

其ノ行為カ訴訟地法ニヨルモ亦不法行為ナル場合ニハ訴訟地法カ認ムル範圍内ニ於テノミ、之レニ対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為地法ニ於テ不法行為ナルモ訴訟地法ニ於テ之レヲ不法行為ト認メサル場合ニ於テハ、之レニ対シテ何等ノ損害賠償權モ發生セサルモノトス、之レニ及シテ行為地法ニ於テ不法行為ニアラザル行為ナレハ假令訴訟地法ニ於テ之レヲ不法行為ト認ムルモ之レニ損害賠償ノ權利ヲ發生セス、即チ此ノ說ハ外國法ノ下ニ發生シタル既得保護ノ必要ト内國ノ公益維持ノ必要トヲ折衷シタルモノニシテ、内國ノ公益ニ及ビザル範圍内ニ於テノミ事實發生地ノ認ムル債權債務ヲ保護スヘキモノトス、

我カ法例十一條モ此ノ主義ヲ採リ、

- (1) 不法行為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為ナル場合ニ限リ之レヲ不法行為ト認ムヘキモノトス、

四十九ノ外

(3) 外國ニ於テ發生シタル事實カ我カ法律ニヨリ不法行為ナルトイトモ、日本ノ法律カ認メタル損害賠償其ノ他ノ處分ニアラサレハ、被害者ハ請求權ヲ有セサルモノトス、

附言

不法行為地アルモ不法行為地法ナキ場合アリ、例ヘハ二國ノ船舶カ公海ニ於テ衝突シタル場合ノ如シ、極メテ困難ナル同狀ナルモ、主トシテ船舶ノ衝突ニ付テ起ル所ナレバ以テ後ニ國際商法ノ條下ニ述フヘシ

(3)

第四節 債權ノ效力

債權ノ效力ニ于テハ當事者間ノ債權自体ノ效力ト第三者ニ対スル效力トニ區別スルヲ要ス、

第一款 當事者間ニ於ケル債權自体ノ效力

一、準拠法

前記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異ニス、或ハ當事者ノ意思ニヨリ準拠法ヲ定メ、或ハ行爲法ニヨリ或ハ事實發生地法ニヨリテ定メ、或ハ訴訟地法ニヨリテ制限セラルルコトアリ、之等成立ニ干スル準拠法ハ債権ノ効力ニツイテモ亦適用ヒラルヘキヤ否ヤノ問題ナリ、此ノ問題ニツイテ不法行為、不当利得事務管理ヨリ發生スル債権ニ付キテハ、成立ノ準拠法ハ全特ニ又効力ノ準拠法ナルコト明カナリ、何ントナレハ之等ノ原因ヨリ發生スル債権ハ之等ノ事實ニ法律ヲ共ハタル效果共ノモノニ外ナラス、從ツテガレ債権ノ成立ハ其ノ效果ト全シ得ルモノナリ、一定ノ債権ヲ認ムル法律力即チ一定ノ効力ヲ認メルナリ、從ツテ効力モ成立モ要スルニ全一問題ニ歸着スルカ故ニ法例一條ハ此債権ノ成立及効力ヲ全一ノ準拠法ニヨリ定ムヘキモノトセリ、然レモ法律行為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体ト全一ノ法律ニヨリサルヘカラサル理由ナシ、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

（既記）
乙國法の

三八八

○ 此ノ場合ニ於テモ或ル法律行為ニ當ルヘカラサル効力ハ、其ノ成立ト異ナル法律ニヨルコトヲ得サルハ勿論ナリ、例ヘハ或ル國ノ法律ニヨリ売買契約ヲ成立セシムル場合ニハ、売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ヲ得ス、斯ル效果アルニアラスンハ売買契約ヲ成立セシムルコトヲ得サルモノナリ、
從ツテ其ノ成立問題甲國法ニヨル以上ハカ、ル效果モ亦其ノ法律ニヨラサルヘカラサルモノナリ、併シ追奪若シクハ瑕疵担保義務ニツイテハ當事者ハ其ノ成立ノ準拠法ノ認ムル範圍内ニ於テ其ノ法律ニ異ナル意思ヲ表スルコトヲ得、此ノ異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ルコトヲ定メ得ヘキナリ、從ツテ例ヘハ売買ノ成立ハ日本民法ニヨルモ、担保義務ニツイテハ英國法ニヨルコトヲ得、然レモ當事者其ノ或ル效果ニツイテ他國ノ法律ニヨリ得ヘキ範圍ハ、要スルニ附隨的效果ノミニ限リ、法律行為ノ主タル効力ハ其ノ成立問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キ

三八九

東洋

ラモ当事者ハ其ノ効力ノ問題ヲ其ノ成立問題ト異ナル法律ニヨラシム
 場合ハ殆ントナシ、從ツテ純理上成立ト効力トハ、區別シ得ヘキモ
 ノナレバ、法例七條ハ實際ニ重キヲ置キ、法律行為ノ効果ノ問題ハ其
ノ成立問題ト常ニ合一ノ法律ニヨルヘキモノトシ、異ナル法律ニ拠ラ
シムルコトヲ認メス、從ツテ債權ノ効力如何ノ問題モ以上説明シタル
債權成立ノ問題ト全ク法律ニヨルヘキモノナルヲ以テ、法律行為ヨ
リ發生スル債權ノ効力ニツキテハ、第七條ニヨリ當事者ノ自由意思ヨ
リ其ノ準拠法ヲ定メ、意思不明ナル中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、不當利得、事務管理ヨリ發生スル
債權ニツキテハ、事實發生地法ニヨリ三レヲ制限スヘキモノトス、
 只タ茲ニ注意スヘキハ第七條ニ所謂法律行為ノ効力ノミニシテ物
 權的法律行為、身分ニ干スル法律行為ヨリ發生スル効力ハ、當事者ノ意
 思ニヨリ準拠法ヲ定ムルコトヲ得サルハ、既ニ成立ノ條ニ於テ説明
 セ三所ニヨリテ明カナリ、
 尚ホ債權カ如何ナル期間存続スヘキカ、如何ナル原因ニヨリ消滅ス

消滅時効

ハキカ等ノ問題即チ相續、更改、年消等モ以上ノ成立準拠法ニヨリ定
 ムヘキナリ
 ② 從ツテ消滅時効モ以上ノ準拠法ニヨリテ定マル、此ノ真ニツキ一言
 スヘキハ、若シモ、
 一 消滅時効ヲ單ニ出訴期限トシテ債權ハ消滅セサルモ、唯訴訟ヲ禁
 シ能ハサルモノニスギスト詳スレハ、斯ル國ニ於テハ訴訟手續ニ干
 スル準拠法適用セラル、從ツテ訴訟地法ニヨルコト、ナル故ニ、外
 國ニ於テ尚ホ時効ニカ、ラサル權利ナルモ訴訟地法ニヨリ出訴期限
 ヲ経過スレハステニ訴權ナシ、及於ニ外國ニテハ時効ニカ、ルモ、
 訴訟地ニ於テ出訴期限中ナラハ訴權ヲ認め、英米ニテハ一ノカ、ル
 主義一般ニ認めラレ、此ノ消滅時効ヲ以テ履行ノ推定トナスニ出ツ
 一理ナキニテラヌトモ、消滅時効ヲ設ケタル理由ハ履行ノ推定ノ
 ミニ限ルニテラス、權利ノ係カ長期間不定ノ狀態ニアルヲ妨カン
 カタメナレハ、履行ノ推定ノミトナスハ非ナリ、サウイニテ一ノ如ク
 債權發生ノ原因タル法律行為ノ準拠法トシテ履行地法ヲ主張スル論
 二九一

ヲトレハ、前後一貫スルカ故ニ消滅時効ニツキ訴訟地法ヲ準拠法ト
ナスモ誤リナラサルヘシ

二九二

③ 尚ホ債権ハ動産トシテ債権者ノ住所地ニ存在スルモノナルカ故
ニ、債権ノ行使如何ニ于スルコトハ債権者ノ住所地法ニヨルヘク、
從ツテ消滅時効モ債権者ノ住所地法ヲ以テ準拠法トナストノ説アレ
トモ誤レリ、蓋シ債権ハ債務者ノ支配能力ト大イニ于係アルモノニ
シテ、其ノ所在地ハ寧ろ債権者ノ住所地ナリト云ハサルヘカラス
④ 又消滅時効ハ債務者ノ住所地法ニヨルヘシトノ説アリ、法律行為
ノ準拠法ニシテ一般ニ債務者ノ住所地法ヲトル、猶乙等ニ於テハ可
ナレトモ、行為地法ヲトル我カ国ニ於テハ消滅時効ノミニツキ債務
者ノ住所地法ヲ採ルハ非ナリ、

④ 我カ国及ヒ大陸ニ於テハ消滅時効ヲ以テ、債権消滅ノ一原因ト看
做ス、已ニ消滅ノ原因ナリトスル時ニハ、債権ノ効力カ尙懸ナリ、
故ニ其ノ効力自体ヲ支拂スル法律ニヨルモノト云ハサルヘカラス

○ 我カ法例ハ消滅時効ニツキ、特別規定ヲナサルハ債権ノ効力ノ準
拠法中ニ消滅時効ノ準拠法カ当然包含セラレトナスカ故ナリ、故ニ

五十一 内

大陸ノ如ク消滅時効ニツキ特別ノ準拠法ヲ定ムルノ必要ヲ見ス、其
ノ結果債権カ外國法ニヨルヘキ場合ニハ、其ノ消滅事項ノ期間モ亦
外國法ニヨルヘキノ理ナリ、然レバ時効ニ于スル制度ハ公ノ秩序ニ
干スル制度ナリ、故ツテ外國法ノ認ムル時効期間カ我カ法律ノ認ム
ル期間ヨリモ長ケレハ、我カ法律ニヨリテ制限セラル、例ヘハ外國
法ニヨルヘキ債権カ其ノ準拠法ニヨレハ十年ニシテ消滅スヘキ場
合ニ於テモ、我カ法律ニヨレハ五年ニシテ消滅スヘキ債権ナラハ
五年ヲ経過シタル以上ハ、我カ国ニ於テ其ノ債権ヲ行使スルコト
ヲ得ス、然ラズンハ我カ法律カ五年ノ消滅時効ヲ認メタル立法ノ
目的ヲ違スルヲ得ス、及ヒ外國法ノ時効期間カ我カ国ノソレヨリモ
短カケレバ債権固有ノ準拠法ニヨリ已ニ消滅シタル債権ヲ我カ国ニ
テ行使スルヲ得ス、故ニ短キ外國法ニヨリ権利ヲ消滅スト看做ス、

⑤ 第二款 債権讓渡ノ効力

二九三

債權譲渡ノモノカ第三者ニ対シテ效力アリヤ否ヤ、債權カ絶対的效力アリヤ否ヤノ問題ハ、債權ノ效力ニ伴フ一向懸ナルカ、斯ル問題ニ亦債權自体ノ準拠法ニヨリテ定ムヘキ事トシテ、之レヲ為特別ノ準拠法ヲ説明スルノ要ナシ、然ルニ債權カ他人ニ譲渡セラルレバ場合ニ、其ノ譲渡ノ效力如何、其ノ譲渡カ第三者ニ対シテ效力アルカ否カハ、何レノ法律ニヨリテ定ムヘキカハ、債權ノ效力自体ト區別シテ説明スヘキ問題ナリ、此ノ問題ニツイテモ債權ノ譲渡自体ト譲渡ノ第三者ニ対スル效力ノ問題トハ明カニ區別セサルヘカラス、

債權ノ譲渡自体ハ一ノ法律行為ニシテ、債權發生ノ原因タル法律行為ナリ、従ツテ債權譲渡ナル法律行為カ、有效ニ成立セルカ否カ何レノ法律ニヨリテ其ノ效力ヲ定ムヘキカハ、法例七条ニヨリ之レヲ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アリ、或ハ意思不明ノ場合ニハ行為地法ニヨルコトアリ、若シモコノ場合債權譲渡ノ準拠法カ譲渡ノ目的タル債權自体ノ準拠法ト異ナル場合ニハ、債權ノ譲渡ニツキテハニヶ国ノ準拠法共ニ適用

二ヶ国ニ對シ

如ラルコトナリ、ナレバ例ハ譲渡ノ目的タル債權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、其ノ債權カ譲渡シ得ヘキカ否カ之レノ債權カ有效ニ成立セルカ否カハ、甲國ノ法律ニヨリ之レヲ定ム、而シテ其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キル行為カ有效ニ成立ス、然レトモ斯ノ如キハ唯一個ノ準拠法カ二重ニ適用セラル、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、及之共ノ乙國ノ法律ニヨリテ成立シタル債權ナル債權カ債權者其ノ他ノ第三者ニ対シテ果シテ譲渡ノ效力ヲ發生スヘキカ否カノ問題ハ法例第七條ノミニヨリテ説明シ得サル問題ナリ、

此ノ問題ヲ説明スルニ當リテ、第一ニ注意スヘキハ債權譲渡ハ法律行為ノ結果トシテ甲ノ債權カ乙ニ移轉スル場合ノミニ意味ス、若シモ相統開始、破産宣告等法律規定直接ノ效果トシテ、債權カ甲ヨリ乙ニ移轉スル場合ニハ、當事者間ノ効果モ亦第三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

債權移轉、第三者ニ對スル効果如何ハ三レヲ特ニ説明スルノ要ナシ
 ニレニ及シ債權カ法律行為ノ効果トシテ讓渡サレシ場合ニハ、多ク
 ノ國ニ於テ讓渡ノ第三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、即チ其債權移轉者ノ承諾ヲ必要トシ、或ハ債權
 者ニ對スル確定日附ノ通知ヲ必要トス、斯ル條件ハ債權自体ノ準拠法
 ニヨリテ定ム、ハキカ又ハ讓渡自体ノ準拠法ニヨリテ定ム、ハキカノ問題
 ナリ、(斯クノ如キ讓渡ノ第三者ニ對スル効力ニツキテモ、尚ホ更ニ区
 別スヘキハ債權自体ノ性質ニヨリテ當事者間ニ於ケル効力ト第三者ニ
 對スル効力トカ全時ニ發生スル場合ニ於テハ此ノ同數ハ債權ノ讓渡自
 体ニ伴フ効果トシテ、三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)債權ハ此ノ如クニ於テ三種
 ニ分ツ。

- 1) 無記名債權
- 2) 指圖債權
- 3) 記名債權、即チ普通ノ債權ニレナリ。

1) 無記名債權ハ其ノ債權ヲ表示スル証券ト分離シ得サルモノニシテ

証券自体カ即チ債權ナリ、故ニ我カ民法ハ無記名債權ハ三レヲ動
 產ト看做シ物權ト合一視ス、從ツテ無記名債權ノ讓渡ハ単ニ意思
 表示ノミニヨリテ之レヲナスヲ得ズ、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ト之レニヨリ當事者間ニ讓渡ノ効
 カカ完成スルノミオナス、第三者ニ對スル効力モ之レニヨリテ完成
 スルヲ以テ、証券ノ交付以外ニ何等ノ條件ヲ必要トセス、從ツテ証
 券ノ所在地法ニヨリ債權讓渡完全ニ成立スレハ、當事者ニ於テモ
 第三者ニ對シテモ共ニ讓渡ハ完成ス、斯ル讓渡ニ付キテハ寧ろ法例
 一〇条ニヨリ所在地法適用セラレ、

1) 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、而シテ其ノ証券自体ヲ交付スルニ付テズ
 シハ、債權讓渡ナル行為カ完成セス、而シテ之レヲ交付シタル場合
 ニハ、單ニ當事者間ニ於テ讓渡ノ効力發生スル、ミナラス、直ニニ
 第三者ニ對シテ讓渡ノ効力發生ス、故ニカール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、ハキモノニシテ、即チ法

欠

例第七條ニヨリ生レテ定ムヘキナリ

ニホ八

ハ及ヒ曰ノ場合ニ於テハ前ニ述ヘタル如ク當事者間ニ於ケル効力ト第三者ニ対スル効力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) 記名債権ニツキテハ、債権讓渡ナル行為カ當事者間ニ成立スルモ、之レカタメニ直ニ第三者タル債権者ニ対シ、讓渡ノ効力ヲ生スルモノニアラス、更ニ債権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效條件ハ、何レノ法律ニヨルヘキカ、同賦トナル、此ノ點ニツキ學說三ツニ分ル

(イ) 債権者ノ住所法律說

(ロ) 讓渡行為地法律說

(ハ) 債権者ノ住所法律說

第一說ハ債権ハ債権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ニヨルトスル原則ニヨリ、債権所在地ノ法律ヲ債権者ノ所在地法トシテ之レニヨリ讓渡ノ第三者ニ対スル効力ヲ定ム

欠

ハントス、

然レ此ノ説ハ債権ノ所在地ヨリ債権者ノ所在地ナリトスル点ニ於テ誤レリ、債権カ債権タル実債ヲ有スルカ否カハ、債務者カ支払能カヲ有スルカ否カニヨリテ分ル、而シテ支払能カヲ有スルヤ否ヤハ普通裁判藉ノアル所在地ノ法律ニヨリ之ヲ決定スヘキモノナレハ、債権ニツキ若シモ所在地法ヲ定ムヘキモノトセハ債権者ノ手ニ有スルヨリハ、寧ロ債務者ノ地ニテリト云ハサルヘカラス、加之債権讓渡ノ第三者ニ対スル効力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タメニ必要ナル方法ナレハ、カ、ル方法ヲ要スルカ否カヲ債権者ノ住所地法ニヨリテ定ムルカ如キハ、三レヲ必要トスル立法ノ精神ニ違セズ、

第三ノ説ハ債権讓渡行為地法ハ讓渡行為全体ヲ支配スヘキモノニシテ、從ツテ讓渡ノ第三者ニ対スル効力ヲモ亦其ノ地ノ法律ニヨリテ定ムルヲ正当トス、

此ノ説ハ指圖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、何ントナレハ債權譲渡行為ハ債

權者カ自由ニ其ノ欲スル地ニ於テ譲渡シ得ヘキモノニシテ債權者ハ

何レノ地ニ於テ何時譲渡サレシカ知リ得ヘカサルニ尚自己ニ對

スル債權カ他人ニ譲渡サレタルコトヲ認メサルハ有ラザルモノトス

レハ、債權者保護ノタメ公示方法ハ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。

第三ノ説ハ譲渡ノ第三者殊ニ第三者ノ債權者ニ對スル効力ハ、其

ノ住所地位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、所ナリ、然レモ國ニヨリ各之レヲ認ムル理由ヲ異ニ

ス、

英米オ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

不動産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

移轉ノ定ムヘキモノナリ、而シテ債權ハ債務者ノ住所地在存在ス、

故ニ債務者ノ住所地位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ノ係ニ付テノミ條達シタルモノニシ

テ、之レヲ債權ヲ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在存在スト云フハ要スルニ債

權ノ実益ヲ形容シタルモノニシテ、債權者ノ者カ直チニ債務者ノ所

在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

レハ不適當ナリ、

故ニ於テ此ノ説カ認メラル、理由ハ、債權譲渡ノ効力ハ其ノ債

權自体ヲ支配スル法律ニヨルヘキモノトス、而シテ債權自体ハ債務

者ノ住所地位ニヨルヘキモノトスル結果譲渡ノ第三者ニ對スル効

力モ亦住所地位ニヨルヘキモノナリト云フニアリ

然レモ債權ノ條ニツイテ述ヘシカ如ク、債權ハ必スシモ常ニ債務

者ノ住所地位ニヨルト云フヲ得ス、殊ニ我カ法例ハ債權者ノモノカ

債務者ノ住所地位ニ依ルヘキ原則ヲ認メサルヲ以テ斯ル理由ニヨリ

債務者ノ住所地位ヲ認ムルヲ得ス、

故ニ法例十二條ニ於テ債權譲渡ノ第三者ニ對スル効力ハ債務者

ニ對スル効力ニ對スル効力ニ對スル効力ニ對スル効力ニ對スル効力

ニ對スル効力ニ對スル効力ニ對スル効力ニ對スル効力ニ對スル効力

ニ對スル効力ニ對スル効力ニ對スル効力ニ對スル効力ニ對スル効力

ニ對スル効力ニ對スル効力ニ對スル効力ニ對スル効力ニ對スル効力

ニ對スル効力ニ對スル効力ニ對スル効力ニ對スル効力ニ對スル効力

ニ對スル効力ニ對スル効力ニ對スル効力ニ對スル効力ニ對スル効力

ニ對スル効力ニ對スル効力ニ對スル効力ニ對スル効力ニ對スル効力

ニ對スル効力ニ對スル効力ニ對スル効力ニ對スル効力ニ對スル効力

住所地位ニヨリト規定セルハ、第三者ニ対スル効力發生ノ要件ハ
 以通知又ハ債権者ノ承諾等ノ公示方法ハ債権者ノ住所地位ニ於テト
 サルハキモノナレハ、其ノ地ノ法律ニヨリト正当トスルノ趣旨ヨリ
 住所地位ノ注義ヲ採ルモノニシテ、即チ第三者ニ対スル効力如何ニツ
 キ債権ノ譲渡自体ノ準拠法又ハ譲渡ノ目的タル債権自体ノ準拠法
 ト独立シテ、特殊ノ準拠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権ハ記名債権ノ意ナルコト解釈上明カナリ、寧
 ロ債権ナル文字ノ代リニ記名債権ナル文字ヲ用ヒ、精確ヲ期スル
 ニ如カズ

