

モ舉行地ノ法律ニ據ルヘシトノ説ヲ立ツル論者ニ至リテハ此規則ニ對シ反對ヲ試ム可キノ理ナシ(ストーリー一二二節)蓋シ場處ハ行爲ヲ支配ス(Locus regit actum)トハ國際法上ノ一大原則ニシテ婚姻ノ方式ヲ以テ舉行地法ニ據ルベシトスルハ殆ント此原則ヨリ生スル自然ノ結果ナリト謂フ可キナリ然レモ場處ハ行爲ヲ支配ストハ必スシモ例外ナキニアラズ然ラバ全一行爲タル婚姻ニ於テ其要素ハ民籍地法ニ從ヒ其方式ハ舉行地法ニ從フ可シトナシ夫ノ要素ノ問題ニ關シテ故ラニ原則ノ例外トナスモノ抑何ノ理由ニ因ルカ吾曹ハ已ニ婚姻ノ社會上制度ニシテ單純ノ契約ト全一視スヘキニアラザルガ故ニ特別ノ考察ヲ要スルコトヲ論シ而シテ婚姻ノ要素ニ關シテ舉行地ノ法律ニ據ランヨリハ寧ロ民籍地ノ法律ニ據ル可キコトヲ説ケリ結婚能力ニ關スル獨逸ノ大家サヴィニーノ議論ハ最モ吾曹ノ左祖スル所ナリ氏謂ヘラク能力ノ問題ハ夫タル者ノ民籍地法ニ從フ可シ何トナレハ婚姻ニ由リテ妻タル者モ亦夫ノ民籍ヲ得ル者ニシテ此婚姻上民籍ノ地ハ即チ夫妻ノ永

住セント欲スル處ナレバナリ即チ結婚契約履行ノ地ナレバナリト其議論中契約履行トイフカ如キ文字ヲ含ミ多少ノ語弊ナキニアラズト雖其大主意ニ至リテハ最至當ノ見タルヲ信ス蓋シ婚姻トハ一生涯ノ結合ナリ合登ノ禮ハ唯其端緒ヲ開キタルノミ是故ニ婚姻舉行地ヲ以テ直チニ行爲ノ地ナリト爲スハ大ナル謬見タル可シ婚姻要素ノ問題ハ男女畢生結合ノ問題ナリ畢生結合ノ地ハ即チ民籍ノ地ナリトセバ管轄ノ問題ハ略ホ已ニ決スル所アルヲ知ル可キナリ故ニサヴィニーハ唯能力ニ付テノミ論シタリト雖モ之ヲ擴充シテ一切ノ要素ニ及ボスヲ得可シト信ス(サヴィニー八篇二七九節)吾曹ノ此議論ヲシテ正當ナラシメハ婚姻要素ヲ以テ民籍地法ニ從フ可シトスルハ亦決メ場所ハ行爲ヲ支配ストノ原則ニ對シテ例外ナラザルヲ見ル可キナリ然ルニ方式ニ至リテハ其性質上大ニ要素ト異ナル所アリテ方式上問題ハ結婚ノ禮ヲ舉行シ了ル以前ニ於テ生スルモノニシテタビ結婚シ了ルキハ一切此種ノ問題ハ其述ヲ歛ム可シ是レ大ニ要素ト異ナル所ナリ換言スレ



ハ婚姻ノ要素ハ男女畢生結合ノ許否如何ニアリト雖モ婚姻ノ方式ナルモノハ畢生結合ノ端緒タル結婚ノ禮ヲ舉行スルニ至ル手續タルニ過ギズ是ノ故ニ要素ト方式トヲ區別スルヲ或ハ難シト雖法理上兩者ヲ觀察スレバ劃然タル區別ノ其間ニ存スルアリテ結婚ノ方式ヲ以テ民籍地ノ法律ニ從フ可シトスルハ毫モ其理由アルヲナシ要素ハ民籍地法ニ方式ハ舉行地法ニ支配セラル可シトスルハ是レ宛モ場所ハ行為ヲ支配ストノ大原則ノ適用ニノ兩種ノ規定相而立ノ毫モ牴觸スル所アラズト信ス

〔五四〕婚姻ノ方式ハ舉行地ノ法律ニ從フ可キヲ前節ニ於テ之ヲ論ヒリ然レモ若シ此規則ヲ絶對的ニ實行ストセバ大ニ弊害アルヲ見ル可シ何トナレバ甲國ノ人民甲國ニ於ケル婚姻法式ヲ踐ムノ不便ヲ感スルキハ故ヲニ此不便ヲ避クルガ爲メニ他國ニ行キ茲ニ婚姻ノ式ヲ舉ケ而シ歸國スル甲國ノ法廷ハ之ヲ如何トモスルヲ能ハザレバナリ若シ此ノ如ク容易ニ方式上制限ノ拘束ヲ脱シ得可シトセバ法律ノ効力

故意ヲ以テ國法ヲ  
脱シタル場合

甚ダ弱キヲ覺エ大ニ國家ノ威嚴ヲ毀損ス可シ是ノ故ニユーベル謂ヘラク一國法律ノ定メタル方式上ノ制限ヲ免レンガ爲メ故ヲニ外國ニ行キテ結婚スル者アラハ其婚姻ハ無効ナリ何トナレバ此ノ如キ行爲ハ結婚者ノ隸屬セル民籍地ノ法律上ニ詐欺ヲ行ヒタルモノナレバナリト(ユーベル一卷三篇六節)ブーヒール、ゾートノ諸氏モ亦此說ヲ執ルモノナリ而シテポチエーモ亦大ニ此說ヲ主張ノ曰ク假令ヒ其外國ニ於テ舉行セラレタリモ本國法上ニ詐欺ヲ行ヒテ爲シタル婚姻ナルキハ猶本國法ニ定メタル婚姻ノ有効ニ關スル條件及ヒ儀式ノ拘束ヲ免ル、ト得ズシテ斯ル場合ニ於テ婚姻ハ不成立タル可シト(ポチエー「ドレイテヅ」マリアージュ、二六三)此等ノ學者ハ本國法律ノ規定ヲ避ケ故ヲニ國外ニ爲シタル行爲ハ無効ナリトノ原則ヲ墨守スルヨリ此ノ如キ議論ヲ爲スナリ吾曹ノ見ル所ヲ以テスレバ此說タルヤ至當ノ見ニシテ一國法律ノ威嚴ヲ維持スルニ於テ最モ其必要ナルヲ見ル若シ此規定ナキハ外國ト容易ニ交通シ得ルノ位置ヲ占有スル國ニ於



テハ著シキ弊害アルニ至ル可シ然ルニ英米ノ法律ハ之ニ反シ千七百六十八年英國ニ於ケルコムプトン對ベヤークロフトノ判決ニ於テ假令ヒ故意ニ國外ニ爲シタル婚姻ト雖モ之ヲ無効トセズトモリ其後ノ判決ニ於テ亦前判決ノ正當ナルヲ認メタルガ故ニ英法ハ今日已ニ一定セルカ如シ(フェルガッソン婚姻及離婚六三乃至六七參照米國マッサチュセツ州ノ判決モ亦同一主義ニ據レリ法廷ハボチエー等ノ遵奉セル主義即チ本國法律ノ規定ヲ避ケ國外ニ爲シタル行爲ヲ以テ無効トナスノ原則ヲ承認シタリト雖モ法廷ハ謂ヘラク婚姻ニ關シハ此原則ノ例外タリ婚姻ヲ以テ例外ト爲スハ是レ米國政畧ニ根源シ此ノ如キ結合ヨリ子女ヲ產出スルキハ父母ノ行爲ノ爲メニ其子女ヲシテ不幸ノ結果ヲ被ラシムルヲ避ケンガ爲メニ猶ホ故意ニ國外ニ爲シタル婚姻ノ正當ヲ認ム可シト(メッドウエイ對ニードハム、マサチュセツ判決例一六卷一六〇頁ブットナム對ブットナム、ピッカリング民判決例八卷四二三頁吾曹ハ已ニボチエー等ノ議論ヲ以テ正當ナリトナセリ然ルニストリーハ之

ニ反對シ有力ノ議論ヲ與ヘタリ曰ク此ノ如ク故意ニ國外ニ爲シタル婚姻ヲ認メズトセバ其結果二人ノ妻ヲ有スルニ至ル可シ今佛人佛法ヲ避ケンガ爲メ英國ニ行キテ妻ヲ娶レリトセンカ佛國法廷ハ其婚姻ヲ認メザル可シ故ニ更ニ佛國ニ於テ妻ヲ娶ルヲ得可シ而シテ英國法廷ハ第一ノ婚姻ヲ認ムルカ故ニ第二ノ婚姻ヲ認メザル可シ從テ其所出ノ子女ノ權利義務ニ關シ混雜ヲ生セザルヲ得ズマッサチュセツ法廷ノ主義ハ此矛盾ノ恐アルコトナシ此主義ニ從ヘバ多少ノ不便アルヲ免レズト雖夫ノボチエー諸氏ノ如ク結婚當事者ノ意思目的ニヨリテ區別ヲ立テ國外婚姻ニ於ケル一般ノ信用ヲ動カシ其所出ノ子女ヲシテ絶エズ自ラ其嫡出私生ニ關シ恐懼ヲ懷カシメ且ツ結婚者ヲ自己ノ境遇ニ厭クキハ自由ニ婚姻ノ無効ヲ申立テ神聖ノ義務ヲ破ルヲ得セシムルガ如キ不便不正ナル結果ヲ生スルニ比スルキハ固ヨリ謂フニ足ラザルナリ或ハ謂ハン各國ハ其臣民ノ婚姻ニ關シハ其國內ニ爲スト否トヲ問ハズ禁止若クハ制限ヲ爲スノ權利アリト然レモ是レ充分



ノ答辨ト謂フ可カラズ吾曹ハ主權ノ性質上國家ニ斯ル權利アルヲ疑ハズ然レモ亦外國ニ於テハ此ノ如キ制限禁止ヲ遵奉ス可キ義務アルヲナシ是故ニ假令ヒ外國ノ禁止制限アリモ外人我カ法律ニ定メタル方式ニ從テ結婚スル以上ハ我之ヲ正當ト認メテ可ナリ若シ佛國ノ法律ニ於テ外國ニ爲シタル佛人ノ婚姻ハ佛國ノ方式ニ據ルニアラザレハ無効ナリト決定スルハ外國モ亦云ヘン我法ニ從ヒテ我國内ニ爲シタル婚姻ハ佛人間ト雖モ有効ナリト然ラハ佛國法律ハ佛人ノ佛國內ニ在ル間其力ヲ及ボスヲ得可シト雖モ國外ニ在ル人民及ヒ財產ニ對シハ力ヲ及ボスヲ得ザル可シ而シテ外國ハ佛國ノ法律ヲ以テ不正ニ基キ文明國交際ノ事務ト政略トニ反シタル法律ナリト爲スヲ明ナリ要スルニ各國法律ニ於ケル婚姻上ノ禁止制限ハ國際上混雜ヲ生スルヲ免レズ是故ニ國民間ノ禮讓ニヨリ婚姻ヲシテ一般ニ其効力ヲ有セシメントノ精神ニ基ケル規則(舉行地法ニ從ヒ有効ナル婚姻ハ一般ニ有効ナリトノ規則ヲ指セルナリ)ノ目的ハ實ニ國法間ノ抵觸ヲ調

婚姻方式ハ民籍地  
法ニ從フモ亦有  
効トス

和スルニ在リ然レモ此規則ノ適用ノ範圍如何ニ關シテハ大ニ困難ノ問題ヲ生ス可シブルック對ブルックニ於テ大審院長カメル卿ノ定メタル範圍ハ恐クハ中庸ヲ得タルモノナラン即チ婚姻ノ要素ハ民籍地法ニ從ヒ婚姻ノ方式ハ舉行地法ニ從フ可シトスルノ規則是レナリ然ラハ法律ノ要素ニ關シテ自國ノ法律ヲ避ケンカ爲メ故意ニ外國ニ於テ結婚セハ其婚姻ヲ以テ無効トスルヲ當然ナリト雖モ若シ唯方式ニ關スル規定ヲ免レンカ爲メニ國外ニ爲シタル婚姻ナルハ吾人ハ其舉行地法ニ合スルカ故ニ其正當ヲ認ムルヲ最便利ナリト信ス若シ然ラサレハ一人ニシテ二人ノ妻ヲ有シ得ルノ状態ニ陷ル可ク各國法律ハ自ラ一夫多妻ノ正當ナルヲ認ムルノ己ムヲ得ザルニ至ル可シト(ストーリー  
一一二四節)

(五五) 夫レ此ノ如ク婚姻舉行地ノ法律ハ方式ニ關シカヲ及ボスモノナリト雖モ外國ニ於テ民籍地法ニ從ヒテ舉行シタル婚姻モ亦有効ナリ(人五〇、五一條マイセイ四四則)蓋シ國ニヨリテ宗教風俗ノ全シカラ



ザルヨリ一時外國ニ居留スル者ト雖モ男女ノ畢生結合タル婚姻ヲ爲スニ當リテハ自國ノ規定ニ從ヒテ其式ヲ舉行スルヲ欲スル者尠カラザル可シ自國法律ハ婚姻ヲ以テ宗教上ノ制度トナシ僧侶ノ干涉ヲ要ストシ居留國ノ法律ハ之ニ反シ婚姻ハ民法上ノ制度タルヲ認メ各其主義ニヨリテ儀式上ノ規定ヲ立ツルキハ居留國ノ法律ニ從ヒ全ク宗教上ノ關係ナクシ結婚ノ式ヲ舉グルハ大ニ結婚者ノ良心ヲ毀傷スルモノアルヘシ是故ニ若シ獨リ婚姻舉行地法ヲ婚姻ノ方式ヲ支配セシムトセバ大ニ不便ノ結果ヲ生シ居留外人ヲシテ自由ニ結婚スルヲ能ハザラシムルニ至ラン是レ民籍地法ヲシテ亦婚姻ノ儀式ヲ支配セシムル所以ナリ故ニルードング對スミスニ於テストウエル卿謂ヘル「アリ曰ク我英國ハ全ク宗教ノ主義ヲ異ニセル諸國ニ於テ猶教會ヲ保ツニアラズヤリスボンニ於テレグホーンニ於テ若クハオポルト、カヂス、スミルナアレツポ諸市ニ於テ或ハ條約ニヨリ或ハ許容ニヨリテ我宗教ノ教會ヲ設ケ此等ノ教會ハ皆自國ノ法律ニ從ヒテ婚姻ノ儀式ヲ

舉行スルニアラズヤ英人ノ露都ニアル者英國婦人ト婚スルニ當リ我英國宗教ノ儀式ヲ措キテ希臘教ノ方式ヲ奉セント欲スル者アラザル可シ或ハ又印度帝國ノ存在スル時ニ當リ印度居留ノ英人ヲシテ結婚ノ方式ニ關シ必ス可闡經ノ指示スル所ニ從ハシム可シトイフモノアラザル可シ蓋シ一國人民ノ輿論慣行ハ假令ヒ交際上ノ關係ナシト雖必ス之ヲ尊敬スヘキモノナリ例セハ土耳其國教ハ回々教ナリト雖土耳其帝國ノ大部分ニ於ケル希臘教徒ノ婚姻ニシテ希臘教ノ方式ニ合スレハ以テ正當ナリトシ其方式上ノ有効無効ニ關シ回教ノ教旨ニ據ル可キモノニアラズト信ス故ニ婚姻事件ニ關シ一國特殊ノ人民ノ慣行輿論ハ之ヲ寬容スヘキト是レ一ノ普通法ナリト謂フ可キナリ而シテ其寬容ノ範圍如何ハ先天ニ之ヲ論定スルヲ難シト雖モ慣習ニ由リテ自ラ一定セリ云々又曰ク英國ノ判決例ハ舉行地方ノ定ムル所ニ從ヒ方式ヲ踐行セハ婚姻ヲ以テ有効トスルヲ定メタリト雖モ反對推理ヲ以テ舉行地法ノ方式ヲ踐ムニアラザレハ有効ナラズト謂フ



可カラズ是故ニ國外ニテ婚セントスル者ニ對シテハ舉行地法ノ方式ニ從フノ最安全ナルヲ勸告スト雖モ法律上若クハ宗教上ノ困難アリテ之ヲ爲スコ能ハザルキハ自國ノ法律ニ從フモ亦有効ノ婚姻ヲ爲スコトヲ得可キナリ(ルーヂェンク對スミス)此爭訟ハ英國ガ喜望峰ノ地ヲ蘭國ヨリ得ルニ當リ年ヲ期シテ蘭國法律ヲシテ猶ホ其効力ヲ保タシム可キコトヲ兩國條約ニ記載セリ而シテ英國民籍ヲ有スル男女蘭國法ノ方式ヲ踐マズ英國法ニ從ヒテ結婚セシヨリ起リタル婚姻効力如何ノ問題ナリ判決ノ要點ハ一定ノ期間ハ蘭國法ノ効力ヲ存ス可キ條約アリト雖是レ唯此地ニ居留セル蘭人ノ便利ノ爲メニ定メタルモノニシテ英國人民ハ初メヨリ英國法ノ下ニ支配セラル可キガ故ニ此婚姻ヲ以テ不正トナス可キ理由ナシト云フニ在リ是故ニ吾曹ガ右ニ擧ケタルストウエル卿ノ言タルヤ判決ノ要點外ニ涉レルモノニシテ唯一判事ノ議論トシテ見ル可キノミ直ニ以テ英國法律ナリトナス可キニアラズ然レモ英國ノ學者未タ之レニ向テ反對ヲ試ミタル者アルヲ聞カズスト

佛國ノ規定

ウエル卿ノ言今ヤ殆ント已ニ定論タルニ似タリダイセイノ如キ亦之ヲ承認セリ(ダイセイ一民籍論四四則例外)  
 嘗ニ英國ニ於テ然ルノミナラズ佛國ノ法律モ亦相一致セリト信ス佛國民法第七十條ニ舉行地法ノ方式ニ從ヒタル婚姻ハ正當ナリト規定セリト雖モ直ニ反對推理ノ解釋ヲ下ス可キニアラザル可シ何トナレバ斯ル解釋ヲ下スノ不正ナルノミナラズ第七十條ハ種々ノ條件ヲ附スルヲ以テ見レハ自國ノ法律ヲシテ一切婚姻ノ事件ヲ支配セシムルノ主意ニ對シ便宜上ヨリ生シタル一例外トシテ此條文ヲ設ケタル立法者ノ精神ナル可キヲ推測スルコト難カラザレバナリ(佛民一七〇)夫ノ米國ノ如キハ前節ニ於テ屢述ヘタルカ如ク常ニ婚姻ヲ獎勵スルヲ以テ其國ノ政略ナリト論スル者アルニ至レルヲ以テ亦此場合ニ於テ決シテ英佛法律ト反對セザルヤ明ナリ

(五六) 吾曹ハ國際私法ノ範圍外ニ涉ルト雖モ便利ノ爲メ茲ニ婚姻ノ方式ニ關スル諸國ノ規定ヲ略述ス可シ羅馬ニ於ケル「コンプレシオ」コ

婚姻方式ニ關スル諸國法制



エムブツオ等ノ方式ハ之ヲ措キ中世以降歐洲諸國ハ宗教法ニ據リ千五百六十三年ニ於ケルトレント會議ノ決議ヲ採用セリ即チ凡ソ婚姻セントスル者ハ必ス僧侶及ヒ二人以上ノ證人ノ面前ニ於テセザル可ラズ是レヨリソ耶蘇教團ニ於テハ婚姻ノ儀式ヲ寺院ニ行ヒ新婚夫婦ハ互ニ聖書ニ據リテ宣誓スヘキモノトセリ然レモ信教自由説ノ盛ナルニ從ヒ或ハクローカーノ宗徒ノ如キ教旨上宣誓ヲ禁スル者アリ或ハ國教ニ反對スルモノアリ甚シキニ至リテハ唯物論ヲ主張ノ宗教ニ反對スル者アリ而シテ法學ノ盛ナルニ從ヒ婚姻ヲ以テ全ク民法上ノ制度ナリトスルノ説其力ヲ得ルニ至リ到底此ノ如キ規定ハ實行ヲ得ズノ竟ニ英國ニ於テハ婚姻ヲ寺院ニ於テ僧侶及身分取扱吏ノ面前ニ之ヲ擧ゲ若クハ唯身分取扱吏ノ面前ニ於テ之ヲ行フヲ許セリ是故ニ宗教上ノ儀式ニ據ルモ民法上ノ儀式ニ據ルモ自由ナリ(ウヰリアム四世六年七年法律八五號佛國ニ於テハ其ノ初メ宗教上ノ制度ヲ取リシト雖モ革命後ハ婚姻ヲ以テ純然タル民法上制度ト見做シ四人ノ證人ノ立

方式ニ關スル英佛  
米三國規定ノ差

會ヲ以テ結婚者ノ一方ノ住處ニ於テ身分取扱吏ノ面前ニ之ヲ行フモノトセリ(佛民七五七六一六五等)獨逸ニ於テモ亦民事的儀式ヲ用非二人ノ證人ノ立會ニヨリ身分取扱吏ノ面前ニ於テ宣誓ス可シトス(一八七五年人事登記法五二條)穂積博士民法原理

(五七)前節ニ於テ吾曹ハ諸國ノ儀式ヲ略述セリ然レモ吾曹ノ見ル所ヲ以テスレバ婚姻ノ方式ハ吾曹ガ普通ニ謂フ所ノ婚姻ノ儀式ト全一視ス可キニアラズ英佛ニ於テ「フォルム」ト謂フ所ノモノハ「セレモニ」ト全一義ニアラザルナリ例セバ佛國民法第六十三條ニ定メタル結婚前ニ當リ身分取扱吏ノナス可キ公示ノ如キ是レ明ニ婚姻ノ方式ナリト雖モ之ヲ以テ婚姻ノ儀式トハ謂ハザル可シ(佛民六三)蓋シ婚姻ニ關スル問題ハ之ヲ二種ニ區別ス一ハ婚姻ノ實質ニ關スル問題換言スレハ婚姻自体ニ關スルモノ一ハ婚姻ノ方式ニ關スル問題即チ婚姻ノ舉行ニ關スル問題はレナリ婚姻ハ法律ノ認メタル承諾ニ基ケル一男一女畢生ノ結合ナリトセバ婚姻ノ實質如何ハ已ニ知リ得可キナリ是故ニ



双方承諾ノ有無完全不完全結婚者ノ數若クハ能力法律ノ與ヘタル結婚權ノ有無如何ハ是レ直ニ婚姻實質ニ關スル問題ナリ此等ノ問題ノ外ニアルモノハ皆方式上ノ問題ナリト謂ヒ得可シ勿論法律ハ婚姻ノ實質ニ關シテ一定ノ規則ヲ設クルト全シク方式ニ關シテ亦規定ヲ立テ之ニ違フ者アラバ必ス民事上制裁ヲ加フルガ故ニ方式ト雖モ婚姻ノ要素ニアラズト謂フ可カラズ方式ト云ヒ實質ノ規定ト云フモ一國ノ法律ハ均シク之ヲ以テ要素トナスナリ然レモ其性質上劃然タル區別アルヲ以テ國際上法律ノ効力ニ關シテ差異ヲ生スルヲ怪シムニ足ラザルナリ或ハ更ニ一步ヲ進メテ婚姻ノ實質ニ關スル規定ハ是レ婚姻ノ要素ナリ方式ニ關スル規定ハ婚姻舉行ノ要素ナリ婚姻ノ要素ニハアラズト謂フヲ得ン否ナ反テ其正當ナルヲ信ス是レ吾曹ガ慣用シ來レル婚姻要素ノ意義ニシテ方式上ノ規定ハ一切要素ノ外ニ置キタリシコトヲ注意セザル可カラズ夫レ然リ方式ノ文字ハ普通慣用セル儀式ヨリハ更ニ廣濶ノ意義ヲ有スルモノナリ吾曹ハ先キニフットノ説ヲ擧ケテ

方式ナル字義ノ範圍ヲ畧述シ而シテ其以下ニ於テ婚姻ノ方式ハ舉行地若クハ民籍地ノ法律ニ從フ可キコトヲ説ク然ルニ此ノ如ク廣濶ナル意義ニ於テ方式ナル文字ヲ解スルキハ舉行地法ノ方式ヲ踐ミタル婚姻ハ有効ナリトノ規則ニ對シ大ナル疑ヲ生ス可シト思考ス例セハ佛國ニ於テ丁年以下ノ男子ハ假令ヒ舉行地ノ方式ニ從フモ父母ノ承諾ヲ得ザル婚姻ハ無効ナリトセリ佛民一四八及一七〇是レ父母ノ承諾ハ婚姻ノ實質ニ關スルモノ即チ婚姻ノ要素ナルカ故ニ佛國法ハ其効力ヲ國外ニ及ボサンコトヲ主張スルモノナルカ或ハ父母ノ承諾ハ方式タルニ過キズト雖モ特別ノ理由ニヨリ原則ノ例外トナシタルモノナルカ吾曹ヲ以テ之ヲ見レハ父母ノ承諾ハ是レ一ノ方式ノミ勿論法律ニ於テハ之ヲ以テ要素ナリト云ハン然レモ是レ舉行ニ關スル要素ナリ婚姻ノ要素ニアラズ何トナレバ丁年以下ノ男子ハ婚姻ヲ爲スノ權利ナキニアラズ父母ノ承諾ヲ得レバ固ヨリ完全ノ婚姻ヲ爲シ得ルナリ絶對的ニ婚姻ヲ爲シ得ルヤ否ヤノ問題ハ是レ要素ノ問題ナリ唯已



ニ婚姻ヲ爲スノ權利アリテ之ヲ行フニ先チ爲ス可キ事項ノ如キハ婚姻舉行ニ係ル一條件ニシテ決シテ婚姻ノ要素トシテ目ス可キモノニアラザレハナリ夫レ已ニ父母ノ承諾ヲ以テ婚姻ノ方式ナリトスレハ一般ノ原則ニ從ヒ外國ニ爲シタル婚姻ハ假令ヒ承諾ヲ得ズト雖猶ホ佛國法廷ハ其正當ナルヲ認メザル可カラザルカ如シ然ルニ第七十條ノ規定ハ之ニ反ス是レ何故ゾヤ或ハ立法者ハ父母ノ承諾ヲ以テ婚姻ノ要素ナリトシ要素ト方式トノ間ニ明瞭ノ分界ヲ立テ得ザリシ爲メナラシカ或ハ此分界ヲ明ニセリト雖モ丁年以下ノ男子ヲ父母ノ承諾ヲ得テ結婚セシムル一其一時ノ血氣ニ任セテ無謀ノ舉ヲ爲サンコトヲ慮リ之ヲ保護センカ爲メニ第四百四十八條ノ規定ヲ設ケタルモノナルヲ以テ斯ル屬人法ノ統一ヲ謀ルカ爲メニ國外婚姻モ猶ホ此制限ニ服ス可シトナセルナラン是レ所謂一國ノ政略タル法律規定ハ國際上ノ禮讓ヲ捨テ、一步モ外國法ニ讓ラズトスルモノナリ而シテ米國ノ法律ヲ見ルニ國內ニ爲シタル外人ノ婚姻ハ父母ノ承諾ヲ經ズノ有効ナリ

國外ニナシタル米人ノ婚姻モ亦然リ是レ米國ハ父母ノ承諾ヲ要セザルヲ以テ一國ノ政略トナスガ故ニ此點ニ關シテハ一步モ外國法ニ讓ラズトスルナリ(ホワートン一五〇節)米佛ノ規定全ク相反スト雖モ其國際上ノ精神ニ至リテハ全ク一ナリ英國ニ於テハ父母ノ承諾ヲ以テ婚姻ノ方式ナリト認ムル一デンング對スミスハ父母ノ承諾ヲ經ザル婚姻ノ正否如何ニアリ之ニ關スルストウエル卿ノ議論ヲ讀メバ以テ其方式タルコトヲ知ル可シ而シテブルック對ブルックニ於テ婚姻ノ要素ハ民籍地法ニ方式ハ舉行地法ニ從フ可シトノ原則ヲカメル卿ノ與ヘシヨリ爾後ノ判決皆之ヲ遵奉セルヲ以テ必ス父母ノ承諾モ亦舉行地法ニ從フ可キモノ、中ニ在リ此ノ如ク父母ノ承諾ニ關シテハ英佛米各其規定ヲ異ニスルヲ見ル可シ是故ニ方式ハ舉行地(若クハ民籍地)法ニ從フトノ原則ハ必ズシモ一般ニ認ムル所ニアラズノ唯一般ニ認ムルハ儀式ハ舉行地(若クハ民籍地)法ニ從フトイフノ原則タルニ過キザルヲ見ル可シ獨リ英國ノミ前規則ヲ完全ニ認メタリ(フート)婚姻章願フニ佛米ノ規



定モ其理ナキニアラズ然レハ佛人米國ニ於テ父母ノ許諾ヲ經ズノ結婚シタリト假想セハ其婚姻米國ニ於テハ有効ナリ佛國ニ於テハ無効ナリ佛人國ニ歸リテ更ニ妻ヲ娶ルヲ得可シ是レ一男子ニシテ二人ノ妻ヲ有スルナリ酷タ不都合ノ結果ナルノミナラズ所出ノ權利義務ニ關シ更ニ紛雜ヲ生ス可キヲ明ナリ是故ニ吾曹ハ英國ノ如ク完全ニ原則ヲ遵奉スルヲ以テ少クハ便利ノ點ニ於テ勝レリト信ス然レハ佛國ニ於テハ父母若クハ當事者ノ一方ハ結婚后一年內ニアラザレバ其婚姻ヲ銷除スルヲ能ハズトスルヲ以テ佛民一八二一八三或ハ實際ニ於テ甚シキ弊ナカラシムカ

日本ノ規定

〔五八〕我日本民法人事篇ハ第四十三條乃至第四十九條ニ於テ婚姻ノ儀式ヲ規定セリ而シテ其第五十條ニ於テ外國ニテ日本人ノ婚姻セントスル者ハ其國ノ儀式ニ從フヲ得トセリ此條文ノ精神ヲ推シ且第五十一條ノ明文ニ據レハ外國ニテ舉行セル婚姻ト雖モ日本ノ儀式ニ據リテ有効ナルヲ得ルヲ明ナリ是レ吾曹ガ己ニ論セシ所ト略ホ相一致

セリ然レハ第五十條ノ規定ハ唯儀式ニ關スルノミ吾曹ガ所謂方式トハ大ニ其範圍ヲ異ニセリ第四十三條乃至第四十九條ヲ讀ムルハ自ら明瞭ナル可シ尊屬親ノ承諾ノ如キモ之ヲ婚姻ノ必要條件中ニ記載セリ(八四章一節三十八乃至四十二)且ツ第五十條但書ニ於テ四章一節ハ國外ノ日本人ト雖モ之ヲ遵奉ス可シトセリ是レ徹頭徹尾佛國法律ヲ模倣セシモノナリ

第三款 婚姻ノ効果

一、身分上効果

〔五九〕婚姻ノ効果ニ關シハ吾曹ハ之ヲ二部ニ分チ身分上ノ効果財産上ノ効果トシテ之ヲ論セントス蓋シ婚姻ノ効果ニ關シハ古來各國區々ノ規定ヲナシ其種類ノ如キハ枚擧スルヲ能ハズ夫ノ古代婦女ヲ奪掠ノ以テ己ノ妻トナシ或ハ賣買交換讓與ノ方法ニ由リテ妻ヲ得タル時代ニ於テハ蓋シ婦人ノ人格ヲ認メズノ唯之ヲ以テ一ノ動産ト見做シタリシナリ故ニ當時ノ法律ヲ見レハ時効ノ如キ其中斷ノ如キ遺棄ノ



如キ婚姻方式ノ如キ凡ソ婚姻ニ關スル規定ハ一ニ動產取得ノ規定ニ均シカリシナリ羅馬十二銅標ヲ見テ之ヲ知ル可シ然レモ社會ノ進歩スルニ從ヒ或ハ宗教ノ力ニヨリ或ハ德義ノ發達ニヨリ婦人ノ地位漸ク高ク妻ハ法律上身分ニ關シテハ夫ト對等ノ權利ヲ得唯能力ニ於テ夫ト異ナル所アルニ止マルニ至レリ(穗積博士民法原理是ノ故ニ吾曹ノ茲ニ論セントスル身分上ノ效果ノ問題ハ既婚婦不能力ノ問題ナリト謂フモ不可ナキナリ)未開國ノ法律ニ在リテハ或ハ未ダ婦女ノ完全ナル人格ヲ認メズ之ヲ物件視スルノ規定ナキニアラズト雖モ此ノ如キ規定ハ文明國間ニ行ハル可キ國際法ニ於テ論スルノ價值ナキモノトス但シ既婚婦ノ能力ニ關スル制限ニ至リテハ文明諸國間ト雖モ猶ホ多少ノ異全アルヲ免レズ其ノ異全ノ點ハ即チ國際私法ノ問題トシ吾曹ノ注意ヲ要スルモノナリ財產上ノ效果ニ關シテハ亦種々ノ區別アリ我大學教授穗積博士ハ之ニ關スル法律ノ主義ヲ大別シテ四種トス歸一主義嫁資主義共通主義別產主義是レナリ歸一主義ハ最古ノ主義ナリ

既婚婦ノ財產權行使ノ能力

ト雖モ今日ニ於テ全ク其迹ヲ歛メタルニアラズ別產主義ハ今日諸國ノ法制自ラ之ニ傾ケリト雖モ未ダ充分ニ之ヲ採用シタルモノアルヲ聞カズ要スルニ諸國ノ法制ハ此四主義ノ間ニ出入シ互ニ一致スルヲナクシテ國際法上ニ於ケル最モ錯綜シ最モ困難ナル一大問題ヲ組成セルモノナリ

(六〇) 吾曹ハ茲ニ婦人ノ財產權行使ニ關スル能力ノ問題ヲ論セント欲ス學者概テ謂ヘラク既婚婦ノ能力ハ元ト屬人法ニ屬ス可キモノナリヲ以テ此種ノ他ノ規定ト全ク民籍地ノ法律ハ其人ノ身上ニ附屬シ外國ニ在リト雖モ其効力ヲ及ボスト此説タルヤ羅馬法系ノ學者ノ主トシテ唱道スル所ニ英國ノ學者亦之ヲ贊スル者ナキニアラズ(メルラン「レベルトアール」一〇節ヘンリー「外國法論」五〇頁フルガッソ「離婚及婚姻論」三三四乃至三三六頁)大法官ケンント曰ク未成年者既婚婦等ニ關スル規定ハ民籍地法ニ從テ一定シ各國ハ互ニ其規定ヲ敬重スルヲ以テ利益トナストスト「イリ」曰ク結婚ノ民籍ニシテ變セザル以上



ハ財産處分ニ關スル既婚婦ノ權利行爲ハ專ラ民籍地法ニ從フ可キハ外國學者ノ一致スル所ナリ即チ既婚婦能力ノ問題ハ民籍地法ニ據リテ之ヲ決ス可キガ故ニ其行爲モ亦全法ニ據リテ有効無効ヲ斷ス可ク而シテ此規則タルヤ動産並ニ不動産ニ關シ其適用ヲ見ル可キモノナリ若シ民籍地法ニテ既婚婦ハ夫ノ許諾ナクシテ財產ヲ讓與シ若クハ契約スル能ハズトスレハ假令ヒ國外ニ在リト雖モ猶ホ夫ノ許諾ヲ得ザレハ有効ノ讓與契約ヲナシ得ザル可シト(ストーリー一三七節)其他ブルノア、ロー、デンプル等ノ學者皆此說ヲ取レリ要スルニ能力ノ問題ハ所謂屬人法ニシテ民籍地法ノ規定ハ國際上ノ効力ヲ有ス可シトイフニ歸着スルカ如シ蓋シ能力ヲ以テ民籍地法ニ從フ可シトスルハ大半學者ノ主張スル所ニシテ英國ノ法律モ亦此本則ヲ承認ス然レモ英國ニ在リテハ著シク此本則ノ適用ヲ制限シ苟モ能力ノ問題ニシテ或行爲ニ關スルハ行爲地ノ法律ニ從フ可シトシ唯能力自体ノ問題ニシテ或行爲ニ關係セザルハノミ民籍地法ニ據ル可シトセリ(能力ノ章參照)是

故ニ能力ヲ以テ民籍地法ニ從フ可シトスルノ原則ハ英國ニ於テ殆ント其實行ヲ見ザルナリ何トナレハ法廷ニ於テ生ス可キ能力ノ問題ハ概チ或一定ノ行爲ニ關係シ生スレハナリ吾曹ノ信スル所ヲ以テスレハ能力ノ問題ハ一切行爲地ノ法律ニ從フ可キモノナリ蓋シ能力ノ問題ハ或行爲ヲナシ得ルヤ否ヤニ在リ或ハ賣買ノ能力トイヒ或ハ贈與ノ能力トイフガ如シ是ノ故ニ吾曹ハ行爲ヲ離レテ漠然獨立セル能力ナルモノアルヲ解スル能ハズ故ニ英國法廷ノ如ク能力ノ問題ハ民籍地法ニ行爲ノ能力ハ行爲地法ニ從フ可シトスルカ如キハ殆ント意義ナキ空言ナリト信ス若シ吾曹ノ言フ所チ以テ誤ラズトセハ場處ハ行爲ヲ支配スルモノナリ行爲地法ハ既婚婦ノ能力ヲ決ス可シ例セハ甲國ニ於テ婦ハ夫ノ許諾ナクシテ賣買シ得乙國ニ於テ能ハズトセバ乙國ノ婦ハ甲國ニ於テ賣買シ得ザルノ理ナク甲國ノ婦ハ乙國ニ於テ之ヲ爲シ得ルノ理ナキナリサヴィニ一ハ法律上ノ統一ヲ以テ論據トシテ曰ク一社會ノ人民其處ヲ異ニスルカ爲メニ一ハ或行爲ヲ爲シ得一ハ爲



結婚後ニ於ケル民  
籍變更ハ婦ノ能力  
ニ影響ヲ及ボス

シ得ズトスルハ法律上ノ統一ヲ缺クモノナリト然レモ統一トハ種々  
ノ標準ヲ以テ之ヲ謂ヒ得ヘキカ故ニ必ズシモ有力ノ論トナスヲ得ズ  
〔六一〕結婚後民籍ヲ變シタルハ婦ノ能力ニ關シ何地ノ法律カ最有  
力ナル可キヤ是レ亦大陸學者ノ喋々相論難スル所ナリ婦ノ財產權及  
ヒ能力ヲ以テ新民籍地ノ法律ニ據ル可シトスル者曰クボチエー曰クメ  
ルラン其他ブルガンダスローデンブルグノ輩是レナリ(メルラン)レベ  
ルトアール(遺言一節五節)プーヒール謂ヘラク結婚民籍ノ法律一旦婦  
ノ地位ヲ定メタル以上ハ以後ニナシタル民籍變更ハ以テ之ヲ動かス  
ニ足ラズトドミョーランモ亦此說ヲ取レリ(プーヒール)ニ二章二二乃至  
二七節吾曹ハ諸家ノ議論ヲ詳擧スルノ煩ヲ避ケテ之ヲ一括スレバ婦  
ノ能力ニ關シテハ常ニ現在ノ民籍地法ニ從フ可シトスルヲ以テ學者  
問ノ輿論ナリト謂フ可シ其民籍ノ變更スルヲ幾十回ナルニ關セズ必  
ズ結婚民籍地ノ法律ニ從フ可シトノ議論ノ如キハドミョーラン(プーヒ  
ール)等諸大家ノ說ク所ナリト雖モ是レ殆ント其理ナキガ如シ吾曹ノ

