



387
113



始



382-113



日本國際私法

慶應、法政、中央、日本、四大學
國際私法講座擔任法學士

佐々野章邦著

東京 日英堂



小引

一、本書は著者が慶應中央法政日本の四大學に於て爲したる講話に訂正を加へたるものにして、簡約に初學者の爲に、日本國際私法の要綱を説明するを目的とす。固より未定稿にして、今之を公刊するは、著者の本意にあらず。學生と書肆の懇請止むべからざるものあればなり。將來研究の進むに従ひ、常に版を改め、其内容を新にせむことを期す。

二、著者國際私法を研究するに至りたるは、多年或は官界に於て、或は學界に於て、陰に陽に懇篤なる指導を忝りしつゝある、水野鍊太郎博士の懇命に基き、日本大學の講座を擔任せむが爲にして、著者の國際私法上の知識は恩師山田三良博

二
士の懇篤なる薰陶に負ふ所最も多し。本書公刊に際し、兩博士の鴻恩を回想して感謝の念を新にすること愈々切なり。謹みて茲に敬慕の意を表す。

三、
本書公刊に際し、追懷措く能はざるものは、亡母種子なりとす。亡母は殆んど其全生涯を著者の教育に捧げて他を顧みず、著者の成人を唯一の樂と爲せり。不幸著者大學の業を卒へ、文官高等試験に合格すると同時に、幽明界を異にするに至り、遂に孝養を盡すの違なし。今本書を其靈前に供へて、以て追慕の意を表す。

大正九年九月

著者識

日本國際私法內容目次

序論

第一 國際私法ノ使命……………一
第二 國際私法ノ範圍……………四

第一編 總論

第一章 國際私法ノ觀念……………八
第一節 國際私法ノ本質……………八

- 一、總說……………八
- 二、國際私法ノ實質……………九
- 三、國際私法ノ物體……………二一
- 四、國際私法ノ內容……………三三

二

五、國際私法ハ國內法ナリヤ將又國際法ナリヤ……………三三

六、國際私法ト國際私法論……………一九

第二節 國際私法ト他ノ法律……………二〇

一、國際私法ト國際法……………二〇

二、國際私法ト各國ノ實質法……………二一

第二章 國際私法ノ發達……………三三

第一節 總說……………三三

第二節 學說ノ發達……………三七

一、總說……………三七

二、法則說……………三八

三、新獨逸學派ノ學說……………三六

四、新伊太利學派ノ學說……………三九

五、最近ノ學說……………四一

00

六、餘論——國際私法ニ關スル名稱ノ發達……………四三

第三節 立法ノ發達……………四五

第四節 國際會議及學會ノ活動……………四六

第三章 國際私法ノ淵源……………五〇

一、總說……………五〇

二、國際私法ニ於ケル各種ノ淵源……………五一

第四章 國際私法ノ出發點……………五三

第一節 總說……………五三

第二節 內國人ト外國人……………五四

一、總說……………五四

二、內國人タル分限ノ得喪……………五五

三、外國人ノ地位……………六一

四、外國法人ノ地位……………六六

三



第三節 內國法ト外國法

四

一、總說

二、外國法適用ノ理由

三、外國法ノ性質

四、外國法ノ調査

五、外國法ノ適用範圍

六、反致

第五章 國際私法ノ根本主義

一、總說

二、我現行法ノ規定

第六章 國際私法ノ解釋

一、法律解釋ノ一般原則

二、國際私法ノ解釋方法



第七章 國籍及住所ノ牴觸

第一節 國籍ノ牴觸

一、總說

二、國籍牴觸ノ各場合

三、國籍牴觸ノ調和

第二節 住所ノ牴觸

第八章 內國法相互ノ牴觸

一、總說

二、我殖民地ニ於ケル現行私法制度一斑

三、內地法ト殖民地法トノ牴觸ニ關スル解決

第二編 各論

第一章 國際民法

一三九

一〇一

九五

九五

九三

八九

八九

八四

八〇

七六

七五

七三

七三

一〇四

一〇四

一〇四

一〇六

一〇八

一一二

一一四

一一四

一一〇

一一五

第一節 人事法

- 一、能力……………一三〇
- 二、禁治產準禁治產……………一三六
- 三、失踪……………一四〇

第二節 親族法

- 一、總說……………一四五
- 二、婚姻……………一四五
- 三、離婚……………一五九
- 四、親子關係……………一六一
- 五、親族間ノ權利義務……………一六六
- 六、後見關係……………一六八

第三節 物權法

- 一、總說……………一七〇

第四節 債權法

- 一、總說……………一八一
- 二、法律行為ニ因ル債權……………一八四
- 三、法律行為以外ノ事實ニ因ル債權……………一九三
- 四、債權讓渡……………一九九

第五節 相續法

- 一、總說……………二〇二
- 二、相續ニ關スル我現行法ノ規定……………二〇五
- 三、遺言……………二〇七

第二章 國際商法

第一節 總說

……………二二三

第二節 商法ノ抵觸ニ關スル特例

一、會社……………三三

二、手形……………三三

三、船舶……………三三

結論……………二四六

日本國際私法內容目次畢

日本國際私法

法學士 佐々野章邦 著

國際私法ノ使命

第一 國際私法ノ使命

序論

文明ノ發達ト欲望ノ増進トハ、人類相互ノ接觸交通ヲ促シ、近世的交通運輸機關ノ應用ト相俟テ、人類相互ノ關係ハ益々密接ニ、其交通ハ愈々頻繁トナレリ。斯クノ如クニシテ接觸シ得ヘキ人類ノ範圍ハ益々擴大シ、取引上ノ共通點ハ又人類相互ノ交通ヲ更ニ容易ナラシメ、之ニ依リテ種々複雜ナル法律關係(註一)ヲ發生スルニ至レリ。從來ノ國內的法律生活ノ外、所謂國際的法律生活ハ茲ニ確立シ、人類ハ今ヤ

序論 第一 國際私法ノ使命

國際的權利義務ノ主體タルニ至リシナリ。

〔註一〕法律關係ハ法ノ規律スル人類ノ生活關係ニシテ、然ラサル人類ノ生活關係ハ之ヲ事實關係ト稱シ、全然法ノ關與セサル所ナリ。而シテ法ハ共同生活ニ於ケル人類行爲ノ法則ニシテ、各人ノ爲スヘキコト、爲スヘカラサルコト及爲シ得ヘキコトノ限界ヲ定ムルモノナリ。畢竟人類行爲ノ價值ヲ判斷スル規範ニシテ、國家又ハ之ニ依リテ權力ヲ附與セラレタルモノノ意思表示ニ外ナラス。其意思表示ノ内容カ爲スヘキコト、爲スヘカラサルコトヲ定ムルニアルトキハ、之ヲ命令ト稱シ、或ル人ニ行爲不行爲ノ義務ヲ負擔セシメ、爲シ得ヘキコトヲ定ムルニアルトキハ、之ヲ許可ト稱シ、其行爲ヲ正當ナラシム。命令ノ範圍ハ即チ各人ノ義務ニシテ、許可ノ範圍ハ各人ノ權利ニ屬ス。畢竟法ハ權利義務ニ關スル法則、即チ價值判斷ノ基礎タル標準ニ外ナラスシテ、如何ナル行爲不行爲ヲ爲ササルヘカラサルカ、如何ナル行爲ヲ爲シ得ルカノ問題ヲ其實質トナス。從テ法ノ規律スル人類ノ生活關係タル法律關係モ亦權利義務ノ關係ニ外ナラサルナリ。而シテ其權利義務ノ發生變更消滅ノ何レカガ、二國以上ニ關係ヲ有スルトキハ、之ヲ國際的權利義務ト稱シ、然ラサルトキハ、之ヲ國內的權利義務ト稱ス。其國際的權利義務ノ關係ハ又疑モナク國際的、法律關係ニシテ、國際的、法律生活ニ屬シ、國內的權利義務ノ關係ハ國內的、法律關係ニシテ、國內的、法律生活ニ屬スト謂フヘシ。例ヘハ我國ニ於テ我國人ト英國人トノ間ニ婚姻ヲ爲シ、英國人相互間又ハ英米人相互間ニ婚姻ヲ爲スカ如キ場合ハ國際的、法律生活ニ屬シ、我國ニ於テ我國人相互間ニ於

テ婚姻ヲ爲スカ如キ場合ハ國內的、法律生活ニ屬スルカ如シ。

國際的、法律生活ニ於テハ常ニ法律關係ノ何レカニ外國的、原素ヲ包含シ、〔註二〕內外法律ノ相交渉スルヲ見ル。從テ同一法律關係ニツキ内外法律ノ間ニ規定ヲ異ニシ、其間牴觸 (Konflikt) ヲ生スルコトアルハ實ニ免ルヘカラサル所ニ屬ス。蓋シ各國ハ其國權ノ作用トシテ其欲スル所ニ從ヒテ立法スルヲ得ヘク、理論上同一法律關係ニツキ異レル法律ノ存スルコト、獨立國ト同數ナルヲ妨ケサレハナリ。斯クノ如クニシテ生シタル法律ノ牴觸 (Konflikt der Gesetze) ハ之ヲ解決スルヲ要ス。國際私法ハ此解決ヲ其目的トシ、之ニ關スル法則ノ樹立ヲ其使命トス。

〔註二〕(國際的、法律關係)ハ國際的、法律生活ニ於テ生ス。凡ソ法律關係ハ其當事者、人又ハ法人)カ或ル物ニツキテ或ル行爲ヲ爲シ、又ハ或ル事件ヲ惹起シタル場合ニ生スルカ故ニ、其原素ハ主體客體及法律事實ニ別テ觀察スルヲ得ヘシ。國際的、法律關係ニ於テハ常ニ此等ノ原素ノ何レカニ外國的、分子ヲ包含スルヲ特色トス。之ヲ涉外的、法律關係トモ稱ス。外國ニ於テ又ハ外國人トノ關係ニ於テ發生セルヲ以テナリ。或ハ當事者ノ一方又ハ雙方カ外國人ナルコトアリ。或ハ外國ニ居住スルコトアリ。或ハ其客體タル物カ外國ニ所在スルコトアリ。或ハ行爲ヲ爲シタル場所カ外國ナルコトアリ。或ハ外國ニ訴訟ノ提起セラレルコトアルヘシ。然レトモ外國的、原素ヲ包含スル法律關係

係ハ常ニ國際的法律關係ナリト誤解スヘカラス。英國ニ住所有スル英國人又ハ英國法人カ英國ニ在ル物ニツキテ英國ニ於テ契約ヲ爲シ、之ニ關スル訴訟カ英國裁判所ニ提起セラレタルトキハ、我國ヨリ謂ヘハ疑モナク外國の原素ヲ有スル法律關係ナレトモ、國際的法律關係ニアラス。蓋シ此場合權利義務ノ發生變更消滅ハ英國ニミ關係ヲ有シ、決シテ他國ニ關係ヲ有スルコトナキヲ以テナリ。外國の原素ヲ有スル法律關係ニシテ又二國以上ニ關係スルモノナキニアラス。例ヘハ英國ニ住所有スル英國人又ハ英國法人カ我國ニ在ル物ニツキ英國ニ於テ契約ヲ爲シ、之ニ關スル訴訟カ英國裁判所ニ提起セラレタル場合ノ如シ。此場合ハ國際的法律關係ニシテ、日英兩國法ノ相交渉スルヲ見ルナリ。

以上ト異リ法律關係ノ何レノ原素モ悉ク內國の分子ノミヨリ成リ、毫モ外國の分子ノ存セサルトキハ、國內的法律關係ニシテ全然內國法ノ支配スル所ニ屬ス。例ヘハ我國ニ住所有スル我國人又ハ法人カ我國ニ在ル物ニツキ我國ニ於テ契約ヲ爲シ、之ニ關スル訴訟カ我國裁判所ニ提起セラレタル場合ノ如シ。

第二 國際私法ノ範圍

國際私法ノ使命ハ法律牴觸ノ解決ニ關スル法則ノ樹立ニ存ス。凡ソ法律ノ牴觸ハ其何レノ範圍ニ於テモ生スルヲ得ヘク、敢テ公法私法ノ別ヲ問フコトナシ。往時

此等凡テノ場合ヲ一括シテ牴觸法(Konfliktrecht)ナル名稱ヲ附シタルモノアリシト雖、科學ノ進歩ハ各種ノ材料ヲ細別シ、之ニ依リテ其性質上ノ差異ヲ明ニセンコトヲ求メテ止マス。先ツ刑法ニ關スル牴觸問題ノ獨立ヲ見、次テ民事訴訟法、破産法ニ關スル牴觸問題ヲ獨立ニ研究スルモノアルヲ見ルニ至レリ。然レトモ國際私法ノ範圍ヲ擴大シテ私權保護ニ關スル法律ノ牴觸問題(民事訴訟法、破産法)ヲモ其當然ノ内容トナシ、或ハ之ヲ縮少シテ民法ノ牴觸問題ニ限定スルモノナキニアラス。

惟フニ國際私法ノ研究スル所ハ私法(註三)ノ牴觸問題ニ限ル。公法ノ牴觸問題ハ他ノ法系ノ研究スル所タリ。蓋シ國際私法ノ物體ハ後ニ述フルカ如ク國際的私法關係ニ限ルヲ以テナリ。私法ト私權保護ニ關スル法律トハ其關係唇齒輔車ノ如ク、兩々相俟ツニアラサレハ完全ニ其目的ヲ達スル能ハスト雖、兩者ハ之ヲ嚴格ニ區別スルヲ要ス。蓋シ私權保護ニ關スル法律ハ公法ニ屬スルヲ以テナリ。余輩ハ此本義ニ從ヒ本著説述ノ範圍ヲ民商法ノ牴觸問題ニ限定セントス。(註四)

[註三] 公法私法區別ノ標準ハ古來最モ議論ノ存スル所ナリ。凡ソ法ノ規律スル人類ノ社會生活ハ團體ノ一員タル地位ニ於ケルモノト個人的地位ニ於ケルモノトニ大別

スルヲ得ヘク、前者ハ公生活即チ没我的生活ニシテ、後者ハ私生活即チ主我的生活ナ
 リトス。前者ノ生活關係ヲ規律スル法ヲ公法ト稱シ、之ニ依リテ規律セラルル生活關
 係ヲ公法關係ト稱ス。公法ハ之ヲ國際公法又ハ國際法ト國內公法トニ大別シ、國內公
 法ハ更ニ憲法、行政法、刑法、民事訴訟法、刑事訴訟法等ニ細別スルヲ通常トス。後者ノ生
 活關係ヲ規律スル法ヲ私法ト稱シ、之ニ依リテ規律セラルル生活關係ヲ私法關係ト
 稱ス。私法ハ又民法、商法、國際私法等ニ別ツテ得ヘシ。(國際私法カ私法タル理由ハ後
 ニ述フヘシ)

人類ノ結合ヨリ成ル國家又ハ公共團體ノ活動ハ多ク團體的生活即公生活ニ屬スレ
 トモ、時ニ或ハ法人トシテ財產權ノ主體タルノ地位ニ立チ、官ノ需用品ヲ購入シ、官有
 地ノ拂下ケ、又ハ貸付ヲ爲シ、職工人夫ヲ雇入レ、建築工事ヲ請負ハシメ、借入金ヲ爲シ、
 爲替手形ヲ發行シ、株式會社ノ株主トナリ、國債其他ノ公債ニ應募スルコトナキニア
 ラス。此等ノ場合ハ決シテ國家又ハ公共團體ノ公生活ニ關スルニアラスシテ、其私生
 活ニ關スルヤ疑ヲ容レズ。從テ私法ノ支配ヲ受クヘキハ當然ナリトス。國家又ハ公共
 團體ハ此方面ニ於テ國際私法ノ支配ヲ受クルコトナキニアラス。學者往々國家カ法
 ノ支配ヲ受クルヲ否認シ、國家ハ自己ノ權力ニ依リテ法ヲ立ツルモノニシテ、法ヲ定
 ムル國家カ法ノ支配ヲ受クル能ハサルハ、一旦溝中ニ陥リタル者自ラ其鬪ヲ取ツテ
 溝外ニ出ツル能ハサルニ同シトナセトモ、國家ハ法ヲ作ルト同時ニ自ラ必ス之ニ從
 テ行動スル旨ノ意思表示ヲ爲シ、之ニ依リテ國家モ亦法ノ支配ヲ受クト解スルヲ正

當トス。

〔註四〕國際私法ノ研究スル所ハ私法ノ範圍問題ニ限ル。而シテ私法ノ範圍問題ハ内外
 私法ノ同等ヲ前提トスルニアラサレハ生スルニ由ナク、内外私法ノ同等ハ又内外人
 ノ平等ヲ前提トナス。從テ内外人區別ノ標準タル國籍及外國人ハ私法上ノ地位ニ關
 スル問題ハ國際私法當然ノ内容ニ屬スルコトナシト雖モ、其研究ノ前提トシテ說明
 スルヲ要スヘク、本著ニ於テモ亦之ヲ說明セントス。

我國ニ於ケル國際私法ノ成文的規定ハ主トシテ法例第三條乃至第三十條ニ存
 スレトモ、他ノ法律中ニ散在セルモノナキニアラス。民法第四十九條第二項、同法第
 千八十六條、商法第二百五十五條乃至第二百六十條、商法施行法第二百二十五條等
 ノ如シ。

第一編 總論

第一章 國際私法ノ觀念

第一節 國際私法ノ本質

一 總說

國際私法ノ本質ニツキテハ諸説アリ。國際私法ノ規定スル所ヲ以テ國際法上ノ問題トナスモノハ、國際私法ヲ解シテ唯一定ノ場所の限界内ニ行ハルル國法ヲ決定スルモノトナシ、(註一)國際私法ニ關スル法律ノ規定ヲ以テ訴訟上ノ意義ヲ有スルニ過キストナスモノハ、之ヲ裁判官ニ對スル命令ナリト解ス。(註二)然レトモ國際私法ハ決シテ訴訟上ノ意義ヲ有スルニ止マルモノニアラス。又一定ノ場所の限界内ニ於ケル國法ノ決定ヲ其目的トナスモノニモアラス。或ル法律關係ニ對シ準則タルヘキ法律ヲ指定スルモノタリ。固ヨリ準則タルヘキ法律ヲ指定セル結果、法律適用ノ範圍ヲ劃スルハ勿論ナリト雖、個人又ハ國家其他ノ團體ノ私生活ニ適用ス

總說

ヘキ規定如何ヲ決スルヲ其本來ノ使命トナス。從テ余輩ハ之ヲ左ノ如ク定義セントス。

國際私法ハ、國際的私法關係ニ對シ、準則タルヘキ法律ヲ指定スルハ法則ナリ。

國際私法ノ定義

〔註一〕國際私法ノ規定スル所ハ國際法上ノ問題ナリヤ國內法上ノ問題ナリヤニツキテハ大ニ爭ノ存スル所ニシテ、其詳細ハ後ニ述フヘキ所ニ屬ス。國際私法ヲ一定ノ場所の限界内ニ行ハルル國法ヲ決定スルモノトナスハ國際私法ヲ以テ各國家ノ上ニ立テ、各國立法權ノ行動範圍ヲ定ムルモノナリトナスニ起因ス。其源ハ後ニ述フルテ「*Zielmann*」ノ「*Ueber-st. atliches internationale Privatrecht*」ノ思想ニ汲ムカ如シ。

〔註二〕國際私法ハ後ニ述フルカ如ク法規ナルカ故ニ(本節ニ參照)其效力ハ一般的ニシテ、敢テ裁判官ニノミ及フコトナシ。苟モ其定ムル一般抽象的ノ條件ニ該當スルモノタル以上ハ、其支配ヲ受クヘキモノトス。唯其支配ニ屬セサル場所又ハ人ニツキテ適用ナキニ過キササルナリ。

二 國際私法ノ實質

國際私法ノ實質ハ法則ナリ。人類行爲ノ價值ヲ判斷スル規範ニシテ、一般抽象的ニ一定條件ノ下ニ一定ノ法律上ノ效果ヲ定ムルモノタリ。從テ之ヲ法規ト謂フヘ

國際私法ノ實質

此頁
粗字ナシ

ク其規律スル法律關係ハ個人又ハ國家其他ノ團體ノ私生活ニ關スルカ故ニ又私
法ニ屬スト謂フヘシ。國際私法上ノ法律關係ニ於テハ個人ノ背後ニ其所屬國家ア
リ。時ニ或ハ個人ノ要求ニ依リ其所屬國家間ノ關係ヲ惹起スルコトナキニアラス。
例ヘハ米國ニ在ル日本人ト米國人間ノ取引關係ニ於テ日本人ノ權利カ傷害セラ
レタルヲ理由トシ米國裁判所ニ日本人ヨリ訴訟ヲ提起シタルニ之ニ對シテ充分
ノ救済ヲ與ヘラレザリシトキ我政府カ其要求ニ依リ米國政府ト外交談判ヲ開始
セル場合ノ如シ此場合ハ個人ノ私生活ニ於ケル取引關係ニ由來スルハ勿論ナリ
ト雖既ニ國家ト國家トノ關係トナレル以上ハ個人ノ私生活ノ範圍ヲ逸脱シ國家
ノ公生活ニ關スル問題ニシテ國際法ノ範圍ニ屬スト謂フヘシ。(註三)唯國家ノ行動
カ國際私法ノ問題トナルハ國家ノ私生活ニ關スル場合ニ止マルハ注意ヲ要ス(序
論註三參照)

〔註三〕此點ハ大ニ爭ノ存スル所ニシテ國際私法ナ國際法トナスモノハ既ニ外交談判
トナレル場合モ猶國際私法ノ範圍ニ屬ストシ國家ハ其臣民ノ利益ノ保護者タル地
位ニ於テ關與スト解ス。猶後ニ述フル所アルヘシ。

國際私法
ノ物體

三 國際私法ノ物體

國際私法ノ使命ハ國際的法律關係ニ於ケル法律牴觸ノ解決ニ關スル法則ノ樹
立ニ存スルハ既ニ述ヘタルカ如シ(序論第一及同所註ニ參照)而シテ國際私法ノ規
律スル法律關係ハ個人又ハ國家其他ノ團體ノ私生活ニ關スルカ故ニ私法關係ニ
屬スルハ又今述ヘタルカ如シ故ニ國際私法ノ物體ハ國際的私法關係ニ限ルト謂
ハサルヲ得サルナリ。既ニ述ヘタルカ如ク外國的原素ヲ包含スル法律關係ハ常ニ
國際的法律關係ニアラス。外國的原素ヲ包含スル法律關係中國際的法律關係ニ屬
セサルモノナキニアラス(序論註ニ參照)又外國的原素ヲ包含スル國際的法律關係
ニシテ全然我國國際私法ト無關係ノモノナキニアラス。例ヘハ英佛人間ニ英國ニ於
テ婚姻ヲ爲シ其後其夫婦カ住所ヲ米國ニ轉シ米國裁判所ニ離婚訴訟カ提起セラ
レタル場合ノ如シ。此場合ハ疑モナク國際的私法關係ニシテ英佛米三國法ノ相交
涉スルヲ見レトモ我國國際私法トハ全然無關係ノ地位ニアリ。從テ我國國際私法上ノ
問題トナルコトナシ。我國國際私法上ノ問題トナルハ唯外國的原素ヲ包含スル國際
的私法關係中何レカノ原素ニ內國的分子ヲ包含スル場合ニ限ルモノトス。(註四)

〔註四〕我國國際私法上ノ問題トナル國際的私法關係ハ(一)外國人相互間又ハ内外人同ニ於テ外國ニ在ル物ニツキ内國ニ於テ契約ヲ爲シ、(二)外國人相互間又ハ内外人同ニ於テ内國ニ在ル物ニツキ内國ニ於テ契約ヲ爲シ、(三)外國人相互間又ハ内外人同ニ於テ内國ニ在ル物ニツキ外國ニ於テ契約シ、(四)内國人相互間ニ外國ニ在ル物ニツキ外國ニ於テ契約シ、(五)内國人相互間ニ内國ニ在ル物ニツキ外國ニ於テ契約シ、(六)内國人相互間ニ外國ニ在ル物ニツキ内國ニ於テ契約シタルカ如キ場合ニ生ス。

四 國際私法ノ内容

國際私法ノ内容ハ或ル法律關係ニ對シ準則タルヘキ法律ヲ指定スルニ在リ。唯其指定ノ結果法律適用ノ範圍ヲ劃スルニ過キサリナリ。國際私法ノ指定スル所ハ或ル法律關係ニ對シ準則タルヘキ法律ニシテ、畢竟其法律關係ニ適用セラルヘキ法律ニ外ナラス。從テ直接國際私法ニ依リテ定マル所ハ何レノ法律カ適用セラルヘキカノ問題ニシテ、其指定セラレタル法律ヲ適用シタル後、始メテ權利義務ノ關係ハ定マルモノトス。此點ニ於テ斯法ヲ「法律ノ法律」ト稱スルヲ得ヘク、其指定セラレタル法律ヲ「準據法(Massegebendes Recht, Loi applicable, proper law)」ト稱ス。(註四)

〔註五〕今一例トシテ能力ニ關スル國際私法の規定ニツキテ說明セシメ、法例第三條ハ

人ノ能力ハ本國法ニ依ルト規定シ、能力ニ關スル法律關係ノ準據法トシテ其所屬國法ヲ指定セリ。即成年々齡ハ日本人ニツキテハ日本法、瑞西人ニツキテハ瑞西法、(以上滿二十歲)獨逸人ニツキテハ獨逸法、佛蘭西人ニツキテハ佛蘭西法、伊太利人ニツキテハ伊太利法、英吉利人ニツキテハ英吉利法、米國人ニツキテハ米國法、(以上滿二十一歲)アルゼンチン人ニツキテハアルゼンチン法、(滿二十二歲)和蘭人ニツキテハ和蘭法、西班牙人ニツキテハ西班牙法、(以上滿二十三歲)埃地利人ニツキテハ埃國法、(滿二十四歲)ノ規定ニ依ルヘキヲ明ニセルナリ。此場合此法律關係ニ適用スヘキ法律ヲ明確ニ且終局的ニ規定セス、一ニ或ル外國法ノ内容ニ從フトナスモノニシテ、之ヲ遂致ト稱ス。後ニ述フル所アルヘシ。

國際私法ノ指定セル準據法ハ外國法タルコトアリ。或ハ内國法タルコトアリ。何レノ場合ニ於テモ其權利義務ノ關係ハ之ヲ適用シタル後始メテ定マルカ故ニ、其指定セラレタル準據法ノ規定ノ内容ヲ明ニスルニアラサレハ、其適用ヲ全フスルヲ得ス。此意味ニ於テ各國實質法ノ内容ヲ詳ニスルヲ要シ、國際私法ノ研究ハ比較法學(Vergleichende Rechtswissenschaft)ノ研究ニ俟ツ所多シト謂ハサルヲ得ス。其詳細ハ後ニ述フル所アルヘシ。

五 國際私法ハ國內法ナリヤ將タ又國際法ナリヤ

此點ハ最モ争ノ存スル所ニシテ、國際私法ノ規定中國際條約又ハ國際慣習ニ依リ各國共通ニ成立セルモノアルハ其一因タルナリ。

國際私法ヲ國際法トナスモノニ二派アリ。一ハ國際私法ノ任務ヲ以テ一定ノ場所的限界内ニ於ケル國法ノ決定、即チ各國々法ノ管轄區域ヲ定ムルニアリトシ、國際私法ノ規定ニシテ國際團體間ノ慣習又條約ニ出テタルモノアルヲ論據トナス。此派ニ從ヘハ國際私法ハ各國法律ノ管轄區域ヲ定ムルモノニシテ、畢竟各國立法權ハ行動範圍ヲ定ムルニ外ナラス。而シテ各國カ之ニ從フハ、國際團體ノ一員トシテ平和ノ交通關係ヲ持續センカ爲、國際團體間ニ慣習又ハ條約トシテ承認セラレタルモノニ服従スルノ義務アルニ起因ストナス。此派ノ中ニハ又國際私法ヲ國內的國際私法(Innerstaatliches internationales Privatrecht)國外的國際私法(Uberstaatliches internationales Privatrecht)ニ二別シ、前者ハ涉外的私法關係ヲ定メタル國內法ニシテ、裁判官ハ唯之ノミヲ適用スヘク、國外的國際私法ヲ適用スルヲ得ストナスモノナキニアラス(Zitelmann, Internationales Privatrecht Bd. I, S. 35, 196)

惟フニ國際條約及國際慣習ニ依リテ成立セル國際私法アルハ否定スヘキニア

ラス。例ヘハ千九百十年ブリュクセルノ國際會議ニ於テ成立セル船舶衝突ニツキテノ規定ノ統一ヲ目的トスル條約、及海難ニ於ケル救援救助ニツキテノ規定ノ統一ニ關スル條約(大正三年條約第一號同年條約第二號)ニ依ル國際私法ノ規定、及ヒ船舶ニ關スル國際慣習等ノ如シ。然レトモ此等ハ唯、國際條約又ハ慣習ニ依リテ生シタルニ止マリ、其理由ノ效ヲ各國內ニ生スルニハ、其國ニ於テ之ヲ國法ト認ムル旨ノ明示若クハ默示ノ意思表示アルヲ要件トス。國際團體間ニ承認セラレタル共通ノ規則タルカ如キ外觀ヲ呈スルハ、畢竟偶々各國ニ於ケル此意思表示カ其内容ヲ一ニシタル場合ニ過キス。從テ國際條約又ハ慣習ニ出テタルモノアルヲ理由トシ、直ニ國際私法ヲ國際法ト斷スルハ猶早計タルヲ免レサルモノトス。又所謂國外的國際私法ニツキテハ議論ノ存スル所ナレトモ、所謂國內的國際私法ヲ作ルニ當リ參考タルヘキ準則ヲ示セルニ過キス、ソレ自身法律ノ效力ヲ有スルモノニアラサルナリ。此點ハ其主張者自ラ其適用ヲ裁判官ニ禁セルニ徹スルモ寔ニ明瞭ナラトス。時ニ或ハ所謂國外的國際私法ハ國內的國際私法不完全ニシテ其意義明瞭ナラサル場合、其解釋ニツキ必要ナル材料ヲ提供スルコトナキニアラス。此場合ト雖

決シテ國外的國際私法ノ適用ニアラスシテ、國內的國際私法ヲ適用スルニ外ナラサルナリ。要スルニ國外的國際私法ハ法律トシテ存スルヲ得サルモノトス。

他ノ一派ハ其證據ヲ利益ノ觀念ニ求メ、國際私法ハ國家ノ私益即其國民ノ利益ニ關スル國家間ノ關係ヲ規定シ、國家ノ公益ニ關スル國家間ノ法律關係ヲ規定スル所謂國際公法ト相對立スルノ意味ニ於テ、國際法ノ一部ヲ形成ストナス。論者ニ從ヘハ、所謂國家ノ公益ハ一般ノ利益ニシテ、主權、領界、平和、戰爭、外交官ノ代表等ノ問題ハ之ニ屬ストナシ。國家ノ私益即國民ノ利益ニ關スル問題トシテ佛國人カ外國ニ於テ爲シタル婚姻ノ效力ニ關スル準據法如何、佛國內ニ不動産ヲ殘シテ死亡セル英人ノ相續ニ關スル準據法如何等ヲ舉ケ、此場合國家ハ其臣民ノ保護者トシテ法律牴觸ノ解決ニ干涉シ、二個ノ主權相對立スルハ國家ノ公益ニ關スル場合ニ同シ。唯其公益ニ關スルヤ私益ニ關スルヤノ差異アルニ過キストナス。

惟フニ國家間ノ關係ハ國家ノ公益ニ淵源スルト一私人ノ利益ニ由來スルトヲ問ハス、皆國家ノ公益ニ關シ、私益ニ關スルモノニアラス。從テ國家ノ私益ナル觀念ハ之ヲ想像スルニ由ナシ。例ヘハ前掲在米日本人カ米國人トノ取引關係ニ於テ其

權利ヲ傷害セラレタル場合、米國裁判所ヨリ救濟セラサリシトキ、我政府カ其日本人ノ要求ニ依リ、米國政府ト外交談判ヲ開始セルカ如キハ、(本節ニ參照)一私人ノ利益ニ由來スルハ勿論ナリト雖、既ニ外交談判開始セラレ、國家間ノ關係トナリタル以上ハ、國家ノ公生活ニ關スル問題タルハ寔ニ明瞭ナリトス。從テ國家ノ私益ヲ論據トスル所說ハ之ヲ採用スルヲ得サルナリ。加之國際私法上ノ法律關係ハ個人又ハ國家其他ノ團體ノ私生活ニ關シ、公生活ニ於ケル國家ハ唯其背後ニ潜在スルニ過キス。國家カ自ラ其當事者タル場合ト雖、特ニ自ラ進ンテ私生活ヲ營ミ、私法上ノ關係ニ立チタルニ止マルモノトス。論者ノ掲クル外國ニ於テ爲シタル內國人間ノ婚姻ノ效力、內國ニ不動産ヲ殘シテ死亡セル外國人ノ相續問題ニ關スル準據法ノ解決ハ受訴裁判所ノ爲スヘキ所ニシテ、若シ更ニ進ンテ國家相互間ノ交渉トナリタルトキハ、既ニ國際私法ノ範圍ヲ逸脱シ、國際法ノ範圍ニ屬スルハ既ニ述ヘタルカ如シ。何レノ點ヨリ觀察スルモ之ヲ採用スルノ餘地ナシ。

凡ソ或ル法律カ國內法ナリヤ、國際法ナリヤヲ決スルニハ、其標準ヲ法律關係ニ求ムヘク、苟モ其法律關係ニシテ國家ノ公生活ニ關シ、直接他國ト接觸交通スル場

合タル以上ハ之ヲ國際法ノ範圍ニ屬セシムヘク然ラサルトキハ國內法ノ範圍ニ屬セシムルヲ正當トス。今國際私法上ノ法律關係ヲ見ルニ常ニ個人又ハ國家其他ノ團體ノ私生活ニ關シ、公生活ニ於ケル國家相互ノ關係ハ之ヲ想像スルコト難シ。既ニ此點ニ於テ國際私法ハ國內法ニシテ、國際法ニアラサルハ疑フノ餘地ナシ。
(註六)然レトモ國際私法ノ規定ハ國際法上ノ着眼點ニ負フ所多キハ之ヲ否定スルヲ得ス。唯國際法上ノ材料ノミニ依リ説明シ得サルニ過キサリナリ。兩者ノ關係ニツキテハ後ニ詳述スル所アルヘシ。

(註六) 國際私法ヲ國內法トナス見解ニ對スル有力ナル非難ハ、國際私法ノ規定スヘキ事項ト國內私法ノ規定スヘキ關係トヲ混同セリトナシ、國際私法ノ目的トスル所ハ法律ノ抵觸ニツキ一ノ準據法ヲ選定シテ、國際交通ニ於ケル私法關係ニツキ各國法律ノ管轄ヲ定メ、以テ各國主權ノ行動範圍ヲ限定スルアリ、決シテ直接私法關係ニ適用スヘキ法律ヲ定ムルモノニアラストナス。固ヨリ國際私法ニ於テ權利義務ノ關係ハ之ニ依リテ指定セラレタル法律ヲ適用セル後始メテ定マルハ事實ナリト雖、法律關係ニ適用スヘキ法律ハ何レノ法律ナルカハ直接ニ國際私法ノ定ムル所ニ屬ス。唯現實ニ權利義務ノ關係定マルハ其指定セラレタル法律ヲ適用セル以後ナリト謂フノミ。其法律關係カ私法關係タル點ニ於テハ國內的私法關係ト同一ナレトモ、唯外國

的要素ヲ包含スルノ差異アルニ過キス。此非難ハ所謂國外的國際私法ノ思想ニ胚胎スレトモ、既ニ其法律トシテ存在ヲ認メサル以上ハ一顧ノ價值ナキモノトス。

六 國際私法ト國際私法論

國際私法ヲ以テ、國際的私法關係ヲ規定スル法則自體トナスモノト、國際私法ノ學問即國際私法論ト解スモノノ二派アリ。國際私法ヲ法律、抵觸論、(Theorie de Conflict des Lois)ト稱スルモノノ如キハ後者ニ屬ス。本著ニ於テハ之ヲ前者ノ義ニ解シ、國際的私法關係ノ準則タルヘキ法則自體ヲ指示シ、國際私法ノ學問即國際私法論ハ別ニ國際私法學トシテ研究スルヲ適當トス。然レトモ、國際私法ノ研究ハ國際私法學ト全然無關係ナリト誤解スヘカラス。國際私法ノ研究ハ國際私法學ニ依ルコト大ナルハ勿論ナリト雖、唯之ヲ其直接ノ内容トナサスト謂フニ過キス。要スルニ國際私法ニ於テ國際私法學ヲ研究スルハ其前提トシテ之ヲ爲スニ過キサリナリ。(註七)

(註七) 國際私法研究ノ方法ニニアリ。一ハ理論的ニ研究シ、他ハ成法的ニ研究スルモノトス。前者ハ大陸學者ノ主張スル所ニシテ、國際私法ヲ國際私法ノ理論トナシ、國際私法ハ凡テノ文明國ニ共通ノ法律ナリト解ス。後者ハ英吉利學者ノ主張スル所ニシテ、國際私法ノ規定ハ之ヲ適用スル國ノ法律ノ一部ナリトナス。本著ニ於テハ我現行國際私法ヲ説明スルヲ目的トシ、唯其前提トシテ國際私法ノ理論ヲ研究セントス。

第二節 國際私法ト他ノ法律

ト國際私法

一 國際私法ト國際法

國際私法ハ國際法ニアラスシテ國內法ナレトモ、國際法上ノ着眼點ニ負フ所大ナルハ既ニ述ヘタルカ如シ。(前節五)國際私法ノ發達ハ國際法ノ發達ニ俟ツ所甚タ多ク、國際法ノ原則ニシテ國際私法ノ根據ヲ爲セルモノ少シトセス。現ニ國際私法ノ出發點ヲ爲セル事實、即チ内外人平等内外法同等ノ原則(註八)ノ如キモ亦其一タリ。然レトモ國際私法ト國際法ハ第一ニ其當事者ヲ異ニス。前者ハ私生活ニ於ケル個人又ハ國家其他ノ團體ノ關係ナレトモ、後者ハ常ニ公生活ニ於ケル國家相互間ノ關係ナリトス。第二ニ其發生原因ヲ異ニス。前者ハ一國家ニ於テ之ヲ其國ノ法律トナス旨ノ明示若クハ默示ノ意思表示アルニ依リテ成立スレトモ、後者ハ國際團體内ニ於ケル諸國家ノ明示若クハ默示ノ共同的意思表示、即容認ニ依リテ成立スルモノトス。第三ニ適用上ニ差異アリ。前者ニアリテハ當事者ノ上ニ立ツ國家ノ裁判所之ヲ適用スレトモ、後者ニアリテハ一般ニ斯クノ如キ裁判所ナシ。(將來大正九年條約第一