① 第四章 親族関係

親族関係ノ準拠法ニツイテハ従来身分ナル文字ニヨリ、一切ノ親族
 干係ニ干スル準拠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、如何ナル干係ヲ身分ト稱スヘキカ不明ナルノミナラス、
 身分ハ当事者ノ屬人法ニヨルハキモノトスルモ、当事者カ国籍又ハ住
 所ヲ異ニスル場合ハ何レノ当事者ノ身分ヲ基礎スヘキカ不明瞭ナリ、
 従ツテ身分ハ屬人法ニ依ルト云フノミニテハ、親族干係ノ準拠法ヲ明
 カニスルコトヲ得ス、身分ナル文字カ不明瞭ナル結果、身分及ヒ之レ
 ヨリ生スル法律干係ナル文字ヲ用フルモノナレトモ、之レ單ニ身分
 ノ説明又リニ過キスシテ、又不明ノ誤ヲ免レズ、是ニ於テ従来何々親
 族干係ニ干スル特別ノ準拠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、我カ法例ニ於テモ亦此ノ主義ヲ採リ第十三條以下
 第二十四條ニ至ルマテ、各種ノ親族干係ニツキ如何ナル時ニ於ケル何

レノ当事者ノ属人法ニヨルハキカヲ明カニシ、^{四〇六}身分又ハ親族干係ハ当事者ノ属人法ニヨルト云フカ如キ概括の規定ヲ排斥スルニ至レリ、今ハ此ノ章ニ於テ之レヲ婚姻、親子及ヒ後見ノ三ツノ親族干係ニツイテ述ヘ、最后ノ親族干係ニヨリ生スル权利義務ノ準拠法ヲ述フハシ

第一節 婚姻

第一款 婚姻ノ成立

(3) 婚姻ノ成立ニハ實質的要件ト形式的要求トアリ

① 實質要件

實質的要件トハ諸国法典ノ規定スル婚姻年齡、婚姻資格ニ于スル制限ヲ云フ、此レ等ノ点ニ存キ諸国ノ法律ハ各異ナル、例ヘハ婚姻年齡ニツキテモ互ニ其ノ定メテ異ニス、又近親婚姻ニ対シテモ其ノ程度ヲ異ニス、又婚姻ノ解消ニタル后再婚ニ得ルキ否否カニツイテモ規定ヲ異ニス、又文明国ハ一般ニ一夫一婦ノ制ナルモ、今尚不然ラサルモノ

〇五 一ノ内

ヲルヲ見ル、從ツテ内外人又ハ国籍ヲ異ニスル外国人カ我カ国ニ於テ婚姻ヲナスニ當リ、斯ル實質的成立要件ハ何レノ國ノ法律ニヨルヘキカヲ明ニスルノ要アリ、此ノ問題ニツキテハ(一)婚姻舉行地ノ法律ニ依ルトスル說アリ、或ハ(二)夫ノ属人法ニ依ルト云フ說アリ、(三)或ハ夫婦トナルヘキ各当事者ノ属人法ニヨルトスル說アリ

①、舉行地法主義ハ婚姻ハ之レヲ舉行スル地ノ法律カ認ムル要件ヲ具ハスニハ、其ノ地ニ於テ婚姻ニ得ヘカラサルモノナレハ、其ノ本国法又ハ住所地法如何ニ拘ハラズ、又舉行地法ニヨリテ其ノ成立要件ヲ定ムヘシトス、斯ル說ハ婚姻ヲ一般ノ契約ト看做シ、契約カ行爲地法ニヨルカ如ク、婚姻モ亦其ノ舉行地法ニ依ルハキモノトス、然レトモ婚姻ハ合意ノ結果ナレトモ、十九ニ於テ屬分ヲ設定スル制度ニシテ、普通ノ契約ト同一視ニ得サルノミナラス、婚姻干係ハ一ノ法律制度ナリ、諸国ノ法律カ婚姻ニ于スル要件ヲ規定スル所以ハ、其ノ国民ノ子孫ヲ^{三〇七}榮進セシムル考ヨリ、其ノ適當ナル制度ヲ設クルモノナレハ、外国人ノ本国法カ婚姻ノ要件ヲ具備セサルモノトスルニ拘ハラズ、蓋リニ帶

三〇八
在国ノ法律ニヨリ婚姻ヲ成立セシムルカ如キハ、元來滞在国ノ婚姻ニ
干スル法律ノ適用区域ヲ超ユルノミナラス、本国ノ臣民主権ヲモ侵害
スルニ至ル弊害ヲ伴フモノナレハ、奉行地法ニヨル要件ヲ定ムルハ
キニアラス、但シ奉行地法ハ其ノ地ノ公安ニ及スルカ如キ婚姻ノ成立
ヲ認ムルノ要ナケレハ、外国人ノ婚姻ニツキテモ唯消極的ニ之レヲ制
限シ得ルナリ、例ヘハ外国人ノ屬人法カ一夫多妻ヲ認ムルモ、之レヲ
認メサル国ニ於テ斯ル婚姻ヲ成立セシメ得サルハ勿論ナリ、其ノ国ノ
公序良俗ノ維持ノタメ必要ナル程度ニ於テ奉行地法適用セラル、従ッ
テ我カ国ニ於テモ斯ル制限ニ抵触スル限リハ外国人ノ本國法如何ニ拘
ハラス、其ノ婚姻ヲ禁止制限スヘキヤハ固ヨリナリ、即チ法例三〇条
ニ違反スル場合ニハ、奉行地法ニヨリテ之レヲ禁止シ得ルナリ、コノ
制限ニ干シテ絶対的制限上相對的制限ノ區別地シ、前者ノミヲ禁止ス
ハ、シトナス學者アレトモ、絶対的相對的ノ區別ハ明瞭ニナシ得ルモノ
ニアラサルカ故ニ各場合ニツキソノ立法ノ精神、目的ヨリ推シテ、第
三十条ニ違反セサルヤ否ヤヲ定ムヘキモノトス、即チ直系親族、兄弟

婚姻等ハ明カニ公ノ秩序ニ及スルカ故ニ、之レヲ外国人ニモ禁止ス
ルヲ正当トス、此ノ点ニ於テハ全論者ト異ナルナキモ、全論者ハ三
等親ノ婚姻ハ公ノ秩序ニ干スル相對的制限事項ナルカ故ニ、外国人
ニ之レヲ禁スハシトナスハ非ナリ、若シ之レヲ以テ公ノ秩序ニ及ス
ルモノトセハ、民法施行前、我カ国人ノ志ノ婚姻ハ總テ無効トナラ
サルハカラス、之レヲ禁止スルハ我カ国將來ノ國民ノ身体ノ健全ヲ
計ルノ趣旨ニ出ツルカ故ニ、之レヲ制限シ外国人ニ及木スコトヲ必
要トセサルナリ

尚本條通者志ノ婚姻ヲ禁止スルハ、斯ル犯罪ノ防遏ヲ以テ立法
目的トスルカ故ニ、外国人ニモ之レヲ禁セサルハカラサルナリ、
夫ノ屬人法ニヨルトノ説ノ中ニハ、我カ本國未來ノ法律ニ屬
人法トスルモノナリ、此ノ説ハ婚姻成立スレハ夫婦ノ係ハ夫ノ屬人
法ニヨルハキモノナレハ、其ノ成立要件モ亦夫ノ屬人法一般ニ適用
セラル、然レモ夫タル身分ハ有效ナル婚姻ノ成立ニヨリテ初メテ生
スルモノニシテ、婚姻ヲ成立セシムル際ニハ、未ダ存在セス、從ッ
三〇九

ヲ婚姻ヲ成立セシムルニ当リ果シテ有效ナル婚姻ヲナシ得ヘキカ否
カハ、夫トナルヘキ男子ニ付テハソノ屬人法ニヨリ定ムヘキモ、妻
トナルヘキ女子ニツイテハ後令男子ノ屬人法ニヨリ要件ヲ具フルモ
女子ノ屬人法ニヨリ要件ヲ具ヘサレハ遂ニ有效ナル婚姻ヲ成立シ得
ハカラス、依ツテ国籍ヲモ脱スルコトヲモナシ得ヘカラサルモノナ
レハ、結局婚姻ヲ成立セシメ得ス

三) 婚姻ノ成立要件ニ付テハ各當事者ニ付キ互ニ他ノ一方ト婚姻ヲナ
シ得ヘキ資格要件ヲ具フルカ否ヲ定メサルヘカラス、即チ夫トナ
ルヘキ男子ニ付テハ其ノ者ノ屬人法ニヨリ資格要件ノ有無ヲ定メ、
妻トナルヘキ女子ニツイテハ、其ノ者ノ屬人法ニヨリ資格ノ有無ヲ
定メ互ニ各自ノ屬人法ニヨリ要件ヲ具フレハ、當事者間ニ有効ナル
婚姻ヲ成立セシメ得ハシ(第一三條)

尚ホ此ノ場合ニモ法例三〇條ノ制限ヲ受ケルコトハ、前ニ述ヘシ
カ如シ、此ノ点ニ於テ當事者各自ノ本國法主義ハ奉行地法主義ニヨ
リ制限セラル、ナリ。

形式的要求

婚姻ハ何レノ國ニ於テモ要式行為ナリ、其ノ方式ニハ宗教上及ヒ民
事上ノ方式アリ、(身分取扱人ノ立會又ハ戶籍登録)又此ノ二方式ハ國
ニヨリテ異ナル、而シテ何レノ國モ皆ソノ國其ノ社會ノ良俗維持ニ必
要ナリトス、從テ婚姻ノ方式ハ一般法律行為ノ方式ノ如ク、法例第
八條ニ依ルヲ得又、何レトナルヘ普通ノ法律行為ノ形式ハ良俗ニ干渉
オモノナレハ、何レノ法律ニヨルモ法律行為自体ノ準據法ニヨル以上
ハトニテ適法ト認メ得ヘキモノナリ、然ルニ婚姻ノ方式ハ其ノ國其
ノ社會ノ良俗維持ノためニシテ一男一女カ互ニ夫婦トナルヘキコトヲ
合意スルノミナラス、神聖ナル婚姻ヲナスヘキノ意志ヲ公ニセシヤル
ノ必要ヨリ出テシモノナルヲ以テ、苟クモ其ノ國ノ領土内ニ於テ婚姻
ヲ奉行スル以上ハ、當事者ノ内國人タルト外國人タルト同ハス、其
ノ地ノ法律ノ定ムル方法ニ從フヲ要ス、故ニ方式ニ付テハ何國モ普通
ノ法律行為ノ方式ト反對ニ奉行地ノ法律ニヨルヲ第一ノ原則トス、我
カ國ノ法例第十三條本此ノ主義ヲ採ル、海牙ニ於ケル婚姻ニ干スル國

際私法条約第五條ニ於テ亦之レヲ認ム、

然レモスハテ舉行地ノ方式ニヨルモノトスルハ、外國人ハ畢竟婚姻ヲナシ能ハサルニ至ルノ弊アリ、例ヘハ舉行地ニ於テハ宗教上ノ儀式ノミヲ必要トスル場合、其ノ宗教ヲ信仰セサルモノハソノ地ノ方式ニヨルヲ得サルカ故ニ婚姻シ得サルコト、ナレニ於テ近世國際交通上一國ノ公使又ハ領事等ハ、其ノ本國臣民ノ婚姻ニツイテハ在國ノ方式ニヨラスシテ本國ノ法式ニヨリ婚姻ヲナシ得ハキコトヲ認メ得ハキモノトシ、外交官又ハ領事官カ斯ル職權ヲ行フヲ互ニ默認スルニ至レリ、我カ國ニ於テモ此ノ國際慣例ヲ基礎トシ民法七七七條ニ日本カ外國ニ於テ他ノ日本人ト婚姻ヲナサントスルトモハ、其ノ國駐在ノ日本公使又ハ領事ニ届出ヲナスコトニヨリ有效ニ婚姻ヲナシ得ハキコトヲ認ム、

①

而シテ我カ國ニ滞在スル外國人ニ付テハ、斯ル例外ヲ認ムヘキカ否カハ法例ニ規定ナシ、故ニ或ハ第十三條第一項ニ婚姻ノ方式カ絶対的ニ奉行地法ニヨルコトナシ、何等ノ例外ナキ以上ハ我カ國ニ在ル外國人ハ其ノ本國人ト婚姻スル場合ニ於テモ、必ス我法律ノ形式ヲ履行セサルヘカラストナスモノアリ、然レ斯ル解釈ハ第一三條ノ精神ニ矛盾ス、何ントナレハ國際關係カ各國ニ一統ニ成立スル以上相互的ニ之レヲ認メサルヲ得ス、民法七七七條ハ我カ公使又ハ領事ノ駐在スル外國カ、我カ公使又ハ領事ニカ、ル職權ヲ行フコトヲ默認スルコトヲ條件トシテ規定ス、若シモ駐在國カ斯ル職權ヲ行フコトヲ認メサル場合ニ於テハ、我カ民法ニ如何ニ定マルモ斯ル婚姻ヲ成立セシメ得ス、之レト全枚ニ我カ國ニ在ル外國ノ公使又ハ領事モ其ノ本國臣民間ノ婚姻ニツイテ、斯ル職權ヲ行ヒ得ヘキ國際慣例ハ、我カ法律モ之レヲ前提トセルモノト解釈セサルヘカラス、從ツテ第十三條第二項ニハ我カ國ニ於ケル外國人ノ婚姻ニツイテ特ニ規定スル處ナキモ、此ノ國際慣例ヲ前提トスル以上ハ我カ民法ト全枚ノ範圍

国内ニ於テ、其ノ本國法ニヨリテ方式ヲ行ヒ得ヘキコトヲ認ムルニ
ノト解セサルヘカラス

民法七七七条ハ日本人ト日本人トノ間ニ於テノミ適用セラルヘキ
規定ニシテ我カ國人ト第三國人トノ間ニ適用セラレス、コノ点ニ於
テ本國駐在國ノ臣民ニアラサル限り、第三國人ト本國人トノ間ニ於
テモ前述ノ領事、公使ノ特權ヲ認ムル海牙條約ノ規定ヲ可トス、民
法七七七条ハ狭キニ過クヘシ、實際ニ舉行地法ノ有無ニツキ雖問點
ヲ生スルコトアリ、我カ國ニ於テハ隔地者カ單ニ一片ノ居出ヲナス
ニヨリ婚姻ヲ成立スルコトヲ認ムルニ反シ、歐米諸國ニ於テハ婚姻
ノ成立ヲ現在者間ニ限ル、故ニ在米ノ男子ト日本ニ在ル婦人トハ、
我カ民法ニ從ヒ居出テニヨリテ婚姻シ、我カ民法ハ居出地ヲ舉行地
トナシ得ルニ反シ、米國ニ於テハ此ノ場合ニ於テモ未タ婚姻ノ成立
ニ舉行地モナシ、全婦人ト全男子カ米國ニ於テ米國ノ方式ニ從ツテ
婚姻スルコトニヨリテ、初メテ婚姻ヲ生ス、從ツテ我カ民法ニ
於テ妻タル全婦人モ、米國ニ上陸スルニ當リテハ妻ト認メラルル事

○五 三ノ内

ナク、一婦人トシテ入國ノ制限ニ服セサルヲ得ス、日本ニ在ル男女
カ居出ニヨリテ婚姻シ、男子先カ渡米シ女子後ニ渡米スル場合ハ自
ラ別個ノ問題ニ屬ス、是レ我カ民法カ未タ國際的ナラサル欠點ヲ有
スルカ為メニシテ、附地者間ノ婚姻ハ非ナリト云ハサルヘ
カラス

所謂字與結婚カ問題トナレルハ此ノタメニシテ、前記ノ如キ場合
ニ米國ニ於テ婚姻ノ成立ヲ認ムルトキハ、妻トシテ入國シ暫時ニシ
テ協議上ノ離婚一我カ民法カ協議上ノ離婚ヲ認ムル結果ニヲナシ、
以テ離婚婦人入國ニ機會ヲ與フルカ故ニ、ニレテ禁止セサルヘカラ
スレトノ米國ノ主張ハ正当ナルモノト云ハサルヘカラス

第二款 婚姻ノ效力

婚姻ノ效力ハ夫婦ノ一身上ニ及木ス効カト夫婦間ノ財産關係ニ及木
ス効カトアリ、我カ民法ハ財産ニ及木ス効カハ夫婦財產制ト唱ヘテ
婚姻ノ效力ト別物ノ如ク規定スルモ、此ノニツハ共ニ婚姻ノ效力ニ

外ナラス

然レ此国際私法上ハ其ノ準拠法カ異ナルヲ以テ、之レヲニツニ區別
シテ説明スルヲ要ス、

○ 第一、一身止ニ及ホス效力

婚姻ノ結果トシテ妻ハ夫ノ家ニ同居スル權利義務ヲ有シ、又通常夫
ノ国籍ヲ取得スルヲ例トス、且ツ妻ハ夫ノ權利ニ從フノ結果、ソノ能
カヲ制限セラレ、或ル範圍ニ於テ無能力者トナル、然ルニ此等ノ關係
ニツキ諸国法律ヲ異ニハルヲ以テ斯ル一身止ニ及ホス效力ハ何レノ法
律ニヨリテ定ムヘキカヲ明ニセサルハカラス

斯ル法律ハ當事者ノ屬人法ニヨルモノトスル點ニ於テハ何人モ異論
ナキモ、住所地法ニヨルヘキオ、本国法ニヨルヘキカノ問題アリ、更
ニ本国法ニヨルハシトスル中ニ於テモ、夫婦ノ共通本国法主義、結婚
當時ノ夫ノ本国法主義及ヒ夫ノ本国法主義ノ別アリ、

大婦ハ共同生活ヲナスヘキモノナルカ故ニ、其ノ婚姻ノ效力ハ生活
ノ本拠タル住所地法ニヨリテ定ムヘキモノトスルハ一理アレド、婚姻

○(五)

三ノ外

ノ一身止ニ及ホス效力ハ、国籍ト重大ナル關係ヲ有スルモノニシテ且
ツ永久的、終身的ノモノナルカ故ニ、任意ニ移動シ得ヘキモノニヨリ
テ、之レヲ規定スルハ妥當ナラス、其ノ者ニ臣民主権ヲ及ホシ得ル国
ノ法律ニヨルヲ適當トス

○ 法例第一四條ハ單純ナル本国法主義ヲトリテ婚姻ノ效力ハ夫ノ本国
法ニヨルレトナス、元來婚姻ノ效力ハ法律ノ規定ノミニヨリテ發生ス
ルモノニシテ、當事者ノ意思ニヨリテ左右シ得ス、從テ婚姻當時ノ屬
人法カ如何ニ規定セルモ、現今ノ屬人法カ之レヲ認メサル以上ハ、ソ
ノ效力ヲ發生セシムルコトヲ得ス、又カ、ル效力ハ法典統一國ニ於テ
通常内国臣民ノタメニノミシテ認メ、外国人ニ對シテハ其ノ國ノ法
律ノ認ムル效力ヲ認メサルモノトスルヲ通例トス、從ツテ斯ル效力ハ
當事者ノ本国法ニヨルヲ正當トス、住所地ノ如何ハ問フ所ニアラス、
其ノ結果トシテ妻カ如何ナル範圍ニ於テ無能力ナルカ、如何ナル事項
ニツキテハ夫ノ同意ヲ要セスニテ法律行為ヲナシ得ヘキカ等ニツキ妻
自身ノ本国法ニヨラス夫ノ本国法ニヨリテ之レヲ定ムヘキナリ、夫婦

カ国籍ヲ全シウスルト之レヲ異ニスルトヨ向ハス、妻カ如何ナル能力ヲ有スヘキカハ、夫カノ範圍如何ニ關係スル尙疑ニシテ、要スルニ婚姻ノ效力ニ外ナラサレハ、婚姻ノ效力カ夫ノ本国法ニヨル以上ハ、妻ノ能力ノ有無ハ夫ノ本国法ニヨリテ定ムヘキモノナリ。

只タ尙疑トスヘキハ法例第三條第二項ノ制限カ、妻ノ無能力ニツキテモ適用セラレハキカ否カニアリ、之レヲ只タ規定ノ裏面ヨリ云ハハ

第三條第二項ハ第一項ニ対スル例外ノ規定ニシテ、第十四條ニ対スル例外ニアラン、從ツテ妻ハ本国法上無能力ナレハ、我カ法律上能力者ナルモ、我カ國ニ於テナシタル行為ニツキ能力者ト看做サレサルカ如

