

本章ニ於テ之レテ婚姻、親子及ヒ後見ノ三ツノ親族關係ニツイテ述ベ、最
後ノ親族手係ニヨリ生スル権利義務ノ準拠法ヲ述フヘシ

第一節 婚姻

第一款 婚姻ノ成立

婚姻ノ成立ニハ實質的要件ト形式的要件トナリ

第一 實質的要件
一、此レ等ノ点ニ付キ諸國ノ法律ハ各異ル、例ヘハ婚姻年令ニツキテモ
互ニ其ノ定メヲ異ニス、又近親婚姻ニ對シテモ其ノ程度ヲ異ニス、又婚姻
ノ解消ニタル後再婚シ得ヘキヤ否ヤニツイテモ規定ヲ異ニス、又文明國ハ
一般ニ一夫一婦ノ制ナルモ、今尚然ラザルモノアルヲ見ル、從テ外人又
ハ國籍ヲ異ニスル外國人カ我カ國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ラ明ニスルノ要アリ、此ノ問題ニツ

キ或ハ(一)婚姻舉行地ノ法律ニヨルトスル設アリ、或ハ(二)夫ノ屬人法ニ依ル
ト去テ設アリ、(三)或ハ夫婦トナルヘキ各當事者ノ屬人法ニヨルトスル設アリ

(一) 舉行地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ヘス、
ハ其ノ地ニ於テ婚姻シ得ヘカラサルモノナレハ、其ノ本國法又ハ住所地法
如何ニ拘ハラズ、又舉行地法ニヨリテ其ノ成立要件ヲ是ヘシトス、斯ル
説ハ婚姻ヲ一般ノ契約ト看做シ、契約カ行爲地才ニヨルカ如ク、婚姻モ亦
其ノ舉行地法ニ依ルヘキモノトス、然レトモ婚姻ハ合意ノ結果ナレトモ、
一方ニ於テ身分ヲ設定スル制度ニシテ、普通ノ契約ト同一視シ得サルノミ
ナラス、婚姻手係ハ一ノ法律制度ナリ、諸國ノ法律カ婚姻ニ于スル要件ヲ
規定スル所以ハ其ノ國民ノ子孫ヲ榮達セシムル者ヨリ、其ノ適當ナル制度
ヲ設クルモノナレハ、外國人ノ本國法カ婚姻ノ要件ヲ具備セサルモノトス
ルニ拘ハラズ、溢リニ滞在國ノ法律ニヨリ婚姻ヲ成立セシムルカ如キハ、
元來若シテ國ノ婚姻ニ于スル法律ノ適用區域ヲ越ユル、ミナラス、本國ノ臣
民主權ヲモ侵害スルニ至ル弊害ヲ伴フモノナレハ、舉行地法ニヨル斯ル要

件ヲ定ムヘキニアラズ但シ挙行地法ハ其ノ地ノ公母ニ反スルカ如キ婚姻ハ
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。例ヘハ外国人ノ属人法カ一夫多妻ヲ認ムルモ、之ヲ認メサ
ル国ニ於テ斯ル婚姻ヲ成立セシメサルハ勿論ナリ、其ノ国ノ公序良俗ノ維
持ノタメ必要ナル程度ニ於テ挙行地法適用セラル。従フテ然カ国ニ於テモ
斯ル制限ニ抵触スル限リハ外国人ノ本国法如何ニ拘ハラズ其ノ婚姻ヲ禁止
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、挙行地
法ニヨリテ之レヲ禁止シ得ルナリ。コノ制限ニ関シテ絶体的制限ト相對的
制限ト區別ナシ前者ノミヲ禁止スヘントナス學者アレトモ、絶對的相對的
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
神ノ目的ヨリ推シテ、第三十條ニ違反セサルヤ否ヤテ定ムヘキモノトス
即チ直系親族、兄弟婚姻等ハ明カニ公ノ秩序ニ反スルカ故ニ、之レヲ外國
人ニモ禁止スルヲ正当トス。此ノ點ニ於テハ公論者ト異ルナキモ、公論者
ハ三尊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
之レヲ禁スヘントナスハ非ナリ。若シ之レヲ以テ公ノ秩序ニ反スルモノト

セハ、民法施行前ノ裁カ国民公志ノ婚姻ハ終テ無効トナラサルヘカラス、
之レヲ禁止スルハ裁カ國將來ノ國民ノ身体ノ健全ヲ計ルノ趣旨ニ依スルカ
故ニ、之ヲ制限シ外国人ニ及ボスコトヲ必要トセサルナリ。
尚ホ普通者公志ノ婚姻ヲ禁止スルハ、斯ル犯罪ノ防遏ヲ以テ立法目的
スルカ故ニ、外国人ニモ之レヲ禁セサルベカラサルナリ。
(四) 夫人属人法ニヨルトノ説ノ中ニハ、裁カ本国法或ハ住所地法ヲ属人法
トスルモノアリ、此ノ説ハ婚姻成立スレハ夫婦ノ係リ未ク属人法ニヨル
井モノナレハ、其ノ成立要件モ亦夫ノ属人法ニ適用セラル、然レトモ
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、未タ存在セス、従テ婚姻ヲ成立セシムルニ當リ果
シテ有效ナル婚姻ヲ得ヘキヤハ夫トナルヘキ男子ニ付テハソノ属人法
ニヨリ定ムヘキモ、妻トナルヘキ女子ニ付テハ仮令男子ノ属人法ニヨリ要
件ヲ具フルモ女子ノ属人法ニヨリ要件ヲ具ヘサレハ遂ニ有效ナル婚姻ヲ成
立シ得ヘカラス、従テ国籍ヲ脱スルコトヲモナシ得ヘカラスルモノナレ
ハ、結局婚姻ヲ成立セシメ得ス

③ 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得
 べシ資格要件ヲ具フルヤ否ヤヲ定メサルハカキス、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專トナルヘキ女子ニ
 ツキテハ、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、當事者間ニ有效ナル婚姻ヲ成立セシメ得ヘシ（第一三
 条）

尚ホ此ノ場合ニモ法例三〇条ノ制限ヲ受クルコトハ前ニ述ヘシカ如シ、
 此ノ旨ニ於テ當事者各自ノ本國法主義ノ履行地法主義ニヨリテ制限セラル
 ルナリ、

第二 形式的要件

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、（身分取扱人ノ年会又ハ戸籍登録）又此ノニ方式ハ國ニ依テ異
 ル、而シテ何レノ國モ皆ソノ國ソノ社会ノ良俗維持ニ必要ナリトス、從ッ
 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ス、何ト
 ナレハ普通ノ法律行為ノ形式ハ良俗ニ干渉ナキモノナレハ、何レノ法律ニ

ヨルモ法律行為自体ノ準拠法ニヨル以上ハ、之レヲ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会ノ良俗維持ノタメニシテ一男一
 女カ互ニ夫婦トナルコトヲ合意スルノミナラス、神聖ナル婚姻ヲナスヘキ
 ノ意志ヲ公ニシタ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履行スル以上ハ、當時者ノ外國人タルト外國人タルト
 不同ハス、其ノ地ノ法律ノ是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履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又此ノ主義ヲ採ル、海牙ニ於ケル婚姻ニ關スル國
 際私法條約第五條ニ於テ亦之レヲ認ム

然レトモスヘテ履行地ノ方式ニヨルモノトスレハ外國人ハ畢竟婚姻ヲナ
 シ能ハサルノ弊アリ、例ヘハ履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
 婚姻ヲ得サルコトトナル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付テハ若シ本國ノ方式ニヨラスシテ本國ノ方式ニヨリ
 婚姻ヲナシ得ヘキコトヲ認メ得ヘキモノトシ、外交官又ハ領事官カ斯ル職

叔ヲ行フヲ互ニ黙認スルニ至レリ、我カ国ニ於テモ此ノ國際慣例ヲ基礎トシ民法七七七条ニ日本人カ外國ニ於テ他ノ日本人ト婚姻ヲナサントスルトキハ、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効ニ婚姻ヲナシ得ヘキコトヲ認ム、

法例第十三条第二項モ亦此ノ規定ヲ認ム、日本人カ外國ニ於テナス婚姻ニ付テハ挙行地法ニヨラサルモ、我カ國法律ニヨリ有効ニ婚姻シ得ヘキコトヲ認ム、

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、故ニ或ハ第十三条第一項ニ婚姻ノ法式カ絶対的ニ挙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、必ズ我カ法律ノ形式ヲ履行セサルヘカラスルトナスモノヤリ、然レ斯ル解釈ハ第十三条ノ精神ニ矛盾ス、何トナレハ國際關係カ各國ニ一様ニ成立スル以上相互的ニ之レヲ認メサルヲ得ス、民法七七七条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カル職務ヲ行フコトヲ黙認スルコトヲ條件トシテ規定ス、若シモ駐在國カ斯ル

職務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ムルモ斯ル婚姻ヲ成立セシメ得ス、之レトシテ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付キ斯ル職務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、從ツテ第十三条第二項ニハ我カ國ニ於ケル外國人ノ婚姻ニツキテ特ニ規定スルトコトナキモ、此ノ國際慣例ヲ前提トスル以上ハ我カ民法トシテ之ノ範圍外ニ於テ、其ノ本國法ニヨリテ方式ヲ行ヒ得ヘキコトヲ認ムルモ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ズ、コノ点ニ於テモ前述ノ領事ノ臣民ニアラサル限リ、第三國人ト本國人トノ間ニ於テモ前述ノ領事ノ臣民ノ特權ヲ認ムル海牙條約ノ規定ヲ可トス、民法七七七条ハ依キニ過クハ、實際上挙行地法ノ有無ニ付キ難問題ヲ生スルコトアリ、我カ國ニ於テハ隔地者カ單ニ一ノ届出ヲナスニヨリ婚姻ヲ成立スルコトヲ認ムルニ反シ、欧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、我カ民法ニ從ヒ届出ニヨリテ婚姻シ、我カ民法ハ届出地

ヲ奉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ダ婚姻ノ成立ニ奉行地モナシ。全婦人トシテ男子カ米國ニ於テ米國ノ法律ニ從テ婚姻スルコトニヨリテ。初メテ婚姻ヲ係テ生ズルニ從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。日本ニ在ル男女カ屢出ニヨリテ婚姻シ男子先ツ渡米シ女子后ニ渡米スル場合ハ自ラ別個ノ問題ニ屬ス。是レ我カ民法カ未ダ實際的ナラサル欠点ヲ有スルカ爲メニシテ。隔地有間ノ婚姻ヲ認ムルハ非ナリト云ハサルヘカラス。

所謂字真結婚カ問題トナレルハ此ノ爲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。專トシテ入國シ警時ニシテ協議上ノ離婚ハ我カ民法カ協議上ノ離婚ヲ認ムル結果ヲナシ。以テ職業婦ノ入國ニ機會ヲ與フルカ故ニ。之レヲ禁止セサルヘカラス。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 婚姻ノ効力

婚姻ノ効力ハ夫婦ノ一身上ニ及ホス効カト夫婦間ノ財産關係ニ及ホス効カトアリ。我カ民法ハ財産ニ及ホス効力ハ夫婦財産制ト唱ヘテ婚姻ノ効カト別物ノ如ク規定スルモ。此ノニツハ共ニ婚姻ノ効力ニ外ナラス。然レトモ國際私法上ハ其ノ準拠法カ異ルヲ以テ。之レヲニツニ區別シテ説明スルヲ要ス。

第一 一身上ニ及ホス効力

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。又通常夫ノ國籍ヲ取得スルヲ例トス。且ツ妻ハ夫ノ權利ニ從テノ結果。ソノ能力ヲ制限セラレ。或ル範圍ニ於テ無能力者トナル。然ルニ此等ノ干係ニツキ諸國法律ヲ異ニスルヲ以テ斯ル一身上ニ及ホス効力ハ何レノ法律ニヨリテ定ムヘキカヲ明ニセサルヘカラス。

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カ。本國法ニヨルヘキカノ向題アリ。更ニ本國法ニヨルヘシトスル中ニ於テモ夫婦ノ共通本國法主義。結婚當時ノ夫ノ本國法主義及ヒ夫ノ本國法主義ノ別アリ。

夫婦ハ其合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トモ、婚姻ノ一身上ニ及ホス效力ハ、國籍ト重大ナル關係ヲ有スルモノニシテ且ツ永久の終身のナルモノナルガ故ニ、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國ノ法律ニヨルヲ適當トス

法例第十四条ハ單純ナル本國法主義ヲ採リ、婚姻ノ效力ハ夫ノ本國法ニヨルレトナス、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、從ツ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、又カカル效力ハ法典統一國ニ於テ通常内國臣民ノタメニノミ之レヲ認メ、外國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テ斯ル效力ハ當事者ノ本國法ニヨルヲ正當トス住所地ノ如何ハ関係トコロニアラス、其ノ結果トシテ専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合意ヲ要セスシテ法律行為ヲナシ得ヘキカ等ニツキ專自身ノ本國法ニヨラス夫ノ本國法ニヨリテ之

レヲ定ムヘキナリ、夫婦カ國籍ヲ全シウスルト之レヲ異ニスルトヲ問ハス専カ如何ナル能力ヲ有スヘキカハ、夫ノ範圍如何ニ關係スル向題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國法ニヨル以上ハ、專ノ能力ノ有無ハ夫ノ本國法ニヨリテ定ムヘキモノナリ

又々問題トスヘキハ法例第三條第二項ノ制限カ專ノ無能力ニツキテモ適用セラルヘキカ否ヤニアリ、之レヲ只々規定ノ表面ヨリ之ヘハ第三條第二項ハ第一項ニ對スル例外的規定ニシテ、第十四條ニ對スル例外ニアラス、從テ專ハ本國法上無能力ナレハ、其カ法律上能力者ナルモ、其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、然レトモ第三條第二項ノ例外的規定ハ外國ノ取引保護ノ為メ本國法ノ適用ヲ制限スヘキ一般的规定ナレハ、夫ノ本國法ニヨル場合ニ於テモ外國ノ取引ノ安全保護ノ必要アル場合ハ尚ホカカル制限ヲ認ムルヲ以テ、專ノ能力ノ有無ニツキテモ第三條第二項ノ制限ヲ認ムヘキモノト解スルハ法例ノ精神ニ適スルモノナリ

婚姻ノ效力カ夫ノ本國法ニヨルノ原則ニ對スル一ノ制限ハ、夫ノ徵戒權ノ制限ナリ、夫ハ妻ノ身體自由ニ對シテ如何ナル拘束ヲ加ヘ得ヘキカハ其ノ

本國法ニヨルモ、斯ル徵收權ノ行使ハ之レヲ行使スル地ノ公益ニ于係スルコト大ナレハ、徵收權共ノモノハ夫ノ本國法ニヨルモ之レカ行使ハ、行使地ノ法律カ認ムル範圍内ニ於テノミ実行スルコトヲ得、即チ行使地ノ法律ニヨリテ制限セラルルナリ、

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國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國法ニ依ル代リニ日本ノ法律ニヨルト規定セリ、然レトモ之レ一片ノ注意的規定ニシテ、她尼ナリト云ハサルヘカラス、蓋シ前記ノ婚姻ノ場合ニハ外國人ハ婚姻ト共ニ其カ國籍ヲ取得スルカ故ニ、其ノ夫ノ本國法ハ畢竟日本ノ法律ニ歸スレハナリ