ト國際私法
トノ差異

條約ノ解釋、國際法上ノ問題、國際義務ノ違反ト爲ルヘキ事實ノ存否、並該違反ニ對スル賠償ノ範圍、及性質ニ關スル紛争ニツキ、國際法ノ原則ヲ適用スルニ至ラハ、此點ニ(註九)第四ニ之ニ違反セル場合ノ強行方法ヲ異ニス。前者ニ違反セルトキハ、裁判所ノ判決ニ依テ之ヲ強行スルノ機關アレトモ、後者ニ於テハ斯クノ如キモノナク、之ヲ強行スルニハ權利ノ侵害ヲ受ケントシ、又ハ既ニ之ヲ受ケタル國家ノ自助的行動、及他國ノ同情的援助的行動ニ俟ツノ外ナシ。從テ兩者ハ全ク其行動ノ範圍ヲ異ニスト謂フヘク、嚴格ニ之ヲ區別スルヲ要スルモノトス。

〔註八〕 國際私法ハ法律抵觸ノ解決ニ關スル法則ヲ定ムルモノニシテ、法律ノ抵觸ヲ生スルニハ内外法ノ同等ナルヲ前提トス。而シテ内外法ノ同等ナルニハ又内外人ノ平等ナルヲ前提トスルナリ。蓋シ内外人平等ノ原則認メラルルニアラサレハ、外國人ノ權利ヲ保護スルコト內國人ト同一ナラサレハ、其所屬國法ヲ尊重スルコト內國法ノ如クナルヲ得サルヲ以テナリ。此點ハ更ニ第四章第一節ニ於テ述フヘシ。

二 國際私法ト各國ノ實質法

國際私法ノ内容ハ或ル法律關係ノ準據法ヲ指定スルニ在リ。其權利義務ノ關係

ト各國ノ
實質法

ハ其指定セラレタル法律ヲ適用セル後始メテ定マルカ故ニ、國際私法ハ間接ニ權利義務ノ關係ヲ明ニスルモノト謂フヘク、從テ比較法學ノ研究ニ俟ツ所多キハ既ニ述ヘタルカ如シ、第一節四參照蓋シ國際私法上ノ論爭ニ對スル正解ハ、唯精密ナル外國立法ノ研究ニ俟ツノ外ナキヲ以テナリ。而シテ比較法學ハ各國實質法ノ比較研究ヲ目的トスル學問ニシテ、現存ノ法律材料如何、各國法律間ニ存スル親族關係如何、此等ノ材料ハ如何ナル觀察點又ハ種類ニ分類シ得ルカヲ其研究ノ内容トナス。

國際私法ト比較法學トノ關係ハ實ニ唇齒輔車ノ如シ。法律ノ比較研究其果ヲ收メ、法律ノ各範圍ニ於テ規定ノ一致ヲ見ルコト益々多キニ從ヒ、法律抵觸ノ範圍ハ愈々縮少シ、國際私法ノ範圍亦漸次狹隘トナルヘシ。〔註九〕然レトモ一ハ法律ノ不一致及之ヨリ生スル所謂私法ノ抵觸ニ關シ、他ハ種々ノ法律ニ於ケル經濟的的法律的原則ノ類似ヲ探求シ、漸次其一致ヲ計ルヲ目的トス。此點ニ於テ兩者ハ之ヲ區別スルヲ得レトモ、餘リニ分離ニ過キテ何等關係ナキモノノ如クナスハ又許ス可ラサル所ニ屬ス。

〔註九〕 法律抵觸ノ範圍如何ニ縮少シ、國際私法ノ範圍如何ニ狹隘トナルモ、全然法律ノ抵觸ヲ除去スル能ハス。蓋シ各國固有ノ事情ニ依ル制度ハ全然之ヲ消滅セシムルヲ得サレハナリ。

第二章 國際私法ノ發達

第一節 總說

國際私法學ノ發達ハ實ニ最近ニ屬ス。六十餘年前ニ於テハ殆ント國際私法ノ存在ヲ知ルモノナカリシト雖、之ヲ近時ノ特有物トナスヘカラス。唯獨立ノ學問タルニ至リシハ最近ニアリト云フノミ。近時或ル文書ニ基キ、國際私法適用ノ一例ハ既ニ Hammurabi 時代(紀元前二千二百八十五年—二千二百四十二年)ニ存スルヲ主張セルモノアリシト雖、精密ナル研究ノ結果、誤譯ニ出テタルコト明瞭トナリ、之ヲ維持スル能ハサルニ至レリ。然レトモ國際私法ト類似ノ問題ハ外國人トノ交通ニ起因シ、既ニ古代航海ニ依リ諸國民間ニ生シタリシハ之ヲ認ムルニ足ルヘク、少クトモ羅馬時代ニ於テハ國際的婚姻ノ現存セシヲ認ムルヲ得ヘシ。唯未タ之ニ關スル

法律ノ牴觸問題ニツキ理論的説明ヲ見ルニ至ラザリシニ過キス。斯クノ如キ一面自己以外ノ國家ノ存在ヲ認めサル羅馬人ノ思想ニ胚胎スルコト多キハ言フ俟タサル所ナリ(註一)

〔註一〕 内外人ノ接觸交通ハ既ニ航海ノ便ニ依リ古代印度、埃及、フイーニシヤ、希臘及羅馬ノ人民ニ依リテ行ハレ、國際私法ト類似ノ問題ハ當時既ニ存シタレトモ、未タ國際私法ヲ生スルニ至ラス。蓋シ當時ハ未タ外國人ヲ敵視シ、或ハ之ヲ賤ミ、或ハ之ヲ排斥スルニ專ラザリシカ故ニ、内外人ヲ平等ニ取扱ヒ、外國法ヲ尊重スルカ如キ思想ハ之ヲ想像スルニ由ナク、從テ法律ノ牴觸ヲ生スルコトナカリシヲ以テナリ。

日耳曼法

中世ノ初、法律ハ民族本位トナリ、日耳曼法ハ唯其種族ヲ支配スルニ止マリ、有名ナル日耳曼法令(Leges Barbarorum)ハ「各種族ハ其生國法(lex originis)ニ從ヒテ規律セラル」ヘキヲ定ムルニ至レリ。(註二) 斯クノ如クニシテ屬人法主義(Personalitätsprinzip, Principe de la Personnalité du droit)行ハルルニ至リシカ、後種族ノ混同ニ伴ヒ、屬人法ヲ知ルノ困難ヲ生セシト、土地ヲ重シトスル封建制度ノ影響トニ依リ、中世ノ後期以來漸次ニ屬地法主義(Territorialitätsprinzip, Principe de la territorialité du droit)行ハルルニ至レリ。之ニ從ヘハ法律ハ特定ノ土地ニ對シテ行ハルルモノニシテ、其土地ト或ル關

國際私法
學ノ起原

係ヲ有スル人物又ハ法律關係ヲ支配スヘキモノトナス。然レトモ人物又ハ法律關係ハ屢々異レル法域ト關係ヲ有スルコトアリ。例ヘハ一國ノ臣民ニシテ他國ニ住所ヲ有シテ債權關係ヲ生シ、更ニ第三國ニ於テ債務ノ履行ヲ爲ス場合ノ如シ。十字軍其他ノ原因ニ依リ、地中海附近ノ商業取引盛大ニ趣キ、其地方民間ノ接觸交通愈々頻繁トナルヤ、種々ノ法域ニ關係ヲ有スル法律關係ハ簇生シ、到底屬地法ノ絶對的適用ヲ許ササルニ至レリ。一方伊太利ニ於テハ第十世紀頃ヨリ漸次自由市ノ發達スルアリ、第十二世紀頃ニ至リテハ殆ント自治ノ姿ヲ呈シ、各 Statuta ナル特別法ヲ發布スルニ至レリ。他方當時伊太利ニ於テハ共通ノ羅馬私法タル Leges ノ行ハルアリ。於是各自由市ノ發布セル Statuta 相互間及之ト Leges トノ間ニ規定ノ差異ヲ生シ、茲ニ始メテ法律ノ牴觸ヲ惹起スルニ至レリ。國際私法ハ之ヲ解決センカ爲ニ生シタルモノニシテ、斯法ヲ Collisio statuorum (Statutenkollision) ト稱スルモノアリシハ蓋シ此歴史理由ニ出ツルモノトス。從テ國際私法學ノ萌芽ハ中世ノ伊太利ニ發スト謂フヘシ。(註三)

〔註二〕 日耳曼人ノ生國法主義以來人ヲ標準トシテ依ルヘキ法律ヲ定ムルノ主義行ハ

レ、所謂屬人法主義ハ其蓋觸ヲ茲ニ發スルニ至レリ。蓋シ古代ノ法律ハ宗教的分子ヲ包含シ、唯同一宗教ヲ奉スル者ニ對スル命令又ハ許可タリシヲ以テナリ。後國權ハ臣民及領土ノ二方面ニ行ハルルコト明瞭トナリ、一方臣民主權ニ基ク屬人法ヲ認ムルト共ニ、他方領土主權ニ基ク屬地法ヲ認ムルニ至リ、遂ニ法律關係ノ性質ニ從ヒ、屬人屬地何レニ依ルヘキカヲ決スルニ至レリ。此點ハ又後ニ述フルコトアルヘシ。

〔註三〕 *Jus gentium* ハ凡テノ國民カ同様ニ保護セラルル法律ニシテ、必スシモ國際的意義ヲ有セサルニアラスト雖、國際交通ノ爲ニ設ケタル羅馬ノ民法タルニ過キス。之ヲ法律抵觸ノ解決ヲ目的トスル國際私法ナリト謂フヲ得サルナリ。又紀元第五世紀ヨリ第九世紀ニ涉リテ存シタル前掲日耳曼法令ハ、當時ノ獨逸諸王カ國內羅馬人ノ爲ニ發布シタリシ *Leges Romanae* ト共ニ、一見國際私法の規定ヲ爲スカ如シ。然レトモ前者ハ漸次羅馬帝國ノ分離シタルト、事實上日耳曼種族ノ多クハ統一的國家組織ヲ有セサリシトニ起因シ、法律生活ノ全般ニ涉リ人種ノ雜居甚タシカリシトキニ當リ、當事者カ裁判所ニ於テ若クハ法律行為ヲ爲スニ際シ、其屬スル種族法即其所屬法ヲ宣言セルノ習俗ニ出テ、決シテ法律抵觸ノ解決ヲ目的トセルモノニアラス。後者モ亦羅馬人相互間ノ争ノ處理ヲ目的トセル獨逸諸王ノ立法タルニ過キス。何レモ之ヲ國際私法ト謂フヲ得サルナリ。從テ *Colitio statutum* 以前ニ國際私法アルヲ知ラサルナリ。

國際私法ハ第十四世紀以來學說トシテ發達シ、第十八世紀以來始メテ之ニ關スル立法ノ成立ヲ見、第十九世紀ノ後半ニ至リテ、始メテ之ニ關スル國際會議開催セラ

レ、殆ント之ト同時ニ學會ノ活動開始セラレタルヲ見ルナリ。以下此等各方面ニ於ケル發達ノ概況ヲ説明セントス。

第二節 學說ノ發達

一 總說

國際私法學ノ萌芽ハ中世ノ伊太利ニ發スルハ今述ヘタルカ如シ。而シテ國際私法ノ問題ニツキ始メテ系統的ノ説明ヲ試ミタルモノハ後期註釋學派ニ屬スル Bartolus ニシテ、實ニ第十四世紀ニ在リ。彼ハ重キヲ人ニ措クカ物ニ措クカニ從ヒ、法則ノ解釋ヲ異ニスヘキヲ主張シ、後第十六世紀ノ中葉佛國ニ *Argentreu* (*D'Argantré*) 出テテ更ニ其理論ヲ發達セシメ、茲ニ始メテ所謂法則分類主義ヲ唱ヘ、之ヲ和蘭學者ニ傳ヘテ、其學說ハ第十九世紀ノ中葉マテ學界ヲ風靡スルニ至レリ。之ヲ法則說ト稱ス。其主張ハ時代ニ依リテ必スシモ同一ナラスト雖、要スルニ人ハ暗黙ニ特定ノ法則ニ從フヘキヲ前提トシ、其身分ニツキテハ其住所ニ行ハルル法律(所謂人法 *Statuta personalia*) 不動産ニ關シテハ其所在地ノ法律(所謂物法 *Statuta realia*) 行爲ニ關

シテハ之ヲ行ヘル場所ノ法律所謂混合法 Statuta mixta)ヲ適用シ、動産ハ之ヲ人ニ屬スルモノト看做シ、之ニ對シテハ其所有者ノ住所地法ヲ適用スヘシト謂フニアルカ如シ。

第十九世紀ノ中葉ニ至リ、獨逸ニ新獨逸學派、伊太利ニ新伊太利學派ノ出現ヲ見ルヤ、法則說ノ維持スヘカラサルヲ鼓吹シテ茲ニ國際私法ノ學說ニ一生面ヲ開キ、以テ今日ニ至レリ。從テ國際私法ノ學說ハ(一)法則說(二)新獨逸學派(三)新伊太利學派ノ學說ニ區別シテ説明スヘク、本節ニ於テハ順次此等ノ學說ヲ説明シ、最後ニ(四)最近ノ學說ニツキテ述ヘントス。

二 法則說

法則說

法則說ハ伊太利ニ發シテ佛國ニ入り、更ニ轉シテ第十六七世紀ノ和蘭及獨逸ニ歡迎セラレ、第十八世紀ニハ英米ヲ征服シ、遂ニ世界最初ノ國際私法的規定ノ稱アル佛蘭西民法第三條ノ採用スル所トナレリ。斯クノ如クニシテ法則說ハ殆ント全世界ヲ風靡シ、第十九世紀ノ中葉ニ及ヘリ。左ニ各國ニ於ケル其發達ノ概況ヲ述ヘントス。

伊太利ニ於ケル發達

(イ)伊太利 國際私法學ノ萌芽ハ伊太利自由市ニ於ケル Statuta ノ抵觸問題ニ發シ、法則說ノ基礎モ亦此問題ノ解決ニ存スト謂フヘシ。當時伊太利殊ニ Bologna ニ於テハ羅馬法ノ再興ヲ生シタリシ頃ニシテ、此法律ノ抵觸問題カ羅馬法ニ依リテ解決セラレントスルハ寧ロ自然ノ勢ナリ。此點ニ關シ前人研究ノ成果ヲ統一シ、始メテ合理的研究ヲナシタルモノハ、實ニ後期註釋學派ニ屬スル前掲 Bartolus (1319-1355 ad. 1357) ナリトス。

Bartolusノ學說

彼(1)statut ハ之ヲ國內在住ノ外國人ニ適用シ得ルヤ(2)statut ハ之ヲ國外在住ノ內國人ニ適用シ得ルヤノ二問ヲ研究シ、第一問ニ對シテハ(1)權利能力、行爲能力ニツキ契約地法 Lex loci contractus ノ適用ヲ除外シ、(2)契約ノ效力ハ原則トシテ契約地法ニヨレトモ、例外トシテ嫁資及夫婦財產契約ハ夫ノ住所地法、遲滯及懈怠ノ效力ハ法廷地法、Lex Fori (3)法律行爲ノ方式ハ行爲地法、(4)消滅時効ハ法廷地法、但債務履行地特定セル場合ハ特ニ其履行地法、(5)相續法ニ關シテハ(イ)無遺言相續ハ其目的物ノ所在地法、(ロ)遺言ノ方式ハ行爲地法ニ依ルヘク、(ハ)遺言能力ニ關スル實體的規定ハ之ヲ外國人ニ適用セストシ、又(6)物權ハ物ノ所在地法ニ依ルト解釋セリ。第

二問ニツキテハ(1)人ノ行爲ヲ制限スル規定ヲ別チテ利益規定(statum favorable)不利益規定(statum odiosum)ノ二種トナス。彼ニ從ヘハ前者ハ國外ニ於テモ猶其人ヲ支配スレトモ、後者ハ外國ニアル財産ニツキ其適用ヲ見ルコトナシ。未成年者浪費者ニ關スル規定ハ前者ニ屬シ、女子ハ相続權ナシトノ規定ノ如キハ後者ニ屬ストナス。(2)相続問題ニツキテハ財産所在地法ニ依ルノ原則ヲ認メ、國際的ニ法律ノ抵觸ヲ生シタル場合例ヘハ英國ニ財産ヲ有シテ伊太利ニ死亡セルモノノ相続問題ニツキ所謂利益規定不利益規定ノ說ヲ應用シ、其法律若クハ慣習ノ規定ハ眞ニ物ニ關スルヤ、人ニ關スルヤニ依リテ其解釋ヲ異ニスヘキヲ主張セリ。モシ其規定カ、死者ノ財産ハ長子ニ歸スヘシトイフ如ク重ヲ物ニ措クトキハ、所謂物法(Realstatut)ニシテ、被相続人タル死者カ英國人タルト否トヲ問ハス、財産所在地法タル英法ノ適用ヲ受ケ、長子ハ相続スヘシトイフ如ク重ヲ人ニ措クトキハ、人法(Personalstatut)ニシテ、被相続人ノ英國人タルト否トニ依リテ其取扱ヲ異ニス。若シ其英國人タルトキハ長子ハ在英全財産ヲ相続シ、英國以外ニ所在スル財産ニツキテハ普通法上ノ相続分ヲ有スト雖、其英國人ニ非ルトキハ此規定ノ適用ヲ見スト解釋セシナリ。

此相続問題ニ關スル所謂文法解釋論ハ後世學者ノ嘲笑ヲ招キ、其他ノ所說ニツキテモ亦非難ナキニアラスト雖、法律抵觸ノ問題ヲ理論的ニ研究シ、內國法抵觸ノ問題ヨリ延テ國際的法律抵觸ノ問題ヲ解決シタルノ功ハ決シテ之ヲ埋没スヘキニアラス。彼ノ樹立セル原則ニテ現今一般ニ國際私法上ノ原則トシテ認メラルルモノ少シトセス。(註四)此點ニ於テ彼ヲ國際私法學ノ鼻祖ト仰キ、法律ノ父(Pater juris)法律ノ光(Lucerna juris)ト稱セシハ實ニ故アリト謂フヘシ。

[註四] 能力ニツキ消極的ニ屬地主義ヲ斥ケ、法律行爲ノ方式ニツキ行爲地法ノ原則ヲ採リ、物權ニツキ目的物ノ所在地法ニ依レルカ如キハ、現今ノ國際私法ノ原則ニ最モ顯著ナル影響ヲ與ヘタル部分ニ屬ス。

後其說ハ門弟 Baldus (1327-1400)ニ繼承セラレ、漸次歐洲諸國ニ侵入シ、種々ノ變遷ヲ經タリ。然レトモ第十六世紀ノ始マテハ公然之ヲ攻撃スルモノアルヲ見サリシナリ。 Bartolus ノ唱道ニ係ル學派ヲ伊太利學派ト稱ス。

(口)佛蘭西 Bartolus 一派ノ伊太利學派ニ對シ第一ニ矛ヲ擧ケタルモノヲ佛人 Argentruens (D'Argentré)(1516-1590)トナス。彼ハ有名ナル封建制度ノ擁護論者ニシテ、法

伊太利學派
佛蘭西ニ
於ケル發

ハ一般ニ屬地的タルヘキヲ鼓吹シ、大ニ伊太利學派ヲ攻撃シテ始メテ法則ノ三大別ヲ認メタリ。之ヲ法則分類主義ノ始祖ト謂フヲ妨ケス。學者或ハ Bartolus カ法則ヲ二大別シテ、人法 *statuta personalia* 物法 *statuta realia* トナセリト謂フモノアレトモ、斷シテ無實ノ事タリ。唯重ヲ人ニ措クカ物ニ措クカニ從ヒ、法則ノ解釋ヲ異ニセル實例存セシニ過キサレナリ。

斯クノ如ク Argentinens カ法ノ屬地的ナルヘキヲ主張シタリシハ、法ハ悉ク一國內ニ存スル全人民、即在留ノ外國人ニ對シテモ、例外ナク領土的ニ適用スヘシト謂フニ外ナラス。(oberste feudalistische Regel) 此意味ニ於テ、(一)法ハ原則トシテ物法 (*statuta realia*) ナリト主張セシナリ、然レトモ往々(二)人ニノミ關係ヲ有シ、到ル所人ニ隨從スル法アルヲ認ム。主トシテ人ノ權利、身分、性質ニ關シテ生シ、此種ノ法ハ領土外ニ於テモ適用セラレルヲ要ストナス。之ヲ人法 (*statuta personalia*) ト稱ス。其他(三)法ニハ人及不動産ニ關スルモノアルヲ認ム。例ヘハ人ニ依リテ相續方法ヲ異ニスル規定、即農夫ハ不動産ニツキ通常人ノ半分ノ相續權ヲ有ストナス規定ノ如シ。之ヲ混合法 (*statuta mixta*) ト稱ス。

Argentinens ノ大敵手ヲ Molinaeus (Du Moulin) (1500-1560) トス。熱誠ナル伊太利學派ノ擁護論者ニシテ、佛國ノ統一、少クトモ或ル部分ニ於ケル法ノ統一ヲ其理想トナセリ。其論旨ハ要スルニ(一)法律行爲ノ形式ハ其行爲地法(二)從來ノ通説ニ反對シテ契約ハ常ニ當事者ノ意思ニ依リテ之ヲ決スヘク、(註五)(三)重キヲ物ノ所在地ニ置ク規定及外國人ニ適用セラレサル人ニ關スル規定ハ當事者ノ意思ニ依ルコトナク法律ノ規定ニ依ルヘシト謂フニ在リ。

〔註五〕 始メテ自治ノ原則ヲ認メ、當事者ノ意思ニ依リテ準據法ヲ決セルモノハ、モリネー
ーウスニシテ、此點ハ彼ノ功績ノ最モ偉大ナルモノニ屬ス。

始メ Argentinens ノ思想ハ佛國ニ歡迎セラレサリシト雖、第十六七世紀ノ和蘭ニ於テハ熱誠ヲ以テ歡迎セラレ、第十八世紀ノ佛國ニハ Bullerius (1680-1762) Bouhier (1673-1746) Froland (1746) 等ノ學者輩出シ、法則分類主義ヲ進歩セシメタリ。當時ノ學者ハ法律ノ物的觀念ハ封建制度ト相牽連シ、其人的觀念ノ基礎ハ正義ノ觀念ニアリトナシ、人法ノ範圍ヲ擴張シテ物法ノ範圍ヲ縮少セルヲ其特色トナス。斯クノ如クニシテ Argentinens カ物法トナセル多數ノ法ハ人法ニ屬セシメラルニ至リ、遂

ニ此學說ハ佛國民法第三條ニ採用セララルニ至リシナリ。曰凡ソ佛國ニ住スル者ハ其警察及保安ノ法律ヲ遵奉スヘシ。不動産ハ外國人ノ所有ニ係ルモノト雖、猶佛蘭西法律ニ依ル。人ノ身分及能力ニ關スル法律ハ佛蘭西人カ外國ニ在ルトキト雖猶之ヲ支配ス」ト。

(八)和蘭 Argentræus ノ學說カ第十六七世紀ノ和蘭ニ歡迎セラレタルハ其國情ニ起因ス。蓋シ當時和蘭各地ノ自治團體ハ分立シテ各法律上主權者タリ、從テ此封建主義ノ學說ヲ容ルルニ便ナリシヲ以テナリ。當時ノ和蘭學派ハ(一)自己以外ノ法律ヲ顧慮スルノ義務ナシトイフヲ其出發點トス。而シテ(二)外國法ヲ適用スルカ如キハ國際禮讓(ospitalitas)ノ觀念ニ基クト認メ、(三)唯身分法ノミハ一定シテ變化スルモノニアラス。從テ外國人ノ成年未成年ニ關スル地位ノ如キハ和蘭ニ於テモ之ヲ認メテ變更スヘカラサルモノト解ス。其根本ノ理由ハ自國ノ利益ニ存ス、要スルニ此派ノ外國法尊重ノ理由ハ之ヲ自國ノ利益又ハ國際禮讓ニ求ムルノ外ナシト謂フヘシ。

斯クノ如クニシテ Argentræus ノ學說ヲ歡迎スルモノノ範圍ハ漸次ニ擴マリ第

和蘭ニ於
ケル發達

十八世紀ノ英米ヲ征服シ、遂ニ各國ノ法律カ其國內ニ滞在スル全人民ニ適用セララルハ當然ノ公理ナリトナスモノアルニ至レリ。

(二)獨逸 法則分類主義ハ二三學者ノ反對アリシモ、第十六世紀ノ獨逸ニ於テハ、又一般ニ採用セラレ第十九世紀ニ及ヘリ。當時學說及判例ノ認メタル原則ハ、要スルニ(一)物ヲ處分スル能力ハ處分者ノ住所地法ニヨルコトナク物ノ所在地法、(二)物權ハ單純ニ物或ル人ノ財產ヲ構成スル凡テノ物ヲ意味スルト同時ニ、各個ノ物件ヲモ意味ス。ノ所在地法ニ依ルヘク、(動産ハ例外トシテ人ニ從フノ原則)第二編第一章第三節(一)ニ依ル學者ナキニアラス、(三)行爲地法ノ定メタル方式ニ依レル法律行爲ハ外國ニ於テモ亦有效ナリトナスニアリ。而シテ其各種ノ法則ノ所屬ニ至リテハ Argentræus ノ說トハ必スシモ全ク一致セサル點アルカ如シ。

(ホ)英米 和蘭ノ學說カ英米ニ著シキ影響ヲ與ヘタルハ事實ナリ。然レトモ其國法ノ組織上大陸ニ於ケルカ如ク、數世紀來法律抵觸ノ問題ヲ論スルノ必要ヲ見ス。從テ大陸ニ於ケル法則說ノ發達トハ全然無關係ナリシナリ。千七百五十二年始メテ外國法ノ適用問題、佛國ニ於テ婚姻セル英國人タル夫婦ノ年齢ニツキ英國ニ發

獨逸ニ於
ケル發達

英米ニ於
ケル發達

生スルヤ。英國裁判所ハ和蘭ノ學說ニ依リ、之ヲ佛法ニ依ルヘキモノト判決セリ。蓋シ當時英法學者ノ和蘭ニ遊學セルモノ甚タ多ク、從テ和蘭學說ノ輸入セラレシモノ亦少カラサリシヲ以テナリ。斯クノ如クニシテ當時英國ニ於テハ(一)住所地法ニ反對シテ屬地法行ハレ(二)外國ニ於テ行爲ヲナス者ハ一時其國ノ臣民ト同視セラレ、行爲地ノ法律ニ服從スルヲ要ストセリ。近時ニ至リテ、漸ク無制限ニ封建的觀念ニ依ルノ非ナルヲ論スル學者ヲ生シタレトモ、未タ大勢ヲ動カスニ至ラサルナリ。斯クノ如キ絶對的屬地主義ハ米國ニモ行ハレ、John Jay 其代表者トナス。彼ニ從ヘハ各國ハ其領土内ニ於テ唯一ノ主權及裁判權ヲ有シ、其法律ノ效力ハ其領土内ニ在ル一切ノ人及物ニ及ヘトモ、其領土外ニ在ル人及物ヲ拘束スルコトナシトス。

三 新獨逸學派ノ學說

法則說ハ第十九世紀ニ至ルマテ一般ニ大陸ニ認メラレ、獨逸ニ於テモ亦大勢力ヲ有セルハ既ニ述ヘタルカ如シ。本節(二)然ルニ其中葉頃ニ生シタル所謂新獨逸學派ノ蜂起ハ、遂ニ國際私法學ニ關スル革命ヲ生スルニ至レリ。Schneffler, Wechter, Savigny 等ヲ其代表者トナス。

新獨逸學派ノ學說

Savignyノ學說

特ニ國際私法ニ新ナル根據ヲ與ヘタルモノハ Savigny ニシテ、彼ハ近世ノ文明國ニ於テハ取引上竝ニ法律上共通ノ點アルヲ認メ、國際私法ニ於テ外國法ノ適用ヲ認ムルハ、正義ノ要求立法政策ノ必要ニ出ツトナシ、從來ノ解釋ニ一新生面ヲ開ケリ。而シテ法律牴觸ノ問題ハ唯主權獨立ノ原則、内外人平等主義ノミニ依リテ之ヲ解釋スルヲ得ストナシ、各法律關係ハ其本據ノ所在スル土地ノ法律ニ服從スヘク、從テ法律牴觸ノ問題ヲ解決スルニハ、常ニ其法律關係ノ性質上所屬又ハ服從スヘキ當然ノ法域 (Rechtsebiet) ヲ探求スヘキヲ主張セリ。彼ニ從ヘハ法律關係ノ本據ハ(一)身分及相續ニツキテハ住所、(二)不動産ニツキテハ其所在地、(三)債權ニツキテハ其履行地ニ存ストナス。斯クノ如ク彼ハ法律關係ノ特別ナル性質ニ基キ、其準據法ヲ異ニスヘキヲ主張シタレトモ、唯嚴格ナル強行的性質ヲ有スル法律、(註六)及內國ニ於テ認メサル法律制度(註七)ニツキテハ絶對ニ內國法ノ適用ヲ認メタルナリ。(註八)元來法律關係ノ本據ナル觀念ハ不明瞭ナルノミナラス、往々同一法律關係ニシテ場合ノ異ルニ從ヒ異レル法律ニ依リテ決セラルルコトアルカ故ニ、本據ノ語ハ適當ナリト謂フヲ得ス。(註九)後 Bar & Savigny ノ原則ヲ基礎トシ、法律關係ノ本據ニ代

ユルニ國際交通ノ必要上ヨリ法律關係トナルヘキ各種ノ事實ヲ觀察シ、事物自然ノ性質上何レノ法律ニ依ルノ正當ナルカヲ研究スヘク、人ノ國籍、住所、居所、物ノ所在地、裁判所所在地等ノ事實ヲ其根據トナスヘキヲ主張セリ。畢竟法律關係ノ性質ニ從ヒ其準據法ヲ決スヘシト謂フニ在リ、之ニ依リテ Savigny ノ學說ハ完成セラレ、爾來今日ニ至ルマテ獨逸ニ於テ一般ニ認メラルル所トナレリ。

〔註六〕 強行的性質ヲ有スル法律ノ例トシテ、土耳其人カ獨逸ニ於テ重婚ニ關シ保護ヲ請求セル場合ヲ舉ケ、耶蘇教國ノ裁判官ハ一妻主義ニ依リテ之ニ何等保護ヲ與フルヲ得ストナス。

〔註七〕 内國ニ於テ全ク存在ヲ認メサル法律制度トシテ奴隸ノ制、使用人監禁ノ權、妻ニ身體權ヲ加フルノ權ヲ舉ケタリ。

〔註八〕 Savigny ノ說ハ Windscheid 其他ノ獨逸學者ニ採用セラレ、立法上ニモ影響ヲ與ヘタリ。索民法第十條、第十一條、第十九條、チューリッヒ私法第一條乃至第七條等ノ如シ。

〔註九〕 Savigny ニ對スル非難ハ所謂法律關係ノ本據ナル觀念ニアリ。或ハ之ヲ空漠混沌不可思議極マル假想ナリト斷スルモノアリ。Hartmann, Internationales Gesetzensystem S. 33) 或ハ此一般原則ニ依リテ、雖問ヲ解決セントスルハ、畢竟本ニ倚リテ魚ヲ求ムルノ類ノミトナスモノアリ。(Denburg, Preuss. Privatr. I. S. 26) 或ハ多クノ法律關係ニ本據ナク、債權關係ノ如ク二個ノ立脚地ニ立ツモノアルヲ論據トシ、之ニ從ヘハ世界各國ノ法典及諸

規則ヲ我國法ノ附則タラシムルカ、又ハ其所謂法律關係ノ本據ヲ以テ全ク解決スル能ハス、若クハ恣ニ解決スヘキ問題ヲ作ルカ、二者其一ヲ選ハサルヘカラサルニ至ルヘキヲ難スルモノアルナリ。(Binz, Pandekten² anfl. I. 21)

Schaeffer
erノ學說
Waechter
ノ學說

Schaeffer ハ各法律關係ハ其成立シタル土地ノ法律、即其發生地法ニ依ルヘキヲ主張シ、〔註十〕 Waechter ハ(一)問題トナレル場合ノ法律ノ抵觸ニツキ特別ノ明文ノ有無ヲ探求シ、(二)之アルトキハ之ニ依リ、之ナキトキハ同一私法關係ヲ規定セル内國實質法ノ立法精神及目的ヲ探求シ、以テ外國法ニ依ルヘキヤ否ヤヲ決スヘク、(三)其外國法ニ依ルヘキコト明白ナラサルトキハ、裁判官ハ常ニ内國法ニ依ルヘキヲ主張セリ。〔註十一〕

〔註十〕 Schaeffer ノ法律關係發生地法說ハ、何レノ時ニ法律關係ノ成立スルカヲ說明セサルノ缺點アルヲ免レズ。

〔註十一〕 Waechter ノ第一ノ原則ニ對シテハ之ヲ非難スルノ理由ナシト雖、第二第三ノ原則ニ對シテハ異議ヲキチ得ス。蓋シ國內的私法關係ト國際私法ノ關係トハ全然其性質ヲ異ニシ、一ノ原則ヲ以テ他ノ原則トナスヲ得サルヲ以テナシ。

四 新伊太利學派ノ學說

新伊太利學派ハ千八百五十一年 Mancini ノ始メテ唱道セル所ニシテ、殆ント前世紀ノ後半ヲ支配セリ。國粹保存ノ政治論ニ其根據ヲ有シ、千八百六十五年ノ伊太利法例ノ採用スル所ナリ。此派ノ主張ハ要スルニ法律關係ハ原則トシテ國籍ノ法律即其本國ノ法律ニ依ルトナスニ外ナラス。蓋シ法律ハ人格ノ發表ニシテ、人格ハ國籍ニ依リテ定マルカ故ニ、法律ハ國籍ノ發表ト謂フヲ得レハナリ。而シテ國籍ノ法律ハ常ニ其所屬國民ニ著眼シテ立法セラレタルモノナルカ故ニ、其國民カ何レノ地ニ至ルモ常ニ之ニ隨伴スヘシトナスナリ。此派ノ主張ハ唯原則トシテ國籍ノ法律ニ依ルヘシトナスニ止マリ、(一)其國籍ノ法律カ內國社會ノ一般利益、即公益公安ニ關スル法律ニ反スルトキ、及(二)行爲地法ニ依ルヘキ場合ハ屬地的ニ決シ、(三)當事者ノ自由意思ニ依リ準據法ヲ定メ得ルトキハ之ニ從フヘシトナス。斯クノ如キハ外國人ノ人格ヨリ生スル權利ハ內國ノ公益公安ニ讓ルヲ要ストノ根本思想ニ出ツルモノトス。(註十一)

〔註十二〕 本國法主義ニ對シテハ白耳義ノ Laurent 熱心ニ歸服シ、獨逸ノ學者之ヲ採リ、(Regeleberger, Pandekten Ed. I, S. 167) 獨逸民法亦之ニ從ヘリ。獨逸帝國裁判所、第十八獨逸法

曹會、及千八百七十四年國際法協會セネバ會議モ亦此主義ヲ認ムルニ至レリ。本國法主義ニ對スル非難ハ重キチ國家的要素ニ措クハ、多數ノ外國人ヲ包容スル現在ノ社會ニ適セサルノミナラス、法律ハ論者ノ謂フ如ク絕對ニ國家的性質ニ基クモノニアラス。假ニ國家的性質存ストスルモ、其特質ハ決シテ當時ノ如ク個人ノ生活ニ適合スルモノニアラスト謂フニ在リ。

五 最近ノ學說

第十九世紀ノ中葉ニ生シタル二大學派ハ國際私法ノ研究ニ一新生面ヲ開拓セリ。爾來國際私法ノ研究ハ益々盛大ニ趣キ、最近新學說ノ樹立ヲ試ミタルモノ少シトセス。特ニ注目スヘキハ Pillet 及 Zitelmann ノ研究ナリトス。

(イ) Pillet ハ法律ノ抵觸ニ關シ一ノ新原則ヲ樹立セント欲シ、法律抵觸解決ノ一般ト題スル論文ヲ公ニセリ。(Journ. d. d. i XXI p. 417, 711; XXII 241, 500, 929; XXIII 3) 之ニ從ヘハ凡ソ法律ハ同時ニ屬地的及涉外的效力ヲ有スルモノニシテ、國際交通ニ於テハ其何レカ社會的效果ヲ有スルコト多キカヲ考慮シ、其社會的效果ノ最モ多キモノヲ成立セシムルヲ要ス。今法ヲ社會的ニ觀察スルトキハ、其效力及價值ハ唯其社會的目的ニ依リテノミ之ヲ定ムヘク、法ノ直接ニ目的トスル所、其適用ヲ

受クル一私人ノ利益ニアルトキハ、之ヲ個人保護法ト稱シ、社會ノ利益ニアルトキハ之ヲ社會保護法ト稱ス。然レトモ同時ニ其何レノ利益ヲモ目的トスルモノナキニアラス。個人保護法ノ效力ハ涉外的ニシテ、此場合ノ準據法ハ問題トナレル人ノ本國法ナルニ反シ、社會保護法ノ效力ハ屬地的ニシテ其準據法ハ其利益ヲ有スル國ノ法律タルヲ特色ス。而シテ公ノ秩序ニ關スル法律ハ屬地的ナルヲ原則トスレトモ、決シテ其法律カ其地ニ存在又ハ成立スル一切ノ人物及行爲ヲ支配スルノ義ニアラス。唯其防禦セル社會ノ利益カ害セラレントスル場合ニノミ其適用アルヲ意味スルニ外ナラサルナリ。若シ涉外法間ニ抵觸アルトキハ、各人ニ其固有ノ法律ヲ適用シテ解決スヘク、各別ニ其固有法ヲ適用スル能ハサルトキ、若シ其法律ノ性質ヲ同シクセサル場合ハ合理的ニ解決スヘキ方法ナシト雖、之ヲ同シクスル場合ハ其最モ嚴格ナルモノヲ適用スヘシトナス。又屬地法間ニ抵觸アルトキハ各地ニ於テ其法律ヲ適用シテ問題ヲ解決スヘク、涉外法ト屬地法ト抵觸スルトキハ、屬地法ニ依ルヘク、同等ニ涉外的且屬地的ナル法律間ノ抵觸ハ之ヲ解決スルヲ得ス。場所ハ行爲ヲ支配スルノ原則ハ慣習法ナルカ故ニ、以上ノ原則ヲ適用シ得ヘキ場合

