

國際私法

商務

日本山田三良原著
閩縣李倬譯述

國際私法

上海商務印書館藏版

商 務 印 書 館 出 版

國際條約大全 厚大本

書分兩編上編載條約下編載章程合同等應有盡有無不具備

一元六角

中村進平時國際公法

中村進戰時國際公法

一元 六角

陳時夏譯 本書分論國家主權外交官時之部論海陸戰及然材料豐富

山田三良國際私法

李倬譯述 此書首籍及國籍之抵觸第二編法律之抵觸第四編彼國學者所共認譯

一元

中國合於國際公法

馬德潤著 此書為所著注重在條舉中國相合

一角

外交報彙編

本報出滿十年已停刊茲彙訂三十二册洋裝精印藉便翻閱

洋裝二十二册 定價二十四元

壬(545)

辛亥年五月三日印刷
辛亥年五月十六日初版發行
中華民國四年八月二十日三版發行

(國 際 私 法 一 册)

(每册定價大洋壹元)

著 原 著 者 日 本 山 田 三 良
作 譯 述 者 閩 侯 李 倬

發 行 人 上 海 棋 盤 街 中 模

印 刷 人 上 海 北 河 南 路 北 首 寶 山 路 昌

印 刷 所 上 海 北 河 南 路 北 首 寶 山 路 昌

總 發 行 所 上 海 棋 盤 街 中 模

分 售 處 商 務 印 書 館 分 館

- 北京 天津 保定 奉天 龍江 吉林 長春
- 西安 太原 濟南 開封 成都 重慶 漢口
- 長沙 安慶 蕪湖 南京 南昌 杭州 蘭谿
- 福州 廣州 潮州 桂林 雲南 澳門 香港

此書有著作權翻印必究

國際私法

目次

緒論

第一章 國際私法之性質

第一節 國際私法之意義

第二節 國際私法與國際公法之關係

第三節 國際私法與實質法之關係

第二章 國際私法之名稱

第三章 國際私法學之沿革

第一節 法則區別說

第二節 德意志學派

第三節 意法學派

第四節 英美學派

第四章 國際私法之沿革

第一節 國內的立法之沿革

第二節 國際的立法之沿革

第五章 研究國際私法之方法及範圍

第一節 研究國際私法之方法

第二節 國際私法研究之範圍

第一編 國籍及國籍之牴觸

第一章 國籍之取得

第一節 生來之國籍取得

第二節 傳來之國籍取得

第一款 親族法上之原因

第二款 歸化

第一項 歸化之意義

第二項 歸化之條件

第三項 歸化之效力

第三款 因領地割讓之國籍取得

第二章 國籍之喪失

第一節 國籍喪失之原因及制限

第二節 國籍喪失之效果

第三章 國籍之回復

第一節 國籍回復之條件

第二節 國籍回復之效力

第四章 國籍之牴觸

第一節 國籍牴觸之原因

第一款 積極的國籍之牴觸

第二款 消極的國籍之牴觸

第二節 適用於國籍牴觸之原則

第一款 適用於積極的國籍牴觸之原則

第二款 適用於消極的國籍抵觸之原則

第三款 一國數法

第五章 住所及住所之抵觸

第二編 外國人之地位

第一章 外國人地位之沿革

第二章 外國人地位之現在

第一節 公權

第一款 個人的自由權

第二款 國家之保護請求權

第三款 參政權

第四款 外國人之公法上之義務

第二節 私權

第一款 財產權

第二款 親族權

第三款 相續權

第三章 外國法人之存在

第一節 外國法人之意義

第二節 外國法人之存在

第三節 外國法人之權利

第三編 法律之牴觸

總論

第一章 外國法之適用

第一節 外國法適用之意義及性質

第二節 外國法之證明

第三節 外國法適用不當之判決得爲上告之理由否

第二章 外國法適用之制限

第三章 反致法

第四編 國際民法

第一章 總則編

第一節 能力

第二節 禁治產及準禁治產

第一款 禁治產之管轄權

第二款 禁治產之原因

第三款 禁治產宣告之效力

第三節 失蹤

第一款 失蹤宣告之管轄權

第二款 失蹤宣告之效力

第三款 在外國既宣告之失蹤效力

第二章 物權編

第一節 總論

第二節 各論

第三章 債權編

第一節 總論

第二節 由法律行爲發生之債權

第一款 法律行爲之成立

第二款 法律行爲之方式

第三節 自不法行爲及事務管理不當利得所生之債權

第四節 債權之效力

第一項 債權自體之效力

第二項 債權讓渡之效力

第四章 親族論

第一節 婚姻

第一款 婚姻成立之條件

第一項 實質的條件

第二項 形式的條件

第二款 婚姻之效力

第三款 離婚

第二節 親子

第一款 嫡生子

第二款 私生子

第三款 養子

第四款 親權

第三節 扶養之義務

第四節 後見及保佐

第五章 相續編

第一節 相續

第二節 遺言

第一款 遺言之實質的要件

第二款 遺言之形式的要件

國際私法

緒論

第一章 國際私法之性質

第一節 國際私法之意義

欲明國際私法之本質。當先知斯法存在之前提條件。夫國際私法與民法商法等異。至近世而始發達。其所以較遲於他法之原因。則苟知凡法皆應時代及社會狀態而生者。自可以明其故。在昔各國。皆固守鎖國主義。嚴禁內外國人之往來。故一國之中。受法律之適用者。但屬本國人民。而居於版圖以內者。又無外人之迹。故其時社會之無國際私法存在者。實理勢之使然也。然至今世。各國皆取開國進取之國是。通商貿易。日以繁昌。獎勵國民之遠裔。認許外人之營業。關於私權享有。內外國人皆以受同等保護爲原則。與其國臣民享有同一之權利。於是保護此內外國人權利之問題。遂以發生。然其國獨立自主之法權。倘被制限。對於外國人不能行使裁判權時。則殊無國際私法之必要。如日本改正條約實施

日本 山田三良 著
閩縣 李倬 譯

以前有所謂領事裁判權者。日本之法權不能行於在留日本之外國人者是也。雖然，即使各國對於外人均行本國之法權。且保護外人之權利。而苟其法律規定。同出一轍。則亦無須於國際私法。蓋外國人所受之權利保護。雖有依其滯在國法律者。有依其本國者。若其法律之規定既同。則其結果可不問爲何國之法律矣。然法律者實社會之反映。由於國民的精神所發生。各國之國民的精神既殊。則世界之法律亦不能無異。近世學者欲謀世界各國法律之統一。或開列國會議。或學者相會合討論。雖聲勢日高。如海商法手形法著作權法等某部分之法律。亦既共採同一之規定。或期諸將來。然欲舉一切之法律使歸於一致。則實一幻想耳。蓋世界上苟有國家之軫域存者。則法律亦不能不異其規定也。夫各國法律所以各異其規定之原因。不過各從其國情民俗及文化啟發之狀態。而異其立法之目的。則於保護外國人之權利。一面又須不背其立法之目的。其應依何法以定權利關係之問題。於以發生。夫固必然之結果。國際私法。蓋即因解釋此問題而發達者也。要之。即以各國各異之法律。而欲共依同一標準。以定其所適用之法律。換言之。即法律規定。雖因國而殊。而如可以適用於某種法律關係之法律者。苟在甲國在乙國。而恆爲同一。則其權利保護。不問在於何國。皆得依同一標準而受保護。夫如是而內外法律之立法目

的。始得調和。故國際私法之目的。可謂無論何國。皆以懷同一目的。又皆由同一必要而生者也。如後所述。此學問所以附以國際的之形容詞也。要之、國際私法既爲在現今文明社會始得存立。則其結果之必至近世文明國乃見其發達者。固也。

其原因既如是。則國際私法者。可一言以蔽之曰。規定可以適用於涉外的法律關係之法。律之法則也。涉外的法律關係者。謂有外國的原素之法律關係也。夫其法律關係。所由有外國的原素者。或關於當事者國籍之如何。如外國人與外國人。在我國爲某法律行爲時。其當事者爲外國人。自與本國人間之法律行爲所生關係爲異。又或關於當事者之住所或居所之如何。如雖爲本國人間之法律行爲。苟在本國。斯當認爲通常之法律行爲。而若其一方或雙方在外國。則其當事者雖本國人。其住所則在外國。則亦與普通之法律行爲爲異。又或依法律關係之目的物所在地之如何。如爲買賣目的之物件。在外國者。則其法律行爲。不問結於何國。以其目的物所在地之如何。則又與普通之法律行爲爲異。且一國之裁判所。非但裁判在本國所發生之法律關係已也。卽在外國所生之法律關係。及當事者爲外國人者。皆得而管轄之。故雖爲同一法律關係。因訴訟地之異。卽裁判所之不同。而乃爲含有外國的原素之法律關係。則判定此有外國的原素之法律關係。當依何法律

而決之者。卽國際私法是也。夫苟欲說明此問題何以須解釋之根本問題。則非先明法律之性質及其效力之範圍。不可。

凡一國之法律。於其版圖內爲最高之權力。有排斥他權力而行使之特質。一國如是。他國亦然。故不許外國法律行於本國。卽一國之法律。於其國境外。無排斥他國法律而行之性質。然法律之目的。非謂一國之法律必支配存在其國內之一切法律關係者。卽對於在外國法律關係或在外國之本國人。亦非無以自國之法律支配之爲目的者。卽法律效力範圍。與法律所欲支配之目的之範圍異。有時且有不相容之性質者。且就主權方面觀之。一國之主權。行於其國家版圖內之最高權力之點。曰領地主權。對於領地主權。雖排斥外國之主權。然國家之主權固可從他方面以支配其臣民。而國家臣民。既未必恆住本國。卽其滯居外國。而國家之臣民主權。猶有能及其效力於此等臣民之性質。故其結果。無論其臣民在何國。皆有服從其本國主權之義務。則一國之領地主權。有與他國之臣民主權相抵觸之性質者。可知矣。

主權之性質。既有二方面。故一國之法律亦有二方面。卽法律中有不以適用於在本國之外國人爲目的。而以須適用於在外國之本國人爲目的者。例如婚姻年齡之制限。各國皆

對其臣民而設。非爲外國人而定。故此等法律。對於在本國之外國人無適用之必要。而對於在外國之本國人。則須適用。卽外國之法律亦然也。夫各國法律。當然之效力。雖無行於外國之性質。然由立法之目的而言。則關於某種法律關係。有以不適用於在本國之外國人而須適用於在外國之本國人爲目的。如上所述。然而內外各國之民法商法等。於其法律本文。皆不言明適用之區域。故當內外國人相交通往來。爲有外國的原素之法律行爲時。卽宜從其法律關係之性質。徵之立法目的。而決定其爲適用本國法律抑外國法律者。而國際私法者。蓋卽所以限定內國法律適用之區域。及外國法律在內國之適用區域爲目的者也。然亦非定內外國之公法私法等一般法律之適用區域。乃以定民法商法等私法之適用區域爲至要之目的也。故可下其定義曰。

國際私法者。定內外私法之適用區域之法律也。

學者或以內外法律規定之相異爲法律之抵觸。謂國際私法。乃爲解釋內外法律之抵觸之法則者。若如後所述。正當解釋法律抵觸之語。則此定義雖不得謂之誤。然實有誤解國際私法本質之慮。又有謂國際私法者。乃爲於內外法律中選擇其適用何法律之法則。如英國之大西博士。稱國際私法爲關於法律選用之規則者。然此定義亦未足以表彰國際

私法之特質。故亦不敢贊同。或又謂國際私法者亦以研究關於外國人之權利爲目的。而病前揭定義之失於褊小。然外國人之權利不過爲國際私法之前提條件。而非爲國際私法自體之本質。故余敢信前揭之定義爲正當。而國際私法學者。亦卽爲研究此法則及其原理之學問也。

國際私法。既如上所述。爲定法律適用區域之法律。而爲一國之立法者制定或認定之法。則故爲國內法。而非行於國家間之國際法者。明矣。換言之。國際私法者。不外爲定一國之司法官於適用法律時所當依據之準則。而爲拘束其國之裁判官者也。與民法商法等無所軒輊。故謂國際私法爲國際法一部之學說。非余輩之所採用者也。

既謂國際私法爲國內法矣。則生果爲何種國內法之問題。屬於國內之公法乎。抑私法乎。由其形式言之。則屬於公法。而非私法。何則。國際私法非猶普通私法爲直接定權利義務之實質法。乃爲定權利義務準則之實質法之適用區域者也。卽與定關於時之法律適用區域之一切施行法商如民法等法其形式上。屬於公法者等。故國際私法於其形式之意義。亦爲公法。然由其實質言之。則國際私法乃以定適用於有外國的原素之法律關係之法律。其所定之法律。乃爲規定此法律關係之實體。卽權利義務。故國際私法可謂爲間接定權利

義務之準則。則稱此法律爲私法亦無不可。猶之民事訴訟法。不能離民法或商法而存在。故於爲私權保護之手續法之點。有屬於私法之分類者。國際私法亦然。由實質上觀察之。固得屬於國內之私法也。惟於此有當注意者。則國際私法之範圍。非但如民法商法等。純爲定私法之適用區域。乃併國籍法民事訴訟法及破產法等。公法。而亦定其適用區域者。則謂國際私法之實質爲私法者。其間不無語弊存焉。然此不過爲沿革上理由所生之結果。至其主要之目的。則仍在定私法之適用區域。故稱之爲國際私法。亦無不當。唯吾人於國際私法之所謂私法云者。解爲關於私法適用之法則之意。所謂國際者。則與國際公法之所謂國際大異。非爲國家與國家間之義。乃國際的或內外的之義也。學者所解釋如巴爾說。國際私法爲內外人之國際交通上之私法者。亦此意也。故國際私法之規定。非爲國際的。不過以表明受其規定之適用之法律關係爲國際的或內外的而已。

第二節 國際私法與國際公法之關係

上節所述。以國際私法爲國內法。而依歐洲大陸之通說。則謂國際私法乃爲國際法之一部。與國際公法相對峙。而分爲公私二法者。據此說。凡國家間之法律關係。可大別爲二。卽規定關於國家公益之國家間之法律關係者。爲國際公法。規定國家私益卽關於其國民

利益之國家間法律關係者。爲國際私法。意大利法蘭西比利時各國學者。皆主此說。德意志亦多採用之。此區別驟觀之。雖若甚明。其實則否。不知國際私法固與國際公法異。關於他國之主權。固無何等之關係也。且以國際關係即國家間之法律關係而區別之。爲國家之公益私益者。已大謬矣。凡國家間之關係。不論其事之基於國家公益抑私人利益。苟其成爲國際關係者。則皆爲關於國家之公益。而不得謂爲關於私益者也。

如日本之臣民。滯在某國。其財產被侵害時。依通常之訴訟。向滯在國之裁判所。求其權利之救濟。此雖爲關係一私人利益。應屬於國際私法範圍之關係。然若因其滯在國不與以正當救濟。日本政府依外交上之手續。對其國要求適當之救濟時。雖本由於個人利益所發生。而既成爲外交上之關係。即國際關係則不可謂爲非關於國家公益之問題。且此種關係乃國家與國家間之關係。故爲受國際公法之支配者。非國際私法所可與聞。則不能認此種法律關係爲屬於國際私法之範圍者明矣。又如通商航海條約或領事裁判條約。凡結國際條約者。雖皆不外謀增進其國臣民之利益。然關於此等利益保護之國家間之關係。純爲屬於國際法之範圍。非爲國際私法上之關係。故歐洲大陸學者之謂國際私法乃定關於一私人利益之國際關係者。殊大謬不然者也。且定國家與國家之法律關係。而爲對

於各國有拘束力之法律者。是惟國際法。故國際法者實惟一而無公私之區別也。要之、稱國際法爲國際公法。而特加以公字者。則實因誤認國際私法爲國際法一部之結果。欲分別此二者而特附加之已耳。

夫國際私法既非國際法之一種。乃爲國內法者。則其關係。同於民法商法與國際法之關係。一爲國家間之法律。一爲一國內之法律。茲列其差異如左。

第一 立法上之差異 國際法依諸文明國之共同行爲而成立。國內法則爲一國主權者自由制定之法則。

第二 當事者之差異 國際法所支配之法律關係之當事者爲國家。而非一私人。受國際私法之適用者。則爲一私人而非國家。國家雖亦有爲國際私法的法律關係之當事者之時。然非以國家之資格而爲當事者。不過以一外國法人而受其適用者耳。

第三 法律關係之差異 國際法上之關係爲國家間之權利義務。爲國家自身之權利。即關於主權之法律關係也。而國際私法上之法律關係。則爲內外人間或外國人間一私人相互之權利義務之關係。而爲一國私法所支配之法律關係也。

第四 救正方法之差異 國際法上救正方法。或依外交手段。或依仲裁裁判。或依戰爭。

而國際私法上之救正方法。則與通常私法同。於一國之裁判所。依訴訟法之規定爲之。夫二者之差異。既如是。然若以擬於民法商法等之與國際法無毫末關係。而謂國際私法與國際法亦無毫末關係者。則又不然。蓋國際私法與他之國內法異。其與國際法固有最密切之關係也。蓋國際私法之沿革。雖與國際法各獨立而發達。然至近世則實從國際關係之進步。與國際法相表裏而發達。而與其有本末之關係也。如一國當適用外國之法律也。當保護外國人之權利也。當保護內外人相交通之利益也。以及於國際私法之自體之統一也。皆隨國際關係而發達。故將來欲圖國際私法之發達者。則必先期國際法之發達。此基德爾曼教授所以斷定現今國際私法幼稚之原因。實在國際法之不能完全發達也。要之。國際私法雖爲一國內之法律。而其立法及根據之目的。則全爲國際的。故研究國際私法者。不可不先具國際法之知識。夫其以國際私法爲國際法中一部之學說者。實誤認此二者有如彼密接關係之所致也。

第三節 國際私法與實質法之關係

國際私法既如上述。非直接爲權利義務準則之規定。而爲關於適用此規定之法則矣。爲權利義務準則之規定者。是謂實質法。如民法商法等是。而國際私法者。蓋所以定此等實

質法所適用範圍之法則也。故學者亦有略而稱之爲適用法則者。夫國際私法雖爲國內之法則。且爲關於法律適用之法則。而依國際私法之規定。其所可適用之法律。或爲本國之實質法。或爲外國之實質法。而稱於此內外法律中定所適用某法律關係之法律。曰準據法。卽此法律關係。準據其所指定之法律。而定其權利義務之關係。之謂也。然則國際私法可謂爲定法律關係之準據法之法則矣。夫如是則當定此準據法。須決當以內國之實質法爲準據法乎。抑當以外國之實質法爲準據法乎。而明國際私法之原則。因之須先明內外之實質法。相異之處。又其規定相異之原因係由立法上如何之必要而生者。且依適用國際私法規定所定之準據法之結果。其實際所適用之法律皆爲內外國之實質法。故非明內外實質法之規定者。則不能實際適用國際私法之原則。由此點亦有研究內外實質法之必要。故學者有謂研究國際私法當始於內外實質法之比較研究。而終於內外實質法之適用者。要之、國際私法乃與內外實質法有密切之關係。非知實質法則不能適用國際私法之原則。於實際。且不能判斷國際私法之原則之果爲正當與否。是則可謂國際私法當與內外實質法之比較研究相表裏。而後克完其效耳。

歐洲諸國。於內外法律之比較研究極盛。日本則視內外法律之比較甚輕。蓋由無此種專

門之學科也。從事於國際私法研究者。須補茲缺點。併盡力於內外實質法之比較研究。然此二種學問。固可獨立存在。而國際私法自體亦非不可與比較法學之研究相分離者。以本書爲講義故。但於其重要事項說明內外實質法異同之大要而已。

第二章 國際私法之名稱

國際私法之名稱。自古不一。夫名爲實之賓。依學者所下名稱之如何。而其學說之內容以異。茲略述其重要之名稱如左。

第一 法則區別說 Theory of Statutes 國際私法之研究。方十四世紀中葉。發生於意大利時。該國稱自由都市之法則 即實法 爲斯他超特 Statutes。當時學者於定其法則所適用之範圍時。區別法則之種類。或爲關於人之法則。或爲關於物之法則。關於人者爲屬人法。隨當事者之所往皆得適用之者。關於物者爲屬地法。爲支配其物所存在之土地

之法律。此等一切法則。皆依其種類而爲區別。因之以定其適用之區域。故後世學者稱此學問。爲斯他超特 Statutes 說。即法則區別說。迄於十八世紀末。凡四百五十六年間。

本此名稱而研究今日所謂國際私法之學。然自十九世紀以來。乃排斥此學說。以爲根本錯誤。此名稱遂亦湮滅。

第二 法律牴觸論 Conflict of Laws 此名稱爲千六百五十三年荷蘭學者盧登保所

唱。同時該國學者復本此名稱以研究國際私法。當時荷蘭學問風靡歐洲各國。此名稱遂亦爲歐洲全體所採用。殊以英美法學者爲最。卽今日猶有稱國際私法爲法律牴觸論者。例如近世所稱爲國際私法鼻祖之美國判事斯脫里者。其所著書亦名法律牴觸論。千八百三十四年以來。英美學者皆取法斯脫里。故其名稱至今猶存。唯歐洲大陸諸國。自十九世紀中葉以來。已不用此名稱矣。

法律牴觸之語。如上所述。學者間有以之爲斯學問之名稱者。有排斥之者。然若問以國際私法之所研究者何事。則皆答爲解釋法律牴觸之學問。茲先說明此語之意義。

例如人之能力。依日本民法規定。以二十歲爲成年。德意志法蘭西等。則爲二十一歲。奧地利荷蘭則爲二十二歲。或二十四歲。今設有當事者爲滿二十歲未滿二十一歲者。日本裁判所於判斷其爲能力者與否時。若依本國法。則爲能力者。若從外國法。則未成年。其所爲之法律行爲。可否取消。一視適用何國之法律爲定。其結果遂以大異。一般學者稱此等場合爲關於能力內外法律之牴觸。實則不然。蓋牴觸一語。猶物理學上二個之物體。同時欲占領同一之空間而始發生者。法律亦然。非內外二國之法律。同時欲支配

同一當事者之能力時。則不能生牴觸問題。然今所舉之場合。非謂關於同一當事者能力。可以內外兩國法律共同支配之者。但依立法者所認之原則。於內外法律中適用其一方之法律耳。故國際私法上。斷無法律之牴觸。又舊時學者於此等場合。謂適用外國之法律者。乃擬以外國法律行於本國。於是遂生法律牴觸思想。然在今日。則外國法律非無論何等場合皆得行於本國。但有以之為本國法律內容而適用之之事。故如對等法律。互相牴觸之事。殆無由存。而所謂牴觸一語。亦祇謂關於某種關係。內外法律有各異其規定之意而已。從而牴觸二字實不過為假定之詞。在立法者設國際私法之規定時。欲以內外規定各異之法律。任意適用。故特假定其為內外法律之牴觸耳。又在無成文國際私法之國。裁判官於決定適用內外法律時。以其所往來於腦中者。亦為內外法律之牴觸而已。故國際私法實可謂為非論法律之牴觸。乃為避此牴觸而定其適用何方之法律之學問也。英美學者稱為一般法律之牴觸論。如英國之大西等主張尤烈。於所著書既加以此名稱。且謂國際私法乃關於法律之選定。即於內外法律中。選擇其可適用之法律之法則。而謂當改法律牴觸論為法律選定論。此其誤可知矣。

第三 外國法適用論 Application of foreign Law 自十九世紀之初。德意志學者。以國際

私法爲定適用外國法律之法則。而外國法律適用論之說。遂以盛行。德意志之一部分。多採用之。特於德意志民法第二草案第六編。題爲外國法之適用。載國際私法規定三十條。此規定至第三讀會之草案時始刪除。而設此規定於民法施行法總則第七條以下。不另揭綱目。故爾來德意志立法者。雖昧於命名。而一部分之學者。則仍襲用外國法適用之名。然據該國之裁判例。近來頗有改稱國際私法之勢。如大審院等。皆已不用外國法適用論之名稱矣。其在英國。於買茵之國際法。謂國際私法爲規定外國法適用之條件者。亦依此說也。然此名稱殊失其當。蓋國際私法決非僅定外國法之適用。固以明內國法律之適用區域爲目的者。惟不過附隨此目的。亦定外國法之適用區域耳。要之此等名稱。實不足以表彰國際私法之實質也。

第四 法律之領地外之效力論 *Extra-territorial Authority of Law* 或法律之場所的效力論 *Die raumliche Herrschaft der Rechtsnormen* 自十八世紀之末葉。學者往往以法律在領地外之效力爲題目。以研究國際私法。自千八百四十九年德意志之沙比尼。以定法律之支配力之場所的限界。而研究國際私法以來。德國多數學者。遂以國際私法乃爲關於法律之場所之效力問題。用其名者不尠。然此名稱亦未當。蓋國際私法

者。非僅論關於法律場所之效力。固亦論關於人之效力之學問也。故此名稱亦不能明國際私法之實質。且有改作誤會一國法律。於其領地外尚有當然効力之缺點。況其名稱之自體。又冗長繁雜。究不適於物之名稱也。

第五 國際私法 *Private International Law* 歐洲大陸特如法蘭西意大利之學派。解釋國際私法乃與國際公法同為國際法。因表明私益關係故。稱為私國際法。以與國際公法相區別者。為千八百四十三年法蘭西學者菲立庫士所採用之名稱。蓋其初所謂國際云者。非國家與國家間之意。乃有內外諸國之意。而法蘭西意大利等學者遂就國際二字而解釋之。稱為私國際法。英美學者亦倣其說。輒標法律抵觸論一名私國際法云。夫此名稱。若為基於以國際私法為國際法之一部時。苟以其根本之誤謬。置之不論。則於其名稱之對稱。雖未為不當。然如上所說明者。國際私法非為國際法。則固不能附以私之國際法之名稱。且英美學者。主張國際私法為國內法。而又用私國際法之名。據為獨出之見解。斥他人為誤謬。故如荷爾蘭德博士等。皆極論此名稱之缺點。且誤國際私法之本質。戒後人之勿重蹈此轍焉。

第六 國際私法 *Internation Privatrecht* 此名稱為千八百四十一年西弗拿首唱於

德意志。詳於所著之「國際私法沿革史」中。德國一般皆襲用之。近且不特見於學者之著述。卽該國大審院之判例亦用之。其用德語之國如奧地利瑞士等亦多採用之者。又荷蘭學者亦皆用此名稱。或於用法語所著之書中。往往用國際私法。或國際民法之語。又如意大利學者中。雖亦有用國際民法之語者。然此固屬之例外。且國際民法之語。與所謂國際私法者不同。乃爲國際法上所用之民法。故其意義不同。反之。德意志之用國際私法之名稱。乃欲以明此法律爲國內私法。非國際法也。惟其與通常之國內私法異者。則但在爲適用於國際的卽內外人之私法之點。故學者有謂國際私法者。其法律之規定非爲國際的。惟受其適用之法律關係。有國際的。卽外國的原素而已。故若正確言之。則可稱爲內外人之國際交通上之私法也。要之。茲之所謂國際者。蓋與國際公法之所謂國際。其意義固迥異也。

夫此名稱。亦非完全無缺者。蓋雖曰私法。乃爲關於私法適用之法則。而非實質的私法也。又均爲「國際」二字。乃因國際法與國際私法而異其意義。則卽以學問上之名稱而言。亦不得謂爲適當之用例。然以上各名稱。皆非完全。不過比較的此名稱爲較優耳。且用之既久。非得有較勝於此者。則仍以用此爲是。日本學者。亦有謂國際私法乃爲規定

內外交涉之法律關係。當名爲涉外私法者。然涉外一語亦不過對於外國或外國人而言。不足以表國際私法之性質。然外國學者亦有採用之者。如瑞之邁利。名其所著之國際私法曰一名涉外私法。或對外私法云。

第三章 國際私法學之沿革

國際私法。既如第一章所述。非發達於古代之社會矣。然近世之法學。率皆根源於羅馬法。獨國際私法則否。雖羅馬當時已有羅馬固有之適用於市民之市民法。Jus civile及適用於一切外國人之萬民法。Jus gentium之區別。居於羅馬之各種外國人。悉受此萬民法之支配。夫此萬民法乃羅馬國內之實質的民法。爲內外人共通權利義務之準則。且羅馬是時。實爲世界惟一之帝國。無與其相對峙之國家。故無定適用內外法律之必要。遂亦不能謂羅馬之萬民法。已具國際私法之性質。近世學者或以國際私法爲根於羅馬之萬民法者。此大謬之說也。

至第五世紀羅馬滅亡後。日耳曼民族侵入羅馬民族之領地。歐洲民族。遂以變動。卽史家所謂黑暗時代是也。然當時之各民族雖遷徙不一。實則仍受其固有法律之支配。何則。當國家及領地之觀念未發達之時。無論居於何地。其法律皆不過爲其民族或種族固有之

習慣法律。故雖同居一地。如拉丁民族。則用羅馬法。德意志民族。則用日耳曼法。佛蘭克民族。則依佛蘭克法等。蓋其民族固有之法律。實附隨其人而支配之。學者所謂中古之屬人法及種族法之時代是也。於此時代。國際私法固亦不能見其發達。蓋以各人皆服於固有之種族法。而為法律行為。若有與異種族間為法律行為時。決定其關係。固屬困難。然其實際依被告者之種族法。如今日清國之上海天津等地。各國人民皆服從各國法律之支配。若與他國人為法律行為時。則服從被告之領事裁判權。從其國法律之支配。要之此等屬人法。實不能與國際私法相容。故此時代國際私法學。亦未發達。

然至第十世紀以後。歐洲封建制度。漸以盛行。上自王侯。下迨黎庶。悉從土地權利之分配。而定其在私法上及公法上之權利義務。對於土地之觀念。倏以一變。成土地為主。人民為從之關係。苟有入諸侯之領地者。不問其民族種族之如何。皆必服從其領地之法律習慣。於是國家及領土觀念乃益發達。遂以法律為其領地內最高無限之權力。不容他國法律稍行於其間。於茲遂漸覺國際私法之必要。實以國際私法者。蓋即所以妨嚴格屬地主義之法律有礙。內外人之交通。而謀補其屬地主義之缺點也。從而此學問遂為發生於封建制度發達以後。自十三世紀時。始有研究之者。茲於其沿革之概要。分別說明如左。

第一節 法則區別說

十一世紀時。意大利商業漸次發達。研究法律者。亦以再盛。普羅里亞大學。爲當時世界惟一之法學校。所謂羅馬法之註釋家。皆出其中。是時意大利封建制度。日就凌替。各地都會皆成爲獨立自治之小共和國。又以商工業之發達。諸侯日就撲滅。當此時代。非改正封建制度之屬地主義之法律。則不能謀內外人通商貿易之隆盛。然究當使何法而求救濟之策。時適有羅馬法後註釋家巴爾脫爾士死於一三三五年者出。創爲學說。應其必要。巴爾脫爾士。於羅馬法註釋家之以羅馬法爲各國民之普通法。以各地方特別之法律習慣爲其地方之特別法之區別。深加研究。主張普通法與特別法相牴觸時。當用地方特別法。又進而研究地方特別法。究適用於如何之人物。分二問題。一爲地方之法則。卽 *Statu loci*。可以適用於不屬於其地方之人與否。一爲地方法則之效力。能及於領地以外與否。今略述其學說之大要。氏先就契約中說明。以爲若外國人關於契約關係提起訴訟之場合。必生各種之疑問。此種疑問。乃依其觀察如何。而各異其問題者。卽謂關於契約之方式。不可不依其住在地之法律。蓋方式簡易之法則。外國人亦得適用。故外國人從其行爲地之法律時。雖不從其固有之屬人法。亦得爲當然有效之方式。氏蓋認近世國際私法學所

謂「場所支配行爲」之原則。而認法律行爲之方式。依行爲地法則而爲之時。則爲有效之大原則也。

次則關於訴訟之手續。其爲訴訟也。必依土地之法律。此說如近世國際私法學一般所認之訴訟手續。蓋依訴訟地卽法廷地法律之原則。更進而論關其訴訟之根本問題。謂契約者當區別最初所能豫期之結果。及不能豫期之結果。履行不於前者卽契約者所能豫期之結果。其効力可依契約地法而定。於後者卽因違反其契約所生之結果。可依履行地之法律而定。此說通行至於十八世紀。近來學說。則與之大相逕庭。故此點實不能爲現今國際私法之淵源。

又關於遺言。氏謂當分遺言方式、實質、及能力三點而論。茲述其要旨如左。

遺言之方式。與契約同。依遺言地之法律者。其方式爲有效。有外國人於此。其屬人法。苟爲羅馬法。而在羅馬法雖須七人或五人之證人時。苟其外國人滯在地之法律。只須二人或三人之證人。則亦可依此方式而爲有效之遺言。蓋關於方式之規定。本皆出於圖個人之實用及便益。故受此便益之人。不必但限內國人。卽外國人亦得依此便益而爲之也。次之於遺言之實質。則與今之國際私法學異。而視之如契約。契約乃依契約地法。故遺言

亦使依遺言地之法律。

於遺言之能力。則一地方之法則。爲不增加不屬其地方之外國人之遺言能力者。故其地方法則。雖對其方爲家族之子。認爲有遺言能力者。若其外國人當受羅馬法之支配。而該法固定有方爲家族之子不能爲遺言。則可謂其不得爲遺言者矣。據此則固認近世屬人法原則。而以人之能力。爲當依屬人法。不當依行爲地法者。可知矣。

巴爾德士又於契約及遺言以外。論法律之適用。謂如在城市中外國人所有之房屋。生權利義務之爭執時。是爲直接關於房屋卽所謂物之問題。故其適用之法律。當依其物所在地之法律。此後世所謂物之法者。卽不動產當依其目的物所在地法之原則者。蓋已發萌於此矣。

以上所述。皆巴氏所謂依法律性質之如何。而定其適用之區域者。然至相續之關係。乃爲人與物二者相關聯之法律。區別之標準甚難。氏恆稱外國人在內國所有之財產。其相續人當依何法律以定其相續之問題。甚爲難決。且爲之言曰。於此當善研究其法律之意義。若其法律有「死者之財產屬於長子」以物爲主之規定時。則依財產所在地之法律爲定。若乃「但長子相續遺產」以人爲主之規定時。則依其人之屬人法而定。然此實不過文字

上之區別耳。夫因文法上位置前後之殊。遂異其適用之法律者。此極爲器械的之區別。此後世學者所以嗤氏之說爲文典上之區別說也。然其說亦已甚。蓋氏能發見自羅馬法學後未闡明之學說。研究法律適用之區域可及於如何之物及如何之人。定近世國際法學之基礎。則其爲此學說之開祖者。固已無慚。且如關於能力問題。依其當事之屬人法。關於不動產問題。依其物之所在地法。說明「場所支配行爲」之原則等。皆爲今世所宗。要之謂國際私法學基礎之原則。實爲氏所闡明者。非過言也。惟氏學說之缺點。在不重法律關係之性質。而重法律之自體。一切法律均欲區別爲關於人之法與關於物之法。故遂不免有無學理上標準之譏。蓋法律者非但以關於人或物爲目的也。其性質爲規定人事之關係。關於人同時亦關於物故也。

意大利自巴爾德士以後。至十五十六兩世紀時。又有巴魯特撒里塞德學者。研究法則區別說。然十六世紀時。此學問之中心移於法蘭西。日見發達。當時法蘭西王權漸張。謀統一各諸侯之法律。且因各地方人民交通之必要。遂努力於研究法則區別之學說。以期達其法律統一之事業。其時有齊模蘭、達爾張德禮及弋基三氏。盛唱巴爾德士之學說。以達爾張德禮爲尤力。於巴爾德士之說。更加以第三種之區別。卽併爲關於人及物之法則。一卽

所謂混合法者。於是一切法則。皆區別之於此三種類。又以法律皆爲屬地的。以但在領地內有效力爲原則。不過在例行外。以關於人之一般的能力之法律。爲有屬人的之效力而已。此種法律。即在他之領地內。亦爲有效力者。故如相續遺言等。均非關於一般的能力。乃關於財產之處分。故此法則但有屬地的之效力。即不可不從其目的物之所在地法也。至十七世紀。隨荷蘭學問之發達。此學說遂以該國爲中樞。羅丁保、柏士德、希伯爾等學者。相輩出。研究法則區別說。當時學說尙以屬地法爲原則。關於契約及其他之法律行爲。均認爲行爲地法。惟關於人之能力。則認爲屬人法。而依當事者之住所地法。故稱此爲法律抵觸論。蓋以爲法律相抵觸場合。認當事者之屬人法。即依外國法律者。乃由於國際之好意及禮讓故也。此說行於歐洲大陸。以德意志爲最。不特爲近今一二世紀間學說之中心。即英國今日尙有祖述之者也。

至十八世紀法國文學再盛之時。有蒲爾諾亞、弗羅蘭、僕伊埃三學者出。法則區別說。益以進步。惟該時學者所主張。與從來學說異。益制限屬地法之範圍。而擴張屬人法之範圍。蒲爾諾亞且主不問關於人或關於物之法則。均當入屬人法中。僕伊埃亦主張關於人之法則與物之法則不明時。當視作關於人之法則。依屬人法。是此等學者可謂在法國當十八

世紀時。實已發生以屬人法爲國際私法之原則矣。

至十八世紀末。法學大家波基友亦祖述此說。法國民法編纂者。皆襲其說。故該世紀末所編纂之法國民法。其第三條卽綜合從來學說。載三原則。其一關於警察及安甯法律。爲支配一切之人民。此蓋不問內外國人。皆當從法國之法律。不許依他國之法律者。其二關於不動財產之法律。當從法國法。雖所有者爲外國人之場合。而不動產之在於法國者。其一切法律關係。亦當悉從法國法。所謂物之法。卽認屬地法之原則也。其三關於身分能力之法。則爲支配一切之法國人。法國人之在本國者固無論。卽在外國。於身分能力。亦當從法國法。所謂人之法。卽認屬人法之原則也。從而關於外國人在法國者亦默認其從屬人法。蓋以法國人既但受法國民法之支配。則對於外國人亦宜許其以本國法支配之也。茲所謂當事者之屬人法云者。乃指其本國法。非如從來之住所地法。此學問因法國法典之編纂。各地方之慣習法爲所統一之結果。於各地方法律之異同。不復有需研究。故與法典編纂同時。此學問之研究亦以消滅。因之。自巴爾德士以來凡五百年間所研究之法則區別說。於法國民法被認爲三原則後。其學說自體。遂亦不存其跡焉。

自十九世紀以後之國際私法。雖亦祖述從來學說。然國際的關係卽內國人及外國人間

之法律。則實於十九世紀以來。始見發達。法則區別說。不過為近世國際私法之前身。其學說固非直接存續於今日者耳。

第二節 德意志學派

德意志於十九世紀前。尙未居學問中心之地位。自十九世紀以後。文學勃興。法律學遂亦隨以發達。學者輩出。國際私法學之學說。因之一新。遂為今日世界法學之中心。

第十九世紀之初。即千八百三十年前後。基保愛爾模等法學者。研究從來之法則區別說。悟其說之無根據也。益致力於闡明新學說。以依國際私法之原則適用外國法者。為保護既得權之結果。主張當以既得權保護為原則。依人之住所地法。然此說亦淺。蓋既得權云者。不特不知其究為依何法律所得之權利。從而此點。亦尙僅為問題之要點。是何異於以問答問乎。至千八百四十一年。有西弗那者。始用國際私法之名。著沿革論一書。痛斥從來學說。而自為說曰。凡一切法律關係。皆為依其關係所發生土地之法律而定之者。即契約者皆依其契約地之法律。如關於物權則依其物權目的物之所在地。關於人則依其關係所發生之住所或居所之法律者。此說一時雖多贊同之者。然法律關係之發生地。極不確定。且即一定之事實。猶不知其為法律行為歟。抑為法律關係歟。則將依何法律以決其從

違。故此說亦無異於既得權保護說。蓋可謂蹈於循環論而不能自成爲學說者也。然其時則別有著名法學者威而德爾著私法之牴觸論一書。攻擊從來各學說。自主張左之原則。第一 裁判官爲國家之司法機關。但受其國之法律所拘束。故若立法者關於法律之牴觸設特別之規定時。裁判官之當依此規定以適用外國法者。可不待言也。

