

第一、此問題ニ付テモ、歐洲大陸ノ法律ニ從ヘハ、精神病タルノ故ヲ以テ、其屬人法ニ依リ、後見ニ附セラレタルトキハ、其屬人法ニ依ル故ニ、精神病者カ米國又ハ住所地以外ニ於テ爲シタル行爲ハ、無効タリ

精神病ハ國際交通ニ於テモ亦人ノ行爲能力ヲ剝奪スル一ノ狀態ナリトスルヲ以テ原則トス故ニ精神病者 (ein furiosus, ein mente caplus, od. ein demens) カ國際的法律行爲ヲ爲シタルトキハ、其法律行爲ハ無効ナリ精神病タル狀態其レ自身カ行爲無能力ノ原因ヲ爲スモノニシテ之ニ關シテ行政府若クハ裁判所ノ宣告又ハ公告等ヲ要セサルナリ而シテ立法例中精神病者ノ後見ニハ一定ノ行政上ノ形式ヲ履ムコトヲ要ストスルモノアリ又近世多クハ裁判所カ精神病ノ狀態ヲ確認スルノ主義行ハル然レトモ是等ノ點ニ付テ爰ニ詳論スルヲ要セス唯何人ト雖モ其本國又ハ住所地ニ於テ其法律ニ依リ精神病タルノ故ヲ以テ後見ニ附セラレタル者ハ國際上無能力者ナリ

第二、實際ノ後見ナキ場合ト雖モ精神病者ノ爲シタル法律行爲ハ國際上之ヲ

無効トス、

精神病ノ狀態タル取引上必要ナル注意ヲ爲ス者ハ直チニ之ヲ識ルコトヲ得ルモノナリ少クトモ是レ普通ノ場合タリ、

第三、然レトモ疑アル場合ニ於テハ、內國ハ精神病問題ヲ獨立ニ審理スル權利アリトセサルヘカラス、

精神病者ト雖モ法律上ノ意思ヲ有スル場合ナシトセス

加之精神病タルコト確定スト雖モ尙困難ナル疑問ヲ生スルコトアリ夫ノ醫學上所謂精神病及ヒ精神耗弱ナル觀念ハ往々ニシテ法律家カ見テ以テ精神病及ヒ精神耗弱ト爲ストコロノモノト一致セサルナリ此二學ハ各其觀察ノ立脚點ヲ異ニシ且ツ其目的ヲ異ニス醫學ニ於テハ治療目的ヲ眼中ニ置クト雖モ法律學ハ人カ果シテ或法律行爲ノ意義範圍輕重ヲ認識シ得ル狀態ニ在リヤ否ヤヲ驗セントスルモノナリ故ニ外國ノ精神病確認ヲ直チニ承認スルコト能ハサルナリ即チ精神病ニ付テ疑アル場合ニ於テハ居所及ヒ住所地ハ此病狀ヲ再審スルコトヲ得英米學說カ殊ニ此主義ヲ採ルハ實ニ當ヲ得タル

モノナリ。ホワルトン(Wharton, §122)曰ク外國裁判所ノ喪神ノ宣告ニ對シテハ事物ノ性質上當然管轄違詐欺訴訟手續缺欠ヲ理由トシテ之ヲ攻撃スルコトヲ得ト而シテ此言ハ同節ノ冒頭ニ於テ明瞭ナル喪神ハ各人ニ對シテ無責任ノ標榜タリト言ヘルニ相關連シテ之ヲ觀ルヘシ

第七節 妻ノ行爲能力

Par. 1 421.

第一、妻ノ行爲能力ト妻カ夫婦財産法上ニ有スル法律上ノ地位トハ特ニ之ヲ區別セサルヘカラス、

妻ノ行爲能力ハニケノ觀察點ニ關連スルモノト云フコトヲ得ヘシ即チ第一ニ妻カ女性殊ニ婚姻シタルノ故ヲ以テ生スル地位第二ニ夫婦財産法ノ規定是ナリ即チ夫婦財産法ハ妻カ如何ナル範圍ニ於テ夫ヨリ自己財産處分ノ能力ヲ制限セラル、ヤノ問題ヲ規定ス然ルニ行爲能力ニ付テハ妻カ爲シタル法律行爲ハ有效ナリヤ否ヤノ問題ヲ研究スルモノナリ (Par. 1 S. 520) 妻ノ行爲能力ノ制限ハ親族法ノ問題タリチエーリツヒ控訴院ハ妻カ妻トシテ法律

行爲ヲ爲スニ制限ヲ受クルヤ又之ヲ受シトセハ其範圍如何ノ問題ハ正當ニハ例外無ク夫婦財産法ニ屬スルモノナリ而シテ第三者ニ對スル夫婦財産ノ關係ハ瑞西ニ於テハ住所地法ニ依ル故ニ例ヘハ米人タル外國ノ妻カ旅次瑞西ニ於テ或ル法律行爲ヲ爲ストキハ其夫ノ住所地法ニ從フト (Prozess Codmann n. Fischel H. E. XIII S. 16 n. 62) 之ニ反シテ瑞西聯邦裁判所ハ左ノ區別ヲ爲スヘキモノトセリ (A. E. XX S. 652 n. 653)

イ、妻カ夫ノ同意ナクシテ爲シタル法律行爲ハ夫カ妻ノ財産上ニ有スル權利ノ結果トシテ無効トナルヤ否ヤノ問題
ロ、妻ノ行爲無能力者ナルノ故ヲ以テ其法律關係カ無効トナルヤ否ヤノ問題
此聯邦裁判所ノ意見ハ實ニ當ヲ得タルモノナリ
女子後見ノ下ニ立タサル寡婦及セ成年ノ未婚婦ハ妻ト異ナル法律上ノ地位ヲ有ス

第二、絕對ニ本國法ヲ認ムル國ニ於テハ妻ハ其總テノ法律上ノ地位ニ付キ國
際上其本國ニ在ルト同様ノ取扱ヲ受クトノ原則ヲ採ル

一般ニ行ハル、主義ニ依レハ妻ハ夫ノ國籍ヲ取得ス又妻ハ一般ニ婚姻ニ因リテ成年トナル(瑞西行爲能力法第一條第二項奧國民法)

前掲ノ原則ヨリシテ外國人タル妻ハ住所地法、居留地法ノ如何ヲ問ハス其本國法ニ依リ行爲能力ヲ有スルトキハ到ル處ニ於テ行爲能力者タリ又之ニ反シテ其本國法ニ依リテ行爲能力ヲ有セス若クハ制限セラレタル行爲能力ヲ有スルトキハ到ル處ニ於テ行爲無能力者若クハ限定行爲能力者タリ故ニ外國人タル妻ハ時トシテ能力者タリ又時トシテハ無能力者若クハ限定能力者タリ即チ妻ハ夫ノ後見ノ下ニ立ツトキハ全ク無能力者タリ此ノ如キ妻ハ義務ヲ負擔スル點ニ付テハ他ノ被後見人ト同一ノ資格ヲ有スト云フヲ得ヘシ又本國法ニ認ムル妻ノ保證無能力(S. O. Vellejann)ハ之ヲ外國ニ於テ主張スルロトヲ得又妻ハ或行爲ニ付テ裁判所ノ許可ヲ要スルコトアリ是等ノ制限ハ本國法ニ於テ之ヲ認ムルトキハ國際上亦之ヲ認ムルモノタリ又之ニ反シテ假令法律行爲地ニ於テハ無能力者若クハ能力ヲ制限セラル、場合ト雖モ本國ニ於テ然ラサルトキハ其妻ノ自由ヲ認メサル可ラス即チ此點ニ關シテハ左

ノ説明ニ付テ見ルヘシ

一 食卓寢床ヨリ離別セラレタル妻ハ夫ノ親族的權力ノ下ニ立タス而シテ夫ト夫婦共同ノ生活ヲ爲サハルトキハ總テノ場合ニ於テ夫ノ權力ハ止息スルモノナリ佛國ハ明カニ此事ヲ法律ヲ以テ規定セリ即チ一八九三年二月六日ノ佛法ニ從ハハ食卓寢床ヨリ離別セラレタル妻ハ夫ノ親族的權力ノ下ニ立タス換言スレハ爾後此妻ハ完全ナル民事上ノ能力ヲ有ス尙ホ此點ニ關シテCahn, Das Reichsgesetz über die Erwerbung und den Verlust der Reichs-u. Staatsangehörigkeit 2. Aufl. S. 77. ヲ參照スヘシ又此ノ如キ妻ハ獨立シテ國籍ヲ變更スルコトヲ得 (Journal de dr. i. XX p. 1135—1138)

二 墾地利法ニ依ルモ亦食卓寢床ノ別離ニ因リテ夫ノ權力止息ス(此點ニ付テRittner, Österreichisches Erbrecht S. 333; Krainz-Pfaff, System des öster. allg. Privatr. Bd. II, S. 311; Anders, Das Familienrecht S. 16 III 26. 參照)又食卓寢床ヨリ別離セラレタル妻及ヒ離婚セラレタル婦ハ其自己ノ裁判籍ヲ取得ス此事タル既ニ二八五二年一月二日ノ民事裁判管轄法第一九條ニ依リ認メラレ又一八九五年公

布一八九八年一月一日實施ノ法律第七〇條同條ノ規定ヲ爲ス即チ左ノ如シ
裁判上ノ別居又ハ離婚又ハ夫ノ死ニ因リテ婚姻カ解消セラル、ニアラス
ンハ夫ノ普通裁判籍ハ妻カ保佐ノ下ニ在ルトキト雖モ同時ニ其普通裁判
籍タリ

尚ホ妻ノ本國法ヲ定ムルニ付テ必要ナル規定ハ一八六三年一月三日法律
第一一條ナリ即チ其規定ニ曰フ

妻ハ裁判上別居セラル、ニアラスンハ本國法變更ニ付テハ夫ニ從フ
裁判上別居セラレ又ハ離婚セラレタル妻ハ其別居又ハ離婚ノ時ニ有シタ
ル本國法ヲ保有ス

之ニ依リテ別離セラレタル妻ハ又獨立シテ他ノ本國法ヲモ取得スルコトヲ
得(Richter 參照)又別離セラレタル夫カ國籍ヲ喪ヒ本國法ヲ喪ヒタルトキト
雖モ妻ハ本國法及其國籍ヲ保有ス

第三、住所地主義ヲ採ル國ニ於テハ妻ハ行爲能力ハ制限ハ本國法ノ如何ヲ
問ハス住所地主義ニ依リテ之ヲ定ム、

第四、瑞西法ニ依レハ本國法ニ從フ、

瑞西居留居住民法第七條第一項ノ規定ハ之ヲ國際關係ニ準用スルコトヲ得ス
(同法第三二條同法第三四條ハ前ニ説明シタル如ク瑞西行爲能力法第一〇條
第二項第三項ノ規定ヲ留保セリ之ニ從ヘハ外國人タル妻カ法律行爲ヲ爲シ
タル地ノ法律ニ依リ其法律行爲ハ果シテ財産法上ノ法律行爲ナルヤ否ヤヲ
各場合ニ於テ研究セサルヘカラス然ルニ抑モ此第一〇條第三項ノ例外規定
タル之ヲ外國人タル妻ノ法律上ノ地位ニ適用スヘカラサルモノトスルヲ以
テ正當ナル見解トス何トナレハ此瑞西法ハ外國人タル妻ノ法律上ノ地位如
何ノ問題ハ之ヲ親族法ノ問題ト爲シ決シテ財産法上ノ問題ト爲サレハナ
リ故ニ同條第二項ノ規定ニ從ヒ瑞西ニ於ケル法律行爲ヲ爲ス外國人タル妻
ノ身分ハ其本國法ニ從フモノナリ然レトモ未婚ノ婦ニ付テハ事情自ラ之ト
異リ即チ此場合ニ於テハ親族法ノ特質ヲ缺クモノナリ
故ニ之ニ關シテハ同條第三項ヲ適用スヘキモノタリ(此瑞西法ハ舊法ノ女子
後見ナルモノヲ全ク廢止セリ)然ルニ瑞西法第一〇條第三項ニ付キ之ニ異ル

解釋ヲ探ルトキハ外國人タル妻モ亦居留セル州ノ法律ニ從ヒ其本國法ヨリ廣汎ナル行爲能力ヲ有スヘキトキハ總テ其等ノ法律行爲ニ付テ能力アリトセサルヘカラス然レトモ此見解ハ誤ニシテ外國人タル妻ノ身分ハ其本國法ニ依ルヘキモノタリ故ニ本國法ニ依リ法律行爲カ有效ナルトキハ妻ハ法律行爲ヨリ生スル義務ヲ負フ例之財產ヲ分離シテケンフニ生活セル佛國人タル妻カ其夫ノ爲メニケンフニ於テ保證ヲ爲シタルトキハ州法ニ依ル裁判所ノ許可ヲ要セスシテ其保證ハ有效ナリ (Journal de dr. i. XXVI p. 878) 何トナレハ一八九三年ノ佛法ニ從ヒ佛人タル別居ノ妻ハ完全ナル民事能力ヲ有スルハナリ

第四、商業ヲ營ム妻 (Handels frau) ハ妻ト異ル法律ノ規定ニ從フ而シテ上掲ノ原則尙其身分ニ適用セラル

此點ニ付テハ獨逸民法施行法第七條第三項及ヒ瑞西行爲能力法第一〇條第三項殊ニ其適用ヲ見ルナリ

第八節 自然人ノ身分ニ關スル將來ノ立法

第一、絶對ノ身分唯一ハ世界取引上正當ニ非ルコトハ既ニ世人ノ認メタルト云コナリ

學者或ハ内國ニ在ル外國人ハ偏ヘニ内國法ニ從フヘシトノ誤リタル觀念ヲ有シタリ即チフリーゴロテユースノ如キ其著 *De jure belli ac pacis* ニ於テ左ノ原則ヲ設ケタリ

或ル地ニ於テ契約ヲ爲ス者ハ一時ノ住民ト同シク其地ノ法律ニ服從スベシ

英米法及或ル制限内ニ於テ獨逸瑞西法亦此主義ニ出ツ

一七九三年佛國共和議會ノ草案第八條ハ左ノ如ク定メタリ

佛國ニ住スル外國人ハ共和國ノ法律ニ服從シ共和國法律ニ從ヒ總テノ契約ヲ爲スヲ得又其身體及ヒ財產ハ法律ニ依リテ之ヲ保護ス

佛國共和第八年一月二四日ノ草案ハ左ノ如ク定メタリ(法ノ效力ヲ定ムル章)

イ、第一條第四項 法律ハ凡テ領土ニ住スル者ヲ拘束ス外國人ハ其財產ニ付テハ領土内ニ之ヲ有スルトキ又其身體ニ付テハ領土内ニ在ル間此法律

ニ從フ
一、第一條第五項 外國ニ在ル佛蘭西人ハ佛國ニ在ル財產及ヒ其身分能力

ニ關シテハ尙ホ佛國法ニ從フ

又動産ハ其身體ト共ニ佛國法ニ從フ

第二 國際法協會ハ屢本問題ヲ研究シタリ而シテ協會ハ殊ニ身分ニ關スル本國法ノ實際ノ效力ヲ緩和セント力メタリ然ルニ其最終ノ決議ハ單ニ商法上ニ限レリ

同協會ヲツクスフオード會議ハ左ノ原則ヲ設定セリ (Annuaire V. P. 57)

人ノ身分及ヒ能力ハ其者カ國籍ニ依リテ屬スル國ノ法律ニ依リテ之ヲ定ム

人ノ國籍知レサルトキハ其身分及ヒ能力ハ其者ノ住所地ノ法律ニ依リテ之ヲ定ム

パールハ一八八二年ノ會議ニ於テ左ノ原則ヲ提出セリ

一、人ノ能力ハ商事ニ於テモ其者ノ本國法ニ依リテ之ヲ定ム

二、然レトモ當事者カ(或ハ其相續人)善意ナリシトキハ契約或ハ取得行為ハ能力ニ關シテハ契約地ノ法律ニ從テ有效タルヘシ

氏ハ後ニ其著 (Bat, I S. 400 No. 36) ニ於テ此善意ナル文字ノ次ニ尙重大ナル不注意無クナル文字ヲ追加スヘシトセリ

三、商事ニ於テ當事者ノ自由處分(意思)ニ依リテ定ムルコトヲ得ル場合ハ本國法ニ代フルニ住所地法ヲ以テスルコトヲ得

四、外國ニ在ル營業所ノ爲シタル行為及ヒ契約ニ付テハ營業所在地法ヲ以テ住所地法ト看做ス

ゴールドシュミットハ此パール第一乃至第三ノ原則ニ對シテ左ノ改正案ヲ提出セリ

一、人ノ能力ハ商事ニ於テハ當事者ノ住所地法ニ依リテ之ヲ定ム

二、然レトモ契約地法ニ依リテ能力ヲ有スルトキハ其契約ハ能力ニ關シテハ有效タルヘシ

一八八八年ローザノ會議ニ於テ協會ハ遂ニ左ノ決議ヲ爲セリ (Annuaire

1888—1889 p. 103 p. 104) 即チ少クトモ商事ニ關シテハ本國法ニ變更ヲ加ヘタ

第一條 オツクスフオード會議ニ於テ採用シタル原則ニ從ヒ人ノ能力ハ商事ニ於テモ民事ニ於ケルカ如ク本國法ニ依リテ之ヲ定ム

第二條 然レトモ商事ニ於テハ當事者ノ一方ノ無能力ヲ理由トスル無効ノ請求ハ若シ他ノ一方カ其者ノ無能力タル事實又ハ官廳ノ認定ニ屬スル重大ナル事情ニ於テ錯誤ニ陥リタルコトヲ證明シタルトキハ之ヲ棄却シ且ツ其行爲ハ之ヲ爲シタル土地ノ法律ヲ適用シテ有效ト認メラルヘシ

第三、ウエストレーキハ一種特別ノ提案ヲ爲セリ (Annuaire 1888—1889 p. 96) 即チ左ノ如シ

入ノ能力ハ商事ニ於テモ當事者ノ本國法ニ依リテ之ヲ定ム但シ契約ノ當時滿二十一歳ニ達シタル者ノ能力ニ付テハ相手方カ善意ナリシ場合ハ契約地法ヲ適用ス

氏ガ爰ニ普通成年ヲ定メントシタル思想ハ大ニ注意スベキ價値アリ且雖其成年時ヲ二十一歳ト定メタル點ニ於テ少クトモ專斷ト言ハサルヲ得ス

第四、ロトランハ夫ノ古ノ法律宣言 (professio juris) ノ制ヲ近世ノ法律ニ再興セントセリ

氏ノ草案第一五條ハ左ノ如ク定ム

白耳義ニ於テ契約ヲ爲ス外國人ハ其屬人法及ヒ若シ之ニ依リテ無能力ナルトキハ之ヲ宣言セサルヘカラス而シテ此宣言ヲ爲サルトキハ之ト契約ヲ爲ス第三者ハ白耳義法ノ適用ヲ請求スルコトヲ得但シ第三者カ善意ナル場合ニ限ル
當事者カ白耳義ニ於テ其契約ノ公正證書ヲ作ルトキハ公證人ハ自己ノ責任ニ於テ當事者カ外國人ナリヤ且ツ其法律如何ヲ當事者ニ宣言セシムルコトヲ要ス

此概念ハ理論トシテハ可ナリ然レトモ實際ニ於テ不便極リナカルヘシ
第五、余ノ見解ニ從ヘハ身分ノ制限或ハ本國法或ハ住所地法ニ依リハ原則ト

シテ國際生活上亦之ヲ認メサルヘカラス之ニ反シテ夫ノ特殊ナル個人ノ事情ニ基キ且ツ從テ特ニ告知セラルハニアラスンハ普通ノ場合ニ於テ國際誠實ニ依リ他ノ契約者ニ知ラレサル如キ行爲能力ノ制限ハ之ヲ退ケサルヘカラス

此主義ノ根據ハ之ヲ左ニ求ムルコトヲ得ヘシ

- 一' 1. 2 c. Si minor se majorem dixerit 2. 43. ニ曰ク前ニハ詐欺ヲ以テ成年ヲ裝ヒ以テ他人ヲ誤ラシメ而シテ今ハ未成年者タルコトヲ主張スル者ハ法律ニ從ヒ原狀ニ回復セラル、コトヲ得ヌ何トナレハ公法ハ錯誤ニアラスシテ詐欺ヲ爲セル未成年者ヲ保護セサレハナリト
- 二' 1. 3 c. ニ曰ク未成年者カ他人ヲ欺ク爲メ殊ニ惡意ヲ以テ成年者ノ如ク裝ヒタル者ハ原狀回復其他神聖 Constitutio 及ヒ Rescriptum ノ法律保護手段ヲ用ユルコトヲ得ヌト
- 三' 1. 3 de Senatusc. Maced. 14. 6. ニ曰ク或者カ單純ナル錯誤ニ因ルニアラス又法律ノ不識ニ因ルニモアラス相手方カ何人ニモ家父タルカ如ク見ユ又

家父タルカ如ク行動シ契約シタルカ爲メニ之ヲ家父ト信シタル場合ニ於テハ此 Senatusconsultum ハ適用セラル、コト多シト

四' 1. 19 de Senatusc. Maced. 14. 6. ニ曰ク Julianus 曰ク家子ナルコトヲ知り又ハ知り得ヘカリシニモ拘ラス之ニ金錢ヲ貸與シタル者ニ對シテノミ exceptio Senatusc. Maced. ヲ行フコトヲ得ト

此原則ニ關シテハ尙ホ左ノ説明ヲ爲サルヘカラス

一、準禁治產者

實際ニ於テ禁治產ノ事實ヲ知ラスシテ之ト取引シタル第三者單純ナル錯誤ニ因ルニアラス 1. 3 de Senatusc. Maced. 14. 6. ハ或ル場合ニ於テハ之ヲ保護セサルヘカラス即チ此場合ニ於テハ夫ノ誠實カ屬入法ノ絶對主義ニ優ルモノナリ然レトモ元ヨリ第三者カ各取引又ハ之ニ伴フ總テノ狀況ヨリ其當事者カ禁治產者ナルコトヲ知り得サリシ又ハ知ルコトヲ要セサリシ場合ニ限ル尙ホ此點ニ關シテハ Journal II S. 20 ヲ參照スヘシ即チ曰ク個人ノ財產處分ニ關シ特別ノ無能力ヲ規定セル外國主權者ノ命令ハ其國境

外ニ效力ヲ有セス此ノ如キ命令ハ此國境外ニ於テ爲サレタル契約ニ何等ノ影響ヲ及ホスコトナシ殊ニ佛國ニ在ル不動産ニ關スル問題ニ付テ然リトスト

二、精神病者

此點ニ關シテハ立法上左ノ問題ヲ生ス

イ、或者ノ無能力カ全ク知ラレス且ツ知ルコトヲ要セザリシニモ拘ラス又其無能力カ未タ官廳ノ確認ナキニモ拘ラス他人ハ其者ノ法律上ノ義務ヲ訴訟スルコト能ハサルカ

ロ、或者ノ無能力カ官廳ニ確認セラレ而シテ第三者ハ不注意ナルニアラスシハ此狀態ヲ知ラサルヘカラサル如ク其者カ行動スルニモ拘ラス尙ホ特ニ或ル義務無能力ヲ認ムルコト能ハサルカ

此等ノ場合ニ於テハ法律行爲ハ誠實ニ基キ世界取引ニ於テ之ヲ保護セサルヘカラス又此場合ニ伴フテ夫ノ後見者ノ責任問題ヲ生ス即チ後見者カ精神病者ヲ看守セスシテ之ヲ放任セル場合ノ如キ是ナリ

三、刑事ノ宣告ニ依リ行爲能力ヲ制限セラレタル者屬人法主義ノ制限ハ此場合ニ於テ殊ニ其必要ヲ見ルナリ之ヲ要スルニ世界取引ニ於テ人ノ身分ハ一ニ本國法ニ依ル能ハス又一ニ住所法ニ依ル能ハスシテ常ニ或ル制限ヲ加ヘサルヘカラサルナリ然レトモ又反對ニ身分問題ヲ一ニ屬地的ニ取扱フコトヲ得ス故ニ此點ニ付テハ或ハ國際法協會ノ決議ノ如キ精神ヲ以テ尙ホ之ヲ國際民事及商事ニ適用スルカ或ハ獨逸民法施行法第二七條ノ如ク本國法ヲ制限スルカ或ハ又身分ハ或範圍ニ於テ殊ニ市場及取引所ニ於ケル法律行爲ニ付テハ之ヲ屬地的ニ取扱フヘキヤハ大ニ熟考ヲ要スルトコロタリ瑞西民法草案第一三條ノ規定ニ至テヤ余ノ解スルコト能ハサルトコロタリ同規定ニ曰ク無能力ノ外國人カ瑞西ニ於テ法律行爲ヲ爲シタル場合ニ於テ其者カ瑞西法ニ依レハ其行爲ノ時能力者タルヘキトキハ其無能力ヲ主張スルコトヲ得スト此ノ如キ無制限ナル屬地的規定ニ對シテハ余ハ徹頭徹尾反對セリ (Meili, Die Kodifikation des schweizerischen Privatrechts S. 119—120.) 然レトモ瑞西現行法余ハ同書一一五頁註一一ニ於テ

之ヲ短評セリ)モ亦決シテ大ニ優リタルモノト云フヲ得サルナリ夫ノ封建主義ノ英將アルゲントラエウスヲシテ瑞西ニ於ケル彼ノ學院ノ凱旋否ナ寧ロ二十世紀ニ於テ彼ニ尙ホ一步進メル學說出テタルコトヲ聞カシメハ彼果シテ何ヲカ言ハンウルリクスフーバート雖モ前掲第一三條ノ規定ニ對シテハ彼カ世界取引ニ於ケル身分唯一ノ理論ハ數步ヲ讓ルコトヲ認メサルヘカラサルヘシ余ハ尙ホ此第一三條ハマルクイーゼンカ之ヲ贊成シタルコトヲ注意セサルヘカラス (Z. f. int. Pr. u. Shr. R. XI S. 45) 氏ハ法廷地法ノ爲ニスル此屬人法ノ制限ハ今日稍學者ノ一致セルトコロナリト言ヘリ余此驚天動地ノ文ヲ讀ムヤ余ハ睡眠中ニ在ラサルカヲ疑ヘリ此第一三條ニ對シコーンハーノ反對論ヲ草セリ (Z. vörl. R. W. XV S. 432)

第九節 特種ノ權利能力及行為能力

Part. I, 406: 414.

第一、權利能力ノ特典

或國ニ於テ行ハル、人ノ私法上ノ地位ニ特典ヲ與フルコトハ之ヲ認メサル

國ニ於テハ何等ノ效力ヲ有セス殊ニ瑞西ノ如キ憲法ヲ以テ各人ハ法律ノ前ニ平等ナリト云フコトヲ規定セル國ニ於テハ此ノ如キ人ノ階級ヲ認ムルコト能ハサルナリ(瑞憲第四條然レトモ貴族ノ名稱ハ常ニ私權トシテ認メラル尙ホ是ニ關シテハ後ニ特ニ説明スルトコロアルヘシ

第二、權利能力ノ制限

國際關係ニ於テ國際公法或ハ國際慣習ニ適合セサル權利能力制限ハ之ヲ認ムルコトヲ得ス例之奴隸、土着奴、准死、名譽剝奪ノ如キ是ナリ此事タル余カ前ニ説明シタル如ク身分行為能力ト權利能力ヲ斷然區別スルトキハ更ニ之ヲ言フノ必要ナキナリ
宗教上ノ理由ニ基ク權利能力ノ絶對的剝奪ハ之ヲ國際生活ニ認ムヘカラス例之瑞典ニ於テハ國教ヲ棄テタル者ハ相續權ヲ失フ然レトモ國際上ニ於テハ此ノ如キ制限ハ之ヲ認メサル國ニ於テハ何等ノ效力ナシト云ハサルヘカラス

爰ニ尙ホ一問題アリ主トシテ舊教ノ規則ニ依リ或ル宗教組合 (Religiöser Orden)

ニ加入シタル者ノ權利能力ノ制限ハ之ヲ認ムヘキモノナリヤ否ヤ是ナリ此問題ハ殊ニ相續法ニ關係ヲ有ス夫ノ貧困ノ誓 (votum paupertatis) ヨリ生スル一ノ權利無能力相續權ヲ喪フハ此ノ如キ宣誓ニ法律上ノ效力ヲ附セサル國ニ於テハ之ヲ認ムルコトナシ而シテ瑞西ニ於テハ勿論之ヲ認メス信教自由ノ原則ニ依ルナリ然レトモ余ハ此ノ如キ宣誓ヲ宗教上ノ觀察點ヨリ無効ナリト云フニアラス否ナ却テ此點ニ於テハ有效ナリ唯私法上之ヲ認メスト云フノミ

宗教上ノ宣誓ニ法律上ノ效力ヲ附スル國ノ僧侶ノ婚姻ハ婚姻ニ付テ屬人法主義ヲ採リ且ツ此ノ如キ宣誓ニ私法上ノ效果ヲ附スル國ニ於テハ之ヲ認ムルコトヲ得ス即チ此婚姻ハ無効ナリ然レトモ瑞西ニ於テハ此點亦前項ト同シク此ノ如キ宣誓ヲ認メス此點ニ付テ佛國ニハ一ノ判例アリテ佛婦人ト西班牙僧ノ婚姻ヲ無効ナリト宣告セリ (Cour de Paris, 13. Juni 1814, Brocher, Cours de droit international privé I p. 175 Note 1.) マールハ此判決ヲ正當ナルモノトセリ (Bar, I S 413 Note 24) 何トナレハ婚姻ニ關シテハ第一ニ夫ノ屬人法ヲ適用

スヘキモノナレハナリト又夫ノ貧困宣誓ニ私法上ノ效力ヲ附スル國ニ於テモ僧侶ハ決シテ一般ニ行為能力ヲ喪フモノニアラサルナリ又憲法上信教ノ自由ヲ擔保セサル國ニ於テモ人ノ民事上ノ能力ニ加フル外國ノ制限ハ內國法ニ於テ認ムルモノニ限り之ヲ有效トスト云ハサルヘカラス是レ一般權利能力ハ居所又ハ住所ノ法ニ依ルノ原則ヨリ生スル自然ノ結果タリ

第十節 法人ノ權利及ビ行為能力

Bergheim, Capacité civile des corporations étrangères d'après le projet de révision du Code Napoléon soumis au Chambres belges. Revue de dr. i. XXI p. 1 ff.
Lainé, Des personnes morales en droit intern. privé. Journal de dr. i. XX p. 973.
Sacconi, Des personnes morales (Genève, Diss. 1898)
Manelok, Die juristische Person im internationalen Privatrecht (Diss, Zürich 1900.)

