

四時間を経過することを必要とする場合に於ても、尙我國に於ては其子の人格は出生に始まることを認めざるを得ないことは言ふ迄もないのである。之を要するに内國人たると外國人たるとを問はず、自然人は凡て人格を有すとは、我國公法及び私法の根本原則とする所である。民法第一條は唯此の根本原則を前提として私權の享有は出生に始まることを規定し、民法第二條も亦此の根本原則を前提として個々の私權の享有に關する解釋の原則を規定するに過ぎないのである。果して然らば權利能力享有の根據は之を此の根本原則に求むるの外はないのである。而して此の根本原則こそは我國の公益上絶對的に維持せざるべからざる重大法則であるから、外國人の人格の存否如何は、其本國法の如何を問はず、專ら我國の法律に依つて之を決定すべきものであると論定せざるを得ないのである。斯の如く人格の存否は之を問題とする國の法律に依つて決定すべきものであるから、之を一般的の形式に表現するときは、人格の存否即ち一般的權利能力の有無は法廷地法に依つて之を定むべきものであると言ふことが出来るのである。

## 第二項 特別的權利能力

### 特別的權利能力

特別的權利能力即ち外國人が個々の權利例へば土地所有權又は相続權を享有することを得べきや否やは、何れの法律に依つて之を定むべきか。此の問題に關しても亦或は本國法説を採り或は内國法説を採る者もあるが、共に謬見たるを免れざるものである。蓋し外國人は其本國に於ては當然享有することを得べき權利にても、我國の法律が斯る權利の享有を認めざる以上は、我國に於ては之を享有することを得ないのであるから、個々の權利の享有に就ては單に本國法説を採ることを得ざるは勿論である。之と反對に外國人は我國に在る土地所有權は我法に依つて之を享有することを得べきも、外國法に依るべき權利例へば相続權は、其本國法が認めざる以上は我國に於て之を享有することを得ないのであるから、外國人が享有する個々の權利は必ずしも常に内國法に依つて之を定むべきものと斷言するを得ざることも亦明かである。従つて特別的權利能力の享有如何は法例の規定に従ひ問題とする法律關係自體の準據法に依つて之を定むべきものであると言はざるを得ないのである。例へば外國人が相続權を享有することを得べきや否やは、被相続人の日本人なるか外國人なるかに依つて其準據法を異にするが故に、日本人なる場合には我民法に依り、外國人なる場合には外國民法に依

つて果して相續權を享有することを得べきや否やを決定すべきである。之と同様に土地所有權を享有することを得べきや否やは法例第十條に依り目的物の所在地法に従ふて決定すべき問題であるから、我國に在る土地所有權の享有如何は我法律に依つて之を定むべきこととなるのである。従つて民法第二條は法例の規定に依り我國の法律に依るべき個々の權利を享有することを得るや否やを決定するに當つて適用せらるべき規定であつて、外國人の享有する權利の準據法を定めたる規定にあらざることと言ふを俟たないのである。

## 第二節 行爲能力

### 第一項 總 說

能力即ち行爲能力 (Capacity; Capacité; Geschäftsfähigkeit) の準據法は身分の準據法と共に古來國際私法上最も重要な問題であつて、國際私法は畢竟身分及び能力の準據法を解決するが爲めに發達したる法則たるに過ぎなかつたのである。而して從來の立法例又は學說が常に身分及び能力と併稱してゐる所以は一方に於て

總說

は權利能力の意義が尙一般に認めらるゝに至らなかつたと共に、他方に於ては古來身分は權利能力及び行爲能力の有無を定むる基準であつたからである。即ち古代に於ては人の法律上の地位は概ね身分階級に依つて定まり、子たり妻たり家族たる身分を有する者は遺言を爲すの能力をも享有することを得なかつたのみならず、士農工商僧侶等の身分階級の如何に依つて權利能力及び行爲能力の範圍を異にし、私法上に於ても公法上に於ても身分は重要な地位を占めてゐたので、行爲能力の準據法を定むるに當つても亦其根本たる身分と共に同一の屬人法に依るべきものとするを以て例としたのである。近世諸國の模範法典と稱せらるる佛國民法第三條に於て唯僅に「身分及び能力に關する法律は佛國人が外國に在る場合に於ても尙之を支配す」と云ふ原則のみを掲げてゐるのも亦當時に於ては之が殆んど國際私法の全部であつたからである。我舊法例第三條第一項に於て和蘭法例第六條、伊國法例第六條等と共に「人の身分及び能力は其本國法に従ふ」と規定してゐたのも亦斯る沿革上の情勢を脱することを得なかつた爲めであつた。然るにメーンの所謂身分より契約に進みたる現代に於ては、私法上の關係は概ね個人の自由意思又は契約に依つて定まり、親族關係を除くの外身分は殆んど何等

の意義をも有せざるに至つた。加之のみならず親族關係より發生する各種の權利義務は單に身分又は親族關係と云ふが如き單純なる原則のみに依つて之を規律することを得ないので、現行法例は第十三條乃至第二十四條に之に關する詳細なる準據法を規定すると共に、古來能力と並び稱せられたる身分なる文字を削除することとした。これは國際私法の發達史上に特筆せらるべき一大進歩であると言はざるを得ないのである。

無能力の  
原因

元來人は法律行為を爲すの能力を有するを以て原則とするが、諸國の法律は種々の原因に依つて能力を制限するを以て例としてゐる。而して斯る制限せられたる能力者は無能力者であるから能力の問題は即ち無能力の問題である。現今諸國の民法に於て無能力を認むる原因は左の四種である。

- 一 年齢に基く無能力(未成年)
- 二 精神病に基く無能力(禁治産)
- 三 心身發育の不完全に基く無能力(準禁治産)
- 四 婚姻に基く無能力(妻)

能力の制限には斯の如く種々の原因があつて其準據法を異にせざるを得ない

のであるから、從來の立法例に於けるが如く唯單に能力は其本國法に従ふと云ふが如き簡單なる原則のみに依つて之を規律することを得ないのである。従つて我法例は先づ第三條に於て最も一般的なる能力の有無即ち成年未成年の區別に因る能力の有無に關する準據法を規定し、第四條に於て禁治産者の能力の制限に關する準據法を規定し、第五條に於て準禁治産者の能力の制限に關する準據法を規定し、妻の能力の制限に就ては婚姻の效力の準據法に依るべきものとしてゐる。尙婚姻能力又は遺言能力等親族法又は相續法上の特別なる行為能力に就ては、親族關係又は相續關係の準據法中に之を規定することとしてゐる。従つて本節に於ては先づ成年未成年の區別に因る能力の準據法を説明し、次で禁治産及び準禁治産に因る能力の準據法を説明することとする。

## 第二項 未成年

年齢に基く能力の制限は各國民法の等しく認むる所であるが、國土、民情、風俗を異にするに従ひ各國民法の規定する成年年齢も亦自ら異ならざるを得ざるものもあるは素より當然である。併し現時に於ては其差異は益縮少し、歐米諸國に於

未成年

諸國に於

ける成年  
々齡

ては概ね滿二十一年を以て成年としてゐる。今主要なる諸國に於ける成年々齡を列擧すれば左の如くである。

- (1) 滿二十五年 丁抹、智利、サルヴァドル
- (2) 滿二十四年 諾威、洪牙利
- (3) 滿二十三年 和蘭、西班牙
- (4) 滿二十二年 亞爾然丁
- (5) 滿二十一年 英吉利、白耳義、獨逸、佛蘭西、伊太利、希臘、埃太利、波蘭、葡萄牙、瑞典、北米合衆國、墨西哥、伯刺西爾、秘露等
- (6) 滿二十年 日本、瑞西、中華民國
- (7) 滿十八年 印度、土耳其、ソヴィエト露西亞
- (8) 滿十六年 印度回教徒
- (9) 滿十五年 波斯

諸國の民法は斯の如く成年々齡を異にするが故に、外國人と法律行爲を爲すに當つては、何れの法律に依つて其當事者の能力の有無を定むべきかを明かにすることが必要である。而して此の問題に就てはバルトルス以來往所地法主義の屬

效力發生  
地法主義

人法を認むるを以て例としてゐたのであるが、佛國民法編纂以來法典國に於ては一般に本國法主義を認むるに至つた。加之のみならず近時行爲地法主義又は效力發生地法主義を採る一二の立法例も成立するに至つたので、現時に於ける諸國の國際私法は之を本國法主義、住所地法主義、行爲地法主義、及び效力發生地法主義の四主義に大別することが出来る。

第一 效力發生地法主義

此の主義を採るものは南米智利である。同國民法第十五條に依れば智利に於て效力を發生すべき法律行爲を爲すの能力に付ては、智利人は外國に住所又は居所を有する場合に於ても本國法に従ふべきものとし、從つて智利に於て效力を發生せざる行爲に關する能力に付ては本國法に従ふことを要せざるものとしてゐる。且同國民法第十四條には、法律は共和國の總ての住民を支配す外國人も亦此中に包含すと規定してゐるので、外國人が智利に於て法律行爲を爲し且其效力が智利に於て發生すべき場合には、其能力は智利國の法律に依るべきものとしてゐる。併し乍ら此の主義は法律行爲の結果たる效力發生地の如何に依つて其行爲を爲すの能力を有するや否やを定めんとする點に於て甚だ不合理たるの議を免

れざるのみならず、更改、和解又は免除等の如き效力發生地の特定せざる法律行為には之を適用することを得ざるの非難を免れざるものである。

第二 行為地法主義

此の主義は北米ジョージヤ州民法第二千七百三十八條に認むる所であつて、行為地法に依つて契約能力を有するときは、ジョージヤ州民法に依り能力を有せざる場合に於ても尙行為地法に依つて能力者と見做すべきものとしてゐる。此の主義は手形行為の如き取引の安全を保障すべき必要ある行為に就ては、將來漸く一般に認めらるゝに至るべき可能性を有するものであるが、凡ての法律行為の能力に關して屬人法の適用を排斥せんとする點に於て、屬地法の適用を不當に擴張するの非難を免れざるものである。

第三 住所地法主義

此の主義は能力が屬人法によるべきことを認めらるゝに至りたる當初より、最も古く且最も廣く行はれたる主義であるが、第十九世紀以來法典編纂の發達に伴ふて漸く其範圍を減少し、現今に於ては唯英米並に南米亞爾然丁等に行はるのみである。蓋し英米に於ては住所は一個人が或る地域の法律に從屬すべき關係

行為地法  
主義

住所地法  
主義

を定むる根本基礎であつて、私的生活より言へば單に政治的關係を意味するに過ぎざる國籍よりも一層重要なる意義を有するものである。特に百般の法律關係は通常住所地に於て發生するのみならず、各人は皆住所地の法律に從ふて生活せんことを期するものであるから、成年未成年の區別に因る能力の有無の如きは専ら住所地法に依つて之を定むべきものである。従つて外國人が内國に住所を有する場合に於ても内國人が外國に住所を有する場合に於ても、均しく住所地法に依つて能力を有無の定むべきものとするのである。而して英米に於て斯の如き主義を認めざるを得ざる所以は、英米には統一的法律が尙存在せざるが爲めである。例へば米國に於て各州各法律を異にするが故に、紐育州法又はカリフォルニヤ州法はあるが、米國法なる統一法は存在しないのである。而して米國人は何れかの州に住所を有することに依つて其州の住民となり、其州の法律に所屬することとなるのである。従つて若し米國人が米國に於ける住所を拋棄して外國例へば日本に住所を設定するときは、最早米國の何れの州法にも所屬するにあらずして、新なる住所地法即ち日本の法律に所屬するものと認めざるを得ないのである。此の法理は英國に就ても同様であつて、地方に依つて法律を異にする國に於ては

屬人法は住所地法主義を原則とするの外はないのである。

尙南米諸國間の國際私法統一に關するモンテヴェデオ條約第一條は住所地法主義を採用するのみならず、亞爾然丁の如きが統一法典國たるにも拘らず、英米と同じく住所地法主義を採用する所以は、南米諸國に於ては外國人に對して本國法を適用するよりも、寧ろ居住地法即ち内國法を適用することを必要とする特殊の事情あるが爲めである。

#### 第四 本國法主義

此の主義は佛國民法第三條を始めとし、統一法典國に於て現今一般に採用する所である。即ち埃國民法第四條及び第三十四條、和蘭法例第六條、伊國法例第六條、葡國民法第二十四條及び第二十七條、西國民法第九條、モンテネグロ財産法第七百八十八條、獨逸民法施行法第七條、墨國民法第十二條、伯刺西爾民法第八條、中華民國法例第三條、波蘭國際私法第一條等は皆此の主義を明言するものである。而して埃國民法及び和蘭法例は佛國民法第三條に倣ひ唯身分及び能力に關する法律は内國人が外國に在る場合に於ても尙之を支配すと規定するのみであつて、内國に在る外國人に就ては何等規定する所が無かつたが、葡國民法に於ては外國に在る

本國法主義

法例第三條

内國人に關する規定を掲ぐると共に、更に一ヶ條を設けて内國に在る外國人に對して其本國の法律を適用すべきことを規定してゐる。然るに伊國法例は從來の慣例を打破して、人の身分、能力並に親族關係は其者の屬する國の法律に依つて之を定むと明言するに至つたので、爾來諸國の立法者は皆伊國の例に倣ひ單に本國法と稱するを以て例とするに至つた。我法例第三條第一項に於て、人の能力は其本國法に依りて之を定むと規定し、内國人たると外國人たるとを問はず、皆其本國法に依るべきことを明言してゐるのも亦之に倣つたものである。尙我法例第三條に就ては左の四點を考究するの必要がある。

本國法主義の根據

(一) 本國法主義の根據 統一法典國たる我國に於ては能力の準據法に關し原則として本國法主義を採らざるを得ざる所以は多言を要せずして明かである。蓋し人の年齢に依つて行爲能力の有無を定むる所以は身體及び智識の發育状態の如何に依つて法律が特別の保護を與ふるの必要あるが爲めである。而して身體及び智識發育の遲速は人種、教育、宗教、民情、風俗、氣候等に依つて異なるが故に、一國の立法者が一定の年齢を標準として能力の有無を定めたる規定は、唯其國民に對して適用することを目的とするのみであつて、人種風俗を異にする外國人に對

して之を適用することを豫想するものに非ざることは言ふを俟たないのである。従つて能力に關する我民法の規定は唯我國民の能力を規定するのみであるから、我國民は外國に居住する場合に於ても尙此の規定に依ることを要すると同時に、内國に居住する外國人の能力は寧ろ其本國法に依つて之を定むべきことを豫想するものであると解釋せざるを得ないのである。法例第三條に規定せる本國法主義は唯此の民法自體の精神目的を原則的に明言せるに過ぎないのである。これ吾人が曩に本國法主義を採るべきか將た住所地法主義を採るべきかは主義自體の優劣如何に因るに非らずして、統一的法典國たるか否かに依つて其適否を定むべきものであると説明せし所以である。

(二) 取引保護主義に因る本國法の制限 能力の有無は當事者の本國法に依つて之を定むるを以て正當とすべきこと上述の如くであるが、内國に於ける取引の安全を保護するの必要より言へば、此の原則の適用を制限せざるを得ないのである。従つて我法例第三條第二項は所謂取引保護主義(*favor negotii*)を採り、