第二 若無此特別之規定。則裁判官當研究該當內國實質法之立法精神及目的。決定其可依外國法與否。

第三 若據立法之精神及目的。仍不知爲當依外國法時。則概依內國法。是說也。第一之原則固爲正當。闡明從來學者之以國際私法爲國際法之謬解。其解釋國際法乃屬一國內之法律。爲本來立法者所當一定之法律之點。固較從來學說進步。然其第二第三之法則。殊不足以爲國際私法原則。而爲此學問之基礎。蓋立法者於無設明文之場合。而定裁判官所當依之標準者。當以之爲此學問之原則也。然氏亦不過但言當研究內國實質法之精神及目的。未嘗謂當依如何標準以解釋其立法之精神者。至於第三之原則。則尤爲不當。倘必認內外法律優劣之區別。限於當依外國法律之精神不明時。始悉依內國法。則實不啻予裁判官以不明立法精神爲口實。將有概行適用內國法之虞。

而致違反國際私法所認之根本精神之弊害。以故威而德爾之說。於攻擊從來學說之點。可告厥功。至於立新學說之點。則猶未也。

千八百四十九年有近世歷史派法學者之泰斗沙比尼者。著「現今羅馬法之系統論」一書。其第八卷。研究關於法律場所之效力。解釋法律牴觸之問題。謂但此問題。以主權獨立之原則爲重。而持一國之法律在其領地內有完全之效力。同時於他國之領地內則無法律之效力之議論者。究不足資以說明。又於說明近世諸國之法律。關於外國人之私權保護。雖認與內國人同等。而但依此內外人平等主義。則此問題。亦不能卽以解釋。末乃自爲說曰。「內國之立法者關於法律之牴觸問題。設有特別規定時。裁判官雖當絕對依從。然使各國皆無此規定。卽有亦但規定一二條原則。當時實然現今如日本法例則有明文今若於未設明文之

場合。宜解裁判官爲可不視外國法律。不但爲適用內國法者耶。否則亦須認外國法律而於某項法律關係。所當依之外國法。無何等明文時。則亦不可不從現今之國際關係上而爲解釋。蓋現今國家互成國際團體。各認其團體及主權。從而亦認其國之憲法及法律。故國家與國家之間如有國際團體之存在。則各國之法律與法律之間。亦有法律共同團體之存在。故無論何國之法律。皆爲對等。無彼優此劣之別。從而當內外國人爲法律關係時。

則與在一國內法律相異之地方而爲法律關係者同視。由其法律關係本來之性質上。以決定所當依之法律。不能豫定其所當適用者之爲內國法爲外國法。故此學問乃在決定各種法律關係之性質上。究屬內外何法律所當支配者。換言之。卽確定內外法律所行之區域也。且據此原則而適用外國法律者。非爲裁判官任意之結果。乃由各國國民相互之共同利益之必要而生。故裁判官有當適用外國法律之義務也。云云。」

此說謂內外法律皆爲平等。但當依法律關係性質之如何以定其準據法。爲沙比尼所唱。至今各國之國際私法學者。率皆從其說焉。

沙比尼據以上三原則研究各種法律關係。謂當先認一例外。卽依法律關係之性質言之。縱有當依外國法者。而於左列之二場合。則爲例外。仍使依內國法焉。

第一 絕對的強行法。沙比尼區別法律爲強行法與任意法二種。任意法者於內外法律雖不設輕重之別。而於強行法則有某種場合不得依外國法者。又分強行法爲二。其一之強行法卽因權利者之利益。設以一定之規定。但以圖司法行政之劃一爲目的。例如從人之年齡及男女之區別等以定其能力有無之法律者。卽屬於此種之強行法。然此法律雖爲強行法。亦不能對於內外法律平等之原則而成例外。乃從其法律關係之

其本據。從而關於此等之法律關係。皆當依其所在地法。關於債權債務之關係。則以債務者之住所。或於債務之履行地爲其本據之存在。關於親族關係及相續關係等。則與身分能力等同。概以人之住所地法爲其本據。而當依住所地法者。而關於訴訟手續及裁判之結果。卽強制執行等事項。則以其裁判所之所在地爲本據。依裁判所所在地法。卽法廷地法。

以上爲沙氏學說之大要。其所據爲原則之基礎者。均爲近世各國一般之國際私法之學者所公認。惟法蘭西意大利之學說。雖亦宗氏之根據。但氏之適用其原則。以定各種法律關係之準據法之點。於論理有誤。故爲近世一般學者所排斥。蓋沙氏之根本問題。在定法律關係之本據。然法律關係者。本爲人與人之關係。其本據非但在於其一方之住所。或其他之場所者。例如雙務契約之場合。雙方皆爲債務者。若其雙方之住所互異。則當依何人之住所地法。氏之說。於此點殊不能說明。卽不得謂一切之法律關係。於一定之場所皆有本據矣。加之欲依法律關係之性質而定其所當依之法律者。則可謂陷於循環論法。蓋所謂法律關係者。非明其究依何法律及果爲法律關係與否。則不能決定之也。然究宜依何法律以定之者。此爲國際私法上所欲解釋之問題。故當決定此問題之時。其不能依法律

關係之本據而解釋之者固也。要之沙氏之說。於爲其根本之大原則。雖告厥成功。而於應用其原則。則可謂不能達其學說者矣。

自沙氏以後至今日。德意志著名國際私法學者巴魯教授。雖亦祖述沙氏之原則。然於定各種之準據法則。則反乎沙氏所爲法律關係之本據。主張當先按其事務之性質說。由國際交通之必要。考各種法律關係之事實。依其事務自然之性質而研究其所當準據之法律。是說也。其推理之根據。則謂當以人之國籍住所及居所。物之所在地及裁判所之所在地爲基礎。依其事實。以定事物之性質。上究當依何法律支配之者。是說出。而沙氏之學說乃完。自千八百六十九年以來。至於今日。德意志學者均贊同之。而巴氏所著之書。亦多譯作外國語言。尤爲歐美各國所推重。

近來基德爾曼及佛蘭康等學說。多不滿於巴氏。雖亦自樹一幟。然尙未能爲獨立之學說。無介紹之價值。故現今德意志之學說。皆推崇沙比尼及巴魯二氏。他則不過供各種法律關係之參考。而於說明國際私法之根本可錄用者殊尠。

第三節 意法學派

法國既因編纂民法之結果。以本國法爲當事者之屬人法。至十八世紀末葉。法國之法則

區別說、以屬人法爲原則、以屬地爲例外之思想、漸次發達。既如上所述矣。以故意大利學者、皆以自國統一之政治論、主張國粹之統一。謂國家者乃由於有同一國粹之民族而成。以同一之民族、分爲數國者、此乃反乎自然之原理。故此民族當相與合建一國體。考國際法上列國所以相對待之原因、實不外以國粹民族爲基礎。若其法律爲同一民族之法律、則自無論至於何地、皆不可不依其民族固有之法律云云。最先主張此說者、爲意大利著名公法家曼志尼。自千八百五十一年以來、力主國粹主義之說。謂當事者之屬人法、不可依住所等偶然之事實。乃當依國粹卽其本國之法律者。爾來埃及比爾遜、巴士卡爾、弗伊、俄禮及羅模拉哥等學者、益附和其說。謂國際私法之原則、乃在認本國法主義之屬人法。惟因如關於一國公益之特別例外。本國法爲所制限而已。其後意大利之學者、亦皆主此說。千八百八十年。比利時之羅蘭所著民法論、尤極力主張。謂國籍與人格二者、不可相離。既認外國人之人格、則於外國之國家及法律所定人格之本國法律、均爲當然所宜認。益主張本國法主義之屬人法。其後法國學者亦襲其說。現今意大利法蘭西比利時等之學者、皆採用之。成所謂近世意法屬人法主義之學派。其最爲此學說之代表的說明者、爲法國巴黎大學教授威而士。謂當依左之形式、以說明國際私法之原則。

凡關於私益之法律。皆以個人之便利爲目的。故此法律乃爲支配爲其目的之人。無論其人至於何地。皆不可不以一切之法律支配之。惟此原則但於所謂國際公安及「場所爲支配行爲」之原則。及須依當事者自由意思之限制等。設以例外。至其餘事項。則不可不悉遵一切之原則。從當事者之本國法云。

意法學說既出。近世諸國。因編纂法典之結果。遂皆以從來屬人法之爲住所地法者易而爲本國法。此雖爲法典編纂偶然之結果。然斯等學說主張不可不以屬人法爲本國法者。亦與有力焉者也。又法蘭西意大利自十八世紀以來。認屬人法之範圍。較他國爲廣。因而近世之國際私法。於擴充屬人法之範圍者。亦爲該說之影響無疑。然該說自體。果爲正當與否。就理論上及事實上言之。皆極不確。非可認爲國際私法之原則者。夫所謂事實上不正確者。蓋國際私法之原則。不能但以屬人法爲惟一之原則。其他法則悉爲例外。且如得依當事者自由意思之法則。場所爲支配行爲之法則。皆與屬人法之原則相對峙而爲獨立之原則。非有孰爲原則孰爲例外之關係。又如關於所謂國際公安之原則。是爲一種原則。決非獨對於屬人法而爲例外者。且在法蘭西意大利等。依當事者之屬人法之場合。亦可一言以蔽之曰。但爲關於身分能力之法律關係。其他法律則或依所在地法。或依行爲

地法。或依法廷地法者。就法律關係全體以爲言。則依屬人法之法律關係者。不過一部分耳。故以屬人法爲原則者。殊爲誤解。以其固對於他之一切原則而成例外也。此事實上所以不能但以屬人法爲惟一之原則者也。所謂理論上不正確者。蓋該說之但以屬人法爲惟一原則。其他一切之法律悉爲例外者。實誤其分類。何則。關於國際公安之制限。與沙比尼所謂絕對的強行法之制限同。夫與此制限有牴觸時。非但屬人法不受適用。卽如依當事者自由意思之法則。亦於有反於國際公安。而不得依從也。又如「場所爲支配行爲」之原則。亦然。蓋關於國際公安之原則。不啻爲屬人法之制限。卽對於茲所揭之爲屬人法之例外之氏之法則。亦均加以制限。要之對於國際私法一般之原則。皆成爲例外者也。故如沙比尼之主張。當以之對於一切國際私法之原則爲例外者。實爲正當。其對於一原則而爲例外者。則由於理論上分類之誤也。

要之法蘭西意大利之學說。以屬人法爲原則。亦不過徒具表面。就實際之效果觀之。屬人法之原則。所適用之範圍。與德意志及其他之學說。無所大異。且所謂屬人法者。非如法意等學者所謂因其當事者之本國法。而當然可以行於內國者。不過因身分能力等。就其事物之性質。乃以依本國之法律爲正當。故始認本國法之原則而已。卽其他例外之法則。亦

非以例外認之。仍依物權之所在地法、及法律行爲之行爲地法。各有應依之理由存。而認爲一原則而已。故當如德意志學說之所謂一切國際私法之原則。皆爲對等之原則。且皆由事物自然之關係而認之。但認屬人法爲原則者。此實理論上所不能採用者也。

第四節 英美學派

英美之國際私法學。自十七世紀以來。襲荷蘭之學說。視爲英國慣習法之一部而研究之。以美國之斯德里爲始。英法學法者皆以國際私法者。乃因國際好意。關於某項法律關係。當認外國法而爲適用此法之法則也。夫英美因內國之法律皆因地方而殊異。故其結果當事者之屬人法悉依住所地法爲定。而一般學者之著述。亦皆謂國際私法之問題。乃爲決定裁判管轄之問題。及關於法律之抵觸問題。研究外國人或在外國所爲之法律關係。當於如何場合乃屬英國裁判所之管轄。若此場合有管轄權時。則以依何法律判定之爲目的者也。要之。英美學者以實際的研究爲主。關於國際私法之根本。不爲學理之說明。但各以法律關係說明以上之二問題。便已侈然自足矣。然自沙比尼之書行於世後。英美所解釋爲國際好意之學說。漸以一變。而解釋茲所謂好意云者。非爲裁判官得任意取捨之謂。乃基於正義之要求立法政策之必要。爲不得不適用外國之法律者。近來威士脫禮克

及大西等。皆益致力於研究此學問之根本。大西則解作既得權保護。今舉其所引爲國際私法之大原則如下。以供參考。

第一原則 凡在文明國法律之下所取得適當之權利者。英國裁判所皆當承認。而且一般皆執行之。惟非爲適當所取得之權利。則英國裁判所不能承認。亦不能執行。

第二原則 英國裁判所。雖認在外國法律之下取得適當之權利。惟於左記場合則不能執行。有三例外。

一 此權利之執行。有與效力及於領地外之英國成文法之規定相牴觸時。

二 此權利之執行。有與英國法之政策及英國制度之維持相牴觸時。

三 此權利之執行。有侵害在外國主權者之權利時。

第三原則及第四原則 悉爲關於裁判管轄者。茲以其無直接關係故。略之。氏於法律之選擇。更揭第五之原則。

第五原則 於某文明國法律之下所取得權利性質之如何。可從其所取得權利之法律定之。

第六原則 凡法律行爲之效果如何。依當事者之意思。而定其支配之法律之場合。則依

其當事者所豫想之法律定之。

依以上原則。是大西之學說。國際私法原則。乃在保護既得權利。故於法律牴觸之場合。依其所取得既得權利之法律爲定。惟有一例外。卽關於認當事者自由意思之法律關係者。則依當事者之意思而定其適用之法律。然此說已詳於德意志學派之說明。可謂陷於循環論理者矣。蓋於定既得權。依何法律及果爲既得之權利與否。尙未說明。乃但依其權利所取得之法律以決其爲既得權與否而已。要之。英美學派於說明此學問之原則。尙屬幼稚。而此點實在大陸學說之下。且關於英美學說之結果。與大陸學說相比較時。可得左三點之差異。

第一國法說 歐洲大陸學者概以國際私法爲國際法之一部。英國學者則以國際私法爲國內之法律。

第二屬地法之原則 英美學說於內外人之法律關係及外國人相互間之法律關係。皆以依其土地之法律而支配之爲原則。靡特關於不動產及動產之法律關係而已。卽法律行爲自體。亦皆以依其行爲地之法律定之爲原則。故英美學說較諸歐洲大陸學說。認屬地法之適用範圍實爲廣汎。

第三關於屬人法之差異。歐洲大陸於依屬人法之場合。雖須依當事者之本國法。而在英美則以當事者之住所地法以定其屬人法。

於此尚須一言者。即現今歐美諸國如何研究國際私法之學問是也。茲略述如左以資參考。

現今歐洲諸國國際私法之研究極盛。即專門機關亦復不少。法國自千八百七十四年以來。關於國際私法有特別之雜誌。歐美諸國學者關於國際私法之立法及學說。率皆登載於此雜誌中。採其創立者之名。略稱之曰「苦魯禮之國際私法雜誌」。比利時亦刊行「國際法及比較法制雜誌」。為國際法協會之機關。該雜誌所載。不僅關於國際公法。即國際私法亦多研究。又於千八百七十年以來。所設立之國際法協會。每會集諸國學者。研究關於此學問之原則。發刊「年報」。又於千八百九十一年以來。德意志創立「國際私法及刑法雜誌」。千九百零五年以來。法國巴黎大學法科各教授。亦發行「國際私法及刑法雜誌」。多載關於此學問研究所得之事。

次略舉歐洲近時此學問著名之學者。在英國則推大西及威士德禮克二氏。法國則禮尼威士禮二教授。荷蘭則哈塞爾。德國則以巴爾基德爾曼等為最。意大利則巴斯卡爾弗禮

及蒲爾撒二氏。皆爲近世歐美所推崇。實爲斯學之翹楚者也。

第四章 國際私法之沿革

第一節 國內的立法之沿革

第一 實質的之沿革

國際私法之規定。首見於法典者。爲十八世紀末之法國民法前加編第三條。

前此普通法國

總則中。雖亦有國際私法之規定。然其爲今日各國民法之模範者。則實以法國民法爲嚆矢。爾來歐洲各國之編纂法典。皆取則于法

國民法。遂亦漸載國際私法的規定。以至今日。隨國際關係之法達。內外人交通之頻繁。其規定遂亦複雜。當時法國民法。但設一條之規定。至十九世紀末。德國所制定之德意志民法施行法。則增作二十五條。日本法例亦設二十八條。方日本制定法例之時。僅民法已經修正。他如商法破產法及民事訴訟法等。皆方在修正之中。故關於此等事項之特別牴觸問題。往往列於特別法之規定。從而國際私法的之規定。遂亦多散見於商法施行法破產法等之中。此日本國際私法所以較詳於歐美各國者也。然此等規定。亦不過規定其大體之原則。而非爲詳細之規定。故亦不得謂爲完全無缺者也。

第二 形式上之沿革

於國際私法的規定。察其在一國法典上應有如何之地位。則以此規定爲關於法律之適用之法則。故法國民法。取則於其母法之羅馬法。關於法律之適用效力及解釋之總則。概揭於法典之首篇。稱曰前加編。以後各國法典。皆倣其例。規定於民法之總則。或前加編中。然千八百二十九年所制定之荷蘭法例。卽題爲「王國立法法之總則」之特別法。始以關於國際私法之規定與民法相分離。後至千八百六十五年意大民法發布。亦襲其例。而將關於所謂前加編之規定。以題爲「關於一般法律公布解釋及適用之總則」之特別法而公布之。而國際私法的規定。遂列於此特別法中矣。日本舊法例及現行法例。亦皆襲用之。以之爲民法總則以外之法律。故特揭於獨立之法律中。學者或非議此體裁者。如主唱宜如德國民法施行法。解釋國際私法之規定爲關於法律場所之效力。而併規定之於定關於法律之時之效力之民法施行法中。然德國之揭此於民法施行法中者。實爲歷史上一大例外。初雖欲揭爲民法之一編。卽第六編嗣因改民法爲五編。刪除第六編後。因無可插列。遂揭之於民法施行法之總則中。且德國之民法施行法。亦非但爲民法施行法之經過的規定。乃如關於帝國民法與聯邦民法之立法權之關係。所定之永久的規定。及關於各聯邦之主權之憲法的規定。亦包含其中。故其併合也。亦非無

因。然日本之國際私法的規定。既非但關於民法場所之效力之規定。亦非但關於民法施行之一時限之經過的規定。乃爲定內外法律適用之區域有永久的性質之規定。且不但定民法之適用區域。卽商法及其他一二公法之適用區域。亦規定之。其不能規定之於民法施行法中者。不待言矣。據此理由。卽規定之於民法總則中。亦非得當。審是則以此規定與關於法律施行時期之規定。及定習慣之效力之規定等。之公法的規定。併揭之於特別法中。而爲一般法律適用之通則者。固亦至當之措置也。

此外關於法例之名稱。乃取義於法律之通則。其淵源由於清國古代之法律。自於編制刑法。以刑法全體之總則。稱爲法例以來。更擴充其義。凡規定法律一般之總則之法律。概稱爲法例。故刑法之法例。商法之法例等。對於此一般之法例。可謂爲有如普通法與特別法之關係者也。

第三 國際私法之系統

各國現行之國際私法。其規定雖互異。而於重要之點。則皆取共通之原則。如關於不動產之法律。各國皆取屬地法。從其土地之法律。關於法律行爲之方式。一般亦皆依「場所爲支配行爲」之原則。從行爲地法之方式。惟關於動產之法律行爲。有依所在地法

者。關於人之身分能力之法律關係。或依當事者之住所地法。或依其本國法。或依其行為地法。而制定其本國法者。諸如此類。論點不同。故各國之國際私法。遂亦互異。今分別之於左。要可得三系統。

一 英美法系 如上所述。英美現行之國際私法。皆以住所地法爲屬人法。且於屬地法範圍廣汎之點。與他國之國際私法迥異。主爲英美兩國。而南美諸國皆屬焉。

二 法國法系 法國法系之諸國。認屬人法之範圍。廣於英美法。且皆純認本國法主義。主爲法蘭西。而意大利、比利時、西班牙、葡萄牙、荷蘭、俄羅斯、及墨西哥等皆屬焉。

三 德意志法系 德意志法與法國法系同。雖以本國法定屬人法。然非若法國法系之認爲絕對的原則者。乃因保護內國之取引。而限制本國法之適用也。故德意志法系可位於法國法系及英國法系之間。主爲德意志。而奧地利、日本等皆屬焉。

第二節 國際的立法之沿革

國際私法之實行。非各國立法者共採同一之原則。則不能達其目的。故各國學者依學理之研究。謀各國之國際私法的立法。歸於一致。或以著述。或以學會之決議。謀定各國共通之原則。而各國之立法者。亦漸審其必要。關於國際私法之統一。欲開列國會議。依條約實

行之。第一主此議者。爲南美諸國。於千八百七十八年開國際私法會議於里瑪。其後千八百八十八年至八十九年。復開議於孟特比德奧。決議保護國際民法商法刑事訴訟法及著作權工業所有權等條約草案。國際私法之統一。遂以成立。至千八百九十一年。北美合衆國爲盟主。集南美諸國及中央亞美利加墨西哥等各國。益擴張列國會議。是爲第一回之全亞美利加會議。自千九百年至千九百零一年。開第二回全亞美利加會議。欲設對於美洲全體國際公法及國際私法之法典。結爲條約以實行於諸國間。

同時歐洲各國亦有此舉。荷蘭政府以哈塞爾博士之提案。經歐洲大陸十四國之贊同。開第一次國際私法會議於哈克。翼年復開第二次會議。決議關於民事訴訟之條約婚姻及離婚等條約。就中關於民事訴訟上之共助保證及救助等條約。至千八百九十六年。歐洲大陸中比利時、法蘭西、西班牙、意大利、蘆森堡、荷蘭、葡萄牙、瑞士等八國。認爲確定條約。互相調印。其後德意志、匈牙利、丹麥、羅馬尼、及瑞典、諾威等七國。亦加入焉。此十五國遂皆於千八百九十九年以現行條約實施之。又於千九百年開第三次會議。議決關於婚姻離婚後見及相續等四條約案。就中關於婚姻離婚後見之條約。於千九百零三年在哈克。會合德意志、奧地利、法蘭西、意大利等十二國。皆認爲確定條約。互相調印。其關於相續條約之

草案。則俟開第四次國際私法時再議。謀國際私法全體之統一。本期於千九百零三年開第五次會議。後遷延至千九百零五年五月十六日。始開議於海牙。凡二十日間。是會參列之國。德意志、奧地利、匈牙利、丹麥、西班牙、法蘭西、意大利、蘆森堡、荷蘭、葡萄牙、羅馬尼、俄羅斯、瑞典、諾威等十五國外。日本亦參列焉。蓋日本之法制。概屬於歐洲大陸諸國之法系。故若歐洲大陸諸國有謀國際私法之統一。日本亦得加入之也。是會所議決之條約案如左。

第一 關於民事訴訟之條約草案凡二十條 此草案爲改正千八百九十六年十一月十

四日之現行條約。設即在歐洲以外之領土。亦許其適用之新規定。

第二 關於遺言及相續之法律牴觸之條約草案凡十四條 此草案雖已於第三會議議決。

其後因不經各國之調印。遂於此次更議及之。

第三 關於夫婦財產并影響及於身分上之權利義務之婚姻之效力之法律牴觸之條

約草案凡十五條

第四 關於禁治產及與其類似之保護處分之條約草案凡十條

第五 關於破產之條約草案凡十條

要之、海牙國際私法會議。爲日雖淺。然成效頗著。故關於國際私法重要之原則。將來列國間之必皆以國際條約成爲共通之規定者。固可豫期者也。其所會議之歐洲列國間之國際私法條約。及海牙國際私法條約之內容。與日本法制規定之比較研究。皆見於日本法學協會雜誌。第二十一卷之四十一、二兩號及第二十三卷之四十一、十二、四號

第五章 研究國際私法之方法及範圍

以上國際私法之緒論既終。而於研究國際私法之方法如何。及應以如何事項爲研究之目的物。亦不可不知。茲述之如下。

第一節 研究國際私法之方法

研究國際私法之方法。學者之間。各有不同。且亦因國而異。非必須共採同一之方法者。大略可分爲英美學派之研究方法。及歐洲大陸學派之研究方法。英美學派。概以實際爲主。而以研究稱爲國際私法之法律。究屬何物爲目的。歐洲大陸學派則概基一般之理論。而以研究國際私法上之原理原則究屬何物。此兩方法。孰爲優劣。未能斷言。茲先說明二者之大概。以供研究斯學者之採擇。

第一理論的研究方法 歐洲大陸學者自沙比尼始。皆於左列二點。採有同一性質之研

究方法。卽其一謂國際私法上之原則。各國既皆適相同一之事實。而隨近代文化之發達。於同一之點。益有增進之傾向。故國際私法。雖不得謂爲國際法之一部。而考文明各國共通之法律例。皆稱此共通之原理原則爲國際私法。從而其第二之特質。則此學派乃在以發見各國普通之原理原則爲目的。不問各國國際私法之爲正當與否。而但依其適合於此原則與否而判定之者。如沙比尼之發見法律關係之本據。而欲依之以定其法律關係之法律。巴魯之欲基於事務之性質論。而定內外法律之適用區域。基德爾曼之欲說明國家以上之國際私法。以定各國私法之管轄權等。皆屬以上之研究方法也。又如法蘭西意大利之學說。以國際私法之原則爲屬人法者。亦出於同一之主旨。而皆發見一定之大原則。欲以演繹的論鋒。推論支配一切國際私法的關係之法則。故此等學者。依其論鋒之結果。或於說明一國現行之國際私法究爲如何法律。而不知不識之間。遂皆以說明國際私法當如何存在爲主旨。而論定此原理原則。乃爲指導各國立法者及拘束各國裁判官之法則。

此研究方法有二益。其一、蓋可知國際私法之原則。與他之國內之法律異。而最爲有國際的及內外諸國共通之分子。倘非內外諸國共採同一之法則。則不能完全達此立法

之目的。使各國之立法者。知非有國家公益上不得已之原因。則務當採各國共通原則之必要。其二、裁判官當適用國際私法之規定時。非如他法律可但重條文之規定。一以內國立法之目的爲心。知夫此規定乃由內外人交通往來之必要。文明各國依同一之法則。定其法律關係。期不因裁判所之異而變更其權利義務也。無論在何國裁判。其同一之權利關係。皆由享有同樣之權利保護之必要而生。故當知可依此以解釋法律之精神。而補其不備之便益也。此二點爲大陸研究之方法。爲近世國際私法發達之原因。其長處殊不可以不認也。然此方法亦有二缺點。其一、卽此學派率皆不顧重一國所現行之國際私法之法律。而缺其研究。其二、卽此學派因偏於立法論之結果。以其自己所信爲正當之理論。卽論定其爲法律。於是或至將并不爲各國所認之空理空論。而直認爲各國立法者所採用之原則焉。

第二成法的研究方法 此法爲英美學者所採用。自美國判事斯脫里於研究近世之國際私法。本英美普通法之判決例。由各種事實歸納之。依所謂歸納的論法。說明英美現行國際私法之法律以來。英美學者遂皆主張實際。以研究自國現行之國際私法。歐洲大陸如法蘭西之菲里克、德意志之佛蘭士康等。皆主張此法。然此實爲大陸非常之例。

非一般學者所採用。故通常稱此爲英美學派之研究方法。

夫英美學派之皆採用此法者。蓋以國際私法乃爲一國內最嚴格之法律。其法律之效力。乃由國家主權之司法立法二者所發生。因欲研究自國現行之國際私法爲何法則。故遂自然歸著於此方法。從而外國法制之比較研究。實不過爲研究國內立法目的之參考而已。歐洲大陸學派對於外國國際私法之如何。各國共通之原理原則之如何。皆置之於此範圍以外。蓋因英美兩國。關於國際私法。一無明文。悉依一般之判決例以推定普通法之原則。故不得不依歸納的論法以研究之也。

此方法與前之方法異。一國之裁判官。於爲其適用法律之標準之原則。不問其爲成文法不成文法。皆知不可不爲其國之法律。卽如何之原理原則。其不成爲一國所現行成法之一部者。皆不爲法律。斯不足以拘束裁判官。而常注意於不以空理空論爲判決之標準。以此點言。固可謂爲有利益之方法是也。然此方法亦與前方法之兩長處相反。故國際私法之原則。事實上各國共通之點極多。且不力求其共通。卽自國之國際私法。明係有背學理不適理論者。亦不爲改正。常陷於偏頗之見。英美之學說所以至今常屬幼稚者。實因採用此研究方法爲之。此英美學派之一大缺憾也。

然日本之研究此學問也。究宜依如何方法。是亦不可不知。夫研究學問非但研究現行法之原理原則。乃當併研究其缺點。而謀其改良進步。即不可不為理論的研究。且當先明現行之國際私法之精神及意義。而研究此法行之。果能適用於實際與否是也。日本國際私法之規定。較歐洲各國為精密。且其設規定之日尚淺。法文之意義及精神。尙未為一般所明晰。故研究之者。第一須依成文法的研究。先審明現行國際私法之法理。然此法亦失於狹隘。有如英美之學派。故同時須廣以歐美之立法例及學說比較而研究之。然後始得併收理論研究方法之長處。故本書亦以研究現行國際私法為目的。因欲明其法則之原理及其規定之缺點。故特參以歐美之學說以供參考焉。

第二節 國際私法研究之範圍

第一 私法之牴觸問題 夫國際私法究以如何事項為目的。各國學者之議論不一。不能定以同一之範圍。第一、此研究之目的。是為法律之牴觸問題者。固為一般學者所共認。然究以解釋何法律之牴觸為目的。則學說分歧。夫以通常國際私法名為私法。其研究之範圍。是為私法之牴觸問題者。固為一般所共認。然間亦有以國際私法。不僅一切公法之牴觸。不列其中。雖為私法。而如商法之牴觸問題者。則仍屬於國際私法範圍之

外。是爲但研究民法之牴觸問題者。如比利時之羅蘭、德意志之基德爾曼等是也。然主張此說者究屬少數。不免有縮少國際私法範圍之譏。據普通學者觀之。國際私法固爲研究民法商法等一切私法之牴觸問題。卽關於民事訴訟法及破產法等之牴觸問題。亦包含其中。民事訴訟法及破產法。近來雖多有以之爲公法者。然是二者皆爲關於私權保護之手續法。爲民法商法等之補助法。故當與民法商法等牴觸問題。同爲研究。至其他之公法。如刑法之牴觸問題。刑事訴訟法之共助犯罪人引渡等問題。當屬於國際私法之範圍與否。學說各殊。大別可得左三說。

第一說 謂當併入於國際私法研究之者。

意大利之菲阿禮、法蘭西之禮尼、德意志之芬巴爾諸氏。皆主張之。說明國際私法中。關於刑法刑事訴訟法之牴觸問題。其所根據之點。則以此問題亦當與普通之國際私法之問題。同爲法律之牴觸。可依同一之方法以求其法則。故其目的物雖異。研究之方法則同。蓋所以入於國際私法中研究之爲便利也。

第二說 則反乎第一說。謂當併入國際公法而研究之者。

國際公法學者。間有以是爲宜併入國際公法中研究之。卽國際私法學者。如荷蘭之

哈塞爾。法蘭西之威伊士德、巴尼魯諾、里比挨爾等。亦主其說。以爲此問題非關於個人之私權。乃關於國家之刑罰權。卽主權之問題。凡關於一般主權之國際問題。皆當併入國際公法中研究之者。蓋謂此問題之性質。乃當然應屬於國際公法者也。

第三說 則謂此問題係國家刑罰權之牴觸問題。既不屬於國際公法。亦不屬於國際私法。乃爲獨立之學科。當作爲國際刑法而研究之者。

瑞士之瑪利、法蘭西之塞爾維、威斯、及英美之國際私法學者。皆主此說。以爲此等問題。乃國家刑罰權之對於外國人之關係。非爲私權之牴觸問題。故不能用同一之研究方法。而使屬於國際私法者。且關於此等之主權問題。與通常之國際關係異。以之爲關於國家之對外主權。不如以之爲但關於對內主權。卽刑罰權爲當。故亦不屬於規定國家與國家關係之公法中。蓋實際上國際公法學者。無研究刑法之力。所謂國際刑法之問題。皆不說明。故從學問分科之原則。當以之爲獨立之一科而研究之者也。此說極是。

要之、本講義亦以之爲關於國際刑法之問題。不屬於此範圍。故亦略其說明。

第二 外國人之地位 國際私法。以外國人享有一定之權利爲其存在之前提條件者。

既如第一章所述。故此前提條件亦不得不屬於此研究之範圍。國際法協會等。既皆以關於外國人私權享有之原則。爲國際私法第一之原則矣。然各國之國際私法學者。於此點皆不一致。如英美之學者對此問題。皆不說明。卽德意志學者。亦但說明關於外國人私權享有之大原則而已。惟法蘭西意大利等學者。則此問題皆於國際私法開宗明義第一章中。卽詳加研究。日本關於外國人權利享有之點。近來大有變遷。非審明其沿革者。亦不能明國際私法之存在。故本講義亦仿意法學者。關於外國人之地位。亦以之屬於研究之範圍。

第三 國籍 國籍法爲一國之公法。而非私法。然國籍之牴觸

即國籍法之牴觸

問題。各國國際

私法學者。皆以之屬於研究之範圍內。蓋國籍牴觸之場合。非經決定。則不能定外國人之本國法之如何故也。然此點各國學者。雖皆一致。而就國籍自體之取得喪失等。英美學者則皆簡單說明。德意志學者且以之屬於國際私法範圍以外。惟法意等學者。尙有以之爲國際私法之先決問題而研究之者。日本因關於國籍自體無特別之講義。皆併於普通國際私法中而研究之者。故從研究之便利上。本講義亦不特說明國籍之牴觸。卽國籍自體亦併入其中以說明之。

以上所列爲此講義之範圍。然就講義上之便利而言。則殊不能照前之順序。第一、須先明所謂外國人者爲何。第二、則說明各國人權利義務之如何。然後說明內外私法之牴觸問題。方爲適當。故自是便入本論。茲將本講義之順序。舉示如下。

第一 國籍及國籍法之牴觸問題。

第二 外國人之地位。

第三 民法商法破產法民事訴訟法之牴觸問題。

第一編 國籍及國籍之牴觸

研究國際私法上之問題。第一須決其當事者之爲外國人與內國人。卽先決定其國籍 *Nationality* 之如何。所謂國籍者。詳於憲法主權之客體編。茲不贅及。惟有當注意者。卽法國派之學者。概解釋國籍乃爲國家與人民間之契約的關係是也。夫國籍之特質。決非由於個人自由意思之合意的關係。乃爲個人對於國家所當絕對的服從者。所謂絕對的服從云者。非如外國人僅於滯在我國之間。服從我國權。卽無論在世界上何國均須無條件服從我國權之謂也。彼英美學者所謂永久的忠誠。德意志學者所謂絕對的服從。皆此意也。至臣民之對於國家所以較外國人享有特別之權利。亦較外國人負擔特別之義務者。

蓋爲國籍之效果。非國籍自體之本質也。

國籍既爲區別內外國人之標準。又爲國家成立之要件。故近今文明各國或規定諸憲法之中、或規定諸民法之首、或規定於特別法者。日本憲法第十八條載「爲日本臣民之要件當依法律所定」之規定者。蓋豫期其當以法律規定者也。明治三十二年法律第三十六號所公布之國籍法。卽屬此規定。爲憲法上所制定之重要公法。而非私法也。國際私法上無研究國籍法自體之必要。惟須研究因各國國籍法規定互異所生之國籍抵觸而已。茲先述日本國籍之取得喪失及回復。而後及國籍抵觸。

第一章 國籍之取得

第一節 生來之國籍取得

生來之國籍云者。因人之出生而取得之國籍是也。人之出生。一方面則爲兩親與子之間。生親子之關係。一方面則爲子與其出生地之間。生一種之事實關係。在普通場合。子之出生地卽爲其父母之本國。惟此二種關係發生於同一地者。則子與父母取得同一之國籍者。固不待言。然際此列國間個人相互交通往來之時代。往往有在外國出生者。則其發生子之國籍。於此二種關係。卽血統關係及出生地關係中。當取何種之問題者出矣。今考其

沿革。在古代以親子之關係爲主。守血統主義。jus sanguinis，以定其國籍。如希臘羅馬及我東亞等。不問子之出生地如何。皆取得其父母之國籍。是謂血統主義。以迄中世。因封建制度之發達。一切法律關係皆以土地爲主。嚴行屬地主義。國籍遂亦依出生地爲定。不問其父母國籍之如何。其子皆取得出生地之國籍。是謂出生地主義。jus soli。然至近日。隨國家思想之發達。一般皆認國民非爲國土之附屬物。而認國土乃爲國民之附屬物。故除人口稀少利用移住民之新進國家外。漸排斥出生地主義。而復血統主義。蓋守出生地主義者。在今日不過爲偶然之事實。且國民之思想習慣風俗性情等。既皆依血統之關係而傳於子孫。而現在國民之子孫。又爲將來之國民。故國籍之如何。依親子間之血統關係而定者。實爲至當。雖然。若但依血統主義之原則。亦往往生無國籍之弊。故各國多以血統主義爲原則。而以出生地主義爲例外。補其缺點。今區別現今各國所行立法之主義。可得四種。

第一 專採血統主義者。卽不問出生地之在外國或本國。皆以父母之國籍爲定。如德意志、奧地利、匈牙利、挪威、瑞士等皆屬焉。

第二 以血統主義爲原則。出生地主義爲補則者。如日本、法蘭西、比利時、荷蘭、丹麥、瑞典、

俄羅斯、意大利、西班牙、土耳其等，皆屬焉。

第三 探出生地主義者。即不問父母國籍之如何。其在內國所生之子。概爲內國人。南亞美利加諸國屬焉。

第四 折衷出生地主義與血統主義者。英吉利、北亞美利加、葡萄牙諸國皆屬焉。

各國國籍法之主義既殊。故亦有在外國所生之子取得本國及出生地兩國之國籍者。夫以一人有兩國或兩國以上之國籍時。則於支配其親權後見及能力等法律之適用。既難取諸雙方。而兵役義務尤難率從。且兩國間戰爭開始之場合。究爲服從何國。勢必至忠於此不忠於彼。且有入於出生地國之軍隊內與其血統主義之本國戰爭。被其本國政府科以反逆罪之實例者。故國籍之重複。觸即抵其繁難既如此。則一國之間於定國籍法時。立法者首當減少國籍之牴觸。而適用國際私法學者所謂一人不能同時有二個國籍之原則。避積極的主義。而取人皆當有一國之國籍之原則。所謂豫防消極的牴觸者是也。日本之國籍法雖亦適用此二原則。力防國籍之牴觸。然日本由公益上因維持家族制之必要。但不能拘守此原則。而與現今各國之立法主義。亦迥不相同。故每有不免於牴觸者。今依日本國籍法之規定。須如何而後可取得日本之國籍者。略述之如左四種。爲生來取得日

本之國籍者。

第一 出生之時父爲日本人者

夫父母之共爲生來之日本人者無論矣。卽但其父爲日本人。或因歸化而取得日本國籍之場合。苟爲有日本人之資格者之子。則依血統主義。是爲日本人。又其父之爲日本人也。當在其子出生之時。已爲日本人。若其父於其子出生之前死去時。則須其死亡之時是爲日本人。如是而後可不問其子之出生地爲外國爲內國。皆爲日本人。一國籍

第二 懷胎之時父爲日本人者

父母雖非生來之日本人。乃因入夫婚姻或養子緣組而爲日本人時。若其父於子之出生前因離婚或離緣失日本之國籍而爲外國人之後。則其所生之子。應取得何國之國籍。此場合若探出生之時其父之血統主義。則其子當爲外國人。故探懷胎當時之血統主義。若其子懷胎之初。其父尙爲日本人。則出生之時不問其已爲外國人與否。其子仍爲日本人。蓋此外國人之入夫或養子雖因離婚或離緣去其家。而其子與母以共居日本爲苦。以之爲外國人時。則生一家內有外國人混迹之結果。有牴觸日本家族制之弊。國籍二

第一項然若不僅爲其父之夫爲外國人。卽其母亦與其父同去其家取得外國之國籍

時。則其子便不能從前之規定。當從出生當時其父之本國法。以之爲外國人。同條第二項

第三 出生之時母爲日本人者

私生子。卽爲其父所不知。或其父雖已知。而乃爲無何國之國籍者時。則不得依父之血統主義定其國籍。而當依其母之血統主義。若其母爲日本人。則其子亦爲日本人。三國籍此規定頗有失於廣汎之嫌。蓋不問其子之出生地爲內國爲外國。苟其母爲日本人者。則無論在世界何國所生。其子皆得爲日本人矣。英美依「子不能續母之血統」之格言。故於此等場合。概不能依母之血統主義以定其子之國籍。卽日本之以其母爲日本人在外國所生之私生子。依其母之血統主義以定其子之國籍者。亦不無可議。蓋爲其母之日本人。在外國所生之子爲其父所不知之場合。則其母爲人之必非有操守者可知矣。夫以此等之子。實無認爲日本人之必要也。