シ、然レモ第三條第二項ノ例外ノ規定ハ内國ノ取引保護ノタメ本国法ノ適用ヲ制限スヘキ一般ノ規定ナレハ、夫ノ本国法ニヨルヘキ場合ニ

於テモ、^{得サル}内國ノ取引、安全、保護ノ必要アル以上ハ尚ホカ、ル制限ヲ認メサルヲ以テ、妻ノ能力ノ有無ニ付キテモ第三條第二項ノ制限ヲ認ムヘキモノト詳スル^ト法例ノ精神ニ適スルモノナリ。

婚姻ノ效力カ夫ノ本国法ニ依ルノ原則ニ対スル一ノ制限ハ、夫ノ徵

戒カノ制限ナリ。夫ハ妻ノ身体自由ニ対シテ如何ナル拘束ヲ加ヘ得ヘキカハ其ノ本国法ニヨルモ、斯ル徵戒カノ行使ハ之レヲ行使スル地ノ公益ニ干係スルコト大ナレハ、徵戒カ其ノモノハ夫ノ本国法ニヨルモ之レカ行使ハ、行使地ノ法律ヲ認ムル範圍内ニ於テノニ実行スルコトヲ得、即チ行使地ノ法律ニヨリテ制限セラレナリ。

以上述ヘタル婚姻ノ效力ニ付テハ法例第十四條第二項ニヨレハ外国人カ日本人ノ女戸主ト入夫婚姻ヲナシ又ハ日本人ノ婚養子トナリタル場合ニハ、夫ノ本国法ニ依リテ日本ノ法律ニヨルト規定セリ、然レモ之レ一片ノ注意ノ規定ニシテ、蛇足ナリト云ハサルヘカラス、蓋シ前記ノ婚姻ノ場合ニハ、外国人ハ婚姻ト共ニ我カ國籍ヲ取得スルカ故ニ、其ノ夫ノ本国法ハ畢竟日本ノ法律ニ歸スレハナリ。

成立ニ干スル規定ナルニ於テハ此ノ如キ規定ノ存在ヲ必要トスレバ婚姻ノ效力ハ成立以後ノ尙疑タルナリ。

第二、財産ニ干係ヲ及ホス效力、夫婦間ノ財産關係ニツイテハ契約ニヨリテ之レヲ決定スルコトヲ認

ニ一カ

四四九

FD

4ルモノナリ 契約財産制之レナリ 斯川契約ナキ場合ニハ法律ニ
 定ノ標準ヲ規定スルヲ例トス、或ハ夫婦ノ財産ハ其ノ共有ニ爲ストシ
 或ハ其ノ財産ハ比テ夫ノ財産ナリトシ、或ハ夫ハ其ノ財産ニツキ使用
 収益ヲナシ得トシ、或ハ単ニ使用シ得ルノミニテ収益ニ得ストナス
 ノアリ、從ツテ内外人婚姻ノ場合其ノ財産子係ハ如何ニスヘキカノ同
 等ヲ生スルノミナラス、外国人カ己ニ外國ニ於テ婚姻セル場合ト云モ
 若シ日本ニ移住シ来レハソノ夫婦間ノ財産ハ何レノ法律ニヨリ如何ニ
 定マルカヲ明ラカニセサルハカラス、之レ第三者ニ對スル千係ニ於テ
 特ニ必要ナリ 此ノ同意ハ契約財産制ト 法定財産制トニヨリ、其ノ
 準換法ヲ異ニスヘキモノトスル説ト二者今一ノ準換法ヲ認ムヘキモノ
 トスル説トアリ、我カ法例ハ後者ヲトル

②
 (甲) 契約財産制

多クノ國ニ於テハ夫婦間ノ財産契約ハ、之レヲ確定的法律行為ト
 ナシ、何時ニテモ取消シ得ヘキモノニアラス、即チ婚姻成立后夫婦
 カ其ノ財産ニツキ如何ナル契約ヲナスモ、確定約ニナシ得サルヲ以

テ、財産契約ハ婚姻成立ノ当初ニ於テ、夫婦間ノ畢生間ノ財産子係
 ヲ確定スルモノニシテ、婚姻成立後ハ国籍又ハ住所ヲ變更スルモ、
 之レヲ變更シ得ヘカラストナスナリ、(不變更主義)斯ル性質ノ契約
 ナレハ、其ノ契約ノ成立ニ必要ナル条件モ、其ノ契約效力如何ノ同
 點モ、常に婚姻成立當時其ノ本國法ニヨリ之レヲ定ムヘキモノト
 スルヲ正当ナリトス、然レ凡婚姻成立後ニ若シモ国籍又ハ住所ヲ變
 更シタル場合ニハ新シキ住所又ハ本國ニ於テ夫婦カ、如何ナル契
 約ヲナシタルカヲ知り得ヘカラサルモノナレハ、第三者ノタメニ一
 定ノ公示方法ヲナサシムルノ必要アリ、我カ民法ハ財産契約ハ婚姻
 ノ届出マラニ其ノ登記ヲナスニアラサレハ、之レヲ第三者ニ對抗シ
 得ストナス、(七九四條)ニレト今枚ニ外國人カ其ノ夫ノ本國ノ法定
 財産制ニ異リタル財産契約ヲナシタル場合ニ、婚姻后日本ノ国籍ヲ
 取得スルカ又ハ日本ニ住所ヲ定メタルトキハ、一年内ニ其ノ契約ヲ
 登記スルニアラサレハ、我カ國ニテハ第三者ニ對抗シ得ストナス、
 (第七九五條)ニレト今一ノ趣旨ハ海牙國際私法條約ニ認メラル
 三二一

(全条約四條、五條、六條) 一、年ヲ終過セハ裁カ国ノ法定財産制ニ
ヨルモノトス

当事者カ本国ノ法定財産制ニヨラサル意思ヲ財産契約ヲナスニ
リテ示スモノナレハナリ、要スルニ契約財産制ニ関シテハ本国法主
義ト不變更主義ヲ採用セシナリ、

12) 法定財産制

法定財産制ハ法律規定ニヨリ其ノ效果ヲ定ムルモノナルヲ以テ契
約財産主義ニツキ不變更主義ヲ認ムルモ、法定財産制ニツキテハ
變更主義ヲ認め、当事者ノ国籍又ハ住所ノ變更ト共ニ、其ノ準拠
法カ常ニ變更スヘキモノト主張スル説多シ、從ツテ婚姻當時ノ夫ノ
本国法ノ規定如何ニ拘ハラヌ、現ニ国籍又ハ住所ヲ有スル国ノ法律
ニヨリ、其ノ財産ヲ係フ定ムヘキモノトス、然レ此ノ説ハ法定財
産制ナルモノヨリ之レヲ考フレハ一理アレバ、法定財産制ハ他ノ法
ノ規定ニヨリテ發生スル法律上ノ係ト異ナリテ、当事者ノ意思解
釈ノ規定タルニ非ス、即チ当事者カ特別ノ財産契約ヲナサハルト

中ハ法定財産制ニヨルヘキモノトシテ、当事者ノ意思補充ノタメニ
設ケシモノナリ、当事者カ婚姻當時ニ特ニ契約ヲナサ、リテ所以
夫ノ本国法ニヨル財産制カ双方ノ意思ニ適スルヲ認メシモノニシテ
法定財産制ハ要スルニ当事者、暗黙ノ財産契約ト合視スヘキモノナ
リ、然ルニ婚姻成立后ノ国籍又ハ住所ノ變更ニヨリ、其ノ財產ヲ係
シ變更シ得ヘキモノトスレハ、婚姻當初ノ当事者ノ意思ニ反スルコ
トナリ、故ニ契約財産制ハ婚姻當初ノ屬人法ニヨリテ定ムル
カカリニ法定財産制モ亦一定不變ノ婚姻當初ノ屬人法適用セラルト
スルヲ当事者ノ意思ニ適スルモノトナス、故ニ法例第十五條ハ契約
財産制、法定財産制共ニ婚姻當時ノ夫ノ本国法ニヨルトシ、何レノ
場合ニモ不變更主義ヲトル、海牙条約モ之レト合シク法定財産制ハ
婚姻當初ノ夫ノ本国法ニヨルトシ、不變更主義ヲ認め、然レ比外國
ノ法定財産制カ如何ナル規定ナルカハ裁カ国ニ於テハ容易ニ知り得
ハカラス、從ツテ外國ノ婚姻當時ノ夫ノ本国ノ法定財産制ニヨルヘ
キ場合ニハ裁カ国ニ於テ之レヲ第三者ニ公示スルノ必要アルコト契

約財產制ニ異ラス、從テ民法第ニ九五條ニ於テ契約財產制ニツイテ
ノ登記ヲ必要トシ法定財產制ニツイテハ我カ民法ノ法定財產制ト
合致ニ登記ヲ要セスシテ直ニ第三者ニ對抗シ得ヘキモノトスルハ談
リナリ、△レ日本ノ法定財產制ヲ全一視シ、其ニ公示方法ノ要セザ
ルモノト解シタルカ爲メナリ。

第三款 離婚

夫婦千候ハ死亡ニヨルノ外消滅セシメ得サルカ否カ、即チ離婚ヲ認
ムヘキカ否カニツキテハ之レヲ禁止スル国アリ、一定ノ原因アル場合
ニ限り許又因(裁判上ノ離婚)アリ、又我カ国ノ如ク協議上ノ離婚ヲ
認メ、當事者双方ノ自由意思ニヨリ、何時ニテモ夫婦千候ヲ消滅セシ
メ得ヘキモノトスル国アリ。

斯クノ如ク離婚ノ原因ニツキ諸國ノ法律相異ナルノミナラス、離婚
請求ノ訴訟ニ于スル管理権ニツキ、之レヲ本國ノ裁判所ノミ之レヲ有
スヘキモノトスルモノアリ、先ツ管理権ノ準拠法ヲ説キ、次ニ原因ノ

○(五) 五ノ外

準拠法ニツキテ説明スヘシ 第一、離婚ノ管轄権

離婚ハ夫婦ノ身分ヲ變更スルモノナレハ、本來夫婦ニ對シ臣
民權ヲ有サル國家ノミカニ之レヲ管轄シ得ヘキモノナリ、然レトモ近
世交通ノ發達ニヨリ、夫婦カ一生外國ニ在野ヲ有スルモノアルカ故
ニ、斯ル場合ニ本國ニ既ラサレハ離婚ノ請求ヲナスコトヲ得サルモ
ノトセハ、夫婦自身ニ對シテモ又ハ滞在國ノ利益ヲ維持スル上ニモ
不都合ナル結果ヲ生スルヲ以テ、例外トシテ住所地ノ管轄権ヲ認ム
ルコトモ亦必要ナリトイフヘシ、從ツテ離婚ニ于スル海牙條約第五
條ハ本國ノ管轄権ヲ原則トシ、尚本住所ノ管轄権ヲ補充トシテ認ム
我カ民事訴訟手續ニヨレハ我カ國ニ住所ヲ有セサルモ住所ヲ有ス
ルモノハ、其ノ地ニ於テ離婚ノ訴訟ヲナシ得ヘキコトヲ認ム、然レ
モ斯ル規定ハ恐ラクハ離婚ニ于スル管轄ヲ不當ニ擴張シタルモノナ
リ、我カ國ニ住所ヲ有スルニ過キサル夫婦ニ對シ、離婚ノ宣告ヲナ
スコトヲ認ムレハ、外國ノ離婚ニ于スル裁判権ヲ侵害スルノ虞アリ、
三二五

離婚ノ管轄権ニ付キテハ法例ニ明文ナキモ第十六條ニヨリ自ラ明

ラカナリ、

③ 第二、離婚ノ原因、

我カ裁判所ノ外国人ニ対シ離婚ノ宣告ヲナシ得ルハキ場合ニハ何レノ法律ニヨリテ其ノ原因ヲ定ムヘキカハ問題ナリ。諸国ノ法律ニ認ムル離婚ノ原因ハ各々相異ナル。

第一ニ、外国法カ我カ民法ニ認ムル原因ヨリモ異ナル原因ヲ認ムル場合ニハ本国法ニヨルヘキカ、我カ法律即チ訴訟地法ニ依ルヘキカ

第二ニ、婚姻當時ノ本国法ニヨルヘキカ、訴訟當時ノ本国法ニヨルヘキカ、又ハ離婚ノ原因タル事實發生當時ノ本国法ニヨルヘキカハ問題ナリ。

元來離婚ヲ許可スルカ否カハ公序良俗ニ干スル問題ナリ。從ツテ及令外國法ニヨリ離婚ノ原因存在スル場合モ、若シ訴訟地法ニ於テカ、ル原因ヲ認メサル場合ハ離婚ノ宣告ヲナシ得スト云ハサルヘカ

〇五 六、

①

ラス、コノ意味ニ於テ訴訟地法ハ元來離婚ヲ許スヘキヤ否ヤ、如何ナル原因ニヨリテ許スヘキカヲ定ムヘキナリ。從ツテ離婚ヲ禁止スル国ハ、外国人ノ本国法ニヨリテ、離婚ノ原因アルモ離婚ノ宣告ヲナシ得ヘカラサルハ当然ナリ。然レモ及令訴訟地法ニヨリテ離婚ノ原因アルモ、當事者ノ本国法カ離婚ヲ認メサルカ又ハ其ノ原因ニヨル離婚ヲ認メサルハ、離婚ノ宣告ヲナシ得サルハ明カナリ。何トナ

夫婦ニアラスト宣告スルハ、其ノ本国ノ臣民主權ヲ侵害スルモノナリハナリ。從ツテ離婚ノ原因ニツキテハ訴訟地法ハ夫婦ノ屬人法ト共ニ認ムル場合ニシテ離婚ノ宣告ヲナスコトヲ得。之レ恰モ不法行為ニツキ、行為地法カ共ニ適用セフルトト云フナリ。只タ此ノ場合ニハ其ノ本国法ハ婚姻當時ノ本国法又ハ訴訟當時ノ本国法タルコトヲ得ス、何ントナレハ婚姻當時ノ法律ニヨリ及令離婚ヲ禁止スルモ其ノ後ノ本国法カ之レヲ認ムルトキハ、離婚當時ノ制限ニレシ認ムルヲ得ス、又訴訟當時ノ本国法カ離婚ヲ認ムルモ、

若シ其ノ原因發生當時ノ法律カ離婚ヲ認メサルトキハ若シ訴訟當時ノ法律ニヨリ離婚ノ請求ヲ得ヘキモノトスレハ之レ當事者ノ手期シ得ヘカラサル効果ヲ發生セシムルモノナリ。即チ離婚ノ原因既ニ發生シタル後、夫ハ任意ニ国籍ヲ變更シテ離婚ノ原因ノ一層困難ナレ國又ハ容易ナル國ノ法律ヲ選定スルニ至レハナリ。從ツテ或ル行為カ不法行為ナルカ適法ナルカハ其行為發生當時ノ法律ニ依ルカ如ク、或ル事實カ離婚ノ原因トナルヤ否ヤハ、事實發生當時ノ夫ノ本國法ト訴訟地法タル我ノ國ノ法律トカ共ニ離婚ノ原因ト認ムル場合ニ限リ。離婚ノ宣言ヲナスコトヲ得ル法例第十六條、海牙條約第二條モ亦全主義ヲトル、只夕海牙條約ニ於テハ本國法及ヒ訴訟地法ノ認ムル原因ノ合一ナルト否トヲ問ハサルモ、我カ法例ニ於テハ原因ノ合一ナルコトヲ條件トス、立法上ハ前者ヲ可トス。

法例第十六條ハ裁判上ノ離婚ニ適用セラルルモ、協議上ノ離婚モ亦之レト合致ノ原則ニ依ルモノト云ハサルヘカラス、即チ夫婦ノ屬人法ト訴訟地法トカ共ニ離婚原因ヲ認ムル場合ナラサルヘカラス。

離婚ノ宣告アリタルトキハ他ノ國ニモ效力ヲ及ボスヤ、此ノ真ニ

付テハ海牙條約ハ離婚ニ干スル裁判ハ其ノ依ニ他國ニ效力ヲ生スルモノトス、我カ法例ニ於テモ我カ國ニ住所ヲ有スル夫婦カ外國ニ於テ離婚ノ宣告ヲ受ケタルトキハ、我カ國ニ於テモ夫婦ト認ムヘカラサルナリ。之レ離婚判決ハ他國ニ於テ執行ヲ要セサル結果ナリ。

訴訟地法ニ於テ離婚ノ原因アリトスルニ拘ハラヌ、本國法カ之レヲ許サル場合ノ処置如何、夫婦カ離婚ヲ請求シ得ヘキ狀態ニアルコトカ訴訟地ノ公益ニ害アルトキハ、之レヲ國外ニ放逐スルノ外ナシ。

離婚ヲ許サル國ニ於テモハ別居ノ制度ヲ認ムルモ、別居ハ離婚ト同一事實ニアラザリカ故ニ、我カ國ニ於テモ之レヲ認ムルコトヲ得。別居ハ離婚ノ場合ト合シテ本國法及ヒ訴訟地法ニ於テ共ニ認ムル場合ニ於テノミ成立シ得ルモノトナサルヘカラス。

英法ニハ *Recrimination* ナルコトアル結果、被告カ原告ニモ被告ト合一ナルコトアリト主張スル場合ニハ、原告ノ主張ヲ許

サス、故ニ被告カ原告ニモ甚通ノ事實ノルコトヲ証スルトキハ、被告ニ依令甚通ノ事實ソリトスルモ、原告ノ請求ヲ許サハルナリ、斯クノ如キ場合ニ於テハ我カ国ハ離婚ノ原因アリト辨スヘキヤ否

Recriminations ヲ以テ請求權ノ制限ナリトセハ離婚ノ請求ヲ認ムヘカラサルニ反シ、之レヲ以テ訴訟手續上ノ尙黙ト辨セハ離婚ノ請求ヲ認メサルヘカラス、何レニセヨ (Recriminations) ナル制度ハ結果ノ不当ナルニ拘ハラヌ單ニ宗教的沿革上認メラル、ニスキサレハ我カ国ニ於テハ公益上ニ害アルノ虞ニ於テ之レヲ認メサルモノト辨ス、離婚ニハ第二十九条反致法及第三十条ノ制限ノ適用最モ多キ事ニ注意セサルヘカラス

第二節 親子ノ關係
第一款 嫡出子

諸国ノ民法ハ婚姻中ニ生レタル子ハ夫ノ子ナリト推定シ、嫡出子タル身分ヲ取得ス

然レトモ何カ婚姻中ナルカハ尙黙ニシテ、諸国民法ノ規定各相異ナリ、又嫡出子ノ推定ニ対シ夫ハ之レヲ否認スル權ヲ有ス、其ノ否認權ノ條件及行使方法固ニヨリテ異ナル、故ニ日本ニ居住スル子カ嫡出子ナルカ否カニ存キ尙黙起リシトキハ何レノ法律ニ依リ之レヲ定ムヘキカ尙黙ナリ、

此ノ尙黙ニツキ或ハ其ノ子ノ屬人法ニ依ルヘキコトヲ主張スルモノアレトモ子ハ通常親ノ国籍ヲ取得スルノミナラズ、嫡出子ナルカ否カハ子ノ利害ニ関スルヨリモ寧ロ父ナリト推定セラレタルモノ、利害ニ関スハキカ否認權ハ推定セラレタル父ノ權利ナレハ斯ル權利ヲ行使シ得ヘキカ否カ如何ナル場合ニ其ノ推定ヲ打破スヘキモノナリヤハ父ノ本國法ニヨリテ定ムルノ外ナシ、

然レトモ其ノ果シテ眞ノ父ナリヤ否ヤハ尙黙ナレト法例十七條ハ子ノ出生當時ノ母ノ夫ノ本國法ニヨリ之レヲ定ムヘキモノトス、其ノ夫

カ子ノ出生前ニ死シタルトキハ其ノ最后ニ属シタル国ノ法律ニヨリ
之レヲ定ム、尚ホ否認権自体ハ前述ノ如ク推定納父ノ本国法ニヨルハ
キモノナレド其ノ行使方法ハ訴訟地法ノ制限ヲ受ケルコトニ注意セサ
レハカラズ

第二款 私生子

私生子ニ付テハ諸国ノ法律大ニソノ規定ヲ異ニシ、或ハ私生子認
知ヲ許サル所アリ、或ハ認知ヲ認マルモノノ要件及ヒ效力ヲ異ニス
ル才故ニ、先ツ私生兒認知ノ要件ノ準拠法ヲ説明シテ、次ニソノ効力
ヲ説明セントス、(庶子ハ私生子ノ一ノ適用ナリ)