第一、法人ニ付テハ其事務所ノ地ノ法ヲ以テ屬人法トシテ之ニ適用ス學者或ハ曰ク財團社團等ノ法人ニ付テモ亦近世定理ノ所謂本國法主義ニ依リテ之ヲ決スヘシト然レトモ是レ本國法偏重論ト云ハサルヘカラス何トナレハ果シテ何國籍人カ法人ヲ構成スルモノト認ムヘキヤヲ決定スル能ハサ

レバナリ或ハ資本ノ大小ヲ以テ之ヲ決スヘキヤ或ハ人ノ數ノ大小ニ依ルヘキヤ等ノ問題生スヘク而シテ此ノ如クシテハ到底正解ヲ得ヘカラサルナリ唯法人モ亦財産法上ノ關係ニ於テハ之ヲ自然人ト同様ニ取扱フヘキハ勿論ナリ

法人ヲ法人トシテ認ムヘキヤ否ヤハ一ニ其事務所地法ニ依リテ適法ニ成立セルヤ否ヤニ依リテ之ヲ定ム故ニ左ノ結果ヲ生ス

一、成立ノ方式的條件ハ前ニ掲ケタル意味ニ於ケル屬人法ニ依ル

二、成立ノ實體條件並ニ終了ニ關スル規定ニ付テモ亦同シ
此權利能力(訴訟行為ヲ爲スノ權ト共ニ)ニ付テノ原則ニ對シテハ或ル例外若クハ制限ヲ爲サルヘカラス

一、內國法ノ純然タル營業規則ノ規定ハ事務所地法ノ如何ニ拘ラス之ヲ遵守セサルヘカラス

二、內國ノ禁令例之夫ノ死手例之寺院ノ如シニ土地ヲ兼併セシメサル禁令ノ如キハ之ヲ尊崇セサルヘカラス若シ之ニ反シテ此場合ニ尙ホ屬人法ニ

依ルトスルトキハ內國ノ禁令ハ外國法人ニ對シテハ無効ナリトノ不條理ノ結果ヲ生スヘシ

三、國際公法ニ違反セル法人ハ之ヲ認ムルコトヲ得ス例之奪掠ノ奴隸賣買又ハ間諜ヲ目的トスル法人ノ如キ是ナリ

四、內國ハ法人ノ土地所有權取得又ハ贈與ヲ受クルコト等ニ付テハ其國ノ許可ヲ要ストスルコトヲ得

第二 今日諸國ノ立法例ハ區々トシテ一致セズ

一、獨逸 (Ploke, Die Rechtsfähigkeit ausländischer juristischer Personen nach dem bürgerlichen Gesetzbuch u. einzelnen Ausführungsgesetzen zum B. G. B., Z. für intern. Pr.-u. Str.-R. X S. 211; 269) ニ於テハ民法施行法第一〇條ニ左ノ如ク規定セリ

內國ニ於テハ民法第二一條第二二條ノ規定ニ依リテノミ權利能力ヲ得ヘキ社團ニシテ外國ニ屬シ且ツ其外國法ニ依リテ權利能力ヲ有スルモノハ聯邦會議ノ決議ニ依リテ其權利能力ヲ認メタルトキニ於テノミ權

利能力ヲ有ス此種ノ外國社團ニシテ其權利能力ヲ認メラレサルモノニ
付テハ組合ニ關スル規定並ニ民法第五四條第二項ノ規定ヲ適用ス

二、瑞西法ハ此問題ヲ直接ニ解決セサリキ夫ノ瑞西行爲能力法第一〇條ハ
決シテ法人ニ關スルモノニアラサルナリ此點ニ付テハ瑞西聯邦裁判所判
決ヲ參照スヘシ(Journal de dr. i. XVII p. 518 n. 519)

三、外國ノ財團及ヒ社團ヲ明カニ認ムルモノハ左ノ如シ

イ、西班牙民法第二八條

ロ、モンテネグロ法典第七八七條

ハ、亞爾然丁民法第四四條

四、英法ニ付テハダイシー(P. 485)左ノ如キ原則(Rule 125)ヲ設ケリ

英國裁判所ハ外國法ニ從ヒ適法ニ成立セル外國法人ノ存在ヲ認ム氏尙ホ附
記シテ曰ク一國ニ適法ニ成立セル社團ハ他國ニ於テモ亦社團トシテ之ヲ認
ムルコト今日確定セル原則タリ故ニ外國社團カ社團トシテ英國裁判所ニ訴
訟ヲ提起シ又ハ之ヲ受クルコト日常吾人ノ見ルトコロナリト

第三、國際公法上認メラレタル國家ニシテ私法上ノ行爲ヲ爲ストキハ法人ト
シテ認メラル而シテ市町村及ヒ州亦之ニ同シ

此規則タルヤ佛國白國ニ於テ確定セルトコロナリ獨逸ニ於テハ民法施行法
第一〇條特ニ明言セスト雖モ亦之ヲ認ム

神聖位 Der heilige Stuhl(羅馬法王ノ位)ハ國際法上認メラレタル一ノ國家制度
ニシテ以太利ノ國家制度ニアラサルナリ而シテ神聖位ハ神聖位トシテ獨立
ノ權利及行爲能力ヲ有ス

白耳義ハ法律ニ依リ此問題ヲ一決セントセリベルグムハ國際法雜誌(XXI p.
1/2)ニ白耳義法案ノ規定第一三條ヲ掲載セリ即チ左ノ如シ

外國ノ國家州市町村及之ニ屬スル營造物ハ白耳義ニ於テ其外國法ニ依
リテ有スル私權ヲ行使ス但シ贈與又ハ遺贈ヲ受クルニハ白耳義政府ノ
許可ヲ要ス

其他ノ外國法人ハ法律又ハ條約ニ反對ノ規定アルノ外白耳義ニ於テ同
種ノ制度カ人格ヲ有スル場合ニ限り法律上ノ存在ヲ有ス而シテ此法人

ハ白耳義ニ於テ同種ノ法人ニ課セル條件及ヒ制限ノ下ニ其外國法ニ依
リテ有スル私權ヲ行使スルコトヲ得
以太利民法ハ左ノ如ク規定ス(第二條)

市町村州世俗又ハ宗教上ノ公ノ制度及ヒ一般ニ法律上認メラレタル法
人ハ之ヲ人ト看做ス而シテ公法ノ規定及ヒ習慣ニ從ヒ私權ヲ享有ス
此規定ハ元來國際的ノ規定ニアラス然レトモ以太利法例第六條ニ單ニ人
(personne)ナル文字ヲ用キタルヲ以テ此規定亦國際上ノ意味ヲ有ストスルヲ
得ルナリ

第四、國際法協會モ亦此問題ニ關シテ上來掲ケタル意味ニ於テ決議セリ
決議 (Annuaire XVI 1897 p. 307 n. 308) ニ曰ク

- 第一、設立國ニ於テ認メラレタル公法人ハ他國ニ於テモ亦總テ法人ト
認メラル
- 第二、故ニ總テ此場合ニ於テ外國公法人ハ其普通代理人ニ依リ總テノ
國ノ裁判所ニ於テ原告又ハ被告トシテ訴訟行為ヲ爲スノ權ヲ有ス

外國公法人ハ其私ノ行為ニ付テハ本國法ノ規定ニ從ヒ代理セララル

第三、外國公法人ハ次ノ制限ノ場合ノ外有償又ハ無償ニテ其本國以外
ノ動產不動產ヲ取得スルコトヲ得

第四、無償取得ニ付テハ贈與者又ハ遺贈者ノ國法且ツ法人ノ屬スル國
法ノ規定セル許可及ヒ條件ヲ要ス又不動產ニ付テハ不動產所在國ノ許
可ヲ要ス

第五、一國ニ於テ外國公法人ノ爲ス有償取得ニ付テハ其法人ノ屬スル
國ノ法律ニ依ル許可ヲ要ス又不動產ニ付テハ其取得財產所在地ニ於テ
同種ノ法人カ爲ス有償取得ト同様ナル條件及ヒ許可ヲ要ス

第六、然レトモ一國ハ其國內ニ在ル動產不動產ニ付テ外國公法人ノ爲
ス有償又ハ無償ノ取得ニ特別ノ條件ヲ課シ若クハ法律ヲ以テ其法人ノ
取得能力ヲ制限スルコトヲ得

第七、一國ノ公法人カ其國以外ニ於テ其權能ニ屬スル營造物ヲ設立ス
ルトキハ其土地ノ法律カ同種ノ營造物設立ニ要求セル許可ヲ受ケサル

第八、前掲ノ規則ハ他ノ公法人ト同シク外國國家ニ適用ス
然レトモ協會ハ一國カ他國ニ在ル不動産ヲ確定的ニ占有セントスルトキハ
國家ノ善良ナル關係ニ有用ナル國際禮讓ノ規則トシテ之ヲ其他國ニ豫報ス
ヘキモノトセンコトヲ提議セリ

此國際法協會ノ決議中ニ夫ノ神聖位ヲ特ニ列舉セサリシハ大ニ注意スヘキ
事ニ屬ス

(註) 外國商會社及ヒ其支店ノ法律上ノ地位並ニ保險會社ノ法律上ノ地位ニ付テハ國
際商法ノ部ニ於テ特ニ之ヲ論スベシ

第十一節 成年宣告(Jahrgabung)

Par. I S. 419-429

第一、成年宣告ハ屬人法ニ依リテ之ヲ定ム

此場合ニ殊ニ屬人法ニ依リテ決スヘキ問題ハ第一如何ナル實體的條件ノ下
ニ成年宣告(venia aetatis; emancipation)ヲ爲スヘキヤ第二如何ナル官廳カ之ヲ

管轄スヘキヤ是ナリ瑞西法ハ居住居留民法第七條第三項ヲ以テ左ノ如ク規
定セリ

成年宣告 Jahrgabung (Volljährigkeitserklärung) ハ親權及ヒ後見ニ適用スヘ
キ法律ニ從フ

瑞西法ニ於テハ成年宣告ハ之ヲ州ノ立法ニ讓レリ然レトモ聯邦法ハ二ケノ
制限ヲ設ケタリ即チ第一成年宣告ハ滿十八歳ニ達シタル者ニノミ之ヲ爲ス
第二管轄官廳ハ唯一個タルヘキコト是ナリ而シテ瑞西ノ國際私法規定ニ依
レハ親權及ヒ後見ハ住所地法ニ依リテ之ヲ定ム故ニ前掲第七條ノ規定ニ依
リ成年宣告モ亦住所地法ニ依ラサルヘカラス實際ニ於テ此成年宣告ナル制
度ハ取引上重大ナル關係ヲ有スト云ハサルヘカラス

第二、屬人法ニ依リ爲サレタル成年宣告(venia aetatis)ハ何レノ國ニ於テモ法
律上ノ效力ヲ有セサルヘカラス

古ハ此原則ヲ非難スル者アリキ例ヘハフーフト(J. Voet, Commentarius ad Pand-
ectas lib. IV tit. V S 8)曰ク上ニ掲ケタル決定ニ依リ(de statutis No. 7, 8)住所

地ノ法律又ハ官廳ニ依リ爲サレタル成年ハ其全權ヲ外ニ及ホスコトヲ得ス即チ其效力ヲ外ニ擴張スルコトヲ得ヌ云々ト

然ルニシムエツム(Schweppe, Das römische Privatrecht in seiner heutigen Anwendung 4 Aufl. I)曰ク外國ノ爲シタル成年宣告ハ若シ其特權ニシテ一般法ノ或ル規定ニ基キテ與ヘラレタルモノニシテ他人ニ損害ヲ與ヘサル限リハ之ヲ一般ノ處分トシテ内國ニ於テモ有效ナラシムヘシトハーゲマン(Hagemann, Praktische Erörterungen aus allen Teilen der Rechtsgelehrsamkeit 1824 VII S. 243) 及ヒスバンゲンベルグ(Spangenberg, das. IX S. 150 n. 151) 亦此意見ヲ採ル

今日成年宣告ヲ受ケタル者カ外國ニ至リタルトキハ其外國カ此ノ如キ法律制度ヲ認メヌ又ハ全ク異ナル規定ヲ有スルニ拘ラス常ニ其成年宣告ハ有效ト云ハサル可ラサルナリ何トナレハ成年宣告ハ一ノ身分ノ變更ナレハナリ

第三、不法ニ得タル成年宣告ハ場合ニ依リ之ヲ消滅セシムルコトヲ得例之歸化ノ全部又ハ一部取消アリタル場合ノ如シ

デフール事件ハ此適例ナリ余會テデフール伯爵夫人ノ代理人トシテ瑞西民

權取得ニ付テノ聯邦會議ノ許可ヲ取消サシメタリ何トナレハデフール伯爵ハ當時其夫人及ヒ子ニ對スル權利ヲ有セサリシカ故ナリ而シテ此取消ト同時ニチユーリツヒ州カ子ノ新民籍地トシテ爲シタル成年宣告ノ基礎モ亦消滅セリ(B. B. 1900 I S. 677)

第四、成年宣告ハ同時ニ婚姻能力ヲ生セシムルヤハ問題タリ

此問題ノ答案ハ偏ニ準據法タル屬人法ノ規定ニ依ルト云ハサルヘカラス瑞西ニ於テハ此問題ハ否定セサルヘカラス婚姻適齡ヲ定ムル標準ハ人ノ生理的發達ニアレハナリ(B. B. 1894 II S. 20 n. 1898 I S. 437)

第十二節 氏名權

第一、氏名權ノ範圍内容及ヒ保護ハ人格ヨリ生スル一ノ私權タルカ故ニ屬人法ニ依リテ之ヲ定メサルヘカラス

氏名權ハ近時身分權中ノ一私權トシテ之ヲ認ム而シテ氏名權ナル名稱ノ下ニハ尙ホ左ノモノヲ含ム

イ、雅號即チ身分ト一致セサル一ノ記號ニシテ例ハハ美術家又ハ文學者ノ

氏名ニ添用セル記號ノ如キ是ナリ

ロ、紋章權ハ氏名權中ニ包含セラル然レトモ紋章權ハ人格ヨリ生セル一ノ

獨立セル保護ヲ主張スルコトヲ得

法人モ亦此保護ヲ主張スルコトヲ得

瑞西法ノ定ムルトコロハ左ノ如シ

イ、瑞西ニ住スル外國人ニ付テハ居住居留民法第八條適用セラル此條文ハ一般ノ人ノ親族上ノ地位ヲ本國法及ヒ本國裁判籍ニ服從セシメントシタルモノナリ而シテ條文中殊ニナル文字ヲ用キテ舉例シタルヨリ之ヲ觀レハ此舉例ハ決シテ制限的ノモノニアラサルコト亦明ナリ又夫ノ行爲能力法第一〇條第三項カ此場合ニ適用ナキハ更ニ疑ヲ容ルヘカラサルナリ氏名權ナル一身分權ハ決シテ屬地法ニ依ルヘカラス且ツ原則上此場合ニ屬地法主義ヲ正當ナラシムル何等ノ理由無ク加フルニ財產法ニ屬スル問題ニアラサルナリ

ロ、外國ニ在ル瑞西人ニ付テハ此問題ハ偏ニ其外國法カ瑞西人ヲ其外國法

ニ服從セシムルヤ否ヤニ依ル然ルニ氏名權ニ付テハ原則トシテ此ノ如キコトアルナシ

貴族ヲ國家ノ制度トシテ認メサル國ニ於テモ貴族ノ稱號ハ之ヲ認メ之ヲ保護セサルヘカラス然レトモ內國法カ明カニ貴族ノ稱號ヲ用キルコトヲ禁スル場合ハ此限ニアラス而シテ此ノ如キ場合ニ此ノ禁令カ外國人ニモ適用セラルヘキモノナルコト更ニ疑ナキトコロナリ瑞西憲法第四條ノ規定ハ決シテ貴族ノ氏名權ヲ認ムルコト、衝突セス即チ同條ニ曰ク凡ソ瑞西人ハ法律ノ前ニ平等ナリ瑞西ニ於テハ君臣ノ關係無ク又土地出生家族又ハ人ノ特權ナルモノ無シト此規定ハ固ヨリ貴族ノ特權ヲ認メサルモノナレトモ貴族ノ稱號ニ反對セルモノニアラス

第二、各種ノ氏名變更ニ付テモ亦屬人法ニ依リテ之ヲ定ム

愛ニ問題トナルハ第一氏ノ變更第二名ノ變更第三氏名ノ追加例之遺言ヲ以テ受遺者ニ自己ノ名ヲ添稱セシムル場合ノ如シ第四從來ノ氏名ニ影響ヲ及ボス稱號是ナリ

姓名變更ニ付テハ本國法及ヒ本國裁判籍ニ服從セシムト雖モ事物ノ性質上住所ニ於テ生スルトコロノ關係モ亦甚タ重要ナリト云ハサルヘカラス即チ取引上殊ニ郵便物ニ付テノ氏名ノ混亂又ハ數多ノ同一氏名ノ存在スル場合ノ如キ是ナリ然レトモカ、ル事實ニ基キ氏名ヲ變更セントスル場合ト雖モ法律上ノ根據ハ屬人法ニ存在セサルヘカラス又住所地法ニ於テ原則トシテ本國法ヲ認ムルニ拘ラス尙或ル場合ニ例外トシテ住所地法ヲ適用スルコトナントセス例ヘハ本國法例之土耳其人或人(土耳其ニ屬スル希臘人)ニ突然其氏名ヲ將來用キルコトヲ禁シタリトセン然ルニ住所國ハ之ニ依リテ其住民ノ權利ニ損害ヲ與フルモノト認ムル場合ノ如キ是ナリ此事タル身分ニ付テ一部屬地法ニ依ルトスル國ニ於テ亦常ニ生スルトコロナリ故ニ殊ニ瑞西ニ於テ然リトス

第十三節 自然人人格ノ始終

Bar. I S. 373-377.

第一、人カ有形上人トシテ認メラルヘキヤ或ハ其資格ヲ失フヘキヤノ問題ハ

一、身、分、問、題、ニ、屬、ス、ル、ヲ、以、テ、其、屬、人、法、ニ、依、リ、テ、之、ヲ、定、ム、

人ノ人格ハ何レノ時ヨリ始マルヤヲ確定スルコト極メテ必要ナリ何トナレハ權利ヲ獲得シ得ル能力此時期ヲ以テ開始スレハナリ所謂出生ノ時期ナルモノハ人ノ普通考フルカ如ク簡單ナルモノニアラス(R. G. Strufs. XXXIII S. 435-438) 或法律ハ生活力(Vitalität)ヲ必要トシ(佛民第九〇六條)又他ノモノハザウイニー(Savigny, System II S. 385)ノ説ノ如ク之ヲ必要トセス(獨民第一條)此問題ニ付テハ常ニ此事實ノ發生地ノ法律ニ從フトスルコトヲ得ス何トナレハ此問題ハ人カ權利能力ヲ有スルヤノ問題ニアラスシテ理論上又有形上果シテ一ケノ人ナルモノカ存在スルヤ否ヤノ問題タリ是レ即チ有形的ノ意味ニ於ケル私法上ノ身分ノ問題タリ而シテ勿論初生兒ハ法律行為ヲ爲シ得ルモノニアラサルカ故ニ此場合ノ問題ハ偏ニ生兒ハ果シテ或ハ相續人トナリ或ハ贈與ヲ受ケ或ハ又凡ソ其生兒ノ出生ヲ理由トシテ設定セラル、契約上ノ權利ヲ取得シ得ヘキ地位ニアリヤ否ヤト云フコトニアルナリ人ノ始期ヲ定ムルコトノ必要ナルト同時ニ又其終期ヲ定ムルコト必要ナリ

何トナレハ此時期ヲ以テ人ノ權利ハ消滅シ相續人ニ轉移スレハナリ爰ニ又人ノ死期ヲ確定スルコト容易ノ事ニアラス然レトモ人カ既ニ死シタリヤ或ハ尙ホ生存スルヤハ疑モナク身分問題タリ人ノ死期ヲ確定スルノ實益ハ實ニ大ナリ例ヘハ或人カ尙ホ法律行為ヲ爲シ得ル狀態ニ在リシヤ又殊ニ或人カ或ル他ノ人ノ死後ニ尙ホ生存シ從テ其他人ヲ相續シ得ヘカリシヤ又或ハ他人カ其人ノ相續ヲ爲シ得從テ其人ハ此時期ニ於テ相續セラレタルヤ等ヲ決定スルモノナリ

人ノ始終ハ以上説明セルカ如キ身分問題ノ性質ヲ有スルカ故ニ夫ノ前ニ説明セル財産法上ノ法律關係ニ限レル身分ニ關スル屬地の規則ハ此場合ニ於テ適用ヲ見サルナリ(瑞西行為能力法第七條第三項)故ニ此場合ニ於テハ身分ニ關スル普通原則カ適用セラレ、ナリ

第二、羅馬法ニ反對シテ生存期間推定又ハ死亡推定ニ付テ公布セラレタル各國ノ法律ハ國際上種々異ル性質ヲ有スル法律問題ヲ惹起ス故ニ此等ノ凡テハ關係ニ付テ統一的ノ原則ヲ設定スルコトヲ得サルナリ、

此點ニ付テハ左ノ如キ種々ノ問題ヲ生ス

- 一、失踪者ハ法律上ノ行為ヲ爲スコトヲ得ルヤ又如何ニ之ヲ爲スコトヲ得ルヤ(例之失踪前ニ定メラレタル代理人ニ依リ)此問題ハ失踪者ヲ未タ生存シ居ル者ト推定スルヤ否ヤニ關ス而シテ此問題ハ國際人事法ノ問題ニ屬ス又此問題ニ關連シテ失踪者カ與ヘタル代理權ハ代理人ニ一定ノ法律行為銀行預金取戻 A. E. XXIII. 1. P. 8. 166—175)ヲ爲スノ權限ヲ與フルヤ否ヤノ問題生スヘシ此第一ノ人事法上ノ問題カ解釋セラレタル後又代理權ノ範圍ヲ驗セサル可ラス是レ即チ全私法ニ通シテ必要ナル代理ノ問題タリ
- 二、失踪者ノ爲メニ不在者管理人(curator absentis)ヲ撰任スヘキヤ否ヤ此問題ハ國際親族法ニ屬ス
- 三、相續法ノ問題生スヘキヤ此點ニ付テハ積極相續ト消極相續トヲ區別シテ研究セサルヘカラス
- イ、第一ニ失踪者ハ相續法定又ハ遺言ヲ爲スコトヲ得ルヤ即チ積極的相續ノ問題ニシテ如何ナル條件ノ下ニ失踪者ノ爲メニ相續權ヲ主張スルコト

ヲ得ルヤノ問題生ス此問題ハ第三者ノ遺産ノ服従スル法律ニ依リテ決セ
ラン(R. G. Civ. XXV S. 142—144; Z. f. intern. Priv.-u. Stuhl. IX S. 469)即チ此法律ニ
依リテ失踪者カ相續シ得ルヤ否ヤヲ定ム又此問題ト密接ニ關連シテ何人
カ失踪者ノ爲メニ行動スルヤノ問題生ス而シテ是レ身分ニ屬スルモノナ
ルヲ以テ其屬人法ニ依リテ之ヲ決スヘキモノタリ然レトモ準據法タル相
續法ハ特ニ相續法上ノ理由ニ因リ一定ノ要件ヲ設定シ且ツ例之特別後見
ノ外ニ尙他ノ形式及ヒ擔保ヲ要求スルコトヲ得ヘシ

ロ、第二ニ失踪者ノ財産ハ之ヲ遺産トシテ取扱フコトヲ得ルヤ即チ消極的
相續ヲ生スルヤノ問題生ス此問題ハ國際私法上失踪者ニ適用セラルヘキ
相續法ニ依リテ決定セラル即チ此場合ニ於テハ失踪者相續法上ノ遺産ニ
關スル條件カ問題トナルナリ

消極相續ニ適用スヘキ法律ト死亡宣告ニ適用スヘキ法律トハ互ニ異ナル
コトヲ得ハシ例之一國カ財産保護ニ關スル處分後見ヲ設定スル等凡ソ財
産保護ニ關スル國家ノ處置ヲ一ニ本國法ニ依ラシムル場合ノ如キ是ナリ

然レトモ實際ニ於テハ是等ノ處分ハ寧ロ後日生スヘキ相續開始ノ準備行
爲タルナリ

以上列擧シタル問題ハ各國ニ行ハル、國際私法規定ニ依リテ定マル余ハ爰
ニ單ニ瑞西ニ於テハ如何ニ是等ノ問題カ決定セラル、カヲ簡單ニ掲ケント
ス而シテ聯邦法ニ依レハ左ノ區別ヲ爲サ、ルヘカラス

一、曾テ外國ニ住所ヲ有シ而シテ此住所地ノ法律ニ服従シ居リタル瑞西人
ニ關スル場合(居住居留民法第二八條第二項)此場合ニ於テハ死亡生存ノ推
定共ニ其外國法ニ依ル然レトモ若シ此瑞西人カ其外國法ニ服従スヘカラ
サリシトキハ本國法ニ依ル

二、瑞西ニ住所ヲ有シタリシ外國人ニ關スル場合 此場合ニ於テハ左ノ區
別ヲ爲サ、ルヘカラス

イ、身分及ヒ親族關係ニ關シテハ本國法適用セラル

ロ、相續法ニ付テハ住所地法ニ依ル(條約ニ特別ノ規定アルノ外)但シ居留居
住民法第二二條第二項ノ場合ハ此限ニ非ス

第三、失踪及ヒ死亡宣告ハ原則トシテ身分ノ屬スル法律及ヒ裁判籍ニ從フ、此問題ハ原則トシテハ單ニ屬人法裁判所ノ管轄タリ而シテ其宣告ニ因ル民事上ノ身分ノ確定ハ各國之ヲ認ムヘキモノタリ然レトモ之ニ對スル一二ノ例外ナキニアラス即チ獨逸法(獨民法第九條)ハ此主義ヲ採リ實際上ノ理由ニ依リ三ヶノ例外ノ場合ヲ規定セリ(Buehka, Vergleichende Darstellung des bürgerlichen Gesetzbuches u. des gemeinen Rechts S. 8/9)

- 一、失踪者カ其失踪ノ始ニ獨逸人タリシトキハ内國ニ於テ獨逸法ニ依リテ之レカ死亡宣告ヲ爲スコトヲ得
- 二、失踪者カ其失踪ノ始ニ外國ニ屬シタリシトキト雖モ獨逸法ニ依リテ定ムヘキ法律關係又殊ニ獨逸ニ在ル財産ニ付テハ内國ニテ獨逸法ニ依リテ之レカ死亡宣告ヲ爲スコトヲ得
- 三、失踪者タル外國ノ夫カ内國ニ最後ノ住所ヲ有シ且ツ其内國ニ殘留シ若クハ歸來シタル婦カ獨逸人タリシトキ又ハ婚姻ノ時マテ獨逸人タリシトキハ其婦ノ請求ニ因リ第二號ノ制限ニ依ラス内國ニ於テ獨逸法ニ

依リテ之レカ死亡宣告ヲ爲スコトヲ得

尙又例外トシテ(獨逸法ノ爲シタル積極的理由ニ基ク例外ノ外)失踪者換言スレハ死亡宣告ヲ受クヘキ者ノ住所地ノ裁判所ハ當該外國人カ其國籍ヲ喪失(例之獨逸法ニ於テハ十年後)シタルトキニ於テ之レカ死亡宣告ノ管轄權ヲ有ストセサルヘカラス此ノ如キ場合ニ於テハ推定相續人カ財産ノ占有ヲ爲ス前ニ於テ公ノ告示ナカルヘカラス而シテ此告示ハ當該外國ニ於テモ爲サレサルヘカラス(H. E. XVI S. 180 n. 181)

英米法ノ意味ニ於ケル財産分離ノ場合ニ於テハ全ク異ナル結果ヲ生ス即チ不動産相續カ不動産所在地法ニ依ルヘキトキハ別個ノ死亡宣告ヲ必要トスルナリ

第參章 親族法

第一節 總論

第一、本書總論第七章ニ説明シタルカ如ク内國ニ在ル外國人及ヒ外國ニ在ル内國人ノ親族法上ノ取扱ニ付テハ各國種々異ル原則ヲ採ル而シテ瑞西法ハ

親族法ニ關シテハ一般ニ左ノ原則ニ依ル

- 一、 瑞西ニ住スル外國人ハ親族法ニ於テハ其本國法ニ從テ(瑞西居住居留民法第八及第三二條)然レトモ條約ニ特別ノ規定アルトキハ之ニ從フハ勿論ナリ故ニ瑞西ニ於テハ子ノ嫡出ナルヤ否ヤ私生子ノ自由認知又ハ公ノ認知ノ效果、養子等凡テ親族上ノ問題ハ之ヲ本國法及本國裁判籍ニ從ハシムルモノナリ凡テ是等ノ身分問題或ハ尙氏名權ヲモ加フルコトヲ得ヘケン)ハ特別ノ取扱ヲ受クヘキモノニシテ瑞西聯邦法ハ之ヲ本國法及ヒ本國裁判籍ニ服從セシメタリ他ノ事項ニ付テハ瑞西ハ住所地法主義ヲ採ルト雖モ(例之相續法)是等ノ問題ニ付テハ住所地法及ヒ住所地裁判籍ハ何等ノ適用ヲ有セス即チ瑞西法ハ是等ノ問題ニ付テハ本國法及ヒ本國裁判籍ニ讓リタルモノナリ故ニ親族法上ノ問題ト相續法上ノ問題ト同時ニ生シタルトキハ以上掲ケタル如キ問題ハ一個獨立ノ問題ト看做シ之ヲ主タル爭訟ヨリ分離シ以テ本國管轄裁判官ニ決定セシムヘキモノタリ
- 二、 外國ニ住スル瑞西人ハ親族法上其外國法ニ服從セサルトキハ本國法及

ヒ本國裁判籍ニ從テ而シテ他ノ事項ニ付テハ外國ニ住スル瑞西人カ住所
地法ニ從フヘキ場合(例之相續法)ト雖モ前掲各種ノ問題ニ付テハ住所地法
(及ヒ裁判籍)ハ何等ノ適用ヲ有セス

第二、 抑モ親族法上ノ權利義務ハ相續法上ニ於ケルカ如ク自然ノ事實(親族關係ニ基クモノナリ又夫ノ親族關係カ一ノ契約ニ因リテ成立スル場合(婚姻豫約、婚姻子ノ認知又ハ正認)ト雖モ是ニ因リテ生スル權利ハ所謂身分權(Veststandsrecht)ナリ而シテ本國法ハ恰モ此部分ニ於テ假令絶對的ニ適用セラル、ノ必要ナシト雖モ最モ適當ニ適用セラルヘキモノタリ

第三、 當事者ノ自由契約ハ此部分ニ付テノ準據法ニハ何等ノ效力ヲ有セサルナリ例之親權、後見及離婚等ニ關シテハ自由契約ヲ許サ、ルナリ

第四、 國際親族法ニ付テハ往々條約ニ依リテ之ヲ定ム然レトモ單ニ後見ニ關シテ之ヲ見ルナリ

一、 獨逸カ此點ニ於テ諸國ト締結シタル領事條約ハ左ノ如シ

イ、 希臘(1881) 第二二條 以太利(1868/1872)第一一條第七號 西班牙(1870/-

1872) 第一一條第八號ハ左ノ如ク定ム

領事ハ其國法ニ從ヒ後見及ヒ保佐ヲ處理スルコトヲ得

ロ、セルビア(1883)第一八條、南亞弗利加共和國(1885)第二四條ハ左ノ如ク定ム

領事ハ其任命國ノ國民ノ遺產清算ニ關スル後見及ヒ保佐ヲ其國法ニ從ヒ處理スルノ權ヲ有スヘシ

ハ、サルヴァドル(1870/2)第二七條、グアテマラ(1887/8)第二五條、ホンドラス(1896/7)第二五條、ニカラグア(1896/7)第二五條ハ締盟國双方ノ領事ニ其國法ノ命スル責任ノ下ニ其國ノ未成年者ノ後見人タル法律上ノ地位ヲ與フルコト、セリ

ニ、日本(1896)第一三條ハ左ノ如ク定ム

總領事領事及副領事ハ各其本國臣民ノ後見人及保護人ヲ命シ又其本國ノ法律ニ從ヒ後見及ヒ保護ノ施行ヲ監督スルノ權アルモノトス

二、瑞西カ此點ニ關シテ爲シタル條約ハ左ノ如シ

イ、一八六八年以太利トノ居住條約第一七條及議定書第四(公集第九卷第七二六及七五八頁)此條約中ニハ明カニ後見ノ事ヲ規定シタルモノ無シト雖モ此二國ハ父又ハ母ノ死亡ニ伴フ未成年者ノ後見ハ人事法ニ關スルモノナルヲ以テ本國法ニ依ルコトニ實際ノ取扱ニ於テ一致セルモノ、如シ

ロ、一八六九年佛國トノ條約(公集第九卷第一〇〇二頁)此條約ハ後見ヲ規定ス (Roguin, *Conflicts des lois suisses* p. 57; 189) 其第一〇條ハ左ノ如ク定ム

佛國ニ住スル未成年者及ヒ禁治產者タル瑞西人ニ對シテハ其本國タル州ノ後見法行ハル又同様ニ瑞西ニ住スル未成年者及ヒ禁治產者タル佛國人ニ對シテハ佛國法行ハル故ニ未成年者及ヒ禁治產者ノ後見ノ設定又ハ財産ノ管理ニ關スル爭訟ハ本國ノ管轄官廳ニ提起セラルヘシ但シ不動産ニ關スル法律及ヒ住所地裁判官カ命令シ得ル處分ニ付テハ此限ニ非ス

此條約ハテユニスニモ應用セラレタリ(新集第一六卷第一二頁)然レトモ此條約ハ他ノ親族關係殊ニ婚姻法、夫婦財産法等ヲ規定セス而シテ瑞西聯邦裁判

所カ此條約ノ是等ノ事項ニ關セサルコトヲ主張シタルハ實ニ當ヲ得タルモノナリ(A. E. IX. S. 505)即チ曰ク夫婦財産法上ノ權利ト相續法ノ權利トハ同様ノ地位ニ在ルモノニアラス且ツ實際ニ於テモ生存配偶者ハ相續法ニ從テ相續人トシテ其財産部分ヲ主張スルニアラス却テ夫婦財産法ニ從ヒ生存配偶者ニ屬スヘキモノトシテ之ヲ主張スルモノナリト尙又佛國裁判所モ夫婦間ノ財産上ノ問題ハ此條約ニ依ルヘキモノニアラストセリ故ニ瑞西人タル妻カ佛國ニ於テ死亡セルトキハ其夫婦財産法ノ問題ハ此條約ニ依リテ定マラス(B. B. 1876 II. S. 244 n. 245; S. 245 n. 246; B. B. 1889 II. S. 717/8)若シ此ノ如キ問題佛瑞西人間ニ生シタルトキハ其實體及ヒ手續上ノ關係ハ一般ノ原則ニ依リテ之ヲ定ムヘキナリ

第五、身分證書ノ交換ヲ規定セル條約アリ(R. de Card, Etudes de droit international S. 1—36. 參照)

近世ノ國家ニ於テハ出生婚姻及ヒ死亡ノ證明ハ身分官吏之ヲ爲ス(例外埃露、瑞典、丁、葡、殊ニ瑞西ハ身分證書無償交附ニ付テ數多ノ國家ト條約ヲ締結セリ

(Handb. für die schweizerischen Civilstandsbeamten 1861 S. 151 ff.)バーデン、巴、威、爾、埃、甸、白、以、西、是、ナ、リ、實、際、ニ、於、テ、ハ、獨、逸、各、聯、邦、ト、モ、此、事、行、ハ、ル、唯、佛、國、ト、ハ、然、ラ、ス、(B. B. 1894 II. S. 11)

第六、海牙列國會議ハ婚姻離婚及ヒ未成年者ノ後見ニ付テ詳細ニ研究セリ

第二節 婚姻豫約

Hart. I S. 479.

第一、婚姻ノ豫約ヲ爲ス能力ハ各豫約者ノ屬人法ニ依ル双方ノ法律上此能力アリタル場合ニ依テノミ法律上正當ナル契約(豫約)成立ス婚姻豫約ハ親族法上ノ法律關係ヲ成立セシム故ニ當事者ノ婚姻能力アルコトヲ必要トス

婚姻ノ豫約ヨリ法律上ノ約束カ生スル以上ハ此豫約ハ一ノ親族法上ノ豫約ナリト云ハサルヘカラス何トナレハ婚姻ノ豫約ハ親族法ニ於ケル一ノ前驛ニシテ自主目的ヲ有スルモノニアラザレバナリ然レドモ此豫約ノ性質ニ付テノ反對論アリ(Shulz, Die Rechtsnatur des Verlobnisses nach deutschem bürgerlichem Rechte 1900)瑞西法ニ於テハ之ヲ以テ親族法上ノ契約ト爲スコトニ付テ異論

ナシツエーリツヒ私法(576)曰ク未婚ノ男女カ婚姻ヲ約スルトコロノ婚姻ノ豫約(Verlobnis, Eherersprechen)ハ豫約者(Braultente, Verlobten)ノ親族關係ヲ成立ス又テユルガウ人事法第二五條同様ノ規定ヲ爲スツグ州モ亦婚姻豫約ヲ親族法ノ下ニ規定セリソロトルン私法(一八九二年以來實施)ハ是ニ關スル規定ヲ親族關係ナル題下ニ置ケリ瑞西聯邦裁判所ハ屢々婚姻豫約ノ親族法ニ屬スベキコトヲ宣言セリ(A. E. XV S. 432 n. 433; XIX S. 399; XXII S. 532, 1136 n. 1137)瑞西民法草案モ亦此見解ニ從フ(Art. 110 E.)