成立ニ于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トモ婚姻ノ效力ハ成立以後ノ問題タルナリ、

第二、財産ニ干係ヲ及ボス效力

夫婦間ノ財産關係ニ付テハ契約ニヨリテ之レヲ決定スルコトヲ認ムルモノナリ、契約財産制之レナリ、斯ル契約ナキ場合ニハ法律ニ一定ノ標準ヲ

規定スルヲ例トス、或ハ夫婦ノ財産ハ其ノ共有ニ屬ストシ、或ハ其ノ財産ハ凡テ夫ノ財産ナリトシ、或ハ夫ハ専ノ財産ニツキ使用収益ヲナシ得トシ或ハ單ニ使用シ得ルノミニテ収益シ得ストナスモノアリ、從ツテ内外人婚姻ノ場合共ノ財産干係ハ如何ニスヘキカノ問題ヲ生スルノミナラス、外國人カ已ニ外國ニ於テ婚姻セル場合トモ若シ日本ニ移住シ来レハ其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ニセサルヘカラス、之レ第三者ニ對スル干係ニ於テ特ニ必要ナリ、此ノ問題ハ契約財産制ト、法定財産制トニヨリ其ノ準拠法ヲ異ニスヘキモノトスル説トニ者全一ノ準拠法ヲ認ムヘキモノトスル説トアリ、我カ法例以後者ヲトル、

(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、何時ニテモ取り消シ得ヘキモノニアラス、即チ婚姻成立後夫婦共ノ財産ニツキ如何ナル契約ヲナスモ、確定的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干係ヲ確定スルモノニシテ、婚姻成立後ハ國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(不変更主義)斯ル性價ノ契約ナレハ、其ノ契約ノ成立ニ
 必要ナル条件凡、其ノ契約効力如何ノ問題モ、第一婚姻成立当時ノ其ノ本
 國法ニヨリモレテ定ムヘキモノトスルヲ正当ナリトス、然レトモ婚姻成立
 後ニ若シモ國籍又ハ住所ヲ変更シタル場合ニハ新ラ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
 契約ハ婚姻ノ届ケ出テマテニ其ノ登記ヲナスニアラサレハ五レテ第三者ニ
 對抗シ得ストナス、(七九四條)之レト合様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、婚姻日本ノ國籍ヲ取得ス
 ルカ又ハ日本ニ住所ヲ定メタルトキハ、一年以内ニ其ノ契約ヲ登記スルニア
 ラサレハ、然カ國ニテハ第三者ニ對抗シ得ストナス(第七九五條)之レト
 合一ノ趣旨ハ海牙國際私法條約ニ認めラルヘ全條約四條、五條、六條)一
 年ヲ経過セハ然カ國ノ法定財産制ニヨルモノトス
 當事者カ本國ノ法定財産制ニヨラサル意志ヲ財産契約ヲナスニヨリテ示
 スルノナレハナリ、要スルニ契約財産制ニ關シテハ本國法主義ト不変更主
 義ヲ併用セシナリ

大ニ
 五十四外

(乙) 法定財産制

法定財産制ハ法律規定ニヨリ其ノ結果ヲ定ムルモノナリ以テ契約財
 産主義ニツキ不変更主義ヲ認ムルモ、法定財産制ニツキテハ不変更主義ヲ
 認メ、當時者ノ國籍又ハ住所ノ変更ト共ニ、其ノ準據法カ第一或更スヘ
 キモノト主張スル説アリ、彼テ婚姻當時ノ夫ノ本國法ノ規定如何ニ拘ラ
 ス、現ニ國籍又ハ住所ヲ有スル國ノ法律ニヨリ、其ノ財産關係ヲ定ムヘ
 キモノトス、然レトモ我カ民法ハ法定財産制ナルモノヨリ之ヲ考フレハ一
 理アレトモ、法定財産制ハ他ノ法ノ規定ノミニ依リテ發生スル法律關係
 ト異リテ、當事者ノ意志關係ノ規定タルニスキス、即チ當事者カ特別ノ
 財産契約ヲナササルトキハ法定財産制ニヨルハキモノトシテ、當事者ノ
 意志關係ノ法ニ依リシモノナリ、當事者カ婚姻當時ニ第一契約ヲナサ
 サリシ所以ハ夫ノ本國法ニヨル法定財産制カ一方ノ意志ニ適スルヲ認メシモ
 ノニシテ法定財産制ハ要スルニ當事者ノ暗黙ノ財産契約ト合様ニヘキモノ
 ナリ、然レニ婚姻成立後ノ國籍又ハ住所ノ変更ニヨリ、其ノ財産關係
 ヲ変更シ得ヘキモノトスレハ、婚姻當初ノ當事者ノ意志ニ依スルモノト

四〇一

ナリ、故ニ契約財産制ハ婚姻当初ノ属人法ニヨリ之ヲ定ムルカ如クニ法定財産制ニ亦一定不変婚姻当初ノ属人法適用セラルトスルヲ當時者ノ意志ニ道スルモノトナシ、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変主義ヲトル海牙條約ニ之ト合シテ法定財産制ハ婚姻当初ノ夫ノ本国法ニヨルトシ、不変主義ヲ認ム、然レトモ外國ノ法定財産制カ如何ナル規定ナルカハ我國ニ於テハ容易ニ知り得ヘカラス、從テ外國ノ婚姻當時ノ夫ノ本国ノ法定財産制ニヨルハ、ヤ場合ニハ我國ニ於テ之ヲ三者ニ公示スルノ必要アルコト契約財産制ニ異ナラス、從テ民法第九五條ニ於テ契約財産制ニツイテノ登記ヲ必要トシ法定財産制ニツイテハ我カ民法ノ法定財産制ト公法ニ登記ヲ要セスシテ直チニ公示者ニ對抗シ得ハキモノトスルハ誤リナリ、之レ日本ノ法定財産制ヲ全一視シ、共ニ公示方法ヲ要セサルモノト解シタルカ爲メナリ

第三款 離婚

夫婦關係ハ死ニヨルノ外消滅セシメ得サルヤ否ヤ、即チ離婚ヲ認ムハ

ギヤ否ヤニツイテハ之ヲ禁止スル國アリ、一定ノ原因アル場合ニ限り許ス國（裁判上ノ離婚）アリ、又我カ國ノ如ク協議上ノ離婚ヲ認メ、當事者双方ノ自由意志ニヨリ、何時ニテモ夫婦關係ヲ消滅セシメ得ハキモノトスル國アリ、

斯クノ如ク離婚ノ原因ニツイテ諸國ノ法律相異ナルノミナラス、離婚請求ノ訴訟ニ關スル管理権ニツイテ、之ヲ本國ノ裁判所ノミ之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、次ニ原因ノ準拠法ニツイテ説明スヘシ

第一、 離婚ノ管理権

離婚ハ夫婦ノ身分關係ヲ喪失スルモノナレハ、本来夫婦ニ對シ臣民權ヲ有スル國家ノミカ之ヲ管理シ得ヘキモノナリ、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、斯カル場合ニ本國ニ取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第五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、例命トシテ住所地ノ管理権ヲ認ムルコトモ亦必要ナリト云フヘシ、從テ國籍

ニ関スル海牙條約ヲ五條ハ本国ノ管轄權ヲ原則トシ、尚本住居地ノ管轄權ヲ補充トシテ録ム

我カ民事訴訟手續ニヨレハ我カ國ニ住所ヲ有セサルモ居住ヲ有スルモノハ、其ノ地ニ於テ商管ノ訴訟ヲナシ得ハキコトヲ認ム、然レトモ斯カル規定ハ悉ラクハ商管ニ関スル管轄ヲ不当ニ擴張シタルモノナリ、我カ國ニ居住ヲ有スルニスキカレ夫婦ニ対シ、商管ノ宣言ヲナスコトヲ認ムルハ、外國ノ商管ニ関スル裁判權ヲ侵害スルノ虞アリ

商管ノ管轄權ニツキテハ法令ニ明クナキモ第十六條ニヨリ自ラ明カナリ
第三商管ノ原因

我カ裁判所カ外國人ニ対シ商管ノ宣言ヲナシ得ハキ場合ニ、何レノ法律ニヨリテ其ノ原因ヲ定ムヘキカハ問題ナリ、諸國ノ法律ニ觀ムル商管ノ原因ハ各相異ナル

第一、ニ外國法カ我カ民法ニ於タル原因ヨリモ異ナル原因ヲ認ムル場合ニハ、本國法ニヨルヘキカ、我カ法律即チ訴訟地法ニヨルヘキカ
第二、ニ婚姻當時ノ本國法ニヨルヘキカ、訴訟當時ノ本國法ニヨルヘキ

カ、又ハ商管ノ原因タル事實發生當時ノ本國法ニ依ルヘキカハ問題ナリ
元來商管ヲ裁可スルカ否カハ公序良俗ニ關スル問題ナリ、從テカハ原因因ヲ認メサル場合ハ商管ノ宣言ヲナシ得スト云ハサルヘカラス、其ノ意味ニ於テ訴訟地法ハ元來商管ヲ許スヘキヤ否ヤ、如何ナル原因ニヨリテ許スヘキカヲ定ムヘキナリ、從テ商管ヲ禁止スル國ハ外國人ノ本國法ニヨリテ商管ノ原因アルモ商管ノ宣言ヲナシ得ヘカラサルハ當然ナリ、然レトモ假令訴訟地法ニヨリテ商管ノ原因アルモ、當事者ノ本國法カ商管ヲ認メサルカ、又ハ其ノ原因ニヨル商管ヲ認メサルトキハ、商管ノ宣言ヲナシ得サルハ明カナリ、何トナレハ本國カ夫婦ノ關係ヲ認ムルニモ拘ラズ他ノ國ニ於テ標リニ夫婦ニアラスト宣告スルハ、其ノ本國ノ臣民主權ヲ侵害スルモノナレハナリ、從テ商管ノ原因ニツキテハ、訴訟地法ハ夫婦ノ個人法ト共ニ認ムル場合ニノミ商管ノ宣言ヲナスコトヲ得、之レ恰モ不法行爲ニツキ、行爲地法カ共ニ適用セラル、ト同様ナリ
以テ此ノ場合ニハ其ノ本國法ハ商管當時ノ本國法亦ハ訴訟當時ノ本國法タルコトヲ得ス、何トナレハ商管當時ノ法律ニヨリ假令商管ヲ禁止スルモ

下以

四。大
 共ノ後ノ本國法カ之ヲ認ムルトキハ、商會當時ノ制限之レヲ認ムルヲ得ス
 又訴訟當時ノ本國法カ商會ヲ認ムルモ、若シ其ノ原因發生當時ノ法律カ商
 會ヲ認ムルトキハ若シ訴訟當時ノ法律ニヨリ商會ノ請求ヲナシ得ハキモ
 ノトスレハ、之レ當事者ノ予期シ得ヘカラサル結果ヲ發生セシムルモノナ
 リ。即チ商會ノ原因既ニ發生シタル後、夫ハ任意ニ国籍ヲ変更シテ商會ノ
 原因ノ一層困難ナル國又ハ容易ナル國ノ法律ヲ揆定スルニ至レハナリ。從
 テ或ル行爲カ本國法行ハルル所ニ於テハ其ノ行爲發生當時ノ法律ヲヨリ
 カ加ヘ、或ル事實カ商會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カ國ノ法律トカ共ニ商會ノ原因ト認ムル場合ニ限リ、
 商會ノ宣告ヲナスコトヲ得ル法令ヲ十六條、海牙條約ニ條モ亦公主義ヲ
 トル、以テ海牙條約ニ於テハ本國法及訴訟地法ノ認ムル原因ノ全一ナルト
 否トコトハサレモ、我カ法令ニ於テハ原因ノ全一ナルコトヲ條件トス、立
 法上ハ前者ヲ可トス
 法令ヲ十六條ハ裁判上ノ商會ニ通用セラル、モ協義上ノ商會モ亦之レト
 同様ノ原則ニヨルモノトスハサレハカラス、即チ夫場ノ屬人法ト訴訟地法

大内山私法 五十四、内

トカ共ニ商會原因ヲ認ムル場合ナラサルヘカラス
 商會ノ宣告アリタルトキハ他ノ國ニモ効力ヲ及ボスヤ、此ノ点ニ付テハ
 海牙條約ハ商會ニ關スル裁判ハ其ノ終ニ他國ニ効力ヲ生スルモノトス、我
 カ法令ニ於テモ我カ國ニ依リ有スル夫婦カ外國ニ於テ商會ノ宣告ヲ受ケ
 タルトキハ、我カ國ニ於テ夫婦ト認ムヘカラサルナリ、之レ商會裁判ハ他
 國ニ於テ裁判ヲ受ケザル結果ナリ
 訴訟地法ニ於テ商會ノ原因アリトスルニ拘ラズ、本國法カ之レヲ認ヤサ
 ル場合ノ設置如何、我カ國ノ商會ヲ請求シ得ヘキ狀態ニアルコトカ訴訟地ノ
 公法ニ密アルトキハ之レヲ因外ニ放逐スルノ外ナシ
 商會ヲ許サル、國ニ於テハ別居ノ制度ヲ認ムルモ、別居ハ商會ト同一事
 實ニアラサルカ故ニ、我カ國ニ於テモ之レヲ認ムルコトヲ得、別居ハ商會
 ノ場合ト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
 シ得ルモノトナササルヘカラス
 英法ニハ (Recrimination) 及「ナルコトアル結果、被告カ原告
 ニモ被告ト全一ナルコトアリト主張スル場合ニハ原告ノ主張ヲ許サズ、故