第四 在日本所出生之棄兒或無國籍者之子

在日本所生之子。其父母俱不明時。兒 卽棄或雖知其父母而乃爲無國籍者時。則不得依其父或母之血統主義以定其子之國籍。蓋此場合若但採血統主義時。則其子必不能取得世界上何國之國籍。而全爲無國籍之人。夫人類固必須有一定之國籍者也。則此

場合只可依其子與土地之關係。取得出生地之國籍而已。日本國籍法雖悉採血統主義。然由此等實際上之必要。亦採出生地主義。認其子爲日本人。蓋屬於不得已之規定也。

第二節 傳來之國籍取得

傳來之國籍云者。因出生之事實。既取得國籍矣。復因出生後之原因。取得他國之國籍者之謂也。此國籍之取得。乃伴國籍之變更而發生。故學者或稱之爲取得國籍。或稱之爲因國籍變更之取得。其原因有三。

第一 親族法上之原因。或稱爲依法律規定之國籍取得

第二 歸化。或稱爲依個人自由意思之國籍取得

第三 土地割讓之結果。或稱爲依國籍法上之原因之國籍取得

第一款 親族法上之原因

種。外國人依親族法上原因取得國籍之場合。可細別爲婚姻、入夫婚姻、養子緣組、及認知四

甲 婚姻

婚姻爲家族制之根本。夫婦有同居之義務。若欲完全成立一家。則必夫婦有同一之國籍。故據文明各國之立法例。概認妻爲因婚姻當然取得夫之國籍者。日本國籍法第五條第一號。亦明載外國之女爲日本人之妻時。因婚姻當然取得日本之國籍。且不因取得之故。必其妻住居於日本。又摩特不必其妻表示承諾。且並不許其以個人意思變更此規定之效力。故外國女子有爲日本人之妻者。則不問其結婚之在外國或內國。皆爲取得日本之國籍也。

乙 入夫婚姻

入夫婚姻之制度。詳於日本民法之親族法中。日本因維持家族制度之必要而設者。爲日本之特別制度。在歐洲由王統之必要女通常之場合。雖皆因婚姻妻入夫家取得夫之國籍。而入夫之場合。則爲夫入妻家取得妻之國籍。蓋若其夫不取得日本之國籍時。則是以外國人入日本人之家。其結果殊不能維持其家族制度也。國籍五雖然。如是則有外國男子容易取得日本國籍之虞。故立法者設一限制。外國人之爲入夫者。須豫得內務大臣之許可。而內務大臣非察其外國人在日本繼續一年以上有住所或居所。而且品行端正者。亦不得與以許可。明治三十一年法

丙 養子

日本之養子。亦根於維持家族之必要。是爲日本特別之制度。養子入養家。與嫡出子享有同等之權利。若其養子爲外國人時。則非其養子取得日本國籍者不可。故日本國籍法第五條第四號規定外國人爲日本人養子時。當然取得日本國籍。且與前段之法律同。須得內務大臣之許可。

歐美各國之於養子。皆不過因財產關係。不作爲國籍得喪之原因。故此點與入夫婚姻同。不喪失本國國籍之外國人。而取得日本國籍。其發生國籍抵觸者。實不得已也。

丁 認知

私生子因父或母之認知。而取得國籍者。此各國法律所認爲國籍取得之一原因也。日本國籍法第五條第三號亦以之爲國籍取得之一原因。惟關於私生子。有依出生地主義取得其出生國之國籍者。有依母之血統主義取得母之國籍者。又有依其父之認知而取得新國籍者。於是遂生取得三國國籍之弊。故務勿使其生國籍之抵觸。各國皆設以制限。日本國籍法第六條。亦載外國人之私生子。因認知而取得日本人之國籍者。須具左之條件。

第一 私生子須從其本國法爲未成年者

第二 非爲外國人之妻者

第三 父母之中先認知者當爲日本人

第四 父母同時認知時父當爲日本人

以上四個之取得原因。不問當事意思之如何。於法律之規定上。當然取得日本之國籍者。故學者稱此爲基於法律上之原因而取得國籍者也。

更有當注意者。卽以上四種之場合。須以其爲原因之法律行爲私婚 生子 認知 有效成立爲前提。至於須如何場合。此等行爲始能有效成立者。則依法例第十三條及第十八十九兩條之規定而定之。

第二款 歸化

第一項 歸化之意義

歸化卽 Naturalisation 一語。意義甚多。或用廣義解釋。謂是爲包含外國人取得國籍之一切場合者。蓋謂不特在外國人因婚姻或養子緣組取得國籍之場合。所謂因法律之恩惠、歸化人之妻及子取得國籍之場合。爲包含於其中。卽因領土割讓之結果、割讓地住民取

得國籍之場合。亦包含其內。日本國籍法所謂歸化云者。則爲義較狹。是爲本個人之志望。國家依特別之行政處分。許以日本國籍之謂也。故歸化者。(第一)須以外國人之任意出願爲前提。(第二)須對此出願。日本國家依特別之處分與以許可。而後成立。此個人任意之出願。與國家特別許可之二要素。是爲歸化與他之一切國籍取得之原因。異其性質之點。故如南美諸國。有對於一定之年限間。住居內國者。國家能強制的付以國籍之場合者。皆不得稱爲歸化。又如須一定之條件。苟其條件具備之場合。便付以歸化請求之權利。如北美合衆國者。亦日本國籍法之不取也。

夫歸化雖以個人之任意出願爲前提。然非爲國家與個人間成立申込及承諾之關係。故歸化云者。不得謂爲契約上之關係或個人與國家間之合意。蓋歸化本來之性質。乃在國家付與國籍之許可。與他之行政處分。同爲公法上之處分。而非出於合意的者也。

今言歸化之沿革。在古代社會。各國皆守「一經爲其國臣民則爲永久之臣民」之格言。不許個人輕去本國。歸化他國者。從而國家對於付與外國人國籍之場合。概限於外國人曾對其本國爲政治上之犯罪或謀反者。然至近世。一般皆認移住脫籍之自由。合國皆從各人之志望。許其移住外國。或脫其本國之國籍。且各地方之人種的宗教的外國人排斥主

義漸衰。故雖爲外國人。倘其住居內國。有利益於內國者。亦可許其爲內國臣民。故各國皆設歸化法。於苟具有一定條件之外國人。皆許其取得內國之國籍。日本上古。朝鮮人及清國人混迹其間者。不下數十萬。然其許歐美各國人之歸化者。則特數年來事耳。其爲一般所認者。則以現行國籍法爲其嚆矢。

第二項 歸化之條件

各國國家皆許外國人之歸化。而設以一定之條件。卽非悉備足以推測爲將來內國之國民。可盡忠實義務於內國之條件者。則不得付與以國籍。惟於其條件之如何。各國國籍法互有差異。而可謂共通之條件者。則一定之年限間有住所或居所之必要。及有足以自活之資力之必要而已。其餘則皆因國而殊。日本國籍法。於外國人歸化時。須具左列之五條件。

第一 歸化出願者。當滿二十歲以上。從其本國法有行爲能力者。

歸化本非民法上之法律行爲。是爲一種公法上之關係。故於爲此關係時。當具如何之能力。則依特別之規定而定。日本國籍法與各國之法律同。須與一般之法律行爲。有同一之能力。而以從其本國法爲有能力者爲必要。從而依其本國法之爲未成年或禁治

產準禁治產者。皆不得爲歸化之出願。卽從其本國法爲有能力者。故苟從日本民法之規定尙爲未成年時。則亦不得爲歸化之出願。此所以特言明滿二十歲以上者也。

第二 引續五年以上有住所日本者

第三 品行端正者

第四 有營獨立生計之資產及技能者

以上第二第三第四之條件。殆不必說明。如住所不定、品行不修、不能營獨立之生活者。皆不足爲日本之臣民。又如害日本之秩序、或徒使日本負擔費用者。皆不許其歸化者。固不待論。是其當爲必要之條件者。亦無可疑矣。

第五 爲無國籍或因取得日本之國籍而失其國籍者

此條件。蓋以若歸化日本。既取得日本之國籍矣。而其本國之國籍。若仍未喪失。則生國籍之抵觸。因避此繁難。故此條件亦殊必要。從而爲歸化出願之外國人。當證明其爲無國籍人。卽皆無何國之國籍。或證明當因歸化而可喪失其既有之國籍。若其本國法律。不認此等國籍之喪失時。則不可不得其本國官廳之脫其國籍之許可。現今認此條件者。惟瑞典諾威等兩三國而已。此外諸國則皆略之。蓋今日文明各國。悉認移住脫籍之

自由。故莫不認歸化外國爲國籍喪失之原因。從而亦無設此條件之必要。惟日本國籍法之有設此條件之必要與否。尙屬疑問。殆可謂爲不當之條件也者。蓋對於歐洲各國之外國人。本無規定此條件之必要。惟於清國人及朝鮮人之歸化者。適用尙多。然對於外國人以設此條件爲必要。則此等外國人之欲歸化日本者。必有非常之不便也。

以上所述。爲對於通常外國人歸化之必要條件。而對於外國人之妻。則另有特別條件。據國籍法第八條、「外國人之妻、非與其夫同爲歸化者、則不得爲歸化」之規定。所謂同其夫者。蓋出於不許妻離夫獨立、或較夫先而單獨歸化日本之精神也。故須與其夫同時或在其夫歸化之後。且妻與夫同時歸化之場合。因夫之歸化及於妻之效果。則妻爲取得日本之國籍。又妻之歸化後於夫之場合。爲國籍法第十四條所規定。雖關於一切條件不能具備。而仍許其歸化。故第八條之適用。但在不許妻較夫先爲歸化而已。蓋所以避夫婦國籍之不同也。

此外尙有關於特別事故之外國人有不必具備以上五條件者。或但須具備二三件者。其場合可分爲三種。

第一 雖無五年以上之住所仍許其歸化之場合

國籍
九

此場合有四。(一)父或母爲日本人者。(二)妻爲日本人者。(三)生於日本者。(四)引續十年以上有居所於日本者。(一)至(三)皆但限現有住所於日本者。惟只須有三年以上之住居在日本時。即得爲歸化。然關於第三所謂若其父或母生之於日本。則可不必從此須有三年以上居所之限制也。

第二 不必要五年以上住所本國法之能力及自營生活之資力三條件之場合 十 國籍

此爲請求歸化之外國人之父或母。現爲日本人。即有日本國籍且須其外國人現有住所於日本之場合。此場合不拘其居住年限之如何。且不問從其本國法有能力與否。苟其品行端正。無因得日本國籍而生之國籍之抵觸時。則縱令無自營生活之資本。亦得歸化。此蓋使其與有日本國籍之父或母取得同一之國籍也。

第三 不必一切條件之場合 十 國籍

有特別功勞於日本之外國人。雖不備以上之五條件。有特許其歸化者。但此場合內務大臣於許可其歸化時。當經勅裁。如此場合。在歐洲各國。以之爲所謂大歸化。爲當受特別取扱之場合。日本亦特設此例。以之爲不必具備普通之歸化條件者。蓋出於欲此等之外國人爲我國民之旨趣也。

第三項 歸化之效力

歸化之效力。第一當注意者。即歸化之效力。但自其效力發生之時。對於將來生效力。而不溯既往者是也。然則其效力當自何時發生。各國法律不同。或自歸化人對於歸化國爲忠實之宣誓時。或自對其本國拋棄服從義務之宣誓時。如英吉利、北美合衆國、奧地利、瑞典、諾威等是。或自其登錄歸化之許可於戶籍簿時。如葡萄牙、西班牙是。或自特別之大歸化登載於官報時。如法蘭西、意大利是。或自歸化之許可復爲歸化人所承諾時。如荷蘭、比利時是。或自歸化之許可公布時。如德意志是。日本國籍法草案。雖亦規定歸化自許可之公布後滿二十日時。發生其效力。然現行國籍法。於此點。則無何等規定。據第十二條之「歸化須告示於官報」。「歸化非有告示後則不得以之對抗善意之第三者」之規定觀之。則對於何人皆有對抗之效力。換言之。即完全之效力。雖自告示歸化於官報而後發生。至對於本人歸化之效力。則當自內務大臣與以歸化之許可時發生。然其實際歸化之許可。悉告示於該日之官報。故對於本人亦可自官報告示之時。便生效力。其第二項之規定。殊可謂爲繁贅者矣。

歸化之效力。在使外國人取得我國之國籍。而享有我國民之權利。然近世各國立法例。皆

以歸化爲不特生個人的效力。卽對於歸化出願人生國籍變更之效力。乃爲包括的效力。卽對於歸化出願人之妻子。亦生國籍變更之效力。蓋由於使其夫婦親子。均取得同一國籍。謀其一家之統一也。故歸化之效力。可分左三點說明之。

一 及於本人之效力

二 及於其妻之效力

三 及於其子之效力

第一 及於歸化本人之效力

歸化者。乃付與歸化人以與生來之臣民同爲臣民之資格。故享有爲臣民之權利。亦負擔爲臣民之義務。各國之國籍法。於義務負擔之點。雖皆以與生來之臣民同一爲原則。而於權利享有之點。則不能與生來之臣民同。殊以公權中之參政權。皆以歸化人終身。或一定之年限間。不得與內國臣民享有同一之權利爲原則。日本國籍法第十六條亦設此規定。

一 爲國務大臣

二 爲樞密院議長副議長及顧問官

三 爲宮內勅任官

四 爲特命全權公使

五 爲陸海軍將官

六 爲大審院長會計檢查長及行政裁判所長官

七 爲帝國議會議員

等是也。蓋此等公權。爲重大之權利。須具有最忠實之愛國心。爲歸化人者。其果能如生來臣民之忠實與否。尙不可知。蓋從公益上之必要。所以特設以制限者也。且此制限乃爲終身。非若各國限以十年或五年者。然倘歸化人中有特別功勞時。則五年之後。內務大臣可經勅裁解除之。其他之國籍取得者。則十年之後。亦皆得解除之。此國籍法第十七條所明定者也。

雖然、此公權之制限。不特對於歸化人然也。對於依歸化之效力、取得日本國籍者。卽歸化人之子。亦設以此制限。又不依歸化手續取得日本國籍者。卽因爲日本人之養子或入夫取得日本國籍時。亦均受此制限。蓋其原因雖不同。而於外國人取得日本國籍之點。則與歸化無異。故設以同一之規定。所以保兩者之均衡也。

歸化之效力。既如上所述。不特對於爲歸化之本人。生個人的效力。卽對其家族亦發生國籍變更之效力。學者或稱之爲歸化之概括的效力。蓋由於使夫婦親子有同一之國籍。保一家統一之必要也。故於說明歸化之效力時。當併此概括的效力。卽及於歸化之妻及子之效力而說明之也。

第二 及於歸化人妻之效力

妻因夫之歸化而取得歸化國之國籍者。雖爲近世各國國籍法所共認。至其方法。則互有不同。如英吉利、亞美利加、德意志、意大利、奧地利等。皆以妻因夫之歸化。爲當然變更其國籍者。惟此各國中。或有以妻當與夫共住居於歸化國爲必要者。日本國籍法第十三條。亦認此當然國籍取得主義。歸化人之妻。爲與其夫共取得日本國籍者。然如俄羅斯、葡萄牙等國。則其妻之國籍。不因夫之歸化。爲當然變更者。日本國籍法第十三條第二項。載若妻之本國法有反對之規定時。卽不認妻爲當然取得日本國籍者。則第一項之原則。不能適用。是妻仍得不拘其夫之歸化。而保有其本國之國籍者也。又如法蘭西法系各國。則爲妻非與夫之歸化同時。亦自請求歸化者。則不能取得夫之國籍。故屬於此等國籍之夫。當歸化日本時。依第十三條第二項之規定。其妻亦不能當然取得日本

國籍。然此制限。殊不得其用。蓋此場合。妻雖不能當然取得日本國籍。倘以後欲與其夫同取得日本國籍時。固不特可依歸化之手續歸化日本。且此歸化尙不必具備一般歸化之一切條件。此亦日本國籍法第十四條所明定者也。故妻可不問其本國法規定之如何。皆得因夫之歸化。當然取得日本之國籍。第十三條第二項之制限。殊未明徹。與十四條之規定。可謂生大矛盾者矣。

第三 及於歸化人子之效力

因父或母之歸化。其未成年之子。生國籍變更之效力者。此各國所同認也。惟如英吉利、亞美利加、奧地利、意大利、法蘭西等國。則爲未成年之子。於成年以後。得依其自由之意思。選擇其父或母之舊國籍。付與其子以國籍選擇權。故此子得從所謂國籍選擇之解除條件。離父母而取得新國籍。至成年之時期。則當從新國籍法爲區別。日本國籍法第十五條。子從其本國法爲未成年時。因父或母之歸化。爲當然而且無條件取得日本國籍。惟於已成年之子。則當依其自由之意思。不受父或母歸化效力之影響。而第十五條第二項亦定未成年之子之本國法有反對之規定時。不在此限。故此子且爲不能取得日本國籍者。然此規定亦殊曖昧。蓋若認其本國法之條件附國籍取得時。則不得適用

之也。

第三款 因領地割讓之國籍取得

以上二款所述國籍取得之原因。屬於親族法上及歸化二者。乃根於日本憲法第十八條及日本國籍法之所規定。其依法律之結果。外國人取得日本國籍者。實已盡於此。惟尚有基於國際法上之原因。須認其取得日本國籍之場合。此場合爲憲法第十八條所未載。乃屬於憲法第十三條者。卽因宣戰媾合及締結條約之大權。與國際法之原則。有發生國籍變更之場合是也。夫此國籍變更。雖發生於領地割讓之場合。然領地全體之併合。如甲國爲乙國所併時。亦有可發生國籍變更之場合。今先就國家滅亡之場合而言。凡甲國爲乙國所併合時。則被其併合之國家。便失其國家之人格。屬其國家之臣民。遂亦當然爲併合國之臣民。至於領地割讓。卽割讓國土一部之場合。割讓國所屬之臣民。得爲讓受國之臣民與否。此與國家之滅亡場合同。其住民皆爲讓受國之臣民。若欲究何以發生此國籍之變更。則以國家之領地割讓云者。非但割讓其領地已也。乃併其領地上所行之主權而亦割讓者也。如俗所稱民法上物之讓渡者。以法律解釋之。是爲物之所有權之讓渡。國際法上亦然。領地割讓一語。實爲割讓其在領地上所行主權之意。其結果遂併服從於主權之

臣民。因割讓國與讓受國間主權之讓渡。亦當然變更其國籍。故此國籍變更。不須個人之同意。蓋以割讓地住民實爲國家之條約所拘束者也。

夫以領地割讓之場合爲主權割讓。其結果臣民雖當然變更國籍。然臣民往往有嫌忌讓受國之國籍。動反抗新政府者。在讓受國固有放逐此等住民謀統治一般住民便利之必要。然亦須認人民思想之自由。不能強無辜之民。使其變更國籍。此近世之國際條約。所以設一定之條件。既認其引續保有舊國籍。亦認其不取得新國籍之自由也。稱此自由曰選擇權。Option。稱規定此權利之條項曰割讓條約之選擇條款。其條件卽限於一定期間內。使其退出領地。仍得保有舊國籍。其有不退出者。則當絕對的取得新國籍。茲所謂選擇權云者。學者之間。雖立論互歧。究其意義。實不外爲退去。卽移住之特權。因以解除自領地割讓之結果。當然取得之新國籍之條件也。此條件。就讓受國而言之。固爲解除當然取得之國籍。而就讓渡國言之。則乃使因領地割讓而喪失國籍者。於恢復國籍時。免依歸化手續。或國籍恢復手續。仍得繼續享有舊國籍者也。是不過爲便宜上之規定而已。又關於退出者之財產保護。自往古以至十七世紀末。皆但許攜帶動產。其餘悉爲讓受國所沒收。自十八世紀中葉以後。始許其自由賣却不動產。然至十九世紀以後。外國人亦得在內國所

有不動產。故退出者。雖係退出。亦仍得所有其不動產。然千八百七十八年及千八百七十九年之俄土條約。日本明治二十八年之中日條約。則爲退出者須於其退出之前。賣却不動產。其不能賣却者。則歸之讓受國國庫。關於此點。有一大變例。卽明治三十八年之日俄媾和條約。該條約載俄國臣民之住居於讓渡於日本之樺太者。不特仍得依舊引續居住爲俄國臣民。卽不動產亦仍爲所有云云。日俄條約第一參照

次述須如何之住民。始因領地之割讓而變更國籍者。夫領地之割讓。如上所述。乃因割讓國主權讓渡之結果。而變更其國籍。則不屬於割讓國之臣民。縱有住所。在割讓地。亦不至變更其國籍者明矣。蓋契約之效力。不及於第三者。故領地割讓之條約。其影響亦不及於第三國。與第三國之臣民。然亦不能無疑。蓋屬於割讓地之人民。與割讓地有關係者。大別爲四種。(其一)在割讓地有住所而無本籍者。(其二)在割讓地有本籍而無住所者。(其三)在割讓地有本籍亦有住所者。(其四)在割讓地無本籍亦無住所。但有居所者。是也。此四種中。但以單有居所之割讓國臣民。爲不因領地割讓。受何等變更爲通例。惟或有依讓受國政治上之原因。不許此等臣民有一定期間或永久之居所而已。換言之。卽但有命退去而已。然其餘三種之臣民。究爲變更國籍與否。則但問條約之明文。所載爲割讓國

住民。是否包含以上三種之人民。學者間議論不一。得分爲五。今略述其大要如下。

一 依割讓國之國體或住所主義本籍主義

倘割讓國爲統一之國。地方法律皆同之場合。則所謂割讓地之住民。乃但指有住所。在割讓地者。苟無住所。則縱在其地。有本籍之場合。亦不變更國籍。反之。若割讓國乃爲聯邦國。或爲地方法律互異之國。如北美合衆國及瑞士等各地。皆各有特殊法律之國。時。則不問住所之如何。但在割讓地。有本籍者。皆變更國籍。

二 住所主義

因領地之割讓而變更國籍之住民云者。乃但指割讓當時有住所。在割讓當地之臣民而言。故領地割讓之目的。上讓受國。但以有住所。在新領地者。爲應變更國籍。否則雖有本籍。在割讓地。而住所。乃在他地方者。仍無變更國籍之理。反之。即雖本籍屬於他地方。苟其目前住所。乃在割讓地者。則仍不可不變更國籍。由領地主權之目的而言。此主義最當。且可與割讓地之住民一語相對照也。

三 本籍主義

不問住居之在割讓。或在他之地方。苟有本籍。在割讓地者。即出生於其地者。皆變更國

籍。即因領地割讓之結果，變更國籍者。但限與其領地有密切關係者。所謂有密切關係者。非謂有住所。乃謂在其地出生。即有本籍者之謂。然住民一語。與住所及居所之觀念。不可相離。固不論國籍之如何也。故雖曰住民。苟不問住所之如何。但解釋為有本籍者。殊未安也。

四 住所及本籍主義

此為但在割讓地有本籍且有住所者變更國籍之說。是為因領地割讓務減少變更國籍之主義也。當時法國因欲減少所割讓與德意志之挨爾撒士及羅德林原二州住民之國籍變更。故為法國學者所主張。此說亦未當

五 住所或本籍主義

蓋謂在割讓地有本籍及住所者。固為變更國籍。即無本籍而有住所。或無住所而有本籍者。亦悉變更國籍。與第四之主義成正反對。為因領地割讓務增多變更國籍之主義。徵之實例。亦不少概見。蓋多原於普法領地割讓之結果。對於挨爾撒士及羅德林原二州之人。為德意志政府所堅執之主義也。

如上所述。因領地割讓之國籍變更。雖有五主義。然其為現今各國學者所採用者。率皆第

二第五二主義。至於此二主義中。擇何主義。則一視割讓條約締結當時之狀態及國情爲決也。

第二章 國籍之喪失

古代之時。一國之臣民。雖有被國家剝奪其國籍。追於國外者。然不能依自己之任意而脫國籍。故一經爲其國之臣民。則永無脫離之日。此東西各國所皆然。至於近世。自認個人移住外國之自由。內外國之交通日以發達。均取開國主義。不特認外國之移住民來居國內。如北美合衆國及南美諸國欲籍外國之移住民。謀其國家之榮富。希望國民增加之國。且有不問其喪失本國國籍與否。而與移住民以自國之國籍者。因之以迄近世。各國遂漸認個人去國脫籍之自由。不認此自由者。但俄羅斯一國而已。

據日本國籍法之規定。日本臣民國籍喪失之原因。凡四種。茲於國籍喪失之原因及制限並其效果。分二節。述之如左。

第一節 國籍喪失之原因及制限

第一 婚姻

據日本國籍法第十八條。日本婦人與外國人婚姻爲外國人之妻時。則喪失日本國籍。

此國籍喪失之原因。爲明治六年布告第三百三號所認定。爲現今各國所共認之喪失原因。夫此原因雖由於夫婦國籍同一之必要。然如日本國籍法第十八條之不問如何場合。均爲絕對的喪失國籍者。則殊少見之立法例。吾輩不能贊同者也。在他國皆以妻必取得其夫之國籍。卽取得外國國籍爲條件。而夫從來之國籍。日本國籍法於國籍之喪失。雖亦以取得外國國籍爲條件。唯於此場合而不設制限。殆忘日本婦人固有嫁於無國籍之外國人之事者。其不當可謂甚矣。

第二 離婚或離緣

外國人因入夫婚姻、或養子緣組、取得日本國籍者。既如上所述矣。則此等人因離婚或離緣去日本人家之場合。自無繼續認其爲日本人之必要。故此等人於其國籍取得之原因之婚姻關係或養子關係消滅之時。便喪失日本國籍。然此等外國人。倘有不能再回復其舊國籍之場合。則必至爲無國籍之人。故因避此弊害。日本國籍法第十九條。限於取得外國之國籍時。喪失日本國籍。惟此國籍喪失之原因。乃爲日本所特有。非歐美各國之通例也。

第三 認知

有日本國籍之子。因爲其父或母之外國人所認知。取得外國國籍時。日本國籍法。依父子同國籍之精神。以之爲喪失日本國籍。國籍法二十三條惟茲所謂有日本國籍之子者。乃國籍法第三條所規定之私生子。及第四條所規定之棄兒之謂也。夫此子之所以取得日本國籍者。本屬例外。乃爲依母之血統主義或出生地主義。推定其爲日本人之子之結果。故若其子爲外國人所認知時。則固無使其保有日本國籍之必要也。然若其子於認知之前。已爲日本人之妻。或日本人之入夫養子。而在他家之場合。則固不問外國人認知之如何。仍不喪失日本國籍。蓋此場合。縱其爲生來之外國人。亦仍取得日本國籍也。

第四 歸化

日本人因自己志望取得外國國籍時。則失日本國籍。所謂因自己志望取得外國國籍者。即日本國籍法之所謂歸化是也。故雖取得外國國籍。苟其爲外國法律上強與以國籍。非出於個人任意之志望時。則亦不能因之遂喪失日本國籍。然即爲因自己之志望取得外國國籍者。亦不可無爲此法律關係之能力。故無能力者。不能因自己單獨之意思而喪失日本國籍。但對於有能力者。認其得依此條件有喪失日本國籍之自由而已。

國籍法 第二十

以上雖爲日本國籍法所認國籍喪失之原因。然日本舊民法^{舊民法八一}設有無日本政府之許可、就外國政府之官職或入外國軍隊者。均當然喪失日本國籍之規定。此原因爲歐洲各國所共認。不過異其條件而已。卽意大利、希臘、荷蘭、葡萄牙等國。亦皆以之爲當然喪失國籍者。法國則以不從辭職之命令者爲當然喪失國籍。德意志、奧地利、匈牙利等。則以於一定之期間內不從歸國之命令者。得剝奪其國籍。俄羅斯則以犯罪論。於不從政府命令之時。且不特不許其再入國境。並科以重刑。惟日本現行國籍法所不認此原因之故。命令所在。固不可知。但欲顧全國籍法上局外中立之義務時。則仍以認之爲當。又歐洲各國之法制。亦有無政府許可。因一定之期間滯在外國而喪失國籍者。如德意志、匈牙利、墨西哥等。皆爲無政府之許可。滯在外國十年者。便爲喪失國籍。又如荷蘭、諾威等。則爲滯在外國五年無歸國意思者。便爲喪失國籍。日本因不認此種原因。故遂生卽終身居住外國或無歸國之意思。均不喪日本國籍之結果。

於此當注意者。卽日本臣民基以上原因喪失國籍之場合。有一大制限是也。卽日本國籍法第二十四條所規定。若喪失日本國籍者爲十七歲以上男子。有陸海軍兵役之義務時。縱有以上之原因。仍須先履行兵役之義務。否則非經免除。則亦不許其喪失日本國籍。籍國

十四此規定其理至明。蓋若許此等人得自由喪失日本國籍時。則凡欲免兵役之義務者。皆將歸化外國矣。現今全國皆兵主義。爲世界所共認。故各國於國籍喪失。皆設以此制限。此外尙有喪失國籍之人。若係文武官吏時。則非先失其官吏之資格。亦不得喪失國籍。此蓋不認外國人爲官吏之結果也。

第二節 國籍喪失之效果

以上所述。不過爲國籍喪失之大要。至國籍喪失之效果。亦須一言。可分爲及於喪失者自己之效力。與及於其妻與子之效力。而說明之。

一 及於本人之效果 所謂及於國籍喪失者自己之效果云者。爲失日本國籍。卽失爲

日本臣民之資格而爲外國人之謂也。故凡爲外國人所不能享有之權利義務。及非爲日本臣民則不得享有之權利義務。均與國籍同時喪失。一切之公權公職。皆可不必要何種手續。因國籍喪失。亦皆當然喪失。又雖屬私權。苟爲外國人所不得享有之權利。亦均當然喪失。如戶主權土地所有權等是。民法九六四第一號九九〇第二項然如是亦有不公平之虞。故

關於財產權。則由國家於權利喪失之上。與以一年之猶豫期間。得於其期間內賣與內

國人。

明治三十二年法律第四十九號關於國籍喪失者之權利件

二 及於其妻之效果 喪失日本國籍者之妻。皆與其夫同喪失日本國籍。但此場合。其妻須以取得夫之國籍、即外國國籍爲條件。限於其有此條件之場合。爲喪失日本國籍者。此固由於夫婦國籍同一之精神而出也。

三 及於其子之效果 喪失日本國籍者之子。與其父同取得外國國籍時。則喪失日本國籍。此日本國籍法第二十一條所明定也。法文上有可非議之點二。(其一)單言其子喪失國籍。而不言其爲成年之子。抑未成年之子。夫外國人之歸化日本者。但限其未成年之子爲當然取得日本國籍。今據第二十一條之規定。則日本國民之歸化外國者。雖成年之子。亦與其父同當然喪失日本國籍。則不公殊甚。(其二)單言其子。則凡其子爲日本人之妻。或爲入夫。或爲他家之養子時。皆爲當然喪失日本國籍者矣。與國籍第二十三條所謂制限國籍之喪失者。不無刺背。殊可謂爲大缺點者矣。

凡於此當注意者。即以上所述及於國籍喪失者之妻與子之效果。乃不能適用於爲日本人之入夫。或養子之外國人。因離婚或離緣喪失日本國籍之場合。即此場合之爲入夫。或養子之外國人。雖取得其本國國籍。然爲其妻與子之日本人。苟其爲在日本之家者。固無喪失日本國籍之理由也。唯其子隨其父去日本之家。或其妻不因離緣而爲離婚。而與其

夫同出其家時。則固無保有日本國籍之必要。此亦由父子夫婦國籍相同之精神。當喪失日本國籍者也。國籍法 二十二

第三章 國籍之回復

前章所述。凡喪失國籍之人。固不能必其無回復國籍。仍爲故國臣民之場合。故各國對於國籍喪失者。均設以一定之條件。許其回復國籍。蓋此等之人。一旦縱爲外國人。以嘗已有自國之國籍。與自國有密切關係之理由。不依普通歸化手續。而依輕易之方法。再回復自國之國籍。唯英國不認此例。一經喪失英國國籍。便視作外國人。於再取得英國國籍之時。仍與純粹之外國人取得英國之國籍者依同一之條件。爲歸化之手續。日本國籍法第二十五條乃至二十八條。則認其依簡單條件。回復日本國籍。而國籍喪失之原因。雖有四種。然其因認知或離婚離緣而喪失日本國籍者。不能回復。故國籍回復之原因。祇有二種。茲分爲國籍回復之條件。與國籍回復之效果二節。而說明之如下。

第一節 國籍回復之條件

第一 因婚姻而喪失國籍者之國籍回復之條件

因婚姻而喪失國籍云者。卽日本之女子因爲外國人之妻。依國籍法第十八條之規定。

喪失日本國籍場合之謂也。此女子於回復日本國籍。須具左之三條件。

一 婚姻之解消 因此女子喪失日本國籍之原因乃爲婚姻。故其回復日本國籍亦必先停止即解消其婚姻。而後可。蓋因婚姻而喪失國籍之理由。本出於夫婦國籍相同之意。故使妻取得夫之國籍。倘既解消其婚姻。則妻已回復其獨立之身分。其夫之國籍與日本國籍之間。遂生利害之抵觸。故從其自由之希望。許其得再回復日本國籍。惟於此當注意者。即婚姻之解消。乃因夫之死亡或離婚而發生者。其爲因死亡而解消之場合。雖無他繁雜。然苟爲因離婚而解消婚姻關係之場合。則生其離婚果爲有效成立與否之問題。此問題依法例第十六條之規定而決。當於後幅說明之。惟茲須先一言。既以婚姻解消爲必要。則其不足以爲解消婚姻關係者。如歐洲各國之別居制度。則縱終身別居。尙不足以解消其婚姻關係。故其妻雖已得別居之宣告。仍不能回復日本國籍。

二 在日本有住所者 欲回復日本國籍之女子。須其女子歸日本時。有一定住所於日本者。即住所年限之長短。雖不敢問。而苟欲明有再以日本爲本國及在本國營生活之意思時。則非有住所於日本者不可。故凡有定住所於日本之意思。則雖在返國

之日。亦得回復國籍。

三 有內務大臣之許可。各國於國籍之回復。雖只以上二條件。日本則更須內務大臣之許可。即雖其本爲喪失日本國籍之人。苟有不可付與以國籍者。則仍不許其回復國籍也。

以上爲國籍第二十五條所定。女子有具此三條件者。則得回復日本國籍。惟上所謂喪失日本國籍者之中。須分生來之日本女子。與生來爲外國人而取得日本國籍之女子。二種。據國籍法第二十六條但書之精神而言。雖有似非爲生來之日本人。從其解消婚姻。仍不得回復日本國籍者。然第二十五條之規定。爲絕對的之規定。無若第二十六條之但書者。故就解釋上亦可謂此女子必能回復日本國籍者矣。至第二十五條所以不設如第二十六條之但書者。或以此場合回復國籍者。但限女子。故雖不適用關於歸化權利制限之事項。以回復國籍。亦無他弊害。否則或爲當時立法者之遺漏也。

第二 因歸化而失國籍者之國籍回復

生來之臣民。因自己之希望。任意取得外國之國籍時。其喪失日本國籍者。爲日本國籍法第二十條所明定。苟該日人後日有欲再歸故國之場合。則發生許其回復國籍與否

之問題。此場合各國之立法例。皆較前述妻之國籍回復場合之條件稍爲嚴重。日本國籍法第二十六條之規定。與前之場合作同一視。以有住所所在日本及內務大臣之許可二條件者。均許其回復日本國籍。

據日本國籍法第二十六條。於得回復國籍者之中。可分作生來之日本人與因歸化或其他原因而取得日本國籍者二種。第二種之場合。卽本來爲外國人而至其後喪失日本國籍之場合。依第二十六條之但書。爲不得回復日本國籍。此固爲正當之制限。蓋若許此等人回復國籍時。則如後所述。國籍回復之效力。較歸化之效力尤爲廣汎。有歸化人依國籍回復之手續。免歸化人應受之制限。與日本國民作同一視之弊害矣。

第二節 國籍回復之效力

國籍回復之效力。亦可分爲三種。述之。

一 及於本人之效力 國籍回復云者。卽重復取得爲臣民資格。與生來之臣民同一之謂也。故國籍回復者。得享有一切臣民所得享有之權利特典。非若歸化之場合。有公權享有之制限。故國籍之回復。自回復之時。卽內務大臣許可之時。但對將來而生效力。不溯既往。故與不曾喪失國籍者作同等觀。

二 及於妻之效力 回復日本國籍者之妻。由夫婦國籍相同之本旨。亦爲取得日本國籍。回復日本國籍者之妻。其爲日本人者。因爲回復日本國籍。倘其爲生來之外國人時。則亦因其夫國籍之回復。與夫之歸化之場合同。而新取得國籍。卽因據日本國籍法第二十七條之規定。準用第十三十四兩條。妻取得夫之國籍也。

三 及於子之效力 回復日本國籍者之子。或爲回復日本國籍。或爲取得日本國籍。卽國籍回復者在國籍喪失前所生之子。因其父國籍回復之效力。亦回復其子之國籍。若在其父爲外國人後所生之子。則非依國籍第二十六條之規定。回復日本國籍。乃依第二十七條之規定。準用第十五條而新取得日本國籍者也。故前之場合。不問其子之爲未成年或已成年。均爲回復日本國籍。後之場合。則但爲未成年之子取得日本國籍。其已成年者則依第十條須履行新歸化之形式。而後始取得日本之國籍也。

第四章 國籍之牴觸

前三章所述。是爲日本國籍法上當依如何條件始能取得喪失回復三種之說明。然各國國籍法之規定。互有差異。故亦有已有日本國籍之人。復取得外國國籍之場合。稱此等同時有兩國國籍或無國籍之人。曰國籍之牴觸。分積極的及消極的。二場合。積極的牴觸云

者。如一特定之人，同時有兩國或兩國以上之國家，互爭認爲其國臣民之場合。此牴觸或發生於取得生來之國籍時。或發生於取得傳來之國籍時。消極的牴觸云者。如對於一特定之人，各國家皆不認其爲臣民之場合。此牴觸亦有發生取得生來國籍時。與發生取得傳來國籍時者。日本國籍法。雖曾力避此二種之牴觸。如定外國人之取得日本國籍者。必先喪失其本國之國籍。日本臣民之喪失日本國籍者。亦必先取得外國國籍之條件。皆所以防國籍之牴觸也。然消極的牴觸。固可豫防。至於積極的牴觸。則靡特不能豫防。而從日本維持家族制度之必要上而言。於入夫婚姻及養子等之場合。既不能避國籍之牴觸。且適足以增加牴觸之原因。茲於述適用於此國籍牴觸之法則時。先言須如何場合始發生國籍牴觸。

第一節 國籍牴觸之原因

第一款 積極的國籍之牴觸

第一 生來之國籍之牴觸

夫生來之國籍所以生牴觸者。雖由於國家之間有採血統主義者。有採出生地主義者。然詳細論之。卽採用同主義之國。亦有不能免牴觸者。茲分類述之如左。

(甲)於採血統主義之國法間之牴觸 各國之法制。苟皆採用血統主義、或出生地主義時。宜若不至生國籍之牴觸者。然同一原則。其適用各有不同。仍足以發生牴觸者。卽同採血統主義之法律間、如日本國籍法第二條採懷胎時之血統主義。第一條採出生時之血統主義。今若法國人爲日本人之入夫。於子之出生前因離婚而喪失日本國籍之場合。自法國法言之。則其子依父之出生時之血統主義。是爲法國人。而依日本國籍法第二條。則依懷胎時之血統主義。其子爲日本人。是此子爲因出生而取得兩國之國籍矣。

(乙)採血統主義之法律與採出生地主義之法律間之牴觸 此牴觸甚明。蓋不依國際條約或外交上手段而一定之者。皆不能避此牴觸。如日本採血統主義國之人民。在南美採出生地主義之國生子時。則其子必皆因出生而取得兩國之國籍矣。

(丙)採血統主義之法律及採血統出生地主義之折衷主義之法律間之牴觸 如俄國之法律。不許臣民之脫籍。法國之法律。凡在國內所生之外國人。在國內所生之子。皆爲內國人。是二國法律之間。最易發生國籍之牴觸。日本亦不但限於在外國出生或滯在年月之長短爲喪失日本國籍。故在法國所生之日本人。在法國生子者。亦爲日本人。

然法國則認其子爲法國人。是日本與法國之間。亦生國籍之牴觸。又如英國法國對外國人在內國生子至成年止。居住於內國者。皆認爲內國人。惟至成年以後。則許其選擇父之國籍而爲外國人。是各國法律與日本國籍法之間。亦生國籍之牴觸。蓋日本國籍法凡在外國所生之子。不問其滯在外國年限之長短。皆爲日本人。故與英法各國之以未達成年時認爲其國人者。相牴觸也。

