき法律とを研究するを以て目的とし、且理論的説明を試むるよりは寧ろ實際的研究を主とするが故に、外國法の適用を認むべき根本理由に就ては今尙ストレーリーの説明せる國際禮讓説を以て満足すべきものとしてゐる。併しウエストレーキも指摘せる如く近來國際禮讓の意義漸く一變して裁判官の任意に取捨し得べき好意禮讓を意味するよりも、寧ろ正義の要求に基き一定の法律關係に就

ては必らず外國法を適用せざるべからざることを意味するものと解釋するに至つたので、ダイシーは其の名著「法律牴觸論」に於て國際禮讓の意義を闡明して外國法の適用は決して好意的のものにあらざることを説明し、且通常外國法の適用と云ふも其の實は唯外國法の下に得たる權利を執行することを認むるに過ぎざるが故に、既得權保護説を以て此問題の基礎を説明すべきものとしてゐる。今同氏が國際私法の根本原則とする六大法則を掲ぐれば左の如くである。

第一原則 凡そ文明國の法律の下に適當に取得したる權利は英國裁判所に於て承認せられ且一般に執行せらるべし、又適當に取得せられざりし權利は英國裁判所に於て執行せらるゝことなく且一般に承認せらるゝこと無し

第二原則 英國裁判所は外國法律の下に適當に取得したる權利と雖も左の場合には之を執行すること無かるべし

(イ) 斯る權利の執行が領土外に效力を及ぼすべき英國成文法の規定に矛盾するとき

(ロ) 斯る權利の執行が英國法の政策英國法の維持する道德的法則又は英國政治的制度的維持と矛盾するとき

(六) 斯る権利の執行が外國主權等の當該國に於ける權力を侵害するの虞あるとき

第三則及第四則 (裁判管轄に關する原則、茲に之を省略する)

第五原則 或文明國の法律の下に取得したる権利の性質如何は其の権利を取得せしめたる法律に従ふて之を定むべきものとす

第六原則 凡そ法律行為の效果は當事者の意思如何に依りて之を支配すべき法律を定むべき場合には其の當事者の豫想したる法律に従ふて之を定むべきものとす

以上の原則に徴して明かなるが如く、*ダイシー*は國際私法の根本原則は既得權を保護するに在りとするのである。斯る説は米國の *ビール* 氏も亦等しく主張する所であるが、或る權利が或る國の法律の下に適當に取得せられたることを認むるは既に其の權利に適用せらるべき法律が其の或國の法律であることを前提するの譏を免れざるものである。特に或る權利の性質如何を決定するに當り其の權利を取得せしめたる法律に依つて之を定むべきものとするが如きは問を以て問に答へたるに過ぎずして、第十九世紀の始め獨逸に行はれたる既得權保護説と

批評

同じく循環論理に陥りたるものと言はねばならぬ。要するに英米の學説は個々の實際問題に就ては參考に資すべきもの少なからざるも、國際私法の根本原理の説明に就ては歐洲大陸の學説に比して遜色あるを免がれない。

第二項 獨逸學派

獨逸に於ても第十六世紀以來法則區別説を繼受し特に第十七世紀以來和蘭學説を承繼して法則三分主義を採り、主として人に關する法則は人法として住所地法に依るべきものとし、不動産に關する法則は物法として所在地法に依るべきものとし、行爲又は人と物とに關する法則は混合法として或は行爲地法或は所在地法に依るべきものとするを以て例とした。斯る學説は第十八世紀より第十九世紀の半に至るまで獨逸に於ける通説であつて *チボウ*、*アイヒホルン*、*ギョッセン* 等第十九世紀前半に於ける著明なる法學者も皆同様の説を採つて居た。唯此等の學者は外國法適用の基礎に付ては和蘭の學説と異なつて既得權の保護に在りと説明するを以て例とした。然るに一八四一年 *シエフナー* は國際私法發達史を著述して從來の諸説を批判し、特に當時の通説たる既得權保護説は或權利が何れの法律に依りて取得せられしかを判定するに當り既に或法律に依りて之を取得したる

第十九世紀以前の獨逸學説

第十九世紀に於ける獨逸學説
シエフナーの學説

ことを前提するものであるから、畢竟循環論に陥りたる謬説たることを指摘して、獨逸の學界を覺醒した。而して彼自らは法律關係發生地法説を提唱し、一切の法律關係は凡て其發生地の法律に依りて之を定むべきものである、即ち身分能力は住所地に於て發生する法律關係なるが故に、住所地法に依り、物權關係は目的物に於て發生する關係なるが故に、所在地法に依り、法律行為の方式は其行為地に於て發生する關係なるが故に、契約より發生する債權債務は契約の成立したる地に於て發生する關係なるが故に、契約地法に依りて之を定むべきものであると説明した。此説は一見甚だ簡明なるが如くであるが、元來法律關係は必ずしも一定の發生地を有せざるのみならず、一定の事實が如何なる法律關係を發生せしむべきかを知るが爲には、先づ何れかの法律に依りて其事實が果して法律關係を構成すべきや否やを明かにせざるを得ないのであるから、此説も亦畢竟問を以て問に答ふるに過ぎないものであつて、唯舊説を打破する點に於て成功したといふのみである。

之と同時に更に有名なる法學者ウエヒター（一七九七年—一八八〇年）は一八四一年より四二年に亙り民法實用雜誌第二十四卷及二十五卷に於て、私法の衝突に就てと題す

ウエヒター
一學説

る一大論文を發表して、從來獨逸に行はれたる法則區別説の到底維持し得べからざることを批判したる後、私法の衝突問題は左の三大原則を基礎として之を解決すべきであると主張した。

- 第一 裁判官は其國の法律にのみ拘束せらるべきものなるが故に、外國法の適用問題を決定するに當りては根本原則として先づ内國法上此の問題に關する特別の規定あるか否かを明かにし、若し規定あるときは之に従はざるべからず
- 第二 若し斯る規定なきときは現に問題となれる法律關係に該當する關係を規定せる内國法律（即ち實體法）の意義精神を探究して適用すべき法律を定めざるべからず
- 第三 若し該規定の意義精神より問題に關し確乎たる解決を發見すること能はざるとき、即ち内外何れの法律を適用すべきか疑はしきときは内國法律を適用すべし

右三原則中第一原則の正當なることは素より論を俟たないが、第二原則は國際私法と實體法との關係を誤解したる謬見であると言はねばならぬ。何となれば内外諸國の實體法は其適用區域を明言せざるを以て例とするが故に、若し適用法

批評

則の存在せざる場合に於ても尙唯實體法の意義精神を研究するのみにて内外法律の適用區域を發見し得べきものとすれば、實體法以外に別に國際私法の存在を要せざることとなるからである。従つて内外私法の牴觸問題に關し立法者が特別の適用法則を規定せざる場合に裁判官の研究すべき問題は、問題となれる法律關係に該當する内國實體法の規定の意義精神如何にあらずして、現に其國に行はるゝ成文又は不文の國際私法の意義精神如何であると言はねばならぬ。ウエヒターウエヒターの學説は畢竟國際私法の存在を忘れたる謬見である。特に第三原則に至つては國際私法の根本精神を無視するの譏を免れざるものである。何となれば苟も内國實體法の意義精神に徴して外國法に依るべきことが明白ならざる限りは常に内國法のみを適用すべきものとせば、特に獨逸當代に於けるが如く適用法則に關する特別の規定存せざりし場合には、裁判官は遂に外國法を適用するの機會を有せざるに至るの虞があるからである。

ウエヒターウエヒターに次で更に一層哲學的にして且一層光彩ある學説を提唱して近世國際私法學の發達上最も重大なる影響を及ぼしたる者は歴史派法學者の泰斗たりしフォン・ザビニーフォン・ザビニー（一八七九年—一八六一年）である。彼は一八四九年有名なる、現今羅馬法の系統

論第八卷を著はし法律の場所に關する效力の限界論として内外法律の牴觸問題を論究した。茲に其要旨を擧示すれば、先づ冒頭に於て此の問題は唯主權獨立の原則のみに重きを置き一國の法律は他國の領土内に於ては法律たるの效力を有せずと云ふが如き單純なる議論のみに依りて之を解決するに足らざることを説明し、且近世諸國の法律は私權の保護に關し内外人平等主義を認むるに至りたるも、何れの國に於て裁判を受くるも常に同一の法律に依りて保護せらるべきことを認むるにあらざれば眞の平等は望み得べからざるものであるから、内外人平等主義の原則のみに依つても亦此の問題を解決することは出来ない所以を評論したる後、更に論歩を進めて曰く立法者が法律の牴觸問題に付て特別の規定を設けたる場合には之に従ふべきこと素より論を俟たないが、斯る明文を存せざる場合に裁判官が明文の存せざるは即ち内國法のみを適用することを意味するものと解釋すべきか、將た外國法を適用することを意味するものと解釋すべきか、二者何れを取るべきかは何れが果して現今の國際關係上内外人の交通往來の安全を保護するに適當なりとすべきかに依つて之を決定せねばならぬ。而して現今に於ては國家は互に其人格及び權利を承認して國際團體を成し、従つて互に他國の憲

法及び法律を承認するものであるから、國家間に國際團體あるが如く内外諸國の法律も亦「法律の共同團體」(Rechtsgemeinschaft)を成し、何れの法律も皆互に對等の法律にして優劣の區別を認めざるを以て各國並に各國民の共同利益の要求する所なりと言はねばならぬ。従つて内外人の交通上より發生する法律關係に内外何れの法律を適用すべきかを定むるに當つては、恰も一國內に於て法律を異にする地方間の牴觸問題と同様に其法律關係の本來の性質上より何れの法律に依るべきかを決定すべきものであつて適用せらるべき法律の内國法たるか外國法たるかを顧慮することを得ざるものである。斯の如く内外諸國の法律は平等にして各其法域(Rechtsgebiet)に所屬する法律關係を支配するを以て原則とするが故に、或る法律關係が何れの法律に支配せらるべき關係なるかを定むるが爲には、先づ其の法律關係は本來の性質上何れの法域に所屬する關係なるかを探究せねばならぬ。而して法律關係が或る法域に所屬する根據を稱して法律關係の本據(Grund)と云ふが故に、斯學の研究は各種の法律關係の本據を確定するにありとし、之を各種の關係に適用して身分能力の本據は住所地に在りとし、物權關係の本據は目的物の所在地に在りとし、債權債務の本據は債務者の住所地又は履行地に在りとし、親

族關係及び相續關係の本據は當事者の住所地に在りとし、訴訟手續裁判執行等の本據は訴訟地に在りとし、各其本據の所屬地の法律に依りて支配せらるべきものとするのである。尙サビニニは以上の原則に對して二個の例外を認むべきものとし、(一)絶對的に強行することを目的とする法律例へば重婚の禁止又は猶太人に對する土地所有權の禁止等公益上の理由より出でたる強行法に反する外國法は如何なる場合に於ても之を適用することを得ざるものとし、(二)内國に存在を認めざる外國の制度例へば奴隸制度の如きも亦例外として外國法を適用することを得ざるものとし、此の例外の範圍を明かにすることが斯學の研究上最も困難とする問題であると説明してゐる。

批評

之を要するにサビニニが内外の法律を平等視して一切の法律關係は其性質上所屬する法域の法律に従ふべきものとし、斯る原則に依りて外國法の適用せらるる所以は裁判官の自由裁量に因るにあらずして、各國民相互の共同利益を増進するの必要より出でたる結果に外ならざるが故に、裁判官は外國法も亦法律として之を適用すべき義務を有するものであると高調したる根本思想は實に近世國際私法學に新なる基礎を與へたる福音であつたので、此の學説は忽ち一世を風靡し

其の著書は英佛伊其他の諸國語に譯述せられ、歐洲大陸に於ては勿論英米の學說及び判例上にも重大なる影響を及ぼしたることは争ふべからざる事實である。併しサビニの學說の尊重すべきは其の根本思想であつて、其の原則適用の結果たる法律關係の本據では無いのである。特にサビニが國際私法を以て法律の場所に關する效力の限界論なりとし、法律關係の所屬地の如何に依りて據るべき法律を決定せんとせし點は近時法學者の一般に排斥する所である。蓋し法律關係は人と人との間に存する關係であつて、必ずしも一定の土地に所屬するものではないのであるから、總ての法律關係が必ずしも一定の場所に其本據を有することを前提とするが如きは、謬見たるを免れざるのみならず、一定の事實が果して法律關係なるか否かは、何れかの法律に依るにあらざれば、之を決定することを得ざるにも拘らず、法律關係の所屬地の如何に依りて其本據すべき法律を定めんとするが如きは、パールも批評せし如く循環論に陥りたるものと言はざるを得ない。

パールの學說

サビニの學說の此の缺點を補充して更に之を大成したる碩學は即ちフォン、パール（一八三六年）である。パール教授は一八六二年始めて國際私法及刑法論を著はし、次で一八八九年有名なる理論及實用國際私法論二冊を著はし、一八九二年

には更に之を要約して國際私法及刑法教科書一冊を上梓した。氏は此等の著書に於てサビニの根本思想を祖述すると同時に國際私法とは法律の場處に關する效力限定論にあらずして内外私法の適用區域を確定するにありとし、且之を確定するに當りサビニの如く法律關係の本據如何を探求するよりは、法律關係を構成する各要件に付て事物自然の性質上何れの法律に準據するを以て最も正當とすべきかを考究すべきである。換言すれば一定の法律關係を構成する當事者の國籍、住所、居所、目的物の所在地、法律行為又は不法行為の行為地及び裁判所々々在地を基礎として、事物自然の性質上内外何れの法律に依るべきかを定むるにありとした。一例を擧げて言へばサビニの所說に依れば能力の有無に付て當事者の住所地法を適用する所以は能力の本據が住所地に所屬するが爲である。之に反してパールの所說に依れば能力の有無に付て當事者の本國法を適用する所以は能力が其本國の領土内に所屬するが爲にあらざりて、住所地法、行為地法、所在地法又は訴訟地法等に依らんよりは、其本國法に依ることが事物自然の性質に最も能く適合するが爲である。即ちパールの所說はサビニの缺點を補足して更に之を大成したるものである。是れ氏が生存中五十年の久しきに亘つて獨逸學界

の權威たりしのみならず、歿後の今日尙歐洲大陸に於ても英米に於ても一大權威たるを失はない所以である。

第三項 伊佛學派

第十八世紀に於ける佛國の法則區別説は既に屬人法を以て一種の原則と認むる端緒を開き、第十九世紀の劈頭より佛國民法は暗黙の裡に當事者の本國法を以て屬人法と爲すに至つたことは前節に説明せし如くである。然るに第十九世紀の後半以來更に之を擴張して本國法主義を以て國際私法の根本原則と爲し、屬地法を以て寧ろ例外とする新學派が伊太利に勃興し、佛白の學者亦多くは之に共鳴して茲に所謂伊佛新學派を醸出するに至つた。此の學説は伊國の有名なる公法家マンチニ一が一八五一年トリノ大學に於ける開講演説に於て、國際法の基礎としての國民性に付てと題し、國家は同一の國民性を有する民族より成立すべきものにして、同一の民族が數多の國に分屬するが如きは自然の法則に反するが故に、斯る民族は互に相協力して一大國家を建設すべきであると主張し、從つて國際法上國家相互間の關係に於ても亦國民性を基礎とすべきものであつて、同一の民族に屬する者は何れの地に至るも其民族に固有の法律即ち其本國法に依つて支配

伊佛學派
の勃興マンチニ
の學説エスベル
ソンの學
説ローラン
の學説

せらるべきことを認むべきであると主張せしに始まつたのである。元來マンチニ一の所説は伊太利統一の政治論であつて國際法上には何等の影響も與へ無かつたのであるが、國際私法上に於ける本國法主義は忽ち伊太利の學界を風靡し、一八六五年制定の伊國民法第六條乃至第十二條は此説に從うて本國法主義を明言するに至つた。特に一八六八年エスベルソンは、國際民事關係に適用せられたる國民性の原則と題する論文を發表して益々此の主義を鼓吹し、多くの法律は人格の發表にして人格は國民性に依りて定まるが故に又之を國民性の發表なりと云ふことを得べく、國民性と人格とは畢竟分離し得べからざるが故に、既に外國人の人格を承認する以上は又其の國民性を承認し其の本國法に依ることを承認さるべからずと力説し、唯公益に關する特別の規定に就てのみ例外として屬地主義の適用を認むべきものであると説明した。爾來伊國の國際私法學者は一般に此の學説を祖述するのみならず、白國ローランも亦一八八〇年其著國際民法第一卷に於て同様の學説を最も熱烈に鼓吹するに至つたので、佛國法學者も亦一般に之を模倣し所謂伊佛新屬人法主義は此等の諸國に於ける通説となるに至つた。現今佛國に於て此の學説を最も代表的に説明する者は巴里大學教授ウエイヌ氏で

ある。氏は其の名著理論及實用國際私法論第三卷に於て所謂屬人法の原則は左の形式に言明し得べきものであるとして居る。

凡そ私益に關して規定を爲す法律は常に個人の便益を目的とするものなるが故に、斯る法律は其目的とする人のみを支配すべきものにして、其人に付ては原則として何れの處に於ても其一切の法律關係を支配すべきものとす。但國際的公秩序、場所は行爲を支配すとの法則並に當事者の自由意思に基く制限は此限にあらす。

伊佛學派は斯の如く本國法主義の屬人法を以て唯一の原則と爲し、之に對して二、三の例外を認むるを以て例とするのであるが、斯る説明は徒らに本國法主義を誇張するに失したるものであつて、理論上より言ふも實際上より言ふも維持し得べからざる謬見である。蓋し此等の諸國に於ても國際私法上當事者の本國法に依るべき場合は身分能力に關する關係に過ぎずして、其他の法律關係に付ては或は所在地法に依り或は行爲地法又は法廷地法に依るべきことを認むるが故に、法律關係全體より言へば屬人法に依るべき場合は寧ろ其一部分たるに過ぎないのである。従つて屬人法のみを唯一の原則と爲し其他の原則を例外と爲すは事實