第一、私生子認知ノ要件

認知要件ニツキ或ハ之レヲ認知スル国ノ法律ニヨリテ定ムヘシト
スル者アリ、蓋シ認知ハ其ノ地ノ公序良俗ニ干スルモノナレハ訴訟
地ノ法律ニヨリテノミ其ノ要件ヲ定ムヘキモノトナスナリ、然レド
私生子ノ認知ハ法律上親子ノ干係ヲ推定スルモノニシテ、ソノ血族

干係ニ重キヲ置ク才故ニ、当事者ノ属人法ニヨリテ定ムヘキモノ
トス、只タ其ノ属人法ヲ定ムルキレバ認知者ノミノ属人法ニヨル
ハキカ、或ハ私生子ノ属人法ニ依ルヘキカニ付キ主義ヲ異ニスト或

モ、既ニ各当事者ノ属人法ニヨリ認知ノ要件ヲ異ニスル以上ハ各当
事者ニツキ各其ノ属人法ノ要件ヲ充タスニアラスンハ有故ナル認知
ヲ成立セシメ得サルモノトス、例ハハ父又ハ母ノ本国法ニヨリ認知
ヲナシ得ヘキ場合ニモ、私生子ノ属人法ニヨリ父母ノ認知ヲ認めサ
ルトイニハ、斯ル私生子ニ対シテハ認知ヲ成立セシムルコトヲ得ス
故ニ認知ノ要件ヲ具フルヤ否ヤハ父又ハ母ニツキテハ、其ノ属人法
ニヨリ、私生子ニツキテハ又ソノ属人法ニヨリ各認知ノ要件ヲ具フ
ル場合ニ限リ、之レヲナシ得ヘキモノナリ

且ツ斯ル属人法ハ私生子ノ出生ノ時ノ属人法ニアラスシテ、認知
當時ノ本国法ヲ以テ之レヲ定ム、之レ現在ノ法律カ認知ヲ制限シ、
又ハ禁止スルニ拘ハラズ出生當時ノ法律ニヨリテ之レヲ認マルノ不
都合ヲ避クルタメナリ、(法例第十八条) 私生子認知ノ方法ニツキテ

ハ特別規定ナシ、故ニ第八條ニヨルモノトス、

第二、認知ノ効力

私生子ノ認知ハ或ハ私生子ヲシテ養子タル身分ヲ取得セシム、(父ノ婚姻中ノ認知、又ハ出生後ノ婚姻)又ソノ結果トシテ私生子ノ国籍ヲ変更セシムル事アリ、此ノ効力ノ準據法ソツキ或ハ私生子ノ屬人法ニヨルハキコトヲ主張スルコトアレトモ、此ノ問題ハ認知者ノ屬人法ニヨリテ定ムヘキナリ、何シトナレハ已ニ認知成立シ、親子干係確立セラレシ以上ハ、子ハ如何ナル身分、如何ナル権利ヲ取得スルカハ親子ノ干係カスヘテ親ノ本國法ニヨルト公法ニ認知者タル親ノ本國法ニヨリテ之レヲ定ムルヲ適當ナリトスルカ故ナリ、從ツテ婚姻前ニ生レシ子カ尔后ノ父母ノ婚姻ニヨリ嫡出子タル身分ヲ取得スルヤ否ヤモ亦父母ノ本國法ニヨリ定ムヘキナリ(法例第十八條二項)本國法ヲ認知當時ノ本國法タルコトハ前ノ要件ノ場合ト異ナルコトナシ、

第三款 養子

第一、養子縁組ノ要件

養子縁組カ如何ナル資格条件ヲ備フル者ノ間ニハ成立スヘキカノ問題ハ殆ント私生子認知ノ成立ト合シク各当事者ニ其ノ本國法ニヨリ之レヲ定ムヘキナリ、從ツテ養子ヲナスモノニ付テハ養子ノ本國法規定ノ如何ニ拘ハラヌ、只養親ノ本國法如何ニヨリ養子ヲナシ得ヘキ資格条件ヲ具フルヤ否ヤヲ定ム、之レト公法ニ養子トナルヘキモノニ付テモ養親ノ本國法如何ニ拘ハラヌ、自己ノ本國法如何ニヨリ養子トナリ得ヘキ資格条件ヲ具フルヤ否ヤヲ定ム(第一九條)

第二、養子縁組ノ効力

養子縁組ハ養子ニ如何ナル身分ヲ取得セシムヘキカニ付キ諸國ノ法律各々相異ナル、此ノ効力ノ問題ハ養子縁組ハ養親ノタメニナスヘキモノナレハ、養親ノ屬人法ニヨリテノミ之レヲ定ムヘキモノナリ

三五六
 從ツテ外国人カ我カ日本ノ養子トナリシ場合ニハ、其ノ本国法ノ如
 何ニ拘ハラス我カ法律ニヨリ嫡出子タル身分ヲ取得シ、又我カ國籍
 ヲ取得スルコト、ナル。尚木養子縁組ヲナシ得ヘキカ否カニ付キ歐
 州諸國ニテハ概ネ養子縁組ハ縁縁ヲナシ得ヘカラストナスモ、我
 カ國ニテハ家族制度維持ノ必要上認めラレシ制度ナレハ養子カ養親
 ノ此ノ目的ニ適セサル事實發生スレハ、縁縁ヲナシ得ヘキコトヲ認
 メサルヲ得ス、故ニ養親ノ本国法ニヨリ縁縁ヲナシ得ヘキカ否カラ
 定ム（法例第一九條）亦縁縁ハ現在ノ養親ノ本国法ニヨルモノトシ
 離婚ノ如クニ其ノ原因タル事實發生當時ノ法律如何ヲ向ハス、何
 トナレハ此ノ場合ニハ善良ノ風俗ニ反スルコト少キノミナラス、元
 來養子ノ係ハ養親ノタメニ認めラレタルモノナレハナリ、從ツテ
 常ニ尙與發生當時ノ本国法ニヨルヘキナリ。

第四款 親子間ノ權利義務

以上ノ親子ノ係成立シタル場合、ソノ權利義務ハ何レノ法律ニヨ
 ルヘキカノ問題ナリ、此ノ点ニツキ或ハ親權ハ公法上ノ権力ニシテ私
 権ニアラズトノ説アレトモ、若シモ私権ニ非ラストセハ絶対的ニ屬地
 方ニ依ルヘキモノニシテ親權ヲ有スルモノノ如何ニ拘ハラス、之レヲ
 行フ土地ノ法律ニ依ラサルヘカラス、然レモ現今民法ノ認めル親權ハ
 親カ子ニ對スル干係ニ於テ有スル私法上ノ權利ナリ、之レカ權利ノ行
 使ハ又公權トハ見ヌ、從ツテ斯ル權利カ其ノ權利ヲ行使スル土地ノ法
 律ノミニ依ルト云フヲ得サルナリ、親子間ノ權利義務ハ親カ子ノ一
 身上ノ干係ニ於テ有スルコトナリ、今之レノ區別シテ説明スヘシ、
 第一、子ノ一身上ニ對スル權利義務、

例ハハ親ハ子ヲ養育、教育、監督スル權利義務ヲ有スルモノ
 ナルカ斯ル權利義務干係ハ其ノ權利者タル親ノ本国法ニヨリ之ヲ定
 ムヘキモノナリ、從ツテ親ハ其ノ滞在國ノ法律如何ニ干セヌ其ノ本
 國法ノ認めル所ニヨリ子ヲ養育シ、教育シ、監督スヘキ權利ヲ有ス、
 法例第二〇條亦此ノ主義ヲ認ム、

尚本國法ハ出生當時ノ本國法ニアラヌシテ現在ノ本國法ナリ

行使

蓋シ親權ノ範圍ハ國籍ノ變更ト共ニ變更スヘキモノナレハナリ。學者親權ハ行為地法ニ依ルヘキモノト主張スルモノアルハ、親權自體ト親權ノ行使トヲ混合スルノ余リニ出ツ、親權ノ行使ニ對スル制限ハ吾人トモ之レヲ認メサルヘカラス、即チカ、ル權利ノ行使ハ行使地ノ公益ニ干係スルコト大ナルカ故ニ行使地ノ法律ニ認ムル範圍内ニ於テノミ之レヲナシ得ヘキナリ。即チ其ノ滞在在地ノ法律ニヨリ制限セラレ、例ヘハ父母ノ本國法ニヨレハ徵戒權トシテ其ノ子ヲ監禁シ得ル場合ニモ滞在在地法カ此ノ身體ノ自由ヲ拘束スルコトヲ違法トスル場合ニハ、斯ル權利ヲ行使シ得サルカ如キ之レナリ。

第二、子ノ財産ニ對スル權利

親ハ其ノ本國法ノ認ムル所ニヨリ、其ノ子ノ財産ヲ管理シ、處分スルコトヲ得、然レトモ此ノ點ニ付テモ財産所在地法ノ認メサル方ニヨリテ之レヲ管理シ又ハ處分スルコトヲ得ス、例ヘハ民法ニヨレハ親ハ子ノ財産ニツキ用役權ヲ有スルモ我カ民法ニハ用役權ヲ

認メス、故ニ凡人ノ日本ニ於テ有スル財産ニ付キ、其ノ親カ我國ニ於テ用益權ヲ行使スルコトヲ得サルカ如シ。

然レトモ只所在地法ニ制限セラレルノミ、所在地法ソノモノカ親子間ノ干係ヲ定ムルニハアラス、法例第二〇條ハ右ク親子間ノ干係ト云フ、其ノ一身トニ對スル干係ナルト其ノ財産ニ對スル干係ナルトト同ハス比テ父母ノ本國法ニ依ルトナス、唯法例第三〇條適用ノ結果トシテ或ハ親權行使地ノ法律、或ハ財産所在地ノ法律ノ制限ヲ受クルコトアルノミ、之レ屬人法ト屬地法トカ觸ルル場合ニ、屬地法ノ優先スル一般原則ニヨリ、英米法ニ於テハ動産ハ屬人法ニヨリ不動産ハ所在地法ニヨルモノトス、

第三節 親族間ノ扶養ノ義務

諸國ノ法律ハ一定ノ親族間ニ互ニ扶養ヲナスヘキ義務ヲ認ム、然レトモ親族干係ノ範圍ニツイテ諸國ノ法律各々相異ナル、又扶養ノ義務

ヲ認ムル程度ニ付テモ互ニ相異ル、私生子ニ対スル養育費、教育費
ハ他法ニ於テ認メラレトモ我カ民法ニ於テハ然ラス、從ツテ国籍ヲ異
ニスル親族間ニ於テ扶養ヲ請求スルモノアル場合ニ於テハ之レカ準據
法ヲ明カニセサルヘカラス

元來扶養義務其ノモノハ債權債務ノ關係ニシテ財產權ニ屬スレトモ
一定ノ身分ヲ保ニ伴ウテ發生スル法定ノ債權債務ニシテ、法律行為ヨ
リ發生スル債權債務ト全一視スヘカラサルハ勿論、不法行為其ノ他法
律規定ニヨリテ發生スル他ノ債權トモ異ナル、等口親族子孫ト全一視
スヘキモノナレハ、諸國ノ民法ハ親族法中ニ族々子孫ヨリ發生スル決
定義務トシテ之ヲ規定ス、斯レ義務ハ當事者ノ屬人法ニヨルヘキコト
一般ニ認メラル、モ何レ當事者ノ如何ナルトキノ屬人法ナルカハ尙疑
ナリ。

一、權利者ノ屬人法主義

此ノ点ニ付キ或ハ扶養義務請求者ノ屬人法ニヨルトスル説アリ、
權利者ノ屬人法主義即チ之ナリ、ソノ理由ハ扶養義務ハ扶養ノ請求

○五 九ノ外

ヲナス當事者ノ利益ノためニ認メラレシモノナレハ、義務者ノ屬人法
ノ如何ニ拘ハラズ、扶養ノ必要アル當事者ノ屬人法ニヨリ果シテ其ノ
請求ヲナス必要アリヤ、如何ナル程度ニ於テ扶養スヘキカヲ定ムヘシ
トス、殊ニ住所地法主義ノ屬人法ヲ採ル學説ハ、扶養請求者ノ屬人法
ニ依リ請求權アル以上ハ、之レヲ請求セシムルニアラスンハ、其ノ他
ハ公ノ救恤ヲ必要トスルニ至リ、其ノ地ノ公益ニ反スル結果ヲ生スル
ヲ以テ、苟クモ權利者ノ屬人法ニヨリ請求權アル以上ハ、義務者ノ屬
人法如何ニ拘ラス、ソノ請求ヲ認ムヘキモノトナス、然レ此ノ説ハ
次ノ二点ニ於テ謬レリ。

一、斯ル説ハ扶養義務ハ法定義務ナルコトヲ忘レシモノナリ、凡
テ法律ノ規定ニヨリテノミ負擔スル義務者カソノ法律ニ服従スヘ
キ子孫ヲ有スルニアラスンハ斯ル義務ヲ負擔スルノ責任ナキハ明
ナナリ、從ツテ請求者ノ屬人法如何ニ拘ハラズ、義務者ノ屬人法ニ
ヨリ斯ル義務ヲ命セラレタル以上ハ、義務者ハ之レヲ負擔スル理由
ナケレハ此ノ説ヲトルヲ得ス

12. 又権利者ノ屬人法ヲ認ムルニアラスハ、^{シセ} 権利者所在地ノ公益ニ
反スルトナスカ如キハ、未タ義務者ヲシテ義務ヲ負担セシムル
ニ足ラス、何トナレハ権利者ノ住所ニ於テ、若シ義務者ノ義務ヲ
負担セサルカタメニ公ノ救恤ヲ必要トス、而シテ之レヲナスコトカ
其ノ公益ニ反スル場合ニハ斯ル外人ヲ国境外ニ放逐スレハ是ル、
強ヒテ義務者ヲシテ之レヲ救恤スヘキ義務ヲ負担セシムルヲ要セ
人。

② 義務者ノ屬人法主義

是ニ於テ第一ニ義務者ノ屬人法主義唱ヘラレ、此ノ主義ハ扶養ノ
義務アルカ否カヘ義務者ノ屬人法ニヨリニレヲ定ムヘキモノトス、我
ノ法令ニ一途ニ扶養ノ義務ハ義務者ノ本國法ニヨリニレヲ定ムトナ
ス、法定義務ノ性質ヨリ云ヘハ義務者ノ服役スヘキ法律ニ依リ命セラ
レタル場合ニ於テノミ扶養義務アリタリト云ハサルヘカラス、
✓ 三、 双方ノ屬人法主義
或ハ又義務者ノ本國法ニヨルノミナラス、更ニ権利者ノ屬人法ニヨ

リニテ制限シ、双方ノ法律カ共ニ認ムル場合ニ於テノミニレヲ認ムト
ナスモノアリ、然レモ扶養ノ義務ハ元来倫理道德上ヨリ出テタル義
務本位ニシテ、既ニ義務者ノ本國法ニヨリ義務アル以上ハ、仮令請求
者ノ屬人法ニヨレハ義務ナキ場合ニ於テモ尚ホ斯ル義務ヲ認ムルヲ以
テ、倫理道德ノ要求ニ協フモノト云ハサルヘカラス、從ツテ我ノ法例
ハ斯ル折衷主義ヲ排斥シ、只義務者ノ本國法ニヨリテ之レヲ定ムトナ
ス。

此ノ規定ハ扶養ノ義務ノ有無、及ヒ程度ヲ定ムルノミナラス扶養義
務トハ如何ナルモノナルカ、即チ或ル義務カ扶養ノ義務ト認ムヘキカ
否カモ亦義務者ノ本國法ニヨリテ之レヲ定ムヘシトス、從テ我ノ民
法上扶養ノ義務モアラサル義務モ、若シモ義務者ノ本國法ニヨリ扶養
義務トセラルルトキハ、其ノ本國法ニ於テ認ムル義務モ我ノ國ニ於テ
モ認ムヘキナリ、例ヘハ我民法ニヨレハ私生子ハ認知ヲ請求セサル以
上ハソノ実父ニ對シ養育費ノ教育費ヲ請求スルノ權ナク、斯カル請
求權ヲ扶養ノ義務ト認ムルヲ得サルモ、我ノ民法ニヨレハ斯ル請求權

ヲ扶養ノ義務ト認ムルヲ得サルモ、我カ民法ヲヨリハ斯ル請求權ヲ法
ホ扶養ノ義務トシテ認ム、從ツテ他乙人ニ対シ私生チカ斯ル請求權ヲ
行ヒシ時ハ、之レヲ扶養ノ義務トシテ認ムヘキナリ。我カ法律上扶養
ノ義務ニアラサルカ故ニ、之レヲ扶養ノ義務ニアラヌト云フコトヲ得
人、尚ホ法令第二十一条ハ扶養義務者ノ本國法ト云ハルモ嚴格ニ云
フハ扶養義務アルカ否カハ裁判所、確定ニヨリテノミ定マル。從ツ
テ判決前ニハ扶養義務ナキナリ。故ニ或ハ此ノ規定ハ甚タ不適当ナ
リト云フモノアレトモ、茲ニ所謂扶養義務者トハ扶養義務アリトシ
テ請求セラレタル者即チ被告ヲイハス。果シテ扶養義務アリヤ否ヤハ
裁判ノ確定ヲ俟テ決定マルモ、扶養義務アリトシテ請求セラレタル
者ノ本國法ニヨルヘキモノトシテ規定シタルモノナリ。

如右トシ
四二

〇〇 第四節 後見

第一、未成年者ノ後見

未成年者ニ対シテ後見ヲ附スル場合、其ノ後見一團スル權利義務ノ
干渉ハ、或ハ之ヲ後見開始地ノ法律ニヨルヘシトスルモノアリ、被後
見人即チ未成年者ノ屬人法ニヨルヘシトスルモノアリ、後見ハ第三者
ノ利益ニモ干渉スル公益ニ干スル問題ナレトモ、其ノ根本ニ於テハ親
權ヲ行フ者ナキ場合ニ、之レヲ補充スルノ制度ニシテ、而シテ親權ハ
親權者ノ本國法ニヨルモノナレハ、未成年者ノ後見モ亦當事者ノ本國
法ニ依ルヲ正当トス。即チ或レ者カ、未成年ナリト否ト、即チ後見開
始ノ原因アリヤ否ヤ共ノ者、本國法ニヨリテ定マル。法令ニ三條一
項ハ後見ハ被後見人ノ本國法ニヨルトセルハ此ノ意味ナリ。然レモ後
見ノ制度ハ其ノ土地ノ公益ニ干渉スルモノナレハ、專ラ被後見人ノ本
國法ノミニヨルヲ得ス、滞在國ノ法律ニヨリテ之レヲ補充スルノ必要ア
リ。從ツテ我カ國ニ住所又ハ居所ヲ有スル外國人ニ作ラ弟シモ其ノ本
國法ニヨリ後見開始ノ原因アルニモ拘ハラヌ、我カ國ニ於テ後見ノ事
務ヲ行フ者ナキ場合、即チ本國ノ裁判所又ハ官庁カ内國ニ滞在スル外
國人ニ作キ後見人ヲ全ク付セサル場合、及ヒ後見ヲ付シタルモ、ソノ

後見人タル事ヲ行フ能ハサル場合ニハ、裁判所ハ日本ノ法律ニヨリ
 後見人ヲ任命シ、リノ後見人ヲ任命スヘキモノトス（法例三三條二項）
 此ノ場合ハ後見人、被後見人ノ権利義務ノ干渉ハルヲ我カ法律ニヨ
 リ之ヲ定ム、但シ本國ニ於テ後見人カ任命セラレタル場合ニ於テモ我
 カ國ニ於テ已ニ後見人ノ任命アリタル以上ハ之レヲ取消シ得サルモノ
 ナレハ當事者ノ本國法ニ認メラレタル後見人ハ、我カ國ニ於テ何等ノ
 効果ヲ有セサルコト、ナル（條三三條一項ニヨリ被後見人ノ本
 國法ニヨルコトノ規定ハ、今一項ト抵触セサル範圍ニ於テノミ認メラ
 レハキモノナリ、我カ國ニ居住スル外國人ニ付テハ、寧ロ我カ法律ニヨ
 ルヲ原則トス、之レト全枚ノ主義ハ海牙ノ未成年者ノ後見ヲ規定スル
 條約一條——二條ニモ認メラル、只第四條ハ本國ノ後見人ハ優先権ヲ
 有ス、被後見人ノ本國カ后ニ後見人ヲ附シタルトキハ、滞在國ノ後見
 人取消サルハキモノトスルモ、斯カル結果ハ條約ヲ後ナテ初メテ認め
 ラルハキモノニシテ、斯ル結果ハ條約ノ適用ナキ我カ國ニ於テ、我カ
 裁判所カ我カ法律ニヨリ認メラレタル後見ハ外國裁判所ノ后ニ至リテ