(丁)採折衷主義之國法間之牴觸。雙方共採折衷主義。表面上雖若不至生國籍之牴觸者。實則有最顯著之牴觸存乎其間。例如據法國民法。外國人在內國所生之子。皆視爲內國人。惟達成年後。乃有選擇父之國籍之自由。而對於內國人。在外國所生之子。又依血統主義。絕對的認爲內國人。比利時亦採同一之主義。是法國人在比利時所生之子。由法國觀之。則爲絕對的之法國人。而就比利時觀之。則內國人在外國所生之子皆視爲內國人。則此子亦有兩國之國籍矣。

第二 傳來之國籍之牴觸

生來國籍之牴觸。雖但有血統主義及出生地主義之差異。而傳來國籍之牴觸。則較此爲繁。蓋國籍變更之規定。各國不同。故其結果有在甲國爲喪失國籍之人。在乙國且認爲既

取得國籍者。其原因甚多。不遑枚舉。茲略述其重要之原因如下。

(甲)妻 據日本國籍法。凡爲日本人之妻者。皆取得日本國籍。然在南美諸國。女子雖與外國人婚姻。亦不因之卽喪失國籍。據美國法律。美國女子與外國人婚姻。限於不移住他國者。亦不喪失美國國籍。是日本臣民與以上諸國女子在外國婚姻時。其妻皆爲取得日本國籍。而又有其本國之國籍。於是乃生國籍之牴觸。

(乙)入夫 外國之男子爲日本人之入夫時。是爲當然取得日本國籍。而且不以須喪失其本國國籍爲條件。然在歐美各國。既不認入夫婚姻之制度。自亦無因入夫婚姻而喪失國籍者。故此等入夫。既可不由其本國得脫籍之許可。取得日本國籍。而又保有其本國之國籍。是亦生國籍之牴觸。

(丙)養子 外國人爲日本人之養子時。是爲當然取得日本國籍。然歐美諸國。不以養子爲國籍變更之原因。故歐美人爲日本人之養子時。限於不得其本國之脫籍之許可者。亦生國籍之牴觸。

(丁)私生子之認知 私生子雖因父或母之認知。可取得日本之國籍。但父母之認知。須以時之前後而決其效力。然在德意志、奧地利、匈牙利、瑞典等。私生子皆爲取得母之國

籍。不因父之認知。而對於其子之國籍生何等之影響。在意大利、西班牙、荷蘭等國。則私生子之認知。不拘時之前後。而以父之認知爲重。取得父之國籍。今若其先爲認知之母。係日本人。至其後爲認知之父。係意大利人時。則據日本國籍法。已因母之認知。取得日本國籍矣。而據意大利民法。則又因父之認知。取得意大利之國籍。是其間亦生國籍之抵觸。

(戊) 歸化 因歸化而生國籍之抵觸者。在傳來國籍之抵觸。最爲明著。日本國籍法第七條第五號。以喪失本國之國籍爲條件。是歸化之場合。固不至生國籍之抵觸。然據第十條第一條之規定。則歸化者。固不以此條件爲必要。是亦得發生國籍之抵觸者也。

第二款 消極的國籍之抵觸

如上所述。日本國籍法上。凡取得外國國籍者。非喪失日本國籍不可。故可以發生消極的國籍抵觸者。不過一二場合。其一、日本之女子。爲外國人之妻之場合。據日本國籍法第十八條之規定。此場合。不以取得外國國籍爲條件。故若與無國籍之人。或荷蘭羅馬尼亞及南美等。凡外國女子。嫁與內國人者。皆不因婚姻當然取得夫之國籍之男子。爲婚姻時。則此日本女子。既不能取得外國國籍。又喪失日本國籍。於是遂成爲無國籍之人。其二、

日本之男女歸化外國場合。因一定之期間。再滯在日本。外國以其歸化爲無效之場合。若使其不得回復國籍時。則亦必至於爲無國籍之人而後已。關於消極的國籍之牴觸。不過此一二之場合而已。不足深加研究也。

第二節 適用於國籍牴觸之原則

凡人有國籍牴觸之場合。須如何解決其牴觸。當依其人之屬人法以解決之否。茲區別其牴觸之性質。以論其解決之法則。

第一款 適用於積極的國籍牴觸之原則

凡人皆不能同時爲兩國家之臣民。而又不可不服從一國。故國際私法上。所謂國籍者。獨一無二。如一人而有兩國籍者。不過謂比較各國之國籍法。而有兩國之國籍併存其間而已。夫就一國之法律上觀察之。無論如何場合。其國籍皆爲惟一。蓋以特定之人。同時爲內外兩國人者。在文字上已有牴觸之觀念矣。故當解釋國籍牴觸之問題時。第一須知關於國籍有無之規定。乃不特關於個人之利益。是爲規定國家成立一要素之臣民之資格。關於國家之利益。爲最重大之公法者也。夫關於國籍之規定。既爲絕對的關於公之秩序之規定。如法意學者所謂關於國際公安之規定者。譬如今有一人。從日本國籍法之規定。取

得日本國籍。爲絕對的之日本人。享日本臣民之權利。而且擔負義務矣。則不特不問此人再從他國國籍法之規定。取得外國國籍與否。以此外國之規定。乃有反乎關於日本之公之秩序之國籍法之規定也。故法例第三十條之規定。無論如何場合。皆不得適用於日本。故在國籍之積極的抵觸之場合。若其一方爲日本國籍時。則當依日本之國籍法。定其人之本國。以決其法律關係。日本法例第二十七條第一項但書之規定。卽所以言明此原則之一部分者也。由以上原則之結果。若內國之國籍與外國之國籍相抵觸之場合。不論其原因之如何。亦不問其抵觸之國籍取得前後之如何。皆當認爲日本國籍。故茲所特說明之國籍抵觸。但就相抵觸之國籍共爲外國國籍之場合而已。今若有一外國人生兩國以上國籍抵觸之場合。當依何國籍以定其人之本國法。則固不可不依其抵觸原因之如何。而區別之也。

第一 生來國籍之場合

今若有一外國人取得兩國以上生來國籍之場合。因欲定其人之國籍以決其本國法者。則此外國人之本國。不論其爲何國。既皆不關於我國之公之秩序。則惟由各國所認爲國際私法上之原則。以其正當之一方。定爲其人之本國法。然如血統主義與出生地主義抵

觸之場合。則此兩主義之優劣。既不能明。則不可不依場合而區別之。

(甲)此外國人之現有住所。在於何國之場合。即若有甲乙兩國國籍之外國人。其現有之住所。在甲國或乙國時。則以其住所所在地之國籍。定爲其人之本國法。蓋此外國人。既有甲乙兩國之國籍。苟其住居。乃在甲國者。則甲國之法律。固可視爲其所特選。故重住所地法。以定其國籍。且得適合於當事者之意思。及其國法之精神也。

(乙)住所皆不在兩國之場合。若此外國人之住所。皆不在甲乙兩國。而在第三國時。則此場合。學者或以爲國籍無輕重優劣之分。此人當與無國籍人同視。雖亦有主張依日本法例第二十七條第二項。以其人之住所。法定爲其人之本國法者。然此人實際。不特爲有國籍之人。而且有兩國以上之國籍。若以之與無國籍人同視。則殊不合於事實。故此說殊未當。然則究爲取得何國之國籍。則此場合。既不能知當事者之果置重何國。亦只可比較兩國國籍法之主義。以爲取捨。故此場合。不得不以近於日本國籍法之主義者。爲其國籍。例如法國與日本爲同採血統主義。自以採用法國主義爲當也。

第二 傳來國籍牴觸之場合

此場合亦然。倘其兩國之國籍。有爲日本之國籍時。則不問其國籍取得之前後。皆依日本

之國籍法。定爲其人之本國法。此法例第二十七條第一項但書所明載者也。然使兩國之國籍。皆爲外國時。則此場合。與生來國籍之抵觸異。蓋其取得兩國國籍之原因。與出生之事實異。非能同時發生。乃必有先後者。卽傳來國籍抵觸之場合。其相抵觸之國籍發生之時不同。故日本法例第二十七條第一項。據「後優於先」之格言。依其最後所取得之國籍。定其本國法。例如不認國籍喪失之俄國人。歸化德國。取得德國之國籍時。俄德兩國之國籍雖併存。而日本判定其國籍之場合。則以其歸化後所取得之德國之國籍。決定其爲德國人。蓋近世移住脫籍之自由。實爲文明各國所共認。縱使俄國制限此自由。不許其國人取得他之國籍。然此不過爲關於俄國之公之秩序之規定。非一般國際間之所承認者也。故其人若由德國更移住他國之場合。則亦以其最後之國籍爲其人之國籍。日本法例第二十七條第一項。卽規定此原則與各國之法例相一致者也。

第二款 適用於消極的國籍抵觸之原則

關於消極的國籍之抵觸。卽全無國籍者當以何國法律爲其人之本國法。則其雖爲無籍之人。究係外國人。非日本人。故其不能以日本之法律爲其本國法者。不待言矣。然因此外國人乃爲無本國之人。自亦無有本國法之理。則對此無籍人。究當如何適用。依當事者本國法之

規定。學者雖亦有主張當依其舊本國法者。然得知無國籍人之舊本國之場合極少。且即使知之。而當事者既已脫離舊本國。無論其已不服其舊本國之法律。若第三國仍以其舊本國法爲其本國法時。是不特有背當事者之意思。且亦反乎認本國法之主義。故多數之立法例及學說。皆以其人之住所地法爲本國法。若住所不明時。則以其所在地法爲本國法。蓋亦出於不得已之結果也。日本法例第二十七條第二項。亦採此主義。

第三款 一國數法

關於國籍抵觸之說明。既終。有更須一言者。卽一國之間。有互異之法律併行之場合。則以何法律爲其本國法者是也。蓋依當事者本國法之場合。國籍之抵觸問題。既已決定。然雖知當事者之本國。而其國之法律。乃因地方而有差異之場合。則當以其本國何地法律爲其本國法。例如瑞士或北美合衆國之組織聯邦之各州。就其私法上。猶與獨立國同。聯邦間之法律。彼此互異。則雖知其爲瑞士人。或美國人。然其人之本國法究爲何法律。則仍不能詳。英國亦然。不獨在英格蘭、蘇格蘭、愛爾蘭間。行各異之法律。卽各殖民地間。亦行各異之法律。故縱知其爲英國人。仍不得知究以何法律爲其本國法者。日本舊法例對於此場合。有從其當事者住所地法律之規定。就字義上解釋之。在其本國之領地內。有住居之場

合。固可適用爲其本國法一種之住所地法。然其當事者之住所。乃在第三國時。則豈不解釋爲適用住所地之法律。即第三國之法爲當事者之本國法乎。若然。則殊有背於舊法例之精神。惟德國一部之學者。有以此主義爲正當者。謂當事者之本國。有互異之法律併行之時。則以之與無國籍人同視。無論在何場合。皆從其現在之住所地法。然此說亦未當。蓋既知當事者之本國。且知其有本國法之存在矣。而以之與無本國法者同視。是不特有反乎事實。且若適用第三國之住所地法時。則亦有反乎認本國法之本旨。故日本現行法例。改爲依當事者所屬之地方之本國法。無論在何場合。其實際所適用之法律。皆當爲其當事者本國所行之法律中之一。至其當事者之果屬於其本國之何地方。則非爲我法律所能決定之問題。而以其本國之憲法行政法及其他公法之規定爲定。

第五章 住所及住所之抵觸

本編既終。關於住所及住所之抵觸。尙須一言。關於住所之點。現今各國皆襲用羅馬法之原則。須具二條件。卽意思及一定之事實。是詳言之。卽須有在一定之土地。營生計之事實。及有定住其地。謀生計之意思。然住所之性質。各國雖皆取一定之原則。至此原則之適用。則互有不同。尤以英美法系之國。其爲法律適用之基礎。不重國籍。而重住所。對於住所。特

爲重要。且英美人之長住外國者。亦較他國爲多。關於住所之觀念。及研究之必要。亦較他國爲重。故英美法學者。多致力於此。今關於英美法住所之原則。簡單說明之如下。

第一 凡人皆須有一定之住所。

第二 其住所不可不惟一。卽不論何人皆不可同時有二個以上之住所。

第三 一經取得一住所。非再取得他之新住所者。則不得失此舊住所。

第四 限於能獨立之人。卽有完全能力之人許其有選定住所之自由。

以右列之四原則爲基礎。故英美學說之解釋住所。皆爲外國人營永久生活之場所。區別

爲三。(第一)生來之住所。卽人出生當時所取得之住所。例如嫡生子取得母之住所(第一)

法定住所。卽依法律規定所定之住所。例如未成年之子取得父或母之住所(第二)

選定住所。卽獨立之人所選定之住所。三種是也。

此三種中。所謂生來之住所。與第二之法定住所無異。而尤以法定之住所爲最要。則住所

不過選定住所與法定住所二種。是雖爲歐洲各國民法所同認。至日本民法。則住所之有

無。一任於事實上之認定。據法律之規定。排斥住所推定主義。卽法定住所故日本民法上之住

所。只有任意的事實之住所之一種。且據日本民法主義。以住所爲各人生活之本據。爲獨

一無二。故同時亦認無住所者之存。民法第二十三條及民事訴訟法等。且不包含以居住爲視爲住所之住所。日本民法二十條但書參照。德意志法系諸國。雖亦與日本同。以生活之本據爲住所。然亦認一人同時有二個以上之住所者。此等住所之觀念。各國之立法主義。互有差異。故對於住所亦有生抵觸之場合。且在選擇住所之場合。果能符住所之要件與否。是爲事實問題。有爲甲國裁判官所判定。而乙國裁判官則非認之者。尤以英美主義。不問如何場合。皆以人必須有住所。且非取得新住所者。則不能失本來之住所。倘其國之人民。因有住所。所在日本。日本雖認其住所。而在其本國則固以滯在日本之事實。不能爲取得日本之住所。主張以其本國爲住所。則此場合。是關於住所。亦有生積極的之抵觸者矣。

夫此等住所抵觸之場合。關於當事者住所地法所當依之法律關係。究以何住所爲其住所地法。則此問題之解決。與關於國籍抵觸之問題同。可依日本法例第二十八條第二項準用同法第二十七條之規定。卽若當事者所有之住所中。有一在日本時。則不問住所取得之前後。皆以在日本之住所爲其人之住所者。以定其適用之法律。

若其當事者所有之住所。皆在外國時。則此場合。可以其最後所取得之住所爲標準。然據德意志之學說。有謂此場合。當以其舊住所爲定者。以爲須先從其第一次所取得住所之

法律。苟仍續有其住所者。則雖另取得新住所。其效力仍足以及之。故若依從來之法律。不認其所得新住所者。則後之住所。亦不能存立。故曰當依第一次之住所。尼邁爾基德爾受等然此說未當。蓋住居及移轉之自由。固爲今日各國憲法所承認。而移住外國之自由。亦爲國際間所同許。既認有國籍變更之自由。則無關係於國籍變更之住所變更。亦不可不放任移住者各人之自由者。不待言矣。由此移住自由原則之結果。則取得新住所之場合。非爲決定依舊住所法律抑依新住所法律之問題。是爲決定從其新住所地之法律。果可認其人爲無住所者否。故果已取得新住所者。則第三國所當採之主義。其以最後住所爲標準者。既適合於移住自由之原則。又適合於本人之住所選擇之自由。此日本法例所以採最後住所之主義也。

又依當事者住所地法之場合。若其當事者在各國均無住所時。即住所之消極的抵觸時當據何法律。則國籍有消極的抵觸之時。則如適用住所地法然。以居所地之法律補其住所地之消極的抵觸者可也。捨此以外。殊無他法。故日本法例第二十八條第一項亦規定之。若當事者住所不明之場合。即無住所之場合及縱有住所而事實上不明之場合。皆依其居所地之法律。

第二編 外國人之地位

外國人之地位云者。外國人於其滯在國法律上所享有之權利及負擔之義務之實際上狀態之謂也。近今文明國家。皆行獨立自由之主權。基於國際公法或普通慣例。皆負有保護外國人權利之義務。而國際私法者。又以本國際公法上之原則。外國人皆享有特定之權利保護爲前提。欲明適用於其所享有權利之法則。以完全保護外國人權利。由是必要而發達者。故欲攷究國際私法。非先明外國人之地位不可。所謂外國人者何。已詳於國籍法中。故但稱非內國人者。即無內國國籍之人者爲外國人可矣。故本編於研究外國人之地位。分爲三章。第一章述其沿革。第二章述日本現行法令之外國人地位。第三章述日本國民在各國之地位而比較研究之。而後於第四章述外國人在日本之地位。

第一章 外國人地位之沿革

溯厥古昔。觀於在其國中外國人地位之如何。卽可以觀其國文化之程度。蓋隨文化之發達。外國人之地位。亦隨以進步也。在古代未開化之社會。以鎖國爲主義。各據其地。互相讎視。故因維持國內共同生活之必要。遂舉凡一切之權利保護。皆認爲其國民之特權。敵視外國人。概不保護其權利。及文化稍開。國家的共同團體之組織。漸次鞏固。於是乃生保護外國人權利之必要。內外人之分別。益以倫理的及政治的爲其等差。如愛國心參政權等。

居於國民之本分。特權者誠非可以與諸外國人。至若私法乃以定個人間平等關係者。則對於外國人。非其有背國家之公益者。皆以之與內國人同視。而亦保護其權利。今若更欲徵之東西歷史以研究其沿革。則世界各國之法制。皆由拒絕外國人之敵視主義漸進於內外人平等主義。而經左列之五期。

第一期 敵視主義

第二期 賤外主義

第三期 排外主義

第四期 相互主義

第五期 平等主義

第一期 敵視主義

太古之社會無論矣。自有史以來。古代民族由生存競爭之必要。漸擴充共同生活之範圍。各成部落。奠族。建設國家。以武力為前鋒。故其自然狀態。皆不尚平和而主戰爭。稽諸史冊。具有明證。蓋當對歐洲大陸各民族。土壤相接。國境以外。盡為耿耿敵視之人。苟非征服他國。則不足以自存。故由維持自己共同團體之必要。遂無遑為外國人與敵國人之分。是以

此時代之國民。皆以外國人與敵國人同視。各採鎖國攘夷之主義。以排斥外國人爲國法。觀於拉丁語及德意志古代之語。所謂外國人皆含有敵國人之意者可以知矣。夫當時既仇視外國人。以殺傷其生命剝奪其財產爲正當矣。則外國人對其身體財產不能受何等之權利保護者。亦不待言矣。

第二期 賤外主義

社會文化既漸開。則虐待與自國有不利關係之外國人之事亦減少。共同團體之組織。日以完備。卽與異教殊俗之人相接。亦稍稍無生命之危。此時則認許內外國人之往來。然對於外國人。尙擬之禽獸。如清國古代。稱國境以外之人曰東夷曰西戎南蠻北狄者。蓋由於言語風俗習慣之不同。故其感情亦不能融洽。且在文化幼稚之時。無政治家教之分。以宗教爲統一民心之要具。視外國人之異其宗教者爲異端。由鞏固其共同團體之必要。對於外國人殊奴隸之不若。不特法律上無享有權利之能力。且爲社會所不齒。證諸印度埃及猶太希臘羅馬及我中國之古代史。可以知矣。

第三期 排外主義

各國國民之交通。往來既增加。賤外主義。遂以減少。知外國人之未可以禽獸視也。然國民

的利己之思想大熾。不許外國人有特別之利益。且沒收其所取得之財產。入君主或國民之私囊。稱此時代爲外國人排斥主義。卽賤外主義者。爲外國人品質的優劣之觀念所胚胎。而排外主義。則爲內外人實質的保護之區別所由來也。故排外主義之初期與賤外主義之末期。實際上之結果雖無所軒輊。而其思想則迥不相同。蓋賤外主義之時代。以外國人不服從國法及不能享保護爲原則。惟由於特定之保護排斥外國人使較內國人立於不利益之地位而已。其遺風猶存於今日。如內外人之結婚及歸化之禁制。則發源於賤外主義。外國人遺產之沒收及土地所有權之禁制。則根於排外主義者是也。

第四期 相互主義

文化既開。通商貿易漸以進步。知排外主義爲有妨各國民交通之自由。及排斥他人固不能必其有益於己國也。於是各國之立法者。遂限於不害國家公益之範圍內。增進外國人之地位。然國家間之關係。較個人間之關係爲更甚。一國若優待他國國民。則亦期他國之以吾所優待其國民者優待吾國民。以應其程度而爲優遇爲原則。稱爲相互主義。可別爲外交上之相互主義與立法上之相互主義二種。

(一)外交上或條約上之相互主義云者。以外國人私權享有之條件。繫於條約上之擔保

爲主義。卽外國人之待遇。一視其本國條約上所附與自國人之權利者。與以享有同一之權利之規定。創於法國民法。比利時希臘盧森堡瑞士等國皆採用之。

(二)立法上或法律上之相互主義云者。以外國之法律所許容自國國民之程度。而附與外國人以私權爲原則之各國法律之謂也。卽法律上之相互主義者。爲矯正條約上之相互主義。如德意志民法施行以前之普通法。及奧地利匈牙利瑞典諾威塞爾比亞等之民法皆屬焉。

夫私權之保護及享有之問題。是爲一國私法上之問題。屬於國家自由規定之規定。故國家以相互主義爲保護其私法上人類權利之基礎者。殊與現今法律思想相背馳。不當實甚。且採相互主義諸國之法律。於保護同一之權利。亦依權利者所屬國法律之如何而異。故與劃一私權保護之法律思想相反。然如法國民法採條約相互主義。其最爲有恆久的性質之私權享有者。概依外交政策爲準。而一任於條約上之規定。殊不特有背一國民法及通商條約之性質。且使無條約之國人。竟不能享有何等之私權矣。其有害內外人交通之自由。妨取引之安全者可知矣。故法國學者夔用羅馬法之市民法及萬民之區別。分私權爲民權與自然權二種。民權者原則上爲專屬於內國人之私權。外國人則依民法第十

一條之規定。須有相互條約之規定。而後始得享有。自然權者則爲不必要條約上之相互。外國人皆以同等享有爲原則。然民權及自然權之區別。本爲機械的之區別。而無學理上之根據。依學者之見解而異其標準。惟因外國人地位之法律思想漸次發達。而自然權之範圍。卽外國人當然享有之私權之範圍。亦漸增進。而所謂民權之範圍。遂以縮少。延至今日。已幾無存矣。故現今法國之法學者。對於民法第十一條之解釋。極爲困難。妄加推測。主張以外國人與內國人享有同等之私權爲原則。其結果。學說上及裁判例皆與民法之明文爲反對之解釋。至與明文相牴觸焉。

祖述法國民法之比利時國。亦規定之於民法第十一條。然因立法之改正及學說之進步。現今在該國之外國人。殆皆不須相互條約而得享有私權。惟於養子及爲養子之權爲後見人之權等。二三之私權。卽所謂民權者。須藉互條約之擔保而已。要之。以相互主義規定私權之享有者。實不能容於現今之法律思想。故或依立法上之改正。或依裁判上之解釋。其迹遂亦漸以消滅矣。

第五期 平等主義

規定私權享有之相互主義。既不能行於現時。故近世各國皆排除此主義。卽當時模仿法

國民法之國。亦皆捨之而採內外人平等主義。以荷蘭民法爲首。蓋千八百二十九年所制定之荷蘭民法及法例。實爲近世國際私法之發達上一大影響。可謂爲當時最進步之法律思想矣。該法例第九條「王國之民法。除法律所定例外之外。對於荷蘭人及外國人均適用之」之規定。民法第一編第一章私權之享有及喪失之規定。亦以內外國人同有享有私權之能力。茲錄其文如下。

第二條 在王國之領土內者。皆爲自由人。有享有私權之能力。

奴隸或其他人役。不問其性質或名稱之如何。在王國內皆不認之。

第一項卽謂凡在荷蘭國內之人類。不問其爲內外國人。皆有享有私權之權利能力。第二項所以特書明不認奴隸及其他之人役者。蓋以雖爲今日當然之法理。而該時奴隸之制度尙存。故雖在他國爲奴隸。苟其在於荷蘭國內者。則皆爲自由之人類。亦得享有私權。此實表明私法爲人類的及私權爲人類所當同享有之權利者之嚆矢矣。

繼荷蘭民法亦書明內外人平等主義之法律者。爲千八百六十五年制定之意國民法第三條。其條文曰。

外國人享有屬於內國臣民之私權。

此條文爲比塞尼里及曼志尼等。基於自由平等博愛三大綱爲絕對的之內外人平等主義之原則。外國人無論如何場合。皆與意國臣民享有同一之權利。夫當時歐美諸國排外主義及相互主義之學說。與立法例尙存。意國立法者。斷不能無條件認內外人之同權。故歐美各國學者。皆極頌揚意國立法者能先各國斷行內外平等主義。而意國立法者亦善能保持民法第三條之精神。不設以特別之限制。故現今在意國之外國人。除意國船舶所有權及漁業權制限外。皆與意國人享有同等之私權。

其他如葡萄牙民法千八百六十一年制定第二十六條西班牙民法千八百九十年制定第二十七條。規定

「除法律及條約有特別規定之場合外。外國人與內國人同享有私權。」孔哥國法律千八百九十一年二月二十二日第一條。規定「外國人皆享有私權。關於其身體及財產之保護。與內國人

有同一之權利。」千八百七十八年南美八國間所調印之「里馬」條約草案第一條。亦與意國民法第三條同。規定「外國人與內國人享有同一之私權。」英國千八百七十年之歸化條例。亦廢止其慣習法之排外主義。外國人與英國臣民同。附與以取得及所有動產不動產。且爲讓與之權利。故英國現行法。亦採內外人平等主義。在英國之外國人。除英國船舶所有權及其他一二例外之外。皆與內國人同。均得享有私權之全體。美國由其各

州之法律不相同。雖不能概論。而外國人除不動產所有權及船舶所有權之制限外。而於與內國人同享有私權之原則。則皆一致。此外如瑞典諾威丹麥俄羅斯等。亦皆以平等主義爲原則。

要之私法上之內外人平等主義。實爲近世文明各國法律思想進步之結果。蓋現今權利及人格之觀念。以形式的論之。雖不外爲各國立法者之創定物。而以實質的論之。則在於各人之法律思想有世界的卽人類的之性質。而有各國之立法者不能不加以保護之性質也。夫國家之主權。固屬萬能。保護個人之權利及人格與否。全爲自由。非爲人類之天賦固有之權利。然此不過理論而已。實際則必須保護個人之權利。而不能不認定其人格也。碩儒埃林克謂現今之權利及自由。如空氣及水。不問內外國人。皆爲共同享有之共有物者。卽所以表明此法律思想者也。又由國際法上論之。各國所以有認定個人之權利及自由之義務者。亦爲違反國際法上慣例之結果。蓋各國有保護其國民之權利自由。且有使他國亦須尊重之之權利也。近世之法律思想。既認私權爲有人類的性質。故國際法協會調查國際私法之原則。千八百八十年會議於奧古斯弗德。滿場一致。揭左之原則於國際私法之八大原則之首。

第一條 外國人不問屬何國家及屬何宗教。除現行法律所特設例外之外。皆與內國人享有同一之私權。

且由國際法協會。以左列條文。勸告各國立法者採用其說。及締結國際條約。期之實行。其緒言略謂本協會願各國民法一般皆採用左之八大原則。且以左列規定所揭之國際條約。爲第一條之補則。而擔保實行。

各締盟國非相互得他之締盟國全體之承諾者。對於此規定皆不能更設何等例外之約。

現今尙有例外之諸國。務速改良其內國法制。期與此規定一致之約。參照國際法協會年報第五卷第五

頁十六

右之決議。既爲現今各國一般公法學者所承認。其原則又爲現今文明各國立法者所採用。故在今日一國之私法。決非專屬其國民。乃以人類爲基礎。因人類故而保護人類之權利也。簡單言之。卽私法者人類的。私權者人類所得享有之共有物也。故碩儒羅蘭起草比利時民法草案之時。排斥從來各國之立法例。其第五十條。於私權享有之點。設左之規定。凡人皆享有私權。

其理由謂此草案依附與私權於一切之人。凡外國人皆與比利時人同視。誠以據我國公法。一切人類。皆爲法律上之人。使外國人亦與內國人等。享有私權。不須如意國民法設特別之明文云云。此草案雖尙未成爲法典。而揭外國人與內國人同享有私權之規定。爲自明之理。而屬於無用之規定者。肇於是矣。

次於比國民法草案。於千九百年正月初一實施之德意志民法。雖無明載外國人私權享有之規定。然亦本此趣旨。蓋德意志民法第三十一條。對於外國政府或外國人報復權之規定者。卽以外國人除特別之制限外。皆以與內國人同享有私權爲前提之原則也。至其爲前提之平等主義之原則。所以不規定於民法中者。已詳於德意志民法理由書。誠以現今國際私法上之以外國人與內國人同享有私權者。既屬於當然自明之法理。故不須特別之規定也。

日本民法第二條「外國人除法令或條約所禁止之場合外皆享私權」之規定者。亦仿各國之立法例。明言內外人平等主義之原則也。然現今文明各國已皆以之屬於自明之法理。不用明文矣。而日本則以現今之立法上。關於外國人權利之主義。適值大變遷之時。故不能不特設此規定。蓋日本之法制。乃爲最近之五十年間。由敵視外人之主義。一躍而進

於平等主義。當黑船出沒於近海之時。刑法上尙不認外國人之人格。自舊條約締結以後。雖亦漸認人格。而原則上外國人則仍無權利。維新以降。法律制度。漸取範於泰西。外國人之無權利主義。始漸消滅。師近世文明諸國之通例。亦保護外國人之權利自由。其爲國家公益上所當限制之權利。皆一一設爲例外。載以明文。卽對於無條約國之人民。亦以付與以一般外國人所享有之權利保護爲原則。故日本現時。亦可謂不須民法第二條之規定。對於外國人。除法令有特別之限制外。皆以與內國人同享有私權爲原則矣。蓋日本由法律思想之自然的發達。事實上固須採用內外人平等主義之原則。保護外國人之私權也。而此法律思想之發達。卽爲日本文明之進步。而日本國民所以與歐美列國爲對等國。及有交際之權利者。亦存於此。惟此原則。向不見於一般之法律。故苟欲編纂新民法。亦如德意志民法。不明言此原則時。則法律之適用上。或有誤解之虞。故如解釋外國人之地位者。固屬無用。而在過渡時代之法典。則亦宜概括的明言之而已。故民法第二條。實爲據日本立法之沿革的理由而爲必要之規定也。

要之私法上之內外人平等主義。實現今各國通則。苟其自認爲文明國者。則其國之立法者。對於外國人除明文或實際上有禁止外國人之明文外。皆認外國人與內國人享有同

等之私權。惟所謂平等主義原則之例外。禁止之多少。則依國情而異其程度。如意國英國則僅有一二條。如德國法國美國則有四五條。然雖同有多寡之差。其實現今各國所禁止或制限外國人之私權。概不外左之事項。

- 一 土地所有權之制限
- 二 船舶所有權之制限
- 三 漁業權之制限
- 四 礦業權之制限
- 五 訴訟上保護之義務

第二章 外國人地位之現在

本章爲說日本現在外國人之地位。

日本法令上外國人之地位可分爲公權私權二種。然公權私權及公法私法之區別。自古以來學說不一。非吾輩所能概論。茲但就普通之學說而言。則規定國家與個人間之法律關係之法律是爲公法。規定個人相互間之法律關係之法律是爲私法。依公法規定所保護之利益爲公權。依私法規定所保護之利益爲私權。茲分列日本現行法令上外國人所

享有之公權及私權之大要如左。

第一節 公權

公權可分左三種

一 個人因對於國家之關係上所生之權利即所謂國民權及人權者。爲以個人的自由之保護爲目的之權利。

二 個人對於國家請求保護或救助之權利。

三 個人參與國家統治權行使之權。即參政權即個人以國家的共同團體中一員之資格。

自國家之機關而行動或參與國家機關組織之權利。

第一款 個人的自由權

個人的自由權或人權云者。即不受國家干涉之自由範圍是也。蓋個人自然的行爲之自由。多不受國家之制限。故對於此等行爲。亦無特設明文爲其保障之必要。惟於或種之行爲。自古以來有受國家之制限者。故因確保所謂國民之基本權或人權。而有除去國家制限之必要。蓋近世公法之發達。實由此必要所發生。始於英國權利之憲章。而成於美國獨立之憲法。殊以自千七百九十一年法國大革命之憲法所謂人權之宣言者。益擴張其範

圍以來。各國憲法遂皆生保障個人自由權之習慣。即除去此等制限之憲法及法律之規定。同時以免國家干涉之權利而與個人者也。故個人的自由權。是爲對於國家之行政行爲之制限。然以其爲行政法上必要之問題。今因欲說明外國人能享有何等之個人的自由權。故便宜上先略別爲四項。分述如左。

一 往來住居之自由

二 身體之自由所有權及住所之不可侵

三 信教言論著作集會及結社之自由

四 營業之自由

以上所揭各種之自由權。先就外國人在日本國法上如何享有及受如何制限而研究之。此等之自由權。在近世文明各國。外國人雖皆以享有爲原則。然外國人固不能必與內國人享有同一之程度。又此等之權利。往往有爲行政權行使所左右之虞。故各國因保護其在外臣民權利之必要。概以通商條約爲享有此等權利之擔保。故於研究此等外國人之權利。既當研究日本現行之法令。尤當研究日本現行之條約。

第一 往來住居之自由 昔時來往於日本之外國人。皆享領事裁判權之特典。其享受

特典之範圍。限於所謂開港地者。出此區域以外時。雖爲單純之旅行。亦須受許可。然自明治二十一年之日墨通商條約及明治二十七年以來。與歐美各國締結之通商航海條約。皆基於近世文明間之慣例。規定彼此對等之權利義務。互相約定與其國民以往來住居之自由。例如日英條約第一條第一項。「兩締盟國一方之臣民無論到於他方之版圖內何地旅行或住居。皆得隨意爲之。且對其身體財產。皆得享受完全之保護。」之規定等。是也。

此等之改正條約。自明治三十二年七月實行以來。現今歐美各條約國之人民。凡在日本版圖以內者。皆完全享有往來居住之自由。然外國人所享有往來住居之自由。亦非若內國人之絕對的者。乃有(一)入國之拒絕、(二)放逐、(三)犯罪人引渡之制限。即對於有害日本安甯秩序之外國人。日本政府皆得拒絕其來往。或既已來住者。則得放逐於國外。然此場合苟爲其本國政府所放逐者。則不能不收容。反之日本臣民無論如何皆無禁止其海外歸國之事。而亦無放逐於國外之事。日本憲法第二十二載「日本國臣民於法律之範圍內有居住及移轉之自由。」故欲制限日本臣民在日本國內居住之自由時。則必以法律之形式爲之。近來日本立法者。亦採各文明國之通義。不發布放

逐日本臣民於國外之法律。故日本臣民皆得絕對的居住於日本國。此點蓋外國人與內國人差異之特典也。外國人之來住拒絕及放逐。實際亦常生複雜之問題。故千八百九十二年國際法協會。爲建議謂。(一)許否外國人之來住。或以一定之條件認許之或放逐之之權利。雖爲各國主權獨立之論理的而且必然的之結果。(二)然非就人道及正義之觀念。使各國於與其公安可以兩立之範圍內尊重來其國或已在其國之外人之權利自由者。皆不需使行此權利。故(三)由國際上之觀察點。殊有定爲一般所共認原則之必要。因提出關於外國人之入國及放逐。列國所當共守之原則。今錄其主要之規則如左。

第六條 如基於風俗文化之根本的差異。或結隊來集之外國人危險團體。「或增加」有公益上之重大理由者。得一般且永久的禁止其外國人入國之自由。

第七條 不得但以保護內國勞動者爲來住拒絕之理由。

第八條 戰爭內亂或時疫流行之時。暫時制限或禁止外國人入國之權利。不爲此規定所妨。

第十條 不能因禁止外國人之入國或居留而賦課苛重之稅金。

活之自由。如英美各國之尊重個人之自由。人類隨其心志之所欲有爲來住生存之權利。固不能以勞動者而否認其來住之自由。故如美國及歐洲各國之殖民地。往往以保護內國勞動者爲口實。特禁止我國及日本勞動者之往來者。實蹂躪此權利自由。大背於公理。而國法協會則既認定除有公益上之理由外。概不得禁止外國人之來住矣。更特言明「不得單以保護勞動者爲口實拒絕外國人之來住。」蓋所以防遏此不正當之禁止也。換言之、近世國際法學者之定說。概謂所以不能禁止外國勞動者之來住者。亦與不能禁止外國商人旅客之來住等。主張不能禁止勞動者之來住。夫通說既如是。則如濠洲殖民地及美國諸邦之妄禁止我東洋勞動者之來住。或課以過分之上陸稅。及考驗外國語言等者。實有反於國際法基礎之正義。人道之原則。且可謂爲蔑視我與列國同等之國權矣。但英國殖民地。則悉憑彼我對等之基礎。互不加入於擔保臣民來往自由之改正條約中。又日美條約第二條末項。尙附記有第一第二兩條所載勞動者移住之規定。不因他法令而受影響。故美國將來苟有制限外國勞動者之移住。則日本勞動者亦不能不依此條約之規定而從其制限也。

關於犯罪人引渡。則外國人除政治上之犯罪。卽國事犯之外。概以引渡爲原則。內國人

則無論何種之犯罪。概以不引渡於外國爲原則。然近來關於犯罪人之處罰。從國際共同思想之發達。有互結條約。關於某種之犯罪。卽內國人亦須引渡於外國者。日本惟明治十九年與北美合衆國有締結犯罪人引渡條約。此外各國則皆無此項條約。又明治二十年八月敕令。第二十四號發布逃亡犯罪人引渡條例。其第一條有一所謂破廉損恥罪卽如強盜殺人詐欺取財等犯罪。雖爲日本臣民。依相互主義之條約。亦有引渡於外國之場合。之規定。是爲本國人不能放逐於國外原則之例外。且爲對於憲法所保障之居住移轉自由之例外矣。又關於本國人引渡於外國與否。歐洲大陸各國皆採消極主義。英美則採積極主義云。

犯罪人引渡之事。本屬於國際刑法之範圍。非本書所概括。故但於外國人與日本臣民權利之異同論之。

以上爲歐美條約國民之說明。故關於無條約國民及我國人等。條約上本無何等之規定。故日本政府對於此等國民。皆得制限其往來之自由。或制限其居住之區域。然苟非出於實際上之必要者。則亦與歐美條約國民同。如現時日本之不能制限我國人及無條約國民之自由者是也。惟勞動者則非得地方長官之許可。則不能於居留地外。從事

農業漁業鑛業土木建築製造運搬挽車業及一般雜役等。但其爲僕役者。則不在此限。

第二 身體之自由住所及所有權之不可侵 此等權利外國人亦以與內國人享有同一之權利爲原則。蓋外國人之有對於不法之逮捕拘留侵入家宅搜索家宅差押沒收及不法之徵收公用等之保護權利。實爲條約上所明定者也。例如日英條約第一第四兩條。及他國關於此項之條約亦皆一一規定。惟放逐及犯衆人引渡之點。則如前段所說明。與處理內國人者異。故其結果受逮捕拘留搜索家宅差押沒收等。亦與內國人異。又如身體財產之保護。外國人或較優於內國人者。如對於內亂或暴動等。內國人對於身體財產所受之損害。政府以不賠償爲原則。外國人則因不可抗力。身體財產所被之損害。其本國政府可依外交手段。要求此等損害發生地之政府。爲相當之賠償。最近幸。而須負擔共同危險故也。

如北清事件

蓋國民者爲國家之一員。國家之不幸。卽國民之不幸。國民之不幸。亦國家之不

第三 身心及信教之自由、言論著作集會結社之自由、精神上三此等之自由。亦以外

國人與內國人享有同一之保護爲原則。而信教之自由。則以條約擔保之故。外國人不但有信教之自由。且可行公私之禮拜。卽從宗教上之慣習。而爲埋葬等是。此等事之規

定於條約者。在文明國間皆視爲當然。而且加以擔保。如東西洋宗教風俗互異之國民間。則尤不可不設此規定。然在日本。則外國人無論如何場合。關於此等之自由。皆爲當從日本之法律命令及其他之規定。蓋信教之自由。雖爲條約所保障。苟其爲有反公之秩序之宗教。則仍得禁止之。且得放逐傳教之人於國外。