ニハ之レカ適用ヲ妨ケストナス。(註十三)

〔註十三〕 Pilletノ說ハ要スルニ法ノ目的ヲ標準トシテ法律ヲ分類シ、結局法律關係ヲ規定セル法律ノ性質ヲ標準トシテ、法律抵觸ノ問題ヲ解決セントスルニ在リ。故ニ法律關係ノ性質ニ依リ、準據法ヲ決スヘシト謂フニ外ナラサルナリ。

Zitelmann
ノ學說

(□) Zitelmann ニ從ヘハ國際法ハ內國ノ立法ニ或ル制限ヲ加フルモノニシテ、國家カ命令ヲ發シ得ルハ其國權ノ及フ範圍ニ止マルモノトス。而シテ國家ノ命令カ國際法上ノ拘束力ヲ有スルハ其國權カ國際法上承認セラレタル範圍内ニ限り、國家ハ其臣民主權ニ依リテ其ノ國民ヲ統治シ、領土主權ニ依リテ其領土上ニ之ニ關スル統治ヲ爲スモノタリ。斯クノ如クニシテ國權ハ領土主權ノ作用トシテ其領土ニ存スル一切ノモノヲ統治シ、一切ノ動產不動產及無形財產ハ勿論、一切ノ犯罪行為ニモ及フモノトナス。

六 餘論

國際私法ニ關スル名稱ノ變遷ハ學說ノ發達ト相牽連ス。國際私法學發達ノ歴史的理由ニ基キ Collisio statutorum ノ名稱ヲ生セシハ既ニ述ヘタルカ如シ。後之ニ關ス

國際私法
ノ學說
ニ關スル
名稱ノ變遷

ル史的研究ノ發達ニ伴ヒ、茲ニ法律ノ抵觸ニ關スル規則ヲ生スルニ及ヒ、Kollisionsformen ナル名稱ハ俄ニ學術上ノ用語トナルニ至リシナリ。第十七世紀頃ニ至リ、*Conflictus legum* ナル名稱和蘭ニ行ハレ、第十八世紀ニ及ヒ此名稱ハ英米ニ傳ハリテ、*Conflict of Laws* ト譯セラレ、今日ニ至ルマテ一般ニ使用セラルル所ナリ。然レトモ往々 *Conflict* ニ代ユルニ *choice* ノ語ヲ以テスル學者ヲ見ルコトナキニアラス。

獨逸ニ於テハ前世紀ノ前半頃ヨリ *Anwendung fremder Gesetze (der ausländischen Gesetze)* ナル名稱行ハレ、獨逸民法第二草案ハ第六編ノ表題ヲ *Anwendung der ausländischen Gesetze* トナセリ。其他 *Kollision koordinierter Rechtssetze, Raumnliche Herrschaft der Gesetze, Örtliche Grenze der Rechtsregeln* ト稱セシモノナキニアラス。千八百四十一年 *Schaeffner* 一度 *Internationales Privatrecht* ノ語ヲ用ユルヤ、遂ニ一般ニ採用セラルルニ至レリ。

佛國學者ハ之ニ遅ルルニシテ、*Droit international privé* ノ語ヲ用ヒ、英吉利學者亦之ニ倣ヒ、*Private international law* ト稱ス。

其他猶 *extra-territorial recognition of Rights, Externes Privatrecht* ナル名稱ナキニアラスト雖、一般ニ用ヒラルルコトナシ。

國際私法ナル名稱我國ニ行ハルルニ至リシハ、實ニ明治十四年以降ナリトス。其起原ハ支那ノ同治三年、即我元治元年丁建良ノ漢譯ニ係ル萬國公法中、公法私條ノ名稱ノ用ヒラレタルニ存スルカ如シ。後萬國私權通法、列國庶民私法、列國交際私法等ノ名稱行ハレ、遂ニ一般ニ國際私法ト稱スルニ至レリ。

第三節 立法ノ發達

國際私法學說ノ發達ハ遂ニ國際私法ニ關スル立法ノ發達ヲ促セリ。第十八世紀末佛國民法前加編第三條カ國際私法の規定ヲ掲クルヤ、諸國相競フテ之ニ關スル規定ヲ設クルニ至リ、或ハ之ヲ民法中ニ(佛)或ハ其施行中法ニ(獨)或ハ特別法(和蘭伊太利瑞西等)中ニ規定スルニ至レリ。我國ニ於テハ舊民法編纂當時ヨリ法律ノ解釋適用ニ關スル凡テノ規定ハ之ヲ法例ナル特別法ニ掲クルヲ例トス。(穗積博士著法窓夜話第百八十一頁以下法例ノ由來參照)

斯クノ如クニシテ成立セル諸國ノ規定ハ、時トシテ實質上相反セル主義ニ出ツルコトアルヘク、其國權ノ及フ範圍内ニ於テハ、各其法律ニ依リテ規律シ、或ハ其裁

判所ノ決スル所ヲ以テ法律上正當トナスヘシ。從テ同一法律關係ニツキ諸國ノ國際私法の規定ノ間ニ牴觸ヲ生スルコトアルハ實ニ免ルヘカラサル所ナリ。是ニ於テ各國競フテ其差異ヲ除カンカ爲、國際條約ヲ締結シ以テ國際私法の規定ノ歸一ヲ企ツルノ趨勢トナレリ。千八百七十四年露獨間ニ成立セル遺產處分ニ關スル條約ノ如シ。然レトモ國際條約ニ於テハ其當事國限定セラレ、之ヲ以テハ末々數多ノ領土ト相接觸スル國際關係ニツキ充分ノ解決ヲ見ルコト難シ。蓋シ特定國間ニ國際條約成立スルモ、非締約國相互間ハ勿論、締約國ト非締約國間ニハ猶法律ノ牴觸アルヲ免レサレハナリ。從テ國際私法ノ原則ハ之ヲ國際的物體トシテ論スヘキヤ疑ヲ容レズ。第一ニ此點ニ着眼セルハ亞米利加ニシテ、千八百七十八年南米諸國ハLimaニ國際會議ヲ開キテ、國際私法、訴訟法及刑法等ニ關スル條約案ヲ討議セリ。是レ實ニ國際會議ノ先驅タリシナリ。

第四節 國際會議及學會ノ活動

Lima 會議ニ次テ千八百八十八九年 Montevideo ノ會議アリ、國際民商法、刑法、訴訟

法其他著作權工業所有權保護ニ關スル條約案ヲ決議セリ。後米國政府ハ米大陸全部ニ對スル國際私法及國際法ヲ統一センカ爲、南北及中央亞米利加ノ全部ニ涉ル國際會議ノ開催ヲ發議シ、遂ニ千八百九十一年 Washingtonニ於テ第一回ノ汎亞米利加會議ノ開催ヲ見タリ。爾來二年毎ニ一回開催シテ、國際私法ノ外、經濟財政交通ニ關スル事項ヲモ統一的ニ規定セントスルニ至レリ。其實際的結果ハ其目的ノ範圍廣大ナルカ爲、未タ之ヲ見ルニ至ラスト雖、將來之ニ依リテ全亞米利加ニ通スル國際私法ノ成立ヲ見ルハ疑ヲ容レサルヘシ。

他方和蘭政府ハ *Agart* 博士ノ提案ニ基キ、千八百九十三年以來屢々歐洲諸國ヲ海牙ニ會セシメテ國際私法ニ關スル種々ノ問題ヲ考究シ、遂ニ其全部ニ涉リ頗ル正鵠ナル解決ノ曙光ヲ見ルニ至レリ。此點ヨリ觀ルモ國際私法ハ既ニ一大發達ヲナシタルモノト謂フヘシ。而シテ此會議ハ千八百九十三年、千九百年及千九百四年ニ四回開催セラレ、第一回會議以來代表者ヲ出セルハ獨逸、埃匈國、白耳義、丁抹、西班牙、佛蘭西、伊太利、ルクセンブルク、和蘭、葡萄牙、ルーマニア、露西亞、瑞西ノ十三國ニシテ、第二回ヨリ瑞典、諾威ノ加入ヲ見、第四回會議ニ至リ始メテ我代表者ノ派遣ヲ

〔註十四〕 第一回海牙會議ニ於テハ婚姻、相続、遺言及民事訴訟ニ關スル各種ノ問題ヲ附議シ、各之ニ關スル獨立ノ條約案ヲ討議セリ、第二回會議ニ於テハ、前回問題トナレル事項ノ外、更ニ婚姻ノ效力、後見、禁治產及破產者ノ問題ヲ討議シ、民事訴訟ニ關スル條約ハ千八百九十六年十一月十四日成立シ、獨、匈、白、丁、ル、ク、セ、ン、ブ、ル、ク、四、佛、伊、諾、和、葡、ル、一、マ、ニ、ヤ、露、瑞、典、瑞、四、國ニ調印セラレ、千八百九十九年ヨリ實施セラレタリ。第三回會議ニ於テハ婚姻ノ成立、離婚及別居ニ關スル法律ノ抵觸問題、未成年者ノ後見ニ關スル條約成立シ、千九百二年ヲ以テ批准交換セララルルニ至レリ。第四回會議ニ於テハ、實施セル民事訴訟ニ關スル條約ヲ修正シ、猶未決ノ問題ニツキ種々ノ條約案ヲ議決セリ。就中婚姻成立ニ關スル條約、離婚條約、及後見ニ關スル條約ハ、原則トシテ締約國ノ歐洲領土ニノミ適用セララルトモ、婚姻ノ效力、禁治產ニ關スル條約、及民事訴訟條約ノ效力ハ、當然締約國ノ歐洲領土ニ及フノミナラス、締約國ノ歐洲外ノ領土、占領地、殖民地、又ハ領事裁判權ノ行ハルル地域ニモ適用セララルモノトス。國際民法ノ說明ニ於テ之ヲ引用スルコトアルヘシ。

斯クノ如ク諸國ハ相協力シテ海牙ニ國際的會合ヲ組織シ、之ニ依リテ國際私法ノ一部ハ適當ニ取扱ルルニ至リタレトモ、唯僅カニ大ナル發達ノ出發點タルニ過キス。更ニ進ミテ此會議ニ依リ國際私法ノ各部ヲ組織的ニ發達セシムル手段方法

ヲ講スルヲ要スルヤ勿論ナリトス。既ニ海牙ニ於テハ種々ノ條約締結セラレタレトモ、特ニ注目スヘキハ國際親族法ノ法典ト目スヘキ婚姻、離婚、未成年者ノ後見ニ關スル國際私法條約ナリトス。其他手形又ハ海商ニ關スル事項ニツキ國際會議ノ開催アリ。海牙ノ萬國手形法統一會議、ブリュクセルニ於ケル海商統一ニ關スル國際會議ハ之ニ屬ス。後ニ説明スヘシ(第二篇第二章第二節二及三參照)

國際私法ノ發達ハ又學會ノ活動ニ負フ所大ナルハ之ヲ認ムルヲ要ス。國際私法ニ關スル學問的會合ニシテ最モ活動セルモノヲ國際法協會 (Institut de droit international) トナス。千八百七十三年白、佛、獨、英、蘭五國ノ法律家ニ依リテ組織セラレタル一種ノ國際學士院ニシテ、公開ノ會ニアラス。正會員 (Members) 準會員 (Associés) 及名譽會員 (Members honoraires) ヨリ成立ス。此學會ハ國際關係ノ法律全般ニ涉リテ考究シ、其議決及規約ハ海牙會議ニ出席セル法律家ニ依リテ尊重セラレタリ。特ニ實際家ニ對シテ有益ナルハ協會年報 (Annales de l'Institut) ニ記載セララル無數ノ重要報告ナリトス。其他千八百七十三年ノ設立ニ係ル Association for the reform and codification of the law of nations (現今國際法學會, International Law association) ト稱スアリ。全然入會

ノ自由ヲ認ム。其他千九百六年北米ニ於テ亞米利加國際法學會 (American Society of international law) 設立セラレ、翌年一月以來機關トシテ American Journal of international lawヲ發行セリ。

斯クノ如キ學會ノ活動ハ、海牙會議ト相俟テ、國際私法上ノ諸問題ノ解決ニ貴重ナル資料ヲ供シ、各國ニ於ケル學說立法ノ發達ト相伴フテ、益々國際私法ノ發達ヲ促スニ至ルヘシ。

第三章 國際私法ノ淵源

一 總說

法ハ人類行爲ノ價值ヲ判斷スル規範ニシテ、國家又ハ之ニ依リテ權力ヲ附與セラレタルモノノ命令又ハ許可タリ。凡ソ國權ハ法ノ效力發生ノ基礎ニシテ、國權カ明示又ハ默示ヲ以テ之ヲ法律トナス旨ノ意思ヲ表示スルニ依リテ、茲ニ始メテ法ノ效力ヲ生スルモノトス。其意思表示ノ内容カ或ル行爲不行爲ノ義務ヲ負擔セシムルニ存スルトキハ之ヲ命令ト稱シ、或ル行爲ヲ爲スヲ正當トナストキハ之ヲ許

總說

法ノ淵源
即法源ノ
意

可ト稱スルノミ。而シテ國權存在ノ基礎ハ之ヲ公拒スヘカラストナス一般人ノ意識ニ存スルカ故ニ、通説ハ法ノ效力ノ基礎モ亦之ニ從ハサルヘカラストスル一般人ノ意識ニ求ムヘキヲ主張スレトモ、吾人ハ唯權力ヲ意識スルニ止マリ、其意識ヲ法ニ及ホスノ要ナク、又及ホスヲ得サルモノトス。恰モ甲乙ヲ生シ、乙丙ヲ生シタル場合、丙ノ存在原因ハ甲ニ存スルハ勿論ナリト雖、丙ハ甲ノ所生ニアラサルニ同シ。學者往々法ノ淵源、即法源ヲ法ノ效力ノ基礎ノ義ニ解シ、常ニ國權ノ命令又ハ許可ニシテ、敢テ數種ナキヲ主張スレトモ、其命令又ハ許可ノ成立スル態様ハ必スシモ常ニ同一ナラサルナリ。或ハ通常ノ立法ノ形式ヲ以テ生スルコトアルヘク、或ハ條約慣習其他ノ形式ヲ以テ生スルコトアルヘシ。余輩ハ茲ニ淵源、即法源ヲ法ノ成立スル形式ノ義ニ解シ、之ヲ國際私法ノ方面ヨリ研究セントス。

二 國際私法ニ於ケル各種ノ淵源

國際私法モ亦法ナルカ故ニ、國權ノ命令又ハ許可ニ依リテ生ス。國際私法ヲ其成立ノ形式ヨリ區別スルトキハ、之ヲ三種トナスヲ得ヘシ。

(イ) 各國其固有ノ立法權ニ基キ、普通一般ノ立法手續ニ依リテ成立セルモノニ

國際私法
ニ於ケル
各種ノ淵
源

立法

シテ、此種ノ國際私法ハ獨立國ト同數ナルヲ得ヘク、各獨立ニ其存立ノ意義ヲ有
スルモノトス。例ヘハ我法例、伊太利法例、獨逸民法施行法等ノ如シ。

(ロ) 國際條約又ハ國際慣習ヨリ成立セルモノニシテ、大正三年條約第一號船舶
衝突ニツキテノ規定ノ統一ニ關スル條約、同年條約第二號海難ニ於ケル救援救
助ニツキテノ規定ノ統一ニ關スル條約、及船舶ニ關スル旗國法ノ國際慣習等ハ
之ニ屬ス。(註一)唯其國際慣習ヨリ成立スルニハ法例第二條ノ制限アルノミ。

[註一] 國際私法カ國際條約又ハ國際慣習ヨリ成立スルニハ、其條約又ハ慣習ノ認ムル
原則ヲ法律トナス旨ノ明示若クハ默示ニ依ル國權ノ意思表示アルヲ要ス。而シテ其
條約ヨリ成立スル場合ハ、官報條約欄ニ於テ公布アルコトニ依リテ、之ヲ法律トナス
旨ノ國權ノ明示ニ依ル意思表示アリタルモノト認ムヘク、其國際慣習ヨリ成立スル
場合ハ、裁判官カ明治八年太政官布告第百三號ニ則リ國際慣習ノ原則ヲ適用シタル
場合、國家力之ヲ默認スルコトニ依リ、之ヲ其法律トナス旨ノ默示ニ依ル意思表示ア
リタルモノト認ムヘシ。

(ハ) 條理ヨリ成立セルモノニシテ、裁判官カ自ラ立法者トシテ立法シタリシナ
ルヘキ原則ニ從テ裁判シ、國權力之ヲ默認シタル場合ニ生ス。(註二)

[註二] 國際私法ノ成文的規定ハ其數甚タ少ク、不備缺陷多シ。從テ成文ノミニ依リテ國
際私法上ノ問題ヲ決スルコト難ク、慣習又ハ條理ニ依リテ之ヲ決スルヲ要スルヤ疑
ヲ容レス。我國ニ於ケル民事ニ關スル法律解釋ノ唯一ノ根據タル、明治八年太政官布
告第百三號カ、成文ナキトキハ慣習又ハ條理ニ依リテ裁判スヘキヲ認メタルモ、亦此
意味ニ外ナラサルナリ。條理ニ依リテ國際私法ノ成立スルハ、國際慣習ニ依リテ國際
私法ノ成立スル場合ニ同シク、國家力條理ニ依ル裁判ヲ默認シタルトキ、條理ノ要求
スル原則ヲ國際私法トナス旨ノ國權ノ默示ニ依ル意思表示アリタルモノト認ムヘ
キモノトス。

第四章 國際私法ノ出發點

第一節 總說

國際私法ハ内外人ノ平等、内外法ノ同等ナル二個ノ事實ニ出發ス。蓋シ内外人ノ
取扱平等ナラサレハ、内外法ノ同等ハ之ヲ想像スルコト難ク、内外法同等ノ原則認
メラルルニアラサレハ、法律ノ抵觸ハ之ヲ想像スルヲ得サレハナリ。(第一章第二節
註九)而シテ内外人ノ平等トハ、外國人ハ常ニ殆ント内國人ト同等ナルノ事實ニシ

テ、内外法ノ同等トハ、各國私法ハ國際的見地ヨリ同等ノ價值ト地位ヲ有スルノ事
實ナリトス。本章ニ於テハ國際私法上ニ於ケル内國人外國人及内國法外國法ニ關
スル諸問題ヲ一括シテ研究セントス。

第二節 内國人ト外國人

一 總說

内外國人區別ノ標準ハ國籍ニアリ。國籍ヲ最モ廣ク解スルトキハ、人又ハ物カ或
ル國家ニ從屬スル關係ヲ意味スレトモ、通常或ル個人カ或ル國家ニ從屬スルノ關
係ヲ指示シ、臣民ノ語ト其義ヲ同シクス。一ハ或ル國民ヲ他ノ國民ヨリ區別スル方
面ヨリ觀察シ、他ハ個人ト其所屬國家トノ關係ヲ國內法上ヨリ觀察セルノ差異ア
ルノミ。而シテ内國ノ國籍ヲ有スル人類ヲ内國人ト稱シ、然ラサルモノハ悉ク之ヲ
外國人ト稱ス。必スシモ外國ノ國籍ヲ有スルモノヲ意味スルニアラス。從テ一方向
レノ國籍ヲモ有セサル無國籍人ハ外國人タルト同時ニ、他方内國ノ國籍ヲ有スル
以上ハ外國ノ國籍ヲ併有スルモ、猶内國人タルヲ妨ケサルモノトス。

二 内國人タル分限ノ得喪

内國人トハ内國ノ國籍ヲ有スル人類ニシテ、其分限得喪ノ要件ハ國籍法(註一)明
治三十二年法律第六十六號ノ定ムル所タリ。

(註一) 日本臣民タルノ要件ハ法律ノ定ムル所ニ依ルトハ憲法第十八條ノ定ムル所ナ
リ。國籍法ハ此豫見ニ從ヒテ制定セラレ、如何ナル者カ日本臣民タルヘキカヲ定ムル
法律ナリトス。國籍法ハ憲法ノ一部ナルカ故ニ、其研究ハ憲法ニ於テ爲スヘク、國際私
法ニ於テハ内國人タル分限ノ得喪ヲ明ニスル限度ニ於テ之ヲ研究セントス。

内國人タル分限ノ得喪ハ畢竟内國國籍ノ得喪ニ外ナラス。蓋シ國籍法ハ出生及
其後ニ生シタル原因ニ基ク國籍ノ取得ニ依リテ内國人タル分限ヲ取得セシメ、國
籍ノ喪失又ハ離脱ニ依リテ之ヲ喪失セシムルヲ以テナリ。其出生ニ基キテ取得セ
ル國籍ヲ生來ノ國籍ト稱シ、立法主義トシテハ、專ラ重キヲ血統ニ措キテ其出生地
如何ヲ顧サルモノト、專ラ重キヲ出生地ニ置キテ血統ノ如何ヲ顧サルモノノ二種
アリ。前者ヲ血統主義(jus sanguinis)後者ヲ生地主義(jus soli)ト謂フ。我國籍法ハ原則ト
シテ血統主義ヲ認メ、(一)先ツ父ノ血統ニ依リテ子ノ國籍ヲ定ム。蓋シ父ハ通常親權
ヲ行使シ、其子トノ關係ハ母ヨリモ密接ナルヲ以テナリ。而シテ其父ノ國籍ヲ取得

スヘキ時期ニツキテハ(1)一般ニ出生當時ヲ標準トナスヲ原則トスレトモ(2)其出生前父死亡シタルトキハ其死亡當時ヲ標準トシ(國籍法第一條)(3)本來父カ外國人ニシテ入夫婚姻又ハ養子縁組ニ依リ日本ノ國籍ヲ取得シタル場合、子ノ出生前離婚又ハ離縁ニ依リテ之ヲ喪失シタルトキハ、懐胎當時ヲ標準トナス。(註二)國籍法第二條第一項(4)此場合母モ亦其夫ト共ニ日本ノ家ヲ去リテ外國人トナリタルトキハ、出生當時ノ父ノ國籍ニ依リ其子ヲ外國人トナシ、若シ其子ノ出生前母カ日本ノ家ニ復籍シタルトキハ、子ノ懐胎當時ノ父ノ國籍ヲ取得スヘキモノトス。國籍法第二條第二項(註三)而シテ原則トシテ父ノ國籍ヲ取得スヘキ時期ヲ出生當時トナセ、ルハ、此時期ヲ以テ確實且明瞭トナシ、懐胎當時ノ父ノ國籍ヲ取得スルモノトナス時ハ、懐胎ノ時期ヲ證明スルノ困難アルニ起因スルカ如シ。(二)父知レサルカ、又ハ其無國籍人ナルトキハ、母ノ國籍ヲ取得ストナス。蓋シ無國籍人ノ發生ヲ防止スルノ趣旨ニ出ツルカ如シ。國籍法ハ唯一ノ例外トシテ、捨兒即父母共ニ知レサルトキ、及無國籍人ノ子、即父母共ニ無國籍人ナル場合ニ限リテ、生地主義ヲ認め、苟モ日本ニ生レタル子ハ之ヲ日本人トナス。(國籍法第四條)主トシテ無國籍人ノ發生ヲ防止ス

ルノ趣旨ニ出ツルモノトス。

(二)出生以後原因ノ内ニ依リテ國籍ヲ合タル

〔註二〕 若シ此場合、懐胎當時ノ父ノ國籍ヲ標準トセズ、出生當時ノ其國籍ヲ標準トスルトキハ、其子ハ外國人トナリ、日本ノ家ニ外國人ト入ルルノ結果トナルヲ以テナリ。

〔註三〕 子ノ出生前父母共ニ日本ノ家ヲ去リ、外國人トナリタルトキハ、子モ亦其父母ノ家ニ入ルヲ以テ、之ヲ日本人トナスノ要ナシト雖、其出生前日本ノ家ニ復籍シタルトキハ、又其子ヲ日本人トナスノ必要アルニ依ル。

出生以後ニ生シタル原因ニ依リテ取得セル國籍ハ之ヲ傳來ノ國籍ト稱ス。其取得ハ國籍ノ變更ニ伴フテ生スルカ故ニ、取得國籍又ハ國籍ノ變更ニ依ル取得トモ謂フ。其發生原因凡ソ三アリ。(1)親族法上ノ原因ニ依ルモノハ、ニシテ(1)婚姻(註四)國籍法第五條第一號(2)入夫婚姻(註五)(同條第二號)(3)養子縁組(註六)(同條第四號)(4)私生子認知(註七)(同條第三號第六條)ノ場合ニ生ス。外國人ヲ入夫又ハ養子トナスニハ内務大臣ノ特別ノ許可アルヲ必要トシ、其許可ヲ與フルニハ其外國人カ引續キ一年以上日本ニ居住シ、且品行方正ト認メタル場合タルヲ要件トス。明治三十一年法律第二十一號(二)ハ個人ノ自由意思ニ依ルモノニシテ、歸化(註八)ノ場合ニ生ス。國籍法第七條乃至第十四條(三)ハ國際法上ノ原因ニ依ルモノニシテ、領土ノ併合割讓ノ場

合(註九)ニ生ス。

〔註四〕 婚姻ニ依リテ日本人ノ妻トナレル外國人ニ我國籍ヲ取得セシメザルトキハ、日本ノ家ニ外國人アルノ結果ヲ生スルヲ以テナリ。

〔註五〕 外國人ハ日本人ト入夫婚姻ヲ爲スニ依リテ日本ノ家ニ入ルカ故ニ、之ヲ日本人トナスニ外ナラス。

〔註六〕 入夫婚姻ノ場合ト同一理由ニ出ツ。

〔註七〕 日本人タル父又ハ母ニ依リテ認知セラレタル私生子ヲ日本人トナスハ、血統主義ヲ貫クノ趣旨ニ外ナラス。

〔註八〕 歸化ニハ外國人チ内國人トナスニ可能ナル資格ヲ具アルヲ推測スルニ足ルヘキ條件、即(一)一定年限間其國ニ住居シ、(二)自ら生活スルノ實力ヲ有スルヲ必要トスルヲ、諸國ノ殆ント一致スル所ナリ。我國ニ於テハ一般條件トシテ、(一)引續キ五年以上日本ニ住所ヲ有シ、(二)滿二十歳以上ニシテ本國法ニ依リ能力ヲ有シ、(三)品行方正ニシテ、(四)獨立ノ生計ヲ營ムニ足ルヘキ資産又ハ技能アリ、且(五)日本ノ國籍取得ニ依リテ舊國籍ヲ失フカ、又ハ全ク國籍ヲ有セサルモノタルヲ必要トス。(國籍法第七條)特別ノ條件トシテハ、(一)外國人ノ妻ハ其夫ト共ニスルヲ必要トシ、單獨ニ之ニ先テテ歸化スルヲ許サス。然レトモ其夫ノ歸化後ニ歸化シ得ルハ勿論ナリトス。斯クノ如キ制限ヲ設ケタルハ歐米諸國中別居ノ制度ヲ認メ、別居セル妻ニ完全ナル能力ヲ認ムルモノアリ、從テ別居セル妻カ能力者トシテ夫ニ先チ單獨ニ他國ニ歸化ス

ルコトアルヲ虞レタルカ故ナルヘシ。(國籍法第八條)(二)我國ト特別ノ關係アル外國人ノ歸化ニハ一般條件ノ全部又ハ一部ヲ必要トセス。(一)現ニ我國ニ住所ヲ有スル以上ハ必スシモ其五ヶ年間繼續セルヲ必要トセサルコトアリ。(a)父又ハ母カモト日本人タリシ者、(b)其妻カモト日本人タリシ者、(c)日本ニ生レタル者、(d)引續キ十年以上日本ニ居所ヲ有スル者ハ之ニ屬ス。而シテ前三者ニツキテハ日本ニ出生セル外國人ノ父母カ日本ニ於テ生レタル場合ノ外、三年以上日本ニ居所ヲ有スルヲ必要トス。(國籍法第九條)或ハ(一)唯品行端正及外國國籍喪失ノ二條件ヲ具フヲ以テ足ル場合アリ。其歸化セントスル外國人ノ父又ハ母カ現ニ日本人ニシテ、其外國人カ日本ニ住所ヲ有スル場合ニ生ス。或ハ(三)無條件ニ歸化ヲ許ス場合アリ。唯勅裁ヲ經テ内務大臣之ヲ許スチ其形式トス。

〔註九〕 領土ノ併合割讓ノ場合、條約ニ於テ割讓地ノ住民ハ一定期間内ニ其財産ヲ處分シテ自由ニ割讓地ヲ退去シ得ヘキヲ認メ、且退去シタル場合ニハ其舊國籍ヲ保有スヘキヲ定ムルコトアリ。之ヲ選擇條約ト稱シ、住民ノ有スル此利益ヲ選擇權(Droit d'option)ト稱ス。理論上ヨリ謂ヘハ國家主權移轉ノ當然ノ結果トシテ、國籍ノ變更ヲ生スヘキモノナリト雖、讓受國ニ於テハ自國ニ心服セサル新領土ノ人民ヲ強テ其國民トナスノ要ナク、讓渡國ニ於テモ其故國ヲ慕フテ退去シ來レル人民ニツキ、國籍回復ノ手續ニ依ルノ煩ヲ避ケ、其國籍ヲ失ハサリシモノト看做スチ便宜トス。條約上選擇條款ノ明言セララルハ此理由ニ出ツルモノトス。

内國人タル分限ハ一定ノ原因ニ依リテ喪失ス。古代ニアリテハ一旦臣民タル者ハ永久ニ臣民タルノ主義ヲ採リタレトモ、移住脱籍ノ自由ヲ認メタル以來、其分限ノ喪失ヲ認ムルニ至レリ。分限ノ喪失ハ分限ノ取得ニ相對立スル觀念ニシテ、又三種ノ原因ニ依リテ生ス。(一)其親族法上ノ原因ニ依ルモノハ婚姻(國籍法第十八條)離婚又ハ離縁(同法第十九條)及私生子認知(同法第二十條)ノ四者ニシテ、其婚姻ニ依ル喪失ニハ、夫ノ國籍ヲ取得シタルヲ條件トナス。(大正五年三月十五日法律第二十七號)蓋シ無國籍人ノ發生ヲ防止スルニ外ナラサルヘシ。(二)個人ハ自由意思ニ依ルモノニハ歸化(國籍法第二十條)及國籍離脱(同法二十條)ノ二アリ。國籍離脱ノ制度ハ大正五年ノ改正ニ於テ始メテ認メタル所ニシテ、重國籍ノ解決ニ資スルノ目的ニ出ツルモノトス。即外國ニ於テ生レタルニ因リテ、其國ノ國籍ヲ取得シタル日本人カ、其國ニ住所ヲ有スルトキハ、内務大臣ノ許可ヲ得テ日本國籍ノ離脱ヲナスコトヲ得トナス。(三)國際法上ノ原因ニ依ル場合ハ到底之ヲ想像スルヲ得サル所ナルカ故ニ、茲ニ之ヲ説明スルノ要ナシ。國籍ノ喪失ニハ一大制限アリ。(一)十七歳以上ノ男子ニツキテハ兵役ニ服シ、又ハ之ニ服スル義務ナキコト、(二)文武ノ官職ヲ帶フル

モノハ之ヲ失ヒタル後タルコトヲ要件トス。蓋シ兵役義務ヲ免ルルヲ防止シ、外國人ヲ官職ニ任セサルノ原則ヲ貫クカ爲メナルヘシ。

一旦喪失セル内國人タル分限ハ、一定ノ條件ヲ具備スルトキ、再ヒ之ヲ回復スルヲ得之ヲ國籍ノ回復ト稱ス。(一)外國人ノ妻トナリタルニ依リ我國籍ヲ失ヒタル者、(一)其婚姻關係消滅シ、別居ノ場合ハ猶夫婦關係繼續スルカ故ニ除外、(二)我國ニ住所ヲ有スル場合、(三)内務大臣ノ許可ヲ得タルトキ、(國籍法第二十五條) (二)歸化ニ依リ我國籍ヲ喪失シタル者、(一)我國ニ住所ヲ有シ、(二)内務大臣ノ許可ヲ得タルトキ、(同法第二十六條) (三)離脱ニ依リ我國籍ヲ失ヒタル者、(一)我國ニ住所ヲ有シ、(二)内務大臣ノ許可ヲ得タル場合ニ生ス。(國籍法第二十五條乃至第二十七條參照)

三 外國人ノ地位

外國人トハ内國人ニアラサル凡テノ人類ヲ意味ス。敢テ外國ノ國籍ヲ有スルモノニ限定スルコトナシ。而シテ現今ニ於テハ場合ト方面ノ如何ヲ問ハス、常ニ殆ント内國人ト同等ノ待遇ヲ受ケツツアルハ事實ナリト雖、唯近時ニ於テ然リト云フノミ、古代未開ノ社會ニアリテハ外國人ハ之ヲ敵人ト同視シテ、其生命財產ニ對ス

敵視主義

賤外主義

排外主義

相互主義

ル殺奪ヲ恣ニセリ。之ヲ敵視主義ノ時代ト謂フ。後民族ノ團結漸ク鞏固トナルニ及ヒ、外國人ヲ殺奪スルノ必要ハ消滅シタレトモ、猶之ヲ劣等ノ人類トシテ賤ミ、其人格ヲ認メス。之ニ對シテ奴隸以下ノ待遇ヲナシタリ。之ヲ賤外主義ノ時代ト謂フ。然ルニ國際交通ノ發達ハ斯クノ如キ狀態ノ永續ヲ許サス。外國人ニ對シテ一定ノ權利保護ヲ與フルニ至レリ。然レトモ重要ナル特權ハ悉ク之ヲ內國人ノ特權トナセリ。蓋シ內國人ニ對スル實利ノ保護ノ趣旨ニ出ツルニ外ナラス。之ヲ排外主義ノ時代ト謂フ。文化益進ミ、内外人ノ接觸交通愈頻繁トナルニ從ヒ、內國人ニ對スル實利ノ保護ノ結果得ヘキ利益ト被ルヘキ不利益トヲ比較シ、外國人ニ對スル權利制限ノ益ナキヲ覺リ、公益ヲ害セサル限度ニ於テ、外國人ノ地位ヲ增進シテ內國人ニ接近セシメ、他國カ自國民ヲ優遇スルノ程度ニ應ジテ、其他國民ヲ優遇スルヲ原則トナスニ至レリ。之ヲ相互主義ノ時代ト謂フ。其自國民ヲ優遇スル程度ヲ條約ノ擔保ニ繫ラシムルモノト、其他國ノ法律ニ繫ラシムルモノノ別アリ。前者ヲ條約上ノ相互主義、佛、白、希、瑞、西、ルクセンブルク等後者ヲ立法上ノ相互主義、奧、匈、瑞典、諾威、セルビヤ及民法施行前ノ獨普通法ト稱ス。後チ私權保護ノ問題ハ一國立法ノ決スヘキ

内外人平等主義

所ニ屬シ、其保護ハ劃一タルヲ要スルコト明ニナルニ及ヒ、權利者ノ所屬國如何ニ依リテ其取扱ヲ異ニスルノ不當ナルヲ覺リ、相互主義ハ立法ノ改正又ハ裁判上ノ解釋ニ依リ漸次其跡ヲ絶ツニ至レリ。斯クノ如クニシテ始メテ内外人平等主義(註十)ノ確立ヲ見ルニ至リシナリ。

〔註十〕立法上最初ニ内外人平等ノ原則ヲ採用セルモノハ千八百二十九年制定ノ和蘭民法及法例ニシテ、其第二條ニ曰、「王國ノ領土内ニ在ル者ハ凡テ自由人ニシテ、私權ヲ享有スルノ能力ヲ有ス。奴隸及其他ノ人役ハ其性質又ハ名稱ノ如何ニ拘ラス、王國內ニ於テハ之ヲ認メス」ト。次テ千八百六十五年ノ伊太利民法第三條ニ「外國人ハ內國臣民ニ屬スル私權ヲ享有ス」ト規定セラレ、千八百六十八年ノ葡萄牙民法第二十六條、千八百八十九年ノ西班牙民法等ニモ「法律又ハ條約ニ特別ノ規定アル場合ノ外、外國人ハ內國人ト同シク私權ヲ享有ス」ト規定セララルルニ至レリ。千八百九十一年二月廿日ノコンゴリ法律及千八百七十八年南米八國間ニ調印セラレタル條約第一條モ亦此原則ヲ認メ、英國ニ於テモ千八百七十年ノ歸化條例以來、慣習法ノ排外主義ヲ廢シテ、外國人ニ英國臣民ト同シク動産不動産ヲ取得、所有、讓與スルノ權利ヲ附與シテ此原則ヲ認メ、以テ今日ニ至レリ。唯英國船舶ノ所有權其他二三ノ例外アルニ過キス。米國ハ州ニ依リテ其法律ヲ異ニスレトモ、外國人ハ不動産所有權及船舶所有權ヲ除キ、一般ニ內國人ト同シク私權ヲ享有シ得ルヲ原則トスルニ於テハ、相一致セル

我現行法
上ニ於ケル
外國人
ノ私法上
ノ地位

ヲ見ル。其他瑞典、丁抹、白耳義、露西亞、獨逸一トシテ此原則ヲ認メサルモノナシ。國際法協會 Institut 八千八百八十年オツクスフオールドノ會議ニ於テ此原則ヲ認メ、所謂國際私法ノ八大原則ノ壁頭ニ掲ケタリ。曰「外國人ハ何レノ國家又ハ宗教ニ屬スルヲ問ハス、現行法律ニ依リ特ニ設ケタル例外ヲ除キ、內國人ト同様ノ私權ヲ享有ス」ト。

現今我國ニ於ケル外國人ノ私法上ノ地位ニ關スル根據タル法文ハ實ニ民法第二條ナリトス。之ニ從ヘハ外國人ハ法令又ハ條約ニ禁止アル場合ヲ除クノ外私法上內國人ト同等ノ地位ヲ有ス。從テ現今ニ於ケル外國人ノ私法上ノ地位ハ現行法令又ハ條約上ノ禁止ノ内容ニ依リテ始メテ之ヲ明ニスルヲ得ヘシ。而シテ外國人ノ私法上ノ地位ハ結局外國人ノ私權享有ノ問題ニ歸著スルカ故ニ、茲ニ現行法令又ハ條約上ニ於ケル外國人ノ私權享有ニ關スル禁止ノ内容ヲ研究セントス。

