

テ可ナル場合ヲ設クヘカラス從テ又形式ニ關スルコトハ法律ヲ以テ自國ノ自由ニ定ムルコトヲ得ルモノニシテ本國固有ノ氣候、土地等ニ關係ナ有スルモノニアラカレハナリ加之儀式ハ本國ニ於テコソ履ムコトヲ得ヘキモ外國ニ於テハ器械ノ不備、本國ヘノ交通不便等ノ理由ヨリ到底他國ニ在リテ行フコト能ハサルコトアリ不可能ヲ強テ人ニ責ムルハ法律ノ本旨ニ非ストノ理由モ亦此原則ヲ生スルノ原因タリ

我國ニ於テハ法例第十條ニ要式ノ合意又ハ行爲ト雖モ之ヲ爲ス國ノ方式ニ從フトキハ方式上有効トス但故意ヲ以テ日本法律ヲ脱シタルトキハ此限ニ在ラストアリテ此法文ニテハ行爲地法ニ從フトキハ有効ナリトノ意味判然タレトモ本國法ニ從フモ可ナリトノ意味ヲモ包含スルカ如ク一見不明瞭ノ感ナキ能ハス特ニ婚姻ノコトノミニ關シテハ人事編第五十條ニ外國ニ於テ日本人ノ間又ハ日本人ト外國人トノ間ニ婚姻ヲナストキハ其國ノ規則ニ從テ儀式ヲ行フコトヲ得云々トアリテ行フコトヲ得ナル文字ハ任意的ノモノナリト解釋セサルヘカラス然ルニ第五十一條第一項ヲ見ルトキハ外國ニ於テ日本人ノ間ニ日本ノ規則ニ從ヒテ

婚姻ヲナストキハ其國ニ在ル日本公使館又ハ日本領事館ニ婚姻ノ申出ヲナスコトヲ要ストアルカ故ニ日本ノ儀式ニ從ハントスルトキハ公使館又ハ領事館ニ申出ヲナサハルヘカラス從テ此場ハ全ク任意ニハ非サルナリ然レトモ只此制限アルノミナレハ公使館又ハ領事館ヘ申出ヲナサハ日本ノ形式ニ從フコトヲモ得ヘキナリ

以上強制主義ト任意主義トノ中余ハ強制主義ヲ取ルノ可ナルヲ信ス是レ前ニ述ヘタル二個ノ理由即チ不可能ナル場合アルト儀式ハ本國法ヨリ生シタルトノ理由ヨリ見タルモノニアラスシテ其國ハ法律ヲ自國ノ領域内全部ニ及ホスコトヲ得ルトノ原則ヲ充タサンカ爲メナルトノ理由ニ出ツルモノナリ

自國ノ公使館及ヒ領事館ニ申出ヲナシタル婚姻ニ自國ノ形式ヲ履ミテ可ナリトスルハ不可思議ナリ其公使館、領事館ノ内ニテ儀式ヲ行フモノナラシニハ公使館又ハ領事館ニハ外國ノ法律行ハレサルモノナルヲ以テ本國法ニ從フコト正當ナレトモ申出ヲナセハ館外ニ於テスル婚姻ニモ自國ノ形式ニ從ヒテ可ナリトスルハ其意ヲ得ス故ニ余ハ公使館内、領事館内ニ於テスル婚姻ニ限リ本國法ニ從フモ



可ナリトスヘシト信ス

右ハ例外第一トシテ公使館、領事館内ニテスル婚姻ニハ場所ハ行爲ヲ支配スノ原則ヲ守ラシメスシテ可ナルコトヲ述ヘタルカ尙ホ此他ニ例外アリ即チ前ニ擧ケタル法例第十條ノ但書ニ但シ故意ヲ以テ日本法律ヲ脱シタルトキハ此限ニ在ラストアル是ナリ此法文ノ主旨ハ自國法律ニテ婚姻ノ儀式困難ナルヲ嫌ヒ爲メニ故ラニ外國ニ赴キテ婚姻スル者アリテ本國ノ法律ハ蛇足ニ類スルヲ憂ヒ之ヲ防カンカ爲メニセルモノナリ

外國ニ行キタル者カ故ラニ自國ノ公使館、領事館ニテ婚姻スルノ理由何處ニカ在ル(一)國粹保存家ノ如キハ自國ノ法律ニ依ラサレハ縱令婚姻ヲナスモ満足ヲ表セストノ理由ニ出ツルモアラン(二)或ル國ニテハ一定ノ宗教上ノ儀式ノ外許サ、ルカ故ニ己レノ信セサルノミナラス寧ロ反對スル宗教ノ儀式ヲ踐ムヲ嫌シトセサル者モアラン例之西班牙ニテハ千八百七十年以前ハ僧侶ノミ婚姻ノ儀式ヲ司ルトシ丁抹、瑞典、那威ハ殆ント絶對ノ宗教上ノ婚姻ノミヲ許スカ如シ(三)例之佛國ニテハ身分取扱吏カ儀式ヲ行フモノナルカ男女雙方ニ人違ナキコトヲ證明セシメ

法律上ノ條件備ハレルコトヲ證明スル證書ヲ出サシメ民法中ノ夫婦ノ權利義務ニ關スル章ヲ朗讀スル等ノコトアルヲ以テ例之日本人カ佛國ニテ婚姻セントスルトシ佛國ノ身分取扱吏ノ前ニテ佛國民法ノ朗讀ヲ聞クモ意味ヲ知ラサル者ハ馬耳東風ノ感ナキ能ハス又縱令佛語ニ通シテ意味ヲ解スルモ是レ佛國ノ法律ニシテ日本國ノ法律ニ非サルカ故ニ毫モ感動ヲ與フルコトナカルヘク又佛國法ニヨル夫婦ノ權利義務ハ日本法ニヨル夫婦ノ權利義務ト異ナルカ故ニ之ヲ聞クモ用ナサストノ意ニ出テタルナリ

以上ハ結婚當事者雙方カ同一國人ナルトキヲ示シタルモノナレハ國籍ヲ異ニスル者カ外國ニ於テ結婚スル場合ハ素ヨリ行爲地法ニ從ハサルヘカラス實質上ノ條件ニ付テハ夫婦トナル者各々本國法ニ從フチ原則トスレトモ形式ニ關スルコトハ其舉行地ノ法律ノ及フチ原則トスルヲ以テ日本人カ佛國人ト英國ニ於テスル婚姻、日本人カ英國人ト英國ニ於テスル婚姻ノ如キハ皆英國法ニ從ハサルヘカラス

公告ヲ以テ形式上ノ要件ノ一トスル國アリ我民法ノ草案第五十二條ニハ婚姻ノ



公式ヲ行フノ前身分取扱人ハ婚姻ノ公告ヲナスヘキモノトス公告ハ雙方其父其後見人又ハ此等ノ者ノ特別代理人ノ請求ニ依リ之ヲ爲スヘシトアリ此公告ヲナスハ其婚姻ノ當否如何ヲ關係者ニ知ラシメントスルノ主意ニ出テタルモノナリトス例之重婚ヲナス者アランニ公告ヲナサレハ前夫ノ之ヲ知了セサルコトアルヘク遂ニ取消ノ訴ヲ起サスシテ止ムカ如キニ至ルコトアレハナリ而シテ其公告ハ身分取扱所ノ門前ニ滿五日間揭示スヘク雙方ノ氏名年齢族稱職業出生地住所居所父母ノ氏名族稱職業住所又ハ居所婚姻ノ式ヲ行フヘキ地並ニ公告ノ年月日ヲ記スヘシトシ草案第五十三條ニ曰ク「公告ハ身分取扱役所ノ門前ニ公告書ヲ滿五日間揭示スルモノトス公告書ニハ雙方ノ氏名年齢族稱職業其出生地住所及居所其父母ノ氏名族稱職業及住所又ハ居所婚姻ノ公式ヲ行フヘキ地並ニ公告ノ年月日ヲ記載スヘシ」此外特例及婚姻ニ由ル縁組ニ關スルトキハ公告書ニ其旨ヲ記載スヘシ」タリ民法ニハ草案ニ反シテ公告ヲ省ケリ佛國民法ニヨレハ婚姻ヲサントスル者ノ住所及六個月以上居所ヲ定ムル所及婚姻ノ許諾ヲ與フヘキ人ノ住所ニ八日ヲ隔テ、二回公示シ第二回ノ公示ヲナシタル後三日ヲ經テ婚姻スル

ヲ得ヘシ獨逸ニテモ二週間公示セシメ西班牙モ八日ヲ隔テ、二回公示スヘシトシ露西亞ニテハ毎日曜日ニ三回公示スヘシトセリ

今公示ヲ要セスル國ノ人ノ之ヲ要ストスル國ニ赴キタランニハ又之ヲ公示スヘシ但シ舉行地ノミニテ公示スルヲ以テ足レリトス(殆ト全ク公示ノ効ナキモ)本國モ公示ヲ要ストシ舉行地ニテモ公示ヲ要ストセハ其公示ハ舉行地ノミニテ可ナルカ又ハ本國ヘモ之ヲナスヘキカ余ハ本國ニテモ公示スヘシト云フ主義ヲ取ルモノナリ何トナレハ公告ニ關スル關係ヲ有スル者ハ本國ニ居ル者多キカ故ナリ蓋シ公示ヲ怠リタルヲ以テ其婚姻ニ關係アル者カ年ヲ經テ漸ク外國ニテアリタル婚姻ヲ知ルモ期既ニ後レテ故障ヲナスコト能ハサルニ至ルヘケレハナリ公告ノ期間經過シタル後直チニ結婚スルコトヲ得ヘシトスルハ不都合ナリ特ニ外國ニ在テ本國ニ公告シタル場合ノ如キハ本國ヨリ故障ヲ申立ルモ本國ト行爲地トノ間距離遠キトキハ既ニ時日ヲ經過シ故障ノ來リタル當時ニハ結婚既ニ終リテ故障ノ効ヲ奏セサルニ至ルヘケレハナリ

婚姻ノ効力

第三款 婚姻ノ効力

國際私法論 本論 親族 婚姻 婚姻ノ効力



婚姻ノ効力ハ之ヲ大別シテ(第一)夫婦ノ身上及能力ニ及ホス効力(第二)夫婦ノ財産ニ及ホス効力(第三)夫婦ト子トノ關係ニ及ホス効力ノ三トス

第一、夫婦ノ身上及能力ニ及ホス効力

婦カ夫ノ姓ヲ冒ス如キ、夫ニ服從シ夫ノ行ク所ニ從ハサルヘカラサルカ如キ、夫カ婦ヲ保護スル義務ノ如キ、夫婦カ親族トナルカ如キ、夫ト婦ノ親族ト婦ト夫ノ親族トカ姻族トナルカ如キ、婦ノ無能力ヲ生スル如キ(婦ハ結婚ヲナセハ或ル民事上ノ能力ヲ失ヒ或ル契約ヲナスヲ得ス又或ル訴訟ヲ起スヲ得サルコト等是ナリ)此等ノ効力ハ夫婦タル者ノ本國法ニヨルヘキカ又ハ其所在地ノ法律ニ從フヘキカ余ハ本國法ニ依ルヘシト信ス蓋シ身分能力ハ本國法ニヨルトノ原則ノ適切ナル適用トシテ然ルナリ婚姻ハ一個ノ契約ニシテ契約ハ何國ノ法律ニ依ルヤハ一ニ當事者ノ決スルコトヲ得ルモノナレハ婚姻モ亦契約ナルカ故ニ凡テ夫婦タルヘキ者ノ契約ニヨリテ定ムヘシトノ説ヲ爲ス者アリ然レトモ結婚ヨリ生スル効力ハ公ノ秩序ニ關スルモノナリ結婚ヲ爲スト爲サ、ルトハ當事者ノ自由ニシテ古ノ希臘ノ如ク結婚セサル者ヲ處罰スト云フカ如キコト今日ニハ決シテアルコトナ

シ然レトモ既ニ結婚ヲナシ終レハ其効力ハ國法ノ定ムル所ニ從ハサルヘカラス請フ其理由ヲ開陳セン婚姻ハ家族ノ基礎ナリ家族ハ國家ノ基礎ナリ左レハ婚姻ノ効力如何ハ國家ノ休戚ニ關係アルコト明瞭ナルヘシ從テ當事者ノ自由ニ之ヲ左右スルヲ得ヘキ理由ナシ例之婚姻ニヨリテ夫權ヲ生シ婦ヲ無能力トスルカ如キハ一家整理上ノ必要ヨリ起ルナリ一家ノ整不整ハ國家ノ利害ニ關スルコトナルカ故ニ其本國法ニ從フノ要アリ或ハ婦ヲ無能力トスルハ夫ノ利益ノ爲メナリト云ヒ或ハ婦ノ利益ノ爲メナリト云フ者アレトモ婦ノ利益ノ爲メナラハ未婚ノ女子及寡婦ヲモ婦ト同シク無能力トスヘキニ其然ラサルヲ見レハ婦ノ利益ノ爲メニスルニ非サルコト明瞭ナルヘシ尤モ露西亞及奧地利ノ法律ニヨレハ婦ノ能力ヲ完全ナリトシ處女又ハ寡婦ノ能力ト同一ナリトセリ羅馬法ノ古ニ於テハ女子ハ凡テ無能力ナリトシタレトモ後次第ニ有名無實トナレリ此規定ハ今日ニモ尙ホ殘ル所アリ現ニ獨逸ハ「ザール同盟」ノ市例之ハ「ブルヒ、リウベック」等及「ハンノール」等是ナリ其他ノ邦國ニモ輒近マテ之アリタリ例之ウ「ルテムベルヒ」ハ千八百二十六年迄、「バーデン」ハ千八百三十五年迄、「索遜」ハ千八百三十六年、「瑞典」ハ千八百



七十四年ニ至ル迄、芬蘭ハ千八百六十四年ニ至ル迄此主義ヲ取りタリ  
 次ニ夫ノ利益ノ爲メナラハ婦ノナシタル契約ヲ夫ヨリ取消サシムヘキニ實際婦  
 ヨリ取消サシムルヲ見レハ夫ノ利益ノ爲メニアラサルコト亦明カニシテ此ノ如  
 キ契約ハ夫ヨリモ婦ヨリモ取消スコトヲ得ルナリ然ラハ一家ノ利益ノ爲メナル  
 コト明カニシテ從テ一國ノ利益ノ爲メナルコト明カナルヘク即チ斯ル効力ニ關  
 スルコトハ到底本國法ニヨルノ外ナシ

尙ホ能力ニ付テ一言センニ英米普通法ノ主義ニヨレハ婦ハ結婚ニヨリテ民事上  
 ノ獨立存在 (Individuality) ナ失フトシ前ニ述ヘタル露墺ノ主義ト絶對ノ反對ナリ此  
 兩極端說ハ今日ニ於テハ多ク行ハレス即チ多クハ折衷說ヲ取レリ例之佛蘭西、伊  
 太利、和蘭ノ如シ此等諸國ハ婦ノ能力ニ制限ヲ加フヘシトセリ此ノ如ク各國ノ法  
 律ニヨリテ婦ノ能力ヲ異ニスルカ故ニ國際私法上ノ緊要ナル問題ヲ生スルナリ  
 婦カ或ル行爲ヲナスニ付キ夫ノ許可ヲ要スルコト婦ノ無能力ヨリ生スル當然ノ  
 結果タリ而シテ此許可ヲ與フルニ付テハ邦國ニヨリ二個ノ主義アリ一ハ總括ノ  
 許可ヲモ許ストスルモノニシテ他ハ個々ノ許可ニ非サレハ許サストスルモノナ

リ我人事編第六十九條第一項ニハ夫ノ許可ハ特定又ハ總括ナルコトヲ得但總括  
 ノ許可ハ證書ヲ以テ之ヲ與フルコトヲ要ス「トアリテ總括ノ許可ヲ許シ伊太利モ  
 亦然リ然レトモ佛法ニテハ總括ノ許可ヲ與フルヲ得ストセリ此ノ如キコトモ亦  
 本國法ニヨルヘキナリ只現在地ノ公ノ秩序ニ關スルコトナランニハ本國法ニ從  
 フコト能ハサルヤ勿論トス今此原則及ヒ例外ノ適用トシテ左ニ二三ノ場合ヲ示  
 サン

例一、英國ノ法律ニヨレハ夫ハ婦ヲ監禁スルコトヲ得日本及佛蘭西ニ於テハ然  
 ラス今英人佛國ニ來リテ婦ヲ監禁スルコトヲ得ルカ佛國ノ法律ニヨレハ人身ハ  
 自由ナリ憲法ニ於テ既ニ人身ノ自由ナルコトヲ規定シ法律ニ依ルニ非サレハ此  
 自由ニ制限ヲ加フルコト能ハス而シテ佛國ニテハ夫カ婦ヲ監禁スルヲ得ルトノ  
 特法ナシ然ラハ假令英人ナリト雖モ佛國ニ來リテ其妻ヲ監禁セハ是レ佛國ノ公  
 ノ秩序ニ反スルモノニシテ濫リニ人ヲ監禁シタル罪ニヨリテ刑法上ノ制裁ヲ受  
 シヘク獨リ民事上ニ於テ此監禁ヲ許サ、ルノミニアラサルナリ

例二、佛國民法ニ據レハ婦ハ夫ノ行ク所ニ從ハサルヘカラスシテ夫ト同居スル



ノ義務アリ故ニ婦カ夫ト同居スルコトヲ拒ミ夫ノ赴ク所ニ從フコトヲ拒マハ夫ハ公力ヲ借リテ之ヲ強行スルヲ得ヘキコト裁判例ニ依テ明カニ決定セル所ナリ然ルニ白耳義及ヒ伊太利ニ於テハ婦カ此種ノ義務ヲ有スルコトヲ認メス今伊太利人又ハ白耳義人タル夫婦佛國ニ赴キタルニ婦カ夫ニ對シ同居ヲ拒ミタリトセシ此時夫バ佛法ニ從テ公力ヲ借リテ同居ヲ強ユルコトヲ得ルカ又ハ本國法ニヨリテ同居ヲ強ユルコトヲ得サルカ此問題ヲ決スルニ當リテ第一ニ念頭ニ置カサルヘカラサルコトハ佛國カ公ノ力ヲ以テ婦ノ同居ヲ強ユルハ絶對的ノ公ノ秩序ニ關スルコトナルヤ否ヤニ在リ惟フニ佛國カ此法ヲ設クルハ特ニ佛人ニ對シテ設ケタルモノニシテ國內ニ於テ外人カ此種ノコトヲナスモ公ノ秩序ヲ紊亂スルモノナリト考ヘタルニアラス外人タル婦カ佛國ニ在テ其夫ト同居セサルモ是レ外人ノ自由ニシテ之カ爲メニ佛國ノ安危ニ關スルコトナカルヘシ

例三、夫婦ノ間ニ扶養ノ義務ヲ認ムル國アリ我國ノ如キハ人事編ニ於テ此コトヲ規定セス草案ニハ第一百一條ニ夫婦ハ其資力ニ應シテ婚姻ヨリ生スル一切ノ費用ヲ負擔スヘシ夫ハ婦ニ對シ身分相應ノ給養ヲナスヘシト規定セリ扶養ノ義務ヲ認メサル國ノ夫婦之ヲ認ムル國ニ赴キテ夫カ婦ヲ扶養セサルトキハ婦ハ其地ノ裁判所ニ扶養ヲ受ケタシトノ訴訟ヲ提起シ其地ノ裁判所ハ之ヲ受理スヘキカ之ニ對シテ否定ノ答ヲナス者ハ其地ノ公ノ秩序ニ關セサルコトナリト云フヲ論據トシ又肯定ノ答ヲナス者ハ公ノ秩序ニ關スルカ故ナリト云フモノニシテ畢竟スルニ果シテ公ノ秩序ニ關スルコトナルヤ否ヤヲ決定セハ定マルヘキ問題ナリ余ハ公ノ秩序ニ關スルモノニ非ス從テ本國法ニ從フヘキモノナリト信ス何トナレハ其所在國ニテ扶養義務ヲ認ムル所以ハ自國ノ人民カ何人ヨリモ扶養ヲ受ク

ルコト能ハスシテ路頭ニ迷フハ一國ノ經濟ニ關スト考フルカ爲メナリ夫カ自國人タル婦ヲ養ハサルカ爲メ婦ニシテ路頭ニ迷ハ、婦ハ自國人ナルカ故ニ國家ノ費用ヲ以テ之ヲ扶助セサルヘカラス故ニ夫ヲシテ之ヲ養ハシムルナリ然レトモ外國人カ自國ニ來リテ路頭ニ迷フモ所在國ハ之ヲ扶助セサルヘカラサル義務ナシ故ニ外國人タル婦カ外人タル夫ヨリ見捨ラル、モ毫モ所在國ノ經濟ニ關セス是レ本國法ニ從テ扶養義務ヲ認メスシテ可ナリト云フ所以ナリ

第二、夫婦ノ財産ニ及ホス効力



夫婦財産ノ制度ヲ定ムルニハ種々ノ主義アリテ諸國其制度ヲ異ニセリト雖モ此ノ如ク制度ヲ相異ニスルハ其事財産ニ關スルコトナリト雖モ又婚姻ニ直接ノ影響ヲ及ホスモノナリ婚姻ノコトハ主トシテ本國法ニ依ルヘキモノナレハ從テ又婚姻ニ直接ノ影響ヲ及ホス所ノ財産ノコトモ亦本國法ニ從フヘシ蓋シ此財産ノ關係ヨリ結婚スル者多クハナリ加之各國カ夫婦間ノ財産ノ制度ヲ定ムルトキ即チ法定制ヲ取ルトキハ其本國法ニ從ハサルヘカラス何トナレハ契約ノ事ハ當事者ノ自由ニ委スルヲ以テ原則トスルモノナルニ此場合ニ特ニ法律ヲ以テ定ムルハ夫婦ノ財産ノコトハ一家ニ大ナル影響ヲ及ホシ延テ一國ニ大ナル影響ヲ及ホシ一國ノ利害秩序生存ニ大ナル關係アリト見ルカ故ナリ是レ蓋シ外國ニ赴クモ本國ノ法律ニ從ハサルヘカラサル所以ナリ契約ノ自由ナルコトハ法律ニ禁セサル限りニ於テ行ハル、モノニシテ法律カ禁スル以上ハ其法律ニ從ハサルヘカラス從テ此場合ニモ亦財産契約ハ本國法ニ依ラサルヘカラサルナリ所在地ニテ其契約カ公ノ秩序ニ反スルトノ理由ヲ以テ禁スルトキハ其禁スル所ニ從ハサルヘカラス佛國ノ如キ自耳義ノ如キ英吉利ノ如キ獨逸ノ如キ概テ皆夫婦財産制ニ契約ノ自由ナルコトヲ許シ瑞西ノ或ル州秘魯國アルゼンチン共和國ノ如キハ確然法定ノ制ヲ立テ、此制ニヨラサルヘカラストセリ故ニ之ヲ前例ニ充テ、秘魯人カ英國ニ赴キテ結婚スルトキハ財産制ハ本國法タル秘魯ノ法律ニヨラサルヘカラス

反面ヨリ此例ヲ見テ英人カ秘魯ニ赴キテ結婚スルトキハ其財産制ハ秘魯法ニ依ルヘキカ英法ニ依ルヘキカ秘魯カ夫婦財産制ノ法定ノ制ヲ設クルハ公ノ秩序ノ爲メナレトモ特ニ自國人ニ對シテノミナスモノニシテ外人夫婦ノ自國ニ來リテ財産契約ヲナス者カ自國法ニ依ラサルモ自國ノ公ノ秩序ニ關スルコトナシ秘魯法ハ自國ニ來レル外人ノ家族ノコトニ關シテ喙ヲ挾ムト云フカ如キ考テ有セサルナリサレハ此場合ニハ英人ハ其本國法タル契約ノ自由ヲ認メラル、所ニ從ヒ秘魯ニ於テ自由ニ自己ノ考ヲ以テ夫婦互ニ財産契約ニ關スルコトヲ定ムルヲ得ヘシ

所謂法定ノ制ナルモノ、中ニモ二種ノ區別アルコトヲ知ラサルヘカラス一ハ法定ノ制ヲ定メテ夫婦財産契約ハ必スヤ之ニ依ラサルヘカラスト云フモノ名ツケ



テ強制的法定制ト云フヲ得次ハ法定ノ制ヲ定ムルモ必スシモ之ニ依ルヘシト云フニ非ス法定ノ制ヲ定メテ之ニ依ルモ可ナレトモ尙ホ他ノ契約ヲナスモ可ナリト云フモノ名ツケテ聽容的法定制ト云フヲ得ヘシ例之佛國ニテハ夫婦財產共通ナルコトヲ法定ノ制トセリ然レトモ此法定ノ制ノ外尙ホ第一、財產分離制第二、共通ヲ原則トシテ或ルモノハ非共通トスルモノ第三、財產共有其他種々ノコトヲ契約ニテ定ムルヲ得トセリ伊太利、西班牙ハ共通ヲ以テ法定制トス但夫婦ノ所得ノミチ共通トシ其他ノ財產ヲ共通トスルコトヲ禁セリ

次ニ夫婦財產契約ノ形式ハ何國ノ法律ニ從フヘキヤヲ述ヘン佛國法ニ依レハ夫婦ノ財產契約ハ結婚式舉行前ニ公正證書ヲ以テ取結ヒ其公正證書ヲ身分取扱吏ニ送リテ結婚證書ノ財產契約中ニ記入セサルヘカラス佛國ニ此ノ如キ方式アラハ外國人佛國ニ來リテ夫婦財產契約ヲナストキハ佛國法ニ依ラサルヘカラサルカ此問題ヲ解答スルニ二個ノ說アリ第一說ハ行爲ノ方式ハ行爲地法ニ從フトノ原則ヨリ當然佛國法ニ依ルヘシト云ヒ第二說ハ是レ方式ニ關スルコトナリト雖モ實際夫婦能力ノ問題ナレハ身分能力ハ本國法ニ依ルトノ原則ニ從ヒ本國法ニ

依ルヘシト云フナリ余ハ此ノ如キハ素ヨリ方式ノ問題ニシテ能力ノ問題ニハ非スト信ス故ニ行爲地法ニ從フヘシトノ說ヲ是認ス

以上ハ夫婦內國人タル場合及ヒ夫婦財產契約ノ總論ナルカ是ヨリ夫婦國籍ヲ異ニスル場合ニ付テ述ヘン之ヲ詳論スルニハ左ノ二個ノ場合ニ分ツコトヲ要ス

一、夫婦カ財產契約ヲ結ハサルトキ財產上ノコトハ夫ノ國法ニ依ルカ婦ノ國法ニ依ルカ又ハ所在地法ニヨルカ曰ク夫ノ本國法ニ依ルヘシ蓋シ第二ニ述フル理由ト同シク財產ノコトハ夫婦トナリテ後ニ關係ト効力トヲ生スルモノナレハナリ此ノ如キ場合ハ夫婦カ財產契約ヲ結ハサルモノナルカ故ニ夫婦ノ意思ヲ推測スルヲ以テ最良ノ方法トス此契約ナキトキハ或ル法定ノ制ヲ定メ置キテ之ニ依リタルモノト見ルトノ法律アラハ勿論之レニヨルヘシト雖モ此ノ如キ法律ナカラシムルニハ素ヨリ夫ノ本國法ニヨルヘシ蓋シ婦ハ夫ニ服從スルモノナレハナリ既ニ反對ノ意思ヲ表セス夫ノ本國法ハ婚姻及ヒ其効果ヲ支配スルモノナルカ故ニ從テ財產制タル結果ノコトモ夫ノ本國法ニテ支配スヘシ財產取得編第四百二十五條ニ日本ニ於テ財產契約ヲナスシテ婚姻ヲナシタル外國人ハ夫タル者ノ本



國法ニ行ハル、普通ノ制ニ從ヒタルモノト看做ス下アルハ亦此主義ヲ取リタルモノナリ婚姻ニヨリテ定マリタル住所即チ夫カ婚姻ノ當時有シタル住所又ハ婚姻後新ニ得タル住所地法ニヨルヘシト云フ者アリ此原則ハ千八百八十八年ノ國際法會議ノ議決トシテ取ラレタル所ナリ

二、夫婦カ財產契約ヲ結ヒタルトキハ其契約ハ何國ノ法律ニヨルヘキカ夫婦カ財產契約ヲナシタルニ其契約カ本國ノ法律ニモ契約地ノ法律ニモ違ハサレハ則チ有効ナル契約ナリ然レトモ茲ニ疑問ノ生スルハ國籍ヲ異ニスル夫婦カ或ル一ノ制ヲ取ルコト例之共通ノ制ニ從フヘシト約シタリトセンニ何國ノ共通制ヲ取ルヤ不明ナルコトアリ是ニ於テカ左ノ諸種ノ問題ヲ生スヘシ

- 一、夫ノ國ノ共通制ニ從フヘキカ
  - 甲、夫ノ本國法ノ共通制ニ從フヘキカ
  - 乙、夫ノ住所地法ノ共通制ニ從フヘキカ
- 二、婦ノ國ノ共通制ニ從フヘキカ
  - 甲、婦ノ本國法ノ共通制ニ從フヘキカ
  - 乙、婦ノ所在地法ノ共通制ニ從フヘキカ