二、財産上効果

信スル所ヲ以テスレバ能力問題ハ必ズ或行爲ヲ待テ生スルモノナリ  
故ニ其行爲地ノ法律ニ從テ之ヲ決ス可キコト已ニ論述セシ所ナリ諸學  
者ノ議論ハ到底空論タルニ似タリ  
〔六一〕吾曹ハ是ヨリ簡單ニ財産上ニ於ケル婚姻ノ効果ヲ論セントス  
前々節ニ於テ已ニ論シタルガ如ク財産上ノ効果ニ關シ法律ハ四個ノ  
主義ヲ有セリ吾曹ハ今茲ニ之ヲ説明スルヲ須非ズ唯英佛二法ヲ比較  
シ諸法制ノ相全シカラザルモノアルヲ證スルニ止ム可シ英國法ニ據  
レバ夫ハ婚姻ニヨリテ婦ノ既得セル又ハ將來ニ得ントスル財産ヲ取  
得シ唯婦ノ財産トシテ存スルハ「バラフェルナリア」即チ化粧財産アルノ  
ミ近世既婚婦別産條例ノ發布アリテ大ニ舊來ノ慣習法ヲ變シタリト  
雖モ要スルニ英國ノ法律ハ猶ホ財産歸一主義ヲ取レルナリ佛國ノ法  
律ハ然ラズ婚姻ニ因リテ双方ハ其財産ヲ提供シテ共通ノ財産ヲ成シ  
夫ヲシテ之ヲ管理セシムルノミ即チ財産共通主義ヲ取レルナリ我が  
日本ハ從來ノ慣例ニ據レハ概テ歸一主義ナリシガ如シ新民法ハ佛國



ニ模倣シタルガ故ニ其規定知ル可キノミ(佛民一四〇〇條以下、一八八〇年英國既婚婦別産條例、日本民人四二六條以下)然ラバ此等ノ規定ハ國際上ニ於テ如何ナル効力ヲ有スベキヤ(吾曹ノ信スル所ヲ以テスレハ結婚民籍地法ニ據ルヲ以テ至當ナリトス蓋シ結婚民籍ノ地タルヤ夫婦ノ永住ス可キ推測ヲ有スル處ナリサヴィーノ所謂婚姻履行地ナリ是故ニ婚姻ノ有効無効ハ此地ノ法律ニ從フ可シトスルノミナラズ當事者モ亦應サニ此法律ノ規定ニ從ヒ自己ノ權利義務ヲ確定センコトヲ期シタルヘキコト明ナレバナリフリモールノ時代ニ於テ英國ノ法廷ハ已ニ此主義ヲ採用シ婚姻ノ何ノ處ニ舉行セラレシヲ問ハス結婚民籍ニシテ英國ニ在ル以上ハ英法ニ從ヒ夫婦ノ動産ヲ一切夫ノ權利ニ歸セシム可シトセリ(フリモール四卷三一、三二頁)サヴィーモ亦大ニ此説ヲ主張セリストーリー謂ヘラク動産上ニ於ケル婚姻ノ効果ハ婚姻舉行地ノ法律ニ從ヒ不動産上ノ効果ハ不動産所在地ノ法律ニ從フ可シトスルハ是レ恐クハ英國慣習法ト相符合セルモノニシテ且ツ最

完全ナル規定ナラント(ストーリー一五九節)然レハ吾曹ノ確信スル所ヲ以テスレバ歸一トイヒ共通トイヒ皆是レ法律ノ作用ニ因レル財産上ノ處分ナリ婚姻ノ要素ヲ支配スル民籍地法ヲシテ其効果ヲ支配セシムルコト甚ダ穩當ナルヲ覺ユルノミナラズ婚姻ノ性質如何ヲ觀察セバ舉行地法ノ當事者ニ於ケル雲烟過眼ニ過ギズ自己ノ權利義務ヲ確定ス可キ法律トシテ自己ノ永住セントスル土地ノ法律ニ注目シタルヲ蓋シ争フ可カラザルナリ

不動産上ノ効果

(六三)然レハ不動産ニ關シハ全一規定ヲ適用セザルコト學者ノ多ク唱道スル所ナリ是レ或ハ歷史上ノ理由ニ根據セルモノニシテ封建時代ニ於テ侯伯割據シ人民ノ大半ハ所謂土隸トナリ土地ノ附着物ト見做サレシヨリ以來國家ノ觀念ハ大ニ屬地的タルニ至リ苟モ我國家ノ一部タル土地ニ關シ外國法ノ干渉ヲ受ルコトアラバ是レ我最上主權ヲ毀損スルモノナリト思料シ是ニ於テ所謂最上主權ノ説起レリ此ノ沿革的理由ヨリシテ一般ニ不動産上ノ問題ハ一切其所在地法ニ從フ可キ



モノニシテ外國法ノ容喙ヲ許ス可キニアラズトセリ(フーフト)不動産ノ章參照此ノ區別ニ對シハールザヴィニーノ諸家ハ有力ノ非難ヲ加ヘタリト雖モ吾曹ハ盡ク之レヲ論述セザル可シ(財産ノ編參照)サヴィニーノ說ニ據レハ動産不動産ノ間ニ毫モ此ノ如キ區別ヲナスノ要ヲ見ズ已ニ婚姻ノ財産上効果ヲ以テ結婚民籍地法ニ從フ可シトナス以上ハ不動産モ亦全一法律ノ下ニ立タザル可カラズト普魯士法典及佛獨ニ於ケル有力ノ學者ハ亦此說ヲ取レリ(普魯士法典二篇一章三六五、三六九節)サヴィニー八篇三七九節ウエヒテ二篇四九頁フエリックス一篇一八八節ドミューラン二卷九六三頁及三卷五五五頁ボチエー財産共通論前加篇一〇(英米ノ學者ハ之ニ反シ不動産ハ全ク所在地法ニ從フ可シトセリ(バルツ)一篇六一八ストーリー一五九一八六節ウエストレイキ曰クドミューラン、サヴィニーノ論據ハ攻擧シ易カラズト雖モ其議論ヲノ英國ニ容レラレシムル能ハズ是レ一ハ英國ニ於ケル土地ノ完全所有權ノ取得ニ關シ嚴正ノ方式ヲ要スルト一ハ英國ニ於テ認メタル不動産上ノ

不完全所有權ト大陸諸國ノ婚姻法ニ據リテ得可キ權利ト其性質大ニ異ナルモノアルトニ因ルト(ウエストレイキ)一版三六九章(願フニ)サヴィニー等ノ論スル所ハ論理主義ノ一貫スルヲ見ルト雖モ沿革上ノ理由モ亦決ノ之ヲ輕視ス可キニアラズ

(六四)猶一派ノ論者アリ謂ヘラク財産上ニ於ケル夫婦ノ權利ハ一ニ物件所在地法ニ從フ可シト吾曹ヲ以テ之ヲ見レハ是レ亦有力ノ議論タリ然レモ今假例ヲ設ケン甲國ニ民籍ヲ有スル男女相婚セリ女子ハ甲乙丙ノ三國ニ於テ動産ヲ有セリ甲國ハ歸一主義ヲ取リ乙國ハ別產主義丙國ハ共通主義ヲ取ルトセバ財産上ニ於ケル男女ノ權利ハ甚タ混雜ス可シ是レ一家ノ經濟ヲ紊ルモノニアラスヤ純然タル論理ヨリシテ之ヲ見レハ物件所在地ノ法律ハ其權利ノ移轉ニ關シ一切ノ行爲ヲ支配ス可キヲ甚タ其當ヲ得ルガ如シ然レモ動産ニ定處ナク唯所有主ニ從ント(Mobilia sequuntur Personam.)ノ原則ハ唯是レ空漠タル法律上ノ擬制ニ過ギザルヲ見ルナリ之ヲ實際ニ徵スルモハ此論者ノ唱フル



所ハ殆ント行ヒ得ザル可シ(タルジャントレ、二一八章、フローランメモアール、二九二乃至二〇〇頁)

日本ノ規定

(六五) 既婚婦ノ能力ニ關シ我法律ハ一毫ノ疑ヲ存セズ何トナレバ能力問題ハ本國法ニ從フ可キヲ法例第三條ノ明言スル所ナレバナリ其當否ニ付キテハ吾曹屢之ヲ論セリ然レモ婚姻ノ財產上効果ニ關シハ猶多少ノ疑ナキニアラズ若シ廣潤ナル意義ニ於テ法例第四條ノ規定ヲ解シ婚姻ノ財產上効果モ亦此中ニ含蓄セラルトセバ之ヲ管轄スルハ即所在地法ニ外ナラズ然レモ前節ニ於テ陳ヘタルガ如ク若シ所在地法ヲ之ヲ支配セシムルモハ言フ可カラザル不便ヲ生ス可シ故ニ吾曹ハ寧ロ婚姻ノ財產上効果ハ夫ノ本國法ニ據リテ支配セラル可シト謂ハント欲ス法例第三條ノ二項ニ據レバ親屬ノ關係及其關係ヨリ生スル權利義務ハ本國法ニ從フモノトス即チ親權ノ如キ父ノ子ニ對スル義務ノ如キ皆本國法ニ從フナリ彼ノ婚姻ニ由リテ財產ノ或ハ歸一シ或ハ共通スルガ如キハ夫トナリ妻トナリタルノ結果ニシテ夫妻ノ

關係ハ即親屬ノ關係タリ凡ソ相續トイヒ遺贈トイヒ若クハ婚姻上効果トイヒ皆是レ一家族ニ關係スル事項ニシテ其家族ノ隸屬セル社會ハ最之ニ關シ利害ヲ感ス可キモノナリ是ノ故ニ吾曹ノ確信スル所ヲ以テスレバ婚姻ノ財產上効果タルヤ法例第三條二項ノ規定中ニ包含セラル可キモノナリ之ヲ一般ノ法理ニ照シ及ビ第三條ノ條文ニ據リテ立法者ノ精神ヲ推考セバ必ス本國法或ハ民籍地法ノ管轄ヲ認ム可キモノナルヲ見ルヘシ

英米學者ハ動産不動産ニヨリテ區別ヲ立ツルコト己ニ之ヲ説ケリ我民法等ヲ見ルモハ立法者亦大ニ動産ヲ輕メ不動産ヲ敬重スルノ迹アルヲ見ル然レモ法例等ヲ見ルニ兩者ヲ全ク其支配法ヲ異ニセシムルガ如キ傾向アラズ且又佛獨ニ於ケル大家ハ皆コノ區別ヲナスヲ排撃シ英國ノ學者中不動産上効果ヲ以テ所在地法ニ從フ可シトスル者モ亦之ヲ自國ニ於ケル特殊ノ狀態ニ歸セリ(ウエストレイキ、三六九章)是故ニ動産ト不動産トヲ問ハズ婚姻上ノ効果ハ凡テ本國法ニ從フトスル



結婚後民籍ヲ變更  
セバ財産上ニ如何  
ナル影響ヲ及ボス  
ヤ

是レ我法律ノ精神ナリト解釋ス

(六六) 婚姻後ニ於テ夫タル者其民籍ヲ移スルハ財産上ニ於ケル夫婦ノ權利ハ如何ナル影響ヲ蒙ル可キヤ或ハ依然舊來ノ状態ヲ改メザルカ或ハ新民籍地ノ法律ニ從フ可キカ例セバ英國ノ夫婦ハ例外ヲ除クノ外ハ其財産ヲ歸一セリ而シテ佛國ニ移住シ佛ノ民籍ヲ得シキハ歸一ノ財産ヲ變ノ共通トナス可キカ將タ猶ホ依然タル歸一ナル可キカ學者多ク不變説ヲ取ル蓋シ結婚ノ初ニ當リ財産契約ヲ爲スルハ固ヨリ民籍ノ變更ニ因リテ權利ニ變更ヲ生スルコトナカル可シ是レ甚タ賭易キノ理ナリ財産契約ヲ爲サズ法律ノ作用ニ依リテ財産上ノ權利義務ヲ定メシキト雖モ猶ホ且ツ新民籍地法ノ爲メニ從來ノ關係ヲ更メザルナリ是レ何ノ理由ニヨリテ然ルヤ佛ノドミューランハ之カ説明ヲ與ヘテ曰ク是レ夫婦間ノ黙約ニ因ル即チ結婚ノ當時ニ於テ夫婦ハ其結婚民籍地ノ法律ニ據リテ双方ノ權利義務ヲ定メンコトヲ約シタルモノナリ是ノ故ニ其後ニ於テ民籍ヲ變スルモ其權利義務ヲ變更スル

コナシトメルラン、ボチエー等ノ大家亦此説ニ賛全セリ(メルランレベルトアール)財産共通一節三款ボチエー財産共通論一章一〇然レモ吾曹ノ見ル所ヲ以テスレバ當事者双方ノ契約ニ依リテ其權利義務ヲ確定セザル時ニ於テ果シテ法律ノ規定スル所ニ從フ可キ黙約アリトイフヲ得可キヤ否ヤ甚タ疑ハザルヲ得ズ法律ハ或範圍内ニ於テ財産權上ニ關スル夫婦契約ノ自由ヲ認ムト雖モ其意思ノ表彰ナキ時ニ於テハ法律自ラ其主義ヲ實行スルモノニアラザルカ果シテ然ラバ此ノ如キ場合ニ於テ夫婦ノ權利ハ双方ノ黙約ニ由リテ定マレルニアラズ法律ノ作用ニ由リテ定マレルナリ是ノ故ニドミューラン等ノ提出セル理由ハ甚タ巧ナリト雖モ是レ竟ニ巧ニ失セルモノト云フ可キナリフローラシハ之ヲ評シ薄弱ナル夢想的ノ學説ナリト云ヘリサヴィニーモ亦有力ナル不變論者ナリ其理由トスル所ヲ見ルニ曰ク結婚ヲナスニ當リ婦ハ夫ノ民籍ニ從ヒ甘シテ其法律ノ規定ニ從ヘルナリ此ノ場合ニ於テ夫婦間ニ斯ル黙約アリシヤ否ヤハ之ヲ論スルノ要ナシト雖モ唯婦



タル者ハ結婚以前ニ於テ結婚民籍地ノ法律ニ服従スルヲ欲セザレハ之ヲ避クルヲ得タルガ故ニ畢竟自由ノ選擇ニ由リテ結婚民籍地ノ法律ニ服従セシハ爭フ可カラザルノ事實ナリ然ルニ婦ハ夫ト全住ノ義務アルガ故ニ夫ハ一己ノ獨斷ヲ以テ夫婦ノ民籍ヲ變スルヲ得若シ反對論者ノ謂フ所ノ如ク新民籍地ノ法律ニ據リテ夫婦ノ財産上ノ權利ニ變動ヲ及ボスモノトセバ大ニ不都合ノ結果ヲ生ス可シ何トナレバ婦ノ結婚民籍地法ニ服従セシハ其承諾ニ由リテナリ承諾ニ由リテ得タル地位ハ亦承諾ヲ以テ之ヲ動かスヲ要ス然ルニ婚姻後ニ於テ婦ハ承諾ヲ與フル能ハザルナリ云々ト(サヴィニー八篇三七九節)ウエストレイキモ亦全一ノ論鋒ヲ用非タリ(ウエストレイキ一八八〇年六四頁)吾曹ハ此議論ノ有力ナルヲ信スト雖モ猶ホ多少ノ疑ナキ能ハズ何トナレバ結婚民籍地ノ法律ニ據リテ夫婦ノ權利義務ヲ定メタルハ是レ婦タル者ノ自由意思ニ基ケル承諾ヲ經タルモノナリト雖モ一旦結婚スル以上ハ婦ハ夫ニ對シテ全行全住ノ義務アルガ故ニ或ハ夫ノ意思ニ由リ

其永住地ヲ變更スルコトアル可キヲ豫想セザル可カラズ夫レ己ニ此豫想アリトセバ新民籍地ノ法律ニ據リテ自己ノ權利上ニ變動ヲ生スルコトアリ是レ亦豫想中ノ事件ナルノミ承諾ナシト謂フ可カラズ結婚ノ初ニ於テ既ニ豫メ承諾セルナリ結婚民籍地ノ法律ニ據リテ得タル婦ノ權利ハ實ニ既得權ナリ新民籍地法ニ據リテ之ヲ剝奪スルガ如キコトアラハ是レ既得權ヲ害スルモノナリ然レモ其既得權ヲ害スルハ初メヨリ豫期セル所ナリトセバ之ヲ害スルニ於テ毫モ躊躇スル所ナカル可シフイリモールハ大ニサヴィニーノ此說ヲ稱揚シテ曰クサヴィニーノ論スル所ハ遙ニストーリーノ議論ニ勝レリト抑ストーリーノ誤レルコト固ヨリ論ナシ何トナレハ氏ハ財産上ノ効果ヲ以テ舉行地法ノ下ニ屬セシメント欲スレバナリ然レモサヴィニーフイリモール等ノ說ク所モ未ダ肯綮ニ中ラザル者アルニ似タリ吾曹ヲシテ之ヲ論セシメバ不變說ノ理由ハ唯社會ノ平和ヲ保維スルニ在リトイハン吾曹ハ默約又ハ承諾ノ有無如何ニ關セズ唯社會平和ノ目的ヲ以テ不變說ノ眞精神ナ



リト信スルナリ若シ民籍ノ變スル毎ニ夫婦間ノ權利義務ニ變動ヲ生  
 スルキハ共通ノ財産ハ忽チ歸一シ或ハ別産トナリ若クハ嫁資主義ト  
 ナル此ノ如ク權利ノ移轉變更ニシテ頻繁ナルキハ往々夫婦間ノ爭論  
 不和ヲ生スルコアル可ク且又一家經濟ノ整理上ニ於テ著シキ紛亂ヲ  
 生ス可シ加之民籍ノ變動ニ因リテ權利ノ變動ヲ來スルハ夫タル者ハ  
 或ハ婦ノ財産ヲ壟斷センガ爲メニ故ラニ外國ニ移住スル者アル可ク  
 而シテ婦ハ猶ホ之ニ順從セザル可カラズ人倫ノ至親タル夫婦ノ間ヲシ  
 テ此ノ如キ弊害アルニ至ラシメバ是レ實ニ一家ノ幸福ヲ滅却シ社會  
 ノ徳義ヲ紊亂スル者ナリ彼ノ不變説ハ實ニ此社會上必要ヲ以テ眞誠  
 ノ根據トナセルモノナリト確信ス

民籍變更後ニ取得  
 セル財産

(六七) 更ニ一步ヲ進メテ民籍變更後ニ得タル財産ニ關シ夫婦ノ權利  
 如何ニ論及スヘシ是レ亦學説ノ區々一致セザル所ナリバルジ曰ク夫  
 婦ノ財産上權利ハ其ノ婚姻前ニ得タルト否トヲ問ハズ一切結婚民籍  
 地ノ法律ニ從フ可シトスルハ學者一般ノ輿論ニシテ之カ反對ヲ試ム

ル者甚ダ稀ナリ是レ蓋シ斯ル權利ハ默約ニ由リテ定マルトスルノ學  
 説ヨリ生スル必然ノ結果ナリ然レモ此學説ヲ排斥シテ斯ル默約ナル  
 モノナシトシ夫婦ノ財産上權利ニ關スル規定ヲ以テ通常一般ノ物件  
 法ナリトスルキハ吾人ハ更ニ思慮ヲ勞スルヲ要セズ何トナレハ現在  
 及ヒ將來ノ財産ニ關スル夫婦ノ權利ハ一切物件所在地法ニ從フ可ケ  
 レバナリ(中略)動産ノ所在地ハ法律上ノ擬制ニ依リ所有主ノ民籍地タ  
 リ是ノ故ニ動産ニ關シ管轄ノ力アル法律ハ民籍地法ニ外ナラズ然ラ  
 バ所有主ニシテ其民籍ヲ變スルキハ動産ノ所在地亦變スルモノナリ舊  
 民籍地ノ法律ハ已ニ所在地法ニアラザルナリ故ニ動産ニ關シハ現在  
 民籍ノアル處ヲ見ル可シト(バルジ二卷一部七篇八節)氏ハラッシュレイ對  
 ホッダノ判決例ヲ引證セリ是ヲ以テ之ヲ觀レハ氏ハ民籍移轉后ノ財産  
 ニ關シハ新民籍地法ノ効力ヲ認ムルガ如シストーリーモ亦此説ヲ取  
 ル而シテ此主義ヲ採用セル米國ノ判決甚ダ多シ(ストーリー一八九節  
 ホワートン一九六節註二)然ルニウエストレイキハ之ニ反對セリ(ウエスト



レイキ三六七三六八章蓋シ黙約説若クハ承諾説ヲ取ル者ニ在リテハ  
 ウエストレイキト其説ヲ全ウセザル可カラザルナラン然ラザレハ其  
 論理ヲ貫クヲ能ハザル可ケレバナリバルジノ言フ所其當否ハ之ヲ措  
 キ能ク英法ノ精神ニ合セルモノト謂フ可シ吾曹ハ已ニ社會必要説ヲ  
 立テ、前節ニ於テ不變説ノ基礎トナサントセリ一般ニ之ヲ謂ヘハ民  
 籍ハ私權ノ界標ナリ此等ノ權利ノ如キ民籍地法ニ從フ可キヲ當然ト  
 ス唯其社會上ノ必要アルヨリ過去ノ民籍地法ヲシテ其力ヲ繼續セシ  
 ムルノミ然レモ民籍移轉后ニ取得セル財産ニ關シハ毫モ舊民籍地法  
 ノ規定ニ從フ可キ理由ヲ發見スルヲ能ハズ故ニ吾曹モ亦ハルジ諸氏  
 ト其結論ヲ全ウセント欲スルナリ

夫婦財産契約

〔六八〕法律ハ夫婦ノ權利義務ヲ定ムト雖モ亦或範圍内ニ於テ双方ノ  
 自由意思ニ依リ財産上ノ關係ヲ定ムルヲ許ス夫婦財産契約是ナリ〔取  
 一五章〕是レ純然タル一ノ契約ナルヲ以テ總テ契約ノ規則ヲ適用ス可  
 シ即チ其解釋ニ關シハ民籍地法其方式ニ關シハ結約地法其履行ニ關

正嫡

ンハ履行地法即チ結婚民籍地ノ法律ニ從フ可シ(Bank v. Lee, 13 Pet, 10  
 7. De Lane v. Moore, 14 How. U. S. 253. ホットン一九九二〇〇節)

〔六九〕吾曹ハ次ニ正嫡ニ關シテ論セム學者概テ所出ノ正嫡私生ヲ以  
 テ婚姻ノ効果ナリトセズ然レモ子女ノ正嫡タルハ婚姻ノ正當ナルニ  
 因レリトセバ婚姻ノ効果ヲ研究スルニ當リ之ヲ論スルヲ甚ダ其當ヲ  
 失スルモノニアラザル可シ蓋シ正當ナル婚姻ヨリ生シタル子女ヲ以  
 テ正嫡子トナスハ世界萬國皆一致セルガ故ニ茲ニ之ヲ論スルノ要ナ  
 ルヲ見ザルナリ然レモ彼ノ後婚認正(レヲチマシオ、ベル、サブセク、エンス、  
 マトリモニウム)ノ如キハ國ニヨリテ或ハ之ヲ認メ或ハ之ヲ認メズ此  
 等國際上ノ効力ハ亦一考ヲ要ス可キモノナリ吾曹ノ信スル所ヲ以テ  
 スレバ(正嫡子ナリヤ否ヤハ是レ身分ノ問題ニシテ社會上ノ地位之ニ因  
 リテ定マルモノナリ是ノ故ニ其人ノ隸屬スル社會ノ法律之ヲ決ス可  
 キヲ勿論ナリトス其法律ハ即チ民籍地法ニ外ナラズ)或ハ亦之ヲ以テ  
 婚姻ノ効果ナリトスルキハ婚姻ノ成立ヲ支配ス可キ法律ハ即チ正嫡



私生ヲ判斷ス可キモノナリ而シテ其法律ハ亦民籍地法ニ外ナラズ英國ニ於テハ遺産ノ相續ニ關シテ屢此問題ヲ喚起セリ而シテボーイス對ビデイルノ判決ハ近來ニ至ルマデ大ニ勢力ヲ有シタリキ英國ニ民籍ヲ有スル者佛民籍ヲ有セル某甲ノ子乙某ニ遺言ノ動産ヲ與ヘタリ然ルニ佛國ハ後婚認正ヲ認メ英國ハ之ヲ認メズ英國ノ判事謂ヘラク遺言ノ解釋ハ英國ノ法ニ從フ可シ何トナレハ遺言者ノ民籍ハ英國ニ存在シタレバナリ然ルニ英國ハ後婚認正ヲ認メザルニヨリ法廷ニ於テ乙某ヲ某甲ノ嫡出ナリトナスヲ得ズ何トナレハ我法廷ノ所謂子トハ正當ノ婚姻ニ由リテ生レタルモノニ限レルヲ以テ遺言中ノ子ナル文字モ亦之レニ從ヒテ解釋スレバナリト(Boyes v. Bedale, 1. H. & M. 798)畢竟正嫡ノ問題ハ最多ク相續ノ問題ニ牽連シ生スルモノナリ而シテ英國ハ近來ニ至ルマデ此主義ヲ遵奉シ外國ノ後婚認正ハ我之ヲ認メズトセリ其他種々ノ判決アリト雖モ一ニボーイス對ビデイルヲ準則トセリトツ、バートウツスル對ヴ、ハ、ゲルニ於テ判事リッツルデイルハ説ヲナシ

テ曰ク人ノ身分ハ必ズシモ各國之ヲ遵奉ス可キニアラズ假令ヒ民籍地法ニ於テ或身分ヲ得タリトスルモ我英國法ト相背戻ス可キ結果ヲ生スルキハ我法廷ハ之ヲ認メズト(Doe de Birtwhistle v. Vardill, 5B. & E. 545)然レモ此等判決ノ當ヲ得ザルハ一見シテ之ヲ知ル可キナリ近來ニ於テイン、リ、グ、ド、マン、ストラス、トノ判決ハ全ク以前ノ判決ヲ顛覆シ新規則ヲ確立シタリ佛國ニ於テ後婚ニ因リ認正セラレタル小兒ノ英國ニ於テ遺言者ノ動産ヲ受ケ得可キヤ否ヤノ問題ニ關シ法廷ハ説ヲ述ベテ曰ク凡ソ人ノ身分ハ其民籍地法(出生時ニ於テ)父ノ民籍ニ從ヒテ決ス可キモノナリ身分一タビ定マルキハ其人ノ何處ニ在ルヲ問ハズ其身上ニ附着シ各國ノ承認ヲ受ク可キモノナリト而シテ痛クボーイス對ビデイルノ判決ヲ攻撃セリ是ノ故ニ今日ノ英法ハ全ク從前ト相反シタルモノトイフ可シ然レモ此判決ニ據レバ出生時ニ於ケル父ノ民籍地ニ據ル可シトスルナリ然ラハ今某甲乙ノ男女英民籍ヲ有シ私通ニ由リテ一子ヲ産シ其後善意ヲ以テ佛國民籍ヲ得テ茲ニ正當ノ婚姻



ヲナシタルハ其子ヲ認正セリハ英國ハ其嫡子タルヲ認メザルカ  
 ドマンストラストノ場合ニ於テハ出生時ト婚姻ヲナシタル時トニ  
 於ケル民籍相全シカリシヲ以テ此問題ヲ決スルニ不充分ナルガ如シ  
 ト雖判事ノ謂フ所ヲ以テスレバ英國法ハ出生ノ當時ニ於ケル父ノ民  
 籍地法ナルガ故ニ英國法廷ハ其正當ヲ認メザル可キカ如シ若シ此推  
 測ニ誤ラズトセバ英國法廷ハ大ナル誤謬ニ陷レルモノナリト思考  
 ス蓋シ身分ハ固有民籍ニ依リテ一定シ已ニ一定シタル以上ハ之ヲ變  
 スルヲ得ズトスルハ甚シキ認見ト謂ハザル可カラズ身分ハ常ニ變更  
 シ得ルナリ唯吾曹ノ信スル所ヲ以テスレバ身分ハ社會上ノ地位ナル  
 ガ故ニ民籍地法之ヲ管轄ス可キノミ故ニ出生ノ時ニ當リテ固有民籍  
 地法之ヲ以テ私生兒トナス其後民籍ヲ移メ他ノ社會ニ入ルキハ身  
 分取得ニ關シ其國法ニ從フ可キハ當然ナリ然レモ今夫婦ハ佛國籍ヲ  
 得タリト雖其子ハ猶ホ英民籍ヲ有シタリトセバ如何曰ク認正ニ因リ  
 テ私生兒ノ公生兒タルハ婚姻ノ一効果ト見ル可キモノナリト雖モ

身分ハ其者ノ民籍地ト最モ密接ノ關係ヲ有スルモノナリ佛國法如何  
 ニ之ヲ認ムル到底英國籍ヲ有スル小兒ニ其効力ヲ及ボス可ク能ハズト  
 信ス然レモ父ノ民籍變ズルハ子ノ民籍モ亦從テ變ズ可ク父ノ不  
 明ナルハ母ノ民籍ハ子ノ民籍ナリ而シテ婚姻ニ由リテ母ノ民籍ハ其  
 夫ノ民籍ニ從フガ故ニ子ノ民籍亦從テ變ズルナル可シ是ノ故ニ吾曹  
 ノ想像シタル場合ノ如キハ之ヲ見ル可ク甚ダ稀ナリ  
 フートハ正嫡ニ關スル英國法律ノ不正ヲ論シ植民地ノ法律ニ關スル  
 場合ヲ擧ゲテ曰ク英國法律ハ亡妻ノ姉妹ヲ娶ルヲ禁シ其所出ハ勿論  
 之ヲ不正兒ト見做ス然ルニ植民地ノ法律ヲ見ルニ往々斯ル婚姻ノ有  
 効ヲ認ムルモノアリ蓋シブルック對ブルックノ判決等ニヨリテ之ヲ見レ  
 ハ英國ハ此種ノ婚姻ヲ以テ敗德亂倫ノ行爲トナスガ故ニ假令ヒ夫ノ  
 民籍地法之ヲ許スモ其英國法廷ニ於テ訴訟トナルニ至リテハ斷然之  
 ヲ以テ不正ノ婚姻ト見做セリ然レモ植民地法律ハ英國皇帝ノ認可ヲ  
 經タルモノナリ英國主權者已ニ裁可ヲ與ヘタル以上ハ英國法廷ハ之



ヲ以テ不正トナス能ハザル可シ然ラハ法廷ハ之ヲ以テ有効ナリトナス可ク婚姻已ニ有効ナル以上ハ其所出モ亦正嫡ナリトセザル可カラズ然ルニ實際ニ於テハ英國法廷ハ常ニ全ク之ト反對ノ結果ヲ生マツ、アルナリ蓋シ正嫡ノ問題ニ或事件ニ牽連スルコトナクソ法廷ノ争點タルコトアラバ法廷ハ前ニ陳タルカ如ク固ヨリ之ヲ認メザル可カラズト雖此等ノ問題ハ獨立ニ發生ズ可キモノニアラズ必ズヤ相續遺贈等ノ事項ニ關係シ生ズルモノナリ是ニ於テカ法廷ハ曰ク遺言ノ文意字義ヲ解スルノ權アリ英法廷ハ子ナル文字ヲ以テ正當ノ婚姻ヨリ生シタル子ヲ指スモノトナスナリ是ノ故ニ假令ヒ植民地ノ法律ニ據リテ亡妻ノ姉妹トノ結婚ヨリ生シタル子女ハ公生兒ナリトナスト雖モ吾人ハ此ノ如キ婚姻ヲ以テ不正トナスガ故ニ吾人ノ解釋ニ據レバ遺言中ノ子トハ決シテ此ノ如キモノヲ指シタルニアラズトナスト或ハ又不動産ノ相續ニ關シハ物件所在地法ハ相續人ノ私生公生ヲ決スルノ權アルヲ以テ民籍地法ノ規定ヲ顧ミズト云ヘリ(パートウツスル對ヴ)

法例

ハイデル)是ノ故ニ絶体的ノ正嫡ノ問題ニ於テハ國際私法上ノ主義ヲ採リ不動産ノ相續等ニ關スルキハ我が固有法ヲ取ル是レ太々疑フ可キ規定ト謂ハザル可カラズト蓋シ氏ノ此說タルヤ最モ吾曹ノ意ヲ得タリ然レモ氏ハグロッドマンストラストノ判決以前ニ於テ其國際私法ノ著成リシガ故ニ此議論アリシナリ然レモ今ヤ該判決ニ據リテ人ノ身分ハ民籍地法ニ據リテ決ス可キヲ定メタリ故ニ今日ニ在テハ此場合ニ於テ氏ノ指示シタルガ如キ矛盾アルヲ見ザル可シ我法律ハ一言ニシテ盡セリ曰ク身分ハ本國法ニ從フト法例第三條之ヲ明言ス



### 第四章 離婚

〔七〇〕離婚制度ノ種類

〔七一〕離婚ハ民籍地法ニ從フ

〔七二〕民籍地法ハ專屬タルヲ要セザルニ似タリ

〔七三〕離婚ニ關スル婦ノ獨立民籍

離婚制度ノ種類

〔七〇〕離婚ニ關スル法制ハ各國相同シカラズ歐洲ニ於テ曾テ耶蘇舊教ノ盛ナル時代ニ當リテハ全ク之ヲ禁止シタルヲアリキ然レモ此ノ如キ規定ハ畢竟犯罪ヲ繁クシ私生兒ヲ増シ社會ノ風紀ヲ維持スルヲ能ハザルヲ以テ彼ノ神意ヲ以テ結合セラレタルモノハ人力ヲ以テ之ヲ分離スヘカラズ(Quod dums coniunxit, homo non separari)ト云ヘル教旨モ竟ニ法律上ノ勢力ヲ失ヒ今日ノ法律ハ新教國ト舊教國トヲ問ハズ或一定ノ原因ニヨリ離婚ヲ許スニ至レリ蓋シ離婚ニ關スル法律ヲ大別スレバ自由主義禁止主義制限主義ノ三ナリ自由ト禁止トハ是レ共ニ極端ニ立ツモノナルヲ以テ文明諸國ハ多ク制限主義ヲ採用セリ然レモ

離婚ハ民籍地法ニ從フ

其離婚ニ關スル法定ノ原因ニ至リテハ諸國各規定ヲ異ニスホワイトシハ其著書二百五節ノ註ニ於テ此等法制ノ分類ヲ掲ケタリ吾曹ハ今之ヲ枚擧スルノ勞ヲ避ケ唯ホワイトシノ著書ヲ一覽センヲ敢テ讀者ニ請ハント欲ス我日本民法モ亦制限主義ヲ取レリ(人五章)

諸國ノ法制

〔七一〕婚姻ハ社會上ノ制度ナリ社會ノ秩序ト徳義トニ關スルヲ大ナリ是ノ故ニ立法者ハ一旦成就セル婚姻ヲシテ己ムヲ得ザルノ情實アルニアラザレバ永久ニ繼續セシメンヲ欲ス此ノ如ク立法者ノ離婚ヲ嫌忌スルヤ實ニ甚シ故ニ國際法上ニ於テ亦全一精神ノ發表セルヲ見ル歐米ノ法律ヲ見ルニ離婚ヲシテ正當タラシメンニハ必ス民籍地ノ法廷ニ於テセザル可カラズ外國法廷ノ宣告シタル離婚ハ無効ナリ獨逸ニ於テハシエッナル、パールノ輩之ヲ唱ヘ佛ニ於テハ千八百八年二月パリ控訴院此主義ヲ採リ千八百二十二年十一月大審院亦全一ノ判決ヲ下シタリ(シエッナル一六〇頁、パール九二節)蓋シ伊國白耳義ノ學者ハ國籍ノ有無ヲ以テ離婚ニ關スル法律管轄ヲ定ムルノ分界トナスト



雖モ其誤謬ノ見タルハ吾曹ノ已ニ論セシ所ナリ英米諸國モ亦結婚民籍地ノ法廷獨リ離婚ヲ命スルヲ得可シトナス獨リ蘇格蘭ノ法廷ハ離婚ヲ以テ民籍地若クハ舉行地ノ如何ニヨリ其管轄ヲ定ム可キニアラズトシ民籍地ノ法律ヲ避ケテ離婚ヲ得ンガ爲メニ故ラニ此國ニ來リシ者ト雖モ猶ホ蘇國法廷ハ離婚ヲ宣告シ得トナセリ（フイリモール四卷三三四頁）此主義ハ理論上并ニ適用上便利ノ點ニ於テ大ニ非難ヲ蒙レリ離婚ノ管轄ニ關シテハ英國ノ判決例甚ダ多シ而シテ議論頗ル精細ヲ極ムルモノアリ其初ニ當リ英國法廷ハ婚姻舉行地外ノ法廷ハ離婚ヲ宣告スルヲ得ズトシ（チャンチル、クレレスウエルノ諸判事ハ此說ヲ唱道セリ）ラニ（ニューヴィニ）對アンデルソン然レモ此說タルヤ今日ニ於テハ全ク排斥セラレ民籍地法廷ヲ以テ正當ノ管轄ヲ有スルモノトセリ（シエー）對グールドニ於テ克蘭ウース卿曰ク若シ蘇國法律ノ如クンバ本國民籍地ニ於テ夫妻ノ關係ヲ絶ツコト能ハザル者暫時隣國ニ在留シ忽チ自國法律ノ拘束ヲ脱シ離婚ノ目的ヲ成就シ乃チ歸途ニ就ク者アル可ク此

ノ如クンバ隣國ノ法律ハ是レ一國主權ノ其臣民ニ對スルカラ剝奪シ去ルモノナリト且ツ曰ク然レモ余ガ外國法廷ノ宣告シタル離婚ヲ排斥ノ無効トナス所以ハ決シテ婚姻舉行地法ヲ以テ離婚ヲ宣告ス可キ正當ノ管轄ヲ有スル者ナリトスルニアラズ此ノ如キ主義ハ一般法理ノ許サハル所ナリ余ノ確信スル所ヲ以テスレバ耶蘇教國一般ニ承認スル原則ハ身分上ノ問題ハ一切現在民籍地ノ法律ニ從フ可シトスルニ在リト