現行法令上外國人ニ對シテ其享有ヲ禁止セララル私權ノ主ナルモノハ財產權トシテハ(一)土地所有權從來絕對ニ其享有ヲ禁止セルモ——明治六年布告第八號地所質入書入規則其他——明治四十三年法律第五十一號ノ實施ヲ見ルニ至ラハ、勅令ヲ以テ指定セラレタル國ニ屬スル外國人ハ土地所有權ヲ有スルニ至ルヘシ。(二)日本銀行、橫濱正金銀行、~~農工銀行~~東洋拓殖銀行等ノ株主權(日本銀行條例第五條、

外國人ト
シテ國籍
喪失者ノ
權利ヲ得
ル者ノ權利
ヲ得ル

橫濱正金銀行條例第五條、~~農工銀行條例~~東洋拓殖株式會社法第三條、(三)日本船舶ノ所有權(船舶法第一條)、(四)鑛業權、砂鑛採取權(鑛業法第五條、砂鑛採取法第四條)、(五)南滿洲鐵道株式會社ノ株主權(支那人ハ例外——明治三十九年勅令第四百十三號)等ニシテ親族權トシテハ戶主家族ノ權利(民法第九百六十四條第一號、國籍法第二十二條、同法第十八條)ナリトス。而シテ内外人間ノ婚姻ハ現今一般ニ認メラル所ナレトモ、外國人ヲ入夫又ハ養子トナスニハ、明治三十一年法律第二十一號ノ制限存スルハ既ニ述ヘタルカ如シ。現今ニ於テハ外國人ノ私權享有禁止ヲ内容トスル條約ヲ見スト雖、若シ將來斯クノ如キ條約ノ成立ヲ見ルカ如キコトアラハ、外國人ハ其權利義務ノ主體タルヲ得サルヤ勿論ナリトス。斯ノ如キハ民法第二條ノ效果ニシテ、條約ノ性質上然ルニアラサルハ疑ヲ容レサル所ナリ。

特ニ注意スヘキハ、外國人ニ享有ヲ許ササル權利義務ニツキテハ、國籍喪失者ハ一時之ヲ保有スルヲ得レトモ、一定期間内ニ之ヲ日本人ニ讓渡スルヲ要シ、然ラザレハ其權利義務ハ家督相續人又ハ國庫ニ歸屬スルノ點ナリトス。(民法第九百九十一條、明治三十二年三月法律第九十四號)

四 外國法人(註十二)ノ地位

法人ノ内外ヲ區別スルノ標準ニツキテハ所説一ナラス。或ハ(一)法人成立ノ準據法(註十三)或ハ(二)其設立者ノ國籍(註十三)或ハ(三)其設立地ノ國籍(註十四)或ハ(四)法人ノ住所(註十五)ニ依ルヘシトナス。而シテ其法人ノ住所ハ營業ノ中心點ヲ標準トナスモノト本店所在地ヲ標準トナスモノノ別アリ。千八百九十一年國際法協會ノ漢堡會議ハ内國ノ嚴格ナル規定ノ適用ヲ免レンカ爲名義上ノ本據ヲ外國ニ設クヘキモノアルヲ虞レ所謂法人ノ本據ハ現實ノモノタルヲ要ストシ株式會社ノ本國ハ詐欺ニ依ラスシテ設定セラレタル法律上ノ事務所ノ所在國タルヘキヲ決議セリ。同會議決議五現今多數ノ學說ハ此最後ノ説ニ從フ。惟フニ我民法上公益ヲ目的トスル社團又ハ財團ハ主務官廳ノ許可ニ依リ(民法第三十四條)營利ヲ目的トスル財團ハ商事會社設立ノ條件ニ從ヒ之ヲ法人トナスヲ得ヘク(第三十五條)法人ノ設立者ハ必要的ニ定款又ハ寄附行爲ヲ以テ其事務所ヲ定メ(第三十七條)又其設立ノ對抗條件トシテ主タル事務所ノ所在地ニ登記アルヲ必要トス(第四十五條)而シテ法人ノ住所ハ其主タル事務所ノ所在地ニ在リトナス(第五十條)此點ヨリ觀ルトキハ主タ

ル事務所即住所カ我領土内ニ存スル法人ニ限り我民法ノ支那ヲ受ケ我法律ノ定ムル條件ニ從ヒ設立シ得ルモノト謂ハサルヲ得ス。其目的トスル所公益ニアルト營利ニ存スルトヲ問ハス。又其設立行爲又ハ事業ヲ爲ス地ノ内外ヲ區別スルコトナシ。從テ我法律ニ依リテ成立セル法人ト雖其住所ヲ外國ニ移轉セルトキハ直ニ内國人タル人格ハ消滅シ内國法人トシテハ解散セルモノト謂フヘク更ニ外國ノ法律ニ從ヒ外國法人ヲ設立スルヤ否ヤハ一ニ外國法上ノ問題ニ屬シ我民法ノ關スル所ニアラサルナリ。

以上ハ我民法ノ解釋トシテハ疑フノ餘地ナシ。從テ内外法人區別ノ標準ハ住所ニ在リト謂フヘク内國ニ住所ヲ有スル法人ハ内國法人外國ニ住所ヲ有スル法人ハ外國法人ナリト謂フヘシ。民法第三十六條ニ所謂外國法人モ亦此意義ニ解スルヲ要ス。之ヲ商法ニ適用スルトキハ會社ノ國籍ハ其本店所在地ニ依リテ定マルカ故ニ内國ニ住所ヲ有スル會社ハ内國會社外國ニ住所ヲ有スル會社ハ外國會社ナリト謂ハサルヲ得ス。而シテ外國商事會社ノ成立ハ我國ニ於テモ之ヲ認許シ内國法人ト同一私權ヲ享有セシムルカ故ニ外國商事會社ハ我商法ノ規定ニ從ヒ我國

ニ於テ商業ヲ營ミ得ルモノト謂ハサルヲ得サルナリ。

問題トナルハ商法第二百五十八條ノ規定ナリトス。曰「日本ニ本店ヲ設ケ、又ハ日本ニ商業ヲ營ムヲ以テ主タル目的トスル會社ハ、外國ニ於テ設立スルモノト雖モ、日本ニ於テ設立スル會社ト同一ノ規定ニ從フコトヲ要ス」。一見恰モ「日本ニ於テ設立スル會社」ヲ內國會社トシ、然ラサル會社、即外國ニ於テ設立セル會社ヲ外國會社トナスカ如シ。今若シ本條ノ規定ヲ其本店所在地ヲ標準トシテ會社ノ内外ヲ區別スルモノト解スルトキハ、之ニ對シテ我會社法ノ適用ヲ見ルハ當然ニシテ、敢テ明文ヲ俟タサル所ニ屬ス。然ルニ本條ハ特ニ「日本ニ於テ設立スル會社ト同一規定ニ從フヲ要ス」トナスカ故ニ、本店所在地ヲ標準トセルモノニアラストシ、大ニ論爭セラルル所ナリ。固ヨリ商法第二百五十八條ノ規定ハ甚タ不完全ナリト雖、日本ニ於テ商業ヲ營ムヲ主タル目的トスル會社ハ、外國ニ虛偽ノ本店ヲ設クルモノト、現實ノ本店ヲ設クルモノノ二種アルヘシ。其詐欺ナリヤ否ヤヲ認定スルハ事實上甚タ困難ナルカ故ニ、苟モ內國ニ營業ノ中心點ヲ有スル會社ハ、必ス內國法ニ從ヒ、內國會社トナルヘキヲ意味スルモノト解スルヲ正當トス。此意味ニ於テ本店所在地

ヲ標準トスル住所在地主義ヲ是認セントス。

〔註十一〕 民法ハ外國法人ノ名稱ヲ掲ケレトモ、第三十六條第四十九條、其意義ヲ明示セス。外國法人中國、國ノ行政區劃ノ如キ公法人ハ、一定ノ領域ヲ其存在ノ基礎トナスカ故ニ、領土ノ地理的區別ニ依リテ、法人ノ内外ヲ區別スルヲ得レトモ、私法人特ニ商事會社ニツキテハ、地理的區別ニ依ル能ハス。從テ内外法人區別ノ標準ヲ明ニスルヲ要ス。

學者通常法人ノ國籍ナル觀念ヲ認メ、其國籍ヲ決定スルノ標準ヲ探求セント努ムルヲ常トス。内外法人ノ區別ニ關スル諸說ハ、皆此標準ヲ發見スルヲ目的トナス。

〔註十二〕 準據法主義ハ其論據ヲ法人カ法律ノ規定ヲ俟ツテ始メテ存在シ、國家ノ明示又ハ默示ノ認許ニ依リテ成立セル點ニ求メ、內國法ニ準據シテ成立シタル法人ハ內國法人ニシテ、外國法ニ準據シテ成立シタル法人ハ外國法人ナリトナス。千八百八十六年五月廿八日ノ墨斯哥國ノ法律第五條ハ之ニ從フ。

〔註十三〕 法人設立者ノ國籍ノ内外ニ依リテ法人ノ内外ヲ定メントスルモノハ、法人ノ獨立セル人格ヲ否認シ、之ヲ組織セル自然人ヲ以テ法人ニ屬スル財產ノ主體ナリトナシ。佛國裁判例ノ屢々認ムル所ニシテ、法人ノ本質ニ關スル根本問題ノ當否ハ暫ク之ヲ措クモ、外國人ノ權利制限ノ立法政策トシテハ一理ナキニアラサルナリ。例ヘハ我船舶法第一條ニ於テ、外國人ノミヨリ成立シ、又ハ外國人ヲ業務執行社員トスル內國會社ハ、日本船舶ヲ所有シ得ヘカラサル旨ヲ規定セル場合ノ如シ。

〔註十四〕 設立地ノ内外ニ依リテ法人ノ内外ヲ決スヘシトスル主義ニシテ、千九百年佛國巴里ニ於ケル萬國株式會社會議ニ於テ一派ノ主張セシ所ナリ。

〔註十五〕 法人ノ住所ノ内外ニ依リテ法人ノ内外ヲ區別スルノ主義ニシテ、近時國際私法學者ノ一般ニ是認スル所ニ屬ス。其住所ノ所在地ヲ營業中心點トナスモノト、主タル事務所トナスモノノ別アリ。營業中心點說ノ論據ハ會社ニ關スル法制ノ目的ハ其領土内ニ營業ヲ爲ス會社ヲ監督スルニアリテ、其本店ノ事務ノ監督ニアラス。而シテ會社ノ營業中心點ノ所在ハ自ラ其營業マシトスル事業ノ性質ニ依リテ定マリ、本店ノ如ク設立者ニ於テ自由ニ選定シ得ヘキモノニアラス。之ニ從フトキハ內國法ノ適用ヲ免レンカ爲、蓋ニ有名無實ノ本店ヲ外國ニ置クカ如キ詐欺ヲ豫防シ得ルニ在リトナス。然レトモ此說ハ營業中心點ヲ常ニ轉展スル移民事業、築港事業、又ハ世界ノ各國若クハ數國間ニ保險、運送、銀行等ノ營業ヲ爲ス法人ニツキテハ、之ヲ適用スルヲ得サルノ缺點アリ。主タル事務所、即本店所在地說ハ歐大陸及英米ニ於ケル通說ニシテ、我民法第五十條、商法第四十四條ニ於テ認ムル所ニ屬ス。法人ニ關スル規定ハ皆其領土内ニ住所ヲ有スル法人ニ適用スルヲ目的トシ、內國ニ住所ヲ有スル法人ニアラサレハ之ニ準據スルヲ得サルヲ其論據トス。

外國法人ノ存否

凡ソ外國法人存否ノ問題ハ之ヲ二個ノ方面ヨリ觀察スルヲ要ス。一ハ外國法人カ外國法上果シテ有效ニ成立セルヤ否ヤノ問題ニシテ、外國法人カ一旦其國ノ法

內國ニ於テ法人タル人ノ權利

律ニ從ヒ有效ニ成立セル以上ハ、內國ニ於テ此事實ヲ否定スルヲ得ス。他ハ外國法上有效ニ成立セル法人ハ我法律上ニ於テモ、法人トシテ存在シ得ルヤ否ヤノ問題ニシテ、其法人タルヲ認ムルト否トハ一ニ我法律ノ決スル所ニ依ル。現行法上我國ニ於テ其成立ヲ認ムル外國法人ハ、國ノ行政區劃及商會社ニ限リ（民法第三十六條第一項）其他ノ外國法人ニツキテハ、唯其外國ニ於テ法人タル事實ヲ認ムヘキノミ。其外國ニ於テ法人タルノ事實ハ外國法上有效ニ成立セル法人タルノ事實ヲ意味シ、我國ニ事務所ヲ設クル外國法人ニツキ此事實ヲ認ムルニハ、其事務所々在地ニ於テ登記アルヲ必要トス。然ラサルトキハ第三者ハ其成立ヲ否認シ得ルナリ。（民法第四十九條第二項）我國ニ於テ法人トシテ成立ヲ認メサル外國法人カ我國内ニ於テ吸收保有セル權利義務ニツキテハ明文ヲ缺ケトモ、獨逸民法施行法第十條ノ如ク、之ヲ其代表者又ハ社員ノ責任ニ歸スルノ外ナカルヘシ。法人ハ無形ノ權利主體ナルカ故ニ、外國法人ノ享有スル權利能力ノ範圍ハ外國人ト同一ナル能ハス。特ニ肉體ノ存在ヲ前提トスル權利義務ハ之ヲ享有スルヲ得サルモノトス。例ヘハ親族權、人格權等ノ如シ。而シテ我國ニ於テ法人トシテ成立ヲ

認メラレタル外國法人ノ權利能力ノ範圍ハ我國ニ於テ成立セル同種ノ法人ト同等ナルヲ原則トス。唯外國人ノ享有スルヲ得サル權利及法律若クハ條約ニ於テ特ニ外國人ニ對シ禁止又ハ認可シタル權利ニツキ例外アルニ過キス。民法第三十六條從テ外國法人カ其本國法上吸收保有スヘキ私權ニシテ内國ニ於テ之ヲ享有セサルモノアルヘク又却テ内國ニ於テ本國法上享有セサル權利ヲ享有スルカ如キコトアルヘシ

第三節 内國法ト外國法

一 總說

内國法トハ日本ノ法律ト認メラルル一切ノ法律ヲ意味シ然ラサルモノハ悉ク之ヲ外國法ト稱ス。凡ソ國權ハ其國ノ臣民又ハ領土ニツキテ行ハレ之ヲ臣民ニ關スル方面ヨリ觀察シテ臣民主權(Personalhoheit)ト稱シ其領土ニ對スル方面ヨリ觀察シテ之ヲ領土主權(Gebietshoheit)ト稱ス。從テ國權ノ命令又ハ許可タル法律ノ效力ノ及フ範圍ハ其臣民及領土ノ二方面ニ限ルト謂ハサルヲ得ス。内國ノ臣民主權ハ

外國ニ在ル内國人ニ對シテ行ハルルハ勿論ナリト雖同時ニ之ニ對シテ滞在國ノ領土主權行ハルルハ又之ヲ認ムルヲ要ス。蓋滞在國ハ其領土主權ノ作用トシテ之ニ對シテ支配權ヲ有スルヲ以テナリ。而シテ其滞在國ニ於テハ其所屬國ノ臣民主權ノ效果ヲ認ムルコトナク領土主權ノ作用トシテ其國ノ法律行ハルルヲ原則トス。唯條約ノ結果例外トシテ特ニ臣民主權ノ效果認メラレ法律ノ領土外ニ於ケル效力ヲ認ムルコトアルニ過キス。例ハ領事裁判權ノ場合ノ如シ。從テ通常ノ場合外國法カ法律トシテ國內ニ行ハルルカ如キハ理論上想像スルヲ得サル所ナリ。然レトモ國際交通ノ發達ハ外國法ノ尊重ヲ要求シ諸國ノ國際私法ハ其内容トシテ外國法ヲ適用スルノ趨勢ヲ呈セリ。斯クノ如クニシテ外國法適用ノ問題ハ學者ノ好シテ論議スル所トナルニ至リシナリ。

二 外國法適用ノ理由

國際私法ノ研究スル所ハ私法ノ抵觸問題ニ限ルハ既ニ述ヘタルカ如シ。序論第二從テ國際私法上ノ外國法ハ外國私法ニ限ルヤ言フ俟タス。凡ソ私權ノ存在ハ外國私法適用ニ關スル法律上ノ根據タリ。而シテ外國私法適用ノ問題ハ外國ニ於テ

成立セル法律關係ニツキ、當事者ノ住所變更ノ爲内國裁判所カ管轄權ヲ有スル場合、又ハ内國ニ於テ生シタル内外人間、若クハ外國人相互間ノ法律關係ニツキテ生ス。此等ノ場合外國法ヲ尊重スルノ理由ニ至リテハ未タ學說ノ一致ヲ見サル所ナリ。

或ハ其論據ヲ國際禮讓ノ觀念ニ求ムルモノアリ。和蘭英米或ハ國家カ國際法律共同團體ノ一員トシテ、負擔セル單純ナル讓歩ニ出ツトナスモノアリ。惟フニ外國人ノ私權ハ條約ニ依リテ生シタルモノニアラス。理論上外國人ニ私權享有能力ヲ認ムルト否トハ、一ニ一國立法政策ノ答フヘキ所ニ屬ス。之ヲ絕對ニ認メス、又ハ其行使ニ關スル能力ヲ蔑視スルカ如キハ、現在國家ノ獨立及領土主權ノ維持上必要ナキノミナラス、決シテ國際交通ノ安全ヲ維持スル所以ニアラサルナリ。斯クノ如クニシテ國際正義ノ觀念ハ國家カ互ニ其存在ヲ承認シ、同時ニ相互ニ其法律ヲ承認且尊重スヘキヲ要求シテ止マス。遂ニ諸國ノ法律ハ外國人ニ私權享有ノ能力ヲ認メ、其關與セル或ル種ノ法律關係ニ對シ、外國法ヲ適用スヘキ義務ヲ負擔スルニ至レリ。要スルニ外國法適用ノ理由 國際正義ニ基ク法律上ノ義務ニアリト謂フ

ハシ。(註十六)

〔註十六〕 法理上ヨリ謂ヘハ全然外國人ノ私權ヲ認メサルモ、毫モ不法ニアラス。然レトモ若シ此理ヲ貫クトキハ、内國又ハ内國人ト交通スル外國人ナキニ至ルヘク、延テ國際交通ノ安全ヲ害スルニ至ルヘシ。一方外國人ニ對シテ私權享有能力ヲ認ムルモ、決シテ國家ノ獨立ヲ侵シ、其領土主權ヲ害スルモノニアラス。内外人ノ接觸交通頻繁トナルニ從ヒ、外國人ヲ敵視シ、或ハ之ヲ賤ミ、或ハ排斥スルノ理由ナキヲ覺リ、遂ニ外國人ニ私權享有能力ヲ認メ、其法律ヲ尊重スルヲ以テ正義ノ觀念ニ合ストナス思想、國際的ニ行ハルルニ至レリ。(第四章第二節三參照)其結果諸國ハ國際私法ニ於テ準據法トシテ外國法ヲ指定シ、之ヲ適用スヘキ法律上ノ義務ヲ負フニ至リシナリ。

三 外國法ノ性質

外國法ノ適用ヲ認ムルハ、國際正義ニ基ク法律上ノ義務タルハ今述ヘタルカ如シ。然レトモ其適用セララルヘキ外國法ノ性質ニツキテハ所說一ナラス。或ハ外國法トシテ適用セラルトナシ、或ハ一ノ事實タルニ過キストナス。前者ハ伊太利學者ノ主張スル所ニシテ、其論據ヲ國際團體ニ於ケル法律尊重ノ義務ニ求メ、後者ハ英米學者ノ主張スル所ニシテ、主權ノ性質ニ其基礎ヲ有ス。

惟フニ外國法適用ノ理由ト其適用セララルヘキ外國法ノ性質ニ關スル問題トハ、

外國法ノ性質

外國法ニ適用スルハ其誤用ニ對シテ上告ヲ許スヘキヤ

之ヲ基礎トシテ解釋スヘキヤ疑ヲ容レヌ。從テ明文ナキ場合ニ於テハ、此特殊ノ法律ノ規定ヲ類推シ、其立法上ノ趣旨ヲ加味シテ解釋スヘク、決シテ內國法ニ依ルヘキニアラス。之ニ依リテ猶其目的ヲ達スル能ハサルトキハ、慣習又ハ條理ニ依ルノ外ナシ。蓋シ國際私法ノ關係ト國內私法ノ關係トハ全然別個ノモノナレハナリ。本問ハ以上何レノ方法ニ依ルモ、法ヲ發見スル能ハサル場合始メテ生スルモノニシテ、結局後說ニ從フノ外ナカルヘシ。今之ニ從フトキハ、一見法律ノ不備缺點ヲ理由トシテ裁判ヲ拒否シ、國際交通ノ安全ヲ害スルノ嫌ナキヲ得スト雖、訴若クハ抗辯ノ却下ハ裁判ノ拒否ニアラスシテ、ソレ自體一ノ裁判タリ。原告カ請求ノ原因タル事實ヲ證明セス、被告カ防禦方法ヲ證明セサル場合ノ裁判ト毫モ異ルコトナシ。之ヲ現行法ニ徵スルモ、外國法ノ證明ハ當事者ノ責任ニ屬スルカ故ニ、自ラ其責ヲ盡ササルモノニ於テ之ニ伴フ不利益ヲ負擔スヘキハ寔ニ當然ナリトス。

其他問題トナルハ外國法ヲ適用セス、又ハ其適用ヲ誤リタル裁判ニ對シ上告ヲ許スヘキヤノ點ナリ。二箇ノ場合アリ。一ハ外國法ヲ適用スヘキニ拘ラス之ヲ適用セザリシ場合ニシテ、他ハ外國法ノ不當適用ノ場合ナリトス。前者ハ即我法律タル

法例違反ノ裁判ニシテ、民事訴訟法ニ所謂法則ヲ適用セサル判決ニ該當シ、(四百三十五條)上告理由トナルヤ疑ヲ容レヌ。後者ニアリテハ外國法ハ適用セラレタレトモ、唯其適用ハ不當ナリトイフニ止ル。而シテ外國法ノ正當ナル適用ヲ監督スルハ我大審院ノ權限外ニ屬スルカ故ニ、之ヲ上告理由トナスヲ得スト謂フモノアリ。然レトモ既ニ法律カ外國法ノ適用ヲ命シタル以上ハ、其正當ナル適用ヲ命シタリシヤ疑ヲ容レヌ。從テ大審院ハ其內國ニ適用セララルル範圍ニ於テ、其解釋ヲ統一スヘキ權限ヲ有ス。此點ヨリ謂フトキハ、苟モ法例カ外國法ノ規定ヲ以テ其實質内容トナス以上ハ、外國法ノ誤解又ハ不當適用ハ結局我法例ノ違背タルヘク、之ニ對シテ上告ヲ許スヘキヤ疑フノ餘地ナシ。(民訴四百三十四條(註十八))

〔註十八〕 外國法ヲ適用セザリシ場合ハ國際私法カ或ル法律關係ニツキ外國法ノ適用ヲ命シタリシニ拘ラス、全然之ヲ適用セザリシモノニシテ、或ハ內國法ヲ適用セルコトアルヘク、或ハ全然法律ヲ適用セザリシ場合アルヘシ。外國法ノ不當適用ノ場合ハ國際私法カ甲ノ外國法ノ適用ヲ命シタルニ拘ラス、乙ノ外國法ヲ適用シタルモノニシテ、兎ニ角外國法ノ適用アリタルハ事實ナリトス。何レノ場合モ結局法例違反ノ裁判トシテ、上告ヲ許スヘキモノトス。

五 外國法適用ノ範圍

外國一ノ

七修了及

學說

國際私法上外國法ヲ適用スルハ國際正義ニ基ク法律上ノ義務ニ基因スルハ既ニ述タルカ如シ(本節二)而シテ國內ニ於ケル安寧秩序ノ維持ハ國家ノ重大義務ニ屬スルカ故ニ外國法ノ適用モ亦此點ニ於テ其限界ヲ有スルヤ疑ヲ容レス。從テ國際私法上本來外國法ヲ適用スヘキニ拘ラス。例外トシテ特ニ之ヲ適用セサル場合ヲ生ス。之ヲ外國法適用ノ範圍若クハ外國法適用ノ制限ト稱ス。畢竟外國法ハ國內ノ安寧秩序即國內ノ公安ニ抵觸セサル範圍ニ於テ其適用ヲ見ルニ外ナラサルナ

外國法適用ノ範圍ヲ決スル標準ニツキテハ學說一ナラス。或ハ(一)外國法ハ道德又ハ公共ノ安全ヲ理由トスル法律即政治警察又ハ純然タル經濟上ノ原因ニ出ツル強行的規定及國內ニ於テ其存在ヲ認メサル法律制度ニ抵觸セサル限度ニ於テ適用ヲ見ルトナスモノアリ(Savigny, System des heutigen römischen Rechts s. 32 ff., 35)或ハ(二)法律ヲ二別シテ jus publicum 及 jus privatum トナスノ區別ヲ國際私法ニ及ホシ其國ニ於ケル道德良俗及經濟制度ニ起因スル私法的規定ハ特ニ jus publicum

家後

立法

(ordre public)ニ屬ストナシ此等ノ事項ニ對シテハ外國法ノ適用ヲ排斥スルモノアリ(Mancini, Della nazionalità come fondamento del diritto della genti, Turin 1851)或ハ(III)公安(ordre public)ヲ二別シテ國內公安(ordre public interne)國際公安(ordre public international)トシ前者ハ內國私法上強行的性質ヲ有スルニ反シ後者ハ國際私法上強行セラルルモノトナス(Brocher, Noveau traité de droit international privé Nr. 141)モノアリ(註十九)所說紛々毫モ歸一スル所ナシ。

〔註十九〕 Brocherニ從ヘハ所謂國內公安ニ關スル規定ハ內國人ニノミ適用セラレヘキ強行的規定ニシテ國際公安ニ關スル強行的規定ハ内外人ノ別ナク均シク適用セラレヘキ強行的規定ナリトス。

更ニ立法ニツキテ觀察スルニ外國法ノ適用ヲ排斥スル場合ヲ(一)良俗又ハ國法ノ目的ト抵觸スルトキトナスモノアリ。獨逸民法施行法第三十條或ハ(二)其各場合ヲ列舉シテ(1)其國ノ公法又ハ刑法國教ト相反シ宗教上ノ禮拜ト相容レス。又ハ道德及良俗ト兩立セサルトキ(2)現行法典ノ立法精神ト一致セサルトキ(3)其外國法カ單ニ特權ヲ作ルニ過キサルトアルヘキトキ等トナスモノアリ(千八百七十一

年アルゼンチン共和国民法第十四條或ハ(三)公序又ハ良俗ニ反スル外國法ノ適用ヲ排斥スルモノアリ。我法例第三十條未タ其立言ノ一致ヲ見ルコトナシ。

我現行法上外國法適用ニ關スル規定ハ實ニ法例第三十條ナリトス。之ニ從ヘハ、外國法ニ依ルヘキ場合ニ於テ其規定カ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スルトキハ之ヲ適用セストナス。問題ハ唯公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ノ意義如何ニ存ス。凡ソ善良ノ風俗ハ倫理ノ觀念ニ其出發點ヲ有シ畢竟之ヲ道德ノ原則ト解スルノ外ナク、公ノ秩序ハ社會ノ公安ト其觀念ヲ一ニシ、國法ノ一般精神ヨリ觀察シテ之ヲ決スルノ外ナシ。兩者ノ合一ヲ見ル場合多シトス。

問題アリ。法例ニ所謂公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ハ民法ノソレト同一ナリヤ。今若シ兩者ヲ同一義ニ解スルトキハ我民法ノ強行的規定ニ反スル外國法ハ之ヲ公序良俗ニ反スル法律ト謂ハサルヲ得サルヘク從テ法例第三十條ニ依リテ之カ適用ヲ見ルニ由ナカラントス。斯クノ如キハ法例第三條以下ノ規定嚴存スル以上ハ斷シテ許スヘカラサル所ナリ。元來公序良俗ナル觀念ハ必スシモ領土ト相牽連スルモノニアラス。我領土ニ關係ナク法律カ認メテ以テ公序良俗トナスモノアルヤ疑

ヲ容レスト雖又我領土内ニ於ケル公序良俗ニ關スル場合ナキニアラス。國際私法上ニ於ケル公序良俗ノ問題ハ外國法適用ノ結果カ我カ公序良俗ニ關スル場合ニ限リ其規定ノ内容カ之ニ反スル場合ヲ包含スルコトナシ。從テ外國法ノ規定ノ内容カ我カ公序良俗ニ反スル場合ト雖其適用ノ結果カ我カ公序良俗ト無關係ナル以上ハ其適用ヲ排斥スルヲ得サルヤ勿論ナリトス。例ヘハ土耳其人カ我國ニ於テ第二次又ハ第三次ノ婚姻ヲ爲サントスル場合其資格要件ニツキテハ此本國法タル土耳其ノ法律ニ依ルヘキヲ國際私法ノ原則トナセトモ(法例第十三條)此場合其本國法タル土耳其ノ法律ヲ適用シ其第二次又ハ第三次ヲ有效トナスハ我公序良俗ニ反スルカ故ニ其適用ヲ排斥スルヲ要スルヤ寔ニ明瞭ナリトス。然レドモ既ニ土耳其ニ於テ行ハレタル第二次又ハ第三次ノ婚姻ニ依リテ生レタル土耳其人ノ子カ我國ニ存スル父ノ遺産ヲ相續スルカ如キハ毫モ妨ケサル所ニ屬ス。蓋シ相續ハ被相續人ノ本國法ニ依ルヲ國際私法ノ原則トナシ此場合被相續人ノ本國法タル土耳其ノ法律ヲ適用スルモ毫モ我公序良俗ニ反スルノ結果ヲ生スルコトナキヲ以テナリ。

六 反 致

送致

諸國ノ國際私法ハ或ル法律關係ニ適用スヘキ法律ヲ明確ニ且終局的ニ規定スルコトナク、或ル外國法ヲ指定シテ一ニ其内容ニ從フトナスコト多シ之ヲ送致 (Verweisung) ト稱ス。此場合其外國法全體ヲ指定セルモノト認ムヘキヤ、將タ又其外國ノ實質的規定ノミヲ指定シ、國際私法の規定ヲ除外セルモノト認ムヘキヤニツキテハ爭アリ。苟モ別段ノ規定ナキ限リハ、送致ハ之ヲ前者ノ意義ニ解スルヲ通常トス。而シテ其送致セラレタル外國法ハ之ニ對シテ確定的解答ヲ與フルコトナク更ニ其準據法トシテ第三國法ヲ指定スルコトアリ。之ヲ再致 (Weiterverweisung) ト稱ス。或ハ更ニ最初ニ送致セル國ノ法律ヲ其準據法ト指定スルコトナキニアラス。之ヲ反致 (Rückverweisung) ト稱ス。學者或ハ廣ク以上三個ノ場合ヲ總稱シテ反致ト稱スルコトナキニアラスト雖、之ヲ狹義ニ解スルヲ通常トス。本著亦之ニ從フ。畢竟反致ハ國際私法上外國法ニ依ルヘキ場合、其適用ヲ制限スルモノナルカ故ニ、本節ニ於テ之ヲ研究セントス。

學說

理論上反致ヲ認ムヘキヤ否ヤニツキテハ、是否ノ論頗ル喧シ。之ヲ是認スルモノ

再致

反致

(一) 反致
 是認者
 之理由

(二) 反致
 否認者
 之理由

ニ二派アリ。一ハ其論據ヲ國際私法ノ本質ニ求メ、他ハ實際上ノ利益ニ求ムルカ如シ。國際私法ノ本質上反致ヲ認ムルモノニアリテハ、主トシテ(一)國際私法上ニ於ケル外國法ノ指定ハ其全部ノ適用ヲ命シタルモノニシテ、實質的規定タルト國際私法の規定タルト別ツコトナシ。故ニ外國國際私法ノ指定ニ從ヒ反致ヲ認ムルハ、理論上寔ニ正當ナリト主張スルナリ。其他(二)外國法ハ外國ノ要求アル場合ニ限リテ其適用ヲ見ルト前提シ、苟モ其外國ニシテ自ラ其適用ヲ欲セサル以上ハ、強テ之ヲ適用スルノ要ナク、從テ反致ヲ是認スヘキヤ勿論ナリト謂フモノアリ。實際上ノ利益ニ依リ反致ヲ認ムルモノハ、理論上之ヲ排斥スレトモ、或ハ(一)內國法ノ適用範圍ヲ擴張シテ、內國ニ於ケル取引ノ安全ヲ計ランカ爲、或ハ(二)同一法律問題ニツキ内外判決ノ衝突ヲ避クルノ效アルニ鑑ミ、或ハ(三)判決ノ執行ヲ確保センカ爲、便宜上反致ヲ是認セルニ過キス。而シテ反致ヲ否認スルノ論據ハ、要スルニ、苟モ一國ノ法律カ或ル外國法ヲ或ル法律關係ノ準據法ト指定セル以上ハ、其外國法カ適用ヲ欲スルト否トヲ問ハス、其指定ハ絶對ニ有效ニシテ、外國ノ立法ニ依リテ之ヲ覆スノ理由ナシト謂フニ在リ。

更ニ立法ニツキテ觀察スルニ、法律ノ明文ヲ以テ特ニ反致ヲ認ムルモノアリ。我
 法例第二十九條、獨逸民法施行法第二十七條、瑞西チエヨリツヒ州民法第三條、第四
 條等ノ如シ。唯抽象的ニ本國法ニ依ルヘキ場合ト規定スルカ、具體的ニ行為能力、婚
 姻ノ成立、夫婦財產制、離婚、相續ノ場合ニ限定スルカ、將タ又、親族相續ノ關係ト定ム
 ルカノ差異アルニ過キサレモトス。判例トシテハ、之ヲ認ムルモノト否ラサルモ
 ノトノ別アリ。千八百七十五年佛國大審院カ佛國ニ住所ヲ有スル英國人ノ身分能
 力ニツキ、其住所地法タル佛國法ニ依ルヘキ旨ヲ判決シタル以來、白耳義伊太利ノ
 判例ニ於テモ、一般ニ反致ノ原則認メラルルニ至レリ。瑞西ニ於ケル判例ハ千八百
 九十四年四月六日ノ大審院判決以來、反致ヲ否認スルノ傾向ニ在ルカ如シ。國際法
 協會ハ反致ニ對シテ反對ノ態度ニ出テ、千九百年ノイシヤトテル會議ニ於テ、殆ン
 ト全會一致ヲ以テ、一國ノ法律カ私法ニ關スル法律ノ抵觸ヲ規定スルニ方リテハ、
 其法律ハ決シテ問題トナレル抵觸ニ關スル外國ノ規定ニアラスシテ、宜シク各場
 合ニ適用セラルヘキ規定其モノヲ摘示センコトヲ庶幾ス。ト決議セリ。
 理論上ヨリ謂ヘハ、反致ハ畢竟外國ノ立法ニ依リ自國ノ立法ヲ覆スノ嫌ナキヲ

得スト雖、之ニ依リテ法律ノ抵觸ヲ解決スルノ效アルハ、又之ヲ認ムルヲ要ス。諸國
 ノ立法判例カ、概ネ一般的又ハ個別的ニ、反致ヲ認ムル所以モ亦此點ニ存スヘシ。我
 法例亦反致ノ原則ヲ認ムレトモ、其適用範圍ヲ我國國際私法上當事者ノ本國法ニ依
 ルヘキ場合ニ制限セリ。法例第二十九條而シテ我國國際私法上當事者ノ本國法ニ依
 ルヘキ場合ハ、人事親族相續ノ範圍ニツキテ存シ、法例第三條乃至第五條、第十三條
 乃至第二十六條ノ規定スル所ニ屬ス。

問題トナルハ我現行法上、反致ノ原則適用セララル範圍如何ノ點ナリトス。反致
 ノ原則ハ(一)法律カ明文ヲ以テ本國法ニ依ルヘキモノト定ムル場合ニ適用ヲ見ル
 ハ勿論ナリト雖、又(二)類推解釋ニ依リテ本國法ニ依ルヘキ場合ニモ、其適用アリト
 謂ハサルヲ得サルナリ。其他(三)無國籍人ノ場合、其住所地法又ハ居所地法ハ本國法
 ニ代ルカ故ニ、此等ノ法律カ日本法律ニ從フトナストキハ、又反致ノ原則ヲ認メサ
 ルヲ得サルナリ。

本國ノ國際私法カ日本ノ法律ニ依ラシムル場合ハ常ニ反致ノ原則ヲ認ムヘキ
 ヤ。此點ニツキテハ、本國國際私法カ直接、且、單純ニ日本ノ實質法ニ依ラシムル場合

ニ限定スルヲ要ス。若シ此制限ヲ認めサルトキハ、準據法ノ指定ハ循環極マリナク、遂ニ依ルヘキ法律ヲ發見スル能ハサルニ至レハナリ。從テ(一)間接ニ日本ノ實質法ニ依レル場合ニハ、法例第廿九條ノ適用ナク、又(二)條件附ニ日本ノ實質法ニ依レル場合モ亦其適用範圍外ニアリト謂フヘシ。(註二十)

〔註二十〕 例ヘハ日本ニ不動産ヲ殘シテ英國ニ死亡セルアルゼンチン人ノ相続問題、我裁判所ニ生シタル場合、我法例ハ被相続人ノ本國法タルアルゼンチンノ法律ヲ其準據法ト指定スレトモ、アルゼンチンノ法律ハ死者ノ最後ノ住所タル英法ヲ指定シ、英法ハ不動産所在地タル我法律ヲ指定セルヲ見ル。此場合ハ法例第廿五條ノ規定ニ依リテ被相続人ノ本國法ヲ適用スヘク、決シテ日本ノ法律ニ依ルヘキニアラス。蓋シ間接ニ日本ノ法律ニ依ルヘキ場合ナルヲ以テナリ。又日本ニ住所ヲ有スル瑞西人ノ人事親族相續法上ノ關係ニツキテハ日本ノ法律ニ依ルヘキニアラス。蓋シ瑞西居住留民法第二十八條ニ於テ條約ニ別段ノ定ナキヲ條件トシテ住所法タル日本ノ法律ニ反致スルヲ以テナリ。

