

11  
649



始





181  
649

國際私法

下卷





大正  
山田博士

國際私法

(大正二年獨四)

下卷





國際私法目次

第三編 法律、抵觸

總論

第一章 外國法

第二章 外國法適用、制限

第三章 反致法

第四編 國際民法

第一章 人事

第一節 權利能力

第二節 失蹤

第三節 行為能力

第二章 物權

第三章 債權

二三五

二二五

二二五

二二五

二四六

二五六

二五六

二六八

二六二

二六九

二八五



第一節 総説

第二節 法律行為より發生スル債權

第三節 不法行為事務管理不当利得より發生スル債權債務

債權債務

第四章 親族法

第一節 婚 姻

第二節 親子、関係

第三節 扶養、義務

第四節 後見及保佐、関係

第五章 相続

第一節 法定相続

第二節 遺言

第五編 國際商法

第一章 商人及商行為

三〇二

三〇六

三〇八

三六二

三六三

三六四

四〇三

四一〇

四一八

四二二

四二四

四二五

第二章 手形法

第三章 海 商

第一節 船籍若クハ國旗法

第六編 民事訴訟

第七編 準國際私法

四三〇

四三六

四三九

四三八

四四〇

國際私法目次 畢



國際私法

第三編 法律ノ牴觸

總論

第一章 外國法



國際私法ノ原則ニヨリテ外國法ヲ適用スル場合ニ其外國法ハ法律ナルカ否カ其ノ外國法ハ何人カ之ヲ証明スヘキカ外國法ノ適用ヲ誤リタル裁判ハ上告ノ理由トナルカ否カト云フカ如キ問題起ル、

一、外國法ノ性質、  
從來外國法ハ之ヲ法律ト見ルモノト法律ニ非ズシテ事實ナリト見ル説トアリ、英米ニ於テハ今日モ尚外國法ハ單純ノ事實ニシ



テ法律ニ非ストナシ、加之事實ナルカ故ニ之ヲ主張スル當事者自  
ラ外國法ノ適用ヲ請求スヘキモノニシテ裁判官ハ外國法ヲ適用ス  
ル職権ヲ有セサルモノナリト考フルナリ、及之政大陸ニ於テハ  
Savigny 以來外國法モ亦法律ナリト論定シ法律ナルカ故ニ  
當事者ノ主張ヲ待タスレテ裁判所カ自ラ進ニテ之ヲ適用スヘキモ  
ノナリト説明ス、此相反スル説明ハ共ニ不完全ナル誹ヲ免レヌ英  
米ニ於テ外國法ヲ事實ナリト論定スルハ理論上正当ニシテ外國ノ  
法律ニ内國ニ於テハ當然法律タルノ效力ヲ有セサルコト明カナリ  
併シ事實タル外國法カ内國ノ法律ノ規定ニヨリテ法律トシテ適用  
セシヘキコトヲ命セラレタル場合ニハ裁判所ハ元ヨリ之ヲ適用セ  
サルヘカラス、國際私法ハ事實タル外國法ヲ内國法ノ一部分トナ  
ス法則ナリ、之ニヨリテ裁判所ハ外國法ヲ適用ヲ命スルナリ、裁  
判所ハ國際私法ノ原則ニ從テ自ラ外國法ヲ進ニテ適用スヘキ職権  
職務ヲ有ス、英、米ニ於テ事實タル外國法ヲ裁判所カ自ラ進ニテ

適用スルコトヲ得スト云フハ國際私法ノ存在スルコトヲ忘レタル  
説明ナリ、此点ニ於テ誤レリト云ハサルヘカラス、又政大陸ニ於  
テ外國法ハ法律ナルカ故ニ裁判所ハ之ヲ適用セサルヘカラストス  
ル外國法ハ國際私法ノ規定ニヨリテ内國法ノ一部分トナリタルカ  
爲メニ法則タルニ至リタルコトヲ忘レ外國法其モノカ當然法律タ  
ルカ如クニ説明スルハ均シク國際私法ノ存在ヲ忘レタル結果ニシ  
テ誤リト云ハサルヘカラス、  
凡ソ外國ノ法律カ内國ニ於テ適用セラルヘキ場合ハ種々アリ、外  
國ノ法律カ外國法律トシテ當然適用セラルヘキ場合ハ其ノ一ナリ  
併シカクノ如キ結果ハ領事裁判権ノ結果トシテ其國ノ明白ナル承  
認ニヨリテ初メテ存在シ得ルコトナリ、其國家ノ承認アルニアラ  
ズンハ外國法律ハ如何ナル效力ヲモ當然ニハ有シ得サルモノナリ  
又外國ノ法律カ全然内國法律トシテ内國ニ於テ適用セラル場合ア  
リ、即チ國家カ外國法律ヲ直接ニ継受シタル場合ナリ、例之台灣



ニ於テ從來ノ諸國慣習法カ其マ、我法律トシテ適用スルコトヲ定  
メシ場合ニハ適用セラルヘキ法律ノ實際ハ外國法ナリシカ、其ノ  
法タル効カヲ有スル所以ハ内國法律トナリタルカタメナリ、内國  
法トシテ適用セラレ居ルナリ。

國際私法ノ規定ニヨリテ外國法カ適用セラル、場合ハ以上二者ト  
異リ、外國法其ノモノハ法律ニアラス、又外國法ノ規定カ内國法  
トナリシニモアラス、内國法ノ原則ノ内容トシテ適用セラル、ニ  
過キス、例之人ノ能力ハ當事者ノ本國法ニヨルノ原則ニヨリ其本  
國ノ規定カ適用セラル、ノ所以ハ之レカタメニ其ノ規定カ我法律  
トナリシニモアラス、其規定カ外國法トシテ効カヲ有スルニモア  
ラス、其ノ規定カタゞ本國法ナル原則ノ内容ヲ為スニスギサルモ  
ノナリ、換言スレハ本國法ト云フハ世界中凡ヘテノ國ノ人間ニ付  
テ之ヲ例フレハ日本人ハ二十歳ヲ以テ成年トシ英米人ハ二十一歳  
或ハベルシヤ人ハ十八オト云フカ如クニ世界各國ノ人間ノ成年々

歳ヲ一々我カ法典ニ規定スルノ代リニ茲ニ本國法ナル外概括的原  
則ヲ規定シ其本國ノ法律ノ定ムル所カ我國ニ於テ効カノ有無ヲ足  
々ヘキ標準トナルコトヲ意味ス故ニ本國ノ能力ニ于スル規定ハ此  
本國法ナル原則ノ内容タルニ過キス、適用セラル、モノハ本國法  
ナル原則ナリ

ニ、外國法ノ證明

外國法カ以上ノ原則ニヨリテ適用セラル、場合ニ其ノ規定カ果シ  
テ如何ナルモノナルカハ何人カ之ヲ證明スヘキカハ又一ノ問題ナ  
ナリ、英米ニ於テハ之ヲ事實ト見ル故、事實問題ハ凡テ之ヲ主張  
スル當事者ニ於テ證明セサルヘカラストシ、外國法カ如何ナル規  
定ナルカハ當事者ノミ之ヲ證明スヘキモノトス、改大陸ニ於テハ  
當事者ニ證明ノ責任ヲ負擔センムルト同時ニ裁判所カ自ラ適ンテ  
之ヲ調査スヘキモノトス、我民法モ亦同様ノ主義ヲ採リ外國法  
商慣習規約等ハ當事者ニ於テ之ヲ證明スルコトヲ必要トスルガ(民



裁判所ハ當事者ノ証明ノミニ拘束セラレサルモノニシテ或ハ探偵ヲ命ジ或ハ自ラ之ヲ調査スヘキモノトス、元來外國法ハ証明スヘキカ否カハ事實ナルカ否カニヨリテ之ヲ定メントスルハ誤ナリ、何トナレハ法律ハ裁判所ノ知ル所ナリトノ格言ニヨリ、法律ニ付テハ証明ヲ要セストスルハ法律タルカ故ニ証明ヲ要セスト云フ意ニアラス、法律ノ存在ハ一ノ事實ナリ、併シ此事實ハ裁判所ニ極メテ明白ナル事實ニシテ之レカタメニ証明ヲ要セストスルノミナリ、故ニ内國法ニテモ其存在ノ事實ノ不明ナル法律ニ付テハ尙當事者ヲシテ之ヲ証明セシメルコトアリ、之ヲ例フレハ慣習法ノ証明ノ如シ、故ニ外國法ノ証明ヲ何人カナスヘキカハ外國法カ法律ナルト事實ナルトニ何等ノ干係ナキモノナリ、只訴訟上ノ便宜如何ニヨリテ定メラルベキモノナリ、我國ニ於テハ當事者ノ証明ノ責任ヲ負擔シ尙ホ裁判所モ自ラ調査スヘキ取裁取務ヲ有スルカ外

國法ノ証明ハ實際極メテ困難ナル場合ハ屢々發生ス場合ニヨリテハ到底不可解ナルコトヲ生ス、故ニ諸國ニ於テ外國法ヲ知ル方法ヲ特ニ研究シ或ハ之ヲ奨励スル機于カ少ナカラサルカ國際法学会ニ於テハ之等ノ不便困難ヲ少クスルノ主意ヨリシテ世界各國ハ互ニ他ノ國ニ新シキ立法ヲ通知スヘキ條約ヲ締結セシコトヲ希望シ一八八七年以來カ、ル國際慣例ノ成立セシコトヲ切望ス、又各國ノ裁判所ハ他ノ國ヨリ其ノ國ノ法律ノ証明ニ付テ委任ヲ受ケレ場合ニハ其事件ニ適用セラルヘキ法律ノ内容ノミヲ証明シテ其事件ノ如何ニ適用セラルヘキカニ付テ何等ノ意思ヲ狭マサルコトヲ主意トシ相互ニ裁判所間ニ援助スヘキコトヲ希望ス、之等ノ方法カ發達シタルト否トニカ、ハラス、コトニ問題トスヘキハ外國法ヲ適用スル場合ニ若シ其ノ法律ノ内容ヲ到底知り得サルトキハ如何ニスヘキカノ問題ナリ、此ノ問題ニ對シテ与テル答ハ只ニ方法アルノミナリ



其一ハ適用スヘキ法律ヲ知り得サルカタメニ其ノ請ホヲ却下スル  
コトナリ、

二三二

其二ハ知り得ル得サル外國法ノ規定ハ内國法ノ規定ト全一ナルヘ  
シト推測シ内國法ノ規定ヲ適用スルノ方法ナリ、

前者ハ一八七九年獨乙ノ高等商事裁判所ノ取リシ主英ニシテ、独  
乙ニ於テハ *Kyrtelmann* ノ如キモ賞讃スル所ナレトモ他  
ノ國ニハ一般ニ排斥サル何トナレハカ、ル方法ハ恰モ法律ノ不備  
欠点ヲ理由トシテ裁判ヲ拒絶スルノ結果ニ陥ル故ナリ、故ニ他國  
ニ於テハ一般ニ第一ノ方法ヲ取り不明ナル外國法ハ内國法ノ規定  
ト全一ナルヘシトシ、内國法ノ其問題ニ干スル規定ヲ適用シテ之  
ヲ裁判スヘキモノナリトス、蓋シ國際私法上ニ於テモ成文法ナキモ  
モノハ夫レニヨリ成文法ナキモノハ慣習法ニヨリ、慣習法ナキモ  
ノハ條理ニヨルヘキモノナレトモ、條理トハ畢竟裁判官ノ常識ニ  
ヨリテ判断スルト道理ト云フカ如キモノニシテ元ト主觀的觀念ナ  
スルノ外ナシト信ス、

ル故不明ナル外國法ノ推測ニ付テ裁判官何々ノ主觀的考ヘヨリモ  
其ノ國ノ立法者カ全一ノ法律干係ニ付テ規定スルトコロハ更ニ一  
層適當ナル法則タルヘシトノ考ヨリシテ如斯キ原則カ認めラル  
、ナリ、我國ニ於テハ此ノ点ニ付テ何等ノ明文ナク、又カク解決  
スルノ外ナシト信ス、

三、外國法ヲ適用セル場合ニ其ノ適用ヲ誤リ又ハ不当ニ適用シタル  
トキハ之ヲ上告ノ理由トナシ得ヘキカ否カ此ノ問題ハ我法例ノ規  
定ニヨリテ適用スヘキ外國法ヲ適用セサル場合ト我法例ノ規定ス  
ル外國法ヲ適用セルモ其ノ鮮明ヲ誤リ又ハ不当ニ適用セル場合ト  
シニニ區別セサルヘカラス

第一ノ場合ノ外國法ヲ適用セサルハ畢竟我法例ノ規定ヲ適用セサ  
ルモノナリ、法例ノ規定ニ遠及スル裁判ナリ、故ニ民訴四三五ニ  
依リ上告ヲナシ得ヘキコトハ尤ヨリ當然ナリ、字者ハ之ヲ國際私  
法ノ原則ニ遠及スル裁判トシテ皆上告ヲ認め、及之

二三三



第二、場合即我法例ノ命スル外國法ヲ適用シテ其ノ解決ヲ誤リタ  
ル場合、又ハ之ヲ不當ニ適用シタル場合ニ付テハ改判ノ學說及ヒ  
裁判例ハ概テ上告ニ得サルモノトス、其ノ理由トスル所ハ内國ノ  
大審院ハ外國法例ノ解決ヲ統一スルノ概ニ付テハ只外國ノ大審  
院ノミカ其國ノ法律ノ解決ヲ統一スルモノナル故、外國法ノ解決  
ノ如何ニ付テ上告ヲ認ムヘキモノニアラストスルナリ、唯少數ノ  
學者ハ種々ノ理由ヨリ上告ヲ認ムルノ正当ナルコトヲ主張ス、即  
チ於テ外國法モ亦法律ナル故其ノ解決ヲ諸<sup>説</sup>ルモノハ即法律ノ解  
決ヲ誤リタルモノトシテ上告ヲ認ムヘキモノナリトシ、又獨乙ノ  
ハールノ如キハ一國ノ大審院ハ下級裁判所ヨリモ外國法ノ解決ニ  
付テ遙ニ優リタル知識ヲ有スルモノナル故上告ヲ認ムルコトノ寧  
口正当ナルヲ述、且若シモ上告ヲ認ムタルトキハ内國ニ於ケル外  
國法ノ解決カ区々ニ派レ種々ノ弊害ヲ生スヘキコトヲ切論ス、  
我法例ノ解決ヨリ云ヘハ外國法ハ我法例ノ規定スル原則ノ内容ヲ

二三四

ナスモノナリ、其内容カ如何ナル意味ニ定メラルヘキカハ我大審  
院カ之ヲ統一セサルヘカラサルナリ、素ヨリ我大審院ハ外國ノ々  
々ニ外國法ノ解決ヲ一定スルコト能ハス、併シ我國內ニ於ケル解  
決及ヒ適用ニ付テハ之ヲ統一スルノ取扱義務ヲ有スルコト尚普通  
ノ適用解決ヲ統一スルト全一ナリ、法例ノ規定スル原則ハ其指示  
ス外國法カ正当ニ解決セラレ正当ニ適用セラレテ初メテ法例ノ規  
定カ正当ニ適用セラレシモノトナルナリ、故ニ法例ノ指示スル外  
國法ヲ不當ニ適用シタル裁判ハ即我法例ノ規定ヲ不當ニ適用セル  
裁判ナリト云ハサルヘカラス、  
故ニ之ニ對シテ上告ヲ爲シ得ヘキコトハ當然ナリト云ハサルヘカ  
ラス

第二章 外國法適用ノ制限



國際私法ノ規定ニヨリ外國法ノ適用スル場合ニ其ノ規定ノ如何ニカ  
 ハラス、常ニ之ヲ適用スヘキカ或ハ外國法ノ規定ノ如何ニヨリ通  
 常適用スヘキ法律ヲ適用セサルコトカアリ得ルヤ否ヤ此ノ問題ニ對  
 レテ第一ニ注意スヘキコトハ一國ノ立法者カ或ル場合ニ外國法ヲ通  
 用スト規定スルハ普通ノ狀態ヲ豫想シタルモノニシテ或ル特定ノ外  
 國法律カ我法律思想ニ非常ニ異リ若シ此ヲ適用スヘキモノトセハ我  
 公益ヲ害スルノ恐アル場合ニ於テモ尚ホ且ツ之ヲ適用スヘキモノト  
 規定セルコトヲ認ムルコト能ハス、カ、ル非常ノ場合ニハ其ノ適用  
 ヲ制限スルコトヲ認メタルモノト解決セサルヘカラス、  
 此ノ點ニ付テハ何人モ異論ナキモ問題トスル處ハ如何ナル方法ニヨ  
 リテ其ノ適用ヲ制限スヘキカニ在ルナリ、之レニ付テ從來諸國ノ立  
 法例ハ種々ニ分タル  
 其一ハ內國法ノ絶對的強行主義  
 一定ノ內國法ハ絶對ニ強行セラルヘキモノト規定シ間接ニ之ニ及

スル外國法ノ適用ヲ制限セントスルモノナリ、民法法三條ノ規定  
 ハ此ノ主義ヨリ出テタルモノナリ、警察警察ニ干スル法律及ヒ  
 不動産ニ干スル法律ハ絶對的ニ之ヲ強行シ之ニ異ナル外國法律ニ  
 ヲリ得サルコトヲ間接ニ示シタリ、又 *Sanctity* カ絶對的強  
 行法ヲ以テ内外法律平等ノ原則ニ對スル例外トスルモノ同シ考ヨリ  
 出ツ此ノ主義ハ結局屬人法ヲ以テ原則トシ內國人ノミカ內國法律  
 ニ從ヒ外國人ハ一般ニ其ノ屬人法ニ從フヘキモノトシ此ノ原則ニ  
 對スル例外トシテ或ル種類ノ內國法律ノミカ内外人ニ對シテ夫レ  
 強行セラルヘキモノト規定シ、此ノ強行法ニ對シテ屬人法カ認メ  
 ラレサルコトヲ示セルナリ、然ルニカ、ル主義ハ  
 第一現今ノ法律思想ニ及ス、現今ニ於テハ内外人ヲ問ハス一國ノ  
 法律ハ其ノ領土内ニ在ル凡ヘテノモノニ對シテ強行セラルヘキ  
 モノニシテ只或種類ノ法律ノミカ例外トシテ強行セラルヘキモ  
 ノニハアヲサルナリ、換言スレハ法律ハ屬地的ナルコトカ原則



ニシテ屬人法ハ又ハ立法者カ明示又ハ默示ノ意思表示ニヨリ之ヲ認メタル場合ニノミ存在ス。故ニ理論上或種類ノ法律ノミカ強行セラルルノ必要ヲ明言スルノ要ナシ

第二此ノ主義ハ實際上不完全ナリ。何トナレハ外國法ノ適用ヲ制限スヘキ必要ハ只内國ノ或ル強行法ニ及スル場合ノミニハアラズ。内國法ニハ積極的規定ナキ場合ニテモ外國法ヲ適用スルノ結果ハ内國ノ公益ヲ害スル恐アル場合ニハ尚之ヲ制限セサルヘカラズ。故ニカ、ル主義ニヨリ外國法適用ノ制限ヲ正當ニ定ムルコト能ハザルナリ

其二、内國法ノ強行ヲ明言スルト同時ニ外國法ノ適用ノ制限ヲ併セテ規定スル主義

伊法例西民法白民法草案ハ之ニ屬ス。此ノ主義ハ他國民法ノ規定ノ不完全ナルヲ悟リ内國法ノ強行ヲ規定スル外ニ更ニ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ及スル外國法ハ之ヲ適用セザルコトヲ明言スルニ

至レリ。併シ前述ノ理由ヨリ、此ノ規定ノ前半ハ無用ナリ。只後半ノミカ必要ナル規定トナルナリ。之ニ於テ最近ノ立法例ハ其三、只外國法ノ適用ノ制限ノミヲ定ムル主義ヲ取ルニ至レリ。只其ノ制限ノ標準及ヒ書キ方ノ如何ニハ種々アリ。國際法協會ノ決議ノ如キハ内國ノ公益又ハ公ノ秩序ヲ抵触スル外國法ハ内國ニ於テ承認セラルルコトナク又々其ノ效力ヲ有センムルコトナント規定ス。南米諸國ノ民法或ハ黑山ノ財産法等ニ於テハ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ及スル外國法ハ之ヲ適用セスト規定シ、獨乙民法施行法三十條ニ於テハ外國法ノ適用カ善良ノ風俗又ハ獨乙法律ノ目的ニ及スルトキハ之ヲ適用セスト規定ス。英米ニ於テハ外國法ハ内國ノ public policy ニ及スル場合ニハ之ヲ適用セストナス。

✓ 我法例三十條モ亦此ノ主義ヨリ出テタル規定ニシテ外國法ニヨルヘキ場合ニ於テ其ノ規定カ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ及スルトキ



ハ之ヲ適用セスト規定ス、要之、此ノ主義ニ於テハ外國法ニヨル  
ヘント定メタル國際私法ノ規定ハ絶対的強行法ニアラヌトシテ内  
國ノ公益ニ及スル場合ニハ之ヲ適用セスト云フ制限ハ常ニ附隨ス  
ルモノト見ルナリ、併シ我法例ノ如クニ之ヲ制限スルニ公ノ秩序  
及ヒ善良ノ風俗ノニヨリテ又ルトキハ解決上甚ク困難ナル問題ヲ  
生ス、善良ノ風俗トハ如何ナルモノナルカハ其國其ノ時代ノ倫理  
道德ノ思想ヨリ定マルヘキモノニシテ一定シ得ヘントスルモ公ノ  
秩序トハ何ヲ意味スルカニ付テハ之ヲ定ムル標準ハ甚不明瞭ナリ  
加之、我法例及ヒ民法ニ於テ全シ文字力具ル意味ニ用ヒラレ居ル  
コト明カナリ、即民法ノ九十条以下法律行為ノ總則ノ規定ニ於テ  
公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ト云フハ法例三十条ニ云フ所ヨリハ其ノ  
意味ハ広キモノト云ハサルヘカラサルニ至ル、即民法ノ規定ヨリ  
云ヘハ之ヲ例フレハ能力ニ于スル規定或ハ婚姻能力ニ于スル規定  
ハ公ノ秩序ニ于スル規定ニシテ當事者ノ意思ニヨリテ之ヲ左右シ

九條則三十条

得サルモノト云ハサルヘカラス、然ルニ法例三十条ノ規定ニヨレ  
ハ能力ニ于スル規定カ公ノ秩序ニ于スル規定ナリト解釈スレハ法  
例三十条以下ニ能力ニ付テ外國法ノ規定ノ適用ヲ認メタルモノカ三  
十条ニヨリ適用シ得サルコトナリ、國際私法ノ原則ハ全ク無用  
ニ屬スルコトナリ、従テ法例三十条ニ所謂公ノ秩序トハ民法ノ  
ソレヨリモ狭義ノモノニシテ能力ニ于スル規定ハ法例ノ上ニ於テ  
ハ公ノ秩序ニ于セサル規定ナリト解釈セサルヘカラス、如此公ノ  
秩序ニニ様々意味アル故、瑞西ノ *Beckmann* 氏ハ公ノ秩序ヲ國  
際的ノモノト國內的ノモノトニ之ヲ區別ス、  
此ノ説明出テ、以未広ク世上ニ行ハレ今日ニ於テハ殆ント当然自  
明ノ原則ノ如クニ看做サル、併シ此ノ區別ハ只結果ニ付テ説明シ  
ソルナリ、内外人ニ共通ニ公ノ秩序ト看做サルヘキ規定カ即チ國  
際的ノ公ノ秩序ナリ、只内國人ニ對シテハ公ノ秩序ト看做サル  
ヘキ規定カ內國的公ノ秩序ナリト云フニ又ギス故ニ此ノ國際的ナ



ル語ニモ亦弊アリ。近來カハル名称ノ代リニ相對的公ノ秩序及ヒ  
絶對的公ノ秩序ナル名稱ヲ得テセントスルモノアリ、或ハ又々此  
ノ語ヲ字義通りニ解釈シ世界万国カ共通ニ公ノ秩序ト認ムヘキ  
モノカ即チ國際的公ノ秩序ニシテ或一國ノミカ認メテ公ノ秩序ト  
ナスモノヲ内國的公ノ秩序ト解セントスルアリ、併シカハル秩説  
明ハ國際私法上無用ナリ。  
國際私法ニ於テ外國法適用ノ制限トシテ云フ所ハ只々其ノ國ノ公  
ノ秩序ノミヲ云フモノニシテ他ノ國ニ於テ全權ニ公ノ秩序ヲ認メ  
ラル、ヤ否ヤハ問フ所ニアラス、又近來公ノ秩序ヲカクニ別スル  
コトヲ排斥シ公ノ秩序トハ只一ノ種類アルノミニシテ其ノ社會全  
体ニ干スル法律其國ノ公益ニ干スル法律カ即チ公ノ秩序ニ干スル  
法律ニシテ之ニ及対スル外國法律ハ凡テ之ヲ適用シ得サルモノナ  
リト説明シ自分能力等ニ干スル規定ハ公ノ秩序ニ干セサル規定ナ  
リト解釈セントスルモノアリ、*Principles* 併シ自分能力等

ニ干スル規定カ民法上公ノ秩序ニ干セサル規定ト解スルハ認ムヘ  
カラサル説明ナリ。  
國際私法上ノ公ノ秩序ノ意味ヲ限定スルノ困難ヨリ民法上ノ解釈  
マテモ左右セントスルノ批難ヲ免ルヌ、公ノ秩序ナル字ハカハル  
不便アル故、獨乙民法編纂ノ際ニ種々ノ變遷アリ、遂ニ此ノ語ヲ  
除キ之ニ代フルニ獨乙法律ノ目的ナル語ヲ以テセリ、  
我法例ニ云フ公ノ秩序ナル語ニ畢竟スルニ我法律ノ目的精神ニ生  
シテ考フヘキモノニシテ到底民法ト同一ノ意義ニ解釈シ得ス、從  
テ此ノ規定ハ我法律ノ精神目的ニ生シテ外國法ノ適用ヲ認メサル  
場合ニハ之ヲ適用セスト云フト全一ナリ、併シカハル意味ニ解ス  
レハ此ノ規定ハ理論上持ニ之ヲ規定スルノ必要ナクカハル明文ナ  
キモ苟クモ我法律ノ精神目的ニ生シテ外國法ニヨリ得サルトキハ  
之ニ依ルコトヲ得サルモノト云ハサルヘカラサレハナリ、  
併シカハル規定ヲスレハ只無用ナルノミニシテ有意ニアラス、併



ニ若シ我法例ノ如ク公ノ秩序ナル語ヲ用ユレハ甚危険ナル結果ヲ  
来スコトナル<sup>殊</sup>我法例三十條ニ於テ外國法ノ規定カ公ノ秩序又ハ  
善良ノ風俗ニ及スルトキト云フナリ、然ルニ一國ノ法律ハ其ノ  
他國ノ法律ノ異善ナルカ悪ナルカラ判断シ得サルモノニシテ只内  
國ノ法律ノ規定ニ及スルカタメニ之ヲ適用セスト云フコトハ出来  
ス、一國ノ立法者ノ爲シ得ル範圍ハ外國法ノ善惡ニカ、ハラス外  
國法律ヲ適用スル結果カ公ノ秩序、善良ノ風俗ニ及スル場合ニハ  
之ヲ適用セスト規定シ得ルノミナリ、從テ法例ノ規定ハ其ノ規定  
ニアラスシテ其ノ規定ノ適用カ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ及スル  
トキト云フヘカリナリ、併シ已ニ民法及ヒ法例ニ全一ノ語アリ  
トスレハ之レカ相当ナル解説ヲ定メサルヘカラス、其点ヨリシテ  
公ノ秩序ニニ様ノ意味アルコトヲ先ツ前提セサルヘカラス、而シ  
テ公ノ秩序ニニ様ノ意味アル所以ハ一國ノ法律ハ只其ノ國ノ臣  
民主権ヨリシテ其ノ臣民ニ對シテハ居ル場所ノ如何ニ干係ナク國

家カ必ス強行セト欲スル規定カアリ得ルナリ、カ、ル規定ハ其  
領土ニ干係ナキ規定ナリ、及之國家ハ其ノ領土其ノ社會ヲ維持ス  
ルノ必要ヨリ其ノ領土主權ノ起ルル範圍内ニ於テ必ス維持シ強  
行セント欲スル規定カアリ得ルナリ、此ノ社會的、領土的公ノ秩  
序ニ干スル法律カ即チ國際私法上ニ所謂公ノ秩序ニシテ外國法ノ  
規定ハ之ニヨリテ制限セラルコト、スルカ法例三十條ノ目的ナ  
リト云ハサルヘカラス、及之、我臣民ニ對シテノミ強行シ維持セ  
ント欲スル公ノ秩序カ外國人外國法律ニハ無干係ナリ、故ニ法例  
三十條ハカ、ル性質ノ公ノ秩序カ之ヲ包含セサルモノト解説セサ  
ルヘカラス、自分能力ニ干スル規定ハ即チ内國人ニ對シテノミ強  
行法ト見ルヘキモノニシテ外國人ノ自分能力ヲ規定スルノ主意ニ  
ハアラス、故ニ我民法ノ規定ニ及スル外國法律ヲ外國人ノタメニ  
認ケルモ我カ公ノ秩序ヲ害スルモノニアラサルナリ



# 欠

其ノ國際私法ノ規定カ相異セル場合ニ之ヲ調和スルノ方法如何ハ問  
題ナリ、此ノ方法ハ只列國ノ合意ニヨリテ全一ノ國際私法ヲ採用ス  
ルヲ以テ、最モ完全ナルモノトスルナリ、之レカタメニ前並ノ如ク國  
際私法ノ統一事業カ米國諸國ノ間ニ又歐大陸諸國間ニ近來漸ク發達  
シ來リシナリ、併レ歐大陸諸國ト英米トノ國際私法トヲ統一スルハ  
甚々困難ニシテ近キ將來ニ於テハ到底望ミ得ヘカラサルコトナリ、  
之ニ於テ第二ノ方法トシテ一國ノ立法権内ニ於テ爲シ得ヘキ調和ヲ  
圖ルコトヲ企ツルニ至レリ、ソレカ即チ及後法ノ原則ナリ、  
此ノ原則ハ一八七五年ニ始メテ佛國大審院ニ採用セラレタリ、即チ  
仙ノ國際私法ニヨレハ屬人法ハ其ノ當事者ノ本國法ナリトス、然ル  
ニ英米ニ於テハ其ノ當事者ノ住所地法ヲ取ル、コノ主義ノ相異ヲ調  
和スルカタメニ佛國大審院ハ仙國ニ住所ヲ有スル英國人ニ付テハ英  
本國法ニヨラヌシテ住所地法タル仙國法律ニヨルヘキモノナリトセ  
リ、而シテカハ結果ハ仙國ノ國際私法カ本國法ニ讓リタルニカ、



ハラス、其ノ本國ノ國際私法カ之ヲ仙ノ法律ニ讓リ返シタルモノナ  
 ル故、佛國法律ニヨルコトウ其ノ本國法ニヨル所以ナリト説明ス、  
 如斯キ主義カ次ヲ白耳義ニ行ハレ又一八八四年以來ハ伊ニモ行ハル  
 、ニ至レリ、以來本國法主義ヲ取ル國ハ漸ク一般ニ認メラル、ニ至レ  
 リ、獨乙ニ於テモ之ヲ認ムル裁判所カ少ナカラサリレカ後ニハ及対  
 一裁判例モアリキ、一九〇〇年ヨリ實施セラレタル民法施行法ハ明  
 文ヲ以テコノ原則ヲ一般ニ認ムルニ至レリ、(二十七條)  
 我法例二十九條ニ於テモ亦全條ノ明文ヲ以テ之ヲ認ムルニ至レリ如  
 斯ニシテ現今ハ此ノ原則カ國際私法上ノ一原則トシテ一般ニ認メラ  
 ル、ナリ、併シ學者間ニハ之ニ及対スル者少ナカラス、  
 一九〇〇年ノ國際法学会ニ於テハ此ノ原則ノ可否ヲ討議シ遂ニ其  
 ノ決定ヲナスコトヲ得サリキ、只左ノ如キ決議ヲナスニ至レリ、  
 即一國ノ法律カ私法ニ干スル牴觸問題ヲ規定スル場合ニハ其ノ事項  
 ニ適用セラルヘキ規定ヲ指示スヘキモノニシテ其ノ事項ノ牴觸問題

