

ハ我國法ノ規定若クハ土地ノ慣習ニ依ルノ外其所屬國ノ法律又ハ慣習ニ因リ若クハ合意ニ因リ隨意ニ之ヲ變更スルコトヲ得サルモノト解スヘキモノナリ

二一四 右ニ掲クル場合ノ外合意ニ因リテ此種ノ權利ヲ設定スル場合ハ合意解釋ノ規則ニ從ヒ其當事者ノ同國人ナルト其國籍ヲ異ニスル者ナルトニ因リテ或ハ其當事者ノ所屬國法ニ從ヒ或ハ合意地ノ法律ニ從フモノトシ又タ其形式ニ就テモ當事者ノ國籍ヲ同ウスル場合ニ於テハ合意地ノ國法ニ從フト其所屬國法ニ從フトハ當事者ノ選擇ニ任セ若シ其國籍ヲ異ニスルトキハ合意地ノ國法ニ從フヘキモノト爲スカ如キ總テ一般ノ通則ヲ適用スルコトヲ得ヘシ又タ此種ノ權利ヲ取得シ或ハ變更スル當事者ノ能力有無ノ問題ノ如キハ通則ニ從テ常ニ其當事者ノ所屬國法ヲ適用スヘキコト深ク論スルノ要ナシ

國際公法ニ關セザルモノ

第三款 物上擔保權

物上擔保

各國法制

我新民法

二一五 我新民法ニ於テハ四種ノ物上擔保ヲ認メタリ曰ク留置權先取特權質權抵當權是ナリ

留置權

留置權ハ他人ノ物ノ占有者カ其物ニ關シテ生ジタル債權ヲ有スルトキ其債權ノ辨濟ヲ受クルマテ其物ヲ留置スルノ權利ナリ(新民法第二百九十五條)故ニ留置權ノ成立ニハ下ノ二條件ヲ要ス曰ク留置權者ハ他人ノ物ノ占有者ナルコト曰ク留置權者ハ留置物ニ關シテ生ジタル債權ヲ有スルコト是ナリ例ヘハ善意ノ占有者ハ其占有物ニ就キ必要又ハ有益ノ費用ヲ出シタルトキハ回復者ヨリ其費用ノ償還ヲ受クルマテ其物ヲ留置スルヲ得ルカ如キ場合ヲ謂フ

先取特權

先取特權ハ債務者ノ財産ニ就キ他ノ債權者ニ先チテ辨濟ヲ受クルノ權利

物上擔保權

ナリ(新民法第三百三條)此種權利ニハ一般ノモノト特別ノモノトノ二種アリ即チ債務者ノ總財産上ニ先取特權ヲ有スルモノト或特定ノ財産上ノミニ先取特權ヲ有スルモノトニ區別ス一般ノ先取特權ハ共益ノ費用葬式ノ費用傭人ノ給料日用品ノ供給ニ因リテ生シタル債權ニ限り之ヲ擔保スヘキモノトシ新民法第三百六條特別ノ先取特權ハ之ヲ動産ノ先取特權ト不動産ノ先取特權トニ區別シ動産ノ先取特權ハ新民法第三百十一條ニ列舉セル八種ノ原因ヨリ生シタル債權ニ就キ債務者ノ特定動産ノ上ニ先取特權アリト爲シ不動産ノ先取特權ハ同第三百二十五條ニ列舉セル三種ノ原因ヨリ生シタル債權ニ就キ債務者ノ特定動産ノ上ニ先取特權アリト爲ス又同第三百二十九條以下ニ於テ先取特權ノ順位ヲ定メ同第三百三十四條以下ニ於テ先取特權ト他ノ物上擔保權トノ順位關係等ヲ規定セリ質權ハ債權ノ擔保トシテ債務者又ハ第三者ヨリ受取リタル物ヲ占有シ且ツ其物ニ就キ他ノ債權者ニ先テ自己ノ債權ノ辨濟ヲ受クル權利ナリ(新

質權

抵當權

民法第三百四十二條)故ニ質權ニハ物ノ占有ヲ以テ其大要素ト爲ス又々質權ハ之ヲ動産質不動産質及權利質ノ三種ニ區別セリ
 抵當權ハ債務者又ハ第三者ガ占有ヲ移サスシテ債務ノ擔保ニ供シタル不動産ニ就キ他ノ債權者ニ先テ自己ノ辨濟ヲ受クル權利ナリ(新民法第三百六十九條)抵當權ハ質權ト異リ抵當權者ハ其物ノ占有ヲ爲スヲ要セス又々其目的トスル所ノ物ハ常ニ不動産ノミニ在リテ動産上ノ抵當權ハ我新法典ノ認めサル所ナリ
 以上四種ノ物權ハ各異ル所アリト雖モ其物上擔保タルニ於テハ一ナリ故ニ四種ノ權利ハ皆主タル債權アリテ之ヲ擔保スル從タル權利トシテ成立スルノ點ニ於テハ皆其性質ヲ同ウスルモノナリ然レトモ留置權及先取特權ノ二種ハ獨リ法律ノ規定ニ因テ生スルモノニシテ個人ノ意思ニ因テ生スルモノニアラス之ニ反シ質權及抵當權ハ常ニ個人ノ意思ノミテ以テ設定スルモノニシテ前者ノ如ク法律ノ規定ニ依リテ或種ノ債權ニ限り當然

之ヲ擔保スル權利ヲ生スルモノニアラザルナリ佛國ノ如キハ妻及未成年者ヲシテ夫若クハ後見人ノ不動産上ニ法律上ノ抵當權ヲ有セシメタリ。雖モ我法典ハ之ヲ認メスニ當事者ノ意思ヲ以テ設定スヘキモノトセリ。蓋シ我法典ノ之ヲ認メザリシ理由ハ一ハ夫又ハ後見人ヲ遇スルノ酷ニ失スルト謂フニアルヘシト雖モ主トシテ夫又ハ後見人ノ一般ノ不動産上ニ法律上當然抵當權ヲ設定スルハ一國財産ノ運轉ヲ滋難ナラシメ爲メニ國家ノ經濟上大ニ不利益ナリト謂フニ在ルカ如シ。

佛國

佛國民法ニ於テハ先取特權及抵當權ノ章ニ於テ債務者ノ總財産ハ一般債權者ノ共同擔保ナリトノ原則ヲ置キ其優先權アル場合ヲ例外トセリ而シテ其優先權ノ原因ハ先取特權及抵當權ノ二種ト爲シ頗ル我法典ノ規定ト類似スルトコロアリト雖モ又々大ニ異ル所ナキニアラス即チ動産質權ノ如キハ我法典ニ於ケルカ如ク特種ノ物上擔保權ト爲サシテ單ニ先取特權ノ一種ト爲セリ又々不動産質ノ如キハ其果實ノ收益ヲ以テ債權ノ利息

英國

又ハ元本ニ充ツル一種ノ權利トシテ債權者カ別ニ先取特權者タルノ原因ヲ有スルカ若クハ之ニ抵當權ヲ有スル場合ニアラザレハ優先權ヲ有セストセリ其他先取特權ノ順位ノ如キ法律ノ規定極テ不完全ナルカ爲メ常ニ議論アルヲ免レヌ又々抵當權ノ制度モ前ニ一言シタルカ如ク我法典ノ制度ト異リ合意ニ因ル抵當權ノ外法律上ノ抵當權及裁判上ノ抵當權ナルモノヲ認メリ其他留置權ノ如キモ法典中所々ニ散在シテ其權利アルコトヲ認ムルモ我法典ノ如ク判然一種ノ物上擔保權タルコトヲ明言セス從テ其先取特權ノ原因ニ該當セサル場合ハ優先權アルヤ否ヤニ就テモ常ニ多少ノ議論ヲ生シ又々其追及權ニ至テハ之ヲ認メサルモノノ如シ。英國ノ古法ニ於テハ擔保ヲ生死ノ二種ニ區別シ生擔保トハ單ニ擔保物ノ收益ヲ以テ債權ノ利息及元本ニ充ツルマテ之ヲ擔保ニ供スルモノヲ謂ヒ死擔保ハ最モ克ク我國ノ抵當權ニ類似ス而シテ生擔保ハ既ニ廢セラレ今日存在スルモノハ死擔保ノ一アルノミ元來此權利ハ債權者ヲシテ債務者

ノ不動產ヲ所有セシメ唯タ其債權ノ辨濟期限ニ之カ辨濟ヲ受クルトモ其擔保ノ不動產ヲ債務者ニ返還スルノ條件ヲ附スルニ過キス然レトモ判例上債務ノ辨濟期限後ト雖モ相當ノ期限内ニ於テ債務者其辨濟ヲ爲ストキハ尙ホ其不動產ノ所有權ヲ回復スルコトヲ許シ而カモ其回復ノ權利ハ豫メ之ヲ拋棄スルヲ得スト爲スニ至レリ此判例ハ屢法令ヲ以テ之ヲ認メラレ就中千八百七十三年ノ法令以來死擔保ハ殆ト我國ノ抵當權ト異ナラサルニ至レリ然レトモ尙ホ其著シク異ル點ハ此種ノ擔保ハ登記ヲ爲ササルヲ以テ通則ト爲シ其性質上債權者ハ解除條件附ニテ其不動產ノ占有ヲ爲スヲ得ルト雖モ實際ニ於テハ多クハ之ヲ爲サスシテ其債權辨濟ノ時期ニ達スレハ一方ニ於テハ債務者既ニ其所有權回復ノ權利ヲ有セザルノ旨渡ヲ請求シ他方ニ於テハ其不動產ノ全部若クハ一部ノ競賣又ハ任意賣買ヲ爲スノ權利アルモノトス但シ其賣却ハ債務者ニ對シテ其義務ノ辨濟ヲ催告スルモ尙ホ其効力ナキ場合ニ於テ始テ之ヲ行フモノトセリ又々其同

一物ニ就キ擔保ヲ有スル債權者數人アルトキハ常ニ其設定時日ノ前後ニ因リ其順位ヲ定ムルモノニシテ我法制ノ如ク登記ノ前後ニ因ルモノニアラサルナリ此擔保ハ獨リ合意ニ依リテ設定スルニ止マラスシテ裁判上之ヲ設定スルコトアリ即チ債務ノ成立ヲ認メラレタル一切ノ言渡ニハ猶ホ此擔保ヲ附スルモノトセリ其他動產上ノ死擔保ナルモノアリテ殆ト不動產ニ關スルモノト異ラス即チ解除條件附ノ讓與ニシテ債務者ハ其債務辨濟ノ催告ヲ受クルマテ其擔保物ノ返還ヲ受クルノ權アルモノト爲セリ船舶モ亦タ死擔保ノ目的物タルヲ得ルト雖モ一般ノ場合ノ如ク債權者直ニ之カ所有者タルコトナシ又々其擔保權ハ船籍所在地ノ登記簿ニ登錄シ其債權者ノ順位モ登記ノ前後ニ因テ之ヲ定ムルモノトセリ又々債權ノ性質ニ因リ先取特權ヲ認メ之ヲ一般ノモノト特別ノモノトニ區別ス而シテ其權利者ハ債務者ノ財產自己ノ占有ニ在ルトキハ之ヲ留置シ又々其意思ニ反シテ之ヲ失ヒタルトキハ第三者ニ對シテモ之カ占有ヲ

獨逸

回復スルノ權利ヲ有スルニ止マリ先取特權ノ効力トシテ債務者ノ財産ヲ公賣セシムルヲ得サルカ如シ、
 獨逸ニ於ケル抵當權ノ制度ハ我國ノ制度ト殆ト異ル所ナシ即チ同國ニ於テハ法律上ノ抵當權及裁判上ノ抵當權ナルモノナク唯タ合意上ノ抵當權ヲ認ムルノミ而シテ合意上ノ抵當權ニモ債務者ノ總財産上ニ設定スル一般のノモノナク只々個々ノ不動産上ニ設クル特別ノ抵當權ヲ許スノミ又タ抵當權ニハ必ス公示ノ手續ヲ要シ登記ノ前後ニ依テ債權者ノ順位ヲ定ムルモノトセリ其他抵當權ノ効果トシテ優先權及追及權ヲ附與スルコト我法制ト異ル所ナシ又タ質權ニ關シテモ動産質及權利質ノ制度アリテ債權者ハ必ス貨物ノ占有ヲ爲スヘキモノト爲セリ
 白耳義ノ法制ハ物上擔保ニ關シテハ佛國ノ制度ニ著キ變更ヲ加ヘ裁判上ノ抵當ハ之ヲ廢止シ又タ法律上ノ抵當權ハ妻及無能力者ノ爲メニ夫又ハ後見人ノ財産上ニ之ヲ設定セシムルト雖モ佛國ノ制度ト夫ニ其趣イ異

白耳義

西班牙

ニシ其性質特別的ニシテ且ツ公示ノ手續ヲ踐マサルヘカラストセルカ如キ其最モ著キ變更ナリトス
 西班牙ニ於テハ抵當權及先取特權ヲ認メ抵當權ハ法律上合意上ノ二種ト爲シ法律上ノ抵當權ハ其數遙ニ佛國ヨリ多シ又タ抵當權ハ其性質常ニ特別的ニシテ且ツ公示ノ手續ヲ要シ登記ノ前後ニ依テ債權者ノ順位ヲ定ムルカ如キ其他抵當權者ニ優先權及追及權ヲ與フルカ如キハ我國ノ法制ト異ル所ナシ先取特權ニ至テハ或種ノ必要ナル債權ニ就キ動産又ハ不動産上ニ之ヲ認ムルト雖モ先取特權者ハ其順位常ニ抵當權者ノ後ニアルモノトセリ

伊太利

伊太利ノ法制ハ佛國ノ法制ニ類似シ先取特權抵當權ノ二種ヲ認メ又タ抵當權ハ法律上裁判上及合意上ノ三種ニ區別シ唯タ其異ル所ハ佛國ニ於テ先取特權アリトセル二三ノ場合ヲ法律上ノ抵當權ト爲シ又タ合意上ノ抵當權ハ私署證書ヲ以テスルモ猶ホ有効ナリトセルニアリ

國際公安
ニ關スル
モノ

二一六 物權擔保ニ關スル各國法制ノ異同ハ上來述フル所ノ如シ之ニ關スル法律牴觸ノ問題ハ如何ニ之ヲ決スヘキカ我國假リニ外國人ニ動産不動産ニ關スル一切ノ物權ヲ附與スルモノト看做サハ外國人カ我國財産上ニ有スル物上擔保權ハ何レノ國法ニ依テ之ヲ支配スヘキカ此問題モ亦々通則ニヨリ原則トシテハ當事者ノ本國法ニ從ヒ唯々國際公安ニ關スル例外場所ハ行爲ヲ支配ストノ原則及當事者ノ意思ヨリ來ル制限ヲ置クニ過キス然レトモ物上擔保ノ法律ハ一國財産ノ制度上極テ重要ナルモノニシテ所謂國際公安ニ關スルモノ頗ル多シ從テ實際ニ於テハ外國人ニ對シテモ內國法ヲ適用スル場合最モ多シ今試ミニ其場合ヲ例示スレハ概テ左ノ如シ

一 擔保權ノ性質ニ關スルモノ 我國ニ於テハ留置權先取特權質權抵押權等四種ヲ物上擔保權ト爲セリ故ニ此以外ノ擔保權ハ外國人我國財産上ニ之ヲ設定スルコトヲ得ス例ハ英國人モ我國ニ於テハ死擔

保ノ權利ヲ有スルコト能ハサルカ如シ又々我國ニ於テハ法律上又ハ裁判上ノ抵當權ヲ認メス故ニ其本國法ニ依テ此種ノ權利ヲ有スルキ外國人ト雖モ我國ニ於テハ一切之ヲ有スルコトヲ得ス又々我國抵當權ノ性質ハ特別的ニシテ一般的抵當權ヲ認メス故ニ一般的抵當ノ制度ヲ有スル外國人ト雖モ我國ノ財産上ニハ之ヲ設定スルコトヲ得ス

二 擔保權ノ目的ニ關スルモノ 我國ニ於テハ動産ノ抵當權ヲ認メス故ニ外國人モ亦々我國ニ於テハ此種ノ抵當權ヲ設定スルコトヲ得ス又々我法典ノ定ムル先取特權ノ目的タル物件ノ如キ外國人所屬國法ノ規定ト異ル場合ニ於テモ亦々我國法ノ規定ニ從ハサルベカラズ右ノ外先取特權ノ原因又ハ擔保權者間ノ順位ニ關スル規定ノ如キ又々不動産ニ關シテハ必ス登記ノ手續ヲ要ストセル規定ノ如キ悉ク一國公益ノ理由ニ基クモノトシテ外國人ニモ亦々之ヲ適用スヘキモノナルコト敢テ疑ナキ所ナリ

二一七 物上擔保權ニ就キ國際公安ニ關セストシテ內國法ノ適用ヲ受ケサル場合ハ左ノ諸點ニアリトス

- 一 當事者ノ能力ニ關スルモノ 合意ニ依テ擔保權ヲ設定スル當事者ノ能力ハ通則ニ從ヒ當事者ノ本國法ニ依テ之ヲ定ムヘキモノトス
- 二 行爲ノ方式ニ關スルモノ 國籍ヲ同ウスル外國人間ノ行爲ハ內國法ノ定ムル所ニ從フモ又タ其本國法ノ定ムル所ニ從フモ一ニ當事者ノ自由ニ任スルヲ以テ通則ト爲スニ依リ物上擔保設定ノ方式ハ必スシモ內國法ノ規定ニ從フヲ要セサルナリ然レトモ不動産權ノ移轉ニ關スル登記ノ規則ハ又タ必ス內國法ニ從ハサルヘカラス
- 三 擔保權ノ効果ニ關スルモノ 擔保權ノ效果モ內國ノ國際公安ニ關セサルモノハ尙ホ當事者ノ本國法ニ從テ之ヲ生セシムルヲ得ヘシ其國際公安ニ關スルト否トハ左ノ標準ニ依テ之ヲ區別スルコトヲ得ヘキカ如シ

國際公安ニ關セズ

(イ) 內國ノ規定スル所ヨリ狭キ効果ヲ生セシムルモノハ國際公安ニ關セズ

(ロ) 內國法ノ規定スル所ヨリ廣キ效果ヲ生セシムルモノハ國際公安ニ關ス

右ノ標準ニ依リ不動産質ハ其物ノ使用收益ヲ爲シ債權ノ辨濟ヲ受ケルマテ之ヲ留置スルヲ得ル權利ニ止マリテ其辨濟ヲ受ケサル場合ニ之ヲ競賣セシメテ債權ノ辨濟ニ充ツルコトヲシト爲スカ如キ我國ノ國際公安ニ關スルモノニアラス之ニ反シテ質權抵當權ノ效果トシテ期限ニ至リ債權ノ辨濟ヲ受ケサルトキハ其目的物件ヲ競賣ニ附セスシテ直ニ之ヲ債權者ノ所有ニ歸スヘシト爲スカ如キ我國法ノ認メサル効果ナルニ依リ國際公安ニ關スルモノト爲ササルヘカラス其他不動産ノ存續期間ニ關スル更新ノ規則ノ如キ其期間我國法ノ定ムル所ヨリ短キモノハ當事者ノ本國法ニ從フモ我國ノ公安上更ニ危害ヲキ

物上擔保權

ヲ以テ其國法ヲ適用セシムルヲ得之ニ反シテ其期間長キモノハ我國法ノ定ムル所ニ從テ之ヲ短縮セシメサルヘカラス

第二節 債權

二一八 債權ハ特定ノ人ヨリ特定ノ人ニ對シテ其行爲不行爲ヲ要求スル權利ナリ故ニ債權ニハ常ニ債權者債務者ノ二者アリテ或ハ二者互ニ其國籍ヲ異ニスルコトアリ或ハ二者共ニ同一國籍ニ屬スルモ其一方又ハ雙方共ニ外國ニ在リテ權利義務ノ關係ヲ生スルコトアリ或ハ又々內國ニ於テ生シタル義務ヲ外國ニ於テ執行スルコトアリ此等ノ場合ニ於テハ何レノ國法ヲ以テ其條件及効果ヲ支配スヘキカ是レ本節ニ於テ論セントスル所ナリ

第一款 債權及債權ノ原因

債權ノ原因ハ之ヲ分テ二トス(一)契約(二)契約以外ノ原因 契約以外ノ原因トハ事務管理不當利得及不法行爲ヲ謂フ

第一 契約

二一九 契約ニ關スル國際私法上ノ問題ヲ生スルハ主トシテ左ノ三點ニアリトス

- 一 當事者ノ能力
- 二 契約ノ方式
- 三 契約ノ効果

二二〇 當事者ノ能力ハ契約當事者ノ能力ハ常ニ其本國法ノ支配スル

債權及債權ノ原因 契約

キ所ナリ是レ身分及能力ハ常ニ其本國法ニ從フト云フ原則ノ單純ナル適用タルニ外ナラス故ニ我國臣民ハ何レノ國ニ於テ契約ヲ爲ス場合ト雖モ必ス我國法ノ定ムル一般能力ノ規則ニ從ハサルヘカラス(新民法第三條乃至第二十條)其他特別ノ無能力者ト稱シテ法典中各所ニ散在スルモノ及ヒ特別法ニ於テ定メタル無能力ニ關シテモ亦タ我國法ノ適用ヲ受ケサルヘカス之ニ反シテ外國人カ內國ニ在リテ契約ヲ爲ス場合ハ常ニ其本國法ノ定ムル能力ノ規則ニ從フヘキモノトス唯タ獨リ其規則ノ我國ノ國際公安ニ關スル規則ニ違フモノニ限リ內國法ヲ適用スルニ過キス

契約ノ方

二二一 契約ノ方式 契約ノ法式ニ關シテモ亦タ場所ハ行爲ヲ支配ストノ通則ヲ適用シ行爲地法ノ定ムル形式ニ從フトキハ何レノ國ニ於テモ其効力ヲ生スヘキモノトス而シテ此原則ハ元來任意的ナルヲ以テ外國ニ在ル內國人間ノ契約ニ就テハ或ハ土地ノ法律ニ從ヒ或ハ其本國法ニ從フモノニ其選フ所ニ任スルヲ得ヘシ然レトモ國籍ヲ異ニスル當事者間ニ在

テ此規則ノ任意的性質ヲ失ヒ常ニ行爲地ノ法律ニ從ハサルヘカラス(第百號參看)

前述ノ原則ニ依リ其內國人間ノ契約ナルト將々其外國人ニ關スルモノタルトテ問ハス外國法ノ定ムル方式ニ從テ作りタル證書ハ內國裁判所ニ於テ完全ナル證據力ヲ有スヘシ然レトモ其證據自牒ヲ抗辯スル方法ニ至テハ內國法ノ規定ニ從ハスシテ行爲地法ノ規定ニ從フヘキモノトス例ヘハ公正證書ノ眞否ヲ爭フニハ偽造ノ訴ヲ起ササルヘカラサルヤ否ヤノ問題ノ如キハ一ニ證書製作地ノ法律ニ從テ之ヲ決定スヘキモノトス

然レトモ我國ノ法文中或行爲ニ就テハ確定日附ヲ有スル證書ヲ要ストセル場合ノ如キハ(新民法第四百六十七條)其確定日附アル證書ヲ要スル理由ハ元ト一國ノ經濟上ヨリ來ル公益ノ關係ナルヲ以テ內國法ノ定ムル所ニ從テ確定ノ日附ヲ有スルモノニアラサレハ之ヲ採用スルヲ得サルヘシ以上ノ規則ニ依リ外國ニ於テ作りタル證書ニ證據力ヲ有セシムルニハ佛

國ノ如キハ其行爲地ニ於クル本國領事又ハ外交官ヲシテ其適法ナルコトヲ認メシムヘキモノトシ又タ其外國文字ヲ以テ作リタル場合ハ之ヲ佛語ニ翻譯シ且ツ其翻譯者ハ之カ正實ナル事ヲ宣誓スヘキモノトセリ又タ或ハ國際條約ヲ以テ内國駐在外國領事ヲシテ其適法ナルコトヲ認メシムヘシト定メタルモノアリ我國法例第十一條ニハ外國ニ於テ其國ノ法式ニ依リテ作リタル證書ハ左ノ區別ニ從ヒ其適法ナルコトヲ檢認シタル上ニアラザレハ其効力ヲ有セストセリ (一) 不動産權ヲ移轉スル行爲ニ就テハ其不動産所在地ノ地方裁判所長之ヲ爲シ (二) 其他ノ行爲ニ係ルトキハ當事者ノ住所又ハ居所ノ地方裁判所長之ヲ爲ストセリ該條末段ノ「日本ニ於テ其効用ヲ致サシムルコトヲ得ズ」トアル法文ハ其意義甚タ明瞭ヲ欠ケリ蓋シ所謂其効用トハ裁判所ニ提出シテ證據力ヲ有スルヤ否ヤノ點ヲ云フカ抑モ又タ公正證書ノ如キ之ニ依テ直ニ執行力ヲ有セシムル點ヲ云フヤ否ヤニ就キ多少ノ疑ナキヲ得ス若シ之ヲ後段ノ意義ニ取ルトキハ本條ノ規定

タル其理由ヲキニアラサレトモ條文ノ始ニ於テ外國ニ於テ其國ノ方式ニ依リテ作リタル證書ハ云々トアリテ廣ク證書ト稱スルニ依リ前二條ノ意義ヲ受ケテ公正證書私署證書共ニ之ヲ包含スルモノト解セサルヘカラス故ニ本條ハ單ニ公正證書ノ執行力ニ關スル規定ナリト解スヘカラスルカ如シ依テ本條ハ前述佛國ノ法制又ハ條約ニ依リ外國ニ於テ其國法ニ從テ作リタル證書ヲ内國裁判所ニ提出シテ其證據力ヲ有セシムルニハ在外佛國領事又ハ内國駐在外國領事ヲシテ其證書ノ適法ナルコトヲ認メシムヘキ規則ヲ取り來リテ其檢認ノ管轄權ヲ内國裁判所長ニ與ヘタルモノト解セサルヘカラス果シテ然リトセハ此條文ハ不穩當ナリト謂ハサルヘカラス何トナレハ内國ノ司法官ヲシテ外國ニ於テ作製シタル證書カ其行爲地法ニ從テ正式ニ成立シタルヤ否ヤノ事實ヲ判定セシムルモノナレハナリ

外國ニ於テ其國法ニ從テ作リタル證書ハ内國裁判所ニ於テ證據力ヲ有ス

ルモ其證書ハ直ニ内國ニ於テ執行力ヲ有スヘキモノニアラス例ヘハ内國ニ於テ作りタル公正證書ナルトキハ直ニ執行力ヲ生スヘキ場合ト雖モ其外國ノ製作ニ係ルトキハ之ニ依テ執行ヲ爲スヲ得ス蓋シ執行ハ主權ノ行動ニ屬スルヲ以テ内國主權ノ委任ニ依テ成リタル場合ノ外之ヲ行フヘキモノニアラサレハナリ故ニ此種ノ證書ニ執行力ヲ生セシムルニハ外國裁判所ノ判決ニ對シ執行判決ヲ與フルト同一ノ規則ニ從ヒ内國裁判所ノ判決ヲ附シテ始テ其執行力ヲ有セシムルヲ以テ各國普通ノ法制又ハ判例トセリ

二二二 契約ノ効果 契約ノ有効無効ヲ定メ其効果ヲ生セシムルニハ何レノ國法ニ依ルヘキカ抑モ契約法ハ専ラ個人ノ意思ノ推測ヲ根據トシテ之ヲ定ムルモノナリ故ニ苟モ公ノ秩序善良ノ風俗ニ關セサル規則ハ個人ノ自由ノ意思ヲ以テ其法律ニ違フコトヲ得ルモノナリ故ニ一國人カ外國ニ在ル場合ニ於テモ其能力ノ點ヲ除クノ外何レノ國法ニ從テ契約ヲ爲

契約ノ効

判例

スモノニ其意思如何ニ任セサルヘカラス從テ契約ノ効果ヲ定ムルニ當事者ノ意思明ナルトキハ裁判官ハ其當事者ノ本國法ナルト又々行爲地法ナルト將タ契約履行地法ナルト抑モ又々何レノ國法ナルトヲ問ハス悉ク其法律ノ定ムル所ニ從ヒ其効力ノ有無ヲ決セサルヘカラス是レ當事者カ其選擇ニ依リ之ヲ各自ノ法律トシテ互ニ遵守セント欲スルモノナレハナリ然ルニ當事者カ何レノ國法ニ從テ其契約ヲ爲シタルカノ意思ヲ明ニセサル爲メ往々之ニ疑ヲ生スルコトアリ斯ル場合ニ於ケル當事者ノ意思ノ判定ハ一ニ裁判官ノ職權ニ任セサルヘカラス而シテ裁判官ハ苟モ當事者ノ意思ヲ推測スヘキ事情アルコトヲ認ムルトキハ之ニ依テ其問題ヲ決定スルヲ得ヘシ今其實際ニ生シタル二三ノ判例ヲ舉クレハ左ノ如シ

一 千八百六十五年十月十七日漢堡ノ裁判所ハ西班牙人ト獨逸人トカ西班牙ニ於テ結ビタル契約ニ英語ヲ用カタルヲ以テ當事者ノ意思英國法ニ從フモノト判決シタリ

二 千八百七十五年三月三日佛國セトス裁判所ハ一國家ヲ相手トシテ
締結タル契約ノ効果ハ當事國家ノ國法ニ從テ生ゼシムヘキモノナリト判
決シタリ

三 千八百八十五年三月十三日ブラッセル裁判所ハ外國領事ノ面前ニ
於テ結ビタル契約ハ其領事ノ所屬國法ニ從フモノト判決セリ

此等ノ判例ニ照スモ其判決ノ材料トスヘキ事情ノ取捨ハ一ニ裁判官ノ判
定如何ニアルヲ知ルヘシ然レトモ或ハ其繁雜ヲ避クル爲メ國法ヲ以テ其
臣民ノ採擇スヘキ法律ニ制限ヲ加ヘント企ツル者アリ例ヘハ白耳義民法
改正草案ノ如キ當事者ハ必ス左ノ三種ノ一ヲ選ハサルヘカラストセリ

一 當事者各自ノ本國法

二 契約締結地ノ國法

三 契約履行地ノ國法

實際上當事者ノ選擇スル國法ハ多クハ前掲三種ヲ出テスト雖モ此種ノ規

同國人間
契約ハ
本國法
ニ從フ
トス

異國人
間ノ
契約

定ハ契約自由ノ原則ニ反スルモノトシテ多少ノ非難ヲ免レサル所ナリ

二二三 契約當時ノ事情ニ依ンモ何レノ國法ニ依ルヘキカ更ニ當事者
ノ意思ヲ知ルニ由ナキトキハ左ノ推測ニ依テ之カ決定ヲ爲スヲ以テ通則
トスルカ如シ

一 當事者國籍ヲ同ウシ同一國法ノ下ニ立ツ者ナルトキハ其本國法ニ
依テ契約シタルモノト推測ス 蓋シ當事者ハ互ニ能ク其本國法ノ規定ヲ
知レルヲ以テ之ニ依リ其契約ノ性質條件及効果ヲ生ゼシムル意思ナリト
謂フヲ得ヘケレハナリ我國法例第五條第二項初段ノ規定ノ如キ蓋シ此趣
旨ニ依ルモノナリ然レトモ其當事者カ久シク本國ヲ去リテ外國ニ住所ヲ
定メ寧ロ住所地法ヲ熟知セルカ如キ事情アル場合ニ在テハ又々其住所
タル行爲地ノ國法ニ從テ契約ヲ爲シタルモノナリト解釋スヘキ場合ナキ
ニアラス

二 契約當事者其國籍ヲ異ニシ從テ其所屬國法ヲ異ニシ又々同一地方

債權及債權ノ原因 契約

ニ住所ヲ有セサル場合ニ在テハ如何ナル標準ニ依テ其當事者ノ從ント欲シタル法律ヲ定ムヘキカ此問題ハ從來大ニ議論アル所ニシテ概テ左ノ數說ニ分ルルカ如シ

不動産所在地法說

甲說ハ不動産ヲ目的トセル契約ハ其所在地法ヲ適用スヘシト爲スモノナリ 此說ハ主トシテ其根源ヲ對物法說ニ汲ムモノナリ抑モ一國ノ不動産制度ハ其所在地ノ國法ニ從フヘキモノナリト雖モ苟モ其經濟上ノ理由ニ依ル國際公安ニ關スル規則ニ反セサル以上ハ吾人カ自由ノ契約ニ任スヘキコト敢テ疑ナキ所ナリ故ニ之ニ關スル契約ハ常ニ不動産所在地法ニ從フヘシト爲ストキハ動モスレハ當事者ノ意思ヲ誤解スルノ虞アルヘシ殊ニ契約ノ目的物タル不動産其當事者ノ本國若クハ住所ヨリ遙ニ遠隔ノ地ニ在ルカ爲メ當事者ハ曾テ其國法ヲ知ラサリシ場合ノ如キハ極テ不當ノ推測ヲ以テ當事者ノ意思ヲ定ムルモノト謂ハサルヘカラス