苟モ本國國際私法ニ於テ日本ノ法律ニ依ルヘキトキハ、其適用カ本國公安ト兩立セサル場合ト雖、猶反致ノ原則ヲ認ムヘキヤ。例ヘハ我國ニ住所ヲ有スルアルゼンチン人タル夫婦カ我裁判所ニ離婚訴訟ヲ提起シタルトキ、裁判所ハ我國^{國際私法}ニ

反致ト本國ノ公安

當事者ノ本國ニ依ル私法ノ適用ニ反致スル場合

ノ原則ニ從ヒ、夫ノ本國法タルアルゼンチン法ノ反致ニ依リ、我法律ニ基キ離婚ノ宣告ヲ爲シタリト假定スヘシ。然ルニアルゼンチンノ婚姻法ハ、唯當事者一方ノ死亡ニ依ル解消ノミヲ認め、假令舉行地法上離婚シ得ヘキ場合ト雖、猶國內ニ於テハ離婚ヲ認メストナス。此場合ニ於ケル我裁判所ノ離婚宣告ノ效果ヲ案スルニ、若シ反致ノ原則ヲ認メテ之ヲ有效トナストキハ、此本國ノ絶對的強行法タル婚姻法ノ規定ト兩立スルヲ得サルヘク、斯クノ如キハ法例第二十九條ノ立法目的ニ反スト謂ハサルヲ得ス。從テ本國國際私法ニ從ヒ反致ノ原則ヲ認ムルハ、本國ノ公安ト兩立スル場合ニ限ルト解スルヲ正當トス。

最後ニ反致ノ原則ハ當事者ノ本國ニ於テ國際私法ヲ異ニスルトキハ、其何レニ依ルヘキヤ。此場合、法例第二十七條第三項ヲ準用シ、當事者ノ屬スル地方ノ國際私法ニ依ルノ外ナカルヘシ。

第五章 國際私法ノ根本主義

一 總說

總論 第五章 國際私法ノ根本主義

義屬人法主義
義屬地法主義

既存ノ國際私法ノ規定及學說ハ互ニ相異レル根本觀念ニ出ツルモノトス。其根本觀念ヲ茲ニ根本主義ト稱ス。其根本主義ハ人ヲ標準トシテ其準據法ヲ定ムヘシトナスモノト、土地ヲ標準トシテ之ヲ定ムヘシトナスモノニ大別スルヲ得ヘク、前者ヲ屬人法主義後者ヲ屬地法主義ト稱ス。(註一)前者ハ更ニ其標準ヲ國籍ニ求ムルカ、住所ニ求ムルカニ從ヒ本國法主義住所地法主義ニ二別スルヲ得ヘシ。

〔註一〕屬人法主義ハ人ヲ標準トシテ準據法ヲ定メ、屬地法主義ハ土地ヲ標準トシテ準據法ヲ定ムルヲ其特色トナス。前者ハ臣民主權ノ觀念ニ出テ、後者ハ領土主權ノ觀念ニ其基礎ヲ有スト謂フヲ得ヘシ。(第二章第一節註二)

義本國法主義

○(イ)本國法主義ハ當事者ノ本國法(das nationale Recht, lex patriae)ニ依リ國際私法上ノ法律關係ヲ決セントスルモノニシテ、本國法トハ畢竟其當事者ノ屬スル國ノ法律ニ外ナラス。此主義ニ從ヘハ、外國ニ在ル內國人ハ勿論、內國ニ在ル外國人ト雖其本國法ノ支配ヲ受クトナス。伊太利、佛蘭西、白耳義、和蘭、西班牙、瑞典、葡萄牙、ルーマニア及獨逸ハ之ニ屬ス。獨逸民法施行法第二十七條カ、行為能力、婚姻ノ成立、夫婦財產制、離婚相續ノ範圍ニ於テ反致ヲ認メタルハ注意ヲ要ス。我國ニ於テモ人事、親族、相

續ノ範圍ニ於テハ此主義ヲ認メタリ。法例第三條乃至第五條第十三條乃至第二十六條(註二)

〔註二〕本國法主義ハ、既ニ述ヘタルカ如ク、新伊太利學派ノ主張セル所ニシテ、其基礎ハ國粹保存ノ政治論ニ在リ。此主義ニ對シテ國家的原素ヲ過重スルヲ非難シ、法律ハ根本的ニ其基礎ヲ國家的特質ニ置クモノニアラス、假ニ法律ニ國家的特質アリトスルモ、國際交通類繁ニシテ自由ニ國籍ノ變更ヲ認ムル現時ニアリテハ、此特質ハ漸次ニ顯著ナラサルニ至ルヲ主張スルモノアルハ、又既ニ述ヘタルカ如シ。

住所地法主義

○(ロ)住所地法主義ハ住所ノ法律(Recht des Domizils, lex domicilii)即當事者ノ住スル國ノ法律ニ依リテ國際私法上ノ法律關係ヲ決スヘシトナスモノニシテ、丁、抹、諾威、瑞典、北米、及アルゼンチンハ之ニ屬ス。我國ニ於テモ或ル範圍ニ於テ此主義ヲ認ム。法例第四條第二項、第五條、第九條第二項後段、第十二條、第廿七條第二項(註三)

〔註三〕現今最モ熱心ニ住所地法主義ヲ主張スルモノハ瑞西ニシテ、其國ニ住スル外國人ノ數多ナルニ起因ス。

義屬地法主義

○(ハ)屬地法主義(Territorialrecht, lex territorii)ハ土地ヲ標準トシテ國際私法上ノ法律關係ヲ決セントスルモノニシテ、畢竟當事者又ハ目的物ノ所在スル國ノ法律又ハ

事實ノ發生シタル國ノ法律ニ依ル外ナラス。註四 居所地法所在地法、行為地法、事實發生地法、舉行地法、契約地法、法廷地法、訴訟地法、裁判所所在地法、等ノ立言ヲ以テ表示セラルルヲ通常トス。現今嚴格ニ此主義ヲ採ルモノハ唯英國アルノミ、我國ニ於テモ亦或ル範圍ニ於テ此主義ヲ認ム。法例第三條第二項、第四條第二項、第六條前段、第七條第二項、第八條第二項、第九條、第十條、第十一條第一項、第十三條第一項、但書、第十六條、但書、第二十三條後段、第二十四條、第二十六條第三項參照。

諸國ノ國際私法ハ概ネ以上三主義ノ外、所謂自治ノ原則ヲ認メ、債權法上ノ法律行為ニツキ、當事者ノ自由意思ニ依リテ準據法ヲ定メ得ルヲ認ムルハ注意ヲ要ス。法例第七條第一項

註四 屬地法主義ハ既ニ述ヘタルカ如ク、第十六世紀ニアルゲントレーウスノ始メテ主唱セル所ニシテ、第十九世紀ノ中葉頃マテ學界ヲ風靡スルニ至リタレトモ、現今ニ於テハ其勢力衰へ、僅カニ嚴格ニ之ニ依ルハ英國アルノミ。斯クノ如キハ國際交通發達シテ外國法ノ尊重ヲ要求シ、一般ニ或ル範圍ニ於テ本國法主義ヲ認ムルニ至リシ結果ナリトス。

現今嚴格ニ屬地法主義ヲ認ムルモノハ唯英國アルノミ。他ハ概ネ本國法主義又

本國法主義
住所主義
法主主義
爭論

ハ住所地法主義ニ依ルヲ通常トス。從テ現今國際私法ノ根本主義ニ關スル爭鬭ハ主トシテ本國法住所地法ノ何レヲ適用スヘキカノ點ニ存スト謂フヘク、此點ニ關スル爭議ハ特ニ熱烈ヲ極ムルモノアルヲ見ルナリ。

二 我現行法ノ規定

凡ソ一國ノ法律ハ其領土主權ノ作用トシテ、其領域内ニ在ル外國人ヲ支配スヘシト雖、國際交通ノ必要ハ或ル一定ノ範圍ニ於テ、或ル條件ノ下ニ、其本國法ヲ尊重スヘキヲ要求シテ止マス。遂ニ或ル範圍ニ於テ其本國ノ臣民主權ヲ尊重シ、內國國際私法ノ實質内容トシテ本國法ノ規定ヲ適用スルニ至リシ所以ハ既ニ述ヘタルカ如シ。第四章第三節二及三參照。而シテ我現行國際私法の規定ハ人事、親族、相續法上ノ關係ニツキ本國法ノ適用ヲ認メ、本國法ノ適用ヲ見ルコト甚タ多シト雖、原則トシテ本國法主義ヲ認メタルニアラス。唯此等ノ場合法律關係ノ性質上之ニ依ラシムルヲ適當ト認メタルニ過キサレナリ。固ヨリ其本國ハ臣民主權ノ作用トシテ、在外臣民ヲ支配シ得ルハ勿論ナリト雖モ、其滞在國ハ又領土主權ノ作用トシテ、又之ヲ支配シ得ルカ故ニ、本國法ノ適用ヲ認ムルハ、原則トシテ滞在國ニ於テ本國

我現行法
ノ規定

臣民主權ヲ尊重シ其國際私法ノ實質内容トシテ本國法ノ規定ヲ適用スヘキヲ命シタル場合ニ限ルト謂ハサルヲ得ス。從テ滯在國ニ於テ其適用ヲ命セサル場合ハ勿論之ヲ命シタル場合ト雖其適用ノ結果カ滯在國ノ公序良俗ト兩立セサルカ又ハ其本國法カ却テ滯在國法ニ依ルヘキヲ命シタルトキハ之ヲ適用スルヲ得サルモノトス。法例第三條第二項第廿九條第三十條此點ヨリ謂フトキハ嚴格ニ本國法主義ニ依ルヲ得サルヤ寔ニ明瞭ナリトス。

我現行國際私法ハ法律關係ノ性質ニ從ヒ本國法ノ外住所地法屬地法ノ適用ヲ認メ又自治ノ原則ヲ認ムルハ既ニ述ヘタルカ如シ(本章一)從テ解釋トシテハ原則トシテ一ノ主義ニ依ルト謂フヲ得ス。各場合ニ於ケル法律關係ノ性質ニ從ヒ準據法ヲ決スルノ外ナシト謂フヘシ(註五)

〔註五〕何レノ主義ヲ根本主義トシテ認ムヘキカハ條文ノ數ニ依リテ之ヲ決スル能ハス。我現行國際私法ハ本國法ニ依ルノ條文最モ多シト雖法律關係ノ性質ニ從ヒ準據法ヲ決スルノ主義ナルハ注意ヲ要ス。

第六章 國際私法ノ解釋

一 法律解釋ノ一般原則

法律ノ解釋トハ其法律ニ依リテ表示セラルルモノヲ明ニスルノ義ニシテ畢竟其法律ニツキ法律生活ノ標準タルヘキ意義即判決ノ標準タルヘキ意義ヲ決スルニ外ナラサルナリ。而シテ其主タル目的物ハ成文法ナレトモ慣習法モ亦解釋ノ目的タルヲ得ヘシ。慣習法ノ成立ニツキテハ種々ノ問題ヲ生スルトモ一旦其成立ヲ認メラレタル以上ハ之ト同時ニ其如何ナル内容ヲ有スルカノ問題モ亦自ラ明ナルカ故ニ其解釋ニツキテハ別ニ問題ヲ生スルコトナシ。從テ茲ニハ專ラ成文法ノ解釋ニツキテ説明セントス。既存ノ成文法ヲ解釋センカ爲往々更ニ成文法ノ發布セラルルコトアリ。學者或ハ此場合ヲ解釋ノ一種立法解釋(Legalinterpretation)トナセトモ其實解釋ニアラスシテ新ニ成文法又ハ慣習法ノ成立ヲ見タルニ過キス。唯其新ニ成立セル成文法又ハ慣習法ノ内容ハ既ニ解釋セントスル成文法ニ包含セラレシモノト看做スヲ其特色トナスノミ(註一)

法律解釋ノ意義

〔註一〕所謂立法解釋ハ新法ノ内容カ既存ノ法ノ内容ニ包含セラルト看做サルルヲ特色トナス。學者之ヲ立法解釋ハ濶及カト稱ス。

法律解釋ノ目的ハ其標準的意義ヲ明ニスルニアリ。從テ成文法ニアリテハ先ツ眞正ノ法文ヲ發見スルヲ要スヘク其用語ト文法上ノ法則ニ從ヒ之ヲ表ハス文字ノ意義ヲ定ムルヲ要スルヤ疑ヲ容レズ。然レトモ法律ノ解釋ハ決定的ニ其法文ニ表ハレタル思想ヲ知ルニ存シ敢テ其文字ノ意義ヲ明ニセントスルニハアラス。固ヨリ其思想ハ文字ヲ介シテ始メテ之ヲ明ニスルヲ得レトモ唯文字ノ意義ノミニ依リテ之ヲ明ニスルハ難シ。其法律ノ内部的關係他ノ法律トノ關係目的價值等苟モ其法律ノ意義ヲ定ムルノ參考タルヘキ一切ノ事項ヲ參照シテ始メテ之ヲ窺知スルヲ得ヘシ。從テ法律ノ解釋ハ推理ノ方法ニ依ルヘキハ勿論ナリト雖其基礎タルヘキモノハ單ニ其用語ト文法上ノ法則ニ止マラス其法律ノ意義ヲ定ムルニ參考タルヘキ一切ノ事項ニ及フヲ要スト謂フヘシ。〔註二〕

〔註二〕從來法律ノ解釋ナニ別シテ立法解釋學理解釋トナシ更ニ學理解釋ヲ細別シテ文理解釋論理解釋ノ二種トスルヲ通常トス。然レトモ立法解釋ハ其濶及カチ有スルノ點ニ於テハ通常ノ立法ト異レトモ既存ノ法律ヲ解釋センカ爲新ナル法律ヲ制

定スルモノナルカ故ニ其新ナル立法ニシテ解釋ニアラサルハ疑フノ餘地ナシ。從テ法律ノ解釋ハ之ヲ學理解釋ニ限定スルヲ要ス。通説ニ從ヘハ文理解釋ハ法文ノ用語ト文法上ノ法則トニ依リ法律ノ意義ヲ明ニスル解釋方法ニシテ論理解釋ハ法文ノ用語ト文法上ノ法則ヲ除キ其法律ノ意義ヲ定ムルニ參考タルヘキ一切ノ事情ヲ基礎トシ論理學上ノ法則ヲ應用シテ爲解釋ナリトシ兩者ノ對立ヲ認ム。然レトモ法律ノ意義ハ其用語ノ意義ヲ明ニスルヲ以テ知悉シ得ルモノニアラス更ニ進メテ論理解釋ヲ試ミ兩者ノ結果ヲ綜合判斷シテ如メテ法律ノ意義ハ闡明セラレタルモノト謂フヘシ。此意味ニ於テ余輩ハ文理解釋論理解釋ノ併用ヲ主張セントス。若シ兩者ノ結果カ相合致シタルトキハ之ヲ其法律ノ意義ト認ムヘキハ勿論兩者カ完全ニ合致セサル場合ハ論理解釋ノ結果ニ從ヒテ法律ノ意義ヲ定ムヘキモノト謂ハサルヲ得ス。而シテ兩者ノ完全ニ合致セサル場合ニハ(一)其合致カ不完全ナル場合ト(二)全然合致セサル場合ノ別アリ。用語ノ意義ニ數個アルトキ(人ナル用語ニハ自然人ノミヲ指ス場合ト法人ヲ包含スル場合トアルカ如シ)及用語ノ意義不明瞭ナル場合(民法ニ用ユル解除ノ請求ナル用語等ハ前者ニ屬ス。

類推(Analogie)カ解釋ナリヤ否ヤニツキテハ爭アリ。〔註三〕消極說ノ根據ハ要スルニ法律解釋ノ目的ハ其意義ヲ明ニスルニアリ而シテ類推ハ法律ノ意義ニ超越スルヲ以テ解釋ニアラストナスニ存スルカ如シ。然レトモ法律ノ規定ニハ其裡面ニ

九八
潜メル精神アルハ否定スヘキニアラス。苟モ其精神ニシテ窺知セラルル以上ハ、當然其法律ノ内容ヲナシ、法律ハ直接ニ之ヲ規定セリト謂フヲ妨ケサルナリ。今類推ノ場合ヲ見ルニ法律ノ成文ト其性質ヲ同シウスルカ故ニ、必スシモ全然其成文ノ意義ニ超越シ、之ニ包含セラレサル他ノ場合トナスヲ得ス。畢竟成文ヲ基礎トシ、推理作用ニ依リテ之ヲ解釋セルニ外ナラサルナリ。此點ニ於テ積極說ヲ正當トス。

〔註三〕 類推ハ法律ノ解釋ナリヤ、法律ノ創造ナリヤハ争ノ存スル所ナリ。類推カ法ノ解釋ナルヲ否定スルモノハ之ヲ法律ノ創造ト解ス、其論據ハ成文法ノ缺陷若クハ不備ヲ補充シ又ハ之ヲ開展スルモノニシテ、法律ノ内容ヲ超越ストナスニ在リ。

法律解釋ノ目的タル法律ノ意義ニツキテハ二說アリ。一ハ主觀說ニシテ、法律ノ意義ハ即立法者ノ意思ハ、内容タルヲ主張シ、法律ヲ解釋スルニハ一切ノ手段ヲ盡シテ立法者ノ意思ノ内容ヲ探求スヘク、其字句ニ關スル立法材料、草案理由書、討議錄、議事速記録ハ法律ト同一ノ效力ヲ有ストナス。他ハ客觀說ニシテ、法律ノ意義ハ法律其モノカ客觀的ニ有スルモノタルヲ主張シ、畢竟法律ノ意義ハ立法者ノ意思ヲ離レタル法律其モノハ、意義ニ外ナラサルカ故ニ、法律ノ字句ニ關スル立法材料

ハ法律タルノ效力ヲ有セストナスナリ。從テ法律ノ解釋ニ方リ、解釋家ハ自己ヲ如何ナル時期ニ置クヘキカノ問題ニツキテモ、前說ハ法律制定當時ノ思想ニ依ルヘキヲ主張スルニ反シ、後者ハ其適用當時ノ思想ニ依ルヘキヲ主張スルナリ。前說ヲ多數トス。〔註四〕

〔註四〕 法律ノ意義ハ立法者ノ意思ノ内容ナリトナス見解ニ從ヘハ、(一)若シ立法當時ニ於ケル立法者ノ具體的意思想ニ確ムヘキ證據ヲ得サルトキハ、裁判官ハ法律ノ解釋ヲ不能トシテ裁判ヲ拒絕スルカ、又ハ法律ノ無效ヲ宣言セサルヘカラサルノ不都合ヲ生スヘク、又(二)立法當時ニ於ケル立法者ノ具體的意思想ハ其法律ノ全有效期間ヲ通シテ其固定的内容ヲ形成シ、遂ニ法律ハ時勢ノ進運ニ伴フ能ハス、又人類生活ノ必要ニ應スル能ハサルニ至ルヘシ。

惟フニ立法者ノ意思ナル觀念ハ必スシモ明瞭ナラス。假ニ之ヲ認メ、法律ヲ立法者ノ意思ノ表現ナリトナスモ、一旦其意思カ表現セラレタル以上ハ獨立ノ存在ヲ有シ、其表現カ客觀的ニ有スル意義ヲ左右スルハ、其表現者ト雖爲ス能ハサル所ニ屬ス。恰モ銃口ヲ離レタル彈丸ノ方向ハ發砲者ノ意思ニ依リテ左右スル能ハサルニ同シ。此意味ニ於テ客觀說ヲ是認セントス。而シテ文化ノ進歩ハ文字ニ依リテ理

解セラルル觀念ヲ益々抽象化セシメ、其内容ヲ豐富ナラシム。斯クノ如クニシテ又一般思想ノ變化ヲ見ルナリ。成文法モ亦文字ヨリ成立スル以上ハ、此原則ノ支配ヲ免レサルヘク、其ノ内容モ一般思想ノ變化ニ伴フテ亦變遷セサルヲ得サルヘシ。蓋シ法律ハ抽象的ニ一定ノ規範ヲ表示セルモノニシテ、之ニ現ハレタル以外ニ其意義ヲ有スルコトナク、之ニ或ル實際的意義ヲ與フルニハ當時ノ一般思想ニ俟ツノ外ナキヲ以テナリ。從テ法律ハ解釋當時ノ思想ニ依リテ之ヲ解スルヲ要スヘシ。固ヨリ其制定當時ニ於テモ當時ノ社會思想ト相俟テ一定ノ意義ヲ有シタルハ勿論ナリト雖、是レ唯其時代ニ於ケル解釋ニ過キス。法律其者ノ意義ニアラサルヤ疑ヲ容レス。此意味ニ於テ後説ヲ是認セントス。

我現行法上法律解釋ノ基礎タル法文ハ、民事ニツキテハ明治八年太政官布告第百三號ナリトス。之ニ從ヘハ成文アルモノハ之ニ依リ、成文ナキモノハ慣習ニ依リ慣習ナキモノハ條理ニ依リテ裁判スヘシトナス。而シテ成文アルモノニツキテハ上述ノ方法ニ依リテ其意義ヲ探求スヘク、慣習ニツキテハ事實タル慣習タルト法タル慣習トノ別ナク、成文法ナキ場合常ニ之ヲ解釋ノ標準トナスヲ要ス。條理ハ又

法律解釋ノ現行規定

國際私法ノ解釋方法及成文及慣習ノ解釋

理法ト稱シ、成文慣習共ニナキ場合始メテ適用セラル。畢竟、裁判官カ自ラ立法者トシテ立法シタリシナルヘキ原則(瑞西民法第一條)ニ外ナラサルヘシ。

二 國際私法ノ解釋方法

如上ノ一般原則ハ國際私法ニモ亦其適用ヲ見ル。從テ國際私法上ノ法律關係ニツキ成文アルトキハ、裁判官ハ解釋當時ノ一般思想ヲ標準トシ、推理ノ方法ニ依リテ、其文字ノ意義ヲ決スルト共ニ、苟モ其法律ノ意義ヲ決スルニ參考タルヘキ一切ノ事項ハ悉ク之ヲ參酌シテ、以テ其意義ヲ決スヘク、成文ナク唯慣習存スル場合ハ之ニ依リ、成文慣習共ニ存セサル場合、始メテ自ラ立法者トシテ立法シタリシナルヘキ原則ニ從ヒテ裁判スルヲ得ヘシ。

特ニ注意スヘキハ、成文ナキ場合直ニ内國實質法ノ適用ヲ見ルト速斷スルヲ得サルノ點ナリトス。(註五)固ヨリ裁判官ニ對シ法律適用ノ根據ヲナスハ内國實質法タルハ疑ヲ容レスト雖、國際私法上ノ問題ハ國際私法ノ決スヘキ所ニシテ、決シテ内國實質法ニ依ルヘキニアラス。蓋シ兩者ハ全ク其規律スヘキ法律關係ノ性質ヲ異ニスルヲ以テナリ。此場合ハ宜シク既存ノ國際私法的规定ヨリ類推シテ之ヲ決

スヘク、之ニ依リテ其目的ヲ達セサルトキハ、慣習ノ有無ヲ探求シ、慣習アルトキハ之ニ依リ、之ナキトキハ學說ニ鑑ミ、裁判官カ自ラ立法者トシテ立法シタリシナルハキ原則ヲ發見シ、之ニ依リテ裁判スル外ナシトス。

(註五)

國際私法ニ成文ナキトキ之ニ該當スル内國實質法ヲ適用スヘシトナスハ、既ニ述ヘタルカ如ク、故ライプツヒ大學教授 Weeber ニシテ、内國法ノ效力ヲ不當ニ擴張シタルモノニ外ナラス。此說ニ從フトキハ實際上甚タ便宜ナルカ故ニ、之ニ從フモノ多ク、其流布シタル害毒ハ實ニ甚大ナリトス。

國際私法ニハ通常ノ立法手續及國際慣習ニ依リテ成立スルモノノ外、國際條約ニ依リテ成立スルモノアルハ既ニ述ヘタルカ如シ(第三章二)而シテ諸國ノ國際私法ハ債權法上ノ法律行為ニツキ自治ノ原則ヲ認ムルカ故ニ、國際私法ノ解釋トシテハ、單ニ通常ノ立法手續又ハ國際慣習ニ依リテ成立セル場合ニ止マラス、國際條約及當事者ノ自由意思ニ依リテ定マレル準據法ニツキテモ説明スルヲ要スルヤ勿論ナリトス。

條約ノ解釋

國際私法上ノ問題ニ關スル條約ノ解釋權ハ何レニ存スルカ。此點ニ關シ佛國一於テハ或ハ全然民事裁判所ノ管轄權ヲ認メサルモノアリ。或ハ公ノ秩序ニ關スル

場合ニ限リ、其管轄權ヲ否認スルモノアリ。蓋シ此場合裁判ヲ中止シテ政府ノ意思ニ俟ツヲ其理由トナス。惟フニ國際私法ニ於ケル條約解釋權ノ問題ハ民事判決ノ前提トシテ國際條約カ内國法トシテ適用セララルル場合ニ生スルカ故ニ、民事裁判所ノ權限ニ屬セシムルヲ正當トナス。(註六)

[註六]

國際私法上國際條約適用ノ問題ヲ生スルハ、條約カ内國法トシテ適用セラルル場合、即チ國權ノ意思表示ニ依リ條約ノ内容カ内國法ノ實質内容ヲ形成セル場合ナリトス。故ニ此場合ニ於ケル條約ノ解釋ハ畢竟内國法ノ解釋ニ外ナラサルナリ。從テ内國裁判所ノ職權ニ屬スト謂フヘシ。

國際私法上自治ノ原則ノ適用ニ依ル準據法解釋ノ問題ハ、債權法上ノ法律行為ニツキテ生ス。惟フニ此場合ニ於ケル解釋ノ目的ハ當事者ノ真意ヲ確ムルニアルハ疑フノ餘地ナシ。從テ當事者ノ明示アルトキハ之ニ依ルヘキハ勿論ナリト雖、別ニ明示スル所ナク、又ハ其明示セル所ニ不明ノ點アル場合ハ、誠實ニ其法律行為ニ於ケル用語ノ真義ヲ確メ、其ノ眞實ニシテ且完全ナル效果ヲ生セシムルニハ、如何ニ之ヲ解スヘキカヲ決スルヲ要ス。多クノ場合、用語ノ意義ハ各地ノ法律慣習ニ依リテ定マルカ故ニ、其行為地法ノ意義ニ從フヘシトナスモノナキニアラスト雖、一

自治ノ原則ニ依ル準據法ノ解釋

般的ニ之ヲ斷スルヲ得サルナリ。固ヨリ行爲地法ニ依ルヘキ場合アレトモ、種々ノ場合ヲ觀察シテ一々定ムヘキモノタリ。時トシテハ又其法律關係自體ハ他ノ法律ニ依ルヘキ場合ニシテ、其用語ノ意義ノミハ行爲地法ニ依リテ定ムルコトナキニアラス。例ヘハ公正證書ノ作成ニ當リ、公證人カ行爲地以外ニ存セサル用語ヲ使用セル場合ノ如シ。

自治ノ原則ニ依ル準據法ノ解釋ニツキテハ現行國際私法の規定ニ明文ナシ。此場合原則トシテ法律行爲自體ノ屬スル法律ニ依ルヘク、裁判官ハ外國法ニ依ルヘキ場合ト雖、其用語ニツキテハ第三國法ニ依リタルニアラサルカヲ檢スルヲ要スヘシ。斯クノ如キハ實ニ國際交通ノ安全ヲ維持スル所以ナリトス。

第七章 國籍及住所ノ牴觸

第一節 國籍ノ牴觸

一 總說

國籍ハ内外人區別ノ標準ニシテ、其國際私法上ノ地位ハ内國人タル分限ヲ明ニ

欠

欠

第8次

住所
抵觸
ノ
解決

ヲ約シ、其何レノ地ニ於テモ同一ノ設備ヲ爲シタルトキ、其日本ニ在ル間ニ或ル法律
行爲ヲ爲シタリト假定センニ、此場合其生活ノ本據ハ日本ニアリテ、獨逸ニナキカ故
ニ、我民法上其住所ハ日本ニ存スト謂フヘシト雖、獨逸民法上ニ於テハ、獨逸ニモ亦住
所アリト解セサルヲ得ス。蓋シ獨逸ニモ定住地アルヲ以テナリ。斯クノ如クニシテ日
獨兩國間ニ住所ノ積極的抵觸ヲ生シ、其何レノ法律ヲ以テ住所地法ト認ムヘキカノ
問題ヲ生ス。

住所ノ消極的抵觸ハ獨逸ニ定住セルモノ、其定住ノ意思ヲ拋棄シテ既ニ獨逸ヲ去リ
新ニ其生活ノ本據ヲ日本ニ定メントスルモ、未タ之ヲ設定セサルカ如キ場合等ニ生
ス。

法例ハ積極的抵觸ノ場合ハ勿論、一國數法ノ場合ニツキテモ、國籍ニ關スル規定
ヲ準用スヘキヲ明言スレトモ、第二十八條第二項其消極的抵觸ノ場合ニツキテハ
別ニ明言スル所ナシ。然レトモ第二十八條第一項ニ於テ當事者ノ住所知レサルト
キハ其居所法ニ依ルヘキヲ明ニセルカ故ニ、之ト實際上異ルコトナキ消極的抵觸
ノ場合モ亦同一ニ解スヘキハ疑ヲ容レサル所ナリ。

第八章 內國法相互ノ牴觸

一 總說

總說

凡ソ法律ノ效力ノ及フ範圍ハ其國權ノ行ハルル地域ニ一致シ、一國領域内ニ於テハ一個ノ法律行ハルルヲ原則トス。^{〔註一〕}然レトモ或ハ(一)國家ノ併合又ハ聯合、^{〔註二〕}或ハ(二)征服又ハ割讓、^{〔註三〕}或ハ(三)殖民地ノ設定、^{〔註四〕}等ノ原因ニ依リ、一國內ニ民情風俗習慣等ヲ異ニスル人民ヲ包含スル地域ヲ生シ、茲ニ從來ノ領土ト統治ノ形式ヲ異ニスルノ要アルヲ見ルナリ。固ヨリ國家ノ統治ニ關スル原則中、其最高中樞組織ニ關スル部分ハ、性質上全國ヲ通シテ必ス統一のタルヲ要シ、其施行區域ヲ限定シ得ヘキモノニアラスト雖、統治ノ方法及臣民ノ權利義務ニ關スル部分ハ、必スシモ全國ヲ通シテ統一のナルヲ要スルコトナシ。從テ國家ハ其意思ニ依リ、一國內ニ於テモ地域ノ如何ニ從ヒ、統治ノ方法及臣民ノ權利義務ニ關シ法律ノ規定ヲ異ニスルヲ妨ケスト謂フヘシ。斯クノ如クニシテ一國內ニ法律ヲ異ニスル地域ヲ生シ、內國法相互間ニ牴觸ヲ惹起スルニ至リシナリ。

〔註一〕 Collisio statuorum ノ昔(第二章第一節)ニ於テハ一國數法ノ狀態ナリシモ、第十九世紀以來法典ノ編纂アリ。統一法主義行ハレ、遂ニ一國領域内ニハ一個ノ法律行ハルルヲ原則トスルニ至リシナリ。

〔註二〕 國家ハ併合ニ因ル異法地域トシテハ、イングランドカスコットランドヲ併合シタル以來ノ兩地方、及明治四十三年日韓合併以來朝鮮ノ舊慣ヲ留保シ、朝鮮ニ特別ナル法律ヲ施行シ、其結果朝鮮ハ内地ト異法地域ヲナスニ至レルヲ擧グルヲ得ヘク、國家ノ聯合ニ因ル異法地域トシテハ、瑞西聯邦及北米合衆國ヲ擧グルヲ得ヘシ。瑞西ニ於テハ各カントン固有ノ法律ヲ有シテ、互ニ獨立ノ法域ヲ爲シ、各カントン間ノ法律ノ牴觸ハ内外法ノ牴觸ニ同シク、之ヲ解決スルノ原則ヲ Interkantones Privatrecht ト稱ス。北米合衆國ノ各州ハ私法ニ關シ完全ナル立法權ヲ留保シテ、互ニ其法律ヲ異ニシ、其相互ノ關係ハ内外法ノ關係ニ同シ。此問題ヲ解決スル原則ヲ Interstate law ト稱ス。

〔註三〕 國家ハ征服ニ因ル異法地域ノ例トシテハ、英國カトランスバールヲ征服シテ其地ノ法制ヲ維持シ、露國カ波蘭ヲ征服シテ其地ニ特別ナル法律ノ行ハルルヲ認メタル結果、異法地域ヲ生シタルヲ擧グルヲ得ヘク、領土ノ割讓ニ因ルノ例トシテハ我國ノ臺灣ニ於ケル、米國ノフィリッピンニ於ケル實例ヲ擧グルヲ得ヘシ。

〔註四〕 殖民地ノ設定ニ因ル異法地域ノ例トシテハ、本文後ニ述フル英國ノ征服又ハ割讓ニ因ル海外領土、獨逸ノ保護領又ハ米國ノ海外屬地等ヲ擧グルヲ得ヘシ。

内國法相互間ノ抵觸問題ハ(一)相互對等關係ニ於テ生スルコトナキニアラスト雖(瑞西聯邦又ハ北米合衆國各州間)(二)本國ト殖民地トノ關係ニ之ヲ見ルコト最も多シ。而シテ殖民地ノ本國ニ對スル關係ハ或ハ(1)本國ノ一地方タルコトアリ。例ヘハ英國ノ蘇格蘭ニ於ケル獨逸ノエルサス、ロートリンゲン併合當時ニ於ケルカ如シ)或ハ(2)本國ニ對シ從屬關係ヲ有スレトモ、其一部ヲナササルモノアリ。(獨逸ノ保護領 *Schutzgebiet* 又ハ米國ノ海外屬地 *Dependency* ノ如シ)或ハ(3)内地ノ殖民地ニ對スル關係ナルコトアルヘシ。例ヘハ英國ノ征服又ハ割讓ニ因ル海外領土ノ如シ)我國ニ於テハ相互對等ノ關係ニ於ケル内國法相互間ノ抵觸ナク、唯内地ト殖民地トノ關係ニ之ヲ見ルノミ。

元來殖民地ノ語ハ政治上經濟上ノ觀念ニシテ、通常國家ノ統治ニ屬スル地域中遠ク内地ト相隔リ、異民族ノ居住セルモノニシテ、多數ノ内地人ノ移住セルモノヲ稱ス。然レトモ其法律上ノ特色ハ内地ト互ニ法律ヲ異ニシ、原則トシテ内地ノ法律ハ殖民地ニ行ハレス、各殖民地ハ各其特別ノ法律ヲ有シ、其統治組織モ國家ノ最高中樞組織ヲ除クノ外、内地ト異ルノ點ニ在リ、從テ法律上ノ觀念トシテハ、國家ノ統

治ニ屬スル地域ノ一部ニシテ、内地ト法律ヲ異ニスルヲ原則トスルモノヲ殖民地ト謂フナリ。此意味ニ於ケル我殖民地ハ朝鮮、臺灣、樺太及關東州ナリトス。(註五)原則トシテ此等地域ニ於テ内地ノ法律行ハレサルハ、朝鮮、臺灣、樺太ニツキテハ特ニ法律ノ規定アリ。(朝鮮明治四十四年法律第二十號、臺灣明治三十九年法律第三十一號、樺太明治四十年法律第廿五號)關東州ニツキテハ其租借地ニシテ、帝國領土ニアラサルヨリ生スル當然ノ結論ナリトス。而シテ此等地域ノ殖民地タルヲ否認スルモノアリ、政府又之ヲ殖民地ト明言スルヲ避クルノ傾向アルハ、此等ノ地域カ歐米諸國ノ殖民地ト異リ、地理上ニ於テモ遠ク内地ト隔ルコトナク、文化ノ程度亦相近似シ、其人種モ本來同一ニシテ、唯少シク民情風俗習慣ヲ異ニスルニ過キザルニ起因スルカ如シ。固ヨリ此等ノ地域ハ經濟上及政治上ノ意義ニ於テハ、之ヲ殖民地ト稱スルヲ得サルハ勿論ナリト雖、既ニ内地ト法律ヲ異ニスル以上ハ、法律上ノ意義ニ於テ殖民地タルハ寔ニ明瞭ナリトス。

〔註五〕我國ニ於ケル殖民政策ハ、最近ニ至ルマテ、殆ント地擲セラレタル所ナリシト雖、一度臺灣ヲ取得シ、樺太ノ南半ヲ得、更ニ關東州ノ租借地ヲ讓受ク、進ンテ韓國ヲ併合

スルニ及ンテ、殖民政策ハ我國重要政策ノ一部ヲ占ムルニ至レリ。此等ノ地方ハ本來同一人種ニ屬シ、唯少シク民情風俗習慣ヲ異ニスル新附ノ臣民ヨリ成ル比隣地ニシテ、歐米諸國ニ於ケル海外領土トハ大ニ趣ヲ異ニスル所アリ。早晚内地ニ編入スルテ要スレトモ、暫ク原則トシテ内地ト法律制度ヲ異ニスルニ過キササルモノトス。

現行法上我國ノ統治ニ屬スル地域ハ(一)憲法ノ規定全部施行セラレ、國家ノ最高中樞組織ヲ始メ、統治ノ方法及臣民ノ權利義務ニ關スル事項ニ至ルマテ、之ニ從ヒテ統治セララルモノト、(二)國家ノ最高中樞組織ニ關スル憲法ノ規定ハ施行セラレレトモ、其他ノ事項ハ特別統治ノ下ニ置カルルモノニ別ツテ得ヘシ。前者ハ所謂憲法施行區域ノ内ニアルモノニシテ之ヲ内地ト稱シ、後者ハ憲法施行區域ノ外ニアルモノニシテ、内地ノ一部ヲ爲ササルヲ其特色トス。之ヲ殖民地ト稱ス。從テ此等殖民地ト内地トハ相互ニ法律ヲ異ニスルノミナラス、殖民地相互間ニ於テモ之ヲ異ニスルコトアルヘシ。我現行法上内地、朝鮮、臺灣、樺太及關東州ハ各別個ノ地域ヲナシ、立法ノ權力ハ此等各地域ニ共通ナレトモ、其各地ノ法律ハ各其施行區域ヲ異ニスルカ爲、一地域ノ法律ノ效果ハ他ノ地域ニ及ハサルヲ原則トス。從テ内地法ハ殖民地ニ及ハス、殖民地法ハ内地ニ及フコトナク、内地ト殖民地トノ關係ハ法律上内