ニ対スル外國法ノ規定即チ國際私法ノ規定ヲ指示サハルコトヲ希望  
 スト云フナリ、此ノ主意ハ國際私法ノ規定ノ範圍ハ内外ノ實質法規  
 ナリ、内外ノ國際私法ノ規定ニテラサルコトヲ意味ス、故ニ例ハ  
 本國法ト云ヘ其本國ノ實質的法規ノミヲ意味ス、本國ノ國際私法  
 的規定ハ本國法ヨリ除外セラレタルモノト解スルナリ、此ノ決議  
 ハ極メテ正当ナリ、何トナレハ一國ノ國際私法ヲ規定スルニ當リテ  
 ハ只内外私法ノ牴觸アルコトヲ前提スルノミニシテ外國ノ國際私法  
 ノ如何ヲ顧ミルモノニアラス、故ニ國際法ノ規定ノ範圍ハ只内外ノ  
 私法ノ規定アルノミナリ、若シ外國ノ國際私法ニモ内外私法ノ牴觸  
 ノ中ニ包含スルモノトスルハ本國法ニヨルトヨク規定ハ本國ノ國際  
 私法ニヨルトヨク規定トナリ、本國ノ國際私法ノ規定ニヨリテ他ノ  
 法律例ヘハ住所地法ヲ適用スヘキ場合ニハ又其ノ住所地ノ國際私法  
 的規定カ適用セラルヘキモノナリ、而シテ其ノ住所地ノ國際私法カ  
 本國法ニヨルヘキモノナラハ結局循環極マリナク遂ニヨルヘキ法律



ヲ發見スルコトヲ得サルナリ、從テ國際私法上記メラレタル準據法ハ只内外ノ私法ヲ指定セラルヘキモノニシテ内外私法以外ノ法律ハ準據法ノ法律中ニ包含セラレサルモノト云ハサルヘカラス

吾國際私法の規定タル法例モ亦主意ヨリ規定サレタルモノニシテ其本國法ト云ヒ住所<sup>レ</sup>地法ト云ヒ所在地法、行為地法ト云フカ如キ原則ノ法ナル文字ハ其地ノ實際的規定ノミヲ意味シ國際私法の規定ヲ包含セス、併シ之ヲ普通<sup>ト</sup>場合ニシテ立法者カ特別ノ場合ニ外國ノ國際私法の規定ヲ参考シ其ノ如何ニヨリ普通ノ準據法ヲ變更スルコトヲ得ルハ素ヨリナリ、今外國人ノ本國ノ國際私法ハ其ノ本國法カ適用セラルヘキコトヲ予想セシテ却テ其者ノ住所<sup>レ</sup>地ノ法律ヲ適用セラルヘキコトヲ予期スル場合ニ強ヒテ普通ノ原則ニヨリ其ノ本國法ヲ適用スルモノトセハ法律ノ牴觸ヲ調和スルノ規定ヲ以テ却テ牴觸ヲ發生セシケルコトナリナリ、  
如斯キ場合ニ其本國法ニヨラスシテ内國ノ法律ニヨルヘキモノトス

（此ノ如ク）

レハ相互ノ間ニ法律ノ牴觸問題ハ無クナル、而シテ此ノコトカタハ一國ノ立法權ノミニヨリテナシ得ヘキ問題ナル故、コトニ及致法ノ原則ヲ認メ國際私法ノ規定ノ牴觸ヲ存スルコトナカラシムルコトヲ正当ト云フヘシ、然ルニ此ノ原則ニ對スル者ハ曰ク、カール結果ヲ認ケルハ循環論法ニ陥リ適用スヘキ法律カ遂ニ發見スルコトヲ得ス此ノ駁論ハ、佛、伊ノ如クニ特別<sup>ト</sup>明文ナキニモ拘ハラズ只裁判例ヲ以テ之ヲ認メ本國ノ國際私法ニヨルヘキコトモ本國法ノ適用ナリト説明スル場合ニ極メテ適當ナル駁論也、併シ吾國又ハ獨<sup>レ</sup>己ノ如クニ立法上特別ノ規定ヲ以テ外國ノ國際私法ノ如何ニヨリ内國法ヲ適用スヘキコトヲ認ムル場合ニハ全ク當ラサル論ナリ、何トナレハカ、ル場合ニ何等ノ循環ナシ、外國ノ國際私法ノ規定ニヨリ内國ノ實際法カ適用セラルヘキ場合ニハ之ヲ適用スト云フナリ、實際ニ適用セラルヘキ法律ハ、直ニ確定スルナリ、  
第二ノ非難ハ國際私法ノ規定ハ法律ノ適用ニ于スル公法的規定ナリ



其ノ性價上強行セラルヘキモノナリトスルナリ、此点ヨリシテ外國  
人ノ本國ノ國際私法ノ規定、規定ノ如何ニヨリ其ノ適用ヲニシス  
ルコトヲ得サルナリ、苟クモ本國法ニヨルト云ヘハ本國法主義ヲト  
ル國ノ人間ニテモ住所私法主義ヲトル國ノ人間ニテモ等シク本國法  
ニヨラサルヘカラスト解釈シ、及致法ノ原則ヲ認ムルハ此主義ニ及  
スルモノナリト非難ス、吾非難モ亦我國ノ如キ明文ナキ場合ニ於テ  
適當ナル非難也、併シ立法者カ特ニ明文ヲ以テ外國ノ國際私法ノ規  
定ノ如何ニヨリ無用ノ原則タル本國法ヲ適用セスト規定セル場合ニ  
ハ本國法ナルモノハ絶對的の原則ニ非サルコトヲ立法上明カニシタル  
モノニシテ何等國際私法ノ性價ニ及スル所ナシ、故ニ我國ノ如キ規  
定アル國ニ於テハカ、ル非難ハ省ルノ値ナシ、  
第三ニ之ニ及対スル者ハ曰ハク若シカリノ如キ原則ヲ認ムレハ本國  
法主義ヲ取ル立法者カ住所私法主義ヲトル立法者ニ降服シタルモノ  
ナリ、住所私法主義ヲ益々感ナラシメ遂ニ國際私法ノ退歩ヲ為スノ

慮アルヲ免レスト云フ、伊ノ及対學派ハ概ネ此ノ理由ニヨリテ及対  
ス、之等ノ四ニ於テハ本國法主義カ住所私法主義ハ代リタルコトヲ  
以テ國際私法ノ學理的進歩ナリト考ヘ居ル也、從テ本國法主義ヲ適  
用スヘキ場合ハ之ヲ適用セシテ住所私法主義ノ結果ヲ認ムルニ至ル  
ハ國際私法ノ退歩ナリト考フ  
然ルニ此ノ駁論ハ其前扶カ既ニ講ナリ、近世諸國ニ於テ本國法カ屬  
人法ノ原則トシテ認メラル、ニ至リハ國際私法學ノ發達ノ結果ニ  
非ス、只諸國ニ於テ法典カ統一セラレタル偶然ノ結果タルニ過キス  
故ニ及致法ノ原則ヲ認ムルト否トニ拘ラズ住所私法主義ヲ取ル國ノ  
法典カ統一セラレサル限リハ住所私法主義カカ、ル國ニ於テ常ニ認  
メサルヘカラサルモノト屆モ、從テ此ノ原則ヲ認メタルカ、メニ住  
所私法主義カ益々發達シ本國法主義カ退歩スルモノト云フコト能ハス  
殊ニカ、ル結果ヲ認ムルハ住所私法主義ヲトル外國ノ利益ノタメニ  
之ヲ認ムルニ非ス、本國法主義ヲトル國カ自己ノ便宜ノタメニ之ヲ



認メテ内國法ヲ適用スヘキモノナリ故、本國法主義ヲ採ル國カ住所  
地主義ノ屬地シタルモノト云ヒ得ルハ元ヨリナリ  
元來法律ハ屬地的効力ト屬人的効力ト有スルモノナリ、普通ノ場  
合ニハ内外交通ノ必要ニ省ミテ屬人的効力ニ重キヲオキ當事者ノ本  
國法ニヨルヘキモノトモセシモノナリカ、其本國ノ立法者カ屬人的効  
力ヲ附合セラルヘキコトヲ欲セサル場合ニハ他ノ一面ノ効力タル屬  
地的効力ニ重キヲ置キ内國法律カ外國人ニ對シテモ亦其効力ヲ及ホ  
スヘキモノトシ内國法ニヨルト云フニ過キス、之カタメニ國際私法  
ノ學理ノ發達如何ニ何等ノ干係ナキニナラス、寧ロ其ノ抵觸ヲ調  
和スル莫ニ於テ學理ノ發達ヲ助クルモノト云フコトヲ得ルナリ  
要之ニ及致法、獨則ヲ不當トスル非難ハ何レノ点ヨリ考フルモ皆取  
ルニ足ラサルノ説ナリ、之ヲ認ムルニ正當トセサルヘカラス、只  
コトニ注意スヘキコトハ此ノ原則ハ只屬人法ノ主義トノ相異ニツキ  
認メラルナリ、其他ノ國際私法ノ主義ノ相異ニ付テハ之ヲ適用セ

ナルモノトスルコトナリ、又我國法例二十九條ノ規定ニヨリ實際上  
適用アル場合ハ本國法ニヨルヘキ法律干係ニ付テ其本國ノ國際私法  
住所地法主義ヲトル國ニ屬スル外國人カ我國ノ住所ヲ有スル場合ニ  
初メテ發生ス、住所地法主義ヲトル國ト云ヘハ其ノ主ナルモノハ  
英、米也、其ノ他南米諸國及政州ニ於テハ、デルタ、アルク、ノール等  
ナリ、之等ノ國ノ人民カ日本ニ住所ヲ有スル場合ニ本國法ニヨルヘ  
キ法律干係アラハ其本國ノ實質法如何ヲ問フノ必要ナキモノナリ  
我民法商法ノ規定ニヨリ其權利義務ヲ定ムヘキモノトナリナリ、如  
何ナル干係カ本國法ニヨルヘキ干係ナルカハ法例ノ規定ニ當シテ知  
ルヘキモノナリ、換言スレハ効力ノ有無、親族法上ノ權利義務並ニ  
相続、遺言ニ干スル問題ヲ本國法ニヨルヘキ法律干係ナリ、



第四編 國際民法

二五六

第一章 人事

從來ノ國際私法ノ著書ニ於テハ人ニ付テ身分能力ハ其本國法ニヨル  
 トカ或ハ住所地法ニヨルトカヲ說明シ行爲能力モ身分モ同一ノ準據  
 法ニヨルヘキモノトアリ、若シ身分ナル文字ヲ只親族法上ノ干係ヲ  
 意味スルモノトスレハ大体ニ於テ屬人法ニヨルヘキモノナル故以上  
 ノ如キ說明ノ方法ハ誤レリト云フ能ハス、併シ之ヲ親族干係トシテ  
 モ親族干係ノ當事者カ其ノ國籍ヲ異ニシ又ハ其ノ住所ヲ異ニスル場  
 合ニハ只單ニ屬人法ニヨルト云フノミテハ何レノ當事者ノ如何ナル  
 時ニ於ケル屬人法ナルカ不明ナリ、故ニ單ニ屬人法ニヨルト云フカ  
 如キ概念的ノ說明ヲ以テ親族干係ノ準據法ヲ明ニスルコト能ハス又  
 若シ身分ナル文字ヲ權利享有ノ主格ナリト解スレハ之ヲ屬人法ニヨ

ルト云フコト能ハサルモノニシテカ、ル說明ハ權利ノ享有ト權利ノ  
 行使トヲ混同シタル結果ナリト云ハサルヘカラス、元來古代ニ於テ  
 ハ身分ナル文字ハ公法上ニ於テモ私法上ニ於テモ重要ナル意味ヲ有  
 シ權利ノ享有モ權利ノ行使モ多クハ身分ノ如何ニヨリテ定マリシナ  
 リ、從テ從來身分及能力ト並ニ稱シテ其ノ屬人法ニヨルヘキコトヲ  
 認メタルナリ、併シ現今ニ於テハ人ノ身分又ハ地位ノ如何ハ權利ノ  
 享有ニハ無干係ニシテ只親族干係ニ於テノミ身分ナル誤カ或ル意味  
 ヲ有スルニ過キス、併シ親族干係ニ付テモ其凡テノ干係ヲ身分ナル  
 簡單ナル語ニヨリテ凡テ云ヒ現ハスコト能ハス、又單ニ其ノ當事者  
 ノ屬人法ニヨルト云フカ如キ簡單ナル原則ニヨリテ其ノ準據法ヲ明  
 カニスルコト能ハサルモノナル故我法例ニ於テハ身分ナル古來ノ一  
 般ニ用ヒラレタル文字ヲ全ク削除シ親族干係ニ付テハ各々特別ノ準  
 據法ヲ明ニスルコトヤセムナリ、而シテ能力ニ付テハ之ヲ權利能力  
 小行爲能力トニ區別シ只行爲能力ニ付テノミ法例ニ其ノ準據法ヲ規

二五七



定シ居ルナリ、権利能力ニ付テハ法例ニ特別ニ規定スル所ナシ、法  
例全体ノ規定ト民法ノ規定トハ調和ニテ如何ナル法律カ其ノ準據法  
ナルカヲ知リ得ルナリ、此ノ章ヲ第一節ニ権利能力、第二節失踪、  
第三節行為能力トシテ之ヲ説明セントス、

二五八

### 第一節 權利能力

人ノ權利能力ナル語ハ元來曖昧ナリ、正確ニ云ハハ二様ノ意味ヲ有  
ス、即チ一ノ意味ニ於テハ權利能力トハ權利ノ主体タルヘキ資格、  
即チ人格其モノヲ意味ス、他ノ意味ニ於テハ人格者カ即チ權利ノ主  
体タル者カ或ル權利ヲ享有シ得ヘキカ否カヲ意味ス、

第一ノ意味ハ人ナルカ、人ニ非サルカヲ意味ス、人格ノ存在如何ノ  
問題ナリ

第二ノ意味ハ人即人格者カ如何ナル種々ノ權利ヲ享有シ得ルカヲ意

味ス、即チ人格者ノ人格ノ範圍ノ広狭如何ノ問題ナリ、國際私法上  
ニ於テハ權利能力ノ此ノ二意義ヲ明カニ區別スルコトヲ要ス

第一ノ意義ニ於ケル權利能力ハ依リニ之ヲ一般的權利能力ト云フ、

此ノ權利能力ノ有無ノ問題ハ何レノ法律ニヨリテ之ヲ定ムヘキカ

ト云フニ自然人ニ付テハ我國ニ於テハ只我法律ノミニヨリテ即チ

我民法ノ規定ノミニヨリテ其有無ヲ決スヘキモノナリ、外國人カ

其外國ニ於テ權利能力ヲ有スルカ否カハ無干係ナリ、只我法律ハ

人即チ自然人ハ凡テ權利ノ主体ナリト認ムルカ故ニ我領土内ニ於

テハ苟クモ人類タル以上ハ此ノ意味ニ於ケル權利能力ヲ附与セラ

ルモノナリ、他ノ國ニ於テモ亦其國ノ法律ニヨリテ其ノ能力

ノ有無ヲ定ムヘキモノナリ、故ニ之ヲ總合シテ云ハハ一般的權利

能力ノ有無ハ其ノ問題ヲ決スル論訟地ノ法律ニヨルト云フコトヲ

得ルナリ、只之カ例外ヲナスモノハ法人ナリ、前述ノ如ク外國法

人ノ人格ノ存否ハ外國ノ法律ニヨリテ之ヲ定ムルモノニシテ外國

二五九



法律ニヨリテ既ニ人格ヲ有スルモノノミカ我法律ニ於テ其人格ヲ認メラルコトアルナリ、我法律カ外國法人ニ人格ヲ賦与スルニハ非ス、自然人ト法人トノ異ナル結果ナリ、

二六〇

第二ノ権利能力ハ之ヲ特別の権利能力ト依リニ云フ、外國人カ我國ニ於テ人格ヲ付与セラレタル場合ニ其ノ人格ノ存否ハ如何ナルモノナルカハ即チ其ノ外國人ノ享有スル何々ノ権利如何ノ問題ハ必ズシモ我民法ノミニヨリテ之ヲ定ムルモノニ非ス、何トナレハ其親族ノ相続權ノ如キハ我法例ノ規定ニヨリ其本國ノ法律ノ附与スル権利ハ我國ニ於テ享有シ保護セラルヘキモノトナルナリ我民法ノ規定ハ親族權ノ相続權ヲ享有スルニハ非ス、之ニ及レテ財產權ノ如キハ我領土内ニ於テハ我民法ノ規定スル權利ヲ享有スルヲ以テ例トス、故ニ此ノ権利能力ハ必ズシモ日本ノ民法ニヨルト云フコトヲ得ス又必ズシモ外國人ノ本國法ニヨルコトモ得サルナリ、

問題トスル所ハ其ノ権利カ何レノ法律ニヨリテ支配セラルヘキカヲ先ツ明カニセサルヘカラス、而シテ其權利ノ證據法定マラム、其ノ法律ニヨリテカ、ル權利能力アルヲ無キカヲ定ムヘキモノトナル、各種ノ權利ニ何レノ法律ヲ證據法ナルヘキカハ法例三條以下ニ規定スル所ニシテ國際私法ノ規定全部ニ依リテ之ヲ認メサルヘカラス、此法例ノ規定ニヨリ我民法商法カ證據法ナルヘキ場合ニ於テノミ此ノ權利能力如何カ、我私法ノ規定ニヨリテ定ムルナリ、例ハ我國ニ於テ外國人カ土地所有權ヲ有スルカ否カハ直接ニ我民法又ハ外國人ノ土地所有權ニ干スル法律ノ規定ニヨルモノニ非ス、我法例ノ規定ニヨリテ物權干係ハ其ノ目的物ノ所在地法ニヨルト云フナリ、故ニ我領土内ニ在ル物權干係ハ我法律ニヨリテノミ之ヲ定ムヘキモノト規定ス、其ノ結果トシテ我民法又ハ土地所有權ニ干スル法律ニヨリ外國人カ權利ヲ有スルカ否カヲ定ムルコトナル、故ニ特別の權利能力ハ國際私法上其ノ權利ノ證據

二六一



法ニヨリテ其ノ享有無ク定ムヘキモノナリト概論スルコトヲ得ル  
ニ六二  
ナリ。此点ニ付テハ自然人モ法人モ全ク同一ナリ  
而シテ如何ナル個々ノ権利ヲ享有スル能カマルカノ問題ハ我實度  
法ニ付テハ既ニ~~ハ~~國人ノ地位ニ付テ説明スル所ナル故ニユ、ニ再  
述セス。

### 第二節 失踪

人格ノ始及終ノ問題ハ諸國ノ法律上大体同一ニシテ之レニ對スル國  
際私法ノ問題ハ發生セザルモノト見做サル。何トナレハ其始タル出  
生ノ如何其ノ終タル死亡ノ如何ハ元來法律上ノ問題ニ非スレテ生物  
學上ノ事實問題ナリ。法律ハ只人格ハ出生ニ初マリ死亡ニ終ルコト  
ヲ認ムルノミナリ。之ニ付テ特ニ抵觸問題アル者ハナン。併シ人  
格ノ終ニ付テハ死亡ノ外ニ法律ノ規定ニヨリテ死亡ト同一ノ效力ヲ

# 欠



# 欠

失踪ノ宣告ニヨリ、本國法ノ規定如何ニ干係ナク、相續カ開始スル  
コト、ナルナリ、

## 第三節 行為能力

諸國ノ法律ハ種々ノ原因ヨリ、行為能力ノ有無ヲ定ム、我民法ニ於  
テ<sup>他國</sup>成年未成年ノ區別ニヨル能カヲ定メ禁治産、準禁治産及ヒ專ノ  
無能力等ヲ規定ス、其ノ他尙ハ破産ノ宣告ヲ受ケタルモノハ行為能  
カヲ制限セラル、又刑法上ニ於テモ或ル刑罰ノ執行中ハ其ノ能力ヲ  
制限セラル、コトアリ、併シコトニ説明ヲ要スルモノハ我民法總則  
ニ規定スル能力ノ有無ニ付テノミナリ、破産宣告ノ結果タル無能力  
ニ付テハ破産ノ效力ノ問題ナリ、又刑罰ノ結果トシテノ能力ノ制限  
ハ刑罰ノ效力ノ問題ナリ、國際私法ノ範圍外ナリ、及<sup>之</sup>成年未成年  
年其ノ他ノ総則ニヨル行為能力ノ有無ニ付テハ諸國ノ<sup>各</sup>法ノ規定異



ル結果トシテ外國人オ内國ニ於テ行為ヲナレ或ハ内國ノ人カ外國ニテ法律行為ヲ為ス場合ニ何レノ法律ニヨリテ其ノ能力ノ有無ヲ定ムヘキカヲ明ニスル必要アリ、從來ノ立法例ハ之ノ点ニ付テ單ニ能力ハ其ノ屬人法ニヨルト云フカ如キ概括的規定ヲ以テ満足セリ、然レトモ四ノ無能力ハ之ヲ一概ニ論スルコトヲ得ス

妻ノ能力有無ノ問題ハ婚姻ノ效力ノ問題ナリ、夫ノ権利ノ結果トシテ發生ス、故ニ妻其ノ者ノ屬人法ニヨリテ決スルコトヲ得ス、蓋口夫ノ屬人法ニヨルヘキモノナリ、我法例ニ於テモ妻ノ能力ノ有無ニ付テハ特別ノ規定ヲ設ケス、法例十四條ノ婚姻ノ效力ノ準據法ニヨルヘキモノトス、又禁治産及ヒ準禁治産ニ付テ只單ニ屬人法ニヨリヨルト云ヒ得ス、

何トナレハ之等ノ無能力ハ禁治産準禁治産ノ宣告ヲ必要トス、其ノ宣告ヲナセル國ノ法律カ宣告ノ效力トシテ能力ノ有無ヲ定ム、故ニ單ニ當事者ノ屬人法ニヨルト云フ如キ規定ヲ以テ之ヲ説明シ得ス、從

テ法例八四、及五條ニ於テ禁治産、準禁治産ニヨル無能力ノ準據法ヲ特ニ規定ス、從テ從來概括的ニ認メラレシ規定ハ我法例三條ニ於テモ亦認メラレ居ルモ法例三條ニ規定スル能力ノ有無ハ成年未成年ノ區別ニヨル能力ノ有無ニ限定セシモノト云ハサルヘカラス

一) 未成年者

人ハ何歳ニシテ成年トナルカノ問題ハ一國ノ立法上ノ便宜問題ナリ純理上年齡ニ一定ノ標準ヲ与ヘ得ス、從テ諸國ノ成年々齡ハ各異ル、我民法ノ如クニ滿二十才ヲ以テ成年トスルモノハ歐米諸國ニ於テハ六瑞西ノ民法アルノミ、多クハ滿二十一才ナリ、即チ英米ヲ始メトシ、獨・佛・伊・露・瑞典・諾威等皆然リ又二十二才トスルハ南米アルセンナナリ、和國・白國ノ如キハ二十三才、澳・匈・ニハ二十四才、丁株・南米智利ハ二十五才ナリ、之ト及テニ我民法ノ年齡ヨリ、少キモノアリ、土ハ十六才、斯波ハ十五才ナリ、各成年々齡異ルカ故ニ人ノ行為能力ノ年齡ニヨル有無ハ



何レノ法ニヨルヲ正当トスルカハ從來諸種ノ主義アリ、即原則トシテ *Bartolus* 以來之ヲ屬人法ナリトシ或ハ地方ノ法律ハ其者ニ屬セザル人ノ能力ヲ増減シ能ハサルモノト爲做サレタリ、而シテ、其ノ所謂屬人法ハ當事者カ住所ニヨリ所屬スル地方ノ法ト見做セリ、第十九世以來ハ此ノ屬人法ニ一大變化起リ、住所ノ如何ニ干係ナリテ籍ニヨリテ所屬スル法即其本國法ニヨリテ之ヲ定ムヘキモノトセリ、  
故ニ現今ハ屬人法ハニ主義並ヒ行ハル、歐大陸ノ如クニ法典國ニ在リテハ本國法主義行ハレ、英米ノ如ク地方ニヨリ法律ヲ異ニスル國ニ在リテハ住所地法主義行ハル、此ノ外ニ尙ホ屬地法主義ヲ採ルモノハ稀ニアリ、例ヘハ智利民法十四、十五條ニヨレハ外國人タルト否トヲ問ハス、能力ノ有無ハ皆民法ノ規定ニ從フベキモノトス、併ニ如斯キ主義ハ特別ナル事情アル國ニ於テ、僅ニ認メラルルノミ、能力ノ有無ヲ定ムル立法ノ理由ヨリ云ヘハ甚ダ理

由無キコト、云ハサルヘカラス、  
唯近來ハ後ニ述ブルカ如ク取引ノ安全ヲ保護スル主意ヨリシテ或種ノ法律行為ニ付テハ如斯キ主義ニヨリ能力ノ有無ヲ定メラル、場合カ益々一般ニ認メラル、傾向ヲ有スルモノト云フヘキノミ、換言スレハ能力ノ有無ニ付テ行為地法主義ヲ認ムルモノ漸次多クナル傾向アリ、併ニ之等ハ現今ニ於テハ寧ろ例外ノ場合ナリ、普通ニハ能力ノ有無ハ屬人法ニヨルヘキモノトス、  
何故ニ屬人法ニヨラサルカト云フニ一國ノ民法ニ於テ年齢ニヨリテ能力ノ有無ヲ定ムルハ元其ノ國民ヲ標準トシテ規定セルモノナリ、世界各國ノ人類ノメニ一定ノ年齢ヲ以テ精神身本ノ發育ノ如何ヲ定メタルモノト理解シ得サレハナリ、例之、我民法ニ於テ、一〇歳以下ノ未成年トスル規定セルハ、我帝國國民ノ普通ノ狀態ヲ標準トセルモノニシテ、我國ニ住所又ハ居所ヲ有スル外國人ノ年齢ヲ最定セルモノト見ルゴトヲ得ス、外國ノ民法ニ於テ



ル成年々齡モ亦同一ナリ、已ニ其國ノ皇族ハ其國ノ臣民トシテ只  
其ノ國ノ臣民ノミテ標準トシテ成年々齡ヲ定ムンモノトスレハ之  
ノ民法ノ規定ヲ外國人ハ適用スルノ主意ニアラサルコト明カナリ  
之ト全時ニ一國ノ臣民ノ精神自體ノ發育狀態如何ハ其ノ國ニ居住  
スルト外國ニ居住スルトニヨリ異ナルヘキモノニ非ス、從テ我民  
法ノ規定ハ外國ニ滞在スル日本人ニ付テハ當然二十才ヲ以テ成年  
トスルノ主意明カナリ、諸國ノ成年々齡ヲ定ムル此ノ立法ノ目  
的ヲ調和スル所ノ策ハ能力ノ有無ハ其ノ當事者ノ本國法ニヨリ之  
ヲ定ムトスルニアリ、問題ハ内國法ヲ適用スヘキカ外國法ヲ適用  
スヘキカナリ、而シテ已ニ内國法ヲ適用シ得ストスレハ外國法中  
之ヲ定ムルモノハ唯其ノ本國ノ法アルノミ之レ即法典編纂國ニ於  
テ本國法主義一般ニ認メラルル所以ナリ、及之、其ノ國ニ一定ノ  
統一法典ナキ國ニ付テハ内國人ニ付テモ其ノ地方ニヨリテ異ナル  
法ニヨルノ外ナシ、而シテ何人ハ何カノ地方ニ所屬スルカハ其國

ノ法ノ規定如何ニヨルヘキ問題ナルヲ現今ニ於テハ本籍又ハ戶籍  
ニヨルモノノ住所ニ重ク置ク、故ニ住所アル地方ノ法カ其ノ當事  
者ノ能力ヲ定ムルモノトスルノ外ナシ、カ、ル國ニ於テハ内國人  
ニ付テスラ住所地ノ法ニヨリテ能力ノ有無ヲ定ムルモノナル故外  
國人ニ付テモ亦同様ニ住所地ノ法ニヨリテ能力ノ有無ヲ定ムヘキ  
モノトス、故ニ本國法ニヨルヘキカ住所地法ニヨルヘキカハ主義  
其ノモノトシテハ何等優劣モ區別モアルヘキ筈ナシ、只其本國ニ  
統一的法律行ハルカ否カニヨリテ發スルノ結果タルニ過キサル  
ナリ、

上述ノ如ク能力ノ有無ハ本國法ニヨルヲ原則トスルモ之ハ只立法  
ノ大体ノ目的ヨリシテカ、ル原則ヲ至當トスルノミ必スシモ之ヲ  
絶対的ノ原則トスルノ要ナシ、殊ニ現今ノ如ク内外人ノ交通往來  
頻繁トナリ其ノ取引ヲ迅速ニ且ツ安全ニセシメトスレハ必ス  
シモ本國法ノミニヨリ能ハサル場合多ク發生ス、コレニ於テ内國



ニ於ケル取引ノ安全ヲ保護スル必要ヨリ本國法主義ヲ制限スルコト多クノ因ニ認メラルルニ至レリ、我法例ニ於テモ三條二項ニ此例外的規定ヲ認ム、即チ我國ニ於テ為ス法律行為ニ付テハ外國人ハ其本國法ニヨリテ無能力ニテモ吾國法ノ規定ニヨリ能力者タルヘキ場合ニハ尚之ヲ能力者ナリト看做スヘキモノトシ無能力ニ對抗シ得サルモノトス、此ノ例外ハ内國及ニ於ケル取引ヲ保護スルカタメナリ、敢テ内外人ノ區別ヲ説クル為メニアラス、從テ取引ノ当事者双方カ外國人ニテモ又其ノ一方カ内國人ニテモ均シク適用セラルトス、又和其ノ行為カ單獨行為ニテモ契約ニテモ苟クモ財產權的法律行為タル以上ハ常ニ此ノ例外ニ從フヘキモノトス、此ノ制限ヲ設クルカ否カハ仙、伊等ノ國際私法ト稱ス、換及我國ノ法律ト異ル所ナリ、佛、伊等ニ於テハ本國法ハ修正的ナル原則ナリ如ク考ヘ、之ヲ絶對的ニ認メサルヘカラサルモノトス、若シ此原則ハ前述ノ如ク只諸國ノ成年々齡ヲ認メタル立法ノ目的ヲ以テ

調和スル便宜ノタメニ認メレモノニシテ必ズシモ絶對的の原則トスルノ理由ナシ、殊ニ近來ハ屬人法ノ原則ニ代ルニ屬地法又ハ行為地法主義ヲ以テセントスルモノ發生スルニ至レリ、從テ取引ノ保護ノ必要ヨリ、以上ノ如キ制限ヲ加フルコトハ理論上ニ於テモ正当ト云ハサルヘカラス、此ノ例外ハ之ヲ凡テノ法律行為ニ及ホスヲ得ス、外國人ノ親族法上ノ法律行為或ハ相続法ノ規定ニヨルヘキ法律行為ニ付テハ專ラ原則ニ遡リ、其本國法ノミニヨリ能力ノ有無ヲ定ムヘキナリ、何トナレハ之等ノ法律干係ハ結局本國法ニヨリテ直ニ效力ヲ定ムヘキモノナル故、我國ニ於テ其行為ヲ為セル場合ニ例令我カ法律ニヨリテ能力者トナリ、從テ有故ナル法律行為ヲ為ストシテモ其ノ本國ニ於テ有效ナラサル法律行為ノ成立ヲ認ムルトキハ却テ該據ヲ來ス法律行為ノ成立ヲ保護スル所以ニアラサレハナリ、是ト全據ニ外國ニ存在スル不動産ニ干スル法律行為ハ法例十條條ニヨリ



凡テ其ノ所在地法ニヨリテ定メラル、カクノ如キ法律行為ハ例令  
我國ニ於テ為サ、ル場合ニテモ乱リニ我法律ニヨリテ之ヲ能力者  
トシ有效ナル法律行為ヲ為シ得ルモノトシテモ結局其ノ行為ノ保  
護ヲナスコトヲ得サル故、カ、ル法律行為ニ付テハ前述ノ例外ヲ  
適用スヘカラストス（法例三條三項）

尚法例三條ニ付テ注意スヘキコトハ同條ハ元ヨリ自然人ニ付テ適  
用アルナリ、或ハ學者ハ法人ノ能力ヲ認メテ法人ノ行為能力カ又  
其ノ本國法ニ依ルト云フモノアルモ、三條ハ只自然人ノ行為能力  
ヲ規定スルノミ法人ノ能力ニ付テハ何等ノ標準ヲ与フルモノニア  
ラス、從テ此ノ問題ハ全ク別問題トセサルヘカラス、而レテ法人  
ノ権利能力若クハ行為能力アリトセハ其ノ能力ハ何レノ法ニヨル  
ヘキハ前ニ外國人ニ付テ述ヘタル所ナリ、