外國人が日本に於て法律行為を爲したる場合に於て、其外國人が本國法に依れば無能力者たるべきときと雖も、日本の法律に依れば能力者たるべきときは前

取引保護主義に因る本國法の制限

第三條第二項

項の規定に拘らず之を能力者と見做す

と規定して、外國人は其本國法に依つて無能力者たることを主張することを得ざるものとしてゐる。此と同様の規定は獨逸民法施行法第七條第三項、瑞西一九〇七年十二月十日の民法第五十九條第七號乙、モンテネグロ財産法第七百八十八條第二項、波蘭國際私法第三條等にも明言する所である。蓋し内外人間の交通頓に發達し日常頻繁なる取引を敏速に遂行することを要する現代に於ては、當事者が相手方の何國人なるか又其本國法上能力者なりや否やを一々豫め調査するが如きことは、到底望み得べき所ではないのである。従つて當事者間に於ても又第三者に對する關係上に於ても、内國に於ける取引の安全を期する以上は、其當事者が假令本國法に依れば無能力者たるべき場合に於ても、苟も行為地法たる内國法に依つて能力者たるべき限りは、其者の爲したる法律行為は有効に成立したるものとして之を取消すことを得ざらしむることが必要であると言はねばならぬ。特に歐米諸國の成年々齡は我國の成年々齡より一年乃至五年も高きのみならず、我國民は歐米人の年齢を推測するに當り通常實際よりも遙に高きに失するを以て例とするが故に、既に成年に達したる者と信じて取引したるにも拘らず、其本國法

上尙未成年者なるの故を以て漫りに其行爲を取消し得べきことを認むるときは、相手方をして不測の損害を蒙らしむるの虞なしとしないのである。且中華民國に於ては昭和四年五月公布の民法總則第十二條に於て始めて滿二十年を以て成年とすることを明言するに至つたが、法例制定の當時清國に於ては成年未成年に關する規定は尙未だ存在しなかつたので、支那人の我國に於て爲したる法律行爲に就ては我法律に依つて能力の有無を定むるの外はなかつたのである。従つて我國に於ては取引保護主義に基く本國法の制限は獨逸瑞西等に於けるよりも更に一層必要であると言はざるを得ないのである。

或は本國法の原則を制限するに當り舊法例第六條の如く内外人間の法律行爲に限り之を制限すべきものとし、外國人相互間の法律行爲に就ては原則に従ひ本國法を適用せざるべからずと主張する者もある。併し現行法例の目的とする所は單に内國人の利益のみを保護するにあらずして、内國に於ける取引の安全を保護するにあるが故に、内外人間の取引たると外國人相互間の取引たるとを問はず均しく之を制限すべきものとせざるを得ないのである。或は同國人間即ち國籍を同ふする外國人間の法律行爲に就ては本國法を制限するの必要なかるべしと

外國人相互間の法律行爲

主張する者もあるが、各地に散在する外國人が取引を爲すに當つて必ずしも相手方の同國人たることを確知するものと斷定することを得ざるが故に、國籍を異にする外國人間の取引と同様に斯る制限に従はしむるを以て正當とせざるを得ない。或は又此の制限を誰善意の場合即ち本國法に依り無能力者たることを知らざりし場合に限るべしと主張する者もあるが、斯る場合に意思の善惡を證明することは頗る困難にして徒らに訴訟を繁多ならしむるの虞あるが故に斯る區別を認むることを得ないのである。尙舊法例第六條は單に合意の成立に關してのみ本國法の原則を制限すべきものとしたのであるが、現行法例は廣く法律行爲と明言して、契約たると單獨行爲たるとを問はず均しく之を制限すべきものとしてゐる。蓋し契約たると單獨行爲たるとに依つて能力を異にすべき理由無きのみならず、手形行爲の如き單獨行爲に就ては特に之を制限すべき必要あるが爲めである。

(三) 例外の例外即ち本國法の原則に依るべき法律行爲 以上述べが如く本國法適用の制限は内國に於ける取引即ち商行爲其他の財産權的行爲を保護するの必要より出でたる例外規定であるから、必要以外に斯る例外規定を適用するこ

例外の場合



第三條第三項

とを得ざるは素より論を俟たないのである。従つて我法例第三條第三項には前項の規定は親族法又は相續法の規定に依るべき法律行為及び外國に在る不動産に關する法律行為に付ては之を適用せず

親族法上又は相續法上の法律行為

と規定し、斯る法律行為に付ては第二項に掲ぐる例外として第一項の原則に従ひ、必ず本國法に依つて能力の有無を定むべきものとしてゐる。蓋し親族法上又は相續法上の法律行為の成立及び効力は後に述ぶる如く當事者の本國法に依つて定むべきものであるから、斯る行為を爲すの能力のみを我國の法律に依つて定むべきものとするも、其法律行為の成立を保護するに足らざるのみならず、本國法の管轄を不當に制限するの非難を免れざるが爲めである。

不動産に關する法律行為

尙外國に在る不動産に關する法律行為の能力に付ても亦原則に従ひ本國法に依るべきものとする所以は、不動産に關する法律行為は各國共に所在地法に従ひしむるを以て原則とするが故に、外國人が其本國法に依つて不動産を處分する能力を有せざるにも拘らず、我國の法律に依つて能力者たるべきことを理由として、我國に於て爲したる法律行為を有効とするときは、管に内國に於ける取引の安全を保護するに足らざるのみならず、却つて取引の不安を醸成するの虞あるが爲め

である。或は第三國に在る不動産に關する法律行為の能力に付ては寧ろ所在地法を適用すべしと主張する者もある。例へば英國に於ては英國に在る不動産に付ては特別的權利能力も行為能力も皆英國法に依るべきものとするが故に、瑞西人が我國に於て英國に在る不動産に關する法律行為を爲したる場合には、當事者の行為能力は本國法たる瑞西法に依るよりも寧ろ所在地法たる英國法に依つて之を定むべきものであると主張する者もある。併し乍ら法例第三條第三項より言へば斯る場合に於ても尙其當事者が成年能力者なりや否やは、第一項の原則即ち本國法に依つて之を定めべきものであると論定せざるを得ないのである。併し乍ら法例第十條に規定せる所在地法の原則より言へば若し所在地法が不動産上の物件を處分する法律行為の能力をも尙所在地法に依らしむべきことを定めたる場合には、其地の法律に従ふて能力を有する者にあらざれば有效なる法律行為を爲すことを得ざることも亦素より論を俟たないのである。而して屬人法と屬地法と相競合する場合には結局屬地法に重きを置かざるを得ざるが故に、前掲の場合に瑞西人が其本國法に従ひ能力者たる場合に於ても、所在地法たる英國法に従ひ不動産を處分する行為能力を有せざる限りは、我國に於ても有效なる法律

行爲を爲すことを得ざるものであると言はざるを得ないのである。併し斯る結論は法例第三條第三項の規定より由來する結果にあらずして法例第十條に依り第三條の適用を除外する結果に外ならざるが故に、之が爲めに外國に在る不動産に關する法律行爲の能力は常に所在地法に依るべきものであると主張することを得ざるは素より論を俟たないのである。

(四) 國籍の變更と本國法 當事者が從來の本國法よりも成年々齡の高級國の國籍を取得したる場合には、國籍の變更と共に再び未成年者となるべきものなりや、或は又一たび成年たる者は常に成年たりとの格言に従ひ、成年者たるの地位を保有すべきものなりや。歐洲諸國に於ては後説を採る者多く、現に獨逸民法施行法第七條第二項の如きは、成年者なるか又は成年者の法的地位を有する外國人が帝國々籍を取得するときは獨逸法律に依り成年者たらざる場合に於ても尙成年者の法的地位を保有すと規定して、サヴィニーの既得權説を認容してゐる。併し乍ら能力は唯有效なる法律行爲を爲すことを得べき資格たるに過ぎずして權利にあらざるが故に既得の權利なりと主張することを得ざるは言ふを俟たないのである。従つて特別の規定なき限りは舊本國法に依り成年に達したる者と雖も、新

國籍の變更と本國法

本國法に依り未成年者たる以上は無能力者たるを免れないのである。而して我法例第三條に前掲獨逸民法施行法の如き規定を掲げざる所以は斯る規定を掲ぐるの必要なきが爲めである。蓋し歐米諸國に於ける成年々齡は我民法の成年々齡よりも高きを以て例とするが故に、斯る國に屬する外國人が我國籍を取得したるが爲めに再び未成年者と爲るべき場合は存せざるのみならず、我國籍法第七條は外國人が我國に歸化する場合には滿二十年以上にして本國法に依り能力者たることを要するが故に、我民法よりも低き年齢を以て成年とする國に屬する外國人が我國籍を取得する場合に於ても亦再び未成年者と爲るが如き餘地を存せざるものである。

### 第三項 禁治産

近世諸國の民法は個人の私益を保護すると同時に社會の公益を維持するの必要より、心神喪失者又は精神發育の不完全なる者に對して其能力を剝奪し若くは制限するを以て例としてゐる。所謂禁治産及び準禁治産の制度がそれである。即ち我民法は第七條以下に於て心神喪失の常況に在る者に付ては裁判所は禁治

禁治産

禁治産に

産の宣告を爲すことを得べきものとし、禁治産者は無能力者にして其行爲は之を取消すことを得べきものとしてゐる。又第十一條に於て心神耗弱者、聾者、啞者、盲者及び浪費者は準禁治産者として之に保佐人を附すべきものとし、保佐人の同意を得ずして第十二條に列擧せる行爲を爲したる場合には之を取消すことを得べきものとしてゐる。佛、白、蘭、伊等の諸國の民法も略之と同様である。之に反して西班牙民法に於ては精神病者、瘖啞者、白痴者、浪費者等に對して禁治産を宣告することを得べきものとし、禁治産と準禁治産とを區別せざることをしてゐる。奥太利及び洪牙利等の民法も亦之と同様である。獨逸民法も亦斯る區別を設けざるのみならず、飲酒癖の爲め自己の事務を處理すること能はず、自己又は家族に困窮に陥らしむるの危険あり若くは他人の安寧を害するの虞ある者に對しても亦禁治産を宣告することを得べきものとし、且一般の禁治産者は未成年者と同じく能力を制限せらるゝのみにして、其行爲は之を取消し得べきものとするに過ぎざるも、精神病に因る禁治産者は全然無能力者にして其行爲は之を無効とすべきものとしてゐる。英國に於ては精神病者及び白痴者に付ては精神病者監督官の決定に依つて其能力を剝奪することを得べきものとし、其行爲は之を無効としてゐる

が、浪費者に付ては何等の制限をも加へざることをしてゐる。

諸國の法律は上述の如く禁治産及び準禁治産の原因に付ても又其效力に付ても各其規定を異にする所あるが故に、外國人に對して禁治産を宣告するに當つては先づ第一に、外國人に對して禁治産を宣告することを得るや否や、即ち管轄權を有するや否やを考究し、第二に若し禁治産を宣告すべきものとせば、其原因は何れの法律に依つて之を定むべきか、第三に禁治産の效力は何れの法律に依つて之を定むべきかを闡明せねばならぬ。

以上の問題に關し多年討議を重ねたる國際法學會は一八九五年ケンブリッヂの會期に於て禁治産に關する國際私法規定八ヶ條を可決し、一八九三年以來海牙に成立せし國際私法統一會議に於ても亦屢此の問題を審議し、遂に一九〇五年を以て禁治産及び之に類似する保護處分に關する條約十九ヶ條を作成し、一九一二年以來歐洲大陸諸國間に於ける國際條約として之を實施しつゝあることは既に述べたるが如くである。而して我法例は此の問題に關し左の如く規定してゐる。

第四條 禁治産の原因は禁治産者の本國法に依り其宣告の效力は宣告を爲したる國の法律による

日本に住所又は居所を有する外國人に付き其本國法に依り禁治産の原因あるときは裁判所は其者に對して禁治産の宣告を爲すことを得但日本の法律が其原因を認めざるときは此限にあらざる

従つて本項は之を(一)禁治産の管轄權(二)禁治産の原因及び(三)禁治産宣告の效力の三款に別つて説明することとする。

第一款 禁治産の管轄權

禁治産は禁治産者の利益を保護すると共に第三者の利益を保護し且社會の公益を維持するの必要より出でたる制度であるから内國人たると外國人たるを問はず禁治産に付すべき状況の下に在るときは國家は先づ警察處分として其身體及び財産を保護し監督するが爲めに必要なる一切の手段を採ることを得べきは素より言ふを俟たないのである。併し乍ら斯る假處分より一步を進めて禁治産を宣告し其能力を剝奪し又は制限することを得べきや否やに就ては學説及び立法例は必ずしも一致せず或は其本國の專屬管轄權に屬すべきものなりと主張し或は滞在國も亦管轄權を有することを認めざるべからずと主張する者もある。國際法學會に於ては本國の專屬管轄權主義を採り他國の官憲は外國人に對して

禁治産の管轄權

國際法學

會の決議

海牙條約

禁治産を宣告することを得ざるものとし(同決議第二條)唯其本國官憲が或事情の爲め禁治産の宣告を爲すことを得ざる場合に限り例外として居住地國の官憲も亦禁治産を宣告することを得べきものとしてゐる(同上條)。而して一九〇五年の海牙條約も亦禁治産は之に付せらるべき者の本國の管轄官廳に依りてのみ宣告せらるべきものとし(二條約第一條)居住地の管轄官廳は禁治産に付せらるべき外國人の身體及び財産を保護するが爲に必要なる假處分を爲すことを得べきも(三條約第一條)直に之を其者の本國の管轄官廳に通知すべきものとし(四條約第一條)本國官廳が斯る通知に對して回答せざる間は居住地に於ては一切の確定處分を猶豫すべきものとし唯本國官廳が禁治産を許さざる意思を表示するか又は六ヶ月の期間内に回答を爲さざる場合に限り居住地の管轄官廳は禁治産に付き裁判することを得べきものとしてゐる(同條第六條)。

元來禁治産の宣告は禁治産者の利益を保護するにあるも其能力を制限し或は其身體の自由をも束縛するが如き人事上重大なる效力を發生するが故に斯る管轄權は原則として其本國の管轄官廳に專屬すべきものと認めざるを得ざると同時に居住地の公益を維持する必要上例外として居住地の管轄權をも認めざるを

得ざることは、前掲國際法學會の決議と海牙國際私法條約の規定に徴して明かである。而して我國が國際條約に依つて拘束せられざる限りは、禁治産に付せらるべき狀況の下に在る外國人の本國官廳に對して、前掲條約に規定するが如き交渉を爲すの必要なが故に、苟くも我國に住所又は居所を有する外國人が禁治産に付せらるべき狀況の下に在る以上は、我裁判所は本人の利益を保護すると共に我國の公益を維持するが爲めに、常に禁治産の宣告を爲すことを得べき管轄權を有するものと論定せざるを得ないのである。

#### 第二款 禁治産の原因

居住地の裁判所が外國人に對して禁治産の宣告を爲すべき場合に、其原因は禁治産者の本國法に依つて之を定むべきものなりや、將た之を宣告する法廷地の法律に依つて之を定むべきものなりや。此の問題に就ても亦絕對的本國法主義を採る者と絕對的法廷地法主義を採る者と相半し、國際法學會に於ては十二對十四即ち僅に二票の多數を以て本國法主義を採り、本國法の認むる原因あるにあらずれば禁治産を宣告することを得ざるものとした(同決議第七條)。蓋し禁治産の原因に就て原則として本國法主義を採らざるを得ざる所以は、禁治産の原因とは能力を剝

禁治産の  
原因國際法學  
會の決議

海牙條約

法例の規  
定

奪し又は制限するの原因に外ならないのであるから、既に能力の有無に關して本國法主義を認むる以上は、之が剝奪又は制限の原因に就ても亦本國法主義を認むべきが當然であるからである。法廷地法主義は此の點に於て維持し得べからざる缺點を有することが明かである。併し乍ら禁治産の原因は専ら本國法のみに依つて之を定むべきものとし、內國法の認めざる原因に付ても尙禁治産の宣告を爲し得べきものとすれば、法廷地の公益に反する結果を免れざることも亦明かであるから、絕對的本國法主義も亦此の點に於て一大缺點を有するものと言はねばならぬ。従つて海牙國際私法條約第七條に於ては此の二主義を折衷して、居住地の官廳が前條に依り管轄權を有する場合には禁治産宣告の請求は外國人の本國法及び居所地の法律に依りて認められたる原因に基き且其人に依りて之を爲すことを得と規定してゐる。我法例第四條第一項に於ても亦此の折衷主義を採り、本國法に依り禁治産の原因ある場合に限り外國人に對して禁治産の宣告を爲し得べきことを明言すると共に、我國の法律が其原因を認めざる場合には此限にあらずと附言してゐる。従つて我國に居住する獨逸人は如何に飲酒の惡癖を有する場合に於ても、我裁判所は其者に對して禁治産の宣告を爲すことを得ざるもの