に反する説明である。且所謂國際的公秩序の例外はサビニ一の所謂絕對的強行法の制限と同様に一切の外國法の適用に對する制限であつて、當事者自治の原則又は行爲地法の原則に對しても等しく適用せらるべき制限であるから、之を唯屬人法の原則のみに對する例外と爲すが如きは、元來原則と例外との分類を誤りたるものと言はねばならぬ。加之ならず、伊佛學派は恰も本國法と國民性との關係に付て新原則を發見したるが如く説明するを以て例とするも、既に述べし如く屬人法の原則が住所地法主義より本國法主義に一變するに至りたる所以は法典編纂の偶然の結果たるに過ぎずして、此の主義に固有なる特別の理由あるが爲にあらざることは、奧蘭、伊、西、獨等住所地法主義を原則とせし諸國に於ても法典編纂と共に忽ち本國法主義を採るに至りたると同時に英米の如く地方に依り法律を異にする諸國に於ては斯る主義を採用せんとするも到底之を實現し得べからざる事實に徴して明かである。従つて國際私法上必らず本國法主義の屬人法を認めざるべからずとする説の不當なるは勿論、之を以て唯一の原則とする伊佛學派の説明は理論上到底維持し得べからざる謬見であると言はねばならぬ。

第四項 最近の學說

近世國際私法學の沿革の概要は以上述べたが如くである。而して英米の學派は實際問題の解決に専らにして根本原則の研究に付ては深く顧慮せざるが如く、且伊佛學派の新學說も亦理論上維持し得べからざることは既に述べたるが如くである。従つて斯學の根本原則に關する研究に付てはサビニー及びパールに依りて創建せられたる獨逸學派を推さざるを得ないのである。然も事物自然の性質も亦猶漠然たるの批難を免れざるが故に第十九世紀末以來最近二三十年間に之が改造を企てたる學者は少くないのであるが、新學說を建設する上に於て成功せしものは遺憾ながら殆んど絶無である。今左に特に注目し値すべきもの二三を掲げて其の概要を紹介することとする。

第一ジッタの學說

和蘭ライデン大學教授ジッタは一八九〇年「國際私法の研究方法」と題する著書を公けにし、次で一八九九年獨逸公法雜誌に「國際私法の本質」と題する一大論文を掲げて人類的私法説とも稱すべき新説を提唱した。尙同氏は一九一九年英佛兩國語にて著述せし「國際法改造論」に於ても亦同様の學說を高調してゐる。今此等の著書論文等に徴して同氏の學說の概要を紹介せんに、氏は先づ「國際私法とは内

外諸國の私法の管轄區域を定むる法則の學として觀察すべきか、將た特殊の觀察點より觀たる私法自體の學として觀察すべきかとの問題を提出して、從來の學說は皆前者に屬するも後者を以て正當とせざるべからざることを主張してゐる。曰く凡そ法律は人と人との關係を規定するものにして法律と法律との關係を規定するものにあらず。國際私法も亦內國法と外國法との關係を規定するにあらずして、私法上の權利義務の關係自體を規定するものである。即ち國際私法の本質は屬地的に限局せられたる國內私法と世界的交通との間に存する懸隔を調和せんが爲に發達したる法則である。今や男女は人類存続の必要より國籍の如何を問はず一般人類の婚姻を成立せしめ、文化の發達に因り一般人類の通商を成立せしむるに至つた。而して此の一般人類の世界的交通に伴うて發生する人と人との關係即ち私法的關係自體を規定するものが即ち國際私法である。且法律關係は唯其觀察點の廣さか狭さかに依つて或は國際的となり或は國內的と爲るのみであつて、法律關係自體に國內的と國際的との二種類あるのでは無いのである。従つて國際私法の本質は尙私法にして國際的にあらず、普通の私法と異なる所は唯一般人類的觀察點より觀たる私法たる點に存するのみである。換言すれば國

際私法とは私法關係を其私法たるの性質を變更すること無くして一層擴大したる眼鏡に依りて觀察したる私法である。國際私法は斯の如く世界的人類的私法なるが故に之が研究方法も亦世界的人類的ならざるべからず。従つて或一國に特殊の國際私法のみを研究する個別的方法にては斯學の目的を完うするに足らざるが故に、一般的宇宙的方法に依りて世界私法的基础に於て世界各國の立法權及び裁判管轄權の制限を確立することを期すべきであると主張してゐる。

此説は一見甚だ適切なるが如く且世界的研究の必要を力説する點に於て斯學の研究を裨益する所少しとせざるも、氏の所謂世界的人類的私法は人類の世界的交通上に於ける私法的關係自體を規定すべきものとし、恰も羅馬の萬民法に類似せる私法を理想とする點に於て事實上何等の根據なき獨斷であると言はねばならぬ。何となれば國際私法と萬民法とは全然其性質を異にするのみならず、現今世界各國の國際私法は皆内外人間の私法的關係を直接に規定する法則にあらずして、唯私法的關係に適用せらるべき内外私法を指定することを目的とするに過ぎないからである。且現行國際法は私權保護に付ては各國立法權の自主獨立を前提とするが故に、世界的交通上の必要を理由として世界各國をして同一の人類

批評

的私法を採用せしめんとするが如きは、手形法、海商法等通商に關する一部私法の統一を可能とする場合を除くの外は實際上に於ても到底空論たるの譏を免れざるものである。

第二ビイエの學說

ビイエの學說

佛國巴里大學教授ビイエは一八九四年より九六年に互りて國際私法雜誌に「法律牴觸問題解決の一般原則」と題する一大論文を掲載し、次で一九〇三年國際私法原理を著して氏の所謂新主義を論述し、一九二三年更に「國際私法實用論」二卷を著述して之を實際問題に應用した。今其の要旨を擧示せんに氏は獨逸に於ける事物自然の性質説は漠然に失し此の複雑なる問題を解決するに足らざることを説明したる後、自ら法律性質説を提唱して曰く此の問題は立法者の最高意思の表示たる法律自體の性質を考究することに依りて之を解決することを得べし。元來法律の牴觸問題は立法の複數より發生するものにして國際私法の目的は各國立法の効果を確保するに在る。而して國際間に之が調和を確立すべき點より觀察すれば内外諸國の法律は屬地的にあらざれば地外的領土外的である。法律が一定の領土の爲に制定せられ、其領土内に於ては内外人の區別なく何人に對し

ても適用せらるゝときは屬地的である。之に反して外國に在る内國人に追従するも内國に在る外國人に對して之を適用せざるときは地外的即ち屬人的である。内外法律の調和は先づ一般の法律が二者何れに屬するかを明かにするにあらざれば到底望み得べからざるものである。而して法律が地外的即ち屬人法なりと云ふは、法律の目的とする人に付ては如何なる事情の下に於ても常に適用せらるべきこと、即ち其の法律の效力の永續的なることを意味するのであるから、地外法は即ち永續法である。之に反して法律が屬地的なりと云ふは何人に對しても一般的に適用せらるべきことを意味するのであるから、屬地法とは其適用の一般的なることを云ふのである。而して國內關係に於ては法律は總て永續的にして且一般的なる兩性質を有するが故に、各國の法律は皆屬人法たると同時に屬地法である。然るに國際關係に於て若し此の二性質を並存せしむるときは各國法律の調和は望み得べからざるが故に何れかの一方に重きを置き、若し法律の永續的なることを宣言するときは其適用の一般的方面を犠牲とし、若し其一般的なることを宣言するときは永續的方面を犠牲とすることを覺悟せねばならぬ。而して中世に於ては法律は一般的性質に重きを置きたるが故に、屬人法は唯例外として認

められたるに過ぎなかつたが、近世伊佛學派は之と反對に法律の永續的性質に重きを置き屬人法を原則とし屬地法を例外とする。併し此の二者は共に極端に失したるものであると言はねばならぬ。元來法律は屬地的性質を有すると同様に屬人的性質を有するのであるから問題とする所は法律は概括的に屬地法を原則とすべきか將た屬人法を原則とすべきかにあらずして、寧ろ問題となれる各種の法律の規定に付て其立法の目的上屬地的效力に重きを置くべきか將た屬人的效力に重きを置くべきかを明かにするにありと言はねばならぬ。而して法律の規定は其社會的目的上より之を觀察するときは、其保護せんとする直接の目的が一個人の私益なるか將た社會一般の公益なるかに依りて、之を個人保護法と社會保護法との二種に區別することが出来る。而して國際私法上の問題は此の區別に依りて之を解決することが出来るのであつて、前者は即ち永續法(屬人法)にして後者は即ち一般法(屬地法)である云々。

之を要するにピイエの學説は外國法適用の制限に付て一大難問とする國際的公秩序に關して頗る有益なる説明を與へたるのみならず、從來伊佛學派の通弊たる屬人法主義の原則の誤謬なることを論證せし點に於て斯學の發達に貢獻せし

所少からざるも、法律の規定は必らずしも個人保護法又は社會保護法と截然區別することを得ざるを以て例とするが故に、法律の社會的目的の研究のみに依りて内外私法の適用區域を定むる原則を發見し得べきことを主張する根本思想に至つては、畢竟法則區別説と同様の批難を免れざるものと言はねばならぬ。

第三チーテルマンの學說

獨逸ボン大學の有名なる民法學者チーテルマン教授は一八九七年國際私法第一卷を著し、其翌年第二卷の一部分を刊行し、次で一九一二年に至つて始めて完成したる大著述に於て斯學の根本に關する新學說を提唱した。氏は先づ國際私法を純理國際私法と應用國際私法とに大別して、純理國際私法に於ては各國に共通の根本原則を考究すべきものとし、應用國際私法に於ては上述の根本原則を各種の法律關係に應用して其準據法を明かにすることを期すべきものであるとしてゐる。而して第一卷純理國際私法に於て國際私法とは内外私法の適用區域を定むる法則を云ふと定義する點に付ては從來獨逸に行はるゝ通説と同一であるが、諸國に現行の適用法則は尙極めて不完全なるが故に國際私法學の目的は一國に現行の適用法則を闡明するのみならず、更に進んで現代法の缺陷を補充し將來

チーテル
マンの學
說

各國の立法を指導するに足るべき統一的原則を發見するに在りとする點に於て大に異なる所がある。而して氏は此の原則を發見する方法は各國に現行の不完全なる適用法則よりして之を歸納せんよりは、寧ろ何人にも承認せられたる原則を基礎として之を演繹するにありとし、且斯る演繹を正當とするが爲には唯國際私法上各國立法者に對して同一の國際私法的規定を定むべきことを要求する法則即ち國家間に國家を拘束するものとして行はるゝ法則の存在することを證明するを以て足れりとし、更に進んで國際私法は之を國家以上に行はるゝ國際私法と國家以内に行はるゝ國際私法とに區別すべきものであると説明して居る。

今左にチーテルマンが國家以上の國際私法に付て説明する要旨を擧示すれば、元來或る法律關係に對し内外何れの法律を適用すべきかとの國際私法の問題は畢竟當事者の一方が他方に對して主張すべき權利を有するか否かの問題である。而して權利は皆國家の法律に依りて附與せられたる法律上の力であるから、國家が私權を附與するには國家自ら之を附與するに相當する權力を有することを前提とすべきである。従つて國家が國際法上承認せられたる權力を有せざる場合に附與したる權利は國際法上認めらるべき權利ではないのである。換言すれば

國家以上
の國際私
法

印
の中
稱
大

唯私権の客體の上に國際法上承認せられたる權力を有する國家のみが國際的に承認せらるべき權利を附與することを得、且斯る國家のみが斯る權利を消滅せしむることを得るのである。國際私法上の問題は先づ此の國際法上の原則を確立するにあらざれば之を解決することを得ざるが故に、國際私法は此點に於て國際法に從屬するものである。

而して國家主權の行はるべき範圍は國民及び國土に依りて人的及び物的に制限せらるべきものであつて、一方に於ては人民主權に依り其國民に對し無限の權力を行ふことを得べく且他國は單に之を承認せざるべからざるのみならず又之を妨げざることを要すると同時に、他方に於ては領土主權に依り其領土内に存在する物を支配することを得るは勿論、外國人をも統治することを得るのである。従つて國家の私法事項に關する立法權の範圍即ち私法の支配する區域も亦此の人的及び物的制限を受くべきものである。即ち國家は人民主權に依りて其の國民に對しては住所居所の如何に拘らず積極的及び消極的給付を命ずることを得べく、又領土主權に依りて外國の人民主權の作用を侵害せざる限りは其の領土内に於ける一切の行爲を許容し又は禁止することを得べく、従つて外國人に對して

國家主權
の範圍

も不法行爲より發生する損害賠償の責任に付ては尙給付を命ずることを得べく、且各國は領土主權に依りて其の領土内に存在する物を支配することを得べし。従つて物に關する行爲の内容は何れの地に於て何人の間に爲されたるを問はず凡て領土主權に支配せらるべきものである。各國の私法に關する立法權は唯以上の制限内に於てのみ、國際法上有效に承認せらるべきものなるが故に、此の國權の範圍の限定に依りて各國私法の適用區域も亦自ら限定せられ、従つて國際私法の問題は之に依りて既に解決せられたるものとなるのである。何となれば國際私法上の問題は畢竟特定の權利の得喪如何に歸着するが故に、此の問題は唯其の當時斯る權利を附與し又は消滅せしめ得べき權力を有することを國際法上認められたる國家の法律に依りてのみ之を判定し得べきものであるからである。

チーテルマンは上述の原則に基き純理國際私法上の準據法を左の如く演繹してゐる。即ち(一)人に對して直接に支配を及ぼす權利及び一定の人に或る給付を命ずる權利は斯る權利の支配を受くる人に對して人民主權を有する國の法律即ち其の本國法に依りて之を定むべきものとし、特に身分、能力、親族相續に關する問題のみならず債權關係の如きも尙債務者の本國法に依るべきものとし、只不法行

純理國際
私法上の
準據法の
演繹

爲より發生する損害賠償の債務のみは領土主權に依り不法行爲地の法律に従ふべきものとしてゐる。(二)動産不動産に關し或る行爲を爲すことを得る權利即ち物を直接に支配する權利は其物の存在する領土の上に領土主權を有する國の法律即ち所在地法に依りて之を定むべきものであるとする。(チーテルマンは尙其他の權利に付ても多少説明する所あるも主要なる問題にあらざるが故に茲には之を省略することとする。)

以上はチーテルマンが國家以上の國際私法即ち國際法的國際私法の根本原則とする所説の大要である。氏が國際私法の根本原則を國際法中に探究し國權の限定に關する國際法上の原則の發達に依りて國際私法の進歩發達を促がさんことを試みたる點は、斯學の研究上に一新生面を開拓したるものとして吾人の敬服に堪へざる所である。併し氏が根本原則とする所謂國家以上の國際私法は特に國際私法を無視せる新説たるのみならず現行國際法上何等の根據なき獨斷であると言はねばならぬ。蓋し現行國際法は國家の主權に屬人的作用と屬地的作用との二方面あることを認めるが此の兩方面の限界を明かにし其の矛盾を調和するに足るべき何等明確なる原則を有せざることはチーテルマン自身が認める通

批評

りである。且將來の法則としても二者の範圍を明確に限定するの頗る困難なることは、彼れ自身の演繹せる原則自體が必ずしも合理的なりと認むることを得ざる事實に徴しても明かである。且現行國際法は國際私法の制定に付ても各國の立法權の自由を尊重し、國際法上より或る一定の法則を採用すべきことを要求するものでは無いのである。従つて本國法主義に基く歐洲大陸の國際私法も住所地法主義に基く英米の國際私法も國際法上共に有效なる法律であつて、チーテルマンの主張するが如く各國は國際法上人民主權に基く屬人法を採用すべき義務を負擔するものでは無いのである。且チーテルマンは國際法の原則に基いて定めたる規則は既に實在せる國際法なることを主張するも、例へば彼が主張する債權債務は債務者の本國法に依るとの規則は國際法上人民主權の原則より當然由來するものと論定することを得ざるのみならず、斯る規則を國際法上の法則と爲すが如きは世界各國の未だ曾て承認せざる所である。パールは曾て獨逸公法雜誌にチーテルマンの新説を批評せる一大論文を寄稿して一々其の缺點を指摘したる後之を論結して曰く、個々の論點に付ては頗る有益にして鋭敏なる所説あるにも拘らず、其の全體に付て言へば立法例及び判決例の實際を無視せる氏の新原

則は其の新らしき限に於て到底維持し得べからざるものであると。蓋し適評と言はねばならぬ。併し之は第一巻純理國際私法に對する批評であつて、之が爲に其の著書の有益なる参考書たるを妨げざるのみならず、第二巻應用國際私法に於ける該博にして精緻なる氏の所説の價値を損する所なきは勿論である。

第四章 國際私法制定の沿革

第一節 國內的立法の沿革

近世諸國の法制上國際私法規定を制定するに至つた沿革は之を國內的立法と國際的立法とに大別することが出来る。而して國內的立法の沿革はその實質的方面と形式的方面との兩方面から觀察するのを便宜とする。

第一項 實質上の沿革

近世諸國の法典中國際私法規定を掲げたる最初の法典は第十九世紀の劈頭より實施せられたる佛國民法であつたことは既に説明せし如くである。爾來歐米諸國相次で法典編纂を企つるに従ひ、概ね佛國民法を模倣して民法の卷頭に國際

實質上の
沿革

私法規定を掲ぐるを以て例とした。且近時國際交通益發達し内外人間の法律關係愈複雑となるに従ひ、佛國民法第三條の如き簡單なる規定のみを以て満足することを得ざるが故に其後成立したる法典は漸次條數を増加し、第十九世紀末に成立したる獨逸民法施行法の如きは二十五條の規定を掲ぐるに至つた。而して之と相前後して成立したる我が法例に於ては獨逸法に規定無き債權關係に就て更に三條を規定したる結果として二十八條の規定を掲ぐるに至つた。尙我國に於ては商法施行法中にも國際私法規定二條を存するから、我國現行法制は國際私法立法に就ては歐米諸國よりも遙に詳細なる規定を有する點に於て誇るに足るものがあるのである。然も尙此等の規定は唯その主要なる原則を列擧するに過ぎないのであつて、これのみでは到底國際私法上の百般の問題を解決するに足りないから、ダイシーも言へる如く國際私法上に於ては裁判官は斯る缺陷を補充するの必要上理論又は條理に従ひ自ら立法せざるべからざる場合が極めて多いことを注意せねばならぬ。従つて最近成立したる立法例に於ては我法例よりも更に詳細なる規定を設くるを以て例とし、一九二六年八月二日發布の波蘭國際私法は四十二條の規定を掲げ、一九二八年全米會議の採用したる國際私法典

