

排他主義ハ公國民夫通ノ自由ヲ妨害シ他ヲ排スルノ必スシモセレヲ  
 利スル所以ニアラザルコト益々明白ナルニ從ヒ諸國ノ立法者モ亦國  
 家ノ公益ヲ害セサル範圍内ニ於テ外國人ノ地位ヲ増進シテ内國人ノ  
 地位ニ近カラシムルコトヲ好ムルニ至レリ、然ルニ國家間ノ關係ハ  
 個人間ノ關係ヨリハ利益ノ左右スルトコトナラコト更ニ甚シキヲ  
 以テ一國ガ他國ノ國民ヲ優待スルモ他國ガ必スシモ自國ノ國民ヲ優  
 待スルコトヲ期スヘカラザルガ故ニ他國ガ自國臣民ヲ優遇スル程度  
 ニ應ジテ其ノ他國ノ臣民ヲ優遇スルヲ以テ原則トスルニ至レリ之ヲ  
 稱シテ相互主義 (Reciprocity) ト名付ク、此ノ主義ヲ分チテ外  
 上ノ相互主義 (Reciprocity *extremae*) 立法上ノ相互主義 (Reci-  
 procity *legislata*) トナス  
 11) 外交若クハ條約上ノ相互主義トハ外國人ノ私權享有ノ條條ヲ系  
 約上ノ担保ニ繫フシハ主義ニシテ外國人ハ其ノ本國ガ條約上自  
 國人ニ許英スル權利ト同一ノ權利ヲ享有スルモノト規定スルニ在  
 リ、他國民法ヲ始メドシテ自耳義、希臘、トルクセンナルグ、大

大分山 民法二十四、次

(2)

條約、瑞西、其ノ他他國民法ヲ採用スル諸國ニ行ハルルモノナリ  
 立法若クハ法律上ノ相互主義トハ外國ノ法律ガ自國々民ニ許英  
 スル程度ニ於テ外國人ニ私權ヲ許英スルヲ以テ原則トスル諸國ノ  
 法律ヲ云フ、即チ立法上ノ相互主義ハ條約上ノ相互主義ヲ備フシ  
 タルモノナリ、私乙民法施行前ノ普通法、奧太利、匈牙利、瑞典  
 諸國、「セルビア」等ノ民法ハ之ニ屬ス  
 抑々私權ノ保護及享有ノ問題ハ一國私法上ノ問題ニシテ泰ト國家  
 ノ自由ニ規定スベキ事項ニ關スルガ故ニ相互主義ヲ以テ國家々其  
 ノ私法上人英ノ權利ヲ保護スルノ基礎トナスガ如キコトハ現今ノ  
 法律思想ト背馳スル不當ナル立法ト云ハザルベカラズ、又彼ノ法  
 律相互主義ヲ採ル諸國ガ一ノ權利ヲ保護スルニ權利者所屬國ノ  
 法律如何ニヨリテ之ヲ異ニスルカ如キハ私權ノ保護國云ノ法律思  
 想ニ背反スルモノナリ、特ニ他國民法ノ如ク條約相互主義ヲ採リ  
 最モ恒久的性質ヲ有スル私權ノ享有ヲ外交政恩ノ如何ニヨリテ密  
 裁應受ノ英奪ヲ免レサル條約上ノ規定ニ一任スルガ如キハ一國ノ

民法及び通商条約、性質ニ違及スルノミナラズ無条約國ハハ送一  
 何等ノ私権ヲモ享有スルコトヲ得サルガ如キ不当ナル結果ヲ免レ  
 サルモノニシテ内外人同ノ交通ノ自由ヲ害シ、取引ノ安全ヲ妨ク  
 ルヤ甚ク大ナリトス、故ニ民法學者ハ羅馬法ノ市民法及万民法  
 ノ區別ヲ釐用シテ私權 (*Droit prive*) ヲ民權 (*Droit  
 civile*) ヲ自然權 (*Droit naturels*) トニ區別シ前者ハ原則  
 上内國人ノミ專屬スル私權ニシテ外國人ハ民法第十一條ノ規定  
 ニ從ヒ相互條約ノ規定ヲ俟テ始メテ之レヲ享有スルコトヲ得ル  
 モ後者ニ屬スル私權即チ自然權ニ至リテハ條約上ノ相互ヲ要セス  
 シテ外國人モ等シク之レヲ享有シ得ルモノトセリ、而レニ民權及  
 自然權ノ區別ハ素ト機械的區別ニシテ學理的根柢ヲ有セザルガ故  
 ニ學者ニ依リテ其ノ標準ヲ異ニシ特ニ外人ニ關スル法律思想漸ク  
 發達スルニ從ヒ自然權即チ外國人ノ當然享有スルコトヲ得ベキ私  
 權ノ範圍漸ク増進スレト同時ニ所謂民權ノ範圍ハ之ニ反比例ヲナ  
 シテ愈々縮小シ現今ニ於テハ殆ンド有名無實トスフモ敢テ過言ニ

民法第二十五ノ外

アラサルニ至レリ是ニ於テ依國現時ノ法律學者ハ民法第十一條ノ  
 解説ニ甚ク種々ノ理由ヲ附合シテ外國人ハ内國人ト同等ノ私權ヲ  
 享有スルヲ以テ原則トスルコトヲ規定シ其結果トシテ學說上ニ於  
 テモ民法ノ明欠ト抵觸スルガ如キ反對解説ハ敢ニ行ハルルニ至レ  
 リ

依國民法ヲ然受シタル自耳義ニ於テモ民法第十一條ノ規定ハ  
 殆ンド成久使法ニ版シ、此法上ノ改正ト學說ノ進歩トニヨリ現今  
 公國ニ於ケル外國人ハ相互契約ヲ要セスシテ殆ント一切ノ私權ヲ  
 享有スルコトヲ得ルニ至レリ、即チ只養子ヲナシ又養子トナルノ  
 權、後見人トナル權等ハ之ノ私權ノミ、尙ホ民法トシテ相互條約  
 ノ担保ヲ要スルノミ

之レヲ要スルニ相互主義ヲ以テ私權ノ享有ヲ規定スルカ如キハ  
 現今法律思想ト相容レザルカ故ニ或ハ此法上ノ改正ニヨリ或ハ裁  
 判上ノ解説ニヨリ漸ク之ノ跡ヲ絶シニ至リントス

第五期 平等主義

私権ノ享有ニ関スル相互主義ハ前述ノ如ク到底現今ノ状態ニ適セ  
 ガルカ故ニ近世文明國ニ於テハ国民法ヲ模倣シタル諸國ニ於テモ  
 皆此ノ主義ヲ採棄シテ内外人平等主義ヲ採ルニ至トリ  
 而シテ之レカ先登者ハ和蘭民法トス、蓋シ千八百二十九年ノ制度  
 ニ係ル和蘭民法及法例ハ近世國際私法ノ一大時期ヲ示スモノニシテ  
 当代ニ於ケル最も進歩シタル法律思想ヲ表彰シタルモノト云フベシ  
 即チ内國法例第九條ニ於テ「王國ノ民法ハ法律ニ定メタル例外ヲ除  
 クノ外和蘭人及外國人ニ對シテ等シク之ヲ適用ス」ト規定シ而シテ  
 民法第一編第一章ニ於テ私權ノ享有及喪失ヲ規定スルニ當リ外國人  
 モ又内國人ト等シク私權ヲ享有スヘキ能力ヲ有スルコトヲ明言セリ  
 其ノ法文ニ曰フ

第二條 王國ノ領土内ニ在ル者ハ凡テ自由人ニシテ私權ヲ享有スル  
 ノ能力ヲ有ス  
 奴隸及其ノ他ノ人役ハ其ノ性質及ビ又ハ名称ノ如何ニ係ハラ

外國内ニ於テハ之ヲ認メス

即チ第一項ニ於テ凡テ和蘭内ニ現在スル人類ハ外國人タルト外國人  
 タルトト同ハス皆私權ヲ享有スヘキ權利能力ヲ有スヘキコトヲ明言  
 セリ、而シテ第二項ニ於テ奴隸其ノ他ノ人役ヲ認メザルコトヲ再言  
 スル所以ハ今日ニ於テ當然自明ノ法理ニ屬スルニ當時ニ於テハ尚ホ  
 奴隸制度存シシカ故ニ和蘭ニ於テハ他國ニ於テ奴隸トシテ私權ヲ享  
 有スル和蘭國內ニ在ル限リハ自由ノ人類トシテ私權ヲ享有スヘキ  
 コトヲ明ニセンカタメナリ、之レ實ニ私法ハ人類倫ニシテ私權ハ人  
 類ノ對シテ享有スヘキ權利ナルコト表彰シタル條文ナリトス  
 和蘭民法ニ次テ内外人平等主義ヲ明言シタル法律ハ千八百六十五  
 年制度ノ伊國民法第三條ナリ  
 其ノ法文ニ曰フ

外國人ハ本國國民ニ屬スル私權ヲ享有ス  
 其ノ法文ハ有名ナル「ビオネリ」及ビ「マンチニ」等カ自由  
 平等ノ條文ノ三大綱領ニ基キ最も絶対的ニ内外人平等主義ノ原則ヲ

明治シタルモノニシテ外國人ハ如何ナル場合ニ於テモ伊國臣民ト公  
ハノ私權ヲ享有スヘキモノトセリ

抑モ當時ノ欧米諸國ニ於テハ排外主義又ハ相互主義ノ學說、立法  
制尚ホ現存セシニモ抑ハラス伊國立法者ハ斷然無條件ニテ内外人ノ  
公權ヲ認メタルカ故ニ歐米諸國ノ法學者ハ皆滔々數々言ヲ以テ伊國  
立法者カ世界各國ニ率先シテ内外人平等主義ヲ斷行セシコトヲ賞讃  
セサルハ十カリキ而シテ伊國立法者ハヨク民法第三條ノ精神ヲ保持  
シ特別ノ制度ヲ設ケサルカ故ニ現今伊國ニ於ケル外國人ハ伊國船舶  
所有權及漁業權ノ外ハ伊國人トシテシテ私權ヲ享有セリ

其ノ他葡萄牙民法(一八六八年)第二十六條 西班牙民法(一八八  
九年)第二十七條ニ於テハ「法律又ハ特別ノ規定アル場合ノ外外國  
人ハ内國人トシテ私權ヲ享有ス」ト規定シ「コンゴ」國法律(一  
八八九一年二月二十日)第一條ニ於テハ「外國人ハ凡テノ私權ヲ享  
有シ其ノ身體及ビ財產ノ保護ニ関シテ内國人トシテノ權利ヲ有ス」  
ト規定セリ又一八七八年南米ハケ國向ニ調印シタル「マリ」條約  
草案第一條ニ於テハ伊國民法第三條ト同シク「外國人ハ内國人トシ

好  
加

一ノ私權ヲ享有ス「ト規定セリ  
英國ニ於テハ千八百七十年以來彼ノ有名ナル敕化條例ヲ以テ慣習

法ノ排外主義ヲ廢シテ外國人モ英國人トシテシテ不動產ヲ取得シ  
所有シ讓渡スルノ權利ヲ附與セシカ故ニ英國現行法ハ即チ内外人平  
等主義ヲ採ルモノニシテ英國ニ於ケル外國人ハ英國船舶所有權其ノ  
他一ニノ例外ヲ除クノ外内國人トシテ私權ノ全體ヲ享有スルコト  
ヲ得ルニ至レリ

米國ニ於テハ各州ノ法律區々ニシテハ定セサルカ故ニ茲ニ之レヲ  
概論スルコトヲ得サレトモ外國人ハ不動產所有權及船舶所有權ヲ除  
クノ外ハ一概ニ内國人トシテ私權ヲ享有スルヲ以テ原則トスルニ  
至リテハ則チ一致セリ、其ノ他瑞典、諾威、丁林、及露西亞ノ如キ

モ平等主義ヲ以テ原則トセサルハナシ  
之レヲ要スルニ私法上ニ於ケル内外人平等主義ハ實ニ現今文明諸國  
ニ於ケル法律思想ノ進歩シタル結果ナリトス、蓋シ現今ニ於テハ權  
利及ビ人格ノ觀念ハ之ヲ形式的ニ論スルトキハ素ト各國立法者ノ創  
定物ニ外ナラサルモ之ヲ實質的ニ論スルトキハ各人ノ法律思想ニ存

此シ世界内即チ人類的性質ヲ有スルモノニシテ各國ノ立法者カ必ズ  
之ヲ保護セサルヘカラサル性質ヲ有ス固ヨリ國家ノ主權ハ万能ナル  
カ故ニ一人ノ權利及人格ヲ保護スルト否トハ全く自由ニシテ人々  
ハ敢テ天賦固有ノ權利ヲ有スルニアラサルモ之レ以テ一応ノ理論ヲ  
ニスキスシテ實際ニ於テハ必ズ個人ノ權利ヲ保護シ人格ヲ認メサル  
ヲ得サルナリ

彼ノ碩學「イェリソング」ガ之ヲ形容シテ現今ニ於テハ權利及自由  
由ハ猶ホ空想及比喩ノ如ク尙國人タルト外國人タルト同ハス各人  
ノ尊シク有スヘキ共有物ナリト云ヘルカ如キハ即チ此ノ法律思想  
ヲ表シタルモノナリ、又之レヲ國際法ヨリ論スルトキハ各國ハ必ズ  
個人ノ權利及自由ヲ認定スヘキ義務ヲ有スルモノニシテ寧リニ之ヲ  
否認スルカ如キハ只々國際法上ノ慣例ニ違フスルノ結果ヲ來スモノ  
ナリ、何ントナレハ各國ハ其ノ國民ノ權利自由ヲ保護シ且ツ他國ヲ  
シテ之ヲ尊重セシムルノ權利ヲ有スレハナリ、近世ノ法律思想ハ斷  
クノ如ク私權ノ人類的性質ヲ認ムルカ故ニ、彼ノ國際法協會ニ於テ

大足外山 著 一九二一年

ハ國際私法ノ原則ヲ調査シテ一定スルニ當リ一八八〇年「オックス  
フォード」ノ會議ニ於テ著明ハ致リ以テ九ノ平等主義ノ原則ヲ國際私  
法ノ八大原則ノ頭ニ掲クルニ至レリ

第一條 外國人ハ何レノ國家スハ家數ニ属スルヲ同ハス、現行法  
律ニヨリ特ニ設ケタル條例ヲ除キ外國人ト同様ノ私權ヲ  
享有ス

且ツ國際法協會ハ各國立法者ニ之レヲ採用スヘキコトヲ勧告シテ  
ノ趣旨ノ國際條約ヲ締結シテ之レヲ実行ヲ期スヘキコトヲ勧告セ  
リ、其ノ辭欠ニ曰ク

本協會ハ各國民ニ於テ九ノ八大原則ヲ一般ニ採用シ、且ツ之レ  
ト同時ニ第一條ノ補足トシテ九ノ規定ヲ掲グル國際條約ヲ以テ之  
ヲ実行ヲ担保スヘキ希望ヲ表ス

各聯盟國ハ相互ニ他ノ聯盟國体ノ承認ヲ認ルニアラサレ  
ハ此ノ規定ニ對シテ新々ニ何等ノ例外ヲモ設定セサルコ  
トヲ約ス

現今尚木例外ノ存スル諸國ハ成レハク速ニ其ノ内國法制ヲ改良シテ其ノ規定ニ一致セシムルコトヲ約ス、(國際法協會年報第五十三卷五十六頁)

右ノ決議ハ現今各國公法國者ノ一徵ニ是認スル所ニシテ右ノ原則ハ現今大明諸國立法者ノ概ニ採用スル所ナリ、ナレハ現今ニ於テハ一國ノ私法ハ決シテ其ノ國民ニノミ專屬スルモノニテスシテ波ク人等ノ基礎トシテ人等ノタメニ人等ノ權利ヲ保護スルモノナリ、即チ之レヲ私法ニシテ之ヘハ私法ハ人等ノナリ、私權ハ人等ノ享有スヘキ共有物ナリト云フコトヲ得ヘシ、故ニ碩學「ローラン」ハ曾テ自國民法ノ草案ヲ起草スルニ當リテ從來諸國ノ立法例ヲ打破シテ其ノ第五十條ニ於テ私權ノ享有ヲ凡ノ如ク規定セリ、  
曰ク  
凡ソ人ハ私權ヲ享有ス

ト、且ソ其理由ヲ説明シテ曰ク、此ノ草案ハ凡テノ人ニ私權ノ享有ヲ附與スルコトニヨリテ外國人ヲ自百義人ト公ニ視シタリ蓋シ私カ

大日本山、私法二十卷外

國法ニヨレハ凡テノ人等ハ皆法律上ノ人ニシテ外國人ヲシテ等シク私權ヲ享有セシムルカタメニ何國民法ノ如ク特別ノ明文ヲ要セサルナリト、此ノ草案ハ尚木末々法典トナル一至ラスト益モ外國人カ内國人ト等シク私權ヲ享有ストノ規定ハ自明ノ法理ニシテ理論上無用ナルコトヲ看破シタル嚆矢ナリトス

自國民法草案ニ次テ編纂セラレタル一九〇〇年一月一日ヨリ法典トシテ実施セラレタル獨乙民法カ外國人ノ私權享有ニ関スル規定ヲ掲ケザルモ亦決ノ趣旨ヨリ由來スレモナリ、蓋シ独乙民法施行法第三十八條ニ外國政府又ハ外國人ニ對スル私權ヲ規定セルハ、外國人ハ特別ノ制限ノ外ハ内國人ト公シク私權ヲ享有スヘキ原則ヲ前提トスルモノナリ、而シテ其ノ前提タル平等主義ノ原則ヲ民法中ニ規定セル所以ハ独乙民法理由書ニ明言セルカ如ク現今ノ國際私法上ニ於テハ外國人カ内國人ト公シク私權ヲ享有スルコトハ已ニ當然自明ノ法理ニ屬スルカ故ニ取テ特別ノ規定ヲ要セストセルカタメナリ  
我カ民法第二條ニ於テ「外國人ハ法例又ハ條約ニ禁止スル場合ヲ

除ノ外私権ヲ享有スルト規定セルハ前掲諸國ノ立法例ニ倣ヒ内外  
 人平等主義ノ原則ヲ明言シタルモノニシテ現今ノ文明國ニ於テハ規  
 定不明ク要セザル自明ノ法理ニ屬ス下位ニ我國現今ノ立法上外國人  
 ノ權利ニ関スル主義ハハ大變遷ノ時期ニ際スルカ故ニ時ニ異リ規  
 定ヲ必得トセルナリ、蓋シ我國ノ法制ハ最近五十年間ニ外國人切  
 御ノ政權主義ヨリ内外人平等主義ニ進ミタルモノニシテ憲法總論  
 近海ニ對シタル當時ニ於テハ外國ハ政式ニ於テモ尚木人格ヲ認  
 メラレザリシガ旧條約締結ノ際ヨリ漸ク人格ヲ認メラルルニ至リシ  
 毛尚木外國人ハ原則上無權利ナリシナリ、而ルニ最新以來我國ノ文  
 化益々開塞シ法律制度又範ヲ泰西ニトリテ漸ク完備スルニ從ヒ國法  
 ノ原則上外國人無權利ノ旧主義ハ漸ク其ノ數ヲ消ス近去ク文明國ノ  
 通義ニ則リテ外國人ノ權利自由ヲ保護シ其ノ國家ノ公益上ヨリ制限  
 可要スルカ如キ權利ハ例外トシテヘ々之ヲ明言スルニ至レリ、且ツ  
 無條約國ノ人民ニ對シテモ我國ノ實際上一概外國人ノ享有セル權利  
 保護ヲ附與スルヲ以テ原則トセリ

今次專ノ事實ヲ法理的ニ綜合スルトオハ我カ國現今ニ於テハ民法  
 第一條ノ規定ヲ除クテ余タムシテ外國人ハ法例ニ特別ノ制限アル場合ヲ除  
 クル外ハ内國人トシテ私權ヲ享有スルヲ以テ原則トストハハヤル  
 ハカラス、即チ我カ國ノ法律ハ法律思想ノ自然的發展ニヨリ漸ク私  
 内外人平等主義ノ原則ヲ採用シテ外國人ノ私權ヲ保護スルニ至リ  
 シコトハ蓋シ爭フヘカラサル事實ナリ、而シテ此ノ思想ノ發達ハ即  
 チ我國文明ノ進歩ニシテ我カ國民ガ改米列國ト對等ノ實際ヲナスノ  
 權利ヲ有スルニ至リタル所以ノモノハ亦實ニ欽佩ニ存ス、只タ從來  
 此ノ原則ヲ一般的ニ明言シタル法文存セザリシカ故ニ、若シ新民法  
 ヲ編纂スルニ當リ、私法民法ノ如ク此ノ原則ヲ明言セザルトハ或  
 ハ法律ノ適用法誤解ノ恐レブルカ故ニ外國人ノ地位ニ関スル條文  
 ハ定セシメンカタメニ理論上寧ろ無用ニ屬スルモ過度時代ニ於ケル  
 法與トシテ今日現行ノ原則ヲ概括的ニ明言セルノミ故ニ第七條ハ我  
 カ民法ノ沿革的理想ノタメニ必要ナル規定ナリト云フベシ  
 之レヲ要スルニ私法上ニ於ケル内外人平等主義ハ實ニ現今ノ明語

國ニ於ケル通則ニシテ苟クモ文明國ヲ以テ自任スル國ノ立法者ハ、  
 一トシテ文明上或ハ實際上外國人ニ禁止ノ明文アル場合ヲ除クノ外  
 外國人ト對シテ私權ヲ享有スヘキコトヲ認メザルハナシ、以テソレ  
 ヲ平等主義ノ原則ノ例外タル禁止ノ多少ニ至リテハ國情ニヨリテ其  
 ノ制限ヲ異ニシ、或ハ伊國、英國ノ如ク個々ヘハノ制限ニスギサル  
 モノアリ或ハ他、米諸國ノ如ク四五ノ禁止アルモノアリテ一定  
 セスト云々、現今諸國ニ於テ外國人ニ禁止スハ制限セル私權ハ概シテ  
 尤ノ事項ニ屬ス

- 一、土地所有權ノ制限
- 二、船舶所有權ノ制限
- 三、礦業權ノ制限
- 四、鐵業權ノ制限
- 五、訴訟上ノ保証ノ義務

### 第二章 外國人ノ地位ノ現在

外國人ノ地位ノ如何ヲ證明スルニ當リ法意スヘキハ、  
 國人ノ地位ノ如何ハ內國法ノ規定ニヨリ定マルモノニシテ條約ニヨ  
 リ定マルモノニヨラサルコトナリ。條約ニ互ニ其ノ國人ノ權利ヲ保  
 護スヘキ規定アルモ、之レヲ以テ直チニ外國人ノ權利享有ヲ認ムレ  
 ニテラス、唯條約ニ規定スル如キ權利保護ヲ與フヘキコトヲ國家カ  
 約束スルニスギスト。即チ條約ノ規定ハ唯外國人ノ權利保護ナリ、國  
 家カ約束ニヨリ定メタル保護ヲ附與スヘキ義務ヲ負担スルノミ、換  
 言スレハ條約ハ立法ノ自由ヲ拘束スルノミ其ヘテハキ權利其ノモ  
 ノハ必ズ國內法ニヨリテ規定セラルヘキナリ、然レトモ實際上ハ條  
 約ニ定メタルモノハ必ズ國內法上附與セラルルヲ以テ外國人ノ權利  
 如何ヲ明ニスルニ當リテハ條約ニ規定セル範圍ヲ明ニスルヲ要ス  
 米、英ヨリ外國人ヲ分業スレハ之レヲ三種ニ區別スルコトヲ得



(一) 歐米、条約國民

(二) 支那、暹羅等、國民

(三) 無條約國民

第一種ノ外國人ハ或カ國トノ通商航海條約ニヨリ一定ノ權利保護ヲ與フヘキコトヲ條約ニ保証セラル、モノナリ次ノ點ニ於テ他ノ者ト異ル

第二種ノ外國人ハ其ノ本國ト我カ國トノ間ニ條約アル點ニ於テ第一種ト同様ナルモ其ノ條約ハ双務的ナラス、即チ只ダ我カ國民ノ權ノ國ニ於ケル權利保護ニ関シテ規定シ是等ノ國民ノ我カ國ニ於ケル權利保護ニ付テハ條約上何等規定ナシ、從ツテ我カ國ニ於テハ八條約上ノ保障アル外國人ト稱スル所ナシ故ニ之レヲ大別スレハ條約上ノ保障アル外國人ト條約上ノ保障ナキ外國人トニ分ツコトヲ得ルナリ

今次ニ條約上ノ保障アル外國人ヲ基礎トシテ説明シ斯カル保障ナキ外國人ニ付テハ之レニ附加シテ説明セントス、以テ我ガ

大3次山 民法 二六八

法制八條約ノ保障ノ有無ニヨリテ其ノ取扱ヲ異ニセルヲ原則トセルコト以テ條約ノ保障ナキ外國人ニ保障アル外國人ト分テ保護ヲ受テスルヲ以テ例トス

### 第一節 外國人ノ公法上ノ地位

#### 第一條 外國人ノ公權

#### 第八個人的自由權

##### (1) 往來住居ノ自由

內國人ハ憲法第二十三條ノ規定ニヨリ法律ノ範圍内ニ於テ居住及ヒ移転ヲ自由ヲ有ス、而シテ我カ國ニ於テハ現今外國人カ海外ヨリ歐州來レル場合ニ入國ニ関シテ何等ノ制限ナキヲ以テ外國人ハ我カ國境内ニ入り來ルコト全ク自由ナリ、加之外國人

ヲ強制シテ國境外ニ放逐スルコトヲ規定スル法律ナキヲ以テ内  
國々ハ我カ領土内何レノ地方ニモ自由ニ往來居住シ得ルナリ  
之レニ及シ外國人ハ國際交通ノ自由ヲ保障スル現今ニ於テモ法  
律上當然內國ニ入り來ルハキ權利ヲ有スルニアラズ、我國ニテ  
ハ開國以來明治三十二年ニ至ルマテハ所謂開港場即チ居留地制  
度ヲ採リ通商法特ニ開カレタル港ニ限り外國人ノ居留ヲ認メタ  
ルニスギス、然ルニ以後内地難民制ヲ採リ全國ヲ通商ノタメ開  
放スルニ至リ、亦米改米諸國ノ人民ハ條約ニヨリ我カ領土内何  
レノ所ニ旅行シ又ハ居住スルモ全く自由ナルコトヲ認メラル、  
ニ至レリ、現行日英條約其ノ他歐米諸國トノ條約皆一様ニ於テ  
兩條約國ノ一方ノ臣民ハ互ニ他ノ一方ニ旅行シ居住スル自由ヲ  
保障ス、從ツテ從來居住ノ自由ニ付キ斯レ外國人ハ內國入ト公  
様ノ自由ヲ享有スルニ至レリ  
然レトモ尚ホ外國人ハ又三點ニ於テ內國入ト異ル所アルナリ  
即チ入國ノ制限、國外放逐、犯罪引渡シ之レナリ

大正四年四月二十七日、外

14) 入國ノ制限

外國人ノ入國カ條約上絶対的自由ナルコトヲ規定スルニ條  
約ハ皆ニ國際法ニ基キテ辦断セラルハク國際法ハ國家ノ自衛  
上ノ必要アルトキハ一時外國人ニ對シテ一般約ニ入國ヲ拒絕  
スルヲ得ヘク、又或ハ一國人民ニ對シテノミ入國ヲ拒絕シ得  
ルモノトスルノミナラス外國人ノ一身ノ狀態、如何ニヨリ常  
ニ入國ヲ拒絕シ得ヘキコトヲ認ム、例ハハ外國人カ犯罪人若  
クハ犯罪ノ嫌疑アルモノ又ハ梅毒患者、浮浪者、赤貧者等ナ  
レハ行政警察上入國ヲ拒絕シ得ヘキコトヲ認ム、故ニ英人タ  
リトモ斯ル狀態ノ個人ハ日英條約ノ規定ニ拘ハラズ其ノ入國  
ヲ拒絕シ得ルハ固ヨリ當然ナリ、然ルニ內國入ナレハ國家ハ  
斯ル狀態ノ者タリトモ其ノ入國ヲ拒絕シ得サルモノナレハ外  
國人ハ以テ點ニ於テ尚ホ內國人ト異ルトコロナリ  
(註ハ) 日本人ハ「カキヲイルニヤ」州ニ於テ甚シキ差別的  
待遇ヲ受ケツマナリ、之レ國際法直接ノ違反ニハアラザ

ニ〇五

レトモ國際慣例ニヌスルモノト云ハサルヘカラス  
目下高潮セラルル國際聯盟ト云フカモキハ各國民力培  
平等ナルヲ基トス、若シ非平等ニシテ而カモ該同盟ニ  
加入スルコトアリトモハ之レ差別の傳遞ニ甘ンハトスル  
モノト云フハシ

(註三) 英國モ濠太利ニ於テ移民制限法アリ

四、國外放逐

外國人ハ放逐ノ如ク放逐シ得ヘカラスモ本國人ハ之レヲ  
國外ニ放逐シ得ルナリ、現今ノ國際法ハ戰爭等ノ非常ノ場合  
ニハ放逐ノ外國人若クハ或國ノ人民ヲ一般的ニ放逐シ得ヘキ  
コトヲ認ム、又平時ニ於テモ外國人ノ一身上ノ理由ニヨリ何  
時ニテモ放逐シ得ヘキコトヲ認ム、如何ナル原因アルモノヲ  
放逐シ得ヘキカハ之レ問題ナルモノ一般ニ入國ヲ拒絶シ得ヘキ  
個人ハ本之レヲ國外ニ放逐シ得ヘキモノナリト認メラル、從  
ツテ犯罪人、犯罪ノ嫌疑アルモノ、傳染病者、赤食者、等ハ

何レノ國ニ於テモ放逐シ得ルモノト見做サル、故ニ森納ノ居  
住ノ自由ノ保障ハ滞在國ノ公安ヲ害セサル範圍内ニ於テ認メ  
ラル、公安ニ害サル場合ニハ放逐セラル、コト当然認メタル  
モノト云ハサルヘカラス

(註) 台灣ニハ外國人ノ放逐令アリ、内地ニハ何モナカレト  
モ放逐シ得サレニヤラス、然レハ國際紛議ノ發生ヲ未ス  
ハキ恐レテハ先ツ外國人ハ入國ニ際シテ商署警察ニヨ  
リテ外國人ノ入國ヲ禁シ、又ハ領事ニ送シテ交渉ヲ用ク  
ヲ通常トス

ハ、犯罪人引渡

外國人ヲ犯罪人トシテ我カ國ヨリ外國ニ引渡サレタル場合  
ニハ我カ國ニ於ケル居住ノ自由ヲ失フ、此ノ點ニ付テ歐洲諸  
國ハ如何ナル場合ニモ自國ノ國民ヲ外國ニ引渡スコトナキヲ  
以テ引渡サルハ犯罪人ハ皆ニ外國人ニ限ル、從ツテ歐洲大陸  
諸國ト我カ國トノ間ニ犯罪人ヲ引渡スルハキ場合ハ、皆ニ外國

二〇八  
人ニ付テノミ起リ内國ハヨリ洩スコトナシ、故ニ内外ハノ相  
違ハ米ノ点ニ付テモ著シ

之ニ及シ英米ニ於テハ自國臣民ト魚モ内水場合ニヨリテハ  
亦犯罪入トシテ洩スコトアルヲ認ム、然シテ明治十九年ニ  
成シル我カ國ノ犯罪人洩條令ハ、米國ノ法律ニ倣ヒテ編纂  
セラレシモノニシテ、始メテ犯罪人洩條令ヲ結ハルハ明治  
二十年日米間ノ條約ナリ、從ツテ日米間ニ於テハ自國臣民ト  
魚モ或ル場合ニハ洩スコトアルヘキヲ認ム、從ツテ内外人  
ノ區別ハ米ノ点ニ於テ大イニ減少セラル、モノナルガ、内水  
内國人ヲ洩ス場合ニハ外國人ヲ洩ス場合ヨリモ制限セラ  
レタルモノニシテ、米ノ点ニ於テ内外人間ニ異ルトコト存セ  
サルヘカラス

(二) 身体ノ自由及住所、所有權ノ不可侵

憲法第二十五條ニハ曰本臣民ハ住所ニ侵入セラレザルコト、又  
第七十六條ニハ、其ノ信譽ノ維護ヲ侵サレサルコトヲ規定シ  
第二十七條ニハ所有權ノ不可侵ナルコトヲ規定シ、又第二  
十三條ニハ法律ニヨルニテラサレハ逮捕、監禁、審問、処罰ヲ  
受クルコトナキヲ規定ス、外國人ハ米點ノ点ニ付テ條約上  
ノ保障ヲ有ス  
例ハ八日英鐵行條約前ハ條ニ於テハ、人ノ身体及ヒ財產ニ對  
シテ完全ナル保障ヲ享有スヘキヲ規定シ、第三條ニ於テハ其  
ノ條約、倉庫、製造所等ニシテ道法ノ目的ニ使用セラル、モ  
ノハ、侵入ヘカサレサルコトヲ規定ス、從ツテ實質上ニ於テハ  
内國人ト云ヘノ保護ヲ享有ス、以テ内國臣民ナレハ憲法ニ所  
謂法律ノ形式ニヨリテノミ制限シ得ヘキモノナルモ外國人ニ  
アリテハ命令ヲ以テスルコトヲ得ルノ規定アル點ニ於テ異ル  
二〇九

モノトス

二一〇

三) 精神上ノ自由

精神上ノ自由トハ言論及ヒ著作ノ自由、信教ノ自由、集會  
 結社ノ自由ヲ保障スルモ、外國人ニ付テハ或ル者ハ條約ニヨ  
 リ或レモノハ法令ノ規定ニハ依ル  
 明治二十七八年乃至三十四五年間ノ日條約ニ於テハ良心ノ自  
 由ト稱シテ因締盟國ノ一方ノ臣民ハ他ノ一方ノ版土ニ於テ  
 其ノ厥スル宗教ヲ信奉シ其ノ教義ニ於テ礼拝ニ特ニハヤフ特ニ  
 規定シタルモ現行條約ニ於テハ之レヲ当然ノコトトシテ凡テ  
 斯ル規定ヲ削除シタル  
 而シテ我カ國ハ宗教ノ宣布ニ付キ固ニ制限スルトコロナキ  
 ヲ以テ外國人モ亦外國人ト公認ニ法令ノ範圍内ニ於テ之レヲ  
 ノ自由ヲ享有スルモノナリ

大分山ノ巻 二一〇、四

言論、著作ノ自由ニ付テハ條約上何等ノ規定ナシ、而シテ  
 我カ法律ハ外國人モ亦新國條約、必放法特ニヨリ外國人ト公  
 認ニ言論、著作ノ自由ヲ享有スルコトヲ認ムルナリ、但シ私  
 法上ノ權利タル著作權ニ付キテハ外國人ト異ルトコロアルナ  
 リ、之ニ関シテハ特別ノ國際條約ヲ待ス  
 集會結社ノ自由ニ付テハ條約上規定ナシ、而シテ現行治案  
 警察法ニ於テハ外國人ノ集會結社ノ自由ヲ制限シ、外國人ハ  
 政談集會ノ發起人トナリ若クハ政談集會ニ於テ演説シ又ハ政  
 社ノ社員トナルコトヲ禁ガルモノトス  
 元來此ノ種ノ自由ハ政事上ノ權利ヲ享有スルモノニシテ始  
 メテ之レヲ享有シ得ルモノナルカ故ニ、外國人ハ(敬述ノ如  
 ク)政治上ノ權利ナキモノナレハ)其ノ滞在國ノ政治ヲ論議ス  
 ヘキ自由ヲ有セサルコトハ當然ナリ