定メシ后見ニヨリテ何等ノ影響ヲ受ケス

第二、禁治產者ノ後見

禁治產宣告ノ結果トシテ後見開始スル場合ニハ我カ法律ノミニヨリ
 テ其ノ干渉ヲ定ムヘキナリ（法令十三條二項末段、法令四條參照）

第三、輔佐

輔佐ニハ法令ニ四條ニヨリ后見ノ規定カ全然準用セララル、カニ、后
 見ニツキテ述ヘタルトコロヲ移スヲ以テ足ル

第五章 相續

第一節 相續

一、相續ニ付テハ *Retraction* 以來常ニ爭存スル所ニシテ、今
 日尚ホ一定ノ法則ナシ、斯クノ如ク其ノ準拠法不定ナル所以ハ、
 (1) 相續干渉ハ一方ニ於テハ財產取得ノ干渉トシテ、屬地法ノ支配
 ヲ受リルト同時ニ他方ニハ一定ノ親族干渉ヲ基礎トスルモノニシテ
 三四五

属人法ノ支配ヲ受ケル干保ニシテ、属人法ト屬地法カ全時ニ行ハ
ル、カ如キ特殊ノ干保ナレハナリ

(2) 殊ニ相続権ナル一般ノ権利カ特ニ存在スルモノト看做スガ或ハ
所謂相続権トハ被相続人ノ有シタル個々ノ権利ヲ承継シ、取得ス
ルノ原因ニシテ、特ニ相続権ナル権利カ存在セサルモノト見ルハ
キカカ内選ナレハナリ、ローマ法ハ此ノ実ニ於テ相続ハ多クノ利
利義務ノ包括ナリトシ、近世ノ法律モ亦之レヲ以テ概括的権利ト
リトナス、此処ニハ相続権ナルモノ、存在スルコトヲ前提トシテ
其ノ準拠法ヲ論セントス

ニ、此ノ同題ニ付キ從來唱ヘラル、主ナル説ハ下ノ三トス、
(1) 財產所在地主義

財產所在地主義ハ一國ノ相続法ト財產私有制度ト密接ナル關係
ヲ有ス、或ハ財產ノ集合ヲ期シ、分散ヲ制限スルカタメニ長子相
統ヲ認ムルモノアリ、或ハ財產ノ集合ヲ妨ケルカタメニ分配相続
主義ヲ執ルモノアリ、各國ニヨリ相続ノ主義ヲ異ニセルハ、其ノ

(3) (4) (5) 十一

國ノ財產私有制度ト不可離ノ干保ヲ有スルカ故ナリ、而シテ外國
人ノ有スル財產ニツイテモ、全一ノ主義ヲ認ムル必要アルハ明カ
ナルヲ以テ、何人カ如何ナル方法ニ於テ、其ノ財產ヲ相続スヘキ
カハ財產所在地法ニヨリ、之レヲ定ムヘキモノトス、

此ノ主義ハ若シニ相続権ナル概括的権利カ存在セストスレハ最
モ適當ナル學說ナリ、何トナレハ個々ノ財產ヲ何人カ取得スヘキ
カハ、物權ニ付テハ其ノ所在地法ニヨリ之レヲ定ムルヲ正当トス
ルカ故ニ、相続人カ相続財產ヲ取得スル場合ニ於テモ、個々ノ利
利ヲ個別的ニ取得スルモノトスレハ、所在地法ニヨル外ナケレハ
ナリ、然レトモローマ法以來相続財產トハ被相続人ノ積極的、消
極的財產トシテ、財產ト看做シ、之レヲ總括シテ繼承スル獨立ノ利
利ヲ相続権ト云フ、個々ノ財產ノ取得ハ相続権ノ結果ナリト見ル
主義一般ニ認メラル、我カ國法ニ於テモ相続権ナル獨立ノ権利ヲ
認メ被相続人ノ人格ヲ承継スヘキモノト看做セルヲ以テ、若シ此
ノ主義ヲ正当トセハ、被相続人ノ財產カ多數ノ國ニ散在セル場合

ニモ、何人カ之レヲ承継スヘキオノ同堅ハ只一個ノ相統承継ノ同
題ニシテ、何レカ一ツノ法律ノミニヨリテ、之レヲ決セサルヘカ
ラス、財産所在地ノ異ナルニ從ヒ一個ノ相統承継カ、數個ノ法律ニ
ヨリテ支配セラルルコトヲ認ムルカ如キハ、相統承継ノモノ、性質ニ
ニ及スト云ハサルヘカラス、且ツ實際現今諸國ノ法律ハ單純ナル
所在地法ヲ認ムルモノナシ、只南米諸國間ノ條約ニカ、ル主義ヲ
採ルノミ、

○(四)、不動産所在地法、動産屬人法主義、

財産ノ種類ニ從ヒ其ノ準拠法ヲ異ニスル主義ハ、英米及ヒ仏白、
和等ニ於テ行ハル、此等ノ諸國ニ於テハ其ノ領土内ノ不動産ハ何
人ニヨリ相統セラル、カハ、絶対ニ其ノ所在地法ノミニヨリ之レ
ヲ承継シ得ルニ過キストナス、動産ニ付テハ之レニ反シ屬人法ヲ
認ムヘキモノトシテ、英米ニ在リテハ被相続人ノ最終ノ住所法
主義ヲ採ル、仏、白、和等ハ被相続人ノ本國法主義ヲ採ル、
然レトモ動産ト不動産トニヨリ此ノ如キ準拠法ヲ異ニスル主義

○(五) 十二ノ内

ハ、元來封建制度ノ結果ニ外ナラス、現今ニ於テハ所在地法ノ公
益ニ干スル干係ハ動産ト不動産トニヨリ斯ク、如クニ其ノ程度ヲ
異ニスヘキモノニアラス、故ニ外國人ノ有スル動産ニシテ、已ニ
屬人法ニヨリ相統シ得ヘキコトヲ認ムル以上ハ、不動産ニ付テモ
亦屬人法ニヨリテ、之レヲ定ムヘキコトヲ認メサルヘカラス、
尚ホ相統財產カ統一ノ一体ヲ妨クル弊ニ存スルハ、(一)ニ於ケルト
異ル所ナシ

○(三)、被相続人本國法主義(屬人法主義)

被相続人ノ屬人法主義ハ相統財產ノ種類、性質ノ如何ニ拘ハラ
ス、被相続人ノ屬人法カ一般ニ適用セラルヘキコトヲ認ム、海
牙ノ相統ニ干スル國際私法條約一條ハ此ノ主義ヲ認メテ、相統人
ノ順位、相統分限稅及ヒ遺留分ニ干シ、相統財產ノ性質、及ヒ所
在地法如何ニ拘ハラス、其ノ死亡者ノ本國法ニ依ルレトシ、被相
統人ノ本國法主義ヲ採ル、
但シ現今尚ホ不動産ヲ令ツニツキ、仏國其ノ他特殊ノ制限ヲ設

シル国ヤレハ公約第六條ハ斯ル特殊ノ制度ハ尙当今之レヲ尚保
スルコトヲ得トセリ

我カ法例第五條ハ相続ハ被相続人ノ本国法ニヨルト明言セ
相
続財産ノ動産タルト不動産タルト又其ノ所在地ノ何レニアルトニ
拘ハラズ、凡テ被相続人ノ本国法ニヨリテ之レヲ定ムヘキモノト
ス、只一般の規定ハ相続ニ于スル各種ノ困難ニツキ尚説明ヲ要ス
只一般の議論トシテハ(相続権ヲ唯一ノ権利ト認ムル以上ハカ、ル
主義ヲ認ムルヲ正当トス、何ントナレハ相続人ハ被相続人ノ財産
ニ于スル人格ヲ承継スルモノニシテ、被相続人ト全一ノ地位ニ立
ツコトヲ期スルナリ、從ツテ被相続人カ享有シ得タル権利ハ何人
カネト享有シ得ヘキハ其ノ人格ヲ規定スル法律ニヨリテ之レヲ
定ムルヲ正当トスレハナリ、殊ニ從來ノ如ク外国人ニ対シ相続権
ヲ禁止シ、又ハ外国人ノ権利享有ヲ制限シタル時代ニハ、被相続
人ノ屬人法ニヨルコトヲ得サル莫多カリシモ、現今ハ外国人モ亦
相続権ヲ享有シ得ルヲ以テ原則トシ、殊ニ通常條約ニ於テ民法

ニ相続ヲ得ヘキコトヲ保証スル時代ニ於テ、被相続人カ外国人ナ
ルトキニ何人カ之ヲ相続スヘキカハ、其ノ本国法ニヨリテ之レヲ定
ムルヲ適當トスレハナリ

第一、 相続開始ノ原因

相続如何ナル原因ニヨリ開始スヘキカハ諸国ノ法律異ナル
米諸国ニテ、死亡若クハ失踪ヲ以テ開始スルコトヲ認ムルノミニテ
他ノ原因ヲ認メズ、然レトモ我カ国ノ如キハ戸主ノ死亡ノ外ニ、隱
居、国籍喪失、入夫婚姻離婚、養子縁組ノ離縁等數多ノ原因ヲ數ム、
斯ル原因ハ皆被相続人ノ本国法ニヨリテ定ムヘキモノナリ、又此ノ
例外ヲナスモノハ法例六條ニヨリ外国人カ我カ国ニ於テ失踪ノ宣告
ヲ受ケタル場合ナリ、斯ル場合ニ失踪者タル外国人ノ本国法ニ於テ
失踪ノ制度ナキカ又ハ失踪ヲ以テ相続開始ノ原因トセサル場合ニ於
テ之由我カ国ニ於テハ失踪宣告ヲ相続開始ノ原因ト見サレハナ
ス、何ントナレハ斯ル場合、失踪ノ宣告ハ相続ヲ開始セシメ、其ノ
財産ヲ保テ確定スルノ必要ヨリ失踪ノ宣告ヲナシタルモノナレハ

118
119
120

其ノ本国法ノ如何ニ拘ハラズ、相続ヲ開始セシメサルヘカラサルハナリ、然レテ法例六条ハ此ノ旨ニ於テニ五条ノ例外ノ規定ヲナス、但シカクノ如クシテ開始シタル相続ハ、被相続人即チ又隣邦ノ本国法ニヨリ以テノ干係ヲ定ムヘキナリ、

又民法上ノ死亡ヲ以テ相続原因トナスハ、法例三〇条ノ適用上我カ国ニ於テ之レヲ認ムルコトヲ得ス

○ 第二、相続能力

諸國ノ民法ハ一定ノ資格条件ヲ以テ何人オ相続権ヲ享有シ得ヘキカヲ定ム、然レテ又一定ノ条件ヲ以テ相続人タルノ資格ヲ剝奪手段失セシム、斯ル規定ニヨリ相続権ヲ享有シ得ヘキコトヲ相続能力ト云フナリ、

② 此ノ相続能力ハ行為能力ニアラサルヲ以テ、当事者ノ本国法即チ相続人ノ本国法ニヨルヲ得ス、（権利能力）トシテ權利享有ノ準據法ニヨルヘキナリ、而シテ個々ノ權利ヲ享有スル能力ハ其ノ權利ヲ保護スル國ノ法律ニヨリテ定ムルヲ原則トスルヲ以テ相続能力ハ被

相続人ノ本国法ニヨリテ定ムヘキナリ、何ントオレハ所謂相続権ハ被相続人ノ本国法カ定ムル權利ナレハ、何人カ斯ル權利ヲ享有シ得ヘキカハ、其ノ權利ヲ保護スル被相続人ノ本国法ニヨリテノミ之レヲ定ム得ヘケレハナリ、或ハ相続人ノ屬人法ニヨリ相続権ヲ享有シ得サル原因アルトキハ、仮令被相続人ノ本国法ニヨリ權利享有ノ資格アルモノモ、尚ホ相続権ヲ享有シ得サルモノナリトナス者アレヒ斯ル制限ハ無用ノ制限ナリ、

第三、相続人ノ順位及ヒ相続分並ニ遺留分

之等ノ点ニ就キテハ皆被相続人ノ本国法ニヨル、

今枚ニ相続ノ承認又ハ拋棄即チ相続人ハ相続ヲ單純ニ承認スルヘカラサルカ、或ハ又限定承認ヲナシ得ヘキカ、又相続権ヲ拋棄シ得ヘキカ否ヤニ付テハ、相属人ノ屬人法如何ニ拘ハラズ、被相続人ノ本国法ニヨリテ之ヲ定ム、

第四、相続財産ノ管理

外国人オ死亡其ノ他ノ原因ニヨリテ相続ヲ開始シタル場合ニハ、

其ノ財産所在地ニ於テ之レヲ管理セサルヘカラス、然レモ国際条約
ニヨリ相互ニ其ノ本国ノ領事ニ遺産ノ管理権ヲ與フル場合多シ。日
独領事職分条約亦然リ。日英間ニハ死亡者ノ財産保護ニ付スル
条約アリ。其ノ第一條ニハ死亡者カ全国人ヲ相続人トシテ遺シタル
トキハ、本国ノ領事カ其ノ財産ヲ管理スヘキモノトス、之ヲ相続人カ
全国人ナラサルトキハ所在地ノ裁判所カ財産ヲ管理スヘキカ、又ハ
本国ノ領事ニ其ノ管理ヲ委託スヘキカハ、其ノ国ノ決定ニヨル。ト
ス、斯ル条約アルトキハ裁判所ハ普通ノ手続ニヨリ外国人ノ遺産ト
シテ之レヲ管理シ、保護ニ必要ナル處分ヲナサ、ルヘカラス、此
ノ点ニ付キテハ所在地法適用セラル。海牙条約亦之レヲ認ム。

第五、相続財産ノ移転
相続人ニ被相続人ノ本国法キヨルモ、相続ニヨリテ財産カ相続人へ
移転シタルカ否カハ財産所在地法ニヨリテ之レヲ定ム。從ツテ若シ
所在地法カ不動産ノ移転ニツキ登記ヲ必要トシ、動産ニツキ引渡シ
ヲ必要トスルトキハ、登記又ハ引渡シアルニアラスハ相続財産カ

四五 十三ノ外

相続人ニ移転シタリト云フヲ得ス、從ツテ財産所在地法カ相続人ノ
財産取得ノ権利ヲ認メサルトキハ相続人ハ一方ニ於テ相続ナルニ拘
ハラス、他方ニ於テハ此ノ権利ヲ取得シ得サルコト、ナル、例ヘハ
外国人ノ本国法ニヨリ相続権ヲ有スルモノカ、我カ国ノ財産ヲ相続
スル場合、若シモ我カ法律カ其ノ中ノ或ル財産ニ付キ相続人ノ権利
享有ヲ認メサルトキハ、相続人ハ之レヲ取得スルコトヲ得ス、例ヘ
ハ土地所有権ノ如シ、斯ル場合ニハ外国人ハ土地ヲ所有スル権利ナ
キカ故ニ、土地ヲ相続スル権利ナシトス、何ントナレハ土
地所有権ノ禁止ノ絶対的ニシテ相続スル場合ヲモ禁止スルモノナ
ハナリ、然レモ外国人ノ相続ニヨリ我カ国ノ土地ヲ相続スヘキ権利
アルコトハ法例ニ五條ニ相続ハ被相続人ノ本国法ニヨルトノ規定ニ
ヨリテ、之レヲ認メタルモノト云ハサルヘカラス、斯クノ如キ場合
ニハ相続権ト其ノ實行トカ両立シ得サルコト、ナル、其ノ結果ハ斯
カル相続人ハ其ノ目的トスル土地所有権ハ売却シ其ノ対價ヲ相続シ
得タルモノト云ハサルヘカラス、現行法上之レニ付スル規定ヲ欠ク

四五

七、日本人カ我が國籍ヲ喪失シタルトキハ、一ヶ年内ニ其ノ権利ヲ
売却シテ其ノ対價ヲ取得シ得ルヲ認ムルカ如クニ、斯ル場合ノ相統
人ニ其ノ相統シタル財産ヲ一定ノ期間内ニ売却シテ、其ノ対價ヲ所
有シ得トナスヲ正当ト認ム。

第六、相統人ノ擴張

相統人ナキ場合ニ相統財産ハ何人ニ帰屬スヘキカ問題ナリ。或ハ
國庫ニ帰屬セシムルモノアリ、或ハ財産所在地ノ地方団体ニ帰屬セ
シムルモノアリ、帰屬セシムル理由ニツキテモ、或ハ國庫ハ最終ノ
相統人ナリトシ、或ハ國家最高所有權說ヨリ個人ノ權利消滅シ、
タルトキハ、常ニ國家ノ權利ノミ存在スルカ故ナリトスモノアリ、
我民法ニヨレハ相統人ナキ財産ハ之レヲ法人トシ、一ヶ年内ニ之レ
ニ對シテ何等ノ權利ヲモ主張スルモノナキ場合ニハ、其ノ權利ハ國
家ニ帰屬スヘキモノトス、(民法一〇五九條)從ツテ外國人タル被
相統人カ日本ニ於テ有シタル財産ニツキ特定ノ相統人ナキトキハ其
ノ遺產ハ我カ國庫ニ帰屬スヘキカ、又ハ其ノ本國ノ國庫ニ帰屬スヘ

(5)

キカノ同發生ス、此ノ問題ハ相統人賦クノ場合ノ問題カ尙ホ相統間
堅ナルカ、又ハ相統問題ト見做サル、カニヨリテ其ノ答ヲ異ニス、
独民法ノ如クニ個人ノ相統人ナキ場合ニハ國家ハ常ニ最終ノ相統
人トシテ之レヲ相統スヘキモノトスル場合ニハ、本来相統人ノ賦ク
ナル向發生セス、國家ハ常ニ相統人ニシテ尙相統問題トシテ之レヲ
承継ス、カ、ル國ニシテハ外國人ノ遺產ヲ外國ノ國庫カ承継スレハ、相
統ハ被相統人ノ本國法ニヨルトノ原則ノ適用ナリ。
及之國家ハ相統人トシテ斯ル遺產ヲ承継スルニアラス、國家ノ領
土主權ノ作用トシテ一方ニ於テ個人ノ無主物トシテ之レヲ先占スル
コトヲ禁スルト同時ニ、國庫ノミカ相統權ナキ相統財産ヲ取得スル
ノ主義ヲ採レハ、相統權ナキ相統財産ハ最早相統法ノ規定ニヨルニ
アラス、財産ノ原始的取得ニヨリテ之レヲ定ムヘキナリ、從テ個人
カ其ノ財産ニ對シテ權利ヲ有スヘキカハ法例ニ五條ニヨラス該例一
〇條ニヨリ財産所在地法ニヨリテ之レヲ確立セサルヘカラス、而シ
テ我民法ハ斯ル財產ハ一年間法人トシテ之レヲ管理スヘキモノトシ

テ、一ヶ年以内ニ個人ノ権利者オシテ請求セサレハ我カ國庫ニ
屬スルハ故ニ、外国人ノ財産モ亦我カ國庫ニ歸屬ス、此ノ英ハ海牙
ノ相屬ニ于スル^{條約}ニ條ニモ明言セラル、即チ相続財産ハ遺言ニヨリ
相続権利者ナキトキハ、財産所在地ノ法ニヨリテ獲得セラルトナス、
而シテ外国ノ國庫カ法定相続人ナルトキハ、ニレテ相続人ト認めサ
ルコトヲ明カニ示セリ、故ニ獨乙ノ如キ國家チ相続人ナリトスル國
ノ人民ノ遺シタル財産ニツキテモ、尚本所在地ノ國庫ニ歸屬スヘキ
コトヲ認め、但シカタ所在地ノ國庫ニ歸屬スルコトヲ認めレハ獨乙
ノ如キ主義ヲ取ルモノハ、自國ニアル外国人ノ遺產ハソノ本國ニ歸
屬スルモ、外人ノ外國ニ於ケル遺產ハ所在地ノ國庫ニ歸屬シ不利ヲ
受ケルカ故ニ、獨ハ領事職務條約ヲ結ビ、相続人ナキ場合ノ遺產
ハ五ニ本國領事ニシテ管理シ、本國ノ國庫ニ歸屬セシムヘキコトヲ
約スルヲ例トナス、日英領事職務條約モ斯ル規定ヲ認メタリ、

四五八

第二節 遺言

〇五 十四ノ外

第一、遺言ノ成立

一、實質的要件

茲ニ遺言ノ實質的成立要件トハ、遺言ノ能力カ、遺言ニヨリテ
分シ得ヘキ事項ノ範圍及ヒ性質ヲ云フ、

諸國ノ民法ハ遺言ノ能力ハ多クハ之ヲ普通行為能力ト區別シ、特
別ナル能力ヲ認ムルニ於テハ合一ナレトモ其ノ規定ハ各國各々異ナ
ル、又遺言ニヨリテ分シ得ヘキ事項ハ、或ハ法定相続ノ變更ノ場
合ニ限ルモノアリ、或ハ相続以外ノ事項ヲモ遺言ニヨリテ分シ得
ヘキコトヲ認ムルモノアリ、然レモ多クハ相続ニ干係スル場合ナレ
ハ、概テ相続法中ニ遺言ニ干スル規定ヲ掲クルヲ例トス、我カ民法
ハ遺言ハ私生子ノ認知ノ如キ相続ニ干係ナキ事項ニツキテモ、之レ
ヲ認ムルモ主トシテ、法定相続人ノ變更ニ干スル行為トシテ之レヲ
認ムルヲ以テ相続法ノ一部トナス、從ツテ遺言成立ノ準拠法ハ相続
ト合一ノ法律ニヨルコトヲ認ムルヲ例トス、而シテ相続ニツイテハ
四五九