二) 禁治産者

禁治産ハ諸國ノ法ニ於テハ禁治産ノ宣告ノ原因ニ付テモ亦其ノ宣

告ノ效力ニ付テモ大ニ異ル例ハ我民法ノ如クニ精神喪失ノ状況ニ  
アルモノノミカ禁治産ニ附セラル、モノトスルモノアリ、又我民  
法ノ禁治産ニ當ル場合ヲモ包含シテ禁治産者トナスモノアリ、或  
ハ独乙民法ノ如クニ精神喪失ノ外ニ飲酒ノ悪癖アル者ニ付テモ尚  
禁治産ノ宣告ヲ為スモノアリ、從テ如何ナル場合ニ禁治産ノ宣告  
ヲ受クヘキモノト見做サルカノ問題ハ何レノ法ニヨルヘキカヲ  
定メサルヘカラス、又禁治産ノ宣告アリシ場合ニ其ノ結果トシテ  
禁治産者ハ全ク能力ヲ剝奪セラルヘキモノナルカ從テ其ノ行為ハ  
無効ナルカ或ハ單ニ能力ヲ制限セラルカ、從テ其ノ行為ハ消滅  
スヘキモノニ過キサルカノ問題ニ付テモ何レノ法カ適用セラル  
カヲ明カニセサルヘカラス、且一國ハ外國人ニ禁治産ヲ宣告シ得  
ヘキカ否カノ問題モアリ、即チ禁治産ノ問題禁治産宣告ノ原因  
ノ問題及ヒ其ノ效力ノ問題ノ三ヲ茲ニ説明スル要アリ、

一) 禁治産ノ管轄ノ問題



一 国内ニ滞在スル外國人カ其ノ國ノ法ニヨリ禁治産ト認めヘキ  
 状況ニ陥リシ場合ニハ先ツ行政処分即チ警察処分トシテ其ノ  
 者ノ財産及ヒ身体ヲ保護スヘキタメニ適當ナル処置ヲナスヘキ  
 コトハ現今ノ國際慣例上一般ニ認めラル、所ナリ、國家ノ直ニ  
 為スヘキ権利ナルト今時ニ義務ナリ、併シ之レヨリ更ニ進ンテ  
 此ノ國ノ裁判所カ其外國人ニ對シテ禁治産ヲ宣告シ或ハ其ノ能  
 カヲ剥夺シ或ハ之ヲ制限シ得ルヤ否ヤハ問題ナリ、此ノ問題ニ  
 付テハ學說上大ニ議論分ル、一派ノ學者ハ禁治産宣告ノ如キ重  
 大ナル結果ヲ来スモノハ只其本國ノミ、管轄シ得ヘク、滞在國  
 ハ之ヲ管轄スルノ権利ナント主張ス、之ニ及ビ一派ノ學者ハ例  
 令外國人ニテモ公益保護ノ必要ヨリシテ禁治産ノ宣告ヲナシ得  
 ヘキコトヲ主張ス、此ノ二ノ議論ハ殆ント凡テノ國ニ今尚ホ存  
 在スルモ多クノ國ニ於テモ實際上ノ必要ヨリシテ第二ノ學說ヲ  
 認め一定ノ條件ヲ具フル外國人ニ對シテ國家ハ恰モ内國人ニ對

スルト同様ニ禁治産ヲ宣告シ得ルモノトナス、其ノ理由トスル  
 所ハ禁治産ノ制及ナルモノハ其ノ本人ノ利益ヲ保護スルト今時  
 ニ社会ノ公益ヲ維持シ第三者ノ利益ヲモ保護スル必要ヨリ出テ  
 シモノナリ、故ニカ、ル状態ニアル外國人カ其國ニ滞在スル以  
 上ハ國家ハ尚之ヲ禁治産トスト宣告シ得ヘキコトヲ認めサルヘ  
 カラストナス、國際法学会ニ於テ曾テ此ノ問題ヲ討議セントキ  
 ニモ議論ノ末、本國ノ所屬管轄ヲ原則トシテ認めルト同時  
 ニ居住地國カ例外トシテ禁治産ヲ宣告シ得ト認め、  
 我法例四條ニ於テモ原則トシテ其ノ本國ノ管轄ニ屬スルコトヲ  
 前提トスルト今時ニ其ノ條件ヲ具フル場合ニハ例外トシテ禁治  
 産ノ宣告ヲ爲シ得ヘキモノトス、即チ次ニ述フル禁治産ノ原因  
 ノ證據法ニヨリテ認めラレタル條件ヲ具備スル場合ナリ、  
 二 禁治産ノ原因、  
 國家カ例外トシテ禁治産ノ宣告ヲ爲シ得ヘキ場合ニ何レノ法ニ



ヨリテ其ノ原因ヲ定ムヘキカノ問題起ル此ノ問題ニ付テモ議論  
ニ及ニ合シ管轄権ニツキ本國ノ專屬管轄権ヲ認ムル學者ハ專ラ  
本國法ノミニヨリテ此ノ原因ヲ定ムヘキモノトシ居住地國ノ管  
轄権ヲ主張スル學者ハ專ラ居住地ノ法ノミニヨリテ其ノ原因ヲ  
定ムヘキモノト主張ス併シ此ノ説ハ共ニ根柢ヲ失ス、何レモ  
正当ト云ヒ得ズ、居住地國ノ管轄権ヲ行フ必要アル所以ハ其ノ國  
ノ法ニ於テ禁治産ヲ附スヘキ原因アリト認ムレハナリ、然ルニ  
若シ其本國法ノミニヨリテ禁治産ノ原因ヲ定ムヘキモノトスレ  
ハ居住地國ノ必要トシ場合ニ禁治産ヲ必要トシ得サル不便アル  
ト今時ニ居住地國ニ於テハ禁治産ヲ宣告シ能ハサル場合即チ原  
因ト認メサル場合ニ尚ホ禁治産ノ宣告ヲナササルヘカラサルコ  
ト、ナル、其ノ國ノ法ヲ維持シ得サルコト、ナル故ニ專ラ本國  
法ニヨルト云フヲ得ズ、之ニ及シ居住地國ノ法ノミニヨルトシテ  
モ又及シ不便ヲ發生ス、即本國ノ法カ認メサル原因ニ對シ居

住地國カ濫リニ禁治産ヲ宣告シ得ストセズ、其本國法上能カ者  
タルヘキ者ヲ無能カ者トナスニ至ル之カ元來能カノ有無ハ其ノ  
本國法ニヨルノ原則ト直ニ衝突スルコトナリ、故ニ如何ナル場  
合ニ於テモ其ノ本國法上能カ者タル以上ハ居住地國ハ之ヲ禁治  
産ト爲シ能ハサルモノト云ハサルヘカラス、  
以上ノ双方ノ不便ヲ除カハ即双方ノ法ハ折衷シテ適用セサルヘ  
カラス換言スレハ禁治産宣告ノ原因ハ其ノ本國法及之ヲ宣告ス  
ル國ノ法ニヨリ其ノ原因アリト認メラル、場合ニ限リ宣告ヲ爲  
シ得ルモノナリト云ハサルヘカラス、我法例四條ニ項ニ曰本ニ  
住所又ハ居所ヲ有スル外國人ニ付テ其ノ本國法ニヨリ禁治産ノ  
原因アルトキハ裁判所ハ其モノニ對シテ禁治産ノ宣告ヲ爲シ得  
ト明言シ但書ヲ以テ日本法カ其ノ原因ヲ認メサル時ニハ此ノ限  
ニ付ラスト明言ス、本國法及我法カ均シク禁治産ノ原因アリト  
認ムル場合ニ限リテ之ヲ宣告シ得トナスハ此折衷主義ヲ認メタ



ルモノナリ

一九〇二年ハ、ヘーグノ国際条約ニ於テモ我法例ト全シ原則ハ採  
用ナル、欧州諸国間ニ於テモ此ノ條約ノ規定ニヨリ、此点ニ付  
テハ我法例ト同様ナル規定カ實際行ハルニ至レリ

三 禁治産宣告ノ效力

其ノ效力ハ何レノ法ニヨルヘキカノ問題ナリ、禁治産ハ四ニヨ  
リテ行政官廳ニ於テ之ヲ決定スルモノニアレトモ多クハ民訴手  
続ニヨリ裁判所ニ於テ判決ノ形式ヲ以テ之ヲ宣告ス、我四ニ於  
テモ亦然リ、苟クモ一國ノ裁判所ノ宣告スル判決ハ如何ナル故  
カヲ發生スルカハ只其國ノ法ノミニヨリテ決定スヘキナリ、他  
國ノ法ノ認ムル效力ヲ發生スルコトヲ得ス、此ノ真ヨリ云フモ  
禁治産宣告ノ效力ハ之ヲ宣告スル國ノ法ノミニヨルヘキコトハ  
明カナリ、更ニ民法ニ規定スル禁治産ノ效力ヨリ見ルモ亦然リ  
一國ノ法カ禁治産ノ制カ設ケ禁治産者ノ行為ハ或ハ取消シ得

ヘキモノトシテハ無効トスルハ独リ禁治産者自身ノタメノミニナ  
ラス、之ト法律行為ヲスル者ノ利益ノ爲メニ法ハ其ノ效力ヲ  
一定シ當事者ノ意思如何ニヨリテ之ヲ左右シ得ストス、若シ其  
國ノ宣告スル禁治産ニ當事者ノ外人ナルカ内人ナルカニヨリテ  
其ノ效力異ナルトセハ國家ハ特ニ外人ニ對シテ禁治産ヲ宣告ス  
ル理由ヲ失フ、從テ禁治産宣告ノ效力ハ其ノ當事者ノ本國ノ法  
如何ニ干係ナリ只之ヲ宣告シタル國ノ法ノミニヨリテ定ムヘキ  
モノナリト云ハサルヘカラス、此点ハ學者モ一致スル所ナリ我  
法例四條一項末段ニ於テモ亦明言スル所ナリ、

第二章 物權



二八六  
準據法ヲ異ニセリ、即不動産ニ付テハ目的物ノ所在地法ニヨルヘキ  
モノトシテ不動産ニ付テハ其ノ所有者ノ屬人法ニヨルヘキモノトセリ、  
其ノ所謂屬人法ハ所有權ノ住所法法ヲ云フナリ、

現今ニ於テモカ、ル主義ヲ採ル者アリ、例ヘハ伊ノ法例七条ニヨル  
ハ不動産ハ所在地法ニヨリ動産ハ所有者ノ本國法ニヨルノ主義ヲ採  
ルカ、ル主義ハ國際私法上ノ物權ノ準據法ノ根本的觀念ヲ誤レル結  
果ナリ、元素物カ物權ノ客體トナリ得ルカ否カ又如何ナルモノカ動  
産ニシテ如何ナル物カ不動産ナルカハ其物ノ所在地ノ法ニヨルノ外  
ハ決定シ得サル問題ナリ、然ルニ動産ト不動産トヲ區別シテ已ニ動  
産ナリト仮定シテ不動産ト異ル法律ニヨラシムルト云フハ到底實行  
シ得サル主義ナリ、加之若シ如此キ主義ニヨレハ動産ノ所有者ニ付  
テ年ヒアリ、年アル當事者カ住所又ハ國籍ヲ異ニスルトキニハ何レ  
ノ當事者ノ屬人法ニヨルヘキカ、不朗ナリ、カ、ル不便アリ且ツ突  
行シ得ヘカラサルモノナル故、十九世紀以來國際私法上ニ於テハ動

産ト不動産トヲ區別セサル主義カ漸ク廢テ行ハルニ至レリ、十九  
世紀ノ半ニ於テハ Savigny : 動産ヲ三分シ一定ノ土地ニ附屬  
スル性質ノ動産例ヘハ農夫ノ農具或ハ家屋ニ附屬スル器具ノ如キモ  
ノト又常ニ其所在地ヲ一定ノ住所ニ屬スル動産例ヘハ旅行者行商人ノ  
携帶品ノ如キモノ及ヒ此ノ二種ニ屬セサルモノトニ三分シ第一種ノ  
モノハ所在地法ニヨリ第二種ハ所有者ノ住所法法ニヨリ第三種ノ動  
産ハ其ノ各場合ニ於ケル事情ニヨリテ準據法ヲ定ムヘキモノトセリ  
然ルニ Savigny 以來自有、保護大ニ發達シ特ニ占有ヲ物權トシ  
テ認ムルニ至レリ、此ノ法律思想ノ發達以來例令旅行者ノ携帶品ニ  
テモ其物ニ對シテ所有權存スルカ否カ何人カ如何ナル物權ヲ其  
ノ物ニ對シテ取得スヘキカノ問題ハ所有者ノ住所法如何ニ係ナリ  
只現在所在スル土地ノ法律如何ニヨリ之ヲ定メサルヘカラストスル  
思想カ一般ニ認メラルニ至レリ、  
故ニ十九世紀ノ終リ以來如何ナル種類ノ動産ニテモ動産ニ對シテ如



何ナル物権カ存在スルカノ問題ハ不動産ト全ク同一ノ準據法ニヨル  
ヘキモノトスルニ至レリ現今ハ此ノ主義カ一般ニ認めラル、モノニ  
シテ伊ノ法例ノ如クニ動産不動産ヲ區別スル規定ノアル國ニ於テモ  
實際上ニ於テハ動産モ亦所在地法ニヨルヘキモノトセリ。之等ノ國  
ニ於テハ動産ノ取得喪失又動産上ノ権利ノ移轉設定等ハ凡テ公ノ秩  
序ニ于スル規定ナリト解釈シ動産ハ所有者ノ本國法ニ依ルト云フ規  
定ハ公ノ秩序ニ于スル法律ノ制限ニヨリテ實際ニ適用シ得サルモノ  
トセリ。如斯ニ動産ノ屬人法主義ハ實際上之ヲ適用シ得ヘカラサル  
モノナル故我法例十條ニ於テハ動産タルト不動産タルトヲ向ハス物  
権ハ凡テ其ノ目的物所在地法ニヨルト明言ス。コトニ單ニ物権ト  
云ハスレテ動産及不動産ニ于スル物権ト規定セルハ古來此二者ヲ區  
別シテ其ノ準據法ヲ異ニシ居リシ沿革ニ基クナリ。  
何故ニ物権ハ其目的物ノ所在地法ニヨラサルヘカラサルカニ付テハ  
其ノ説明ハ必スシモ一定セルニアラヌ。古來不動産カ所在地法ニヨ

ルト云フハ其不動産ノ性質事体封建制及ノ結果トシテ發達シ、法律  
ノ屬地主義ノ結果ナリ。動産モ尚所在地法ニヨルヘキモノトスルニ  
至ルニ至ハ此ノ封建制及ノ法律思想ノミニヨリテ説明スルコト能ハス  
之ニ於テ Savigny<sup>の</sup>物権カ所在地法ニヨルト云フハ其ノ権利者  
カ任意ニ所在地ノ法律ニ服従スルカタメナリト説明セリ。併シ物権  
ニ于スル法律ハ多クハ強行法ニシテ當事者カ之レニ從フ<sup>意</sup>如何ヲ問  
ハス、故ニ任意ノ服従ヲ以テ之ヲ説明スルコト能ハサルナリ、或ハ  
Bade<sup>の</sup>如クニ事物自然ノ性質カ所在地法ニヨラサルヲ得サルモノ  
ト説明スルアリ、併シ何故ニ事物自然ノ性質上所在地法ノミカ適用  
セラルヘキカハ尚不明瞭ナリ  
此ノ問題ハ畢竟スルニ現今ニ於テハ物権其モノノ性質ト現今認め  
ル國際法上ノ領土權ノ結果ナリト云ハサルヘカラス、即物権ノ目的  
物ハ有体物ナリ、一定ノ場所ヲ占領シテ存在スルモノナリ、換言スレ  
ハ物権ハ何レナリ領土内ニ存在スルモノナリ、一定ノ空間ヲ充スモ



ノナリ、而シテ國家ノ領土權ハ現今ノ國際法上排他<sup>他</sup>的專屬的ノモノ  
ニシテ一國ノ領土内ニ於テ其國ノ領土主權ヲ排斥シテ他國ノ權ヲ  
行ハル、コトヲ許サズルナリ、故ニ或四ノ法律物權ニテスル規定ヲ  
設ケ其ノ領土内ニ存在スルモノハ物權ノ目的物ナルカ否カ又如何ナ  
ル物權カ之ニ對シテ成立スヘキカ物權ノ發生消滅變更ハ如何ナル原  
因ニヨルヘキカヲ規定スルモノニシテ只其國ノ法律ノミニヨリテ物  
權ヲ係全體ヲ規定スルコトヲ目的トス、故ニ外國人ノ所有スルモノ  
ニテモ苟クモ其ノ國家ノ領土内ニ持テ来サレシ場合ニハ其ノ物ニ對  
スル物權ヲ係ハ凡ヘテ其國ノ法律ノミニヨリテ之ヲ定ムヘキモノト  
ナルナリ。

以上ノ結果トシテ如何ナル物カ物權ノ目的物ナルカ、又其物ハ如何  
ニ分離スヘキカ、從テ動產ナリヤ、不動產ナリヤ、果實ナリヤ、原  
物ナリヤ、融通物ナルカ、不融通物ナルカ等ハ皆現在ノ所在地法ノ  
ミニヨリテ之ヲ定ムヘキナリ、我民法總則ニ掲ケタル物ニ付テノ規

定ハ此主義ニ於テ民法ノ行ハル、日本ノ領土内ニアル凡ヘテノ物ヲ  
支配スル規定ナリト云ハサルヘカラス、  
又此ノ物ニ付テ如何ナル物權カ成立スヘキカ、物權ノ種類ハ幾ツニ  
分タルヘキカ、物權ノ效力ノ如何等ハ問題ハ皆目的物ノ所在地法ニ  
ヨリナリ、從テ物權ハ九種ナルカ、十種ナルカ等ハ國ニヨリテ異  
ナルモ我國ニ於テハ我カ法律ノ認ムル物權ノミカ成立ス、民法物權  
論ノ總則ニアル物權ハ其カ法律其ノ他ノ法律ノ規定ニヨルニアルスニハ  
成立スルコトヲ得ストスル規定ハ皆此ノ意味ニ於テ我領土内ニ於ケ  
ル物權ハ皆此ノ法律ノミニヨルヘキコトヲ明カニス、故ニ外國ニ存  
在スル中ハ用役權ナル物權カ成立セルモノニシテ其目的物カ日本ノ  
領土内ニ移サレシ場合ニハ我法律ハ用役權ナル物權ヲ認メサル結果  
トシテ外國法ノ認メシ用役權ハ直ニ消滅スヘキナリ、全樣ニ外國ニ  
於テハ所有權ノ目的トナリ得サリシモノニテモ我法律ガカ、ル物ニ  
付テ所有權ノ成立ヲ認ケル以上ハ我カ領土内ニ入ルト今時ニ所有權



カ成立し得ルコト、ナルナリ、其ノ結果一因ニ於テ私権ノ目的物ク  
ルコトヲ禁止セシ物ニテモ其ノ所在地ヲ変更スルヤ否ヤ私権ノ目的  
物トナリ得ルナリ、<sup>二九二</sup> 國室員、人ノ死骸、墳墓ニ属スル紀念品等ニ付  
テ國際間ニ實際内証カ起ルモノナリ、<sup>二九三</sup> 左様ニ物ニ対スル或事實カ如  
何ナル效カラ有スルカ否カモ所在地法ノミニヨリテ結合セラル、例  
之、物ノ占有ハ卑ニ事實トシテ保護セラルヘキカ又之ヲ物權トシテ  
保護スヘキカ占有者ハ如何ナル權利ヲ有スヘキカ等ノ問題ハ凡ヘテ  
目的物ノ現在ノ所在地法ニヨルモノナリ、外國人ハ外國ニ於テ占有  
權ナル物權ヲ享有セザル場合ニテモ我領土内ニ其ノ占有ヲ移シ来ラ  
ハ民法ノ規定スル占有權ヲ取得ス、之ニ基ク凡テノ訴訟ヲ享有スル  
ナリ、  
以上ノ説明ハ又凡ヘテノ所謂他物權ニ適用セラルヘシ、即チ永代借  
地權、永小作權地役權地上權等ニ付テモ凡ヘテ所在地法ノニ適用セ  
ラル、

只々留置權、債權、抵當權、先取特權等ニ付テハ之等ノ權利ニヨリ  
テ担保スル主タル債權ノ如何ニヨリ所在地法ノ原則ノ適用カ多少影  
響ヲ受クヘキコトヲ注意セザルヘカラス、即一方ニ於テハ之等ノ物  
權其ノモノハ所在地法ノ規定ニヨリテ成立如何ヲ定ムヘキモノナリ  
故ニ外國ニ存在中ハ之等ノ物權カ成立シテ其ノ目的物カ吾國ニ移サ  
レ民法律上カ、ル物權カ成立シ得ザル場合ニハカ、ル物權カ消滅ス  
ヘキコトハ明カナリ、  
併シ假令我法律上物權カ成立シ得ヘキ場合ニテモ其ノ担保スル主タル  
債權カ其ノ債權固有ノ準拠法ニヨリ成立セザル場合ニハ主タル債權  
ナキ結果トシテ從タル物權カ成立シ得ザルコトヲ注意セザルヘカラ  
ス、更ニ他ノ方面ニ於テ主タル債權カ債權固有ノ準拠法ニヨリ成立  
シ且ツ從タル物權カ我所在地法ニヨリ物權トシテ成立シ得ヘキ場合  
ニテモ若シ其ノ主タル債權カ我法律上公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反  
スルカタメニ認めラレザル場合ナラハ從タル物權モ亦之ト運命ヲ共  
ニ九三



ニスヘキモノニシテ我法律上存在シ得サルコト、十ルナリ、換言シ、  
レハカ、ル他物権ニ付テハ主タル債権ニ付テ、準據法及ヒ主タル債権  
ヲ我法律上認ケルコトニ付テハ、準據法ノ如何ニヨリ物権其モノノ成  
立ニ影響テ及ホスモノト云ハサルヘカラス。

以上ノ如ク物権干係ハ凡テ目的物ノ所在地法ニヨルナリ、併シ之ハ  
嚴格ニ物権干係ノミナリ、債権関係ノ支配スルモノニハアラス、物  
権ノ取得又ハ喪失ハ物権ノ取得又ハ喪失ヲ目的トスル債権的法律行  
為ノ結果タル場合モ多シ、カ、ル場合ニハ債権的法律行為ト嚴格ニ  
區別セサルヘカラス。例ヘハ其ノ賣買契約ニヨリ所在物カ移転ス  
ル場合ニ所有権カ賣主ヨリ買主ニ移転シタルカ否カハ物権ノ喪失ニ  
干スル問題ナリ、故ニ所有権ヲ移転スル行為ハ物権干係トシテ目的  
物ノ所在地法ニヨル、從テ只移転ノ合意ノミニヨリテ效力カ發生ス  
ヘキカ、或ハ不動産ニ付テハ登記、動産ニ付テハ引渡ニヨリテ初メ  
ヲ移転スヘキカ或ハ登記又ハ引渡ハ只第三者ニ對抗スルヲ條件タル

ニ過キサルカ否カハ專ラ所在地ノ法ニヨリテ決スヘキ問題ナリ  
及之、所有権ヲ移転スヘキ債権債務ノ法律行為即チ賣買契約其モノ  
ハ物権干係ニハアラス、只債権債務ノ干係ナリ、此ノ干係ニ付テハ  
所在地法ハ何等ノ影響ヲモ及ホサス、債権的法律行為固有ノ準據法  
ニヨルヘキナリ、吾法例ニ於テハ七条以下ノ規定ニヨリテ定マルヘ  
キモノナリ、然ルニ學者ヤミモスレハ之ヲ混淆シ物権ノ得喪ハ目的  
トスル法律行為ハ債権的法律行為ニテモ尚所在地法ニヨラサルヘカ  
ラサル如クニ説明シ居ルモノアリ、如斯キハ我法例十條及八條ノ誤  
解ヨリ出テタルモノナリ。

物権ノ得喪ハ通常時間ノ干係ナキモノナリ、故ニ所謂所在地法ト云  
フハ取得喪失其モノノ發生當時ノ所在地法ヲ云フナリ、然ルニ取得  
時効ニヨリテ物権ヲ取得スル場合ニ於テハ一定ノ時間ヲ必要トス  
此ノ時間ノ經過中ニ動産ノ取得時効ニ付テハ履各目的物ノ所在地カ  
變更セラル、コトアリ、カ、ル場合ニ取得時効ヲ支配スヘキ所在地



法ハ如何ナル時ニ於ケル所在地法ナルカノ問題ヲ生ス、此ノ問題ニ  
付テ學者間ニ異説多シ、或ハ時效ノ進行当初ノ所在地法ニヨルヘシ  
トスルアリ、其ノ理由トスル所ハ取得時效ノ占有カ開始シタル當時  
ノ所在地法ハ其ノ占有ノ繼續スル限リハ續テ適用セラルヘキモノニ  
シテ仅令外國ノ領土ニ目的物ヲ移転シタル場合ニテモ何ヶ年ノ占有  
ノ繼續ニヨリテ取得スヘキカラ定メサルヘカラストスルナリ、  
之レト反對ニ時效ハ其ノ完成ノ時ニ於ケル所在地法ニヨラサルヘカ  
ラストスル説アリ、其ノ理由トスル所ハ時效力進行ニ始メタルノミ  
ニテハ只權利取得ヲ希望スルニ過キス、權利ノ取得ハ尚存在セザル  
場合ナル故、何レノ國ニ於テ占有カ開始シタルカハ之レヲ問フ必要  
ナシ、只法律ノ要スル一定ノ年限間占有ヲ繼續シ其ノ地ノ法律カ之  
ヲ取得時效トスル場合ニ於テ、時效ニヨル取得アルヘキモノト  
スルナリ、又更ニ一派ノ學者ハ曰ハク何レノ主義ニヨリテモ或ル地  
ノ法律カ其ノ地ニ存在セザル間ノ占有ニ對シテモ尚ホ效力ヲ及ホス

コト、ナリテ結局所在地法ノ適用ヲ求スモノナル故、時效ノ進行中  
ニ所在地ノ異リレ場合ニハ到底所在地法ニヨリ得ザルモノトシ占有  
者ノ住所地位ニヨリテ之ヲ定ムルノ外ナレト云フ者アリ (Bodl.  
Konsultation)  
此ノ最前ノ學說ハ所在地法カ其國ニ存在セザル占有ニ對シテモ效力  
ヲ及ホスコトヲ非難スル莫ニ於テ一理由アルコトナレトモ此ノ欠点  
ハ假令占有者ノ住所地位ニヨルヘキ場合ニテモ均シク發生ス、苟ク  
モ他國ニ於ケル占有ヲ時效進行中ノ占有トシテ計算スル以上ハ免ル  
ヘカラサルコトナル故此ノ欠點アルニモカ、ハラス、住所地位ニヨ  
ルヨリモ所在地法ニヨルヲ正当トセザルヘカラス、何トナレハ取得  
時效ハ畢竟占有ノ保護ヨリ来リシモノナリ、當事者ノ住所地位ノ如何  
ニ干係ナク其ノ目的物ノ所在地ノ公益保護ノ必要上ヨリ一定ノ期間  
占有ヲ繼續スル權利ヲ取得シタルモノト是做スモノナル故、所  
在地法以來ノ法律ニヨルヘキ理由ハナント云フヘシ、而シテ所在地



法ニヨルヘキモノトスレハ占有開始當時ノ所在地法ハ必スレモ此ノ  
目的ニ適スル所在地法ナリト云フコト能ハス、又訴訟當時或ハ取得  
時効ヲ以テ所有権ノ争ヒニ対抗スル當時ノ所在地法如何ハ此ノ問題  
ヲ決スル證據法トナスコトヲモ能ハス  
何トナレハ訴訟カ丙ノ因ニ起リ取得時効ヲ対抗スル場合ニ甲因ニ於  
テ占有ヲ開始シ、乙因ニ存在中ニ其ノ地ノ法律ニ時効ノ完成セシ後  
丙因ニ移転セシ場合ニ丙因ノ法律ニヨレハ尙ホ時効ノ完成年限ニ達  
セサル場合ニテモ丙ノ因ニ入ル前ニ已ニ完全ナル権利トシテ即時効  
ニヨリテ取得シタル権利トシテ丙ノ因ニ入り来ルモノナル故、問題  
ノ起リタル當時ノ丙因ノ法ニヨリニタビ其ノ権利ノ存否ヲ争フコト  
ヲ許サルモノト云ハサルヘカラサレハナリ、  
如斯キ必要ヨリシテ時効ハ其ノ完成當時ノ目的物ノ所在地法ニヨル  
ト云ハサルヘカラス、換言スレハ何レカノ因ニ存在中ニ其ノ地ノ法  
律ニヨリテ一旦時効完成スレハ其ノ以後、何レノ地ニ至ルモ已ニ時

時効ヨリテ取得セラレタル権利トシテ尊重セラレサルヘカラスト云  
ハサルヘカラス、我カ法例十條ニ項ニ前項ニ掲ケタル権利ノ得喪ハ  
其ノ原因タル事實ノ完成シタル當時ニ於ケル目的物ノ所在地法ニヨ  
ルト規定シ居ルハカ、ル主意ヲ表明スル規定ナリ、然ルニ法例ノ規  
定ヲ見レハ其ノ文字ハ恰モ循環論理ニ陥リシカ如キ形式ニ於テ表ハ  
ル即時効ハ何レノ法律ニヨリテ完成スヘキモノト認ムルカヤ問題也  
然ルニ完成シタル當時ノ所在地法ニヨリテ之ヲ定ムヘキモノト云フ  
モノナル故、此ノ證據法ハ循環論理ニ陥リシモノト云ハサルヘカラ  
ス、  
併シ言葉ノ及点ヨリシテ如斯ニ規定スルノ外ナキ故、只其ノ主意ヲ  
諒ラサルコトヲ注意スレハ足ル、  
尙我法例ノ規定ハ時効ヲ進行シ加メヨリ其ノ完成ノ終リニ至ルマテ  
如何ナル因ニ所在地ヲ變更シテモ占有ノ期間ハ前後通算スヘキモノ  
トス、所謂比例計算主義ヲ排斥ス、換言スレハ取得時効ヲ十ヶ年ヲ



必要トスル因ニ於ケル占有モ、二十ヶ年ヲ必要トスル占有モ一ヶ年  
ハ只一ヶ年トシテ通算ス。純理上ヨリ云ハ法律ノ規定ノ異ナルニ  
從ヒ占有ノ期間ハ全一ノ性質ヲ有スルニアラス、故ニ比例計算法ニ  
ヨリテ之ヲ加算スルカ正当ナレトモ數ヶ因ヲ經過セル場合ハ如何ナ  
ル法律ノ因ニ如何ナル期間占有カ繼續サレタルカヲ正確ニ算定スル  
コトカ實際上甚タ不便ナル故、多クノ因ニ於テハ我法例ノ如クニ只  
一ヶ年ノ占有ハ、何レノ法律ニ於テモ一ヶ年ノ値アル占有ナリト見  
做シ前後通算スヘキモノトス。實際上ノ便利ヨリ出ラレ規定ナリ、  
以上ハ物権ノ規定ナルカ債権ニテモ物権的效力ヲ發生スルモノニ付  
テハ物権ト全様ニ目的物ノ所在地法ニヨラレムヘキ必要アルナリ。例  
ヘハ我民法ニヨレハ借債借ハ債権ヲ係ナリ。併シ之ヲ登記スレハ第  
三者ニ對抗スル效力カ發生ス、即チ登記ニヨリテ物権的效力カ發生  
ス、又多クノ因ニ於テ不動産ノ借債借ハ之ヲ物権トナスモノアリ已  
ニ物権トスルモノアル故ニ我カ法律ノ如クニ之ヲ債権トスル場合ニ