である。何となれば本國法たる獨逸民法に於ては斯る原因を認むるも我民法は之を以て禁治産の原因と爲すことを許さないからである。従つて法例第四條第一項に禁治産者の原因は禁治産者の本國法に依り云々と規定し、恰も絶對的本國法主義を採用せるが如く明言してゐるのは、甚だ不當且無要なる規定であると言はねばならぬ。

禁治産宣告の手續

尙禁治産宣告の手續は一般の訴訟手續と同様に法廷地法に據らざるべからざることは學説及び判例の共に一致する所である(人事訴訟手續法第三章參照)。

第三款 禁治産宣告の效力

禁治産宣告の效力  
國際法學會の決議  
海牙條約

禁治産宣告の效力に就ては諸國の法律は區々にして、或は禁治産者を後見に付し單に其行爲を取消し得べきものとするものあり、或は之を裁判所の監督に付し且其行爲を無効とするものもあるから、居住地の裁判所が外國人に對して禁治産を宣告したる場合には、何れの法律に依つて其效力を定むべきかを明かにせねばならぬ。此の問題に對しても亦本國法主義と法廷地法主義との二説ある。而して國際法學會に於ては本國法主義を採り、本國法の認むる效力を發生するものとしてゐるが、海牙國際私法條約第八條は法廷地法主義を採り、居住地の官廳に依り

法例の規定

禁治産の宣告ありたる場合には禁治産者の身體及び財産の管理は居住地の法律に従ひて之を行ひ禁治産の效力は其法律に従ふと規定してある。我法例第四條第一項後段に於ても亦、其宣告の效力は宣告を爲したる國の法律に依ると規定して絶對的に法廷地法主義を採るべきものとしてゐる。蓋し禁治産宣告の效力を若し禁治産者の本國法に依つて定むべきものとするときは、同一裁判所の宣告したる禁治産者が、其本國法の如何に依つて或は制限無能力者として其行爲を取消し得べきものとせられ、或は絶對無能力者として其行爲を無効とせらるるが如き結果を將來して、内國に於ける取引の安全を害するに至るの虞あるのみならず、同一裁判所の爲したる禁治産宣告が本國法の如何に依つて其效力を異にすることを認むるが如きは、國家主權の發表たる裁判自體の性質に矛盾する謬見たるを免れないからである。併し乍ら我國裁判所の爲したる宣告の效力が我國の法律に依るべきことは裁判自體の性質より由來する當然の結果であるから、之を法例に明言するの必要なきは勿論である。而して外國裁判所の爲したる宣告の效力が外國法に依つて定まることも亦外國法上の問題であつて、我法例に規定すべき事項ではないのである。従つて、其宣告の效力は宣告を爲したる國の法律に依ると

の規定は、學者の著書若くは國際條約に於ては存在の理由を有するも、一國の法典中に掲げらるべき規定の形式を備へざるものであるから、法例第四條第一項の規定は全部削除せらるべき無要の規定であると言はざるを得ないのである。

外國官廳  
の宣告し  
たる禁治  
産效力

禁治産宣告の效力に就て尙説明を要すべき問題は外國官廳に依つて宣告せられたる禁治産の效力は我國に於て之を認むべきや否やである。此の問題に關し海牙國際私法條約第九條は左の如く規定してゐる。

海牙條約

前數條の規定に依り管轄官廳の爲したる禁治産の宣告にして禁治産の能力及び後見に關するものは總ての條約國に於ては執行判決を要せずして效力を生ずるものとす

然れども自國の管轄官廳に依り宣告せられたる禁治産に付法律上規定せられたる公示方法は外國官廳に依り宣告せられたる禁治産にも同じく之を適用する旨又は類似の方法を以て代ゆる旨を宣告することを得

我が國際

各條約國は和蘭政府の仲介に依り公示方法に關して爲したる處分を互に通知するものとす  
即ち斯る條約國間に於ては相互に外國に於て爲したる禁治産の宣告を認むる

私法上の  
解釋

と同時に、自國の法律に規定せる公示方法に従はしむることを要求し得べきものとしてゐる。併し乍ら我國は斯る條約に加盟せざるのみならず、現行法上斯る效力を認めたる何等の規定も無いのであるから、理論に依つて之を決定するの外はないのである。而して我國の國際私法學者中には或は之を日本人に對して爲したる宣告と外國人に對して爲したる宣告とに區別し、日本人に對する禁治産の宣告は日本の裁判所の管轄に專屬するが故に外國の裁判所が日本人に對して爲したる禁治産の宣告は我國に於ては何等の效力をも有せざるものであるが、外國人に對して爲したる禁治産の宣告は我國に於ても當然之を認むべきものであると主張する者もある。併し乍ら單に禁治産者の日本人なるか外國人なるかに依つて、一方を絕對に無効とし他方を當然有效とするが如きは甚だ理由無き區別であると言はねばならぬ。且人事訴訟手續法第四十條に禁治産の申立は禁治産の宣告を受くべき者が普通裁判籍を有する地の區裁判所の管轄に專屬すと規定するも、之が爲めに外國に居住する日本人に對して外國の管轄官廳が禁治産の宣告を爲すことを禁止するものと解釋することを得ざるは素より論を俟たないのである。従つて外國の裁判所が其國に居住する日本人に對し我民法の規定に基いて

禁治産の宣告を爲したる場合に若し其日本人の能力に關する問題が我國の裁判所に於て發生したる場合には、我裁判所は外國に於ける禁治産の宣告に依り無能力者たることを認めざるを得ないのである。併し乍ら若し其日本人が我國に歸來して住所又は居所を有する場合には、人事訴訟手續法第四十條以下の規定に従ひ更に我國裁判所の宣告を受けねばならぬ。何となれば我國に居住する日本人に對しては外國裁判所の宣告したる禁治産は何等の效力をも有することを得ないからである。之と同様に外國に居住する外國人に對して爲したる禁治産の宣告は、其當事者の能力に關する限りに於て、我國に於ても其效力を認むるを以て正當とすべきも、若し其外國人が我國に住所又は居住を有するに至りたる場合には、外國に於て爲したる禁治産の宣告は我國の領土内に於ては何等の效力をも有せざるが故に、法例第四條第二項の規定に従ひ更に我裁判所に於て禁治産の宣告を受けねばならないのである。蓋し我裁判所に於て禁治産を宣告したる場合には、其裁判の要旨を直ちに官報及び法人の登記の公告に付き選定したる新聞紙上に少くも一回掲載して、世上に何某の禁治産者たることを公示することを要するにも拘らず、外國に於て爲したる禁治産の宣告が何等の公示方法をも要せずして當

然效力を有すべきものとし、第三者に對しても當然無能力を對抗し得べきものとするが如きは、我國に於ける取引の安全を害するの虞あるのみならず、公示方法を強制する我立法政策に矛盾するものであると言はねばならぬ。特に論者が法例第四條第一項後半の規定を根據として、外國に於て爲したる禁治産の宣告が我國に於ても當然其效力を發生することを認むるが如きは、海牙國際私法條約が條約國相互間に於てすらも認めざる效力を附與せんとするものにして、我法例の精神を無視するの非難を免れざるものである。

以上は法例第四條に規定せる禁治産即ち民法上の禁治産に關する説明であるが、或は刑法上の禁治産に就いても尙屬人法に依るべきことを主張する者もある。併し乍ら元來刑法上の禁治産は一種の附加刑であつて、刑罰の效力は國境外に及ばざるを以て原則とするが故に、國際私法上の問題を惹起するものではないのである。

#### 第四項 準禁治産

準禁治産と禁治産とは唯保護の程度、從つて能力制限の程度を異にするのみで



あつて、本來其性質を同うするものである。我民法を始めとし佛伊法系の諸國に於ては此二者を區別するも、獨逸法系の諸國に於ては之を區別せざるを以て例とすることは既に説明せしが如くである。従つて之が準據法に就ても亦禁治産の準據法に關する説明を其儘適用すれば足りるのである。我法例第五條に於ても亦唯前條の規定は準禁治産に之を準用すと規定するのみである。従つて例へば英國法に依れば浪費は能力制限の原因に非らざるが故に、我國に在る英國人が如何に浪費するも、我國の裁判所は浪費者として準禁治産の宣告を爲すことを得ないのである。之に反して本國法に於て禁治産の原因とする事實が法廷地法に於ては準禁治産の原因であるか又は其反對の場合には法廷地法の認むる原因を基礎として準禁治産又は禁治産を宣告することを得るのである。例へば浪費は我國に於ては準禁治産の原因であり、獨逸に於ては禁治産の原因であるが、禁治産と準禁治産とは唯程度を異にするのみにして互に共通の原因たることを妨げざるが故に、我國に於ては獨逸人たる浪費者に對して準禁治産を宣告することを得ると同様に、獨逸に於ては日本人たる浪費者に對して獨逸法に從ひ禁治産の宣告を爲すことを妨げないのである。

### 第三節 失踪

失踪

人格は出生に始まり死亡に終はることは何人も争はざる所であるが、生物學上若くは醫學上に於ける生死の問題は常識で考へるが如き簡單なるものではない。従つて法律學上に於ても出生とは何ぞやに就て種々巧妙なる説明を試みる者擧げて算ふべからざるにも拘らず、正確なる定義を與ふる者は殆んど絶無である。特に近來科學の發達と共に早産兒を化育する装置大に進歩し、母胎を離れたる當時に於ては一片の血塊に過ぎざる生物が、一定の期間を經過するに従ひ、恰も鶏卵の孵化するが如くに機械装置の裡に於て初生兒の状態にまで發育するに至ることもある様であるが、斯る場合に如何なる時期を以て出生と見做すべきかは頗る困難なる問題である。併し乍らこれは畢竟生物學上の問題であつて、法律學上より之を説明するの必要なのみならず、到底之を説明することを得ないものである。國際私法上に於ても亦出生に關する抵觸問題を説明するの必要はないのであつて、唯人格の存否は法廷地法に依つて之を定むるが如く、人格の始に就ても亦法廷地法に依るべきことを一言すれば足りるのである。従つて例へば西班牙民

法は母胎分離後二十四時間の経過を以て人格發生の要件とするも、西班牙人の子が我國に於て生れたる場合には、本國法の規定如何に拘らず出生の事實あるや否や、我民法第一條の規定に依つて直ちに其人格の發生したることを認めざるを得ないのである。

人格の終り即ち死亡に就ても亦民法學者中には種々の説明を試みる者もあるが畢竟無要の説明たるを免れざるものである。何となれば死亡とは何ぞやも亦生物學上の問題であるから、争ある場合には醫學者の鑑定に依つて之を決定するの外はないからである。従つて人格の自然的終期に就ても亦國際私法上の問題を發生すべき餘地を存せざるものである。然るに諸國の民法は失踪の制度を認め、人の生死不明なる場合に一定の時期に死亡したるものと推定するを以て例とし、然も其要件及び効力は區々一定する所がないから、人格の此の人爲的終期に就ては法律の抵觸問題を發生するが故に茲に之を闡明するの必要があるのである。而して此の問題は之を(一)失踪の管轄權、(二)失踪宣告の準據法及び(三)失踪宣告の效力の三項に區別することとする。

### 第一項 失踪宣告の管轄權

失踪の宣告は獨逸法系の諸國に於ては一定の期間生死不明なる不在者に對する死亡の宣告であつて、相續は之に依つて開始し、親族關係は之に依つて消滅し、婚姻關係も亦之に依つて解消し、配偶者は再婚することを得るが如き重大なる效力を發生する。佛國法系の諸國に於ては唯不在の宣告を爲すのみであつて、如何なる場合に於ても不在者の死亡を推定する效力を有せざるものとしてゐる。従つて不在者の配偶者は死亡を證明せざる限りは再婚することを得ないのである。英米法系の諸國に於ても一定の期間生死不明なる場合には推定相續人をして其財産を取得せしむるを以て例とするも、一般的に死亡の時期を推定せざるものである。失踪の宣告は斯の如く死亡を推定し其人格をも喪失せしむるが如き重大なる效力を發生するものであるから、若し一國が外國人に對して漫りに失踪の宣告を爲すときは、獨り個人の權利を侵害するのみならず、其本國の臣民主權をも侵害するの非難を免れざるものである。従つて失踪宣告の管轄權は原則として失踪者の本國裁判所に專屬することを認めざるを得ないのである。或は獨逸民法

施行法第九條第一項には失踪者が失踪の始め獨逸人なりしときは内國に於て獨逸法律に従ひ死亡の宣告を爲し得べきことを規定せるにも拘らず、我法例第六條には斯る規定を掲げざるが故に、日本人たる失踪者が外國の國籍を有する場合に於ては失踪宣告を爲すことを得ざるの缺點があると主張する者もある。併し失踪者が失踪の始め日本人たりし以上は我裁判所が失踪の宣告を爲し得べきことは素より當然であつて、敢て獨逸民法施行法の如き規定を要せざるものであると言はねばならぬ。

失踪宣告の管轄權は原則として其本國の裁判所に專屬すべきことは上述の如くであるが、失踪の宣告は元來失踪者の利益を保護するよりは、寧ろ第三者の利益を保護し且失踪者の生死不明なるが爲めに發生したる不確定状態を安定すべき國家經濟上の必要より出でたる制度であるから、苟くも此の公益を維持するが爲めに必要なる以上は、我裁判所が外國人に對しても尙例外として失踪宣告の管轄權を有するを以て正當とせざるを得ないのである。法例第六條は即ち此の必要より出でたる規定であつて左の如く明言してゐる。

法例第六

外國人の生死が分明ならざる場合に於ては裁判所は日本に在る財産及び日本

條に規定せる二條件

の法律に依るべき法律關係に付てのみ日本の法律に依りて失踪の宣告を爲すことを得

従つて我國の裁判所が外國人に對して失踪の宣告を爲すことを得べき場合は唯左の二條件を具備する場合のみに限るべきである。

第一 外國人の生死が分明ならざること

我民法の規定に依れば普通の場合には不在者即ち從來の住所又は居所を去りたる者の生死が七年間分明ならざる場合に限り、裁判所は利害關係人の請求に因つて失踪の宣告を爲すことを得るのである。従つて外國人に對して失踪を宣告するに當つても亦此の條件を具備することを要するは勿論である。而して人事訴訟手續法第七十一條に依れば失踪宣告の申立は不在者の住所地の區裁判所の管轄に專屬するのである。尤も日本に住所なきとき又は日本の住所が知れざるときは居所に依り、居所なきとき又は居所の知れざるときは最後の住所に依りて管轄裁判所を定むべきものとし、最後の住所なきとき又は其住所の知れざるときは司法省令を以て指定したる地即ち東京市を以て住所地と見做すべきものとしてゐる(人事訴訟手續法第一條第七項)。従つて生死不明なる外國人は必ずしも常に我國に於

外國人の生死が分明ならざること

て最後の住所又は居所を有したる者と云ふことを得ないが、普通の場合には外國人が我國に於ける住所又は居所を去りたる儘生死分明ならざる場合に限り、失踪の宣告を爲すことを得べきものであると言はねばならぬ。