債務者ノ本國法說

乙說ハ債務者ノ本國法ヲ適用スヘシト爲スモノナリ 其理由ニ曰ク吾人ハ義務ヲ負ハサルヲ以テ常態ト爲シ其義務ヲ負フハ生來ノ自由ヲ

制限シ之ニ變態ヲ加フルモノナリ故ニ契約ハ其變態ヲ受クタル債務者ノ本國法ヲ以テ之ヲ支配セサルヘカラス且ツ此決定ハ契約解釋ノ規則ニ適合スルモノナリ抑モ契約解釋ノ規則トシテ當事者ノ意思疑ハシキ場合ハ債權者ニ不利益ナルモ寧ロ債務者ノ利益ニ解釋スヘキモノナリ而シテ債務者ノ國法ヲ適用スルハ其利益タルコト蓋シ明ナリト謂フヘシト然レトモ此說モ亦タ左ノ二個ノ理由ヲ以テ多數學者ノ排斥スル所ナリ

一 當事者カ契約ヲ爲スニ當テハ互ニ自由ノ意思ヲ以テ之ヲ爲シタルモノト看做ササルヘカラス從テ債權者債務者ハ共ニ同一ノ地位ニ在ルモノト看做スヘキモノニシテ特ニ當事者ノ一方ニ利益ヲ與ヘタルモノト推測スヘキモノニアラス然ルニ債務者ノ國法ヲ適用

二 雙務契約ニ在テハ當事者ノ雙方同時ニ債權者タリ債務者タリスル場合ニ於テハ同時ニ雙方ノ國法ニ從ヒタルモノト爲シ之ニ依テ契約ノ有効無効ヲ定ムヘシト爲サンカ若シ當事者雙方ノ國法異ナリテ互ニ相容レサル場合ノ如キ同時ニ二個ノ國法ニ從ント欲シタリト爲スハ是レ當事者ノ意思ニ反スルモノト謂ハサルヘカラス蓋シ一法律行爲ハ同時ニ二個ノ國法ヲ以テ支配スルコト能ハサルハナリ

契約履行地法

丙 說ハ契約履行地ノ法律ヲ適用スヘシト爲スモノナリ 其理由ニ曰ク契約ハ其履行地ニ於テ始テ効果ヲ生スルヲ以テ債權ノ眞ノ所在地ハ其履行地ナリト謂フヲ得ヘシ從テ當事者カ其契約當時ニ於テ特ニ明言セザリシ以上ハ履行地ノ法律ニ從テ意思ナリト解釋セサルヘカラスト然レトモ當事者ハ契約當時ニ於テ其履行地ノ法律ヲ知ラサルコ

片務契約ニ於テ區別スル

片務契約中無償ノ區別スル

ト多シ故ニ其契約ノ效果中單ニ履行ニ關スル部分ハ之ヲ履行地ノ法律ニ一任スルコトアルヘシト雖モ其契約ノ成立及ヒ一般ノ效果等ニ至テハ之ヲ以テ履行地ノ法律ニ從ハシムルハ當事者カ契約當時ニ於ケル意思ナリト解釋スルヲ得ス故ニ此說モ亦タ取ルニ足ラサルナリ

丁 說ハ契約ヲ雙務ナルト片務ナルトニ區別シ雙務契約ニハ契約締結地ノ法律ヲ適用シ之ニ反シテ片務契約ニハ債務者ノ本國法ヲ適用スル爲スモノナリ 其理由トスル所ハ雙方契約ニ在テハ當事者雙方同一ノ地位ニ在ルヲ以テ兩者間ノ區別ヲ爲スヘキニアラスト雖モ片務契約ニ在テハ債務者ノ地位劣等ナルカ爲メ其利益ニ解釋シテ之カ本國法ヲ適用セサルヘカラスト

戊 說ハ尙ホ一層細密ナル區別ヲ爲シ片務契約中無償ノ契約ニハ債務者ノ本國法ヲ適用シ之ニ反シ有償ノ片務契約ニハ契約締結地ノ法律ヲ適用スヘシト爲スモノナリ 其理由トスル所一ハ當事者間其地位ヲ

契約締結
ノ法律
トスル
原則

異ニシ他ハ其地位ヲ同ウスト云フニアリ
然レトモ此終リノ二説モ乙説ニ對スル第一ノ駁論ノ如ク片務ノ契約
若クハ無償片務ノ契約ニ於テモ當事者ハ常ニ自由ノ意思ヲ以テ其契
約ヲ爲スモノト看做シ二者ノ間其地位ノ高下ヲ爲スヘキモノニアラ
ス從テ其一方ノ利益ニ解釋スルハ當事者ノ意思ニ反スルモノト爲サ
サルヘカラス是ニ於テカ今日多數學者ハ左ノ決定ヲ取ルカ如シ
國籍ヲ異ニスル契約ノ當事者何レノ國法ニ從フヘキカノ意思ヲ明ニ
セサルトキハ契約締結地ノ法律ニ從フモノトスルヲ以テ原則トス但
シ多少ノ例外ヲ認メサルヘカラス
此決定ハ契約當事者ノ意思ノ推測上最モ穩當ナルモノト謂フヘシ蓋シ
一國內ニ在ル異國籍人間ノ契約ニ就キ殊ニ其適從スヘキ法律如何ヲ明
言セサル場合ハ其土地ノ法律ヲ以テ双方間ノ法律ト爲スハ吾人普通ノ
意思ナレハナリ

數個ノ
條件ニ
依リテ
締結ス
ル契約
ノ成立
場

二二四 前掲契約締結地ノ法律ニ從フノ原則モ其適用ニ至テハ多少ノ
難問ヲ生スルコトナシトセス依テ二三ノ場合ヲ擧クテ之ヲ明ニセシム

一 場所ヲ異ニシタル數個ノ條件ニ依テ合意ノ完成ヲ爲ス場合ハ何レ
ノ地ヲ以テ契約締結地ト爲シテ其國法ヲ適用スヘキカ例ヘハ後見人
カ被後見人ノ爲メニ重要ナル法律行為ヲ爲スニハ裁判所ノ認可ヲ受
クサルヘカラサルコトアリ此種ノ行為ニ就キ内國ノ後見人外國ニ在
テ外國人ト合意ヲ爲シ内國裁判所ノ認可ヲ受ケテ其合意ヲ完成シタ
ル場合ノ如キ其合意ニハ外國法ヲ適用スヘキカ抑モ又タ内國法ヲ適
用スヘキカ或ハ曰ク此種ノ合意ハ裁判所ノ認可ニ依テ始テ完成スル
モノナリ故ニ合意ハ裁判所ノ所在地タル内國ニ於テ成立スルモノト
爲シ内國法ノ適用セサルヘカラスト然レトモ是レ膠説タルヲ免レズ
何トナレハ裁判所ノ認可ハ契約ヲ成立セシムルモノニアラスシテ唯
タ之ヲ認メタルニ過キス故ニ其契約ハ後見人カ外國ニ於テ爲シタル
債權及債權ノ原因 契約

トキニ於テ成立セルモノトシテ其締結地ノ法律ヲ適用スヘキモノニシテ後日ニ於ケル認可ノ方式ニ依テ之ニ影響ヲ及ボサシムヘキモノニアラサルナリ

二 書狀又ハ電信ヲ以テ締結スル隔地者間ノ契約ニ關シテハ何レノ國法ヲ適用スヘキカ例ヘハ東京ノ内國商人巴里ノ佛國人ニ對シ書狀ヲ以テ賣込ノ申込ヲ爲シ巴里ノ商人其承諾ヲ爲シタルトキハ何レノ國法ニ從ヒタルモノト看做スヘキカ申込地ノ國法タル我國法ニ從フモノト爲スヘキカ將タ承諾ヲ與ヘタル地ノ國法タル佛國法ニ從フモノト爲スヘキカ此問題ハ契約法上ノ一大難問タル隔地契約ハ何レノ時ニ成立スルカノ問題ニ歸着ス

契約申込ニ對スル承諾ノ意思表示ニ就キ受信主義若クハ了知主義ヲ取ル學者ハ契約ノ成立ハ申込人カ其對手人ノ承諾狀ヲ受領シタルカ若クハ其承諾ヲ知リタルトキニ於テ契約成立スト爲ステ以テ契約成

立地即チ申込人ノ所在地ナリト論シ且ツ申込人ハ常ニ契約ノ條款ヲ備ヘテ之ヲ爲スモノニシテ其條款ハ對手人ノ本國法ニ依ラスシテ申込人ノ本國法ニ從ハント欲スルモノナリ而シテ對手人ハ其申込人ノ意思ニ對シテ直ニ其承諾ヲ與フルモノナルヲ以テ此點ヨリスル當事者ノ意思ノ推測ニ於テモ亦タ申込人ノ國法ヲ適用セサルヘカラスト爲シ本問ニ於テハ即チ内國法ヲ適用スヘキモノト謂フ

然ルニ契約申込ニ對スル承諾ニ就キ發信主義ヲ取ル學者ハ契約ノ成立ハ申込ニ對シ承諾狀ヲ發シタルトキニ在ルヲ以テ契約成立ノ地ハ即チ承諾人ノ所在地ナリト論シ且ツ承諾人カ申込ノ條款ニ對シテ其承諾ヲ與フルニ當テハ其條款ハ己レノ國法ニ從フモノト思惟スルヲ以テ常ト爲スカ故ニ承諾人ハ申込人ノ國法ニ從フモノナリトノ推測ハ往々承諾人ノ意思ニ違フモノト爲シ本問題ニ於テハ佛國法ヲ適用スヘキモノナリト謂フ

我新民法第五百二十六條モ亦タ隔地者間ノ契約ニ就テハ發信主義ヲ取ルモノナリ故ニ我國法ノ下ニ於テハ殊ニ後説ヲ取ルヲ以テ妥當ナリト爲ササルヘカラス

代理人ヲ以テスル契約

三 代理人ヲ外國ニ派遣シテ契約ヲ結ハシメタル場合ハ何レノ國法ヲ適用スヘキカ此場合ハ疑ナク代理人カ其委任事件ヲ履行シタル土地ノ法律即チ外國法ニ從フモノナリト推測セサルヘカラス蓋シ代理人ハ本人ニ代リテ契約ヲ結ヒタルヲ以テ代理人ノ契約ヲ爲シタル土地ハ即チ本人カ契約ヲ爲シタル土地ナレハナリ唯タ此場合ニ於テ少シク疑ヲ生スヘキ點ハ代理人カ其委任權限ヲ越エテ契約ヲ結ヒ後日本人ノ追認ヲ受ケタル場合ニ於テモ猶ホ同一ノ規則ニ從フヘキヤ否ヤニアリ或ハ曰ク代理人ノ委任權限ヲ越エテ爲シタル行爲ハ本人ノ追認ニ依テ始テ有効ナルヲ得ヘシ從テ其追認ヲ與ヘタル本人ノ所在地ハ契約締結ナリトシテ其國法ヲ適用セサルヘカラスト然レトモ是レ

例外

認説タルヲ免レス何トナレハ追認ハ代理ヲ有効ナラシムルモノニシテ一旦之ヲ爲ストキハ其効力既往ニ遡リ代理者ハ始ヨリ其委任ヲ受ケタル者ト同一ニ看做サルルヲ以テ追認セラレタル行爲ハ均ク其行爲地ニ於テ成立シタルモノト看做シ其土地ノ法律ニ從フモノト推測セサルヘカラスレハナリ

二二五 契約行爲地ノ法律ニ從フノ原則ニハ左ノ數個ノ例外ヲ認メサルヘカラス

一 此原則ニ從テ契約地ノ法律ヲ適用スルニハ之ヲ適用ヲ爲ス法律ノ存在ナカルヘカラス故ニ其存在ナキ場合ニ在テハ契約履行地ノ國法ニ從フ意思ナリト推測スルノ外途ナシ例ハ國籍ヲ異ニシタル者ノ間ニ於テ大洋又ハ無所屬國ノ陸上ニ於テ契約ヲ爲シタル場合ノ如キ即チ是ナリ千八百八十七年一月十五日伊國メシトヌノ裁判所カ大洋ニ於テ國籍ヲ異ニスル二個船舶間ニ取結ヒタル引船ノ契約ハ其履行地タル船舶ヲ引入レタ

債權及債權ノ原因 契約

ル國ノ法律ニ從フヘキモノナリト決定シタルカ如キ其一例ナリトス

二 契約締結地ノ法律ニ從テ有効ナルモノト雖モ其履行地ノ國際公安ニ關スルモノハ之ニ効力ヲ生セシムヘキモノニアラス今二三ノ例ヲ擧クテ其適用ヲ明ニセシ

- (イ) 奴隸制度ヲ有スル國ニ於テ其國法ニ從ヒ人身賣買ノ契約ヲ爲シタル場合ノ如キ奴隸禁止ノ國ニ於テハ其契約ノ効力ヲ生セス
- (ロ) 外國ニ於テ其國法ニ從ヒ我國ノ土地ヲ外國人ニ賣渡タル契約ハ我國ニ於テ其効力ヲ生スルコトナシ

- (ハ) 佛國ノ如キ用益權ヲ認ムル國ニ於テ其國法ニ從ヒ我國ノ財産上ニ用益權ヲ設定セントスル契約ヲ爲シタル場合ノ如キ又々之ニ効力ヲ有セシムルヲ得ス蓋シ我國ニ於テ用益權ヲ物權ノ一種ニ加ヘサルハ公益上ノ理由ニ基クモノト解釋スルヲ得レハナリ

- (ニ) 西班牙ノ如キ富國興行ヲ禁セサル國ニ於テ富國ヲ買受ケタルモ

ノモ我國ニ於テハ其代價支拂ノ爲メ訴訟ヲ受クルコトナカルヘシ是レ我國ニ於テハ公益上ニ害アリトシテ富國興行及賣買ヲ嚴禁スレハナリ

- (*) 賭博ヲ公許シ且ツ其義務ニ辭權ヲ與フル國ニ於テ生シタル賭博ノ義務モ前同一ノ理由ニ因リ我國ニ於テハ之ヲ訴フルヲ得ス

- (ヘ) 我國關稅ノ規則ニ背カントスル契約ノ如キ其契約地法ニ從ヘハ有効ナル場合ト雖モ我國ニ於テハ又々之ヲ無効ト爲ササルヘカラス是レ我國家ノ直接利害ニ關係スルモノナレハナリ獨リ我國ノ稅關規則ニ違フ場合ノミナラス凡ソ此種ノ詐欺ニ係ル契約ハ何レノ國家ニ對スルモノト雖モ所謂不法ノ契約トシテ之カ効力ヲ認メスト爲スタ以テ妥當ヲ得タル説ナリトス

- (ト) 契約上ノ利息ヲ制限セサル國ニ於テ契約シタル利息ニシテ我國利息制限法ノ規定ニ超過スルトキハ我國ノ裁判上ニ於テハ之ヲ無効ト爲ス

効ト爲ササルヘカラス蓋シ立法上ノ議論ハ暫ク之ヲ措キ我國利息制限法ハ公益上ノ理由ヲ以テ之ヲ定メタルモノト解釋セサルヘカラサレハナリ

三

三 契約ノ効果中殊ニ其履行ニ關スルモノハ履行地ノ法律ニ從フテ之ヲ生セシムヘキモノトス蓋シ契約履行ノ際ニ生スル問題ハ多クハ當事者カ契約當時ニ豫想セサル所ニシテ之ニ關シテ生スル問題ノ決定ハ其履行地法ニ依ルコト最モ便利ナルヲ以テ之ニ履行地法ヲ適用スルハ當事者カ契約當時ノ意思ナリト謂フヲ得ヘクレハナリ是ニ於テカ契約締結地ト之カ履行地トヲ異ニスルトキハ如何ナル効果カ履行ニ關スルモノナルカヲ定ムルコト極テ必要ナリ今試ミニ之ヲ舉ケレハ概テ左ノ如シ

一 目的物ノ授受ニ關スルモノ例ヘハ運送又ハ受渡ノ費用ニ關スルモノノ如キ是ナリ

二 辨濟ノ方法又ハ辨濟スヘキ物ノ種類ニ關スルモノ例ヘハ辨濟ハ如

何ナル貨幣ヲ以テスヘキカ又ハ如何ナル品位ノ物品ヲ以テスヘキカノ如キ是ナリ

三 物品ノ提供及供託ニ關スルモノ

四 領收證ヲ與フル義務ニ關スルモノ

五 債權者又ハ債務者ヲ遲滞ニ付スルモノ

六 契約ノ不履行又ハ遲滞ヨリ生スル損害賠償若クハ遲延利息ニ關スルモノ

以上列記ノ事項ハ當事者間ノ契約若クハ其契約地法ニ依テ履行地ノ法律ニ從フヘシト爲セル場合多シト雖モ其契約又ハ法律ノ規定ナキ場合ト雖モ當事者ノ意思ノ推測上常ニ履行地ノ法律ニ從ハシムヘキモノトス

二二六 前掲三種ノ例外ヲ除キ契約ノ成立條件ヲ始メトシ一切ノ効果ハ悉ク契約締結地ノ國法ヲ以テ之ヲ支配スヘキモノトス例ヘハ暴行錯誤詐欺損失ノ如キハ契約不成立ノ原因タルヤ將タ其取消ノ原因タルヤ否ヤ

例外ヲ除キ總テ適用ス

ノ如キ、義務ノ範圍、性質又ハ其躰機等即チ連帶義務ナルカ、可分義務ナルカ、不可分義務ナルカ、條件附ナルヤ否ヤ若クハ默示ノ解除條件ヲ認ムルヤ否ヤノ如キ、其他契約ニ依ラサル法律上ノ利息ハ如何ニスヘキヤノ如キ、悉ク其締結地ノ法律ニ依テ其性質ヲ定メ之カ、効果ヲ生セシムルヲ以テ原則トス然レトモ此點ニ就キ或ハ多少ノ異說ナキニアラス今試ミニ之ヲ擧クレハ左ノ如シ

- 一 承諾ノ瑕疵ニ因ル契約取消ノ訴訟ニハ當事者ノ本國法ヲ適用スヘシト爲ス者アリ、蓋シ此種ノ問題ハ當事者ノ能力ニ關スルモノナリト云フニアルカ如シ
- 二 取消ノ原因アル契約ノ確認ハ締結地法ニ從ハスシテ確認ヲ爲シタル土地ノ法律ヲ適用スヘシト爲スモノアリ、蓋シ其理由トスル所ハ確認ハ契約中ニ包含スルモノニアラス一ニ之ヲ爲ス者ノ意思如何ニ屬ス故ニ其意思ヲ表示シタル土地ノ法律ノ如何ニ從ヒ其効力ヲ生セシ

ムヘシト云フニアルカ如シ

- 三 又タ確認ハ其當事者ノ本國法ニ從フヘシト爲ス者アリ、其理由トスル所ハ確認ハ當事者一方ノ行爲ニシテ一ニ其意思ニ關スルモノナルヲ以テ當事者カ熟知セル本國法ニ依テ之ヲ爲シタリトスルハ最モ能ク意思ノ解釋ニ適合スルモノナリト謂フニアリ
- 四 不動産ニ關スル賣買契約ヲ取消シテ其目的物ノ取戻ヲ求ムル訴訟ハ一國ノ土地制度ニ關スルモノトシテ其所在地法ヲ適用スヘシト爲ス者アリ
- 五 損失ヲ理由トシテ契約ノ取消ヲ爲ス場合ハ損失ヲ被リタル者ノ本國法ニ從フヘシト爲ス者アリ

以上ノ如キ數說アリト雖モ通説ハ之ヲ認メスシテ常ニ契約締結地法ニ從フヘキモノト爲セリ

二二七 債權消滅ノ方法モ亦タ契約締結地ノ法律ニ從フヲ以テ原則トシ
債權及債權ノ原因 契約

債權消滅
ニモ前原
ス則チ適用

債權及債權ノ原因 契約

消滅時効

第一説

然レトモ其消滅ノ原因タル事實カ其契約締結地以外ニ於テ生シタル場
 合ハ又タ其事實ノ生シタル土地ノ國法ニ從テ有効ナラサルヘカラス例ヘハ
 更改ニ因テ債務ノ消滅ヲ來ス場合ハ其舊債務ニ代ル新債務ハ其生シタル
 土地ノ國法ニ從テ有効ナル場合ニ限ルヘシ又タ相殺若クハ混同ニ因テ義
 務ノ消滅ヲ來ス場合ニ於テモ從來ノ債務者カ同時ニ債權者トナリ若クハ
 同一債務ニ就キ其債權者タリ債務者タルノ資格ヲ一人ニ合シタルトキハ
 其合シタル當時ノ所在國法ニ從テ有効ニ生シタル場合ナラサルヘカラス
 二二八 債權消滅ノ方法中消滅時効ノ規則ハ何レノ國法ニ從フヘキカ
 ハ從來學説ノ一致セサル所ナリ其說概テ左ノ三派ニ分ルルカ如シ
 第一説ハ消滅時効ノ條件及期限ハ債權者ノ住所地法ニ從フヘシト爲ス
 モノナリ蓋シ其理由トスル所ハ債權ノ債權者ニ屬スルハ恰モ有形動
 産ノ其所有者ノ身軀ニ屬スルニ異ラス故ニ債權ハ有形動産ト同シク
 債權者ノ住所地ニ在ルモノト看做シ其住所地ノ國法ヲ以テ之ヲ支配

第二説

第三説

セサルヘカラスト謂フニアリ
 第二説ハ表面上ヨリ之ヲ見ルトキハ數説ニ分レ或ハ債務者ノ住所地法
 ニ從フヘシト爲シ或ハ義務履行地ノ法律ニ從フヘシト爲シ或ハ又タ
 其事件ノ繫屬シタル裁判所ノ所屬國法ヲ適用スヘシト爲スト雖モ其
 實際上ニ至テハ殆ト同一ナリト云フヲ得ヘシ蓋シ一方ニ於テハ義務
 ノ履行ハ債務者ノ住所ニ於テ爲スヘシトセル國法多ク又タ他方ニ在
 テハ債務者ノ住所ハ其義務履行ニ關スル普通裁判籍ナレハナリ
 第三説ハ消滅時効ハ義務發生地ノ法律ヲ以テ之ヲ支配スヘシト爲スモ
 ノナリ義務發生地ハ即チ契約締結地ナルヲ以テ此説ハ前掲ノ原則ニ
 從ヒ契約締結地法ヲ適用スヘシト云フニ異ラス此説ノ理由トスル所
 ハ左ノ諸點ニアリ
 一 消滅時効ノ期限ヲ債權者又ハ債務者ノ住所地法ニ從ハシムルハ
 是レ契約ノ鞏固ヲ欠クモノナリ何トナレハ當事者ノ住所ハ隨意ニ
 債權及債權ノ原因 契約

之ヲ變スルヲ得ルヲ以テ一方ノ意思ニ從ヒ容易ニ他ノ權利ヲ左右スルヲ得レハナリ

二 債務履行地ノ法律ヲ適用スルハ其履行ニ關スル場合ニ限ラサルヘカラス然ルニ時効ノ問題ハ債務ノ存否ニ關スルモノナリ故ニ履行地ノ法律ニ從フコトヲ得ス

三 純粹ノ訴訟手續ハ裁判所所屬國法ニ從フヲ以テ原則ト爲スト雖モ時効ノ規則ハ訴訟手續ニアラスシテ權利自體ニ關スルモノナリ從テ其事件ヲ掌握シタル裁判所地法ニ從フヘキモノニアラス

四 時効ノ期限ハ債權者ノ權利ヲ一定ノ時期ニ制限スルモノナリ故ニ其債權發生ノ當時ニ於テ其何レノ時期ニ於テ之カ消滅ヲ來スカハ豫メ之ヲ知ラサルヘカラス從テ其契約締結ノ際ニ於テ之ヲ豫想セサルノ理アラシヤ之ヲ豫想シテ明言セサルハ其契約締結ニ關シテ從ント欲シタル法律ニ從フノ意思ナリト解釋スルヲ以テ最モ妥

當ナリト爲ササルヘカラス故ニ契約締結地法ハ即チ時効ヲ支配スヘキ法律ナリト

前數說中第三說ハ余輩ノ最モ同意ヲ表スル所ナリ然レトモ又々多少ノ制限ヲ設ケサルヘカラス其然ル所以ハ抑モ一國ノ法律上消滅時効ノ規定ヲ爲ス理由ハ數年ノ久シキニ涉リ反證ノ消滅スルヲ待テ不正ノ訴訟ヲ提起シ不義ノ利益ヲ得ント欲スル者ヲ防カントスル公益上ヨリ來ルモノナリ故ニ一國ノ裁判所カ一事件ヲ掌握シテ時効ノ問題ヲ決定スルニ當リ外國法ノ定ムル時効ノ期限內國法ノ定ムルモノヨリ長キトキハ所謂國際公安ニ關スル法律ノ抵觸ナリトシテ必ス內國法ノ適用ヲ爲ササルヘカラス之ニ反シテ契約締結地法ノ定ムル消滅時効ノ期限內國法ノ定ムル期限ヨリ短キトキハ當事者ノ意思ニ從ヒ常ニ契約締結地法ヲ適用スルヲ得ヘシ

第二 契約以外ノ原因

契約以外
ノ原因

債權及債權ノ原因 契約以外ノ原因

六三三

船舶救助
ノ場合

事務管理
不當利得

二二九 債權ハ債權者債務者ノ合意ニ依ルニアラスシテ單ニ一方ノ行爲ニ因テ生スルコトアリ事務管理不當利得及不法行爲即チ是ナリ此種ノ行爲ニ對シテハ當事者双方ノ意思ヲ推測シテ之ニ適用スヘキ法律ノ如何ヲ定ムルコト能ハサルヲ以テ前述契約ニ關スル原則ハ之ヲ適用スルコト能ハサルカ如シ然レトモ事務管理及不當利得ハ學說上之ヲ準契約ト稱シ殆ト之ヲ契約ノ如ク看做スヲ以テ之ニ適用スヘキ法律如何ノ問題ニ就テモ殆ト契約ト同一ノ規則ヲ適用スルコトヲ得ヘシ即チ當事者ノ意思ノ推測ニ基キ債權者債務者同一國人ナルトキハ常ニ其本國法ヲ適用シ之ニ因テ一切ノ効果ヲ生セシメ之ニ反シテ債權者債務者國籍ヲ異ニスルトキハ義務發生地法ニ從テ其効果ヲ生セシムルヲ原則トシ唯タ二三ノ場合ハ例外トシテ義務履行地ノ法律ヲ適用スルノミ白耳義國改正民法草案ノ如キ其第十七條ヲ以テ同一ノ原則ヲ定メリ

二三〇 海上ニ於テ一船舶カ他ノ船舶ヲ救助シタル場合モ其性質上一

公海ニ於
ケル救助

種ノ事務管理ナリ故ニ此規則ヲ適用シ其救助被救助ノ船舶共ニ同一國籍ニ屬スルトキハ其本國法ニ從テ救助者ノ爲シタル費用ヲ償ハシムヘキモノトス又々其船舶國籍ヲ異ニシ一國ノ領海内ニ於テ救助ヲ爲シタル場合ハ其領海所屬國ノ國法ヲ適用スヘキモノトス然ルニ其公海ニ於テ救助ヲシタル場合ハ多少ノ議論アルヲ免レス

甲 說ハ救助ノ後最初ニ到着シタル港灣ノ所屬國法ヲ適用スヘシト爲スモノナリ、其理由ニ曰ク海上ニ於テ他ノ船舶ヲ救助シタル場合ハ之ヲ一ノ港灣ニ引入ルルニアラサレハ未タ其救助ヲ全ウシタリト云フヘカラス故ニ救助者ノ權利ハ一港灣ニ入りタルトキ始テ發生スルモノト爲シ其權利ノ發生地タル港灣所屬ノ國法ヲ適用セサルヘカラス

乙 說ハ救助ヲ爲シタル船舶ノ所屬國法ヲ適用スヘシト爲スモノナリ、其理由ニ曰ク船舶ハ固ト一國領地ノ延長ト看做シ之カ一部分ヲ爲ス債權及債權ノ原因 契約以外ノ原因

六三三

モノトス而シテ其船舶他ノ船舶ヲ救助シタル場合ハ救助ニ遇ヒタル船舶ハ救助船ノ附従物ト爲リタリト看做スヲ得ヘシ從テ救助ニ關スル準契約ハ之ヲ外國ニ於テ生シタルモノト爲サシテ救助船舶所屬國ニ於テ生シタルモノト看做スヲ得ト此決定ハ千八百八十五年「アンヴェルヌ」ニ於ケル列國商法會議ニ於テモ亦タ是認シタル所ナリ其議決第十條ニ曰ク「一國ノ港灣、河川其他内海ニ於ケル水上ノ救助ハ其國法ニ從テ之カ償ヲ受クヘシ其外海ニ於ケルモノハ救助者ノ國法ニ從テ之カ償ヲ受クヘシ」ト又タ其千八百八十八年「ブラツセル」ニ於ケル會合ニ於テハ左ノ如ク決議セリ「公海ニ於テ他ノ船舶ヲ救助シタルカ爲メ船舶ノ受クヘキ賠償ハ其所屬國法ニ依テ之ヲ定ムヘシ此規則ハ其救助ヲ他國ノ領海ニ至ル迄繼續シタル場合ニ於テモ亦タ同シ」ト

不法行爲

二三一 不法行爲ヨリ生シタル損害賠償ノ義務ニ就テハ行爲地ノ法律ヲ適用スル場合多シ蓋シ其故意ニ因ル場合即チ犯罪ノ場合ハ勿論其過失

船舶衝突ノ場合

領海内ニ於ケルモ

ニ因ル場合即チ準犯罪ノ場合ニ於テモ之カ賠償ノ問題ハ所謂國際公安ニ關スル問題ナレハナリ故ニ行爲地ノ裁判所ニ於テ此種ノ原因ニ因ル損害賠償ノ訴ヲ受理シタルトキハ其當事者ノ國籍如何ニ拘ラス常ニ內國法ヲ適用シテ其問題ヲ決セサルヘカラス然レトモ行爲地以外ノ裁判所ニ於テ其問題ヲ決定スル場合ハ國際公安ノ關係ナキヲ以テ前述一般ノ義務ニ關スル規則ヲ適用シ原被告兩造同國人ナルトキハ其所屬國法ヲ適用シ原被告國籍ヲ異ニスルトキハ行爲發生地ノ法律ヲ適用スルヲ以テ通説ト爲スカ如シ

二三二 船舶衝突ノ場合ニ於ケル損害賠償ノ義務モ亦タ不法行爲ニ基クモノナリ故ニ原則トシテハ前述ノ規則ニ從テ之カ決定ヲ爲スヘキモノナリト雖モ從來大ニ議論アル所ナルヲ以テ左ニ場合ヲ別テ之ヲ論セントス

一 一國ノ領海内ニ於ケル場合 此場合ハ前掲原則ノ單純ナル適用ニ債權及償權ノ原因 契約以外ノ原因

シテ領海所屬國ノ裁判所其問題ヲ決定スルトキハ當事者ノ國籍如何ニ拘ラス常ニ其內國法タル行爲地ノ法律ヲ適用シ之ニ反シテ行爲地以外ノ裁判所其問題ヲ決スル場合ハ當事者ノ國籍異ルトキハ尙ホ行爲地ノ法律ヲ適用シ其國籍同一ナル場合ハ其當事者ノ所屬國法ヲ適用スルコトヲ得ヘシ

二 公海ニ於ケル場合 此場合ニ於テハ領海内ニ於ケル場合ノ如ク一國家ノ公益上ノ問題ヲ生セサルヲ以テ衝突ノ船舶同一國籍ニ屬スルトキハ其所屬國法ヲ適用スヘシト云フヲ以テ通則ト爲セリ然ルニ衝突ノ船舶國籍ヲ異ニスル場合ハ何レノ國法ヲ適用シテ其問題ヲ決スヘキカハ從來學者間ニ於テ大ニ議論アル所ニシテ其實際ノ判決例モ亦タ區々ニ別レリ或ハ衝突ヲ受ケタル船舶(即チ債權者)ノ所屬國法ニ從マヘシト云ヒ或ハ賠償ノ責任ヲ有スル船舶(即チ債務者)ノ所屬國法ニ從フヘシト云ヒ若シ雙方互ニ賠償ノ責任ヲ有スル場合ハ各自ノ所

公海ニ於ケルモノ

屬國法ニ從テ其責任ヲ定ムヘシト云フモノアリ然レトモ近時ニ於テハ常ニ其賠償ノ訴ヲ受ケタル裁判所所屬國法ヲ適用スヘシト爲ス説ニ傾キタルカ如シ蓋シ其理由トスル所ハ公海ニ於ケル衝突ノ問題ニ關シテハ何レノ一方カ曲者ナルヤハ豫メ之ヲ知ルヲ得サルニ依リ裁判所地法ヲ適用スルヲ以テ最モ公平且ツ便利ナリト爲スニ在ルナリ然レトモ此問題ハ尙ホ大ニ議論アルヲ以テ二個ノ會議ニ於テ之ヲ決定セリ依テ左ニ其決議ヲ掲ケントス