テモ其ノ権利ヲ登記シ第三者ニ對抗シ得ヘキモノトナリタル場合ニ  
ハ其ノ権利ノ效力如何ノ問題ハ之ヲ物権ト全様ニ所在地法ニヨルヘ  
キモノトス。法例十條一項ニ物権其ノ他登記スヘキ権利ト規定セル  
ハカ、ル主意ヨリ出テモナリ。之ニ登記スヘキ権利ハ云フハ單  
ニ登記ヲ必要トスルノ意ニ非ス登記スルコトニヨリテ物権的效力ヲ  
發生スルコトヲ認メラレタル権利ヲ云フ。  
以上ノ規定ニ對シテ一大例外アリ、即チ船ニ于スル権利ナリ。船舶  
ハ動産ナレトモ船舶ニ于スル物権ハ目的物ノ所在地法ニヨルコトヲ  
得サルナリ。何トナレハ船舶ハ他國ノ領海ニモ所在シ又何レノ國ニ  
モ屬セサル航海ニモ所在スルコトアルナリ、故ニ所在地法ニヨルヘ  
キモノトスレハ依ルヘキ法律ナキ場所ニ存在スル場合多ク起ル、此  
点カ他ノ凡ヘテノ物ト船舶ト大ニ異ル所ナリ。法例理由書ニ明言ス  
ル如ク法例ノ規定ハ船舶其モノニ付テハ之ヲ適用スルコトヲ得サル  
モノナリ、所在地法ニ代ルニ如何ナル法律ヲ以テスヘキカハ後ニ船



舶ニ付テノ準拠法ノ説明ヲ見ルヘシ

### 第三章 債權 第一節 總說

債權ニ付テハ債權ノ當事者カ因藉ヲ異ニシテ住所ヲ異ニスルコトモアリ、又其ノ債權ノ發生地カ内國ナル場合アリ、外國ナル場合アリ又債權ノ目的タル行為カ債權ノ成立シタル土地ト異ナル地ニ於テ爲サレ、コトアリ、又債權ノ效力ノミカ債權ノ成立ト日ヲ異ニシテ發生スルコトアリ、從テ債權ノ係ニ付テ何レノ法律カ適用セラルヘキカラ定メサルヘカラス。

然ルニ此ノ係ニ付テハ一般的原則ヲ立ツルコトヲ得サルナリ、何トナレハ債權カ其ノ發生原因ノ異ナルニヨリテ大ニ其ノ性質ヲ異ニ

スルモノナリ、從テ其ノ準拠法モ亦異ナラザルヲ得サレハナリ、口ノマ法以來債權發生ノ原因ニ付テハ契約即チ法律行為ト不法行為事務管理不當利得ノ四原因ヲ認ム、其他親族ノ係アルカメニ發生スル債權アリ、之等種々ノ原因ヨリ發生スル債權ニ付キ各々別々ノ準拠法ヲ説明セサルヘカラス、其内親族ノ係ヨリ發生スル債權例ハハ扶養ノ義務ノ如キハ親族ノ係其モノヲ支配スル法律ニヨリテ定ムルコトカ正当ナリ、叔法例ニ於テモ親族ノ係ト同一ニ之ヲ規定ス、後ニ親族ノ係ノ準拠法ノ説明ニ之ヲ譲ル、  
又物權ノ係ヨリ發生スル債權ハ畢竟スルニ物權ノ效力ナリ、物權自体ノ準拠法カ之ヲ支配スヘキモノナリ、叔法例ニハ此ノ點ニ付テ別段ノ規定ハナキモ法例十條ハカ、ル法律ノ係ヲモ併セテ支配スヘキモノト云ヒ得ヘシ。

及之不法行為、不當利得、事務管理ヨリ發生スル債權ニ付テハ法例十一條ニ特別ノ規定ヲ設ク、又ローマ法ニ所謂契約即チ我民法ニ云



三〇四  
フ法律行為ヨリ發生スル債權ニ付テハ法例七、八條ニ之ヲ規定シ尚  
九、十二條ニ之ニ于テ規定ヲ掲ク。從テ之ニハ債權ノ準拠法ヲ  
説明スルニ當リ之ヲニ大別シ、法律行為ヨリ發生スル債權ノ準拠  
法ト不法行為、不當利得事務管理ヨリ發生スル債權ノ準拠法トニ區別  
シテ説明ス、尚注意スヘキコトハ法律行為ト云ヘハ必スシモ債權發  
生ノ原因ノミニハアラス、物權的干係ヲ生セシムル原因タル場合モ  
アリ、又親族法、相続法上ノ干係ヲ發生セシムル原因タル場合モ  
リ、民法ハ法律行為其モノニ付テ凡ヘテノ行為ニ共通ノ原則ヲ掲ケ  
居ルモ國際私法上ニ於テハ凡ヘテノ法律行為ニ共通ノ原則ヲ掲ケル  
コトヲ得ス、又之ヲ掲ケルノ要モナシ、何トナレハ物權的的法律行為  
即チ物權ノ設定移轉ノ行為ハ物權其モノノ準拠法ニヨルモノナリ、  
目的物ノ所在地法ニ云フ所ノ法律行為ニ于スル凡ヘテノ規定ニ從フ  
ナリ、故ニ我國ニアル物權ヲ設定シ処分スル法律行為ニ付テハ我民  
法ノ意思表示ニ于スル規則ニ並セテ適用セラル、之ト全樣ニ親族法

上及相続法上ノ法律行為ニ付テハ親族干係相續干係ノ準拠法其ノ  
法律行為ノ成立及ヒ效力ヲ定ム、之ヲ親族干係ト區別シテ只法律行  
爲ノミノ準拠法ト見ルコトヲ得ス之ト全樣ニ債權發生ノ原因タル法  
律行為ニ付テハ又カ、ル法律行為ノ成立及ヒ效力ヲ支配セラルヘキ  
法律ノ何ナルカヲ特ニ定ムル必要アリ、  
我法例七條ニ於ク法律行為ノ成立及ヒ效力ト云ヒ居ルモ法律全體ノ  
主意ヨリシテコレニ所謂法律行為ハ凡ヘテノ法律行為ヲ意味スルモ  
ノニハアラス、只タ債權的的法律行為即チ債權發生ノ原因タル法律行  
爲ノミヲ規定スルノ主意ヨリ出ラシモノナリ、此ノコトハ七條ノ規  
定自体ヨリ明白ナリ、即後ニ述フル如ク七條ノ規定ハ法律行為ノ成  
立ニ於テモ當事者ノ自由意思ニヨリテ之ヲ定メ得ヘキモノトス、然  
ルニ當事者ノ自由意思ニヨリテ成立及ヒ效力ヲ定メ得ヘキモノハ債權  
的行為親族法上ノ行為等ニ付テハ當事者カ自由ニヨラシト欲スル法  
律ヲ定メ得ヘキモノニアラス、目的物ノ所在地法ト云フカ如ク或ハ



親族干係ノ本國法ト云フカ如クニ確立シタル法律ニヨリテ爲ニ得ヘ  
キ行爲ナリ。故ニ法例七條ニ云フ法律行爲トハ羅馬法以來所謂債權  
的契約ヲ意味スルモノナリ。只今日ハ於テ單獨行爲ニアルカタメニ  
之ヲ法律行爲ト廣ク云フニ過キス。

三〇六

### 第二節 法律行爲ヨリ發生スル債權

債權ノ成立及效力ハ畢竟其ノ發生原因タル法律行爲ノ成立及效力ノ  
問題ナリ。故ニ先ツ第一ニ法律行爲ノ成立ノ準拠法ヲ説明ス。  
法律行爲ノ成立ハ實質的要件ト形式の要件トニ區別スヘキモノナリ  
甲・實質的成立要件ノ準拠法  
法律行爲ノ實質的成立要件即チ目的ノ適法ナルカ可能ナルカ意思  
表示カ完全ナルカ否カ等ノ問題ハ何レノ法律ニヨリテ之ヲ定ムヘ  
キカト云フニ債權發生ノ原因タル法律行爲カ所謂當事者ノ自發行

爲ニシテ當事者ノ自由意思ニヨリテ欲スル所ニ從テ法律カ其ノ行  
爲ヲ成立セシメ之ニ一定ノ效果ヲ附与スルナリ。從來契約ハ自由  
ナリト稱ヘラレタルハ之カ爲メナリ。法律行爲ハ自由ニシテ自治  
ナルカ原則ナリ。

此ノ原則ハ近世諸國ノ民法ニ一般ニ認メラル所ナリ。諸國ノ民  
法ハ法律ノ制限ニ及セサル限りハ當事者カ如何ナルコトヲ欲スル  
モ法律ニ其ノ意思ニ效果ヲ附与スルモノトス。從テ法律行爲ヨリ  
發生スル債權ニ干スル多クノ規定ハ所謂任意的规定ニシテ當事者  
カ及対ノ意思ヲ表示セサル場合ニ適用セラルヘキ規定ナリ。若シ  
及対ノ意思ヲ表示スレハ其ノ意思表示カ效力ヲ有ス。今當事者カ  
吾民法ノ規定ニ及対ノ意思ヲ表示スル代リニ吾民法ト異ナル民法  
ニヨルヘキ意思ヲ表示スレハ當事者ハ概括的ニ民法ノ規定ハ異ル  
意思表示セラレシモノニシテ吾民法上其ノ意思表示ハ又有效ナリ  
例ハ賣買ヲナスニ當リ賣主ハ担保ノ義務ヲ有セサルコトヲ特約ス

三〇七



ルモ、其ノ特約ハ有效ナリ、其ノ因、法律ニヨレハ賣主ハ担保ノ義務負担セサルモノトス、故ニ當事者カ我民法ノ規定ニヨリテ其ノ賣買契約ノ爲ニ担保ノ義務ナキ特約ヲ爲ス代リニ初メヨリ凡テ其國ノ法律ニヨリテ賣買契約ヲ爲スト云ヘハ吾民法ノ規定ニ異リタル意思ヲ表示セシモノナリ、併シ之ヲ吾民法上ノ意思表示トシテ見ルハ甚ダ實際ニ適セス、寧ロ直接ニカール法律行為ハ其國ノ法律ニヨリテ爲レタル法律行為ナリト見ルヘシ

此ノ主旨ヨリ國際私法上ニ於テハ債權發生原因タル法律行為ニ付テハ其ノ法律行為爲全体ヲ支配スル法律カ何レノ法律ナルカハ當事者カ自由ニ定メ得ヘキモノナリトス、即チ一國ノ民法上ノ自治ノ原則ハ擴張シ其ノ依ヘキ法律ヲ定ムル点ニ於テモ尚自治ノ原則ヲ認ムヘキモノトス、此ノ原則カ近世諸國ノ國際私法上一般ニ認メラルヘキナリ、或ハ裁判所ヲ以テ或ハ法文ノ規定ヲ以テ之ヲ認ム、或ハ法例七条一項ニ法律行為ノ成立ハ當事者ノ意思ニ從ヒ其何レ國

ノ法律ニヨルヘキカヲ規定スルハカール原則ヲ規定シタルニ過キス、只茲ニ注意スヘキハ民法上ニ於テモ當事者ノ自治ハ絶対的ニ非スニテ民法九十条以下ノ規定ニヨリテ制限セラル、カ如クニ國際私法上ニ於テモ此ノ原則ハ法例三十条ニヨリテ制限セラル即チ當事者ハ其國ニ於テ法律行為ヲ爲スニ當リテ外國ノ法律ニヨリテ其ノ行為ヲナスハ自由ナルカ若共ノ結果我カ公ノ秩序善良ノ風俗ニ及スル場合ニ於テハ當事者ノ欲スル外國法ニヨルコトヲ得ザルモノナリ、只此ノ制限アルノモノナリ、苟モ此ノ制限ニ及セザル以上ハ如何ナル法律ニヨルモノ自由ナリ

法律行為ノ成立ノ證據法ニ付テ以上ノ原則ニ付テモ議論ナキモ當事者カ明示又ハ默示ノ意思表示ニヨル依ルヘキ法律ヲ定メザル場合、即チ當事者カ何レノ法律ニ依ラント欲シタルカ、其ノ意思ヲ推測シ能ハサル場合、意思不明ナル場合ニ於テハ何レノ法律ヲ以テ證據法トナスヘキカハ問題ナリ、此ノ證據法ニ干スル當事者ノ



意思鮮明問題ニ付テ從來、學說モ亦諸國ノ裁判所モ区々一定セザルナリ。今其主ナル主義ヲ挙クレハ

(1) 履行地主義

一 派ノ學者ハ法律行為殊ニ契約ノ履行カ當事者ノ得レトスル最終ノ目的ニシテ履行ハ履行地ノ法律ニ認メラレタルモノニアラスレハ發生シ得サルモノナル故、法律行為ノ成立如何モ亦履行地ノ法律ニヨリテ之ヲ定ムヘキモノナリト見カ當事者ノ意思ニ最モ適スルモノナリトスルナリ、拙乙ノ *Savigny* 之ヲ主張シテ最近ニ至ルマテ一大勢力ヲ有スル學說ナリキ。又二三ノ立法例ニ於テモカ、ル主義ヲ採用セリ。ヘキニコ民法一七一八、ギリシヤ民法六、智利民法十五)

此ノ主義ハ當事者ノ默示ノ意思表示カ履行地法ニヨルヘシトスル場合ニハ元ヨリ正當ナレトモ默示ノ意思表示ニヨリテモ既ニ準拠法カ明ナル場合ニハ前ノ原則ニヨリテ履行地法カ適用セラ

ル、<sup>然ル</sup>如クニ意思全ク不明ニシテ履行地ノ法律ニヨル意思アリト推測シ得ヘキ何等ノ事情ナキニカ、ハラス、只單ニ履行地ノ法律ニヨリテ之ヲ定ムヘシトスルハ決シテ當事者ノ意思ニ適シタル詳叙ト云フヲ得ス、何トナレハ法律行為カ一ノ地方ニ於テ成立シ只々其ノ履行ノミカ偶然他ノ地方ニ於テナサルヘキコトハ稀ニハアツサルナリ、カ、ル場合ニ履行地ノ法律ニヨリテ其ノ成立如何ヲモ定ムヘキモノトスレハ却テ當事者ノ豫期ニ及スル結果ヲ免ス、又或ル法律行為ニハ其ノ行為ハ固有ナル履行地ノ存セサル場合アリ、或ハ履行地カニ以上アル場合アリ、例ヘハ相殺、和解ト云フカ如キ法律行為ニ付テハ其ノ履行地ハ存在セザルコトアリ、又更改ニ於テハ旧債權債務ト新債權債務ト履行地ヲ異ニスルコトアリ、併シ更改ハ一ノ法律行為ナリ、何カ一ノ法律行為リテ、其ノ成立力定メラルヘキモノナリ、カ、ル不便アリ不適當ナル故意思不明ナル場合ノ準拠法トシテハ



此ノ主裁カ近未一般ニ排斥セラル、ニ至レリ

(二)債務者ノ住所地法主義

當事者ノ意思不明ナル場合ニハ其ノ法律行為ヨリ發生スル債務ノ負擔者即債務者ノ住所地ノ法律カ準拠法ナルヘシトスルナリ此ノ主義リ種々ノ理由ヨリ之ヲ認ムル者多キモ或ハ債務者ノ利益ヲ保護スルノ必要ヨリ云フナリ、或ハ債権債務ニ干スル無普通裁判藉カ債務者ノ住所地ナルカ故ニカ、ル法律ニヨルトスルモノアリ、或ハ債務者カ債務ヲ負擔スルノ意思表示ハ其ノ住所地ノ法律ニヨリ爲シタリト見ルカ正当ナルカ爲メニカ、ル主義ニヨルヘントスルアリ、獨乙ノ近未ノ學說ハ一般ニ此ノ主義ヲ採ル、獨乙民法編纂ノ際ニ法律行為ヨリ發生スル債権ノ準拠法ヲ規定セントセンカ必スレモ此ノ通説ニヨルコトヲ發見シ併ニ通説ニ反スル規定ヲ設クルコト能ハサル事情ヨリ遂ニ獨乙今日ノ法典ニハ此ノ點ニ干スル規定ヲ掲ケス、故ニ獨乙ニ於テハ

裁判所カ如何ニ確定スヘキカハ尚不明ナル點アルナレトモ從來ノ裁判例ハ依然此ノ主義ヲ認ム、併シ此ノ主義ハ一般ノ法律行為ニハ適用スヘカラサル主義ナリ、何トナレハ双務契約ノ場合ニハ双方ニ債務者アリ、互ニ住所地法ヲ異ニスル場合ハ何レノ住所地ニヨルヘキカ不明ナリ、又連帶債務ノ場合ニモ債務者カ住所地法ヲ異ニスレハ各債務者ニ付テ特別ナル法律カ適用セラ、コトナリ、連帶債務ノ性質ニ及スル結果ヲ素タス、況ヤ住所地ハ必スレモ一定シ居ルニハアラスレテ不明ナル場合アリ又無キ場合アリ、ニ以上アル場合モアル故、常ニ債務者ノ住所地法ニヨルトスルハ之ヲ實際ニ適用スルニ於テ甚不便ナリト云ハサルヘカラス、

加之、債権者係ハ債権者ノ利益ヲモ保護スルコトヲ必要トス若シ當事者ノ意思カ不明ナルカタメニ債務者ノ住所地法ニヨルトスルハ理由アリトス、同一ノ理由ニヨリテ債権者ノ住所地ノ法



律ニヨルヘキ必要アリト云ハサルヘカラス、然レニ常ニ債務者ノ  
一方ノミノ便宜カ住所地ノ法ニヨルトシ債権者ニ其ノ豫期セザ  
ル法ニ從フコトヲ余義ナクセラル、ハ當事者双方ノ意思ニ過ス  
ル解決ナリト云フヲ得ス、故ニ独乙以外ノ諸國ニ於テハカール  
主義學說ハ一般ニ排斥セラル、

(三) 行為地法主義

行為地<sup>法律</sup>ニ發生スル債權債務ニ付テハ當事者ノ意思不明ナル場合  
ニハ其ノ行為ヲ爲シタル地ノ法律ニヨルコトカ最モ正当ナリト  
スル主義ナリ、此ノ主義ハ一ノ法律行為カ何レノ地ニ於テ爲サ  
レタルカハ極メテ鮮明易ク明瞭ニ知り得ヘキナリ、且當事者双  
方ニ共通ノ法律ハ其ノ行為地ノ法律ヲ指テ他ニナシ、行為地法  
ハ双方ノ當事者カ知ラントスレハ等ニク知り得ヘキ法ナリ、殊  
ニ國籍ヲ異ニシ住所ヲ異ニスル者カ或土地ノ法律行為ヲ爲シ何  
レノ法ニヨルヘキカヲ特ニ明カニセサル場合ハ寧ろ其ノ地ノ法

律ニヨラント欲スル意思カ互ニ認メ居ルカタメニ準據法ヲ明示  
セサルモノナリト解決スルカ當事者ノ意思、最モ適當<sup>不</sup>解決<sup>不</sup>  
云ハサルヘカラス、此ノ主義ハ已ニ *Balderius* 以來認メ  
ラレシモノニシテ現今、仏、伊、白、及英米、諸國ニ於テ一般  
ニ認めラル所ナリ、

吾法例七条ニ項ニ亦此ノ主義ニヨリ當事者ノ意思分明ナラサル  
トキハ行為地法ニヨルト規定ス、只我レ國ニ於テハ行為地法ヲ  
カリノ如クニ広ク規定セシテ若シ當事者カ同國人ナルトキハ  
行為地法ニヨラヌシテ其ノ本國法ニヨルヘキモノトスルアリヘ  
伊レ我レ法例モ亦此ノ制限アリレカ現行法例ハ仅令同國人ニテ  
モ國籍ヲ異ニスル者當事者ノ場合ト合様ニ意思不明ナル以上ハ  
必ズ行為地法ニヨルヘキモノトス何トナレハ同國人ニテモ互ニ  
外國ニ滞在シ其地ノ法律ニヨルコトカ寧ろ適當<sup>思</sup>ト惟スル故特ニ  
他ノ法律ニヨルヘキ意思ヲ表示セザリシモノト見ルカ實際ニ適



スル鮮教ナレハナリ、  
 然ルニ此ノ行為地法主義ニ対シテ又ニノ困難ナル問題ヲ生ス一  
 ハ事実上ノ困難ニハ法律上ノ困難ナリ、  
 事實上ノ困難ト云フハ場合ニヨリテハ法律行為ノ行為地カ何処  
 ナルカ、甚タ不明ナル場合ト法律行為ノ行為地ニ法律ナキ場合  
 トナリ、例ヘハ数ヶ國ノ四境ヲ共通スル汽車中ニテ法律行為ヲ  
 為セハ其ノ行為ヲ完成セントキハ何レノ四境内ナリシカ、事實  
 認定ニ困難ナル場合アリ、併シ如斯ハ只事實認定ノ困難ナリ  
 裁判所ハスベテノ状況ニ徴シテ何レノ地カ行為地ナルカヲ尚定  
 ヲ得ヘシ、及之行為地アリテモ法律ナキ場合ニハ事実上此ノ原  
 則ヲ適用スルコト能ハス、例ヘハ北極 南極ノ如キ地ニ於テ法  
 律行為ヲ為セントキハ行為地ニアレトモ、其ノ地ニ行ハル、法  
 律ナキ故、行為地法ニヨルコトハ實際能ハサルナリ、  
 カ、ル場合ニ如何ニスヘキカノ問題ハ左ノ如ク見ルノ外ナカラ

ニ、余ハカ、ル場合ノ法律行為ハ當事者必ス第一項ノ原則ニヨ  
 リ何レノ法律ニヨル可キカヲ明カニセサルヘカラス、明カニセ  
 サル場合即意思不明ナル場合ニハ結局其ノ行為ハ無効ナリト解  
 釈ス、何トナレハ當事者カ双方行為地ニ法律ノナキ事實ハ必ス  
 知ラサルヘイラサル事實ナリ、其地ニ法律ナキ以上ハ當事者ノ  
 意思表示ヨリ或ハ其ノ本國法或ハ其ノ住所地法或ハ第三國ノ法  
 律トモフ如クニ何レカノ依ルヘキ法律ヲ推測シ得ヘキモノナラ  
 サルヘカラサルナリ、然ルニカ、ルヨルヘキ法律カ当底推測シ  
 得サル如キ意思表示ハ結局法律行為ヲ為スニ意思ナキモノナリ  
 從テ無効ト云フノ外ナシ、故ニ事実上ノ困難ニ付テハ別ニ規定  
 ヲ設クル必要ナシ、及之法律上ノ困難ハ一何ノ法律行為カニ以  
 上ノ意思表示ヨリ成立スル場合ナリ、其各意思表示ノ行為地カ  
 及ニ法律ヲ異ニスル場合ナリ、例ヘハ内國ニ在ルモノト外國ニ  
 アルモノトカ契約スレハ其ノ申込ノ意思表示ト承諾ノ意思表示



トハ行為地カ異リ法律ヲ異ニスル契約ハ此ノ二ノ意思表示ノ合  
致セル法律事實ナリ、何レノ法律カ契約ヲ支配スヘキ行為地法  
ナルカノ問題ナリ、之ハ立法者カ規定スルニ非サレハ確定ニ得  
ス、法律ヲ異ニスル地ニ在ル者ノ間ノ法律行為ハ常ニ此ノ難問  
ヲ起ス、

我法例九条ニ之ヲ規定ス、即法ヲ異ニスル地ニ在ル者ニ對スル  
意思表示ハ所謂發信主義ヲトリ、其ノ通知ヲ發シタル地ヲ行為  
地ト看做ス、故ニカ、ル意思表示ニ付キヨルヘキ法ノ不明ナル  
トキハ其ノ意思ヲ通知シタル地ノ法ヲ行為地法トス、左様ニ申  
込ニ付テハ申込ヲ發シタル地ヲ其ノ申込ニヨリテ成立スル契約  
ノ行為地法ナリトス、承諾地ノ法律ハ其ノ契約ノ成立トハ無干  
係ナリトス、若シ申込カ何レノ地ヨリ發セラレタルカ不明ト  
キハ申込者ノ住所地ヲ行為地トシ其ノ契約カ申込者ノ住所地法  
ニヨリテ支配セルトス、

カ、ル規定ハ理論上ノ根拠ニヨラス、立法上ノ便宜問題ニヨリ  
テ定メラレタルモノナリ、尚國際私法上法ヲ異ニスル地ニアル  
者ノ法律行為ハ民法ニ所謂隔地者間ノ意思表示對話者間ノ意思  
表示ノ區別ト何等ノ干係ナシ、國際私法ニ於テハ只法律ヲ同フ  
スル地ニ在ルカ其ノ法律ヲ異ニスル地ニ在ル者ナルカ大カ問題  
ナリ、意思表示ヲナス方法ノ如何ヲ問ハス、  
及之民法ノ對話者間隔地者間ノ區別ハ其ノ意思表示ノ方法ノ區  
別タケナリ、法ヲ同フスルカ否カ地ヲ異ニスルカ否カノ問題ニ  
非ス、只方法ノ如何ニヨリテ時ノ區別カ起ルノミナリ、國際私  
法上ハ法ヲ異ニスルモノナル故同一ノ地ニ於テハアリ得ス、常  
ニ地ヲ隔テ地ヲ異ニスルニ非スレハ法ヲ異ニスルコトハナシ、  
故ニ國境ヲ隔テ、對話者間ノ意思表示ヲ為スモ國際私法上法ヲ  
異ニスルモノナリ、  
法例九条ニ意思表示ノ通知ヲ發シタルト云フハ或ハ申込ノ發信



地ナル語アルヨリシテ民法ノ隣地者同ノ意思表示ノミカ法ヲ異  
ニスル地ニ在ル者ノ意思表示トナルモノ、如ク考フルモノアレ  
トモ大ナル誤ナリ、民法ノ區別ト無干係ニ發達シタルモノナ  
リ。

### 乙 形式的要件

法律行為ノ形式的要件即チ方式ハ *Bartholus* 以來其ノ形式  
ヲ為ス土地ノ法律ニヨルトセリ、此ノ原則ハ之ヲ場所ハ行為ヲ支  
配スト云フ形ニテ表ハンタリ、(*Jacobs Negitactum*)  
此ノ語其モノヨリス一ハ行為ノ全体ヲ支配スル如ク見ユルトモ其  
意味ハ然ラズシテ後行為ノ方式ヲ支配スルノ意ニ用ヒラレタリ、  
法律行為其モノノ成立又ハ效力ハ他ノ法律ニヨルヘキ場合ニテモ  
其ノ行為ノ必要條件タル方式其モノハ行為地ノ方式ニヨルハエ有  
效ナリトシタリ、以來此ノ原則ヲ認メラレ近世ニ至ルマテハ之ヲ  
絶対的ノ原則トセリ、即チ方式カ必ス行為地法ニヨルヘキモノトセ

リ、且凡テノ國ニカ、ル原則認メラル、故、國際私法學者ハ多ク  
ハ之ヲ稱シテ國際慣習法ト云フヘキモノトス、併シ之ヲ絶対的  
強行法トスレハ實際上甚ク不便多キノミナラス、法理上強ヒテ絶  
對的の原則トスヘキ理由ヲ發見スルコトヲ得ス、此ニ於テ近世ノ諸  
國ノ律令ニ於テ此ノ規則ノ論拠ヲ深ク研究スルニ至レリ、遂ニ強  
行法ニアラステ任意の規定ナルコトヲ發見スルニ至レリ、故ニ  
此ノ原則ノ例外トシテ或ハ法律行為ノ方式カ其行為ヲ定タル法律  
ニ從フテ為セル場合ニハ行為地ノ方式ニヨラサルモ有效ナリト認  
ムルニ至リシ國モアリ、或ハ同國人ナル場合ニ限り其本國ノ方式  
ニヨリタル場合ニハ行為地法ニヨラサルモ有效ナリト云フ如キ例  
外ヲ認ムルニ至リシ國モアリ、(伊、佛)  
然ルニ若シ此ノ原則カ強行の規定ニアラサルコトヲ認ムル以上ハ  
之ノ原則ハ原則ニ非スシテ却テ例外ニアルコトヲ認メサルヘカラ  
ス、茲ニ於テ近世ノ立法例ニ於テハ古來ノ原則ヲ一變シテ法律行



為ノ方式ハ原則トシテハ其ノ行為自体ト同一ノ法律ニ從フヘキモ  
ノトシテ只例外トシテ行為地法ニヨリタル方式モ亦有效ナリトスル  
ニ過キサルモノトスルニ至レリ。即ち民法施行法十一條、我法  
例八條ノ如キハ此ノ主義ヲ取ルモノナリ。法律行為ノ方式ハ其行  
為ノ準拠法ニヨリテ定マルトスルナリ。元來方式ハ行為ノ成立要  
件ニシテ其ノ效力發生ノ要件ナル場合ハ嚴格ニ云ヘハ方式ニ非ス  
故ニ行為自体ノ法律ニヨルト云ヘハ其ノ行為ノ成立ノ準拠法ニ  
依ルヘキコトヲ意味セサルヘカラス。併シ後述スルカ如ク法律行  
為ノ成立ノ準拠法ハ又其ノ效力ノ準拠法トナレルナリ。而シテ方  
式ハ場合ニヨリテハ嚴格ニ成立要件ニアラスレテ效力發生ノ要件  
タル場合モアリ。故ニ此等ノ方式ヲ凡ヘテ支配スル準拠法カ何ナ  
ルカヲ示スカ為メニ我法例モ獨モ行為ノ成立ノ準拠法ト云ハス  
其行為ノ效力ヲ定ムル準拠法カ又方式ノ準拠法ナリト規定ス。古  
來此ノ方式ニ于スル原則カ行為地法ナリトシ居リンハ元來實際上

行為地法カ多キカメニ理論上ヨリ云ヘハ古來我法例ト同一ノ原  
則カ常ニ前提セラレ居リンモノト云ハサルヘカラス、之ヲ例フレ  
ハ婚姻ノ方式カ其ノ行為ノ效力カ本國法ニヨルヘキモノナル故法  
式ハ原則トシテ其ノ本國法ニヨラサルヘカラストスルナリ。又物  
權ノ設定移轉ナル法律行為ハ法例十條ニヨリ設定又ハ移轉ナル效  
力カ常ニ所在地法ニ於テ定メラルモノナリ。故ニ設定又ハ移轉  
ニ如何ナル方式ヲ要スルカノ問題モ例之登記ハ移轉ノ條件ナルカ  
第三者ニ對抗スル條件ナルカ等ノ問題ハ其ノ行為自体ト同一ノ目  
的物ノ所在地法ニヨリテ定マルノ積权的法律行為ニテモ其ノ行為  
カ一定ノ方式ヲ要スルカ否カハ其ノ行為自体ノ準拠法ニヨリテ之  
ヲ定ムヘキモノナリ。即法例七條ノ規定ニヨリ當事者ノ欲シタル  
準拠法又ハ行為地法ニヨリテ之ヲ定ムヘキモノナリ。併シ法律行  
為ノ方式ハ常ニ其ノ行為ノ效力ヲ定ムル法律ニヨルヘキモノトス  
レハ外國ニ於テ法律行為ヲナス場合ハ其ノ行為地ニ於ケル方式ハ



其ノ行為ノ準拠法ノ認めル方式ト異ルカタメニ遂ニ法律行為ヲナ  
スコト能ハサルニ至ルノ不便アリ、例ハ八宗教上ノ儀式ヲ婚姻ノ  
必要ナル法式トスル國ノ人ガカ、ル儀式ヲ認めサル國ニ於テ婚姻  
セントスレハ方式ノ不備ヨリテ遂ニ婚姻タルコト能ハサルニ至  
ル外國人ノタメニカ、ル不便ヲ去ラシメンカクモニハ茲ニ例外ヲ  
設ケ其行為ノ效力ヲ定ムル準拠法ニヨラサルモ其ノ行為ヲナス土  
地ノ法律カ要求スル方式ハヨレハ方式上有效ナルコトヲ認めルノ  
必要アリ、場所ハ行為ヲ支配スト云フハカ、ル例外的補充的意味  
ニ於テ始メテ其ノ意味ヲ有ス故ニ古來原則トシテ認めラレタル行  
爲地法ハ唯例外トシテ補充的ニ認めラルルニ過キス、我法例ハ条  
ニモ此ノ主意ヨリシテ行為地法ニヨリタル方式ハ有效ナルコトヲ  
認め  
而カモ此ノ例外的規定ハ尙更ニ制限ヲ置クヘキモノナリ、物権其  
他登記スヘキ権利ニ付テハ其ノ設定又ハ移轉ノ方式ハ常ニ原則ニ

