



0018233001

3

0018233-001

329.6-Y262n

日本国際私法論

山口弘一・著

巖松堂書店

上、下巻 第1分冊

1927-1929

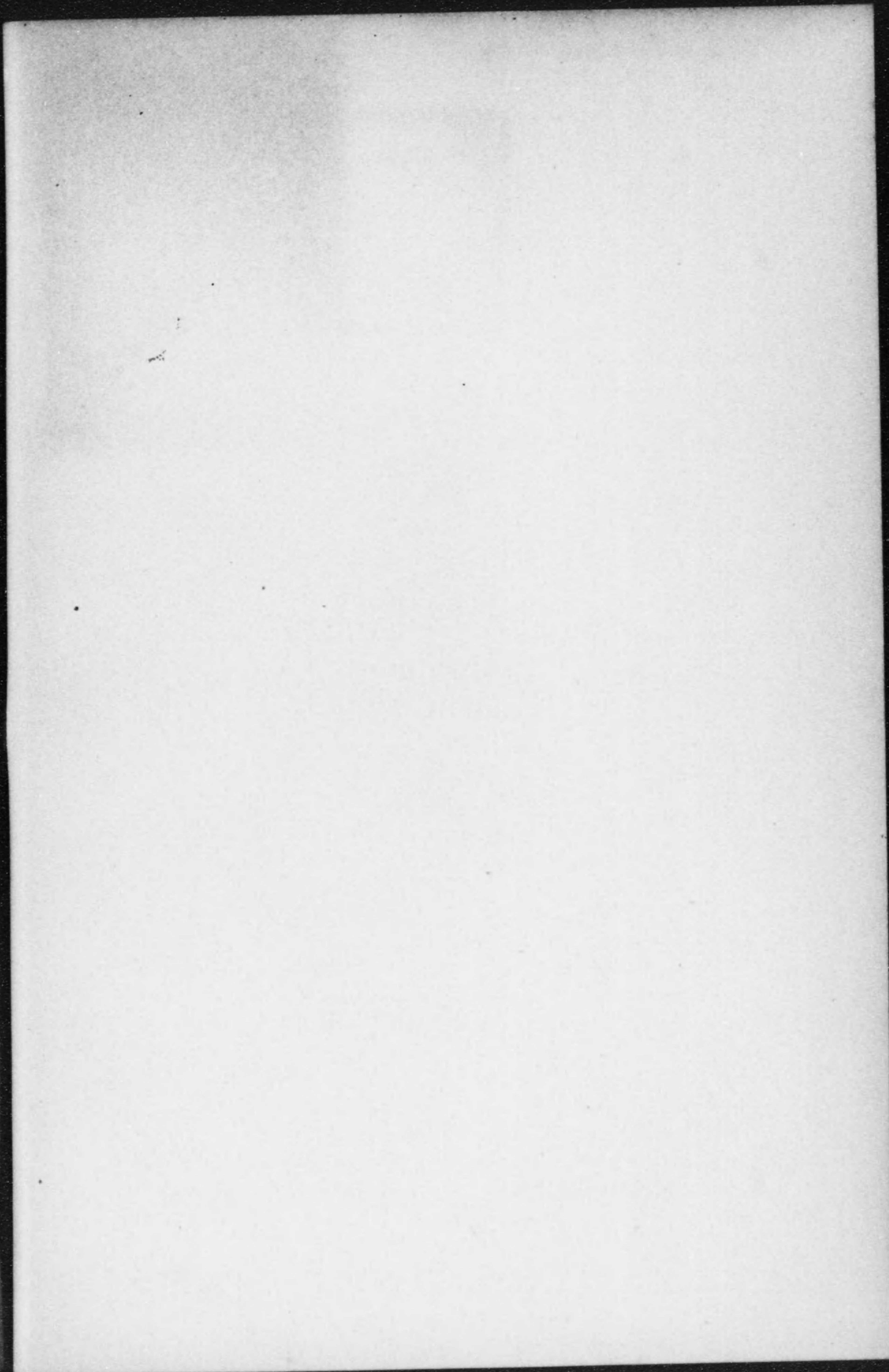
ACJ

この著作物は、著作権者不明のため、著作権法
第67条の規定に基づき、平成12年5月15日
付けで文化庁長官の裁定を受け使用するものです。

謹呈

三浦博士

作者

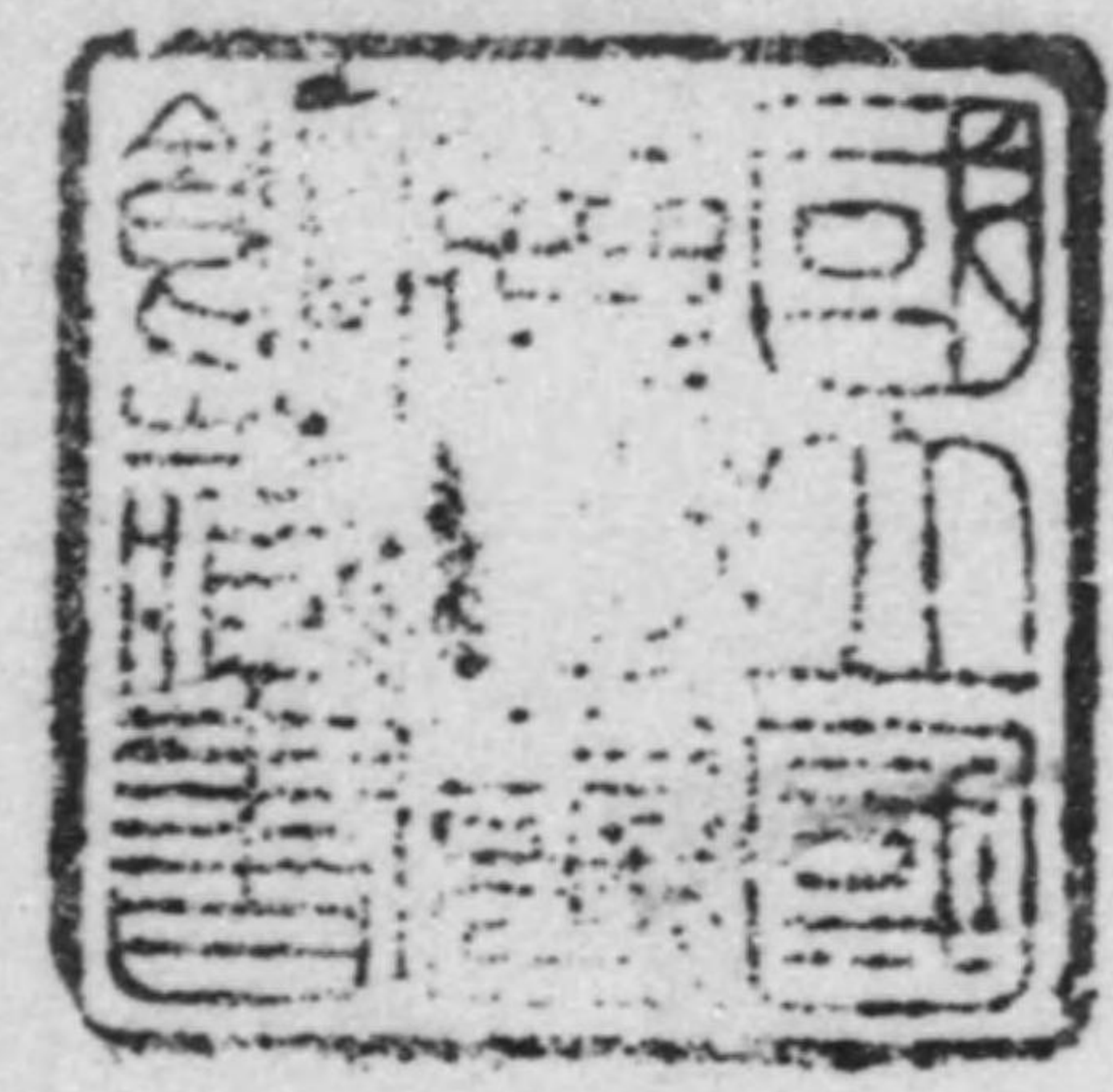


法學博士 山口弘一 著

日本國際私法論
上卷

東京 巖松堂書店 發兌

329.6/262m



例言

一、前版發行以來國際私法ニ關スル内外ノ法令中改正セラレ若クハ新ニ制定セラレタルモノ尠カラズ且ツ此間ニ名著良篇相次デ世ニ出ヅルアリ乃チ著者ハ此等ノ法令及ビ著述ヲ本版中ニ引用シ紹介シ若クハ批評セリ

一、本邦諸大學ノ講義録中敬重スベキモノ固ヨリ鮮カラズ但ダ講述者ノ責任ナキ者ハ其採録ヲ慎ミタリ

一、東京商科大學助教田中誠二君ハ本書ノ校正ニ任ゼラレ藤田知治君ハ材料ノ供給ト印刷ノ董督ヲ司ラレタリ茲ニ謹デ二君ニ深謝ス

昭和元年十二月

著者識

例言



247296

讀書偶獲一說。質諸古人而協焉。徵諸今世而弗悖焉。欣然自喜以爲至理也。他日無事獨坐。窻下倏思之。協焉者猶有不協也。弗悖焉者猶有悖也。是何其見之瞭乎。後而弗眊乎前哉。論事偶獲一義。考諸古人合焉。驗諸今世而弗謬焉。快然自足以爲至道。他日無事獨坐。窻下倏思之。合焉者猶有不合也。弗謬焉者猶有謬也。是何其知之昭于後而昏于前哉。

尾藤 二洲

日本國際私法論 目次

緒言

◎國際私法ノ廣狹二義 ◎涉外の私法關係 ◎法律ノ衝突 ◎國內私法ノ適用 ◎國際私法ト外人法 ◎國際私法ト在外法 ◎外事法 ◎國外法

第一編 總論

第一章 國際私法ノ定義及ヒ性質……………二

◎國際私法ノ定義 ◎涉外の私法關係ノ發生原因 ◎國際私法ト國際法ト相異ナル要點

第二章 國際私法ノ名稱……………三

◎法律ノ衝突ナル語ハ不適當ナリ

第三章 術語……………三

第四章 國際私法ノ研究法(說明法)……………四

第五章 國際私法ノ沿革……………五

目次

一

◎羅馬人ノ世ニハ國際私法ナシ ◎成文的國際私法ノ權輿 ◎日本ノ法例ハミナツメニ一氏ノ說ニ據ル

第六章 各國國際私法の立法例ノ現状……………三六

◎屬人主義 ◎屬地主義 ◎法律關係性質主義

第七章 國際私法學ノ沿革……………四四

◎國際私法學ノ鼻祖ぼるとるす氏 ◎法則學派ノ三大原則 ◎法則說ノ熄ミタル所以 ◎新說 ◎訴訟地法說 ◎法律關係發生地法說 ◎屬地說 ◎本國法說 ◎法律關係性質說 ◎ちてるまん氏ノ說 ◎だいしー氏ノ說 ◎びれー氏ノ說 ◎涉外的私法

第八章 國際私法ノ法源……………五九

◎成文法 ◎慣習法 ◎條約

第九章 國際私法ノ範圍……………六二

◎裁判管轄ヲ定ムルハ國際私法ノ目的ニ非ズ

第十章 國際私法上ニ於ケル外國法……………六四

第一節 外國法ノ性質……………六四

◎涉外的私法關係ニ適用セラルル外國法ハ事實ニ非ズ ◎涉外的私法關係ニ適用セラルル

外國法ハ內國法ノ一部分ナリ

第二節 外國法ノ證明……………六九

◎當事者ハ外國法ヲ説明スル責任アリ ◎裁判所ハ職權ヲ以テ外國法ヲ調査スルコトヲ得

第三節 外國法ノ違背……………七三

◎外國法ノ違背ハ上告ノ理由タルベシ

第四節 外國法適用ノ範圍……………七四

◎國內公安、國際公安 ◎法例ノ規定 ◎善良ノ風俗、公ノ秩序トハ何ゾヤ

第五節 反定條項、轉定條項及ビ間接反定條項……………七九

◎國際私法ノ衝突ヲ解決スル方法ニアリ ◎反定條項、轉定條項ハ國際私法ノ衝突ヲ解決スル國法的方法ナリ ◎反定條項 ◎轉定條項 ◎間接反定條項

第十一章 法例ト國際私法トノ關係……………八八

◎法例ハ例外法ニ非ズ

第十二章 準國際私法……………九〇

第一節 定義……………九〇

◎定義 ◎內國法律衝突ノ發生原因

第二節 名稱……………九四

第三節 沿革……………九六

第四節 準據法及び其適用ノ範圍……………九六
 ◎反定問題 ◎公定問題 ◎轉定問題 ◎間接反定問題

第五節 準據法ノ性質……………一〇一

第六節 法境竝立ノ原因……………一〇一

第七節 日本ノ準國際私法……………一〇三
 ◎臺灣 ◎樺太 ◎朝鮮 ◎關東州 ◎南洋群島

第十三章 國際私法ノ編纂……………一三三
 ◎國際私法ノ編纂ハ學界ノ輿論ナリ ◎國際私法ノ編纂ハ國際私法ノ統一ナリ ◎海牙條約及ビもんでお條約

第十四章 成文的國際私法ノ組織……………一三五
 ◎法例ノ組織ハ獨逸式ナリ ◎本書ガ法例ノ組織ニ倣ハザル理由

第十五章 國際私法ノ研究ト他ノ法律學トノ關係……………一三七

第十六章 國籍……………一二九

緒言……………一二九

◎國籍研究ノ二方法 ◎國籍ノ制度ハ近世ノモノナレドモ大抵各國ニ於テ成文法トシテ之ヲ定ム

第一節 汎論……………一二三

- ◎國籍ノ定義 ◎國籍ノ基礎 ◎民約說 ◎獨逸ノ學說 ◎原始的國籍ノ基礎
- ◎社會契約說ニハ多少ノ眞理アリ ◎西洋ノ天命說 ◎支那ノ天命說 ◎孟子ノ說
- ◎支那古代ノ制度ハ選君制ナルガ如シ ◎日本ノ神國說 ◎國家ノ起源ハ一様ナラズ
- ◎爾後の國籍ノ基礎 ◎日清講和條約中ノ國籍選擇條款ノ特徵 ◎墨子ノ說 ◎樓炭經中ニ見エタル最古ノ社會契約說

第二節 國籍ナル文字……………一三六

◎國籍ナル文字ハ自然人以外ニモ用キラル

第三節 國籍ノ衝突……………一三九

- ◎積極的衝突ト消極的衝突 ◎國籍衝突ヲ解決スルノ必要 ◎我法例ノ規定 ◎同時的衝突ト異時的衝突 ◎法例ハ國籍衝突ノ一部分ヲ看過セリ ◎積極的衝突ノ解決ニ關スル諸說 ◎消極的衝突ノ解決 ◎一國數法

第四節 國籍ノ確定……………一四八

◎我國ニハ國籍ノ確定ヲ司ル機關ナシ

第五節 國籍取得ノ時期……………一五〇

◎懷胎ノ時カ出生ノ時カ

第六節 國籍ノ效果……………一五二

◎外交上ノ保護 ◎國內居住ノ權利 ◎國政參與ノ權利 ◎兵役ノ義務

第七節 國籍ノ取得及ビ喪失……………一五四

第一款 出生ニ因ル國籍取得……………一五四

◎固有國籍ヲ定ムル主義 ◎嫡出子 ◎私生子 ◎無國籍人タル父ノ子 ◎父母ノ分明ナラザル子及ビ國籍ヲ有セザル父母ノ子

第二款 出生後ノ事實ニ因ル國籍取得(取得國籍)……………一六二

◎緣組 ◎歸化 ◎歸化ハ契約ナリ ◎我國ノ學者ハ歸化契約說ヲ認メズ ◎普通歸化 ◎特別歸化 ◎歸化ノ效力發生時期 ◎歸化人ノ權利ノ制限 ◎領地割讓 ◎國家併合 ◎婚姻 ◎認知 ◎國籍取得ノ子ニ對ヘル效力

第三款 國籍ノ喪失……………一八三

◎婚姻 ◎離婚及ビ離縁 ◎自己ノ志望ニ依ル外國ノ國籍取得 ◎認知 ◎國籍拋棄 ◎國籍離脫 ◎國籍喪失ノ效力 ◎本人ニ對スル效力 ◎妻子ニ對スル效力 ◎國籍喪失ノ停止

第八節 國籍回復……………一九五

◎國籍回復ノ意義 ◎國籍回復ノ效力ハ既往ニ遡ラズ

第十七章 住所……………一九六

◎住所ノ衝突ニツアリ ◎住所ニモ亦積極的同時に衝突アリ

第十八章 外國人ノ地位……………二〇三

◎外國人ノ地位ニ關スル四主義 ◎平等主義 ◎條約上ノ相互主義 ◎法律上ノ相互主義 ◎報復主義 ◎各國制度ノ形式上ノ分類 ◎民法第二條 ◎外國人ノ私權制限ノ例 ◎外國人土地法

第二編 國際民法……………二二三

緒言……………二二三

第一章 總論……………二二六

〔甲〕 自然人……………二二六

第一節 權利能力……………二二六

第一款 綜說……………二二六

◎一般的權利能力 ◎特別的權利能力

第二款 一般的權利能力……………二三一

第一項 人格ノ存在……………三三三
 ◎人格存在ノ準據法 ◎涉外的私法關係ノ準據法說 ◎住所地法說 ◎內國法說

第二項 人格ノ發生……………三三八

第三項 人格ノ消滅……………三三〇
 ◎共死 ◎失踪宣告 ◎我法例ノ規定 ◎所謂日本ニ在ル財產 ◎物權 ◎債權
 ◎准物權 ◎所謂日本ノ法律ニ依ルベキ法律關係 ◎死亡 ◎准死

第三款 特別的權利能力……………二四九

第二節 行爲能力……………二五一

第一款 一般的行爲能力……………二五一
 ◎各國ノ成年年齡 ◎能力ノ準據法ニ關スル主義 ◎住所地法主義 ◎本國法主義
 ◎行爲地法主義 ◎效力發生地法主義

第二款 一般的行爲能力制限……………二六四

第一款 民事上ノ禁治產……………二六四
 ◎外國人ニ對シ禁治產宣告ヲ爲ヘコトヲ得ルヤ ◎外國ニ於テ爲シタル禁治產宣告ノ效力

第二款 準禁治產……………二七〇

第三項 刑事上ノ禁治產……………二七一

第四項 妻……………二七九

第五項 不具者……………二七九

第三款 特別的行爲能力……………二八〇
 ◎一般的行爲能力ト特別的行爲能力 ◎法例第三條第三項ノ規定

〔乙〕 法人

第一節 綜 說……………二八三
 ◎法人ノ國籍否認說 ◎法人ノ國籍是認說

第二節 公法人……………二八六

第一款 國家……………二八八
 ◎外國國家ノ人格ヲ認ムル理由 ◎人格不可分說 ◎國家承認說 ◎さへば事件
 ◎當事者能力ニ關スル實例 ◎佛蘭西 ◎白耳義 ◎伊太利 ◎英國 ◎奧太利
 ◎獨逸

第二款 行政區畫……………二九六

第三款 羅馬法王及ビ總教會……………三〇〇

第三節 私法人……………三〇一

第一款 公益法人……………三〇一

第二款 營利法人……………三〇三

- ◎認許說 ◎社員ノ國籍標準說 ◎株式引受地說 ◎會社ノ住所地說 ◎業務中心地說
- ◎本店所在地說 ◎定款上ノ本店所在地說 ◎事實上ノ本店所在地說 ◎民法第三十六條ト設立準據法說 ◎商法第二百五十八條ノ規定 ◎會社法人ノ國籍衝突

〔丙〕法律行為ノ方式……………三二六

- ◎法則學派ノ說 ◎主權說 ◎證明力說 ◎任意服從說 ◎場所ハ行為ヲ支配ス
- ◎法例第八條ノ規定 ◎本則ニ依ルコトヲ要スル法律行為 ◎物權其他登記スベキ權利
- ◎法律行為ノ方式トハ何ゾヤ ◎法例第八條ニ所謂法律行為ノ效力ノ意義 ◎意思表示ノ方法タル方式ガ準據法ニ違反シタル場合ノ效力 ◎行為地法ニ依ルコトヲ要スル場合
- ◎本國法ノ方式ヲ避脫シタル場合ノ效力

日本國際私法論



法學博士 山口 弘 一 著

緒言

國際私法ノ廣狹二義

國際私法ナル語ニハ廣狹二義アリ廣義ノ國際私法トハ内容ヲ異ニスル數國ノ法律ニ關係アル事實ニ對シ何レノ國法準據法ヲ適用スベキヤヲ定ムル規範ヲ謂フ即チ民事訴訟後見婚姻手形海難救助船舶衝突等ニ關スル諸條約準據法ニ關スル超國家的理論及ビ準據法ヲ定メタル公法(例ヘバ民事訴訟法第四四條)及ビ私法ヲ包含ス

狹義ノ國際私法即チ涉外私法トハ内容ヲ異ニスル内外私法ニ關係アル事實(涉外的私法關係)ニ對シ其内外私法中何レヲ適用スベキヤヲ定ムル私法ニシテ本書ノ

緒言

一

渉外的私
法關係

取扱フモノ是レナリ

渉外的私法關係ハ所謂外國的要素ヲ有スル私法關係 (les rapports de droit privé, qui contiennent un élément étranger 例 Valery, 3.)ト同視スベカラズ蓋シ渉外的私法關係ハ常ニ外國的要素ヲ有ス然レドモ外國的要素ヲ有スル私法關係ハ必ズシモ渉外的ニ非ズ外國的私法關係即チ是レナリ故ニ外國的要素ヲ有スル私法關係ハ渉外的私法關係ニ比シテ其範圍廣汎ナリ之ヲ要スルニ渉外的私法關係ハ一個ノ事實ガ内外私法ニ關係アル場合ニ生ズ之ニ關スル外國私法ノ數ハ問フ所ニ非ズ

法律ノ衝
突

吾人ハ此ノ如ク内外私法ガ一個ノ事實ニ關係スル状態ヲ形容シテ法律ノ衝突 (Conflict of laws, conflit des lois)ト云フ然ルニ英米等ノ學者(例, 1. icy, Story, Minor)ガ國際私法ニ法律ノ衝突ナル名稱ヲ附スルハ誤レリ何トナレバ國際私法ハ法律ノ衝突其モノニ非ズシテ之ヲ解決スル手段ナレバナリ

法律衝突ノ根據如何學者之ヲ主權ノ衝突ニ歸セリ以謂ヘラク内外人ガ例ヘバ內國ニ於テ契約ヲ爲ストキハ內國ノ主權ハ其契約ニ付キ日本法律ノ適用ヲ要求シ外國人ノ本國ノ主權ハ其契約ニ付キ本國法ノ適用ヲ要求スベシ茲ニ於テ主權ノ

衝突起ル故ニ本説ニ依ルトキハ法律ノ衝突ハ形容ニ非ズシテ實在的ナリ然ルニ本説ハ次ノ缺點ヲ有ス

(一) 本説ハ無國籍人ニ關スル渉外的私法關係ノ發生ヲ説明スル能ハズ蓋シ無國籍人ニハ本國ナケレバナリ然ルニ無國籍人ニ付テモ亦法律ノ衝突ヲ生ズ(法例第二七條二項)

(二) 國際私法ハ各國私法ノ内容ノ不一致ヲ前提トス各國私法ノ内容ガ統一セラ
ルル時ハ國際私法消滅ノ時ナリ然ルニ法律ノ衝突ガ果シテ主權ノ衝突ナルニ
於テハ同一ノ内容ヲ有スル法律ノ間ニモ亦主權ノ衝突アリト謂ハザルベカラ
ズ何トナレバ外國人ノ本國ガ其臣民主權ニ依リ本國法律ノ適用ヲ要求シ外國
人在留國ガ自國ノ主權ニ依リ自國法律ノ適用ヲ要求スルコトハ法律ノ内容ニ
由リテ異ナルモノニ非ザレバナリ故ニ本説ニ依ルトキハ各國私法ノ内容ガ一
致スル後ニ於テモ亦國際私法ノ存在ヲ必要トスル結論ヲ生ズ殊ニ國際私法ヲ
以テ國內法ナリトスル學說ガ尙ホ主權衝突ノ解決ヲ以テ國際私法ノ任務ナリ
ト爲スハ各國ニ於ケル國際私法ノ内容ヲ無視スルモノナリ抑モ國內法タル國

際私法ヲ以テ主權衝突ノ解決ヲ爲スト云フハ是レ衝突スル主權ノ力ガ同一ナリトノ前提ニ出ヅ何トナレバ其間ニ強弱ノ差アルニ於テハ強力ハ弱力ヲ壓倒スルガ故ニ其衝突ハ自然ニ解決セラレ國際私法ヲ要セザルナリ例ヘバ一方ノ主權ノ力ヲ1トシ他方ノ主權ノ力ヲ2トスレバ其衝突ハ暫時ニシテ解決セラレ即チ2ハ1ヲ壓倒スベシ然ルニ兩者ノ力ヲ共ニ1トスルトキハ其衝突ハ一方ノ讓歩ニ由リテノミ解決スルコトヲ得ベシ換言スレバ內國法ノ適用ヲ拋棄シ唯ダ外國法ヲ適用スルノミ然ルニ斯ノ如キ國際私法ハ今日何レノ國ニモ存在セズ是レ國際私法ヲ以テ主權衝突ノ解決法ト爲ス說ノ謬レル所以ナリ但シ一個ノ事實ニ數個ノ法律ガ關係スル狀態ヲ形容シテ法律ノ衝突ト云フコトアリ余ハ本書ニ於テ此意味ニ於テ法律ノ衝突ナル語ヲ用フ

(三) 國際私法ヲ以テ國際法ナリトスルトキハ其任務ヲ以テ主權衝突ノ解決ナリトスルモ當レルガ如シ然レドモ此考ハ所謂國際公法ノ任務ヲ無視スルモノナリ國際公法ニ曰ク「臣民主權ハ領土主權ニ抗スル能ハズ」(同說 List § 11) 既ニ此原則アリ國家ハ外國人ノ本國法ヲ排斥シ以テ其法律ヲ適用スルコトヲ得ルコ

ト言フ俟タズ果シテ然ラバ何ノ必要アリテ國際法タル國際私法ヲ用キンヤ私法殊ニ民法ハ其性質上當然内外人ニ等シク適用セラルルコトハ今日ノ通說ナリ然レドモ余ハ之ヲ認メズ殊ニ民法第二條ハ通說ノ根據ナルガ如キモ同條ハ單ニ外國人ノ人格ト其享有スル私權ノ範圍ヲ定メタルニ過ギズ民法ノ全部ヲ外國人ニ適用スル旨ヲ宣言シタルニ非ズ例ヘバ婚姻適齡ノ規定ハ國民ノ生理的狀態ヲ標準トシテ定メタルモノナリ即チ其目的トスル所ハ日本ノ臣民タル男女ノ婚姻ナリ他言ヲ以テ之ヲ云ヘバ民法ハ內國の私法關係ヲ定メタルモノニシテ内外人間又ハ外國人間ノ婚姻ハ其想像セザル所ナリ然ルニ民法ガ此等ノ婚姻ヲ想像セザルノ故ヲ以テ之ヲ單純ナル事實ト見ルトキハ國際交通ヲ阻害シ延イテ國家ノ不利益トナルベシ故ニ國家ガ國際交通ヲ開キタル精神ヨリ打算スルトキハ此事實ニ最モ密着ノ關係アル法律ノ中ヨリ其最モ適當ナルモノヲ選ンデ (Choice of Law) 之ヲ適用セザルベカラズ密着ノ關係アル法律ノ範圍ハ後ニ述ブル所ノ涉外的私法關係ノ發生原因ニ由リテ定マル之ヲ要スルニ法律衝突ノ根據ハ一定ノ法律ハ國籍住所等ノ關係ニ因リ他ノ法律ニ比シテ涉外的事實(即チ涉外的私法關係)

ニ密接スト云フニ歸着ス更ニ詳カニ言ヘバ本國、住所地等ノ法律ハ他ノ法律ヨリモ涉外的事實ニ關係深キガ故ニ國際私法ハ此等ノ法律ノ中ヨリ最モ適當ナルモノヲ選ンデ之ヲ涉外的事實ノ準據法トシテ適用スルナリ

本書ノ目的タル國際私法ハ日本ニ行ハルル一ノ私法ニシテ之ヲ構成スルモノハ法例(第三條以下)商法施行法(第一二五條第一二六條)ノ外著作物、工業所有權船舶衝突、海難救助等ノ條約中ニ於ケル衝突規定及ビ成文ノ缺陷ヲ填補スル條理ナリ我國際私法ハ他ノ國內法ト同ジク我國家ノ利益ノ爲メニ存在シ外國殊ニ國際團體ノ爲メニ存在スルモノニ非ズ然レドモ多數ノ國內法ト異ナル所ハ國際交通ノ產物タルノ點ニ在リ而シテ國際交通ハ外國人ヲ私權享有上內國人ト同視スルニ因リテ善ク其效果ヲ收ムルコトヲ得(内外人平等主義)ルト云フ考ハ實ニ我國際私法ノ基礎ヲ爲スモノナリ但シ余ハ此考ニ賛成セズ(本書第一編第七章末段參照)

國際私法ハ所謂外人法ト混視セザルヲ要ス外人法(Fremdenrecht)ハ外國人ニ關スル事項規定ニシテ公法アリ私法アリ民事訴訟法第八十八條第九十二條、破産法第二條、刑法第三條第二項第九十條第九十一條、裁判所構成法第一百十八條、外國人ノ署名

國際私法
ト外人法

捺印及ヒ無資力證明ニ關スル法律(明治三十二年法律第五〇號著作權法第二十八條特許法第三十二條、不動産登記法施行細則第二十五條第四十四條ノ四及ビ五、明治三十二年法律第七十一號、民法第二條第三十六條第四十九條第七百九十五條、商法第二百五十五條乃至第二百六十條、擔保附社債信託法第十七條、外國人土地法、永代借地權法、國籍喪失者ノ權利ニ關スル法律、外國人ノ縁組及ビ入夫婚姻ニ關スル法律、外國保險會社ニ關スル勅令等是レナリ外人法ト國際私法トノ差異點ヲ擧グレバ

(一) 外人法ハ事項規定ナレドモ國際私法ハ所謂衝突規定(Kollisionsnorm)ナリ即チ外人法ハ外國人ニ關スル事項ヲ直接ニ定メ他ノ法律ノ適用ヲ定ムルモノニ非ズ然ルニ國際私法ハ或ル事項ヲ直接ニ定メズシテ一定ノ民事規定又ハ商事規定ヲ適用シ以テ間接ニ之ヲ定ム故ニ間接法又ハ適用規定ノ名アリ之ヲ衝突規定ト云フハ外形上恰モ法律衝突ノ解決ヲ以テ其任務ト爲ス如クナレバナリ

(二) 外人法ハ外國人ノミニ關スル規定ナレドモ國際私法ハ外國人ノミナラズ內國人ニ關係ス

國際私法
ト在外法

(三) 外人法ニハ公法アリ私法アレドモ國際私法ハ常ニ私法ナリ
國際私法ハ又在在外法ト混視セザルヲ要ス在外法トハ外國ニ在ル日本人又ハ日本
ノ法人ニ關スル事項規定ニシテ公法アリ私法アリ公法ニ屬スルモノハ刑法、民事
訴訟法等ニ散見ス私法ニ屬スルモノハ民法第七百七十七條第八百五十條第千八
十六條等ナリ國際私法ト在外法トノ差異點ヲ擧グレバ

(一) 在外法ハ事項規定ナレドモ國際私法ハ衝突規定ナリ

(二) 在外法ハ日本人又ハ日本法人ノミニ關スル規定ナレドモ國際私法ハ内外人
ニ關ス

(三) 在外法ニハ公法アリ私法アレドモ國際私法ハ常ニ私法ナリ

次ニ外事法モ亦國際私法ト異ナル蓋シ事項規定ニシテ且公法ナレバナリ外事法
トハ公法上ノ人格者タル外國國家ニ關スル規定ニシテ例ヘバ外國判決ノ執行ニ
關スル規定(民事訴訟法第五一四條)破産法第三條第二項、外國裁判所ノ囑託ニ因ル
共助法ノ如キ是レナリ

國際私法モ亦國際私法ト異ナル國際私法トハ日本ノ法人等ガ外國ニ於テ爲ス一定ノ

外事法

國際私法

行爲ニ關スル規定ニシテ商法第二百四條ノ三第二項、民事訴訟法第二百八十一條
等ノ如シ

同一ノ規定ガ右ニ分類シタル法律ニ同時ニ屬スルコトアリ

參照 Despagne, Précis de droit international privé (4me éd.) 9; Pillet, Principes de droit
international privé, 1903; Vaugois, du rôle et de la formation du droit int.
privé, 1883; Rohs, Einführung in das intern. P. R., 1911; Hamaker, das int.
P. R., seine Ursachen u. Ziele, Vortrag, 1878; Harrison, On Jurisprudence and the
Conflict of Laws, 1919; Octavio, Le droit international privé dans la législation Brésienne;
Hibbert, International private Law or the Conflict of Laws, 1918; Surville-Arthurs,
Cours élément. de droit international privé, 1923; Walker, Internationales Pr.
R., 1922; K. Neumeyer, Internat. P. R. Pillet-Niboyet, Manuel de dr. int. pr. 1924;
Flier, Aperçu de la jurisprudence néerlandaise en matière de dr. int. pr. en 1922; Pillet, Tr.
pratique de droit international privé, 1923-1924; A. Weiss, Manuel de dr. int. pr., 9me
éd.; P. Pouillet, Manuel de dr. int. pr. Belge; P. Arminjon, Précis de dr. int. pr. I, 1925.