三、行爲地ノ共通制ニ從フヘキカ

四、夫婦雙方ノ國ノ共通制ニ從フヘキカ

- 甲、夫婦雙方ノ本國法ノ共通制ニ從フヘキカ
- 乙、夫婦雙方ノ住所地法ノ共通制ニ從フヘキカ

五、婚姻後ノ住所地法ニ從フヘキカ

余ハ夫ノ本國法ノ共通制ニ從フヘシトノ說ヲ取ル、婚姻ニ付テハ凡テ夫婦トナルヘキ者雙方ノ國法ニ從フヘク夫ノ國法ニ全ク從フヘシト云フハ是レ婚姻前ノコト、婚姻後ノコト、ヲ混淆シタルモノナリトハ前ニ屢々縷述セル所ナリ然レトモ此場合ハ然テス財產ノコトハ夫婦トナリテ後關係ノ起リ効力ノアルコトニシテ能力ノ如ク婚姻ヲ爲ストキ一時ノモノトハ大ニ異ナレリ此ノ如ク婚姻後ノコトヲ定ムルモノナルヲ以テ婦ハ夫ニ從フヘシトノ原則ヨリ夫婦財產契約ノコトハ夫ノ本國法ニ從フヘシト云フナリ本國法主義ヲ取リテ住所地法主義ヲ採ラサルハ前ニ屢々述ヘタル所ナルヲ以テ茲ニ再言セス



此ノ如ク契約ハ自由ニシテ夫婦ハ自由ニ財産制ノコトヲ定ムルヲ得ルモノナレトモ之ニハ二個ノ制限アリ

一、當事者カ既ニ或ル一個ノ制ニ從ハントセハ其中必ス從ハサルヘカラストスルモノアリトシ例之伊太利ニテハ契約ニヨリテ夫婦カ何制ヲ取ルモ自由ナレトモ若シ財産共有ノ制ヲ取ルトキハ必スヤ所得ノミノ共有トスヘシ初メヨリ有スル財産ヲモ共有トスルコトヲ許サストセリ斯ル場合ニ當リ伊太利人タル者カ佛國ニ赴キテ夫婦財産契約ヲナストキハ佛國ノ法律ニ於テハ無條件ノ共有制ヲ取ルコトヲ許スモ尙ホ伊太利法ニ從ハサルヘカラス蓋シ伊太利ニテハ家族ノ整理上之ヲ必要トスルカ故ニ伊太利人ハ外國ニアルモ尙ホ之ヲ奉セサルヘカラサルナリ要スルニ法律ニテ特ニ定メタル以上ハ契約自由ノ原則ニ制限ヲ付セラル、モノナリ

二、其國ノ公ノ秩序ニ關スルコトナラハ契約自由ノ原則ヲ適用スルコト能ハス例之佛國民法千五百五十四條ニ嫁資トナリタル不動産ハ之ヲ讓渡スコトヲ得ストアルニ佛人タル者此制限ナキ國ニ赴クモ嫁資トシタル不動産(此制限ナキ

國ニ不動産アリトシ)ヲ讓渡スチ得トノ約定ヲナスコト能ハス動産不動産ハ所在地法ニ從フハ現今諸國一般ニ認ムル所ナルモ本國ノ公ノ秩序ニ反スルコトヲモ排斥シテ所在地法ヲ適用スト云フノ意味ニアラス故ニ佛人カ右ノ制限ナキ國ニ不動産ヲ有シ其不動産ニ付キ此ノ如キ約束ヲナスモ公ノ秩序ニ反スルヲ以テ無効トナルヘシ

要スルニ此場合ニハ本國ノ公ノ秩序ヲモ行爲地ノ公ノ秩序ヲモ二ツナカラ害スルコト能ハス蓋シ純然タル形式ノコトニ非サレハナリ

財産契約ヲナシタル後國籍ヲ變更シタルトキハ其契約亦之ニ從ヒテ變スヘキカ其變スヘシトノ說ハ「國籍ノ變更ト共ニ凡テノ權利關係ヲモ變スルモノニシテ既ニ國籍ヲ變スル上ハ此關係ノ變スルコトヲ覺悟シタルモノナラサルヘカラス若シ之ヲ欲セスンハ國籍ヲ變セサリシナラン」ト云フニ在レトモ余ハ思フニ國籍ヲ變スルハ他ノ理由ヨリ出タルモノニシテ財産契約ノコトハ舊ノ如クナランコトヲ欲スルモ他ノ理由ノ爲メニ國籍ヲ變スルコトアルナリ特ニ財産契約ノコトハ前ノ國籍ヲ有スル時ヨリ定マレルモノニシテ寧ロ既得權ナレハ國籍變更ト共ニ



此既得權ヲ害セラル、コトナシ但シ既得權アリト云フモ國籍ヲ變シタル國ノ公  
ノ秩序ニ關シ又ハ法律ニ反スルトキハ之ニ從ハスシテ新國ノ法律ノ許ス限リニ  
於テ財產契約ヲ結ハサルヘカラサルナリ  
此理由ヲ主張スルニ當テハ夫婦共ニ國籍ヲ變シタルトキト夫婦ノ一方カ國籍ヲ  
變シタルトキトヲ區別スルノ必要ナシ夫婦一方ノ國法之ヲ禁シ他方ノ國法之ヲ  
許ス場合ニハ雙方ノ國法ノ許ス範圍内ニ於テ取結ハサルヘカラス即チ此場合ニ  
ハ財產契約ヲ變セサルヘカラサルナリ夫ノ本國法ニ從フトスルモ婦ノ本國ノ法  
律ニ反シ又ハ公ノ秩序ヲ害セハ婦ノ本國ノ權利ハ之カ爲メニ紊亂セラルヘケレ  
ハナリ夫婦カ財產契約ヲナスノ能力モ亦各々其本國法ニ從フヘシ  
第三、夫婦ト子トノ間ノ効力ハ第二節ニ於ケル親子關係ノ說明ニ讓ル

第四款 婚姻ノ無効及ヒ取消

婚姻ノ有効無効ハ一ニ婚姻ノ成立ニ關ス若シ婚姻成立ノ條件ヲ缺カハ其婚姻ハ  
無効トナリ成立ノ條件ハ本國法ニ依ルヘシトハ前ニ既ニ說明シタル所然ラハ其  
成立ノ如何ニ係ル所ノ無効モ亦本國法ニ依リテ決スヘキコト理ノ當ニ然ルヘキ

婚姻ノ無効及ヒ取消

所ナリ故チ以テ例之英人カ佛國ニ在リトシ佛國ノ裁判所ニ婚姻無効ノ訴訟ヲ提  
起シタリトセハ佛國ノ裁判所ハ英法ニ從テ判決セサルヘカラス又英人カ獨逸ニ  
於テ結婚ナシ其後佛國ニ赴キテ佛國ノ裁判所ニ婚姻無効ノ訴訟ヲ起シタルト  
キモ亦獨逸ニ於テ行ヒタル婚姻ナルニ拘ラス佛國ノ裁判所ハ英國法ニ從テ判決  
ヲ下サ、ルヘカラス此場合ニ獨逸ハ行爲地タルニ止マリテ婚姻ノ成立條件ニ無  
關係ナレハナリ

然レトモ婚姻ノ形式上ノ條件ハ行爲地法ニ從フチ原則トスルモノナレハ形式上  
ノ條件ニ付キ有効無効ノ争起リタルトキハ行爲地法ニ從ハサルヘカラス右ノ例  
ニ於テ英人カ獨逸ニテ婚姻ナシタリトシ獨逸法ノ形式條件ニ從ヒタルモノト  
スレハ該英人カ佛國ニ赴キ形式條件ニ付テ佛國ニ訴訟ヲ提起シタルトキハ佛國  
裁判所ハ獨逸法ニ從テ裁判ヲ下サ、ルヘカラス  
右ノ如ク成立條件ニ付テハ無効ノ訴ノ場合ニ本國法ヲ適用スルチ原則トスレト  
モ公ノ秩序善良ノ風俗ニ關スル場合ニハ裁判所々在地法ヲ適用スルコトアリ例  
之英國人タル姦通者相互カ日本ニ於テ婚姻セントスルトキ第三者訴訟ヲ提起シ



テ之カ無効ヲ請求セハ日本裁判所ハ日本民法(人事編第三十三條)カ姦通者ノ婚姻ヲ許サスト規定スルハ公ノ秩序ヲ保ツニ必要ナルモノトスルカ故ニ日本法即チ裁判所々在地法ニヨリテ之カ無効ヲ言渡スコトヲ得ヘシ但シ姦通者雙方カ既ニ本國ニテ婚姻シ終リ夫婦トナリテ日本ニ來リ居ルトキ日本裁判所ニ無効訴訟ノ提起アルモ英法ニヨリテ既ニ夫婦トナリ居ルモノナルカ故ニ日本裁判所ハ之ヲ無効ナリト裁判スル能ハス若シ然ラストスレハ甲國ノ法律ニテ正當ニ夫婦トナリタルモノアルニ乙國ハ之ヲ夫婦トセス而カモ其本國タル甲國ニ歸レハ復タ夫婦ト見ラルト云フカ如キ奇怪ナル關係ヲ生シ日本裁判所カ其姦通者ヲ夫婦ニアラスト判決スレハ其餘響ハ延テ子ニ及ヒ其子ハ日本法律ニヨレハ子ニ非スシテ英國法律ヨリ見レハ嫡出子ナルカ如キ種々ノ混雜ヲ招クニ至ルヘシト云フ者アレトモ此事タルヤ素ト公益ニ關スルコトナルヲ以テ斯ル場合ハ檢事ノミ取消權ヲ行フヲ得ヘシト信ス尙ホ例ヲ舉ケンニ英國ニテハ無勢力ヲ原因トシテ婚姻ノ取消ヲ請求スルコトヲ許セトモ日本ニテハ之ヲ許サス故ニ若シ英人夫婦カ日本ニ來リテ此事ニ付キ取消ヲ請求スルトナスモ日本ノ善良ノ風俗ニ反スルヲ以テ

日本ノ法律ニ從ハシメテ可ナリ

無効及取消ノ訴權ヲ有スル人如何ハ亦本國法ニ依ル、無効及ヒ取消訴權消滅ノ原因及ヒ時モ亦同シ

婚姻既ニ取消サレタランニハ其効果ハ何人ニ及フヘキカ茲ニ效果ト云フハ婚姻ノ取消サレタル後ノ關係ヲ云フニアラス取消サレタル以後ハ夫婦ニ非サルコト明カナレハ效果ナキコト亦明カナリ茲ニ問題トナルハ婚姻既ニ成立シテヨリ取消サル、迄ノ間ノ關係ニシテ即チ其取消ノ効力ハ既往ニ溯ルヤ否ヤノ問題ナリ之ニ付テハ左ノ三個ノ主義アルヘシ

第一、婚姻ノ當時ニ溯リテ取消ノ効力ヲ及ホストノ說即チ婚姻ノ當時ヨリ婚姻ナカリシモノト見ルモノニシテ從テ其子モ私生兒タルカ如ク夫婦ノ

關係モ他人ノ間ノ關係ト均シト見ルニ在リ英法ハ此主義ヲ取レリ

第二、絶對ニ婚姻ヨリ取消マテノ行爲ヲ有効ナリシモノト見ルモノニシテ瑞西ノ主義及ヒ我民法(人事編第六十六條)ノ主義是ナリ

第三、當事者ノ善意タルヤ惡意ナルヤヲ見テ



甲、雙方惡意ナラハ夫婦間及ヒ子ニモ効力ヲ及ホサストシ  
 乙、一方惡意ナラハ善意ノ者及ヒ子ニハ既往ニ溯リテ取消ノ効力ヲ及ホ  
 スコトナシトス

此第三說ハ佛蘭西、西班牙、伊太利等ニテ取ル所ニシテ此說ヨリ生スル問題ハ此効  
 果ヲ受クル善意ノ當事者及ヒ子ニ對スル効力ハ

イ、無効ノ原因ヲ支配スル國ノ法律ニヨリ定ムヘシトノ說  
 ロ、善意者及ヒ其子ノ本國法ニテ定ムヘシトノ說

ノ中何レヲ取ルヘキヤニ在ルカ余ハ此事タル身分ニ關スルコトナルカ故ニ身分  
 能力ハ本國法ニ從フトノ原則ノ適用トシテ本國法ニヨルトスルヲ可ナリト信ス

第五款 離婚

國ニヨリテ離婚ヲ許スモノアリ之ヲ禁スルモノアリ別居ヲ許ス者アリ之ヲ禁ス  
 ル者アリ離婚ヲ許ス國ニ於テモ協議ノ離婚ヲ許スアリ又ハ特定原因ニヨル離婚  
 ノミヲ許スアリ協議ノ離婚ニモ條件ヲ付スルアリ條件ヲ付セサルアリ特定ノ原  
 因ニモ寬嚴アリ此ノ如クニシテ國際私法上ノ問題ハ起ルナリ今甲國ノ人乙國ニ

離婚

在リテ離婚ノ訴ヲ乙國裁判所ニ提起セハ乙國裁判所ハ之ヲ受理スヘキモノナル  
 カ此管轄ノ問題ハ暫ク之ヲ後段ニ讓リ茲ニハ先ツ之ヲ受理スヘキモノトシテ果  
 シテ然ラハ其乙國ノ裁判所ハ何レノ國法ヲ以テ此離婚ニ適用スヘキカ此問題ニ  
 對スル解答ハ要スルニ四個アリ

- 一、住所地法說
- 二、裁判所々在法說
- 三、本國法說
- 四、當事者意思說(此說ニヨレハ婚姻成立ノ法ト離婚ノ法ト異ナルコトヲ得ヘ  
 シトスルナリ)

第一說タル住所地法說ハ英(蘇格蘭ヲ除ク)米ノ判決例及ヒ學說ニテ取ル所ナリ(蘇  
 格蘭ニテハ離婚ノコトハ住所地法又ハ婚姻舉行地法ニヨリテ定ムヘシトシ外人  
 カ其本國法又ハ住所地法ヲ避ケンカ爲メ蘇格蘭ニ來レルトキト雖モ尙ホ蘇格蘭  
 ノ法律ヲ適用ストセリ)ホワートン曰ク離婚ノコトハ住所地法ニ從フヘシ蓋シ住  
 所地ハ即チ其人ノ最終ノ住所ナレハナリ暫時ノ住居ヲ以テ離婚ヲ定ムトスレハ



婚姻ナルモノハ夫ノ放肆ニヨリテ左右セララル、恐アリト是ニ由リテ英米ニ於テハ夫婦カ住所ヲ有スル地ノ裁判所ニ非サレハ離婚又ハ別居ノ裁判ヲ與フルコトヲ得ストセリ

婦ハ夫ノ住所ニ從フコト一般學者ノ是認スル所ナリ故ニ此制ヨリ起生スル弊ハ素ヨリ多シ例之夫婦カ甲地ニ住所ヲ有シ居リタルニ其住所地法ニヨレハ婦ハ離婚ヲ訴フルコトヲ得ト爲セリ然ルニ一旦住所ヲ乙地ニ移シタルニ乙地ノ法律ハ婦ハ夫ニ對シテ離婚ヲ請求スルヲ得スト爲ストセシ此場合ニ婦カ委棄セラレタリトシ又ハ夫カ他女ト通シテ逃レタリトセハ婦ハ離婚ヲ訴フルヲ得スシテ大ナル困難ヲ感スヘシ故ニ米國法ハ婦ハ離婚ノ爲メニ獨立ノ住所ヲ有スルコトヲ得ト爲セリ英國ニ於テモ離婚ニハ住所地法ヲ適用スルノ原則アレト尙ホ例外アリテ夫ニ委棄セラレタル婦ハ結婚住所外ノ住所ヲ得トセリ余思フニ此ノ如キ場合ニ強チニ新タニ特別ノ住所ヲ得セシムルト云フハ其理由ヲ見出スニ困難ナルカ故ニ公ノ秩序及ヒ婦ノ利益ノ爲メ尙ホ舊來ノ住所ヲ保持シ居ルトスルコト可ナルヘシ

此說ヲ取ル人ノ目的ハ第一住所ハ人ノ身分ヲ定ムルモノナリトノ原則ヲ取リタルヨリ出ツル結果ニシテ第二若シ爾セサレハ住所地ノ法律カ住所地ノ人ノ爲メニ作り置カレタルモノナルニ一旦外國ニ赴カハ直チニ外國ノ法律ニ從フト云フトキハ其法律ヲ作りタル主旨ニ反スルトノコト第三離婚ニ對シ判決ノ言渡兩國間ニ異同アリテ一國ヨリ見レハ夫婦ナルモ他國ヨリ見レハ夫婦ニ非スト云フカ如キ結果ヲ生スルノ恐アレハナリ

第二說タル裁判所々在地法說ハ獨逸ノ學者及ヒ判決例ノ認ムル所ニシテ離婚及ヒ其原因ハ一國ノ善良ノ風俗及ヒ公ノ秩序ニ關スルカ故ニ裁判所々在地法ニ從フヘシト云フナリ

第四說タル當事者意思說ハ婚姻ハ一種ノ契約ナルカ故ニ當事者ノ任意ニ委スヘク成立ノ事既ニ然ラハ離婚ノコトモ亦當事者ノ意思ニヨリテ成リタル成立ノ法ニ從フヘシト云フナリ婚姻ノ成立ニ用ヒタル法律ヲ婚姻ノ解除ニ用フルトノ說ハ賛成スヘキノ價値アレトモ其先決問題タル婚姻ノ成立ニ關スルコトハ契約ナルカ故ニ當事者ノ意思ニ由ラシムルト云フハ婚姻ノ性質ヲ誤リタル議論ナリ第



三説タル本國法ニ依ルヘシト云フハ別居及ヒ離婚ハ人ノ身分ニ關スルコトナルカ故ニ身分能力ハ本國法ニ從フトノ原則ヲ適用スヘシトノ理由ヨリ出テタルモノナリ此説ハ佛國ノ學者間ニ行ハレ佛蘭西、白耳義、瑞西、伊太利等諸國ノ判決例ニ於テ認メラル、所ニシテ日本法例モ亦此主義ヲ取レルモノナリ然レトモ本國法ヲ適用スルカ爲メニ裁判所々在地ノ公ノ秩序ニ牴觸スルトキハ本國法ニ從ハス千八百八十年ノ國際法協會々議ノ決議ニヨレハ離婚ヲ許スヤ否ヤハ本國法ニ依ルヘシ本國法カ離婚ヲ許セハ其離婚ノ條件ハ裁判所々在地法ニ從フヘシト云ヘリ故ニ此説ハ本國法説ト裁判所々在地法説トノ折衷説ニシテ第五説ト云フヲ得ヘシ今此原則ノ適用及ヒ例外ノ二三ヲ左ニ掲クヘシ

例一、離婚ヲ許サ、ル國ノ人民カ之ヲ許ス國ニ來リテ離婚ヲ請求セハ其國ハ當事者ノ本國法ニ從テ離婚ヲ許サス若シ然ラストスレハ甲國法ヨリ見レハ夫婦ナルモ乙國法ヨリ見レハ然ラサルカ如キ奇怪ナル現象ヲ生スヘシ

例二、夫ノ姦通ヲ以テ離婚ノ原因トスル國ノ婦カ姦通ヲ以テ離婚ノ原因トセサル國ニ來リテ夫ノ姦通ヲ原因トシテ離婚ヲ請求セハ本國法ニヨリテ離婚ヲ許ス

ヘシ

例三、瑞西ノ法律ニテハ夫婦ノ一方發狂シ其狀態一箇年以上繼續セハ離婚ノ原因トナリ佛國ハ之ニ反ス今佛人カ瑞西ニ赴キ夫婦ノ一人發狂シ其發狂ノ狀態一箇年以上繼續セハ佛人ハ瑞西裁判所ニ離婚請求ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ルカ曰ク瑞西ノ裁判所ハ佛法ニ依リテ離婚スヘカラスト裁判スヘシ之ニ反シ瑞西人カ佛國ニ在リテ配偶者ノ一人發狂シ之ヲ理由トシテ佛國ノ裁判所ニ離婚ヲ訴ヘタルトキ佛國裁判所ハ又離婚ヲ許サスト裁判セサルヘカラスト蓋シ佛法ニテ離婚ノ原因ヲ制限シタルハ離婚ハ或ル一定ノ已ムヲ得サル場合ノ外ハ離婚ヲ許スヘカラスト非ストスルニ出タルモノナレハ佛國法ニテ許ス原因ノ外ハ離婚ヲ許スヘカラスト

例四、佛國ニ於テハ姦通ノ爲メ離婚シタル者ハ相姦者ト結婚スルコトヲ得ストセリ今英人姦通ノ爲メ英國ニ於テ離婚ヲナシタルトキ其相姦者ハ佛國ニ赴キテ婚姻ヲナスヲ得ルカ佛國ノ法律ニテ之ヲ禁スルハ公ノ秩序ニ關スト認ムレハナリ故ニ佛國ハ其結婚ヲ許スヘカラスト

例五、佛國ニ於テハ別居ヲ認ム佛人カ別居ヲ認メサル國例之日本ニ來リテ別居



ヲ請求セハ日本ノ善良ノ風俗ヲ害スルモノナルカ故ニ之ヲ許スヘカラス  
例六、尙ホ善良ノ風俗ヲ害スルモノ、一例ヲ舉ケンニ英國ハ無勢力ヲ以テ離婚  
ノ原因トセリ日本ハ然ラス今英人カ日本ニ來リテ夫ノ無勢力ヲ原因トシ離婚ヲ  
請求セハ日本裁判所ハ之ヲ許スヘキカ曰ク否蓋シ日本ハ之ヲ以テ善良ノ風俗ヲ  
害スルモノト認ムレハナリ

夫婦カ從來ノ國籍ヲ捨テ、新タニ國籍ヲ得タルトキハ離婚ニ關スルコトニ付テ  
ハ舊國法ヲ適用スヘキカ新國法ヲ適用スヘキカ此問題ハ二分シテ第一、夫婦共ニ  
國籍ヲ變シタルトキ第二、夫婦ノ一方カ國籍ヲ變シタルトキヲ區別セサルヘカラ  
ス

第一、夫婦共ニ國籍ヲ變シタルトキニ於テモ新國籍ヲ得タル後ニ起リタル離婚  
ノ關係ハ全ク新國ノ法律ニ依ルヘキコト疑ヲ容レサルナリ只爭議ヲ生スヘキハ  
舊國ニ在リタルトキ起リタル離婚ノ關係ニシテ新國々籍ヲ得タル後ニ引續クト  
キハ新國法ニヨルヘキカ舊國法ニヨルヘキカノ點ニ在リ例之日本人夫婦カ瑞典  
ニ歸化シタルトセシテ而シテ其日本人カ無勢力ナルコト日本ニ在リタル當時ヨリ

存在セリトセシ此時ニ當リ其瑞典人タル夫ハ日本ノ法律カ無勢力ヲ以テ離婚ノ  
原因ナリト認メサルノ故ヲ以テ無勢力ハ離婚ノ原因ナサスト裁判スルコトヲ  
得ルカ曰ク否國籍變更前ノ問題ハ變更後ノ問題トナラサレハナリ

第二、夫婦ノ一方カ國籍ヲ變シタルモ他方カ未タ變更セサル場合

多クノ國ノ法律ニ於テハ夫ノ國籍變更セハ併セテ婦ヲシテ夫ノ國籍ニ隨伴セシ  
ムルモノナリトスレトモ時ニ之ヲ強ヒサル邦國アリ此ノ如クニシテ夫婦國籍ヲ  
異ニセハ離婚ニ關シテハ何レノ國ノ法律ヲ適用スルカ曰ク夫ノ本國法ニ從フヘ  
シ蓋シ婦ハ夫ニ從フヘキモノナレハナリ人或ハ夫婦カ從來有シタル共通ノ國法  
ニ從フヘシト云フ者アリト雖モ夫カ國籍ヲ變シタルハ既ニ其在來ノ國法ニ從フ  
トノ意思ヲ有セサルモノナリト解釋セサルヘカラサルカ故ニ從來ノ國法ニ從フ  
ヘシトノ理由ハ極メテ薄弱ナリ但シ此原則ニハ例外アリ婦ノ利益トナル離婚ニ  
關スルコトハ婦ノ本國法ニ從ハシムルヲ得ヘキコト是ナリ

第二節 親子

第一款 實子

親子  
實子



第一則 嫡出子

嫡出子トハ婚姻ヨリ生シタル子ナリ故ニ嫡出子タルニハ母カ婚姻中ニ懐胎シタルコト及ヒ夫ヨリ出テタルコトノ二個ノ條件ヲ要ス我人事編第九十一條ニハ「婚姻中ニ懐胎シタル子ハ夫ノ子トス婚姻ノ儀式ヨリ百八十日後又ハ夫ノ死亡若クハ離婚ヨリ三百日内ニ生レタル子ハ婚姻中ニ懐胎シタルモノト推定ス」トアリ現今ニ於テ此百八十日後三百日内ナル條件ハ英國ヲ除クノ外何レノ國ニモ行ハル佛蘭西伊太利西班牙瑞西等皆然リ此原則ハ希臘ノヒポクラテスノ始メテ唱ヘタル所ニシテ現今ニ於テ各國ノ取ル所ナルカ故ニ身分ノ問題トシテハ此點ニ付キ爭ヲ生スルコトナシ若シ嫡出子ナリヤ否ヤニ付テ争ノ起ルコトアレハ出生證書又ハ子タル身分ノ占有又ハ證人ニヨリテ證據立ルコトヲ得然レトモ婚姻中ニ懐胎シタル子ハ夫ノ子トストハ一ノ推定ニ過キサルカ故ニ夫カ子ヲ否認スルヲ得ルコトアリ此否認ニハ方法ノ制限アリ人ノ制限アリ期限ノ制限アリ方法ノ制限ニ付テハ我民法ニ規定ナキカ故ニ如何ナル反證ヲモ擧グルコトヲ得ヘシ例之懐胎ノ當時婦ト同居シ能ハサリシコト、旅行中ナリシコト等はナリ人ニ付テハ通常

夫ノミニ屬ストセリ人事編第一百一條ニ「夫カ民事上ノ禁治産ヲ受ケタルトキハ後見人又ハ後見監督人ハ親族會ノ許可ヲ得テ否認訴權ヲ行フコトヲ得」トアリテ相續人カ否認訴權ヲ行フコトヲ許サ、レトモ或ハ國ニヨリテ相續人ニモ否認訴權ヲ許ス所アリ終リニ期限ノ制限ニ付テハ歐洲諸國ハ通常二个月トスレトモ我人事編第一百二條ハ少シク趣キ異ニシ

夫カ子ノ出生ノ場所ニ在ルトキハ出生ヨリ三個月ノ期間内ニ限リ否認訴權ヲ行フコトヲ得但シ夫カ婦ト住家ヲ異ニシ又ハ婦カ子ノ出生ヲ夫ニ隱秘シタルトキハ此期間ハ子ノ出生ヲ知リタル日ヨリ起算ス  
若シ夫カ遠隔ノ地ニ在ルトキハ訴權ノ期間ヲ四個月トシ子ノ出生ヲ知リタル日ヨリ起算ス

ト規定セリ此ノ如ク否認ニ關スル諸種ノ制限ニ付テハ國ニヨリテ法律ヲ異ニスルカ此事ニ關シテハ何國ノ法律ヲ適用スヘキ乎即チ當事者ノ本國法ニ從フヘキカ、裁判所々在地ノ法律ニ從フヘキカ裁判所々在地法ニ從フヘキトスル論者ハ曰ク此等制限ハ證據ニ關スルコトナリ證據ニ關スルコトハ訴訟手續ノ問題ナリ訴



認手續ニ關スルコトハ裁判所々在地法ニヨルヘキコト何人モ異議ヲ挾マサル所ナレハ制限ニ關スルコトハ一ニ裁判所々在地法ニ從フヘシト然レトモ證據ニ關スルコトハ敢テ悉ク訴訟手續ニ關スルコトニアラス例之無勢力ヲ理由トシテ子ヲ否認スルコトヲ得ルヤ否ヤト云フカ如キハ訴訟手續ニ關スルコトニアラスシテ權利ニ關スル問題ナリ否認ヲ許ス國ト許サ、ル國トアルトキハ其之ヲ許スヘキヤ否ヤハ身分能力ニ關スル問題ナルカ故ニ本國法ニ從フヘキモノナリ故ニ否認ニ關スルコトハ人タルト期限タルト方法タルトヲ問ハス一ニ當事者ノ本國法ニ依ラサルヘカラス例之夫ノミニ否認訴權ヲ有セシムル國ノ人カ夫ノ相續人ニモ否認訴權ヲ有セシムル國ニ赴キタルトキ其國ニテ夫ノ相續人ハ否認ノ訴ヲナスコトヲ得ス又期限ニ關スルコトハ全ク訴訟手續ニ關スルコトナルカ故ニ裁判所々在地法ニヨラサルヘカラスト云フ者アリ然レトモ一概ニ期限ノコトハ全ク訴訟手續ニ關スルコトナリト論スルヲ得ス期限ノ異同ニヨリテ權利ニ關係アルモノナルカ故ニ訴訟手續ノ問題ニアラスシテ時効ノ問題ナリ從テ又期限ノ事モ本國法ニ依ルヘキナリ然レトモ公ノ秩序ニ關スルコトハ本國法ニヨルヲ得ス例