四〇七

ニ被告カ原告ニモ共通ノ事實アルコトヲ証スルトキハ、被告ニ依令共通ノ事實アリトスルモ、原告ノ請求ヲ許ササルナリ

斯クノ如キ場合ニ於テハ我カ国ハ离婚ノ原因アリト解スヘキヤ否ヤ

Reconvincation ヲ以テ請求ノ制限アリトセハ、由婚ノ請求ヲ認ム

ヘカラサルニ反シ、之レヲ以テ訴訟手續上ノ問題ト解セハ离婚ノ請求ヲ

認メサルハカラス、何レニセモ Reconvincation ナル制度ハ結果ノ不当

ナルニ拘ラス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

益上善アルノ点ニ於テ之ヲ認メサルモノト解ス。離婚ニハオニ十九條及第

法及第三十條ノ制限ノ適用最モ要キコトニ注意セサルヘカラス

第二節 親子ノ關係

第一款 嫡生子

諸國ノ民法ハ婚姻中ニ生レタル子ハ夫ノ子ナリト推定シ、嫡生子タル所

カヲ取得ス

然レトモ何カ婚姻中ナルカハ問題ニシテ、諸國民法ノ規定各相異ナリ、

又嫡生子ノ推定ニシテ夫ハ之レヲ否認スル権利有ス、其ノ否認権ノ條件及

行使方法固ニヨリテ異ナル、故ニ日本ニ居住スル子カ嫡生子ナリト否ヤ

ニ付キ問題起リシトキハ何レノ法律ニヨリ之レヲ定ムヘキカ問題ナリ

此ノ問題ニ付キ或ハ其ノ子ノ屬人法ニ依ルヘキコトヲ主張スル者アレト

モ子ハ通常親ノ國籍ヲ取得スルノミナラス、嫡生子ナリト否ヤハ子ノ利害

ニ関スルヨリモ寧ロ父ナリト推定セラレタルモノノ利害ニ関スヘキカ否認

権ハ推定セラレタル父ノ権利ナレハ斯カル権利ヲ行使シ得ヘキヤ否ヤ如何

ナル場合ニ其ノ推定ヲ打破スヘキモノナルカハ父ノ本國法ニヨリテ定ムレ

ノ外ナシ

然レトモ其カ果ニテ真ノ父ナリヤ否ヤハ問題ナレト法令十七條ハ子ノ出

生當時ノ母ノ夫ノ本國法ニヨリ之ヲ定ムヘキモノトス、其ノ夫カ子ノ出生

前ニ死亡シタルトキハ其ノ最後ニ屬シタル國ノ法律ニヨリ之レヲ定ム、出

生否認権自体ハ前述ノ如ク推定の父ノ本國法ニヨルヘキモノナレトモ其ノ

行使方法ハ訴訟地法ノ制限ヲ受クルコトニ注意セサルヘカラス

第二款 私生子

私生子ニ付テハ諸國ノ法律大ニ其ノ規定ヲ異ニシ、或ハ私生子認知ヲ許ササル國アリ、或ハ認知ヲ認ムルモ其ノ要件及効力ヲ異ニスルカ故ニ、先ツ私生子認知ノ要件ノ基礎法ヲ説明シテ次ニ其ノ効力ヲ説明セントス（庶子ハ私生子ノ一ノ近親ナリ）

第一、私生子認知ノ要件

認知要件ニ付テハ之レヲ認知スル國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關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トナリ、然レトモ私生子ノ認知ハ法律上親子ノ關係ヲ推定スルモノニシテ、其ノ血族關係ニ重キヲ置ケル故ニ當事者ノ屬人法ニヨリ之レヲ定ムヘキモノトス、只タ此ノ屬人法ヲ定ムルニツキ認知者ノミノ屬人法ニヨルヘキカ、或ハ私生子ノ屬人法ニヨルヘキ

カニツキ主義ヲ異ニスト受モ、此ニ各當事者ノ屬人法ニヨリ認知ノ條件ヲ異ニスル以上ハ各當事者ニ付テ各其ノ屬人法ノ要件ヲ充スニアラスンハ有初ナル認知ヲ成立セシメ得ナルモノトス、例ハ父又ハ母ノ本國法ニヨリ認知ヲナシ得ヘキ場合ニモ、私生子ノ屬人法ニヨリ父母ノ認知ヲ認メサルトキニハ、斯カル私生子ニ付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モ百ヤハ父又ハ母ニツキテハ、其ノ屬人法ニヨリ、私生子ニ付キテハ又其ノ屬人法ニヨリ各認知ノ要件ヲ具フル場合ニ限り之ヲナシ得ヘキモノナリ

且ツ斯カル屬人法ハ私生子ノ出生ノ時ノ屬人法ニテラスシテ、認知當時ノ本國法ヲ以テ之レヲ定ム、之レ現在ノ法律カ認知ヲ制限シ、又ハ禁止スルニ拘ラス出生當時ノ法律ニヨリテ之レヲ認ムルノ不都合ヲ避クルタメナリ（法令才十八條）私生子認知ノ方法ニツキテハ特別規定ナシ、故ニ才八條ニヨルモノトス

第二認知ノ効力

四一三
私生子ノ認知ハ或ハ私生子ヲシテ庶子タル身分ヲ取得セシム（父ノ認知）
或ハ嫡出子タル身分ヲ取得セシム（父母ノ婚姻中ノ認知、又ハ出生後ノ
婚姻）又其ノ結果トシテ私生子ノ國籍ヲ喪失セシムル事アリ、又ノ効力ノ
準拠法ニ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
其ノ問題ハ認知者ノ屬人法ニヨリテ定ムヘキナリ、何トナレハ已ニ認知成
立シ、親子關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關係カスヘテ親ノ本國法ニヨルト企圖ニ認知者タル親
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、（法令第十八條二項）本國法カ認知
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全シク各当事者ニ其ノ本國法ニリ之ヲ定ムヘキ
ナリ、從テ養子ヲナス者ニ付テハ養子ノ本國法規定ノ如何ニ拘ラス、只タ
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
之ト同様ニ養子トナルヘキモノニ付シテモ養親ノ本國法ノ如何ニ拘ラス、
自レ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
（第十八條）

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テ本國ノ法律各
相異ナル、其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、從テ外國人カ我カ曰
本ノ養子トナリシ場合ニハ、其ノ本國法ノ如何ニ拘ラス我カ法律ニヨリ得

出子タル身分ヲ取得シ、又我カ国籍ヲ取得スルコトトナル、尚養子縁組ヲ
 ナシ得ヘキヤ否ヤニ付キ歐洲諸國ニテハ概テ養子縁組ハ前縁ヲナシ得ヘキ
 ラストナスモ、我カ國ニテハ家族制度維持ノ必要上認メラレシ制度ナレハ
 養子カ養親ノ次ノ目的ニ直セサル事實發生スレハ、前縁ヲナシ得ヘキコト
 ヲ認メサルヲ得ス、故ニ養親ノ本國法ニヨリ前縁ヲナシ得ヘキヤ否ヤヲ定
 ム(法令才十九條)亦前縁ハ現在ノ養親ノ本國法ニヨルモノトシ前縁ノ如
 クニ其ノ原因タル事實發生當時ノ法律如何ヲ問ハス、何トナレハ次ノ場合
 ニハ善良ノ風俗ニ及スルコト少キノミナラス、元來養子關係ハ養親ノ父
 メニ認メラレタルモノナレハナリ、從テ前ニ問題發生當時ノ本國法ニヨル
 ヘキナリ

第四款 親子間ノ權利義務

以上ノ親子關係成立シタル場合、其ノ權利義務ハ何レノ法律ニヨルヘキ
 カノ問題ナリ、其ノ点ニ付テ我ハ親權ハ公法上ノ權力ニシテ私權ニイラス

大ニ以

五十五ノ四

トノ親ヲレトモ、若シモ私權ニイラストセハ絶対的ニ屬地法ニヨルヘキモ
 ノニシテ親權ヲ有スルモノノ如何ニ拘ラス之レヲ行フ土地ノ法律ニ依ラサ
 ルヘカラス、然レトモ現今民法ノ認ムル親權ハ親カ子ニ對スル關係ニ於テ
 有ル私法上ノ權利ナリ、之カ權利ノ行使ハ公權トハ見ス、從テ斯カル權
 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關係ニ於テ有スルコトナリ、之レヲ區
 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、
 漸カル權利義務關係ハ、其ノ權利者タル親ノ本國法ニヨリ之ヲ定ムヘキ
 モノナリ、從テ親ハ其ノ親權國ノ法律如何ニ關セズ其ノ本國法ノ認ムル必
 ニヨリ之レヲ養育シ、教育シ、監督スルヘキ權利ヲ有ス、法令才二十條亦此
 ノ正義ヲ認ム

尚ホ本國法ハ出生當時ノ本國法ニアラスニテ現在ノ本國法ナリ、蓋シ親

叔ノ範圍ハ国籍ノ変更ト共ニ変更スヘキモノナレハナリ、學者親族ハ行爲
地法ニ依ルハヤミト主權スル者アルハ、親族自体ト親族ノ行爲トヲ混同
スルノ誤リニ及ツ、親族ノ行爲ニ對スル制限ハ吾人ト與之レヲ對メサル
ハカラス、即チ對カル權利ノ行爲ハ行爲地ノ公益ニ關係スルコト大ナルカ
故ニ行爲地ノ法律ニ課スル範圍内ニ於テノミ之レヲナシ得ヘキナリ、即チ
其ノ親在地ノ法律ニヨリ制限セラル、例ハハ父母ノ本國法ニヨレハ繼承權
トシテ其ノ子ヲ監視シ得ル場合ニモ、清直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カル權利ヲ行爲シ得サルカ如ク之レナリ

第三、子ノ財産ニ對スル權利

親ハ其ノ本國法ノ課スル所ニヨリ、其ノ子ノ財産ヲ管理シ処分スルコト
ヲ得、然レトモ其ノ子ノ財産所在地法ノ課メサル方法ニヨリテ之ヲ
管理シ、又ハ他分スルコトヲ得ス、例ハハ民法法ニヨレハ親ハ子ノ財産ニ
付テ用役權ヲ有スルモ其ノ民法ニハ用役權ヲ課メス、故ニ凡人ノ日本ニ於
テ有スル財産ニ付テ、其ノ親カ其ノ國ニ於テ用役權ヲ行爲スルコトヲ得ガ

五十七、外

ルカ如シ

然レトモ以所在地法ニ制限セラル、ノミ、所在地法ソノモノカ親子間ノ
關係ヲ定ムルモノニアラス、法令才ニ條ハ其ノ親子間ノ關係ト云フ、其
ノ一身上ニ對スル關係ナルト其ノ所屬ニ對スル關係ナルトヨ同ハス、^{父母}本
國法ニ依ルトナス、法令才三ノ條通用ノ結果トシテ或ハ親族行爲地ノ法律
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
トカ抵觸スル場合ニ、屬地法ノ優先スル一般原則ニヨル、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ハキ義務ヲ課ス然レトモ親
族關係ノ範圍ニツイテ諸國ノ法律各相異ナル、又扶養ノ義務ヲ課スル程度
一村ヲモ互ニ相異ナル、私生子ニ對スル義務、^親親有費ハ親法ニ於テ課メ

ラレルトモ我カ民法ニ於テハ然ラス、從テ国籍ヲ異ニスル親族間ニ於テ林
義ヲ請求スルモノアル場合ニ於テハ、之レカ準拠法ヲ明カニセザルヘカラ
ズ

元來林義ノ義務共ノモノハ債権債務ノ關係ニシテ財産権ニ屬スレトモ一
定ノ身分關係ニ伴フテ發生スル法定ノ債権債務ニシテ、法律行為ヨリ發生
スル債権、債務ト同一視スヘカラサルハ勿論、不法行為、其ノ他法律規定
ヨリテ發生スル他ノ債権トモ異ナレ、野口親族關係ト同ハ視スヘキモノナ
レハ、德國ノ民法ハ親族法中ニ、親族關係ヨリ發生スル法定義務トシテ之
ヲ規定ス、斯カル義務ハ當事者ノ屬人法ニヨルヘキコト一徹ニ認メラル、
之何レ當事者ノ如何ナルトキノ屬人法ナルカハ問題ナリ

一 權利者ノ屬人法主義

次ノ点ニ付キ或ハ林義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レナリ、其ノ理由ハ林義義務ハ、林義ノ請求ヲナス當
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ラ

ス、林義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
キ、如何ナル程度ニ於テ林義ハキカヲ定ムヘキトス、殊ニ住所地主義
ノ屬人法ヲ採ル學說ハ、林義請求者ノ屬人法ニヨリ請求権アル以上ハ、之
ヲ請求セシムルニアラスニハ、其ノ起ノ公ノ救恤ヲ必要トスルニ至リ、其
ノ地ノ公益ニ及スル結果ヲ生スルコト以テ、苟クモ權利者ノ屬人法ニヨリ請
求権アル以上ハ義務者ノ屬人法如何ニ拘ラス其ノ請求ヲ認ムヘキモノトナ
ス、然レトモ此ノ説ハ次ノ二点ニ於テ誤レリ

- 1) 斯カル説ハ林義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担スル義務者カ其ノ法律ニ服従スヘキ子孫ヲ有ス
ルニブラズンハ斯カル義務ヲ負担スルノ責任ナキハ明カナリ、從テ請求者
ノ屬人法如何ニ拘ラス、義務者ノ屬人法ニヨリ斯カル義務ヲ命セラレタ
ル以上ハ、義務者ハ之ヲ負担スル理由ナケレハ此ノ説ヲトレテ得ズ
- 2) 又權利者ノ屬人法ヲ認ムルニアラスンハ、權利者所在地ノ公益ニ及ス
ルトナスカ如キハ、未ダ義務者ヲシテ義務ヲ負担セシムルニ足ラス、何
トナレハ權利者ノ住所地主義ニ於テ、若シ義務者カ義務ヲ負担セザルカ

二、公ノ救恤ヲ必要トス、而シテ之ヲナスコトカ其ノ公益ニ及スル場合ニハ斯カル外國人ヨリ國境外ニ放逐スレハ是レ、強イテ義務者ヲシテ之レヲ救恤スハキ義務ヲ負担セシムルヲ要セス

二、義務者ノ屬人法主義

是ニ於テオニニ義務者ノ屬人法主義昌ヘラル、其ノ主義ハ扶養ノ義務ヲリヤ否ヤハ義務者ノ屬人法ニヨリ之ヲ定ムヘキモノトス、我カ法令ニ一條ニ扶養ノ義務ハ義務者ノ本國法ニヨリ之レヲ定ムトス、法定義務ノ收領ヨリ去ハハ義務者カ收領スヘキ法律ニヨリ命セラレタル場合ニ於テノ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依リ之ヲ制限シ、双方ノ法律カ共ニ認めル場合ニ於テノミ之ヲ認ムトナスモノアリ、然レトモ扶養ノ義務ハ元來倫理道徳上ヨリ定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叙令請求者ノ屬人法ニヨレハ義務者ノ場合ニ於テモ尚ホ斯カル義務ヲ認めルヲ以テ、倫理道徳ノ要求ニ協フモノト云ハサルヘカラス、是ヲ我カ法令ハ斯カル折衷主義ヲ排斥シ、以テ義務者ノ本國法ニヨリテ之ヲ定ムトス

其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ヤ否ヤモ亦義務者ノ本國法ニヨリテ之ヲ定ムハシトス、假チ我カ民法上扶養ノ義務ニテアラサル義務モ、若シ義務者ノ本國法ニヨリ扶養義務トセラルトキハ其ノ本國法ニ於テ認めル義務モ我カ國ニ於テ之ヲ認ムヘキナリ、例ハ我カ民法ニヨレハ私生子ハ認知ヲ請求セサル以上ハ其ノ保父ニ對シテ養育費、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レモ親生民法ニヨレハ斯カル請求權ヲ尚ホ扶養ノ義務トシテ認め、是ヲ私生人ニ對シ私生子カ斯カル請求權ヲ行ヒシ時ハ、之レヲ扶養ノ義務トシテ認めヘキナリ、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スト云フコトヲ得ス、尚ホ法令ヲ二十一條ハ扶養義務者ノ本國法ト云

ハルニ義務ニ付トギハ扶養義務アリヤ否ヤハ裁判所ノ確定ニヨリテノミ
定マル、從テ判決前ニハ扶養義務ナキナリ、故ニ或ハ其ノ規定ハ甚ダ不適
当ナリト云フモノアリトモ、故ニ所謂扶養義務者トハ扶養義務アリトシテ
請求セラレタルモノ即チ被告ヲ云フ、果シテ扶養義務アリヤ否ヤハ裁判所
確定ヨリマテ決定マルモ、扶養義務アリトシテ請求セラレタル者ノ本国法ニ
ヨルハキモノトシテ規定シタルモノナリ