二一一

四、營業ノ自由

二一〇

營業ニ付テハ自由營業ト免許營業トアリ、自由營業ハ外國人モ外國人ト公様ニ自由ニ之レヲ営ミ得ルハ勿論ナリ、所謂免許營業即チ、國家ノ特別ノ許若クハ免許ヲ必要トスル營業ニ付キテハ從來外國人ハ之ニ從事スルコトヲ得サルモノトスルモノ多カリシカ、近來ハカ、ル營業ニ付キテモ一定ノ條件ヲ以テ外國人ガ之レニ從事シ得ルヲ認ムルヲ以テ例トスルニ至レリ、即チ其ノ主ナルモノヲ說明スレバ次ノ如シ

(註一) 國際通商條約ハ通商ノ自由ト共ニ營業ノ自由ヲ認ム

(註二) 内工業ノ營業ニ付シテ我カ國ニ於テハ外國ニ於テ其ノ比ヲ見サル程ニ營業ノ自由ノ範圍ヲ定メ、例ハハ我カ國ニ於テ外國人モ亦支店ヲ設キ得ルトモレモ、外國ニ於テハ外國人ノ營業ニ成レル銀行ハ「ニユーロバンク」ニ置クコトヲ得サルコトトセリ、然レハ一ノ銀行

次々外山 一八五二十八ノ外

行ツ新設シテ之レヲ代理店トスルノ外ナシ

三、銀行業

銀行業ハ外國人若クハ外國会社モ大藏大臣ノ許可ヲ得テ其ノ業務ニ從事スルコトヲ得(銀行條令ニ條)

但シ正金銀行興業銀行、拓殖銀行等特殊ノ銀行ハ其ノ限りニテラス

二、保險營業

二一三

保險營業ハ外國人又ハ外國会社モ免許ヲ得タル場合ニハ之レヲ営ムコトヲ得、我カ政府カ免許ヲ與フルニ當リテハ外國保險会社カ我カ國ノ被保險者ノ利益ヲ損保スルタメニ一定ノ金額ヲ供託スルコトヲ要ス、諸外國ニ於テハ自國ニ於テ業メ

ニ一四  
マニ保餘料ハ必ス自国内ニ於テ放棄スヘク之レヲ本國ニ轉テ  
行クコトヲ許サザルナリ  
之レ財政上經濟上至當ノ策ニシテ我カ國ノ如キハ其ノ点ニ於  
テ寛ニ伏スルナリ

### ハ、運送營業

陸上運送營業ノ概則トシテ鐵道又ハ軌道ヲ布設セル權利ハ  
原則トシテ外國人ニ之レヲ許サズ、何レノ國ニ於テモ外國人  
ハ斯ル權利ヲ得ルニハ特別ノ特許ヲ必要トス  
海上運送ニ付テハ成外船舶カ平等ニ取扱ハル、可クテ原則  
トス但シ國内港灣間ノ運送營業、即チ海峽貿易ハ外國船舶ニ  
之レヲ許サ、ルヲ以テ例トス、殊ニ通商條約ハカ、且事項ハ  
之レヲ條約ニ規定スルノ限リニアラストシ、各々其ノ國內法  
ノ規定ニハ任スルモノトス

例ハ八日英條約ニ十條、日米條約十二條等ノ如シ、而シテ  
我カ國ニ於テハ船舶法ニヨリ日本ノ港灣間ノ運送營業ハ日本  
船舶ニアラサレバ之レニ從事シ得サルモノトナセリ、但シ今  
日ノ如ク我カ國ノ海運業大ニ發達セル以上ハ外國人ニ之レ  
ヲ許スモ妨ナカルベシ

### ニ、仲買營業

何レノ國ニ於テモ一般ニ外國人ニハ此ノ種ノ營業ヲ營ムコ  
トヲ許サズ、我カ國ニ於テモ取引所ノ仲買人タルコトヲ得ル  
モノハ帝國臣民ニ限ルモノトス

### ホ、稅民業

外國人ヲ外國ニ轉植スルコトヲ目的トスル業務モ帝國臣民  
ニアラスンハ之レヲナスコトヲ得ズ（稅民業法七條）

(ハ) 鑛業

鑛物ヲ試掘シ、探掘スル權利ハ帝國臣民ニ限ル(鑛業法第五條、砂鑛法ニ十三條)唯朝鮮ニ於テハ條合條ヨリ外國人カ探掘權ヲ特許セラル、モノニアリテハ配得權ヲ有スルモノニ限リ今日ニ於テモ探掘權ヲ有ス

(ト) 漁業

一國ノ沿岸海ニ於テ漁業ニ從事スルコトハ現行國際法上其ノ國ノ特權トスル所ニシテ通常外國人ニ之ヲ許サ、ルヲ以テ例トス、我カ國ニ於テモ現行漁業法ハ帝國臣民ニアラスンハ我カ領海ニ於ケル漁業權ヲ享有シ得サルモノトス又斯ル權利ヲ外國人一茨フルハマダハ條約ヲ以テス、例ハハ

日露協約ニヨリテ日本人カ日本海ニ於ケル露國ノ領國漁業權ヲ得タルカ如シ

(チ) 農業

農業ニ付テハ何種制限ナシ、只外國人ハ土地所有權ヲ有セサル結果地上權ノ問題トナレナリ

(リ) 職業

一定ノ資格、特ニ學術上ノ資格ヲ必要トスル職業、即チ余曩大、醫師、藥劑士、機師、水先、樂隊等ニ付テハ其ノ性質ノ如何ニヨリ各國人ニモ之レヲ認ムルモノアリトモ概言スレハ何レノ國ニテモ外國人ハ外國人トシテ全權次者所謂自由職業(Liberal Profession)ニ從事シ得サルヲ原則トス  
弁護士ニ付テハ保護士法ニ條ニヨリテ之レヲ帝國臣民ニ限ル  
醫師ニ付テハ從來何等ノ明文ナケレトモ、現行医師法ノ改正  
二一七



ニヨリ内務大臣ニ於テ、指定シタル外国ノ國籍ヲ有スルモノ  
ニシテ、其ノ本國ニ於テ我カ國ノ醫師ノ醫術開業ヲ認ムル勅  
令ニハ我カ國ニ於テモ亦區區術ノ開業ヲ許ス、即チ相互主義  
ニヨリ醫師開業ヲ認ム、醫師法ニ四條、勅令三五條（兼利士  
モ亦同シ）

船長、機關士等ニ付キテハ航海ノ幼稚ナリシ結果外國ニ於  
テ船長、又ハ機關士タルノ資格ヲ有スルモノハ、我カ國ニ於  
テモ其ノ資格ヲ認ムタルノミナラス内國船舶ノ乘組員トナル  
コトヲ認メタリ、然レトモ現今ニ於テハ外國人カ邦船ノ船長  
タルモノ殆ントナシ  
水先業此ニ付キテハ國法ニヨリ帝國臣民ニアテサレバ之レ  
ニ從事シ得サルモノトス

### 第二、國家保護請求權

國家ノ保護ヲ請求スルノ權ハ其ノ目的及ヒ性質ノ如何ニヨリ

大正四年山本私法二十八ノ條

之レノ請願權、訴訟及ヒ行政權、民事訴訟權及ヒ外交上ノ保  
護請求權ノ四トス  
外交上ノ保護請求權ニ付キテハ命令ニ說明スルノ要ナシ

### 17) 請願權

請願權ニ付キテハ外國人ハ之レヲ享有シ得サルモノト解ス  
ハシ、元來請願權ノ目的トスル所ハ現今法令ノ不備欠点ヲ理  
由トシテ立法上ノ保護ヲ請求セシムルニアリ、斯ナル權利ハ  
外國人ノミカ享有スハキ權利ニシテ外國人ハ邦臣國ノ法律ノ  
不備欠点ニヨリ其ノ權利、利益ヲ侵害セラレタル場合ニハ寧  
口直ニ本國ノ外交上ノ保護ヲ求ハルコトヲ尙ヘキナリ、此ノ  
點ハ何レノ國ニ於テモ公樣ニ解セラル

(2) 訴願及行政訴訟權

訴願權ハ不当ノ行政処分ヲ改メタルモノカ其ノ上級監督官  
 廳ニ之レカ取消シテ求ムル權利ナリ、外國人モ亦斯ナル權利  
 ヲ享有スルノ處歟ナリ、且ツ之レヲ享有セシムルハキ理由ナリ  
 現ニ税關ノ違法若クハ不当ノ処分ニ對シテ外國人オ大藏大臣  
 ニ訴願スルカ如キハ屢々發生スルトコロナリ、然レトモ外國  
 人ハ必ズシモ訴願ノ方法ニヨルニアラスハ不正行政処分ノ  
 取消ヲ求ムル方法ナシト云フニアラス、何ントナレハ外國人  
 ハ本國政府ノ外交上ノ保護ヲ請求シ外交談判ニヨリ違反亦ハ  
 不当ノ行政処分ノ取消ヲ求メ或ハ損害賠償ヲ請求シ得レハナ  
 リ、行政訴訟權ニ依キテモ公権ナリ、外國人ハ其ノ權利ヲ享  
 有スルモ實際ニ行政訴訟ヲ行フコト稀ナリ、外交談判ニヨリ  
 違法ノ処分ノ取消ヲ求ムルナリ

大正九年

(3) 民事訴訟權

外國人モ本國人ト公権ニ依リ訴權ヲ享有スルハ、其ノ訴權  
 ハ其ノ適用最モ廣キモノナリ、或ハ本國ノ如クニ裁判所ハ本國  
 人ノタメニノミ公開シ外國人ハ被告トナリ得ルモ原告トナリ  
 得ズトズル法律アルモ近世諸國ノ通商條約ニ於テハ蓋シ外國  
 人ニ依リテ本國人ト公権ニ民事訴訟權ヲ享有セシムルハゴト  
 ヲ保障スルヲ以テ例トス例ハ八日英條約第一條ノ規定ノ如シ  
 此ノ種ノ條約ノ規定ニヨリ單ニ訴權ヲ享有スルノミナラス訴  
 權ニ付テ凡テ本國人ト公権ニ取扱ハルヘキヲ保障スルナリ故  
 ニ其ノ民法ハ八條、九條ニ所謂訴訟上ノ保障ヲ免除セラレ  
 又ハ裁判上ノ援助ヲ求ムル權ノ如キモ本國人ト公権ニ取扱ハ  
 ルハキモノナリ且ツ民事訴訟ニ關スル事件ニ付キ當時者カ訴  
 訟ヲ代リニ外交上ノ保護ノ請求ヲナスコトヲ得ル何トナ  
 二二一

レハ司法權ハ独立ニシテ行政權ヲ以テ訴訟ヲ尤右ニ得ハカテ  
ナレハ斯ル問題ニツキテ外交談判ヲナスヘカラサレハナリ

### 第三 參政權

何人カ國家ノ政治ニ參與スレノ權ハ何レノ國ニ於テモ之ヲ  
國民ノ特權トシテ外國人ニ享有セシメサルヲ例トス我國ニ於  
テモ衆議院議員選舉法第六條乃至第八條ハ選舉人及被選舉  
人ハ日本國民ナルヲ必要トス貴族院議員ニ於テハソノ規定ナ  
クモソノ構成分子ヨリ考ヘテ日本國民タラザレハ貴族院議員  
ナリ得サレハ明ナリ其他府縣公會議員ノ選舉權被選舉權ニ付モ  
ハ亦衆議院第六條公會議員ニ付テハ郡縣第六條市町村公會議員ニ  
付テハ市町村制第八條ニヨリ帝國國民ニ非サレハ公民權ヲ享  
有シ得サルモノトス然レテ公民權ニ付ラズンハ選舉權被選舉  
權ヲ得サルヲ以テ外國人カ之ヲ享有シ得サルコトハ明ナリ  
參政權ノミナシクハ尚本國家ノ公吏官吏トシテ國家ノ公務ニ

從事スルコトモ本國國民ニ限ル官吏ニ付テハ積極的規定ナ  
キモ國籍法ノ規定ニヨリハ官吏ハ先ツ其ノ職務ヲ辭スルニ付  
ラズンハ國籍ヲ失ハストテ之ニ附テ外國人トシテハ日本ノ官  
吏タル地位ニ居ルヘカラサルコトヲ示セリ  
又軍人恩給法官吏恩給法等ニ於テハ我カ國籍ヲ失ハルモノハ  
直チニ恩給ヲ受ケル權利ヲ失フヘキヲ定メ外國人トシテハ普  
テ官吏タリシ結果タル恩給ヲモ享受スル能ハサルモノトスル  
ヲ以テ外國人ハ帝國政府ノ官吏タルコトヲ得サルモノトスハ  
サルヘカラズ、其ノ他執達吏、公証人ノ如キ公ノ職務ニ就ク  
場合モ亦同シ

### 第四 第二款 外國人ノ公法上ノ義務

外國人ハ公法上ノ權利ノ享有ニ付キテ必國人ト異ルト公明  
ニ公法上ノ義務負担ニツキテモ亦然リ、コノ義務ハ之レヲハ  
報的ノモノト特別的ノモノトニ分ツ

(1) 一般の服役ノ義務

現今ニ於テハ外國人モ本國國人ト同様ニ我國憲法律ニ服役ス  
ハキ一般の義務ヲ有ス、然レトモ本國人ノ如ク義務ハ我カ國民  
タルカメメニシテ是ツテ其ノ居住地ノ内國タルト外國タルコト  
ハス即チ屬人主義ノ結果ナリ、之ニ反シ外國人ハ我カ領土内ニ  
滞在スル間ノミ我カ國民權ニ服従スルノ義務ヲ有スルモノナシ  
テ屬地主義ノ結果ナリ、故ニ本國人ノ義務ノ總對ナルニ及シ外  
國人ノソレハ相對的ナリ、此ノ一般の服役ノ義務ノ結果トシ  
テ特別の義務發生ス

(2) 特別の義務

特別の義務ノ中、國家ニ勤勞ヲ給スル義務一ツイテハ外國人  
ハ之レヲ負担セサルノミナラス之レヲ負担セサル代リニ金銀的

義務ヲ負担スルコトモナシ、即チ外國人ハ地方自治団体ノ公務  
ヲ負担スルノ義務ナクノミナラス兵役ニ從事スルノ義務ヲ負ハ  
ス、兵役ノ義務ノ免除ニ付キハ通商條約ノ通商條約ニ明記スル  
コトナシ、例ハ八日英條約ニ條ニ於テ一切ノ兵役ノ義務ヲ免  
除セラル、ノミナラス戰後ノ代償金トシテ課セラル、一切ノ現  
金ヲ免除セラル、コトヲ明記ス、現在北米ニ於テ、日本人ヲ徵  
收シテ兵役ニ服セシメントシタルコトアルモ、此レ以歐化ノ弊  
可ヲ申請セル者ノミニ限リテノミ課可ナルハキコトニシテ單ニ  
合衆國「カナダ」ニ滞在スルニスキサルモノニツキ兵役ヲ課ス  
ルコトヲ得サルナリ

(註ハ) 義務兵トシテ軍隊ニ入ラシムルコトハ自由ナレド、義  
務トシテ服役セシムルコトヲ得サルハ明カナリ  
國家ニ對シテ物品ヲ給付スル義務、殊ニ紙税ノ義務ニ付キテ  
ハ從來外國人ハ内國人ヨリモ重カリシコト例トシタリ然ルニ新十  
九世紀半以來外國人ニ對スル特別ノ負担ヲ漸次輕減スルニ至リ

現今ニ於テハ外國人ハ本國人ト公等ノ義務ヲ負擔スルヲ以テ例トシ、如何ナル場合ニ於テモ本國人ヨリモ重キ義務ヲ負擔セシムルコトヲ保障スルヲ以テ例トス例ハ八日條條約前ハ賦乃至第九條ノ規定ノ如シ然レトモ本國人ナルカ故ニ本國人ヨリ輕キ義務ヲ負擔スル理由ナキヲ以テ直接間接及間接間接稅ハ之ヲ本國人トシハニ負擔セサルハカラ又唯租稅ハ屬地主義ニヨルハキヲ以テ例ハ八日條條約ニ付キテハ外國ニ本店ヲ有シ外國ニ支店ヲ有スル場合ニハ其ノ支店ノ所屬ニ依キテノミ課セラルハキモノトス、地方稅ニ關シテモ本國人ト同ハニ負擔セサルハカラサレナリ、市制第九十二條ニヨルハ三ヶ月以上市內ニ滞在スルモノハ市稅ヲ繳ムル義務アリ、又第九十三條ニヨリテ市內ニ居住セサルモノモ市內ニ土地家屋ヲ所有スルカ又ハ營業ヲナスモノハ其ノ土地、其ノ家屋、其ノ營業若クハ其ノ所屬ニ對シテ地方稅ヲ附加セラルハキ義務ヲ負擔ス、之等ノ義務ハ外國人モ亦負擔スルナリ

大正十二年四月二十日

然ルニ現在橫濱英領事署旧居留地ニ於テ外國人ノ有スル家屋ニ對シテ家屋稅ヲ附課シタルニ外國人ハ明治三十二年實施ノ日英條約十八條、日俄條約十八條、日仏條約三十八條等ニヨリ、外國人ハ其ノ永代租借權ニ對スル地代ヲ負擔スル外何等公法上ノ義務ヲ負擔セシムルコト要セサルモノナリト主張シ、遂ニ家屋稅問題ヲ惹起シ其ノ結果、海牙ノ仲裁裁判ニヨリ我方課稅ノ不當ナルコト判決セラル、ニ至レリ、余亦外國人ハ新レ市稅ヲ繳ムル義務ナキモノト論テラレタルカ如キハ其ノ一般の義務ニ對スル重大ナル例外ヲナスモノナリ、以上ノ公法上ノ義務ノ全部又ハ一部ノ國際法上免除セラル、コトヲ稱シテ治外法權ト云フ、何人カ如何ナル範圍ニ於テ之ヲ享有スヘキカハ國際法ノ問題ナリ

(註ニ) 家屋稅問題

市制ニヨレハ市ニ三ヶ月以上居住スルモノハ土地家屋稅ヲ所有スルモノ、又ハ營業ヲナスモノニ依シテハ、市ハ市內稅

ヲ課スルコトヲ得ト規定セリ。故ニ居住地カ市ニ編入セラレ  
 シ時ハ市ハ之ニ并シテ家屋税トシテ居住民ニ附加シタリ。而  
 シテ其ノ税率比較的ニ高カリケレハ、或先ツ之ニ反対ヲ唱ヘ  
 以テ之レニ和シテ課税權ナシト主張シタリ。或國ニ於テハ家  
 屋ニ付キ地租以外ニ外ニ他種ノ人ニ課税地トシテ建設セラレシ  
 家屋ニツキ更ニ課税シ得ルハ理論上正当トナリトシテ外交談  
 判ヲ避ケ仲裁々判所ニ提送シタリ。然ルニ裁判法ノ要旨ハ  
 「借地ハ家屋ヲ建設センカタメニ借用セシモノナリ。今土地  
 ニ對シテ市税ヲ課スルコト能ハストモハ家屋ニ付キテモ當  
 然課税シ得ス  
 トナセリ

斯クテ我國ノ政談トナリ國庫ヨリシテ市税ニ課スル金額  
 ヲ市ニ對シテ天付シツ、アリ、サレハ現狀ニ於テ我國ハ居住  
 地ニ對シテ課税シ得ストナシ、是イテ營業税ヲモ徵收シ得サ  
 ル事ナリ

外山 三十一

### 第三章 外國人ノ地位ノ現在

#### 第二節 外國人ノ私權

私權ニツイテハ民法ヲニ條ノ原則ニヨリ、法又ハ條約ニ依テ、規定ナキ  
 限リハ外國人ハ外國人ト公權ニ及テノ私權ヲ享有ス、從テ以テ其ノ及テノ場  
 合ヲ列等スルヲ以テ足ル

ハ 人格權  
 人格權ノ享有ニツイテハ及テノ規定ナシ、殊ニ條約ハ互ニ其ノ身體ニ對  
 シテ完全ナル保護ヲ享有スハキコトヲ定ム、從テ身體生命、名譽等ノ保護  
 ニ付テ凡テ外國人ト公權ノ保護ヲ享有スベキモノトス、不法行為ノ損害賠  
 償ノ請求權等ニ付テハ却テ外國人ナルカ故ニ一層ソノ保護ヲ厚クシ、法  
 カ如ク、見エル場合アルモ之レ權利ノ相違ニハフラスシテ權利ノ侵害ニ對

スル結果ノ見積リノ多少ニヨルモノトス、又外國人ハ内國人カ債金ヲ受テ  
サレ場合ニモ尚木帶在國政府ヨリ債金ヲ受クルコトアリ、内國ノ場合ノ如  
シ、之ヲ權利ノ相違ニアラスシテ内國人カ國家ト共ニ共同ノ危險ヲ負担ス  
ル場合ニモ外國人ハ外國人トシテ在國ヨリ其ノ秩序ヲ維持シ得サル場合  
ニ被リタル損害ヲ補償セラル、ニスキス、

(三) 財産権

(1) 物権

物権ニ付テハ外國人カ享有シ得サレ物權ト、外國人ノミカ享有シ得ル  
モノトアリ

不動産ニ付テハ土地所有權、債權及抵當權ハ兼者ニ屬ス、土地所有權  
ヲ外國人ニ制限スル規定ハ明治六年以來存在ス、現行民法九條ノ末段ニ  
ヨリテ民法附屬ノ規定トセラル、(債權抵當權ニ付テハ明治三十二年以來  
條約ノ附屬書ニヨリテ之ヲ認ム故ニ土地所有權ノミカ問題ナリ)  
元來土地所有權ヲ外國人ニ禁止スヘキカ西カハ主トシテ經濟上ノ狀態

ニヨリテ定マルトコロニシテ第十八條ニ至レマテハ外國人ニ之ヲ許ス  
ヲ以テ其ノ國ノ公安ニ害アリトセラレタルモノナラズ、明治九年以後ハ權不之ヲ  
許スニ至レリ、現令歐洲諸國ニテハ之ヲ禁止スルモノト制限シ、又ハ無條  
件ニテ享有セシハルモノト相承ス、我國ニ於テモ近年來ノ制限ヲ廢止ス  
スルノ必要ヲ認メ明治四十二年外國人ノ土地所有權ニ關スル法律ヲ制定  
シ、我國ニ住所又ハ居所ヲ有スル外國人又ハ日本人ニ於テ登記ヲ受ケタ  
ル外國人ハ其ノ本國ニ於テ日本人又ハ日本法人ニ土地所有權ヲ享有セシ  
ムル場合ニ限り我國ニ於テモ之ヲ享有スヘキモノトス、又若シ斯ル外國  
人又ハ外國法人カ土地所有權ヲ享有スルヲ得サル狀態ニ至レル場合ニハ  
ハケ年内ニ之ヲ讓渡ナサザルトキハ其ノ所有權ハ國庫ニ歸屬スヘキモノ  
トス、此ノ法律ハ元來尚木帶實施セラレヌ何レノ國ニ對シテ斯ル法律ヲ實  
施スヘキカモ未定ナリ、何トナレハ此法律ハ如何ナル國ヲ以テ我カ日本  
人ニ土地所有權ヲ認ムル國ト看做スヘキカハ勅令ヲ以テ之ヲ定ムルモノ  
トスルモ其ノ勅令ハ尚木帶制定セラレザルヲ以テナリ、尚木帶ノ土地  
所有權禁止ニ付テハ有名ナル *officium iudicis* (ガツハ事件) アリ(明

土地所有権  
船舶所有権

二三三

大講義録ニロキ以下参照  
外国ノミカ有リシ得ルモノハ、永代租借權ナリ、永代租借權トハ日本政府  
ノ所有地ニ無期限ヲ以テ租借權ヲ有スルモノナリ、即チ其ノ地ノ租  
借権ハ永久ニシテ一定ノ租代ヲ納ムル限リハ何人ニモ之ヲ売買譲渡シ得  
ルコトナリ、ル權利ハ民法ノ所有權ニ準シ其ノ規定ヲ準用スヘキモノトス、  
此ノ權利ハ若シ以國人ガ取得シタルトキハ直チニ其地界ヲ抹消シテ土地  
所有權トナスヘキモノトス故ニ永代租借權トシテハ只外國人ノミカ有リ  
シ得ルキ物權ナリ、  
船舶ニ付テハ外國人ハ日本船舶ヲ所有シ得ス、(船舶法) 又チノ國ニ於  
テ外國船舶ハ外國人若クハ外國人ノミヲ責任社員トスル法人ニテ得テ  
ハ之ヲ所有シ得ルモノトス、船舶法 又チノ國ニ於テ、日本領土ノ所  
有ニ屬スルモノ、日本臣民ノ所有ニ屬スルモノ、日本ニ本館ヲ有スル商  
事会社ニ屬スルモノ、(株式會社) 付テハ取締役ノ會同カ日本臣民タルモ  
ノ、又ハ日本ニ事務所ヲ有スル法人ニシテ其ノ代表者ノ全會カ日本臣民  
タルモノニ屬スル船舶ノミカ日本船舶ナリトス。

(10) 債權

債權ニ付テハ外國人具ルトコロナシ、唯若シ社債、株主權ヲ以テ債  
權ナリトセハ外國人ノ間並異ヲ生ス、何トナレハ外國人ハ特殊銀行ノ株  
主タルコトヲ得カレハナリ

(11) 無体財産權

無体財産權ハ一ツニ智識的財産權ト云フ、此ノ權利ハ何人ニモ得テ  
得ヘキ點ニ於テ一種ノ絕對權ナレハ債權トハ異ナル、然レトモ利権物  
目的トセザル點ニ於テ物權トモ異ル、而モ買賣譲渡シ得ヘキ、又交換  
格ヲ有スルカ故ニ財産權トナリ、從ツテ後ニ才三種ノ財産權トシテ外國  
人ノ權利ノ制限如何ヲ述フヘシ  
無体財産權ハ商標權及工業所有權ニ分ス、又未發歌ノ思想、目的  
二三三



スル権利ナリ、吾人ノ真理ノ要求ニ対スル希冀ヲ満足セシムルカ爲メノ精神作用、即チ又藝術者作物ト美ニ対スレ感情ヲ満足セシムルタメノ精神作用、即チ又美的著作物トヲ保セラ、通商及藝術的著作物ト云フ、又ノ著作ニ対スル権利ハ一定ノ思想カ一定ノ形式ニ合セラレシコトヲ保護スル権利ナリ、思想ノミ又ハ形式ノミノ保護ニハアラス、思想ト形式トヲ併セテ一種ノ創作ヲナスモノヲ著作物ト云フ、其ノ著作物ヲ複製スルヲ公ニスルコトヲ著作權ト云フナリ、又工業所有權トハ技術工業ニ対スル精神作用ヲ保護スル権利ニシテ發明ノ特許、意匠及實用新案ニ対スル権利保護ヲ云フ、即チ工業的財産ヲ意味ス。

(二) 著作權

著作權ニ付テハ外國人ノ日本ニ於ケル著作ト、外國人ノ外國ニ於ケル著作トモ區別スルヲ要ス

(1) 外國人ハ其ノ邦立國ニ於テ初メテ公ニシタル著作物ニ対シテハ通商

大正三年三月二十一日

條國ハト云ヘノ権利保護ヲ享有スルヲ例トス、明治三十二年改正現行著作權法才ニ十八條ニ於テ、我が國ニ於テ初メテ發行シタル著作物ニ限リ著作權保護ヲ享有スヘキコトヲ定ム、然レトモ外國人ハ我國ニ於テ發行セサル著作ニ対シテハ何等ノ保護ヲ享有セス、外國人ノ著作物ハ發行スルト否トヲ問ハス其ノ権利ヲ保護セラルヘカ故ニ此ノ点ニ於テ尚本異ナル

(2) 外國人ハ其ノ著作ノ發行ノ場所如何ニ係ハラス其ノ権利ヲ保護セラルヘモ、外國人カ外國ニ於テ初メテ發行シタル著作ニ付テハ條約ニ別段ノ規定アルニアラサレバ何等ノ保護ヲモ享有シ得ザルモノトス、外國人ハ外國ニ於ケル著作物ノ権利保護ニ付テハ我國ト外國トノ條約上ノ關係ハ之ヲ三種ニ大別ス

- (1) 我が國ト歐洲諸國トノ間ニ存スル万国著作權保護同盟條約 (一八八六年ベルン條約)
- (2) 日本ト合衆國トノ間ニ存スル著作權保護條約
- (3) 日本ト支那トノ間ニ於ケル著作權

① 一種ノ國際條約ハ一八八六年スルノ Convention 二於テ謝印セラレタルモノニシテ通常 Bona 條約ト称セラル

英ノ條約ノ目的トスルトコロハ、條約國ノ一ニ付テ公ニセラレタル著作物ハ他ノ條約國ニ於テ何等ノ手續要件ヲ存セズシテ、其ノ權利ヲ保護セラルヘキモノトス、權利保護ノ期間ハ著作物ノ本國ト之ヲ保障スル國ノ法律トヲ比較シ其ノ最少限度ニ於テ之ヲ保護スヘキモノトス

例ヘハ他國ノ著作權法カ著作物ノ終身及死後五十年間ノ權利ヲ保護スヘキモノトシテ、或カ著作權法カ三十年トスレハ、他國ノ著作物ハ我國ニ於テ死後三十年保護セラレ、我國ノ著作物モ他國ニ於テ死後三十年保護セラレヘキモノトス、何トナレハ他國ノ保護期間ハ一般ニ五十年ナリト

更モ日本ニ於テハ著作物ノ死後三十年ニシテ消滅スル權利ハ他國ニ於テ之ヲ保護スルノ必要ナシ又日本ニ於テ他國人ノ著作權ニ對シ日本ノ一般保護期間ヲ超過シタルニモ拘ラズ内國人ニ對シテ以テハヨリ以上ノ保護ヲ與ヘル必要ナレバナリ、尚ホ此ノ條約ハ條約條行ヲ制限スルモノトシ現行著作物條行敕部ヲ初放以來十年間ハ他人ノ權利ニ讓渡條行スヘ

ノ外 三十一

カラザルモノトス

此ノ國際條約ハ一九〇八年「ベルン」ニ於テ修正セラレ、一九一〇年末實施セラレ、此ノ修正條約ニヨリ條約國ハ著作權其ノモノナリトセラレ著作權ノ存続スル間ハ他人ハ著作物ノ承諾ヲ得ルニアラザレバ讓渡シ得ハカラザルニ至レリ、我カ國ニ亦此條約ニ加盟ス、現今尚此レニ加盟セサル重ナル國ハ露米支ナリ

我カ國ハ此ノ條約ニヨリ歐洲諸條約國ニ屬ス且著作權ヲ何等ノ手續要件ヲ要セズシテ我カ國ニ於テ之ヲ保護スヘキモノトス、但シ讓渡權ニ付テハ修正條約ニヨラス最初ノ規定ニヨリテ十年間保護スヘキモノトス

②

日本間ニテハ米國ガ條約ニ加入セザル結果、特別ノ條約ヲ結ハル、此ノ條約ニ於テハ自由ヲ原則トシテ、著作權ハ讓渡權ヲ包含セザルモノトシ、讓渡ハ自由ニ爲シ得ヘキモノトス

ノ之ニ次シ日支間ノ條約ニ於テハ讓渡ハ制限スヘキモノトセラレ、且著作權ハ支那ニ於テハ登録ヲ原メテ其ノ權利ヲ保護スヘキモノトス、昔ハ皆登録主義ヲトリ著作物ハ登録ヲ以テ發生スヘキモノトセルモ、現

キニ於テハ一級ニ著作ノ成立ト共ニ著作権發生スルナリ、登録ハ只著作  
權行使ノ條件ニスギサルモノトスルヲ以テ支那ノ如キ主義ハ改正セラル  
ベキモノトスナハシ、故ニ我カ著作ハ支那ノ各省ニ於テ登録ヲ受テ  
レハ其權利ヲ享有シ得ス、甚ダ不完美ナル狀態ナリ

(三) 工業所有權

一、産業的財産權 (Industrial property)

特許權、意匠權、商標權、實用新案權之ニ屬ス、今特許權ニ付キテ外  
國人ノ權利保護ヲ述フルニ止ム

特許權ハ近來ニ至ルマテハ權利ニテラスシテ特許權ニテ稱サレタル特許ニスギ  
カリキ、發明ニ関スル特許權ナル名稱モ亦之ニ由來セルナリ、然レトモ  
今日ニテハ特許權ハ權利ナルコト他ノ權利ト異ルコトナシ、即チ新案ナ  
ル工業的發明ヲナシタル者ハ其ノ發明ヲ利用スルノ權利ヲ享有ス、以テ  
他ノ權利ト異ルトゴロハ行政機關カ之ヲ審查シ、之ヲ登録シテ初メテ其

ノ權利カ確實ニ存在スル點ニテリ、我カ現行特許法ハ特許ヲ受クル權利  
ト、特許權其ノモノトヲ區別シ、條約ハ發明者ニ發明ノ時ヨリ發生スルモ  
特許權ハ特許ニヨリテ初メテ發生スル點ス、然レトモ立法上ヨリテハ  
特許ヲ受クル權利カ即チ特許權ニシテ、所謂特許ハ以テ特許權ヲ行政機  
關カ確認スルコトヲ意味スルニ外ナラス、單ニ發明ニヨリテ發生ス、以  
如何ナル發明カ何年間保護セラルベキカヲ確定スルコトヲ特許ト云フモ  
ノトセザルハカラス、斯ル權利保護ハ外國人ニ付テハ最近マテ權利トシ  
テハ之ヲ認メザリシカ、外國人ニ付テハ尚更テ斯ル保護ヲ認メザルヲ願  
則トセリ、然レトモ近來ニ至リ外國人ト雖モ外國ニ滞在シ、外國ニ營業  
所ヲ有シ、其ノ意匠發明ヲ實施利用スル場合ニハ之ヲ保護スルコトカ保  
國ニ於ケル産業ヲ保護スル所以トナレリヲ以テ外國人ニモ亦外國人全體  
ノ保護ヲ與フルコトヲ認ムルニ至レリ、此ノ點ニ付テハ外國人ト全等ナ  
リ、然レトモ外國人カ外國ニ於テ已ニ公ニセル發明ニ付テハ再ビ内國ニ  
於テ之ヲ保護ヲ享有スヘキハ理由ヲ見發シ得ザリキ何トナレハ特許權ニ  
付テハ新案ノ發明ヲ要件トシテ、發明ノ新案ナルカタメニハ我カ國ニ於

テノミナラズ他國ニ於テモ本國ホ未ダ或上ニ公知セラレサルコトヲ要ス  
從ツテ外國人カ其本國ニ於テ同一ノ條約ニ付テ特許權ヲ享有スルコト  
ルナリ、斯ル權利ヲ保護スルタメニハ法律上ノ限制ヲ設ケ、一定ノ期間  
ノ新規タルコトヲ妨ケサルヲ認ムルノ外ナシ、茲ニ於テ一八八三年改定  
諸國ハ他國巴里ニ於テ万国工業所有權保護同盟條約ヲ締結シ、條約國  
ハニ於テ特許ヲ得タル發明ハ、其後一年内ハ其本國ニ於テモ更ニ特許  
權ヲ出願シ得ルモノトシ、一々年内ハ其ノ新規ナル發明ナルコトヲ失ハ  
サルモノト見做スニ至レリ、茲ニ注意スルハ各國ニ於ケル權利保護ハ  
互ニ獨立ナルコトナリ

我カ國ニ於ケル特許權ハ漸減スルモ他ノ國ニ於テ得タル特許權ハ之ト  
異國條ニ存在シ得ヘキモノトス即チ同一ノ發明ニ付キ多數ノ國ニ於テ發  
明ノ別々ノ權利ヲ發生スルハキモノトス、故ノ處ハ舊條約ト異ナル所ナリ  
即チ舊條約ハ一國ノ權利ヲ多數ノ國ニテ保護スルルナリ、尚標ニ於テハ  
其ノ期間四ヶ月ニシテ之ヲ優先期間ト稱ス、四ヶ月内ニ於テ更ニ他ノ國  
ニ商標登録ヲ受ケレハ其ノ國ノ保護ヲ受ケヘキモノトス、我カ國ハ明治