以上述フルガ如クナルヲ以テ此場合ニ於テハ豫約者双方ノ屬人法ヲ以テ決ス故ニ歐洲大陸ニ於テモ或ル場合ニ於テ尙身分ノ準據法タル屬地法ハ此場合ニハ適用ヲ見ザルナリ即チ

イ、獨逸民法施行法第七條ハ明カニ此屬地法ノ規定ハ親族法上ノ法律關係ニハ何等ノ適用ナキコトヲ規定セリ故ニ寧ロ此場合ハ第一三條(及ビ第二七條)ニ依ルベキモノナリ固リ本條ハ特ニ婚姻ノ豫約ニ付テノ規定ニアラザルナリ(婚姻ニ付テノ規定)

ロ、瑞西行爲能力法第一〇條第三項モ亦此場合ニハ更ニ關係ナキモノトセザルベカラズ然ルニチエーリツヒ控訴院ハ外國人ガ瑞西ニ於テ適法ニ婚姻ノ豫約ヲ爲スコトヲ得ルヤノ問題ニ付テ尙前掲第一〇條第三項ヲ適用セリ(R. P. 1890 Nr. 35; 及ヒ Schneider u. Fick, Kommentar zum Obligationen recht, 2. Aufl., S. 38 Nr. 4a) 同裁判所曰ク成年者ノ婚姻豫約ノ成立ニ付テ父母又ハ後見人ノ同意ヲ要スト爲スハ是レ其人ノ行爲能力ノ一制限ニ外ナラザルナリ而シテ此ノ如キ我瑞西法ヲ超越シタル制限ハ前掲條文ノ規定ニ依リテ無効ナリト云ハザルベカラズト然レドモ此見解ハ誤ナリ何トナレバ前掲第一〇條ノ屬地的規定ハ單ニ商業及ビ取引ニ關スルモノニシテ親族關係ニ關スルモノニアラザレバナリ

第二、婚姻豫約ノ方式ハ場所ハ行爲ヲ支配ストノ原則ニ從フ

婚姻豫約ノ方式ハ恰モ豫約ヲ爲ス場所ノ方式ニ準スルヲ以テ足レリトス但シ豫約者ノ屬人法ガ外國ニ於テモ尙遵守スベキ方式ヲ規定スルコトナシトセズ然レドモ余ノ知バトコロニ依レバ此ノ如キ立法例ハ今日殆ド其跡ヲ絶

テリ然ルニ巴威爾ニ於テハ婚姻豫約ニ關スル一八〇六年ノ規則アリテ婚姻豫約ハ必裁判所ニ於テ爲シ且ツ當事者双方又ハ少クトモ其一方ノ普通又ハ特別裁判籍以外ニ於テ之ヲ爲スヲ得ズトセリ而シテ巴威爾上等裁判所ハ此規則カ法律上ノ効力ヲ有セザル土地ニ於テモ此規則ノ支配下ニ屬スル人ノ婚姻豫約ニ付テハ之ヲ適用スベキモノナリトセリ (Böhm, Die räumliche Herrschaft der Rechtsnormen S. 37 n. 38)

第三 婚姻豫約違反ノ實體法上ノ効果ニ付テハ(損害賠償ノ高、違約金消滅時効)何レノ法律ヲ適用スベキヤ(身分問題ヲ除キ)ノ問題ニ關シテハ大ニ爭アリ而シテ其爭アル所以ハ損害賠償ノ法律上ノ義務ノ根據ニ付テ學者各説ヲ異ニスレバナリ即チ此義務ノ根據ハ或ハ擔保契約ニ在リトシ或ハ契約上ノ過失ニ在リトシ或ハ正義ノ規則 (Billigkeitsnorm) ニ在リトシ或ハ又不法行爲ニ在リト爲スナリ然レドモ此問題ニ付テハ第一ニ契約違反ヨリ生ズル請求權ト不法行爲ヨリ生ズル請求權トヲ區別セザルベカラス

獨逸普通法ニ於テハ此場合ハ履行地法ニ依ルベシトセリ而シテ爰ニ所謂履

行地トハ豫約者ノ合意又ハ其關係ノ性質上豫約者ガ婚姻後其第一ノ共同住所ト爲シタルベキ場所ヲ云フ (Wolfenbüttel Senferts Archiv 20 Nr. 1.) 獨逸帝國裁判所モ亦 (VII. S. 340 n. 341) 婚姻豫約ハ一ノ豫備的契約ニシテ其主タル效果ハ當事者ガ之ニ依リテ後日婚姻ヲ爲スノ義務ヲ負フニ在リト爲シ以テ爰ニ述ベタル普通法ノ解釋ト同一ノ結論ヲ爲セリ即チ豫約ノ履行ハ婚姻ヲ爲スニ在リ故ニ豫約者ノ特別ノ合意ヲ俟タズ事物自然ノ結果トシテ將來夫タルヘキ者ノ住所カ婚姻關係其モノ、中心點タルガ如ク又婚姻豫約ノ履行地ト看做サ、ルベカラズト尙他ノ判決ニ於テ (XX S. 334—336) 説明シテ曰ク婚姻豫約ノ履行地ハ夫ノ種々偶然ノ事情ノ結果タル、身分官吏ノ面前ニ於ケル婚姻締結ノ場所ニアラズシテ豫約者カ婚姻締結後其共同ノ住所ト定メ此處ニ婚姻ヲ構成シ此處ニ其共同ノ一家生活ヲ開始セントシタル場所ナラザルベカラズ即チ此場所ヨシ (das domicilium matrimonii) 實ニ豫約ノ履行地ト期セラレ豫約ガ當事者ノ意思ニ依リテ其効力ヲ發生スベキ所タレント、然ルニ後ニ至リ帝國裁判所ハ判決シテ曰ク (R. G. XXIII S. 172 f.) 婚姻豫約者ハ未來ノ婚姻住所

ニ付テ合意シタルコトヲ要セズ又此豫約ニ依リテ夫ノ負ヒタル義務ハ無効ナリトセリ而シテ尙説明シテ曰ク(§. 176)共同婚姻生活ヲ以テ婚姻豫約ノ履行ト認ムルハ不正ノ見解タリ抑モ履行ナル文字ハ婚姻豫約ヲ以テ債權的契約ト看做ストキニ於テ初メテ之ヲ言フヲ得ベシ而シテ婚姻ノ豫約ハ之ニ依リテ或ル法律上ノ效果ヲ有スル永續的ノ人事關係ヲ成立セシムルモノナリト雖モ亦債權的契約ノ性質ヲ有スルハ明カナリ然リト雖モ此ノ所謂債權的契約ノ目的タル行爲ハ或ル他ノ一契約ヲ締結スルコトニ在リ(婚姻締結)而シテ此他ノ契約ナルモノハ決シテ債權的契約ニアラズシテ更ニ別種ノ一ノ親族法上ノ契約タリ即チ婚姻ノ永續的ノ人事關係ノ成立ヲ直接ノ目的トセル契約タリ此點ガ即チ婚姻豫約ノ特質ニシテ假令之ヲ以テ債權的契約ト爲スモ普通所謂豫約(*pacta de contrahendo*)ナルモノト異ルトコロナリト

此帝國裁判所ノ判決ニ從ヒハムブルヒ上等地方裁判所ハ左ニ掲グル如キ事實ヨリ當事者間ニ婚姻豫約ノ效果ニ付テハ妻トナルベキ者ノ土地ノ法律ニ從フトノ確然タル又法律上ノ效力ヲ有スル一ノ合意アリタルモノト認メタ

リ

第一、宗教上ノ婚姻式ヲ舉グベキ寺院ニ付テハ當事者間ニ多クノ打合セアリタルモ宗教上ノ婚姻式ト普通ノ婚儀トガ異レル場所例ヘバ被告ノ住所ニ於テ行ハルベキヤ等ノ點ニ付テハ當事者間ニ何等ノ相談モ無カリシ

第二、婚姻締結地ヲ此ノ如キ方法ヲ以テ定ムルハ又一一般ノ習慣ト符合ス(本件ノ問題トナレル人ノ社會ニ於テハ)即チ婚姻締結ハ妻トナルベキ者ノ住所ニ於テスルヲ例トス

又當事者ガ身分官廳ニ於テスル婚姻式ニ付テ一言ノ及ブモノナカリシ事實ハ本件ニ何等ノ關係ヲ有セズトセリ即チ曰ク一般ニ人ハ寺院ノ婚姻式ニ於ケルガ如ク此官廳ノ婚姻式ニ重キヲ置カズ故ニ民事上ノ婚姻式ハ常ニ寺院ニ於ケル儀式ヲ爲スニ付テ定メタル場所ニ於テスルコト明ナリト(*Z. f. intern. Pr. u. Str. R.X.S. 46—50*)今此問題ニ對スル學說ノ如何ヲ見ルニレーゲルスベルガー(*Regelsberger, Pandekten I. S. 176 u. 177*)ハ損害賠償ノ義務ニ付テハ義務者ノ屬人法ニ依ルノ原則ヲ採レリ然ルニ氏ハ又此原則ニ例外ヲ設ケ若シ相手方

豫約者ノ屬人法ガ此ノ如キ法律上ノ效果ヲ認メザルトキハ賠償ノ義務ナキモノトセリBar. I. S. 479。亦此點ニ於ケル法ノ抵觸ニ付テハ被告ノ利益ニ決定スベシ即チ男ノ屬人法ニ依リテ婚約ノ豫約ガ無効ナルトキハ假令女ノ屬人法ニ於テ之レガ有效ナルトキト雖モ其訴ハ之ヲ却下スベキモノトセリ氏亦曰ク(Bar Lehbuch, S. 76/77)婚約ノ拘束力ハ豫約者ノ屬人法ニ依リテ之ヲ決スベシ然レドモ若シ豫約者ノ一方ガ其屬人法ニ依リテ拘束セラレザルトキハ他ノ一方亦拘束セラル、コトナント學者中又ハ法廷地法說ヲ採ル者アリベームノ如キ即チ是ナリ(Böhm, Die räumliche Herrschaft der Rechtsnormen)氏曰ク(S. 38)訴訟ノ問題ハ訴訟地法ニ依ルベキモノナリ故ニ法廷地法ノ認メザル訴訟ハ之ヲ提起スルコトヲ得ズトウンガー(Unger, System des öster. allg. P. R. I S 23 S. 192)モ亦曰ク婚約豫約(所謂 sponsalia de futuro)ハ其履行ヲ訴求スル場所ノ法律ニ依リテ之ヲ定ムベシ即チ此場合ニ於テハ豫約ヲ爲シタル土地ノ法律ハ何等ノ關係ヲ有セズ而シテ埃國法ニ於テハ最モ此說ヲ採ラザルベカラズ何トナレバ埃國民法第四五條ノ規定ハ強行的ノ規定ナレバナリト

同條ハ規定シテ曰ク婚約ノ豫約即チ婚約ヲ爲スヘシトノ當座ノ約束ハ如何ナル狀況又ハ條件ノ下ニ之ヲ爲シタルヲ問ハズ之ニ依リテ婚約ヲ締結シ又ハ違約ノ場合ニ對シテ約シタルモノ、給附ヲ爲スベキ法律上ノ義務ヲ生ゼズト

瑞西法ニ於テハ此問題ハ男ノ本國法ニ依リテ之ヲ決ス何トナレバ婚約豫約ハ一ノ親族法上ノ問題タレバナリ(瑞居住居留民法第八條)此場合ト雖モ又外國ガ瑞西人ヲ其法律ニ服從セシムルトキハ例外タリ婚約豫約ハ親族法上ノ問題ナルヲ以テ親族法上ノ契約ノ準據法ニ依リテ之ヲ決セザルベカラズ而シテ瑞西ニ於テハ夫ノ本國法主義ニ依ルナリ故ニ瑞西ニ於テハ當事者ノ一方ガ服從スル法律ガ之ヲ認メザル場合ト雖モ尙婚約豫約違反ヨリ損害賠償ノ義務ヲ生ズルコトアルナリ是レ瑞西法第八條ノ明定セル準據法ヨリ生ズル正常ナル法律上ノ效果タリ故ニ例之婚約能力ヲ有スル佛婦人ガ瑞西人トノ婚約豫約ヲ破約シタルトキハ瑞西人ハ其屬スル瑞西州法ノ許ス範圍ニ於テ訴ヲ提起スルコトヲ得又反對ニ瑞西人ガ豫約ヲ破リタルトキハ假令佛國

ニ於テハ豫約ニ依リテ法律上ノ效果ヲ生ゼズト雖モ尙佛婦人ハ此請求權ヲ有スルモノナリ瑞西法ニ付テ此ニ述ベタル見解ニシテ正當ナリトセバ夫ノパール及ビレীগエルスベルガーノ議論ハ此法境ニ於テハ其適用ヲ見ザルナリ今又豫約者ガ同一國人ナリトセンカ此二學者ガ示シタルガ如キ結果ノ生ゼザルハ勿論ナリ一八八九年ニチエーリツヒ控訴院ガ伊太利人間ノ婚姻豫約ニ於テ其一方ノ不正ノ違約ノ效果ニ付テハ伊太利法ニ依ルベシト爲シタルハ其當ヲ得タルモノナリ(H. E. IX S. 15)而シテ其法律上ノ根據トシテ控訴院ハ伊太利法例第六條ニ依リタリ

第四、獨立ノ不法行爲存在スルトキハ(親族法上ノ契約違反ノ外)不法行爲地法適用セラル、

婚姻豫約違反其レ自身ハ未ダ以テ不法行爲ヲ構成セザルハ明カナリ且ツ其破約ガ何等正當ノ理由ナキトキト雖モ尙然リ唯詐欺嘲弄傳染等ノアリタル場合ニ於テ初メテ不法行爲アリトス

第五、婚姻豫約ガ相續權ヲ生ゼシムルトキハ生存豫約者ノ相續請求權ハ遺産

ハ依ルベキ法律ニ從フ、

此特別ノ法律ヲ有スルハチエーリツヒグラルス、グラウピュンデンノ三州ナリ是等ノ州法ト雖モ生存豫約者ニ遺留分權ヲ與フルコトナシ

第六、豫約者間ノ相續契約ハ後章相續法ノ説明ニ讓ル、

唯爰ニ附記スベキハ瑞西居住居留民法第二五條ハ豫約者間ノ相續契約ノ内容ハ第一婚姻住所ノ法ニ依ルト定メタルコトニ在リ

第三節 婚姻

M. Venger, Des mariages contractés en pays étrangers l'après les principes du droit international privé et du droit civil (2. Aufl. 1883).
P. Pic, Marriage et divorce en droit international (1885).
L. Petitpierre, Des conditions, des formalités du Marriage et de ses effets sur la capacité des époux au point de vue du droit international (Neuch. 1884 Diss.)
E. Sioogant, Le mariage en droit international (Revue de droit i. XIX, S. 581-608.)

第一款 婚姻能力

第一、婚姻能力ハ歐羅巴大陸法ニ於テハ常ニ屬人法殊ニ本國法ニ依ル、

婚姻能力ハ之ヲ普通ノ行爲能力ト區別シテ規定スルヲ常トス夫ノ成年宣告

ハ婚姻能力ヲ構成セス何トナレハ婚姻能力ハ人ノ生理的發達ノ問題ニ關ス
 レハナリ (B. J. 1894 II. S. 20 n. 1898 I. S. 437) 而シテ婚姻ハ各當事者ノ法律ニ依
 ルヲ以テ原則トス學者或ハ曰ク此法律關係ノ中心點ハ婚姻地ニ在ルヲ以テ
 夫ノ法律ニ依ルヲ以テ足レリトストザヴィニール、ゲルバーノ如キ即チ此說ヲ
 唱フ (Savigny, System VIII S. 326; Gerber D. P. R. § 32) 然レトモ此說ハ當ヲ得ス何
 トナレハ婚姻ノ成立セサル以前ニ婚姻ノ中心點或ハ學者ノ所謂婚姻關係ノ
 住所ナルモノ、存在スル理由ナケレバナリ未婚ノ女ハ男ト同權タリ唯婚姻
 成立シタル後ニ於テ婦ハ夫ノ法境內ニ入ルモノナリ然レトモ此點ヲ外ニシ
 テ婚姻カーノ身分問題タルヤ更ラニ異論ナキトコロタリ以上論スル如クナ
 ルヲ以テ強迫、錯誤、詐欺ニ因ル婚姻ノ攻撃ハ婚姻前ニ夫婦ノ屬シタル國法ニ
 依リテ之ヲ決スヘキコト更ニ説明ヲ要セスシテ明カナリ此場合ニ於テハ夫
 ノ債權關係ト異リ普通ノ法律關係ノ準據法ニ依ルコトヲ得サルナリ即チ婚
 姻締結ハ一種特別ノ地位ヲ有スルモノナルカ故ニ夫ノ意思表示ノアリタル
 土地ノ法律ニ依ルヲ得ス又第一婚姻住所ノ法律ニモ依ルコト能ハサルナリ

パール亦余ト意見ヲ同フス (Bar I S. 459 n. 460) 又意思缺點ノ主張ハ之ヲ有效
 ニ拋棄スルコトヲ得ルヤノ問題ニ付テモ亦前述ノ原則ニ依ルヘシ (Muglan n.
 Falkmann, Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Civilr. I. S.
 350 n. 351) 獨逸帝國裁判所ハ他ノ見解ヲ採リテ (XXVII S. 229) 是等ノ問題ニ
 付テハ夫婦ノ第一婚姻住所ノ法ニ依ルヘキモノトセリ即チ婚姻ノ成立條件
 及ヒ婚姻ノ障礙アリヤ否ヤハ總テ此法律ニ依リテ決スヘキモノトセリ (尙又
 XLII S. 339) 獨逸民法施行法第一三條亦前掲ノ原則ヲ採用セリ即チ其條文ニ
 曰ク

婚姻ノ締結ハ婚姻豫約者ノ一方ノミカ獨逸人タルトキト雖モ各婚姻豫約
 者ニ付テハ其者ノ屬スル國ノ法律ニ依リテ之ヲ定ム内國ニ於テ婚姻ヲ締
 結スル外國人ニ付テモ亦同シ

ト然レトモ夫ノ第二七條ノ規定(反致法)アルコトヲ注意セサルヘカラス此規
 定ニ依リ獨逸ニ於テハ外國人ノ婚姻能力カ獨逸法ニ依リテ定マル場合多シ
 然レトモ瑞西トノ關係ニ於テハ此ノ如キコト無シ又獨逸民法施行法第七條

ハ此場合ニ適用無シトス(尙 A. Meyerowitz, Die Eheschliessung von Ausländern im Deutschen Reich u. von Deutschen im Auslande nach Gesetzgeb. u. Praxis des deutsch. intern. Privatr. Z. f. internat. Priv. u. Str. R. X. S. 1. 参照)又伊太利民法第一〇二條ハ左ノ如ク規定ス

外國人ノ婚姻ヲ締結スル能力ハ其者ノ屬スル國ノ法律ニ依リテ之ヲ定ム、外國人ト雖モ本編第一章第二節ノ規定ニ從フ、

此規定ニ依レハ伊太利ニ於テ婚姻セントスル外國人ハ其婚姻能力ニ付テハ其本國法ニ依ル然レトモ第二項ノ規定ニ依リ此外國人ハ又伊太利法ニモ從ハサルヘカラス故ニ外國人ハ其本國法ニ依リ既ニ婚姻適齡者タリト雖モ伊太利法ノ規定セル婚姻年齡ニ達セサレハ伊太利ニ於テハ婚姻ヲ爲スコトヲ得サルナリ此法律ハ稍當ヲ失スルモノト云ハサルヘカラス

第二、英米法ハ全ク反對ノ主義ヲ探リ婚姻能力及ヒ婚姻ノ方式ハ婚姻締結地ハ法律ニ依ルトナス

北米ニ於テハ屬地法主義行ハレ婚姻ハ一般ノ人權問題ナリトセリ尙ホ此點

ニ付テハホルトンノ第一六五節ヲ参照スヘシ氏ハ此點ニ於テ身分ニ關スル歐大陸ノ學說ト調和セント企テ外國法適用ニ付テノ制限ヲ設ケタリ即チ外國人ノ屬人法ハ内國ノ公ノ秩序及ヒ善良ノ風俗ニ衝突スルトキハ其效力ヲ有セス婚姻ノ條件ニ密接ナル關係ヲ有スルコト公ノ秩序及ヒ善良ノ風俗ヨリ甚シキハ無シトセリ

英國ニ於テモ一八七七年以來屢々住所地法說ヲ唱フル者アリト雖モ尙屬地法ノ觀念行ハル(Westlake, Treatise § 21, Dicey, The statut personnel II p. 1—5.) 然レトモ英國人タル嫁夫カ外國ニ於テ其前妻ノ姉妹ト結婚スルヲ見ルニ至リテヤ少シク躊躇スルニ至レリ

北米ニ於テハ婚姻舉行地ニ於テ有效ナル婚姻ハ何レノ處ニ於テモ有效ナリト爲シ本國法又ハ住所地法ハ之ヲ更ニ顧ミサルナリ又夫ノ法律忌避行爲モ更ニ其關セサルトコロナリ尙ホ此點ニ付テハケントヲ参照スヘシ(Kent, Commentaries on American Law 12ed. by Holmes 1873) 氏ノ第二卷第九二頁ニ曰ク婚姻法ハ萬民法(jus gentium)ノ一部ナルヲ以テ其舉行地法ニ依リテ有效又ハ無

效ナル婚姻ハ到ル處有效又ハ無效タルコト疑フヘカラサル一般原則ナリト又第九三頁ニ曰ク婚姻ニ關シテハ契約地法ヲ以テ住所地法ニ優ルト爲スノ原則ハ最モ穩當ナル規則ニシテ且ツ國際法學ノ正當ナル見解ノ命スルトコロナリ(中略)當事者カ自國法ノ適用ヲ免ル、意思ヲ以テ他國ニ到リタルトキト雖モ契約地ノ法律ニ從ヒ有效ニ爲シタル婚姻ハ之ヲ有效ト認メサルヘカラス是レ他ノ契約ニ關スル法律ノ一般原則ニ背クモノタルコトハ一般ニ認ムルトコロタリ然レトモ婚姻ノ場合ニ於テハ政策上此ノ如キ婚姻ヲ無效ト爲スニ因リテ生スル公ノ損害及ヒ不幸ナル結果ヲ妨止センカ爲ニ婚姻ニ付テ此學說カ殊ニ採用セラレタルモノナリト

亞爾然丁婚姻法亦之ト殆ト同様ノ見解ヲ採ル即チ第二條ハ左ノ如ク定ム

第九條第一、二、三、五、及ヒ六項ニ規定セル障礙無キ婚姻ノ成立ハ共和國ニ於テハ其婚姻舉行地ノ法律ニ依リ之ヲ定ム當事者カ住所地法ノ方式條件ヲ免レンカ爲メ其住所ヲ去リタルトキト雖モ亦同シ

第三、瑞西法ニ於ケル婚姻能力ニ關シテハ區別シテ論セサルヘカラス

一、瑞西人、外國ニ住所ヲ有シ又ハ一時外國ニ到リ而シテ其外國ニ於テ婚姻ヲ爲ス瑞西人ニ付テハ偏ヘニ其外國法ニ依リテ婚姻ノ有效無效ヲ定ム瑞西聯邦憲法第五四條及ヒ身分法第二五條第三項共ニ外國ニ於テ其法律ニ從ヒテ爲シタル婚姻ハ瑞西聯邦中到ル處ノ婚姻トシテ之ヲ認ムヘキ旨ヲ規定セリ即憲法第五四條ハ左ノ如ク規定ス

或州又ハ外國ニ於テ其地ニ行ハル、法律ニ從ヒテ爲シタル婚姻ハ聯邦内ニ於テハ之ヲ婚姻ト看做スヘシ

本條ノ規定ハ單ニ瑞西人ニ適用セラル、ノミナラス婚姻ニ因リテ初メテ瑞西人トナルヘキ者ニモ適用セラル (A. E. IX S. 453)

二、外國人、外國人ニ付テハ身分法第三一條ハ左ノ如ク規定ス

夫ト爲ルヘキ者カ外國人タルトキハ婚姻ノ公告ハ其婚姻カ法律上ノ總テノ效果ヲ有スルコトヲ證認セル管轄外國官廳ノ證明ヲ呈出シタルトキニ於テノミ之ヲ爲スヘシ

州政府ハ此方式ヲ省署シ此ノ外國官廳ノ證明ニ代フルニ他ノ相當ナル證

明ヲ以テスルコトヲ得

第四、立法上婚姻締結ノ人的能力ハ偏ニ當事者ノ住所又ハ居所ノ法律ニ依ルト爲スコト大ニ簡單ナルノ利アリ然レトモ此方法ハ夫ノ野合婚姻ニ付テモ見ルカ如ク果シテ正當ナリヤ否ヤハ大ニ疑フヘキモノナリ。

第二款 婚姻ノ方式

婚姻ノ方式ニ關シテハ場所ハ行爲ヲ支配ストハ原則一般ニ行ハル然レトモ夫ハ宗教上ノ儀式ハ之ヲ婚姻ノ成立ニ關スル事實的必要條件トシテ認ムルノ例外アリ。

埃國ハ其國民ノ婚姻ハ當事者カ屬スル教會ノ寺院法ニ依ルコトヲ要ストセリ又露、希兩國ハ寺院ノ結婚式舉行セラル、マテハ婚姻ヲ婚姻ト看做サス尙ホ希國ニ關シテハ Bulletin de la Société de législation comparée XXVII 1896 p. 164 參照是等ノ規則ハ國際法上之ヲ認メサルヘカラス然レトモ方式トハ果シテ何ヲ言フカ又實質婚姻法トハ何ヲ言フカハ一ノ問題タリ一九〇〇年海牙列國會議ノ條約草案亦此點ニ付テ大ニ研究セリ (S. 238)

第三款 婚姻ノ效力

婚姻ニ因リテ生スル親族法上ノ法律關係ノ内容及ヒ效力ハ夫ノ屬人法ニ依リテ之ヲ定ム但シ實際ノ執行ハ權利ヲ主張スル國ノ法律ニ依ル。

此法律關係ニ付テハ偏ニ制法ノ規定ニ依ルヘキモノニシテ契約者ノ自由ヲ以テ此法律結帶ノ内容ヲ規定スルコトヲ許サス寡婦及ヒ離婚ノ婦カ再婚ヲ爲スニ付テノ障礙(殊ニ前婚解消後再婚迄經過スヘキ時期)ハ前夫ノ屬人法ニ從フ但シ屬地法ニ異リタル規定アリタルトキハ此限ニ非ス

前述ノ原則ヲ明カニ定メタルモノニ付テハ余ハ左ノモノヲ舉クヘシ

一、亞爾然了婚姻法第三條ハ次ノ如ク規定ス
共和國ニ住スル夫婦ノ人的權利義務ハ其婚姻締結地ノ如何ヲ問ハス共和國ノ法律ニ依リテ之ヲ定ム

二、海牙列國會議委員會ノ婚姻ノ身分上ノ效力ニ關スル假提案 (Actes 1900 p. 230) ハ左ノ如ク定メタリ
妻及子ノ身分ニ及ホス婚姻ノ效力

第一條、妻ノ身分及ヒ能力並ニ婚姻前ニ出生シタル子ノ身分ニ及ホス婚姻ノ效力ハ婚姻ヲ締結シタル當時夫ノ屬シタル國ノ法律ニ從テ之ヲ定ム

第二條、夫ノ妻ニ對シ及ヒ妻ノ夫ニ對スル權利義務ハ夫ノ本國法ニ依リテ之ヲ定ム但シ其執行ハ執行請求地ノ國法ニ於テモ同様ニ認ムル方法ニ依リテノミ之ヲ爲スコトヲ得

第三條、夫ノミカ國籍ヲ變更シタルトキハ夫婦ノ關係ハ尙其最後ノ共通本國法ニ從フ然レトモ其國籍變更後出生シタル子ノ身分ハ父ノ新本國法ニ依リテ之ヲ定ム

第四款 領事婚姻制

E. Stocquant : Le privilège d'exterritorialité spécialement dans ses rapports avec la validité des mariages célébrés à l'ambassade ou au consulat. Rev. d. dr. i. XX 260—300.
Martolle, Archiv für das öffentliche Recht XIII 459

所謂領事婚姻ノ條件トシテハ第一ニ其本國領事ハ婚姻締結ニ關スル職權ヲ有

スルコト、第二婚姻當事者双方若クハ少クトモ其一方カ領事ヲ任命セル國ノ國民タルコトヲ要ス抑モ宗教上ノ婚姻ノミヲ認ムル國ニ於テハ外國人ハ其國ノ宗教々會ニ屬セス從テ婚姻式ヲ舉行セシムル僧侶無ク爲メニ婚姻ヲ締結スル能ハサルニ至ルヘシ所謂領事婚姻制ヲ認ムルノ必要ハ此ノ如ク民法上ノ婚姻ヲ認メサルノ國ニ對シテ存スルナリ其點ニ關シテ瑞西身分法第一三條ハ左ノ如ク規定ス聯邦會議ハ適宜ニ外國ニ駐在セル公使領事ニ瑞西人ノ出生死亡ヲ證明シ又瑞西人間並ニ瑞西人ト外國人トノ婚姻ヲ締結スル權限ヲ與フルコトヲ得此規定ニ基キ橫濱及ヒ東京ノ瑞西總領事ニ此權限ヲ附與セリ然ルニ外國領事ニ限リテ其國內ニ於テ爲ス婚姻ヲ認メサル國アリ獨逸瑞西即チ之ニ屬ス

第五款

ジーンベユルゲン婚姻ノ特質 (Siebenbürgische Ehe)

W. Fuchs, Die sog siebenbürgischen Ehen u. andere Arten der Wiedererheichung geschiedener österreichischer Katholiken (Wien 1889)

Derselbe, in den juristischen Blättern XIX (1890), S. 279.

Bar. I S. 490-492.

埃國ニ於テハ離婚不可能ノ主義行ハル然ルニ埃國民ハ此嚴重ナル規則ノ適用ヲ免レンカ爲メ其住所地ニ於テ舊教々會ヨリ脱シ新教ニ移ル爰ニ於テカ夫婦ハ埃國國籍ヲ脱シ洪牙利國籍ヲ取得シ而シテ或ル邊境ノ市又ハジイベンビュルゲンノ民籍ニ入ル而シテ夫婦ノ一方ハ埃國ノ別居ノ原因ニ基キクラウゼンブルグ(ジイベンビュルゲンノ一市)ニ於ケル宗教裁判所ニ離婚及ヒ再婚ノ自由ヲ請求ス此請求ニ對シジイベンビュルゲンハ夫婦他方ノ承認ヲ俟タス容易ニ之ヲ許可ス是ヲ以テ觀ルニ所謂ジイベンビュルゲン婚姻ノ生スル理由ハ第一既婚者ハジイベンビュルゲン婚姻裁判所管轄内ニ其住所ヲ一時若クハ假想的ニ轉シ其管轄ニ依リ離婚スルヲ得第二新タニ婚姻ヲ爲サントスル者ハ洪牙利國籍ヲ取得シ以テ埃國法ニ規定セル再婚ノ障礙ヲ排除スルヲ得ルニアリ而シテ新婚姻ノ舉行式ハ往々ニシテクラウゼンブルグ教職ヨリ委任セラレタル維威納教職ニ依リテ行ハル此新婚ヲ名ケテジイベンビュルゲン婚姻ト云フ埃國ニ於テハ今日ハ最早此

ジイベンビュルゲン婚姻ヲ認メス Archiv f. Kathol. K. R. Bd. 64 1890 S. 463; Bd. 68 1894 S. 243.)

第四節 婚姻締結ニ關スル第三海牙列國會議草案

第一第二列國會議草案ニ付テハ左ノモノヲ參照スヘシ

Lainé, La conférence de la Haye relative au droit international privé in Journal de droit international XXI S. 5; 236; XXII S. 465; 734.

Plaischen, Le chapitre du divorce dans le protocole final de la conférence de droit international XXVII S. 251-254. Keidel, Das internationale Eherecht nach dem bürgerlichen Gesetzb. für das deutsche R. u. den Beschlüssen des Institut de droit international u. des internationalen Kongresses im Haag in Z. f. das inter. Priv.-R. VIII S. 228-244.

A. Mariolle, Die Nichtigkeitsklärung u. Aufösung der Ehe im internationalen Verkehr u. die Beschlüsse des Haager Kongresses über die Eheschließung in Z. f. inter. Priv.-R. Str.-R. VIII. 133-142.

A. Mariolle, Die Eheschließung vor diplomatischen Agenten u. Konsuln u. ihre internationale Gültigkeit im Archiv f. öffentliches Recht XIII S. 459.

F. Vesilennier, Le mariage en droit international privé. Une convention internationale sur la solution des conflits. (Lausanne 1898)

Gullanne, Le mariage en droit international privé et la conférence de la Haye (1894)

第三 列國會議草案ニ付テハ次ノモノヲ參照スヘシ

第壹編 本論 第壹部 國際民法 第三章 親族法 第四節 婚姻締結ニ關スル第三海牙列國會議草案 四三五

Lainé in Journal de D. I. 1901 XXVIII S. 5 S. 13-35; 231-253.
Rapport von Renaut, Actes 1900 S. 166.