の如きは實に二百九十五條より成る一大法典を現出するに至つた。

第二項 形式上の沿革

一國の法典上國際私法規定は如何なる地位を占むべきかは法典編纂の形式上に於ける一大問題である。佛國民法は其の模範としたる羅馬法に則つて法律の公布、效力及適用に關する規定を前加篇として民法の冒頭に置き、その第三條に國際私法規定を掲げたので、近世諸國の法典は概ね之を模範として民法の前加篇又は總則中に國際私法規定を掲ぐるを以て例とした。例へば一八一一年の奧國民法、一八四四年の塞耳維民法、一八五一年の希臘民法、同年の智利民法、一八六八年の葡萄牙民法、一八七一年の亞爾然丁民法、一八八九年の西班牙民法等は皆之に屬する。

然るに國際私法規定は法律の公布及び適用に關する規定と共にその性質上元來民法の一部分を成すべき規定ではないのであるから、和蘭に於ては一八二九年「王國立法の總則」と題する特別法を制定し、茲に始めて國際私法規定を民法々典より分離するの先驅を爲すに至つた。次で一八六五年伊太利民法の編纂に際し、佛國民法前加編に相當する規定を全然民法より分離して「一般法律の公布、解釋及適

形式上の沿革

民法總則

特別法

民法施行法

用に關する總則」と題する單行法を發布し、其第六條以下に國際私法に關する規定七ヶ條を掲ぐることにした。我國に於ても亦此の例に倣ひ「法例」と題する單獨の法律中に之を規定したることは後に説明するが如くである。而してモンテネグロ財産法が其の末尾に十五ヶ條の國際私法規定を掲げたと、獨逸民法施行法が其の總則第七條以下に之を掲げたと、共に立法史上の異例である。尤も獨逸に於ては國際私法規定は法律の場合に關する效力を定むる法則であるから、法律の時に關する效力を定むる法則と共に民法施行法中に併せて之を規定するを以て至當とする主張する者もある。併し獨逸立法者が之を民法施行法中に規定したる所以は斯る理論を認めたるが爲ではなくして、始には之を民法の總則中に加へんとし、後には之を獨立の一篇として民法第六篇「外國法の適用」と題したが、遂に民法を五篇として第六篇を削除することとなつたので、已むを得ず之を民法施行法總則中に掲ぐるに至つたに過ぎないのである。尙獨逸民法施行法は單に民法の施行に關する經過的規定たるに止らずして、帝國民法と各聯邦の民事に關する立法權との關係を規律する永久的規定をも包含するものであるから、斯る規定と共に國際私法規定を掲ぐるも亦一理なしとしない。然し乍ら國際私法と民法

施行法とは元來法則の性質を異にするものであつて、一は内外私法の適用に關する永久的規定であり、他は新舊法律の效力に關する經過的規定である。且國際私法は單に民法の適用に關する法則であるのみならず、商法其他一、二公法の適用區域をも規定する法則であるから、之を民法施行法中に規定すべからざるは勿論、民法總則中にも規定すべきものでは無いのである。従つて斯る規定は之を單行法中に掲ぐるを以て形式上當を得たるものと言はねばならぬ。然し現時單に國際私法規定のみを掲ぐる單行法は唯一八九一年の瑞西居民及居留民の民事に關する法律と一九二六年の波蘭國際私法とあるのみであつて、和蘭、伊太利等の立法例は皆國際私法規定の外、一般法律の公布、解釋、適用等に關する規定をも包含するを以て例として居る。而して我法例が三十條中第一條法律の施行に關する規定と第二條慣習の效力に關する規定とを除くの外は皆國際私法規定であつて、法例と國際私法とは殆んど異名同體とならんとするが如きは從來の立法例より單行法に進まんとする過渡期に在るものと言はねばならぬ。

第三項 法例制定の由來

我が現行法例は明治二十三年法律第九十七號を以て公布せられたる舊法例を

法例制定の由來

法例修正案理由書

修正したるものである。元來舊法例は主として伊國法例を模範としたるものであつて、全文十七條より成り法律の公布、效力、解釋適用に關する原則をも規定してゐたのであるが、明治二十六年法典調査會に於て民法の修正に着手するに及んで此の法例をも併せて修正することとなつた。而して明治三十年一月起草委員穗積陳重博士之が修正法案の起草に着手せらるるに際し、當時博士の指導の下に大學院に於て斯學の専攻に従事しつゝあつた予は法典調査會起草委員補助を命ぜられ、國際私法に關する學說及び立法例を調査する點に於て努力することとなつた。かくて同年十月博士の起草せられたる法例修正案三十條は異議なく法典調査會を通過し、翌年三月帝國議會を通過して明治三十一年六月法律第十號を以て公布せられ、同年七月十六日より施行せらるるに至つたのである。今この現行法例と舊法例との關係を明かにする爲に左に法例修正案理由書に掲載せる總括的理由の二と四とを引用することとする。曰く

既成法例は全文十七條より成り、法律の時に關する效力、法律抵觸、公序良俗、及び裁判拒絶に關する原則を掲げたりと雖も、其規定概ね廣汎に失し、實際の適用上困難なるのみならず、或は之を法文に掲ぐることを要せざるものあり。故に本案は或は之を修正し或は之を削

除し、一條として舊態を存したるもの無し。其修正の理由は各本條の説明に譲り、左に唯全然削除せし個條のみを列擧して其理由を略述せん。

(イ) 第二條 法律は既往に遡る效力を有せずとは法律の時に關する效力を定めたる萬世不易の一大原則として古來諸國の法典に認められたる規定にして、近世に至るまでは往々之を立法上の原則とし、立法者は既往に遡る法律を制定すること能はずとするものありしも、若し之を立法上即ち憲法上の原則とするときは、立法者は既往の弊害を除去し既往の犯罪を免除する等國家の必要に應じて法律を改正すること能はざるに至るが故に、近世に於ては之を法律適用上の原則たるに過ぎざるものとするに至れり。然るに之を法律適用上の原則とするも尙廣汎に失するが故に、此規定を掲げたる諸國に於ける學說及び裁判例は實際上の必要より解釋を以て其意義を制限し、此規定は既往に遡りて既得權を害すべからざることを意味するに過ぎずして、既得權を害せざる法律は既往に遡る效力を有し、特に訴訟手續及び身分能力に關する法律は既往に遡る效力を有すべき必要を認めざるは無し。故に此原則を掲ぐる近來の法典は其意義を制限して、法律は既得の權利及び既遂の行爲に其效力を及すことなしと明言し、或は尙ほ其廣きに失するを慮り、法律の明文上若くは其目的に従ひ反對の規定あるときは此限に在らずとの但書を附加するに至れり。然るに法律の明文上若くは性質上より既往に遡るべきものの外は既往に遡る效力を有せずと規定する

が如きは、既往に遡るべきものは遡り、遡るべからざるものは遡らずと云ふに等しく、到底之を一原則として法文に掲ぐるの理由無きものと謂ふべし。故に獨逸民法編纂委員の如きは此原則を全く無用なりとし、之を民法の總則に掲げざることに決議せり。法律不遡及の原則は諸國の立法上及び學說上に於て斯の如き沿革を有するにも拘はらず、既成法例第二條に於て最も廣汎なる體裁を以て何等の除外例をも設けず、單に法律は既往に遡る效力を有せずと規定せるは尤も其理由を缺くものと謂はざるべからず。之を要するに法律の時に關する效力は其法律の性質に依りて定まるべきものにして、或は既往に遡るべき者あり或は既往に遡るべからざる者あり、故に之に關して一定の通則を掲ぐるは却て法律の適用を誤らしむるの危険あるを免かれざるが故に、特に此原則を掲ぐる必要ある場合に於ては我立法者は必ず之に關する規定を設くる事を怠らず、刑法に關しては其第三條に於て法律は頒布以前の犯罪に及すことを得ずと明言し、民法及び商法に關しては既往に遡るべきものと然らざるものとを民法及び商法の施行法中に規定せり。従つて本案は特に法例中に法律不遡及の原則を一般の通則として掲ぐべき必要を認めざるのみならず、之を掲ぐるは却て危険なるが故に之を削除することとせり。

(ロ) 第十三條 訴訟手續及び執行方法は所謂法廷地法に屬し之を爲す國の法律に従はざるべからざることとは各國の立法者及び法學者の普く認むる原則にして、法學の教科書又は列

國間に行はるべき國際條約若くは國際法典に於ては此原則を明言することを要すと雖も、一國の法律たる法例に之を規定するに至りては國法の體裁を失するものと謂はざるべからず。故に本案は之を削除することとせり。

(六)第十五條 公の秩序又は善良の風俗に反する事項を目的とする法律行為を無効とすることは、既に民法第九十條に於て法律行為の總則として之を規定せしが故に本條を削除することとせり。

(三)第十六條 既成法例第十六條には身分又は能力を規定する法律を免るる合意又は行為は無効とすと規定すと雖も、法律の規定中一個人の意思に放任するものと必らず強行することを目的とするものは、各法律の規定に徴して知得すべきことにして一々之を明示するの必要無し。特に身分能力を規定する法律のみに付て之を明示するの必要無しとす。故に之を削除することとせり。

(ホ)第十七條 裁判拒絶の規定も亦歐洲諸國の法制上一時大に重要視せられたる規定に屬すと雖も、我國法例に於ては之を規定すべき必要あるを見ず。且若し此規定を以て裁判官の職權職務を定むるものとせば、憲法又は裁判所構成法にて之を定むべきなり。若し又之を以て法律適用上の通則なりとせば、到底意義無き規定たるを免れざるべし。加之既に刑法第二百八十三條は裁判官檢察官故なくして刑事の訴を受理せず又は遷延して審理せざ

者を處罰し、刑事懲戒法第一條は判事職務上に違背し又は職務を怠りたる時は懲戒すべきことを規定せるが故に、本案は斯の如き歴史上の價値を有するに過ぎざる規定を削除することとせり。

本案は既成法例十七箇條の中五箇條を削除し、且特別の規定を要する事項は之を特別法に譲りたるにも拘はらず、既成法例よりは大に條數を増加せり。而して其増加は主として國際私法的規定に屬す。蓋し既成法例の規定は概ね廣汎に失し、實際上之を適用するに當り其意義の明瞭ならざるもの極めて多し。故に適用上の困難を除去せんが爲め之を明確にするのみならず、更に之を増補するの必要あること増加の一因なり。法典調査會に於て民法修正を爲すに當り他國に於ては往々民法に規定せる事項と雖も、國際私法的規定に屬するものは之を法例に譲りたること増加の二因なり。近來各國民間の交通倍々頻繁なるに従ひ國際私法に關する學說大に進歩し、各國の國際私法的規定も益増加せしのみならず、國際法學會の決議又は列國の會議に依り從來各國の判決例に於て承認せられたる原則は各國共に漸く之を公認するに至りたるが故に、本案は汎く此等の學說、立法例又は條約を參酌し、各般の法律關係に付て正確なる規則を設けんことを期したり。是れ條數増加の三因なり。

之を要するに現行法例は舊法例の修正と云ふよりも寧ろ全然之を改造したる

ものである。而して此の修正法案が帝國議會に提出せらるるに當り、政府より頗る詳細なる法例修正案理由書を發表したる一事は、我邦立法史上に特筆せらるべき異例であつた。蓋し法例は成立勿々即ち明治三十二年七月より多年我國權の屈辱であつた領事裁判權が撤廢せらるると共に、我が裁判所が始めて涉外事件を判決するに當つて據るべき準則を定めたる法律であるから、裁判所に對しても將た我が國民に對しても此の新なる法律の精神目的を知得するに足るべき參考資料を供給するの必要があつた爲めである。

尙「法例」の題號に就て穗積起草委員の考證せられたる所に依れば、今より約一千年前晋の價充等漢魏の律を増損して晋律二十篇を作るや刑名律を別つて刑名律法例律の二篇としたることに濫觴するものである。其後隋唐に於ては各例律と稱するを以て例としたが、明治十三年我が刑法を制定するに當り第一篇第一章を法例と題し晋律の用語を復活せしむるに至つたのである。而して刑法及び商法の法例は各其の法典に通じての總則を意味する語であるが、茲に所謂「法例」は我國の法律全體に通じての總則的規定より成る單行法を意味する言葉である。従つて此の單行法たる法例と刑法又は商法の法例とは恰も普通法と特別法との關係

「法例」の
題號の由
來

を有するものであると云ふことが出来る。

第四項 國際私法の系統

國際私法は國際法ではないが、内外人の交通往來の安全と自由を保障するの必要より出でたる法律であつて、何れの國に於ても立法の理由を同うするものであるから、諸國の國際私法は同一の法則を採用することを理想とし、且實際上に於ても殆んど同一の法則を採用して居るものが多いのである。例へば不動産に關する權利は凡て其所在地法に従ふべきものとするが如き、行爲地法に従うたる方式は何處に於ても之を有效と認むるが如き、法律行爲より發生する債權債務に就ては當事者の意思に依つて準據すべき法律を定むるが如き、身分能力に關する問題は屬人法に依つて之を定むべきものとするが如きは殆んど世界各國に共通の原則である。然も國際私法は各國立法者の自由に制定する國內法であるから、諸國の國際私法は自ら其の規定を異にする所あるのみならず、其國の法律狀態の如何に依り自ら主義原則を異にせざるを得ざるものあるが故に、諸國に現行の國際私法を比較すると尙互に其の規定を異にする所少からざるは素より論を俟たないのである。今其の小異を捨てて大同を採るとすれば、世界各國の國際私法は之を

國際私法
の系統

佛伊法系

左の三大法系に大別することが出来る。

一 佛伊法系 佛伊法系の諸國に於ては屬人法を原則とし屬地法を寧ろ例外とするのみならず、屬人法は常に當事者の國籍に依つて之を定むべきものとして純然たる本國法主義を採る點に於て他と異なる法系を成すものである。佛蘭西、伊太利、白耳義、和蘭、西班牙、葡萄牙、羅馬尼、露西亞、墨西哥等の諸國は之に屬する。

獨逸法系

二 獨逸法系 獨逸法系の諸國に於ては本國法主義の屬人法を認むる點に於て佛伊法系と同一であるが、屬人法を以て唯一の原則としないのみならず、内國に於ける取引の安全を保護せんが爲に本國法主義を制限する點に於て前者と其の主義を異にするものである。獨逸、奧太利、瑞典、希臘、波蘭、智利、支那等の諸國は之に屬し、我が法例も亦此の法系に屬するものである。

英米法系

三 英米法系 英米の國際私法は慣習法から成立する點に於て歐洲大陸諸國とは全然其の趣を異にする所あるのみならず、地方に依り法律を異にする結果として屬人法は當事者の住所に依つて之を定むべきものとし、住所地法を原則とする點に於て歐洲大陸諸國の國際私法とは根本原則を異にするものである。且英米に於ては凡ての法律關係に就て動産と不動産とを區別し、苟も不動産に關する法

212140

律關係に就ては絶對的に所在地法を適用すべきものとするが故に、屬地法の適用の範圍が歐洲大陸に於けるよりも一層廣汎である。南米亞爾然丁共和國及びピロンビヤ共和國の如きも亦此の法系に屬するものである。

第二節 國際的立法の沿革

國際私法は内外私法の牴觸を調和するを以て目的とするにも拘らず、諸國の國際私法自體が互に相牴觸する以上は到底其理想を實現することを得ないから、歐米諸國の學者は或は著作に依り或は學會の決議に依つて夙に國際私法の統一を提唱し諸國の立法者も亦漸く其必要を知得するに従ひ、第十九世紀後半以來屢回國際私法の統一に關する列國會議を開き、國際條約に依つて之を實現せんことを企圖するに至つた。今左に斯る國際的立法の沿革の概要を紹介することとする。

第一項 南米會議及び汎米會議

國際私法統一に關する國際的機運は後に述ぶる如く最初歐洲大陸に於て發生したのであるが、始めて之が實行に着手したものは南米諸國であつた。即ち一八七八年十一月南米七ヶ國が始めてリマに相會して國際私法、刑法及訴訟法に關す

南米會議

る統一條約を討議したのが嚆矢であつた。次で一八八八年より八九九年に亘つて此等の諸國が再びモンテヴィデオに相會して國際民法、商法、刑法、訴訟法、著作権法、特許法、商標法等に關する廣汎なる統一條約を議決し、茲に始めて列國會議に依つて國際私法を統一するの可能なることが證明さるゝに至つた。此の條約を批准したる國は僅に二、三ヶ國に過ぎなかつたが、若し此の會議が南米諸國間に繼續せられつたならば、恐らくは南米諸國間の統一條約は夙に成立したのでは無からうかと考へられる。

然るに北米合衆國は南米諸國間の統一運動を擴張して南北亞米利加全體の國際會議を創設せん事を提議し、一八九〇年始めて華盛頓市に第一回全米會議(American Conference)を開いて全米大陸に於ける經濟上、社會上、行政上及法律上の諸問題を考究すると共に、國際公法及び國際私法の統一事業をも此の會議に於て實現せんことを企圖するに至つた。茲に於て南米諸國間の統一運動は一時頓挫せざるを得なかつたのである。蓋し北米合衆國の國際私法と歐洲大陸法系に屬する南米諸國の國際私法とは其根本原則を異にするので之を統一することは實際上頗る困難なる事業であるからである。従つて全米會議は爾來會議を重ねるこ

と數回に及んだにも拘らず、國際私法の統一問題は遅々として何等の進歩をも認むることが出来なかつたのである。然るに一九二三年第五回汎米會議に於て南米諸國の代表者から國際私法の統一問題を促進すべき旨を提議するに及んで、豫て法典の準備を囑託せられたる米國々際法學會は、翌二四年十二月リマに於て臨時大會を開き、グアテマラのマトス、ブラジルのオクタビオ、亞爾然丁のラスビウル、玖巴のブスタマンテの四大法學者を委員に推舉して國際私法々典編纂の準備を委託し、一九二五年十二月右委員會は主としてブスタマンテ教授の起草に係る全文四百三十五條より成る法典案を作成して之を國際法學會に提出するに至つた。そこで、同學會は一、二些細なる修正を加へたる後之を汎米會議の理事會に交附し、同理事會に於ては一九二六年二月三日を以て更に之を全米諸國の政府に送附して審査研究を促すこととした。かくて同理事會は一九二七年四月リオ・デ・ジャネイロに於て全米各國政府より派遣せられたる著名なる法律家委員會をして右法典案を逐條的に審議せしむることとしたのであるが、右委員會は一ヶ月に亘つて討議を重ねたる後遂に或る規定に對する僅少の留保を除くの外全文四百三十七條