三十二年以來此ノ國際條約ニモ加入シ承未今日ニ至ルマテ互ニ之等ノ權  
利保護ヲモ認ムヘキモノナリトナセリ、此ノ條約ニ加入セサル諸國、夫  
那トノ間ニハ特別ナル條約アリテ之ヲ保護ス  
(註)我カ國ニ於テ三月間實施公行ナルコトヲ條件トシ且ツ外國ニ  
於テ特許ヲ得タル時ヨリ、一々年以内ナルコトヲ要ス

### (四) 親族權

外國人ハ我カ國ニ於テ我カ親族法ニヨリテ權利ヲ享有スルコトアレト  
モ之レ例外ニシテ寧ロ外國人ハ其ノ本國ノ親族法ニヨリ享有スル權利ヲ  
我カ國ニ於テ保護セラル、コトヲ原則トス、而シテ外國人カ我カ國ニ於  
テ如何ナル親族權ヲ享有スルハキカハ法例第十三條以下ノ規定スルトコト  
ニシテ故ニ詳述ノ要ナシ

(五) 相續權

外國人ハ從來相續權ヲ享有シ得ザルモノトシタリシカヤ十九世紀以來  
 通商條約ニヨリ外國人モ亦帶在國ニ於テ相續權ヲ享有スルコトヲ認メラ  
 ルルニ至レリ、即今現今ニ於テハ外國人ハ帶在國ノ法律ニヨリ相續權ヲ  
 享有スルノミナラス其ノ本國ノ法律ニヨリテ享有スル相續權ヲ帶在國ニ  
 於テモ相續權トシテ保護スルニ至レリ、如何ナル程度範圍内ニ於テ本國  
 法ノ認ムル權利カ我カ國ニ於テ保護セラルルハヤカハ法令ノ規定ニヨリテ  
 之ヲ知ルコトヲ得

第三章 外國法人

第一節 外國法人ノ意義

外國法ハトハ何ヲ意味スルカハ法學ノ系中如ル所ナリ、我カ民法ハ外國法  
 人ノ語ヲ用ヒ又商法ハ外國会社ノ語ヲ用フト或之如何ナル意義ナルヤ明カ  
 ナラス、從ツテ其ノ反對ノ內國会社外國法人トハ何ナルヤモ明カナラズ  
 固ヨリ固若クハ國ノ行政區劃ノ如クニ一定ノ領土ヲ基礎トスル法人一付テ  
 ハ、其ノ領土ノ內國ニゾルヤ否ヤニ付キテ、外國法人タルヤ否ヤヲ區別ス  
 ルハ易キモ、私法上ノ法人殊ニ商事会社ニ至リテハ、斯レ領土的要素ヲ有  
 セザルノミナラス、外國ニ於テ設立シタルモノニシテ、外國ニ於テ商業ヲ  
 營ムコトヲ目的トシ、又ハ外國ト外國トノ中間ニ於テ營業ヲナスコトヲ目  
 的トスルモノナリ、(例之維海業)或ハ外國人ノミヨリ成立スル內國法人ヲ  
 別ヘキカ故ニ何ヲ標準トシテ外國法人ト外國法人トヲ區別スヘキカハ甚

々明瞭ナラス、且ツ自由談話主義ノ發達致果ニ一層不明ノ度ヲ加フルニ至  
レリ

三四四

於故譯者ハ世々ハ内外人ノ區別ヲ国籍ノ有無ニヨリテ定ムルカ如ク法人  
ニ付テモ亦国籍ノ有無ニヨリテ定ムル事ナリ、然レトモ學者中  
ニハ国籍ナル語ハ只自然人ニ付テノミ用フ、ハキモノニシテ、法人ニ付テハ  
之ヲ用フルコトヲ得サルモノトナスモノナキニテラス、此ノ説ハ元來国籍  
ノ語ハ自然人ニ就テ發達セルモノニシテ、自然人以外ニ之ヲ用ヒサル例ハ  
スルカ故ニ此ノ點ニ付テハ一理ナキニテラスト與テ、如ク国籍ニハ或  
ル國ニ對シテ之ニ關係スル關係ヲ意味スルニ外ナラサルヲ以テ、斯ル關係成  
立セル以上自然人以外ニ付テテ斯ル語ヲ用フルモ不當ナル擴張ナリト云フ  
ヲ得ス、現ニ現今ハ一級ニ權利ノ目的ヲ船舶ノ如キモノニ付テテスラ尚  
本国籍ノ語ヲ用ヒ船舶ノ所屬スル國家ヲ之レニヨリテ定ムルモノトス、從  
ツテ法人カハ定メ國家ニ對シテ總體的關係ヲ有スル以上ハ法人ニ就テモ又  
国籍ヲ認ムルモ何事不都合ナカルハキナリ

故ニ現今ハ一級ニ法人ノ国籍ナル語ヲ使用スルヲ例トス、只問題トナレ

ハ外ハ、又、三十一、外

ハ何ヲ以テ国籍ヲ定ムルハキモノナリ、自然人ニ付テハ其ノ出生地ニ付テハ血  
統主義及ビ出生地主義ヲ適用シ得ルモ法人ニ付テハ其ノ母國者ヲ適用スルヲ  
得ス、蓋シ法人ハ血統ナク、且ツ其ノ出生即チ成立ハ自然人ノ出生ト異  
ナリ、自然の事實ニハテラズシテ一法律行爲ノ結果ナルカ故ニ其ノ準據  
法ヲ知ルニテラサレハ法人ノ出生地ヲ知ルコトヲ得サレハナリ、故ニ出生地  
主義ニ於テテ準據種々ナリ

(一) 法人設立者ノ国籍主義

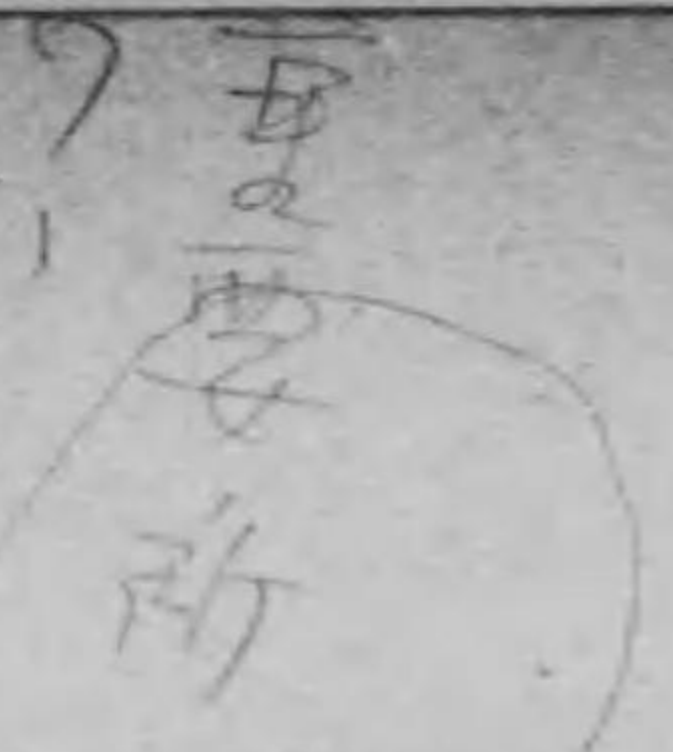
此ノ主義ハ法人設立者ノ内國人タルカ否カニヨリテ其法ハノ国籍ヲ定  
メ外國ノミヨリ成立スル法人ハ外國法人、内國人ノミヨリ成立スル法人ハ  
内國法人ナリトス、恰モ自然人ニ付テハ血統主義ヲ認ムルト同一ニセントス  
然レトモ法人設立者ト設立セラレタル法人トハ何事血統關係ナキハ勿論以  
外人ノ共同ニヨリ法人モ亦内國法人ナリ得ヘク、外國人ノミヨリ成立シタ  
ル法人モ又外國法人タルヲ得ケス、設立者ノ国籍如何ハ法人ノ国籍如何ニ  
關係ナシ、只外國人ニ對シテ制限スルハキ權利ハ外國人ノミヨリ成立セル法

三四五

人ニ對シテ出ホ之ヲ制限スルハ必要ナルカ故ニ斯ル法ヨリ外國人ノミヨリ  
成立セル法人ト内國人ノミヨリ成立セル法人トノ間ニ區別ノ存スルニハ  
キス、例ハ八我船舶法ハ條ニヨルモ、外國人ノミヨリ成立セル法人ト日本船  
舶法有テ得ザルモノトス、然レトモ之ハ以テ種ノ法人ノ權利ヲ制限スル  
ニスキス之ヲカ爲ニシテ外國法人トスルニアラズ

(三) 法人ノ設立地主義

法人ハ是ノ設立タル土地ノ内國ナルカ外國ナルカニヨリ、是ノ国籍ヲ  
定ムヘキモノトナシ去數ナリ、我カ民法ヲ三十大條ニ於テハ内國法人トス  
テ代リニ、日本ニ設立スル法人トスフ語ヲ用ヒ、斯法ヲニ五八條ニ於テハ  
内國会社ト云フ代リニ、日本ニ於テ設立セラレタル会社ト云フ語ヲ用テハ  
テ以テ民法商法ノ立法者ハ内國ニ於テ設立セラレ即チ成立シタル法人ハ之  
ヲ内國法人トシ外國ニ於テ設立セラレタル法人ハ之ヲ外國法人トスレノ趣  
旨ヨリ斯ル規定ヲナシタルモノナリト思惟サレ夫ノ輩ハ殆モ自然人ニ付キ  
出生地主義アルト同様ナリ



自然人ノ出生ハ自然的事實ニシテ地方出生地ナルカハ物理的ニ定マレ、  
之ニ反シ法人ノ設立ハ法律行為ナリ、或ル行為カ法人設立トスフ効果ヲ負  
クタメニハ其ノ行為カ何レノ地ニテナサレタルカハ問題ナラズ、何レノ法  
律カカ、ル効果ヲ附與スルカハ問題トナルナリ

從ツテ先ツ其ノ法律ヲ知ルニアラズニハ何レノ國カ設立地ナルカヲ知ル  
ヲ轉ス、故ニ其ノ説ハ法人ノ内外ヲ區別スルニ足ラサルモノト云ハザルハ  
カラス、加之説ニトハ如何ナル行為ヲ意味スルカ不明瞭ナリ、若シモ設立  
行為ヲ以テ会社定款ノ作成ナリトセハ、定款ノ作成ハ外國ナルモ、内國法  
人ヲ設立シ得ルコト固ヨリナリ故ニ斯ル作成地ノ如何ニヨリ法人ノ内外ヲ  
定ムルヲ得ス、若シモ設立行為ハ会社法ハ、設立ニ必要ナル一切ノ行為ナ  
リトセハ定款ノ作成ノミナラス、法人ノ設立ニ必要ナル認可又ハ其ノ設立  
登記マテモ包含スルコトナリ、内國ニ於テ斯ル行為ヲ完成シタル法人ハ  
内國法人ナルコト固ヨリ明カナリト云モ而シテ之ハ内國法人ハ内國法人ト  
リト云フニ止マリ、内外法人ノ區別ト標準トナサズニ是ヲス問題トスヘキ  
コトハ如何ナル法人カ内國ニ於テ設立登記ヲナササルハカヲサレカニアリ

三) 準據法主義

米ノ主義ハ法ハノ設立ニ対シテ準據シタル法律ノ如何ニヨリ法人ノ国籍ヲ定ムハシトナシ、国内法ニ準據シテ設立スレハ、内國法人ナリトナス。我カ民法學者中此主義ヲ採ル者少ナカラス。此ノ主義ハ設立地主義ヨリハハ歩ヲ進ミタルモノト云フヘシ。蓋シ法ハ、本質ニ依リテ如何ナル主義ヲ採ルモ法人ハ法ヲ由レテ存立シ得ヘカラサルモノナリ。是テ法人ノ設立ニハ準據法アリ何レカノ法律ニ準據スルニフラスンハ法人ヲ設立シ得ヘカラス。ルコト明カナリ。故ニ其ノ準據法ニヨリ法人ノ国籍ヲ定ムルハ一應正當ナル學說ト云ハサルヘカラス。又事實ニ於テモ内國法人ハ皆内國法ニヨリ設立セラレ外國法ハ皆外國法ニヨリ設立セラレシ法人ナリ。然レトモ斯レ學說ハ自ラ白トスフノミ之ヲ以テ區別ヲナシ得ヘカラサルナリ。法人ノ内外ヲ區別スルノ必要ハ、法人設立後ノミナラス其ノ設立ニ際シモ決定セラルヘキ問題ナリ。即チ内國法ニヨリ法人ハ内國法人ナルヲ知ル

ノミナラス如何ナル法人ハ内國法ニヨリニアラサレハ設立シ得サルカノ標準ヲ科サレハカラス。殊ニ現今ニ於テハ法人ノ自由設立主義ヲ受ケタルカ故ニ若シ斯ル準據法ヲ正當トスルトキハ設立者ノ意志ニヨリ自由ニ国籍ヲ定ムルコトナリ外國ニテ日本ノ法律ニヨリ外國法人ヲ設立シ又日本ニ於テ外國ノ法律ニヨリ外國法人ヲ設立シ得ルニ至ルハ、諸國ノ民商法ハ結局設立者ノ意志ニヨリ其ノ適用區劃ヲ定メラレ、法人ニ關スル規定ハ到底其ノ立法ノ趣旨ニ違スルコトヲ科ストナス。其ノ趣旨ノ事實上之ヲ認メ得ヘカラサルハ、領土ノ表裏ノ場合ニ最モ明カナリ。例ハハ外國領土ニ設立セラレ、外國ノ法律ニヨリ設立ヲ認メラレシ外國法人ニテモ、若シ其ノ領土ニ我カ領土トナレハ其ノ法人モ外國法人トナレ。外國法トシテ設立セラレシガタメニ依然外國法ハタルニハアラス。之ト同様ニ内國法ニヨリテ設立セラレシ法人モ若シ其ノ主たる事務所ヲ外國ニ移轉スレハ内國法人タルコトヲ依テ、民法有法ハ事務所若シハ本店ノ移転ノコトヲ規定スルモ之ハ日本領土内ヲ意味ス。若シ日本以外ニ移轉セシトキハ其ノ事務所ニアラスニテ外國法人トナルニモアラス。又外國ヨ



リ内國法人トシテ否カハ外國法上ノ問題ニシテ内國法人カ其ノ人格ヲ賦與シテ外國法人トナルニアラズ又國ヨリ内國法人トシテ付續スルモノニモアラズ、果シテ然ラハ法人ノ準據法ハ法人ノ國籍ヲ定ムル標準トナリ得ハカラサレト明カナリ

(四) 住所主義

法人ハ自然人トシテ住所ヲ有スルモノナリ、法人ノ國籍ハ其ノ住所ノ内國ニアルカ否カニヨリ之ヲ定ムヘシトノ説近來一般ニ認メラルル只々法人ノ住所ハ何處ニアルカニ付キニ據リ得ナリ

- (1) 其ノ法人ノ主タル事務所ノ所在地ニアリトスル説
- (2) 其ノ法人ノ營業中心點ノ所在地ニアリトスル説

營業中心點説ハ法人ノ主タル事務所ノ營業ノ中心點トリ同ハ顯示ハ其ノ長ル場合ハ問題起ラザレ共、其ノニツカ國ヲ異ニスル場合ハ法人ノ住所ハ

營業ノ中心點ニアリトシ内國ニ於テ營業ヲナスヲ主タル目的トスレ法人ハ之ヲ内國法人トシ、外國ニ於テ營業ヲナスヲ主タル目的トスレ法人ハ之ヲ外國法人トナス、其ノ説ノ趣旨トスル所ハ、若シモ其ノ主タル事務所ノ所在地ニヨリ法人ノ國籍ヲ定ムヘシトセハ法人ノ國籍ヲ定ムルハ其ノ主タル事務所ノ所在地ニ依リ、船隻乙國ノ法律ヲ服スルノ故條約行爲ヲ予防シ得ハカラザルカ故ニ法人設立ノ趣旨ニ付カハラサル營業中心點ニヨリ法人ノ國籍ヲ定ムヘシトナスニアリ、其ノ説ハ一理アルコトニシテ其ノ一部分ヲ採用セル國モ亦少ナカラズ、我商法ニ五八條モ其ノ詳説ノ一部分ヲ採リ、日本ニ於テ商業ヲ營ムヲ主タル目的トスル会社ハ、外國ニ於テ設立セラレタルモノトモ日本会社法ニ從ヒ日本法人トナルニアラサレハ其ノ商業ヲ營ムヲ主タル目的トス、斯クノ如ク法人ノ設立ニ對シ法律行爲ヲ予防スル莫ヨリ見レハ一理アレトモ之ヲ以テ一徹法人ニツキ其ノ國籍ヲ定メ得ヘカラザルハ端ナリ、蓋シ民法、商法ノ法人ニ關スル規定ハ營業監督ノ規定ニアラズシテ法人ノ業務執行ニ關スル權利義務ヲ規定ス、故ニ營業ハ外國ニ於テナス

目的トスルモ、尙ホ内國会社トシテ、其ノ權利義務ヲ監督スルコト也  
ナリ。從ツテ外國親民会社ノ如ク外國ニ於テノミ營業ヲナスモ、之ヲ外  
國外社トナスコトヲ得ズ、尙ホ親民会社ノ如キハ親民ヲ發送スル地方ノ地  
例ニヨリテ營業ノ中心ヲ異ニシ、從ツテ其ノ都度國籍ヲ変更スルモノト云  
フ可也

又、我カ正金銀行、郵船会社ノ如ク數ヶ國ノ間ニ營業ヲナスモノハ何レ  
ニ國籍ヲ有スルカ不明ナリ、從ツテ營業中心數ハ該國ヲ予防スル等ノタメ  
或ル場合ニハ之ヲ親ムハキモ、一概原則トシテ之ヲ採ルコトヲ得ザルナリ

本據即チ主タル事務所又ハ本店所在地說

法人ノ住所ハ其ノ本據即チ主タル事務所ノ所在地ニテリトスルハ我カ民  
法第五十條ヲ初メトシ歐洲諸國ノ民法ニ觀スラレタル原則ナリ。而シテ諸  
國ノ法人ニ關スル規定ハ外國ニ於テ主タル事務所ヲ有スル法人ノ目的トス  
ルコトハ、我民法第三十七條ヲ三十一條、第四十五條等ノ規定ニヨルモ明  
カナリ、故ニ外國法人トハ外國ニ於テ其ノ主たる事務所ヲ有スル

大正八年 三月三十一日 外

法人ニ於テ外國法人トハ外國ニ於テ其ノ住所ヲ有スル法人ナリト解致セテ  
ルハカラス、從ツテ其ノ設立行爲地ノ内外タルト、將テ其ノ營業中心地ノ  
外國ニアルト外國ニアルトハ同ハサルナリ然レトモ斯クハ如ク住所地ノミ  
ニヨリテ法人ノ國籍ヲ定ムルトモハ營業中心地論者ノ主張スル如ク外國ニ  
於テ商業ヲ營ムコトヲ目的トスルニモ拘ラズ、尙ホ外國ニ於テ有名企業ノ  
事務所(本店)ヲ有スル一埠ヲ以テ之ヲ外國法人トシ、外國法ノ規定ヲ免  
レシムルニ至ル迄レアルカ故ニ國際法協會ハ一八九一年株式會社ノ國籍ヲ  
議定スルニ當リ、法人ノ住所ヲ現案ナル場合即チ該國ノ存セザル場合ニ限  
リ住所地ニヨリテ國籍ヲ定ムルモノトシテ之ノ如ク決議セリ  
該國ナクシテ法律上ノ事務所(即チ本店)ヲ設立シタル國ヲ以テ株式會  
社ノ國籍ト見做ス(同會議定第五條)

我民法ノ解致上ニ於テモ亦外國法人ノ區別ハ、次ノ國際私法上ノ原則ニ  
從ヒ、外國ニ住所ヲ有スルモノハ西ヤニヨリテ之ヲ定ムカハカラス、從ツテ  
民法第三十五條ニ所謂外國法人トハ外國ニ住所ヲ有スル法人ニシテ、外國  
法人トシテハ外國ニ住所ヲ有スルコトヲ得ザルコト明カナリ、次ノ法理ハ

我カ商法ノ規定ニヨリ本  
 八條國会社ニシテ外國  
 有ス、而シテ民法第三十  
 條ハ外國商會社ニ付テハ  
 一一般の認許主義ヲ  
 採ルカ故ニ外國会社ハ我  
 商法外國会社ニ因スル規  
 定ニ從ヒ我カ國ニ於テ其  
 ノ目的トスル商業ヲ營ム  
 ハキモノナリ  
 然ルニ我カ商法第三十五  
 條ニ於テ營業ヲ營ム  
 以テ主メル目的トスル  
 外國会社ハ外國会社トナ  
 ラサルハ  
 カラサルモノナリ、外國  
 会社トシテハ其ノ成立ヲ  
 認ムハカラサルモノトセ  
 リ、是レ民法第三十六條ノ  
 一般の認許ノ例外ヲ規定セ  
 レルモノトスルハシ、  
 又企業ニ我カ日本ニ本店  
 有スル会社ハ外國会社ト  
 同一ノ規定ニ從フヘキ  
 コトヲ規定スルモノナリ、  
 此ニ述ベシ如ク我カ國ニ  
 本店ハ住所ノ設ケル会社  
 ハ當然外國会社ナルカ故  
 ニ斯ル規定ヲ採ルモノナ  
 リ、然レ民法第三十五條  
 第三十六條外國商會社ノ  
 成立ノ認可ノ例外ニシテ  
 同條ノ但書トシテ規定ス  
 ルモノトス

尚本民法ニテフ住所ハ我  
 カ民法ノ施行セラル、區  
 域内ニ限リテ存シ得ハ  
 キモノナルカ故ニ、外國  
 二住所有セシ法人ハ我  
 國ニテ之ヲ移転スルトキ  
 ハ我カ國ニ於テ新メ一設  
 立行為ヲナス、又ハ言フ  
 儼々ナル所ナリトス

第二節 外國法人ノ認許

外國法人トハ如何ナルモ  
 ノナルカハ前述ノ如シ、  
 茲ニ其ノ外國法人ハ我  
 カ國ノ法律上有効ニ存在  
 スルカ否カノ問題及ヒ外  
 國法上有利ニ存在スル外  
 國法人ハ我カ國ノ法律ニ  
 於テモ亦法人トシテ存ス  
 ルカ否カノ問題ナリ、  
 其ノ國ノ法律ニヨリ有利  
 ニ成立セシ以上ハ其法人  
 八種業性如何ニ拘ラズ  
 外國ノ法人トシテ存在ス  
 ル事實ヲ認メサルハカラ  
 ス、之ニ及シテハ外國法  
 人ハ我カ國ノ法律上ニ  
 於テモ亦法人トシテ權利  
 義務ヲ負フヘキカノ法律  
 上ノ問題ナリ、  
 法人ノ存在ノ事實問題ハ  
 外國ノ法律ニヨリ決定ス  
 ルモノナリ、又之我カ

國法上其ノ成立ヲ認ムルニキヤノ問題ハ我カ法律上ノ問題ニシテ我カ國ノ法律ノミニヨリテ之ヲ定ムハキナリ、蓋シ法律ハ如何ナル學說ヲ採ルモ法律ノ由レテ存在セサルモノナリ、外國法人ノ人格ハ外國ニヨリテ附與セラレタルモノナリ、而シテ外國人ノ法律ハ我カ國土ニ於テハ法律タルノ効力ヲ有セサルヲ以テ、外國法ノ附與シタル人格ハ我カ國ニ於テハ之レヲ人格ト直チニ認ムルコトヲ得ザルナリ、從ツテ外國法人ハ外國法上ニ有初ニ成立セリトノ一莫ヲ以テ直チニ其ノ法人カ我國ニ於テモ亦人格者トシテ權利ヲ得義務ヲ負フト云フコトヲ得ズ、次ノ問題ハ畢竟我カ國ニ於ケル法律上ノ問題ナリ、即チ外國人ヲ我カ法律上ニ於テモ尚ホ法人トシテ認ムハキカノ問題ニシテ、外國法人ノ認許ノ問題即チ之ナリ、認許トハ既ニ存在スル人格ヲ承認スルコトヲ意味ス、新タニ人格ヲ附與スルノ意ニマラス、若シ外國法人ニ我カ法律直チニ人格ヲ附與スレハ內國法人トナルモノニシテ、外國法人トシテハ存在シ得ハカラサルモノナリ、法人ハ其ノ莫ニ於テ自然人ト大ニ異ル所アリ、自然人タル外國人カ我カ國ニ於テ人格者ト認メラルハ所以ハ其ノ本國ニ於テ人格者トナルカ故ニ我カ法律カ其ノ人格ヲ認ムルニ

アラヌシテ、本國ニ於テ人格アルト否トヲ問ハス、亦我カ法律カ人ハ凡テ人格者ナリトシ、外國人ニ人格ヲ附與スルモノナリ、從ツテ外國人ニ於テハ人格ノ認許ナクハ其ノ人格ヲ附與スルノミ、唯現今ニ於テハ何レノ國ニ於テモ人ハ凡テ權利ノ主体ナリト認メラルカ故ニ、我カ法律上人格ヲ附與スルト云フモ或ハ外國人ノ本國ノ法律ノ附與シタル人格ヲ我カ法律ニ於テ認ムルト云フモ結果ヨリ云ハハ別ニ異ナルナキモ奴隸制度ヲ認メタル時代ニ於テ、外國ニ於ル奴隸ハ內地ニ入り來ルヤ直チニ自由ニ人格者ト認メラレタルコトヲ考フレハ自然人ノ人格ハ其ノ根本法ノ與ハタル人格ヲ認ムルニテラスシテ、我カ法律カ凡テ人間ニ新タニ人格ヲ附與シタルモノト云ハサルハカラス、外國法人ハ之ト反對ニ人格ヲ附與スル法律ハ只其ノ本國法アルノミニシテ、他國ノ法律ハ其ノ法人ヲ認ムルカ認メザルカニ依リ新タニ人格ヲ附與スルコトヲ得ザルナリ、次ノ人格ノ認許ニ付キ從來諸國ノ認ムル主義ハ之ヲ三ツニ區別スルコトヲ得

(1) 特殊認許主義

外国ノ法人ハ其ノ人格ヲ附與シタル外國ノ法律カ内國ニ於テ法律タル効  
カナキカ如ク、外國法人ハ内國ニテハ法人トシテ存在シ得ハカラズ、唯何  
々ノ外國法人ニ對シ國家カ特ニ其ノ成立ヲ認許シタル場合ニ限り外國法人  
ハ内國ニ於テモ法人トシテ權利ヲ得、義務ヲ負フコトヲ得ヘキモノトナ  
ル國民法ハ其ノ主義ヲ採ル

(2) 概括的認許主義

或ル國ニ屬スル外國法人ヲ概括的ニ認許スル主義ナリ、例ハ八二八五七  
年以來、仏伯同ニ互ニ他ノ一方ヲ屬スル一國ノ法人ハ其ノ成立ヲ認許スル  
コトヲ特ニ規定シ將來他ノ國ノ法人ヲ認許スルニ當リテハハ々特別ノ法律又  
ハ條約ヲ以テ其ノ國ヲ指定スヘキモノトス

(3) 一般的認許主義

何レノ國ノ法人タルヲ問ハズ一定ノ法人ハ何種ノ特別ノ認許ヲ要スルシ  
テ一般的ニ其ノ成立ヲ認許スルモノトス、法律上当然之ヲ認メ何種裁判上又

大石政山 著 三十三頁

ハ行政上ノ手續ヲ他要トセス、私、公、瑞西、伊ノ法律モ以テ主義ヲ採ル  
米英ニテハ慣習法トシテ其ノ主義ヲ採ル、我カ民法第三十六條ハ消極的ニ  
認許セルコトヲ原則トシテ規定セルモ、其ノ例外トシテ認許スヘキ外國法  
人ニ付テハ亦其ノ主義ヲ採ル、即チ現今ハ其ノ主義カ尋常ノ國ニ認メラル  
學說トシテモ一八九一年國際法學會ハ株式會社ハ一般ニ他ノ國ニ於テ其ノ  
成立ヲ認メラルヘキコトヲ議決シ更ニ一八九七年外國公法人中ニ對シテ凡  
テ他ノ國ニ於テ一般的ニ認許セラルヘキコトヲ採ル

認許ノ範圍

外國法人ノ認許ハ凡テノ外國法人ヲ認許スルニテラス、外國法人中ノ或  
ル者ヲ認許スルノミ、之ヲ公私法人ニ分テハ、公法人中其ノ成立ヲ認許セ  
ラル、ハ只々國及國ノ行政區劃ノミナリ、其ノ他ノ公法人ハ尋常ノ國ハ  
之ヲ認許セス、我カ民法第三十六條モ亦國及國ノ行政區劃ノミニ限ル、  
私法人ニ付テハ公法法人ハ其ノ成立ヲ認許スヘカラストセラレ、營利法人  
殊ニ商會社ノミカ一般ニ其ノ成立ヲ認許セラル  
以上ノ如ク國及國ノ行政區劃並ニ商會社ノミカ我カ法律上其ノ成立ヲ

認許セラレタルモノナリ。然ルニ現行條約ニ於テハ取上ノ会社法人ニアラ  
 サルモノニ付テモ出ホ之ヲ認許スルコトヲ規定スルアリ。例ハハ自英條約  
 十五條ノ自英條約七條、自法條約四條等ニ於テハ一方ノ國ニ從テ成立セ  
 テレ、又ハ成立セラルルヘキ内工業及ヒ金融業ニ関スル有限責任其ノ他ノ会  
 社及ヒ組合ニシテ其ノ領土ニ任所ヲ有スルモノハ、他ノ一方ノ版内ニ  
 於テモ其ノ國法ニ違反セザル限リ、執行ヲ行使シ原告又ハ被告トシテ裁判  
 所ニ出頭スルコトヲ得ヘキ規定ス。殊ニ自露國ノ会社互認ニ關スル條約ニ  
 付テハ、一方ノ國ノ斯ル会社及組合ハ、他ノ國ニ於テモ法律上存在セルモ  
 ノト承認セララルヘク、且ツ裁判所ニ出頭スヘキ裁判ヲ有スルコトヲ規定ス。  
 然レテ學者或ハ之ヲ以テ條約ノ規定ニヨリ民法三十六條ノ規定ヲ變更シ  
 タルモノナリト解スルモノアリ。其ノ說ニヨレハ民法ハ外國法人タル商業  
 会社ノミヲ認許スルニモ拘ハラズ、條約ハ会社及ヒ組合ト稱シ、法人ニテ  
 ラサル会社組合モ尚ホ其ノ成立ヲ認ムル莫ニ於テ民法ヨリ廣キモノナリ、  
 且ツ民法ハ商事会社ト云フニモ拘ハラズ、條約ハ内工業及ヒ金融業ニ關ス  
 ル会社組合トシテ商事会社ニテラサル会社組合モ亦其ノ成立ヲ認メラル、

大川外山 民法 五十四、外

然レテ民法規定ヲ或取シタルモノナリトス。然レトモ斯ル解法ハ條約ノ  
 規定ヲ誤解シタルモノナリ、蓋シ條約ニ所謂認許トハ法人ノ成立ヲ認許ス  
 ルコトニアラスシテ、会社組織ヲ其ノ本國ニ於テ会社組合トシテ存在ス  
 ル事實ヲ承認スルコトヲ意味スルニ非ズ、條約ノ結果ハ斯ル  
 会社、組合ヲシテ我カ國ニ於テ權利ヲ得、義務ヲ負担セシムルニテラス  
 其ノ本國ノ法律上享有スル權利ヲ我カ國ニ於テ行使シ、原告又ハ被告ト  
 シテ裁判所ニ出頭シ得ルコトヲ認ムルノミ、換言スレバ只々訴訟ノ当事者  
 たり得トスルノミニシテ、夫レ以外ニ人格者たり得ト認ムルニテラス、及  
 之民法才三十大條ノ認許ハ外國人カ法人トシテ我國ニ於テ權利ヲ得、義務  
 ヲ負フヘキ資格アルコトヲ認ムルナリ、條約ノ所謂認許ト民法ノ所謂認許  
 月小全ヲ別物ナリ、從ツテ條約ノ規定ヲ以テ民法ヲ變更スルモノト云フヘ  
 カラス

6.6.15

外國法人ノ權利能力、外國法人ノ法律ノ地位

外國法人ハ我カ法律上其ノ成立ヲ認許セラレタル場合ニハ我カ國ニ於テ

権利ヲ得、義務ヲ負担スルコトナレ、然ラハ其ノ成立ヲ認許セラレタル  
法人カ如何ナル権利ヲ得、義務ヲ負フハキカハ茲ニ證明ヲ要スルハ本問題ナ  
リ

其ノ問題ヲ證明スルニ当リ人格ノ存在如何ノ問題ト人格ノ範圍如何ノ問題  
ト証明セサルヘカラス、學者等ニ權利能力ノ語ヲ濫然使用シ、(1)、權利主  
体タル資格其ノ物及ヒ、(2)、既ニ權利主体タルモノカ、個々ノ權利ヲ享有  
シ得ルコトヲ權利能力又ハ權利享有ト云フモ精密ニ云ハハ人格ノ權利ノ主体  
タルカ否カノ問題ハ人格有無ノ問題ニシテ、斯カル意味ニ於ケル權利能力  
ハ、之レヲ一般の權利能力ト稱スルハキモノナリ、一般の權利能力ヲ有スル  
モノ我言スレハ人格ヲ有スルモノ、例ハ土地所有權ヲ享有シ得ヘキカ、  
證明特許權ヲ享有シ得ヘキカハ、人格ノ範圍ノ廣狹ニ關スル問題ニシテ個  
々ノ權利ヲ享有シ得ルカ否カノ問題ナリ、故ニ學者ハ一般の權利能力ニ對  
シテハ之ヲ特別權利能力ト云フ

一、一般の權利能力ハ本國法人カ有スルモノ否ヤノ問題ハ其ノ本國法ノ規定  
ニヨリテ之ヲ定ムヘキナリ、自然人ニ於ケルカ如ク之ヲ我カ國ノ法律ニ

ヨツテ定ム特ヘカラス、此ノ意味ニ於テ法人ノ本國法ハ法人ノ屬人法ヲ  
ナス、從ツテ

- (1) 法律ノ成立ニ關スル種々ノ問題、從ツテ外國法人ハ其ノ成立  
ニ關スル實質的、形式的要件ヲ精フルモノ否ヤ、法人ノ設立、消滅ニ關  
スル凡テノ問題
- (2) 法人ノ機關ノ組織權限ニ關スル問題、從ツテ機關ノ負數、性質、種  
類、法人ノ外部及ヒ外部關係、代表權ノ範圍制限ニ關スル問題、法人  
ノ役員ノ代表權ニ付テハ代理行為ノナサルハキ土地ノ法律ニヨリ制限  
セラル、所アルヲ免レス、例ハ外國法人ノ本國法ニヨリハ、代理權  
ヲ有セサル法律關係ニ付キテモ、我カ法律ノ規定スル所ニヨリ代表權  
ヲ有スヘキモノト認メラルヘキ場合ニハ其ノ負一任セサルハカラス
- (3) 社団法人ト其ノ社員トノ關係、社員ノ權利義務ノ内容、株式又ハ社  
員權ノ讓渡シ得ヘキ否ヤノ問題
- (4) 法人ハ如何ナル行為ヲナシ得ヘキカ、即チ行為能力及ヒ不法行為ニ  
對スル責任ノ問題

考ハ皆法人ノ本國法ニヨリテ之ヲ定ム。或ハ法人ノ性類即チ公私何レナ  
リヤ等ノ問題モ本國法ニヨリテ之ヲ定ムハキモナリトナヌモノアレトモ  
斯カレ問題ハ我カ法律ニヨリ定ムハキモノナリ