依リテ其ノ效力ヲ定ムル法律ガノミヨルヘキモノニシテ行為地法  
ノ例外的規定ニヨリ能ハサルモノトス、例之、我國ニ存在スル物  
権ヲ外國ニ於テ売買スル場合ニ売買契約ナル法律行為ハ或ハ外國  
法律ニ依ルコトヲ得ヘク、或ハ我國ノ法律ニヨルコトヲ得ヘク、又其  
ノ行為ニ方式ヲ要スル場合ニハ其ノ準拠法ノ如何ニヨリテ之ヲ定  
ムヘキモノニシテ若シ外國ニ於ケル行為地法以外ノ法律カ其ノ準  
拠法ナル場合ニハ方式ニ付テ、ミ行為地法タル外國法ニヨルコト  
ヲ得ルモノトス、併シ其ノ賣買契約ノ結果トシテ我國ニ在ル物  
権カ果シテ移轉シタルカ否カ其ノ移轉ニ如何ナル方式ヲ必要トス  
ルカノ問題ハ物権ノ移轉的行為トシテ所在地法タル或法律ノミ  
ニヨリテ之ヲ定ムヘキモノニシテ行為地法タル外國法ニヨリテ之  
ヲ定ムルコトヲ許サス、法例八條ニ項、但書ハ此ノ主意ヨリ出テ  
ルモノナリ、併シ此ノ但書ニ物権ヲ設定シ又ハ処分スル法律行為  
ニ付テハ此ノ限りニアラスト規定シ、処分ノ文字ヲ用ヒタルカタメ



三二六  
ニ茲ニ誤解ヲ来シ易シ、物權ヲ処分スル行為即売買贈与等ノ行為  
其ノモノカ猶行為地ノ方式ニヨル能ハサルカ如クニ見ルナリ、此  
但書ノ規定アルカタメニ我法例ハ物權ノ喪失其モノノミナラス、  
物權ヲ処分スル凡ヘテノ法律行為カ皆法例十條ニヨリテ支配セラ  
ルト説明スル學者アリ、換言スレハ物權ニ干スル法律行為ハ物權  
的行為タルト債權的行為タルトヲ同ハス、凡ヘテ目的物ノ所在地  
法ニヨリテ之ヲ定ムヘキモノナリト説明ス、如斯キ説明ハ法例十  
條ノ明文上決シテ主張シ能ハサルコトナリ、又法例八條ノ規定ヨ  
リスルモノ之ヲ主張スルコトヲ得サルモノト云ハサルヘカラス、何  
トナレハ八條二項ノ但書ハ必スシテ行為地法ニヨラサル方式ハ即  
目的物ノ所在地法ナルコトヲ意味セルニハアラズ、但書ヲ以テ制  
限スル所ノモノハ只方式カ行為地法ニヨルヘキ例外ニヨリ能ハサ  
ルトコトヲ意味ス、即原則ノミニヨルヘキモノトス、  
而シテ原則ハ法律行為ノ方式ハ其ノ行為ノ效力ヲ定ムル法律ニヨ

ルト云フナリ、其ノ行為ノ效力ノ證據法ノ何タルヤハ茲ニ規定ス  
ル所ニアラズ、即法例全体ノ規定ヨリシテ如何ナル行為ノ效力ハ  
如何ナル法律ニヨルヘキカヲ定ムルヘカラス、而シテ法例十條  
ハ只物權的法律行為ノミカ物權ノ得喪其ノモノトシテ所在地法ニ  
ヨルヘキコトヲ規定スルノミナリ、物權ノ設定又ハ移轉ヲ目的ト  
スル行為ニテモ單ニ債權債務ヲ發生スル行為即債權的行為カ法例  
七條ニヨリテ定マル、當事者ノ欲スル法律又ハ行為地法ニヨリテ  
定マル從テ八條二項ニ物權ヲ設定シ又ハ処分スル法律行為ニ付テ  
ハ行為地法ニヨリ能ハスト云ヒテモ其ノ及テカ何ナルカハ當事者  
ナリ、只行為ノ故カトシテ法律ニヨルヘキコトヲ明カニスルニ止  
マル、然ルニ只処分スル法律行為トアルカ故ニ此ノ但書ハ直今ニ  
其ノ目的物ノ所在地法ニヨラシムルモノト誤解スルカタメニ遂ニ  
債權的法律行為モ尚十條ニヨリ支配セラレハシト決論スルニ至リ  
シナリ、併シカ、ル誤解ヲ来シタル原因ハユウニ処分スルノ語ヲ  
三二七



用ヒラレシコトニアリ、併シ此ノ誤ハ法例全体ノ理論上移転スルノ文字ト同意ナリト解スルニ非サレハ説明シ能ハサルモノナリ故  
 此ノ但書ハ物権ノ設定又ハ移転ハ法律行為ノ方式ハ行為地法ニヨ  
 リ得ヘカラサルモノト解スルコト必要ナリト思フ  
 尚如何ナルモノカ法律行為ノ方式ナルカニ付テハ諸國ノ民法商法  
 等ノ実質法上ノ問題ナリ、コトニ之ヲ説明スルノ必要ナレ、コト  
 ニハ只法律行為カ一定ノ語又ハ一定ノ書面ニヨリテ為サルヘキコ  
 トヲ必要トシ、或ハ一定ノ証人ヲ必要トシ或ハ意思表示ノ外ニア  
 ル一定ノ事實ノ加ハルコトヲ必要トスル場合等ハ凡テ之ヲ方式ト  
 云フ、如何ナルモノカ果シテ其レナルカハ各場合ニ実質法ノ規定  
 ニ徴シテ之ヲ説明スルニ足ル、

第三節 不法行為、事務管理、不當利得ヨリ  
 發生スル債權債務、

ローマ法以來事務管理ヨリ發生スル債權債務ハ之ヲ準契約ヨリ發生  
 スル債權債務ト云フ、又不當利得ヨリ發生スルモノハ之ヲ準不法行  
 爲ヨリ發生スル債權債務トス、此二種ノ債權債務ハ法律行為ヨリ發  
 生スル債權債務ト大ニ其ノ性質ヲ異ニス、  
 事務管理ハ敢テ不法行為ニ非カルモノ之ヲ契約ト同一ト看做スト云フ  
 ハローマ法以來ノ主義ナレトモ契約ト合様ナリト云フハ只適法ノ行  
 爲ナル点、ニ於テ同様ナルノミナリ、法律カ事務管理ニヨリテ認ムル  
 債權債務ハ公益ノ爲メニ一定ノ事實ハ一定ノ效果ヲ附与シタルニ過  
 キ又當事者、一方又ハ相方カ斯カ、ル效果ヲ附与セラル、コトヲ欲  
 シタルカタメニ附与スルモノニハアラス、法律行為ヨリ發生スル債  
 權ノ場合ニ於テハ當事者ノ自治行為ニシテ特ニ其ノ效果ヲ欲スルカ  
 タメニ法律カ其ノ欲スル所ニ從ヒテ效力ヲ与ヘタルモノナリ、故ニ  
 國際私法上ニ於テモ前述ノ如ク何レノ法律ニヨルヘキカハ當事者ノ  
 意思ノミニヨリテ之ヲ定ムヘキモノトス、當事者ハ民法上自治行為



十ルカ如クニ其ノ行為ノ準拠法ニ付テ亦自治行為ヲ為シ得ル事務管  
 理以下ノ債権發生ノ原因タル事實ニ付テハカ、ル主意ヲ認ムルコト  
 ヲ得ス。故ニ其ノ準拠法ハ當事者ノ欲スル所如何ニヨラザルナリ。  
 更ニ他ノ原因ハ之ヲ認メザルヘカラス。或ハ事務管理ノミハ之ヲ契  
 約ニ準スヘキモノト見殊ニ事務管理ヲナス者モ之ヲ改クル者モ同一  
 國籍ニ屬スル場合ニハ其ノ本國法ニヨルヘキモノトスル立法例モア  
 レトモカ、ル主義モ甚タ理由ナキモノニシテ事務管理ヨリ發生スル  
 債権債務ハ當事者カ外國人ニテモ内國人ニテモ其ノ地ノ法律ハ同一  
 ノ債権債務ヲ認ムルモノニシテ公益上ヨリカ、ル法律ヲ係ヲ認ムル  
 モノナル故、國籍ニヨリテ差別ヲ設クルコトヲ得ス。從テ近來ハ事  
 務管理ニ付テハ其ノ管理ヲナス地即チ其ノ事實發生地ノ法律ニヨリ  
 如何ナル債権債務カ發生スルモノトスルナリ。我法例十一條又此ノ  
 主義ナリ。此ノ主義カ例令事務管理ヲ準契約ト見テモ恰モ當事者  
 ノ意思不明ナル場合ト全一ナリ。契約ニテモ當事者ノ意思不明ナル

場合ハ行為地法ニヨル故ニ事務管理カ其ノ事實發生地即チ管理行為  
 ノ行為地法ニヨルト云フモノナル故、此主義ヲ以テ正当ナリト云ハ  
 ザルヘカラス。

不当利當得モ亦之ト同様ナリ。殊ニ不当利得ヨリ發生スル債権債務  
 ハ実カモ不法行為ヨリ發生スル債権債務ト同様ノ理由ニ出ツ。法  
 律ノ附与スル效果ハ法律カ制裁トシテ附与スル結果ナリ。固ヨリ當  
 事者ノ意思如何ニ干セス從テ内國人ニテモ外國人ニテモ不当利得ヨ  
 リ如何ナル債権債務カ發生スルカハ其ノ事實發生地ノ行為地ニヨリ  
 定ムヘキナリ。

以上ノ債権發生原因ニ付テハ法律ハ其ノ發生地ノ法律カ認ムル效果  
 ヲ何レノ國ニ於テ認ムルモノトシテモ何等ノ不都合起ル筈ナシ。及  
 之不法行為ニ付テハ單ニ事實發生地ノ法律ノミニヨリテ之ヲ定ムヘ  
 キモノトスルコトヲ得ス。何トナレハ不法行為ハ其ノ行為カ遠法ナ  
 ルカタメニ之レカ制裁トシテ損害賠償ノ義務其ノ他ノ責任ヲ命スル



ナリ、或ル行為カ違法ナルカ適當ナルカハ絶対的定マルヘキモノニ  
ハ非ス、諸國ノ法律カ見ル所ヲ異ニセルナリ、即外圍ニ於テ發生シ  
タル不法行為ハ内圍ニ於テハ必スシモ不法行為ト見サル事實モアリ  
又其ノ及對ノ場合モアリ、又ニ不法行為カ或圍ニ行ハレ其ノ圍ニ於  
テ之ニ對スル損害賠償ノ請求ノ起リシ場合ニハ只單ニ事實發生地ノ  
法律ノミニヨリテ之ヲ定ムヘキモノト云フコトヲ得ルモ若シ不法行  
爲ノ發生地ト之ニ對スル權利ノ實行地トカ異ナレル場合、換言スレ  
ハ不法行為地ト其ノ訴訟地トカ異ナレル場合ニハ必スシモ事實發生  
地法ノミニヨルト云フコトヲ得ス、故ニ不法行為ニ付テハ更ニ其ノ  
準拠法如何ヲ説明セサルヘカラス、此ノ問題ニ付テハ一派ノ學者ハ曰  
ハク、或ル行為カ不法行為ナルカ否カ、又如何ナル債権カ之レカタ  
メニ發生スヘキカハ專ラ訴訟地法ニヨリテ之ヲ定ムヘキモノナリト  
云フ之ハ独乙ノ *Savigny* カ熱心ニ主張シタル所ナリ、尔来尚  
一部分ノ學者間ニ認めラル、所ナリ、其ノ理由トスル所ハ後令外圍

ノ法律上不法行為ニテモ若シモ訴訟地ノ法律ニ於テ不法行為ニアラ  
ザレハ不法行為トシテ損害賠償ノ義務ヲ命スルコト能ハス、若シ之  
ヲ命スヘキモノトスレハ訴訟地ノ法律カカ、ル事實カ不法行為ト認  
メサル法律カ誤レルコトヲ自ラ認めルコト、ナル、訴訟地ノ立法ノ  
目的ヲ破産スルニ至ル故ナリ、之ニ及シテ不法行為地ニ於テ不法ニ  
アラサルモ若シ訴訟地ノ法律ニヨリ不法行為ナラハ尚不法行為ヨリ  
發生スル債権債務ヲ認めヘシト云フ *Savigny* 氏ハ其ノ一例  
トシテ民法ニヨレハ私生子ハ其ノ生レタル所ニ對シテ認知ヲ請求  
シ得サルノミナラス何等ノ請求權ヲモ認めラレサルモ獨乙ノ民法ハ  
認知ノ請求權ヲ与フルノミナラス、之ト齊シテ養育費、教育費ヲ  
請求スル權利並ニ其ノ母カ出産費及ヒ其ノ後ノ生活費ヲ請求スル權  
利ヲ認めルモノナル故、佛ニ於テ發生シタル私生子ノ事件ニテモ獨  
乙ニテ請求權行ハル、トキハ尚獨乙法律ニヨリテ請求權アリト云フ  
ヘシトス、



併し此例ハ甚ク誤ナリ、又カ、ル請求権ハ不法行為ヨリ發生スル請  
ホニ、非ス親族法上ノ請求権ナリ、故ニ何レノ地ニ於テ發生スルカ  
ヲ問ス屬人法ノ適用ニヨリ債權債務カ認ラレトナリ、普通ノ不法  
行為カ果シテ不法ナルカ否カハ其發生地ノ法律、ミニヨリテ定ムヘ  
キコトナリ、訴訟地ノ法律カ事實發生地ノ法律ノ不法トセザル場合  
ニモ尚不法トスルカ如キコトアラハ恰モ刑法ノ規定ナリシテ人ヲ  
刑罰スルト同様ナリ、人ハ何ニヨリテ適法行為ト不法行為トヲ區別  
スヘキカ據ルヘキ標準ヲ失フ、故ニ此ノ説リ訴訟地法ノ認メザル不  
法行為ヲ認ムルコトヲ得スト云フ真ニ於テノミ正当ナリ  
其ノ又對ノ場合ハ誤ナリト云ハザルヘカラス  
第二ノ學派ハ不法行為ノ事實發生地即チ不法行為地法ニヨリテ其ノ  
行為カ不法ナルカ又如何ナル債權債務カ發生スルカヲ定ムヘキモノ  
トスルナリ、從來大陸諸國ノ慣例及學說ハ一般ニ此ニ至テ取レリ、  
此ノ主義ハ或事實カ不法行為ナルカ否カヲ定ムル標準トシテハ極メテ

三三四

又ナリ、第一説カ誤ナルコトヲ明カニスルニ足ル、然レトモ此説  
チ不法行為地法ニヨリテ不法行為ナクハ之ニ對スル損害賠償ノ債權  
債務ハ既ニ確定的ニ發生スルモノニシテ其ノ行為カ何レノ國ニ於テ  
其ノ債權ヲ實行スルモ既得ノ權利トシテ之ヲ認メザルヘキモノナリ  
ト主張スル点ニ於テ不法行為ノ特質ヲ忘レタルモノト云ハザルヘカ  
ラス、適法ニ存在スル財産權ニテモ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ及ス  
ル場合ニハ外國ノ法律ノ認メタル權利カ内國ニ於テ尚認メラレザル  
場合アリ、不法行為其ノモノハ常ニ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ及ス  
ル行為ナリ、故ニ不法行為ヨリ發生スル債權ハ便令外國ノ法律上正  
當ニ存在シ居ルモノニテモ内國ノ法律上認メラレザル場合ニハ之ヲ  
認ムルコトヲ得スト云ハザルヘカラス  
從テ第二ノ點ニ於テハ第一ノ主義カ正當ナルト今時ニ第二ノ主義ノ  
欠点ナルヲ明カニス、從來歐洲大陸ノ學說ハ只單ニ不法行為地法ノ  
ミニヨルト爲シ居ル故、最近十數年來ヨリ漸ク其ノ主義ノ欠点アル

三三五



所ヲ悟リ遂ニ第三ノ主義即チ折衷主義ニ移リ来リニナリ、  
第三折衷主義

不法行為ヨリ發生スル債權ニ付キ行為地法及訴訟地法ヲ適用スル  
主義ナリ、之ハ英米ニ發達セシモノナリ、或行為ハ不法行為ナル  
カ適法行為ナルカハ其土地ノ法律ニヨリテ之ヲ定ムヘキモノ  
ナルカ行為地法ニヨリテ不法行為ニテモ若シ訴訟地ノ法律ニヨリ  
不法行為ニアラズニハ訴訟地ニ於テハ之ヲ不法行為トシテ救済ヲ  
認ムルコトヲ得ストスル主義ナリ、此英米ノ原則ハ一方ニ於テハ  
外國ノ法律ニヨリテ發生シタル權利ヲ内國ニ於テモ保護スヘキ必  
要ト内國ノ公益ヲ維持スルノ必要ヨリテ外國法上ノ權利ヲ制限  
スルノ必要トヲ結付ケンモノナリ、例ハ著作權侵害ノ如キ不法行  
爲ニ付キ内國ノ法律ハ其ノ著作權ノ侵害ヲ認メ之ヲ適法ノ行為ト  
スルモ拘ハラズ然レモ、艦隊カ外國ニ於テ爲サレタル一事ヲ以  
テ其ノ外國法ヲ認ムル損害賠償ハ内國ニ於テモ認ムヘキモノトス

レハ内國ノ法律カ之ヲ適法行為トシタル立法ノ目的カ破ラレコ  
トナリナリ、又例ハ吾商法五四四條ニヨリ船舶所有者ハ船長若  
クハ船員ノ他人ニ加ヘタル損害即チ不法行為ニ對シテ其船舶ヲ委  
付スレハ實際ノ損害ノ額ヲ問ハズ委付ニヨリテ凡テノ損害ヲ賠償  
スル責任ヲ免ルヘキモノトス、今吾船舶カ外國ノ領海ニアル場合  
ニ不法行為ヲ行ヒタルカ爲メニ我國ニ於テ損害賠償ノ請求カ行ハ  
レタル場合ニ其不實發生地ノ法律カ所稱謂人ノ責任即チ實際ニ發  
生シタル損害ヲ凡ヘテ賠償スヘキモノトスル法律ナル場合ニ訴訟  
カ我國ニ於テ起リタル場合ニ於テモ尚其國ノ法ニヨリ無限ノ責任  
ヲ負フヘキモノトスレハ、我國法カ航海業ノ奨励ノ爲メニ船舶所有  
者ノ責任ヲ制限シ委付スルコトヲ得ヘキ特典ヲ与ヘタル立法ノ目  
的ハ之レカタメニ破壊セラルルニ至ルナリ、外國ノ法律上損害賠  
償ノ請求權アル被害者ノ利益ハ之ヲ普通ノ場合ニ於テ保護スヘキ  
モノナリ、特別ノ場合ニ於テハ何人ノ利益ハ國家ノ利益ノ犧牲



トスルコトカ理論上正当ナリト云ハサルヘカラス、  
カ、レ理由ヨリ不法行為ハ其ノ行為地法ニヨリテ不法行為ナルノ  
ミナラス更ニ訴訟地法ニヨリテモ亦不法行為タリ且訴訟地法ノ認  
ムル範圍内ニ於テノミ損害賠償ノ請求権ヲ認メラルヘキモノト云  
ハサルヘカラス、

政大陸ニ於テハ從來單純ナル不法行為地法カ行ハレ居リシカ近來  
漸ク其ノ不当ナルヲ悟リ或ハ不法行為カ單純ノ損害賠償ヲ發生セ  
シムルノミナラス所謂民事刑罰ヲ發生セシムル場合ニハ訴訟地法  
ニヨルトスル制限ヲ加フルトスルアリ、或ハ又被告カ内國人タル  
場合ニ限り内國法ニヨリテ之ヲ制限スルトスルモノアリ、獨乙ノ  
現行民法施行法十二條ニ認ムル所ハ即チ之ノ主義ヲ以テ規定スル  
モノナリ、或ハ又同國人ニ限リテ其ノ本國法ニヨラントスル者ア  
リ、併シ此等ノ制限ハ或ハ其ノ制限ノ範圍カ不明ナルカ或ハ不充  
分ナルカ或ハ不公平ナルカ故ニ皆正当トスルニ足ラサルナリ、

我法例十一條ニ於テハ以上ノ理由ヨリ英米ノ原則ヲ採用シタルナ  
リ、從テ法例十一條ニ項ノ如クニ不法行為ハ外國ノ法律上不法行  
爲ニテモ若シ合一ノ事實カ我法律ニヨリテ不法行為ニアラサレハ  
我國ニ於テハ之ヲ不法行為ト云ヒ得サルコトヲ明言ス、又外國ノ  
法律上不法行為タリ我法律ニヨリテモ亦不法行為ニテモ其ノ不法  
行為ヨリ發生スル損害賠償ノ範圍並ニ其ノ救済方法如何ハ訴訟地  
タル我法律ノ認ムル範圍方法ノミカ附与セラルヘキモノト同第三  
項ニ規定ス、故ニ例ヘハ我法律上不法行為ニアラサル著作權ノ侵  
害特許權商標權ノ侵害等ハ我國ニ於テハ之ニ對シテ何等ノ損害賠  
償ヲモ請求セサルモノナリ、又船舶ノ不法行為ニ付テハ我法律ノ  
不法行為トスル場合ニテモ我國ニ於テハ我商法ノ規定ニヨリテ船  
舶所有者ハ每付ニヨリテ凡ヘテノ責任ヲ免レ得ヘク事實發生地ノ  
法律カヨリ以上ノ請求権ヲ認ムル場合ニ於テモ我國ニ於テモ之ヲ  
実行スルコトヲ許サス、且此ノ制限ハ獨乙民法ノ如クニ被告ノ地



位ニ立ツ者カ内國人ナルカ外國人ナルカヲ區別セス、當事者ノ國籍如何ハ何等ノ干係ヲ及ホサストス。

畢竟スルニ英米ノ不文法ノ原則ヲ明文ニ表ハシタルニ過キス。此ノ原則ハ現今ニ於テハ改大陸ニ於テモ學說上一般ニ認メラル即チ一九〇二年ノ國際法學會ノ不法行為ニ干スル原則ヲ決議スル所ニヨレハ我法例ト全株ニ不法行為ヨリ發生スル債權債務ハ訴訟地法ノ認ムル範圍内ニ於テノミ存立スヘキモノトス、而シテ之等ノ決議ニ賛成スル凡テノ學者ハ其ノ以前ノ出版ノ著書ニ於テハ絶対的ニ行為地法主義ヲ採レルナリ、故ニ其ノ著書ノミニヨリテ之等ノ學者ノ今日取ル所ノ說ヲ誤ルヘカラス、

尚不法行為ヨリ發生スル債權債務ニ付テ法律行為ト全株ニ何レノ地カ不法行為地ナルカ不明ナル場合アリ又不法行為地カ二國以上ニ干係スル場合モアリ、又不法行為地ハアレトモ行為地ニ法律ノ無キ場合モアリ、カ、ル場合ニ以上ノ原則ハ如何ニ適用セラルヘ

キカヲ明カニセサルヘカラス、不法行為地カ何レノ地ナルカ不明ナルカ如キ場合ハ事實認定ノ問題ナリ、之カ原則ヲ明言スルコト能ハス、只裁判所カ何レヲ以テ然リトスルカヲ認定シテ法律カ定マルナリ、不法行為カ二國以上ニ干渉スル場合ニハ何レノ地カ不法行為地ナルカ恰カモ契約ノ場合ノ如ク不法行為地カ二以上ナリト云フヘキカ一ノミニナルカ學者ニヨリテ見解ヲ異ニスル所ナリ、例ヘ、甲國ノ地域内ニアルモノカ乙國ノ地域内ニアルモノニ不法行為ヲ加ヘシ場合ニ何レノ地カ行為地ナルカハ何ヲ不法行為ト見ルカニヨリテ明カトナル、例ヘハ不法行為ノ原因タル事實ノアリシ地ヲ不法行為地ト見ルカハ問題ノ干スル所ナリ、刑法上ノ犯罪ニ付テモ全株ノ問題カアリ得、

不法行為ハ犯罪ト異リ行為者ノ意思如何ニ干係ナシ行為地カ不法行為トスル事實ハ其ノ結果ナリ、即故意過失ヲ問ハス、何人ニ扱



害ヲ与ヘタル結果カ即チ不法行為ナリ、故ニ損害ヲ加ヘタル事實  
三四二  
其ノモノカ發生シタル土地カ不法行為ノ發生地ナリト云ハサルヘ  
カラス、カ、ル損害ヲ加フルニ至リン原因カ何レノ地ニ於テ爲サ  
レシカハ不法行為地如何ニハ干係ナレト云フヘシ、例ヘハ拙チニ  
於テ荷作りノ不注意ナリシカタメニ或ル貨物カ破損シテ他人ニ損  
害ヲ加ヘシ場合ニハ其ノ不法行為ノ責任ノ由リテ来ル所ハ荷造リノ  
不注意ニアルモ其ノ不注意ナリシコト夫レ自身ハ何等ノ不法行為  
ニアルス、之レカ原因トナリテ他人ニ損害ヲ加ヘタル結果カ發生  
シタル地カ即チ不法行為地ナリ、故ニ我國カ不法行為ノ發生地トナ  
ル法例十一條ニハ其ノ原因タル事實ノ發生シタル地トアルカ故ニ  
或ハ之ヲ誤解シテ不法行為トナルヘキ事實ノ原因ノ發生シタルト  
キヲ不法行為地ト見タルカ如クニ解スルモノアリ、併シ之ハ誤解  
ナリ。

法例ニ所謂原因トハ債權發生ノ原因ヲ云フナリ、不法行為ヨリ債  
權カ發生スルカタメニハ其ノ債權發生ノ原因タル不法行為ノ發生  
地ノ法律ニヨルト云フナリ、  
而シテ何レカ不法行為地ナルカハ損害ヲ發生セシメタル結果ノ發  
生地ヲ以テ之ヲ決スルノ外ナキナリ、故ニ一ノ不法行為ニ付テハ  
一ノ不法行為地アルノミナリ、二因ニ跨ル不法行為地ハナキモノ  
ト云ヒテ可ナリ、只理論上ニ於テ國境ノ經界線ニ於テ或ル不法行  
爲ノ結果カ發生シタル如キ場合ニ於テノミニ二因ニ跨ル不法行為地  
アルナリ、又不法行為地カ明カニテモ行為地ニ法律ナキ場合ニハ  
法例十一條其マ、ニ適用スルコト能ハス、何トナレハ法例カ不法  
行為地法ニヨルコトヲ第一ノ原則トセルナリ、然ルニ不法行為地  
ニ法律ナクンハ之ヲ適用スルニ如何トモスルコトヲ得サル故ナリ  
カ、ル場合ハ陸海西方ニ發生ス、陸上ニ於テハ例ヘハ支那ノ居留  
地ニ於テハ其地ノ法律ハナキ故、居留地ニ於テ不法行為發生スレ  
ハ其不法行為地法ニヨリテ權利義務ヲ定マルコトヲ得ス、同様ニ



北極若ク  
此ノ根柢ハ南極ノ地表上ニ於テ不法行為カ發生シテモ同一ナリ、  
海上ニ於テハ領海ノ上ニハ沿岸國ノ主權カ即領土主權カ擴張セラ  
シ實現スルモノト見做スモノナル故、陸上ニ於ケルカ如クニ不法  
行為地法ニアリ得ルナリ。故ニ問題ハ起ラサルモ公海ニ於テハ何  
レノ國ノ主權モ專屬的ニ行ハルコトヲ許サス。故ニ甲國船ト乙  
國船トカ公海ニ於テ衝突スレハ衝突シタル場所即チ不法行為地ニ  
ハ法律ナキ結果トシテ法例十一條ニヨルコトヲ得サルナリ。之等ノ  
場合ニ於テハ陸上ニ於ケル原則カ海上ニ於ケル原則ヨリモ後ニ發  
生シ来リシナリ。通常海ニ於ケル原則ヲ以テ陸上ニ於ケル問題ヲ  
類推スルナリ。

故ニ此ノ場合ノ原則ハ後ニ船舶ノ不法行為ニ付テ説明スル場合ニ  
譲ル。茲ニハ只陸上ニ於ケル原告被告ノ屬人法ニヨリテ之ヲ定ム  
ヘキモノト云フコトヲケテ一言ス。  
何トナレハ既ニ屬人法ニヨルコトヲ得サルモノナリ。故ニ何レカノ

法律ヲ適用スヘキモノトスレハ其ノ當事者ノ屬人法ニヨルモノト  
スルノ外ナシ。原告ノ屬人法ニヨルヘキカ、被告ノ屬人法ニヨル  
ヘキカ相方共ニ學說アル所ナルカ、今日ハ船舶ニ對スル原則ニヨ  
リ、原告被告即加害者被害者悉クノ屬人法ニヨリ共通ニ認メラル  
ノ範圍内ニ於テノ債權債務カ成立スルモノト看做サル  
債權ノ效力。

上述ノ如ク債權ノ成立問題ハ其ノ發生原因カ法律行為ナルカ不法行  
為ナルカ事務管理木当利得ナルカニヨリテ各其ノ準拠法カ異ナル也  
又之債權ノ效力ノ準拠法ハ凡テノ債權ニ通シテ之ヲ説明スルコトヲ  
得、債權ノ效力即チ成立シタル債權カ何時迄存続スヘキカ如何ナル  
コトヲ請求シ得ヘキカ如何ナルテ消滅スルカ又債權ハ他人ニ讓渡シ  
得ルカ得サルカ、讓渡シタル場合ニハ第三者ニ對シテモ效力ヲ及ホ  
ス力及ホサザルカト云フコトカ皆債權ノ效力問題ナリ。此ノ效力ノ



中債權譲渡ノ第三者ニ対スル効力ヲ除ケハ皆當事者間ニ於ケル効力ナリ、國際私法上ニ於テハ此ノ當事者間ニ於ケル効力ノ準拠法ト債權譲渡ノ第三者ニ対スル効力ノ準拠法トヲ區別スルコトカ必要也。

(一) 當事者間ニ於ケル効力ノ準拠法  
當事者間ニ於ケル債權ノ効力ノ問題ハ債權ノ成立ノ準拠法ト全一ナラサルヘカラサルカ又異ナルヘキカハ問題ナリ、此ノ問題ハ法律カ債權ノ効力ヲ附与スル方法ノ如何ニヨリテ解決ヲ異ニスルコトヲ得、不法行為、事務管理、不当利得ヨリ發生スル債權ノ効力ハ當事者ノ意思如何ニ于係セス、法律カ公益ノタメニ一定ノ事實ニ對シテ一定ノ效果ヲ結付ケシモノナリ、カハル效果ハ債權ノ發生ソレ自自ト區別シ得サルモノナリ、不法行為ヨリ發生スル債權ノ効力如何ハ不法行為ヨリ發生スル債權其ノモノノ問題ナリ、故ニ成立ノ準拠法モ成立シタル債權ノ効力ノ準拠法モ理論上必ス同一ナラサルヘカラサルモノナリ、故ニ法例第十一条之等ノ債權

ノ成立及効力ハ事實發生地ノ法律ニヨルヘキコトヲ明ニス、法律行為ヨリ發生スル債權ニ付テハ其ノ効力ハ當事者カ之ヲ欲スルカタメニ法律ヲ附与シタルモノナリ、而シテ國際私法上其ノ法律行為ノ成立如何從テ債權ノ成立如何ハ原則トシテ當事者ノ自由意思ニヨリテ之ヲ定ムヘキモノトス、故ニ當事者ハ其ノ効力ニ付テモ元来自由意思ニヨリテ之ヲ左右スルコトヲ得

故ニ理論上ニ於テハ債權ノ發生原因タル法律行為ニ付テハ其ノ成立問題ト効力ノ問題トハ異ル法律ニヨリ得ヘキモノト云ハサルヘカラス、例ハ其ノ成立ハ内國ノ法律ニヨリ其ノ効力ノミカ或外國ノ法律ニヨルト云フコトハ理論上為レ得ヘキコトナリ、併シ法律行為ノ効力ハ當事者ノ意思ニヨリテ法律カ定メタルモノナレトモ只意思ノミニニ放任スルモノニ非ス、或ハ法律行為ノ一定ノ效果ハ當事者ハ之ヲ發生シタルコトヲ欲シ得ヘク又欲セサルコトヲ得ルモ苟クモ一定ノ法律行為ヲ為ス以上ハ其ノ行為ノ必要然ノ結果