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、其ノ後見ニ関スル権利義務ノ關係
ハ、或ハ之レヲ後見開始地ノ法律ニヨルハシトスルモノアリ、被後見人即
チ未成年者ノ屬人法ニヨルハシトスルモノアリ、後見ハ才三者ノ利益ニモ

關係ナル公益ニ関スル問題ナレトモ其ノ根本ニ於テハ親権ヲ行フモノナキ
場合ニ、之レヲ補充スルノ制度ニシテ、而シテ親権ハ親権者ノ本国法ニヨ
ルモノナレハ、未成年者ノ後見モ亦当事者ノ本国法ニヨルコト正當トス、即
チ或ル者カ未成年者ナリヤ否ヤ、即チ後見開始ノ原因アリヤ否ヤハ其ノ者ノ
本国法ニヨリテ定マル、法令ニ三條一項ハ後見ハ被後見人ノ本国法ニヨル
トセルハ其ノ意味ナリ、然ルニ後見ノ制度ハ其ノ土地ノ公益ニ關係スルモノ
ナレハ、專ラ被後見人ノ本国法ノミニヨルコト得ズ、滞在國ノ法律ニヨリ
之ヲ補充スルノ必要アリ、從テ我カ國ニ居住スルハ是所ヲ有スル外國人ニ付
テ若シモ其ノ本国法ニヨリ後見開始ノ原因アルニモ拘ラス、我カ國ニ於テ
後見ノ事務ヲ行フ者ナキ場合、即チ本國ノ裁判所本ハ彼方カ内國ニ滞在ス
ル外國人ニツキ後見人ヲ全ク付セサル場合、及ヒ後見ヲ附シタルモ、ソノ
後見人タル事務ヲ行フ態ハサル場合ニハ裁判所ハ日本ノ法律ニヨリ後見人
ヲ任命シ共ノ後見人ヲ任命スハキモノトス（法令ニ三條一項）其ノ場合ハ
後見人、被後見人ノ権利義務ノ關係ハ凡テ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モ後見人

ノ任命アルタル以上ハ之レヲ取消シ得サルモノナレハ当事者ノ本国法ニ於
テラレタル後見人ハ我カ國ニ於テ何等ノ効果ヲ有セザルコトナリ、從
テニ三條一項ニヨリ被後見人ノ本国法ニヨルコトノ規定ハ、全二項ト抵触
セザル範圍ニ於テノミ認メラルヘキモノナリ、我カ國ニ居住スル外國人ニ
付テハ、寧ロ我カ法律ニヨリテ取則トス、之レト同様ノ主義ハ海牙ノ未成
年者ノ後見ヲ規定スル條約一條——ニ條ニモ認メラル、只テ四條ハ本國ノ
後見人ハ優先権ヲ有ス、被後見人ノ本國カ治ニ後見人ヲ附シタルトモハ、
滞在國ノ後見人ハ取消サルヘキモノトスルモ、斯カル結果ハ條約ノ適用ナキ我カ國ニ於テ
メテ認メラルヘキモノニシテ、斯カ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ルタル後見人ハ外國裁判所ノ後ニヨリテ
定メシ後見ニヨリテ何等ノ影響ヲ受ケス

第二、 禁治産者ノ後見

禁治産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
ノ關係ヲ定ムヘキナリ（法令十三條二項末段、法令四條參照）

第四、 第五十八ノ外

第三、 輔佐

輔佐ニハ法令ニ四條ニヨリ後見ノ規定カ全然適用セラル、カ故ニ、後見
ニツキ處ヘクルトコロヲ種ス可ク足ル

第五章 相続

第一節 相続

一、 相続ニ付テハ *Retolius* 以來等ニ爭ノ存スル所ニシテ今自國ホ一定
ノ法則ナシ、斯クノ如ク其ノ準據法不定ナル所以ハ
(1) 相続關係ハ一方ニ於テハ財產取得ノ關係トシテ、居住地ノ支配ヲ受
クルト同時ニ他方ニハ一定ノ親族關係ヲ基礎トスルモノニシテ、屬人
法ノ支配ヲ受クル關係ニシテ、屬人法ト居住地法カ同時ニ行ハレルカ如
ク兼テノ關係ナレハナリ

(2) 殊ニ相続権ナル一般的権利カ時ニ存在スレモト看做スカ或ハ所謂
 相続権トハ被相続人ノ有シタル別々ノ權利ヲ繼承シ、取得スルノ原因
 ニシテ、特ニ相続権ナル權利カ存在セサルモノト見ルヘキカ、問題ナ
 レハナリ、ローマ法ハ此ノ点ニ於テ相続ハ多クノ權利義務ノ包括ナ
 リトシ、近世ノ法律モ亦之レヲ以テ概括的權利ナリトス、此ハ二ハ相
 続権ナルモノノ存在スルコトヲ前提トシテ、其ノ準據ヲ論セントス
 二、此ノ問題ニツキ從來唱ヘラルル、主ナル説ハ二トス
 (1) 財産所在地主義

財産所在地主義ハ一國ノ相続法ト財産私有制度ト密接ナル關係ヲ
 有ス、或ハ財産ノ集合ヲ期シ、分散ヲ制限スルカタメニ長子相続ヲ認
 ムルモノアリ、或ハ財産ノ集合ヲ防クルカタメニ余配相続主義ヲト
 モノアリ、各國ニヨリ相続ノ主義ヲ異ニセルハ、其ノ國ノ財産私有制
 度ト不可分ノ關係ヲ有スルカ故ナリ、而シテ外國人ノ有スル財産ニツ
 イテモ同一ノ主義ヲ認ムル必要アルハ明カナリ以テ、何人カ如何ナ
 ル方法ニ於テ、其ノ財産ヲ相続スヘキカハ財産所在地法ニヨリ、之ヲ

定ハキモノトス

此ノ主義ハ若シモ相続権ナル概括的權利カ存在セストスレハ最モ適
 当ナル學說ナリ、何トナレハ何々ノ財産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ヲ定ムルヲ正当トスルカ故ニ、相続
 人カ相続財産ヲ取得スル場合ニ於テモ、何々ノ權利ヲ別別的ニ取得ス
 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
 以テ相続財産トハ被相続人ノ積存的、消極的財産ヲ一ノ財産ト見做シ
 之レヲ總括シテ繼承スル概念ノ權利ヲ相続権ト云フ、何々ノ財産ノ取
 得ハ相続権ノ結果ナリト見ル主義一般ニ認ムラル、我カ國法ニ於テモ
 相続権ナル概念ノ權利ヲ認メ、被相続人ノ人格ヲ承継スヘキモノト見
 做セルヲ以テ、若シ此ノ主義ヲ正当トセハ、被相続人ノ財産カ多數ノ
 國ニ散在セル場合ニモ、何人カ之ヲ承継スヘキカノ問題ハ只一國ノ相
 続繼承ノ問題ニシテ何レカ一ツノ法律ノミニヨリテ之ヲ決セサルヘカ
 ラス、財産所在地ノ異ナルニ從ヒ一國ノ相続権カ數個ノ法律ニヨリテ
 支配セラレ、ヲ認ムルカ如キハ、相続共ノモノノ性質ニ及スト云ハ甘

ルハカラス、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、以テ南米諸國間ノ條約ニカカレ主義ヲ探ルノミ

(2) 不動産所在地法、動産屬人法主義

財產ノ種類ニ依リ其ノ準據法ヲ異ニスル主義ハ、英米及ビ仏伯、和
等ニ於テ行ハル、是等ノ諸國ニ於テハ其ノ領土内ノ不動産ハ何人ニヨ
リ相續セラル、カハ絶対ニ其ノ所在地法ノミニヨリ之レヲ承認シ得ル
ニスギストナス、動産ニ付テハ之ニ及シ屬人法ヲ認ム、キモノトシテ
英米ニ在リテハ被相續人ノ最終ノ住所所在地法主義ヲ探ル、仏、伯、和等
ハ被相續人ノ本國法主義ヲ探ル

然レトモ動産ト不動産トニヨリ此ノ如キ準據法ヲ異ニスル主義ハ、
元來封建制度ノ結果ニ由ラス、現今ニ於テハ所在地法ノ公益ニ關ス
ル關係ハ動産ト不動産トニヨリ斯クノ如クニ其ノ程度ヲ異ニスハキモ
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續
シ得ハキコトヲ認ムル以上ハ、不動産ニ付テモ屬人法ニヨリテ、之
ヲ定ムハキコトヲ認ムカレハカラス

出水相續財產ノ統一的一體ヲ防クル弊ヲ存スルハ(1)ニ於ケルト異ナ
ル所ナシ

(3) 被相續人本國法主義(屬人法主義)

被相續人ノ屬人法主義ハ、相續財產ノ種類、收買ノ如何ニ拘ラス、
被相續人ノ屬人法カ一般ノ適用セラルハキコトヲ認ム、海牙ノ相續
ニ關スル國際私法條約一條ハ此ノ主義ヲ認メテ、被相續人ノ順位、相
續分限稅、及ヒ遺留分ニ關シ、相續財產ノ收買、及ヒ所在地法如何ニ
拘ラス、其ノ死亡者ノ本國法ニヨル、トシ被相續人ノ本國法主義ヲ探
ル

但シ現今出水不動産ヲ分ツニツキ、仏國其ノ他特殊ノ制限ヲ設ケル
國アレハ公條約才六條ハ斯カル特殊ノ制度ハ出水不当今之ヲ首保スルコ
トヲ得トセリ

我カ法令才二五條ハ相續ハ被相續人ノ本國法ニヨルト明言シ、相續
財產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ラス
凡テ被相續人ノ本國法ニヨリテ之ヲ定ムハキモノトス、只一級酌規定

ハ相続ニ関スル各事ノ問題ニツキ内説明ヲ要ス、只一般の義論トシテ
ハ相続ノ唯一ノ権利ト認ムル以上ハカ、ル主義ヲ認ムルコト正當トス
何トナレハ相続人ハ被相続人ノ財産ニ関スル人格ヲ承継スルモノニシ
テ、被相続人ト同一ノ地位ニ立ツコトヲ期スルナリ、從テ被相続人カ
享有シ得タル権利ハ何人カ之ヲ享有シ得ヘキカハ其ノ人格ヲ規定スル
法律ニヨリ之ヲ定ムルコト正當トスレハナリ、殊ニ從來ノ如ク外人ニ
對シ相続権ヲ禁止シ、又ハ外人ノ権利享有ヲ制限シタル時代ニハ、
被相続人ノ民法ニヨリコトヲ得ル点ヲカリシモ、現今ハ外人モ
亦相続権ヲ享有シ得ルコトヲ原則トシ殊ニ通商條約ニ於テ適法ニ相続
シ得ヘキコトヲ保証スル時代ニ於テ、被相続人カ外人ハナルトキニ何
人カ之ヲ相続スヘキカハ、其ノ本國法ニヨリ之ヲ定ムルコト正當トスレ
ハナリ

第一、相続開始ノ原因

相続カ如何ナル原因ニヨリ開始スヘキカハ諸國ノ法律異ナル、歐米諸
國ニテ、死亡若シテハ失踪ヲ以テ開始スルコトヲ認ムルノミニテ他ノ原

五五七ノ中

因ヲ認メス、然レトモ我が國ノ如キハ戸主ノ死亡ノ外ニ遺孀、國籍喪失
入次督姻尙督、養子縁組ノ商標等ノ原因ヲ認ム、斯ナル原因ハ皆被
相続人ノ本國法ニヨリテ定ムヘキモノナリ、只東ノ例外ヲナスモノハ、
法令六條ニヨリ外人カ我が國ニ於テ失踪ノ宣告ヲ受ケタル場合ニ
斯ナル場合ニ失踪者タル外人ノ本國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モ法本系カ國ニ於テハ失踪
宣告ヲ相続開始ノ原因ト見サルヘカラス、何トナレハ斯ナル場合ノ失踪
ノ宣告ハ相続ヲ開始セシメ、其ノ財産關係ヲ確定スルノ必要ヨリ失踪ノ
宣告ヲナシタルモノナレハ其ノ本國法ノ如何ニ拘ラス、相続ヲ開始セシ
メサルヘカラサレハナリ、從テ法令六條ハ次ノ點ニ於テニ五條ノ例外的
規定ヲナス、但シカクノ如クニシテ開始シタル相続ハ被相続人即チ失踪
者ノ本國法ニヨリ以テ開始ノ原因ト定ムヘキナリ
又民法上ノ死亡ヲ以テ相続原因トナスハ法令三口條ノ通則上我が國ニ
於テ之ヲ認ムルコトヲ得ス

第二、相続能力

諸国ノ民法ハ一定ノ資格條件ヲ以テ何人カ相続権ヲ享有シ得ヘキカヲ定ム、然テ又一定ノ條件ヲ以テ相続人タルノ資格ヲ剝奪喪失セシム、斯ナ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

此ノ相続能力ハ行爲能力ニアラサルヲ以テ、當事者ノ本國法即チ相続人ノ本國法ニヨルヲ得ス、一ノ相続能力トシテ權利享有ノ準據法ニヨルヘキナリ、而シテ他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ヲ以テ定ムルノ原則トスルヲ以テ相続能力ハ被相続人ノ本國法ニヨリテ定ムヘキナリ、何トナレハ所謂相続権ハ被相続人ノ本國法カ定ムル權利ナレハ、何人カ斯ナ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國法ニヨリテノミ之レヲ定メ得ヘケレハナリ、或ハ相続人ノ屬人法ニヨリ相続権ヲ享有シ得ザル原因ナルトキハ、依令被相続人ノ本國法ニヨリ權利享有ノ資格アルモ、尚ホ相続権ヲ享有シ得ザルモノナリトナス者アレトモ斯ナル制限ハ無用ノ制限ナリ

大正 五十八、外

第三、相続人ノ順位及ヒ相続分並ニ遺留分

之等ノ点ニツキテハ皆被相続人ノ本國法ニヨル

△被相続ノ承認又ハ放棄即チ相続人ハ單純ニ相続ヲ承認スヘカラサルカ、或ハ又限定承認ヲナシ得ヘキカ、又相続権ヲ放棄シ得ヘキヤ否ヤニ付テハ、相続人ノ屬人法如何ニ拘ラス、被相続人ノ本國法ニヨリテ之ヲ定ム

第四、相続財産ノ管理

外國人カ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ヲ管理セサルヘカラス、然レトモ國際條約ニヨリ相互ニ其ノ本國ノ領事ニ遺産ノ管理権ヲ與フル場合多シ、曰独領事職務條約亦然リ、曰英領ニハ死亡者ノ財産保護ニ關スル條約アリ、其ノ第一條ニハ死亡者カ外國人ヲ相続人トシテ遺シタルトキハ、本國ノ領事カ其ノ財産ヲ管理スヘキモノトス、之レ相続人カ外國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、又ハ本國ノ領事ニ其ノ管理委託スヘキカハ、其ノ國ノ決定ニヨルトナス、斯ナル条約ノ下トキハ裁判所ハ普通ノ