- 一 千八百八十八年「ロンドン」ニ於ケル國際法高等學會會合ハ左ノ決議ヲ爲セリ
 - 一 一國ノ内海ニ於ケル船舶ノ衝突ハ其同國籍船舶間ナルト異國籍船舶間ナルトヲ問ハス一ニ内海所屬國法ニ依リ何人カ船舶乗組員又ハ貨物ニ與ヘタル損害ヲ償フヘキカ如何ナル期限内ニ於テ其訴ヲ起スヘキカ如何ナル手續ニ依テ各自ノ權利ヲ保存スヘ

債權及債權ノ原因 契約以外ノ原因

キカ、又タ如何ナル裁判所カ管轄ヲ爲スヘキカヲ定ムヘシ、其衝突
一國ノ領海内ニ於ケル場合ニ於テモ亦タ同シ

二 公海ニ於ケル衝突ノ場合ハ其同一國ノ船舶ニ關スルトキハ其
本國法ニ從テ衝突ニ關スル一切ノ問題ヲ決定スヘシ、其衝突異國
籍船舶間ニ在ル場合ハ其船舶各自ノ所屬國法ニ從ヒ賠償ノ責任
者ヲ定ムヘシ但シ原告ハ其所屬國法ニ從ヘハ請求ノ權利ナキ賠
償ヲ請求スルコトヲ得ス

損害賠償ノ請求ハ原告所屬國法ノ定ムル手續ヲ盡シ其國法ノ定
ムル期限内ニ之ヲ爲スヘシ

其請求ハ原告ノ國法又ハ被告ノ國法ニ從テ管轄權ヲ有スル裁判
所ナルトキハ何レノ裁判所ニモ之ヲ提出スルコトヲ得ヘシ

二 千八百八十八年「ブラッセル」ニ於ケル商法列國會議ハ左ノ決議ヲ爲
セリ

一 海上衝突ノ場合ニ於テ各船舶ノ盡スヘキ義務及ヒ其賠償スヘ
キ損害ハ船舶各自ノ所屬國法ニ於テ之ヲ定ムヘシ、然レトモ衝突
ヲ受ケタル船舶ノ乗組員船舶所有者及貨物ノ所有者ハ互ニ其船
舶所屬國法ニ從テ要求スルヲ得ヘキ限度ニアラサレハ賠償ヲ求
ムルヲ得ス、又タ其所屬國法ニ從ヘハ連帶責任ノ言渡ヲ爲スコト
ヲ得サル場合ニ於テモ亦タ之ヲ言渡サシムルコトヲ得ス

二 海上衝突ノ場合ニ於テ船長及利害關係人ハ其本國法、其債務者
ノ國法又ハ最初到着港灣ノ國法ニ依テ定メラレタル方式及期限
ニ從ヒ其請求ノ權利ヲ保有スヘシ云々
前掲議決中海上ノ衝突トアルハ公海上ニ於ケル衝突ナルコト解
釋上疑フヘカラサル所ナリ

前掲二個ノ決議ニ依リ從來問題タリシ公海ニ於ケル國籍ヲ異ニスル
船舶ノ衝突ニ關スル左ノ諸點ハ概テ一定シタルカ如シ
債權及債權ノ原因 契約以外ノ原因

債權及債權ノ原因 契約以外ノ原因

- 一 責任ノ有無及ヒ其損害ノ賠償額ハ責任ヲ有スル船舶ノ所屬國法ニ從フ但シ請求者所屬國法ノ規定以外ニ出ツヘカラス
- 二 管轄裁判所ハ原告ノ國法及最近到着地ノ國法ノ定ムル所ニ從ヒ何レカ其一ヲ選フコトヲ得ヘシ
- 三 出訴期限モ前掲數個ノ國法中其一ノ定ムル條件ニ從ヘハ尙ホ有効ナリトス

上來述フル所ノ船舶衝突ノ場合ニハ如何ナル國法ヲ適用スヘキカノ問題ハ將來ニ於テハ稍ヤ其必要ヲ減スルニ至ルヘシ何トナレハ近時萬國ニ通スル海上衝突預防規則ナルモノアリテ其共同中ニ加入セル國家間ノ船舶衝突問題ハ常ニ其規則ニ從テ責任ノ有無ヲ定ムヘキヲ以テ苟モ其規則中ニ包含セル事項ニ就テハ何レノ國法ヲ適用スヘキカノ問題ヲ生セザレハナリ然レトモ之ニ關スル萬國ノ共同未タ一般ニ普及スルニ至ラス又々其規則モ未タ完全セサルヲ以テ本問ハ今日尙ホ大ニ其必要ヲ有スルナリ

第二款 爲替手形

二三三 前款述フル所ノ一般ノ債權及契約ニ關スル原則ハ之ヲ各種ノ契約及ヒ其因テ生スル債權ニ應用スルコトヲ得ヘシ但シ契約ノ種類ニ依リ多少ノ變例ヲ生スルコトアルヘシト雖モ一々之ヲ論スルハ煩雜ノ嫌アルノミナラス多クハ重複ヲ免レサルヘシ故ニ余輩ハ各種ノ契約中最モ國際關係ヲ生スル爲替手形ニ關シ前述原則ノ應用ヲ爲サント欲ス是レ殊ニ此一款ヲ設クタル所以ナリ

今日國際商業ノ頻繁ナル各國ノ商人互ニ爲替ヲ取組ム場合極テ多シ從テ之ニ關スル各國ノ法制ヲ一定スルノ必要アリ故ニ國際法改良及編纂學會ハ千八百七十五年ニ於テ其意見ヲ發表シ又千八百八十五年「アンヴェルス」ニ於ケル商法列國會議ノ如キモ亦タ其草案ヲ議シタリト雖モ今日尙ホ未

タ之ヲ一定スルニ至ラスシテ佛國派ノ法制ハ獨乙派ノ法制ト異リ獨乙派ノ法制ハ又タ英米派ノ法制ト異ル所アリ是ニ於テカ之ニ關スル法律ノ抵觸絶ユルコトナシ依テ左ノ三點ニ區別シテ之ヲ論セントス

- 一 當事者ノ能力
- 二 爲替手形ノ方式
- 三 爲替手形ノ効果

當事者ノ能力
各國法制

二三四 當事者ノ能力ニ關スル二三ノ法制ヲ見ルニ我法典ニ於テハ一般能力者ノ外之ニ關スル特別ノ能力者ヲ認メ妻モ夫ノ承諾ヲ受ケテ商業ヲ爲ス場合及ヒ未成年者モ滿十八才以上ニシテ父母又ハ後見人ノ許諾ヲ得テ商業ヲ爲スコトヲ得ル者ニハ尙ホ爲替義務ヲ負フコトヲ許セリ(商法第七百條十一條第十二條新民法第六條第十五條參看佛蘭西伊太利ノ法制ニ於テモ一般能力者ノ外商業ニ從事スル未成年者及有夫ノ婦ハ爲替義務ヲ負フノ能力アルモノトセリ又タ西班牙葡萄牙ノ如キハ爲替義務ハ概シテ商人ニアラサレハ之ヲ負フコトヲ得スト爲シ之ニ反シテ獨逸奧太利瑞

原則

西及英吉利ノ如キハ荷モ契約ノ能力ヲ有スル者ハ爲替義務ヲ負フコトヲ得ルトセリ千八百八十五年「ブラッセル」ニ於ケル國際法高等學會モ亦タ之ト同一ノ決議ヲ爲セリ而シテ前諸國中獨乙奧太利ノ如キハ未成年者及有夫ノ婦ノ商業能力ヲ有スル者ニハ爲替義務ヲ負フコトヲ許スモ英米國法及露國法ニ從ヘハ有夫ノ婦ハ爲替義務ヲ負フノ能力ヲ有セサルカ如シ

二三五 爲替義務ニ關スル能力ノ問題ハ普通原則ノ適用ニシテ常ニ其本國法ニ從フヘキモノトス從テ內國人其義務ヲ負フトキハ其振出地又ハ支拂地ノ如何ナルヲ問ハス常ニ內國法ヲ適用シ之ニ反シテ外國人ノ爲替義務ニ就テハ其內國ニ在ルト否トヲ問ハス常ニ其本國法ニ依テ能力ノ問題ヲ決セサルヘカラス而シテ此原則ハ爲替ニ關シテ義務ヲ負フ一切ノ者ニ適用スルヲ得ヘシ即チ振出人支拂人裏書讓渡人榮譽引受人榮譽支拂人及保證人等ニ悉ク之ヲ適用ス

然レトモ外國法ノ定ムル無能力ノ規則內國ノ國際公安ニ關スル場合ハ又

タ通則ニ從ヒ例外トシテ外國法ノ適用ヲ爲スヘキモノニアラス佛國裁判所カ曾テ「ナッブル」王族ハ其國法ニ從ヒ爲替義務ヲ負フノ能力ナシトセル外國法ハ佛國ノ國際公安ニ反スルモノトシテ之カ適用ヲ爲サザリシカ如キ即チ其一例ナリトス

例外

二三六 前號述フル所ヲ以テ原則ト爲スト雖モ獨逸、埃太利、瑞西ノ如キ外國人ノ無能力ニヨリ内國人ノ私益ヲ害セラルル場合ハ一般ノ無能力ニ關シテモ尙ホ其本國法ヲ適用セスト(一〇七號參看)爲セル國ニ於テハ爲替義務ニ關シテハ殊ニ外國人ノ無能力ヲ認メサルモノアリ千八百四十八年、獨逸國爲替法ハ獨乙國ニ於テ外國人ノ振出タル爲替手形ハ其振出人ノ本國法ニ從ヘハ無能力ナル場合ト雖モ獨逸國法ニ從テ能力者ナルトキモ尙ホ有効ナリトセリ此法文ハ爾來匈牙利、スカンヂナヴィヤ、諸國法、瑞西及塞爾維ノ法典ニモ之ヲ掲載スルニ至レリ又千八百七十七年、アンヅェルニ於ケル國際法改良及編纂學會ノ會合並ニ千八百八十五年同所ニ於ケル

爲替手形ノ方式
各國法制

商法列國會議ノ贊成スル所トナリ又同年「ブラッセル」ニ於ケル國際法、高等學會ノ議案ニ上レリ其案ニ曰ク「本國法ニ從ヘハ爲替手形又ハ約束手形ノ義務ヲ負フ無能力者ト雖モ之ニ署名シタル地ノ國法ニ從テ能力者ナルトキハ其無能力ヲ主張シテ之カ義務ヲ免ルルヲ得スト」
以上諸國ノ法制及會議ノ決議ニ依テ之ヲ見レハ爲替義務ノ能力ニ關シテハ一般能力ノ原則ニ依ラスシテ特別ノ規則ニ依ルヲ以テ多數國家ノ意向ト爲スカ如シ

第二 爲替手形ノ方式

二三七 爲替手形ノ方式ニ關スル各國ノ法制ヲ見ルニ爲替手形ハ其名稱ノ如ク證書ヲ作ル點ニ於テハ何レノ國法ニ於テモ異ルトコロナシ又タ多クハ私署證書ヲ以テ之ヲ作ルモノナリト雖モ公正證書ヲ以テ之ヲ作ルモ亦タ敢テ妨ナキ所ナリ何トナレハ何レノ國法ト雖モ之ヲ禁止スルモノナクレハナリ殊ニ西班牙商法ノ如キハ其第四百二十六條ヲ以テ爲替手形

爲替手形 爲替手形ノ方式

我商法ノ規定

爲替手形 爲替手形ノ方式

六三六

ハ公正證書ヲ以テ作ルヲ得ル旨ヲ明言セリ
我商法第七百十六條ニハ爲替手形ニ記載スヘキ要件ヲ列記セリ其要件左
ノ如シ

- 一 振出ノ年月日及場所
- 二 爲替金額 但シ文辭ヲ以テ記載スヘシ
- 三 支拂人ノ氏名
- 四 受取人ノ氏名又ハ指圖セラレタル人若クハ所持人ニ支拂フヘキ旨
及滿期日並ニ支拂地
- 五 振出人ノ署名捺印

佛國

佛國以外ノ法制

佛國商法ノ如キハ又々第百十條ヲ以テ我商法ノ規定セル方式ノ外尙ホ資
金ヲ現金ニテ受取リタルカ若クハ荷爲替ノ方法ニ依リタルカ其他之ニ關
スル一切ノ方法ヲ記載セサルヘカラストセリ
佛國以外ノ法制ハ我國法ノ規定ト大同小異ナリ然レトモ或ハ指圖セラレ

原則

爲替手形 爲替手形ノ方式

六三七

タル人ニ支拂フヘキ旨ヲ記載セサルモ其條款ハ自ラ包含セルモノト看做
スモノアリ或ハ又々其書面ニハ爲替手形ナルコトヲ明記セサルヘカラスト
ト爲セルモノアル等多少ノ異同ナキニアラス
爲替手形振出後尙ホ種々ノ法律行爲ヲ爲スコトアリ例ヘハ裏書ヲ爲シ引
受ノ記載ヲ爲シ拒證書ヲ作り戻爲替手形ヲ振出ス等はナリ此等ノ行爲ハ
各國ノ法制上或ハ悉ク之ヲ認メサルモノアリ或ハ之ヲ認ムルモ大ニ方式
ヲ異ニスルモノアリ是ニ於テカ方式ニ關シテモ亦々屢々法律ノ牴觸ヲ來ス
コトアリ
二三八 爲替手形ノ方式ニ關スル法律牴觸ノ問題ハ場所ハ行爲ヲ支配
スルノ原則ニ從テ之ヲ決定スヘキモノトス故ニ爲替手形ニ關スル各種ノ
法律行爲ハ其方式行爲地法ニ從テ有効ナル場合ハ何レノ地ニ於テモ亦々
其効力ヲ生スヘシ然レトモ場所ハ行爲ヲ支配スルノ原則ハ元ト任意的ナ
ルヲ以テ外國ニ於テ爲ス行爲ト雖モ同國人間ニ於テハ其本國法ノ定ムル

方式ニ從テ之ヲ爲スモ敢テ妨ナキ所ナリ但シ國籍ヲ異ニスル當事者間ニ在ラハ常ニ其行爲地法ニ從ハサルヘカラスト云フ通則ハ又タ此場合ニ適用スヘキモノトス從テ又タ行爲地法ノ法律上或種ノ方式ヲ無効條件ト爲セルトキハ之ニ適合セサル手形ハ之ヲ無効ト爲ササルヘカラスト例ヘハ英國ノ如キ爲替手形ニ印紙ヲ貼用セサルモノハ之ヲ無効トセル國法ノ下ニ於テモ亦タ之ヲ無効ナリト決定セサルヘカラスト

之ニ關スル千八百九十五年國際法高等學會ノ議決ハ左ノ如シ

爲替手形及約束手形ノ方式ハ其振出地ノ法律ニ從テ之カ當否ヲ定メ裏書引受及保證ノ方式ハ此等ノ行爲ヲ爲シタル各國法ニ從テ之ヲ定ムト

爲替手形ノ効果

第三 爲替手形ノ効果

二三九 之ニ關スル各國ノ法制ハ大同小異ニシテ讓受人及所持人ハ期日ニ至リ支拂人ニ對シテ之カ支拂ヲ請求シ其支拂ヲ受クサル場合ハ法律

各國法制

法律概論

ノ定ムル所ニ從ヒ拒證書ヲ作り之カ通知ヲ爲シ振出人裏書人又ハ保證人ニ對シテ個々ノ請求ヲ爲スカ若クハ連帶トシテ其請求ヲ爲スカ其選フ所ニ一任スヘシ此債權者ノ權利ハ之カ保存ニ必要ナル行爲ヲ怠ルカ若クハ時効ニ依テ之ヲ失フモノトセリ而シテ拒證書ニ關スル規則其他支拂ヲ受クサル場合ニ於テ他ノ債務者ニ對シテ之カ請求ヲ爲ス規則ノ如キハ各國ノ法制上多少ノ異同ナキニアラスト雖モ其最モ著シク異ル點ハ時効ノ年限ナリトス我國ノ如キ獨逸法ト同シク三ヶ年ト爲セル(商法第七百十二條)モ西班牙及葡萄牙ノ如キハ四年ト爲シ佛蘭西伊太利白耳義ノ如キハ五年ト爲シ英國ノ如キハ之ヲ六年ト爲セリ是ニ於テカ法律概論ノ問題ヲ生スルニ至ル

二四〇 爲替手形ノ効力ニ關スル法律ハ何レノ國法ヲ適用スヘキカ爲替手形ニ關スル法律行爲ハ各國ニ涉リテ之ヲ爲スコトアリ或ハ否ラスシテ一國內ニ於テ之カ爲スモ數個ノ國人間ニ之ヲ爲スコトアリ此等ノ場合

爲替手形 爲替手形ノ効果

ニ於テハ何レノ國法ニ從テ其義務ノ有無及セ程度ヲ定ムヘキカ本問ノ如キ商事上ノ行爲ニ就テハ國際公安ニ關スルコト甚タ稀ナリ故ニ其何レノ國法ニ從フヘキカハ專ラ當事者ノ意思ニ依ルヲ以テ原則トス然レトモ當事者ノ意思不明ナル場合ニ在テハ又タ普通ノ推測ニ從テ其問題ヲ決セサルヘカラス

同國人間

爲替手形ニ關シテハ諸種ノ法律行爲アルヲ以テ其當事者間ノ關係モ亦タ單一ナラス例ヘハ受取人ト振出人トノ關係受取人ト支拂人トノ關係受取人ト裏書讓受人トノ關係等其數極テ多シ此等諸種ノ關係ニ就キ當事者雙方同一國人ナルトキハ其間ニ爲シタル契約ノ効果ハ其當事者ノ本國法ニ從テ之ヲ生セシムルモノト解釋スルヲ得ヘシ
之ニ反シテ其當事者國籍ヲ異ニスル場合ハ其義務ノ性質効果等義務ノ本體ニ關スルモノト其履行ニ關スルモノトニ依リテ之ヲ區別セサルヘカラス而シテ其義務自體ニ關スル効果ハ其義務發生地ノ國法ニ從フヲ以テ原

異國人間

義務自體ニ關スル効果

則トス從テ左ノ區別ニ依リ其適用スヘキ法律ヲ異ニセサルヘカラス

- 一 振出人カ受取人又ハ所持人ニ對シテ有スル義務ハ手形振出地ニ於テ生シタルモノナルニ因リ其土地ノ法律ニ從フヘキモノナリ
- 二 振出人ト支拂人トノ關係ハ之ヲ一種ノ委任ト見做スヲ得ルヲ以テ支拂人ノ住所ニ於テ其義務發生シタリト爲シ其間ノ關係ハ支拂人ノ住所地法ヲ適用スヘキモノトス
- 三 支拂人カ受取人又ハ所持人ニ對シテ引受ヲ爲シタルヨリ生スル義務モ亦タ支拂人ノ住所ニ於テ發生シタリト爲シ其土地ノ法律ヲ適用スヘキモノナリ
- 四 裏書讓渡人ト其讓受人トノ間ニ生スル關係ハ其裏書ヲ爲シタル地ニ於テ發生シタリトシテ之ヲ爲シタル土地ノ法律ニ從ヒ其果シテ有効ノ讓渡ナルヤ否ヤヲ決定セサルヘカラス又タ其讓受人ニ對スル義務ノ如何モ其土地ノ法律ヲ以テ之ヲ支配スヘキモノトス此決定ニ依

リ數人ノ裏書讓渡人中其義務ニ輕重ノ差ヲ生スルコトアルヘシ何トナレハ各自其行爲地ノ法律ニ從ムル所ニ從テ義務ヲ負ヘハナリ然レトモ一裏書人其行爲地ノ法律ニ從ヘハ十分ノ責任ヲ負フ場合ト雖モ爲替手形一旦其手ニ入りタリトノ故ヲ以テ從來其手形ニ附着セサル權利ヲ他人ニ移轉スルコトヲ得ヘキモニアラヌ換言スレハ手形ノ振出引受又ハ其以前ノ裏書ニ關スル義務ハ既ニ各行爲地ノ法律ニ依テ生セルニ因リ唯タ之ニ自己ノ行爲ヲ支配スヘキ國法ニ依テ生シタル裏書人ノ義務ヲ加ヘタルニ過キサルナリ此點ヨリ見テ裏書讓渡人數人アル場合ニ於ケル義務ノ程度如何ノ問題ハ常ニ手形振出地ノ法律ニ依テ之ヲ決定スヘシト唱フルモノアリ例ヘハ手形振出地ノ法律ニ從ヘハ各裏書讓渡人ニ連帶ノ責任アリトスルトキハ各裏書讓渡人ハ何レノ國法ニ屬スルモ常ニ連帶責任ヲ負ハサルヘカラス之ニ反シテ其振出地ノ國法ニ從テ裏書讓渡人ニ對スル連帶責任ヲ認メサルトキハ

一切ノ裏書讓渡人ハ其行爲地ノ法律如何ニ拘ラス之カ連帶ノ責任ヲ有セスト然レトモ此決定ハ多數學者ノ排斥スル所ナリ其理由ニ曰ク契約上ノ義務ハ當事者ノ意思ニ從テ其効果ヲ定ムルヲ原則トシ其意思疑ハシキ場合ハ之ヲ行爲地ノ國法ニ從テ推測セサルヘカラス然ルニ手形ノ裏書ハ各地ニ於テ之ヲ爲シ從テ其義務ハ各地ニ於テ發生スルニヨリ裏書讓渡人ハ其土地ノ國法ニ從テ義務ヲ負フノ意思ナリト解釋セサルヘカラス故ニ各裏書讓渡人ノ義務ハ自然ノ結果ニ依リ自ラ異ラサルヲ得スト

爲替手形ニ關スル法律ハ各行爲地法ニ從フノ原則ハ其不拂ノ場合ニ於テ各償還義務者カ戻爲替ヲ受クヘキ義務ニ就テモ亦タ之ヲ適用シ又所持人ハ其償還請求ノ權利ヲ保存スルニハ如何ナル期限内ニ拒證書ヲ作ラシメ之カ通知ヲ爲ササルヘカラサルカ又タ如何ナル期限内ニ其償還ノ訴訟ヲ起ササルヘカラサルカ又タ天災其他ノ不可抗力ハ其遲延ノ場合ニ於テ之

義務履行ニ關スル効果

爲替義務ノ時効

爲替手形 爲替手形ノ効果

六四四

カ効力ヲ中止スルヤ否ヤノ問題モ亦々其義務ノ發生地タル償還者ノ住所
地法ニ從ハサルヘカラス

二四一 上來述フル所ノ如ク義務自體ニ關スルニアラスシテ之カ履行
ニ關スル問題ハ又タ一般契約ノ通則ニ從ヒ義務發生地ノ法律ニ依ラスシ
テ之カ發行地ノ法律ヲ適用スヘキモノトス例ヘハ如何ナル金品ヲ以テ支
拂フヘキカ又タ其遲滞ノ場合ニハ如何ナル利息ヲ生スルカ若クハ恩惠上
ノ期限ヲ與フルヤ否ヤノ如キ問題ハ悉ク之ヲ履行地ノ國法如何ニ任スヘ
キモノトス

二四二 爲替手形支拂請求ノ時効ニ關シテハ他一般ノ契約ニ於ケル場
合ト均シク極テ議論ヲ生スル所ナリ然レトモ此問題ニハ一般契約ノ場合
ト同一ノ決定ヲ爲シ義務發生地法ヲ適用スルヲ本則トシ其時効ノ期限裁
判官所屬國法ノ規定ヨリ長キ場合ニ於テ獨リ國際公安ニ關スルモノトシ
テ之カ適用ヲ爲ササルニ過キサザルナリ

國際法高等學會ノ決議

智能權

著作家及美術家ノ權利

二四三 國際法高等學會ハ千八百八十五年ノ會合ニ於テ爲替手形ノ効
果ニ關シ左ノ議決ヲ爲シタリ

「爲替手形、約束手形及ヒ其裏書引受又ハ保證ノ効果ハ此等各種ノ行爲ヲ
爲シタル各國法ニ從テ決定スヘシ云々
然レトモ手形製作以後ニアル行爲ノ効果ハ手形振出ヨリ生スル効果ヨ
リ廣キコト能ハスト」

第三節 智能權

第一款 著作家及美術家ノ權利

二四四 我國歐米諸國ニ對スル改正條約中其實施ニ先チ版權ニ關スル
「ベルン」條約ニ加入スルコトヲ約セリ故ニ改正條約實施ノ際ニ至レバ外國

智能權 著作家及美術家ノ權利

六四五

人モ亦タ我國ニ於テ著作及美術ニ關スル權利ノ保護ヲ受クヘキコト明ナリ而シテ我國現行ノ版權法ハ外國人ノ權利保護ノ場合ヲ豫想セサルニ因リ之ニ關シテハ必ス法律ヲ改正スルノ必要アルヘキヲ以テ今日ニ於テ精密ノ研究ヲ爲スコト能ハスト雖モ彼我ノ法制ハ素ヨリ同一ナルヘキモノニアラス故ニ其抵觸アルニ當テハ何レノ國法ヲ適用スヘキノ問題ヲ生スルコト又タ必然ノ結果ナリトス本款ハ即チ其問題ヲ研究スルモノナリ之ニ關スル各國ノ法制中其權利保護ノ年限ニ關スル規定ノ如何ヲ見ルニ佛蘭西、匈牙利、白耳義等ニ在テハ其年限著作者ノ終身及ヒ死後四十年間ト爲シ獨逸、埃太利、葡萄牙、瑞西ニ於テハ著作者ノ終身及ヒ其死後三十年間トシ露西亞ニ於テハ死後五十年間トシ、西班牙及「コロンビヤ」ニ於テハ著作者ノ實子相續人ナルトキハ死後八十年ニ至ルヲ得トシ、伊太利ニ於テハ其年限ヲ死後四十年トシ、其以後四十年間ハ版權所有者ノ承諾ヲ得サルモ之ニ對シテ定價百分ノ五ノ印稅ヲ支拂フニ於テハ何人モ其專賣權ヲ有スルノ

各國法制

法律アリ又タ英國ニ在テハ英國人ノ著作又ハ英國内ニ初版ヲ有スルモノハ四十年間又ハ著作者ノ終身ニ七箇年ヲ加ヘタル年限ナリトシ此二箇ノ年限中常ニ長キニ從フヘキモノトセリ我國現行法ニ於テハ其年限ハ著作者ノ終身ニ五年ヲ加ヘタルモノト爲シ其年限三十五年ニ足ラサルモノハ其保護ノ年限ヲ三十五年ト爲スヘシトセリ(明治廿六年法律第十六號版權法第十條)又タ寫真版權保護ノ年限ハ十年トセリ(明治廿年勅令第七十九號寫真版權條例第六條)

其他各國ノ法制ハ其保護ヲ爲ス權利ニ就テモ亦タ一樣ナラス或ハ新聞雜誌ノ論說又ハ教師ノ講義ノ如キハ自由ニ轉載又ハ出版ヲ許スモノアリ或ハ之ニ反シテ嚴格ニ之ヲ保護スルモノアリ或ハ演劇脚本又ハ樂譜ノ版權ヲ保護スルモ其與行權ニ至テハ之ヲ保護セサル等大ニ法律ノ規定ヲ異ニスルモノアリ是ニ於テカ法律抵觸ノ問題ヲ生ス

法律抵觸ノ場合ニ

二四五 著述者、美術家ノ權利保護ニ關シテハ何レノ國法ヲ適用スヘキ

カ例ハ西班牙人カ獨逸國ニ於テ初版ヲ起シタル書籍佛國ニ於テ偽版ニ
 遇ヒシトキハ何レノ國法ニ從テ其偽版ニ對スル著者ノ權利ヲ主張スルコ
 トヲ得ルカ其訴權ヲ行ハントスル土地ノ法律タル佛國法ニ從フヘキカ將
 タ其出版地ナル獨乙國法ニ從フヘキカ抑モ又タ著者ノ本國法タル西班牙
 國法ニ從フヘキカ此場合ハ普通ノ原則ニ從ヘハ苟モ權利ノ行使ヲ爲ス國
 ノ國際公安ニ反セサル以上ハ著者ノ本國法ヲ適用スヘキカ如シ然レトモ
 此種ノ權利保護ニ關シテハ著作物既ニ一國內ニ於テ出版セラレタルトキ
 ハ其著作者ノ國籍ニ重キヲ置カスシテ著作物其物ニ重キヲ置キ其最初發
 行ノ土地ヲ以テ其著作物ノ本國ト看做シ其國法ヲ適用スルヲ以テ今日ノ
 通則ト爲スニ至レリ千八百八十六年ベルン同盟條約第二條ニ於テモ亦タ
 同一ノ規定ヲ爲セリ(第六〇號參看)故ニ前例ニ於テハ其最初ノ出版地ナル
 獨逸國法ヲ適用シ例ヘハ著作者ノ死後其相續人ノ有スル權利ノ如キハ三
 十年間之ヲ有セシムルモノト爲ササルヘカラス又タ前述ノ場合ト異リテ

未タ發行セサル著作物ニ關シテハ著作者ノ國籍アル國ヲ以テ其本國ト看
 做スヘキモノトス(前掲ベルン條約參看)從テ其權利保護ノ期限ノ如キモ亦
 タ著作者ノ本國法ニ從ハサルヘカラス

然レトモ前述ノ規則ニ依リ著作物ノ本國法ニ從フ場合ハ其本國法ノ定ム
 ル權利保護ノ期限裁判官所屬國法ノ定ムル期限ヨリ短キ場合ニ限ルモノ
 ニシテ若シ之ニ反シテ其期限長キトキハ裁判官所屬國法ヨリ其保護期限
 ヲ長クスヘカラス例ヘハ我國現行法ノ如ク著作物保護ノ期限ヲ著作者ノ
 死後五年間若クハ前後通算シテ三十五年トセル國ニ於テハ外國ノ著作物
 ニ對スル保護モ亦タ此年限ニ止ムヘキモノニシテ死後四十年五十年若ク
 ハ八十年ノ如キ長期ノ保護ヲ與フヘキモノニアラス蓋シ著作物ニ對スル
 保護ノ年限ヲ短期ニスル國法ノ理由ハ一國ノ智識發達ニ關スル公益ニ基
 クモノナルヲ以テ所謂國際公安ニ關スルモノナリトシテ之ニ關スル外國
 法ノ適用ヲ斥クサルヘカラスレハナリ

二四六 以上述ノ所ヲ以テ著作家及美術家ノ權利保護ニ關スル法律適用ノ原則ト爲スト雖モ國際間ニ於テ殊ニ之ニ關スル特別ノ條約ヲ爲シタルトキハ又タ之ニ從フヘキト固ヨリ論ヲ俟タス例ヘハ英佛間ノ條約ニ於テハ其初版ノ何レニ在ルヲ問ハス互ニ內國法ノ規定ニ從テ之ヲ保護スヘシト爲スカ如キ又タ佛露間ノ條約ニ於テハ初版發行地ニ重キヲ置カスシテ著作家ノ國籍ニ重キヲ置キ又タ保護期限ノ如キ雙方ノ國法ニ依ラスシテ著作家ノ死後ハ其相続人ニ對シテ單ニ二十年間ノ保護ヲ與フト爲セルカ如キ是ナリ

第二款 商工業者ノ權利

二四七 商工業者タル外國人ノ權利ノ保護ニ關シテハ日英條約其他ノ條約議定書中ニ改正條約實施ニ先タチ之ニ關スル列國同盟條約中ニ加入

スルコトヲ規定シ又日獨條約ニ於テハ其條約批准交換ノ日ヨリ直ニ之ヲ實施スヘキコトヲ約セリ(六二號乃至六四號參看)而シテ我國從來之ニ關スル二三ノ條約アリテ獨リ內國人ノ權利保護ニ關スル規定ヲ爲シ外國人ニ關スル權利ノ場合ヲ豫想セスト雖モ又タ此現行法ヲ以テ外國人ノ權利ヲ保護セサルヘカラサルニ至レリ是ニ於テカ外國人ノ權利ニ關シ内外國法ノ抵觸アルニ當テハ何レノ國法ヲ適用スヘキカノ問題ヲ生スルニ至レリ且ツ改正條約ノ旨趣ニ從ヒ我國列國同盟條約ニ加盟シ又タ相互ノ特別條約ヲ爲スニ至ラハ此種ノ問題益其必要アルヲ見ルヘシ是レ本款ニ於テ殊ニ之ヲ論スル所以ナリ

二四八 發明者製造人及商人ノ發明品見本商標製造標等ニ關スル權利ノ性質及之カ保護ノ年限ハ各國ノ法制上其規定一様ナラス

之ニ關スル我國ノ現行法トシテハ特許條例(明治廿一年勅令第八十四號)意匠條例(同年勅令第八十五號)商標條例(同年勅令第八十六號)及商法中商號ニ

關スル規定アルノミ

特許條例第六條ニ依リ我國特許ノ年限ハ五年十年及十五年ノ三種トナシ
 佛蘭西獨逸蘆森堡伯刺西爾瑞典諾威ニ於テハ單ニ十五年ヲ過クヘカラス
 トシ英國ハ之ヲ十四年以内トシ米國合衆國ハ十七年以内トシ西班牙白耳
 義ハ二十年ニ至ルヲ得ルトセリ其他特許ノ目的タルヘキ發明品ノ種類若
 クハ特許權ヲ失フヘキ原因ノ如キハ各國ノ法制上大ニ異ル所アルヲ免レ
 ス