被相続人ノ本国法ニヨルコトヲ認ムルヲ以テ、^{四六〇}遺言ノ成立ニ就イテ

〇(3)

モ被相続人即チ遺言者ノ本国法ニヨルヘキモノトス、
唯遺言ノ效力ハ遺言者ノ死亡ニヨリテ始メテ發生スルヲ以テ死亡
當時ノ本国法ニヨルカ、或ハ遺言成立當時ノ本国法ニヨルカハ尙懸
ナリ、海牙ノ相統ニ于スル条約ハ相統ト合一ノ規定ヲ適用スヘキニ
トシ、死亡者ノ本国法即チ死亡當時ノ本国法ニヨルヘキモノトナ
セルモ、遺言ニ于シテハソノ成立ノ觀察スルヲ以
テ正当トス、蓋シ遺言カ若シモソノ成立當時ノ本国法ニヨリ不成立
ナラハ、死亡當時ノ本国法ニヨリ何等ノ効力ヲモ發生シ得ヘカラス
故ニ成立問題ハ遺言成立當時ノ遺言者ノ本国法ニヨリ遺言能力ノ有
無、遺言ニヨリ処分ニ得ヘキ事項ノ範圍、遺言ノ制限ニ于スル規定
ノ適合スルカ否カラ定ムヘキナリ、故ニ法例ニ六條一項ハ此ノ成立
問題ハ成立當時ノ遺言者ノ本国法ニ依ルヘキモノトナス、從ツテ或
ハ遺言者カ其ノ最終ノ病氣ヲ看護シタル看護人、又ハ医師ニナシ
タル遺言ハ有効ニ成立スヘキカ、又ハ無効ナルカハ其ノ成立當時ノ

十五ノ規

本国法ニヨリテ之レヲ定ム、此ノ莫ニ件キテハ我カ法例ノ規定ハ正
當ナリト云フヘシ、

②

然レトモ成立當時ノ法律ニヨリ成立シタル遺言カ遺言者ノ死亡ニ
ヨリテ、果シテ其ノ効力ヲ發生シ得ヘキカ否オハ効力ノ準拠法ニヨ
ルヘキナリ、遺言ノ成立ト効力トハ異ナル法律ニヨルヘキコトヲ認
メサルヘカラス、然ルニ法例ニ六條ハ効力ニツキテモ尙未成立當時
ノ法律ニヨルヘキコトヲ原則トスル点ニ於テ不適当ナル規定ナリ、
從ツテ我カ法例ノ規定ニヨレハ一旦有効ニ成立シタル以上ハ死亡當
時ノ本国法ニヨリ無効ナル場合ニ於テモ尙未其ノ効力ヲ發生スヘキ
モノトス、只法例第三〇條ヲ適用スルニヨリテ無効ナル場合ヲ生ス
ルニスキス

遺言ノ形式的要求件

遺言ハ何レノ國ニ於テモ皆嚴格ナル要式行為ニシテ、一定ノ方
式ヲ具ヘスニハ為シ得ヘカラス、而シテ其ノ方式カ各國各々異ナル
ヲ以テ、日本人カ外國ニ於テ遺言ヲナシ、若シクハ外國人カ我カ國

ニ於テ遺言ヲナスニハ、何レノ法律ニヨル方式ヲ採ルヘキオヲ明カ
ニセサルヘカラス

此ノ莫ニ件キテハ法律行為ノ方式ニ關スル原則ニヨリ、其ノ行為
ノ効力ヲ定ムル法律ニヨルヲ原則トス、而シテ遺言ノ効力ハ遺言者
ノ本國法ニヨルヲ以テ、本國法ニヨル方式ハ何レノ國ニ於テモ之レ
ヲ有効ト認ムヘキナリ、然レトモ遺言ハ多ク病氣危篤ニ際シテ之レ
ヲ爲スモノニシテ、外國ニ滞在スルモノカ本國法ノ要求スル方式ヲ
履行シ得ヘカラサル場合多シ、故ニ遺言ニツキテ行為地法ノ定ムル
方式ニヨリテ之レヲ爲スモ有効ナルコトヲ認ムルノ必要特ニ多シ、
即チ法例八條二項ニヨルヘキ場合頗ル多シトス、故ニ法例二大條三
項ハ遺言ノ方式ハ行為地法ニヨリ得ヘキコトヲ特ニ明言セリ

而モ遺言ハ一ノ法律行為ナリ、法律行為タル以上ハ八條二項ノ規
定ニヨリテ行為地法ニヨリテ之レカ方式ヲ定メ得ヘキコト明カナル
ニ拘ハラズ、特ニ之レヲ明言スル所以ハ如何、惟フニ遺言ハ多クハ
相続財産ヲ処分スル法律行為ナレハ、判シ法例八條ノ三ニヨル中ハ

〇五 十五ノ外

物權ヲ處分スルノ行為トシテ所在法ニヨルヘク、行為地法ニヨル
ヘカフサルヤクニ解散セラルルノ虞アルカ故ニ物權ノ処分ニ關スル
遺言モ尚木行為地法ノ方式ニヨリ得ヘキコトヲ明カニスルタメニ特
ニ二大條三項ニ之レヲ規定セルナリ、

之ト合致スル原則ハ海牙ノ遺言ニ關スル條約第三條ニ之レヲ認ム
ル形式ナルヤ実質ナルヤヲ決定スルコト困難ナル場合少ナカラズ、
之レ民法ノ決定又ヘキ範圍ニ屬ス、例之仏國ニ於テハ一枚ノ遺言者
ヲ以テ全財産ヲ処分スルハ無効ナレト、二枚ノ遺言書ヲ以テスルト
キハ有効ナリトノ規定アリ、之レカ形式的要件タルカ將テ実質的要
件ナルカハ民法ノ規定ニヨラサルヘカラス

第三、遺言ノ效力

遺言ノ效力トハ之レヲ二枚ノ意味ニ解散スルコトヲ得
其ノ一ハ遺言ノ死セヨリテ始メテ實際ニ發生スル效果ナリ、我
カ民法ニ云フ遺言ノ效力トハ此ノ意味ノ效果ナリ
其ノ二ハ遺言ノ遺言トシテ有效ニ存在スルコトヲ意味ス、即チ遺

〇六

言、成立后遺言者、死亡ニ至ルマデ、有効ニ存在スル効力ニシテ、
遺言ノ存在ソノモノヲ意味ス、

① 第二ノ意味ノ効力ハ畢竟遺言ノ成立ニ伴ヒタル効力ナレハ、之レ
ヲ成立向蹙ト區別シ得ヘカラス、然レモ第二ノ意味ノ効力ハ遺言
者カ死亡ニヨリテ始メテ發生スルヲ以テ、仮令成立當時ノ法律ヲ以
テ有効ナル遺言ナルモ、若シモ死亡當時ノ本國法ニヨリ無効ナルカ、
或ハ其ノ法律上カ、ル効力ヲ發生スルコトヲ認メラザル場合ニ於
テハ、ソノ予定セラレシ効力カ實際上發生シ得ヘカラサルモノナリ、
例ハハ遺言ノ成立當時ノ本國法ニヨレハ、遺言者ノ全財産ヲ遺言ニ
ヨリ処分シ得ヘキモノトスルモ、若シモ死亡當時ノ本國法ニヨレハ
遺言者ハソノ財産ノ半額若シクハ三分ノ一ヲ法定相続人ニ遺言分ト
シテ相続セシムヘキモノニシテ、遺言者ハ只残余ノ財産ニ付シテノ
ミ処分ヲ為シ得ヘキモノトスル場合ニハ、遺言ハ其ノ範圍内ニ於テ
ノミ効力ヲ發生スルコトヲ得、法律行為其ノ他ノ原因ニヨリ發生ス
ル債権ニツキテハ債権ノ成立向蹙ト効力ノ向蹙トハ之レヲ區別スル

モ益ナク又之レヲ區別シ得サルモ遺言ハ普通ノ法律行為ト異ナリ遺
言者ノ最終ノ意思カ効力ヲ有ス、畢竟スルニ死亡當時ノ法律カ認メ
ル範圍内ニ於テノミ効力ヲ生スヘキモノナレハ遺言ニ付キテハ其ノ
成立ノ準拠法ト効力ノ準拠法トハ之レヲ區別シテ見サルヘカラス、
而シテ効力ノ準拠法ハ死亡當時ノ準拠法ニヨラサルヘカラス、元來
法定相続人ハ被相続人ノ本國法即チ死亡當時ノ本國法ニヨリテ定ム
ルヲ以テ法定相続人ニ變更ヲ及木ス効力モ亦之レト同一ノ法律即
チ遺言者ノ死亡當時ノ法律ニヨルヲ正當トス、
此ノ莫ニ付キテハ海牙ノ相続ニ關スル條約一條ニ遺言ノ効力ニツ
キテモ相続ト合致ニ死亡者ノ本國法ニ依フトセルハ正當ナリ、法例
ニ大條ハ遺言ノ成立向蹙ト効力向蹙トヲ同一視シ、効力モ亦成立當
時ノ遺言者ノ本國法ニヨルトセルハ不適當ナリ、
成立向蹙ト効力向蹙トヲ區別セル民法九四條ハ可當ナリ、即チ死
亡當時ノ本國法ノ範圍ニ於テノミ成立ノ當時ノ本國法ニヨリテ決定
セラルヘキモノナリ、

第三、遺言ノ取消、

遺言ノ效力ハ死亡ニヨリテ始メテ發生スルヲ以テ、遺言ハ死亡ニ至ルマデハ何時ニテモ之ヲ取消シ得ルヲ原則トス、且ツ諸國ノ民法ハ遺言ノ取消権ハニ其ノ放棄シ得ストナシ、遺言者ノ積極的ニ遺言ヲ取消シタル場合ニハ其ノ效力ナキハ勿論、何等取消ノ意思ヲ表示セサルモ彼ニナシタル法律行為ニヨリ即チ新タル遺言ニヨリ前ノ遺言ト矛盾スルコトヲ為シタル場合ニハ彼ノ遺言ト抵触スル範圍内ニ於テ前ノ遺言力取消サレタルモノト辨ス、

斯クノ如ク遺言ノ取消ハ又一新ナル遺言ト全一ナリ、然レテ遺言ノ取消力有效ニ成立スルカ否カ、其ノ取消當時ノ遺言者ノ本國法ニヨリ之レヲ定ムヘキナリ、法例第二十六條第二項及ヒ海牙條約第四條亦全シ

遺言ノ取消シカ更ニ取消シ得ヘキカ否カ、又取消ヲ取消シタル片ニハ最初ノ遺言力復活シヌヘキカ或ハ一旦取消サレタル遺言ハ如何ナル場合ニ於テモ復活スルコトナキカ等ハ遺言ノ取消シノ效力ニ關

スル問題ナリ、而シテ遺言ノ取消シハ遺言者ノ死亡ヲ俟タスシテ直ニ效力ヲ發生スルヲ以テ取消當時ノ遺言者ノ本國法ニヨリテ之レヲ定ムヘキモノナリ、

如斯ク取消ハ取消シ當時ノ法律ニヨリテ之レヲ定ムルヲ以テ、當事者ノ自己ノ行為ニヨリ遺言ヲ取消サレタルモ遺言ノ後法律ノ改正ニヨリ前ノ遺言力無効ニ屬スル片ニハ其ノ遺言力效力ヲ發生シ得サルコト明ラカナリ、而シテ遺言者力遺言書作成後國籍ヲ變更シタル結果、死亡當時ノ本國法力遺言成立當時ノ本國法ト異リ其ノ遺言ノ效力ヲ認めサル場合ニハ前ノ遺言ハ結局無効ニ屬スト云ハサルハ力ヲス、此ノ莫ヨリ見ルモ遺言ノ效力ハ死亡當時ノ本國法ニヨルコト明カナリ、

第五編 商法

第一章 商人及商行為法

第一、何人が商人ナルカハ法廷地ノ法律ニヨリテ之ヲ定ム、商人タルヤ否ヤヲ以テ身分ト鮮シ、屬人法ニヨル原則ヲ採リタル立法例アレドモ我が法律ノ採ラザルトコロナリ、商法ハ商人ガ權利義務ヲ有スベキ獨立ノ資格タル點ニ着眼シテ、本法ニ於テ商人トハ、自己ノ名ヲ以テ商行為ヲナスヲ業トスル者ヲ云フト規定セルが故ニ、商法施行區域タル

我國ニ於テハ商人タルト非商人タルトハ向フトコロニアラズ。

✓亦二、商行為ヲナスヲ業トスルト云フが故ニ、次ニ商行為ノ何タルヤヲ未定セザルベカラズ。之レ一ニ我が商法ニ六三、ニ六四條ニ依リテ決定スベキモノナリ。然レドモ商人タルヤ否ヤヲ定ムルニ付キ、商行為ナリヤ否ヤヲ定ムル場合ニ、國際私法上ノ問題ヲ生ズルコトナク、公法上ノ干渉ニ於テ即チ例ヘバ、營業稅ヲ課スベキヤ否ヤ等ニ干シテ問題トナルノミ、此ノ場合ニハ屬地法ニヨル。

尚ホ商事裁判所ノ存スル場合ニハ、民事商事ヲ頒ツタメ商行為ナリヤ否ヤヲ區別スル要アリ、裁判所轄ノタメニ商行為ナリヤ否ヤヲ定ムルニハ、訴訟地法ニヨル。其ノ國際私法上ノ問題トナレバ、植利義務ヲ定ムルニ付キ、商行為ナリヤ否ヤヲ區別スルノミナリ、即チ何レノ法律ヲ適用スルカヲ定ムルタメ商行為ナリヤ否ヤヲ定ムル場合ナリ。法律行為ハ自治行為ナルが故ニ、法例七條ニ依リテ其ノ準據法ヲ定メ、然レ後準據法ニヨリテ指定セラレタル國ノ法律ニ依リテ、商行為

ナリヤ否ヤヲ定ム

↓亦三、商行為ノ方式ハ法例八條ニヨル。但シ法律行為ノ方式ト實際トガ區別ヲ得ベカラザル場合ニハ、法例八條ヲ適用スルコトヲ得ズ。

例ヘバ手形行為ニ付テハ實質ト形式トが適用法規ヲ異ニスルコトハ異數ナシ。此ノ場合ハ實質ノ適用法規ニ支配サレ

↓亦四、商行為能力ハ民事上ニ於ケル法律行為能力ト區別スルノ理ナキが故ニ亦三條ヲ適用ス。全條二項ノ規定ハ商行為ニ干シテ適用セラルコト特ニ多シ。未成年者、妻ハ其ノタメ營業ニ干シ能力者ト認めラレハコト我法律ノ規定セル所ナレバトリ

第二章 手形法

亦一節、國際手形統一法ノ成立

参考書

gummhut Wechselrecht I 1900
F. Meyer Wellwechsellset II 1909

現今ニ於テハ田國ニ於テ提出サレタル手形ガ乙國ニテ裏書セラレハ

国ニ於テ受取り又ハ支払ハルベキ場合多シ。換言スレバ手形ノ流通ハ
一國領土内ニ限ラレズ、世界的流通証券トシテ行ハル。是ニ於テ、諸
国ノ手形法ノ統一ヲ企ツルコトガ、實際上必要ニシテ、最近数年カ、
ル企ガ試ミラレタリ。

〇 始メ独ニ於テ、一八四七年オーストリア帝國成立前ヨリ聯邦間ニ共通ノ手
形法ヲ設ケ、手形ニ付イテノ國境ヲナクスルコトヲ努メタリ、一八七
三年此ノ法典カ少シク修正セラレ、獨帝國ノ手形法トシテ採用セラレ
又、次イテ奥匈國モ亦セルト同一ノ法律ヲ手形法トシテ採用シタリ、
是ニ於テ獨奥匈三國間ニテハ手形法ハ全然同一トナリ手形取引ニ便宜
ヲ与フルニ至レリ、此ノ實例ニ鑑ミ、諸國ノ學者ハ世界各国間ニモ斯
ノ如キ統一ヲ得ベキコトヲ信ズルニ至レリ、國際法學會若シクハ國際
法改良協會等ニテハ、一八七五・六年以來、屢々各地ニ會議ヲ開キ、
手形統一ノ原則ヲ議定スルニ到レリ、殊ニ一八八五年白耳義政府主催
トナリテ萬國統一手形法會議ヲ Antwerpen + Brussel トニ開キタ

リ。然レ共此ノ會議ハ主トシテ仏法系ノ政府ノ代表者ヲ集メシモノニシ
テ獨奥ノ如キハ之ニ与ラズ、從ツテ不成功ニ終リシガ、一九〇〇年ノ世
界博覽會以來再び手形統一運動旺ニトナリ、一九〇六年和蘭商業會議所
ガ全國一致シテ世界手形統一ノ法律案ヲ準備スベキコトヲ努ムルニ至レ
リ、之ガ委託ニ依リテ成リタル St. Omeres ノ世界手形法トナル。
斯リ運動ヲ基礎トシ終ニ獨仏伊三國ヨリ一九〇八年和蘭政府ニ手形統
一會議ヲ開カムコトヲ提議スルニ至レリ、而シテ其ノ結果一九一〇年、
六月ヨリ七月ニ亘リ海牙ニ萬國手形統一法會議ヲ開キタリ、此ノ會議ハ
實ニ三十二ヶ國ヲ代表者ヲ集メタ。我邦モ亦之ニ加入シ代表者ヲ送レ
リ、其ノ結果ハ一ノ條約案ヲ成立セシメシガ、更ニ第二回ノ會議ニテ之
ヲ修正スルトナリ、一九一二年七月二十三日手形統一法ニ關スル條約
並ビニ手形統一法ヲ成立スルニ至リタリ。斯ノ如クニシテ手形ノ實際
的規定ガ將來諸國間ニ統一セラル、併ハ手形法ノ抵牾問題ハ大イニ減
ルニ至ルベク、國際私法的规定ガ此点ニ就イテ發達スルヨリモ寧ロ手形

法ソノモノが同一ニ帰スルコトノ方が早ク實現セラルベシ。

此ノ条約ニハ英米二國が其ノ統一ノ主義が根本的ニ異レルヲ理由トシテ加入セズ、世界ノ商業ニ關係深キニテ國が此ノ條約ノ外ニアルコトハ此ノ全約ノ効果ヲシテ大イニ其ノ重要ヲ減セシム、從ツテ此ノ條約案ニモ、ソノニ〇条ニ條約ノ範圍外ノ國ニ於テナシタル手形行為又ハ此ノ條約適用ノ結果證據スベキ法律が條約國以外ノ法律ナリトキハ、此ノ條約ノ規定ニヨラザルコトヲ留保ス、從ツテ此点ニ於テ尚ホ手形ニ關スル抵觸問題ヲ解決セザルベカラズ、加之手形統一條約ノ行ハル、國ノ間ニ於テモ尚ホ手形能力方式又ハ手形行為ノ權利保全ニ關スル方式ニ就キ、各國ノ法律が相異リ得ルコトヲ前提トスルヲ以テ、コノ統一條約ソノモノニ於テモ、法律ノ抵觸問題ニ關スル規定ニテ加ヘタリ（條約附屬ノ法律七四—七六条）從ツテ斯ル條約が將來實施セラル、モ、尚ホ手形法ノ抵觸ニ關スル國際私法の問題ヲ解決セザルベカラズ

第三節 手形行為ノ能力

手形行為モ亦法律行為ナルヲ以テ手形行為能力トハ即チ法律行為ヲナスノ能力ナリ、我カ法例ニ条ハ單行行為ニ關シテ凡テノ法律ニツキ、能力ノ證據法ヲ定メテ其ノ本國法ニヨリテ之ヲ定ムルヲ原則トスルガ故ニ手形行為能力ニ付キテモ亦コノ規定ニ依ルベキナリ、即チ當事者ノ本國法ニ依ルヲ原則トシ、唯假令本國法ニ於テ無能力者ナルモ日本ニ於テナシタル手形行為ニ付キテハ、我カ法律上能力者タル場合ニハ、尚ホ能力者トシテ責任ズベキモノトス、此ノ原則ハ手形統一法七四条ニ殆ンド全一ノ文字ヲ以テ認めラレ、從ツテ此ノ條約が他日實施セラル、モ此ノ点ニ就テハ法例ノ規定ト何等異ル所ナシ、英米ニ於テハ行為地法ヲ採リ外國人ノ手形能力ニ付テハ其ノ本國法ニ依ルヲ原則トスルモ其ノ本國法ニ於テ日本ノ法律ニ依ルベキモノトスルトキハ、我カ國ノ法律ニ依ルベキコト當然ナリ（法例二九）