第二 外國人が日本に在る財産又は日本の法律に依るべき法律關係を有すること

外國人が日本に在る財産又は日本の法律に依るべき法律關係を有すること

外國人に對して例外として失踪の宣告を爲すことを必要とする所以は、生死不明なる外國人が我國に在る財産を有し、若くは日本の法律に依るべき法律關係を有するが爲めである。蓋し我國に存在する財産若くは我國の法律に依るべき法律關係の不確定状態を安定すべき國家經濟上の必要は、其權利者の内國人たる外國人たるに依つて異なる所なきが故に、斯る場合には外國人の本國に於て失踪宣告の制度を認むると否とを問はず、苟くも我國に於て其者の生死が分明ならざる以上は失踪の宣告を爲さざるを得ないのである。法例第六條は、失踪の宣告を爲すことを得ると明言するが故に、之を宣告すると否とは恰も裁判所の自由裁量に屬するが如くであるが、此の得なる文字は裁判官に對しては「要す」と云ふと同一であつて、我國の法律に従ひ失踪宣告の要件を具備する以上は、常に失踪の宣告を

爲さざるべからざるは素より論を俟たないのである。

尙獨逸民法施行法第九條第二項末段には、獨逸民法第二千三百六十九條第二項の規定を準用すと規定し、如何なる財産若くは請求權を内國に在るものと見做すべきかを明かにしてゐるが、我法例第六條には斯る規定を掲げざるが故に、日本に在る財産及び日本の法律に依るべき法律關係とは何ぞやといふ問題に就て之を闡明すべき必要がある。

日本に在る財産

甲 日本に在る財産 日本に在る財産とは財産權の目的物が我領土内に存在するものを云ふ。従つて我國に存在する動産及び不動産上の物權は勿論我國に於て登記し又は登録する權利は皆日本に在る財産である。例へば我特許局に於て登録したる特許權、實用新案權、意匠權及び商標權の如き、我行政官廳に於て登記し登録したる船舶又は航空機の所有權の如きは皆日本に在る財産である。債權に就ては所在地を認むる者と認めざる者とがあり、且之を認むる學者中にも其所在地を或は債務の履行地に在りとし、或は債權者の住所地に在りとし、或は又債務者の住所地に在りとする者もある。併し乍ら債權の實際上の價值如何は畢竟債務者が辨濟能力を有するか否かに因つて別れるのであるから、債權の所在地を認む

べきものとすれば寧ろ債務者の住所地に在りとするのが正當である。獨逸民法が或る請求權に關し獨逸の裁判所が訴訟受理の權能あるときは其請求權は内國に在るものと見做す(第二三六九條)と規定してゐるのも亦其趣旨を同ふするものである。我法例の解釋としても亦此說に従ふことが正當である。

乙 日本の法律に依るべき法律關係 日本の法律に依るべき法律關係とは我法例の規定に依つて日本の法律が適用せらるべき法律關係である。例へば動産及び不動産に關する物權其他登記すべき權利は其目的物の所在地法に依るべき法律關係であるから、日本に在る此等の財産は皆日本の法律に依るべき法律關係である。親族法上及び相続法上の法律關係は當事者の本國法に依るべき法律關係であるが、法例第二十九條に依り日本の法律に反致せられたる場合には、日本の法律に依るべき法律關係である。例へば我國に住所を有したる米國人が我國に於て爲したる遺言の效力如何は、米國の國際私法上住所地の法律即ち日本の法律に依つて之を定むべきものとするが故に、法例第二十九條に依り日本の法律に依るべき法律關係と爲り、従つて受遺者は法例第六條に依り遺言者たる外國人に對して失踪宣告の申立を爲すことを得べきが如きである。尙日本の法律に依るべ

日本の法律に依るべき法律關係

き法律關係とは唯法例の規定上直接に日本の法律に依るべき場合のみに限るべきか、將た當事者の意思に依つて日本の法律に依るべき場合をも包含すべきかは問題であるが、後説を以て正鵠を得たるものと言はねばならぬ。

## 第二項 失踪宣告の效力

失踪宣告の效力に就ても亦學者往々にして本國法説を主張する者もある。併し失踪宣告の制度は既に説明せし如く法廷地の公益を保護するの必要より出でたるものであつて、本國法に於て失踪宣告の制度を認むると否とを問はないのであるから、本國法に依ることを得ざるは素より論を俟たないのである。若し夫れ我國裁判所の宣告したる失踪にして失踪者の本國法の如何に依り其效力を二三にせざるを得ざるものとするが如きは、外國人に對する失踪宣告の理由を没却するものであると言はねばならぬ。是れ我法例第六條に「日本の法律に依つて失踪の宣告を爲すことを得」と明言し、單に人事訴訟手續法第七十條以下の手續に依るのみならず、民法第二十五條以下の實體規定に依つて失踪の宣告を爲すべきことを規定せる所以である。従つて我裁判所が外國人に對して失踪の宣告を爲した

失踪宣告の效力

るときは、我民法の規定に従つて死亡と同一の效力を發生するが故に、其本國法に依れば失踪宣告の制度なきか或は死亡の推定の效力を認めざる場合に於ても、尙我國に在る財産に付ては相續開始の原因と爲り、我國の法律に依るべき婚姻に付ては婚姻解消の原因と爲るべき效力を發生するに至るのである。

### 第三項 外國裁判所の宣告したる失踪の效力

我法例第六條は日本人に對する失踪の宣告に就て何等規定する所なきと同様に、外國裁判所が外國人に對して爲したる失踪の宣告に就ても亦何等規定する所はないが、我法例は失踪の宣告は本國裁判所の管轄權に專屬することを認むるを以て根本原則とすることは既に説明せしが如くである。従つて外國裁判所が外國人に對して失踪を宣告したる場合には、我國に於ても亦其效力を認めざるを得ないのである。何となれば失踪の宣告は執行判決を以て執行力を附與すべき判決と異なり、唯失踪の事實を確定したる宣告たるに過ぎないのであるから、恰も死亡の事實を認めざるを得ざると同様に何れの國に於ても失踪者たることを認めざるを得ざるが爲めである。例へば我國に在る財産を所有せる獨逸人が獨逸法

外國裁判所の宣告したる失踪の效力

外國人に對して宣告したる場合

律に従ひ獨逸に於て失踪の宣告を受けたるときは、我國に在る財産に付ても亦獨逸法律に従ひ相續開始の原因たることを認めざるを得ないのである。従つて其本國裁判所が失踪の宣告を爲したる以上は我國に於て更に失踪を宣告するの必要なきことは明かである。

外國裁判所が日本人に對して失踪の宣告を爲したる場合に於ても亦前掲外國人の場合と等しく我國に於て其效力を認むべきや否や。此の問題に就ては學者多くは之を否認すべきものと主張するを以て例とする。其理由とする所は內國人に對しては內國裁判所のみが專屬管轄權を有するが故に外國裁判所の管轄權を認むることを得ないとするにある。或は法例第六條の如き規定は內國の公益の爲めに認めたる例外的規定であるから、擴張的解釋を以て之を外國裁判所に及ぼすことを得ざるものであると主張する者もある。併し乍ら我國が外國人に對して失踪の宣告を爲し得べき例外的管轄權を有することを正當とする以上は、外國裁判所が其國に在る財産又は其國の法律に依るべき法律關係に付て、日本人に對して失踪を宣告すべき例外的管轄權を有することを認めざるを得ざること、亦素より當然であると言はねばならぬ。但我國の裁判所は日本人に對して專屬

日本人に對して宣告したる場合

管轄権を有するが故に、外國に於ける失踪の宣告如何に拘らず、更に我國に於て失踪の宣告を爲すことを得べきは勿論である。

## 第一章 物 權 法

### 第一節 總 論

物權は其目的物の所在地法に依つて支配せらるべきことは現時に於ては何れの國に於ても一般に認めらるる原則である。併し乍ら此の原則は從來は唯不動産に就て認められたるのみであつて、動産に就ては寧ろ所有者の住所地法に従ふべきものとしてゐたのである。元來不動産に關する物權が所在地法に従ふべきことは事物自然の性質上當然の結果であるから、バルトルス以來何人も其根據を説明せんと試みる者は無かつたのであるが、サヴィニーが之を任意的服從に歸せしより以來、學者多くは其理由を説明するを以て例とするに至つた。而してサヴィニーの説に依れば物は一定の空間を占領するが故に、物の所在地は同時に物權に關する法律關係の所屬地である。従つて物に對する權利を取得し又は行使せんと

物權は所在地法に従ふ

所在地法の根據

する者は自ら進んで任意に其地に行はるゝ法律に服從する結果として所在地法の原則が認めらるゝに至つたと云ふのである。併し乍ら物權は所在地法に従ふとの原則は當事者が任意に服從することを前提せざるのみならず、當事者が之に服從することを欲せざる場合に於ても尙強行せらるべき公益規定であるから、斯る説明は此の原則の根據を明かにするに足りないことは素より言を俟たないのである。佛伊學派中には或は之を以て國際公秩序に關する規定なるが爲めであるとし、或は國際的慣習法を成すが爲めであると説明する者も少くないが、斯る説明も亦此の原則の根據を説明するに足りないことは明かである。果して然らば所在地法の原則は如何なる理由より發達したるものなるか。予輩は多數の學者と共に此の原則は領土主權と物權自體の性質とより由來したることを信ずる者である。蓋し現代に於ては一國の領土主權は排他的權力であつて、自國の領土内に於ては他國の權力を排斥して唯自國の權力、自國の法律のみを適用し得べきことは國際法上一般に認められたる原則である。而して不動産は領土の一部分を構成するものである。従つて不動産に關し如何なる物權を認むべきか、如何なる程度の支配權を附與すべきか、將た如何なる方法に於て其權利の行使を制限すべ

さか等の問題は、皆其國の經濟上、社會上及び政治上の利害に關する重大問題であるから、何れの國に於ても物權の種類、内容及び效力等は皆唯其國の法律に規定する範圍に於て存在することを認むるのみであつて、當事者の意思如何に依つて之を左右することを許さざるを以て原則とするのである。物權は斯の如き特質を有する權利であるから、權利者の國籍又は住所の如何に拘らず、専ら其目的物を管轄する國の法律即ち所在地法に依つて之を定めざるを得ないのである。これ不動産に關する所在地法の原則が領土主權及び物權に關する法律思想尙幼稚なりしバルトルス時代より自然に發達し來つて、遂に國際的慣習法とも稱せらるゝが如く世界各國に於て一般的に認めらるゝに至つた所以である。

然るに第十六世紀以來法則區別説を採る學者は動産と不動産とを區別し、不動産に就ては上述の如く物法即ち所在地法の原則を認むるにも拘らず、動産は寧ろ人法即ち所有者の住所地法に依るべきものとし、動産は人に從ふ(mobilia personam sequuntur)と言ふ格言を發達せしむるに至つたのである。蓋し動産は一定の場所に定着せざるのみならず、其所在地は變轉極りなきが故に、若し所在地法に依るべきものとするときは、動産上の權利は所在地の移動する毎に異なる法律に依つて

動産は人に從ふ

支配せらるゝ結果として、權利の安定を缺くの虞ありと見做したるか爲めである。英法學者も亦これと同様の思想より、動産は一定の場所を有せず(Personal property has no locality)と云ふ格言を使用してゐる。併し乍ら斯る思想は理論上に於ても實際上に於ても維持し得べからざる謬見である。何となれば此説は甲乙住所地を異にする者が互に動産の所有權を争ふ場合には、甲乙何れの住所地法に依つて之を定むべきかを判定すべき標準を與へざるのみならず、甲國の法律が動産とする物を乙國の法律が不動産とする場合には、何れの法律に依つて動産なりや否やを定むべきかを判定すべき標準すらも與へることは出來ないからである。加之ならず動産に關する物權法も不動産に關する物權法と同様に、等しく所在地國の公益に關する規定であるから、一國の領土内に存在する動産に就て如何なる物權が如何なる條件を以て何人に所屬すべきかを判定すべき準據法は、其所在地法たらざるべからざることは不動産に關する物權と何等異なる所はないのである。従つて普通の動産は勿論行商人又は旅行者の携帶品と雖も、常に現在の所在地法に依つて其物に關する物權關係を定めねばならないのである。若し斯る場合に動産上の權利を取得せんとする者が所有者の住所地法(外國法)を一々調査したる



後にあらざれば其動産上の權利如何をも知得ることを得ざるものとするときは、動産は所有者の住所地以外に於ては取引の目的物たることを得ざるに至るの弊害を免れざるものであると言はねばならぬ。

占有保護  
の發達と  
共に動産  
も亦所在  
地に從ふ

「動産は人に從ふ」との原則は上述の如き缺點あるにも拘らず、第十八世紀末迄は法則區別學派の信條として一般に認められてゐた所であるが、第十九世紀以來占有の保護に關する法理漸く發達するに從ひ之と反比例して益々其範圍を縮少し、遂に動産に關しても亦不動産と同様に所在地法の原則を認むるに至つたのである。今其變遷の概要を略述せんに、或は所有者が一定の場所に於て永久的に使用する動産は例外として所在地法に依るべきことを主張する者あり、或は所在地の法律が動産に關し特別の規定を設けたる場合には例外として所在地法に依るべきことを主張する者もあり、或は更に一步を進めて、動産は人に從ふとの原則を否認し、動産に於ては一般的原則を定むることを得ざるものであると主張する者益々多きを加ふるに至つた。サヴィニの如きは家具、圖書館の書物又は美術館の美術品の如く一定の場所に繼續的に存在する動産と、旅行者又は行商人の携帶品の如く常に所在地を移動する動産と其他の動産との三種類に分類して、第一種の動

産は所在地法に依り、第二種の動産は所有者の住所地法に依り、第三種の動産は或は所在地法に依り或は住所地法に依るべきものとした。併し乍ら斯る分類は理論上の根據を缺くのみならず、占有の保護と取引の安全とより言へば旅行者の携帶品と雖も所在地法に依らしむべき必要あるが故に、第十九世紀後半以來獨逸の學説は動産の種類性質如何に拘らず等しく所在地法に依るべきものとして、サヴィニの學説を排斥するを以て例とするに至つた。佛國民法は動産に關して何等規定する所がないが、佛國の學説及び判例は佛國に在る動産に就ては不動産と同様に佛國法律を適用すべきものとしてゐる。埃國民法第三百條の如きは不動産は所在地の法律に從ひ、其他の物は其所有者の人事と同一の法律に從ふと規定してゐるに拘らず、同國の判例は動産上の物權に關しては所有者の住所又は國籍の如何を問はず常に所在地法を適用するを以て例とすることはウォルカの論證する所である。伊國法例第七條第一項に於ても亦、動産は所有者の本國法に從ふ但所在地法に反對の規定あるときは此限にあらざると規定してゐるが、同國の判例及び學説が動産も亦所在地法に依つて之を定むべきものとしてゐることは、ディエナ、ブイオレ等の證明する所である。英米に於ても亦近時商業取引の發達するに從

ひ商品の所有權の移轉は所在地法に適合したるときは之を有效とすべきものと  
し動産に就ても亦漸次所在地法の原則を認むるに至りたるのみならず、ウェストレ  
イキ、ホワートン等の如きは「動産は一定の場所を有せず」との格言の甚だ無稽なる  
ことを指摘してゐる。従つて現時に於ては動産も亦不動産と同様に所在地法に  
依るを以て原則とすることは、歐米諸國の實際上一般に認めらるゝ所であると云  
ふことが出来る。併し之を法文に明言する立法例は尙極めて少數であつて、其主  
要なるものは智利民法第十六條、希臘民法第五條、コンゴ自由國民法第九條、リヒ  
テンシュタイン物權法第十條乃至第十三條、チッコ、スロヴァキヤ民法草案第十八條、波  
蘭國際私法第八條、ブスタマンテ法典第一百五條乃至第四百十條等に過ぎないので  
ある。