二、特別の権利能力

即チ人想ヲ有スル外國法人ハ我カ國ニ於テ、何ヤノ權利ヲ享有シ得ハ  
キヤ否ヤノ問題ハ、我カ法律ニヨリテ之ヲ定ムハキナリ譯言スレハ我カ  
國際私法ノ規定ニ從ヒ、其ノ享有セントスル權利ノ準據法タルハキ法律  
ニヨリテ之ヲ定ムハキモノナリト云ハサルヘカラス。例ヘバ法律一口條  
ハ斷條ハ其ノ目的物ノ所在地主法ニヨルヘキモノトス。從ツテ我カ國ニテ  
不動產又ハ不動産ニ關スル物種ハ其ノ目的物ノ所在地主法ニヨリテ之ヲ  
定ムハキモノナリト云ハサルヘカラス。而シテ我カ法律ハ外國法人又ハ  
外國人ニ對シテ土地所有權ヲ制限スルモノナレハ、外國人ハ我カ國ニ於  
テ土地所有權ヲ享有スル能力ナキモノト斷辭スルハキカ如シ。其ノ點ニ付  
キ、民法第三十六條一項ハ外國法人ハ原則トシテ日本ニ成立スル各種ノ  
外國法人トシテ森林ヲ享有シ得。但シ外國人ノ力ヲ有スルコトヲ得サル

權利、及ヒ法律、又ハ條約中ニ特別ノ規定ナレモハ其ノ限リニテ之ヲ  
ト規定ス

其ノ規定ハ特別の權利能力ヲ規定シタルモノナレモ其ノ文字ノ表面ニ於  
テハ恰モ一般の權利能力ヲ意味セテ規定シタルカ如キ斷辭ヲ未ダ悉レザ  
リ

外國法人ガ若シ内國法人トシテ企一ノ權利ヲ享有シ、企一ノ權利能力  
ヲ有スルナラハ外國法人ニアラスシテ寧ロ内國法人ナリ、從ツテ民法ニ  
所謂企一ノ私權トハ以テ法人トシテ其ノ性類上享有シ得ハキ權利ハ、内  
國法人トシテ之ヲ享有シ得ヘキコトヲ明カニスルノ趣旨ヨリ明カニスル  
ノニシテ單據タルニ外國法人ハ外國人ノ力ヲ享有シ得サル權利ハ之ヲ享有シ  
得ス、外國人ノ力ヲ享有シ得ヘキ權利ニテモ法人ノ性類上享有シ得ヘカラス

ル權利ハ、之ヲ享有シ得サルコトヲ明カニスルニ又オサレナリ

外國法人ノ力以上ノ規定ニヨリハ定ノ權利ヲ享有シ得ルコトハ外國法人  
ノ其ノ目的トスル業務ヲ我カ國ニ於テ營ミ得ルコトハ別問題ナレドモ  
注意スヘシ、外國法人ノ訴訴ノ直接ノ結果ハ其ノ權利ノ主体タルコトヲ



認マラル、從ツテ何レノ裁判ヲ有シ得ヘキコトヲ認メラル、ノミ、  
國法人カ我カ國ニ支店ヲ設ケ共ノ營業ニ從事スル場合ニハ更ニ營業監督  
ニ關スル我カ法律ノ規定(商法会社才六章)ニ從フニアラズシハ之レヲ  
實行シ得ヘカラス、從ツテ外國会社カ我カ國ニ事務所又ハ支店ヲ設ケシ  
時ハ登記又ハ廣告ヲナスヘキ義務アリ、商業帳簿ヲ具フルノ義務アリ、  
又共ノ代表者ヲシテ裁判上及ヒ裁判外ノ一切ノ行爲ニ付テハ該会社ヲ代表  
セシムルコトヲ認メサルハオラス、其ノ代表者ニ加ヘタル制限ハ、我カ  
國ニ於テハ、之ヲ以テ善意ノ者ニ對シテ對抗スルコトヲ得ルモノトス、  
由テ外國会社ノ代表ニシテ之等ノ規定ニ違反シタル場合ニハ、此ノ代表  
者ハ商法才ニ六ニ條ノ規定ニヨリ、五百圓以下ノ科料ニ依セラレハク、  
又才三者ハ斯ナル会社ノ存立ヲ否認スルヲ得ヘク、若シ其ノ代表者才會  
社ノ業務ニ付テハ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スレ行爲ヲナシタルトキ  
ハ裁判所ハ其ノ支店ノ閉鎖ヲ命ズルコトヲ得(商法ニ六ノ條)斯クノ如  
ク我カ國ニ於テ共ノ業務ニ從事スル以上ハ營業ノ監督ニ關スル一切ノ規  
定ヲ準用セサルヘカラス

認許セラレサル外國法人

以上ノ說明ニヨリ外國法人中我カ國ニ於テ共ノ成立カ認許セラレザル  
法人カ少ナカラサルコト明カナリ、斯クノ如ク認許セラレサル外國法人  
ハ我カ國ニ於テハ法人ニアラス人格ナキモノナレハ我カ國ニ於テハ何種ノ  
権利ヲモ享有三權ヲハ明カナリ  
從ツテ斯カル外國法人ノ代表者カ我カ國ニ於テ共ノ法人ノ爲ニ法律行爲ヲ  
ナシタル場合ヲ假想スレハ、其ノ結果ハ無權代理ノ原則ニ從ヒ代表者自  
ラ共ノ責ニ任スヘキモノニテ、外國法人ハ之カタメニ權利ヲ得義務ヲ負  
フモノニアラス、我カ國施行法一〇ニ條ハ、斯カル場合ニ轉則アリ、共ノ  
人格ヲ認許セラレサル外國社團ニ付テハ組合ニ關スル規定並ニ民法才五  
四條ニ項ノ規定ヲ並用スルト規定シ、斯ル外國法人ノタメニナシタル行  
爲者ハ自ラ其ノ責ニ任スヘキハ勿論、若シ其ノ行爲者我カ國アル場合ニハ  
各連帶責任ヲ負担スヘキモノトス  
我カ國ニ於テハ斯カル轉則ナキカ故ニ行爲者我カ國アル場合ニハ互ニ連帶  
責任ヲ負ハシムルコトナキモ、其ノ行爲者自ラ之カ責任ヲ負担セサルハ

大ノ山 小ノ山 二ノ山 三ノ山

カヲサレハ無敵代理ノ原則ヨリ来ルモノニシテ特別ノ規定ヲ要セスニテ  
 明カナリ、斯クノ如ク認許セラレテ外國法人ハ我國ニ於テハ何等權利ヲ  
 取得スレヲ得ナルモ、斯ル法人ハ外國ニ於テ法人トシテ存在スル事實ハ  
 之レヲ否認スルヲ得ス、從ツテ斯カレ外國法人ハ外國ニ於テ法人トシテ  
 得タル權利ヲ否認スルヲ得ズ、斯カレ外國法人ハ書面又ハ電信ニヨリ  
 外國ニアル法人又ハ個人トシテ法律行為ヲナシタル場合ニハ、其ノ結果トシ  
 テ權利ヲ取得シ義務ヲ負担スルコトヲ認メザルヲ得ズ、若シカハ法人  
 ハ我國ニ於テハ人格ヲ認メラレザルノ故ヲ以テ我國ニ來ツテ其ノ債權請  
 求ヲナスヲ得ザルモノトモハ我カ法律ハ外國法人ノ成立ヲ認メザルノミ  
 ナラス、外國法上適法ニ發生シタル權利ヲモ尚承認メザルコトナリ我  
 法律ノ支配スヘキ正当ノ範圍ヲ限リタルノ非難ヲ免レス、故ニ於テカ  
 許セラレザル法人ハ之ヲ事實上ノ法人ト看做シ、事實上ノ法人ハ其ノ本  
 國法適法ニ取得シタル權利ニツイテハ其ノ人格ヲ認メザルニモ拘ラス、  
 尚本訴訟當時者タルノ能力ヲ認メ裁判所ニ來ツテ其ノ權利ヲ主張シ、若  
 シテハ裁判所ニ於テ被告トシテ、其ノ權利ヲ防禦セシムヘキコトヲ認ム

斯ナル結果ハ一八五七年以來我國ニシテ有るナル裁判例於テ認めラレズ、  
 東歐米諸國ニ於テ亦一般ニ認めラレ、ニ至レリ  
 斯カレ認許カ即チ先ニ述ハタル條約上ノ認許ニシテ我カ現行條約ニ於テ  
 ハ民法上成立ヲ認許セラル、ト否トニカ、ハテハ外國ノ法律上会社若ク  
 ハ組合ノ名ニヨリテ、訴訟ヲナシ得ヘキ会社、若シテハ組合ハ我國ニ於  
 テ原告又ハ被告トシテ、其ノ本國法上適法ニ得タル權利ヲ行使シテ主  
 張シ得ヘキモノト認ム

(附言)

以上外國人ノ地位ニ関シ述ハタル所ハ平時ニ於ケル關係ナリ、戰時  
 ニ於テハ其ノ關係自ラ異ナル、戰時ニ於ケル外國人ノ地位如何ハ、從  
 來單ニ國際法上ノ問題トセラレシモ、正確ニ云ハハ國內法上ノ問題ナ  
 リ、此ノ問題ニツキテハ通説ハ戰争ノ必要上セムヲ得ザル場合ノ外ハ  
 個人ノ地位ハ平時ト異ナルコトナキモノトス  
 我カ國ニ於テハ日清戰争當時ニ於テハ原則トシテ敵國人ハ無權利トス  
 ル思想行ハレシモ、日露戰争時代ニハ露國人ハ當然手懸ニ内地ニ滞在

シ、平時ニ於ケルト合様ノ保護ヲ受クヘキモノトセリ、日俄戦争ノ当  
時ニ於テハ更ニ此ノ主義ヲ徹底セシメタリ、然ルニ現時諸國ノ趨勢ハ  
一般ニ敵對ヲ禁止シ主義ニ傾キ我國ニ於テモ敵國ノ人ハ生活ヲ維持スル  
必要ナル以外ノ取引ヲ許ササルモノトセリ、其ノ結果居住ノ自由ヲ制  
限セラレ、従来有スル財産ノ外新タニ取引ニヨリテ財産ヲ取得スルコ  
トヲ得ス、更ニ進ニテ従来有シタル権利ノ中ニテモ、工業所有權ニ関  
シテハ戦時法ヲ受シテ敵國ノ人ノ権利ヲ奪ヒ新タニ之ヲ以テ國人ニ與ヘタ  
リ

### 第三篇 法律ノ接觸

#### 第一章 外國法ノ適用

國際私法ノ適用ノ結果トシテ、裁判所ハ外國法ヲ適用スル場合多シ新カ

レ場合ニ、決ノ適用セラレハキ外國法ハ法律トシテ適用セラレ、カ又ハ事  
實トシテ適用セラレ、カノ問題アリ、又ソノ外國法ハ何人カ証明スヘキカ  
ノ問題アリ、又裁判所カ其ノ外國法ノ適用ヲ欲スリシ場合ニハ之ヲ上告理  
由トナシ得ヘキカノ問題ナリ、又外國法ノ適用ニ當リ、内國ノ公益、公安  
ニ関スル場合ニハ其ノ適用ヲ制限シ得ヘキカノ問題アリ、之等ハ法律接觸  
問題全体ニ通スル問題ナレハ茲ニ之ヲ説明スヘシ

#### 第一節 外國法適用ノ性質

- (1) 國際私法ニ外國法適用ノ性質ニ付キニ相ノ相對セル學說アリ、  
○ 英美ノ學說、外國ノ法律ハ内國ニ於テハ單純ナル事實ニシテ法律ニア  
ラスト、從ツテ當時者自ラ之ヲ採用スルニアラサレハ裁判所ハ外國法ヲ  
適用スルコトヲ得ストナス
- (2) 大陸ノ學說 *Davigny* 以來外國法モ本法律ナリ、從ツテ裁判所ハ自ラ  
選ニテ外國法ヲ適用スヘキ職權、職務ヲ有ストナス

此ノ二例ノ説明ハ其ニ欠点ヲ有ス、元來外國ノ法律ハ其ノ國境ヲ超エテハ法律タルノ効力ヲ有セザルナリ、外國ニ於テハ外國ノ法律モ學者ノ論議モ全様ニシテ法律トシテ拘束力ヲ有セザルハ明カナリ

即チ一ノ事實ニ外ナラス、此ノ其ニ於テ決米ノ説ハ正当ナリ、然レトモ外國法ハ事實ナルカ故ニ裁判所ハ自ラ之ヲ適用スルノ義務ナシト論議スルヲ得ス、何トナレハ國家ハ事實タル外國法ハ外國法トシテ採用スルコトヲ得ハク、又外國法ヲ外國法トシテ採用ヲ有スト認メ得ヘク又外國法ノ内容トシテ外國法ヲ適用スルコトヲモ定メ得ヘク國際私法ナル特殊ノ法律ニヨリ成ル場合ニ外國法ヲ適用スルコトモ定メ得ヘク、此ノ場合ニハ裁判所ハソノ國際私法ノ規定ヲ適用スル結果トシテ、其ノ内容タル外國法ヲ適用セザルヘカラザルモノナリ、此ノ其ニ於テ大抵ノ學說ハ其ノ結果ヨリ云ヘハ正当ナリ、後ツテ事實ナルカ故ニ適用シ得ストナス決米ノ説モ又外國法ハ法律ナルカ故ニ之ヲ適用スヘキ義務ヲ有ストナス大陸ノ説モ其ニ國際私法存立ノ結果外國法ヲ適用スヘキコトヲ忘レタル貞ニ於テ共通ノ欠点ヲ有ス、元來外國法カ外國ニ於テ適用セラル、場合ニ、三種ノ關係アリ得ルナ

(1) 外國法カ外國法トシテ適用セラル、場合、即チ領事裁判權ノ結果外國法カ、其ノ本國ニ於ケル法律ノ効果ヲ其ノ終、雖在國ニ於ケル其ノ本國人ニ及ホス場合ナリ、斯カル結果ハ唯其ノ所在國ノ主權ノ認容ニヨリテ始メテ存在シ得、即チ國際條約又ハ慣例ニヨリ領事裁判權カ認メテレシ場合ニ限リテ存在シ得

(2) 外國法カ其ノ終外國法トシテ採用セラル、場合、例ハ八八民法其ノ終伯國民法トシテ採用セラレ、支那、朝鮮ノ慣習カ、台馬、朝鮮等ニ於テ其ノ終或カ國ニ於テ慣習法トシテ採用セラレシ場合ノ如キ之レナリ、之等ノ場合ハ法律ノ内容其ノモ、ハ外國法ナリシモ之ヲ採用スル內國法ノ規定ニヨリ、其ノ法律ノ全部カ外國法トナリシモノナレハ、適用セララルモノハ外國法ニテラシテ外國法ナリ、

(3) 外國法ノ成ル規定カ其ノ終外國法トシテ効力アルニテラズ、又採用トナリシモノニモイラスシテ尙本外國法ノ規定ノ結果トシテ適用セララルハ其場合ナリ、國際私法ノ結果トシテ適用セララルハ外國法ノ規定ハ、カ

カレ特殊ノ明瞭ヲ有ス、例ハ八能力ハ当事者ノ本國法ニヨルトノ規定ハ  
人ノ能力ニ付キ日本人ハ指ニ才、英米人ハ二十一才、和入ハ二十四才  
ト云フカ如クニ、世界各国ノ人共ニ付キヘ々特別ノ規定ヲナス代リニ、  
能力ノ有無ハ本國法ニヨリテ之ヲ定ムヘキモノトシ、各國ノ人民ノ能力  
ノ有無カ我カ國ニ於テ問題トナリシ場合ニ於テハ、各其ノ本國ノ能力ニ  
因スル規定ヲ通用スヘキモノトナスナリ、斯カレ場合ニハ其ノ本國ノ能  
力ニ關スル規定ハ我カ國ヨリ云ヘ八事實ニ外ナラス、然レトモ事實タル  
外國法ノ規定ヲ我カ國國際私法ニ所謂本國法ナル概括的規則ノ内容トシテ  
通用スヘキコトヲ命スルナリ、我裁判所ハ我法律ニ所謂本國法ナル規則  
ヲ通用スルノ結果トシテ、其ノ内容實質タル外國ノ規定ヲ通用スルモノ  
ナリ、斯クノ如ク國際私法ノ規定ニヨリ外國法ヲ通用スルヲ以テ、外國  
法ノ通用ハ即チ我カ法律ノ命スル所ナリ、故ニ當事者カ外國法ノ通用ヲ  
主張スルト否トハ問ハサルナリ、外國ニテハ外國法ノ通用ハ裁判所ニ對  
シテ任意的ナルカ義務的ナルカノ論ヲナスモノアレトモ我法例ノ下ニ於  
テハ斯カル論ハ全然無用ナリ

### 第二節 外國法ノ證明

外國法<sup>法</sup>ノ通用スルニ當リ之ヲ主張スル當事者カ其ノ規定ノ内容如何ヲ證明  
スル責任ヲ負スルカ、或ハ裁判所カ自ラ進ニテ之ヲ調査スル職權、職務ヲ  
有スルヤ否ヤノ問題生ズ、英ノ英ニ付テモ英米ノ裁判例ハ法律ハ裁判所ノ  
知ルトコロニシテ當事者ハ進ニテ證明ノ事ナクモ、事實ハ裁判所ノ知ルト  
コロニ付ラス、之ヲ主張スル當事者ニ於テ證明セサルヘカラストノ原則ニ  
ヨリ外國法ハハノ事實ナルカ故ニ之ヲ採用スル當事者自ラ證明セサルヘカ  
ラストナス、又之歐洲大陸ニ於テハ外國法ハ一般ニ之ヲ主張スル當事者ニ  
於テ先ツ証明シ能ハサル場合ハ裁判所カ職權職務ヲ以テ自ラ之ヲ證明スル  
キモノトス

元來法律ハ裁判所ノ知ルトコロナリ *Jura novit curia* トノ格言ハ  
法律ナルカ故ニ、當事者ノ證明ヲ要セムトノ意ニ付ラス、法律ノ存在ハ一

本三内山、卷三十五ノ外

ノ事實ナルモ、裁判所ニ顯著ナルカ故ニ証明ヲ要セストスルナリ、例ハハ  
我カ民法第一條ニ私権ノ享有ハ出生ニ始マルトノ規定フルカナキカハ一ノ  
事實ナリ、後ツテ本末普通ノ事實トシテ之ヲ証明スルヲ要スヘキモ此ノ  
事實ハアマリ明白ナル事實ナルカ故ニ、之ヲ証明スルコトヲ要セス、法律  
ノ規定ナルカ故ニ証明ヲ要セストスルニアラス、後ツテ法律ニテモ其ノ存  
在ノ事實不明瞭ナル場合ニハ、當事者ヲシテ之ヲ証明セシムルコトヲ原則  
トス

我カ民事訴訟法第一九條ニ於テモ、地方慣習ノ存在ハ當事者ニ於テ之ヲ  
証明セシムルナリ、斯クノ如ク法律ノ証明ハ其ノ規定カ法律ナルカ事實ナ  
ルカノ問題ニハ關係ナシ、外國法ノ規定ノ如キモ其ノ存在ハ甚ダ不明瞭ナ  
ル事實ナレハ假令上之ヲ主張スル當事者ヲシテ証明セシムルヲ以テ例トス  
、英米ノ學說ノ如ク當時者ノ証明ヲ要スルカ故ニ外國法ハ事實ナリト論定  
スルヲ得サルナリ

我カ訴訟法ニ於テモ外國法ノ証明ハ、當事者ヲシテ之ヲ爲サシムルヲ以テ  
原則トスルモ、裁判所ハ之ニ拘束セラレズ、自ら適ニテ一切ノ方法ニヨリ

外國法ノ規定ノ如何ナルモノナルヤヲ調査スヘキ職權、職務ヲ有スルコト  
ヲ認ム

然レトモ外國法ハ當事者ノ証明並ニ裁判所ノ調査ニヨリ如何ナルモノナ  
ルカヲ明カニスヘキモノナルカ、尚チクノ場合ニ於テ外國法ノ規定カ果シ  
テ如何ナルモノナルカヲ知ルコト甚ダ困難ナリ、是ニ於テカ國際法學者ハ  
一八九八年以來各國ノ間ニ協約ヲ以テ、互ニ他ノ國ノ裁判所ノ要求ニ応ジ  
テ自國ノ法律ノ如何ナルモノナルカヲ調査報告スヘキ義務ヲ認ム以テ自國  
カ外國法ノ適用ニ對シ互ニ援助スルコトヲ希望セリ、又現在ニ於テハ斯カ  
ル條約未成立ノ結果或ル外國法ノ規定ハ到底之レヲ知ル能ハサル場合發生  
スルヲ免レス、若シ外國法ヲ適用スル場合ニ當事者モ裁判所モ到底其ノ規  
定ヲ知ル能ハサル場合ニハ如何ニシテ此ノ問題ヲ解決スヘキカノ疑問ヲ生  
ス、此ノ場合ノ解決ハ只ソノ二様ノ方法アルノミ、即チ其ノ一ハ概ルハギ  
法律カ不明ナル結果トシテ其ノ事件ヲ裁判シ得ヘカラサルモノトシ、原告  
ノ請求ヲ却下スルニアリ、他邊ノ兩事裁判所ニ於テ斯カル判決ヲナシタル  
コトアリ、他乙ニ於テハ其ノ結果ヲ正当トスル學說モアリ、他ノ一ハ其ノ

不明ナル外國法ハ、結局訴訟地ノ法律ト同一ナルモノト推定シ、裁判所ハ  
自國ノ法律ニヨリ其ノ事件ヲ裁決スルニアリ、理論上オハノ説ヲ正当トス、  
然レトモ實際英ノ學說ニヨルトキハ法律ノ不備欠其ノ理由トシテ裁判ヲ拒  
絶スル結果トナル、然ルニ法律ノ不備欠其ノ理由トシテ裁判ヲ拒絶シ得ハ  
カラサルコトハ現今久明諸國ニ於ケル司法制度ノ根本原則ニシテ諸國ノ憲  
法ニ認ムル所ナリ

我カ國ニ於テモ旧法例ニハ斯ル原則ヲ明言ス、現今法例ハ其ノ規定ヲ削  
除セルモ特別ノ規定ヲ要セサル然レ原則トシテ削除セルモノニシテ、其  
ノ原則ノ存在ヲ否認スルモノニテラス、故ニオハノ方法ハ之レヲ採ルコト  
ヲ得ス

果シテ裁判所ハ訴訟ヲ却下シ得スニテ必ズ裁判ヲナスモノトセハ、只テ  
裁判官ノ主観的ニ考フル條理、公平善ニヨリテ裁判スルヨリモ其ノ訴訟地  
ノ立法者ヲ採用シタル法律ノ規定ハ、更ニヨリヨリ條理公平ニ道スルモノ  
トシテ、結局訴訟地ノ法律ハ知り得ヘカラサル外國法ト同様ナルヘキモノ  
ト推定シ之レニヨリテ其ノ事件ヲ裁判スルノ外ナキモノトナス

即チ之レヲ以テ裁判ヲ拒絶スルヨリモ一層適當ナル解決方法ナリトスル  
ナリ、歐洲大陸、英、米、ニ於テ事實上其ノ解決方法ヲ正当トス、我カ國  
ニ於テモ、斯カル事實ノ發生スルハ、又斯クノ如ク解決スル外ナキナリ、

### 第三節 外國法ノ適用ヲ誤リタル裁判

民事訴訟法ハ法律ニ違反シタル裁判ハ上告ノ理由トナシ得ハキコトヲ誤  
ム(民事訴訟法五三條) 今外國法ヲ適用スヘキ場合ニ、其ノ外國法ヲ適用セザ  
ルカ又ハ不當ニ適用シタル裁判ハ、上告ノ理由トナスコトヲ得ヘキ又西ヤ  
ノ問題ナリ、其ノ問題ハ之ヲニツニ区分シテ論スルヲ要ス

(一)、我カ法例ノ規定ニヨリ外國法ヲ適用セラルヘキ場合ニ外國法ヲ適用セ  
ザリシ裁判

(二)、我カ法例ノ規定ニヨリ外國法ヲ適用シテモ、其ノ外國法ノ解釈ヲ誤  
リ之ヲ不當ニ適用シタル裁判

オハノ裁判ハ上告ノ理由トナルコトハ何レノ國ニ於テモ一概ニ認ムラレ

ル所ナリ、例ハ我カ法例ノ規定ニヨリ当事者ノ本国法ニヨルヘキ場合ニ  
本国法ニヨラスシテ住所ノ地ノ法律ニヨリタル如キ裁判アリ、斯カル裁判ハ  
我カ法例ノ規定ソノモ、ヨ適用セオレ裁判、即チ我カ法例ノ規定ニ違反シ  
タル裁判ニテ、之ニ対シテ上告シ得ヘキコト論ヲ俟ヌス學者ハ通幣之ヲ稱  
シテ國際私法ノ原則自体ニ及スル裁判トナス

又之ヲニノ裁判ニ付テハ改米諸國ノ學說ハ、多クハ上告ヲナシ得ヘカラ  
サルモノト説明ス、ソノ理由トスル所ハ大審院ノ制度ハ法律ノ解釋裁判ノ  
統一ヲ期スルニ在リ、之レ只國外ノ法律ヲ統一スル職權職務ヲ有ルノミ  
外國法ヲ解釋スヘキ職權ハ外國大審院ノ有スル所ニシテ、内國大審院ハカ  
カル職權ヲ有セサルカタメ上告ヲ許スヘカラスト云フニ在リ、伊國ニ於ケ  
ルニ三ノ學者カ、外國法モ又法律ナルカ故ニ当然上告ヲ認ムヘシトナス、  
凶ホ他乙ニ於テモ *Boyle* 氏ハ上告說ヲ採リ、斯カル場合ニ上告ヲ認ムサル  
結果トシテハ内國ノ控訴院ノ管轄ノ界ナルニ從ヒ外國法ノ適用区々トナル  
弊害ヨリモ上告ヲ認メ、大審院ニ於テ之ヲ統一スルノ不便ニ凶ホ甘ニスヘ  
キナリト説明シ其ノ上告ヲ認ムヘシト主張ス

我カ法例ノ解釋トシテ外國法ノ解釋ヲ誤リタル裁判ハ、上告ノ理由ト認  
ムヘキヤ百々ト云フニ、余ハ積極說ヲ採ラントス、蓋シ此ノ場合ニ於テ外  
國法ハ内國ノ國際私法ノ原則ノ内容實質ヲナスモノニシテ外國法ノ規定ノ  
解釋ヲ誤マリ、又ハ不当ニ之ヲ適用シタル裁判ハ、結局我カ國際私法ノ原  
則ヲ誤マリ不当ニ適用シタルモノタルヲ覺レサルヲ以テナリ、例ハ我カ  
法例ニ所謂本國法トハ正当ニ解釋適用セラレタル本國法ヲ云フハ若シ其ノ  
本國法ニヨルモ其ノ解釋ヲ誤マリ又ハ其ノ適用ヲ不当ニシタルトキハ之ヲ  
我カ法例ニ所謂本國法ノ正当ナル適用ト云フヲ得ス、且ツ我カ大審院ハ外  
國ノタメニ外國法ノ解釋ヲ統一スルノ職權ナキハ當然ナレトモ、我カ内國  
ニ於ケル外國法ノ解釋ヲ統一スルノ職權、職務アルハ我カ内國法ニ付ヤ斯  
ル職權ヲ有スルモノト云フ

故ニ此一ノ外國法ノ規定カ我カ内國ニ於テ、区々ニ解釋適用セラレルコ  
ト認ムルカ如キハ大審院ノ制度ト矛盾スルモノナリト云ハサルヘカラス



第四節 外國適用ノ制限

外國法ヲ適用スヘキ場合ニ其ノ外國法ノ規定如何ニ拘ラス、常ニ絶対的ニ之ヲ適用スヘキカ或ハ其ノ規定ノ如何ニヨリ、其ノ適用ヲ制限シ得ヘキカノ問題生ス

此ノ点ニ付テハ國際私法ノ原則ニヨリ外國法ノ適用ヲ認ムルハ、只通常ノ場合ヲ予想シタル場合ニシテ、或ル外國法ノ特別ナル規定ノ適用カ内國ノ公益ヲ害ス如キ場合ニハ、外國法ニヨルヘキ規定ハ自ラ制限セラルヘキモノナリ、國家ハ自己ノ存在ヲ維持セシテ外國法ヲ適用スヘキ義務ナキコト一般ニ認メラル、只ソノ制限ノ方法ニツキテ、何ヲ標準トシテ、如何ニ之ヲ制限スヘキカ、學說主法上ノ問題ナリ、此ノ制限ノ方法ハ之ヲ從來ノ立法例ニヨリ區別スルハ、次ノ三トナル

(一) 外國法強制主義

此ノ主義ハ民法第三條ノ採用スルトコロニシテ、即今警察及安寧ニ關

次三條ハ、次ニ三十一六ノ外

スル法律ハ國際ニアル凡テノ物ヲ拘束スト規定シ、此ノ種ノ法律ハ總體的ニ強制セラルヘキコトヲ明カニスルト同時ニ、其ノ反面ニ於テ之レニ抵触スル外國法律ハ一切適用スヘカラサルヲ示ス、民法ニ模倣シタレモクノ民法ハ此ノ主義ヲ採ル

*Davigny*

ハ曾テ絶対的強制法ト外國法トノ關係ヲ說明シ、外國ノ絶対的強制法ニ及スル外國法ハ例外トシテ、外國法平等ノ原則ニヨリ得ヘカラサルモノト説明スルモ、又民法ノ採レル主義ヲ正當ト説メタルニヨルナリ

然レトモ此ノ主義ハ現今ノ法律思想ニリテハ、甚ダ不適當ナリト云ハサルヘカラス、何トナレハ一國ノ法律カ其ノ國內ニアル外國人及ヒ外國人ニ對シ、一般ニ發行セラルヘキコトハ法律ソノモノノ當然ノ性質ナリ、特ニ或ル種ノ法律ノミカ外國人ニ對シテ發行セラルヘキコトヲ明言スルノ必要ナシ、且ツ外國ニ於テ積極的ニ發行の規定ヲ存セサル場合ニ於テモ、一般的ニ内國ノ公益ニ及スル場合ニハ固ホ之レヲ制限セサルヘカラサルモノナレハ或ル種ノ内國ノ規定ノ強制セラル、コトヲ明言ス

ノミニテハ、外國法ノ適用ヲ制限スルニ正ラサル場合發生スヘシ、其ノ

点ニ於テモ亦久矣アル原則ナリト云ハサルヘカラス

二) 一方ニ於テ外國法ノ強制ヲ明言スルト在時ニ、他ノ一方ニ於テハ外國

法ノ制限ヲ明言スル主義

即チ公序良俗ニ關スル外國法ノ規定ハ絶対的ニ強制セラレヘキヲ明言

スルト同時ニ、之ニ及スル外國法ノ規定ハ之ヲ適用シ得ヘカラサルコト

ヲ明言スルナリ、伊氏、伯氏、尊業等ハ此ノ主義ヲ採ル、然レトモ此ノ

主義ハ、此ノ後半ノミ正當ニシテ、前半ノ無用ナルコトハ亦一ノ主義ニ

對スル説明ニヨリテ自ラ明カナリ、畢竟過渡的學說ニ違キサルナリ

(三) 以テ外國法ノ適用ノミヲ制限スル主義

外國法ノ規定ニヨルコトヲ認メタレ場合ニ於テモ、若シ其ノ規定カ國

家ノ公益ト第五セサルトキハ、之ヲ適用スヘカラサルコトノミヲ規定ス

ル主義ナリ、以テソノ制限ノ方法或ハ此半ニ付テモ固ヨリ異ナル

英、米ニ於テハ此ノ制限ヲ *Public Policy* ト稱シ、外國法ノ規定

ヲ *Public Policy* ニ及スル場合ニハ、如何ナル場合ニモ、之ヲ適用

スルヲ得ストナス、而シテ何ガ *Public Policy* ナルカハ、裁判所カ其

ノ時ニ其ノ事情ニ適スヘキ判斷ヲ以テ、之レヲ判定スヘキモノトシテ、

*Public Policy* 一定義ヲ與フルコト大レ自身カ *Public Policy* ニ及ス

ルモノナリトナス、南米アルセンチン民法、モンテネグロ財庫法ニ付テ

ハ公序良俗ニ及スル場合ニハ之ヲ適用セストナシス

獄ニテハ民法施行法、オ三條ニ外國法ノ適用カ善良ノ風俗又ハ他乙法

律ノ目的ニ及スル場合ニハ之レヲ適用シ得スト明言ス、又一ハハ〇年國

際法學會ノ決議ニハ內國ノ公ノ秩序又ハ法律ノ規定ニ抵触スル外國法ハ

之ヲ承認シ得ヘカラサルモノト規定ス

我カ法例三〇條ハ是等規定ニ倣ヒ外國法ニヨルハキ場合ニ於テ、其ノ

規定カ、公ノ秩序又ハ、善良ノ風俗ニ及スルトキハ之レヲ適用セズ、ト

規定ス、

法例才三十條ニツキテ注意スヘキハ本條ハ「外國法ノ規定カ公序良俗

ニ及スルトキ」ト規定スルヲ以テ、外國法ノ規定ソノモノカ我カ公序又

ハ善良ニ及スルヤ否ヤニヨリテ、其ノ適用ノ制限ヲ定ムルカ也クニ見ユ、

然レトモ之レ我カ法例ノ精神ニイラス、凡テ各國法律ハ各自主權主ノ立  
 法權ニヨリテ制定セラル、一國ノ法律ヲ以テ他國ノ法律ノ是非曲直ヲ裁  
 判スヘキニイラス、故ニ外國法ノ規定共ノモ、カ善良ナリヤ不該ナリヤ  
 ハ、我カ國ニ於テハ問題トスヘカラス、我國ニ於テ問題トスヘキハ外國  
 法ヲ適用スル結果カ我カ公序良俗ニ害アレバ否ヤノ問題ナリ  
 故ニ我カ法例三〇條ニ云フ意味ハ規定ニイラスシテ、其ノ規定ヲ適用  
 スル結果カ公序良俗ニ及スル結果、之レヲ適用スルヲ得スト解釈セザレ  
 ヘカラス

○次ニ公ノ秩序、又ハ善良ノ風俗ナル語ハ、法例三〇條ノ本法例才三  
 條ニモ用ヒラル、又民法々律行為ノ總則才九〇條以下ニモ用ヒラル、次  
 條ハ皆合一ノ意味ヲ有スト解スヘキカハ合一ノ問題ナリ、蓋シ法例才三  
 條以下ノ能力ニ關スル規定ハ民法九〇條以下ニ所謂公ノ秩序ニ關スル規  
 定ナルコト明カナリ、從ツテ能力規定ヲ無視スル如キ意<sup>テ</sup>表示ハ、公ノ  
 秩序ニ及スル事項ヲ目的トスル意志表示トシテ<sup>テ</sup>解<sup>ス</sup>ナリトセザレヘカラ  
 ス、法例三〇條ニ所謂公ノ秩序モ此ノ九〇條ニ所謂公ノ秩序ト合一ニ解

セラルヘキモノトスレハ、我カ民法ノ能力ノ規定ニ及スル外國法ノ規定  
 ハ公序ニ及スル規定トシテ其ノ適用ヲ制限セラルヘキモノナリ、若シ然  
 リトセハ法例三條以下能力ニ關シテハ當時者ノ本國法ニヨルトシ、外國  
 法ニ付キテ我カ民法ノ規定ト異ナル能力ニ關スル規定ヲ適用スルコトハ  
 不可能ナリ、法例三條以下ノ規定ハ法例三〇條ノ規定ヲナスニ何等ノ意  
 義ナキ規定トナル