又タ模様彩色等意匠専用ノ年限ハ我國ニ於テハ三年五年七年又ハ十年ト
 シ伊太利ハ二年ニ制限シ獨逸埃地利ハ三年ト爲シ瑞西ハ九年露西亞ハ十
 年白耳義及西班牙ハ二十年トセルカ如ク其規定一様ナラス
 又タ商標製造標ニ關シテモ甚シキ差異アリ和蘭及葡萄牙ニ於テハ文字數
 宇其他普通語ハ商標製造標タルコトヲ得ストシ瑞西ハ十五年ノ後更ニ登
 録ヲ爲ササレハ其専用權ヲ失フモノト爲シ獨乙丁扶蘆森堡瑞典諾威ノ如

法律抵觸

キハ其權利ノ保護ヲ十年ニ制限シ米國合衆國ハ之ヲ三十年ト爲シ白耳義
 ノ如キハ其専用權ノ期限ヲ裁判官ノ判定如何ニ任スヘキモノトシ我國ハ
 其年限ヲ二十年ト定メリ

二四九 之ニ關スル法律抵觸ノ問題ハ左ノ場合ニ區別シテ之ヲ決定ス
 ルヲ得ヘシ

- 一 外國人外國ニ於テ曾テ特許ヲ受ケス我國ニ於テ新ニ特許ヲ受ケン
 トスルトキハ其國籍ノ如何ニ拘ラス總テ我國法ノ定ムル所ニ從テ其
 權利ヲ與ヘ之カ効果ヲ生セシムヘキモノトス蓋シ此種ノ權利ニ關シ
 テモ版權ノ場合ニ於ケルト均シク其發明者ノ國籍如何ニ重キヲ置カ
 スシテ其始テ登録ヲ爲シテ特許ヲ受ケタル國ヲ以テ特許者ノ本國ト
 看做スニ因ルナリ

- 二 之ト同一ノ理由ニ依リ內國裁判所カ外國ニ於テ得タル內國人ノ特
 許ニ關スル問題ヲ決定スル場合ニ於テモ內國法ニ依ラスシテ一ニ外

國法ニ從フヘキモノトス

三 外國ニ於テ既ニ特許ヲ得タル發明品ヲ内國ニ持來リテ之ヲ特許ヲ請フ場合ハ其發明品ノ本國ハ外國ナルヲ以テ專ラ其國法ヲ適用シ其特許ノ期限我國法ノ規定スル期限ヨリ短キトキハ其期限ヲ超過セシムヘカラス然レトモ外國法ノ定ムル期限我國法ノ定ムル期限ヨリ長キトキハ又タ我國國際公安ニ關スルノ理由ヲ以テ我國法ノ期限ニ從ハシメサルヘカラス又タ特許權喪失ノ原因ニ至テハ外國法ノ規定ハ内國法ノ規定ト共ニ之ヲ適用スルヲ得ヘシ其理由トスル所ハ一ハ其本國法ノ規定ナリト謂フニ基キ他ハ内國ノ國際公安ニ關スト謂フヨリ來ルモノナリ

四 前述ノ規則ニ依リ商標若クハ製造標ニ關シテハ之カ區別ヲ爲シ其内國ニ於テ始テ之カ登録ヲ請フ者ハ一ニ内國法ニ從ヒ其既ニ外國ニ於テ登録シタルモノヲ我國ニ於テ登録セントスル場合ハ其最初ノ登

録ヲ爲シタル國ノ法律ヲ適用セサルヘカラス然レトモ此場合ニ於テモ其期限我國法ノ定ムル所ヨリ長キカ若クハ其標識我國ノ風俗ニ害アル場合ノ如キハ又タ國際公安ニ關スルモノトシテ内國法ヲ適用スヘキモノトス

第四節 死去ノ原因ニ由ル財産權ノ移轉

第一款 總說

二五〇 余輩ハ前數節ニ於テ重要ナル財産權ヲ舉ク其生存間ノ移轉ニ關スル國際私法上ノ規則ヲ述ヘタリ故ニ本節ニ於テハ死去ノ原因ニ由ル財産權ノ移轉即チ相續遺贈ニ關スル法律ノ適用如何ヲ論セントス

抑モ相續遺贈ニ關スル法律ノ規定ハ專ラ死者ノ財産所在國ノ經濟上又ハ死去ノ原因ニ由ル財産權ノ移轉

死亡ノ原因ニ由ル
財産權ノ移轉
總說

政治上ノ利益ヲ目的トシテ之ヲ設クルモノナルカ抑モ又タ此種ノ規定ハ主トシテ一家ノ利益ヲ計リ個人ノ意思ノ推測ヲ根據トシタルモノナルカ此問題ハ法理學上ノ一大問題トシテ從來大ニ議論アル所ナリ此問題ノ決定如何ハ則チ法律ノ適用如何ノ問題ヲ決定スルニ足ルヘシ蓋シ其規定果シテ一國ノ公益ヲ目的トスルモノナルトキハ財産所在地法ヲ適用セサルヘカラス之ニ反シテ其目的個人ノ意思ノ推測ニアリトセハ死者ノ所屬國法ヲ適用スルヲ得ヘクレハナリ

甲說

甲說ハ相續遺贈ニ關スル法律ハ主トシテ財産所在地ノ公益ニ關スル規定ト爲スモノナリ其說ニ曰ク相續遺贈ノ制ハ一國ノ制度ト密着ノ關係ヲ有スルモノナリ何トナレハ一國ノ制度上君主主義ヲ取ル國ニ於テハ父子兄弟間ニモ尙ホ階級ヲ認メ長子相續ノ如キ階級的相續ヲ爲サシメ之ニ反シテ民主主義ヲ取ル國ニ在テハ個人ノ平等ヲ以テ一大原則ト爲スニ因リ財産平分法ヲ採用スルニ至レハナリ故ニ相續遺贈

ノ法律ハ一國ノ警察法ト均シク尙モ其國內ニ在ル財産ニ關シテハ外國人ニ對シテモ尙ホ其財産所在地ノ法律ヲ適用スヘシ然ラサレハ一國ノ公安ヲ害スルモノナリト

此說ニ依ルトキハ相續遺贈ニ關シテハ總テ死者ノ動産不動産所在地ノ國法ニ從ハサルヘカラス從テ數箇國ニ涉リテ動産不動産ヲ所有スル者死去シタルトキハ數個ノ國法ニ依リ同時ニ數個ノ相續ヲ開始スルニ至ルヘシ然レトモ此說ヲ主張スル從來ノ學者モ其論旨ヲ一貫セスシテ死者ノ財産動産ナルト不動産ナルトニ由リテ之カ區別ヲ爲シ其不動産ニ關シテハ其所在地法ヲ適用スヘシト爲シ動産ニ至テハ其相續開始當時ニ於ケル所在地ノ如何ヲ問ハス常ニ死者ノ住所地法ヲ適用スヘキモノト爲セリ理論上ヨリ之ヲ見ルトキハ果シテ公益ノ規定ニ屬ストセハ動産不動産ヲ問ハス總テ其所在地法ヲ適用スヘシト爲シ之ニ反シテ專ラ之ヲ私益ニ關スルモノトセハ動産不動産ヲ問ハス悉ク個人ノ意思ニ從ハシムルヲ以テ穩當ナ

リト爲ササルヘカラス且ツ不動産ニ限リ獨リ其所在地法ヲ適用スト爲ス
 モ之カ爲メ大ニ煩雜ヲ生スルノ弊害アリ即チ各國法律ノ異動ニ依リ一方
 ニ於テハ相續人ノ有スル權利一様ナラスシテ甲國ニ於テハ單純ノ相續ヲ
 ナシ乙國ニ在テハ限定相續ヲ爲シ丙國ニ於テハ相續ノ拋棄ヲ爲ス等其結
 果相續權ニ對スル債權者ヲシテ其辨濟ヲ受クルコト能ハサルニ至ラシム
 ルニトアルヘク又々他方ニ在テハ相續人ノ何人ナルカモ亦タ一定セサル
 ニ因リ債務分擔ノ割合ニ關シテ非常ノ難問ヲ生スヘシ
 仍テ余輩ハ多數學者ノ說ニ從ヒ乙說ヲ取ラントス

乙說ハ相續財産ノ所在地如何ヲ問ハス常ニ死者ノ本國法ヲ適用スヘシ
 ト爲スモノナリ乙說ノ論者ハ甲說ヲ駁シテ曰ク甲說ハ素ト封建思想
 ノ餘習ニ出ツルモノニシテ陳腐ノ說タルヲ免レス今日ニ在テハ相續
 ニ關スル法律ヲ以テ一國ノ公安ニ關スル規定ト爲スヘキモノニアラ
 ス其然ル所以ハ若シ之ヲ以テ公安ニ關スル法律ナリト爲サハ個人ノ

意思ヲ以テ之ニ關スル規定ヲ變更スルコト能ハサルヘシ然ルニ一國
 ノ相續法ノ定ムル所ト雖モ個人ノ意思ニ依ル遺贈ノ方法ニ依テ之カ
 變更ヲ爲スコトヲ得ルニアラスヤ是レ此種ノ法律ハ素ト公益ヲ主ト
 スル規定ニアラサル證左ナリト

且ツ相續法中或種ノ規定ハ所謂公益ニ關スル規定ナリトシテ苟モ其
 國內ニ於テハ外國人ト雖モ之ニ違フヲ得サルモノアルヲ以テ此種ノ
 規定ニ就テハ死者ノ意思又ハ外國法ノ適用ヲ許スヘカラサルモノナ
 リト雖モ此種ノ規定ヲ除キ廣ク相續權ニ關スル法律ハ常ニ死者ノ意
 思ニ從ヒ外國ニ於テモ尙ホ其本國法ヲ適用セサルヘカラス之ヲ遺贈
 ノ場合ニ就テ謂ハシカ死者カ明白ナル意思ヲ表示シテ遺贈ヲ爲シ之
 ニ依テ死後ノ財産ヲ處分スルニ當テハ其財産ノ何レノ地ニアルヲ問
 ハス一切ノ財産ニ對シ唯一ノ意思ヲ以テ之ヲ爲シタルコト明カナリ
 故ニ其遺贈ニ關スル意思不明ナルトキハ一ニ其本國法ノ規定ニ從テ

之カ解釋ヲ爲ササルヘカラス故ニ其遺贈ヲ爲サスシテ死去シタル場
 合ニ於テ本人ノ意思ニ代用スル遺產相續ノ法律モ唯一ニシテ即チ其
 本國法ニ從フモノト解釋セサルヘカラス語ヲ換テ之ヲ詳説スレハ相
 續法ヲ定ムル立法者ノ職務ハ死者ノ意思ヲ解釋シテ其表示セザリシ
 意思ヲ補足スルニ在リ故ニ相續法ノ規定ハ其國人ノ普通意思ニ適合
 スルモノナラサルヘカラス從テ死者ノ遺贈ニ依リテ其意思ヲ顯ハサ
 サル場合ハ法律ノ規定ヲ以テ其意思ヲ代表セシメタルモノト爲ササ
 ルヘカラス而シテ其代表ヲ爲ス法律ハ其本國法タラサルヘカラス蓋
 シ本國法ハ最モ能ク其國人ノ性質意見ニ適合シ且ツ最モ能ク死者ノ
 熟知スル所ナレハナリ若シ之ニ反シテ財產所在地ノ國法ヲ適用スル
 トセハ是レ其意思ニ反スルモノト謂ハサルヘカラス何トナレハ死者
 ハ之ヲ知ラサル場合多クレハナリ加之之ニ從フトキハ財產ノ所在地
 チ異ニスルニ從ヒ其法律ヲ異ニシ從テ死者ノ意思ハ唯一ニアラスシ

テ數個ナリト爲スニ至ルヘシ是レ豈意思解釋ノ當テ得タルモノナラ
 ンヤ

要スルニ多少ノ例外ヲ除キ死者ノ本國法ハ相續財產ノ移轉ニ適用ス
 ヘキ法律ナリト云フヲ以テ原則ト爲ササルヘカラス然ルニ此屬人法
 說ヲ取ル學者中ニ於テモ或ハ本國法ヲ適用セスシテ住所地法ヲ適用
 スヘシト爲ス者アリト雖モ余輩ハ前曾テ述ヘタル如ク(一)國籍不明ナ
 ル者(二)二個ノ國籍ヲ有スル者(三)其所屬國法ニ於テ住所地法ニ從フヘ
 シト爲セル者ニ對シテノミ住所地法ヲ適用シ其他一般ノ場合ニ於テ
 ハ常ニ本國法ヲ適用スルモノト謂ハントス

以上述アル所ノ原則ハ我法例ノ規定スル所ニシテ第四條二項伊太利民法
 「ツトリヒ」ノ民法及獨乙西班牙ノ判決例モ亦タ認ムル所ナリ且ツ國際法高
 等學會モ亦々同一ノ決定ヲ爲セリ依テ左ニ伊國民法ノ規定及國際法高等
 學會ノ議決ヲ掲ケテ讀者ノ參考ニ資セントス

伊太利民法第八條ニ曰ク「相續者ノ順位其權利ノ範圍及ヒ其處分ノ實質上ノ條件ニ關スル規則ハ相續財產ノ性質及所在ノ如何ニ關セス死者ノ本國法ヲ以テ之ヲ支配ス」ト

千八百八十年「オックスフォード」ノ會合ニ於ケル國際法高等學會ノ議決ニ曰ク「總括財產ノ相續ニ關スル其相續人ノ確定之カ權利ノ範圍死者ノ隨意處分ニ任スヘキ部分及ヒ遺贈處分ノ實質上ノ條件ニハ財產ノ性質及ヒ其所在ノ如何ヲ問ハス死者ノ所屬國法ヲ適用シ其所屬國法ヲ適用スルコト能ハサル場合ニ於テハ其住所地法ヲ適用ス」ト

第二款 相續

二五一 我國ノ相續法ハ未タ確定ニ至ラスト雖モ既成法典ノ定ムル所ニ依レハ歐米諸國ノ法制ト大ニ異ルモノアリ蓋シ一方ニ於テハ我國從來

家名ヲ尊ヒ系統ヲ重ニスルノ國風アルト他方ニ於テハ隱居ノ特別制度アルトニ原因スルモノナリ

既成法典ノ規定ニ依レハ相續ハ家督相續、遺產相續ノ二種ニ區別シ家督相續ハ戶主ノ死亡又ハ隱居ニ依ル場合ニ適用シ其相續人ノ順位ハ左ノ如ク之ヲ定メリ

- 第一 被相續人ノ家族タル卑屬親中親等ノ最モ近キ者
- 第二 卑屬親中同等ノ男子ト女子トアルトキハ男子
- 第三 男子數人アルトキハ其先ニ生レタルモノ但嫡出子ト庶子ト私生子トアルトキハ嫡出子
- 第四 女子ノミ數人アルトキハ其先ニ生レタルモノ但嫡出子ト庶子トハ私生子トアルトキハ嫡出子

然レトモ右ノ規定ニ從テ家督相續人タル者カ被相續人ニ先テ死亡シ又ハ第二百九十七條ニ掲ケタル原因ニ因テ廢除セラタレル場合ニ於テ其者ニ

卑屬親アルトキハ其卑屬親ハ法定ノ順位ニ因リテ家督相續人ト爲ルモノトセリ(財産取得編第二百九十五條)

又タ被相續人ヲ死ニ致シ又ハ死ニ致サントシテ刑ニ處セラレタル者ハ相續ヨリ除斥セラルヘキモノトセリ(同上第二百九十二條)

又タ相續人廢除ノ原因ハ左ノ如ク之ヲ定メタリ(同上第二百九十七條)

第一 失踪ノ宣言

第二 民事上禁止治産及準禁止治産

第三 重禁錮一年以上ノ處刑

第四 家政ヲ取ルニ堪ヘサル不治ノ疾病

第五 祖父母父母ニ對スル罪ノ處刑

第六 重罪ニ依ル處刑

遺産相續ハ家族ノ死亡ノ場合ニ適用スルモノニシテ其遺産ハ被相續者ト家ヲ同ウスル卑屬親之ヲ相續シ卑屬親ナキトキハ配偶者之ヲ相續シ配偶

者ナキトキハ戸主之ヲ相續スト爲シ又タ卑屬親カ相續ヲ爲ス場合ニ於テハ家督相續ノ場合ニ於ケルト同一ノ順位ニ依ルヘキモノトセリ(同上第三百十二條乃至三百十四條)

右何レノ場合ニ於テモ相續人アラサル財産ハ當然國ニ屬ストセリ(第三百十五條)又相續ノ受諾及拋棄ノ方法モ三種ト爲セリ(一)單純ノ受諾 (二)限定受諾 (三)拋棄是ナリ

二五二 佛國ニ於テハ相續人ヲ大別シテ二種ト爲シ第一種ヲ正當相續人トシ第二種ヲ不規則ノ相續人トス

正當ノ相續人トハ死者ノ正當ノ親族ヲ云ヒ其親等ハ十二等迄ニ至ルヲ得トシ之ヲ四級ニ區別シ第一級ヲ死者ノ卑屬親トシ第二級ヲ其父母兄弟姉妹姉及ヒ其卑屬親トシ第三級ヲ其父母ノ尊屬親ト爲シ第四級ヲ兄弟姉妹以外ノ傍系親及ヒ其卑屬親ト爲セリ而シテ其階級ニ依リ順位相續ヲ爲サシメ一級ノ相續人ナキ場合ニ於テ始テ二級相續人ノ相續ヲ許シ一級二級ノ

相続人共ニナキ場合ニ於テ始テ三級ノ相続人ニ及ブカ如キ制ヲ取レリ
 不規則ノ相続人トハ正當相続人アル場合ニハ或ハ全ク斥ケラレ或ハ大ニ
 其割合ヲ異ニセラルル相続者ヲ謂ヒ其種類ハ三個アリ(一)承認セラレタル
 私生子(二)死者ノ配偶者(三)國庫是ナリ
 相続人ノ受諾ニ關シテハ我國ニ於ケルカ如ク左ノ三種ノ方法ヲ認メリ
 (一)單純ノ受諾(二)限定ノ受諾(三)拋棄是ナリ伊太利ノ相続法ハ佛國法ト
 大同小異ナルヲ以テ別ニ之ヲ述ヘス

英國

二五三 英國ニ於テハ相続ハ一ニ死者ノ意思ニ任スルヲ以テ原則トス
 從テ死者カ遺贈ヲ爲シタル場合ハ一ニ之ニ從ヒ其遺贈ナキ場合ニ於テ始
 テ其親族ノ相続ヲ許スガ如シ然レトモ其相続財産ノ動産ナルト不動産ナ
 ルトニ依リ多小其規則ヲ異ニスル所アリ

親族ノ關係ニ依リ不動産ノ死後相続ヲ爲ス場合ニ於テ死者ノ最近親族カ
 相続ヲ爲ステ得ル不動産ハ獨リ死者カ生前ニ他ヨリ買入レタル物ニ限ル

トシ若シ其死者自身ニ於テモ其父母若クハ他ノ親族ノ相続ニ依テ之ヲ得
 タルモノナルトキハ其祖先中自己ノカヲ以テ不動産ヲ一家ノ財産内ニ入
 レタル者ノ最近親族ニアラザレハ之カ相続ヲ爲スコト能ハストセリ
 此方法ニ依リ相続ノ順位ヲ定ムルコト左ノ如シ

- (一) 長男及ヒ其子孫
- (二) 次男以下ノ男子及ヒ其子孫
- (三) 女子及ヒ其子孫
- (四) 父
- (五) 長男タル兄弟及ヒ其子孫
- (六) 次男以下ノ兄弟及ヒ其子孫
- (七) 姉妹及ヒ其子孫
- (八) 異母兄弟及ヒ其子孫
- (九) 異母姉妹及ヒ其子孫
- (一〇) 祖父
- (一一) 父方ノ伯叔父母及ヒ其子孫
- (一二) 父方ノ異母伯叔父母及ヒ其子孫
- (一三) 父方ノ曾祖父
- (一四) 父方ノ伯叔祖父母及ヒ其子孫
- (一五) 父方ノ異母伯叔祖父母及ヒ其子孫

其他尙ホ父方尊屬親中ノ女子ニ及ホシテ數等ヲ經タル後此等一切父方ノ
 親屬ナキ場合ニ於テ始テ母方ノ親族ニ及フモノトセリ

不動産ノ相続ハ何人モ之ヲ拋棄スルヲ得ス蓋シ不動産ノ相続人ハ死者ノ

身分ヲ繼承スルモノニアラサルヲ以テ其相続債務ノ如キ其不動産ノ價格
 以上ニ之ヲ負擔スルモノトナシ從テ其相続權ヲ拋棄スルノ利益ナキナリ
 動産ノ相続ハ不動産ニ於ケルト大ニ其趣ヲ異ニシ專ラ死者ノ意思ニ近キ
 推測ヲ爲スカ如シ例ヘハ死者ノ夫ハ其妻ノ遺留シタル一切ノ動産ヲ相続
 シ又タ死者ノ妻ハ其子女アル場合ニハ動産ノ三分ノ一ヲ得其三分ノ二ハ
 子女ノ間ニ平等分配ヲ爲シ長子權アルコトナシ又タ夫死シテ子女ナキ妻
 存在スル場合ハ死者ノ父動産ノ一部ヲ得其妻ナキトキハ其全部ヲ得又タ
 其父ナキトキハ其母ト死者ノ兄弟姉妹間ニ分配シ以上ノ親族ナキ場合ニ
 當テハ他ノ尊屬親又ハ傍系親ニ及ヒ其親族皆無シ場合ニ當テ始テ國ノ所
 有ト爲スガ如シ

國法

二五四 獨逸法ニ於テモ相続人ノ順位ハ親等ノ親疎ニ依リテ之ヲ定ム
 ルヲ原則トセリ然レトモ聯邦中國ニヨリテハ羅馬法ノ規定ヲ其儘假用ス
 ルモノアリト雖モ又タ國ニヨリテハ之ト異ル規定ヲ爲シテ相続人ノ順位

ニ階級ヲ立テ之ヲ四級ト爲シ第一級ト死者ノ卑屬親ト爲シ第二級ト其父
 母及ヒ之カ子孫ト爲シ第三級ト其祖父母及ヒ之カ子孫ト爲シ第四級ト其
 曾祖父母及ヒ之カ子孫ト爲ス而シテ同級内ニアル同一等親間ニ在テハ平
 等分配ヲ爲スヲ原則トセリ又タ相続權ニ關シテハ男女ノ間ニ區別ヲ爲サ
 サルヲ以テ原則ト爲スト雖トモ國ニヨリテハ男子ノ部分ヲ多クシ又之ニ
 不動産ヲ選フノ權ヲ與フルカ如シ

私生子ニモ其母ノ相続ニ關シテハ正出子ト同一ノ權利ヲ有セシムルモノ
 多ク其他配遇者ノ相続ニ因リテ得ル權利モ佛國ニ比スレハ多少多キカ如
 シ又タ相続人カ相続ノ受諾ヲ爲スノ方法モ之カ拋棄ヲ爲スカ否ラサレハ
 單純ノ受諾ヲ爲ササルヘカラスシテ所謂限定ノ受諾ナルモノヲ認メス然
 レトモ國ニヨリテハ相続人ハ元來相続財産ヲ施ユル債務ヲ負擔スルコト
 ナシトスルモノアリ又タ債務ノ負擔ハ相続ヲ受ケタル割合ニ應シテ分擔
 スルニアラスシテ相続人ハ總テ連帶責任ヲ負フヘキモノト爲スモノアリ

二五五 西班牙ニ於ケル相續ノ順位ハ左ノ如シ
 (一) 正出ノ卑屬親 (二) 母ノ承認シタル私生子 (三) 最近ノ尊屬親 (四) 傍系親
 傍系親中ニ於テハ兄弟姉妹及ヒ其卑屬親ヲ第一位ニ置キ而シテ父ノ相續ニ關シテハ異母ノ兄弟姉妹之ニ次キ母ノ相續ニ關シテハ異父ノ兄弟姉妹之ニ次クモノトセリ其兄弟姉妹及ヒ之カ卑屬親ナキ場合ニ於テ始テ相續權ノ他ノ傍系親中四等親即チ伯叔父母及從兄弟姉妹ニ及フコトヲ得 (五) 父ノ承認シタル私生子 (六) 別居ヲ爲サザリシ配偶者 (七) 五等乃至十等ニ至ル傍系親 (八) 國庫是ナリ

相續受諾ノ方法ハ單純ト限定トノ二種アリテ其何レノ場合ニ於テモ受諾ニ依リテ始テ相續財產ノ占有ヲ爲スヲ得且ツ其受諾ヲ爲スニハ契約能力ヲ有スルヲ必要トセリ

相續人廢除ノ原因中特ニ他國ノ法制ト異リタル所ハ品行正シカラサル寡婦ハ夫ノ相續ヲ爲スヲ得ス又タ瘋癲トナリタル父母ヲ遺棄シタル子女ハ

父母ノ相續ヲ爲スコト能ハサルカ如キ是ナリ

二五六 露西亞ニ於ケル相續人ノ順位ハ

- (一) 男子及ヒ其卑屬親
- (二) 女子及ヒ其卑屬親
- (三) 兄弟及ヒ其卑屬親
- (四) 姉妹及ヒ其卑屬親
- (五) 異母又ハ異父兄弟及ヒ其卑屬親
- (六) 異父又ハ異母姉妹及ヒ其卑屬親
- (七) 其他ノ傍系親

尊屬親ハ父母ト雖モ其子ノ相續權ヲ有セス唯タ死者カ子孫ヲ有セサル場合ニ於テ曾テ其子ニ贈與シタル財產ヲ取戻スコトヲ得又タ相續財產中或種ノ財產ニ就キ用益權ヲ有スルニ過キス

死者ノ配偶者ハ死者ノ子孫アル場合ニ於テモ尙ホ相續權ヲ有シ不動産ノ七分ノ一及ヒ動産ノ四分ノ一ハ之ヲ受クヘキモノトセリ

又タ相續人ナキ財產ハ國庫ノ有ニ歸スルノ規定アリト雖モ此規則ニ關シテハ種々ノ例外アリ例ヘハ學校教員ノ遺産ハ學校ニ歸シ僧侶ノ遺産ハ寺院ニ歸シ市町村ハ其部内ニアル不動産ヲ相續シ又タ貴族ノ遺留シタル不

動産ハ其同一地方ニ在ル貴族ノ有ニ歸シ其動産ハ其死亡者カ屬シタル組合ノ所有ニ歸スルカ如キ是ナリ
 相続ノ開始ハ左ノ三個ノ場合ニ之ヲ爲スモノトセリ
 一 被相続人ノ死去
 二 一切ノ公權及公民權ノ剝奪
 三 僧侶ト爲リタルトキ
 又タ相続受諾ノ方法ハ單純ノ受諾ヲ爲シテ一切ノ權利義務ヲ相続スルカ若クハ之ヲ拋棄スルカノ二途ニ過キスシテ限定受諾ノ方法アルコトナシ
 二五七 相続ニ關スル各國法制ノ異ルコト上來述フルカ如シト雖モ余輩ハ前掲ノ理由ニ因リ之ニ適用スヘキ法律ハ其動産タルト不動産タルトヲ問ハス死者ノ本國法ヲ適用スルヲ以テ原則ト爲サント欲ス
 此原則ノ適用ニ依リ相続開始ノ場所其時期及原因ノ如キハ常ニ死者ノ本國法ノ規定ニ從フヘキコト殆ト疑ナキ所ナリ相続開始ノ場所ハ各國ノ法

相續ニ適
 スヘキ
 法ハ本
 國死
 者ナリ

相續能人
 力ハ人
 人ノ本
 國法ニ
 依ル

律概テ一致シテ死者ノ住所地ニ於テスルモノト爲セルヲ以テ住所唯一ノ原則ニ從フトキハ別ニ難問ヲ生スルコトナカルヘシ又タ相続開始ノ時期及原因ニ就テモ多數ノ法制ハ概テ一致シ天然ノ死去若クハ失踪ニ因リ死者ト確認セラレタル場合ニ於テ相続ヲ開始スルモノトセリ然レトモ國ニ依リテハ相続開始ニ特別ノ原因ヲ認ムルモノアリ從テ其時期モ亦タ特別ナルコトアリ例ヘハ我國ニ於テハ隱居ニ由リテ相続ヲ開始スルカ如キ又タ露西亞ニ於テハ民事上ノ死去ニ由リテ相続ヲ開始スルカ如キ即チ是ナリ此等ノ場合ニ於テモ尙ホ被相続人ノ本國法ヲ適用スヘキカ民事上ノ死去ハ元來之ヲ認メサルカ若クハ之ヲ廢シタル國ニ於テハ公益ニ關スル規定ニシテ所謂國際公安ニ關スル規定ナリ故ニ此場合ニ於テハ通則ニ從ヒ又タ例外トシテ死者ノ本國法ヲ適用セシメスト決定セサルヘカラス
 二五八 相続人ノ能力ヲ定ムル點ニ至テハ死者ノ國法ニ依ルニアラスシテ通則ニ從ヒ常ニ相続人ノ本國法ニ從ハサルヘカラス其然ル所以ハ元

例外

來相続ニ關シテ死者ノ國法ヲ適用スルハ其意思ノ推測ヲ本トシテ一ニ死者ノ意思ニ從ハント欲スルモノナリ然ルニ死者ノ意思ニ依テ任意ノ處分ヲ爲スヲ得ルモノハ獨リ其財産ニ限り能力ノ如キ公益ノ理由ニ基キテ一國法律ノ定メタル規則ハ之ヲ變更スルコト能ハサルモノト云ハサルヘカラス是レ死者ノ本國法ニ從ハスシテ一ニ相続人ノ國法ニ從フ所以ナリ

二五九 前述ノ理由ニ依リ胎兒モ相続ヲ爲スノ權利ヲ有ストセル國法ノ下ニ在ル者ハ我國法ニ於テハ斯ル能力ヲ認メサル場合ト雖モ尙ホ我國ニ在ル財産ヲ相続スルコトヲ得ヘシ其他外國人ノ有スル一般ノ相続能力ハ悉ク相続人ノ本國法ニ從テ有効ナリトスルヲ通則ト爲ス然レトモ外國法ニ從ヘハ無能力者ト爲スモノト雖モ我國ノ公益上ノ規定ト反スル場合ニ至テハ又タ例外トシテ其無能力ヲ認ムヘキモノニアラス例ヘハ露國法ニ於テ僧侶ハ一切無能力者ト爲セリト雖モ我國ニ於テハ相続權ヲ有スルモノト爲ササルヘカラス

相続人除斥又ハ廢除ノ原因ニ關スル問題ハ之カ區別ヲ爲シテ論セサルヘカラス

一 相続人ノ所屬國法ニ於テ相続人除斥若クハ廢除ノ原因アリト爲ス場合ハ我國法ニ於テハ之ヲ除斥又ハ廢除ノ原因ト爲ササルトキト雖モ尙ホ相続人ノ本國法ニ從ヒ我國ニ於テモ之ニ相続ヲ爲サシムヘキモノニアラス

二 之ニ反シテ相続人ノ本國法ニ從ヘハ除斥廢除ノ原因ト爲ササルモ我國法ニ從ヘハ之ヲ其原因ト爲セル場合モ其相続人ヲ無能力者ト爲ササルヘカラス蓋シ此種ノ規定ハ固ト一國ノ德義ニ關スル規定ニシテ所謂國際公安ニ關スルモノトシテ外國人ニモ尙ホ之ヲ適用セサルヘカラサレハナリ

二六〇 相続人ノ能力ニ關スル規定ヲ除ク外相続ニ關スル問題ハ死者ノ本國法ニ從フヲ以テ原則ト爲ス從テ死者ノ親族中如何ナル人カ相続人

相續人ノ能力問題ハ其除キテ他ノ

者ノ本國
法ニ從フ

相續

タルヘキカ、如何ナル順位ニ從フヘキカ、相續ハ如何ナル等親ニ及フヘキカ
等ノ問題ハ常ニ死者ノ本國法ニ依テ之ヲ決セサルヘカラス但シ佛國ノ如
キハ平等主義ヲ大原則ト爲スヲ以テ長子相續又ハ男子相續ノ如キハ國際
公安ニ關スルモノトシテ之ヲ認メストセリ、要スルニ苟モ内國ノ國際公安
ニ關セサル規定ハ常ニ死者ノ本國法ニ從フヘキモノトス

相續人ナ
キ財產ハ
何レノ國
家ニ屬ス
ルカ

二六一 相續人ナキ財產ハ國有ニ歸ストノ規定ハ各國ノ法制上殆ト一
齊ニ認ムル所ナリ内國ニ在ル外國人ノ遺留財產ハ何レノ國家ニ屬スヘキ
カ財產所在地タル内國ニ屬スルカ將タ死者ノ本國ニ屬スルカ此問題ハ此
種ノ財產ヲ國有ニ歸スル理由ノ如何ニ依テ之ヲ決定スルヲ得ヘシ若シ其
理由ヲ以テ國庫カ相續者ナキ財產ヲ所有スルハ全ク死者ノ親族カ之ヲ相
續スルト同一ノ資格ヲ以テスルモノト爲ストキハ其死者ノ意思ニ從ヒ其
本國法ヲ適用シテ其所屬國ノ所有ニ歸スルモノト爲ササルヘカラス之ニ
反シテ國家カ相續人ナキ財產ノ所有者ト爲ルハ素ト相續人タルノ資格ヲ