ル効力ハ之ヲ避ケ得ヘカラサルコトナリ。當事者カ左右シ得ヘキ  
効力ハ此ノ効力ノ外ニアル効力ナリ。法律ノ規定ニヨリ當事者ノ  
意思ニ一任シタル種類ノ效果ノミカ當事者ノ自由ニ左右シ得ヘキ  
時ナリ。例ヘハ其ノ売買契約ニ於テハ一方カ財産権ヲ移転スルコト  
他方カ代金ヲ支払フノ效果ハ當事者ノ左右シ得サル效果ナリ。此  
效果アルニ非スレバ賣買ナル法律行為ハ存在セズ。故ニ売買契約  
ナル法律行為ノ成立ノ準拠法ハ此ノ効力ヲ定ケルノ準拠法ナリ。此  
點ニ於テ成立問題ト効力問題トハ理論上同一ノ法律ニヨラサルヘ  
カラス。又之賣主ノ追奪担保若クハ瑕疵担保ノ義務如何ノ効力ハ  
當事者カ特約ヲ以テ左右シ得ヘキモノナリ。賣買ナル法律行為ノ  
成立ヲ定ケル法律ノ規定ト異ル効力ヲ特約シ得ルナリ。從テ又々  
異ナル法律ニヨリ得。例ヘハ賣買契約ハ我民法ノ規定ニヨリテ成  
立セシメ担保ノ義務ニ付テハ英國法ニヨリ賣主カ之ヲ負ハサルモ  
ノトスルコトヲ得。併シ實際問題トシテ財産権ノ移轉代金ノ支拂

ナル賣買契約ノ主タル効力カ日本ノ法律ニヨリ之ニ附随スル担保  
義務ニ付テノミ或ル外國ノ法律ニヨルトスルカ如キコトハ甚々意  
味ナキコト。云ハサルヘカラス。當事者ハ外國法ニヨルト云フヨ  
リモ寧ロ賣主タル効力ヲ定ケル法律ノ規定ニヨリ特約ヲ以テ之ヲ  
左右スレハ足ル。故ニ理論上ハ成立問題ト効力問題トハ常ニ同一  
ノ法律ヲサレハカラスト云フコトハナキモ實際上ノ便宜ヨリシ  
テ法律行為ニ付テモ亦々其成立ノ準拠法ト其ノ効力ノ準拠法トハ  
同一ノ法律ナルヘキモノトスルカ適當ナリ。  
此主意ヨリ我法例七条ハ法律行為ノ成立及ヒ効力ニ付テハ當事者  
ノ自由意思ニヨルヘキモノトシ意思不明ナル場合ニハ効力ニ成立  
モ皆行為地法ニヨルヘキモノトス。故ニ債権ノ効力カ其ノ債権ノ  
成立問題ノ準拠法ニヨリテ之ヲ定ケヘキモノト説明スルコトヲ得  
ルモノナリ。  
債権ノ効力ニ付テ尚注意スヘキハ債権カ時効ニヨリテ消滅スル場



合ナリ。消滅ノ时效ニ付テ、諸國ノ法律ハ必シモ一定ニ居ルモノ  
ニ非ス。我民法ノ如クニ債権消滅ノ原因トアリ、又英、米法ノ如  
ク之ヲ出訴期限即チ訴訟ニヨリテ請ホレ得サルニ過キストシ債権  
其ノモノハ尚存在スルモノマリ、若シ之ヲ出訴期限トスレハ訴訟  
法上ノ問題ナリ從テ訴訟地ノ法律ニヨルヘキコト、ナル英米ニ於  
テハ債権固有ノ準拠法ニヨリ尚出訴レ得ヘキカ、或ハ时效ニカ、リ  
タルカヲ問ハス、訴訟地タル英米ノ法律上出訴レ得ヘキ債権ナラ  
ハ常ニ訴訟ニヨリテ実行レ得ヘキモノトス、  
併シ政大陸及我國ノ如ク之ヲ直接ニ債権ヲ消滅セシムル一原因ト  
スレハ債権ノ效力ノ問題ニシテ訴訟法トハ干係ナシ、債権ノ效力  
ト見テ消滅时效ハ普通ノ效力ト異ナル法律ニヨルヘキカ或ハ一般  
ノ效力ト合一、法律ニヨルヘキカノ問題ヲ生ス、此ノ主意ヨリ學  
者間ニハ消滅时效ニ付テ、ミ特別ノ準拠法ヲ認メントスルモノアリ、  
其ノ說ノ中ニハ或ハ履行地ノ法律ニヨルトスルモノアリ、

何トナレハ消滅时效カ履行カリタルモノト推定シテ債権ノ消滅ヲ  
認ケル故、債権カ消滅レタルカ否カハ履行地ノ法律ニヨルカ正當  
ナリトス、或ハ又債権者ノ住所地ノ法律ニヨルトスルモノアリ  
之レカ債権ハ債権者ノ住所地ニ存在スルモノナリト推定スルナリ  
取得时效カ目的物ノ存在地ノ法律ニヨルカ如クニ債権ノ消滅时效  
モ亦タ債権ノ所在地ノ法律ニヨルヘシトス、併シ債権カ何レノ地  
ニ所在スヘキカ、若シ債権ニ付テ所在地ヲ認ムヘキモノトスレハ  
債権ハ債権者ノ住所地ニ存在スルニハアラス、寧ロ債務者ノ住所  
地ニ存在スルモノト云ハサルヘカラス、何トナレハ債権カ債権ト  
シテ實際ニ效力アル所以ハ債務者ノ債務ヲ弁済スルノ能カアル  
カ否カニヨル、若シ債権者カ無能力ナラハ其ノ債権ハ何等ノ實益  
ナシ、故ニ所在地法ヲ認ムヘキモノトスルモ債権者ノ住所地法ニ  
ヨルト云フコトハ能ハス、債務者ノ住所地法トスヘキナリ、政大  
陸ニ米國モカ、ル主意ヨリ消滅时效ノミハ債務者ノ住所地法ニヨ



ルト主張スル学者アリ、又拙乙ニ於テハ債権債務ノ原則トシテ債  
 務者ノ住所地法ニヨルトスル故消滅時効ニ付テモ普通ノ債権ノ效  
 カト全様ニ債務者ノ住所地法ニヨルトスルカ一般ニ認メラル、  
 我四ニ於テハ之等ノ凡ヘテノ説ヲ排弁シテ債権ノ消滅時効ハ債権  
 固有ノ準拠法ニヨリテ之ヲ定ムヘキモノトスルナリ、此ノ主意ハ  
 消滅時効モ亦タ債権ノミノ效力ナル故、他ノ效力ト全様ニ之ヲ規  
 定スヘキモノトスルナリ、法例十條カ取得時効ニ付テ特別ノ規定  
 ヲ設ケタルニカ、ハラス、消滅時効ニ付テ何等ノ規定ヲモ設ケサ  
 ルハ債権固有ノ準拠法ニヨリテ消滅時効ヲ定ムレトスルカタナリ  
 故ニ或ル債権カ何等ノ時効ニヨリテ消滅スヘキカ、其ノ債権ノ準  
 拠法カ法例七條ニヨルヘキカ、十一條ニヨルヘキカニヨリ異ナルナ  
 リ、  
 唯茲ニ注意スヘキハ取得時効モ亦消滅時効ト同様ニ公益ノ理由ヨ  
 リ出テタル規定ナリ、從テ外國ノ法律カ債権固有ノ準拠法ナル場

合ニ其ノ準拠法ノ認ムル時効ノ年限カ前記地タル吾法律ノ認ムル  
 年限ヨリモ長キ場合ニハ我法律ニヨリテ制限セラル、コトアルヲ  
 認メササルヘカラス、例ヘハ我民法ニヨリ五ヶ年ヲテ消滅スヘキ  
 債権ハ外國ノ法律ニヨリテ十ヶ年間請水レ得ヘキ場合ニ我四ニ於  
 テ五ヶ年佰其ノ請求權ヲ行ハントスル場合ニハ之ヲ実行スルコト  
 ヲ認ムルコトヲ得サルナリ、何トナレハ我四ニ於テハカ、ル種類  
 ノ債権ハ五年以上ヲ經過スレハ裁判所ニ於テ其ノコトヲ得サルモ  
 ノトスル故後令債権固有ノ準拠法ニヨリ尚権利カ存在スル場合ニ  
 テモ之ヲ争フコトヲ得サルモノト云フヘシ、然ルニ學者ハ茲ハ曰  
 シ消滅ノ時効ハ當事者カ之ヲ放棄スルコトヲ得ヘク即チ抗弁トシ  
 テ對抗セサル場合ニハ當事者ノ意思ニ從フテ尚其ノ債権ヲ実行シ  
 得ルモノトスル故之ヲ公ノ秩序ニ干スル規定トシテ外國法ヲ制限  
 スルコトヲ得スト説明ス、之レ誤ナリ、元ヨリ時効ハ之ヲ主張セ  
 サル場合ニハ其ノ債権カ債権トシテ実行セラル、ナリ、法律ハ債



務者ニ時效ヲ對抗スヘキコトヲ強制スルニアラス、併シ苟クモ債  
務者カ之ヲ主張シ其ノ債権ノ消滅ヲ争フ以上ハ債権ノ他ノ原因ニ  
ヨリテ消滅セザルコトカ如何ニ明カニテモ我法律ハ債権消滅セリ  
トスルナリ、債権者カ其ノ権利ヲ実行シ得ストスルナリ此ノ点ニ  
於テ公益ニ干スル規定ナリ、取得時効ト何等異ル所ナシ。

(二) 第三者ニ対スル効力ノ準拠法

債権其ノモノカ第三者ニ対シテ効力ヲ有スルカ否カ換言スレハ債  
権モ亦物権の効力絶対的権ナリヤノ問題ハ法理上ノ議論アル所ナ  
レトモカ、ル点ヨリテ第三者ニ対スル効力アルカ否カノ問題ハ  
債権其モノカ如何ナル効力アルカノ問題ナリ、前述ノ債権ノ準拠  
法ニヨリテ之ヲ定ムヘキモノナリ。

茲ニ特ニ説明ヲ要スルモノハ債権カ譲渡サレタル場合ニ債権譲渡  
ナル効果カ第三者ニ対シテ發生スルカ否カニ一定ノ条件ヲ要スル  
モノトスレハ其ノ條件カ何レノ法律ニヨリテ定ムヘキカノ問題ノ

ミナリ。

元來債権ハ譲渡シ得ヘキモノナルカ否カハ債権ノ効力ノ問題ナリ  
ローマ法以來債権ノ譲渡ナルモノヲ認めサリシカ、近世諸國ノ法  
律ハ債権モ亦財産権ノ一種トシテ權利者カ自由ニ之ヲ譲渡シ得ル  
ヲ以テ原則トス、併シ其ノ債権ノ性質上或ハ法律ノ規定或ハ當事  
者ノ意思表示ニヨリ譲渡シ得ヘカラサルモノアリトスルハ勿論也  
故ニ今債権ノ譲渡ナル法律行為アリシ場合ニハ其ノ法律行為ノ目  
的ノ可能ナルカ不可能ナルカハ譲渡ノ目的トナル債権ノ準拠法ニ  
ヨリテ債権カ譲渡シ得ヘキカ否カニヨリテ分ル、若シ其ノ準拠法  
ニヨリテ譲渡シ得ヘカラサル債権ナラハ債権譲渡ナル法律行為ハ  
其ノ目的ノ不可能ナルカタメニ成立シ得ヘカラサルモノナリ、  
併シ債権譲渡ナル法律行為カ如何ナル法律ニヨルヘキカハ法例七  
条以下ノ規定ニヨリ當事者ノ自由ニ其ノ準拠法ヲ定ム得ルナリ、  
只意思不明ナル場合ニハ譲渡ノ行為地法ニヨルノミナリ、之等ノ



点ニ付テハ既ニ説明シタル以外ニ新ニ説明スルノ要ナシ、併シ諸  
 因ノ法律カ債権ノ讓渡ヲ第三者ニ對シテ效力ヲ有スルカタメニハ  
 一定ノ公示方法ヲ必要トス。例ヘハ債務者ノ承諾或ハ債務者ニ對ス  
 ル確定日附ノ通知ノ如キ、或ハ債権ノ証券其モノノ交付ノ如キ或  
 ハ裏書ノ如キ一定ノ条件カ具ハリテ始メテ第三者ニ對シテモ讓渡  
 ノ效力アリトス、之等ノ條件ヲ大体ニ於テハ相類似ニ居レトモ諸  
 因ノ法律ノ要スル所必スレモ一<sup>致</sup>ニ居ルニアラス。從テ此等ノ条  
 件カ何レノ法律ニヨルカニヨリテ債権讓渡ノ第三者ニ對スル效力  
 カ異ルナリ。

茲ニ讓渡ト云フハ債権ノ移轉ヲ目的トスル法律行為ヲ云フモノニ  
 レテ相続法若クハ破産法ノ規定ニヨリ債権カ移轉スル場合ハ之レ  
 ト無干係ナリ、又此ノ問題ニ付テ債権ノ性質ト如何ニヨリテ其ノ  
 效力異ナルコトヲ注意セサルヘカラス、  
 即無記名式ノ債権ニ付テハ我民法ノ如クニ之ヲ動産ト見做スモノ

アリ、從テ債権ノ讓渡ハ物權法ノ規定ニ從フナリ、物權的行為ハ  
 目的物ノ所在地法ニヨルモノナル故、無記名債権ノ讓渡カ第三者  
 ニ對シテ效力アルカ否カハ法例十條ノ規定ニヨリ所在地法カ適用  
 セラル、之レヲ動産ト見做サハル因ニ於テモ無記名式債権ハ債権  
 ト証券トカ介離シ得サハ結果トシテ當事者間ニ讓渡ヲ成立セシム  
 ルカタメニ其ノ債権ノ表示セラレタル証券ヲ交付スルコトヲ必要  
 トス、証券ヲ交付スレハ第三者ニ對シテモ亦合時ニ<sup>讓渡</sup>条件ノ效力カ  
 發生シ居ルモノニシテ當事者間ニ於ケル讓渡ノ效力ト第三者ニ對  
 スル讓渡ノ效力トヲ區別シテ考フルコト能ハス、故ニ結局其ノ証  
 券ノ所在地法ニヨルヘキモノトナルナリ、如斯結果ハ所謂指圖債  
 権ニ付テモ全一ナリ、債権ノ讓渡ナル裏書ノ行為ハ其ノ債権ヲ表  
 示スル証券其ノモノニ讓渡ノ意思表示ヲ記載スルコトニシテ且其  
 ノ証券ヲ交付スルコトニヨリテ裏書ナシ、讓渡行為カ完成スル故  
 當事者間ニ讓渡カ完成スレハ第三者ニ對シテモ亦讓渡ハ完成シ居



ルモノニテ特ニ第三者ニ対スル有效条件ヲ必要トスル理由ナシ、故ニ所謂有價証券若クハ流通証券ニ付テハ譲渡ノ第三者ニ対スル效力ヲ説特クニ説明スル要ナシ、之ニ反シ記名債権ニ付テハ當事者間ニハ債権ノ譲渡ナル行為ヲ完成シテモ之レカ為メニ直ニ第三者ニ対スル干渉ニ於テモ譲渡カ有效ナリト云フコトヲ得ス、此ノ特別ナル場合ニ於テノ譲渡ノ第三者ニ対スル効力ハ何レノ法律ニヨルヘキカノ問題ヲ生ス、此ノ問題ニ對シテ種々ノ学説アレトモ一派ノ学者ハ債権譲渡ノ準據法ヲ第三者ニ対スル効力ノ準據法モ皆譲渡ノ目的タル債権ノ準據法ニヨルヘキモノナリトシ最初ノ債権ノ準據法カ凡ヘテノ干渉ヲ規律スヘキ法律ナリトスルモノアリ、併シカ、ル説ハ我法例ノ上ニ於テモ取ルテ得ス、何トナレハ我法例ハ債権ニ付テ其ノ發生原因ノ如何ニヨリ各準據法ヲ異ニシ居ルモノニシテ之等ノ準據法ハ其ノ債権ヲ譲渡シ得ヘキカ否カヲ定ムル点ニ於テ適用セラルヘキモノナルカ債権譲渡ナル法律行為

其モノヲ支配スルノ準據法トハナラス、尙當事者ハ甲四ノ法律ニヨルヘキ債権ヲ乙四ノ法律ニヨリテ譲渡シ得ルコトハ法例七条ノ結果當然發生ス、而シテ此ノ譲渡ノ準據法タル乙四ノ法律カ凡テノ場合ニ第三者ニ対スル効力ヲ定ムルモノトハ云ヘス、何トナレハ此ノ準據法ハ譲渡サル、債権ノ債務者其他ノ第三者ノ知ラザル法律ナリ、只譲渡人譲受人カ自由ニ定メタル法律ナリ、若シカ、ル法律ニヨリテ第三者ニ対スル効力カ定マルモノトスレハ債務者ハ自己ノ知ラサル法律ニヨリテ自己ニ対スル債権カ其ノ主体ヲ変更シタルコトヲ認メサルヲ得サルコトモナリ、債務者ノ承諾又ハ通知ヲ必要トスル理由ナクナルモノナル故カ、ル説ヲ取ルコト能ハス、

或ハ又債権ノ譲渡ハ常ニ行為地法ニヨルヘキモノトシ譲渡ノ効力モ亦其ノ行為地法ニヨルヘキモノト云フモノアリ、如斯キ説ハ手形ノ如キ債権譲渡ニ付テハ適當ナレトモ普通ノ記名式債権ニ付テ



ハ甚不適當ナルコトハ前説ニ對シテノ説明ト同一ナリ、  
 或ハ又債権者ノ住所地法ニヨルトスルモノアリ、カ、ル説ハ記名  
 式債権ニ付テモ尚所在地法ヲ適用スヘキモノトシ、而シテ債権ノ  
 所在地カ債権者ノ住所地アリトスル考ヨリ出ツルナリ、  
 我法例ハ此ノ問題ニ付テ十二條ニ特別ノ規定ヲ設ケ、第三者ニ對  
 スル讓渡ノ効力ハ債権者ノ住所地法ニヨルヘキモノトス、其ノ理  
 由トスル所ハ敢テ債権カ債権者ノ住所地ニ所在スルト云フ理由ニ  
 アラス、改大陸ニ於テハ債権カ債権者ノ住所地ニ存在ストノ理論  
 ヨリ債務者ノ住所地法ヲ適用スルモノアリ、我法例ハ記名債権ニ  
 付テハ所在地法ナル觀念ヲ認メス、他ノ理由ヨリカ、ル原則ヲ認  
 ムルナリ、又拙己ノ學說ハ一般ニ債務者ノ住所地法ニヨルト云フ  
 ナレトモ此ノ學說ハ債権讓渡ノ第三者ニ對スル効力モ亦債権ノ讓  
 渡ナル行為モ皆債務者ノ住所地法ニヨルトスル説ナリ、此等法例  
 ト結果ニ於テ全一ナルモ理由ヲ異ニス、我法例カ債権者ノ住所

法ニヨルトスルハ債権讓渡ノ準拠法ハ讓渡ノ目的タル債権ノ準拠  
 法ト異ナルコトヲ前提トシ且讓渡ノ準拠法ト債務者ノ住所地法ト  
 ニ異ナル法律アリ得ヘキコトヲ前提トシ、債権ノ讓渡ハ何レノ  
 法律ニヨルヲ問ハス讓渡ノ第三者ニ對スル効力ノミカ債務者ノ住  
 所地法ニヨルヘキモノトスルナリ、何トナレハ債務者ノ承諾ヲ必  
 要トシ又ハ債務者ニ通知スルコトヲ必要トスル債権讓渡ノ公示方  
 法ハ通常債務者ノ住所地ニ於テナサルヘキ行為ニシテ債務者ハ自  
 己ノ住所地ノ法律ニヨリテ必要トスル公示方法アルニアラヌンハ  
 自己ニ對スル債権ノ主体ヲ變更シタルコトヲ認ムルノ必要ナキモ  
 ノトシ債務者ノ地位ヲ安全ナラシムルカタメニカ、ル準拠法ヲ正  
 當トスルト云フ考ヘニ出ツ、  
 只法例十二條ハ右ク債権讓渡ノ第三者ニ對スル効力ト規定シ其ノ  
 記名債権タルト無記名又ハ指圖債権タルトヲ區別セサルモノナル  
 カ此ノ規定ノ精神ハ記名債権ヲ適用スルノ目的トシ庶記名債権指



三六二  
因債權ノ讓渡ハ其ノ債權固有ノ性價ヨリシテカール規定ノ支配ヲ  
受クヘキモノニアラサル故、解脫上之ヲ制限シテ適用スルコトカ  
必要ナルナリ。

#### 第四章 親族法

親族法上ノ干係ニ付テハ從來ハ身分干係ハ屬人法ニヨルト云ヒ或ハ  
親族干係ハ屬人法ニヨルト云フカ如キ概括的規定ヲ以テ満足シ居リ  
シカ親族干係ノ當事者カ因籍ヲ異ニスレ又ハ法律ヲ異ニスル場合ニハ  
何レノ當事者ノ屬人法ニヨルヘキカハ不明ナリ。又親族干係ノ継続  
中ニ其ノ當事者ノ或者カ因籍又ハ住所ヲ變更シタル場合ニハ如何ナ  
ルトキニ於ケル屬人法ニヨルヘキカハ不明ナリ。之ヲ明ニセントス  
レハ各種ノ親族干係ニ付テ各特別ノ準據法ヲ規定シ如何ナル時ニ於

ケル何レノ當事者ノ屬人法カ準據法ナルヘキカヲ明カニセサルヘカ  
ラス、此ノ必要ヨリ最近ノ立法例又ハ條約ハ從來一ヶ條ニシテ盡サ  
レタル概括的規定ヲ廢シ、更ニ詳細ナル規定ヲ設クルコトナレリ  
叙法例モ十三條以下二十四條ニ至ルマテ法例ノ規定ノ殆レト多數ハ  
此ノ親族干係ノ準據法ヲ明カニスル爲メニ存ス。先ソ此等ノ干係ヲ  
婚姻干係、親子干係及ヒ後見干係ノ三ニ大別ス。

#### 第一節 婚姻

##### 一、婚姻ノ成立要件

此ノ要件ハ實質要件ト形式的要件トアリ。其ノ準據法カ種々ニ觀  
察スル必要アリ。

##### 甲、婚姻ノ實質的成立要件

諸國ノ法律カ婚姻ノ成立ニ于テ必要トスル條件カ各異リ所謂



結婚年齢ニ付テモ我國ノ如クニ男ハ十七才女ハ十五才以上トス  
ルモノアリ、或ハ英國ノ如クニ男ハ十四才女ハ十二才以上トスルモ  
ノアリ、又更ニ獨乙諸國ノ法系ノ如ク男ハ二十一才、女ハ十六  
才、或ハ十八才等トスルモノアリ、有效ナル婚姻ヲ爲シ得ヘキ  
年齢カ各異ルナリ、又近親婚姻ノ制限ニ付テモ旁系親族間ニ於  
テニ親等以上ハ結婚ニ得ズトスルアリ、或ハ四親等以上ニアラ  
ズンハ婚姻ニ得ズトスルアリ、且共ノ親等計算ニ付テモローマ  
法主義ニヨルモノト宗教法主義ニヨルモノトアリ、又再婚ノ制  
限ニ付テモ之ヲ無制限ニスルモノト男女共ニ一定ノ制限ニ従フ  
ヘキモノトスルモノト女子ノミカ再婚ニ得ズトスルモノアリ、  
尙文明國ニ於テハ一夫一婦ノ制カ行ハレ居ルモ回々教徒又ハモ  
ルモノ教徒ノ間ニハ一夫多妻ノ制カ認めラル又及對ニテハツト  
等ノ如クニ一妻多夫ノ制カ行ハルモノアリ、從テ外國人カ内  
國ニ於テ婚姻シ或ハ内國人カ外國ニ於テ婚

姻スル場合ニ之等ノ要件カ何レノ法律ニ従フヘキカノ問題ヲ生  
ス、此ノ問題ハ古來之ヲ屬人法ニヨルヘキモノトスル点ニ於テ  
ハ一致セルモノ何レノ當事者何如ナルトキノ屬人法ナルカハ問題  
トナル、此ノ問題ニ付テ英、米ニ於テハ他ノ屬人法ト同様ニ當  
事者ノ住所地法ニヨルヘキモノトシ共ノ所謂住所地トハ結婚ノ  
當時夫カ有スル住所地ノ法律ナリトスルモ近來其ノ住所地法ニ  
少シク變化ヲ采タルタリシカ婚姻當時ノ夫婦ノ居住地ノ法律ニ  
ヨルベキモノトスル説多シ、  
此ノ考ハ婚姻ヲ普通ノ契約ト同一視シ契約ハ其ノ行為地法ニヨ  
ルカ如クニ婚姻ノ成立期間モ亦其ノ行為地即チ婚姻ノ儀式ヲ奉  
ケタル地ノ法律ニヨルヘキモノトス、併シカ、ル主義ハ此ノ問  
題ニハ甚々不適当ナル主義ナリ、何トナレハ現在ノ國際交通ニ  
於テハ當事者カ婚姻ノ儀式ヲ爲ス土地ハ只偶然ノ結果ニ過キカ  
ルコト多ク其ノ地ノ法律ト本來何等ノ干係モナキ場合多シ、  
國



家ノ婚姻ニ于テ一定ノ要件ヲ必要トスル所以ハ其國民ノ將來  
ノ公益上ノ必要ヨリ出テシモノナリ、三六六 仮令外國ニ於テ婚姻スル  
場合ニテモ必ズ國家ノ要ホスル条件ニ從フヘキコトヲ必要トス  
此ノ要件ニ從ハサル婚姻ハ婚姻ト認メサルコトヲ意味ス、換言  
スレハ婚姻ノ成立要件ノ法律ハ其國民ニ對シテハ公益的規定ニ  
テ強行法ニ屬スルモノナリ、然ルニ外國ニ於テ其ノ本國ノ法  
律ト異ナル要件ニ從テ婚姻ヲ爲シ得ヘキモノトスレハ此立法  
ノ目的ヲ貫徹スルコト能ハサル場合奉行地ノ法律ニヨルト云フ  
ハ認ムヘカラサルナリ、然カモ米國ニ於テカ、ル主義ノ發生ス  
ル所以ハ元來米國ハ移民ヨリ成立スル國ニテ移民ノ本國ノ  
法律ノ如何ニ干スズ、苟クモ米國ニ於テ米國法律ニヨリ有效ニ  
婚姻ヲ爲シ得ル以上ハ其婚姻ノ成立ヲ認ムルコトハ米國ノ特殊  
ノ事情ニ適スル爲メナリ、他ノ國ニ於テハカ、ル主義トスルコ  
トヲ得ス、政大陸ニ於テハ從來最本國法主義ヲ行ハレ居タル

ナリ、妻トナルヘキ者ノ本國法法律如何ニ干係ナリ將來夫トナ  
ルモノ、本國法ニヨリ其成立要件ヲ異ニスル以上ハ有效ナル婚  
姻ハ成立スルモノトセシナリ、後述スル如ク婚姻ハ成立セシ場  
合ニハ其ノ效力如何ノ專ラ夫ノ本國法ノミニヨルナリ、併之  
カタメニ成立要件モ亦夫ノ本國法ニヨルトスルコトハ甚タ不当  
ナリト云ハサルヘカラス、三六七 何トナレハ今ヤ成立要件ノ問題ナリ  
夫婦ノ干係カ尚發生シ居ラサル故、女子カ夫ノ本國法ノミニヨ  
リテ婚姻ノ要件ヲ定ムルノ理由ナケレハサヤセシヤナリ、仮令夫  
ノ本國法ニヨリテ成立要件ヲ具ヘタルモ女子ノ本國法ニヨリテ  
成立要件ヲ具ヘサル場合ニハ其本國ヨリ云ヘハ婚姻ハ不成立ナ  
リ從テ妻ニハ非ス、又其國籍ヲ喪失スルコトナシ、而シテ女子  
ヨリ見テ不成立ナル場合ニ男子ノ本國法ニヨリ見テ如何ニ婚姻  
ハ成立シテモ其ノ當事者向ニ有效ナル婚姻ナリト云ヒ得サル  
ナリ、カ、ル欠点ヲ改ムルカ爲メニハীগノ國際私法會議ニ於



テ第一回ノ決議以來當事者ノ本國法ヲ適用スル主義ヲ認め遂ニ  
 一九〇二年ヨリ成立セシ婚姻ニ于スル條約ニ於テ各當事者ノ本  
 國法ニヨルコトヲ必要トスルニ至レリ、我法例十三條モ此條約  
 ノ精神ト合一ナリ、夫トナルヘキモノニ付テハ其本國法ニヨリ  
 テ成立要件ヲ充スカ否カヲ專トナルヘキ者ニ付テモ亦々其ノ本  
 國法ニヨリテ成立要件ヲ定メ各自ノ本國法ニヨリテ要件ヲ具備  
 スル場合ニ始メテ有效ナル婚姻カ成立シ得ヘキモノトス、從テ  
 滿十五歳ノ英國男子ト滿十五才以上ノ日本ノ女子トハ有效ニ婚  
 姻シ得ルコト、ナルナリ、  
 以上ノ如ク各當事者ノ本國法ニヨリテ成立要件ヲ定ムルモノナ  
 ルカ、其要件カ我法例三十條ノ規定ニ及スル場合ニハ其ノ外國  
 法ヲ適用シ得サル結果トシテ我國ニ於テハカ、ル婚姻ノ成立ヲ  
 認めルコトヲ得ス、故ニ一夫多妻ノ婚姻ヲ其ノ本國法ニヨリテ  
 我國ニ於テ結ハントスルコトハ能ハサルナリ、併シ茲ニ困難ノ

問題ノ起ルハ傍系親族ノ婚姻ノ制限カ三十條ニ該當スヘキカ否  
 カノ問題ナリ、此ノ制限ハ三條ニ云フ、公ノ秩序又ハ善良ノ風  
 俗ニモ于スルモノニアラスト余ハ思考ス

(二) 形式的要件

婚姻ハ何レノ國ニ於テ之ヲ要件行爲トス、一定ノ方式ヲ以テス  
 ルニ非サレハ婚姻ハ有效ニ成立セサルモノトス、而シテ其方式  
 ハ吾民法ノ如クニ戶籍吏ニ届出ヲ爲スコトヲ必要トスルナリ、  
 或ハ身分取扱人ノ立合ヲ必要トスルモノモアリ、之等ノ民事上  
 ノ方式ニ對シテ宗教上ノ方式ヲ必要トスルモノアリ、而シテ其  
 方式ハ皆他ノ法律行爲ノ方式ト異リ善良ノ風俗ニ于係リ或ハ公  
 ノ秩序ニ干スルモノトスル主意ヨリ出ツ、コトニ於テ内國人カ  
 外國ニ於テ婚姻スル場合ハ其ノ方式ハ内國法ニヨルヘキカ又ハ  
 外國ノ法律ニヨルヘキカノ問題ヲ生ス、内國人カ外國ニ於テ婚  
 姻スル場合ハ必ズ内國法ニヨルヘキカ、或ハ其ノ本國ノ法律ニ



ヨルヘキカノ問題ヲ生ス。此問題ハ法律行為ノ方式ニ于スル一  
般ノ原則ニヨリテ説明スルコト能ハス。何トナレハ法例八条ハ  
法律行為ノ效力ヲ定ムル法律カ其ノ行為ノ方式ヲ定ムルモノト  
ス。婚姻ナル法律行為ハ其ノ成立ニ付テハ各当事者ノ本国法ニ  
ヨルヘキモノナリ。成立シタル婚姻ノ效力ハ法律行為ノ效力ニ  
非スレテ婚姻ナル一ノ社会的制度ノ效力ナリ。故ニ此ノ方式ニ  
付テハ更ニ特別ノ規定ヲ必要トス。而シテ其ノ方式カ社会ノ善  
良ノ風俗ニ干係スルコトヨリ多クノ國ニ於テハ婚姻ノ挙行スル  
土地ノ方式ニヨルヲ必要トス。即チ外國人カ婚姻スル場合ニテ  
モ内國ニ於テ為ス以上ハ内國ノ必要トスル方式ヲ為スコトヲ必  
要トス。我法例十三条一項但書カ此ノ原則ヲ認メ婚姻ノ方式ハ  
挙行地ノ方式ニヨルト規定ス。從テ外國人ハ我國ニ於テハ戶籍  
吏ニ届出スルノ方式ヲ要ス。我國民カ外國ニ於テ婚姻スル場合  
ニハ其地ノ法律ヲ必要トスル方式ニヨルヲ必要トス。