(第二九六條以下は國際刑法及び國際民事訴訟法に關する規定)より成る法典案を可決し、一九二八年一月ハバナに

於て開催せらるべき第六回汎米會議に之を提出することとした。而して此の法典案が第六回汎米會議に提出せらるるや、各國代表者間に議論百出して容易に決定することを得なかつたが、總括的投票の結果、會議に参加せる二十一ヶ國中十八ヶ國の賛成を得て法典案は可決せらるるに至つたのである。そこでニカラグア國代表の發議に基き法典起草者に敬意を表するが爲めに本法典に「ブスタマンテ法典」と云ふ公の名稱を附することに決定した。かくてブスタマンテ法典の成立は米大陸に於ける數十年來の統一運動を大成したものであつて、國際私法の國際的立法史上に特筆せらるべき大事業であると言はねばならぬ。然し乍ら北米合衆國は各州立法權の獨立と此の法典に對する特殊なる關係とを理由として之が投票に加はらなかつたのであるから、此の法典は畢竟北米合衆國並に加奈陀を除きたる以外の南米及び中米諸國間の統一的法典たるに過ぎないのである。

第二項 海牙國際私法會議

歐洲大陸に於て始めて國際私法の統一運動を起したものは、内外人平等主義を標榜して歐米諸國の稱賛を博したる伊太利であつた。即ち同國政府は一八六一年碩學マンチニをして國際私法の統一に關する事項を研究し且列國會議の議

ブスタマンテ法典

海牙會議以前の統一運動

題に供すべき條約草案を起草せしめたのであつたが、時機尙早きに失したるを以て國際會議を斷念すると共に先づ國內の法典編纂を完成して其基礎を確立することとし、遂に一八六五年を以て民法と共に法例を制定して新屬人法主義より成る國際私法規定七ヶ條(法例第六條乃至第十二條)を公布するに至つた。次で一八六七年伊國政府は更にマンチニを佛、白、獨、墮等の諸國に派遣して國際私法の統一に關する意向を調査せしむる所があつた。然るに其後數年間伊國に於ては羅馬法王領併合問題が紛起し、且次で普佛戰爭が勃發した爲めに遂に列國會議を開催すべき機會を逸したのであつたが、一八七三年十一月に及んでマンチニは再び列國會議を提唱するの急務を伊國政府に建議するに至つた。偶和蘭に於ても亦斯學の泰斗アッセル博士の建議に基き國際私法の統一事業を企圖し、一八七四年先づ外國裁判の執行に關する事項に付て歐洲大陸諸國の國際會議を開催せんことを提議したが、時機尙未だ熟せざるが爲めか、之を無條件に歓迎したものは伊國の外僅に二、三ヶ國に過ぎなかつた。然るに次で一八八一年マンチニは伊國外務大臣と爲るに及んで再び國際私法統一會議を開催せんことを提唱し、歐洲列國は熱心に之を歓迎して各有力なる委員を派遣したが、伊國內閣の瓦解其他の事情の爲に不

幸半途にして閉會せざるを得なかつたのは遺憾であつた。伊國に於ける統一事業は斯の如く實行に至らずして止んだが、此の企圖は其協力者たりし和蘭政府の努力を俟つて遂にその美果を收むるに至り、且そのみならず、更に南米諸國に於ける統一運動に重大なる影響を及ぼしたことは既に説明した如くである。

モンテヴイデオ會議以來國際私法の統一事業に就て南米諸國に一籌を輸したることを遺憾として今や一日も速かに國際私法統一會議の成立せんことを希望する歐洲諸國の意向を看取したるアッセル博士は一八九二年再び和蘭政府に説いて斯の如き國際會議を海牙に開催せんことを提議せしむるに至つたが、列國政府は競うて之に賛同し、遂に一八九三年九月を以て獨、澳、洪、白、丁、西、佛、伊、蘆、蘭、葡、羅、露、及び瑞西等歐洲大陸十四ヶ國の代表委員が集つて第一回海牙國際私法會議を開會するに至つた。此の會議に於ては南米諸國間の統一條約案の如く國際私法の全部に通じて學理的順序に従ひ先づ一般的原则を規定し次で細目に及ぶが如き方法を採らんよりは、寧ろ實際上統一を必要とする各種の事實問題に就て一事項毎に別箇の統一的规定を確立せんことを期し、第一回會議に於ては(一)婚姻の成立、(二)相續及遺言、(三)訴訟手續、(四)法律行爲の方式に關する問題等を討議することと

第一回海牙會議

した。

第二回海牙會議

次で一八九四年六月第二回會議を開き前回討議したる事項を再議するの外、更に(一)婚姻の效力、(二)後見及禁治産、(三)訴訟上の保證及救助、(四)破産等の諸問題を審議した。而して此等の成果は最初は之を國內法上の規定と爲すべきか、或は國際條約上の規定と爲すべきかは各國の自由に放任するの主旨であつたが、第二回會議の結果として各國政府は寧ろ國際條約と爲すの適當なることを認むるに至つたので、爾來國際條約の形式を採ることとなつたのである。就中民事訴訟に關する條約案は一八九六年十一月を以て白、西、佛、伊、蘆、蘭、葡、及瑞の八ヶ國間に調印せられ、其翌年更に獨、洪、丁、羅、露、及瑞典、諾威等の諸國も亦之に加入し、一八九九年五月二十五日以來前掲諸國間に現行條約として之を實施するに至つたのである。

第三回海牙會議

かくて和蘭政府及びアッセル博士は既に其の目的の一部分を達成したることを喜ぶと共に益之を大成せんことを期し、一九〇〇年五月を以て更に第三回會議を開催し、(一)婚姻事項に關する法律の牴觸を規定する條約案(十二條)、(二)離婚及び別居事項に關する法律及び裁判管轄權の牴觸を規定する條約案(十三條)、(三)未成年者の後見を規定する條約案(十三條)及び(四)相續及び遺言に關する法律の牴觸を規定す

る條約案を議決した。而して最後の條約案に就ては次回の會議に於て更に審議を重ねることとしたが、前三個の條約案は一九〇二年六月十二日を以て獨、白、佛、洪、伊、蘆、蘭、葡、羅、瑞、典、瑞、西の十一ヶ國間に調印せられ一九〇四年八月一日以來之を實施するに至つた(但佛國は一九一四年以來、白國は一九一九年以來脱退するに至つた)。

和蘭政府は一九〇四年五月を以て更に第四回會議を開き、一八九九年以來實施したる民事訴訟に關する條約の修正を審議すると同時に、從來未確定の條約に就て更に討議を重ねることとした。即ち此の會議に於て成立したる條約案は(一)民事訴訟に關する條約案(二十九條)、(二)相続及び遺言に關する法律の牴觸に付ての條約案(十四條)、(三)夫婦の財産及び身分上の權利義務に及ぼす婚姻の效力に關する法律の牴觸に付ての條約案(十五條)、(四)禁治産及び之に類似する保護處分に關する條約案(十九條)及び(五)破産に關する條約案(十條)の五個であつた。而して第一の民事訴訟に關する條約は一九〇五年七月十七日を以て獨、西、佛、伊、蘆、蘭、葡、露、瑞、典の十ヶ國間に調印せられ一九〇九年四月二十七日以來舊條約に代つて實施せられ、第三及び第四の兩條約も亦一九〇五年七月を以て獨、白、佛、伊、蘭、葡、羅、瑞、典の八ヶ國間に調印せられ、一九一二年八月以來現行條約として實施せらるるに至つた(但佛國は一九一七年以來、白國は一九二二年以來脱退した)。

二年以來、白國は一九二二年八月以來脱退した。

第四回會議以來我國が新に此の會議に参加するに至つたことは國際私法統一史上に特筆大書せらるべき一大記録である。蓋し我國の法制は概ね歐洲大陸諸國の法系に屬するが故に、此等の諸國間に國際私法の統一を實現し得べき限りは、我國も亦之に参加し得べきことは素より論を俟たないのみならず、我國の加入は統一事業の範圍を擴大する點に於て彼我相互の爲に大に歓迎すべき劃時代的發展であるからである。然るに此の會議は元來歐洲大陸諸國間の會議であり、且一九〇二年の三條約には、本條約は各條約國の歐洲領土のみに適用せらるべき旨をも明記せられてあつたので、我國が始めて參列の希望を表示したる際には、和蘭政府より從來會議に參列せざる一國が新に之に参加することは極めて困難なる旨を回答し來つたさうである。併し乍ら我が政府が再び事情を悉くして參列の希望を述べると及んで、同國政府は進んで仲介交渉の勞を採ることに一決し、特にアッセル博士が其間にあつて前後三年間終始熱誠に盡力せられたる結果として、列國は漸く我國の參列に同意を表するに至つたが、中には我國が條約に加入することに付ては尙疑點を懐く旨を留保したるものも少くなかつたやうである。

かかる事情の下に一九〇四年五月時恰も日露開戦勿々始めて此の會議に參列したる我政府代表委員は開會に先ち我國情に關する歐洲列國の誤解を一掃せんが爲めに最近五十年間に於ける我國一般文化の發達と法律制度の完備とを頗る詳細に説明したる意見書を提出し特に我法例は歐米各國の學說及び判例を參酌し且本會議の統一事業に一致せんことに努めたるものなることを説明し従つて我國が此の條約に加入するも相互の間に何等の障礙をも存せざる所以を一々關係法典の規定に徴して論證すると共に世界共通の利益たる平和的交際の發展に資せんが爲に至高なる文明の原理を輸入せんと欲する一國に對し本會議が幸に寛厚ならんことを希望する旨を附言した。

そこで我國の參列と共に第四回會議に於て發生したる一大問題は條約適用の範圍に關する規定を如何にすべきかと云ふ問題であつた。既に述べたる如く一九〇二年の條約は列國の歐洲領土に限り適用せらるべきものとして歐洲以外の領土植民地等には之を適用すべからざる旨を明記してゐるのであるが第四回會議に於て成立したる條約案は此の問題に就て特別委員會を設けて研究したる結果從來の主義に多少の變更を加へて本條約は條約國の歐洲領土には當然適用せ

條約適用
の範圍に
關する問
題

らるべきものとすと明言し一條約國が歐洲以外の領土又は植民地に本條約を實施せんとするときは和蘭政府を介して其希望を各條約國に通知すべきものとし之に對して確認を與へたる國との間に限り之を實施せらるべきものとした。蓋し斯る規定は歐洲條約國が歐洲以外の領土又は植民地に本條約の適用を擴張せんとする場合に付ては適當なる規定たるを失はないが若し之に依つて我國の加入する場合をも規律せんことを期するものとすれば甚だ不當なる規定であると言はねばならぬ。何となれば條約が條約國の領土に適用せらるべきことは素より當然自明の法理であつて條約國の歐洲領土たると歐洲以外の領土たるとを問はないからである。若し我國が我國の領土に條約を實施するに當り更に各條約國の同意を要すべきものとすれば我國は條約國にあらずして我國の領土は歐洲の海外植民地と同一視せらるゝが如き不合理なる結果を免れぬであらう。従つて斯る規定が修正せられざる限りは我國の參列は唯會議の傍聽者たるに過ぎなかつたのであるが第五回會議以來の條約案は之を修正して本條約は條約國の本土に當然適用せらるべきものとすと明言するに至つたのは我國の加入に伴ふ當然の修正であると言はねばならぬ。

之を要するに海牙國際私法會議は開設以來日尙淺きにも拘らず、前後四回の會議に於て國際私法上最も重要な事項に關して幾多の有益なる決議を爲し、且其の大部分は既に國際條約として歐洲大陸諸國間に實施せられつつあるものであつて、國際私法の統一に貢獻する所頗る多大であつた。然るに此の偉大なる事業の創建者たり且第一回會議以來毎會推されて議長と爲つたアッセル博士が一九一三年七月を以て遠逝せられ、次で世界大戰が勃發するに及んで此の會議は一時中絶せざるを得ざるに至つたことは甚だ遺憾であつた。併し一九二四年國際聯盟に於て國際法々典編纂問題が討議せらるるに及んで國際私法の統一問題も亦注意を喚起したる結果、海牙國際私法會議が再び復活せられ、一九二五年十一月を以て第五回會議を開催するに至つた。蓋し國際私法の統一に就ては米大陸には汎米會議があり、歐洲には海牙會議があるのであつて、國際法々典編纂の如く國際聯盟直接の事業として之を世界的に統一することは不可能であるから、歐洲に於ては海牙會議を復活して其事業を繼續せしめることが最も時宜に適して居るからである。此の會議に參列したものは我國及び左記歐洲二十一ヶ國であつた。即ち獨逸、埃太利、白耳義、丁抹、西班牙、フィンランド、佛蘭西、英吉利、洪牙利、伊太利、リツアニ

第五回會議

ヤ、ルクサンブルグ、諾威、和蘭、波蘭、葡萄牙、羅馬尼、セルブ、クロア、イト、スロヴエヌ、瑞典、瑞西、チエコ、スロヴァキアの二十一ヶ國である。其中新興國を除き英國が始めて參列したると、第一回以來常に參列したる露國が參加しなかつた一事は注目すべき事實である。而して此の會議に於ては破産條約案(十七條)及び外國判決の承認及び執行に關する條約案(五ヶ條)を議決したる外、尙一九〇二年及び一九〇五年の條約の或點に關する修正案を議決した。

第六回會議

次で一九二八年一月海牙に於て開會したる第六回國際私法會議に於ても亦前記二十一ヶ國の代表者が相集つて、第三回以來の懸案であつた相續及び遺言に關する法律及び管轄權の抵觸に付ての條約案(二十一條)を議決したる外、無償の司法的援助及び身分證明謄本の無償交附に關する條約案(十四條)及び從來の會議に於て成立したる條約の修正に關する三個の草案等を議決した。而して國際法協會並に萬國商業會議所より建議したる賣買の準據法に關する統一問題に就ては、唯將來討議の基礎と爲るべき三個の豫備的草案を作成したるのみで、今回此の問題の審議に與つた委員によつて委員會を組織して更に本問題を研究することとし、且各種の法律的、產業的及び商業的諸團體の意見をも徴して次回の會議に於て之を討

議することとした。

尙第四回會議に我政府代表委員として列席せられたる故河村讓三郎博士は歸朝匆匆極めて詳細なる報告書を發表して學界を裨益せられたが、第五回及び第六回會議に就ては既に數年を経過したる今日尙何等の報告をも聞くことを得ないのは我が學界の爲にも頗る遺憾である。吾人は自ら進んで此の會議に参加したる我政府當局者が此の事業の爲に一層熱心に努力して有終の美を齎すに至らんことを希望せざるを得ないのである。

國際的立法の沿革に就ては前述諸會議の外に尙一九〇五年以來屢々白耳義に於て開會したる海法統一會議に依つて成立したる諸條約、並に一九一〇年以來海牙及びジュネーブに於て開會せる手形法統一會議に依つて成立したる爲替手形、約束手形及び小切手法の統一に關する條約案等に就ても説明を要すべきもの少くないが、斯る特殊の國際的立法に就ては後に此等の事項に關する原則を説明する際に之を敘述することとして茲には之を省略する。

第五章 准國際私法

第一節 總 說

準國際私法の意義

一國の法律の行はるべき地域即ち法域は通常其國の領域と其範圍を同うするを以て原則とする。然し英米の如く統一的法典を有せざる國に於ては地方に依つて法律を異にするのみならず、法典統一國に於ても法典の行はるべき地域は必ずしも其國の領域全部を包容せずして、海外領土又は植民地には特殊の法律の行はるゝことを認むるものも少くない。若し斯の如く法域が領域よりも狭少であつて、一國の領域内に法律を異にする二個以上の地域が並び存する場合には、斯る地域間に於ても亦法律の牴觸問題を發生すること恰も内外國間に於ける場合と同様である。而して一國內に於ける法律の牴觸問題も亦普通の國際私法即ち内外法律間の牴觸問題を解決する法則に依つて之を解決すべきか、將た之と異なる法則に依つて之を解決すべきかは理論上に於ても實際上に於ても考究を要すべき一大問題である。且若し假りに普通の國際私法と異なる法則に依つて之を

解決すべきものとすれば、斯る法則に如何なる名稱を附すべきかは次で解決を要する問題である。予は今假りに之を准國際私法と稱するが、先づ前掲第一の問題を解決したる後にあらざれば、斯る特別の法則を要するや否やを判定することは出来ない、又法域を異にする原因を審かにしなければ、斯る名稱の當否如何を批判することは出来ないのであるから、左に先づ異法地域發生の原因を説明し、次で異法地域と國際私法との關係を明かにし、更に進んで異法地域間の牴觸問題と國際私法との異同を説明することとする。

第二節 異法地域發生の原因

異法地域
發生の原
因

一國の領域内に於て法律を異にする地域が並び存する所以は畢竟國情、風俗、慣習等を異にする民族が相集つて一國家を組織するが爲めであるから、其發生原因を左の五項に要約することが出来る。

國家の聯
合

(一) 國家の聯合

數多の小國が相集つて聚合國を組織する場合には、中央政府が統一的法典を制定せざる限りは、各邦は從來の法律制度を保有して互に對等の法域を成すを以て

例とする。例へば瑞西、北米合衆國、獨逸帝國の如きものである。即ち瑞西に於ては聯邦を構成する各州(Kanton)は互に異なる法域を成すが故に各州間の法律牴觸問題は内外法律間の牴觸問題と同様である。同國の學者は之を州際私法(Inter-kantonales Privatrecht)と稱するを以て例とするが他國に之を適用することを得ざるは勿論である。北米合衆國に於ても亦各州(State)が私法に關する立法權を保有する結果として各州の法律は各其規定を異にするが故に、往々之を州際法(Interstate Law)と稱する者もあるが、斯る名稱は國際法と混同するの虞あるのみならず、米國に於ては内外國間の牴觸問題も各州間の牴觸問題も均しく之を法律の牴觸問題として同一の原則を適用するを以て例とするから、何等特別の名稱を附すべき必要を認めないのである。尙獨逸に於ては各聯邦間の法律牴觸問題を國際私法より區別して地方間私法(Interlokales Privatrecht)と稱するを以て例として居る。