然レトモ斯カル結果ハ法例全体ノ精神ニ及シ到底認ムヘカラス、我カ  
 民法ノ能力ニ關スル規定ハ法例三〇條ノ意味ニ於テハ公序ニ關セザル規  
 定ナリトスハサレヘカラス、從ツテ民法ニ所謂公ノ秩序ト、法例ニ所謂  
 公ノ秩序トハ其ノ意味ヲ異ニスルモノト云フヘシ、然ラハ何ヲ標準ト  
 シテ之ヲ區別スヘキカ、其ノ區別ヲ開カニスルタムニ瑞士ノ<sup>Principles</sup>ハ  
 公ノ秩序ヲ國內的公ノ秩序 (Order public interne) ト國際的公ノ秩  
 序 (Order public international) トニ區別セリ、其ノ設ニヨレハ內  
 國人ニ對シテノ公ノ秩序ニ關スルモノト認ムヘキハ、內國公益ニ關ス  
 ル規定ニシテ、內國人タルト外國人タルト同ハス、等シク公ノ秩序ニ

関スルモノト認ムヘキハ、國際的公序ニ関スル規定ナリ、而シテ能力ノ有無ニ関スル規定ハ、只内国人ニ対シテノミ公ノ秩序ニ関スル規定ナリ故ニ外國人ノ能力ニ付テハ本國法ニヨルモ、外國人ニ対シテハ公ノ秩序ニ及セザレモノト云ハサルヘカラス、及之一方妻孥ヲ禁スル規定ノ如キハ、内外人ヲ同ハスルヲ指シ、公ノ秩序ニ及スル規定ト認ムヘキヲ以テ之ニ及スル外國法ハ通用シ得ヘカラサルナリ

次ノ區別ハ極メテ便利ナリトシ廣ク行ハレタルモ、其莫只國際的公序ニ及スル外國法ハ制限スヘシト云フノミニテ如何ナル秩序カ國際的ナルカコ明カニセズ、且國際的ト云ヘハ何國ニ対シテモ等シク公序ト認メラルヘキ事項ニ関スルカ如ク解釋セラル、ヲ以テ「公國」レネハ内國の及ヒ國際的ノ語ニ代フルニ相對的及ヒ絕對的ノ語ヲ以テシ、國際的公序トハ絕對的公序ヲ意味シ、國內的公序トハ相對的公序ヲ意味スト説明シ、之ニヨリテ二者ノ區別ヲ明カニセントセリ、然レトモ次ノ説モ、亦其ノ區別ヲ圖明スルニ足ラス

斯ノ如ク公ノ秩序ナル語ハ外國法ノ通用ノ制限トシテ甚々不明確ナ

ルヲ以テ、彼乙ニ於テハ其ノ語ニ代フルニ「根乙法ノ目的」ナル語ヲ以テセリ○我カ法例ニ公ノ秩序トハ、畢竟我カ法律ノ精神目的ヲ云フモノト解セサルヘカラス、只我カ法ト法例トハ全一語ヲ異リタル意義ニ用ヒタリトセハ、之ヲ區別スヘキ何事カノ標準ヲ求メサルヘカラス、

余輩ノ所見ニコレハ其ノ區別ハ法律ノ根本目的ニ遊リ、法カ維持セント欲スル秩序カ領土内ナルカ、又ハ商人的ナルカニヨリ之ヲ區別セサルヘカラス、即チ國家カ維持セントスル秩序カ其ノ社会共ノ領土内ニアリテハ、何人モ之ニ依ラシムヘキコトヲ期スルモノナリ、斯ル秩序カ即チ國際私法上外國法ノ通用ヲ制限スヘキ公序ナリト云ハサルヘカラス、及之共ノ國民ニ対シヌハ其ノ國民ノタメニノミ維持センコトヲ欲スル秩序ハ其ノ領土ニ關係セサルモノニシテ、從ツテ内国人カ外國ニアル場合ニモ尚ホ之ヲ維持スルコトヲ主張スルト同時ニ外國ニアル外國人ニ付キテハ斯カル秩序ヲ維持スル必要ナキモノナレハ外國法ノ通用ヲ制限スヘキ必要ナシ

若シ以上ノ如ク標準ニヨリ之ヲ區別セルモノトセハ、法例第百三〇條ハ

不適当ナル形式ニヨリ規定せられしモノト云フハシ、即チ我カ国ニ於テ  
外國法ノ適用ヲ制限スヘキ必要ナル場合ニハ外國ノ法規ソノモノカ、公  
序又ハ良俗ニ反スルヤ否ヤニアラス

一國ノ法律ハ憲法モ亦法ニシテ我カ法律ニヨリ外國法ノ善惡ヲ批判ス  
ルコトヲ得ス

〔我カ法律ノ關係スヘキ所ハ法律ノ善惡ニヨラスシテ、外國法ノ認ムル  
法律關係ヲ我カ領土内ニ於テ認ムルコトカ我カ公序ニ反スルヤ否ヤナリ〕  
例ハハ一夫多妻ヲ認ムル外國法ハ、我カ國ニ於テ之ヲ不道徳ノ法律トシ  
テ否認スヘキモノニハアラス、我カ領土内ニ於テ一夫多妻ノ生活ヲ實施  
シ、其ノ効果ヲ發生セシムルコトカ、我カ公序、良俗ニ反スルナリ、從  
ツテ之ヲ認ムル外國法ノ適用ヲ許サズ、目的トスル所ハ其ノ効果カ我カ  
領土内ニ於テ發生スルヤ否ヤニアリ、

(附言)

英ノ法例第三〇條ハ最モ尤キ絶対的規定ナリ、眞ニ絶対的規定ハ唯之  
レアルノミ、他ノ規定ハ皆相對的規定ニシテ第三〇條ノ制限ニ反セザ

大正四年四月 三十七ノ四

ル範圍内ニ於テノミ適用セラル、尚ホ外國法ヲ適用セサル結果、外國  
法ヲ適用スル場合ト外國法ヲ適用スト云フノミテ足ル場合トアリ

### 第二章 準據法

○ 國際私法ハ内外私法ノ適用區域ヲ定ムルニ當リ、或ハ法律關係ヲ基礎ト  
シテ之ニ適用セラルヘキ法律ハ内外何レノ法律ナルカヲ指定スルモノナリ  
ソハ指定セラレタル法律ヲ稱シテ其ノ法律關係ノ準據法ト稱ス、換言スレ  
ハ斯カル法律關係ハ其ノ法律ニ準據シテ其ノ權利義務ノ如何ヲ定ムヘシト  
ナスナリ

斯カル準據法ヲ定ムルノ基礎トナルヘキ標準ハ、或ハ當事者ノ国籍ナル  
コトアリ、或ハ法律行為又ハ不法行為ノ行爲地ナルコトアリ、或ハ裁判所  
所在地ナルコトアリ、從ツテ國際私法ノ原則トシテ認メラルヘキ標準ハ凡  
ソ次ノ五ニ大別スルコトヲ得、即チ

5) 本國法 (Jus patriae)

本國法ノ原則トハ或ル法律關係ニ付テ、當事者ノ所屬スル國家ノ法律ヲ準據法トスルノ原則ヲ云フ、當事者ノ其ノ國家ナルカ故ニ其ノ國ノ法律ニヨリテ支配セラレハキ法律關係ハ其ノ原則ニヨルナリ、從來屬人法ト云フハ當事者所在地法ヲ意味セシメ、民法政黨憲法以テ諸國ニ統一的法典ノ編纂セラレルニ從ヒ、屬人法ノ法律ハ國籍ヲ以テ之ヲ定ムルニ至レリ、現今ニ於テハ法典ノ行ハルル國ニ於テハ凡テ本國法ヲ以テ屬人法ノ根本原則トナス

本國法ヲ準據法トスル法律關係ハ、殺言スレハ人々ノ能力ノ有無並ニ親族相続ニ關スル法律關係ナリ、我カ法例ニ於テモ才三條以下才五條ニ於テ、能力ノ有無及ヒ制限ニ關スル問題ハ、當時者ノ本國法ニヨリテ原則トシ、法例才十三條乃至才二十四條ハ凡テ親族法上ノ關係ハ原則トシテ當事者ノ本國法ニヨルヘキヲ定メ、才二十五條、才二十六條ニ於テハ相続關係ハ被相続人ノ本國法ニヨルヘキ旨ヲ定メ、斯クノ如ク國際法上本國法ノ適用セラル、場合ハ極メテ乏シ、從ツテ

本國法ノ適用 三十八ノ外

仏、印、壽ノ國際私法學者ハ之ヲ以テ國際私法上唯一ノ原則トナサントス、然レトモ我カ法例ニ於テハ<sup>本國法</sup>國際法ノ原則ハ、他原則ト相對立スルノ原則トスルモノニシテ、之ノミヲ以テ國際私法ニ唯一ノ原則トナスニテラス

(三) 住所地法 (Jus domicilii)

住所地法ノ原則トハ或ル法律關係ニ付テ當事者ノ國籍如何ニカカハラズ其ノ住所、即チ生活ノ本據アル國ノ法律ヲ以テ準據法トスル原則ヲ云フ

中古以來國際私法カ屬人法ヲ認ムルニ至リシ當時ニアリテハ何レノ國ニモ統一的法典ナク、地方ニヨリ法律ヲ異ニセル結果トシテ屬人法ノ原則ハ當事者ノ住所地法ノ原則ニ外ナラザリキ、從ツテ屬人法ト住所地法トハ同一ノ意義ニ理解カレタリ、現今ニ於テモ英米ノ如キ統一的法典ナキ國ニ於テハ屬人法ノ原則ハ寧ロ其ノ國籍ニヨリテ定ムヘキモノトシ、本國法主義ヲ認ムルニ至リシヲ以テ、住所地法ハ只本國法ノ適用ニ得ハカラサル場合ニ於ケル補充的原則トシテ認メラル、ニ通キス

九九三

我カ法例ニ於テモ住所地主ノ原則ハ、唯法例ヲニ七條ヲ二項ノ規定ニヨリテ本國法ノ適用シ得ヘカラサル場合ニ、之レヲ補充スルタメニ設ケラル、ニスキテ、但シ法例ノ一ニ條ニ於テ債權讓渡ノヲ三者ニ付キテハ、債權者ノ住所地主ニ概ルヘキコトヲ規定スルモ其外ニ所謂住所地主ハ屬人法ノ適用トシテ之ヲ認メタルニハアラス債權ニ関スル特殊ノ理由ヨリシテ住所地主ヲ認メタルナリ

(三) 所在地法 (Jus loci rei sitae)

所在地法トハ權利ノ目的物ノ存在スル土地ノ法律ヲ云フ、有物ニ付キテ築造シタル原則ナリ、以テ原則ハ *Resolus* 以テ不動産ニ付キテ一般ニ認メラル

不動産ニ関スル法律關係ハソノ當時者ノ國籍如何ニ關セズ、又其ノ法律行為ノ場所ノ如何ニ拘ハラス、其ノ目的物ノ存在スル土地ノ法律ニヨリテ如何ナル權利義務ヲ發生消滅スルカヲ定ムヘシトシ、唯動産ニ付キテハ其ノ原則ヲ適用スヘカラサルモノトシメリ、然レトモ才十九在使米以テ動産モ其ノ原則ヲ適用スルヲ例トスルニ至リ、現今ニ於テハ凡ソ物

權關係ハ其ノ目的物ノ所在地法ニヨルヲ以テ原則トシ法例ノ一〇條モ亦之ヲ認ム

(四) 行為地法 (Jus loci actus)

行為地法ノ原則トハ或ル法律關係ニ付キ、法律行為又ハ不法行為ノナサレタル地ノ法律ヲ以テ其ノ準據法トスル原則ヲ云フ  
即チ法律關係ノ當事者ノ如何ニ關セズ、人其ノ目的物ノ如何ニ拘ハラス、其ノ地ニ於テ其ノ行為カナサレタルタメニ、其ノ地ノ法律ニヨルヘキ場合ヲ云フ、如何ナル範圍ニ於テ其ノ原則ヲ認メラルヘキカハ、諸國ノ實際私法上規定ヲ異ニス、我カ法例ノ七條乃至九條ハ其ノ原則ヲ規定シ法律行為ノ形式並ニ實質カ債權債務ニ関スル場合ニハ前ニ云フ行為地法ニヨルヘキコトヲ認ム、又不法行為ニ付キテハ不法行為ノ原因タル事實ノ發生シタル土地ノ法律ニヨリテ、如何ナル權利義務ヲ發生スルカヲ定ムルモノトス (法例一一條)

此亦事務管理及ヒ不当利得ヨリ生スル債權債務ニ付キテモ其ノ原則ハ適用セラル、モノトス

五) 法廷地法 (Jus fori)

法廷地法トハ裁判所所在地ノ法律ヲ意味ス、或ル法律關係ナキノ當事者ノ如何、其ノ目的物ノ如何、又ソノ行為地ノ如何ニカ、ハラス、ソノ地ニ於テ争ヲ決定スルカタメニ、其ノ地ノ法律ヲ適用スヘキ場合ノ原則ヲ云フ

我カ法例ハ之等ノ問題ニ付キ特ニ規定セズ、旧法例ハ訴訟手續及ヒ裁判執行ハ、訴訟地ノ法律ニヨルト明言スルモ現行法例ハ之ヲ削除シタリ斯カル原則ノ無用ナルタメニアラス、寧ロ当然自明ノ原則ナリトシテ、特ニ法文ニ規定スルヲ避ケメルナリ、蓋シ訴訟手續ハ其ノ訴訟地ノ法律ニヨルノ外ハ、之ヲナシ得ヘカラサルコトハ國家司法權當然ノ結果ナリ又裁判執行ノ執行地ノ法律ニヨルノ外ハ爲シ得ヘカラサルコトモ亦同様ニシテ外國裁判所ノ判決カ内國ニ於テ当然執行セラル、効力ヲ有スルモノト認ムヘカラサルハ、判決ノ宣告ハ國家司法權ノ行使タルニヨリテ明カニシテ、之カタメニ特別ノ規定ヲ設ケルノ必要ナシ  
現ニ我カ民事訴訟法ニ於テハ外國裁判所ノ判決ハ、一定ノ條件ノ下ニ

我カ國ニ於テ執行力ノ特ニ附與セヨルヘキ場合アルコトヲ定メタルヲ以テ、此ノ規定以上ニ訴訟手續及裁判執行力訴訟地ノ法律ニ依ルヘキヲ明言スルノ必要ナシ  
尚ホ此ノ原則カ以上才一以下ニ述ヘタル原則ノ制限トシテ適用セラレルコトアリ、其ノ如何ナル場合ニ然ルカハ法例才三條以下ノ規定ニ付キ說明スヘキ問題ナリ

第三章 反致法 (Puckewweisung Theorie) de renvance

國際私法ハ各外國ノ法律カ共ノ規定ヲ異ニスル結果トシテ、之ヲ調和スルカタメニ條達シタルモノナリ、然レトモ國ニヨリテ國際私法ノ規定ヲ異ニスルヲ免レス、然ルニ國際私法ノ規定カ相異ナルトキハ、各國ノ法律ノ異ナル結果ヲ調和スルノ目的ハ、其カタメニ違セラレサルモノトナリ國際私法本末ノ目的ニ反スル結果ヲ来スヘシ、然レトモ國際私法ヲ統一シ



謂和スルノ企ハ、列國間ノ國際條約ニヨリテ之ヲ貫徹スルノ外ナキモ、現今收能ニ於テハ斯カル國際條約ニヨル條一ハ到底不可能ナリト云ハカレハカラス、此ニ於テ諸國ノ立法者及ヒ學者ハ國際共同ノ力ニヨラス、自國ノ立法權ヲ以テナシ得ヘキ範圍ニ於テ國際私法ノ原則ノ範圍ヲ劃定セシムトコトヲ努ムルニ至レリ、殊ニ屬人法ニ付キテ住所地主義ト本國法主義トカ相異ナルカタメニ發生スル不便ヲ除カンカタメニ、本國法主義ノ國ニ於テハ住所地主義ノ國ノ臣民カ、外國ニ住所ヲ有スル場合ニハ本國法ノ原則ニヨラス寧ロ其ノ本國ノ住所地主義ノ國際私法ノ適用ヲ認メ、外國ニ住所ヲ有ルモノハ、住所地主義ノ法律、即チ外國ノ法律ニヨリテ其ノ權利義務ヲ定ムヘキヲ認ムルニ至レリ、之レヲ稱シテ及致法ノ原則ト云フ（法例ニ九條）

此ノ原則ハ一八七五年ハ大審院ノ有名ナル判決ニヨリテ初メテ認メラレタリ、即チ外國ニ於テハ能力ノ有無ハ本國法ニヨルトスルニ拘ハラズ、英國ニ於テハ斯カル問題ハ當時者ノ住所地主義ニヨルヘキモノトス、茲ニ於テハ住所ヲ有スル外人ニ付キテハ英國ノ法律ニヨラス、住所地主義タル英國民法ニヨリテ其ノ問題ヲ定ムヘキモノトシ、而シテ其ノ問題ニ関シハ民法

卷一五四四ノ條 三十八ノ條

ヲ適用スルハ、即チ當事者ノ本國法換言スレハ當事者ノ本國ノ國際私法ヲ適用スル所以ニシテ本國ノ國際私法カ「送り及シ」タル原則ヲ認ムルニ外ナラストナシ、此後ニ及致法ナル原則ヲ採進セシメタリ、此ノ原則ハ一八八一年以來自耳察ニモ認メラレ、一八八四年、伊太利ノ裁判例トナリ、瑞典諸州ノ民法ニモ認メラレ、十九世紀以來歐民法編纂ニ際シテモ亦認メラレ、現行他乙民法施行法ヲ二十七條ハ之レヲ一般の原則トシテ明言セリ

表カ法例ニ九條モ亦此ノ原則ヲ認メ、當事者ノ本國法ニヨルヘキ場合ニ於テ、其ノ國ノ國際私法ニ從ヒ日本ノ法律ニヨルヘキトキハ日本ノ法律ニヨルト規定ス

斯カル原則ヲ認ムル以上ハ、蓋シ若シ之レヲ認メスニテ普通ノ原則ヲ適用スヘキモノトセハ、國際私法ノ法律ノ抵触ナカラシメンコトヲ期スルニモ拘ハラズ却テ抵触ヲ自ラ製造ストノ非難ヲ免レズ

國際私法本末ノ目的ヲ達スルタメニハ、此ノ原則ヲ認ムルヲ要スルコトヲナリ、例ハ日本ニ住所ヲ有スル外人ニ或ル親族上ノ法律關係發生シタリトセハ、表カ法律ニヨルハ當時者ノ本國法、即チ英國ノ法律ニヨル

第 20

ハキモノナルモ、英國ノ國際私法ニヨレハ斯カル問題ハ却ツテ當事者ノ住  
所地法ニヨルハキモノトス、從ツテ其ノ訴訟カ英國ニ於テ發生スレド、我  
カ民法ノ適用アルニモ拘ハラズ、日本ニ於テ發生シタルタメニ、却ツテ英  
國ニヨルハキモノトセハ、一方ニ於テハ其ノ本國カ予想セサルニ本國法ヲ  
適用スルノ非難アルト共ニ、他方ニハ斯カル裁判ハ互ニ他ノ一方ニ於テ之  
ヲ執行シ得ヘカラサルモノトナルヘシ、何トナレハ外國裁判ノ執行ハ其ノ  
國ノ法律上適用セラルヘキ法律カ適用セラレタルヲ要件トスルヲ以テ、英  
法ヲ適用シテ爲シタル日本ノ裁判ハ英國ニ於テハ其ノ住所地法、即チ我カ  
民法ヲ適用セカタルタメニ之ヲ執行スルヲ許サズ、又英國ニ於テ我カ民法ヲ  
適用シテ下シタル裁判ハ我カ國ニ於テハ當事者ノ本國法ニヨラサル裁判ナ  
ルカ故ニ之ヲ執行スルコトヲ得ザル結果トナル、依ツテカ、レ不依國推ヲ  
除クタメニ斯ル當事者ニ對シテハ普通ノ原則タル本國法ヲ適用セズ、我カ  
國ニ於テ我カ民法ヲ適用セハ、之レカタメニ英國ト我カ國トノ國際私法推  
絶ノ問題ハ排除セラル直チニ其ノ一方ニ於テ其ノ判決ヲ執行シ得ヘキコト  
トナルヲ以テ、例外トシテ斯カル當時者ニハ住所地方タル內國法ヲ適用ス

六十六 山田松 三十九ノ内外

ルコト正當トス、之レ又我法ノ原則ヲ認ムル所以ナリ

此ノ原則ニ關シ國際法學者ハ其ノ當否ヲ論究シ、一九〇〇年邊ニ次ノ如  
カ論議セリ

- 一 國ノ法律カ私法ニ關スル法律推絶問題ヲ規定スル場合ニハ各事項ニ  
ニ適用セラルヘキ規定即チ實質法ヲ規定スヘキモノナシテ、其ノ事項  
ノ推絶問題ニ關スル外國法ノ規定即チ外國ノ國際私法ノ規定ヲ指定セザ  
ルコトヲ希望ス

其ノ趣旨ハ一國ノ國際私法ニ於テ單據法ヲ定ムル場合ニ、外國ノ國際私法  
ノ規定ヲ單位トセスシテ、内外諸國ノ實質法トノ規定ヲ單位トスヘシ、即  
チ國際私法上所謂本國法、所在地法等ノ法ナル文字ハ民法、商法等ノ如キ  
實質的規定ノミヲ意味シ、本國又ハ所在地ニ行ハル、國際私法ノ規定ハ除  
外セラルヘキヲ希望スルニアリ

取カ法例ニ於テモ本國法、所在地法等ノ所謂法ハ以テ承認ト公認ニ實質  
法ノミヲ意味シ、國際私法ノ規定ハ所謂法ノ中ニ包含セラレサルナリ  
然ルニ公認ニ於テハ反致法ノ原則ヲ初メテ認メタルトキハ本國法ナルカ

三・二  
身ハ本國ノ實質法ヲ云フノミナラス、本國ノ國際私法モ亦本國法ノ一部分ナリ、本國ノ國際私法ニヨリ住所法タル内國法ヲ適用スルコトカ即チ本國法ノ適用ナリト説明シタリ、白 伊等ニ於テ裁判例トシテ報メラル、トコロモ亦カ、ル意味ニ解釈セラシ

然ルニ若シ其レヲ正当トセハ後述スル循環論法ニ陷ルノ恐レアルヲ以テ國際法学会ハカ、ル解釈ヲ不当トシテ、國際私法ハ只々内外實質法ノ適用如何ヲ規定スベク、内外國際私法ノ規定ノ適用ヲ定ムヘキニアラサルヲ明カニシタルナリ

然レ共此ノ決議ハ及致法ノ原則其ノモノヲ否認スルニアラズ、或ル場合ニ外國國際私法ノ規定如何ニヨリ、國際私法ノ特別規定ヲ以テ普通ノ原則ヲ適用セサルコトヲ定ムルモ何事非難スル所ナキヲ認メタリ、然レトモ此ノ原則ニ對シテ學者ハ往々次ノ三點ニ於テ非難ヲ加フルモノアリ、即チ  
一、オ一、非難ハ國際私法ノ原則ハ絶対的預行法ナリ、從ツテ外國法ノ如何ニヨリテ其ノ適用ヲ異ニスヘキモノニアラズト云フニアリ、例ヘハ我カ法例ニ於テ當時者ノ本國法ニヨルト云フハ、之レニ依ルヘキ必稟アル

三・二

カタメニ、本國法ニヨルト明言スルモノナレハ其ノ當事者ノ本國ノ國際私法ノ如何ニ拘ハラズ絶対的ニ之ヲ適用セサルヘカラス、當事者ノ本國ニ於テ住所法ヲ探ルタメニ、本國法ノ原則ヲ適用セサルカ如キハ預行的ノ規定ニ違反スルモノトスルナリ

斯カル非難ハ依、伊ノ如ク本國法ノ原則ノミニヨリテ、其ノ適用ヲ異ニスル場合ハ、正当ナル非難ナルモ、我カ法例ノ如ク、立法者自ラ本國法ノ原則ハ、或ル場合ニ適用スヘカラサルコトヲ明言スル場合ニハ當ラザルモノト云フヘク、我カ國ニ於テ絶対的預行法ハ、只チ三口條アルノミニシテ他ノ凡テノ原則ハ、絶対的預行法ニアラサルナリ

二、オニノ非難ハ斯カル原則ヲ認ムルトキハ循環論法ニヨリ遂ニ適用スヘキ法律ヲ定ム得サルニ至ルト云フニアリ  
蓋シ住所法ノ國際私法ハ本國法ニヨルヘシト命シ、其ノ本國ノ國際私法ハ住所法ニヨルヘシト命シ互ニ適用スヘキ法律ヲ他ニ認ル結果トシテ遂ニ適用スヘキ法律定マラサルナリト  
火ノ非難ハ依、伊、等ノ裁判例ニ對シテ適用シテ適切ナルモ、我カ國

三・三

触乙ノ如ク明クヲ以テ外國國際私法ノ如何ニヨリ内國法ヲ適用スヘキヲ  
規定スル場合ニハ當ラサル非難ナリ、何トナレハ我カ法例才ニ九條ノ如  
ク、外國ノ國際私法ノ規定ニヨリ、我カ民商法ノ規定ニヨルヘキ場合ニ  
ハ之ニヨルト明言シ、適用セラル、法律ハ確定シ變モ循環スレ所ナケレ  
ハナリ

(三) 才三ノ非難ハ收ノ反致法ノ原則ヲ認ムルトギハ國際私法ノ退歩ヲ来ス  
トスフニアリ、

蓋シ個人法ノ原則ハ住所地主義ヨリ、本國法主義ニ退歩シ来レルニ  
モ拘ハラス、我ノ原則ヲ認ムルハ其ノ範圍ニ於テ住所地主義カ本國法  
主義ヲ驅逐スルコトトナルヲ以テ、國際私法ノ退歩ナリトナスナリ  
然レトモ住所地主義ト本國法主義トハ、主義ソノモノハ優劣ナク、本  
國法主義ノ適用カ殊クナリタルタメニ國際私法カ退歩シタリトナスヘカ  
ラス、此ノヤ反致法ノ原則ヲ認ムルハ住所地主義ヲ認ムル國ノ利益ヲ認ム  
ルニアリ、本國法ヲ適用スル代リニ内國法ヲ適用スルモナレハ、寧  
ロ外國ノ便宜ノタメナリ、元來本國法ヲ認ムル所以ハ、各國ノ立法ノ目

的ヲ調和スルタメニシテ、外國人ノ本國ニ於テモ、亦本國法ノ適用セラ  
ルヘキヲ予想シ、互ニ本國法ニヨルヘキヲ認ムルナリ、然ルニ本國ニ於  
テ寧ロ我カ國ノ法律ノ適用セラル、場合ヲ予想スル場合ニハ、強イテ本  
國法ニ依ルノ必要ナケレハ、我カ便宜ノタメ我カ法律ニヨルナリ、國際  
私法ノ退歩ト見ルヘカラサルハ勿論ナリ

以上ノ原則ニヨリテ本國法ノ代リニ、我カ法律ノ適用セラル、場合ニ  
ハ、英米等ノ如クニ住所地主義ヲ採ル國ノ人民カ我カ國ニ住所ヲ有スル場  
合ニ發生ス

從ツテ英米人カ當事者タル場合ニハ本國法ニヨルヘキ場合ニ當ニ先決  
問題トシテ、我カ國ニ住所ヲ有スルヤ否ヤヲ決定セサルヘカラス、住所  
アル場合ニハ本國法ニヨルヘキ關係ハ、皆我カ民商法ニヨルヘキコトナ  
リ

山田、國、神、田、上、外、止

第四編 民法

第一章 人事

第一節 權利能力

權利能力ハ之レヲ一般の權利能力ト特別の權利能力トニ區別シテ説明スルヲ必要トス、

第一條 一般の權利能力（人格ノ存在）

茲ニ一般の權利能力トハ人格ノモノ、即チ人カ權利ノ主体タル地位ヲ云フ、自然人カ入格者タルカ否カハ、其ノ本國ノ法律如何ニ拘ハラズ、我カ國ニ於テハ只我カ法律ニ依リテ、人格者タルカ否カヲ定ム之レヲ一般の權利能力トシ、自然人カ人格者ナルカ否カハ之レヲ問題トスル所ナラズ、  
三〇七

リテ認ムルハキナリ、現在ニ於テハ何レノ國ニ於テモ自然人ハ皆人格者ナリ  
 コトヲ認ムルカ故ニ、其ノ本國法ノ認ムル人格ヲ我カ國ニ於テモ亦認ムル  
 ニスヤスト去ヒテモ、或ハ我法律ニヨリテ始メテ人格ヲ附與シタルモノナ  
 リト云ヒテモ、ソノ結果ハ公一ナルモ理論上ハ、自然人ノ人格ハソノ本國ニ  
 於テ人格者ナルカ故ニ、我カ國ニ於テ人格者ト認ムルニアラズ、本國ニ於  
 テハ奴隷タルモノニテモ、我カ法律ハ公益上凡テノ人向ハ權利ノ主体ナリ  
 ト認ムルカ故ニ、カハルモノモ亦我カ領土内ニ於テハ、我カ法律ニヨリテ  
 其ノ人格ヲ新ニ附與セラレ、ナリ、此ノ真ニ付キ自然ノ人格ト法人ノ人  
 格トハ、大イニ異ナル、外國法人ノ人格者ナルカ否カハ、前邊ノ如ク法人  
ノ本國法ニヨリテ之レヲ定ムヘキモノニシテ、我カ法律ハ本國法ノ附與シタ  
ル人格ヲ認ムルニ過キス。

第二款 特別の権利能力（人格ノ範圍）

特別の権利能力即チ既ニ人格ヲ有スル者カ、或ル特定ノ權利ヲ享有シ  
 得ルカ否カノ問題ハ、一般的権利能力ト異ナリ、必スシモ我法律ニヨリテ

之レヲ定ムヘキニアラズ、之ノ向題ハ之ヲ向題トスル國ノ國際法ノ規定  
 ニヨリ定メラレタル準拠法ノ如何ニヨリ之レヲ定ムヘキモノトス  
 例ヘハ外國人が相続權ヲ有スルカ否カハ、我カ國際私法ノ規定ニヨレハ  
 ソノ被相続人ノ本國法ノ規定ニヨルヘキモノトス、從ツテ被相続人ノ本國  
 法ノ規定如何ニヨリ、コノ外國人カ相続權ヲ有スルカ否カラ定ムヘキナリ  
 、及之我カ國ニ於テ土地所有權ヲ享有シ得ヘキカ否カハ法例第一〇条ノ規  
 定ニヨレハ、其ノ物ノ所屬地法ニ依ルヘキモノナリ、而シテ所在地法タル  
 我ガ民法及ヒ民法施行法ノ規定ニ依レバ、外國人ハ土地所有權ヲ享有シ得  
 サルモノトスルヲ以テ、外國人ハカ、ル權利ヲ享有シ得サルナリ  
 要スルニ外國人カ或ル種ノ權利ヲ享有シ得ルヤ否マハ先ツ我カ法例ノ規  
 定ニヨリ其ノ權利ニ適用セラレヘキ法律ノ何タルカヲ搜シ、而シテ其ノ適  
 用セラレヘキ法律ノ如何ニヨリ之レヲ定ムヘキモノトス、我民法才ニ条ニ  
 外國人ガ私權ヲ享有シ得ヘキコトヲ定メ、反對ノ規定ナキ限リハ內國人ト  
 全一ノ權利能力ヲ有スヘキモノトスルモ、此ノ規定ハ一般的權利能力ヲ定  
 メタルモノニハアラズ、特別の權利能力ニツキ國際私法上我カ法律ニヨリ

権利ノ享有如何ヲ定ムヘキ場合ニ反対ノ規定ナキ限リハ内國人ト同一ノ権利享有ノ能力ヲ有シ得ヘキコトヲ明カニスルノミナリ、

### 第三條 人格ノ始メ及ヒ終リ、

一般的権利能力即チ人格カ何時始マリ、何時終ルカニ付キテ、諸國ノ法律ハ其ノ実質ニ付キテ異ナル所ナキヲ以テ、國際私法上ノ向題發生スル余地ナシ、何トナレハ諸國ノ法律ハ皆人格ノ出生ヲ以テ始マルトスルヲ以テナリ、固ヨリ出生トハ何ソヤハ解剖上必スシモ一致セザルモ、元素コノ向題ハ生物学、医学ノ向題ニシテ、法律ハ只生物学、医学等ニヨリテ定メラレタル出生ナル事實ニヨリ、人格ノ始マルコトヲ規定スルノミ、此ノ實ハ諸國ノ法律ノ一樣ニ認ムル所ナル力故ニ、人格ノ始メニ付抵触向題生スルコトナシ、或ハ諸國ノ法律ハ胎兒<sup>胎兒</sup>ノ權利又ハ不法行法ニ付スル損害賠償ノ請求權アルカ否カニ付キ異ナル所アルモ、此ノ向題ハ人格ノ向題如何ニ干スル向題ニアラスシテ、胎兒ノ相続權又ハ不法行為ニ對スル債權ニ付キ、胎

兒ノ權利ヲ認ムヘキカ否カノ向題ナリ、故ニ此ノ實ニ付キテハ後述ヲナスヘシ

人格ノ終リモ亦之レト合シク死亡ニヨリテ定マレモノニシテ死亡ノ事實ニ付キテハ法律ノ抵触ナキモ、法律カ死亡ヲ擬制スル場合ニハ抵触向題ノ發生ヲ妨ケス、蓋シ人格ノ終リニ付キテハ諸國ノ法律上失踪ナル制度アリテ、生死不明ナル者ニ對シ、或ハ死亡シタリト推定シ(日独)或ハ死亡ノ合一效カヲ發生スルコトヲ認メ(仏)一定ノ要件ヲ以テ生死不明者ノ權利ヲ他人ニ移転セシムルコトヲ認ムル(英)等諸國ハ其ノ法律ノ規定ヲ異ニスルヲ以テ之レニ發生スル抵触向題ヲ說明スル必要アリ、故ニ左ニ之レニ付キ説明セントス

#### 一 失踪宣告ノ管轄權

失踪ノ宣告ハ何レノ國ノ管轄權ニ屬スヘキカハ一ノ向題ナリ、然レトモ此ノ實ニ付キ其ノ本國カ失踪宣告ノ管轄權ヲ有スルハ当然自明ノコトナリ、何トナレハ此ノ宣告ニヨリソノモノノ權利ヲ他人ニ移転セシメ、若シテハ其ノモノノ死亡ヲ推定セルモノナレテ以テ、斯レ重大ナル一身上ノ效力

ヲ發生セシムルハ、ソノ者ニ對シ人民主權ヲ有スル國家ノミ、之レヲナシ  
得トナスラ正當トスレハナリ、我カ民法及法例ハ日本人民ニ對シテハ、秋  
カ、裁判所カ失踪宣告ヲナシ得ヘキコトヲ特ニ規定スルトコロナキモ、失  
踪ノ始メ日本人タリシモノニ付テハ我カ裁判所カ失踪ノ宣告ヲナシ得ヘキ  
コトハ特別ノ規定ヲ俟タスシテ明カナル可ナリ

獨民施才九條ニハ失踪開始ノ當初彼乙人ナリシ時ハ、彼乙ノ法律ニ從ヒ  
死亡ノ宣告ヲナスコトヲ得ト規定スレテ、我カ民法學者中ニハ斯クノ  
如キ規定ナキ稅カ法律ニ於テハ、失踪開始ノ當時日本人ナルモ、既ニ外國人  
トナリシ者ニ付テハ失踪ノ宣告ヲナシ得ストナシ、斯ル規定ノナキコトヲ非  
難スルモノアレトモ之レハ誤レリ、何トナレハ失踪ノ當初日本人ナルモ既  
ニ外國人トナリ、外國人トシテ生存スルコト明カナル場合ニハ、失踪ノ宣  
告ヲナシ得ヘカラサレハ國ヨリナリ、失踪ハ只生死不明ノ者ニ對シテナシ  
得ヘキノミ、既ニ生死不明ニシテ從テ外國ナリヤ否ヤ不明ナル者ニ對シテ  
ハ其ノ者カ失踪ノ當初日本人タリシ以上ハ、之ニ對シ失踪ノ宣告ヲナシ得  
ヘキハ特別規定ヲ俟タサル所ナリ、