ニコロンセイ卿ハ更ニ一步ヲ進メテ曰ク離婚管轄ヲ決ス可キ標準ハ民籍ナリト云フモノアリト雖モ其所謂民籍ナルモノハ果シテ何ソヤ或ハ完全ノ民籍ナリトイヒ或ハ善意ノ民籍ナリトイヒ或ハ一切ノ目的ヲ以テ得タル民籍ナリトイフ然レモ離婚ヲ宣告スルニハ果シテ此ノ如キ民籍アルヲ要スルヤ余ハ之レニ對シテ然リト云フニ躊躇セザル能ハズ今人アリ一切ノ事件ニ關シテ其民籍ヲ變セント欲スルニアラズ又離婚ヲ求メントスルノ故意アルニアラズノ蘇國ニ移住セリトセ



シニ偶其妻蘇國ニ於テ姦通シ蘇國ニ於テ之ヲ發見シ其證人モ亦蘇國ニ在リ是ニ於テ直ニ離婚ノ訴ヲ蘇國法廷ニ提起シ其宣告ヲ得タリトセハ假令ヒ其夫タル者ハ所謂完全ノ民籍ヲ蘇國ニ有セズト雖モ余ハ英國法廷ノ猶ホ斯ル宣告ヲ以テ無効トナス可キヤヲ疑フト吾曹ハ後段ニ於テ論スルガ如ク卿ノ議論ハ甚タ其當ヲ得タリト雖モ民籍ナル文字ノ解釋トノ之ヲ見ルルハ甚タ曖昧模糊ノ感ナキ能ハズ或ハ直チニ離婚宣告ノ權ヲ以テ專ラ民籍地ノ法廷ニ屬スルノ原則ヲ打破スルモノナリトイフ可シ何トナレバ吾曹ハ民籍ノ常ニ完全民籍タルヲ信シ支分的民籍トイフカ如キモノアリテ存在スルヲ認ムルヲ能ハザレバナリハルヴェイ對フルニ於テ判事ハンチン判決ヲ下メ曰ク民籍地ノ法廷ハ離婚ノ問題ヲ決ス可キ唯一ノ法廷タリ故ニ其法廷ノ宣告ハ物上判決ト其効力ヲ全クシ各國之ヲ認メザル可カラズト吾曹ハ煩雜ヲ避クルカ爲メニ更ニ多數ノ判決例ヲ引援セザル可シト雖モ凡ソ此等ノ判決ニ於テ屢援引セル有名ナルローリースケイス(ラッセル)及リ

アン刑事判決例一卷二三七ヲ注意セザル可カラズ英國ニ國籍ヲ有スル男女英國ニテ結婚シ其后夫ハ蘇國ニ於テ離婚ノ宣告ヲ受ケ英國ニ歸リテ更ニ妻ヲ娶レリ十二人ノ判事ハ此事件ヲ裁判シ夫タル者ハ重婚罪ヲ犯シタル者ナリト判決セリ而シテ此判決ハ英國法廷ノ婚姻舉行地法廷タリシ理由ヲ以テ蘇格蘭ノ離婚ヲ無効トナセルガ如シ若シ然ラハ是レ近世諸判決ト相牴觸スル者ナリ(マンニング對マンニング)然レモ此判決ニ關シ種々ノ解釋アルカ如シ(マッカーシー對ドケイ)要スルニ諸判決ノ傾ク所ハ民籍地ノ法廷ヲ以テ離婚ニ關スル專屬裁判所ナリトナスモノニ似タリ(フート六〇頁)

米國ノ法律モ亦然リホワートン曰ク離婚ノ管轄ハ民籍地法廷ニ限ル何トナレバ民籍地ハ即チ最終ノ住處ナレバナリ若シ唯暫時ノ住居ニミテ以テ離婚ノ管轄アリトセハ婚姻ハ終身ノ身分ニアラズト唯夫ノ隨意ニ係ル身分タルナリ夫レ此ノ如ク各國法廷ハ自國人民ノ上ニ宣告セル外國ノ離婚ヲ以テ無効ナリトセリ是ノ故ニ亦相互主義ニ據リ



外國人民ノ上ニ決ノ離婚ヲ宣告セザル可シト

(七二)英國其他ノ法律ハ右ニ述ブル所ノ如シ然レモ吾曹ノ見ル所ヲ以テスレバ未ダ穩當ナラザルモノアルガ如シ蓋シ民籍地ハ其人ノ永住ス可キ推測アル所ナリ婚姻ハ男女終身ノ結合ナリトスレバ其婚姻ノ解除銷除ニ關シテ最モ利害ヲ感スルモノハ民籍地ニ外ナラズ是ノ故ニ民籍地法ヲ以テ離婚事件ヲ支配スルハ社會ノ必要上實ニ至當ナリト確信ス例セバ婦女毆打ヲ以テ離婚ノ原因トナス國アリ又ナサル國アリト假定セヨ甲國ノ夫婦乙國ニ於テ在留セル時ニ當リ夫タル者其婦ヲ毆打セバ乙國ニ於テ之ヲ離婚ノ原因ト認ムルガ故ニ婦ヲ直ニ離婚ノ訴訟ヲ提出スルコトヲ得シムトセバ其婚姻ニ關シ最モ利害ヲ有スル民籍地タル甲國ノ法律規定ハ大ニ其効力ヲ減殺セラレ甲國社會ハ著シキ不利益ヲ蒙ル可シ願フニ離婚管轄ノ問題ハ婚姻管轄ノ問題ト正ニ全一理由ヲ以テ説明スルヲ得可シト信ス然レモ民籍地法ト民籍地法廷トハ大ニ區別ヲ立テザル可カラズ吾曹ハ離婚事件ノ

民籍地法ニ從フヲ以テ正理ナリト信スレモ民籍地法廷ヲ以テ專屬裁判所ナリトナスニ至リテハ甚シキ不便ノ結果ヲ生セザルヤヲ疑フ吾曹ハ之ヲ説明スルカ爲メニコロンゼイ卿ノ引例ヲ借ラン英國ノ夫婦蘇國ニ在リト假定セヨ彼等ハ久シク蘇國ニ在住スルノ意思アリト雖モ猶ホ英國ノ民籍ヲ拋棄セズ而シテ其婦蘇國ニ於テ姦通シ其姦通ノ事實ハ蘇國ニ於テ發見セラレ其證人モ亦蘇國ニ在リトセバ夫タル者ハ獨リ其民籍ノ蘇國ニ在ラザルガ爲メニ離婚ノ訴訟ヲ蘇國法廷ニ提出スルコト能ハザルカ英國ト蘇國トハ相近キガ故ニ甚シキ不便ヲ感セザル可シト雖其離婚原因ヲシテ日本ニ起ラシメバ如何夫ハ萬里ノ英國ニ歸リテ訴ヲ起サザル可カラズ而シテ最モ必要ナル證人ハ英國法廷之ヲ召喚スルノ權利ナシ此ノ如キハ大ニ不便ナラズヤ然レモ英國法ノ主義ニ從ヘバ是レ已ムヲ得ザルノ結果ナリコロンゼイ卿ハ謂ヘラク此ノ如キ場合ニ於テ外國ニ訴訟ヲ起シ外國法廷ヨリ離婚ノ判決ヲ得レバ英國法廷ハ猶ホ其宣告ヲ以テ無効トセザル可シト然レモ卿



ハ英國法ノ精神ト背馳スルヲ恐レ故ラニ附會ノ說ヲ立テ、民籍ノ意義ヲ不相當ニ擴張シ竟ニ之ヲシテ茫漠捕捉スル所ナキニ至ラシメタリ(前節參照)吾曹ノ管見ニ據レハ歐米ノ學說法律ハ太ダ極端ニ走レルガ如シ蓋シ民籍ヲ以テ離婚管轄ノ標準トナス可シトナスノ理由ヲ問ヘハ曰ク一身上ノ身分ハ民籍地法ノ支配ス可キ所ナリ曰ク夫ノ意志ニ依リテ居處ヲ變シ民籍地法ノ效果ヲ避クルニ至ルヲ拒クガ爲メナリト吾曹ヲ以テ之ヲ見レハ此等ノ議論ヤ甚ダ善シ然レモ是レ唯民籍地法ヲシテ離婚問題ヲ決セシムル理由トナスニ足ラザルカ如シ何トナレバ民籍地法ヲシテ離婚問題ヲ決セシムル以上ハ右ノ理由ヲ満足セシムルガ爲メニ故ラニ唯一ノ法廷ニ限ル可キ必要アラザレバナリ是ノ故ニ吾曹ハ左ノ規則ヲ以テ最モ正當ニ最モ便利ナルモノナリトス曰ク離婚ノ問題ハ民籍地法ニ從フ可シ外國ノ法廷ト雖モ民籍地法ニ從テ猶ホ有効ニ離婚ヲ宣告スルヲ得可キナリト(訴訟篇參照)

離婚ニ關スル婚ノ獨立民籍

(七二) 民籍地法廷トハ夫タル者ノ民籍地ニ於ケル法廷ヲ云フ妻ハ婚姻ニ因リテ夫ノ民籍ヲ得ルモノナルガ故ニ夫婦ノ民籍ハ常ニ一ナリ是ノ故ニ民籍地法廷ヲ以テ離婚問題ヲ決ス可キモノナリトセバ暫時ノ旅行ニヨリテ離婚スルノ弊ヲ拒クヲ得ヘシト雖モ猶ホ幾多ノ弊害ヲ生ス可シ例セバ夫タル者其婦ヲ棄テ、外國ノ民籍ヲ得而シ若シ其外國法ニ於テ離婚ヲ許サ、ルキハ婦ハ夫ノ棄ル所トナリ救濟ノ道ヲ得ザル可ク若シ或ハ離婚ヲ許ストスルモ遠隔ノ地ニ在ルキハ離婚ヲ求ムルニツキテ非常ノ不便ヲ感スルナル可シ是ノ故ニ吾曹ハ之ニ對スル救濟ノ策ヲ講セザルベカラズ米國ノ法律ニ據レハ婦ハ離婚ノ爲メニ獨立ノ民籍ヲ得ルモノトセリ即チ右ニ擧ケタル如キ場合ニ於テハ婦ハ離婚ニ關シ夫ノ民籍ニ從フヲ須井ズ直ニ舊民籍ヲ以テ自己ノ民籍トシ離婚ノ訴訟ヲ提起スルヲ得可シ或ハ結婚民籍地ニ於テ夫妻ノ不和ヲ生スルキハ婦ハ自己ノ舊本籍ニ復歸シ茲ニ離婚ヲ請求シ得可シ(シヨ)對シヨ、マッサチセツ判決例九八卷一五八頁ドウチー對ド



ウチー紐育衡平法判決例二七卷三一五頁此ノ如クナルハ眞ニ婦人ノ利益ヲ保護スルヲ得可シト雖婦ヲシテ獨立ノ民籍ヲ有セシムルトイフニ至リテハ或ハ穩當ヲ缺クニアラザルカ吾曹ハ一切ノ事件ニ關スル民籍アルヲ知ル即チ完全ノ民籍アルヲ認ムト雖未ダ或一事ニミ關係セル支分的若クハ不完全ノ民籍アルヲ想像スルヲ能ハズセント、レオナード卿ハ會社ノ民籍ヲ論スルニ當リ收税ノ目的ニ關シハ時ニ會社ヲノニノ民籍ヲ有セシム可シトイヘリ然レモ此ノ如キ議論ハ不正ナリトノ排斥セラレタリ(フート會社ノ章吾曹ハ民籍ノ唯一ニ完全ナル可キヲ信ス然ラバ米國ノ法律モ亦セント、レオナード卿ノ議論ト全シク多少ノ疑ヲ生ス可キモノナリ英國ノ判決例ハ民籍地ヲ以テ嚴ニ離婚管轄ノ標準トナセリト雖モ諸判事ノ言フ所學者ノ論スル所ニ據レハ亦多少ノ例外ヲ認ムルニ傾ケリ即チル、シニール對ル、シニールニ於テ別居シ又ハ夫ノ遺棄スル所トナリタル婦ハ結婚民籍外ノ民籍ヲ得トナセリ(Le Sneur v. Le Sneur, L. R. 2p&D 41)フイリモールモ亦謂ヘ

ラクイェルヴァト<sup>ン</sup>對イェルヴァト<sup>ン</sup>ノ如キ場合ニ於テ(夫妻ヲ捨テテ外國ニ行キタル場合)ノ如ク夫ハ其妻ト德義上或ハ物体上全住スル能ハザルノ結果ヲ惹起スルキハ是レ自ラ離婚ハ夫ノ民籍地法廷ノ管轄タリトスルノ原則ヲ打破セシモノナリ是ノ故ニ妻ハ夫ニ對シテ離婚ヲ得ンガ爲メニ特別ノ民籍ヲ獲得スルヲ得可シ少クモ特殊ナル裁判上民籍ヲ有シ得可キナリト(フイリモール四卷三二六頁)此ノ如ク民籍ナル文字ハ學者屢之ヲ用井ルト雖吾曹ヲ以テ之ヲ見レハ是レ文字ノ濫用ナルナキカ裁判上民籍トイフガ如キハ是レ吾曹ノ普通ニ了解スル意義ニ於テノ民籍ニアラザルナリ唯此ノ如キ場合ニ於テハ公益上ノ理由ニ基キテ原則ノ例外トシ民籍外ノ裁判所ニ離婚ノ訴訟ヲ提起シ得可シトイフヲ以テ妥當ナリト信ス



## 第貳編 財産

### 第壹章 動産

- 〔七四〕動産ハ民籍地法ニ從フトノ説
- 〔七五〕動産ハ所在地法ニ從フトノ説
- 〔七五ノ二〕日本ノ規定ハ所在地法主義ヲ取ル
- 〔七六〕新舊二主義ノ弱點
- 〔七七〕動産管轄ニ關スル私見
- 〔七八〕動産讓渡
- 〔七九〕英國ノ定規
- 〔八〇〕佛國ノ學說
- 〔八一〕米國ノ定規
- 〔八二〕以上ノ法規學說ニ對スル私見
- 〔八三〕日本ノ規定
- 〔八四〕荷積證書ノ性質
- 〔八五〕債權ノ所在地ニ關スル學說
- 〔八六〕債權讓渡ニ於ケル告知
- 〔八七〕訴訟地法ノ公益ニ反ストノ禁止ヲタル讓渡ハ不成立ナリ



- 《八八》行為ノ能力ニ關スル諸國ノ法規
- 《八九》能力問題ハ讓渡ノ要件ナリ
- 《九〇》日本ノ規定
- 《九一》讓渡ノ方式ハ所在地方ニ從フヲ通則トス
- 《九二》方式ニ關スル私見
- 《九三》當事者ノ意思
- 《九四》日本ノ規定
- 《九五》時效ノ性質及ヒ管轄
- 《九六》日本ノ規定
- 《九七》時效ニ關スル諸國法制異同ノ結果
- 《九八》時效管轄ニ關セル諸學說
- 《九九》遺言管轄ニ關スル英國ノ規定
- 《一〇〇》遺言ニヨル權利移轉ハ法律ノ作用ニヨル權利移轉ナリ
- 《一〇一》日本ノ規定
- 《一〇二》遺言者ノ能力ハ最終民籍地法ニ從フ
- 《一〇三》遺言能力ハ死者ノ最終民籍地ニ於ケル死亡時ノ法律ニ從フ
- 《一〇四》日本ノ規定

《一〇五》承繼人

- 《一〇六》遺言ノ方式ニ關スル諸國ノ法制
- 《一〇七》方式ハ製作地法及民籍地法ノ一ヲ擇ムヲ得ルヲ以テ通則トス

《一〇八》日本ノ規定

- 《一〇九》遺言書ノ解釋ハ製作時ニ於ケル民籍地法ニ從フ
- 《一一〇》最終民籍地法ニ據リテ解釋スヘントノ說
- 《一一一》身分ノ問題ハ解釋問題ニアラス
- 《一一二》遺言者ノ意思
- 《一一三》信託
- 《一一四》相続ハ死者ノ最終民籍地法ニ從フ
- 《一一五》日本ノ規定
- 《一一六》破産ニ關スル諸家ノ學說
- 《一一七》英米ノ法律
- 《一一八》婚姻ノ效果
- 《一一九》沒收
- 《一二〇》動産上擔保ハ行為地法ニ從フ
- 《一二一》留置權



總論

(七四) 動産ノ管轄ニ關シテハ二個ノ學說アリ一ハ新學說ニシテ獨逸ノ學者之ヲ唱道シ近來靡然トシ此說ニ從フ者多シ一ハ舊學說ニシテ大陸及ヒ英國ノ學者ハ曾テ大ニ之ヲ唱ヘ今猶ホ其ノ氣焰ヲ失ハズ新學派ハ曰ク動産ハ所在地法ニ從フト舊學派ハ曰ク動産ハ所有主ノ民籍地法ニ從フト吾曹ハ先ツ舊學派ノ論スル所ヲ擧ケント欲スブーヒー  
 ル曰ク動産ハ定處ナシ所有主ノ意思如何ニ依リテ一處ヨリ他處ニ轉移スルコトヲ得可キガ故ニ法律上ノ擬制ニ因リテ動産ハ其所有主ニ從フ (Mobilia Personam Sequuntur) ト云フナリ(ブーヒー) 二五篇二節(ボチエー)モ亦動産ノ定處アラザルヲ説キ且ツ曰ク定處ヲ有セザル一切ノ物件ハ所有者ノ身体ニ隨從シ其身体ヲ支配ス可キ法律及ヒ慣習ニ依リテ支配セラル換言スレバ其民籍地法ノ管轄ニ從フナリト(ボチエー) クーチエー

動産ニ關スル二學說

ニ、動ハ民籍地法一從フトノ說

一ム、ドルレアン、一編二節物件論、三節メルラン曰ク動産ハ所在地ノ何レタルヲ問ハズ所有主ノ民籍地ノ法ニ從フ而シテ民籍ノ移轉ニ伴フテ之ヲ支配ス可キ法律モ亦變スト(メルラン)レメルト(アール)「財産論一節一二」蓋シ此等ノ學者ハ(動産ヲ以テ其所在地法ニ從フ可シトスト雖モ其定處ヲ有セザル故ニ擬制ノ力ニ依リ所有主ノ民籍地ヲ以テ其所在地ナリトナスナリ)然ルニスト(リー)ハ謂ヘラク動産ヲシテ所有主ノ民籍地法ノ管轄ニ從ハシムルノ原則ハ決メ其民籍地ヲ以テ動産ノ所在地トナスノ法律擬制ニ因ルニアラズ蓋其性質上所在地ヲ變シ易キガ故ニ人民一般ノ便益ヲ計ルガ爲メニ生シタル公益上ノ規則ナリト而シテ更ニ新學派ノ說ヲ攻撃ノ曰ク若シ物件所在地法ヲ以テ動産ヲ支配ス可シトセンカ一個人ノ財産ハ各國ニ散在ス可ク其性質上移轉シ易キガ故ニ今日自己ノ財産ハ何ノ處ニ存在スルヤヲ知り難ク且ツ各國ニ於ケル種々ノ法律規定ヲ知悉ス可カラザルヲ以テ動産所有者ハ自己生存中ニ於テ之ヲ處分シ死後ニ於テ之ヲ分配スルコト能ハザル



可シ物件ノ甲處ニ存在スルヲ信シテ遺言スルモ偶々乙處ニ存在スレハ熟慮ヲ費シタル遺言書モ一故紙ニ過キザル可シ贈與ヲナシ賣買ヲナスト雖モ當時ニ於ケル物件ノ所在ヲ誤ルキハ或ハ効力ナキニ至ル可シ是レ實ニ文明社會一般ニ於ケル大害ト謂ハザル可カラズ殊ニ海上ニアリテ商業ヲ以テ立國ノ基トシ之ニ頼リテ其歲入ヲ収メ其權力ヲ保チ其名譽ヲ博スルノ國ニ於テハ其蒙ル所ノ不利實ニ測ル可カラザルナリ是ノ故ニ余ノ信スル所ヲ以テスレバ此ノ動産ヲノ所有主ノ民籍地法ニ從ハシムルノ原則タルヤ(必ス公益上ノ思想ニ基キ其簡單ナルト便利ナルト公益上ニ適當ナルトニ由リテ各國ノ採用スル所トナリタルナル可シト)ストリーリー三八〇節氏ハ更ニ公言シ曰ク假令ヒ此原則ノ基礎ハ何ノ處ニ在リトスルモ今日ニ於テハ已ニ普通法<sup>ジュリスプレム</sup>ノ一部トナレリト英國ニ於テモ諸判事ハ異口同音ニ此說ヲ唱道セリラッポロ<sup>ボロ</sup>卿曰ク嘗ニ英國ノミナラズ世界萬國苟モ一科學トシテ法律ヲ研究スル以上ハ皆一般ニ動産ノ定處ナキヲ確認セリ動産ノ定處ナシト

二、動産ハ所在地  
法ニ從フトノ説

ハ決シテ動産ノ所在地ハ認識ス可カラズトイフニアラズ唯動産ハ其處分ニ關シ若クハ相續或ハ所有主ノ所爲ニ由ル其所有權移轉ニ關シ所有主ノ身体ヲ支配スル民籍地法ノ管轄ニ從フ可シトノイナリト(Sill v. Worswick, 1. H. B. Lach. 690. Hofnion v. Carow, 22 Wend. R. 285. 322)凡ハ此說ヲ主唱スル者甚多ク枚舉スルニ遑アラズ(ヘンリー<sup>ヘンリー</sup>外國法論一三乃至一五頁、ケント<sup>ケント</sup>「ロムメンタリー」ノ一卷四二八頁、バル<sup>バル</sup>「二部二〇編七四九乃至七五三頁、フート<sup>フート</sup>「動産章、ヒール<sup>ヒール</sup>「一卷三章一五節、ブー<sup>ブー</sup>「一卷三三九頁、ボチ<sup>ボチ</sup>「一節」物件論三節、Thomson v. Advocate-General, 12 Clark & Finn. 1. Coekereil v. Dickens, 3 Moore, Priv. Conn. R. 98. 131. 132. Potler v. Brown. 5 East, R. 130. Goodwin v. Jones, 3 Mass. R. 154)

(七五)此ノ如ク英佛諸學者ノ大半ハ一致ノ毫末ノ疑ヲ存セザルガ如キニ拘ラズ獨逸ノ大家タルヴエヒテル、サヴィニー、パールノ諸輩ハ頗ル精微ノ議論ヲ以テ此大原則ヲ攻撃セリ、サヴィニー<sup>サヴィニー</sup>謂ヘラク不動産ノ所在地法ニ從フハ未タ曾テ之ヲ爭フ者アラズ、動産ヲ以テ不動産ト區別



ス可キ理由ハ毫モ之レナキガ如シ且ツ夫レ動産ヲ以テ民籍地法ニ從  
 フ可シトセバ非常ノ困難ヲ生ス可シ今甲民籍地ノ人一物ヲ乙民籍地  
 ノ人ニ讓渡シ其讓渡ノ有効無効ニ關シテ生シタルハ何レノ民籍  
 地法ニ依リテ之ヲ決スルヤ一ノ動産ニ關シテ所有權アリトスル者數人  
 アルコトアラシムル場合ニ於テ此等ノ人皆民籍ヲ異ニセバ法廷ハ將タ  
 孰レヲ取ラントスルヤ或ハ斯ル場合ニ於テハ占有者ノ民籍ニ依ルト  
 センカ數人ノ占有者アルハ如何或ハ數人ノ占有ヲ主張スル者アル  
 キハ如何未タ何人ノ所有主タルヤ決定メザル以上ハ其動産ヲ支配ス  
 可キ所有主ノ民籍地法ヲ定ムルコト能ハザルニアラズヤ所有主ノ民籍  
 地法定マラザル以上ハ何人ノ所有主タルヲ判決スルコト能ハザルニア  
 ラズヤト(サヴィニール八篇三六六節ウエヒテル、一卷二九二乃至二九八然レ  
 正サヴィニールハ動産ヲノ所在地法ニ從ハシムルノ原則ヲ適用スル能ハ  
 ザル場合ヲ想像ノ曰ク今一旅客共行李ヲ齎ラシ一日ニシテ數國ヲ經  
 過スルコトアラバ其行李ヲ一々所在地ノ法律ニ從ハシムルヲ得ズト

而シテ氏ハ更ニ之ヲ解シテ曰ク此時ニ於テハ所有主ノ民籍地法ヲ適  
 用セザル能ハズ倏忽ニ所在ノ國ヲ異ニスル如キ場合ニ於テハ所在  
 地法ヲ適用スルハ到底ナシ得可カラザルヲ以テ己ム得ズ其靜止ス可  
 キ土地ヲ以テ其所在地ナリト見做シ其法律ヲ之ヲ支配セシム可シ  
 而シテ民籍地ハ其人最後ノ住處ナルヲ以テ其人ノ所有タル行李モ亦其  
 處ニ安着靜止ス可キ推定アリト(空前然ラハ吾曹ハ一例ヲ設ケテ氏ニ  
 問ハン今甲民籍ノ人乙民籍ノ人ト伴ヒテ乙丙諸國ヲ旅行セリト假定  
 シ乙國ヲ經過スル際ニ於テ行李ヲ乙民籍ノ人ニ讓渡セリトセンカ其  
 讓渡ノ有効無効ニ關シテ生シタルハ如何讓渡ニ有効ナラン  
 カ甲民籍ノ人ハ己レ所有權ヲ失ヒタルガ故ニ其行李ハ決シテ甲民籍ノ  
 地ニ靜止ス可キ所以ナカル可シ然ラバ甲民籍ノ法ヲ以テ之ヲ支配ス  
 ルコト能ハズ却テ乙民籍ノ法ニ依ラザル可カラズ而シテ其讓渡ニ無  
 効ナランカ甲民籍法ハ固ヨリ管轄ヲ有スルナリ然レモ法律管轄ノ定  
 マラザル以上ハ亦讓渡ノ有効無効ヲ決スルコトヲ得ズ此場合ニ於テ氏



ハ之ヲ如何セントスルヤ氏ハ寧ロ戦ヲ倒ニノ敵ヲ迎ヘタルニアラザルカ吾曹ヲノサヴニータラシメバ此ノ如キ場合ニ於テモ猶ホ所在地法ノ管轄ヲ認ム可シ然ラザレハ論理ヲ貫ク能ハザルナリ氏ハ此場合ヲ以テ例外トナシ民籍地法ノ管轄ヲ認メタリト雖モ氏ハ更ニ辯護ノ曰ク此ノ如キハ實ニ極端ノ場合ナリ民籍地法ヲ以テ動産ヲ支配ストセバ亦全シク極端ノ場合アルヲ見ル可シ例セハ家屋ノ附屬品ノ如キ其性質上動産タリト雖モ長ク不動産ニ附屬ノ決シテ分離セザルモノアリ然ルニ主人ノ民籍ヲ變スル毎ニ其物品ヲ支配スル法律モ亦從テ變ストセハ是レ豈ニ奇モ亦甚キニアラズヤ故ニ舊學派ノ學者ト雖モ此ノ如キ不動産ニ附着ノ離レザル物件ニ關シテハ亦例外トノ所在地法ヲ用非ル可シトス是レ即チ極端ノ例ナリト(全前)然レモ少クモ佛法系諸國ニ於テハ此等ヲ目シテ不動産ノ一部トナシ國際上特ニ之ヲ例外トセザルナリ(財九佛民五一九以下)要スルニ氏ノ舊派學者ヲ攻撃スルヤ思想緻密殆ント反對論者ノ膽ヲ奪フニ足ルホワートンモ亦大ニ所

其ノ理由及ヒ之ニ對スル批評

在地法説ヲ主張シ其著三百五節以下ニ於テ六個ノ理由ヲ列擧セリ(第一古代ノ社會ニ於テ經濟上ノ進歩未タ著シカラザルヨリシテ財源多カラズ唯土地ヲ以テ最も重要ナル國家ノ富トセリ夫ノ動産ノ如キハ金銀寶玉等其人ニ附隨シテ四方ニ齎ラスヲ得ルモノニ過ギザリキ是ノ故ニ中世ノ學者ハ動産ハ人ニ從フトノ格言ヲ設ケ動産ヲ以テ民籍地法ノ管轄ニ屬ス可シトセリ然レモ今ヤ世態一變シ經濟ノ進歩ニ伴ヒテ動産物増殖ヲ來シ鐵道其他ノ株券等ノ如キモノ一國ノ貧富強弱ニ關係ス可キ重要ノ地位ヲ得ルニ至レリ是ニ於テカ曩ニ動産ヲ輕蔑シ獨リ不動産ヲ尊重シ外國法ヲ自國內ノ不動産ニ關セシムルト最上主權ヲ損傷スルモノナリトセルモノ今ヤ却テ之ヲ動産上ニ移シ來ラザルヲ得ザルニ至レリト吾曹謂ヘタク不動産ノ古代ニ於テ貴重ノ財産タリシハ疑ヲ容レザル所ナリト雖モ彼ノ最上主權説ノ生シタルハ獨リ貴重ノ財産タリシカ故ニアラズノ國家思想ノ屬地的タリシ沿革上ノ結果ニアラザルカ果ノ然ラバ直ニ之ヲ以テ動産ノ上ニ移シ來



ルヲ得ズト信ス且ツ又一國所在ノ動産ヲ其國法ノ支配ヲ受ケシムルハ其利益ナル可シト雖モ一國民ノ有スル財産ヲシテ其國法ニ依ラシムル一方ヨリ之ヲ見レバ是亦利益ニアラザルカ(第二外人國內ノ動産ヲ取得スル)是レ暗ニ其國法ニ服從スルナリト是レサザニノ不動産管轄ニ關シテ提出シタル理由ニメバールノ大ニ非難セシ所ナリ今此議論ヲ解剖スレバ左ノ如クナル可シ何故ニ所在地法ニ從フヤ曰ク國內ニ於テ動産ヲ取得シタレバナリト如何ニシテ國內ニ於テ動産所有權ヲ得タリシヤ曰ク所在地法ニ從ヒタレバナリト然ラバ所有權ヲ得タルガ爲メニ所在國法ニ從ヒ所在地法ニ從ヒタルガ爲メニ所有權ヲ得タルナリ是レ所謂循環論理ニアラズヤ(第三動産ニ關スル時効ノ規定ノ如キ訴訟期限ノ如キ一タビ物件所在地法ニ依リテ滿了スルキハ假令ヒ之ヲ他處ニ移スル更ニ之ヲ動カス能ハズト而シテ氏ハテンナッシュノ判決例ヲ引用ノ之ヲ證セリ然レモ時効若クハ出訴期限ニ關シテ大ニ議論アル所ニシテ之ヲ確定セリトスルハ大早計ニ失スルナキ

カ(第四)民籍地法ヲノ動産ヲ支配セシムルハ循環論理タルヲ免レズ何トナレバ民籍地法ニ依リテ所有主ノ誰タルヲ決ス可シト雖所有主ノ誰タルヲ決セザレバ民籍地法ノ何レタルヲ定メ得ザレバナリ例セバ一物件ノ所有權ニ關シテ甲民籍人乙民籍人ノ間ニ訴訟ノ起レルニ際シ法廷ハ甲民籍ノ法律ニ依リ甲民籍人ヲ以テ眞誠ノ所有主ナリト判決シタリトセシカ何故ニ甲民籍人ノ所有權ヲ認メタルヤハ甲民籍地法ニ照シタルニ由リ何故ニ甲ノ民籍地法ヲ用非タルヤハ甲籍人民ノ正當所有主タルニ由ルト謂ハザル可カラズ是レ即チ循環論理ナリト是レ夫ノウエヒテルサザニ諸家ノ唱フル所ニシテ甚タ有力ナリト雖モ吾曹ノ竊カニ思フ所ヲ以テスレバ是レ唯民籍地法ヲ攻撃スルニ於テ有力ナルノミ所在國法ヲ保護スルニ於テハ毫モ有力ナルヲ見ザルナリ何トナレバ斯ル場合ニ於テ民籍地法ト衝突スルモノ獨リ所在地法ノミニアラザレバナリ(後節參照)第五民籍地法ヲ用非ルキハ物件ノ價格ヲ墜落スルノ恐アリ例セハ一ノ株券アリ之ヲ有スル者英人ナ



ルルハ英法ニ從ヒ佛人ナルハ佛法ニ從フ可シトセバ取引上非常ノ困難ヲ感シ需用者ノ數ヲ減ス可シ故ニ必ズ物件價格ノ低落ヲ防カントセバ所在地法ニ依ラザル可カラズト吾曹ハ亦第四ト全様ノ批評ヲ加ヘント欲ス(後節參照)第六英國法ニ據レバ動產ト不動產トヲ問ハズ物上訴訟ヲ用キルニアラザレバ絶体ノ所有權ヲ得ルヲ能ハズ而シテ物上訴訟ニ關シハ物件所在地ノ法廷ヲ以テ專屬裁判所トナスト然レテ民籍地法說ヲ以テ正當ナリトセバ專屬裁判所ハ其法ヲ適用ス可キガ故ニ此議論ハ甚々有力ナリト謂フ可カラズ(訴訟篇參照)

日本ノ規定ハ所在  
地法主義ヲ取ル

(七五ノ二) 法例ハ其第四條ニ於テ新學派ノ所說ヲ取り明言ノ曰ク動產不動產ハ其所在地ノ法律ニ從フト然ラバ我國ノ法律ハ是ニ由リテ一定セルガ如シ然レバ此條文ノ如キハ意義甚ダ漠然タルノ感ナキ能ハズ若シ動產不動產ニ關スル一切ノ權利行為ヲ以テ所在地法ニ從フ可シトスルノ意ナリトセンカ法例第五條ト對比シ忽チ疑ヲ生スベシ第五條ニ曰ク外國ニ於テナシタル合意ニツキテハ當事者ノ明示又ハ

默示ノ意思ニ從ヒテ何レノ國ノ法律ヲ適用スベキヤヲ定ムト動產ニ關スル權利行為例セハ賣買ノ如キ讓與ノ如キ皆是レ合意ニアラズヤ是ノ故ニ第五條ヲシテ第四條ト相牴觸セザラシメントセバ第五條ニ所謂合意トハ動產不動產ニ關セザル合意ヲノミ指セルモノナリト解釋セザルヲ得ザルベシ此ノ如ク我法例ニシテ已ニ新學說ノ主義ヲ採用スル以上ハ我法律ハ已ニ確定セルモノト謂ハザルベカラズ然レバ其得失如何ヲ論評スルハ法理ヲ研究スルノ徒ニ在リテ蓋シ無用ニアラザルヘシ

新舊ニ主義ノ別無

(七六) 吾曹ハ前二節ニ於テ民籍法說及所在地法說ノ兩者ヲ略叙セリ之ヲ要スルニ民籍地法說ハ假令ヒサウニ一派ノ攻撃アルモ猶ホ一般學者ノ承認スル所タルハストーリーガ之ヲ以テ已ニ普通法ノ一部ヲ組成セリト斷言シタルヲ以テ之ヲ徵スヘシ然リト雖モ此民籍地法說タルヤ彼ノ循環論理ノ攻撃ニ對シ之ヲ辨護スルノ辭ナキガ如ク是ヲ以テ此說ノ頗ル妥カラザルモノアルヲ知ル可キナリ所在地法說ヲ



主唱セルサヴィニールノ諸家ハ實ニ絶代ノ大家ニシテ其論スル所極  
 微精細ニシテ民籍地法説ヲ攻撃シテ餘蘊ナキニ似タリト雖亦弱點ナ  
 キニアラズストーリー此説ヲ駁メ曰ク若シ此ノ説ノ如クンバ財産ヲ  
 諸國ニ有スル者ハ其現時ノ所在ヲ確ムルヲ難キガ爲メニ到底之ヲ處  
 分スル能ハザルベシト此攻撃タルヤ亦甚タ有力ニシテ所在地法説ノ學  
 者ハ未タ善ク之ニ向テ答ヘタルモノアラザルナリ吾曹ハ一ノ假例ヲ  
 設ケ更ニ一步ヲ進メテ此説ノ到底行ハル、ト能ハザル場合アルヲ證  
 セン羅馬法ニ於テハ賣買ハ物件引渡ニ由リテ始メテ所有權ヲ移ス故  
 ニ引渡ヲ爲サザル間ハ一個ノ契約ナルノミ(ガイウス「インスチテュート」  
 二二三)而シテ英佛ノ法律ニ據レバ所有權ハ合意ニ由リテ直ニ移ル  
 買買ハ一ノ物權移轉ノ方法ニシテ決シテ純然タル契約ニアラザルナリ  
 普國ハ羅馬法系國ナリ佛人甲其佛國ニ存在セル一動產ヲ普國ニ於テ  
 普人乙ニ賣レリトセハ普國法律ハ之ヲ以テ一ノ契約ト見做ス故ニ結  
 約地法トシテ之ヲ支配スベシ然ルニ佛國法律ハ之ヲ以テ一ノ物件讓

渡ト見做スガ故ニ物件所在地法トシテ之ヲ支配スベシ甲者直ニ其物件  
 ヲ普國ニ賣シ普人丙ニ賣リ之ヲ引渡セリトセバ佛國法廷ハ何人ヲ以  
 テ眞ノ所有主ナリトスルヤ必スヤ曰ハン第一賣買ハ所有權移轉ナリ  
 故ニ佛法ニ依リ乙者ノ所有權ヲ得タルヲ認ム故ニ第二賣買ハ無効ナ  
 リト然レトモ普國法廷ハ必ス曰ハン第一賣買ハ契約ナリ故ニ結約地  
 法トシテ普國法律ノ支配ヲ受クベシ然ラハ第二賣買ハ有効ナリト此ノ  
 如キ混雜ハ何ヲ以テ之ヲ調和セントスルヤ是ニ至リテ吾曹ハ亦一ノ  
 循環論理ヲ發見スベシ佛國法廷ハ何故ニ賣買ヲ以テ動產讓渡ナリト  
 見做スヤ佛國法律ノ規定ヲ適用シタルヲ以テニアラズヤ何カ故ニ佛  
 國法律ヲ適用スルヤ賣買ヲ以テ動產讓渡ナリト見做シタルガ故ニア  
 ラズヤ是レ彼ノ民籍地法説ヲ非難シテ以テ循環論理ナリトナス者亦  
 自ラ其弊ニ陷レルナリ要スルニ兩派ノ學者ハ連リニ相辨難シ幽微精  
 緻ノ說抄カラズト雖概テ敵ヲ攻ルニ巧ミニシテ自ラ守ルニ拙ク共ニ五  
 里霧中ニ彷徨セルガ如シ共レ已ニ兩者ヲ以テ共ニ妥當ナラズトセハ