寺尾博士著國際私法一頁以下、跡部博士著國際私法論、館田學士著國際私法、佐々野學士著日本國際私法、入江學士著國際私法、福原平岡二學士著國際私法、佐々穆氏著國際私法要義、高井忠夫氏著日本國際私法講義案泉博士著國際私法講義

第一編 總論

第一章 國際私法ノ定義及ビ性質

國際私法
ノ定義

定義 國際私法(涉外私法)トハ内容ヲ異ニスル内外私法ニ關係アル事實(涉外的私法關係)ニ對シ其内外私法中何レヲ適用スベキヤヲ定ムル私法ヲ謂フ

第一 國際私法ハ涉外的私法關係ヲ定メタルモノナリ

凡ソ私法關係ハ之ヲ分ツテ三ト爲スベシ曰ク內國的私法關係曰ク外國的私法關係曰ク涉外的私法關係是レナリ(イ)內國的私法關係トハ日本ノ私法ノミニ依リ管轄セラルル法律關係ニシテ全然外國ノ法律ニ關係ナキモノナリ例ヘバ日本人ガ他ノ日本人ト日本ニ於テ婚姻ヲ爲シ又ハ契約ヲ爲ス場合ノ如キ是レナリ(ロ)外國的私法關係トハ外國私法ノ下ニ起リタル法律關係ニシテ全ク日本ノ法律ニ關係ナキモノナリ例ヘバ外國人ガ外國ニ於テ外國人ト縁組ヲ爲シ又ハ婚姻其他ノ法律行為ヲ爲シタル場合ノ如キ是レナリ外國的私法關係ニ關係スル外國ノ法律ハ一ナルヲ要セズ英國ニ於テ英國人ガ他ノ英國人ト婚姻スルトキハ其婚姻ニ關係

涉外的私法關係ノ發生原因

スルモノハ唯ダ英國ノ法律ノミニシテ英國ヨリ觀レバ內國の私法關係ナレドモ我國ヨリ觀レバ外國の私法關係ナリ然ルニ此婚姻ガ英佛人間ニ行ハレタルトキハ英佛二國ノ法律ガ之ニ關係スルガ故ニ英佛兩國ヨリ觀レバ涉外的私法關係ナレドモ日本ノ法律ニ關係ナキガ故ニ日本ヨリ觀レバ外國の私法關係ナリ(ハ)涉外的私法關係トハ一方ニ於テハ日本ノ私法ニ關係シ他ノ一方ニ於テハ外國ノ私法ニ關係スル所ノ法律關係ナリ

內國の私法關係ト外國の私法關係トハ俱ニ國際私法ニ關係ヲ有セザルモノニシテ國際私法ノ對象タルモノハ獨リ涉外的私法關係アルノミ涉外的私法關係ハ果シテ如何ナル原因ニ因リテ生ズルヤ其原因蓋シ七アリ

(一) 當事者ノ國籍不同

日本人ガ日本ニ於テ互ニ契約スル場合ニハ其法律關係タルヤ內國の私法關係ナリト雖モ其相手方ガ外國人ナルトキハ其關係タルヤ涉外的ナリ此場合ニハ當事者ノ國籍ガ同シカラザル爲メ其法律關係ガ涉外的ト爲ルモノニシテ其契約ニハ日本ノ法律ヲ適用スベキヤ或ハ外國人ノ本國法ヲ適用スベキヤノ問題

ヲ生ズベシ即チ學者ガ所謂法律衝突又ハ法律牴觸ノ問題ヲ生ズベシ但シ國際私法ヲ以テ異國籍者間ノ關係ヲ定メタル法則ト爲ス說(例) *Cimbali, Clunet, 1898p. 9*、國際私法ノ一端ヲ觀察セルノミ

(II) 行爲地

日本人ガ日本ニ於テ互ニ契約ヲ爲ストキハ其契約タルヤ內國のナリト雖モ外國ニ於テ契約ヲ爲シタルトキハ其行爲地ガ外國ナルノ故ヲ以テ内容ヲ異ニスル日本ノ法律ト行爲地ノ法律トノ間ニ衝突ヲ生ズベシ外國ニ於テ日本人ガ他ノ日本人又ハ外國人ニ對シ不法行爲ヲ爲シタル場合若クハ外國人ガ外國ニ於テ日本人ニ對シ不法行爲ヲ爲シタル場合ニモ亦内外法律ノ衝突ヲ生ズ同一ノ國籍ヲ有スル外國人ガ日本ニ於テ契約ヲ爲シ又ハ甲國ニ屬スル外國人ガ日本ニ於テ乙國ニ屬スル外國人ニ對シ不法行爲ヲ爲シタル場合亦同シ其他事務管理地ガ日本ニシテ本人及ビ管理者ガ外國人ナル場合、本人又ハ管理者ガ外國人ナル場合並ニ事務管理地ガ外國ニシテ本人及ビ管理者ガ日本人ナル場合、本人又ハ管理者ガ日本人ナル場合等ニ於テモ内外法律ノ衝突ヲ生ズ

(三) 行爲ノ目的物ノ所在地

例へば余ガ北米合衆國ニ於テ所有スル不動産ヲ日本ニ於テ日本人ニ賣渡ス場合ノ如キ又ハ外國ニ存在スル日本人ノ所有物ヲ日本ノ領地内ヨリ不法ニ燒棄スル場合ノ如キ是レナリ此場合ニハ日本ノ法律ト目的物所在地法トノ間ニ衝突ヲ生ズ

(四) 訴訟

外國的私法關係ニ基キ日本ニ於テ訴ガ提起セララルトキハ日本ノ法律ハ訴訟地法トシテ外國ノ法律ト衝突ス例へば外國ニ於テ婚姻ヲ爲シタル外國人ノ夫婦ノ一方ガ日本ニ於テ離婚ノ訴ヲ提起シタル場合ノ如シ此場合ニハ外國的私法關係ガ一變シテ涉外的ト爲リタルモノナリ

(五) 事件

例へば日本人ガ外國ニ於テ死亡スルトキハ之ガ爲メニ死亡地ノ法律ト日本ノ法律トガ相續問題ニ付キ衝突ス不當利得地ガ日本ニシテ受益者及ビ被害者ガ外國人ナル場合若クハ受益者又ハ被害者ガ外國人ナル場合並ニ不當利得地ガ

外國ニシテ受益者及ビ被害者ガ日本ナル場合若クハ受益者又ハ被害者ガ日本人ナル場合ニ於テモ内外法律ノ衝突ヲ生ズ

(六) 住所地又ハ居所地

例へば外國ニ於テ住所ヲ有スル債務者ニ對スル債權ヲ日本ニ於テ讓渡ストキハ債務者ニ對スル其效力ニ付キ日本ノ法律ト債務者ノ住所地法トガ衝突ス又日本ニ於テ居所ヲ有スル外國人ガ心神喪失ノ常況ニ陥リタル場合ニ内外法律中孰レニ依リテ禁治産ノ宣告ヲ爲スベキヤノ問題ヲ生ズベシ

(七) 履行地

例へば日本ニ於テ日本人間ニ締結シタル契約ノ履行地ガ外國ナル場合ニハ其契約ハ契約地ニシテ且ツ當事者ノ本國タル日本ノ法律ト履行地タル外國ノ法律トニ關係スベシ

一定ノ私法關係ガ涉外的ナルヤ否ヤハ(四)ヲ除ク外ハ其關係發生ノ時ニ定マル

第二 國際私法ハ選擇法ナリ

一個ノ事實ニ關係スル内外私法ガ其内容ヲ異ニスル結果孰レカ其一ヲ選ンデ之

ヲ適用スル要求生ズ此要求ニ應ズルモノハ國際私法ナリ例ヘバ我成文的國際私法タル法例第三條第一項ニ「人ノ能力ハ其本國法ニ依リテ之ヲ定ム」トアリ本國法ハ或ハ日本ノ法律ナルコトアリ(當事者ガ日本人ナルトキ)或ハ外國ノ法律ナルコトアリ(當事者ガ外國人ナルトキ)即チ能力ナル事實ニ日本ノ法律ト外國ノ法律トガ關係スル場合ニ我國際私法ハ當事者ノ本國法ヲ選ンデ能力ニ適用ス

第三 國際私法ハ國內法ナリ

凡ソ國內法ハ制裁アル規範ヨリ組織セラルルモノナリ國際法(國際私法)及ビ一國ノ禮モ亦規範ヨリ組織セラルト雖モ制裁ヲ缺ク是レ國內法ト異ナル所以ナリ

第四 國際私法ハ私法ナリ

個人ノ地位ヲ定メタル法律ヲ私法ト云フ國際私法ナルモノハ一定ノ事實ニ民法商法等ノ私法ヲ適用シ以テ間接ニ個人ノ地位ヲ定メタルモノナルガ故ニ其私法タルヤ明カナリ(間接法)例ヘバ法例第三條第一項ニ「人ノ能力ハ其本國法ニ依リテ之ヲ定ム」トアリ是レ日本人ハ二十年ヲ以テ成年トス獨逸人ハ二十一年、那威人ハ二十四年ヲ以テ成年トス云々ト規定スルト毫モ異ナル所ナシ立法者ハ各國ノ成年

ニ關スル規定ヲ一々列擧スルコト能ハザルガ故ニ本國法ナル文字ヲ用ヒタルフミ即チ實質上ニ於テハ國際私法モ亦個人ノ地位ヲ定メタルモノニシテ民法、商法ト毫モ擇ブ所ナシ故ニ曰ク國際私法ハ私法ナリト

參照 富井博士著民法原論第一卷一七頁以下、松本博士著人法人及物二頁以下、中島博士著民法釋義卷之一、八頁以下

Zitelmann ガ公法ハ國家對個人ノ利益衝突ヲ解決スル規則ニシテ私法ハ個人對個人ノ利益衝突ヲ解決スル規則ナリト云フハ新說ニ非ズ(Die Rechtsfragen der Luftschiffahrt, S. 20)

今日英米並ニ獨逸ニ於ケル一部ノ學者ハ國際私法ヲ國內法ナリト斷定スレドモ歐洲大陸就中佛國ノ學者ハ之ヲ國際法ナリト主張セリ(註一參照) 千九百十二年 Christiania ニ開催セル國際法學會(Institut de droit international)亦國際法說ヲ是認セリ然レドモ二者ノ間ニハ著シキ差異アリ今其主ナル點ヲ擧グレバ左ノ如シ

(一) 國際私法ニハ制裁アリ

國際私法ニ制裁アルハ猶ホ民法、商法等ノ國內法ニ制裁アルガ如シ國際法ニハ制裁ナシ(同說 Poulet, Man., 1925, p. 6)學者或ハ戰爭ヲ以テ國際法上ノ制裁ト爲ス

國際私法
ト相異ナ
ル要點ナ

者アレドモ (Martens, Völkerrecht, I, S. 14) 制裁ナルモノハ違法行爲ヲ失効セシメ又ハ背法者ニ害惡ヲ與フルカヲ謂フ然ルニ戰爭ニ在リテハ強者常ニ勝チ弱者必ズ敗ル是故ニ背法者ガ戰勝ノ利澤ニ浴セシ例枚擧スルニ違アラズ是ニ於テまゐるてんす (Martens, Völkerrecht, I, S. 14) ハ戰爭ヲ以テ曩日ノ決闘ニ比セリ蓋シ國內法上ノ制裁ハ決闘ヨリ變化シテ主權者ノ制裁ト爲リタレバナリ然レドモ此理ハ以テ國際法ニ移スベカラズ何トナレバ國際上ニ主權者アルハ即チ國際法消滅ノ秋ナレバナリ又第三國ノ干涉ヲ以テ制裁ナリト唱フル者アルモ亦從フベカラズ (Oppenheim, International Law, 2nd ed. I, § 9) 何トナレバ干涉ヲ爲スト否トハ第三國ノ自由ナレバナリ況ンヤ干涉ハ必ズシモ效驗アルモノニ非ザレバナリ

(二) 各國ノ立法者ハ隨意ニ國際私法ノ規定ヲ變更スルコトヲ得レドモ國際法ハ各國ガ單獨意思ヲ以テ變更スルヲ得ザルナリ

(三) 國際私法ガ國內法トシテ行ハルル事實ハ明白ナリ即チ成文法ヲ以テ之ヲ定メタル場合ハ勿論成文法ナキ場合ニ於テモ判決例ガ能ク其存在ヲ證明セリ然ルニ國際私法ガ國際法トシテ各國ノ間ニ行ハルル事實ハ之ヲ證明スルコトヲ

得ザルナリ

(四) 國際法ハ所謂國際團體間ニ行ハルルモノナリ(立博士著國際法ノ基本觀念ニ七頁以下參照)然ルニ此團體ニ加入セザル國ノ法律ト雖モ苟モ日本ノ法律ト衝突スル場合ニ於テハ國際私法ニ依リテ之ヲ解決セザルベカラズ

(註一) 近時佛國學者中ニ國際私法ヲ以テ國內法ト爲ス者アリ例ヘバ ゑみいゆ、じよるだん氏 (Emille Jordan) ノ如キ是レナリ (Rev. d. dr. int. pr. 第二卷第二號ニ於ケル屬人法ニ關スル同氏論文ノ冒頭)

(註二) v. Bar ハ國際私法ヲ以テ私法關係ニ關スル國家ノ立法權限 (及ビ國家機關ノ權限) ヲ定ムルモノト爲セドモ (Holzendorff, Encyclopaedie d. R. W., 6. Aufl. II, S. 1) 此說タルヤ事實ニ反ス又國際私法ヲ以テ内外私法ノ適用區域 (Anwendungsbereich) ヲ定ムル法則ナリト爲ス說ハ吾人ガ往々聞ク所ナレドモ (例、Niemeyer, das int. P. R., S. 11; Walker, S. 15) 所謂區域トハ地理的範圍ノ謂ナリヤ果シテ然ラバ是レ國際法ノ已ニ定ムル所ナリ法律ハ外國ニ行ハレズ法律適用ノ區域ハ彼ノ如ク明ナリ吾人何ゾ國際私法ヲ須ヒンヤ是ニ於テ之ヲ國際私法ノ適用ヲ受クル人ト解センカ國際私法ノ内容ニ牴觸スルヲ如何セン何トナレバ今

日ノ國際私法ハ人ニ依リテ準據法ヲ定ムルモノニ非ザレバナリ更ニ之ヲ内外私法ヲ適用スベキ事實(即チ涉外的私法關係)ト解スルトキハ意味明白ナレドモ區域ナル語ノ普通ノ意味ト相距ルコト遠シ寧ロ余輩ノ如ク涉外的私法關係ト直言スルニ如カズ要スルニ適用區域ナル語ハ曖昧ナリ

(註三) 國際私法ノ性質ニ付テハ國際法說、國內法說、世界法說、國際法國內法兩屬說等アリ國內法說ノ中ニモ公法說、私法說、特種法說等アリ公法說ノ論據ハ一ナラズち一テるまん氏ハ國內的國際私法ヲ以テ裁判官ニ對スル法律適用ノ國家命令ナリト爲シ以テ之ヲ公法ナリト斷定ス(Internationales Privatrecht I, S. 199)此論從フベカラズ凡ソ一定ノ事實ガ涉外的私法關係ナルヤ否ヤハ其發生ノ當時個人ニ對シテ定マルモノニシテ裁判官ハ爾後既定ノ事實ヲ宣明スルニ過ギズち氏ノ說ニ依ルトキハ裁判前ニ於テハ人民ハ涉外的私法關係ノ標準ヲ有セザルナリ Chibichowski ハ曰ク國際私法ハ私法ノ適用ヲ定ムルモノナルガ故ニ私法ニモ非ズ特種ノ法ナリト(Niemeyer's Zeitschrift XX S. 370)思フニ法律ヲ公私ノ二種ニ區別スルハ徒ニ羅馬法學ヲ蹈襲スルモノニシテ第三種ノ法アルコトハ否定スベカラズ但ダ國際私法ガ適用規定ナルノ故ヲ以テ直チニ之ヲ特種ノ法律ト爲スハ外形ニ由テ性質ヲ速斷スルノ

論ナリち氏ハ更ニ一步ヲ進メテ適用規定ガ公私ノ二法ニ屬セザル所以ヲ説明セザルベカラズ Cimbali ハ以謂ヘラク人ハ其生存ノ必要上到ル處ニ私權ヲ行使セザルベカラズ故ニ各國臣民間ノ關係ヲ定ムル國際私法ハ世界法ナラザルベカラズト(Clunet, 1898 p. 7)此考ハ近キ將來ニ於テ庶幾スベカラズち一テるまん氏ハ國際私法ニ國內的ノモノト國際的ノモノアルコトヲ主張スレドモ(I. Pr. R., I, S. 73 ff.)氏ハ一方ニ於テ國際的國際私法ノ實在ヲ否定セツ(I. Pr. R., I, S. 72)

(註四) 法ヲ分チテ公法、私法及ビ混合法ノ三種ト爲セシハふるはるち一ニ始マルカ(Savigny, I S. 60 No.)

(註五) 國際法(公法)ニ違反スル國際私法ハ國內法トシテ國民ヲ拘束スルコト民法、刑法等ノ他ノ國內法ガ國際法ニ違反スル場合ト異ナラズ但シ國際私法ガ國際法ニ違反スルヤ否ヤノ疑アル場合ニハ違反セザルモノト解スベシ是レ亦他ノ國內法ト異ナル所ナシ

第二章 國際私法ノ名稱

國際私法ノ名稱ハ甚ダ多ク一々之ヲ掲グルヲ得ザルカ故ニ此處ニ其最モ顯著ナ

ルモノヲ紹介スベシ

第一 國際私法

此語ハ我國ニ廣ク行ハルルモノナレドモ各國間ニ統一の私法(民法又ハ商法)ノ存在スルコトヲ想像セシムルガ故ニ不適當ナリ

(註) 此語ハ恐クハ Internationales Privatrecht 又ハ其譯語 International Private Law ヲ譯シタルモノナラン

第二 法律ノ衝突

主トシテ英米佛ノ學者ガ用フル所ナリ此語モ亦不適當ナリ何トナレバ國際私法ハ法律ノ衝突其モノニ非ズシテ法律ノ衝突ヲ解決スル規則ナレバナリ但シ一個ノ事實ニ數國ノ法律ガ關係スル状態ヲ形容スル爲メニ此語ヲ用フルコトアリ余ノ如キハ即チ是レナリ

(註) 此語ノ原語タル Conflict of Laws, conflict des lois, Statutencollision, Gesetzeskollision 等ハ法則學派ガ嘗テ用ヒタル collisio legum, conflictus legum ノ譯語ナリ Kahn 〱 collisio statutorum ナル語ヲ案出セリ

法律ノ衝突
ハ不適當
ナリ

第三 涉外私法

余ハ此名稱ヲ適當ナルモノト信ジテ多年之ヲ使用セリ山田博士ノ説ニ依レバ(大正十三年度帝大講義穗積陳重博士亦夙ニ此名稱ヲ選用セラルト云フ

(註) Private International Law, droit international privé (私的國際法ト譯スベシ)ナル語ハ國際法ニ公私ノ二種類アルコトヲ唱道シタル Foelix ノ考ヲ基礎ト爲スモノニシテ事實ニ反スル氏ハ國際法ヲ分チテ公私ノ二ト爲シ公法ノ衝突ヲ解決スル規則ハ國際公法ニシテ私法ノ衝突ヲ解決スル規則ハ國際私法ナリト云ヘリ(Foelix-Demangeat, Tr. du. dr int. pr., 4me éd. p. 1)

參照 Bar, Theorie und Praxis des Internat. P. R., I, 6; Dicey, A Digest of the Law of England with reference to the Conflict of Laws, (2nd ed.) p. 12; Holland, Jurisprudence (10th ed.) p. 406 跡部博士著國際私法論緒論第四章

第三章 術 語

第一 訴訟地法又ハ法廷地法 (lex fori)

訴訟地法又ハ法廷地法トハ裁判所所在地ノ法律ヲ謂フ從來ノ學者ハ往々總テノ涉外的私法關係ニ訴訟地法ヲ適用スベキモノト思考セシガ今日ノ學者ハ訴訟地法ヲ適用スベキ場合ヲ制限セリ我成文的國際私法タル法例モ亦此ノ如キ考ヲ基礎トセリ法例中訴訟地法ノ適用ヲ定メタル例ヲ舉グレバ第四條乃至第六條第十條第十六條等はレナリ然レドモ今日ニ於テモ尙ホ涉外的私法關係ニ訴訟地法ヲ適用スルコトヲ原則トシテ認ムル國アリ英米是レナリ就中英國ノ裁判官ハ以謂ヘラク涉外的私法關係ニ訴訟地法ヲ適用スルハ自國ノ法律ノミヲ適用スベキ裁判官ノ職務ヨリ出ヅル結果ニシテ唯ダ禮讓ノ爲メニ一定ノ涉外的私法關係ニ限リ外國法ヲ適用スベキノミト("I never apply any other law than the English common law")然レドモ同國ノ學說ハ近來漸ク此考ヲ拋棄スルノ傾向ヲ生ゼリ

(註) れつくす・ふをりヲ法廷地法ト譯スルトキハ何レノ國ノ法廷所在地ノ法律ナルヤ明カナラズ然ルニ此語ハ訴訟ガ開始セラレタル裁判所所在地ノ法律ヲ意味スルガ故ニ余ハ之ヲ訴訟地法ト譯スルヲ以テ當レリト爲シ本書ニハ此譯語ヲ用フ

第二 本國法 (lex patriae)

本國法トハ人ガ臣民トシテ屬スル國ノ法律ヲ謂フ我法例ハ涉外的私法關係ニ本國法ヲ適用シタル場合頗ル多シ故ニ我法例ヲ稱シテ往々本國法主義ヲ採用セリト云フ者アリ然レドモ後述スル伊太利學派ノ本國法主義ト混視スベカラズ伊太利學派ノ本國法主義ニ依レバ涉外的私法關係ニ本國法ヲ適用スルハ原則ニシテ他ノ法律ヲ適用スルハ例外ニ屬ス然ルニ我法例ニ依レバ本國法ヲ適用スルハ一定ノ涉外的私法關係ノ性質ヨリ生スル結果ニシテ甲ノ涉外的私法關係ニ住所地法ヲ適用シ乙ノ涉外的私法關係ニ物ノ所在地法ヲ適用スルト同一ノ精神ニ出ヅ故ニ我法例ヲ稱シテ本國法主義ト爲スハ涉外的私法關係ノ準據法中本國法ガ最も多キコトヲ謂フニ外ナラズ

船舶ノ國籍アル國ノ法律ヲ外國ニテハ國旗法 Law of flag, loi du pavillon, Flaggenrecht)ト云フ余ハ之ヲ本書ニテ船舶ノ本國法ト云フ國旗法ノ名ヲ避ケタル所以ハ船舶ガ國旗ヲ掲揚スル權利ハ船舶ノ登記及ビ登録ノ結果ニシテ登記登録ヲ爲サザル船舶ニ付テモ其國籍アル國ノ法律ヲ適用スル場合アレバナリ

第三 住所地法 (lex domicilii)

住所地法トハ人が住所ヲ有スル國ノ法律ヲ謂フ(法例第四條第二項第九條第二項第一二條第二三條第二項第二七條第二項第二八條本國法及ビ住所地法ヲ總稱シテ屬人法(Personalstatut, statut personnel, loi personnelle, personal law)ト云フ

第四 物ノ所在地法(lex rei sitae, lex situs)

物ノ所在地法トハ動産又ハ不動産ノ存在スル國ノ法律ヲ謂フ(法例第一〇條尙ホ後述第十三(物法)ヲ見ルベシ

第五 行爲地法(lex loci actus)

行爲地法トハ法律行爲又ハ法的行爲ヲ爲シタル國ノ法律ヲ謂フ(法例第七條乃至第九條契約地法(lex loci contractus)ハ行爲地法ノ一部分ニシテ契約ノ成立シタル國ノ法律ヲ謂フ

第六 不法行爲地法(lex loci delicti commissi, lex loci delictus)

不法行爲地法トハ不法行爲ヲ爲シタル國ノ法律ヲ謂フ

第七 法境(Rechtsgebiet, Law district, territorium legis)

法境トハ一定ノ法律殊ニ私法ガ行ハルル區域ヲ謂フ法境ハ領土ノ範圍ト同一ナ

ル場合アリ(例ヘバ臺灣樺太及ビ朝鮮ヲ取得セザリシ時ノ日本ノ狀態然ラザル場合アリ一國ノ内ニ數多ノ法境ガ並存スル場合即チ是レナリ(例ヘバ今日ノ日本及ビ北米合衆國等ノ狀態)

第八 準據法(das massgebende Statut, proper law, loi applicable)

涉外的私法關係ニ適用セララル内國又ハ外國ノ法律ヲ名ヅクテ準據法ト云フ我國際私法就中法例ハ涉外的私法關係ノ性質ヲ標準トシテ準據法ヲ定メタリ然レドモ準據法ヲ定ムル標準ニ付テハ學說上立法上種々ノ主義行ハル此事ハ後ニ各國國際私法の立法例ノ現狀及ビ國際私法學ノ沿革ト題スル章ニ於テ之ヲ説明スベシ

或ハ準據法ヲ效力法(Wirkungstatut)ト名ヅクル者アリ(Zitelmann, I, S. 125)

準據法ニハ本國法、住所地法、行爲地法等ノ種類アリ

準據法ニハ法定ノモノト當事者ノ指定ニ因ルモノトアリ法律行爲ノ準據法ヲ除クノ外(法例第七條)準據法ハ總テ前者ニ屬ス當事者ニ因ル準據法ノ指定ハ其方法ニ依リ之ヲ三ニ區別スルコトヲ得明示的指定、默示的指定、沈黙的指定是レナリ

法例第七條第二項ニ謂フ「當事者ノ意思分明ナラサルトキ」トハ準據法ノ明示的指定及ビ默示的指定ナキ場合即チ沈黙的指定ノ場合ヲ謂フ明示的指定ハ當事者ガ一定ノ私法又ハ其條文ヲ援用スルヲ謂フ例ヘバ「此契約ハ佛國民法ニ依リ締結ス」(包括指定)又ハ「獨逸民法第何條ニ依リ之ヲ定ム」(特別指定)ト云フガ如シ默示的指定ハ當事者ノ行爲ニ因リ一定ノ私法ヲ準據法ト爲スノ意思ガ推定シ得ラルル場合ヲ謂フ例ヘバ一定ノ私法ノ用語譯語又ハ原語ニ依リテ契約書ヲ認メタル場合ノ如シ此場合ニハ其私法ガ契約ノ準據法ナリ然ルニ當事者ガ準據法ヲ明示セザルカ又ハ其行爲ガ準據法指定ノ材料ト爲ラザルトキニハ當事者ガ法律行爲ヲ爲シタル地ノ法律即チ行爲地法ニ依リタルモノト推定シテ之ヲ法律行爲ノ準據法トス(法例第七條二項)之ヲ沈黙的指定トス但シ同指定ニ就テハ立法例岐ル伊國民法ニ依レバ當事者ノ國籍同一ナルトキハ其本國法ヲ準據法ト定メ其國籍不同ナルトキハ行爲地法ヲ準據法トス(前編第九條第二項)まろつく身分法ニ依レバ當事者ガ契約ノ準據法ヲ明示的又ハ默示的ニ指定セズ且ツ裁判官ガ契約ノ性質當事者ノ境遇又ハ財産所在地ニ依リ準據法ヲ定ムル能ハザルトキハ裁判官ハ當事者ノ

共同住所地ニ於ケル法律ヲ適用スベク共同住所地ナキトキハ共同ノ本國ノ法律ヲ適用スベク共同ノ本國ナキトキハ契約地法ヲ適用ス(第一三條)伯國民法序則ニ依レバ當事者ガ契約ノ準據法ヲ定メザルトキハ契約地法ヲ適用ス但シ履行地ガ伯國ナル場合當事者ガ總テ伯國人ナル場合及ビ契約ガ在伯國ノ不動産ニ關スル場合ニハ伯國ノ法律ヲ適用ス(第一三條)

(註) 指定準據法ハ當事者ノ意思表示ニシテ準據法ニ非ズト云フ說アリ夙ニろーらん氏ノ唱

フル所ナリ(Laurent, II 284; Pillet, tr. pr. d. dr. int. pr., II, 482)本說ニ付テハ本編第十章

第一節外國法ノ性質ト題スル文中ニ於テ批評セリ

準據法適用ノ順序ヨリ區別スルトキハ準據法ニ主タルモノト從タルモノトアリ法例第三條第二項ノ本國法ハ主タル準據法ニシテ同項ニ謂フ日本ノ法律ハ從タル準據法ナリ即チ外國人ノ本國法ガ第一ニ適用セラレ之ニ由リテ外國人が無能力者ナルコト明カニナリタルトキ始メテ日本ノ法律ヲ適用ス

準據法ハ一規定ナルコトアリ又數規定ナルコトアリ例ヘバ法例第三條ニ謂フ本國法ハ一規定ナレドモ同法第十三條第一項ニ謂フ本國法ハ數規定ヨリ成ル(例ヘ

ハ婚姻適齡、親族關係、相姦者關係、重婚等)當事者が多數ノ條文ヲ援用シテ法律行為ノ準據法ト爲シタルトキ亦同ジ

第九 事項規定及ビ衝突規定(Sachnorm und Kollisionsnorm)
一定ノ事項ヲ直接ニ定メタルモノハ事項規定ニシテ法律衝突ノ解決ヲ定メタルモノガ衝突規定ナリ故ニ衝突規定ハ國際私法の規定ノ別稱ナリ例ヘバ民法、商法ハ事項規定ヨリ成リ法例第三條以下ハ衝突規定ナリ外國人ノ地位ヲ定メタル規定ハ(所謂外人法 Fremdenrecht)事項規定ナリ然ルニ學者往々之ヲ廣義ノ國際私法ト名ヅクルハ非ナリ(例ヘバ民法第二條)

(註) 事項規定及ビ衝突規定ハ形式上ノ區別ニ過ギズ衝突規定ハ畢竟事項規定ナリ例ヘバ法例第三條ノ規定ハ「日本人ハ滿二十年ヲ以テ成年トス瑞西人ハ滿二十年ヲ以テ成年トス」云々ト云フニ同ジ

新舊法衝突ノ解決ヲ定ムル規定(例ヘバ民法施行法第一條、商法施行法第一條)ヲ時間的衝突規定又ハ涉時的私法(Intertemporales Privatrecht)ト名ヅクル者アリ例ヘバ利息契約締結後利息制限法が改正セラレ契約が新法ニ牴觸セル場合ニハ新舊孰レノ利息法ヲ該契約ニ適

用スベキヤノ問題ヲ生スベシ之ヲ解決スルモノハ即チ時間的衝突規定ニシテ之ニ對シテ本號ニ所謂衝突規定ヲ空間的衝突規定ト名ヅクル者アリ適用規定(Anwendungsnorm)又ハ擴張規定(Au-dehnungsnorm)ハ本號ニ謂フ衝突規定ノ別名ナリ指準規定(Bezeichnungsnorm)亦然リ但シ衝突規定ヲ適用規定ト區劃規定(Abgrenzungsnorm, Grenznorm)ノ二種ニ分ツ者アリ(例ヘバ Kahn)

第十 準據法ノ衝突及ビ竝立

法例ハ涉外的私法關係ノ主要ナルモノヲ定メタルモノニシテ其總テヲ定メタルモノニ非ズ其規定セザル事項ハ法例ノ採用シタル法律關係性質說ヨリ出發シテ準據法ヲ定ムルヲ要ス精シク言ヘバ個々ノ涉外的私法關係ノ性質ヲ考ヘテ之ニ適應スル準據法ヲ知ルコトヲ要ス而シテ準據法ナルモノハ一個ノ涉外的私法關係ニ付キ一個アルヲ原則トス但シ例外アリ即チ一定ノ行為ガ不法行為ナルヤ否ヤハ其行為ヲ爲シタル地ノ法律即チ所謂不法行為地法ト日本ノ法律トニ依リテ定マル(法例第一一條第二項)故ニ不法行為ノ準據法ハ二個ナリ禁治產、準禁治產ノ原因(法例第四條第二項、第五條)離婚ノ原因(法例第一六條)親族關係及ビ之ニ因リテ

生ズル權利義務ノ準據法(法例第二二條)亦然リ然ルニ法例ノ文理解釋上一個ノ涉外的私法關係ガ數個ノ準據法ヲ有スルコトアリ假リニ之ヲ準據法ノ衝突ト名ヅクベシ然レドモ此場合ニ數個ノ準據法アルハ外觀ニ過ギズ例ヘバ夫婦間ノ契約ハ之ヲ法律行爲ト見レバ其準據法ハ法例第七條ニ依リテ定マルベク又之ヲ婚姻ノ效力ト見レバ(民法第七九二條)其準據法ハ法例第十四條ニ依リテ定マルベシ之ヲ解決スルノ方法如何曰ク特別規定ハ一般規定ニ先ダツ夫婦間ノ契約ニ關スル規定ハ法律行爲ニ關スル規定ニ關シテハ特別規定ナリ故ニ夫婦間ノ契約ハ法例第十四條ニ依リ夫ノ本國法ニ從フ然レドモ衝突スル準據法ヲ定メタル條文ノ孰レガ特別規定ナルヤハ之ヲ決定スルコト往々困難ナリ余ヲ以テ之ヲ觀ルニ準據法ノ衝突ノ解決ハ國際私法學上ニ於ケル最モ困難ナル問題ノ一ナルニ拘ハラズ歐米ノ學界ガ其研究ニ觸レザルハ寧ロ異トスベシ法律事實ガ競合スルトキニハ各法律事實ハ獨立ノ準據法ヲ有ス假リニ之ヲ稱シテ準據法ノ竝立ト云フ此場合ニモ亦數個ノ準據法アルニ非ズ例ヘバ他人ノ物ノ賣買ト横領ト競合スルトキニハ賣買ノ準據法ハ法例第七條ニ依リテ定マリ横領

ノ準據法ハ法例第十一條ニ依リテ定マル又不法行爲ト不當利得ト競合スルトキニハ不法行爲ハ不法行爲地法ニ依リテ定マリ不當利得ハ利得地法ニ依リテ定マルガ如シ(法例第一一條)

法例ニ規定ナキ事項ニ付テハ條理ニ依リ其準據法ヲ定ム

第十一 法律ノ衝突(原語ハ前ニ出ヅ)

一個ノ事實(涉外的私法關係)ニ數個ノ私法ガ關係スル狀態ヲ謂フ例ヘバ日本人カ外國ニ在ル不動産ヲ日本ニ於テ他ノ日本人ニ賣却スル場合ニハ日本ノ法律ガ行爲地法及ビ當事者ノ本國法トシテ賣買ニ關係シ外國ノ法律ガ不動産所在地法トシテ亦之ニ關係スベシ此狀態タルヤ推理上吾人ノ腦裏ニ當然映發スルモノニシテ法律衝突ノ事實アルニ非ズ但ダ本語ハ如上ノ狀態ヲ形容スルニ適スルガ故ニ之ヲ用ユ

第十二 領地法又ハ屬地法(Gebietsstatut)

一定ノ領地内ニ在ル物又ハ一定ノ領地内ニ生シタル行爲若クハ行爲ノ效力ヲ該領地ノ法律ガ強制的ニ管轄スル場合ニ此法律ヲ領地ヨリ觀テ領地法又ハ屬地法

ト謂フ(例ヘバ法例第一〇條第一一條第一三條第一項但書)

第十三 物法(Sachstatut, Realstatut)

物及ビ物權ヲ管轄スル法律ヲ物法ト云フ我法例第十條ニ依レバ物法ハ即チ物ノ所在地法ナレドモ外國ノ國際私法ニ依レバ必ズシモ然ラズ例ヘバ動産上ノ物權ガ屬人法ニ依リテ管轄セラルルガ如シ(伊民前編第七條第一項瑞西民第一〇條第一項等)

第十四 履行地法(lex solutionis)

履行ヲ爲スベキ地ノ法律ヲ謂フ

參照

Barzetti (Niemeyer's Zeitschrift, 1898 S. 273 ff.; Gybichowski (Niemeyer's Zeitschrift

XX, S. 367 ff.); Kahn, Ueber Inhalt, Natur und Methode des int. P. R., 1899; Dicey, Digest,

B. I. chap. I; Walker, Int. Pr. S. 17 ff. 山口弘一論文「所謂地的衝突規程ト時的衝突規程ト

ノ關係」(法學志林第七卷第一〇號以下)

第四章 國際私法ノ研究法(說明法)

國際私法ニ付テハ種々ノ研究法アリ國際私法ヲ國際法ナリト信ズル學者ハ其說明方法モ亦一國ノ法律ニ拘泥セズシテ抽象的ナリ此研究法ヲ採ル者ハ歐洲大陸ニ於テ多ク之ヲ見ル國際私法ヲ國內法ナリト信ズル學者ハ一國ノ國際私法ヲ研究ノ對象トセリ惟フニ此二個ノ方法ハ國際私法ノ性質ニ關スル研究者ノ意見ヨリ出ヅル當然ノ結果ナルヲ以テ自己ノ著書中ニ特ニ一定ノ研究法ヲ採ルコトヲ明言スル必要ナシ唯ダ從來ノ著書ヲ觀ルニ殊ニ研究法ヲ說明セル例鮮カラザルヲ以テ茲ニ一言セルノミ

參照

Jitta, La Methode du droit international privé, 1890; Pilet, Principes de droit int.

privé, 1903 chap. IV. 山口弘一著國際私法提要七〇頁以下

第五章 國際私法ノ沿革

國際私法ハ交通發達ノ賜ニシテ外國人ヲ始メテ權利ノ主體ト認メタル時代ニ濫觴セリ故ニ法律思想ノ發達セルコト彼ノ如キ羅馬人スラ國際私法ヲ知ラザリシハ怪ムニ足ラザルナリ法則學派ガ羅馬法中ニ國際私法ノ原則ヲ發見セリト信ゼ

羅馬人ノ
國際私法
シ

シハ全ク誤謬ニシテ其以テ國際私法ナリト信ジタル規定ハ全ク別個ノモノタリ又羅馬ノゆすげんちうむ (Jus gentium) ヲ以テ國際私法ナリト爲ス說ノ誤レルコトハ今日有力ナル學者ノ齊シク認ムル所ナリ

日耳曼人ガ羅馬ヲ侵略スルニ及ビ日耳曼人ト羅馬人トノ間ニ共同生活起レリ然ルニ羅馬人ハ日耳曼人ノ如キ蠻民ト同一ノ法律ノ下ニ立ツコトヲ欲セズ是ニ於テカ羅馬人ハ羅馬法ニ由リテ管轄セラレ日耳曼人ハ日耳曼法ニ由リテ管轄セラレ法律ノ衝突ナルモノ生セザリキ其後封建制度歐洲ニ起ルニ及ビ一定ノ土地ニ在ル者ハ總テ其土地ノ法律ニ依リテ管轄セラレタリ當時ノ諺ニ「空氣ハ人ヲ所有ス」ト云フハ蓋シ此事ヲ謂フ即チ外國ニ行クトキハ身分能力ニ關スル問題タルト財産上ノ問題タルトヲ問ハズ總テ其土地ノ法律ニ依リ管轄セラレタリ後世ニ所謂屬地主義ナルモノハ蓋シ是ニ胚胎セリ然ルニ十四世紀ヨリ十八世紀ノ末ニ至ル迄所謂法則說ナルモノ盛ニ行ハレばいえるんノまきしりあん法典、普魯西ノ普通法典等ハ何レモ此說ヲ採用セリ之ヲ要スルニ國際私法ガ事實上行ハレタルハ十四世紀以後ニ屬ス十九世紀ニ至リ獨逸ニさぶにー氏 (Savigny) 出デ法則說ヲ

成文的國
際私法ノ
權輿

日本ノ法
例ハさぶにー氏
ノ說ニ依
ル

攻撃シ新說ヲ唱道スルヤ各國ノ判例學說ハ靡然トシテ其說ニ嚮ヘリ此時ニ方リさぶにー氏ノ說ニ對シ隱然一敵國ヲ爲スモノアリ之ヲ伊太利學派ノ本國法說トス

法典中さぶにー氏ノ說(法律關係性質說)ヲ採用シタルモノハ日本法例及ビ獨逸民法施行法等ニシテぶらじる民法亦此系統ニ屬ス伊太利學派ノ本國法主義ヲ採用シタルハ伊太利民法及ビ西班牙民法ナリ我國ニ於テ國際私法ノ原則ヲ始メテ制定セシハ明治二十三年十月六日ノ公布ニ係ル舊法例ニシテ伊太利學派ノ本國法說ヲ採用セシガ(主トシテ白國らーらん氏 (Laurent)ノ說ヲ採用セリ)其施行ハ屢々延期セラレ遂ニ明治三十一年六月二十一日現行法例ノ公布ヲ見ルニ至レリ而シテ現行法例ハ同年七月十六日ヨリ施行セラレタリ

(註一) 法例ノ名稱ハ支那ヨリ傳來ス (委細ハ穗積陳重博士ノ論文法學協會雜誌第二二卷第七號ニ見ユ)

(註二) 德川時代ニ於ケル各藩ノ法律衝突ハ評定所ニ於テ解決セシガ如シ

參照 Bar, Theorie u. Praxis, §§ 8-34; Durand, Essai de droit int privé, 1884 pr. partie; Meili,

das internationale Civil-u. Handelsrecht, 1902, I §§ 13-40; Valery, Manuel de droit international privé, 1914 No 13-57; Weiss, Traité théorique et pratique de droit international privé, tome III p. 116 et s.; Walker, S. 23 ff.

第六章 各國國際私法的立法例ノ現狀

(甲) 各國ニ行ハルル國際私法的立法例ヲ其形式ヨリ區分スレバ左ノ如シ

第一 民法ヲ以テ國際私法ヲ定メタル例

佛蘭西もなごるくせんぶるひ伊太利葡萄牙埃地利智利墨西哥亞爾然丁西班牙るーめにやぶらじる

第二 特別法ヲ以テ定メタル例

日本和蘭瑞西こんごーまるつこ

(註) 日本ニ於テハ法例ヲ以テ國際私法ノ原則ヲ定メタレドモ個々ノ涉外的私法關係ニ付テハ法例以外ノ特別法中ニ規定セリ(後文國際私法ノ法源參照)

第三 民法施行法ヲ以テ定メタル例

獨逸

(註) 獨逸ニ於テ民法施行法中ニ國際私法ヲ定メタルハ偶然ノ行キ掛リヨリ起リタルモノナリ其次第ハに「ニームイェー」氏ノ書ニ見ユ (Niemeyer, Das international Pr. R. des B. G. B., 1901, § 1) わるかー氏ノ書ニモ獨逸民法施行法中ニ於ケル國際私法的規定ノ成立史ヲ掲グ (Walker, S. 53 ff.)