之佛國ニ於テハ無勢力ヲ理由トシテ否認訴權ヲ行フコトヲ許サス是レ無勢力ヲ證據立テシメシメニハ事猥褻ニ涉ルヲ以テ國ノ風儀ヲ保タンカ爲メノ目的ニ出テタルモノナレハナリ或論者ハ期限ハ公ノ秩序ニ關スルモノナリトノ說ヲ爲シテ曰ク立法者カ否認訴權ニ期限ヲ定メタルハ子カ甲者ノ子トナルト否トハ家族ノ關係ニ大變動ヲ及ホスモノナルカ故ナリトノ精神ニ出テタルモノナリト然レトモ或ル國カ此期限ヲ定メタルハ自國ノ人民ニ對シテ定メタルモノニシテ外國人ナリトモ自國ニ在ルトキ此期限ニ服セサレハ公ノ秩序ヲ紊亂スルトノ考ニ出テタルモノニ非ス故ニ外國人カ某國ニ來リテ其本國法ニヨルモ決シテ某國ノ公ノ秩序ヲ紊スコトナキナリ否認ノ訴ヲ起ス夫ト其子トカ國籍ヲ異ニシタルトキ例之捨子カ甲國人トナリ居リテ後其父タル者明カナルニ至リタレトモ而カモ其父乙國人ナルカ如キ時ハ否認ニ關スル條件ハ夫ノ本國法ニヨルヘキカ將タ子ノ本國法ニヨルヘキカ若クハ夫ノ本國法ニモ子ノ本國法ニモ依リテ條件ヲ充サ、ルヘカラサルカ此場合ニ於テ最モ多ク利害關係ヲ有スル者ハ子ナリ子ハ此否認ニヨリテ嫡出子トナルカ私生子トナルカヲ決定セラル、モノナルカ故ニ否認訴權



ノ目的ヨリ見テ否認セラレントスル子ノ身分ニ關スルモノナルコト知ルヘシ然  
 ラハ子タル者ノ身分ニ關スル問題ナルカ故ニ子ノ本國法ヲ適用スヘキコト明カ  
 ナリ夫ハ家族ノ長ナルカ故ニ夫ノ本國法ニ從フヘシトカ父ハ此子ヲ嫡出子トス  
 ルト否トニヨリテ父タルノ權利ヲ得ルト得サルトノ分界ヲナスモノナルカ故ニ  
 父タル夫ノ本國法ニ從フヘシトカ嫡出子トスルト否トハ婚姻ヨリ起ル問題ニシ  
 テ婚姻ノコトハ夫ノ本國法ニ從フヘキモノナルカ故ニ此場合ニ於テモ亦夫ノ本  
 國法ニ從フヘシトカ云フ反對論ヲナス者アリト雖モ前述セルカ如ク本問ニ關シ  
 テハ子ノ身分ニ關スルコトニ重キヲ置クヘキモノナルヲ以テ夫又ハ父ナルコト  
 ニ重キヲ置クヘキニアラス

尙ホ之ニ附帶シテ生スル問題ハ子カ出生ノ後國籍ヲ變更シタルトキハ否認ニ關  
 スルコトハ子ノ新國ノ法ニヨリテ決定スヘキカ又ハ子ノ舊國法ニヨリテ決定ス  
 ヘキカニ在リ子ノ嫡出子タルヤ私生子タルヤハ出生シタルトキノ父母ノ關係ヨ  
 リ生スル問題ナリ然ラハ其出生シタル時ノ本國法ニ從ハサルヘカラサルコト明  
 瞭ナリ父カ子ノ生レタル後國籍ヲ變更シタル場合モ亦之ニ同シ嫡出子タルヤ否

ヤハ父母ノ關係ヨリ生スル問題ナルカ故ニ父ノ舊本國法ニヨリテ決セサルヘカ  
 ラス若シ然ラストセハ父ハ子ヲ否認スルニ便利ナル國ニ國籍ヲ移シテ否認ノ訴  
 ナ起スカ如キ放肆ナル行爲ヲナスコトアルヘク又子ハ父ニ否認セラレサルニ便  
 宜ナル國ニ國籍ヲ移シテ父ニ否認セラレサルノ方法ヲ廻ラスカ如キ弊害アレハ  
 ナリ

私生子

第一則 私生子

我法典ニ在リテハ庶子ト私生子トヲ區別シ父母共ニ認知シタル婚姻外ノ子ヲ庶  
 子ト云ヒ父母ノ一方若クハ雙方カ認メサル子ヲ私生子ト云ヘ居レリ茲ニ私生子  
 ト云フハ此二者ヲ包含シタルモノト知ルヘシ我民法々典及ヒ明治二十三年ノ戶  
 籍法案ニヨルモ又現行法ニヨルモ母ノ知レサル子ナキカ如シト雖モ例之出生届  
 ナナサ、ル場合、捨子ナシタル場合、詐リノ届出ナシタル場合等ニハ母ノ認メ  
 サル子アルコトヲ知ルヘシ故ヲ以テ法律ニ於テモ亦母ノ知レサル子アルコトヲ  
 認メサルヘカラス人事編草案第七十六條ニ此認知ハ父母各自ラ之ヲナスヲ要  
 ストアリシハ極メテ可ナリ是故ニ現今ニ於テモ國際私法上ノ問題起ルトキハ勿



論母ナキ子ナルコトヲ認ムヘシ

私生子ニ關シテ生スル國際私法上ノ問題ハ認知ノコトナリ認知ハ父自ラ之ヲ爲サ、ルヘカラサルコト、無能力者カ父トシテ子ヲ認知スルノ能力アルコト、母カ子ヲ認知スルニ夫ノ許可ヲ要セサルコト皆研究スヘキ問題ナリ裁判所ヲシテ父母ヲ證明セシムルヲ得ルヤ否ヤニ付テハ人事編ノ草案第百八十三條乃至第百八十五條ニ規定アリテ母ノ誰タルヤニ付テハ裁判所ハ證明スルコトヲ得トシ父ノ證明ハ裁判所之ヲナスヲ得サルヲ原則トセシカ法典ニハ此事ナシ裁判所ハ母カ何人ナリヤヲ證明スルコトヲ得トハ羅馬法以來認メラル、所ニシテ母ハ法律上ニ於テ常ニ正確ナリ (Mater in jure sempter certa est) トハ羅馬法以來人口ニ膾炙スル所ナリ蓋シ分娩ナル事實ハ極メテ明白ニ證明スルコトヲ得ルヲ以テナリ英國法ハ少シク其趣ヲ異ニシ母タルコトヲ證據立ルモ身分上母子ノ關係ヲ生セス只財產上扶養ノ義務ノ關係ヲ生スルノミトセリ

次ニ裁判所カ父ハ何人ナリヤヲ證明スルヲ得ルヤ否ヤニ付テハ佛國ノ舊法ハ一般ニ之ヲ肯定セリ而シテ裁判所ハ母ヲシテ父(即チ夫)ノ名ヲ云ハシメ分娩スル處

女ノ言ハ確實ナリトノ法諺サヘアリタレトモ斯クセハ母ハ富者ヲ指名シ又ハ情人ヲ指名スル等ノ弊アルヲ以テ近來ノ法律ニテハ此弊ヲ去ランカ爲メ同國民法第三百四十條ニ於テ父タルノ搜索ヲ禁ストシ只強姦ノ場合ニハ例外ナリトセリ然レトモ全ク父タル者ノ證明ヲ許サ、ルトキハ子及ヒ母ハ之レカ爲メ大ナル不幸ニ遭遇シ飢餓ニ瀕スル等ノ憂アリ故ニ英國ニ於テハ子タル身分ヲ得ンカ爲メニ父タル證明ヲナスコトヲ許サ、レトモ養育ヲナサンカ爲メニハ父タルコトノ證明ヲナスヲ得トシ埃、普、索、瑞、西、西、バイエルン、葡、北米、合衆國等皆裁判上父ノ誰タルヲ證明スルヲ得トシ露國ニ於テハ貴族ハ私生子ヲ認ムルコトヲ得ストセリ此ノ如ク認知ニ關スルコトハ國ニヨリテ規定ヲ異ニスルカ故ニ國際私法上ノ問題亦頻繁錯雜ナリ認知ニ關シ各國ノ法律ニ異同アルトキハ認知者及ヒ被認知者ノ能力ハ各々其本國法ニ從フヘシ即チ認知者ハ認知權ヲ有スルヤ否ヤ之ヲ有ストセハ其能力ハ如何、被認知者ハ認知セラル、能力アリヤ否ヤノ如キハ各々其本國法ニヨラサルヘカラス例之茲ニ甲國ニ一人ノ捨子アリトシ父母共ニ不分明ナルトキ之ヲ認知セントスル人甲國人ナルトキハ言ヲ須ヒサレトモ外人例之乙國



人ナルトキハ私生子ヲ認知スルコトニ關シテハ何レノ國ノ法律ニ從フヘキカ或  
 學者ハ此ノ如キ場合ニハ外人ノ國法即チ乙國ノ法律ニ從ハサルヘカラス蓋シ子  
 ハ親ノ國籍ニ從フヘキモノナレハナリト云ヘリ然レトモ乙國ノ法律ニ從フヘシ  
 ト云フハ正當ニアラス何トナレハ本問ニ於テ認知スヘキ者ト認知セラル、者ト  
 ハ父子ノ關係アルニアラス只將來父子トナラント云フニ過キサレハナリ既ニ認  
 知セラレタル上ハ父子ノ關係ヲ生スルカ故ニ子ハ父ノ國籍法ニ從フヘキモ此問  
 題ニ於テハ兩者全ク他人ニシテ只後ニ至リ父子トナルヤモ測ラレサルノミナレ  
 ハ裁判所々在地法ニ從フヘシト云フハ事前ノ關係ト事後ノ關係トヲ甄別スルノ  
 能ナキ説ト云フヘシ雙方他人ナル以上ハ各々獨立ニ其本國法ニ從ハサルヘカラ  
 サルコト炳焉タリ例之佛國ニテハ結婚ノ禁セラレタル者ノ間ニ生シタル子ハ認  
 知スルコトヲ得ストシ又姦通ヨリ生シタル子ヲモ認知スルコトヲ得ストセリ今  
 普國人佛國ニ來リ既婚ノ婦ト通シテ子ヲ生マハ是レ姦通ヨリ生シタル子ナルカ  
 故ニ佛國法ニヨレハ子ハ認知セラル、ノ能力ナキナリ又例之和蘭法ニテハ十九  
 歳以下ノ者ハ私生子ヲ認ムルノ能力ナシトシ佛國法ニテハ年齢ニ制限ヲ置カス

然ルトキハ子佛人ニシテ親和蘭人ナラハ子ハ認知ヲ受クルノ資格アレトモ認知  
 者即チ和蘭人ハ認知チナスノ資格ヲ有セス又例之英國ニ於テハ私生子ノ認知チ  
 認メサルカ故ニ英國人ハ到底私生子ヲ認知スルコト能ハス斯ル能力モ亦英人ノ  
 至ル所ニ伴フモノナリ  
 認知ノ形式ハ行爲地法ニ從フ是レ形式ノコトハ行爲地法ニ從フトノ原則ノ適用  
 ナリ例之現今諸國ノ法律ニ於テハ認知ハ出生證書ヲ以テシ出生後ニ認知スルト  
 キハ公正證書ヲ以テスヘシト定ムレトモ和蘭ノ如キハ私署證書ヲ以テモ認知チ  
 ナスコトヲ得ルトスルカ故ニ例之佛國人カ和蘭ニ在リテ子ノ認知チナサントス  
 ルトキハ私署證書ヲ以テ認知スルコトヲ得  
 子ノ出生後父又ハ子カ國籍ヲ變スルトキハ出生ノ時ニ有シタル子ノ國籍ノ法律  
 ニ依テ認知ノコトヲ決定ス蓋シ認知セラレ得ヘキヤ否ヤハ出生ノ時ノ法律ニヨ  
 リテ決定セラル、モノナレハナリ

養子

第二款 養子

養子ノ國際私法上ノ關係ヲ論究スルニ當リ最モ注意ヲ要スヘキコトハ世界各國



ノ間ニ養子ノ制度ヲ取ル國ト取ラサル國トアルコト及ヒ均シク養子ノ制度ヲ取ル國ニ於テモ其目的ヲ異ニスルノ點ニ在リ現今外國ニテ養子制度ノ行ハレサル國ハ和蘭、瑞西、ルイシヤナ、加奈太等ナリ英國ニ於テハ現時ハ純然タル養子制ナシ羅馬法ノ養子ノ思想ハ祖先ノ祭祀ニ在リテ祖先ハ其子孫ノ祭ニ非サレハ受ケストノ思想ヨリ養子ヲシテ祖先ヲ祭ラシムト云フニ在リシカ今日ニ於ケル歐洲各國ハ殆ト全ク此思想ヲ絶テ英國ノ如キモ或人カ贈與又ハ遺贈ヲナスニ其遺贈ヲ受クル者ヲシテ自己ノ姓及ヒ徽號ヲ用ヒシムルコトアルノミ佛國モ亦第十八世紀以來ハ英國ニ同シ伊太利、西班牙、露西亞等ノ諸國ニハ羅馬法ニ倣ヘル養子ノ制度現今盛ニ行ハル白耳義民法草案モ亦養子ノ制ヲ置ケリ凡テ此等ノ諸國ニハ養子ヲ置クノ必要ナキモ唯羅馬法以來ノ習慣上之ヲ置クニ過キサルナリ我國ノ今日ニ於ケル養子制度ノ思想モ古代以降ノ思想ト同シク祖先ノ祭祀ヲ繼續シ家名ヲ斷絶セシメストスルノ主旨ニ出テタルモノナルヘシ

養子ニ關スル條件ハ極メテ多ク養親ニ關スル條件、養子ニ關スル條件其他形式上ノ條件等枚擧ニ遑アラズ是ニ於テ乎國際私法上ノ問題起ルコト極メテ頻繁タル

ナリ然ラハ養子ニ關スルコトハ屬人法ナルカ屬地法ナルカ曰ク養子ハ人ノ身分上ノ關係及ヒ家族ニ關スル問題ナルカ故ニ本國法ニ從フヘキコト言テ俟ダズ但シ之ニハ二個ノ例外アリテ形式上ノ條件及ヒ公ノ秩序ニ關スルコトハ行爲地ノ法律ニ從フヘキナリ

當事者ノ本國法ニテ養子ヲ許スモ養子ヲ禁スル國ニ赴カハ養子縁組ヲナスコトヲ得ルカ例之日本人タル者英國ニ赴キテ養子縁組ヲナスコトヲ得ルカ此問題ハ養子縁組ノ條件ノ問題ニアラスシテ養子ヲ許スヤ否ヤノ問題ナリ此問題ニ於テ決定スヘキハ英國カ養子ヲ禁スルハ養子ヲ以テ英國ノ公ノ秩序ヲ害スル者ト見ルカ爲メナルヤ否ヤ是ナリ現今ニ於テ各國カ養子ヲ禁スルハ養子ノ必要ナシト認メタルカ爲メニシテ即チ此等諸國ハ個人主義ヲ取り祖宗ノ祭祀ヲ繼續シ家ヲ連綿ノ長キニ置クト云フカ如キ思想ヲ有スル者ニ非サルカ故ニ養子ヲ爲ス必要ナク財產上ノ關係ナランニハ一定ノ條件ヲ付シテ他人ニ財產ヲ贈與又ハ遺贈スルコトヲ得ヘシトノ思想ニヨルナリ又縱令個人主義以外ノ主義即チ家族主義ヲ以テ英國ノ國家ニ害アリト考フルモ是レ英人ニ適用スヘキモノニシテ外國人



ニ適用スヘキモノニアラス然ラハ日本人タル外人相互カ英國ニ赴テ養子縁組ヲナスモ毫モ英國ノ國家ニ關係ナキニ非スヤ人或ハ養子ハ婚姻ノ制度ヲ害スルモノナリ親子ハ系統ニヨリテ生スルモノナルニ單ニ法律上ノ擬制ニヨリテ自然ニ反スルモノヲ作ルハ其理ヲ得スト唱フルモノアリト雖モ我國ノ如ク慣習上行ハレ來リ又家族制ヲ維持スル必要アル國ニ於テハ一片ノ理論ヲ以テ之ヲ左右スヘキニアラサルナリ況ンヤ本問ニ於テハ日本人カ英人ト養子縁組ヲナスニアラス從テ英國ノ公ノ秩序ヲ害スルニモアラス又英國ノ風俗ヲモ害スルニアラサルニ於テナヤ

伊太利ニ於テハ私生子ヲ養子トスルコトヲ得ストノ規定アリ佛國ニハ此種ノ規定ナシ今佛人伊太利ニ於テ自己ノ私生子ヲ養子トスルコトヲ得ル乎此場合ニ於テハ之ヲ養子トスルモ伊太利ノ公ノ秩序ヲ害セス伊太利ノ家族組織ノ上ニ關係ヲ及ホサ、ルコトナルカ故ニ佛國法タル本國法ヲ適用スヘシ

以上ハ即チ國籍ヲ同ウスル者ノ間ノ養子縁組ノ關係ナルカ故ニ其本國法ヲ適用ストノ原則ノミヲ以テ之ヲ解説スルコト極メテ容易ナリト雖モ若シ其養親トナ

ル者ト養子トナル者トカ國籍ヲ異ニスルトキハ其能力ハ兩者何レノ本國法ニヨリテ決スヘキカ例之年齢ノ差ニ付テ例ヲ舉ケンニ佛國及ヒ西班牙ニ於テハ十五歲、埃地利及ヒ伊太利并ニ獨逸民法草案ニテハ十八歲以上ナラサルヘカラストシ日本ノ既成民法人事編、白耳義民法草案、普魯西ノ現行法ニ於テハ唯養親タル者カ養子タル者ヨリ一日ニテモ年長者タラシニハ可ナリトセリ此場合ニ於テ日本人タル親トナラントスル者ト伊太利人タル子トナラントスル者トノ間ニ養子縁組ヲナサント欲スルトキハ日本ノ法律ニ依ルヘキカ將タ子タル者ノ本國法即チ伊太利ノ法律ニ依ルヘキカ此問題ヲ決定スルニハ目的トスル所親ニアルカ子ニ在ルカヲ檢セサルヘカラス是レ猶ホ子カ嫡出子トナルヤ私生子トナルヤハ子ノ利益ニ重大ノ關係アルコトナルカ故ニ子ノ國ノ法律ニ從フヘキカ如シ日本ノ思想ヨリ見レハ養子ハ或ハ親タル者ノ一家ノ祭祀ヲ繼續シ或ハ親タル者ノ老ヲ養ハシメシメカ爲メニナスモノナルカ故ニ親ノ利益ナルコト明カナルヘク從テ親タル者ノ國法ヲ適用セサルヘカラス之ニ反シテ財產ヲ受クルカ爲メノ養子ナリトスルトキハ子ノ國法ヲ適用セサルヘカラス



從テ左ノ如キ斷案ヲ下スコトヲ得ヘシ曰ク國籍ヲ異ニスル者ノ間ノ養子縁組ニシテ親ノ國ト子ノ國ト養子ノ理由ナ一ニスルトキハ其理由ニヨリテ親若クハ子ノ本國法ニ從ヒ若シ親ノ國ト子ノ國トカ養子ヲナスノ理由ヲ異ニスルトキハ其雙方ノ本國法ニ從ハサルヘカラス

夫婦國籍ヲ異ニスル者カ第三國ノ國籍ヲ有スル者ヲ養子トナサントスルトキハ何レノ國法ニ依ルカ曰ク養父タル條件ト養母タル條件ト異ナルコトアルモ同シキモ凡テ夫ノ本國法ニ依ルヘク子タル條件ハ子ノ本國法ニヨルヘシ但シ養親ノ國ト養子ノ國ト養子制度ヲ設クルノ理由ナ一ニスルトキハ前ノ場合ト均シク其何レカ一方ノ國ノ法律ニ從ハシムヘク夫婦ノ國法各本國ノ秩序ニ關スルトノ理由ヲ以テ相一致スルコト能ハサルトキハ夫婦ノミハ各其本國法ニヨルヘシ以上ハ養子ニ要スル條件ノ問題ナレトモ養子ノ効力ニ關シテモ亦均シク本國法ニ從ハサルヘカラス而シテ父子國籍ヲ同ウスヘキチ原則トスルカ故ニ養子ノ條件ニ付テハ養親養子何レノ本國法ニ從フヘキヤニ付テ爭ヲ生スレトモ既ニ養子トナリタル上ハ國籍ヲ均フスルカ故ニ此種ノ爭ヲ惹起スノ憂ナキニ至ルヘキモ

歐洲諸國ノ法律ニ於テハ多クハ養子ニヨリテ國籍ヲ變セシメサルカ故ニ此ノ如キ場合ニハ到底何レカ一方ノ法律ヲ適用セサルヘカス而シテ此場合ニモ亦前ノ條件ニ關スル斷案ト同一ノ斷案ヲ下スコトヲ得ヘシ  
右ノ斷案ニ對シテ二個ノ反對說アルコトヲ記憶スヘシ第一說ハ凡テ養親ノ本國法ヲ適用スヘシトノ說ニシテ養子縁組ハ親族ノ關係ヲ惹起スルモノナリ親族ノ關係ハ家族ノ長タル親ヨリテ左右セラル、モノナルカ故ニ養親ノ本國法ニ從フヘシトノ說ニシテ第二說ハ養子縁組ニヨリテ身分ノ變更ヲ受クル者ハ子ナリ故ニ子ノ本國法ニ從フヘシトノ說ナリ第二說ノ缺點ハ獨リ子ノ身分ニ變更ヲ來スノミニアラスシテ子ヲ有セサル親ナルトキハ親ノ身分ニモ變更ヲ來スモノナルカ故ニ養親ノ本國法ニ從ハサルヘカラスト云フニ歸スルニ在リ  
養親ト養子トカ國籍ヲ異ニスル場合ニ相續上ノ問題ニ關シ何レノ國法ヲ適用スヘキヤノ爭ヲ起スコトナシ蓋シ相續ニハ被相續者ノ本國法ニ從フトノ國際私法上ノ原則一般ノ學者間ニ認メラル、所ナレハナリ  
養子縁組ノ解消ニ關シ一個ノ問題アリ歐洲諸國ノ法律ニテハ普墮其他二三ノ國



ヲ除キ養子縁組ハ解消スヘカラスト定メタリ此場合ニ親子國籍ヲ異ニシ其國法互ニ相一致セサルトキハ各其本國法ニヨルトセハ甲國ヨリ見レハ子ニ非スシテ乙國ヨリ見レハ子ナルコトアリ從テ甲國ヨリ見ルト乙國ヨリ見ルトニヨリテ相異ルコトアリ斯ル場合ハ如何ニ之ヲ調和スヘキカ曰ク調和ノ方法ナシ何トナレハ協議ノ離縁ヲ許サ、レハ到底裁判所ニ訴ヘサルヘカラスト而シテ當事者ナキカ故ニ何レノ裁判所モ之ヲ裁判スルコト能ハサレハナリ即チ一方カ養子縁組ノ解消ヲ認メサルトキハ遂ニ解消スルコト能ハスト云フニ歸スルナリ

### 第三款 親權

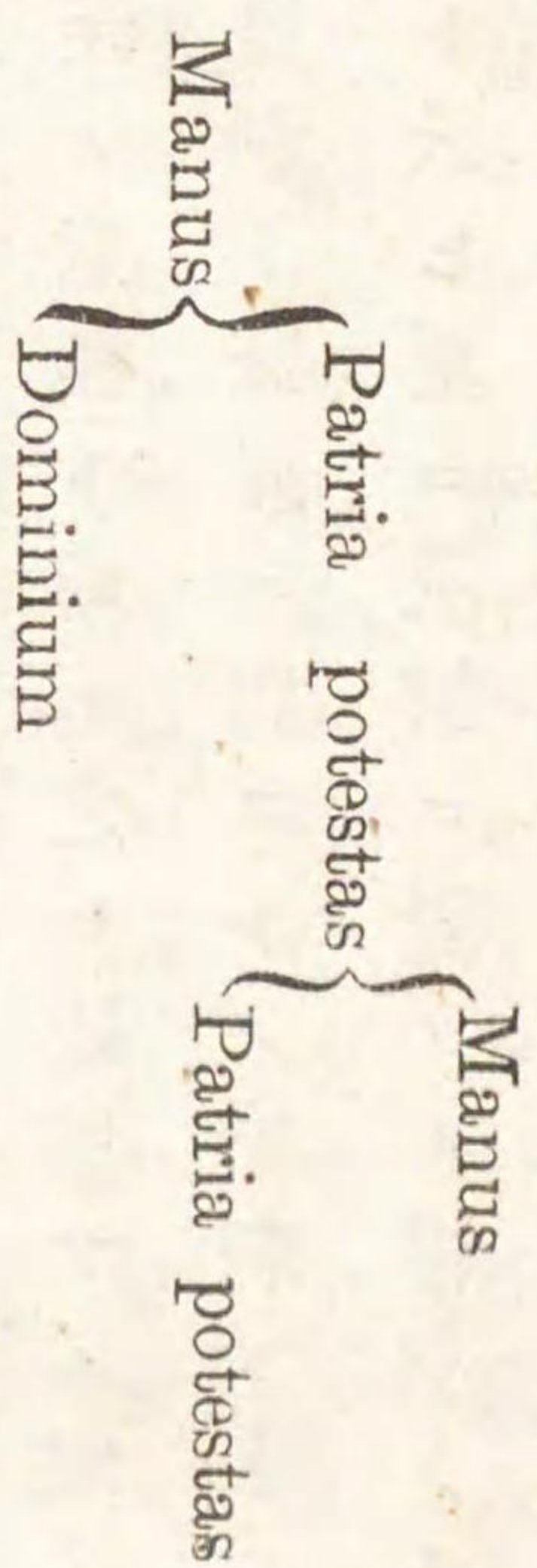
親權ニ關スル國際私法上ノ問題ヲ決定スルニモ亦親權ノ性質ヲ究メサルヘカラス先ツ羅馬法時代ヨリ講起センニ更ニ之ヲ古代ト後世トニ分ツコトヲ得ヘシ羅馬ノ古代ニ於テハ親ハ親族會議ノ許可ヲ經テ子ヲ殺スコトヲ得ヘク又子ヲ奴隸トナスコトヲ得ヘク殆ント全ク親ノ自由ニ左右スル所ナリシモ羅馬ノ後世ニ至リテハ親ハ單ニ教育懲戒ヲナスヲ得ルニ止マリ子ハ財產ヲ有スルコトヲ得又奴隸トセラル、コトナキニ至レリ然レトモ決シテ子ノ爲メニスルニ非スシテ親ノ

親權

利益ノ爲メニスルモノナリトノ思想ハ羅馬法以來中世ニ至ル迄傳播シタル所ナルニ近世ニ至テハ親ヲシテ親權ヲ得セシムルハ子ノ利益ノ爲メナリトノ觀念ニ移ルニ及ヘリ尙ホ羅馬法時代ニ於テハ親ヲシテ子ノ上ニ權利ヲ有セシメタルニ非スシテ家長タル者ヲシテ家族ノ上ニ之ヲ有セシメタリシカ故ニ現今ノ如ク父又ハ母ノミニ之ヲ有セシムルモノトハ其思想ヲ異ニセリ右ノ如ク子ノ自由ヲ抑制シ子ノ身體ヲ毀傷スルカ如キハ古代ニ於テハ親ノ利益ノ爲メナリトシタレトモ近代ニ於テハ一ニ子ヲ保護スル爲メナリトシ其名ハ親權即チ親ノ權利ナリト雖モ其實ハ親タル者ノ義務ヨリ來リタルモノナリト云ハサルヘカラスト因ミニ羅馬ニ於ケル家長權ノ發達ヲ略述センニ羅馬ニ於ケル家長權又ハ戶主權トモ譯スヘキ *Patria potestas* トハ既ニ分化シタル後ノ名稱ニシテ其始メハ一般ニ之ヲ *Manus* (手ノ意義)ト稱シ之ヲ該博ナル家長權即チ戶主權ノ全部トナセシカ家族ニ對スル權利ト家産ニ對スルノ權利トチ分離シテ彼ヲ *Patria potestas* ト云ヒ此ヲ *Dominium* ト云ヒ更ニ家族ニ對スル權利ノ中チ兩分シテ夫トシテ妻ニ對スル權利ト妻以外ニ對スル權利ト爲シ彼ヲ *Manus* ト云ヒ此ヲ *Patria potestas* ト稱セリ今之ヲ分類シテ