第三、列國會議ニ於テ議定セル婚姻抵觸法條約草案ノ規定ハ左ノ如ク定ム

第一條、婚姻ヲ締結スル權利ハ各當事者ノ本國法ニ依リテ之ヲ定ム但シ

其本國法ノ規定カ明カニ他ノ國法ニ依ルヘシト爲ストキハ此限ニ非ス

第二條、婚姻式舉行地ノ法律ハ左ノ事項ニ關スル規定ニ反スル外國人ノ
婚姻ヲ禁スルコトヲ得

一、婚姻ノ絕對禁止アル親族姻族ノ親等

二、當事者ノ一方ノ婚姻カ姦通ニ因リテ解消シタル場合ニ其者ト相姦者
トノ婚姻ノ絕對禁止

三、當事者カ共同シテ當事者ノ一方ノ配偶者ノ生命ヲ害シタルノ故ヲ以
テ處刑セラレタル場合ニ其當事者間ノ婚姻ノ絕對禁止

前項ニ掲クル禁止ニ違反シテ爲シタル婚姻ト雖モ第一條ニ示セル法律
ニ依リテ有效ナルトキハ之ヲ無効トセス

本條約第六條第一項ノ適用ノ場合ヲ除キ條約國ハ前婚ノ存在又ハ宗教
上ノ障礙ノ理由ニ因リ其國法ニ違反セル婚姻ヲ舉行セシムル義務無シ
此種ノ婚姻ノ障礙ニ違反スルモ婚姻舉行地以外ノ國ニ於テハ婚姻ノ無
效ヲ生スルコトナシ

第三條、婚姻舉行地法ハ第一條ニ示セル法律ノ婚姻禁止ニ拘ラス若シ其
禁止ガ單ニ宗教上ノ理由ニ出ツルモノナルトキハ此如キ外國人ノ婚姻
ヲ許スコトヲ得

他國ハ前項ノ場合ニ於テ爲サレタル婚姻ヲ有效ト認メサルノ權アリ

第四條、外國人カ婚姻ヲ爲スニハ第一條ニ示セル法律ニ依リ必要ナル件
件ヲ具備スルコトヲ證明スルコトヲ要ス

此證明ハ當事者ノ本國ノ外交官又ハ領事官ノ證明書若クハ條約又ハ婚
姻舉行地官廳カ十分ト認ムルトコロノ其他ノ證據方法ニ依リテ之ヲ爲
スコトヲ得ヘシ

第五條、婚姻舉行地ノ法律ニ從テ爲シタル婚姻ハ其方式ニ付テハ何レノ

國ニ於テモ之ヲ有效ト看做スヘシ
然レトモ宗教上ノ舉行式ヲ必要トスル法制ノ國ハ其國民カ外國ニ於テ
其本國法ノ規定ヲ遵守セスシテ爲シタル婚姻ヲ有效ト認メサルコトヲ
得ヘシ

公告ニ關スル本國法ノ規定ハ之ヲ遵守セサルヘカラス然レトモ此公告
ヲ爲サ、ルモ其規定ヲ犯サレタル國以外ニ於テハ婚姻ノ無效ヲ生スル
コトナカルヘシ

各夫婦ノ本國官廳ニ婚姻證書ノ公正謄本一通ヲ送附スヘシ

第六條 本國法ニ從ヒ本國外交官又ハ領事官ニ依リテ爲サレタル婚姻ハ
其方式ニ關シテハ何レノ國ニ於テモ有效ト看做サルヘシ但シ當事者ハ
舉行地ノ國民タラサルコト及舉行地ノ國家カ此婚姻ニ反對セサルコト
ヲ要ス舉行地ノ國家ハ婚姻カ(單ニ)前婚ノ存在又ハ宗教上ノ障礙ノ理由
ニ因リ其國法ニ違反スヘキ場合ニ於テハ之ニ反對スルコトヲ得ス

第五條 第二項ノ規定ハ外交官又ハ領事官ニ依リテ爲シタル婚姻ニ付テ

モ適用セララル

第七條 舉行地ニ於テハ方式ニ付テ無効ナル婚姻ト雖モ若シ各當事者ノ
本國法ニ規定セル方式ヲ遵守シタルトキハ他國ニ於テハ有效ト看做サ
ルヘシ

第八條 本條約ハ締盟國ノ領土ニ於テ爲サレタル又當事者ノ一方カ少ク
トモ條約國ノ國民タル婚姻ニノミ適用ス

一國ハ本條約ニ依リ締盟國以外ノ法律ヲ適用スルノ義務ヲ有セス

第九條 締盟國ノ歐羅巴領土ニノミ適用セララルヘキ本條約ハ批准セラ
ルヘキモノトス而シテ批准書ハ締盟國ノ過半ニ適當ナル時期ニ於テ速カ
ニ海牙ニ寄托セララルヘキモノトス

此寄托批准書ニ付キ一通ノ保管證書ヲ作り其認證謄本一通ヲ外交手續
ニ依リ各締盟國ニ交附スヘシ

第十條 國際私法第三列國會議ニ代表者ヲ出シタルモ條約ニ調印セザリ
シ國ハ何等ノ條件ヲ要セス直チニ條約ニ加入スルコトヲ得

條約ニ加入セント欲スル國ハ……マデニ和蘭政府記錄ニ寄托セラ
ルヘキ公文ニ依リテ其意思ヲ通知スヘシ而シテ和蘭政府ハ其認證謄本
ヲ外交手續ニ依リ各締盟國ニ送附スヘシ

第十一條 本條約ハ批准書寄托又ハ加入通知ノ時ヨリ六十日ヲ以テ施行
セラルヘシ

第十二條 本條約ノ期間ハ批准書寄托ノ時ヨリ五年タルヘシ
前項ノ期間ハ此時ヨリ後ニ批准書ヲ寄托シ又ハ後ニ加入シタル國ニ對
シテモ前項批准書ノ時ヨリ始マルヘキモノトス

本條約ハ解約通知ナキトキハ五年毎ニ默示シテ更新スヘシ
解約通知ハ前數項ニ規定セル期間ノ終期前六ケ月前ニ和蘭政府ニ爲ス
コトヲ要ス而シテ和蘭政府ハ他締盟國ニ之ヲ通知スヘシ

解約ハ之ヲ爲シタル國ニ付テノミ其效力ヲ生スヘシ而シテ條約ハ他ノ
國家ニ對シテハ依然其效力ヲ有スヘシ

〔原著以後即チ一九〇二年七月一二日會合國家ノ書數カ終局ノ同意ヲ爲シテ確定

シタル條文ハ前記條文ト少シモ異ナルトコロナシ唯第一〇條第二項ノ條約加入
期限チ一九〇四年一月三十一日マデニ「ト定メタリ」

本條約規定ノ要點ヲ舉クレハ左ノ如シ

第一、婚姻能力ハ原則トシテ本國法ニ依ル

前ニモ説明シタル如ク瑞西身分法第三一條ハ外國人ノ婚姻公告ハ瑞西ニ於
テハ其婚姻カ總テノ效力ヲ有スルコトヲ認承セル管轄外國官廳ノ證明アリ
タルトキニ於テノミ之ヲ爲スコトヲ得ト規定セリ然レトモ同條第二項ハ州
政府ニ此方式ヲ省略スルノ權能ヲ與ヘタリ今瑞西カ此條約ニ加入スルトキ
ハ此州政府ノ省略權ハ消滅セサルヘカラス何トナレハ本條約ハ此ノ如キ能
力ヲ認メサレハナリ

二、前掲ノ原則ハ多クノ點ニ於テ制限セラレタリ、

一、本國法カ住所地法又ハ婚姻舉行地法ニ依リテ爲シタル婚姻ヲ有效ト認
ムル場合、此ノ如キ場合ニ尙ホ本國法ヲ絕對ニ適用セントスルハ勿論不
當ト云ハサルヘカラス

二、婚姻舉行地法カ一定ノ親族間ノ婚姻ヲ對絶ニ禁止シタルトキ、外國人ハ此ノ如キ國ニ於テハ本國法ノ許ストコロナリト雖モ婚姻ヲ舉行スル能ハサルナリ此規定ハ本國法ニ對スル一ノ正當ナル制限タリ
列國會議ハ又本國法ノ實際上ノ取扱ヲ確ムル規定ヲ設ケタリ(第四條)即チ本國法ニ付テハ本國官廳又ハ外交官ノ證明ヲ要ストセリ此點ニ付テモ亦例外ヲ設ケ一國ハ宣誓ノ如キ簡單ナル證據方法ヲ以テ十分ト爲スコトヲ得トセリ(例之丁抹法)海牙會議ハ尙ホ舉行地法ニ從テ爲シタル婚姻ハ總テ有效ト認ムヘキモノトセリ然レトモ之ニ對シテハ又宗教上ノ儀式ヲ必要トスル國ノ法律ヲ例外トセリ且ツ又本國法ノ告示ニ關スル法律ハ之ヲ遵守セサルヘカラストセリ然レトモ之ニ反スルモ婚姻ハ本國以外ニ於テハ爲メニ無効トナルコト無シトセリ

第三、本條約案ハ殊ニ過大ナル制限及ヒ例外ヲ有スルノ弊アリ

第五節 夫婦財產法

Par, I. S. 505.

Richard, Des régimes matrimoniaux au point de vue de droit international privé (Paris 1886)
G. Pellis, Du régime matrimonial des époux natis sans contrat en droit international privé (Thèse, Lausanne 1893)
K. Hebler, Das eheliche Güterrecht im internationalen Privatrecht (Diss. Zürich 1897)

第一、一般

此點ニ付テ先ツ第一ニ生スヘキ問題ハ住所地法ニ依ルヘキカ本國法ニ依ルヘキカ將タ又區別ヲ爲シ夫婦相互間ノ法律ノ關係ハ第一住所地法ニ依リ第三者ニ對スル關係ニ付テハ當時ノ住所地法ニ依ルト爲スヘキカノ問題タリ
次ニ尙ホ一ノ肝要ナル問題ハ抑モ夫婦ノ財產契約ハ國際生活上之ヲ認メサルヘカラサルヤ又此契約ハ婚姻ノ前ニ爲シタルト其後ニ爲シタルトヲ問ハス常ニ有效ナリヤ否ヤニ在リ
一般ニ夫婦財產法ニ關スル規定ハ一國民ノ慣習ト密接ノ關係ヲ有スト言フヲ得ヘシ故ニ此點ヨリ論スレハ本國法ニ依ルヲ以テ最モ當ヲ得タルモノトセサルヘカラス而シテ本國法トハ此場合ニ於テハ勿論夫ノ國籍ノ存スル法トス夫ニ住所選擇ノ自由アルカ如キ是ニ對スル主ナル理由ヲ爲スモノナリ

尙爰ニ一ノ重要ナル國際生活上ノ問題ハ住所ノ變更ニ依リテ財產亦從テ變更スルヤ否ヤニ在リモリナエウス既ニ切ニ此問題ヲ研究シアルゲントラエウスニ反對シテ當事者間ニ明約ナキ場合ト雖モ夫婦ハ其住所地法ニ事實的ニ又暗黙ニ服從セルモノト看做サ、ルヘカラストセリ

本國法說及ヒ夫婦財產法不變說ノ根據トスル理由ハ左ノ諸點ニアリ

- 一、夫ノ專意ニ對シテ妻ノ利益ヲ保護スルコト
 - 二、本國法ハ確定且ツ永續性ヲ有スル利益アリ
 - 三、夫婦財產法ハ相續法ト密接ノ關係ヲ有スルコト
- 之ニ反シテ住所地法說及ヒ財產法變更說ノ理由トスルトコロ左ノ如シ
- 一、一般社會ノ信用、保護換言スレハ凡ソ一地ニ生計ヲ營メル者ハ其地ノ同一法律ノ下ニ立ツモノナリト信スル第三者ノ利益ヲ保護スルコト
 - 二、第一主義ハ到底之ヲ實行スルコト能ハス何トナレハ吾人ノ世界ノ凡テノ夫婦財產法主義ヲ暗ニスルコト能ハサレハナリ
- 住所地法主義ヲ採ルハリマ條約草案第一五條モンテヴイデオ條約第一二條

是ナリ

以上二主義ノ外尙ホ折衷主義ヲ採ル者アリ即チ住所變更以前ノ財產關係ハ其以前ノ住所地法ニ依リ其以後ノ財產關係ハ新住所地法ニ依ルト爲スモノナリ此主義ハ亞爾然丁及ヒルイジアナニ行ハル、モ其實際ニ適ハサルヤ殆ト疑フヘカラサルナリ

理論上正當ナルハ夫婦財產法ニ付テハ不變主義ヲ採リ住所ノ變更又ハ國籍ノ變更ニ因リテ生スル身分法ノ變更ニ關セスト爲スヘキモノナリ然レトモ是ト共ニ第三者ノ利益ハ常ニ之ヲ保護セサルヘカラス

夫婦財產法ニ付テハ屢々第一住處地法ニ重キヲ置ク何トナレハ財產法ハ默約ニ依リ夫婦カ第一ノ住所ヲ設立スル場所ノ法律ニ不變ニ服從スルモノト看做スノ見解行ハルレハナリ而シテ所謂第一住所トハ夫婦カ婚姻後直接ニ共同生活ヲ爲スノ地ヲ云フ此場所ハ或ハ單ニ夫ノ住所地タルコトアリ例ハ營業上ノ理由ニ因リ又ハ婚姻後直チニ生スル夫婦間ノ不和ニ因リ妻カ夫ト分離シテ生活スル場合ノ如キ是ナリ(瑞西居住留民法第一九條第一項參照)

此婚姻ノ第一住所ヲ定ムルコト往々ニシテ困難ナリ例之夫婦カ最初假ニ或國ニ住シ而シテ次ニ突然他ニ住所ヲ定メタルトキノ如キ是ナリ若シ此新住所ニシテ初ヨリ之ヲ婚姻ノ住所地ト定メ且ツ一定ノ目的ヲ以テ之ヲ撰定シタリシトキハ此地ヲ以テ婚姻ノ第一住所地ト看做スヘシ然ルニ單ニ夫婦カ一定ノ期間内住所地ト定ムル場所ヨリ例之當事者カ英法ニ依リテノミ婚姻ヲ爲シ得ル場合ニ英國ニ到ルコトヨリ此場合ニ當事者ニシテ英國ニ住所ヲ定メタリトスルモ尙其最初ヨリ眞ニ居住セント欲シタル土地ヲ以テ夫婦ノ第一ノ住所ト看做サ、ルヘカラサルナリ

第二、各國ニ行ハル、主義ハ左ノ如ク之ヲ彙類スルコトヲ得ヘシ、

愛ニ先以テ注意スヘキハ此點ニ關スル法制ハ瑞西ヲ除キテハ殆ト完全ナルモノ無シ而シテ瑞西法ニ付テハ後節特別ニ之ヲ説明スヘシ

一、夫ノ本國法主義ヲ採ル法制、

イ、伊太利法例第六條(親族關係)本法モ亦外國ニ住スル伊太利人ト伊太利ニ住スル外國人トノ間ニ何等ノ區別ヲ爲スコト無シ

ロ、獨逸法 民法施行法第一五條ニ依レハ本國法ハ外國ニ住スル獨逸人及ヒ獨逸ニ住スル外國人ニ適用セラル然レトモ其本國カ本國法主義ヲ採ラスシテ住所地法主義ヲ採ルトキハ住所地法タル獨逸法カ適用セラル、コトヲ注意セサルヘカラス(同法第二七條)此場合ニ同法第七條ハ何等ノ適用ヲ見サルナリ獨逸瑞西間ノ關係ニ於テハ此第二七條カ實際ノ適用ヲ有スルナリ何トナレハ瑞西法ニ依レハ夫婦財產法ハ第三者ニ對シテハ住所地法ニ依レハナリ此事實タルヤ夫婦間ニ付テハ婚姻ノ第一住所地法ニ依リタルニ拘ラス實ニ著大ナル關係ヲ有ス

尙獨逸民施第一六條ノ規定ニ依レハ若シ當事者カ獨逸ニ住スルトキハ民法一四三五條ノ規定ハ外國人タル夫婦及ヒ婚姻ニ因リテ獨逸ノ國籍ヲ取得スル夫婦ニ付テモ適用セラルヘキモノトセリ而シテ所謂民法一四三五條ハ左ノ如ク規定セリ

婚姻契約ヲ以テ夫ノ財產管理權及ヒ用益權ヲ除外シ又ハ之ニ變更ヲ加ヘタル場ニ於テ夫婦ノ一方ト第三者トノ間ニ爲サレタル法律行為又ハ是

等ノ者ノ間ニ言渡サレタル確定終局判決ニ付テ第三者ニ對シ此除外又ハ變更ニ基キテ爲ス抗辯ハ其法律行爲ノ當時又ハ權利約束ヲ初メタル時ニ於テ其除外又ハ變更カ管轄區裁判所ノ財產法登記簿ニ登記セラレタルトキ又ハ第三者ニ知ラレタルトキニ限ル

前項ノ規定ハ財產法登記簿ニ登記セラレタル財產法關係カ婚姻契約ニ依リテ廢止又ハ變更セラレタル場合ニ之ヲ適用ス

此規定ニ依リテ觀レハ若シ外國人ニシテ其婚姻契約又ハ外國夫婦財產法ヲ第三者ニ對抗セントスルトキハ之ヲ登記スルノ義務アルナリ又施行法第一六條第二項ニ於テ或民法ノ規定ニシテ第三者ニ便利ナルトキハ之ニ依ルヘキ旨ヲ規定セリ

二、佛蘭西法、佛國ニ於テハ外國人ニ付テ本國法ヲ全ク忘却セルニアラスト雖モ實際ノ取扱ニ於テハ若シ夫婦ノ財產契約無ク且ツ當事者カ永ク佛國ニ住スルトキハ夫婦ノ暗黙ノ契約ニ依ルヘキモノトスルノ議論行ハル而シテ此暗黙ノ契約ニ依リ佛法ヲ適用スヘキ推定採用セララル(Journal d. dr.

i. XII p. 558/9; Z. f. internat. Priv. u. Str.-R. V. S. 66/7) 故ニ佛國ニ於テハ外國人タル夫婦ノ財產法ハ當事者ノ意思ニ依リテ之ヲ定メ本國法之ニ斟酌セララルト云フコトヲ得ヘシ

外國ニ於テ婚姻ヲ爲シ且ツ其外國ニ永住スル佛國人タル夫婦ハ反對ノ理由ナキトキハ其住所地法ニ從フモノト看效サル(Journal d. dr. i. XXVIII. 1901 p. 354-357) 而シテ此財產法ハ不變ノモノトセラル(同上 p. 356)

妻及ビ被後見人ノ法律上ノ抵當權ニ付テハ佛國ニ於テハ外國人タル妻及ビ被後見人ニハ此權利ヲ認メス此抵當權ハ所謂嚴格ナル意味ニ於ケル國庫權(droit civil dans le sens strict du mot)ト看做スヘキモノナリ(Journal de dr. i. XXIII p. 344; XXVII p. 321) 然レトモ本國法ニ於テ此抵當權ヲ認ムルトキ又條約ニ依リテ此權利ヲ認メタル場合ハ此限ニ非サルナリ佛法ニ認ムル如キ妻ノ法律上ノ抵當權ハ外國ニ在ル不動産ニハ及フコト無シ(Roguin, Confits No. 135 參照) ヲフレイユンニモール(Vareilles-Sommières II p. 330) ハ

此點ニ付テハ學說ノ一致セルトコロナリトセリ氏即チ曰ク妻ニ法律上ノ
抵當權ヲ附與セル法律ハ妻カ此保護ヲ有セサル國ニ於テ有スル夫ノ不動
產ニ及フコトナシトスルコト一般ノ認ムルトコロナリ此法律ハ一人ノ人法
タルハ勿論ナリ然レトモ此法律ハ此ノ如キ一般抵當權ヲ認メサル國ノ物
法ヲ變更スルコトヲ得スト尙ホ爰ニ一ノ必要ナル問題ハ婚資不可讓渡ハ
本國法ニ從フヘキヤ即チ妻ノ身分ノ一部分トシテ妻ハ到ル處ニ此性質ヲ
伴フモノナリヤ否ヤニアリツアレイユソシミエール(II, p. 330)曰ク婚資不
可讓渡ハ妻カ婚資讓渡ヲ認ムル國ニ所有スル財產ニ及ハサルコトハ一般
ノ認ムルトコロタリ此婚資不可讓渡ヲ定ムル法律ハ其不可讓渡ヲ妻ノ一
ノ能力制限ト見ルモ又之ヲ以テ家族ノ爲ニ設ケタル不可處分ト見ルモ畢
竟一人ノ人法タルハ勿論ナリ然レトモ此人法ハ他國ノ物法ヲ害シ又財產所
在地法ニ反シテ其財產ヲ不融通ト爲スコトヲ得スト

三、英米法、夫婦財產法ノ問題ニ付テモ英米法ハ動產不動產ノ區別ヲ爲
ス

イ、英米法理ハ少クトモ動產ニ付テハ住所地法主義ヲ採ルストローリー(Story,
§ 145, 147, 134-186)ハイリモア(Phillimore, IV p. 330)ハエストレーキ(West-
lake § 36)ノ如キ即チ是ナリ是等ノ學者ハモリナエウス、ボテイエー等ノ學
說ニ從ヒ默約說ニ據ルモノナリ亞米利加ニ於テハ久シテ夫婦財產法ハ婚
姻締結ト同シク舉行地法ニ依ルヘキモノト認メタリ(Story, § 185)然レトモ
ホワルトン(Wharton § 192)之ニ反對セリ而シテ此說ハ今日ハ亞米利加ニ
於テハ全ク消滅シタルカ如シウエストレーキ第三六節ニ曰ク明約ナキト
キハ婚姻住所地ノ法律カ婚姻ノ時ニ當事者ノ一方ニ屬シタル又ハ婚姻中
當事者ノ一方カ獲得シタル動產ニ付テハ夫婦ノ權利ヲ規律スルモノナリ
而シテ婚姻住所トハ婚姻時ニ於ケル夫ノ住所(That of husband at the date of
the marriage)ヲ云フ然レトモ例外トシテ婚姻前ノ合意ノ結果トシテ婚姻後
取得セラレタル住所タルコトアリ得ヘシト

ロ、不動產ニ關シテハ物ノ所在地法行ハル

四、亞爾然丁法、此國ノ婚姻法ハ左ノ如ク定ム

第四條 婚姻契約ハ婚姻カ舉行セラレタル國ノ法律如何ヲ問ハス夫婦ノ財產ヲ支配ス

第五條 契約ナキ場合ニ於テ婚姻住所カ變更セラレザリシトキハ夫婦ノ動産ハ其所在地又ハ獲得地ノ如何ヲ問ハス婚姻舉行地法ニ依リテ支配セララル又婚姻住所カ變更セラレタルトキハ其變更前ニ獲得シタル夫婦ノ財產ハ舊住所地法ニ依リ其變更後ニ獲得シタルモノハ新住所地法ニ依リテ支配セララル

第六節 瑞西夫婦財產法

以下瑞西ニ於ケル法制ニ付テ説明スヘシ

第一 汎論

瑞西ノ夫婦財產法ハ未タ州ノ私法タリ之ニ付テハシユライバーノ瑞西夫婦財產法ヲ參照スヘシ (F. Schreiber, Die ehelichen Güterrechte der Schweiz.)

瑞西法ハ極メテ如何ハシキ區別ヲ爲セリ即チ夫婦財產法ヲ斷然二分シテ内部

財產法 (Das interne Güterrecht) 外部財產法 (Das externe Güterrecht) トセリ而シテ内部財產法夫婦相互間ノ財產法ニ付テハ婚姻ノ續繼セル間常ニ第一婚姻住所法カ適用セララル(瑞西居住居留法第一九條第一項但シ第二〇條ノ例外アリ)故ニ夫婦自身間ノ財產法ニ關シテハ左ノ二事由ヨリ定マル財產制カ行ハル、モノナリ

- 一、第一住所地法ノ制法規定ニ依リ定メラレタル財產制
- 二、許可ニ依リ又第一住所地法ノ制法規定ニ從ヒ又絶對ニ適用セララルヘキ方式ニ關スル制法ノ例外規定(例之裁判所ノ認可ヲ要スル如キ場合)ヲ遵守シテ締結シタル婚姻契約ヲ以テ定メラレタル財產制

是ニ依リテ觀レハ此第一九條第一項ハ當事者ノ財產契約ヲ絶對ニ禁シタルモノト云フヘカラス唯契約ノ其有效無効並ニ其範圍及ヒ所謂内部方式 (innere Formen, forme inhérentes) ハ第一婚姻住所地ノ法律ニ依ルヘキモノナリ故ニ此住所地法カ財產制契約ヲ許サ、ルトキハ此契約ヲ爲スコトヲ得サルナリ之ニ反シテ婚資ノ高ヲ定メ又父母カ妻ニ爲ス贈與ノ如キ又再婚ノ場合ニ於ケル用益權ヲ定ムル等ノ契約ハ何等ノ制限ナク有效ニ之ヲ爲スコトヲ得固リ是等ノ契約ハ本來ノ夫

夫婦財產關係トハ全ク無關係ノモノタリ唯往々ニシテ普通婚姻契約ト稱スルモノ
 、中ニ於テ是等ノ問題ヲ定ムルヲ例トスルナリ又第二二條第二五條ノ適用上時
 トシテ婚姻契約カ純粹ナル相續法上ノ意味ヲ有スルコトアリ固リ此場合ニ於テ
 ハ遺言或ハ相續契約ノ方式ヲ履ミタルコトヲ前提トス例ヘハ配偶者ノ相續分ニ
 關スル約定ノ如キ是ナリ此問題ハ相續法ニ基キ本國法ニ依ル

此瑞西法ノ爲シタル内部外部財產法ノ區別ヨリシテ下ニ掲クル如キ例ニ於テ
 一種異様ナル關係ヲ生スルヲ見ルヘシ即チ今第一婚姻住所地法ハ統一財產管理
 (Verwaltungseinheit) 或ハ財產結合 (Güterverbindung) ノ制(夫カ妻ノ財產ヲ管理シ且其
 用益權ヲ有スルノ制)ヲ定ムト假定スヘシ此制ニ從ヒ妻ハ夫ニ對シテ物件取戻ノ
 權利ヲ有ス然ルニ若シ夫婦カ後ニ至リ他地ニ住所ヲ轉シ而シテ此地ニ於テハ財
 產共通制行ハルトセンカ妻カ夫ニ對シテ有スル物權ヨリ一ノ奇異ナル現象ヲ呈
 出スヘシ即チ此物權ハ夫ニ對シテノミ效力ヲ有ス換言スレハ單ニ債權的ノ效力
 ヲ有スル一ノ物權ヲ生スルニ至ルナリ是レ實ニ一大怪事ト云フヘキナリ又瑞西
 居住居留民法ニ依レハ財產分離 (Gütertrennung) ノ狀態ニ在ル妻モ住所地法ノ規定

ニ從ヒ夫ノ總テノ債務ヲ負擔セサルヘカラサルコトアルヘシ(第三者ニ對スル外
 部財產法ハ其當時ノ住所地法ニ依ルカ故ナリ)人或ハ此夫婦財產法ヲ二分スルノ
 方法ヲ以テ一般取引ノ利益ト夫婦ノ利益トヲ能ク調和スルコトヲ得ヘシト信シ
 タリキ然レトモ此二分法ハ明カニ誤ナリ正當ニ論スレハ夫婦自身間ノ法律關係
 ノ基礎ハ尙又同時ニ第三者ノ權利ニ付テノ規則ノ根據タラサルヘカラサルナリ
 瑞西法ハ尙内部財產法ノ任意變更 (eine fakultative Wandlung) ヲ認メタリ或ハ之
 ニ依リテ内外兩財產法ノ調和ヲ爲スコトヲ得ヘシ而シテ其方式ハ夫婦双方カ共
 同ノ宣言書ヲ呈出シ而シテ認可ヲ得ルコトヲ必要トセリ(第二〇條)デグー(Des
 Gouttes, Les rapports de droit civil des Suisses établis ou en séjour en Suisse p. 224)ノ評論スル
 トコロハ大ニ其當ヲ得タリ氏曰ク此分離ヤ同一制度ニ一ノ歎スヘキ錯亂ヲ呈出
 シ住所變更ニ際シ甚シキ不平等ヲ生セシムルモノナリ(中略)元來夫婦間ニ一制度
 アリ又第三者ニ對シテ一制度アリト云フヘキモノニアラス全體ヲ構成スル唯一
 ノ制アルノミ而シテ其各部ハ之ヲ分テ各別ノ法律ニ服從セシムルコトヲ得サル
 モノナリト

第三者ニ對スル關係即チ外部財產法ハ現在ノ住所ノ制法(第一九條第二項)又ハ其制法ニ依リ許サレタル契約ヲ以テ定メタル財產制ニ依リテ之ヲ決ス

第二 各論

一、瑞西ニ於ケル外國人

瑞西居住居留民法第一九條乃至第二二條ハ同法第三二條ノ規定ニ依リ此場合ニ準用セラル之ニ反シテ同法第二八條第三〇條第三一條ハ此準用ヲ見サルナリ特ニ第二八條第一號ノ不動產ニ關スル規定ハ外國ニ住スル瑞西人ノ夫婦財產法關係ニハ何等ノ關係ヲ有セサルナリ從テ第三二條ニ基キ第二八條第一號ノ意味ヲ轉換シテ瑞西ニ住スル外國人ノ不動產ハ夫婦財產法關係ニ於テ本國法ニ依ルヘキモノナリト云フヲ得サルナリ

第一、夫婦自身間ノ關係ニ付テハ第一住所地法ニ依ル(第一九條)故ニ外國人ノ本國法ハ此場合ニ適用セラレヌ唯併シ或ル財產契約カ第一婚姻住所地法ニ適合スル場合ニ於テノミ本國法カ適用セラルト云ハサルヘカラス例之伊太利人タル夫婦カ獨逸ニ第一住所ヲ有シ瑞西ニ現時住所ヲ有スルトキハ瑞西

ニ於テ伊太利法ニ依リテハ之ヲ決セサルナリ又瑞西ニ於テハ此場合ニ當リテ獨逸ノ國際私法ヲ適用スルニモアラサルナリ何トナレハ瑞西居住居留民法第一九條第一項ハ無制限ニ第一住所地法ノ適用ヲ規定スルナリ故ニ第一住所地法カ本國法ヲ以テ抵觸規定ト爲スノ理由ヲ以テ本國法ヲ適用スヘシト論スルコトヲ得サルナリ若シ露國人タル夫婦カ第一ニツエーリツヒニ住所ヲ有スルトキハ適用セラルヘキ法律ハ其本國法ニアラスシテ瑞西法(ツエーリツヒ法)ナリトス(固リ契約ニ依リ之ニ異ナル場合ヲ生スル僅少ノ例外ヲ除ク)此ノ如ク外國人タル夫婦ヲ一ニ絕對ニ一定ノ財產法ニ服從セシメ更ニ本國法ヲ顧ミサルハ全ク満足スヘキ結果ニアラサルナリ而シテ余ハ此問題ニ付テハ屢自ラ迷ヘルコトヲ認ム然レトモ反復吟味ノ後余ハ唯上來述ヘタル第一九條第一項ノ解釋ノ結果ヲ正當ト認ムルノ外ナキナリ尙此點ニ付テハ第一編第七章ヲ參照スヘシ

第二、第三者ニ對スル夫婦財產法ニ付テハ住所地法適用セラル故ニ若シ外國人タル夫婦カ後ニ瑞西ニ住所ヲ定ムルトキハ之ニ關シテ夫婦財產法ノ根本

的變更ヲ惹起スルモノナリ尙ホ本節汎論ニ掲ケタル例ヲ以テ説明ニ代フヘシ

二、外國ニ於ケル瑞西人、

此點ニ關シテハ瑞西居住留民法第三一條ノ規定カ絶對ニ適用セラレ、ナリ此第三一條ニ於テハ夫婦財產法ヲ内部外部ニ分割スルコトヲ特ニ掲クルノ必要ヲ有セサリキ此分割ハ既ニ本條ニ於テ瑞西法ヲ條件付ヲ以テ適用スヘキコトヲ規定シタルコトニ於テ自然ニ明ナルモノナリ

此瑞西聯邦法ニ從ヘハ次ノ場合ヲ明カニ區別セサルヘカラズ

イ、若シ瑞西人カ外國ニ第一婚姻住所ヲ有シ又其外國ニ住スルトキハ其外國法カ之ヲ其法律ニ服從セシメサルトキニ限り本國法カ適用セラレ(第三一條第一項)此解決ハ勿論當ヲ得タルモノナリ何トナレハ此場合ニ於テハ瑞西ニ於テ第一住所地ヲ求ムルコト能ハサルナリ尙此等三一一條第一項ノ規定ハ瑞西カ外國ニ於ケル瑞西人ヲ取扱フ原則ニ適合スルモノト云フヲ得ヘシ(第二八條第二號)

ロ、瑞西ノ夫婦カ外國ニ到リタルトキハ上ニ掲ケタル條件ノ下ニ於テ尙ホ瑞西ニ於テ成立セル財產制ヲ維持ス第三一條第二項即チ此場合ニ於テモ第一ニ驗スヘキハ其外國法カ自ラ適用セラレヘキコトヲ規定スルヤ否ヤニ在リ若シ然リトセハ瑞西財產法ハ適用ヲ見サルナリ

ハ、若シ瑞西人タル夫婦カ外國ヨリ瑞西ニ歸來シタリトセンカ其從前ノ法律カ適用セラレ、ナリ(第三一條第三項)即チ時ニ或ハ瑞西財產法タルコトアリ又或ハ外國法タルコトアリ固リ第二〇條ノ任意變更ノ規定アリ)外國ニ住スル瑞西人ノ不動産ニシテ瑞西ニ在ルモノニ關シテハ第二八條第一號ノ規定ハ其冒頭文ニ於テ人事、親族及相續法上ノ關係ニ關スルモノナリト雖モ此場合ニ於テハ其適用ヲ見サルナリ第三一條第一項ハ外國ニ於ケル瑞西人ノ財產法ヲ專一ニ規定セルモノナリ(H. E. XII S. 220) 即チ下ノ如シ

若シ瑞西人タル夫婦カ外國ニ其第一婚姻住所ヲ有スルトキハ其財產法關係ハ本籍州法ニ依リテ之ヲ定ム但シ此關係ニ付キ外國法ヲ適用スヘ

キトキハ此限ニ非ス

此規定ハ特ニ財產法ヲ規定シ上述ノ不動產ニ付テ何等ノ關係ヲ有セス故ニ此不動產ハ夫婦財產法上ハ別異ノ制度ニ服從セサルナリ即チ此場合ニ於ケル財產ナル觀念ハ單一ニ看做シ且ツ單一ニ之ヲ取扱フヘキモノタリ尙爰ニ注意スヘキハ瑞西ニ於ケル佛國人及ヒ佛國ニ於ケル瑞西人ノ財產法ハ一八六九年ノ條約ニハ規定セラレサリシコトニアリ(本章第一節參照)

第七節 夫婦財產法ニ關スル立法的觀察

夫婦財產法ニ關スル將來ノ立法ニ付テハ左ノ說明ヲ爲サ、ルヘカラス、

第一、國際法協會ハ此點ニ關シテ左ノ規定ヲ提案セリ (Règlement international des conflits de lois en matière de mariage et de divorce 1888)

第一二條、夫婦財產制ハ特別法ニ依ルヘキ不動產ヲ除ク外動產ト不動產トヲ問ハス夫婦ノ全財產ヲ包含ス

第一三條、夫婦ノ財產ニ關スル財產契約ハ方式ニ關シテハ其契約ノ締結セ

ラレタル地ノ法律ニ依ル但シ當事者双方ノ本國法ノ定ムル方式ニ從ヒ爲シタル財產契約ハ到ル處同様ニ有效ト認メラレサルヘカラス

第一四條、婚姻契約ナキ場合ニ於テ諸種ノ狀況又ハ事實ヨリ反對ノ意思顯ハル、ニアラスンハ夫婦ノ財產法ハ婚姻住所地法即チ夫婦ノ第一住所地法ニ依ル

第一五條、夫婦又ハ夫ノ住所若クハ國籍ノ變更ハ夫婦間ニ既ニ成立セル財產制ニ影響ヲ及ホスコトナシ但シ第三者ノ權利ヲ害スルコトヲ得ス

第二、和蘭政府ハ一八九七年一二月ノ政府案ニ於テ夫婦ノ財產ニ及ホス婚姻ノ效果ナル題下ニ左ノ如キ草案ヲ作レリ

第一條、動產ト不動產トヲ問ハス夫婦ノ財產ニ及ホス婚姻ノ效果ハ後數條ノ例外ヲ除キ婚姻ノ締結セラレタル時ニ夫ノ屬シタル國ノ法律ニ依リテ之ヲ定ム

第二條、婚姻後夫婦又ハ其一方ノ國籍ノ變更ハ財產ニ關スル婚姻制ニ影響ヲ及ホスコトナシ

第三條、各當事者ノ婚姻契約ヲ締結スル能力ハ其本國法ニ依リテ之ヲ定ム
他人ノ同意カ契約ノ成立ニ必要ナルヤ否ヤモ亦同法ニ依リテ之ヲ定ム
方式ニ關スル婚姻契約ノ有效無效ハ契約ノ締結セラレタル地ノ法律ニ依
リテ之ヲ定ム

然レトモ夫婦ノ住所地法カ婚姻契約ヲ第三者ニ對抗シ得ヘキ爲ニ必要ナ
ル特別ノ方式ヲ規定セルトキハ其規定ハ外國ニ於テ爲サレタル契約ニモ
同様ニ適用セラル

夫婦ノ住所地法又ハ其一方ニ屬スル不動産所在地法ノ規定ニシテ夫婦ノ
財產關係ニ付テノ或ル條項ヲ婚姻契約中ニ挿入スルコトヲ禁シ又ハ之ヲ
無效トスルモノハ其禁止又ハ無効ノ宣言カ法律ノ明文ヲ以テ規定セラル
、ニアラスンハ外國人タル夫婦間ノ契約ニ適用セラル、コトナシ

夫婦ハ婚姻後契約ヲ締結スルコトヲ得ルヤ又ハ婚姻中其契約ヲ變更解除
スルコトヲ得ルヤ否ヤハ夫ノ法律ニ依リテ之ヲ定ム

婚姻契約無効ノ訴ハ婚姻ノ締結セラレタル時ノ夫ノ所屬國法ニ依リテ之

ヲ定ム但シ訴訟手續ニ關シテハ訴ノ提起セラレタル地ノ法律ニ依ル

第四條、贈與又ハ婚姻中生スヘキ其他ノ行爲ニ付テノ夫婦ノ權利ハ夫ノ本

國法ニ依リテ之ヲ定ム

第三、夫婦財產法ニ關スル列國會議委員會提案 (Actes 1900 p. 230 II. 237) 左ノ
如シ

夫婦ノ財產ニ及ホス婚姻ノ效果

第一條、(和政府案第一條參照契約ナキ場合ニ於テハ) 不動産ト不動産トヲ間ハ
ス夫婦ノ財產ニ及ホス婚姻ノ效果ハ婚姻ノ締結セラレタルトキニ夫ノ屬
シタル國ノ法律ニ依リテ之ヲ定ム

第二條、(政府案第三條第一項參照各當事者ノ婚姻契約ヲ締結スル能力ハ其
本國法ニ依リテ之ヲ定ム

第三條、(新條) 婚姻契約ノ成立及ヒ效力ハ婚姻舉行ノ時ニ夫カ屬シタル國ノ
法律ニ依リテ之ヲ定ム

第四條、(政府案第三條第三項第四項參照契約地法又ハ婚姻舉行ノ時ニ夫カ

屬シタル國ノ法律ニ從ヒ締結シタル婚姻契約ハ方式ニ關シテハ有效ナリ各當事者ノ本國法カ契約カ一定ノ方式ヲ履ムヘキコトヲ實質的要件ト爲ストキハ當事者ハ行爲地法ニ依リテ認メラル、モノト雖モ他ノ方式ニ依ルコトヲ得ス

夫婦ノ住所地法又ハ其一方ニ屬スル不動産所在地法カ婚姻契約ヲ第三者ニ對抗シ得ヘキ爲ニ必要ナル特別ノ方式ヲ規定セルトキハ其規定ハ外國ニ於テ爲サレタル又ハ外國法ニ從ヒテ爲サレタル契約ニモ同様ニ適用セラル

第五條 (政府案第三條第五項參照前數條ノ規定ニ拘ラス外國法又ハ外國人タル夫婦ノ爲シタル契約ノ條項ノ適用カ社會ノ權利又ハ利益ヲ確認保護スル命令法若クハ禁止法ニシテ而カモ外國人タル夫婦ノ財產制ニ適用スヘキコトヲ明文ニテ定メタルモノニ反スヘキ性質ノモノナルトキハ之ヲ適用セス

一國ノ領土ニ關シテハ此領土ニ居住又ハ居留スル夫婦ハ善意ノ第三者ニ

對シテハ第一條ノ本國法ニ異ル他ノ規定ニ從ハシムヘキヤ又如何ナル場合ニ從ハシムヘキヤヲ定ムルモ亦各國ノ國內法ニ依ル

締盟國ハ本條第一項ノ規定ニ依リ留保セラレタル權能ヲ行使スヘキ命令法又ハ禁止法ヲ相通知スヘシ

離婚及ヒ別居ノ效果

單條

夫婦及ヒ婚姻ヨリ生シタル子ノ身體並ニ財產ニ關スル離婚及ヒ別居ノ效果ハ夫婦ノ本國法ニ依リテ之ヲ定ム

第四、此點ニ關スル余ノ意見ヲ述フレハ左ノ如シ

夫婦相互間並ニ第三者ニ對スル夫婦財產法ハ或ハ當事者ノ爲シタル契約此契約ハ夫ノ本國法ニ從フニ或ハ夫ノ本國法ニ依ルヘシ但シ一ノ短期間内ニ其契約又ハ本國法ニ依リテ成立セル財產制ヲ尙保有スベキコトヲ住所ノ登記官應ニ宣言シ而シテ之ヲ公告スルコトヲ要ス若シ期間内ニ登記公告ナカリシトキハ第三者ニ對シテハ住所地法適用セララルヘシ抑モ第三者ノ利益保

護ハ常ニ之ヲ看過スヘカラサルナリ

如上ノ目的ヲ達センカ爲メ一ノ國際財產制登記簿ヲ調製スヘシ而シテ單ニ婚姻契約ノミナラス本國法ノ内容ヲモ之ニ登記スヘシ實ニ余ハ此方面ニ付テハ尙一層進ミタル方針ヲ探リ夫ノ國際法協會カ人ノ行爲能力ニ付テ有スル着念ヲ茲ニ實行セント欲スル者ナリ何トナレハ前掲國際法協會カ其規定第一五條末段ニ於テ或一定ノ場合ヲ豫想シ第三者ノ權利ヲ害スルコトヲ得スト爲シタルハ大ニ空漠ニ過クモナレハナリ

上來述ヘタル法律思想ニ基キ尙幾分之ヲ敷衍シテ下ノ如キ原則ヲ立ツルコトヲ得ヘシ即チ第三者カ或夫婦ノ爲ニ錯誤ニ陥ラシメラレ其夫婦間ニ住所地法ノ財產制關係成立スト認メタルコトヲ證明シタルトキハ其第三者ハ夫婦ノ契約又ハ本國法ノ異リタル規定アルニ拘ラス住所地ノ財產制ヲ援用スルコトヲ得トハーズラー (Hasler S. 95) 亦是ニ類似ノ解決ヲ爲セリ否氏ハ一層進ンテ第三者ハ錯誤ニ陥ラシメラレ以テ夫婦間ニ一ノ他ノ財產制成立スト信シタルコトヲ證明スルヲ許セリ氏ノ此擴張タル理論上極メテ正當ナリ

ト云フヘシ

尙最後ニ余ノ希望スルトコロハ瑞西ニ第一婚姻住所ヲ定ムル外國人ニハ瑞西法ニ從ヒテ婚姻契約ヲ爲スノ權利ヲ與ヘ又本國法カ之ニ此ノ如キ權利ヲ與フルト否ト又同一ノ權利ヲ與フルト否トヲ問ハサルニアリ

第五、夫婦財產法ニ關スルローガンノ意見ハ當事者双方ハ婚姻前身分官吏ノ面前ニ於テ如何ナル財產制ニ從フヤヲ宣言スヘキモノトセリ即チ當事者ハ下ノ如クニ答ヘサルヘカラス (Actes 1900, p. 231 n. 232.)