以上ノ諸主義ヲ比較スルニ國際私法ハ民法商法其他ノ私法ノ外形的衝突ヲ解決スル規則ナルガ故ニ民法若クハ民法施行法中ニ於テ之ヲ定ムルハ一方ニ偏スル嫌アリ宜シク特別法ヲ以テ之ヲ定メザルベカラズ又個々ノ法律中ニ衝突規定ヲ掲グルコトハ體裁上面白カラズ

(乙) 規定ノ形式ヨリ區分スレバ左ノ如シ

第一 一方的規定(不完全的規定)

是レ主トシテ內國法ノ適用ヲ定メ若クハ內國人ニ關スル事項ヲ定メタル規定ニシテ例ヘバ佛蘭西民法(第三條第二項第三項)ハ外國人が佛國ニ於テ所有スル不動産ニハ佛國ノ法律ヲ適用シ外國ニ在ル佛蘭西人ノ身分能力ニハ佛

國ノ法律ヲ適用スルコトヲ定メタルノミニシテ佛蘭西人ガ外國ニ於テ所有スル不動産ニハ何レノ國ノ法律ヲ適用スルカ又佛國ニ在ル外國人ノ身分能力ニハ何レノ國ノ法律ヲ適用スルカヲ規定セズ獨逸民法施行法モ亦一方の規定ナリ例ヘバ同法第十四條ハ獨逸人タル夫婦間ニ於ケル人事的法律關係ノ準據法ヲ定ムルノミニテ外國人タル夫婦間ニ於ケル同關係ノ準據法ヲ示サズ

第二 雙方的規定(完全の規定)

是レ内外人ニ共通スル規定ニシテ又内外法ノ適用ヲ並行的ニ規定シタルモノナリ例ヘバ我法例ノ如キ是レナリ法例第三條ニ「人ノ能力ハ其本國法ニ依リテ之ヲ定ム」トアリ茲ニ所謂人トハ外國人ノミニ非ズシテ日本人ヲモ包含ス又本國法ト云フ語ハ外國ノ法律ノミナラズ日本ノ法律ヲモ指稱ス和蘭法例、西班牙民法、伊太利民法前加編、まろつこ身分法、亞爾然丁民法等モ亦雙方的規定ナリ

(丙)

立法ノ根本思想ヨリ區分スレバ左ノ如シ

屬人主義

第一 屬人主義(Personalitätsprinzip)

伊太利民法、日本舊法例、西班牙民法

屬人主義トハ涉外的私法關係ニ人ノ本國法ヲ適用スル主義ナリ抑モ國際私法學及ビ國際私法ノ沿革ヲ按ズルニ昔時ノ所謂屬人法ハ人ノ住所地法ヲ指シ今日ニ謂フ所ノ屬人法ハ主トシテ本國法ヲ意味ス此ノ如ク異ナル所以ハ他ナシ昔時ニ在テハ一國內ニ數多ノ法境ガ竝存セシコトハ比々皆然ラザルナシ然ルニ一方ニ於テ内外國人ノ交通未ダ今日ノ如ク盛ナラザルガ故ニ内外法律ノ衝突ヲ生ズルコト稀ニシテ却テ屢バ國內法ノ衝突ヲ生ジタリ要スルニ當時ニ於テハ一國內ニ於ケル住所地法ノ衝突アリト雖モ内外法ノ衝突ハ比較的ニ尠ク隨テ之ヲ解決スル必要亦大ナラズ故ニ一定ノ私法關係ニ何レノ住所地法ヲ適用スベキカノ問題ヲ生ズルモ何レノ國ノ法律ヲ適用スベキカノ問題ヲ生ズルコト殆ド之レ無シ然ルニ其後何レノ國ニ於テモ漸次法律ノ統一行ハレ國內法ノ衝突ハ一變シテ内外法ノ衝突ト爲ルニ及ンデ何レノ住所地法ヲ適用スベキヤノ問題ヲ生ゼズシテ何レノ國法ヲ適用スベキヤ

ノ問題ヲ生ズルニ至レリ是ニ於テ一定ノ涉外的私法關係ニハ住所地法ニ代ヘテ本國法ヲ適用スベキモノナリトノ説ヲ生ゼリ然ルニ伊太利學派ハ一步ヲ進メテ涉外的私法關係ニハ原則上人ノ本國法ヲ適用スベシトノ説ヲ作スニ至レリ伊太利民法ハ實ニ此説ヲ代表セルモノナリ本號ニ謂フ所ノ屬人主義即チ是レナリ世人ハ往々各國立法ノ傾向ハ屬地主義ヨリ屬人主義ニ推移スト云フ然レドモ世人ノ所謂屬人主義ナル語ハ涉外的私法關係ニ適用セララル準據法ノ多クハ(少クトモ身分及ビ能力ノ準據法)本國法ナリトノ意味ニ解セザルベカラズ世人ガ之ヲ涉外的私法關係ハ本國法ニ依リテ管轄セラルルヲ原則トスト云フ意味ニ用ユルトキハ謬レリ何トナレバ此ノ如キ趣旨ヲ以テ制定セラレタル現行法ハ伊太利民法及ビ西班牙民法アルノミ日本ノ法例ノ如キハ其定メタル準據法ノ多數ハ本國法ナレドモ之ヲ以テ立法上ノ根本原則ト爲シタルニ非ズ故ニ伊太利民法ト我法例トヲ同一ノ範疇ニ入ルルハ誤謬ナリわいすがこんごー葡墨蘭もなこるーめにや等ノ制度ヲ伊ト同系ト爲セシハ非ナリ(Weiss, III, p. 189 et s.)ろーらんハ佛國民法ヲ以テ本國法主

義ノ法律ト爲セリ(Lawrent, I p. 624)

參照 Neubecker, Intern. Pr. R. (Jahrb. f. d. int. R. 1912/13) ニハ本國主義ノ批評アリスターツアングヘリヒカイツフリンチツフ

屬地主義

第二 屬地主義 (Territorialitätsprinzip)

是レ英米ころんびー(Columbic)亞爾然丁等ニ行ハルル主義ニシテ總テノ涉外的私法關係ニ內國法ヲ適用スルヲ以テ原則ト爲スモノナリ故ニ內國法主義ト名ヅクルモ可ナリ

(註) 英米ガ今日尙ホ屬地主義ヲ固守スルヤ否ヤハ議論アル所ナレドモ同國ノ判決例ハ外國法ノ適用ハ禮讓ニ出ツトノ觀念ヲ棄テズ(Kuhn, Doctrines of Private International Law in England and America contrasted with those of Continental Europe, in Verhandlungen der ersten Hauptversammlung der int. Verein. f. vergl. R. W. V. W. u. L. in Berlin, 1912)

法律關係性質主義

第三 法律關係性質主義

是レ我法例及ビ獨逸民法施行法ノ採リタルモノニシテ涉外的私法關係ノ性質ニ照ラシテ其準據法ヲ定メタルモノナリ(次章ニ於ケル法律關係性質說參照)

參照 Jahrbuch für den internationalen Rechtsverkehr 1912/1913; Meili, Die Kodifikation des

intern. Civil-u. Handelsrechts, 1891; Meili, Das int. C. u. H. R., I § 37; Niemeyer, Vorschlaege u. Materialien zur Kodifikation des intern. P. R., 1895; Weiss, Traité III, p. 180 et s. 跡部博士著國際私法論緒論第七章第四節

第七章 國際私法學ノ沿革

國際私法學ノ鼻祖ト
すばるとる
氏

國際私法學者ノ輿論ハ伊太利ノばるとるす氏(Bartolus, 1314-1355 或ハ 1357)ヲ以テ國際私法學ノ鼻祖ト爲スバ氏以前ニ國際私法ヲ研究シタル者鮮カラザレドモ巴氏ハ一世ノ瞻仰スル所ニシテ時人此人ヲ歎稱シテ法律ノ父(Pater juris)ト呼ブニ至レリ左レバ國際私法學ノ鼻祖ナル名ガ巴氏ノ博スル所ト爲リシハ良ニ以アリ巴氏ノ國際私法學ニ於ケルヤ猶ホヒューゴ・グロチウズ氏(Hugo Grotius)ノ國際法學ニ於ケルガ如シばるとるす氏ノ代表セル伊太利ノ學派ヲ法則學派ト云フ當時此學派ハ伊太利ニ於ケル法律ノ衝突(法則衝突)ノ解決ヲ研究セシガ故ニ此名アリ又後期註釋派(Post-glossatoren)ト呼ブ羅馬法ノ註釋ニ從事セシヲ以テナリ世人ガ後期ナル語ヲ附セシハ此學派ガ從來ノ註釋派ト異ナリ實際問題殊ニ法則ノ衝突ヲ研究セシ

法則學派
ノ三大原
則

ニ因ル而シテ此學派ハ法則ノ衝突ヲ解決スルガ爲メニ三ツノ原則ヲ案出セリ曰ク人法(Statuta personalia)物法(Statuta realia)混合法(Statuta mixta)是レナリ此學派(所謂法則學派)ノ意見ニ依レバ人ニ關スル法律關係ハ人ノ住所地法ニ依リテ定マル所謂人法是レナリ不動産ニ關スル法律關係ハ不動産所在地法ニ依リテ定マル所謂物法是レナリ又行爲ハ行爲地法ニ依リテ定マル所謂混合法是レナリ然ルニ法則學派ハ動産ハ人格ノ一部分ナリトノ意見ニ基キ動産ヲシテ人ノ住所地法ニ依ラシメタリ動産ハ骨ニ附着ス(Mobilia ossibus inhaerent)又ハ動産ハ人ニ附隨ス(Mobilia personam sequuntur)ト云フ當時ノ諺ハ善ク此意見ヲ表ハセリ若シ夫レ所謂混合法ニ至テハ後世ノ學者間ニ種々ノ說アリ或ハ曰ク混合法トハ法律行爲ノ準據法ヲ謂フ換言スレバ法律行爲ハ行爲地法ニ依ルト或ハ曰ク此語ハ法律行爲ノミナラズ不法行爲ノ準據法ヲモ含ムト或ハ曰ク混合法トハ單ニ法律行爲ノ方式ノ準據法ヲ謂フト或ハ曰ク人及ビ物ニ非ザル事項ヲ含ムト或ハ曰ク人ト物トニ關スル事項ヲ含ムト(さぶに 一八卷一二二頁)

(註一) 法則學者ガ研究セシハ伊太利市府ノ法律衝突ナリ當時ノ市府ハ小規模ナガラモ獨立ノ

國家ナリ(同說跡部博士著國際私法論上卷一三二頁)故ニ國際私法前已ニ所謂準國際私法アリトノ說ハ誤レリ

(註二) 三大法則ガ何レノ時代ニ於ケル法則學派ニ由リテ提示セラレタルヤハ問題ナリさうにハハばるとるすニ始マリ十六世紀ノ末葉ニ完成セリト云ヒ(同氏八卷一二二頁)ばハハばるハ三大法則ヲ十九世紀ノ製作ナリト云フ(同氏一卷三八頁)まいりノ書ニ依レバ現代ノ碩學ハばるとるすヲ以テ人法、物法二則ノ創案者ト爲ス者多シト云フ(同氏一卷八二頁)

(註三) 法則學派ハ三大法則ヲ以テ羅馬法中ニ在リト爲セリ然ルニ其引用セル條文ガ國際私法ニ關係ナキコトハ近代研究家ノ證明スル所ナリ故ニ三大法則ハ法則學派ノ發見ニ非ズシテ發明ナリ

參照 J. H. Beale, Bartolus on the Conflict of Laws, 1914; 館田學士著國際私法論第四卷五頁以下

法則學派ノ說ヲ法則說ト云フ此說ハ十八世紀ノ末葉ニ至ルマデ歐洲ノ學界ヲ支配セリさうにさうひてる二氏獨逸ニ駢ビ出ヅルニ及ンデ人法、物法、混合法ノ區域ノ曖昧ナルコトヲ指摘セリばるとるす氏ノ門人ばるづす(Baldus)ナル者アリ當時

法則說ノ
所以ミタル

已ニ此缺點ニ着眼セシガ其言フ所未ダさうにさうひてる二氏ノ如ク精ナラズ今三大原則ノ區域ノ曖昧ナルコトヲ述ベンニ法則學派ハ人ニ關スル關係ハ人ノ住所地法ニ依ルモノナルコトヲ唱フト雖モ人ニ關スル法律關係ト云フ考ハ甚ダ茫漠ナリ何トナレバ一切ノ法律關係ハ畢竟人ニ關係スルモノト云フコトヲ得レバナリ又不動産ニ關スル法律關係ト云フモ行爲ニ關スル法律關係ト云フモ俱ニ曖昧ナル考ニシテ同一ノ法律關係ガ一面ニ於テハ人ニ關スル法律關係ト爲リ一面ニ於テハ不動産ニ關スル法律關係ト爲リ又一面ニ於テハ行爲ニ關スル法律關係ト爲リ得レバナリ例ヘバ不動産相續ノ問題ノ如キハ人法ノ管轄ニ屬スルヤ將ダ物法ノ管轄ニ屬スルヤ曖昧ナリ是ニ於テばるとるす氏ハ此疑問ヲ解決セント欲シテ有名ナル文法解釋論ナルモノヲ唱ヘ後世ノ嗤笑スル所ト爲レリ氏曰ク長子ハ不動産ヲ相續ス(Primogenitus succedat immobilia)ト云フ條文ト不動産ハ長子ニ歸屬ス(immobilia veniant ad primogenitum)ト云フ條文トハ其意義ヲ異ニシ前ノ條文ニ在テハ文章ノ主格ガ長子ナル語ナルヲ以テ人法ナリ後ノ條文ニ在テハ不動産ナル語ガ主格ナルガ故ニ物法ナリト然レドモ此兩條文ノ意味ガ同一ナルコトハ固ヨリ言

ヲ俟タザルナリ

此ノ如ク法則說ニハ缺點アルヲ以テさびにうへひて二氏ガ一タビ之ヲ指摘セシヨリ以來殆ド之ヲ傳フル者ナキニ至レリ是ニ於テカ學界ノ要求ニ應ゼンガ爲メニ新說ノ世ニ出ヅルモノ勝ゲテ數フベカラズ左ニ其最モ顯著ナルモノヲ舉グ

第一 訴訟地法說

此說ヲ唱フル人ハ總テノ涉外的私法關係ハ訴訟地法ニ依ルベキモノナリト云フ其理由トスル所ハ裁判官ハ內國ノ法律ヲ適用スル職務ヲ有スルモ外國ノ法律ノ適用スベキ職務ヲ有セズト云フニ在リ此說ノ長所ハ裁判官ハ內國ノ法律ノミヲ適用スル職務ヲ有スト云フ點ニ在リ然レドモ涉外的私法關係ニ適用セラルベキ外國法ハ唯ダ其外形ガ外國法ニシテ其性質ハ內國法ナリ即チ內國法タル國際私法ガ一定ノ涉外的私法關係ニ外國法ノ適用ヲ命ズル一瞬間ニ其外國法ハ內國法ト爲リタルモノナリ故ニ裁判官ハ依然內國法ヲ適用スルナリ且本說ニ依レバ涉外的私法關係ノ運命ガ訴ノ提起ナル偶然ノ事實ニ因リテ左右セララル恐アリ抑モ涉外的私法關係ノ運命(成立及ビ效力)ハ其成立ノ當時ニ於

テ定マルベキモノナリ然ルニ訴訟ナルモノハ法律關係發生後ノ事實ナルノミナラズ裁判籍ハ財産ノ所在地、住所地等ノ異動ニ因リテ變動スルガ故ニ被告ト爲ルヘキ恐アル者ガ自己ノ爲メニ有利ナル法律ノ行ハルル地ニ住所又ハ財産ヲ移シ以テ訴ノ提起ヲ待ツガ如キ場合ヲ生ズベク又ハ原告ハ被告ノ有スル幾多ノ裁判籍ノ中自己ノ爲メニ最モ利益ナル法律ノ行ハルル地ヲ選定シ以テ訴ヲ提起スルガ如キ場合ヲ生ズベシ此ノ如キハ畢竟訴訟當事者ガ恣ニ其準據法ヲ左右スルモノト云ハザルヲ得ズ此ノ如キ缺點アルヲ以テ今日ニテハ英米ノ人以外ニ訴訟地法ヲ以テ一般ノ涉外的私法關係ノ準據法ニ擬スル者殆ド之レ無シ但シ或ル範圍ニ於テ訴訟地法ノ適用ヲ認ムルモノハ通論ナリ唯ダ此範圍ニ付テ學者ノ說ク所一ナラザルノミ我法例ハ其第四條乃至第六條第十一條第十六條第二十三條第二十四條及ビ第三十條ニ於テ訴訟地法ノ適用ヲ命シタリ但シ日本ガ訴訟地ナルトキハ余ノ理想トシテハ日本人ニ關スル涉外的私法關係ニ付テハ日本ノ法律ヲ適用スベキモノトス

參照 Pütter, Das praktische europäische Fremdenrecht; L. Pfeifer, Das Prinzip des inter-

nationalen Privatrechts. (一書、Meili, § 37 に據ル)

法律關係
發生地法

第二 法律關係發生地法說

此說ハ「しえふねる氏 (Schaeffner)」ノ唱ヘタル所ニシテ氏ハ一切ノ涉外的私法關係ニハ其關係ノ發生シタル地ノ法律ヲ適用スベシト說ケリ但シ本說ノ理由ニ至テハ「しえふねる氏」之ヲ説明セズ

本說ノ缺點ヲ擧グレバ第一ニ法律關係發生地ハ不明ナル場合頗ル多シ第二ニ法律關係發生地ハ偶然ニ定マル場合少カラズ例ヘバ「しえふねる氏」ノ說ニ依レバ私生子ト其父母トノ關係ハ其子ノ生レタル地ノ法律ニ依ルベキモノナレドモ出生地ハ偶然ニ出ヅル場合鮮カラズ例ヘバ航海中ノ外國商船内又ハ避難者ヲ收容セル外國軍艦内ニ於テ子ヲ生ミタル場合ノ如シ此ノ如キ偶然ノ出生地ヲ以テ親子間ノ法律關係ヲ定ムルハ不當ナリ

參照 Schaeffner, Entwicklung des intern. P. R., 1841 S. 40 ff.

屬地說

第三 「うえひてる氏 (Waechter)」ノ說

同氏ノ所說ニ依レバ内國法タル國際私法ガ涉外的私法關係ニ適用スベキ法律

ヲ明定セザルトキハ内國法タル實體法(民事規定、商事規定)ヲ適用スベキモノナリト然レドモ吾人ノ知ラント欲スル所ハ内國法タル國際私法ガ涉外的私法關係ニ適用スベキ法律ヲ如何ニ定ムベキヤノ問題ナリ換言スレバ涉外的私法關係ノ準據法ハ内國法ナリヤ外國法ナリヤノ問題ナリ「うえひてる氏」ハ立法論ト解釋トヲ混同セリ

參照 Waechter, Ueber die Collision u. s. w. (Archiv f. die Civ. Praxis, B. 24, 25); Schmid, Die Herrschaft der Gesetze nach ihren räumlichen u. zeitlichen Grenzen; Tjisch, Die Begünstigung der inländischen Rechtsnormen in int. Privatrechte in Ver. d. erst. Haupt v. d. int. Ver. f. vgl. R. W. u. V. W. L. in Berlin, 1912. 跡部博士論文「國際私法の規定ノ欠缺補充ヲ論シ併セテ「うえひてる氏」教授ノ in dubio lex fori 說ヲ評ス」(京都法學會雜誌四卷一〇號)

本國法說

第四 伊太利學派ノ本國法說

伊太利學派ノ學說ニ依レバ今日ノ國家ハ國際團體ヲ組織シ互ニ其國法ヲ尊重スルノ義務アリ故ニ各國ノ臣民ハ國民性(nationalité)ノ表現タル本國ノ法律ニ依リ到ル處ニ於テ管轄セラルベシト抑モ國家ノ法律ハ國外ニ於テ其臣民ヲ管轄

スルコトアルハ否定スベカラズ殊ニ近世ノ法律ハ往々明文ヲ以テ之ヲ規定スルモノアリ我刑法中ニ日本人ガ外國ニ於テ犯シタル罪ヲ規定シタル如キ是レナリ然リト雖モ是レ唯ダ國家ト臣民トノ内部關係ニシテ之ヲ以テ第三者タル外國ニ對抗スルコトヲ得ズ、該ニ「法律ハ國外ニ行ハレズ」]lex non valet extra territoriumトハ蓋シ之ヲ謂フ伊太利學派ハ實ニ此道理ヲ看過セルモノト謂フベシ而シテ伊太利學派ハ其原則ニ對シ巨多ノ例外ヲ認メタルガ故ニ畢竟法律關係ノ性質ヲ標準トシテ準據法ヲ定ムルモノト謂フベシ要スルニ伊太利學派ハ臣民主權カ領地主權ニ對抗スル能ハザル理ヲ看過スルモノナリ

參照 Laurent, droit civil international, I ; Weiss, Traité theor. et prax. de dr. int. privé.

法律關係
性質說

第五 法律關係性質說

是レさゞに一氏(1779—1861)ノ唱ヘタル所ニシテ氏ノ所說ニ依レバ總テノ法律關係ハ一定ノ本據(Sitz)ヲ有ス而シテ其本據ハ法律關係ノ性質ニ因リテ不同ナリ例ヘバ能力ハ人ノ住所地ニ於テ其本據ヲ有シ動産不動産ハ其所在地ニ本據ヲ有ス國際私法ニ於テハ此本據ノ法律ヲ其法律關係ニ適用セザルベカラズト

(Savigny, VIII S. 108) といふ。亦此說ヲ祖述ス要スルニ法律關係ノ性質ニ適合スル準據法ヲ其法律關係ニ適用スベシト云フハ即チさゞに一氏ノ考ナリ學者ハ氏ノ說ヲ非難シ法律關係ハ無形ナルヲ以テ本據アルベキ筈ナシト言ヘリ(Brinz, Pandekten, 2. Aufl. I, S. 23) 然レドモ同氏ノ所謂本據トハ素ヨリ譬喩ナルガ故ニ此非難ハ當ラザルナリさゞに一氏ノ說ハ各國ニ傳播シ我法例及ビ獨逸民法施行法モ亦之ヲ採用セリ抑モ私法關係ノ性質同ジカラザルガ故ニ同一法律(例ヘバ訴訟地法)ヲ以テ其準據法ト爲サント欲スルハ其當ヲ得ズ例ヘバ天然ノ關係又ハ人文ノ發達等ヲ標準トシテ定ムベキ能力ト人ノ意思ニ依リテ自由ニ處分スルコトヲ得ル契約關係トハ其性質全然異ナルガ故ニ同一ノ準據法ニ依リテ之ヲ律スルハ正當ナラズ本國法ニ依リ無能力ナル外國人ガ其本國ニ於テ保護セララル必要アル以上ハ外國ニ於テモ均シク之ヲ保護セザルベカラズ即チ能力ナル法律關係ハ其性質上本國法ノ適用ヲ受クベキモノナリ但シ余ノ理想トシテハ苟クモ日本人ノ關係スル涉外的私法關係ニ付テハ其性質ノ如何ナルヲ問ハズ日本法律ヲ適用スルヲ宜シトス尙ホ此事ニ付テハ後文ニ於テ述ブ

ル所アルベシ

(註) 鄙見ニ依レハさうに一氏ハ敢テ新機軸ヲ出シタルニ非ズ其說タルヤ法則學派ノ說ニ比シテ單ニ形式上ノ差異アルノミ蓋シ法則學派ノ三大原則ナルモノハ均シク法律關係性質ヲ標準トシテ定メタルモノナレバナリ

參照 Savigny, System des heutigen R., R. B. VIII, S. 27 ff. u. S. 108 ff.; Thoel, Einleitung in das deutsche Privatrecht, § 72; Bar, Lehrbuch, S. 18 ff.

第六 ちいてるまん氏(Zitelmann)ノ說

氏ハ國際私法ニ國內的ノモノト國際的ノモノアリト爲シ裁判官ハ國內的國際私法ニ拘束セラレ其國際的國際私法ニ適合スルト否トヲ問ハザルナリ然レドモ國內的國際私法ノ規定ガ缺如セル場合ニハ國際的國際私法ニ依ラザルベカラズ今國際的國際私法ニ依レバ準據法ヲ大別シテ屬人法及ビ領地法ノ二ト爲ス更ニ領地法ヲ細分シテ物法、狹義ノ領地法、行爲地法ノ三ト爲ス裁判官ガ孰レヲ適用スベキヤハ權利ノ性質ニ依リテ定マル臣民主權ノ保護ヲ受クベキ權利(一定ノ人ニ對スル直接ノ支配ヲ目的トスル權利及ビ一定ノ人ノ給付ヲ目的ト

ちいてる
まん氏ノ
說

スル權利)ハ屬人法即チ本國法ニ依リ領地主權ノ保護ヲ受クベキ權利ハ領地法ニ依ル詳カニ言ヘバ物權ハ物法即チ物ノ所在地法ニ依リ智能權及ビ人格權ハ狹義ノ領地法即チ權利ヲ主張スベキ地ノ法ニ依リ不法行爲ハ行爲地法ニ依ル(L. Pr. R., I, S. 82 ff.)余ヲ以テ之ヲ觀ルニ氏ノ說ハさうに一ば一るノ系統ニ屬スルモノニシテ法律關係(さうに)又ハ事物(ば一る)ナル觀念ニ代フルニ權利ノ觀念ヲ以テシ之ヲ主權ノ法理ト巧ミニ調和セシニ過ギズ而シテ國際法ヲ以テ國法タル國際私法ノ法源ト爲ス點ニ於テ謬アリト謂フベシ但ダ其書タルヤ構想ノ秀抜ト形式ノ精美トニ於テ類ヲ見ズ然レドモ之ヲ錦繡ニ譬フ觀ルニ宜シク衣ルニ宜シカラズ「ちいてるまん」ハ法律家中ノ藝術家ニシテ藝術家中ノ法律家ナリ(v. Mayr, Gesetzkunst, S. 3, Festschrift für E. Zitelmann, 1913)トノ評ハ中レルニ庶幾カラシカ

參照 Marcusen, Zeitschrift f. int. Pr.-u. Str. R., X, S. 257-259; Reuterskiöld, Journal de dr.

int. XXVI, 651 p. et s.

第七 だいいしー氏(Dacey)ノ說

第一編 總論 第七章 國際私法學ノ沿革

だいいしー
氏ノ說

氏ノ説ニ依レバ文明國ノ法律ニ依リテ適當ニ取得シタル權利ハ英國裁判所ニ於テ承認セラレ且ツ一般ニ執行セラル是レ正義ノ命ズル所ナリ但シ其執行ガ(一)國外の効力ヲ有スル帝國ノ成文法ニ抵觸スル場合(二)英國ノ法律ノ政策英國法律ノ支持スル道德英國政治制度ノ維持ニ抵觸スル場合(三)外國主權者ノ權力ニ抵觸スル場合ハ此限ニ在ラズト(Dacey, Digest, 3rd. ed. pp. 23-40)文明國ナル語ガ曖昧ナルノミナラズ假リニ之ヲ確定シ得ルトスルモだいしー氏ハ何レノ文明國ノ法律ガ權利取得ノ標準ト爲ルヤヲ明カニセズ

第八 びれー氏(Pillet)ノ説

びれー氏ノ考ニ依レバ法ニハ普遍力ト繼續力トアリ法ハ普遍力ニ依リ一定ノ領域ニ在ル内外人ヲ管轄ス又法ハ繼續力アルヲ以テ換言スレバ法ハ廢止セラズルマデハ効力ヲ繼續スルヲ以テ外國ニ赴ク自國臣民ヲ管轄ス此二力ヨリ生ズル内外法ノ衝突ヲ避ケントセバ法ハ孰レカ一方ノ力ヲ拋棄セザルベカラズ其孰レヲ拋棄スベキヤハ法ノ社會的目的(But social)ニ依リテ定マル換言セバ法ガ内外人ヲ管轄スル目的ヲ有スルトキハ其効力ハ屬地的ニシテ法ガ到ル處内

ノびれー氏ノ説

國人ニ追隨スル目的ヲ有スルトキハ治外的(屬人的)ナリト(Pillet, Principes de dr. int. pr., N. 107; Journ., 1894, pp. 41, 711)本説ノ缺點ハ一ノ先決問題ノ解決ヲ爲サザルニ在リ即チ屬地的及ビ屬人的効力ノ存在ハ何レノ法律ニ依リテ之ヲ定ムベキヤ若シ之ヲ內國法ナリトセバ涉外的私法關係ノ準據法ハ常ニ內國法ニシテ内外法ノ衝突ヲ云々スル必要ナシ又内外國法ヲモ包含ストスレバ内外法ノ社會的目的ガ衝突スル場合ニ何レノ法ノ優先力ヲ認ムベキヤびれー氏ハ遂ニ此點ニ付キ解答ヲ與ヘザルナリ

法外的私

鄙見ニ依レバ今日ノ學説ハ内外人平等主義ヲ根據トス然ルニ此主義ハ人類相同説ニ淵源ス余ヲ以テ之ヲ觀ルニ人類相同説ハ何等ノ根據ナキ空論ニシテ唯ダ吾人ノ耳ニ快ク聞ユルガ故ニ世人ハ恰モ一ノ公理ノ如ク之ヲ信スルノミらいふにフツ曰ク一物ヲ以テ他物ニ代フルコトヲ得ルトキ兩者相同ジト云フト抑モ相同ハ内容上ノ相同形式上ノ相同及ビ數量上ノ相同ニ別ツコトヲ得人類ハ生レナガラニシテ賢愚強弱ノ差アリ何ゾ内容上ニ於テ相同ジト云フヲ得ンヤ吾人ハ顔貌形體マタ同ジキコトヲ得ズ何ゾ形式上ノ相同ジト云フヲ得ンヤ唯ダ夫レ人類ハ個

人トシテ數相同ジ然レドモ之ガ爲メニ内外人ノ私權同等ナリトノ結論ヲ生ゼズ數量相均シキ金ト銀トハ其交換價一ナル能ハズ内外人ハ個人トシテハ數ニ於テ相同ジキモ我社會ニ貢獻スル所同ジカラズ而カモ其享有スル權利異ナルヲ得ズト云フハ是レ金ト銀トヲ同視スルノ論ナリ或ハ曰ハン人類ハ人格ヲ有スルノ點ニ於テ相同ジト然ラバ何ヲカ人格ト云フヤ未ダ定説ナキニ非ズヤ暫クカんと氏ニ從ハンカカんと曰ク人格トハ自然ノ^{メカニスム}機制ニ對スル自由及ビ獨立ヲ謂フト此說ノ如クンバ赤子又ハ精神病者ノ如キハ人格ヲ享有セズ果シテ然ラバ人類相同ノ實安クニ在リヤ要スルニ今日ノ學說ハ外國人ノ保護ヲ過重セリ國際私法ハ一定ノ國民ノ爲メニ存在スルモノニシテ外國人ノ爲メニ存在セザルコトハ他ノ國內法ト異ナラズ隨テ國際私法ハ自國臣民ノ保護ヲ主眼トセザルベカラズ故ニ日本人ニ關スル涉外的私法關係ニ付テハ假令外國人ガ同時ニ關係スル場合ト雖モ日本ノ法律ヲ適用セザルベカラズ然レドモ外國人ノミニ關スル涉外的私法關係ニ付テハ其性質ニ適合スル法律ヲ適用スルヲ當レリトス此範圍ニ於テ余ハ法律關係性質說ヲ認ム蓋シ日本人ノ關係セザル涉外的私法關係ニ付テハ其關係者タル

外國人ヲ平等ニ取扱ハザルベカラズ而シテ法律關係性質說ハ涉外的私法關係ノ性質ヲ標準トシテ準據法ヲ定メ國籍ヲ以テ其標準ト爲サザルガ故ニ能ク此要求ニ應ズレバナリ但シ適用セラルベキ外國法ハ我公序良俗ニ反セザルコトヲ要ス

(註) 從來國際私法學說ノ基礎タル内外人平等ノ觀念ハ最近ノ世界大戰以來漸ク茲ニ撼搖ヲ生シ著名ノ學者ニシテ反動ノ聲ヲ揚ゲシ者鮮カラズ (Rev. dr. Int. Priv., 1919 中ニ於ケル Valerj 氏ノ「世界大戰ガ國際私法ノ將來ニ及ボス響影」ト題スル論文)

ぼん氏ハ曰ク人類ハ靈魂ヲ有スルガ故ニ同等ナリトハ過去ノ迷論ニシテ人類不同等ハ自然ノ大法ナリト (M. Y. Bonn, *Krisis der Europäischen Demokratie*, 1925) 然レドモ世人ハ未ダぼん氏ノ如ク考ヘ居ラザルナリ否今日民主的國家組織ノ基礎トスル所ハ實ニ人類同等ノ觀念ニ在リ (Leibholz, *die Gleichheit vor dem Gesetz*, S. 19, 1925) 此時ニ方リ勞農露國ガ往々各國ノ憲法ニ見ユル「國民ハ法ノ前ニ同等ナリ」ト云フ陳套語ヲ拋棄シ勞働者非勞働者間ニ割然タル區別ヲ定メタルハ皮肉ノ感ナキ能ハザルナリ

第八章 國際私法ノ法源

國際私法ノ法源トハ國際私法ヲ構成スル分子ヲ謂フモノニシテ我國國際私法ノ法源ヲ列擧スレバ左ノ如シ

成文法

(一) 成文法

法例第三條以下、商法施行法第二百二十五條及ビ第二百二十六條、著作權法第二十八條是レナリ擔保附社債信託法第十七條、民法第二條第三十六條第四十九條第七百七十七條第七百九十五條第八百五十條、商法第二百五十五條乃至第二百六十條等ハ學者ガ廣義ノ國際私法若クハ外人法ト稱スルモノニシテ衝突規定(Conflictionsnorm)ニ非ザルガ故ニ我國國際私法ノ法源ニ非ザルナリ

慣習法

我國ニハ未ダ國際私法ノ法源タル慣習法ヲ存セズ

條約

(二) 條約

萬國著作物保護條約、工業所有權保護同盟條約、船舶衝突ニ付テノ規定ノ統一ニ關スル條約、海難ニ於ケル救援救助ニ付テノ規定ノ統一ニ關スル條約等はレナリ抑モ條約ハ國家間ノ意思ノ合致ナルヲ以テ國法ノ法源ナラズト雖モ國家ガ之ヲ公布シテ人民ニ遵奉ノ義務ヲ生ジタル時ニ於テ其條約ハ國法ト同一ノ效

力ヲ生ス條約カ國際私法ノ法源ト爲ルハ方ニ此時ニ在リ

(三) 條理

成文法及ビ條約ニ明文ナキ涉外的私法關係ノ準據法ハ其成文法及ビ條約ノ精神ニ徴シテ之ヲ定ム而カモ之ニ依リテ尙ホ準據法ヲ定ムル能ハザルトキハ條理ニ依リテ之ヲ定ム條理トハ事物必然ノ道ニシテ法理ト云フモ可ナリ自然法ト稱スルモ妨ケズ然レドモ從來自然法學者ノ信シタル如ク時ト場所トヲ超越シタルモノニ非ズ時ト場所トニ依リ内容ヲ異ニス故ニ古ノ條理ハ必ズシモ今ノ條理ニ非ズ日本ノ條理ハ亦必ズシモ外國ノ條理ニ非ズ之ヲ查定スルハ學者ノ任務ニシテ學者ノ力ニ依リテ查定セララルル條理ヲ理論ト云フ

(註) 國際法ハ國家ニ對スル規範ナルガ故ニ國家立法ノ動機ト爲ルコトハ之アルベシト雖モ國際私法ノ法源ニ非ザルナリ英人ノ所謂 International Law is a part of the Law of the Land ハ謬想ナリ(山口弘一論文「國際法ト民法」日本法政新誌九卷一〇號一一號)

參照

Niedner, Einführungsgesetz, 2te Aufl. S. 10 ff.; Habicht, int. Pr. R. nach d. E. G. z. B. G. B., 1907 S. 39; Busdugan, Niemeyer's Z., XI, S. 229. ff.; Bar, I, 40. 富井博士論文「自

由法說ノ價值」(法學協會雜誌三三卷四號)、松本博士著人法人及物一八頁以下、美濃部博士著日本行政法八〇頁以下、跡部博士論文「國際私法欠缺補充論」(京都法學會雜誌四卷一〇卷)

第九章 國際私法ノ範圍

今ヲ距ル三四十年前ニ在リテハ國際私法ノ範圍ヲ過大視シタル傾キアリ當時ノ學者ハ以謂ヘラク法律ノ衝突ヲ規定シタルモノハ國際私法ニシテ公法タルト私法タルトヲ問ハズ苟クモ其衝突ヲ解決スル規則ハ總テ國際私法ノ範圍ニ屬ス即チ刑法、刑事訴訟法、民事訴訟法、破産法ノ衝突ヲ解決スル規則マデモ悉ク國際私法ノ範圍ニ屬セシメタリ

昔日ニ在リテハ所謂法律ノ衝突ハ即チ私法ノ衝突タリ其後公法ノ衝突起ルニ及ビ學者ハ其性質ノ異ナルニ留意セズシテ其衝突ノ解決規則ヲモ國際私法ノ中ニ編入セリ是レ名實相副ハザルノ論ナリ元來國際私法ハ私法ナルガ故ニ此中ニ公法ノ性質ヲ有スル刑法、刑事訴訟法、民事訴訟法又ハ破産法ノ衝突ヲ解決スル規則ヲ編入スルハ誤謬ナルコト明カナリ故ニ本書ニ於テハ此等ノ公法的法律關係ノ

裁判管轄
ヲ定ムル
ハ國際私
法ノ目的
ニ非ズ

準據法ニ關スル説明ハ之ヲ除キタリ

わゐるカー氏等ハ國際私法ハ即チ國際民法ナリト考フ然レドモ商法モ私法ナルガ故ニ國際商法ヲ國際私法ノ範圍ニ入ルベカラザル理由ナシ

參照 穂積陳重博士ノ意見(拙著國際私法提要序文) Zitelman, I, S. 329.