第四、國籍ノ内

失踪ノ管轄權ハ其ノ本國ニ屬スルハ當然ナレトモ、向題トスヘキハ外國  
ノ專屬管轄權ニ屬スヘキカ、或ハ例外トシテ滞在國ノ管轄權ニ屬スヘキカ  
ニアリ、此ノ向題ハ失踪ノ制度ヲ必要トスル立法ノ理由ニヨリ之ヲ解決ス  
ヘキナリ、

元來失踪宣告ハ失踪者一人ノ爲メノミナラス、生死不明ノモノカ有モ  
シ法律干係ヲ不確定ノ狀態ニ繼續セシムルコトヲ不利算トスル國家經濟上  
ノ理由ニ出ツ、從テ此ノ理由存スル以上ハ假令失踪者カ外國人ナルモ國家  
ハ失踪ノ宣告ヲナサレハカラス、故ニ多クノ國家ニ於テハ例外トシテ外  
國人ニ對シテモ失踪ノ宣告ヲナシ得ヘキコトヲ認ム、我カ法例大條七例外  
トシテ我カ國カ外國人ニ對シ失踪ノ宣告ヲナシ得ベキコトヲ認ム、  
其ノ條件ハ次ノニトス、

(一) 外國人が日本ニ於ケル住所又ハ居所ヲ去リタル後不明ナルコトヲ要ス、  
外國人が外國ニ於テ生死不明ナル場合ニハ、我裁判權ヲ以テ如何トモス  
ヘカラス、從ツテ我國ノ住所又ハ居所ヲ去リタル外國人ナルモ我カ國ニ於  
テ失踪ノ宣告ヲナスヘカラス、之レ民法才二十五條ヨリ果タル當然ノ結果



ナリ、  
(二) 其ノ外国人カ日本ノ法律ニヨルヘキ法律干係、特ニ日本ニアル財産ヲ有スルコトヲ要ス

外国人カ我カ国ノ住所居所ヲ去リタル終生死不明ナルモ、我カ法律ニヨルヘキ法律干係ヲ有セサル場合ニハ、我カ国ニ於テ失踪ヲ宣告スヘキ理ナシ、只ダ我カ法律ニヨルヘキ法律干係ヲ有スル場合ニ限リ之レヲ不確定ノ状態ニ置クトキニ生スヘキ公益上ノ不利益ヲ除カシタメニ失踪ノ宣告ヲナスナリ、如何ナル法律干係カ日本ノ法律ニヨルヘキ干係ナルカハ、法例才三條以下ニヨリテ定マル其ノ中ノ著シキモノハ日本ニアル財産ナリ、我カ国ニ於ケル財産ハ法例才一〇条ニ依リ所在法即チ日本ノ法律ニヨリテ定メラルヘキ法律干係ナリ、

生死分明ナラサル外国人ガ、斯ル干係ヲ有スル場合ニ我カ国ハ失踪ノ宣告ニヨリ之レヲ確定スルコトヲ期スルナリ、

法例才六条ニ日本ニ在ル財産及ヒ日本ノ法律ニヨルヘキ法律干係ト云ヒ、我カ国ニ在ル財産ハ日本ノ法律ニヨルヘキ法律干係ト是ナル干係ナ

ルカ如ク見ユルハ規定上ノ不注意ナリ、  
又ラルヘキモノナリ、

### 第二 失踪宣告ノ效力

外国人ニ對シテ失踪ヲ宣告シタル場合ニ、如何ナル效力ヲ生スヘキカハ問題ニシテ、此ノ点ニ付キ或ハ本國法主義ヲ主張スルモノアリ、然レトモ國家カ例外トシテ外国人ニ對シ、失踪ヲ宣告スル所以ハ、其ノ國ノ法律ガ認ムル法律上ノ效力ヲ發生セシメンカタメナリ、即チ死亡ノ推定ヲ國ニ於テハ、外国人ノ本國法如何ニ係ハラス、此ノ宣告ニヨリ死亡ト同一ノ效力ヲ發生セシムルカタメナリ、若シモカカル結果ヲ發生セシメサルニ於テハ、特ニ失踪ノ宣告ヲナスノ必要ナキモノト云ハサルヘカラス、徒テ失踪ノ宣告ノ效力ハ專ラ之レヲ宣告シタル國ノ法律ニヨリテ定ムヘキナリ、我カ法例才六条モ亦此ノ主義ヲ認ム、  
即チ日本ノ法律ノ、法律ニヨリテ失踪宣告ヲナシ得ルト云ヒ、我カ民法ノ認ムル失踪ノ效力ガ發生スルコトヲ明カニセリ、

第三 外國ニ於ケル失踪宣告ノ効力

外國ノ管轄官廳カ外國人ニ對シテ宣告シタル失踪ハ、我カ國ニ於テモ其ノ効力ヲ有ス然レモザルヲ得ス、或ハ此ノ契ニ付キ斯ル効力ヲ認メ得ヘカザルコトヲ主張スルモノアリ、然レトモ失踪ソノモノハ其ノ本國ニ於テ確  
定セラレシ以上ハ、他國ニ於テハ之レヲ爭フヲ得ス、又爭フ必要ナシ、惟  
モ外國人ノ本國ニ於ケル死亡ノ事實ヲ認メザルヲ得ザルト全權ニ失踪宣告  
ノ効力ヲ認メザルヲ得サルナリ、但シモシモ失踪者カ我カ國ニ於テ生存ス  
ルトキハ斯ル効力ヲ認メ得ヘカザルハ勿論ナリ、

外國ニ於テ内國人ニ對シテ失踪ヲ宣告シタル場合ニハ、其ノ効力如何、独  
乙ノ多數說ハ内國ノ法律カ外國ニ對シ、特ニ失踪ヲ宣告シ得ヘキコトヲ認  
メシハ例外的規定ナレバ、之レカ爲メニ反對ニ外國ノ裁判所カ内國人ニ對  
シテ失踪ヲ宣告シ得ヘキコトヲ認メタルモノト解釋スヘカラストナス、然レ  
トモ國際私法上ノ規定ハ相互ニ之レヲ承認スベキコトヲ原則トス、依ソテ  
内國裁判所カ一定ノ條件ノ下ニ外國人ニ對シ、失踪ヲ宣告シ得レトヲ認

ムル以上ハ、反對ニ同様ノ場合ニ外國裁判所カ内國人ニ對シ、失踪ノ宣告  
ヲナシ得ヘキコトヲ暗ニ認メタルモノト云ハザルヘカラス、故ニ日本人  
外國ニ於ケル住所ヲ去リシ終生不明トナリ、且ツ其ノ國ノ法律ニ依ルヘ  
キ法律ニ係アル場合ニ、ソノ國ガ宣言シタル失踪ハ、我カ國ニ於テモ當然之  
レヲ認メベキナリ、

第二節 行為能力

從來諸國ノ國際私法ハ行為能力ト身分トハ密ルヘカラサルモノトナシ通  
常身分及ヒ能力ハ屬人法ニ依ルヘキコトヲ明カニセリ、然ルニ近時諸國ノ  
法律ニ於テハ身分ト能力ハ之レヲ別向題トセラル、ノミナラス、身分ナル  
文字ハ私法上ハ只親族干係ニ付キ用ヒラル、ノミニシテ其ノ他ノ意義ヲ失  
セリ、

而シテ親族干係ニツキテハ特ニ詳細ナル規定ヲ要ス、單ニ身分ナル語ニ  
ヨリテ其ノ複雜ナル關係ヲ明ニスルヲ得ス、是ニ於テ最近ノ立法例ハ身分  
ト能力トヲ分離スルニ至レルノミナラス、遂ニ身分ナル文字ヲ削リ、之レ

ニ代フルニ詳細ナル親族干係ノ準拠法ヲ規定スルニ至レリ、  
其ノ此ノ主義ヲ採リ、其ノ第三條ハ單ニ能力即チ行為能力ノ規定ヨリテ揚  
々々ニ條以下ニ各種ノ親族關係ノ規定ヲ設ク、

茲ニ能力トハ民法ノ用例ニ從ヒ行為能力ノミヲ指ス、行為能力ノ有無ヲ  
未大原因ハ種々アリ、諸國ノ民法ハ年令ノ如何、精神身體ノ狀態如何、婚姻  
干係等ニヨリ能力ノ有無ヲ定ムルノ外或ハ刑罰ノ結果トシテ能力ヲ剝奪ス  
ルコトアリ、或ハ破産宣告ノ結果能力ヲ制限スルコトアリ、此等種々ノ原  
因中刑罰ノ結果タル無能力ハ、刑罰ハ嚴格ニ其ノ領土内ニ限ラルヘキ結果  
、他ノ國ニハ何等影響セザルヲ以テ之、ニハ問題トナラス、或ハ民法上ノ  
死亡ノ如キ特別ノ原因ヨリシテ能力ヲ制限スルモノアレトモ、斯ナル無能  
力ハ民法上ノ總ノサルトユロナトハ、注例第ニ三〇條ヨリ斯ル外國法ヲ適用  
スルコトヲ得ズ

從ツテ茲ニ向題トスルノ要ナシ、又破産宣告ノ結果タル無能力ハ、破産  
ノ效力如何ノ向題ニシテ、凡テ裁判所ノ宣告ハ之レヲ宣告シタル國ノ領土  
内ニ於テノミ、效力ヲ有スヘキモノナレハ外國ニ於ケル破産宣告ノ結果無

能力トナリシモノハ、外國ニ於テハ之ヲ無能力者トナスヲ得ズ、故ニ茲ニ  
向題トスヘキニアラズ、從テ能力ニツキ向題トスヘキハ、民法ニ通常認め  
ラル、能力ノ有無ニ于スル向題ナリ、其ノ中ニ就テ妻ノ能力ノ有無ニ付キ  
テハ、婚姻ノ効力有無ニ于スル向題ニシテ、夫ノ權利ヲ尊重スル結果  
妻ノ能力ヲ制限スルニスキス、故ニ如何ナル程度ニ於テ妻ノ無能力ナルカ  
ハ、婚姻ノ効力ノ向題トシテ、注例第一四條ニ定ムル所ニシテ、後述スル  
トゴロアルヘシ、從テ茲ニ註<sup>明</sup>スベキハ唯未成年者、禁治産者、及ヒ準禁治  
産者ノ能力ノ有無ノ向題ナリ、

第一條 未成年者ノ能力有無

禁治産者、準禁治産者ニ付テハ注例第一四條、五條ニ特別規定アリ、故ニ  
注例第一三條ニ於テ人ノ能力ハ云々ト規定スルモ、結局成年、未成年者ノ区  
別ニ依ル能力ノ有無ニ于スルト見テ可ナリ、  
丁第<sup>大</sup>令ニ付テハ、古來諸國ノ法大ニニ異ナリ、即チ我々民法ハ滿二十才

4616

ヲ以テ成年トスルモ、之レト全一ナルハ、瑞西民法アルノミ、他ノ歐米諸國ハ、滿一オヲ以テ成年トナス、反對ニ我民法ヨリ低キ年令ヲ以テ成年トスルモノアリ、斯クテ年々令異ナルヲ以テ外國人が我カ國ニテ法律行為ヲナス場合、ソノ能者ノ有無ハ何レノ國ノ法律ニヨルヘキカノ問題生ス、此ノ問題ニ付キ或ハ其ノ他ノ法律ニヨルヘキコトヲ認ムルモノアリ、或ハ其ノ法律行為ヲナス土地ノ法律ニヨルヘキコトヲ認ムルモノアリ、然レトモ大体ニ於テ古来ノ問題ハ、屬人法ニ依テヘキモノト認メラレ、只ソノ屬人法ニ付キ住所地主義ト本國法主義トアリ *Partialis* 以テ未十九世紀初メマテハ、住所地主義ヲ採リシカハ民法ノ編纂以來法典國ハ皆本國法主義ヲ採リ、能力ノ有無ハ當事者ノ本國法ニヨリテ之レヲ定ムヘシトス、然レカ法例ニ系一頂亦此ノ主義ヲ採ル、學者或ハ住所地主義ト本國法主義トノ優劣ヲ比較シ、互ニ其ノ長短ヲ説明スルヲ例トスルモ、元素コノ問題ハ主義ソノモノハ優劣ノ問題ニハアラス、其ノ國ニ統一的法律カ行ハルカ否カノ問題ナリ、統一的法律カ行ハルカ國ニテハ、其ノ法律ノ認ムル成年々令ハ其ノ國民ノタメニ、其ノ國

ノ急便同俗等ニ從ヒ規定サレタルモノナリ、從ツテ其ノ國民カ外國ニ滞在スル場合ニモ、尚ソノ國ノ法律ニヨリ能力ノ有無ヲ定ムヘキモノトス、而シテカ、ル規定ハ其ノ國ニ滞在スル外國人ニ適用スル必要ナキモノナレハ、外國人ニ對シテハ、其ノ本國法ニヨリ能力ノ有無ヲ定ムヘキテ正當トス、恰モ外國ニ滞在スル内國人ニ對シ内國法ヲ適用スルカ如ク、外國人ニ付キ其ノ本國法ヲ適用スヘキモノトス、能力ノ有無ハ本國法ニヨリ定ムルモ近世國際交通ノ發達ト共ニ迅速正確ヲ尊ブ法律關係ニ付キテハ、必スシモ一々當事者ノ本國ニ於ケル取引ノ安全ヲ保護スル必要上、本國法主義ニ一例外ヲ認ムルノ必要ヲ生ス、即チ法例第三條ノ二項ニ外國人が日本ニ於テ法律行為ヲナシタル場合ニ於テ、其ノ外國人カ其ノ外國法ニ依レハ、無能者タルヘキトキト雖モ、日本ノ法律ニヨリ能力者タルヘキトキハ、我が國ニ於テハ尚能力者トシテ其ノ責任ヲ負ハサルヘカラストス、換言スレハ内國ニ於ケル法律行為ハ内國法ニヨリ能力者タル以上ハ、本國法ノ如何ニ拘ハラズ内國法ニヨリ能力者トナス、之レヲ取引保護主義ト云フ、

内國ニ於ケル取引ノ安全ヲ保護スル主義ナレバ、其ノ當事者ノ政府カ外

三二二

國人ナレト、一方カ外人ナレトヲ向ハズ、且ツ取引ナル以上、双方行爲  
タルト、並行行爲タルトヲ向ハス、殊ニ若シモ手形行爲力單行行爲ナリト  
スレバ、斯ル行爲ニツキ殊ニ致ノ例外の規定ヲ必要トスルヲ以テ、單行行  
爲モ亦致ノ例外ニ支配セラレヘキコトヲ認メサルヘカラス

然レドモ其ノ目的ハ取引ノ安全ヲ保護スルニアルヲ以テ、取引ニアラサ  
ル法律行爲ニツキテハ、斯ル例外ヲ及ホスヲ得ス、從テ親族法又ハ相続法  
ノ規定ニヨルヘキ法律行爲ニ付テハ、依令致カ法律上ノ能力者タルヘキ場  
合ニモ、本國法ニヨリ無能力者タル以上ハ、立レツ能力者トナスヲ得ス、  
何ントナレハ斯ル法律行爲ニ付キテハソノ本國ノ法律ヲ適用シ其ノ本國法  
ニヨリサレハ、其ノ干係ヲ安全ニ處理シ得サル性質ノモノナレハナリ、之  
レト全様ニ外國ニアル不動産ニ干スル法律行爲ハ普通ノ取引ナレトモ、才  
ニ項ノ例外ヲ認ムレヲ得ス、何ントナレバ外國ニアル不動産ハ絶対的ニ所在  
地ノ法律ニヨリテ処分セラル、カ致ニ致カ國ニ於テ行爲カナサレタレノミ  
ノ理由ニヨリ、元來無能力者ノ行爲タルモノヲ致カ法律ニヨリ能力者ノ行

當國法四三ノ外

為ナリト見ルハ反ツテ取引ノ安全ヲ害スルニ至レハナリ

### 第二 疑 禁治産及準禁治産

禁治産及準禁治産ニ付キ、問題ヲ生ズルハ、之レニ干スル各國立法例  
異ナレカ故ナリ、我カ國ハ法例第四條及五條ノ規定ヲ設ク之レハ國際法學  
會ノ決議ニ基クモノナリ、

#### 第一 禁治産ノ管轄権

禁治産ノ管轄権ニ付キテハニツノ相反スル説アリ、即チ  
或ハ禁治産ノ宣告ハ禁治産者ノ能力ヲ全然剝奪シ、又ハ重大ナレ程度ニ  
於テ之レヲ制限シ、其ノ一身上ニ重大ナル干係ヲ及ホスモノナレハ、斯カ  
ル管轄権ヲ行フモノハ、其ノ者ニ對シテ臣民ニ有スル國家ノミニ限ル  
トナスモノナリ、或ハ禁治産ハ本人ニ對シテ重大ナル干係ヲ有スルモ、更テ  
ニ才ニ着ニ付スル國家公益上ノ干係ヨリ之トヲ宣告スルノ必要アルヲ以テ、

三二三

外國人ノ滞在スル國家ハ、其ノ國ノ公益維持ノ必要ニ由ルカ、其ノ宣旨ヲナシ得ヘキモノナリトシ、居住地ノ管轄權ヲ主張スルモノアリ、コノコソノ學說ハ、昔ニ紐條フモノニシテ、國際法學會ニ於テモ容易ニ之レヲ決定シ得サリシカ、一八九五年ノ會議ニ於テ本國ノ管轄權ハ專屬的ニアラス、只原則トシテ之レヲ認ムルモ例外トシテ居住地國ノ管轄權ヲモ認ムヘキモノトセリ、

我カ法例四條亦此ノ主義ヲ採リ、外國人ノ對シテハ、我カ國ニ居住スル場合ニハ例外トシテ之レニ對シテ禁治產ノ宣告ヲナシ得ヘキモノトナス、之レト全一ノ原則ハ一九〇四年法牙ニ於テ、政州諸國間ニ結ハレシ禁治產ニ關スル條約ニモ認メラルル処ナリ、同條約亦一条件ハ禁治產ノ宣告ハ、其ノ者ノ本國ノ管轄官廳ニ依リテノミ宣告セラルヘキモノトナシ、本國ノ管轄權ヲ原則トスルモ更ニ全七条件ニ依リ、本國ノ管轄權ヲ行ハサル場合ハ、居住地ノ管轄官廳ハ禁治產ノ宣告ヲナシ得ヘキモノトナシ居住地ノ例外的管轄權ヲ認ム

凡そ外國人ノ禁治產ニ附セラルヘキ狀況ニ至リシ場合ニハ、其ノ滞在國

ハ行政処分トシテ斯ル當事者ニ對シテ、相當ノ保護ヲ与ヘサルヘカラサルコトハ異議ナキ所ナリ、只向題トスヘキハ行政処分ヨリ更ニ一步ヲ進メテ立法上ノ処分ヲナシ其ノ當事者ノ能力ヲ剝奪シ、又ハ制限シ得ヘキ否カニ依リ、外國人ノ本國ハ必スシモ我國ニ滞在スル外國人ニ付キ禁治產宣告ノ必要アリマ否マヲ知ルヲ得ス、依リニ之レヲ知リ得ヘシトスルモ、我國ニ滞在スル外國ノ領事ハ、領事職務條約ニヨリ特ニ制限ヲ与ヘラレシ場合ノ外カ、其ノ當事者ニ對シ何時ニテモ法的保護ヲ与フルヲ得ス、從ツテ居留地國ニ於テ若シ斯ル管轄權ヲ行ヒ得ストスレハ意ニ其ノ國ノ公益ヲ維持スルニ足ラサレノミナラス、其ノ當事者ノ利益ヲモ保護シ得ヤル結果ヲ生スルヲ以テ、滞在國ハ外國人ノ利益、並ニ其ノ公益ノため、例外トシテ管轄權ヲ行フヲ正当トセサルヘカラス、

其二 禁治產者ノ原因

滞在國ノ外國人ニ對シ禁治產ヲ宣告シ得ヘキモノトスルモ、禁治產宣告ノ原因ハ必ス其ノ本國法ニヨリ之レヲ定ムヘシトナスモノアリ、又反對ニ宣告ノ原因ニ付テハ之レヲ宣告スル國ノ法律ノミニ依リテ定ムヘシトナス

此ノニ親ハ其ニ越境ニ失シテ其ニ反対ノ支莫ク有ス、蓋シ禁治産ハ能力ヲ剥奪スハ制限スヘキモノナルヲ以テ、而シテ能力ノ有無ハ本国法ニ依ルヲ原則トスル以上ハ、如何ナル場合ニソノ能力ヲ制限セラレヘキカハ其ノ本国法ニ依ラザルヘカラス、故ニ原則トシテ禁治産ノ原因モ亦本国法ニ依ラザルヘカラサルハ明ナリ、然レトモ及令外人ノ本国ノ法律ガ禁治産トシテ、能力ヲ剥奪シ得ヘキコトヲ認ムルモ滞在国ノ法律カカ、ル原因ニヨリ能力ヲ剥奪スハ制限シ得ヘカラサルモノトスル以上ハ外人ナルカ爲メニ其ノ能力ヲ剥奪シ得ルトナスヲ得ス、故ニ滞在国ノ法律ノ認メサル原因ニ付キ禁治産ヲ宣告スルコトヲ得サルモノト云ハザルヘカラス、此ノ点ニ於テ許給地ノ法律ニヨルトナスハ正当ナリ、從テ禁治産宣告ノ原因ハ本国法ノミニ依ルコトヲ得ス、即チ本国法ニ於テモ許給地ニ於テモ、其ニ禁治産ノ原因ト認ムル場合ニ限り之ヲ宣告シ得ヘキモノト云ハサルヘカラス、法例才四条ニ項ハ禁治産宣告ノ原因ハ、其ノ本国法ニ依ルコトヲ認ムルト全時ニ我カ國ノ法律カソノ原因ヲ認メサル場合ニハ之レヲ宣告シ得ス

トナス即チ折衷主義ヲ採レ、此ノ其モ亦國際法学会ノ採用セル主義ヲ認メシモノナリ、此ノ二点ハ一九〇四年海牙ノ条約モ亦認ムル所ナリ、即チ全条約才七条ハ尚一層明白ニ、禁治産ノ宣告ハ外人ノ本国法及ヒ居住地ノ法律ニヨリテ認メラレタル原因ニ付テノミ、之レヲ宣告シ得ヘキモノトス、又茲ニ注意スヘキハ法例才四条一項ニ於テハ、禁治産ノ原因ハ禁治産者ノ本国法ニヨルト規定シ恰モ外國法ノミカ法ニ適用セラレ、如何ノ規定ナルハ當テ得ス、

蓋シ外國ニ於テ宣告スル禁治産ノ原因ハ禁治産者ノ本国法ノミニヨルカ、又許給地ノ法律ニ依リ之レヲ制限スルコトアレカハ其カ法律ニ干渉ナキ所ナレハ此ノ規定ヲ以テ外人ノ禁治産ノ宣告ヲ規定スルモノトナスヲ得ス

又我カ日本ハ其ノ法律ニヨリ禁治産ヲ宣告スルコトハ法例才四条ヲ準ビザルコトナレハ、之レヲ以テ我カ國民ノタメニ我カ法律ニ依リテノミ、禁治産ヲ宣告スルコトヲ規定シタルモノトナスコトヲ得ス、而シテ我カ國ニ存スル外人ニ付テハ、才二項ニ規定アリテ禁治産宣告ノ原因ハ、其ノ本国法ト決ニ親ムル場合ニ限り之レヲ宣告シ得トナスヲ以テ才四条一項

ノ前申ハ全然無用ナルノミナラス、却テ誤解ヲ起サシムルハ禁テ、又其ノ後半ハ、後述ノ如ク、斯ル特別ノ規定ヲ要セスシテ明ナル所ナルヲ以テ、法例四條ハ才ニ頂ノミテ必要トシテ一項ノ規定ハ全然無用ナリト云ハサレヘカラス、

尚ホ禁治産宣告ノ手續ニ關シテハ、一般ノ訴訟手續ト全シク法定程序ニヨルヘキコトハ自明ノコトニ屬ス、學說上法例亦之レニ一致ス

第三 禁治産宣告ノ效力

禁治産宣告ノ效力ハ、各國ノ法律ニヨリテ異ナルカ故ニ、何レノ法律ニヨルヘキカヲ明カニセサルヘカラス、而シテ之レニ關シテハ學說上法例安ニ之レヲ宣告シタル國ノ法律ニヨルヘキコトヲ認ム、即チ外國人ニ付テ我カ國カ禁治産ヲ宣告シタル場合ニハ、其ノ效力ハ我カ法律ノ認ムル所ニヨリ之ヲ定ムヘキモノトス、

元來國家司法機關ノ宣言又ハ命令ハ只チ其ノ國ノ法律ヲ認ムル範圍内ニ於テノ、其ノ效力ヲ發生シ、當事者ノ何人タルカヲ問ハス、撰言スレハ、我

山田、四、和、世、十、三、ノ、内

カ國ニ於テ禁治産者ヲ宣告ナス必要ナレ所以ハ、我カ法律ノ規定ニ從ヒ之トテ無能力者トシ、其ノ法律行為ヲ取消シ得ヘキモノトナサシメンカトメナリ、若シ其ノ當事者ノ本國法如何ニヨリ、我カ裁判所ノ宣告シタル禁治産ノ效力ニ異ナル結果ヲ來タシ或レ禁治産者ハ、制限的無能力者トナリ、從ツテ其ノ行為ハ取消シ得ヘキモノタルニ拘ラス、他ノ當事者ハ全然無能力者トナリ、其ノ行為ハ無效トナルカ如キ結果ヲ生スルトキハ、我カ公法ヲ維持スルコトヲ得ス、

取引ノ安全ヲ期スル所以ニアラサス、從ツテ此ノ真ニ付テハ、之レヲ宣告シタル國ノ法律ニヨリ其ノ效力ヲ定ムヘシトスレハ疑ヒナキ所ナリ、法例四條後半ハ、此ノコトヲ明言シ、其ノ宣告ノ效力ハ宣告ラナシタル國ノ法律ニヨルトセリ、濠洲ノ條約ハ号モ公法ニ禁治産宣告ノ效力ハ之レヲ宣告シタル國ノ法律ニ從フト明言セリ、雖法律才四條一項後半ハ無用ノ規定ナリ、蓋シ國際條約又ハ學會ノ決議ナレハ斯カル規定ヲ明言スレテ要スヘキモノ、外國裁判所ノ宣告シタル禁治産力其ノ國ノ法律ニ從フテ其ノ效力ヲ發生スヘキコトヲ我カ國ノ法律ニテ規定スレ必要ナキハ當然ニシテ、又我



カ裁判所ノ宣告シタル管治産カ我カ法律ノ範圍内ニ於テノミ効カラ  
發生スルコトハ司法權ノ行使共ノモノ、当然ノ結果ニシテ、法例ノ規定ヲ  
俟ツテ然ルニ非ス、俟ツテ管治産宣告ノ効力ハ宣告ラナシタル國ノ法律ニ  
依ルトノ規定ハ別ニ誤リニハアラサレトモ全ク無用ノ規定ナリ、  
外國ニ於ケル管治産宣告ノ効力ニ干シテハ、場合ヲ命テテ論スレトヲ  
要ス、

外國ニ於テ管治産宣告ヲ受ケタルモノカ我カ國ニ未レル場合ニハ別段ニ  
管治産者タルコトヲ公示ス、キ方法ナキカ致ニ、我カ國ニ於テ再ニ管治産  
宣告ヲナサ、ルヘカラス、

海牙條約九條ニ於テハ條約國間ニ於テハ、他ノ國ノ管治産ノ宣告ハ出  
然ソノ効力カ認めラレヘキモノト爲セトモ、是レ條約ニヨリ特別ノ義務ナ  
レハ外國トノ間ニ此ノ如キ條約ヲ締結セザレバ我カ國ニ於テハ之レヲ直チニ  
認めルノ要ナキモノト云ハサレヘカラス、管治産者カ我カ國ニ居住スレ場  
合ニハ、其ノ効力ヲ認めサレヘカラス、然レトモ前ニ個ノ場合ハ其ニ法例カ  
四條ノ適用範圍内ニ於テ限ラレ、ハ言フ俟ダレトコロス、

物田、租、地、四ノ外

第三 款 管治産

管治産ハ本末管治産ト性質ヲ異ニスルモノニアラス、單ニ能カテ異ニ  
人ルニ過ヤサレテ以テ、管治産ノ原因及效果等ハ管治産者ノ規定ニヨ  
ルヘクテ過当トス、此カ法例第五條ハ管治産ニ于スル規定ヲ管治産ニ準  
用セリ、

第二章 物權

第一節 物權總論

(一) 物權ハ其ノ目的物ノ動産タルト不動産タルトナラズ、一處ノ地ニ存  
在スルモノナレハ、在来所在地法ノ原則ヲ認ム、然レ此ノ所在地法ノ

三三一  
原則ハ沿革上バルトルス以來只ク不動産ニ付テノミ一般ニ認メラレ、動  
産ニ付テハ多クハ此ノ原則ヲ認メス、(即チ所有者)  
ニ從フ、

(*Mobiliis Realium Acquisitio*) トノ趣旨ニ  
ヨリ見ノ所有者ノ住所法ニヨルヘキモノトセリ、尚ホ現今ニ於テモ此  
ノ原則ニ從フ、例ニ於テハ、例之ハ國民法ニ依リ如キハ不動産ハ外  
國人ニ屬スル場合ト雖モ、所在法ニヨルト規定スルノミニシテ、動産  
ニ關シテハ全ク規定ヲ受ケリ、斯ル格旨ノ發生シタル理由ハ動産ハ容  
易ニ所在地ヲ變更シ得ヘキモノナレバ然レモ其ノ所在地ノ移動スル年  
ニ異ナル法律ニヨリ、其ノ權利關係ヲ定ムヘシトスレバ、動産ニ關スレ  
權利關係ハ常ニ不確定ナレバムシロソノ所有者ノ住所法ニヨルテ全  
ナリト考ヘシニヨルナリ

然ルニ斯レ學說ハ甚ク不適当ナリ、蓋シ動産ト不動産トノ區別ハ各國  
一様ナラス、甲國ニ於テハ動産トスレモノモ乙國ニ於テハ之ヲ不動産ト  
スルコトアリ(例ヘハ蜜蜂ノ巢ノ如キハ他國民法ハ動産トシ和民法ハ不  
動産トスルカ如シ)故ニ或物件カ動産ナリヤ不動産ナリヤハ唯所在法  
ニヨリテ判定スヘキモノニシテ、元來所有者ノ住所法ヲ適用シ得ナレナ  
リ、又動産ノ所有權ヲ爭フ事案若クハ五ニ住所ヲ異ニスル場合ニハ、何レ  
ノ住所法ニヨルヘキカ明カナラス、又住所ヲ有セサルモノ又ハ二個以  
上ノ住所ヲ有スル者ニ付テハ此ノ主義ヲ適用スルコトヲ得ス、加之動産  
ニ付テハ保護權ニ在リテ保護カ諸國ノ法律ニ於テ奪取スルニ從ヒ、或レ  
權利者ハ何人ナルカ、動産ニ對シテ如何ナル物權カ成立スレカノ由顯ハ  
其ノ所有者ノ何人ナルカヲ問ハス、其ノ所在地ノ法律ニヨルニ非レハ之  
レヲ決定シ得ヘカヲサレエトハ不動産ト少シモ異ナルエトナキニ所有  
者ノ住所ト雖モ變更スルエトナキニアラサルヲ以テ近來漸ク動産ニ對テ  
モ所在法ノ原則ヲ認ムルニ至レリ、彼ノ *Principle* / 如キハ動産ヲ  
三種ニ區別シテ、廢具、家具、ノ如ク常ニ其ノ所在地ヲ變更スル  
モノ及ヒ其ノ中間ノ物トシ、又一ハ所在法、又一ハ所有者ノ屬人法  
ニヨルヘキモノトセシカ、現今ニ於テハ旅客ノ携帶品ト雖モソノ時々ノ  
所在法ニヨルニアラサレハ其ノ動産ニ對スルニ在リ有無ハ明ニ辨ス

此主取ヲ侵スモノナレヲ以テ凡テノ動産ハ皆所在地法ニヨリ其ノ権利  
關係ヲ定ムヘシトスルニ至リ、旅客ノ貨物ニ付イテモ時ニ所在地法ニ  
依ルヘシトモハ、他ノ物ニ於テモ之レニヨルヘキハ言フ俟タサレ所ナリ  
、法例ナキモ亦其ノ主義ヲ採リ、動産及不動産ニ干スル物件ハ、以ノ目  
的物、所在地法ニ依ルヘキモノトス、

伊太利ノ法例ニ依ルハ不動産ハ所在地法ニヨリ、動産ハ所有者ノ本國法  
ニヨルトナスモ、實際上ハ動産ニ干スル權利干預カ本國法ニヨルコト殆  
シトナク、凡テ所在地法ヲ公序ニ干スル規定トシテ適用セルヲ以テ、其  
ノ結果ハ其ノ法例ト全一トナル、是レ動産ニ干スル權利保護ニ占有保  
護ノ思想發達ノ結果ナリ、

柳モ物権カ何故所在地法ニヨラサレハカラサレカノ理由ニ付テハ學說  
一致セズ、或ハ之レヲ以テ當事者ノ任意的服従ナリトナスモノアリ、即  
チ附格干預ハ要スルニ所在地法ニヨルニアラサレハ完全ナル保護ヲ享有  
シ得ス、此ノ關係ヲ知りナカラ物権ヲ享有スルニ至ラ以テ、其ノ取柄  
者ハ所在地法ニヨルヘキコトヲ任意ニ認メシモノナリトナスモノナレバ、

物権ニ干スル規定ハ多クハ公法規定ニシテ當事者カ之レニ服従スルハ意  
思アルト否トテ向ハサレヲ以テ、其ノ證明ハ未ダ所在地法ノ原則ヲ説明  
スルニ足ラス、

或ハ之ヲ以テ封建的領土主權ノ結果ナリトナスモノアリ、物種及ヒ之  
レニ干スル權利關係ハ所在地法ニヨルトナスノ結果法ノ原則ハ之レニ基テ  
ルモノト云フコトヲ得ヘキモ、之ヲ以テ諸國一般ノ規定ノ理由トナスハ  
不充分ナリ、或ハ又實際上ノ便宜事物又ハ自然ノ性質ニ出ツトナスモノ  
アリ、然レトモ余黨ノ所信ニヨレハ領土主權ノ結果ト物権ソノモノト時  
實トニヨリ出来スルモノトナス觀ヲ正當ト信ス、蓋シ現今ノ國際法上一  
國ノ領土主權ハ其ノ領土内ノ區テノ物ニ及フエトヲ認ム、而シテ物権ノ  
目的物タル有体的物ハ皆何レカノ地ニ存在シ、從テ何レカノ領土主權  
ニ屬スルモノナレバ、其ノモノニ對シ如何ナル權利カ如何ニ發生消滅ス  
ヘキカハ、其ノ所在地法ニヨルノ外ナクハナリ、