將タ何ヲ以テカ正當ニシテ確實ナリトスルヤ

(七七) 吾曹曾テ國際私法ヲ學ヒ財產ノ編ニ至リ動産ハ人ニ從フトノ原則アルヲ見ルニ及ンデ甚タ之ヲ疑ヒ謂ヘラク古代ノ社會ニ於テ文明ノ未タ進歩セザルニ當リテハ所謂動産ナルモノ衣服弓矢ニアラザレバ則チ金銀珠玉常ニ人ニ從テ携帶セラル、モノタルニ過ギス是ノ故ニ動産ノ人ニ從フト云フ寔ニ故ナキニアラズ而シテ今ヤ世態大ニ變シ獨リ此ノ如キ一身ニ附隨スルモノノミニアラザルニ至レリ是時ニ當リ猶ホ此ノ法律上ノ擬制ヲ存シ國際法上ノ原則トナスガ如キハ寧ロ刻舟ノ譏アルナキヲ得ンヤトサヴィニ一ホワートン諸氏ノ書ヲ讀ムニ及ビ蓋吾曹ノ誤ラザルヲ知リ翻テ此等諸氏ノ論スル所ヲ見ルニ大ニ安カラザルモノアルガ如シ是ニ於テカ益疑フ而シテ世ノ學者民籍地法說ヲ取ラザレバ即チ所在地法說ヲ取ル吾曹ノ疑終ニ結ヒテ解クルコト能ハザルナリ蓋シ動産ハ民籍地ニ從フトイヒ或ハ所在地法ニ從フトイフモ是レ甚タ空漠ニノ捕捉スル所ナキガ如シ確實ニ之ヲ

言ヘハ動産ハ其讓渡ニ關シ其貸借ニ關シ其相續ニ關シ其他一切ノ權利行為ニ關シ民籍地法若クハ所在地法ニ從フトスルナリ願フニ動産上ノ問題ハ動産ニ關スル權利行為ノ問題ナリ權利行為アラザル以上ハ曾テ動産ニ關シ爭議ノ生ズベキ緣由アラザルナリ今一人アリ一物件ヲ占有セリ他人來リテ自ラ所有權アリト主張セバ一ノ爭論ヲ生スベシ是ニ於テ兩造ハ或ハ之ヲ買ヘリトイヒ或ハ之ヲ承繼セリトイハシテ而シテ其爭點タルヤ到底權利行為ニ歸着セザル能ハザルナリ何トナレハ法律ノ問フ所ハ權利ノ有無如何ニアリ權利ノ由テ生スル所ハ一ニ行為ニ在レバナリ是ノ故ニ吾曹ハ左ノ規則ヲ以テ甚タ正當ニシ便益ナリト信ス曰ク動産ニ關スル一切ノ權利行為ハ行為地ノ法律ニ從フト是レ即チ場所ハ行為ヲ支配ストノ大原則ノ適用ナリ或ハ曰バン權利ノ生スルハ必ズシモ當事者ノ權利行為ニ限ルニアラズ法律ノ作用ニ由リテ成ル者ノ如キハ何ノ地ヲ以テ行為地ナリトスルヤ正當ニ之ヲ論定シ難キニ非ズヤト蓋シ法律ノ作用ナル言語ハ甚ダ廣キニ失



セリ何トナレハ讓渡ニ由リテ所有權ノ移轉スルハ皆是レ法律ノ作用ニ由ルトイフベケレバナリ若シ法律ノ作用ナカリセハ吾曹ハ如何シテ一ノ有効ナル行為ヲナシ得ンヤ然レモ普通ニ謂フ所ノ法律作用ニ因ル所有權移轉ナルモノハ決シテ此ノ如キ廣濶ノ範圍ヲ有スルモノニアラズ即チ所有權移轉ヲ以テ直接ノ目的トセル行為アル場合ノ外或事實ノ發生若クハ他ノ目的ヲ有セル行為アルトキニ於テ法律ガ所有權移轉ノ効果アリト認ムルコトアリ此ノ如キ場合ヲ以テ法律ノ作用ニ因ル所有權ノ移轉トイフナリ是ノ故ニ吾曹ハ循環論理ヲ用ルニアラザル以上ハ法律ノ行為地ナルモノヲ定ムル能ハズ唯斯ル場合ニ於テハ其法律ノ作用ヲ受クベキ事實若クハ行為ノ發生地ヲ以テ管轄法律ヲ定メント欲スルナリ例セハ國ニヨリ或ハ時効ヲ以テ所有權取得ノ方法ト見做スモノアリ或ハ見做サマルモノアリ斯ル場合ニ於テハ最後占有地ノ法律ニ從フ又婚姻ノ財産上効果ノ如キ婚姻民籍地ノ法律ニ從フ何トナレハ財産ノ或ハ歸一シ或ハ共通スルハ是レ婚姻有効

ノ結果ナレハナリ而シテ婚姻ノ有効ハ民籍地法ニ遵ヘハナリ婚姻効果ノ節參着然レモ吾曹ハ徹頭徹尾此主義ヲ貫キ一切ニ動産上ノ問題ヲ決スヘシト云フニアラズ唯少ナクモ生前ノ讓渡ニ關シテハ此主義ヲ貫クヲ以テ最モ可ナリト信ス

唯此ノ如ク場所ハ行為ヲ支配ストノ原則ヲ適用セハ更ニ動産ノ民籍地法ニ從フヘキカ或ハ所在地法ニ從フヘキカヲ論スルノ必要アラザルナリ若シ吾曹ノ言フ所ヲ以テ原則トセハ彼ノ兩派論者ノ互ニ死力ヲ盡シテ辯難セル幾多ノ弱點ハ全ク其跡ヲ一掃シ去ルニ至ルベシ民籍ヲ同ウセザル二人間ノ買賣讓與ニ關シテ其管轄ヲ定ムルハ民籍地法論者ノ難シトスル所ナリ吾曹ハ毫モ其困難ヲ見ザルナリ動産ノ移轉常ナキガ故ニ外國ニ存在セル物件ヲ處分スルノ難キヲ所在地法論者ノ弱點ナリ吾曹ハ毫モ此ノ弱點ヲ有セサルナリ其他前節ニ掲ケタル普佛人間取引ノ假例ノ如キモ吾曹ハ之ヲ判斷スルニ一毫ノ狐疑ヲ要セザルナリ此ノ如クスル片ハ彼ノ場所ハ行為ヲ支配ス(Locus regit act-

動産ノ移轉ニ關シテハ  
 所在地法ニ從フヘキカ  
 或ハ民籍地法ニ從フ  
 ヘキカヲ論スルノ必要  
 アラザルナリ  
 若シ吾曹ノ言フ所ヲ  
 以テ原則トセハ  
 彼ノ兩派論者ノ互ニ  
 死力ヲ盡シテ辯難  
 セル幾多ノ弱點ハ  
 全ク其跡ヲ一掃シ  
 去ルニ至ルベシ  
 民籍ヲ同ウセザル  
 二人間ノ買賣讓與  
 ニ關シテ其管轄ヲ  
 定ムルハ民籍地法  
 論者ノ難シトスル  
 所ナリ吾曹ハ毫モ  
 其困難ヲ見ザルナ  
 リ動産ノ移轉常ナ  
 キガ故ニ外國ニ存  
 在セル物件ヲ處分  
 スルノ難キヲ所在  
 地法論者ノ弱點ナ  
 リ吾曹ハ毫モ此ノ  
 弱點ヲ有セサルナ  
 リ其他前節ニ掲ケ  
 タル普佛人間取引  
 ノ假例ノ如キモ吾  
 曹ハ之ヲ判斷スル  
 ニ一毫ノ狐疑ヲ要  
 セザルナリ此ノ如  
 クスル片ハ彼ノ場  
 所ハ行為ヲ支配ス



三(ト)ノ大原則ヲ益活動セシムルノミナラズ實際ノ適用ニ於テ幾多ノ困難ヲ除却スルノミナラズ法理上亦此ノ如クナラサルベカラザルモノアリ蓋シ法律ハ權利義務ヲ定ムルモノナリ爰ニ一物件アリ或法律ノ支配ヲ受クトイハバ是レ其物ニ關スル權利ノ或法律ニヨリテ保護セラル、ヲ云フナリ而シテ其權利ナルモノハ多クハ當事者ノ行爲ニ由リテ得喪移轉ス然ラハ物件ニ關スル問題ヲ以テ其所在地ノ法律ニ從フベシトスル、大ニ俗人ノ見解ニ近シ且ツ又吾曹ノ或行爲ヲナスニ當リテヤ必ス其國法ヲ見ル是レ獨リ一般ノ事實ナルノミナラス亦最モ便利ナリトス英佛ノ人獨逸ニ存在セル物件ヲ日本ニ於テ賣買セントセハ先ツ彼等ノ眼中ニ映帶スルモノハ果シテ何ノ法ナルヘキヤ民籍地法ニ從ハンカ當事者双方之ヲ異ニセリ所在地法ニ從ハンカ偶々物件ノ其處ニ存在セルノミ毫モ彼等ト關係アラザルナリ亦之ヲ知悉スル、難キナリ唯日本ノ法ニ至リテハ彼等ノ眼前ニ見ル所ナリ之ヲ知悉スル、亦難キニアラズ然ラバ此時ニ當リ日本ノ法律ニ準據スル

「最モ普通ニシ且ツ最モ便利ナルニアラズヤ是ノ故ニ動産ノ讓渡行爲ノ管轄問題ハ行爲地法ニ從フベシ夫ノ漠然概括ノ動産ハ所在地法ニ從フトイヒ或ハ民籍地法ニ從フトイフガ如キハ吾曹ノ大ニ疑ヲ容ル、所ナリ

第一款 生前ニ於ケル所有權移轉

動産讓渡

(七八) 動産讓渡ハ何ノ地ノ法律ニ依リテ支配セラル、ヤハ最重要ノ問題ナリトス吾曹ガ總論ニ於テ論シタル所ノモノハ概テ皆讓渡ニ關スルモノナリシヲ見ルベシ是ノ故ニ此問題ニ關シテ亦二種ノ學說アルヲ見ル是レ既ニ述ベタル所ナルガ故ニ吾曹ハ務メテ重複ヲ避ケ是ニ關スル二三國法ノ如何ヲ述ベ更ニ我法律規定ヲ論セントス

英國ノ法規

(七九) 英國ノ法律ハ其初メ所謂民籍地法說ヲ遵奉シ此主義ニ基ケル判決例甚ダ多シシテ對ウラルスウヰツクニ於テラツフボロー卿ハ之ヲ明言シ(前出)「パートウツスル對ヴァーデル」ノ判決モ亦此主義ヲ取レ



リ (2 Cl. & Fin 571) 然レモアトシテ對シルン (6 Binn. R. 361.) ニ於テ大法官ナルマン曰ク動産讓渡ヲ以テ民籍地法ニ從フベシトナス原則ハ一般ニ之ヲ言ヘバ正當ナリト雖モ亦多少ノ例外ナキニアラズ抑モ動産ハ人ニ從フトイフト雖モ一方ヨリ之ヲ見レバ動産モ亦定處アリ即チ有体物ニ在テハ其現實ニ存在セル處無体物タル債權ニ在テハ債務者ノ居住セル處是レ其定處ナリトイフヲ得ベシ寛容ナル國民ハ民籍地法說ヲ墨守セズ場合ニ應テ適當ナル規則ヲ採用シ以テ動産ヲ管轄セシメタリ蓋シ國家ハ其國內ニ於ケル物件讓渡ニ關シテ其司法權ヲ及ボスベキ權利アリ云々ト蓋シ判事ノ言ニ據レバ其所謂例外ナルモノハ甚ダ廣濶ニ割然タル範圍ヲ定メ得ザルガ如シマンズフ非ールド卿ハロビンソン對ブランドニ於テエルスキンハ其教科書ニ於テバルジハ其殖民地及ヒ外國法論ニ於テ國立私立銀行ノ株券溝渠橋梁ノ株券保險會社及ヒ商事會社ノ株券等ヲ以テ民籍地法主義ノ例外トシテ其所在地法ニ從フベキモノナリトセリ(バルジ二部二篇七五〇乃至七

五二頁) エルスキン三卷九篇四節 Robinson v. Bland, 2 Burr. R. 1079) 此等ノ學說判決ニ據レバ民籍地法主義ヲ以テ一般ノ原則トナシ唯例外ノ場合アルヲ認メタルモノナリ而シテ近世ニ至リテハ學說判決例共ニ反對ノ方向ニ傾キフイリモールハ其國際法四卷ニ於テ近世實際ノ適用ニ於テハ大ニサヴィニーノ說ニ傾ケリトイヘリウエストレイキモ亦謂ヘラク動産ハ民籍地法ニ從フトノ原則ハ唯理論上ニ止メ其實際ニ於テハ所在地法ヲ用フベキナリト而シテ近來ノ判決例タルカムメル對シエーウエルニ於テ英國ノ民籍ヲ有スル者瑞典ニ於テナシタル賣買ノ有効無効ニ關シ判事クロムプトンハ假令ヒ其賣買ノ英國法ニ照シテ無効ナルモ瑞典ノ法律ニ依リテ有効トスベシトシ且ツ曰ク物件ヲシテ所在地法ニ從ハシムトスレバ蓋シ結果ノ穩當ヲ缺クモノ甚カクザルナラン例セハ我英國法ニ定メタル市場賣買ニ於テ盜品ノ所有權ヲ得賃借人ノ借賃ヲ拂ハザルヨリ不動産上ノ物件ヲ差押フルカ如キハ外人ニ在テハ大ニ其苛酷ヲ感スルナルベシ然レモ吾人ハ其苛



酷ナルガ故ニ特ニ外人ヲ保護スベキ理由アルヲ知ラズ云々ト(Cammel v. Sewell, 5 H. & N. 728) 千八百七十年英國上院ニ於テ動産並ニ不動産ニ關スル物件所在地ノ管轄ハ絶對的ナリト公言セリ(Castrique v. Imrie, L. R. 4 H. L. 414) 是ノ故ニウエストレイキハ此等判決例ヲ擧ケテ近世ニ於ケル英國法ハ所在地法主義ニ傾ケリト謂ヘリ(ウエストレイキ、一三九節)凡ソカムソル對シユールカストリーク對イムリ一等諸判決例ニ據リテ之ヲ見レハウエストレイキフット諸家ノ論スルガ如ク英國法ハ全ク其主義ヲ變シタリトハ斷言スベカラザルモ猶ホ動産讓渡ニ關シハ新學說ヲ取レルコト明瞭ナルガ如シ然レモ吾曹ハ常ニ斯ル動産讓渡ノ場合ニ於テハ三種ノ法律ノ牴觸アルコトヲ注意セザルベカラズ曰ク民籍地法曰ク物件所在地法曰ク賣買行為地法是レナリ判事クロムプトンノ言ハ明ニ民籍地法ト所在地法トノ衝突ニ於テ後者ノ擇ムベキヲ示セリト雖行為地法ニ關シハ片言ノ之ニ及ビタルヲ見ズ蓋シ賣買行為地ト物件所在地トハ同一ナルヲ以テ通常トナスガ故ニ

英國法廷ニ於テ未ダ曾テ兩者其孰レヲ取ルヘキヤノ問題ヲ決スルノ機會アラザルハ甚ダ遺憾トスル所ナリ判事ハ曰ク市場賣買又ハ借賃延滞ニ因ル物件差押ニ關シハ特ニ外人ヲ保護スベキ理由ナシト然レモ市場賣買ハ必ス其物件ヲ提出シ其地ニ於テ之ヲ賣買スルモノナリ物件差押ノ如キモ物件ノ所在地ニ就クニアラザレバ之ヲナスコト能ハザルカ故ニ此等ノ場合ニ於テ所在地ト行為地トハ常ニ相一致セリ是ノ故ニ判事ノ論ハ以テ所在地法說ヲ保護スベキト同シク亦以テ行為地法說ヲ保護スベキナリフーバー對ガムニ於テ判事ターナーハ曰ク余ノ思考スル所ヲ以テスレハ我英國法ニ依リテ此事件ヲ決スベキモノナリ何トナレハ船舶ノ賣買ハ我國ニ於テ之ヲナシ之ヲ成就シタレハナリ云々ト是ヲ以テ之ヲ觀レバカムメル對シユールノ判決ハ何ヲ以テ根據トスルヤ甚ダ知了シ難カルヘシ然レモ兩種ノ地ハ必ズシモ常ニ符合スルモノニアラズ殊ニ賣買貿易ノ益隆昌ナルニ從ヒテ甲地ノ人乙地所在ノ物件ヲ丙地ニ於テ賣買スルガ如キ場合アルヘシ



佛伊ノ學說

斯ル場合ニ於テ英國法廷ハ果シテ孰レノ法ヲ取ラントスルヤ吾曹ノ信ズル所ヲ以テスレバ是レ猶ホ未決ノ問題ニ屬ス

(八〇) 吾曹ハ佛國法律ノ如何ヲ詳ニセズ唯學者ノ論スル所ハ區々ニ一定セザルガ如シボチエー諸氏ノ舊主義ヲ採用セルコトハ既ニ之ヲ略述セリ而シテフリックスノ如キハ民籍地法主義ヲ絶對的ニ適用セントスルモノニアラズ其間ニ區別ヲ設ケタリ(ホワートン三四節)伊太利ノ學者フイオール曰ク甲地ノ商人乙地ニ於テ商品ヲ賣リ其組合人ノ一人賣買ノ通知ヲ得ザル前ニ更ニ之ヲ乙地ニ於テ他人ニ賣リ引渡ヲナセリ且ツ民籍地タル甲國ノ法律ハ引渡ヲ要セズシテ所有權ヲ移轉シ物件所在地タル乙國ノ法律ハ之ヲ要スト假定セヨ若シ民籍地法説ヲ以テ正當ナリトセバ第一ノ賣買ハ有効ナラザルヘカラズ然レモ動産ハ所在地法ニ從フヘキモノナルカ故ニ乙國ノ法ニ依リテ引渡ヲ經ザル第一ノ賣買ハ無効ナリト(全前註五)吾曹ハ此等學說ノ外佛伊法廷ノ明ニ採用セル主義如何ヲ知ルヲ得ザルハ甚タ遺憾トスル所ナリ但シ

米國ノ法律

フイオールノ假例ト雖亦賣買地ト物件所在地トヲ符合セシメタルガ故ニ明ニ所在地法ノ賣買地法ニ優ルヘキヲ論シタリト謂フヘカラズ

(八一) 米國諸判決ヲ見ルニ亦民籍地法主義ヲ取ルモノ多シ然レモ是レ名義上ニ止リ實際問題ニ當リテハ常ニ此原則ニ從ハズ紐育控訴院ニ於テ判事ボツター判決ヲ下シテ曰ク有効ナル約因ニ由レル動産讓渡ハ其物件ノ何ノ地ニ存在スルヲ問ハズ民籍地法ニ照シテ有効ナレバ各國ニ於テ之レヲ認ム可キハ我紐育州ノ定則ナリト然レモ米國大審院若クハ紐育裁判所ニ於テ所在地法主義ヲ採用シタル判決モ亦少カラズ判事ボツタート雖モ亦タ民籍地法説ノ制限アルヲ認メタリ(Van Buskirk v. Warren, 2 Keyes (N. Y.) 119. Eloyt v. Thompson, 6 N. Y. 352) 而シテ所在地法派ノ學者ハ之ヲ以テ直ニ紐育法廷ハ新説ヲ取レリトセリ

其他ニニューハムプアッシュヤーメインペンシルヴァニアルイジナ等ノ諸法廷ハ亦全シク民籍地法主義ヲ捨テ、所在地法主義ヲ採用セリ(ホワート



以上ノ法規學說ニ  
對スル私見

三四六乃至三五二節

二百三十八

動産讓渡ハ行爲地  
法ニ從フヘシ

(八二)此クノ如ク英米諸國ノ法廷ハ動産ハ人ニ從フトノ原則ヲ排斥シ去リタルニアラズト雖モ之ニ對シテ巨多ノ制限例外ヲ設ケ動産讓渡ニ關シハ物件所在地ノ法律ニ從フベシトスルヲ以テ其定則トナシタルガ如シ殊ニ彼ノサヴィーウエヒテル一派ノ論者ガ有力ノ議論ヲナシテヨリ大陸英米ノ諸學者亦此說ヲ唱フル者少カラズ然レモ仔細ニ此等ノ判決學說ヲ考察スルキハ物件讓渡ノ場合ニ於テ物件所在地法讓渡行爲地法及ヒ民籍地法ノ互ニ牴觸スル所アルヲ看過シタルガ如シ蓋シ讓渡行爲ハ通常物件所在地ニ於テ之ヲナシ殊ニ羅馬法主義ヲ取レル諸法律ハ物件ノ賣買ハ引渡ニ由リテ所有權ヲ移轉ストナスヲ以テ諸學者ガ行爲地法ト所在地法トノ牴觸ニ關シ其考察ヲ及ボサハリシハ或ハ當然ナリト謂フヲ得ンカ然レモ英佛米諸國ノ如ク斯ル引渡ヲ要セザル國ニ於テハ此牴觸ヲ見ルヲナシトセズ然ラハ法廷ハ其孰レヲ取ラントスルヤ學說判決例共ニ之ヲ決スルニ於テ不充分

ナルヲ覺ユ吾曹ハ既ニ論シタルカ如ク三法ノ中行爲地法ヲ以テ最適當ナリト信スルナリ蓋シ商業航海ノ盛ナルニ從ヒテ一個人ノ所有ニ係ル動産物ノ各所ニ散在スルニ至ルヲ免ルヘカラザルノ結果ナリ貿易商人ノ其業務ヲ擴張スルヤ洋ノ東西ヲ問ハズ或ハ未開國ト雖モ支店ヲ開キ代理人ヲ囑托スルヲアルベシ今英國倫敦ノ一商社アリ臺灣ヨリ砂糖ヲ輸入スト假定セヨ英商某ト倫敦ニ於テ現ニ臺灣代理店ニ貯藏セル指定ノ砂糖ヲ賣買シタリトセバ此ノ賣買タルヤ猶ホ臺灣ニ行ハル、法律ノ支配ヲ受クヘキカ或ハ其砂糖ノ運輸中ニ於テ此賣買ヲナセリトセハ當事者ハ大ナル危險ヲ蹈ムモノナリ何トナレハ賣買ノ當時其砂糖ハ何ノ地ヲ經過シツ、アルヤヲ知ルヲ能ハザレハナリ蓋シ此等ノ場合ニ於テハ賣買地ノ法律ニ依ルヲ最簡便ナルノミナラズ當時者モ亦到底諸外國ノ法律ヲ知悉スルヲ能ハザルガ故ニ英國ノ法律ニ依リテ支配セラレント欲シタルヲ明ナリ蓋シ私法上ノ事件ニ關シテハ公益上ノ理由アルニアラザル以上ハ務メテ當事者ノ意思ニ

二百三十九



從テヲ以テ大原則トス契約ノ如キ動産讓渡ノ如キ特ニ此意思ヲ尊重スヘキハ近世學者ノ承認スル所ナリ故ニ當事者カ特ニ何ノ法律ニ從フヘキカノ意思ヲ表彰シタル時ニ於テハ吾曹ハ更ニ之ヲ論スルヲ要セズ其表彰ヲ缺ク場合ニ於テ法廷ハ必ス當事者一般ノ意思如何ト法律適用上ノ便益如何トヲ觀察シ以テ法律管轄ノ問題ヲ定メザルベカラズ民籍地法說ノ非ナルハサヴィー諸氏已ニ之ヲ辨セリ所在地法說ヲ取ル者ハ之ヲ以テ甚々便益ニ適ストセリ殊ニ知ラズ行為地法ニ比スルキハ果シテ此點ニ於テ孰レヲ優サレリトスルヤ前數節ヲ一讀セハ蓋シ思半ニ過クルモノアラン或ハ判事ナルマンノ如ク國家ハ國中ニ存在スル物件上ニ其ノ法律ノ力ヲ及ボスヘキ權利アリトノ說ヲ立テ國家主權上ヨリ所在地法說ヲ辯護スル者アラシク然レモ國家ハ最上權ヲ有スルモノナルカ故ニ亦其臣民タル者ノ一切ノ行為ヲ支配スルノ權アルナリ亦一方ヨリ之ヲ見レハ一國內ニ於ケル一切ノ行為ヲ支配スヘキ權アルナリ故ニ主權ヲ以テ立論ノ基礎トナセハ民籍地法

說所在地法說若シクハ行為地法說ノ内孰レヲ取モ不可ナキナリ國際私法ハ國家ノ禮讓ヲ以テ其基礎トセリ便益ヲ以テ其目的トシ相互ノ主義ニ據リテ法律管轄ヲ一定スル以上ハ國家ハ必ス其主權ノ一部ヲ割キテ他國ノ法律ノ効力ヲ認メザルベカラス是レ實ニ國家ノ必要ナリトス其レ然リ是ノ故ニ所在地法說ハ歐洲ニ於テ未タ動産讓渡ニ關スル唯一ノ法律トシ認メラレザルノミナラズ亦認メラルベカラザルモノナリ英米ニ於テ早晚三法ノ抵觸ヲ決スル場合アラハ是レ此問題ヲ確定スルノ日ナラン

〔八三〕我法例ハ其第五條ニ於テ動産不動産ハ所在地法ニ從フト明言セリ然ラハ其讓渡ニ關シテハ原則トシ所在地法ニ從フヘシトスルヲ明ナリ是レ歐洲諸國ノ法律及學說ニ合セルモノナリ

〔八四〕ストーリーハ民籍地法主義ヲ唱道スト雖動産讓渡ニ關シテ亦所在地法ノ從フヘキヲ許容セリ氏ハ之ヲ説明スルカ爲メニ一ノ假例ヲ提出セリ曰ク英國ノ商人米國ルイヨアナ州ノ商人ト賣買契約ヲナ



シ貨物ヲ送レリ英國法ニ據レハ荷積證書ハ物件ヲ代表スルモノニシテ其讓渡ハ即チ物權ノ讓渡ニ外ナラス而シテルイジアナノ法律ハ之ニ反シテ其讓渡ハ唯債權ヲ生スルノミニシテ物權ヲ移轉セズトセリ然ルニ物件已ニルイジアナニ到着セリト雖米國商人未タ之ヲ荷揚セザルニ當リ英國ノ商人英國ニ於テ荷積證書ヲ第三者ニ賣リシキハ所有權ハ誰ニ存スルヤ米國商人ハ其物件ヲ差押ヘテ第三者ニ對抗シ得ルヤ否ヤ所在地法ニ據レバ之ヲナシ得ザルベカラス若シ英國法ニ據レバ之ニ反ス若シ差押ヲナシ得ズトスレバ大ニ商賣上ノ信用ヲ害シ著シク荷積證書ヲ以テナセル賣買ノ効力ヲ滅殺スベシト然レモ若シストリーノ欲スル所ノ如クセバ第三者ハ大ナル不利益ヲ被ルニアラズヤ吾曹ノ信スル所ニ據レハ此荷積證書タルヤ英國ニ於テ製作セラレタルモノナリ其方式ト性質トハ英國法ニ依ルヘキモノナリ是レ恰モ英國ニ於テナシタル約因ナキ契約ヲ無効トスルガ如シ是ノ故ニ荷積證書ノ物件ノ代表タルハ英法ニ依テ定レリルイジアナ法廷ハ之ヲ如

債權ノ所在地ニ關スル諸説

何トモスルコト能ハザルベシ是レ賣買ノ問題トイハシヨリモ寧ロ一步ヲ遡リテ荷積證書ノ性質ノ問題ナリトイフベシ(ストーリー三九四節)(八五)所在地法主義ヲ採ルキハ無体物即チ債權ノ讓渡ニ關シ大ニ困難ヲ感スヘシ債權讓渡ハ或ハ告知ヲ要シ或ハ告知ヲ要セス例セハ蘇格蘭法ハ之ヲ要シ英國衡平法ハ之ヲ要セズトスルガ如シ(Selkirk v. Davis, 2 Bose, Rank O. 315) 又(一)部二〇篇七七七七七八項 *Sill v. Worswick*, 1 H. Bl. 691)此等法律ノ牴觸ニ於テ何ノ法律ニ依ルベキヤヲ定ムルハ甚ダ困難ナリ何トナレバ無体物ハ認識スベキ定處ナキガ故ニ何ヲ以テ所在地トナスヤヲ定ムルコト困難ナレバナリ之ニ關シテ四説アリ

一、結約地

第一 結約地ノ法律ニ從フベシ(ブリル讓渡論三〇九節)ホワートンハ之ヲ非難シテ謂ヘラク結約地ハ偶然ニ之ヲ選定スルコトアリ或ハ海上ニ於テシ或ハ陸モ其法律ヲ知ラザル國ニ於テシ或ハ調印ノ便利ヲ謀ルガ爲メニ双方住所ノ中間ニ介スル土地ニ於テシ總テ此ノ如ク其法



律ノ支配ヲ受クベキ意思ナクシテ結約スルヲ履ナルガ故ニ結約地法ヲシテ債權讓渡ヲ支配セシムルハ不當ナリト(三六〇節)吾曹ノ信スル所ヲ以テスレバ債權ノ性質及ビ債權ヲ生ズル行為ノ如キハ固ヨリ結約地法ニ從フベシト雖毫モ債權ノ移轉ヲ以テ之ガ管轄ニ屬スルノ理由ヲ發見スルコト能ハズ

二、債務者ノ民籍地

第二 債務者ノ民籍地法ニ從フベシ(フリモール四卷五四四參照)ホワートンハ之ヲ非難シテ謂ヘラク民籍地ト義務履行地ト符合スル時ニアラザレバ債務者ノ民籍ハ毫モ債務ノ條項ニ關係アラズ若シ某民籍地ニ於テノミ債務者ヲ訴フベシトセバ其地ノ法律ヲ適用スルモ可ナラン然レモ若シ民籍地外ニ於テモ亦之ヲ訴フルヲ得トセバ復々其法ヲ適用スルノ理由ナシト(ホワートン三六一節)

三、義務履行地

第三 義務履行地ノ法律ニ從フベシ(Pond v. Cooke, 45 Conn. 123.) ホワートンハ之ヲ非難シ曰ク義務履行ノ方法ニ關シ履行地法ノ管轄スベキハ吾人ノ承認スル所ナリト雖義務ノ履行ト債權ノ讓渡トハ大ニ性質ヲ異ニセリト(三六二節)

四、債權者民籍地

第四 債權者ノ民籍地法ニ從フベシ是レ最モ勢力ヲ有スル議論ナルガ如シケイムス卿曰ク債權ヲ以テ債權者ノ所有物ト見做スルハ動産ハ人ニ從フトノ格言ニ從ヒ債權ハ債權者ノ民籍地ニ存在ストノ法律擬制ヲ設クルヲ得ベシト又曰ク債權者自己ノ自由意思ニ由リ債權ヲ讓渡スルハ必ズ其國ノ方式ニ從フヲ以テ普通ナリトス是ノ故ニ其法律ヲ之ヲ支配セシムベシト(ケイムス、衡平法、三章八篇四節蓋シ卿ハ民籍地法主義ヲ奉ジ債權ヲ以テ債權者ノ所有物ト見做シタルナリホワートンモ亦此說ヲ主張シテ曰ク此說ノ眞誠ノ理由ハ義務履行ニヨリテ拂ハルベキ金員ハ一切債權者ノ民籍地ニ入ルニ在リト英米ノ判決モ亦此ニ傾ケリ(Solomons v. Ross, 4 P.R. 182. Selkrig v. Davis, 2 Rose, B. C. 315. Braynard v. Marshall, 8 Pick. 194. Smith v. Buchanan, 1 East. 6. ホワートン三六三節及註ストーリー三九五乃至三九九節參照)

四説共ニ鞏固ナル



論據ヲ有セズ

債權ハ一ノ法律關係ナリ

ナリ氏ノ言フ所ニ據レバ第四説ハ最モ勢力ヲ有スルモノ、如シ其他ノ三説ノ完全ナラザルヤ論ナシト雖第四説モ亦鞏固ナル立論ノ地ヲ有セザルニ似タリ吾曹ノ見ル所ヲ以テスレバ權利トイヒ義務トイヒ一ノ法律的關係 (Rechtsverhältnis) タルニ止リ債權者若クハ債務者ノ所有トノ論スヘキニアラズ唯當事者双方ノ間ニ存セル法律上ノ連鎖タルノミ是ノ故ニ債權ヲ以テ債權者即チ所有者ノ民籍地ニ存在スルモノナリトナスガ如キハ固ヨリ牽強附會ノ説タルヲ免レズ又ホワートンノ提出セシ理由ノ如キモ明カニ吾曹チノ満足セシムルコト能ハズ否ナ吾曹ハ殆ント之ヲ解スル能ハザルナリ吾曹ノ見ル所ヲ以テスレハ此ノ如キ無体物ノ定處ヲ定メントスルハ寧ロ徒勞ニ歸センノミ唯吾曹ノ懷抱セル行爲地法主義ヲ實行シ債權讓渡ヲ管轄セシムルコト最モ簡便ニシテ最モ正當ナランカ我法律ハ法例ヲ以テ動産ハ所在地法ニ從フト規定シタルガ故ニ債權ト雖一ノ動産タル以上ハ亦法例第五條ノ中ニ包含セラレヘキガ如シ然レモ無体物ニ在リテハ其所在地ヲ知ル

コト難ク嚴格ニ之ヲ謂フキハ所在地ナルモノアラザルナリ夫ノ債權者若クハ債務者ノ住所又ハ民籍地ヲ以テ其所在地ナリトイフガ如キハ確實ナル論據ヲ有スルモノニアラズト信ス我民事訴訟法ハ一編一章二節十八條ニ於テ裁判籍ヲ規定シタリト雖裁判上管轄ト法律上管轄トハ全然別問題ニ屬スヘキモノタリ是故ニ吾曹ノ信スル所ヲ以テスレハ無体物讓渡ニ關シ法律管轄ノ如何ハ我國未タ之ヲ規定スルモノアラサルガ如シ

債權讓渡ニ於ケル告知

(八六) 債權讓渡ニ關シ國ニヨリテ或ハ債務者ニ告知スルヲ要シ或ハ之ヲ要セズ之ヲ要スル者蘇國日本ノ如キ是ナリ(財三四七)然レモ其告知ハ權利ノ移轉ニ關スル要件ナルカ將タ救済ニ關スルモノナルカラ區別セザルヘカラス若シ之ヲ以テ要件ナリトシ之ナカリセハ讓渡アラズトナス場合ニ於テハ是レ物件所在地法ニ從フベキモノナリ(第四説ニ據レバ)然レモ若シ之ヲ以テ唯一ノ公示方法ニシテ救済ニ關スルモノナリトセハ是レ固ヨリ訴訟地法ノ管轄スヘキモノナリトス(訴訟ノ



登記

訴訟地法ノ公益ニ  
反ストノ禁止シタ  
ル譲渡ハ不成立ナ

篇參照而シテ概テ之ヲ以テ一ノ公示方法ト見做スガ如シ  
又讓渡ニ關シ或ハ登記ヲ要シ或ハ要セザルコトアリ是レ等モ亦一ノ公  
示方法ニシテ證據方法ニ關スル規定ナリ權利移轉ニ關スルモノニア  
ラス是ノ故ニ訴訟地法ニ從フコト當然ナリトスホワートンノ如キハ之  
ヲ以テ第四説ノ例外ナリトイフト雖吾曹ヲ以テ之ヲ見レバ決シテ例  
外視スベキモノニアラズ全ク讓渡ノ範圍外ニ在ルモノナリ

(八七) 茲ニ一ノ例外アリ假令ヒ所在地法若シクハ行爲地法ニ於テ有  
効ナリトモ訴訟地法ノ公益ニ反ストシテ禁止シタル譲渡ハ到底之ヲ否  
認セザル能ハズ (Upton v. Hubbard, 28 Conn. 274. Abraham v. Plester, 3.  
Wend. 550) 然レモ吾曹ハ常ニ公益ナル語ノ甚ダ危險ナルコトヲ注意セザ  
ルベカラズ蓋シ吾曹ハ法律ノ禁セザル限リハ吾曹ノ自由意思ニ從テ  
行爲ヲナスヲ得ベシ法律ノ目的ハ公益ヲ保護スルニアリ法律ノ禁止  
アルハ或行爲ヲ以テ國家ノ公益ニ反ストナスヲ以テナリ是ノ故ニ我  
ノ公益ニ反スト認ルモノハ一切外國法ノ効力ヲ認許セズトイハマ或

ハ全ク國際私法ヲ排斥スルニ至ラン英國ノ一判事曾テ謂ヘルコトアリ  
公益ナル語ハ宛モ悍馬ノ如シ漫リニ之ニ乘ルキハ忽チ法律ノ範圍外  
ニ跳出セント公益ハ法律ノ大主眼タリト雖其意義ノ範圍ヲ定ルコト甚  
難シ

第一 能力

(八八) 行爲ノ能力ニ關スル各國ノ規定ハ一ナラズ今其大要ヲ畧述ス  
レバ普魯士ノ法典ハ行爲ノ能力ハ民籍地法ニ從ヒ而シ若シ能力ノ問  
題ニ關シ民籍地法ト結約地法トノ間ニ牴觸ヲ生ズルキハ其契約ヲシ  
テ有効ナラシムベキ法律ニ從フトセリ(サヴィニー八篇一四一頁、フヒリモ  
ール、四卷二四八、パール、四五節註八、ウエストレイキ、二九頁) 佛國法律ノ曖  
昧ナルコトハホワートン之ヲ陳ベタリ(ホワートン九三節) 其他サヴィニー  
ハ行爲ノ能力ヲ以テ一切民籍地法ニ從フ可シトシパールハ之ニ制限  
ヲ設クベキコトヲ主張シ伊太利白耳義ノ學者ハ國籍ヲ有スル國ノ法律  
ニ依ル可シトシ議論紛々一定スル所ナシト雖吾曹ハ已ニ能力ノ章ニ

行爲ノ能力ニ關ス  
ル諸國ノ法規



於テ論ジタルガ如ク行爲能力ハ行爲地ノ法律ニ從フヲ以テ最モ便益  
ニシ且ツ正理ナリト信ズ英米ノ判決學說亦之ヲ採用セリ(ストリー  
一〇三二四一節、ウストレイキ三九九四〇〇節四〇一四〇二四〇四節)  
是ノ故ニ讓渡ノ能力ハ讓渡地ノ法律ニ依リテ支配セラル可キハ此原  
則ノ適用ナリ