法例第十  
條

我法例第十條は上述の如き學説及び判例の發達に顧み、動産たると不動産たる  
とを問はず、物權は凡て所在地法に依るべき原則を明言すると共に、此の原則は登  
記に依つて物權的效力を生ずる權利にも及ぼすべきものとして左の如く規定し  
てゐる。

第十條 動産及び不動産に關する物權其他登記すべき權利は其目的物の所在

地法に依る。

前項に掲げたる權利の得喪は其原因たる事實の完成したる當時に於ける目的  
物の所在地法に依る。

第二節 各 論

第一項 物及物の區別

第一款 物

物權は其目的物の所在地法に従ふ結果として或物が權利の目的物なりや否や  
は所在地法に依つて之を定むべきものである。従つて甲國に於ては私權の目的  
物と爲すことを禁止せられたるミイラの如きも、若し之を乙國に移轉したる場合  
には賣買讓渡の目的物たることを妨げざるものである。之と同様に甲國に於て  
は國寶に指定して賣買を禁止する美術品にても、一朝外國に輸出せられたる場合  
には新なる所在地法に依り賣買讓渡の目的物たるを得べきことは勿論である。  
例へば一八八五年佛國巴里に於て西班牙の著名なる寺院の寶物を賣買したる場

物

合に、寺院は其實物の不融通物なることを理由として取戻を請求せしむ、セイヌ裁判所は所在地法たる佛國法律に依り買受人は完全なる所有權を正當に取得したる旨を判定したる如きは其一例である。

尙無記名債權を動産と見做すべきか否かも亦其債權を表現する證券の所在地法に依つて之を定むべきものである。従つて無記名債權を發行したる國に於ては之を動産と見做さざる場合に於ても、若し證券が我國に存在する場合には我國に於ては民法第八十六條第三項の規定に従ひ之を動産と見做さざるを得ないのである。

### 第二款 物の區別

物の區別即ち如何なる物は動産なりや不動産なりや、主物なりや従物なりや、又は元本なりや果實なりやに關しても亦諸國の民法は其規定を異にするが故に、何れの法律に依つて之を定むべきかを明かにせねばならぬ。而して此の問題に就ても亦所在地法の原則に依り、我國に存在する物に就ては我民法の規定に依つて之を定め、外國に存在する物に就ては外國法に依つて之を定むべきものであると言はねばならぬ。例へば蜜蜂の巢は佛國民法に依れば動産であるが、和蘭民法に

依れば不動産であるから、其所在地の如何に依つて或は之を動産とし或は之を不動産と見做さざるを得ないのである。然るに一派の學者は法律關係の性質決定は常に法廷地法に依つて之を定むべきものとし、従つて外國に存在する物が動産なるか不動産なるかを決定するに當つても尙内國民法の規定に依つて之を定むべきことを主張する者もあるが、其説の如何に不當なるかは此の一例に徴しても之を知得するに足りるのである。

### 第二項 物權の種類及效力

物權は其目的物の所在地法に依る結果として、如何なる權利は物權なりや、物權の種類及び效力如何と云ふ問題も亦其目的物の所在地法に依つて之を定むべきものである。従つて物に對する或る權利例へば占有權、用益權、留置權、先取特權又は先買權等は物權なりや否や、即ち物權の種類如何と云ふが如き問題は皆物の所在地法に依つて之を定むべきものであるから、甲國に於ては物權たる權利にても乙國に於ては債權たるに過ぎざることもある。且物權は其目的物の所在地法に依る結果として物權の内容效力、従つて物權の存續期間、物權の使用收益又は處分

に關する制限並に物權の内容決定に關する當事者の自由の範圍等も亦所在地法に依つて之を定むべきものである。最近制定せるリヒテンシュタイン物權法第十六條には動産上の所有權及び制限物權の内容は其時々所在地法に依つて之を定むべき旨を特に明言してゐるが、物權の内容及び効力が常に其目的物の所在地法に依らざるべからざることは所在地法の原則より由來する當然の結果であるから斯の如き特別の明文を要せざるものであると言はねばならぬ。今左に我民法に規定する物權を基礎として此の問題に關する二三の要點を指摘することとする。

## 占有權

## 第一款 占有權

我民法に於ては占有權は物權であるから、占有者が占有を物權と認めざる國に於て動産を占有したる場合に於ても、若し其動産を所持して我領土内に入り來りたるときは、我領土内に入ると同時に我民法の規定に依つて占有權を取得し、我民法に規定する占有權の保護を享有するに至るのである。従つて其占有物が盜品又は遺失物なる場合に於ても、眞の所有者は盜難又は遺失の時より二ヶ年を経過したるときは、占有者に對して其物の回復を請求することを得ざるのみならず若

し占有者が之を競賣又は公の市場若くは同種の物を販賣する商人より善意にて買受けたるときは、眞の所有者は占有者が支拂ひたる代價を辨償するに非ざれば其物を回復することを得ざるものである。之と同様に占有の效力特に所謂占有訴權即ち占有保持の訴、占有保全の訴及び占有回収の訴も亦其原因たる事實の發生したる當時に於ける占有權の所在地法に依つて之を定むべきものである。蓋し此等の訴權は元來民法上の權利であつて、民事訴訟法上の訴權にあらざるが故に、法廷地法に依ることを得ざるは素より論を俟たないのである。併し乍ら占有者が我國に於て發生したる占有の妨害又は侵奪に對して占有の訴を提起したる場合には、單に所在地法たる我國の法律のみに依つて之を定むべきことは勿論であるが、若し外國に於て發生したる占有の妨害又は侵奪に對して占有の訴を提起したる場合には、單に所在地法たる外國法のみに依ることを得ないのであつて、法廷地法たる我民法の規定に依つて之を制限せねばならないのである。何となれば占有の妨害又は侵奪に對する損害賠償の請求は不法行爲に基く請求權であるから、占有者は法例第十一條の規定に従ひ外國に於て發生したる事實が日本の法律に依るも不法であり、且日本の法律が認めたる損害賠償其他の處分に非ざれば

之を請求することを得ざることは後に説明するが如くである。

所有権

第二款 所有権

所有権は法令の制限内に於て物を一般的に支配する権利であるから、其内容も制限も専ら所在地法に依つて之を定めざるべからざるは勿論である。従つて外國に於ては不融通物たりしものも内國に於ては融通物たることもあり、又其反對の場合もあるのみならず、物の所在地が變更したる場合には所有者は新なる所在地法の規定に依るに非ざれば、占有者に對して所有権回復の請求を爲すことを得ざることも亦既に説明せしが如くである。加之ならず所有権に附隨する債權債務例へば土地所有者の隣地所有者に對する權利義務、又は共有者間に於て共有物の分割を制限し又は分割を請求する權利義務の如きも亦其目的物の所在地法に依るべきものである。

我法例は所有権自體が所在地法に依ることを要するのみならず、所有権の取得及び喪失も亦所在地法に依ることを要することは第十條第二項の規定に徴して明かである。従つて無主物の先占、遺失物の拾得又は埋藏物の發見に因つて其物の所有権を取得することを得べきや否や、或は物の附合、加工若くは混和に因つて

其物の所有権を取得することを得べきや否や等に關する問題は皆専ら其當時に於ける目的物の所在地法に依つて之を定むべきものである。尙所有権取得の原因たる物權行爲と取得時効とに就ては特別の研究を要するものがあるから項を改めて之を説明することとする。

第三款 地上權、永小作權、地役權

地上權、永小作權、地役權

地上權、永小作權及び地役權は不動産の上に存する他物權であるから、其内容效力及び存續期間等は皆所在地法に依らざるべからざるは勿論である。従つて例へば外國人が我國に於て所有する土地に關し五十年より長き期間を以て永小作權を設定したる場合に於ても、民法第二百七十八條の規定に従ひ之を五十年に短縮すべきものである。用益權、制限的人役權、先買權、物的負擔等を認むる國に屬する外國人が、我國に於て所有する土地に關し斯る他物權を設定したる場合に於ても亦、我民法は斯る他物權の存在を認めざるが故に、其設定行爲は全然無効であると言はざるを得ないのである。

第四款 留置權、先取特權、質權、抵當權

留置權、先取特權、質權、質權

留置權、先取特權、質權及び抵當權等所謂擔保物權は主たる債權の辨濟を擔保す

る従たる物権である。従つて主たる債権が存在するに非ざれば従たる物権が存在することを得ざるは素より言ふを俟たないのである。而して主たる債権には債権固有の準據法があるのであるから、擔保物権の成立を定むるに當つては先づ其債権が債権固有の準據法に依つて有効に存在することを明かにせねばならぬ。従つて擔保物権が所在地法の要件を具備する場合に於ても、若し其債権が債権固有の準據法に依つて成立せざるか、若くは擔保物権所在地の公益に反するが爲めに其效力を認められざる場合には、擔保物権は有効に成立することを得ざるものである。

主たる債権が有効に存在する場合に從たる擔保物権が有効に成立するが爲めには、更に所在地法の要件を具備せざるべからざることとは素より論を俟たないのである。例へば我民法に於ては質權の設定は債権者に其目的物の引渡を爲すことに因つて其效力を生ずるが故に、外國人が目的物の引渡を要せざる本國法に依つて質權設定の契約を爲すも、斯る契約に依つて我國に存在する動産に對して質權設定の效力を發生せしむることを得ざるものである。之と同様に斯る外國に於て質權が有効に成立したる場合に於ても、若し其目的物の所在地が我領土内に

移轉したる場合には、債権者は我民法の要件を具備するに非ざれば斯る目的物に對して質權を行使することを得ないのである。

以上の法理は留置權又は抵當權に就ても同一である。例へば我國に在る不動産に付き抵當權を設定するが爲めには、我民法及び不動産登記法の規定に依らざるべからざることとは素より論を俟たないのである。従つて佛國民法に依れば夫婦財産制の結果として、妻は登記を要せずして夫の所有する土地の上に當然法定抵當權を取得するのであるが、我民法は斯る抵當權の成立を認めざるが故に、佛國人たる妻は其夫が我國に於て所有する土地の上に斯る抵當權を取得することを得ざるものである。

我民法は先取特權を物權としてゐるが、一般の先取特權は債務者の總財産を目的とする權利であつて、個々の有體物を目的とする權利にあらざるが故に、之を物權と稱することを得べきか否かは疑問である。且之を物權とするも、所在地法の原則を適用するが爲めには、債務者の總財産は債務者の住所地に存在するものと見做すべき擬制を認むることが必要であると言はねばならぬ。但動産の先取特權は債務者の特定動産の上に行はるべき權利であり、不動産の先取特權も亦債務

者の特定不動産の上に行はるべき権利であるから、各其所在地法の要件を具備するに非ざれば斯る特權を行使することを得ざることは勿論である。

第五款 登記すべき権利

我法例第十條は所在地法の原則を物權の外登記すべき権利にも及ぼすべきものとしてゐることは既に述べたる如くである。茲に登記すべき権利とは登記を要する權利を云ふにあらざりて、登記することに依つて物權的效力を生ずる權利を云ふのである。例へば不動産の買戻權(民法第八一條第五)又は不動産の貸借權(同第五條第六)の如きである。此等の權利は其性質上債權たるに過ぎないのであるが、登記することと依つて物權的效力を發生することを認むるを以て例としてゐる。特に英米に於ては借地權は不動産上の權利にあらざるも、國際私法上に於ては不動産と同様に所在地法に従ふべきものとしてゐる。我法例第十條及び第八條に於て物權のみならず登記すべき權利をも所在地法に依ると規定せる所以も亦之と其趣旨を同ふするものであつて、取引の實際上より言へば此の二者を區別すべき理由存せざるが爲めである。

物權の得喪

第六款 物權の得喪

物權の得喪の原因たる事實には或は果實の分離又は土地の附合の如き自然的事實たることもあり、或は人の行爲たることもある。而して人の行爲の中には或は無主物の先占、埋藏物の發見、遺失物の拾得若くは加工等の如き物權の得喪を目的とする效果意思を要せざる行爲たることもあり、或は物權の設定又は移轉の如き物權の得喪を目的とする效果意思を要する法律行爲即ち物權行爲 (Dingliches Rechtsgeschäft) たることもある。我法例第十條に依れば、物權其他登記すべき權利自體が其目的物の所在地法に依るのみならず、此等の權利の得喪も亦其原因たる事實の完成したる當時に於ける目的物の所在地法に依るべきものであるから、如何なる事實が果して物權得喪の原因たる事實なりや否やは、其事實完成當時に於ける目的物の所在地法に依つて之を定むべきものである。而して此等の事實中、先占、發見、拾得、附合又は加工等に就ては所在地法の原則を適用するに當つて何等の困難をも豫想することを要しないのであるが、取得時效の如く時の經過を要件とする事實に就ては如何なる時に於ける所在地法なるかを明かにするの必要があり、物權行爲の如く他の法律行爲の結果たる事實に就ては所在地法の適用範圍を明かにするの必要があるから、左に先づ物權行爲に關する所在地法の適用を説

## 物權行爲

明し、次で取得時効に關する所在地法の適用を説明することとする。

物權得喪の原因中最主要なるものは物權行爲である。而して物權行爲は純理上より言へば他の事實と全然無關係に存在し得ることは勿論であるが實際上より言へば斯る場合は殆んど絶無であつて、普通には其原因たる他の法律行爲即ち原因行爲(Grund-oder Kausalgeschäft)が履行せられたる結果たるに過ぎないのである。而して此等の原因行爲は法律の規定又は當事者の意見に基き物權的效果を發生せしむる行爲であつて、或は債權法上の行爲たることあり、或は親族法上又は相續法上の行爲たることもある。例へば賣買、交換、贈與、夫婦財産共通制又は相續順位等の結果として所有權が移轉するが如きである。斯る場合に吾人の注意せざるべからざることは所在地法に依るべき法律關係は唯物權を設定し又は移轉する物權行爲のみであつて、其原因行爲に就ては債權法、親族法又は相續法に關する夫々固有の準據法を適用すべきことを忘れてはならないことである。従つて國際私法上より言へば佛國民法の如く特定物の賣買契約に就て債權契約と物權契約とを區別せざる法律を準據法とする場合に於ても、尙獨逸民法に於けるが如く此の二者を明白に區別する法律を準據法とする場合と同様に、債權的效力と物權的

效力とを區別し、前者に就ては債權固有の準據法に依り、後者に就ては所在地法に依るべきことに注意せねばならぬ。従つてフランケンシュタインも指摘せるが如く、一個の法律事實が原因行爲の準據法に依れば物權的效果を發生する場合に於ても、目的物の所在地法に依つて斯る效果が附與せられざる限りは、物權的效果を發生することを得ざるものである。例へば伊國人が他の伊國人に對し伊國に於て獨逸に在る美術品を賣却したる場合に、原因行爲たる賣買契約の準據法として伊國法律に依れば特定物の賣買契約と同時に其所有權を買主に移轉する効果を附與するも、所在地法たる獨逸法律に依れば目的物の引渡に依つて所有權を移轉するのであるから、此の賣買契約のみに依つて所有權を移轉する効果を發生せしむることを得ないのである。之と同様に佛國人が佛國に於て婚姻したる場合には、原因行爲の準據法たる佛國民法の夫婦財産制に依れば、妻は土地登記簿に登記することを要せずして其夫の所有する土地の上に法定抵當權を取得するのであるが、我國に在る土地に關しては、所在地法たる我民法は斯る法定抵當權を認めざるが故に、妻は斯る抵當權を取得することを得ざるものである。