手続ニヨリ外國人ノ遺産ト與テ之ヲ管理シ其ノ保護ニ必要ナル場合ヲナ
ササルハカラス、其ノ点ニ付キテハ所在地法適用セラル、海牙條約亦之
ヲ認ム

第五、相続財産ノ移転

相続ハ被相続人ノ本國法ニヨルモ、相続ニヨリテ財産カ相続人ハ移転
シタルカ否ヤハ財産所在地法ニヨリテ之ヲ定ム、從テ若シ所在地法カ不
動産ノ移転ニツキ發見ヲ必要トシ、動産ニツキ引渡シヲ必要トスルトキ
ハ、發見スハ引渡シアルニアラスニハ相続財産カ相続人ニ移転シメリト
スフヲ得ス、從テ財産所在地法カ相続人ノ財産取得ノ権利ヲ認メザルト
キハ相続人ハ一方ニ於テ相続ナレトモ拘ハラズ、他方ニ於テハ其ノ権利ヲ
取得シ得サルコトトナル、例ハ外國人ノ本國法ニヨリ相続権ヲ有スル
モノカ、我カ國ノ財産ヲ相続スル場合、若シ我カ法律カ其ノ申ノ或ル
財産ニツキ相続人ノ権利ヲ有シ認メザルトキハ、相続権ハ之ヲ取得スル
コトヲ得ス、例ハ土地所有權ノ如シ、斯カル場合ニハ外國人ハ、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爲レリ得ス、例

トナシハ土地所有權ノ禁止ハ絶対的ニシテ相続スル場合ヲモ禁止スルモ
ノナレハナリ、然レトモ外國人ノ相続ニヨリ、我カ國ノ土地ヲ相続スル
キ権利アルコトハ法令ニ依ルニ相續ハ被相続人ノ本國法ニヨルトノ規定
ニヨリテ、之ヲ認メタルモノトスハサレハカラス、斯クノ如キ場合ニハ
相続權ト其ノ實行トカ兩立ニ科サレコトトナル、其ノ結果ハ斯カル相続
人ハ其ノ目的トスル土地所有權ハ喪却シ其ノ對価ヲ相続シ得ルモノト云
ハサルハカラス、現行法上之ニ則スル規定コトクモ、日本人カ我カ國籍
ヲ喪失シタルトキハ、一々年内ニ其ノ権利ヲ喪却シテ其ノ對価ヲ取得シ
得ルヲ認ムルカ如クニ、斯カル場合ノ相続人モ其ノ相続シタル財産ヲ一
定ノ期間内ニ喪却シテ、其ノ對価ヲ所有シ得トナスコト正当ト認ム

第六、相続人ノ繼承

相続人ナキ場合ニハ相続財産ハ何人ニ歸屬スハキカハ問題ナリ、或ハ
國庫ニ歸屬セシムルモノアリ、或ハ財産所在地ノ地方團體ニ歸屬セシム
ルモノアリ、歸屬セシムル理由ニツキテモ、或ハ國庫ハ最終ノ相続人ナ
リトシ、或ハ國家最高所有權說ヨリ何人ノ権利消滅シタルトキハ、當ニ

加
21
12

國家ノ權利ノミ存立スルカ故ナリトナスモノアリ、我カ民法ニヨレハ相
 続人ナキ財産ハ之ヲ法入トシ、一々年以内ニ之ニ對シ何等ノ權利ヲモ主張
 スルモノナキ場合ニハ、其ノ權利ハ國家ニ販屬スルハキモノトス（民法一
 〇五九條）從テ外國人タル被相続人カ日本ニ於テ有シタル財産ニツキ特
 定ノ相続人ナキトキハ其ノ遺產ハ我カ國庫ニ販屬スルハキカ、又ハ其ノ本
 國ノ國庫ニ販屬スルハキカノ問題生ス、此ノ問題ハ相続人賦欠ノ場合ノ問
 題カ尚ホ相続問題ナルカ、又ハ相続問題ト見做サセラルカニヨリテ其ノ答
 ヲ異ニス。

私民法ノ如クニ個人ノ相続人ナキ場合ニハ國家ハ第一ニ最終ノ相続人ト
 シテ之レヲ相続スルハキモノトスル場合ニハ、本來相続人ノ賦欠ナル問題
 生セス、國家ハ第一ニ相続人ニシテ尚ホ相続問題トシテ之レヲ承継ス、カ
 カル國ニテハ外國人ノ遺產ヲ外國ノ國庫カ承継スレハ相続ハ被相続人ノ本
 國法ニヨルトノ適用ナリ

又ハ國家ハ相続人トシテ斯カル遺產ヲ承継スルコトヲテ、國家ノ領土
 主權ノ作用トシテ一方ニ於テ個人ノ領土主權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続權ナキ相続財産ヲ取得スルノ主義ヲ採レ
 ハ、相続權ナキ相続財産ハ最早相続法ノ規定ニヨルニテ、財産ノ原
 始的取得ニ依リテ之ヲ定ムルハキナリ、從テ何人カ其ノ財産ニ對シテ權利
 ヲ有スルハキカハ法命ニ依テ之ヲ定ムルハキナリ、然レモヨリ財産所在地法ニヨ
 リテ之ヲ確立セサルハカラス、而シテ我カ民法ハ斯カル財産ハ一年間法
 人トシテ之ヲ管理スルモノトシテ、一々年以内ニ個人ノ權利者カ之レ
 ヲ請求セサルハ我カ國庫ニ販屬スルカ故ニ、外國人ノ財産モ亦我カ國庫
 ニ販屬ス、此ノ點ハ海牙ノ相続ニ関スル條約第千條ヲ主明言セラル、即
 チ相続財産ハ遺言ニヨル相続權利者ナキトキハ財産所在地ノ法ニヨリテ
 管理セラルトナス、而シテ外國ノ國庫カ法定相続人ナレトキハ之レヲ相
 続人ト認メサルコトヲ明カニ示セリ、故ニ我カ如キ國家カ相続人ナリ
 トスル國ノ人民ノ遺シタル財産ニツキテモ、尚ホ所在地ノ國庫ニ販屬ス
 ルコトヲ認ム、但シ斯ク所在地ノ國庫ニ販屬スルコトヲ認ムレハ我カ
 ノ如キ主義ヲ取ルモノハ自國ニアル外國人ノ遺產ハ其ノ本國ニ販屬スル
 也、私人ノ外國ニ於ケル遺產ハ所在地ノ國庫ニ販屬シ不利ヲ受クルカ故

二、叔ハ領事職務條約ヲ結ヒ、相続人ナキ場合ノ遺産ハ其ニ本國領事之
レヲ管理シ、本國ノ國庫ニ收屬セシメキコトヲ約スルヲ例トス、日独領
事職務條約ニ斯カル規定ヲ認メタリ

四三八

第二節 遺言

第一遺言ノ成立

一、實質的要件

遺言ノ成立要件トハ、遺言ノ能力カ遺言ニヨリテ受分シ
得、キ事項ノ範圍及性質ヲ云フ
高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
ナル能力ヲ認マルニ於テハ全一ナレトモ其ノ規定ハ各國各々異ナル、
又遺言ニヨリテ受分シ得ヘキ事項ハ、或ハ法定相続ノ変更ノ場合ニ限
ルモノアリ、或ハ相続以外ノ事項ヲモ遺言ニヨリテ受分シ得ヘキコト

水五以 五十八ノ中

ヲ認マルモノアリ、然レトモ多クハ相続ハ關係スル場合ナレハ、概不
相続法中ニ遺言ニ關スル規定ヲ例トス、我カ民法ハ遺言ハ私
生子ノ認知ノ如キ相続ニ關テキ事項ニツキテ之ヲ認マルモ主トシ
テ、法定相続人ノ変更ニ關スル行為トシテ之ヲ認マルヲ以テ相続法
ノ一部トス、故テ遺言成立ノ準則法ハ相続ト全一ノ法律ニヨルコト
ヲ認マルヲ例トス、而シテ相続ニツキテハ被相続人ノ本國法ニヨルコ
トヲ認マルヲ以テ遺言ノ成立ニ觀イテモ被相続人即チ遺言者ノ本國法
ニヨルモノトス
唯遺言ノ初カハ遺言者ノ死亡ニヨリテ始メテ發生スルヲ以テ死亡當
時ノ本國法ニヨルカ、或ハ遺言成立當時ノ本國法ニヨルカハ問題ナリ
海牙ノ相続ニ關スル條約ハ相続ト全一ノ規定ヲ適用スヘキモノトシ、
死亡者ノ本國法即チ死亡當時ノ本國法ニヨルモノトナセルモ、遺言ニ
關シテハ其ノ成立ト初カトヲ區別シテ觀察スルヲ以テ正當トス、蓋
シ遺言カ若シニ其ノ成立當時ノ本國法ニヨリ不成立ナラハ、死亡當時
ノ本國法ニヨリ何等ノ初カヲ之發生シ得ヘカラス故ニ成立問題ハ遺言

四三九

成立当時ノ遺言者ノ本国法ニヨリ遺言能力ノ有無、遺言ニヨリ処分シ得ヘキ事項ノ範圍、遺言ノ制限ニ關スル規定ニ適合セルヤ否マヲ定ムヘキナリ、故ニ法令ニ六條一項ハ其ノ成立問題ハ成立当時ノ遺言者ノ本国法ニ依ル、キモノトナス、從テ或ハ遺言者カ其ノ最終ノ病氣ヲ看識シタル看護人、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当時ノ本国法ニヨリテ之ヲ定ム、其ノ点ニ付キラハ我カ法令ノ規定ハ正當ナリト云フヘシ

然レトモ成立当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、果シテ其ノ初カヲ發生シ得ヘキヤ否ヤハ初カノ準據法ニヨルヘキナリ、遺言ノ成立ト初カトハ異ナル法律ニヨル、キコトヲ認メサルハカラス、然ルニ法令ニ六條ハ初カニツキテモ尚ホ成立当時ノ法律ニヨルヘキコトヲ原則トスル点ニ於テ不適當ナレ規定ナリ、從テ我カ法令ノ規定ニヨレハ一旦有効ニ成立シタル以上ハ死亡当時ノ本国法ニヨリテ無効ナル場合ニ於テモ尚ホ其ノ初カヲ發生スヘキモノトス、只法令ヲ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

第一、格式的要件

遺言ハ何レノ國ニ於テモ普渡格ナル要式行爲ニシテ、一定ノ方式ヲ且ヘスンハ爲シ得ヘカラス、而シテ其ノ方式カ各國各々異ナルヲ以テ、日本カ外國ニ於テ遺言ヲナシ、若シテ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カヲ明カニセサルヘカラス、其ノ点ニ付キラハ法律行爲ノ方式ニ關スル原則ニヨリ、其ノ行爲ノ初カヲ定ムル法律ニヨルヲ原則トス、而シテ遺言ノ初カハ遺言者ノ本国法ニヨルヲ以テ、本国法ニヨル方式ハ何レノ國ニ於テモ之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ヲナスモノニシテ、外國ニ滞在スル者カ本国法ノ要求スル方式ヲ履行シ得ヘカラサル場合尋シ故ニ遺言ニツキテ行爲地法ノ定ムル方式ニヨリテ之ヲナスモノ有初ナルコトヲ認ムル必要時ニ至シ、即チ法令ハ條ニ項ニヨルヘキ場合頗ル尋シトス、故ニ法令六條ニ項ハ遺言ノ方式ハ行爲地法ニヨリ得ヘキコトヲ特ニ明言セリ

而シテ遺言ハ一ノ法律行爲ナリ、法律行爲タル以上ハ八條ニ項ノ規定ニ

ヨリテ行爲地法ニヨリテ之カ方式ヲ定メ得ハキコト明カナルニ拘ラズ特
ニ之ヲ明言スル所以ハ如何。唯フニ道言ハ尋クハ、相続財産ヲ继承スル
法律行爲ナルハ、若シ法令ハ條ノ三ニヨルトハ八物権ヲ继承スルノ行爲
トシテ所在地法ニヨルハ、行爲地法ニヨルハカラサル如クニ解散セラ
ル、ノ虞アルカ故ニ物権ノ继承ニ関スル道言ニ出ル行爲地法ノ方式ニヨ
リ得ハキコトヲ明カニスルタメニ特ニ二十六條三項ニ之レヲ規定セルナ
リ。

之ト企様ナル原則ハ海牙ノ道言ニ関スル條約第ニ條モ之ヲ認ムル形式
ナルヤ實際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
決定スヘキ範圍ニ屬ス。例之仏國ニ於テハ一依ノ道言書ヲ以テ全財産ヲ
继承スルハ無効ナレトモ、一依ノ道言書ヲ以テスルトキハ有効ナリトノ
規定アリ、之カ形式的要求ヲルカ特メ實際的要求ナルカハ民法ノ規定ニ
ヨラサルヘカラス

第二、道言ノ効力
道言ノ効力トハ之レヲニ様ノ意味ニ解散スルコトヲ指

其ノ一ハ道言者ノ死亡ニヨリテ始メテ實際上發生スル効果ナリ、我カ
民法ニ之ヲ道言ノ効力トハ云フ意味ノ効果ナリ

其ノ二ハ道言カ道言トシテ有効ニ存在スルコトヲ意味ス、即チ道言ノ
成立後道言者ノ死亡ニ至ルマテ、有効ニ存在スル効力ニシテ、道言ノ存
在ソノモノヲ意味ス

第二ノ意味ノ効力ハ畢竟道言ノ成立ニ係ヒタル効力ナレハ、之レヲ成
立問題ト區別シ得ハカラス、然レトモ予キノ意味ノ効力ハ道言者カ死亡
ニヨリテ始メテ發生スルコトヲ以テ、假令死亡當時ノ法律ヲ以テ有効ナル道
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レザル場合ニ於テハ、其ノ予定セラ
レシ効力カ實際上發生シ得ハカラサルモノナリ、例ハ八道言ノ成立當時
ノ本國法ニヨレハ、道言者ノ全財産ヲ道言ニヨリ继承シ得ハキモノトス
ルモ、若シモ死亡當時ノ本國法ニヨレハ、道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留分トシテ相続セシムヘキモノニシテ、
道言者ハ只々残余ノ財産ニ對シテノ繼承分ヲナ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權ニツキテハ、債權ノ成立問題ト効力ノ
 問題トハ之ヲ區別スルニ益ナク、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志カ効力ヲ有ス、畢竟スルニ死ニ當
 時ノ法律カ認ムル範圍内ニ於テノミ効力ヲ生スヘキモノナレハ遺言ニツ
 キニハ其ノ成立ノ準據法ト効力ノ準據法トハ之ヲ區別シテ見サルヘカラ
 ス、而シテ効力ノ準據法ハ、死亡當時ノ準據法ニヨラサルヘカラスモ
 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
 以テ法定相続人ニ適用ヲ及ホス効力モ亦之ト同一ノ法律即チ遺言者ノ死
 亡當時ノ法律ニヨルコト正當トス
 其ノ点ニツキテハ海牙ノ相續ニ関スル條約一條ニ遺言ノ効力ニツキテ
 毛相續ト全條ニ死亡者ノ本國法ニ從フトセルハ正當ナリ、法令ニ六條ハ
 遺言ノ成立問題ト効力問題ト同一視シ、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
 成立問題ト効力問題ト同一視セル民権九四條八可當ナリ、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ハ
 キモノナリ