示スコト左表ノ如シ



我國ノ現行法ニ於テモ尙ホ歐洲今日ノ親權ノ觀念ト異ニシテ寧ロ親ノ利益ノ爲メナリト云フ主義ヲ取レリ古代ニ於テハ勿論後世徳川時代ニ於テハ勘當住所明カナル者ト縁ヲ絶ツノ方法久離(失踪者ト縁ヲ絶ツノ方法)帳外(戸籍ヨリ除外スルノ方法)ノ三個ノ方法アリ皆親タル者又ハ家長タル者カ民事上又ハ刑事上ノ連累的制裁ヲ免レンカ爲メ其他法律上以外ノ係累ヲ免レンカ爲メノモノナレハ其親ノ利益ヲ計リタルニ出テタルモノナルコト知ルヘシ(子ヲ懲戒スルト云フノ理由モアレトモ)現行法ニ於テハ久離、勘當、帳外、義絶等皆之ヲ許サス蓋シ連座ノ制ナキカ故ニ之ヲ置クノ必要ナキニ出タルモノナリ端典ニ於テハ身上ノ權利ト財産上ノ權利トヲ區別セリ身上ノ權利ニ定居權トハ子ノ住居ヲ指定スルノ權利ト子ノ看護ヲナスノ權利ト懲戒權トヲ併セ云フナリ後見人ヲ選擇スル權利、自治產ヲ與

ナル權利ノ如キモ亦之ニ屬ス第二ノ財産權トハ子ノ財産ヲ管理シ及ヒ收益スルノ權利ナク云フ

親權ナル文字ニ付テ一言センニ或學者ハ親權ナル文字ハ正當ニアラス父權ト稱スヘシト云ヘリ而シテ母カ之ヲ行フコトアルハ父カ死亡又ハ失踪シタル如キ場合ニ父ノ代理ヲナスニ因ルナリ之ヲ文字ニ照スモ羅馬ニ於テハ *Patria potestas* ト云ヒ佛蘭西ニ於テハ *Puissance paterna* ト云フニ非スヤト然レトモ余ハ親權ナル文字ヲ以テ當ヲ失セルモノニ非スト信ス蓋シ是レ父ノミノ行フモノニ限ルニアラス從テ父ナキトキ母カ之ヲ行フハ父ニ代ルニ非スシテ母ノ權利トシテ之レヲ行フモノニシテ現ニ獨逸ニ於テハ *Mutterrecht* (母權)ナル文字ヲサヘ用フル程ナレハナリ加之白耳義民法ノ草案ニハ之ヲ *Autorite des pere et mere* (父母ノ權)ト云ヒ獨逸ニ於テハ尙ホ *Elterliche Gewalt* (兩親ノ權)ト云ヒ我カ法典ニテハ父モ母モ之ヲ行フヲ得ヘキコト、セリ(人事編第四百十七條)維新前ニ於テハ兄ハ同居ノ弟ヲ、姉ハ同居ノ妹ヲ、伯叔父母ハ同居ノ甥姪ヲ勘當スルコトヲ得タル程ナレハナリ親權ノ成立及消滅、性質、期間、範圍等ノ問題ハ本國法ニヨリテ決定スヘキコト親權ハ家族ニ關ス



ル問題ナルノ點ヨリ見テ極メテ明白ナリ今更ニ特殊ノ問題ニ付キ解析スレハ左ノ如シ

一、親權ヲ行フ人ハ何人ナルヤハ亦本國法ニ從テ之ヲ定メサルヘカラス例之英國ニ於テハ親權ハ父ノミ之ヲ行フモノトシ白耳義民法草案ニテハ父母共同シテ之ヲ行フモノトセリ今白耳義人カ英國ニ在リテ白耳義人タル母カ親權ヲ行フヘキヤニ付テ問題ヲ生スルトキハ白耳義法ニヨルヘキコト決シテ疑ヲ容ルヘカラズ

二、子ノ住居ヲ定ムル權利懲戒ノ權利看護ノ權利ノ如キモ亦本國法ノ定ムル所ニヨルヘシ但シ其行爲地法ニ於テ懲戒權ヲ認メサルトキハ是レ公ノ秩序ニ關スル問題ナルカ故ニ行爲地法ニ從ハサルヘカラス例之伊太利及ヒ我法典(人事編第百五十二條)ニ於テ子ノ行狀ニ付キ親カ不満足ヲ感スルトキハ裁判所ニ申請シテ其子ヲ懲治場ニ入ル、コトヲ得レトモ英國ニ於テハ之ヲ許サ、ルカ故ニ日本人ハ英國ニ於テ子ヲ懲戒場ニ入ル、コトヲ得ズ

本國ニ於テ懲戒權ヲ認メ行爲地ニ於テモ懲戒權ヲ認ムルモ其懲戒ノ程度、範圍ヲ異ニスルトキハ一ニ行爲地法ノ定ムル所ニ從ハサルヘカラス蓋シ懲戒場ニ入ルルカ如キハ人ノ自由ニ關スル大問題ニシテ何レノ國ヨリ見ルモ公ノ秩序ニ關スルコト明瞭ナルモノナレハナリ

三、親タル者カ子ノ財産ヲ管理シ收益スル權利ノ範圍ハ本國法ノ定ムル所ニ依ルヘキ乎財産所在地法ニ依ルヘシトノ說ヲ唱フル者ハ曰ク動産不動産ニ關スルコトハ所在地法ニヨルヘキチ原則トセリ故ニ例之佛人タル親ト子トカ英國ニ財産ヲ有スルトキハ之ニ關スル管理權收益權ハ所在地法ノ定ムル所ニ從フヘシト此例ニ於テ英國ハ親カ子ノ財産ニ關シ收益權ヲ有スルヲ認メサルナリ右ノ問題ニ於テ先ツ決定セサルヘカラサルコトハ英國カ何故ニ親ヲシテ收益ノ權利ヲ有セシメサルカ是ナリ英國ハ虛有者ト收益者ト相分離スルハ國家經濟ノ上ニ不利益ナリトノ故ヲ以テ之ヲ許サ、ルニ非スシテ一種ノ收益權ノ如キモノヲ認ムルカ故ニ佛人ハ本國法ニ依ルコト決シテ不當ニアラス要スルニ此問題ニ於テ決定スヘキ斷案ハ家族上ノコトハ本國法ニ從フトノ原則ト財産ハ所在地法ニ從フトノ原則トノ衝突ナルカ單ニ衝突アリタル場合ニ於テモ所在地カ公ノ秩序ニ關ス



ルトノ理由ヲ以テ制定シタルモノニ非サレハ本國法ヲ適用シテ可ナリト云フニ  
歸スヘシ

四、此他親權ヲ及ホスヘキ人例之佛國法ニ於テ親權ハ認知セサル私生子ニ及ハ  
ストノコト及ヒ親權ノ期間親權ノ終了例之伊太利國ニ於テハ父ハ再婚ニヨリ前  
婚ノ子ニ對スル親權ヲ失フト云フカ如キコトニ關シテハ縱令之ヲ認メサル國ニ  
赴クモ皆本國法ニ從ハサルヘカラス

五、佛國ニ於テハ千八百八十三年ノ法律ヲ以テ親ハ子ニ普通教育ヲ與フルノ義  
務アリトシ若シ此義務ヲ充タサズンハ刑法上ノ制裁ヲ受クヘシトセリ今日本人  
カ佛國ニ行キテ子ヲ教育セサレハ佛國法ニ依リテ制裁ヲ受クヘキ乎抑モ刑法ハ  
其國ノ公ノ秩序ニ關スルコトニシテ屬地主義ニ依ルヘキモノナレハ佛國法ニ依  
ルヘク又教育ナク無學無識ノモノ佛國ニ居ルトキハ爲メニ放蕩ヲナシ浪費ヲナ  
ス者等多クアリテ佛國ノ治安ヲ害シ又風俗ヲ紊亂スルモノナリ故ニ佛國法ニ依  
ルヘシトハ普通ニ考ヘ得ヘキ所ニシテ佛國區裁判所モ亦屢此主義ニヨリ判決ヲ  
與ヘタル例アレトモ一般學者ノ說ニヨレハ法律ノ精神ハ佛國人ノ爲メニ設ケタ

ルモノニシテ佛國ナル普通選舉ノ制ヲ取ル國ニハ一般人民ノ知識ヲ發達セシメ  
サルヘカラストノ理由ヨリ立テタルモノナレハ外國人ハ之ニ服スルコトヲ要セ  
スト云ヘリ我國ニ於テハ子ヲ保護スヘシトノ規定ヲ設クレトモ教育ノ義務ヲ定  
メス又保護ヲ認ムルモ明治二十四年十一月十七日文部省令第十六號第一條ニ  
父母後見人、戸主ハ左ノ順序ニ從ヒ學齡兒童ヲ保護スヘキモノトス但シ學齡兒  
童戸主タルトキハ第二條ニ依ルヘシ

一 父母

二 父母及戸主 父母共ニ戸主タラサルトキ

三 後見人 父母死亡シタルトキ又ハ父母生存スルモ失踪心神喪失又ハ其  
他ノ事故ニ依リ其義務ヲ行フコト能ハサルトキ

四 後見人及戸主前 欸ノ場合ニ於テ後見人戸主タラサルトキ

前項ノ場合ニ於テ授業料及ヒ其他就學ニ關スル費用ハ戸主之ヲ負擔スヘシ  
トアリテ學齡兒童トアルカ故ニ六歲乃至十四歲ノ者ヲ指スニ過キスシテ之ヨリ  
以上ノ者及以下ノ者ニ付テ規定ナキハ缺點ナリト云フヘシ



以上ハ親子國籍ヲ同ウスル場合ヲ豫想セルモノナルカ若シ國籍ヲ異ニシタルトキハ何レノ本國法ニ從フヘキカ是レ親權ハ親ノ利益ノ爲メニ設ケタルモノナルカ子ノ利益ノ爲メニ設ケタルモノナルカヲ決セサルヘカラサル所以ニシテ羅馬法時代ノ如キ觀念ヲ有スル國ニ於テハ親ノ本國法ヲ適用スヘシト雖モ現今歐洲諸國ノ思想ノ如ク子ノ利益子ノ保護ノ爲メナリトスル邦國ニ於テハ凡テ子ノ本國法ニ從フヲ穩當ナリトス

扶養ノ義務

第四款 扶養ノ義務

直系ノ親屬間及ヒ夫婦ノ間ニ扶養ノ義務アルコトハ殆ント凡テノ國法ノ認ムル所ナリ然レトモ諸國ノ間ニ於テ此點ニ付キ異同ナキコト能ハス例之兄弟姉妹ノ間ニハ伊太利及我法典ニ於テハ此義務アリトスレトモ佛國法ニハ此規定ナシ又佛蘭西及ヒ伊太利ノ如キハ直系ノ姻屬間ニ扶養ノ義務アリトスレトモ我法典及ヒ英米ノ法律ニ於テハ之レナシトセリ此ノ如ク諸國ノ間ニ種々ノ異同アルヲ以テ國際私法上ノ問題ヲ生ス

扶養ノ義務ニ關スルコトハ家族ニ關スル問題ナルカ故ニ原則トシテ本國法ニ從

ハシムルヲ正當ナリトス人或ハ扶養義務ニ關スルコトハ所在地法ニ從ハシムルシ例之英人タル夫カ(英國法ニテハ直系ノ姻屬間ニ扶養ノ義務ナシトス)佛國佛國法ニテハ之アリトスニ來リテ英人タル婦ノ親ヨリ扶養ヲ得タシトノ請求ヲ受ケタルトキハ所在地法タル佛國法ニ從ハサルヘカラス何トナレハ佛國ニテ此ノ如ク直系姻屬間ニ其義務アリトノ法律ヲ作りタルハ國庫ノ負擔ヲ減センカ爲メナリ即チ若シ扶養ノ義務ヲ有スル者ヲ多クセサレハ扶養ヲ受クル能ハサル者生スルコト多ク之カ爲メニ國庫ノ負擔ヲ増スヘク國家ハ須ラク之カ救濟ノ策ヲ講セサルヘカラス故ニ所在地法ニ從テ扶養ノ義務ヲ認メサルヘカラサルナリト云フ者アレトモ余ハ考フルニ外國人カ內國ニ來リテ貧困ニ迫ルモ內國ハ之ヲ救助スルヲ要セス之ヲ外國ノ公使又ハ領事ニ告ケテ救助セシメテ可ナリ然ラハ外國人カ內國ニ來リテ扶養ヲ受ケサルモ毫モ內國政府ノ負擔トナルコトナク從テ公ノ秩序ニモ關セサルナリ即チ扶養ノ義務アリトシ又ハナシトスルカ如キハ內國人民ニ關シテノミ規定シタルモノニシテ外國ニ關係アルモノニアラス故ニ此場合ニハ本國法ヲ適用スルニ於テ毫モ差支アルコトナシト信ス



同國人間ノ問題トスレハ扶養ノ義務ハ如何ナル場合ニモ公ノ秩序ニ關係ナキモノナリ蓋シ扶養ノ義務ハ全ク私益ノ關係ニシテ毫モ公ノ秩序ヲ害スル場合ナキモノナレハナリ我人事編第二十七條ニ兄弟姉妹ノ間ニハ疾病其他本人ノ責ニ歸セサル事故ニ因リテ自ラ生活スル能ハサル場合ニ限り相互ニ養料ヲ給スル義務アリト規定セルヲ解シテ此場合ニハ我國ノ公ノ秩序ニ關スルモノナルカ故ニ例之佛國ノ如ク兄弟間ニ扶養ノ義務ヲ認メサル國ノ者カ日本ニ來リタル場合ニモ所在地法タル日本法ニ從ハシムヘシト云フ者アリト雖モ余ハ前述ノ理由ニヨリ其然ラサルヲ確信ス加之直系ノ親屬間ノ扶養義務ハ本國法ニ從フヘク傍系ノ場合ニハ所在地法ニ從フヘシト云フノ理由ヲ見出スニ由ナキナリ

以上ハ扶養ノ義務ヲ有スル者ト扶養ヲ受クル者トカ國籍ヲ同ウシタル場合ヲ想像シタルモノナルカ二者國籍ヲ異ニシテ一國ハ扶養ノ義務ヲ認メ他國ハ扶養ノ義務ヲ認メサルトキハ何レノ國法ニ從フヘキカ人或ハ凡テ扶養ノ義務ハ扶養ヲ受クル者ヲ利スル爲メナルカ故ニ扶養ヲ受クル者ノ利益ニ解釋スヘシト云ヒ或ハ扶養義務カ公ノ秩序ニ關スルトノ理由ヲ以テ許サレサルトキハ縱令其請求者

ノ本國法ニ於テ許スモ被請求者ノ本國法ニテ公ノ秩序ニ關スルトノ理由ヲ以テ許サレサルトキハ請求者ハ之ヲ請求スルコトヲ得ス而シテ請求者カ自己ノ本國ニ於テ被請求者ニ請求スル場合ト被請求者ノ本國ニ於テ請求スル場合トヲ問ハスト云ヒ或ハ凡テ請求者ノ本國法ニ從フヘシト云ヘリ

國籍ヲ異ニスル者ノ間ノ關係ニハ公ノ秩序ニ關スル問題トナルコトアルヘク即チ外人ノ爲メニ請求ヲ受ケテ其結果トシテ國ノ財産ノ減少スルヲ慮ルコトアルカ故ニ此場合ニハ余ハ第二說ニ贊同ヲ表スルモノナリ

扶養ヲ受クル者又ハ之ヲ與フル者カ其親屬的關係ヲ生シタル後國籍ヲ變シタルトキハ扶養義務ノ問題ハ國籍變更後ノ國法ニヨリテ決スヘキカ又ハ親屬的關係發生當時ノ國法ニヨリテ決スヘキカ扶養義務ノ範圍如何及ヒ有無如何ノ如キハ凡テ親屬關係ノ發生ト共ニ定マリタルモノナルカ故ニ悉ク其發生國ノ法律ニヨリ決スルヲ正當ナリトス

### 第五章 物權

#### 第一節 總論



動産、不動産カ何レノ國法ニ從フヘキヤニ付テハ古來大別シテ三個ノ説アリ  
第一、動産及ヒ不動産共ニ所在地法 (Lex rei sitae) ニ從フトノ説

此説ハ第十九世紀ノ中葉ヨリ最モ盛ニ行ハル、所ニシテサビニ一氏ノ如キハ例  
之當事者カ不動産ニ付テ何レノ國ノ法律ニ從フヤヲ定メサルトキハ是レ任意ニ  
其所在地法ニ從フコトヲ默諾シタルモノナリト云ヘリウエヒテル、パール、ウエスト  
レーキ、ホワートン諸氏皆此説ヲ取り動産ニ付テモ亦然リ例之バイエルン、索遜民  
法第十條、白耳義民法草案第五條、獨逸民法草案第十條、ベルン民法第四條、我法例第  
四條、白耳義及ヒ獨逸裁判所ノ判決例ハ皆ナ此主義ヲ取レリ佛國ニ於テモ動産ハ  
人ニ從フ (Mobilia sequuntur personam) ナル古代ヨリ行ハル、原則ハ包括財産トシテノ  
動産ニノミ適用セラルヘキモノニシテ單一個々ノ動産ニ適用セラル、モノニ非  
ストセリ又或人ハ動産ハ人ニ從フトノ原則ハ人ノ相續及ヒ婚姻上ノ財産ニ付テ  
ノミ適用スヘキ原則ナルニ過ツテ之チ一般ニ及ホサントスルモノナリト云ヘリ  
例之普魯士普通法ニ關シテ著述ヲナセル者ノ如キハ此種ノ説ヲ取ルモノニシテ  
普魯士普通法典總論第二十八條、奧地利民法第三百條ノ如キ皆動産ハ人ニ從フト

ノ原則ヲ認ムレトモ此規定ハ事實上適用スルコト能ハサルモノニシテ相續上又  
ハ婚姻ノ財産ニ關シ即チ包括財産ノ一成分トシテ此原則ヲ適用スヘキモノナリ  
トセリ伊太利民法前加編第七條ハ動産ハ所有者ノ本國法ニ從フトノ原則ヲ取レ  
トモ又動産所在地ノ法律ニ反スルトキハ此限ニアラストセリ英吉利及ヒ北米合  
衆國ノ判決例ニ於テハ動産ハ所在地法ニ從フモノナルコトヲ認メタリ裁判官ニ  
シテ或ハ動産ニ一定ノ所在ナシトノ議論ヲ持スル者アリト雖モ動産ニ其所有者  
ノ本國法又ハ住所地法ヲ適用スヘシト云ヒタル者ナシ  
動産、不動産ハ其所在地法ニ從フトノ議論ノ根據甚々多シト雖モ其極メテ著シキ  
ハ一國ノ主權ハ其全土ニ及フトノ觀念及ヒ不動産ノコトハ一國ノ政略ニ關スル  
コト多シトノ理由ニ基キタルモノニシテ從テ其土地及ヒ其土地ノ上ニ在ルモノ  
ハ凡テ所在地法ニ從フヘシト云フナリ而シテ若シ所在地法ニ依ラストスレハ極  
メテ大ナル不便アリ例之所有者ノ本國法又ハ住所地法ニヨルヘシトスレハ國チ  
異ニスル甲乙二人カ丙國ニ財産ヲ共有スル時ハ甲者ノ本國法又ハ住所地法ニヨ  
ルカ又ハ乙者ノ本國法又ハ住所地法ニヨルカ明カナラス又右ノ如キ場合ニ本國



法又ハ住所地法ニヨルト云ハ、其財産ノ所有者ハ何人ナルヤニ付テハ何レノ國ノ法律ニヨルヘキカ即チ先ツ何レノ法ニヨリテ所有者タル者ヲ定ムヘキヤチ豫定セサルヘカラサルノ困難アリ又行爲地法ニヨルトセハ其財産ニ付キ異ナリタル二個以上ノ地ニ於テ行爲ヲナセルトキハ何レノ行爲地法ニ從フヘキカ明カナラス裁判所々在地法ニ從フトセハ財産ニ付テ既ニ定マリタル權利ヲ如何ニスルヤニ付キ裁判所ガ宣告ヲナスヘキモノナルニ裁判所々在地法說ニ從ヘハ裁判所所在地法ニ依テ權利ヲ定ムルコト、ナルヲ以テ從テ前ニ得タル權利ヲ止メテ新ナル權利ヲ生セシムルコト、ナルヘシ又裁判所々在地法ニヨレハ判決ヲ下スモ執行ヲナスコト能ハサルノ不便アリ何トナレハ裁判所々在地法ノ權力ハ動産、不動産ノ所在地法ニ背反シテ之ヲ強制スルコト能ハサレハナリ是レ豈不都合ノ極點ニアラスヤ故ニ物ノ現在地ハ其物ノ權利關係ヲ左右スルモノナリトノサビニ  
 川氏ノ說ニ從ヒ動産、不動産ハ其所在地法ニ從フトスルヲ適當トス

此ノ如ク動産、不動産ハ其所在地法ニ從フト云フト雖モ又全ク例外ナキコト能ハス例之旅行者ノ衣服貨物ノ如キハ常ニ轉輸スルモノナルカ故ニ所在地ナキモノ

ニ同シ故ニ其物ノ靜止スヘキ所チ所在地トナシ其地ノ法律ニ從ハシムヘシト云フ者アレトモ現在其物ノ存在セス又未ダ所持者ト關係ナキ地ノ法律(靜止地ノ法律)ニ從ハシムヘシト云フハ不穩當ナルカ故ニ動産所持者ノ本國法ニ從ハシムヘク若シ旅行滯在中ノ或ル地ノ法律カ己レニ利益アリトセハ所持者ヨリ其利益アルコトヲ證明シテ所在地法ニ從ハシムルコトヲ得

我法例第四條ハ動産、不動産ハ其所在地ノ法ニ從フト規定シタレトモ如何ナル點マテ所在地ノ法ニ從フト云フモノナルカ極メテ明白ナラス先ツ主トシテ所在地法ニヨラスシテ可ナル場合二個アルコトハ我法例ノ規定ニヨリテ實ニ明瞭ナリ即チ其第一ハ第四條第二項ニ相續及ヒ遺贈ニ付テハ被相續人及ヒ遺贈者ノ本國法ニ從フトノ例外、第二ハ法例第五條ニ外國ニ於テ爲シタル行爲ニ付テハ當事者ノ明示若クハ默示ノ意思ニ從ヒ何レノ國ノ法律ヲ適用スルヤチ定ムトアルコト是ナリ(故ニ動産、不動産ニ付テモ外國ニ於テ爲ス行爲ニシテ當事者ノ明示若クハ默示ノ意思ニヨリ或他ノ國ノ法律ニ從フト云フ場合ニハ動産、不動産所在地法ニヨラスシテ可ナリ)而シテ此他ニモ尙ホ諸種ノ例外アルヘキカ故ニ第一ニ動産、不



動産ニシテ所在地ノ公ノ秩序、政署上ニ關スル場合ハ其所在地法ニ從フヘク第二ニ性質上其所在地法ニ從ハサルヘカラサルモノハ亦所在地法ニ從フヘシト云フニ歸スルナリ

不動産ハ所在地法ニ從フヘシトノ説ハ古來ヨリ行ハル、所ニシテ例之羅馬ニ於テハ土地ニ關スル訴訟ハ本籍地ノ裁判所ニモ所在地ノ裁判所ニモ訴フルコトヲ得ヘシトナシタルカ後ニ至リテハ所在地ノ裁判所ニノミ訴フヘシトシ中古封建時代ニ於テハ土地ニ關スルコトハ諸侯カ其土地ニ建設セル裁判所ニ訴フヘシトシ近代ニ至ルマテ此原則ハ繼續シテ行ハレ居レリ

第二、動産ト不動産トヲ區別スヘシトノ説

不動産ハ其所在地法ニ從フヘシトシ動産ハ其住所地又ハ本國法ニ從フモノトス不動産ニ付テハ前ニ述ヘタルカ如ク國家ノ主權ハ其全土ニ及フモノナルカ故ニ動産ニモ及フトノ理由及ヒ不動産ハ其相續例之分割相續ヲ許スト否トノ如キハ一國ノ經濟、政策、政署ニ關係スルコト極メテ大ナルカ故ニ所在地法ニ從フヘシトノ理由ニ基キ動産ニ付テハ動産ハ定マリタル場所ヲ有スルモノニ非スシテ所

有者ニ屬スルモノナリ故ニ所有者ノ本國法又ハ住所地法ニ從フヘシ然ラサレハ動産カ現在スルト云フ偶然ノ出來事ヲ以テ決定スルノ不便不利アリトノ理由右第一理由動産ハ所在地法ニ從フトスレハ一個ノ所有者カ所々ニ動産ヲ有スル場合ニハ一々其所在地法ニ從ハサルヘカラスシテ從テ一々其地ノ法律ヲ知悉セサルヘカラサルノ不便アリ又此ノ如ク區々ノ法律ニヨリテ支配セラル、トキハ所有者ノ煩累ハ洵ニ極リナカルヘク又運送貨物、郵便物ノ如キハ所有者タル者己レノ貨物カ何レノ地ニ在ルヤ到底之ヲ知ル能ハサルコトアリ自己ノ知ルコト能ハサル法律ニ支配セラレサルヘカラスト云フカ如キハ不利不便ノ至リナリトノ理由(右第二理由)ニヨルナリ

此主義ヲ取ル者ハ前ニ述ヘタルカ如ク奧地利民法、普魯士普通法、伊太利民法、西班牙民法ノ如シ而シテ佛蘭西民法第三條第二項、和蘭民法第七條ノ如キハ不動産ニ付テハ其所在地法ニ從フ旨ヲ規定スレトモ動産ニ關シテハ明文ヲ設ケス而シテポチエー、メルラン、ストーリー等ノ學者ハ此説ヲ取レリ然レトモ此説ハ近來ニ至リテ漸ク其地步ヲ失スルニ至リ此ノ如ク動産ト不動産トニ付キ區別アリト唱フ



ル學者ト雖モ種々ノ例外ヲ認ムルニ及ヘリ例之不動產ト雖モ其讓受渡ニ關スル能力ハ不動產所在地法ニヨラスシテ所有者ノ本國法ニヨルト云ヒ動產モ時トシテハ所在地ノ法律ニ從フコトアリト云フカ如ク動產ノ點ヨリモ不動產ノ點ヨリモ共ニ例外ヲ生スルニ至レリ加之此說ハ動產ト雖モ所在地ノ國家經濟上、政略上ニ關係アリトノコトヲ認メサルモノナリ

第三、本國法說

此說ハ伊太利派ノ學者即チフイオレー、ワイス、ローラン等ノ取ル所ニシテ此派ノ說ニヨレハ法律ハ人ノ上ニ行ハル、モノニシテ物ノ上ニ行ハル、モノニアラス事苟モ公ノ秩序ニ關セスシテ單ニ私益ノミニ關スルコトナラハ其人何處ニ行クモ本國法ハ其人ノ上ニ行ハル、モノニシテ動產、不動產ノ如キモ亦其所有者ノ本國法ニ從テ左右セラルヘキナリ佛國民法又ハ伊太利民法ニ不動產ハ其所在地法ニ從フトノ明文アレトモ是レ唯其不動產ニ關シ公ノ秩序ニ關スル場合ノミヲ指シタルモノニシテ然ラサル限リハ其本國法ニ從フヲ原則トスルモノナリト然レトモ此說ヲ取ル者ハ右ノ公ノ秩序ニ關スル場合ヲ極メテ廣ク認ムルカ故ニ其實際ニ於テハ所在地法ニ從フトノ說ト殆ント相徑庭ナキニ至ルモノナリ

第二節 所有權

所有權ノ性質、物ノ區別、所有權保護ノ方法ノ如キハ悉ク所在地法ニ依リテ定ムヘキナリ唯問題トナルヘキハ所有權ニ關スル能力ハ如何ナル法律ニ從フヘキヤ是ナリ身分能力ハ本國法ニ從フヘシトノ原則ハ此場合ニ動產、不動產ハ其所在地法ニ從フトノ原則ニ優ルヘキモノナルカ將タ劣ルヘキモノナルカ身分能力ハ本國法ニ從フヘシトハ一般ノ原則ニシテ動產、不動產ハ所在地法ニ從フヘシトハ特別ノ原則ナルカ故ニ此場合ニハ特別ノモノ優先權ヲ有スヘシトハ一般ノ思考ナルヘシ故ニ英米ノ學說及ヒ實際ニ於テハ所有權ニ關スル能力ノコトハ所在地法ニ從フヘシトセリ而シテ英米等ノ諸國ニ於テハ享有能力ト行爲能力ノ區別ヲ認メサルナリ然レトモ享有能力ト行爲能力トノ區別ヲ認ムル國例之獨逸國ノ如キハ此能力ノ異同ニヨリテ又原則ニ異同ヲ生スヘシ享有能力ハ其物件所在地ノ公ノ秩序ニ關スルコト極メテ多シ例之或ル不動產ハ之ヲ外國人ニ所有セシメスト云フカ如キ又ハ或ル不動產ハ何人ニモ所有セシメスト云フカ如シ然レトモ行爲能