内地ト殖民地

外國ノ關係ヨリモ疎遠ニシテ、時トシテハ殖民地人又ハ殖民地法人ハ外國人又ハ外國法人ヨリモ劣等ノ地位ヲ有スルコトアルヘシ。故ニ内地殖民地間ニ於ケル法律ノ共通連絡ヲ計ルハ實ニ緊急ノ必要ニシテ、共通法(大正七年法律第七號)ノ制定ハ實ニ此目的ニ出ツルモノトス。而シテ共通法ノ規定スル所ハ(一)地域ニ關スルモノ、(第一條)(二)民事ニ關スルモノ、(第二條及第十二條)(三)刑事ニ關スルモノ、(第十三條乃至第十九條)及(四)施行ニ關スルモノ(附則)ヨリ成リ、必スシモ私法關係ニ關スル内國法相互間ノ牴觸ニ限ラサルハ特ニ注意ヲ要ス。

沿革ヨリ謂フトキハ、内國法相互間ノ牴觸問題ノ解決ハ内外國法間ノ牴觸問題ニ先チテ試ミラレ、前者ニ關スル原則ヲ後者ニ及ホシタルハ事實ナリト雖、(collision statutum) (第二章第一節)一國內ニ於ケル異法地域間ノ法律牴觸問題、即内國法相互間ノ牴觸問題ハ、之ヲ内外國法間ニ於ケル牴觸問題ト同一原則ニ依リテ解決スヘキヤ否ヤハ大ニ考究スヘキ所ニ屬ス。立法例トシテハ(一)兩者ヲ同一視シ、同一原則ニ依リテ解決セントスルモノト、(二)兩者ヲ嚴格ニ區別シ、内外國法間ノ牴觸問題ハ國際私法ニ屬スレトモ、内國法相互間ノ牴觸問題ハ之ヲ準國際私法トナスモノノ

内地法相互間ノ牴觸問題ニ關スル立法例

二アリ。英米ハ前ノ主義ヲ採リ、大陸ニ於テハ後ノ主義ニ依ル。我國ハ大陸ノ主義ニ從ヒ、内外國法間ノ牴觸ヲ規定スル法例ノ規定ヲ内國法相互間ノ牴觸問題ニ準用スヘシトナス。其通法第二條第二項(註六)

〔註六〕 内國法相互間ノ牴觸問題ノ解決ハ國際的私法關係ニ屬セサルカ故ニ、國際私法當然ノ範圍外ニアリ。然レトモ未タ獨立ニ之ヲ研究スル學科ナキカ故ニ、本著ニ於テハ便宜上之ヲ説明セントス

二 我殖民地ニ於ケル現行私法制度一斑

現在我殖民地ニハ國家ノ最高中樞機關ニ關スル規定ヲ除クノ外、帝國憲法施行セラレス、特別統治ノ行ハルルハ既ニ述ヘタルカ如シ(本章一)而シテ殖民地ニ於ケル行政ノ特色ハ(一)立法行政共ニ行政機關ノ權限ニ屬シ、立法權ト行政權トノ對立ナク、(二)未タ法治主義ノ原則認メラルルニ至ラス。成ルヘク一般的法則ヲ以テ臣民ノ權利義務ヲ定メ、行政ノ作用ハ成ルヘク之ニ依ルノ方針ナレトモ、必スシモ嚴格ニ之ヲ一貫スルコトナシ。又(三)行政裁判ノ制度ナク、假令違法ノ行政行為ニ依リテ權利ヲ毀損セラレタル場合ト雖、臣民ハ官廳ノ職權ニ依ル取消ヲ待ツカ、又ハ情ヲ

殖民地ノ現行私法制度

我殖民地ノ行政ノ特色

陳ヘテ其取消ヲ請願スルノ外、之ニ忍從スルノ外ナシ。且(四)法律ノ屬人主義行ハレ、各地域ニ依リテ法律ヲ異ニシ、内地ノ如ク凡テノ人民カ同一法規ニ支配セララルコトナシ。而シテ殖民地ハ特別統治ニ服スルノ結果、内地法ハ特別ノ規定ナキ限り、殖民地ニ適用セラレサルヲ原則トナス。今左ニ各殖民地ニ於ケル現行私法上ノ制度ノ一斑ヲ述ヘントス。

臺灣

(イ) 臺灣 臺灣ニ於ケル私法關係ノ根本法ハ臺灣民事令ニシテ、明治四十一年律令第十一號ノ定ムル所トス。律令ハ法律ノ效力ヲ有スル命令ニシテ、内地ニ於テハ法律ヲ以テ定ムル事項ト雖、臺灣ニ於テハ特ニ臺灣ニ施行セラルル法律及勅令ニ牴觸セサル限り、總督ノ命令タル律令ヲ以テ定メ得ルモノトス。而シテ臺灣ニ行ハルル内地ノ法律ハ僅カニ法例、國籍法、國籍喪失者ノ權利ニ關スル件、失火ノ責任ニ關スル件、遺失物法、年齡計算ニ關スル件、外國人ヲ養子又ハ入夫ト爲ス件、記名ノ國債ヲ目的トスル質權ノ設定ニ關スル件、法人ノ役員ノ處罰ニ關スル件等ニ過キス。他ハ概ネ律令ヲ以テ内地法ニ依ルヘキヲ定ム。

臺灣民事令ニ從ヘハ、民事ニ關スル事項ハ民法商法、民事訴訟法及其附屬法律ニ

依ルト定メ(第一條)民法施行法、人事訴訟手續法、非訟事件手續法、競賣法、遺言ノ確認ニ關スル法律、商法施行條例、商法施行法、有罪破産者處斷法、商法中署名スヘキ場合ニ關スル法律、及保險業法ヲ民法商法及民事訴訟法ノ附屬法トナス。明治四十一年總督府令第四十八號故ニ民事ニ關スル事項ハ原則トシテ律令ニ依リ内地法適用セラレ、内地ニ於テハ法律ノ形式ヲ以テスルニ反シ、臺灣ニ於テハ律令ノ形式ヲ以テ規定セラルルノ差異アルニ過キサレモノトス。此原則ニ對シテハ例外アリ(一)ハ土地ニ關スル權利ニシテ、此種ノ權利ハ其性質物權タルト、債權タルト、又其當事者ノ内地人タルト、本島人タルトヲ問ハス、民法第二篇物權篇ノ規定ニ依ルコトナク、舊慣ニ依ルヲ原則トス。唯土地ニ關シ特ニ定メタル成文法ノ規定(明治卅六年律令第九號、第十一號、明治卅七年律令第六號、明治三十三年律令第一號、第二號、第七號、明治卅八年律令第三號、明治卅九年律令第九號等)アルトキハ之ヲ從フヲ要スルノミ(民事令第二條)而シテ本島人トハ臺灣人、即支那民族ニ屬スルモノニシテ我國籍ヲ取得シタル臺灣住民ヲ意味シ、其我國籍ヲ取得セサルモノハ之ヲ支那人ト稱ス。然レトモ兩者ノ區別ハ戶籍及戶口調査ノ制度不完全ナルカ爲、頗ル困難且不完全

ナルハ實ニ免ルヘカラサル所ニ屬ス。(二)ハ本島人、及清國人、ハ、ミ、間ノ民事ニシテ、之ニツキテハ民法第二百四十條、第二百四十一條、第四百九十四條乃至第四百九十八條ヲ除クノ外、民法商法及其附屬法ニ依ラス、舊慣ニ依ルトナス。臺灣民事令第三條(三)ハ利息ニ關スル特別規定ニシテ、金錢貸借ニ關スル契約ノ利息ニツキ、元金百圓未滿ハ年三割以下、百圓以上千圓未滿ハ年二割五分以下、千圓以上ハ年二割以下トシ、此制限ヲ超過シタルトキハ其超過部分ヲ無効トス。明治三十七年二月律令第二號利息制限規則(四)ハ民事訴訟ニシテ臺灣ニ於ケル民事訴訟ハ民事訴訟法ニ依ルヲ原則トスレトモ(民事令第一條)特別法トシテ明治三十八年律令第九號民事訴訟特別手續ニ關スル規定、及明治三十七年律令第三號アリ。訴訟手續上内地ト異ル所アルノミナラス、行政官タル廳長ハ其管轄區域内ニ於ケル民事爭訟ノ調停ヲ爲スノ權限ヲ有シ、一旦調停成立シタルトキハ之ト同一事件ニツキ訴訟ヲ提起スルヲ許ササルノ制限存ス。

(ロ) 朝鮮 朝鮮ノ内地ニ對スル關係ハ臺灣ニ同シ。現行私法制度ハ概ネ法律ノ效力ヲ有スル朝鮮總督ノ命令タル制令ヲ以テ規定セラレ、内地ノ法律ト其形式ヲ

異ニスルノミナラス、亦其實質内容ヲ異ニスルコト少シトセス。民事ニ關スル事項ハ特別ノ規定アル場合ノ外、民法、民法施行法、商法、商法施行法、民事訴訟法、附屬法等ノ内地法ニ依レトモ、明治四十五年制令第七號朝鮮民事令第一條(一)不動産ニ關スル物權ハ種類效力ニツキテハ、民事令第一條ノ法律ニ定メタル物權ヲ除クノ外、慣習ニ依リ、朝鮮民事令第十二條(二)能力、親族、及相續ニ關スル第一條所掲ノ内地法ノ規定ハ之ヲ朝鮮人ニ適用セス。朝鮮人ニ關スル此等ノ事項ハ慣習ニ依ル。民事令第十一條(三)利息ノ制限ニツキテハ、明治四十四年制令第十三號利息制限令ニ特別ノ規定アリ。其率ハ臺灣ニ於ケルト同シ。(四)民事、爭訟、ノ調停ハ警察署長又ハ其職務ヲ取扱フモノノ職權ニ屬シ、其管轄區域内ノ民事訴訟ニ付調停成立シタルトキハ、同一事件ニツキ更ニ訴訟ヲ提起スルヲ得サルハ臺灣ニ同シ。明治四十三年制令第十號民事訴訟調停ニ關スル件、明治四十三年附令第六十七號民事訴訟調停事務取扱規則参照)

樺太

(ハ) 樺太ニ施行セララル法律勅令ハ明治四十年勅令第九十四號、同四十五年勅令第十七號ノ指定スル所ニシテ、未タ内地ノ私法ハ悉ク此地ニ行ハラル

關東州

ニ至ラス。土人相互ノ關係ニツキテハ猶舊來ノ慣例ニ依ル。明治四十年勅令第九十四號第二條)

(ニ) 關東州 關東州ニ於ケル現行法ハ概ネ命令、特ニ勅令ノ形式ヲ以テ制定セラレ、全然内地ト別種ノ法域ヲ形成ス。民事、刑事、及非訟事件ニ關スル事項ハ、法例、民法、商法、工場抵當法、保險業法、刑法施行法、刑事訴訟法、民事訴訟法、家資分散法、人事訴訟手續法、競賣法、破産法、不動産登記法、非訟事件手續法、供託法等ニ依ル。明治四十一年勅令第二百十二號關東州裁判令第一條、同年勅令第二百十三號關東州裁判事務取扱令参照。故ニ關東州ニ於ケル現行法ハ内地法ヲ其儘採用シ、唯其形式ヲ異ニスルニ過キスト謂フヘシ。唯例外トシテ(一)支那人、ノ、ミ、ノ、民事ニ關スル事項ハ人事訴訟手續法以外ノ手續ニ關スルモノヲ除キ、當分ノ内從前ノ慣例ニ依ル。(同令第二條)(二)土地ニ關スル權利モ亦當分ノ内從前ノ慣例ニ依ルトナス。(同令第三條)

三 内地法ト殖民地法トノ抵觸ニ關スル解決

我殖民地ニ内地ト異ル特別規定存スルハ今述ヘタルカ如シ。從テ内地法ト殖民地法トノ間ニ規定ノ實質内容ヲ異ニシ、其間抵觸ヲ生スルコトアルハ又實ニ免ル

内地法ト殖民地法トノ抵觸ニ關スル解決

ヘカラサル所ナリ。此場合我國ニ於テハ、最近ニ至ルマテ成文ノ徵スヘキモノナク、又慣習ノ存スルヲ見サリシヲ以テ、國際私法解釋ニ關スル一般原則ニ從ヒ、條理ニ依リ之ヲ解決スル外ナカリシナリ。然ルニ共通法ノ制定アリ、國內異法地域間ニ於ケル法律ノ共通連絡ヲ計リ、始メテ内地法ト殖民地法トノ牴觸ヲ規定スルニ及ヒ、茲ニ此點ニ關スル成文上ノ根據ヲ得ルニ至リシナリ。

共通法ノ規定

共通法ハ一方内地殖民地間ニ法律牴觸問題ノ發生スル範圍ヲ限定シ、他方其牴觸問題解決ノ準則ヲ指定セリ。第二條元來殖民地ノ法律ハ内地ノ法律ト其實質内容ヲ同シクシ、唯其形式ヲ異ニスルコト多シ。從テ實際上内地法ト殖民地法トノ間ニ規定ノ實質内容ヲ異ニシ、其間牴觸ヲ生スルハ甚タ稀ナリト謂フヘシ。故ニ原則トシテ内地ト殖民地トハ互ニ法令ヲ同シクスルモノト看做シ、其各地域ニ於テ其地ノ法令ノ適用ヲ認ムルヲ適當トナス。共通法第二條第一項ノ規定ハ此趣旨ニ出テ、各地域ノ法令ハ其恰モ一般ニ他ノ地域ニ行ハルル場合ト同シク、他ノ地域ニ發生セル法律關係ニツキテモ、猶訴訟地ノ法令ヲ適用シテ其權利義務ヲ定ムヘキヲ明ニセルモノニ外ナラス。殖民相互間ノ法律牴觸モ亦之ニ同シク、等シク内地法ニ

依リタル朝鮮民事令、臺灣民事令、及關東州事務取扱令ハ何レモ内地法ト同一視セラレ、其相互ノ關係ニツキテモ亦互ニ其法令ヲ同シクスルモノト看做シ、各其地域ノ法令ヲ適用スヘキモノトナス。然レトモ内地ト殖民地トノ間ニ法令ヲ異ニスルコトナキニアラス。例ヘハ臺灣、朝鮮及關東州ニ於ケル不動産ニ關スル權利ニツキテノ慣習法ハ民法ト異リ、能力親族及相續ニツキ、臺灣本島人、朝鮮人及關東州支那人ニ關シ、特別ノ慣習法存スルカ如シ。而シテ此場合ハ共通法第二條第二項ニ所謂前項ノ場合ヲ除クノ外ニ該當スル故ニ、法例ノ規定ヲ準用シテ解決スルヲ要ス。〔共通法第二條第二項〕蓋シ此場合ハ内外私法ノ牴觸問題ト其性質ヲ同シクスルヲ以テナリ。從テ物權關係ニツキテハ其目的物ノ所在地法ニ依リ、能力ノ有無、親族、相續法上ノ法律關係ハ當事者ノ本國法ニ依ルト謂ハサルヲ得ス。然ルニ内地殖民地ノ關係ニツキテハ本國法存セサルカ故ニ、共通法ハ所謂本籍地主義ヲ採用シ、特ニ「各當事者ノ屬スル地域ノ法令ヲ以テ其本國法トスル旨ヲ明ニセリ。」

注意スヘキハ、本籍地主義ノ屬人法ハ内地人殖民地人間、又ハ殖民地人相互間ニ於ケル法律關係ノ準據法タルニ止マリ、内地人相互間ノ關係ニハ之ヲ適用スルヲ

得サルノ點ナリトス。蓋シ内地法ハ内地ニ於ケル内地人ニ對シテハ屬人法ヲ爲スコトアレトモ、殖民地ニ於ケル内地人ハ各其地ノ法令ニ從フヘキカ故ニ、之ニ對シテ屬人法タルコトナケレハナリ。

第二編 各論

國際私法ハ私法ノ牴觸ヲ解決スル法則ニシテ、私法ハ其規定スル所、民事ニ關スルト商事ニ關スルトニ從ヒ、之ヲ民法及商法ニ區別スルヲ通常トス。從テ國際私法ハ民法及商法ノ牴觸問題ヲ解決スルモノト謂フヘク、其民法ノ牴觸問題ヲ解決スル法則ヲ國際民法、商法ノ牴觸問題ニ關スルモノヲ國際商法ト稱ス。本編ニ於テハ我現行法ヲ基礎トシ其各場合ヲ説明セントス。

第一章 國際民法

國際民法ハ各國特別ノ民法ヲ有シ、民事ニ關スル規定ヲ異ニスルヨリ生スル法律ノ牴觸ヲ解決スルヲ目的トス。而シテ民事ハ人事、親族、物權、債權、相續ノ五方面ヨリ觀察スルヲ得ヘク、茲ニ此等各方面ヨリ民事ニ關スル法律ノ牴觸問題ヲ研究セントス。

第一節 人事法

一 能力(註一)

能力

身分及ヒ能力 (estate of capacity) ノ語ハ古來相對立シテ用キラルル所ニシテ嘗テ凡テノ私法關係ハ身分ヲ基礎トシテ解決セラレタル時代ナキニアラスト雖近世ニアリテハ概ネ私法關係ハ個人ノ意思ニ依リテ決セラレ、身分ハ唯親子夫婦等ノ親族關係ニツキ其意義ヲ有スルニ過キサルモノトス。元來身分ハ社會上又ハ親族法上人ノ有スル法律上ノ地位ヲ總稱シ、能力ハ其地位ニ依リテ或ル行為ヲ爲シ又ハ爲ス能ハサル範圍ヲ意味スルニ外ナラス。畢竟行為能力 (Handlungsfähigkeit, Geschäftsfähigkeit) ノ義ナリ。一ハ原因ニシテ他ハ其結果ナリト謂フヘシ。從テ純理上ヨリ謂フトキハ、能力ノ觀念ハ(一)成年未成年、(二)禁治產準禁治產、(三)妻ナリヤ否ヤノ諸問題ヲ包含スルハ勿論ナリト雖、我現行法ハ後ノ二者ニツキ別ニ規定スル所アルカ故ニ、(法例第四條、第五條、第十四條)現行法上ノ觀念トシテハ、能力ハ之ヲ成年未成年ノ問題ニ限定スルヲ要スト謂フヘシ。(註二)(法例第三條)

念能力ノ觀

〔註一〕凡ソ能力ノ語ハ三種ノ意義ニ用ヒラル。(一)ハ權利能力ニシテ權利義務ヲ吸收保有スルヲ本職トスル法律上ノ地位ヲ意味ス。此種ノ能力ハ法律上ノ地位ナルカ故ニ、法律ノ創作スル所ニシテ、天然自然ニ生スルモノニアラス。唯現今諸國ノ法律ハ凡テノ人類ニ之ヲ附與スルノミ。從テ本來或ル人ニ權利能力ヲ附與スルヤ否ヤノ問題ハ、常ニ一國ノ法律ノ決スヘキ所ニシテ、國際私法上外國人カ權利能力ヲ有スルヤ否ヤノ問題モ、亦之ニ關シテ問題ヲ生シタル國ノ法律ニ依リテ決スヘク、從テ國際私法上ニ於テ權利能力ノ問題ハ、之ヲ問題トセル裁判所ノ所在地ノ法律、即法廷地法ニ依ルヘキハ明文ヲ俟タサル當然ノ事理ニ屬スト謂フヘシ。(二)ハ意思能力ニシテ、事物ヲ合理的ニ判斷スル腦力ヲ意味ス。畢竟精神狀態、即事實上ノ狀態ニシテ、法律上ノ狀態ニアラス。從テ直接國際私法ノ問題トナルコトナシ。(三)ハ行為能力ニシテ、自ら獨斷ヲ以テ爲シタル法律行為ヲ有效ナラシムルヲ本職トスル法律上ノ地位ヲ意味ス。畢竟法律上有效ニ或ル行為ヲ爲シ、又ハ爲ス能ハサル範圍ニ外ナラサルナリ。從テ權利能力ナキ者ニ行為能力アルハ想像スルヲ得サル所ナリト雖、行為能力ナキ者ハ必スシモ權利能力ヲ有セサルニアラス。而シテ一般的ニ事物ヲ合理的ニ判斷スル腦力ナキ者、即所謂一般意思無能力者ハ、行為能力ヲ有スルニ由ナキハ勿論ナリト雖、行為無能力者ハ必スシモ意思無能力者ナリト謂フヲ得サルナリ。例ヘハ妻ノ如シ。注意スヘキハ意思能力ハ權利能力ノ要件ニアラス。意思能力ナキ者ト雖、權利能力ヲ有スルヲ認ムルノ點ナリトス。

國際私法上ノ能力ハ之ヲ行爲能力ノ意義ニ解スルヲ要ス。蓋シ、權利能力ハ常ニ法廷地法ニ依リ、意思能力ハ精神狀態即事實上ノ狀態ニシテ、法律上ノ狀態ニアラサルヲ以テナリ。

〔註二〕 國際私法上一般ニ能力ト謂フトキハ、行爲能力ヲ意味スレトモ、我現行法ノ解釋トシテハ、能力ヲ成年未成年ノ問題ニ限定スルヲ要スルハ本文述フル所ノ如シ。而シテ禁治產準禁治產ニツキテハ別ニ法例ノ定ムル所アリ、妻ハ婚姻中ニ在ル女ニシテ、其妻タル身分ハ婚姻ノ效力トシテ生スルモノナルガ故ニ、或ル人カ妻ナリヤ否ヤハ婚姻ノ身分上ノ效力ニ關スル準據法ニ依リテ決スルヲ要ス。從テ法例第十四條ニ依リテ之ヲ決スヘキヤ明瞭ナリトス。

成年年齢ニツキテハ諸國ノ立法一ナラス。大多數ハ滿二十一歳トナセトモ、獨佛、伊、英、米以前ノグマイネス、レヒドニ依リ之ヲ二十五歳トスルモノナキニアラス。ボリヱイア、チリ、サン、サルヅアドル其他滿二十四歳、澳滿二十三歳、和、西滿二十二歳アルセンチン、滿二十歳、日本、瑞西ヲ以テ成年トナスモノアリ。從テ此等規定ノ抵觸ノ解決ハ實ニ人事法上ノ必要事項ニ屬ス。

能力ニ關スル立法主義ハ凡ソ之ヲ三種ニ別ツヲ得ヘシ。(一)ハ絶對ニ本國法ニ依ルヘシトナスモノニシテ、和蘭、葡萄牙、伊太利ハ之ニ屬ス。(二)ハ其本國法ノ如何ヲ問

成年年齢ニ關スル立法例

能力ニ關スル立法主義

ハス、能力ニ關スル問題ハ之ヲ屬地的ニ決スヘシトナスモノニシテ、英米ハ之ニ屬ス。(三)ハ本國法ノ尊重スヘキヲ認ムレトモ、其適用ニ或ル制限ヲ加ヘントスルモノニシテ、日本、獨逸、佛蘭西、瑞西ハ之ニ屬ス。(1)獨逸ニ於テハ債權法上ノ法律行爲ニ限リ、屬地的ニ能力ヲ決シ、外國人カ獨逸ニ於テ法律行爲ヲ爲ス場合、獨逸法上行爲能力者タルトキハ、之ヲ行爲能力者ト看做セトモ、親族相續法上ノ法律行爲、並外國ニ在ル土地ヲ處分スル法律行爲ニツキテハ、此原則ノ適用ヲ見ルコトナシ。民法施行法第七條然レトモ他方行爲能力、婚姻ノ成立、夫婦ノ財產關係、離婚及相續ニツキ反致ノ原則ヲ認ムルカ故ニ、民法施行法第二十七條住所地法主義ニ屬スル國民獨逸國內ニ居住スルトキハ、此等ノ事項ニツキテハ獨逸法ニ從フヘク、從テ丁抹、諾威、英米アルゼンチン等ノ國民ニシテ獨逸國內ニ其住所ヲ有スルトキハ、純然タル取引關係ニアラサル場合ト雖、猶獨逸法ニ從フコトアルヘシ。(2)瑞西ニ於テモ民法末章第六十一條七b(註三)ハ獨逸民法施行法第七條ト其用語ヲ同シク、スルカ故ニ、之ト其結果ヲ同シクスヘク。(3)佛國ニ於テハ佛國人カ其契約ノ相手方タル外國人ヲ行爲能力者ト認メタルニツキ過失ナキトキハ、其本國法ノ認メサル場合ト雖、之ヲ行

爲能力者ト認ムルナリ。佛國大審院判決(註四)(4)我國ニ於テハ外國人カ我國ニ於テ
ナシタル法律行爲ニツキ其本國法上無能力ナル場合ト雖我法律上能力者タル以
上ハ其行爲ニツキテハ之ヲ能力者ト看做セリ。法例第三條第二項此等ハ何レモ內
國ニ於ケル取引保護ノ趣旨ニ出テ善意ノ第三者ノ權利保護ヲ其目的トセルニ外
ナラサルナリ。(註五)

(註三) 瑞西民法末章第六十一條七bニ曰、「瑞西ニ於テ法律行爲ヲ爲セル行爲無能力
者タル外國人ナ、其行爲ヲ爲シタル當時瑞西ノ法律ニ從ヒ行爲能力ヲ有スルトキハ、
其無能力ヲ主張スルヲ得ス。前項ノ規定ハ親族相續法上ノ法律行爲并ニ外國ニ在ル
土地ヲ處分スル法律行爲ニ適用セス。」(Schweizerisches Zivilgesetzbuch Schlussartikel 61.7b)

(註四) 佛國大審院ノ判例ニ曰、「人ハ原則トシテ取引ノ相手方ノ能力ヲ知ルヲ要スレ
トモ、佛國ニ於テ取引スル外國人ニ對シテハ、嚴格ニ此原則ヲ適用スルヲ得ス。蓋シ佛
國人間ノ取引ニツキテハ、其民事上ノ能力ハ容易ニ之ヲ調査スルヲ得ヘシト雖、佛國
ニ於ケル佛國人ト外國人間ノ取引ニ於テ、能力ノ調査ハ實ニ容易ナラザレハナリ。此
場合佛國人ハ各國ノ法律、殊ニ成年未成年及能力ノ程度ニ應ジ、外國人ノ爲シ得ヘキ
行爲ノ範圍ニ關スル規定ヲ知悉スルノ責ニ任スヘキモノニアラス。果シテ然ラハ佛
國人ガ輕忽又ハ不注意ニ因リテ、善意ヲ以テ爲シタル取引ハ之ヲ有效トナスニ充分
ナリトスト(千八百六十一年佛國大審院判決)」

(註五) 本國法上無能力ナル外國人カ內國法上能力者ナルトキ、內國ニ於テ爲シタル法
律行爲ニツキ之ヲ能力者ト看做スハ、內國ニ於ケル取引保護ノ趣旨ニ出テ、必スシモ
內國人ノ取引保護ヲ目的トスルコトナシ。此點ニツキテハ異論アリ。曰、「他人ト取引
ヲ爲ストキ、其相手方カ能力者ナリヤ否ヤヲ知悉スルハ、寧ロ取引者ノ拂フヘキ注意
義務ニ屬ス。從テ此義務ヲ怠リタルカ爲、後ニ行爲ノ取消ヲ見ルニ至ルモ、自己ノ過失
不注意ニ起因スルモノニシテ、法律ノ關スヘキ限リニアラス。況ンヤ外國人トノ取引
ニ於テオヤト。此思想ハ羅馬法ノ「凡ソ他人ト契約ヲ爲ス者ハ其他ノ地位ヲ知リ又
ハ知ラサルヘカラサルモノナリ」トノ原則ニ其基礎ヲ有スルモノトス。
國際法協會ハ行爲能力ニツキ千八百八十年ノ會議ニ於テ既ニ本國法主義ヲ採リ、千
八百八十八年ノ會議ニ於テハ、商事ニ關シ內國ニ於ケル取引保護ノ爲、此原則ニ制限
ヲ加ヘタリ。曰、「商事ニ關シ當事者一方ノ無能力ヲ理由トシテ無効ノ宣言ヲ求メタル
トキハ、之ヲ却下スルヲ得、但其相手方カ無能力ナルカ、又ハ裁判所ニ於テ酌量スヘキ
重大ナル情狀ヲ存スルコト證明セラレタル場合、此等ノ事情ノ發生シタル土地ノ法
律ニ於テ之ヲ認ムルトキハ此限ニ在ラス」ト。(千八百八十八年決議第二條)

注意スヘキハ、外國ニ在ル不動産及ヒ親族相續法上ノ法律行爲ニツキ法例第三
條第二項ノ其適用ヲ除外セルノ點ナリトス。法例第三條第三項蓋シ法例第十條第
十三條乃至第二十五條ノ適用ヲ豫想セル結果ナルヘシ。

二 禁治產準禁治產

禁治產準禁治產ノ制度ハ何レモ一方意思能力ノ不完全ナルモノニ對シテ其權利利益ヲ保護シ他方又一般社會ノ利益ヲ保護スルヲ其目的トナス而シテ此制度ハ殆ント例外ナク諸國ノ認ムル所ナレトモ其原因及效力ニ關スル規定ハ必スシモ一致スルコトナシ。

(イ)管轄 元來禁治產準禁治產ノ制度ハ本人ノ行爲能力ヲ制限又ハ剝奪スルカ故ニ本人及其所屬國家ノ利益ニ影響スル所大ナリトス。從テ其宣告ヲナスノ權限ハ原則トシテ本人ノ本國官廳ニ屬セシムヘシト雖他方此制度ハ禁治產者若クハ準禁治產者ノ現存スル社會ノ一般公益ト關係アルノミナラス本國裁判所ハ外國ニ生シタル原因ニツキ充分審理スル能ハサル虞アリ故ニ內國ニ滞在スル外國人ニツキ其宣告ノ理由生シタル場合全然之ヲ其本國ノ處分ニ一任スルカ如キハ內國公益ノ保護上斷シテ許スヘカラサル所ニ屬ス。從テ其在留國官廳ニ對シ例外的管轄權ヲ認ムルノ要アルヘシ。我法例ハ在留國ノ例外的管轄權ヲ認メ日本ニ住所又ハ居所ヲ有スル外國人ニツキ其本國法ニ依リ禁治產又ハ準禁治產ノ原因アリ

管轄

如法例

日本ノ法律亦其原因ヲ認ムルトキニ限り裁判所ハ其者ニ對シテ禁治產準禁治產ノ宣告ヲ爲シ得ルモノトス。第四條第二項第五條(註六)

(註六) 禁治產又ハ準禁治產ニ因ル無能力ハ年齡ニ依ル無能力ノ如ク各人ニ共通ニシテ或ル一定ノ期間不變ナルモノニアラス。始メ其本國ニ在ルトキ禁治產準禁治產ノ原因ナキモノト雖其外國ニ赴ケル後其原因ヲ生スルコトナキニアラス。斯クノ如キ場合萬里ヲ隔ツル本國裁判所ニ禁治產準禁治產ノ宣告ヲ申立ツルハ甚々煩勞ナルノミナラス本國裁判所モ亦遠隔ノ地ニ生シタル原因ニツキ充分ノ審理ヲ爲ス能ハサル虞ナキヲ得ス。他方其在留國ヨリ見ルモ此等無能力ノ原因アルモノハ一日モ速ニ保護シテ其公益ヲ保護スルヲ必要トスヘシ。在留國ニ禁治產準禁治產ノ管轄權ヲ認ムルハ實ニ此理由ニ存ス出ツルモノトス。

準禁治產宣告ニツキ本國ノ專屬管轄ヲ認ムルモノハ千八百九十五年ケンブリッヂニ於ケル國際法協會ノ決議(第二條第一項)ニシテ之ニ從ヘハ其居住國ノ官廳ハ唯本人ノ身體若クハ財產ニ關シ保全處分又ハ假處分ヲ命シ得ルニ止マルモノトス。(第二條第二項)

禁治產及之ニ類スル保護處分ニ關スル千九百四年ノ海牙條約ハ我法例ト同一ノ主義ヲ採リ原則トシテ本國官廳ノ管轄ヲ認ムレトモ(第一條第二條)在留國官廳ノ例外的管轄權ヲ認ムル場合アリ。之ニ從ヘハ在留國ハ其國ニ在ル條約國ニ屬スル外國人カ禁治產ニ附スヘキ狀況ニアルヲ知リタルトキ又ハ禁治產ノ申立ヲ受ケザルト

キハ、直ニ之ヲ其本國管轄官廳ニ通知シ、其本國法上禁治産宣告ノ原因アルトキハ先ツ其身體及財産ノ保護ニ必要ナル一切ノ假處分ヲ爲スヘク、(第三條、第四條)若シ本國官廳ニ於テ其禁治産ニ立入ラサル旨ノ意思ヲ表示シ、又ハ六ヶ月ノ期間内ニ回答ヲ爲ササルトキハ、在留國ノ管轄官廳ハ本國官廳ノ回答後本國ニ於テ禁治産ノ妨ト爲ルヘキ故障ニ注意シテ、禁治産ニツキ裁判スヘシトナス。(第六條)

獨逸民法施行法第八條ハ又、外國人ハ獨逸ニ其住所ヲ有シ、又ハ之ヲ有セザルモ獨逸ニ居所ヲ有スルトキハ、獨逸ノ法律ニ從ヒ治産ヲ禁セラルルコトヲ得トナス。

原因

(口)原因 禁治産準禁治産ノ原因ハ原則トシテ本人ノ本國法ニ依ルヲ要ス。蓋シ原則トシテ本國ノ管轄ヲ認メタルト同一理由ニ出ツ。法例第四條第一項然レトモ其在留國カ外國人ニ對シ禁治産準禁治産ノ宣告ヲナス場合、其原因ハ何レノ法律ニ依ルヘキカノ問題アリ。國際法協會ハ此場合絕對ニ其本國法ノ認ムル原因ニ依ルヘシトナシ、(註七)獨逸民法施行法第八條ハ獨逸法ノ認ムル所ニ從ヒ、在留外國人ニ對シ禁治産宣告ヲナシ得ルヲ認メ、管轄ノ場合タルト原因ノ場合タルトヲ問フコトナシ。前者ニ從ヘハ內國法ノ認メサル場合ト雖、本國法ノ認ムル原因アル以上ハ宣告ヲナスヲ要スヘク、內國公益トノ調和ヲ欠クノ嫌アリ。後者ニ從ヘハ內國法

效力

ノ認ムル原因アル以上ハ、假令其本國法ノ認メサルモノト雖、宣告ヲナスノ要アルヘク、從テ行爲能力ハ本國法ニ依ルノ根本原則ヲ破壞スルニ至ルヘシ。寧ろ兩者ヲ折衷シテ在留國ハ本國法及在留國法ノ共ニ認ムル原因ニツキテノミ宣告スヘシトナスヲ妥當トス。我法例第四條第二項、第五條、及海牙條約第七條、(註八)之ニ從フ。

(註七) 千八百九十五年ケンブリッヂニ於ケル國際法協會決議第七條第二項前段ニ曰「外國官廳ハ當事者ノ本國法ニ依リ認メラレタル原因ニ因ルニアラサレハ、禁治産ヲ宣告スルコトヲ得ス」ト。

(註八) 禁治産又ハ之ニ類スル保護處分ニ關スル海牙條約第七條ニ曰、「在留國ノ官廳カ前條ニ依リ管轄權ヲ有スルトキハ、禁治産宣告ノ申立ハ其外國人ノ本國法及在留國ノ法律ニ依リテ認メタル人及原因ニ依リテ之ヲ爲スコトヲ得」ト。

(ハ)效力 外國人ノ本國ニ於テナシタル禁治産又ハ準禁治産宣告ノ效力ハ、其本國法ニ依ルヘキハ勿論ナリト雖、內國ニ於テナシタル宣告ノ效力ハ、唯內國法ノ附與セルモノニ止マル。從テ宣告ノ效力ハ之ヲナシタル國ノ法律ニ依ラサルヲ得ス。我法例ハ此意味ニ於テ宣告ノ效力ハ宣告ヲ爲シタル國ノ法律ニ依ルトナス。(法例第四條第一項後段第五條)國際法協會ハ此點ニ關シ常ニ其本國法ニ依ルヘキヲ決

議セリ。(註九)今若シ之ニ從フトキハ、内國裁判所ノ宣告セル禁治産又ハ準禁治産ニ二様ノ效果ヲ生シ、延テ内國ノ一般信用ヲ害スルノミナラス、本國法ノ要求スル特殊ノ機關内國ニ存セサルカ如キ場合ハ、到底之ヲ實行スルニ由ナカルヘシ。(註十)

〔註九〕千八百九十五年ケンブリッヂニ於ケル國際法協會決議第七條第二項後段ニ曰、「禁治産ハ其本國法ニ定メタル效力ヲ生ス」ト。

〔註十〕前掲海牙條約第八條ニ曰、「在留國ノ官廳ニ依リ禁治産ノ宣告アリタルトキハ、禁治産者ノ身體及財産ノ管理ハ、在留國ノ法律ニ從ヒテ之ヲ行ヒ、禁治産ノ效力ハ其法律ニ從フ。然レトモ本國法ニ於テ禁治産者ノ監督ヲ特定人ニ委託スヘキコトヲ規定セルトキハ、成ルヘク之ニ依ルヘキモノトス」ト。

三 失踪

諸國ノ法律ハ人格ノ終期トシテ死亡ノ外失踪ノ制度ヲ認め、一定期間從來ノ住所又ハ居所ニ在ラスシテ生死不明ナル場合、宣告ニ依リ法律上之ニ對シテ死亡ノ推測ヲ生セシムルヲ常トス。民法第三十一條、獨逸民法第十八條第一項、瑞西民法第三十八條第一項、奧地利民法第二百七十八條、佛蘭西民法第一百十五條、第二百十條、唯直ニ死亡ト同一效果ヲ生セシムルカ(日、獨、瑞、奧)又ハ一應不在ノ宣告(Declaration of

失踪

失踪ニ關スル立法例

absence)ヲナスニ止ルカ(佛)ノ差異アルニ過キス。唯全然之ト異ルハ英法系ノ

凡ソ失踪ニ關スル立法ハ之ヲ三別スルヲ得ヘシ。(一)佛、法、系ニ於テハ不在者ノ生死不明ナル場合ニツキ三段ノ時期ヲ區別シ、其第一期ニアリテハ不在者ハ法律上猶生存スルモノト推測セラレ、法律ハ其利益ノ保護ヲ主眼トス。又其不在者カ財産管理人ヲ置ケル場合ハ其消失又ハ最後ノ音信ノ時ヨリ十年、然ラサル場合ハ四年ヲ經過スルモ猶其生死不明ナルトキ、裁判所ハ始メテ不在ノ宣告(Declaration of absence)ヲナス。此時期ヲ第二期ト稱ス。此時期ニアリテハ不在者生存ノ推測第一期ノ如ク強カラスト雖、未タ其死亡ヲ推測スヘキニアラス。唯其相續人ハ不在者全財産ノ占有ヲ裁判所ニ請求シ得ルニ過キス。裁判所ハ之ニ基キ相續人ヲシテ其全財産ヲ占有(Possession provisoire)セシメ、其相續人ハ之ニ依リテ廣キ範圍ニ於テ其財産管理ニ關スル代理權ヲ有スルニ至ル。而シテ此全財産占有ヨリ三十年ヲ經過セルカ、又ハ不在者出生ノ時ヨリ百年ヲ經過セルトキ、始メテ第三期ノ不在者ヲ生シ、不在者ハ茲ニ法律上死亡ノ推測ヲ受ケ、其相續人ノ請求ニ依リ、始メテ全財産占有ノ確定ヲ生シ、相續人ハ其財産ノ持主タルノ推測ヲ受クヘシ。(二)獨、法、系ニアリテハ、苟モ