能力問題ハ讓渡ノ  
一要件ナリ

(八九) 動産ノ讓渡ハ物件處在地法ニ從フ可シトハ蓋シ大半學者ノ近  
來ニ於テ唱道スル所ナリ而シテ行爲ノ能力ニ關シテ英米ノ法律ハ行爲  
地法ニ從フ可シトナセリ是レ英米ノ法律ハ能力ノ問題ニ關シテノミ  
所謂所在地主義ノ例外ヲ設ケタルモノナリ是ニ於テカ吾曹ハ更ニ  
所在地主義ニ向ヒテ批評ヲ加ヘント欲ス彼ノ所在地主義ノ論者  
ハ能力問題ノ民籍地法ニ依リテ判斷セラル、ヲ以テ非ナリトシ之ヲ  
論ノ曰ク我合衆國ノ如キ新創國ニ在テハ諸國人ノ雜處スル者甚ダ多  
ク獨人アリ猶太人アリ其他種々ノ國人ヲ以テ我人員ノ大半ヲ組成セ  
リ此等ノ人々ヲシテ各其民籍地法ニ依リテ行爲ノ能力ヲ定メシムル

キハ全一ノ地ニ住シ全一ノ狀態ヲ有スル者ニシテ甲ハ或行爲ヲ爲ス能  
ハズ而シテ乙ハ之ヲナシ得ルノ奇觀ヲ呈シ法律ノ統一ヲ欠クノ恐アリ  
ト(ホワイトン、三三〇節)吾曹ハ甚ダ此議論ノ正確ナルヲ信ス獨リ米國  
ノミナラズ交通ノ開クルニ從ヒ各國人民ノ雜居スルハ是レ必然ノ結  
果ナリ故ニ民籍地法ヲ以テ行爲能力ヲ定ムルノ非ナルハ世界各國皆  
之ヲ認許ノ可ナリ然レモ吾曹ハ更ニ此論ヲ借リテ彼ノ所在地法說ヲ  
評セントス全一處ニ於テ全一人間ニ全一方法ニ據リテナシタル讓渡  
ト雖其行爲ノ目的タル動産物ノ偶然其所在地ヲ全クセザルカ爲メニ  
一ハ有効トナリ一ハ無効トナルカ如キハ是レ亦法律ノ統一ヲ欠クモ  
ニアラズヤ氏ハ又謂ヘラクルト所在地法ヲ以テ不動産ニ關スル事  
件ヲ支配ス可キ理由ハ一トノ動産ニ適用シ得可カラサルナシ而シテ不  
動産讓渡ノ能力ハ所在地法ニ從フ諸法律ノ一致スル所ナリ然ラハ  
動産ニ關スル能力モ亦所在地法ヲ以テ律シ得ルニアラズヤト蓋シ此  
ノ所謂理由トハ第七十五節ニ掲ケタル六個ノ理由ヲ指シタルモノナ



リ然レモ其六個ノ理由ハ吾曹ノ眼ヲ以テスレバ動産ニ關ノ一モ有力ナルモノナシ故ニ能力ニ關スル議論モ亦己ニ其根據ヲ失セリ吾曹ハ唯竊カニ疑フ英米ノ法律ハ動産ノ讓渡ヲ以テ物件所在地法ニ從フ可シトシ而シテ其能力ニ關シテノミ行爲地法ノ管轄ヲ認ムルハ寧ロ甚ダ理由ナキニアラザルヲ得ンヤ讓渡ノ有効無効ハ所在地法ノ問題トナシ而シテ有効ノ讓渡ヲナシ得ルヤ否ヤノ問題ヲ行爲地法ニ屬セシメントスルハ抑何等ノ標準ニ由ル區別ナリヤ吾曹ハ竟ニ之ヲ解スル能ハザルナリ然レモ吾曹ハ敢テ能力問題モ亦所在地法ニ從フ可シトスルモノニアラズ一切ノ讓渡上ノ問題ヲノ能力ト共ニ行爲地法ノ管轄ニ歸セシメンコトヲ欲スル者ナリ

日本ノ規定

〔九〇〕我法例ハ其第三條ニ於テ人ノ身分及能力ハ本國法ニ從フ可シトセリ是ニ由リテ之ヲ觀レバ動産讓渡ノ能力如何ハ本國法ノ規定ニ從ハサル可カラザルガ如シ然レモ第四條第五條ノ明文ヲ見ルキハ動産ニ關スル一切ノ權利行爲ハ其所在地法ニ從フ可シトセルガ故ニ能

力問題モ亦所在地法ニ依リテ之ヲ定ム可キガ如シ若シ果シ然リトセバ能力ニ關スル第三條ノ規定ハ全ク空文タルニ至ラム是ノ故ニ我法例ノ正當ナル解釋トシテ之ヲ謂フキハ動産讓渡ニ關スル能力ハ本國法ニ依ル可キモノトス其理由トスル所或ハ能力ハ屬人的ノ現則ナリ其人ノ隸屬スル國法ニ依リテ定ム可キモノナリトスルニ在ランカ蓋シテ能力ハ彼ノ身分ト全ク性質ヲ異ニシ社會ニ於ケル一個人ノ地位トシテ之ヲ見ル可キニアラズ唯一ノ權利行爲ヲ爲シ得ルヤ否ヤノ問題タルニ過ギザルガ故ニ能力ニ關スル規定ヲ以テ屬人ノ法規ナリトスルハ大ニ其當ヲ失セルコト吾曹ノ已ニ論辯セシ所ナリ前節ニ於テ論シタルガ如ク我法律ガ動産不動産ヲ凡テ其所在地ノ法律ニ從ハシメタルハ歐米諸學者ノ説明シタルモノト全一ノ理由ニ據ルコト明ナリ若シ果シ我ガ統治權下ニ存在セル物件ノ處分ハ我法律ノ支配ヲ受ク可キモノナリトイハバ處分ノ効力ヲ生ズルニ必要ナル條件トシテ能力問題モ亦全法ノ管轄ヲ受ケシムルコト最モ論理ヲ貫徹セルモノト如シ



第二 方式

讓渡ノ方式ハ所在  
地法ニ從フヲ通則  
トス

〔九一〕讓渡ノ方式ハ物件所在地法ニ從フヲ通則トス蓋シ羅馬法ニ於テハ「マンシバシオ」ノ如キ物件ノ讓渡ニ關シテ種々ノ方式ヲ用非タリ而シテ證據保存ノ方法益備ハリ且ツ商業上取引ノ益頻繁ナル近世社會ニ於テハ務メテ取引ノ簡便ヲ欲スルガ故ニ羅馬法ニ於テ定メタル諸種ノ複雑ナル方式ハ全ク之ヲ排斥セリ然レモ猶ホ多少ノ方式ヲ存セザルニアラズ彼ノ登記ノ如キハ或ハ以テ第三者ニ對スル證據方法ノ一トシ或ハ以テ權利移轉ニ關スルモノトス我登記法ハ寧ロ前者ニ屬スルニ似タリ吾曹ハ今之ヲ詳論スルヲ要セズ唯簡明ニ方式ニ關スル法律管轄ヲ定ムレバ足レリ

〔九二〕夫レ讓渡方式ノ所在地法ニ從フハ殆ント學說判決ノ一致ヲ疑ハサル所ナリ（パール六三節、メルラン、レメルト、アール義務二四七、二四八節、フエール二〇二節）然レモ吾曹ハ竊ニ謂ヘラク是レ亦行爲地法ニ依ルヲ以テ正當トナスナリ何トナレバ當事者ハ必ズ其行爲地ノ法律

方式ニ關スル私見  
讓渡ノ方式ハ行爲  
地法ニ從フヘシ

ニ着目スルヲ明ナレハナリ且ツ吾曹ノ已ニ論シ來リタル所ニ據レハ物件所在地法ヲ用フルトキハ種々ノ困難ニ遭遇セザル可カラザレバナリ蓋シ不動産ノ讓渡ニ關シテハ多少特殊ノ考察ヲ要スルモノアリ其方式モ亦所在地法ニ從フ可シトナセリト雖直チニ之ヲ以テ動産ニ適用ス可キニアラズ或ハ買賣贈與等ノ行爲ハ一般ニ其物件ノ所在地ニ於テ之ヲナスガ故ニ一種ノ混全ヲ生シ不動産ノ規定ト一致セシメシガ爲メニ動産讓渡ノ方法モ亦所在地法ノ管轄ニ屬スルトナスニ非ズヤ吾曹ハ一部ノ攻究ニ齟齬タルヲ止メ更ニ國際私法ノ全局ヲ大觀スレバ此ノ如キ規定ハ甚タ難駁ニ一定ノ主義ヲ貫通セザルヲ見ル婚姻ノ例ヲ以テ之ヲ證センカ婚姻ノ儀式ハ舉行地法ニ從フヲ獨リ英國ノミナラズ各國之ヲ認メ以テ定則トナスニアラズヤ契約ノ方式ハ亦締約地ノ法律ニ從フニアラズヤ而シテ讓渡ニ關シテ獨リ行爲地法ヲ取ラザルハ甚ダ之ヲ解スルニ苦ム或ハ謂ヘラク行爲地ハ偶然ニシテ定ルコトアリ或ハ海上ニ於テシ或ハ毫モ其法律ヲ知悉セザル地方ニ於テ



期セズノ讓渡ヲナスコトアラント是レ實際ニ於テハ争フ可カラザル事  
實ナリ然レモ若シ行爲地ヲ以テ偶然ノ選定ニ係ルトセバ物ノ所在地  
ハ更ニ偶然ナリトイフ可シ何トナレバ讓渡ノ日ニ當リ當事者自ラ物  
件所在ヲ知り得ザルコトアレバナリ

當事者ノ意思

日本ノ規定

（九三）然レモ當事者ノ意思ヲ尊重スルハ私法上ノ大原則ナリ故ニ當  
事者或ハ無法律或ハ法律不完全ナル處ニ邂逅シ或ハ其地ノ法律ヲ知  
ラズ或ハ之ヲ知ルト雖之ニ從フノ不便ヲ避ケテ特ニ或法律ニ從フコ  
トヲ約セバ公益ニ害ナキ限りハ有効トナス可キモノナリト信ズ  
（九四）我法例第十條ニ曰フ要式ノ合意又ハ行爲ト雖之ヲナス國ノ方  
式ニ從フキハ方式上有効トス但故意ヲ以テ日本法律ヲ脱シタルキハ  
此限ニアラズト是レ場處ハ行爲ヲ支配ストノ原則ノ適用ニシテ吾曹ノ  
最モ其當ヲ得タリトスル所ナリ第十二條ニ曰ク第三者ノ利益ノ爲メ  
ニ設定スル公示ノ方式ハ不動産ニ係ルキハ其所在地ノ法律他ノ場合  
ニ於テハ其原因ノ生ジタル國ノ法律ニ從フト不動産讓渡ニツキテ之ヲ

言ハハ讓渡行爲地ハ即チ原因ノ生ジタル地ナルヲ以テ此條文ニ於テ  
モ亦全シク方式ハ行爲地法ニ從フコトヲ認メタルモノナリ  
然レモ吾曹ハ第十條ノ但書ヲ注意セザル可カラズ若シ故意ヲ以テ日  
本法律ヲ脱セントスル時ハ是レ所謂法律上ノ詐欺タルヲ以テ我法廷  
ハ其惡意ノ制裁トシ此ノ如キ行爲ノ有効ヲ認メズ吾曹ハ已ニ婚姻方  
式ノ節ニ於テ之ヲ論ズルカ故ニ茲ニ之ヲ詳言セズ要スルニ我法例ノ  
此規定タルヤ吾曹ノ最モ稱賛スル所ナリ

第三 時効及ビ出訴期限

時効ノ性質及管轄

（九五）時効ニ關スル學者ノ議論亦區々ニシテ一定セズト雖要スルニ權  
利得喪ノ原因タリヤ將タ訴訟手續ニ關スルモノナリヤノ問題ニ歸着  
スストーリー曰ク時効ノ法律ハ公益上ノ理由ニ基キタルモノニシテ  
權利享有ノ安穩ヲ保護シ詐欺ヲ拒ギ證據ノ湮滅不明ニ備フル訴訟休  
止ノ規則ナリ權利者カ多年ノ間自己ノ權利ヲ主張スルヲ怠リシ結果  
トシ此規定ノ適用ヲ受クルモノナリ是ノ故ニ時効ノ法律ハ權利得喪



ノ問題ニ關スルモノニアラスノ唯救濟ニ關スルモノナリ是レ時効ノ  
 訴訟地法ニ依テ決セラル可キ所以ナリト(ストーリー五七六節)ジョン  
 ヴォエトモ亦時効ヲ説明シ曰ク人ハ不朽ニアラズ争訟モ亦不朽ナル可  
 カラズ(No autem lites immortales essent, dum litigantes mortales sunt)ト(ヴォエト  
 會典五卷一篇五三節三二八頁)蓋シ名言ナリユーベルモ亦時効ヲ以テ  
 訴訟地法ノ管轄ニ屬ス可シトシ之ヲ説明シ曰ク此理由ハ蓋シ時効及  
 ヒ裁判執行ノ契約ノ効力ニ關セズノ訴訟ノ時及ビ方法ニ關スルニア  
 リト(ユーベル法律牴觸論七節)然ルニ反對論者アリ之ヲ非難シテ曰ク  
 (第一)時効ハ決シテ單ニ訴訟上手續ニ關セズノ實際ニ權利ヲ得喪セシム  
 ルニアラズヤ(第二)若シ時効ヲ以テ訴訟地法ニ從フ可シトセバ人々ノ  
 權利ハ永ク不確定ナル可キニアラズヤト然レモ吾曹ヲ以テ之ヲ見レ  
 ハ第二ノ非難ノ如キハ甚ダ有力ナラズ何トナレバ已ニ時効ヲ以テ救  
 濟ニ關スルモノナリトセバ權利不確定ノ語ヲ用フル能ハザレバナリ  
 第一ノ非難ノ如キモ亦分拆的思想ニ乏シキモノニアラザルカ若干年

間ノ善意ノ占有ニ因リ占有者ノ所有者トナルハ争フ可カラザル事實  
 ナリト雖是レ時効カ所有權ヲ移シタルニ由ルカ將タ出訴ノ途ヲ杜絶  
 シタルカ爲メニ占有者ノ權利ヲ最上タラシメシニ由ルカ此二者ヲ  
 區別セザル可カラザルニアラズヤ蓋シ時効ノ起源ハ羅馬法ノ「ユース  
 カピオ」ニ外ナラズ「ユースカピオ」ハ使用取得ノ意義ナリ是ヲ以テ之ヲ  
 觀レバ時効ハ直チニ權利移轉ノカアルガ如シ然レモ學者之ヲ解シ曰  
 ク此規定ハ蓋シ「マンシバシオ」ノ如キ繁雜ナル賣買ノ方式ヲ避ンガ爲  
 メニ設ケタル規定ニシテ其使用ニ由リテ所有權ヲ取得ストイフモノハ  
 是レニ擬制ノミト(穗積博士羅馬法講義)而シテ中世ニ至リ性法學者  
 ノ輩出スルニ至リ頻リニ人ノ權利ハ決シテ時期ノ經過ニ由リテ失フ可  
 キモノニアラズト主張シ大ニ時効ノ規定ヲ攻撃セリ近世ニ於テモ佛  
 國ノアコラスノ如キ亦之ヲ排斥ノ法律上ノ大怪物ナリトイヘリ然ル  
 ニ歐洲諸國ハ曾テ之ヲ廢止セス唯時期ヲ長クセシニ止ルモノハ若シ  
 全ク之ヲ廢セバ數十年前ニ遺失シタル物件等ニ關シテ生スル



アルヘク訴訟ノ頻繁ヲ致シ大ニ公安ニ害アルヲ以テナリ英國ノ如キハ人々ノ權利思想ヲ懷抱スルヲ深キカ故ニ時効ニ由リテ人ノ權利ヲ喪失セシムル如キハ甚ダ人民ノ感情ヲ害スルヲ以テ立法者ハ時効取得ノ方法ヲ定メズ然レモ猶ホ之ヲ設クルノ必要アルヲ認メ裏面ヨリ出訴期限ヲ定メ權利ノ上ニ眠ル者ハ之ヲ保護セズトシ以テ大陸ト全様ノ結果ヲ收メントセリ凡ソ此等ノ沿革ニ據リテ之ヲ觀レバ假令ヒ學者ノ如何ニ喋々スルモ竟ニ時効ノ救済ニ關スルモノタルヲ知ル可シ(全前)且ツ佛國ニ於テハ契約ノ時効ニ係レル後ト雖猶ホ自然義務アルヲ認メ英國ニ於テハ出訴期限條例ニ因リテ救済ヲ失ヘル債權ハ猶ホ正當ノ約因タルヲ得ルカ如キ(アンソ)ン契約法皆以テ時効ノ全ク權利ヲ得喪スルモノニアラザルヲ徵ス可キナリ夫レ此ノ如ク時効ハ全ク救済ニ關スルモノナリトセバ吾曹ハ斷シテ其訴訟地法ノ支配ニ屬スヘキヲ斷言セントス何トナレハ是レ訴訟頻煩ノ弊ヲ拒ガンカ爲メニ定メタル裁判所ノ規則ナレバナリ

時効ハ訴訟地法ニ從フ

日本ノ規定

(九六)我日本ニ於テハ時効ヲ證據篇中ニ規定シ第八十九條ニ於テ其性質ヲ説明シ曰ク時効ハ時ノ効カト法律ニ定メタル其他ノ條件トヲ以テスル取得又ハ免責ノ法律上推定ナリト之ニ關シハ學者間大ニ議論アリ吾曹ハ屢之ヲ非難スル者アルヲ聞ケリ然レモ今之ヲ論スルノ要ナシ唯時効ヲ以テ一ノ權利得喪ニ關スル證據ナリトスル以上ハ是レ亦訴訟地法ノ決ズル所ナルヲ見ル(訴訟ノ編參照)何トナレハ證據採否ノ規定ハ是裁判所ニ於ケル訴訟手續ノ規則ナレバナリ(法例一三)然レモ日本ノ法律ト單ニ時効ヲ以テ救済ニ關ストナス法律トハ其間適用ニ於テ差異ヲ生スルヲアリ原所有者甲ガ善意占有者乙ニ對シテ訴訟ヲ日本法廷ニ提起シ乙ハ時効ヲ對抗シテ勝訴シタリトセンカ若シ日本法律ニシテ時効ヲ以テ唯救済ニ關ストセバ甲者ハ更ニ英國ニ於テ訴訟ヲ起スヲ得ヘシ(日本英國共ニ管轄權アリト假定ス)然レモ我法律ハ之ニ反シ時効ヲ以テ一ノ證據方法ト見做スヲ以テ我法廷ノ判決ハ左ノ如クナルベシ我法廷ハ善意占有者若干年ヲ經レバ所有權ヲ得



原所有者ハ之ヲ失ヘリト見做ス此場合ニ於テ時効已ニ滿了セリ乙者ハ權利ヲ取得シ甲者ハ之ヲ喪失セリト然ラハ是レ所有權有無ニ關スル判決ニノ單ニ救濟ニ關スルモノニアラズ蓋シ證據ニ關スル外國法廷ノ判決ハ之ヲ重ンジ確定セリト認ムルヲ以テ國際私法ノ原則トス是ノ故ニ甲者ハ更ニ訴訟ヲ起ス能ハザルナリ(訴訟篤證據ノ意)

時効ニ關スル諸國  
法制異同ノ結果

(九七) 然レトモ或ハ時効ヲ以テ直接ノ權利ヲ移轉スルモノナリト規定スル國アラン今甲國ノ法律ヲ以テ然リトシ甲國ニ居住セル善意占有者已ニ其法律ニ依リテ時効ヲ滿了シタル後乙國ニ於テ原所有者ヨリ訴ヘラレタル場合ニ若シ乙國法ニ依リテ時効未タ滿了セズトセハ被告ハ甲國法ヲ以テ原告ノ請求ヲ退クルヲ得ルヤ否ヤ是レ太ダ難問ニ屬ス而シテ未タ充分ナル學者ノ考察ヲ經ザルナリ然レモ我法律ノ執レル動産讓渡ハ所在地法ニ從フトノ原則ヲ貫カントセバ被告ノ所有權ヲ以テ完全ナリト認メザル可カラザルガ如シ(マヨングオエト一四卷三章五六節 Beekford v. Wade, 17 Ves. 88. Lincoln v. Battelle, 6 Weap. R.

時効管轄ニ關スル  
諸學說

(275) 若シ吾曹ノ所謂行爲地法主義ニ從フキハ如何曰ク全シク物件所在地タル甲國法律ノ効力ヲ認メザル可カラズ何トナレバ物件所在地ハ即チ占有ノ地ナレバナリ若シ占有中被告ノ屢居國ヲ變シタルトキハ如何即チ初メ丙國ニ於テ占有ヲ始メ其後甲國ニ到リシトセバ占有行爲ハ二國ニ渡レルニアラズヤ曰ク時効ニ因リテ所有權ヲ移ストハ即チ期間滿了時ノ占有ニ由リテ移ルナリ故ニ甲國法ニ從フ可シ  
(九八) 時効問題ニ關スル法律管轄ハ前數節ニ於テ之ヲ述べタリ蓋シ其訴訟地法ニ從フ可キハ殆ンド學者間ノ通論ニシテバルジストーリ  
一ノ如キ或ハミツタルマイエルノ如キ又グイフエルトノ報告ニ載セタル獨乙判決例ノ如キ皆此主義ヲ採用セリ而シテ猶ホ之ニ對シ反對ヲ試ムル者ナキニアラズザヴィニーホワートンノ如キハ時効問題ヲ以テ所在地法ニ從フ可シトセリ其說ニ曰ク物件取戻訴訟ハ物上訴訟ナリ故ニ物件所在地ノ裁判所ヲ以テ專屬ナリトス然ラハ所在地法ト訴訟地法トハ此場合ニ於テ相一致セリト而シテ更ニハールノ議論ヲ援



引ノ曰ク是ノ故ニ時効問題ヲ以テ訴訟地法ノ管轄ニ屬ス可シトスルハ是レ其法律ノ訴訟地法タルガ故ニアラズノ偶物件所在地ト符合セルガ爲メナリ若シ訴訟ノ當時物件運搬中ナルキハ所在地ヲ定メ難キニヨリ民籍地法ニ從フ可シト(パール六四節ホワートン三八一節)

### 第二欸 死後ニ於ケル所有權移轉

#### 第一 遺言

(九九) 遺言ニ因ル動産ノ處分ハ之ヲ二種ニ分ツヲ得ベシ一ハ包括名義ノ讓渡一ハ單獨名義ノ讓渡是レナリ包括名義ノ處分モ亦全產遺贈ト遺言書ニ由ル相續人ノ選定トヲ區別シ得ベシ此遺言書ノ効力如何ニ關シ規定學說亦一ナラズウエストレイキノ言フ所ニ據レバ大陸諸國ノ學者ハ場處ハ行爲ヲ支配ストノ原則ニ據リテ遺言書ノ有効無効ハ遺言書製作地或ハ當時ノ民籍地法ニ依リテ支配セラル可キモノナリトセリ(ウエストレイキ三二六節)然レモ此原則タルヤ英國法廷ノ認

遺言管轄ニ關スル英國ノ規定

メザル所ニシテ法廷ハ遺言者死亡時ノ民籍地法ニ依リ遺言書ノ有効ナリヤ否ヤヲ決ス可キモノナリトセリ(ウエストレイキ)ニ於テウエストベリー卿ハ之ヲ明言シテ曰ク死者ノ財産ノ處分ニ關スル問題ハ一ニ死者最終ノ民籍地法ニ從フ可キヲ言フ待タズシテ明ナリ遺言無遺言ノ問題ハ民籍地法判事ノ決スル所タリ遺言書ノ解釋ハ民籍地法廷ノ管スル所タリ相續人ノ誰タルヲ定ムルモ亦民籍地ノ判事ナリ云々ト要スルニ卿ハ一切ノ問題ヲ以テ最終民籍ノ法律ニ屬セシメントスルナリ是ノ故ニ彼ノ大陸學者ノ說ニ從フハ一旦遺言書ヲ製作セシ當時ノ民籍地法又ハ製作地法ニ依リテ有効ナルキハ遺言者ハ其後ニ至リ其民籍ヲ變更スルヲ幾回ナルモ竟ニ遺言書ノ効力ヲ變スルコトナシ而シテ英國慣習法ハ最終ノ民籍地法ヲ以テ標準トスルガ故ニ遺言後ニ於テ其民籍ノ變更アリシ場合ニ在リテハ初メ或ハ有効ナリシモ後無効トナルニ至ル可シ然ルニキングスダウン卿條例(ウエストリヤ二四及ビ二五年法律一一四號)ノ發布アリテヨリ大ニ從來ノ習慣法ヲ



改正セリ其規定ニ曰ク第一英國ノ國籍ヲ有スル者ハ民籍ノ如何ニ關  
セズ遺言書ノ方式ニ關シテハ製作地法製作時ノ民籍地法固有民籍地法  
ノ一ニ從フキハ其遺言書ハ有効ナル可シ(第二英國臣民ハ民籍ノ如何  
ニ關セズ英國内ニ於テ英國法ノ方式ニ從ヒテ遺言書ヲ製シタルキハ  
其遺言書ハ有効ナル可シ(第三遺言書ヲ作リシ者其後ニ於テ民籍ヲ變  
スルコトアリテ之ヲ以テ直チニ遺言書ヲ廢罷シタリト見做サズ又其解  
釋ヲ變更スルコトナカル可シト是ノ如ク此條例ノ發布アリテ慣習法ニ多  
少ノ變更ヲ加ヘタリト雖一般ノ原則ニ至リテハ依然トシテ存スルモ  
ノアルヲ見ル可シ(フート一八三乃至一八五頁)

遺言ニヨル權利移  
轉ハ法律ノ作用ニ  
ヨル權利移轉ナリ

(二〇〇)所謂死後ノ處分トハ所有者ノ行爲ニ因ル讓渡ナリヤ將タ法  
律ノ作用ニ因ル讓渡ナリヤハ大ニ疑ハシキガ如シ表面ヨリ之ヲ見ル  
ルハ遺言書製作ノ行爲ニ由リテ所有權ノ移ルニ似タリ然レモ吾曹ノ  
見ル所ヲ以テスレハ是レ唯遺言者ノ意思ヲ表彰シタルノミニシテ決  
シテ讓渡ノ行爲ナリトハ謂ヒ難キガ如シ何トナレハ遺言書ニ於テ選

遺言書ノ効力ハ死  
者ノ最終民籍地法  
ニ從フ

定シタル相續人若クハ受贈者遺製作ノ時ニ於テ何等ノ權利ヲ取得ス  
ルコトナク遺言者ハ其死ニ至ルマデノ間隨意ニ之ヲ廢罷シ得レバナリ  
(民取二部三九〇條及三九九條)遺言者死シテ始メテ受贈者ノ權利生ス  
然レモ死者ハ行爲ヲナスコト能ハザルナリ是ノ故ニ所謂死後ノ處分ハ  
寧ロ法律ノ作用ニ因ル權利移轉ナリト謂フ可シ是ヲ以テ吾曹ハ常ニ  
場處ハ行爲ヲ支配ストノ原則ヲ以テ國際法上大ニ適用ヲ見ルモノナ  
リトスレモ此場合ニ於テ直ニ遺言書ノ効力ヲシテ製作地ノ法律ニ從  
ハシムルヲ欲セズ何トナレハ所謂遺言書ノ効力トハ當事者ノ能力等  
權利取得ニ關スル問題其大部分ヲ占ムルモノナリト雖此等ノ權利得  
喪ノ問題ハ遺言書製作ナル一行爲ノ直接ノ結果トシテ論ス可キニアラ  
サレハナリ吾曹ハ竊ニ謂ヘラク此場合ニ於テハ法律ガ死ナル事實ノ  
發生ニ由リ遺言者ノ意思ヲ行フモノニアラザルカ然ラバ權利移轉ノ  
問題ハ果シテ何ノ法ニ依ル可キカ甚ダ難問タルガ如シ遺言書製作地ノ  
法律ニ依ランカ其ノ非ナルコト已ニ論セシ所ナリ物件所在地法ニ依ラ



シカ包括名義ノ財産ナルキハ其一部ハ甲國ニ他一部ハ乙國ニ存スルガ如キコアルヘシ然ラバ或ハ遺言書ノ一半ハ有効ニシテ一半ハ無効ナルノ結果ニ至ル可シ是レ全ク遺言者ノ意思ヲ破ルモノナリ是ニ於テカ遺言者ノ民籍地法ニ依ルノ已ムヲ得ザルヲ見ルナリ然レモ遺言書製作時ノ民籍ニ依ランカ將テ最終ノ民籍ニ依ランカ是レ亦一ノ難問タリ吾曹ハ總論ニ於テ一般ニ法律ノ作用ニ因ル權利ヲ論シテ或事實ノ發生ニ當リ法律力之ニ由リテ權利ノ得喪アリト認ルモノナリトイヘリ而シテ更ニ其事實發生地ノ法律ニ依リテ權利ノ得喪ヲ定ムルハ猶ホ場所ハ行爲ヲ支配ストノ原則ヲ適用シタルモノナリト論シタリ然ルニ此場合ニ於テ所謂事實ノ發生トハ遺言者ノ死亡ニ外ナラズ然レモ死亡地ノ法律ヲ以テ之ヲ支配ス可キカ遺言者或ハ大海ノ上ニ死スルコトアラン氷山ノ中ニ歿スルコトアラン或ハ踪跡ヲ失スルコトアラン故ニ到底此ノ如キ管轄ヲ認ム可キニアラズ然レモ吾曹ハ謂ヘラク死亡ノ事實ハ之ヲ物理的ニ觀察スレバ死亡地ニ發生シタルコト争フ可カ

擄虜ハ行爲ヲ支配ス

ラズト雖法律ノ眼ヲ以テ之ヲ見レハ必ズシモ然ラザルナリ蓋シ法律ガ遺言者ノ死亡ニ由リ權利ノ移轉アリト認ムルハ是レ從來存在シタル權利關係ノ消滅シタルニアリ是ノ故ニ法理上ヨリ之ヲ見レバ死亡ハ法律關係ノ消滅ナリ物權ハ世界萬人ニ對スル權利ナルカ故ニ其法律關係ハ何レノ處ニ存セルヤヲ認識スヘカラズ然ラバ亦其ノ何ノ處ニ消滅セルヤヲ定ルコト到底爲シ得ザルナリ然レモ遺言者ハ其民籍地ニ於テ社會ノ一員タルモノナリ民籍地ヲ以テ業務ノ中心トセリ是ノ故ニ權利消滅ノ事實ヲ以テ其永住地タリ業務中心點タル民籍地ニ發生セルモノナリトスルハ亦太ダ不當ノ擬制ニアラザル可キヲ信ス果シテ然ラバ死後ニ於ケル權利得喪ノ問題ヲ以テ民籍地法ニ從フ可シトナスハ其當ヲ得タルニ似タリ且ツ又最後ノ民籍地法ニ依ル可キハ上來論シタル所ヨリ生スヘキ必然ノ結果ナリ或ハ謂ハン若シ此ノ如ク最終ノ民籍地法ニ依リ而シテ製作時ノ民籍地法ヲ排斥スルハ遺言者ノ意思ニ背戻ス可シト然レモ遺言相續ヲ以テ法律作用ニ因ル權



利移轉ナリトスルキハ當事者ノ意思ヲノミ願ミル可キ理ナシ法律ハ自己ノ管轄ヲ主張シ得ルヲ明ナリ

然レモ以上ハ吾曹ノ私見タルニ過キズ佛法系ノ學者ハ大ニ場所ハ行爲ヲ支配ストノ原則ヲ探ルト雖未ダ此ノ如キ議論ヲナシタルヲ聞カズ而シテ吾曹ト雖或ハ牽強附會ノ譏アラントヲ疑フ決メ之ヲ以テ完全ナル説明ヲナシ得タリトイフニアラザルナリ

相續ハ社會上制度ナリ

然レモ吾曹ハ此ノ如キ危險ナル議論ヲ措キテ最モ安全ナル論據ヲ求めレバ下ノ如キ斷定ヲ下サザルヘカラズ曰ク遺言ニ因ル動産贈與ノ如キハ法定相續人ノ權利ニ關係スルモノナリ是ノ故ニ遺言相續ハ勿論遺贈モ亦死者ノ家族ノ庇保養育ニ關シテ大ニ影響ヲ與フルモノナリ蓋シ家族制度ハ社會組織ノ基本タリ或ハ家督相續ヲ認メ或ハ財産相續ヲ認メ一ハ長子相續主義ヲ取り一ハ平分相續ノ主義ヲ取ルガ如キ皆古來ノ沿革ニ基ケル社會上ノ必要ニ由ラズンバアラズ故ニ一個人ニシテ或社會ノ一員タル以上ハ其社會ハ其人ノ家族ニ關シ一定ノ

日本ノ規定

遺言者ノ能力ハ最終民籍地法ニ從フ

英米ノ學說法規

規則ヲ適用ス可キ最大ノ利害ヲ有セシ是レ遺言ノ有無ニ拘ハラズ相續若クハ遺贈問題ノ民籍地法ニ依リテ決セラル可キ所以ナリト

(一〇一) 我法例ハ其第四條二項ニ規定シテ曰ク相續及遺贈ニ關シハ被相續人及ヒ遺贈者ノ本國法ニ從フト是レ即チ吾曹ノ上來陳述シタル原則ヲ採用シタルモノトイフ可キナリ

(一〇二) 一能力 遺言者ノ能力ニ關スル問題ハ遺言者最後ノ民籍地法ニ依リテ決スヘキモノナリ英米ノ法律皆此主義ヲ取レリ (Re Hall-man's Will, L. R. 2 Eq. 265. Davison's Will. 1 Puck. N. Y. 479) フート曰ク遺言ヲ以テスル人産ノ處分ハ民籍地法ニ從フ可シトスルノ通則ハ能力ニ關シテ其適用ヲ見ルヘシ蓋シ上來論シタルガ如ク英國法廷ハ行爲地法若クハ結約地法ヲ以テ其行爲若クハ契約ヲナス可キ成丁未成丁能力不能力ノ問題ヲ決ス可キモノトナセモ遺言書ノ執行ニ關シハ全一ノ論鋒ヲ用ザルヲ得ズ何トナレハ英國法定ハ假令ヒ其遺言書ノ英國内ニ於テ製作セラル、モ遺言者ニ外國ノ民籍ヲ有スル以上ハ之



ニ其法ヲ適用セザレハナリ蓋シ契約及ヒ他ノ行為ニ關シハ民籍地法主義ヲ適用シ得ザルガ故ニ英國法ハ行為地法トシ其管轄ヲ及ボスコク其結果トシテ能力問題ヲ決ス可シ然レモ英國法廷ヲ以テ適當ノ法廷トナシ得可キ行為アラザルハ其能力ノ問題ニ關シ民籍地法ノ定ムル所ヲ認メザル可カラズトストリ一モ亦全一ノ言ヲナセリ(ストリ一四六五節フー、一八六頁佛國民法ハ其千二百八條以下ニ於テ遺言者ノ能力ヲ規定シ此規定ノ國際上ノ効力ニ關シテハ有名ナルナボレヲンノ布告ニ據レリ吾曹ハ已ニ能力ノ章ニ於テ之ヲ論評スルノ機會ヲ取レリサヴィニ一切ノ能力問題ヲ以テ民籍地法ニ從テ可シトシ法律統一ノ議論ヲ以テ有力ナル論據トナセリ吾曹ハ已ニ之ヲ批評シタルヲ以テ更ニ之ヲ論セザル可シ而シテ氏ハ更ニ遺言ノ能力ニ關シテヲナシテ曰ク遺言者ノ能力ハ遺言書製作地ノ法律并ニ最終民籍地ノ法律ニ依リテ決ス可キモノナリ兩者其一ニ照シテ不能力ナルキハ其遺言ハ無効ナリト蓋シ遺言者ノ遺言ニ因リテ生ス可キ法律關係ハ

大陸ノ法規學院

羅馬法

其製作ト死亡トノ兩時期ニ關係セルヲ以テ此時期ニ於ケル法律ノ管轄ヲ認メタルナリ(サヴィニ一八篇三七七三九三節)然レモ遺言者ノ能力ノ問題ハ其意思表彰ニ關スルモノニアラズ權利移轉ニ關スルモノナリ是ノ故ニ製作地法ノ管轄ヲ認ム可キ理由ナシト信ス羅馬法ニ於テハ遺言者ノ能力ハ遺言書製作當時ノ民籍地法ニ從ヘリ若シ此法律ニ從ヘバ其後民籍ヲ變更スル遺言ノ効力ニ關シ何等ノ變更ヲ受ケザル可シ又羅馬法ニ於テハ遺言ニ關シ精神上ノ能力アルヲ要スルガ故ニ製作時ニ於テ此能力ヲ有シタリシモ其後民籍ヲ變シ其法律ニ依リ發狂者ト認メラレ不能力者トナルモ猶ホ以前ニナシタル遺言ノ有効ナルヲ得可シ(サヴィニ一八篇三七七三九三節)

(二〇三) 吾曹ハ已ニ遺言者ノ能力ノ問題ヲ決スヘキモノハ最後民籍地法ナリトイヘリ更ニ嚴正ニ之ヲイフトキハ遺言者ノ死亡時ニ於ケル最後ノ民籍地法ナリトス是レ承繼人ノ權利ハ遺言者死亡ノ時ニ定マルガ故ニ其後法律ノ變更アリハ新法ノ効力ヲ既往ニ及ホシテ既得

遺言能力ハ死者ノ  
最終民籍地ニ於ケ  
ル死亡時ノ法律ニ  
從フ



ノ權利ヲ害セザル法律上ノ大原則ヨリ英國ノ一訴訟ニ於テ甲國人  
 甲國ニ於テ遺言ヲナシ其死後國法變更ノ其遺言ヲ無効トセリ而シテ  
 英國法廷ハ英國所在ノ人産ノ處分ニ關シテ猶ホ其遺言ノ効力ヲ認メ  
 タリ其判決ノ主意ハ蓋シ若シ甲國ノ新法ヲ其効力ヲ遺言上ニ及ボ  
 サシムトセハ是レ不便ニシ且不正ナリトイフニ在リ判事ハ其理由ヲ  
 説明シ曰ク若シ新法ノ効力ヲ認メハ法廷ガ遺言ノ執行ヲ認許シタル  
 後ニ於テ新法ノ出タルガ爲メニ曩キノ許可ヲ取消サハル可カラズ是  
 レ不便ナリ且又遺言ニ因リテ承継ノ權利ヲ得タル者ハ其動産ニ關シ  
 直接若クハ間接ニ種々ノ行爲ヲナシタルナラム而シテ俄カニ新法ノ爲  
 メニ自己ノ權利ヲ奪ヒ去ラル、キハ大ナル不利ヲ被ルベシ是レ不正  
 ナリト(Per Lord Penzance, *Lynch v. Provisional Government of Paraguay*, L. R.  
 2 P. & D. 268) 吾曹ハ此規則ヲ能力ノ節ニ於テ掲ケタリト雖遺言一切  
 ノ問題ニ關シテ之ヲ適用スベキナリ