第三節 手形行為ノ成立要件

第三節 手形行為ノ成立要件

○ (3)

手形行為ハ要式行為ニシテ、一定ノ形式ヲ具ヘシ場合ニ限りテ成立ス
 従ツテ手形行為ニ付テハ其ノ實質的成立要件ト形式的成立要件トヲ區別
 シ得ズ、實質ト形式トヲ區別シ得ベカラザル關係ニ於テ成立ス、従ツテ
 手形行為ノ要件ハ法例ニ依レバ七條及八條ニ依リテ定ムルベキモノ
 トナル、然ルニ我が商法施行法一五條ハ法例ニ對スル例外的規定ヲ置
 キテ、手形行為ノ要件ハ必ズ行爲地ニ依ルベキヲ原則トス、従ツテ外
 國ニ於テナス手形行為ニ付イテハ、總對的ニ我國法ニ依リ、外國ニ於テ
 ナス手形行為ニ就テハ外國法ニヨルベキモノトス（商法一五條一項）
 但シ外國ニ於テナス場合ニハ、行爲地法ノ原則ハ總對的ニアラズシテ
 ニツノ例外アリ。

(一) 外國ニ於テナスシタル手形行為ガ、日本ノ法律ニ定メタル要件ヲ具備
 スルトキハ、外國ノ法例ニ依レバ、要件ヲ具備セザルトキト雖モ、爾
 後日本ニ於テナスシタル手形行為、有効ト認め、換言セバ外國ニ於イテ

外

ナシタル手形行為ハ有効ト認め、換言スレバ外國ニ於テ振出シタル手形
 法ハ其ノ行爲法ニ依ラザルガタメ、基本手形トシテハ無効ナルモ、若シ
 其ノ手形ガ日本ノ法律ニ定ムル要件ヲ具備スルハ、其ノ手形ガ日本ニ
 於テ來サレ日本ニ於テ其右ナサルベキ手形行為ニ就イテハ有効ナル手形
 ト看做サル。

(二) 日本人ノ外國ニ於イテ他ノ日本人ニ對シテ爲シタル手形行為ガ、
 日本ノ手形法ノ定メタル要件ヲ具備スルハ、初メヨリ之ヲ有効ト看
 做ス、換言スレバ日本ニ於テ來サレタル後有効ナル手形行為ヲ爲スヲ
 得ルノミナラズ、振出行爲ソノモ即チ基本手形ソノモノモ、行爲地
 法ニ據ラザルモ之ヲ有効ト見做スベキモノトス、文字解釋ヨリスレバ
 コモ亦全シトアルガ故ニ爾后有效ナルモノト解スベキガ如キモ、理
 論上ヨリ不可ナリ。

√ 第一ノ問題ヲ認メタル所以ハ、我が邦ニ於テハ日本ノ手形法ノ要件ヲ
 具備スル手形ハ、何人モ之ヲ有効ノ手形ト信ズルヲ以テ、行爲地法ニ

手形法ノ要件

アラザルモ斯ル手形ノ上ニサレタル手形行為ハ、之ヲ有效ト認ムル必要アルガ故ナリ。而シテ亦ニノ例外ニ於テ始メヨリ之ヲ有效トスルハ手形ノ相手方即チホ一取得者ガ日本人ナル以上ハ、始メヨリ有效トスルモ妨ナキ故ナリ。

⑥ 海牙統一手形法案七五條ハ斯ル例外ヲ認メズ、手形行為ノ方式ハ絶対的ニ行為地法ニ據ルベキヲ規定ス。若シ手形行為ノ方式ニツキ、当事者ノ自由意志ヲ認ムベカラズトシ、或ル一定ノ法律ニ據ルベキモノトスレバ行為地法ニ據ルヲ正当トス。然レドモ既ニ行為地法ヲ正当トスル以上ハ、我が商法施行法ノ如キ例外ヲ認ムルハ甚ク理由ナキコトナリ。殊ニ我が商法施行法ガホニノ例外ヲ認ムルニ當リ、手形ノホ一取得者ノ内国人タルカ外国人タルカニヨリ、基本手形ヲ有效トシ、或ハ無効トスルハ理由ナキコトナリ。元來ホニノ例外ニ於テ相手方が日本人ナルガ故ニ其ノ行為ヲ有效トスル所以ハ、只當然日本人ニ依リテ取得セラレシクメニアラズ。日本人ナルヲ知ルノミナラス互ニ日本ノ法律ニヨリテ手

形債務ヲ負担スベキ意志ヲ表示シタルガ故ニ、行為地法ニ據ラザル手形行為モ、吾國ニ於テ有效トスベキ理由アルガタメナリ。若シ然ラバ相手方ノ日本人タルト外国人タルトハ、何等ノ影響ヲ及ボサザルモノニシテ外国人相互間ニ於テモ若シモ日本ニ於テ支払ハルベキ手形ヲ提出シ、互ニ日本ノ法律ニ依リベキ意志ヲ有スレバ日本人相互間ニ於ケルト全シク之ヲ有效トセザルベカラズ。何トナレバ手形ハ仮リニ契約トスルモ、親族關係ノ如ク当事者ノ本国法ニ依ラザルベカラザルモノニハアラス。其ノ国籍ノ如何ヲ向フノ要ナキハ当事者ノ男女ノ如何ニ関ラザルニ全シク。況ンヤ手形行為ハ契約ニアラスシテ單獨行為ナリトスレバホ一取得者ノ何人ナルカハ、手形債務者ノ義務ヲ變更スベキ理由ナシ。故ニホ一ノ例外ノ場合ニ於テモ、爾后日本ニ於テ為サレタル行為ガ有效ト認メラルベキノミナラス、ホニノ例外ト全シク振出行爲モ基本手形モ始メヨリ有效ナリト云ハザルベカラズ。此ノ点ニ於テホニノ例外ヲ區別スベキ立法上ノ理ナシ。

加之、斯ル例外的手形行為ヲ有效トナス所以ハ、只軍ニ我カ法律ニヨ
 リシガタメニアラズ、其ノ手形關係ガ我國ニ於テ消滅スベキコトヲ前提
 トスルガタメナリ。即ケ外國ニ於テ振出サレタルニ関ラズ、日本ニ於テ
 裏書セラレ支払ハルベキ手形行為ナルコトヲ前提トスルガタメナリ。
 若シモ外國ニ於テ振出サレ外國ニ於テ支払ハルベキ手形ナラバ、日本人
 同ノ手形行為モ行為地法ニヨラザレバ無効ナリ。故ニ独壇手形法ニ於テ
 我商法施行法一ニ五条ト全條ノ例外ヲ認ムル場合ニハ、唯外國ニ於テ支
 払ハルベキ手形ニ限リテモ認ム。然ルニ我商法施行法ハ此ノ重大ナル
 要件ヲ規定スルコトヲ忘レ、如何ナル手形ニ就イテモ、斯ル例外ヲ認ム
 ル如ク規定セルハ独壇手形法ヲ誤解セルモノナリ。

元來手形法ハ強行法ニ属スル規定多ク、内國ニ於テナスベキ手形行為
 ハ内國法ニヨラザルベカラザル場合多シ。従ツテ手形ニ付イテハ法例七
 条ノ原則ニヨリ、当事者ノ自由意志ニヨリ準據法ヲ定ムベキ場合存在セ
 ザルガ如シ。然レドモモヤレ又自由意志ノ範圍狹キヲ意味スルノミ、七條

ノ原則ヲ適用シ得ズトイフヲ得ス。

元來我カ手形法ガ強行的規定ナリト云フハ、我國ニ於テ流通スベキ手
 形ハ必ズ我カ法律ニ依ルベキコトヲ意味ス。我國ニ於テ流通セザル手形
 ハ、手形法ハ何等強行的規定ニハアラス。

083

此ノ点ヨリ手形ニハ絶然タル内國手形ト、絶然タル外國手形ト内外國
 國ニ跨ル國際手形トノ三アリ。

内國手形トハ手形ノ表面ニ於テ其ノ權利義務ノ關係ガ内國ニ於テ發生
 シ内國ニ於テ消滅スルコト明ラカナル手形ヲ云フ。尚ホ具體的ニ云ハバ
 内國ニ於テ振出サレ且ツ支払ハルベキ手形ヲ云フ。又同時ニ外國手形ハ
 外國ニ振出サレ且ツ支払ハルベキモノナリ。セニ反シ手形ノ表面ニ於テ
 振出ト支払トガ二國以上ニ關係スルモノヲ國際手形ト云フ。手形法
 ガ強行規定ナリト云フハ、只内國手形ニ對シテノミ云フベキコトナリ
 即チ我國ニ於テ振出サレ且ツ支払ハルベキ手形ハ、當事者ガ何人ナルモ
 絶對的ニ我カ商法ニヨルベキナリ。此ノ場合ニ於テモ法例七条ノ原則ハ

尚本適用セラル、民法例三〇条ニヨリ制限セラル、結果外國法ニヨリ得
 ベカラザルコトアルノミ。及之國際手形ニ付テハ何レノ國ノ法律モ手
 形關係ノ全部ヲ支配シ得ベカラザルヲ以テ絶對的強行法タルヲ得ズ。例
 之我國ニ於テ振出サレタル手形ナルモ、英國ニテ支払ハルベキ手形ハ日
 本ノ法律ニヨラズ、英國法ニヨリ振出スモ我國ノ公益ヲ害セズ、從ツテ
 我が法律ニヨラザル一事ヲ以テ之ヲ無効トスベキ必要ナシ。又反對ニ我
 國法律ニヨリ振出シタルトキハ振出地ノ法律ニヨリ有效ナル手形ナレバ支
 払地タル英國ニ於テ英國法ニヨラザルカタノ之レヲ無効トスルヲ得ズ。
 何レノ法律ニヨルモ等シク有效ナルコトヲ得ルヲ以テ、斯カル手形ニ付
 キテハ當事者ハ自由意思ニヨリ振出シ又ハ支払地ノ法律ニヨルコトヲ得
 ルナリ。何レモ皆原則適用ノ結果トシテ有效ナル手形ナリ。我が商法施
 行法ハコノ原則ヲ否認スルカタノニ何ノ例外ヲ認ムルニ至リシガ、ニ
 何ノ例外コソ寧コ原則ノ結果ニシテ、當事者ガ外國ニ於テ手形行為ヲナ
 シタル場合、日本ニ於テ支払ハルベキ手形ニ付テハ七条ノ原則ニヨリ日

本ノ法律ニヨリ有效ニ手形行為ヲ成立セシメ得。凡意思不明ノ場合ニ限
 リ、行為地法ノ原則適用セラル。從ツテ商法施行法ノ規定ハ二何ノ例外
 ノ區別ヲナスノ點ニ於テ誤レルノミナラズ、行為地法ノ規定ヲ原則トシ
 テ、斯ル例外ヲ認ムル點ニ於テ原則ト例外トヲ辨別セルモノナリ。

第四節 手形行為ノ效力

手形行為ガ適法ニ成立シタル場合ニ、其ノ行為ヨリ發生スル權利ノ内
 容如何、又ハ其ノ有効期間等ノ問題ハ手形行為ノ效力ニ干スル問題タル
 ナリ。

我國ニ於テハ商法施行法ニハ手形行為ノ成立要件ノ準據法ヲ定ムルモ
 其ノ效力ニ付テハ何等ノ規定ナキヲ以テ、法例ヲ七条ニ從ヒ、之ヲ定ム
 ベキモノト云ハザルベカラザルモ、商法學者ハ此點ニ付キ説明シテ曰ク
 手形ハ其ノ文書ニ依ツテ責任ヲ負フベキモノニシテ、商法第百三十九
 条ニヨリ手形法ニ規定ナキ事項ハ之ヲ手續ニ記載スルモ、手形上ノ效力

ヲ生ゼザルガ故ニ、当事者ハ假令或國ノ法律ニヨルベキコトヲ手形上ニ記載サル、モ尚ホ手形上ノ効力ナシ。尤シヤ手形ニセテ記載セザル場合ニ手形以外ノ材料ヨリ何レノ法律ニ依ルベキ意思ヲ有シタリシカヲ証明シ得ルヲ以テ結局法例七条ノ原則ハ効力ニ付イテモ亦セヨ商カレ能ハズ、從テテ効力モ亦行為地法ニヨルモノト解釋セザルヲ得ズトナス。然レドモ、錢商法ニ依レバ裏書、引受、保証等ニツキ何レノ地ニ於テオヲナシタルカ、即チ行為地ハセテ記載スルノ要ナシ、從ツテ行為地法ニ依ルベキモノトスルモ、手形以外ノ材料ヨリ何レノ地カ行為地ナルカヲ証明セザレバ行為地ヲ知ルヲ得ズ。果シテ然ラバ、行為地法説ヲ採ルモ、手形法上ノ効力ナキ事項ヲ以テ其ノ行為地ヲ証明セザルベカラザルコト、ナル。若シセテ正当トスレバ、何レノ法律ニヨルベキカノ當事者ノ意思ニ付キテモ手形以外ノ材料ニヨリ、之ヲ証明シ得ベキ事ヲ認めザルベカラズ。加之、商法四三五条、四三九条ハ日本ノ法律ニヨルベキ手形即チ内國手形ニ付テ適用セラルベキ規定ナリ。茲ニ問題トスル地

ハ日本ノ商法ニ依ルベキ手形ナルカ、又ハ外國ノ手形法ニヨルヲ得ベキカラ定ムベキ手形ナリ。コノ問題ハ天國國際私法の問題即チ法例七条ノ問題タルニ止ル、商法上ノ意思表ニ付テハ、國際私法上ノ意思表示ナリ。而シテ我が法例ハ法律行為ヨリ發生スル債權ノ効力ニ依リテキテハ當事者ノ意思ニヨリ其ノ準據法ヲ定メ得ベキモノトセルヲ以テ、所謂國際手形ニ付キテハ其ノ効力ニ付キテモ亦當事者ハ行為地法ニ據ラントスレバ據リ得ベク、支払地法ニ據ラントスレバ據リ得ベキモノニシテ、ソノ意思如何ハ手形以外ノ材料ニヨリ之ヲ証明シ得ベキモノナリ。故ニ我が商法施行法ニ、手形行為ノ効力ニ付テ特別ノ規定ナキ以上ハ、法例ノ原則ニヨリ之ヲ定ムベキナリ。之レ國際私法上一般ニ認めラルベキ原則ニシテ、英仏モ亦一般ニ此ノ原則ヲ認ム。

② 次ニ問題タルハ、元來手形行為ハ振出行爲ヨリ裏書行為、引受、保証、支払等ヨリ成ル行為ナリ。此等ノ行為ノ能力ハ凡テ同一ノ法律ニヨリテ定ムベキカ、又ハ各行為ニツキ各別ノ法律ニヨリ之ヲ定ムベキカノ同

題アリ。

此ノ点ニ付キテ、或ハ一ノ手形ニ關スル凡テノ手形行為ハ皆同一ノ法律ニ依ルベキモノトスルモノアリ、即チ一切ノ行為ハ皆反松地法ニ依リテ之ヲ定ムベシトナス、然レドモ此ノ説ハ手形行為獨立ノ理論ト矛盾ス、一何ノ手形ノ上ニ存スル各何ノ手形行為ハ只其ノ基本手形ヲ一ニスルノミニシテ、各何ノ手形行為ハ各別何ノ行為ナレバ、必ズシモ同一ノ法律ニヨリ其ノ效力ヲ定ムルヲ得ズ、此ノ点ニ於テ理論上誤レルガ故ニ各手形行為ニツキテ其ノ效力ヲ定ムルヲ以テ正当トス。

オニニ各種ノ手形行為ニツキ、各特別ノ準據法ヲ認ムル説ニツキテモ或ハ債權者ノ所住地法ヲ採リ、或ハ履行地法ヲ採ル。然レドモ多クノ學者ハ行為地法ヲ採ル。即チ振出行爲ニ付キテハ其ノ法律ニヨリ其ノ效力ヲ定ムベキモノトナス。行為地法ノ誤リナルハ前ニ説明シタルトコロニシテ法例オ七条ニヨリ、先ツ當事者ノ意思ニヨルベク、意思不明ナルニ於テ始メテ行為地法ニヨルベキモノトス。

第五節、手形上ノ權利ノ行使

又ハ保全ノ方式

手形上ノ權利ヲ行使スルガタメ、例ヘバ償還請求權ヲ行フタメニハ、其ノ振出人又ハ裏書人ニ對シテ、支払拒絶ヲ明カニセザルベカラザル方式アリ。斯カル拒絶證書ハ何人か何處ニ於テ如何ナル期間内ニ作成スベキカニ就キ、諸國ノ法律異ナル。此ノ点ニ付キテハ、商法施行法一ニ六条ニ於テ、行為地法ニヨルベキ旨ヲ規定ス。法例八条ニ云ヘル方式ハ法律行為自体ノ方式ニシテ法律行為ヨリ發生スル權利ノ行使保全ニ干スル行為ノ方式ニ非ザルヲ以テ、斯カル行為ノ方式ニツキ、行為地法ヲ適用スベキヲ規定スルハ無用ニアラズ。然レドモスベテノ權利ノ行使ハ行為地法ニヨラズンバ之ヲ実行シ得ザルコトハ一般ニ認メラル、此ナレバ斯ル規定ナキモ尚ホ同一ノ結果ヲ認ムルヲ得。斯カル意味ニ於テ、行為地法ノ原則ヲ何レノ國モ一般ニ認ム。手形統一法七六条モ拒絶證書ノ方式、期間ソノ他ノ權利ノ行使、又ハ保全ニ必要ナル行為ノ方式ハ、

ソノ行爲ヲアスベキ國ノ法律ニヨルト規定ス。

第三章 海商法

海商法ハ沿革ヨリ見レバ、古來ヨリ近世マデハ、或時代ニ於テ海商ニ就キテ最モ優勢ナリシ國ノ法律ガ、恰モ國際法ノ如クニ、他ノ國ノ海商ニ付キテモ、模範的法律ト認メラレタリ。

然ルニ近世ニ至リテ、各國ノ海商互ニ發達シクル結果、各國ニ特有ノ海商法ノ發達ヲ見ルニ至レリ。然ルニ海商ノモノハ各國ノ港灣間ニ行ハル、モノニシテ、一國ノ領土内ニ於テノミ行ハルベキ法律干係ニアラザルヲ以テ、各國ニ區々ナル法律ニヨリテ之ヲ支配スルコト實際上不便多シ。再ビ各國ノ海商法ヲ統一シ、各國ニ同一ノ規定ヲ採用セシムルコトヲ希望スルモノ増加シ、國際法学会ハ一八七〇年頃ヨリ海商法ノ統一ヲ企図シ、重要ノ點ニ付キ統一的法律ヲ討議セリ。又一八九〇年頃ヨリ、諸國海商ニ干スル學者、實業家相集リ、萬國海商法学会ヲ組織シ、毎年

五ノ外

相會シ、以テ海商法ノ統一ヲ企テタリ。之等ノ結果一九〇九年自京義政府主催ノ下ニ、海商ニ干スル法統一ノタメ列國會議開カレタリ。此ノ會議ハ一九一〇年海商ニ關スル種々ノ統一的规定ヲ審議シタルガ、遂ニ全年船舶ノ衝突ニ關スル特定ノ規定ヲ目的トスル條約ヲ成立セシメタリ。我が政府モ亦此ノ條約ニ加入シ、之ヲ採用シ、遂ニ現行商法ノ如キ改正ヲナシタリ。

然レドモ、此ノ二條約ハ、尚ホ海面ノ一部分ニ關スル規定ノ統一ニ過ギズ、全部ノ統一ニ付キテハ、今後多數ノ條約ノ成立ニヨルニアラザレバ完成シ難シ。加之、海商法ニ關スル諸國ノ規定ノ著ニク異ナルハ、船舶所有者ノ責任ニ關スル法律ナルガ、此點ニツキテハ屢々統一事業ノ問題トセララル、ニモ拘ラズ、今尚ホ諸國間ニ之ガ統一的规定ヲ成立セシムルコトヲ得ズ。此ノ肝要ナル問題ニツキテ統一セラレザル以上、海商法ニ關スル法律ノ牴牾問題ハ依然發生スルヲ以テ、二例ノ統一的條約ノ成立ニモ拘ハラズ、海商法ノ牴牾ニ關スル問題ヲ解決スベキ

國際私法の原則ヲ明カニスル必要アリ。

此ノ点ニ付キオ一ニ注意スベキハ、海商法ノ法律關係ハ、船舶ヲ中心トシテ、船舶ニツキテハ其ノ特別ノ性質ヨリシテ、從來説明セラレタル普通ノ國際私法ノ原則ガ適用シ得ベカラザルコトナリ。

第一節 護國法ノ意義

(Sewer of Flag, Flaggenrecht)