相續受諾
ノ方法

相續課稅

以テスルニアラスシテ無主物先占ノ理由ヲ以テスルモノト爲ストキハ是
レ一國公益上ノ理由ニ基クモノトシテ財產所在地ノ國法ニ從ヒ其所在國
ノ所有ニ歸セサルヘカラス余輩ハ此公安ノ觀察ニ同意シ財產所在國ノ所
有ニ歸スヘキモノト思量ス又タ其死者ノ本國法ニ於テ斯ル場合ニ之ヲ國
有ニ歸スルノ規定ナキモ内國法ニ於テ其規定アルトキハ亦タ同一ノ理由
ニ依リ内國法ヲ適用シ内國ノ所有ニ歸スヘキモノトス

二六二 相續受諾又ハ拋棄ノ方法ノ如キモ亦タ同一ニ死者ノ本國法ニ從
フヘキモノタリ但シ之ヲ爲ス方式ニ至テハ場所ハ行爲ヲ支配スルノ原則
ニ從ヒ其行爲地ノ國法ニ從テ之ヲ爲ストキハ何レノ國ニ對シテモ之ヲ有
効ナリト爲ササルヘカラス

租稅徵收ノ規則ハ一國ノ公益ニ關スルモノナリ故ニ相續ノ場合ニ於ケル
課稅ノ如キハ其死者ノ何レノ國人タルヲ問ハス財產所在地法ノ定ムル所
ニ從テ之ヲ支拂ハシメサルヘカラスルコト更ニ疑ナキ所ナリ

用度

本國人ノ
相続ニ關
スル領事
ノ職權事

遺贈

六七八

二六三 以上述フル所ノ相續ノ問題ニハ死者ノ本國法ヲ適用スト云フ
原則ニ基キ國際條約上外國人ノ相續ニ關シ其所屬國領事ニ各種ノ職權ヲ
與ユル國モ亦タ少シトセス

第三款 遺贈

各國法制
我國既成
法典ノ規

遺贈

二六四 既成法典ニ依レハ法律上特ニ無能力者ト定メタル場合ヲ除キ
原則トシテハ何人モ遺贈ヲ爲シ又ハ之ヲ收受スルノ能力ヲ有ストシ(財産
取得編三百五十四條)左ノ數者ハ遺贈ヲ爲ス能力ヲ有セスト爲セリ(同第三
百五十七條)

- 一 遺贈ヲ爲ストキニ於テ喪心シタル者
- 二 民事上ノ禁治產者
- 三 瘋癲ノ爲メ病院又ハ監置ニ在ル者

四 未成年者但シ自治產者ハ此限ニアラス

又タ新民法ニ於テハ準禁治產者カ遺贈ヲ拒絕シ又ハ負擔附ノ遺贈ヲ受諾
スルニハ保佐人ノ同意ヲ得ヘキモノトシ第十二條第七號(妻カ遺贈ヲ受諾
シ又ハ之ヲ拒絕スルニハ夫ノ許可ヲ受クヘキモノトセリ)第十四條第二號
遺贈ノ方式ハ遺言者ノ自筆ノ證書、公正證書及秘密ノ方式ノ三種ヲ正式ト
シ尙ホ遺言者ニ特別ノ事情アル場合ノ畧式ヲ定メタリ(既成法典三百六十
八條同第三百七十四條以下)

遺贈ヲ爲ステ得ル財産ノ部分ハ家督相續人ノ特權ヲ組織スル物ヲ控除シ
タル殘餘ト爲シ又タ遺贈者カ法定家督相續人ヲ有スルトキハ相續財産ノ
半額ニアラサレハ遺贈ヲ以テ自由ニ處分スルコトヲ得ストセリ(同上第三
百八十三條及同第三百八十四條)

二六五 佛國民法ニ依レハ遺贈ハ尙モ瘋癲、白痴ニアラサル以上ハ何人
モ之ヲ爲ステ得ルヲ以テ原則ト爲セリ然レトモ例外トシテ十四歲未滿ノ

佛國

遺贈

六七九

未成年者ニハ之ニ遺贈ノ能力ヲ與ヘス又々其以外ノ未成年者ニモ多少ノ制限ヲ附セリ

遺贈ノ收受ニ至テハ何人ト雖モ之ヲ爲スヲ得ルヲ以テ原則トシ胎兒ト雖モ尙ホ之カ利益ヲ受クルモノト爲セリ只々病院、慈善院、其他公共事業ノ爲メ遺贈ヲ爲ス場合ハ國長ノ認可ヲ受クヘキモノトセルノミ其他遺贈ノ收受ニ就キ特別ノ無能力者ヲ定メリ例ヘハ被後見人ノ後見人ニ對シテ爲シタルモノ、父母カ其私生子ニ對シテ爲シタルモノ、死ニ瀕シテ醫師又ハ僧侶ニ爲シタル遺贈ノ如キ總テ之ヲ無効ナリトセリ

遺贈ノ方式ハ我既成法典ト均シク遺贈者ノ自筆ノ證書、公正證書、秘密ノ方式ノ三種ヲ認メ其他特別ノ場合ニ在テハ之カ零式ヲ認メリ
遺贈ヲ爲スコトヲ得ル財産ノ部分ハ相續人ノ爲メニ貯存スヘキ財産ヲ除キ之カ、殘餘ハ遺贈ニ依テ任意ニ處分ヲ爲スコトヲ得而シテ貯存スヘキ財産ハ相續人ノ種類又ハ其人員ニ依テ之ヲ異ニシ其相續人ノ子女一人ナル

トキハ財産ノ半額トシ、其二入ナルトキハ三分ノ二トシ、三人以上ナルトキハ四分ノ三ト爲シ、又々死者ノ尊屬親カ相續ヲ爲ス場合ハ其人員ノ如何ニ拘ラス父系及母系ノ親屬ノ爲メニ各四分ノ一ヲ貯存スヘキモノト爲セリ
遺贈ノ種類ヲ三種ニ分テ包括ノ遺贈、包括名義ノ遺贈、及特定ノ遺贈ト爲シ第一ノ場合ニ於テハ受遺者遺贈者ノ一切ノ債務ヲ負擔シ第二ノ場合ニハ遺贈ヲ受ケタル財産ノ部分ニ應シテ債務ノ負擔ヲ爲シ又々第三ノ場合ニ於テハ總テ債務ヲ負擔スルコトナシトセリ
又々佛國ニ於テハ受遺者死亡ノ際ニハ必ス第三者ニ受遺財産ヲ移轉スヘシト云フ條件ヲ附シタル遺贈ハ之ヲ禁止セリ蓋シ一國經濟上ノ公益ニ關スルモノト爲スニ因ルナリ

二六六 英國ニ於テハ未成年者及瘋癲白痴者ハ遺贈ヲ爲スヲ得ス又々妻ハ其特別使用ニ充テタル財産ニアラサレハ遺贈ニ依リテ之カ處分ヲ爲スコトヲ得ストセリ又々遺贈ノ收受ハ胎兒ト雖モ尙ホ之ヲ爲スコトヲ得

獨逸法系
統ノ諸國

又々各種ノ法人カ遺贈ヲ受クル場合ニ於テモ其不動産ニ關スル場合ノミ
獨リ國王ノ許可ヲ受クヘキモノトセリ
又々同國ニ於テハ遺贈ヲ爲ス財產ニ制限ナク全部ト雖モ之カ遺贈ヲ爲ス
コトヲ得ヘシトセリ
遺贈ノ方式ハ其自筆ニ係ルカ若クハ其遺贈者ノ面前ニ於テ他人ニ命シテ
之ヲ爲サシムルモ尙ホ有効ナリトセリ
又々死後第三者ニ移轉セシムヘキ條件ヲ附シテ爲ス遺贈ハ更ニ禁スル所
ニアラス

二六七 獨逸法系統ノ國ニ於テモ概シテ之ヲ云ヘリ遺贈ノ方式ハ我國
及佛國ト同シク自筆ノ證書公正證書及秘密ノ方式ノ三種ヲ認ムルカ如シ
遺贈ヲ爲スコトヲ得ル財產ハ之ヲ自由ニセシテ相續人ノ爲メニ貯存ス
ヘキ部分ヲ定メリ然レトモ其貯存ノ部分ハ國ニ依テ一様ナラス例ヘハ地
地利ニ於テハ死者ノ相續ヲ爲スヘキ者卑屬親ナルトキハ之カ爲メ財產ノ

西班牙

半額ヲ貯存シ若シ其相續人尊屬親ナルトキハ三分ノ一ヲ貯存スヘキモノ
ト爲シ又々索逕ニ於テハ相續人ノ資格如何ニ依テ半額ヨリ四分ノ一ニ至
ルトセルカ如シ又々受遺者ノ死後第三者ニ移轉スヘキ條件ヲ附シテ爲ス
遺贈ハ獨逸國一般及ヒ獨逸法ヲ用ル瑞西ノ諸州ニ於テハ更ニ禁スル所
ニアラス

二六八 西班牙ニ於テハ遺贈ノ方式ヲ二種ト爲シ第一種ヲ口頭遺贈ト
爲ス此種ノ遺贈ハ隣佑三名ノ立會ニ依リ公證人ノ面前ニ於テ之ヲ爲スカ
又ハ單ニ五名以上ノ隣佑ノ面前ニ於テ之ヲ爲スカ若クハ隣佑ニアラサル
モ七名以上ノ面前ニ於テ爲ストキハ有効ナリトセリ第二種ハ書類遺贈ニ
シテ其方法ハ佛國ノ秘密方式ニ類似シ證人七名ノ立會ヲ以テ作製シ之ヲ
公證人ニ交付スヘキモノトセリ

十四才未滿ノ男子十二才未滿ノ女子浪費者癡狂者及ヒ或種ノ宗教ニ從事
スル者ハ遺贈ヲ爲スコトヲ得ス又々公許ヲ得サル結社及ヒ或種ノ宗教者

ハ一切遺贈ヲ受クルコトヲ得ス又タ尼寺ハ不動産ノ遺贈ヲ受クルコトヲ得ストセリ其他特別ノ無能力者ナルモノアリ例ヘハ親族姦通又ハ有夫姦ニ係ル子女ハ其父母ノ遺贈ヲ受クルヲ得ストシ宗教上獨身タルヘキ誓ヲ爲シタル者ノ子女ハ其父母ノ遺贈ヲ受クルヲ得ストシ又タ遺贈者ノ最後ノ病中懺悔ヲ受ケタル宗教者自身及ヒ其親族寺院ハ遺贈ヲ受クルコトヲ得ストセルカ如キ是ナリ

伊太利

二六九 伊太利ノ國法ハ佛國ニ類似セリト雖モ其重要ナル差違ヲ舉クレハ總括遺贈ヲ受クル者ハ尙ホ之ヲ相續人ト稱シ其特定ノ遺贈ヲ受クル者ニ限り之ヲ受遺者ト稱スルカ如キ又タ遺贈ヲ爲スニハ滿十八才以上ナラサルヘカラスト爲スカ如キ其他胎兒ヲ除キテハ相續能力ヲ有スル者ニアラサレハ又タ遺贈ヲ受クルコト能ハストセルカ如キ其他尙ホ二三ノ差違アルヲ見ルノミ

露西亞

二七〇 露西亞ニ於テハ遺贈ノ方式ヲ二種ト爲シ第一種ヲ公正ノ方式

ト爲シ此方式ハ地方ニ依リテハ或ハ其書類ヲ地方官廳ニ差出スヘシトセルアリ又タ或ハ證人三人ノ立會ヲ以テ之ヲ公證人役場ニ差出スヘシトセルモノアリ第二種ハ非公正ノ方式トシ遺贈者ノ隨意ニ製作シタル遺言書ヲ其死後ニ於テ裁判所ニ提出スヘキモノトセリ其他軍人又ハ航海者ニハ特別ノ畧式ヲ許スカ如シ

法律ノ概

以上述フル遺贈ニ關スル法律ノ概觸ハ如何ニ之ヲ決スヘキカ換言スレハ或ハ遺贈者外國ニ於テ其遺贈ヲ爲スコトアリ或ハ遺贈ノ財産外國ノ領地内ニ在ルコトアリ或ハ一人又ハ數人ノ受遺者外國人ナルコトアリ斯ル場合ニ於テハ何レノ國法ヲ適用スヘキカ此問題ハ當事者ノ能力遺贈ノ方式及ヒ其効果ノ三個ニ區別シテ之ヲ論セントス

第一 當事者ノ能力

當事者ノ能力

二七一 遺贈者及受遺者ノ能力ハ各其本國法ニ從フヲ以テ原則トス故

遺贈 當事者ノ能力

ニ例ハ英國人ニシテ英國ニ住所ヲ有スル未成年者ハ其國法ニ定ムル所ニ從ヒ外國ニ於テモ遺贈ヲ爲スノ能力ヲ有セス之ニ反シテ十四才以上ノ西班牙ノ男子ハ其行爲地ノ國法ニ從ヘハ無能力者ナリトスル場合ニ於テモ尙ホ其本國法ニ從テ遺贈ヲ爲スノ能力ヲ爲スヘシ

此原則ハ外國人カ內國ニ於テ遺贈ヲ爲ス場合ニ於テ遺贈ノ財産カ內國ニ存在セルカ又ハ其受遺者カ內國人ナル場合ト雖モ之カ爲メ變更ヲ受クルコトナカルヘシ但シ通則ニ從ヒ其無能力內國ノ國際公安ニ反スル場合ニ於テハ之ヲ以テ能力者ト爲ササルヘカラス例ハ西班牙ノ國法ニ於テ或種ノ宗教ニ從事スル者ヲ無能力トセルカ如キハ個人ノ自由ヲ原則トスル國內ニ於テハ之ヲ認ムルヲ得サルカ如シ

受遺者ノ無能力ニ至テモ亦タ內國ノ國際公安ヨリ來ル例外ノ場合ヲ除キ常ニ其本國法ヲ以テ之ヲ支配セサルヘカラス故ニ例ハ胎兒ハ遺贈ノ當時ニ於テ尙モ母ノ胎內ニ在ルトキハ受遺者タルヲ得ヘシトセル國法ノ下

ニ在ル者若クハ遺贈ノ當時未タ胎內ニ在ラサルモ遺贈者死去ノ當時ニ出生セル者ハ尙ホ受遺者タルヘシトセル國法ノ下ニ在ル者ハ內國法ニ於テ此種ノ者ニ遺贈ヲ受クル能力ヲ認メサル場合ト雖モ尙ホ其本國法ニ從テ之カ能力者タルヲ得ヘシ又タ之ト同一ノ理由ニヨリ其本國法ニ從テ遺贈ヲ受クルノ能力ヲ有セサル者ハ內國法ニ於テ其能力ヲ認ムル場合ニ於テモ尙ホ本國法ニ從テ無能力者タラサルヘカラス但シ此場合ニ於テモ內國ノ國際公安ニ關スルノ理由ニ依リ外國法中或種ノ宗教者ヲ以テ遺贈ヲ受クルノ無能力者ト爲セルカ如キ規定ハ之ヲ適用スルヲ得サルナリ

以上述フル所ノ一般ノ無能力者ニ關スル原則ハ或關係ニヨリ特別ノ無能力者トセル者ニ就テモ亦タ之ヲ適用スルコトヲ得ヘシ而シテ此場合ハ遺贈者受遺者ノ無能力相牽連シテ一方ノ無能力ハ他方ノ無能力ヲ來シテ其遺贈ヲ無効トスルモノナリ故ニ遺贈者受遺者國籍ヲ異ニスルトキハ二者共ニ其本國法ニ從テ能力者タラサルヘカラス例ハ遺贈者ノ最終ノ疾病

ニ關シタル醫師又ハ僧侶ニ對シテ爲シタル遺贈ハ受遺者ノ本國法ニ於テ之ヲ禁スルトキハ遺贈者ノ國法ニ於テ之ヲ禁セサル場合ニ於テモ尙ホ之ヲ無効ト爲スカ如キ即チ是ナリ

遺贈者受遺者國籍ヲ同ウセサル場合ト雖モ其行爲地ノ國際公安ニ關スル場合ハ又タ之ヲ無効トセサルヘカラス例ヘハ一國ノ國法ニ於テ私生兒ニ爲ス遺贈ハ之ヲ有効ト爲セルカ如キハ正出子女ノ權利保護ニ關シ一國德義上ノ理由ニ依ル規定ナリトシテ外國人ニモ亦タ之ヲ適用セサルヘカラスルカ如シ

遺贈ノ方式

第二 遺贈ノ方式

二七二 遺贈ノ方式モ通則ニ從ヒ場所ハ行爲ヲ支配ストノ原則ヲ適用シテ行爲地法ノ定ムル方式ニ從テ爲シタル遺贈ハ何レノ國ニ於テモ有効ナリト爲ササルヘカラス但シ此原則ハ素ト任意的ナルヲ以テ其本國法ノ

英米二國ニ於ケル特例

定ムル方式ニ從フモ固ヨリ之ヲ無効ト爲スヘキモノニアラス故ニ外國ニ在ル內國人ハ內國法ノ定ムル方式ニ從ハスシテ其所在國法ニ從ヒ或ハ口頭ヲ以テ之ヲ爲シ或ハ證人ノ面前ニ於テ他人ニ筆記セシムル等其國法ノ定ムル所ニ從フモ又タ其爲シ得ヘキ場合ニ在テハ內國法ノ定ムル方式ニ從フモ一ニ其選フ所ニ任スルヲ得ヘシ而シテ內國法ノ規則ニ從フ公正ノ方式ハ在外本國領事ノ職權ニ歸スル國多キカ如シ

外國人カ內國ニ在ル場合ニ於テモ同一ノ理由ニ依リ或ハ內國法ノ定ムル形式ニ從ヒ或ハ其本國法ノ定ムル形式ニ從フ等一ニ其選擇如何ニアルモノトス既成法典ニ於テ日本ニ在ル外國人ハ日本ノ法律ニ從ヒ又ハ本國ノ法律ニ從ヒテ遺言ヲ爲スコトヲ得(財産所得編三百八十二條)ト爲セルハ蓋シ此趣旨ニ出ツルモノナリ

二七三 遺贈ノ方式ニ關スル以上ノ規則ハ歐洲大陸ノ法制及判例ノ殆ト普ク認ムル所ナリ獨リ英米ノ二國ハ其判決例上ニ於テ不動産ニ關スル遺贈ノ方式

遺贈ハ其財産所在地ノ方式ニ從フヘク又タ其動産ニ關スルモノハ遺贈者ノ死去ノ際ニ於ケル住所地法ニ從フヘシト爲セルカ如シ但シ英國ハ近時ニ至リ其動産ニ對スル場合ニ限り遺贈證書調製ノ日ニ於ケル住所地法又ハ行爲地ノ國法ニ從フモ有効ナリト爲シタルカ如シ

第三 遺贈ノ効果

二七四 遺贈ノ効果ハ何レノ國法ニ依テ之ヲ生セシムヘキカ遺贈ノ効果ニ關シテハ一ニ當事者ノ意思如何ニ任スルヲ以テ原則トス故ニ遺贈者カ一國法ヲ選テ之ニ從フノ意思ヲ明示セシトキハ之ニ從テ一切ノ効果ヲ生セシムヘシト雖モ其意思ヲ明示セサルトキハ其意思ノ推測上遺贈ハ遺贈者ノ本國法ニ從テ其効果ヲ生セシメサルヘカラス例ヘハ我國人ノ爲シタル遺贈ニ依ル受遺者ノ權利其他總テノ實質上ノ條件ニ關スルモノハ常ニ我國法ノ定ムル所ニ從フモノトス而シテ此規則ハ受遺者カ遺贈者ト其

遺贈ノ効果

國籍ヲ異ニスル場合又ハ其遺贈ノ動産不動産外國ノ領内ニ在ル場合ニ於テモ更ニ異ル所ナキモノトス

然レトモ遺贈ノ効果ヲ生スル國ノ國際公安ニ關スル規則ハ假令遺贈者ノ本國法ニ於テハ有効ナルモノト雖モ亦タ之ヲ無効ト爲ササルヘカラス例ヘハ受遺者ノ死後ハ之ヲ第三者ニ移轉スヘシト云フ條件ヲ附シテ爲ス遺贈ヲ禁止セル佛國ノ如キニ於テハ外國人ノ本國法ニ從ヘハ此種ノ禁止ナキ場合ト雖モ尙ホ佛國ノ國際公安ニ關スルモノトシテ之ヲ無効ト爲ササルヘカラス

相續人ノ爲メニ貯存スヘキ財産ノ部分ヲ定ムル一國法ノ規定モ亦タ其國ノ國際公安ニ關スルモノトシテ其國ニ在ル外國人間ノ遺贈ニ就テモ尙ホ之ヲ適用スヘキヤ否ヤノ問題ハ多少ノ議論アル所ナリ然レトモ此種ノ規定ハ專ラ一家ノ利益ニ關シ且ツ國家ハ其自國臣民ヲシテ之ヲ遵奉セシムルノ利益ヲ有スルモノト爲シ所謂國內公安ニ關スル規則ナルモ國際公安

ニ關スルモノニアラスト爲シ之ヲ外國人ニ適用スヘカラスト云フヲ以テ
通説ト爲スカ如シ

分割

第四款 分割

二七五 分割ノ問題ハ會社解散其他契約ノ結果ニ依ル共有ノ場合ニ生
スルコトアリト雖モ歐米諸國ノ制度ニ從ヘハ此問題ハ相續遺贈ノ場合ニ
生スルヲ以テ最も多シトス是レ余輩カ分割ノ問題ヲ此所ニ於テ論スル所
以ナリ

各國法制
我國ノ規

我國新民法ニ於テハ分割ノ原則ヲ定メテ各共有者ハ何時ニテモ共有物ノ
分割ヲ請求スルコトヲ得ト爲シ只タ五年毎ニ更新スル契約ヲ以テ分割ヲ
爲ササルコトヲ得ルニ過キス第二百五十六條此種ノ規則ハ共有ハ財産ノ
管理及運轉ニ關シテ一國ノ經濟上極テ不利益ナルモノトシテ各國法制ノ

殆ト一齊ニ認ムル所ナリ

分割方法ハ既成法典ニ在テハ合意上及裁判上ノ二種ニ區別シ或場合ニ於
テハ必ス裁判上ノ分割方法ニ依ラサルヘカラストセリ(財産所得編第四百
八條第四百九條以下)

分割ノ効果ハ既成法典ニ於テハ共有ノ事實生シタル日ニ遡リテ之ヲ生ス
ルモノト爲セリ(同上第四百十七條第五百五十五條然レトモ新民法ニ於テハ
反對ノ決定ヲ取り其効力ハ分割ノ當時ヨリ生スルモノト爲サントスルカ
如シ

佛國

二七六 佛國ノ法典ニ於テモ分割ノ原則ハ我新民法ノ規定ノ如ク共有
者ハ何時ニテモ分割ノ請求ヲ爲スヲ得ルヲ以テ原則トシ其反對ノ契約ハ
五年毎ニ更新スルモノノ外之ヲ許サス

分割ノ方法モ合意上ノモノト裁判上ノモノトノ二種ニ區別シ特定ノ場合
ニ在テハ必ス裁判上ノ方法ニ依ラサルヘカラストセリ

分割

分割ノ効力ハ我既成法典ノ規定ト均シク共有ノ事實生シタル日ニ遡ルヘ
キモノトセリ

其他相續遺贈ノ原因ニ因ル分割ノ場合ニ於テハ相續人ハ死者ヨリ贈與又
ハ遺贈ニ因テ受ケタル財産ハ分割ノ際之ヲ提出セサルヘカラストセリ但
シ死者カ特ニ其義務ヲ免レシメタル場合ハ之カ提出ヲ要セストセリ

伊太利

二七七 伊太利ノ國法ハ佛國法ニ類似セリト雖モ其主要ナル差異ヲ舉
クレハ概テ左ノ如シ

- 一 死者ハ其相續人中ニ未成年者アルトキハ其成年ニ達スル迄分割ヲ
爲ササル旨ノ遺言ヲ爲スコトヲ得
- 二 分割ヲ爲ササルノ契約ハ其期限ヲ十年間トス
- 三 贈與又ハ遺贈ニ係ル財産ノ提出ヲ爲ス義務ヲ有スル者ハ獨リ直系
ノ卑屬親ノミ
- 四 遺贈ハ反對ノ證據ナキ以上ハ常ニ提出ノ義務ヲ免レタルモノト看

英吉利

做スカ如キ是ナリ

二七八 分割ノ際ニ於ケル贈與又ハ遺贈品提出ノ規則ハ英國ニ於テハ
最モ嚴重ニ行ハレ其結婚ノ理由ニ因リテ與ヘラレタルモノト雖モ尙ホ之
ヲ提出セサルヘカラストセリ如シ西班牙ニ於テハ相續人中貯存ノ利益ヲ受
クル者ノ外ハ互ニ提出ノ義務ヲ負フコトナシ

露西亞

二七九 露西亞ニ於テハ分割ノ効力ハ分割ノ當時ヨリ之ヲ生スルモノ
トシ又タ其方法ハ裁判上ト合意上トノ二種アリテ相續人中ニ無資力者ア
ルトキニ限り裁判上ノ方法ニ依ラサルヘカラスト爲シ其他ノ場合ニ於テ
ハ當事者ノ選擇ニ一任シ共有者中ニ未成年者アルトキト雖モ尙ホ合意上
ノ分割ヲ爲スヲ得ルトセリ但シ此場合ニ在テハ裁判所ノ認可ヲ受ク且ツ
之カ爲メ生スル損害ハ後見人ノ負擔ニ歸スルモノトセリ

法律概論

二八〇 分割ニ關スル法律概論ノ問題ハ如何ニ之ヲ決スヘキカ我國假
リニ外國人ニ一切ノ所有權ヲ許スト爲サハ我國法ノ認ムル分割ノ原則ハ

分割ニ適用スヘキ法律

之ヲ外國人ニ適用スルヲ得ルカ例ハ伊太利人ノ如キ其國法ニ從ハハ死者ノ相續人中ニ未成年者アルトキハ其遺言ニ依リ未成年者ノ成年ニ達スル迄分割ヲ許サスト爲ヌヲ得ルトセル國人カ同國人間ニ相續ヲ爲スニ當リ我國ノ財産上ニ斯ル遺言ヲ爲シタリトセハ其本國法ノ規定ニ從テ之ヲ有効ト爲スヘキカ將タ我新民法ノ規定ニ違フモノトシテ之ヲ無効トシ之カ分割ノ請求ヲ爲サシムヘキカ此問題ハ相續ハ專ラ當事者ノ意思ニ從フノ原則ニ依リ或ハ其本國法ヲ適用スヘキヤノ疑アリト雖モ分割ハ何時ニテモ之ヲ請求スルヲ得ヘシト云フ規則ハ所謂我國ノ國際公安ニ關スルモノナルコト明ナルヲ以テ我國法ノ制限セル年限ヲ超エテ分割ヲ爲サストセル遺言ハ之ヲ無効トシテ我國法ニ從ヒ之カ分割ヲ許ササルヘカラス此決定ハ獨リ死者ノ意思ニ因テ分割ヲ爲サシメサル場合ニ限ラス共有者間ノ契約ヲ以テ十年間分割ヲ爲サスト爲シタル場合ニ於テモ同一ナリトス

二八一 學理上ノ議論ハ之ヲ措キ分割ハ其實際上殆ト交換契約ニ異ラ

ス故ニ分割ニ關シテモ亦タ一般契約ニ關スル原則ヲ適用シテ法律抵觸ノ問題ヲ決スルコトヲ得ヘシ故ニ分割ヲ爲ス當事者ノ能力ハ其行爲地又ハ財産所在地ノ如何ヲ問ハス常ニ當事者ノ本國法ヲ適用スヘク又分割ノ方式ハ當事者國籍ヲ異ニスルトキハ其行爲地法ノ命スル所ニ從ヒ其國籍ヲ同ウスルトキハ其選擇ニ從テ或ハ行爲地法ニ從ヒ或ハ本國法ニ從フヲ得ヘシ

分割ノ際相續人カ死者ノ贈與又ハ遺贈ニ依テ受ケタル財産提出ノ義務ハ相續遺贈ノ場合ニ於ケル原則ニ從ヒ死者ノ意思推測ヲ根據トシテ常ニ死者ノ本國法ニ從テ其義務ノ範圍及効果ヲ定ムヘキモノトス而シテ此規則ハ相續人又ハ受遺者カ死者ト國籍ヲ異ニスル場合又ハ其財産外國ニ在ル場合ニ於テモ更ニ變更ヲ來スコトナカルヘシ然レトモ又々通則ニ從ヒ財産所在地ノ國際公安ニ關スル規則ト抵觸スル場合ハ例外トシテ其所在地法ヲ適用スヘキモノトス

二八二 分割ノ効果モ契約ノ通則ニ從ヒ其同一國人間ニ於ケル場合ハ其本國法ニ從フモノト解釋シ又タ異國籍人間ナルトキハ分割ヲ行フ土地ノ法律ニ從フモノト解釋セサルヘカラス例ヘハ如何ニシテ各分割者ノ割合ヲ定ムルカ又タ其分割ハ實物ヲ以テスルカ將タ金錢ニ換ヘテ之ヲ爲スカノ如キ又タ擔保ノ有無ノ如キ若クハ取消ノ原因ノ如キ之ニ關スル問題ハ一ニ前述ノ規則ヲ適用シ本國法若クハ行爲地法ニ從テ之ヲ決スヘキモノトス然レトモ又タ通則ニ從ヒ財產所在地ノ國際公安ニ關スル規則ハ必ス其所在地法ヲ適用セサルヘカラス例ヘハ我國ニ於テ分割ノ効果ハ分割ノ當時ヨリ生スルモノト爲シ之ニ致反ノ効力ヲ認メサルトキハ此種ノ規則ハ限リナキ訴訟ヲ起ササラシメントスル所謂國際公安ニ關スル規則ナルヲ以テ外國人間ノ分割ニ就テモ亦之ヲ適用セサルヘカラス

第五節 法人ニ關スル法律ノ抵觸

二八三 外國ノ法人ト雖モ內國ニ於テ其成立ヲ認メラレ其法人タル目的ニ適合スル權利ヲ享有スルコトヲ得ルハ余輩カ第一編ニ於テ述ベタル所ニシテ又タ我新民法ノ規定スル所ナリ此外國法人ノ內國ニ於テ有スル權利ハ如何ナル國法ノ定ムル所ニ依ルカ其法人所屬國法ノ定ムル所ニ依ルカ將タ內國法ノ定ムル所ニ依ルカ此問題ニ關シテ第一ニ決定スヘキ點ハ外國法人ハ其本國ニ於テ法人タルノ資格ヲ有スルヤ否ヤニアリ然レトモ此問題ハ其本國法ニ從ヒ果シテ其定ムル條件ニ適合シタル正當ノ成立アルヤ否ヤヲ決スヘキコト更ニ疑ナキ所ナリ

其正當ノ成立アル外國法人ニシテ我國法ノ定ムル所ニ依リ當然其成立ヲ認ムヘキモノ若クハ法律又ハ條約ノ結果ニ依リ我國ニ於テ其成立ヲ認メラレタルモノハ我國ノ國際公安ニ反セサル限りハ本國法ノ定ムル所ニ從テ其權利ヲ行使スルコトヲ得ルカ此種ノ問題ニ關シ有名ナル「ローラン」ハ消極說ヲ取レリ其說ニ曰ク「凡ソ一國ノ法人ハ外國ニ於テ當然其成立ヲ認

マラルルモノニアラスシテ其權利ヲ行使セントスル國法ノ承認ニ依テ始テ成立スルモノナリ斯ク法人ハ領地法ニ依テ其法人タル資格ヲ得ルトセハ之ニ伴フ權利モ亦タ領地法ニ從テ之ヲ定メサルヘカラス故ニ法人カ其權利ヲ行ハントスル領地法ハ其權利ノ性質ヲ定メ之カ制限ヲ爲スヘキモノタリ從テ外國法人ニ對シテモ其內國ノ同種ノ法人ニ認許スル權利ニアラサレハ之ヲ享有セシムヘキモノニアラスト我新民法ノ規定モ蓋シ其趣旨ニ依ルモノノ如シ(七號參看)

新民法ノ規定(第三十六條第二項)ハ表面ヨリ之ヲ見ルトキハ單ニ外國法人ノ享有スルヲ得ル權利ノ種類ヲ定ムルニ止マリ其享有スルヲ得ル權利ノ性質及範圍ハ果シテ何レノ國法ニ依リテ定ムヘキカノ問題ヲ決セサルカ如シト雖モ其精神ヲ探究スレハ「ロートラン」ノ說ク所ノ如ク外國法人ノ享有スル權利ハ一切內國法ノ定ムル所ニ從テ其効果ヲ生セシメント欲スルモノノ如シ