第一、或ハ當事者ハ婚姻契約ヲ爲シタリ此場合ニ於ケル契約ハ夫ノ本國法ニ從フヘキモノタリ而シテ婚姻證書中ニ其契約ノ摘要ヲ記載スヘシ

第二、或ハ當事者ハ婚姻舉行地及ヒ夫婦ノ住所地ノ法定制ヲ採用シタリ此場合ニ於テモ婚姻證書中ニ其旨ヲ記載スヘシ

第三、或ハ又當事者ハ夫ノ本國法ニ依然服從セントシタリ此場合ニ於テモ亦同シク是レガ記載ヲ爲スヘシ

此ノ如クセハ實際ニ於テ夫婦財產制ハ夫婦ハ勿論第三者ニ常ニ熟知セラレ

ト云フヲ得ヘシ實ニ第三者ハ常ニ身分契約ヲ調査シ得ルナリ

第八節 離婚

Bar, I S. 495.

Ch. Piliérier, Le divorce et la séparation de corps en droit international privé (Diss. Lausanne 1887.)

A. Sautter, Divorce et séparation de corps en droit international privé avec une introduction de législation comparée (Diss., Genève 1895)

E. Jung, Die Ehecheidung in internationalen Privatrecht (Diss., Zürich 1897)

第一一 班

獨逸、瑞西、佛蘭西(一八八四以來)英吉利ノ如キハ婚姻結帶ノ確定解除(divorcium)ヲ許スト雖モ埃地利、伊太利、西班牙ニ於テハ之ヲ許サスシテ單ニ別居(separation de corps)ヲ認ム又獨逸ニ於テハ離婚ノ外尙ホ婚姻共同ノ解除(Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft)アリ

國際離婚法ノ複雜セルハ主トシテ左ノ數種ノ理由ニ依ル

イ、離婚ノ判決ハ他ノ判決ト異リ之ニ因リテ一新法律狀態ヲ生セシメントシ又生スヘキモノナレハナリ

ロ、此問題ハ廣義ニ於ケル身分ニ關ス故ニ學者皆本國裁判所ヲ以テ獨リ管轄裁判所ト認メント欲スレハナリ

ハ、公ノ理由亦之ニ加ハレハナリ

ニ、離婚カ根本的ニ許サル、ヤ否ヤニ付テノミナラス離婚ノ原因ニ付テ各國法律種々異レハナリ

妻ハ夫ノ國籍ヲ取得ストスルハ一般ノ原則タリ此原則ハ今ヤ土耳其、和蘭、英吉利ニ於テモ亦行ハル又妻ハ夫ノ住所ニ從フ

第二、外國人ノ離婚訴訟ヲ許スヘキヤ否ヤ又殊ニ離婚ノ原因ニ付テハ左ノ如ク説明セサルヘカラス尤モ瑞西ノ法制ニ付テハ他ニ特ニ説明ヲ爲スヘシ一國ハ內國法カ此制度ヲ採用セル時ニ於テノミ外國人ノ離婚ヲ宣告スルコトヲ得トスルヲ以テ原則トス然ルニ獨リ伊太利カ其國ニ住スル外國人カ離婚シ得ルヤ否ヤノ問題ハ夫ノ屬人法(本國法)ニ從フヘキモノナリト屢々判決シタルハ大ニ異觀ヲ呈スルモノタリ例ヘハアンコナ裁判所ハ一八八四年獨逸人タル夫ト伊太利人タル妻(此妻ハ當時亞米利加ニ旅行セリ)トノ婚姻ヲ全然

離解セリ此一八八四年三月一二日裁判所ノ意見ニ依レハ元來離婚ハ所謂法律ニ認メタル公ノ秩序及ヒ善良ノ風俗ニ絶對ニ反スルモノニアラス而シテ伊太利民法ニ依レハ親族關係ハ屬人法ニ依リテ之ヲ定ムヘキモノナリト云フニアリ

伊太利著名ノ學者ハ此判決ニ反對セリパスカル、フイヲレ (Pasquale Fiore, *Diritto internazionale privato* 3ed. II No 688. n. 689.) ヲ參照スヘシフエドツヂ (Fedozzi, *Journal de dr. inter.* XXIV, 1897. p. 499) モ亦外國人ノ婚姻ヲ伊太利ニ於テ離解セムルコトヲ得トスル此判決ハ古來其例ヲ見サルトコロナリト言ヘリ、然ルニ同様ノ判決ハ一八九七年ニ亦ミラン裁判所ニ於テ爲サレタリ其判決ノ理由トスルトコロ左ノ如シ

伊太利民法前加編第六條ハ人ノ身分能力ハ其本國法ニ依ルヘキコトヲ明言セリ此規定ハ又暗黙ニ外國人ノ身分ニ關スル問題ニ付テハ伊太利裁判所ノ管轄ヲ認ムルモノナリ實ニ此第六條ハ身分能力事項ヲ規定ス而シテ外國人ニハ其本國法ヲ適用スルモノトセリ然ルニ此適用タルヤ固リ伊太

利裁判官ノ手ニ依リテ以テ之ヲ爲スヘキコトヲ豫想セルモノナリ若シ原則トシテ伊太利裁判官ハ外國人ノ身分問題ニ關シテ管轄權ナシトセンカ第六條ハ遂ニ適用スルコト能ハサルヘシ

加之民法第三條ハ外國人ニ伊太利ニ於テ總テノ私權ノ享有ヲ認ム然ルニ今若シ外國人ノ私權ニ關スル身分問題ニ付テ伊太利裁判所ハ裁判ヲ拒絕スヘキモノトスルトキハ所謂私權ノ享有ハ外國人ニ屬セス事實上此享有ハ外國人ニ拒絕セララル、コト、ナルヘシ

此ノ如クニシテ成立セル伊太利裁判官ノ管轄權ノ結果トシテ伊太利裁判官ハ婚姻解消ノ方法トシテ離婚ヲ認ムル本國法ヲ有スル外國人間ニ離婚ノ宣告ヲ爲スコトヲ得ヘシ是レ第六條ノ正則ノ適用ニ外ナラサルナリ即チ此事項ニ關シテ本國法ノ認ムル能力ヲ外國人タル夫婦ニ與フルモノタリ夫ノ離婚ハ伊太利法ノ認メサルトコロ從テ民法前加編第一二條ヲ正當ニ適用シテ伊太利裁判官ハ離婚宣告請求ヲ却下スヘキモノナリトスルハ無用ノ反論タリ何トナレハ外國人間ニ離婚ノ宣告ヲ爲スハ決シテ外國法

ノ認めル行為ヲ伊太利ニ認め而シテ伊太利法ノ公ノ秩序ノ規定ニ反スル
ニアラズシテ唯或事項ニ關シ外國人ノ法律上ノ能力ヲ定ムル爲メニ外國
人ニ其本國法ヲ適用スルニ過キサレハナリ、

尙此裁判所ハ一八八四年ノアンコナノ判決及ヒコントウツチー (Contuzzi,
Diritto internazionale privato 1890 p. 167-169) ノ議論ヲ援用セリ(尙此點ニ於テハ
Journal de droit international XXVI p. 409, 410 及 ヲ Z. für internationales Privat-u. Straf-
recht IX S. 413 ノ單註ヲ參照スヘシ)

離婚殊ニ離婚ノ原因ニ關スル法律ハ各國皆之ヲ以テ強行的ノ性質ヲ有スル
モノトス (Appellationskammer Zürich. H. E. V. S. 157; Bdgericht A. E. IV S. 669) 瑞西聯
邦裁判所ハ此判決ニ於テ左ノ如ク論セリ

法律カ此點ニ關シテ有スル觀察點ノ如何ニ拘ラス人間社會ノ最モ重要ナ
ル一制度ニ關スル此規定ハ第一ニ公ノ秩序ノ命令規定タル性質ヲ有スル
モノニシテ其公布國ノ司法官ニ依リテ區別ナク適用セラレヘキモノタリ
ニ此點ニ付テハ婚姻締結地ノ法律ニ依ルニアラスシテ常ニ受訴裁判所ノ

國ノ法律ニ依ルヘキモノタリ

佛國ニ於テハ屢佛國ニ住スル外國人ノ離婚ノ訴ハ之ヲ裁判スル他國ノ裁判
所殊ニ其本國裁判所無キ場合ニ於テハ佛國裁判所ニ於テ裁判スヘキモノト
判決セリ (Journal de droit international XX p. 370-374) 然ルニ一英國人ノ離婚ノ訴
ニ際シ佛國裁判所ハ此問題ハ人法ノ問題ニシテ本國法ニ依ルヘキモノタリ
殊ニ又婚姻ノ原因ニ付テ然リトストセリ是ニ依リテ觀レハ佛國裁判所ハ英
國裁判官モ離婚ヲ宣告スヘカリシ場合ニ於テノミ離婚ヲ宣告スルコトヲ得
ト解釋スルコトヲ得ヘシ (Journal de droit international XXVI 1899 S. 360-363) 然
トモ身分問題ノ議論タルヤ全然誤謬タリ、

獨逸法ハ左ノ二原則ヲ定ム

イ、離婚ハ抑モ之ヲ許ス可キヤ否ヤノ問題ニ付テハ夫ノ本國法ニ依ルトセ
リ民法施行法第一七條第一項ニ曰ク離婚ニ付テハ訴ノ起リタル時ニ夫ノ
屬セル國ノ法律ニ從フト故ニ獨逸ニ於テハ外國人タル夫婦ノ離婚ハ外國
法カ此制度ヲ認ムルトキニ於テノミ之ヲ宣告スルコトヲ得ルナリ然レト

モ此場合ニ於テ本國法カ却テ獨逸法ニ依ルヘシト爲ストキハ本國法ハ適用ヲ見サルナリ(施行法第二七條 R. G. Civils 47 S. 136 n. 137) 獨逸ト瑞西トノ關係ニ於テハ此施行法第二七條ハ適用ヲ見ス何トナレハ瑞西法ハ後ニモ説明スル如ク瑞西人タル夫婦ハ單ニ瑞西ノ離婚法ヲ適用シ又瑞西人ノ離婚ニハ單ニ瑞西裁判所之カ管轄タリト爲ス嚴格ナル原則ヲ採レハナリ

ロ、離婚並ニ婚姻共同ノ解除ハ離婚カ本國法並ニ獨逸法ニ依リ同時ニ許サル、場合ニ於テノミ、獨逸ニ於テ認メラル(施行法第一七條第四項)

故ニ獨逸ニ住スル外國人ノ婚姻ハ獨逸ニ於テ離解スルコトヲ得サルナリ

獨逸法ノ婚姻共同ノ解除ナル制度(獨民第一五七五條及ヒ第一五七六條)ヲ以テ夫ノ所謂食卓寢床ノ別離(Trennung von Tisch und Bett)ト混同スヘカラス食卓寢床ノ別離ハ婚姻結帶ヲ損傷セス然ルニ婚姻共同ノ解除ニ於テハ常ニ婚姻結帶ノ解消ヲ請求シ得ルノ機アルナリ即チ婚姻共同ノ解除ハ停止而カモ任意條件附ノ離婚タリ(一九〇一年四月三〇日獨逸大審院判決 D. J. Z. 1901 S. 437 Nr. 19) 以上ノ如クナルヲ以テ西班牙人、葡萄牙人、伊太利人ハ唯ニ離婚ス

ル能ハサルノミナラス婚姻共同ノ解除ヲ請求スルコトヲ得サルナリ此獨逸法ノ觀念ハ身體財產ノ別離ノ觀念トハ一致セサルナリ、

第三、離婚ノ民法上ノ效果ニ付テハ離婚ノ從フ土地ノ法律ニ依ルヲ以テ原則トス、

離婚ノ效果トシテ左ノ諸種ノ問題之ニ屬ス

- 一、子ノ引取方ヲ定ムルコト及ヒ扶養其他必要ナル補助ニ關スル問題
- 二、離婚ノ兩親ハ何時其子ニ會見スルコトヲ得ルヤ
- 三、過失ナキ夫婦ノ一方ニ對スル損害賠償又再婚ノ禁止(Z. f. das inter. Privatn. Strafrecht IX S. 382-395)

四、遺言上ノ權利若クハ相互ノ相續契約又ハ其他ノ特別ノ權利(marriage settlements 夫婦財產契約)ハ制法ノ別段ノ定メナキトキハ離婚ニ因リテ消滅スルヤ否ヤ

此點ニ關シテ瑞西法ハ身分及ヒ婚姻法第四九條ハ左ノ如ク定ム

夫婦ノ身分權其財產關係子ノ養育教育及ヒ過失アル當事者ノ一方ニ課ス

ハキ損害賠償ニ關スル離婚又ハ食卓寢床ノ別離ノ效果ハ夫ノ從屬スル裁判管轄ノ州ノ法律ニ從テ之ヲ定ム

此規定ニ付テ尙相續契約ニ關スルトキハ瑞西居住居留民法第二五條ヲ參照セサルヘカラス此關係ニ付テハ契約ノ時ニ於ケル夫婦ノ住所地法適用セラハ尙本部第六章一二節同二〇節參照

第九節 瑞西離婚法

Brocher, Nouveau traité de droit international privé 1876 p. 85, 86.

Berliet, Du divorce des époux étrangers en Suisse et des époux suisses à l'étranger im Journal de dr. i. VII 1880 p. 347-357.

Bitner, Observations sur les divorces entre étrangers à propos d'un cas singulier de mariage suisse-horinois im Journal de dr. i. XII 1885 p. 152-162.

E. Pezolf, in der Zeitschrift des bernischen Juristenvereines XXIX S. 1-52.

Martin, Du mariage et du divorce des étrangers en Suisse et des Suisses à l'étranger im Journal de dr. i. XXIV p. 738.

第一款 汎論

瑞西現行ノ身分婚姻法 (Bundesgesetz betreffend Feststellung u. Beurkundung des Civil-

standes und die Ehe) ハ一定ノ原因アル場合ニ過失ナキ當事者ノ一方ニ離婚請求ノ權ヲ與フ又三年以上疾病ニ罹リ不治ノ病ト認メラレタル疾病配偶者ニ對シ同様ノ權利ヲ與フ其他第四七條ノ末段ニ基ク離婚ノ一方的權利ヨリ又共同離婚請求アリ(第四五條)此瑞西法ニ依レハ一時的ノ離婚ヲ請求スルノ權ヲ認メス然レトモ裁判官ハ二年ヲ過キササル期間内離婚ヲ宣告スルコトヲ得(第四七條)

故ニ瑞西ハ無際限ノ別居ナル制度ヲ認メス而シテ今日ノ法律狀態ニ於テハ此ノ如キ別居ヲ認ムル國ノ人民カ身分法第五六條ニ規定セル證明ヲ爲シタルトキト雖モ瑞西ニ於テハ別居ノ宣告ヲ爲スコトヲ得サルナリ聯邦裁判所ハ此意見ニ依リテ判決ヲ爲セリ實際此點ニテハ強行内國法規ニ關スルモノナリ即チ同判決 (A. E. IV p. 669 u. 670) ハ左ノ如ク論セリ

從來單ニ離婚並ニ婚姻無效ノ訴ノミヲ認メタルハ(瑞西法第四三條)瑞西立法者ハ既ニ不可能トナリタル配偶又事實上敗壞セラレタル婚姻關係ヲ法律上永續セシムルノ結果ヲ有スル無際限別居ヲ以テ國家ノ基本タル秩序

及ヒ道德ノ原則ト兩立セサルモノト確信セルモノナリ法律第四七條ニ規定セル二年間ノ離別ナルモノハ婚姻關係ヲシテ再原狀ニ復セシムルカ將タ又全然解消セシムルカ二者中必其一ニ歸セシムヘキ經過豫備ノ一状態ニ過キヌ故ニ決シテ無限ノ別居ト同一ニ論スルヲ得サルナリ以上論スルトコロニ依リ瑞西裁判官ハ如何ナル場合ト雖モ又假令佛國人タル配偶者間ニ於テモ聯邦立法者カ絕對ニ排斥セル制度ヲ認メシメントスル訴ヲ受理スルコトヲ得サルナリ

一時離婚ノ訴カ無效トナリタル後瑞西法第四七條ニ從ヒ純然タル離婚ノ訴カ提起セラレタルトキハ此訴ハ夫ノ住所地ノ裁判所之レカ管轄裁判所タリ(第四三條)此訴ハ前ノ訴ノ再受理ノ請求ニアラス又前ノ訴ノ再審ノ請求ニモアラス全ク一ノ新訴訟タリ然レトモ前ノ一時離婚ノ訴ノ原因カ新訴訟ノ原因ト連合スルコトアルハ更ニ前述ノ事實ニ影響ヲ及サ、ルナリ此新訴訟ニ付テハ前ノ請求ニ付テ成立セシ裁判管轄ハ消滅シ他ノ普通ノ離婚ノ訴ト同シク身分法第四三條ノ裁判管轄規則カ適用セラル、モノナリ(A. E. IX S. 460

II. 461) 尙本條前ノ數條ノ規定ヲ參照スヘシ

第二款 本論

第一 瑞西ニ住スル外國人ノ離婚

瑞西身分婚姻法第五六條ハ左ノ如ク規定ス

外國人間ノ婚姻ニ付テ瑞西裁判所カ離婚又ハ婚姻無效ノ訴ヲ受理スルハ配偶者ノ屬スル國カ此判決ヲ認ムヘキコトノ證明アリタル場合ニ限ル抑モ此規定タルヤ瑞西ニ住スル外國人ニシテ瑞西裁判所ニ於テ容易ニ離婚ヲ爲スコトヲ得セシメントスルノ目的ニ出テタルモノナリ然ルニ法律規定カ其本來ノ目的ヲ根本ヨリ誤リタルコト蓋シ此五六條ノ規定ヨリ甚シキハ稀ナルヘシ

裁判例ニ於テハ此場合ニ必シモ外國政府ノ宣言ヲ呈出スルヲ必要トセス寧ロ配偶者ノ住所地ノ裁判所カ宣告シタル離婚ハ其本國ニ於テモ承認セラレ又ハ承認セラルヘキモノナルコトカ其本國ノ法律又ハ前例ニ依リ説明セラ

ルハヲ以テ足レリトス (A. E. V. S. 264 n. 265; XV S. 125) 然レトモ結局瑞西ノ離婚ノ判決カ配偶者ノ本國ニ於テ更ニ審議ヲ經スシテ確定民事判決ト認メタルヘキコトノ確保ヲ要スルナリ (A. E. X 483 n. 484; Journal de dr. i. XXV p. 291) 實際ダントニ於テ白耳義人カ判決カ白耳義ニ於テ認メラル、コトヲ證シテ離婚ノ宣告ヲ得タルコト屢アリ (Journal de dr. i. XXV p. 199) 之ニ反シテ此身分法第五六條ニ規定セル證明ハ瑞西領事ノ證明書ニ依リテ之ヲ爲スコトヲ得サルナリセントルイニ於ケル瑞西領事チユーリツヒニ住スル亞米利加人ニ一ノ證明書ヲ與ヘ亞米利加法ニ從ヒ又亞米利加裁判所ヨリ此第五六條ニ規定セル宣言ハ之ヲ得ルコト能ハサル旨ヲ證セリ而シテ尙其證明書中ニ言テ曰ク然レトモ若シ原告カ確固タル原因ニ基キ離婚ノ宣告ヲ得タルトキハ亞米利加ニ於テハ何人モ之ニ干涉セス而シテ其者ハ公ノ離婚判決ニ基キ更ニ新婚ヲ爲スコトヲ得ト然レトモチユーリツヒ裁判所ハ之ヲ以テ第五六條所定ノ證明ヲ充サ、ルモノト判定シタルハ大ニ其當ヲ得タルモノナリ尙又公使カ判決ハ多分認メラルヘント云フカ如キ一般ノ宣言ヲ爲スモ同シク此

條件ヲ充シタルモノトスルヲ得ヌ (Journal de dr. i. XIV p. 375 u. 376)

今翻テ各國ノ狀況ヲ案スルニ此瑞西法第五六條ニ規定セル宣言ハ之ヲ爲ス
モノナシト云ハサルヘカラス即チ下ニ各國ニ付テ説明スルトコロアルヘシ
一、佛國ニ於テハ此事既ニ確定セリ又一八六九年ノ條約ハ更ニ離婚ニ關係
ナキモノタルコトモ均シク認メラル、トコロタリ之ニ反對ノ意見永ク佛
國ニ行ハレタリト雖モ (B. B. 1869 II. S. 578/9) 今日ハ既ニ排斥セラレタリ (A.
E. IV. 668/9; B. B. 1884 II. S. 743)

二、埃國ニ於テハ此宣言請求ニ對シテ司法省ハ左ノ如ク説明セリ

司法省又ハ其他ノ官廳ト雖モ埃國人ノ婚姻爭訟事件ニ付テ瑞西裁判所
ノ爲シタル判決カ埃國ニ於テ認メラルヘキコトヲ宣言スルノ權能ヲ有
セス又此ノ如キ種類ノ判決カ埃國ニ於テ法律上ノ效果ヲ生スルヤ否ヤ
ハ寧ロ各場合ニ於テ管轄埃國官廳ノ判決ニ一任セラルヘキモノナリ
チユーリツヒ控訴院ハ瑞西ニ於テ宣告セラレタル離婚ノ判決カ埃國ノ法
律判例ニ於テ認メラルヘキモノナルヤ否ヤ大ニ疑フヘキモノナリトセリ

(H. E., V, S. 156 n. 158)

聯邦裁判所モ亦夫ノ證明ハ全然明瞭ナルモノニアラストセリ (H. E., V, S. 332 n. 333)

三、露西亞ハ如何ナル場合ト雖モ希臘教寺院ニ屬スル露西亞人カ外國裁判所ニ依リテ離婚セラルルコトヲ認メス (Martens, Journal de dr. i., V, p. 142 n. B. 1885, II. S. 21) 故ニ露國ハ瑞西ノ要求セル證明ヲ與フルコトヲ得サルナリ、

四、塞耳比亞ニ於テハ其國人ノ離婚ニ付テハ瑞西裁判所ノ管轄並ニ其判決ノ執行ヲ認ムルコトナシ (B. B. 1887, II. S. 664)

五、英國政府ハ下ノ如キ種々ノ取扱ヲ爲セリ

イ、英國ハ或一ノ請求ニ對シ瑞西ノ離婚判決ヲ承認スルノ意味ニ於テ返答セリ而カモ離婚ノ原因カ單ニ姦通ニ出テタルトキト雖モ之ヲ認ム此事實ハ大ニ注意ヲ要ス何トナレハ英國ニ於テハ夫ノ姦通ハ姦通ト共ニ夫カ惡意ヲ以テ少クトモ二年間妻ヲ遺棄シタルトキニ於テ初メテ離婚ノ原因ト

ナルヘキナレハナリ (B. B. 1889, II. 735)

ロ、然ルニ後ニ至リ身分法第五六條ノ宣言ハ原則トシテ拒絕セララルヘントセリ即チ曰ク英國ノ法律及訴訟手續上此ノ如キ請求ニ對シ政府ハ英法ノ關係理論問題ニ付テ時ノ樞密院ノ意見ヲ通牒スルヨリ以上ノ事ハ實際上爲シ得ヘカラサルトコロタリ然レトモ此樞密院ノ意見ハ何等法律上ノ效力ヲ有セス又此意見ハ他ノ法律家ノ意見ト同シク英國裁判所ヲ拘束スルノ力ヲ有セス故ニ政府ハ如何ナル場合ニ於テモ其意見中ニ掲ケタル問題ニ關スル英國裁判所ノ判決ノ種類及ヒ範圍如何ヲ擔保スルコトヲ得サルナリト

六、其他ノ舊教國伊太利西班牙葡萄牙ハ少クトモ舊教徒ニ關シテハ外國ノ離婚ノ判決ヲ認メス又瑞西法第五六條規定ノ宣言ヲ與フルコトナシ
瑞西ハ西班牙ト民事商事判決ノ相互執行ニ關スル一ノ條約(1896/1898)ヲ締結セリ(N. F. XVI, S. 780)然レトモ西班牙人ニ付テノ瑞西ノ離婚ノ判決ハ西班牙ニ於テハ認メラレサルヘキコト更ニ疑ナキトコロタリ何トナレハ之

ニ依リテ西班牙ニ行ハル、公法ノ基礎カ害セラレハナリ而シテ此執行拒絶ノ理由ハ條約第六條第三號ニ明カニ規定セルトコロナリ之ニ依リテ觀レハ第五六條ノ條件ハ西班牙ニ對シテモ亦之ヲ充タスコト能ハサルナリ

七、獨逸國ニ付テハ此問題ハ種々ノ段階ヲ經タリ

或時代ニ於テハ獨逸官廳司法省及ヒ控訴裁判所ハ此第五六條ノ要求セル宣言ヲ與ヘタリ又ハ少クトモ離婚判決ハ實際上認メラルヘキコトヲ宣言セリ然ルニ此事タル突然中止スルニ至レリ (Zeitschrift des bernischen Juristenvereins XVII, S. 186-190). 獨逸ニ於テハ此種ノ訴訟ニ付テ行ハル、住所ノ專屬管轄裁判籍ニ重キヲ置ケリ (§ 568 der D. C. P. O.) 其結果獨逸人ハ裁判籍ヲ有セサルニ至リキ是ニ於テカ此ノ如キ獨逸人ニ對シテハ少クトモ訴訟繼續中獨逸ニ歸國スヘキコトヲ忠告シタリ (B. B. 1888 III. S. 249) 暫シテ又他ノ判例行ハル、ニ至レリ即チ普國司法省ハ一八九七年宣言シテ曰ク (H. E. XVII S. 124-125) 瑞西裁判所ノ宣告セル離婚判決ヲ認ムヘキ旨ノ

拘束力アル宣言ヲ爲ス權能ヲ有スル官廳ハ一モアルナシト然レトモ司法省ハ尙之ニ附言シク曰ク外國住所地裁判所ノ認メタル普國人ノ離婚ハ內國ニ於テモ法律上ノ效力アルモノト看做スヘキヤノ一般問題ニ付テハ王國ノ多數控訴裁判所ノ肯定スルトコロナリトバーデン大公國司法省亦一八九七年ニ於テ同様ノ宣言ヲ爲セリ (H. E. XVI. S. 207 u. XVII S. 126) 瑞西聯邦司法省ハバーデン人ノ離婚ノ訴ハ不適法ノモノトセリ然ルニツユーリツヒ上等裁判所ハ其意見ヲ固持セリ (H. E. XVI. S. 205)

獨逸民法施行法第一七條ニ定メタル原則ニ從ヘハ獨逸ハ今日ハ瑞西身分法第五六條ニ揭クル宣言ハ之ヲ爲スコト能ハサルモノナルコト更ニ疑フヘカラサルナリ此獨逸ノ新法現ニ依リ瑞西ハ獨逸法ハ今ヤ獨逸ニ於ケル瑞西離婚判決ノ無制限承認ヲ擔保セサルコトヲ宣言セリ (H. E. XIX S. 94; A. E. XXVI 1. F. S. 209 u. 210) 又一九〇〇年ノ瑞西聯邦上院委員會ノ報告ニモ爾來瑞西ニ於テハ獨逸人ノ離婚ヲ宣告スル能ハサルコトヲ確定セリ (B. B. 1901 III S. 541) 然レトモ此見解ハ疑ヲ容ル、コトヲ得ヘシ即チ離婚ノ原

因カ兩國ノ法律ニ從ヒテ存在スルヤ否ヤハ訴訟中ニ生スヘキ問題ニシテ決シテ初ヨリ此事無シト斷スルヲ得スト云フヲ得ヘシ第五四條ノ不完全ナル規定ニ依ルモ瑞西裁判所カ獨逸人ノ離婚ノ訴ヲ受理スルコトハ既ニ兩國ノ法律ニ從ヒ此離婚原因ノ一致スルコトアルヘキヲ豫想セルモノナリ而シテ此事實タルヤ訴訟ノ初マル前ニ於テ既ニ證明セラレ又ハ之ヲ證明スルハ到底不能ノ事ニ屬ス又判例上第五四條ヲ稍々寬大ニ解釋スルモ畢竟獨逸ハ全ク制限的ノ證明書ヲ出スコトヲ得ルニ過キササルノ結果ニ於テハ毫モ異ラサルナリ而シテ最後ニ注意スヘキハ獨逸民事訴訟法第三二八條第三號ニ依レハ外國ノ離婚判決ニシテ一方ノ不利益ニ獨逸法ニ代フルニ外國法ヲ適用シタルトキハ獨逸ニ於テハ此判決ヲ認メストスルニアリ而シテ瑞西裁判官ハ離婚事件ニ付テハ其國法ヲ適用スルナリ(H. E. XXX B. 94)

要スルニ今日ニ於テハ瑞西ニ住スル獨逸人ノ法律上ノ地位ハ從來ノ如ク不定ノモノニアラス從來ハ若シ獨逸人ニシテ瑞西ニ於テ離婚ノ訴ヲ提起

シタルトキハ第五四條ノ證明ヲ充スコト能ハサリシ理由ニ依リテ却下セラレ又若シ此者ニシテ獨逸ニ訴ヲ起サントシタルトキハ住所地ヘ到ラサルヘカラサルコトヲ勸告セラレタリ然ルニ今ヤ事情大ニ之ト異レリ何トナレハ獨逸民事訴訟法第六〇六條(新法)ハ外國ニ住スル獨逸人ニ一ノ離婚裁判籍ヲ設ケタレハナリ

八、北亞米利加ニ於テハ瑞西ノ要求セル宣言ヲ爲サス(H. E. VIII. S. 379)

以上各國トノ關係一般ヲ説明セリ今一時離婚判決ニ於テ第五六條所定ノ證明アリタルトキト雖モ原告ニシテ若シ確定離婚ノ訴ヲ起シタルトキハ此證明ハ更ニ之ヲ爲スノ義務ヲ免ル、コト能ハス何トナレハ此離婚ノ訴ニ因リテ更ニ新訴訟ノ生スルモノナレハナリ(A. E. X. S. 482)

此第五六條ハ外國人間ノ婚姻ニ付テノ規定ナルヲ以テ配偶者双方カ外國人タルコトヲ豫想セルモノナリ故ニ此規定ハ一定ノ國籍ヲ有セサル者又ハ當事者ノ一方無國籍ニシテ他ノ一方カ外國人ニアラスシテ瑞西人タル如キ場合ニハ適用無キナリ此解釋ハ立法ノ目的ニ合スルモノナリ即チ立法者ハ此