(註) 今日舊說ヲ代表スル學者ハわいじゆ、そんみるゝ、こんとうちゝ等ニ三子アルノミハ氏ハ(Compte de Vareilles-Sommieres, La Synthèse du dr. int. pr., XXX-XXXV) 國際私法ヲ以テ外國人ニ關スル法則ノ總合ト爲シ之ヲ外人法(dr. des étrangers, dr. peregrinal)ト名ヅク國際法憲法、行政法、刑法、訴訟規定等ハ皆其一部ナリト曰ヘリ、Contuzzi, diritto internazionale privato, 2da ediz. pag. 154-156) 民事訴訟法及ビ國際刑法ヲ國際私法ニ編入セリ Weiss (Traité) Bar (Théorie) Fcot (Private International Jurisprudence, 4th ed.) Dicey (Digest) Westlake (Private Int. L., 5th ed.) Valery (Manuel, 1914) 等はレナリ余モ舊著國際私法提要中ニ國際訴訟及ビ國際破産ノ説明ヲ試ミタリ

第十章 國際私法上ニ於ケル外國法

第一節 外國法ノ性質

國際私法上適用セラルベキ外國法ノ性質ニ付テハ數說アリ

第一說ハ伊太利學派ガ主トシテ唱フル所ニシテ其說ニ依レバ右ノ法律ハ實質上外國法トシテ適用セラルモノナリ蓋シ國際團體ヲ組織セル各國ハ互ニ其主權ヲ尊重スル義務アリ隨テ其作用タル法律ヲ互ニ認メザルベカラズ乃チ甲國ノ法律ガ乙國ニ於テ行ハルルコトハ乙國ノ法律ガ甲國ニ於テ行ハルルト同一ナリト(Laurent, le dr. Civil, intern, II, No 269)らん氏ハ白耳義人ナレドモ伊太利學派ノ代表者トシテ舉グルコトヲ得ベシ此說タルヤ余輩ガ伊太利ノ本國法主義ヲ批評セシトキ一言セシ如ク主權ノ性質ニ反スルモノナリ何トナレバ伊太利學派ノ說ハ畢竟一國內ニ於テ數個ノ主權ガ竝ビ行ハルルコトヲ認ムルモノナレバナリ抑モ今日ノ國際法ニ依レバ一國內ニ數個ノ主權ガ竝ビ行ハルル(所謂共同主權)實例ナキニ非ズト雖モ此ノ如キハ特例ニシテ一般ノ國ニ於テハ其國內ニ完全ナル主權

法的私
關係ニ
適用セ
ラニ

ル外國
私法
ニ非ズ

涉外的
關係ニ
適用セ
ラニ

行ハルルガ故ニ國際私法上適用セラルベキ外國法ハ形式ノミナラズ實質ニ於テモ外國法ナリト謂フ說ノ誤謬ナルヲ知ルベシ

第二說ハ主トシテ英米ノ學者ガ之ヲ唱ヘ一時學界ノ輿論タリ(Laurent, II, No 269)本說ニ依レバ外國ノ法律ガ實質上外國法トシテ國內ニ行ハルルト云フハ主權ノ法理ヲ沒了スルノ說ナリ殊ニ裁判官ナルモノハ內國法ヲ適用スル職務アルノミニシテ外國法ヲ適用スル職務ナシ故ニ國際私法上適用セラルル外國法ハ事實ナリト(Story, Conflict of Laws, 7th ed. § 637, p. 787)

鄙見ニ依レバ國際私法上適用セラルベキ外國法ハ實質上ノ外國法ニ非ズ然ラザレバ主權ノ性質ニ抵觸スベシ然レドモ事實ニモ非ズ內國法タル國際私法ガ外國法ノ適用ヲ命ズル瞬間ニ於テ其外國法ハ變ジテ內國法ト爲リタルモノニシテ唯ダ其形ガ外國法ナルノミ

(註) 當事者ノ指定ニ因ル準據法ハ當事者ノ意思ナリトノ說ヲ作ス者アリ(ふろーらんびれー

等前掲)然レドモ當事者ガ一旦或ル法律ヲ涉外的私法關係ノ標準トシテ指定シタル以上ハ

其法律ハ制裁アル規範ナリ又此說ニ依ルトキハ當事者ノ意思ヲ推定シテ設ケタル法律中

ノ規定例ヘバ債權法ノ如キハ當事者ノ意思ニシテ規範ニ非ザルコトナル果シテ然ラバ當事者ハ何ガ故ニ自己ノ意思ニ依リテ責任ヲ生ズルヤヲ説明スル能ハズ佛國民法第千百三十四條第一項ニ「適法ニ成立シタル契約ハ之ヲ締結シタル者ニ對シ法律ノ地位ヲ有ス」トアルハ自明ノ規定ナリ但シ本條ノ價值ニ付テハ佛國ノ學者間ニ見解分ル

法例第三條ニ「人ノ能力ハ其本國法ニ依リテ之ヲ定ム」トアリ此本國法ナル語ハ多クノ規定ヲ包含ス即チ日本人ハ滿二十年ヲ以テ成年トス獨逸人ハ滿二十一年ヲ以テ成年トス云々」ト能力ニ關スル内外國ノ法律ヲ一々列舉スル代リニ概括的ニ本國法ナル文字ヲ用ヒタルノミ若シ日本人ハ滿二十年ヲ以テ成年トス獨逸人ハ滿二十一年ヲ以テ成年トス」ト規定スルトキハ其條文ガ内國法ノ一部分ナルコトハ何人モ疑ハザル所ナルベシ果シテ然ラバ右ノ如キ列記的文體ニ代ヘテ概括的の文字ヲ用ヒタルガ爲メ同一ノ内容ヲ有スル外國法ガ事實ニ變スル理由ナシ由是觀之國際私法上適用セラルベキ外國法ガ國內法ノ一部分ナルコトハ明カナリ跡部博士ハ鄙說ニ對シ有益ナル反對說ヲ唱ヘラル(法學論叢五卷四號五號)博士ハ曰ク「外國法ニ變更ヲ生シタルトキハ如何例ヘバ獨逸カ法律ヲ改正シテ二十歳ヲ

以テ成年ト爲シ埃太利ガ法律ヲ修正シテ二十一歳ヲ以テ成年ト爲シタリトセバ我法律ニ定メタル觸埃人ノ成年ノ時期ハ其本國法ノ定ムル成年ノ時期ト異ナルニ非ズヤ」ト是レ余ガ法例制定當時ニ於ケル外國法ヲ標準トシテ立論セルモノト前提スル批評ナリ然レドモ余ハ本書第二編第一章一般の行爲能力ノ學說中「本國法主義」ナル題目ノ下ニ「此本國法タルヤ人ガ法律行爲タルベキ行爲ヲ爲ス時ニ於ケル其本國法ニシテ此後ニ於ケル國籍ノ變更ハ其效力ヲ既往ニ及ボサズ」ト記シ置ケリ博士又曰ク「法例制定當時ノ現存國家ノ外ニ新ニ國ヲ興シタル者アルトキハ其國民ノ成年時期ニ付テハ我法例ニ規定スル所ナシト云ハザルベカラズ」ト(同上)法例制定ノ當時未ダ存在セザル國家ガ法律ヲ制定スルトキハ我法例ニ列舉セラレタルト見ルベキ外國法ノ條文ニ自働的追加アリタリト見ルベシ而シテ本國法ノ變更ハ法例ノ修正ヲ要セズシテ法例條文ノ内容ヲ當然變更スルコトハ猶ホ民法、商法等ニ引用セル他法ノ條項ガ他法ノ改正ニ依リ當然變更セララルガ如シ例ヘバ民法第三十五條「民法制定ノ當時ト商法改正後ノ今日ト其外形同一ナルニ拘ハラズ内容ハ異ナレリ博士更ニ之ヲ駁シテ曰ク「是レ内國私法間ノ問題ニシ

テ商法ノ修正ハ我立法者ニ於テ隨意ニ之ヲ爲スコトヲ得其修正ニ當リテヤ此民法ノ規定ヲモ考慮スルモノナリ然ルニ本問ハ内外法間ノ問題ナリ外國法ノ修正ニハ我立法者ハ元ヨリ干涉スルコト能ハズ而シテ外國法ノ修正ニ從ヒ自然ニ我法律モ内容ヲ改メラルルモノトセバ是レ此問題ニ付テハ全ク外國法律ニ決定管轄權ノ存在スルコトヲ認メタルモノト解スルヲ妥當ナリト信ズ」(國際私法論上卷九四頁)然ルニ外國法律ノ變更ガ自働的ニ內國法律ノ内容ヲ變更スル例ハ容易ニ之ヲ舉グルコトヲ得例ヘバ外國人土地法第一條ニ依レバ外國人又ハ外國法人ノ本國法ガ帝國臣民又ハ帝國法人ニ對シ土地ニ關スル權利ノ享有ニ付キ禁止ヲ爲シ又ハ條件若クハ制限ヲ附スル場合ニハ我國モ亦右外國人又ハ外國法人ノ帝國ニ於ケル土地ニ關スル權利ノ享有ニ付キ勅令ヲ以テ同一若クハ類似ノ禁止ヲ爲シ又ハ同一若クハ類似ノ條件若クハ制限ヲ附スルコトヲ得然ルニ外國人又ハ外國法人ノ本國法ガ禁止條件若クハ制限ヲ撤廢スルトキハ我勅令ハ當然效力ヲ失フカ若クハ其内容ヲ一變スベシ其他破産法第二條民事訴訟法第八十八條第九十二條國籍法第七條第二項第二號第十三條第十五條第二項等ヲ舉グルコトヲ得

ベシ又博士ハ余ガ「法例第三條中ニハ日本人ハ滿二十年ヲ以テ成年トストノ規定ヲ包含セラル」ト云フヲ評シテ「是レ民法第三條ト重複スベシ」ト言ハル然レドモ民法ハ內國的私法關係ヲ定メタルモノニシテ法例ハ涉外的私法關係ヲ定メタルモノナリ能力ノ規定ハ重複スルニ非ザルナリ

(註) Seuffert (Comm., I, S. 325); Unger (I, S. 306 Ann. 40)ハ外國法ヲ慣習法ニ準視ス

參照 Bar, I, 37 ff.; Dicey, Digest, p. 10; Jahrbuch f. d. int. Rechtsverkehr 1912/13 S. 14.

Gierke, D. Pr. R., I, § 25 ff.; Jean Ray, De l'irrecevabilité du pourvoi en cassation pour vio-

lation ou fausse application d'une loi étrangère (富井博士還曆祝賀論文) 跡部博士著國際私法

論第一編第六章第一節、佐々學士著國際私法要義第一卷第一二章第二節、高井氏著日本國

際私法講義案第一編第五章、佐々野學士著日本國際私法第一編第四章第三節

第二節 外國法ノ證明

今日一般ニ認メラレタル民事訴訟法ノ原則ニ依レバ事實ヲ證明スルハ當事者ノ責任ニシテ裁判官ハ當事者ノ證明スル事實ノ範圍内ニ於テ裁判ヲ爲スガ故ニ國

當事者ハ
外國法ヲ
證明スル
責任アリ

裁判所ハ
職權ヲ以
テ外國法
ヲ調査ス
ルコトヲ
得

際私法上適用セラルベキ外國法ガ事實ナルト否トハ訴訟上大ナル關係ヲ有ス乃チ國際私法上適用セラルベキ外國法ガ法律ナルニ於テハ所謂裁判官ハ法律ヲ知ルト云フ格言ノ如ク當事者ハ裁判官ニ向テ外國法ヲ證明スル必要ナシ然ルニ我民事訴訟法ハ第二百十九條ニ地方慣習法商慣習及ヒ規約又ハ外國ノ現行法ハ之ヲ證ス可シ裁判所ハ當事者カ其證明ヲ爲スト否トニ拘ハラズ職權ヲ以テ必要ナル取調ヲ爲スコトヲ得ト規定セリ其前半ノミヲ見ルトキハ外國法ハ當事者ガ之ヲ證スル責任アルヲ以テ本條ハ外國法ヲ以テ事實ト認メタルガ如シ然レドモ前半ノ規定ノ目的ハ單ニ裁判官ノ職務上ノ負擔ヲ輕減スルニ在リ何ヲ以テ之ヲ言フヤ曰ク外國法ハ其實質既ニ內國法ノ一部分ト爲リタリト雖モ個々ノ外國法ノ内容ヲ知ルコト往々困難ナルガ故ニ當事者ヲシテ裁判官ノ職務ヲ助ケシムル爲メニ舉證ノ責任ヲ負ハシメタルナリ此ノ如ク説明スルトキハ所謂裁判官ハ法律ヲ知ル("jura novit curia")ト云フ格言ニ牴觸スルガ如シト雖モ余ノ考フル所ニ依レバ此格言タルヤ裁判官ハ普通人ニ比シテ法律上ノ知識ニ富ムガ故ニ裁判官ニ向テ法律ノ説明若クハ證明ヲ爲スハ徒ラニ裁判ノ進行ヲ阻害スルノミニシテ實益

ナシトノ意ニ外ナラズシテ裁判官ハ絶對ニ法律ヲ知ルトノ意ニ非ズ彼ノ上告ナル制度ハ裁判官ガ法律ヲ知ラザルコトアルヲ想像セルモノナリ蓋シ裁判官ノ法律ニ關スル知識ガ絶對的ナルニ於テハ法則ヲ適用セズ又ハ之ヲ不當ニ適用スト云フガ如キハ之アルコトナケレバナリ(民事訴訟法第四三五條參照)由是觀之裁判官ハ法律上ノ知識ニ關シ普通人ニ比シテ一日ノ長アルニ過ギズ若シ夫レ本條ノ後半ハ裁判官ガ當事者ノ證明ニ拘束セラルルコトナク職權ヲ以テ必要ナル調査ヲ爲シ得ル旨ヲ規定セリ故ニ本條ハ外國法ヲ事實ト爲ス說ノ根據ト爲スニ足ラザルナリ(此理ハ改正民事訴訟法ニ於テモ渝ハルコトナシ)

但ダ夫レ外國法ヲ知ルコトハ往々困難ナリ是ニ於テ學者ハ種々ノ方法ヲ案出シ以テ一般ノ人民及ビ裁判官ニ外國法ヲ知ル機會ヲ與ヘンコトヲ企畫セリ或ハ實際調査局ナルモノヲ設ケテ外國法ノ證明ヲ司ラシムベシト曰ヒ或ハ萬國圖書館ヲ設ケテ各國ノ法律ヲ蒐集スベシト曰フ然レドモ今日此等ノ考案ヲ實行スルハ容易ノ業ニ非ズ而シテ實際ニ於テハ外國法ヲ知ルコトハ世人ノ信ズル程困難ナルモノニ非ズ例ヘバ外國ノ大公使館又ハ領事館ニ問合セテ之ヲ知ルノ便アルノ

ミナラズ外國議會ノ報告書、外國法ノ制定、變更、廢止等ヲ報ズル新聞雜誌ノ發行モ益々多キヲ加フレバナリ千九百十八年和蘭ニ設立セラレタル「Institut int. médiate international」ハ外國法ノ調査報告ニ從事ス（定款第二條）外國法ヲ知ルコト困難ナリト云フトキハ國際私法ハ民法又ハ商法ト其性質ヲ同ジウシ唯ダ彼ハ涉外的私法關係ヲ定メ此ハ內國的私法關係ヲ定メタル點ニ於テ異ナルト云フ鄙説ニ抵觸スルガ如シト雖モ然ラズ何トナレバ地方慣習法ハ其性質民法又ハ商法ト同一ナルニ拘ハラズ當事者ガ之ヲ證明スル責任アルヲ見ルモ外國法ガ民法又ハ商法ト性質ヲ同ジウスル事實ハ當事者ノ舉證ノ責任ト衝突スルモノニ非ザルナリ之ヲ要スルニ外國ヲ知ルコトノ困難ハ內國法ヲ知ルコトノ困難ニ比シテ五十歩百歩ノ論ナリ

參照

Bar, I, 37 ff.; Laurent, Le dr. Civil int., II, 269; Westlake, Treatise, § 353 et seq.;

Planck, 3te Aufl. VI, S. 27; Böhm, die räumliche Herrschaft der Rechtsnormen, 1890, § 3.

跡部博士著國際私法論第一編第六章第二節、佐々學士著國際私法要義第一卷第一三章第三節、泉博士著國際私法講義第一六頁以下

外國法ノ
違背ハ上
告ノ理由
タルベシ

第三節 外國法ノ違背

上述ノ如ク國際私法上適用セラレベキ外國法ハ內國法ノ一部分ヲ爲スモノナルガ故ニ右ノ外國法ニ違背シタル場合ハ民事訴訟法ニ所謂法則ヲ適用セス又ハ不當ニ適用シタルトキハ法律ニ違背シタルモノトス「トノ規定ニ該當スルモノニシテ上告ノ理由ト爲ルモノナリ例ヘバ能力ニ關スル準據法ヲ適用スルニ當リ裁判官ハ英國ノ慣習法ヲ知ラザルガ爲メ英國人ハ二十年ニシテ成年ニ達シタルモノト誤信シテ二十年ノ英國人ヲ成年者ト判決シ又ハ勞農露國婚姻法ガ十六年ヲ以テ女ノ婚姻適齡ト定メタルコトヲ知ラズシテ十七年ヲ以テ勞農露國ノ女ノ婚姻適齡ト誤信シテ判決シタル場合ノ如キハ何レモ上告ノ理由ト爲ルベシ

參照

Bar, I, 39; Niedner, Vorbem. V; Planck, VI, S. 27 (3te Aufl.) Rohs, Einf. h. in d. int.

Pr. R., 1911 S. 9; Stier-Schelos, das freie Erbrecht; Zitelmann, I, S. 5, 288, 307, II, S. 218;

Klein, die Revisibilität des int. Pr. R. (Niemeyer's Zeits. 13. B. S. 353 ff.); Gaupp-Stein,

Kornm. 7te Aufl. II, S. 87. 跡部博士著國際私法論第一編第六章第三節、佐々野學士著日本

國際私法七八頁、高野氏著日本國際私法講義案二六頁、佐々學士著國際私法要義二二七頁

第四節 外國法適用ノ範圍

一定ノ涉外的私法關係ノ性質ガ或ル外國法ノ適用ヲ要求スルトキハ如何ナル場合ニ於テモ之ヲ適用スベキモノナリヤ又ハ其適用ニハ自ラ制限アリヤ例ヘバ我法例ニ依レバ婚姻ノ成立要件ハ各當事者ノ本國法ニ依ルベキモノトス(第三條)然レドモ婚姻ノ成立要件ノ準據法タル外國法ハ其内容如何ニ拘ハラズ之ヲ適用スベキモノナリヤ又法例ニ依レバ法律行爲ノ成立及ビ效力ハ當事者ノ意思ニ從ヒ其準據法ヲ定ム(第七條)然レドモ當事者ノ定メタル準據法ハ其内容如何ニ拘ハラズ之ヲ適用スベキモノナリヤ按ズルニ國際私法上外國法ヲ適用スルハ國家ノ公安ニ抵觸セザル範圍ニ於テ爲スベキモノナリ即チ外國法ノ適用ハ公安ナル概念ノ爲メニ制限セラル是レ今日學者ガ齊シク認ムル所ニシテ學者此問題ヲ公安問題ト云フ但シ所謂公安ノ實體ニ付テハさぶにうへひてゐる以來未ダ定説ヲ見ズ

ノ爲メニ存スルモノ、第二ヲ道德若クハ公安ノ爲メニ存スルモノト爲シ第二ノ絶對法ニ抵觸スル外國法ハ適用スベカラズ其他内國ニ存セザル外國法ハ適用スベカラズト曰ヘリ然ルニ氏ノ所謂公安ノ爲メニ存スル法律ハ警察、政治、經濟等ノ原因ニ出ヅル強制的規定ヲ總稱スルガ故ニ物權殊ニ不動產上ノ物權ノ如キハ其目的物ノ所在地法ニ依ルコトヲ得ザルナリ然ルニ氏ハ物權ノ目的物ノ所在地法ヲ以テ物權ノ準據法ト爲スガ故ニ氏ノ説ニハ矛盾アリ是レ所謂絶對法ノ觀念ガ曖昧ナルニ因ル瑞西ノぶろしえー氏ハ國內公安及國際公安ナル語ヲ案出シ以テ公安問題ヲ解決セントセリ (Brocher, Cours ed. dr. int. prive, I p. 106 et s.) 此語ハ廣ク諸方ニ傳播シ番ニ歐洲ノミナラズ我國ニ於テモ漸ク之ヲ慣用スルニ至レリ然ルニ此語ハ之ヲ用ユル人々ニ依テ其意味ヲ異ニスぶろしえー氏ノ考ニ依レバ内國人ニノミ適用セラルベキ公益規定ガ國內公安ノ規定ニシテ内外人ニ均シク適用セラルベキ公益規定ガ國際公安ノ規定ナリ國際私法上外國法ハ國際公安ノ規定ニ抵觸セザル範圍ニ於テ適用スベキモノナリト此說ハ問題ヲ以テ問題ニ答フルモノナリ何トナレバ如何ナル規定ガ外國人ニモ絶對ニ適用セラルベキモノナルヤ

國內公安
國際公安

ガ問題ナレバナリ又他ノ見解ニ依レバ國內公安トハ一國ガ公安ト認メタルモノニシテ國際公安トハ萬國ガ均シク公安ト認メタルモノナリ而シテ國際公安ニ牴觸セザル外國法ノミガ適用セラレベキモノナリト此說ハ較ヤ根據アルガ如シト雖モ亦採用スルニ足ラズ何トナレバ國際私法上一定ノ外國法ヲ適用セザル所以ハ國家ノ利益ヲ保護スルガ爲メニ外ナラズ外國ニ於テ同シク利益ト認ムルヤ否ヤハ問フ所ニ非ザレバナリ法例第三十條ハ公安問題ニ付キ左ノ如ク規定セリ曰ク「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」ト是ニ於テ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ノ意義ヲ明カニスルノ必要アリ抑モ民法ニ所謂公ノ秩序ナル語ト法例第三十條ニ用ユル同語トハ其意義ヲ異ニス例ヘバ能力ニ關スル規定ハ民法ニ所謂公ノ秩序ナレドモ法例ヨリ之ヲ見レバ然ラザルナリ法例第三條惟フニ善良ノ風俗トハ倫理ノ觀念ヲ謂ヒ公ノ秩序トハ之ヲ基礎トシタル規定ヲ謂フ而シテ倫理ノ觀念ナルモノハ時ト場所トニ由リ異ナルモノニシテ古今東西ニ共通スルモノニ非ズ例ヘバ親子兄弟等ノ血族ガ互ニ婚姻ヲ爲スコトハ今日ニ在リテハ吾人ノ倫理觀念ニ反スト雖モ往時ニ在リ

法例ノ規

善其ノ風
俗公ノ秩
序トハ何
ソヤ

テハ同胞ノ婚姻ハ到ル處ニ其例ヲ見ルノミナラズ親子間ノ婚姻モ亦嘗テ之ヲ認メタル時代アリ是レ倫理ノ觀念ガ時ニ依リテ異ナル所以ナリ又一夫多妻、一妻數夫ノ俗ノ如キハ今日ニ於テモ吾人カ往々見ル所ニシテ倫理ノ觀念ガ場所ニ由リテ異ナルコトヲ證スルニ足ル而シテ法例第三十條ノ公ノ秩序善良ノ風俗ナル語ハ我邦ニ於ケル公ノ秩序善良ノ風俗ヲ指示シ外國ガ一般ニ同一事實ヲ公ノ秩序善良ノ風俗ト認ムルト否トハ問フ所ニ非ズ然ルニ如何ナルモノガ果シテ倫理ノ觀念ナルカハ實際之ヲ確定スルニ困難ナル場合アリ而シテ此問題タルヤ事實問題ニ非ズシテ法律問題タリ何トナレバ此問題ハ法例第三十條ノ解釋問題ナレバナリ故ニ公ノ秩序善良ノ風俗ノ誤解ニ基ク裁判ハ上告ノ理由タルベシ外國法ヲ遁脫スル行爲ハ我國ノ公ノ秩序ニ反セザルモ我國ニ於ケル善良ノ風俗ニ反ス而シテ遁脫ノ有無ハ事實ナレドモ遁脫ガ法例第三十條ノ適用ヲ受クルヤ否ヤハ同條ノ解釋問題ナルガ故ニ法律問題ナリ法例第三十條ハ「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」ト消極的ニ規定セルモ其意味タルヤ外國法ノ適用

ヲ排除シテ其代リニ日本ノ法律ヲ適用スト云フニ在リ乃チ本條ハ外形上排斥條項(註ヲ見ヨ)ニシテ其實ハ留保條項タリ
 法例第三十條ハ涉外的私法關係ノ前提タル事實ニ適用スベカラズ然ラザレバ前提ノ前提ニモ亦之ヲ適用セザルベカラズ此ノ如キハ本條ノ適用ヲ無限ニ過去ノ事實ニ及ボスモノト謂フベシ故ニ例ヘバ奴隸ノ主人ガ奴隸國ニ於テ奴隸ニ因リ適法ニ取得シタル財産ハ其取得方法ガ我公ノ秩序善良ノ風俗ニ反スル故ヲ以テ否認スルコトヲ得ズ

參照 富井博士著民法原論一卷三三二頁以下、中島博士著民法釋義一卷四六五頁以下、鳩山博士著民法全書二卷五九頁以下、跡部博士著國際私法論第一編第七章、Boissac, de la notion de l'ordre public ; Despagnet, No. 107-108 ; Donnedieu de Vabres, L'évolution de la jurisprudence fr. en matière de conflit des lois, p. 541 et s. ; Rolin, Principes, I, No. 118 et s. ; Audinet, Principes, No. 311 et s. ; Comte de Vareilles-Sommières, No. 168 et s. ; Surville et Arthuis, Cours, No. 25 ; Bar, I, 36 ; Niemeyer, das int. Pr. R. des B. G. B., S. 93 ff. ; Savigny, 8, S. 32 ff. ; Zielmann, I, S. 317 ff. ; Westlake, 5th ed., p. 55, p. 308 ;

Pillet, Principes, chap. XIII et XIV ; Weiss, III, p. 83 et s. ; Minor, Conflict of Laws, 1902, p. 8 e. s. ; Fink, die Principien des intern. Pr. R. u. die Vorbehaltsklausel (Niemeyer's Zeits., 24. B. S. 138-179)

(註一) 公序良俗ノ觀念ハ羅馬法ニ淵源シ佛國民法第六條(同草案第八條)ニ於テ法語ト爲
 レツ

(註二) 排斥條項トハ外國法ノ適用ヲ排斥スル條項ト謂フ意ナリ留保條項トハ內國法ノ適用ヲ留保シ以テ外國法ノ適用ヲ禁ズル條項ナリトノ意ナリ

第五節 反定條項、轉定條項及ビ間接反定條項

民法商法等ノ私法間ニ衝突アルガ如ク國際私法ニモ亦衝突アリ是レ各國國際私法ノ内容ガ一致セザル結果ニシテ斯ノ如キハ内外交通上不便ナルコト言フ俟タズ例ヘバ契約履行ノ訴ヲ甲國ノ裁判所ニ提起スルトキハ同國ノ國際私法ニ依リ原告ガ勝訴者トナリ乙國ノ裁判所ニ提起スルトキハ同國ノ國際私法ニ依リ被告ガ勝訴スル如キ結果ヲ生スベシ故ニ國際私法ノ衝突ヲ解決スル必要ハ數十年來

學者竝ニ實際家ガ認ムル所ニシテ其方法ニアリ一ハ條約ニシテ(外交的解決法)一ハ反定條項及ビ轉定條項(國法的解決法)ナリ殊ニ各國ノ間ニ條約ヲ締結シテ以テ國際私法ノ規定ヲ統一スル計畫ハ從來屢々企テラレシ所ニシテ海牙國際私法條約及ビもんでびでお條約萬國著作物保護同盟條約萬國工業所有權保護同盟條約船舶衝突ニ付テノ規定ノ統一ニ關スル條約海難ニ於ケル救援救助ニ付テノ規定ノ統一ニ關スル條約手形條約ノ如キ或ル程度ニ於テ此計畫ヲ實行シタルモノナリ然レドモ歐米諸國ヲ統一スル所ノ國際私法條約ハ今日未ダ其成立ヲ見ズ國法的解決法ハ一國ノ成文的國際私法中ニ所謂反定條項及ビ轉定條項ヲ設ケテ以テ國際私法ノ衝突ヲ解決セントスルモノニシテ我法例ハ此方法ヲ採用セリ即チ法例第二十九條ニ曰ク

當事者ノ本國法ニ依ルヘキ場合ニ於テ其國ノ法律ニ從ヒ日本ノ法律ニ依ルヘキトキハ日本ノ法律ニ依ル

抑モ反定條項(renvoi, Rueckverweisung, re-reference)トハ內國ノ國際私法ガ一定ノ涉外的私法關係ニ付キ外國法ノ適用ヲ命ジタル場合ニ其外國ノ國際私法ガ其私法關係

ニ却テ內國法ノ適用ヲ命ジタルトキハ內國ノ國際私法ハ外國法ノ代リニ內國法ヲ適用スルコトヲ定メタル條文ヲ謂フ例ヘバ英國ノ法律ハ滿二十一年ヲ以テ成年ト定ムルニ拘ハラズ日本ニ居住スル英國人ハ滿二十年ヲ以テ成年者ト爲ルベシ何トナレバ英國ノ國際私法ハ能力ニ付キ人ノ住所地法ノ適用ヲ命ズルガ故ニ(英國ガ今日住所地法主義ヲ守ルコトハ問題ナレドモ英國人ノ住所地タル日本ノ民法ガ其能力ヲ定ムルコトトナレバナリ惟フニ法例第二十九條ハ左ノ缺點ヲ有ス

(一) 本條ハ法例ノ基礎學說タル法律關係性質說ニ抵觸ス

抑モ我立法者ハ本說ヲ以テ國際交通上最モ國民ノ利益保護ニ適合スルモノトシテ之ヲ採用セリ然ルニ偶々外國國際私法ノ反對アル爲メ反定條項ニ依リ其保護ヲ拋棄スルニ至ル是レ外國國際私法ノ爲メニ左右セララルモノト謂フベシ或ハ曰ク是レ國際交通ノ爲メナリト然レドモ國際交通ハ自國國民ノ爲メニ之ヲ爲スモノニシテ外國國民ノ爲メニ爲スモノニ非ズ鄙見ニ依レバ國家ハ其生存ヲ維持スル緊急ノ場合ニハ其領域ヲ閉鎖スル權アリ或ハ曰ク日本法律ヲ

適用スルハ日本國民ノ利益ニ非ズヤト立法者ノ考ガ果シテ此ニ在リトセバ何ガ故ニ法律關係性質説ヲ採用セシヤ立法者ハ宜シク外國國際私法ノ規定ヲ俟タズ日本法律ヲ適用セザルベカラズ

(二) 本條ハ國際私法ノ衝突ヲ解決スルニ足ラズ

例ヘバ英國ノ國際私法ノ如キハ住所地法ヲ以テ成年ノ準據法ト爲スモ其絶對ノ適用ヲ要求スルモノニ非ズシテ住所地ノ國際私法ガ英國ノ法律ヲ反定スルトキハ英國ノ法律ヲ以テ成年ノ準據法ト爲ス然ルニ我國ニ於テハ本條ニ依リ日本ニ住所ヲ有スル英國人ノ成年ニ付キ日本法律ヲ適用スルヲ以テ同一英國人ノ成年ハ日英兩國ノ國際私法上別個ノ取扱ヲ受クルコトナル然ルニ反定賛成論者ハ反定ハ規定ヲ要セズ總テノ國際私法ニ存在スト爲スガ故ニ各國ハ皆涉外的私法關係ニ自國ノ法律ヲ適用スルコトトナリ反定ニ由リテ涉外私法ノ問題ヲ統一ニ解決セント欲スル目的ハ結局無効トナル

(三) 本條ハ不徹底ナリ

本條ハ唯ダ本國法ヲ適用スル場合ニノミ制限セラレ(狹義ノ反定總テノ準據法

ニ通スル反定條項(廣義ノ反定)ニ非ザルヲ以テ不徹底ノ譏ヲ免レズ例ヘバ動產上ノ物權ニ付キ動產所在地法ヲ以テ準據法ト定ムル法例第十條ト所有者ノ本國法ヲ準據法ト定ムル伊國民法前編第七條ト衝突スル場合ハ本條ノ看過スル所ナリ即チ日本人ノ所有ニ係ル在伊太利動產上ノ物權ニハ同國ノ國際私法上日本法律ノ適用アルニ拘ハラズ我法例ニ依レバ却テ伊國民法ヲ適用スルコトトナル反定條項ノ辯護者ハ曰ク反定條項ハ本國法ノ適用ヲ排斥スルニ非ズシテ本國法ヲ適用スルモノナリ何トナレバ外國人ノ本國ニ於ケル國際私法モ亦其本國法ナレバナリト(Weiss, III, p. 79ノ說)此論法ニ依ルトキハ日本人ノ本國ニ於ケル國際私法モ亦其本國法ナルガ故ニ例ヘバ法例第三條第一項ニ謂フ「本國法」ハ日本人ニ付テハ日本ノ國際私法ヲ含ム因テ法例第三條第一項ヲ日本人ニ付テ翻言スルトキハ日本人ノ能力ハ日本ノ國際私法ニ依ルト云フコトトナル然ルニ日本ノ國際私法タル法例第三條ハ日本人ノ能力ハ日本ノ國際私法ニ依ルト定ムルガ故ニ循環シテ窮極スル所ヲ知ラザルナリまろつこ身分法及ビ伯國民法ガ反定條項ヲ設ケザルハ當レリ

(四) 本條ハ外國人ノ本國法ヲ適用スル場合ノミヲ想像シ内國人ノ本國法ヲ適用スル場合ヲ想像セザルガ故ニ日本人ニ關スル國際私法ノ衝突ハ解決セラレザルナリ反定條項ヲ是認スル内外ノ法律及ビ學說ガ此點ヲ看過セシハ遺憾ナリ例ヘバ英國ノ國際私法ハ能力ニ付キ人ノ住所地法ヲ適用シ日本ノ國際私法ハ能力ニ付キ人ノ本國法ヲ適用スルガ故ニ英國ニ住所ヲ有スル滿二十年ノ日本人ハ同國ノ國際私法上未成年者ナリ然ルニ我國國際私法ヨリ觀レバ成年者ナリ隨テ該日本人ノ能力ガ英國ノ裁判所ニ於テ問題ト爲リタル場合ト日本ノ裁判所ニ於テ問題ト爲リタル場合ニ依リ結果ヲ異ニセザルベカラズ國際私法衝突ノ解決ノ爲メニ自國國際私法ノ根本思想ヲ犧牲ニ供スルコトヲ辭セザル反定贊成論者ガ此場合ニ國際私法ノ衝突ヲ白眼視シ自國國際私法ノ根本思想ヲ固守スルハ果シテ何ノ意ナルヤ余ノ問ハント欲スル所ナリ或ハ曰ク是レ成ル可ク涉外的私法關係ニ内國法ヲ適用セント欲スル考ガ潜在スルニ因ルナラント夫レ或ハ然ランカ惟フニ内國法ヲ適用セント欲スル考ハ國民ノ利益保護ノ目的ニ歸着ス蓋シ内國法ハ國民ノ利益保護ヲ目的トスルモノナレバナリ果シテ

然ラバ反定贊成論者ハ一步ヲ進メテ著者ノ理想說(前掲)ノ如ク内國人ニ關係スル涉外的私法關係ニ内國法ヲ適用スベシト公言スルニ如カズ何ゾ外國國際私法ノ反定ヲ得テ而シテ後ニ始メテ内國法ヲ適用スルヲ要センヤ

轉定條項

轉定條項 (renvoi, further reference, Weiterverweisung) トハ國際私法ガ一定ノ涉外的私法關係ニ付キ外國法ノ適用ヲ命ジタル場合ニ其外國ノ國際私法ガ第三國ノ法律ノ適用ヲ命ジ(轉定シ)タルトキハ其涉外的私法關係ニ該外國法ノ代リニ第三國ノ法律ヲ適用スベキコトヲ定メタル條文ヲ謂フ轉定條項ト反定條項トハ孰レモ國際私法ノ衝突ヲ解決スルヲ目的トス故ニ反定條項ト轉定條項トハ互ニ離ルベカラザル關係アリ其一ヲ設ケテ他ヲ設ケザルハ其目的ヲ貫徹スル所以ニ非然ルズニ我法例ハ單ニ反定條項ノミヲ設ケテ轉定條項ヲ設ケズ

反定條項及ビ轉定條項ハ特ニ之ヲ設ケザルモ外國國際私法ノ反定及ビ轉定ハ當然之ヲ認ムベキモノナルヤ外國ノ判決例ヲ按ズルニ反定條項ナキ場合(但シ轉定條項ハ知ラズ)ニ裁判官ハ尙ホ反定ヲ認メタル例アリ然レドモ反定ト云ヒ轉定ト云ヒ俱ニ立法者ガ正當ト信ジタル國際私法ノ原則ヲ自ラ破ルモノナルガ故ニ特

別ノ規定ヲ要スルモノト謂フベシ故ニ我法例ガ反定條項ノミヲ設ケテ轉定條項ヲ設ケザルハ立法者ガ其必要ヲ認メザルモノト解釋セザルベカラズ我法例ガ轉定條項ヲ設ケタルモノト假定シテ之ヲ例示センニじよーるじや民法(第二七三八條)ニ依レバ同民法ニ依リ契約能力ナキモ契約地法ニ依リ此能力アルトキハ契約地法ニ依ル故ニ日本ニ住スル滿二十年ノじよーるじや(Gorgia)州人ガ瑞西ニ於テ契約ヲ爲シタルトキハ其人ノ能力ハ日本ノ法律ニモ依ラズ又じよーるじやノ法律ニモ依ラズ却テ第三國タル瑞西ノ法律ニ依ルナリ蓋シ瑞西民法ニ依レバ滿二十年ヲ以テ成年トス(第一四條)

反定條項及ビ轉定條項ノ立法上ノ價值ニ付テハ未ダ定論ヲ見ズ但シ千九百年開催セシ國際法學會ノ決議ハ之ヲ否認セリ余輩ハ將來是認論ノ減少スルコトヲ確信スル者ナリ

(註) 余ガ初メテ拙著ヲ公ニセシ當時(明治三十三年)ニハ反定ニ付キ可否ノ論相半セシガぶれー(Poulet)報ズル所ニ依レバ(前出一九二五年版)今ヤ反定ヲ否認スル說優勢トナレリ

間接反定條項トハ内國ノ國際私法ガ一定ノ涉外的私法關係ノ準據法トシテ外國

間接反定
條項

法ノ適用ヲ定メタルトキニ其外國ノ國際私法ガ同一ノ涉外的私法關係ニ第三國ノ法律ヲ適用スベキ旨ヲ定メ而シテ第三國ノ國際私法ハ其涉外的私法關係ニ内國ノ法律ヲ適用スベキ旨ヲ定メタルトキハ内國ノ法律ヲ準據法ト爲ス規定ニシテ今日何レノ國際私法ニモ實現セズ又之ヲ云爲スル學者ナシト雖モ苟クモ反定條項ト轉定條項ノ目的ヲ貫カントセバ間接反定條項ヲモ設クルヲ要ス

參照

Bate, Notes on the doctrine of renvoi in private international Law, 1904; Boef-Boutaud,

Résumé de dr. int. pr., 1912, p. 148; Beer, Die Rückverweisung in Fests. f. Zitelmann 1913; Kahn, der Grundsatz der Rückverweisung.....(Jherings Jahrb. 36. B. S. 366 ff.); Levis, Die Einw. etc. (Niemeyer's Zeits. 20. B., S. 85 ff.); Potu, la question du renvoi en dr. int. pr., 1913; Despagnet, No. 108; Buzzati, il rinvio nel diritto internazionale privato; Catellani, Del Conflitto fra norme di diritto internazionale privato, 1897; Weiss, III, p. 77e.s.; Pillet, Principes, 63-66; Surville-Arthuys, Cours, No 30; Valery, Manuel 411 et s.; Westlake, 5th ed., p. 31; Dicey, 2nd ed. p. 715; Meili, I, § 46; Annuaire de l'Inst. d. dr. int. t. XVII, 14 et 212; XVII, 145; XX, 38; Abbott, Law, Qu. Rev. 1903, 133;

Diena, Principi di dirit. intern priv., 1910, p. 64; Hibbert, Int. Pr. L, XXX; Walker, Int. Pr., S. 214; Arminjon, précis de Droit international privé, I e.s., 59 e.s., 1929.