立法者ノ意思果シテ斯クノ如クナリトセハ余輩ハ多數ノ學說及判例ニ從テ之カ反對說ヲ主張セントス其然ル所以ハ若シ前說ノ如クスルトキハ一國ノ法律ニ依テ認メラレタル外國法人ハ其認許セラレタル國ニ於テ新ニ成立ヲ爲シ其國ノ法人ト爲リタルモノト爲ササルヘカラス左スレハ此種ノ法人ハ內國ニ歸化シタルモノノ如ク看做サレ以來外國法人ヲ以テ之ヲ目スヘキニアラス若シ又タ否ラストスレハ同一法人ニシテ同時ニ二個ノ國籍ヲ有シ二個ノ異リタル本國法ノ支配ヲ受クサルヘカラス法人モ亦タ普通人ト同シク正則トシテハ二個ノ國籍ヲ有スヘキモノニアラサルナリ故ニ一國カ外國法人ノ成立ヲ認許スルハ內國ニ於テ新ニ其法人ヲ成立セシムルニアラスシテ既ニ外國ニ於テ成立セル法人ノ資格ヲ認メ之ニ其固有ノ權利ノ行使ヲ許スニ過キサルモノト爲ササルヘカラス且ツ法人ハ普通人ト異リ一國法律ノ製作ニ係ルヲ以テ外國ニ於テハ其國法ノ認許アルニアラサレハ權利ノ行使ヲ爲スコト能ハスト雖モ其認許ハ權利ヲ享有セ

シムル點ニ於テ必要ナルニ過キスシテ其法人カ本國法ニ從テ有スル權利
 自躰ヲ左右スヘキモノニアラサルナリ
 以上余輩ノ說ヲ以テスレハ內國法ノ認許シタル外國法人ハ內國法人ノ同
 種ノモノノ有セサル權利ト雖モ苟モ其本國法カ法人ノ目的ニ適合セリト
 シテ與ヘタル權利ハ尙ホ之ヲ享有スルコトヲ得ヘシ只タ其權利中內國ノ
 國際公安ニ關スルモノハ通則ニ從テ之カ行爲ヲ爲サシメサルニ過キサ
 ナリ

白耳義國大審院カ曾テ佛國政府ノ煙草專賣ニ關スル商標偽造ヲ處罰シ之
 ニ損害賠償ヲ言渡シタルハ前掲余輩ノ所說ヲ確ムルノ一證ト爲ステ得ヘ
 シ如何トナレハ佛國ト同一種類ノ法人タル白耳義ノ國家ハ煙草專賣ノ權
 利ヲ有セサルニ拘ラス佛國法人ノ其國法ニ依テ有スル權利ヲ內國ニ於テ
 行使スルコトヲ承認シタルモノナレハナリ
 其他商事會社又ハ各種ノ法人ニ關スル此種ノ判例勘シトセス

第三編 訴訟

二八四 余輩ハ第一編ニ於テ外國人カ內國ニ於テ有スル權利義務ノ種
 類及ヒ其範圍ヲ說キ第二編ニ於テ其權利義務ハ何レノ國法ヲ以テ支配ス
 ヘキ乎ヲ論シタリ本編ハ則チ第一編及第二編ニ於テ説明シタル權利若ク
 ハ義務ハ如何ナル方法ニ依リテ實行セラルヘキヤヲ研究シ併テ破産ヨリ
 生スル國際上ノ難問ヲ決セント欲スルモノナリ

第一章 外國人ニ關スル內國裁判所ノ管轄

第一節 內國人外國人ニ對スル場合

外國人ニ關スル內國
 裁判所ノ管轄
 內國人ニ對スル場合

訴訟

外國人ニ關スル內國裁判所ノ管轄

內國人外國人ニ對スル場合

内國人外國人ニ對スル場合 專屬裁判籍 七〇四

二八五 從來我帝國ト歐米諸國トノ間ニハ特別條約(Capitulation)ニ依リ領事裁判ノ制度存スルヲ以テ内國人ノ外國人ニ對スル訴訟ハ其民事タルト刑事タルトヲ問ハス一切之ヲ其所屬領事廳ノ管轄ニ屬セリ從テ内國人對外國人ノ裁判管轄ニ就テハ曾テ我國裁判所ノ判決例アルコトナク又々現行民事訴訟法モ之ニ關シテハ明瞭ナル規定ヲ有セス故ニ今日ニ於テ之ヲ詳論スルコト甚々困難ナリト雖モ改正條約實施ノ期漸ク近ク又々民事訴訟法モ已ニ改正ノ業ニ着手セルヲ以テ其趣旨ニ基キ傍ラ法理ト外國法トヲ參照シ豫シメ今日ニ於テ之ヲ論究スルコト決シテ無益ノ業ニアラサルヘシ

第一款 專屬裁判籍

第一 内國所在ノ不動産ニ關スル專屬裁判籍

不動産上ノ訴訟ニ關スル管轄ニ就キ我民事訴訟法第二十二條ハ之ヲ規定シテ曰ク「不動産ニ付テハ其所在地ノ裁判所ハ總テ不動産上ノ訴訟ニ本權并ニ占有ノ訴及ヒ分割并ニ經界ノ訴ヲ專ラニ管轄ス、地役ニ就テノ訴ハ承役地所在地ノ裁判所專ラニ之ヲ管轄ス」ト此規則ハ不動産ノ專屬裁判籍ヲ規定シタルモノナルヲ以テ領事裁判制度撤去ノ後ハ現行民事訴訟法ノ下ニ於テモ不動産上ノ訴訟ニ就テハ外國人ト雖モ亦之ヲ被告トシテ其不動産所在地ノ裁判所ニ訴追スルコトヲ得ヘシ然レトモ不動産ニ關シテハ特別法ノ制限アリテ外國人ハ土地ノ所有權、質權、抵當權ヲ有スルコトヲ得サルヲ以テ實際ニ於テハ此種ノ訴訟ヲ見ルコト甚々稀ナルヘシ但シ新條約ニ依ルトキハ外國人ト雖モ營業ニ關シテハ建物ノ所有ヲ爲スコトヲ得其他地上權、賃借權等荷モ條約又ハ法令ニ因リ禁止セサル權利ハ之ヲ享有スルヲ得ルヲ以テ其不動産ニ關スル場合ハ即チ之カ適用ヲ見ルヘシ抑モ不動産ニ關スル權利ノ得喪ハ一國經濟上ノ政策ト密接ノ關係ヲ有スル

ニ因リ其裁判管轄ノ如キ獨リ内國人間ニ合意的變更ヲ許ササルノミナラ
 ス外國人ニ對シテモ必ズ之ヲ適用セサルヘカラス又々純然タル不動産上
 ノ訴權ニアラサルモ苟モ不動産ト關係ヲ有スル訴權ハ亦々不動産所在地
 ノ裁判所ニ於テ之ヲ行使スルコトヲ得(民事訴訟法第二十三條)但シ此場合
 ハ專屬管轄ニアラサルヲ以テ普通裁判籍ニ訴追スルコトヲ得ルハ敢テ論
 ヲ俟タサル所ナリ

又々之カ反對ニ外國所在ノ不動産ニ關スル訴訟ハ前段説明スル所ト同一
 ノ理由ニ依リ内國人ト雖モ其所在地ノ裁判管轄ニ從フヘキコト暗ニ我國
 法ノ承認スル所ナルカ如シ

第二 人事ニ關スル專屬裁判籍

婚姻事件、養子縁組事件及禁治産事件(明治二十三年法律第四百號)ノ訴訟ニ
 就テハ專屬裁判籍アリテ其合意的變更ヲ許サス元來此種ノ訴訟ハ其性質
 私益ニ關スルヨリハ寧ロ公益ニ關スルコト大ナルヲ以テ通常ノ訴訟手續

人事ニ關
 スル專屬
 裁判籍

ト多少其趣ヲ異ニシ干涉主義ヲ取り捨事ヲシテ訴訟ニ立會ハシメ以テ公
 益ノ保護者タラシメ且ツ訴訟審理ノ便宜上ヨリシテ之ヲ專屬管轄ト爲シ
 タルモノナリ今左ニ其管轄裁判所ヲ略説スヘシ

一 婚姻ノ無効、離婚又ハ同居ヲ目的トスル訴訟ニ就テハ夫カ普通裁判
 籍ヲ有スル地ノ地方裁判所、養子縁組ノ無効又ハ離縁ヲ目的トスル訴訟ハ
 養子ヲ爲シタル者カ普通裁判籍ヲ有スル地ノ地方裁判所、婚姻又ハ養子縁
 組ノ不成立ヲ目的トスル訴訟ニ就テハ被告カ普通裁判籍ヲ有スル地ノ地
 方裁判所是ナリ

二 禁治産ノ決定ハ治産ヲ禁セラルヘキ者カ普通裁判籍ヲ有スル地ノ
 區裁判所ノ專屬管轄ト爲シ又々之ニ對スル不服ノ訴ハ其區裁判所ノ所在
 地ヲ管轄スル地方裁判所ノ專屬管轄ト爲ス準禁治産ニ關スル裁判管轄モ
 亦々禁治産ノ場合ト同一ナリ

專屬裁判籍

抑モ人ノ身分能力ハ其國民分限ノ屬スル國ノ法律即チ當事者ノ本國法ニ

從フヘシトスルノ主義ハ我法例法例第三條ノ採用スル所ナリト雖モ其裁判籍ノ問題ニ至テハ該條ノ關スル所ニアラスシテ訴訟法ノ定ムル所ニ從ハサルヘカラサルナリ蓋シ法律適用ノ問題ト裁判管轄ノ問題トハ全ク相異ル問題ナレハナリ

第三 訴訟手續ニ關スル專屬裁判籍

執行手續民事訴訟法第五百六十三條及督促手續(民事訴訟法第三百八十三條)等ニ就テモ亦ダ專屬裁判籍ノ規定アリ此等ノ規定ハ一國公益上ノ理由ニ基クモノナルヲ以テ外國人ト雖モ決シテ其支配ヲ免カルルヲ得サルナリ

第二款 普通裁判籍

二八六 人ノ普通裁判籍ハ其住所ニ依リテ定マル故ニ住所ノ裁判所ハ

訴訟手續ニ關スル專屬裁判籍

普通裁判籍

其人ニ對スル總テノ訴ニ付キ管轄權ヲ有ス但シ訴ニ付キ專屬裁判籍ヲ定メサル場合ニ限ル是レ我民事訴訟法第十條ノ規定スル所ナリ此規定ニ依ルトキハ外國人カ內國ニ住所ヲ有スルト否トニ依リ或ハ內國裁判所ニ訴追シ或ハ外國裁判所ニ訴追スルノ區別ヲ生スルモノノ如シ左ニ場合ヲ分テ其適用ヲ明カニセン

一 外國人カ內國ニ住所ヲ有スル場合

此場合ハ即チ原則ノ適用ニシテ專屬裁判籍ノ場合ヲ除ク外其住所地ノ裁判所ニ訴追スルコトヲ得ルナリ(民事訴訟法第十條)

二 外國人內國ニ住所ヲ有セサル場合

此場合ハ更ニ左ノ如ク二個ノ場合ニ區別スルコトヲ得ヘシ

(1) 外國ニモ住所ヲ有セサル場合

此場合ニ於クル普通裁判籍ハ其現在地下シ若シ其現在地知レサルカ又ハ外國ニ在ルトキハ最後ニ有セシ內國ノ住所ヲ以テ普通裁判籍ト爲ス(民事

訴訟法第十三條第一項且ツ此等ノ債務者ニ對スル財産權上ノ訴訟ニ就テハ其所在地ノ裁判所之ヲ管轄ス若シ其請求債權ナルトキハ債務者(第三債務者)ノ住所ヲ以テ財産ノ所在地トシ又タ債權ニ就キ物カ擔保ノ責ヲ負フトキハ其物ノ所在地ヲ以テ財産ノ所在地トス(民事訴訟法第十七條)

(ロ) 外國ニ住所ヲ有スル場合

外國ニ住所ヲ有スル者ニ對シテハ內國ニ於テ生シタル權利關係ニ限リ前段説明シタル所ノ裁判籍ニ於テ訴ヲ起スコトヲ得(民事訴訟法第十三條第二項)

之ヲ要スルニ外國人ハ內國ニ現在スルト否トヲ問ハス其權利關係カ內國ニ於テ生シタルノ一事ヲ以テ常ニ我國ノ裁判管轄ニ服從シ若シ外國ニモ住所ヲ有セザルトキハ假令其權利關係カ內國ニ於テ生セザリシ場合ト雖モ猶ホ我裁判管轄ニ服從スヘキモノトス

問題

前以外ノ場合即チ現時内外國ニ住所ヲ有セス又タ曾テ內國ニ住所ヲ有シ

タルコトナク且ツ內國ニ現在セル者ニ對シテハ何レノ裁判所ニ出訴スヘキカ 此場合ニ關シテハ我民事訴訟法中明文ノ之ヲ規定スルモノナシ故ニ或ハ被告ノ本國ニ最モ近キ內國裁判所ニ出訴セシムヘシト論シ或ハ原告ノ選フ所ニ任シテ其最モ便利ナリト思量スル裁判所ニ出訴セシムヘシト論シ或ハ又タ管轄裁判所ノ指定ヲ請ハシムヘシト論スルモノアルカ如シ然レトモ被告ノ本國ニ最モ近キ內國裁判所ニ出訴スヘキモノト爲ストキハ原告ノ爲メ極テ不便ナルノミナラス何レノ裁判所ヲ以テ其最モ被告ノ本國ニ近キ裁判所ト爲スヘキ乎實際上之ヲ定ムルコト甚タ困難ナルベシ又タ原告ノ選擇スル所ニ一任スルトキハ被告ハ一ニ原告ノ意思ニヨリテ左右セラルルノ不利益ヲ被ルヘシ又タ管轄裁判所ノ指定ヲ請ハシムルトスルモ其決定ノ方針ハ豫メ之ヲ定メ置カサルヘカラス是ニ於テ乎余輩ハ此場合ニハ內國ニ在ル原告住所地ノ裁判所ニ出訴スルコトヲ得ルト論セントス其然ル所以ハ抑モ我國ノ法制ニ於テモ各國ノ法制ト均シク住所

ヲ以テ普通裁判籍ト爲シ凡ソ訴訟ハ被告ノ住所地ニ於テ之ヲ爲スヲ以テ原則ト爲シタルハ原被告兩造カ各其住所ノ裁判所ニ出訴スルヲ以テ自己ノ利益ト爲ス其二個ノ利益中原告ノ利益ヲ保護セシヨリ寧ロ被告ノ利益ヲ保護セシトスルニアリ故ニ此理由ヲ貫カントセハ外國人被告ナルトキハ其住所地ノ外國裁判所ニ出訴セサルヘカラス然ルニ前述ノ如ク我民事訴訟法ハ外國人被告タル場合ニハ原則ニ例外ヲ設クテ之ヲ内國裁判所ニ出訴スルコトヲ許セリ故ニ此例外ハ一ニ原告ノ利益ノ爲メニ之ヲ設クタルモノト爲ササルヘカラス從テ本問題ノ場合ニ於テモ其理由ヲ一貫シ原告住所地ノ裁判所ヲシテ之ヲ管轄セシムルコトヲ得ヘシ而シテ原告若シ其住所ヲ有セザルトキハ其住所ノ裁判所ニ之ヲ出訴スルコトヲ得ヘシ

二八七 上來述フル所ノ外國人ニ對スル内國裁判所ノ管轄ニ關スル民事訴訟法ノ規定ト同一ノ規定ハ外國ノ法制ニ於テモ亦タ見ル所ニシテ佛國民法第十四條ノ如キハ明カニ佛國ニ於テ佛國人ト爲シタル契約上ノ義務ニ關シテハ佛國ニ現在セサル外國人ト雖モ猶ホ佛國裁判所ニ起訴セラルヘク又タ外國人ハ外國ニ於テ佛國人ト契約シタル義務ニ付テモ亦タ佛國裁判所ニ起訴セラレヘシト規定セリ然レトモ本條ノ規定ハ從來立法上頗ル議論アル所ナリ而シテ其議論ハ直ニ移シテ以テ我法制ヲ論スル材料ト爲スコトヲ得ヘシ

民事訴訟法第十三條ニ關スル立法論

務ニ關シテハ佛國ニ現在セサル外國人ト雖モ猶ホ佛國裁判所ニ起訴セラルヘク又タ外國人ハ外國ニ於テ佛國人ト契約シタル義務ニ付テモ亦タ佛國裁判所ニ起訴セラレヘシト規定セリ然レトモ本條ノ規定ハ從來立法上頗ル議論アル所ナリ而シテ其議論ハ直ニ移シテ以テ我法制ヲ論スル材料ト爲スコトヲ得ヘシ

此規定ノ理由トスル所ハ概テ左ノ如シ

- 一 内國人ノ外國人ニ對スル訴訟ニ關シ普通ノ原則ヲ適用シテ外國人ノ住所地ヲ以テ裁判籍ト爲シ必ス外國裁判所ニ起訴スヘキモノト爲ストキハ外國ノ裁判官ニハ偏頗ノ恐アリテ之カ爲メ内國人ハ外國人ト取引ヲ爲スコトヲ厭ヒ其結果遂ニ國際商業上ノ發達ヲ妨クルニ至ルヘシ故ニ外國人ト契約ヲ爲シテ之ニ義務ヲ負ハシメタル者ハ其何レノ地ニ於テ契約シタル場合ト雖モ毎ニ内國裁判所ニ起訴スルノ自由ヲ與ヘサルヘカラス

二 外國人ハ内國人ヲ被告トシテ内國裁判所ニ起訴スルノ權ヲ有ス故
ニ内國人若シ外國人ヲ被告トシテ内國裁判所ニ起訴スルコトヲ得
ルトキハ兩者ノ平等ヲ破リ獨リ外國人ヲシテ内國裁判所ニ起訴スル
コトヲ得ルノ特權ヲ有セシムルニ異ナラズ

三 外國人内國人ニ對シテ契約上ノ義務ヲ負擔シタルトキハ其本國ノ
裁判官ニ裁判セラルルノ權利ヲ拋棄シ内國裁判所ノ管轄ヲ甘受シタ
ルモノト謂フコトヲ得ヘシ

然レトモ以上ノ理由ハ極テ薄弱ナリ

第一 外國裁判官ニ偏頗ノ恐アリト爲ストキハ内國裁判官ニモ亦タ偏
頗ノ恐アリト謂ハサルヘカラス蓋シ裁判官ノ公平無私ナルベキハ萬國
ニ通シテ異ル所ナシ然ルニ外國人原告タル場合ハ之ヲシテ内國裁判
所ニ起訴セシムルニ拘ラス内國人カ外國人ヲ被告トスル場合ニ於テ其
所屬外國裁判所ノ管轄ヲ認メサルカ如キハ頗ル公平ヲ失スルヲミナラ

或ハ

又内國人ノ爲メ得策ニアラザルナリ何トナレハ輒近國際關係ノ事項ニ
就テハ專ラ交換主義ヲ取ルヲ以テ若シ我、彼ニ不利ナル法制ヲ存スルト
キハ彼亦タ我ニ對シテ不利ヲ與ヘ之ニ反シテ我、彼ニ便益ヲ與フルトキ
ハ彼亦タ我ニ便益ヲ與フルコト國際上ノ通義ナレハナリ

第二 論者カ外國人對内國人ノ訴訟ハ内國裁判所ニ起訴スルヲ得テ内
國人對外國人ノ訴訟ニ於テ内國裁判所ニ起訴スルコトヲ得サルカ如キ
ハ兩者ノ平等ヲ破リ獨リ外國人ニ特權ヲ與フルニ異ラズト謂フニ至リ
テハ無稽モ亦タ甚タシト謂フヘシ何トナレハ外國人對内國人ノ訴訟ニ
於テ内國裁判所ニ起訴スルハ夫ノ被告ノ所在地ヲ以テ裁判管轄ト爲ス
一般ノ通則ニ從フモノナリ故ニ内國人對外國人ノ訴訟ニ於テ外國裁判
所ニ起訴スルハ是レ則チ通則適用ニシテ却テ平等ヲ保ツ所以ナリ

第三 外國人内國人ニ對シ契約上ノ義務ヲ負擔シタルトキハ本國ノ裁
判管轄ヲ拋棄シタルモノナリト論スルモ義務ノ負擔ヲ以テ裁判管轄拋

棄ノ理由ト爲スハ解スヘカラサル所ナリ况ヤ合意ヲ以テ其管轄ヲ定メサルニ直ニ以テ内國裁判所ノ管轄ヲ認メタリト謂フカ如キハ訴訟法理ヲ無視スルノ妄論ノミ

之ヲ要スルニ内國人對外國人ノ訴訟ヲ内國裁判所ノ管轄ニ屬セシムルハ以上諸種ノ點ヨリ觀察スルモ其非理タルヲ免レズ然レトモ我法制上此規定ヲ存スルヲ以テ左ニ數個ノ問題ヲ掲ケテ其適用ヲ示サントス

第一 外國人ヲ被告トシテ内國裁判所ニ訴フルコトヲ得ル者ハ何人ナリヤ

民事訴訟法第十三條ニ於テハ原告タルヘキ者ノ資格ヲ定メス故ニ内國人ハ素ヨリ外國人ト雖モ亦タ此規定ニ依リ起訴ノ權アリト爲ササルヘカラス而シテ其原告タルニハ内國ニ在ルト外國ニ在ルトニ由リテ異ラス又タ有形人タルト無形人タルトヲ問ハサルナリ

第五 如何ナル外國人ハ内國裁判所ニ起訴セラルヘキヤ

第一外國人トシテ被告トシテ内國裁判所ニ訴フルコトヲ得ル者トナシ

第二如何ナル

外國人ハ内國裁判所ニ起訴セラルヘキヤ

例外一、外國ノ主權者及政府

曰ク内國ニ住所ヲ有スル者曰ク内外國ニ住所ヲ有セサル者曰ク權利關係ヲ内國ニ於テ發生セシメタル者はナリ

此問題ニ關シテハ左ノ二個ノ例外アリ

一 外國ノ主權者及政府
外國ノ主權者カ内國ノ裁判權ニ服スルヤ否ヤハ國際法上大ニ議論アル所タリ然レトモ通説ニ從ヘハ之ヲ二種ニ區別シ其一國ノ主權者タル資格ヲ以テ爲シタル行爲ニ付テハ内國裁判所ニ裁判權ナシトシ之ニ反シテ外國ノ主權者ト雖モ一個人タルノ資格ヲ以テ訴ヲ受ケタル場合ハ内國裁判權ニ服從セサルヘカラストセリ然レトモ此區別説ニ就テモ尙ホ多少ノ反對説ナキニアラス夫ノ自耳義裁判所ノ如キ資格ノ如何ニ關セス苟モ外國ノ君主ニ對シテハ裁判權ヲ有セスト決シタルコトアリ往年我千島艦事件ニ就キ此種ノ問題ヲ生シタルコト世人ノ記憶スル所ナリ當時我訴訟代理人タル「カイクト」ハ長クモ 天皇ノ御名ヲ以テ「ピロ」會社ニ對シ損害賠償

償請求ノ訴ヲ英國領事廳ニ提起シタリ其故ラニ 御名ヲ用ヒタルハ訴訟上ノ利益ヲ企圖スルニ在リシト雖モ端ナク朝野ノ物議ヲ惹起セリ抑モ此訴訟ハ我國家原告タル場合ニシテ本問ノ場合ト異ルヲ以テ外國裁判所ニ管轄權ナシト謂フヘカラサルモ 天皇ノ御名ヲ以テ訴訟ヲ爲シタルカ如キハ我國躰上極テ妥當ヲ欠キタルモノト謂フヘシ今ヤ其當否已ニ判明シタルヲ以テ更ニ之ヲ追論スルノ要ヲ見サレトモ國際關係ノ日ニ月ニ頻繁ヲ致スノ今日ニ於テ此種ノ問題ヲ生スルコトナキヲ保セス故ニ序次之カ實例ヲ掲ケテ永ク國民ノ記憶ニ存セシメ本件ノ如キ失態ヲ再演スルコトナキヲ期セシト欲スルノミ

外國君主ノ一身ヲ外ニシ單ニ政府ニ依リテ代表セラレタル外國國家ハ內國ノ裁判權ニ服スヘキヤ本問モ亦タ多少ノ議論アルヲ免レス曾テ佛國ニ於テ本問題ヲ生シタル時同國大審院ハ判決シテ曰ク一國ノ政府ハ他國ノ裁判權ニ服從スヘキモノニアラスト而シテ其判例ハ今日猶ホ遵守スル所

タリ然レトモ之ヲ非難スル學者亦タ少ナカラス一般ノ學說ニ依レハ一國政府ノ行爲モ外國君主ノ場合ト同シク之ヲ區別シ一國政府タル資格ニ屬スル行爲ニ關シテハ他國ノ裁判權ニ服從スヘキモノニアラサルモ單ニ一人ト同一ノ資格ヲ以テ爲シタル行爲ニ就テハ他國ノ裁判權ニ服從セサルヘカラストスルモノノ如シ而シテ其理由トスル所ハ凡ソ內國ノ政府ト雖モ純然タル民事上ノ訴訟ニ就テハ內國普通裁判所ノ管轄ニ服セサルヘカラス然ルニ同一様ノ事件ニ就キ外國政府ヲ管轄スヘカラスト爲ストキハ是レ外國政府ニ特權ヲ與フルニ異ラスト謂フニ在リ唯タ其實際ニ生スル難事ハ果シテ一國ノ行爲カ政府ノ資格ニ關スルヤ將タ個人ノ資格ニ關スルモノナリヤヲ區別スルノ點ニ存スルナリ

二 外國ノ外交官

外交官ノ職務ヲ完ウスルニハ其駐劄國ニ對シテ完全ナル獨立ヲ保タサルヘカラス然ルニ外交官若シ駐劄國ノ裁判權ニ服從スヘキモノトセハ決シ

テ其獨立ヲ保ツコト能ハサルヘシ故ニ外國ノ使臣ハ内國ノ裁判權ニ服セサルヲ以テ國際法上ノ通則ト爲シ之ヲ外交官特權ノ一ニ數フルヲ至レリ而シテ此特權ハ獨リ大使又ハ公使ノ上ニ存スルノミナラス其家族并ニ從者一切ニ及ブモノトス但シ外國領事ハ特別ノ條約ニ因ルカ若クハ外交官タル資格ヲ兼テタル場合ニアラザレハ此特權ヲ有セサルナリ茲ニ一ノ注意スヘキハ内國人若シ外國ノ内國駐劄外交官ニ在セラレタル場合ニモ猶ホ此特權ヲ有スルヤ否ヤノ問題はナリ本問ニ關スル外國ノ判例及通説ニ依レハ猶ホ此特權ヲ有スルコト普通ノ場合ト異ラスト謂フ蓋シ其特權ハ其代表シタル國家ニ屬スルモノニシテ其代表者タル個人ノ國籍如何ニ依リテ變更スヘキモノニアラザレハナリ然レトモ今日ニ於テハ外國人ヲ以テ自國ノ外交官ニ任用スルカ如キハ殆ト其例ヲ見ス從テ本問題モ亦タ其實益ヲ見サルニ至レリ

二八八 或ハ曰ク此種ノ外國使臣ノ特權ハ國際法上一般ニ認ムル所ニ

シテ且ツ被代表國ノ公益ニ關スルモノナレハ外國使臣タル者ハ其特權ヲ拋棄シテ内國ノ裁判權ニ服スルコトヲ得ス是レ即チ我民事訴訟法第二百六條ノ所謂被告ノ有効ニ拋棄スルコトヲ得サル妨訴ノ抗辯ニ該當スルヲ以テ被告タル外國使臣ハ獨リ訴訟ノ起頭ニ於テ主張スルコトヲ得ルノミナラス何レノ時期ニ於テモ之ヲ主張スルコトヲ得且ツ其訴訟事件ノ性質如何ヲ問ハス常ニ其特權ヲ有セシムヘシト然レトモ今日ノ通説ニ從ヘハ當事者タル使臣任意ニ其特權ヲ拋棄シテ内國ノ裁判權ニ服從スルコトヲ得從テ其訴訟ノ起頭ニ於テ之ヲ主張セザルトキハ其管轄ヲ認諾シタルモノト看做シ又タ其事件ノ性質モ外國使臣タル資格ニ關スル訴訟ニ就テノミ獨リ其特權ヲ有シ其一個人タル資格ヲ以テスルトキハ内國ノ裁判權ニ服從セシムルコトヲ得ルモノト爲セリ此問題ハ從來學者間ニ大ニ議論アル所ニシテ今日ニ於テモ未タ一定セス唯タ左ノ場合ハ内國ノ裁判權ニ服從セシムヘキコト何人モ爭ハサル所ナリ

甲 外國使臣ノ所有ニ係ル不動産上ノ訴訟

不動産上ノ訴訟ハ民事訴訟法第二十二條ノ規定ニ依リ其所在地裁判所ノ專屬ナルヲ以テ内國裁判所之カ管轄權ヲ有スルコト疑ナシト雖モ其使臣ノ住居ニ係ルモノハ如何ナル名義ニテ之ヲ所有スルヲ問ハス公使館ニ於ケルト均シク治外法權ヲ有スルカ故ニ内國裁判所ノ管轄ニ服セサルナリ

乙 外國使臣ヨリ内國裁判所ニ出訴シタル結果トシテ受ケタル訴訟

此場合ハ自然内國裁判權ニ服從セサルヘカラス而シテ其場合凡ソニアリ左ノ如シ

(イ) 外國使臣カ原告タル訴訟ニ於テ被告内國人ヨリ反訴ヲ提起シタルトキ

(ロ) 外國使臣カ原告トシテ勝訴シタル場合ニ内國人ヨリ控訴セラレタルトキ

第三

第三 内國裁判所ハ如何ナル事件ニ就キ外國人ヲ管轄スルヤ

内國裁判所ノ如何ナル事件ニ就キ外國人ヲ管轄スルヤ

第四 外國人ノ如何ナル事件ニ就キ内國裁判所ニ對シテハ如何ナル事件ニ就テモ内國裁判所一切管轄權ヲ有ス故ニ其訴訟事件ノ性質及ヒ其原由ノ如何ナル地ニ於テ發生シタルヤ等ヲ論スルノ要ナキナリ唯タ内國ニ住所ヲ有セスシテ外國ニ住所ヲ有スル外國人ニ對シテハ其權利關係内國ニ於テ生シタルコトヲ要スルノミ

第四 内國ノ裁判權ニ服スル外國人ハ内國裁判所中何レノ裁判所ノ管轄ニ屬スルヤ

一言以テ之ヲ蔽ヘハ民事訴訟法第一編第一章第二節ノ規定(第十條乃至第二十五條)ハ悉ク之ヲ適用スト謂フコトヲ得ヘシ即チ外國人ト雖モ已ニ内國ニ住所ヲ有スルトキハ其住所地ヲ以テ普通裁判權ト爲スコト内國人ト異ル所ナシ又々其區裁判所ノ管轄ニ屬スルヤ將タ地方裁判所ノ管轄ニ屬スルヤハ一ニ事物ノ管轄ニ關スル諸般ノ規定ニ從ヒテ一樣ナラス其他現在地及特別裁判籍ニ關スル規定ノ如キモ亦タ均シク之ヲ適用スルコトヲ

得而シテ此等ノ規定ハ茲ニ余輩ノ細論ヲ須ヒスシテ讀者ハ訴訟法上已ニ了解スル所ナルヘシ但シ第十一條軍人軍屬ノ裁判籍ニ關スル規定ハ國際法上ノ問題ト爲ルコト甚タ稀ナリ蓋シ外國人ヲ以テ內國ノ軍人軍屬ト爲スノ制度ヲ採用スルカ如キハ極テ例外ニ屬シ今日此制度ヲ採用スルハ英國殖民地等ノ如キ人口甚タ寡少ナル所ニ限ルナリ余輩ハ我國ハ永ク將來ニ於テモ此等ノ制度ヲ採用スルコトナカルヘシト信ス

第五 外國人ノ內國裁判籍ハ當事者ノ合意の變更ヲ許スヘキヤ

夫ノ不動産又ハ人事等ノ訴訟ニ關スル專屬裁判籍ハ當事者ノ合意ニ依リテ變更スルコトヲ得スト雖モ普通裁判籍ニ至テハ民事訴訟法第一編第一章第四節ノ規定ニ依リ當事者ノ明示又ハ默示ノ合意ヲ以テ其裁判籍ヲ變更スルコトヲ得ルモノトセリ故ニ此規則ニ從ヒ外國人ノ內國裁判籍ニ關シテ上來述フル所ノ諸般ノ規則モ亦タ當事者ノ明示又ハ默示ノ合意ニ依リテ隨意ニ之カ變更ヲ爲シ內國裁判所ノ管轄ニ從ハスシテ外國裁判所ノ