(一〇四) 顧フニ我法例ノ第三條ニ規定セル所甚々簡單ニシテ唯一般的

日本ノ規定

承繼人

ニ能力ヲ以テ本國法ノ定ムル所トナスト雖論理上必ズ其最終本國法  
 ヲ指スモノナリト解釋セザルヲ得ザル可シ

(一〇五) 承繼人ノ能力ニ關シテ如何ナル法律ノ管轄ヲ認ム可キヤホ  
 ワートンハ謂ヘラク是レ遺言者最後民籍地ノ法律ニ從フ可キモノナ  
 リト英國二三ノ判決例ヲ援引シ之ヲ證明セリ(ホワートン五七六節)サ  
 ヲイニ一謂ヘラク承繼人ノ一個獨立ノ財産ヲ所有シ得ルヤ否ヤハ相  
 續ノ當時ニ於ケル承繼人ノ民籍地法ニ依ルト(サヴィニー八篇三七七  
 節)然レモ吾曹ノ見ル所ヲ以テスレバ兩説共ニ正當ナルガ如シ然レモ  
 サヴィニーノ謂フ所ハ唯幼者既婚婦ガ其取得シタル財産ニ關シ夫若  
 シクハ後見人ノ管理ヲ要スルヤ否ヤノ問題ニシテ相續シ得ルヤ否ヤノ  
 問題ニアラズ唯遺言相續ノ場合ニ遺言書ノ解釋ニ關シテ屢議論ヲ生ス  
 ルヲアリ例ヘハ佛國又ハ日本ノ法律ハ結婚ニ由リテ私生兒ヲ認正ス  
 ルヲ許セリ(民人、一〇三佛民三三一)而シテ英國ノ法律ハ之ヲ許サズ是  
 レ數多ノ判決例ニ據テ明ナリ是ノ故ニ英國法廷ニ於テ子女ナル文字



ヲ解釋スルニ當リ何國ノ法律ニ依リテ子女ノ意義ヲ定ム可キヤ之ニ  
 關シ英國法廷ニ於テハ屢爭訟ヲ見タリホワートンノ五百七十六節ニ  
 於テ列舉セル所ハ此判決ニ外ナラズ然レモ是レ子女ノ嫡出ナリヤ私  
 生ナリヤノ問題ノミ亡妻ノ姉妹ヲ娶リテ生シタル子女ハ英國之ヲ認  
 メテ正當ノ子トナスヤ否ヤノ問題ト均シク是レ唯婚姻ノ身分上ノ効  
 果ト見做ス可キモノニ吾曹ハ業ニ已ニ之ヲ説キ盡セリト信ス蓋シ  
 身分ト能力トハ明ニ區別アリ行爲ノ能力ハ一般ニ行爲地ノ法律ニ支  
 配セラルト雖身分ニ關シハ是レ固ヨリ民籍地法ノ定ムル所タリ(婚姻  
 効果ノ節參照是ノ故ニ後婚認正ハ英國之ヲ認メズト雖其子女ニ佛  
 國ノ民籍ヲ有スル以上ハ英國法廷亦之ヲ嫡出トセザル可カラズ我法  
 例ハ身分ト能力トヲ以テ共ニ屬人的規定ナリトシ其第三條ニ於テ本  
 國法ニ從フ可シトセリ而シテ其第四條二項ニ於テ遺贈相續ニ關シハ被  
 相續者及遺贈者ノ本國法ニ從ントセリ然ラハ相續人ノ身分上ノ問題  
 ハ第三條ニ從ヒテ其本國法ニ依ル可キカ將テ第四條二項ニ據リテ被

遺言ノ方式ニ關スル諸國ノ法制

相續人ノ最終ノ本國法ニ依ル可キカ我法例ノ正當ノ解釋トシ之ヲイ  
 フルハ寧ロ第三條ニ依ル可キモノ、如シ何トナレバ身分ハ人ノ身上  
 ニ附着スル一種ノ性質ニシテ其人ノ隸屬スル國家ノ法律一タビ之ヲ  
 定メタルキハ各國亦之ヲ認メザル可カラザレハナリ

(一〇六)ニ方式 遺言書製作ノ方式ニ關シハ困難ノ議論ヲ生スルコ  
 ナシ唯英國法律ノ甚ダ錯綜セルノミ普魯士法典ハ方式ニ關シ當事者  
 ノ民籍地法及ビ製作地法ノ一ヲ自由ニ選擇スルコトヲ許シ其効力ヲ判  
 決スルニ當リテハ務メテ之ヲシテ有効ナラシム可キ法律ニ從フモノ  
 ナリトセリ伊太利ノ法典モ亦當事者ノ意思ニ依リ兩法ノ一ヲ選ムコ  
 トヲ許セリ佛國法律ニ至テハ多少ノ議論アリト雖佛國判決ノ多數ニ據  
 リテ之ヲ見レバ佛法ニ定メタル遺言ノ規定ハ外國ニ於テ遺言ヲナス  
 ト雖猶ホ之ニ從ハサル可カラズ(ホワートン五八八節)

英國ニ於テハ方式ニ關スル規定ハ幾多ノ判決ニ因リテ變更スルコト實  
 ニ數回ヲ經タリ其初メ佛國ニ於テナシタル遺言ハ遺言者ノ民籍地ヲ



ル佛國ノ方式ニ合セザリシト雖英國法ノ方式ニ從ヒシガ故ニ有効ナリト判決シタルヲアリ其後ニ至リ判事サー・ジョン・ニコルハ自己ノ意見ヲ陳ベテ曰ク民籍地ノ法律ニ從テ遺言書ヲ製作ス可シトノ規則ハ大ニ疑ヲ容ル可キモノナリ英國ニ國籍ヲ有スル者外國ニ民籍ヲ有スルガ爲メニ我生國ノ法律ヲ排斥シテ外國ノ法律ニ從ヒ遺言ヲナサザル可カラズトスルハ大ニ不當ナリト蓋シ判事ハ國籍ヲ以テ方式ヲ決セントスルニ似タリ然レモスタンレー對バーンスノ判決ニ於テ判事ノ議論ヲ排棄シ新タニ英法ノ定則ヲ立テタリ此訴訟ニ於テ葡國ノ民籍ヲ有スル者葡國法ニ從ヒテ遺言書及ビ附録書ヲ調製シ又此法ニ從ハズト他ノ遺言書及ヒ附録書ヲ調製セリ法廷ハ前者ヲ以テ有効ナリトシ後者ヲ以テ無効ナリトセリ是ニ於テ英國法廷ハ遺言書ノ方式ヲ以テ遺言者ノ民籍地法ニ從フ可シトスルノ原則ヲ立テタリ然ルニヴイクトリア廿四年及廿五年法律百七號トノ發布セラレタル條例ハ亦大ニ之ヲ改正シ其第一條ニ英國臣民ハ行爲地製作ノ當時ニ於ケル民

籍地固有民籍地ノ法律ノ一ヲ選擇ノ之ニ從ヒテ遺言書ヲ調製シ得トナセリ是ノ故ニ民籍不明ノ歸化英人佛國ニ於テ英國ノ方式ニ從ヒテ遺言書ヲ作り更ニ佛國ノ方式ニ從ヒテ遺言書ヲ調製シタリシニ英國法廷ハ兩者共ニ有効ナリトセリ即チ佛式ノ遺言書ハ行爲地法ニ從ヒシモノナルヲ以テ條例第一條ニ據リテ有効ナリ又佛國法律ハ國籍ヲ有スル國ノ法律ニ從ヒテ遺言スルヲ許シタルガ故ニ英式ノ遺言書モ亦行爲地法ニ從ヒ間接ニ効力ヲ得タルモノナリトセリ (In the Goods of Reid, L. R. 1 P. & D. 74) 然レモ此條例ハ英國臣民ノ遺言ニ因ル動産處分ニ關スル改正案ノ名ヲ有スルガ故ニ此條例ヲ以テ外國臣民ニ適用スルコト能ハザル可シ然ラバ外人ニ對シテハ猶ホスタンレー對バーンスノ判決例其力ヲ有スルモノニ似タリフット謂ヘラク若シ條例ノカ外國臣民ニ及バズトセバ外人ノ遺言書ヲ作りタル後英國ノ民籍ヲ得ルモノアルキハ假令ヒ其遺言書ハ調製ノ當時ニ於ケル民籍地法ニ從ヒシモノナリモ最後民籍地タル英國ノ法律ニ合セザルキハ之ヲ無効ト



ス可シト(フー)一八五頁氏ノ此言ハ若シ英國法廷ノ採用セル一般ノ原則ヨリ推理ノ言ヘルナランニハ是レ或ハ可ナリ然レモ若シ夫ノスタンレー對バーンスノ判決ヲ取リテ之ヲ言ヘハ是レ未ダ必ズシモ然ラズ何トナレバ此訴訟ニ於テハ遺言書製作ノ當時ニ於ケル民籍地法ヲ以テ管轄法律トナシタルニ似タレハナリ

方式ハ製作地法及民籍地法ノ一ヲ擇ムヲ得ルヲ以テ通則トス

(一〇七) 以上ハ諸國法制ノ大畧ナリ此ニ由リテ之ヲ觀ルルキハ遺言書製作地及ヒ民籍地兩法ノ一ヲ擇ムヲ得ルヲ以テ通則トナスニ似タリ蓋シ場所ハ行爲ヲ支配ストノ原則ニ據レバ製作地法ヲ以テ方式ノ問題ヲ決スルコト當然ナルカ如シ然レモ獨伊諸法ノ如ク選擇ノ自由ヲ與フルハ是レ務メテ行爲ヲシテ有効ナラシメントスルモノニシテ斯ル法制ハ誠ニ寛容ナル規定ト云フテ可ナリ而シテ彼ノ英國ノ法律ノ如キハ錯雜ノ統一スル所ナシ若シキングスダウン卿ノ條例ヲ擴張ノ啻ニ英國臣民ノミナラズ一般人民ニ適用スルヲ得バ亦以テ觀ルヘキモノアラム然レモ固有民籍地ノ法律ニ從フモ亦遺言ノ有効ナルヲ得ト

日本ノ規定

スルガ如キハ實ニ不可思議ノ規定ト評セザルヲ得ズ何ガ故ニ固有民籍地法ハ遺言ニ關係アリヤ之ニ代フルニ最後民籍地法ヲ以テスルノ優レルニ若カズ

(一〇八) 我日本民法取得編第二部三百八十條ニ曰ク外國ニ在ル日本人ハ第三百九十九條ニ定メタル自筆ノ方式ニ依リ又ハ其地ニ用ユル公正ノ方式ニ從ヒテ遺言ヲ爲スヲ得ト是レ獨伊法律ト其精神ヲ一ニセリ最モ稱贊ノ價值アリト信ス

遺言書ノ解釋ハ製作時ニ於ケル民籍地法ニ從フ

(一〇九) 三解釋 遺言書ノ解釋ハ製作時ニ於ケル遺言者ノ民籍地ノ法律ニ從フヲ以テ原則トス吾曹ノ信スル所ヲ以テスレバ遺言相續ノ如キハ是レ法律カ遺言者ノ最後ノ意思ニ從ヒテ所有權ノ移轉ヲ認ムルモノナリ而シテ遺言ノ解釋ハ其最後ノ意思如何ヲ知ルヲ以テ目的トス蓋シ解釋ノ民籍地法ニ從フベキコト殆ンド疑ヲ容レザル所ナリ彼ノカリフホルニヤ州法廷ニ於テ遺言解釋ハ物件所在地法ニ從フ可シト判決セルカ如キハ是レ學者ノ左袒セザル所ニシテ唯一種ノ例外ト評



ス可キノミ(Norris v. Harris, 15 Cal. 226)抑モ遺言者ノ民籍地ハ其永住地  
 タリ普通ニ之ヲ謂ヘハ遺言者ハ其地ニ居リ其語ヲ知リ其法ニ從フモ  
 ノナリ是ノ故ニ其遺言ヲナスヤ其文意字義ハ自己ノ民籍地法ヲ以テ  
 解釋セラレンコトヲ欲スルト當然ナリ(シヤルマン遺言論)是ノ故ニ遺言  
 者ノ民籍地法ニ依リテ解釋セラル可キハ殆ント疑フベカラズ然レモ  
 遺言ヲナシタル後ニ於テ遺言者其民籍ヲ變更シタル時ハ最後民籍地  
 法ト製作時ニ於ケル民籍地法ト孰レヲ優レリトスルヤ吾曹ハ寧ロ後  
 者ヲ以テ採ル可シトナス蓋シ一旦遺言書ヲ作りタル後民籍ヲ變スル  
 モ猶ホ之ヲ變更セザルモハ是レ當時ノ意思死ニ至ルマデ變セザルモ  
 ノナリ是ノ故ニ能力等當事者ノ意思ヲ以テ法律ヲ左右シ得ザル問題  
 ニ關シハ最後民籍地法ニ從フ可シト雖解釋ノ問題ハ亦少シク異ナル  
 所アリ解釋ハ唯意思如何ヲ知ルニアルノミ若シ製作時ニ於ケル意思  
 死ニ至ルマデ變セザルモノナリトセンカ遺言書ハ其意思ヲ顯ハスモ  
 ノナリ而シテ實ニ當時ノ民籍地法ニ依リテ之ヲ作りシモノナリ然ラハ

之ニ依リテ解釋スルハ當然ナルガ如シ例セハ佛人佛國ニ於テ遺言書  
 ヲ作り自己ノ動産ヲ其子女ニ平分スルノ意思ヲ表示セリ而シテ遺言者  
 ノ子女ハ皆後婚認正ニ由レルモノナリ後英國ノ民籍ヲ得タリトセバ  
 其子女ナル文字ノ意義ヲ解スルニ英法ヲ以テスルモハ遺言者ハ一人  
 ノ子ナキノ結果ヲ生シ其遺言ハ毫モ効力ナカル可シ是レ固ヨリ遺言  
 者ノ真意ヲ得タルモノニアラザル可シト信ス

最終民籍地法ニ依  
 テ解釋スベシトノ  
 説

(一一〇)然ルニ往々遺言者最後ノ民籍地法ヲ以テ解釋ノ標準トナサ  
 ントスル者アリ米國大審院ノ判決ニヨレバ遺言書中ノ法律上相續人  
 タル文字ニ關シ何人ガ法律上相續人ナリヤハ民籍地法ニ依リテ決ス  
 可キモノナリトセリ(ハリソン對ニクソン)ホワートン此判決例ヲ引用  
 ノ是レ最後民籍地法ヲ以テ解釋ノ標準トナセルモノナリトシ且ツス  
 トーリー及イエーツ對トムソントロッター對トロッター等ヲ援引シ  
 テ此說ヲ確メタリ(ホワートン五九二節)然レモ吾曹ノ見ル所ハ氏ノ見  
 解ト大ニ異ナレリストーリー曰ク動産ノ遺言ニ關シ普通法ノ原則ハ



英米ノ判決例

遺言書製作地タル民籍地ノ法律ニ依リテ之ヲ解釋ス可シトスルニ在  
 リ且ツ遺言ノ文意ハ不動産ノ遺贈ヲ包含セリヤ否ヤ動産不動産ヲ并  
 セテ之ヲ遺贈ス可キ意思ヲ表彰セリヤ否ヤ等ニ關シ問題ヲ生スル時  
 ハ遺言書ヲ作りタル民籍地ノ法律ニ依リテ之ヲ決ス可ク民籍地法ニ  
 依リテ一タヒ意義ヲ定メタル以上ハ各國法廷ハ其意義ニ從フ可シト  
 (ストーリー四七九節)ストーリーノ言フ所ハ甚ダ曖昧ナルガ如シト  
 雖決ノ最後民籍地法ヲ以テ解釋法トナス可シト言ハザルヲ見ル可シ  
 蓋シ氏ハ常ニ民籍地ト製作地トヲ混合ノ之ヲ論スルニ似タリ而シ  
 ハ自己ノ議論ヲ證明スルガ爲メニホワートント同シクトロツター對  
 トロツターハリソン對ニクリンイエーツ對トムン等ノ判決例ヲ引  
 用セリ是ニ由リテ之ヲ觀レバ英米法律ハ遺言ノ解釋ニ關シテハ甚々  
 決シ難キモノアルガ如シフットモ亦以上ノ判決例ニ加フルニボーイ  
 ス對ビテイルヲ以テセリト雖解釋ハ民籍地法ニ從フト謂フニ止リ最  
 後ナリヤ將タ製作時ナリヤヲ確定セズ(フット一九一頁)然レモトロツ

ター對トロツターニ於テハ蘇國人英領ニ民籍ヲ有シ其地ニ於テナシ  
 タル遺言ヲ解釋スルニ當リ英國法廷ハ蘇國法ニ從ハズノ英國法ニ從  
 フ可シト決シ其理由ヲ述ベテ曰ク民籍ヲ外國ニ有スル者其地ニ於テ  
 動産ニ關スル遺言ヲナスルハ之ヲ解釋スルニ製作地法ヲ以テスルハ  
 當然ナリト思考スト此判決例ニ於テハ製作地ト兩種ノ民籍地ト相符  
 合セリ米國ノ判決例タルハリソン對ニクンモ亦決ノ最後民籍地法  
 ヲ維持シタルモノニアラズ要スルニ英米法律ハ明言セズト雖法廷ニ  
 於ケル判事ノ議論ヲ見レバ亦製作時ニ於ケル民籍地法ニ依リテ遺言  
 ノ解釋ヲナス可シトスル如シ (Boyes v. Badale, 1 H. & M. 798 Yates v  
 Thompson, 3 Cl. & F. Harrison v. Nixon, 9 Peters, R. 483. Procter v. Procter 4  
 Bligh N. S. 502)

身分ノ問題ハ解釋  
ノ問題ニアラズ

(一一一)然レモボーイス對ビテイルノ判決例ハ茲ニ少シク注意スル  
 ノ價值アル可シ一英人英國ニ於テ遺言ヲナシ佛人某ノ子ニ其財産ヲ  
 遺贈セリ其子ハ初メ私生ニシテ後婚認正ニ由リ嫡子トナリタル者ナ



リ英國法廷ハ此遺言ヲ以テ英國法ノ解釋ス可キ所トナシ且ツ謂ヘラ  
ク佛人某ノ子ハ佛國法ニ依ルルハ是レ嫡出ノ子ナリト雖我英國法ハ  
此ノ如キ後婚認正ヲ認メザルガ故ニ猶ホ此子ヲ以テ私生兒トナス是  
ノ故ニ此兒ハ英國法廷ニ於テ此遺言ノ利益ヲ受クル能ハザルナリト  
此ノ判決タルヤ遺言解釋ニ關スル法律管轄ノ判決トシテ之ヲ見ルルハ  
固ヨリ其當ヲ得タリト雖佛人ノ子ヲ以テ私生子トナシタルカ如キハ  
是レ不當ノ判決ナリト謂ハザル可カラズ吾曹ガ嫡生ノ節婚姻効果ノ  
章ニ於テ論シタル如ク子女ノ嫡出ナリヤ否ヤハ是レ身分上ノ問題ナ  
リ「グードマンストラスト」ノ判決ニ於テ判事ハ明ニボーイス對ビダイ  
ルヲ非難シ人ノ身分ハ誕生ノ時ニ於ケル父ノ民籍地法ニ依リテ定マ  
リ其一タビ定マルヤ各國之ヲ承認セザル可カラサルモノナリトセリ  
是ノ故ニ右ノ場合ニ於ケル遺言書ハ之ヲ英國法ニ從テ解釋スルヲ當  
然ナリト雖佛國法已ニ後婚認正ニ因リテ私生兒ノ嫡出タルヲ認ムル  
以上ハ英國法廷モ亦之ヲ認メザル可カラザルモノナリ

遺言者ノ意思

(一一二) 吾曹ハ已ニ遺言解釋ハ製作時ニ於ケル民籍地法ニ從テ可キ  
ヲ論セリ而シテ何カ故ニ此法律ヲ適用スルヤ唯最モ遺言者ノ意思  
ヲ推知シ易キカ故ナリ遺言者ハ其遺言ノ此法律ニ依リテ解釋セラレ  
ンヲ希望シタルナルベシトノ推測アルガ爲メナリ然レモ是レ一ノ  
推測ノミ時トシテ自己ノ所在地法若クハ他ノ國法ニ依リテ解釋セラ  
レンヲ希望スルヲナシトイフ可カラズ若シ此ノ如キ意思ノ遺言上  
ニ明見スルルハ固ヨリ遺言者ノ意思ニ從テ當然ナリト謂フ可シハ  
リソン對ニクソンニ於テ法廷ハ一般ノ原則ヲ述ベテ曰ク畢竟特別ノ  
事情アル場合ノ外遺言ハ遺言者ノ民籍地法ニ依リテ其意義ヲ解釋ス  
可シト是レ固ヨリ學者ノ疑ヲ容レザル所ナリ然ルニフットハ其著書  
百九十二頁ニ於テ曰ク此ノ如ク特別ニ意思ノ表彰ナキ時ハ遺言ノ解  
釋及ヒ效果ハ一ニ遺言者ノ民籍地法ニ依ル可キガ故ニ遺言者ガ其法  
律ノ規定ヲ避ケントスルモ到底無益ナル可シト蓋シ之ヲ以テ遺言ノ  
効果ニ適用セントスルハ甚ダ可ナリト雖解釋ニ關シテハ全ク別異ノ考



遺言ニテモ不  
人ハシテハ  
トシテハ  
トシテハ

信託

察ヲ要ス。例セバ日本ニ於テ財産全部ヲ遺贈スルヲ能ハズ。今日本人遺言ヲナスニ當リ如何ニ此法律ノ規定ヲ避ケントスルモ到底無効ノ企圖タルヘシ。何トナレバ最後民籍地法タル日本法律ハ嚴格ニ其規定ヲ適用センコトヲ主張シ遺言者ノ意思ニ放任セザルコト明ナレバナリ。然レモ日本人倫敦ニ於テ遺言ヲナシ殊ニ英法ニ依リテ解釋セラル可キ意思ヲ明ニセバ其中ノ文字例セバ人産ノ如キハ我法律ニ所謂動産ト同一ナリヤハ固ヨリ英法ニ從ハザル可カラズ何トナレハ遺言解釋ハ遺言者ノ眞意ヲ知ルニ在リ而シテ英法ニ據ラザレバ其眞意ヲ知ルヲ能ハザレバナリ(民取、二部十四章四節、Hogg v. Laslhey, 3 Hagge. Eccl. R. 415)

(一一三) 四信託及ヒ撰擇遺言 英國ニ於テハ直接ニ遺言ニ由リテ動産ヲ移轉セスノ時トメハ遺言ヲナシテ其者ニ選擇權ヲ與フルコトアリ例セバ甲者三人ノ親族アリトセバ乙者ニ遺言シテ乙者ヲシテ甲者ノ財産ヲ遺言ニ依リテ其中ノ一人ニ與ヘシムルカ如シ乙者此選擇權ヲ

行ヒテ遺言書ヲ作りシ時ニ其効力如何ニ關シテ英國ニ於テハ種々ノ判決例アリト雖是レ特殊ノ遺言ニシテ屢起ル可キ普通ノ顯象ニアラズ故ニ吾曹ハ唯茲ニロミリ一卿ノ言ヲ舉グルヲ以テ足レリトス曰ク撰擇權ヲ行ヒテ作りタル遺言書ハ英國法廷ノ承認ヲ得ントスルニハ我法律ニ照シテ有効ナラサル可カラズ而シテ我法律ハ二種ノ遺言ヲ以テ有効ナリトス曰ク英國ノ條例ニ從ヒテ製作シタルモノ曰ク撰擇遺言者ノ民籍地法ニ從ヒテ作りタルモノ是レナリ云々(D'Huart v. Hartness, 34 L. J. Ch. 311. In the Goods of Hallyburton, L. R. 1 P. & D. 90.) 其他動産權ヲ直ニ讓渡サズノ遺言ニ依リテ信託ヲナスコトアリストリーノ説ニ據レバ遺言ノ信託ニ關シテ亦解釋ニ關スル全一規則ヲ適用シ得可シ(ストリー四七九節)吾曹ヲ以テ之ヲ見レバ皆是レ特殊ノ遺言ナリ一切通則ヲ適用ノ可ナラン

第二 相續

(一一四) 吾曹ハ已ニ遺言ニ就キテ略述セリ更ニ無遺言相續ノ場合ヲ



論セシテ最モ便宜ナリト信ス之ニ關シテハ遺言ノ場合ト全シク死者  
 最後ノ民籍地法ヲ以テ相續一切ノ問題ヲ決ス可シトスルヲ法律學說  
 ノ認ムル所ナリ彼ノローデンプルグブルノアブルガンダス諸家ハ  
 動産ノ相續ニ關シ民籍地法ノ管轄ヲ認メタリ蓋シ此等諸氏ハ動産ハ  
 所有主ノ身體ニ從フトノ原則ヲ遵奉シ死者最後ノ民籍地ハ即チ動産  
 ノ所在地ナルガ故ニ其權利ノ移轉ニ關シハ一切其法律ニ從フ可キモ  
 ノナリトスルナリ(ブールノア二卷二篇五四頁ローデンプルグ二篇二  
 節二章一節其他ヴオエトビンケルシエツク等諸學士亦全様ノ說ヲナ  
 シ不動産ハ所在地法ニ動産ハ民籍地法ニ從フ可シトノ大原則ヲ立テ  
 、相續ノ問題ヲ論定セリストローリ曰ク動産ノ相續ニ關シテ普通法  
 ノ認メタル原則ハ總テ死亡者最終ノ民籍地法ヲ之ヲ管轄セシムル  
 ニアリ是レ曾テ多少議論アリシト雖今日ニ至テハ已ニ一定セシ所ナ  
 リ是ノ故ニ死亡者ノ出生地若クハ以前ニ有シタリシ民籍地又ハ物件  
 所在地ノ如何ハ毫モ顧ミルニ足ラス死者最終民籍地ノ法律ニ依リテ

正當ノ相續人ナリト認メラル、者其產ヲ享ルヲ得可シ是ノ故ニ佛人  
 遺言ナクシテ米國ニ死亡スル時ハ其所有動産ノ米國ニ在ルト佛國ニ  
 在ルトヲ問ハズ其最後ニ永住シタリシ土地ノ法律ニ從テ分配セラル  
 可シ若シ其法律ニシテ國籍ノ存在セル佛國ノ法律規定ト要點ニ於テ  
 全ク異ナルヲアリモ之ヲ顧慮スルヲ要セサルナリト(ストローリ、  
 四八一節)獨逸ノ諸學者トエール、ウンゲル、ウエヒテル、サグイニ一  
 等亦皆死者ノ最後民籍地ノ法律ニ從フ可シトスルノ說ヲ取り獨逸法廷モ  
 亦此主義ヲ採用セリサグイニ一ハ無遺言ノ場合ニ於テ最終民籍地ノ  
 法律ニ從フノ必要ヲ論ノ以爲ヘラク此主義ニ依ラザレバ以テ國家ノ  
 隆盛ト一個人ノ正誼ヲ保ツト難カル可シト而シテ其理由トスル所各個  
 人ハ死後ニ於ケル財產ノ處分ニ關シ其民籍地ノ家族法ノ制度ニ從フ  
 可キヲ期シタル者ナリト謂ハザル可カラズ已ニ其社會ノ一員タル  
 以上ハ是レ正當ナル法律上ノ推定ナリト云フニ在リ且ツ夫レ民籍地  
 ノ法律ニ從ハズノ或ハ物件所在地法ニ依リテ財產分配ヲナストセバ



非常ノ混雜ヲ生ス可キノミナラズ財産ヲシテ意外ナル相續者ノ掌中ニ歸セシムルコアルヲ以テ少シク思慮アル家父ハ商業ノ爲メ財産ヲ外國ニ出ササル可シ是レ大ニ商業ノ進歩ヲ妨碍スルモノナリトイフニ在リ(サヴィニー「ローミツシエスレヒ」三七六節以上ノ理由ハ實ニ有力ナルモノナリ獨逸ニ於テハ惟リ學者ノ此說ヲ採ルノミナラズ判決例モ亦全シ(ゾイフェルト一卷九二號)英國ノ判決例モ亦全一ノ規則ヲ取レリウエストベリー卿ノ言ニ據レバ死者財産ノ管理ノ如キ遺言無遺言ノ相續ノ如キ皆死者ノ民籍地ニ從フ可キモノナリ (Bouchie v. Wylie, L. R. 2 P. 4 D. 89) 以後ノ判決ハ皆此主義ヲ遵奉セリ (Skotlowe v. Young, L. R. 11 Eq. 474. In the Goods of Weaver, 36 L. J. P. & M. 41) 而シテ或判決ニ至テハ多少ノ非難ヲ死レザルモノナリ例セバ無遺言相續ニ關スル親族上ノ關係ノ如キ英國法ニシテ死者ノ民籍地法タルハ總テ英國法ニ依リテ之ヲ決ス可シトナス (Boyes v. Bedale, Supra) 例セバ死者英國民籍ヲ有シ其子某佛國ノ民籍ヲ有スルハ若シ其子ニシテ或ハ

英國ノ判決

伊國及西班牙

婚姻ニヨリ認正セラレタルモノナレバ英國法廷ハ其子タルヲ認メザルガ如シ是レ吾曹ノ屢論セシ如ク不當ノ規定ニシテ今ヤ已ニ最近ノ判決タル「グロドマンストラスト」ニヨリテ排斥セラレタリ何トナレバ何人カ正當ノ相續人ナリヤヲ決スルコト死者ノ民籍地法ニ依ル可シト雖嫡子ナリヤ否ヤハ身分上ノ問題ナルヲ以テ共一タビ佛國法ニ依リテ嫡子ナリト認メラレタル以上ハ英國法ノ之ニ從フ可キハ當然ナレバナリ然レヒ其子ヲ次男ナラシメンカ佛國法律ハ數子相續主義ヲ採リ英國ハ長子相續主義ヲ採ルガ故ニ佛國法ニ從ヘハ其子ハ亡父遺產ノ分配ヲ受ク可キ權利アリト雖亡父ノ最後民籍ハ英國ニ在ルヲ以テ此權利ヲ得ルコト能ハザル可キナリ

伊太利ノ學者ハ亦國籍ノ所在地法ヲ以テ動産相續ヲ決ス可シトイヒ西班牙ノ法律モ亦然リトナス(國際私法雜誌一八七四年四四頁、一八七五年五一頁)然レモ一般學說及ヒ判決ノ傾向スル所ハ死者ノ最終民籍ヲ以テ標準トナス可シトスルニ在リ吾曹ハ此規定ノ至當ナルヲ確信



ス蓋シ相續ハ法律ノ作用ニ由ル包括財産ノ移轉ニシテ其管轄ニ關シハ遺言アリシ場合ト毫モ異ナル可キ理由ナシ是ノ故ニ吾曹ガ已ニ遺言ノ場合ニ於テ陳ヘタル私見ハ猶ホ茲ニ適用スヘキナリサグイニ一ノ提出セシ理由ハ最モ有力ニ此説ヲ保護スルニ足ルモノナリト信ス

〔一一五〕我法律モ亦伊國ト全主義ヲ採レリ法例第四條ニ曰ク動産不動産ハ其所在地ノ法律ニ從フ然レモ相續及遺贈ニ付テハ被相續人及遺贈者ノ本國法ニ從フト蓋佛國法系ノ諸國ニ於テハ國籍ヲ以テ私法管轄ヲ定ム可キ標準ノ一トシ獨英諸法ハ之ニ代フルニ民籍ヲ以テス吾曹ハ民籍ノ章ニ於テ兩者ノ比較ヲ掲ケタルガ故ニ茲ニ之ヲ論ゼズ

吾曹ガ曾テ論シタル如ク選擇權ノ附與ニヨリテ遺言ヲナスコトアリ甲者英國ノ民籍ヲ有シ遺言ニヨリ選擇權ヲ乙者ニ與ヘタリ乙者ハ佛國ノ民籍ヲ有セリト假定シ乙者其選擇權ヲ行ヒテ遺言書ヲ作リタル片ハ相續人ハ何ノ處ニ向テ相續稅ヲ納ム可キカ蓋シ相續人ハ選擇ニ違ヒテ相續スルヲ得タル者ナリト雖モ其物件タル元來乙者ノ所有ニア

ラズ其物ノ移轉シタルハ甲者ヨリセルモノナリト謂フテ可ナリ是ノ故ニ甲者ノ民籍地タル英國ノ主權者ハ此ノ如キ場合ニ於テハ甲者ガ直ニ遺言ヲ以テ相續人ヲ指定シタルト全一ニ見做シ課稅ノ權利ヲ主張ス可シ(ザイクトリア一六及一七年法律五一號二節)

### 第三款 法律ノ作用ニ因ル讓渡

#### 第一 破産

〔一一六〕破産ニ因ル動産ノ移轉ハ國際上如何ナル効力ヲ有スルヤハ大ニ困難ナル問題ニシテ諸國ノ法制一ナラズ學說亦區々タリ吾曹ハ先ツ大陸學者ノ説ヲ略述セン舊派ノ學者ハ往々法律ヲ二分シテ屬人法屬物法ノ二トシ屬人法ハ民籍地法ニヨリテ定メ國外一般ノ効力ヲ有スト雖屬物法ニ至テハ物件所在地ノ外ハ國際上其規定ノ効力ヲ有スルヲ能ハズトセリ是ノ故ニ破産ニ關シモ亦破産ハ屬人的ナリヤ屬物的ナリヤヲ以テ其ノ國際上ノ効力ヲ判斷ス可キ標準トセリフヒリ



クス曰ク破産ハ人ノ身分ニ關スル禁令ナリ故ニ其規定ハ屬人的ナリト(フヒリツクス八二節)ロツコー曰ク破産ハ債權者ノ利益ノ爲メニ其破産者ノ財産ヲ散逸スルヲナカラシメ其平等ニ分配セラル、ヲ得セシメントスルノ制度ナリ是ノ故ニ其規定タルヤ是レ屬物的ニシテ一國破産ノ宣告ハ唯國內ノ物件ニ關シ權利移轉ノ効力アルノミト(ラツコー三部三一節)然ルニマツセーハ中間説ヲ執リ破産者ノ能力ニ關スル規定ト其財産ニ關スル規定トヲ區別シ前者ハ屬人的ナルガ故ニ國外ニ効力ヲ有シ後者ハ屬物的ナルガ故ニ之ヲ有セズトセリ(マツセー商法五四六頁)メルランハ此屬人屬物ニ法ノ區別ヲ棄テ、衡平ト善意トヲ以テ論據トシ謂ヘラク若シ甲者外國ニ於テ乙者ノ破産宣告ヲ受ケタルヲ知り其人ノ物件ヲ買フキハ是レ乙者ノ債權者ヲ詐害スルモノナルガ故ニ其買買ハ有効ナラズ然レモ甲者ハ善意ニテ之ヲ買フキハ其買買ハ有効ナリト(メルラン)ペルトアール、フエイリト二篇)フヒオール謂ヘラク破産ガ國籍ヲ有スル國ニ於テ破産ノ宣告ヲ受ケタル

破産宣告ハ國外ノ効力アリトノ説

時ニ其不能力ハ何ノ地ニ移ルモ猶ホ其身上ニ附着セルモノナリ故ニ破産者ノ財産ハ其宣告ニ由リテ一般ニ管財人ニ移ルヲ認ム可シ商業ハ世界的ノ性質ヲ有スルモノナリ破産ノ宣告ハ商賣上及國際上ノ手續ナルガ故ニ亦世界的効力ヲ有シ一國內ニ限ル可カラズト然ルニホワートンノ説ニ據レバフヒオールノ如キ議論ハ如何ニ精妙ナリモ歐洲現今ノ實際ヲ見ルキハ破産ハ決シテ所謂世界的手續ニアラズ破産宣告ヲ以テ唯國內ニ存在セル負債蒐集ノ一手續ト見做スガ故ニ民籍地ニ於テ破産手續ヲナスキハ其破産者ノ財産ノ存在セル諸國ニ於テモ各破産ノ手續ヲナスベキナリト(ホワートン)三七八節)吾曹ハ更ニ英米ニ於ケル學說ヲ引據セントス彼ノ破産宣告ノ結果トシ破産者ノ財産ノ其管財人ニ移ルヤ其効力國外一般ニ及ブ可シトスル説ノ論據ヲ問ヘバ(曰ク)動産ハ定處ナシ其處分ニ關シハ其所有主ノ身体ヲ支配ス可キ法律即チ民籍地法ニ從フベキモノナリ)故ニ此原則ニ依リテ所有者ハ賣買等自己ノ自由意思ニ由ル行爲ヲ以テ其所有物件ヲ讓渡シ其



當時ニ於テ物件ノ何ノ地ニ存在セルヲ問ハズ各國ハ當サニ其讓渡ノ有効ヲ認ム可キナリ然ラハ破産ノ財産ガ民籍地法ノ作用ニ因リテ有効ニ移轉スルハ是レ自己ノ行爲ヲ以テ移轉シタルト均シク各國之ヲ認メテ有効トナス可キヤ勿論ナリ管財人ハ是ニ由リテ法律上正當ノ所有主トナリ而シテ一切ノ債權者ノ利益ノ爲メニ之ヲ管理スル權ヲ有セリ此ノ如ク或ハ法律ノ作用ニ由リ或ハ自己ノ行爲ニ因ルモ移轉ノ方法如何ハ毫モ願意スルヲ須キズ吾曹ハ唯民籍地法ニ照シ其移轉ノ正當ナリヤ否ヤヲ判斷スレバ足レリ此原則ハ所有者ガ生前ノ行爲ヲ以テ或ハ遺言書ヲ以テ或ハ無遺言ノ場合ニハ法律ノ作用ヲ以テ動産ヲ移轉スル場合ニ於テ總テ其適用ヲ見ルナリ且ツ無遺言ノ場合ニ於テ動産ハ定處ヲ有セザルガ故ニ死者ノ有セル一切ノ動産ハ之ヲ民籍地ニ集メ而シテ之ヲ分配スルニ是レ死者ノ意思ナリト推定スルガ如ク破産ノ場合ニ於テモ亦全シク其財産ヲ民籍地ニ集メ其法律ニ從ヒテ之ヲ處分スルハ是レ破産者ノ意思ナリト謂フヲ得可シ何トナ