第五六條ノ規定ニ依リ瑞西ノ離婚又ハ婚姻無效ノ判決カ當事者ノ本國ニ於テ認メラレス從テ此當事者ハ依然其本國ニ於テハ婚姻者トシテ看做サル、カ如キ紛雜ヲ避ケントシタルモノナリ此ノ如キ抵觸ハ當事者カ何等ノ外國ニ屬セサルトキ又無國籍ナルトキ又ハ其一方カ無國籍ニシテ他方カ内國人タル如キ場合ニ生スルコトナシ而シテ此ノ如キ場合ニ於テハ瑞西裁判所之レカ管轄タリ即チ瑞西身分法第四三條第二項ニ曰ク

瑞西ニ於ケル住所消滅シタルトキハ訴ハ之ヲ夫ノ本國(市民)地又ハ其最後ノ瑞西住所地ニ起スコトヲ得

此四三條第二項ハ妻カ瑞西人ニシテ夫カ無國籍人タル變例ノ場合ヲ規定セス然レトモ法律ノ意義精神上此場合ニ於テモ尙瑞西人タル配偶者ニ瑞西裁判籍ヲ留保スルヤ明ナリ(A. E. XVII. S. 43/4)立法者ハ夫婦カ共ニ瑞西人タル單ニ正則ノ關係ノミヲ考ヘ夫カ無國籍人タルコトヲ得ヘキ變例ノ場合ヲ遺忘シタルモノナリ

チユーリツヒニ於テハ瑞西人タル妻ハ此第四三條ニ依リ北亞米利加ニ住シ

且ツ米國民籍ヲ取得シタル夫ニ對シ離婚ノ訴ヲ提起シ得ルコトヲ認メタリ夫ノ國籍取得ハ同時ニ妻ノ國籍取得ヲ生スヘキコト勿論ナリ然ルニ此場合ニ於テハ妻ノ瑞西國籍脫退カ宣言セラレザリキ(H. E. XVIII. S. 218)此瑞西裁判所ノ管轄ハ夫カ北米ニ於テ同時ニ離婚ノ訴ヲ起ス事ニ依リテ消滅スルコトナシチユーリツヒ控訴院又曰ク或ル抵觸ノ起リ得ルニモ拘ラス各瑞西人ニ對シテハ其本國裁判籍擔保セラレサルヘカラスト(H. E. XVII. S. 232)

今又内國裁判所ハ離婚訴訟ノ實體取扱ニ付テ管轄ヲ有セサルニモ拘ラス又ハ外國ニ於テ離婚訴訟ノ繼續中臨時ノ處分又ハ命令ヲ爲スコトヲ得ルヤノ問題ニ對シテハ積極ノ答ヲ爲サルヘカラス即チ瑞西ニ住スル外國人タル配偶者ハ瑞西ニ於テ其親權ヲ主張スルコトヲ得例之母カ父ト非常ニ懸隔シテ居所ヲ構ヘ爲メニ父カ其子ヲ時々見ルノ權利カ殆ト無實ナルニ至ル如キ場合ニモ母ハ尙ホ其未學齡兒童ヲ自己ノ側ニ置カシメンコトヲ主張スルヲ得ス(チユーリツヒ私法第六三七條參照)本條ハ又單純ノ事實上若クハ契約上ノ別居ニモ適用セラル(チユーリツヒニ住スルバイエルン人ノ妻カバイエル

ンニ於テ離婚訴訟カ提起セラレタル後其三歳ノ男兒ヲ連レ去リテミニオンヘ
 ンニ到レリ是ニ於テカ夫ノ請求ニ基キチユーリツヒ公判判事ハ妻ニ命スル
 ニ直チニ其兒ヲ夫ニ返還スヘク若シ命ニ從ハサルトキハ刑事判事ニ委託シ
 又強制方法ヲ用ユヘキコトヲ以テ威嚇セリ此場合ニ於テ管轄違ノ抗辯(バイ
 エルンニ離婚訴訟起リタルノ理由ヲ以テ)ハチユーリツヒ上訴裁判所ノ却下
 スルトコロトナレリ即チ曰ク本件ニ付テハ單ニ當地ノ法律ニ從ヒ殊ニ瑞西
 居住居留民法ニ從ヒチユーリツヒ裁判官カ管轄權ヲ有スルヤ否ヤヲ定ムル
 ニアリ而シテチユーリツヒ裁判官カ管轄權ヲ有スルヤ否ヤハ偏ニ夫カ其住所
 ヲチユーリツヒニ有スルヤ否ヤニ依ル(瑞西法第二條)而シテ此場合ニ於テハ
 實ニ夫カ住所ヲ此處ニ有スルナリト(H. E. XII 1893. S. 248 u. 249)固リ父ハ常ニ
 又如何ナル狀況ニ於テモ其子ヲ母ノ意思ニ反シテ自己ニ引取り又之ヲ處分
 スルコトヲ得ト云フヲ得サルナリ殊ニ父カ其子ヲ養育スルコト能ハスシテ
 寧ロ之ヲ他人(及ヒ父ノ兩親)ニ一任せサルヘカラサルカ如キ場合ニ於テハ父
 ハ母ヨリ其子ヲ引取ルヲ得サルナリ(H. E. XV. S. 27)然レトモ是等ノ權利ハ

裁判官ノ審査ニ從フヘキモノニシテ警察處分ニ依リテ爲スコトヲ得サルナ
 リゲンフ控訴院亦和蘭人カゲンフニ於テ起シタル離婚訴訟ニ付テ此意味ニ
 於テ判決セリ(Journal de dr. i. XXV F. 191[2])即チ曰ク婚姻及ヒ離婚ニ關スル聯
 邦法第五六條ノ禁止規定ハ根本ノ請求ニノミ適用セラル、モノニシテ離婚
 ノ訴カ管轄裁判所ニ提起セラレタル場合ニ於テ夫婦ノ一方又ハ其婚姻ヨリ
 生シタル子ノ保護ヲ確保スル爲メノ一時的處分ノ請求ニ及ホスコトヲ得サ
 ルナリト

第二、外國ニ於ケル瑞西人ノ離婚

外國ニ於ケル瑞西人ノ離婚訴訟ニ付テハ瑞西聯邦ノ會議ハ身分法第四三條
 ニ依リ此點ニ付テハ本國裁判所ノ專屬管轄ナルヲ以テ瑞西人タル夫婦ノ外
 國裁判所ノ判決ハ之ヲ執行スルコトヲ得ストセリ(B. B. 1888 II. S. 774 No. 27.
 IX. S. 775 No. 28)聯邦裁判所宣言シテ曰ク瑞西ハ如何ナル場合ニ於テモ外國
 裁判所ノ離婚判決ヲ認メサルヘカラサル義務ヲ有セスト(A. E. XV S. 126 n.
 127) モーレル亦同意見ヲ有ス(Zeitschrift für schweizerisches Recht N. F. XVIII S.

381) 而シテ第四三條ハ左ノ如ク定ム

離婚ノ訴及ヒ婚姻無効ノ訴ハ夫ノ住所ノ裁判所ニ之ヲ提起スヘシ……
瑞西ニ於ケル住所消滅シタルトキハ訴ハ之ヲ夫ノ本國(市民)地又ハ其最後
ノ瑞西住所地ニ起スコトヲ得

瑞西大審院カ最近ニ此四三條ヲ解釋シタル文ニ曰ク(A. E. XV S. 126)

瑞西人タル夫婦カ外國ニ住スルトキト雖モ離婚事件ニ付テハ法律上常ニ
專ラ瑞西裁判權ニ服従スヘキモノナリトスルコト假令正當ニアラストス
ルモ第四三條ハ決シテ外國離婚判決ヲ瑞西法ニ於テ執行セサルヘカラス
トハ規定セサルナリ

ヘルン控訴破棄裁判所モ亦瑞西人間ノ婚姻ニ付テ外國裁判所ノ爲シタル離
婚判決ハ瑞西ニ於テハ執行スルコト能ハサルモノトセリ(Z. für intern. Priv. r.
Strafr. X S. 492 u. 493)

瑞西各州代議士委員會カ瑞西ニ承認セラレサリシ亞米利加ノ離婚判決ニ付
テ下ノ如キ意見ヲ發表シタルハ實ニ當ヲ得タルモノナリ(B. B. 1888 III. S. 249)

聯邦會議ノ根本的決定ニ全ク反對スルニアラスト雖モ吾人ハ此決定ハ變
更スヘカラサルモノニアラスト爲シ又聯邦會議ハ此決定ニ因リテ國際關
係ヲ困難ナラシメ又亞米利加若クハ其他ノ國ニ於ケル我多數國民ノ不便
ヲ與フルコトニ慮リテ尙本件ヲ再考センコトヲ希望スルモノナリ

近時ハーゼル民事裁判所 (Revue der Gerichtspraxis XVIII No. 28; Z. für internat.
Privat- u. Strafrecht. X S. 86-89) ハ瑞西夫婦ニ對シチュービンゲンニ於テ宣告セ
ラレタル離婚判決ノ瑞西ニ承認セラレサルヘカラサルコトヲ宣言セリ何ト
ナレハ第四三條ハ專屬管轄ヲ定メタルモノニアラサレハナリ此離婚セラレ
タル瑞西人タル夫婦ハ獨逸ニ於テ再婚スルコトヲ得而シテ此離婚ヲ登記ス
ルコトヲ拒絕シタル身分官吏ハ其結果トシテ瑞西法ニ從ヘハ離婚セラレサ
ル夫婦ノ二個ノ婚姻ヲ法律上有効ノモノトシテ登記セサルヘカラサルヘシ
ト此瑞西裁判所ノ新判決ハ瑞西法現況ノ甚疑ハシキ地位ヲ顯ハスモノナリ
(尙 B. B. 1897 I. S. 372 參照)

要スルニ瑞西人タル夫婦ニ對スル外國ノ離婚判決ヲ瑞西ニ於テハ絕對ニ之

ヲ無効ト看做スコトノ不當ナルハ敢テ疑フヘカラサルナリ余ハ信ス本國裁判籍ノ外尙一八二一年瑞西各州間條約ニ定メタルカ如ク本國ハ條約ニ基キ又ハ臨時ニ適當ナル時及ヒ特別ノ場合ニ(裁判權委託ヲ宣言スヘシトシタル思想ヲ尙國際關係ニモ應用シ得ヘカリシナラン

第十節 ボフルモン、ビエヌ事件

Bluntschli, Deutsche Naturalisation einer separierten Französin u. Wirkungen der Naturalisation. Beleuchtung einer Frage des internationalen Rechts (Heidelberg 1876)

De Mauro, Questione di diritto internazionale privato: se una donna francese separata di persona col marito può far-i naturalizzare senza autorizzazione in paese straniero, in specie in Germania, e contrarvi un secondo matrimonio. Lettera al barone Holzendorf (Catania 1876)

De Folleville, Un mot sur le procès de madame la princesse de Bauffremont, aujourd'hui princesse Bibesco. (Paris 1876)

C. F. Gabba, Il secondo matrimonio della principessa di Bauffremont et il diritto internazionale. Monitore del Tribunale. XVIII.

Holzendorf, Der Rechtsfall der Fürstin Bibesco (früheren Fürstin Bauffremont). Ein Gutachten (München 1876)

A. Stölzel, Wiederverheiratung eines beständig von Tisch u. Bett getrennten Ehegatten (Berlin 1876)

A. Teichmann, Étude sur l'affaire de Bauffremont, envisagée au point de vue des législations française et allemande (Halle 1876)

Bolin, Mémoire pour le prince et la princesse Bibesco (Bruxelles 1880)

別居ノ佛蘭西人婦人ノ歸化及ヒ再婚ニ付テ生シタル抵觸問題ハ國際法上大ニ注目ヲ惹ケリ此事件ハ當時非常ニ重要視セラレ遂ニ佛國ノ法律變更ヲ促スニ至レリ其實ハ一白耳義婦人ナルカラマン伯ノ嬢佛國人タルボフルモン侯ト婚姻セリ然ルニ一八七四年佛國裁判所ニ於テ別居 (séparation de corps et de biens) ノ判決ヲ得タリ是ニ於テカ夫人ハ其住所ヲ變更シ獨逸ニ至リ一八七五年ザクセン公國アルテンブルグニ於テ獨逸ニ歸化セリ而シテ一八七五年夫人ハ伯林ニ於テルーンニアンノビエスコ侯ト第二ノ婚姻ヲ爲セリ是ニ於テカ此再婚ハ有效ナリヤ否ヤノ問題生セリ此法律事實ヲ解釋スルニ當リテ左ノ如キ理由援用セラレタリ

一、歸化ハ國法上ノ一行爲ナリ而シテ其有效無効ニ付テハ獨リ歸化國ノ官廳之ヲ決スヘキモノナリ (Bluntschli)

二、別居ノ妻ハ其住所及ヒ其入ラントスル國籍ヲ撰フノ權アリ (Folleville)

尙此種ノ學者中佛蘭西古法ニ從ヒ過失ナキ配偶者ノ一方ハ過失アル他方

ノ許可ナクシテ寺庵ニ入ルコトヲ得トセリ而シテ歸化ノ效果ヤ之ニ比ス
レハ尠小ナリ故ニ勿論之ヲ爲スコトヲ得又別居ノ佛蘭西婦人ハ外國ニ住
所ヲ撰フコトヲ得而シテ其結果トシテ屢直チニ歸化トナル又法律ニ何等
規定ナキトキハ直接歸化ハ之ヲ爲スコトヲ得ト看做サ、ルヘカラス而シ
テ別居ノ夫ヲシテ別居ノ妻ニ對シテ尙依然其權力ヲ行ハシメ之ヲ單ニ夫
ノ愛憎ニ一任スルハ是レ別居ノ性質ニ反スルモノナリトセリ、
三、歸化ニ因リテ侯爵夫人ハ獨逸人トナリタリ從テ身分權ニ關シテハ住所
地法ニ從フモノナリ而シテ佛法ニ依リテ成立セル妻ノ獨立制限ハ是ニ依
リテ消滅ス (Holzendorf)

他方ニ於テ伯林ノストルチエル及ヒバーゼルノタイヒマンハ此第二ノ婚姻
ハ獨逸佛蘭西ニ法ニ依リ無効ナリトセリ而シテ實際佛蘭西裁判所モ此意味ニ
於テ判決セリ (1876)

一八九三年二月六日佛國ニ於テハ前ニ引用セル一ノ法律公布セラレタリ之
ニ依レハ別居ノ妻ハ夫ノ親族權ノ下ニ立タストセリ (W. Cahn, Das R. G. über

Erwerbung u. Verlust der Reichsangehörigkeit 2 Aufl. S. 77) 此法律ハ下ノ如ク定ム(佛民

第三一一條改正)

別居ハ常ニ財産分離ヲ包含ス且ツ別居ノ効果トシテ妻ハ夫又ハ裁判所ノ
許可ヲ要セス其私法上ノ能力ヲ全ク行使スルコトヲ得

尙ホ此點ニ付テハ Journal de dr. i. XX P. 1135 ヲ参照スヘシ

此一大國際問題ハセイヌ民事裁判所ノ判決ニ依リテ終局セリ(一八七六年八
月一六日尙ホ Pihier, Le divorce et la separation de corps en droit international privé
(Diss. Lausanne 1887) S. 297 ヲ参照スヘシ

第十一節 離婚ニ關スル第三列國會議草案

Rapport Renault Actes 1900 p. 207.

條約草案離婚及ヒ別居ニ關スル法律及ヒ裁判管轄ノ抵觸ヲ規定スル條約草
案ノ定ムルトコロ左ノ如シ

第一條、夫婦ハ其本國法並ニ訴訟地法カ共ニ離婚ヲ認ムルトキニアラス
ンハ離婚ノ訴ヲ爲スヲ得ス

別居ニ付テモ亦同シ

第二條 離婚ハ夫婦ノ本國法並ニ訴訟地法ニ依リテ同時ニ認めラル、場合ニアラサレハ之ヲ請求スルコトヲ得ス

別居ニ付テモ亦同シ

第三條 第一條第二條ノ規定ニ拘ラス訴訟地法カ之ヲ命シ又ハ許ストキハ本國法ノミニ從フヘシ

第四條 前數條ニ規定セル本國法ハ夫婦又ハ其一方カ他ノ國籍ヲ有セシ間ニ生シタル事實ニ離婚又ハ別居ノ原因タル性質ヲ與フル爲ニ之ヲ援用スルコトヲ得ス

第五條 離婚又ハ別居ノ訴ハ左ノ裁判所ニ之ヲ提起スルコトヲ得

一、夫婦ノ本國法ニ依ル管轄裁判所

二、夫婦ノ住所地ノ管轄裁判所、若シ夫婦ノ本國法ニ從ヒ夫婦カ同一ノ住所ヲ有セサルトキハ管轄裁判所ハ被告ノ住所ノ裁判所トス、離婚又ハ別居ノ原因カ生シタル後住所ノ遺棄又ハ變更アリタルトキハ訴ハ尚

ホ最後ノ共通住所ノ管轄裁判所ニ提起スルコトヲ得然レトモ本國裁判所カ離婚又ハ別居ニ付テ獨リ管轄權ヲ有スルトキハ此管轄權ヲ留保ス、本國管轄裁判所ニ離婚又ハ別居ノ訴ヲ起ス能ハサル婚姻ニ付テハ外國裁判所管轄ヲ保有ス

第六條 夫婦カ住所ヲ有スル國ニ於テハ離婚又ハ別居ノ訴ヲ起スコト能ハサル場合ト雖モ夫婦ハ各此國ノ裁判所ニ共同生活停止ニ關スル法律ノ規定セル臨時處分ヲ請求スルコトヲ得、此處分ハ一年內ニ本國裁判所カ之ヲ確認シタルトキハ保有セラルヘシ但シ住所地法カ認ムル期間ヲ超ユルコトナシ、

第七條 第五條ノ規定ニ依リ管轄權ヲ有スル裁判所ノ宣告シタル離婚又ハ別居ハ到ル處承認セラルヘシ但シ本條約ノ規定ニ準據シタルコトヲ要ス又缺席判決ノ場合ニ於テハ被告カ外國判決ヲ承認スル爲メニ其本國法ノ規定セル特別規定ニ從ヒ召喚セラレタルコトヲ要ス
行政官廳ノ爲シタル離婚及ヒ別居ハ若シ各夫婦ノ本國法カ此ノ如キ離

第八條 夫婦カ同一國籍ヲ有セサルトキハ前數條ノ規定ノ適用ニ關シテハ夫婦ノ最後ノ共通法ヲ以テ其本國法ト看做ス

第九條 本條約ハ締盟國ノ一ニ提起セラレタル離婚又ハ別居ノ訴ニシテ少クトモ訴訟者ノ一方カ締盟國民ナルトキニ於テノミ適用ス

第十條 締盟國ノ歐羅巴領土ニノミ適用セララルヘキ本條約ハ批准セララルヘキモノトス而シテ批准書ハ締盟國ノ過半ニ適當ナル時期ニ於テ速カニ海牙ニ寄托セララルヘキモノトス

此寄托批准書ニ付キ一通ノ保管證書ヲ作り其認證騰本一通ヲ外交手續ニ依リ各締盟國ニ交付スヘシ

第十一條 國際私法第三列國會議ニ代表者ヲ出シタルモ條約ニ調印セザリシ國ハ何等ノ條件ヲ要セス直チニ條約ニ加入スルコトヲ得
條約ニ加入セント欲スル國ハ………マテニ和蘭政府記録所ニ寄托

セララルヘキ公文ニ依リテ其意思ヲ通知スヘシ而シテ和蘭政府ハ其認證騰本ヲ外交手續ニ依リ各締盟國ニ送附スヘシ

第十二條 本條約ハ批准書寄托又ハ加入通知ノ時ヨリ六十日ヲ以テ施行セララルヘシ

第十三條 本條約ノ期間ハ批准書寄托ノ時ヨリ五年タルヘシ
前項ノ期間ハ此時ヨリ後ニ批准書ヲ寄托シ又ハ後ニ加入シタル國ニ對シテモ前項批准書寄托ノ時ヨリ始マルヘキモノトス

本條約ハ解約通知ナキトキハ五年毎ニ默示ニテ更新スヘシ
解約通知ハ前數項ニ規定セル期間ノ終期前六箇月前ニ和蘭政府ニ爲スコトヲ要ス而シテ和蘭政府ハ他締盟國ニ之ヲ通知スヘシ

解約ハ之ヲ爲シタル國ニ付テノミ其効力ヲ生スヘシ而シテ條約ハ他ノ國家ニ對シテハ依然其効力ヲ有スヘシ

一九〇二年七月一二日ノ確定條文ニ於テ第一一條第二項ノ條約加入期限ヲ

一九〇四年一月三日トセリ

理論上國際離婚問題解決ノ方法ニ四アリ即チ左ノ如シ

第一、住所裁判所管轄住所地法適用

第二、住所裁判所管轄本國法適用

第三、住所裁判所管轄住所地及本國法二法ノ共通離婚原因適用

第四、本國裁判所管轄本國法適用

余ノ最モ正鵠ヲ得タリト爲ス提案ハ國際法協會ノ意見ニ基クモノナリ即チ協會ノ婚姻離婚事件法律抵觸ニ關スル國際規定ハ左ノ二規則ヲ定メタリ

第一七條 離婚ヲ法律上許スヘキヤ否ヤハ夫婦ノ本國法ニ依ル

第一八條 離婚カ本國法ニ依リテ許サルヘキモノナルトキハ其離婚ノ原因ハ訴ヲ提起シタル地ノ法律ニ依ルヘシ

余ノ見ルトコロニ依レハ此國際法協會ノ解釋ハ國際法上相抗爭セル二主義ヲ最モ巧ニ調和セルモノナリ而シテ余ハ此點ニ於テ最モ此解釋ニ同情ヲ表スルモノナリ

此解釋ハ左ノ卓越セル理由ヲ有スルモノナリ

イ、此解釋ハ人ト其本國トノ密接ナル關係ヲ慮リ又他方ニ於テハ住所地法ニ適當ナル注意ヲ與ヘタリ

ロ、此點ニ付テハ一大先決問題ハ本國法カ抑々離婚ヲ許スヤ否ヤニアリ之ニ比シテ離婚ノ各原因ハ其詳細又ハ策二位ノ着目點ト見做サ、ルヘカラス舊教主義ノ意見ハ恰モ此主義ニ依リテ保護セラレタリ何トナレハ是ニ依リテ舊教徒ノ離婚ノ訴ハ新教國ニ於テ單純ナル住所地法ノ見地ヨリ受理セラレ能ハサレハナリ余ハ信ス此事タル實ニ舊教主義ノ見解ヨリシテモ大ニ尊重スヘキ觀察點タルコトヲ

ハ、此協會ノ解釋ハ判決ヲ爲ス裁判官カ自己ノ知悉セサル法律ヲ適用スルノ不必要ナル強制ヲ受ケサル點ニ於テモ實際ニ適ヒ又至テ巧妙ナルモノタリ

尙ホ又國際私法問題ヲ生スル婚姻爭訟事件ニ付テハ一ノ國際裁判所ヲ設立スヘントノ提案出テタリ之ニ付テハバール(Bair, I. S. 502-504)ヲ參照スヘシ是レ疑モナク一ノ空想ニ過キスシテ如何ナル國ト雖モ之ニ參同スルモノナカル

ヘシ而シテ余モ亦カカル妄想的觀念ハ之ヲ解スルコト能ハサルカ故ニ爰ニ之ヲ深ク論スルノ要ヲ見サルナリ然レトモレール (Lehr, Journal XI 49-56: D'un projet de règlement international en matière de mariage.)ハ此思想ヲ眞面目ニ主張セリ海牙會議ニ於テハ此ノ如キ說ヲ唱ヘタル者一人モナカリキ故ニ此思想ハ今ヤ埋没セルモノト認ムヘシ

前掲條文ニ於テ見ルカ如ク海牙列國會議ハ國際法協會ノ主義ヲ採用セスシテ更ニ一新主義ヲ採レリ(第二條是ヨリ先第二列國會議ハ本國及ヒ住所地ノ離婚原因カ符合スルコトヲ必要トセリ然レトモ此解釋ハ非常ニ複雑ナルノ大缺點アルモノナリ此解決ヲ各場合ニ適用スルニ方リニ法律ノ共合ヲ證明スルコトハ非常ニ困難ナリ尙ホパール (Bar I. S. 502 Ann. 38)ヲ參照スヘシ余ハ此第二列國會議草案第二條ノ規定ニ付テハ大ニ反對シタリ (Meili, Das internationale Privatrecht u. die Staatenkonferenzen in Haag S. 51-54)然レトモ此觀念ハ移リテ獨逸民法施行法一七條第四項及ヒ瑞西民法草案第一六七條ノ規定トナレリ余ハ自著 Die Kodifikation des schweizerischen Privatrechts S. 120.ニ於テ之

ニ反對ノ見解ヲ採レリ

第三列國會議ノ發明ニカ、ル第二條ノ解決ハ第二會議ノ見解ニ比シテ一步ヲ進メタルモノナルコトハ敢テ疑ヲ容レサルナリ即チ此新見解ニ依レハ一離婚原因ニ付テニ法律カ合致スルコトヲ必要トセサルナリ唯本國法ニ從ヒテ一原因アリ又住所地法ニ從ヒテ一原因アルヲ以テ足レリトスルナリ即チ各一個ノ原因ハ之ヲ半原因 (demi-cause)ト看做スヘキモノニシテ二原因合シテ國際法上全一原因ヲ成スモノナリ此見解ハ余カ一九〇〇年ノ列國會議ニ於テ爲シタルカ如ク本國法ト住所地法トノ間ニ或調和ヲ爲シタルモノト云フコトヲ得而シテ余ハ單ニ此點ニ於テノミ此第二條ヲ賞讃スルモノナリ (Actes 1900 p. 193)第三會議評議委員會ニ於テ余ハ大ニ國際法協會ノ決議ヲ主張セリ而シテ今日尙ホ余ハ之ヲ以テ一層正鵠ヲ得タルモノトナスナリ (Be-nicht von Renault, Actes 1900. p. 208 參照此二個半原因ノ見解ハ余ノ見ルトコロヲ以テスレハ大ニ細工的ニシテ又複雜ナリ而シテ余ハ深ク之ヲ驗スルニ從ヒ益其不満足ヲ感ス、要スルニ第二條ハ思想ヲ明瞭ニ顯ハサ、ルモノナリ、若シ

瑞西ニシテ此條約ニ加入センカ其規定第七條ニ依リ瑞西身分及ヒ婚姻法第五六條ハ離婚訴訟ニ關シテハ其效力ヲ失フモノナリ余ハ此事實ニ付テハ海牙ニ於テ特ニ之ヲ注意セリ (Actes 1900 p. 194)

第十二節 親權

Bar, I S. 534.

Pillet, De la déchéance de la puissance paternelle considérée au point de vue international in Journal de dr. i. XIX p. 5-33.

第一、親權ハ父ノ屬人法ニ依リテ之ヲ決ス(父カ死亡シタルトキハ母ノ屬人法)然レトモ時トシテハ本國法行ハレ時トシテハ住所地法行ハル、

親權ハ(イ)嫡出子(ロ)正認セラレタル子又ハ養子(ハ)任意的私法上ノ認知(若シ法律上許サル、ナラハ)ニ依リ又ハ裁判所ノ判決ニ依リ嫡出子ト根本上同様に認メラレタル子ニ對シテ成立ス

爰ニ問題トナルハ何人ニ親權ハ屬スルヤ如何ナル原因ニ依リ親權ハ消滅スルヤ又親權ヨリ如何ナル權利義務ヲ生スルヤニアリ

抑々親權ハ親族法ト最密ノ關係ヲ有ス故ニ之ニ付テハ本國法カ唯一ニ適當ナルモノナリト論スルハ理ノ明カナルモノナリ而シテ實際適當ナル理由アリテ存ス此主義ニ據ルモノハ左ノ如シ

イ、獨逸法、施行法第一九條ハ左ノ如ク定ム

兩親及ヒ嫡出子間ノ法律關係ハ父カ又父死去シタル場合ニ於テ母カ帝國國籍ヲ有スルトキハ獨逸法ニ依リテ之ヲ定ム父又ハ母ノ帝國國籍カ消滅シタル場合ニ子ノ帝國國籍猶ホ存在スルトキ亦同シ

ロ、伊太利法、(法例第六條)

奧國法ニ付テハ學者ノ意見一様ナラスエツテル (Jettel, Handbuch des internationalen Privatrechts S. 35) 曰ク親子間ノ關係ハ父ノ屬人法ニ依リテ之ヲ定ムヘシ換言スレハ奧國ニ行ハル、見解ニ依レハ父カ屬スル國ノ法律ニ依リテ之ヲ定ムヘキモノナリ而シテ此事タル親權ノ成立及ヒ其範圍ニ付テモ適用セラルト然ルニ氏ハ此結論ニ一制限ヲ加ヘテ曰ク滯留地ニ行ハル、法律カ過甚ナル身體上ノ懲戒權ヲ認メサル如キ場合ニ於テハ之ヲ認ムル父ノ

屬人法ヲ主張スルコトヲ得スト、又ウンゲル (Unger, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts I § 23 S. 195) ハ左ノ如キ區別ヲ爲セリ

イ、婚姻中ノ懐胎ニ依ル親權ノ成立、之ニ關シテハ子ノ出生ノ時ニ於ケル夫ノ住所ニ依リテ之ヲ定ム

ロ、親權ノ範圍、之ニ付テハ父ノ現時ノ住所ノ法律ニ依リテ之ヲ定ム
瑞西法ハ居住居留民法第九條ニ之ヲ規定ス即チ左ノ如シ

親權ハ住所ノ法律ニ依リテ之ヲ定ム

要之子ノ養育、從順義務及ヒ懲戒ニ關スル權利ニ付テハ實際上住所地法カ之ニ或ル影響ヲ及ホスコトヲ容ルサ、ルヘカラス(佛民第三七六條第三七七條參照)即チ(イ)父ノ本國法或ハ此點ニ付テ住所地法ヨリ大ナル權利ヲ與フルコトアリ此場合ニ於テハ本國法ハ住所地法ニ依リテ緩和セラルヘキモノトセサルヘカラス(ロ)又或ハ住所地法カ本國法ヨリ大ナル權利ヲ定ムルコトアリ此場合ニ於テハ父ノ本國法ヲ進ムルコトナシ何トナレハ此場合ニ於テハ準據法タル本國法カ既ニ極小ノ權利ヲ以テ満足スルモノナレハナリ、今日ノ實

際ニ於テモ學者皆夫ノ公ノ秩序ナル一種ノ幻術方式ヲ用キテ之ト同様ノ結論ニ達セリ、然レトモ此ノ如キ辯論ニ據ルコトヲ止メ單ニ本國法ハ親權行使ノ範圍ヲ定ムルコトヲ得サルモノト認ムルヲ以テ正當トスヘシ、若シ本國ニ於テ裁判ヲ以テ確定的ニ父權ヲ剝奪セラレタル外國人カ瑞西ニ轉住シタリトセンカ此外國人ハ其住所變更ニ依リ直チニ再ヒ親權ヲ獲得スルヲ得ス其理由ハ本國カ親權ヲ剝奪シタルカ故ニ新住所地法ノ下ニ於テハ最早其親權ノ内容ニ關スル問題生セサルナリ何トナレハ親權剝奪セラル、トキハ其内容消滅スレハナリ、此點ニ付テハ尙ホ又瑞西居住居留民法第四條第二項ヲ參照セサルヘカラス

第二、子ノ財産上ニ有スル親權者ノ權利ノ内容ニ付テモ亦(用益管理)父ノ屬人法(父死シタルトキハ母ノ)ニ依リテ之ヲ定ム

英米法ハ此點ニ付テモ尙ホ動産不動産ノ區別ヲ爲ス即チ父權ハ動産ニ付テハ父ノ住所地法ニ依リ不動産ニ付テハ其所在地法ニ依ル、ストーリーハ此節單唯一ノ原則ヲ以テ能ク總テノ難ヲ解決スルコトヲ得トセリ (Story § 163)

ホワルトン亦參照スヘシ(Wharton § 255)尙ホ爰ニ一ノ問題アリ即チ父ノ國籍變更アリタル場合ニ父ノ法律上ノ地位ハ從來成立セル財產權ニ付テモ猶ホ新法ニ從フモノナリヤ是ナリ此問題ニ對シ獨逸民法草案第二三條ゲーブハルド案)ハ肯定ノ答ヲ爲シ左ノ如ク規定セリ

第一章案、親子間ノ人的關係及ヒ親カ子ノ財產上ニ有スル權利ハ親カ各時屬スル國ノ法律ニ依リテ之ヲ定ム、國籍變更アリタルトキハ子カ既ニ有スル財產ニ付テノ權利モ變更ス

第二章案、親ト嫡出子トノ法律關係ハ父ノ屬スル國ノ法律ニ依リテ之ヲ定ム、父死亡シタルトキハ母ノ屬スル國ノ法律ニ依ル、親カ國籍ヲ變更シタルトキハ子カ既ニ有スル財產ニ付テモ親カ新タニ國民トナルヘキ國ノ法律ニ依ル

然レトモ此規定ハ獨逸民法施行法ニハ移サレサリキ、抑々經濟上ノ關係ニ於ケル父ノ地位ハ法律カ定ムル(契約ニアラス)一ノ恒久地位ノ必然ノ結果タルコトヲ思ハハ此草案ノ規定ハ實ニ當ヲ得タルモノト云ハサルヘカラサルナ

リ即チ此法律ハ經濟關係ニ於ケル父ノ法律上ノ地位ヲ定ムルモノナリ故ニ子ノ出生ノ時期ハ何等ノ關係ヲ有セス又子ノ財產取得ノ時期ヲ區別シ各當時ノ屬人法ニ依ラシムヘカラサルハ當然タリ、固ヨリ之ニ依リテ或ル不正ノ結果ヲ生スルコトナシトセサルナリ(Wharton § 256 參照)然レトモ此結果ハ最モ惡シキ場合ニ於テモ新舊屬人法ノ下ニ於テ取得シタル全財產ニ對シテ管理利益ノ後見特權(Vogtprivilegium)ヲ設定シテ以テ之ヲ拒クコトヲ得ヘシ、要スルニ本問ハ恒久永續ノ財產管理ニシテ屬人法ノ變更ニ因リテ之ヲ數部ニ分割スヘキモノニアラサルナリ

註、ローランハ本國法主義ヲ採リ(Hohn II Nr. 646)テ曰ケルソ住所地法ヲ斥ケ本國法ヲ適用スルノ合理ナルコト此事項ニ關ルモノアラサルヘシトトイイエール亦之ト説キ同フス(Henry Fauchère, Traité de la puissance paternelle 1898 p. 21)

第十三節 後見

Gabba, Report of thirteenth Conference in der Association 1887 S. 150-146.
S. de Blonay, Essai sur la tutelle en droit international privé (Dissert. Laus. 1881)
Loiseau, Traité de la tutelle en droit international (Paris 1887)

第壹編 本論 第壹部 國際民法 第三章 親族法 第十三節 後見

第一、内國ニ在ル外國人及ヒ外國ニ在ル内國人ヲ後見ニ附スルノ法ハ屬人法ニ依ル、

國際後見法問題ヲ決定セントスルニ方リテヤ吾人ハ直チニ本事項カ一種ノ特質ヲ有スルコトヲ知ル、此事項ニ關スル問題ハ單ニ孰レノ制法ヲ各場合ニ適用スヘキヤト云フニ止ラスシテ尙ホ著シク廣汎ナル範圍ヲ有スルモノナリ何トナレハ抑々後見ハ原則トシテ或一定ノ期間行動スヘキ機關的裝置ヲ要スレハナリ而シテ實體法ト裁判所トヲ分離スルコト此場合ニ於テ殊ニ困難ナリ此後見自身ノ問題ハ親族法上ノ問題ナリト雖モ或人カ後見ニ附セラレタルニ依リ又ハ後見ヲ附スヘキ正當ナル原因ニ依リ行爲能力者ナルヤ又ハ行爲無能力者ナルヤノ問題ハ人事法ニ屬ス