第五外國人ノ合意の變更ハ訴訟ノ合意ニ依リテスル

管轄ニ從フコトヲ得ヘシ

第二節 外國人內國人ニ對スル場合

外國人對內國人ニ對スル場合

二八九 外國人對內國人ノ訴訟ハ夫ノ特別條約ニ因ル領事裁判制度ノ結果トシテ其民事タルト商事タルトヲ問ハス從來悉ク內國裁判所ノ管轄ニ屬セリ而シテ其裁判籍ハ被告ノ住所如何ニ拘ラス常ニ原告タル外國人居留地所在ノ裁判所之ヲ管轄セリ例ヘハ橫濱居留地ノ外國人福島人ヲ被告トスルトキト雖モ橫濱裁判所ニ起訴セシムルカ如キ是ナリ蓋シ此ノ如ク變則的ノ裁判籍ヲ設ケタルハ左ノ二個ノ理由ニ基タリ

- 一 外國人ハ居留地以外ニ於テ取引ヲ爲スコトヲ得ス故ニ居留地ハ即チ權利關係ノ發生地ナリトシテ之ヲ管轄スル裁判所ニ出訴セシムルヲ以テ訴訟審理上ノ便宜ト爲スコト

外國人內國人ニ對スル場合

二 外國人ハ特許ナクシテ自由ニ内地旅行ヲ爲スコトヲ得ス故ニ通則ニ從ヒ被告ノ普通裁判籍ニ起訴スルヲ要ストセハ一々内地旅行ノ特許ヲ得サルヘカラサルノ不便アルコト是ナリ

此制度ハ今日猶ホ之ヲ存スト雖モ余輩ノ屢説明シタルカ如ク改正條約實施ノ日ニ至レハ我民事訴訟法ノ定ムル規則ニ從ヒ被告ノ住所ヲ以テ普通裁判籍ト爲スヲ始トシテ其他一切ノ規則ヲ適用スヘキコト當然ノ結果タルヘシ而シテ從來外國人ノ内國人ニ對スル訴訟ハ其權利關係多クハ内國ニ於テ生シタル場合ナリト雖モ將來國際商業ノ頻繁ナルニ從ヒ外國ニ於テ生シタル權利關係ニ就テモ亦タ内國人ヲ被告トシテ内國裁判所ニ出訴スルコト多カルヘシ此等ノ場合ニ於テモ亦タ被告ノ住所ヲ以テ普通裁判籍ト爲ス原則ノ適用ニ依リテ内國裁判所ノ管轄ニ屬スルコト疑ナシ此規定ハ外國ノ法制中亦タ屢見ル所ニシテ蓋シ其理由ハ公平ト便利トヨリ來ルモノナリ何ヲカ公平上ノ理由ト謂フ曰ク若シ外國ニ於テ生シタル權

利關係ニ基ク訴訟ハ内國人ニ對シテモ猶ホ外國裁判所ノ管轄ニ屬スト爲ストキハ内國人外國人ニ於テ住所ヲ有セス又タ財産ヲモ有セサル場合ノ如キハ原告人若シ勝訴ノ判決ヲ受クルモ終ニ有益ナル執行ヲ見ルコト能ハサルヘシ何トナレハ外國裁判所ノ判決ハ内國裁判所ニ於テ執行判決ヲ與フルニアラサレハ強制執行ヲ爲スコトヲ得ス加之此種外國裁判所ノ判決ニ對シテハ執行判決ヲ與フルコトヲ得サル場合多ク就中欠席判決ノ如キハ通則トシテ執行判決ヲ與フヘキモノニアラサレハナリ(民事訴訟法第五百十四條第五百十五條)又何ヲカ便利上ノ理由ト謂フ曰ク若シ外國人カ内國人ヲ内國裁判所ニ訴フルコトヲ得ストスルトキハ内外人間ノ取引關係ヲ減少シ彼我ノ不便ヲ來タスノミナラス内國人ノ爲メニ最モ利益ナル自國裁判所ニ於テ管轄セラルルヲ得サル不都合ヲ生スヘシ之ヲ要スルニ外國人ノ内國人ニ對スル一切ノ訴訟ハ内國裁判所ノ管轄ニ屬スルモノトス而シテ此場合ニ於テ被告内國人ハ原告外國人トノ合意ヲ

以テ内國裁判所ニ於テ管轄セラルル權利ヲ拋棄スルコトヲ得ル乎蓋シ管轄ノ規定ハ主トシテ當事者ノ利害ヲ斟酌シテ之ヲ設ケタルモノナレハ所謂專屬管轄ノ場合ノ外當事者ノ合意ニ依リ之ヲ變更スルコトヲ得故ニ本問題ノ場合ニ於テモ苟モ專屬管轄ニアラサル限りハ被告内國人ハ自國ノ裁判所ニ依リ管轄セラルルノ權利ヲ拋棄シテ原告ノ所屬國タル外國裁判所ノ管轄ニ服スルヲ得ルコト敢テ疑ナキ所ナリ

以上述フル所ヲ以テ裁判管轄ニ於ケル一般ノ原則ト爲スト雖モ又々此原則ニ依ラスシテ原告ノ外國裁判權ニ服從セサルヘカラスアル場合アリ例ヘハ外國ニ於テ犯シタル犯罪ニ關シ公訴ニ附帶シテ私訴ノ請求ヲ受ケタルトキ及ヒ内國人カ原告トシテ外國裁判所ニ起訴シテ反訴ヲ受ケタルトキ其他管轄ニ關シ國際上特別ノ條約アル場合ノ如キハ外國裁判所ノ管轄ヲ受ケサルヘカラス

二九〇 外國人對内國人ノ訴訟ニ於テハ外國人ハ保證提供ノ義務ニ任

セサルヘカラス是レ外國人ニ對スル特種ノ規定ナリ民事訴訟法第八十八條ハ明ニ之ヲ規定シテ曰ク原告又ハ原告ノ從參加人タル外國人ハ被告ニ對シ其求メニ因リ訴訟費用ニ付キ保證ヲ立ツヘシト蓋シ外國人ヲシテ輕忽ニ訴訟ヲ提起セシメサラシムルト共ニ其敗訴ノ場合ニ於ケル費用擔保ノ爲メニ設ケタル制度ナリ此制度ハ各國ノ法制モ亦多クハ之ヲ採用スル所ナリト雖モ近時内外人ノ往來頻繁ナルニ從ヒ内外人間ニ此ノ如キ區別ヲ存スヘキ理由ナシトノ思想ヨリシテ學者ノ論難スル所ト爲リ終ニ千八百七十七年瑞西ツトリヒニ於ケル國際法高等學會ノ會合ニ於テ外國人自由訴訟ノ原則ヲ承認シ左ノ議決ヲ爲シタリ

「外國人モ内國人ト全ク同一ノ地位ニ於テ訴訟ヲ爲スコトヲ得ヘシト然レトモ我民事訴訟法ハ外國人原告タル場合ニ殊ニ保證ヲ立テシムル點ニ於テ最モ内外人間ノ平等ヲ欠ケリ但シ其保證義務ハ左ノ場合ニ於テハ之ヲ免除スヘキモノトセリ(民事訴訟法第八十八條第二項)

内國入カ
保證義務
ヲ免除セ
ラルル場
合

外國人内國人ニ對スル場合

七三〇

第一 國際條約又ハ原告ノ屬スル國ノ法律ニ依リ本邦人カ同一ノ場合ニ保證ヲ立ツル義務ナキトキ

國際條約ヲ以テ互ニ保證ヲ立テシメサルコトヲ定メタルトキハ勿論原告所屬ノ國法カ同一ノ場合ニ於テ本邦人ニ保證義務ヲ負ハシメサルトキハ我國ニ於テモ其國民ニ對シテ同一ノ待遇ヲ爲シ之ニ保證ノ義務ヲ負ハシメサルナリ蓋シ近時ノ國際關係ハ專ラ交換主義ニ依ルヲ以テ我民事訴訟法モ亦タ此主義ヲ採用シテ條約上ノ交換主義及立法上ノ交換主義ノ二者ヲ認メタルモノナリ

第二 反訴ノ場合

反訴ハ學理上ヨリ論スルトキハ一個ノ獨立訴訟ナリト雖モ本訴ノ被告ヨリ提起スルモノナルヲ以テ保證義務ノ點ニ於テハ兩者ノ間自ラ區別ナカレハカラス如何トナレハ被告ハ假令反訴ニ於テ原告タリト雖モ元ト自ラ進テ原告タルモノニアラサレハ之カ爲メ其元來被告タル性質ヲ變スルコ

反訴ノ場
合

證書訴訟及爲替訴訟
ノ場合

トナケレハナリ

第三 證書訴訟及爲替訴訟ノ場合

證書訴訟及爲替訴訟ハ共ニ迅速ヲ旨トシ法律ハ特ニ簡易ノ手續ヲ命セリ然ルニ若シ通常訴訟ノ場合ト同シク保證ヲ立テシムル等ノ手續ヲ必要トスルトキハ終ニ法律ノ企圖シタル迅速ノ趣旨ヲ貫徹スルコト能ハサルニ至ルヘシ是レ則チ此種ノ訴訟ヲ立テシメサル所以ナリ

第四 公示催告ニ基キ起シタル訴ノ場合

公示催告ハ請求又ハ權利ノ届出ヲ爲サシムルコトヲ目的トスル裁判上ノ手續ナルヲ以テ之ニ基キテ起シタル訴ニ就テハ事實原告ナリト雖モ是レ他働の原告タルモノニシテ殆ト被告ノ地位ニ於タルト異ル所ナシ是レ則チ此種ノ原告タル外國人ニ保證義務ヲ免スル所以ナリ(民事訴訟法第七百六十四條)

公示催告
ニ基キタ
ル場合

二九一 以上保證義務ノ大要ヲ説明シタリト雖モ元來外國人原告タル

外國人内國人ニ對スル場合

七三一

場合ニ保證ヲ立ツルノ義務ニ任セシムルハ國際法上重要ノ問題ニ屬スルヲ以テ左ニ數個ノ問題ヲ掲ケテ更ニ之ヲ説明スヘシ

一 保證ノ請求ヲ爲スコトヲ得ル者ハ何人ナリヤ

民事訴訟法第八十八條ノ法文ニハ單ニ被告ニ對シ云々ト規定スルヲ以テ其請求ヲ爲スコトヲ得ル者ハ獨リ内國人ニ限ラスシテ外國人被告タル場合ニ於テモ猶ホ之ヲ請求スルコトヲ得ルカ如シト雖モ從來外國人間ノ訴訟ハ被告所屬ノ領事廳之ヲ管轄シ我國裁判所ノ管轄スル所ニアラサルヲ以テ立法ノ精神ハ茲ニ所謂被告トハ内國人タル被告ヲ謂フモノナルヘシ加之外國人間ノ訴訟ニ於テハ保證提供ノ理由當事者雙方ニ存在スルヲ以テ原告ハ全ク同一ノ地位ニ在ルモノト謂フヲ得ヘシ然ルニ獨リ原告ニノミ其義務ヲ負擔セシムヘキモノト爲シタルハ是レ此原告ノ義務ヲ内國人被告タル場合ニ限りタルモノト解セサルヘカラス

二 保證ヲ立ツル義務ヲ負フ者ハ何人ナリヤ

保證ノ請求ヲ爲スコトヲ得ル者ハ何人ナリヤ

保證ヲ立ツルノ義務

義務ヲ負フ者ハ何人ナリヤ

民事訴訟法第八十八條ノ法文ニ原告又ハ原告ノ從參加人タル外國人トアリ故ニ外國人ニシテ原告又ハ原告ノ從參加人タル資格ヲ以テ内國人ニ對シ内國裁判所ニ起訴スル者ハ總テ保證ヲ立ツルノ義務ヲ有スルナリ余輩ハ尙ホ其明瞭ナラヌコトヲ期シ左ニ之ヲ分説スヘシ

甲 外國人タルコト

此條件ヲ要スルコトハ法文ノ明示スル所ナルモ其果シテ外國人タルヤ否ヤニ就テハ往々實際上ノ疑問ヲ生スルコトアリ抑モ本問ノ外國人タル資格ハ專ラ原告カ起訴ノ當時ニ有スル國籍如何ニ依リテ之ヲ決スヘキモノナリ故ニ權利關係發生ノ當時外國人タリシ者ト雖モ起訴ノ當時既ニ内國人ナルトキハ保證ノ義務ヲ負ハス之ニ反シテ權利關係發生ノ當時内國人タリシ者モ起訴ノ當時既ニ外國人タルトキハ此義務ニ任セサルヘカラス若シ夫レ訴訟中國籍ノ變更ヲ生シ或ハ外國人ト爲リ或ハ内國人ト爲リシカ爲メ新ニ保證ヲ立テシメ又ハ既ニ供託シタル保證ヲ還付スヘキヤン問

外國人内國人ニ對スル場合

題ニ至テハ多少ノ議論ナキニアラスト唯モ余輩ハ訴訟中ニ生シタル國籍ノ變更ハ敢テ保證義務ニ變動ヲ及ボスヘキモノニアラスト信ス何トナレハ前述ノ如ク保證提供ニ關スル責任ノ有無ハ一ニ起訴ノ當時ニ定マリ其前後ノ事情如何ニ關係スヘキモノニアラサレハナリ
外國ノ君主又ハ外交官カ原告タル場合モ均シク保證義務ヲ負擔スルヤ否ヤ是レ亦タ多少ノ議論アル所ナリ或ハ原告タル資格ノ公私如何ニ依リテ其適用ヲ異ニスヘキカ如シト雖モ余輩ハ其如何ナル資格ヲ以テスルヲ問ハス苟モ原告タル場合ニハ常ニ此義務ニ任セシムヘキモノト信スルナリ
蓋シ此場合ハ訴訟當事者タル個人ノ資格ヲ以テスルモノニシテ外國ノ君主タリ又ハ外交官タルノ特權ヲ援用スヘキ場合ニアラス况ヤ之カ爲メニ敢テ外國ノ獨立主權ヲ侵害スルノ恐ナキニ於テヤ
外國人中訴訟費用保證ノ義務ヲ有セサルモノハ獨リ條約上又ハ立法上ノ交換主義ニ依リ我國ニ於テ訴訟上ノ救助ヲ受クル者ノミ(民事訴訟法第九

十二條第九十七條)

乙 原告又ハ原告ノ從參加人タルコト

民事訴訟法第八十八條ノ法文ニ保證義務ヲ負擔スル者ハ原告又ハ原告ノ從參加人ナリトシテ之ヲ被告ニ及ボササル所以ハ被告ハ他働的ニ訴訟ノ當事者トシテ唯タ其防禦ヲ爲スニ過キサレハ之ニ保證ノ義務ヲ負ハシムルトキハ其貴重ナル訴訟ノ防禦權ヲ剝奪スルノ結果ヲ生スルニ因ルナリ
本條ノ規定ニ原告ノ從參加人モ原告ト均シク保證義務ニ任スヘキモノト爲シタルハ原告ノ從參加人ハ原告ノ勝敗ニ因リテ自己ノ權利上利害ノ關係ヲ有スルヲ以テ補助ノ爲メニ原告ニ附隨スル者ナレハ之ヲ原告ト區別スヘキ理由ナキニ因ル而シテ法文上單ニ從參加人トシテ主參加人ヲ加ヘサルハ主參加人ハ原告ノ文字中ニ包含セシムルヲ得ルカ爲メニシテ立法者ハ之ニ保證義務ヲ免レシメント欲スルモノニアラサルナリ
前掲ノ規定ニ因リ左ノ結果ヲ生ス

百十四條

抑モ訴訟費用ノ保證ハ民事訴訟法第八十七條ノ規定ニ依リ當事者カ別段ノ合意ヲ爲ス場合又ハ民事訴訟法ニ於テ特ニ保證ヲ定ムルコトヲ裁判所ノ自由ナル意見ニ任スル場合ヲ除ク外裁判所ノ意見ニ於テ擔保ニ充分ナリトスル現金又ハ有價證券ヲ供託シテ之ヲ爲スモノトス而シテ其額ハ被告カ訴ヲ受ケタル爲メ各審級ニ於テ支出スヘキ訴訟費用ノ額ヲ標準ト爲ス(民事訴訟法第八十九條)

五 原告カ訴訟費用ノ保證ヲ立テサルトキハ如何ナル効果ヲ生スルカ被告ノ請求アルトキハ裁判所ハ其額ヲ定メ一定ノ期限内ニ之ヲ立ツヘキコトヲ命シ原告若シ之ニ應セザルトキハ被告ノ申立ニヨリ判決ヲ以テ訴ヲ取下ケタリト宣言シ又タ原告カ上訴ヲ爲シタルトキハ其上訴ヲ取下ケタリト宣言スヘシ(民事訴訟法第九十條)

原告カ訴訟費用ノ保證ヲ立テサルトキハ如何

外國人間ノ訴訟

第三節 外國人間ノ訴訟

内國ニ於ケル外國人間ノ裁判管轄如何

二九二 原被告兩造共ニ外國人タル場合ハ現行條約ノ下ニ於テハ我國ニ駐在スル被告所屬ノ領事廳之ヲ管轄シ内國裁判所ノ關スル所ニアラス故ニ現行民事訴訟法中ニ於テハ明カニ之カ規定ヲ爲ササルナリ然レトモ改正條約實施ノ日ニ至レハ民事訴訟法ノ改正ヲ爲シ之ニ關スル規定ヲ設クヘキヤ必セリ余輩ハ更ニ一步ヲ進メ萬一民事訴訟法ノ改正ナシトスルモ苟モ改正條約ノ實施ニ由リ領事裁判制度ヲ撤去スルニ於テハ外國人ノ訴訟ト雖モ當然内國裁判所ノ管轄ニ歸スヘキモノト論斷スルニ躊躇セサルナリ然レトモ此所論ニ對シテハ多少ノ異議ナキヲ保セス故ニ左ニ反對論旨ヲ掲ク立法上及解釋上ヨリ余輩ノ所論ヲ確メント欲ス

結果効

外國人間ノ訴訟

一 一國ノ裁判所ハ其國民ノ爲メニ設置セラレタルモノナルヲ以テ其裁判ヲ受クルノ權ハ内國臣民ノ特權タラサルヘカラス故ニ訴訟當事者全ク外國人ナルトキハ一國ノ公益ニ關スルカ若クハ特別ノ條約アル場合ノ外内國裁判所ノ管轄ニ屬スヘキモノニアラス

二 外國人間ノ訴訟ヲ判決スルニハ其當事者ノ能力又ハ法律關係ノ解釋等ニ就キ屢々外國法ノ適用ヲ爲ササルヘカラス故ニ其裁判管轄モ當事者ノ所屬國即チ本國ニ屬セシムルヲ以テ便利且ツ適當ナリト謂ハサルヘカラス

三 内國裁判官ハ一切ノ外國法ヲ知ルコト難シ又タ之ヲ知ルノ責任ナシ然ルニ外國人間ノ訴訟ヲ受理シ外國法ヲ適用セシムルトキハ誤判ノ弊常ニ免ルヘカラス

四 一國民ノ權利ヲ保護スル爲メ國家カ設置シタル裁判所ヲシテ外國人間ノ訴訟ヲ審理セシムルトキハ大ニ事件ノ數ヲ増加シ爲メニ内國人ノ

訴訟ヲ延滞セシムルノ結果ヲ生スルニ至ルヘシ

二九三 以上ハ非管轄論者ノ主張スル要旨ナリ佛國民事訴訟法モ亦タ此問題ニ關スル明文ヲ有セサルヲ以テ大ニ議論ヲ生シタリ而シテ其判例ニ徴スルニ原則トシテハ以上ノ理由ニ因リ内國裁判所ニ管轄權ヲ認メスト雖モ實際ニ於テハ多數ノ例外ヲ設ケテ管轄ヲ爲ス場合極テ多シ是ニ於テ乎多數ノ學說ハ其判例ヲ論難シ原則上内國裁判所ニ管轄權アリト主張スルニ至レリ余輩モ亦タ其學說ニ左袒シ非管轄論旨ヲ駁セントス

一 反對論者ハ一國國民カ自國裁判所ノ裁判ヲ受クルヲ以テ其特權ナリト論シ荷モ一國ノ公益ニ關セサル以上ハ決シテ外國人間ノ訴訟ヲ管轄スヘキモノニアラスト説クモ果シテ内國ニ在ル外國人間ノ訴訟ニシテ毫モ内國ノ公益ニ關セサルモノアリヤ抑モ裁判權ノ行使ハ一國主權ノ行動ニ屬ス然ルニ一國內ニ在ル外國人其權利ノ枉屈ヲ受ケテ之カ伸張ノ途ヲ有セサルモ尙ホ一國ノ公益ニ害ナシト爲スカ余輩ハ直接又ハ間接ニ内國

ノ公益ニ關係セサル外國人間ノ訴訟アルコトヲ知ラサルナリ果シテ然ラハ内國裁判所ハ國內ニ於ケル訴訟ニ就テハ當事者ノ内外人タルヲ問ハス總テ之カ管轄權ヲ有スト謂ハサルヘカラス

二 原被兩造同國人ナルトキハ其本國裁判所ヲシテ管轄セシムルヲ以テ最モ適當ナリトス然レトモ其本國裁判所ノ裁判ヲ受クルハ是レ當事者ノ權利ナルノミ故ニ便誼上其權利ヲ拋棄シテ内國裁判所ノ管轄ニ服スルハ固ヨリ其自由ナリ殊ニ原被國籍ヲ異ニスルトキハ到底各自ノ本國裁判所ヲシテ管轄セシムルコト能ハスシテ其一方ハ必ス外國裁判所ノ管轄ノ下ニ立タサルヘカラス故ニ訴訟當事者ハ常ニ其最モ適當ナル本國裁判所ノ管轄ニ屬スルモノニアラサルナリ

三 抑モ本問ハ内國裁判所管轄ノ有無ニ關スルモノニシテ内國裁判官カ外國法ヲ知ルヘキヤ否ヤトハ自ラ別問題ナリ且ツ涉外法律行為ニハ内國法ヲ適用スヘキ乎將タ外國法ヲ適用スヘキ乎ノ問題ハ己ニ第二編ニ於

テ決セシ所ナリ而シテ余輩ハ屬人主義ノ原則ヲ取ルヲ以テ内國裁判所ニ於テ外國法ヲ適用スル場合極テ多ク獨リ外國人間ノ訴訟ニ關シテノミ然ルニアラスシテ尙モ内外國人交渉ノ訴訟ニ就テハ常ニ同一ノ問題ヲ生スヘシ故ニ獨リ本問ノ場合ニ限り之ヲ理由トシテ内國裁判所ニ其管轄權ヲシト謂フヲ得サルナリ

四 外國人間ノ訴訟ヲ受理スレハ爲メニ訴訟事件ノ數ヲ増シ内國人ノ訴訟ニ延滞ヲ來スト謂フカ如キハ法理上ノ理由ト爲スニ足ラス若シ之ヲ管轄スルヲ以テ法理ニ適シタリトセハ件數増加ノ如キハ更ニ顧慮スヘキ所ニアラサルナリ

二九四 法理上ノ觀察已ニ然リ余輩ハ尙ホ一步ヲ進メ解釋論トシテモ外國人間ノ訴訟ハ當然内國裁判所ニ於テ管轄スヘキモノナリト論セントス

一 我國新民法ハ外國人ハ法令又ハ條約ニ禁止アル場合ノ外私權ヲ享

解釋論

有スト規定シテ荷モ特ニ禁止セサル以上ハ外國人ニ一切ノ私權ヲ享有セシムルヲ以テ原則ト爲セリ(第二條然ルニ外國人間ノ關係ナルカ爲メ内國裁判所其訴訟ヲ受理セサルトキハ我國法ノ與フル外國人ノ權利ハ之カ爲メ殆ト有名無實ニ歸スヘシ何トナレハ凡ソ權利ハ訴訟ヲ以テ之ヲ擔保セサレハ其實益ヲ見サレハナリ且ツ訴訟ノ權利ハ外國人ノ權利中最モ貴重ノモノナルニ殊ニ外國人ニ其權利ヲ禁止セサルヨリ見ルモ我立法ノ精神本問ノ場合ニ於テモ外國人ニ其訴訟權ヲ許スモノト謂ハサルヘカラス

二 改正條約ニ依ルモ廣ク外國人ハ内國人ト同様ニ訴訟ノ權利ヲ有スルコトヲ明言セリ故ニ訴訟ノ權利ニ就テハ其内外人間ノ關係ナルト將タ外國人間ノ關係ナルトヲ區別スルノ理由ナシ(日英條約日獨條約第一條其他ノ條約)

三 今日ノ實際ニ於テモ無條約國人相互間ノ關係及ヒ其被告人タル場合ニ就テハ常ニ内國裁判所ノ管轄スル所ナリ故ニ改正條約實施ニ因リ領

外國人ハ
訴訟上ノ
救助ヲ受
クルコト
ナク得ル
ヤト

事裁判制度ヲ撤去スルトキハ實例上總テノ外國人悉ク内國裁判所ノ管轄ニ屬スヘキコト敢テ疑ナキ所ナリ

國籍不明ノ外國人ニ至リテハ本國法ヲ有セス又タ本國裁判所ナキヲ以テ其管轄ニ就キ牴觸ヲ來スノ憂ナシ故ニ普通ノ原則ニ依リ其住所又ハ居所ノ國法ニ從ヒ裁判管轄ヲ定ムヘキモノトシテ民事訴訟法ノ支配ヲ受クシムルコト更ニ疑ナキ所ナリ

以下前三節ニ通スル訴訟上ノ救助ニ關シテ少シク説明スヘシ

二九五 訴訟上ノ救助ハ無資力者ノ爲メニ設ケラレタル法律上ノ特典ニシテ外國人ハ之ヲ受クルコト能ハサルヲ以テ原則ト爲ス然ルニ此規定ニモ亦タ二個ノ例外アリ

- 一 條約上ノ交換主義ニ因リ雙方ノ人民互ニ其救助ヲ受クヘキモノト定メタルトキ(民事訴訟法第九十二條)

日英條約日獨條約及ヒ其他ノ條約ヲ閱スルニ雙方ノ臣民ハ司法上ノ取扱

ニ關スル各般ノ事項ニ就キ内國臣民ノ享有スル總テノ權利及特典ヲ有スルコトヲ規定セリ(日英條約、日獨條約第一條條約文中ニ所謂特典ノ文字中果シテ訴訟上ノ救助ヲ包含セルヤ否ヤハ多少ノ疑問ニ屬スト雖モ此種ノ特典ハ條約上又ハ立法上ノ交換主義ニ依ルトキハ外國人ニモ尙ホ之ヲ與フルモノニシテ元ト一國ノ生存ニ關スルカ如キ重大ノ理由ニ基クモノニアラサルヲ以テ條約文中ノ特典ノ文字ニ包含セシムヘキモノト信ス從テ英獨其他締盟國ノ臣民ハ其條約實施ノ日ニ至レハ内國人ト同一ノ條件ニ從ヒ訴訟上ノ救助ヲ受クルノ權利ヲ享有スト論スルコトヲ得ヘシ余輩ノ解釋ニシテ誤リナシトセハ歐米諸國ノ改正條約ニハ悉ク最惠國條款アルヲ以テ其結果ニ因リ特ニ其點ニ就キ條約セサルモノモ同シク此特典ヲ有スルニ至ルヘシ

二 立法上ノ交換主義ニ因リ各其國法ニ於テ雙方ノ臣民同一ノ場合ニ於テ互ニ訴訟上ノ救助ヲ求ムルコトヲ得ルトノ規定アルトキ(民事訴訟法

第九十二條

前述ノ如ク訴訟上ノ救助モ歐米諸國ニ對スル條約文中ノ特典ニ包含スト爲ストキハ我國ニ來ル外國人ハ條約上ノ交換主義ニ因リ相互ヲ保セラルモノ最モ多キニ居ルヲ以テ立法上ノ交換主義ニ依テ相互ヲ保スル場合ハ獨リ無條約國民又ハ最惠國條款ヲ有セサル國民ニ對シテ實益アルノミ

第四節 各國ノ法制

第一款 内國人外國人ニ對スル場合

二九六 佛國ニ於テハ苟モ佛國人トノ契約ニ因リテ負擔シタル義務ニ就テハ其契約地ノ如何ヲ問ハス又タ佛國內ニ現在スルト否トニ關セス一切ノ外國人ヲ自國裁判所ニ出訴スルコトヲ許セリ然レトモ此法制ハ近世

各國ノ法制 内國人外國人ニ對スル場合

裁判權ニ
關スル各
國ノ法制
内國人
外國人
ニ對ス
ル場合
佛國四

獨逸

學者ノ痛ク論難スル所ナリ故ニ諸他ノ外國法ハ多クハ此點ニ就キ其規定ヲ異ニセリ

獨逸ニ於テハ特ニ例外ヲ設ケタル場合ノ外被告ノ住所ヲ以テ裁判籍ト爲スノ原則ヲ確守シテ其原則ノ適用上内外國人ノ區別ヲ爲サス故ニ獨逸國內ニ住所ヲ有セサル外國人ハ被告トシテ獨逸裁判所ニ出訴セラルルコトナク之ニ反シテ外國人ト雖モ獨逸國內ニ住所ヲ有スルトキハ被告トシテ獨逸裁判所ニ出訴セラルルヲ通則トス然レトモ外交官及ヒ其從者ハ不動産上ノ對物訴權ニ關スル場合ヲ除ク外一切ノ訴訟事件ニ就キ全ク治外法權ヲ有スルモノトセリ其他外國國家及ヒ其主權者ニ對スル裁判管轄ニ關シテハ獨逸聯邦ノ國法全ク一致セス故ニ千八百八十五年中獨逸帝國ハ這般ノ法律ヲ一定セシメシカ爲メ外國ノ國家主權者及ヒ其家族從者ハ被告トシテハ獨逸裁判所ノ管轄ニ屬セストノ法案ヲ提出シタルモ其編纂ニ關シテ端ナク異議ヲ生シ終ニ法律ト爲ラスシテ止ミタリ

奧地利

西班牙

奧地利モ亦タ被告ノ住所ヲ以テ裁判籍ト爲スノ原則ヲ確守シ外國人被告タル場合ト雖モ亦タ此原則ヲ適用ス故ニ奧國裁判所ハ自國以外ニ住居スル外國人ニ對スル訴訟ヲ受理スルコト無シ唯タ下ノ場合ニ於テ例外トシテ奧國裁判所ノ管轄ニ屬スルノミ

(一) 奧國內ニ於テ契約上ノ義務ヲ負擔シタル者(二) 奧國ニ於テ後見人タルカ又ハ其他ノ理由ニ因リ他人ノ財産ヲ管轄スル者(三) 奧國內ニ借家スル者(四) 奧國內ニ不動産ヲ所有スル者(五) 交換主義ニ依リ其所屬國ノ國法ニ於テ奧國人ヲ被告トシテ其國裁判所ニ出訴スルコトヲ得ルトセル外國人ニ對スル訴訟(六) 急速ノ處分ヲ要スル場合はナリ其他外國政府ニ對スル訴訟ハ假令一私人タル資格ノ場合ト雖モ奧國裁判所ハ之ヲ管轄セサルヲ以テ從來ノ判例ト爲セリ

西班牙ハ從來佛國ノ法制ト同一ナリシモ千八百七十六年中西班牙國內ニ住所又ハ居所ヲ有セサル外國人ヲ內國裁判所ニ出訴スルノ制度ヲ廢セシ以來今日ニ於テハ外國人タル被告ヲ內國裁判所ニ出訴スル場合大ニ減少

セリ然レトモ其出訴ノ權利ヲ有スル者ハ獨リ西班牙人ノミナラス他ノ外國人ト雖モ亦之ヲ有スルモノトセリ其場合概テ下ノ如シ(一)不動産上ノ訴訟ニ關スル場合(二)被告タルヘキ外國人西班牙國內ニ住所又ハ居所ヲ有スルカ或ハ假住所ヲ定メタル場合(三)訴訟ノ原因タル義務西班牙ニ於テ生シタルカ若クハ履行セラルヘキ場合(四)西班牙ニ於テ開始シタル相續ニ關スル訴訟(五)西班牙ニ於テ執行セラレタル差押其他權利保存ノ行爲ノ効力又ハ維持ニ關スル訴訟ノ場合(六)已ニ西班牙裁判所ニ繫屬シタル訴訟ニ牽連スル請求ノ場合(七)外國裁判所ノ言渡又ハ外國ニ於テ作リタル公正證書ニ内國ノ執行力ヲ有セシムル請求ノ場合(八)西班牙ニ於テ生シタル破産ニ關シテ争ヲ生シタル場合(九)西班牙裁判所ニ繫屬シタル本訴ニ關シ反訴又ハ擔保訴訟ヲ提起スル場合(一〇)被告人數人アル場合ニ於テ其一人西班牙ニ住所又ハ居所ヲ有スルトキ等はナリ

以上列記シタル場合以外ニ於テハ被告外國人西班牙裁判所ノ管轄違テ抗

辯スルコトヲ得ルト雖モ其抗辯ハ相互主義ニ依リ西國人カ其外國人ノ所屬國ニ於テ同一ノ抗辯ヲ爲スコトヲ得ル場合ニ限ルモノトセリ且ツ訴訟ノ初ニ於テ其抗辯ヲ爲ササルトキハ裁判所ハ訴訟ヲ繼續シテ之カ判決ヲ爲ステ得又タ相互主義ノ證據ハ條約又ハ法律ノ明文ヲ以テ之ヲ立テサルヘカラストセリ