跡部博士著國際私法論上卷四九三頁以下、佐々野學士著日本國際私法八四頁以下、高井氏著日本國際私法講義案三一頁以下、佐々學士著國際私法要義二二六頁以下、泉博士著國際私法講義一九頁以下

第十一章 法例ト國際私法トノ關係

法例ハ例外法ナリトノ說ハ我國ノ學者ガ往々唱フル所ナリ其說ニ曰ク元來私法關係ハ內國法ニ依リ管轄セラルルガ當然ナリ然ルニ或ル必要ノ爲メ法例ハ一定ノ私法關係ニ外國法ノ適用ヲ命ジタルナリ即チ外國法ヲ適用スルハ例外ニ屬ス故ニ外國法ノ適用ヲ定メザル事項ニハ內國法ヲ適用スベキナリトウスひてる氏モ亦嘗テ此說ヲ唱ヘタリ(Wächter, Archiv, 24. B, S. 236 ff.)然レドモ此說ハ我法例ノ基礎觀念タル法律關係性質主義ニ牴觸ス何トナレバ我法例ハ法律關係ノ性質ニ隨ヒテ準據法ヲ定メタルモノニシテ其性質ガ外國法ノ適用ヲ命ジタル場合ニハ外

法例ハ例外
法ニ非ズ

國法ヲ適用シ日本法ノ適用ヲ命ジタル場合ニハ日本法ヲ適用シ内外法ノ間ニ主從ノ關係ヲ認メザレバナリ但シ例外的ニ外國法ヲ主トシ日本ノ法律ヲ從トスル場合アリ法例第三條第二項ニ依レバ本國法上無能力者タル外國人ガ日本ニ於テ法律行為ヲ爲ス場合ニ其外國人ガ日本ノ法律ニ依リ能力者ナルトキハ能力者ト看做サル即チ外國人ノ本國法タル外國法ガ先ヅ適用セラレ之ニ由リテ其外國人ガ無能力者ナルトキ始メテ日本法律ガ適用セラルルナリ故ニ日本法律ハ外國法律ニ從屬スト謂フベシ

加之、法例ガ例外法ニ非ザルコトハ法例ノ條文ニ照シテモ亦之ヲ知ルヲ得ベシ即チ我法例ハ本國法、住所地法、目的物ノ所在地法、行為地法等ノ文字ヲ用ヒテ内外法ニ共通スル規定ヲ設ケ以テ單ニ外國法ヲ適用スル場合ノミヲ定メザルナリ例ヘバ法例第三條以下ノ本國法ナル語ハ獨リ外國法ノミヲ指示スルニ非ズ日本ノ法律モ亦其中ニ包含セラル又第七條ニ所謂行為地法ナル語モ同様ナリ乃チ法律行為ヲ爲シタル地ガ外國ナルトキハ外國法ガ行為地法トシテ適用セラレ之ニ反シテ日本ニ於テ法律行為ヲ爲シタル場合ニハ日本ノ法律ガ行為地法トシテ適用セ

ラル此ノ如キ條文ノ書キ方ヨリ見ルモ法例ハ例外的規定ニ非ザルヲ知ルベシ故ニ法例ガ國籍ヲ異ニスル船舶ノ公海上ニ於ケル衝突又ハ自然人ノ一般的權利能力等ニ付キ其準據法ヲ明示セサルノ故ヲ以テ之ニ日本ノ法律ヲ適用スベシトノ說ハ法例ノ解釋トシテハ謬レリト謂フベシ

參照 Tilsch, die Begünstigung... (Verh. d. erst. Hv. d. int. V. für vgl. R. W. u. VWL. in Berlin, 1911, S. 264 ff.)

第十二章 準國際私法

參照 Peter Klein, Studien zum interlokalen Privatrecht, 1915; Niboyet R. d. dr. int. pr.,

XIII, N. 1, 2.; Walker, Int. Pr., 1924 S. 11; Zitelmann, I, S. 395 ff. 跡部博士著國際私法論上卷五二九頁以下、泉博士著國際私法講義七〇頁以下佐々野學士著日本國際私法論一四頁以下、佐々學士著國際私法要義二五七頁以下、高井氏著日本國際私法講義三四頁

第一節 定義

定義
內國法律
衝突ノ發
生原因

準國際私法トハ同一ノ國家内ニ於ケル私法ノ衝突ヲ解決スル規則ヲ謂フ抑モ一國家内ニ於テ各種ノ私法ガ並ビ行ハルル場合ニ於テ其間ニ衝突ノ起リ得ベキハ洵ニ觀易キ道理ナリ今衝突ノ由リテ生ズル原因ヲ舉グレバ左ノ如キモノアリ

(1) 住所地ノ不同 例ヘバ甲法境ニ住スル者乙法境ノ住民ト婚姻ヲ爲ス是ニ於テ婚姻ノ要件、效力及ビ方式ニ付テ甲乙二法境ノ私法ガ相交渉スベシ所謂衝突トハ此交渉ヲ形容セル語ナリ然ルニ同一法境ニ住所ヲ有スル者ノ婚姻ハ同一法律ノ下ニ生ズル現象ニシテ其要件、效力及ビ方式ハ凡テ同一ノ法律ニ依リテ管轄セラレベシ

(2) 行爲地 同一ノ法境ニ住スル者ガ其他ニ於テ法律行爲ヲ爲シ又ハ不法行爲ヲ爲スハ同一ノ法律ノ下ニ生ズル現象ニシテ他ノ法境ニ行ハルル私法ト沒交渉ナリ然ルニ同一ノ法境ニ住スル者ガ他ノ法境ニ於テ法律行爲又ハ不法行爲ヲ爲ストキハ之ガ爲メニ住所地法ト行爲地法トガ衝突スベシ

(3) 行爲ノ目的物ノ所在地 甲法境ノ住民ガ乙法境ニ存在スル不動産動産亦同

ジ)ヲ甲法境ニ於ケル他ノ住民ニ讓渡ストキハ甲乙二法境ノ私法間ニ衝突ヲ生ズベシ然ルニ甲法境ノ住民ガ右ノ不動産ヲ丙法境ノ住民ニ讓渡ストキハ甲乙丙三法境ノ私法間ニ衝突ヲ生ズベシ又甲法境ヨリ乙法境ニ在ル他人ノ物件ヲ不法ニ燒毀スルトキハ甲乙二法境ノ間ニ私法ノ衝突起ル若シ物件ノ所有者ガ丙法境ノ住民ナルトキハ甲乙丙三法境ノ法律間ニ衝突ヲ生ズベシ

(4) 事件 例ヘバ甲法境ノ住民ガ乙法境ニ於テ死亡シタル場合ノ如キ是レナリ此場合ニハ相續ニ付テ甲乙二法境ノ私法ガ衝突スベシ

(5) 訴訟 他ノ法境ノミニ關係スル私法關係ニ基キ訴ノ提起アルトキハ他ノ法境ノ私法ト訴訟地ノ私法トノ間ニ衝突ヲ生ズベシ例ヘバ甲法境ニ住スル人ガ同法境ニ住スル人ト同法境ニ於テ婚姻ヲ舉行セシニ其後乙法境ニ於テ婚姻取消ノ訴ヲ提起セリ此場合ニハ甲乙二法境ノ間ニ私法ノ衝突ヲ生ズベシ

國籍ノ不同ニ因ル私法衝突ノ解決ハ國際私法ノ任務ナレドモ準國際私法ノ任務ニ非ズ甲法境ニ住スル人乙法境ニ住スル人ト契約ヲ爲ス場合ニ當事者ノ雙方又ハ一方ガ法境ヲ管轄スル國家ノ臣民ニ非ザルトキハ少クトモ二國家ノ私

法ガ相衝突スルモノニシテ之ヲ解決スルハ國際私法ノ任務タリ同一ノ私法關係ガ一面ニ於テハ國際私法ノ範疇ニ屬シ一面ニ於テハ準國際私法ノ管轄ニ屬スルハ事理ノ許サザル所ナリ甲國ノ甲法境ニ住スル甲國人ガ甲國ノ乙法境ニ住スル乙國人ヲ娶ラント欲ス各當事者ノ婚姻要件ハ宜シク各自ノ本國法ニ依ラザルベカラズ(法例第一三條)同時ニ甲法境ノ私法ハ其住民ノ婚姻要件ヲ管轄シ乙法境ノ私法ハ其住民タル乙國人ノ婚姻要件ヲ管轄スルモノニ非ズ蓋シ此ノ如キハ同一ノ婚姻要件ノ爲メニ相戾ル二個ノ準據法ヲ認ムルモノニシテ其結果同一ノ人ニシテ國際私法ニ於テハ婚姻ヲ爲スコトヲ得ベク準國際私法ニ於テハ婚姻ヲ爲スコトヲ得ザル奇觀ヲ呈スベシ之ヲ要スルニ國籍ヲ異ニスル人ノ間ニ在リテハ準國際私法ノ問題ヲ生セズ

(6) 居所 例ヘバ甲法境ニ居所ヲ有スル乙法境ノ住民ガ心神喪失ノ常況ニ陥リタル場合ニ甲法境ノ裁判所ハ甲乙法境中何レノ法律ニ依リ禁治產宣告ヲ爲スベキヤノ問題ヲ生ズベシ是レ居所ニ因リ甲乙二法境ノ法律ガ衝突スルニ因ル

(7) 履行地 例ヘバ甲法境ノ住民間ニ締結シタル契約ノ履行地ガ乙法境ナル場

合ニハ甲乙二法境ノ法律ハ衝突スベシ

第二節 名稱

名稱

學者ガ準國際私法ニ下シタル名稱頗ル多シ左ニ其重要ナルモノヲ掲グ

- (1) Das interprovinziale Privatrecht, Das interkantonale Privatrecht
 右ハえつしえる (Escher) まいりー (Meili) 等ノ用ユル所ニシテ (Escher, das schw. interk. P. R., 1895; Meili, I, § 12) 跡部氏及ビ毛戸氏ガ州際私法ト譯サレタル者是レナリ (二氏譯まいりー國際民商法論) 而シテまいりーガ其著書中華國際私法ヲ論ジタル一章ノ題目ニ Das interstatliche oder interkantonal Privatrecht ナル文字ヲ選ビタルハ妥當ヲ缺クげふけん (Geffken) ハ嘗テ國際法(國際公法)ノ名稱中最モ完全ナルハ interstate law ナル語ナラント言ヒシガ (Heffer-Geffken, Das Eur. Völkerrecht d. Gegenwart, Sie Ausg., S. 2) 此語ニ相當スル Das interstatliche Privatrecht ナル語ハ人ヲシテふえりくち (Fœlix) 等 (Fœlix-Demangeat, Traité du dr. int. pr., 4e éd., p. 1 e. s.) ガ主唱シタル國際法ニ別論ヲ想起セシメ準國際私法ノ性質ニ副ハザルモノト謂フベシ Das

interprovinziale Privatrecht ナル語ハ北米合衆國ノ準國際私法ニ適當セザルベク又 Das interkantonale Privatrecht ナル語ハ日本ノ如キ國ニハ相當セザルナリ

- (2) Das interlokale Privatrecht
 此語ハちーてるまんガ用ユル所ニシテ (Zitelmann, I, S. 393) 此語ヲ採用スル學者鮮カラズ此語モ亦適當ニ非ズ此ハ後述スベシ

- (3) Droit privé intercolonial
 此ハじつた (Jitta, Méthode, pp. 306-307) ガ用ユル所ナリ此語ハ人ヲシテ殖民地間ニ行ハルル私法ヲ想像セシムルモノニシテ不適當ナリ

- (4) Interstate Law
 此語ハクーん (Kuhn) (Meili, International Civil and Commercial Law, 1905, p. 48) 等ガ用ユル所ニシテ國際法ト混視セラルル缺點アリ (1) 參照)

- (5) Interkoloniales Recht
まいりーハ母國殖民地間ノ法律又ハ一國若クハ數國ノ殖民地間ノ法律ヲ名ヅケテ Interkoloniales Recht ト云ヘリ (Meili, das int. Civ. u. H. R., § 12)

以上ノ名稱ハ孰レモ準國際私法ノ性質ヲ表示スルニハ不十分ナリ獨逸、瑞西等ノ學者ガ歡迎スル *Interlokales Privatrecht* ナル語ト雖モ亦不完全ナリ何トナレバ *Locus* ナル語ハ一國內ニ於ケル小區域ノミヲ意味スルモノニ非ズ國家領土ノ全部モ亦一ノ *Locus* ニ外ナラザレバナリ例ヘバ國際私法上ノ原則タル *Locus regit actum* ノ如シ併シ乍ラ準國際私法ナル邦語モ亦面白カラズ寧ロ準涉外私法ト名ヅクベキナリ跡部博士ハ余ガ假ニ選ビタル準國際私法ナル名稱ヲ是認セラル(同博士著國際私法論上卷五三〇頁)

第三節 沿革

參照

Valer, *Des influences probables de la guerre mondiale* (R. d. dr. ini. pr., 1919, p. 1 e. s.)

鄙見ニ依レバ準國際私法ノ研究ハ佛國ニ始ル伊太利法則學派ノ研究セシ *Collisio statutorum* ハ主トシテ伊太利各市府ノ法則ニ係ルト雖モ當時伊太利各市府ハ小規模ナガラモ獨立ノ國家ナリシガ故ニ所謂 *Collisio statutorum* 又ハ *Confictus statutorum* 實ニ今日ニ於ケル各國法律ノ衝突ト性質ヲ同ジウス然ルニ法則說ノ轉ジテ佛國

沿革

ニ入ルヤ同國ノ學者ハ同國內ニ於ケル所謂 *Contumes* ノ衝突ノ解決ニ之ヲ應用セリ例ヘバ *じゆむいらん* (*Dumoulin*) ハ曰ク人ガ住所ヲ有スル地方ノ慣習法(*Contume*)ニ依リ無能力ナルトキハ契約地方ノ慣習法ニ依リ能力アル場合ト雖モ住所地ニ於テ有スル財産ヲ賃貸スルコトヲ得ズト佛國國際私法學ノ先覺者ニシテ法則說中興ノ祖ト稱スベキだるちあんといれ (*d'Argente*) 亦佛國ニ於ケル各地方ノ慣習法ノ衝突ヲ研究セリ

だるちあんといれノ說ハ和蘭ニ傳ハレリ和蘭國當時ノ狀態タルヤ地方ノ小自治體相對峙シテ善クだるちあんといれノ說ヲ容ルルニ適シタリ千六百十一年一ノ勅令公布セラレタリシガ其文ニ曰ク「遺言者ノ住所地及ビ其財産所在地ニ於テ遺言ニ關シテ異ナリタル習慣アルトキハ此ノ如キ財産ニ關シテ之ヲ處分スルコトヲ得ルヤ否ヤノ問題及ビ處分者ノ年齢又ハ其處分ノ方式ハ其財産所在地ノ習慣ニ依ルト」按ズルニ國際私法及ビ準國際私法ノ區別ハばるとるすヲ始メ多クノ學者ガ心附キシ所ナレドモ二者ノ原則ハ全然同一ナルモノト考ヘラレ延イテ近代ニ及ベリ左レバしえふねるふえりくす等ノ鴻儒ガ兩者ノ異同ニ付キ言フ所ナカ

リシハ怪ムニ足ラザルナリさぶにー(Savigny, VIII. 108)以來ノ學者ハ大概皆國際私法準國際私法同則論ヲ唱ヘザル莫シべるん人事及行爲法案ノ如キハ兩者ヲ同一ノ原則ニ依ラシメタリ併シ乍ラ又一方ニ於テハ二者ハ別個ノ原則ニ依ラザルベカラズト論スル者アリ就中ろぎん(Roguin)ハ其著ハス所ノ瑞西法律衝突論ノ序文ニ於テ瑞西ニ於ケル各州間法律ノ衝突ト瑞西外國間ニ於ケル法律ノ衝突トハ同一ノ原則ニ依ルヲ得ザルコトヲ主張セリ(Roguin, *Conflicts des lois Suisses*, 1891, avantpropos.)

参照 ぢつた亦同様ノ説ヲ唱フ(Jitta, *Méthode*, p. 307; Walker, S. 10 ff.)

第四節 準據法及び其適用ノ範圍

國際私法ト準國際私法トハ法律ノ衝突ヲ解決スル點ニ於テ全ク相同ジ但ダ彼ハ内外法ノ衝突ニ關シ此ハ一國內ニ於ケル法律ノ衝突ニ關スルノミ故ニ準國際私法ニ在リテハ私法關係ニ適用セラルベキ法律ハ本國法ニ非ズシテ住所地法ナリ何トナレバ私法關係ノ當事者ハ孰レモ皆同一ノ國家ニ臣事スル者ナレバナリ故ニ身分、能力、相續等ノ問題ハ人ガ住所ヲ有スル地ノ法律ニ依リテ決定セラルベシ

反定問題

此以外ニ於テハ國際私法上ノ準據法ハ凡テ之ヲ準用スルコトヲ得但シ國家内ニ於ケル法律ノ衝突ニ付テハ内外法ノ衝突ニ比シ公安牴觸ノ問題ヲ惹起スルコト鮮シ是レ一國內ニ於テハ善良ノ風俗ニ關スル考ガ甚ダシキ逕庭ヲ見ザレバナリ併シ乍ラちちてゐるまんノ如ク國家内ニ於テハ留保條項(制限條項)ヲ適用スル程ノ道德觀念ノ衝突ナシト言フハ當ラズ(Zitelmann, I, S. 400-401)割讓地ト讓受國、併合國ト被併合國トノ間ニ道德ノ觀念ヲ異ニスルコトアルハ觀易キ道理ナリ

公定問題

次ニ反定問題モ亦準國際私法上發生スベシ抑モ反定ノ目的タルヤ所謂衝突規定ノ衝突ヲ解決スルニ在リ必ズシモ世人ノ想像セル如ク本國法主義ト住所地法主義トノ衝突ノミヲ解決スルニ止マラザルナリ故ニ甲法境ノ準國際私法ハ不動産上ノ物權ヲ設定處分スル法律行爲ニ物ノ所在地法ヲ適用シ乙法境ノ準國際私法ガ該法律行爲ニ自主ノ原則ヲ適用シ行爲地法ヲ沈默の準據法ト定メタル場合ニ乙法境ヨリ見テ行爲地タル甲法境ノ準國際私法ハ該法律行爲ノ準據法トシテ不動産所在地タル乙法境ノ法律ヲ反定スベシ是ニ於テカ乙法境ニ於テハ此反定ヲ認メテ内境(乙法境)ノ法律ヲ適用スベキヤ又ハ行爲地タル甲法境ノ法律ヲ適用ス

ベキヤノ問題ヲ生スベシ之ト同様ニ不動産所在地タル乙法境ノ準國際私法ハ甲法境ノ法律ヲ反定スルガ故ニ甲法境ニ於テハ此反定ヲ認メテ内境(甲法境)ノ法律ヲ適用スベキヤ又ハ不動産所在地タル乙法境ノ法律ヲ適用スベキヤノ問題ヲ生スベシ

轉定問題

轉定問題亦發生スベシ甲法境ノ準國際私法ハ能力ニ人ノ住所地法ヲ適用シ乙法境ノ準國際私法ハ能力ニ行爲地法ヲ適用スト假定スベシ今甲法境ニ於テ乙法境住民ノ能力ヲ決定セントスルニ甲法境ノ準國際私法ガ住所地法トシテ指定セル乙法境ノ準國際私法ハ行爲地法トシテ第三法境ヲ轉定スベシ此場合ニ甲法境ハ右ノ人ノ能力ニ第三法境ノ法律ノ適用ヲ認ムベキヤ

間接反定問題

反定問題ト轉定問題ヲ生ズル以上ハ間接反定ノ問題ヲ生ズルハ明ナリ抑モ之ヲ事實ニ徵スルニ所謂反定條項ナキニ拘ハラズ反定ヲ認メタル判決例鮮カラズト雖モ反定ナルモノハ國際私法若クハ準國際私法ノ原則ヲ破ルモノナルガ故ニ之ヲ認メタル條文ナキトキハ之ヲ適用スル能ハズ轉定及ビ間接反定亦然リ

247296

以上ハ各法境ガ内容ヲ異ニスル準國際私法ヲ有スル場合ヲ前提ト爲シタル見解ナレドモ同一内容ノ準國際私法ガ行ハルル場合ニハ反定、轉定及ビ間接反定ノ問題ヲ生ゼザルナリ

朝鮮、臺灣、樺太及ビ關東州ニハ準國際私法存在セズ隨テ實際上ニ於テハ反定、轉定及ビ間接反定ノ問題ヲ生ゼズ

第五節 準據法ノ性質

準據法ノ性質

準國際私法上適用セラルベキ外法境ノ法律ハ内法境ノ法律ト同一ノ性質ナリヤ將タ一ノ事實ナリヤ之ニ對スル解答ハ内法境ノ法律ノ規定如何ニ依リテ定マルコト(精言スレバ内法境ノ法律ガ之ヲ法律ト定ムレバ則チ法律ナリ之ヲ事實ト定ムレバ則チ事實ナリ)勿論ナリト雖モ内法境ノ法律ガ何等ノ規定ヲ爲サザル場合ニ於テハ之ヲ法律ナリト謂ハザルベカラズ(委細ハ本編第十章第一節ニ就テ知ルベシ)蓋シ外法境ノ法律タル準據法ハ正ニ内法境法律ノ一部分ト爲リタルモノナレバナリ此故ニ甲法境ノ裁判所ニシテ其準國際私法上適用セラルベキ乙法境ノ

法律ヲ適用セザルカ又ハ不當ニ適用スル場合ニハ其判決ニ對シテ上告ヲ提起スルコトヲ得ベシ此ノ如ク準國際私法ノ準據法ハ其性質法律ナルガ故ニ訴訟上ニ於テ當事者ガ之ヲ證明セザル場合ニ於テモ裁判官ハ職權ヲ以テ其取調ヲ爲スコトヲ得ベシ

臺灣ノ成文法タル律令、朝鮮ノ成文法タル制令ノ如キハ當事者之ヲ證明スル責任ヲ有セズト雖モ同地ノ慣習法ハ當事者之ヲ證明スル責任ヲ有ス(民事訴訟法第二一九條參照)然レドモ此一事實ヲ以テ臺灣、朝鮮等ノ慣習法ハ事實ナリト斷定スルコトヲ得ザルナリ(委細ハ本編第十章第二節ニ就テ知ルベシ)

第六節 法境竝立ノ原因

法境竝立ノ原因

一 國內ニ數多ノ法境ガ竝立スル原因ヲ舉グレバ左ノ如シ

第一 領地割讓

國家ガ他國ヨリ領地ヲ讓受クル場合ニ從來ノ私法ヲ其儘割讓地ニ行フコトハ屢バ實例ノ示ス所ナリ臺灣、樺太ノ狀態亦然リ就中左ノ事項ハ舊慣ニ依ル

(一) 本島人及ビ支那人間ノ民事(明治四一年律令第一一號臺灣民事令第三條樺太土人相互ノ關係(明治四〇年勅令第九四號第二條)(二) 土地ニ關スル權利(臺灣民事令第二條)

第二 國家ノ併合

第三 地方立法權設定

第四 地的特別法ノ制定

第七節 日本ノ準國際私法

第一 臺灣

我國ガ臺灣ヲ領有セシヨリ以來内地臺灣ニ共通ノ法律ヲ布クテ政策トシ法例(明治三一年勅令第一六一號國籍法(明治三二年勅令第二八九號)民法、商法、民事訴訟法及ビ其附屬法律、民法施行法、商法施行法、人事訴訟手續法、非訟事件手續法、競賣法、不動産登記法、明治三十三年法律第十三號、明治三十三年法律第十七號、破產法、和議法、保險業法)以上明治四一年律令第一一號臺灣民事令及ビ明治四一年總

臺灣

督府令第四八號、大正一一年勅令第四〇六號、第五二一號、第五二二號、國籍喪失者ノ權利ニ關スル制、失火ノ責任ニ關スル民法適用制、明治三七年勅令第一四七號、年齡計算ニ關スル制、明治三六年勅令第一四號、遺失物法、明治三二年勅令第三〇二號、供託法、明治三二年律令第一一號、供託規則、大正一一年勅令第七〇號等ノ如キ重要ナル法律ハ總テ之ヲ臺灣ニ施行シ若クハ適用シタリ然レドモ土地ニ關スル權利ニ付テハ民法第二編物權ノ規定ニ依ラズ舊慣ニ依ル但シ土地ニ關シ特ニ定メタル規定ノ效力ヲ妨グズ、民事令第二條、民事令ハ大正一一年律令第二一號ニ依リ廢止セラレ、此種ノ規定ハ外國人土地取得ニ關スル律令、明治三三年第一號、土地貸借ノ期間ニ關スル律令、明治三三年第二號、蕃地ニ關スル律令、明治三三年第七號、出典地業主權ニ關スル律令、明治三七年第一〇號、臺灣永代借地權令、明治四五年律令第一號等ナリ又物權以外ノ法律關係ニ付テハ内地ノ制度ト異ナル利息制限規則、明治三七年律令第二號アリ是ニ於テカ内地法及ビ臺灣法ノ衝突ヲ免レズ例ヘバ臺灣島民ガ同地ニ於テ所有スル土地ヲ内地ニ於テ内地人ニ百五十年間ノ使用ヲ許シタルトキハ律令ノ適用ヲ受クベキヤ又臺灣ニ於

テ爲シタル利息契約ノ履行地ガ内地ナルトキハ内臺何レノ利息制限法ニ從フベキヤ等ノ問題ヲ生ズベシ又嘗テ臺灣民事令第三條ニ於テ本島人及ビ支那人間ノミノ私法的法律關係ガ從來ノ慣習法ニ依ルコトヲ規定シタルモ大正十一年法律第三號(臺灣ニ施行スベキ法令ニ關スル件)ニ依リ大正十一年中數次勅令ヲ發布シテ前ニ掲ゲタル諸法ヲ施行シ同時ニ臺灣民事令ヲ廢止シタリ而モ仍ホ大正十一年勅令第四百七號(臺灣ニ施行スル法律ノ特例ニ關スル件)ニ依リ民法及ビ商法等ノ施行ニ關シ特別ノ規定ヲ設ケタリ就中本島人ノミノ親族及ビ相續ニ關スル事項ニ付テハ民法第四編第五編ノ規定ヲ適用セズ別ニ定ムルモノヲ除ク外慣習ニ依ル(同令第五條)又不動產上ノ權利(同令第六條)及ビ本島人ノ能力ニ付テハ特別ノ規定ヲ設ケタリ(同令第一二條第一三條從テ臺灣ト内地其他ノ法境トノ間ニ法律ノ衝突ヲ生ズベシ)

第二 樺太

明治四十年法律第二十五號ニ法律ノ全部又ハ一部ヲ樺太ニ施行スルヲ要スルモノハ勅令ヲ以テ之ヲ定ムト規定セリ故ニ法律ハ當然樺太ニ行ハルルモノニ

非ズ樺太ガ別個ノ法境タル所以ナリ但シ同地ニハ今日民法、商法、民法施行法、商法施行法、利息制限法、法例、工場抵當法等ノ重要ナル法律行ハルト雖モ(明治四〇年勅令第九四號、同四五年勅令第一一七號)内地ノ私法ハ未ダ悉ク樺太ニ行ハレザルノミナラズ土人相互ノ關係ハ從來ノ慣例ニ依ルガ故ニ(大正九年勅令第一二四號)樺太ニ施行スル法律ノ特例ニ關スル件第一條)樺太ト内地其他ノ法境トノ間ニ法律ノ衝突ヲ生ズベキヤ明カナリ

朝鮮

第三 朝鮮

朝鮮ニ於テハ法例(明治四五年勅令第二一號)ノ外民法、民法施行法、商法、商法施行法、破産法、和議法、民事訴訟法、人事訴訟手續法、非訟事件手續法等行ハルルガ故ニ(明治四五年勅令第七號)朝鮮民事令)私法制度ハ内地ト殆ド同一ナリト雖モ尙ホ内地ノ制度ト異ナルモノナキニ非ズ今其最モ主要ナルモノヲ舉グレバ左ノ如シ

(1) 親族、相續ニ關スル制度(民事令第一一條)

朝鮮人ニ關スル親族、相續ニ關スル事項ハ慣習ニ依ル

(2) 法律行爲ニ關スル制度

朝鮮人相互間ノ法律行爲ニ付テハ法令中公ノ秩序ニ關セザル規定ニ異ナリタル慣習アル場合ニ於テハ其慣習ニ依ル(民事令第一〇條)

(3) 不動産ニ關スル制度

不動産ニ關スル物權ノ種類及ビ效力ニ付テハ民事令第一條所載ノ法律ニ定メタル物權ヲ除クノ外慣習ニ依ル(民事令第一二條)不動産ニ關スル權利ノ登記ニ付テハ不動産登記令其他ノ法令ニ特別ノ規定アル場合ヲ除クノ外不動産登記法ニ依ル典當權ハ同法ノ適用ニ付テハ其性質ニ從ヒ之ヲ不動産質權又ハ抵當權ト看做ス(明治四五年勅令第九號)朝鮮不動産登記令第一條(不動産ノ所有權、典當權ノ設定、保存、移轉、變更、處分ノ制限又ハ消滅ノ證明ハ證明スベキ權利ノ目的タル不動産所在地ヲ管轄スル府廳又ハ郡廳ニ於テ之ヲ行フ(明治四五年勅令第一五號)朝鮮不動産證明令第一條第二條)

(4) 利息制限令(明治四四年勅令第一三號)

内地ト異ナル利息制限行ハル

(5) 朝鮮船舶令(大正三年制令第七號)

同令ニ依ラザル日本船舶ハ不開港ニ寄港スルコトヲ得ズ(第三條)

(6) 永代借地權(大正三年制令第一七號)

永代借地權者ガ永代借地權ヲ所有權ニ變更セントスルトキハ所有權保存ノ登記ヲ要ス永代借地權者ガ此登記ヲ受ケタルトキハ其土地ノ所有權ヲ取得ス(第二條)

由是觀之朝鮮ト内地其他ノ法境トノ間ニ法律ノ衝突ヲ免レズ

關東州

第四 關東州

我國ガ承繼シタル露清條約第一條ニ依レバ露國ハ租借ニ付キテ清國ノ主權ヲ害スルコトヲ得ザルノミナラズ租借ガ期限附ナル事實ニ徴スルモ關東州ハ我國ノ領地ニ非ズ但シ實際上ニ於テハ殆ド我領地タルノ觀アリ例ヘバ法例、民法、商法、工場抵當法、民事訴訟法、人事訴訟手續法、非訟事件手續法、不動產登記法等主要ノ法律ハ皆此地ニ行ハル(明治四一年勅令第二一三號關東州裁判事務取扱令第一條)但シ支那人ノ外ニ關係ナキ親族相續ニ關スル事項ハ當分ノ内從前ノ慣

南洋群島

第五 南洋群島

例ニ依ル(同令第二條)由是觀之關東州ト内地其他ノ法境トノ間ニ法律ノ衝突ヲ免レズ

南洋群島ハ歐洲大戰後ニ於ケル國際聯盟ニ依リ日本帝國ノ委任統治區域ト定メラレタルモノニシテ現ニ南洋廳ヲ置キテ之ヲ統治シ我法權ノ行ハルル所ナリ

南洋群島ニハ法例、民法、商法、破產法、和議法、供託法、工場抵當法、民事訴訟法、人事訴訟手續法、競賣法、不動產登記法、非訟事件手續法等主要ナル法律ヲ施行セリト雖モ(大正一二年勅令第二六號南洋群島裁判事務取扱令第一條)島民ノ外ニ關係ナキ民事ニ關スル事項ニ付テハ慣例ニ依ルモノトシ(同令第二條)又土地ニ關スル權利ニ付テハ當分ノ内從前ノ慣例ニ依ル但シ當分ノ内登記ヲ爲サズ(同令第三條)從テ南洋群島ト内地其他ノ法境トノ間ニ法律ノ衝突ヲ免レズ(大正一二年法律第二五號ニ依リ共通法改正セラル)

夫レ準國際私法ト國際私法トハ其性質相類似スルモノナリ故ニ類推解釋ニ依リ

國際私法ノ原則ニ從ヒ各法境間ニ於ケル法律衝突ヲ解決セザルベカラズ(大正七年法律第三九號共通法第二條)故ニ土地ノ權利ニ關スル法律ノ衝突ハ法例第十條ニ依リ之ヲ解決スベク法律行爲ニ關スル法律ノ衝突ハ同第七條乃至第九條ニ依リテ解決スベク不法行爲ニ關スル法律ノ衝突ハ法例第十一條ニ依リテ之ヲ解決スベキナリ但シ各當事者ノ屬スル地域ノ法令ヲ以テ其本國法トス(共通法第二條第二項)反定、間接反定及ビ轉定ハ數個ノ準國際私法ノ衝突ヲ前提ト爲スモノニシテ朝鮮、臺灣等ニハ未ダ準國際私法之レ無キガ故ニ實際上ニ於テハ反定、間接反定及ビ轉定ノ問題ヲ生セズ然レドモ留保條項(法例第三〇條)ハ準國際私法上亦之ヲ適用スルノ必要アリ例ヘバ臺灣ニ行ハルル典妻妾ノ風俗ハ大清律令亦之ヲ禁止スト雖モ臺俗已ニ久シク之ヲ認メ我國モ亦今日之ヲ認ム(臨時臺灣舊慣調查會第一部調查第一回報報告書上卷二二頁)此時ニ方リ臺灣島民ガ内地ニ於テ其子女ヲ賣却シ其妻妾ヲ典スル如キハ公ノ秩序善良ノ風俗ニ反スルヤ明カナリ然レドモ妻子ノ典賣ガ彼地ニ於テ已ニ實行セラレタル場合ニハ内地ニ於テ之ヲ認メザルベカラズ故ニ臺灣ニ於テ子女ヲ買取リタル島民ガ内地ニ於テ其行爲ノ無效ヲ主張

シ以テ代金ノ取戻ヲ請求スルコトヲ得ザルナリ

(註) 臺灣ニ於ケル賣子ノ風俗ハ今日消滅セト云フ

我領事裁判權ノ行ハルル國ニ於テ日本ノ法律ガ日本人ヲ管轄スルハ屬人法トシテ之ヲ管轄スルノミ其國ハ日本ノ法境ヲ組織スルニ非ザルナリ (反對 Habicht, S. 63)

參照 匿名氏論文「新租借地論」(國際法雜誌五卷一號)篠田博士論文「租借權ノ性質ト關東州ノ

租借地」(國際法雜誌五卷二、三號)高橋博士論文「清國領土ノ保全ヲ研究シテ關東州租借地ノ法律上ノ性質ニ論及ス」(國際法雜誌一〇卷七號)「殖民地法ト内地法トノ關係ニ付テ」ト題スル山田博士論文「法學協會雜誌三〇卷二、三、八、一一號」菊地博士論文「領事裁判ニ關スル現行法制ノ不備ヲ論ス」(國際法雜誌六卷七號)跡部博士論文「國內地方特別私法適用規則」(京都法學會雜誌七卷四、一〇號)山田博士論文「外國ト外國法」(國際法雜誌一〇卷四號)山田博士論文「共通法ニ就テ」(國際法雜誌一六卷八、九號)溝淵學士著「關東州ニ於ケル司法」江木翼博士編輯「印度ノ法律關係」松村學士論文「共通法案ニ付テ」(法學志林二〇卷二號)穗積重遠博士著「民法總則論上卷(六八頁以下)佐々學士著「國際民商法撮要」(三六六頁以下) Jitta, Methode du dr.

int. pr. p. 306; Meili, I, § 12; Oscher, Das schweiz. interk. P. R. auf Grund des Bundesgesetzes (Diss. Zürich) 1891; Roguin, Confits des lois suisses en matiere intern. et interk., 1891; Zitelmann, I, S. 395 ff.; Habicht, Intern. P. R., 1907, S. 19; Kuhn, die deutschen Schutzgebiete, 1913; M. Baudet, Essai sur la condition des etrangers en Chine, 1913.