之と反對に一個の法律事實が所在地法に依れば物權的效果を發生し得べき場



合に於ても、其原因行為の準據法が斯る効果を附與せざる限りは、所在地法の附與する物權的效果を發生せしむることを得ざるものである。例へば獨逸人が他の獨逸人に對して獨逸に於て伊國に在る美術品を賣却したる場合には、所在地法たる伊國法律は斯る賣買契約の成立と同時に其所有權を買主に移轉する効果を附與してゐるが、其原因行為の準據法たる獨逸法律に依れば債權的賣買契約には物權的效果を附與せざるものである。斯る場合に於ても亦其所有權が果して移轉せりや否やを定むべき法律は所在地法であることは素より論を俟たないのであるが、唯所在地法が賣買契約と同時に所有權の移轉を認むる一事のみに依つて、漫りに所有權が實際上移轉したるものと速斷することを得ざるものである。斯る場合には寧ろ所在地法の規定の内容を精密に分析することが必要である。即ち若し所在地法が一定の事實にその行為地の如何と、當事者の意思如何及び原因行為の準據法の内容如何とに拘らず絕對的に物權的效果を附與する場合には所在地法の附與する效力を發生すべきことは素より論を俟たないのであるが、所在地法の内容を精密に研究するときは斯る結論に到着することは殆んど絶無であつて、賣買契約の効果として所有權の移轉を認むる伊國民法の如きも亦賣買契約の

中に暗黙的に物權契約を包含する結果として所有權移轉の効果を發生するものとする佛國民法の規定を承繼したる規定に外ならないのであるから、如何なる賣買契約にも常に物權的效果を附與するものと解釋することを得ざるものである。従つて獨逸民法を原因行為の準據法とする債權的賣買契約は單純なる債權契約であつて、物權契約を包含せざるものであるから、所在地法たる伊國民法の附與する物權的效果を發生せしむることを得ざるものであると言はざるを得ないのである。之と同様に佛國民法が妻に夫の所有する土地の上に登記を要せずして法定抵當權を取得せしむる所以も亦佛國民法に依る婚姻に附與する特殊の効果であつて、如何なる法律に依る婚姻にも一般的に附與せらるべき物權的效果に非ざるが故に、外國人が外國に於て婚姻したる場合に所在地法たる佛國民法は外國人たる妻をして其夫が佛國に於て所有する土地の上に法定抵當權を取得せしむるの趣意にあらざることは素より論を俟たないのである。

尙法律行為の方式に就ても亦物權行為と原因行為とは其準據法を異にすることを注意せねばならぬ。即ち物權行為の方式は物權行為自體と同様に絕對的に所在地法に依らざるを得ざるものである。従つて方式とは何ぞや、物の引渡又は

登記は方式なりや否や等の問題も亦所在地法に依つて之を定むべきものである。尙船舶及び航空機關に關する物權の準據法並に其載貨に關する所在地法の適用に就ては國際商法に於て之を説明することとする。

取得時効

第七款 取得時効

物權得喪の原因たる事實例へば先占、發見、拾得、加工等は通常比較的短時日の裡に完成するを以て例とするが時効に因つて物權を取得する場合には一定の時日の経過を要件とするが故に、所在地法の原則を取得時効に適用するに當つては、如何なる時に於ける所在地法なるかを明かにするに非ざれば、時効に關する問題を解決することを得ないのである。素より不動産は其所在地を變更せざるが故に、不動産の取得時効は一定不變の所在地法に依つて之を定むべきことは何人も争はざる所であるが、動産の取得時効に就ては諸國の民法は占有繼續の期間を異にするのみならず、動産の所在地が數ヶ國に移動したる場合には、何れの所在地法に依つて取得時効の完成を定むべきかは大に考究を要すべき疑問であると言はざるを得ない。例へば獨逸民法(第九三條)に依れば時効に因つて動産の所有權を取得するが爲めには十年間の自主占有を要するが、瑞西民法(第七三條)に依れば五年間、埃

國民法(第六四條)に依れば三年間、伊國民法(第六二條)に依れば唯二年間の占有を要するのみである。今若し伊國に於て或る動産の占有を始めたる者が一年の後埃國に移住し、更に一年にして瑞西に移住し、留まること二年にして獨逸に移住し、五年の後更に我國に來住したるときは、取得時効の完成、善意、平穩、公然等の要件、時効の停止、中斷等は何れの法律に依つて之を定むべきか。此の問題に關する主要なる學說及び判例は左の三說である。

占有者の  
住所  
地法  
說

一 占有者の住所地法說 此の說はフン・パールの主張する所であつて、取得時効は其目的物が全期間同一の場所に存在したる場合に限り所在地法に依ることを得べきものである。然るに時効進行中に目的物が所在地を變更したる場合には、幾個の法域に移動したるか、將た各法域に於て幾何の期間を経過したるかを正確に知得することは到底不可能であるから、斯る動産の取得時効は寧ろ占有者の住所地法に依つて之を定むる外はないと云ふのである。米國のホワートンも亦同様の說を採つてゐる。併し占有は其性質上所在地法に依るべき事實關係であつて、占有者の國籍又は住所の如何を問はざるものであるから、斯る說を採ることを得ざるや素より論を俟たないのである。

二 時効進行當初の所在地法説 取得時効が一たび進行したるときは、進行當初の所在地法は取得時効の完成並に効力に關しても亦準據法たらざるべからずとは、シユナーの始めて主唱したる學説であつて、獨逸民法ゲーブルド案の第一草案に於ても第二草案に於ても掲げられてあつた規定である。近來ノイマンも亦之を主張し、取得時効は所在地法が占有開始の際一定の條件を具備せる占有に所有權取得の効果を附與する制度であるから、時効進行中に其目的物が他の法域に移動することあるも之が爲めに此の法律關係に何等の影響をも及ぼさざるものである。且新所在地國は自國の時効に關する規定を外國に於て發生したる占有の取得に之を適用すべき何等の理由をも有せざるものであると説明してゐる。併し乍ら若し新所在地國が外國に於て發生したる占有の取得に自國の時効に關する規定を適用すべき何等の理由をも有せざるものとする説が果して正當であるとするならば、占有開始當初の所在地國の時効に關する規定が現に他國の領土内に存在する占有に何等の効力をも及ぼすを得ざることは尙一層明白であると言はねばならぬ。加之ならず時効は完成に依つて始めて所有權を取得するのであつて、完成前に於ては唯將來或は所有權を取得することを得べき希望又は期待

權を有するに過ぎないのであるから、進行當初の法律に依つて保護せらるべき何等の既得權も存せざることが明かである。況んや新所在地國の法律に依れば時効は尙進行中にあるにも拘らず、舊所在地國の法律に依つて既に完成したるものとして所有權を取得せしむるが如きは、新所在地國の時効に關する制度を破壊するものと言はざるを得ないのであるから、斯る學説の採用すべからざることは素より論を俟たないのである。

三 時効完成當時の所在地法説 サヴィニエが一たび物の取得時効は其物の所在地法に依つて完成したるときに完成すべきものであると主張して、時効進行中に物が所在地を變更したる場合には、各法域を經過したる時間を通算して最後に取得時効を完成したる所在地法に依つて所有權を取得すべく、全時効期間の經過に因つて始めて所有權に變化するまでは、唯所有權取得の準備あるに過ぎないのであると説明せし以來、時効完成當時の所在地法説は歐洲大陸に於ける學界を風靡するに至つたのである。我法例第十條第二項に於て、前項に掲げたる權利の得喪は其原因たる事實の完成したる當時に於ける目的物の所在地法に依ると明言してゐるのは、即ち此の學説を採用したる立法例の嚆矢である。最近の編纂に係

るプスタマンテ法典第二百二十八條に動産が時効進行中に所在地を變更したる場合には時効は所定期間の完成したる當時の所在地法に依つて之を定むと規定してゐるのは我法例と其主旨を同ふするものである。尙波蘭國際私法は第六條第二項に於て「取得時効は動産が時効期間完成の當時に存在したる地の法律に依つて之を定む」と規定すると共に更に「權利を取得する者は動産が時効期間開始の當時に存在したる地の法律をも援用することを得」と規定してゐるが、後段の規定の失當なることは前掲(二)の説明に徴して明かである。

尙時効完成當時の所在地法説に就て注意すべきことは、此説を適當に表示すべき言語を發見することを得ざる結果として、我法例に於てもプスタマンテ法典又は波蘭國際私法の規定に於ても、法文の表面上循環論法に陥りたるの非難を免れざることである。何となれば時効の完成は如何なる時に於ける所在地法に依つて之を定むべきかを規定するに當り、完成當時に於ける所在地法に依ると規定するに過ぎないからである。併し此の規定の言はんと欲する所は、取得時効の完成は必ずしも占有を取得したる當初の所在地法又は訴訟當時の所在地法に依るにあらずして、占有開始以來訴訟當時に至るまでに経過したる何れかの地に於て

時効完成  
當時の所  
在地法の  
意義

時効が一たび完成したるときは、爾後何れの地に於ても時効が完成したるものと見做すべきことを意味するに外ならないのである。例へば前に掲げたる例に就て言へば、我國に來るまでに経過したる何れの國に於ても時効は尙未だ完成せざるが故に、更に我國に於て占有を繼續することを要するのであるが、若し其占有者が伊國に於て一年間占有を繼續したる後更に埃國に於て二年間之を繼續せりと假定するときは、埃國民法に依つて時効は既に完成し所有權を取得するが故に、爾後瑞西、獨逸等を経過して我國に來りたる場合に於ても、其所有權は既得の權利として尊重せらるべきものである。若し又伊埃瑞の三ヶ國に於て四年間占有を繼續したる者が、獨逸に於て更に六年間之を繼續したる後我國に來りたる場合には、獨逸に存在したる當時取得時効は既に完成し獨逸民法に依つて所有權を取得したるものとするのが、時効完成當時の所在地法説である。

尙取得時効の進行中に物の所在地が變更したる場合には、各地に於ける占有の期間の計算に關して、通算主義を採る者と比例計算主義を採る者との二説あるが、單純なる理論より言へば比例計算主義が正當なることは明白である。何となれば時効進行中に経過したる各地域内に於ける占有の要件、時効の中断又は停止等

通算主義  
と比例計  
算主義

は専ら其當時に於ける所在地法に依つて之を定めざるを得ざると同様に其地域内に於て経過したる占有の期間の價值如何も亦其當時に於ける所在地法に依つて之を定めねばならないからである。例へば伊國に於ける一年の占有は取得時効の二分の一に相當し、埃國に於ける一年は全期間の三分の一に相當するが故に、五年の占有を必要とする瑞西に於ては伊國の一年は二年六ヶ月に相當し、埃國の一年は一年八ヶ月に相當する。従つて瑞西に於て更に十ヶ月占有を繼續するのとに依つて五年の取得時効が完成するものであるとするのが比例計算主義である。併し實際上より言ふときは動産が數多の國に移動したる場合に、何れの國に幾何の時日を経過したるかを正確に知得するの困難なることはパールも既に説明せるが如くである。近時諸國の民法に於て期間の始時及び終時に於て占有を爲したる證據あるときは占有は其間繼續したるものと推定すとの規定を掲げてゐるのも亦此の困難を豫想せるが爲めである。従つて實際上の便宜より言へば、時効期間の長短如何に拘らず、何れの地に於て経過したる期間も皆同一の價值を有するものとし、一年は一年として前後通算するを以て妥當なりと言はざるを得ない。我國の學者中には法例第十條は期間の計算に關し何等特別の規定なきが

故に比例計算主義を採用したるものと解釋すべきであると主張する者もあるが、比例計算主義を採る者はパール一派の少數意見に外ならざるが故に、リヒテンシュタイン物權法第十四條に於けるが如く、立法者が特に比例計算に依るべきことを明言せざる以上は、寧ろ通算主義を採用したるものと解釋するを以て立法の精神に適合するものと論定せざるを得ないのである。

### 第三章 債權法

#### 第一節 概論

債權概論

債權債務は其發生原因の如何に依つて大に其性質を異にする所があるから、各種の債權に共通なる準據法を一定することを得ないのである。而して債權發生の原因は羅馬法以來之を法律行爲特に契約と法律の規定とに大別するを以て例とするが、所謂法律の規定より發生する債權にも亦種々の區別があつて、或は他の法律關係の結果として發生する場合もある。親族關係より發生する債權例へば扶養の義務の如き、若くは物權關係より發生する債權例へば不動産所有者相隣者

間の債權關係又は不動產共有者間の債權關係の如きは即ちそれである。或は法律の規定に依り一定の事實に對して一定の債權債務を發生せしむる場合もある。事務管理、不當利得及び不法行為より發生する債權の如きは即ちそれである。

以上各種の債權中親族關係より發生する債權に就ては、我法例は特別の規定を設けたるが故に、次章に於て親族關係の準據法を説明する際に之を説明することとする。而して物權關係より發生する債權は畢竟物權の效力に附隨する法律關係であつて、前述の物權自體の準據法に依るべきものであるから、茲に再び之を説明するを要しない。従つて本章に於て説明を要すべきものは法律行為、不法行為、事務管理及び不當利得より發生する債權の準據法如何である。而して我法例は第七條乃至第九條に於て法律行為より發生する債權の準據法を規定し、第十一條に於て事務管理、不當利得及び不法行為より發生する債權の準據法を規定し、更に第十二條に於て債權讓渡の第三者に對する效力の準據法を規定してゐる。故に先づ第二節に於て法律行為より發生する債權の準據法を説明し、第三節には不法行為より發生する債權、第四節には事務管理及び不當利得より發生する債權の準據法を説明し、第五節に於て債權の效力及び債權讓渡の第三者に對する效力の準據法を説明することとする。

各種の債權と其準據法

據法を説明することとする。

尙法例第七條に規定せる法律行為に就て注意すべきことは、茲に所謂法律行為とは一般の法律行為を意味するに非ずして、唯債權發生の原因たる法律行為を意味するに外ならざることである。蓋し我法例は第十條に於て物從を設定し又は移轉する法律行為即ち物權行為に就ては所在地法に依るべきものと規定し、婚姻、縁組、認知等親族法の規定に従ふべき法律行為及び相續、遺言等相續法の規定に従ふべき法律行為に就ても亦法例第十三條以下に各特別の準據法を規定して、當事者の自治行為に依つて自由に之を選定することを許さざる趣旨を明かにしてゐる。然るに法例第七條は當事者の自治を前提とし、當事者をして法律行為の準據法を自由に選定せしむる原則を規定してゐるのであるから、茲に所謂法律行為とは唯債權發生の原因たる法律行為のみを意味するものと解釋せざるを得ないのである。而し債權發生の原因たる法律行為は通常相對行為たる契約である。特に我民法に於ては贈與も亦一種の契約であるから、法例第七條に所謂「法律行為」に代ふるに契約なる文字を以てし、契約の成立及び效力に付ては「云々と規定するも敢て失當なりと言ふことを得ないのであるが、贈與を單獨行為とするものあるの

法例第七條に所謂法律行為の意義

みならず、債權發生の原因たる法律行為は必ずしも之を契約に限定することを得ないから、國際私法規定としては寧ろ汎く法律行為と云ひ、苟も債權發生の原因たる法律行為たる以上は、契約たるも單獨行為たるも問はず、同一の準據法に従ふべきものとするを以て妥當なりとせざるを得ないのである。

## 第二節 法律行為より發生する債權

### 第一項 法律行為の實質的要件

法律行為より發生する債權の準據法を説明するに當つては先づ其原因たる法律行為の實質的要件の準據法と形式的要件即ち方式の準據法とを區別する必要がある。而して法律行為特に契約の實質的要件即ち意思表示の真正且完全なること、目的の適法且可能なること等に就ては、既に第十六世紀に於てデューランが契約自由の原則に基き當事者の自由意思に依つて其準據法を定むべき必要を道破したる以來、所謂自治の原則 (Autonomie de la Volonté) は漸次諸國に廣く認めらるるに至つたのである。特にサヴィニーが強行法と任意法との區別を闡明して、任意