國家の併
合

(二) 國家の併合

一國が他國を任意的に併合したる場合に於ても亦異法地域を發生することあるは史上に顯著なる事實である。例へば英國は蘇格蘭王國を併合し、我國が朝鮮を併合して各一定の法律關係に就ては舊慣に依ることを認めたる結果として異

法地域を成すに至つた如きは即ちそれである。尙戦争の結果として一國が他國を征服したる場合に於ても同様である。例へば英國に征服せられたる印度帝國又は南阿自治領の如きはその一例である。尙元來同一の民族に屬するものが多年數ヶ國に分割せられたる後互に合併して一國を成すに至つた場合に於ても亦異法地域たるを免れざることもある。例へば世界大戰後成立したる波蘭に於ては従前獨逸に屬したる地方には獨逸民法、奧國に屬したる地方には奧國民法、洪牙利に屬したる地方には洪國民法、露國に屬したる地方には露國民法と佛國民法とに依るものがあるから、將來統一法典の編纂せられない限り五個の法域に別たれて居るのである。従つて同國に於ては此等異法地域間の法律牴觸問題を解決せんが爲に一九二六年八月二日頗る詳細なる地方間私法を發布するに至つた。

領土の割譲

(三) 領土の割譲

平和的方法に依ると戦争の結果たるを問はず、一國が他國の領土の一部を讓受けたるときは、從來其地方に行はれたる私法は其儘之を存續せしむるを以て例とするから、新領土は概ね別異の法域を成すこと恰も我國の臺灣に於けるが如く、米國の比律賓に於けるが如くである。

租借地又は委任統治地域

(四) 租借地又は委任統治地域

一國が他國の領土を租借して之を統治する場合又は委任統治に依つて統治する場合に於ても亦從來其地方に行はれたる舊慣は其儘之を存續せしむるを以て例とする。我國の關東州又は南洋群島に於ける關係の如きは即ちこれである。

(五) 植民地

一國が未開の地を占領して植民地を開拓する場合には、其本國の法律制度をも移植するを以て例とするが、植民地の發達するに従つて自ら別個の法域を醸出するに至ることは、英國の加奈陀、濠太利、南阿弗利加、新西蘭其他の植民地に於けるが如くである。斯る場合に於ける牴觸問題は結局其本國內に於ける法律と植民地法との牴觸問題に外ならないから、或は之を植民地間私法(Intercolonial Private Law)又は單に植民地法(Colonial Law)と稱する者もある。

以上説明したる如く異法地域の發生原因の如何に依つて或は之を州際私法、地方間私法又は植民地間私法等と稱することが出来るが、此等の名稱は皆一切の場合を包容するに足りないから、予は寧ろ之を准國際私法と稱し、苟も法律を異にする地域間の牴觸問題は一切之を包含せしむるを以て適當なりと思考する。何と

植民地

なれば此等の問題を解決すべき法則は後に述ぶる如く畢竟國際私法の準用に外ならないからである。

第三節 異法地域と國際私法

准國際私法の問題を説明するに當り先づ注意すべきことは異法地域と國際私法との關係である。元來異法地域とは權利義務の準則たる實體法を異にする地域を意味するものであつて、國際私法を異にすることを意味するものでは無いのである。語を換へて言へば國際私法は何れの國に於ても其領域の全部に及ぶものであつて、一國の領域は國際私法上より言へば常に唯一不可分の法域を成すものである。若し一國の領域内に於て地方に依り實體法を異にするのみならず、其適用に關する國際私法をも異にし、一法域に於ては屬人法に依るにも拘らず他の法域に於ては屬地法に依ることを認むるが如きことあらば、異法地域は即ち純然たる外國領土と同一と爲つて國家の統一を破壊するの虞あるを免れぬであらう。従つて成文法國たると不文法國たるとを問はず、一國には唯一種の國際私法あるのみであつて、何れの地域に於ても皆同一の國際私法を適用すべきものとしてゐる。

例へば米國に於ては各州皆其法律を異にするが米國に於ける國際私法は皆同一であつて州に依つて異なる所は無いのである。蓋し米國に於てはストーリー以來學説及び判例より成立する不文の國際私法は米國最高法院の解釋に依つて統一せられるからである。以上の法理は英國に於ても同様であつて、英本國たると植民地たるとを問はず同一の國際私法を適用すべきものとしてゐる。成文法國に於ては國際私法の規定自體に之を明言するものもある。例へば一八九一年公布の瑞西國際私法規定は聯邦法律として何れのカントンに於ても皆之に依らざるべからざる旨を明言してゐる。我國に於ても法例の國際私法規定は我帝國領域の全部に適用すべきことを目的とするものであつて、地域に依り國際私法規定を異にすることを豫想せざるものである。これ臺灣、朝鮮、關東州、及び南洋群島等何れの地域に於ても皆法例を施行し又は之に依るべきことを明言せる所以である。

第四節 異法地域間の牴觸問題

一國內に於ける異法地域間の法律牴觸問題を内外國間に於ける法律牴觸問題

と同一の法則に依つて解決すべきや否やは從來學者間に議論せらるゝ所であるが、國際私法發達の沿革上より言へば二者共に法律の牴觸問題を解決することを目的とする點に於て異なる所がないのみならず、國際私法は寧ろ異法地域間の牴觸問題を解決せんが爲に發達したる原則であるから、英米に於ては今尙この二者は同一の法則に依つて之を解決すべきものとされてゐる。蓋しバルトルスが法則區別説を提唱したる當時に於ける各都市のスタチュートは果して地方特別法と稱するを得べきか否かは疑問であるが、第十六世紀以來此の學説が佛國に入るに及んで一國內に於ける地方特別法の間の牴觸問題を研究するを以て主たる目的と爲すに至つたことは明白である。爾後和蘭、英吉利、亞米利加等の諸國に於ける法律牴觸論發達の沿革に徴するも亦内外國間の牴觸問題よりも寧ろ異法地域間の牴觸問題を解決するの必要より由來したることは明かである。従つて現時に於ても米國に於ては他州の法律は純然たる外國の法律と同じく外國法であるから、州法間の牴觸問題も内外私法間の牴觸問題も共に同一の法則に依つて解決すべきものであつて、州法間の牴觸問題の爲に何等特別の法則を要せざるものとしてゐる。

以上の法理は英國に於ても亦同一である。故にダイシーは國際私法上に於ける外國 (Foreign Country) なる意義を説明して曰く、元來「國」とは政治上の意義に於ては同一の主權に屬する領土の全部を意味するも、法律上の意義に於ては國家の領土の全部たると一部分たるとを問はず、同一法系に屬する地域即ち獨逸語に所謂法域 (Rechtsgebiet) を意味するに過ぎない。従つて外國の「外」とは單に其法域に屬せざること、例へば英蘭に就て言へば非英蘭を意味するに過ぎないのであるから、英蘭以外の法域は皆外國であつて、其蘇格蘭若くは愛爾蘭たると佛蘭西又は伊太利たるとを問はないのである。同氏は又或る事件に於て聯合王國の一部分たる蘇格蘭を外國と同一視したる判決を不當なりとする批難に答へて曰く、通俗の意義に於ては斯る批難は正當であるが、法律上の意義に於ては外國とは前述の如く單に他の法域を意味するに過ぎないのであつて、法律牴觸論の著書に於ては斯る定義を便宜且正當とするのみならず、英國裁判所は實際上法律牴觸問題に就ては蘇格蘭又は愛爾蘭を佛國又は伊國と同じく之を外國とし共に同一の國際私法を適用すべきものとしてゐる。此の事實は英蘭以外の一切の地域に對して皆正當に「外國」なる形容詞を使用し得べきことを證明するに餘りあるものであると。

之を要するに英米法學者の所説に依れば國際私法は素と内外法律の牴觸問題よりは寧ろ主として一國內の異法地域間に於ける牴觸問題に就て發達したる法則であるから爾來漸く主客を顛倒して内外法律の牴觸問題を主とし國內法律の牴觸問題を従とするに至つた今日に於ても尙二者同一の法則に依つて之を解決すべきものであるとするのである。此の説は一見正當なるが如くであるが是れは唯單に地域に依つて法律を異にし且住所地法に依つて屬人法を定むる英米に於てのみ正當なる議論であると言はねばならぬ。何となれば住所地法主義の屬人法を採る英米に於ては外國人たると内國人たるとを問はず住所に依つて其所屬する法域を定むるのであるから異法地域間に於ても内外國間に於ても共に同一の法則に依つて之を解決することが出来るであらうが内外法律の牴觸問題に就て本國法主義の屬人法を認むる國例へば我國又は佛國に於ては異法地域間の牴觸問題に就ては住所主義又は民族主義の屬人法を認めざるを得ざるが故に此の二種の牴觸問題は決して同一の法則に依つて之を解決することは出来ないからである。

準國際私

是に於て近來純然たる國際私法と準國際私法とを區別すべき必要を主張する

法と國際私法とを區別する學說

學者漸く多きを加ふるに至つた。例へばローギンは其著瑞西國際及州際法律牴觸論に於て各州間の牴觸問題は内外國間の牴觸問題と同一の原則に依ることを得ざる旨を力説し、獨逸のチーテルマンも亦地方間私法は國際私法と區別して研究すべき必要あることを主張し、佛國のビーエは國際私法の範圍は内外國間のみならず法律を異にする地方間にも及ぶべきものであるが地方間には其關係を調和すべき共通の最高權力が存在するから左の三點に於て純然たる國際關係と異なることを指摘してゐる。即ち(一)單一國に於ては勿論聯邦制度の下に於ても各邦の人民は嚴格なる意義に於て外國人にあらざるが故に一の地域に屬する者は他の地域に居住する場合に其地域の人民よりも劣等なる地位に置かるるが如きことなかるべく、(二)斯る地域間の法律牴觸問題は内外法律間の牴觸問題よりも遙に僅少なるのみならず、(三)同一の政治的團體を成す地域間に於ては一の地域に於て適法に完成したる行爲が他の地域に於て其効果を保障せられざるが如きことは到底理解し得べからざる所なるべしと。

此の問題に就て更に吾人の注意せざるべからざることは近來の國內法律の牴觸問題は單に地域に依つて法律を異にするが爲めのみならず、民族に依つて法律

國內法律の牴觸が民族に依

り法律を
異にする
が爲發生
する場合

を異にするが爲に發生する場合が少くないことである。即ち文化開發の程度を異にし風俗慣習を同らせざる人民の居住する領土を獲得したる國家が、唯其住民のみに關する事項に就ては從來の慣習法を適用すべきものとし、其他の民事に就ては新なる法律に依るべきものとするならば、斯る新領地の法律は一方に於ては地域に依つて法律を異にすると同時に、他方に於ては同一の地域内に於ても土着人たると否とに依り即ち民族の如何に依つて法律を異にすることになるのである。而して斯る民族が若し他の地域に移住することあるも其地域の住民と爲ることを得ない場合には、斯る當事者の屬人法は住所地の法律ではなくして、其民族固有の法律が到る處に追隨することを認めざるを得ないであらう。此點は從來學者の深く注意せざる所であるが、これは普通の國際私法が到底斯る牴觸問題を解決するに適せざることを明にすると共に、准國際私法存在の理由を説明するに足るものである。我國に於ても近來國運の發展に伴ひ臺灣、朝鮮、關東州、南洋群島等法律を異にする地域を増加するに至つたのみならず、更に民族に依つて法律を異にし、現行法例の國際私法的規定のみでは此等の異法地域間に發生する一切の問題を解決するに足らないので、我政府は大正七年四月一日を以て新に共通法と

稱する法律を制定して此の困難にして重要な問題を解決すべき原則を規定するに至つた。吾人は此の新規なる立法に依つて我が異法地域間に於ける權利保護が一層増進せられたるのみならず、准國際私法の立法史上に一大新例を開くに至つたことを喜ばざるを得ないのである。

第六章 國際私法研究の方法及範圍

第一節 國際私法の研究方法

國際私法の研究方法は國際私法の性質に關する學說の異なるに從つて自ら異なる所あるのみならず、學者各共欲する所に從つて自家の研究方法を定むるのであるから、各人各様各相異なつて居るが、大體上より之を觀察すると、歐洲大陸の學派と英米の學派とは大に其研究方法を異にする所がある。即ち前者は概ね理論上より抽象的原則を發見するを以て研究の目的とし、後者は一般に英米に現行の國際私法を説明するを以て目的としてゐるのである。ダイシーの命名した如く前者は之を純理的研究方法と稱すべく、後者は之を成法的研究方法と稱すること

が出来る。我國に於て斯學の研究に従事する者は此の二種の研究方法に就て其長短得失を考察すべき必要があるから左に其の概要を説明することとする。

第一項 純理的研究方法

此の方法はサヴィニエを泰斗として歐洲大陸諸國の法學者の一般に採用する所である。大陸學派の所説は幾多の重要な問題に就て互に其見解を異にするにも拘らず左の二點に於て殆んど共通の特質を有するものである。

(一) 此の學派の第一の特質は國際私法は各國に共通の法律たることを信ずるにある。即ち此の學派は近世諸國に現行の國際私法の原則が或る程度まで互に相同じき事實と、近世文明の發達は此の類似點を一層増進せしむべき傾向を有する事實とを根據として、國際私法は近世文明各國が暗々裡に採用したる世界共通の法律たることを認むるを以て例とする。素より此の學派中に於ても伊佛學派を除くの外は之を以て國際法の一部分と爲さざるは勿論斯る原則が一國に於て法律たるの效力を有する所以は其國の主權より由來する結果に外ならざること承認し、且各國に現行の國際私法が必らずしも共通でないことを看過して居るわけではないが、此の學派の理論より言へば斯る不一致は可成之を排除すべきも

歐洲大陸
諸國の學
說

のとし、或る一國に行はるゝ國際私法規定の當否如何も世界共通の根本原則に適合するか否かに依つて之を定むべきものとするにあるのである。

(二) 此の學派の第二の特質は斯學研究の目的は世界各國に共通の原則を發見するにありとするにある。従つて此の學派の國際私法論は皆或る國に現行の國際私法を説明するよりも、寧ろ各國の立法者を指導すべき萬國共通の原理原則を發見するを以て主たる目的とする點に於て一致して居る。かのサヴィニエが法律關係の性質上所屬すべき本據を發見せんことを努めたるが如き、バールが事物自然の性質説を採り、伊佛學派が新屬人法主義の原則を主張し、チーテルマンが國家以上の國際私法を發見せんとし、ジッタが人類的世界的私法を建設せんと努力するが如きは皆同一の目的を以て世界共通の一大原則を發見し、之に依つて世界各國の立法者又は裁判官を指導せんことを期するものである。

之に依つて是を觀るに純理的研究方法は左の二個の長所を有すると同時に二個の短所を有するものである。即ち此の研究方法は第一に斯學の研究に従事する者をして文明諸國の採用せる國際私法は互に一致する所ある所以を知得せしめ、第二に内外法律の抵觸問題を解決するに當つては不完全なる立法又は判例の

純理的研
究方法の
長所及短
所

みに拘泥するよりも、寧ろ理論と正義とに従つて之を決すべき必要を知得せしむる點に於て二大長所を有するものである。併し此の學派の二大短所は第一に國際私法とは何ぞやの研究よりも寧ろ國際私法とは如何にあるべきかの研究に没頭する結果、一國に現行の成法を輕視して顧みざるの弊あるのみならず、第二に其主張する理論上の原則を提げて直に之を法律なりと説明し、尙未だ何れの國にも採用せられざる空理空論を以て世界各國の立法者を指導し拘束すべき原則なりと論定するの危険あることである。

第二項 成法的研究方法

此の研究方法はストーリー以來英米法學者の一般に採用する所である。歐洲大陸に於てもフェリックスの如きフランツ・カインの如き例外として此の學派に屬するものもある。其の特質とする所は斯學の研究は嚴正なる意義に於て一國の成法たる國際私法を闡明するにありとする點にある。即ち此の學派は法律の牴觸問題を解決すべき法則は單純なる理論上の原則にあらずして、主權者の制定し又は認定したる法則中に之を發見すべきものであるとする。外國の法制を比較研究するに當つても、其の目的とする所は理論上より各國に共通の原則如何を

英米の學
說

發見するが爲めに非ずして、或る一國に現行の國際私法は如何なるものかを闡明するにありとする。従つて例へば能力の有無に關して住所地法主義を採る英國の國際私法と本國法主義を採る伊國の國際私法とは互に其規定を異にするのみならず、往々相背馳することあるを免れないから、此の二者は到底同一の原則より演繹したる結果たることを得ざるは勿論、二者共に世界共通の原則たるを得ざることも亦勿論である。然し乍ら成法的研究學派より言へば此の二者は共に均しく國際法上有效なる國際私法上の原則であつて、只一は英國の國際私法たり他は伊國の國際私法たるの差あるのみである。ダイシー博士自ら此の研究法の得失を論じて曰く、此の方法の長所は如何なる格言と雖も或國の法律の一部分を成すにあらずんば法則にあらずとする原則の眞理なること、従つて或一國に於ける法律牴觸問題に關する法則の何たるかを確定するに適當なる方法は、唯其國に於ける成文法及び判決例を研究すること、常に著者及び讀者の記憶に新ならしむる點にある云々。又曰く、此の方法の短所とする所は現今文明諸國が實際上幾多の共通の原則を採用する事實を看過し、且何れの國に於ても成法的原則は尙極めて僅少にして成文法に規定なきか又は先例に據ることを得ざる事件の發

生する毎に、裁判官は實際上他の諸國にも採用せられ、従つて歐洲普通法とも稱し得べき原則に則つて自ら立法するにも拘らず、その事實を隱蔽するの缺點を有する點にある。然も此の研究方法は其の缺點の如何に拘らず、苟も國際私法を英國法の一部として取扱ふことを要する以上は何人も採用せざるを得ざる方法である云々。