第三、遺言ノ取消

遺言ノ効力ハ死ニヨリテ始メテ發生スルヲ以テ、遺言ハ死ニ至ル
 マテハ何時ニテモ取消シ得ルヲ原則トス、且ツ諸國ノ民法ハ遺言ノ取消
 取ハ之ヲ抽象シ得ストナシ、遺言者カ積極的ニ遺言ヲ取消シタル場合ニ
 ハ其ノ効力ナキハ勿論、何等取消ノ意志ヲ表示セサルモ後ニシタル法
 律行為ニヨリ即チ新タル遺言ニヨリテ遺言者ヲ指セルコトヲ爲シタ
 ル場合ニハ、後ノ遺言ト先取スル範圍内ニ於テ新ノ遺言カ取消サレタル
 モノト解ス
 斯クノ如ク遺言ノ取消ハ又一ノ新ナル遺言ト同一ナリ、從テ遺言ノ取
 消カ有効ニ成立セルカ否カハ其ノ取消當時ノ遺言者ノ本國法ニヨリ之ヲ
 定ムヘキナリ、法令ニ六條第一項、及ヒ海牙條約ノ四條亦在シ
 遺言ノ取消カ更ニ取消シ得ヘキヤ否ヤ、亦取消シテ取消シタルトキニ
 ハ最初ノ遺言カ復活スヘキカ、或ハ一旦取消サレタル遺言ハ如何ナル場
 合ニ

合ニ於テモ後述スルコトナキヤ等ハ遺言ノ取消シノ効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ズシテ直チニ効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ルハハキモノナリ。

如斯ク取消ハ取消當時ノ法律ニヨリテ之ヲ定ムルヲ以テ、當事者カ自レノ行為ニヨリ遺言ヲ取消サレルモ、遺言ノ廢法律ノ改正ニヨリ併シ遺言カ無効ニ屬スルトキニハ、其ノ遺言カ効力ヲ發生シ得サルコト明カナリ。而シテ遺言者カ遺言書作成後國籍ヲ變更シタル結果、死亡當時ノ本國法カ遺言成立當時ノ本國法ト異ナリ其ノ遺言ノ効力ヲ認メサル場合ニハ併シ遺言ハ結局無効ニ屬ストモハサルハカラス、其ノ與ヨリ見ルモ遺言ノ効力ハ死亡當時ノ本國法ニヨルコト明カナリ。

視一以外 國法 六十一 外

第五編 商法

第一章 商人及商行爲法

第一、何人カ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解シ、商人ニヨル原則ヲ採リタル立法例アレトモ或カ法律ノ採ラサルトコロナリ、商法ハ商人カ權利義務ヲ有スヘキ獨立ノ資格タル莫クモ限リテ本表ニ於テ商人トハ自己ノ名ヲ以テ商行爲ヲ爲スヲ業トナスモノヲ云フト規定セルカ故ニ商法施行區域タル或國ニ於テハ商人タルト非商人タルトハ同フトコロニアラス。

第二、商行爲ヲ爲スヲ業トスルト云フカ故ニ次ニ商行爲ノ何タルヤヲ決定セサルハカラス、之レニ我カ商法ニ六三、ニ六四條ニヨリテ決定スヘキモノナリ、然レトモ商人タルヤ否ヤヲ定ムルニツキ商行爲ナルヤ否ヤヲ定ムル場合ニ國際私法上ノ問題ヲ生スルコトナリ公法上ノ關係ニ於テ即チ例ハ八營業規ヲ探スヘキヤ否ヤ等ニ關シテ問題トナルノミ、コノ場

二八屬地法ニヨル

尚本商事裁判所ノ存スル場合ハ、民事商事ノ類ツクノ商行為ナリヤ否ヲ區別スル要アリ。裁判所轄ノタメニ商行為ナリヤ否ヲ定ムルハ訴訟地法ニヨル。其ノ國際私法上ノ問題トナレバ、裁判義務ヲ定ムルニ際シ、商行為ナリヤ否ヲ區別スルノミナリ、即チ何レノ法律ヲ適用スレカヲ定ムルタメニ商行為ナリヤ否ヲ定ムル場合ナリ。法律行為ハ目録行為ナリト故ニ、法例七条ニ依リテ其ノ準據法ヲ定ム。然ル後準據法ニヨリテ指定セラレケル同ノ法律ニ依リテ、商行為ナリヤ否ヲ定ム。

第五

商行為ノ形式ハ法例八条ニヨル。但シ法律行為ノ形式ト實際トガ區別レ得ベカラザル場合ハ、法例八条ヲ適用スルコトヲ得ズ。

例ハヤチ銀行ノ行フハ實際ト形式トガ適用法規ヲ異ニスルコトハ異ニナレ。此ノ場合ハ實際ノ適用法規ニ支配セム。

第四

商行為効力ハ民事上ニ於ケル法律行為効力ト區別スルノ理ナカ故ニ、準據法ヲ適用ス。△条ニ據リ、現行ハ商行為ニ關シテ適用セラルコト

將ニ考シ、或年者、事ハ其ノテ、營業ニ干シ、然ル者ハ、商行為トシ、法律ノ規定セラルナレバナリ。

第二章 手形法

第一節

國際手形統一法ノ成立

参考書

Guembert Wechselrecht 1900
H. Meyer Über Wechselrecht 1909

現今ニ於テハ甲國ニ於テ發行サレタル手形ハ乙國ニテ裏書セラレ、丙國ニ於テ受取スハ其私ハルベキ場合ナリ。換言スレバ手形ノ流通ハ一國領土内ニ限ラレズ、世界的流通ヲ求メシテ行ハル。是ニ於テ、諸國ノ手形法ヲ統一シ、金リットガ交換上必要ニシテ、最近數年カ、此ガ試ミラレリ。始メ、一八四七年、即チ帝國成立前ニリ、聯邦國ニ共通ノ手形法ヲ試ケ、十八七二年此ノ法例ガナシク修正セラレ、後帝國ノ手形法トシテ採用セ

ラレヌ、次に丁、横切四七本をレト同一ノ法律ヲキ政法トシテ採用シタリ。
 是ノ於テ、狭義ノ二國同ニテハ、手政法ハ、全然同一トナリテ、取引ノ便宜ヲキ
 フルニ至レリ。此ノ实例ニ鑑ミ、諸國ノ學者ハ、世界各國同ニテ、斯ノ如キ統
 一ヲ得ベキコトヲ信ズルニ至レリ。而シテ、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、七年以來、屢々各地ニ會議ヲ開キテ、手政法一ノ原則ヲ議定
 スルニ至レリ。茲ニ一八八八年、日本、英、法、美、諸國、手政法一ノ手政法會
 議ヲ *Antwerp* ト *Brussels* トニ開キタリ。

然レドモ此ノ會議ハ、主トシテ、民法系ノ政府ノ代表者ヲ集メシモノニシテ、
 秋、横切四七本ハ、主トシテ、民法系ノ政府ノ代表者ヲ集メシモノニシテ、
 博覽會以來、再ビキ政法統一運動ハ、シトナリ。一八九〇、六年、和蘭、商業會議所ガ
 全國一致シテ、世界手政法統一ノ法律案ヲ準備スベキコトヲ努ムルニ至レリ。
 之レガ委託ニヨリテ成シタリ。 *J. H. Meyers* ノ世界手政法トナレリ。

斯ノ運動ヲ基礎トシ、終ニ、他國ヨリ、一八九〇、八年、和蘭政府ニ手政法一
 會議ヲ開クコトヲ提議スルニ至レリ。而シテ、英ノ諸國、一八九〇、年、六月、ヨリ
 七月ニ至リ、海牙ニ萬國手政法統一會議ヲ開キタリ。此ノ會議ハ、英ニ三十二

ヶ國ヲ代表者ヲ集メタリ。取引ノ便宜ニ加入シテ代表者ヲ選ビ、
 英ノ諸國ハ、一ノ條約案ヲ提出シ、之ノシガ、第一、四ノ會議ニテ、之レヲ修正
 スルコトナリ。一九一〇、年、七月、二十五日、手政法一法、四ノ條約案、並ビニ手
 政法一法ヲ成立スルニ至リタリ。斯ノ如クニシテ、手政法ノ實便的規定ヲ將來
 諸國同ニ統ヘセラル、ガハ、手政法ノ概、概、向、大、大、一、減、ズル、一、五、ル、ベ、ク、
 國際私法の規定が此ノ點ニ對シテ、容達スルヨリモ、寧ロキ政法一ノモノガ、同
 一ニ伸スルコトノ方が、早ク實現セラルベシ。

此ノ條約ニハ、英、米、二國ガ、其ノ、統一ノ、主義ガ、根本的ニ、異レルヲ、理由トシテ、
 加入セズ。世界商業ニ關係深キニテ、固ガ此ノ條約ノ外ニアルコトハ、此ノ條
 約ノ効果ヲシテ、大ニ、其ノ、重要ヲ、減セシム。從ツテ、此ノ條約案ニモ、ソノ
 二〇、條ニ、條約ノ、範圍外、ニ、於テ、ナシタル、手政法、又ハ、此ノ、條約ノ、適用ノ、結
 果、半據スベキ、法律ガ、條約以外ノ、法律トナレトス。ハ、此ノ、條約ノ、規定ニ、コ
 ナルコトヲ、保留ス。從ツテ、此ノ、條約、於テ、尚、手政法ニ、關スル、概、向、問題ヲ、解決セ
 ガルベカラズ。加ヒテ、手政法一、條約ノ、行ハル、一、國、同ニ、於テ、モ、尚、手政法、
 方式、又ハ、手政法、爲ノ、權利、保全ニ、關スル、方式ニ、就テ、各國ノ、法律ガ、相、異リ、得ル

ゴトヲ前提トスルヲ以テ、コノ統一系約ノモノニ於テモ法律ノ抵触問題ニ関スル規定ニテ条ヲ加ヘタリ。(系約所屬ノ法律七四一七六条) 従ツテ斯ル条約ヲ得テ實施セラル、モ、尚ホ手取法ノ抵触ニ関スル國際私法の問題ヲ解決セザルベカラズ。

第二節

手取行為ノ能力

手取行為モ法律行為ナルヲ以テ手取行為能力トハ即チ法律行為ヲナス能力ナリ。我が法例ニ係ル單行行為ニ契約モ凡テノ法律ニツキ能力ノ準據法ヲ定メテ其ノ本國法ニヨリテ之レヲ定ムルヲ原則トスルガ故ニ手取行為能力ニ付キテモ本國法ニ依ルベキナリ。即チ當事者ノ本國法ニ依ルヲ原則トシ、唯命令本國法ニ於テ無能力者ナルモ日本ニ於テナシタル手取行為ニ付キテハ、我法律上能力者タル場合ニハ、尚ホ能力者トシテ責任ニ任ズベキモノトス。此ノ原則ハ手取統一法七四条ニ於テ之ヲ明シテ之ヲ認メラレ、從ツテ此ノ條約ガ他日實施セラル、モ此ノ英ニツイテハ法例ノ規

續一、日本國私法大十一條

定ト何等異ナレバ所ナシ。英美ニ於テハ行為地法ヲ採リ外國人ノ手取能力ニ付テハ其ノ本國法ニ依ルヲ原則トスルモ、日本國法ニ於テ日本ノ法律ニ依ルベキモノトスルガハ、我國ノ法律ニ依ルベキコト當然ナリ。(法例七九)

第三節

手取行為ノ成立要件

手取行為ハ單式行為ニシテ、一定ノ形式ヲ具ヘシ場合ニ限リテ成立ス。然レテ手取行為ニ付テハ其ノ實質的成立要件ト形式の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。從ツテ手取行為ノ要件ハ法例ニヨレバ七条及ビ八条ニ依リテ之ヲ定ムルヤモノトナシ、然レモ我が商法施行法一ニ五条ハ法例ニ對スル例外の規定ヲ置キテ、手取行為ノ要件ハ必ず行為地法ニ依ルベキヲ原則トス。從ツテ内國ニ於テハ手取行為ニ對テハ外國法ニ依ルベキモノトス。但シ外國法ニ於テナシ場合ニハ、行為地法ノ原則ハ絶対的ニ適用シテ之ヲ例外トス。

(一) 外國ニ於テナシタル手取行為ガ、日本ノ法律ニ定メラレタル要件ヲ具備スルトキハ、外國ノ法律ニ依リテ、要件ヲ具備セザルトモ、以後日本ニ於テナシタル手取行為ハ有効ト認ム。換言セバ外國ニ於テナシタル手取行為ハ有効ト認ム。換言スレバ外國ニ於テ振リキタル手取行為ハ、手取ガ日本ノ法律ニ定ムル要件ヲ具備スル片ハ、其ノ手取ガ日本ニ持テ来ラレ日本ニ於テ其後ナシタルキヤ手取行為ニ就イテハ有効ナル手取ト看做スル。

(二) 日本人ノ外國ニ於テ他ノ日本人ニ對シテ為シタル手取行為ガ、日本ノ手取法ノ手取法ノ定メタル要件ヲ具備スル片ハ、初メヨリモテラ有効ト看做ス。換言スレバ日本ニ持テ来ラレ振リキタル手取行為ヲナスコト得ルノミナラズ、振出行為リノモノ即チ基本手取リノモノモ行為地法ニ因リザルモモテラ有効ト看做スバキモノトス。文字解説ヨリスレバ「行為地法ニ依リテ」トアルガ故ニ其後有効ナルモノト解スバキガ如キモ、理論上ヨリ不可ナリ。

振テ外、日本法第六十二條

第一ノ問題ヲ認メタル所以ハ、我邦ニ於テハ日本ノ手取法ノ要件ヲ具備スル手取ハ、何人モモテラ有効ノ手取ト看做スルヲ以ツテ、行為地法ニテラカレズ新ルキ取、上ニサレタル手取行為ハ、モテラ有効トスルニ我邦ノ相才即チ第一取得者カ日本ナル以上ハ、始メヨリ有効トスルモ如キ取ナリ。

海牙統一手取法案七五條ハ新ルキ例外ヲ認メズ手取行為ノ方式ハ絶対的ニ行為地法ニ依ルベキヲ規定ス。若シ手取行為ノ方式ニツキ、當事者ノ自由意志ヲ認ムベカラズトシ、或ル一定ノ法律ニ依ルベキモノトスレバ行為地法ニ依ルベキトス。然レドモ既ニ行為地法ヲ正當トスル以上ハ、我が商法ニ我ガ商法施行法ノ不ニノ例外ヲ認ムルニ當リ、手取ノ第一取得者ノ内國人ナルカ外國人タルカニ依リ、基本手取ヲ有効トシ、或ハ無効トスルハ理由ナキコトナリ。元素オニノ例外ニ於テ相手方が日本人ナルガ故ニソノ行為ヲ有効トスル所以ハ、只暹然日本人ニヨリテ取得セラレシタメニテラズ、日本人ナルヲ知ルノミナラズ五ニ日本ノ法律ニ依リテ手取債務ヲ負