レバ破産者ハ自己ノ動産ニ關スル一切讓渡ノ問題ヲ以テ其民籍地法ノ管轄ニ屬セシムルヲ默諾シタルモノナレバナリ若シ此説ニ反スルハ大ナル不便ヲ生ス可シ蓋シ破産宣告ノ効力ヲ一國內ニ限ラシメバ破産者ノ意思如何ニ由リテ其物件ヲ甲國若クハ乙國ニ移シ兩國債權者間ニ大ナル不公平ヲ生スルヲ得ルニ至ラント(ストーリー)四〇四、四〇五節然ルニ破産宣告ニ因ル動産移轉ノ効力ハ國外ノ承認ヲ得可カラズトナスノ論者ハ其理由ヲ述ベテ曰ク動産ハ定處ナクノ所有者ノ民籍地法ニ支配セラル可キハ吾曹モ亦其通則タルヲ承認ス然レモ各國ハ各自ノ法律規定ヲ設ケテ我國内ニ存セル物件ノ處分ヲ支配スルヲ得ルガ故ニ甲國ニ於ケル破産者ノ動産ヲ我國ニ於テ正當ニ差押ヘタル債權者ハ甲國法ニ依リテ選任セラレタル破産管財人ニ對シ其權利ヲ保護ス可キヤ勿論ナリトス而シテ他國ハ其執レテ保護ス可キヤニ關シ毫モ容喙スルノ權利アラザルナリ蓋シ彼ノ民籍地法ニ從テナセル動産處分ノ有効ヲ認ムルハ我が特別ノ規定ナク之ヲ認メ



テ我ニ大害ナキ場合ニ限ルナリ且ツ所有者ノ行為ニ因ル讓渡ト法律ノ作用ニ因ル讓渡トハ亦區別セザル可カラザルモノアリ賣買ハ物件ノ何ノ處ニ存スル之ヲナシ得ルナリ法律ノ作用ニ因ル讓渡ハ物件我管轄内ニ在ラザレハナス能ハズ是レ行為ニ因ル讓渡ハ場處ノ關係ナク法律ノ作用ニ因ルモノハ此關係アルナリ又夫ノ破産者ハ其財産ノ民籍地法ニ從テ處分セラル可キヲ默諾セリト云フト雖此ノ如キハ甚ダ奇僻ノ説ト謂ハザル可カラズ犯罪者ノ財産ヲ沒收スル場合ニ於テ亦犯罪者ハ其財産ノ民籍地法ニ從ヒテ移轉ス可キヲ承諾セルモノナリト謂ヒ得ベキカ夫レ民籍地法ニ依ル動産處分ノ有効ヲ認ムルハ是レ國際上ノ禮讓ナリ然レモ禮讓ハ相互ノ主義ニ根源セリ自國法律ガ其臣民ノ爲メニ規定シタル權利ノ救濟ヲ薄弱ニシ或ハ其擔保ヲ減少ノ猶ホ外國法ノ効力ヲ認メザル可カラズトスルハ愚ノ甚ダシキモノナリ若シ民籍地法廷ノナシタル破産宣告ノ効力ニ拘束セラル、時ハ我債權者ハ正當ニ破産者ノ財産ヲ差押ヘタリモ管理人ニ向テ之ヲ

對抗スルヲ得ス大ニ救濟ノ道ヲ減縮セラル、ノ不幸アル可シ云々ト全前四一〇乃至四一四節吾曹ハ此ノ如ク楯ノ兩面ヲ觀察シ而シテ後ニ私見ヲ述ベント欲ス蓋シ彼ノ屬人屬物ニ法ノ區別ハ甚ダ明了ナルガ如シト雖實際ニ當リテハ孰レカ屬人法ニ孰レカ屬物法タルヲ定ムルヲ難ク時ニ或ハ混合法ノ一種ヲ設クルモノアリト雖此等ノ議論ハ今世學者ノ甚ダ珍重セザル所ナリ吾曹ヲ以テ之ヲ見レハ破産ハ決シテフヒリツクスノ謂ヘルガ如ク人ノ身分ニ關スル禁令ニハアラザル可シ破産者ハ私法上ノ死人ト見做サル、ナリ然レモ是レ財産ニ關シ或行為ヲナシ能ハサルノ謂ニノ畢竟能力ヲ奪ハレシナリ身分ニ關スルモノトハ謂ヒ難シ且ツロツコーノ謂ヘルガ如ク畢竟自己ノ債務ヲ果ス能ハサルノ制裁トシ此不能力ヲ生シタルモノトイフ可シ然レモ吾曹ハ其不能力ニ關スル結果如何ヲ研究セント欲スルニアラズ唯民籍地法ニ依リテ破産管財人ノ選任セラレタル時ハ外國モ亦之ヲ認メザル可カラザルヤ否ヤ是レ主要ノ論點ニモストリーノ縷々論



破産管財人ハ遺産  
管理人ト相似タリ

述セシ所ナリストーリーハ承認説ヲ以テ英國主義ナリトナシ否認説  
ヲ以テ米國主義ナリトセリ其大畧ハ吾曹已ニ之ヲ述ベタリ要スルニ  
兩者共ニ有力ノ議論ヲ以テ根據トスルニ似タリ蓋シ管財人ナル者ハ  
獨リ破産者ノ財産ニ關シ何等ノ利益ヲ得可キ權利アラザルナリ彼唯  
債權者間ニ平等ノ分配ヲ得シメンガ爲メニ選任セラレタルノミ而シ  
彼ハ其財産ヲ管理スルノ權アルニ止ル吾曹ハ破産管財人ト遺産管理  
人ト毫モ相異ルノ點アルヲ見ザルナリ一ハ相續人受贈者ノ爲メニシ  
一ハ債權者ノ爲メニス一ハ死者ノ財産ヲ管理シ一ハ破産者ノ財産ヲ  
管理ス固ヨリ破産者ハ死者ト異ナリ然レモ彼ハ私法上ノ死人ナリ其  
レ此ノ如シ而シ英國法ハ此全種ノ場合ニ處スルニ一ハ世界的規定ヲ  
以テシ一ハ一國ノ規定ヲ以テスルヲ甚ダ解シ難キ所ナリ抑モ或ハ  
フヒオールノ如ク商業ノ世界的タルヲ論據トシ英國主義ヲ維持セン  
カ是レ亦別論タリト雖遺産ノ場合モ此議論ヲナシ能ハザルニアラズ  
吾曹ハ確信ス凡ソ場處ハ行爲ヲ支配スルモノナリ外國ニ於テ破産者

破産ノ管財人ハ一ノ  
法律執行ナリ

ノ財産ヲ管理セントセバ是レ其行爲タルヤ固ヨリ其國法ニ依リテ支  
配セラル可キモノナリ夫レ已ニ管財人ノ性質タル財産分配ノ平等ヲ  
保タンガ爲メニ法律ニ依リテ財産ノ蒐集ト分配トヲ任セラレタルモ  
ノニアラズヤ破産者ノ財産ヲ蒐集分配スルハ寧ロ法律執行ナリト謂  
ヒ得可キニアラズヤ凡ソ此ノ如キハ國外ノ効力アル可キカ如何若シ  
之アリトセバ民籍地法廷ハ管財人ニ向テ汝ハ我國内ニ於テノミナラ  
ズ外國ニ於テモ破産者ノ財産ヲ管理スルヲ得トイヒ得ベシ是レ場所  
ハ行爲ヲ支配ストノ原則ヲ排斥シ外國ノ法律ヲ侵凌スルモノナリ(法  
例一三ノ二)吾曹ハ甚ダ其不可ナルヲ見ルナリ而シテ米國主義ノ論者  
ハ物件所在地法ハ其處分ニ關シ特殊ノ規定ヲナシ得トイヘリ我法律  
ニ於テモ亦此言ヲナシ得可キナリ(法例四)是レ吾曹ト論據全シカラズ  
ト雖見ル所ハ即チ全シ或ハ破産管財人ノ遺産管理人ト全ク相似タル  
ニヨリテ夫ノ遺産管理人ノ權利ハ外國法廷亦禮讓ニヨリテ之ヲ認ム  
可キガ如ク破産管財人ノ權利モ亦然ラザルヲ得ズト思考スル者アラ



國家ハ自國ノ債權者ヲ害シテ外國ノ破産管財人ノ權利ヲ認ル義務ナシ

ンカ然レモ遺產管理人ハ相續者受贈者ノ爲メニ外國ニ於テ其權利ヲ認ムルハ相續者等ノ爲メニ便利ナルノミナラズ亦ソノ國ニ存在セル債權者ノ損害ヲ生スルコトナシ然レモ破産管財人ハ一國ニ於ケル債權者ノ爲メニス夫レ一國ノ債權者ハ必ス其國內ニ存セル債務者ノ動産ヲ見テ以テ我救済ヲ得ルノ方法アリト信セン然ルニ今差押ヘタル物品モ彼ノ民籍地法ニ依レル管財人ノ權利ニ對抗シ得ザルガ爲メニ之ヲ返還セザル可カラズトナス片ハ債務者或ハ民籍地ニ於テ巨額ノ負債アリシヤモ知ル可カラズ然ラバ外國ノ債權者ハ大ニ損失ヲ被ムル可シ且ツソノ民籍地法ニ從テ優先ノ順位ヲ定ムル片ハ外國債權者ノ意外ノ不幸ハ實ニ憐ムヘキモノナルベシ蓋シ禮讓ニ因リテ外國ノ法律ヲ認ムルハ其我ニ害ナキヲ以テ限度トス自ラ己ヲ害シ猶ホ外國法ノ効力ヲ認ムルカ如キハ是レ禮讓ニアラズ殆ド服從ニ近シトイフベシ吾曹ハ是ノ故ニ米國主義ヲ贊成セント欲スルナリ我商法ハ破産ノ國際上効力ニ關シ何等ノ規定ヲ與ヘス商法第三編第二章ニ於テ

英米ノ法律

種々ノ規定ヲ設ケタリト雖此規定タルヤ一國內ニ限レルモノナリヤ否ヤ吾曹ノ信スル所ヲ以テスレバ右ニ陳ベタル理由ニ基キ破産ノ性質上其効力ヲ一國內ニ限ルベキモノトス是ノ故ニ不能力問題ノ如キ一切ノ効力ハ外國ニ及ブモノニアラズ從テ管財人ノ管理ハ亦國外ノ財産ニ及ボスコトナシ(商九八五以下)

(一一七)吾曹ハ簡單ニ英米法律ノ如何ヲ見ントス英國ノ破産條例ニ據レバ凡ソ破産有ノ一切ノ財産ハ其管財人ニ移轉スヘシトス此ノ如ク毫モ物件所在ニ就キテ區別ヲ立テザルナリ(一八六九年破産條例一五節三乃至五項)然レモ諸判決ヲ見レバストリーノ謂ヘルカ如ク決シテ民籍ノ有無ヲ以テ管轄ノ標準トナスニアラザルヲ知ル外國人英國ニ於テ負債ヲナシ英國ニ於テ破産行爲ヲナシタル片ハ英國ノ破産法ニ從フベシトセリ(Ex parte, Crispin. 42. L. J. Bank. 65.)然ルニ更ニ一步ヲ進メ負債ハ外國ニ於テ負擔シタルモノナレモ破産行爲ヲ英國ニ於テ爲シタル以上ハ英國法ニ從フベシトセリ(Ex parte, Pascal Re Meyer, L.



R. 1. Ch. D. 509] 判事メリシニ卿曰ク英國ニ於ケル暫時ノ住居ハ破産行爲ニツキ我英國法ヲシテ破産一切ノ手續上ニ管轄ヲ有セシムルニ足ルト凡ソ是レ等ヲ以テ之ヲ見レバストーリーハ英國主義ヲ以テ一ニ民籍地法ニ依ルモノナリトセリト雖モ今日ニ至テハ然ラズイテ一ニ破産行爲ノ有無ヲ以テ標準トスルモノ、如シ(フート、二三一頁)吾曹ノ所見ヲ以テスレバ是レ太ダ理アリ何トナレバ破産行爲ハ破産ニ關スル法律作用ヲ喚起スベキ事實ノ發生シタルモノナレバ發生地ノ法律ヲ破産ノ管轄ヲナサシムルコトハ當然ナレバナリ然レモ管財人ハ其行爲ニ因リテ所有權ヲ得タルニアラズ寧ロ動産上ニ權利ヲ得タル者ハ債權者ニ外ナラズ是ノ故ニ管財人ヲ一國內ニ於ケル管理行爲ヲナサシムルハ可ナリト雖外國ニ於テモ亦之ヲナシ得ヘシトスルハ其當ヲ得ズ何トナレバ管理ハ債權者間ニ於テ分配ノ平等ヲ保ツヘキ法律上ノ手續タルニ過ギサルバナリ若シ英國法廷ニシテ其認メタル管財人ハ佛ニ於テ獨ニ於テ總テ管財人トシテ認ムヘキモノナリトイ

フモ佛若クハ獨ノ債權者ニシテ其法律ニ從ヒテ破産者ノ動産ヲ差押ヘタル時ハ佛獨法廷ハ果ソ管財人ヲ以テ優先ノ權利アリトナスベキカ差押等ノ規則ハ債權者ヲ保護スルニアリ管理ノ規則モ債權者ノ利益ノ爲メナリトセバ佛獨法廷ノ取捨スル所知ルベキノミ然ラバ英國ノ法廷ハ獨リ此主義ヲ取ルモ實際ニ於テ何ノ効果モアラサルベク所謂無害的電光ニ止マンノミウエストレイキハシル對ウアルスウヰツクニ於ケル判事ロスリン卿ノ判決ニ據リテ左ノ規則ヲ立テタリ曰ク英國法廷ニ於テハ若シ外國ニテ債權者破産者ノ財産ヲ差押ヘ訴訟未タ結局セサルニ當リテ英國ニ於ケル破産ノ事實ヲ通告スルキハ我英國ニ於ケル管財人ノ權利ヲ以テ債權者ニ優レリトス而ソ其債權者ハ差押ニ依リ取得シタルモノヲ一切管財人ニ返還セサルヘカラス然レモ此規則タルヤ英國ノ債權者ニ限リ外國債權者ハ此限リニアラスト蓋シ英國ノ債權者トハ英國民籍ヲ有スル債權者ヲ指セルナリ(ウエストレイキ二七九節)是レ外國法律ニ從ヒ其法廷ノ保護ニ依リテ財産



ヲ差押ヘタル外國籍ノ債權者ニ對シハ英國法廷ハ之ヲ如何ニスルナ  
 キナリ蓋シ英國法廷ハ破産ヲ以テ動産上權利ノ管財人ニ移轉スルモ  
 ノトナスガ故ニ權利移轉ハ行爲若クハ事實發生ノ地ノ法律ニ從フベ  
 シトナセルナラン是ノ故ニ外國ノ破産ニ對シモ全様ノ規定ヲナシ外  
 國管財人ノ權利ハ我債權者ニ優レリトナセリ(Solomons v. Pass, 1. H. Bl.  
 151.)故ニ外國ニ於ケル破産管理人ト其破産者ノ遺產管理人ト孰レカ  
 優先ノ權利アリヤヲ決スルニ當リ法廷ハ謂ヘラク破産ニ因リテ動産  
 上ノ權利ハ總テ破産管理人ニ移レリ已ニ死者ノ遺產ニアラズ遺產管  
 理人如何トモスベカラズト(グリフェイス破産法九四頁)  
 ホワートンハ破産ニ關シ英米法律ノ比較ヲ與ヘタリト雖復茲ニ之ヲ  
 贅セス(ホワートン三八九乃至三九〇百節)

第二 婚姻ニ因ル讓渡

(一一八)一ニ民籍地法ニ從フヘキモノナリ婚姻ノ效果ヲ説明スルニ  
 當リ之ヲ論シタルヲ以テ之ヲ略ス

婚姻ノ効果

第三 沒收

沒收

(一一九)税關規則ヲ犯シ物品ヲ沒收セララル、トアリ此沒收タルヤ固  
 ヨリ各國ノ承認スヘキ所ナリトス蓋シ各國關稅ヲ課スルハ其國商業  
 工業ノ利益ヲ保護シ且ツ財政上ノ目的ヲ以テスルモノナリ故ニ各國  
 其稅率ヲ定メ又犯則ノ制裁ヲ定ムルノ權アリ唯其レ規則ヲ破リシガ  
 故ニ其制裁トシテ沒收ヲナスナリ是レ國內ニ於テ其國ノ法律ヲ執行ス  
 ルモノナレバ他國ノ之ニ向テ容喙スベキ所以ナシ而シテ若シ一旦沒  
 收セタル物品或不正ノ方法ヲ以テ外國ニ移サレタル時ハ外國ハ  
 猶ホ沒收國ノ權利ヲ認ムヘキヤ吾輩ノ信スル所ヲ以テスレバ之ヲ認  
 ムルヲ以テ正當トス然レモヘルシウスノ説ニ據レハ却テ之ヲ認メズ  
 トセリ(ヘルシウス四ノ一八)蓋シ國家ハ自ラ其法律ヲ外國ニ執行スル  
 能ハズ若シ沒收ヲ以テ單純ニ法律ノ執行ナリトスルハ外國ノ之  
 ヲ認メザルハ當然ナリトイフヘキニ似タリ然レモ沒收ノ宣告ハ全時  
 ニ權利ノ剝奪ヲ命スルモノナリ權利移轉ハ行爲地ノ法律ニ從フヘキ



ナリ此場合ニ於テハ法律ノ作用ニ因ル權利得喪ナリ此法律作用ヲ喚起スベキ關稅規則違反ノ事實ハ實ニ其國內ニ發生シタルモノナリトセハ外國ト雖之ヲ認メザルベカラザルニアラズヤ若シ已ニ之ヲ認ムトセハ所有者ノ其物件ニ關シ何等ノ權利アラザルヲ認メザルヘカラス若シ之ヲ認メハ亦沒收國ノ之ヲ處分スベキ權利即チ其物件ニ關シ所有權アルヲ認メザルベカラザルニアラズヤ果シ然ラバ假令ヒ詐欺ノ方法ヲ以テ其物件ヲ外國ニ齎ラスモ猶ホ沒收國ノ權利ハ依然トシ存セザルベカラズ然レモ之ヲ取押フル等ノ如キ手續ニ至テハ所在地法律ニ一任セザルベカラズ場所ハ行爲ヲ支配スレバナリ

#### 第四款 動產上擔保

(二二〇) 動產上擔保ハ其種類甚ダ多シ我債權擔保篇ニ規定スル所ヲ見テ知ル可キナリ然レモ吾曹ハ必スシモ一々之ヲ論スルノ要アルヲ見ズ唯二三ノ點ニ就キテ略述スレハ各種ノ場合ニ應シ其適用ヲ見ル

動產上擔保ハ行爲  
地法ニ從フ

「難ニアラズ夫ノ質權ノ如キ債權者ノ有スル物上權ニシテ此等ニ關シ必要ノ議論蓋シ尠シトナサズ然レモ民法トシテ之ヲ見ルキハ甚ダ混雜ノ問題ヲ生ス可シト雖モ唯其性質已ニ一定セリトシ其國際上ノ効力如何ヲ論スルニ至テハ簡單ノ説明ヲ以テ足レリト信ス吾曹ヲ以テ之ヲ見レバ此等權利ノ問題ハ亦場處ハ行爲ヲ支配ストノ原則ニ從ヒ、  
 結約地法ニ依リテ支配セラル可キモノナリ抑契約ノ有効無効ハ結約地法ニ從テ判斷ス可キト一般ニ認ムル所ナリ質入契約ハ一種ノ契約ナリ故ニ質取主ノ權利流質契約ノ有効無効等ニ關シハ結約地法獨リ其力ヲ專ニスルヲ得可シマツテウス曰ク動產質入ハ債務者即チ質入主ノ民籍地法ニ從フ可シ動產上質取債權者間ノ特權優先ノ順位等ハ亦債務者ノ民籍地法ニ從フ可キモノナリト(ストーリー四二三節)然レモ此ノ說タルヤ到底動產ハ人ニ從フトノ原則ヲ以テスルニアラザレバ之ヲ維持シ難カル可シ近世ノ學者或ハ猶ホ此原則ヲ認ムト雖モ其適用ニ至テハ著シク制限ヲ加ヘザル者アラズ若シ夫ノサグイニ



ハール諸家ノ如ク又我法例ノ定ルカ如ク動産モ亦定處アリ故ニ所在地法ニ從フ可シトナスキハ亦締約地法ニ從ハザル可カラズ何トナレハ締約地ト所在地トハ概テ同一ナレバナリ然レモ必シモ然ラサルアリ或ハ甲國ニ於テ質入ヲナセシニ第三者乙國ニ在リテ其物件ヲ占有シ債權者ノ爲メニ之ヲ占有スルヲ承諾スルヲアリ第三者ハ即チ質取債權者ノ代理人トシテ物件ヲ有スルナリ是ノ如キ場合ニ於テハ物件所在地ト質入地ト相全シカラズ吾曹ハ此時ニ當リテ代理人所在地ノ法律ヲ質權上ノ問題ヲ決セシム可キヤヲ疑フ何トナレバ代理人ノ所在地ハ實ニ偶然ナレバナリ吾曹ハ堅ク締約地法ハ契約ノ有効無効ヲ決ス可キモノナルヲ信ス然ラバ質權ヲ得タリヤ否ヤ質權ノ性質如何ハ亦之レニ依リテ判斷セラル可キニアラズヤ

留置權

(二二二) 吾曹ハ最終ニ留置權ヲ論セントス彼ノ留置權若クハ途中差留權ノ如キハ最モ國際上ニ於テ重要ノ問題ヲ組成セルモノナリスト一リ一謂ヘラク此等ノ問題ハ最モ商業上ニ於テ頻繁ナル可キヲ以テ

若シ留置權ニシテ物件所在地法ニ從テ或ハ生シ或ハ滅スルガ如キヲアラバ大ニ商業ノ隆盛ヲ障礙ス可キガ故ニ此等ノ權利ヲ一般ノ効力ヲ有セシムルヲ實際上甚ダ必要ナリ且ツ一般ノ原則トシテ留置權等一タビ取得セラル、キハ其後ニ至リ假令ヒ物件ノ所在地ヲ變ストモ決シテ其効力ヲ失ハザル可ク留置權アルヲ知ラザリシ買主若クハ債權者ニ對シテ充分ニ之ヲ對抗シ得ザル可カラズ此權利ハ物上ニ附着スルモノナリ物件所在地ヲ變スルモ固ヨリ之ヲ左右シ得ザルナリ云々ト(スト一リ一四〇二節)而シテ氏ハ英國ニ於テ此主義ヲ認メタリト謂ヘリ(サヴィニ一ノ說ニ據レバ一國ニ於テ正當ニ與ヘラレタル留置權ト雖モ物件所在地ヲ變シ其國法ハ善意ノ第三者ニ對シテ此ノ如キ留置權ヲ對抗スルヲ許サハルキハ之ニ從ハサル可カラズトナセリ(サヴィニ一八篇七七〇頁)吾曹ヲ以テ之ヲ見レバ此問題ハ甚ダ困難ナルガ如シ蓋シ此等ノ問題ハ最モ貿易上ニ於テ其適用ヲ見ルモノナリ今物件ノ移轉ニ從ヒテ留置權ノ或ハ生シ或ハ滅スルトスルハ賣買ノ當事者ヲシテ甚ダ不



安ノ地位ニ立タシムルナリ然レモ一方ヨリ之ヲ見レバ若シ留置權一  
 タヒ附着スレバ決シテ滅失スルコトナシトスルモハ善意ノ第三者ヲ害  
 スルコト甚シキコトアラム<sup>卑見</sup>ヲ以テスレバ留置權ナリヤ否ヤノ問題ハ  
 結約地ノ法律ニ從フ可キモノナリ何トナレバ結約地法ハ契約ノ有効  
 無効ヲ決ス可キモノニ留置權ハ即チ契約ニ因リテ生スルモノナレ  
 バナリ然レモ吾曹ハ結約地法ノ効力ヲ以テ敢テ絶對的ナリトセズ  
 シ場處ハ行爲ヲ支配ストノ原則ハ亦此場合ニ適用セサル可カラザレ  
 バナリ吾曹ハ契約ノ例ヲ取リテ之ヲ説カン甲國ニ於テ乙國ニテ履行  
 ス可キ契約ヲ締結セル場合ニ明示默示ノ意思アラザルモハ契約自体  
 ノ有効無効ハ甲法ニ從フ可キモ契約履行ノ正當不正當ハ乙法ニ從ハ  
 ザル可カラズ甲國法律ハ契約ノ効力ヲ決シ得ルノミ自ラ之ヲ以テ有  
 効トナスガ故ニ當事者ヲ乙國ニ於テ之ヲ履行スルノ權利ヲ得セシ  
 ムルコトナシ是レ乙國ノ主權ヲ侵害スルモノナレバナリ留置權ニ關シ  
 モ亦然リ結約地法ハ一ノ契約ニ關シ是レ有効ナリ甲某ハ留置權ヲ得

タリト云ヒ得可キナリ然レモ甲某ハ何レノ國ニ於テモ物件ヲ留置シ  
 第三者ニ對抗シ得可シト云フヲ得ザルナリ外國法律ハ其契約ノ已ニ  
 結約地法ニ依リテ正當ナル以上ハ之ヲ認メザルヲ得ザルナリ必ズヤ  
 曰ハン其契約ハ有効ナリ而シテ之ニ依リテ留置權ヲ得タリト然レモ必  
 シモ之レヲ行フ結約地ニ於ケルト全一ナル可シト云フニアラザル  
 ナリ例セバ甲國ノ法律ハ賣買ノ場合ニ於テ買主ハ未濟代金ニ關シ賣  
 品上留置權ヲ得トナシ乙國法ハ之ヲ得ズトナシ而シテ又留置權ヲ行フ  
 ニ當リテ多少ノ條件ヲ要ストセンカ若シ甲國ニ於テ賣買ヲナシ賣主  
 ハ其物件ヲ留置シタリシニ其後物件ヲ乙國ニ移シタリト假定セバ此  
 場合ニ於テ乙國法廷甲國法律ノ定ムル所ニ從ヒ賣主ハ契約ニ依リテ  
 留置權ヲ得タリトセサル可カラズ然レモ若シ乙國法ニ於テ留置權ノ  
 實行ニ關シ或條件ヲ要ストセハ賣主ハ甲國法ニ於テ之レヲ要セザル  
 ヲ以テ之ヲ拒ムヲ得ザルナリホワートンノ謂フ所ニ據レバ英國ノ法  
 律ハ賣買代金ニ關スル留置權ヲ實行スルニハ物件所在地法ニ從フ可



ク契約ニ由リテ留置權ヲ設定ス可キ意思アリシヤ否ヤハ結約地法ニ從フ可シトセリ(ホワートン三一七節)吾曹ハ之ヲ以テ其正當ナル見解ナリト信ス故ニ留置權設定ハ結約地法留置權實行ハ實行地法即チ物件所在地法ニ從フトノ原則ヲ以テ最モ一般ノ原則ニ抵牾セサル適當ノ規則ナリトナスナリ(ホワートンハ更ニ米國ノ一判決ヲ舉ゲタリミシシッピ州ニ於テ留置權ヲ與ヘシニ其物件ノアラバマ州ニ移サル、ニ至リテ留置權者ハ善意ノ買主ニ對シ自己ノ權利ヲ對抗スルコト得ズトナリ(Marsh v. Ellsworth, 37 Ala. 85.)而シテ氏ハ謂ヘラク是レ留置權ノ設定ハ一國內ニ効力アルニ止ルトセルナリト然レモ吾曹ヲ以テ之ヲ見レバ必スシモ然ラザルカ如シ此判決ニ據レバアラバマ法廷ハミスシッピ州ニ於テ設定セラレタル留置權ヲ認メズト斷言ス可カラズ此判決例ニテ決セラレタル争點ハ外國ニ於ケル留置權ノ設定ヲ認ムルヤ否ヤニアラズ留置權實行ニ關シ何ノ法律カ管轄ヲ有ス可キヤニ在リ善意ノ第三者ニ對抗シ得ルヤ否ヤハ是レ留置權實行上ノ問題ト謂

日本ノ規定

フ可キノミ或ハ謂ハン若シ此ノ如クナレバ留置權設定ノ問題ハ毫モ實益ヲ見ザル可シト然レモ吾曹ハ必スシモ然ラザルヲ信ス今若シアラバマ法律ニ據リテ善意ノ第三者ニ對抗シ得ト假定シ而シテミスシッピニ於テ留置權ヲ得タル原因ハアラバマ法律ノ認メザル所ナリトナサンカ此場合ニ於テハ實行上ノ問題ハ之ヲ決スルノ要ナクシテ設定上ノ問題最モ必要ノ争點タル可シ

(一) (二) 法例ノ定ル所ニ據リテ我法律ノ如何ヲ推究スルニ我法例ハ動産管轄ニ關シ所在地法ノ主義ヲ取レリ是故ニ留置權ノ設定若クハ實行ニ關シハ設定若クハ實行ノ當時ニ於テ物件ノ所在セル土地ノ法律ニ從ヒ設定實行ノ有効無効ヲ定ム可キト是レ我法律ノ精神ナリト謂ハザルヲ得ズ

物件ノ移轉ニヨリ  
ヲ生スル留置權

甲國ニ於テ留置權ヲ生セザリシモ物件ノ乙國ニ移轉セラレタルホハ或ハ其國法ニ依リテ留置權ヲ生スルコトアル可キカバルコト曰ク賣買當事者間ノ契約ハ結約地法ニ從テ解釋ス可キモノナルガ故ニ物件ノ移



動ニ由リテ留置權ヲ創設スルコトナシト(バルヂ三卷七七〇頁)サヴィニ  
 一曰ク留置權ハ契約ノ一部ナリ是ノ故ニ物件所在地法ト結約地法ト  
 ニ依リテ與ヘラル、ニアラザレバ之ヲ生スルコトナシト(サヴィニー三  
 六八節)ナリ吾曹ハ留置權ヲ以テ契約ノ一部ナリト云ハンヨリモ寧ロ  
 契約ノ效果ナリト云フノ優レルヲ覺ユ然レ是ヲ以テ毫モ其議論ヲ妨ク  
 ルコトナシ然ルニ米國ノ一判決例ハ全ク反對ノ主義ヲ取レリオハイオ  
 州ノ條例ハ船舶備付品ニ關シ留置權ヲ與ヘタリ而シテニューヨーク  
 州ニ於テ其賣買ヲナシ船舶オハイオ州ニ入ルニ及ビ賣主ハ其備付品  
 上ニ留置權ヲ得タリト判決セラレタリ(Steadman v. Patelin, 34 Barb. 218)  
 吾曹ハバルヂノ議論ニ感服スルコト能ハズ何トナレバ留置權創設ノ問  
 題ト契約解釋ノ問題トハ一括シテ之ヲ論ス可キニアラサルヲ信スレバ  
 ナリ又サヴィニーノ説モ亦服スルコトヲ得ズ何トナレバ契約ノ成立權  
 利ノ創設ハ行爲地法ニ從ヒ其實行ハ實行地法ニ從フトノ原則ヨリ之  
 ヲ見ルモ兩法ノ全時ニ効力ヲ及ボストイフカ如キハ甚ダ不便ニシ且

ツ不正ナレバナリ蓋シ此説タルヤ成立ト實行トヲ混全シタルモノニ  
 アラサルカ而シテ吾曹ハ更ニニューヨーク州ノ判決ニ服スルコト能ハ  
 ス此判決モ亦創設ト實行トヲ混シタルモノニ甚ダ分拆的考察ニ疎  
 ナルモノト云ハサルヲ得ズ留置權ハ或ハ當事者ノ意思ニ由リ或ハ法  
 律ノ作用ニ由リテ生スルモノナリ然レモ其ノ何レタルヲ問ハズ或行  
 爲ニヨリテ創設セラル、ハ爭可フカラサル事實ナリ此權利創設ハ行  
 爲地法ノ支配ヲ受ク可キコト一般ノ原則ナリト信ス若シ又我法律ノ定  
 ル如ク此等留置權ノ創設ハ物件所在地法ニ從フトスルモ猶是レ創設  
 ノ當時ニ於ケル所在地法タルコト明ナリ而シテ其所在地法タルヤ決メ漫  
 然此等ノ權利ヲ創設スルニアラズノ必ス或事實若クハ行爲ノ發生ヲ  
 以テ權利ノ原因トナスナリ然ラバ假令其物件甲國ヨリノ乙國ニ移轉  
 セラル、之レガ留置權ヲ創設ス可キ原因アラサル以上ハ何ヲ以テ  
 留置權ヲ生シタリトイフ可キカ物件ノ乙國ニ在ル間ハ留置ノ行爲ハ  
 乙國ニ於テセザル可ラズ故ニ乙國法ハ其留置權ノ實行ニ關シ管轄ヲ



三百二十  
及ボス可シト雖モ權利ノ創設セラレザル間ハ亦之ヲ如何トモスルヲ  
能ハザルナリ

## 第二章 不動産

- （二二三）不動産ハ所在地法ニ從フ
- （二二四）不動産上ノ争訟ニ關シ所在地法廷ハ專屬タリ
- （二二五）所在地法ハ不動産ノ性質ヲ定ム
- （二二六）不動産讓渡ハ所在地法ニ從フ
- （二二七）讓渡能力ハ所在地法ニ從フ
- （二二八）日本ノ規定
- （二二九）讓渡ノ方式ハ所在地法ニ從フ
- （二三〇）日本ノ規定
- （二三一）時効ハ所在地法ニ從フ
- （二三二）衡平ノ主義ニ基ケル不動産上ノ管轄
- （二三三）遺言ノ方式ハ所在地法ニ從フ
- （二三四）遺言者ノ能力ハ一般ニ本國法ニ從フベシトスル説
- （二三五）無遺言相続ハ所在地法ニ從フ
- （二三五）日本ノ規定
- （二三七）婚姻ノ不動産上ノ效果ハ所在地法ニ從フ
- （二三八）被産宣告ノ效果ハ外國ノ不動産ニ及ハズ



總論

不動産ハ所在地法ニ從フ

(一二三) 不動産ニ關スル一切ノ問題ハ所在地ノ法律ニ依リテ決セラ  
 ルヲ以テ原則トス我法律モ亦之ヲ明言ス(法例四)此規則ニ關シテハ大  
 陸及ヒ英米諸國ノ學者殆ント一致シテ能力等或一部ノ點ニ關スルノ  
 外曾テ異論ヲ唱ヘタル者アルヲ聞カス不動産ハ其所在地ノ法律ニ依  
 リテ支配セラル (Ut immobilis statutis loci regantur, ubi sitae.) トハポールの  
 エトノ斷言セシ所ナリ其他之ニ關シテ全様ノ言ヲナセシ者枚擧ニ違ア  
 ラズ羅馬法ニ於テハ不動産ニ關スル問題ハ一ニ所在地法ニ從ヒ亦被  
 告ノ民籍地ノ法廷ニ訴フルヲ得タリシト雖モ一事件ニ關シテ二種ノ法  
 律カ管轄ヲ及ボスハ甚ダ抵觸混雜ヲ生スルノ恐アルヲ以テ竟ニ所在  
 地法廷ヲ以テ專屬ノ法廷トナスニ至レリ(ホワートン二七三節)今日ニ  
 於テハ此原則ハ一般ノ採用スル所トナリ不動産讓渡ノ効力ノ如キ其  
 方式ノ如キ當事者ノ能力ノ如キ或ハ時効ノ規定ノ如キ破産宣告ニ因  
 レル管理ノ如キ一切所在地法ノ管轄ヲ認メタリ蓋シ彼ノ動産ニ關シ

其理由

ハ一般ニ所有者民籍地法ニ依ル可シトシ或ハ物件所在地法ニ從フ可  
 シトナスト雖モ學者間ノ議論四分五裂ノ状態アルニ拘ハラズ不動産  
 ニ關シテハ殆ント萬口一辭所在地法ヲ以テ最上ノ權カアリトナスモノ  
 其理由果シテ如何(第一)若シ民籍地法ヲ以テ不動産上ノ問題ヲ管轄ス可  
 シトナスキハ民籍ヲ異ニスル二三者互ニ其所有權ヲ主張スルニ當リ  
 何レノ法ヲ取ル可キヤヲ決スル能ハサル可シ是故ニ所在地法ノ効力  
 ヲ認ル<sub>一</sub>實ニ必用上已ムヲ得サルナリ(マッセー九三頁)フリックス一卷  
 三部六一號(第二)土地ニ關シテハ各國其政略上ヨリ特殊ノ規定ヲナセリ  
 例セハ英國ニ於テハ大農主義ヲ取リ佛國ニ於テハ小農主義ヲ取ルカ  
 如シ大農ノ主義ヲ取ルキハ土地ノ分割ニ關シテ種々ノ制限ヲナス可キ  
 必要アルベク小農主義ヲ取ルキハ土地ノ分割ヲ獎勵ス可キ法制ナカ  
 ル可カラズ然ルニ若シ此等土地ノ讓渡等ニ關シテ所在地外ノ法律ノ管  
 轄ヲ認ル時ハ一國ノ政畧ヲ攪亂セラル<sub>一</sub>ノ恐アリ(ホワートン二七八  
 節)(第三)伊太利埃太利ニ於テハ教會ノ領土ヲ擴張スルヲ獎勵スルノ



傾アリシニ英國ハ全ク之ニ反シ寺院ノ其土地ヲ擴ムルヲ拒クガ爲ニ「スタチュート、オブ、モートメイン」ノ條例ヲ發布セリ是レ亦各國政略上必要ノ規定ニシテ外國ノ干渉ヲ受ク可カラサルモノナリ云々(全前二七九節)(第四)一國ノ主權者政略上ヨリノ一種ノ規定ヲ設ルキハ外ヨリ之ヲ動搖スルモノアルヲ許ス可キニアラズ若シ外國人ニシテ之ヲ買フモノアルキハ自ラ其規則ノ搖ク可キ恐アルカ故ニ文明諸國ハ概テ外人ノ土地所有ニ關シテ大ニ制限ヲ設ケタリ云々(全前二八〇節)(第五)人ノ外國ニ於テ土地ヲ所有スルヤ是レ其地ノ法律ニ服從スルモノナリ(全前二八一節)(第六)不動産ハ一定ノ場所ニ存在シ之ヲ離ル、トナキ者ナリ故ニ其性質上所在地法ニ從フ可シ(全前二八三節)(第七)所在地法ヲ以テ管轄法律トナスニアラザレバ土地ノ價格ヲ損ス可シ何トナレバ賣買ニ關シテ諸國其規則ヲ異ニシ或ハ登記ヲ要シ或ハ要セズ而シテ權利者ノ優先權等ニ關シテ皆一樣ナラサルガ故ニ若シ締結地法若クハ民籍地法等ヲ以テ管轄法律トナスキハ買主ハ常ニ危險ノ恐ヲ懷カザル可カ