物権干預カ所在地法ニ依ルノミナラス、物権ナラサルモノニ對スル權利  
ニシテ、物権ト全權ノ効力ヲ發生シ得ヘキ場合ニハ、此亦物権ト全權

ニソノ所在地位ニヨリテ認めルル正當トス、例ハ我カ民法ニ於テハ土地家屋ノ賃借権ハ債権ナレトモ、外國ニハ之レヲ物權トスルモノアリ、  
 (又)外國ノ借地法案ニ於テモ物權ニ近キモノトス、又我カ民法ニテモ斷  
 ヲ賃借権ヲ登記シタルトキハ、之ニ對シテ對抗ヲ得トナシテ物權的効力ヲ  
 發生スルモノトス、從ツテ新ルル權利ハ債權ナレトモ物權トシテ所在地位  
 ニヨリコトヲ認め、法例第一〇条ニテ登記スベキ權利ト云ヘレハ、  
 登記ヲ必要トスル權利ト云フニハアラス、登記ニヨリテ之ニ對シテ對抗シ  
 得ヘキ効力ヲ認めラル、權利ノ意味ニシテ主トシテ我カ民法ノ賃借権ヲ  
 指ス、蓋シ登記スルト否トハ權利者ノ自由ナレハナリ、

無記名債權ハ民法第六條ニテ項ニヨリテ動産ト看做サレ、其ノ政ニ其ノ  
 本末ノ性質ノ債權ナルニ係ハラヌ、所在地位ニヨリモノトス、  
 我カ法例十條ノ例外ヲナスハ船舶ノミナリ、我カ法律ニ於テハ船舶ハ不  
 動産ト看做サレトモ、其ノ性質上之レカ例外ヲナスナリ、即チ船舶ハ  
 領海内ニ於テハ所在地位ヲ有スレトモ公海ニ於テハ之ヲ欠クカ故ニ所在地  
 法ニヨルヘントセハ速ニ法律關係ノ連絡ヲ失スルニ至ルナリ、尚ホ海商

法ノ條ヲ參照スヘシ

第二節 物權各論

第一 占有權

占有權カ權利ナリヤ否或ナリヤ、占有ノ保護、占有ノ辨別トハ如何  
 ナルモノナリヤ等ハ皆目的物ノ所在地位ニヨリテ之レヲ定ム、政ニ於カ  
 領土ニ入り来ル前ニ如何ナル占有ノ保護ヲ受クルカ、其ノ目的物カ如何  
 領土内ニ入レハ否ナニ於カ則法ノ占有ノ保護ヲ受クヘキモノナリ、從ツ  
 テ外國ニ於テハ事實タル占有モ我カ國ニ於テハ占有權ト看做サレトナ  
 リ、

第二 所有權

所有權ニ付テモ如何ナルモノカ所有權ノ目的物タリ得ルカ、物ノ種類

性質、從ツテ如何ナルモノカ動産ナルカ、不動産ナルカ、果實應物ノ区別等ハ皆所在地法ニヨリ之ヲ定ム、所有權取得ノ方法タルコトヲ察セル場合ニモ、其ノ領土ニヨリ出テタル場合ニハ、現在ノ所在ノ所在地法ニヨリ、私權ノ目的タルヤ否ヤヲ定ムヘキナリ、從ツテ一國ニ於ケル不融通他ノ國ニ於テハ融通物トナリ、法律ニヨリテ取引ヲ禁セラレタル物モ、他ノ國ニ於テハ之レヲ賣買讓渡シ得ヘキモノトナリ、

第三、永代借地權、地上權、永小作權、地役權、不動産質權、  
拍當權、

是等ノ權利ニ付キテモ其ノ所在地法ニ依ルハ言ヲ從タス

### 第四、留置權

領土内ニアル物ニツキテハ所在地法ニ據ルヘキハ明カナリ、  
留置權ニ付テハ運送中ニアル物ヲ留置シ得ヘキカ否カニ付キ國ニヨリ法律ヲ異ニス、例ハハ英米ノ如ク留置ヲ認ムルモノアレドモ如何ナル範

留置權ノ外

國內ニ於テ行ニ得ルヤニ付テハ、海商法ノ範圍ヲ轉スルトキニ讓ル、我カ領土内ニ於テハ留置スルコトヲ得ス、我カ船舶モ亦我カ國ノ主權ノ下ニ立ツモノナルカ故ニ、之ヲ留置スルコトヲ得ス

### 第五、先取特權

先取物權ノ種類、順位及ビ効力ハ皆物ノ所在地法ニヨリテ、之トヲ決定スヘキモノナリ、固ヨリ先取特權ノ原因タル債權自体ニツイテハ、債權關係ヲ支配スル法律ニヨリテ、其ノ有效無効ヲ決スベク、物ノ所在地法ニヨリ之ヲ決スヘキモノニアラス、

### 第六、動産債權

動産債權モ亦物權ナルヲ以テ、物ノ所在地法ニヨルヘキモノナレドモ、  
債權ノ元來主タル債權ノ担保ナルヲ以テ、其ノ主タル債權ト運命ヲ異ニスヘキモノナリ、從ツテ主タル債權カ債權國有ノ準拠法ニヨリテ有ニ成立スル場合ニハ、其ノ担保物權モ有効ニ成立シ主タル債權成立セザ

レハ債権カ所在地法ヨリ有効ナルヘキ場合ニモ債権ハ成立セス、又主ク  
ル債権成立スルモ債権カ所在地法ニヨリ成立要件ヲ欠ク場合ニハ、債権  
トシテ成立セス、故ニ斯ル物件ニ付テハ債権ニ所有地法ニヨリ成立要件ヲ  
具フルヲ要スルノミナラス、更ニ主ク債権ノ準拠法カ債権ヲ成立セシ  
ムルコトヲ要ス、此ノ干渉ハ債権ヲ設定シタル後、其ノ目的物ヲ他國ニ  
移轉シタル場合ニモ、等シク適用セラルヘキモノナレバ、斯レキ所在地ノ  
法律ニヨリ決定スヘキモノナリ、

第七、取得時効

物件ノ取得時効ノ原因タル事實ハ通常時効ニ關係ナキモノナレバ時効  
ノ制度ヲ認ムル國ニ於テハ、一定時効ノ占有ニヨリ物件ヲ取得スル場合  
アリ、此ノ場合ニハ何レノ法律ニヨルカノ問題ヲ生ス、不動産ハ移轉ス  
ルコトナキカ故ニ、之ニツキテハ此ノ問題ヲ論議スルノ要ナキモ、動産  
如何ヲ向ハス所在地法ニヨル、是レ原則ヨリ生スル当然ノ結果ナリ、  
物件ノ取得時効ノ原因タル事實ハ通常時効ニ關係ナキモノナレバ時効  
ノ制度ヲ認ムル國ニ於テハ、一定時効ノ占有ニヨリ物件ヲ取得スル場合  
アリ、此ノ場合ニハ何レノ法律ニヨルカノ問題ヲ生ス、不動産ハ移轉ス  
ルコトナキカ故ニ、之ニツキテハ此ノ問題ヲ論議スルノ要ナキモ、動産

ニ付テハ時効進行ノ初メニヨリ其ノ完成當時ニ至ル迄ニ屢々其ノ所在地  
ヲ變更スル場合アレハ、所在地ニヨルトスルモ如何ナル時期ノ所在地法  
ニヨルベキカハ不明ナルヲ以テ中ヲ定ムルニトテ要ス、此ノ莫ニ付キ或  
ハ時効進行當初ノ所在地法ニヨルトナシ、或ハ時効當時ノ所在地法ニヨ  
ルトナシ、或ハ其ノ中間ノ所在地法ニヨルトナス、  
進行當初ノ所在地法ニヨルトノ説ハ、時効ハ占有ノ継続ヲ必要トシ、  
其ノ占有開始ノ當時一定ノ占有ノ継続ヲ必要トスルヲ以テ之レヲ完成ス  
ルニヨリ、其ノ権利ヲ取得シ得トナスナリ、然レトモ此ノ説ニヨレバ現  
ニ他國ニ存在スルモ物ハラス、進行當初ノ國ノ法律ノ效力ヲ及ボスノ  
非難ヲ生ズルノミナラス、時効ハ一定ノ期間ノ占有ヲ継続スルコトニヨ  
リ始メテ権利ヲ得ヘク完成ニ至ルマテハ唯ワノ希望タルニ違キス、從ツ  
テ最初ノ所在地法ヲ適用スルノ理由ナシ  
又訴訟當時若クハ時効排除當時ノ所在地法ニヨルトスル説ハ時効ハ成  
利取得ノ原因ニアラバシテ、只訴訟上ノ在場トナス國ニ於テハ之ヲ取  
コトヲ得、

惟アニ取得時効ニツキ法律カ一定ノ占有ヲ必要トスルハ必ずラズシモ其ノ占有カ其ノ國ノ領土内ニ於テノミ繼續セラルコトヲ必要トセルニアラズ、其ノ物ニ對シテ從來一定ノ期間占有ヲ繼續セルカ故ニ、占有保護ノ必要ニ權利取得ヲ認ムヘシトナリ、果シテ然ラバ若シモ向懸察生並ニ、他ノ國ノ法律ニヨリ時効ヲ完成セルモノナラハ、其ノ既得ノ權利ヲ認ムナルヘカラサルノミナラス、更ニ其ノ國ノ法律ニヨリ時効ノ完成ヲ定ムル場合ニ於テモ其ノ國ニ來ル以前ニ於テ經過セル占有ノ期間ヲモ併セテ計算スヘキモノト云ハサルヘカラス、從ツテ時効ハ必スシモ進行當初ノ法律ニヨルヲ得ス、又必スシモ現在ノ所在地法ノミニヨルコトヲ得ス、畢竟、進行當初ヨリ向懸察生ノ時マデノ向ニ何レカノ所在地ノ法律ニヨリ一度時効完成スレハ、其ノ時ニ權利取得セラレタルモノトシ、其ノ以後ハ既得權トシテ尊重セラルヘカラス、法例一〇番ニ項ニ據ケタル權利ノ得喪ハ、其ノ原因タル事實ハ完成シタル當時ノ目的物ノ所在地法ニヨルトセルハ、其ノ意味ナリ、尚ホ時効ノ期間ノ計算ニ付キテハ法例ハ所謂 比例計算主義ヲ排シテ、前後通算主義ヲ採リ、尚ホ所在地法

ノ下ニ於ケル占有期間ト新所在地法ノ下ニ於ケル占有期間トヲ通算シ、其ノ合算ノ期間カ新所在地法ノ時効ノ期間ニ達シタルトキ務メテ時効カ完成シタルモノト見做セリ

### 第三章 債權

#### 第一節 總論

(一) 債權債務ノ關係ニ付テハ當事者カ其ノ國籍ヲ異ニセルコトアリ又權利義務ノ發生地カ必ズシモ其ノ義務ノ履行地又ハ訴訟地ト同一ナラサルコトアリ、故ニ債權ノ成立ノ條件及ヒ効力ヲ定ムルニハ何レノ地ノ法律ニヨルヘキヤノ問題ヲ生ス

債權發生ノ原因ハ法律行為ト法律規定トノ二ニ區別スルコトヲ得、所謂法律規定ニヨリ發生スル債權ニモ又種々ノ別アリ、(1)或ハ他ノ法律關係ノ結果トシテ發生スル場合アリ、例ハ親族關係ヨリ發生スル債權

不動産所有権相隣者間ノ關係若クハ不動産共有者間ノ關係ノ如シ、  
四、又他ノ法律ニ係存存セサルモ一定ノ事實發生スルトキハ、當事者  
ノ意志如何ニ係ハラズ法律ノ規定ニヨリ一定ノ債權債務ヲ發生セシムル  
場合アリ、車務管理、不當利得、及ヒ不法行為ヨリ發生スル債權之レナリ、

法例、第七、九、兩條ハ亦若ク由シ、第十一條ハ後者ニ明シテ規定ス。  
法例第七條ハ一收的ニテ法律行為ノ成立及効力ニ付キテハ云々トモ  
定スルカ故ニ法律行為ノ全体ヲ包含セザルカ如キモ、第七條ニ所謂法律  
行為ハ債權發生ノ原因タル法律行為ニ限ルハ理論上明白ナル所ナリ、何  
シトナレバ我カ法例ニ於テハ物權ニ由シテハ第十條ニ於テ所在地法ヲ適  
用スヘキニトテ規定シ、婚姻廢止、縁組等、親族法ニヨルヘキ法律行為  
及ヒ相続法ニ依ルヘキ法律行為ニ付テモ、特別ノ準拠法ヲ規定セシカ  
メニ、此ノ種ノ法律行為ニ關シテハ當事者ガ自由ニ準拠法ヲ選定スルコ  
トヲ許サレナリ、

尚モ債權發生ノ原因タルヘキ法律行為ナル以上ハ、契約タルト單行  
爲タルトヲ向ハサルモ契約ヲ以テ主トス、我カ民法ニ於ケル贈與ヲ契約

山、四十五ノ改 川立

ナスカ故ニ、法例第七條ノ「法律行為」ノ文字ノ代リニ「契約」トナ  
ル文字ヲ用フルル故ヲ不可ニアラサレバ、他國民法ニ於テハ贈與ノ單行  
爲トナスモノアルカ故ニ、法例ニ於テハ契約ナル文字ヲ用フルコトヲ得  
サルナリ、尚且手形行爲モ單行行爲ナルカ故ニ理論上ハ第七條ニ所謂法  
律行為ニ入ルヘシトモ、前法施行法第百二十五條及ヒ第百二十六條ニ  
特別ノ準拠法ヲ設ケタルカ故ニ、第七條ノ適用ヲ受ケサルモノトス（回  
際商法ノ條参照）

第二節 法律行為ヨリ發生スル債權

法律行為ニヨリ發生スル債權ノ成立如何ヲ説ク爲メニ、其ノ原因タル  
法律行為ノ如何ヲ説クコトヲ要ス  
法律行為ノ成立要件ニ付テハ之レヲ實質的ノ成立要件ト形式的ノ成立  
要件トニ區別スルコトヲ得、而シテ法律行為ノ實質的條件ノ準拠法ハ必  
ズシモ其ノ形式的要件ノ準拠法ニアラサルコトニ注意セザル可カラズ、



第一 效力 実質的成立要件

一、現今諸國ノ民法上契約自由ノ原則ハ一般ニ認めラル、力故ニ、國家ノ公益ニ反ヒサル限り各人ハ如何ナル契約ヲナスモ全ク自由ナリ、故ニ各國民法ノ契約ニ凶スル規程ハ皆立法者力之レヲ絶対的ニ強制スルコトヲ命スルモノニアラスシテ、寧ろ當事者ノ意思ノ明カナラサル場合即チ當事者力明カニ特約ヲサハリシ場合ニ、一吏ノ規程ヲ救ケ以テ當事者ノ意思辭狀ヲ標準トナスニスギス、

以ノ民法ニ於ケル契約自由ノ原則ハ、國際私法ニモ亦一般ニ認めラルル所ナリ、殊ニサグイニ、カ強行法ト任意法トノ區別ヲ明カニシテ、任意法ノ規定ニ付テハ當事者ノ意思ヲ以テ、之レト異ナル法律ニヨルコトヲ得ルコトヲ明カニシタル以來、契約ヨリ發生スル債権關係ニ付テハ、當事者ノ自由意思ニ依リテ莫ノ準拠法ヲ定ムルコトヲ得、シトノ原則ハ學說上ニ於テモ實際上ニ於テモ一般ニ認めラル、ニ至レリ、只以ノ原

大ノ年

山田和正ノ外

則チ認めル由テ強行法ニ至リテハ是ヨリ或ハ他國民法ノ如クエテ強行的ニ認めラルモノアリ、或ハ又之レヲ強行的ニ認めラルモノアリ、當事者ノ意思ニヨリテ準拠法ヲ定ムルコトヲ得ルモノト明言スルモノアリ、或ハ強行法ノ如ク強行法ニ依リテ、其ノ條裁ハ一定セズト爲モ、契約ヨリ發生スル債権ノ準拠法ハ一ニ當事者ノ意思ニヨリテ之レヲ定ムヘキモノトスルモノニ至リテハ相一致セリ、而シテ當事者ノ意思ハ或ハ明示ナリコトアリ、或ハ黙示ナリコトアリ、故ニ當事者ノ意思如何ヲ判定スルニ當リテハ、其ノ法律行為ノ全体ニソイテ裁判官力自由ニ之レヲ判定スルヘキモノトス、尚ホ如何ナル事項ニ付テハ當事者力自ラ其ノ準拠法ヲ定ムルノ自由ヲ存スレバニ付テハ、強行法ニテ及民法ノ九十條以下、法律行為ノ規定ニヨリテ之レヲ定ムヘキモノトス、即チ當事者ノ意思表示ノ自由ヲ許シ、之レモノニ付テハ當事者力準拠法ヲ定ムルコトヲ得、又、例ハハ法律上賠償ヲ認ムル國ニ於テハ、賠償ニヨリテ債権債務ノ手係ヲ生スレトモ、亦例ニ於テハ事公益ニ反スルカ故ニ、之レヲ認めル

能ハサレカ如シ

二、然ルニ若シ當時者ノ意思明ラカナラサレトキハ、何レノ法律ヲ以テ準  
 拠法トナスヘキヤ即チ何レノ法律ヲ適用スルカ以テ、當事者ノ意思ニ  
 最モ能ク適合スルモノト看做スヘキカ、以テ意思錯誤ニ由リテ向題ハ即  
 チ茲ニ説明ヲ要スヘキ難向ニシテ、學說上ニ於テモ更ノ主義一定セザレ  
 所ナリトス、即チ或ハ行為地法主義ヲ採ルモノアリ、或ハ履行地法主義  
 ヲ採ルモノアリ、  
 今左ニ其ノ大要ヲ説明スヘシ

第一、履行地法主義 (Lex loci solutionis)

此ノ説ハ契約ノ履行ハ債權終局ノ目的ナルカ故ニ、當事者ハ履行ニ重  
 キヲ置キタルモノト推定スルヲ以テ當然トス、從ツテ其ノ債權ノ成立反  
 鏡力ニ付キテハ履行地法ニヨルヲ以テ正當トスルモノナリ、  
 獨ニニ是テハナレバ「以テ未定年ニ至レバ此ノ主義ニヨリ、ヤリシ  
 ヤ、メキシニ、チリ」等ニ於テハ或法中ニユテ認ム、而シテ契約ノ履行  
 ハ當事者カ手期セザル外國ニ於テ發生スルコトアリ、現今ノ如ク國際大

通ノ乘運セシ時代ニ於テハ、履行地ヲ確定セシテ適中ニ於テ變更スル  
 コト多キヲ以テ、必スシモ當事者カ履行地ノ法律ニヨルヘキ意思ヲ有シ  
 タレモノト推定スルコトヲ得ヤレノミナラス、債務ノ履行地カニ依リテ  
 アル場合ニハ何レノ履行地法ニ從フヘキヤ明ラカナラス、且ツ契約カ必  
 立シタル後ニ始メテ知ルコトヲ得ヘキモノナルカ故ニ、契約カ果シテ亦  
 立セリヤ否ヤヲ決スルニ當リ、履行地ニヨルカ如キハ本來ヲ顯明スルモ  
 ノトスヘシ、由來者ノ意思カ履行地ニヨルモノト推定セラル、場合ニ  
 ハ法及務七款一項ノ趣ムル所ニシテ、意思不明ノ場合ニヨラザルハ言ヲ  
 使ヌス、尚ホ履行地法主義ハ更改租稅等ノ場合ニハ逆セス

第二、債務者ノ住所法主義 (Lex domicilii debitoris)

此ノ主義ヲ採ルモノハ曰フ「債務ニ干スル親定ハ概本債務者ノ利益ヲ  
 タメニ設ケタルモノナリ、從ツテ債務者ハ偏然外國ニ於テ債務ヲ履担シ  
 タレカタメニ、其ノ保護ヲ失フヘキ理由ナキナリ故ニ債務ヲ負ヒタル場所  
 ノ如何ニ拘ハラズ、債權履担ノ干係ハ常ニ債務者ノ住所法ニ依リテ之  
 ヲ定ムヘシ」ト此ノ説モ亦中世以來行ハレタルモノニシテ、近來ノ所ニ

學者ハ概ネ此ノ説ヲ採リ、ウイクトニヤイト等ノ民法學者ヲ雖又、ハ  
山等ノ國際法學者ニ至ルマテ皆然リ、然ルニ此ノ主義ニヨルトキハ、  
債務ノ場合及違背債務ノ場合ニ於テハ、債権者ニ人以上アリテ其ノ債  
権ヲ異ニスルカ故ニ、何レノ債権者ノ住所ヲ以テ準據法ヲ定ムヘキヤ明  
カナラズ、即チ一方ニモレハ有效ニシテ他方ニ依レハ無効ナルエトヲ生  
ス、

且ツ又債権者カ全ク住所ヲ有セザルトキハ、土レヲ実行スルエトヲ得  
ザルナリ、双務契約ニ付イテハ各債権ニツキ獨立ノ準據法ヲ認ムヘシトナ  
スモ、双務契約ハ一國ノ法律行爲ナリカ故ニ之レニ二國ノ準據法ヲ認ムル  
ハ非ナリ、況ンマ債権法ハ單ニ債権者ノ利益ノミヲ保護スルモノニアラス  
シテ、又債権者ノ利益ヲ保護スルモノニシテ、双方ニ公平ナル見地ヨリ  
辨別セザルヘカラサルナリ、然ルニ債権ノ發生地如何ニ拘ハラズ、常ニ債  
権者ノ住所地法ニ依ルヘキモノトスルカ如キハ、債権者ヲシテ時期セザル  
法律ニ依ハシムルモノニシテ、其ノ利益ヲ不当ニ損傷スルモノト云フヘシ  
、故ニ私法例ハ此ノ主義ヲモ亦採ルセリ

第三、行爲地法主義 ( *lex loci actus* ) ( *contracts* )

此ノ主義ハ契約ヨリ發生スル債権ハ其ノ契約ヲ結ビタル地ノ法律ニヨリ  
テ定ムヘシトスルモノニシテ、古來最も廣ク認メラレシ原則ナリ、現今  
ニ於テハ、仏、英、美、日、米、瑞等ノ裁判例又ハ立法例ニ於テモ  
一般ニ認メラレ、又前記ノニニ準若ハ此ノ説ヲ採リ、蓋シ當事者ノ意  
思カ分明ナラザルトキハ、當事者双方ニ共通ナル法律ハ只行爲地法アル  
ノミ、故ニ若シ及對ノ意思表示ナキ以上ハ、當事者ハ其ノ行爲地法ノ認  
ムル債権債務ヲ成立セシムルノ意思ヲ有シタルモノト推定スルヲ以テ正  
當トセザルヘカラス、且ツ此ノ説ニヨレバ履行地法主義又ハ住所地法主  
義ニ伴フ種々ノ困難ハ尠モ發生セサルナリ、何ントナレハ法律行爲ノ地  
ハ當事者双方ニ共通ニシテ、且ツ何レノ地ガ行爲地ナリヤハ簡單且ツ明  
確ニ土レヲ知ルエトヲ得ルカ故ナリ、我カ法例七條二項ハ此ノ主義ヲ認  
メ當事者ノ意思明カナラザルトキハ行爲地法ニヨルト定ム  
伊太利法例九條二項ハ當事者ノ双方カ全國人ノ場合ニハ、本國法ニヨ  
ルモノトシ、國籍ヲ異ニスル場合ニノミ行爲地法ニヨルヘキ旨ヲ規定ス



看做ナルナリ、  
 斯ル場合ニ何レニ重キヲ置クヘキカハ恰モ隔地者ノ意思表示ニ於テ察  
 信ニ異ヲトルヘキカ、後條ニ於テトルヘキカノ由題ノ如ク、第一埋揚上  
 ノ由題ニアラスシテ止法上ノ埋揚由題ナリ、尤ト何レノ一方ニテモ等シ  
 ク行為地ト看做シ得ヘキモ、然レテ法律ハ申込ヲ主トシテ、申込ヲ受シタ  
 ル地ヲ行為地トナス、若シ申込ヲ受ケタルモノカ其ノ承諾ノ當時何レノ  
 地ヨリ申込ヲ受シタルカヲ知ラザリシトキハ、申込者ノ住所地ヨリ察  
 テラタルモノト見做シ、其ノ住所地法ニヨルモノトス、即チ法律ヲ異ニ  
 スルトキハ行為ノ原因ニヨリテ之レヲ定メシトスルヲ故ニ、單獨行為ニ  
 ハ意思表示地、契約ニ於テハ申込地トセルナリ、  
 斯クノ如ク法律ヲ異ニスヘキモノノ、兩ノ法律行為ニ於テニ四以上ノ行  
 為地法アレバ、其ノ一ヲ據ヒテ之ヲ定ムルノ外ナシ、  
 茲ニ法律ヲ異ニスルトキハ、民法ノ所轄隔地者間ノ意思表示トハ何  
 等ノ手続ナシ、  
 民法ハ畢竟意思表示ノ方法ニ重キヲ置キ對話者間及隔地者間ノ區別ヲ

山田、私、田中七ノ外、川五

ナセルノミ、法例ハ其ノ方法如何ヲ問ハス、只法律ヲ異ニスル地ニアル  
 モノノ干係ヲ定ムルノミ、  
 對話者間ノ意思表示ニテモ、法律行為地ヲ異ニスルハ、行為地法ニニ  
 ツアリ得ヘシ、例ハ八國境ヲ隔テタル場合ノ如シ、然レドモ法例九条ニ  
 通知ヲ察シタル地ト云ヒ、申込ノ察知地ト云フカ故ニ、之レヲ隔地者間  
 ノミニシテ、對話者間ヲ含マスト説ク學者アルモ、文字ニ拘泥シタルモ  
 ノト云ハサルヘカラス、  
 要スルニ民法ノ對話者、隔地者ノ向題ハ、時間ノ向題ニシテ、土地カ  
 何等ノ意義ヲ有セサルニ反シ、國際私法上ノ本向題ハ土地ニ干スルモノ  
 ニシテ、對話者隔地者間ヲ問ハス、苟モ異法區域ナルトキハ、常ニ之ノ  
 向題ヲ生ス、

米國ニ於テ懸賞広告ヲナシ我カ國ニ於テ土レニ忘シタルモノアルトキ  
 ハ何レノ、法律ニヨリテ契約成立ヲ定ムヘキカ、懸賞広告ヲ解シテ單  
 独行為トセハ、米國法ニヨルハ言ヲ俟タス、契約ト解スルモ上述ノ原則  
 即チ第九條ニヨリ、米國ノ法律ニヨリテ之ヲ定ムヘキモノナリ、

法律行為ノ目的ノ違法不違法モ成立ニ干スルト同シキ準拠法ニヨリテ  
 決定セラル、只ニ重ノ法律カ適用セラル、コトニ注意スルヲ要ス、即チ  
 米國ニ於テ意思表示ヲナシタル法律行為カ、我カ國ニ於テ成立スルトキ  
 ニハ、我カ國ニテハ一応米國法ニヨリテ、違法ナリヤ否ヤヲ決ムヘク米  
 國ニ於テ違法ナリトスレモ我國ノ法例三十條ニ於テ不適當トナストキハ  
 我カ國ニ於テハ之レヲ認ムル事ヲ得ヤルナリ、

目的ノ可能不可能ヲキテモ、内外國法ニ差異アルハニ權ノ法律カ  
 適用セラレトコトニ注意スヘシ、

意思ニ干シテモ土著ニ異ナラス、從テ詐偽錯誤等ハ法律行為ノ準拠法  
 ニヨリテ定ム、

第二款 形式の成立要件（法律行為ノ形式）

法律行為ハ或レ場合ニハ一定ノ形式ヲ具ヘンバ成立シ得ス、又ハ有  
 效ニ成立セサルコトアリ、其ノ法律行為ノ成立要件タル形式タルト有効  
 要件タルト方式タルトヲ同ハス、一般ニ法律行為ノ方式ハ、何レノ法律ニ

6.6.17

ヨレハモカハ問題ナリ、之レニツキ *Paulus* 必ハ「場所」ノ行為ヲ  
 記スル (*locus regit actum*) トノ原則ニヨリ、法律行為

ノ方式ハ行為地法ニヨリキリ、何レノ國ニ於テモ形式上有效ナリト認  
 明シタリ、右未決ノ原則一般ニ認メテ、之ニ從ヒ、最初便宜規定トシテ  
 認メラレシ法律カ、絶対的の原則トシテ認メラレ、至リ、法律行為ノ形  
 式、行為地法ニヨレハ有效アルノミナラス、以テ行為地法ニヨラサルヘ  
 カチストスルニ至レリ、而シテ之レヲ一般の規則トスルトキハ種々ノ不  
 便ヲ生ス、從ツテ近世之レニ對シ種々ノ例外ヲ認ム、或ハ同國入ノ商ノ  
 法律行為ニツキテハ其ノ方式ハ本國法ニヨリ得ヘキモノトナシ、或ハ法  
 律行為ノ實質的成立要件ト同シク、効力ヲ定ムル法律ニ依リタレ方式ハ  
 例外トシテ有效ナリト認ムルニ至レリ、然ルニ最近カ、之種々ノ例外ヲ  
 概ムルヨリハ寧ロ其ノ原則ヲ改メ、法律行為ノ形式モ亦法律行為ノモ  
 ト同一ノ法律ニヨリテ原則トスルコトヲ認ムルニ至レリ、例ヘハ法律行  
 為無効カ若國法ニヨルトキハ、ソノ方式モ亦本國法ニヨルヘク法律行  
 為無効カ行為地法ニヨルトキハ方式モ亦行為地法ニヨルトシテ法律行為ノ

実効形式共ニ常ニ同一ノ法律ニヨルヲ原則トス、法例第八條一項ハ此ノ新主義ヲ採リ、法律行為ノ形式ハ其ノ行為ノ効力ヲ定ムル法律ニヨルトナス、故ニ所謂法律行為トハ畢竟其ノ成立ト云フニ同ジク、法律行為ノ効力ヲ定ムル法律トハ法律行為自体ヲ支配スル法ヲ云フ、効力ハ成立ト同一ノ法ニヨルカ故ニ何レヲ採ルモ同一ナレト凡理論上ニ於テハ成立ヲ正当トス、第八條ニ効力トシタルハ沿革上ノ原因ニヨル、即チ法律行為ノ実効力一定ノ法律ニ依ルヘキ場合ニハ方式モ之レト同一ノ法律ニヨルヲ原則トスルナリ、然レトモ此ノ原則ニ基キ凡テノ方式カ皆法律行為ノ要件ト同一ノ法律ニヨラサルヘカラサルモノトスレハ当事者ハ其ノ方式ヲ実行スルノ困難ノタメニ、終ニ法律行為ヲ成立セシメ得サルノ弊ヲ生ス、例ヘハ其ノ行為地ニ於テハ當事者ノ本國法ノ要求スル方式ニヨルヲ得サルエトアリ、又ハカナル方式ヲナスノ機關ナキエトアリ、例ヘハ或ル法律行為ハ公認人又ハ身余取扱吏ノ立会ヲ要スト規定セル場合ニ、我カ國民カカクノ如キ公吏ノ存在セサル外國ニ於テ、此ノ種ノ法律行為ヲナサントスル片、方法ノ具ハサルカタメニ、常ニ之レヲ為スエト能ハ

ナルニ至ル、此ノ如キ方式カ存在スル外國ニ於テモ、我カ國人ハ或ハ外國人タルノ故ヲ以テ立会ヲ請求ヲ拒絶セラルコトアルヘク、或ハ仮令立会スルモ其ノ作成スル公正證書ハ外國法律ノ規定ニヨリテ作ルヘキモノナレバ、必スシモ我カ法律ニ要スル方式ニ適合セサルカ如キ場合ヲ生シ、彼ノ迅速ヲ尙フ商法上ノ行為特ニ手形行為ノ如キハ遂ニ外國ニ於テ有效ニナスコト能ハサルニ至ルヘシ、茲ニ於テカ、ル實際上ノ不便ヲ免レンタメ依令本國法ニヨルコトヲ必要トスル方式ニ付テモ、其ノ行為地ノ方式ニヨルトキハ、例外トシテ有効ト看做スノ要ヲ生ス、古來認メラレシ原則ハ、此ノ便宜的例外規定タルニスキス、故ニ法例八條ニ項ハ從來ノ方式ニキスル原則ヲ一定シ、只例外トシテ之レヲ認メシナリ、  
ニ、而カモ例外的規定トシテモ、凡テノ場合ニ於テ例外ヲ認ムルニアラズ但書ニヨリ之レヲ制限シ、物取莫ク他ノ登記スヘキ権利ノ設定又ハ処分ニツイテハ行為地法ノ例外ヲ認ムルノ限リニアラストセリ、學者或ハ誤ノ但書ヲ解散シテ此ノ規定アルタメ我カ法例ハ物取ヲ設定又ハ処分スル法律行為ニツイテハ必ス住所地法ニヨルヘキモノトシ、從ツテ所在地

法ノ原則ハ此ノ規定ノ下ニ擴張セラレ物權ノ係自體ノミナラス、物權  
ヲ教定スルハ処分スル法律行為ノモノヲモ凡テ所在地法ニヨラシムヘ  
キモノトナスモノアリ、然レモカ、ル説ハ法例ハ及ヒ十條ヲ解釋シタ  
ルモノナリ、我カ法例十條ニ物權ノ係ハ所立地法ニ依ルヘキヲ規定セル  
モ物權ヲ処分スル債權的法律關係ハ法例七條以下ノ規定ニヨリ、其ノ成  
止及ヒ効力ヲ定ムヘク、必ズ所在地法ニヨラサルヘカラサルニアラス、  
其ノ形式ニツキハ係ニ項但書ハ法律行為ノ形式カ、ソノ行為ノ効力ヲ定  
ムル法律ト異リ、形式ノミヲ行為地法ニヨラシムル場合ニ、物權ヲ教定  
又ハ処分スル法律行為ニ付テハ、ソノ行為地法ニヨルヘカラサルコトヲ  
制定スルノミ、若シモ法律行為ノ効力ヲ行為地法ニヨルヘキ場合ナラハ  
物權ノ係ハ其ノ法律行為モ其ノ形式モ行為地法ニヨリ得ヘキモノニシテ  
其ノ但書ニヨリテ制限セラルヘキモノニアラス、從ツテ但書ノ適用アル  
場合ハ物權ノ教定移転ニ付スル物權的法律行為ノ形式ニツイテノミナリ  
カ、ル場合ニハ八條一項ニヨリ、其ノ行為ノ効力ヲ定ムル法律即チ所在  
地法（一〇條）ニヨリ定メラルヘキナリ、

五文。

山田 四十二ノ内、 川正

カ、ル場合ニモ其ノ形式モ所在地法ニヨルヘク行為地法ニヨルヲ得  
スト云フニキス、從ツテ八條二項ニ所轄及有ナル文字ハ解釋ヲ極ク恐  
レアレハ移転ナル文字ニ改ムルヲ可トス、如斯キ規定ノ由來スル所以ハ  
物權ノ教定又ハ処分ニ付スル法律行為ニツイテハ多クノ因ニ於テハ一定  
ノ公示方法ヲ必要トスルモノニシテ、其ノ公示方法ヲ定ムルニ付テハ  
バ方式上無効トスルモノ多キカ故ナリ、又獨リ物權ノミナラス、依令債  
權ナルモ登記ニヨリテ物權ト同一ノ効力ヲ有スル権利ハ、土レト同シク  
其ノ方式モ所在地法ニ依ラサルヘカラス、例ハ八條ノ再法ノ債權ノ  
教定ノ如シ、

### 第三節

不生利得、事務管理、及不法行為ヨリ發生スル債權、

一、債權發生ノ原因中、事務管理ヨリ發生スル債權ニ付キテハ、羅馬法以  
未土レヲ準據スル條ト看做シ、契約ニ付スル法律ヲ適用スヘキモノトセ  
リ、然レトモ契約ノ如ク當事者ノ意思ニヨリテ、特ニ定メタル法律ニヨ

五文一



ルニアラス、意思不明ノ場合ノ原則ニヨルモノトセリ、即チ事務管理ノ行ハレタル地ノ法律ニヨリ、其ノ地ノ法律カ認ムル債権債務ヲ發生セシムヘキモノトス、換言スレハ専断發生地(行爲地)ノ法律ニ依ル(法例一一条)