自治の原則

法の規定に就ては當事者は自由に之に異なる意思を表示して他國の法律に服従し得べきことを明かにしたる以來、契約より發生する債權の準據法に就ては當事者の自由意思に依る任意服従を以て根本原則とすべきことは學說上に於ても實際上に於ても一般に認めらるゝ所と爲るに至つたのである。蓋し近世諸國の民法は一方に於て公序良俗に反する事項を目的とする法律行為を無効として契約自由の範圍を制限すると同時に、他方に於ては契約の自由を前提として、當事者が別段の意思表示を爲さざる場合に於ける意思解釋に關する規定を掲ぐるを以て例としてゐるのであるから、何れの國に於ても公序良俗に反せざる限りは、當事者は契約に關する規定に異なる意思を表示し得べきことを認むるものであると言はねばならぬ。例へば我民法(第四八條)に依れば債務の辨濟は債權者の住所に於て之を爲すことを要するのであるが、當事者は此の規定と反對に債務者の住所に於て辨濟することを特約し得るのは勿論である。且賣主は賣買の目的物に付て瑕疵擔保の責任を負はざる旨を特約することも出来るのである(民法第五七〇條)。併し當事者は幾多の斯る特約を爲す旨を一々列舉する代りに、此等の特約に該當する規定を認むる外國法、例へば英國法に依つて賣買契約の效力を定むべき旨を特

約することも亦契約自由の原則より由來する當然の結果であると言はねばならぬ。換言すれば諸國の民法上に於ける契約自由の原則を其儘延長して之を國際私法上に及ぼすときは、契約の準據法は當事者の自由意思に依つて之を定むべきものとする原則が自然に成立することを認めざるを得ないのである。或は佛國ニールボアイエ教授の如くに何れの法律を以て契約の準據法を定むべきかは立法事項であつて、當事者の自由に選定し得べき問題ではないから、契約の準據法の選定に關する當事者自治の原則があるのではなくして、唯當事者が外國の實體法に依ることを得べき契約自由の原則があるのみであると主張する者もある。併し乍ら契約自由の原則の結果として外國法の規定に依り得べきことを認むる以上は畢竟當事者に其契約の準據すべき法律を自由に選定するの權能を附與するものであるから、準據法の選定に關する自治の原則を認めざるを得ないのである。特に我法例第七條第一項に於て

法例第七條第一項

法律行爲の成立及び效力に付ては當事者の意思に従ひ其何れの國の法律に依るべきかを定む

と規定してゐるのは、即ち立法者自ら當事者の自由に選定したる法律に依るべきことを明言してゐるのであるから、我法例は債權發生の原因たる法律行爲の實質的要件に付ては所謂當事者の自治を以て根本原則とするものであると論定せざるを得ないのである。

舊法例第五條第一項

舊法例第五條第一項には、外國に於て爲したる合意に付ては當事者の明示又は默示の意思に従ひて何れの國の法律を適用すべきかを定むと規定してゐたので、内國に於て爲したる合意に付ては當事者の自由意思を認めざるが如く誤解せらるゝ虞あるのみならず、最も普通なる内國に於て爲したる合意に付ては何等の準據法をも規定せざるの非難を免れないので、現行法例第七條は之を前掲の如く修正して内國に於て爲したる行爲たると外國に於て爲したる行爲たるとを問はず、等しく當事者の自由意思の原則を認むべき趣旨を明かにすることとし、且單に「合意」即ち契約に限らずして、廣く「法律行爲の成立及び效力」と明言するに至つたのである。

當事者の意思が明示たることを要せず

尙一言注意すべきことは債權發生の原因たる法律行爲の準據法の選定に關する當事者の意思表示は明示たると默示たるとを問はざることである。従つて當事者が何れの法律に依るべきかに關して特別の意思を表示せざる場合に於ても、



苟くも契約全體の情況より當事者が何れかの法律に依るべき意思を有したるものと推測し得べき限りは裁判官は其默示の意思表示に依つて當事者の指定せる法律を適用せざるを得ないのである。尙斯る場合に裁判官の常に注意せざるべからざることは、當事者の選定したる外國法を適用する結果が、苟くも我國の公の秩序又は善良の風俗に反する限りは、法例第三十條の規定に従ひ之が適用を制限することを忽にすべからざることである。

債權發生の原因たる法律行為の準據法に關する最も困難なる問題は、當事者の明示又は默示の意思表示なき場合、即ち當事者の意思が全然不明なる場合には、何れの法律に依るを以て當事者の意思に最も善く適合するものと見做すべきかである。此の問題に關する學說及び判例は區々一定する所がないが、最も主要なる學說は左の四主義である。

#### 第一 債務者の本國法主義

此説はチーテルマンの主張する所である。即ち同氏の説に依れば人を直接に支配する權利又は給付を命ずる權利は、其人に對して屬人主權を有する國家のみが國際法上之を許與すべき權利を有するものである。而して債權關係は法律が

當事者の  
意思が不  
明なる場  
合

債務者の  
本國法主  
義

債務者に對して給付を命ずることに因つて發生するのである。然るに債務者に對して國際法上有效なる給付命令を發することを得べきは、唯債務者の屬する本國の法律あるのみであるから、債權關係は債務者の本國法に依らざるを得ないのである。但不法行為に就ては國家は國際法上領土主權に依り其國に滞在する外國人に對して私法上の命令を發することを得るが故に、不法行為に基く損害賠償の債務は例外として不法行為地法に依つて之を定むべきものであるとしてゐる。

併し乍ら現行國際法はチーテルマンの所説の如き國家權力の限界を定むる法則を有せざるのみならず、内國に滞在する外國人と取引する者が、常に外國人の本國法に依るに非ざれば之に債務を負擔せしむることを得ざるものとするが如きは畢竟取引の安全を無視する空論たるを免れざるものである。加之ならず双務契約の當事者が互に國籍を異にする場合、若くは多數當事者の債權關係に於て債務者が國籍を異にする場合には、各債務者の本國法が其規定を同ふする場合を除くの外は債權關係の成立を認むることを得ざるに至るの不便を免れざるものであるから、學界に於ても實際上に於ても何人も之を顧みるものがないのである。

#### 第二 債務者の住所地法主義

債務者の  
住所  
地法  
主義

此の主義を採る者は、債権債務に關する規定は概ね債務者の利益を保護することを目的とするものであるから、債務者が偶然外國に於て債務を負擔したるが爲めに此の利益を失ふべき理由なきが故に、債務關係は之を負擔したる場所の如何に拘らず、常に債務者の住所地法に依つて之を定むべきものであると主張するを以て例とする。此の説は既に第十六世紀に於てデムラソンの提唱したる所であつて、第十九世紀後半以來獨逸に於てはテエール、ウキン、ドシャイド、モンゼン、ゲイバ、ハルド、フォン・パール等の主張する所である。此の説も亦債務者の本國法主義と同一の非難を免れざるものであるが、或はパールの如くに双務契約に就ては各債務者の債務は各自の住所地法に依つて之を定むべきものとし、或はゲイブハルド案の如くに一方の債務者は他方の債務者の準據法に依つて自己の債務を定めんとを要求することを得べきものとして、此の非難を免れんとする者もある。併し乍ら双務契約に於ては一方の債務は他方の債務と相牽連するが故に、各債務者に對して別異の準據法を適用するが如きは双務契約の性質に反するのみならず、一方の債務者の住所地法に依れば契約が有効に成立する場合に於ても、他方の債務者の住所地法に依れば其債務が不成立なる以上は、結局双務契約を成立せしむる

履行地法  
主義

ことを得ざるものであると言はねばならぬ。特にゲイブハルド案の如くに當事者双方をして互に他方の住所地法に依つて自己の債務を定め得べきことを主張せしむるときは、互に自己の便宜の爲めに他方の住所地法に依るべきことを主張して、契約の成立を阻却することを得るが如き弊害を免れざるものである。且債務者が住所を有せざる場合又は二個以上の住所を有する場合には、斯る主義は到底之を適用することを得ないのである。元來債權法は單に債務者の利益を保護するのみならず、債權者の利益をも保護することを目的とする規定なるが故に、行爲地の如何に拘らず、債權者をして常に債務者の住所地法に従はざるを得ざらしむるが如きは妥當を缺くものと言はざるを得ないのである。

### 第三 履行地法主義

此の説は契約の履行は債權關係の究極の目的であるから、當事者は履行に重きを置き履行地の法律に任意に服従するものである。従つて反對の意思表示なき限りは債務關係の本據は履行地に在りと推定せざるを得ないのであるから、履行地法 (*lex loci solutionis*) を以て契約の準據法とすべきものであると主張するのである。サヴィニー一たび此の説を高調せし以來忽ちにして獨逸學界を風靡し、獨逸大

審院判例の如きは現今に至るまで終始一貫して此の説を採用してゐる。尙此の説は希臘民法(第六)、智利民法(第五)、墨國民法(第七)、モニテヴキオ條約(第三三條)等に於ても採用する所である。蓋し當事者が履行に重きを置くことは素より論を俟たないのであるから、當事者が明示又は默示の意思表示に依つて履行地法に依ることを欲する場合少しとせざることは、サヴィターの主張するが如くである。併し斯る場合に履行地法に依らざるを得ざる所以は、當事者の自由意志の原則より由來する當然の結果に外ならないのであるから、之を以て當事者の意思不明なる場合に於ける補充的原則の根據と爲すことを得ざるは勿論である。且契約の履行地は必ずしも當初より一定するものにあらざるのみならず、一個の契約の履行が幾多の異法地域に於て行はるゝこともある。特に双務契約の場合に双方の履行地が必ずしも常に同一の法域に屬しないのであるから、何れの履行地法に依るべきかを明かにすることを得ざる場合もあることを認めざるを得ない。加之ならず此の説は更改、相殺、和解等の如く固有の履行地が存在せざる場合には之を實行するに由なきものである。且元來履行地は契約が有効に成立したる後に始めて存在するものであるから、契約が有効に成立すべきや否やを定むるに當つて

履行地法に依ることを認むるが如きは本末を顛倒するの非難を免れざるものであると言はねばならぬ。

#### 第四 行爲地法主義

當事者が別設の意思を表示せざる場合には、債權發生の原因たる法律行爲特に契約は、法律行爲を爲したる地に行はるゝ法律即ち行爲地法(Lex loci actus)又は契約を爲したる地に行はるゝ法律即ち契約地法(Lex loci contractus)に依つて之を定むべきものであるとする説はバルトルス以來最も古く且最も廣く行はるゝ所であつて、我法例第七條第二項、伊國法例第九條第二項、澳國民法(第三三六條)、波蘭國際私法第七條乃至第九條等は此の主義を明言し、佛蘭西、白耳義、和蘭、西班牙、及び英米等の諸國に於ける判例及び學説も亦此の主義を採るものである。蓋し市場又は取引所に於ける取引の如きは其地の法律に依らざるを得ざるは勿論、普通の債權債務を契約する場合に於ても當事者双方に機會均等なる法律、即ち當事者が知らんと欲すれば等しく知ることを得べき法律は唯行爲地の法律あるのみである。且一個の法律行爲に就ては通常一個の行爲地法あるのみであつて、前掲住所地法主義又は履行地法主義に伴ふが如き難問を惹起するの虞がないから、實際上より言

行爲地法  
主義

ふも此の説は單純且容易に準據法を決定することを得べき便宜あることを認めねばならぬ。

當事者が同一の國籍を有する場合

尙行爲地法主義を採る國に於ても伊國法例第九條第二項の如く、當事者が外國人にして同一の國籍を有する場合には右債務の成立及び効力は其本國法に依つて定むべきものと推定すと規定し、或は波蘭國際私法第九條第一項の如く第八條に列擧せる以外の契約に付ては當事者双方が契約の當時同一國に住所を有したる場合には當事者の住所地法に依り、若し異なる國に住所を有したる場合には片務契約に付ては債務者の住所地法に依り、双務契約に付ては契約地の法律に依るべきことを認むるものもある。我舊法例第五條第二項に於ても亦

當事者の意思分明ならざる場合には同國人なるときは其本國法を適用し又同國人に非ざるときは事實上合意に最大の關係を有する地の法律を適用すと規定して同國人間の合意には常に其本國法を適用すべきものとしてゐたのである。併し乍ら同國人間に於ても久しく海外に在る者が外國に於て法律行爲を爲す場合には、必ずしも本國法に依るべきものと推定することを得ないから、當事者の意思不明なる場合には寧ろ行爲地法に依りたるものと推定するを以て當事

法例第七條第二項

者の眞意に適合するものと認めざるを得ないのである。且同國人に非ざる場合に事實上合意に最大の關係を有する地の法律を適用すと云ふが如きは準據法の選定を裁判官に一任するの非難を免れざるものである。従つて現行法例第七條第二項は之を修正して

當事者の意思が分明ならざるときは行爲地法に依ると明言し、當事者の國籍又は住所の如何に拘らず、一般的に行爲地法に依るべき趣旨を明かにすることとした。

行爲地法主義に對する非難

或は當事者の意思不明なる場合に行爲地法に依るを以て當事者の意思に適合するものと解釋するが如きは矛盾であると主張する者もある。併し乍ら當事者の意思が不明なる場合とは事實上不明なる場合即ち具體的の場合に裁判官が當事者の意思果して如何を認定することを得ざる場合を言ふのである。之に反して立法者が行爲地法に依るを以て當事者の意思に適合するものと解釋する所以は、當事者の意思が事實上不明なる場合には法律上寧ろ行爲地法に依るべき意思を有したるものと見做したるが爲めである。即ち法例第七條第一項の原則より言へば、當事者は明示又は默示の意思表示に依つて、或は本國法又は住所地法に依

ることを得べく、或は所在地法又は履行地法若しは行爲地法に依ることを得るのであるが、同條第二項は此等の何れの法律に依るべきか當事者の意思が事實上不明なる場合には、意思解釋の標準として立法者自ら行爲地法に依るを以て寧ろ當事者の眞意に適合するものと見做すべき補充的の原則を規定してゐるのであるから、當事者の意思が不明なることと意思不明なる場合に於ける意思解釋に關する規定との間には何等の矛盾も存在せざることが明かである。

行爲地法主義を採るときは何れの法律が果して行爲地法なるかを知ることが通常極めて單純且明瞭なる問題であつて何等の難問をも發生することが無いのであるが、或る特殊の場合には此の主義に伴ふて發生すべき二三の難問を解決するの必要あることは注意を要する。而して此等の難問は之を事實上の難問と法律上の難問とに大別することが出来る。

#### 第一 事實上の難問

事實上の難問は更に之を行爲地法を確定することが事實上困難なる場合と、行爲地法が全然存在せざるが爲めに此の主義に依ることが不可能なる場合とに區別することが出来る。例へば夜間數ヶ國の國境を出入して進行する汽車又は自

行爲地法  
主義に伴  
ふ難問

事實上の  
難問

動車中に於て契約を締結したるが如き場合には、其契約は何れの國の領土内を進行中に成立せしものなりや、何れの國が果して行爲地なるかを認定すること頗る困難なることがある。併し乍ら斯る困難は事實認定上の難問たるに過ぎないのであるから、裁判官は唯當事者の證明に基いて之を判定することを要するのみである。又南極若くは北極の如き何れの國にも屬せざる地に於て契約を爲したる場合には行爲地は明白であるが、行爲地法は全然存在しないのであるから、行爲地法主義を適用することを得ないことは明かである。裁判官は斯る場合には當事者の默示の意思を推究し、或は其本國法或は其住所地法又は履行地法等に依りたるものと解釋して、契約を有効に成立せしむることを期すべきは素より論を俟たないものであるが、若し當事者の意思を到底推知することを得ざる場合には、效果意思を缺くものとして其行爲の無効なることを認めざるを得ないのである。何となれば當事者は行爲地に法律の存せざることを知得するにも拘らず、行爲地以外何處の法律にも依るべき意思を有せざるが爲めである。故に此の難問も亦當事者の意思解釋の問題たるに過ぎないのである。