又思想之自由。卽言論著作之自由。外國人亦與內國人享有同一之保護。據新聞紙條例第六條。從其本國法雖爲未成年。而年齡滿二十歲以上。居住於日本者。得爲發行人。編輯人及印刷人。而據明治三十二年七月初一日之改正法則。外國人之居住日本者。皆與內國人享有同一之自由。故關於此點。亦與內國人同。惟在東京橫濱神戶爲發行人。則須附加保證金。此不過爲間接之制限而已。蓋亦由於外國人在日本發行新聞者甚少故也。歐洲各國則不然。例如法國據千八百八十一年之新聞紙條例。卽居住於法國之外國人。亦不得爲新聞紙及定期刊物之發行人及編輯人。

外國人亦有集社結會之自由。惟不得爲政治上集會之發起人及演說。或社員。此制限本屬當然。蓋如後輻所述。外國人在內國不能享有參政權。故關於內國之政策。外國人亦無談論之自由也。又一般之結社。固屬自由。與內國臣民受同一之保護。然多數之國。

對於勞働者職工之同盟組合。皆禁止或制限外國人之加入。日本將來亦必設此制限。

第四 營業之自由 現今文明各國。皆承認所謂營業自由之原則。即各個人皆得隨其所欲。在各地營業之原則。然對於外國人。則不能概論。蓋茲所謂營業者。為義甚廣。不特如製造工業販賣業運送業等。為受商法支配之商業。即其他之業務或職業亦包含其中。今細別之如左。

一 普通之商工業 除須特別之免許或一定之資格者外。外國人皆與內國人同得營一切之商工業。惟此點近世之通商條約。概以明設規定為例。日本與歐美諸國之條約。亦明載此節。例如日英條約第三條。日法條約第四條等。皆據此等之規定。外國人得從事製造業手工業及各種之製產物製造品之買賣。又因為此買賣故。亦得借入土地家屋。故可一言以蔽之曰。外國人在日本皆有營各種之製造業商業販賣營業之自由也。惟如上述之須政府免許或認可者。則屬例外。故如質屋取締法。古物商取締法。銃礮火藥類取締法。藥品營業。賣藥營業等。雖皆未明言不許外國人經營。而其許可與否。則悉在當該管官廳之權內。

二 銀行營業 外國人得在日本為銀行營業者。此日本銀行條例施行細則第三條

所規定者也。又從來在居留地營銀行業之外國人。或外國會社自條約實施後欲繼續營業時。皆當從銀行條例施行細則。受大藏大臣之許可。但外國人不得創設國立銀行。及政府直接監督之銀行。如日本銀行、正金銀行、勸業銀行、臺灣銀行、農工銀行等是。或有謂亦當依條約上之權利。以此權利亦許外國人。然實大謬之說也。

三 保險營業 外國人或外國會社。欲設支店於日本。營保險業時。則須定一代表者。申請農商務省之許可。農商務省認爲必要時。得命其供託相當之金額。又若使其供託時。則在日本之保險契約者。被保險者。及對於代理店之一般債權者。於供託金上有優先權。此等外國保險會社。依明治三十三年法律第六十九號保險業法第一百五十條。及明治三十三年九月勅令第三百八十號。關於外國保險會社之勅令。自明治三十三年十一月十五日起。外國人皆得在日本受營業之免許矣。行之至今。得營業許可之外國保險會社。已有六七十所。蓋外國保險會社。條約上無何等之規定。其許可與否。一爲日本之自由。蓋保險營業須政府之監督。如生命保險會社者。乃具有一種貯蓄銀行之性質。保險權利者。當於數十年後始受保險金之支拂。則爲其責任者之會社。不特須置其資本於內國。以確保其信用。而因欲保護內國保險會社之發達。

對於非內國人之外國保險會社，濫許其在內國營業者，是亦不可以不慎故也。余輩誠謂從來外國保險會社之營業制限，失於寬大。即近來日本當局者，亦慮及此。以勅令之規定，命外國保險會社各納十萬圓之供託金。且生命保險會社之責任準備金。若在十萬圓以上時，則更於其超過額中命其供託相當之金額。此誠爲當然之監督。外國保險會社，亦不能不服從此命令者也。

四 運送營業 運送營業有海上運送與陸上運送二種。陸上運送營業之機關，在今日最重大者爲鐵道。海上運送營業之機關，則專爲船舶。鐵道爲運送之機關，同時又國家之公道及國防，以官設爲主。即有認許私設之場合，亦不許外國人有鐵道敷設之權。外國人非依通常條約上特別所付與其取得之權利者，縱其國鐵道敷設法之明文，無明載「除外國人外」者，亦不能以之爲反對之解釋。而享有鐵道敷設之權。日本鐵道敷設法及明治三十三年法律第六十四號私設鐵道法等，對於外國人雖皆無何等之明文。然此等之權，解釋爲非外國人所能享有實屬正當者也。

海上運送營業。外國人與內國人之間，有一大區別。即通常之外國與內國間之海上運送。外國人與內國人均受同一之保護。條約亦規定之。如內國船舶所享有之利益

特權保護獎勵金等。皆得均霑是也。觀於日德條約第十第十一兩條。日英條約第八第九兩條可以知矣。然有例外。即遠洋航海獎勵法所規定之航海獎勵金。但限於日本船舶是也。

然內國港灣間之運送營業。即所謂沿岸貿易者。各國皆以之爲內國人之特權。惟比利時國。因其沿岸甚少。故亦許外國人以沿岸貿易權。日本雖皆以不許外國人在沿岸貿易爲原則。而依從來之慣例。如橫濱神戶長崎及函館等。則至於今日尙許外國人可以自由。例如日英條約第十一條第三項。一但日本政府照從來在本條約期間內之例。承認大不列顛國船舶於日本現開之港場間。運搬貨物。但如大阪新瀉及夷港等。則不在此限。一是也。

外國之船舶除右列條約所規定外。皆不得在日本範圍內之港灣運送貨物及乘客等。此明治三十二年法律第四十六號船舶法第三條所明定者也。

五 仲買營業 即爲取引所之仲買人者。但限於日本臣民。外國人則皆不得爲此種營業。蓋取引所者爲公定取引商品價目之機關。大有關於公益。故各國概不許外國人從事之者。日本昔時不特不許外國人爲取引所之會員或仲買人。且亦不許其爲

取引所之株主。自明治三十二年法律第五十八號變更此制限。於明治三十三年七月十七日以後。亦既許外國人爲此等之株主矣。

六 職業 職業云者。如醫術開業藥劑師產婆船長辯護士等是。此等之職業。各國皆以不許外國人從事爲原則。日本現行法令。雖無此明文。而實際上受醫術開業之試驗者。但限日本人。則外國人之不得爲醫師者明矣。藥劑師試驗規則。藥品營業並藥品取扱規則。改正條約實施以前。因實際之必要。在外國居留地有外國之醫師。卽今日亦仍默許其繼續從事。又近來日本與英國協商。兩國之間得有一國之免狀者。皆許其在他之一國之領土無試驗開業醫術。且已互相承認矣。

船長爲船舶內之主權者。有行司法上及行政上之權力。故各國皆認其與官吏或公吏有同一之性質。但限於內國人。日本因航海術未十分發達。故亦使用外國人依試驗而與船長之免狀。參照明治三十二年三月法律第四十七號船員法。明治二十九年法律第六十八號船舶職員法。明治三十年五月遞信省令第七號。海員試驗規程。及明治三十二年法律第四十六號船舶法等。可以知矣。其他關於運轉士機關士等船舶職員亦然。

據辯護士法第二條。凡爲辯護士者皆限於日本臣民。蓋辯護士之職務。有公之性質。爲國家之司法權運用上之一要素。故從官吏或公吏但限於內國人之原則。亦附設以此制限。

其他如營鑛業之權及營砂鑛採取之權。皆爲內國人之特權。外國人無此權利。又如漁業。內國人則全屬自由。外國人則依國際法之原則。在領海內不認其有漁業權。故外國人欲在他國之領海內營漁業時。當依條約或法律得其國之許可。日本對於一般之外國人。皆採禁止沿海漁業權之主義。卽對內國人亦須其得漁業權之免許。

第二款 國家之保護請求權

個人請求國家保護之權利。從其方法之差異。可分爲三種。

第一 請求立法上保護之權、卽憲法所謂臣民之請願權

第二 請求司法上保護之權、卽民事訴訟法所謂訴訟權

第三 請求行政上保護之權、卽所謂訴訟願及行政訴訟

是也。此外臣民雖尙有請求外交上保護之權利。因此款乃說明內外人權利之差別。故不論及之。蓋日本臣民請求外交上保護之權利。但爲滯在外國之場合。而外國人之請求日

本外交上保護之權利。又爲對其本國政府而爲請求。故無何等之關係也。

第一 請願權

關於請願權。日本臣民雖得從憲法及議院法所規定而爲請願。而外國人之有此權利與否。則議論分歧。據日本議院法及憲法之解釋。則外國人殊以無此請願權爲當。

第二 訴權

關於訴權。皆以外國人與內國臣民同樣爲原則。在歐美各國。昔時外國人皆得爲被告。但於爲原告則多有限制。如現時法國之訴訟法。尙認無住所在法國之外國人。皆不能享有訴權。此規定爲今日一般所排斥。皆以爲此點。當以外國人與內國人無異爲原則。日本之改正條約。亦明認享有此權利。且不特享有訴權。卽所謂訴訟上之保證。亦可免除。而關於請求訴訟救助之點。亦依相互主義。與內國人同視。參照日英條約一條二項。日瑞條約二條二項。民訴八十八九十二兩條。

第三 訴願或行政訴訟

關於訴願或行政訴訟。條約上雖無何等之規定。而日本現行之行政法上。外國人亦與內國人同。對於違法之行政處分。得爲訴願或提起行政訴訟。如稅關處分之不當。外國

得訴願於大藏大臣者。幾爲日常之事件。是也。惟關於行政訴訟。外國人雖亦有爲訴訟之權利。究其實際。行使之者甚少。若爲內國人時。則恆屬提起行政訴訟之場合。而外國人亦概以請求其本國政府之保護。依外交上之方法。求其救正爲例。此所謂外國人最終之保護者。乃其本國政府之說所由來也。故外國人無論受何等權利之侵害。皆依外交上方法。請求其救正云。

第三款 參政權

凡直接或間接參與其國家之政治者。不特須精通其國情民俗。且須愛國之至誠。及絕對服從之觀念。故非其國民。則不得享有。此現今各國之通例也。日本亦然。如衆議院議員選舉法第六條。府縣郡會議員府縣制第六條。之選舉權被選舉權。市町村制同制第七條八兩條。北海道及沖繩縣區制同制五條五條。之公民權及參與地方團體公務之權。皆爲日本臣民之特權。貴族院議員。雖無限於日本臣民之明文。然外國人之不能爲日本貴族院之議員。不待言也。

夫對於外國人。不特制限其直接參與政治之權利。且亦不得間接從事於有政治上或公之性質之一切之職務。故亦不得爲商業會議所取引所等之役員或會員。國立或官立銀行之役員。所得稅調查委員等。惟於此須一言者。卽所得稅調查委員中。在橫濱有一名外國

人是也。此雖由便宜上之故。然實爲外國人享有公權之嚆矢。

又關於官吏。雖無何等直接之明文。然憲法上不特以任用文武官爲臣民之特權。而依官吏恩給法陸海軍將校分限令及國籍法等之規定。外國人亦皆不能爲日本之官吏明矣。他如執達吏公證人及他之公吏等亦同。

第四款 外國人之公法上之義務

如上所述外國人皆與日本臣民同享有日本法律制度之保護。故亦與日本臣民同負擔維持日本法律制度之義務。且須負擔日本國務進行必要之資本。卽納各項稅金之義務。蓋若外國人不負擔此義務時。則是以無償而享有日本之保護。其不當殊甚。故亦以與日本國民負擔同一之義務爲原則。然於權利保護之點。外國人亦必不能與內國人同。可區別其義務之異同爲三種。述之如左。

第一 一般的服從之義務

外國人限於在留日本者與內國人同服從日本國權。遵守日本法律命令。卽對於日本之行政及司法官廳之處分。亦負擔服從之義務。此爲條約改正之結果。蓋爲恢復日本自與歐美各國交通以來十餘年間。所謂治外法權卽領事裁判權等之效果也。夫外國

人雖與內國人同服從日本法權。然日本臣民之負擔此義務也。乃以爲日本國家臣民之資格。對於臣民主權而負擔之。故其結果苟爲日本人。則無論其居住之在內國抑外國。皆負有此義務。至外國人之服從此義務也。乃對於日本國家之領土主權而負擔之。但限於居住於日本版圖以內者有此義務。苟在外國則無此義務也。

第二 兵役之義務

兵役之義務。爲個人對於國家應盡義務中之最大者。同時亦視爲國民之特權。故外國人無負擔此等義務。亦無從事於此等義務之權利。日本徵兵令對於負擔兵役之義務者。亦以但限於日本臣民爲條件。故日本國法上外國人不特無負擔兵役之義務。即條約上。外國人亦無兵役之義務。且得爲「免除代兵、役義務之一切稅金、及墊付金等」之保障。

第三 納稅之義務

外國人之滯在日本者。皆受日本政府之保護。故日本國家政務。必要上之資本。即稅金。亦不可不納。此點外國人與內國人同。苟在日本領地以內者。則皆當從一切之稅法。負擔納稅之義務。古代外國人納稅之義務。較內國人爲重。然至現今國際之慣例。則外國

人皆較內國人或最惠國人民所負擔者爲少。觀日本之改正條約可以知也。

於此有須注意者、卽以上所述公法上之義務。但限一般之外國人負擔之。其有國際公法上治外法權之特權者。則免除此義務之一部。或全部。蓋所謂治外法權者。實不外指免除此公法之注意已耳。至於須如何之人始享有此特權。則屬於國際公法之問題。非本書所概論也。

第二節 私權

關於外國人私權之享有。依日本民法第二條之規定、以內外人平等主義爲原則。故但列舉民法第二條所謂例外之法令或條約之禁止的規定可以明矣。其無此禁止的規定者。則外國人皆享有一切之私權。茲分爲財產權親族權相續權三種而說明之。

第一款 財產權

財產權可分物權債權及智能的財產權述之。

第一 物權

關於物權。除日本民法第二編所規定之九種外。更有明治三十四年四月法律第三十九號所設之永代借地權共十種。此十種中。外國人所不能享有者。不動產則土地所有

權。動產則二三之株券及船舶所有權是也。

於茲一說。明土地之禁制。土地者爲組成國家領土之一部。國家得自由處分之者。故國家但限於內國人認其有土地所有權。而且禁止外國人之所有。其或限以一定之區劃。或附以特別之條件而認許外國人有此權者。亦屬國家之自由。然若在禁止外國人土地所有之場合。外國人有因相續遺贈或抵當及其他正當之原因而取得土地時。則當於一定之期間。與以賣與內國人之自由。且不能以無土地所有之能力爲口實。否認外國人因相續遺贈等正當之原因所取得之利益全體。猶不能沒收國籍喪失者之土地所有權等。

現今各國多不與外國人以土地所有權。如美國諸洲是其最著者也。又如俄國千八百八十七年三月十四日之勅令。禁止外國人在波蘭所有不動產。對於已有者。則令其賣去。又如千八百七十九年奴馬尼亞國改正憲法第七條第五項。禁止外國人所有不動產。釀成千八百九十二年「撒馬」之事件。與希臘起國際紛爭。皆其例也。

要之土地所有權。可否付與外國人之問題。實爲經濟政策上之問題。非屬國際法上者。故若日本經濟之狀況。苟無因以土地所有權與外國人故生危險之問題。且有使外國

人安心投資於日本之利益時。則立法上自以付與外國人爲得策也。

外國人或外國法人對於日本政府租借之土地。是爲永代借地權爲物權之一種。關於永代借地權。可適用民法所有權之規定。蓋其實際外國人在居留地所有之借地權。實與所有權爲同種之權利也。據永代借地權法第三條。外國人關於其權利之登記。可免除登錄稅。

又永代借地權。據明治三十二年七月勅令。第三百三十三號。及明治三十四年四月第四百七十九號之改正勅令。日本臣民或法人。以政府之永代借地券。取得爲外國人或外國法人所規定之永代借地權時。當立即受永代借地券之抹消。無償而取得其土地之所有權。蓋如永代借地權等複雜之問題。務使減少故也。

外國人於不動產上可取得抵當權。日德通商航海條約附屬議定書第二。載「兩締盟國一方之臣民。在他一方之版圖內。與內國臣民同取得及占有不動產之抵當權。」所謂無條件之最惠國條款之條約國人民。皆得均霑之。而亦有不動產之抵當權也。然外國人之實行此抵當權。皆不能自取得爲其目的之不動產。故此抵當權。皆依請求競賣之特別之規定。故明治六年一月布告第十八號。地所質入書入規則第十一條。雖依現

行民法施行法第九條。尙爲有效之法律。然但以禁止土地所有權之賣買及質入爲有效。至於書入實際上固已變更矣。

關於外國人動產所有權之禁止。如日本銀行正金銀行之株券。外國人皆不得所有。日本勸業銀行臺灣銀行等。法律上雖無規定。而據農工銀行法第四條。「非有原籍及住所。在農工銀行之營業區域內者。皆不得爲株主。」故外國人皆不得爲農工銀行之株主。又據國立銀行條例。外國人皆不得爲株主。惟此外之動產。外國人則皆得所有之。次則船舶。據船舶法第一條。有日本國籍之船舶者。但限屬於日本臣民。或日本法人。或在日本有本店及有所主之事務之法人。其代表者之全員。爲日本臣民者所有之船舶。然雖禁止外國人所有船舶。而外國人則仍能所有船舶會社之株主。

第二 債權

債權。內外國人皆享有同等之權利。無說明之必要。

第三 智能的或精神的財產權

此等權利。原因綦繁。茲但就關於外國人地位之要點而說明之。此等之權利。卽智識精神力之勞力之生產物。其權利之目的。是爲無形之思想。卽人格自身是也。夫以此無形人格之

目的爲權利。其結果遂生財產權。故此權利一方面有與他人人格權有同一之性質。而於一方面得讓渡其權利於他人之點。則爲財產權之一部分。然其缺少有形之目的物之點。與物權異。得對抗一般世人之點。又與債權異。故雖由財產權方面觀察之。亦當分別爲物權債權二種。就其權利之大體上。可區別爲二。(一)著作權。即保護作者之文學的及美術的著作物之權利也。(二)通常之工業所有權。即特許權意匠權及商標權等之總稱也。

一 著作權 關於著作權。外國人在日本之享有此權利者。自明治三十二年七月始。即據日本著作權法第二十八條。限於外國人在日本。首次發行著作物者。得享有著作權之保護。然明治三十二年七月以後。日本加盟於萬國著作權保護同盟條約。故凡屬此條約國之外國人。皆得依該條約之規定。不特在日本首次所發行之著作物。與內國人享有同一之保護。即在其本國首次發行之著作物。亦不須何等之條件。可在日本享有其權利之保護。蓋此同盟條約。千八百八十六年在瑞士會合歐洲列國所締結者。即凡爲一國適法成立之著作權。締盟各國皆當保護。而定著作權爲有世界之權利之性質。又著作權之中。亦包含翻譯他國語言之權利。據日本著作權法及

條約之規定。著作十年之間。有自譯其著作物或認許他人翻譯之權利。故日本自加入於此同盟條約以後。從事於先不爲僞作之翻刻及翻譯者所既得之權利。皆移設於著作權法之附則中。以保護之也。著作權法四八至五一

二 工業上之所有權 工業之所有權。即最先之發明者。有專用其發明之權。特許權 最新之意匠者。有專用其意匠之權。意匠權 因表彰自己商品而使用之一定徽號之權。商標權 等。從來外國人在日本者。皆不能享有此權。後因條約改正。日德通商航海條約附屬議定書第四第一項之結果。德國人先在日本享有此權利。其後各國臣民亦皆以相互之保障而均霑之。至明治三十三年所發布之特許法。遂明定在日本之外國人。不問有條約之規定與否。皆與內國人同享有此等之權利保護。惟無住所所在日本之外國人。則非有住所所在日本國內之外國人爲其代理人而請求時。不能享此保護。通常此等之代理人。各國皆以如辯護士等有特別之職業者爲之。日本則以所謂特許代理業者得政府之免許專營此業者爲之。惟特許法上之代理。與民法上之代理異。即於民事訴訟及刑事訴訟上。亦皆代理本人。

以上之工業所有權。列國間亦定有國際條約。日本自明治三十二年以後。亦加盟於

此條約。即所謂萬國工業所有權保護同盟條約是也。此條約爲千八百八十三年締結於法國者。其結果外國人在其本國所享有之特許權。意匠權等之保護。遂亦皆以一定條件在日本亦得求其權利之保護矣。夫特許權者以新發明爲要件。且須爲世界所未有。故外國人在其本國已出願發明特許時。則缺日本所謂新發明之條件。則不能與以特許權。然從特許權之保護上而言。但限於一國之內而保護之者。則殊不足爲保護發明者之利益。故依條約之特別規定。對於出願者與以一年之優先期間。於此期間內爲出願時。則仍與新發明同。認可其發明特許。此優先期間本爲七個月。後千九百年之北京會議延長爲一年。意匠之優先期間爲四個月。商標則所受之保護甚寬。苟在其本國有受商標登錄之保護時。日本亦保護之。但須不違背日本之公之秩序。否則仍得拒絕之也。

第二款 親族權

關於親族法規定所保護之權利。即親族權。外國人亦與內國人享有同等之保護。惟於此須注意。外國人所有之親族。乃概從法例之規定。依其本國之法律而保護之。非依日本之親族法而保護之者也。故若詳細言之時。即其保護之法律。有內國法與外國法之異。外國人從其本國法。與日本人之親族權享有同等之權利是也。然外國人亦有依日本親族法

之規定。享有此權利之場合。即關於婚姻養子等。外國人依親族法與內國人享有同一之權利。與內國人同有與日本男女婚姻之權利也。惟有例外。即外國男子爲日本之養子或入夫之場合。須得內務大臣之許可。且內務大臣亦須限於有引續一年以上之住所或居所在日本及品行端正者。始可與以許可。故若不具備此條件時。亦不能得內務大臣之許可。此蓋外國人因養子或入夫婚姻取得日本國籍之結果。故須與外國人之歸化具同一之條件也。

源於親族上之婚姻。既認外國人與內國人有同等之權利。故關於因婚姻之效力所生之夫婦間之權利義務。及由婚姻而生之權利義務。親子間之權利義務。及後見等。外國人亦與內國人享有同一之權利也。

第三款 相續權

相續權在古代各國。外國人皆不能享有。中世以降。雖漸有認享有一部分之相續權。而至近世則大制限其權利。然文明各國最近之立法例。則皆不但廢止此制度。認外國人之相續權。且以其本國法保障其享有此權利。而近世之通商條約。關於此點。特言明外國人皆與內國人或最惠國人民受同一之取扱。例如日英通商航海條約第一條第三項所載者

是也。故如無相續人時。關其遺產之規定。亦與日本人同歸於日本國庫。然外國人仍不得從日本民法之規定。享有日本人之家督相續權。蓋非爲日本人。則不得入日本之家。而有本籍。此日本之國籍法及戶籍法所明定。日本之戶主權須以國籍爲要件者也。

日德領事職務條約第十四條。德國領事有管理德國人在日本死亡時遺產之權利。故德國人之遺產。向不歸於日本之國庫。

第三章 外國法人之地位

以上所述者。爲自然人之外國人之地位。外國人不能皆與內國人享有同一之權利。然自然人有內外人之別。而法人亦有內國法人與外國人法人之分。各國民法及商法皆認外國法人不能與內國法人享有同一之權利。故亦當如自然人者。須明外國法人之地位。茲分述之如左。

第一節 外國法人之意義

法人之性質及法理論。詳於民法及商法中。茲不贅述。惟如何之法人。始稱爲外國法人。就自然人言。特設規定於國籍法。而有如何人類。依如何條件始得取得國籍。故內外人之區別。亦可專以有無日本之國籍爲定。所謂外國人者。不過爲稱無日本國籍之人。故雖無說

明所謂外國人之意義之必要。而如法人者。則不特爲國籍法中所未規定。卽民法商法中。亦但稱爲外國法人或外國會社。亦未明定須如何之法人。始得爲外國法人。及外國會社。故從學理上。須依何標準以區別法人之內外者。則不可以不知。夫國或國之行政區劃之公法的法人者。皆以一定之領域爲基礎。故依地理的區別。雖得知其爲外國法人與否。然私法的法人。如商事會社者。則不特缺此要件。如社會之設立行爲地。固不必其本店之所在地或營業之中心點相同。如設立於內國之會社。設支店或本店於外國。又如設立於外國之會社。而以在內國營商業爲目的。又如航海業。則營業於數國之間。又如貫通歐洲大陸之鐵道。亦營業於數國之間等。則宜區別內外國法人之標準。不可不定也。

學者之間。亦有主張不能如自然人之依國籍以區別內外法人者。然近世國際私法學者。於內外法人之區別。便宜上皆用「法人之國籍」之一語。夫國籍一語。雖根源於自然人。無包含法人者。然近世之法典。則概不特認法人。與自然人同有人格及住所。而以外國法人或外國會社之名稱。與內國法人或內國會社相對照。法人皆當絕對的服從其所屬國之法律。是法人既有此絕對的服從關係。則用國籍一語。而謂與自然人同。依國籍以區別內外法人者。夫固適當之詞矣。

然法人之國籍。以何爲標準。此爲區別內外法人最難之問題。學者間之議論不一。蓋自然人者。或依血統主義。或依出生地主義。但以出生之自然的事實。便可取得國籍。故欲知其生來之國籍。爲事非難。然如法人既無血統主義。且其出生即成與自然人之出產異。爲具備一定條件之法律行爲之結果。故非先知爲其設立行爲之準據法之法律。則不足以知法人之出生。即成立地。且非豫定爲其準據法之法律者。亦不能定法人之成立地。故雖以法人爲取得出生地之國籍。而於所以知法人出生地之如何。即法人國籍之如何者。猶爲以問答問。故法人不能如自然人之依出生地即設立地主義以定其國籍。然則究如何決定內外法人之國籍。今略述其重要之學說如左。

一 準據法主義 學者有謂法人必俟法律之規定而成立。其依內國官廳之認許而成立。或準據於內國法律所成立之法人。即爲內國法人。其依外國官廳之認許而成立。或準據外國法律而成立者。即爲外國人法人。此說由其結果而言。固不爲誤。然亦不過以問答問。未說明如何之法人。始須準據內國法律。故不足爲區別內外法人之標準。

二 設立地主義 謂法人之國籍。當依其完成設立行爲之地爲內國或外國以區別之。日本商法亦採此主義。證諸日本商法第二百五十八條可以知矣。然設立法人者。固不

必準據其設立地之法律。即設立於外國者。亦得爲內國法人。故主張法人之國籍。採設立地主義者。亦未當。

三 社員之國籍主義 謂依法人設立者或社員之國籍以定之。由內國人全體或多數社員而成立之法人。爲內國法人。由外國人成立之法人爲外國法人。然法人者有離其社員而獨立之人格。法人之國籍。與社員之國籍。固無何等之關係。故此說亦未當。

四 株主募集地主義 又有謂株式社會之國籍。依其資本之出生地而定。在外國募集株主之會社。皆爲外國會社。此說之謬。可不須說明而知之也。

五 住所地主義 謂法人亦如自然人者。有一定之住所。故欲區別內外法人之國籍者。當依其住所之在內國或外國而定。此近今學者一般所是認者也。然關於法人之住所。學說亦不一。或有謂當在其中點者。或有謂當在其本據即主要之事務所或本店之所在地者。

(甲) 營業之中心點說 爲法國一派學者所主張。謂會社之本店。與其營業之中心點異時。當視其中心點爲住所地。蓋謂會社法之規定。乃以在內國營業之會社爲目的。非但以有本店之會社爲目的。且會社本店之如何。乃設立者之自由選定。故若依

之以定會社之國籍時。則有不能防遏因欲免內國法律之認定。故意設本店於外國之虞。故當不問本店所在地之如何。苟爲營業之中心點在內國之會社。則爲內國會社。從內國法之規定。苟爲營業之中心點在內國之會社。則爲外國會社。從外國法之規定。然此說不特不能適用於保險會社銀行等。在數國營業之會社。且各國之會社。皆有須有本店在內國之規定。是既明明。不問其營業之施行地爲內國爲外國矣。故此說亦誤。

(乙) 主要之事務所或本店所在地主義 法人之住所。依其事務所或本店所在地者。此各國所共認。皆以有事務所在內國之法人爲目的。故內國法人云者。即在內國有住所即事務所之法人是也。外國法人云者。即在外國有住所之法人是也。故可不問其設立行爲地爲內國爲外國。及其營業之中心點爲內國爲外國。然若即依此以定法人之國籍時。則亦有如主張營業中心點者所謂以在內國營業爲目的而故意設事務所於外國。冀免內國法規定之虞。故千八百九十一年國際法協會議定株式會社之國籍時。限於實在之場合。即無詐欺之場合者。始可依住所地法。定其國籍。其議決如左。

以無詐欺而設定法律上之事務所之國。視爲株式會社之本國。

日本民法上亦依此原則。以解釋內外法人之區別。依有住所所在內國與否爲定。故所謂外國法人者。是爲有住所所在外國之法人。其不得有住所所在內國者明矣。日本商法之規定。亦據此法理。有本店所住在內國之會社。卽爲內國會社。有本店在外國之會社。卽爲外國會社。而民法上對於外國商事會社。採一般認許主義。故外國會社從日本商法之規定。得在日本營其目的之商業。然日本商法認本店卽住所主義。而又認營業之中心點說之一部分。故以在日本營商業爲目的之會社。皆爲內國會社。不認其爲外國會社。此可謂爲日本民法第三十六條規定之一般的認許之例外也。又據該條設本店於日本之會社。雖有當與內國會社依同一之規定。然設本店於日本之會社。已當然爲內國會社。故可不必設此規定。自爲須從內國法律者也。故商法第二百五十八條之規定。其半爲無用。其半爲民法第三十六條外國商事會社成立認許之例外。不如以之爲該條之但書而規定之之爲愈耳。

第二節 外國法人之存在

外國法人存在與否之點。可分兩方面觀察之。卽外國法人在外國之法律上。果爲有效成立與否。及依外國法律所存在之外國法人。在日本之法律上亦爲法人與否二問題。

第一、即爲法人人格成立之問題。外國法人。苟爲依外國法律有效成立者。則日本之裁判官。不能不依其事實。而認其爲法人。此點爲不須日本特別之認許。

第二、即爲外國法人在日本亦爲法人與否。及認其在日本有法人之權利義務與否。即關於法人成立認許之問題。專依內國而定。此點外國之立法例不一。或因外國法人之成立。

要各政府之特別認許者。特別認許主義。或如德國民法施行法第十條。以聯邦議會之決議而認

許之者。或如日本民法第三十六條依法律之規定一般的認許之者。一般的認許主義。現今此主

義最爲盛行。據日本民法第三十六條。皆認外國之國及國之行政區劃並商事會社爲法

人。夫國爲法人中之最大者。國家有爲相互之交通者。則皆不能不認其國之存在。故無論

何國。莫不認國爲法人者。學者稱此爲必然的承認。夫既承認國爲法人。則爲國之一部分

之行政區劃。自亦不得不認其爲法人。夫公法人既不只限於國及國之行政區劃。而日本

民法則但限此種。即其餘之民事上之法人。亦以不承認爲原則。關於公法人之點。千八百

九十七年國際法協會會議決定。「公法人限於其發生之國所已認者。他國亦須當然認

之。」而所謂公法人及民事上之法人。即日本民法所不認之外國法人者。究有何種權利

義務。後當說明之。

夫認外國法人之存在。與外國人法人在日本營事業者。乃爲二物。故外國法人欲在日本營其業務時。與日本法人同須履行一定之方式。民法第四十九條要外國法人登記之規定。卽其例也。

關於認外國商事會社之成立。各國立法上不一。近則概認爲當然也。日本民法第三十六條亦採此主義。千八百九十二年國際法協會所決議之第一條曰。「依本國法律所成立之株式會社。不須特別或一般之認許。有在他國出訴於法廷之權利。又從關於其他公益之法令時。亦有營事業及設置代理店或支店之權利。」此與日本商法第二編第六章關於外國會社之規定。亦出此趣旨。卽定既認許其成立之外國商事會社。在日本設支店營事業時。所當履行條件及方式是也。又商法施行法第九十二條。須特注意。

第三節 外國法人之權利

外國法人。究享有如何權利。及依何法律以享有之者。亦可分二方面而觀察之。

第一 一般的權利能力 外國法人。從其定款。以法人卽權利義務之主體而得存在之範圍及能力之如何。依其本國之法律而定。此點所謂本國法者。卽成爲外國法人之屬人法。日本民法於此區別。殊未詳論。又法人之代表者之義務權限責任等。關於法人行

爲能力之問題。亦與自然人之能力同。從其法人之本國法。惟在日本營業務之外國法人之代表者。須從日本之公益規定。故對於違反此規定之制裁。亦當服從日本法律。如日本商法第二百六十一、六十二兩條是其例也。

第二 特別的權利能力 認其有人格之外國法人。得在日本享有一切之私權與否。與享有自然人之外國人之權利等。依日本法律定之。日本民法第三十六條第二項。『依前項規定所認許之外國法人。與在日本成立者。享有同一之私權。但外國人所不得享有之權利及法律或條約中有特別之規定者。不在此限。』之規定。卽此規定之半。爲關於特別的權利能力之規定。雖屬正當。然其中亦含規定一般的權利能力。卽外國法人之成立事。不免依日本法律更設人格之譏也。

日本民法上所不認許之外國法人之權利。果如何乎。則外國法人既不能在日本爲法人。其結果此法人在日本所取得之權利及負擔之義務。乃以其代表者或社員負擔其責任。而非以無形之法人負擔之也。德國民法施行法第十條。有特別之明文。其所認許爲有人格之外國社團。適用組合之規定。使行爲者負擔無限之責任。若其行爲者有數人時。則各爲連帶債務者。而負擔之。日本民法及法例。雖無此特別之規定。爲無人格之法人所爲。

之法律行爲。應歸於其行爲之責任者。實當然之法理。故日本民法亦可與德國民法施行法同爲解釋也。

第三編 法律之牴觸

總論

第一章 外國法之適用

第一節 外國法適用之意義及性質

據日本法例之國際私法的規定。從法律關係之性質。日本裁判所適用外國法之場合甚多。夫此場合所適用之外國法。其爲法律耶抑事實耶。英美學派。則謂外國法律。非在內國有法律之效力。不過爲單純之事實。故非常事者自己援用者。裁判官皆無適用外國法律之職權。歐洲學派則不然。中古時代。雖亦認此主義。而自沙比尼主張適用外國法律。非爲裁判官任意事項。乃裁判官有適用外國法律之職務以來。遂認外國法爲法律而非事實。今考此二主義。如英美學說之謂外國法律爲事實。裁判官無適用之義務者。固屬誤解。然如大陸學派之謂外國法律爲法律。裁判官有以之爲法律而適用之之義務者。亦爲未當。據吾輩觀之。則適用外國法律者。不可不另由他方面以觀察之。如英美學說。謂法律之效

力。不能踰國境。外國法律在內國不過爲一事實者。斯無以外國法律爲當然之法律行於內國之理。昭然甚明。在於此點英美之說是也。而據大陸學說。謂外國法亦爲法律。且可當然行於內國者。則固大謬不然矣。然如英美學說。所謂外國法律乃爲須當事者證明之事實。裁判官無適用之之職務。則以外國法之適用與外國法之證明。兩相混同。其不當殊甚。蓋以本不過一種事實之外國法規定。爲判定某項法律關係之標準者。此實屬於各國立法權之範圍者也。故如日本之法例。定以外國法規定爲某項法律關係之準據法之場合。其適用外國法律。卽爲所以適用日本法例之規定者。裁判官乃負有適用之義務也。例如外國人能力。其本國法之規定。在日本雖不過爲一事實。而立法者固亦得設一規定。謂「關於當事者本國法能力之規定。在日本亦得適用之。」云云。例如英美法德人。爲當事者。皆以二十一歲爲成年。瑞士爲二十歲。奧地利爲二十四歲等。特別之規定。日本立法者。固亦可設以概括的規定。謂人之能力須依本國法云云。卽謂外國人之能力。當依其本國法律所定之年齡而判斷之是也。故日本裁判官苟依此概括的規定而適用之者。非以外國法爲法律而使行於日本。乃以其爲日本法例準據之內容實質而適用之也。夫既爲日本立法者所定之準據。則裁判官固可不問當事者之援用與否。而爲其職務上所當適用之。

準據法明矣。此點在有成文法之國極爲明晰。

第二節 外國法之證明

然若以外國法爲日本法例所規定之準據法之內容而適用之者。則亦生須當事者之證明與否之問題。英美學說但就外國法不過爲單純事實之點而論。謂大凡事實問題。皆爲當事者所不能不自證明者。故若當事者但援用外國法而不證明之。或不能證明之時。則與一般之事實問題等。歸於當事者之敗訴。且由此點。而排斥以外國法爲法律而適用之之學說。而此排斥之論據。自爲不當。蓋如英美之裁判所。以裁判所爲不能適用外國法。其究並不能調查外國法與否。雖可以之爲屬於其國之訴訟法上之便宜問題。暫置勿論。然僅以外國法須當事者之證明。則固未足遂生當然事實之結論。蓋由事實證明之點而言。則法律之規定。例即法雖非事實。而其法律規定存在之自體。則實一事實。且無論內外國法。均一事實也。然自羅馬法以來。關於內國法律之存在。裁判所概以之爲自己所最能明曉之事實。故不須當事者之證明。日本民事訴訟法第二然裁判官既非萬能。舉凡所適用之一切法則。謂皆爲裁判官所深曉者。亦不可得。故縱爲內國法律。苟難知其存在者。各國訴訟法上皆定爲當事者須負證明之責任也。日本民事訴訟法第二百十九條亦然。卽如一

國內之地方習慣法。或商習慣法。其爲內國法律者。雖與成文法同。苟其存在之自體不明時。則亦須認當事者證明之。此實一出於訴訟法上便宜之規定。蓋不得以適用外國法須當事者證明之故。遂論定外國法爲事實而非法律也。況外國法之證明。亦非必須當事者負擔之者。裁判官固亦當就其所提出之證據方法。自行調查之者也。

惟就實際而論。則證明適用外國法者甚爲困難。故國際法協會屢經討論。於千八百八十七年。始發見一簡單方法。欲使各國政府互結條約。各以其國現行法令。通牒各國。俾各國裁判官皆詳悉其法律之內容。又關於外國法之證明。千八百九十一年之會。亦議決若當事者間對於外國法之存在及內容生爭論時。則裁判官當依當事者之請求。或裁判官以其職務認爲先決問題。先宣告所適用之法律。而後以其所適用之法律。經由司法省或外務省遞囑託書於外國司法省。求其證明。此規定歐洲大陸已於千八百九十九年以國際條約實行之矣。

日本及英美。皆未加入此條約。故於外國法之證明。不能直接受外國政府之補助。裁判官往往有用盡各種方法。終不能明外國法之協合。故若發生當事者及裁判官皆不知其所當適用之外國法時。則依左列二方法以解釋之。

(一) 即將日本法例之規定。有須準據外國法者。概視爲不許準據其他法律之強行的規定。故即使不明外國法。而實際上既無可據之法律。裁判官自亦無從裁判其爭點。而卻其請求。此爲千八百七十九年德國高等商事裁判所採用之主義。德國學者亦多贊成此說。

(二) 不知外國法之內容時。則推定其與內國法律爲同一之規定。蓋法律上僅有當依外國法之規定。固無禁止依據他法律也。故此場合。可依內國法律判決之。

以上二法。以何爲當。則第一雖屬正當。然考其實際上之結果。裁判所固可以不知須適用何法律爲口實。妄拒絕其裁判。殊與近世各國司法制度之主義不能相容。故此場合只得依第二法。適用內國法。依內國法律而判定之。且各國實際上亦皆採第二法。蓋不如是則裁判所可僅以不知當適用何法律爲理由。而拒絕其已提出於法廷之訴訟。不與以救濟。其不當實甚也。日本舊法例。雖無裁判官不得拒絕裁判之明文。現行法亦規定於裁判所構成法及裁判官職務中。而不規定於法例。然其現行法上固存認此原則之精神也。近世各國司法制度。悉做照羅馬法或英國習慣法。裁判官皆不能自行制定訴訟手續法自體。裁判所但限於訴訟法之範圍內而爲裁判。惟裁判所準據之法則。則可不必拘於明文。其