力ハ其人ノ如何ナル行爲ヲナスヤノ能力ヲ定ムルモノナルカ故ニ其本國法ニ從ハシムルコト蓋シ至當ナリ

本國法說ヲ絶對ニ取ル者ハ主張シテ曰ク所有權就中不動産ニ關スルコトニ付テハ所在地ノ公ノ秩序ニ關スルコト極メテ多シ從テ此理由ヲ以テ所在地法ニヨルヘキコトナルコトアリテ其多少ヲ比較セハ却テ所在地法ニヨルヘキ場合多キニ至ルヘシト雖モ結果ノ多少ヲ以テ原則ヲ左右スルコト能ハスト然レトモ余ハ既ニ總論ニ述ヘタル所ノ理由ニヨリテ動産、不動産ハ所在地法ニ依ルヘシトノ原則ヲ取ルチ可ナリト信ス

本國法ニヨルヘシトノ說ヲ唱フル者ハ如何ナルコトカ公ノ秩序ニ關スルモノナルヤヲ定メントシテ所有權ノ組織、土地ニ關スル制度ノ如キハ即チ是レナリト云ヘリ而シテ尙ホ此種ノ論者ハ所有權ト人トノ關係密接ナル場合ニハ即チ人ニ關スルモノナルカ故ニ所有者ノ本國法ニ從フヘキモノナリトスレトモ所有權其モノニ關シテハ所在地法ヲ適用スヘシトセリ故ニ此點ヨリ見レハ所在地法說ト同一ニ歸着スルモノナリト云フヘシ例之此說ニ依レハ第一、所有權ノ内容例之虛有

權ト用益權トノ區別第二、所有權ノ制限例之自由ニ自己ノ所有地内ニ健康ヲ害スル物ノ製造場ヲ設クル能ハサルコト、危險物ノ製造場ヲ設クル能ハサルコト、砲臺又ハ隣家トノ間ニ一定ノ距離ヲ設クヘキコト、土地收用ノコト第三、動産不動産ノ性質ヲ定ムルコト第四、所有權ノ目的物例之融通物、不融通物ノ決定ノ如キハ皆所在地法ニヨルヘシト云フニ在リ此ノ如ク原則トシテハ本國法主義ヲ取レトモ例外タル所在地法ヲ適用スル場合ヲ認ムルコト多キヲ以テ其結果ニ至リテハ即チ大ナル差違ナキナリ

不動産及ヒ動産ノ取得、移轉ノコトモ亦所在地法ニ從フヘシ取得、移轉ノ能力ノコトハ本國法ニ從フト雖モ前ニ述ヘタル理由ニヨリ行爲能力ノミ本國法ニ從フヘク享有能力ハ所在地法ニ從フヘキナリ

今所有權ニ關スル重大ナル問題ニ付キ二三ノ説明ヲ加フルコト左ノ如シ

一、物カ主タルカ、從タルカハ苟クモ當事者ノ特段ノ意思ナキ限りハ亦其物ノ所在地法ニヨリテ之ヲ定ム人或ハ物カ從タルハ主タル物ニ對シテ云フモノナルカ故ニ從タル物ハ主タル物ノ所在地法ニ從フヘシト云フモノアレトモ此ノ如キハ



疑ヲ以テ疑ヲ解クノ議論ニシテ此場合ニ於テハ或物カ主タルヤ從タルヤヲ決スルモノナレハ主タル物、從タル物カ決シタル後ニ起ル問題ニ非ス從テ未ダ主從何レナルヤ不明ナルニ主タル物ノ所在地法ニヨリテ決スヘシトノ理由生スルコト決シテ之ナキナリ

既ニ或物カ主タル物ナルコト確定シタル後ニ於テモ之カ附屬物ハ亦其物ノ所在地法ニヨリテ決定スヘシ蓋シ主タルヤ從タルヤヲ定ムルハ又土地ノ上ニ在ル物ニ關スル問題ナレハナリ

二、所有權ノ制限例之葉煙草ハ個人之ヲ所有スルコト能ハストノコトノ如キ鴉片、爆發物、火除場、相隣權ノ如キ其他土地收用條件ノ如キ皆物ノ所在地法ニヨリテ決定スヘシ

三、所有者カ占有者ニ對シテ物ノ引渡訴訟ヲ起シタルトキハ物ノ實質的ノ性質ニ關スルコトナルカ故ニ其執行ハ訴訟地法ニ從ハスシテ財產所在地ノ法律ニ從フ然ラサレハ訴訟地ノ裁判所カ實際執行シ能ハサルノ不幸ヲ來スコトアルヘシ

四、善意ノ所有者又ハ善意ノ占有者カ動產取戻ノ訴訟ヲ起ストキ之ニ制限ヲ付スルコトアリ此制限ハ動產所在地法ニ從フテ原則トスレトモ所有者又ハ占有者ヲシテ利益アルコトヲ證明セシメタル曉ニハ其本國法ヲ適用スルコトヲ得セシムヘシ

五、登記 登記ハ所有權移轉ノ效果ニ關スル一個ノ問題ナリ佛蘭西及ヒ佛法系ノ諸國ニ於テハ合意アルトキハ直チニ所有權ハ移轉スヘシトシ不動產ノミハ合意アリテ而シテ後登記ヲナスコトアルモ登記ハ第三者ニ對シテ効力アルノミニシテ當事者間ニハ登記ナキモ所有權ノ移轉ハ既ニ之アリタルモノト見ルナリ之ニ反シテ獨逸及ヒ獨逸法系ノ諸國ニ於テハ不動產ハ單純ノ合意アルノミニテハ移轉スルコトナク移轉ニハ登記ヲ必要トシ動產モ亦單純ノ合意アルノミニテハ移轉スルコトナク引渡アリテ初メテ移轉スルモノトセリ此場合ニ於テ例ヲ舉ケテ説明ヲ加ヘンニ佛人カ獨逸ニ於テ有スル自己ノ不動產ヲ他ノ佛人ニ賣渡サントシ其合意ハ佛國ニ於テ之ヲナストキ即チ當事者ノ本國法モ契約地法モ不動產ノ移轉ニ登記ヲ要素トセサルモ不動產所在地法カ之ヲ必要トスルトキハ所在地ノ法律ニ從ハサルヘカラサルナリ我法例第十二條ニ



第三者ノ利益ノ爲メニ設定スル公示ノ方式ハ不動産ニ係ルトキハ其所在地ノ法律、他ノ場合ニ於ケルトキハ其原因ノ生シタル國ノ法律ニ從フト規定シタルハ明カニ所在地主義ヲ取りタルモノナリ

而シテ右ニ擧ケタル原則ハ獨リ登記ニ關スル問題ニ止マラス一切ノ第三者ノ利益ノ爲メニスル公示方法ニ適用スヘキナリ尙ホ獨リ第三者ノ利益ノ爲メニスルモノ、ミニ止マラス當事者間ニ於テスル公示ノ方法ニモ亦適用スヘシ即チ例之獨逸ノ如ク雷ニ第三者ノ利益ノ爲メニスルノミナラス當事者間ニテ既ニ登記ナケレハ不動産移轉ノ効力ナシトスル國ニテハ第三者ノ利益以外ノ關係トスルト雖モ尙ホ所在地法ニ從フヘキナリ第三者ノ利益ノ爲メ云々ト云フハ第三者カ之ヲ知ラサレハ當事者間ニ移轉シタルコトヲ知ラスシテ舊所有者ヲ現所有者ナリト信シテ之ト賣買ノ契約ヲナスカ如キコトアラントスルヲ恐レタルモノニシテ即チ公ノ秩序ニモ關スルカ爲メナリ當事者間ニ有効ナリトスルモ亦公ノ秩序ニモ關スルコトナレハ益々所在地法ニ從フヘキモノナル理由明白ナリ英國ノ如キハ不動産移轉ニ登記ヲ必要トセサルカ故ニ英國ニ在ル不動産ニ付テハ外人タル

所有者カ外國ニテ契約ヲナス場合モ亦登記ヲ要セサルナリ

六、取得時効ハ動産、不動産ニ關スル所在地法說ノ一般ノ原理ニヨリ所在地法ニ從フヘキノミナラス本國法說又ハ動産、不動産ニヨリ區別ヲ立ツヘシトノ說ヲ取ル者ト雖モ尙ホ之ニ所在地法ヲ適用スヘシト云ヘルハ是レ其所在地ノ公ノ秩序ニ關スル問題ナルヲ以テナリ而シテ取得時効ヲ設クル理由ノ利益ニ出ツルト否トチ問ハサルナリ即チ時効ノ制ヲ設クルハ或ル財産ニ所有者ノ曖昧ナルハ國家經濟紊亂ノ端緒ナルカ故ニ即チ惡意ノ占有者アルトキ所有者タル者幾十年ノ久シキ之ニ對シテ訴權ヲ行ハサレハ是レ其物ニ對スル權利ヲ拋棄シタルモノナリ凡ソ物ハ之ヲ薄遇スル者ノ手ニ置クヨリ之ヲ厚遇スル者ノ手ニ置クヲ以テ優レリトナス故ニ國家經濟ノ上ヨリ見テ時効ハ公ノ秩序ニ關スル問題ナリト云フコトヲ得ヘシ余ハ此種ノ理由ナキモ一般ノ所在地法說ノ理由ニヨリテ所在地法ニ從フヘシトノ說ヲ取ル者ナレハ況ンヤ此種ノ理由アルニ於テハ益々所在地法ニ從フノ正當ナルヲ知ル

英國ニ於テハ動産ニ關スル時効ハ之ヲ以テ權利取得ノ方法トナサズ又所有者ノ



權利カ消滅シタルモノトモ見スシテ唯裁判所ハ一定ノ期間經過シタル後ニハ所有者ノ訴權ヲ認メストスルナリ故ニ人或ハ之ヲ解シテ是レ權利ノ實質ニ關スル問題ニアラス單ニ期間ノ問題ナルカ故ニ訴訟手續ノ問題ナリ從テ英國ニ在ル動産ニテモ外人カ所有者ナルトキハ外國ハ其國法ニ依リテ其時効ヲ適用スヘシ英國法ニヨルヲ要セス不動産ニ付テハ英國ニ於テモ所有者ノ權利ノ消滅スルモノトシ權利ノ實質ニ關スル問題ナルカ故ニ時効ノコトモ亦英國法ニヨルヘシト云フ者アリ余ハ右ノ說即チ英國ニ在ル動産ノ時効ニ關シテハ英國法ヲ適用セスシテ可ナリトノ說ニ反對ヲ唱ヘ所在地法說ノ根據トシテ行爲能力以外ノコトハ所在地法ニヨラストノ例外ナナスコトヲ認メサル者ナルカ故ニ凡テ所在地法ニヨルヘシトノ說ヲ取ルナリ以上ノ問題ニ付テ反對論者ハ權利ノ實質ニ關スル問題ニ非スシテ訴訟手續ニ關スル問題ナリト云フト雖モ實際ニ於テハ訴訟手續ノ結果トシテ權利ノ實質ニ影響ヲ及ホスモノナルカ故ニ其國法ノ理由如何ヲ問ハス英國法ニ從フヘシトスルヲ可ナリトス

ストーリー氏等ノ說ニヨレハ時効ハ權利ヲ保護シ詐欺ヲ防キ證據ヲ湮滅セシメ

サラソカ爲メニ公益上ヨリ定メタル訴訟休止ノ規則ナレハ權利ノ取得又ハ喪失ニ關スル問題ニ非スシテ唯權利ヲ救済スル問題ナリ故ニ訴訟地法ニ從フヘシト云フト雖モ前ニ述ヘタル英國ノ如キ國ニ非サル限りハ時効ニヨリテ實際權利ノ實質ヲ定ムルコトモアルヘク又訴訟地法ニヨレハ訴訟地カ裁判ヲナシタル後實際執行ヲナスコト能ハサルノ不便アルヘシ

動産ニ關スル時効ノ問題ハ所在地法ニ從フチ原則トシ利益ノ證明舉リタルトキハ當事者ノ本國法ニ從フチ可ナリトス動産ノ時効ニ關シテハ各國其期間ヲ異ニシ佛國ニテハ動産ニ關スル時効ハ即時々効トシ盜品又ハ遺失物ニ關スル時効ハ三箇年トシ伊太利ハ二箇年トシ普魯西ニ於テハ動産モ亦不動産ト均シク四十年トス

〔動産ハ所有者ト一體ヲ爲スモノナリ〕又ハ〔動産ハ法律ノ擬制ニヨリテ常ニ所有者ノ住所ニ在リト見ル〕トノ學說ヲ主張スル者ハ動産ハ所有者ノ住所地法又ハ本國法ニヨルト云フナリ即チ所有者甲國ニ在リ其動産乙國ニ在ルモ猶ホ甲國ニ在ルカ如シトノ擬制ニヨリタルモノナリト云フナリ然レトモ此說ニ依ルトキハ左ノ



數個ノ缺點アリ

一、所有者ノ本國法又ハ住所地法ニヨルト云フモ所有者ナリト主張スル者數名アルトキハ何人ノ本國法又ハ住所地法ニヨルカ不分明ナリ又所有者ノ本國法又ハ住所地法ニヨルヘキカ又ハ占有者ノ此等ノ法ニ依ルヘキカ明カナラズ

二、住所地法ニ依ルトセハ所有者カ住所ヲ變シタルトキハ前ノ住所地法ニ依ルヘキカ後ノ住所地法ニ依ルヘキカ明カナラズ又占有者ト所有者トノ間ニ法律關係ノ生シタルトキノ所有者ノ住所地法ニ從フヘキカ或ハ其後ノ所有者ノ住所地法ニ從フヘキカ明カナラズ

三、所有者ノ本國法又ハ住所地法ヲ適用ストスルモ其法律カ動産所在地ノ法律ニテ定メタル時効ニ關スル法則ト異ナル場合例之其人ノ本國法又ハ住所地法ニテハ之ヲ時効ニヨリテ取得スルコトヲ許ストスルモ動産所在地ノ法律カ時効ニヨリテ取得スルコトヲ禁スルトキハ本國法又ハ住所地法ハ強制執行ヲナスコト能ハサルノ不都合アルニ非スヤ

此等ノ不利アルノミナラス若シ所在地法ニ從ハストスレハ所在國ノ國家經濟ヲ紊ルコト甚シ國家カ動産ニ付テ時効ノ期間ヲ定ムルハ其期間ヲ限度トシテ此ヨリ以上又ハ以下トスルトキハ自國ニ在ル富ノ一部タル財産ニ付キ大ナル不利アリトスルナリ故ニ公ノ秩序ナル思想ノ上ヨリ見ルモ亦所在地法ニ從ハサルヘカラサルナリ

茲ニ時効ノ期間計算ニ付キ一個ノ疑問アリ時効ヲ二年トスル國ニ在リタル財産ニ箇年ノ時効ニヨリテ取得セラレタル後時効ヲ三年トスル國ニ移轉シタルトキハ未ダ時効ニ罹ラストスルカノ問題はナリ例之伊太利ニ在リテ某者財産ヲ占有スルモ是レ佛蘭西ニ於ケル盜品ナリ之ヲ伊太利ニ携歸リテ二箇年ヲ經過シ時効ニヨリ取得シタル後更ニ佛國ニ其財産ヲ持行キタリトセンニ未ダ三年ノ期間ヲ經サルトキハ時効ニヨリテ取得セラレタルモノナリトスルコトヲ得サルカ占有者ハ既ニ伊太利ニ於テ時効ニヨリテ取得シタルモノナレハ其物ノ上ニ既得權ヲ有シ從テ完全ナル所有權ヲ有スルモノナレハ更ニ後ニ至リテ佛國ニ赴キ佛國ノ法律ニテ如何ナル規定アルモ之レカ爲メニ左右セラル、コトアルヘカラス係爭



物ナル動産係争中ニ所在地ヲ變更シタルトキハ争ノ起リタルトキノ動産所在地法ヲ適用スヘキカ又ハ現在ノ所在地法ヲ適用スヘキカ例之佛國ハ盜品及ヒ遺失物以外ノ動産ニ付キテハ即時々効ヲ認ムルコト前ニ述ヘタルカ如シ今動産ニモ四十年ノ時効ヲ認ムル普國ニ於テ四十年ヲ經過セザリシ間ニ所有者ヨリ占有者ニ對シテ訴訟ヲ提起セリ然ルニ半ハニシテ其動産ハ佛國ニ移レリ斯ル場合ニハ佛國法ニ從ヒ即時々効ニヨリテ占有者ハ之ヲ取得スルコトヲ得ルカ若クハ普國ニ在リシ如ク四十年ノ經過ヲ俟タサルヘカラサルカ人或ハ係争ノ始メハ普國ナルカ故ニ所有者ハ普國法ニ從フヘキ權利ヲ有シ從テ目的物タル動産ハ普國法ニ定ムル時効ニヨラサルヘカラスト云フ者アレトモ此場合ハ前ノ例ト異ニシテ未ダ目的物ニ關スルコト決定セサルモノナルカ故ニ苟モ目的物ノ所在地變更スル限リハ常ニ其所在地ノ法律ニヨラサルヘカラス

一國ニ於テ時効ノ幾分ヲ經過シタル後動産カ他國ニ移リタルトキハ前後之ヲ通算スヘキカ又ハ別々ニ計算スヘキカ例之善意正權原ニテ盜品又ハ遺失品ヲ占有シタル者初メ其動産ヲ佛國ニ置キ一十年ヲ經テ後之ヲ伊太利ニ移セリトセン斯ル場合ニハ更ニ伊太利ニテ二十年ヲ經過セザレハ時効ニヨリテ取得スルコトヲ得サルカ曰ク否其理由ヲ同フスルカ故ニ佛國ニ於ケル時期一十年ヲ加ヘ伊太利ニテ更ニ一十年ヲ經過セハ取得スルコトヲ得ヘシ

占有

第三節 占有

占有ニ關スルコトハ亦動産ニ付テモ不動産ニ付テモ所在地法ヲ適用スヘシ其理由ハ既ニ總論ニ述ヘタル所ニヨリテ盡セリ加之占有ノコトハ之ニヨリテ所有權ヲ取得セシムルモノナルカ故ニ公ノ秩序國家ノ經濟ニモ關係ス蓋シ物ヲ無主物トスルカ如キハ國ノ財政經濟整理ノ上ニ著シキ影響ヲ及ホスモノナレハナリ然レトモ占有ノ妨害ヨリ生シタル賠償ニ付テハ然ラス果實獲得及ヒ物ノ使用ニ關スル占有者ノ權利ハ占有取得ノ當時現在シタル地ノ法律ニ從フヘシ占有訴權ノ制限ニハ實質上ノモノト訴訟法上ノモノトアリテ甲者ハ其地ノ法律ニ從ヒ乙者ハ訴訟地法ニ從フヘシ

物上擔保

第四節 物上擔保

抵當

第一款 抵當



(第一) 抵當權ノ内容ハ又原則トシテ目的物所在地ノ法律ニ依ラサルヘカラス然レトモ此點ニ關シテハ諸國ノ法規一樣ナラス例之白耳義ニ於テハ法定ノ抵當ト合意ノ抵當ト遺言ノ抵當トヲ認メ佛國ノ法律ニテハ法定ノ抵當ト裁判上ノ抵當ト合意ノ抵當トヲ認メ獨逸ノ法律ニテハ遺言ノ抵當ト合意ノ抵當トノミヲ認メテ法定ノ抵當ト裁判上ノ抵當トヲ認メサルカ如シ而シテ此等諸種ノ抵當ニ付キ強テ所在地法ノミニ依ルコト能ハサルモノアリ今各種ノ抵當ニ付キ例ヲ擧ケテ之ヲ示サン

一、法定ノ抵當 法定ノ抵當ハ其所在地法之ヲ認メ抵當權利者ノ本國法亦之ヲ認メタル場合ニアラサレハ適用セラル、コト能ハサルナリ第一ニ所在地法カ之ヲ認メサル場合ニハ之ヲ適用スル能ハサルコト原則トシテ固ヨリ明カナリ次ニ所在地法ニテ認ムルモ本國法ニ於テ認メサレハ適用スルコト能ハストスル理由如何曰ク本國法ニ於テ之ヲ認メサルハ認ムルノ必要ナシト見タルカ故ニシテ例之被後見人タル未成年者カ後見人ノ財産ニ對シ、禁治產者カ其後見人ニ對シ、婦カ夫ノ財産ニ對シ法定ノ抵當ヲ有スルコトヲ所在地法ノ法律ニテ之ヲ認ムルモ其

人ノ本國法ニテ之ヲ認メサルハ本國法カ右ノ如キ抵當ヲ作ルノ方法ニテ被後見人又ハ婦ヲ保護スルノ必要ナシト見タルカ故ナリ然ルニ所在地法ニテ法定ノ抵當ヲ認ムルトノ理由ヲ以テ本國法カ認メサルニ拘ラス之ヲ許ストセハ是レ保護ヲ二重ニスルモノニシテ却テ本國法ノ主旨ニ反スルモノナリ何トナレハ本國法ハ他ニ善良完全ナル方法ヲ設ケテ之ヲ保護スル者ナレハナリ今例ヲ擧ケテ之ヲ示サンニ佛國ニテハ無能力者ハ後見人ノ凡テノ財産ニ對シ法定ノ抵當ヲ有ストスルニ伊太利法ニテハ無能力者ハ後見人ノ一定ノ限ラレタル財産ニ對シテノミ法定ノ抵當ヲ有ストセリ伊太利人タル被後見人ハ佛國人タル後見人ニ對シテ其後見人カ佛國ニ有スル財産ニ對シテハ限定ノ抵當權ノミヲ有スルニ過キス蓋シ伊太利ノ國法ニテハ限定ノ抵當權ヲ以テ伊太利人ニシテ無能力者ナル者ヲ保護スルニ足レリトノ主旨ナレハナリ然ラハ反對ニ佛蘭西人被後見人ニシテ伊太利人後見人ナリトシ右ノ佛人ハ後見人タル伊太利人ノ伊太利ニ於テ有スル財産ニ付抵當權ヲ有スルカ即チ被後見人タル佛人ノ本國法ニ依ルヘキカ又ハ後見人タル伊太利人ノ法即チ所在地法ニ依ルヘキカ惟フニ伊國ニ於テ限定ノ抵當ノミヲ許



可スルハ總テノ財産ニ付テ抵當權ヲ有スルコトヲ不可ナリト見タルカ故ナリ即チ自國ノ公ノ秩序ニ反スルト認ムルカ故ナリ是ヲ以テ此場合ニハ又佛人タル被後見人ノ本國法ニ從フコト能ハスシテ後見人タル伊太利人ノ財産ヲ有スル地即チ財産所在地法ノ法律ニ從ハサルヘカラス

以上述フル所ヲ要言スレハ法定抵當ニヨリテ利益ヲ受クル者ノ本國法モ財産所在地法モ共ニ認メタル場合ニ非サレハ本國法ニ從フコト能ハサルモノニシテ即チ本國法カ之ヲ認ムルモ所在地法カ之ヲ認メサル場合所在地法カ之ヲ認ムルモ本國法カ之ヲ認メサル場合ハ共ニ所在地法ニ從ハサルヘカラス

二、裁判上ノ抵當。裁判上ノ抵當ハ財産所在地ノ裁判所カ自己ノ下シタル裁判ノ執行ヲ安全ナラシメノカ爲メニ定ムルモノナルヲ以テ一ニ財産所在地ノ法律ニ依ラサルヘカラス其抵當ニヨリテ權利ヲ得ヘキ人ノ本國法ニ從フト云フカ如キハ毫モ理由ヲ見出スコト能ハサル說ナリ故ニ例之佛國ニテハ抵當權利者ハ債務者ノ總不動産上ニ抵當權ヲ有ストスルカ故ニ其關係者ノ何國人タルヲ問ハス凡テ佛國ニ在ル不動産ニ付テハ總不動産ノ上ニ抵當權ヲ有スヘク伊太利ニ於テ

ハ抵當權利者ハ唯債務者ノ限定不動産上ニミ抵當權ヲ保有ストスルカ故ニ伊太利ニ在ル不動産ニ對シテハ限定ノ不動産ニ付テノ外ハ抵當權ヲ有スルコト能ハサルナリ

三、合意ノ抵當。近世諸國ノ法律ハ合意ノ自由ヲ認ムルカ故ニ其結果トシテ又合意ノ抵當ヲ認メサルコトナシ即チ合意アル以上ハ一ニ當事者ノ合意ニ從テ抵當權ヲ認ムヘシ然レトモ一國カ公ノ秩序ニ關スルトノ理由ニヨリテ或ル一定ノ規則ヲ設ケタル以上ハ當事者ハ縱令合意ニヨルモ其一定ノ規則ヲ超ユルコトヲ得ス例之伊太利法ニテハ限定ノ抵當以外ノ抵當ヲ許サ、ルカ故ニ伊太利ニ在ル不動産ニ對シテ抵當義務者カ權利者ヲシテ總不動産上ニ抵當權ヲ得セシメントスルモ是レ法律上不可能ナリト云ハサルヘカラス故ニ合意ニヨル抵當ハ公ノ秩序ヲ害セサル以内ニ於テノミ有効ナリト云ハサルヘカラス

四、遺言抵當。遺言ノ抵當ハ不動産所在地法ニ從フヘキモノナリ遺言ノ形式ハ



又所在地法ニ從フヘキモノナルカ人或ハ形式上ノ規定ハ財産ニ關スルモノナルカ故ニ均シク所在地法ニ從フヘキモノナリト云フモノアリト雖モ場所ハ行爲ヲ支配スレフ原則ニヨリテ形式上ノコトハ行爲地ノ法律ニ從ハサルヘカラス若シ遺言抵當ニ付キ一々財産所在地法ニヨラサルヘカラストセハ一人カ數國ニ財産ヲ有スルトキ死ニ瀕シテ抵當ヲ設ケントスルニ數個ノ遺言書ヲ作ラサルヘカラス死ニ瀕スルノ人焉ソ此ノ如キ閑日月ヲ有セシヤスト「リ」氏ハ所在地法說ヲ取リテ曰ク不動産ノ遺言上ノ處分ハ行爲地法ニヨルトスレハ一國ノ不動産ニシテ一人ノ所有ノ下ニ立ツモノカ數個ノ法律ニヨリテ左右セラレサルヘカラスト是レ例之甲者カ甲國ニ不動産ヲ有スル場合ニ其一分ニ付テハ乙國ニ於テ他ノ一分ニ付テハ丙國ニテ抵當權利ヲ與ヘントスレハ其不動産ニ付キ二國以上ノ法律ヲ適用セサルヘカラスカ如キ場合ヲ指シタルモノニシテ從テ二個國以上ノ法律ヲ知ラサルヘカラスシテ繁雜極リナキニ至ルヘシトノ理由ニ出テタルモノナリ然レトモ此說ハ從來慣行セラル、場所ハ行爲ヲ支配ス」トノ原則ヲ度外視シタルモノナルカ故ニ我輩ノ取ラサル所尙ホ委曲ハ次章第三節場所ハ行爲ヲ支配

ストノ原則ヲ論スル所ニ於テ詳述スヘシ

遺言抵當ノ能力ニ關スルコトハ又本國法ニヨラサルヘカラス是レ身分能力ハ本國法ニ從フトノ原則ノ適用ナリ若シ之ヲ行爲地法又ハ所在地法ニヨルトスレハ甲國ニ在テハ遺言抵當ノ能力ヲ有スル者ハ乙國ニ在テハ其能力ナク丙國ニ在テハ又其能力アリト云フカ如キ不都合ヲ來スヘシ

(第二) 抵當ノ目的ニ付テモ亦所在地法ニ從フヘシ例之我國及ヒ佛國ノ法律ニ於テハ動産ハ質權ノ目的物トナルノミニシテ抵當ノ目的物トスルコトヲ得ス故ニ動産ヲ抵當トスル法律アル國人カ日本又ハ佛國ニ動産ヲ有スルトキハ其動産ハ抵當權ノ目的物トナルコト能ハス此目的物ニ關シ最モ重要ナルモノヲ船舶トスル佛蘭西及ヒ白耳義等ノ判決例ニ於テハ獨リ抵當ノコトニ關セス凡テ船舶ハ其所在地法ニ從フヘシトスレトモ英米獨ノ判決例ニ於テハ其國籍ノ法律ヲ適用スルコト、セリ蓋シ船舶ハ海賊船ニ非サル限りハ凡テ國籍ヲ有スルモノナレハナリ而シテ近來諸國ノ傾向ハ皆後說ニ從ヒ船舶ニ關スル物權ハ凡テ船ノ國籍法(Law of flag)ニ從フヘシトセリ千八百八十五年ノ白耳義アンベルノ萬國商法會議ノ議