第十三章 國際私法ノ編纂

國際私法編纂ノ必要ハ學者間ノ輿論ナリト謂フベク殊ニ各國ノ學者ヲ網羅セル國際法學會 (Institut de droit international) ハ既ニ久シキ以前ヨリ之ガ必要ヲ唱ヘタリ
 管ニ學者ノミナラズ各國政府モ亦既ネ其必要ヲ認ムルガ如シ斯ノ如ク世人ガ齊シク國際私法ノ編纂ヲ必要トスル理由ヲ按ズルニ今日各國ニ行ハルル國際私法ガ其規定ヲ異ニスル爲メ同一ノ法律關係ガ訴訟地ノ異ナルニ從ヒ區々ニ取扱ハル今一例ヲ舉グレバ英國ノ國際私法ニ依レバ不動産ノ賣買ハ其不動産ノ所在地法ニ依リ管轄セララルモ獨逸ノ國際私法ニ依レバ物權ハ不動産所在地法ニ依リ管轄セラレ賣買ナル法律行爲ハ一般ノ法律行爲ノ準據法ニ依ル換言スレバ賣買

國際私法ノ編纂ハ法學ノ界ノ輿論ナリ

國際私法ノ編纂ハ法學ノ界ノ輿論ナリ

ナル法律行爲ノ準據法ハ當事者ガ任意ニ之ヲ定ムルコトヲ得隨テ不動産上ノ法律行爲ニ付キ英國ノ裁判所ニ訴ヲ提起スル場合ト獨逸ノ裁判所ニ訴ヲ提起スル場合トニ依リ其結果ヲ異ニスルコトアルベシ斯ノ如キハ交通ノ盛ナル今日ニ於テ一大恨事ト云ハザルヲ得ズ是レ即チ國際私法ノ編纂ヲ必要トスル理由ナリ故ニ國際私法編纂ナル語ハ同時ニ國際私法ノ統一ヲ意味ス
 國際私法ノ統一ハ今日既ニ或ル程度マデ實行セラレタリ即チ各國ハ條約ヲ以テ國際私法ニ關スル原則ヲ定メタル例鮮カラズ條約ニ由リテ國際私法ヲ定メタルモノノ中ニ於テ條約當事國ノ數多キモノハ海牙國際私法諸條約、船舶衝突條約、海難救助條約、手形條約及ビもんでお條約ナリ海牙ニ於テ議定セラレタル條約及ビ條約案ニハ婚姻ニ關スル條約、離婚及ビ別居ニ關スル條約、未成年者ノ後見ニ關スル條約、夫婦ノ財產及ビ身上ノ權利義務ニ及ボス婚姻ノ效力ニ關スル條約、禁治產及ビ之ニ類スル保護處分ニ關スル條約、破產ニ關スル條約案、相續及ビ遺言ニ關スル條約案等アリ此等ノ條約若クハ條約案ヲ議スルニ際シ我國モ亦代表者ヲ派遣セシガ(第四回會議)未ダ條約ニハ加盟セザルナリ又白耳義政府ハ國際法學

會ノ建議ニ從ヒテ千九百五年以來海法ニ關スル國際會議ヲ開キ千九百十一年船舶ノ衝突及ビ救援救助ニ關スル條約案ヲ議決シ千九百十三年我國モ亦之ヲ批准セリ本條約ハ海法ノ統一ヲ主眼トスルモノナレドモ亦衝突規定ヲ設ケタリ千九百十年及ビ千九百十二年和蘭政府ハ手形法統一ノ目的ヲ以テ海牙ニ國際會議ヲ開催シ爲替手形約束手形統一規則案及ビ爲替手形約束手形統一條約案ヲ議定シ統一規定中ニ衝突規定ヲ設ケタリ但シ我國ハ未ダ之ヲ批准セズもんでお條約ハ南米うるがいノ首府ニ於テ締結セシ故ニ此名アリ此條約ハ國際民法商法刑法等ヲ定メタリ然ルニ此條約ハ條約案ヲ議スル時代代表者ヲ派遣シタル國ノ總テノ間ニ實施セラレズシテ單ニ其一部分ノミニ實施セラレタルガ如シ又萬國工業所有權保護條約萬國著作物保護同盟條約及ビ鐵道運送ニ關スル條約等ニモ亦國際私法の規定アリ我國ハ萬國工業所有權保護條約及ビ萬國著作物保護同盟條約ニ加盟セリ尙ホ此外ニ掲グル價值アルモノハ所謂りま條約案是レナリ此條約案ハ身分能力婚姻相續民事ノ裁判管轄裁判ノ執行等ヲ定メタリ又私ニ國際私法ノ法典ヲ公ニシタル學者鮮カラズ例ヘバ Field, Domin-Petershecz, Neumann, Niemeyer,

海牙條約
及ヒもんで
お條約

Monnsen 等はレナリ

參照 河村讓三郎氏海牙會議報告書(非賣品)山田博士論文「國際私法統一創業者アツセル」(國際法外交雜誌一二卷二號)山口弘一論文「我涉外私法ト爲替手形約束手形統一規則」(法學協會雜誌三二卷一〇號一一號)杉山博士論文「聯合國間ノ立法同盟ニ就テ」(法律新聞一三七六號)

Jitta and Meili, Official Report of the universal Congress of Lawyers and Jurists in Saint Louis, 1905; Meili, das int. P. R. u. die Staatenkonferenzen im Haag, 1900; Valery, Manuel, 1914 p. 49 es.; W. Kaufmann, staatl. d. Int. P. R. u. völkerrecht. Int. P. R. der Haager, Verträge, 1910; Walker, S. 45 ff.

佐々學士著國際民法撮要附錄ニハ各種ノ國際私法條約ノ邦語譯ヲ載セタリ

第十四章 成文的國際私法ノ組織

國際私法ハ主トシテ民法又ハ商法ノ適用ナルヲ以テ之ヲ成文トスルニ當リテ民法又ハ商法ノ編纂ノ體裁ニ隨フヲ宜シトス民法ノ組織ニ付テハ羅馬法ノ三分式

法例ノ組織ハ獨逸式ナリ

(所謂羅馬式)ト獨逸學者ノ創案ニ係ル五分式(所謂獨逸式又ハばんでくてん式)ノ二アレドモ商法ノ組織ニ付テハ未ダ定説ヲ聞カズ(こゝら一博士ノ三分式ハ較ヤ面白シ)我法例ハ民法ト同ジク獨逸式ヲ採リタル形跡アリ即チ法例第三條ヨリ第九條迄ハ民法總則編ニ相當シ第十條ハ物權編ニ相當シ第十一條及ビ第十二條ハ債權編ニ相當シ第十三條乃至第二十四條ハ親族編ニ相當シ第二十五條及ビ第二十六條ハ相續編ニ相當セリ第二十七條乃至第三十條モ亦總則編ニ相當ス立法者ハ各法律關係ノ準據法ヲ明カニシタル後各條ニ共通ノ總則ヲ設クル必要アリトノ考ニテ第二十七條以下ヲ後ニ掲ゲタルモノナラン然レドモ總則ヲ二分シテ法例ノ前後ニ排列スルガ如キハ體裁ヲ得タルモノニ非ズ寧ロ總則ヲ一括シテ前ニ置クヲ可ナリト信ズ(獨逸民法施行法モ亦總則ヲ二分セリ)本書ニ於テハ債權ヲ先ニシ物權ヲ後ニセントス此ハ債權關係先ヅ起リ而シテ後ニ物權ノ得喪ヲ生ズル場合頗ル多ケレバナリ

若シ夫レ立法上個々ノ衝突規定ヲ一括スベキヤ又ハ關係アル各法令ノ中ニ挿入スベキヤハ研究スベキ事項ニ屬スルモ鄙見ニ依レバ實益上及ビ體裁上之ヲ一括

本書ガ法例ノ組織ハ獨逸式ニ依ルニ由ル

スルヲ宜シトス所謂實益ト云フハ一見シテ衝突規定ノ全體ヲ知ル便利アレバナリ

(註) 相續法ハ親族法ノ一部分ナリトノ說(Spethmann in Z. f. Int. R. XX, S. 503)ハ相續ハ必ずシモ親族關係ニ基因セザルコトヲ看過スルモノナリ

第十五章 國際私法ノ研究ト他ノ法律學トノ關係

法律學ノ各分科ハ互ニ脈絡相通ズルガ放ニ一分科ヲ知ルガ爲メニハ他ノ分科ヲモ知ルノ必要アルハ勿論ナレドモ國際私法ノ研究ニ最モ必要ナル法律學ヲ舉グレハ第一ニ民法學及ビ商法學ナリ蓋シ國際私法ハ主トシテ民法又ハ商法ノ衝突ヲ解決スル規則ナレバナリ故ニ民法學及ビ商法學ハ國際私法研究ノ基礎學ナリト謂フベシ又國際私法ヲ理解スル爲メニハ刑法及ビ刑事訴訟法ノ智識ヲ具フルコトヲ要ス是レ主トシテ不法行爲ノ準據法ヲ研究スル爲メニ必要ナリ次ニ國際私法ハ國際法ト多クノ關係ヲ有ス殊ニ國籍、領地割讓、領地ノ觀念、報復、條約、戰爭、治

民法商法ニ通シテ國際私法ヲ解決スルコト能ハズ

外法權領事裁判權、租借、國際聯盟等ニ關スル國際法ノ觀念ヲ明カニスルニ非ザレバ國際私法ヲ理解スルコト能ハズ右ノ外比較法學モ亦國際私法ノ研究ニ必要ナリ何トナレバ國際私法ハ各國私法ノ衝突ヲ前提トス而シテ比較法學ナルモノハ各國ノ法律殊ニ私法ガ如何ナル點ニ於テ背馳シ如何ナル點ニ於テ一致セルカラ吾人ニ教フルモノナレバナリ次ニ國際私法ノ沿革學モ亦國際私法ノ研究ニ必要ナリ元來各種ノ法律學ハ往古ヨリノ思想ニ基キ漸次發達シタルモノニシテ國際私法ハ殊ニ然リトス故ニ其變遷ヲ明カニスルニ非ザレバ今日ノ國際私法ヲ理解スルコト能ハザルナリ

國際私法ハ主トシテ民法又ハ商法ノ適用ヲ定メタルモノナルガ故ニ國際私法學ハ民法學又ハ商法學ニ屬シ之ヲ獨立ノ學科ト爲ス必要ナキガ如シ然レドモ國際私法ノ補助學ハ民法學又ハ商法學ト自ラ異ナル所アルノミナラズ國際私法發達ノ徑路ハ彼ノ民法又ハ商法ニ比シテ太シキ逕庭アルガ故ニ之ヲ獨立ノ學科トシテ助長スル必要アリ

今日尙ホ國際私法學ヲ以テ國際法學ノ一部分ト爲ス學說多キハ遺憾ナリ而モ其

說ク所ヲ見ルニ理想論ニ非ザレバ多クハ一國ニ行ハルル國際私法ノ研究ニ過ギズ洵ニ名實相副ハザル憾アリ

國際私法ヲ以テ外交ト密着ノ關係アリト爲ス見解例ヘバびすまるくノ考ニ依レバ國際私法學ハ政治論ナルガ如シ然レドモ國際私法ハ普遍的規定ヲ立ツルモノニシテ個々ノ場合ニ應ズル變通ノ理ヲ定ムルモノニ非ズ國際私法學ハ政治論ニ非ザルヤ明カナリ

第十六章 國籍

緒言

國籍ノ研究ニ二ツノ方法アリ一ヲ國法的研究法ト云ヒ一ヲ國際的研究法ト云フ國法的研究法トハ一國ノ國籍ニ關スル規定ヲ研究スルヲ目的トス例ヘバ日本ノ國籍支那ノ國籍又ハ獨逸ノ國籍ニ關スル規定ノミヲ研究スルガ如キ是レナリ國際的研究法トハ一國ノ國籍規定ヲ研究ノ目的トセズシテ各國ニ於ケル國籍ノ規定ヲ比較研究シ殊ニ國籍ト國際法トノ關係ヲ討尋スルモノナリ本章ハ國法的研究

國籍ノ近世ノ大ニ
レドモナ
抵各國ニ
於テ成文
之法ヲ定ム

究法ニ依リ主トシテ日本ノ國籍法ヲ説明シ間、各國ノ國籍法ヲ參照スベシ
今日ニ於テハ大抵何レノ國ニ於テモ國籍ニ關スル成文法アラザルナシ而シテ此
成文法ヲ形式上ヨリ區別スレバ凡ソ三アリ第一例ハ憲法ヲ以テ之ヲ定ム蓋シ臣
民ハ主權ノ客體ナルガ故ニ主權ノ主體ヲ定メタル同一ノ規則中ニ國籍ヲ定ムル
ヲ以テ適當ト爲ス考ニ由リタルモノナリ然レドモ國籍ニ關スル規定ノ變更ハ憲
法ノ變更ニ比シテ容易ナルヲ要スルガ故ニ日本ノ如ク憲法變更ノ手續ガ普通ノ
法律ノ變更手續ニ比シテ複雑ナル國ニ於テハ憲法中ニ國籍ヲ規定スルハ適當ニ非
ズ憲法第十八條ニ日本臣民タルノ要件ハ法律ノ定ムル所ニ依ルトアルハ誠ニ當
ヲ得タリ第二例ハ民法ヲ以テ之ヲ定ム蓋シ國籍ハ身分ナリト考ニ出デタルモ
ノナリ然レドモ所謂身分ニモ親族的ノモノト社會的ノモノトアリ夫婦、親子ノ如
キハ前者ニ屬シ貴族、內國人ノ如キハ後者ニ屬ス民法中ニ規定スベキモノハ唯前
者ノミ第三例ハ特別法ヲ以テ之ヲ定ム抑モ國籍ナルモノハ本ト公法的概念ナル
ノミナラズ其關係スル所廣大ナルガ故ニ之ヲ私法ノ通則タル民法中ニ規定スル
ハ穩當ナラズ宜シク特別法中ニ規定スベシ我立法者ハ此形式ヲ選ビタリ

(註)

第一例 ぼりぢゐ、ぶらちる、ちり、えくあどる、はいち、ほんづらす、めきしこ、にからが、ばらが
い、さんさるわどる、うるがい

第二例 ぼりぢゐ(但シ國籍喪失)希臘、るくせんぶるひ、葡萄牙、きゆば、るうめにや、西班牙、
奧太利(一九二五年法)佛蘭西(但シ民法ノ外一九一五年四月八日法)もなこ

第三例 日本、英國(一九一四年八月七日法、一九一八年八月八日改正、一九二二年八月四日改
正)ぶるがりや、丁抹、獨逸(一九一三年七月二日法)伊太利(一九一二年六月一三日法)和蘭
那威、彼斯、瑞典、土耳其、匈牙利、瑞西、暹羅(一九一三年四月一〇日ヨリ施行)支那(元年一月
一八日法)白耳義(一九二二年五月一日法)あるせんちん(一八六九年一月一日法)北米
合衆國(Revised Statutes 一九〇六年六月二九日法、一九〇七年國籍喪失法、一九二二年婚婦
ノ歸化及國籍法)こすたりか(一八八六年法)るうめにや(一九二四年二月二三日法)波蘭(一九
二〇年一月二〇日法)だんちつひ(一九二二年五月三〇日法)りたうえん、れとらんど、勞農露
國(一九二四年一〇月二九日法)ゑすとらんど(一九一八年二月二八日法)

今日學者ノ輿論タル左ノ原則ハ漸次各國立法者ノ認ムル所ト爲レリ我國籍法亦

然リ

- (一) 何人モ國籍ヲ有セザルベカラズ(國籍必有ノ原則)
- (二) 何人モ二個以上ノ國籍ヲ有スルコトヲ得ズ(國籍單一ノ原則)
- (三) 國籍ハ人ノ意思ニ反シテ與フルコトヲ得ズ(意思尊重ノ原則)

參照

Zeballos, *La nationalité au point de vue de la Législation comparée et du Droit privé humain*, 1914-1919; Weiss, *la nationalité*; Cogordan, *la nationalité*; Weiss, *Manuel*, 9me éd.; Schwarz, *das R. d. Staatsang.*, 1925.

第一節 汎論

國籍トハ人ガ一定ノ國家ノ被治者タル身分ヲ謂フ

國籍ノ基礎ニ付テハ學說紛々トシテ一定セズ國籍ノ基礎ヲ分類スレバニツアリ一ヲ原始的基礎ト云ヒ一ヲ爾後的基礎ト云フ原始的國籍ノ基礎ニ付テハ佛蘭西ノ學者ハ契約說ヲ唱フ其說ニ依レバ國家ナルモノハ多數人相集リ契約ニ由リテ之ヲ樹立シタルモノナル故ニ此等ノ人ノ國籍ハ契約ニ基因スルモノニシテ其子

國籍ノ定
義
國籍ノ基
礎

孫ガ祖先ノ國籍ヲ取得スルハ此契約ヲ默認スルニ因ルト今日生存スル原始的の人
民ニ徵スルニ國家ガ契約ニ由リ成立シタル事實ハ其痕跡ヲ認ムルヲ得ズ然レド
モ文化ノ發達シタル時代ニ於テハ國家ガ契約ニ依リ成立シタル實例無キニ非ズ
例ヘバ北米合衆國ノ加キ是レナリ是ニ由リテ之ヲ觀レバ佛蘭西ノ學者ガ唱フル
契約說ハ絶對ニ否定スベキモノニ非ズ少クモ北米合衆國ヲ建設シタル當時ノ人
民ハ其契約ニ由リテ國籍ヲ取得シタルモノト謂フベシ然レドモ其子孫ガ父祖ノ
國籍ヲ承繼スル原因ハ其默認ニ非ズシテ國家ガ自己ノ生存ヲ維持スルガ爲メ父
祖ノ國籍ヲ其子孫ニ強與シタルモノト謂フベシ之ヲ以テ契約ノ默認ナリトセバ
赤子又ハ精神病者ノ如キハ國籍ヲ有セザルコトト爲ルベシ故ニ北米合衆國ニ於
テモ子孫ガ父祖ノ國籍ヲ承繼スルハ國家ノ單獨行爲ニ由ルモノナリト云ハザル
ヲ得ズ然ルニ北米合衆國ト異ナリ國家起原ノ不明ナルモノ鮮カラズ我日本ノ如
キ亦然リ我國籍法ニ依レバ吾々ガ日本人タルハ父又ハ母ガ日本人ナルガ爲メナ
リ然ルニ吾々ノ祖先ノ國籍ノ基礎ハ之ヲ知ルコトヲ得ザルヲ以テ吾々ノ國籍ハ
不明ノ事實ヲ根據ト爲スモノナリ按ズルニ國家ノ起源ハ一樣ナラズ有機物ノ如

ク漸々發達シタル國家モアルベク威力ニ由リテ成立シタル國家モアルベシ故ニ原始的國籍ノ基礎モ亦多樣ナリト謂フベシ併シ乍ラ爾後的國籍ノ基礎ハ概ネ契約說ヲ以テ之ヲ説明スルコトヲ得ベシ例ヘバ歸化養子縁組又ハ婚姻ニ因ル國籍取得ノ如キ又ハ國籍選擇ノ如キ是レナリ

(註) 我主權者ニハ國籍ナシ國籍法ハ日本臣民タルノ要件ヲ定メタルモノニシテ(憲法第一八條)國籍ノ法理ハ主トシテ同法ニ依リテ定メザルベカラズ然ルニ外國ニ在リテハ主權者ト雖モ國籍ヲ有ス千八百九十二年乃至九十四年 Koburg-Gotha 皇位繼承事件ニ付キ獨逸人ガぶゐくとりあ女皇並ニ其子孫ノ二重國籍(英及びぶくせん、こーぶるぐ、ごーた)ヲ認メタルガ如キ是レナリ委細ク Cahn, das Reichsgesetz über die Erwerbung u. den Verlust der Reichs-u. Staatsangehörigkeit, 2te Aufl. S. 42. ff. ヲ參照スベシ(但シ一九一四年本書四版出ヅ)又ハはのーうえる國王ガ英國ノ臣民タルトハ Westlake, § 191 ニ見ユ

參照 國籍ノ基礎(本編ハ嘗テ國家學會雜誌ニ登載シタルモノナリ今訂正シテ左ニ掲グ)

吾人ハ自ら號シテ日本人ト云フ其容貌言語此ノ如キガ爲メニ非ザルナリ其思想風俗亦此ノ如キガ爲メニモ非ザルナリ曰ク我が父母ノ日本人タルガ爲メナリト然ラバ我が父母ハ如

何ニシテ日本人タリシカ曰ク我が祖父母ノ日本人タリシガ爲メナリト然ラバ我が祖父母ハ如何ニシテ日本人タリシカ此ノ如ク問フテ其本ニ遡レバ竟ニ我が祖先ハ如何ニシテ日本ノ國籍ヲ取得セシヤノ問題ニ逢着スベシ於是乎國籍ノ基礎論起ル日本人某外國ノ婦人ヲ娶ル其妻自ら稱シテ日本人ト爲ス其父母ノ日本人タルガ爲メニ非ザルナリ又其生地ノ日本ナルガ爲メニモ非ザルナリ只其夫ノ日本人ナルガ爲メナリ於是乎亦國籍ノ基礎論起ル英國人某我國ニ住スルコト久シ自ら稱シテ日本人ト云フ其故ヲ問ヘバ即チ日本ニ歸化セリト答フ於是乎亦國籍ノ基礎論起ル往年茨城縣ニ某ナル者アリ日本ノ政治ヲ厭忌スルノ餘リ縣廳ニ向テ國籍拋棄ノ届出ヲ爲セリ於是乎亦國籍ノ基礎論起ル

るーそー一派ノ唱ヘタル民約說ヲ將テ國籍ノ基礎ヲ闡明セントスル者ハわいす(Weiss)及ビいびるだん(Cogordan)ノ徒ナリ(でばいぶる、こーやね、Despagnet, Audinet 反對)わいす氏以謂ラク國籍ハ國家ト個人トノ意思ノ投合ヨリ出ヅ國家ハ法令ヲ以テ一般ニ國籍取得ノ條件ヲ指定シ或ハ併合條約ヲ以テ新領地人民ノ國籍ヲ宣明シ或ハ歸化ノ允許ニ由テ外國人ニ國籍ヲ附與スル如キ孰レモ法令ノ意思表示ナラザルハナシ而シテ個人カ國籍取得ノ請願ヲ爲スガ如キハ其意思ヲ明示セルモノナリ法令若クハ條約ノ效力トシテ國籍ヲ取得シ又ハ

回復スル場合ニ之ヲ避クル行爲ヲ爲サザル如キハ其意思ヲ默示セルモノナリト(Weiss, 2me éd. I, p. 8) 云々。Gogordan, la Nationalité, 1890, p. 7 et s.)

獨逸ノ學者中爾後の國籍ノ基礎ニ付テ契約說ヲ主張スルモノ鮮シトセズ然ルニ唯ダ原始的國籍ノ基礎ニ付キテハ其意見ヲ表白シタル者アルヲ聞カズ是レ頗ル異トスベキモノナリ去リ乍ラ獨逸ノ學者ハ一般ニ社會契約說ヲ否認スルガ故ニ原始的國籍ノ基礎ニ關スル契約說ハ其容ルル所ニ非ズト云フモ恐ラクハ揣摩ニ非ザル可シ

わいす、こびるだん一派ノ學者ハルソー(Rousseau)ノ說ヲ祖述スルニ拘ハラズ其國籍ニ關スル定義ヲ見ルニ國家成立後ニ於ケル國籍ノ問題ヲ取りテ之ヲ觀察シタルニ過キズ然ルニ國籍タルヤ國家成立後ニ發生スルコトハ固ヨリ之アリト雖モ國家成立ト同時ニ生ズルコトアルヲ看過スベカラズ余輩ハ假リニ前者ヲ爾後の國籍ト名ヅク後者ヲ原始的國籍ト名ヅケタリ余輩ガ此處ニ研究セント欲スルモノハ此二國籍ノ基礎ナリトス但シ余輩ガ茲ニ斷言スルコトヲ憚ラザルハわいす一派ノ學說ニハ一片ノ眞理ヲ包含スルコト是レナリ

原始的國籍ノ基礎ハ國家ノ起源ト同一ナリ然ルニ國家ノ起源ニ關スル學說ハ未ダ一定セズ之ヲ大別シテ二ト爲スベシ曰ク一元說曰ク多元說是レナリ一元說ニモ契約說アリ天命說

アリ威力說アリ多元說ノ中ニモ學者ノ說ク所亦未ダ協合セズ

一元說中最モ出色アル者ハ契約說ナリ而シテ契約說ハ更ニ分レテ二ト爲ル一ハ共同契約說ト名ヅクベキモノニシテるソー、カント(Kant)等ノ唱道セシ所ナリ衆人相約シテ一時ニ國家ヲ樹立スト云フガ故ニ此名アリ一ハ特立契約說ト名ヅクベキモノニシテはるれる(Hellert)ノ唱道セシ所ナリ蓋シ各人又ハ各個ノ團體ガ權力者ト締結シタル契約相集リテ國家ヲ建設スト云フガ故ニ此名アリ今日ノ學者動モスレバ輒チ契約說ノ謬妄ヲ唱フ中ニ就キぶるんちヨリ(Bluntschli)ハ契約說ヲ斥クルニ契約ハ當事者ノ意思ノ累積ナルガ故ニ其觀念ハ國家ノ統一意思ト相容ラズト曰ヘリ(Bluntschli, Geschichte der neueren Staatswissenschaft, 2te Aufl. S. 48) 然レドモ社團法人ハ個人ノ契約ニ因リテ成立スルニ拘ハラズ之ガ爲メニ統一的意思ノ發生ヲ妨ケザルニ非ズヤ

更ニ社會契約說ヲ難ズル者ハ歴史の實例ナキヲ以テ其論據ト爲ス然レドモ北米合衆國ノ建立ハ社會契約說ノ應用ナリ又契約ガ有效ナルハ國家ガ之ヲ認ムルヲ要ス故ニ國家ハ契約以前ニ存在セザルベカラズトノ理由ヲ以テ契約說ヲ難ズル者アリ是レ文字ノ論ナリ所謂契約トハ意思ノ合致ヲ謂フ意思合致ノ有無ハ事實ナリ

或ハ個人ガ契約ニ由リテ其總テヲ國家ニ捧グルハ契約ノ性質ニ反ストノ理由ヲ以テ契約説ヲ難ズル者アリ是レ國家成立後ニ於ケル契約ノ性質ヲ以テ國家成立前ニ於ケル契約ノ性質ニ擬スルモノナリ國家成立後ニ於テ吾人ハ何ガ故ニ契約ニ由リテ吾人ノ有スル總テヲ處分スル能ハザルカ曰ク國法ガ之ヲ禁ズレバナリ然ラバ國家成立前吾人ハ何ガ故ニ吾人ノ總テヲ處分スル能ハザルカ何人カ能ク國法ガ之ヲ禁スレバナリト答フルコトヲ得ンヤ何トナレバ法律ハ未ダ存在セザレバナリ

特立契約説亦之ヲ認ムベカラズ何トナレバ千百ノ契約アリト雖モ其間ニ聯絡ヲ欲クガ故ニ統一的意思ヲ生ズルニ由ナケレバナリ

天命説ハ國家ノ成立ヲ以テ神意ニ出ヅルト爲スモノニシテ希臘羅馬ノ古代ニ行ハレ近世之ヲ唱道シタル者ノ中ニ就キ最モ顯ハレタル者ヲ了¹（G. E. H.）ト爲ス然ルニ此學説ハ未ダ吾人ノ問題ヲ解答スルニ足ラザルナリ何トナレバ如何ナル方式ニ於テ神意ガ表示セラレタリヤ是レ我輩ノ知ラント欲スル所ニシテ此學派ノ説明セザル所ナレバナリ

支那ノ天命説ハ其ノ由來舊シ尙書ニ惟天生民有欲無主乃亂……茲率厥典奉若天命（尙書中虺之誥）ト云フガ如キ天之曆數在汝躬（大禹謨）ト云フガ如キ是レナリ唯ダ天意表示ノ方式

西洋ノ天命説

支那ノ天命説

孟子ノ説

問題ニ至リテハ未ダ孟子ノ如ク説テ精ナル者アラザルナリ萬章曰堯以天下與舜有諸孟子曰否天子不能以天下與人然則舜有天下也孰與之曰天與之天與之者諄諄然命之乎曰否天不言以行與事示之而已ト惟フニ是レ天聰明自我民聰明天明畏自我民明威（皐陶謨）ニ淵源セシナラシカ而シテ所謂天ノ意義ニ就テハ衆說馳騁スルモ古書ニ超人的本體ヲ天ト稱スル場合往々ニシテ之アリ堯子丹不肖乃薦舜於天ト云フガ如キ舜子商均不肖乃薦禹於天ト云フガ如キ書經中ニモ天及ビ上帝ナル語ノ同一物ヲ指稱セル個所鮮カラズ例ヘバ有夏多罪天命殛之（湯誓）ト云フガ如キ商罪貫盈天命誅之（泰誓）ト云フガ如キ即チ是レナリ孔子モ亦天ヲ以テ超人的ノ物ト解セリ例ヘバ天ノ未喪斯文也ト云フガ如キ是レナリ（同説、哲學雜誌二三卷二六號井上博士論文「儒教ノ長所短所」）此點ニ於テ支那ノ天命説ハ西洋ノ天命説ト符合スト謂フベシ但ダ天意表示ノ方式問題ニ付テハ西人ノ説ニ比シ一步ヲ進メタル觀アリ又支那ノ歴史ヲ讀ムニ新王即位ノ場合ニ人民ガ謳歌スルコトヲ記スル者アリ是レ一種ノぶれびすしつと（Religious）ニ非ザルカ果シテ然ラバ支那ノ古代ニ選君制度ガ行ハレタルコトヲ知ルベシ（韓非子五蠹）然レドモ之ヲ以テ原始的國家ノ國體ト爲スコトヲ得ズ支那ノ歴史家ガ此以前ニ蛇身人首人身牛首ノ國王アリシコトヲ記スルハト一てむ崇拜國（Totemstaat）ノ存在ヲ暗示ス

支那古代ノ選君制度ハ如何ナルカ

天命説ト似テ非ナルモノハ神國説ナリ即チ神ガ自ラ國家ヲ創造シタリトノ説ニシテ猶太國ノ組織ハ實ニ此説ニ胚胎スルモノナリ我神道家國學者ノ間ニ行ハレタル説ニ依レバ日本國モ亦神ノ造リ給ヒシ所ナレドモ此人々ノ所謂神ナルモノハ超人的本體ヲ意味スルモノニ非ザルガ故ニ自ラ外國ノ神國説ト異ナル所アリ例ヘバ出口延佳ノ如キハ北畠親房ノ説(東家秘傳)ヲ祖述シ國常立尊ト天御中主尊トヲ同視シ又山崎闇齋ハ天人唯一ナリト説明シ平田篤胤ハ梵天王ヲ皇產靈神ト同體ナリトシ耶蘇教ノごつとヲ天神ト同一ナリトセルニ拘ハラズ我國家ノ建設者ヲ超人的本體ト爲サザル點ニ於テ其揆ヲ一ニス憲法發布ノ御告文ニ見ユル天佑ヲ保有シ又ハ天祐ヲ享有シ云々ノ語ハすたゝるガ天命説ノ標語ナリト云ヘル von Gottes Gnaden ナル語ト形ヲ同ジウシテ意ヲ異ニスルモノト謂フベシ

威力ヲ以テ國家ノ唯一ナル起源ト爲ス説ハ歷史上ノ根據ヲ有セザルナリ

多元説ハ國家ノ起源ガ諸ノ原因ヲ包含スルコトヲ認ムルモノニシテ余輩ハ此ノ如キ事實ヲ信ズル能ハザルナリはうすほーふえる(Haushofer) (小國民論四頁)ハ威力ト契約トニ由リテ建設セラルル國家アルコトヲ論ジ祖先ガ國家建設ノ意思ヲ以テ威力ニ由リ小團體ヲ統御

シ其子孫ガ契約ニ由リ國家ヲ樹立スル場合ハ即チ之ニ該當スト云ヘリ縱シ此ノ如キ場合アリトスルモ從來ノ小團體ハ已ニ小國家ヲ組織セシカ若クハ國家設立ノ前提ヲ爲シタル者ニシテ威力ト契約トガ相合シテ國家ノ起源ヲ爲シタルニ非ザルナリ

按ズルニ國家ノ起源ハ一様ナラズ或ハ威力ニ由リテ國家ヲ建設スル場合アルベク或ハ有機體ノ如ク徐々ニ發達シタル國家モアルベク或ハ契約ニ由リ成立シタル國家モアルベシ併シ乍ラ社會契約論者ノ如ク自然状態ノ原人ガ契約ニ由リテ國家ヲ建設セリト論ズルハ歴史上ノ根據ヲ缺ク

此ノ如ク國家ノ起源ハ一様ナラザルノミナラズ個々ノ國家ニ付キ其起源ヲ確定スルコト困難ナリ隨テ我國籍法ノ如ク血統主義ヲ基本トスル國ニ在リテハ吾人ノ國籍ハ曖昧ナル祖先ノ國籍ニ依據スルモノト謂フベシ

原始的國籍取得者ノ子ガ親ノ國籍ヲ承繼スル理由ハ何レニ存スルヤ例ヘバ北米合衆國ヲ始メテ建立シタル人々ガ同國ノ國籍ヲ取得スルハ契約ノ結果ナリ然ラバ其子ガ同一ノ國籍ヲ取得スルモ亦契約ノ結果ナリト云フコトヲ得ルヤる一そーいんるだん (Cogordan, p. 8) 等ハ生子默諾説ヲ唱ヘ殊ニる一そーいんるだんハ國家ノ領地ニ居住スルハ國籍取得ノ默諾ナリト云ヘ

リ併シ乍ラ嬰兒ニハ完全ナル意思ナキガ故ニ默諾說ニ依ルトキハ完全ナル意思ヲ表示シ得ル年齢ニ達スルマデ條件附ニテ之ヲ取得スルコトト爲ルベシ果シテ然ラバ主權ノ行使モ亦條件附トナルベシ此ノ如キハ國家ノ性質ニ抵觸スルモノト謂フ可シ又白痴不治ノ瘋癲等ノ如キハ終身父母ノ國籍ヲ取得スルコト能ハザルベシ鄙見ニ依レバ子ガ父母ノ國籍ヲ取得スル理由ハ國家生存ノ必要ニ歸セザルヲ得ズ即チ國家ハ父母ノ國籍ヲ強制的ニ附與スルモノト謂フベシ

爾後的國籍ノ基礎ニ至リテハ契約說ニ由リテ之ヲ説明シ得ベシ例ヘバ歸化ノ如キ婚姻ニ因ル國籍變更ノ如キ即チ是レナリ就中前者ニ在リテハ個人ガ國家ニ對シテ國籍取得ノ申込ヲ爲シ(歸化ノ請願)國家ガ之ヲ承諾スルニ因リテ殆メテ成立スルヲ例トス然レドモ國家ガ申込ヲ爲シテ個人ガ之ヲ承諾スル場合亦之ナシトセズ例ヘバぶらちるノ憲法(一八九一年二月二四日憲法)第六十九條第四號ニ依レバ千八百八十九年十一月十五日同國ニ居住スル外國人ニシテ憲法施行後六箇月内ニ從來ノ國籍ヲ保有スル意思ヲ表示セザル者ハぶらちる國ノ人民トス是レ國家ガ同國ニ居住スル外國人ニ對シ國籍附與ノ申込ヲ爲シタル適例ナリ而シテ此申込ヲ受ケタル外國人ガ從來ノ國籍保有ノ意思ヲ表示セザルトキハ此申込ヲ默諾

爾後的國籍ノ基礎

シタルモノトス

國家個人間ニ於ケル契約ノ不能ヲ主張スル反對說アリ以謂ヘラク契約ハ平等者間ニ行ハルルモノナリ然ルニ個人ハ國家ニ對シ服從ノ地位ヲ有スルモノナルガ故ニ其間ニ契約ノ成立スベキ謂ハレナシト是レ一理アル說ノ如クナレドモ所謂絕對的服從關係ハ臣民ノ資格ヨリ生ズル結果ニシテ余輩ノ研究セント欲スルハ此服從關係ハ如何ナル原因ニ淵源スルヤト云フ問題ナリ反對說ハ原因ト結果トヲ混視スルモノト謂フベシ婚姻ニ關スル國籍變更(日本國籍法五條、獨逸國籍法六條、其他英、佛、がてまら、はいち、墨、蘭、那威、瑞典、波斯、匈牙利、白土、露、埃等ノ制度)ノ如キ亦契約ノ結果ナリト謂フベシ何トナレバ夫ノ本國法ガ婚姻ヲ以テ妻ノ國籍變更ノ原因ト認ムルコトヲ知リ乍ラ婚姻ヲ爲ス女ハ國籍變更ヲ承諾シタル者ナレバナリ

領地割讓ノ場合ニ於ケル國籍選擇ノ如キモ亦契約ノ法理ヲ以テ之ニ擬スルコトヲ得ベシ抑モ割讓地住民ノ意思ヲ顧ミズシテ其國籍ヲ變更スルハ今日ノ思想ニ抵觸スルモノナリ今ヤ個人ノ自由ヲ尊重スル精神ハ領地割讓ニ影響ヲ及ボシ領地割讓ナルモノハ唯ダ領地主權ヲ移轉スルマデニシテ讓渡國ノ臣民ノ國籍ヲ當然變スルモノニ非ズ此理ヲ最モ善ク明カニ