國際私法の研究方法に關する二者の長短得失の概要は前述の如くである。吾人は根本的解決の鍵を握らんとして理想に向つて精進止まざる大陸學派の精神を忽にする事が出來ないと共に、英米學派の成法的研究の實際的なるを忘れることは出來ない。此二學派は其方法を全く異にするものではあるが、互に相容れざるものでないことは勿論事實上二者の求めるものは共に等しく我等が求める處のものであることに留意せねばならぬ。併し乍ら我國に於ては歐米諸國よりも遙に詳細なる成文國際私法を有するのであるから、斯學の研究は先づ是等の規定の意義精神を闡明するを以て第一の急務とすべきである。しかも是等の規定は概ね唯重大なる原則を掲ぐるのみであつて、細目に至つては何等規定する所無きのみならず、法例實施以來日尙淺く、先例とするに足るべき判例亦極めて少なきが

採るべき
研究方法

故に、法例の規定に適合せざる新事件を解決するに當つては廣く歐米諸國の立法、判例又は學說を參酌して我法文の精神を推究し其缺陷を補充することを期せざるべからざるは云ふまでもない。フランツ・カールが曾て國際私法は國內法であつて、將來に於ても亦然るべしと雖も、一國立法者の國際私法的立法の精神目的を闡明するに當つては、唯その一國の法律を研究するのみを以て足れりとせず、廣く世界各國の法律を比較研究し、以て内外立法の目的を調和することを期せねばならぬ。即ち國際私法は國內法なるも其研究方法は國際的方法で無くてはならぬと言つたのは誠に適切であると言はねばならぬ。

第二節 國際私法研究の範圍

國際私法研究の範圍即ち國際私法學は如何なる事項を以て其研究の目的物と爲すかに就ては諸國の學者各其見解を異にし、或は之を法律の牴觸問題のみに限定するものがあり、或は裁判管轄權に關する問題をも包含せしむるものあり、或は又外國人の地位並に國籍に關する問題を研究の範圍に屬せしむるものもあるから、左に斯學研究の範圍——従つて本書論述の範圍——に就て一言説明すること

國際私法
研究の範
圍

とする。

第一 内外私法の牴觸問題

國際私法は法律の牴觸問題を研究するを以て其本領と爲すことは古來學者の普く一致する所であるが、如何なる法律の牴觸問題を解決するを以て目的とするかに就いては異説が無いわけでもない。多數の學者は國際私法は内外私法の牴觸問題を研究するを以て目的とすることに一致してゐるが、一二の學者は之を唯民法の牴觸問題のみに局限し商法の牴觸問題を其の範圍外に置くものもある。例へばローラン、チーテルマン、ウォルカー等の如きはそれである。然し民法と商法とは共に其性質を同うする私法であり、國際私法の研究上之を區別すべき何等の理由も存しないのであるから、斯る學説は國際私法の範圍を不當に縮小したる非難を免れないものである。

民事訴訟法又は破産法に關する問題も亦國際私法の範圍に屬すべきや否やは學者間に議論の一定せざる所であつて、一派の學者は此等の法律は形式上より言へば公法であるが、實質上より言へば私權の保護に關する手續規定であつて民法商法等私法の補助法であるから、此等の法律に關する牴觸問題も亦國際私法の研

内外私法
の牴觸問
題

究範圍に屬すべきものであるとし、國際私法の目的は裁判管轄(Forn)に關する問題と準據すべき法律(Law)に關する問題とを併せて研究するにありとしてゐる。

尙實際上から言つても英米の學者は其著書の一半を割いて裁判管轄權及び外國判決の效力を論究するを以て例とし、佛伊法學者も亦國際私法の卷末に於て民事訴訟法及び破産法に關する問題を説明するを以て例としてゐる。然し理論上より言へば内外諸國の裁判管轄權を限定し、外國判決又は破産宣告の效力を承認するが如き問題は、内外私法の牴觸問題を解決するを以て本領とする國際私法とは全然其性質を異にする問題である。加之斯る問題は國際條約を以て協定するにあらずんば到底徹底的に之を解決することを得ないのであるから、斯る問題は寧ろ之を國際民事訴訟法又は國際破産法と稱する特殊の専攻に委ねて國際私法研究の範圍外に獨立せしむるを以て適當と見做さねばならぬ。

第二 外國人の地位

外國人の法律上の地位如何を國際私法の研究範圍に屬せしむべきや否やに就ては學說區々にして一定しないが、大體上英米法學者は一般に此の問題を説明せざるを以て例とし、獨逸法學者は唯外國人の私權享有に關する原則のみを略述す

外國人の
地位

るを以て例とし、佛伊法學者は之に反して此の問題を重大視して國際私法の開卷第一に之を詳論するを以て例としてゐる。特に佛國ピイエの如きは從來の學者が國際私法の研究を單に法律の牴觸問題のみに限定したることを非難し、斯學の研究は第一外國人の地位、第二法律の牴觸、第三外國に於ける既得權の效果の三大部面を目的とすべきものであると主張してゐる。

元來外國人の私權の享有に關する平等主義の原則は國際法學會に於ても一八八〇年オクスフォードの會議に於て國際私法の八大原則を議定するに當つて劈頭第一に掲げたる所である。併しながら外國人の權利享有如何は純然たる國際私法上の問題ではなく、唯その前提條件たるに過ぎないことは本書第一章に於て既に説明した通りである。従つてピイエの主張するが如く外國人の地位に關する問題を國際私法本來の範圍に屬するものとして之を研究せんとするが如きは理論上謬見であると言はねばならぬ。然し實際上より言へば國際私法の研究は先づ此の前提條件を明かにするにあらざれば其目的を完ふすることを得ないのであるから、佛伊法學者が法律牴觸問題の研究に入るに先だち、外國人の地位如何を説明せんがために努力するは攻學上の順序として宜しきを得たものであると

言はねばならぬ。特に最近五六十年間に外國人の地位頗る急激に變遷したる我國に於ては、其沿革を審にするにあらざれば國際私法の存在自體をも理解することとは出来ないのである。従つて本書に於ては國際私法の前提條件として先づ外國人の地位如何を説明するを以て至當であると考へる。

第三 國籍の牴觸

外國人とは非日本人即ち日本國籍を有せざる者を云ふのである。従つて、何人が外國人たるかを知らんと欲せば、先づ日本人即ち我國籍を有する者とは如何なる人なるかを研究すべきである。特に國際私法上本國法主義を採用する國に於ては屬人法の原則を適用するに當つて當事者の國籍如何を研究することが必要である。加之若し其當事者が二個以上の國籍を有する場合即ち重國籍者なるときは、先づ何れの國籍を以て其本國と見做すべきかを明かにしなければ、本國法主義の原則を適用することが出来ないのである。従つて國籍法は公法であり、國籍法の牴觸は本來國際私法自體に屬せざるにも拘らず、本國法主義を採る諸國に於ては國際私法中に國籍の牴觸問題を解決する原則を規定するを以て例とし、且此等諸國の學者も亦國際私法適用の先決問題として此の問題を説明するを以て例

としてゐる。我法例も亦國籍の牴觸問題に關する特別の規定を掲げて居るから、茲に之を説明するの必要あるは勿論、便宜上國籍の得喪に關する規定自體をも併せて之を略説することとする。

准國際私法

第四 准國際私法

准國際私法が國際私法と區別すべき必要あることは既に第五章に説明した如くである。併乍ら准國際私法とは畢竟ずるに異法地域間に國際私法の原則を應用したる關係に外ならないから、實際上の便宜より言へば之を國際私法研究の範圍に附屬せしむるを以つて妥當とする。特に我國に於ては内地、朝鮮、臺灣、關東州、南洋群島等の異法地域間に於ける法律牴觸問題を説明するの必要は焦眉の急務に屬するが故に、予は紙面の許す限り本書の末尾に特に一篇を設けて我が共通法の規定をも論述せんことを期するものである。

之を要するに國際私法學は前掲の諸問題を研究するを以て目的とするものである。而して茲には説明の便宜の爲めに先づ第一篇に於て内外人の區別の標準たる國籍の得喪並に國籍の牴觸問題と住所及び住所の牴觸問題とを説明し、第二篇に於て外國人及び外國法人の地位を敘述し、第三篇に於て内外私法の牴觸問題

を闡明し、最後に准國際私法に論及するを以て適當であらうと考へる。

第一篇 國籍及住所

第一章 總 說

第一節 國籍の意義及性質

國籍とは最も廣き意義に於ては權利の主體又は客體が或る國家に所屬する關係を表はす語である。例へば自然人の國籍以外に法人の國籍又は船舶の國籍と云ふが如きである。併し國籍は素と自然人に就て發達したる思想であり且茲に考究を要するものも亦個人の國籍に外ならないのであるから、一層嚴正に言へば國籍とは一個人が或る國家に所屬する關係即ち其國の臣民たるの資格を表示する言葉である。故に國籍と臣民とは畢竟其名を異にして其實を同うするものである。即ち個人の國家に對する關係を縦に觀察して統治權の客體たることを明かにする點に於て之を臣民と言ひ、横に觀察して一國の臣民を他國の臣民より區別する點に於て之を國民と言ふに外ならないのである。従つて或る個人が或る

國籍の意義及性質

國の國籍を有すると云ふことは其國の臣民として絶對的服從關係を有することを意味するものである。茲に所謂絶對的服從とは必ずしも服從の内容が絶對無限なることを意味するのではなく、服從の屬人的永續的なることを云ふのである。例へば我が國籍を有する吾々日本人は外國人の如く唯我が領域内に滞在する間のみ我が主權に服從するのではなくして、苟も我が國民たる以上は世界何れの處に到るも常に我が主權に服從せざるべからざる關係を有することを云ふのである。

而して斯る關係が如何にして發生するに至つたかは各國に於ける建國の歴史の如何に依つて自ら説明を異にせざるを得ないが、或る一個人に對して如何なる事實を以て斯る關係を發生せしめ又は消滅せしむべきものと見做すべきかは其國の主權に專屬すべき立法事項であつて、唯其國家のみが自由に決定し得べき問題であるから、近世諸國に於ては各自國籍の得喪に關して詳細なる規定を設くるを以て例としてゐる。従つて吾人は個人の國家に對する服從關係の起原如何は之を政治史又は國家學の研究に譲り、茲には只國籍法上斯る關係が如何に發生し變更し若くは消滅すべきかを説明するのみに止むることとする。

尙國籍の本質に關して一言附記すべきことはコゴルダン、ウェイス等佛國一派の學者がルッソーの社會契約説に基き、國籍は國家と個人との合意より發生したる契約關係であると説明することである。即ち此の説に依れば一方に於て國家が國籍の得喪に關する法律を以て一定の條件を備へたる者に國籍を附與すべきことを規定し、或は領土併合の條約を以て併合地住民の國籍を規定するが如きは契約の成立に必要な國家の申込又は承諾の意思を表示したるものであり、他方に於て一個人が自ら進んで國籍取得の請求を爲し、或は法律又は條約の效果として國籍を取得すべき場合に之を避くべき手段を盡さざるは即ち明示又は默示の申込又は承諾の意思を表示するものであつて、此の申込と承諾と相俟つて國家と個人との間に契約關係が成立するに至るのである。且此の契約は當事者双方をして互に義務を負擔せしむべき双務契約であつて、國家は國民に對して其權利利益を保護すべき義務を負擔すると同時に、國民をして其法律命令に服從せしむべき權利を取得し、國民も亦國家に對して之と相對應する權利を有し義務を負ふものとするのである。然し乍ら斯る説明は外國人が歸化の許可に依つて内國人と爲り若くは併合地の住民が引續き居住することに依つて併合國の國籍を取得す

るが如き場合に就ては一理無きにしもあらずであるが、此等の場合に於ても尙國籍の取得は國家の單獨行爲又は國際條約より由來するのであつて、國家と個人との契約の結果にあらざることには後に詳述するが如くである。況して出生に依つて取得する國籍に就て斯る説を主張するが如きは理論上に於ても實際上に於ても何等の根據なき謬見であると言はねばならぬ。何となれば意思能力を有せざる嬰兒が生れながらにして國家と斯る契約を爲すことを得ざるは勿論、原始時代に於ける吾人の祖先が吾人に代つて斯る契約を爲したるものと想像することも出來ないからである。

第二節 國籍法の根本原則

國籍は前述の如く個人の國家に對する服從關係であり契約關係ではないのであるから、古來各國の法制は國籍強制主義を採り、一定の條件を具備する個人に其國の國籍を強制的に附與するのみならず、一旦附與せられたる國籍は何人も之を離脱することを得ざるを以て根本原則としてゐたのである。英國普通法に於ても「たゞ臣民たる者は永久臣民たり」との格言を認めて、英國臣民は所謂永久的忠

永久的忠
誓主義と
國籍非強
制主義

誓の義務を有し終生其國籍を變更することを得ないものとした。然るに歐洲移民より成立する米國に於ては若し斯る慣習法を固守するならば其國民の大部分は外國人たることを認めざるを得ないので、一八六八年七月米國憲法を改正して生地主義の原則を掲ぐると共に、米國議會は歐洲諸國の永久的忠誓主義を非難して移住脱籍の自由は人類の天賦固有の權利なる旨を宣言するに至つたのである。是に於て英國は一八七〇年始めて歸化條例を制定し英國臣民が外國に歸化したる場合には英國々籍を喪失すべきものとして普通法の根本原則を改むるに至つた。歐洲大陸に於ては第十八世紀末以來漸次海外移住の禁制を寛和し、次で脱籍の許可を與へたるものも少くなかつたのであるが、一般的に移住脱籍の自由を認むるに至つたのは米國議會の宣言以來のことであつた。要するに第十九世紀の後半以來、歐米諸國に於ては個人の權利及び自由を尊重するに至つた結果として、一旦取得したる國籍と雖も個人の自由意思に依つて更に之を喪失することを得べきものとし、個人の意思に反して其國籍を強制せざるを以て根本原則とするに至つたのである。國籍の非強制主義が即ちそれである。我國に於ても古來永久的忠誓主義を原則とし、我が國民が任意に我が國籍を離脱することを許さな

かつたのであるが、現行國籍法が制定せらるるに至つて始めて非強制主義を採り其第二十條に於て自己の志望に依り外國の國籍を取得したる者は我が國籍を喪失すべきことを明言し、更に大正五年三月十五日公布の法律を以て我が國籍の離脱をも認むるに至つたのである。

國籍非強
制の原則
及び之に
對する制
限

國籍は之を強制すべきものではないが、又之を個人の自由意思のみに放任して、或は無國籍者を發生せしめ或は又二個以上の國籍を取得することを認容すべからざるは素より論を俟たないのである。従つて國家は其國民に對して國籍の變更を絶対に禁止し若くは其國籍を剝奪することを得ざるのみならず、國籍變更の自由を認むるを以て原則とすべきであるが個人が其國籍を喪失するが爲には或は兵役の義務を履行したることを條件とし、或は又他國に移住し他國の國籍を取得したることを條件とする等一定の制限を附することを得るが故に、個人は斯る制限に従ふにあらざれば從來の國籍を喪失することを得ざるは勿論である。我が國際法學會に於て國際法上國籍の得喪に關する原則を議決するに當り、人は凡て其國籍を自由に變更することを得と明言すると共に、但國籍喪失の制限に關する本國法の規定に従ふことを要すと附言してゐるのは之が爲めである。(同決議第二條)

尙國籍の變更は自由ならざるべからずとの原則は獨り舊國籍の離脱又は喪失が個人の自由意思に基かざるべからざることを意味するのみならず、新國籍の取得も亦個人の自由意思に基かざるべからざることを意味するものである。而して現今文明國間に於ては一國の人民が他國の領土内に居住し得べきことは一般に認めらるゝ所であるから、國家は如何に久しく其領土内に居住する外國人に對しても苟も本人にして内國人と爲ることを希望せざる以上は強ひて之を内國人と見做すことを得ざるは素より言ふ迄もないのである。従つて一八八九年十二月八日ブラジル共和國に於て同國に居住する外國人は六ヶ月以内に反對の意思を表示せざる限りは凡てブラジル國籍を取得すべきものと規定せしが如きは、外國人に對して歸化を強制するの非難を免れざるものと言はねばならぬ。南米ヅエパロス教授が其名著國籍法論に國籍の得喪に關する十大原則を列擧するに當つて、國家は個人の意思に反して國籍の變更を禁止し又は強制すべき權利を有せざることと指摘すると同時に、國家は其領土内に居住する外國人に對して其意に反して國籍を附與することを得ずとの一項を加へてゐるのも之が爲であり、我が國際法學會の決議第三條に國家は外國人に對し單に其領土内に居住する事由のみ

國籍に關
する二大
原則

に依り其意に反して國籍を附與することを得ずと明言してゐるのも亦此の主意より出でたる規定である。従つて國籍の非強制主義の原則は一八九六年の國際法學會の決議に明言せる如く左の二大原則と相俟つて始めて其意義を完ふすることを得るものである。

- (一) 凡そ人は一個の國籍を有せざるべからず
- (二) 何人も同時に二個の國籍を有することを得ず。

第一原則

前掲第一の原則に依り何人も何れかの國籍を有せざるべからざることは吾人が人生の目的を完ふせんとする上より言ふも事理極めて明白である。蓋し現代に於ては國家は個人の權利の創定者であり又最終の保護者であるから、個人は國家を離れて完全なる生活を營むことを得ないのは今更云ふ迄もないことである。或は現時文明國に於ては外國人は内國人と同様の權利保護を享有するを以て例とするが故に、何れの國籍をも有せざる個人と雖も尙安全に其生活を營み得べきものであると主張するものが無いでもないが、外國人が滞在國に於て權利保護を享有する所以も亦法律的に言へば畢竟其本國政府の外交上の保護より由來する結果たるに過ぎないのであるから、斯る最終の保護者を有せざる個人は世界何れ

の國に到るも到底完全なる生活を營むことは出来ないものと言はねばならぬ。従つて個人は、必ず何れかの國家に所屬し其國籍を有すべきことを期せざるべからざると同時に、國家も亦各個人をして必らず何れかの國籍を享有せしむることを期すべきを以て國籍法の根本原則とせざるを得ないのである。後に述ぶるが如く近時諸國の國籍法が棄兒の國籍取得に就て血統主義に依ることを得ざる場合には出生地又は發見地の國籍を取得せしむるを以て例とし、且國籍變更の場合には他國の國籍を取得するにあらざれば從來の國籍の喪失を認めざるを以て例とするが如きは、皆此の原則を基礎として無國籍者の發生を豫防せんことを期するが爲めである。