担スベキ意志^{ヲ表示}シタルが故ニ、行為地法ニヨラザル手取行為モ、我國ニ於テ有効トスベキ理由アルが爲メナリ。若シ然ラハ相手方ノ日本人タルト外國人タルトハ、何等ノ影響ヲ及ボサザルモ、ニシテ外國人相互間ニ於テモ若シモ日本人ニ於テ夫れハルベキ手取ヲ振り出し、互ニ日本ノ法律ニ依ルベキ意志ヲ有スレバ日本人相互間ニ於ケルと同ジク之レヲ有効トセザルベカバラス。何トナレバ手取ハ依リニ契約スルモ、親族關係ノ如ク當事者ノ本國法ニ依ラザルベカラザルモノニハアラス。其ノ国籍ノ如何ヲ問フ要ナキハ當事者ノ男女ノ如何ニ関ラザルニ由ジ。

況ンヤ手取行為ハ契約ニアラスシテ單純執行行為ナリトスレバ亦一取得者ノ何人ナルカハ、手取債務者ノ義務ヲ或更スベキ理由ナシ。故ニ亦一ノ例外ノ場合ニ於テモ、爾後日本ニ於テ爲シタル行為ヲ有効ト認メラルベキノミナラズ、亦ノ例外ト同ジク振出行為モ基本手取モ始メヨリ有効ナリトスルベカラズ。此ノ點ニ於テ亦一ノ例外ヲ區別スベキ立法上ノ理ナシ。

加之、新ル例外的手取行為ヲ有効トナス所以ハ、又單ニ我が法律ニヨリシガためニアラス。其ノ手取關係が我國ニ於テ消滅スベキコトヲ前提トスル

ガタメナリ。即チ^{日本}國ニ於テ振出サレタルニ関ラズ、日本ニ於テ裏層セラレ夫れハルベキ手取行為ナルコトヲ前提トスガタメナリ。

若シモ外國ニ於テ振出サレ外國ニ於テ支払ハルベキ手取ナラバ、日本人間ノ手取行為モ行為地法ニヨラサレバ無効ナリ。故ニ被領手取法ニ於テ、我

商法施行法一ニ五条ト全文ノ例外ヲ認ムル場合ニハ、唯内國ニ於テ夫れハルベキ手取ニ限リテ之ヲ認ム。然ルニ我が商法施行法ハ此ノ基本ナル要件ヲ

規定スルコトヲ忘レ、如何ナル手取ニツイテモ、新ル例外ヲ認ムル如ク規定セルハ他乙手取法ヲ誤解セルモノナリ。

元來手取法ハ執行法ニ屬スル規定ナリ。内國ニ於テナスハキ手取行為ハ内國法ニ依ラザルベカラザル場合ナシ。従ツテ手取ニ付イテハ法例七条ノ原則ニヨリ、當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。然レ夫又之レ自由意志ノ範圍極キヲ意味スルノミ、七条ノ原則ヲ適用シ得ズト云フヲ得ズ。

元來我が手取法が執行の規定ナリトスルハ、我國ニ於テ流通スベキ手取

ハ必ず我が法律ニ依ルベキコトヲ意味ス。我國ニ於テ流通セザル手取ハ何等執行の規定ニハアラス。

此ノ英ヨリ手取ニハ、純然タル内國手取ト、純然タル外國手取ト、内外兩國ニ跨ル國際手取トノ三アリ。

内國手取トハ手取ノ表面ニ於テ其ノ權利義務ノ關係が内國ニ於テ發生シ内國ニ於テ消滅スルコト明クナル手取ヲ云フ。尚本國領土ニ於テ振出サレ且ツ支取ハルベキモノナリ。

於テ振出サレ且ツ支取ハルベキモノナリ。又及シテ手取ノ表面ニ於テ振出地ト支取地トが二國以上ニ關係スルモノヲ國際手取ト云フ。手取法が發行規定ナリト云フハ、又ダ内國手取ニ對シテノミ云フベキコトナリ。

即チ我國ニ於テ且ツ支取ハルベキ手取ハ、當事者が何人ナルモ絶対的ニ我が商法ニヨルベキナリ。

此ノ場合ニ於テモ法例七條ノ原則ハ尚ホ適用セラル。又法例三〇條ニヨリ制限セラル、結果外國法ニヨリ得ベカラザルコトナルノミ、及シテ國際手取ニ付テハ何レノ國ノ法律モ手取關係ノ全部ヲ支配シ得ヘカラザルヲ以テ絶対的發行法トシテ得ズ。

例ニ我が國ニ於テ振り出サレタル手取ナルモ英

國ニ於テ支取ハル手取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。従ツテ我が法律ニヨラザル一事ヲ以テ止シテ無効トスベキ必要ナシ。又及テ我法律ニヨリ振り出シタルトモハ振出地ノ法律ニヨリ有効ナル手取ナレバ支取地タル英國ニ於テ英國法ニヨラザルガタメ之レヲ無効トスルヲ得ズ。

何レノ法律ニヨルモ等シク有効ナルコトヲ得ルヲ以テ斯ル手取ニ付キテハ當事者ハ自由意志ニヨリ振出シ又ハ支取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効ナリ。我が商法施行法ハコノ原則ヲ否認スルガタメニ二個ノ例外ヲ見ルニ至リシガ、二個ノ例外コソムシ口原則ノ結果ニシテ、當事者が外國ニ於テ手取行為ヲナシタル場合、日本ニ於テ

支取ハルベキ手取ニ付テハ七條ノ原則ニヨリ有効ニ手取行為ヲ以テ支取シ得。又意志不明ノ場合ニ限リ、行為地法ノ原則適用セラル。従ツテ商法

施行法ハ規定ハ原則トシテ斯ル例外ヲ認めタル點ニ於テ原則ト例外トヲ顯微セ

セルモノナリ。二個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

ニ於テ誤レルノミナラズ行為地法

ニ於テ誤レルノミナラズ行為地法

第四節 手取行為ノ効力

手取行為が適法に成らざる場合、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取行為ノ効力ニ干スル問題タルナリ。我が國ニ於テハ商法施行法ニハ手取行為ノ成立要件ノ準據法ヲ定ムルモ其ノ効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、商法學者ハ此ノ點ニ付テ說明シテ曰ク手取ハ其ノ本質ニ依ツテ責任ヲ負フベキモノニシテ、商法才四百三十九條ニヨリ手取法ニ規定ナキ事項ハ之レヲ手取ニ記載スルモ、手取上ノ効力ヲ生ゼザルガ如ク、當事者ハ依令或國ノ法律ニヨルベキコトヲ手取上ニ記載サル、モ尚ホ手取上ノ効力ナルニシテ、況ンヤ手取ニ之ヲ記載セザル場合ニ手取以外ノ材料ニヨリ何レノ法律ニ依ルベキ意思ヲ有シタリシガテ證明シ得ザルヲ以テ結局法例七条ノ原則ハ効力ニ付テ之レヲ適用スル能ハス。從ツテ効力ニ本行為地法ニヨルモノト解致セザルヲ得ズトナス。然レドモ、我商法ニ依レバ裏面ノ引受、保証等ニツキ何レノ地ニ於テ之

積ニヨリ、日本國法ニ依リ、大正ニ

ヲナシタルカ、取テ行為地ハ之ヲ記載スルノ要ナシ、從ツテ行為地法ニ依ルベキモノトスルモ、手取以外ノ材料ニヨリ何レノ地ガ行為地ナルカヲ證明セザレハ行為地ヲ知ルヲ得ズ、果シテ然ラバ行為地法說ヲ採用スルモ、手取法上ノ効力ナキ事項ヲ以テ其ノ行為地ヲ證明セザルベカラザルコトナル。若シコレヲ正当トスレバ、何レノ法律ニ依ルベキカノ當事者ノ意思ニ付キテモ手取以外ノ材料ニヨリ、之レヲ證明シ得ベキ事ヲ認メザルベカラズ。加之、商法四三五條、四三九條ハ日本ノ法律ニヨルベキ手取即チ内國手取ニ付キテ適用セラルベキ規定ナリ。茲ニ問題トスル處ハ日本ノ商法ニ依ルベキ手取ナルカノ外、向來ハ只國際私法同題即チ法例七条ノ問題タルニ止ル。手取法上ノ意思表示ニアラズシテ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ツ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云國際手取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ヨリ得ベク、夫れ地法ニ據ラントスレバ據リ得ベキモノナリ。故ニ我が商法施行法ニ、手取以外ノ効力ニツキ特別ノ規定ナキ以上ハ、法

例ノ原則ニヨリテ、英公ニ本一級ニ此ノ原則ヲ認ム。之レ國際私法上一級ニ認メラルベキ原則ニシテ、英公ニ本一級ニ此ノ原則ヲ認ム。

次ニ問題タルハ、元來手取行為ハ振發行爲ヨリ裏面行為、引受、保証支払等ヨリ成ル行爲ナリ。此等ノ行爲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テ定ムベキカノ問題ナリ。此ノ點ニ付テハ一ノ手取ニ成スル凡テノ手取行為ハ皆同一ノ法律ニ依ルベキモノトスルモナリ。即チ一切ノ行為ハ皆同一ノ法律ニ依リテ定ムベシトナス。然レドモ此ノ説ハ手取行為獨立ノ理論ト矛盾ス。一箇ノ手取ノ上ニ存スル各別ノ手取行為ハ其ノ基本手取ヲ一ニスル、ニシテ、各別ノ手取行為ハ各別個ノ行為ナレバ必ズシモ同一ノ法律ニヨリテ其ノ効力ヲ定ムルヲ得ズ。此ノ真ニ於テ理論上誤レルガ故ニ各手取行為ニツキテ其ノ効力ヲ定ムルヲ以テ正當トス。

第二ニ各種ノ手取行為ニツキ、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。然レドモ考クノ學者ハ行爲地法ヲ採ル。即チ振發行爲ニ付テハ其他ノ法律ニヨリテ其ノ効力ヲ定

續五ノ外山、國私法 六十三 外

ムベキモノトナス。行爲地法ノ誤リナルハ前ニ説明シタルトコロニテ法律例ヲ七条ニヨル、先ヅ當事者ノ意志ニヨルベク意思不明ナルニ於テ法律行爲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タメ、例ハ償還請求權ヲ行フタメニハ、其ノ振出人又ハ裏面人ニ對シテ、支払拒絶ヲ明カニセザルベカラサル方式アリ。斯ル拒絶証書ハ何人ガ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。此ノ真ニツキテハ、商法施行法ニハ七条ニ於テ行爲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關スル行為ノ方式ニ非ザルヲ以テ、斯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爲地法ニヨラズンバ之レヲ實行シ得ザルコトハ一概ニ認メラル、又ナレバ斯ル規定ナキニ尚ホ同一ノ結果ヲ認ムルヲ得。斯ル意味ニ於テ、行為地法ノ原則ヲ何レノ國ニ一概ニ認ム

手紙統一法七六条七拒絶証看ノ方式、期間リノ他、権利ノ行使、スハ保会ニ必要ナル行為ノ方式ハソノ行為ヲナスベク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、古来ヨリ近在マデハ、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横範的法律ヲ認メラレタリ。

然ルニ近世ニ至リテ、各國ノ海商法ニ發達シタル結果、各國ニ特有ノ海商ノ發達ヲ見ルニ至レリ。然ルニ海商ソノモノハ各國ノ港湾間ニ行ハル、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、各國ニ区々ナク法律ニヨリテ支配スルコト實際ニ不便ナシ。

而シテ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、國際法学会ハ一八九〇年頃ヨリ海商法ノ統一ヲ企図シ、重要ノ英モリツク統一的法律ヲ討議セリ。又一八九〇年頃ヨリ諸國海商ニ関

スル學者、實業家相集リ、万国海商法学会ヲ組織シ、毎年相会シ、以テ海商法ノ統一ヲ企テタリ。之等ノ結果一八九〇年白耳政府主權ノ下ニ海商ニ関スル法規統一ノタノ列國會議開カレタリ。此會議ハ一八九〇年海商ニ関スル種々ノ統一的规定ヲ審議シタガ、遂ニ同年船舶ノ衝突ニ関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、遂ニ現行商法ノ如ク改正ヲナシタリ。

然レドモ、此ノニ條約ハ、尚ホ海商ノ一部分ニ関スル規定ノ統一ニ過ぎズ、全部ノ統一ニ付キテハ、今後多數ノ條約ノ成立ニヨルニテラザレバ究成シ難シ。加之、海商法ニ関スル諸國ノ規定ノ著シク異ナルハ、船舶所有者ノ責任ニ関スル法律ナラガ、此ノ点ニツキテハ、原々統一事業ノ問題トセラル、ニモ拘ラズ、今尚ホ諸國間ニ互ガ統一の定ヲ成出セシムルコトヲ得ズ。此ノ肝要ナル問題ニツキ統一セラレザル以上ハ海商ニ関スル法律ノ抵触問題ハ依然發見スルヲ以テ、二個ノ統一の條約ノ成立ニモ拘ハラズ、海商法ノ抵触ニ関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。
此ノ点ニ付キテハ、法意スベキハ、海商法、法律的關係ハ、船舶ヲ中心ト
スル法律關係ニ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原則ガ適用シ得ベカラサルコトナリ。

第一節 護國法ノ意義

(Law 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、特ニソ
ノ所屬國ヲ有スル動産ナリト認メラル。即チ船舶ハ「内國船舶」ト「外國船舶」
トノ別アリテ内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
ニモ尚本國內ノ法律ニ服従スベキコトヲ要スルコト、恰モ内國人ガ外國ニ
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ためニ船ハ恰モ個人ノ如
ク名稱ヲ有シ、其ノ國籍ヲ有シ、特定ノ所屬港ニ於テソノ船籍ヲ登録スベ

キモノトス。故ニ船舶ニ與ル關係ハ不動産ト異ルコトナク、不動産ト同
一ノ登録制度ニ従ツテ行フベキモノトス。從ツテ新カク關係ニ有スル船舶
ノミガ内國ノ國籍ヲ得ルノ權利義務ヲ有ス。
且ツ國際法上ヨリテモ、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ス、他國ノ領海内ニ於テモ領海ニ對スル國家ノ
主權ハ陸地ニ對スル主權ノ作用ト異リ、其ノ國ノ公海ニ關係テキ限リハ外國
船舶ガ他ノ領海ニアル時ト異モ、尚本國ノ政府法律ニ服従スベキコトヲ
認ム、然レ船舶ソノモ、並ニ船舶間ノ秩序ニ付テハ領海國ノ主權ハ外國
船舶ニ對シ制限セラル、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
云フニハ非ラザレドモ何レノ水面ニアルヲ向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リテ原則トスベキヲ認ム恰モ一個人ニツ
キテ其ノ本國法ガ爲人法ナルガ如ク船舶ニツキテハ船ノ爲人法即チ船ノ本
國法ヲ認ム、普通ノ動産ニ動産、如ク目的物ノ所在地法ニヨラザル原則
トス。而シテ船ノ本國ハ其ノ掲ゲル國旗ニヨリ表示セラル、コレヲ以テモテ國