シタルモノハ日清講和條約及ビ日露講和條約ナリトス日清講和條約第五條ニ依レバ割讓地住民ハ條約批准交換ノ日ヨリ二箇年内ニ不動産ヲ賣却シテ割讓地外ニ退去スルコトヲ得ベシ此期間内ニ退去セザル住民ハ日本政府ノ都合ニ因リ日本臣民ト看做サルコトアルベシ若シ反對說ノ如ク割讓ノ結果割讓地住民ガ當然其國籍ヲ變セシモノナラバ何ゾ故ラニ日本臣民ト看做スコトアルベシト記スル必要アラシヤ又日露講和條約第九條ニハ露國ハ南部薩哈噠島ノ完全ナル主權ヲ讓與ストアリ而シテ第十條ニ依レバ日本ハ日本ノ利益ニ衝突スル割讓地住民ヲ割讓地ヨリ放逐スルコトヲ得ベシ乃チ第十條ニ所謂完全ナル主權トハ領地主權ヲ指稱スルコトヲ知ルニ足ルベシ何トナレバ割讓ト共ニ住民ガ日本人ト爲リタリトスルトキハ其放逐ヲ露國ト約スル理由ナケレバナリ此ノ如ク領地割讓ハ割讓地住民ノ國籍ニ影響ヲ及ボサズ然ルニ從來ノ國家ニ臣事スル外國人ガ其國籍ヲ保有シ乍ラ割讓地ニ依然住居スルハ往々讓受國ノ利益ヲ害スルコト大ナルガ故ニ讓受國ハ一定ノ猶豫期間ヲ與ヘ割讓地住民ヲシテ國外ニ退去セシムルヲ例トス住民ガ此期間ニ退去セザルトキハ讓受國ノ國籍ヲ選擇シタルモノト看做ス(所謂國籍選擇條款)是ニ於テ割讓地住民ト讓受國トノ間ニ國籍授受ノ契約成立ス而シテ條約ヲ以テ此事ヲ定メタル所以ハ讓渡國ト讓受國トノ間ニ生ズベ

日清講和
條約中ノ
國籍選擇
條款ノ特
徵

キ國籍ノ衝突ヲ豫防セシガ爲メナリ詳ニ言ヘハ割讓地ノ住民ガ讓受國ノ國籍ヲ取得スルトキハ從來ノ國家ハ最早ヤ之ヲ自國ノ臣民ト看做スコトヲ得ザルナリ但シ前掲日清講和條約第五條ハ從來ノ國籍選擇條款ト聊カ趣ヲ異ニセリ即チ從來ノ例ニ依レバ割讓地ヲ退去セザル住民ハ當然讓受國ノ臣民ト爲ルニ拘ハラズ本條ニ依レバ割讓地住民ハ將來日本國ヨリ國籍ヲ附與セラルルコトヲ豫メ承諾シタルマデニシテ日本人ト爲ルハ一ニ日本政府ノ都合ニ依ル

由是觀之國籍ノ基礎ヲ論ズルニ方リ個人ノ意思ヲ度外視スルハ余輩ノ贊成スル能ハザル所ナリ國籍ノ喪失亦然リこころだん曰ク人ガ出生ニ因リ生ジタル服從關係ニ永久拘束セララルハ人ノ自由ニ反スルモノニシテ一種ノ農奴ト謂フベキナリト(Cogordan, p. 9) 今若シ一片ノ感情ニ因リテ論ズルトキハこころだんノ說ハ寧ロ慨スベキモノナリト雖モ而モ時世ニ適合スルコトヲ否定スル能ハザルナリ即チ諸國ノ制度ヲ觀ルニ概ネ皆其臣民ノ意思ニ因ル國籍喪失ヲ認メザルハ莫シ但ダ委棄ノ條件ニ付キ各國法律ノ定ムル所其揆ヲ一ニセザルノミ

法律學者ハ國家内ニ在リテ國家ヲ觀察ス是レ法律ヲ以テ國家ノ製作物ト爲ス考ヨリ生ズ

ル結果ニシテ盧山ノ面目ヲ識ルノ道ニ非ズ社會學者及ビ經濟學者ハ國家ノ外ニ在リテ國家ヲ觀察ス是レ國家ヲ以テ社會現象ノ一ト爲シ若クハ經濟的行爲ノ要件ト爲ス考ヨリ生ズル結果ニシテ國家ノ性質ヲ解スルノ道ニ非ズ國家ノ性質面目ヲ明カニセント欲セバ宜シク内外兩面ヨリ之ヲ觀察セザルベカラズ殊ニ國籍ノ基礎ヲ知ルガ爲メニハ這ノ兩面觀察法ヲ併用スルコトヲ要ス領地割讓ヲ以テ臣民及ビ土地ノ二者ヲ讓渡スト云ヘル說ノ如キハ國家内ヨリ國籍ヲ觀察セシモノニシテ所謂民ヲ見ルコト家畜ノ如キ時代ノ精神ヲ擁護スルモノニ非ズシテ何ゾヤ歸化ヲ以テ國家ノ單獨行爲ト爲ス說ノ如キ亦此弊竇ニ陥リタルモノナリ然レドモ國家ガ臣民ニ國籍ノ委棄ヲ許スハ國家解體ノ自由ヲ認ムルモノナリ何トナレバ臣民ガ悉皆外國ニ歸化スルコトヲ妨グル能ハザレバナリ曩ニ茨城縣人某ヲ目スルニ國賊ヲ以テセシ國民ハ今ヤ公々然トシテ日本ノ國籍ヲ委棄スル者アルヲ怪マズ雷ニ之ヲ怪マザルノミナラス米國ガ日本人ニ歸化權ヲ與ヘザルコトヲ非難スルニ至レリ此時ニ方リ我國家ハ大正五年法律第二十七號及ビ大正十三年法律第十九號ヲ以テ國籍法ヲ改正シ國籍ノ離脱ト拋棄トヲ認ムルニ至レリ時世ノ變遷亦大ナルカナ

墨子ノ說

Kohl博士ハ千九百九年十月發行ノ法律哲學經濟哲學雜誌ニ於テ墨子ノ說ヲ以テ世界最

樓炭經中
ニ見エタ
ル最古ノ
社會契約
說

古ノ社會契約說ト爲セリ墨子尙同篇ニ曰ク古者民始生未有刑政之時蓋其語人異義是以一人則一義二人則二義十人則十義其人茲衆其所謂義者亦茲衆是以人是其義以非人之義故交相非也是以內者父子兄弟作怨惡離散不能相和合天下之百姓皆以水火毒藥相虧害至有餘力不能以相勞腐殄餘財不以相分隱匿良道不以相教天下之亂若禽獸然夫明庠天下之所以亂者生於無政長是故選天下之賢可者立以爲天子云々

余ヲ以テ之ヲ見ルニ社會契約說ヲ最モ夙ク唱道シタルハ釋迦ナリ樓炭經ニ曰ク衆人便共議當於何所得賢者共立爲君長(中略)爾時彼衆會中有一人最大尊端正姝好威神巍巍衆人便白其人當爲我等典主作君長(中略)是人即言諾便共立爲君長云々是レ墨子ニ比シ一層明白ニ契約說ヲ述ベタルモノナリ(余ハ墨子ヲ以テ釋迦後ノ人ナリトスル說ヲ採ル)

參照 山口弘一論文「讀墨子」(法學志林第一二卷一一號)同上「禮記ト古俗」(中島博士在職二十五年紀念論文集)梁啓超氏著墨學徵、胡適氏原著楊祥蔭內田繁隆二氏共譯古代支那思想ノ新研究

第二節 國籍ナル文字

按ズルニ日本ニ於テ國籍ナル文字ヲ始メテ用ヒシハ明治八年樺太千島交換條約ナリ此語ハ Nationality, Nationalité, Nationalität 等ノ外國語ニ比スレバ較ヤ當レルガ如シ元來此等ノ外國語ハ皆羅典語 *natus*(出生)ヨリ出ヅ然ルニ國籍取得ノ原因ハ出生ノミニ止マラズ婚姻、歸化、養子縁組、就官、國籍選擇等孰レモ皆其原因タリ是レ此語ノ不當ナル所以ナリ *Indigenat* ナル語亦同シ *Staatsbürgerschaft*, *Staatsangehörigkeit* ナル語ハ較ヤ勝レリ民籍ナル語ハ蓋シ適當ナラン而シテ國籍ナル語ハ往々自然人以外ノモノニ用ヒラルルコトアリ例ヘバ船舶、法人、河川、土地ノ國籍ト云フガ如キ是レナリ

國籍ナル文字ハ自
然人以外
ヲモ用ヒ
ラル

(註) *Indigenat (Incolat)* ハ埃國ニ於テ特別ノ意味ヲ有ス(V. v. Puettlingen, *Handbuch*, 2te Aufl. S. 45) 織田博士ハ民籍ナル語ヲ廣汎ナル意味ニ用ヒ(同氏行政法講義五四五頁) 福原平岡二氏ハ住所ニ當ツルニ民籍ナル文字ヲ以テセリ(同氏國際私法三八頁以下) 舊法例及ビ舊民法人事編ニ謂フ國民分限ハ國籍ニ當ル然ルニ臣民ナル語ハ古ヨリ用ヒラレタリ鴨綠江岸ニ於

テ發掘セラレタル高麗好太王記功碑ニ已ニ臣民ノ文字アリ
論語ニ孔子式負版者ノ語アリ鄭氏註ニハ版ヲ解シテ謂邦國籍也トアリ然レドモ是レ吾人ガ謂フ國籍ニ非ズ

第三節 國籍ノ衝突

國籍ノ衝突ニ積極的衝突 (*doppelte od. mehrfache Staatsangeh.*, *Cumul de nationalités*, *double nationalité*, *multiple nationality*, *double nationality*) ト消極的衝突トノ二アリ積極的衝突トハ一人ニテ二個以上ノ國籍ヲ併有スル状態ヲ謂フ例ヘバ日本人ガ英國ニ於テ産ミタル嫡出子ハ日本人タルト(我國籍法第一條)同時ニ英國人タリ(英國籍法第一條)消極的衝突トハ何レノ國ノ國籍ヲモ有セザル状態ヲ謂フ (*no-nationality*, *Heimatlosigkeit*) 此ノ如キ状態ニ在ル人ヲ無國籍人ト云フ例ヘバ支那國籍法(第一二條第二款)ニ依レバ支那ノ臣民ガ外國人タル父ニ依リテ認知セララルトキハ認知者ノ國籍ヲ取得スルト否トニ拘ハラズ支那ノ國籍ヲ失フ然ルニ日本人タル父ガ支那人タル母ノ認知後ニ子ヲ認知スルトキハ其認知ハ國籍取得ノ原因ナラザルガ故ニ(國

積極的衝突
消極的衝突

籍法第六條第三號其子ハ無國籍人タリ歐洲諸國ノ厄介者タルぢぶしー亦無國籍人ナリ抑モ國籍ノ衝突(Conflit de nationalités)ナルモノハ單ニ國法上ノミナラズ國際法上ニ於テモ亦之ガ解決ヲ爲スノ必要アリ先ヅ國法上ヨリ之ガ解決ヲ要スル所以ヲ説明センニ我法例ハ一定ノ涉外的私法關係ニ人ノ本國法ノ適用ヲ命ズ然ルニ其人ガ二個以上ノ本國ヲ有スル場合ニハ何レカ其中ノ一ヲ選ビテ本國ト定メザルベカラズ蓋シ二個以上ノ本國法ガ其内容ヲ異ニスルトキハ之ヲ適用セント欲スルモ得ベカラザレバナリ又消極的衝突ニ付キテ言ハシニ我法例ガ一定ノ涉外的私法關係ニ人ノ本國法ノ適用ヲ命ズルニ當リ其人ノ本國ナキ場合ニハ本國法ヲ適用スルニ由ナケレバナリ

(註) ぢぶしーニ付テハ Zeballos, la nationalité ニ詳細ナル報告アリ尙ホ守田有秋氏「世界ヲ漂浪スルぢぶしー」解放大正十二年七月號參照

參照 Hans Sutfrian, Die Rechtsstellung der Heimatlosen, 1925.

國際法上亦國籍ノ衝突ヲ解決スル必要アリ例ヘバ爰ニ甲乙二國ノ國籍ヲ有スル人アリト假定センニ其二國間ニ戰爭起リタルトキハ甲乙二國ハ之ヲ自國人ト見

國籍衝突
解決スル
必要

ルベキヤ將タ敵人トシテ取扱フベキヤ又平時甲乙二本國ヨリ徵兵召集ノ命令ヲ發シタル場合ノ如キ亦其國籍ヲ確定スル必要アリ又國家ハ必要上外國人ヲ追放スル權利アリト雖モ唯リ無國籍人ニ至リテハ之ヲ收容スル本國ナキガ故ニ亦其處分ヲ定メザルベカラズ(Saratow 移民事件 Martens, Völkerrecht, II, S. 181 大正十一年八月二十九日東京朝日新聞國際電報英佛爭議參照)

今日國際上ノ實例ニ依レバ(例ヘバ一八六〇年乃至一八七二年ばんくろふと條約)國籍ノ積極的衝突ニ付テハ最後ニ取得シタル國籍ヲ其人ノ國籍ト認メ (Niemeyer 案第二一條第二項モ亦同シ)消極的衝突ニ付テハ從來ノ國籍ヲ其人ノ國籍ト認ム (Martens, II, S. 181, S. 196 ff.)此時ニ方リ各國ノ立法者亦此解決ニ努メテ倦マズ然ルニ千九百十三年ノ公布ニ係ル獨逸國籍法第十七條第二號及ビ第二十五條ニ依レバ獨逸人ハ本國ノ國籍ヲ留保シ以テ任意ニ外國ノ國籍ヲ取得スルコトヲ得佛國ガ千九百十五年四月新ニ法律ヲ制定シ以テ敵國ノ國籍ヲ保有スル歸化人ニ對シ國籍剝奪ノ途ヲ開キタル所以亦此ニ因ラズンバアラズ而シテ我國ニ於テハ國籍衝突ノ解決ニ付キ法例以外ニ規定ナシ法例第二十七條ニ曰ク

我法例ノ
規定

當事者ノ本國法ニ依ルヘキ場合ニ於テ其當事者カ二箇以上ノ國籍ヲ有スル
トキハ最後ニ取得シタル國籍ニ依リテ其本國法ヲ定ム但其一カ日本ノ國籍
ナルトキハ日本ノ法律ニ依ル
國籍ヲ有セサル者ニ付テハ其住所地法ヲ以テ本國法ト看做ス其住所カ知レ
サルトキハ其居所地法ニ依ル
地方ニ依リ法律ヲ異ニスル國ノ人民ニ付テハ其者ノ屬スル地方ノ法律ニ依
ル

國籍ノ積極的衝突ニハ同時的ノモノアリ異時的ノモノアリ同時的ノ衝突トハ人
ガ出生ノ瞬間ニ於テ二個以上ノ國籍ヲ取得スルヲ謂フ例ヘバ日本人ガ英國ニ於
テ産ミタル子ハ其生レタル時ニ日本ノ國籍ト生レタル國ノ國籍トヲ取得ス此場
合ニハ一方ニ於テハ日本他方ニ於テハ英國ニ於ケル國籍取得ガ同時ニ起ル故ニ
余輩ハ之ヲ形容シテ同時的衝突ト云フ墺國國籍法第四條第三號但書ニ依レバ墺
國ニ歸化セントスル外國人ハ從來ノ國籍ヲ喪失スルヲ要セズ又あるせんちんノ
法律(一八六九年法第八條)ニ依レバ外國ニ歸化シタル亞國人ハ政權ヲ失フノミニ

同時的衝突
的衝突法例ハ國
籍衝突ハ
看一籍法
過部分セ
リヲノ

テ國籍ヲ失ハズ故ニ墺國ニ歸化シタル亞國人ハ從來ノ國籍ノ外ニ尙ホ墺國ノ國
籍ヲ有ス而シテ墺國ノ國籍取得ハ亞國ノ國籍取得後ニ生ジタルガ故ニ余ハ此ノ
如キ國籍衝突ヲ異時的衝突ト名ヅク法例第二十七條ハ單ニ異時的衝突ヲ解決シ
タルノミニシテ同時的衝突ヲ解決セズ本條ニ依レバ異時的衝突ノ場合ニハ最後
ニ取得シタル國籍ニ從フ故ニ前例ニ示シタル亞墺二國ノ國籍ヲ有スル者ハ墺國
ノ臣民タリ此規定タルヤ人ハ最後ノ國籍ニ從フ考テラントノ推定ニ出ヅ本條ハ
或ハ後法ハ前法ニ優ルトノ考ニ出デタルガ如シ此考ハ後ニ取得シタル國籍ハ新
法ニ依リタルモノト想像スルモノナレドモ前ニ取得シタル國籍ガ却テ新法ニ依
ルコトアリ例ヘバ千九百十三年ノ獨逸國籍法ニ依リ獨逸人ト爲リタル者ガ千八
百十一年ノ墺國民法ニ依リ歸化シタルガ如シ故ニ後法ハ前法ニ優ルトノ考ニ依
ルトキハ此場合ニ獨逸ノ國籍ニ從フコトト爲ルベシ但シ人ガ併有スル國籍ノ一
ガ日本ニ屬スル場合ニ於テハ他ノ國籍ハ假令最後ニ取得シタルモノナリト雖モ
其人ヲ日本人ト看做ス是レ我國家ノ利益保護ノ趣意ニ出ヅ或ハ之ヲ法例第三十
條ノ適用ナリト解スル說アルモ(山田博士中央大學講義寺尾博士國際私法二四二

頁)同條ニ謂フ外國法トハ準據法タル私法ヲ謂ヒ公法ヲ含マズ國籍法ハ公法ナリ
 法例第三十條ノ關知セザル所以ナリ

積極的
 解決
 諸説
 解決
 解決

(註) 國籍ノ異時的積極的衝突ノ場合ニハ舊國籍ニ從フ說アリ(例へば Zitelmann, I, S. 176)
 同時的衝突ニ付テハ已ニ一言セシ如ク我法例中ニ規定ヲ缺クガ故ニ理論ニ依リ
 之ヲ決セザルベカラズ今學者ノ說ク所ヲ見ルニ多クハ皆國籍ノ同時的衝突ト異
 時的衝突トヲ區別セズ同一ノ原則ニ依リテ解決セント欲ス甲ハ曰ク人ガ住所ヲ
 有スル國ノ國籍ニ從フベシト (Bluntschli, das moderne Völkerrecht der civilis. Staaten, 3te
 Aufl. 374) 然レドモ此說ハ不完全ナリ何トナレバ衝突國籍ノ屬スル總テノ國ニ於
 テ人ガ住所ヲ有セザルカ又ハ住所ヲ有スル場合ニハ其人ノ本國ヲ定ムルコト能
 ハザレバナリ乙ハ曰ク此場合ニハ內國法ニ最モ類似スル主義ヲ有スル國ノ國籍
 ニ從フベシト(白國民法草案改正第一二條 Weiss, 2me éd, p. 305, p. 784 e. s.) 例へば甲
 乙二國ノ國籍ヲ有スル人ノ國籍ニ付テ日本ニ於テ之ヲ定ムル必要ヲ生ジタル場
 合ニ若シ甲國ハ國籍ニ付キ血統主義ヲ採リ乙國ハ生地主義ヲ採リタルトキハ我
 國籍法ハ血統主義ヲ基礎トシ或ル程度ニ於テ生地主義ヲ採用スルガ故ニ甲國ノ

制度ハ乙國ノ制度ニ比シテ我國ノ制度ニ近似セルモノナリ故ニ我國ニ於テハ右
 甲乙二國ノ國籍ヲ有スル人ヲ甲國ノ臣民ナリト認メザルベカラズ然レドモ此說
 亦不完全ナリ何トナレバ甲乙二國ノ制度ガ同一ノ程度ニ於テ我國ノ主義ニ類似
 セル場合ニハ其國籍ヲ定ムルコト能ハザレバナリ(註一參照)丙ハ曰ク裁判所ハ種
 々ノ事實ニ徴シ本人ニ最モ密着ナル關係ヲ有スル國籍ニ從フベシト (Zitelmann, I,
 S. 176) 此ノ如クンバ裁判所ノ權限ハ廣汎ニ失スベシまろつこニ於ケル佛人及外
 人身分法(一九一三年法)ハ更ニ一步ヲ進メ裁判所ヲシテ國籍ノ積極的衝突ノ總テ
 (異時的及ビ同時的)ヲ解決セシム(第四條)按ズルニ同時的國籍ノ衝突ノ場合ニハ住
 所アル本國ノ國籍ニ從フ若シ各本國ニ住所アルカ又ハ何レノ本國ニモ住所ナキ
 トキハ住所ノ衝突ノ解決法ニ依リ(後出)本國ヲ定ム之ニ依リテモ尙ホ本國ヲ定ム
 ル能ハザルトキハ當事者ヲシテ衝突國籍ノ一ヲ擇バシムルヲ宜シトス當事者ガ
 之ヲ擇バザルトキ又ハ第三國ノ國籍ヲ擇ビタルトキハ裁判所之ヲ定ム但シ衝突
 國籍ノ一ガ日本ニ屬スルトキハ日本ノ國籍ニ從フ(法例第二七條第一項類推)

(註一) 國籍ノ同時的積極的衝突ハ同主義ノ國家間ニモ亦之ヲ見ル例へば獨逸ハ俱ニ血統主

義ヲ採ル國ナリ然ルニ獨逸人ガ其國籍ヲ留保シテ埃太利ニ歸化シ子ヲ産ミタルトキハ其子ハ出生ニ由リ埃獨二國ノ國籍ヲ併有スベシ(獨逸國籍法第二五條第二項、埃國國籍法第四條)又日本佛蘭西ハ同主義ノ國ナリ今日日本人ガ佛國生レノ佛人ヲ娶リ佛國ニ於テ子ヲ産ムトキハ其子ハ佛國人タルト(佛民法第八條第二項第三號)同時ニ日本人ナリ(國籍法第一條)

(註二) 血統主義ト出生主義ノ衝突ニ付キ國際法協會ハ血統主義ノ優越ヲ認メタリ(一八九六年うえにす會議)

(註三) 一方ニ於テハ日本他方ニ於テハ北米合衆國、ぶらじる等ノ間ニ於ケル國籍ノ同時的、積極的衝突ニ付テハ國籍拋棄及ビ離脱ノ方法ニ由リテ之ヲ解決ス

法例第二十七條ニ依レバ何レノ國ノ國籍ヲモ有セザル人ニ付テハ其住所地法ヲ本國法ト看做ス(Despagnet, 110)而シテ其住所ガ知レザルトキハ居所地法ヲ適用ス(住所及ビ居所ノ衝突ニ付テハ本編第十七章ニ於テ説明スベシ)本條ハ住所ナキ場合ヲ規定セザレドモ住所ノ知レザル場合ト結果ニ於テ異ナル所ナキガ故ニ居所地法ヲ適用セザルベカラズ

同一國家内ニ於テ數多ノ法律ガ並ビ行ハルル國(例ヘバ北米合衆國)ノ人民ノ本國

消極的衝突ノ解決

一國數法

法ヲ適用セントスル場合ニ所謂本國法トハ同國中ノ何レノ州ノ法律ナルカ蓋シ何レノ州ノ法律モ北米合衆國人民ノ本國法ニ外ナラズ然ルニ規定ヲ異ニスル總テノ本國法ヲ適用セント欲スルモ不可能ナルヲ以テ何レカ其一ヲ擇ンデ適用セザルベカラズ是レ第二十七條第三項ノ規定アル所以ニシテ同項ニ依レバ北米合衆國ノ如キ國ノ人民ニ付テハ同國ノ法律ニ依リ本人ガ本籍ヲ有スル州ノ法律ヲ適用スベキモノナリ例ヘバかりふおるにあ州ニ本籍ヲ有スル人ニ付テハかりふおるにあ州ノ法律ヲ適用スルガ如キ是レナリ若シ地方ニ本籍ナキトキハ住所ヲ有スル地方ノ法律ニ依リ若シ數州ニ住所ヲ有スルカ又ハ何レノ地方ニモ住所ヲ有セザルトキハ住所ノ衝突ノ解決法ニ依リ本人ガ屬スル地方ヲ定ム之ニ依リテモ尙ホ之ヲ定ムル能ハザルトキハ本人ヲシテ之ヲ擇バシムベク本人ガ之ヲ擇バザルトキ又ハ第三國ノ地方ヲ擇ビタルトキハ裁判所之ヲ定ム

(註一) まろつこ身分法ニ依レバ國籍不明ノ外國人ニハ佛國法ヲ適用ス(第五條)

(註二) 戰亂其他ノ災害ニ因リ外國人ガ米國ノ軍艦ニ避難シ子ヲ産ミタル場合ニモ本籍ナキ米國人ヲ生スベシ蓋シ米國法ニ依レバ同國ノ軍艦内ニ生レタル者ハ米國人ナリトス然レド

モ軍艦ハ一定ノ州ニ屬セザルガ故ニ同所ニ生レタル者ハ米國ノ何レノ地方ニモ屬セズ但シ米國ニ於テ偶然ニ生レタル事實ハ同國國籍取得ノ原因トナラズトノ說アリ (Zebullos ニ見ユ)

參照 Despagnet, Précis de droit int. pr., 4me éd., 230 bis; Reuss, Über Kollisionen der Gesetze über den Erwerb u. Verlust der Staatsangeh., Diss., 1893; H. Fromageot, de la double nationalité, 1891; v. Bar, I, 87-89; Neumann, Intern. P. R., 1896, S. 41 ff.; Weiss, 2me éd. I, p. 301 et s., 784 et s.; Cogordan, 2me éd., p. 15; Meili, I, § 44; Moore, Dig. of Int. L., §§ 426-430; Piggott, Nationality, I, p. 132; Platzhaff-Lejeune, De la double nationalité (Schweiz. Juristenzeitung, XIII, H. I); Zebullos, III, p. 541 et s.; Balsacq, Traité prat. d. l. loi du 15 mai 1922; Le Fur, Races, Nationalités....1922; Massabuaw, l'Etat, contre la nation, 1922. 諸外國ニ於ケル國籍衝突解決ノ實例ハ前記 Fromageot, p. 82 以下ニ見ユ

第四節 國籍ノ確定

國籍ノ確定ニ付テハ特別ノ機關ヲ設ケテ之ヲ司ラシムル國アリ例ヘバ佛蘭西(民

我國ニハ
國籍ノ確
定ヲ司ル
機關ナシ

法第三二六條(墺地利)一八六三年一月六日法律第三六條第三七條)ノ如シ之ニ反シテ日本ノ如キハ特別ノ機關ヲ有セズ特別ノ機關ヲ有スル國ニ於テハ其機關ガ確定シタル國籍ハ其國內ニ於ケル他ノ國家機關ヲ拘束ス即チ裁判所モ行政廳モ皆齊シク之ヲ認メザルベカラズ例ヘバ佛國ニ於テ國籍ノ確定ヲ司ル者ハ通常裁判所トス但ダ民事ニ付テハ民事裁判所之ヲ司リ刑事ニ付テハ刑事裁判所之ヲ司ルガ故ニ (Weiss, I, 2me éd., p. 802 et s.; Vliery, 248 e. s.) 其間ニ衝突ヲ免レズ我國ニ於テハ國籍ノ確定ヲ司ル特別ノ機關ナキガ故ニ其結果タルヤ國籍確定ノ必要ヲ感ジタル國家機關ガ其都度之ヲ確定スベシ例ヘバ裁判所ニ於テ此必要ヲ生ジタルトキハ裁判所ニ於テ之ヲ確定シ行政廳ニ於テ此必要ヲ生ジタルトキハ行政廳ニ於テ確定セザルベカラズ故ニ我國ニ於テハ同一ノ人が裁判所ニ於テハ甲國臣民ト確定セラレ行政廳ニ於テハ乙國臣民ナリト確定セララル場合ヲ生ズベシ是レ甚ダ不都合ナル制度ナリト謂フベシ

外國ノ國籍證、歸化許可狀、旅券等ハ外國人ノ國籍ヲ確定スル有力ノ資料ナレドモ我國國家機關ヲ拘束スルモノニ非ズ

參照 拙著國際私法提要一七七頁以下 Valery, Manuel, 1914, p. 306 et s.; Moore, A Digest of Intern. L., §§ 419-425.

第五節 國籍取得ノ時期

懷胎ノ時
カ出生ノ
時カ

子ガ血統ニ因リテ父母ノ國籍ヲ取得スル時期ハ懷胎ノ時ナルカ出生ノ時ナルカ吾人ハ何ノ實益アリテ此ノ如キ問題ヲ提出スルヤ曰ク子ノ懷胎ノ時ト出生ノ時トニ於テ父母ガ國籍ヲ異ニスル場合アルヲ以テナリ例ヘバ子ノ懷胎ノ時ハ甲國ノ國籍ヲ有シタル父ガ子ノ生レタル時ニ乙國ノ國籍ヲ有シタル場合ニ若シ子ノ國籍ガ懷胎ノ時ニ定マルモノトスレバ其子ハ血統主義ヲ採ル甲國ノ臣民ト爲リ之ニ反シ其國籍ガ出生ノ時ニ定マルモノトスレバ血統主義ヲ採ル乙國ノ臣民ト爲ルベシ抑モ親子ノ血統的關係ハ懷胎ノ時ニ定マルモノナルガ故ニ懷胎說ハ理論上根柢アルガ如シ然レドモ今日ノ學問ニ依レバ懷胎ノ時ヲ確定スルハ不可能ナルガ故ニ此說ヲ實行スルニ由ナシ然ルニ人格ハ出生ニ由リテ生スルガ故ニ子ノ出生ノ

時ニ於ケル父母ノ國籍ヲ標準トシ以テ子ノ國籍ヲ定メザルベカラズ我國籍法ハ其第一條ニ於テ之ヲ宣明シ(同法第一條)第二條第一項ニ於テ例外トシテ懷胎ノ時ヲ標準ト爲セリ我立法者カ例外ナガラモ懷胎說ヲ採リタルハ遺憾ナリ

第六節 國籍ノ效果

國籍ハ左ノ效果ヲ生ズ

外交上ノ
保護

第一外交上ノ保護ヲ受クル利益

日本人ガ外國ニ居留スル場合ニ於テ本國政府ヨリ外交上ノ保護ヲ受クル利益アリ例ヘバ駐在國ノ政府ガ國際法ニ違反シ日本人ニ對シテ不法行爲ヲ爲シタル場合ニ我政府ハ國際法上認メタル手段ニ依リ其保護ヲ爲スベシ獨逸舊憲法ノ如キハ殊ニ之ヲ權利トシテ規定セリ其第三條第六項ニ曰ク「獨逸人ハ外國ニ對シテ均シク帝國ノ保護ヲ請求スルコトヲ得」ト但シ國家ガ外國人ニ對シテ外交上ノ保護ヲ與ヘタル實例アリト雖モ寧ロ例外ニ屬ス

國內居住
ノ權利

第二 國內ニ居住スル權利

外國人ガ國內ニ居住スルハ條約ニ由ルノ外ハ國家ガ之ヲ默認スル結果ニシテ
苟クモ在留國ノ利益ヲ侵害スル外國人ナレバ之ヲ國外ニ放逐スルコトヲ得然
ルニ自國臣民ハ之ヲ國外ニ放逐スルコトヲ得ズ(同說 Bar, I, S. 181; v. Frisch, das
Fremdenrecht, 1910, S. 140) 蓋シ自國臣民ノ放逐ハ外國ノ領地ニ對スル國家行爲ナ
レバナリ往時ニ在リテハ自國臣民ヲ國外ニ放逐シタル例無キニ非ズト雖モ今
日ニ於テハ稀ニ之ヲ見ルノミ

參照 Reimer, die Freizügigkeit inden deutschen Schutzgebieten; Bornhak, die Ausweisung v.
fremden Staatsangehörigen, 1900.

(註一) 希臘前皇帝コンスタンチンノ皇弟あるとる一親王ハ軍令ニ服從セザリシ故ヲ以テ裁
判ニ附セラレ追放ノ上軍職ヲ剝奪スル旨宣告セラレタリ(大正十一年十二月四日萬朝報社
着國際電報)

(註二) 伊土戰爭中土國ハ大赦令ヲ發シ國外追放者ノ歸國ヲ許セリ(明治四十五年七月十九日
讀賣新聞海外電報) 佛國政府ハかいようガ大戰中獨逸ニ通謀シタリトノ理由ニ依リ同氏ヲ
國外ニ追放セリ

(註三) 今日稀ニ見ル所ノ自國臣民放逐ノ實例ハ Frisch, das Fremdenrecht, 1910, S. 140 ff. ニ
見ユ

(註四) 國家ガ自國臣民ヲ追放スル權利アルコトヲ認ムル說ハ外國ガ右ノ追放人ヲ本國ニ送
還スル場合ニ本國ガ之ヲ收容スル義務アルコトヲ看過スルモノナリ

國政參與
ノ權利

第三 國政ニ參與スル權利

今日ニ於テハ日本ノミナラズ其他ノ國ニ於テモ內國人ノミノ參政權ヲ認メ外
國人ニ付テハ之ヲ認メザルヲ原則トス勞農露國國籍法第二條ガ露國ニ在ル外
國勞働者及ビ農民ノ參政權ヲ認ムルハ例外ナリ

參照 Frisch, das Fremdenrecht, 1910; Pépin, la question des étrangers en Angleterre, 1913;
Baudet, sur la condition des étrangers en Chine, 1913.