以上ノ理由ハ有力ナルモノニアラズ

ラザレバナリト以上ハホワートン氏ガ諸家ノ議論ヲ列舉セル所ナリ猶バールノ其財產總論ニ於テ掲ゲタルモノヲ舉テ之ヲ補フベシ(第七)此事タルヤ自ラ之ヲ證明スルモノナリトノ論ヲナス性法學者アリ(第八)メルラン、シエフタル諸家ハ是レ國家主權ノ觀念ヨリ生ス可キ必然ノ結果ナリトス(第九)是レ至ク立法者ノ意思ニ因レリトスドール、ウエヒテル諸家は是レナリ以上ノ九理由ハ各獨立セルモノニアラズノ大半ハ大全小異ナリトイフ可シ要スルニ諸學者種々ノ理由ヲ附シテ不動産上ノ大原則ヲ説明セント試ミタルモノナリ然レモ此等ノ議論必ズシモ皆有力ナリトナスヲ得ズ彼ノ主權ノ觀念ヲ以テ立論ノ根據トナスモノ、如キハバールノ大ニ非難セシ所ナリ氏曰ク一國主權ノ其國土ニ及ボスト其臣民ニ及ボストハ何等ノ差アリトナスヤ之ヲ以テ此原則ヲ説明スルニ足ラザルナリト(バール財產總論)當事者ノ意思ヲ以テ證據トスルモノ亦大ニ非難ヲ受レズバールハ之ヲ論シ是レ循環論理ナリトセリ何トナレバ此說ヲ解析スルキハ所有者ハ所在地法ニ



服從シタルガ故ニ其法ノ支配ヲ受ケ其法ニ依リテ所有權ヲ得タルガ故ニ之ニ服從スト謂ハザル可カラザレバナリ(全前)或ハ所在地法ニ依ラザルキハ商買ノ安全ヲ妨グトイヒ或ハ國家政畧ヲ以テ論據トナスカ如キハ是レ甚ダ有力ナルヲ認ム可シト雖商買安全ノ如キハ動産ノ場合ニ比シテ顯著ナル差異ヲ發見スルコト能ハズ國家政畧ノ議論ト雖漸ク其勢力ヲ減ズルモノトイハザル可カラズ日本佛國若クハ英米ノ法律ヲ見ルキハ立法者ハ動産ヲ輕視ノ重キヲ不動産ニ置クノ傾ナキニアラズト雖是レ古代經濟上ノ進歩未ダ著シカラザリシ時世ノ餘習トイフ可キノミ今日國家ノ富ヲ組成スル所ノモノ其大半ハ動産ナリト云ハザル可カラズ動産物ハ農工業ノ盛ナルニ從テ増殖スト雖不動産ハ其廣袤ヲ加フルコトナク價格ノ昇騰モ亦經濟學者ノ說ニ據レバ自然ニ制限アリトス果シテ然ラバ後來ニ於テ動産ト不動産トハ其地位ヲ顛倒スルニ至ルヤ未ダ測ル可カラザルナリ故ニ此等ノ議論ハ甚有力ナリトノ遵奉ス可キモノニアラズパールハ從來諸學者ノ之ニ關スル

議論ヲ批評シテ竟ニ完全ノ理由トノ認ム可キモノナラサルヲ論定シ而シテ自ラ說ヲ述テ曰ク物件法ハ其物ニ關スル權利者ヲ保護シ第三者ヲシテ其權利ヲ害セザラシムルモノナリ故ニ此屬物法タルヤ物ノ存在ニヨリテ生スル規定ニシテ其存在ヲ以テ條件トセルモノナリ然レモ法律關係ハ物ノ存在自体ヨリ生スルモノニアラス其物件ヲ以テ法律上取引ノ目的トナス時ニ於テ始メテ法律關係ヲ生スルモノナリ例セハ讓渡ニヨリテ所有權ヲ取得シ又ハ時効特別ノ規定占有等ニ因リテ權利ヲ得ルガ如シ此ノ如ク物件法ハ物ノ存在ヲ以テ條件トナスモノナリ且ツ之ヲ目的トセル或行爲ヨリ生スル法律關係ヲ規定スルモノナリ而シテ其行爲タルヤ實際其物ニ觸接スルヲ要ス其物ニ觸接スルヤ物件所在地ニ於テスルニ非サレハ之ヲナシ難カル可シ然ラハ物ニ關シハ所在地法ヲ以テ最上權アリトスルコト至當ナル可シ若シ民籍地法ヲ以テ物件ヲ支配セシメンカ是レ大ニ不可ナリ何トナレハ物件法ノ目的タルヤ其物件ト之ニ觸接セル當事者間ノ法律關係トヲ定ルモノナレ



ハナリ民籍ハ毫モ之ニ關係ヲ有スルコトナシ然レモ法律上取引ハ必シ  
 モ觸接ヲ要ストスルニアラス或ハ物件所在地外ニ於テ物件ニ觸接セ  
 ズ之ヲナスコアルナリ此ノ如キ場合ニ於テハ物件所在地法ニ依ラ  
 ンカ取引地法ニ依ランカ余ハ前者ノ取ル可キヲ斷言ス何トナレハ此  
 ノ如キ物件ニ觸接セサル取引ヲ有効ナリトシ之ヲ第三者ニ對抗スル  
 ニ當リテハ法律ノ決ス可キ争點ハ其第三者カ實際其物件ニ觸接シ  
 シタル行為ハ効果アリヤ否ヤ若シ之アリトセハ程度如何トイフニ在  
 シハナリト(パール財産總論)蓋シ氏ハ動産ト不動産トノ間ニ區別ヲ立  
 ツ可キ理由ナシトシ凡ソ財産ハ一般ニ物ノ所在地法ニ從フ可シトナ  
 セルナリ吾曹ハ氏ノ議論ヲ以テ甚ダ精緻ヲ極メタルモノナリト信ス  
 其權利關係ノ發生ヲ以テ法律管轄ヲ定ム可キ標準トナシタルカ如キ  
 ハ吾曹其卓見ナルニ服ス然レモ法律上取引ハ必ズシモ所謂觸接ヲ要  
 スルモノニアラス且其最後ニ於テ第三者ニ對抗スルニ當リテハ法律  
 上ノ争點ハ其觸接ノ有効ナリヤ否ヤニ在リトイフト雖第三者モ亦觸

パールノ議論モ亦  
 有力ナラス

接セズ其物ニ關シ或行為ヲナシ得ルナリ此ノ如ク諸家ノ議論ヲ閱  
 歴シ來レハ皆満足ナル理由トノ承認ス可キモノアラザルヲ見ルナリ  
 果ソ然ラハ夫ノ不動産ハ所在地法ニ從フトノ原則ハ果ソ非ナルカ然  
 ラハ何ヲ以テカ真正ノ規定トナス可キカ其レ或ハ非ナラサルカ然ラ  
 ハ眞誠ノ理由ハ如何吾曹ハ必スシモ此原則ヲ以テ非ナリトセス否或  
 ハ之ヲ非ナリトスルモ歐米諸國ノ法律學說一般ニ之ヲ採用シ既ニ所  
 謂普通法ノ一部トナレル以上ハ其非ナルヲ論スルモ到底空論ニ止  
 マンノミ然レモ諸學者ノ其理由ヲ説明スルヤ多クハ事後ノ議論タル  
 フ免レサルカ如シ吾曹ノ信スル所ヲ以テスレハ此原則ノ根據トスル  
 所ハ唯沿革的<sup>9</sup>理由<sup>9</sup>ナランカ封建時代ニ於テハ農民ハ唯土地ノ附着物  
 トノ永久動かズ土地ノ所有者變スルニ及ヒ農民ハ其主人ヲ變スルノ  
 ミ當時群雄割據唯土地ノ大小ヲ以テ其權力ノ強弱ヲ致スヲ以テ大ニ  
 土地ヲ尊重シ人民ヲ輕視シタルト蓋シ亦故ナキニアラサル可シ且ツ  
 夫レ此時代ニ於テハ君主ハ其領土ニ關シ最上權ヲ有シ臣下ハ土地所



有者タルヲ得タリト雖是レ唯君主ノ恩惠ニヨリテ之ヲ保有スルノミ  
 ニ一朝君主ノ意變スルキハ忽チ之ヲ奪フヲ得タリシナリ君主ハ  
 國內ニ於テ土地上ニ此ノ如キ權利ヲ有シタルト全シク他國ノ君主ヲ  
 ン會テ自己ノ領地ニ容喙セシメサリシヲ明ナリ是ニ於テカ國際公法  
 ニ於テ所謂最上高權ノ說ヲ胚胎セリ最上高權トハ一國主權者ガ其土  
 地上ニ有スル權カニシテ國內國外共ニ之ニ優ル可キモノアラストスル  
 ナリ(ホーントン一六三節)是ノ如キ事實ヨリシテ不動産ハ所在地法ニ從  
 フ可シトスルノ觀念深ク學者ノ腦中ニ侵染シ竟ニ或ハ此原則タルヤ  
 自ラ之ヲ證明スルモノナリ更ニ之ヲ證スルノ要ナシトイヒ或ハホー  
 トン、ストーリー、シユフネル、メルラン諸氏ノ如ク是レ主權ノ觀念ヨリ生  
 ストイフニ至レルナリ然レモ自證ノ言ナリトスルニ至テハ議論ヲ要  
 セスノ其妄ナルヲ知ル可ク主權觀念說モ亦不完全ノ點アルハ已ニ之  
 ヲ論セリ吾曹ハ敢テ不動産管轄ノ規則ハ全ク一變セザル可カラズト  
 イフニアラズ唯事後ノ理由ハ眞誠ニ此原則ヲ説クニ足ラズ中世以降

沿革上理由

ノ歴史ハ此原則ヲ作爲セルモノナリト信スルノミ將來ニ於テ果ソ如  
 何ナル變更ヲ生ス可キヤハ吾曹ノ臆測セント欲スル所ニアラス今日  
 ニ在テハ諸國一般所在地法ノ管轄ヲ認ルカ故ニ之ヲ以テ普通法ト見  
 做ノ可ナリ

不動産上ノ爭訟ニ  
關ノ所在地法廷ハ  
專屬タリ

(二二四)不動産上ノ權利ニ付テ爭訟ノ生スルキハ所在地法廷ヲ以テ  
 專屬裁判所トナス何トナレバ其裁判所ニアラサレハ其裁判ヲ執行ス  
 ルヲ能ハサレハナリ我民事訴訟法第二十二條ニ曰ク不動産ニ付テハ  
 其所在地ノ裁判所ハ總テ不動産上ノ訴殊ニ本權並ニ占有ノ訴及分割  
 並ニ經界ノ訴ヲ專ラニ管轄ス云々是ニ由リテ之ヲ觀レハ國際私法上  
 ニ於テモ亦不動産ノ所在地裁判所ヲ以テ專屬裁判所トスルヲ明ナリ  
 吾曹ハ此點ニ關シ英國法律ノ如何ヲ見ルニ甚ダ有益ナリト信ス英國  
 法廷ハ不動産ヲ以テ一切所在地法ノ管轄スル所ナリトナスカ故ニ外  
 國ノ土地ニ關シハ自ラ裁判管轄アルヲ認メサルヲ通則トス是レ其ノ  
 裁判ヲ下スト雖之ヲ國外ニ執行スルヲ能ハス外國モ亦之ヲ認メサル



英國法廷ノ認メタル例外

カ故ニ唯所謂無害的電光ニ止ム可キカ故ナリ然レモ其土地ニ對シテ直接ニ裁判ヲ執行セサル場合ニシテ對人的判決ニ於テ訴訟當事者或ハ英國法廷ノ命令ニ遵ハサルヲ得サル場合ニ於テハ英國法廷ハ衡平法ノ主義ニ基キテ自ラ裁判管轄アリトスルヲアリ一言スレバ法廷ハ外國ノ土地ニ關シテ物上判決ヲ下スト能ハスト雖モ當事者ニシテ法廷ノ管轄ヲ受クヘキ地位ニ在ルハ對人的判決ヲ下ストアルナリ(フリー一二一頁)クックチイ對アンダーソンノ判決ニ於テ判事ロミリー卿ハ左ノ規則ヲ立テタリ曰ク不動產ニ關スル契約ノ場合ニ於テ英國法廷ハ其當事者ノ民籍地法廷タルカ物件所在地法廷タルカ若クハ結約地法廷タルカニアラサレハ其問題ヲ管轄スルヲナシト (Cookney v. Anderson, 31 Beav. 452) 然レモロミリー卿ノ言ヨリ直ニ英國法廷カ右三種ノ場合ノ一タルハ必ズ裁判管轄ヲ有スコシトナスハ或ハ大早計ニ失スルナカラシカ又一ノ訴訟ニ於テ愛爾蘭ノ土地ニ關スル契約ノ効力如何ヲ決スルニ當リ英國法廷ハ曰ク若シ訴訟當事者裁判執行ヲ受

所在地法ハ動產不動産ノ性質ヲ定ム

ク可キ)ニシテ英國内ニ居住スルハ假令ヒ其土地ハ佛國ニ存在セリトスルモ猶ホ英國法廷ハ對人的判決ヲナスカ故ニ之ニ關シテ管轄權ヲ有スコシト (Angus v. Angus, West's Rep. 303) 吾曹ハ後節ニ於テ詳論スルカ故ニ茲ニ之ヲ略ス要スルニ外國不動產上ニ關シテ英國法廷ハ管轄權ナシト雖モ若シ當事者ノ上ニ衡平法ノ主義ヲ執行シ得ル場合ニ於テハ管轄ヲ有ストナスナリ(フリート不動產總論參照)

(一二五)要スルニ不動產管轄ノ問題ハ殆ント一定シテ所在地法ノ効力ヲ認ムルカ如シ是ノ故ニ何ヲカ動產ト云ヒ何ヲカ不動產ト云フヤハ其所在地法ニ從テ決ス可キモノナリ是レ甚ダ明了ノ規則ナリトス何トナレハ若シ外國法ヲノ動產不動産ノ區別ヲ決セシムルハ不動產上管轄ノ原則ハ裏面ヨリ破壊シ去ラルヲ以テナリ(フリー四七節)フリー曰ク不動產トハ管ニ家屋ト土地トノミナラス地役ノ如キ不動產上抵當權ノ如キ賃借權ノ如キ或ハ法律規定ニ由リテ不動產ト見做サル、モノアリ此ノ如ク其性質上不動產タルモノト均シク



其性質ヲ謂ヘハ動産ナリト雖法律ニ由リテ特ニ不動産ト見做サル、モノモ亦所在地法ニ依リテ支配セラル、ナリ何トナレハ國家ハ不動産ノ處分整理ニ關シ規則ヲ設ケ得ルノ權利アルカ故ニ其物件上ニ亦自己ノ意ニ從ヒテ性質ヲ附與スルヲ得レハナリ而シテ外國ハ毫モ其性質ヲ變更スルヲ能ハス是ノ故ニ或物件ノ不動産ナリヤ否ヤノ問題ハ是レ其性質上之ヲ不動産トナス可キヤ否ヤニアラズ其國法ハ之ヲ如何ニ見ルヤニ在リト(ストーリー四四七節)吾曹ハ英國財產法ニ就キテ一ノ注意ヲ與ヘサル可カラズ吾曹ハ普通ニ財產ヲ區別シ不動産トナス佛ノ「ムーブル」及「エンムーブル」是レナリ英國慣習法ハ通例此ノ區別ヲナサズ人產實産ノニニ分ツ「パーソナル」及「リアル」プロパチ「是レナリ吾曹ハ概言シ人產ハ動産ナリ實産ハ不動産ナリトイフヲ得可シト雖必ズシモ爾カ相符合スルモノニアラス例セハ賃借權ノ如キハ英國ニ於テ之ヲ人產トナスト雖決シテ動産ハ所有者ニ從フトノ原則中ニ入ルモノニアラズ國際法上ニ於テハ不動産ノ規

人產實産ト動産不動産トノ別

定ヲ適用セラル、ナリ是ノ故ニ吾曹カ所謂動産トハ人產ヲイフニアラズ佛ノ「ムーブル」英ノ「ムーヴエブル」プロパチ「イ」謂ヒ不動産トハ實産ヲイフニアラズ佛ノ「エンムーブル」英ノ「イムムーヴエブル」アルパチ「イ」指セルモノナルヲ注意セサル可カラズ (Fiske v. Lord Carbery, L. R. 16 Eq. 361) チャルマン曰ク人產ト實産トノ區別ハ吾人ノ政畧上特殊ノ區別ニシテ羅馬法系諸國ノ會テ知り得サル所ナリ彼等ハ唯動産不動産ノ別ヲ知ルノミ是ノ故ニ有期ノ賃借權ノ如キハ是レ所謂人產ニシテ吾人間ニ於テハ他ノ人產ニ關スル讓渡ノ規定ニ從フト雖國際法上ニ於テハ所在地法ニ管轄セラレ其所有者外國ニ死スルハ其ノ死後處分ニ關シハ英國法ニ從フ可シト(ジャルマン遺言論一卷四頁)蓋シ動産ハ其所有主ニ從フ (Mobilia sequuntur personam) トノ原則ヨリシテ之ヲ見レバ動産ハ即チ人產ナリト謂ヒ得可キニ似タリ然レモ實際ニ至テハ然ラス是レ吾曹ノ慎テ混全ヲ避ケサル可カラサルモノナリ(フート一四一頁)



第一款 生前ニ於ケル所有權移轉

不動産讓渡ノ所在  
地法ニ從フ

(二二六) 不動産讓渡ノ有効無効ハ一ニ所在地法ニ從テ可キコト吾曹ガ  
總論ニ於テ畧述シタル所ニ據リテ已ニ明了ナル可シ吾曹ハ動產讓渡  
ヲ論スルニ當リテ其所在地法ニ從テ可シトスルノ議論ハ甚タ不當ナ  
ルコトヲ論シタリト雖不動產ノ位置ハ一定ノ他ニ移轉スルコトナキヲ以  
テ此規則ヲ適用スルニ甚タ不便ヲ感スルコトナカル可シ若シ民籍地法  
若クハ讓渡行為地法ヲ用ルニ種々ノ混雜從テ生スルナラン然レモ  
場所ハ行為ヲ支配スルコト國際法上ノ大原則ナリ此點ヨリ之ヲ見ル  
ニ亦行為地法ニ從テノ寧ロ論理的ナルヲ覺ユ然レモ已ニ陳述シタ  
ルカ如ク今日文明諸國ノ普通法ハ所在地法主義ヲ採用セリ故ニ吾曹  
ハ更ニ之ヲ論難セサル可シ況ンヤ此主義ニ依ルヲ以テ最モ簡單ナリ  
トスルニ於テヲヤマンズフヒールド卿曰ク英國所在ノ不動產ニ關スル  
處分若クハ契約ハ英國法ニ從ハサル可カラズ亦之ニ從テノ意思アリ  
シモノトセサル可カラズ何トナレバ土地ノ讓渡遺言ノ如キハ不動產

讓渡能力ハ所在地  
法ニ從フ

ノ性質上之ヲ實行スルニ當リテハ必ス所在地法ニ依ラザル可カラサ  
レハナリト副大審院長タルナイ曰ク不動產所在地ノ法律カ其權利移  
轉ニ關シテ或制限ヲ附スルニキハ吾人ハ其不動產ニ關スル契約ニ由リ  
テ生ス可キ衡平法上ノ主義ヲ其所在地法ニ反對シテ執行スルコト能ハ  
ズト (Robinson v. Bland, 2 Burr. 1079. Waterhouse v. Stansfield, 10 Hare, 254) 吾  
曹ハ更ニ他ノ判決學說ヲ援引スルヲ須非ス此原則ハ已ニ確然トシテ  
搖カス可カラサルナリ(フローラン一卷一五六頁、ブーエノア二卷附錄  
一四頁、バルマ四卷二部五篇二一七乃至二二〇頁、法例四)  
(二二七) 吾曹ハ次ニ能力ヲ論ス可シ一般ノ原則ハ此問題モ亦不動產  
所在地法ニ從テ可キモノナリトスルニ在リ是レ甚タ明瞭ニ多言ヲ  
要セサルカ如シ吾曹ハ已ニ能力ノ章ニ於テ能力ハ行為地法ニ從テ可  
シトセリ何トナレバ能力問題ハ行為問題ノ重要ナル一部ヲ組成スル  
モノナレバナリ然ルニ不動產ニ關シテハ場所ハ行為ヲ支配ストノ原則  
ハ其適用ヲ見ルコト能ハス所在地法ハ讓渡ノ有効無効ヲ決ス可シト



殊ニ英國判事ノ言ニ據レハ假令ヒ對人的ニ裁判ヲ執行シ得ル場合ト雖猶ホ所在地法ノ禁制ニ反對メ之ヲナスコト能ハストセリ其レ已ニ此ノ如クナル以上ハ能力問題モ亦所在地法ニ從テ決ス可キト當然ノ結論ナリト謂フ可キノミ而シテ之ニ關シテハ多少ノ議論アルヲ免レス蓋シ一般ノ原則ハ世之ヲ爭フモノアラスト雖不動産ニ關シテ少ク議論アルハ實ニ此問題ニ限レルナリ而シテ之ヲ爭フ者ハ大陸ノ學者ナリトス大陸ノ學者ハ屬人法、屬物法ノ區別ヲ採リ前者ハ民籍地法ニ從ヒ後者ハ行爲地法ニ從フ可シトナスナリ而シテ或ハ其中間ノ性質ヲ有スルモノヲ名ケテ混合法トナスモノアリ此等ノ學者ハ謂ヘラク能力ノ問題ハ全ク其人ノ身上ニ附着セルモノナルガ故ニ屬人法上ノ問題トシ民籍地法ニ從フ可キモノナリト是ノ故ニ不動産ノ讓渡ニ關シテモ亦民籍地法ヲ提出シ管轄法トナサントスルナリブールノアノ說ニ據レハ所在地ニ於テハ廿年ヲ以テ丁年期トシ民籍地ニ於テハ廿五年ヲ以テ丁年期トスルキハ二十五年ニ至ラザル間ハ其所有不動産ヲ賣買處

大陸學者ノ說、能カハ民籍地法ニ從フ

分スルヲ得ズ然レモ若シ反對ノ規定アルキハ二十年ニシテ之ヲナスコトヲ得可キナリローデンプルグモ亦同様ノ意見ヲ持セリ氏ハ謂ヘラク成丁、未成丁ノ規定ハ子ニ對スル親權、妻ニ對スル夫權及ヒ浪費者ノ規定ト全シク皆人ノ一身上ノ狀況ニ關スルモノナリ是ノ故ニ其民籍地法ニ從フ可シト然レモ氏ハ遺言ヲナスノ能力ニ關シテハ自說ヲ棄テ、不動産所在地法ニ從フ可シトセリ吾曹ハ氏カ何故ニ此ノ如キ區別ヲナシタルヤヲ解スルコト能ハズ要スルニ氏等ハ民籍地法ヲ以テ成丁ノ問題ヲ決ス可シトスルナリ此問題ニ關シテバルジノ議論ハ甚ダ勁拔ナルヲ覺ニ氏曰ク此ノ如ク不動産讓渡ノ能力ヲ以テ民籍地法ニ從フ可シトスルノ議論ハ之ヲ適用スルニ當リテ大ニ困難ノ結果ヲ生ス可シ今物件所在地ノ法律ニ於テ成丁者ニアラザレバ之ヲ處分スルヲ得ズトセンカ何年ヲ以テ成丁トナスヤ否ヤハ民籍地法ニ依リテ定メザル可カラズ然ルニ所在地法ニ於テ成丁ノ文字ヲ用ヰズン廿五年ニアラザレバ遺言ニヨリテ不動産ヲ處分スルヲ得スト規定センカ民籍主義



ノ論者ト雖不動産讓渡ノ問題ハ所在地法ニ從フ可シトスルカ故ニ此  
 場合ニ於テ假令ヒ民籍地法ニ於テ廿年ヲ以テ丁年期ト定ムト雖所在地  
 法ニ從テ廿五年ニアラザレバ處分スルコト能ハズトセザル可カラズト  
 氏ハ此ノ如ク民籍主義ヨリ生ス可キ不理論ノ結果ヲ指示シ且ツ曰ク  
 余ハ更ニ議論ヲナスヲ要セズドミューラン、ブルガンダス、ベッキンス、ジャン、グ  
 エト、ポール、グエトノ學說及ヒストックマンノ判決例ハ左ノ規則ヲ確定  
 セリトナス曰ク遺言ニ由リテ不動産ヲ處分ス可キ能力ハ所在地法ニ  
 從ヒ動産處分ノ能力ハ民籍地法ニ從フト(バル)一巻一部一篇二一乃  
 至二三頁全四卷二部一二篇五七八頁五七九頁而シテ氏ハ遺言ニ關シ  
 論シタリト雖氏ノ指セル不理論ノ結果ハ亦讓渡ノ場合ニ生ス可シ其  
 他無數ノ學者モ亦民籍主義ヲ唱道セリメルラン謂ヘラク浪費者ヲ  
 不動産ニ關シ遺言ヲナスヲ得ザラシムルハ是レ屬人法ナリ然レモ不  
 動産所在ノ外國ニ於テ斯ル浪費者ノ遺言ヲナスヲ許サバ該國ニナシ  
 タル遺言ハ有効ナリト氏ハ之ニ關シ理由ヲ述ヘテ曰ク一個人ノ或行

爲ヲ支配スル法律ハ屬物法タリ而シテ屬人法ト屬物法ト相牴觸スルキ  
 ハ屬物法ヲ採擇スヘキト一般ノ原則ナリト(メルラン)レメルトアール、  
 遺言一節五項一號三一〇頁(ブール)ノアハ左ノ規則ヲ定メブール  
 亦奉シ以テ周旋セリ曰ク(第一)民籍地ノ屬人法ト他處ノ屬人法ト相牴  
 觸スルキハ前者ヲ採擇ス可シ(第二)民籍地ノ屬人法ト其他若クハ他國  
 ノ屬物法ト相牴觸スルキハ屬物法ヲ擇ル可シ(第三)民籍地ノ屬物法ト  
 所在地ノ屬物法ト相牴觸スルキハ兩者各其國內ニ於テ効力アル可シ  
(ブール)ノア一巻總論二九乃至三一ト蓋シ諸家ノ此ノ如キ議論ヲナス  
 ヤ能力ニハ一般ノ不能力ト或行爲ニ關スル不能力トノニアルヲ以テ  
 根據トセルカ如シ然ラサレハ一ノ能力規定ニシテ或ハ屬物法トナリ  
 或ハ屬人法トナル可キ理由アラサレハナリ然ルニ吾曹ノ信スル所ヲ  
 以テスレハ能力ノ問題ハ恒ニ或行爲ニ關係シ生スルモノニ唯何等  
 ノ行爲ニ關係ナク漠然トシテ獨立セル能力不能力ナルモノアル可キ  
 理ナシ然ラバ大陸學者ノ說ニ據リテ之ヲ謂フキハ能力問題ハ恒ニ屬



物法ナリトイハサル可カラス若シ能力規定ヲ以テ屬物法ナリトセン  
 カ行爲地若クハ物件所在地法ノ管轄ヲ認メサルヲ得ズ是ノ故ニ諸家  
 ハ或空想的ノ區別ヲ取レルカ故ニ議論ノ錯雜ヲ來セルニ似タリト雖  
 若シ此區別ヲ排除スルホハ吾曹ノ謂フ所ト相異ナラザル可ク假令ヒ  
 之ヲ存スルモ猶實際問題ノ適用ニ當リテハ常ニ吾曹ノ説ト相全シカ  
 ル可シ何トナレハ諸家ノ所謂屬人法的ノ能力問題ハ實際ニ起ラスノ  
 其實際ニ生スルハ或事件或行爲ニ關係ヲ有スルモノナレハナリ然レ  
 モブルノアノ第三ノ規則ハ大ニ非難ス可シ國際上大ニ混雜ヲ生ス  
 可キモノナレバナリ獨逸ノ學者モ亦能力問題ハ民籍地法ニ依ル可シ  
 トシサザイニ一ノ如キハ大ニ之ヲ主張セリ氏謂ラク不動産ト動産ト  
 ニ關シ諸學者從來區別ヲ立テ其管轄法律ヲ全ウセズト雖是レ甚タ理  
 ナキノ論ナリト而シテ氏ハ謂ヘラク能力ハ一切民籍地法ニ從ハサル可  
 カラス若シ物件所在地法等ニ從フトスルトキハ一社會ノ人民ニ全  
 一狀態ヲ有シ而シテ一ハ有能力ニ一ハ無能力タルコトアルニ至ル可

シ是レ法律上統一ヲ欠クモノナリト而シテ財產讓渡ニ關シモ亦動産不  
 動産ノ區別ナク總テ民籍地法ニ依リテ其能力如何ヲ決ス可キモノト  
 セリ(能力ノ章參照)此説ノ可否如何ハ吾曹ノ已ニ屢論評セシ所ナリウ  
 エストレイキノ著書ニ據レバ英國ノ判決ハ不動産ノ場合ト雖猶ホ能  
 力問題ヲ以テ民籍地法ニ從フ可シトスルニ傾ケルガ如シ(ウエストレ  
 イキ八九節)然レモバルウエストレイキ等ノ學説ニヨリ  
 又メイル對レバーツノ判決ニ據レバ能力ハ行爲地法ニ從フ可キト英  
 國法廷ノ承認ヲ得タルガ如シ(フート三一頁 Male v. Roberts, 3 Esq. 160.)  
 果シ然ラハ英國法廷ハ不動産處分ノ能力ヲ斷スルニ當リ所在地法ニ  
 從フ可キカ大法官アボット曰ク民籍地法ハ曾テ不動産上ニ適用セラレ  
 タルコトナシ試ミニ問ハン英國ノ土地ニ關シ曾テ或外國ノ法律ヲ採用  
 シタル先例アリヤト (Doe de Birtwhistle v. Vardill, 5 B. & C. 451) 是レ英法  
 ノ主義ナリ

(二二八) 我法律ハ不動産ノ所在地法ニ從フヲ認メタリト雖身分能力



ニ關シテハ本國法ノ規定スル所ニ從フ可シトセリ(法例三四)是レ佛國民  
 法ノ前加篇第三條ニ模倣シタルモノナリ是ニ由リテ之ヲ觀レバ我法  
 律ハ不動産處分ノ能力ヲ以テ其本國法ノ支配ニ屬ス可トシスルモノ  
 ナリ是レ彼ノサグイニト諸氏ノ論スル所ト甚タ相似タリ(民籍法ト本國  
 法トノ差ハアレモ)若シ果ノ歴史的ノ理由ニヨリ外國法ヲ我國土ノ  
 一部分上ニ容喙セシムルヲ拒カンカ爲メニ不動産ヲ所在地法ニ從  
 ハシムルノ原則ヲ生シタルモノナリトセハ能力問題ノ如キ亦所在地  
 法ニ依ル<sub>レ</sub>其精神ヲ貫徹スルモノナリト謂フ可シ

(二二九)不動産讓渡ノ方式ハ所在地法ニ從フ可シ蓋シ一般ニ不動産  
 上ノ問題ヲ以テ所在地法ニ從フ可シトナス以上ハ此規則ノ生スル<sub>レ</sub>  
 亦當然ナリトス是ノ故ニ不動産ニ關スル彼ノ大原則ヲ以テ基礎確定  
 セルモノナリトセバ此規則モ亦確立セルモノナラン然レモ之ニ關シ  
 ハ學者種々ノ議論ヲナセリ之ヲ略述スルハ亦一種ノ興味アルベシト  
 信ス或ハ方式ハ行爲地法ニ從フ可シトスルモノアリ(ジョン・ア・サント  
 謂

讓渡ノ方式ハ所在  
 地法ニ從フ

歐洲諸學者ノ議論

ヘラク儀式ト物件トノ間ニハ一大區別アリ儀式ハ處分ノ方式ニ關ス  
 ルノミ處分ノ目的タル物件ハ處分ノ要件ヲ組成セリ是ノ故ニ儀式ナ  
 ルモノハ唯行爲ノ方式ニ關スルノミニ物件自体ニ關スルモノニア  
 ラズ是ノ故ニ行爲地法ニ從テ方式ヲ踐ムキハ假令ヒ所在地法ノ規定  
 ニ違フト雖猶ホ有効ニ不動産ヲ處分シ得可シト(ストーリー四三七節)  
 若シ全ク不動産ハ所在地法ニ從フトノ原則ヲ排斥シ讓渡行爲ハ行爲  
 地法ニ從フ可キカ故ニ方式モ亦全法ニ依ル可シトイハ<sub>レ</sub>吾曹ハ甚タ  
 論理ニ合セルヲ見ル若シ彼ノ原則ニ今日ノ普通法トノ一般ニ承認  
 セラル<sub>レ</sub>ニアラズンバ吾曹ハ必ス此論ヲ提出シタルナル可シ然レモ  
 サンデノ如ク方式ハ行爲ニ關シ物件ニ關セザルガ故ニ行爲地法ニ從  
 フ可シトスルニ至テハ少シク解シ難キ所アルガ如シ能力モ亦讓渡行  
 爲ニ關スルモノニアラズヤ亦行爲地法ニ從フ可シトスルカ或ハ屬人  
 法ナルガ故ニ民籍地法ニ從フ可シトスルカ此ノ如ク論シ來レバ讓渡  
 問題中物件自体ニ關スルモノアラサル可シ是ノ故ニサンデノ區別ハ



甚ダ明了ヲ欠ク者ナリ。ポール、ヴォエト謂ヘラク不動産ニ關スル契約ノ方式若クハ他ノ證書方式ハ行爲地法ニ從フ可シ所在地法ニ從フ可キモノニアラズ何トナレバ儀式ニ關スル規定ハ屬人的ニアラズ屬物的ニアラズ其中間ニ介セルモノナレバナリト(ポール、ヴォエト九節二篇三號)然レモ吾曹ガ己ニ屬人、屬物二法ノ區別ヲ排斥シ去リタル以上ハ此議論モ亦論評ノ價值ナキモノナリ其他死後讓渡ノ場合ニ於ケル遺言ノ方式ニ關シ種々ノ議論アリト雖、吾曹ハ之ヲ死後讓渡ノ章ニ讓リ茲ニ之ヲ論セサル可シ最後ニバルジノ説ヲ舉ケント欲ス吾曹ハ太マ氏ノ議論ヲ以テ論理的ニ最モ正確ナリト信スレバナリ氏曰ク不動産讓渡ノ方式ニ關スル法律管轄ヲ論スルニ當リテハ先ツ二種ノ區別ヲナスヲ要ス曰ク方式ニシテ唯讓渡ニ由レル權利移轉ヲ證明スルヲ目的トスルモノ曰ク方式ニシテ讓渡行爲ヲ有効ナラシムルニ必要ナルモノ是レナリ(Solennia probantia, Solennia habilitantia)是ノ故ニ其方式ニシテ要件的方式タル場合ニ於テハ是レ結約地法若クハ行爲地法ガ若シ

## 方式ノ區別

## 要件的方式及證明的方式

之ヲ踐マサレハ其行爲若クハ契約ヲシテ全然効力ナカラシムルナリ故ニ之ニ關シ行爲地法ニ從ハサル可カラズ然レモ此規則ハ制限アリ其行爲契約ニシテ不動産ニ關スルモノハ不動産上問題ハ一切所在地法ニ從フ可キガ故ニ此方式問題モ亦所在地法ニ依ラサル可カラズ而シテ彼ノ證據的儀式ハ若シ之ヲ踐マサルモハ法律之カ効力ヲ認メストイフニアラス唯此方式ニ從ハサリシ當事者ニ對シテ不利益ノ推測ヲ與ヘ或ハ自己ノ權利ヲ主張スルニ當リ一層嚴密ナル證據方法ニ服セシムルニ過キス此ノ如キ場合ニ於テハ所在地法モ行爲地法モ皆其管轄ヲ及ボスヲ能ハス唯訴訟地法ハ之ヲ決メ可キ權利ヲ有スルモノナリト(バルジ四卷二部一二篇五八一乃至五八七頁)此説甚タ正確トイフ可シ然レモ或法律規定ハ所謂證明的方式ナリヤ要件的方式ナリヤヲ論定スルヲ甚タ難シトスル場合ナキニアラズ假令ヒ其區別ノ難シトスルモ猶バルジノ説ノ正當ナルヲ妨ケサルナリ例セハ登記ノ如キ或ハ或ル賣買ノ場合ニ於ケル證書ノ如キ是レ果シテ證據方法タルニ過キサルカ



或ハ之ヲ以テ要件トナセルカ明ニ之ヲ決シ難キ場合ナキニアラス英國ノ法律ハ亦此主義ヲ採用シウレンダー對ウレンダーニ於テ不動産讓渡ノ方式ハ所在地法ニ從フト判決セリ(Warrender v. Warrender, 9 Bligh, 127) 其他前節ニ掲ケタルウターターハウス對スタンスフールド及ロビンソン對ブランドニ於ケル判事ノ議論ヲ見レハ英法主義ノ在ル所ヲ知ルコトヲ得可キナリ

日本ノ規定

〔一三〇〕我法律モ亦讓渡ノ方式ハ所在地法ニ依ル可シトセリ法例第十二條ニ曰ク第三者ノ利益ノタメニ設定スル公示ノ方式ハ不動産ニ係ルキハ其所在地ノ法律他ノ場合ニ於テハ其原因ノ生シタル國ノ法律ニ從フト以テ之ヲ證ス可シ然レモバルジノ論シタルカ如ク方式ニ二種アリ其證據ノ性質ヲ有スルモノ即チ法例第十二條ノ規定スル所ハ如キハ已ニ條文ニ據リテ所在地法ニ從フト明ナリト雖唯公示ノ方法タルニ止ラズシテ權利發生ノ要件タル方式ニ關シテ法律ノ管轄如何吾曹ハ不動産ヲ所在地法ノ管轄ニ屬セシムルノ理由ヨリ推論シテ

此ノ如キ方式モ亦所在地法ニ依ル可キモノタルコトヲ斷言ス(法例四)法例第十一條ニ據レハ外國ニ於テ其國ノ方式ニ依リテ作りタル證書ハ其不動産物權ヲ移轉スル行爲ニ係ルキハ其不動産所在地ノ地方裁判所長其證書ノ適法ナルコトヲ檢認シタル上ニ非サレバ日本ニ於テ其効用ヲ致サシムルコトヲ得ズトセリ此規則タル第十條ニ於ケル方式ハ行爲地ノ法ニ從フトノ原則ニ對シ多少ノ制限ヲ加ヘタル者ト認テ可ナリ是ニ由リテ之ヲ觀レバ我カ立法者ハ外國ニ於テ其地ノ方式ニ從フキハ我不動産ヲモ讓渡シ得可シトスルニ似タリ然レモ吾曹ハ法例第十條ノ明文ヲ注意セザル可カラズ要式ノ合意又ハ行爲ト雖之ヲナス國ノ方式ニ從フキハ方式上有効ナリトセリ然レモ吾曹ハ直ニ反對論法ヲ以テ之ヲナス國ノ方式ニ從ハザルキハ方式上無効ナリト謂フコト能ハズ何トナレハ充分ナル理由ヲ有スルニ非サレバ反對ノ推論法ヲ用フ可カラザルコト是レ法文解釋ノ原則ナレバナリ殊ニ不動産ニ在リテハ法律一般ノ精神ヨリ推論ノ其物權移轉ノ方式ニ關シ所在地法ノ