無成文法者。或依習慣。或依理論。或依裁判官所認爲不背立法目的之理由。皆當與以裁判。即依「不能以法律上不完全之理由拒絕其裁判」之格言。爲司法權連用上當然所宜認者。且日本法例之規定。關於適用外國法者。如後幅所述。其法律關係之性質上。亦以依外國法爲適合於立法之趣旨。蓋依外國法者。本爲例外。若在內國。則自以不問當事者之爲內外國人。概以依內國法爲原則。故若例外之規定。有當依外國法。而又無外國法之存在時。則實不得解釋立法者爲禁止適用他法律。而當解釋爲應遵法律之適用上本來原則之內國法律也。

第三節 外國法適用不當之判決得爲上告之理由否

此問題可別爲二而說明之。第一、其判決有違反日本法例所定之準據法者。第二、從法例之規定。誤其解釋或適用不當者。

第一 違反日本法例所規定之準據法之裁判云者。例如契約當事者意思不明時。不顧其有須據行爲地法之規定。裁判所竟據履行地法或住所地法而判決之場合。又如能力。背法例之規定。據日本法律規定而判決之場合等是也。此場合若不適用外國法而爲裁判。即爲違反此準據法之法例規定之自體。故據日本民事訴訟法第四百三十五

條。得以違背法律之裁判爲上告之理由者。實可無疑矣。此卽學者所謂違反國際私法原則之裁判。無論何國皆得以之爲上告之理由也。

第二 從法例規定。誤其解釋或適用不當之場合。歐洲多數學者皆以之爲不能爲上告之理由。蓋謂大審院之制度。乃爲統一內國之裁判及定法律之解釋而存在者。然外國法之解釋。自有其本國之大審院。他國誠無定外國法律解釋之必要。且亦不能定之。故雖有誤其解釋或適用。亦不能爲上告之理由。法蘭西、比利時、荷蘭、瑞士等之裁判例及學說。皆採此主義。獨威士士主張上告說。意大利學者亦有以認外國法爲法律之理由。主張得爲上告。德國學者巴爾氏亦採上告說。謂大審院在內國之裁判所中爲最有知外國法之便宜者。且內國各裁判所因誤外國法之解釋故。所發生弊害。大審院以之與受理外國法解釋問題之上告。其煩雜之處相比較。則自以許其上告爲正當。至日本法例之解釋。有認此種裁判得爲上告之理由與否。據吾輩觀之。則日本大審院既有定國內之外國法解釋之義務。而定外國法之解釋者。又所以定日本法例規定之內容。則不當而適用外國法或其解釋之裁判者。是爲不當解釋。日本之法例。當然可以爲上告之理由。蓋以外國法實爲我法例規定之內容及準據法。故若誤外國法之自體者。卽爲誤我

法例規定之自體。而不免爲不當適用爲內國法準據法之裁判也。

第二章 外國法適用之制限

適用外國法之最爲裁判官所宜注意者。卽適用外國法果有背我國之公之秩序或善良之風俗與否。是不可不以之爲先決問題而判定之者。蓋無論何國立法者所設之適用外國法之規定。有無違反自國之公益。本皆不可得知。故不可不制限其有背法律全體之精神及目的有害國家公益之外國法適用。今就各國之實例以考制限外國法適用之規定。可依時代分爲三種。

第一 古代法典。皆言明可絕對強行一定之國內法。以間接不認此有牴觸之外國法適用。例如法國民法第三條。關於警察或安甯之法律。定其可以拘束凡在國內之人。荷蘭法例及比利時之羅蘭案。亦倣之。此規定本自以屬人法爲原則而來。故外國人之本國法。但限於不與國內公安之規定牴觸者。皆屬當然行之。故其中如某項法律。有不問內外人及如何場合。皆須絕對的強行之者。然此規定亦反於一國立法之觀念。蓋刑法及他之公法。固已。雖係私法的規定。而一國之法律。固不問內外人。但爲其權力所及者。皆得當然行之。故無反對之規定時。則自以適用外國法爲例外。蓋外國法不過爲立法者

之明示或暗認以爲準據而適用之而已。若然則於特設之內國法須絕對強行之規定者。殆無必要。且即設此規定亦尙未足以制限外國法之適用。何則。雖無絕對的強行之內國法律。苟其外國法之規定乃有反國內公益或善良風俗時。則固亦不當適用之也。第二 模倣法國民法之法典。既規定特別內國法之絕對的強行。復規定有反國內公益或善良風俗之外國法。亦不得適用。如意大利及西班牙民法。比利時民法草案等是。然此規定雖曰進步。顧尙屬過渡之時代。蓋其一半之內國法強行的規定。實爲贅疣。故近來之立法例。皆採第三種。

第三 此法乃直接採外國法適用之限制主義。縱有認爲須依外國法規定之場合。若其規定有與國家之公益不兩立時。則亦不得適用。至其規定之標準。文字上雖互有不同。或爲反國內公益公安之外國法。或爲反公之秩序及善良風俗。或爲反內國法律目的之外國法律。而據最近之立法例。則皆僅明言外國法之適用。日本法例第三十條。亦採此主義。凡當依外國法之場合。苟其規定有反公之秩序或善良風俗者。皆不得適用外國法。

然何謂公之秩序。則甚難斷定。大凡法律不問公法私法。皆與公之秩序有關係。即如私

法上親族法之規定。亦爲爲關於善良風俗之規定也。若然。則一切之內國法律。既皆有關於公之秩序及善良風俗。則苟有反乎此等規定之外國法。皆不得適用之時。則日本法例自第三條以下所規定。當依外國法之場合者。均屬虛文矣。然就制定法例之立法目的言之。則又不然。故解釋此問題。亦有方法。學者主張可分公之秩序。但限內國人及不問內外人。皆得絕對的強行二種。而區別國際公安。序公國內公安。序公此名稱本創於瑞士之蒲羅西。稱但對於內國人而設之公益之規定者。爲國內公安之規定。凡不問內外人。關於公益之規定。而絕對的強行之者。爲國際公安之規定。例如成年年齡對於內國人。則爲公益之規定。不得依當事者之意思而變更。對於外國人。則廢特無依此規定之必要。且反認其本國法。故此規定非爲國際公安。而爲國內公安。又如婚姻之年齡亦然。即所謂未達一定之年齡者。皆不得爲婚姻。此在內國人則爲維持善良風俗。而在外國人則苟已達其本國所規定之年齡。雖未達內國法所定之年齡。固仍得在內國結婚。故此規定亦爲國內公安之規定。而非國際公安之規定也。反之如奴隸及一夫多妻之制。則不問內外國人皆不能許。故是爲國際公安之規定。其有反對此規定之外國法。則不得適用之。

此區別。驟見之若甚明實。則不外區別公序爲二種而已。仍不足以說明何者。爲國際公安之規定。何者。爲國內公安之規定。故烏埃士對於此根本問題爲說明曰。憲法行政法裁判所構成法等公法。及關於各個人自由之公法。有刑罰的性質之法律。皆爲關於國際公安之規定。不問內外人皆絕對的適用之。反此者。則皆不認外國法之適用。然此外關於公益之規定果爲關於國內公安之法律耶。抑關於國際公安之法律耶。則此祇能一任裁判官自由之判斷而已。不過裁判官不能以其法律之規定。有無強行或命令之性質爲標準。乃須徵諸立法之精神及目的而爲其判斷也。

要之國際公安與國內公安之區別。究屬以問答問。故有主張可改稱爲相對的公安及絕對的公安。蓋其所謂國際公安者。不外謂不問內外人皆絕對的適用之公益規定。故可稱爲絕對的公安。所謂國內公安者。不過對於內國人之公安規定。故可稱爲相對的公安。巴黎大學教授禮尼。則主此說。

而巴黎大學教授比禮。則主張無須此區別。蓋所謂公安或公之秩序者。實惟一無二。而國際公安與國內公安之區別。實以能力爲主。故如身分能力之規定。實與公益無關。此外不問內外人皆適用之者。則稱是爲關於公之秩序之規定則已定矣。

夫公安公序二者。雖爲程度之問題。不能以之爲學理上一定之標準。然日本法例對於外國人之能力既認依外國法。則身分能力之規定。實不可視爲法例第三十條所謂公之秩序及善良風俗者矣。若然。則所謂公序者。實有沙比尼所謂絕對的強行之性質矣。惟外國法須如何始爲有背公之秩序及善良之風俗。則固如沙氏所謂除依我國法之精神及目的而爲解釋一任於裁判官之判定外。無他法也。

第三章 反致法

反致法一語。譯自法文之蘭烏亞。德文之立苦律而來。卽有迴翔之意義。蓋謂日本之國際私法的規定。以外國之實質法爲準據法。而外國之國際私法的規定。乃以我國之實質法爲準據法之際。認此反致。而定須適用我國實質法之規定也。夫國際私法者。以內外各國之實質的法律。其規定互有異同。遂生抵觸之結果。欲有以解釋其抵觸。於是促國際私法之發達。既已言之矣。然該法尙屬幼稚。無論其在學說上在立法上。各國所行主義。迄不一致。在諸國法學者。或以著書。或以學會之決議。在各國立法者。輒開列國會議。欲依國際條約。劃定國際私法上之原則。冀立各國共通之法規。比年以來。提倡益盛。而究其極也。難有見諸施行之一日。第以現勢論。諸國之實質法。既相抵觸。諸國之國際私法。亦各異其規定。

則抵觸在所不免。然此獨存於國際私法之一大原則。所謂屬人法主義之異點也。其在日本與歐羅巴大陸各國。皆以當事者本國法爲屬人法。而在英美則以當事者住所地法爲屬人法。故如以英國人論。居住日本之時。就於某項法律關係。日本法例之規定。應適用當事者之本國法。法即英國法律而按之英國之國際私法的規定。則以其人之住所地法。法即日本法律爲斷。苟有如是之內外國際私法原則相抵觸時。若日本裁判官僅依本國法主義之原則。必須適用英國法。則其結果匪特反當事者本國法所採外國法主義。且日本亦於可無適用其本國法之必要時而尚適用外國法律。不能免於譏彈矣。然則解釋此國際私法的規定之抵觸。果操何道乎。近來各國之裁判例。立法例。所認爲反致法之原則是已。即依此原則。採本國法主義之諸國之立法者。對於採住所地法主義諸國之人民。若在內國有住所者。雖顯有本國法主義之規定。亦應適用內國法焉。徵諸實例。以千八百七十五年法國大審院。有名判決始。其例爲英人在法國有住所者。依住所地法。國即法國法以定其身分及能力。自是之後。作爲裁判通例。而共認之者也。又比利時自千八百八十一年。意大利自千八百八十四年。裁判上漸認此例矣。獨至德之裁判例。最爲紛歧。有認之者。有不認之者。更論立法之實例。則瑞士二三州之民法。嘗載在明文。其次德國民法施行法。第二十七條亦明有規定。

我法例第二十九條爲廣認此原則之立法例也。更論學說。則法儒烏尼斯。意儒非阿廉。德儒凡伯魯。英儒威斯勒輩。莫不贊此原則。然持反對論者。亦復不少。千八百九十六年以來。屢爲國際法協會之問題。於千九百年會議。當議決之際。持反對意見者。竟制多數。遂成左述之議決。

凡一國之法律規定。關於私法之法律抵觸問題者。乃指應適用各事項之規定。即實質法而非指關於其事項之抵觸問題外國法律之規定也。即國際私法的規定

此議決者。卽我法例當依國際的規定。定可準據之法律者。其意非指外國之國際的規定而言。乃指外國之民法商法實質法之規定而言者。亦復同其意旨。法例中所稱本國法。住所地法。其「法」字。皆爲指其國之實質法之意味。非謂其國之國際私法的法律也。如右之決議。使法意兩國之裁判的及學說。以當事者本國法文字。不僅指其本國實質法之意味。且含有其本國之國際私法的規定云云者。直爲不當之解釋矣。

昔法儒烏亞斯嘗論反致法原則之根據。有曰。國際私法者本爲解釋法律抵觸之學問。凡爲法律一方面有屬人的效力。卽一方面有屬地的效力。其結果生法律之抵觸。故各國立法者殆莫不措重其一。而犧牲其他者。採本國主義者。重在屬人的效力而輕屬地的之效

力。然今之當事者之本國。既不期於屬人的效力之付與。而依屬地的效力之住所地法矣。則縱不從其本國法。而法律牴觸之事。固未見也。夫然。採本國法主義之立法者。其所豫想之屬人的效力。既無付與之必要。則依法律之他方面效力。的即屬地而適用自國法。亦固其所。更益以一理由曰。必如是而後。可期判決之同一。何則。若對於採用住所地法之英國國民。強以適用其本國法。而依英國法以爲判決。是在英國。不適用住所地法之判決。爲英國法所不認者。此判決固不許執行者也。況其訴訟於英國提起之際。亦應適用住所地法之內國法律。是以即在內國裁判。固亦宜適用內國法律者。以期其判決之出於同一也。雖然。學者中對於反致法之原則。倡異論者。固不乏人。今舉其最有力之反對說有三。第一說曰。人之身分及能力。當依本國法之規定者。乃國家命裁判官適用法律之大原則。純然一公法也。公法之性質。爲強行的規定。絕對的適用。不依其本國法律之如何。而異其適用。且身分及能力。所以宜依本國法之規定。在立法上。固認其性質有不可不依本國法者。故無論當事者之本國之國際私法所採主義有何異同。要以絕對的遵本國法爲是。斯爲不得認反致法原則之一。此種議論。有居正當之一部分者。何則。一國之立法者。當設國際私法的規定時。不問他國之國際私法的規定如何。第研究內外實質的法律之異同。或適用

本國法。或適用住所地法。而裁判官依此規定。當定其應用何法律時。亦不問外國之國際私法如何。第於內外實質法中求之而已。就此點言之。反對說似爲正當。然執是說也。方之我國法例立法者自認反致法之原則。依外國之國際私法的規定之如何。而命爲內國法律之適用者。斯有不合之處。蓋法例常以內外國之實質法爲基礎而定其應適用之法律。然遇有特別事情。亦有當參酌其本國之國際私法的規定者。如認其本國立法者以依住所地法之我國法律。定外國人之能力爲正當者。則爲特殊之例。而爲適用本國法通則中之一制限。而反適用內國法者。裁判官依此規定。當適用關於我國之能力法律。實則適用我法例。而非從外國之國際私法的規定者也。

第二說曰。認此原則。則陷於循環論。遂有不能定可適用之法律之時。何則。住所地之國際私法。令依本國法。其本國之國際私法復令依住所地法。其可適用之法律。互相推讓。結果上可適用之法律。卒莫能定。昔脫利尼超特爾曼輩。嘗唱此說。究屬不通之論。何以言之。在我國法例。應依本國法者。其本國之國際私法有主宜依住所地法之我國法律者。斯卽規定宜用我法律而所適用之法律。早已確定而無所游移矣。第三說曰。若認此原則是與維持住所地法主義者。以多少便宜。而本國法主義。有難期通行之弊。抑知此反對說。亦未爲

確論。夫國際私法上所以認此原則。非爲採住所地法主義之國而認之。誠以採本國法主義之立法者圖自己之利益而認之耳。由是而觀。獎勵住所地法主義之非難。決無理由矣。且不問此原則之如何。而既有認住所地法主義者國。斯以國際私法的規定之牴觸。其發生之不便。於一國立法權之範圍內。務以力避之爲宜。余於此原則。終不能發見其不當之何在也。

最後之注意者。則依法律第二十九條。適用我國法律以代外國人之本國法之例。如英吉利、亞美利加、丹麥、以及諾威、南亞美利加等國採用住所地法各國之外國人。在我國內有住所者是也。此外則但依其本國法耳。又依法律第二十九條可有適用我國之法律之事。則如能力、婚姻、親子、後見、保佐、遺言、相續等是。

第四編 國際民法

第一章 總則編

第一節 能力

能力之規定。各國法律。多所紛歧。而無定準。以故對此牴觸應適用何法律乎。爲一問題。在昔國際私法學者。所深研究者也。而以法理論。則古今迥不相同矣。茲略就能力之實質而

說明之。

夫曰能力。有權利能力與行爲能力之區。既昭昭然矣。外國人之在日本有如何權利能力之問題。應援日本法律以爲判決。已於第二編詳言之矣。今第卽行爲能力一爲之研究焉。時至今日。無論何國。莫不準人人年齡身體或精神上之狀態。以定行爲能力之有無。而在古代。則必身分與能力相俟。而後能決能力之問題。蓋古者人事凡百之關係。率以身分爲主。身分者占公法上及私法上之重要地位。卽國際私法上身分與能力。亦固不可相離者。故學者率併合二者而說明之。迨近世私法上之法律關係。概依個人之意思及契約而定。如彼麥因氏。所謂社會狀態。自身分而進行契約。身分云者。於親子夫婦等親族關係以外。殆無他之可言。然始自法國民法。其次荷蘭、意大利等之法例。比利時民法草案及日本舊法例第三條「人之身分及能力云云。」皆合二者而并爲規定。卽英美法意各國之學者。其所著之書。亦嘗并記身分及能力者何哉。蓋一方面爲未脫沿革的之慣習。一方面則以此數國關於親族關係。均缺國際私法之規定故也。日本現行法例中。屏此無意味之文字而不用。但規定曰「能力云云。」茲所謂人之能力者。指自然人之行爲能力。非謂自然人之權利能力。亦非謂法人之行爲能力也。

人之能力。依其本國法即當事者之本國法律而定。此日本法例第三條第一項所認之原則也。凡人固以有能力為通則。然有時值種種原因不得有完全行為能力者。為各國法律所共認。故曰能力者。即為豫想能力有無之規定。而各國民法認為無能力者之原因有四。如左列。

一 基於年齡之無能力者

未成年者

二 基於心神喪失之無能力者

禁治產者

三 基於身體精神之不完全之無能力者即心神耗弱者盲者聾者啞者及浪費者

準禁治產者

四 基於婚姻之無能力者

妻

以上所述之無能力者。日本民法第一編第一章第二節。關於能力之規定中。亦認此原因。此外以刑罰之結果而剝奪能力者。即刑事上之禁治產人。或由政治上宗教上之原因。不有能力的。或因破產之宣告而制限其能力者。因此等之人。由種種原因亦皆為無能力者。是以當研究日本法例第三條所謂能力問題之際。不可不先考究此數種之無能力包含與否也。

(第二) 根於宗教上政治上之原因之無能力。日本國法所不認。法例第三條。縱為含有此

種之無能力。而從法例第三十條規定亦不得依本國法者也。(第二)根於刑罰之無能力。亦不得依本國法。俟於後章說明禁治產時。併刑事上之禁治產而言之。(第三)因破產宣告制限能力云云。此亦於後章國際破產言之。是則法例第三條之能力。但指民法上之能力及無能力。而民法中妻之無能力。尚不屬本條之規定。而依法例第十四條之規定而定之也。蓋妻之有否能力。爲婚姻效力之問題。須於婚姻篇詳論之。至於禁治產之無能力。另有規定。準禁治產亦然。則應受法例第三條之適用者。專以年齡能力之問題爲限。基於年齡之無能力。卽爲成年者未成年者之區別。換言之。法例第三條之精神。在定關於成年年齡各國規定相異之結果。而能力之有無互生牴觸之際。對之應據何法律爲斷是也。

今試卽各國之成年年齡一爲比較。日本民法第三條定爲滿二十年。歐美各國中與日本民法認同一之成年年齡者。獨瑞士一國耳。此外概以滿二十一歲爲成年。如意俄英法比美德葡希等國是。南美之亞爾然丁國。則二十二歲。荷蘭及西班牙則二十三歲。奧大利及匈牙利則二十四歲。智利丹麥依羅馬之完全成年主義。則二十五歲。而其少者。則如土耳其之十六歲。波斯之十五歲爲成年者是也。

成年年齡如此之不同也。在內外人間或外國人間之法律行爲。欲判定當事者行爲能力

之有無。應據何國法律乎。各國所採立法主義有四。一曰本國法主義。二曰住所地法主義。三曰行爲地法主義。四曰屬地法主義。是也。屬地法主義。惟南美智利一國行之。爲學說中所共斥者。可置不論。行爲地法主義。在北美合衆國固以補住所地法主義之缺點。而漸漸發達。以今日之現勢言。行猶未徧也。然於英美之學說上。將來殆可日見其盛者。其次住所地法主義。在昔歐洲大陸。嘗通用之矣。自近世諸國採法律統一之策。而廢地方特別法以來。此制漸歸消滅。卽以自法國編纂法典時。揭本國法主義。明載之民法第三條以來。本國法主義。盛行於各國。特與意大利之學派互相發達。學說中亦所同認矣。今之採統一的法典之國。皆排斥住所地法主義而採用本國法主義。其採住所地法主義者。僅有英美瑞士及南美諸國。蓋彼國之地方法律異也。然近在英美亦漸取行爲地法主義而代之矣。要之。住所地法主義與本國法主義之區別。徵其沿革固自一國數法與統一的法律之差異而來。明矣。雖然。學者於兩主義之利害得失。頗有議論。姑置其詳而撮其要。主住所地法主義者曰。住所爲人生活本據之中心。一切法律關係。皆自此而生。則其人能力之有無。非從住所地之法律而定。結果上實反本人之意思。而乖乎區別能力無能力之立法之精神。然執斯說也。其如不有住所之人及有兩住所之人。將據何法乎。未之能明。夫採本國法

主義者。以國籍之不爲惟一者。發生積極的或消極的之國籍牴觸。固所難免。亦已言之矣。但相提而論。則兩住所與無住所之人。似較兩國籍與無國籍者爲多。住所之變更。亦較易於國籍。第依當事者之意。得以自由變更。故使當事者得自由以選定準據法。弊孰甚焉。反是。國籍者不得漫以個人之意思。妄自變更。有永久的之性質。則欲知人之屬某國籍。較之欲知人之居某住所。此中難易判然。定能力有無之準據法。以國籍爲斷。固切實而無弊者矣。更詳論之。凡人能力之有無。獨視其年齡爲區別者。何哉。蓋此直自人之精神及身體發育之狀態所由來也。顧國民之人種、教育、民情、風俗、氣候。各有不同。一國之立法者。視人發育之程度如何。以定能力之有無者。蓋於爲己之國民而定。非爲人種風俗相異之外國人定之也。行此自立法之目的。外國人之能力。宜依外國法而不依內國法。而於其外國人所屬之國。苟行統一法律。則此外國人任其居住何地。即河處有住所必從同一之法律。則從外國法者。即從其本國法而已。於茲所發生。則本國法主義而已。夫問題所在。乃就外國人之能力。應適用內國法乎。抑適用外國法乎。一爲研究。既曰可適用外國法矣。而有不直適用其人之本國法。而曰在內國有住所之外國人。則適用內國法。在內國無住所之外國人。則適用其住所地之外國法。如是解釋。其能免不當之譏彈乎。

以上所述。凡人能力之有無。宜採本國法主義。誠爲正當之原則。究亦非完全無缺焉者。於是有所不得絕對適用之時。蓋出於保護內國貿易之安全。此原則之適用。不得不加以制限。當今之世。內外人之交通。日益發達。內外人間之貿易。因以大繁。當此之時。爲貿易之當事者。苟須豫查其對手人係何國人民。其人在本國法有否能力。事實上有何不能。故欲使在內國之內外人間得以安全貿易。不可不略爲變通。卽其人在本國法雖爲無能力。而據其行爲地之內國法得有能者。其法律行爲仍有效成立。而不得取消。日本法例第三條第二項。卽應此必要而定。採近世立法例及學說所認主義。以制限第三條第一項之原則也。此主義非但法例認之。卽如日本民事訴訟法第四十四條所規定訴訟能力云云。亦據此主義而定之也。

更就日本法例第三條第二項而說明之。本國法主義。原則之制限其意非於內外人間異其保護。乃對於在內國爲法律行爲者加以保護。立法之精神在此。不在彼。故其行爲之當事者。僅一方爲外國人。或雙方皆外國人。或屬同國之外國人。在所不問。一以適用行爲地法耳。或曰。此制限專對善意之當事者而言。若爲惡意。則仍依原則而用本國法主義。然似此區別。未合日本法例之精神。蓋證明意思之善惡。大爲困難。且判其無能力者與否。而後

爲法律行爲。亦非常識者所能豫料。此日本法例所以不認此區別也。或又曰。第二項之制限。蓋如舊法例。第於合意者可適用之。然保護內國貿易之必要。非獨以合意相對的行爲爲限。即於爲替行爲以及他之單獨行爲亦然。日本現行法例對於在日本國之法律行爲。固廣認此制限也。

此能力制限之例外固爲保護交易之必要。

即關於商行爲及民事財產權之法律行爲

乃有此規定。此外更無

認斯例外之必要。且於當依相續法及親族法之規定。法律行爲之能力。亦專以本國法主義爲斷。日本法例第三條第三項。爲制限第二項之例外的規定。而就於此法律行爲。非據第二項之例外。應據第一項之原則也。他如在外國不動產之法律行爲。亦不得適用第二項之例外。何則。在外國之不動產。當依其所在地法爲支配。不當據日本國法爲支配者也。惟須注意之點。則在外國之不動產法律行爲之能力。應據本國法乎。抑有當據所在地法者乎。不歸本條第三項之規定。而從第十條之規定爲說明云。

更欲一言及之者。變更國籍之時。能力亦因之變更與否。即在舊國籍之本國法爲成年者。而在新國籍之本國法爲未成年者。此際尙爲能力者與否。一當決之問題也。此問題在德國民法施行法第七條第二項。規定舊國籍之下。有能力之人而取得德國國籍者。據德國

法當爲無能力時。依然作爲有能力。固明言之矣。日本法例第三條。其不設同一之規定者。正自有故。日本以二十歲爲成年。歐美諸國則以二十一歲至二十五歲爲成年。外國人取得日本國籍時。從其本國法既爲成年者。而從日本國法反爲未成年者。殆必無之事也。故無設此特別規定之必要。今夫既爲成年之外國人。取得日本國籍。依日本國法而反爲未成年者。在法律雖無此特別規定。而在理亦爲易決之問題。蓋言能力無所謂既得權。苟從日本國法爲未成年者時。其人當然爲無能力人。第於舊國籍之下既爲成年。而其所完了之法律行爲。則發生既得權。斷不以後之無能力有所損益者已。

第二節 禁治產及準禁治產

本節講述基於精神喪失之無能力即禁治產及基於精神不發達之無能力即準禁治產是也。參照日民

第七條至第十三條

茲所謂禁治產者。指民法上之禁治產。非刑法上之禁治產。夫就精神喪失與其發達之不完全而定能力之制限各國規定。種種不一。即如日本民法第七條在心神喪失之常況者。裁判所對之得宣告爲禁治產。禁治產者爲無能力之人。其法律行爲可以取消。又日本民法第十一條以下對於心神耗弱者。聾者。啞者。盲者。浪費者。宣告爲準禁治產。於第十二條

所列舉之行爲。若無保佐人之同意。得取消之。德意志民法第六條則不設此區別。其因精神病者精神耗弱者浪費者及有酒癖者。無管理財產之能力。有致自己及其家族陷於窮困之危慮。或則有貽害他人之虞者。此際得定爲禁治產。其因精神病之禁治產者。爲全無能力。行爲歸於無效。此外之禁治產者。與七歲以上之未成年者同。但制限其能力得取消。其行爲而已。德氏六一四及一一五○法國民法第四百八十八條。精神病者白癡者。與未成年者同作爲無能力者。而得取消其行爲。至於精神耗弱者。應制限能力之一部。爲之設保佐人。意大利民法第三百二十四條以下。載同一之規定。他如比利時荷蘭等。大略相同。西班牙民法對於精神病者瘖啞者白癡者浪費者輩。得爲禁治產之宣告。而不認禁治產及準禁治產之區別。奧大利匈牙利亦猶是也。獨在英國。對於精神病者白癡者。依精神病者監督官之決定。得剝奪其行爲能力。其行爲爲無效。反之。對於浪費者則並行爲能力。亦未之制限也。如是就於禁治產及準禁治產之原因及效力。各國之法律。不但異其規定。且於禁治產無論何國。要有裁判所及其他官廳之宣告。一以保護個人之利益。一以維持社會之公益。而設此制度。是故對於外國人。國家得爲宣告禁治產與否。爲一問題。可分三項言之。(一)國家對於在留外國人得否宣告禁治產。即指管轄權(二)得宣告禁治產者。其原因應從何國法

律決定。(三)宣告禁治產時。其效力應依何國法律而定是也。以上三問題。皆爲國際私法學者所深研究。期於各國立法之統一。千八百九十二年以來。國際法協會。輒經討論。此問題遂於千八百九十五年。在英國坎溥利會議決定之。日本法例之規定。以此決議爲重要材料云。

第一款 禁治產之管轄權

禁治產制度一面保護本人之利益。一面保護第三者之利益。且以維持社會之公安。因此必要而生者也。而揆以國際公安之規定。無論何國。遇有可爲禁治產之狀況者。莫不以行政處分爲之保護爲之監督。惟可更視此假處分進一步。而爲禁治產之宣告。剝奪其能力與否。就於此點。學說與立法例。常不一致。或者主張宣告禁治產之管轄權。僅屬其人之本國有之。或者主張不僅其人之本國有此管轄權。卽其所居住之國亦有。國際法協會。以議場之多數採本國專屬管轄權主義。以他國官廳對於外國人爲不有宣告禁治產之管轄權。惟本國官廳遇有特別事故不得宣告禁治產時。外國人之居住地國之官廳。始得爲禁治產之宣告。是爲變例。則對於第四條本國專管主義。究不得絕對的適用也。

禁治產之宣告。本爲剝奪人之能力。有時束縛其身體束縛其自由。甚且監禁之。生此人事

上之重大效力。其管轄權不可不屬之本國。明矣。然如前所述。禁治產爲關於社會公安之制度。外國人與內國人同。亦當服從居住國之管轄權。況居住我國之外國人。果有精神喪失與否。在其本國官廳。誠有不得一一而知者。而住在我國之該國領事。非有特別條約。則在我國不得剝奪其國民之能力而宣告禁治產。斯一面保護外國人之利益。一面保護我國之公益。益不得不對居住我國之外國人認我國裁判所有禁治產宣告之管轄權矣。此日本法例第四條。所以認本國之管轄權而並認居住地國^和之管轄權也。各國實例。與日本法例。大致相同。

第二款 禁治產之原因

外國人居住地之裁判所對於外國人有禁治產之管轄權時。應據何法律而定禁治產之原因。即依禁治產者之本國法乎。抑依宣告法廷地之法律乎。須爲一決。就此問題。亦有絕對的本國法主義。與絕對的法廷地法主義二說。國際法協會以十二票對十四票。即僅有兩票之多數。而採本國法主義。以爲非本國法所認之原因。則不得宣告禁治產。然少數說則以爲既採法廷地法主義。外國人居住地之裁判所。既有禁治產管轄權矣。斯於本國法主義須認一大例外。須認裁判所據自國法規定之原因爲禁治產之宣告。況管轄該件之

官廳。率爲下級裁判所。此之裁判所。於當事者之自國法律。欲責其負盡知之義務。勢必不能。故在事實上必須依法廷地法而後可焉。蓋據本國法主義。裁判所於內國法律所不認之原因。對於外國人尙得宣告禁止治產而剝奪其人之能力。其結果不免反裁判所地之公益。是爲絕對的本國法主義之一大缺點。故雖爲本國法所認之原因。苟自國法未嘗認之者。則不得宣告禁止治產。如是始有當耳。

法廷地法主義。亦有缺點。卽如德國民法施行法第八條。在德國有住所或居所之外國人。得據德國法律宣告禁止治產。夫其本國不認同一之原因。而居住地裁判所竟得宣告禁止治產。剝奪其人之能力。殊戾人之能力據本國法原則之精神。斯爲法廷地法主義之缺點。所以不能絕對行此主義也。日本法例第四條。折衷此兩主義。以本國法爲原則。以法廷地法爲之制限。應宣告禁止治產之原因。原則上以其本國法爲斷。第法廷地法日本法律有不認者。卽爲其本國法所認之原因。亦不得宣告禁止治產。僅觀日本法例第四條。規定一禁止治產之原因。依禁止治產者本國法行之。云云。遂以爲採用絕對的本國法主義者。實爲未當。當解爲與其第二項歸於同一。換言之。卽以上數語。可視之與無此文字同耳。至於禁止治產宣告之手續。與普通訴訟手續同。應依法廷地法者。學說及立法例。莫不皆然。參照人事訴訟法第三章

第三款 禁治產宣告之效力

禁治產宣告之效力。應據何法律而定乎。就於禁治產之效力。或以裁判所爲後見而監督之。其行爲直歸無效。或但置後見而得取消其行爲。或僅置保佐人。各國法律。對於此效力之規定。不一而足。既述之矣。而本問題尤不可以不決定。於此亦有採絕對的本國法主義與採絕對的法廷地法主義二者。日本法例。禁治產宣告之效力。應依爲宣告國法律而定。乃採絕對的法廷地法主義。然則既爲禁治產宣告。其宣告之效力。等於裁判之效力。苟非據爲宣告國法律。以爲決定。則在一國之裁判所宣告之禁治產。將從其本國法之如何。生種種效力。或以其禁治產者爲無能力之人。其行爲當然無效。或僅制限其能力。其行爲祇得取消。結果如斯。其於內國之交易。誠有不能安全者耳。

最後於刑事上之禁治產。更一言及之。法例所稱之禁治產。爲民法上之禁治產。非刑事上之禁治產。既如前述。夫刑事上之禁治產。應爲何種法律所支配。亦一當究之問題。所謂刑事上之禁治產者。原非保護本人。實欲完全其刑之執行而科以附加刑耳。故刑罰之效力。專以宣告國之領域爲限。而不及於他國。循此原則而言。外國人或在在本國。或在外國。以刑罰之結果。而被認無能力。在於我國。固無必要認之者。一面對於外國人。苟在我國應科

以刑事上之禁治產時。一依日本刑法爲斷。而其本國法之如何。可以不顧矣。

第三節 失蹤

凡人之生存。一事實耳。其終滅之期曰死亡。亦一事實耳。故人之死亡。未有不共認此事實而無可疑者。就於人格消滅之自然的原因。所謂死亡者。國際私法上不用何等之法則。固已。然近世諸國之法律。皆認失蹤制度。人之果否死亡。不能分明時。則爲死亡之宣告。使與自然之死亡。生同一之效果。或僅爲不在之宣告。或並不認此宣告者。所以關於生死不明者之生存。諸國法律。多所牴觸。不可不一爲之解釋焉。茲先將諸國所行之立法例。舉其重要者。左列而比較之。凡分爲三種。

第一 法蘭西法系諸國 在此法系諸國人之生死不明者。第爲不在之宣告。而不認死亡之推定也。例如法國之失蹤制度。別爲三期。在第一期豫想不在者之依然生存。宜以不在者之利益爲著眼而爲管理財產。在第二期即不在者至四年之久。猶是生死不明時。或不在者置有財產管理人。經過十年而生死不分明者。始得爲失蹤之宣告。即在宣告

當此之時不在者之死亡與否。尙不能定。則管理其財產。在於保不在者之利益。且使其承繼人即推定相續人相續人假占有其財產。其後更過三十年。至第三期。失蹤者之死亡。益可推測。乃

令前之爲假占有相續人。明確占有。以相續其財產。惟此際推定不在者死亡之效力。仍未發生。故其結果。不在者之配偶人。不得請求離婚或再婚也。比利時、意大利、西班牙等。皆採此主義。但其期間之長短。稍有差異而已。

第二 德意志法系諸國 在此法系諸國。凡人過一定之期間生死不明者。裁判所因申請。而宣告其人爲死亡。此死亡之宣告。遂與實際之死亡同一效力焉。相續因以開始。親族關係因以消滅。其配偶人當然得以再婚。又因證明失蹤者死亡而得權利免義務者。悉得依此宣告以爲證明。德意志、奧大利、荷蘭及日本民法。皆採此主義。獨其年限及推定之效果。有所不同耳。

第三 英國法系諸國 英美法系。與大陸法系。稍有區別。不在者七年之間生死不明。則裁判所使推定相續人。取得相續財產之利益。蓋但與以用益權也。此後更經六年。合自利相續人取得其動產。又六年則取得其不動產。而蘇格蘭則縮短此年限。不在者之生死。至七年不明。推定相續人。依裁判所之公示方法。基於生存制限之推定條例。相續一切財產。然英國法律。始終不揭死亡推定。其請求離婚者。請求生命保險之利益者。於不在者之死亡。均須自行證明也。

由是觀之。關於失蹤制度。各國法律不同。而對此牴觸。如何解釋。不可不研究。今分爲三項。而說明之。第一、失蹤宣告之管轄權。第二、失蹤宣告之效力。第三、在外國既宣告之失蹤效力是也。

第一款 失蹤宣告之管轄權

失蹤者何。對於人之死亡與否不能分明者。推定其爲死亡。而其結果使之喪失人格。故此管轄權。必屬於其人之本國。況在國家對於臣民之在外國者。本有保護之權利。而在臣民對其本國。亦負有始終服從之義務。假使此國對於他國之臣民。漫推定其死亡。而其人確係生存。則不特害個人之權利。且並其本國之主權受有侵害矣。失蹤宣告之管轄權。必屬於失蹤者之本國裁判所者。卽此之故。

日本法例對於日本人之失蹤宣告。獨無由日本裁判所管轄之之明文。或疑其缺點。蓋以德國民法施行法例之。其第九條第一項。有曰失蹤者當失蹤開始時。已爲德國人。在德國得依德國法律爲死亡之宣告。而日本法例。不設此規定。使失蹤者之日本人。而有外國之國籍。則不能爲死亡宣告也。抑知不然。凡既有外國籍者同對之不生失蹤問題。由是而觀。其爲失蹤宣告之必要者。在失蹤以前。已爲日本臣民而生死不明之際。此則日本裁判所

有失蹤宣告之管轄權。不必特設明文以明之也。故日本法例第六條。惟對於外國人爲失蹤宣告之特別事件。一爲規定耳。

如前所述失蹤之宣告。原則上應屬本國之管轄權。然失蹤宣告之目的。與其保護失蹤者之利益。尤以保護第三者之利益較爲重要。況自失蹤者之生死不明。其不確定之法律關係。速爲完結。尤於國家經濟。有莫大影響。此公益之規定。爲不可少。故以與此目的之牴觸爲限。對於本國管轄權之原則。而設一例外。卽如日本法例第六條規定是。曰失蹤以前。在日本有住所或居所之外國人。依左列之兩種事情。日本裁判所得對於其外國人爲失蹤之宣告。

甲 有財產在日本者 外國人在日本有財產者。苟其生死不明時日本裁判所得宣告其失蹤。何則。於日本所有之財產。欲就其不確定之情況。而爲失蹤宣告。俾得以確定者。初無分其所有者爲內國人。爲外國人。而異其理由也。此際。在外國人之本國。有否失蹤制度。其本國對於此人。已未宣告失蹤。均所不問。第其人之在日本。一有生死不明之事實。直爲之宣告失蹤。而無所於疑。日本法例第六條。曰「得爲失蹤宣告。」其宣告與否。雖若屬裁判所之自由者。而此得字之義。實當作裁判官之不得不爲解也。今使據日本法

律。可爲失蹤宣告之要件。既已具備。則裁判所直要爲此宣告也。

乙 據日本法律生有法律關係者 外國人依日本法律所支配。爲有法律關係之當事者。其生死不明時。日本裁判所。準據前述之同一理由。對此外國人得爲失蹤之宣告。茲所謂據日本法律有法律關係者。由法例規定。卽爲當依日本法律之事項。例如在日本之生命保險契約。欲以外國人死亡之證明。而請求保險金額者。則其證明。以自然之死亡。或日本裁判所之宣告失蹤爲已足。且於此際。不許以他國之宣告失蹤。證明其人之死亡也。

第二款 失蹤宣告之效力

失蹤宣告之效力。應依宣告地法律卽法廷地法也。此點在法意各國。原則上有主張當依本國法者。抑知此誠不得認本國法主義也。何則。對於外國人爲失蹤宣告。不問其本國有否失蹤制度。與此時外國人之在本國已否宣告失蹤。第須於我國有宣告之必要。斯其失蹤宣告之效力。不可不依日本法律。蓋在日本失蹤宣告。爲死亡之推定。而一切法律關係。固宜與死亡者生同一之結果矣。苟可不問之。則彼其本國或有數十年之後始生效果。或且不認死亡之推定者。是在日本宣告之失蹤。苟不認爲由日本民法規定而生效力。則固

無宣告之必要理由矣。此失蹤宣告之效力所以當依宣告地之法律者也。若在日本對於外國人宣告失蹤之時。縱令其本國未有失蹤制度。或不以日本之失蹤宣告而爲相續開始之原因者。而在日本猶以失蹤宣告之結果。使其外國人之相續得以開始。此節宜參照後章法例第二十五條之說明。