決亦之ニ一致シ千八百八十九年ノ葡萄牙商法第四百八十七條モ亦此主義ヲ取リ船舶ノ所有權、船舶上ノ先取特權及ヒ抵當權ノ如キハ船舶ノ本國即チ國籍法ニ從フヘキモノトセリ

船舶ハ既ニ動産ナリ動産、不動産ハ所在地法ニ從フトハ近世諸國ノ一般ニ認ムル所ニシテ且余ハ本章ノ總論ニ於テ此原則ニ贊同スル所以ヲ述ヘタリ然ルニ此原則ヲ認ムル學者ニシテ尙ホ且船舶ニ限リ其國籍法ニ從フヘシトスル理由ハ種々アリ第一、船舶ハ土地ノ延長シタルモノト看做スコトヲ得ヘク公法上ノ關係ヲ除キタル以外ニ於テハ縱令外國ノ領海内ニ在ルトキト雖モ本國ノ法律ニヨリテ支配セラルヘキモノナリ蓋シ船舶ハ即チ本國ノ土地ノ一部ト見タルノ結果ナリ而シテ現今ニ於テハ私法上ノ關係ニ於テハ實際外國ノ船舶カ自國ノ領海内ニ在ルトキト雖モ自國ノ法律ヲ適用セサルナリ第二、一般ノ財産特ニ動産ハ國籍ヲ有スルコトナシト雖モ船舶ノミハ國籍ヲ有セリ此點ハ船舶カ人ニ類似スル所ナリ人ハ或國ノ國籍ニ屬シ外國ニ赴クモ必スヤ本國法ニヨルヘキコトアリ然レトモ動産ハ之ニ反ス唯船舶ハ人ト同シク國籍ヲ有スルカ故ニ又本國法ニヨルヘシトノ

理由生スルナリ第三、動産カ國籍ヲ有セサルニ船舶ノミカ之ヲ有スルコトヲ得ル理由如何曰ク動産ニ國籍ヲ有セシムルコトヲ得サルニアラス動産ノ國籍ヲ有スルコトナシ外形ニ表彰スルコト極メテ困難ナルナリ船舶ニハ第一ニ國旗アリ常ニ人ヲシテ何レノ國籍ヲ有スルヤヲ知ラシム第二ニ船舶ニハ船籍證書アリ國旗ナキ場合ト雖モ少シク穿鑿スルトキハ直チニ何レノ國ノ船舶ナルヤヲ知ルニ足ラシム然レトモ一般ノ動産ニハ決シテ此種ノコトヲ望ムコト能ハス故ニ之ニ向テ本國法ヲ適用セントセハ爲メニ商取引ノ不活潑ヲ來シ經濟上ノ流通ヲ阻碍スルコト極メテ多カルヘシ

茲ニ抵當ニ關シテ所在地法ヲ適用セスシテ本國法ヲ適用スル一個ノ例ヲ舉ンニ我商法第八百五十八條第一項ニ船舶カ沈没シ又ハ航海ノ用ニ耐エサルニ至ルトキハ船舶債權者ノ權利ハ救助セラレタル部分若クハ尙ホ存在スル部分又ハ其ノ賣得金及ヒ被保險額ニ移ルトアリ佛國商法ノ主義亦之ニ同シク船舶抵當債權者ノ權利ハ救助セラレタル部分及ヒ存在スル部分并ニ被保險額ニ移ルトセリ然レトモ英國法ニテハ抵當債權者ハ被保險額ニ對シ請求ノ權利ナシトセリ此ノ如キ



場合ニハ船舶ノ本國法ニ從フヘキモノナルカ故ニ英國ノ船舶カ日本ノ領海ニ於テ難破シタル時ハ之カ抵當權利者ハ被保險額ニ對シテ請求ノ權利ヲ有セス

(第三) 抵當權ノ性質モ亦所在地法ニ依ルヘシ近世各國ノ法律ニ在テハ抵當ノ制度ヲ認ムレトモ英國及ヒ米國ニ於テハ抵當ノ制度ナルモノナク唯ダ「モルゲイジ」(Mortgage)ナル制度ヲ認ムルノミ此制度ハ抵當ト異ニシテ債權者カ債務者ノ不動產ニ對シ條件附ニテ所有權ヲ取得スルノ方法ナルノミ即チ債務者カ義務ヲ履行シタルトキハ買戻スノ權利アルモノト見タルナリ故ニ日本人、佛人、白人、伊人等ハ英米ニ在ル不動產ニ對シテ抵當權ヲ有スルコト能ハス英米人ハ又佛伊等ニ在ル不動產ニ對シテ「モルゲイジ」ヲ有スルコト能ハサルナリ而シテ終リノ場合ニ於テ債權者債務者共ニ佛人又ハ伊人ナルヲ問ハス又始ノ場合ニ於テ債權者債務者共ニ英人又ハ米人ナルヲ問ハサルナリ

(第四) 抵當ノ公示 近世諸國ノ法律ハ皆抵當ヲ登記ニヨリテ公示セシム此公示ノ規則モ亦所在地法ニ依ラサルヘカラス例之佛國ニ於テハ無能力者ハ後見人ノ總不動產ノ上ニ抵當ノ權利即チ所謂法定抵當權ヲ有ス伊太利及ヒ白耳義ニ於テハ前ニモ述ヘタル如ク限定不動產ノ上ニノミ抵當ノ權利ヲ有ス而シテ佛國ニテハ法定抵當ニハ登記ヲ要セストスレトモ伊太利及ヒ白耳義ニ於テハ登記ヲ要ストセリ故ニ伊太利及ヒ白耳義ニ在ル不動產ニ付テハ其何國人カ之ヲ有スルニ拘ハラス本國法ニテモ許ストスル限リハ被後見人カ其上ニ抵當ノ權利ヲ有スルニハ第一、登記ヲナサ、ルヘカラス第二、限定シタル不動產ナラサルヘカラス

(第五) 抵當ノ効力及階級 抵當ノ効力ハ優先權ヲ有スルコト、追奪權ヲ有スルコト、ノ二個ニ在リ此効力モ亦所在地法ニ依ルヘシ即チ或國ニ於テ優先權又ハ追奪權ノ一ヲ與ヘストスレハ其地ニ在ル不動產ニ付テハ其地ノ法律ニ服從セサルヘカラス

抵當ノ階級ヲ定ムルハ亦所在地法ニヨルヘシ例之先取特權ヲ有スル者ト抵當權ヲ有スル者トアレハ先取特權ヲ有スル者ヲ先トスルトノ法律アル時ハ其所在地法ニ從フヘク又先取特權中ニテモ生計上ノ必要物例之米炭ハ他ノ債權ニ先ツト云フカ如キ所在地法ニヨラサルヘカラス本國法說ヲ取ル論者ハ先取特權ノコトヲ所在地法ニ從フヘシトスル理由チ社會ノ安寧、國家ノ經濟ニ關スルコト即チ公



ノ秩序ニ關スル問題ナルカ故ニ本國法ニ從フノ例外トシテ所在地法ニ從フヘキモノナリト云フ者アリ然レトモ余ハ此說ヲ取ラス本國法論者ハ曰ク所在地法カ先取特權ノ順序ヲ定メタルハ債權者保護ノ爲メニ非スシテ外人タルト内人タルトヲ問ハス自國ニ在ル者カ餓死スルカ如キコトアラハ是レ自國ノ公ノ秩序ニ關スルモノナリ故キ以テ米炭、味噌、醬油ヲ賣ル者、藥舖ノ如キ者ヲ特別ニ厚遇スルナリト余ハ却テ之ニ反對ノ理由アリト考フ若シ人カ餓死スルコトヲ以テ公ノ秩序ニ關係アルコト、ナサハ却テ米炭等ノ代價請求權ヲ賣主ニ與ヘザルヲ可ナリトス此權利ヲ與フレハ貧民ハ却テ代價ノ請求ヲ恐レテ此等ノ物品ヲ購求セス爲メニ餓死スルカ如キコトアレハナリ加之餓死セントスレハ養育院其他ニ於テ之ヲ救助スルノ方法備ハリ外人ナラズニハ其本國ノ領事又ハ公使之ヲ救護スルノ任ニ當ルモノナレハナリ故ニ余ハ先取特權カ所在地法ニ從フハ物權總論ニ述ヘタル理由ニ出ツルモノニシテ本國法ノ例外トシテ之ヲ取ルモノニ非スト信ス

第二款 質權

質權

質權設定ノ方式ハ行爲地法ニ從フヘキモノナリ例之一千八百七十三年九月五日

ノ獨逸帝國高等商業裁判所ハ此主義ニヨリテ判決ヲ下セリ質權ノ設定ニ書面ヲ要セサル國ニ於テ書面ナクシテ設定シタルトキハ其動産後ニ至リテ質權ニハ書面ヲ要ストスル法律アル國ニ移ルモ尙ホ其質權ハ依然トシテ設定セラレ居ルモノナリト云ハサルヘカラス然レトモ是レ唯質權ノ設定ニ關スル問題ニシテ質權ノ行使ニ關シテハ自ラ別種ノモノダラスンハアラス例之質權ヲ第三者ニ對抗スルニ占有ヲ要セストスル國アランニ其國ニ於テ質權ヲ設定セハ其國ニテハ縱令占有シ居ラサルモ尙ホ第三者ニ對抗スルコトヲ得ヘシ然レトモ若シ其動産ニシテ一旦他ニ移リ第三者ニ對抗スルニハ占有ヲ要ストスル國ニ赴ク時ハ質權者ハ其動産ヲ占有セスンハ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス(改正民法第三百五十二條參照)

尙ホ例ヲ舉ケンニ佛國法ニ於テハ債務者カ期限到着スルモ義務ヲ履行セザルトキハ民事ニ付テハ債務者ニ一片ノ告知ヲ與フルトキハ直チニ其質權目的物ノ所有權ヲ取得シ從テ之レヲ賣却スルコトヲ得ヘシ商事ニ付テハ債務者カ期限到着後義務ヲ履行セザルトキハ裁判所ニ請求シタル後ニ非サレハ所有權ヲ取得スル



ヲ得ストセリ然ルニ我商法及ヒ改正民法(第三百五十四條)ニ於テハ民事上ニテモ  
商事上ニテモ皆裁判所ニ請求シタル後ニ非サレハ不可ナリトセリ然ルニ又英米  
ノ法律ニテハ民事ニ付テモ商事ニ付テモ右ノ如キ場合ニハ債權者ハ裁判所ニ請  
求スルコトヲ要セス唯債務者ニ告知ヲ與ヘタルノミニテ質權目的物ノ所有權ヲ  
得ルコトヲ得ヘシトセリ此ノ如ク三個ノ主義アルモ皆動產所在地法ニ依ルヘク  
契約當事者ノ本國法又ハ行爲地法ノ如何ヲ問フヲ要セサルナリ

用益權

第五節 用益權

用益權ノコトモ亦所在地法ニヨルチ原則トスト雖モ時ニ例外ナキニ非ス例之甲  
乙兩國共ニ用益權ノ制度ヲ取り甲國カ法定ノ用益權ヲ許ストセノ例之親カ子ノ  
財產ニ對シテ用益權ヲ有スルコトアリトセハ是レ親權ニ關スルコトニシテ即チ  
身分ニ關スル問題ナルカ故ニ事ノ財產ニ關スル問題ナルニ拘ハラス當事者ノ本  
國法ニヨルヘキモノトス但シ甲國カ用益權ノ制ヲ取り乙國カ用益權ヲ認メサル  
トキハ甲國人ハ本國法ニテ用益權ノ制アルニ拘ハラス乙國ニ在ル財產ノ上ニ用  
益權ヲ有スルコト能ハス是レ國家經濟ノ上ヨリ着眼シタルモノナリ合意ノ用益

權ハ當事者ノ意思ニ從フヘシ然レトモ此場合ニ於テハ或國カ一切ノ物ニ付キ用  
益權ヲ有スルコトヲ絕對ニ禁シ又ハ或物ニ付テノミ用益權ヲ有スルコトヲ禁ス  
ルトキハ決シテ用益權ヲ設定スルコトヲ得ス

用益權消滅ノ原因モ亦所在地法ニ由ルヘキモノナリ例之用益權ハ權利者ノ死亡  
ニヨリテ消滅ス法人ノ用益權ハ三十年ヲ超ユヘカラストノ法律アレハ其國ニ來  
リタル外國人ハ其本國法ニテ如何ナル規定アルモ權利者ノ死亡ニヨリテ消滅セ  
シメサルヘカラス

第六節 地役

地役

不動産ノ地役ニ關スルコトハ又承役物ノ所在地法ニヨリテ決スヘシ但シ當事者  
ノ意思ニヨリテ他ノ法律ニ從フコトハ自由ナリト爲サ、ル可カラス當事者ノ意  
思ニヨル地役ハ契約及ヒ遺言ヨリ生ス而シテ人ノ意思自由ヲ認ムル以上ハ從テ  
又意思ノ自由ニ因テ地役ヲ設定スルコトヲ認メサルヘカラス舊民法財產編第二  
百六十六條、改正民法第二百八十條、佛國民法第六百八十六條皆之ヲ認ム然レトモ  
公ノ秩序ヲ害スル限リハ然ラストスルコト亦同條ニ於テ認ムル所ナリ今公ノ秩



序ニ關スルモノ、例ヲ舉グレハ例之佛國ニテハ封建時代ヨリノ思想上、地役ハ人ノ利益ノ爲メニ設定スルコトヲ得スシテ土地ノ利益ノ爲メニ設定スルコトヲ得ルモノトセリ之ニ反シテ獨逸ニテハ人ノ利益ノ爲メニ地役權ヲ設定スルコトヲ許セリ即チ土地ノ所有者ニ非サル者カ地役權ヲ有スルコトヲ得ヘシトセリ例之牛馬ノミノ所有者カ他人ノ牧場ニ於テ自己ノ牛馬ヲ放養スルヲ得ルカ如シ此ノ如キハ公ノ秩序ニ關スルコトニシテ佛法ニテハ人カ人ノ爲メニ使役セラル、ハ自由ニ反ストノ思想ニ出テタルモノナレハ契約ヲ以テ之ヲ變スルコト能ハサルナリ

之ニ反シテ法定ノ地役例之火除場ヲ設クルカ如キ、海岸ニ挽舟地ヲ明ケ置クカ如キ、私人ノ土地ノ上ニ於テ練兵ヲ爲スカ如キ皆法定ノ地役ニシテ此ノ如キハ固ヨリ所在地法ニ從ハサルヘカラス此等ノ地役ノコトハ民法ニ規定セスシテ特別法ニ規定スルモノナリ然レトモ之ヲ以テ法定ノ地役ナルモノハ必ス民法ノ中ニ規定セサルモノナリト速了スヘカラス又公ノ秩序ニ關スル地役ノコトハ必ス民法以外ノ法律ニ規定セラル、モノナリト考フヘカラス改正民法第二百八十五條第

一項ニ用水地役權ノ承役地ニ於テ水カ要役地及ヒ承役地ノ需要ノ爲メニ不足ナルトキハ其各地ノ需要ニ應ジ先ツ之ヲ家用ニ供シ其殘餘ヲ他ノ用ニ供スルモノトス云々トアルカ如キ舊民法財產編第二百二十四條第一項ニ「低地ノ所有者ハ人工ニ由ラスシテ自然ニ高地ヨリ流下スル雨水及ヒ泉水ヲ承クル義務アリ」トアルカ如キ皆公益ニ關スルモノニシテ而カモ民法中ニ規定セラル、モノナリ而シテ此等ノ點ヨリ見レハ法定ノ地役權ノコトハ獨リ物權トシテノ理由ノミナラス公ノ秩序ニ關スル點ヨリ見ルモ亦所在地法ニ從ハサルヘカラスナルモノナリ

## 第六章 債權

### 第一節 總論及契約ノ成立

契約自由ノ原則ハ何レノ國ノ法律ニ於テモ承認セラル、所ニシテ法律カ契約ニ關スル規定ヲ定ムル場合ト雖モ是レ只當事者ノ便宜ヲ計リタルモノニシテ當事者カ暗黙ニ付スル場合ヲ豫想シテ規定シタルニ過キサレハ此法規アルモ尙ホ當事者ハ之ニ反對セル契約ヲ結フコトヲ得ルモノナリ故ニ甲國人乙國人ト契約ヲナスニ當リ合意ノ上丙國ノ法律ニ從フトナスコトヲ得ヘク甲國人二名乙國ニテ

債權  
總論及契約ノ成立



契約ヲナスニ乙國ノ法律ニ從フト約スルコトヲ得ヘシ我法例第五條第一項ニハ外國ニ於テ爲シタル合意ニ付テハ當事者ノ明示又ハ默示ノ意思ニ從ヒテ何レノ國ノ法律ヲ適用スヘキヤヲ定ム

トアリ此條文ニヨレハ「外國ニ於テ爲シタル合意ニ付テハ」云々トアルカ故ニ内國ヲ除外シタルコトヲ知ルヘシ然レトモ此條文ヲ解釋スレハ「外國云々」トアリテ後段ニ「何レノ國云々」トアルカ故ニ前段ノ「外國」ト後段ノ「何レノ國」トハ必スシモ相一致スルモノニ非ス故ニ日本人カ濠洲ニテ合意ヲナストキ和蘭ノ法律ニ服從スルコトヲモ得ルナリ然ルニ日本人カ「國內」ニ在リテナシタル合意ニ付テハ外國ノ法律ニ從フコト能ハサルカ如ク見ユルハ甚タ奇ナリ余ハ法例第五條第一項ヲ解シテ是レ「外國」ニ於ケルトキノミヲ定メタルモノナレハ内國ニ於ケル場合ハ法例中ニ規定セサレトモ當然何レノ國ノ法律ニモ從フコトヲ得ヘキモノナリト思惟ス以上ハ當事者ノ明示又ハ默示ノ合意アルトキヲ定メタルモノナルカ明示ノ合意モ默示ノ合意モアラサルトキハ如何法例第五條第二項ハ規定スラク

當事者ノ意思分明ナラサル場合ニ於テハ同國人ナルトキハ其本國法ヲ適用シ

又同國人ニ非サルトキハ事實上合意ニ最大ノ關係ヲ有スル地ノ法律ヲ適用スト即チ第一段ハ日本人相互ノ場合ヲ考ヘタルモノニシテ契約ノ當事者同國人タル場合ナリ此點ニ付テハ殆ント異論ナキ所ナレトモ例之甲乙ナル日本人タル父母英國ニテ子ヲ生ミ之ヲ丙ト假定シ丁戊ナル日本人タル父母又英國ニテ子ヲ生ミ之ヲ己ト假定センニ丙己ト共ニ契約ヲナシタルモ明暗共ニ意思ヲ表示セザリシトシ而シテ丙己共ニ日本語ヲモ知ラス日本ノ土地ヲモ知ラス日本ノ風俗人情法律ヲ知ラサルトキハ尙ホ日本ノ法律ニ從ヒタリト見ルヘキカ第五條第二項ヲ單ニ文字ノ上ヨリ解釋スルトキハ右ノ如キトキニモ日本ノ法律ニ從フヘシト解釋スルノ外ナシト雖モ其精神ヲ顧ミルニ大ニ然ラサルモノアリ蓋シ本國法ヲ適用スルト云フハ本國ノ法律ニ從フコトノ意思充分ナリト見タルカ故ナルニ本國ノ法律ヲモ知ラサル者ニ本國法ニ從フトノ意思アリト推定スルコト到底當テ得サレハナリ我法例カ此點ニ付テ一言ノ規定ヲナサ、ルハ大ナル缺點ナリト云ハサルヘカラス

次ニ當事者カ國籍ヲ同フセサルトキハ極メテ困難ヲ來スヘシ我法例ノ如ク「同國



人ニ非サルトキハ事實上合意ニ最大ノ關係ヲ有スル地ノ法律ヲ適用ス」ト云フハ更ニ意味モナク主義モナキ規定ナリト云ハサルヘカラス何トナレハ「事實上合意ニ最大ノ關係ヲ有スル地」ト云フカ如キハ極メテ曖昧ニシテ徒ラニ裁判官ノ煩累ヲ増サシムルモノタルニ過キサレハナリ此點ニ付テハ元來三個ノ學說アリ

第一、履行地法說

第二、債務者本國法說

第三、契約地法說

(第一) 履行地法說

履行地法說ノ論據ハ契約ハ履行ヲ目的トスルモノナルカ故ニ當事者ハ履行地ヲ最モ重クスヘク從テ其地ノ法律ニ從フヘシト云フナリ此說ハサビニト、ストーリ、ホワートン、フヒリモール等ノ唱道スル所ニシテ索遜民法及ヒ獨逸帝國裁判所ノ判決例ハ此主義ヲ取レリ而シテ履行地ヲ以テ當事者カ最モ重大ナリト考フルカ故ナリト云フト雖モ如何ナル場合ニ於テモ必スシモ然リト云フコト能ハス例之日本人ト英人ト契約ナシテ佛國ニテ履行スヘシト云フモ其日本人モ英人モ

共ニ佛國ニ赴キタルコトモナク又佛國ノ法律ヲ知ルコトモナクノハ尙ホ之ニ佛國法ヲ適用スヘシト云フハ極メテ當事者ノ意思ニ反スルモノニ非スヤ尙ホ此說ヲ實際ニ行フノ困難ハ當事者カ明示若クハ默示ノ意思ノ表示ヲナサ、ルトキハ何レノ地カ履行地ナルヤヲ決定セサルヘカラサルニ在リ凡テ此說ヲ取ル者ハ先ツ履行地ノ標準如何ヲ決スルノ責アルカ故ニサビニ一氏ノ如キハ左ノ如ク其標準ヲ示セリ

一、當事者カ履行地ヲ定メタルトキハ其地ヲ以テ履行地トス

二、債務者カ或業務ヲ有シ其業務ヨリ生スル契約ヲナストキハ其業務地ヲ履行地トナス

三、契約地ト債務者ノ住所地ト同一ナルトキハ其契約地ヲ履行地トス

四、義務發生地ト債務者ノ住所ト同一ナラサルトキニモ契約地ニテ履行スルノ意思表ハレタルトキハ契約地ヲ履行地トス

五、此他ノ場合ニハ債務者ノ住所地ヲ履行地トス

(第二) 債務者本國法說



第一ニ舉ケタル債務者ノ住所地ヲ履行地ト見ルトノ説モ亦此説ノ一種ナリト云フヘク債務者ノ住所地法ニ從フト云フモ債務者ノ本國法ニ從フト云フモ共ニ債務者ナルコトニ重キヲ置キタルモノナレハナリ而シテ此説ノ論據ハ法律ノ主旨ハ債務者ヲ保護スル爲メナルカ故ニ債務者ノ國法ニ依ルヘシト云フナリ然レトモ此説ハ正當ノ理由ニ出テタルモノニアラス請フ其理由ヲ左ニ開陳セン

一、債務者ノ本國法必スシモ債務者ニ利益ナリト限ルヘカラス却テ債權者ノ本國法カ債務者ノ爲メニ利益ナル場合アリ若シ債務者ヲ保護スル爲メニ債務者ノ本國法ニ從フナリト云ハ、寧ロ債務者ノ選擇ニ任セテ何レノ國法ナリトモ債務者ニ利益アルモノニ從ハシムルニ如カス然ルニ債務者ニ利ナルト不利ナルトヲ問ハスシテ常ニ債務者ノ本國法ニ從ハシムヘシト云フハ怪訝ニ堪エサル所ナリ

二、債務者ト債權者トハ必スシモ常ニ相分離スルモノニアラス雙務契約ノ場合例之賣買ノ場合ニ於テハ買主ハ代價ヲ支拂ハサルヘカラス義務アリ賣主ハ品物ヲ引渡サ、ルヘカラス義務アリ然ラハ雙方トモ債權者ニシテ又債務者タリ斯ル場合ニ債務者ノ本國法ニ從フト云ハ、果シテ何レノ債權者ノ本國法ニ從フト可ナルカ不明ナルニ非スヤ

三、契約ハ常ニ當事者雙方ノ利益ヲ計ルヘキモノナリ然ルニ單ニ一方ノ利益ヲ謀テ他方ノ利益ヲ謀ラスシテ可ナリト云フハ契約ノ性質ニ反セルモノナリ例之贈與ノ如キハ報酬ナクシテ與フルモノナルカ故ニ與フル者ヲ保護スヘシト云フト雖モ斯ルトキニ際シテモ血統ノ上ヨリ又ハ嘗テ恩惠ヲ受ケタリト云フ如キ理由ヨリ贈與スルモノナレハ此場合ニハ獨リ與フル者ヲ保護スルニ止マラス併セテ又雙方共ニ之ヲ保護スヘキモノナリ

(第三) 契約地法説 (Lex loci contractus)

此説ヲ取ル論者ハ契約當事者ノ最モ知リ易キ法律ハ契約地法ナリト云フヲ根據トシタルモノナリ此説ヲ取ル論者ハ又履行地法説ヲ駁シテ曰ク履行地許多ナル時ハ何レノ履行地ノ法律ニ從フヘキカ履行地ヲ變更シタルトキハ前後何レノモノニ從フヘキカ不明ナルニ非スヤト然レトモ契約地法ト雖モ亦缺點ナキニ非ス偶然某地ニ於テ契約ヲナストキ當事者ハ契約地ノ法律ヲ知ラサルコトアルヘク又契約地カ當事者ニ關係ナク當事者亦之ニ重キヲ置カサルコトアルヘシ然ルニ



尙ホ之ニ從ハシムヘシト云フハ極メテ大ナル缺點ナリト云ハサルヘカラス我法例第五條第二項ハ此等ノ點ヲ斟酌シテ事實上最モ關係アル地ノ法律ニ從フトシタルモノナルヘシ

契約地法說ハ佛蘭西、白耳義、伊太利等ノ學者ノ取ル所ニシテ伊太利民法及ヒ白耳義民法草案、伊太利、白耳義、西班牙、佛蘭西、英吉利、和蘭諸國ノ判決例亦之ヲ採レリ契約地カ何レノ地ナルヤヲ知ルコト極メテ容易ナリト雖モ時ニ或ハ契約地ノ何レナルヤ不明ナルコトアリ一例ヲ舉ケンニ甲國人甲ナル者同國人乙者ニ委任ヲ與ヘテ丙國ニ於テ丙者ト契約ヲ結ハシメタルトキハ契約地ハ甲國ナルカ丙國ナルカ委任者ノ意思ハ甲國ニ於テ發表シタルトモ被委任者ノ意思ハ丙國ニ於テ發表シ從テ此ニ付テ問題ヲ生スレトモ契約地ハ被委任者ノ意思ト契約當事者ノ意思トカ合致シタル所ナルカ故ニ契約地ハ丙國ナリト云ハサルヘカラス

契約地法說ニ於テ最モ困難ヲ感スルハ書面、電信、電話ヲ以テスル契約ノ成立地ハ何レナルヤニ在リ契約成立セサレハ契約地ナルモノナキカ故ニ先ツ契約地ノ何レナルヤヲ知ラサレハ何レノ國ノ法律ニ從フヘキヤ亦明白ナラス是ニ於テ契約

地ヲ決定スルノ必要アルナリ之ヲ決定スルノ主義ハ大別シテ二個アリ通知主義及ヒ表示主義是ナリ通知主義ニヨレハ申込人カ申込ヲナシタルニ之ニ對シテ承諾ヲナシ承諾ヲナストノ通知申込人ニ達シ申込人之ヲ知リテ初メテ契約ハ成立ス故ニ申込人ト承諾者トカ國籍ヲ異ニシ且居所ヲ異ニスルトキハ此場合ニハ申込人ノ國カ契約地ナルカ故ニ申込人ノ本國法又ハ現在地法ニ從フノ結果トナルモノナリ之ニ反シテ表示主義ニ依レハ承諾者カ承諾ノ意思ヲ表示スレハ直チニ契約ハ成立スヘシト見ルカ故ニ契約地法ハ即チ承諾者ノ本國法又ハ現在地法トナル而シテ表示主義ヲ細別スレハ更ニ三個トナルヘシ

一、純粹表示說

此說ニ據レハ承諾ノ意思ヲ外部ニ表彰スレハ直チニ契約ハ成立スト云フモノニシテ例之ヲ書面ニ認ムレハ輒チ外形ニ表示セラレタルモノナルカ故ニ其瞬間ニ契約ハ成立スト云フナリ

二、發信說

此說ニ依レハ承諾ノ意思ヲ外部ニ表彰セルニ止マラス之ヲ自己ノ管轄中ヨ



リ分離セシメタルトキニ於テ契約ハ成立スト云フモノニシテ例之郵便函ニ投シタル場合ノ如キ是ナリ然レトモ所謂自己ノ管轄トハ如何ナル程度ニ至ルマテチ云フカ即チ自己ノ小兒チシテ之ヲ當事者ノ國ニ持行カシメタルトキノ如キ尙ホ之ヲ自己ノ管轄チ脱セシメタルモノナリト稱スルチ得ヘキカ此標準チ決スルコト極メテ困難ナルヘシ此困難ナル先決問題チ決シ終ラズンハ契約地ノ何レナルヤチ決スルコト亦到底爲シ能ハサルナリ

三、受信説

申込人カ申込チナシ當事者ノ他方之カ承諾チナセルモ未タ契約ハ成立セリトナサズ縦令之ヲ書面ニ表ハシ之ヲ發信スルモ尙ホ契約成立スト認メス申込人カ其承諾チ表シタル書面チ受取リタルトキニ契約成立スト爲ス然レトモ申込人ハ承諾チ知ルチ要セス此點ハ即チ通知主義ト異ナル所ナリ