理論上又制法ニ關セス後見事項ヲ巨細ニ檢スルトキハ次ノ如キ問題ヲ生ス

イ、如何ナル原因ニ依リ後見ハ開始實行又終了セサルヘカラサルヤ

ロ、後見ノ手續如何

ハ、何人カ後見人トナリ得ルヤ

ニ、如何ナル官廳カ後見人ヲ監督スルヤ

ホ、如何ニ後見人及ヒ官廳ハ責任ヲ負フヤ

ヘ、被後見人ノ擔保如何

抑モ後見ナル觀念ハ左ノモノヲ含ム

イ、普通後見 此後見ニ屬スルモノハ未成年者ノ後見並ニ身體上ノ缺點ヲ

有スル者、浪費者及ヒ任意ニ後見ノ下ニ立ツ者ノ後見是ナリ

ロ、特別後見 此後見ニ屬スルモノハ胎兒後見(Tutela ventris)不在者ノ後見

夫ノ破産ニ際シ或ハ各個ノ法律行爲ニ付テノ妻ノ一時的國家後見

此(ロ)ニ揭ケタル後見ハ特種ノ後見タリ、殊ニ不在者ハ此後見ニ依リテ行爲無

能力トナルニアラス國家ノ保護及代理ハ存留財産ノ維持ニアリ而シテ不在

者カ別ニ維持方法ヲ定メタルトキハ之ニ及ハサルナリ

爰ニ説明セル後見ノ中ニ入ラサルモノハ左ノ如シ

イ、夫カ妻ノ止ニ有スル婚姻の後見 是レ人事法ノ一部ヲ成スモノナリ

ロ、好意後見 (Tutelle officieuse) 是レ養子ノ前階トモ稱スルコトヲ得ヘシ(佛

民法第三六一條

ハ、推定ノ父ヨリ嫡正ヲ爭ハル、子ノ特別代理、此争ニ付テハ父カ屬スル法律(及ヒ裁判所)ニ依ル、此所ハ母及ヒ子ニ對シテ之ヲ爲スコトヲ得、瑞西居住居留民法第八條ニ依レハ此事更ニ疑ヲ容レサルナリ何トナレハ人ノ親族上ノ地位ハ總テ一般ニ本國法(及ヒ本國裁判所)ニ依レハナリ(尙ホ 田四 XIX S. 93 參照)

ニ、相續人ノ曠缺セル相續財産ノ代理、之ニ付テハ被相續人ノ屬人法適用セラル然レトモ相續財産ノ一部ノ所在セル國ハ臨時管理人ヲ置クコトヲ得 (Bar II. S. 353)

普通ノ國家ノ後見ト親カ未成年ノ子ニ對シテ有スル所謂自然後見トハ之ヲ區別セサルヘカラス、之ニ付テハ伊太利民法第二二〇條及ヒ獨逸民法第一六八四條ヲ參照スヘシ、此權利ハ人事法及ヒ親族法ト密接ノ關係ヲ有スルモノト言フヲ得ヘシ

後見人ノ權能例ヘハ如何ナル法律行爲ハ官廳ノ許可ヲ要スルヤ又後見ノ時

期ヲ超エル不動産ノ貸借契約ハ如何ナル範圍ニ於テ有效ナリヤノ問題ハ後見ノ從フ國ノ法律ニ依リテ之ヲ決ス、此第二例ニ於テ相手方ハ同シク此法律ヲ熟知セサルヘカラス茲ニハ物ノ所在地法ハ適用セラレサルナリ (Bar I. S. 572) 又後見人ノ法律上ノ責任ニ付テモ亦同シ

第二、正當ナル見解ニ從ヘハ精神病者ノ禁治産ハ特別ノ地位ヲ有スルモノナリ、

國際法上ハ普通ヨリモ一層精確ニ各種ノ後見ヲ區別セサルヘカラス、夫ノ未成年者ノ後見ト成年者ノ禁治産トヲ全然同様ニ取扱フハ誤ナリ、殊ニ精神病者ニ付テハ屬地法カ臨時處分トシテ或作用ヲ爲スコトヲ得ルナリ何トナレハ是レ公ノ警察規則ノ問題ニ關スレハナリ、此ノ理由ニ基キ此ノ如キ後見ヨリ生スル制限ハ當然屬地法ニ從フモノナリ、然レトモ條約アルニアラスンハ外國ニ於テ精神病ノ爲ニ後見ヲ設ケタルノ事實ノミニテハ未タ以テ他國ヲシテ其後見ヲ認メシムルコトヲ得サルハ明カナリ、實際ニ於テモ財産ノ所在セル國家ハ他國ニ先ンシ、其設定シタル後見ヲ理由トシ、財産ヲ引渡サ、ルヘ

之ニ關シテハ猶ホ一八八二年佛瑞間精神病者及ヒ遺兒無償取扱條約ヲ舉ケサルヘカラス (O.E.S.N.F. VII. S. 186)

第三、現時ノ各國法況ニ付テハ左ノ如シ尙ホ瑞西ニ付テハ後節特ニ之ヲ説明スヘシ、

一、獨逸法ハ左ノ二規則ヲ設ク

イ、獨逸人ハ外國ニ於テ禁治産者トナルコトヲ得ス、獨逸民事訴訟法ハ反對

ニ外國ニ住スル獨逸人ノ禁治産ニ付テモ猶ホ内國ニ裁判管轄ヲ設ケタリ

(第六四八條)

ロ、獨逸ハ若シ外國人カ獨逸ニ住所ヲ有シ若クハ居留スル場合ニ於テハ之

ヲ禁治産者ト爲スノ權アリトセリ

又一八九八年ノ非訟事件ニ關スル獨逸法ニハ左ノ規定ヲ有ス

第三六條、後見ニ關シテハ被後見人カ後見設定ヲ要シタル時ニ其住所ヲ

有シタル地ノ裁判所、若シ又内國ニ住所ナキトキハ其居所ヲ有シタル地

ノ裁判所之レカ管轄タリ、數ケノ後見裁判所區域ニ住所又ハ居所ヲ有スル兄弟姉妹ニ對シ一ノ後見ヲ設定スヘキトキニ於テ若シ被後見人ノ一人ニ付テ既ニ後見カ裁判所ニ繫レルトキハ此後見ノ管轄裁判所、又其他ノ場合ニ於テハ最年少ノ被後見人カ住所又ハ居所ヲ有スル地ノ裁判所總テノ兄弟姉妹ニ付テ管轄ヲ有ス

被後見人カ獨逸人ニシテ内國ニ住所居所ヲ有セザルトキハ被後見人カ最後ノ内國住所ヲ有シタル區域ノ裁判所之レカ管轄タリ、若シ又此ノ如キ住所ナキ場合ニ於テ被後見人カ一聯邦ニ屬スルトキハ各聯邦司法行政廳、又其他ノ場合ニ於テハ帝國宰相之レカ管轄裁判所ヲ定ム、身分不知ノ未成年者ノ後見ニ付テハ其未成年者ノ發見セラレタル區域ノ裁判所之カ管轄タリ

第三七條、或者カ民法第一九〇九條ニ依リテ保佐人ヲ得ヘキ場合ニ於テ此者ニ對スル後見カ或ル内國裁判所ニ繫レルトキハ此裁判所ハ保佐ニ付テモ亦管轄タリ且保佐ニ付テハ第三六條ノ規定ヲ適用ス

外國人ノ保佐ニ付テハ其者ノ後見カ内國裁判所ニ繫ラス且其者カ内國ニ住所及ヒ居所ヲ有セサルトキハ其者ノ保護ノ必要カ生シタル區域ノ裁判所之カ管轄タリ

第四七條 外國ニ住所又ハ居所ヲ有スル獨逸人ニ對シテ民法ノ規定ニ依ル後見カ外國ニ於テ設ケラレタルトキハ被後見人ノ利益ニ從ヒ内國ノ後見ハ之ヲ中止スルコトヲ得外國ニ於テ後見ヲ設ケラレタル獨逸人カ外國ニ住所又ハ居所ヲ有スルトキハ後見ノ繫レル裁判所ハ被後見人ノ利益ニ從ヒ又後見人カ同意ヲ爲シ且外國カ後見引受ヲ宣言スルトキハ其後見ヲ外國ニ引渡スコトヲ得後見人カ同意ヲ拒絕シ又ハ數多ノ後見人カ共同シテ後見ヲ爲ス場合ニ於テ其一人カ同意ヲ拒絕シタルトキハ後見ノ屬スル裁判所ノ代リニ上審級裁判所之ヲ決ス此判決ニ對シテハ攻撃ヲ爲スコトヲ得ス

以上ノ規定ハ保佐ニモ適用セララル、モノナリ
又獨逸民法施行法第八條ハ左ノ如ク定ム

外國人カ内國ニ住所ヲ有シ又ハ住所ナキ場合ニ居所ヲ有スルトキハ内國ニ於テ獨逸法ニ從ヒ之ヲ禁治產者トナスコトヲ得
ト若シ又此者カ數多ノ住所ヲ有スルトキハ最初ニ後見ノ繫リタル裁判所是レカ管轄タリ

且又獨逸法ニ從ヘハ外國カ其本國法ニ從ヒ保護ヲ爲スヘキニモ拘ラス之ヲ爲サル場合ニ於テハ獨逸ハ外國人ニ對シテ後見又ハ保佐ヲ設クルコトヲ得トセリ(施行法第二三條)

二、 奧帝國法第一八三條(一八五四年八月九日)ニハ左ノ如ク定ム
外國人カ奧國ニ未成年ノ子ヲ遺シテ死亡シタルトキハ外國管轄官廳カ他ノ處置ヲ爲スマテ裁判所ハ之ニ對シテ後見ヲ命スヘシ

フリードマンタ(Friedländer, Das Verfahren ausser Streitsachen nach dem Kaiserlichen Patente vom 9 August 1854. 12. Aufg.)ハ此規定ニ付テ言テ曰ク個人ノ特質及關係ニ關スル人事法ハ其人カ臣民トシテ屬スル國ノ法律ニ從フヘキモノナルニモ拘ラス猶ホ本條ノ後見的行爲ヲ生スルモノナリト猶ホ附記シテ曰ク奧國ニ

在ル成年ノ外國人ニ對シテモ其管轄外國官廳カ他ノ處置ヲ爲スマテハ後見又ハ保佐ヲ命スヘシ而シテ此場合ニ於テ其外國カ埃國臣民ニ對シテ爲ス處置如何ヲ省ミサルナリト

又一八九五年埃國裁判管轄法第一〇九條ハ左ノ如ク定ム

後見人又ハ保佐人ノ任命其他後見及ヒ保佐官廳ニ屬スル職務行使ハ未成年者又ハ被保佐人カ訴訟ニ付テ普通裁判籍ヲ有スル區裁判所之ヲ爲ス若シ内國ニ普通裁判籍ヲ有セザル外國人ニ對シテ後見人又ハ保佐人ヲ命スヘキトキハ其外國人カ住所又ハ居所ヲ有スル區域ノ區裁判所之レカ管轄タリ

然レトモ親權又ハ後見ノ延期、瘋癲白痴又ハ浪費ニ依ル保佐人ノ任命解任ヲ許可又ハ却可スヘキ區裁判所ノ決定ニ對スル判決及ヒ養子縁組ヲ確定シ又ハ國君ノ特典ニ依ル正認請求ノ許可、未成年者又ハ被保佐人ノ不動産讓渡ノ許可ヲ與ヘ若クハ却下スヘキ區裁判所ノ決定ニ對スル判決ハ右管轄區裁判所ノ存在セル區域ノ地方裁判所ニ之ヲ留保ス、此場合ニ於テ區裁

判所ハ其區裁判所決定終結前ニ一件書類ヲ第一審裁判所ニ送附スヘシ

三、伊太利法亦此點ニ付テハ本國法主義ニ依ル即チ伊太利ニ於ケル外國人又外國ニ於ケル伊太利人ノ後見ハ其本國法ニ依リテ之ヲ定ム(法例第六條)未成年ノ一伊太利婦人瑞西ニ於テ住所地法ニ從ヒ後見ニ附セラレ後見人ハ之ニ基キ此婦人カ本國ニ於テ受クヘキ遺產ヲ請求セルニ方リ伊太利政府ハ瑞西政府ニ左ノ如ク答案セリ(B. B. 1891 II S. 539 No. 17)

瑞西州ニ於テ命セラレタル後見人ハ伊太利ニ於テハ之ヲ認ムルコトヲ得ス何トナレハ伊太利法ニ依レハ外國ニ在ル伊國民ニ後見ヲ命スルハ伊太利民法ニ從ハサルヘカラス而シテ伊太利民法ニ依レハ此場合ニ於テ管轄官廳ハ後見人指定ノ權アル最近ノ親族ヨリ成ル親族會ヲ召集セサルヘカラサレハナリ

四、英米法ニ依レハ後見人ノ任命及ヒ被後見人財産ノ管理ハ被後見人ノ住所地法ニ從フ、故ニ後見人ハ外國ニ在ル財産ヲモ管理スルノ權ヲ有ス、ホワルトン(Wharton § 260)亦曰ク被後見人ノ住所地法ニ從ヒ適法ニ設定セラレ

タル後見人ハ總テノ國ニ於テ後見人トシテ認メラルヘシト、又英米裁判所ハ外國ニ住スル內國人ニハ原則トシテ後見人ヲ命スルコトナシ若クハ單ニ其者カ內國ニ財産ヲ有スルトキニノミ之ヲ命ス

五、亞爾然丁民法ハ後見ニ關シテ左ノ如ク定ム

第四〇九條、被後見人ノ財産カ亞爾然丁領土ニ存在スルトキハ共和國裁判所ノ構成セル後見ノ管理ハ一ニ此民法法典ニ從フ

第四一〇條、被後見人カ本邦領土外ニ其動産又ハ不動産ヲ有スルトキハ其管理及ヒ處分ハ其財産處在地ノ法ニ從フ

第十四節 瑞西後見法

瑞西法ハ國際私法上互ニ抗爭セルニ主義ヲ調和セリ、余ノ見ルトコロニ依レハ此主義ハ大ニ尊重スヘキモノトス

第一款 汎論

瑞西居住居留民法ハ大ニ重要ナル規定第一〇條乃至第一八條及ヒ第三三條

ヲ有ス其規定即チ左ノ如シ

第一〇條、後見ニ付テハ第一二條及第一五條ノ場合ノ外後見ニ付セララヘキ者又ハ後見ニ付セラレタル者ノ住所地法ヲ適用ス

第一一條、本法ニ於テ後見法トハ被後見人ノ監護ニ關スル規定并ニ財産ニ關スル規定ヲ謂フ

第一二條、住所地ノ後見官廳ハ本籍州ノ後見官廳ニ後見ノ開始及ヒ終了并ニ被後見人ノ住所變更ヲ通知シ且請求ニ因リ後見ニ關スル一切ノ問題ニ對シ説明ヲ與フヘシ

第一三條、後見ニ付セラレタル未成年者ノ宗教教育ニ關シ聯邦憲法第四九條第三項ノ規定ニ從ヒ處分ヲ爲スヘキトキハ住所地ノ後見官廳ハ此點ニ關シ本籍後見官廳ノ指圖ヲ求メ且之ニ從フヘシ

第一四條、本籍州ノ管轄官廳ハ州外ニ住所ヲ有スル市民ヲ後見ニ付スヘキコトヲ住所州ノ管轄官廳ニ請求スルコトヲ得、此請求ヲ受ケタル官廳ハ住所地ノ法律ニ依リテ後見開始ノ理由アリト見ユヘキトキハ其請求

ニ從フコトヲ要ス

第一五條 住所地ノ官廳カ被後見人ノ身體上又ハ財産上ノ利益又ハ本籍市町村ノ利益ヲ危殆ナラシメ若クハ適當ニ之ヲ保全スルコト能ハサルトキ又ハ子ノ宗教教育ニ關スル本籍官廳ノ指圖ニ從ハサルトキハ本籍官廳ハ後見ヲ自己ニ引渡スヘキ旨ヲ請求スルコトヲ得

第一六條 第一四條及第一五條ニ定メタル本籍官廳ノ請求ニ關スル争訟ハ同官廳ノ訴ニ因リ聯邦裁判所ハ公法裁判所トシテ終審ニ於テ之ヲ決ス、急迫ノ場合ニ於テハ聯邦裁判所長ハ危險ニ瀕セル利益ヲ保護スル爲メ臨時處分ヲ爲ス

第一七條 後見官廳カ被後見人ニ住所ノ變更ヲ認可シタルトキハ後見執行ノ權利義務ハ新住所地ノ官廳ニ移轉ス、被後見人ノ財産ハ之ヲ同官廳ニ交付スヘシ

第一八條 後見ハ同時ニ住所州及本籍州ニ於テ之ヲ爲スヲ得ス

第三六條 瑞西ニ於テ外國人ニ付シタル後見ハ本國管轄官廳ノ請求ニ因

リ同官廳ニ之ヲ引渡スヘシ但其外國カ相互權ヲ與フルトキニ限ル

此規定ハ國際上ニ大主義ヲ調和セシメントスル最モ重要ナル計畫ヲ爲シタルモノナリ即チ原則トシテハ住所地法ニ依ル(第一〇條)ト雖モ此法律ハ又諸種ノ方面ニ於テ本國ニ或程度ノ權利ヲ與ヘタリ、而シテ特ニ重要ナル事實ハ本國ニシテ若シ住所國ニ對等權ヲ與フル以上ハ自ら住所國ニ對シテ後見ノ讓受ヲ請求スルコトヲ得ルニアリ(第三三條)此ノ本國法ヲ以テ住所地法ヲ緩和シタルコトハ極メテ必要ナルモノナリ、此ノ如クニシテ瑞西法ハ最モ巧ミニ相互ノ利益間ニ調和ヲ計リタリ(瑞西政府モ亦自ら言ヘルカ如ク (1891 III S. 561) 人若シ後見制カ公ノ行政ノ一部タルコトヲ願レハ此後見ノ讓受ナルコトハ法律上一ノ興味アル事實ナリト言フヲ正當トス、然レトモ各國ハ固ヨリ此讓受ヲ一般ニ又ハ各場合毎ニ定ムルコトヲ得ルハ更ニ疑フヘカラス

此法律第一八條ニ依レハ本國及住所地ニ於テ同時ニ後見ヲ爲スコトヲ得ス而シテ第一〇條ニ依レハ住所國ハ若シ住所地法、殊ニ瑞西行為能力法第五條

ノ規定ニ從ヒ後見ノ原因アルトキハ後見ヲ設クルノ權利及ヒ義務アリ、然レトモ此法律(居住留民法)第三二條ノ規定ニ依リ第一八條ヲ外國人ニモ準用スルコトハ實際上疑ナキニアラサルナリ何トナレハ瑞西ハ外國官廳ニ對シテ後見ヲ設クルコトヲ禁スルコトヲ得サレハナリ、若シ又外國カ後見ヲ設ケタル場合ニ瑞西亦自ラ立テタル制限ニ束縛セラル、コトナシ、第三三條ハ此場合ニ對スル合理的解決ヲ與フルモノナリ

瑞西ニ於テモ自然後見(父又ハ母ノ)ハ人事法ノ一部トシテ之ヲ留保セリ(居住留民法第三四條)本編第二章第二節ニ爲シタル説明ニ從ヒ瑞西行爲能力法第一〇條第三項ヲ財產法上(故ニ殊ニ親族法ヲ除ク)ノ行爲ニ限ルトキハ其自然ノ結果トシテ身分中ニ入ルヘキ自然後見ノ權利ハ本國法ニ從フヘキモノタリ、之ニ依リテ見レハ本國法カ此後見制度ヲ認ムル場合ニ此居住留民法第一〇條(若クハ行爲能力法第一〇條第三項)ヲ適用スルハ全然當ヲ得サルナリ、故ニ例ヘハ一外國人ノ未亡人カ其未成年ノ子ト俱ニ瑞西ニ住スル場合ニ於テ若シ其本國法カ此婦人ニ後見ノ權ヲ認ムルトキハ瑞西ニ於テモ亦

其子ノ後見人タルコトヲ失ハストスルヲ以テ正當ナル解釋ト爲ス固ヨリ此解釋ハ本國カ此場合ニ直ニ上等後見(又ハ其他同種ノ監督制)ヲ規定セル場合ニ於テ)ヲ爲スヘキコトヲ豫想セルモノナリ、故ニ若シ本國ニシテ此ノ如キ義務ヲ履行セス若クハ住所國ニ自ラ後見ヲ引受クヘキコトヲ求ムル場合ニ於テハ此未亡人ノ權利ハ消滅スルモノナリ、瑞西法ニ於テハ自然後見ノ根據ヲ外國人タル生存配偶者(殊ニ寡婦)カ未成年ノ子ニ親權ヲ行フモノナリトスルヲ得サルナリ何トナレハ此親權ハ居住留民法第九條ニ從ヒ住所地法ニ依ルヘキモノナレハナリ、故ニ外國人タル親ノ自然後見ハ瑞西ニ於テハ是レ人事法上ノ身分問題ナリト云フ觀察點ニノミ據ルコトヲ得ルモノナリ、尙ホ序ニ附言スヘキハ自然後見ハ州際生活ニ於テモ亦認メラル、コトニアリ、然レトモ州際關係ニ於テハ住所地ヲ以テ之ヲ決ス、故ニ住所地法ニ依リ自然後見ノ權成立セルトキハ住所地ノ官廳ハ國家的後見ヲ設クルコトヲ得サルモノナリ (Escher, Das schweizerische interkantonale Privatrecht S. 136 n. 137)

第二款 各論

第一項 瑞西ニ住スル外國人ノ地位

第一、後見ノ成立、效果及ヒ財産管理ハ原則トシテ皆住所地法ニ依ル(居住居留民法第一〇條)

一、外國人タル未成年ノ子ハ瑞西ニ於テ後見ニ付セラル、コトヲ得、自然後見ハ此限ニアラス(其實例トシテハポントレジナニ住セシ英國人ノ未成年ノ子ニ後見ヲ付セリ(B. B. 1890 II S. 148 及ヒ Z. für internationales Privat-u. Strafrecht I S. 492))

二、外國人ハ又浪費ノ故ヲ以テ瑞西ニ於テ保佐人ヲ附セラル、コトヲ得、其實例ハゲンフニ住シタル露西亞婦ニ付テ起レリ(A. E. XIX S. 480)瑞西聯邦裁判所ハ此決定ニ於テ言テ曰ク外國人カ瑞西ニ於テ後見ニ付セラレ得ルコトハ古代ノ法律ヨリ既ニ其例アリ而シテ此事ハ夫ノ行為能力法第一〇條第二項及ヒ第三項ヲ留保セル居住居留民法第三四條ト抵觸スト云フヲ

得サルナリ此留保ハ實際ニ於テ人ノ身分ニ關スルモノナリト、尙ホ決定ノ論スルトコロヲ掲クレハ左ノ如シ

此解釋ハ特ニ瑞西憲法第四六條ニ掲ケタル原則ト一致ス即チ瑞西ニ住スル者ハ私法關係ニ於テハ原則トシテ其住所地ノ裁判所及ヒ法律ニ服從スルモノナリ、又此解釋ハ全住民瑞西人及ヒ外國人ノ平等取扱ノ原則及ヒ居住外國人ニ完全ナル權利保護ヲ擔保スルノ必要ト合致スルモノナリ、外國人カ家族ト共ニ瑞西ニ住所ヲ定メタルトキハ其家族ハ家長ノ不條理ナル行為又ハ浪費ニ依リ其存在及將來ヲ害スヘキ未必ノ事件ニ對シテ保護セラレサルヘカラス若シ此場合ニ方タリテ家長ヲ後見ニ付スルコト並ニ其後見ノ管理ヲ外國法ノ規定若シ遠國ナルトキハ此規定ノ大部ハ不詳ナリ)ニ依ラシメントスルトキハ往々ニシテ其家族ニ禁治產ノ恩典ヲ剝奪スルト同一ノ結果ヲ生スヘシ故ニ禁治產ノ效果ヲシテ全カラシメント欲セハ直チニ之ヲ宣告シ得ヘカラサルヘカラス、精神喪失及ヒ浪費ノ場合ノ如キ殊ニ然リトス

國際法新誌 (Journal de dr. i. XXI p. 1. 95) ハ此判決ヲ以テ甚タ非難スヘキモノナリトセリ然レトモ此評論ハ當ヲ得ス此事項ニ付テハ瑞西ニ於テハ住所
地法行ハル、モノニシテ之ヲ以テ身分ノ一部ニ關スル事項トシテ本國法
ニ依ルヘシト云フヲ得サルナリ。居住居留民法第三三條ハ明ニ此見解ヲ容
レサルモノナリ

三、瑞西ニ住スル外國人ハ又精神及身體ノ缺點ニ基キ後見ニ付セラル、コ
トヲ得

四、外國人ハ又內國ノ宣告セル自由刑ニ依リ後見ニ付セラル、コトヲ得

五、之ニ反シテ瑞西ニ住スル外國人ハ任意ニ後見ニ服スルコトヲ得ルヤノ
問題ニ至テハ本人ノ屬人法カ此自由ヲ與フル場合ニ於テノミ然リト答ヘ
サルヘカラス何トナレハ此行爲ハ觀念上身分ノ一發顯タル法律行爲ニシ
テ瑞西ニ於テハ本國法ニ依ルヘキ問題ナレハナリ(第五九條參照)

六、チエーリツヒニ於テハ同州ニ住スル外國人ニ對スル後見ハ第一ニ州司
法行政廳之ヲ行フト判決セラレタリ其文ニ曰ク此官廳ハ居住居留民法第

三二條第三三條及第一〇條以下ノ規定ニ依リ外國人ニ付テ後見ノ原因發
生シ而シテ其本國管轄官廳カ此後見ノ職務ヲ引受クルマテ外國人ニ對シ
テ後見ヲ行フノ管轄ヲ有スルモノナリト(H. E. XVI S. 180)

第二、本國ハ住所國瑞西ノ後見引渡ヲ請求スルコトヲ得

一、第三三條ニ言ヘル管轄本國官廳トハ之ヲ國際上正當ニ解釋スレハ本國
ニ於テ後見ヲ行フヘカリシ若クハ行フヘキ裁判所トセサルヘカラス、此ク
シテ此法律ハ外國ニ國法上ノ權能ヲ認メタルモノナリ

二、尙ホ注意スヘキハ第三三條ハ單ニ瑞西ニ於テ設ケラレタル後見ニ付テ
ノミ規定セルモノナリ、故ニ若シ外國人カ外國ニ於テ(本國若クハ其他ノ國
ニ於テ)後見ニ付セラレ而シテ後ニ瑞西ニ來リタルトキハ此第三三條ハ適用
セラレサルナリ、此場合ニ於テハ外國裁判所依然管轄ヲ有ス

三、內國ノ後見上ノ權利及ヒ裁判管轄ヲ外國ニ引渡スハ若シ條約又ハ法律
ヲ以テ規定承認セラル、ニアラスンハ外交上ノ手續ヲ要スルモノナリ裁
判所ハ國家的職務上自ラ此ノ如キ管轄移轉ヲ爲スノ權限ヲ有セサルナリ

四、一八九五年ノ埃國裁判管轄法第一一條ハ左ノ如ク定ム

被後見人又ハ被保佐人ノ利益ナルトキ殊ニ被保佐人ニ與ヘラレタル後見又ハ保佐官應ノ保護ヲシテ實效アラシムルカ爲ニ必要ナルトキハ後見又ハ保佐官應ノ職務執行ノ管轄ヲ有スル裁判所ハ職權ヲ以テ又ハ請求ニ基キ被保佐人ノ身體上ノ監督及ヒ保護又ハ被保佐人ノ財産ニ關シテ其裁判所ノ有スル職務ノ執行ノ全部又ハ一部ヲ同種ノ他ノ裁判所ニ引渡スコトヲ得

此ノ如キ決定ハ豫メ管轄裁判所ヲ管轄セル上等裁判所ノ許可ヲ要ス、若シ又他ノ上等裁判所ノ管轄區域ノ裁判所又ハ外國裁判所ニ引渡スヘキトキハ最上裁判所ノ許可ヲ要ス、此決定ハ後見又ハ保佐ノ職務執行ヲ要求セラレタル内國裁判所ヲ拘束ス

然ルニ埃國最上裁判所ハ此第一一條ハ外國人タル被保佐人ノ後見職務全般ヲ引受クル場合ニ準用スルコトヲ得ス又最上裁判所ハ此ノ如キ手續ニ許可ヲ與フル權能ヲ有セストセリ、然レトモ此場合ニ於テハ寧ろ左ノ二

條件ヲ要求スヘカリシナラン(Z. für internat. P. u. Str.-R. X. 8. 490 u. 491)

イ、内國裁判所ハ書籍ヲ其管轄上等裁判所ヲ通シテ司法省ニ送達スルコト

ロ、外國裁判所ハ果シテ其國法ニ從ヒ後見官應裁判管轄ヲ外國裁判所ニ引渡スノ權能ヲ有スルカヲ確ムルコト

五、外國ノ後見ヲ引受クルニ障害トナルヘキ理由ノ存スル場合アルヘシト雖モカカル問題ハ瑞西官應カ第一ニ省慮スヘキ問題ニアラス

六、後見ニシテ一旦外國ニ引渡サレタル場合ニ於テ依然瑞西ニ住スル外國人ハ其住所地法ニ依ルヘキトキト雖モ最早瑞西法ニハ服從セサルナリ、此外國人ノ住所ハ後見ノ成立セル國ニ存在スルモノナリ

第三、本國ハ既ニ説明シタル後見引受請求ノ外住所國タル瑞西ニ對シ後見法上種々ノ權利ヲ有ス

一、特ニ爰ニ掲クヘキモノハ左ノ如シ

イ、本國ハ後見ニ關シ總テ必要ナル説明ヲ請求スルコトヲ得(第一二條)

ロ、本國ハ其國民ヲ後見ニ付スルコトヲ請求スルコトヲ得(第一四條)之ト
共ニ本國ニ於テ設ケラレタル後見ノ繼續ヲ請求スルノ權利ヲ認ム

二、之ニ反シテ第一三條及ヒ第一五條ノ規定ハ之ヲ國際關係ニ準用スルコトヲ得ス何トナレハ瑞西官廳ノ後見ヲ外國ノ監督ニ服從セシムルハ國際法上不能ノ事ニ屬スレハナリ、夫ノ瑞西居住居留民法カ其第一四條ニ關シ聯邦裁判所ニ訴フル爲ニ外國ニ國法上ノ權能ヲ與ヘタルハ既ニ過重ト云フヘキナリ又第一六條ハ第一二條ヲ揭ケサレトモ外國ハ假令其他ノ場合ニ於テハ訴フルコトヲ得サルモ(裁判拒絶第一二條)ノ場合ニ於テハ尙又瑞西聯邦裁判所ニ訴フルコトヲ得ヘシ

第二項 外國ニ住スル瑞西人ノ地位

第一、之ニ付テハ居住居留民法第二八條第一號及第二號ノ原則適用セラレ
瑞西人カ假令外國法ニ服從スヘキモノナルトキト雖モ此服從ハ瑞西ニ在ル
不動産ニハ及ハサルモノナリ、即チ之ニ付テハ本國法及ヒ本國裁判管轄カ行
ハル、ナリ、又後見ニ付テハ第三一條第一項ニ相當セル規定ナキナリ

若シ又瑞西人ニシテ外國法ニ服從セサルモノナルトキハ本國法及ヒ本國裁判管轄常ニ行ハル此事タル最モ注意スヘキ價值アルナリ何トナレハ他ノ場合ニ於テハ內國法上住所地法行ハルレハナリ、故ニ此場合ニ於テハ瑞西ニ於ケル最後ノ住所ノ法律及ヒ官廳ニ依ラサルナリ

第二、瑞西人カ其瑞西ヲ去ル時ニ於テ既ニ後見ニ付セラレタルトキハ從來ノ住所地官廳ノ後見尙ホ繼續セラル、即チ第二九條ハ左ノ如ク定ム

瑞西人タル被後見人カ瑞西ヲ去リタルトキハ後見ハ其事由ノ存續スル間從來ノ後見官廳依然之ヲ爲ス

第一五條ニ於テ本籍後見官廳ニ與ヘタル權利亦同シク存續ス

第三、移住民又ハ不在者ニ對シテ後見ヲ設クヘキトキハ本國法及ヒ本國裁判所之ヲ決ス、即チ第三〇條ハ左ノ如ク定ム

第三〇條 移住者又ハ本國ニ在ラサル者ニ後見ヲ付スヘキトキハ本籍州ノ官廳之ヲ管轄ス

此規定ハ第二八條第二號ノ規定ト密接ノ關係ヲ有ス移住民又ハ不在者タル

瑞西人ハ此場合ニ於テ外國法並ニ外國裁判所(或ハ外國後見官應)ニ服從セサルコトヲ要ス、若シ此ノ如キ場合生スルトキハ本國タル瑞西官應カ必要處分ヲ爲スノ管轄權ヲ有スルナリ即チ此場合ニ於テモ亦最後ノ瑞西住所地ノ官應ニアラサルナリ

第三項 條約ニ依ル法律關係

條約アルトキハ偏ニ此條約ニ依ル、殊ニ此場合ニ於テ若シ條約ニシテ本國法主義ヲ採ルトキハ本國カ住所國ヨリ後見ノ引受ヲ爲スカ如キコト生セサルナリ

一、佛國トノ條約

此條約ニ依レハ佛國ニ於ケル瑞西人ノ後見ニ付テハ本國法適用セラル而シテ後見設定又ハ財産管理ニ關スル爭訟ニ付テハ本國官應獨リ之カ管轄權ヲ有ス又反對ニ瑞西ニ住スル佛國人ニ付テモ同一ノ原則行ハル唯不動産ニ關シテハ例外ヲ置キ其不動産所在地法ニ依ル然レトモ住所地ノ裁判官ハ常ニ保存處分ヲ爲スコトヲ得(B. B. 1890 II S. 147/8) 瑞西州ハ曾テ佛國

ニ住スル瑞西人ノ後見設定ヲ拒メリ、固ヨリ此事タル不法ナリ何トナレハ此ノ如キ場合ニ於テ佛國官應ハ條約第一〇條及ヒ第一一條ニ從ヒ無管轄ヲ宣言セサルヘカラサレハナリ、此條約ニ依レハ後見執行ノ棄權又ハ後見ノ引受ハ之ヲ認メス

條約第一〇條ノ規定アルニ拘ラス後見問題ニ付テハ左ノ如キ二三ノ困難ヲ生セリ

イ、一佛人ツルガウ州ニ於テ懲役ノ刑ニ處セラレ假後見ニ付セラレ且同時ニ佛國官應ノ後見ノ本設定請求セラレタリ、然ルニ佛國司法省ハ此請求ヲ却下セリ、何トナレハ佛國ニ於テハ外國ノ刑事判決ハ何等ノ效果ヲ有セサレハナリ、是ニ於テカ被刑者ハ他ニ一途ヲ案シ財産管理人ノ任命ヲ請求セリ(B. B. 1881 II S. 659)