第三款 在外國既宣告之失蹤效力

外國人於其本國。或有財產。或依其本國法生有法律關係。而宣告失蹤者。移之日本。亦應否認。就此問題。尙有反對之者。然死亡之推定。等於自然之死亡。則依其本國法既推定爲死亡。無論何國。皆應認之。但須注意之點。在外國卽爲失蹤宣告。而其人實在我國生存者。我國對之不得推定爲死亡是也。

關於失蹤。猶有一疑問。卽我國既認外國人之失蹤宣告。推之我國臣民。在外國宣告失蹤。我國法律上應認之否。是也。此問題在德國民法施行法。亦嘗有之。德國學者間非無當認之主張。然學者以爲不得認者。尤屬多數。其理由有二。(一)對內國人於內國裁判所。既得爲失蹤宣告。則固不可認外國裁判所有重爲失蹤宣告之管轄權。(二)日本法例第六條。因特別事情而認對外國人爲失蹤宣告者。固因內國之利益而設。不得因外國之利益而

準用之也。

若就日本法例第六條之解釋。而定外國裁判所對日本臣民得否爲失蹤宣告。則苟具日本法例第六條所擬之條件。卽外國裁判所對日本臣民。亦固宜認其得爲失蹤宣告也。蓋此之失蹤宣告效力。於在日本之財產或依日本法律生有之法律關係。不但毫無影響。而且對於外國人之裁判管轄權。固宜互相承認者也。

第二章 物權編

第一節 總論

物權通則。應受其目的物所在地之法律所支配。近來之學說及立法例。莫不認之矣。而自沿革上言。則此原則。固以不動產爲限。蓋自中世以來。法則類別說之學者。無有動產不動產之分。關於不動產法。則謂之物法。宜依所在地法。而動產無一定之場所。隨所有者之居處而轉移。故有動產從人之格言。是以關於動產法。則謂之屬人法而處理之也。屬人法者。非若今日之所謂本國法乃所有者之住所地法。是則不動產據所在地法。動產據所有者之住所地法之說。古有行之者。今則奧、伊、瑞、西、英、美。各國猶存之焉。然德儒沙比尼在十九世紀半時。曾唱動產不動產混一說。而不用此區別無論動產不動產。一依物之所在地法。

自是之後。各國學者多從其說。以所在地法爲支配物權之原則。卽近來立法例。亦不認此區別。其所制定法律。亦不問動產不動產。悉用所在地法矣。

夫動產之不得依所在地法。亦自有說。動產容易變更其所在。使既易其場所。而存於其上之權利。竟受異法律之支配。則動產上之權利。恆不安全。欲去此害。不如依所有者住所在地之法律爲之支配。較見完善。然執是說。事實上亦有窒礙難行之處。蓋動產不動產之區別。隨國而異。有甲國曰動產。而乙國謂之不動產者。例如蜂房一物。法國民法稱爲動產。荷蘭民法稱爲不動產。故一物也。果爲物乎。果爲動產乎。果爲不動產乎。惟依其所在地法而判定。固不得依所有者之住所在地法而判定也。又就於動產之爭執。概係動產之所有權。假令甲乙住所在地相異。而互爭所有權者。將從何人住所在地法而平其主張乎。假令住所相異之人。共有一動產。將何以行此主義乎。是皆未可知。且住所不必盡人而有。有無住所之人。卽有二以上之住所之人。此際住所在地法主義。誠有不得行者矣。且夫關於動產之權利。多主公益上之規定。存在於一國之動產。其如何權利。應屬何人之所有。皆於其國之公益。大有關係者也。茲就動產之交易。不僅當知其所在地法律。更須調查所有者之住所在地法。如何規定。苟非如是。則雖知動產上之權利之性質。而不能於所有者住所在地以外爲此動產

交易弊孰甚焉。是即動產亦當依物之所在地法之理由也。日本法例第十條。渾言關於動產及不動產物權。從其目的物所在地法者。職是故耳。

「物權依所在地法」之原則。其理由安在。學者不一其說。中世之時。於此第以爲當然。而不究其所以。自沙比尼始探其理。沙氏以是視爲各人之任意服從。蓋物權非於其目的物所在地行之。不能受最終之保護。所有者固所深知。而既取得存在於外國之物之權利。則其願從所在地法受其支配。可以推知。然揆諸物權從所在地法之原則。不問當事者有何意思。其願否服從。該法皆以屬行此原則爲必要。觀於此。其理由固必別有存焉者。

雖然。此原則如多數學者之說明。固由一國領土主權之結果與物權自體之特質所發生者也。蓋凡國家於自國版圖以內。不許他國之屬物的權力。得行於其間。爲國際法上之原則。物權又依法律之規定而存在。非得隨當事之意思漫爲之增減變更。且物權乃以一定之物爲目的之權利。其目的物苟存在於一定之空間。則凡存在一國內之物。皆應服從其國之領地主權。此物權之內容及種類效力等。所以專依其所在地之法律也。

以上所述原則之結果。舉凡以何物爲私權之目的。何權利爲物權。及爲財產權目的之物。將爲動產乎不動產乎。抑融通物乎不融通物乎。此等問題。莫不當依物之所在地法爲定。

且所在地法之原則。乃關於物權自體之原則。非爲適用關於物權之債權卽如契約關係之法則。故如何人能享有此物之問題。卽物權享有之權利能力。雖依其物之所在地法爲定。而物權之設定處分等行爲能力。則仍從法例第三條依本國法爲定。

第二節 各論

以上所述所在地法之原則。是爲適用於主要之物權。茲述其一二當注意之處如下。

第一 占有權

日本民法雖認占有爲物權。而在他國民法。則有認爲單純之事實。不爲物權者。且不問其爲物權耶。抑爲事實耶。而占有則以物之所持爲一要素。故關於占有之訴。皆依物之所在地法爲定。卽占有之果爲權利或爲事實之根本問題。及占有之效力。占有之訴權等。皆當依所在地法而決定之也。惟對於妨害占有。有否損害賠償之請求權。及須如何程度。乃有此權。則非依物之所在地法。應從一般不法行爲之準據法。而適用其事實發生地之法律。

第二 所有權

何者爲所有權之目的物。及所有權範圍之如何。並須如何方法始能取得所有權。

如無
主物

之先占遺失物之拾得埋藏物之發見及物之附合混和加工等諸問題。皆依其物之所在地法。又關於物之共有者之

權利。亦依其物之所在地法爲定。至所有權取戻之訴。關於不動產者。其管轄權及所適用之法律亦專依所在地法。惟關於動產。則學者之間。尙有異論。就管轄權論。或有主張被告之住所地之國與物之所在地之國均有此權。然則動產取戻之訴。乃對物而稱。倘以物之引渡爲目的。則此訴權之管轄權。應專屬於物之所在地之裁判所也。就所適用之法律論。雖亦有主被告住所地法及物之所在地法二說。而據日本法例規定。則所適用之法律。固專以所在地法爲斷。此於即時時效之問題。蓋卽與以善意受動產之引渡者。雖自不爲所有者而買受。仍取得所有權之規定。所關尤鉅。如在日本以正當方法占有之動產。曾從據外國法雖無所有權者之手讓受之。而其物若在日本。則仍當以日本法律支配之也。

第三 永代借地權地上權、永小作權地役權不動產質權抵當權是等權利。於既說明所在地法原則外。毋須別說。

第四 留置權

關於留置權。雖爲外國人之所有物。苟其在日本者。則以所在地法論。依日本之法律。惟

運送中之物品。能爲留置權之目的與否。當於商法牴觸論中言之。

第五 先取特權

先取特權之種類及其次序效力等。皆依物之所在地法爲決。卽如何債權對於在日本之動產或不動產。始有先取特權者。皆依日本之法律爲定。至於其爲先取特權原因之債權自體。應依支配債權關係之法以決其有效無效。非以物之所在地法而決之者也。

第六 動產質

動產質權。亦一物權。故屬於質權之目的物及質權成立之條件、質權之效力、質權行使之手續等。皆當從物之所在地法。然質權本爲主債權之擔保。當隨其主債權而活動者也。所以債權之自體。必依支配債權關係之法律以爲決定。倘此債權。依外國法爲無效。則依所在地法。雖屬有效。而以主債權不存在之結果。因不得設定質權。又此債權。卽依債權之準據法。得爲有效。苟依質權之目的物之所在地法。而斷爲有反公益者。結果上質權仍不成立。此種原則。雖質權既設定之後。其目的物移轉於他國時。亦得適用。且質權有物權之特質。除法律所認之原因外。固不得妄爲承認。故於現所在地法不認之質權。雖舊所在地法曾認之者。亦歸於消滅。然則動產因所在地之變更。遂並存於其上之

權而變更之。惟此變更之權利專以與新所在地之公益規定有牴觸者爲限。始得變更。其不與新所在地之公益的法律牴觸之權利。則仍繼續存在也。

第七 賃貸權

賃借權有認爲物權之國。有認爲債權之國。如日本民法則作爲一種債權。惟有登記者。則與物權生同一之效力。故法例亦以物權視之。當從其目的物之所在地法。法例第十條所載物權及其他當登記權利云云。如賃借權即當登記之權利者。即屬其後者也。

第八 取得時效

物權得喪其原因之事實。固與時間問題。無甚關係。然在法律。基於公益上之理由。有以或事實繼續於一定之時間爲條件而認爲物權取得之原因者。取得時效是也。夫以時效言。既須繼續的占有。苟當一定時間之經過中而目的物之所在地。忽自甲國而移之乙國。此時當以何法處分之乎。是即取得時效進行以後。目的物移轉於他國。則所在地法之原則。應如何適用之問題。對此問題。視取得時效之性質如何。而解釋異其結果。在以取得時效爲一證據問題之國。則主證據依訴訟地法之原則。關於時效。亦將適用訴訟地法者。而持此說者甚屬寥寥。茲不具論。立法例中更有以取得時效直認爲物權取

得之一原因。其取得時效如何成立。則依時效開始時物之所在地法爲定者。例如孟德尼之財產法。德國之格撲哈爾案是。在日本法例第十條第二項規定。則以時效完成時物之所在地法爲決。此主義在學說中頗占勢力。即諸國之事實上亦常常認之也。其理由因時效之進行。特對於將來權利有可以取得之希望。非卽有取得之實。蓋時效進行後。必依其目的物所在地法所。要期間及其他條件完備。權利始能取得。此權利得喪之必依期間條件完成時之所在地法者。良有以也。日本法例第十條第二項云云。卽以表明此意。

取得時效既依外國之所在地法。而完成後。在新所在地不生何等問題。蓋既確定之權利。其後所在地卽有移轉。無論何地。莫不當認之。推之依舊所在地法未完成之時效。依新所在地法爲已完成。亦可不生問題。例如外國以十年占有爲條件。而內國僅以二年占有爲條件。當此之時。苟在外國已有一年之繼續占有。復在內國續以一年之占有。則時效遂以完成。而發生其效力。此在卽時時效。尤爲彰明大著者也。譬在甲國雖爲善意占有者。倘非二年間之占有。亦不能取得所有權。而在乙國。則善意占有者。一受其物之引渡。便取得所有權。此時善意占有者。在甲國一年間爲占有。後復將其物攜至乙國。一

入國境。對於此物即完全取得所有權。蓋不如是則新所在地法基於公益上設此規定。以保護善意占有者之意全泯。而法律直同虛設矣。故關於時效所生之問題。全在依舊所在地法未能完成者或依新所在地法仍未完成者。應據何所在地之法律以定之。點。依日本法例之規定。則以最後之所在地法爲決。即依爭訟時其日的物之所
在地法以決時效果否完成至於時效之期間。當如何計算。則有比例計算主義。與前後通算主義。日本法例採後之主義。蓋合舊所在地法之占有期間與新所在地法之占有期間而通算之。其總數達新所在地法之時效期間。其時效則爲完成焉。

第三章 債權編

第一節 總論

有債權債務關係之當事者。其國籍不盡相同。且其權利義務之發生地。未必即其義務之履行地。至有訴訟地亦不同一者。則債權之成立條件及其效力。應從何地法律爲定。一問題也。而債權發生之原因。指不勝屈。往往溯其原因之如何。遂生相異之結果。此所以不能就各種債權。定一普通原則也。夫債權發生之原因。羅馬法以來。本有法律行爲。與法律規定之區別。早成一通例。其自法律規定所生之債權。亦有數種區別。有因他法律關係之結

果而生者。如因親族關係而生者。例如扶養義務因物權關係而生者。例如不動產所有者與隔鄰之關係不動產共有者之關係係又有他法律關係即不存在。而因一定事實之發生。不問當事者有何意思。依法律之規定。使生一定之債權債務者。即自事務管理、及不當利得、不法行為所生之債權是也。

以上所述各種債權發生之原因中。其自親族關係生者。日本法例設有特別規定。當於親族編準據法節言之。其自物權關係所生之債權以不得離主物權而獨自成。立故宜從物權之準據法前已說明。毋庸贅述。於此所欲研究者。為自法律行為發生之債權。曰不法行為。曰不當利得。屬於法例第七條及第九條之規定。曰事務管理。則屬於第十一條之規定。法例第七條所稱之法律行為。專指可為債權發生之原因者。契約是也。蓋日本法例關於物權。既有第十條之規定。當適用其物之所在地法。關於婚姻、養子緣組等。應據親族法之法律行為。關於相續遺言等。應據相續法之法律行為。亦有特別準據法之規定。而此等法律行為之準據法。又不許當事者得以自由意思漫為選定。然則法例第七條。獨對於法律行為而定其準據法者。固非指一般之法律行為。乃指可發生債權原因之法律行為。其意蓋可知也。法律行為之可生債權原因。皆屬相對的行為之契約。其在民法贈與亦一契約。故自民法之主旨論。法例第七條法律行為一語。可易以契約二字。曰契約之成立及效力。

云云。原無不可。惟他國民法有以贈與爲單獨行爲而不認爲契約者。所以法例規定。不得專稱契約。而法例第七條泛言曰法律行爲。則不向單獨的相對的。苟屬債權發生原因之法律行爲。莫不當依此準據法。雖然。手形行爲。亦居單獨行爲之一。日本商法施行法第二百零二條及第二百零六條。設有特別準據法。則不得適用法例第七條規定。不待煩言而解矣。

第二節 自法律行爲發生之債權

債權發生之原因中法律行爲之成立及效力。有實質的條件之準據法與形式的條件之準據法。其間不容有所輕重。茲先述實質問題。次及於形式問題。如左。

第一款 法律行爲之成立

今之各國民法上。未有不認契約自由之原則。專以不反國家之公益爲限。無論何種契約。悉聽人之自由締結。所以各國民法關於契約之規定。皆不爲絕對的之強制。惟於當事者之意思不明時。當事者不爲特約之時設一規定以爲解釋當事者意思之標準而已。

此民法中契約自由之原則。在國際私法亦認之。自沙比尼有強行法與任意法之區別。關於任意法之規定。以依當事者之意思。得以適用與是相異之法律爲原則。而因契約所生

之債權關係。依當事者之自由意思。得以定其準據法者。學說上事實上。無不共認之者矣。惟立法例中認此原則者至不一類。或消極的認之。如法國民法或積極的認之。關於契約明言依當事者意思得以定準據法者。或凡法律行爲之準據法均得以自由意思選定而不限於契約者。如日本法例第七條其體例雖多。而至言由契約所生之債權之準據法。必以當事者意思爲定之點。則一夫當事者之意思。有明示。有默示。欲判定其意思之如何。必就法律行爲之全體。而使裁判官自由決定之也。更在何種事項。當事者始有自由選定準據法之權。當依法例第三十條及民法第九十條以下法律行爲之總則而定。

然則當事者之意思不明。當以何法律爲準據法乎。卽言適用何法律最合於當事者意思。此爲解釋意思之問題。未易解決者也。在各家學說及諸國之立法例所採主義不一。或採行爲地法主義。或採履行地法主義。或採債務者之住所地法主義。今署其大要於左。

第一 履行地法主義

主此說者曰。契約履行爲債權最終之目的。則當事者之意注重於履行。可以推定。故其債權之成立及效力。以依履行地法爲正。當自德儒沙比尼唱此主義。以至今日無不用之者。抑知契約之履行。固無定所。或在外國得以發生者。誠非當事者所及料。則必推定

當事者之意。果以據履行地法爲宜。又不通之論也。不甯惟是。債務之履行地。苟有二個以上者。則當依某履行地法。尤屬難問。夫契約之履行方法。必自契約成立後。始可得知。苟當定契約之果否成立之時。而欲依履行地法。是不揣其本。而齊其末。未見其可也。

第二 債務者之住所地法主義

採此主義者。曰。關於債權規定。多爲債務者之利益而設。斷不因債務者之在外國負有債務而失此保護。故不問所負債務之如何。其債權債務關係。一以債務者之住所地法爲定。此亦中世所行之學說。今之德國學者多用之。然據此主義。其如雙務契約及連帶債務。蓋此兩項。皆有二人以上之債務者。其住所不同。應以某債務者之住所而定準據法。不能無疑。且債務者倘皆無住所。則此主義終難實行矣。抑又言之。債權法者。不止保護債務者之利益。債權者之利益。亦應保護。苟債權之發生地如何。置而不問。專以債務者之住所地法爲定。使債權者服從漠不相關之法律。則其受損。不亦大乎。此日本法例所以不採此主義也。

第三 行爲地法主義

自契約發生之債權。依結約之地法律以爲準據。是爲自古通行之原則。今日如法意比

蘭瑞等國之裁判例立法例皆認之。此外德國二三學者亦曾主張此說。蓋當事者之意思不明時。求一兩面合用之法律。莫如此行為地法。苟無反對意思表示。則當事者有認行為地法以成立債權債務之意思。直可推定。且依此主義。舉凡履行地法主義。或住所地法主義所生之罣礙。均可不生。蓋法律行為之地。為當事者雙方所同耳。況行為地者。較諸履行地住所地等。不又明著易知者乎。

夫如是。行為地法主義。誠正當矣。然求其切實可行而無罣礙。則又不能。蓋一法律行為。或生二個之行為地法者。詳言之。在法律相異隔地之人。而為法律行為。將以發信之地。為行為地乎。抑以受信之地。為行為地乎。日本法例對此問題。特設一條文。關於單獨行為採發信主義。以當事者為意思表示之地。為行為地。參照法例九 關於相對的行為。即契約 以發申込之地。為行為地。此法律行為之成立。及其效力。當依申込發信地法。即行為地法 定之。苟承諾者不知申込之發信地。則以申込者之住所地。為行為地。法例九第二項 是皆不得已之規定也。

第二款 法律行為之方式

關於法律行為之方式。古有場所支配行為之原則。則此項之從行為地法。無論何國。皆認

爲有效。然觀諸國立法例中。適用此原則。凡有四主義。分析之於左。

第一爲絕對的行爲地法主義。蓋場所支配行爲之原則。本有強制的絕對的之性質。法律行爲之法式依行爲地法律。不僅有效。且有不可不遵之勢。此主義發源於中世法則類別說時代。所謂混同法者。迨至今日各國無不採之者矣。是以學者或稱此原則爲國際私法上之眞慣習法。抑知事有大謬不然者。徵之第四主義所論。自明也。

第二主義。則謂法律行爲之方式。以依行爲地法爲原則。然依法律行爲之效力發生之地之法律。亦爲有效者。固以例外認之。此卽所以救第一主義絕對的原則之失也。

第三主義與第二主義同。亦以行爲地法爲原則。惟當事者爲同國之人。則不妨依其本國法所規定方式行之。如意大利法蘭西等國學說及立法例悉採此主義。自千八百九十四年起。荷蘭海牙之國際私法會議。亦採之矣。

獨至今日一掃古今各國所認之原則。而第四主義生焉。此主義之意旨。謂法律行爲之方式。不必依行爲地法。而原則上須依支配行爲自體之法律。但計實際上之便利。依行爲地法之方式。亦屬有效耳。是直大變「場所支配行爲之原則」。而以此項之法律行爲方式。作爲例外的補則者也。德國民法施行法第十一條及日本法例第八條規定。皆採此主義。觀

於日本法例第八條第一項云云。即表明此意。蓋言法律行為之方式。原則上當依其行為自體同一之法律爲定。例如遺言爲依本國法之法律行為。故其方式亦當依其本國法。不動產之法律行為當依其所在地法。故其方式亦不可不依此法也。

然一般法律行為之方式。宜從支配其行為自體之法律。是則是矣。苟欲厲行此原則。則當依日本法律之法律行為。任如何變動。皆不能越其所定之方式。誠如是也。將何以處日本臣民在外國爲法律行為者。不幾有使之不得實行之勢乎。例如某項法律行為。依日本國法規定。須有公證人或管理身分吏員之蒞視者。而日本臣民之在外國。欲爲此項法律行為。則以無公吏等。莫踐一定方式。致不得爲之者。或且外國具有此方式。而日本臣民以外國人之故。請求蒞視而不獲准者。或即蒞視而其所製公正證書。按之外國法律規定。而未必合於日本法律所定之方式者。執此數端。可使商法上之行為。失其流通之效用。如手形行為者。竟不能在外國有效成立矣。易地而觀。在日本之外國人。何莫不然。此不獨害當事者之利益實甚。而內外國人之交通。且將而因此濡滯。是故無論何國。欲去此弊。使法律行為易以成立。則與其徑謂此種行為。可不用前述之原則。毋如依行為地法之方式。亦使有效。作爲例外而認之也。日本法例第八條第二項規定云云。即明此意。至所謂場所支配行

爲之原則。第以變通辦理。作一補助之法。然日本法例既有明文。則對此格言。無論其爲強行的性質。爲任意的性質。一置勿問。固不必如歐洲學者之紛紛聚訟也。

如前所述。日本法例在例外固認依行爲地法之方式。亦爲有效。然關於或種類之方式。有不得認此例外。須反乎本則而依定法律行爲自體之效力之法律者。法例第八條第二項但書規定是也。卽在物權及其他當登記之權利。其設定與處分之法律行爲。皆宜從支配此法律行爲之法律。蓋其目的物所在地法之方式也。

設此規定之理由安在。凡關於物權之設定及其處分之法律行爲。在各國設有一定之公示方法者爲多。苟不合其公示方法。則爲無效之方式。此不僅物權。卽債權中其依登記。與物權有同一之權利者。其方式亦不可不從所在地法。例如日本民法規定賃借權之設定是。

法律行爲方式之謂何。雖屬實質法之研究問題。而按諸通說。則卽謂一定之意思表示應如何而爲之耳。例如當依口語爲表示乎。抑以特定之口語爲表示乎。不然則以文書爲表示乎。抑以特定之文書爲表示乎。或須公證人及管理身分吏員之蒞視否乎。或須第三者

卽通常
證人

之蒞視否乎。關於此等規定。皆方式之規定也。

於此有一問題。即欲規避本國法所定之方式者。因往外國依其地之方式而爲法律行爲時。此方式有無效力。日本舊法例倣照比國羅蘭草案。以此法律行爲在法律上爲詐欺。而律無保護詐欺之文。此際依行爲地法之方式。歸於無效。而現行法例。則不認此制限。蓋在法律行爲既認當事者有自由意思。而許依行爲地之方式。即以規避內國法方式之故。而依外國行爲地法。固不必因是即斷其無效或禁止之者。況內國臣民在外國爲法律行爲。其果出於規避本國法律之意乎。又不能有實證。苟必吹毛求疵。以探其隱。徒增繁訟而無實益。故與其設此制限。不如不設。第於其必當從法律規定之方式者。一一列舉之。則此方式之不能從行爲地法者自明矣。

第三節 自不法行爲及事務管理不當利得所生之債權

事務管理及不當利得。乃自準契約發生之債權。是爲準用契約上之關係。然此二者。無當事者之合意可以發生。固不得如契約關係依當事者意思。而定其準據法。獨在不法行爲不問當事者有何意思。即當事者有負擔債務之意或有取得債權之意據法律之規定。有此不法行爲。則應負擔損害賠償之義務。故在是等債權。無論何國皆依行爲地法。即債權原因之事實所發生之地法律蓋此際除依事實發生地之法律外。更無他法律之可據也。日本法例亦認此原則。明定之於第十一

條第一項。獨於不法行爲。因其性質上顯有異別。故略爲辨明。并述此準據法之二三學說。他如事務管理及不當利得。則但適用行爲地法之原則。毋庸贅述。

第一 法廷地法主義

學者或以不法行爲同於刑罰。有關於其地之公安秩序。故自不法行爲所生之債權。果否存在。其行爲果否不法。必依其法廷地之法律爲定。又有主張不得依其地之法律者。此說爲德儒沙比尼所提倡。遂爲一有力學說。而盛行於十九世紀中。此說自一面觀之。縱令外國法律認爲不法行爲。而從法廷地法律苟認爲適法者。則不得以不法行爲論。固也。而更自他方面觀之。則從行爲地法律。卽爲適法之行爲。而按之訴訟地法律認爲不法。則以不法行爲論。因而主張當負損害賠償之責者。此又不通之說也。蓋從此主義。凡人當行爲之時。何者爲適法何者爲不法。迄無一定之標準。甚至在其行爲地認爲適法行爲之事項。而其後因訴訟地之不同。對於行爲竟負有責任者。結果上殊見不當耳。

第二 行爲地法主義

關於不法行爲之規定。各國皆認爲公安秩序之規定。故不問內國人與外國人。均有強行之性質。凡人遇有行爲時。其是否不法行爲。或當發生如何之債權。莫不依其國之規

定而定。此說之根據有二。(一)凡行爲地之適法行爲。無論何國。皆當認爲適法行爲。所以在行爲地法律行爲者。無責任之行爲。任其所至之國。對此行爲。皆不負損害賠償之責任。即依法廷地法律同一之行爲。應作爲不法行爲者。而亦不得準據此法律。定行爲者之責任也。(二)凡據行爲地法爲不法行爲者。各國皆當以不法行爲論。所以據行爲地法律。而自不法行爲發生之債權爲既得之權利。各國皆應爲之保護。蓋自不法行爲所生之債權債務。於當事者之意思。毫無關係。第據法律規定。有此事實。此債權債務。即當然發生。加害者有無負擔債務之意思。被害者對之有無取得債權之意思。在所不問。惟不法行爲一旦成立。加害者即時負其責任。被害者即時取得損害賠償之權利。債權債務即於不法行爲成立之時。早已確定。且其範圍依行爲地之法律。亦得以定。夫在文明國法律之下。既得權利。果屬正當。他國莫不互相保護。爲國際私法上之一大原則。故在法廷地法律不問其有否反對規定。而關於自不法行爲發生之債權。其成立與效力。則專依其行爲地法。歐洲大陸之國際私法學說。概認此說。其立法例亦然。至裁判例中亦有實認之者。日本舊法例。同此主義也。

此說之第一論據。固爲正當。在行爲地。非不法行爲之行爲。他國固不能認爲不法行爲。

而以行爲地法爲絕對的原則之第二論據。則未見其是。蓋行爲地法之不法行爲之行爲。在法廷地法既未必認爲不法行爲。且保護既得權。雖爲國際私法上一大原則。然亦維持內國之公秩序所必要者。苟反內國之公序。則不得適用外國之法律。故卽據外國法律爲正當取得之權利。亦不得保護之。蓋不認此制限。則一國之立法目的。將爲其所破壞。又與國家存在之目的。相背馳也。

行爲地法之原則。苟絕對的適用。則其結果有害法廷地法公安之虞。故近世學者或別損害賠償。爲單純之損害賠償。與民事上之刑罰二種。民事上之刑罰。不能絕對適用行爲地法。當以法廷地法爲定。或有主張不法行爲。雖應以行爲地法爲原則。苟其有關於內國之公益者。則亦當制限其適用。或又謂當依行爲者之國籍爲其制限。若爲同國之人。則不依行爲地法而依其本國法者。然是等制限。皆未足調和前述原則相牴觸之點。於是第三主義生焉。

第三 行爲地法及法廷地法主義

此說在外國發生之不法行爲。(第一)其行爲須從行爲地法認爲不法行爲者。(第二)從法廷地法亦爲不法行爲者始有損害賠償之義務。蓋所以保護損害賠償之權利。此

英美所認之國際私法主義也。此主義之結果。據行爲地法。雖屬不法行爲而訴訟地法。苟有不認其爲不法行爲者。則亦不生損害賠償權。反之。據行爲地法非不法行爲之行爲者。縱令從訴訟地法須認爲不法行爲。而亦無損害賠償之權利。凡此不法行爲所生之債權債務。專以行爲地法律與法廷地法律。共同之範圍內爲限而成立者。換言之。不法行爲所生之既得權。但就內國法所認之範圍內。予以保護是。此所以調和國際私法上保護既得權。與維持法廷地公益之原則也。故此主義實爲不法行爲之準據法。在理論上事實上。均爲正當之原則。日本法例第十一條。亦認此主義。不法行爲所生之債權。雖以行爲地法律爲原則。第限在日本法律所認不法行爲之範圍內。乃有債權之效力。且必就日本法律所認損害賠償之制限方法而爲請求。此日本法例所以比德國法例較爲進步也。

第四節 債權之效力

第一項 債權自體之效力

以上所述。債權成立之問題。其發生之原因或爲法律行爲或爲不法行爲。其所適用之法律。有從當事者意思而定其準據法。若意思不明。則依行爲地法者。又有第依事實發生地

法者。且此等原則不僅適用於債權成立之問題。即效力問題、消滅問題、亦得適用。惟債權之準據法。苟爲外國法。而在日本提起訴訟者。則尤當從日本法律。以求達立法之目的。此即日本法例第三十條之制限也。又債權消滅之原因。雖當依債權之準據法。而爲其消滅原因中之辨濟手續及方法。例如金錢債權須以何種貨幣爲辨濟者。則當從辨濟地之法律。

此外債權消滅原因中。所謂時效者。須依何法律爲定。此問題本視消滅時效之性質。而異其結果。故學者間頗有議論。今舉其主義分析之於左。

第一 法廷地法主義

有謂債權消滅之時效。獨爲消滅訴權。而非消滅債權之自體者。以時效僅屬一訴訟手續問題。故一債權已否罹於時效。專依判定其債權之裁判所所在地法爲定。英美法律。皆採此主義。惟其時效制度。但定出訴期限。故從債權自體之準據法。其債權縱令依然存在。苟按之法廷地法。既罹於時效。則亦不得起訴。反之。依債權之準據法。縱爲既罹時效之債權。而依法廷地法。猶有出訴之期限者。仍得行使其訴權。此主義之前半段。雖甚正當。其後半段則不當。蓋依債權之準據法。既消滅之債權。而從內國法律猶認其得行

使。此揆諸裁判爲確定權利之目的。而非創設權利之目的之原則。不亦大戾乎。英美學者多反對此說。職是故耳。

第二 履行地法主義

或學者謂債權消滅之時效。與債務之履行有密接關係。須依履行地法所定債權之已否消滅爲準。此種主義德國學者中關於債權自體。採從履行地主義者。嘗有如此主張。然債權自體之準據法。既排斥履行地主義。而用行爲地主義。獨於消滅時效。倘採行爲地主義。不免自相矛盾。此法儒勒爾比儒羅蘭所以反駁此說者也。

第三 債權者之住所地法主義

住所地法主義者。多指債權者之住所地主義而言。然學者中亦有採債權者之住所地主義者。嘗主張債權之消滅當依債權者之住所地法而定。其理由謂債權同於動產。大都存在於債權者之住所地。且債權之行使。亦以債權自己之法律支配之。然謂債權乃存在於債權者之住所地。實有不然也。蓋債權乃視債務者之資力而異其結果。自以存在債務者之住所地爲當。是說亦屬非是。

第四 債務者之住所地法主義

或學者謂消滅時效制度乃以保護債務者之利益爲目的。其罹時效與否。當以債務者之住所地法爲定。否則在債務發生地或履行地。倘無時效之制度。債權者將對於債務者永無行使權利之時。而且有礙債務者住所地之公益上規定。此說德國裁判例及其學說。皆是認之。究亦未見其妥協。蓋債權自體。雖可不問從行爲地法或其他法律。而其消滅時效之點。則固不能依債權者之住所地法也。

第五 債權準據法主義

以上所述。皆不足爲時效之準據法。蓋以無區別時效準據法與債權自體之準據法所以差異之理由也。關於時效亦與債權消滅之他原因同。當以債權自體效力之法律爲定。誠以時效制度既爲當事者所豫料。而債權之效力。當事者又得以自由意思定其準據法。故若不特別自定準據法。則固宜以當與債權自體準據同一之法律。爲最適合當事者之意思也。況此主義亦無須特設時效規定。日本法例第七條及第十一條。亦但規定債權之成立及效力。至其消滅時效。則與取得時效。皆無特別規定也。惟時效之關於公益而規定者。則不能任當事者自由意思延宕其時間。是以雖當準據外國之法律。苟其訴訟係在日本發生者。仍不得較日本法律所定之時效。更有請求。以故外國法之

時效。其期間雖較日本法定之時效爲長。亦須短縮之以符日本法律之規定。至外國法之時效。其期間較短於日本法定者。則其債權既依外國法而消滅。日本自無不認其消滅之理。自不得以日本法律尙未至罹時效爲理由。而欲行使其債權也。

第二項 債權讓渡之效力

債權自體之效力之準據法。既如前述。視債權發生之原因而異。有當事者任意選定之法律。有推定當事者意思之法律。有推定當事者意思之行為地法。有事實發生地法。又有行爲地法兼法院地法。凡此準據法。關於債權之效力。及消滅之原因。既皆可以支配。則債權之讓渡。亦得依此準據法乎。則又不然。蓋移轉債權之法律行爲自體。宜依此準據法爲定。而債權讓與之效力。固自有其特別準據法也。

夫債權發生之原因。不問若何。一經發生之後。卽屬債權者之財產。作爲一財產。債權者可以自由處分爲原則。在昔羅馬法債權不得讓與他人。惟依委任方法而收讓渡之效果。然至近世諸國之法律。則債權亦如他之財產。得以讓渡。間或因其性質或有特別之規定。而不得讓渡者。究屬例外。而何種債權可得讓渡與否。此爲債權準據法之實質法上問題。茲不具論。債權讓渡之行爲。此指債權者之任意讓與其債權而言。非如相續法及破產法之規定債權自一方而移轉於他人之謂也。爲一

契約關係。別於讓渡之目的債權。而生獨立之債權關係。故債權讓渡之行爲。同於普通契約。當依法例第七條之規定。然債權讓渡之契約關係。不止讓渡人與讓受人間。生法律關係。讓受人與第三者間亦生一法律關係焉。原當事者間之法律關係。本法例第七條之原則。其成立及效力。當事者不有意思表示。皆以行爲地法爲定。惟債權之讓渡。爲讓渡人所有債權移轉於讓受人。其目的債權既以準據法爲斷。則債權讓渡之準據法。自亦依其目的債權自體之準據法而爲所制限。此其目的之可能不可能。卽謂債權之得否讓渡。須依其目的債權自體之準據法。故在債權讓渡之準據法上其讓渡爲有效者。則在目的債權之準據法亦得爲讓渡。明矣。此之關係不過爲二債權關係相連之結果。依法例第七條之規定。所當然發生者。原不必特設規定。惟第二關係所謂對於債權讓渡第三者之效力。宜有特別規定云。

債權之讓渡僅當事者間爲有效。而對於第三者。未必卽爲有效。蓋各國法律於物權移轉。要有一定方式。所以債權之讓渡對第三者之有效條件。亦須據一定公示方法也。然謂凡有債權皆須依此特別規定。則又未必然。獨一記名債權即普通之債權。生此問題。其他無記名債權。或視爲動產。應從動產同一之規定。蓋此債權與其證書。有不可須臾離者。所以債權之

移轉。無論對當事者對第三者均以交付證書爲債權成立之條件。實無異於動產之交付。宜從其所在地法者。不必多贅。又指圖債權之交付證書。必恃有裏書而後讓渡始能成立。此當事者間之效力與對第三者間之效力。原無區別。故其讓渡亦不必特設規定。反之、普通債權。則如之何。夫普通債權。卽屬不有流通性質之債權。或須債權者之承諾。或須通知債務者。且其承諾與通知。須附以確定日期者。況此確定日期各國法律所認方法迥不相侔。則此債權之讓渡其成立於當事者間者。對於債務者及第三者有無效力。並須據何國法律決定。爲一大問題。於此學說及立法例。皆有三主義。曰債權者住所地法主義。曰債權讓渡之行爲地法主義。曰債務者住所地法主義。析如左列。

第一 債權者住所地法主義

此主義以債權屬債權者之財產。存在於債權者之住所地。故同於他之財產。其移轉之效力。應依其所在地法。卽債權者之住所地法爲定。英美判決例。多採此說。

第二 債權讓渡之行爲地法主義

此主義謂債權之讓渡自體。既依行爲地法。債權讓渡之對於第三者之效力。自應用同一法律。依行爲地法爲定。然執斯說。頗不利於債務者。蓋債權之讓渡。純任債權者之自

由聽其讓渡於何地均無不可。債務者所得豫知也。苟厲行此原則。債務者有必依讓渡地法律之勢。則於己所不知而移轉之債權。亦應負擔責任。其不利不當孰甚。美國判決例。雖認此行爲地法。而復設一例外。苟行爲地爲外國。債權者爲內國之人。則讓渡之效力。依裁判所所在地法爲定。即美法自此例外觀。足以證明此說之不利於債務者矣。

第三 債務者住所地法主義

債權之讓渡。所以要一定方式者。在保全債務者之利益。蓋債務者於自己未嘗承諾或未受通知之際。發生債權讓渡之效力者。殊屬不利。故於此一定之公示方式視爲至要。此等方法當於債務者住所地爲之。且債權行使之最後目的。必在債務者住所地之普通裁判籍起訴之故。則債權讓渡之對第三者效力。在法亦不可不依債務者住所地法。日本法例第十二條。卽認此主義。債權自體。雖用行爲地法。而讓渡之對於第三者效力。則專依債務者住所地法也。此規定之結果。歐洲大陸。實際上無不認之。獨其所採理由。微有不同。若法儒。若意儒。以及英美學者中之二三名家。則謂債權之讓渡宜依債務者住所地法者。因債權之爲物多存於債務者住所地。律以凡財產權宜所在地法之例。其結果卽債權亦當適用所在地法。卽債務者之住所地法也。而德國學說則不然。凡適

用債務者住所地法者。良以債權自體之準據法。皆依債務者住所地法。則債權讓渡對於第三者之效力。亦作爲一部債權效力。而依債權自體之準據法。即債務者住所地法也。然日本法例。關於債權自體之準據法。既有意思不明者。當依行爲地法之規定。推之債權之讓渡。其設特別規定之理由。亦不出乎此。固大異乎德法英美諸國學者之所云矣。

第四章 親族論

第一節 婚姻

第一款 婚姻之成立條件

婚姻之成立。有實質的條件與形式的條件二種。親族法中既已言之矣。茲執此條件而說明準據法。又須分析而詳論之。

第一項 實質的條件

實質的條件者。爲一私人可得爲婚姻之資格。各國法律規定結婚者必達一定之年齡。且須無一定之親族關係。不與因犯罪之禁婚或再婚之制限。牴觸而後可。此等條件。各國法律之規定不一。如婚姻年齡。在日本男子須十七歲。女子須十五歲。在英國法系諸國。男子

須十四歲。女子須十二歲。在法國法系諸國。男子須十八歲。女子須十五歲。在德國法系諸國。男子須二十一歲。女子須十六歲。方爲合格。如親族關係。則直系血族之間。禁相爲婚。凡文明國。悉認此共通之條件。至於傍系親族間之制限。有以三親等爲限者。有以四親等爲限者。且其推算親等之方法。又別爲羅馬法主義及宗教法主義二種。各國禁制之程度。遂以大異。更有以犯罪爲原因。而禁爲婚姻者。諸國法律規定。亦復不侔。再婚之制限亦然。有不認再婚之習慣。有只對女子而設制限之國。有對男子於離婚一定期內禁止婚姻之國。且夫文明諸國。雖行一夫一妻之制度。而或有認多夫一妻制者。卽如回教及莫爾孟宗教之國。所行一夫多妻制。此種蠻風。至今猶有存焉者。若國籍各異之人。相爲婚姻。當依何法律而定其成立條件乎。且卽同國之人。相爲婚姻。倘於外國舉行時。當依何法律爲定乎。此種問題。學說及立法例中。本有三主義。