#### 第二 法律上の難問異法地域者間の法律行爲

法律上の難問とは一個の法律行為に付て二個の行為地法が存在する場合に、何れの法律を以て其行為の行為地法と見做すべきかと云ふ問題である。斯る難問は法律を異にする地に在る當事者間に於ける法律行為に付ては常に發生する問題である。例へば東京に在る甲會社が英國倫敦に在る乙商店に對して或商品購入の申込を爲したる場合に乙商店が之に對して承諾を爲したるときは賣買契約は茲に成立することとなるが、斯る契約の成立及び效力に付て行為地法に依るべき場合には、申込地たる我國の法律を以て行為地法と見做すべきか、將た承諾地たる英國の法律を以て行為地法と見做すべきか。此の問題は裁判官の自由裁量に一任することを得ざる法律上の難問であるから、我法例第九條は左記の規定を掲げて立法上より之を解決することとしてゐる。

法例第九條

第九條 法律を異にする地に在る者に對して爲したる意思表示に付ては其通知を發したる地を行為地と見做す

契約の成立及び效力に付ては申込の通知を發したる地を行為地と見做す若し其申込を受けたる者が承諾を爲したる當時申込の發信地を知らざりしときは申込者の住所地を行為地と見做す

異法地域  
者間の意  
思表示と  
隔地者間  
の意思表  
示

此の問題を説明するに當り先づ注意すべきことは、國際私法上に於ける異法地域者間の意思表示は民法上に於ける隔地者間の意思表示と何等の關係をも有せざることである。蓋し民法に於て對話者に對する意思表示と隔地者に對する意思表示とを區別する所以は、意思表示の方法の如何に依り相手方に直接且即時に到達する場合と郵便電信又は通辯の如き第三者を介して間接に、從つて相手方に到達するが爲めに多少の時間を要する場合とあるが爲めである。從つて數百里の遠隔の地に在る者に對する意思表示にても若し電話に依つて之を爲すときは即ち對話者間の意思表示である。之に反して假令同一の場所に現在する當事者間に於ける意思表示にても若し通辯又は文書に依つて之を爲すときは民法に所謂隔地者間の意思表示である。從つて表意者は其意思表示が相手方に到達する前には之を撤回する意思表示を發送することを得べきである。之を要するに民法に所謂對話者間と隔地者間との區別如何は意思表示が直接且即時に效力を發生するか否かに關する時間的問題であつて當事者間に存する距離如何の問題ではないのである。然るに國際私法上に於ける異法地域者間の意思表示は唯表意者と相手方が法律を異にする地に在ることを要するのみであつて、意思表示の

方法如何を問はないのであるから、民法に所謂對話者間の意思表示にても尙異法地域者間の意思表示たるを妨げざることは、國境を隔て、契約を爲し又は外國に在る者と電話に依つて契約を爲したるが如き場合に徴して明かである。

異法地域者間に於ける契約の行爲地を定むるに當り申込地に重きを置くべきか將た承諾地に重きを置くべきかは、恰も民法上隔地者間の契約の成立を定むるに當り發信主義を採るべきか將た受信主義を採るべきかと云ふ問題と同様に、必ずしも何れかの一を撰擇せざるべからざる理論上の根據を有せざるものである。何となれば申込は契約成立の基本的要件であると云ふ點より言へば申込地に重きを置くべき理由存すると同時に、承諾は契約を成立せしめたる決定的要件であると云ふ點より言へば承諾地に重きを置くべき理由も亦同様に存在することを認めねばならないからである。従つて此の問題は立法上の便宜問題として何れかの一を選定するの外はないのであるから、或は英米の如くに承諾地を以て契約の成立地と見做すものもあるが、我法例第九條第二項は前掲の如く申込の通知を發したる地を以て行爲地と見做すべきものとし、若し申込を受けたる者が承諾を爲したる當時申込の發信地を知らざるときは申込者の住所地を以て行爲地と見

申込地と承諾地

做すべきものとしてゐる。併し乍ら此の規定は唯當事者の意思不明なる場合に於ける行爲地の解釋に關する一應の推定的規定たるに過ぎないのであつて、異法地域者間の意思表示は常に申込地を以て行爲地と見做すべきことを絶對的の原則とするものに非ざることとは素より言ふを俟たないのである。特に申込者が偶然第三國に滞在中又は通過中に發送したる申込の如きは、通常申込者又は承諾者の住所地法若くは目的物の所在地法に依つて契約を成立せしむべきことを明示又は默示に豫想するものであつて、偶然の結果たる申込の發送地を以て行爲地と爲し、其地の法律に従つて契約を成立せしむるの趣意に非ざることとは明かであると言はねばならぬ。従つて第九條第二項は、唯異法地域者間の契約の準據法に關する當事者の意思が全く不明にして行爲地法に依らざるを得ざる場合に限り、承諾地よりも寧ろ申込地に重きを置き、申込地の法律を以て行爲地法と見做すべきことを規定するに過ぎないのである。然も此の場合に於ても尙單に我國の郵便消印あるのみにては承諾者は申込の發送地を正確に知ることを得ざるが故に、斯る場合には寧ろ申込者の住所地を以て行爲地と見做すべきことを規定してゐるのであるから、申込者が住所地以外の第三國に於て申込を發したる場合に於ても、

實際上より言へば申込者の住所地を以て行爲地と見做すべき場合が最も多數を占むべきことが明かである。

異法地域  
者間の契  
約の成立  
時期

異法地域者間の契約は如何なる時期に於て成立すべきものと見做すべきか。此の點に關する諸國の民法の規定は極めて區々にして、或は我民法(第五二六條)の如く發信主義即ち承諾の通知を發したる時に成立することを認むるものあり、或は獨逸民法(第一三條)の如く受信主義即ち承諾の通知が申込者に到達したる時より效力を生すべきものとするものあり、若くは伊國商法(第六三條)の如く了知主義即ち申込者が承諾を了知したる時に始めて成立することを認むるものもある。併し乍ら法例第九條は異法地域者間の契約に就て行爲地法を適用すべき場合には、申込地を以て行爲地と見做すべきものと規定するが故に、斯る契約が如何なる時期に於て成立したるものと見做すべきかは、承諾地の法律の如何に拘らず、専ら申込地の法律に依つて之を定むべきものであると言はねばならぬ。従つて我國が申込地である場合には、獨逸又は利太利に於て承諾したる場合に於ても尙我民法の規定に従ひ獨逸又は伊太利に於て承諾の通知を發したる時に成立したるものと論定せざるを得ざると同時に、獨逸又は伊國が申込地なる場合には、我國に於て承諾の

通知を發したるのみにては契約は尙未だ成立せざるが故に、我國に於ける承諾者は承諾の通知が獨逸に於ける申込者に到達する前若くは伊國に於ける申込者が之を了知する前又は之と同時に承諾の撤回の通知を爲し得べきことを認めざるを得ないのである。

然るに我國の國際私法學者中には隔地的契約が如何なる時期に成立すべきかは、隔地的契約は何れの地に於て成立すべきかの問題に先つて解決することを要すべきものであると主張し、我法例には隔地的契約の成立時期に關する規定を缺くも、我民法に於ける隔地的契約の成立時期の規定(發信主義)を標準として隔地的契約の成立地を定めたる法例の精神に徴するときは我立法者は國際私法上に於ける隔地的契約の成立時期に付き民法の規定を標準と爲したるものと解せざるべからずと主張する者もある。併し乍ら契約の成立自體を支配すべき準據法を定むるに當つて、先づ契約の成立時期を定むべき準據法を求めんとするが如きは論理上本末を顛倒するの譏を免れざるのみならず、我法例の規定を全然誤解したるものであると言はねばならぬ。何となれば我法例は唯論者の所謂隔地的契約(即ち異法地域者間の契約)の成立問題、従つて成立時期の問題が行爲地法に依るべ



き場合には申込地の法律を以て行爲地法と見做すべきことを規定するのみであつて、外國が申込地たる場合に於ても尙我民法の發信主義に依つて契約の成立時期を統一せんとするが如き無謀なる規定を掲ぐるものではないからである。

以上は異法地域者間に於ける契約に就て行爲地法を定むべき標準に關する説明であるが、法例第九條第一項に於ては、法律を異にする地に在る者に對して爲したる意思表示に付ては其通知を發したる地を行爲地と看做すと規定し、單獨行爲に就ても亦意思表示の到達地よりも發表地に重きを置くべきものとしてゐる。

第二項 法律行爲の形式的要件方式

法律行爲の形式的要件即ち方式に就ては古來場所は行爲を支配す (Locus regit actum) と云ふ格言が認められ行爲地の法律に従ふて爲されたる方式は何れの國に於ても之を有效と認むべきことは國際的慣習法とも稱すべき一大原則である。併し乍ら此の原則は如何にして發達し來たつたのであるか、又此の原則は凡ての法律行爲に付て等しく適用せらるべき絶対的規定であるか、或は當事者の便宜に依つて之に依ることを得べき任意的規定であるかに就ては從來學者間に異説あ

「場所は行爲を支配す」との原則

るのみならず、立法上に於ても或はルイジアナ民法第十條第一項の如く之を絶対的の原則とするものあり、或はゼオルジャ民法第八條の如く内國に於て效力を發生すべき法律行爲に付ては内國法の規定に従ふべきことを要するものあり、或は伊國法例第九條第一項の如く同國人間の法律行爲に限り其本國法に規定する方式に依るも亦有效なることを認むるものもある。絶対的行爲地法主義は古來最も廣く行はれたる主義であるが、之を絶対的の原則とするときは却つて法律行爲の成立を困難ならしむる弊害があるので、之を匡正せんが爲めに效力發生地法又は當事者に共通の本國法に依つて之を制限せんとする主義が發達するに至つた。

然し此の主義も亦行爲地法を原則とする點に於て絶対的行爲地法主義と同様に「場所は行爲を支配す」との原則は素と法律行爲の成立を容易ならしむるが爲めに發達したる便宜規定たることを忘れたるの非難を免れざるものである。

元來理論上より言へば法律行爲の形式的要件は常に其實質的要件と同一の法律に準據すべきが當然である。従つて法律行爲の實質的要件が當事者の本國法に依るべき場合には其方式も亦其本國法に依るべく、實質的要件が目的物の所在地法若は行爲地法に依るべき場合には其方式も亦其所在地法若は其行爲地法に

實質的要件と形式的要件

依るべきものである。換言すれば法律行為の方式は原則として其行為自體の準據法に依るべきものであると言はねばならぬ。併し乍ら法律行為自體が當事者の本國法に依るべき場合に於て若し其方式も亦常に其本國法に依るべきものとするときは當時者は斯る方式を認めざる外國又は之を認むるものに依ること困難なる外國に於ては往々斯る法律行為を爲すこと能はざるに至るの虞れがあるから此原則を強行することを要せざる行為に限り寧ろ例外として行為地法に依りたる方式も亦方式として有效なることを認むることが必要である。これ最近の立法例に於て方式に關する古來の原則を一變して例外と爲し、場所は行為を支配すとの格言は寧ろ法律行為の方式を容易ならしむる便宜規定たるに過ぎないことを明かにする主義が發達するに至つた所以である。我法例第八條及び獨逸民法施行法第十一條の如きは即ちそれである。我法例第八條に曰く

法例第八條

法律行為の方式は其行為の效力を定むる法律に依る  
行為地法に依りたる方式は前項の規定に拘らず之を有效とす但物權其他登記すべき權利を設定し又は處分する法律行為に付ては此限にあらす。  
即ち我法例の規定に依れば法律行為の方式の準據法と其行為自體の準據法と

昭和七年九月十六日印刷  
昭和七年九月二十日發行

國際私法 中卷 奥付  
定價 金壹圓八拾錢



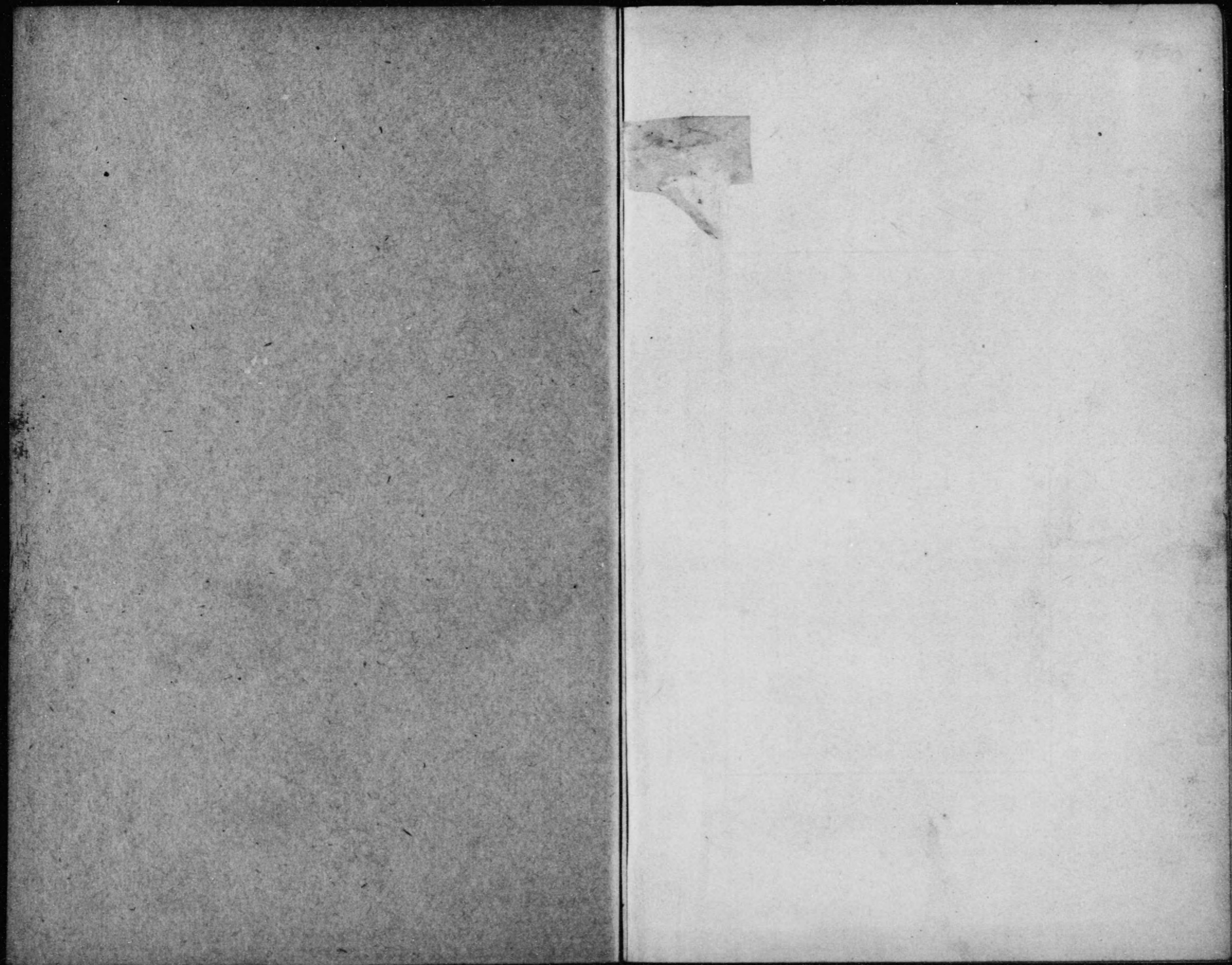
著 者 山 田 三 良  
發 行 者 江 草 重 忠  
印 刷 者 島 連 太 郎  
東京市神田區一ツ橋通町五番地  
東京市神田區美土代町二丁目一番地

印 刷 所 三 秀 會

發 行 所

東京市神田區一ツ橋通町五番地  
電話九〇三〇  
東京市本郷區森川町八十番地  
電話三三三〇

有 終 閣



624
69