船舶ハ國內法上ハ其ノ性質上動産ナレドモ、普通ノ動産ト異リ、特ニ其ノ所屬國ヲ有スル動産ナリト認メラル。即チ船舶ニハ內國船舶ト外國船舶トノ別アリテ內國船舶ハ外國ノ領海内ニ在ル場合ニモ、公海内ニ在ル場合ニモ尚ホ國內ノ法律ニ服従スベキコトヲ要スルコト、恰モ內國人ガ外國ニ在ル場合ニモ、其ノ本國主權ニ服従スルヲ要スルト同一ノ關係ヲ有スルモノト認メラル。船舶ノ此ノ服従關係ヲ表彰スルガタメニ船舶ハ恰モ何人ノ如ク名称ヲ有シ、其ノ國籍ヲ有シ、特定ノ所屬港ニ於テ其ノ

船籍ヲ登録スベキモノトス。故ニ船舶ニ關スル關係ハ不動産ト異ルコトナク、不動産ト同一ノ登録制度ニ從ツテ行クベキモノトス。從ツテ斯カニ關係ヲ有スル船舶ノミガ內國ノ國旗ヲ掲グルノ權利義務ヲ有ス。

且ツ國際法上ヨリ云フモ、公海ニ於テハ船舶ハソノ本國ノ主權ニノミ服従スルコトヲ認ムルノミナラズ、他國ノ領海内ニ於テモ、領海ニ對スル國家主權ハ陸地ニ對スル主權ノ作用ト異リ、其ノ國ノ公安ニ關係ナキ限りハ外國船舶ガ、他ノ領海ニアル時ト雖モ、尚ホ本國政府法律ニ服従スベキコトヲ認ム。殊ニ船舶ソノモノ並ニ、船舶間ノ秩序ニ付イテハ領海國ノ主權ハ外國船舶ニ對シ制限セラレ、コトヲ認ム。

此ノ國內法及ビ國際法ノ關係ヲ、綜合シテ考フレバ、船舶ハ浮ビタル領土ト云フニハ非ザレドモ、何レノ水面ニアルヲ問ハズ、船舶ソノモノニ對スル法律關係ハ、常ニ其ノ本國ノ法律ニヨルヲ原則トスベキヲ認ム。恰モ一人ノ人ニツキテ、其ノ本國法ガ屬人法ナルガ如ク、船舶ニツキテハ船ノ屬人法即チ船ノ本國法ヲ認ム。普通ノ動産不動産ノ如ク目的物ノ

所在地法ニヨラザルヲ原則トス。而シテ船ノ本國ハ其ノ掲ケル国旗ニヨリ表示セラルヲ以テ、之ヲ領國法ト云ヒテ、何人ノ本國法ト云ハス。

第三節 物権関係

如何ナルモノガ船舶ナルカ。船舶ニ付キ如何ナル物権が成立スルカ。船舶所有權ノ取得喪失又ハ移轉ノ条件ハ如何、及ビ船舶ニ閉スル抵当權先取得權如何等ノ問題ハ、普通ノ物権関係ノ如ク、法例十條ノ原則ニヨリ、目的物ノ所在地法ニヨルヲ得ズ。何トナレバ、目的物ノ所在地法ニヨレバ、船舶ハ内國ノ領海ヲ出ル、時ハ、所在地法ナキ公海ニ出テ、更ニ他國ノ領海ニ入ルニ從ヒ又異ル法律ニ入ルベキコトナリ、船舶ニ對スル物権ハ常ニ不足ノ狀態ニ殆ルガ故ナリ。

次ニ船舶ハ目的物ノ所在地法如何ニヨラス、其ノ旗國法ニヨリ物権関係ヲ定ム。從ツテ如何ナルモノガ船舶ナルカノ問題モ、其ノ旗國法ニヨリテ定マル。又何人ガ船舶所有權ヲ享有シ得ベキカ、如何ナル法律条件ニヨリ船舶ニ對スル權利ヲ移轉シ得ベキカ等ノ問題モ、皆旗國法

六八外

〇

ニ依リテ之ヲ定ム。多クノ國ニ於テハ其ノ船舶所屬港ニ於テ登録ヲナスニ非ズンバ、權利ノ移轉ヲ認ムベカラズトナス。

之レト同様ニ船舶ハ抵当權ノ目的トナスヲ得ルヤ否マ、船舶抵当權ハ如何ナル效力アリヤ等ノ問題モ亦旗國法ニ依ル。

然ルニ此點ニ付キテハ學說一定セズ、或ハ所在地法ニ依ルベシトスルモノアリ。元來船舶抵当權ハ極メテ近世ノ發達ニ係リ一八七四年以來初メテ他國ニ於テイテ斯カル制度認メラレテヨリ諸國ニ一般ニ認メラレシメニシテ船舶が抵当權ノ目的トセラル、必要アル場合ハ外國ノ港灣ニ於テ俄カニ損害ヲ蒙リ、之ヲ修繕スルノ必要等ヨリ抵当權ヲ設定スルモノナレバ、其他ノ法律ニ依リ、抵当權ヲ設定シ、得ルヲ認メズンバ、結局之ヲ設定シ得ザルコトナルベク、其ノ他ノ法律ニ依リ、權利ヲ確定スルコトヲ認メズンバ、結局他國ノ港灣ニ於テ、抵当權ヲ設定シ得ベカラザルコトナルヲ以テ、他ノ物権關係ハ、旗國法ニ據ルニモ異ラズ、抵当

権ニ就キテハ、所在地法ニ據ラザルヲ得ズトナス、此ノ学説ハ、抵当権ノ設定ソノモノヨリ云ヘバ、大イニ理由アリ。然レドモ、船舶が其ノ本国ニ帰国シタル場合、又ハ才三國ノ港灣ニ碇泊スル場合ニ、抵当権ノ効力ヲ及ボサンガタメニハ、其ノ船舶ノ旗國法ニ於テ抵当権ノ目的トナシ得ベキコトヲ認メザルベカラズ、且ツ旗國法ニヨリテ認メラレシ方法形式ヲ備ヘザレバ、斯カル担保権ノ成立ヲ認ムルコトヲ得ズ。從ツテ所在地ノミニヨリテハ、斯カル物権ノ効力ヲ全ウスルヲ得ズ。結局、旗國法ノ認ムル要件ヲ具フル場合ニ於テノミニ、其ノ効力ヲ全ウシ得ト云ハザルベカラズ、故ニ特別ノ規定ナキ限りハ、抵当権ニツキテモ、尙本旗國法ニ依ルト云ハザルベカラズ。我カ西法モ日本船舶が外國ノ港灣ニ於テ抵当権ヲ設定シ得ベキコトヲ認メザルヲ以テ、日本船舶ハ只ク日本ノ法律ニ依リテノミニ、抵当権ノ目的トナルコトヲ得ト云ハザルベカラズ。船舶ハ斯ノ如ク自ラ所在地法ニ依ルヲ得ザルモ、他ノモノニ對シテ所在地法ノ基礎トナルモノナリ。是レ船舶ハ我カ領土ト全一視スベキモノナレバナリ。即チ船舶ハ貨物及ビ旅客ヲ搭載ス。從ツテ船舶ノ上ニアル貨物ニツキテハ、船舶が所在地法ヲ供給ス。船舶ノ旗國法ハ、其ノ積荷ノ所在地法ヲナス。故ニ日本船舶ニ搭載スル貨物ハ、外國港ニ陸揚ガセラル、マテハ、公海ニアルト外國領海ト同ズ、所在地法ニ依ルベキ法律關係ハ、全ベテ日本ノ法律ニヨル。又ト同様に、船舶ノ行為ニツキテハ、船舶ノ旗國法ノ行為地法ヲナス。

製造中ノ船舶ニ関シテハ、未ダ我國內法上ノ要件ヲ具備セザル場合ニ於テモ、國際法上日本船舶ト看做スコトアリ。此ノ場合ニハ旗國法ニ依ラザルベカラズ。

第三節 債權關係

第一、船舶莫ノモノニ關スル法律行為ヨリ發生スル債權。
 船舶ノモノヲ目的トスル法律關係（傭船契約、保險契約）ハ、其ノ目的物ノ船舶ナルガ故ニ、必ズシテ旗國法ニ據ルベキ理由ナリ。從ツ

テ、此ノ点ニ付イテハ、法例七条以下ノ原則ニヨリ、[○]當事者ノ欲スル法律ニヨリ、船舶ニ関スル債権債務ヲ定ムルヲ得ベク、又意思不明ナル時ハ行爲地法ニ據ルベキ理ナリ。[○]然レドモ船舶ノ目的トスル法律行爲ハ、多クノ場合ニ於テハ、當事者ノ明示又ハ黙示ノ意思表示ニヨリテ其ノ船舶ノ旗國法ニ據ル場合ガ、實際上多クキテ注意セザルベカラズ。[○]例ハ、バ備船契約ニツイテ、反對ノ意思表示ナケレバ、通常船舶ノ旗國法ニヨリ、斯ル債権債務ヲ定ムベキモノトス。又運送契約ニ對シテモ、反對ノ意思表示ナケレバ、旗國法ニ據ル。

之レト同様ニ船舶所有者ト、船長又ハ船員トノ法律行爲ヨリ生ズル債権債務モ、法例七條以下ノ原則ニヨルベキモ、普通ノ場合ニハ旗國法ニヨルベキ意思ヲ有スルコト多クノ實際上、旗國法以外ノ法律ノ適用セラル、コト殆ドナシ。然レドモ、必ズモ旗國法ノミニヨラス例ヘバ、外國ノ港灣ニテ船員ヲ雇入レシ場合ニハ、其ノ地ノ法律ニ依リテ雇傭契約ヲナスモ亦當事者ノ意思ノ自由ニ任ス。唯外船舶貨物ニ

船舶貨物ニ関スル債権
契約ハ旗國法ニ依ラス

干スル保険契約ハ旗國法ニ依ラス、常ニ法例ノ原則ニ據ルモノトス。
第三、不法行爲ヨリ發生スル債権

船舶ニヨリ發生スル不法行爲、例ヘバ船舶ガ他ノ船舶ト衝突シタル場合、或ハ、船舶ガ海底電線ヲ切斷シタル場合等ニ付キテモ、法例十一條ニ規定スル原則ヲ必ズシモ其ノ僑適用ニ得ベカラズ。蓋シ我が領海内ニ於テ斯ル事實ガ發生シタル時ハ、不法行爲ニ関スル規定ニシテ外國人タルト内國人タルト同ハズ、等シク適用セラルベキモノナレバ、我が領海内ニ於テ内外船舶ガ衝突シ、又ハ外國船舶ガ互ニ衝突スルモ、斯ル不法行爲ヨリ如何ナル債権債務發生スルカハ法例十一條ニ於テ事實發生地ノ法律ニヨリテ之ヲ定ム。此点ニ付キテハ陸上ニ於ケル不法行爲ト海上ニ於ケル不法行爲トハ異ルトコロナシ。之ト同様ニ外國領海ニ於テ斯ル事實發生シタル時モ、其ノ事實發生地法ニ據ル。若シ我國ニ於テ請求訴訟ガ起レバ、我が法律ノ定ムル範圍内ニ於テ事實發生地法認メラル。コレ法例十一條ノ適用ニ外ナラズ。

然レドモ、若シ斯カル事實が公海ニテ發生シタルトキハ、發生地ハアレドモ其地ニ法律ナキ結果、孰與發生地法ニヨルベキ原則ハ之ヲ適用スルヲ得ズ。此ノ場合ニ於テモ若シモ被害船ト加害船トガ其ノ旗國法ヲ同シワスル場合、即チ船舶ノ国籍同一ナル時ハ、双方共ニ同一ノ法律ニ服従スル結果、其ノ旗國法ニヨリ如何ナル債權債務ヲ發生スベキカラ定ムルヲ得ベシ。然レ共、若シモ国籍ヲ異ニスル時、何レノ法律ニ依ルベキカ不明ナリ。而カモ諸國ノ船舶所有者ノ責任ニ関スル制度ハ各々相異ル。或ハ我が商法五四四条ノ如ク、船舶所有者ハ自己ニ過失ナキ場合ニ於テハ、其ノ船長又ハ船員ノ他人ニ加ヘタル損害ニ對シ、委實ニ依リ其ノ責任ヲ免ルベキコトヲ認ムルモノアリ。或ハ又英國ノ如クニ、斯ル場合ニ船舶所有者ハ、其ノ損害ヲ加ヘタル船ノ噸數ニ應ジ、一噸ハポンドノ割合ヲ以テ損害賠償責任ヲ制限スルモノアリ。或ハ独ノ如ク、船舶所有者ハ其ノ船舶及ビ運送貨ヲ見積リ、其ノ價格ニ對スル總テノ責任ヲ負フベキモノトスルモノアリ。或ハ又米國

ノ如ク、船長又ハ船員ノ重過失、又ハ悪意ニ出デタル損害ト雖モ、尚ホ特約ヲ以テ其ノ責任ヲ免レ得ベキコトヲ認ムルモノアリ。或ハ我が商法五九二条ノ如ク、特約ヲ以テスルモ、斯ル損害賠償ノ責任ヲ免レ得ザルコトヲ明言スルモノアリ。故ニ斯ル不法行為ノ準據法如何ハ、實際上当事者ノ利害ニ関係スルコト極メテ大ナリ。管轄地ニ関シテモ議論アリ。

此ノ点ニ付キ訴訟地法主義ヲ採ルモノアリ。即チ内國船タルト、外國船タルトヲ向ハズ、公海ニ於ケル不法行為ニ付キテモ、尚ホ其ノ國ノ領海内ノ不法行為ト同ジク、訴訟地法ノ認ムル範圍内ニ於テ、不法行為ヨリ發生スル債權債務ヲ認ムベキモノトス。英國ハ一八九四年以來、英國商船法ノ規定スル責任制限主義ノ損害賠償ニ関スル凡テノ規定ハ、内國船舶ニモ外國船舶ニモ等シク、之ヲ適用スベキモノトスル点ニ於テ訴訟地法主義ヲ採ル。

此ノ主義ハ、不法行為ヨリ發生スル債權債務ノ性質ト相容レザル缺

点ヲ有ス。何トナレバ、外国船舶ハ其ノ被告ガ英國ニ居住スルタメニ英國ノ法律ニ從ヒ、其ノ債權債務ヲ定メラルベキ義務ヲ有セザルモノナレバ、英國法ハ外國人若クハ外國船舶ノ公海ニ於ケル不法行為ノ責任ヲ定メ得ベカラス。元來法定義務ハ、其ノ法律ニ服從スベキ義務アルモノニ對シテノミズル義務ヲ命令シ得。然ルニ公海上ノ外國船舶ハ其ノ本國法ニノミ服從スベキ義務ヲ有シ、訴訟地國ノ法律ニ服從スベキ義務ナキヲ以テ、訴訟地法ハ斯ル債權債務ヲ定ムルコトヲ得ザルコト明ラカナリ。從ツテ斯ル債權債務モ亦船舶ノ旗國法ニ依ルコトヲ認メザルベカラズ。然レドモ、何レノ船舶ノ旗國法ニヨルベキカハ問題ナリ。此ノ問題ニ對シニツノ學說アリ。

(9)

①、被告ノ旗國法主義。

被告即チ加害船舶ノ旗國法ニヨルトノ説ハ、公海ニ於ケル不法行為ニ就テハ、加害船舶ハ只其ノ本國法ニ服從スベキ義務ヲ有スルノミ。他國ノ法律ニ服從スル義務ナキヲ以テ、如何ナル債務ヲ負フベ

キカハ其ノ旗國法ノ命令スル所ニヨリテ定ムベシトス。

コノ説ハ不法行為ノ性質ニ適シ、理論上正当ナリ。然レドモ此ノ説ニヨレバ、船舶所有者ノ責任ヲ輕クスル國ノ船舶ハ、其ノ責任ヲ重クスル國ノ船舶ニ對シ、常に利益アル地位ヲ有スルコトナリ、船舶所有者ノ責任ヲ重クスル國ノ船舶ハ、自ラ原告トシテ請求權ヲ行フ場合ニ、其ノ請求權ガ法律ニ制限セラル、ニ關ラズ、自己ガ被告トシテ損害賠償ノ責任ヲ負ズル時ニ、常に、重キ義務ヲ負フコトナル。コレヲ、國際間ニツイテ考フレバ、不權衡ノ結果ヲ来タス。故ニ、カ、ル主義ハ、國際間ノ公平維持上、其ノ依コレヲ認ムルコトヲ得ズ。

✓

②、原告ノ旗國法主義。

此ノ説ハ、船舶ハ、自國ノ領海ナルト、公海ナルトト同ハズ、其ノ旗國法ノ保護スル權利ヲ享有ストナシ、如何ナル債權、債務ヲ發生スベキカハ、其ノ旗國法ニヨリテ定ムトナス。

此ノ説ハ、被害船舶ノ利益保護ヨリ見レバ、一應理由アレドモ、加害船舶ハ公海ニ於テハ、被害船舶ノ旗国法ニ服従スベキ義務ナキヲ以テ、斯カル船舶ノ旗国法ニヨリ、被害ノ義務ヲ定ムルヲ得ズ。不法行為ヨリ發生スル義務ノ、性質上、此ノ説ニヨルヲ得ズ。

(三)

双方ノ旗国法ヲ折衷シテ適用スベキモノトスル主義。

(四)

船舶ノ惹起シタル不法行為ニツキ、如何ナル債權成立スベキカ、加害者ノ旗国法ニヨリテ、之レヲ定ムルヲ原則トスルト同時ニ、又被害者ノ旗国法ノ認ムル範圍ニ於テ、制限セラルベキモノトシ、双方ノ法律ガ、共通ニ認ムル範圍ニ於テノミ、債權、債務ヲ成立セシムベキモノトス。例ハバ、委付主義ヲ採ル甲國ノ船舶ト、無限責任ヲ認ムル乙國ノ船舶ガ、公海ニ於イテ、衝突シタリトスレバ、甲國ノ船舶ガ被害ナルトキハ、其ノ船舶ヲ委付シテ責任ヲ免ル、ヲ以テ、乙國ノ船舶ガ被害ナルトキモ、甲國ノ船舶ガ原告ナルトキニハ無限責任ヲ負担セザルモノトシ、其ノ船舶ヲ委付シ得ベキ限度ニ

九ノ六

制限セラルベキモノトス。從ツテ船舶ノ所有者ノ責任ガ、制限セラレタル國ノ船舶モ、制限セラレザル國ノ船舶モ、相互ノ間ニ於テハ常ニ、同一ノ程度ノ債務ヲ負担スルコトナリ、國際間ニ公平ヲ維持シ得ルコトナルヲ以テ、近來、一八五・六〇年以來、此ノ主義ガ國際間ニ慣例トシテ多クノ國ニ認メラル。我が國ニ於イテハ、此ノ點ニ於イテ、規定ヲ缺クモ、法律第十一條ニ於テ、事實發生地法ト、訴訟地法トヲ折衷スル主義ヲ、採ル點ヨリ見レバ、此ノ主義ハ、我が法例ノ、不法行為ニ関スル原則ト、同一ノ精神ヨリ出ヅルモノニシテ、我國ニテモ亦、斯カル主義ヲ認ムルヲ適當トス。

國籍ヲ與ニスル航空機関ニ於テモ亦同シ。

第三

事務管理ヨリ發生スル債權債務。

船舶ニ関スル事務管理ヨリ發生スル債權トハ、主トシテ救護、救助等ヨリ發生スル債權、債務ヲ云フ。

船舶が海難に遭遇セル場合ニ、難船者ノ請求ニヨリ、之レヲ救助スル場ニハ、契約ヨリ發生スル債權、債務ナルガ、斯カル義務ナクシテ、又レヲ救助シタル場合ニハ、事務管理ヨリ發生スル債權、債務、成立スルニ至ル。我が商法ハ、從來此ノ點ニ付キ、何等ノ規定ヲモ設ケザリシガ、海商法外ニ、救護、救助ニ関スル條約ニ加入シタル結果、商法が修正セラレ、第六編五十二條以下、十六ヶ條ノ規定ヲ新ク設ケタリ。此ノ規定ハ、一九一〇年ニ成立セシ海難救護及ビ救助ニ関スル規定ヲ統一スルヲ以テ目的トスル條約ノ規定ト、畧ホ全條ノ規定ヲ掲グ。然レドモ、此ノ統一條約ニハ、国内法ノ規定ニ讓リシ英、少ナカラザルノミナラズ、我が立法上、條約ノ規定ト異ナルモノヲ規定セルコトモ少ナカラザレバ、現行商法ノ規定ハ、尙ホ外国ノ此等ニ関スル規定ト異ナル所アルヲ免レズ。

斯カル債權債務ニ付キ、法例十一條ニ依レバ、事實發生地ノ法律ニ依ルベキモノナレバ、一國ノ領海内ニ發生シタル場合ニハ、其ノ地ノ

欠

14
649

終