不当利得モ亦之レト同一ノ準拠法ニヨル、蓋シ不当利得ハ羅馬法以來不法行爲ト看做シ、不法行爲ノ準拠法ニ從フヘキモノトス、而シテ不法行爲ニ付キテハ、其ノ行爲力行ハレシ地ノ法律即チ事實發生地ノ法律ニヨリ如何ナル債権發生スヘキカラ定ムヘキモノトスル結果、不当利得モ亦事實發生地法ニヨルコト、ナレリ、(法例一一条)、國籍ヲ同シダスルモノニハ、本國法ヲ適用スルノ立法例アレトモ理論上非ナリ、之レ不当利得ハ公益ニ干スルモノナレハナリ、

二、事務管理不当利得ニツキテハ一定ノ事實ニ于シ、一定ノ債権債務ヲ認ムルコトカ公益ニ適シ立法ノ目的ニ適スルモノトナルモ、不法行爲ニツキテハ債権債務ヲ認ムルコト自身カ立法ノ目的ニハアラス、不法行爲ナカラシメンカタメ、制裁トシテ債権債務ヲ認ムルナリ、從ツテ或ル國ニ

① 國籍、甲ノ外

於テ一ノ制裁トシテ認マラレシ債権債務ハ必スシモ他ノ國ニ於テ新ル制裁ヲ認ムヘキ必要アリト云フヲ得ス、故ニ事務管理不当利得ニツイテハ單ニ事實發生地法ノミニヨリ莫ノ債権債務ヲ定ム、事實發生地法ニ從ハレシ債権債務ハ、必スシモ他國ニ於テ認マラレハ債権債務ニアラス從ツテ不法行爲カ一國ニ於テ行ハレ、之レニ對スル損害賠償請求權カ、他ノ國ニ於テ行ハル、場合ニハ、其ノ準拠法如何ヲ更ニ明カニスル必要アリ、例ヘハ歐米諸國ニ於テハ著作權ヲ保護スルコト厚ク、永久ニ歸版ヲ許サハレ、反シ、我が國ニ於テハ著作權十キヲ經過スレハ自由ニ土レヲ許サス、從ツテ外國ニ於テ著作權ヲ侵害シテ翻譯ヲナシ、我が國ニ於テ損害賠償請求權カ行使セラル、トキハ、何レノ法ヲ準拠法トスヘキヤ不明ナリ、此ノ問題ニツキ從來學說ニツニ命ル、

(一) 訴訟地主義 (lex fori)  
此ノ主義ハ不法行爲ノ規定ハ公ノ秩序ニ干スル規程ナルコトニ重キヲ置キ、訴訟地法カ其ノ事實ヲ不法行爲ト認メ、之トヨリ一定ノ債権債務ノ發生ヲ認ムル場合ニ限リ、之レニ對スル損害賠償請求權

三六四  
ヲ行ヒ得ヘキモノナリ、故ニ若シ事象發生地法カ不法行為ト認ムル  
事實ニツキテモ、訴訟地法カ土レヲ不法行為ト看做サレ、場合ニハ  
、何等ノ請求取テモ認ムヘカラストス、此ノ要ニ於テハ既ノ既ハ正  
當ナリ、例ヘリ我カ法律ニヨリ適法ノ行為ト見做サル、行為カ得然  
外國ニ於テ發生シタルカタ、其ノ地ノ法律ニヨリ不法行為ト看做  
サレ一定ノ損害ヲ發生セシムヘキモノト看做サル、モ、カ、此ノ行為  
ニツキ我カ國ニ於テ、損害賠償請求ヲナシ得タルハ當然ナリ、何シ  
トナレハ若シ土ヲ認ムトセバ我カ國ニ於テ是レヲ適法行為ト認ム立  
法ノ目的ヲ達スレヲ得サレハナリ、又我カ法律モ不法行為ト認ムル  
場合ニ於テモ若シモ我カ國ニ於テ是ノ責任ヲ制限シ若シクハ一定ノ  
方法ニヨリテノミ損害賠償ヲ求ムヘシトスル場合ニハ事實發生地ノ  
法律リ如何ナル責任ヲ認ム、如何ナル方法ニ於テ是トカ救済ヲ與テ  
ルモ我カ法律カ認ムル方法及ヒ程度ニ於テノミ、我カ國ニ於テ論未  
シ得ヘキモノト云ハサルヘカラスト、例ヘハ我カ商法ニテハ船舶有所  
者ハソノ船舶ガ惹起シタル損害賠償請求ニ對シテハ、其ノ船舶ノ

事件ニヨリ全責任ヲ免ルトナス、此ノ主張ヲ目的ハ航海ノ飛速ヲ  
期スルタメ、船舶所乘者ノ責任ヲ制限スルヲ公益ニ必要トシタルカ  
タメナリ、然ルニ若シモ沿岸ノ船舶カ無限責任ヲ認ムル外國ノ港灣  
ニ於テ、他ノ船舶ニ損害ヲ加ヘシカタメ事實發生地ノ法律ノ認ムル  
無限責任ヲ負担スヘキモノトセハ我カ立法ノ責任制限ノ目的ハ破壞  
セラル、ニ至ル故、如何ナル場合ニ於テ不法行為發生スルモ、日本  
船舶ハ我カ法律ノ保護ニヨリ、事件ニヨリテ、其ノ責任ヲ免ル、ト云  
ハサルヘカラスト、カ、此ノ意味ニ於テ外國ニ生シタル不法行為ナルモ  
之レニ于シテ我カ國ニ於テ訴訟發生スル以上ハ、訴訟地法タル我カ  
國法ノ認ムル範圍内ニ於テ其ノ請求取ヲ行フヲ得ト云ハサルヘカラ  
ス、然レ此ノ主張ハ更ニ一歩ヲ進メ如何ナル行為カ不法行為ナル  
カノ問題自任テモ、訴訟地法ニヨリ土レヲ定ムヘシトスル要ニ於  
テ不當ナリ、即チ此ノ主張ニヨレハ外國ニ於テ發生シタル事實カ其  
ノ他ノ法律ニヨリ不法ニアラサルモ訴訟地法ニヨリ不法行為ナル場  
合ニハ此ノ不法行為トシテ、其ノ責任ニ任スヘキモノトスル要ニ於テ

不都合ナル結果ヲ来ス、

元來行爲ノ適當不違法ハ其ノ行爲ノ發生地法ニヨリ主トシテ定ムルキナリ、若シモ其ノ地ノ法律ニヨリ違法ナラハ、何レノ國ニ於テモ違法行爲トシテ認メラルヘキモノニシテ、訴訟地異ナルカ爲メニ主トシテ擧リニ不違法行爲トナスヲ得ス、故ノ爲ニ於テ訴訟地法主義ハ歟矣ヲ有ス、

(1) 事實發生地法主義 ( *lex loci delicti comm-*  
*misi* )

此ノ主義ハ (1) 或ル行爲カ違法行爲ナレカ不違法行爲ナルカハ其ノ行爲地ノ法律ニヨリテ定ムヘシ而シテ (2) 行爲地法ニヨリ不合法行爲トシテ一變ノ權限義務成立スル場合ニハ取得權トシテ他國ニ於テモ之レヲ認メサルヘカラス、

即チ不合法行爲ニヨリ發生スル債權債務ハ只其ノ事實發生地法ニヨリテノミ、之レヲ認ムヘキモノトス  
故ノ主義ノ第一ノ根據ノ正当ナルハ前述セル所ニヨリ明カナリ、

オノノ極限モ其普通ノ場合ニハ國際私法上一般ニ認メラルヘキモノナルモ之レヲ認ムルカダメニ内國ノ公法ニ反スルカキ特別ナル場合ハナリ、既得權保護ハ保護セラレザルヘカラスルハ法例三〇條ニ據シテ明カナリ、即チ此ノ爲ニ於テ所說ノ正当ナルニトテ考フレハ不合法行爲ヨリ發生スル債權モ常ニ行爲地法ニノミ依リ得サルニト明カナリ、

從來大陸諸國ニテハ一般ニ此ノ主義ヲ認メシカ、近來此ノ主義ヲ制限スヘキ以テ認ムルニ至レリ、即チ或ハ不合法行爲ニ對スル制裁ヲ普通ノ損害賠償ト民刑罰トニ區別シ、單純ナル損害賠償ニ付テハ地法主義ニ行爲地法ニヨリ、民事刑罰ニ於テハ訴訟地法ニヨルヘキモノトナシ、或ハ内國ノ公益ニ干スル場合ニノミ行爲地法ニヨルヘキニシトシ、或ハ原被告共ニ同國人ナルトキハ行爲地法ノ原則ヲ制限スヘシトスルカ如キ種々ノ制限ヲ付スルモノ起リタリ、然レトモ損害賠償ト民事上ノ刑罰トハ、之レヲ分離スルコト難ク、内國ノ公益ニ干スル場合ノミト云フモ、不合法行爲ハ凡テ内國ノ公益ニ干スルカ故

不可ナリ、更ニ同國人ノ場合ニ限リテ之レヲ制限スルハ内外人ノ  
権利ヲ平等ニ制限スレ所以ニアラズ（但シ現行法ハ猶如人ノ被害ノ  
場合ニ限リ猶如法ノ範圍ル以上ノ賠償額ヲ科スルコトヲ得ナルモノ  
トス）、茲ニ於テ更ニ最近ニ至リテ行爲地法ノ原則ヲ絶対的原則ト  
スルノ不当ナルコトヲ知り、不法行爲ニツイテハ不法行爲地法ト許  
故地位トヲ採衷シテ準拠法ヲ定ムヘシトスル折衷主義一般ニ行ハレ  
ルニ至レリ、

(四)、折衷主義、

此ノ主義ハ

(I)、如何ナル行爲カ不法行爲ナルカハ、事實上發生地法ニヨリテ之  
ヲ定ムク

(II)、其ノ行爲カ許諾地法ニヨルモ亦不法行爲ナル場合ニハ許諾地法  
カ範圍ル範圍内ニ於テノミ、之レニ對スル損害賠償請求權ヲ認ム  
ヘキモノトス、此ノ主義ノ結果トシテ行爲地法ニ於テ不法行爲ナ  
ルモ許諾地法ニ於テ之レヲ不法行爲ト認メザル場合ニ於テハ、之

山田、國私法論、八ノ内、川上

ニ於シテ何等ノ損害賠償權モ發生セザルモノトス、之レニ反シテ  
行爲地法ニ於テ不法行爲ニアラザル行爲ナレハ假令許諾地法ニ於  
テ之レヲ不法行爲ト認ムルモ損害賠償ノ權利ヲ發生セス、  
即チ此ノ觀ハ外國法ノ下ニ發生シタル既得權保護ノ必要ト内國ノ  
公益維持ノ必要トヲ採衷シタルモノニシテ、内國ノ公益ニ反セザ  
ル範圍内ニ於テノミ事實發生地ノ範圍ル債權債務ヲ保護スヘキモ  
ノトス、

我カ清例十一條モ此ノ主義ヲ採リ、

- (1)、不法行爲ニツイテハ事實發生地法ニ依ルモノトス、
- (2)、外國ニ於テ發生シタル事實カ日本ノ法律ニ依ルモ亦不法行爲  
ナル場合ニ限リ之レヲ不法行爲ト認ムヘキモノトス、
- (3)、外國ニ於テ發生シタル事實カ我カ法律ニヨリ不法行爲ナルト  
キト雖モ、日本ノ法律カ認メタル損害賠償權ノ他ノ処分ニアラ  
ザレハ、被害者ハ請求權ヲ有セザルモノトス

附 録

三六。  
不流行為地アルモ不流行為地法ナキ場合アリ、例ハハ二國ノ船舶カ公海ニ於テ衝突シタル場合ノ如シ、極メテ困難ナル問題ナルモ、主トシテ船舶ノ衝突ニ付テ起ル所アルヲ以テ後ニ國際商法ノ系下ニ速テハシ、

### 第四節 債権ノ効力

債権ノ効力ニ于シテハ當事者間ノ債権自作ノ効力トカニ着ニ於テ是ル効力トニ區別スルヲ要ス、

#### 第一款 當事者間ニ於ケル債権自作ノ効力

前述ノ如ク債権ノ成立問題ハ其ノ發生原因如何ニヨリ其ノ準拠法ヲ要ス、或ハ當事者ノ意思ニヨリテ準拠法ヲ定メ、或ハ行爲地ニヨリ或ハ事實發生地法ニヨリテ定メ、或ハ條約地法ニヨリテ制限セラル、エトアリ、之

前、國際商法ノ外、(川)

等成立ニ于スル準拠法ハ債権ノ効力ニツイテモ亦適用セラレヘキヤノ問題ナリ、此ノ問題ニツイテ不法行為、不世利得事務管理ヨリ發生スル債権ニ付キテハ、成立ノ準拠法ハ同時ニ又効力ノ準拠法ナルコト明カナリ、例シトナレハ土著ノ原因ヨリ發生スル債権ハ土著ノ事實ニ法律カ與ヘタル効力其ノモノニ外ナラス、從ツテカハ債権ノ成立ハ其ノ結果ト右論シ得サレモナリ、一定ノ債権ヲ認ムル法律力即チ一定ノ効力ヲ認ムルナリ、從ツテ効力モ成立モ要スルニ同一問題ニ歸着スレカ故ニ法例一一条ハ此ノ債権ノ成立及ヒ効力ヲ同一ノ準拠法ニヨリ定ムヘキモノトセリ、然レモ法律行爲ヨリ發生スル債権ニ付テハ、債権ノ効力ハ必スシモ債権ノ成立自作ト同一ノ法律ニヨラサレヘカラサレ理由ナシ、從ツテ當事者ハ債権ノ成立ニツイテハ甲國法ニヨリ其ノ効力ニツイテハ乙國法ニヨルコトモ亦自由ナリ、然レトモ此ノ場合ニ於テモ或モ法律行爲ニ離ルヘカテサレ効力ハ、其ノ成立ト異ナル法律ニヨルコトヲ得サルハ勿論ナリ、例ハ或モ國ノ法律ニヨリ賣買契約ヲ成立セシムル場合ニハ、賣主ノ財産権ヲ移転スヘキ義務、買主ノ代金支払ノ義務ノ發生スルコトハ、之レヲ他ノ法律ニヨリ定ムルコ

トテ得ス、斯ル動向アルニテラスニル處、實業的ヲ成立セシムルエトテ得ヤ  
ルモノナリ、

供テ其ノ成立向題甲國法ニヨル以上ハカ、ル結果モ亦其ノ法律ニヨリサ  
ルヘカラサルモノナリ、併シ追索若シクハ瑕疵担保義務ニツイテハ出時者  
ハ其ノ成立ノ準拠法ノ範圍内ニ於テ其ノ法律ニ與ナル意思ヲ取スル  
コトヲ得、此ノ要ナル意思ヲ表示シ得ヘキ範圍ニ於テハ更テニ他國ノ法律  
ニヨリエトテ得ヘキナリ、從ツテ例ハ、ハ蘭國ノ成立ハ日帝國ノ法律ニヨル  
モ、担保義務ニツイテハ英國法ニヨルトテ得、然レモ出時者其ノ或ル致  
果ニツイテ他國ノ法律ニヨリ得ヘキ範圍ハ、要スルニ附隨的効果ノミニ限リ、  
法律行為ノ主タル效力ハ其ノ成立向題ト區別シ得ヘカラサルモノナレハ、  
實際上法律行為ニツイテモ出時者ハ其ノ効力ノ向題ヲ其ノ成立向題ト異ナ  
ル法律ニヨラシムル場合ハ殆ントナシ、從ツテ地理上成立ト効力トハ、區  
別シ得ヘキモノナレモ、法例七條ハ實際ニ重キヲ置キ、法律行為ノ効果ノ  
向題ハ其ノ成立向題ト當ニ同一ノ法律ニヨルヘキモノトシ、異ナル法律ニ  
依テシムルコトヲ禁メス、從ツテ債權ノ効力如何ノ向題モ以上說明シタル

債權成立ノ向題ト同一ノ法律ニヨルヘキモノナラテ、法律行為ヨリ發  
生スル債權ノ効力ニツイテハ、法七條ニヨリ出時者ノ自由意志ニヨリ其ノ  
準拠法ヲ定メ、意思不明ナルトキハ行為地法ニヨルヘキモノトス、而シテ  
前述ノ如ク不法行為、不法利得、事務管理ヨリ發生スル債權ニツイテハ、  
事實發生地法ニヨリ之レヲ制限スヘキモノトス、  
只テ茲ニ注意スヘキハオ七條ニ所定法律行為ノ効力ノミニシテ物权的法  
律行為、身分ニ干スル法律行為ヨリ發スル効力ハ、出時者ノ意思ニヨリテ  
準拠法ヲ定ムルエトテ得ヤレハ、既ニ成立ノ条ニ於テ說明セシ所ニヨリテ  
明カナリ、

尚ホ債權力如何ナル期間存続スヘキカ、如何ナル原因ニヨリ消滅スヘキ  
カ等ノ向題即チ相続、更改、棄權等モ以上ノ成立準拠法ニヨリ定ムヘキナ  
リ、  
從ツテ消滅時效モ以上ノ準拠法ニヨリテ定マル、此ノ更ニツキ一書ニヘ  
キハ、若シモ、  
例、消滅時效ヲ單ニ出訴期限トシテ債權ハ消滅セザルモ、唯其數ヲ起シ能  
キハ、  
三三三

ハ其ノモノニスキスト解スレハ、斯ル國ニ於テハ訴訟手續ニ于テ準據  
 法適用セラル、從ツテ訴訟地法ニヨルコトナル故ニ、外國ニ於テ此ホ  
 時効ニカ、テヤル権利ナレモ訴訟地法ニヨリ出訴期限ヲ経過スレハステ  
 ニ訴訟ナシ、反シテ外國ニテハ時効ニカ、レモ訴訟地ニ於テ出訴期限  
 中ナラハ訴訟ヲ認ム、英米ニテハ(一)ノカ、レモ主義一般ニ認マラレ、決  
 消滅時効ヲ以テ履行ノ推定トナスニ出ツ一理ナキニアラスト其モ、消滅  
 時効ヲ設ケタル理由ハ履行ノ推定ノミニ限ルニアラス、権利干渉カ長期  
 間不定ノ状態ニアルヲ妨ケシカ爲メナレハ、履行ノ推定ノミトナスハ非  
 ナリ、サカイニ一ノ如ク債權發生ノ原因タル法律行為ノ準據法トシテ履  
 行地法ヲ主張スル事トシテハ、前後一貫スルカ故ニ消滅時効ニツキ訴訟  
 地法ヲ準據法トナスモ誤リナラサルヘシ、

(二) 尚ホ債權ハ動産ト同シク債權者ノ住所ニ存在スルモノアルカ故ニ、  
 債權ノ行使如何ニ于スルコトハ債權者ノ住所地法ニヨルヘク、從テ消滅  
 時効モ債權者ノ住所地法ヲ以テ準據法トナストノ觀アレトモ觀レテ、是  
 シ債權ハ債權者ノ支配能力ト大イニ干渉アルモノニシテ、更ノ所在地ハ

專口債權者ノ住所地ナリト云ハサレヘカラス、  
 (三) 又消滅時効ハ債權者ノ住所地法ニヨルヘシトノ觀アリ、法律行為ノ準  
 據法ニシテ一般ニ債權者ノ住所地法ヲトル、然レモ其テハ可ナレトモ  
 、行海地法ヲトルカ國ニ於テハ消滅時効ノミニツキ債權者ノ住所地法  
 ヲ據ルハ非ナリ、

(四) 我カ國及ヒ大陸ニ於テハ消滅時効ヲ以テ、債權消滅ノ一原因ト爲ス、  
 已ニ消滅ノ原因ナリトスル時ハ、債權ノ効力カ問題ナリ、故ニ其ノ効  
 カ自持ト支辨スル法律ニヨルモノト云ハサレヘカラス、我カ國例カ消滅  
 時効ニツキ、特別規定ヲナサ、ルハ債權ノ効力ノ準據法中ニ消滅時効ノ  
 準據法カ当然包含セラレトナスカ故ナリ、故ニ大陸ノ如ク消滅時効ニツ  
 キ特別ノ準據法ヲ定ムルノ必要ヲ見ス、其ノ結果債權カ外國法ニヨルヘ  
 キ場合ニハ、其ノ消滅事項ノ期間モ亦外國法ニヨルヘキナリ、然レ  
 此時効ニ于テ制度ハ公ノ秩序ニ于テ制度ナリ、從ツテ外國法ノ認ム  
 ル時効期間カ効力法條ノ認ムル期間ヨリモ長ケレハ、我カ法律ニヨリ  
 テ制限セラル、例ハ外國法ニヨルヘキ債權カ其ノ準據法ニヨルヘキ

年ニシテ消滅スヘキ場合ニ於テモ、我カ法律ニヨリハ五ヶ年ニシテ消滅  
スヘキ債権ナラハ五ヶ年ヲ経過シタル以上ハ、我カ國ニ於テ其ノ債権ヲ  
行使スレトフ得ズ、然ラズシハ我カ法律カ五ヶ年ノ消滅時効ヲ認メタ  
ル立法ノ目的ヲ達スルヲ得ズ、反之外國法ノ時効期間カ我カ國ノソレヨ  
リ短カケレハ債権國有ノ準換法ニヨリ已ニ消滅シタル債権ヲ我カ國ニ  
テ行使スレテ得ズ、故ニ短キ外國法ニヨリ権利カ消滅スト看做ス、

### 第二款 債権譲渡ノ効力

債権ソノモノカオミ者ニ於テ効力アリマ否マ、債権カ絶対的効力アリ  
ヤ否マノ問題ハ、債権ノ効力ニ伴フ一問題ナルカ、斯ル問題モ亦債権自体  
ノ準換法ニヨリテモ定ムヘク、土レカ爲特別ノ準換法ヲ説明スル要アリ  
然ルニ債権カ他人ニ譲渡セラレシ場合ニ、其ノ譲渡ノ効力如何、其ノ譲渡  
カオミ者ニ於テ効力アルカ否カハ、何トノ法律ニヨリア定ムヘキカハ、  
債権ノ効力自体ト區別シテ説明スヘキ尙敷ナリ、此ノ尙敷ニツイテモ債権

山田、四十五ノ九 (三)

ノ譲渡自体ト譲渡ノオミ者ニ於テ効力ノ問題トハ明カニ區別セサルヘカ  
ラス、

債権ノ譲渡自体ハ一ノ法律ニシテ、債権發生ノ原因タル法律行為ナリ、  
従ツテ債権譲渡ナレ法律行為カ、有効ニ成立セルカ否カ何レノ法律ニヨリ  
テ其ノ効力ヲ定ムヘキカハ、法例七条ニヨリテトテ説明スヘキモノナリ、  
即チ或ハ當事者ノ自由意思ニヨリ選定シタル法律ニヨルコトナリ、或ハ意  
思不明ノ場合ニハ行爲地法ニヨルコトナリ、若シモコノ場合債権譲渡ノ準  
換法カ譲渡ノ目的タル債権自体ノ準換法ト異ナル場合ニハ、債権ノ譲渡ニ  
ツイテハニヶ國ノ準換法共ニ適用セラル、コト、ナルコトナリ、例ハ八條  
譲渡ノ目的タル債権カ甲國ノ法律ニヨルヘキモノニシテ、其ノ譲渡ナル法律  
行為カ乙國ノ法律ニヨルヘキ場合ニハ、其ノ債権カ譲渡シ得ヘキカ否カ又  
ソノ債権カ有效ニ成立セルカ否カハ、甲國ノ法律ニヨリテ定ム、而シ  
テソノ法律ニヨリ譲渡シ得ヘキ場合ニ限リ、乙國ノ法律ニヨリ譲渡ナル行  
爲カ有效ニ成立ス、然レトモ斯ノ如キハ唯ニ但ノ準換法カニ重ニ適用セラ  
ルノ結果ニスギス、之レカタメニ特別ノ規定ヲ必要トスル理由ナシ、反之



其ノ二回ノ法律ニヨリテ成立シタル譲渡ナレバ行爲力債権者其ノ但ノオニ者ニ對シテ果シテ譲渡ノ効力ヲ發生スヘキカ否カノ問題ハ法律オニ者ノミニヨリテ説明シ得サレトモ問題ナリ、

此ノ問題ヲ説明スルニ當リテ、カ一ニ注意スヘキハ債権譲渡ハ法律行爲ノ結果トシテ甲ノ債権カ乙ニ移轉スル場合ノミヲ意味ス、

若シモ 既成債權、債權讓渡等法律規定ニ對シテ、債権カ甲ヨリ乙ニ移轉スル場合ニハ、當時者同ノ効果モ亦オニ者ニ對スル効果モ其ノ法律規定ノミニヨリテ直接ニ發生スルモノナルヲ以テ、斯ル債権移轉ノオニ者ニ對スル效果如何人土レヲ疑ハズ説明スルノ要ナシ、之レニ反シ債権カ法律行爲ノ結果トシテ讓渡サレタ場合ニハ、多クノ國ニ於テ讓渡ノオニ者ニ對スル効力ヲ發生セシムルカタメ一定ノ公示方法ヲ必要トス、即チ或債権者ノ承諾ヲ必要トシ、或ハ債権者ニ對スル確定日附ノ通知ヲ必要トス、斯レ条件ハ債権自体ノ準據法ニヨリテ定ムヘキカ又ハ讓渡自体ノ準據法ニヨリテ定ムヘキカノ問題ナリ、(一)斯クノ如キ讓渡ノオニ者ニ對スル効力ニツキテモ、此ハ更ニ區別スヘキハ債権自体ノ性質ニヨリテ生ずる者同ニ於テ

小田 本 外

ル効力ト第三者ニ對スル効力トガ同時ニ發生スル場合ニ於テハ此ノ問題ハ債権ノ讓渡自体ニ件ヲ移轉トシテ、之レヲ説明スヘキモノナリ、特ニ第三者ニ對スル効力ノミヲ説明スルノ必要ナキコトナリ、(一)債権ハ此ノ點ニ於テ三種ニ分ツ、

- (1)、無記名債権、
- (2)、指圖債権、
- (3)、記名債権、即チ普通ノ債権之レナリ、

(1) 無記名債権ハ其ノ債権ヲ表示スル證券ト分離シ得サレモノニシテ證券自体カ即チ債権ナリ、故ニ私法民法ハ無記名債権ハ土レヲ動産ト看做シ物權ト同一視ス、從テ無記名債権ノ讓渡ハ單ニ意思表示ノミニヨリテ之ヲナスヲ得ス、証券交付ニヨリテ讓渡ヲ完成シ得、然ルニ其ノ証券ヲ交付スレバ之レニヨリ當事者同ニ讓渡ノ効力カ完成スルノミナラス、第三者ニ對スル効力モ之レニヨリテ完成スルヲ以テ、証券ヲ交付以外ニ何等ノ条件ヲ必要トセス、從ツテ証券ノ所在地<sup>カ</sup>ニヨリ債権讓渡完全ニ成立スレハ、當事者ニ私チモ第三者ニ對シテモ其ニ讓渡ハ完成ス、斯ル讓渡ニ付テハ寧ろ法律ニ依リ所在<sup>カ</sup>地法適用セラル、

四、指圖債權ニツキテモ、債權ノ讓渡ナル法律行為ハ其ノ証券ニ裏書スルコトニヨリテ成立ス、而シテ其ノ証券自併テ交付スルニアラズンバ、債權讓渡ナル行為カ完成セズ、而シテ之ヲ交付シタル場合ニハ、單ニ當事者間ニ於テ讓渡ノ効力發生スルノミナラス、直チニ第三者ニ對シテ讓渡ノ効力發生ス、故ニカ、此債權ノ讓渡ハ其ノ讓渡行為地法ニヨリ讓渡ノ効力如何ヲ定ムヘキモノニシテ、即チ法例第七條ニヨリ之レヲ定ムヘキナリ、

(一) 及ヒ(二)ノ場合ニ於テハ前ニ述ヘタル如ク當事者間ニ於ケル効カト第三者ニ對スル効カトノ間ニ何等ノ區別ヲナスヘキ必要ナキヲ以テ讓渡ニツキ特別ノ規定ヲ要セス

(三)、記名債權ニツキテハ、債權讓渡ナル行為カ當事者間ニ成立スルモ、之レカタメニ直チニ第三者タル債務者ニ對シ、讓渡ノ効力發生スルモノニアラス、更ニ債務者ノ承諾又ハ通知ヲ必要トスルヲ以テ、其ノ承諾又ハ通知等讓渡ニ必要ナル有効條件ハ、何レノ法律ニヨルヘキカ、尙懸トナル、此ノ點ニツキ學說三ツニ分ル、

(4)、債權者ノ住所地法說

(a)、讓渡行為地法說

(b)、債務者ノ住所地法說

第一說ハ債權ハ債權者ノ財産ヲ構成スルモノナレハ、凡テノ財産ハ其ノ所在地法ニヨルトスル原則ニヨリ、債權所在地ノ法律ヲ債權者ノ所在地法トシテ之レニヨリ讓渡ノ第三者ニ對スル効カヲ定ムヘシトス、

然レトモ此ノ說ハ債權ノ所在地ヲ債權者ノ所在地ナリトスル處ニ於テ誤レリ、債權カ債權タル實質ヲ有スルカ否カハ、債務者カ支払能力ヲ有スルカ否カニヨリテ分ル、而シテ支払能力ヲ有スルヤ否ヤハ、普通裁判籍ノアル所在地ノ法律ニヨリ之レヲ決定ス可キモノナレハ、債權ニツキ若シモ所在地法ヲ定ムヘキモノトセハ債權者ノ手ニ存スルヨリハ、寧ロ債務者ノ地ニアリトカハサルヘカラス、

加之債權讓渡ノ第三者ニ對スル効カヲ定ムルニ必要ナル公示方法ハ、通常債務者ノ住所地ニ於テナスヘキモノニシテ、債務者ノ利益ヲ保護スル爲メニ必要ナル方法ナレハ、カ、此ノ方法ヲ要スルカ否カヲ債權者ノ住

所地法ニヨリテ定ムルカ如キハ、之レヲ必要トスル立法ノ精神ニ通セス、  
第二ノ説ハ債權讓渡行爲地法ハ讓渡行爲全件ヲ支配スヘキモノニシテ  
從ツテ讓渡ノ第三者ニ對スル効力ヲモホソノ地ノ法律ニヨリテ定ム  
ルヲ正當トス、

此ノ説ハ指四債權ノ如キ性質ノ債權ニツキテハ正當ナルモ、記名債權  
ニツキテハ之レヲ認ムルヲ得ス、何ントナレバ債權讓渡行爲ハ債權者ノ  
自由ニ其ノ欲スル地ニ於テ讓渡シ得ヘキモノニシテ債權者ハ何ノ地ニ  
於テ何時讓渡サレシカ知リ得ヘカラサルニ由自己ニ對スル債權カ他人ニ  
讓渡サレタルコトヲ認メサルヘカラサルモノトスルハ、債權者保護ノタ  
メ公同方法ヲ却ツテ債權者ノ利益ノタメニノミ適用スルコトナリ、  
立法ノ目的ニ背クヲ以テナリ、

第三ノ説ハ讓渡ノ第三者殊ニ第三者ノ債權者ニ對スル効力ハ、其ノ住  
所地ニヨリテノミ之レヲ定ムヘキモノトス、現今多クノ國ニ於テ認メラ  
ルノ所ナリ、然レトモ國ニヨリ各之ヲ認ムル理由ヲ要ニス、  
英米ノ之レヲ採ルハ所在地法ノ原則ノ適用ノ結果ナリトス、即チ不動

山田和 主

產カ所在地法ニヨルカ如ク、債權モ亦所在地法ニヨリ其ノ權利移轉ヲ定  
ムヘキモノナリ、而シテ債權ハ債務者ノ住所地ニ存在ス、故ニ債務者ノ  
住所地法ヲ適用スヘキモノトス、然レトモ所在地法ノ原則ハ有体物ヲ目  
的トスル物權ニ係リ行テノミ察違シタルモノニシテ、之レヲ債權ニ推及  
スルハ此ノ原則ヲ認ムル根本觀念ニ矛盾ス、加之債權カ財產トシテ債務  
者ノ住所地ニ存在ストキハ要スルニ債權ノ実益ヲ形容シタルモノニシ  
テ、債權ソノ物カ直チニ債務者ノ住所地ニアリト云フヲ得ス、故ニ所在  
地法ノ原則ニヨリ之レヲ説明スルハ不適當ナリ、

獨乙ニ於テ此ノ説カ認メラル、理由ハ、債權讓渡ノ効力ハ其ノ債權自  
体ヲ支配スル法律ニヨルベキモノトス、而シテ債權自作ハ債務者ノ住所  
地法ニヨルヘキモノトスル結果讓渡ノ第三者ニ對スル効力モ亦住所地法  
ニヨルヘキモノナリト云フニアリ、  
然レトモ債權一義ニツイテ述ヘシカ如ク、債權ハ必スシモ常ニ債務者  
ノ住所地法ニヨルト云フヲ得ス、殊ニ我カ法例ハ債權ソノモノカ債務者  
ノ住所地法ニヨル可キ原則ヲ認メサルヲ以テ斯ル理由ニヨリ債務者ノ住

所地法ヲ認ムルヲ得ス、

故ニ法例十二條ニ於テ債權讓渡ノ第三者ニ對スル効力ハ債務者ノ住所  
地法ニヨルト規定セルハ、第三者ニ對スル効力發生ノ要件タル通知又ハ  
債務者ノ承認等ノ公示方法ハ債務者ノ住所ニ於テナサルヘキモノナレ  
ハ、其ノ地ノ法律ニヨルヲ正当トスルノ趣旨ヨリ住所地法主義ヲ採ルモ  
ノニシテ、即チカニ三者ニ對スル効力如何ニツキ債權ノ讓渡自体ノ準據法  
又ハ讓渡ノ目的タル債權自体ノ準據法ト爲立シテ、特殊ノ準據法ヲ定ム  
ルノ必要アリトスルカタメナリ、

十二條ニ謂フ所ノ債權ハ記名債權ノ意ナルコト解致上明カナリ、寧ロ  
債權ナル文字ノ代リニ記名債權ナル文字ヲ用ヒ、正確ヲ期スルニ如クス

### 第四章 親族關係

親族關係ノ準據法ニツイテハ從來身分ナル文字ニヨリ、一切ノ親族關係  
ニ關スル準據法ヲ包含セシメタリ、然ルニ身分ナル語ハ漠然タルモノニシ  
テ、如何ナル關係ヲ身分ト稱スヘキカ不明ナルノミナラス、身分ハ當事者  
ノ屬人法ニヨルヘキモノトスルモ當事者カ国籍又ハ住所ヲ異ニスル場合ハ  
何レノ當事者ノ身分ヲ基礎トスヘキカ不明瞭ナリ從ツテ身分ハ屬人法ニ依  
ルト云フノミニテハ、親族關係ノ準據法ヲ明ニスルコトヲ得ス身分ナル文  
字カ不明瞭ナル結果「身分及ヒ之レヨリ生スル法律ヲ係シナル文字ヲ用フ  
ルモノナレトモ之レ單ニ身分ノ説明タルニ過キスシテ又不明ノ誤ヲ免レス  
是ニ於テ從來固ニ親族關係ニ關スル特別ノ準據法ヲ規定スルヲ例トシ身分  
ナル語ヲ一般ニ排斥スルニ至レリ、然レカ法例ニ於テモ亦此ノ主義ヲ採リ第十  
三條以下第二十四條ニ至ルニ至ルニ至ル各種ノ親族關係ニツキ如何ナル時ニ於ケル  
何レノ當時者ノ屬人法ニヨルヘキカヲ明ニシ、身分、又ハ親族關係ハ當事  
者ノ屬人法ニヨルト云フカ如キ、概括的規定ヲ排斥スルニ至レリ、今ハ此