ロ、佛國官應ハ職權ヲ以テ後見設定ヲ爲スコトヲ得ス必ス當事者ノ親族ノ請求ニ出ツヘキモノナリト宣言セリ(B. B. 1891 II S. 534)

二、伊太利トノ條約

一八八八年瑞西聯邦會議ニ一ノ質問提出セラレタリ即チ伊太利ニ於テ死亡セル瑞西人ノ遺產分割及ヒ其未成年ノ子ノ後見設定ニ付テハ何レノ法律ニ依ルヘキヤ(寡婦及ヒ子ノ住所地法タル伊法ナルカ又ハ死者ノ本國法タル瑞法ナルカ)之ニ對スル答案ニ曰ク此關係ハ一八六八年瑞伊居住條約第一七條ニ依リ本國法カ適用セラバヘシト(B. B. 1889 II. S. 720 No. 23)尙ホ先例ヲ以テ之ヲ確メタリ(B. B. 1884 II. S. 730 No. 19)此先例トハ一八八二年一伊太利人寡婦及ヒ未成年ノ子ヲ遺シテルツエルン州ニ於テ死去シルツエルン市ハ此子ニ假後見ヲ付セリ而シテ瑞西聯邦會議ハルツエルン州政府ノ請求ニ基キ此關係ヲ伊太利官廳ニ通セリ是ニ於テカ伊太利ハ宣言シテ曰ク寡婦ハ其婚姻ニ因リ當然夫ノ死後其子ニ對シテ後見ヲ行フ權利ヲ取得シタルモノナリト伊太利民法第二二〇條親權ヲ規定スル左ノ如シ

婚姻中ハ父此權力ヲ行フ又父之ヲ行フ能ハサルトキハ母之ヲ行フ

婚姻ノ解消後親權ハ生殘セル親之ヲ行フ

此ノ如クニシテ寡婦ハ子ノ法定代理人ニシテ且ツ子ノ未成年ノ間ハ其財產ヲ管理スルモノナルヲ以テ伊太利官廳ハ後見ニ關シテハ何等特別ノ處分ヲ爲ヌコトヲ得ストセリ

第十五節 未成年者及ヒ成年者ノ後見ニ關スル

國際法協會ノ決議

第一、國際法協會ハ未成年者ノ後見ニ付テ屢々研究セリ

Lehr, *Projet de règlement international des tutelles des mineurs étrangers* (Revue de droit international XXIII p. 515-517). *Annuaire de l'Institut 1889-1892 XI p. 104 et discussion p. 87-104.* 參照

本法及施行法ノ規定ヲ掲クレハ左ノ如シ (Tableau général de l'Institut 1873-1892 p. 44-49)

外國未成年者ノ後見ニ關スル國際規定

第一、原則

第一條 未成年者ノ後見ハ其本國法ニ依リテ之ヲ定ム

第壹編 本論 第壹部 國際民法 第三章 親族法 第十五節 未成年者及ヒ成年者ノ後見ニ關スル國際法協會ノ決議

● 本國法ハ後見ノ開始及終了、其任命、組織及監督ノ方法并ニ後見人ノ職務及管轄ヲ定ム

第二條、未成年者カ本國ニ住所ヲ保存セス且ツ管轄ノ歸屬スヘキ法律上ノ關係ニ依リテ本國ニ附屬セス從テ本國ニ於テ後見ヲ設定スルコト能ハサルトキハ事實後見ノ開始セル地ニ於ケル本國外交官又ハ領事官ハ本國法ニ依リ本國後見官應ニ與ヘラレタル職務ヲ執行シ且ツ本國法ニ從ヒ後見ノ組織ヲ爲ス

然レトモ若シ既ニ本國ニ於テ管轄ノ歸屬スヘキ實際ノ住所ヲ有セサル未成年者カ本國ニ四等親マテノ血族又ハ姻族ヲ有スルトキハ後見ハ最近ノ親族又ハ姻族ノ住所ニ開始シタルモノト看做ス此場合ニ同親等ニ於テハ血族ヲ先ニス

本條第二項ノ規定ハ後見制度ヲ認メサル家族ノ住スル國及ヒ裁判所ノ管轄カ明ニ未成年者カ實際ニ其管轄區域内ニ住スル事實ニ依リテ定マル國ニ對シテハ適用セス

第三條、未成年者ノ屬スル國ノ外交官又ハ領事官ナキトキ又ハ場合ニ依リ此官吏カ其本國法ニ從ヒ後見ヲ組織スルノ權ナキトキハ後見ハ住所地法ニ從ヒ其地ノ後見官吏之ヲ組織ス

此場合ニ後見ハ本國法ノ如何ニ拘ラス住所地法ノ規定ニ依リテ開始ス然レトモ後見ハ本國法ノ定ムル時期ニ於テ又其原因ニ依リテ終了ス法定後見ノ制アル國ニ於テハ本國法ニ依リ法定後見ヲ與ヘラレタル者ハ其權利ヲ行使スルコトヲ得假令屬地法カ此權利ヲ內國人ニ認メサルトキト雖モ亦同シ又後見カ官應ヨリ授與セラル、國ニ於テハ本國法ニ依リ法定後見ヲ與ヘラレタル者ハ裁判官カ可能ト認ムル方法ニ於テ後見ノ權ヲ有ス

第四條、前條ノ規定ニ從ヒ組織セル後見ハ其他ノ後見ヲ排シテ兩國ニ於テ正當ニ組織セラレタルモノト看做ス然レトモ未成年者ノ國ニ於テ後見ノ設定ヲ妨ケタル法律上及ヒ事實上ノ理由カ後ニ消滅シ其國ニ後見ヲ設定シ得ルニ至リタルトキハ本國官應ハ何時ニテモ之ヲ設定シ又ハ

設定ヲ許可スルノ權ヲ有ス但此規則ニ從ヒ處理シタル外國官廳ニ豫メ之ヲ通知セサルヘカラス、外國官廳ノ命シタル後見人ハ其屬地法ニ從ヒテ其職務ヲ行フ、又此後見人ノ行爲ハ同シク屬地法ニ依リテ決ス

第五條 後見ノ正當ノ組織アルマテ又要急ノ管理行爲ニ付テハ後見人ノ權力ハ外交官又ハ領事官若シ之無キトキハ地方後見官廳之ヲ行フ

第二、施行規定

第一條 一國ニ永續ノ居所ヲ有セル外國人カ本國法ニ依リ猶ホ未成年者タル子ヲ遺シテ死去シタルトキハ死亡登記吏ハ……日内ニ該居所ノ官廳ニ此狀況ヲ通知スルコトヲ要ス

第二條 此官廳ハ其日附ニ於テ吏員ヨリ移付ノ通牒ヲ特ニ設ケタル登記簿ニ記入ス尙ホ外務省ヲ經テ死者ノ屬スル國ノ外交官又ハ領事官又之無キトキハ其國ノ政府ニ移付セラルヘキ爲メ……日内ニ之レカ抄本ヲ作製シテ其外務省ニ提出ス

第三條 死者カ永續居留セシ地方カ死者ノ屬シタル又ハ其子ノ屬スル國

ノ領事管内ニ在ルトキハ地方官廳ノ通牒ハ其地方官廳ヨリ又ハ第二條ニ依リ通牒ヲ受ケタル政府若クハ公使館ヨリ最後ニ必ス領事ニ送付スヘシ

第四條 領事モ亦此通牒ヲ特別ノ登記簿ニ記入シ且……日内ニ未成年者ノ親族ヲシテ其親族カ本國ニ於テ未成年者ノ後見ヲ設定セシムルニ充分ナル關係ヲ本國ト保有スルヤ又ハ領事ノ保護ノ下ニ或ハ地方官廳ニ依リ單一後見若クハ準後見ノ名義ニ於テ後見ヲ設定セシムヘキヤヲ通知セシム、此親族ノ答ハ同一登記簿ノ特別欄ニ記入スヘシ

第五條 此親族ノ答ニ依リ後見カ本國ニ於テ設定シ得ラルヘキコト明カナルトキハ領事ハ其親族ヲシテ……日内ニ其本國管轄官廳ニ請求セシム而シテ直チニ現ニ蒐集セラレタル報告ヲ直接書面ヲ以テ其管轄官廳ニ通知ス、此書面ハ之ヲ前條ニ掲ケタル特別登記簿ニ摘録ス、後見設定セラレタルトキハ直チニ該管轄官廳ハ之ヲ領事ニ通知ス、領事ハ登記簿ニ此事實ヲ記入シ任命セラレタル後見人ノ姓名、職業及ヒ住所ヲ記載シ

且ツ之ヲ地方官廳ニ通知ス、領事ハ自己ノ登記ニ依リ當該未成年者ノ後見ニ關シテハ將來ノ總テノ責任ヲ免ル、地方官廳ニ爲シタル領事ノ通謀ニ付テハ、第二條ニ掲ケタル登記簿ニ登記セラレタルトキハ其地方官廳ニ關シテ亦同様ノ效果ヲ生ス
將來後見人ノ變更アリタルトキハ領事及ヒ地方官廳ハ第一任命ノ場合ト同一形式ニ於テ其通知ヲ受クヘシ

第六條、前條ニ反シテ此親族ノ答ニ依リ後見カ本國ニ於テ設定シ得ヘカ
ラサルコト明カトナリタルトキハ領事ハ本國後見官廳ニ代リテ其職務ヲ行ヒ事情ノ許ス限リ本國法ノ種々ノ規定及ヒ意見ニ從ヒ殊ニ勿論未成年者ノ利益ヲ保護スルニ注意シ後見ノ組織ヲ監督指揮ス、後見設定セラレタルトキハ領事ハ直チニ其特別登記簿ニ後見ノ組織ニ關スル一切ノ行爲ヲ記入シ且ツ前條末段ニ規定セルカ如ク地方官廳ニ通知ス

第七條、後見人ト爲ルコトヲ得且ツ之ヲ辭任シ得ヘキ未成年者ノ同國民血族姻族ナキ爲メ領事カ後見ヲ設定スルコト能ハサルトキハ其實及

ヒ原因ヲ其登記簿ニ記載シ直チニ地方官廳ニ此旨ヲ通知ス、地方官廳ハ此場合ニ於テハ原則第三條ノ制限ノ下ニ其國民ニ對スルト同様ナル處分ヲ爲ス而シテ其指定シタル後見人且ツ時ニ其後見人ノ代理人ノ姓名ヲ登記簿ニ記入スル爲メ領事ニ通告ス

第八條、死亡後四箇月ヲ經ルモ領事及ヒ地方後見官廳カ後見設定ノ通知ヲ受ケサルトキハ領事及ヒ地方官廳ハ第五條ニ依リ第一ニ請求セラレタル本國官廳ニ照會ス

第九條、正當ナル事由ニ基ク遲延ノ場合ノ外六箇月ヲ經タルトキハ第一條ニ依リ通知ヲ受ケタル地方官廳ハ本國官廳ニ最後ノ督促ヲ爲ス、此督促ニシテ其日附ヨリ三十日ヲ過クルモ何等ノ效果ナカリシトキハ本國官廳ハ絶對ニ管轄ヲ失ヒ後見ハ原則第三條ノ規定ニ從ヒ地方官廳之ヲ組織ス

第一〇條、第六條第七條及ヒ第九條ノ場合ニ於テ後見設定ノ通知ハ未成年者ノ屬スル國ノ政府ニ之ヲ爲ス而シテ此政府ハ第九條ノ場合ニ於テ

之ヲ其自國ノ領事ニ通知ス

第一一條 原則第五條ニ依リ領事又ハ地方後見官應カ要急ノ爲メ後見行爲ヲ爲スヘキトキハ其干涉ノ理由ヲ指示シテ之ヲ其特別登記簿ニ記入ス

第二 國際法協會ハ尙ホ又外國成年者ノ後見ニ付テモ研究セリ

成年者ノ後見ニ關スル規則(禁治産)ハ第一ニゲンフ會議ニ於テ採用セラレタリシカ後ニ其細目ニ付テ異論生シ遂ニ其全部ヲ排斥スルニ至レリ (Tableau général 1872-1892 p. 50, 51; Annuaire 1892-1894 XII p. 101-103) 一八九五年ニ至リ成年者後見ニ關スル國際規定採用セラレタリ (Annuaire 1895 bis 1896 XIV p. 163-165; die Discussion p. 146-163) 其規定左ノ如シ

第一條 成年者ノ禁治産ハ本國法ニ依リテ之ヲ定ム

第二條 原則トシテ禁治産ハ禁治産者トナルヘキ者カ國籍ニ依リテ屬スル國ノ管轄官應ノミ之ヲ宣告スルコトヲ得

然レトモ禁治産者カ居留セル國ノ官應ハ其身體及ヒ財産ニ付テ總テノ

保存處分又ハ假處分ヲ爲サルヘカラス

第三條 本國管轄官應ノ宣告シタル禁治産ハ執行命令ヲ要セス總テノ國ニ於テ其效果ヲ生ス

然レトモ外國官應ハ其領土内ニ於テ第三者ニ對スル效果ヲ恰モ屬地法カ其國民ニ對シテ規定セルカ如キ公告ニ係ラシムルノ權ヲ有ス

第四條 第二條ノ原則ニ反シ若シ外國人ノ本國官應カ或事由ニ基キ禁治産ノ請求ニ對シテ決定スルコト能ハサルトキハ此外國人ノ居留セル國ノ官應禁治産宣告ノ管轄官應トナル此場合ヲ除クノ外此官應ハ職權トシテモ其管轄處ヲ宣告セサルヘカラス

第五條 第四條ニ依リ居所ノ官應カ外國人ノ禁治産ノ請求ヲ受ケタルトキハ其決定ヲ爲ス前ニ於テ之ヲ利害國家ノ外交官又ハ領事官ニ通知シ此請求ニ對シ其適當ト信スル意見又ハ抗辯ヲ提出スルノ期間ヲ指定スヘシ

第六條 外交官又ハ領事官ハ答辯ヲ爲ス前其本國ニ於ケル被告ノ最後ノ

住所地ノ管轄官廳殊ニ檢察官ノ意見ヲ問フ

第七條 外國官廳カ禁治産請求ニ付テ決定ヲナス管轄ヲ有スルトキハ其事件審理ハ其國人ニ對スルトキト同一ナル手續ニ從フ
禁治産ノ請求ハ本國法又ハ居所地法ニ依リ之ヲ爲ス權アル者又ハ官廳之ヲ爲スコトヲ得

外國官廳ハ當事者ノ本國法ノ認ムル原因ニ依リテノミ禁治産ヲ宣告スルコトヲ得而シテ禁治産ハ本國法ノ定ムル效果ヲ生ス
禁治産者ノ身體及ヒ財産ノ管理ハ其地ノ法律ニ從ヒ外國官廳ニ依リテ組織セラル

無能力者ノ監督ハ可成其無能力者ノ法律カ命スル者ニ之ヲ一任ス屬地法ニ依レハ此者カ絕對權ヲ有セサルトキト雖モ亦同シ

第八條 前數條ノ規定ハ無能力者ノ動産ト不動産トノ區別ナク之ヲ適用ス

第十六節 後見ニ關スル第三列國會議草案

第一、一九〇〇年列國會議ハ左ノ條約草案ヲ制定セリ

未成年者ノ後見ニ關スル法律及ヒ裁判管轄抵觸規定條約草案 (Actes 1900, p. 242-244)

Rapport Thorn Actes 1900, p. 103.

Lainé in Journal de dr. i. XXVIII 918-935.

第一條 未成年者ノ後見ハ其本國法ニ依リテ之ヲ定ム

第二條 未成年者カ外國ニ永續ノ居所ヲ有スル場合ニ於テ本國法カ其本國ニ於テ後見ヲ組織セサルトキハ未成年者カ屬スル國ノ法律ニ依リテ職權ヲ有スル外交官又ハ領事官ハ其永續居所ノ國カ反對セサル限ハ此法律ニ從ヒ後見ヲ定ム

第三條 然レトモ後見カ第一條又ハ第二條ノ規定ニ從ヒ設定セラレヌ又ハ設定スルコト能ハサルトキハ外國ニ永續居所ヲ有スル未成年者ノ後

見ハ其地方ノ法律ニ從ヒ之ヲ設立シ且執行ス

第四條 第三條ノ規定ニ從ヒ設立セラレタル後見ノ成立ハ更ニ第一條又
ハ第二條ノ適用ニ依ル新後見ノ設定ヲ妨ケス

此事實ハ可成速カニ後見カ第一ニ組織セラレタル國ノ政府ニ通知セラ
ルヘシ此政府ハ後見ヲ設定シタル官廳ニ又此種ノ官廳ナキトキハ後見
人ニ之ヲ通知スヘシ

本條ノ場合ニ於テ舊後見ノ消滅スル時期ハ此後見ノ組織セラレタル國
ノ法律ニ依リテ之ヲ定ム

第五條 如何ナル場合ニ於テモ後見ハ未成年者ノ本國法ニ依リテ定メラ
レタル時期ニ於テ又其原因ニ依リテ開始終了ス

第六條 後見管理ハ未成年者ノ身體及ヒ所在如何ヲ問ハス其財産全部ニ
及フ

所在地法ニ依リ特別土地制度ノ下ニ置カレタル不動産ニ付テハ此規定
ノ例外タリ

第七條 後見ノ組織アルマテ又總テ要急ノ場合ニ於テ外國未成年者ノ身
體及ヒ利益ノ保護ニ關スル必要ナル處分ハ地方官廳之ヲ行フヘシ

第八條 領土内ニ後見ヲ設立スル必要アル外國未成年者在ル國ノ官廳ハ
其事情ヲ知ルト同時ニ之ヲ未成年者ノ屬スル國ノ官廳ニ通知スヘシ
此通知ヲ受ケタル官廳ハ可成速カニ後見カ既ニ設立セラレタルヤ又ハ
設立セラレヘシトノ通牒ヲ爲スヘキ官廳ニ之ヲ通知スヘシ

第九條 本條約ハ締盟國ノ國民タル未成年者ニシテ締盟國ノ領土内ニ其
永續居所ヲ有スル者ノ後見ニノミ之ヲ適用ス

然レトモ本條約第七條及ヒ第八條ハ總テノ締盟國民タル未成年者ニ適
用ス

第十條 締盟國ノ歐羅巴領土ニノミ適用セララルヘキ本條約ハ批准セラ
ルヘキモノトス而シテ批准書ハ締盟國ノ過半ニ適當ナル時期ニ於テ速カ
ニ海牙ニ寄托セララルヘキモノトス

此寄托批准書ニ付キ一通ノ保管證書ヲ作製シ其認證謄本一通ヲ外交手

續ニ依リ各締盟國ニ交付スヘシ

第十一條、國際私法第三列國會議ニ代表者ヲ出シタルモ條約ニ調印セザリシ國ハ何等ノ條件ヲ要セス直チニ條約ニ加入スルコトヲ得

條約ニ加入セント欲スル國ハ………マテニ和蘭政府記録所ニ
寄托セラルヘキ公文ニ依リテ其意思ヲ通知スヘシ而シテ和蘭政府ハ其
認證謄本ヲ外交手續ニ依リ各締盟國ニ送附スヘシ

第十二條、本條約ハ批准書寄托又ハ加入通知ノ時ヨリ六十日ヲ以テ施行
セラルヘシ

第十三條、本條約ノ期間ハ批准書寄托ノ時ヨリ五年タルヘシ

前項ノ期間ハ此時ヨリ後ニ批准書ヲ寄托シ又ハ後ニ加入シタル國ニ對
シテモ前項批准書寄托ノ時ヨリ始マルヘキモノトス

本條約ハ解約通知ヲキトキハ五年毎ニ默示ニテ更新スヘシ

解約通知ハ前數項ニ規定セル期間ノ終期前六ケ月前ニ和蘭政府ニ爲ス
コトヲ要ス而シテ和蘭政府ハ他締盟國ニ之ヲ通知スヘシ

解約ハ之ヲ爲シタル國ニ付テノミ其效力ヲ生スヘシ而シテ條約ハ他ノ
國家ニ對シテハ依然其效力ヲ有スヘシ

一九〇二年七月一二日ノ確定條文ニ於テ第一條第二項ノ條約加入期限ヲ

一九〇四年一月三十一日トセリ

第二、禁治産ニ關スル列國會議特別委員會ノ假提案ハ左ノ如ク定ム (Rapport
Actes 1900, p. 199; Actes 1900, p. 202 n. 203)

第一條、禁治産(後見ニ付スルコト及ヒ保佐人ヲ命スルコトヲ含ム)ハ本國
法ニ依リテ之ヲ定ム

第二條、特ニ次ノ數條ニ掲グル場合ノ外禁治産ハ禁治産者トナルヘキ者
ノ屬スル國ノ官廳ノミ之ヲ宣告スルコトヲ得

第三條、禁治産者ノ屬スル國ノ管轄官廳ノ宣告シタル禁治産ハ執行命令
ヲ要セス總テノ國ニ於テ其效果ヲ生スヘシ

然レトモ若シ地方方法カ之ヲ必要トスルトキハ外國人ノ禁治産ニ付テモ
其地方方法カ其國民ノ禁治産ニ對シテ規定セル公告手續ヲ適用スヘシ

第四條、禁治産者トナルヘキ者カ外國ニ其居所ヲ有スルトキハ其地ノ官廳ハ其身體及ヒ利益保護ノ爲メ總テノ假處分ヲ爲スコトヲ得ヘシ

第五條、前條ニ規定セル場合及ヒ外國人ノ居所地ノ官廳カ禁治産ノ請求ヲ受ケタルトキハ其爲シタル處分又ハ受ケタル請求ヲ利害國家ノ官廳ニ通知スルコトヲ要ス、此通知ヲ爲ス場合ニ於テ居所地ノ官廳ハ本國法ニ從ヒ禁治産ノ處分ヲ爲スニ適當ナル期間ヲ指定スヘシ

第六條、外國人ノ屬スル國ノ本國官廳カ管轄違ヲ理由ト爲シ又ハ其國法ニ規定セル理由以外ノ原因ニ依リ禁治産ノ宣告ヲ爲サ、ルトキハ此外國人ノ居所地ノ官廳禁治産宣告ノ管轄官廳トナル

第七條、前條ニ依リ外國官廳カ管轄ヲ有スルトキハ禁治産ノ請求ハ本國法又ハ居所地法ニ依リ之ヲ爲ス權アル者又ハ官廳之ヲ爲スコトヲ得、外國官廳ハ當事者ノ本國法ノ認ムル原因ニ依リテノミ禁治産ヲ宣告スルコトヲ得但所謂禁治産後見ニ付スルコト又ハ保佐人ヲ附スルコトハ居所地法ヲ適用スヘシ

第八條、第六條及ヒ第七條ニ規定セル場合ニ於テ禁治産者ノ身體及ヒ財產ノ管理ハ其地ノ法律ニ依リテ組織セラル而シテ禁治産ノ效果モ亦同法ニ依リテ之ヲ定ム

他國ニ生スル禁治産ノ效果ニ付テハ第三條ノ規定ヲ適用ス

第九條、第六條ノ規定ニ從ヒ設立セラレタル禁治産ハ禁治産者ノ居所地法カ認ムル原因ニ依リテノミナラス亦其本國法ノ認ムル原因ニ依リテ之ヲ取消スコトヲ得

取消ノ請求ハ兩法ノ一ニ依リ權利ヲ有スル者又ハ官廳之ヲ爲スコトヲ得

第十條、禁治産者カ其屬スル國ニ永續ノ居所ヲ有スル場合ニ於テ第八條ノ規定ニ從ヒ設立セラレタル後見ノ成立ハ更ニ第一條ノ適用ニ依ル新後見ノ設定ヲ妨ケス

此事實ハ可成速カニ禁治産カ第一ニ宣告セラレタル國ノ政府ニ通知セラルヘシ、此政府ハ後見ヲ組織シタル官廳ニ、又此種ノ官廳ナキトキハ後

見人ニ之ヲ通知スヘシ

本條ノ場合ニ於テ舊後見ノ消滅スル時期ハ此後見ノ組織セラレタル國ノ法律ニ依リテ之ヲ定ム

第十一條 前數條ノ規定ハ無能力者ノ動產不動產ノ別ナク適用セラル但所在地法ニ依リ特別土地制度ノ下ニ置カレタル不動產ニ付テハ此限ニ非ラス

第十二條 本條約ハ締盟國ノ國民ニシテ締盟國ノ領土内ニ其居所ヲ有スル者ノ禁治產ニノミ之ヲ適用ス

第一ニ掲ケタル條約草案ニ付テハ左ノ二項ノ注意ヲ爲スコトヲ得

一、此草案ハ二主義ノ調和ノ思想ヲ十分ニ顯ハサス

二、此點ニ付テハ裁判管轄及ヒ爭訟處理ニ關スル規定ハ殊ニ缺クヘカラサルモノナリ實際ニ於テ後見ハ一ノ機關的裝置タリ而シテ後見ノ原因ハ官廳組織ト之ヲ分離スルコトヲ得サルモノナリ

余ハ列國會議ニ於テ此點ニ付テ注意ヲ爲シタリ (Actes 1900, p. 89) 然ルニ委員

會ハ此問題ヲ以テ其研究事項ニ屬セサルモノトセリ (Actes 1900, p. 105)

第十七節 親族間ノ扶養義務

Laurent, V. No. 84-95.

L. Olivi, Du conflit des lois en matière d'obligation alimentaire in Revue le dr. i. XVII p. 55-64.

第一、歐羅巴大陸ニ行ハル、見解ニ依レハ此點ニ付テハ本國法ニ依リテ決スヘキモノトス此問題ハ倫理的親族法上ノ關係ニ關スルモノナリ故ニ扶助ノ義務ハ義務者ノ本國法ニ依ルヲ以テ正シトス扶養義務問題ハ親族法ノ一部タリ

扶養義務ハ左ノ者ノ間ニ成立ス

- 一、夫婦 此義務ハ婚姻ノ親族法上ノ原因ニ基クモノナリ佛民法第二一一條以下ハ婚姻ナル一般標題中夫婦相互ノ權利義務ナル題下ニ之ヲ置ケリ又伊太利民法ハ婚姻ヨリ生スル權利義務ナル章中扶養義務ニ關スル第一三〇條ヲ規定セリ此扶助ノ義務ノ成立スルニハ從來男女間ニ正則ノ共同生活アリタルコトヲ要ス故ニ夫ノ野合生活ヲ爲セル男女間ニハ元ヨリカ

カル義務ヲ生スルコトナシ

二、尊族卑族、此義務ハ人ノ自然ノ血統ニ基キ且ツ法律上ハ同シク親族法ニ基クモノナリ、子ノ扶養義務ハ其子カ父母ノ婚姻中ニ生マレタルト又後ニ外國ニ於テ正當ニ認知セラレタルトヲ問ハス成立ス而シテ此原則クルヤ認知ヲ認メサル國(英、北米)ニ於テモ行ハル、然レトモ其準據法タル屬人法ニ從ヒ認知セラル、コト能ハサル子ニ付テハ扶養義務ノ成立セサルハ勿論ナリ

以上掲ケタル者ノ外ニ扶養義務ハ普通ノ私法上ノ契約ニ依リテ生スルコトヲ得而シテ此場合ニ於テハ國際債務法ノ普通ノ原則カ適用セラル、ナリ
フイヲレハ此問題ハ常ニ屬地法ニ依リテ決スヘキモノナリトノ見解ヲ採レリ而シテ其理由トスルトコロハ元來扶養ハ親族ノ規律及ヒ道德ニ關スル公ノ秩序問題ナリト云フニアリ (Pasquale Fiore, Droit international privé traduit par Pradier-Fodéré 1875 No. 109 p. 203-205) 實ニ佛國ニ於テハ一八六九年セイヌ民事裁判所及ヒ控訴院ニ於テ此意味ノ判決ヲ爲セリ即チ亞米利加人タル舅姑其

婿及ヒ孫タル佛國人ニ養料ヲ拂フヘキ義務ヲ課セラレタリ然ルニ此舅姑ハ亞米利加ニ移住シ亞米利加ハ此判決ヲ認メサリキ (Journal de dr. I p. 45-47) 故ニフイヲレノ説タルヤ實際ニ於テ到底維持スヘカラサル説タリ
瑞西法ハ此點ニ關シテ實ニ正當ナル見解ヲ探レリ即チ瑞西居住居留民法第九條ハ左ノ如ク定ム

親族間ノ扶養ノ義務ハ扶養義務者ノ本國法ニ依ル
然レトモ住所、地裁判所ハ瑞西ニ住スル外國人ニ關スル場合ニ於テモ管轄ヲ有ス

今瑞西法ニ於テ夫ノ扶養義務如何ト云フニ前掲第九條ハ單ニ親族 (Verwandten) ト規定スト雖モ法律ノ意味ニ於テ妻亦之ニ屬スルコト明ナリ然レトモ此法律上ノ義務ハ原則上妻カ夫ト共ニ生活スルコトヲ要件トスルモノナリ、又抑々此義務タルヤ法律ヲ以テ直接ニ定メラレタル法律上ノ義務ナリ是レ夫婦カ専ラ自己ノ意思ニ依リ扶養義務其モノ並ニ其分量ノ問題ヲ定ムルコト能ハサル所以ナリ、扶養義務ヲ排斥シ又ハ法律ニ反シテ之ヲ制限スルノ契

約ハ無効タリ、裁判官ハ此種ノ私契約カ争ハル、場合ニ於テ其契約カ果シテ當事者相互ノ關係ニ適當ナルモノナルヤ否ヤヲ審理スルノ權アリ、兎ニ角此契約カ裁判官ニ扶養權利者ノ需要ト扶養義務者ノ扶助能力ヲ認ムルノ合理的基礎ヲ與フルモノナリ、契約ノ變更ハ單ニ契約ノ締結後當事者ノ關係全ク一變シ又ハ契約ノ理由タリシ一定ノ條件發生セサリシコトカ裁判官ニ證明セラレタルトキニアラスンハ之ヲ認ムルコトヲ得ス、チユーリツヒ控訴院ハ此意見ニ依リテ判決セリ (H. E. XX S. 24-26)

本國法ハ尙ホ又工場ニ於ケル災害ニ關シテ必要ナル者ナリ、此ニ關スル訴訟ニ付テハ死者ハ其本國法ニ從ヒ扶養義務者ナルヤ否ヤヲ證明セサルヘカラス(一八八一年瑞西工業責任法第六條、此點ニ付テモ亦妻カ夫ト分離シテ生活スルヤ否ヤノ問題ヲ研スルコト必要ナリ、瑞西聯邦裁判所ハ或事件ニ付テ舊バーデンノ國法ヲ適用セリ、聯邦裁判所ハ此法律ニ從ヘハ妻カ其婚姻上ノ義務ヲ盡セルトキ殊ニ其夫ト同居セル場合ニ於テ夫ハ扶養ノ義務アリ又之ニ反シテ妻カ夫ヲ遺棄シタルトキハ此義務ハ消滅スヘキ者ナルコトヲ知レリ、

普通ノ婚姻關係ニ於テハ扶養權利ノ喪失ハ實體上ノ損害ヲ推定スルモノナリ、然ルニ之ニ反シテ妻カ法律ニ反シテ夫ト分離シテ生活スルトキハ事情全ク之ト異ルモノナリ、此ノ如キ場合ニ於テハ此ノ推定ハ全ク破壊セラレ妻ハ實體上ノ損害ヲ證明スルノ義務ヲ有ス (A. E. XXII S. 188-193)

註

一、ローランハ此點ニ付テ一ノ條約ヲ締結スヘキコトヲ主張セリ (Laurent, V. No. 23) 然ルニナリウイ (Oliv. P. 63) ハローランニ反對シテ曰ク余輩ハ此點ニ付テ容易ニ各國一般ノ合意ヲ求メ得ルコトヲ信スル能ハス何トナレハ各種ノ親等ハ國民ノ性質ニ關セス自然ニ依リテ定マルモノナリト雖モ此親等ヨリ生スルトコロノ種々異ナル範圍ヲ有スル法律上ノ效果ニ至テハ常ニ各國ニ渉ル一般法ノ問題トナルモノニアラサレハナリト、然レトモローランハ決シテ各國ニ涉リテ同一ノ法律規定ヲ制定スルコトヲ目的トシタルニアラスシテ各國ノ抵觸規定ヲ屬人法ニ依リテ一致セシメントシタルナリ

二、一八八一年瑞西工業責任法第六條ハ左ノ如ク定ム

損害賠償ハ左ノモノヲ含ム
イ、死亡ノ場合、加シタル治療代、被殺者又ハ死者カ病中全部又ハ一部ノ職業無能力ヨリ受ケタル損害、埋葬代、被殺者又ハ死者ヨリ扶養ヲ受ケヘカリシ

遺族カ被ムル損害

損害賠償請求權ヲ有スル遺族ニ屬スルモノハ夫婦、子又ハ孫、父母又ハ祖父母、兄弟姉妹トス

三、親族ノ扶養義務ニ關シテハ例ヘハ伊太利民法第一三八條乃至第一四七條ヲ參照スヘシ

第十八節 養子縁組

Bar, I. S. 547.

Weiss IV p. 101.

第二、養子縁組ハ正當ニハ養親並ニ養子ノ各屬人法ニ依ラシメサルヘカラス、然ルニ立法例ハ往々之ヲ單ニ養親ノ屬人法ニ從ハシム

養子縁組ニ付テ生スヘキ問題ハ左ノ如シ

イ、養子縁組ノ條件

ロ、養子若クハ其父母又ハ後見人ノ同意

ハ、夫婦ノ同意及ヒ養親ノ本國市町村又ハ州ノ官廳ノ同意

ニ、從來ノ保佐及ヒ扶助期ノ要件

ホ、法律上ノ效力、此點ニ付テ最モ主要ナルハ相續權ナリ、又一ノ效力ハ養子カ養親ノ親族ニ入ルコトナリ、又次ニ生スヘキ問題ハ氏名權ノ問題殊ニ

養子縁組ニ依リ貴族ノ地位亦移轉スルモノナルヤ否ヤニアリ

然レトモ爰ニ注意スヘキハ養子縁組ノ效力ハ契約ヲ以テ之ヲ制限シ得ル

コトニアリ(例ヘハ獨逸民法第一七六七條參照)

養子縁組ニ依リテ親族法上ノ法律關係成立ス、羅馬法ノ養子縁組(Arrogation)

ハ特ニ此性質ヲ有セリ即チ一ノ家族(Gens)中ニ收容スルト云フコトカ此制

度ノ精神タリキ、今日ノ養子縁組ナルモノハ其精神タル羅馬法ノ如キ強大ナ

ルモノニアラサルモ同一ノ基礎ヲ有スルモノタリ、此點ニ付テハ埃國民法第

一八二條乃至第一八四條並ニ獨乙民法第一七六七第二項ヲ參照スヘシ、瑞西

法ノ見解ニ付テハ亦瑞西身分及ヒ婚姻法第二九條第二號bカ養親ト養子ト

ノ婚姻ヲ禁シタルニ付テ見ルヘシ

養子縁組ニハ往々單ニ養親ノ法律ヲ適用ス、然レトモ原則トシテハ養子ハ當

事者双方養親及ヒ養子ノ法律之ヲ認ムルトキニ於テ初メテ有效ナリト云ハ