第二原則

前掲第二の原則即ち何人も同時に二個の國籍を有することを得ずとの原則は説明を要せずして明かである。何となれば國籍は個人の國家に對する絶對的服従關係である以上は二個の國籍を有する個人は同時に二ヶ國に對して臣民たる義務を完ふすることを得ざるのみならず若し是等兩國が開戦する場合に於ては一方の爲に忠實なる臣民とならんとすれば他方に對して叛逆者たることを免れざるが如き矛盾に陥らざるを得ないからである。然るに現今諸國の國籍法は

各其主義を異にする結果として一個人は或は出生に依つて同時に二個の國籍を取得し、或は出生後の事實に依つて新舊二個の國籍を取得し、所謂二重國籍たるを免れざる場合が屢々發生するのである。而して出生に依る國籍の牴觸は後に述ぶる如く現時に於ては國際條約を以てしても到底之を根絶するに由なきものであるが、出生後の事實に依る國籍の牴觸に就ては一國の立法上新國籍の取得は舊國籍の喪失を條件とすることに依つて之を排除することを得るが故に、近世諸國の國籍法は概ね斯る條件を明言するを以て例として居る。我が國籍法に於て外國人が歸化に依つて我が國籍を取得するが爲には外國の國籍を喪失することを條件としてゐるのも亦此の主意より出でたる規定である。之を要するに現今文明諸國の國籍法は非強制主義を根本原則とし、凡そ人は一個の國籍を有せざるべからずとの原則を經とし、何人も同時に二個の國籍を有することを得ずとの原則を緯として國籍の消極的及び積極的牴觸を豫防せんことを期するものである。併し此の問題は一方に於て一國の立法権のみに依つて之を解決することを得ない場合があるのみならず、他方に於て各國特殊の事情は必らずしも此の原則にのみ拘泥することを許さざるものがあるから、何れの國に於ても國籍の積極的牴觸

は今尙少しとせざることに後に述ぶるが如くである。

第三節 國籍法の地位

國籍法の地位

國籍の得喪に關する規定は一國の法制上如何なる地位を占むべきものなるか。換言すれば斯る規定は民法又は憲法中に之を掲ぐべきものであるか、將た又單行法として規定すべきものであるか。此の問題に關して近世諸國の立法例を比較するに之を(一)民法中に規定するものと(二)憲法中に規定するものと(三)單行法として規定するものとの三主義に大別することが出来る。

民法主義

第一 民法主義 佛國民法は第一編第一章を私權の享有と題し其劈頭に國籍の得喪に關する規定を掲げたので、之を模倣した近世諸國の民法も亦其劈頭に國籍の得喪に關する規定を掲ぐるを以て例とした。例へば一八一一年の奧國民法、一八二九年の和蘭民法、一八四四年の塞耳維民法、一八六五年の伊國民法、同年の羅馬尼民法、一八六七年の葡萄牙民法、一八八八年の西班牙民法等の如きはそれである。蓋し此等の諸國に於ては國籍を以て國民たるの分限即ち身分なりとし、親族法上の身分と同様に民法中に之を規定するに至つたのであるが、國籍は元來公法上の

憲法主義

權利義務に關する關係であつて、其本質は國家統治權の客體たる個人の服從關係を明かにするにあるが故に、之を民法中に規定するが如きは明かに失當である。

第二 憲法主義 南米及び中央亞米利加の諸共和國に於ては憲法の劈頭に國民の地位と共に國籍の得喪に關する詳細なる規定を掲ぐるを以て例とし、北米合衆國に於ても亦一八六八年第十四修正憲法を以て出生と歸化とに依る國籍取得を規定するに至つた。歐洲大陸に於ても一八七六年の西班牙憲法第一條、一八七九年のブルガリヤ憲法第五十四條の如く唯國籍の取得に關する原則のみを規定するものもある。蓋し國籍は統治權の客體たる臣民を意味するに外ならざるが故に、臣民の權利義務と共に臣民と爲るの資格要件をも併せて之を憲法中に規定するも理論上敢て不當なりと言ふことを得ないのは勿論である。併し乍ら國籍の得喪に關する詳細なる規定は時勢の必要に應じて屢之を改正するの必要があるから、之を憲法中に掲げて憲法改正の手續に依るにあらざれば改正することを得ざるものとするが如きは事實に適せざるものと言はねばならぬ。特に我國の如く唯最も重要なる原則のみを規定して百世不磨の大典たることを期する憲法に於て斯る規定を掲ぐるの餘地なきことは云ふまでもない。

第三 單行法主義 國籍の得喪に關する規定は上述の如く民法中に規定すべからざるは勿論、憲法中に之を規定することも亦不適當であるから、一八七〇年の英國歸化條例(一九二四年改正)及び同年の獨逸國籍法(一九一三年改正)制定以來近時諸國の立法例は概ね之を單行法として規定する主義を採用するに至つた。従つて從來民法中に規定したる諸國に於ても最近之を改正するに當つて皆之を單行法として發布するに至つたことは和蘭(一八九二年)、伊太利(一九一二年)、白耳義(一九二二年)、瑞典(一九二四年)、丁抹(一九二五年)、佛蘭西(一九二七年)等の新國籍法に徴して明かである。我憲法第十八條には、日本臣民たるの要件は法律の定むる所に依ると規定し、國籍の得喪に關する規定は法律の形式を以て立法すべきことを豫想してゐるので、我が立法者も亦單行法主義を採り明治三十二年三月十六日法律第六十六號を以て現行國籍法を公布するに至つたのは形式上其宜しきを得たるものと言はねばならぬ。

今本編に於て國籍法の規定を説明するに當り尙一言附記すべきことは、國際私法學に於ける國籍法の研究は我が國籍法の規定自體よりも、寧ろ内外諸國の國籍法が其規定を異にする結果として發生する國籍の牴觸問題を説明し、本國法主義

の屬人法を確定するを以て目的とすることである。従つて左に只此の目的の爲に必要な程度に於て先づ我が國籍の取得、喪失及び回復に關する規定を説明し、然る後更に進んで國籍の牴觸問題を解決すべき原則を闡明し、終りに無國籍者の屬人法を定むべき住所並に住所の牴觸に關する問題を説明することとする。

第二章 國籍の取得

第一節 生來の國籍取得

第一項 總論

國籍の取得は之を出生に因る取得と出生以後の事實例へば婚姻歸化等に因る取得とに大別することが出来る。而して人が出生に因つて取得したる國籍を稱して生來の國籍と云ひ、出生以後の事實に因つて取得したる國籍を稱して傳來の國籍又は取得國籍と云ふ。元來人の出生は一方に於ては其子と父母との間に血統關係を發生し、他方に於ては其子と出生地との間の一種の事實關係を發生するものであるから、子が出生に因つて取得すべき國籍を定むるの標準は此の二様の

生來の國籍取得及び傳來の國籍取得

關係を措いて他に望み得べからざることは説明を要せずして明かである。而して普通の状態に於ては子の出生地は即ち父母の本國であつて、此の二様の關係は同一に歸着するから、子が父母と同一の國籍を取得することは事理素より當然であるが、交通往來の發達したる現代に於ては、子が外國に於て生まるることあるは算ふるに違なき事實であるから、斯る場合には其子の國籍を定むるに當つて前掲二様の關係中何れに重きを置くべきかを決定せざるを得ないのである。

之を歴史に徴して考ふるに家族制度民族主義を基礎とせる古代に於ては東西共に素より親子間の血統關係に重きを置き、子は其出生地の如何に拘らず常に父母の國籍を取得すべきものとしたのである。所謂血統主義 (Jus Sanguinis) が即ちそれである。然るに歐洲に於ては中世封建制度の發達と共に嚴格なる屬地主義が行はれ、百般の法律關係は皆土地を基礎として其効果を定むるに至つたので、國籍を定むるに當つても亦土地の關係に重きを置き、子は父母の國籍如何を問はず出生地の國籍を取得すべきものとするに至つた。所謂生地主義 (Jus soli) と稱するものが即ちそれである。然るに近世に於ては國民は國土の附屬物にあらずして寧ろ國土が國民の附屬物たることを認むるに至つた。加之國際間の競争が益々

血統主義
及び生地
主義

激烈を加へ國家思想が益々發達するに従ひ、國民たるの思想、風俗、慣習等は血統を追うて遺傳すべきものにして、現在の國民の子孫は即ち將來の國民たらざるべからざることを自覺するに至つた結果として、出生に因る國籍の取得は再び血統主義に依つて之を定むべきものとせられ、出生地の如き偶然の事實に依つて定むることを得ざるものとせらるるに至つた。然しながら英國の如く封建主義の法律思想を脱却せざる國に於ては、今尙生地主義を原則とするのみならず、北米及び南米諸國の如く人口尙稀少にして移住民のみより成立する新開國に於ては、専ら生地主義を原則とするが故に、現今世界各國の國籍法は大體上血統主義と生地主義との二種に大別することが出来るのであるが、血統主義を採る諸國に於ても例外として或る程度に於て生地主義を認むるものあり、生地主義を採る諸國に於ても亦例外として血統主義を認むるものあるが故に、世界各國の國籍法は之を左の四種に區別することを得るであらう。

一 専ら血統主義を採るもの 即ち子は出生地の如何に拘らず専ら血統主義に依つて父母の國籍を取得すべきものとする。但し此の主義を採る國に於ても内國に於て發見したる棄兒に就ては内國の國籍を附與すべきものとするものも

各國國籍
法の分類

専ら血統
主義を採
るもの

專ら生地主義を採るもの

ある。獨逸、奧太利、洪牙利、羅馬尼等の諸國は之に屬する。

二 專ら生地主義を採るもの 即ち子は父母の國籍如何に拘らず専ら出生地の國籍を取得すべきものとし、特に内國に於て生れたる子は總て内國の國籍を取得するのみならず、内國人の子と雖も外國に於て生れたるものは之を外國人と爲し、唯内國に歸來したる場合に限り之を内國人とするを以て例とする。南米の諸國は概ね此の嚴格なる生地主義を採るものである。

血統主義を原則とし生地主義を補則とするもの

三 血統主義を原則とし生地主義を補則とするもの 即ち内國人の子に就ては絶對的に血統主義を採り外國に於て生れたる場合に於ても内國の國籍を取得せしむると同時に、内國に於て生れたる外國人の子に就ては或る場合に例外として生地主義に基き内國の國籍を取得せしむるものである。我國を始めとし佛蘭西、白耳義、伊太利、丁抹、西班牙、瑞典、諾威、瑞西、土耳其、波斯、支那等の諸國は之に屬する。素より此等の諸國中に於ても例外として生地主義を認むる程度に至つては區々として一定する所なく、或は我國の如く唯子の父母が無國籍人なるか又は其父母が知れざる場合に限つて生地主義に依るべきものとして、殆んど第一種の立法例に類似するものもあると同時に、佛國の如く父母の國籍が明かなる場合に於ても

生地主義を原則とし血統主義を補則とするもの

尙親子相次で内國に於て生れたる子を内國人と爲す點に於て寧ろ第四種の立法例に近きものもある。

四 生地主義を原則とし血統主義を補則とするもの 即ち内國に於て生れたる子は父母の國籍如何に拘らず悉く之を内國人と爲す點に於て第二種の立法例と同じく最も廣く生地主義を採ると共に、外國に於て生れたる内國人の子に就ては血統主義に依つて之を内國人と爲すものである。英吉利、和蘭、葡萄牙、北米合衆國、墨西哥等の諸國は即ちそれである。

第二項 各論

我が國籍法は前述の如く血統主義を原則とするも例外として生地主義を適用することあるが故に、人が出生に因つて我が國籍を取得する場合は、之を血統主義に依る場合と生地主義に依る場合とに大別することが出来る。而して前者は更に之を父の血統に依る場合と母の血統に依る場合とに再別することを得るが故に、生來の國籍取得を左の三款に區別して説明することとする。

第一款 父の血統主義に依る場合

血統主義より言へば日本人の子が日本國籍を取得すべきことは極めて明白な

父の血統主義に依る場合

るが如きも、若し其父母が國籍を異にするときは何れの血統に重きを置くべきかが不明なるのみならず、若し其父又は母が子の出生前に其國籍を變更したる場合には、如何なる時に於ける血統主義に依つて子の國籍を定むべきかは考究を要すべき問題であると言はねばならぬ。蓋し嫡出子の父母は通常同一の國籍を有するを以て例とするも、諸國の國籍法上夫婦は必ずしも常に其國籍を同うするものに非ざるが故に、父が日本人にして母が外國人たることもあり、或は母が日本人にして父が外國人たることもある。而して子は父の血統を遺傳すると共に母の血統を遺傳するものであつて、現時の科學に於ては其輕重を批判すべき標準無きが故に、子は理論上父母の血統を均しく遺傳するものであつて、何れの一方にも重きを置くことを得ないものであると云ふことが出来る。従つて白國ローランの如く斯る場合には子をして父又は母の國籍を選択せしむるの外なしと主張するものもある。併し斯の如き説明は寧ろ自然科學上の議論たるに過ぎないのであつて、法律上に於ては親權者たる父は子に對して母より一層重要な關係を有するが故に、何れの國に於ても父母國籍を異にする場合には父の血統に重きを置くを以て例とする。我が國籍法第一條も亦此の主義を採り子は出生の時其父が日本

人なるときは之を日本人とすと明言して、苟も父が日本の國籍を有する以上は外國に於て生れたると將た其母が外國人たると否とを問はず常に我が國籍を取得すべきものとしてゐる。

父の血統
主義を定
むべき時
期

父の血統主義に依るべき場合に子の出生の時を以て之を定むべきか、或は懐胎の始に遡つて之を定むべきかは考究を要すべき問題である。單純なる理論より言へば子は唯懐胎の當初に於て父の血統を遺傳するのみであつて懐胎後に於ける父の國籍變更の爲に血統上何等の影響をも受くべきものではないから、出生當時よりも寧ろ懐胎當時に於ける父の國籍を取得するものとするを以て最も合理的解決であると言ふことが出来る。併し懐胎の時期如何は極めて不明了にして實際上之を確定すること甚だ困難なるが故に、我が國籍法第一條は血統主義を採用する諸國の國籍法と共に實際上の便宜に重きを置き、確實にして明了なる時期即ち出生の時を以て父の血統主義を定むべきものとし、子は其出生の當時に於ける父の國籍を取得するを以て原則としてゐるのである。但し父の死亡後に生れたる子に就ては此の原則を其儘適用することを得ないから子は其出生前に死亡したる父の死亡當時の國籍を取得すべきものとしてゐる(國籍法第一條後段)。

懐胎當時
の血統主
義を採る
場合

併し父が若し元來外國人であつて入夫婚姻又は養子縁組に依つて日本の國籍を取得し而して其の出生前離婚又は離縁に依つて我國籍を喪失し再び外國人と爲つた場合に、若し上述の原則に依り出生當時に於ける父の血統主義に依つて其子の國籍を定むべきものとするときは、其子は日本の家に在るにも拘らず外國の國籍を取得し我が家族制度に牴觸するの虞があるから、國籍法第二條は此の場合に例外として懐胎當時の血統主義を採り、子が懐胎の當時其父が日本人たりし以上は、出生の當時外國人と爲つた場合に於ても尙日本國籍を取得すべきものとしてゐる。併し若し其父が外國人と爲るのみならず、其母も亦共に日本の家を去つて外國人と爲つた場合には、其子をして日本の國籍を取得せしむべき理由なきが故に、普通の原則に従ひ出生當時の父の國籍を取得せしむべきものとしてゐる(國籍法第二條)

第二款 母の血統主義に依る場合

血統主義は上述の如く父の血統に依るを以て原則とするのであるが、父の知れざる場合又は父が何れの國籍をも有せざる場合には、此の原則を適用することを得ないから、例外として母の血統主義に依つて其子の國籍を定むべきものとする

母の血統
主義に依
る場合

ものが少くない。我が國籍法第三條も亦此の主義を採り、私生子即ち父の知れざる子は其母が日本の國籍を有する以上は出生地の如何に拘らず日本の國籍を取得すべきものとしてゐる。然し此の規定は外國に於て生れたる私生子に就ても尙必らず我が國籍を取得すべきものとする點に於て立法上廣きに失せざるやを疑はざるを得ない。何となれば斯る私生子は概ね其出生地の國籍を取得するを以て例とするのみならず、斯る子に對して我が國籍を強制すべき理由がないからである。之に反して父が國籍を有せざる場合即ち無國籍人なる場合には、其子は出生地の如何に拘らず母の血統主義に依つて日本の國籍を取得するものとする規定は極めて正當であると言はねばならぬ。何となれば其子は嫡出子であつて父子の關係明かであるが、唯其父が國籍を有せないが爲に血統主義に依ることを得ざるに過ぎないのであるから、母の血統主義に依つて之を補充し、其子の無國籍人と爲ることを豫防せざるを得ざるが爲めである。

第三款 生地主義に依る場合

生地主義は元來我國籍法の排斥する所であるが、左の二個の場合に若し之を貫徹するときは無國籍人を發生せしむる虞れあるが故に、例外として生地主義に依

生地主義
に依る場
合

つて我國籍を附與すべきものとした。

父母共に
知れざる
子

一 父母共に知れざる子

父母共に知れざる子即ち棄兒は實際上大多數は内國に於て生れたるものなるべきも、或は外國に於て生れたる子にして我國に於て遺棄せられたるものもあるべく、且血統上より言へば概ね内國の子なるべきも往々外國の子なることを推測し得べき場合もないではない。若し斯る場合に血統主義の原則のみを適用するときは、棄兒は世界何れの國籍をも取得するに由なく遂に無國籍人たるを免れないから、血統主義を原則とする諸國に於ても例外として内國に於て生れ若くは發見せられたる棄兒には内國の國籍を附與するを以て例としてゐる。我國籍法第四條も亦斯る場合には例外として生地主義を採り、日本に於て生れたる子の父母が共に知れざるときは其子は之を日本人とすと規定し、子の血統如何を問はざる旨を明示してゐる。我國籍法には伊國々籍法(第一條)又は白國々籍法(第一條)の如く内國に於て發見せられたる棄兒は反對の證明あるまでは之を内國に於て生れたるものと推定すとの規定は存在せざるも、法文の精神より言へば同一の結果に歸着すべきことは明かである。従つて父母共に知れざる子が日本の國籍を取