均シク表示主義ナリト云ヘトモ其分派ニヨリテ契約成立地ハ各々同一ナラス純粹表示説ニヨレハ承諾人ノ本國法又ハ現在地法カ契約成立地法トナリ發信説ニヨレハ管理チ離ルノ程度如何ニヨリテ或ハ承諾者ノ現在地法或ハ申込人ノ現

在地法カ契約地法トナリ受信説ニヨレハ通知主義ト均シク申込人ノ現在地法カ契約地法トナル

以上二大主義ノ論據チ畧述セハ左ノ如シ

第一、通知主義

此主義チ取ル者ノ論據ハ當事者ノ意思分離シテ併立スルモ合意アリタリト見ルコト能ハス國チ異ニセサル場合即チ當事者カ同所ニテ契約チナストキ申込人ヨリ申込チナシ他方之ニ承諾チナシ因テ契約ノ成立スルハ申込人カ承諾チ知リタルカ爲メナリ書面チ以テスル場合亦之ニ同シ然ラハ申込人カ承諾アリタルコトチ知リテ初メテ契約ハ成立スルニ非スヤト尙ホ此説ニヨラサルトキハ左ノ如キ種々ノ不都合チ來スモノナリト云ヘリ

一、聾者ニ向テ承諾チナシ聾者之ヲ聞付ケサルモ契約ハ成立スルコト、ナル羅馬法ハ聾者ハ「スチプラチオ」チナス能ハストセルニアラスヤ

二、申込人ノ睡眠中ニ承諾スレハ申込人之チ知ラサルモ契約ハ成立スルコトトナルヘシ



三、通知主義ニヨラサレハ申込ノ行違アリタルトキニ於テモ契約成立シタリト云ハサルヘカラス

四、通知主義ニヨラサレハ承諾ナキ内ニ申込ヲ取消スコト能ハサルノ不便アリ何トナレハ表示主義ニヨレハ承諾ノ表示アリタルトキ既ニ契約成立セリトスルカ故ニ既ニ契約成立スル以上ハ之ニ拘束セラレサルヘカラス申込人ハ承諾者ニ寸毫ノ損害ヲモ與ヘサルニ取消スコト能ハストスルハ嚴酷ニ過クルニアラスヤト

奧地利民法第八百二十六條、アルゼンチン商法第二百四條ノ如キハ此主義ヲ取り又佛、獨、白ノ判決例ニ於テ屢々認めラレローラン氏、フヒリモール氏等ノ學者亦此說ヲ取レリ

第二、表示主義

此主義ヲ取ル者ト雖モ亦承諾ノ意思カ外形ニ表彰セラレタルヲ要スト云フニ至テハ即チ一ナリ而シテ既ニ外形ニ表ハレタル以上ハ契約ノ成立スルニ支障ナシト云フモノニシテ面ヲ接シテ契約ヲナス場合ニ承諾者カ承諾ヲナセルヲ申込者

之ヲ聞クハ面前ニ居ルカ故ニシテ之ヲ聞カサルモ契約ハ決シテ成立セスト云フニハアラス既ニ外形ニ表ハレタル以上ハ其他何ヲ問フノ暇アランヤト而シテ此主義ヲ取ル者ハ通知主義ニ對シテ左ノ如キ駁撃ヲ加フ

一、通知主義ニ從ヘハ書面ヲ以テ契約ヲナスコト能ハス何トナレハ承諾者カ申込者ニ向テ承諾ヲ通知シ申込者之ヲ知ラサルヘカラストセハ申込者ハ又之ヲ承諾シタルトキ承諾者ノ意思其當時ニ於テ果シテ變更シ居ラサルヤチ確メサルヘカラス從テ申込者ハ承諾者ニ向テ自己カ承諾者ノ承諾アリタルトキ之ヲ承諾シタルコトヲ通知セサルヘカラス承諾者ハ更ニ再ヒ之ヲ申込人ニ通知セサルヘカラス此ノ如クハ循環シテ遂ニ幾年ヲ經ルモ書面契約ヲナスコトヲ得スト云ハサルヘカラス

二、通知主義ハ承諾者ニ極メテ困難ナル舉證ノ責ヲ負ハシムルモノナリ通知主義ニヨリテ申込者カ承諾者ノ承諾ヲ知ラサルヘカラストセハ承諾者ハ申込人カ手紙ヲ讀ミタリトノ證據ヲ舉ケサルヘカラス是レ誠ニ困難ナル行爲ニアラスヤ申込人ハ承諾者ノ發シタル手紙ヲ開封セサルコトアリ又開封ス



ルモ讀マサルコトアリ又他人カ開封スルコトアリ然ルトキハ契約ハ成立セサルナリ若シ承諾者カ之ヲ契約ナリト主張セントスルニ當テハ承諾者ハ何人カ之ヲ開封シタリ申込者カ之ヲ讀ミタルコト確實ナリトノ證據ヲ擧ケサルヘカラス然レトモ此ノ如キハ殆ント爲シ能ハサルコトニ屬ス

獨逸商法第三百二十一條ハ表示主義ヲ取り瑞西ノ債務法第八條モ制限アル表示主義ヲ取り改正民法第五百二十六條第一項モ亦此主義ヲ取レリ學者ニシテ此說ヲ取ル者ハサビニ一氏アウチユ一氏等甚タ多シ

尙ホ左ニ前ニ述ヘタル表示主義ノ支派ヲ擧ケテ其說ノ根據ヲ示シ且之ニ對スル批評ヲ試ミントス

一、純粹表示說

此說ニ據レハ承諾ノ意思ヲ表示スレハ直チニ契約ハ成立スルモノナリトスルカ故ニ弊害亦頗ル多シ例之一旦承諾ノ手紙ヲ書終ルトキハ後ニ至リ申込人ニ達セサルニ先チ之ヲ變更スルモ尙ホ契約破毀ノ賠償ヲ請求セラル、恐アリ書面ヲ認メ終リタリトスルモ必スシモ意思決定シタリト云フコト能ハス試ミニ認メ置クカ如キコトアリ二人ノ書記ヲ使用シテ同一事件ニ關スル承諾不承諾ノ二通ノ書面ヲ同時ニ認メシメタルトキハ如何ニスルカ又左右ノ手ヲ以テ同時ニ反對ノ書面ヲ二通認メタルトキハ如何ニスルヤ是レ自己ノ管理内ヲ脱シタルトキヲ以テ契約ノ成立スル時トナストノ說ヲ生スルニ至ル所以ナリ

二、發信說

此說ニ據レハ承諾者カ表示シタル意思ヲ表ハシタルモノヲ自己ノ管理ヲ脱セシメタルトキ例之郵便ヲ出セルトキ又ハ電信ヲ出セルトキニ成立スト云フナリ然レトモ尙ホ疑ノ生ヌルハ電信局又ハ郵便局ノ官吏ニ交付シタルトキニ成立スルカ又ハ官吏カ發送又ハ發電シタルトキニ成立スルカ又ハ使者ヲシテ書面又ハ電信用紙ヲ持ダシメテ派遣シタルトキニ成立スルカニ在リ例之甲國ノ甲ナル者乙國ノ乙ナル者ト電信ニテ契約ヲ結ハントシ申込ヲナシタルニ乙者承諾ヲナシ電信用紙ニ認メテ丙國ノ郵便局ニ持行カシメタルトキハ契約地ハ乙國ナリヤ丙國ナリヤノ疑アルナリ



此説ニ依レハ則チ雙方ノ意思併立スルヲ以テ足レリトス當事者雙方カ互ニ之ヲ知ラサルコトナシト云フナリ而シテ以上ニ述ヘタル疑團ニ對シテハ承諾者カ自己ノ意思ヲ以テ左右スルコト能ハサルニ至ルトキ例之郵便ナランニハ投函シタルトキニ成立スト云フト雖モ尙ホ疑アルハ投函スルモ自己ハ其書面ノ所有者ナルカ故ニ正當ノ證明ヲ立テ、郵便局ニ乞フテ之ヲ取戻シ得ルモノニアラスヤ然ラハ自己ノ意思ヲ以テ左右スルコトヲ得ルト否トノ標準亦明カナラス郵便局カ既ニ發送セル後ト雖モ流車ニ乗リテ之ニ追及シ途中ノ郵便局ニ談判シテ之ヲ取戻シ得ルニ非スヤ然ラハ此承諾者ノ意思ニヨリテ左右スルコトヲ得ルト否トノ標準ハ遂ニ甄別スルコト能ハサルニ歸スルモノナリ

改正民法第五百二十六條第一項ニ「隔地者間ノ契約ハ承諾ノ通知ヲ發シタルトキニ成立ス」ト定メテ發信主義ヲ取リタルモノナレトモ以上述フル所ノ理由ニヨリ困難ナル適用問題ヲ生スルナルヘシ

三、 受信説

前ニ述フルカ如ク受信説ハ殆ント通知説ト同一ニ歸スレトモ只異ナル所ハ受信説ハ承諾アリタルノ通知ヲ受クレハ之ヲ知ラサルモ可ナリト云ヒ通知主義ハ之ヲ知ラサルヘカラストスルノ點ニ在リ故ニ受信説ハ表示主義中ノ分派タルモノナリ

然レトモ此説モ第二ノ發信説ト同シク當事者雙方ノ意思併立セハ足レリトスルモノナルニ何故ニ特ニ申込者ヲシテ之ヲ受取ラシメサルヘカラサルカ申込者之ヲ受取ラサルモ既ニ意思ハ併立セルナリ然ラハ受信説ヲ取ル者ハ申込者ヲシテ承諾者ノ意思ヲ知ラシメントスルニ在ルカ若シ然ラハ通知主義ニヨラサルヘカラストナレハ受信説ニヨレハ受信アル上ハ申込者カ之ヲ知ルヲ要セストスレハナリ

要スルニ意思ノ併立ヲ以テ足レリトセハ發信説ヲ以テ足ルヘク申込者ノ知ルコトヲ要ストセハ通知主義ニヨラサルヘカラス然ルニ斯ク之ヲ折衷シテ受信説ヲ作ルカ如キハ洵ニ其意ヲ得サルナリ

以上ニ主義ノ外二個ノ折衷説アリ第一説ハ當事者ノ雙方ニ對シ契約成立ノ時期



チ異ニスルトノ説ニシテ片務契約ト雙務契約トチ區別シテ論シ申込カ債權者ヨリ出テタルトキト債務者ヨリ出テタルトキトチ區別スヘク又債權者カ契約ノ爲メニ拘束セラル、時期ト債務者カ契約ノ爲メニ拘束セラル、時期トチ異ニスヘシトノ説ナリ此説ハウインドシャイド氏、ブルンネル氏等ノ取ル所ニシテ其大要ヲ述フレハ左ノ如シ

第一、片務契約

一、申込者カ債權者ナルトキハ債務者ノ承諾狀カ申込者ニ達シ申込者之ヲ知リタルトキ契約ハ成立スト故ニ此場合ニハ通知主義ニヨルモノニシテ契約成立地ハ債權者ノ所在地ナリ故ニ債權者カ債務者ノ承諾狀ヲ知ルマテハ債務者ハ(郵便又ハ電信ヲ以テ)之ヲ取消スコトヲ得ヘシ

二、申込者カ債務者ナルトキハ債權者カ承諾狀ヲ發シタルトキ契約ハ成立スト故ニ此場合ニハ發信主義ヲ取ルモノナリ然レトモ債權者ハ承諾狀ノ債務者ニ達スルマテハ之ヲ取消スコトヲ得ト故ニ此點ヨリ見レハ受信主義ナリトモ云フコトヲ得ヘク申込者カ債務者ナルトキハ契約地ハ債權者

第二、雙務契約

ノ所在地又ハ債務者ノ所在地ナリ

雙務契約ニ於テハ申込者ハ承諾狀ヲ發シタルトキヨリ拘束セラレ承諾者ハ承諾狀カ申込者ニ到達シタルトキヨリ拘束セラレトス故ニ申込者ニ取テハ發信主義ニシテ承諾者ニ取テハ受信主義ナリ從テ申込者ニ取テハ承諾者ノ所在地若クハ特ニ發信シタル地カ契約成立地ニシテ承諾者ニ取テハ申込者ノ所在地又ハ申込者ノ特別受信地カ契約成立地トナル

此説ハ契約ノ性質ヲ顧ミサルモノナリ元來契約ナルモノハ債權者ト債務者トチ同時ニ拘束スルモノニシテ債權者若クハ債務者ノミニ權利義務ヲ生スト言フコト誠ニ不可思議ナリ此説ノ根據ハ契約ノ成立ハ一定動カスヘカラサルモノニ非サルカ故ニ便宜ニ從ヒテ決スヘシト云フニアレトモ如何ニ便宜ノ爲メナリトスルモ契約ノ本質ヲ破ルモ可ナリト云フニ至テハ其意ヲ得サルナリ

次ニキエッペン氏ノ折衷説ハ申込ハ條件付義務ニシテ承諾ハ停止條件ノ成就ナリ承諾ハ契約成立ノ時期ヲ定ムル標準タルモノニ非スト此説ニ從ヘハ契約ハ凡テ



片意ニヨリ成立スルモノニシテ其片意ニ或ル條件ノ加ハルトキハ直チニ契約ハ成立シ毫モ合意ヲ要スルコトナシト云フナリ此ノ如キハ亦極メテ斬新ナル説ナレトモ斬新ナリト云フヲ以テ契約ノ本質ヲ害シタルノ缺點ヲ補フニ足ラス以上ハ契約ノ何時成立スルヤ、何地ニ於テ成立スルヤニ付テ定メタル一般ノ思想ニシテ契約ヨリ生スル義務ノ内容、義務ノ性質例之自然義務ナルカ、法律上ノ義務ナルカ、單純義務ナルカ、條件付義務ナルカ、單獨義務ナルカ、連帶義務ナルカ、可分義務ナルカ、不可分義務ナルカノ如キモ亦契約成立地ノ法律ニ從フモノナリ人或ハ契約履行地ノ法律ニ從フヘシト云ヒ或ハ債務者ノ本國法ニ從フヘシト云フ者アレトモ前ニ述ヘタルカ如キ理由ヲ以テ余ハ之ヲ取ラス

契約地法説ノ結果トシテ契約地ノ法律ニヨリテ有効ナル契約ハ如何ナル國ニ於テモ有効ニシテ契約地ノ法律ニヨリテ無効ナル契約ハ如何ナル國ニ於テモ無効ナリ然レトモ此原則ニハ三個ノ例外アルコトヲ忘ルヘカラス

第一、公ノ秩序ニ關スルコトハ訴訟地法ニヨル例之奴隸賣買ノ如シ前ニ擧ケタル自然義務ニ關スル事ノ如キモ公ノ秩序ニ關スルモノナリ又利息ノ制限ノ如キ

モ公ノ秩序ニ關スル當事者カ成立地ニ於テ高キ利息ヲ認ムルヲ知リツ、契約ニ於テ明カニ他ノ利率ヲ取ラサリシハ暗ニ其高率ニ從フトノ意思アリタルモノト見ルヘシトノ説アルモ余ハ之ヲ取ラス此他密輸入ヲ目的トスル契約、禁制品賣買ノ契約ノ如キ皆然リ英米及佛ノ判決例ニ於テハ他國ノ稅關ヲ通過シテ密輸入ヲナスノ契約ヲ有効ナリトシ一國ハ他國ノ稅法ヲ尊重スルヲ要セスト云ヘリ然レトモ此判決例ハ英米佛ノ學者ノ多ク非難スル所其理由ハ重ニ德義ニ背クト云フニ出ツレトモ余ハ其重モナル理由ヲ一國公ノ秩序ヲ害スト云フノ點ニ取ルモノナリ加之甲國カ乙國トノ條約ニヨリテ甲國ヨリ輸入スル物品ニ何割ノ稅ヲ課スコトヲ乙國ニ向テ許シナカラ之ヲ破ル契約ヲ有効ナリトスルハ洵ニ自家撞着ノ議論ナリト云ハサルヘカラス

第二、形式ニ關スルコトハ行爲地法ニヨル法例第九條ニ「公正證書及ヒ私署證書ノ方式ハ之ヲ作ル國ノ法律ニ從フ但一人又ハ同國人ナル數人ノ作ル私署證書ニ付テハ其本國法ニ從フコトヲ得」トアリ同第十條ニ「要式ノ合意又ハ行爲ト雖モ之ヲ爲ス國ノ方式ニ從フトキハ方式上有効トス云々」トアルニ徴スルモ亦明カナリ



第三、能力ニ關スルコトハ本國法ニヨル法例第三條第一項ニ「人ノ身分能力ハ其本國法ニ從フ」トアルニ徴シ及ヒ第六條ニ「外國人カ日本ニ於テ日本人ト合意ヲ爲ストキハ外國人ノ能力ニ付テハ其本國法ト日本法トノ中ニテ合意ノ成立ニ最モ有益ナル法律ヲ適用ス」トアルニ徴スルモ亦明カナリ

力契約ノ効

第二節 契約ノ効力

契約ノ効力ハ亦契約成立地ノ法律ニ從ハサルヘカラスフヒオール氏ノ如キハ効力ト結果トヲ區別シ効力トハ契約ヨリ直接ニ生スルモノヲ云ヒ貸借契約ニヨリテ借リタル品物ヲ返濟スルカ如キハ之ニ屬スト爲シ結果トハ契約ヨリ間接ニ生スルモノ例之損害ノ如キモノヲ云ヒ前者ハ成立地ノ法律ニ從フヘキモ後者ハ必スモ然ラスト云フト雖モ効力ト結果トノ間ニ判然タル區別アルモノニ非サルカ故ニ此區別ヲナスコト穩當ニアラス余輩ハ損害賠償ノコト、過失ノ程度ノコト、如何ナルコトヲ過失ト見ルヤノ如キモ皆契約地ノ法律ニ從ハシムヘシト思惟スルモノナリ訴權ノコトノ如キモ人或ハ訴訟手續ニ關スルコトナルカ故ニ訴訟地法ニヨルヘシト云フ者アリト雖モ訴權ハ即チ權利ノ問題ニシテ手續ノ問題ニ非ス

但シ訴權中管轄違ヨリ起ル訴權通知遲延ノ爲メニ起レル訴權ノ如キ訴訟手續ニ關スルコトハ契約地法ニヨラスシテ訴訟地法ニヨルヘキナリ

原則トシテハ契約地法ニ從フモノナリト雖モ尙ホ左ノ如キ種々ノ例外アリ

一、無効契約ノ追認ハ追認者ノ本國法ニ從フ

未成年者ノ爲シタル契約ハ取消スコトヲ得ルモノナレトモ該未成年者成年ニ達シタル後ニ至リテ追認スルトキハ其契約ハ成立ス追認ニ關スルコトハ權利能力ノ問題ナリ故ニ能力ノ一般ノ原則ニ從ヒテ本國法ニヨルヲ至當ナリトス

追認ハ契約ニ非スシテ片意ノ行爲ナリ何トナレハ未成年者タル一方ノ意思ノミニヨリテ其契約ヲ成立セシムルノ力アルモノナレハナリ追認前ノ契約ハ契約ナレトモ追認ハ雙方ノ意思ヲ問ハサルモノナルカ故ニ契約ニ非ス故ニ追認ノ期間、追認ノ効力、追認ノ形式ノ如キ皆契約地法ニ從フヲ要セス追認者ニ最モ多クノ關係アリ且追認者ノ最モ熟知スル所ノ法律即チ追認者ノ本國法(又ハ住所地法)ニ從フト云フヲ以テ正當ナリトス



二、契約ノ効力トシテ生スル物權移轉ノコトハ物件所在地法ニ從フ  
 動産、不動産ニ關スルコトハ其所在地ノ法律ニ從フトノ原則ハ契約地ノ法律  
 ニ從フトノ原則ヲ破ルモノナリ例之契約地法ニヨレハ契約ニヨリテ所有權  
 移轉スヘク物件所在地法ニヨレハ所有權移轉ニハ契約ノ外尙ホ其特定物ノ  
 引渡ヲ要ストセハ引渡アリタル後ニ非サレハ所有權ハ移轉スルコトナシ  
 三、公益ニ關スルコトハ契約地法ニ從フト能ハスシテ訴訟地法ニヨル

例一、奴隸其他人身賣買

例二、利息ノ制限

例三、富籤博奕

モナコ國ノ如キハ公然賭博ヲ許シ其收入ヲ以テ國家ノ  
 經濟ヲ立テマニラノ如キモ富籤ナルモノヲ許シ支那ニ於テハ「チーバー」  
 ヲ許セリ今日本人カ此等ノ博奕又ハ富籤會社ノ株主トナリ其利益配當  
 ニ關シ日本ノ裁判所ニ訴訟ヲ提起シタルトキハ日本ニ於テハ公益ニ反  
 スルモノト見ルカ故ニ訴訟地法タル日本ノ法律ニ從ハサルヘカラス  
 例四、專賣物ノ賣買 佛、伊、奧ノ如キハ煙草ヲ以テ政府ノ專賣物品トナシ

煙草賣捌人ハ政府ノ命ヲ受ケテ之ヲナス佛國ニ於テ政府ノ許可ナリシ  
 テ煙草ヲ賣買スルノ契約ヲ結ヘハ其契約ハ不成立ナリ然レトモ英國專  
 賣トセサルニ於テ英人ト佛人ト此契約ヲナシ其結果トシテ之ヲ佛國ニ  
 輸入シ英人カ代價ノ請求ヲナシタルトキハ佛國裁判所ハ代價ヲ辨償ス  
 ヘシトノ裁判ヲ下スヘシ蓋シ外國ニ於テナシタル契約ニシテ不法ニア  
 ラサレハナリ又佛國ニテ引渡ストノ契約ヲナシタルトキハ佛國ノ法律  
 ニ違ヒタルモノナルヲ以テ佛國ノ法律ニヨリ制裁ヲ受クヘシ例之煙草  
 ハ沒収セラレ其人ハ罰金ヲ課セラル、カ如キコトアレトモ他國ニ於テ  
 締結シタルモノナレハ此契約ヲ成立セシムルニ於テ支障アルコトナク  
 從テ代價ヲ辨償セシムルニ於テ差支アルコトナシ蓋シ佛國カ煙草ノ專  
 賣權ヲ政府ニ取リタルハ國庫ノ收入ヲ増加セシメントスルノ主意ニ出  
 テタルモノナルヲ以テ本問ニ於テ此契約ヲ成立セシムルモ此主意ヲ害  
 スルコトナケレハナリ

例五、禁制品ノ輸入 甲國カ或ル貨物ノ輸出入ヲ禁スルニ之ヲ禁セサル



國例之乙國ニ於テ其貨物ヲ甲國ニ輸出セントノ契約ヲ結ビタルトキハ乙國ハ此契約ニ向テ効力ヲ與フヘキカ効力ヲ與フヘシトノ説ヲ立ツル者ノ論據二個アリ

一、國家ハ如何ニ親密ノ交際ヲナズモ其間ニ競争ヲナシテ自國ノ利益ト富強トヲ計ルモノナルカ故ニ國家カ互ニ競争ニ勝ツノ方法ヲ劃策スルコト決シテ不當ニアラス

二、加之乙國ノ法律ハ該貨物ノ輸出入ヲ禁セサルナリ之ヲ禁セサルハ自國ノ安寧ニ害ナシト見タルヲ以テナリ然ルヲ尙ホ他國ノ國安ヲ害スルトノ理由ヲ以テ之ヲ禁セハ是レ世界萬國ヲ劃一統治セントスルモノニ非スヤ故ヲ以テ甲國ハ乙國ノ法律ヲ顧ミルノ義務ナク乙國ハ甲國ノ法律ヲ顧ミルノ義務ナシ然ラハ則チ自國ノ法律ニ從テ此契約ニ効力ヲ與ヘ右ノ例ニ於テ甲國ニ輸出セントスルノ契約履行ヲ起訴シタルトキ裁判所カ之ニ効力ヲ與フヘキヤ明カナリ

之ニ反對スル學說即チ此ノ如キ契約ニ効力ヲ與ヘシムヘカラスト云フ説

ノ論據亦二個アリ

一、國家カ利害得失ノ點ニ付テ競争ヲ試ムルコト決シテ不可ナシ然レトモ外國ノ公安ヲ害スルモ尙ホ此競争ヲ試ムルヲ許スヘシト云フモノニアラス縱令互ニ競争ヲナスモ其間ニハ條約アリテ通商ノ大綱ヲ定メ税率ノ輕重ヲ定メリ而シテ近來ノ條約ニハ悉ク締盟一國ハ締盟他國ノ公安風俗ヲ害スル貨物ヲ輸入セシムルコトナシトノ約定ヲナセリ例之日英通商航海條約議定書、日米其他ノ條約議定書第一號ノ末段ニ「……然レトモ日本國政府ニ於テ純良ナラサル藥材、製茶、食物若クハ飲料、猥褻ノ印刷物、圖書、書籍、紙牌、石版若クハ其他ノ彫刻畫、寫真及其他總テ猥褻ノ物品、日本帝國ノ專賣特許、商標、版權ニ關スル法律ニ違背スル物品又ハ其他衛生公安若クハ風俗ニ關シ危害ヲ生スヘキ物品ノ輸入ヲ制限シ若クハ禁止スルノ權利ハ本議定書ノ爲メ制限セラル、コトナカルヘキモノトス」トアリ此約定ヨリ見ルモ一國カ他國ノ公安風俗ヲ害セザランコトヲ勉メサルヘカラサルヲ知ルヘク縱令此種ノ條約ナシトスルモ尙ホ他國



ノ法律ヲ尊重スヘキコト必然ノ理ナリ近世ノ條約ニ於テ此種ノ規定ヲ  
 掲クルハ近世ノ學說及慣習カ此ニ傾キタル所以ヲ示スモノニアラスヤ  
 二、密輸入ヲナスハ是レ尙ホ竊盜ヲナスニ同シ竊盜ノ目的ハ利益ヲ獲  
 得セントスルニ在リ密輸入ハ之ニ依リテ利益ヲ得ントスルモノナレハ  
 此點ニ付テハ竊盜ト同一ノ性質ヲ有ス國家カ之ヲ禁セス而カモ之ニ向  
 テ効力ヲ與フルト云フカ如キハ竊盜ヲ公認セルモノニアラスヤ

余ハ第二說ノ誤ナキヲ信スルモノナリ

第三節 契約義務ノ消滅

契約義務消滅ノ原因トナルモノ甚タ多ク契約ノ履行、更改、相殺、免除、混同、時効等皆  
 然リ原則トシテハ消滅ニ關スル法律ハ成立ニ關スル法律ト同一ナリ然レトモ是  
 レ消滅ノ原因ニ關スル問題ニシテ其手續、方法、場所、時期等ニ付テハ自ラ然ラサル  
 モノアリ加之其原因ニ付テモ時ニ例外アルコトアリ而シテ其問題ニ關シ最モ重  
 要ナルモノハ時効ニ關スルコトナリ時効ニ關シ何種ノ法律ニ從フヘキヤニ付テ  
 ハ種々ノ說アリ

契約義務  
ノ消滅

第一說、債務者住所地法說

此說ヲ取ル者ハ曰ク時効ハ債務者カ妨訴ノ抗辯ヲナス方法ナルカ故ニ時効ノ制  
 度ハ債務者ノ利益ヲ圖ランカ爲メニ設定セラレタルモノナリ既ニ債務者ヲ保護  
 センカ爲メニ設ケラレタルモノナルカ故ニ其債務者ノ住所地法ニ從フヘキヤ言  
 ナ俟タスト此說ハ佛國ノ有名ナル學者、佛國裁判所ノ新判決例ノ取ル所ニシテ尙  
 ホストツベ一氏モ此說ヲ取レリ然レトモ此說ハ債務者ノ住所地法カ如何ナル場合  
 ニモ必ス債務者ノ利益ヲ圖リタルモノナリト獨斷シタルモノニシテ其果シテ然  
 ルヤ否ヤハ何ニ依リテ之ヲ知ルヘキヤ却テ債權者ノ住所地法ニシテ他ノ法律ニ  
 比シテ債務者ノ爲メニ利益ナルコトアルヘシ然ラハ債務者ノ住所地法カ必ス債  
 務者ノ爲メ利益ナリトノ說ハ當チ失セサルヲ得ス(右駁論第一)又此說ハ時効ノ期  
 間ヲシテ悉ク債務者ノ放肆ニ委スルノ結果ヲ生スルナリ何トナレハ債務者ハ自  
 己ノ住所地法カ不利益ナリト見ルトキハ忽チ住所ヲ變シテ他ニ移スコトヲ得ヘ  
 ケレハナリ(右駁論第二)此說ヲ取ル者ハ契約ハ債務者ヲ保護スヘキモノナリトノ  
 前提ヲ置キタルニ出テタルモノナレトモ契約ハ債務者ノミヲ保護スヘキモノト



云フハ偏頗ノ説ナリ契約ハ常ニ債權者ト債務者ト併セテ保護スヘキモノナレハ獨リ之ヲ債務者ニ私スルハ大ナル偏見ナリ(右駁論第三)