一定ノ期間不在者ノ生死不明ナル以上ハ、裁判所ハ申立ニ依リ之ヲ死亡者ト宣告シ、之ニ依リテ直ニ死亡ト同一效果ヲ生シ、相續開始親族關係ノ消滅等ヲ生ス。民法第三十一條、獨逸民法第十八條第一項、奧地利民法二百七十八條、(三)英、法、系ニ於テハ不在者ノ生死不明ナルコト七年ニシテ、裁判所ハ始メテ其推定家督相續人ヲシテ相續財產ノ利益ヲ取得セシメ、其後六年ヲ經テ動產、更ニ六年ヲ經テ其不動產ヲ取得セシム。蘇格蘭ニ於テハ此年限ヲ短縮シ、不在者ノ生死不明ナルコト七年ニ及フトキハ、裁判所ノ公示方法ニ依リ一切ノ財產相續ヲ認ムレトモ、如何ナル場合ト雖死亡ノ推定ヲナスコトナシ。是レ實ニ英法系ノ特色ナリトス。

失踪ニ關スル諸國ノ規定相一致セサルコト實ニ斯クノ如シ。從テ失踪宣告ノ管轄條件、效力等ハ何レノ法律ニ依ルヘキカノ問題ヲ生ス。

失踪ノ宣告ハ一方ニ於テ失踪者ノ人格ノ消滅ヲ生スルカ故ニ、其一身上ノ利益ノ保護ヲ目的トスルハ疑ヲ容レズ。此點ヨリ謂フトキハ其管轄ハ宣告ヲ受クヘキ者ノ本國ニ專屬セシムヘシト雖、他方利害關係人ノ權利ヲ確定シ、且ツ一般社會ノ公益ノ爲ニ不在者ノ生死不明ヨリ生スル不確定ナル狀態ノ永續ヲ防止スルヲ其

失踪宣告ノ目的

我現行法

目的トナスカ故ニ、必スシモ常ニ其處分ヲ失踪者ノ本國ニ一任スヘキニアラス。

(註十一) 我法例ハ此點ニ顧ミ、例外トシテ(一)外國人カ我國ニ財產ヲ遺留シテ生死不明トナリタルトキ、又ハ(二)其法律關係カ我法律ニ依ルヘキ場合(註十二)ニ限リ、外國人ノ失踪ニ關シ内國裁判所ノ管轄權ヲ認メタリ。法例第六條、獨逸民法施行法第九條亦同シ(註十三)。此等二箇ノ場合苟モ我民法上ノ要件ヲ具備スル以上、民法第三十條、裁判所ハ我法律ニ從ヒ失踪ノ宣告ヲナスヘク、其效果ハ宣告地法タル我民法ニ依リ死亡シタルモノト看做スヘキモノトス。而シテ其本國ニ於テ此效果ヲ認ムルト否トハ敢テ問フ所ニアラス。又假令其本國ニ於テ同一事件ニツキ失踪ノ宣告アリタル場合ト雖、其宣告ハ我國ニ於テ效力ヲ有スルコトナク、我國ニ於テハ唯其宣告アリタル事實ヲ認ムルニ過キス。斯クノ如キハ公益上ノ理由ニ基キ我裁判所ノ例外的管轄權ヲ認メタルヨリ生スル當然ノ結論ナリトス。

〔註十一〕 内國裁判所ハ外國人ノ失踪ニツキ管轄權ヲ有スルヤニツキテハ爭アリ。千八百五十一年八月二日佛國 Douai 控訴院ハ此點ニツキ佛國裁判所ハ外國人ノ失踪ヲ宣告スルノ資格ヲ有セスト判決セリ。

〔註十二〕 外國人ノ法律關係カ我法律ニ依ルヘキ場合ハ、例ヘハ外國人カ日本ノ國籍ヲ各論第一章 國際民法 第一節 人事法

取得セルモ、其妻ノ本國法ニ反對ノ規定アルカ爲、妻ハ夫ト共ニ日本ノ國籍ヲ取得セ
ス。依然外國人タル場合、(國籍法第十三條第二項)其外國人タル妻カ失踪セルトキ、日本
人タル夫カ其婚姻關係ノ解消ニ關シ、內國裁判所ニ失踪ノ宣告ヲ求メタル場合ノ如
シ。

〔註十三〕 獨逸民法施行法第九條ニ曰、「不在者カ不在ノ始メ獨逸人ナリシトキハ、獨逸
ノ法律ニ依リ獨逸ニ於テ死亡者ト宣告スルコトヲ得。其若シ不在ノ始、其外國ニ屬
スルトキハ、獨逸ノ法律ニ依ルヘキ法律關係并ニ獨逸ニ所在スル財産ニ對スル效果
ニ付テハ獨逸ノ法律ニ依リ、獨逸ニ於テ死亡者ト宣告スルコトヲ得。……………」
若シ不在者タル夫カ外國人ニシテ獨逸ニ其住所ヲ有シ、獨逸ニ遺留シ若クハ獨逸ニ
復歸シタル妻カ獨逸人ナルトキ、又ハ不在者ト婚姻スルマテ獨逸人ナリシトキハ、妻
ノ請求ニ依リ第二項ノ制限ニ依ラス、獨逸ノ法律ニ依リ、獨逸ニ於テ其不在者ヲ死亡
者ト宣告スルコトヲ得ト。

問題アリ。失踪宣告ノ效果トシテ宣告地法ニ依ル範圍如何。此點ニツキ往々其宣
告地法ニ依リテ失踪者ヲ死亡者ト看做スニ止マリ、其結果生スル相續ノ問題ハ、法
例第二十五條ノ原則ニ從ヒ失踪者ノ本國法ニ依ルヘキヲ主張スルモノアレトモ、
余輩ハ相續ノ問題モ亦宣告地法ニ依ルヘキモノト解ス。蓋シ相續問題ヲ本國法ニ
依ラシムルトキハ、宣告地ニ在ル失踪者ノ財産關係ハ之ニ依リテ決セラルルニ至

失踪宣告
ノ效果ト
シテ宣告
地法ニ依
ル範圍

南條 昭 著

リ、財産所在地タル宣告地ノ公益ヲ維持センカ爲、所在地ノ裁判所ニ例外的管轄權
ヲ認メタル理由ヲ失フニ至レハナリ。(本章第五節參照)

第二節 親族法

一 總說

凡ソ親族法上ノ關係ニ二種アリ。一ハ自然ノ事實ニ基クモノニシテ、他ハ契約ニ
依リテ成立セルモノトス。其何レノ場合ニ於テモ、常ニ當事者ノ自由意思ニ依ル準
據法ヲ認ムルコトナシ。蓋シ親族法上ノ關係ハ其當事者ノ所屬國ニ於ケル道德的
關係ニ基クヲ以テナリ。嘗テ親族法上ノ關係ニツキ、身分又ハ親族關係ヨリ發生ス
ル權利義務ナル立言ノ下ニ、概括的ニ其準據法ヲ規定セルコトアリシト雖、近時ノ
趨勢ハ、寧ロ各種ノ親族法上ノ關係ヲ各別ニ規定スルニ存スルカ如シ。而シテ親族
法ニ關シテ茲ニ論スヘキハ、主トシテ婚姻關係、親子關係、後見關係等ナリトス。

二 婚姻

婚姻ハ成立ニハ一定ノ要件ト方式トヲ要ス。而テ茲ニ要件ト謂フハ婚姻ヲナシ

各論 第二章 國際民法 第二節 親族法

總說

婚姻

得ヘキ資格條件ノ義ニシテ所謂婚姻ノ實質的要件又ハ婚姻能力(Ehefaigkeit)ヲ意味スルニ外ナラス。年齢、親等、再婚ニ關スル制限、特定人ノ同意ニ關スル要件等ハ之ニ屬ス。元來婚姻ノ實質的條件ニ關スル準據法ニハ二主義アリ。一ハ當事者ノ屬人法ニ依ラントスルモノニシテ、他ハ其舉行地法ニ依リ屬地的ニ決スヘシトナス。前者ハ一般ニ歐洲大陸ニ行ハレ、後者ハ英米ニ行ハルル所タリ。其屬人法ニ依ルモノハ更ニ之ヲ數種ニ別ツヲ得ヘシ。(一)ハ當事者各自ノ本國法ニ依ルモノニシテ、法例第十三條、獨逸民法施行法第十三條、第二十七條、海牙ノ婚姻成立ニ關スル條約第一條等ハ之ニ屬ス。(註一)(二)ハ當事者各自ノ本國法ニ依ルヘキヲ認ムレトモ、舉行地法ノ制限ニ反スルトキハ婚姻ヲ許ササルモノニシテ、伊太利民法第百二條等ハ之ニ屬ス。(註二)(三)ハ當事者雙方ノ本國法ノ牴觸ヲ避ケ、夫ノ本國法ノミニ依ルトナスモノニシテ、千八百九十四年ハンガリー婚姻法第百九條(註三)等ハ之ニ屬ス。(四)ハ當事者ノ國籍ニ依ルコトナク、其婚姻當時ニ於ケル住所ニ依リテ婚姻能力ヲ決セントスルモノニシテ、丁抹諾威ニ行ハルル所ナリ。其他學說トシテハ、夫ノ住所地法ヲ以テ其準據法トナスモノナキニアラス。婚姻ナル法律關係ノ本據ハ夫ノ住所地ニ存

スト謂フヲ其理由トス。(Savigny, System VIII S. 226, Gerber-Cosack, Deutsches Privatrecht 17. Auf § 23) 而シテ舉行地法ニ依ル代表的ナルモノハ北米ニシテ、婚姻ヲ以テ人權ノ一種トナシ(Wharton, Treatise on the Conflict of Laws §, 165) 苟モ舉行地法上有效ニ成立セル婚姻ハ、如何ナル場所ニ於テモ有效トナス。婚姻成立ノ問題以上、公序良俗ト密接ノ關係アルモノナキヲ其理由トス。英國ニ於テハ千八百七十七年以來、住所地法多クノ場合ニ認メラレタリト雖、婚姻ニツキテハ依然トシテ屬地法行ハルルヲ見ルナリ。(Westlake, Treatise on Private international law, § 21)

〔註一〕 婚姻成立ニ關スル法律ノ效力ニツキテノ海牙條約ハ、獨逸、白耳義、佛蘭西、ケルセ、ンブルグ、和蘭、ルーマニヤ、瑞西、伊太利、葡萄牙ノ十ヶ國間ニ於ケル現行條約ニシテ、締約國ノ歐洲領土内ニ行ハレ、其當事者ノ一方カ締約國ニ屬スル場合ノ婚姻ニ適用セラルルモノトス。之ニ從ヘハ「婚姻ノ成立ニ關スル權利ハ當事者各自ノ本國法ニ依ル。但其本國法カ明文ヲ以テ他ノ法律ヲ指定シタル場合ハ此限ニ在ラス。」(第一條)トナス。

獨逸民法施行法第十三條ニ曰「婚姻ノ成立ハ當事者ノ獨逸人タル場合ハ、當事者各自ニツキ其本國法ニ依ル。獨逸ニ於テ婚姻ヲ爲ス外國人ニツキテモ亦同シ。第九條第三項(不在者タル夫ハ外國人ニシテ、獨逸ニ其住所ヲ有シ、獨逸ニ遺留シ、若クハ獨逸ニ復

歸シタル妻カ獨逸人ナルトキ、又ハ其不在者ト婚姻スルマテ獨逸人ナリシトキ、其妻ノ請求ニ依リ獨逸ニ於テ死亡ノ宣告ヲ爲シタル場合ニ依リ死亡ノ宣告ヲ受ケタル外國人ノ妻ノ婚姻ハ獨逸法ニ依ルト。唯反致ノ原則ノ適用アルハ注意ヲ要ス。(第二十條)

〔註二〕 伊太利民法第百二條ニ曰、外國人カ婚姻ヲ爲スノ能力ハ其者ノ屬スル國ノ法律ニ依リテ定ム。外國人ト雖本編第二章第二節ノ規定ニ從フ。ト。即第二項ノ規定ニ依リ伊太利ニ於テ婚姻ヲ爲ス外國人ハ、伊太利ノ法律ニモ從フヲ要シ、其本國法上婚姻能力ヲ有スル場合ト雖、伊太利法ノ規定セル婚姻年齡ニ達スルニアラサレハ婚姻ヲ爲ス能ハサルヘシ。

〔註三〕 千八百九十四年ハンガリー婚姻法第百九條ニ曰、ハンガリー人タル男子カ外國人タル女子ト婚姻ヲ爲サントスルトキハ、其舉行地ノハンガリータルト外國タルトチ問ハス、婚姻ノ效力ハハンガリーノ法律ニ依ル。但女子ノ年齡及行爲能力ニツキテハ此限ニ在ラス。外國人タル女子カハンガリー人トノ婚姻ニ因リハンガリー國民トナリ、其國ニ親族關係ヲ生シタルトキハ、其女子カ婚姻ニ依リテ脫籍セル外國ハ、其女子及其子孫ヲ失フト。

以上ノ所説ニ徴スルトキハ、婚姻能力ニ關スル諸國ノ國際私法ノ規定ハ、當事者ノ屬人法タル本國法ニ依ルモノ最モ多シ。唯其各自ノ本國法ニ依ルヘキカ、又ハ夫

我現行法

ノ本國法ニ依ルヘキカノ差異アルニ過キス。蓋シ婚姻能力ニ關スル規定ハ、各國ノ國情ニ依リテ異リ、熱帶ニ近キ國民ノ法律ハ之ヲ北國ノ國民ニ適用スルニ由ナク、又幼少ヨリ自治ニ慣レ、自己ノ行爲ニツキ責任ヲ負擔セシムル習慣アル國民ノ有スル、適齡者ノ婚姻ニハ其尊族親ノ同意ヲ要セサル規定ヲ、自治ニ慣レサル國民ニ適用スルトキハ、却テ傷ムヘキ結果ヲ生スルコトアルヲ以テナリ。我現行法ハ此點ニ鑑ミ、婚姻成立ノ要件ハ各當事者ニ付キ、其本國法ニ依リテ之ヲ定ム(法例第十三條第一項)ト規定シ、夫ノ本國法ニ依ルノ主義ヲ採ラス。蓋シ夫ナル身分ハ、婚姻ノ成立後始メテ存スヘキモノニシテ、其成立如何ヲ定ムヘキ時期ニ於テハ未タ存在セサルヲ以テナリ。千八百八十八年ローザンヌニ於ケル國際法協會ノ決議亦之ニ同シ。(註四)

〔註四〕 千八百八十八年ローザンヌニ於ケル國際法協會ハ婚姻能力ニ關スル準據法ヲ決議シテ、當事者ノ雙方又ハ一方ノ本國以外ノ國ニ於テ婚姻ヲ舉行センカ爲ニハ、當事者ハ(一)年齡、(二)近親トシテ禁セラレタル親等、(三)親族又ハ後見人ノ同意、(四)婚姻ノ公告ニ關シテハ自己ノ本國ノ定メタル條件ニ從フヲ要ストナス。

問題アリ。舉行地ノ公序良俗ト兩立セサル婚姻ノ效力如何。婚姻成立ニ關スル海

舉行地ノ

牙條約第二條ハ、此點ニ關シ特ニ明文ヲ設ケ、(一)或ル親等ノ親族又ハ姻族間、(二)前婚
カ姦通ニ依リテ解消セラレタル場合、相姦者間、(三)通謀シテ配偶者ノ一方ノ生命ヲ
害シタルノ故ヲ以テ處刑セラレタル場合、通謀者間ニ於ケル婚姻ノ絶對的禁止ノ
規定ニ反スルトキハ、舉行地法ハ外國人間ノ婚姻ヲ禁止スルヲ得トナス。我國ニ於
テハ、法例第三十條ノ適用上斯クノ如キ婚姻ノ成立ヲ認ムルノ餘地ナシト雖、其本
國ニ於テハ猶有效タルヲ失ハサルハ勿論ナリトス。(註五)

〔註五〕 外國法ニ依ル婚姻カ舉行地ニ於ケル公序良俗ト兩立スルヲ得サルトキハ、舉行
地ニ於テ之ヲ禁止スルヲ得レトモ、其本國ニ於ケル效力ハ舉行地ニ於テ否定シ得ヘ
キモノニアラス。例ヘハ我國ニ於テハ叔姪間ノ婚姻ヲ禁スレトモ、國ニ依リテハ之ヲ
認ムルモノナキニアラス。今我國ニ於テ之ヲ認ムル國ニ屬スル外國人タル叔姪ノ關
係アル者、婚姻ヲ爲サントスルトキ、其外國法適用ノ結果ハ我公序良俗ト兩立スルヲ
得サルカ故ニ、我國ハ法例第三十條ニ依リテ之ヲ禁止スルヲ得。然レトモ後其叔姪カ其
本國ニ歸リ、本國ニ於テ婚姻ヲ爲シタル場合ハ本國法上有效ニシテ、我國ニ於テハ其
婚姻ノ效力ヲ否定スルヲ得サルモノトス。蓋シ此場合婚姻ハ本國ニ於テ行ハレ、毫モ
我國ノ公序良俗ト關係スル所ナキヲ以テナリ。

婚姻ノ成立ニハ以上ノ外、猶一定ノ方式ヲ要ス。或ハ之ヲ形式的要件ト稱ス。(註六)

古來歐洲ニ於テ婚姻ハ宗教上ノ儀式ヲ履ムヲ常トシ、今猶之ヲ以テ法律上ノ方式
トナスモノナキニアラス。例ヘハ露國希臘ノ如シ、然レトモ一般ニ婚姻ヲ以テ民事
上ノ制度トナシ、民法上ノ方式ニ依ラシムルヲ通常トス。婚姻成立ニ關スル海牙條
約第五條ハ、原則トシテ舉行地法ニ依リタル婚姻ノ方式ハ何レノ國ニ於テモ有效
ナルヲ認メ、唯宗教上ノ儀式ヲ必要トスル國ニ於テハ、其本國法ニ依ラサル婚姻ノ
效力ヲ認メサルヲ得トナセリ。我現行法亦婚姻ノ方式ハ舉行地法ニ依ルヘシトナ
ス。(法例第十三條)唯在外日本人間ノ婚姻ニツキテハ、民法第七百七十七條ノ適用ヲ
認メ、同條第二項其國ニ駐在スル日本ノ公使又ハ領事ニ届出ヲ爲スコトヲ得ルモ
ノトス。蓋シ舉行地法ノ方式ニ依ルハ婚姻ノ舉行カ其地ノ公序良俗ニ關スルカ爲
ニシテ、在外日本人間ノ婚姻ニツキ例外的規定ヲ設ケタルハ、外國ニ於テ我國民ノ
舉行シ得ヘキ方式存セサル場合アルカ爲メナリトス。(註七)

〔註六〕 婚姻ノ方式、即形式的要件ニハ種々アリ。或ハ(一)當事者雙方及成年ノ證人二人以
上ヨリ、口頭又ハ書面ヲ以テ戶籍吏ニ届出ツルヲ要件トスルモノアリ。(我民法第七
百七十五條)或ハ(二)當事者ノ住所及其他ノ場所ニ婚姻ノ三日前ニ二回ノ公告ヲ爲シ、
且當事者一方ノ住所タル市町村役場ニ四人ノ證人ト共ニ出頭シ、其立會ノ下ニ戶

籍吏ノ訊問ニ對シテ、互ニ夫婦トナルコトヲ答ヘ、其他ノ手續ヲ終ヘテ婚姻舉行調書ノ作成ヲ必要トスルモノアリ。(佛蘭西) 或ハ(三)當事者ハ一回ノ公告ヲ爲シタル後、證人二人ト共ニ戶籍吏ノ面前ニ出頭シ、其訊問ニ對シテ各自ニ婚姻スル旨ヲ答ヘタル後、戶籍吏ハ法律ニ依リ兩人ハ夫婦タル旨ヲ宣言シ、婚姻登記簿ニ記入スルヲ方式トナスモノアリ。(獨逸) 或ハ(四)寺院ノ結婚式舉行セララルマテ、婚姻ト看做サス、寺院ニ於ケル舉式ヲ法律上ノ要件トナスモノアリ。(露西亞希臘) 或ハ(五)婚姻ハ當事者ノ屬スル寺院法ニ依ルヘク、寺院ニ依ル婚姻ヲ以テ其方式トナセトモ、其遵守ヲ求ムルコト嚴格ナラス。其國民カ外國ニ於テ婚姻ヲ爲シタル場合其地ノ方式ヲ遵守スルトキハ、其婚姻ハ本國ニ於テモ有效ナリトナスモノアリ。(境地利)

〔註七〕

海牙條約ハ婚姻ノ方式ニ關シ、其舉行國ノ法律ニ從ヒタルトキハ、何レノ條約國ニ於テモ之ヲ有效ト認ムレトモ、婚姻ノ方式トシテ宗教上ノ儀式ヲ必要トスル國ニ於テハ、此方式ニ從ハス、外國ニ於テ舉行セラレタル婚姻ヲ有效ト認メサルヲ得ヘク、婚姻ノ公示ナキトキハ、之ヲ方式トスル國ニ於テノミ其婚姻ヲ無効トス。外交官領事官ニ依ル婚姻ハ、婚姻當事者ノ各自カ舉行地ノ臣民ニアラス、又舉行地法ニ反對ノ規定ナキ場合ニ限リ、之ヲ有效トス。唯此場合舉行地ハ前婚又ハ宗教上ノ障礙ニ因リ、自國法ニ違反セルヲ理由トシ、外交官又ハ領事官ニ依ル婚姻ニ反對スルヲ許ササルノ制限アリ。而シテ婚姻ノ方式カ舉行地ニ於テ無効ナル場合ト雖、其當事者各自ノ本國法ニ依ル方式ヲ遵守セルトキハ、他ノ條約國ニ於テハ之ヲ有效ト認ムルヲ得ヘシト

欠

欠

ii. Str-R. V. §. 66(7) 外國ニ於テ婚姻ヲ爲シ、且外國ニ永住スル佛國人タル夫婦ハ、反對ノ理由ナキ限り、其住所地法ニ從フト看做サルルモノトス。(Journ. d. dr. i. XXVIII 1901p. 854-857) 英、米ニ於テモ動産ニツキテハ住所地法行ハレ、明約ナキトキハ、婚姻ノ住所ノ法律カ婚姻當時當事者ノ一方ニ屬シ、又ハ婚姻中當事者ノ一方カ獲得シタル動産ニツキ當事者ノ權利ヲ定ムヘシトス。而シテ婚姻ノ住所トハ原則トシテ婚姻當時ニ於ケル夫ノ住所ヲ意味スレトモ、例外トシテ婚姻前ニ於ケル合意ノ結果、婚姻後取得セル住所タルコトアルヘシトナス。(Wharton § 192. Westlake § 86) (iii) 夫婦ノ財産關係ハ婚姻契約ニ依リテ定マレトモ、契約ナキトキハ、婚姻住所變更ノ有無ニ依リテ取扱ヲ異ニシ、其變更ナキトキハ、婚姻舉行地法ニ依リ、變更アリタルトキハ、其變更前ニ獲得シタルモノハ舊住所地法ニ依リ、變更後ニ獲得シタルモノハ新住所地法ニ依ルヘシトナス。(亞爾然丁婚姻法第四條、第五條)

惟フニ既ニ契約自由ノ原則ヲ認メ、債權法上ノ法律行為ノ準據法ハ原則トシテ自由意思ニ依リテ定マルヲ認ムル以上ハ、(法例第七條)夫婦ノ財産關係ニツキテモ、當事者間ノ契約アルトキ之ニ依ラシムルハ當然ニシテ、法律カ夫婦ノ財産關係ニ

ツキ準據法ヲ定ムルノ要アルハ其契約ナキ場合ニ限ルト謂ハサルヲ得ス。然レトモ契約ニ依リテ夫婦ノ財産關係ヲ定メ得ルヤ否ヤハ、法律カ婚姻ニ附與セル效力如何ニ依リテ異リ、畢竟婚姻ノ效力ノ問題ニ外ナラスト謂フヘク、從テ婚姻ノ身分上ノ效力ヲ定ムル法律ニ依リテ決スルノ外ナシ。理論上ヨリ謂フトキハ、夫婦ノ財産關係ニツキテハ第三者ノ利益保護ヲ必要トスレトモ、住所又ハ國籍ノ變更ニ依リテ影響セラレヘキモノニアラス。從テ婚姻中ニ於ケル住所ノ變更ニ依リ其準據法ヲ異スルカ如キハ、左袒スルヲ得サル所ナリ。而シテ住所地法主義ハ、常ニ當事者間ニ豫メ婚姻後直ニ共同生活ヲナスノ地、即所謂第一ノ住所ヲ設定スル場所ノ法律ニ從フ旨ノ默約存スト看做セルニ起因シ、本國法主義ハ夫婦ノ財産關係ハ其本國ノ道德習慣ト密接ノ關係ヲ有スル點ニ其根據ヲ有ス。前者ハ當事者ノ意思推定ニ其基礎ヲ有シ、不確實ノ嫌アリ。此點ニ於テ寧ロ後者ノ確實ナルニ如カス。我法例ハ此點ニ鑑ミ、財産關係ハ特別ノ契約ナキ限り、凡テ婚姻當時ノ夫ノ本國法ニ依ルトナス。蓋シ夫婦ノ財産關係ハ婚姻届出後之ヲ變更スルコト得サルヲ以テナリ。民法七百九十六條第一項(註九)(註十)(第十五條)多數ノ法律ハ當事者間ニ財産契約ノ自

我現行法

由ヲ認ムレトモ、絶對ニ之ヲ禁止シ、瑞西居住居留民法第十九條第一項)又ハ制限的ニ認ムルモノナキニアラス。(伊太利)既ニ財産契約ノ自由ヲ認ムル以上、其ノ内容ハ固ヨリ當事者ノ自由ニ決スル所ナリト雖、契約ニ依リテ其財産關係ヲ定ムルヲ得ルヤ否ヤハ、法律カ婚姻ニ附與セル效力如何ニヨリテ異ルハ既ニ述ヘタルカ如シ。從テ我國ニ於ケル婚姻ノ身分上ノ效力ハ現在夫ノ本國法ニ依ルカ故ニ、(法例第十四條)財産契約ノ自由ヲ認ムル範圍モ亦現在夫ノ本國法ノ認ムルモノニ限ルト謂ハサルヲ得サルナリ。而シテ婚姻ノ身分上竝財産上ニ於ケル效力ニ關スル海牙條約(註十一)ハ此點ニツキ明文ヲ設ケ、財産契約ノ内容カ有效ナリヤ否ヤハ、婚姻成立當時ニ於ケル夫ノ本國法ニ依リ、若シ婚姻中始メテ財産契約ノ成立ヲ見タル場合ニ於テハ、契約當時ノ夫ノ本國法ニ依ルトシ、財産契約自體ノ效力ニ關スル準據法ニツキテモ亦同一ナリトナス(第五條第一項)

[註九] 夫婦ノ財産契約ニツキテハ、婚姻届出後其變更ヲ許ササルモノト、婚姻舉行後ト雖其財産關係ヲ定メ、又之ヲ廢止變更スルヲ得ルモノトノ別アリ。前者ヲ不變更主義ト稱シ、我民法第七百九十六條、佛蘭西民法第千三百九十五條ハ之ニ屬ス。後者ハ之ヲ變更主義ト稱シ、獨逸民法第千四百三十二條ハ之ニ屬ス。我國國際私法ハ我民法ノ認ム

ル不變更主義チ一貫シ、夫婦財産制ハ婚姻當時ニ於ケル夫ノ本國法ニ依ルトナス。
 [註十] 千八百八十八年國際法協會ハ決議第十四條ニ曰、夫婦財産契約ナキトキ、婚姻ノ住所地法、即夫婦カ新ニ定メタル生活本據地ノ法律ハ、夫婦ノ財産關係ヲ支配ス。但他ノ事實又ハ狀況ヨリ夫婦ニ反對ノ意思アルコト明ナルトキハ此限ニ在ラス。¹⁰
 [註十一] 婚姻ノ身分上并ニ財産上ニ於ケル效力ニ關スル海牙條約ハ第四回海牙會議ニ於テ議決セラレタル所ニシテ十五ヶ條ヨリ成ル。

財産契約ノ方式ハ一般原則(法例第八條)ニ從ヒ、契約自體ノ效力ヲ定ムル法律、又ハ契約地法ニ依ルヘク、海牙條約ハ又契約ヲ爲ス國ノ法律、又ハ舉行當時ニ於ケル當事者各自ノ本國法、又ハ婚姻繼續中ニ於ケル當事者ノ各自ノ本國法ニ從ヘルトキ之ヲ有效トス(第六條)

外國人カ外國法ニ從ヒ財産契約ヲ結ヘル後、我國籍ヲ取得シ、又ハ我國ニ住所ヲ有スルニ至リシ場合ニツキテハ、民法第七百九十五條ノ規定アリ。一年內ニ其契約ヲ登記スルニ非レハ、日本ニ於テハ、之ヲ以テ夫婦ノ承繼人及第三者ニ對抗スルヲ得ストス。我國民ト入夫婚姻又ハ婿養子縁組ヲナシタル場合ノ財産關係ニツキテハ、法例第十五條第二項ノ規定アリ。其財産關係ハ日本ノ法律ニ依ルトナス。蓋此場

合入夫又ハ婿養子トナリタル外國人ハ、日本ノ國籍ヲ取得スルヲ以テナリ。

三 離婚

離婚

立法例

獨逸、佛蘭西(千八百八十四年以來英吉利、瑞西ニ於テハ離婚(Divortium)ヲ認ムレトモ、埃地利、伊太利、西班牙ニ於テハ之ヲ認ムルコトナク、唯別居(Separation de corps)ヲ認ムルニ過キス。獨逸ニ於テハ離婚ノ外、所謂婚姻共同解除(Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft)ノ制アリ。斯クノ如ク離婚ノ制ヲ認ムルト否トハ國ニ依リテ異ルノミナラス、其原因ニツキテモ亦各國其規定ヲ異ニスルヲ以テ、其間抵觸ヲ生スルハ實ニ免ルヘカラサル所ナリ(註十二)

[註十二] 諸國ノ法律ハ之ヲ大別シテ(一)離婚ノミナ許スモノ(II)離婚ノ外別居ヲ許スモノ(III)別居ノミナ許スモノノ三種トナスヲ得ヘシ。離婚ノミナ許ス國ハ更ニ法律ニ定ムル特定原因ニ因ルモノノミニ限ルモノト(瑞西)特定原因ニ依ルモノノ外、協議上ノ離婚ヲ許スモノニ別ツテ得ヘシ。(丁抹、諾威、日本)離婚別居共ニ認ムル國ハ、何レモ其特定原因アル場合ニ限ルモノ(英吉利、佛蘭西、匈牙利、獨逸但協議離婚ヲ許サス)ト、特定原因ニ依ルモノノ外、協議ニ依ルモノノ別アリ。後者中ニハ或ハ離婚ニハ協議ニ依ルモノト、特定原因ニ因ルモノトヲ許セトモ、別居ニハ協議ニ因ルモノノミナ認ムルモノアリ。(白耳義)或ハ之ト正反對ナルモノアリ(和蘭)或ハ宗教ノ如何ニ依リテ區別シ、

夫婦ノ一方又ハ雙方カカトツク教ニ屬スルトキハ、協議又ハ特定原因ニ因ル別居ノミチ許スニ反シ、其非カトリック教ニ屬スル場合ニハ、協議及特定原因ニ依ル離婚ヲ許スモノナキニアラス。

管轄

我國法ハ居所地ノ離婚管轄權ヲ認ムレトモ、(人訴第一條二項)歐洲ニ於テハ其本國ノ管轄ニ屬セシムルヲ常トス。海牙離婚條約ハ本國居所地ノ何レモ離婚ノ管轄權ヲ有ストナス。(第五條)(註十三)

[註十三] 海牙ハ離婚條約ハ第三回國際私法會議ニ於テ成立シ、其第五條ニ於テ離婚又ハ別居ノ請求ハ(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ニ爲スコトヲ得ヘク、本國法上夫婦力同一ノ住所ヲ有セサルトキハ、被告ノ住所ノ裁判所ヲ其管轄裁判所トス。遺棄及住所ノ變更力、離婚及別居ノ原因發生後行ハレタルトキハ、最終ノ共同住所ノ管轄裁判所ニ其請求ヲ爲スヘク、若シ本國裁判所カ離婚又ハ別居ニツキ專屬管轄權ヲ有スルトキハ、其裁判管轄權ノミチ認ムヘク、外國裁判所ハ本國ノ管轄裁判所ニ離婚又ハ別居ノ請求ヲ爲シ得サル婚姻ニ關シ、ミ管轄權ヲ有スルモノトス。

原因

離婚ノ原因ニ關スル準據法ニツキテハ凡ソ三主義アリ。(一)ハ離婚ハ公序良俗ニ關スルカ故ニ、其原因ハ法廷地法ニヨルヘシトナスモノニシテ、亞爾然丁婚姻法第

我現行法

八十六條、第九十七條ハ之ニ屬ス。(二)ハ夫婦關係ノ解消ハ國籍ノ變更ヲ生スルヲ理由トシ、專ラ夫ノ本國法ニ依ルモノニシテ、獨民法施行法第十六條ハ之ニ屬ス。(三)ハ兩者ヲ折衷シテ、夫ノ本國法、法廷地法ノ共ニ認ムル原因ニツキテノミ、離婚ヲ宣告スヘシトナスモノニシテ、我法例第十六條、及海牙ノ離婚條約第一條(註十四)ハ之ニ從フ。我法例ハ離婚ハ其原因タル事實ノ發生シタル時ニ於ケル夫ノ本國法ニ依ル。但裁判所ハ此原因タル事實カ、日本ノ法律ニ依ルモ離婚ノ原因タルトキニ非レハ離婚ノ宣告ヲ爲スコトヲ得ストナス。而シテ原因タル事實發生當時ヲ標準トナセラルハ、夫ニ國籍ノ變更アリ、其以前ニ生シタル事實カ其發生當時ニ於ケル夫ノ本國法上離婚ノ原因タルカ如キ場合ヲ豫想セル結果ナルヘシ。

[註十四] 海牙ノ離婚條約第一條ニ曰「夫婦カ離婚訴訟ヲ提起シ得ルハ、唯其本國法及法廷地法カ離婚ヲ許ス場合ニ限ル」ト。

四 親子關係

親子關係ハ其血統ニ因ルモノト然ラサルモノニ別ツヲ得ヘク、嫡出子及私生子ハ前者ニ屬シ、養子ハ後者ニ屬ス。

親子關係

(イ)子ハ嫡出子ナリヤ否ヤヲ決スルハ畢竟國際私法上否認訴權行使ニ關スル準據法ノ問題ニ外ナラス。此場合ノ準據法ハ(一)推定的父即夫ヲ標準トスルモノト(二)子ヲ標準スルモノノ別アリ。前者ハ更ニ其住所地法ニ依ルモノト、本國法ニ依ルモノノ二種アリ。通説ハ推定的父ノ本國法ニ依ルヘシトナス。我法例亦之ニ從ヒ、子ノ嫡出ナリヤ否ヤハ其出生ノ當時母ノ夫ノ屬シタル國ノ法律ニ依リテ之ヲ定ム。ト規定セリ(第十七條)此場合特ニ母ノ夫トナセルハ父子ノ關係ハ唯推定的タルニ止マリ、果シテ其父ナルヤ否ヤハ未定ニ屬スルヲ以テナリ。若シ其推定的父ニシテ子ノ出生前ニ死亡シタルトキハ其最後ニ屬シタル國ノ法律ニ從フモノトス(同條後段)蓋シ否認訴權ハ推定的父ノ爲ニ設ケタル權利ニシテ子ノ國籍ハ否認訴權行使ノ結果ヲ俟テ始メテ確定スヘキヲ以テナリ。

(ロ)私生子ニツキテハ認知ノ制度ヲ認ムルモノト、然ラサルモノアリ。前者ニアリテモ認知シ得ヘキ人ノ範圍ヲ限定シ、貴族ヲ除外スルモノアリ(露)一般ニ認知ヲ認メ、父母ノ認知ニ依リ嫡出子タルノ外、父ノ認知ニ依リテ庶子タル身分ヲ取得ストナスモノアリ(我民法八百二十七條)又認知ヲ受クヘキモノノ範圍ヲ限定シテ、亂倫

ノ子及姦通ノ子ハ認知ノ利益ヲ受クルヲ得ストナスモノアリ。(佛蘭西、伊太利)其他認知權ヲ父ノ獨占ニ歸スルモノト、子ニ其請求權ヲ認ムルモノノ別アリ。而シテ認知ノ制度ヲ認メサルモノニ於テハ、私生子ハ何人トモ親族關係ヲ有セストナスモノスラ存ス。英國ニ於テハ事後ノ婚姻ニ依ル認知ヲ認メス。然レトモ外國法ニ依リテ成立シタル認知ノ法律上ノ效果ハ、大部分英國ニ於テモ之ヲ認メ、後ノ婚姻ニ依ル認知ハ子ノ出生當時父母ノ住シタル國ノ法律ニ從フト判決セリ(千八百八十七年十一月一日)若シ父母未タ婚姻セス、互ニ住所ヲ異ニスルトキハ、父ノ住所地法ニ從フトナス。而シテ不動産ノ相續ハ其財產所在地法ニ依リ嫡出子タルヲ要件トシ、未タ一般ニ私生子認知ノ效果ヲ相續法ニ及ホスコトナシ。(註十五)

[註十五] 私生子ノ認知ニ依リ、父子ノ間ニ親族法上ノ關係ヲ生セシムルニハ、(一)裁判所ノ判決、其他ノ行爲ニノミ依ルモノト、(二)婚姻豫約ノ存在ヲ必要トスルモノノ別アリ。佛法系ノ諸國ハ、一般ニ父ト私生子トノ間ニ、親族法上及相續法上(制限的)ノ效果ヲ生セシムル一種ノ私法上ノ任意承諾ヲ認メ、之ニ依リテ子ハ父ノ姓及國籍ヲ取得シ、其父權ノ下ニ立テ、又扶養ノ權利及相續權ヲ取得ストナス。