三七〇

歐洲諸國同ノハীগノ婚姻ヲ成立ニ于スル國際私法條約ニ於テ  
モ其第五條ニ挙行地ノ方式ニヨルヘキ原則ヲ規定ス。併シ此ノ  
原則ヲ絶対的ニ適用スレハ外國ニ於テ婚姻スルコト能ハサル場  
合屬々發生ス。例ヘハ宗教上ノ儀式ノミヲ認ムル國ニ於テハカ  
ル宗教ノ信仰ナキ我國民ハ其地ノ法律ノ必要トスル方式ヲ行  
ヒ得サルコトナル又カハル方式ヲ必要トスル國ノ人民カ我國  
ニ於テ婚姻スル場合ニハ我法律ニヨリテ戶籍吏ニ届出ヲナスモ  
其本國ニ於テハカハル方式ヲ認メサル結果本國ヨリ云ヘハ婚姻  
ハ成立セサルコトナリ。此ノ不便ヲ取除クカタメニ我民七七  
七条ニヨリ外國ニ在ル日本人間ニ於テ婚姻ヲナサントスルトキ  
ハ其地ノ方式ニヨル代リニ我民法ノ届出ノ方式ヲ以テ婚姻ヲナ  
シ得ヘキモノトシ其ノ届出ハ本國ニ駐在スル我公使又ハ領事ニ  
為スヘキモノトス。法例十三條二項ハ此ノ民法ノ規定ノ適用ヲ  
留保シ此ノ場合ニハ挙行地法ニヨラサルコトヲ得ルモノトス。

三七一



然ラハ外國人カ日本ニ於テ婚姻スル場合ニ尙本國ノ方式ニヨリ  
得ルカ否カト云フニ法例十三條ハ外國人ニ付テ何等ノ例外ヲモ  
規定セズ、例外ノ規定ナキ場合ニハ原則ノミニヨルヘキカ、第  
十三條ノ鮮狀問題ナリ、學者ニヨリテハ反對ノ規定ナキ故ニ必  
ズ奉行地法ニヨルヘキモノトシ、我國ニ於テハ戸籍吏ニ届出ノ  
方法ニヨルノ外ハ婚姻ニ得スト云フ者アリ、然ルニ現今ノ國際  
慣例ハ何レノ國ニ於テモ外交官又ハ領事官カ其ノ本國臣民ノ婚  
姻ノタメニ本國法ノ方式ヲ爲サシメ得ヘキコトヲ認ム、ハীগ  
、國際私法條約第六條ニ於テモ、カ、ル方式ハ何レノ國ニ於テ  
モ有故ト認メラルヘキコトヲ規定ス、我民法七七七ノ規定モ我  
國ノ外交官又ハ領事官ハ其ノ駐在國ヨリ我國民ノ婚姻ノタメニ  
方式ヲ行ヒ得ルト云フヲ明ニ又ハ暗黙ニ承認セラル、コトヲ前  
提トス、若シモ我カ領事ノ駐在國ニ於テ我領事ニ干ル取權ヲ行  
フコトヲ認メサル場合ニハ民法ノ規定ニヨラント欲スルモ能ハ

サルコトナリ、然ラハ我民法モ亦タ此ノ國際慣例ノ前提トシテ  
我公使又ハ領事カ斯カル取權ヲ行フコトヲ其ノ駐在國ヨリ認メ  
ラレタルモノトシテ届出ヲ受理シ得ヘキモノトナシ居ルト云ハ  
サルヘカラス、若シ然リトセハ我國ニ駐在スル外國ノ公使又ハ  
領事カ其ノ本國臣民ノタメニ婚姻ノ方式ヲ爲サシメ得ヘキ取  
權ヲ行フコトヲ我國モ亦暗黙ニ認メタルモノト云ハサルヘカラス  
何トナレハ條約ノ規定以外ニ只我國ノ在外公使又ハ領事ノミカ  
カ、ル取權ヲ行ヒ得ヘキモノトシテ外國ノ公使又ハ領事カ我國  
於テ全權ノ取權ヲ行フコトヲ非認スルカ如キハ國際法上許スヘ  
オラサル誤論ナレハナリ、  
故ニ法例十三條ニ例外的規定ナキニモカ、ハラス、外國人ハ其  
ノ本國法ノ方式ヲ行ヒ得ルコトヲ暗黙ニ認メタルモノト云ハサ  
ルヘカラス、法例カ此ノ例外ヲ特ニ規定セサリシ所以ハ外國ノ  
公使又ハ領事ニ係ル取權ヲ認ムルコトカ我法律ヲ以テ規定スヘ



キコトニハ非スシテ國際條約又ハ國際慣例ニヨリテ定ムラルヘ  
キモノナル故、特ニ法例カ之ヲ明言スルコトヲ避ケタルノミナ  
リ。

如斯クニ婚姻ノ方式ハ奉行地法ニヨルヲ原則トシ、例外トシテ  
其ノ本國ノ公使又ハ領事カ其ノ本國法ニヨリテ方式ヲ為サシメ  
得ヘキモノトス、茲ニ一ノ問題ノ起ルハ婚姻ノ奉行地トハ如何  
ナル地ナルカノ問題ナリ

婚姻ノ奉行地トハ婚姻ナル法律行為ヲ初メテ為スノ地ナリ、政  
州諸國ニ於テ婚姻ナル法律行為ハ只當事者双方カ現在スル場合  
ニ於テノミ爲シ得ルモノトス、即婚姻ノ方式ヲ為ス場合ハ當事  
者双方カ同時ニ現在シテ其ノ意思表示ヲナスコトヲ必要トス故  
ニ何レノ地カ奉行地ナルカハ極メテ明白ナリ、

我民法ニ於テハ婚姻ハ之ヲ戶籍吏ニ届出ツルコトヲ必要トス其  
届出ハ當事者双方カ戶籍吏ノ面前ニ出頭スルコトヲ必要トセス

書面ヲ以テ届出ヲナスコトヲ得ルモノトス、而シテ届出ヲ受理  
スル戶籍吏トハ戶籍法ノ規定ニヨリ其本籍ノ或地ノ戶籍吏カ若  
クハ所在地ノ戶籍吏ナリ、故ニ例ヘハ東京ニ現在スル當事者カ  
其本籍ヲ長崎県ニ有スル場合ニハ書面ノ届出ヲ長崎県ノ戶籍  
吏ニ提出スルコトニヨリテ婚姻ノ方式カ完成ス、此ノ場合ニ東  
京カ奉行地カ長崎カ其レナルカト云フニ書面ノ提出サレタル戶  
籍吏ノ在ル地カ奉行地ト云ハサルヘカラス、故ニ實際當事者カ  
婚姻シ居リテモ届出ノ奉行セラルマテハ法律上婚姻ニハ非ス  
其ノ結果トシテ婚姻ハ隔地者間ニ於テモ成立シ得ルコトナル  
此ノ点カ政米ノ方式ト我民法ノ規定ト大ニ異ル所ナリ、其ノ結  
果トシテ例ヘハ日本ノ男子カ米國ニ移住シ内國ニ在ル女子ト結  
婚ヲ契約シ、双方連署ノ上戶籍吏ニ届出ヲナセハ茲ニ婚姻ハ有  
效ニ成立ス、而シテ其ノ女子カ己ニ婚姻シタルモノニシテ其男  
子ノ妻トシテ米國ニ渡航スルニ當リテ米國ノ官憲カ其ノ女子カ



妻ニ非サルコトヲ主張シ其ノ婚姻ノ方式カ未タ行ハレサルコトヲ主張シ以其ノ上陸ヲ拒絶スルヲ屬アリ。カ、ル婚姻ヲ称シテ世上ハ寫真結婚ト称ス。法例十三條ノ原則ヨリ、米國ノ爲ス所カ我法例ノ規定ヨリ見テ正当ナルカ不当ナルカ問題ナリ。

婚姻ノ效力

婚姻カ成立セシ場合ニ其ノ效力ハ何レノ法律ニヨルカノ問題ハ其效力ノ性價ニヨリテ區別セサルヘカラス。我民法ニ於テハ婚姻ノ效力ナル標題ヲ以テ夫婦ノ一身上ニ及ホス效果ノミヲ見タルナリ（民七七八八條下七九二條）

其ノ財産上ニ及ホス效果ハ之ヲ夫婦財産制ト規定シ恰モ婚姻ノ效力ニ非サル如クニ見ルナリ。併シ此ノ二者トモニ婚姻ノ效力ナリ只一身上ニ及ホスモノト其ノ財産上ニ及ホスモノトノ相違アルノミナリ。

而シテ一身上ニ及ホス效力ト財産上ニ及ホス效力トハ國際私法上

異ル法律ニヨルヘキモノト看做サル。故ニ此ノ效力ノ準拠法ノ説明ニハ第一ニ一身上ニ及ホス效力、第二ニ財産上ニ及ホス效力ヲ説明スヘシ。

一、一身上ニ及ホス效力

夫婦ノ一身上ニ及ホス效力ハ婚姻カ成立スルヤ否ヤ男子ハ丈夫ル身分ヲ取得シ女子ハ妻タル身分ヲ取得シ。茲ニ夫婦カ同居ノ権利義務ヲ負ヒ、相互ニ扶養ヲナスノ権利義務ヲ有シ又妻タル資格ニ於テ夫ノ権利ニ從フ結果トシテ其ノ行為能力カ制限セラレ無能力者トナル。又妻カ夫ノ家ニ入ルノミナラス、國籍法ノ規定ニヨリ、妻ハ夫ノ國籍ヲ取得ス。

如斯キ效果カ皆其一身上ニ及ホス效果ナリ。之等ノ效果ハ如何ナル法律ニヨリテ之ヲ定ムヘキカト云フニ或ハ夫ノ住所地法ニヨルトスルモノアリ。或ハ其ノ本國法ニヨルトスルモノアリ。本國法ニヨルニ當リテモ結婚當時ノ本國法ニヨルトスルモノト



二七八  
問題ノ起リタル当時ノ本國法ニヨルトスルモノト夫婦ノ國籍ヲ  
異ニスルニ至リン場合ニハ共通ノ本國法ニヨルモノトスルモノ  
アリ、

我法例ハ現在ノ本國法主キヲトリ婚姻ノ一身上ニ及ホス效力ハ  
夫ノ現在ノ本國法ニヨルトス、併シ婚姻ノ效力ハ婚姻ノ成  
立スルヤ否ヤ直ニ發生スルモノアリ、カ、ル效力ニ付テハ問題  
ハ後ニ起リタルト否トヲ問ハス、結婚當時ノ本國法ニヨルコト  
ハ因ヨリ<sup>論</sup>待タズ、故ニ現在ノ本國法ニヨルト云フハ法律ノ  
變更ニヨリテ婚姻ノ效力カ異リ得ル性質ノ效力ノミカ現在ノ本  
國法ニヨルト云フナリ、例ハ婚姻ニヨリテ國籍ヲ變更スルカ  
否カハ婚姻ヲモ、ノ直接ノ效力ナリ、其ノ当時ノ本國法ニヨル  
ニ外ナシ、他ノ國籍カ變更シ現在ノ夫ノ本國法ニヨルハ婚姻ニ  
ヨリテ妻ハ夫ノ國籍ヲ取得セサル場合ニテモ已ニ國籍ヲ取得シ  
タ效力ハ何等ノ影響ヲ受クヘキモノニアラス、又ニ同居ノ權利

義務扶養ノ權利義務又夫權ノ範圍、從テ妻カ如何ナル程度ニ於  
テ無能力者トナルヘキカ等ノ問題ハ現在ノ夫ノ本國法ニヨリテ  
定マル夫ノ國籍ノ變更ト共ニ其ノ效力カ又變更シ得ルコトナ  
ルナリ、

我法例十四條ニ依リ婚姻ノ效力ト書ケルモ此ノ語ハ民法ト同一  
ノ用法ニシテ只一身上ニ及ホス效力ヲ想意味スルカケナリ、尚  
妻カ如何ナル行為能カヲ有スヘキカハ夫ハ如何ナル行為ニ付テ  
妻ノ能カヲ制限シ得ルカノ問題ナリ、畢竟婚姻ノ效力ノ問題ナ  
リ、故ニ妻ノ行為能カハ妻ノ本國法ニヨルコト能ハス、夫ノ現  
在ノ本國法ニヨルト云ハサルヘカラス、法例三條ノ規定ハ從テ  
妻ニ附テハ適用アルカ否カノ問題ヲ生ス、三條一項ノ規定ハ能  
カノ有無ハ本國法ニヨルト云ヒテ當事者自身ノ本國法ニヨルコ  
トヲ意味ス、然ルニ夫婦國籍ヲ同フスル場合ニ於テ妻ハ自己  
ノ本國法ニヨルニアラスレテ夫ノ本國法ニヨルナリ、



三八〇  
因籍ヲ異ニスル場合ニ於テハ妻ノ能力ノ如何ハ夫ノ本國法ニヨ  
ルナリ。故ニ三條ハ全ク無キ係ナルカノ如シ、併シ夫ノ本國法  
ニヨリテ無能力者タル妻カ我法例ニヨレハ能力者タル場合ニ我  
四ニ於テ爲シタル法律行為ニ付テハ能力者ト見做サルヘキナ  
カニ付テ法例十四條ニハ何等ノ例外的規定ナキモ第三條二項ニ  
規定スル例外的規定カ妻ノ無能力ニ付テモ適用セラル。或ハ準用  
セラルヘキモノト見ルコトカ適當ナラント思ハル。何トナレハ  
第三條二項ノ例外ハ如何ナル本國法ニヨルカヲ問ハス、外國人  
カ本國法ニヨリテ無能力者ニテモ我法律上能力者タル以上ハ我  
四ニ於テ爲シタル法律行為カ行為ニ付テ無能力者ヲ對抗シ得サ  
ルモノニシテ此ノ意味ニ於テ最モ之ク適用セラルヘキモノナル  
故、妻ノ無能力ニ付テモ亦適用セラル。コトカ立法ノ精神ナリ  
ト云ハサルヘカラス。又法例十四條ニハ二項ノ規定アリ、外國  
人カ日本人ノ養子トナリ、或ハ入夫トナリタル場合ニハ其ノ婚

姻ノ故カ日本ノ法律ニヨルト規定シアルモノ之ハ元ヨリ當然ノ  
コトニシテ婚姻カ成立スルヤ否ヤ、其ノ夫ハ日本人トナル故夫  
ノ本國法ハ即チ日本ノ法律ナリ、只法例カ注意ノタメニカ、ル  
無用ノ規定ヲ掲ケタリト云ヒ得ルナリ、  
ニ財産上ニ及ホス效力

沿革上ヨリ云ヘハ古代ニ於テハ妻其モノカ夫ノ財産ナリキ、妻  
ハ自ラ權利ノ主体タルコトヲ認メラレサリキ、然ルニ近世諸國  
ノ法律ハ婚姻スルモノ妻ハ其ノ人格ヲ失ハサルモノトシ、尙財産  
カノ主体タル資格ヲ認ムルナリ、併シ其ノ財産カノ主体タル地  
位ニ付テ諸國ノ法律各々異リ居リ或ハ妻ノ有スル財産ハ婚姻ニ  
ヨリテ夫トノ共有ニ屬スルモノトスルアリ、或ハ夫ハ妻ノ財産  
ノ管理カ收益權ヲ有ストスルアリ、或ハ單ニ管理權ヲ有スルニ  
過キストスルアリ、或ハ妻ハ完全ニ其ノ財産權ヲ自ラ管理シ收  
益シ全ク夫ト獨立シテ其ノ權利ヲ行使シ得ルモノトスルアリ、



従テ内外人カ婚姻<sup>ニ</sup>或ハ外國人カ内國ニ於テ婚姻<sup>ニ</sup>、或ハ外國  
ニ於テ婚姻<sup>ニ</sup>タル外國人カ内國ニ住所ヲ移転<sup>シ</sup>或ハ國籍ヲ變更  
シタル場合ニハ其ノ財産上ニ及ホス故カハ何レノ法律ニヨリテ  
之ヲ定ムヘキカノ問題ヲ生ス。

夫婦ノ財産ヲ係ヲ總稱シテ之ヲ夫婦財産制ト云フ、此ノ制財産  
制ハ契約ニヨリテ定ムルコトアリ、契約ナキ場合ニハ法律ノ規  
定ニヨリテ定マルナリ、従テ契約財産制ト法定財産制ノ區別ヲ  
生ス。

契約財産制ニ付テ何レノ法律カ適用セラルヘキカヲ説明ス、此  
点ニ付テ一定不變ノ法律カ常ニ其ノ契約制ヲ支配スル<sup>ト</sup>説ト住所  
又ハ國籍ノ變更ニヨリ常ニ變更スヘシトスル説トアリ、變更主  
義ヲ採ル者ハ如何ナル範圍ニ於テ夫婦カ契約ヲ以テ其ノ財産制  
ヲ定ム得ヘキカ、其ノ契約ハ如何ナル效力ヲ有スヘキカト云フ  
ナリ如キ問題ハ必スニモ婚姻當時ノ法律ニヨルコトヲ得サルモノ

ニシテ夫婦ハ婚姻継続中ニ於テモ尚財産契約ヲ爲スコトアリ、  
變更スルコトアリ、又法律カ果ル結果トシテ前ニ契約シタル所  
カ後ノ本國法ノ認メサルモノナルコトモアル故、國籍ノ變更ト  
共ニ常ニ特別ナル本國法ガカナル契約ヲ係テ定ムヘキモノトス  
ルナリ。

ハীগノ婚姻ニ于スル國際私法條約四、五條ニ於テハカ、ル契  
約ハ婚姻成立當時ノ夫ノ本國法ニヨルヲ以テ原則トスルカ國籍  
ヲ變更スル場合ニハ當然ナル本國法ニヨルヘキモノトシ變更主  
義ヲ認ム(今條約九條)、我法例十五條ハ之ト異リテ不變主義  
義ヲ認ム即チ婚姻當時ノ夫ノ本國法ハ夫婦ノ係ノ継続中常ニ其  
財産制ヲ支配スヘキ法律ナリトス、其ノ理由トスル所ハ我民法  
ニ於テモ夫婦財産契約ハ婚姻ノ当初ニ之ヲ契約スルコトヲ必要  
トシ婚姻継続中ニ之ヲ變更シ又ハ特ニ契約スルコトヲ認メサルモ  
ナリ、凡テ當事者相方ノ意思ヨリ見テモカ、ル契約ハ夫婦カ



其ノ畢生間ノ財産干係ヲ終局的ニ一定シタルモノニシテ法律ノ規定ノ変更ニヨリ或ハ法律其モノノ異ルニヨリ影響ヲ受クヘキモノニアラストスルカタメニ之ヲ豫メ約定シタルモノト理解セサルヘカラス、此ノ當事者ノ意思ヨリシテ後ノ本國法律カ公益ニ及スルト見ル場合ハ別ナルモ然ラサル以上ハ婚姻當時ノ法律ノ認めタル財産契約カ尚ホ有效ニ存続スヘキモノト解釈スルカ正当ナル故、茲ニ不変更ノ主義ヲ認め、終始同一ノ法律カ適用セラルヘキモノトスルナリ、又法定財産制ニ付テモ契約財産制ト同一ノ主義ヲ取ルナリ、ハীগノ条約ニ於テハ第二条ニ契約ナキ場合ニハ婚姻奉行當時ノ夫ノ本國法ニヨルトシ且國籍ノ變更ハ其ノ夫婦財産制ニ何等ノ影響ヲ及ホサストス、即法定財産制ニ付テハ我法例ト全ノ原則ヲ認ムルナリ、理論上ヨリ云ヘハ契約ナキ場合ノ財産制ハ單ニ法律ノ規定ノミニヨルモノニシテ從テ國籍ヲ變更シ住所カ變更サレタル場合ニハ皆現在ノ本國法

又ハ住所地法ニヨルヘキカ如クニ見ユルナレトモ實際上ニ於テ夫婦カ婚姻ノ初メニ特ニ財産契約ヲ結ハサリシ所以ハ其ノ當時ノ夫ノ本國法ノ規定スル所カ當事者双方ニ適當ナルカ爲メニ契約財産制ヲトササリシナリ、從テ其ノ當時ノ法定財産制ハ當事者双方ノ暗黙ノ契約ト全一ナリ、當事者ハ之ニヨルカタメニ特別ノ契約ヲ爲サシテ婚姻シタルナリ、然ルニ多クハ夫ノ意思ノミニヨリテ發生スヘキ住所又ハ國籍ノ變更ニヨリテ新ナル法定財産制カ適用セラルヘキモノトスルハ夫ハ自己ニ便利ナル土地ニ住所ヲ移転シ又ハ國籍ヲ變更スルコトナリ、妻ノ予期セザル不利益ヲ發生セシムルノ恐アリ、故ニ法定財産制ニ於テモ一定不変ノ法律カ適用セラルヘキモノナリトシ我法例十五條ハ広ク夫婦財産制ト云ヒテ其ノ契約制タルト法定ノ場合タルトヲ同ハス專ラ婚姻當時ノ夫ノ本國法ニヨルヘキモノトス、只コトニ注意スルハ我國民法ノ七九五條ニヨレハ外國人カ其外國法ニヨ



三六六  
リテ財産契約ヲ爲シタル場合ニ其ノ後日本ノ国籍ヲ取得スルカ  
又ハ日本ニ住所ヲ移転シタル場合ニハ一ケ年内ニ其ノ契約ヲ登  
記スルニ非サレハ第三者ニ対抗スルコトヲ得スト規定ス、此ノ  
規定ハ正当ナルカ法定財産制ニ付テハカ、ル公示方法ヲ必要ト  
シ居ラス、内國ノ法定財産制ハ何人モ知り得ヘキモノナル故公  
示方法ヲ要セサルハ勿論ナルモ外國ノ法定財産制ハ我裁判所ニ  
於テモ容易ニ知り得サルモノナリ、況ンヤ普通ノモノニ付テモ  
到底知り得サルモノト云ハサルヘカラス、故ニ公示方法ヲ必要  
トスル程迄ハ契約財産制ト何等異ナル所ナシ、然ルニ民法力  
之ニ付テ何等ノ公示方法ヲ規定セサルハ法例ハ法定財産制ニ付  
テモ婚姻當時ノ本國法ニヨルトスル主義ト一致セサル規定ト云  
ハサルヘカラス

### 三 離婚

離婚ニ于スル諸國ノ法律ハ或ハ其國籍<sup>管轄</sup>ニ付テモ異ナリ、又商

婚ヲ爲シ得ヘキカ否カニ付テモ大ニ異ナル、管轄權ニ付テハ或  
ハ其ノ住所地又ハ本籍地ノ裁判所ノミカ專屬管轄權ヲ有スルモ  
ノトスルモノアリ、或ハ住所地以外ノ地ニ於テモ管轄權ヲ有  
スルコトヲ認ムルモノアリ、又離婚ヲ爲シ得ヘキカ否カニ付テ  
我民法ノ如クニ協議上ノ離婚ヲ認ムルアリ、或ハ裁判上ノ離婚  
ノミヲ認ムルモノアリ、裁判上ノ離婚<sup>管轄</sup>ノミヲ認ムルモノアリ、  
裁判上ノ離婚ニ付テ其ノ原因カ各異リ居ルナリ、又全ク離婚ヲ  
認メサル即離婚禁止ノ法制ノ國アリ、從テ外國人カ内國ニ於テ離  
婚ノ請ホヲナス場合ニハ第一ニ離婚ノ管轄アリヤ否ヤ、第二ニ  
若シ管轄權アリトセハ何レノ法律ニヨリテ其ノ離婚ノ原因ヲ認  
ムヘキカノ問題ヲ生ス

第一ニ管轄權ニ付テハ夫婦ノ本國ノ管轄權ヲ原則トシテ認ムル  
莫ニ於テハ學說又裁判例ニ一致セルカ只之レヲ唯一ノ專屬裁  
判所トスヘキカ、或ハ例外ノ管轄權ヲ認ムヘキカニ付テ異ル



政州大陸諸國ニ於テハ本國ノ管轄權ノ外ニ尙夫婦ノ住所地ノ  
 裁判管轄權ヲ例外トシテ認ムヘキコトヲ離婚ニ于スルハ一  
 國際私法條約<sup>也</sup>ニ認ム、吾人事訴訟手續法ノ規定ニヨレハ  
 必スシモ本國又ハ住所地ノ裁判管轄權ノミヲ認ムルニ非ス、  
 我國ニ住所ナキモノニ付テハ居所地ニ於テ尙裁判管轄權ヲ有  
 スルコトヲ認ム、此ノ規定ハ内國人<sup>ノ</sup>ニ付テハ規定トス  
 レハ正當ナルトモ外國人モ亦此ノ規定ニヨリテ裁判管轄ヲ定  
 ムヘキモノトスレハ甚々広キニ失シタルモノト云ハサルヘカ  
 ラス、何トナレハ單純ノ居所地ニ於テ結婚ノ如キ重大ナル身  
 分上ノ裁判管轄權ヲ行フコトハ何レノ國ニ於テモ認メラレサ  
 ル所ニシテ又カ、ル管轄權ヲ行フノ必要ナキ故ナリ、  
 第二、離婚ノ原因ニ付テハ或ハ訴訟地ノ法律ノミニヨルモノト  
 スルモノト、夫婦ノ屬人法ニヨルモノトスルモノトアリ、法

定地法ニヨルトスルモノハ離婚ノ請ホヲ恰モ不法行為ヨリ發  
 生スル債權ノ請ホト全様ニ看做シ訴訟地ノ法律カ離婚ノ認  
 ル場合ニ於テノ離婚ノ請求ヲ爲シ得ヘキモノトシ其本國ノ  
 法律又ハ其ノ住所地ノ法律ノ如何ヲ問ハサルモノトス、  
 離婚カ許サルヘキカ否カハ善良ノ風俗ニ于スルモノナレ故及  
 令當事者ノ屬人法ニヨリテ離婚シ得ヘキ場合ニテモ訴訟地ノ  
 法律カ離婚ヲ許サ、ル場合ニハ尙離婚ノ請求ヲ爲シ得サルモ  
 ノト云ハサルヘカラス、此ノ點ニ於テハ此ノ主義ハ正當ナレ  
 トモ訴訟地ノ法律カ離婚ヲ許ス以上ハ當事者ノ屬人法ニ於テ  
 離婚ヲ許サ、ル場合ニ於テモ尙離婚ヲ爲シ得ルコトヲ認ムル  
 點ニ於テ甚不當ナル結果ヲ来スモノト云ハサルヘカラス、何  
 トナレハ若シ如斯主義カ一般ニ認メラル、トスレハ離婚ノ制  
 限ヲ免レニカタメニ離婚ヲ認ムル國ニ来リテ、離婚ノ請ホヲ  
 爲スコトナリ其ノ本國ノ法律カ夫婦ナルト認ムルモノヲ他



四ノ法律カ夫婦ニアラストスルノ結果ヲ求ス故ナリ、  
及之当事者ノ屬人法ノミニヨルトスル主義ハ其ノ主義ハニ於  
テ認メサル原因ニ付テ他四ノ裁判所カ離婚ヲ宣告シ得サルコ  
トヲ明カニスル点ニ於テハ正当ナルモ其ノ屬人法ニ於テ離婚  
ノ原因アル以上ハ訴訟地ノ法律ノ如何ニ于係ナク離婚ヲ宣告  
スヘキモノトスル点ニ於テ正当ナリ、  
故ニハーグ條約一、ニ条ニ於テハ離婚ノ請求ハ夫婦ノ本國法  
及ヒ請求ヲナス他ノ法律ノ共ニ離婚ノ原因アリトスルトキニ  
限り離婚ヲ請求シ得ヘキモノト規定シ、本國法及ヒ訴訟地法  
ノ折衷主義ヲ認ム我法例十六條ニ於テモ亦折衷主義ヲ認メ離  
婚ノ原因ハ夫ノ本國法ニヨルヲ以テ原則トシ、其ノ原因タル  
事實カ日本ノ法律ニヨルモ亦離婚ノ原因タルトキニ限りテ離  
婚ノ宣告ヲナスコトヲ得ルモノトス、故ニ何レカ一方ノ法律  
ニ於テ認メラレサル場合ニハ離婚ノ宣告ヲナシ得ハサルモノ

ナリ、只問題トスル所ハ夫ノ本國法トハ結婚當時ノ法律ナル  
カ訴訟當時ノ法律ナルカ又ハ其ノ他ノ時ニ於ケル本國法ナル  
カナリ、我法例十六條ハ離婚ノ原因タル事實發生當時ニ夫  
ノ本國法ナリトシ、婚姻當時又ハ訴訟當時ノ本國法ノ如何ヲ問  
ハス、何トナレハ或ル事實カ離婚ノ原因トナルカ否カハ其ノ  
事實發生當時ノ本國法ノミニヨリテ決スヘキ問題ナリ、其ノ  
前同ノ法律如何ハ無干係ナル故ナリ、  
之ト同様ノ主義カハーグ條約四條ニモ亦認メラル四籍ノ變更  
アル場合ニハ當事者加他ノ四籍ヲ有セントキニ生ニタル事實  
モ後ノ四籍ノ法律ニヨリ離婚ノ原因タル性質ヲ有セシムルコ  
トヲ得サルモノトス、從テ例ハ八籍通カ離婚ノ原因タルカ否  
カハ其ノ發生當時ノ夫ノ本國法ニヨリテ之ヲ定ムヘキモノニ  
シテ訴訟當時ノ夫ノ本國法ニヨレハ之ヲ離婚ノ原因トスルコ  
トヲ許サレル場合ニ於テモ尚離婚ノ請求アリト云ハサルヘ



離婚ノ結果國籍ニ變更ヲ生スヘキカ否カハ只夫ノ本國法ノミ  
ニヨリテ決スヘキモノナリ、又離婚ノ外ニ別居ノ制ヲ認ム  
ヘキカ否カニ付テ問題アルカ別居ニ付テモ離婚ト同一ノ原則  
カ認メラルヘキモノナリ、即本國法及ヒ訴訟地ノ法律カ共ニ  
別居ノ制ヲ認ムル場合ニ於テノミ裁判所ハ別居ノ宣告ヲナ  
シ得ルナリ、我民法ハ別居ノ制ヲ認メサルカ故ニ外國人ハ  
其本國法ニヨリテ別居ノ請求ヲ爲シ得ヘキ場合ニテモ我國ニ  
於テハカ、ル請求權ハ行ヒ得サルモノト云フヘシ、

第二節 親子ノ關係

親子ノ干係ハ實子ト養子トアリ前者ニハ嫡出子、私生子、庶子ノ關  
係アリ、

一、嫡出子、

諸國ノ法律ハ婚姻中ニ生レタル子ハ夫ノ子ナリト推定シ此ノ推  
定ヲ破フルカタメニ夫ニ否認訴權ヲ与ヘ婚姻中ニ生レタル子ニ  
テモ其ノ嫡出子ニアラサルコトヲ爭ヒ得ヘキモノトス、所謂婚  
姻中トハ何ナルヤニ付テ諸國ノ民法ハ其ノ規定ヲ異ニス、(例ヘ  
ハ結婚後二百日以後二百八十日以後トナスアリ) 又否認訴權  
ニ付テモ此ノ訴權ヲ行フ條件方法ニ付テ諸國ノ法律カ各異ルナ  
リ、故ニ今子カ果シテ嫡出子ナルカ否カニ付テ爭アル場合ニ何  
レノ法律ニヨリテ此ノ問題ヲ定ムヘキカハ問題トナルナリ、  
此ノ問題ニ付テ茲ハ此子ノ屬人法ニ依ルトスルモノアリ、或ハ  
其母ノ屬人法ニヨルトスルモノアリ、或ハ推定的父ノ屬人法ニ  
ヨルトスルモノモアレトモ子カ嫡出子ナルカ否カハ其子ノ利害  
ニ干係スルコト重大ナルカ其ノ父ナリト推定セラレタルモノノ  
利害ニ干スルコトハ更ニ層大ナリ、故ニ諸國ノ法律ハ否認訴



叔ヲ其父ナル者ニ与テ

嫡出子ナルカ否カハ畢竟スルニ否認許權ヲ行使セラレサル子ニ  
外ナラサル故、此ノ問題ハ其ノ権利者ノ屬人法ニヨリ之ヲ定ム  
ヘキモノト云ハサルヘカラス、而シテ其ノ権利者カ父ナルカ否  
カハ問題ナリ、故ニ之ヲ父ノ屬人法ト云フコト能ハス、此結例  
十七條ハ子カ出生ノ當時其ノ母ノ夫ノ本國法ニヨリ之ヲ定ムヘ  
キモノトス、即推定セラレタル父ノ本國法ニヨルトスルナリ、  
若シ其ノ夫カ子ノ生ル、前ニ死亡セハ其死亡ノ當時屬シタル國  
ノ法律ニヨリテ之ヲ定ム、最后ノ屬人法ヲ認ムルナリ、