得するが爲には子が日本に於て生れたることを證明せざるべからずと主張する學者なきにしもあらざるも、これは謬見であると言はねばならぬ。何となれば我國籍法第七十八條は棄兒を發見したる者又は棄兒發見の申告を受けたる警察官は二十四時間内に其旨を市町村長に申出づべきものとし、此の申出を受けたる市町村長は氏名を命じ本籍を定め且發見の場所、年月日、出生の推定年月日等を調書に記載すべきものとし、其調書を以て出生の届書と看做すべきものと規定してゐるから、棄兒は日本に於て生れたることを證明するを要せずして我國籍を取得することが明かであるからである。

無國籍人
の子

二 無國籍人の子

日本に於て生れたる子の父母の何人たるかは明かであるが、父母共に何れの國籍をも有せざるときは、血統主義の原則に依れば其子も亦無國籍人たるを免れないから、國籍法第四條は外國人の子が我國に於て生まるゝは亦多少の因縁無きにあらざるとして、生地主義に依り我國籍を附與すべきものとしてゐる。蓋し凡そ人は何れかの國籍を有せざるべからずとの原則を尊重して無國籍人の發生を豫防せんことを期するが爲めである。

第二節 傳來の國籍取得

出生後の事實に因る國籍の取得には種々の場合があるが、其原因の如何に依り之を(一)親族法上の原因、(二)歸化、(三)領土の併合又は割讓の三種に大別することが出来る。第一の場合には婚姻、縁組又は認知等親族法上の原因に依つて當事者の意思如何に拘らず我國籍を取得せしむる點に於て後者と異なり、第二の場合には個人の自由意思を尊重し其希望に基いて我が國籍を附與する點に於て前者と異なり、更に第三の場合には法律の規定に依らず條約の結果として併合又國は讓受國の國籍を附與する點に於て前二者と其法理を異にするものである。

第一項 親族法上の原因

歐米諸國に於ては親族法上の原因に因る國籍の取得は概ね婚姻と認知とに限るを以て例とするが、我國に於ては入夫婚姻及び養子縁組も亦國籍取得の原因である。

一 婚姻

外國人たる女が内國人の妻と爲ることに因つて内國の國籍を取得することは

親族法上の原因

婚姻

内外人間の婚姻を認むるに至つた時代より夙に認められたる國籍取得の原因である。蓋し夫婦は一家を成し同居の義務を有するから、國籍を同一にするにあらざれば婚姻の目的を完うすること困難であるからである。従つて現今文明諸國の立法例は概ね妻は婚姻の效力として當然に夫の國籍を取得するものとするを以て例としてゐる。尤も最近米國(ル一九二二年の第三條)、露國(一九二四年の第五條)等に於ては婚姻の效力として妻の國籍を變更することを認めざるに至つたが、我國籍法第五條第一は從來多數の立法例に従ひ外國人たる女が日本人の妻と爲つたときは、日本に住居すると否とを問はず又妻が日本人と爲ることを欲すると否とを論ぜず、婚姻の效力として當然我國籍を取得すべきものとしてゐる。

二 入夫婚姻

入夫婚姻

入夫婚姻は家族制度を維持するの必要より出でたる我國に特別なる制度である。歐洲に於ては一國の女王が配偶者を迎へらるゝ場合に同様の制度が存在するのみであつて、普通の場合には夫が婚姻に依つて妻の國籍を取得するが如きことは一般に認められざる所である。然るに我國に於ては入夫婚姻に依り夫は妻の家に入るのであるから、若し女戸主が外國人を入夫と爲したる場合には、其夫を

して日本國籍を取得せしむるにあらざれば、入夫婚姻の目的を達することを得ないから、國籍法第五條第二號は日本人の入夫と爲つた外國人は入夫婚姻の效力として當然に我國籍を取得すべきものと規定してゐるのである。尤も外國人が斯る方法に依つて漫りに我國籍を取得する弊害を豫防せんが爲めに外國人を入夫と爲すには内務大臣の許可を要すべきものとし、且内務大臣は其外國人が(一)引續き一年以上日本に住所又は居所を有すること、(二)品行端正なることの二條件を具備するにあらざれば此の許可を與ふることを得ざるものとしてゐる。(明治三十七年法律第二十一號外國人を養子又は入夫と爲すの法律)

養子

三 養子

歐米諸國に於ては養子制度を認めざるものもあり、之を認むる諸國に於ても養子縁組は國籍の變更を伴はざるを以て例としてゐる。然るに我國の養子縁組は家族制度を維持するの必要より出でたる制度であつて、養子は養家に入り嫡出子たる身分を取得するものであるから、外國人を養子とする場合には養子をして我國籍を取得せしむるにあらざれば縁組の目的を達することが出來ないのである。従つて國籍法第五條第四號には外國人が日本人の養子と爲つたときには當然に

我國籍を取得すべきものとし、養子が從來の國籍を喪失するか否かを問はないのである。尙養子縁組に就ても亦入夫婚姻と同様に内務大臣の許可を要すべきものとして、外國人が漫りに日本人の養子と爲ることを豫防してゐる。

認知

四 認知

私生子が父又は母の認知に因つて其國籍を取得することは諸國の法律に規定せる國籍取得の一原因である。蓋し認知に因つて私生子と認知者との間に親子の關係が確立せられたる以上は、嫡出子と同様に私生子をして認知者たる父又は母の國籍を取得せしむることが正當であるからである。我國籍法第五條第三號に於ても亦外國人たる私生子が日本人たる父又は母に依つて認知せられたるときは日本の國籍を取得すと規定してゐる。併し國籍法第六條に依れば外國人が認知に因つて日本の國籍を取得する爲めには左の四條件を具備することが必要である。

認知に依る國籍取得の四條件

(一) 本國法に依り未成年者たること 認知は被認知者の未成年者たる者と成年者たるを問はないが、認知に因つて國籍を變更するの效果は之を被認知者が未成年者たる場合に限るのである。何となれば成年者たる被認知者は國籍法第十

條の規定に従ひ自己の自由意思に依つて極めて簡易に父又は母の本國に歸化することを得るのであるから、認知の效力として強いて其國籍を變更せしむることを要せざるが爲めである。

(二) 外國人の妻に非ざること 此の條件を必要とする所以は我國籍法第十八條に依れば日本人が外國人の妻と爲り夫の國籍を取得したるときは當然日本の國籍を喪失するのであるから、私生子が既に外國人の妻である以上は認知に因つて其國籍を變更し更に再び外國人と爲らしむる必要はないのみならず、認知者をして漫りに外國人の妻の國籍を左右せしむることを得ざるが爲めである。

(三) 父母の中先づ認知を爲したる者が日本人なること

(四) 父母が同時に認知を爲したるときは父が日本人なること 私生子の認知は父の認知に重きを置くべきか、將た父母の認知は同等の效力を有するものと認むべきかは考究を要する問題であるが、我國籍法は父母の認知に同等の效力を附與すべきものとし、父母時を異にして認知したるときは先づ認知を爲したる者が日本人なるときに限り日本の國籍を取得すべきものとし、唯同時に認知したる場合に限り父の認知に優先權を認むべきものとしてゐる。然し棄兒の場合を除く

の外は私生子は常に母に依つて認知せられ、母の國籍を取得するを以て例とするから、此の規定に依れば日本人たる父に依つて認知せらるゝも日本國籍を取得する場合は殆んど絶無と言はざるを得ないであらう。従つて立法論より言へば前掲(三)(四)の兩條件を削除して、母の認知如何に拘らず日本人たる父が認知を爲したる以上は常に日本の國籍を取得すべきものとするを以て、嫡出子の場合に父の血統に重きを置きたる我が國籍法の精神に一層よく適合するものと言はねばならぬ。之と同様に國籍法第三條に依り父が知れざる場合に母が日本人なるときは其子は日本の國籍を取得するも、其後若し外國人たる父の認知に因つて外國の國籍を取得したるときは、母の認知に因つて取得したる日本の國籍を保有せしむるの必要はないから、國籍法第二十三條の規定に従ひ我が國籍を喪失すべきものと解釋するを以て妥當なりと信ずる。

以上四個の場合に於ける國籍の取得は親族法上の原因に伴へる當然の効果であつて、當事者の意思如何を問はないから、學者は往々之を稱して法律の規定に因る國籍の取得と云ふのである。

第二項 歸化

第一款 歸化の意義

歸化の意義

歸化 (Naturalization) なる語は種々の意義を有し、最も廣き意義に於ては外國人が内國人と爲る一切の場合を總稱し、次には法律に規定せる各種の國籍取得を總稱することもあるが、嚴正なる意味に於ては歸化とは外國人が内國人と爲ることを希望し國家が之に對して國籍を附與することを謂ふのである。即ち歸化は個人の出願に對する國家の許可に依つて成立するのであるが、個人の出願は唯國家の單獨行爲たる許可の前提條件たるに過ぎないのであつて、個人と國家との間に於ける契約關係では無いのである。然るにルッソーの社會契約説を奉ずる一派の學者は歸化は公法上の契約なりと主張し、双務契約の法理に依つて之を説明せんとするものもあるが、我が國籍法に規定せる内務大臣の許可は外國人の申込に對する國家の承諾を意味するのではなくして、單に我が國籍を附與する行政處分たるに過ぎないのである。若し國家の認可又は許可と云ふ一切の行政處分が個人の意味を前提とする點に於て一種の契約なりと説明するを以て正當とするならば、歸化も亦外國人の志望を前提とする點に於て契約なりと説明することを得るであらうが、吾人は認可又は許可なる行政處分は國家の單獨行爲であつて契約に非

我國に於ける歸化の沿革

ざることを信ずるが故に、歸化を契約なりと説明するが如きは我が國籍法上維持し得べからざる見解であらうと考へる。

歸化は國際交通の發達せざる古代に於ては極めて稀れであつたが、第十九世紀後半以來歐洲諸國から南北亞米利加に移住する者は年々數十萬人に及び、且此等の新開國に於ては移住脱籍の自由を高調して歸化を獎勵し若くは強制するものすらもあつたので、歐洲諸國に於ては一般に歸化法を制定し、一定の條件を以て外國人の歸化を許可すると共に、他國に歸化したる者の國籍喪失を認むるに至つたのである。我國に於ける歸化は現代に於てよりは人口尙稀薄なりし古代に於て極めて頻繁であつた。即ち垂仁天皇三年に新羅の王子天日槍が來り化したるを嚆矢として、爾來三韓より歸化する者歴代絶へなかつたことは歴史上明白なる事實である。又支那人の歸化は仲哀天皇八年に秦の嬴政の後裔功滿王一族十萬人を率ひて來り化したるを始めとし、爾來奈良朝時代まで歸化したる者額る多數であつたことは、蕃民を諸國に頒つて不毛の地を開拓せしむることが、當時内政上の最も重大なる問題であつた史實に徴して明かである。古來我國に於ける歸化人は事實上支那人朝鮮人のみであつたが、現行國籍法は第五條第五號に於て外國人

は歸化に因つて我國籍を取得すべきものとし、人種宗教の如何を問はざる旨を明かにした。

第二款 歸化の條件

國家が外國人の志望に基き國籍を附與するが爲には其外國人が内國人と爲るに適當なる一定の資格條件を具備することを必要とすることは諸國の國籍法上一般に明言する所である。然し斯る資格條件を具備するか否かは歸化出願者個の問題であつて、歸化出願者の所屬する人種國籍又は宗教の如何に依つて差別的待遇を爲すべきにあらざるは勿論である。然るに北米合衆國に於ては日本人は米國に歸化することを得ざるものとしてゐる。蓋し米國に於ては建國勿々の歸化法は自由白人たる外國人の歸化し得べきことを認めて居たのであるが、南北戦争の結果黒奴も亦市民と爲るに至つたので、一八七〇年改正條例第二一六九條を以て歸化に關する規定は白色人及び黒色人又は其子孫たる外國人に之を適用する旨規定するに至つた。其後支那排斥問題が勃發するに及んで、一八八二年支那人排斥條例を制定して支那人は歸化し得べからざる旨を明言するに至つたのである。而して日本人の歸化に就ては何等明言する所無く、州に依つては歸化を

歸化の條件と人種國籍又は宗教の如何に依る差別待遇

認めたるのみならず、一九〇六年の歸化に關する統一規定は一般外國人の歸化に關する手續を規定して、何等人種的差別を掲げて居らないので、一九一四年十月布哇在住の小澤孝雄氏より歸化權確認の試訴を提起するに至つたのである。然るに一九二二年十一月十三日米國最高裁判所は日本人の歸化を禁止したる何等の明文なきも、一九〇六年の歸化規定は唯一八七〇年改正條例第二一六九條に規定せる白色人及び黒色人のみに適用せらるべき規定であるから、白色人にあらざる日本人は歸化するの權利を享有することを得ざるものであると判決し、我國民は絶對的に米國に歸化し得べからざることが確定するに至つた。この判決は法文の法律的解釋論としては敢て失當なりと言ふ事は出來ないが、若し斯る解釋論を正當とするならば、何故に支那人排斥法を制定して特に支那人の歸化し得べからざる旨を明言することを要したかを説明することが出來ぬであらう。従つて此の判決は日本移民を豫想せざる舊時代の法文を根據として強て我國民の移住を排斥せんとするの譏を免れざるものと言はねばならぬ。

我國籍法に於ては人種宗教又は國籍の如何に拘らず、内務大臣は左の五條件を具備する者にあらざれば歸化を許可することを得ざるものとしてゐる(國籍法第七條)。

内務大臣が歸化を許可し得る五條件

(一) 引續き五年以上日本に住所を有すること 外國人が内國人と爲るが爲めに一定の期間内國に居住することを要するは外國人が果して内國人と爲るの意思を有するや否やを確むるに必要なる標準であるからである。或は僅に二三年間の居所を有することを必要とするに過ぎない國もあるが我國に於ては引續き五年以上住所即ち生活の本據を有することを必要としてゐる。

(二) 滿二十年以上にして本國法に依り能力を有すること 歸化は國籍の變更を將來すべき重要な行爲であるから、其本國法に依つて能力者にあらざれば之を出願することを得ざるものとするのが適當である。併し我國の成年々齡よりも低き年齢を以て成年とする國に屬する外國人が我國に歸化するときは再び未成年者と爲らざるを得ないから、斯る不便を豫防するが爲めに假令本國に依つて能力を有するも、若し我が法律に依り成年に達せざるときは歸化することを得ざるものとするが必要である。是れ滿二十年以上にして本國法に依り能力者たることを要する所以である。

(三) 品行端正なること 何れの國に於ても品行端正ならざる外國人を内國人と爲すことを得ざるは勿論である。

(四) 獨立の生活を営むに足るべき資産又は技能を有すること 國家は獨立の生活を営むことを得ざるが如き外國人に國籍を附與して救恤の義務を負擔するの必要はないからである。國に依つては不動産を有することを要するものもあるが、資産の動産たると不動産たるとを問ふ必要なのみならず、財産を有せずとも生活を営むに足るべき技藝才能を有すれば足ることは、昔時朝鮮より織工吳工を歸化せしめたる事例に徴しても明かである。

(五) 國籍を有せざるか又は國籍を喪失すること 外國人が歸化に因つて我國籍を取得するにも拘らず、若し從來の國籍を喪失せざるときは國籍の牴觸を免れないから、我國に歸化する外國人は國籍を有せざるか又は從來の國籍を喪失することを條件とするのが至當である。従つて獨逸國籍法の如く外國に歸化したる場合に於ても尙其國籍を保有し得べきことを認むる國に屬する外國人は其國籍を保有する限りに於て我國に歸化することを得ざるものである。

歸化の條件を輕減する場合及び特殊の制限を

以上の五條件は普通の場合に必要な條件であるが、左の特別なる場合には其一部分又は全部を輕減する場合と、更に特殊の制限を加ふる場合とがある。即ち

(一) 五年以上の住所を要せざる場合

此の場合には左の四種がある。

- (イ) 父又は母の日本人たりし者
- (ロ) 妻の日本人たりし者
- (ハ) 日本に於て生れたる者
- (ニ) 引續き十年以上日本に居所を有する者

以上四種の中(イ)(ロ)及(ハ)の外國人は我國と特別の縁故を有するが故に、三年以上日本に居所を有する以上は、五年以上の住所の條件を要せずして歸化することを得べきものとするのである。若し(ハ)の日本に於て生れたる者の父又は母も亦日本に於て生れたる者なるときは三年の居所をも要せざるものとしてゐる。尙(ニ)の場合は十年以上の居所は五年以上の住所に該當するものと見做したるが爲めである(國籍法第九條)。

(二) 品行端正と國籍喪失との外は何等の條件をも要せざる場合

外國人の父又は母が日本人なる場合に於て其外國人が現に日本に住所を有するときは、其本國法に依つて能力を有せず且獨立の生活を營むに足るべき資産又は技能を有せざる場合に於ても品行端正にして從來の國籍を喪失する以上は父

母の本國たる我國に歸化することを得べきものとし、親子國籍を同うする機會を容易ならしめんとするのである(國籍法第十條)。

(三) 何等の條件をも要せざる場合

我國に特別の功勞ある外國人は我國家より我國民と爲らんことを希望すべき者であるから、普通の場合に於ける歸化の條件を要せざるものとし、且内務大臣は特に勅裁を経て其歸化を許すべきものとしてゐる。歐洲諸國に於て大歸化と稱し議會の協賛を以て國籍を附與する場合は即ち之に該當するものである。

(四) 外國人の妻が歸化する場合

國籍法第八條には外國人の妻は其夫と共にするに非ざれば歸化を爲すことを得ずと規定してあるが、外國人の妻は其夫が我國に歸化したる後に至り何等の條件を要せずして歸化し得べきことは第十四條に明言する所であるから、第八條の主旨は妻のみが其夫に先んじて歸化することを禁止するに外ならないのである。而して外國人の妻が普通の場合に於ける歸化の條件を具備するにも拘らず、尙其夫に先んじて歸化することを許さざる所以は、ボーフルモン、ビベスコ事件(白國カ伯爵夫人が佛國ボーフルモン公と再婚し、一八七四年別居を宣告せられ、從つて完全なる能力者と爲りし後、獨逸に歸化して更に四年別居を宣告せられ、從つ