私生子認知ノ要件ニ關スル準據法ニハ(一)法廷地法ニ依ルモノト、(二)屬人法ニ依

ルモノノ二種アリ。後者ハ更ニ(a)出生當時ニ於ケル本國法ニ依ルモノト、(b)認知當時ノ本國法ニ依ルモノトニ岐ル。我現行法ハ後說ニ從ヒ、認知ノ要件ハ當時ニ於ケル當事者ノ所屬國法ニ依リ、認知ノ效力ハ父又ハ母ノ本國法ニ依ルトナス。法例第十八條蓋シ私生子ト其父母ト國籍ヲ異ニスルトキ、認知ノ要件ハ其一方ノ本國法ニ依ルヲ得サルヘク、既ニ認知ニ因リテ親子ノ關係ヲ生シタルトキ、其效力ハ親ノ本國法ニ依ラシムルヲ正當トスレハナリ。而シテ其方式ニツキテハ別ニ規定スル所ナシト雖、一般原則ニ從ヒ、認知ノ效力ヲ定ムル法律、又ハ行爲地法ニ依ルヲ正當トス。(法例第八條)(註十六)

〔註十六〕佛蘭西民法第三百三十四條ハ私生子認知ノ方式ヲ規定シテ曰、「(一)出生國ノ際屆出中ニ之ヲ爲シ、出生簿ニ記入スルヲ要ス、(二)然レトモ後ニ至リ公正證書ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得」ト。同國ノ判例ハ又出生前ニ爲シタル認知ノ有效ナルヲ認ムレトモ、如何ナル場合ト雖口頭ノ認知ヲ認ムルコトナシ

養子

(ハ)養子ノ制度ハ之ヲ認メサルモノナキニアラス。之ヲ認ムルモノニアリテモ、多クハ縁組ノ效力ハ唯財産關係ニ及フニ止リ、身分關係ノ變更ヲ生スルコトナシ。我

國法ハ多クノ立法例ト異リ、養子縁組ニ依リテ嫡出子ノ身分ヲ取得シ、又國籍ノ變更ヲ生セシム。民法八百六十條、八百六十一條、國籍法第五條第四號從テ内外人間ノ養子縁組ノ成立竝ニ效力ニ關スル準據法ヲ決スルヲ要ス。法例ハ養子縁組ノ要件ハ各當事者ノ本國法ニ依リ、其效力ハ常ニ養親ノ本國法ニ依ルトナス。(第十九條)蓋シ要件ニツキテハ私生子認知ノ場合ト同一理由ニ出テ、效力ニツキテハ養子縁組ノ本旨ニ鑑ミタル結果ナルヘシ。離縁ノ制度ハ一般ニ認メサル所ナレトモ、我國法ハ或ル場合ニ之ヲ認ム。民法八百六十二條乃至八百七十六條從テ彼此ノ間ニ法律ノ牴觸ヲ生スヘク、何レノ法律ニ依リテ離縁ノ能否ヲ決スヘキカノ問題ヲ生ス。法例ハ此場合又養親ノ本國法ニ依ルトナス。蓋シ縁組ノ效力ニ關スル準據法ト同一趣旨ニ出ツ。縁組ノ方式ニツキテハ別ニ定ムル所ナシト雖、一般原則ニ從ヒ、其縁組ノ效力ヲ定ムル法律又ハ行爲地法ニ依ルヘキハ私生子認知ノ場合ニ同シ。(註十七)

〔註十七〕獨逸民法施行法第二十二條ニ曰、「養子縁組ハ養親カ縁組當時帝國國籍ヲ有スルトキハ、獨逸法ニ依リテ之ヲ定ム。養親カ外國ニ屬シ、養子カ帝國國籍ヲ有スル場合、獨逸法ノ要件タル養子ノ同意、又ハ養子ト親族法上ノ關係ヲ有スル第三者ノ同意ヲ

キトキハ、養子縁組ハ之ヲ無効トス」ト。
奧地利瑞西モ亦養親ノ屬人法ニ依ル。

以上諸種ノ親子關係ヨリ種種ノ權利義務ヲ生ス。親權ハ之ニ屬ス。親權ノ歸屬者、其消滅原因竝ニ其效力(親權ヨリ生スル權利義務)如何ノ問題アリ。一般ニ父ノ屬人法ニ依リ、其死亡セルトキハ母ノ屬人法ニ依ルトナス(獨民施行法第十九條、伊太利法例第六條、我法例第二十條)蓋シ親ノ子ニ對スル權利ハ其主タルモノニシテ、子ノ親ニ對スル權利ハ其反映タルニ過キサルヲ以テナリ。唯親權ノ行使ニツキ其行使地ノ公益ヲ害スルヲ得サル制限アルノミ(法例第三十條)然レトモ、親權ハ住所ノ法律ニ依リテ之ヲ定ムトナスモノナキニアラス。瑞西居住留民法第九條而シテ子ノ財産上ニ於ケル親權ノ内容モ亦毫モ以上ト異ルコトナシ。

五 親族間ノ權利義務

親族間ノ權利義務

此種ノ權利義務ハ親族關係ヲ基礎トシ、法律ノ規定ニ依リテ生スルモノニシテ、扶養ノ義務ハ之ニ屬ス。元來扶養ノ義務ハ倫理的親族法上ノ關係ニ起因シ、法律行為ニ依リテ生スルコトナキニアラス。此場合ハ一般債權ニ關スル準據法(法例第七

條)ニ依リテ決スヘク、別ニ問題ヲ生スルコトナシト雖、別段ノ契約ナキトキハ其準據法ヲ決スルヲ要ス。此場合屬地法ニ依ルヘキヲ主張スルモノナキニアラスト雖、(Paspale Fiore, Droit international privé traduit par Pradier-Fodéré 1875 No. 109 p. 203-205 及千八百六十九年佛國セイヌ民事裁判所及控訴院判決)(註十八)屬人法ニ依ル可キハ、大體ニ於テ一致スル所ナリ。唯其屬人法ハ(一)權利者ヲ標準トスヘキヤ(二)義務者ヲ標準トスヘキヤ(三)當事者雙方ヲ標準トスヘキヤニツキ爭アルニ過キス。我法例ハ扶養ノ義務ニツキテハ義務者ノ本國法ニ依ル。蓋シ義務ヲ主トシテ發達セル法律關係ナルヲ以テナリ。第二十一條其他補充規定トシテ既ニ述ヘタル以外ノ親族關係及之ヨリ生スル權利義務ニツキテハ當事者ノ本國法ニ依ルヘキヲ定ム。第二十二條親族關係ノ範圍、親等其他親族關係ニ伴フ權利義務ニシテ、猶遺洩アルヲ虞レタルニ外ナラス。

[註十八] 千八百六十九年佛國セイヌ民事裁判所及控訴院判決ハ、亞米利加人タル舅姑ニ對シ其姪及孫カ養料ヲ請求セル案件ニ關シ屬地主義ヲ採リ其支拂義務ヲ認メタレトモ、亞米利加ニ於テハ、此舅姑ノ亞米利加移住後此判決ヲ否認セリ。

六 後見關係(註十九)

後見關係

立法例

後見ニハ未成年者ニ對スルモノト、禁治產者ニ對スルモノノ別アリ(民法第九百條、第八條)前者ニツキテハ未成年者ノ後見ニ關スル海牙條約(註二十)成立シ、未成年者本國ノ管轄權ヲ認ム(第一條)我法例ハ未成年者タルト禁治產者タルノ別ナク、毎ニ被後見人ノ本國法ニ依ルトナス(第二十三條第一項)蓋シ能力及親權ニ關シ本國法主義ヲ認メタル當然ノ結果ナルヘシ。伊太利法例亦之ニ從フ(第六條)(註二十一)其他後見ハ原則トシテ被後見人ノ住所地法(瑞西居住居留民法第十條)後見人ノ任命及ヒ被後見人ノ財産管理ニツキテハ被後見人ノ住所地法(英米)被後見人ノ財産ノ管理及處分ニツキテハ其財産所在地法(亞爾然丁民法四百九條第四百十條)ニ依ルモノナキニアラス(註二十二)

〔註十九〕 後見自體ノ問題ハ親族法上ノ問題ナリト雖、或ル人カ現ニ後見ニ附セラレ、又ハ後見ヲ附スヘキ正當ナル原因ニ依リ、行爲能力者ナリヤ否ヤハ、實ニ人事法上ノ問題ニ屬ス。既ニ第一節ニ述ヘタル所ナリ。

〔註二十〕 未成年者ノ後見ニ關スル海牙條約案ハ、第三回國際私法會議ニ於テ成立シ、其第一條ニ「未成年者ノ後見ハ本國法ニ依ルトナス。千八百九十一年漢堡ニ於ケル國際

法協會ノ決議亦同シ。

千八百五十四年八月九日、地、利、帝、國、法、ハ、未、成、年、者、ノ、後、見、ニ、關、シ、規、定、シ、テ、曰、「外、國、人、カ、境、地、利、ニ、未、成、年、ノ、子、ヲ、殘、シ、テ、死、亡、シ、タ、ル、ト、キ、ハ、本、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、ト」

〔註二十一〕 後見ニツキテハ本國法主義ヲ認ムルモノ多シ。伊太利法例第六條ニ曰、「伊太利ニ於ケル外國人又ハ外國ニ於ケル伊太利人ノ後見ハ其本國法ニ依リテ定ム」ト。

〔註二十二〕 瑞西居住居留民法第十條ニ曰、「後見ニ付テハ……後見ニ付セラルヘキ者又ハ後見ニ附セラレタル者ノ住所地法ヲ適用ス」ト。又第十二條ニ曰、「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、且請求ニ依リ後見ニ關スル一切ノ問題ニ對シ説明ヲ與フヘシ」ト。又曰「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」ト。英米ニ於テハ後見人ノ任命及被後見人財産ノ管理ハ被後見人ノ住所地法ニ從フハ本文述フル所ノ如シ。從テ後見人ハ外國ニ在ル財産ヲ管理スルノ權ヲ有シ、苟モ被後見人ノ住所地法ニ從ヒ、適法ニ設定セラレタルモノタル以上ハ、凡テノ國ニ於テ後見人トシテ認メラルヘキモノトス。而シテ英米ノ裁判所カ外國ニ住スル内國人ニ對シテ後見人ヲ命スルハ、唯其内國ニ財産ヲ有スル場合ニ限ルヲ實際ノ取扱トス。

各論 第一章 國際民法 第二節 親族法

亞爾然丁民法第四百九條ニ曰「被後見人ノ財產カ亞爾然丁ノ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」ト。又第四百十條ニ曰「被後見人カ本邦領土外ニ其動產又ハ不動產ヲ有スルトキハ、其管理及處分ハ其財產所在地法ニ從フ」ト。

我現行法ノ規定

法例ハ我國ニ住所又ハ居所ヲ有スル外國人ノ後見ニツキ我例外的管轄ヲ認メ、(イ)未成年者ニツキテハ(1)其本國法上後見開始ノ原因存スレトモ、(2)其後見事務ヲ行フモノナキトキ、(ロ)禁治產者ニツキテハ我國ニ於テ宣告アリタル場合ニ限り、我管轄ニ屬ストナス(第二十三條第二項)蓋シ我公益ト在留外國人保護ノ趣旨ニ出ツ。我國法ハ禁治產者ノ外、意思能力不完全ノ程度輕微ノモノヲ準禁治產者トシ、之ヲ保佐人ニ附ス(民法第十一條)法例ハ此場合後見ノ規定ヲ準用セリ(第二十四條)唯程度ノ差異ニ止マレハナリ。

第三節 物權法

一 總說

凡ソ物ハ種々ノ觀察點ヨリ法律關係ノ目的タルヲ得ヘク、物權法上ハ勿論、債權、

總說

親族(特ニ夫婦ノ財產關係相續法上ニ於テモ、亦法律關係ノ目的タルヲ得ヘシ)而シテ物權法上ノ法律關係ハ單ニ其目的タル物ト權利者トノ關係ニ止マラス、第三者ニ對スル方面ヲモ有スルヲ其特色トナス。故ニ之ニ關スル準據法ハ、取引ノ安全ヲ計ルノ點ヨリ謂フモ、當事者又ハ第三者ノ國籍ニ依リテ異ルコトナク、何人ニ對シテモ同一ナルヲ要ス。從テ物權法上ノ法律關係ノ準據法ハ之ヲ屬地的ニ決スルヲ要スルヤ疑ヲ容レズ。而シテ不動產ニツキテハ、其所有者ノ如何ヲ問ハス、每ニ其所在地法ニ依ルノ原則、バルトルス以來例外ナク認メラレタル所ナリ。唯動產ニツキテハ、人ニ從フノ原則行ハレタルヲ以テ、例外トシテ屬人法ノ認メラレタルヲ主張スルモノナキニアラス。然レトモ此原則ハ、其實封建時代ニ於ケル法律ノ屬地主義ノ擬制的適用タルニ止マリ、若シ動產ヲ其所在地法ニ依ラシムルトキハ、其相續ハ所在地ノ異ルニ從ヒ、依ルヘキ法律ヲ異ニシ、遂ニ相續ノ分裂ヲ生スルノ外ナカリシニ起因ス。而シテ、動產相續ノ場合ハ其目的物タル動產ヲ一個體ト看做シ、通常其集合スル場所ハ、事實上其所有者ノ住所地タルニ鑑ミ、其現實ノ所在地如何ヲ問ハス、相續財產タル動產ハ其所有者ノ住所地ニ存スルモノト假定シ、茲ニ人ニ從フノ

原則ヲ生セシニ過キス。畢竟動産相續ノ問題ヲ屬地的ニ決シテ唯一ノ法律ニ從ハシメ、以テ其所在地法ニ依ルノ紛擾ヲ避ケンカ爲ニ外ナラサルナリ。此點ヨリ謂フトキハ、物權法上ノ法律關係ノ準據法ハ、其動産タルト不動産タルトヲ問ハス、古來原則トシテ屬地的ニ決セラレタルハ疑ヲ容レスト謂フヘシ。

物權法上ノ法律關係ノ準據法ハ、不動産ニツキテハ佛蘭西民法第三條ヲ始メ、西班牙民法第十一條、亞爾然丁民法第十條、墨西哥民法第十三條、伊太利民法第七條、索遜舊民法第十條、モンテネグロ侯國財產法第七百九十條、チユーリツヒ私法第二條ニ於テ、所在地法ニ依ルノ原則例外ナク認メラレ、動産ニツキテモ明文ヲ以テ所在地法ニ依ルトナスモノナキニアラス。例ヘハ索遜民法第十條、モンテネグロ侯國財產法第七百九十一條等ノ如シ。其他動産ノ所在地法ニ反對ノ規定ナキヲ條件トシ、其所有者ノ本國法ニ依ラシメントスルモノアリ。例ヘバ伊太利民法第七條第一項ノ如シ。或ハ一定不變ノ地位ニアリテ所有者ニ讓渡スノ意思ナキ動産ニ限り、所在地法ニ依ラシメ、所有者カ常ニ携帯シ、若クハ自用ニ供スルカ、又ハ所有者ニ於テ賣却シ若クハ他ノ場所ニ運搬セントスル動産ハ、其所在地ノ如何ヲ問ハス、所有者ノ

欠

欠

我現行法

採用スヘカラサルハ明瞭ナリトス。

我法例ハ、動産不動産其他登記スヘキ權利ノ得喪ハ、其原因タル事實ノ完成シタル當時ニ於ケル目的物ノ所在地法ニ依ル_トナシ、第二ノ主義ヲ採ル。蓋シ時効ハ其進行ヲ開始シタルカ爲、之ニ依リテ權利ヲ取得スルモノニアラス、其進行ヲ開始シタル後、所在地法ノ要求スル期間其他ノ要件ヲ完成セルトキ、始メテ權利ノ取得ヲ生スルヲ以テナリ。

第四節 債權法

一 總說

債權法ハ物權親族相續ノ諸法ト異リ、専ラ人ノ經濟的地位ト關係ヲ有ス。本國法カ債權法上重ヲ爲ササルハ實ニ此理由ニ出ツルモノトス。而シテ其準據法ノ定メ方ニツキテハ二說アリ。一ハ總括的ニ其準據法ヲ定メントシ、他ハ債權ノ種類性質ニ從ヒ個別的ニ其準據法ヲ決セントス。前者ニアリテハ或ハ(一)法廷地法、(瑞西グラビュンデン)州民法第一條、或ハ(二)契約地法又ハ發生地法、(英、米、和、佛及伊ノ一部)或ハ

債權ノ準據法ノ定メ方ニ關スル諸說

總說

(III)債務者ノ住所地法(獨第二草案第十一條(Bar II. S. 3, 17)或(四)履行地法(Savigny VIII. S. 209 f; Gierke, Deutsches Privatrecht I. S. 231, 232; Regelsberger, Pandekten I. S. 173)或(五)外國ニ於テ同一國民間ニ債權法上ノ行為ヲ爲ストキハ其本國法(伊太利法例第九條)ニ依ルトナス。註一)惟フニ債權關係ハ國際私法上(一)當事者ノ國籍又ハ住所(二)發生原因(三)其發生地及ヒ履行地ノ如何ニ依リテ其取扱ヲ異ニセサルヲ得サルヘク、從テ其全部ヲ總括的ニ規律スルヲ得ス。此ノ意味ニ於テ債權法ハ之ヲ各場合ニ區別シテ研究スルヲ正當トス。以下法律行為ニ因ル債權ト其他ノ原因ニ因ル債權ニ別チテ論セントス。

[註一] 瑞西クラビュンテン州民法第一條ハ、民事訴訟法ノ規定ニ從ヒ、當州ニ訴フルコトヲ得ル一切ノ債權ニツキテハ、法廷地法ノ規定ヲ適用ストナス。
 契約地法ヲ以テ債權ノ準據法トナスハ、バルトルス之ヲ唱ヘ、和蘭學派ノ主張セシ所ナリ。(P. Voet, Sectio IX C. II. No. 9, 10, 12, 13, 15.) 契約地法ヲ以テ債務ノ發生地ト見ルニ起因ス。Kohler ハ又發生地法ヲ適用スルノ有力ナル理由アルヲ主張ス。(Kohler, Einführung in die Rechtswissenschaft 1901 S. 201)
 佛國ノ學說判例カ契約地法主義ヲ採ルハ疑フノ餘地ナシ。英國ニ於テハ原則トシテ

之ヲ認ムレトモ、當事者ニ反對ノ意思存スル場合ハ此限ニ在ラストナス。(Dicey, Conflict of Laws p. 566)
 伊太利法例第九條ハ債權ノ準據法ハ第一ニ當事者ノ自由意思ニ依リ、第二ニ當事者同國人ナルトキハ其本國法、第三ニ契約地法ヲ以テ準據法トナシテ曰、「債務ノ本質及效力ハ行為地法ニ依リ、若シ外國人タル當事者雙方カ同國人ナルトキハ、其本國法ニ支配セララルモノト看做ス。但之ニ異ナル意思ヲ有シタル旨ノ舉證アルトキハ此限ニ在ラスト。」

債權ハ總括的ニ債務者ノ住所法 (lex domicilii debitoris) ニ依ルトハ Bar ノ主張セル所ニシテ、私人ノ意思ニ任セサル債權法ノ規定ハ概ネ債務者ノ利益ノ爲ニ設ケラレ、其利益ヲ保護スル必要ハ、人民カ外國ニ於テ又外國人ニ對シテ義務ヲ負フトキト雖、消滅スルコトナク、往々其履行地ハ債務者ノ住所ナルヲ理由トス。

Savigny ハ債權關係ニ於テ當事者ノ希望スル所ハ、一ニ履行ニ存スルカ故ニ、債務ノ本質上履行地ヲ其本據トナササルヘカラサルヲ主張セリ。彼ニ從ヘハ(一)債務カ特定ノ履行地ヲ有スルトキハ、履行地法、(II)債務カ營業上ノ行為ヨリ生スルトキハ、營業所所在地法、(三)債務カ住所ニ於テ爲シタル債務者ノ個々ノ行為ヨリ生シタルトキハ、行為地法ヲ適用シ、後日住所ノ變更アルモ、何等ノ影響ヲ受クルコトナシ、(四)債務カ住所以外ニ於テ債務者ノ爲シタル個々ノ行為ヨリ生シ、行為地ニ於テ其履行ヲ遂期スヘキ事情アルトキハ、行為地法ニ依リ、(五)前掲ノ條件存セサルトキハ債務者ノ

住所地法ニ依ルトナス。

二 法律行為ニ因ル債權

法律行為ニ因ル債權

我現行法

凡ソ法律行為ハ自由意思ニ基ク法律行為上ノ意思活動ニ依リテ行ハルルヲ原則トス。之ヲ自治ノ原則 (le principe de l'autonomie) ト稱ス。現今ノ學說及ヒ立法ハ一般ニ此原則ヲ認メ、債權法上ノ法律行為ニ關スル準據法ハ當事者ノ自由ニ定ムル所ニ依ル。(註二) 我法例亦之ニ從ヒ、法律行為ノ成立及效力ニツキテハ、當事者ノ意思ニ從ヒ、其何レノ國ノ法律ニ依ルヘキカラ定ムトシ、其意思活動ノ明示タルト默示タルトヲ問フコトナシ。第七條第一項物權ノ設定移轉ニ關スル法律行為、親族相續法上ノ法律行為ニツキテハ特別ノ規定アリ。或ハ所在地法ニ依リ、(法例第十條) 或ハ本國法ニ依ル。(法例第十三條以下)

〔註二〕 所謂自治ノ原則ヲ始メテ主張シタルモノハ、既ニ述ヘタルカ如ク Du Moulin ニシテ、夫婦財産契約及賣買ニ關シ確定的ニ契約地法ニ依ルヘカラス、當事者ノ明示又ハ默示ノ意思ニ依ルヘシトナセルニ起因ス。Savigny ハ又債權ノ本據ヲ以テ履行地ニアリトシ、履行地法ノ原則ヲ主張シタレトモ、明ニ當事者カ反對ノ意思ヲ表示シテ、任意履行地法ニ服從シタリトノ推測ヲ打破シタルトキハ、其ノ適用ヲ除外セリ。從テ彼ハ

欠

欠

債權ノ目
的履行消
滅原因

テナリ。

以上ノ所説ハ債權自體ト分離スヘカラサル關係ヲ有スルモノニハ悉ク其適用ヲ見ル。債權ノ目的履行及ヒ消滅原因等ノ場合ノ如シ。異説アリ。履行特ニ其方法ヲツキテハ履行地法ニ依ルヘク。債權消滅原因ノ一タル時効(註五)ニツキテハ或ハ之ヲ訴訟法上ノ問題ト認メテ法廷地法ニ依ルトシ、英米ノ學說判例或ハ之ヲ權利消滅ノ獨立原因ト認メ、古キ不確定ナル權利ニ對シ債務者ヲ保護スルヲ制度ノ本旨ト解シ、債務者ノ住所地法ニ依ルヘキヲ主張スルモノナキニアラス(Bat.)

〔註五〕債權消滅原因ノ一タル消滅時効ノ準據法ニツキテハ諸説アリ。(一)ハ債務履行地ノ法律(Lex loci solutionis)ニ依ルモノニシテ、(1)時効ヲ以テ債權者ノ懈怠ニ對スル責罰トシ、其責罰ハ過失アリタル地即其辨濟ヲ受クヘキ土地ノ法律ニ依ルヘシトナスモノト、(2)之ヲ以テ履行ニ對スル抗辯ト解スルモノノ二派アリ。(二)ハ法廷地法ニ依ルモノニシテ、或ハ(1)時効ヲ訴訟手續ノ問題トナスモノアリ。或ハ論據ヲ(2)時効ヲ訴權ヲ消滅セシムル點ニ求メ、或ハ(3)時効ノ制度カ強行的性質ヲ有スルニ鑑ミ、其國ニ訴ヘラレタル一切ノ債務者ヲ保護スルヲ其理由トナスモノナキニアラス。(三)ハ法律行為爲自體ノ準據法ニ依ルモノニシテ、債權發生ノ原因如何ニ依リ、其準據法ヲ異ニスヘキヲ主張ス。而シテ時効ハ債權ノ消滅方法ニシテ、時効ノ原因タル各種ノ根據ハ、

債權ノ本體ト密接ノ關係アルヲ其理由トス。(四)ハ債務者ハ住所地位ニ依ルモノニシテ、債務者ハ其住所地位ニ從ヒ債務ヲ負擔セルモノト看做シ、且債權ハ債務者ノ住所ニ存スト看做セルニ起因ス。(五)ハ債權者ハ住所地位ニ依ルモノニシテ、債務者住所地位主義ニ對シテ主張セラルルモノトス。(六)ハ債務者ハ本國法ニ依ルモノニシテ、時効制度ノ趣旨カ債務者保護ニアルヲ其論據トナス。惟フニ時効ノ原因タル事實ハ債權ノ本體ト密接ノ關係アルハ否定スヘキニアラス。從テ債權發生ノ原因タル法律行為ノ準據法ハ其債權ノ時効ヲ支配スト謂フヘク、法律行為ノ準據法タル所謂自治ノ原則ハ、債權ノ消滅時効ニツキテモ亦適用アリト謂ハサルヲ得サルナリ。

金錢債務ノ利息ニツキ、或ハ利息制限法ハ絕對的強行法ニ屬スルカ故ニ、利息ニ關スル準據法ハ絕對ニ法廷地法ニ依ルヘク、從テ利息制限法ノ設ケアル國ニ於テハ、其制限ナキ國ニ於テ成立シタル契約ニツキテモ、制限ヲ超ヘタル利息ノ支拂ヲ命スル能ハサルニ反シ、利息ノ制限ナキ國ニ於テハ、契約地法上無効ナル高利ト雖、之ヲ有效トシテ其支拂ヲ命セサル可ラサルヲ主張スルモノアリ。(Ca. Vigdy, System VIII S. 256) 然レトモ利息ノ自由ヲ認ムル國ニ於テ正當ニ成立セシ約定利息ニツキ、法廷地ノ制限ニ反スルノ故ヲ以テ直チニ無効ナリト謂フハ正當ニアラス。蓋シ

利息ノ制限ハ唯内國ニ放資セル金錢ニ關スト謂フヲ正當トスレハナリ。反對ノ場合ニツキテモ亦同一ナリトス。其他契約地ト履行地ト異ル場合ニ於ケル利息ノ制限ハ、何レノ法律ニ從フヘキカノ問題アリ。此場合或ハ履行地法ニ依ルトシ、或ハ元本利用地ノ法律ニ依ルトナス。惟フニ履行地ハ偶然ノ事情ニ依リテ定マルコトアルヘク、元本利用地ハ又全然借主ノ自由ニ決スル所ナルヘシ。從テ公益ト重大關係ヲ有スル利息制限ノ問題ハ此等ノ標準ニ依ルコトナク、寧ロ利息制限法ノ目的ヨリ觀察シテ契約地法ニ依ルヲ妥當トス。

債權法上ノ法律行為ニハ一定ノ方式ヲ要スルコトアリ。之ヲ形式的要件ト稱ス。古來場所ハ行為ヲ支配ス(Locus regit actum)ノ原則アリ。畢竟行為地法ノ定メタル方式ニ依レル法律行為ハ、其方式ニツキテハ何レノ國ニ於テモ有效ナリトノ義ニ外ナラス。而シテ此原則ハ命令的ナリヤ、選擇的ナリヤニツキテ争アリ。現今ノ學說及ヒ立法ハ之ヲ選擇的トナシ、或ハ(一)原則トシテ行為地法ニ依レトモ、例外トシテ其法律行為自體ノ從フヘキ法律ノ定ムル方式ニ依ルモ亦有效トシ、或ハ(二)行為地法又ハ當事者ニ共通ノ本國法ニ依ルヘキヲ主張シ、或ハ(三)原則トシテ法律行為自體ノ

從フヘキ法律ニ依ルヘシト雖、例外トシテ行爲地法ニ從フモ亦有效トナスモノアリ。最後ノ説ヲ多數トス。蓋シ方式ハ恰モ行爲ノ衣服ノ如ク、行爲自體ト密接ノ關係アルヲ以テ、行爲自體ノ從フヘキ法律ニ依ルハ固ヨリ其所ナリト雖、若シ絶對ニ原則ニ從フトキハ、國際交通ノ實際ニ於テ不便ヲ感スルコトアルヘシ。例ヘハ國際私法上内國法ニ依ルヘキ法律行爲ヲ外國ニ於テナサントスル場合、内國法ノ要求スル方式ニ關與スヘキ機關外國ニ存セサルトキノ如シ。此不便ヲ避ケンカ爲メ、爲地法ニ從フモ猶有效トナスニ至リシナリ。我法例第八條ノ規定モ亦此趣旨ニ外ナラス。唯注意スヘキハ物權其他登記スヘキ權利ノ設定又ハ處分ヲ目的トスル法律行爲ノ方式ハ常ニ行爲地法ニ依ルコトナク、所在地法ニ依ルノ點ナリトス。蓋シ此場合其所在地ニ於ケル社會ノ公益ニ關スルコト大ナルヲ以テナリ。(法例第八條二項(註六))

〔註六〕 物權其他登記スヘキ權利ノ設定、又ハ處分ヲ目的トスル法律行爲ノ方式ヲ目的物ノ所在地法ニ依ラシムルハ、所在地以外ニ於テ其方式ヲ履踐スルヲ得サルニ起因ス。例ヘハ獨逸民法ノ如ク、土地臺帳ニ登記アルヲ以テ、不動産所有權移轉ノ效力發生

欠

欠

債權ニ關スル千九百八年、ハロハンツ、ハ國際法協會決議

第一條 契約ヨリ生スル債權ノ效力ハ、當事者カ之ニ從フ旨ノ意思ヲ表示シタル法律ニ依ル。但身分上ノ能力、方式、其實質的效力又ハ公ノ秩序ニ關スル強行法ニ反スル場合ハ此限ニ在ラス。

第二條 當事者ニ於テ或ル一定ノ法律ヲ補充法(當事者カ特約ナキ場合補充トシテ任意ニ之ニ依ルヘキ法律)ト定メントスル意思ヲ表示セサリシトキハ、契約ノ性質、當事者相互ノ關係、又ハ其事件ノ事情ニ鑑ミ、補充法トシテ適用スヘキ法律ヲ左ノ如ク定ムヘシ。

一、取引所、互市又ハ公ノ市場ニ於テ締結セル契約ハ契約地法。

二、不動産ヲ目的トスル契約ハ不動産所在地法。

三、住宅ヲ無償ニ利用又ハ使用スル無償契約(贈與、無利息ノ消費貸借、無償ノ委任契約、無償ノ寄託保證等)ハ債務者ノ住所地法。

四、賣買ハ商人對非商人ノ取引タルト、商人間ノ取引タルトナ同ハス、賣主ニ對シ商行爲タルト否トナ別タス、賣主カ取引ヲナシタル土地ノ法律。

五、雇傭、請負契約、或ル國、州、市、町村、又ハ公ノ營造物ニ對シ公式ニ勞務、建築又ハ供給ヲ引受クル契約ハ、其ノ國又ハ州、市、町村又ハ公ノ營造物ニ於ケル現行法。

六、火災、盜難、不慮ノ災難又ハ生命等ニ關シ保險會社ト約セル相互保險、又ハ保險料ヲ目的トスル通常ノ保險契約、其他ノ保險契約(終身生命保險契約等)ハ、其保險會

社ノ住所地法。

七、法律上一定ノ資格ヲ要件トスル職業ヲ營ム者(醫師、辯護士、公證人、執達吏等)トノ契約、及此等ノ職務執行ヲ目的トスル契約ハ、其職務執行地法。

八、或ル工業會社、商會社或ハ民事會社ト勞働者又ハ官吏間、又ハ或ル商人トノ間ノ勞務契約ハ、其商工業ノ行ハルル土地ノ法律。

九、手形(爲替手形又ハ約束手形)ハ各種ノ債務ヲ引受ケタル土地ノ法律、其債務引受地ヲ手形上特ニ記載セサル場合ハ債務者ノ住所地法。

十、鐵道、車輛、又ハ船舶ヲ用キテ人又ハ物ヲ運送センカ爲、之ヲ業トスル會社又ハ個人(例ヘハ運送人又ハ運送取扱人)ト契約ヲナシタルトキハ、其會社、現ニ運送ヲ爲ス者、運送人、問屋ノ本店所在地法。

第三條 當事者ノ意思表示ナキ爲、契約ノ性質、其相互ノ關係、貨物ノ所在地等ニ依リ之ニ適用スヘキ法律明ナラサルトキハ、裁判官ハ當事者ニ共通ノ住所地法、若シ共通ノ住所ナキトキハ、共通ノ本國法、住所地國籍共ニ同一ナラサル場合ハ、契約地法ヲ適用スヘシ。

第四條 通信ニ依リ契約ヲ爲シタルトキハ、契約地ノ如何チ問ハス、申込者ノ住所地又ハ其事務所所在地法ニ依ル。

電話ヲ以テ契約ヲ爲シタル場合亦同シ。
住所又ハ事務所現存セサルトキハ、共通ノ住所地法、又ハ本國法、又ハ補充トシテ

債權者ノ住所地法ニ依ル。

第五條 履行ノ態樣、計算、秤量、測量ノ方法、督促、祭日、支拂ノ效力、支拂ノ提供又ハ供託ハ、履行地ノ法律及慣習ニ依ル。

第六條 價格、重量、秤量、支拂ノ期間及ヒ時日ニ關スル用語ノ意義ニ依リ契約ノ效力ニ影響アルトキハ、一般ニ履行地ニ於ケル用語ニ基クヲ要ス。但事情ニ依リ特ニ當事者カ其契約ノ目的ニ鑑ミ、其用語ヲ他ノ意義ニ使用シタル事實アルトキハ此限ニ在ラス。

第七條 前條但書ノ推定ハ其默示的ニ行ハレタル場合ト雖、常ニ當事者ノ眞意ノ表示ナルカ故ニ之ヲ尊重スルヲ要ス。

四 債權讓渡

債權讓渡ハ一方債權者及ヒ讓受人間ニ於ケル獨立ノ法律行爲ニシテ、他方債務者及ヒ讓渡人間ノ債務ニ影響ヲ有ス。而シテ債權讓渡ハ唯讓渡シ得ヘキ債權ニツキ成立スルニ止リ、其效力ニツキテハ、讓渡當事者間ノ關係(債權者及ヒ讓受人間)及ヒ第三者ニ對スル關係(債務者讓渡人ノ債權者又ハ第二次若クハ第三次ノ讓受人等)ニ別チテ觀察スルヲ要ス。

債權讓渡ハ之ヲ當事者間ノ關係ヨリ見ルトキハ、疑モナク債權法上ノ法律行爲

ニシテ、法例第七條ニ依ルヘキヤ疑フノ餘地ナシ。而シテ其第三者ニ對スル關係、特ニ對抗條件ニツキテハ規定ノ一致ヲ見ス。佛蘭西民法千六百九十條、獨逸民法第三百九十八條以下、我民法四百六十七條〔註十〕從テ債權讓渡ノ第三者ニ對スル有效條件ニ關スル準據法如何ノ問題ヲ生ス。

1100

〔註十〕 債權讓渡ヲ第三者ニ對抗スルノ條件ニ關スル立法例ハ大別シテ二トナスヲ得ヘシ。(一)ハ債務者ニ對スル讓渡人ノ通知又ハ債務者ノ承諾ヲ要件トスルモノニシテ、我民法第四百六十七條、佛民法第一千六百九十條ハ之ニ屬ス。(二)ハ斯クノ如キ條件ヲ必要トセス、善意ノ第三者保護ノ爲、(イ)内容ヲ變更スルニ非レハ原債權者以外ニ給付スルヲ得サル債權、(ロ)債務者トノ合意ニ依リ讓渡ヲ禁シタル債權、(ハ)差押ヲ禁セラレタル債權ノ讓渡ヲ禁止セルモノニシテ、獨逸民法ハ之ニ屬ス。(第三百九十九條第四百條)

歐洲學者中、或ハ(一)債務者ノ住所地法ヲ債權ノ一般準據法ト前提シ、讓渡ノ有效ナリヤ否ヤハ、畢竟當時債權カ債權者ノ外ニ存スルヤ否ヤニ繫ル。從テ債權讓渡ノ第三者ニ對スル效力ハ債權自體ニ適用セラレヘキ債務者ノ住所地法ト依ル(Bar, Internationales Privatrecht II, S. 79)トシ、或ハ(二)債務者ノ本國法ヲ債權ノ一般準據法ト前

提シ、債權讓渡ノ第三者ニ對スル效力モ亦之ニ從フトナスモノアリ。(Zitelmann, Internationales Privatrecht II, S. 394) 其ニ債權讓渡ノ第三者ニ對スル效力ニ關スル準據法ハ、一般債權ノ準據法ト異ラサルヲ主張セルニ外ナラス。我現行法ハ之ト異リ、債權讓渡ノ第三者ニ對スル效力ニツキ特別ノ準據法ヲ設ケ、一般債權ノ準據法ニ依ルコトナク、債務者ノ住所地法ニ從フ。法例第十二條蓋シ讓渡ニツキ債務者ノ承諾又ハ之ニ對スル通知等ヲ要件トナセルハ、主トシテ債務者保護ノ趣旨ニ出テ、此等ノ手續ハ又債務者ノ住所ニ於テ行ハルルヲ通常トスレハナリ。

惟フニ債權讓渡ハ債權ノ移轉ヲ内容トスル契約ニシテ、債權ノ内容及ヒ效力ヲ變更スルコトナク、其儘之ヲ讓受人ニ移轉スルヲ本旨トス。畢竟唯債權ノ目的タル給付ヲ受クヘキ人ノ變更タルニ止マリ、債權ノ成立ヨリ消滅ニ至ル間ニ生スルコトアルヘキ一態様ニ外ナラサルヘシ。從テ原債權ノ成立及ヒ效力等ヲ支配スヘキ準據法ニ依ルヘク、之ニ依リテ毫モ債務者ニ不利益又ハ不當ノ責任ヲ生スルコトナシ。債務者以外ノ第三者ト雖、苟モ原債權ノ運命ニ特別ノ利害關係ヲ有スルモノタル以上ハ、其利益保護ノ關係上、豫メ原債權ノ準據法ハ之ヲ知ルヲ要スヘク、斯ク