法ト云ヒテ、個人ノ本国法ト区別ス。

第三節 物権関係

如何ナルモノガ船舶ナルカ、船舶ニ付テ如何ナル物権ガ成立スルカ。船舶所有権ノ取得喪失又ハ移転ノ条件ハ如何、及ビ船舶ニ關スル抵当権先取得権如何等、向題ハ普通ノ物件関係、如何、法例十卷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、船舶四國ノ領海ヲ齎ル、時ハ所在地法ニマ公法ニ出デ、更ニ他國ノ領海ニ入ル從ヒ又異ル法律ニ入ルベマコト、ナリ。船舶ニ對スル物件ハ常ニ不定ノ状態ニ臨ルガ故ナリ。

次ニ船舶ハ目的物ノ所在地法如何ニヨラズ、其ノ旗國法ニヨリ物権關係ヲ定ム。從ツテ如何ナルモノガ船舶ナルカノ向題モソノ國旗法ニヨリテ定マル。又個人ガ船舶所有権ヲ享有シ得ベキカ、如何ナル方法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ニ依リテ定ム。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ンバ權利ノ移轉

旗國法ニ依ル

ヲ認ムベカラズトナス。

之ト同様に船舶ハ抵当権ノ目的トナスヲ得ルベキ否マ、船舶抵当権ハ如何ナル効力アリヤ等ノ問題モ亦旗國法ニ依ル。

然ルニ此點ニ付テハ學說一定セズ。或ハ所在地法ニ依ルベシトスルモノアリ、元來船舶抵当権ハ極メテ近世ノ發達ニ依リ一八七四年以來初メト他國ニ於テ新ル制度認めラレテヨリ諸國ニ一般ニ認めラレシキコトヲ船舶カ抵当権ノ目的トセラル、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権ヲ設定スルモノナレバ、其他ノ法律ニ依リ抵当権ヲ設定シ得ルヲ認メシテ結算セシテ設定シ得ルコトナルベク其他ノ法律ニヨリ、權利ヲ確立スルコトヲ認メズンバ、結局他國ノ港灣ニ於テ抵当権ヲ設定シ得ベカラザルコト、ナルヲ以テ、他ノ物権關係ハ、旗國法ニヨルニモ拘ラズ、抵当権ニ就キテハ、所在地法ニヨラザルヲ得ズトナス。此ノ學說ハ、抵当権ノ設定ソノモノヨリ云ハハ大イニ理由アリ。然レドモ船舶ガソノ本國ニ帰國シタル場合、又ハテ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タルベカラズ。且ツ該國法ニヨリテ
 認メラレシ方法形式ヲ備ヘザレハ斯ル担保権ノ成立ヲ認ムルコトヲ得ズ。
 従ツテ新舊地ノミニヨリテハ斯ル物権ノ効力ヲ会フスルコトヲ得ズ。若シ
 該國法ノ認ムル要件ヲ具フル場合ニ於テノミ 其ノ効力ヲ全クシ得ト云ハ
 りバカラズ、故ニ特別ノ規定ナキ限りハ、担保権ニツキテモ尚モ該國法
 ニ依ルト云ハサルベカラズ。我が商法ニ日本船舶ガ外国ノ港灣ニ於テ抵当
 権ヲ設クシ得ベキコトヲ認メザルヲ以テ、日本船舶ハ只ガ日本ノ法律ニ依
 リテノミ担保権ノ目的トナルコトヲ得ト云ハサルベカラズ。
 船舶ハ斯ノ如ク自ラ所在地ニ依ルヲ得ザルモ、他ノモノニ對シテ所在
 地法ノ基礎トナルモノナリ。是レ船舶ハ我が領土ト同一視スベキモノナレ
 バナリ。即チ船舶ハ貨物及び旅客ヲ搭載ス。従ツテ船舶ノ上ニアル貨物ニ
 ツキテハ、船舶ノ所在地法ヲ供給ス。船舶ノ積荷ノ所在地法
 ナラス。故ニ日本船舶ニ搭載スル貨物ハ外國港ニ陸揚ガセザルノマデモハ
 公海ニアルト外國領海トナラズ。所在地法ニ依ルベキ法律關係ハ全ク日本
 本ノ法律ニヨル。之ト同様ニ船舶内ノ行為ニキテハ船舶ノ旗國法ノ行為地

四六。

積荷ノ外 五 日本法六十四 外

製造中ノ船舶ニ成シテハ、我が國領海ニ在リ、要件ヲ具備セザル場合ニ於
 テモ、國際法上日本船舶トシテ看做スコトナリ。此ノ場合ニハ該國法ニ依リ
 タルベカラズ。

第三節 債權關係

第一 船舶ノノモノニ關スル法律行為ヨリ取生スル債權

船舶ノノモノノ目的トスル法律關係(備船契約保償契約)ハソノ目的物
 ノ船舶ナルガ故ニ必ズシモ該國法ニヨルベキ理由ナシ。従ツテ此ノ點ニ
 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
 隻ニ關スル債權債務ヲ定ムルヲ得ベク、又意志不明ナル時ハ行為地法ニ
 依ルベキ理ナリ。然レドモ船舶ノ目的トスル法律行為ハ多クノ場合ニ於
 テハ、當事者ノ明示又ハ默示ノ意思表示ニヨリテソノ船舶ノ旗國法ニヨ
 ル場合ガ、實際上多ク注意セザルベカラズ。例ハ備船契約ニツイテ
 及對ノ意思表示ナレバ、通常船舶ノ旗國法ニヨリ、新レ債權債務ヲ定ム

四七一

バキエノトス。又運出契約ニ付シテモ、及対ノ意思表不ナレバ、横国法ニヨル。

四七二

之レト内称ニ船船所有者ト、船長又ハ船主トノ法律行為ヨリ出ズル債権債務モ、法例七条以下ノ原則ニヨルベキモ、普通ノ場合ニハ横国法ニヨルベキ意思ヲ有スルコト多シ。實際ニ、横国法以外ノ法律ノ適用セラルルコト殆ンドナシ。然レドモ、必ズシテ横国法ノミニヨラズ例ハ、外國ノ法律ニテ船貨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。故テ船船債権債務ニ關スル保険契約ハ横国法ニ依ラズ、常ニ法例ノ原則ニ據ルモノトス。

第二 不法行為ヨリ發生スル債権

船舶ニヨリ發生スル不法行為 例ハ、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断シタル場合等ニツキテモ、法例十一條ニ規定スル原則ヲ依ズシモ其ノ係適用シ得ベカラズ、蓋シ我が領海内ニ於テ新ル事案ガ發生シタルハ、不法行為ニ關スル規定ニシテ、外國人タルト内國人タルトヲ向ハズ、等シク適用セラレバモナレバ我が領海内

ニ於テ四外船舶ガ衝突シ、又ハ外國船舶ガ互ニ衝突スルモ、斯ル不法行為ヨリ如何ナル債権債務發生スルハ、法例十一條ニ於テ事實發生地ノ法律ニヨリテ之ヲ定ム。此ノ點ニ付キテハ陸上ニ於ケル不法行為ト海上ニ於ケル不法行為トハ異ルトコトナシ。之ト公称ニ外國領海ニ於テ新ル事案發生シタル時モ、ソノ事實發生地ニヨル。

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ス。

然レドモ、若シ對シ事實ガ公認ニテ發生シタルトモハ、事實發生地ハアレドモ其地ノ法律ニテ結果、事實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旅客船ト加害船トナシ、同族法ヲ同ウスル場合、即チ船舶ノ国籍ヲ同ウスル時ハ、双方共ニ同一ノ法律ニ服従スル結果、其ノ族國法ニヨリ如何ナル債権債務モ發生スマヤカク定ムルヲ得ベシ。然レ共、之ニモ国籍ヲ異ニスル時、何レノ法律ニヨルベキカ不明ナリ、而シテ諸國ノ船舶所有者ノ責任ニ關スル程度ハ各々相異ル。或ハ我が商法五四、四條ノ如ク、船舶所有者ハ自己ニ過失ナク場合ハ於テハ、

四七三

被告即チ加害船舶ノ旗國法ニ依リテ公海ニ於ケル不法行為ニ
就テハ加害船舶ハ其ノ本国法ニ服従スベキ義務ヲ有スルノミ、他國ノ法
律ニ服従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
ニ命令スル所ニ依リテ定ムベシトナス。

コノ説ハ不法行為ノ性質ニ適シ、理論上正當ナリ。然レドモ此ノ説ニ
ヨレバ船舶所有志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、何ヲ原告トシテ請求權ヲ行使シ得ル場合ニ、ソノ請
求取テ法律ニ制限セラル、ニ關ラズ、自己ガ被告トシテ損害賠償ノ責ニ
任ズル時ニ、常に重キ義務ヲ負フコトナリ、コレヲ國際間ニツイテ考
フレバ、不利益ノ結果ヲ得ラス。故ニカハルニ至テハ、國際間ノ公平維持
上、其ノ依コレヲ認ムルコトヲ得ズ。

(一) 原告ノ旗國法主義

此ノ説ハ船舶所有國ノ領海ニ於テ、公海ニ於テ同ハズ、ソ
ノ旗國法ノ保護スル權利ヲ享有ストナリ、如何ナル債權、債務ヲ發生ス

ベキカハ其ノ旗國法ニ依リテ定ムトナス。

此ノ説ハ被害船舶ノ利益保護、該船舶ノ免レバ、一若理由アルレドモ、被害船
舶ハ公海ニ於テハ、被害船舶ノ旗國法ニ服従スベキ義務ナキヲ以テ斯ル
船舶ノ旗國法ニ依リ、被告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、此ノ説ニ依リテ得ズ。

(二) 双方ノ旗國法ヲ折衷シテ適用スベキトスル主義

船舶ノ惹起シタル不法行為ニツイテ、如何ナル債權成立スベキカ、加害者
ノ旗國法ニ依リテ、且レテ定ムルヲ原則トスルト同時ニ、又被害者ノ旗
國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
ニ認ムル範圍内ニ於テノミ債權、債務ヲ成立セシムベキモノトス。例ハ
乗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ト公海ニ於テ
衝突シタリトスレバ、甲國ノ船舶ガ被告ナルトスハ、其ノ船舶ヲ乗付シテ
責任ヲ免ルヲ以テ、乙國ノ船舶ガ被告ナルトスルニ、甲國ノ船舶ヲ原告
ナルトスニハ無限責任ヲ負担セサルモノトシ、其ノ船舶ヲ乗付シ得ベキ
限度ニ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スル

レタル四、船舶ニ則限セラレザル四ノ船舶ニ相互ノ間ニ於テハ、第一ノ程度ノ債務ヲ負担スルコト、ナリ、四ノ間ニ公平ヲ維持シ得ルコトトナルヲ以テ、進取、一八五〇年以後、此ノ主義が國際間ニ慣例トシテ多クノ國ニ認めラル。

我が國ニ於テハ、此ノ点ニ於テ、規定ヲ欠グモ、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点ヨリ見レバ、此ノ主義ハ我が法例ノ不法行為ニ適用スル原則ト同一ノ精神ヨリ採ツルモノシテ、我國ニテモ本斯ル主義ヲ認ムルヲ適當トス。

〇 國籍ヲ異ニスル航空機ニ於テモ本公ゾ

第三事務管理ヨリ發生スル債權債務

船舶ニ由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、

船舶ガ海難ニ遭遇セル場合ニ船舶者ノ諸オヨリ之レヲ救助スル場合ニハ契約ヨリ發生スル債權、債務ナルガ折カレ義務ナクシテ之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

従来此ノ頁ニツキ、何等ノ規定モ設ケナリシガ、海商法外

ニ救護、救助ニ關スル條約ニ加入シタル結果、商法ヲ修正セラレ、第六

條三十三條以下、十六條ノ規定ヲ新クニ設ケタリ、一九一〇年ニ成立セ

シ海難救護及ビ救助ニ關スル規定ヲ統一スルヲ以テ目的トスル條約ノ規定

ト悉ク同様ノ規定ヲ掲グ、然レドモ、此ノ統一條約ニハ國內法ノ規定ニ

讓リシ眞以ナカザルノミナラズ、我立法上、條約ノ規定ト異ナルモノ

ヲ規定セルコトニ少ナカラザレバ現行商法ノ規定ハ尙本外國ノ此等ニ因

スル規定ト異ナル所アルヲ免レズ

此ル債權債務ニツキ、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、其ノ地ノ法律ニ依

リ、如何ナル債權債務發生スベキカラ定ムベキモノトナルニ公法ニ於テ

ベキモノトスルニ至レリ、而シテ条約十五條ニ依レバ、若シモ利害關係
 ヲ有スル船舶が共ニ同一國ニ屬スル場合はハ此ノ條約ヲ適用セシテソ
 ノ本國法ヲ適用スベキモノトス。從ツテ四國船舶間ノ救援救助ニツイテ
 イテハ、公海ニ於ケル場合ハ勿論、外國領海内ニ發生スルモノノ四ノ法
 律ニ依ラズシテ、尚四國法ニ依ルベキモノトスル點ニ於テ法例第十一條
 ニ明記セラル。又船舶ノ國籍ヲ異ニスル場合は於テハ條約ハ其ノ水面ノ
 如何ニ拘ラズ、三ノヲ適用スルコトヲ目的トスル結果、我が領海内ニ發
 生シタルニモ拘ハラズ、事實發生地法タル我が商法ノミニモラズ、條約
 ノ規定ニヨリ其ノ權利義務ヲ定ムル點ヲ於テ法例第十一條ハ制限セラル。

第四 不當利益ヨリ發生スル債權債務
 三ニ付イテハ法例十一條ニヨリ事實發生地法ニヨル公海ニ於ケル場
 合ニ付テハ事實發生地法ヲ適用スバカラザルヲ以テ、船舶ノ被擄法ニ依
 ルノ外ナシ。

船舶ニ關シテ不當利益ナシトシテハ擄取ハ擄取スルコトヲ以テ、若シモ船舶内ノ
 貨物ニ付テハ不當利益ノ問題發生スルコトナリ、以テ擄取モ若シモ公海擄

場合ナリ、即チ共同海損ノ場合ニハ其ノ船舶スハ救費ヲシテ危險ヲ免
 レシムルガためニシテ知分ニ依リ救費ヲ被ケル損害ハ不當利益ノ原則ニ依
 リ其ノ危險ヲ免ル、コトヲ得タル船舶及ビ貨物ヲシテ損害ヲ分担セシム
 ルコトヲ得、斯カル損害ノ分担ハ何レノ法律ニヨルベキハ共同海損ノ法
 學說上ヨリ問題ハ事實發生地ニヨラズ、其ノ船舶ノ本國法、即チ被擄國法ニ
 ルヲ適用トナス。然ツテ此ノ異ニ付イテモ法例十一條ノ原則ハ、公海ニ
 於ケル海損ニ付イテハ其ノ適用ヲ制限セラル。

(完)

國際私法 終

大正十三年六月六日印刷
大正十三年六月十三日發行

(非賣品)

東京市麹町區飯田町三丁目九番地

編輯兼
發行者

矢田長次郎

印刷所

同
北光社

振替口座東京二五一五一

14
649

14
649

終