第一 婚姻舉行地法主義

第二 夫之本國法主義

第三 婚姻當事人雙方之本國法主義

今就此三主義。依次而詳說之。

第一 婚姻舉行地法主義

此主義以婚姻作爲契約。夫契約之成立條件。常依其行爲地法律爲定。婚姻亦有必要之成立條件。故當依其舉行地法也。然此主義。未甚妥協。蓋以婚姻爲契約。根本已誤。婚姻必有雙方之合意。實本於契約之法律關係。然夫婦關係。即婚姻關係固爲一法律制度。而非契約關係。故不許以當事者之合意而爲附條件之婚姻。或制限其效力。夫婚姻者。乃爲作國家基礎一家組織之制度。各國皆因其國民而設此制度。故其國民無論在內國爲婚姻。在外國爲婚姻。均應從其國之婚姻法。對於其國臣民。直一強制的規定耳。所以在外國爲婚姻者。縱令按舉行地法律所定之必要成立條件。均已具備。不從其本國法。則自其本國法言之。直可不認其婚姻關係之成立。是則在舉行地法認外國人在其本國無效之婚姻爲有效。結果至害他國臣民之主權。其不當實甚。蓋此主義。在昔交通未繁之時。一國以內爲婚姻者。只有內國人。固爲正當之原則。然可行於古而不可行於今者。社會變遷使然也。今之立法例中。惟南北美二三國或採之者。然亦僅矣。

第二 夫之本國法主義

婚姻關係。無論何國皆以夫爲主位。而妻因婚姻取得夫之國籍。故婚姻之有效成立與

否。均依夫之本國法爲定。此說歐洲大陸本有行之者。然一爲細究。則夫婦關係成立以後。固應悉從夫之本國法。而問題在婚姻關係得否成立之時。則將來爲夫之男子。與將來爲妻之女子。各有一本國法。在勢未必從夫之本國法。謂婚姻之成立條件。必以夫之本國法爲定者。未爲確論也。蓋夫之本國法卽爲有效。而合之妻之本國法。其有效條件不能具備。則自女子之本國法觀之。苟其國法民未喪失其國籍。應認此婚姻爲無效。夫婚姻之關係。一而已。苟當事者一方之本國法認爲無效者。不問何國對於此婚姻。皆不得認其有效成立。此主義僅以當事者一方本國法爲斷。所以不行於今日也。

第三 當事者雙方之本國法主義

此說婚姻成立條件。必於當事者雙方之本國法。皆能具備者。蓋婚姻之成立條件爲定。特定人之關係。所以在爲夫之男子。不僅備一般的條件而已。必對於爲妻之女子。其本國法所定可得結婚之關係的必要條件。亦皆具備而後可。在爲妻之女子亦必對於爲夫之男子。其本國法所定之必要條件。能具備無缺。乃稱有效。此雙方當事者其必具備兩本國法之條件者。曷故。誠如前述。婚姻成立之際。雙方當事者固各有一獨立本國法存也。

然則雙方之當事者。於其本國法所認條件。均已完備。則無論如何。在日本皆得爲有效婚姻乎。是不盡然。苟其本國法所認成立條件。有反於日本之良俗或悖公秩序之性質者。日本可不認其成立。此人在日本無爲婚姻之權利。例如認一夫多妻制之國。其國民更欲與外國人爲婚姻。或與其國之人爲婚姻。以日本法律論。則應犯重婚禁令。此種婚姻。在當事者本國法其成立條件雖如何完備。終不得因而認之也。

以上所述主義。在歐洲各國立法及判決例之實認者。正復不少。如前年成立之海牙國際私法條約。已普及於十四國。是此主義。漸以發達矣。日本法例第十三條規定。亦採此同一之原則云。

第二項 形式的條件

婚姻爲重要之法律行爲。各國皆重在一定方式。而其方式或爲宗教上之儀式。或爲民事上之方式。即管理身分吏員之蒞視及戶籍之登錄此在各國法律迥不相侔。遂生婚姻方式應據何法律之問題。前編所述。雖有法律行爲方式從其行爲自體準據法之原則。而婚姻之準據法。爲當事者雙方之本國法。苟其國籍各異。則按右之原則。當從何本國法乎。實難決定。且卽屬同國籍之人。而其本國法所採之方式。未必可行於外國。況夫婚姻之當踐一定方

式者。固統其國之良風美俗及社會之秩序而籌之也。非止一男一女。有結爲夫婦之合意。卽對於社會。其爲神聖婚姻之意思。必使之公然宣示。而無所苟。在婚姻舉行地者。不問其本國法有何方式。而務令依舉行地之方式。故婚姻方式異於一般法律行爲之方式。須以行爲地法爲原則。卽婚姻舉行地之方式且依舉行地法所爲婚姻。無論何國其方式上皆當認爲有效。日本法例第十三條規定。亦既認之。對於法例第七條爲例外。海牙之國際私法條約關於婚姻規定。亦採此原則。茲錄其第五條條文於左。以供參考。

第五條 依婚姻舉行地法律所舉行之婚姻。關其方式。無論何國。皆認爲有效。

但須用宗教上舉行式諸國。其國民不依此規定。而於外國締結婚姻。不得認爲有效。關於婚姻公示。本國法規定。要遵守之。惟其國以缺此公示。爲違反法律規定者。其婚姻爲無效。

婚姻證書之公正謄本。應移送於各配偶者之本國官廳。

婚姻之方式。苟如以上所云。應依婚姻舉行地法律。則內國人在外國爲婚姻者。致有不能依本國方式之時。近世諸國之國際慣例。有使駐劄外國領事及公使代行內國管理身分吏員之職務。舉本國法之必要方式。而於其面前爲之。日本民法第七百七十七條。規定帝

國公使或領事。當日本人在外國相爲婚姻或與外國人爲婚姻時。必使其行日本法律之必要方式。法例第十三條第二項。亦認此例外。即不依舉行地法律。而於日本公使及領事之前爲婚姻者。認爲有效。又駐劄日本之外國領事。如德國領事 比利時領事以領事職務條約。認其本國臣民在日本舉行婚姻。亦令得依其本國方式。海牙之國際私法條約第六條。採同一之原則。認爲舉行地方式之例外。

第六條 依本國法於外交官或領事官前舉行之婚姻。其方式。無論何地。皆認有效。但須婚姻豫約者之雙方。非結婚舉行國之臣民。及該國不有反對者。

婚姻舉行國。對其婚姻。不得因其有前婚。或宗教上之罣礙。爲違反其自國法律之理由。而反對之。

按右之條約。此際雙方結婚者。必非其駐在國之臣民。又如領事職務條約等之特別規定。不存者。則必駐在國於其所行方式不反對焉。

第二款 婚姻之效力

婚姻不止對於夫妻生身分上之效果。即其當事者之財產上亦生效力。故婚姻之效力可分爲二。第一、及於身分之效力。第二、及於財產之效力。說明如左。

第一 夫婦身上之效力

婚姻之夫婦身上效力。常依屬人法。而屬人法又有本國法主義、與住所地法主義二種。於此遂有當依住所地法及當依本國法之分。就中依本國法者。更別爲依夫婦共同之本國法、與婚姻時夫之本國法、及單純夫之本國法。婚姻之效力。依住所地法主義而定。較他之屬人法。其理由更足。是以夫婦之關係。多主張依住所地法律爲當者。就此點論。不僅英美諸國採住所地法主義。在歐洲大陸學者中其採是說者。正復不少。然婚姻之身分效力。與國籍有莫大之關係。且有永久不變之性質。故規定此畢生之關係。不可不用其本國法固也。雖然。夫婦國籍各異之時。則如何。如日本社會勿論已。卽在歐美各國。夫者亦爲夫婦關係之主宰。妻有從夫之義務。故以依婚姻關係主者之本國法爲當。而主張共同本國法主義者。直一紙上空談耳。婚姻之效力。雖若以結婚時夫之本國法爲當。然既成夫婦而變更國籍之後。則前之本國法所認之效力。苟依現在本國法而不認之者。則婚姻之效力。必且變更。蓋舊國籍之本國法。不可行於他國也。是故婚姻之效力。每隨國籍之變更而亦變更。日本法例第十四條規定當依夫之本國法。卽明當依現在本國法也。

所謂婚姻之身上效力。即依日本民法規定。通夫婦相互間之權利義務而言。同居之權利義務。夫婦間扶養之權利義務是。至妻之能力制限。亦包含其中。妻於如何法律行爲。有獨立之能力。更於如何法律行爲。夫有代理權。莫不以之爲婚姻之效力。應依夫之現在本國法爲定者也。於是復生一問題。法例第三條第二項之例外。在法例第十四條亦得適用否。換言之。妻依其夫本國法不有能力。而依日本法律得爲有能力時。且其法律行爲在日本爲之者。得以有效法律行爲論乎。對此問題。於妻之能力之有無。自以包括於法例第三條第一項爲無疑義。然妻之無能力乃由婚姻而生。則法例第十四條一般規定之。而未認此例外。頗復滋疑。余則謂日本法例第三條第二項之例外。即如第十四條妻之無能力時。亦得適用。其理由第十四條爲因婚姻之效力制限妻之能力之規定。而非豫想爲妻者之在日本應爲法律行爲之規定。且第三條第二項。泛言依當事者本國法而無能力之人。在日本得爲法律行爲。第出於保護內國交易之必要。而制限其對其本國法之適用。則使爲妻者亦從此制限者。固可以推測立法之精神必爲如是已。以上所述婚姻之效力。依法例第十四條第二項。規定外國人與日本人女戶主爲入夫婚姻或爲日本人之壻養子時。其婚姻效力。得依日本法律。以代其夫之本國法。然此規

定。第爲鄭重立法起見。實則無此規定。亦生同一之結果。蓋外國爲入夫爲壻養子。於其爲之之時。早已取得日本國籍。則此時之爲婚姻。所謂夫之本國法。卽日本法律矣。其所以設此規定。蓋恐入夫婚姻以前及爲壻養子之項。尙是外國人。或有所誤解而已。然理論上此規定誠爲不必要也。

第二 夫婦之財產效力

古來有以妻之財產屬於夫之所有者。夫因婚姻而取得妻之全部財產。設爲通則。然自社會日益進步。婚姻關係爲精神的身體的之結合關係。而非財產的關係。漸爲世界所公認。則妻於結婚之後。仍爲獨立主體。得所有自己之特有財產矣。然各國法律。尙有不認妻之得獨立而有財產。以夫之有管理權用益權爲原則者。是以夫婦相互財產制度有依契約而定者。其無契約則依法律規定爲定。獨其契約自由之範圍。或法律財產制之制限等。諸國法律各異。應以何法律而定。此財產制不可不明也。茲別契約財產制與法定財產制而說明之。

甲 契約財產制 夫婦之財產契約。應以何法律爲定乎。於此當先研究契約財產制。果隨住所變更國籍變更而變更否。有所謂變更主義。不變更主義。然此財產契約。無

論何國。悉於婚姻時。須爲確定。其後不得變更。日本民法第七百九十六條。亦採此主義。且夫夫婦財產制度。非僅關於雙方當事者之利害。第三者亦與有利害焉。故諸國法律均必設一定公示方式。此契約之效力及制限。須以結婚時夫之本國法爲定。其後卽變更住所變更國籍。而此契約關係。爲因不背公之秩序。無論何國均應認爲有效。日本法例第十五條。載明此財產制。依婚姻時夫之本國法。卽此之故。但如前所云。此財產契約。必要公示。是以外國人有取得日本國籍者或移住日本者。其妻之若何財產。依此契約制。對其所特有者。必須公示之。日本民法第七百九十五條規定。此際取得日本國籍或移住日本之外國人。一年以內應登記其財產契約。而不爲此登記者。對於第三者不生效力。蓋以保護交易安全而設此制限也。

乙 法定財產制 在契約財產本契約之固有性質。不因國籍或住所之變更而異其效力明矣。然夫婦間不結此約。一依法律規定者。則如之何。在婚姻之效力自體。因住所或國籍之變更。其屬人法隨之而異。故關於財產制之法律。亦有主張必須變更者。其理由頗足。蓋現在本國法律於其國民財產制。固有規定第一變爲外國人。其財產制之如何。儘可不問。然執是說也。夫婦因變更其國籍而得變更其財產制度。可使爲

夫者恆以不正意思而故占妻之財產。令歸己有。利此變更國籍之一法。爲弊伊於胡底。其結果大反爲婚之本意矣。何則。夫婦於婚姻時。其不爲財產契約者。意在欲從當時夫之本國法所認之法定財產制耳。此法定財產制。卽爲雙方當事者之默約。故不願以此條件爲婚姻之意。而其後僅以夫之獨斷。變更國籍。因而變更此財產關係者。事理之刺謬甚矣。日本法例及德國民法施行法。定法定財產制。亦同於契約財產制。以婚姻時之財產關係爲夫婦間之永守不變。任國籍住所之如何變更。而不受影響者。良有以夫。

第三款 離婚

婚姻之解消原因。亦屬婚姻效力中。應依夫之本國法。然其爲離婚。則又未可以概論。不可不定離婚之特別準據法。於此所當研究者。第一離婚之管轄權。第二離婚之原因。試爲分析言之如左。

第一 離婚之管轄權

外國人之離婚。日本裁判所在如何程度。始有管轄權。依日本民事訴訟法規定。對於在日本有住所或居所之外國人。得有管轄權。然歐洲各國間。關於離婚及別居事項。則有

海牙國際私法條約第五條。規定離婚之管轄權。(第一)依夫婦本國法。有管轄權之裁判所。(第二)有管轄權者。必爲夫婦住所地之裁判所。若夫婦之住所各異。則被告住所地之裁判所。有管轄權。以不認單純住所地之裁判所管轄權爲原則。夫離婚之管轄權。本應專屬其本國之裁判所。而外國裁判所得以管轄者。第爲便利起見。而設此例外規定。故如日本人事訴訟手續法認。居所地管轄權不免或失之泛云。

第二 離婚之原因

外國之離婚。在日本裁判所。可得宣告者。其離婚原因。應以何法律爲定乎。從來離婚之原因。諸國法律不能相同。在羅馬舊教各國。以婚姻爲神聖行爲。本神意而成之者。法律上不得解消之。其在他國。或專以一定原因爲限。認離婚者。而日本之舊習慣。離婚本屬自由。惟現行法律之民法規定。必有一定原因。乃許離婚。又歐洲各國。其不許離婚之國。有於離婚之外。設別居制度者。即在許離婚之國。亦有設此制者。離婚原因。各國規定大相逕庭矣。而有日本法律所不認之別居制度。當此之時。應依何法律得宣告離婚或宣告別居。此問題不可不一爲之決。凡有三主義。略述於下。

一 法院地法主義 此主義以離婚原因爲有關於善良風俗及公之秩序。是以可許

離婚與否。當依法廷地法。其所主張之理由。歐人爲妥適。依法廷地法而不認其離婚者。無論何處。皆不得爲離婚宣告。然更就他方面觀之。則依此主義僅爲法廷地法所認之原因。縱令本國法不認其離婚而亦有可宣告離婚者。未免害他國之臣民主權。可謂誤矣。

二 夫之本國法主義 此主義以離婚不止解消夫婦關係。且至變更國籍之故。不可不專依其本國法而定其原因。由是觀之。在本國法不認之原因。而外國裁判所宣告其離婚者。誤也。然卽爲本國法所認之原因。而不得因此逕行宣告離婚。在法廷地法主義。固足以明之矣。於是第三之折衷主義生焉。

三 折衷主義 此爲最適當之主義。以離婚原因必其本國法及訴訟地之法律共認之時。得爲宣告離婚。等於不法行爲所生之債權。必行爲地法與法廷地法之相共通。故離婚原因。其本國法認之。法廷地法之日本法律亦認之。而後得爲離婚宣告。茲所謂本國法者。非指夫之婚姻時之本國法及訴訟時之本國法。乃指發生離婚原因之事實時。夫之本國法。此卽日本法例第十六條所採主義。海牙國際私法條約亦認之也。述其條文如左。

第一條 夫婦必在本國法及訴訟地法均許離婚者始得提起離婚之訴。別居者亦同。

第二條 應下判決事件。必於夫婦之本國法及訴訟地法有離婚之理由者。得爲宣告。不問其原因之如何。

別居者亦同。

第三條 苟訴訟地法許其從本國法者。則依本國法。

第四條 前三條所揭之「本國法」者。於夫婦或其一方在他國國籍間所發生之事實爲離婚及別居之原因者。不得援用之。

由是親之海牙條約第四條規定。與日本法例第十六條同。關於離婚原因。亦採事實發生時之本國法主義。蓋不如是。則離婚原因既生之後。夫得漫變更其國籍。而擇一難爲離婚之國。或易爲離婚之國。以便其私。不亦悖乎。

第二節 親子

國際私法上。關於親子之關係及親子間之權利義務問題。可分爲四款。一曰嫡出子。二曰私生子。三曰養子。四曰親權。述如左列。

第一款 嫡出子

凡子之爲嫡出子與否。在父子國籍各異者。或母與其夫國籍各異者。乃有問題。卽此際子之是否嫡出子。應以何法律爲定乎。近世各國民法上之原則。妻於婚姻中懷胎之子。皆推定爲夫之子。而於所謂不合胎期之子。諸國法律所認嫡出子否認訴權之條件。及其訴權行使之期間方法。迥不相同。其當從何法律。不可不知也。故關於是否嫡出子問題。卽仍爲否認訴權者。應從何法律之問題亦可。其在英美法律。爲嫡出子與否。當視婚姻有效與否爲決。故亦如婚姻效力。同依夫之住所地法也。抑知嫡出子之與否。無關於婚姻效力。實乃由婚姻關係之結果。而生父子身分之問題。且因其解決之結果。子之國籍亦隨之而異。萬不得依夫之住所地法。歐洲大陸諸國學者中。多主依子之出生時。父之本國法者。獨法國一二學說。則以否認訴權。爲關於父之利害。不如關於子之利害爲甚。當依子之本國法爲定。此法儒威斯之所唱。然而誤矣。從來否認訴權之目的。非爲子之利益而生。實欲以明爲之父者。親子關係之不存在之一方法。此權利之有無。宜依推定的父之本國法。而不宜依子之本國法。況父子國籍各異之際。常在以否認訴權之結果。明曉其爲婚姻外之子後。始能發生。而子之國籍。必俟否認訴權之行使而後可定。故決爲嫡出子與否。不可不依推定

的父之本國法也。日本法例第十七條從歐洲大陸之通用學說。亦以推定的父之本國法爲定。惟當行使否認訴權時。其所謂父子關係。不過爲推定的。果得爲父否乎。尙在不可知之數。亦不得逕曰用父之本國法。是以法例第十七條文中曰。其母之夫所屬國法律。而不曰父之本國法者。卽此意也。且旣云依其子出生時之本國法以定其果屬嫡出子否。則出生後卽有變更國籍。亦所不問。第依其子出生時母之夫之本國法而已。苟其夫於子出生前死亡者。則不得依出生時之本國法。當依夫死亡以前最後所屬之本國法。否認訴權。固依子出生時其母之夫之本國法。而行使自體。按卽謂行使其事則應受訴訟地法之制限。故在訴訟地法。以其母之夫苟證明其無生殖而行否認訴權者。作爲違反善良風俗。而禁其行使。則在該一國。不得依此證明方法而行否認訴權。蓋否認訴權自體。雖宜依推定的父之本國法。而行使方法。則宜受訴訟地法之制限云。

第二款 私生子

諸國法律關於私生子之規定各異。有不許認知私生子者。有許爲認知。而獨別其條件及效力者。茲先述私生子認知條件之準據法。次言其效力。

第一 私生子認知之要件

私生子認知之要件。有主張當依絕對的訴訟地法者。蓋私生子之認知。有關於善良之風俗。以故得否認知。應專依訴訟地法爲定。有以此爲屬人法。當依私生子之本國法。或爲認知之父母之本國法者。而定本國法時期。亦有種種主義。或爲私生子出生時之本國法。其理由以私生子之認知溯自出生之時。發生親子之關係。故認知條件。必以私生子出生時之本國法爲定。此說似爲精當。然私生子認知之要件。各國法律。大相逕庭。苟現在之本國法。有制限私生子之認知或禁止之者。縱令依出生時之本國法。認知條件。均獲存在。猶不得發生認知效力。故必需俱備認知時本國法所認之條件。是以一般學說。皆以私生子認知之要件。應依認知時之本國法。茲之本國法云者。非常事者一方之本國法。乃如婚姻所言各當事者之本國法。卽在認知者與被認知者。各從其本國法。具備認知條件及被認知條件爲必要也。日本法例第十八條第一項。亦採此主義。對於爲認知之父或母。以認知時之本國法。對於被認知之子。依認知時子之本國法。爲定。蓋不如是。則子之現在本國法。雖不認認知。而僅依父或母之本國法。可使認知成立。其結果實有害子之現在本國法之臣民資格。背理孰甚。卽如依日本國籍法第六條。外國人依認知應取得日本國籍。然非其子之本國法亦全認此認知條件。而使生此效力者。則恐

有國籍抵觸之虞也。

關於認知方式。應從一般法律行爲之方式而定。然使被認知者與認知者之國籍各異。則依其行爲地法亦可。凡如此關係。率由領事或公使。對其本國臣民承認本國法所要求之方式。故實際上概依本國法方式焉。

第二 私生子認知之效力

私生子認知之效力。或如日本民法。父所認知之私生子。取得庶子身分。或父母在婚姻中認知。或私生子既生之後爲婚姻者。均取得嫡出子身分。或於私生子之認知不與以此效力。則此效力之如何。不得依雙方當事者之本國法。當依爲認知之關係之主者之本國法爲定。此在學說及諸國之法例。莫不皆然。日本法例第十八條第二項亦採此主義。定認知之效力。當依父或母之本國法。茲所謂本國法乃認知時之本國法。非出生時之本國法。故爲認知之父或母既爲日本人。則從日本民法及國籍法第六條規定。其私生子取得日本國籍。并可取得庶子嫡出子之身分也。

第三款 養子

養子制度。爲家族制度之結果。在昔各國有行之者。然至今日歐洲各國之養子與日本之

養子。絕不相同。第有財產的關係而已。至於親族的關係。全淪於烏有。或不認養子制度之國。而在日本猶有必需維持家族制度。以親族關係爲重。視歐洲各國養子制度。尤具有不可缺之點。故以外國人爲養子之時。國際私法上應如何規定。亦爲當研究之問題。就於此點。在歐洲之養子制度。其條件各異。欲立養子者。與被立爲養子者。各國法律規定不一。此養子緣組之成立。應以何法律爲定。固無以異於婚姻。必依各當事者之本國法也。是以雙方中無論在何人。本國法有缺養子緣組之要件者。其養子緣組不能有效成立。然則養子緣組之效力。當依何法律乎。夫養子之取得如何身分。負擔如何權利義務。均出於維持家族制度之必要。而設此制度。固已。卽如歐洲大陸養子制度之。但有財產關係者。亦欲達養親本國法所認目的而爲緣組。故此效力。無論何國。皆依養親之本國法爲定也。至於養子緣組之解消。應依何國法律。則專以養親之本國法爲定。蓋養子緣組中。有不許離緣之國。有制限離緣之原因者。養子關係解消之原因。雖各有不同。而養子之關係。異於婚姻之關係。其原因於善良之風俗。不至相背。且養子關係自體。本爲養親而認之。故其得爲離緣與否。不可不依養親本國法也。日本法例第三十條規定。亦用此主義。惟外國人之本國法所認離緣原因。有背於日本之善良風俗及公之秩序者。其本國法之原因。則不可得而認

矣。

第四款 親權

以上所述親子之關係。應依何法律爲定。既已明矣。而親子間之權利義務。應依何法律爲定。尙屬應研究之問題。夫親子間之權利義務。古來有以親權爲中心之說。蓋親權當古昔家族制度極盛之時。視爲屬於家主之一大權力。其家族本不有獨立之人格。非止不能有財產權。且自己亦爲家長一財產。當此時代。親權爲權力關係。不生國際私法的問題。時至今日。各國之家族制度。漸已衰替。個人主義。益以發達。戶主權即家長權之範圍。因而縮小。惟親權獨存焉。且親權爲父母對未成年之子所有之權利。即負養育其子監督其子之義務。其性質乃國家爲保護未成年人之利益而設之私權。在日本親權與家長權即戶主權雖兩者並存。而親權自體第認爲一種之私權。非作爲公權而認之也。故與一般之私權同。即外國人在日本亦得享有親權而且行使之。日本國民。在外國亦然。是以親權之在國際私法上。亦一問題。應決定其依何法律。茲別對於子之身上權利與對於子之財產權利二者。而說明之如左。

第一 對子之身上權利

諸國民法與親子間之法律關係。規定不一。然自親對於子之關係言。則對於子之身體。負有爲監護養育之權利義務。又有選定其住所之權利。在必要範圍內有認懲戒其子拘束身體之自由之權利。或於父之懲戒權。不許其拘束身體之自由者。例如英國或於父對於子之身體。認其有收回之請求權者。或不認之者。對於子身體之關係。有各異之處。而此關係。各國悉以依父之本國法爲原則。當定父之本國法雖有指出生時之本國法。然親權之範圍。當隨國籍而變更。不可謂出生時之親權爲其子所永守不易者。日本法例第二十條。親權依父之本國法。即現在本國法若父不在。則宜依母之現在本國法。學者於此。有主張宜依親權行使地法者。則是以親權之行使與親權自體混而爲一矣。親權在日本法例雖宜依其本國法。而親權之行使第於其行使地所認之範圍。可得行之也。獨於行懲戒權之點。與其行使地之警察公安有密接之關係。縱令依本國法有可得行懲戒之方法。若其行使地以此方法爲有害於公之秩序及善良風俗者。即不得行使。此在本國法主義。固受有制限。然彼之採親權行使地法者。出於誤解此點。其主義固不可用也。

第二 對於子之財產權利

行親權者對於子之財產關係。因時代而不同。又各國法律之所認亦異。今之文明諸國。

爲子者得有特有財產。子之所有財產，爲父者不過有管理用益之權。此雖爲通例。而就於管理權或收益權之範圍。又復各異。故有應依何法之問題。此在英美。則區別爲動產與不動產。關於不動產。親權行使者之管理權。宜從其所在地法。關於動產。宜從屬人法。而歐洲及日本法例。不認此區別。無論動產與不動產。父母之管理權。皆依其本國法爲定。日本法例第二十條。廣言親子間之法律關係。故就於財產管理權。亦當依父之本國法爲定。然子之財產。於如何範圍內。應屬何人管理。雖依父之本國法而定。而依其目的物所在地法。不免大受制限。例如有日本不動產之法國人之子。其父^{法國人}當行使管理權時。依法國法律。父雖有用益權。而日本民法不認此物權。故其父於其本國法所認管理權。在日本不得完全行使。此依所在地法以制限本國法規定者。即如前章所云屬人法之本國法規定。與屬地法之所在地法有相牴觸者。必先適用屬地法規定之原則。而有此結果也。

第三節 扶養之義務

扶養之義務。乃自親族關係所生之法定義務。其債權債務之關係。雖爲財產權。而以一定親族關係爲前提之債權債務。爲親族法上之義務。與普通之債權債務有別。必需定一準

據法。蓋近世各國法律。雖有道德上之必要。認親族相互爲扶養之義務。而至於義務之範圍程度。及親族關係之範圍等。各國法律。迥不相同。故扶養義務者。與扶養權利者。苟爲各異之國籍。則當依何法律定此義務之有無。乃以生矣。此點異於普通債權。一切學說。皆以此問題當依當事者屬人法而決者也。惟當事者中。將爲權利者之屬人法乎。義務者之屬人法乎。抑爲雙方之屬人法乎。學說及成例。皆無定論。今述其大概如左。

第一 權利者之屬人法主義

此屬人法主義。亦分二派。其一爲依扶養權利者之住所地法。德國裁判例所常認之學說也。其一爲依權利者之本國法。法國學說之所認。然此二說皆非也。蓋扶養義務之有無。苟依權利者之住所地法而定。則一面使扶養義務者負己所不知法律之義務。一面扶養請求者。依住所之變更。得選一利己之法律。以遂其私。爲弊實大。卽依權利者之本國法。其弊尙不止此。扶養之義務。本爲法定之義務。法律使有一定親族關係者負擔之。故義務者。依自己之住所或自己之本國法以外之法律而負此義務者。殊爲未當。今日所以摺此主義而不用也。

第二 義務者之屬人法主義

扶養之義務。依義務者之屬人法而定者也。此在往時。悉採由義務者住所地法之說。至於今日。則多採義務者之本國法者矣。日本法例第二十一條亦認之。扶養之義務。本由親族相互間之倫理的道德的之思想而發達。爲基本於義務觀念。此義務之有無。不問扶養請求者之國籍或住所之如何。皆以依義務者本國法規定爲當。惟扶養義務之前提。親族關係。雖爲當事者終身間一定不變之關係。而扶養之義務自體。則爲應義務者之現在身分及資力。與請求者現在之必需而定之關係的問題。故就有親族關係中。何人果爲義務者。何人果爲權利者。待判決而始定。非能預定者也。故曰義務者本國法者。非指特定之義務者。而謂一般的抽象之義務者。義務者之本國法果有扶養義務與否。亦依以之爲義務者而受請求之被告之本國法而定云爾。

第三 雙方之屬人法主義

學說有謂扶養之義務。不得僅依權利者或義務者一方之屬人法。必於雙方當事者之屬人法所認範圍內而存在。然扶養之義務。異於不法行爲之結果所生之債權債務。匪特無害公之秩序。負擔此義務。實足以增進公秩序。適合於善良風俗。依義務者之本國法。既負扶養義務。則不必依請求者之本國法。而問其爲權利爲義務。故是說爲日本所

不認。

第四節 後見及保佐

後見可別爲未成年者之後見與成年者治即產禁之後見。茲先言未成年者之後見。近世各國法律爲保護未成年者之利益。補充其能力。使其穩固。與第三者之法律關係。莫不認後見制度。然關於後見之開始或終了之原因。未必相同。故外國人未成年者之後見。應依何法律爲定。不可不知。今論述此問題。別爲(第一)管轄權。(第二)準據法。而說明之。

第一 後見之管轄權

凡一國對於滯在其國之外國人。有否設後見之管轄權。爲一問題。蓋對無能力者而設後見。本爲補充其能力之機關。故決定其能力之有無。必依本國法始能貫徹。後見之管轄權。當依被後見人之本國法。此點率爲各國之所承認。無論何國對滯在外國之臣民。尙得設後見。是以對在內國之外國人未成年者。亦當認其屬於本國所命後見人監督之名之下。近今之國際慣例。如日德領事職務條約第十三條。認各領事有監督其本國臣民之後見之職權。卽無此條約者。亦作爲國際慣例而默認領事有此職權。然對滯在內國之外國人。國家無後見管轄權。遂不問如何。內國裁判所不得爲之設後見人。此不

獨於未成年者及無能力者。不能完全保護而且有害第三者之利益。故各國皆設一例。認外國人之滯在國亦有後見之管轄權。今於如何事項。日本裁判所對外國人得設後見。則必具左列之三條件。

(甲) 被後見人之外國人在日本有住所或居所者

(乙) 依其外國人之本國法有後見開始之原因者

後見開始之原因。即如何事項爲無能力者。必補充其無能力。非以適用日本法律規定爲限。一依被後見人之本國法而定之。此即各國之實際及條約上之規定。莫不一概認之也。

(丙) 無從本國法行後見之事務者

此有二種情形。(一)其本國裁判所或官廳對於滯在內國之外國人全不設後見者。(二)縱令其本國有任命之後見人而其後見人在日本實不能行後見人之事務者。具備以上三要件者。在日本有保護其外國人利益或第三者利益必要之時。得設後見人。

次及成年者之後見。即禁治產者之後見異於以上之所述。依法例第四條。規定限在日本受禁治

產宣告者。得由日本裁判所設後見。要之、第二十三條所規定。僅於以上事項。日本裁判所有管轄在日本之外國人後見之權利。

第二 後見之準據法

後見關係之準據法。應依何法律。有左列之二區別。

(甲) 日本裁判所有後見之管轄權而設後見人者

(乙) 外國裁判所有管轄權而設後見人者

就甲事項言之。日本裁判所有監督後見人之權。其後見人之法律關係。一依日本法律爲定。被後見人之爲外國人與後見人之爲外國人。均所不問。蓋關於後見之組織及監督。各國不同。非有法廷地法所認之效力。則內國裁判所對外國人。將至於不得設後見。故日本法例第二十三條亦云。此後見依日本法律規定。即明應依日本法律以定其效力。資格條件。是以如何之人。於日本得爲後見人。即關係人資格問題亦依日本法律定之。何則後見人之資格。爲一權利享有之能力。固當依所由享有其權利之國之法律爲定。又後見人之對於被後見人身體關係。并對其財產關係。亦依日本法律爲定。法例第二十三條第二項所載之例外是也。

就乙事項言之。外國裁判所有管轄權。且任命後見人者。在日本應以何法律定其後見關係。此不可不依其被後見人之本國法。然學說中有種種主義。有採財產所在地主義者。蓋後見關係僅一財產管理關係。不問爲外國所任命之後見人與否。必依財產所在地法律。定後見之關係。有以後見爲公之職務者。外國裁判所所認之後見人。在內國自不得行其管理權。故後見關係。宜依被後見人住所地法爲定。或如英美各國。則僅關於不動產依所在地法定後見關係。然日本及歐洲大陸各國之法律。以後見爲保護無力者利益之制度。後見人職務。不過在一定範圍內以擴張其親權。是爲私權之行使。而非公之職務。後見關係。僅依被後見人之本國法也可。日本法例第二十三條第一項。即採此主義。歐洲各國間所調印之條約。亦同此規定。因之。管理被後見人之身體及財產之權利。并後見人資格等。皆當依被後見人本國法也。且此後見人不問其財產所在地之如何。對於被後見人全部財產。皆得行其本國法所認之管理權。惟在後見人對被後見人身體之監督權。尙有如親權。受其行使地公秩序之制限者。後見監督權。亦依其行使地之公秩序而有所制限。又關於財產管理權。當以如何方法。如何條件。而管理其財產。皆依被後見人之本國法。財產之管理方法中。獨財產之處分移轉二事。應受其所在

地法之制限。更有後見人之處分財產。被後見人可否主張其無效或請求原狀回復。則與一切之物權同。宜依其目的物之所在地而定。而不得依被後見人之本國法也。

第五章 相續編

本章述解釋相續法牴觸之原則。分爲二節。第一節、述相續關係之準據法。第二節、述遺言之準據法。

第一節 相續

關於相續。於論外國人地位之沿革章。既述之矣。古代不認外國人有相續權。及至今日。無論何國皆不因其爲外國人而奪其相續權。故外國人相續內國人之財產或相續在內國之外國人之財產。往往而有。然相續關係。一面爲財產關係即財產之資格之變更關係。一面卽以親族關係爲前提。成二種法律關係之合體。故生相續關係宜依何法律之問題。此問題在昔之國際法上。頗爲複雜。卽學說上實際上。亦無所統一。苟被相續人在各國有財產時。則尤屬疑問。從來歐洲各國間嘗欲結一一定條約。第以其利害關係有各異之結果。遂至今日尙不見此條約之調印。將來此條約或有成立之時。究難期其成統一的規定也。今述各國立法例其學說之大要。有左列之三主義。

第一 財產所在地法主義

採此主義者。以相續法與一國之財產私有制度、有密接之關係。凡爲國家應定在其國財產、如何之人、得依相續法可以取得之標準。有爲制限財產分散之故、認長子相續者。反之或有慮財產之集合。而認均分相續主義者。無論何國。其相續法。皆出於公益上之規定。以與財產私有制度。有不可離之關係。在內國之財產。應專依內國法律而認相續權。然則依此主義。苟被相續人數國皆有財產者。則因其財產所在地之各異。相續應受多數法律之支配。有不能統一之而定其關係之弊。且今日之法律思想。相續非止爲個個財產取得之原因。實爲承繼被相續人之人格相續財產成。包括財團。舉凡屬於被相續人之權利義務。使相續人承繼之。相續人爲何人及如何爲相續之法。現宜皆依被相續人之本國法爲統一的規定。不問所在地之如何也。因而此說在今日第爲南美各國間條約草案所認。歐洲各國皆擯而勿用。

第二 不動產所在地法動產屬人法主義

此主義爲英美兩國所通行者。關於不動產之相續。依一切所在地法。關於動產之相續。依被相續人之住所地法。則歐洲各國斷至近世。亦採此主義。今日則不問動產與不動產。

均依相續人之屬人法矣。亦有依被相續人之本國法主義之屬人法者矣。而如英美現行主義。實反相續財產統一的合體之性質。揆諸相續法原則。不能無牴觸矣。

第三 屬人法主義

被相續人之本國法主義

採此主義者。謂人之資產。不問其爲動產不動產。並其所在地之爲內國外國。皆爲組成統一的惟一之資產。相續不過以此包括財產。自甲承繼於乙。而被相續人之財產的人格。依然存在。相續關係。當依被相續人之本國法爲定。在歐洲大陸各國。今日無不認此主義。日本法例第二十五條亦然。定曰相續當依被相續人之本國法。以此原則之結果。相續開始原因。宜依被相續人之本國法。即僅以被相續人之死亡爲相續開始原因乎。或如日本不以戶主之死亡爲限。隱居、或國籍之喪失、離婚、離緣等。亦認爲相續開始原因否。皆依被相續人之本國法。然就此點。亦受日本法例第三十條之制限。即在外國法律所認民事上之死亡。因而開始相續者。苟自日本法律觀之。有害公之秩序。則不得認此爲相續開始之原因。法例第二十五條爲關於相續之一般的規定。自當受其他特別的規定之制限。是以在被相續人之本國法。雖不認爲相續開始原因者。而依法例第六條。規定外國人受日本裁判所之失蹤宣告者。此相續開始之原因。既已存在。則在日本

本民法解釋相續財產之歸屬國庫。實爲領土權之結果。非以最後相續人之資格而爲之者。故在國內財產皆應歸屬國庫。惟依日德領事職務條約第十四條規定。德國領事對在日本德國人之遺產。有絕對的管理權。故德人之無相續人者。其財產不歸日本國庫。而歸其本國之德國國庫是也。

第二節 遺言

第一款 遺言之實質的要件

遺言之法律行爲。與他之法律行爲異。必待該當事者之死亡而後發生其效力。故一面須有嚴重之方式。一面即無普通法律行爲之能力者。依其遺言。猶得爲死後之處分。此通例也。茲先就遺言之實質的要件。而比較內外諸國之法律。若遺言能力。即得爲遺言之資格若遺言處

分。即依遺言可得處分事項之性質

及其範圍。各有不同。故外國人在內國爲遺言。或內國人在外國爲遺

言者。此等之實質的要件。應依何法律而定之乎。對此問題。從來各國之成例及學說。皆以此同於相續。或採財產所在地法主義。或採住所地法主義。或採本國法主義。而日本法例第二十六條。則主歐洲大陸之通說。認遺言者之本國法主義。蓋遺言爲排斥法定相續規定之處分行爲。其準據法。固無以異於相續關係之準據法也。惟關於相續。所稱被相續人

之本國法。指相續開始^{即死}時之本國法。而遺言之本國法。則指遺言作成時之本國法。而非死亡時之本國法。蓋遺言之效力。雖俟遺言者之死亡。而後發生。而遺言自體。固自其作成時已有效成立。故遺言得否成立之問題。不問遺言者死亡時之本國法如何。必依其成立時之本國法而決定之也。

關於遺言之效力。與其成立同。亦依成立時之本國法而定。故從成立時之本國法無效之遺言。縱其後以國籍變更之結果。依死亡時之本國法得爲有效。而仍不生何等效力。反之。既已有效成立之遺言。依死亡時本國法即爲無效。而仍可發生效力。然使認其效力。而有妨害公之秩序及善良風俗之虞者。則以適用法例第三十條之結果。可以不認此效力云。

第二款 遺言之形式的要件

遺言爲極嚴重之要式行爲。故其方式必依定其行爲效力之法律。即遺言成立時之本國法也。然此原則絕對行之。則旅居外國驟遭危篤之時。竟有不能爲遺言者。殊屬不便。所以遺言之方式。當設一例外。而認行爲地法之必要。然如日本法例第二十六條第一項。規定遺言之成立。依其成立時之本國法。則是方式亦爲成立條件之結果。似亦不可不依本國法。或乃不免誤解。是以日本法例第二十六條第三項。特爲申明。遺言方式。應依其行爲地

法。法例第八條第二項所認行爲地法。於此亦得適用。不可不知也。前年海牙平和會所定相續及遺言國際私法條約第三條。亦用日本法例所採之原則。關於遺言方式。則以依行爲地法或遺言成立時之本國法。認爲有效。且申明外國人依本國外交官或領事所收領之遺言。方式上亦屬有效也。