ニ私生子

此ニ付テハ私生子ハ其ノ實際ノ父ト四籍ヲ異ニスルコトアリ又  
稀ニハ其生ヤタル母ト四籍ヲ異ニスルコトアリ、私生子ト實際  
ノ父母ト三人各四籍及住所ヲ異ニスルコトアリ、而シテ諸國ノ  
私生子ニ于スル規定ハ大ニ異リ居リ私生子ト其ノ實際ノ父トノ

間ニハ何等ノ法律的ノ子係ヲ認メサルモノモアリ、又ハ私生子ノ  
タメニ認知ヲ請求スル権利ヲ附与スルモノアリ、或ハ扶養ノ義  
務ノ請求權ヲ与フルモノモアリ、或ハ私生子ニ請求權ヲ与ヘス  
ニテ其ノ父又ハ母ニ認知スル権利ヲ附与スル者アリ、認知ノ結  
果ニ付テ嫡出子タル身分ヲ附与スル者アリ、或ハ庶子タル身分  
ヲ附与スルアリ、各其ノ效力ヲ異ニス、故ニ外國人タル私生子  
カ内國人ニヨリテ認知セラレ或ハ内國人タル私生子カ外國人ニ  
ヨリテ認知セラレ、ニ當リ私生子認知ナル法律行為ノ成立ハ何  
レノ法律ニヨリテ定ムヘキカ又其ノ效力ハ何レノ法律ニヨリテ  
定ムヘキカノ問題ヲ生ス、

第一、私生子認知ノ要件

私生子ノ認知ハ全ク之ヲ許サ、ル四アリ、又制限ヲ設クル國モ  
アル故認知スルモノカ其ノ屬人法ニヨリ、認知シ得ヘキ場合ニ  
即チサルヘカラサルハ固ヨリ明ナリ、問題トスル所ハ認知スル



モノ、屬人法ノミニヨリテ之ヲ定ムヘキカ、又ハ認知セラルル、  
私生子ノ屬人法ニヨリテ之ヲ制限スヘキカ否カニアリ。此ノ同  
遊ニ付テ我法例ハ倍モ之ヲ婚姻ノ成立トシ様ニ見做シ各當事者  
ノ本國法ニヨリ認知ノ要件ヲ具フルカ否カヲ定ムヘキモノトス  
即認知者タル父母ニ付テハ其父又ハ母ノ本國法ニヨリ認知ニ必  
要ナル要件ヲ具フルカ否カヲ定ムヘキモノトシ認知セラルル、私  
生子ニ付テハ其ノ本國法ニヨリ認知セラレ得ヘキカ否カヲ定ム  
ヘキモノトス而シテ茲ニ謂ユル本國法ハ私生子カ出生當時ノ本  
國法ニアラスシテ認知當時ノ本國法トス、何トナレハ私生子ノ  
認知ハ其子カ法律上子ナリトスルモノニシテ出生ノ初メニ遡リ  
テ效力ヲ生スルモノナルカ認知ヲ為シ得ヘキカ否カノ問題ハ出  
生當時ノ法律ニ何等ノ干係ヲ有セサルモノニシテ認知當時ノ法  
律カ之ヲ認ムルニアラサレハ認知ハ成立シ得サルモノトセサル  
ヘカラス、如斯クニ各當事者ニ付テ各其本國法ニヨルモノナル

故英國人ハ日本人タル私生子ヲ認知シ得サルト今時ニ又日本人  
タル親カ英國人タル私生子ヲ認知セサルコトヲ得サルコト、ナル  
何トナレハ英國ノ法律ハ私生子ノ認知ヲ認メス、私生子ト親子  
ノ干係ヲ成立セシメ得ル場合ハ只タ其ノ實際ノ父及母カ爾後ノ  
婚姻ニヨリテ私生子カ嫡出子トナル場合ノミヲ認ムルナリ。此  
ノ外ニ認知ナルコトヲ認メサル故ナリ、今様ニ日本人タル私生  
子ハ仙人タル實際ノ父ニ對シテ私生子ノ認知ヲ請ホスルコトヲ  
得サルコト、ナル、何トナレハ仙國民法ハ私生子ハ其ノ父系ヲ  
探索スルコトヲ禁止シ居レハ之ニ及シテ其ノ父カ獨乙人ナル場  
合ニハ其ノ父カ認知シ得ルノミナラス、其ノ私生子タル日本人  
ハ認知ノ請ホキヲ有スルコト、ナル、何トナレハ我民法モ獨乙  
民法モ親ノタメニ認知シ又子カ認知ヲ請ホスルコトモ共ニ認メ  
ラル、ナリ

第三 認知ノ效力



認知ノ効力ハ法律上親子ノ干係ヲ成立セシムルコトニアルモ或ハ我民法ノ如クニ庶子タル身分ヲ取得セシムル場合アリ、又嫡出子タル身分ヲ取得セシムル場合アリ、更ニ進ニテ親ノ因籍ヲ取得セシムル場合モアルナリ、

此ノ効力ハ認知カ成立シタル後ニ初メテ發生ス、法律上親子ノ干係ハ已ニ存在スルナリ、從テ如何ナル効力カ發生スルカハ認知者タル親ノ本國法ニヨリテノミ決定スヘキ問題ナリ、我法例十八條ニ項ハ認知ノ効力ニ付テハ父又ハ母ノ本國法ニヨルト規定シ私生子ノ屬人法ノ如何ヲ問ハス、

三養子

養子ノ制友ハ現今ハ因ニヨリテ大ニ異レリ、古代ニ於テハ何レモ家族制友ヲ維持スル必要アリ、養子制友ヲ認メタリ、然ルニ何人主義感ニトナリテ以來、歐洲諸國ニ於テハ養子制友ハ大ニ其ノ必要ヲ減シ、和、瑞西諸國ニ於テモ之ヲ認メス、獨ニ、仏等之ヲ認

ムル四ニ於テモ或ハ財産干係ニ於テノミ存在スル養子カ養家ニ入リ、嫡出子タル身分ヲ取得スト云フカ如キ養子制友ハ東洋諸國ニ於テ存在スルノミナリ、而シテ養子制友ヲ認ムル四ニ於テハ養親カ養子ヲナスニ付テ種々ノ條件アリ、又他人ノ養子トナルニ付テ種々ノ條件アリ、其ノ條件ハ各國ニヨリテ異ル、從テ養子縁組カ因籍ヲ異ニスル當事者間ニ於テ成立セシメントスル場合ニハ何レノ法律ニヨリテ其ノ要件ヲ定ムヘキカノ問題ヲ生ス、又養子ノ効力カ斯ク異リ居ル故、養子縁組カ成立シタル場合ニ其ノ効力ハ何レノ法律ニヨルカノ問題ヲ生ス、

第一養子縁組ノ成立ニ付テハ我法例十九條ニ私生子ノ認知ト互様ニ各當事者ニ付テ其ノ本國法ニヨルヘキモノトス、故ニ例ヘハ日本人カ外國人ヲ養子トスル場合ニハ我民法ノ規定ニヨリテ養子ヲナス要件ヲ具備スルコトヲ必要トスルノミナラス、養子トナル外國人カ其本國法ニ從ヒテ養子縁組ヲナスヘキ資格ヲ具



備スルコトヲ必要トス。又養子縁組ノ効力ニ付テハ養子制ニハ  
養親ノタメニスルモノニシテ養親ノ本國法ヲ認ムル効力ヲ發生  
セシムルコトヲ目的トス。故ニソノ効力ハ養親ノ本國法ニヨラ  
サルヲ得ス。

外國人カ日本人ノ養子トナレハ我民法ノ規定ニヨリ養家ニ入り  
嫡出子タル身分ヲ取得スルノミナラス、國籍法ノ規定ニヨリ我  
國籍ヲ取得ス、其ノ本國法ニ於テカ、ル效果ヲ認ムルカ否カ  
ヲ問ハス、尚養子縁組ハ高縁ヲナシ得ルカ否カハ問題ナリ。歐  
州諸國ニ於テハ高縁ヲナシ得サルモノトスルモノ多シ。

我國ニ於テハ養子縁組モ亦一定ノ原因アル場合ニ高縁ヲナシ得  
ルモノトス、其ノ高縁ヲ爲シ得ルカ否カハ何レノ法律ニヨルカ  
ト云フニ養子縁組ノ効力ト全ク養親ノ本國法ノミニヨルモノ  
トス、而シテ離婚ノ場合ノ如クニ訴訟地法ニヨリテ之ヲ制限ス  
ルノ必要ナキモノトス、(十九條)

上述ノ如ク親子ノ干係ハ其ノ干係ノ性質ノ異ナルニ從ヒテ各  
其ノ準據法ヲ異ニス、併シ已ニ親子ノ干係カ成立スレハ親子  
間ニ存在スル權利義務ニ付テハ之ヲ共通ニ考ヘ得ヘキモノナ  
ル故、茲ニ凡テノ親子間ノ權利義務ノ干係カ何レノ法律ニヨ  
ルカノ問題ヲ説明スヘシ

元來親子間ノ權利義務ハ親子ノ一身上ニ及ホス干係ニ於テ  
有スルアリ、又其ノ財産上ニ及ホス干係ニ於テ有スルモノモ  
アリ、古代ニ於テハ此ノ權利義務ノ干係ヲ親權又ハ家長權ト  
ル語ニ表ハレ居タリ、寧ロ公法上ノ權カタル性質ヲ有シタル  
ナリ、併シ現今ニ於テハ親權ハ必ズ權ニアラスシテ私法上ノ權  
利ナリ、從テ國際私法上ノ問題トナルナリ、何レノ法律ニヨ  
リテ其ノ權利義務ヲ定ムヘキカヲ明ニセサルヘカラス、先ツ  
此ノ問題ニ付テ第一ニ一身上ニ及ホス權利義務ノ干係ト親ノ  
本國法ニヨリテ之ヲ定ムヘントス即チ親カ其ノ子ノ養育權監



督スルノ叔義ハ其ノ親ノ本國法ニヨリテ之ヲ定ムヘキモノニ  
シテ且ツ其ノ本國法ハ出生當時ノ法律ニアラズ、又訴訟當時  
ノ法律ニアラス、單ノ原因タル事案ノ發生當時ノ本國法ニヨ  
ルヘキモノトスルナリ、只茲ニ注意スルコトハ親カ子ヲ懲戒  
スルニ當リテ如何ナル方法ヲ用ヒ得ヘキカハ其本國法ノミニ  
ヨルコトヲ得ス親權行使地ノ法律ニヨリテ制限セラル、コト  
アルナリ、例ヘハ本國法ニヨレハ身體ノ自由ヲ拘束シ得ヘキ  
場合ニテモ若シ其ノ權利行使地ノ法律カカ、ル懲戒ノ方法ヲ  
諸公益ニ害アリトシテ許サハルヘキトキハ其ノ權限ニ從フヘ  
シ、學者ニヨリテハ親權ハ凡ヘテ其ノ行使地ノ法律ニヨルト  
云フハ此ノ制限ヲ以テ原則ト誤解シタルカ爲メナリ、  
次ニ此ノ財產上ニ及ホス權利義務ノ干係モ亦財產所在地ノ  
如何ニ干係ナリ親ノ本國法ノミニヨリテ決定スヘキモノナリ  
併シ此ノ權利モ亦財產所在地ノ公益規定ニヨリテ制限セラ

ル、コトヲ注意セサルヘカラス、例ヘハ仙人ハ其ノ子ノ財產ニ  
對シテ用役權ヲ有スルモ我國ニハ用益權ナル物權ヲ認メサル結  
果トシテ我國ニ存在スル財產ニ付テハ仙人タル父ハ其本國法ノ  
認ムル用益權ヲ有セサルモノト云ハサルヘカラス、併シ此モ只  
所在地法ニヨリテ制限セラル、コトアル、ミニシテ財產上ノ權  
義ハ其ノ本國法ニヨリテ之ヲ定ムルヲ以テ原則トス、故ニ法網  
ニ十條ハ親子間ノ法律干係ト云ヒテ其ノ干係カ一身上ノ干係  
ルト財產上ノ干係タルトヲ區別セス、+

### 第三節 扶養ノ義務

諸國ノ民法ハ一定ノ親族干係ヲ有スルモノニ對シテ互ニ扶養スヘキ  
權利義務ヲ規定ス、併シ其ノ所謂親族干係ニ付テ親等ノ計算ヲ異ニ  
シ又扶養ノ義務ニ付テ一定ノ制限ヲ設クルモノアリ、各異ナル所ア



リ故ニ因籍又ハ住所ヲ異ニスル者カ親族ヲ係ヲ有シ扶養ノ義務ヲ請  
ホスル場合ニハカ、ル請求権ハ何レノ法律ニヨルヘキカノ問題ヲ生  
ス。此ノ請求権ハ其ノ性質ハ財産性タル債権ノ性質ヲ有ス。併シ普  
通ノ債権ト異リ一定ノ親族ヲ係ヲ基礎トシ親族ヲ係ノ結果トシテ法  
律ノ認ムル権利ナル故所謂法律ノ規定ニヨリテ発生スル債権債務ト  
リ、普通ノ債権債務ト同一ノ準拠法ニヨリ得ス。故ニ諸國ノ民法ハ  
之ヲ親族ヲ係ノ権利義務トシテ親族編中ニ規定ス。  
因際私法上ニ於テモ此ノ特質ニ重キヲ置キ普通ノ親族ヲ係トシ様ニ  
當事者ノ屬人法ニヨルヘキモノトシ、普通ノ債権債務ト其ノ準拠法  
ヲ異ニスヘキモノトス、只問題トスル所ハ何レノ當事者ノ屬人法ニ  
ヨルヘキカノ問題ナリ。即扶養ノ義務ヲ請求スル権利者ノ屬人法ニ  
ヨルヘキカ、或ハ義務者ノ屬人法ニヨルヘキカ、或ハ双方ノ屬人法  
ニヨルヘキカノ問題ナリ、或者ハ権利者ノ屬人法説ヲ主張シ、カ、  
ル請求ヲ為スモノ、住所地法又ハ本國法ニヨリテ請求権アルカ否カ

ヲ定ムヘキモノトス、カ、ル説ハ扶養ノ義務ヲ認ムル所以ハカ、ル  
請求ヲナスモノヲ保護スルカタメニ法律ノ与ヘタル権利ナル故、  
権利者ノ屬人法ニヨルヲ以テ正当トスヘキモノトス。併シカ、ル説ハ  
此ノ権利義務ニハ不適當ナル學說ナリ。扶養ノ義務ハ法律ノ規定ニ  
ヨリテ発生スル義務ナリ。此ノ法律ニ服従ノ義務ヲ有スルモノニア  
ラスンハカ、ル義務ヲ負担スヘキ理由ナシ。故ニ請求者ノ屬人法ニ  
ヨリ例ヘ権利ヲ認ムル場合ニテモ義務者ノ屬人法ニヨリテカ、ル義  
務ヲ認メサル以上ハ請求セラレタルモノハ他國ノ法律ノ認ムル義務  
ヲ負担スヘキ理由ナシ。故ニ請求者ノ屬人法ニヨリ例ヘ権利ヲ認ム  
ル場合ニテモ義務者ノ屬人法ニヨリテカ、ル義務ヲ認メサル以上ハ  
請求セラレタルモノハ他國ノ法律ノ認ムル義務ヲ負担スヘキ理由  
ハナシ。從テ第二ニ義務者ノ屬人法説カ出ル所以ナリ。此ノ義務  
ハ法律カ道徳上ノ義務ヲ遂行セシムルカタメニ認メタル義務ナル故  
如何ナル程度ニ於テ何人カ斯ル義務ヲ負担スヘキカハ義務者ノ屬



人法ニヨリテノミ定ムヘシトス、此ノ説ハ近來漸ク一般ニ認めラル  
、説ニシテ我法例二十一条ニ於テモ亦此ノ説ヲ取リテ規定ヲ設ケタ  
リ、故ニ我法ニ於テ扶養ノ義務ノ請求權ヲ行フ權利アリシ場合ニハ  
其ノ請求權ヲ行フ者カ内國人ナルカ外國人ナルカ向ハス、斯カル  
義務ヲ請ホセラル、被告ノ屬人法、我法ニ於テハ其ノ本國ニヨリテ  
義務アリヤ否ヤヲ定ムヘキモノトス、或ハ一般學者ハ當事者双方ノ屬  
人法主義ヲ主張シ義務者ノ屬人法ニヨリテ義務アルノミナラス、更  
ニ權利者ノ屬人法ニヨリテ請求權アルヲ必要トシ、双方ノ法律カ共  
ニ認ムル範圍ニ於テノミ權利義務ヲ認メントスル説アリ、併シ此  
説ハ扶養ノ義務ノ如キ道徳上ノ義務ヲ遂行セシムル義務ト不法行為  
ヨリ發生スル債權、債務トヲ混同シタルモノナリ、  
或ハ法律カ扶養ノ義務ヲ認メサル場合ニテモ若シ義務者ノ屬人法  
ニヨリ義務アル以上ハ其ノ義務ヲ法律上履行セシムルモ立法ノ目的  
ニ及セサルノミナラス、道徳的觀念ニ附合スルモノナリ故ニ權利者

ノ屬人法ニヨリテ之ヲ制限スヘキ必要ナシ、故ニカ、ル説ハ一般ニ  
排斥セラル、所ナリ、我法例ノ如クニ單ニ義務者ノ屬人法ニヨリテ  
義務ノ有無ヲ定ムヘキモノトス法例二十一条ハ義務者ノ本國法ト云  
ヒテ恰モ扶養ノ義務カ確定セル場合ニ始メテ適用セラル、カ如クニ  
見ユ、併シコ、ニ扶養義務者ト云フハ具體的ニ扶養ノ義務アリト  
定マリタル當事者ヲ意味スルニアラス、扶養ノ義務アリトシテ請求  
セラレタルモノ即チ被告ノ地位ニ立チタル者ヲ意味スルニ過キス、  
故ニ扶養ノ義務アルカ否カモ亦被告ノ屬人法ニヨルヘキモノトス又  
二十一条ハ扶養ノ義務ト明言シ居ルモ扶養ノ義務トハ我民法ニ所謂  
扶養ノ義務ナルカ否カハ問題ナリ、  
法例ノ精神ハ或ハ義務カ果シテ扶養ノ義務ナルカ否カモ亦義務者ノ  
本國法ニヨルトスル主義ナリ、我民法ニ扶養ノ義務ト認メサル義務  
ニテモ義務者ノ本國法ニヨリテ扶養ノ義務ナル以上ハ尚扶養ノ義  
務トシテ其ノ本國法ニヨルヘキモノナリ、カ、ル問題ハ私生子ノ其



生父ニ対スル請求権及私生子ノ母カ私生子ノ生父ニ対スル請求権ニ付テ起リ得ル所ナリ。例ハ独民法ニヨレハ私生子ハ其ノ實際ノ父ニ対シテ十六才ニ達スルマテノ養育費ヲ請求スルノ権利ヲ認めラレ獨乙民ハ之ヲ扶養ノ義務トス、我民法ニ於テハ私生子ニ付テ請求権ナリ、但私生子カ認知セラレ法律上父子ノ關係カ成立シタル場合ニ始メテ扶養ノ義務カ發生スルノミナリ、今日本人タル私生子カ其ノ實際上ノ父タル獨乙人ニ対シテ十六才ニ達スルマテノ扶養ノ義務ヲ請求セシ場合ニ何レノ法律ニヨリテ之ヲ定ムヘキカト云フニ裁判所ハカ、ル請求権ハ我民法上扶養ノ義務ニアラストノ理由ニヨリテ其ノ請求ヲ排斥スルコトヲ得サルモノナリ、此ノ問題ニモ法例ニ十一條ヲ適用シカ、ル義務カ扶養ノ義務ナルカ否カヲ義務者即チ被告ノ本民法ニヨリテ之ヲ判断シ被告ノ本民法カカ、ル義務ヲ認めル以上ハ扶養ノ義務トシテ此ノ請求ヲ認めサルヘカラス、親族ノ係ハ以上ノ外ニ義務ノ権利義務アリ得、例ハ我民法ノ如ク

ニ庶子ヲ認めル四ニ於テハ庶子ト母トノ關係、庶子ト其ノ実母トノ關係、又吾民法ノ如ク戸主権ヲ認めル四ニ於テハ戸主ト家族トノ關係又ハ隱居ノ關係親等ノ計算方法、親族會員タルコト親族會員ノ權利義務等ニ付テ尚ホ幾多ノ親族法上ノ權利義務ハ發生ス、併シ此等ノ權利義務ニ付テ何レノ四ニ於テモ詳細ナル規定ヲ設クルモノナリ我法例モカ、ル種類ノ親族ノ係ハ只當事者ノ本民法ニヨリテ之ヲ定ムヘキモノト概括的ニ規定シ各場合ニ付テ何レノ當事者ノ如何ナルトキニ於ケル屬人法カ適用セラルヘキカヲ規定セス、法例ニ十二條法例ニ十二條ハ從來諸國ノ立法例ニ於テ親族ノ係全体ニ付テ設ケタル概括的規定ヲ茲ニ念ノタメニ更ニ掲ケタルニ過キス、此ノ規定ノ主意ハ甚明瞭ナルモ實際ニ此ノ規定ヲ適用スルニ當リテハ甚不明瞭ナリ、場合ニヨリテハ各當事者ノ本民法カ適用セラルヘキコトアリ、例ハ親族ノ係アルカ否カヲ問フトスレハ甲ノ本民法ニヨリ乙トノ間ニ親族ノ係アリトスルモノ本民法ニヨリテ甲ハ親族ノ係ヲ有セ



四一〇  
ハルモノトスレハ親族干係トシテノ権利義務ヲ認ムルコトヲ得ス、  
從テカ、ル場合ニハ各當事者ノ本國法ニヨリテ其ノ権利アルカ否カ  
ヲ定ムヘキコト、ナル、或ハ當事者一方殊ニ被告ノ地位タル當事者  
ノ本國法ニヨリテ之ヲ決定スヘキ場合アリ、例ヘハ親族干係ヲ  
基礎トシテ、或義務アルカ否カノ問題ハ義務者即被告ニ立ツ當事者ノ  
本國法ニヨリテ其ノ義務アルカ否カヲ定ムヘキモノナリ、故ニ  
何レノ當事者ノ屬人法ナルカノ問題ハ此ノ規定ノミニヨリテハ不明  
瞭ナリ、各場合ノ法律干係ニ對テ之ヲ決定スルノ外ナシ、而シテ之  
ヲ決定スルニ當リテハ法例十三條下二十一條ニ至ルマテノ規定ノ精  
神ヲ解釈シ類推シテ之ヲ定ムルノ外ナシ

#### 第四節 後見及保佐ノ關係

後見人被後見人ノ法律干係ニ對テハ第一ニ未成年者ノ後見ト禁治産

者ノ後見トヲ區別スルコトヲ要ス、  
禁治産者ノ後見ハ法例四條ノ規定ニヨリ苟クモ我國ニ於テ外國人ニ  
對シ禁治産ヲ宣告シタル以上ハ其ノ直接ノ結果トシテ禁治産ヲ後見  
ニ附ス、後見開始ノ原因ハ禁治産ノ宣告ニ依リ、  
故ニ當事者ノ本國法ニヨリテ後見開始ノ原因アルカ否カヲ問フヲ要  
セス、又其ノ本國法ニヨリテ後見人アルカ否カヲ問ハス、我國ノ裁  
判宣告ノ結果タル後見ナル故、後見干係ハ凡テ我法律ノミニヨリテ  
定ムヘキモノナリ、只如何ナル場合ニ禁治産ヲ宣告シ得ヘキカ、問  
越トナルナリ、法例二十三條ニ於テ日本ニ於テ禁治産ノ宣告アル  
リタルトキハ其ノ後見干係ハ日本ノ法律ニヨルト規定セルカ此主義  
ヨリ出ラタルモノナリ、  
又之、未成年者ノ後見ニ付テハ後見開始ノ原因ハ何レノ法律ニヨル  
カ又後見ノ凡ヘテノ管轄カ何レノ國ニ屬スルカ、後見人被後見人ノ  
権利義務ノ干係ハ何レノ法律ニヨルカノ問題ヲ明カニセサルヘカラ



四二  
ス、何トナレハ未成年者ノ後見ハ親権ノ延長ナリ、親権者ナキ場合  
ニ初メテ國家ノ干渉ニテ親権者ニヨルヘキ後見人ヲ附スルナリ、而  
シテ被後見人カ後見ニ付セラルヘキカ、否カノ問題ハ未成年者ナル  
カ否カノ問題ナリ、未成年者タリ無能力者タルカタメニ後見ニ附セ  
ラルナリ、

然ルニ未成年者タルカ無能力者タルカハ法律三條ノ規定ニヨリ當事  
者ノ本國法ニヨリテ之ヲ定ムヘキモノトス、從テ原則トシテハ後見  
開始ノ原因ハ其ノ未成年者即チ被後見人ノ本國法ニヨルヘキモノナ  
リ、又其ノ後見ヲ管轄スル管轄權ハ原則トシテ其ノ本國ノ官憲ニ屬  
スヘキモノナリ、滞在國ハ滞在ニ外國人ニ對シテ後見ヲ附スヘキモ  
ノニハアラス、併シ無能力者ニ後見ヲ附スル所以ハ其ノ無能力者ノ  
利益ヲ保護セシカタメナリ、此ノ必要アル以上ハ後見外國人ニテモ  
尚後見ニ附シ後見人ヲ任命シ以テ其ノ利益ヲ保護セシムルコトカ必  
要ナルナリ、故ニ例外トシテ滞在國カ後見ヲ管轄シ、後見人ヲ選

任シ管轄スヘキ必要カ發生スルナリ、此ノ主意ヨリシテ後見人ノ管  
轄ハ專ラ其ノ本國ニシテ屬スル説ヲ取ルモノアリ、又後見被後  
見ノ干係ハ主トシテ財産管理ノ干係ナリトシテ無能力者ノ財産カ數  
々國ニ散在スル場合ニハ各財産所在地ニ於テ各々別々ノ後見ヲ成立  
セシムルヘシトスル者モアリ、或ハ未成年者ノ住所地ニ重キヲオキ  
只其ノ住所地ニ於テノ後見ヲ成立セシムヘキモノトスル者アリ、  
歐洲諸國間ノ國際私法條約ニ於テハ本國ノ管轄權ヲ原則トシテ認メ  
例外トシテ居住地國ノ管轄權ヲ認メ、我法例モ之ト全様ノ主意ヨ  
リシテ原則トシテ其本國ノ管轄權ヲ認ムルモ左ノ條件ヲ具備スル場  
合ニハ居住地國タル我管轄權ヲ認ムヘキモノトス即第一ニ外國人々  
ル被後見人カ其ノ本國法ニヨリテ後見開始ノ原因アルコト、即未成年  
者ニシテ親権者ナキコトヲ必要トス、何トナレハ無能力ナルカ否  
カ、後見ニ附スヘキ必要アルカ否カハ法例三條ノ主意ヨリシテ唯其  
本國法ノミニヨリテ定ムヘキ問題ナル故ナリ、



第二ニハカ、ル外人カ事ニ我國ニ財産ヲ有スルノミニテハ之ヲ後見ニ附スヘキモノトハセズ、我國ニ住所ヲ有スルカ、又ハ居所ヲ有シ現ニ居住スル場合ニ於テノミ例外タル管轄権ヲ認ムル必要アリトス、

第三ニハ其外人タル無能力者ニ對シテ後見ノ事務ヲ行フモノカ實際ニアラサルカ、或ハ其ノ本國法上後見人アリテモ其ノ後見人カ我國ニ於テ現ニ事務ヲ行ハサル場合ナルコトヲ必要トス、換言スレハ法律上ノ原因ニヨリ或ハ事實上ノ原因ニヨリ現ニ後見ノ事務ヲ行フ叔ナキヲ必要トス、此ノ三條件ヲ具備スル場合ニ初メテ例外トシテ裁判所カ外人ニ對シテ後見ヲ管轄シ、後見人ヲ命ジ又々其ノ後見人ノ權利義務ヲ定ムヘキモノトス、  
此ノ規定ニヨリテ裁判所カ後見ヲ管轄スル場合ニ後見人被後見人ノ權利義務ノ干係ハ何レノ法律ニヨルカノ問題ヲ生ズ此ノ問題カ即後見人ノ權利義務ノ問題ナリ、

前述ノ如ク外人ヲ後見シ得スヘキ原因アリトシ我國ニ於テ後見ヲ管轄スル以上ハ後見人ノ凡ヘテ我法律ノミニヨルヘキモノニシテ後見人又ハ被後見人ノ屬人法如何ヲ問ハサルモノトス、何トナレハ後見人カ被後見人ニ對スル權利義務又後見人カ後見人トシテ終クスヘキ義務ハ其ノ後見ヲ命ジレ管轄スル裁判所所在地ノ法律ニヨリテルヘカヲサレモノナリ、他國ノ法律ノ命スル權利義務ヲ裁判所カ監督シ之ヲ遂行セシムルコトハ認ムヘカヲサレコトナル故ナリ、故ニ法例二十三條二項ハ以上ノ條件ヲ具ヘタル場合ニハ其ノ後見人係ハ日本ノ法律ニヨルト規定ス、只法例二十三條一項、後見人被後見人ノ本國法ニヨルト規定シ、後見ノ管轄権モ後見ノ準拠法モ原則トシテ被後見人ノ本國法ニヨルヘキモノトス、從テ本國ノ裁判所カ任命シタル後見人ト法例二十三條二項ニヨリ裁判所カ任命シタル後見人トカ並ニ存スル場合ニ何レノ後見人ヲ以テ正當ノ後見人トスヘキカノ問題ヲ生ズ、例ハ被後見人ノ本國ニ於テ後見人アリテモ被



後見人オ我四ニ居住シ後見人カ外四ニ居住シ居リ我四ニ於テ後見ノ  
事務ヲ行ハサル場合ニハ我裁判所ハ更ニ我四ニ於テ後見人ヲ命ジ得  
ルコトナリ、又之ヲ命スル必要アリ、然ルニ之ヲ命シタル後ニ至  
リテ本國ニ於ケル後見人カ後見ノ事務ヲ行ハントスルトキ例ヘハ我  
裁判所ノ命シタル後見人ノ保護ノ下ニアル被後見人ノ引渡又ハ其ノ  
財産ノ引渡ヲ請ホシタル場合ニハ本國ノ後見人ヲ唯一ノ後見人トシ  
テ其ノ権利ヲ認ムヘキカ或ハ我裁判所カ苟クモ後見人ヲ任命シタル  
以上ハ本國ノ後見人ノ命令ヲ排斥スヘキカノ問題ヲ生ス、  
ハ一ガノ未成年者ノ後見ニ干スル條約四、五條ニ於テハ特ニ此ノ問  
題ヲ決定シ本國ノ後見人カ常ニ優先権ヲ有スヘキモノトシ、本國ニ  
於ケル後見カ滞在國ニ於ケル後見ヨリ後ニ成立シタル場合ニ於テモ  
尚本國法ニヨリ本國ニ於テ命セラレタル後見人ハ後見人トシテノ  
利ヲ行ヒ得ヘキコトヲ認ム、換言スレハ居留地國ニ於ケル後見人ハ  
如何ナル場合ニモ補充的後見人タルニ過キサルコトヲ明ニス我民

訴法ノ規定ニヨレハ我裁判所ノ送任ニ任命シタル後見人ハ吾裁判所  
ノ命令ニヨリテノミ後見人タル職取務ヲ解除セラルヘキモノトス  
故ニ左一ノ被後見人ニ對シテ本國ニ於テ後見人カ新ニ任命セラレタ  
ル場合ハ勿論其以前ヨリ存スル後見人ニテモ我裁判所ノ命シタル後  
見人ニ對シテ優越セル後見人タル権利ヲ行フコトヲ認メサルコトハ  
鮮セサルヘカラス、  
從テ法例二十三條一項ニ後見ハ被後見人ノ本國法ニヨルト広ク規定  
シアルモ此ノ原則カ寧口補充的ニシテ第二項ノ規定ニヨリテ我法律  
ニヨラサル後見干係ニ付テノミ被後見人ノ本國法ニヨルヘキモノト  
鮮セサルヘカラス、併シ立法上果シテ正当ナルカ否カハ問題ニシテ  
元未補充的ニ認メラレタル居住地ノ後見人ナル故、理論上本國ノ後  
見人ハ主タル後見人タル地位ヲ認メラルヘキモノト信ス、即チハ一  
カノ條約ノ方が立法上正当ナラン、  
只我現行法ハ此ノ解決ヲ許サスト云フノミナリ、