「コンゴ」ニ於テハ千八百七十六年ノ西班牙國法ニ摸擬シ千八百八十六年ノ勅令ヲ以テ原告ノ「コンゴ」人タルト外國人タルトヲ問ハス外國人ヲ被告トシテ内國裁判所ニ出訴スルコトヲ得ル場合ヲ下ノ如ク定メリ(一)不動産上ノ訴訟(二)内國ニ住所又ハ居所ヲ有スル場合(三)訴訟ノ原因タル義務内國ニ於テ生シ又ハ内國ニ於テ履行セララルヘキ場合(四)「コンゴ」國內ニ於テ開始シタル相續ニ關スル訴訟(五)外國裁判所ノ言渡又ハ外國ニ於テ作リタル公正證書ニ内國ノ執行力ヲ有セシムル請求(六)内國ニ生シタル破産ニ關シテ争ヲ生シタルトキ等はナリ以上列記シタル場合ノ外外國人ハ「コンゴ」

丁抹

裁判所ノ管轄違ヲ抗辯スルコトヲ得但シ其抗辯ハ國際間ニ相互的ナル場合ニ限り且ツ訴訟ノ初ニ於テ之ヲ申立テサルトキハ裁判所ハ訴訟ヲ繼續シテ之カ判決ヲ爲スコトヲ得而シテ相互的タル證據ハ條約又ハ法律ノ明文ヲ立テ立證セサルヘカサルコト西班牙法制ニ於ケルト異ル所ナシ

丁抹ニ於テハ内國人カ外國人ヲ被告トシテ内國裁判所ニ出訴スルコトヲ得ル場合ヲ下ノ如ク制限セリ(一)外國人任意ニ内國裁判所ノ管轄ニ服シタルトキ(二)外國人内國ニ於テ其義務ヲ履行スヘキコトヲ約シ且ツ現ニ内國ニ在ルトキ(三)不動産上ノ訴訟ニ關スルトキ(四)外國人原告トシテ内國裁判所ニ出訴シタル場合ニ其被告反訴ヲ提起シタルトキ(五)債權差押ノ場合はナリ

英吉利

英國ニ於テ外國人ヲ被告トシテ内國裁判所ニ出訴スルコトヲ得ルハ下ノ場合ニ限ルモノトス(一)訴訟ノ目的物内國ニ在ルトキ(二)被告カ内國ニ住所又ハ居所ヲ有スルトキ(三)訴訟ノ原因タル事實内國ニ於テ生シタルトキ是

伊太利

ナリ然レトモ英國裁判所ノ裁判ヲ受クルコトヲ得ル者ハ朋友國民ニ限り敵國人ニ至リテハ其原告タルト被告タルトヲ問ハス絶エテ英國裁判所ノ裁判ヲ受クルコトヲ得ス又タ外國政府ノ被告タル事件ハ總テ管轄セサルヲ以テ通則ト爲スト雖モ曾テ海上裁判所ニ於テ外國君主ノ一個人タル資格ニ於ケル訴訟ヲ受理シタル實例アリ

伊太利ハ原告ノ國籍如何ヲ問ハス又タ被告外國人ノ内國ニ現在スルト否トニ關セス下ノ場合ニ於テハ自國裁判所ニ出訴スルコトヲ得ルト爲セリ、

(一)内國ニ在ル不動産不動産ニ關スル訴訟(二)内國ニ於ケル契約其他ノ行爲ニ因リテ生スルカ若クハ内國ニ於テ履行スヘキ義務ニ關スル訴訟(三)其他如何ナル場合ニ於テモ所謂交換主義ニ依リテ外國人ヲ内國裁判所ニ出訴スルコトヲ得ル場合(四)外國ニ於テ爲シタル契約上ノ義務ニ就テモ内國ニ住所ヲ有スルカ若クハ現在スルトキ(五)外國人内國ニ住所居所及假住所ヲ有セサルトキト雖モ其履行地ヲ定メサル場合ハ之ニ對スル對人訴訟權及動産

物上訴權ハ内國人タル原告ノ住所又ハ居所ノ裁判所ニ出訴スルコトヲ得ル等是ナリ

和蘭

和蘭ハ佛國ト同シク國ノ内外ヲ問ハス苟モ和蘭人トノ間ニ成立シタル契約上ノ義務履行ニ就テハ被告タル外國人ハ假令内國ニ住所又ハ居所ヲ有セサル場合ト雖モ毎ニ内國裁判所ニ出訴セラルヘキモノト爲セリ

波蘭

波蘭ニ於テハ内國ニ於テ契約シタル義務ノ履行ニ就テハ内國ニ現在セサル外國人ト雖モ内國裁判所ニ出訴セラルヘキモノト爲シ之ニ反シテ外國ニ於ケル契約ニ因ル義務ノ履行ニ就テハ被告タルヘキ外國人内國ニ現在スルカ若クハ其財産ヲ有スル場合ニ限り之ヲ内國裁判所ニ出訴スルコトヲ得ルモノト爲セリ

羅馬尼

羅馬尼ニ於テハ多數法制ノ如ク被告ノ住所ニ出訴スヘシト謂フ原則ヲ遵守ス故ニ其原則ノ適用トシテ内國ニ住所ヲ有セサル外國人ハ之ヲ内國裁判所ニ出訴スルコトヲ得サルナリ然レトモ訴訟ノ目的タル義務内國ニ於

瑞典

ケル契約ニ因リテ生シタルカ若クハ外國ニ於ケル契約ニ因ルモ内國人民ニ對シテ生シタルモノナルトキハ内國裁判所ニ出訴スルコトヲ得トノ例外ヲ定メリ而シテ其所謂契約ニ因ル義務中ニハ私犯ノ如キ契約以外ノ原因ニ依ル義務ヲモ包含スルコト解釋上疑ナキコトナレリ
瑞典ニ於テモ原則トシテハ被告ノ住所ヲ以テ裁判籍ト爲スノ主義ヲ採用スルモ例外トシテ内國ニ現在スル外國人ハ内國裁判所ニ出訴スルコトヲ許セリ
其他露西亞等ニ於テハ絶エテ内國人ノ利益ノ爲メニ外國人ヲ内國裁判所ニ出訴スルコトヲ得ルカ如キ規定ヲ見サルナリ

第二款 外國人内國人ニ對スル場合

保證義務ニ關スル

二九七 佛國ニ於テハ内國人ノ外國人ニ對スル義務ニ就テハ其外國ニ

外國人内國人ニ對スル場合

各國法制
佛蘭西

於テ生シタル場合ト雖モ猶ホ内國裁判所ニ出訴セラルヘキモノト爲セリ然レトモ原告タル外國人カ内國裁判所ニ出訴スルニハ訴訟費用ノ保證ヲ立ツル責ニ任セサルヘカラス此等ノ制度ハ諸他ノ外國法制ニ於テモ殆ト一般ニ認ムル所ナリ

獨逸

獨逸ニ於テハ原告トシテ内國裁判所ニ訴ヲ起ス外國人ハ訴訟費用ノ擔保タルヘキ保證ヲ立テサルヘカラス但シ下ノ場合ニ於テハ之ヲ免除スト爲セリ(一)被告之カ請求ヲ爲ササルトキ(二)原告ノ屬スル國ニ於テ内國人カ同一ノ場合ニ保證ヲ立ツル義務ヲ負ハサルトキ(三)反訴ノ場合(四)公正證書又ハ爲替手形ニ關スル訴訟(五)交換主義ニ依リ訴訟上ノ救助ヲ受ケタル場合等是ナリ而シテ其義務ハ外國政府カ原告タル場合ト雖モ一個人ト均シク之ヲ負ハシムルモノトス

奧地利

奧地利ニ於テモ亦タ原告ニ訴訟費用ノ保證ヲ立テシムルヲ以テ原則トス然レトモ此國ニ於テハ獨リ外國人ニ限ラス内國人ト雖モ其訴訟ヲ爲ス裁

白耳義

判區域内ニ於テ訴訟費用ニ充ツヘキ財産ヲ有セサル者ハ必ス保證ヲ提供セサルヘカラス唯々之ヲ免除セラルルニハ赤貧ニシテ其義務ニ堪ヘサルノ宣誓ヲ爲スノ一方法アルノミ

西班牙

白耳義ニ於テハ今日猶ホ佛國ト同一ノ訴訟法ヲ適用スルヲ以テ訴訟費用ノ保證ニ關シテモ其制度更ニ佛國ト異ルコトナシ然レトモ目下法律ノ改正ニ着手スルヲ以テ或ハ保證ノ制度ヲ廢スルニ至ルヘシ

英吉利

西班牙ニ於テハ保證制度ニ就キ商事事件ヲ除キ他ハ立法上ノ交換主義ヲ採用スルヲ以テ外國國法ノ規定如何ニ依リ或ハ之ヲ立テシメ或ハ之ヲ立テシメサルノ區別ヲ生スルナリ

希臘

英國ニ於テハ原告タル外國人内地ニ現在スル場合ノ外必ス保證ヲ立ツヘキモノト爲シ而シテ此規則ハ外國ノ主權者ニモ尙ホ之ヲ適用スヘキモノトセリ

希臘ニ於テハ原告タル外國人ハ被告内國人ノ請求ニ因リ保證ヲ立テサル

ヘカラス然レトモ下ノ場合ニ於テハ其義務ヲ免除セラルルモノトセリ(一) 商事訴訟ノ場合(二)内國ニ於テ擔保ニ充分ナル不動産ヲ所有スルトキ(三)爭 ナキ請求ノ部分カ訴訟費用及ヒ之ヨリ生スヘキ損害ヲ償フニ充分ナルト

伊太利

伊太利ニ於テハ私權ノ享有ニ關シテ内外國人間ニ區別ヲ立テサルヲ以テ 原則ト爲ス故ニ外國人タル原告ニ對シテモ保證ヲ立テシムルノ制度ヲ設 クス而シテ條約上交換主義ニ因リ在外伊太利人ハ自國ニ於ケル外國人ト 同一ノ待遇ヲ受クルコト多シ

和蘭

和蘭ニ於テハ原告及原告ノ參加人タル外國人ハ保證義務ヲ負擔ス而シテ 其義務ヲ負フハ獨リ民事事件ニ限ラス商事事件ニ於テモ亦同シ然レト モ又タ其義務ヲ免セラルル場合アリ即チ裁判所ノ指定シタル金額ヲ供託 スルカ若クハ内國ニ於テ未來ノ債務ニ應スルニ充分ナル不動産ヲ有スル ニトシ證明シタル場合はナリ但シ其不動産ヲ以テ保證義務ヲ免除セラル

波蘭

ルニハ之カ登記ヲ爲ササルヘカラス又タ第一審ニ於テ原告タリシ外國人 ハ上訴審ニ於テ其地位ヲ變更スルモ猶ホ保證義務ノ負擔ヲ免ルルヲ得ス 要スルニ保證義務ノ負擔ハ第一審ノ地位如何ニ因リテ定マリ其後ニ於ケ ル地位ノ變更ニ關セサルモノトス

羅馬尼

波蘭ニ於テハ其法制殆ト佛國ニ同シ唯タ其異ル所ハ免除ノ點ニ在リテ内 國ニ商工業場ヲ有スル者ハ他ノ不動産ヲ有スル者ト均シク之カ免除ヲ得 ルモノトセリ

瑞典

羅馬尼ニ於テモ外國人原告タル場合ハ其訴訟ノ起頭ニ於テ原告ハ被告ノ 請求ニ因リ保證義務ニ任セサルヘカラス然レトモ下ノ三個ノ場合ニ於テ ハ其義務ヲ免除セラルルモノトセリ(一)商事訴訟ノ場合(二)内國ニ充分ノ價 値アル不動産ヲ有スル場合(三)國際條約ニ依リテ其免除ヲ約シタル場合は ナリ

瑞典ニ於テモ外國人原告タル場合ハ内國人タル被告ニ對シテ保證義務ノ

負擔ヲ爲サシム然レトモ其方法ハ諸他ノ法制ト少シテ其趣ヲ異ニシ被告ノ請求ニ因リ内國ニ住所ヲ有シ且ツ資力アル内國人二人ヲシテ其訴訟費用及損害賠償ニ就キ連帶責任ヲ負ハシムルカ若クハ其他ノ擔保ヲ提供スヘキモノト爲セリ其之ヲ免カルル場合ハ概テ下ノ如シ(一)反訴ノ場合(二)爲替訴訟ノ場合(三)條約上ノ交換主義ニ依リ相互ヲ保シタル場合等即チ是ナリ

第三款 外國人間ノ訴訟

外國人間ノ訴訟

佛國四

二九八 佛國ハ從來ノ判決例上原則トシテハ内國裁判所ハ外國人間ノ訴訟ヲ管轄セサルモノト爲シタリ然レトモ其例外トシテ管轄ヲ爲ス場合ハ實際上原則適用ノ場合ヨリ遙ニ多シ其重要ナルモノ下ノ如シ(一)民法第十三條ニ因リ私權ノ享有ヲ爲スコトヲ得ル者(二)國際條約ニ因リ自由入國

ヲ許サレタル者(三)アルゼリヤ所在ノ佛國裁判所(四)公益ニ關スル訴訟(五)民事訴訟法第四百二十條ニ規定スル商事上ノ訴訟(六)數人ノ被告中内國人ナルトキ(七)内外人ノ間ニ繫屬シタル訴訟ニ外國人參加シタルトキ(八)外國人内國裁判所ニ於ケル訴訟中他ノ外國人ニ對シ擔保訴訟ヲ爲ストキ(九)外國人間ノ外國裁判所ノ判決ニ就キ執行判決ヲ求ムルトキ(一〇)外國人中ノ一人元來佛國人ナルモ其裁判管轄ヲ免ルル爲メ特ニ外國ニ歸化シタル者ナルトキ等はナリ

獨逸、奧地、利及、白耳、地

西班牙

英吉利

獨逸、奧地、利及、白耳、地ニ於テハ概シテ之ヲ謂フトキハ其裁判管轄ニ關シテハ内外人ノ區別ヲ爲サス全ク同一ノ規則ヲ適用スルノ法制ヲ採用セリ西班牙ニ於テ外國人間ノ訴訟ヲ管轄スルハ下ノ場合ナリトス(一)訴訟ノ原因タル義務内國ニ於テ生シタルカ又ハ内國ニ於テ履行セラルヘキトキ(二)内國ニ在ル不動産ニ關スル訴訟(三)急速ノ處分ヲ要スル場合はナリ英國ニ於テハ訴訟人ノ住所又ハ居所ヲ以テ裁判籍ト爲スノ原則ヲ確守シ

外國人間ノ訴訟

伊太利

之ヲ朋友外國人ニ適用ス然レトモ外國ニ於テ生シタル契約ノ履行ニ關スル場合及ヒ外國ニ在ル不動産ニ關スル訴訟ニ就テハ例外トシテ之ヲ管轄スルコトナシ北米合衆國ノ判例モ亦タ殆ト英國ニ同シト謂フ
伊太利ニ於テハ外國人間ノ訴訟モ亦タ內國裁判所ノ監轄ニ屬スルヲ以テ原則ト爲シ實際上多少ノ例外ヲ設クルノミ就中人ノ身分ニ關スル訴訟ハ例外ノ著シキモノナリ

和蘭

和蘭ニ於テモ外國人間ノ訴訟ハ同シク內國裁判所ノ管轄ニ屬スルヲ以テ原則ト爲シ其目的タル義務ノ發生地若クハ履行地如何ハ更ニ影響スル所ナシ唯タ原被兩造共ニ內國ニ住所又ハ居所ヲ有セサル場合ニ限り其管轄ヲ拒絕スルコトヲ得ルモノトセリ

露西亞

露西亞ハ裁判籍ヲ定ムルニ訴訟當事者ノ國籍如何ニ依テ之カ區別ヲ爲ササルヲ以テ訴訟當事者全ク外國人ナル場合ト雖モ內國人間ノ訴訟ニ於ケルト同シク內國裁判所ノ管轄ヲ認ムルモノノ如シ

瑞西

瑞西ハ千八百七十四年ノ聯邦國法第九十五條ニ於テ內國ニ住所ヲ有シ且ツ資力アル義務者ハ對人訴訟ニ就キ其住所ノ裁判所ニ出訴セラルヘシトノ規定ヲ爲シ此規定ハ訴訟當事者ノ國籍如何ヲ別タス均シク之ヲ適用スヘキモノトセリ唯タ之カ例外トナルハ婚姻ニ關スル總テノ訴訟ナリトス然レトモ若シ本國ニ於テ其判決ノ効力ヲ承認スルトキハ婚姻ノ訴訟ト雖モ猶ホ之ヲ管轄スルコトヲ得ルトセリ

土耳其

土耳其ニ於テハ其歐洲諸國ト締結シタル特別條約ニ因リ外國人間ノ訴訟ハ特別裁判所ノ管轄ニ屬スルモノトシ其判官ハ三名ニシテ内二名ハ被告所屬國ノ公使之ヲ選任シ他ノ一名ハ原告所屬國ノ公使之ヲ選任ス而シテ其判決ハ被告所屬ノ領事之ヲ認可シ且ツ之カ執行ニ任ス然レトモ夫ノ不動産ニ關スル訴訟及商標ニ關スル訴訟ハ其條約ノ結果ニ因リ內國裁判所ノ管轄ニ歸スヘキモノトセリ然レトモ歐洲諸國ノ領事ハ猶ホ此管轄ニ對シテ多少ノ異議ヲ唱フルモノノ如シ

外國人ニ適用スヘキ訴訟規則
訴訟手續

第二章 外國人ニ適用スヘキ訴訟規則

第一節 訴訟手續

二九九 内外國人間若クハ外國人間ノ訴訟ヲ内國裁判所ニ於テ管轄スル場合ハ其手續内國法ノ定ムル所ニ依ルヘキカ抑モ又々外國人所屬國法ノ規定ニ從フヘキ乎普通ノ學說ニ依レハ之ヲ區別シ其訴訟ノ本質ニ關シ且ツ判決ニ直接ノ影響ヲ及ホスヘキ手續ハ當事者ノ本國法ヲ適用シ之ニ反シテ其手續更ニ訴訟ノ本質ニ關セス從テ判決ニ直接ノ影響ヲ及ホサス單ニ其進行ニ關スルモノニ至リテハ場所ハ行爲ヲ支配ストノ原則ニ依リ内國法ニ從ハサルヘカラスト論ス例ヘハ某々ノ證據ハ之ヲ採用スルコトヲ得若クハ採用スルコトヲ得ストノ規則ハ前者ニ屬スルヲ以テ其關係人

外國人ニ適用スヘキ訴訟規則 訴訟手續

本國法ニ從フヘク之ニ反シテ其證據提出ノ方法ニ至リテハ後者ニ屬スルヲ以テ内國法ニ從ハサルヘカラサルカ如シ此說ハ今日一般學者ノ同意スル所ナリト雖モ猶ホ多少ノ異論ナキコト能ハス何トナレハ右ニ述ヘタル前者ノ如キハ畢竟眞ノ手續ニアラスシテ唯タ純粹ノ手續ト稱スヘキモノハ後者ニアルヲ以テ寧ロ手續ハ裁判所地法ニ從フト論定スルヲ以テ妥當トスレハナリ而シテ其純粹手續ニ屬スルモノハ裁判所地法ニ從フヘキコト深ク論スルヲ要セス蓋シ訴訟手續ハ裁判所ノ事務章程トモ謂フヘキモノナレハ一國ノ公益ニ關スルヲ以テ外國法ノ適用ヲ爲スコト能ハサル場合多シ故ニ千八百七十七年「トリヒ」會合ニ於ケル國際法高等學會ハ左ノ如ク議決セリ

「訴訟ニ關スル純粹ノ手續ハ訴訟地ノ法律(所謂裁判所地法)ニ依リテ支配スヘシ其純粹ノ訴訟手續ト稱スヘキモノハ呼出出廷ノ期限、訴訟代理證據蒐集ノ方法、判決文ノ書式、判決言渡方法、訴訟ノ休止並ニ取下、控訴上告

ノ期限及ヒ其手續裁判確定ノ時期等ニ關スル規則是ナリト

上來説明シタル時ノ規則ニ依リ内國裁判所其他尙モ裁判權ヲ有スル内國ノ官吏カ訴訟ヲ審理スルニ當リテハ當事者ノ内國人タルト外國人タルトヲ問ハス其手續ニ關シテハ常ニ内國法ノ規定ヲ適用スヘキモノトス然レトモ外國ニ現在スル外國人ヲ被告トシテ内國裁判所ニ召喚スル手續ノ如キハ内外國何レノ國法ニ從フヘキカ此場合ニハ未タ訴訟ノ成立ナキヲ以テ論理上ヨリ之ヲ見ルトキハ訴訟地法ヲ適用スルコトヲ得スシテ一ニ被告所在地ノ國法ニ依ラサルヘカラサルカ如シト雖モ此ノ如クスルトキハ實際上ヨリ生スル原告ノ不便ナカラサルヲ以テ各國ノ實際多クハ之ニ關スル條約ヲ爲シテ豫メ其不便ヲ避クルヲ常トセリ千八百七十七年瑞西「トリヒ」ニ於ケル國際法高等學會ノ會合ニ於テモ實際ノ便利ヲ主トシ特別ノ條約アル場合ニ限リ送達地ノ國法ニ從フヘキモノト議決シ寧ロ裁判所地法ノ適用ヲ以テ本則ト爲シタルカ如シ

我民事訴訟法ハ第五百十二條及第五百十三條ヲ以テ外國ニ在ル者ニ對スル送達ノ規則ヲ定メリ即チ第五百十二條ハ外國ニ在ル本邦ノ公使及ヒ公使館ノ官吏并ニ其家族從者ニ對スル送達ハ外務大臣ニ囑托シテ之ヲ爲スコトヲ規定シ第五百十三條ハ前條ノ場合ヲ除ク外國ニ於テ施行スヘキ送達ハ外國ノ管轄官廳又ハ外國ニ駐在スル帝國ノ公使又ハ領事ニ囑托シテ之ヲ爲スト規定セリ此場合ニ關シテハ我國未タ外國ト條約ヲ爲ササルヲ以テ一ニ內國法ノ定ムル手續ニ從テ呼出ヲ爲スコトヲ得ヘシ然レトモ又タ其條約ナキカ爲メ外國ノ官廳我囑托ニ應セサルコトアリテ呼出狀ノ送達全ク無効ナルコトアルヘシ此等ノ場合及ヒ被告タルヘキ外國人ノ所在全ク分明ナラサルトキハ全第五百十六條以下ノ規定ニ從ヒ公示送達ヲ爲スヘキモノトス抑モ此等ノ法文ハ素ト主トシテ內國人ニ關スル場合ヲ豫想シタルモノナリト雖モ亦タ之ヲ外國人ニ及ホスコトヲ得ヘシ

以上ノ規定ニ從ヒ外國人一旦適法ノ召喚ヲ受ケタルトキハ爾後其出廷期

限ノ如キ其他總テノ訴訟手續ハ悉ク又タ內國法ニ從ハサルヘカラサルコト上來ノ説明ニ依リテ更ニ疑ヲ容レサル所ナリ

第二節 探證

三〇〇 近世學者ノ是認スル通説ニ依レハ舉證ノ責任又ハ證據ノ採否ヲ定ムルノ法則ハ形式法ニアラスシテ寧ロ實躰法ニ屬スルヲ以テ當事者ノ本國法ヲ適用スヘシト謂フニ在リ或ハ此説ニ對シ一國ノ裁判官ヲシテ其國法ノ認メサル證據ニ依リテ心證ヲ得セシメシコト甚々難シト難スル者アリト雖モ若シ其反對説ニ從ヒ舉證ノ責任又ハ證據ノ採否ハ常ニ訴訟地ノ法律ニ從フヘキモノトスルトキハ當事者一方ノ爲メ頗ル不利益ヲ生スルコトアルヘシ例ヘハ訴訟價格ノ如何ニ拘ラス常ニ人證ヲ許ス國法ノ下ニ於テ契約ヲ爲シタル爲メ他ノ舉證ヲ準備セサルヲ奇貨トシ債務者ハ

直ニ其住所ヲ人證制限主義ヲ取ル他國ニ變更シタル場合ノ如キハ原告ノ爲メ極テ不利益ナルノミナラス抑モ又タ訴訟法ノ原則ヲ無視シタルモノト謂ハサルヘカラス蓋シ證據ハ之ニ依リテ證セラルヘキ權利ト分離スヘカラサルモノニシテ其方法ハ權利發生ノ當時ニ於テ既ニ確定セサルヘカラス換言スレハ其發生行爲ヲ支配スヘキ法律ト同一ノ法律ニ依リテ支配セサルヘカラス故ニ證據自幹ノ探否ニ關シテハ前編中述ヘタル區別ニ依リ同國人間ノ權利關係ニ就テハ所屬國法ニ從ヒ又タ異國籍人間ノ權利關係ニ就テハ行爲地法ニ從フ等一ニ實質上ノ條件ニ關スル法律牴觸ノ場合ニ於ケル決定ノ如何ニ從フヘキモノトス故ニ人證ヲ許スヤ否ヤノ點推定ノ効力又ハ宣誓ヲ一種ノ證據ト爲スヤ否ヤ等ノ問題ニ就テハ一ニ當事者ノ所屬國法又ハ行爲地法ニ從ハサルヘカラス然レトモ一旦其取捨ヲ決シタル後ノ立證手續ニ至リテハ通則ニ從ヒ內國法ノ支配スル所タラサルヘカラス例ヘハ證據ノ檢眞若クハ偽造ノ訴及ヒ其審理又ハ如何ナル形式ニ

依リテ宣誓ヲ爲スヘキヤ等ハ總テ內國法ノ支配ニ屬スルカ如シ若シ夫レ彼ニ在リテハ證據ト爲ルモ我ニ在リテハ證據ト認メサルカ如キ場合ニ處スル手續ニ就テハ頗ル困難ヲ感スルコトアルヘシト雖モ此等ノ困難ハ國際條約ヲ以テ豫メ之ヲ除去スルノ外途ナキナリ

囑托處分

第三節 囑托處分

三〇一 一國ノ裁判所ニ於テ訴訟ノ審理ヲ爲スニ際シ時ニ或ハ外國裁判所ノ幫助ヲ必要トスルコトアリ例ヘハ內國ニ來ルコトヲ欲セサル證人又ハ鑑定人ヲ訊問スル場合ノ如キ是ナリ此ノ如キ場合ニ於テハ其裁判所ハ我國ノ在外領事若クハ外國ノ裁判所ニ囑托シテ訊問其他ノ取調ヲ爲サシムルコトアリ此制度ハ英米ヲ除キ大陸一般ニ行ハルル所ニシテ我民事訴訟法モ亦タ其第二百八十一條ヲ以テ外國ニ於テ爲スヘキ證據調ハ外國

ノ管轄官廳又ハ其國駐劄ノ帝國公使若クハ領事ニ囑托シテ之ヲ爲ス其囑托ニ付テハ第一百五十二條及第一百五十五條ノ規定ヲ準用スルト規定セリ故ニ其囑托書ハ受訴裁判所ノ裁判長外務大臣ノ手ヲ經テ發送スルモノナリ然レトモ外國ノ管轄官廳ハ之カ爲メニ毫モ羈束セラルルコトナク自由ニ其囑托ヲ拒絕スルコトヲ得唯々其之ヲ拒絕スルコトヲ得サル場合ハ其國法ニ於テ囑托ニ應スヘキコトヲ規定スルカ又ハ國際條約ニ依リテ相互ニ其義務ヲ負フ場合ノミナリトス

我民事訴訟法第二百八十一條ニハ上述ノ如ク外國ノ管轄官廳ニ囑托ヲ爲スコトヲ得ル明文アルモ外國裁判所ノ囑托ニ應スヘキ明文ナシ故ニ條約ニ依ルニアラサレハ我國裁判所ハ外國裁判所ノ囑托ニ應スルノ義務ナシト論定スルヲ得ヘシ佛國ニ於テモ亦々其明文ヲ有セス僅ニ司法大臣ノ訓令ニ依リ或場合ニ於テ其囑托ニ應スヘキモノトセルノミ此ノ如ク各國ハ囑托拒絕ノ自由ヲ有シ實際ノ不便多キヲ以テ千八百七十

七年ノ「ツトリ」ヒノ會合ニ於ケル國際法高等學會ハ左ノ如キ議決ヲ爲シタリ

一 訴訟ヲ審理スル裁判官ハ其訴訟ニ就キ有益若クハ必要ナル場合ニ於テハ外國裁判所ニ囑托シテ其取調又ハ必要ナル裁判行爲ヲ爲サシムルコトヲ得ヘシ

囑托ヲ爲ス判事ハ自ラ左ノ事項ヲ決定スヘシ

- (イ) 其自己ノ管轄ニ屬スルヤ否ヤ
- (ロ) 其取調請求ノ適法ナルヤ否ヤ
- (ハ) 其取調ヲ爲ス時期ナルヤ否ヤ

囑托ハ直接ニ外國裁判所ニ之ヲ爲スモノトス但シ後日當事國政府力之ニ關係スルハ此限ニアラス

囑托ヲ受ケタル裁判所ハ先ツ左ノ事項ヲ確メタル上其囑托事件ヲ處理スヘキモノトス

(イ) 囑托書類ハ公正ノ性質ヲ具備スルヤ否ヤ
 (ロ) 自國法ニ從ヒ事物ノ管轄權ヲ有スルヤ否ヤ
 受托裁判所其事件ニ就キ事物ノ管轄權ヲ有セサルトキハ之ヲ囑托裁判所ニ通知シタル上其管轄裁判所ニ移送スヘシ
 囑托事件ヲ取扱フ裁判所ハ其訴訟手續ハ總テ自國法ニ從テ之ヲ爲スヘシ

第三章 判決ノ國際効力

第一節 總説

三〇二 凡ソ裁判所ノ判決ハ之ヲ言渡シタル國內ニ於テ左ノ二個ノ重要ナル効果ヲ生スルモノトス
 一 判決確定スルトキハ既判力ヲ生ス故ニ同一事件ニ就キ再ヒ之ヲ審理スルコトナシ
 二 判決確定スルトキハ執行力ヲ生ス故ニ勝訴者ハ敗訴者ニ對シテ強制執行ヲ求ムルコトヲ得

以上二種ノ効果ハ其判決ヲ下シタル國外ニ於テモ猶ホ之ヲ生スルコトヲ得ル乎換言スレハ外國裁判所ノ判決ハ內國ニ於テモ既判ノ効力ヲ有スル

既判力

乎又タ内國官廳ハ公力ヲ以テ之カ執行ニ任スヘキモノナルヤ此問題ハ訴訟當事者ノ國籍如何ニ關セス常ニ生スル所ナリ
外國裁判所ノ下シタル判決ノ第一効果タル既判力ハ内國ニ於テモ尙ホ之ヲ生セシムルヲ以テ今日ノ通説ト爲セリ蓋シ外國裁判所ノ判決ハ其國法ヲ一事件ニ適用シタルモノナリ故ニ尙モ外國法ノ存在ヲ認ムル以上ハ其一事件ニ適用シタル法律規定ヲ無視スヘキモノニアラス且ツ此場合ニハ外國裁判所ノ正式ニ下シタル判決ヲ眞理ナリト看做スニ過キスシテ之カ爲メ内國ノ公力ヲ貸スモノニアラス從テ執行力ノ場合ニ於テルカ如ク内國ノ主權侵害ノ問題ヲ生スルコトナキナリ

執行力

之ニ反シテ判決ノ第二ノ効果タル執行力ニ至テハ公力ノ使用ヲ要スルカ爲メ一國主權ノ問題ヲ生ス故ニ外國裁判所ノ判決ニハ直ニ執行力ヲ生セシムヘキモノニアラス蓋シ判決ノ執行力ハ國境ニ於テ消滅ストハ古來ノ格言ナリ(Extra territorium Jus dicendi impune non patetur)

執行判決

然レトモ此原則ヲ嚴正ニ適用シテ一國裁判所ノ判決ハ絶エテ外國ニ於テ執行力ヲ生スルヲ得スト爲ストキハ實際上極テ不都合ヲ生スヘシ例ヘハ貴重ナル財産ヲ賭シテ訴訟ヲ爲シ幸ニ勝ヲ得ルモ其敗者ノ財産ハ悉ク外國ニ在リテ内國ニハ一片ノ財産ナキ場合ノ如キ勝訴者ノ權利ハ全ク有名無實ニ歸スヘシ是ニ於テ乎各國ハ早ク既ニ之カ救濟ノ策ヲ講シ或ハ國法又ハ國際條約ヲ以テ直ニ其執行ヲ認メ或ハ執行判決ノ方法ニ依リ以テ前述ノ不便ヲ避ケリ我民事訴訟法ニ於テモ亦々其第五百十四條ヲ以テ外國裁判所ノ判決ニ因レル強制執行ハ本邦ノ裁判所ニ於テ執行判決ヲ以テ其適法ナルコトヲ言渡シタルトキニ限り之ヲ爲スコトヲ得ト定メ執行判決ノ方法ヲ以テ外國裁判所ノ判決ニモ其効力ヲ有セシムルコトトセリ

第二節 執行判決