兵役ノ義
務

第四 兵役ノ義務

此義務ハ內國人ノミ之ヲ負擔シ外國人ニ之ヲ課セザルヲ通則トス我國亦然リ
(日英條約第二條、日米條約第一條、日丁條約第一條、日佛條約第一條、日伊條約第二
條等)

第七節 國籍ノ取得及ビ喪失

第一款 出生ニ因ル國籍取得

第一 一般的觀察

人ガ出生ニ因リテ取得スル國籍ヲ固有國籍 (nationalité d'origine) ト云フ之ヲ定ムル主義三アリ曰ク血統主義 (Jus sanguinis) 曰ク出生主義 (Jus soli) 曰ク結合主義是レナリ血統主義ニ依レバ子ハ父又ハ母ノ國籍ヲ取得ス而シテ其生レタル地ハ何レノ國タルヲ問ハザルナリ獨逸、埃地利、匈牙利、ルーマニア、勞農露國、白耳義等ノ制度ハ即チ是レナリ出生主義ニ依レバ國家ノ領地内ニ生レタル子ハ其父母ノ國籍ヲ問ハズ生地ノ屬スル國家ノ國籍ヲ取得ス南米諸國ニ行ハルルモノ是レナリ(生地主義ノ變例、悉すとらんど國籍法第一條結合主義ハ以上二ツノ主義ヲ結合シタルモノニシテ或ハ血統主義ヲ基礎トシテ之ニ出生主義ヲ加味シタルモノアリ佛蘭西、日本、支那等多數ノ國ノ採用セル制度是レナリ或ハ出生主義ヲ基礎トシテ之ニ血統主義ヲ參酌シタルモノアリ大布列顛、北米合衆國等ノ制度是レナリ以上諸主義中

固有國籍ヲ定ムル主義

出生主義ハ封建思想(屬地主義)ノ產物ナレトモ南米諸國ガ之ヲ採用セルハ臣民ノ數ヲ成ル可ク増加セントスル考ニ出ヅ

今日學者ガ一般ニ適當ナリト認ムルハ血統主義ヲ基礎トスル結合主義ナリ(拙著國際私法提要一八八頁參照)

(註一) 獨逸新國籍法ハ依然血統主義ヲ執レリ其第四條第二項ニハ「聯邦内ニ於テ發見セラレタル子ハ反對ノ證明アルマデ此聯邦人ノ子ト見做サル」トアレドモ此ハ血統ノ推定ニ基ク規定ニシテ出生主義ヲ採用シタルモノニ非ズ

(註二) わいす(Weiss)ハ獨逸、埃、匈、もなこ那威、るゝめにあヲ以テ血統主義ノ國トス

(註三) 日本國籍法明治三十二年法律第六六號ニ付テハCahn (Clunet, 1899, p. 736 et s.; 1917, p. 792)ノ佛譯アリ又 de Becker, Annotated Civil Code of Japan, III, App.ニ英譯ヲ掲グ獨譯ニ Sieber, das Staatsbürgerrecht im int. Verkehr, 1907, II, S. 140 ff. ニ見ヘ

第二

(1) 嫡出子 血統主義ヲ全然若クハ或ル程度マデ採用スル國ノ制度ニ依レバ自國ノ國籍ヲ有スル父母ノ間ニ生レタル嫡出子ハ父母ノ國籍ヲ取得ス然ルニ今

嫡出子

日各國ニ行ハルル國籍ノ制度ニ依レバ嫡出子ノ父母ハ必ずシモ其國籍ヲ同ジ
ウセズ我國籍法ニ依ルモ亦然リ即チ父ガ日本人ニシテ母ガ外國人ナルコトア
リ母ガ日本人ニシテ父ガ外國人ナルコト亦之アリ例ヘバ日本ノ國籍ヲ取得又
ハ回復シタル人ノ妻ハ必ずシモ日本ノ國籍ヲ取得セズ(國籍法第一三條第二七
條)日本人ニ嫁シタル外國ノ女ガ離婚若クハ婚姻取消ノ日ヨリ三百日以内ニ産
ミタル子ノ父ハ子ノ出生ノ時日本人ニシテ母ハ外國人ナルコトアルベシ(民法
第八二〇條第二項第七八七條第一項、法例第一七條、國籍法第一九條)又外國人ト
婚姻ヲ爲ス日本ノ女ハ必ずシモ日本ノ國籍ヲ失ハズ(國籍法第一八條、一九二二
年米國法第二條、勞農露國國籍法第五條)日本ノ國籍ヲ喪失スル者ノ妻亦然リ(國
籍法第二一條)其他離婚後日本ノ國籍ヲ回復シタル女ノ産ミタル子ノ父ガ子ノ
出生ノ時外國人ナル場合アルベシ(法例第一七條、國籍法第二五條)凡ソ此等ノ場
合ニ於テ其父母ノ間ニ生レタル嫡出子ハ父ノ國籍ヲ取得スベキヤ或ハ母ノ國
籍ヲ取得スベキヤノ問題ヲ生ズベシ我國籍法ニ依レバ(國籍法第一條)嫡出子ハ
日本人タル父ノ國籍ヲ取得ス抑モ血統上ヨリ論ズレバ父母ハ嫡出子ニ對シテ

同等ノ關係ヲ有スルモノト云フベク父ハ母ニ比シテ子ニ對シ縁ノ近キモノト
云フコト能ハズ母モ亦父ニ比シテ子ニ對シ縁ノ近キモノト云フコト能ハズ果
シテ然ラバ自然ノ關係タル血統ノ點ヨリ論ズルトキハ嫡出子ハ父ノ國籍ヲ取
得スルモ母ノ國籍ヲ取得スルモ擇ブ所ナシト謂フベシ然レドモ之ヲ法律上ヨ
リ觀察スルトキハ父ハ母ニ比シ嫡出子ニ對シ密着ノ關係ヲ有スルモノニシテ
此點ニ付テハ日本ヲ始メ各國ノ法律ガ殆ド一致スル所ナリ殊ニ我民法ニ依レ
バ子ハ父ノ家ニ入り父ハ子ニ對シテ親權ヲ行ヒ其後見人ト爲リ又離婚ノ場合
ニ反對ノ定メナキトキハ父ガ子ヲ監護スル義務アリ此ノ如ク父ハ嫡出子ト密
着ノ關係ヲ有スルガ故ニ父母ガ國籍ヲ異ニスル場合ニ嫡出子ガ父ノ國籍ヲ取
得スルハ蓋シ事理ニ適シタルモノト云ハザルベカラズ(英第一條、獨第四條、佛第
八條、波第五條)米法ニ依レバ父母ガ俱ニ米國人ナル場合ニ限り外國ニ生レタル
子ハ米國人トス

我國籍法ハ出生ノ時ヲ以テ子ノ國籍ヲ定ムルノ標準時ト定メタルコト上述ノ
如シ詳言スレバ子ハ其生レタル時ニ於ケル父ノ國籍ニ從フ即チ其當時父ガ日

本人ナルトキハ其子ハ日本人トス而モ之ニハ例外アリ子ノ懐胎ノ時ヲ以テ子ノ國籍ヲ定ムルノ標準時ト爲ス場合はレナリ即チ國籍法第二條第一項ニ依レバ嫡出子ノ父ガ離婚又ハ離縁ニ因リテ子ノ出生前ニ日本ノ國籍ヲ喪失シタルトキハ其子ハ出生ノ時ニ於ケル父ノ國籍ヲ取得セズ懐胎ノ時父ガ日本人ナルトキハ其子ハ日本人ナリ然ルニ若シ母ガ父ト共ニ日本ノ家ヲ去リタル場合ニ於テハ此限ニ在ラズ但シ其母ガ子ノ出生前ニ日本ノ家ニ復籍シタルトキハ其子ハ懐胎ノ時父ガ日本人ナルトキハ日本人トス(民法第七三三條第七三四條參照)

國籍法ニ明文ナキモ婚姻又ハ縁組ガ取消サルル場合ニ國籍法第二條第一項ノ類推解釋ニ依リテ懐胎ノ時父ガ日本人タルトキハ子モ亦日本人トス(民法第七八七條第一項第八五九條參照)

子ガ出生シタル時ニ既ニ其父ガ死亡セル場合ニ於テハ出生ノ時ニ於ケル父ノ國籍ヲ取得スルニ由ナキガ故ニ其父ガ死亡ノ時ニ日本人ナリシトキハ子モ亦日本人トス(國籍法第一條)是レ父ガ子ノ出生ノ時マデ生存セシナラバ依然トシ

私生子

無國籍人
タル父ノ子

父母ノ分
別ナラザル
及ビ國籍ヲ
有セザル子
母ノ父

テ日本人タリシナラントノ推定ニ出ヅ

吾人ニ異例ヲ示スハリたうゑんノ國籍法(一九一九年)第一條ナリ同條ニ依レバ祖父母又ハ父母ガ同國ニ於テ嘗テ住居シタル者ハリたうゑん人ト看做サル但シ已ニ他ノ國籍ヲ有スルトキハ此限ニ在ラズ(一九二二年憲法第九條)

(2) 私生子 私生子ノ母ガ日本人ナルトキハ其子ハ日本人トス(國籍法第三條)獨第四條蓋シ私生子ニハ法律上父ナキガ故ニ血統ニ依リ母ノ國籍ニ從フハ固ヨリ其所ナリ

(3) 無國籍人タル父ノ子 父ガ無國籍人ニシテ母ガ日本人ナルトキハ其子ハ日本人トス(國籍法第三條)此場合ニ子ガ父ニ隨フトキハ無國籍人ト爲ルガ故ニ母ノ國籍ニ隨ハシメタリ蓋シ無國籍ハ種々ノ弊害ヲ伴フガ故ニ成ル可ク之ヲ除却スル必要アレバナリ本條ニ該當スル例ヲ舉グレバ日本人タル夫ガ佛國ニ歸化シ妻ガ日本ノ國籍ヲ留保シ(佛民法第一二條第二項)而シテ夫ガ其國籍ヲ喪失シテ(佛民法第一七條)無國籍人ト爲リタル後子ヲ産ミタル場合ノ如シ

(4) 父母ノ分明ナラザル子及ビ國籍ヲ有セザル父母ノ子 父母ガ知レザル子殊

ニ棄兒 (Foundling, enfant trouvé, Findelkind) ハ血統ニ依リ其子ノ國籍ヲ定ムルニ由ナシ是ニ於テ自國內ニ其子ガ生レタル場合ニハ其子ハ自國ノ國籍ヲ取得スト定ムル立法例アリ日本(國籍法第四條)佛國(民法第八條第二項第二號)伊國(一九一二年法第一條第三號)等ノ制度是レナリ棄兒ガ自國內ニ發見セラレタル場合ニ其子ハ自國ノ國籍ヲ取得スト定ムル立法例アリ支那(元年法第一條)那威(一八八八年法第一條)獨逸(一九一三年法第四條)るゝめに(國籍法第三條)等ノ制度是レナリ(發見地主義)或ハ棄兒ガ自國內ニ於テ生レ又ハ發見セラレタル場合ニ其子ハ自國ノ國籍ヲ取得スト定ムル立法例アリ波蘭國籍法(一九二二年法第五條)是レナリ此等ノ制度ハ自國內ニ生レ若クハ發見セラレタル子ハ自國臣民ノ子ナリト推定スベシトノ考ニ出ヅ(Wess, I, p. 254)獨逸國籍法第四條第二項ノ如キハ此考ヲ明言セリ此等ノ制度ハ血統主義ノ表現ニ外ナラズ而シテ他日其子ガ外國人ノ子ナルコト明白トナリタル場合ニハ其子ハ生レタル國ノ國籍ヲ喪失スベシ父母ノ知レザル子ガ日本ノ國籍ヲ取得スルガ爲メニハ子ガ日本ニ於テ生レタルコトヲ證明セザルベカラズ然ルニ此證明ハ頗ル困難ナリ是ニ於テ伊太利

(國籍法第一條第二項)ハ父母ノ知レザル子ニシテ伊太利ニ於テ發見セラレタル者ハ反對ノ證明アルマデ伊太利ニ於テ生レタル者ト推定スト規定セリ千九百二十二年白國國籍法第一條亦然リ

國籍ヲ有セザル父母ガ日本ニ於テ子ヲ産ミタルトキハ其子ハ日本ノ國籍ヲ取得ス(國籍法第四條)支第一條)第二條)是レ出生主義ノ適用ナルコトハ疑ヲ容レズ何トナレバ日本ノ國籍ヲ有セザル者ハ外國人ニシテ其産ミタル子ガ日本人ノ血統ニ屬セザルコト明カナレバナリ乃チ無國籍人ノ子ガ日本ノ國籍ヲ取得スルハ日本人ノ子ナルベシトノ推定ニ出デズシテ血統上之ヲ無國籍人トスルコトヲ防ガンガ爲メニ出生主義ヲ適用シタルモノナリ

(註) 國籍法第四條ニ所謂日本トハ内地、臺灣、朝鮮、樺太、領海、日本ノ軍艦及ビ公海ニ於ケル日本ノ商船トス (Piggott, Nationality, I, pp. 11—40 參照) 但シ未ダ國籍法ヲ施行セザル地ト雖モ以テ本條ニ所謂日本タルコトヲ害セザルナリ英國國籍法ハ外國ノ領水内ニ於ケル英國船ニ於テ生レタル子ヲモ英國臣民トス(第一條丙)

第二款 出生後ノ事實ニ因ル國籍取得

(取得國籍 nationalité acquise)

緣組

第一 緣組

瑞西ノ Solothurn 州 (Muhheim, die Principien des intern P. R. im schweiz. P. R. 1887, S. 44) ヲ除ク外歐米ノ制度ハ何レモ緣組ヲ以テ國籍取得ノ原因ト認メズ之ヲ説明スル者ハ曰ク養子ハ依然トシテ實家 (famille naturelle) ニ在ルモノニシテ養親ト擬制的親族關係ヲ有スルニ過ギズシテ從來ノ本國ニ對スル關係ヲ繼續スルモノナリト (Weiss, 1. 2me éd. p. 82) 然ルニ我國籍法ハ養子緣組ヲ以テ國籍取得ノ原因ト認メ(國籍法第五條第四號明治三一年法律第二一號支第一條其養子ガ本國ノ國籍ヲ保有スルヤ否ヤヲ問ハザルガ故ニ外國人ニシテ日本人ノ養子ト爲ル者ハ之ガ爲メニ二個以上ノ國籍ヲ有スルコトアルベシ立法者ガ此ノ如ク緣組ヲ以テ國籍取得ノ原因ト定メタルハ日本ノ家ハ日本人ノミヲ以テ組織スベシトノ考ニ出ヅ(此考ハ徹底セズ(註ニ參照)外國ニ於テハ無國籍人タル養子ニ養親ノ國籍ヲ附與スベキヤ否ヤノ

立法論アレドモ(可說 Weiss, 1. 2me éd. p. 83) 我國ノ制度(例ヘバ法例第一九條第二七條第二號)ニ依レバ無國籍人ト雖モ日本人ノ養子ト爲ルコトヲ得ルガ故ニ無國籍人ハ之ニ由リテ日本ノ國籍ヲ取得スベシ而シテ日本人ノ養子ト爲リタル者ハ國籍法第十六條ニ掲ゲタル權利ヲ有セズ但シ國籍取得ノ時ヨリ十年ノ後內務大臣勅裁ヲ經テ之ヲ解除スルコトヲ得(國籍法第一七條)

(註一) 緣組ヲ以テ國籍取得ノ原因ト認メタル舊制度ハ Kahn ノ舊獨逸國籍法ノ註釋書二版三頁ニ見ユ但シ匈牙利ニ於テハ養子ノ爲メニ國籍取得ノ手續ヲ簡易ニセリ(一八七九年法第八條)るゝめにや國籍法第二條ハ緣組ハ國籍ニ效力ヲ及ボサズト記セリ

(註二) 日本人ノ妻ガ外國人ナル場合アルコトハ已ニ上文ニ一言セル所ナリ然ルニ婚姻ノ效力ハ夫ノ本國法ニ依リテ定マル(法例第一四條)故ニ日本人ヲ夫ト爲ス外國婦人ト夫トノ間ノ身ノ關係ノ準據法ハ日本民法ナリ然ルニ同法ニ依レバ妻ハ夫ノ家ニ入ルヲ以テ(第七八條第一項)外國人モ亦日本ノ家ノ家族タル場合アリ他ノ一方ニ於テハ外國人(例ヘバ露國人)ノ妻ト爲リタル日本人ハ依然日本人タルノ故ヲ以テ日本ノ家ニ留ルベシ

歸化

第二 歸化 (Naturalization, Naturalisation, Einbürgerung)

我國籍法ニ依レバ歸化ナル語ニ二ツノ意味アリ一ハ國籍取得ノ原因タル契約ヲ意味シ(第七條第一項第八條第九條第一〇條第一二條第一四條)一ハ此契約ノ申込ヲ意味ス(第七條第二項第一一條第一七條)今第一ノ意味ニ於ケル歸化ヲ定義スレバ歸化トハ國家及ビ個人間ノ契約ニシテ個人ガ法定ノ手續ニ依リ國籍ヲ取得スル原因ヲ謂フ此定義ヲ分析スレバ左ノ如シ

歸化ハ契約ナリ

(一) 歸化ハ契約ナリ 國家ガ單獨意思ヲ以テ個人ニ國籍ヲ與フルコトアリ例ヘバ血統主義ヲ採ル國ノ臣民ノ産ミタル子ガ父母ノ國籍ヲ取得スルハ即チ是レナリ然ルニ歸化ハ國家ノミノ意思表示ヲ以テ成立スルモノニ非ズ個人ノ意思表示モ其成立ニ必要ナリ即チ歸化ハ申込及ビ承諾アリテ始メテ成立スルモノナリ申込ハ國家ガ之ヲ爲ス場合アリ個人ガ之ヲ爲ス場合アリ例ヘバぶらぢるノ法律ニ依レバ共和國設立ノ際同國ニ住居スル外國人ニシテ共和國設立ノ日ヨリ一定ノ期間ニ從來ノ國籍ヲ保有スル旨ヲ表示セザル者ハぶらぢるノ國籍ヲ取得ス(一八九一年二月法律)此場合ニハ國家ガ申込ヲ爲シタル者ニシテ申込ヲ受ケタル個人ハ從來ノ國籍ヲ保有スル旨ヲ宣言セザルコトニ因リ承諾ヲ表

示シタルモノト謂フベシ然レドモ多數ノ立法例ニ依レバ個人ガ申込ヲ爲シテ國家ガ承諾ヲ爲スヲ例トス我國籍法モ亦然リ凡ソ一定ノ意思表示ガ行爲成立ノ要件ナリヤ又ハ效力ノ要件ナリヤハ法ガ其欠缺ヲ如何ニ取扱フヤニ依リテ定マル即チ意思表示ノ欠缺ガ行爲ノ不成立又ハ無効ヲ惹起ストキハ其意思表示示ハ行爲成立ノ要件ニシテ單ニ其效力ヲ阻害スルトキハ(例ヘバ取消權ノ發生)效力ノ要件ナリ而シテ歸化ノ申込ガ契約ニ於ケル申込ニ該當スルコトハ申込ニ因ラザル許可ガ歸化ノ成立ヲ惹起セザルヲ見テ知ルベシ而シテ內務大臣ノ許可ハ契約ニ於ケル承諾ニ該當ス(同說、奥田博士著法學通論六〇八頁、副島博士著日本帝國憲法論七七九頁以下、反對說、上杉博士著帝國憲法二六九頁、市村博士著憲法要論二六五頁、清水博士著憲法篇第八版四二四頁以下、織田博士著行政法講義六五頁)

(二) 歸化ハ國籍取得ノ契約ナリ 國家ガ個人ト契約ヲ爲ス場合尠カラズ例ヘバ國家ガ外國人ヲ政府ノ顧問ニ雇入ルル如キ是レナリ歸化ガ此等ノ契約ト異ナル所ハ國籍ノ取得ナル點ニ在リ(公法契約ヲ認ムル說、美濃部博士著日本行政法

四四七頁以下、反對說、市村博士、公法上ノ契約ヲ論ス、京都法學會雜誌八卷一〇號
 (三) 歸化ハ一定ノ手續ニ依ルコトヲ要ス 國家個人間ノ契約ニシテ國籍取得ノ原因タルモノ鮮カラズ例ヘバ領地割讓ノ場合ニ於ケル國籍選擇ノ如キ是レナリ然レドモ歸化ガ此等ノ契約ト異ナル所ハ特種ノ手續ヲ要スル點ニ在リ即チ我國籍法ニ依レバ一定ノ條件ヲ具備シタル外國人ガ歸化ノ申込ヲ爲シ內務大臣ガ之ヲ許可スルコトニ因リテ始メテ成立ス

或ハ歸化ガ契約ニ非ザルコトヲ主張スル者アリ其說ニ曰ク契約ナルモノハ平等ノ地位ヲ有スル者ノ間ニ於テノミ成立スルモノナリ然ルニ個人ハ國家ニ對シ絶對ニ服從スル者ニシテ其間ノ關係ハ不平等ナルガ故ニ國家ト契約ヲ爲スコトヲ得ズト(例ヘバ清水博士著憲法篇第八版四二四頁以下)然レドモ絶對服從ナル關係之アリトスルモ是レ臣民タル身分ヲ生ジタル後ノ事ニシテ歸化ハ此身分ヲ生ズル原因ナリ反對說ノ如キハ國籍取得後ノ事實ヲ將テ國籍取得ノ原因ヲ説明セントスルモノナリ若シ反對說ノ如ク國籍取得前ニ絶對服從ノ關係之アリトセバ內外人ノ區別立タザルナリ

我國ノ學
 者ハ歸化
 契約ヲ認
 めズ

普通歸化

我國籍法ニ依レバ左ノ條件ヲ具備スル者ニ非ザレバ歸化ノ申込ヲ爲スコトヲ得ズ(國籍法第七條)但シ外國人ノ妻ハ其夫ニ先チテ歸化ヲ爲スコトヲ得ズ(國籍法第七條第一四條)是レ夫婦ガ國籍ヲ異ニスルコトヲ避クル爲メナリ

- (1) 引續キ、五年以上日本ニ住所ヲ有スルコト(支那第四條、英第二條、伊第四條、白第一三條、瑞西第一條、第七條、西第二條、佛第八條) 故ニ前後ヲ通ジテ五年以上日本ニ住所ヲ有スル者ト雖モ住居期間ヲ中斷シタル者ハ歸化ノ申込ヲ爲スコトヲ得ズ本號ノ條件ハ外國人ガ日本ノ社會ニ同化スルガ爲メニ必要ナリ
- (2) 滿二十年以上ニシテ本國法ニ依リ能力ヲ有スルコト(支那第四條、英第五條、第三號、獨第八條、第七條、白第一二條第一三條) 是レ私法上ノ能力ナキ者ハ公法上ノ契約ヲ爲スニ足ラザレバナリ滿二十年以上タルヲ要スルハ日本ノ成年規定ヲ標準ト爲シタルナリ
- (3) 法定代理人ニ由ル歸化ノ申込ヲ認ムル立法例ハだんちつひ國籍法第八條、波蘭同法第八條第二項等ナリ

- 號、第七條) 本條件ハ國家ノ自衛上必要ナリ
- (4) 獨立ノ生計ヲ營ムニ足ルベキ資産又ハ技能アルコト(支那第四條、獨第八條、佛第八條、第七條)理由上ニ同ジ
- (5) 國籍ヲ有セズ又ハ日本ノ國籍ノ取得ニ因リテ其國籍ヲ失フベキコト(第七條、支那第四條、米一九〇六年法、白一九二二年法第一四條) 此條件ハ國籍ノ衝突ヲ防グ爲メナリ

(註) 波蘭國籍法(第八條)英國國籍法(第二條)及ビ米千九百六十六年法律ガ同國語ノ熟達ヲ條件ト定メタルハ大ニ善シちゆに法(一九二三年)第四條ハ佛語ヲ流暢ニ書シ且話スコトヲ要求ス

特別歸化

- 右ハ普通歸化ナルモ此外特別歸化ナルモノアリ我國ト密接ノ關係ヲ有スル者ノ爲メニ歸化ノ條件ヲ簡易ニシタルモノニシテ之ヲ列舉スレバ
- (1) 父又ハ母ノ日本人タリシ者
- (2) 妻ノ日本人タリシ者 按ズルニ妻ノ日本人タル者モ亦同ジト解スベシ
- (3) 日本ニ於テ生レタル者

歸化ノ效力發生時期

- (4) 引續キ十年以上日本ニ居所ヲ有スル者
- 以上四種ノ者ハ引續キ五年以上日本ニ住所ヲ有スルコトヲ要セズ唯ダ現ニ日本ニ住所ヲ有スルコトヲ要ス然レドモ第一號乃至第三號ニ掲ゲタル者ハ引續キ三年以上日本ニ居所ヲ有スルコトヲ要ス但シ第三號ニ掲ゲタル者ノ父又ハ母ガ日本ニ於テ生レタルトキハ此限ニ在ラズ(國籍法第九條)
- (5) 外國人ノ父又ハ母ガ日本人ニシテ其外國人ガ現ニ日本ニ住所ヲ有スル者 此者ハ品行端正ニシテ且ツ國籍ヲ有セズ又ハ日本ノ國籍ノ取得ニ因リ其國籍ヲ失フベキトキハ他ノ條件ヲ要セズ歸化ノ申込ヲ爲スコトヲ得(同第一〇條)
- (6) 日本ニ特別ノ功勞アル外國人 此外國人ハ何等ノ條件ヲ要セズシテ歸化ノ申込ヲ爲スコトヲ得(同第一一條)但シ其許可ハ勅裁ヲ要ス
- (7) 日本ノ國籍ヲ取得シタル外國人ノ妻 此者ハ無條件ニテ歸化ノ申込ヲ爲スコトヲ得(同第一四條)
- 歸化ハ國家ヲ代表スル當局者ガ許可ノ意思ヲ表示シタル時ニ成立スルモノニシテ本人ニ對シテハ此時ヨリ其效力ヲ生ズ惡意ノ第三者ニ對シテハ之ヲ知リタル

時ヨリ效力ヲ生ズ國籍法第十二條第一項ニハ「歸化ハ官報ニ之ヲ告示スルコトヲ要ス」トアリ其第二項ニハ「歸化ハ其告示アリタル後ニ非サレバ之ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス」トアリ單ニ第一項ノミヲ見ルトキハ官報ノ告示ハ歸化ノ成立ノ絶對的條件ナルガ如シト雖モ本條ノ精神ハ寧ロ第二項ニ存スルモノニシテ(拙著國際私法提要二三七頁以下)告示ハ善意ノ第三者ニ對スル對抗條件ニ過ギズ

(註一) 歸化ノ語ハ初メテ崇神紀ニ見ユ十二年乙未ノ詔ニ曰ク「異俗重譯來海外既歸化云々」又垂仁紀(三年春)ニ「新羅王子天日槍來歸焉」トアリ魏書ニ「發使告以利害吳必歸化」トアリ唐書ニハ「及四夷歸化之事」トアリ是レ歸化ナル語ノ濫觴ナリ然レドモ固ヨリ今日ニ謂フ歸化ト同意義ニ非ズ

(註二) 國家ヲ代表スル當局者ガ歸化狀ヲ申込者ニ送附シタルトキハ書面ヲ本人ニ宛テテ發送シタル時歸化ハ成立ス(民法第五二六條ノ準用)

歸化ガ成立スルト同時ニ日本臣民タル身分ヲ生ズ然ルニ各國ノ立法例ニハ往々歸化人ノ公權ヲ制限スルモノアリ例ヘバ佛蘭西(一八八九年法第三條)ニテハ歸化

歸化人ノ
權利ノ制
限

後十年間ハ國會議員ト爲ルコトヲ得ズ但シ特別法ヲ以テ此期限ヲ一年ニ短縮スルコトヲ得又北米合衆國ニテハ終身大統領及ビ副統領ト爲ルコトヲ得ズ(Bouvier's Law Dictionary, 3rd rev., p. 2298) 支那(國籍法第一一條)白耳義(一九二二年法第一一條)第二項(匈牙利(一八七九年法第一五條)葡萄牙(憲法第一〇六條)第一〇八條)等モ亦一定ノ制限ヲ設ク我國ニ於テハ歸化ノ制アリシヨリ以來歸化人ノ公權ハ常ニ制限セラレ權官ニ任ゼラルルニ過ギズ我現行國籍法モ亦歸化人及ビ歸化人ノ子ニシテ日本人ト爲リタル者ノ權利ヲ制限セリ即チ第十六條ニ依レバ歸化人又ハ歸化人ノ子ニシテ日本ノ國籍ヲ取得シタル者ハ同條ニ列記サレタル官吏宮内官又ハ帝國議會ノ議員ト爲ルコトヲ得ズ然レドモ此制限ハ終身ニアラズ特別ノ功勞ニ因リ日本ニ歸化シタル者ニ付テハ國籍取得ノ時ヨリ五年ノ後其他ノ者ニ付テハ十年ノ後内務大臣ハ勅裁ヲ經テ之ヲ解除スルコトヲ得(國籍法第一七條)

參照 Cogordan, la nationalité, chap. III; Weiss, I, 2me éd, p. 331 et s.; Rolin, Principes du dr. int. privé, 1897, I, 603 et s.; Piggott, nationality, 1907 chap. I, VII, VIII.

第三 領地割讓 (Cession of Territory, Cession de territoire, Gebietsabtretung)

領地割譲トハ條約ニ由ル領地主權ノ移轉ヲ謂フ其名義ニハ賣買、交換、贈與、講和等種々アレドモ領地割譲ノ性質ハ常ニ一ナリ歐洲封建ノ世ニ在リテハ人ハ土地ノ附屬物ナリシヲ以テ領地割譲ハ割譲地住民ノ國籍ヲ當然變更シ之ヲシテ讓受國ノ臣民タラシメタリ然ルニ國民漸ク自覺スルニ及ビ人ヲ以テ土地ノ附屬物ト做ス考ハ勢力ヲ失ヒ領地割譲ハ割譲地住民ノ國籍ニ影響ヲ及ボサザルニ至レリ然ルニ讓受國ノ臣民ニ非ザル者ガ依然割譲地ニ棲息スルコトハ讓受國ノ利益ニ反スルヲ以テ一定ノ條件ノ下ニ割譲地外ニ退去セザル住民ハ讓受國ノ國籍ヲ承認シタルモノト見做シ以テ讓受國ト割譲地住民ノ利益ヲ調和スル途ヲ開キタリ讓受國國籍ノ承認ヲ國籍選擇(Option)ト云ヒ之ヲ規定スル條文ヲ選擇條款(Option-clause)ト云フ此條款ハ千七百八十五年 Elisson 條約ニ始マリ十九世紀以後ノ領地割譲條約ニハ大抵之ヲ掲ゲザルナシ但シ選擇ノ語ヲ讓渡國國籍ノ保有ト讓受國國籍ノ取得トニ併用スル例アリ Elisson 條約ノ如キハ是レナリ或ハ讓渡國國籍回復ノ意ニ用フル例アリ例ヘバ千九百十九年ベるさいゆ平和條約第三十七條第一項ノ如シ

(註) すでに氏ハ千七百六十二年べらつ割譲條約第十條ヲ以テ國籍選擇條款ノ嚆矢ト爲

セドモ同條ハ單ニ移轉ノ自由ヲ保證シタルニ過ギズ (Stoerk, Option u. Plebisit..., S. 97)

千六百九十七年すとらーすぶるぐ割譲條約第十七條、千七百四十二年伯林講和條約第三條

亦然リ然ルニ本文所掲ノえりそん條約第七條ニハ統治權 (domination)ノ選擇ヲ保證セリ統

治權ノ選擇ハ即チ國籍ノ選擇ナリ (Gerardot, S. 5) Kunz, die volkerrechtl. Option, I, 1925

ハ舊說ヲ代表ス余ハ材料ノ研究ニ於テ尙ホ一段ノ考慮ヲ本書ノ著者ニ望マザルヲ得ズ

領地割譲ガ臣民主權ノ移轉ニ非ズシテ領地主權ノ移轉ナルコトヲ最モ明カニ證シタルモノハ千八百四十八年かりふおるにあ割譲條約ナリ明治二十八年日清講和條約明治三十八年日露講和條約千九百十六年 St. Thomas 群島割譲條約等亦然リかりふおるにあ割譲條約第七條ニハ割譲地ニ引續キ居住セント欲スル墨國人ハ墨國ノ國籍ト墨國人ノ權利ヲ保有スルコトヲ得ベク或ハ合衆國ノ國籍ト合衆國人ノ權利トヲ取得スルコトヲ得ベシ若シ條約批准交換後一年內ニ退去セズ且ツ墨國ノ國籍ヲ保有スル意思ヲ表示セザルトキハ合衆國ノ國籍ヲ選擇シタルモノト見做ス」トアリ割譲地住民ガ米國ノ國籍ヲ取得スルハ領地割譲ノ當時ニアラ

ズシテ一定ノ期間内ニ割讓地ヲ退去セズ且ツ墨國國籍ヲ保有スル旨ヲ表示セザル時ナリ日露講和條約第九條ハ「露國ハ南部さがれん島ノ完全ナル主權ヲ讓與ス」ト規定スレドモ其第十條ニハ「日本ハ日本ノ利益ニ衝突スル割讓地住民ヲ割讓地ヨリ放逐スルコトヲ得」ト規定セリ若シ第九條ニ所謂完全ナル主權ガ臣民主權ヲ含ムモノトスルトキハ割讓地住民ハ總テ日本ノ國籍ヲ取得スルヲ以テ日本ガ自國臣民ノ放逐ヲ露國ト約束スル理由ナシ

(註) りすと、ふらいしゆまんハ日露講和條約其他近世ノ條約ヲ以テ領地割讓ニ因ル國籍變更

ノ原則ニ對スル例外ナリト爲セリ (List-Fleishman, das Völkerrecht, S. 151, n. 7) 之ニ反シテ余ハ之ヲ以テ從來ノ思想ノ革命ト爲ス假リニ之ヲ例外ト見ルモ例外ガ一般的ニナレバ最早例外ニ非ズシテ原則ナリ是ニ於テリ氏等ノ所謂原則ガ却テ例外ト爲レルモノト謂フベシ

國籍選擇ノ性質ヲ最モ明白ニ表言セルモノヲ St. Thomas 群島割讓條約トス其第一條ニハ「丁抹國ハ米國ニ群島ノ主權ヲ讓與ス」ト記スルニ拘ハラズ第六條ニハ「割讓地住民ハ條約批准交換後一年内ニ丁國國籍ノ保有ヲ陳述スルコトヲ得右期間内ニ此申述ヲ爲サザルトキハ丁國國籍ヲ拋棄シ米國國籍ヲ承認シタルモノト見

做ス」トアリ即チ國籍選擇ハ讓受國國籍ノ取得ナルコトヲ最モ明カニ規定シタルモノナリ而シテ本條並ニ其他ノ國籍選擇條款ニ依レバ國家ガ國籍選擇契約ノ申込者ニシテ割讓地住民ハ其承諾者ナリ然ルニ日露講和條約第五條ニ依レバ割讓地ノ住民ガ申込者ニシテ國家ガ承諾者ナリ同條ニ曰ク「日本國へ割與セラレタル地方ノ住民ニシテ右割與セラレタル地方ノ外ニ住居セント欲スル者ハ自由ニ其所有不動産ヲ賣却シテ退去スルコトヲ得ヘシ其爲メ本條約批准交換ノ日ヨリ二箇年間ヲ猶豫スヘシ但シ右年限ノ滿チタルトキハ未タ該地方ヲ去ラサル住民ヲ日本國ノ都合ニ依リ日本國臣民ト見做スコトアルヘシ」ト即チ二年内ニ不動産ヲ賣却シテ割讓地ヲ退却セザルノミニテハ未ダ日本ノ國籍ヲ選擇シタルモノニ非ズシテ只ダ選擇ノ申込ヲ爲シタルニ過ギズ日本國ハ其都合ニ依リ承認ヲ與フルコトヲ得此場合ニ割讓地住民ハ初メテ日本人ト爲ルモノニシテ夫レマデハ清國人ナリ然ルニ選擇前ニ於ケル割讓地住民ハ讓受國ノ臣民ナルヤ又ハ讓渡國ノ臣民ナルヤノ問題ハ日露講和條約ノ解釋トシテ嘗テ論議セラレタル所ナルガ同一ノ問題ハ已ニ千八百七十一年 Frankfurt 條約ノ解決ニ付テ發生セリ當時獨國政府

ハ之ヲ以テ獨逸人ト爲シ佛國政府ハ之ヲ佛國人ト解釋セリ(Gérardot, die Optionsfrage in Elsass Lothringen, 1913, p. 31. 以下)

要スルニ領地割讓ハ領地權ノ移轉ニ止マリ臣民主權ノ移轉ニ非ズ(同說、清水博士著憲法篇第八版四〇九頁、反對說、市村博士著憲法要論一六八頁)但シ例外アリ千九百十三年希土講和條約是レナリ其第四條ニハ「土國ヨリ希國ニ割讓シタル地ニ住所ヲ有スル者ハ希國ノ臣民ト爲ル」トアリ千九百十三年ぶるがりや土耳其講和條約第七條ニハ「土國ヨリぶるがりやニ割讓シタル土地ニ住所ヲ有スル者ハ勃國ノ臣民ト爲ル」トアリ又千九百十四年塞土講和條約第四條ニハ「土國ヨリ塞國ニ割讓シタル土地ニ住所ヲ有スル者ハ塞國ノ臣民ト爲ル」トアリ是レ皆舊時ノ思想ヲ復活シタルモノニシテ土國ノ文明程度ニ徴スレバ思半ニ過グルモノアラン而シテ同年勃國、希國、もんでねぐる國、塞國、羅國間ニ締結セラレタル講和條約ニハ割讓地住民ノ國籍變更ヲ規定セズ(本條約ハ領地割讓ナル文字ヲ避ク)べるさいゆ平和條約第三十六條第一項ニ依レバ割讓地ニ對スル主權ノ移轉確定シタルトキハ該地域ニ定住スル獨逸國民ハ當然確定的ニ白耳義ノ國籍ヲ取得シ

獨逸ノ國籍ヲ喪失ストアリ本項ハ一見舊思想ヲ代表スルモノノ如シ然ルニ本項ニ謂フ主權移轉ノ確定トハ領地割讓及ビ國籍變更ヲ承認スル民意公表ヲ謂フ即チ條約第三十四條第二項ニ依レバ條約實施後六箇月間白耳義官憲ハ割讓地(おいべん、まるめてい)ニ於テ登錄簿ヲ公開スベク割讓地住民ハ同地域ノ全部又ハ一部ガ引續キ獨逸主權ノ下ニ立タンコトヲ希望スル旨右登錄簿ニ記入スル權利ヲ有ス此權利ヲ行使セザル住民ハ領地割讓及ビ國籍變更ヲ承認シタルモノニシテ其第三十六條ニ主權移轉ノ確定トハ此事ヲ謂フ故ニ割讓地住民ガ白國ノ國籍ヲ取得スルハ其自由意思ニ因ル但シ割讓地住民ハ白國國籍取得後自己ノ都合上更ニ獨逸國籍ヲ取得スルヲ得其條件ハ選擇後十二箇月以内ニ獨逸國ニ住所ヲ移轉スルニ在リ(條約第三七條第一項及ビ第三項)又丁抹國ニ還付セラレタル地域ノ住民ガ丁國國籍ヲ取得スルモ(條約第一一二條)其意思ニ因ル(條約第一〇九條)

平和條約ニ依レバちえつこするばきや國、ぼーらんど國又ハ Danzig 自由市ノ一部ヲ爲スト認メラレタル地域ニ定住スル獨逸國民ガ當然ちえつこするばきや、ぼーらんど、Danzig 自由市ノ國籍ヲ取得スルハ該地域住民ノ意思ニ依ル(條約第八四條

第九一條第一項第一〇五條

要スルニ割讓地住民ノ民意公表(一般投票)ハ領地主權及ビ臣民主權ノ移轉ニ對スル割讓地住民ノ同意ナリ即チ國籍選擇ト異ナル所ハ選擇ノ如ク領地割讓後ノ意思表示ニ非ズシテ割讓前ノ意思表示ナル點ニ在リ

割讓地住民ノ意義ニ付キ數說アリ

- (1) 割讓地ニ住所ヲ有スル者ヲ以テ住民ト爲ス說(住所說)
- (2) 割讓地ニ生レタル者ヲ以テ住民ト爲ス說(出生說)
- (3) 割讓地ニ生レ且ツ住所ヲ有スル者ヲ以テ住民ト爲ス說(併合說)
- (4) 同地ニ生レ又ハ住所ヲ有スル者ヲ以テ住民ト爲ス說(擇一說)
- (5) 或ハ割讓地ガ統一國ノ一部分ナルトキハ割讓地ニ住所ヲ有スル者ヲ以テ住民ト爲シ聯邦ナルトキハ割讓地ニ生レタル者ヲ以テ住民ト爲ス說(國家組織說)

織說)

參照 Weiss, Cogordan, 拙著國際私法提要二四七頁以下ニ掲グ

住所說尤モ勢力アリ蓋シ割讓ノ際割讓地ニ住所ヲ有スル者ハ割讓地ニ對シ最モ

多ク利害ノ關係ヲ有スレバナリ然ルニ條約ヲ以テ割讓地住民ノ意義ヲ確定セシ例少カラズ千八百五十九年 Zurich 條約千九百十三年土耳其希臘等ノ講和條約其他多數ノ條約ハ住所說ヲ採リ千八百六十年 Eutin 條約ハ擇一說ヲ採リ千八百六十二年ベルン條約ハ出生說ヲ採リ Frankfurt 條約ハ併合主義ヲ採ル國家組織說ハ實際未ダ認メラレズ

我國國際法學界ハ日清講和條約ノ解釋トシテ住所說ヲ認メタリ

(註)

割讓地住民ガ領地割讓ノ結果當然讓受國ノ臣民ト爲ルト云フ說ノ根據トシテ領地割讓ハ讓渡國主權ノ割讓地ニ於ケル退去ニ因ル讓受國主權ノ進入ナリトノ說アリ此說ハ領地割讓ノ際偶々第三國ニ留在セシ割讓地住民ガ國籍ヲ變更スルコトヲ説明スルニ足ラズ又割讓地住民ニ非ザル讓渡國臣民ガ割讓ノ際偶々割讓地ニ在ルモ國籍ヲ變更セザルコトヲ説明スルニ足ラザルナリ

次ニ領地割讓ハ臣民主權ノ移轉ナリトノ說ハ住民ナキ土地ノ割讓ヲ説明スル能ハズ殊ニ本說ハ國籍ニ付キ一般ニ認メラレタル意思尊重ノ原則ニ反スルノミナラズ國際法上及ビ國法上人類ノ賣買贈與ヲ禁ズル國際團體及ビ國家ノ爲メニ人類集團ノ賣買贈與ヲ認ムル矛盾ニ