債務者住所地法説ニ牽聯シテ生スル問題ハ契約締結ノ後債務者カ住所ヲ變シタルトキハ飽マテ發生當時ノ住所地法ニヨルヘキカ若クハ訴訟提起當時ノ債務者ノ住所地法ヲ適用スヘキカ是ナリ而シテ佛國ノ判決例ニ於テハ後者ノ主義ヲ取レリ然レトモ契約消滅原因ハ發生地ノ法律ニ伴フトノ原則ヨリ云ヘハ前説ノ方正當ナルヘク若シ然ラストセハ變更後ノ法律ニテ時効ノ期間短キ時ハ前ニ述ヘタル第二ノ駁撃ハ益々激シキヲ加フヘク遂ニ之ヲ辯解スルノ途ナカルヘシ只時効期間カ變更前ノ住所地法ト變更後ノ住所地法トニヨリテ異ニシテ且時効ノ經過カ其兩者ニ跨ルトキハ變更前ノ住所地法ニ依ルヘキカ又ハ變更後ノ住所地法ニ依ルヘキカ又ハ兩者ヲ折衷スヘキヤノ問題アリテ折衷説最モ有力ナリ而シテ其所謂折衷説ナルモノヲ聞クニ例之債務者ノ住所地法カ時効期間ヲ七年トシテ其内三年半ヲ經過シタル後住所ヲ他ニ轉シタルニ其地ノ法律ニテハ十年トスレハ變更前ノ法律ニテ二分ノ一ヲ經過シタルモノナレハ變更後ノ法律ニテモ半

數ヲ經過シタルモノトシ殘餘ノ五ヶ年ヲ以テ時効期間トナスモノトス

### 第二説、債權者住所地法説

此説ノ根據ハ契約ハ常ニ債權者ニ附帶スルモノナルカ故ナリト云フニ在リ然レトモ契約ハ常ニ債權者ノミヲ保護スヘキモノニ非ス(右駁論第一)又債權者ノ住所地法ニ依ルトセハ債權者ハ現在ノ住所地法ヲ以テ不利益ナリト見ルトキハ何時タリトモ利益アル地ニ變更スルコトヲ得ヘク債權者ノ利益ヲ圖ルニ偏スルモノナリ(右駁論第二)トノ二個ノ缺點アルコトヲ免レサルナリ

### 第三説、債權者所在地法説又ハ債務者所在地法説

此説ニ對シテハ第一説及ヒ第二説ヲ駁スルノ説ヲ悉ク充當スルコトヲ得ヘキノミナラス尙ホ其他所在地ナルモノハ常ニ變動スルモノナルカ故ニ債權者債務者間ノ關係ヲ定ムル法律ヲ知ルコト困難ニシテ且最モ大ナル缺點ハ債權者又ハ債務者ニハ所在地法カ權利ヲ有セシメ又ハ義務ヲ負ハシムヘキヤカ先決問題ナルニ此先決問題ヲ決セスシテ債權者又ハ債務者ノ所在地法ニ從ハシムヘシト云フハ到底輕忽ナル説ト云フヲ免レサルナリ



## 第四說、裁判所々在地法說

此說ハ夫ノ時効ハ契約消滅ノ原因ニアラス只一定ノ年限ヲ經タル後ハ裁判所カ救濟ヲ與ヘスト云フ事實ニ過キサルモノナレハ權利ノ問題ニ非スシテ訴訟手續ノ問題ナリト云フニ根據ヲ取リタルナリ故ニ此說ハ時効ヲ以テ權利ノ實質ニ關スル問題ナリト云フ思想ト背馳スルモノニシテ余輩ハ決シテ時効カ訴訟手續ニ關スル問題ナリトノ說ヲ認許スルコトヲ得サルナリ

英米ノ學說及ヒ判決例ハ此說ヲ確持シテ讓ラス時効ノ期間即チ出訴期限(Limitation)ナルモノヲ設ケタルハ此期間ヲ經過シ終レハ裁判所カ救濟セスト云フ主義ニ取リタルナリ而シテ尙ホ英米ノ學說ニ於テハ之ニ附加シテ此時効ノ制度ハ公ノ秩序ニ關スルモノナリトノ理由ヲ付シテ曰ク債權債務ハ須ラク一定ノ期間内ニ之ヲ處分シ終ラサルヘカラス若シ之ヲ輕々ニ看過シ期間ノ經過スルモ尙ホ其權利ヲ行使セスンハ之カ爲メニ證據ハ遂ニ湮滅スルノ恐レアルヘク爭訟ノ起リタルニ際シテ判決ヲ與フルコト極メテ困難ナリ此ノ如ク裁判所々在地ノ公ノ秩序ニ關スル問題ナルカ故ニ其地ノ法律ニ從ハシムヘキモノナリト然レトモ目的

物ノ如キモ他國ニ在リテ只偶然ニ其地ニ訴訟ヲ提起シタルカ如キ場合ニハ此理由ハ首尾相貫徹セサルモノアリ加フルニ苟クモ英米ノ學者ノ唱フルカ如ク常ニ公ノ秩序ニ關スルモノトノ制ヲ取リ其方針ヲ以テ之ヲ運轉スル邦國ニ於テハ此說或ハ行ハルヘキモ然ラサル國例之佛國及ヒ佛國法主義ノ國ニハ此學說行ハルルコト難シ何トナレハ佛國及ヒ佛國法主義ノ國ニ於テハ債務者ハ時効ヨリ受クル權利ヲ拋棄スルコトヲ得ヘク所謂公益主義ナルモノト背馳スヘケレハナリ蓋シ若シ果シテ公益ヨリ來レルモノナランニハ當事者カ之ヲ拋棄スルト云フカ如キハ之ヲ禁セサルヘカラス既ニ禁セサルヲ見レハ佛國及ヒ佛國法主義ノ國カ公益ノ爲メナリトノ思想ヲ有スル主義ト相反スルモノナレハナリ

## 第五說、履行地法說

此說ヲ取ル者ニ其理由ヲ考覈スル點ヨリ見レハ二個アリ第一說ハ時効ナルモノハ其履行地ノ法律カ債權者ノ權利ノ行使ヲ怠リタルヨリ加フル一ノ刑罰ナレハ刑罰屬地主義ノ原則ニ從テ履行地ノ法律ヲ適用スヘキモノナリト云ヒ第二說ハ時効ハ辨濟ノ推測ニシテ履行地ノ法律カーノ推定ヲ下シテ其時限ヲ經過スルマ



テ訴ヘサル者ハ必ス其義務ヲ履行シ終リタルモノト見ルノ思想ニ出テタルナリ  
此他契約ハ履行ヲ以テ重大ナリトスルトノ總論ニ述ヘタル議論モ亦此説ヲ取ル  
者ノ論據ヲ確ムル一原因トナルヘシ

第六説、契約地法説

契約地ノ法律ニ從フヘシトノ説ハ種々ノ根據ヨリ出テタルモノナレトモ最モ重  
モナル原因ハ契約成立地法ニヨルトキハ當事者ノ熟考スル法律ニ從フヲ得ヘク  
從テ當事者ノ豫知セサル所ノ法律ヲ適用シテ當事者ヲ危険ナラシムルノ虞ナカ  
ラシムルモノナリトノ説及ヒ當事者ハ契約締結ノ當時ニ於テ契約成立地ノ法律  
ニ從フトノ暗黙ノ意思ノ合致アリタルモノナレハ其法ニ從フト極メテ當事者  
ノ意思ニ適ヒタルモノナリトノ説ニ出テタルモノナリ而シテ此説ヲ取ルモノハ  
尙ホ其他ノ法律ニ從フトノ不便ナル所以ヲ駁シテ若シ其他ノ法律ニ從フトキハ債  
務者又ハ債權者ハ何時其住所又ハ所在地ヲ變更スルヤ測知スヘカラス又如何ナ  
ル裁判所ニ訴ヲ提起スヘキヤモ測知スヘカラス斯ル測知スヘカラサル法律ニ從  
ハサルヘカラストセハ當事者ノ不安心ハ云フヘカラス之カ爲メニ經濟上ノ圓滑

ヲ妨クルコト甚ナカラサルヘシ此ノ如ク理論ノ上ヨリ見ルモ實際上ノ便宜ヨリ  
觀察スルモ共ニ此説ノ他説ニ卓絶スルヲ知ルニ足ルヘシト云フナリ

此説ヲ取ルモ尙ホ之ニ例外ノ場合ヲ認ムル一種ノ論者アリ此論者ハ曰ク「契約地  
法ニテ定ムル時効ノ期間ハ裁判所々在地法ノ定ムル期間ヨリ長キコトヲ得ス」ト  
故ニ此説ニヨレハ契約地法ノ時効期間ハ如何ニ長キモ裁判所々在地法ノ時効期  
間以内ニ短縮セラル、モノニシテ此論旨ハ公ノ秩序ニ反スト云フニ出テタルモ  
ノナレトモ前ニ述ヘタル如ク各國ハ必スシモ時効期間ヲ以テ公ノ秩序ニ關スル  
問題ナリトセサルカ故ニ此制限ヲ設クルノ必要ナカルヘシ  
前述ノ如ク英、米、蘇ノ學説及ヒ判決例ニ於テハ手續法ニ關スルモノナリトノ主義  
ヨリ裁判所々在地法ニ從フヘシト云フト雖モ獨、佛、伊ノ主義及ヒ判決例ニ於テハ  
權利ノ實體ニ關スルモノナリトノ理由ニヨリ此説ヲ取ラス獨逸法ノ如キハ履行  
地ノ法律ニ從フヘキモノナリトセルコト千八百七十四年十月十七日、千八百八十  
二年一月十七日、七月八日、千八百八十九年九月二十一日高等商事裁判所ノ判決例  
等ニ徴シテ明カナリ



第四節 行爲ノ方式

場所ハ行爲ヲ支配ステフ原則ハ中世ヨリ現時ニ至ルマテ一般ニ認めラル、所ナルカ此原則ヲ一見スレハ行爲ニ關スル事項ハ凡テ其行爲地ノ法律ニ從ハサルヘカラサルニ似タリ例之行爲ノ成立要素能力其他一切ノ關係ハ悉ク行爲地ノ法律ニ從ハサルヘカラサルカ如ク他ノ原則ハ之カ爲メニ破ラル、カ如キモ其實決シテ然ラス此原則ハ場所ハ行爲ノ方式ヲ支配ストノ意味ヲ有スルモノナリ此原則ノ生シタル當時ノ思想ト今日ニ於ケル思想トハ全ク異ナレリ中古ノ時代ニ於テハ人ハ土地ニ服從スヘク或ル土地ノ上ニ在ル限リハ一切ノ關係悉ク其地ノ法律ニ服從セサルヘカラス今當事者カ某地ニ於テ契約ヲナスト假定セハ是レ當事者カ任意ニ某地ノ主權ニ服從シタルモノナリトノ服從關係ヨリ立論スレトモ近代ニ於ケル觀念ハ大ニ之ト趣キ異ニシテ全ク一ノ便宜ヨリ出タルモノナリト云フナリ即チ外國ニ在ルモ尙ホ本國ノ法律ニ定メタル所ニ從ハサルヘカラストセハ到底其行爲ヲナスコト能ハサルニ歸スヘシトノ理由ニ出ツルモノナリ此說ニヨリテ其證言スル所ヲ尋ヌルニ例之公正證書ヲ作ルヘキ場合ニ公證人ハ自國ノ法

律ニテ認めタル方式ニ非サレハ公正證書ヲ作ルコトナカルヘク本國法ニ從テ證書ヲ作ルモ公證ナキトキハ其契約ハ有効ナルコト能ハサルヘケレハナリ又本國法ニヨレハ或ル官吏カ其契約ニ關シテ證明ヲ與ヘ又ハ立會ヲナスト云フカ如キ場合ニ行爲地ニ於テハ斯ル官吏ナキ時ハ遂ニ又本國法ニ從フニ由ナカルヘク結局此點ヨリ見レハ行爲地法ニ契約ノ自由ヲ認めナカラ實際ニ於テハ本國法ニ從ヘハ契約成立セサルカ故ニ本國法ニ從フコト能ハサルニ歸スヘク其間甚ダシキ撞着ヲ見ルモノナリト云フノ理由ニ出ツルナリ獨リ公正證書ノミナラス私署證書ニ於テモ亦同一ノ結果ヲ生シ無學無筆ナル當事者カ他國ニ在リテ契約ヲ結フントテ私署證書ヲ作ラントスルニ其地ノ辯護士其他普通人ニ證書ノ作成ヲ請フトキハ其地ノ被依頼者ハ自國法律ノ外之ヲ知ラス當事者ノ本國法ヲ知ラサルカ故ニ從テ當事者ノ本國法ニヨリテ證書ヲ作ルコト能ハス此ノ如キ場合ニハ契約ニ一方ナラサル遲緩ヲ來シ經濟社會ノ發達ヲ害スルコト極メテ著シトノ理由及ヒ長ク外國ニ在リタルトキハ本國ノ法律ヲ知ラサルコトアルヘク斯ル者ニ對シテモ尙ホ本國法ヲ強制スヘシトセハ是亦不可能チ人ニ強ユルモノナリトノ理由



ニ出テタルモノナリ故ニ我法例第九條ニハ此主義ヲ取リテ「公正證書及ヒ私署證書ノ方式ハ之ヲ作ル國ノ法律ニ從フ但一人又ハ同國人ナル數人ノ作ル私署證書ニ付テハ其本國法ニ從フコトヲ得」ト規定セリ

場所ハ行爲ヲ支配ストノ原則ハ如何ナル範圍ニマテ及フヘキカ即チ所謂行爲トハ純粹ノ行爲ノ方式ノミヲ云フカ又ハ要式行爲即チ或種ノ方式ヲ履マサレハ其行爲ヲ成立セシメストスルトキニ於テモ之ヲ推及シテ其行爲地ノ法律ニ從ハシムヘキヤ將タ此ノ如キ成立要素タル方式ニ付キテハ本國法ヲ適用スヘキヤ例之婚姻遺言養子贈與等皆一定ノ條件ヲ充タサズンハ成立セストスルコト各國ノ取ル所ナリ斯ルモノニモ尙ホ且ツ本國法ヲ適用セサルカ此疑ヲ決スルニ我法例第十條第一項ハ「要式ノ合意及ハ行爲ト雖モ之ヲ爲ス國ノ方式ニ從フトキハ方式上有效トス」トノ規定ヲ以テセリ余輩ハ我法例ノ取リタル主義ヲ贊成スルモノナリ何トナレハ形式上ノ要件ナルモノハ實際上ノ要件ノ如ク其實質ニ關係スルモノニ非スシテ本國ト密接ノ關係ヲ有スルモノニモアラス又之ヲ履マサレハトテ本國法ノ秩序ヲ害スルモノニモアラス加之前ニ述ヘタルカ如ク必ス本國法ニ依ラ

サルヘカラストセハ之カ爲メニ其契約又ハ行爲ヲナスコト能ハサルニ至ルノ憂アレハナリ反對ノ意見ヲ取ル者ハ要式行爲又ハ要式契約ハ本國法ニ從ハサルヘカラストシテ曰ク要式ノ契約又ハ要式ノ行爲ト定メタル理由ニ溯テ考フルニ單ニ證據ノ問題ニ過キサルニハアラスシテ全ク其成立ノ條件ニ關スル問題ナリ故ニ普通ノ證據ノ爲メノ方式ト同一視スヘカラス若シ之ヲ蹂躪シテ本國法ニ從ハスシテ可ナリトセハ本國カ定メタル條件ハ殆ント常ニ從ハル、コトナク例之贈與ハ公正證書ヲ以テ證明スヘシトノ本國法アルニ之ニ反對ノ主義ナル邦國ニ行キテ本國法ニ從ハスシテ可ナリトセハ本國法ハ破ラルヘク自國ノ形式要件繁雜ナル時ハ之ヲ厭ヒテ其輕易ナル方式ヲ以テ足レリトスル國ニ赴キ贈與ヲナシ私署證書ニテ證明スルカ如ク本國カ故ラニ公正證書ヲ以テ證明スヘシトナシタル効ナカルヘシト云フニ在リ例之白耳義民法草案第十條カ

法律ニ於テ權利行爲ノ實質條件トシテ公正ノ方式又ハ自筆ノ方式ヲ必要トスル場合ニ於テハ縱令行爲地法ニテ之ニ異ナリタル方式ヲ以テスルヲ許ス場合ト雖モ之ニ依ルコトヲ許サス



ト規定スルカ如キハ明カニ此主旨ニ由リタルモノト云フヘシ  
今場所ハ行爲ヲ支配ステフ原則ノ起リタル理由ニ付キ諸學者ノ唱フル所ヲ尋ヌ  
ルニ大畧左ノ如シ

(第一) 主權服從說

即チ當事者カ其地ノ主權ニ服從スルノ意思ヲ以テナシタルカ故ナリト然レトモ  
此說ヲシテ眞ナラシメノカ主權ハ其土地ノ上ニ行ハル、カ故ナリトノ觀念ニ出  
テタルカ故ニ當事者一タヒ其地ヲ去レハ當事者カ其地ノ方式ヲ履ミテナシタル  
行爲ハ他國ニ於テ無効トナルヘク異ナリタル國ニ赴ク毎ニ方式ヲ新タニセサル  
ヘカラサルナリ然ルニ實際上甲國ニ於テ有効ニナシタル方式ニ付テハ之ヲ履マ  
ハ乙國ハ又之ヲ有効ト認ムルニ非スヤ

(第二) 萬國契約說

此說ハパール氏等ノ取ル所ニシテ各國ハ他國ニ於テ定メタル方式ニ從ヒテ爲シ  
タル行爲ノ効力ヲ認ムルナリト云フモノナレトモ各國カ斯ル默約ヲナシタリト  
ノ證明ハ何人モ何國モナスコト能ハサルヘシ

(第三) 實際便宜說

此說ノ理由ハ既ニ前ニモ述ヘタル所ニシテ甲國人カ乙國ニ在リテ甲國又ハ丙國  
(財産丙國ニ在リト見テ)ノ方式ニ從フコトハ到底爲シ能ハサルコトアリ例之日本  
チ甲國トスレハ日本ニテハ遺言ハ公正證書ヲ以テスルコト民法ノ規定シタル所  
ナレトモ乙國タル普國ノ法律ニヨレハ遺言ハ裁判所ニテナサ、ルヘカラストセ  
ハ日本人カ普國ニ在リテ公正證書ヲ以テ遺言ヲナサントスルトキ行爲地タル普  
國ノ公證人ハ遺言ノ公正證書ヲ作ラサルカ故ニ日本人ハ遂ニ遺言ヲナスコト能  
ハサルノ不便ヲ來スヘシ私署證書ノ場合モ亦前ニ掲ケタルカ如ク行爲地ノ辯護  
士又ハ代理人ハ當事者ノ本國法ノ定ムル私署證書ノ方式ヲ知ラス從テ之ヲ作ル  
コト能ハサルヲ以テ當事者ハ之カ爲メニ私法的行爲ヲ爲スコト能ハサルニ至ル  
ヘシ此種ノ不便ヲ除カンカ爲メニ行爲地法ニヨルナリト尤モ公使、領事カ公正證  
書ヲ作ルコトアリ日本ノ領事規則ノ如キ第二條、第三條、第九條、第十條等ヲ以テ之  
ヲ規定セリ故ニ領事又ハ公使カ職務上ナスコト能ハサルコトニ付テ其行爲地ノ  
法律ニ定ムル方式ニ從フヘシトスルコト至當ナリ



(第四) 正道説

形式ヲ定ムルハ當事者ノ意思ヲ明白ニ且正確ニ證明センカ爲メニシテ以テ詐欺  
 其他不正ノ方法ヲ行ハサラシメントスルモノナリ然ラハ則チ何人カ此目的ヲ達  
 スルニ適切ナル法律ヲ作ルヘキカ曰ク其國ノ立法者ニ如クモノナシ例之公正證  
 書ヲ作ルニ如何ナル立會人如何ナル證人ヲ要スルヤノ資格ヲ定ムルカ如キ皆其  
 國立法者ノ最モ熟知スヘキ所又私署證書ニ自筆ヲ以テ書セシムル如キ二人以上  
 ノ間ノ行爲ナルトキハ二通ノ證書ヲ作ラシムルカ如キ皆然リ要スルニ立法者ハ  
 其國ノ人情風俗道義智識ニ適當シタル方式ヲ定ムルモノナレハ證據ハ各國ニ特  
 別ナリト稱セサルヘカラサルナリ  
 以下場所ハ行爲ヲ支配スル原則ノ例外ヲ掲ケン  
 第一、當事者本國法ノ規定ニテ必ス本國法ニ從フヘク行爲地ノ法律ニ從フモ効  
 力ヲ與ヘサルトキ

一、例之佛國民法第九百六十八條ニ二人以上ニテ他人ノ爲メニ一通ノ證書ヲ以  
テ遺囑ノ贈遺ヲナスヘカラス又ハ二人以上ニテ相互ニ贈遺ヲナスノ名義ヲ用

ヒ一通ノ證書ヲ以テ遺囑ノ贈遺ヲナスヘカラストアリ此法文ニヨレハ當事者  
 ハ何レノ國ニ赴クモ之ニ從ハサルヘカラサルカ故ニ外國ニ於テ贈遺ヲナスニ  
 付如何ナル方式ニ從フコトヲ許可スルモ常ニ本國法ニ從ハサルヘカラサルナ  
 リ

二、財産取得編第三百八十條參照

三、和蘭民法第九百九十二條ニハ遺言ヲナスニハ必ス公正證書ヲ以テ證據立テ  
 サルヘカラスト規定セリ

四、英米ニ於テハ不動産取得ノ場合及ヒ不動産移轉ノ場合ニ限り不動産所在地  
 法ニ定メタル方式ニ從ハサルヘカラストセリ是レ土地ニ關スルコトハ絶對ニ  
 其地ノ法律ニ從ハサルヘカラストノ思想ヨリ出タルモノニシテ此ノ如キ法文  
 アル以上ハ英人カ佛國ニ於テ有スル土地ヲ賣買セントスルトキハ何國ニ於テ  
 之ヲ爲スニ拘ハラス必ス佛國法ノ定ムル方式ニ從ハサルヘカラサルナリ尙ホ  
 例ヲ擧ケンニ一英人カ獨逸ニ於テ有スル不動産ヲ佛國ニテ他英人ニ讓渡サン  
 トスルトキハ行爲地カ佛國ナルモ獨逸法ノ方式ニ從ハサルヘカラス



第二、場所ハ行爲ヲ支配ステフ原則ハ當事者カ惡意ナルトキハ之ヲ適用スヘカ  
ラストノ説

當事者カ惡意ナリトハ當事者カ本國法ニ從フノ不利又ハ煩雜ナルヲ厭ヒテ本國  
法カ定メタル方式ニ從フヲ避ケントスルノ意思ヲ以テ外國ニ赴キテ外國ノ形式  
ニ從ヒタル場合ヲ云フ此例ハ英國ニ於テ頗ル多キ所ニシテ英倫及ヒ愛蘭ノ婚姻  
方式カ甚タ煩雜ナル爲メ簡易ナル方式ノ行ハル、蘇格蘭ニ赴テ結婚スル者夥シ  
ク又歐羅巴諸國ニテハ宗教上ノ方式ヲ履ムノ外婚姻ノ儀式ヲ認メサルノ國アル  
カ故ニ自己ノ信セサル又ハ厭忌シ敵視スル宗教ノ方式ニ從フコトヲ忌ムノ餘リ  
外國ニ赴キテ婚姻ヲナス者甚タ多シ故ニ此ノ如ク本國ノ法律ニテ定メタル方式  
ヲ免レントスル意思アル者ニハ本國ノ法律ニ服從セサレハ効力ヲ與ヘスト云フ  
モノニシテ此説ノ根據ハ若シ爾セサレハ本國ノ法律ハ有レトモ無キカ如ク本國  
カ法律ヲ以テ形式ヲ定ムルモ常ニ蹂躪セラレ而カモ之ニ對スルノ制裁ナシト云  
フコト及ヒ詐欺ニ出テタルモノニハ權利ヲ與フルコトナシトノ理由ニ在ルナリ  
然レトモ此攻撃ハ極端ニ走りタルモノニシテ如何ニ方式カ困難ナレハトテ國內

ノ人民カ悉ク外國ニ赴キテ外國ノ方式ニ從フナラント云フハ一個ノ杞憂ノミ加  
之此ノ反對説ニシテ行ハレシメハ左ノ如キ種々ノ困難ヲ生ス

一、當事者カ善意ナリシカ惡意ナリシカヲ決定スルハ極メテ困難ナリ之ヲ決  
定スルハ素ヨリ裁判官ナルヘシト雖モ裁判官ト雖モ善意ナリシヤ惡意ナリ  
シヤヲ知ルコト容易ニナシ能ハサル所ナリ

二、惡意ナルヲ以テ行爲地法ニ從フヘカラストセハ「場所ハ行爲ヲ支配ス」テフ  
原則ハ殆ント行ハル、コトナカルヘク此原則ヲ設ケタル主旨ハ貫徹セラレ  
サルヘシ

我法例第十條ハ要式ノ合意又ハ行爲ト雖モ之ヲ爲ス國ノ方式ニ從フトキハ方式  
上有効トスト規定シタルトモ此但書ニハ「故意ヲ以テ日本法律ヲ脱シタルトキハ  
此限ニ在ラス」ト定メタリ故ニ前ニ述ヘタル(一)(二)ノ缺點ハ固ヨリ之アルヲ免レス  
然レトモ是レ唯要式ノ合意又ハ行爲ニノミ限レルモノニシテ一般ノ方式ノコト  
ハ縱令惡意アルモ行爲地法ニ從ツテ可ナルナリ何トナレハ第九條ニハ  
公正證書及ヒ私署證書ノ方式ハ之ヲ作ル國ノ法律ニ從フ但一人又ハ同國人ナ



ル數人ノ作ル私署證書ニ付テハ其本國法ニ從フコトヲ得  
トアルノミニシテ第十條ニ於ケル如キ但書ナキカ故ナリ然ルニ或人ハ此第十條  
ノ但書ハ併セテ第九條ノ但書トモナルモノナリト主張シテ外國ニ於テ然ルカ故  
ナリトノ理由ヲ付スル者アレトモ外國ハ外國ニシテ日本ノ法例ニ於テハ第十條  
ノ但書ヲ以テ併セテ第九條ノ但書ナリト云フコト能ハサルナリ

准契約

第五節 准契約

准契約ハ契約ニ非ス從テ又意思ノ投合アルコトナシ然レトモ學者カ一般ニ准契  
約(Quasi contract)ナル名ヲ命スルカ如ク契約ニ准スルモノニシテローラン氏ノ如  
キハ半ハ意思ノ投合アリタルモノナリト云ヘリ故ヲ以テ契約ト同一ノ理由ニ因  
リテ准契約成立地ノ法律ニ從フトスルナリ即チ當事者ニシテ自ラ契約ヲ結ビタ  
ランニハ必ス此ノ如クシタルナラントノ推定ニ出テタルモノナリ法例第七條ハ  
規定シテ曰ク

不當ノ利得不正ノ損害及ヒ法律上ノ管理ハ其原因ノ生シタル地ノ法律ニ從フ  
ト所謂原因ノ生シタル地トハ契約ニ於ケル契約成立地ト同一ナリ

不當ノ利得ニ付キ原因ノ生シタル地ノ法律ニ從フコトヲ不可ナリトシテ論スル  
者ハ不當利得ノ權利者ト義務者トカ國籍ヲ異ニスル場合ハ原因ノ生シタル地ノ  
法律ニ從フコト正當ナレトモ國籍ヲ同フスルトキハ當事者ノ本國法ニヨルヘシ  
ト云ヒ其理由トシテ曰ク當事者ハ不當利得ニ付テ權利義務ノ關係ヲ生シタルト  
キハ本國法ニ從フヘシトノ意思アリト推定スルコト可ナリト然レトモ是レ或ハ  
却テ純粹ノ契約ノ場合ニ於テハ唱フルコトヲ得ヘキ一理由ナランモ不當ノ利得  
トシテ當事者間ニ權利義務ノ關係ヲ生セシムルハ其地ノ公ノ秩序ニ關スルコト  
ニシテ屬地的ノモノナルカ故ニ當事者ノ本國法ヲ適用スルコト蓋シ不當ナリ  
不正ノ損害ニ付テ原因ノ生シタル地ノ法律ニ從フコトヲ不可ナリト唱フル者ハ  
不正ノ損害ハ刑事上ノ犯罪ニヨリテ權利者ニ損害ヲ與ヘタルトキト同一ノ性質  
ノモノナルカ故ニ裁判所々在地法ニ從フヘシト主張セリサビニールウエヒテル氏等  
ハ此說ヲ取レリ然レトモ是レ外部ノ現象ノ爲メニ動カサレタル說ニシテ事物ノ  
真相ヲ窺ヒ得タルモノニアラス刑事上ノ犯罪ヨリ民法上ノ損害ヲ及ホシタルト  
キ行為地即チ裁判所々在地ノ法律カ損害賠償ノコトニ付テ裁判權ヲ有スルハ是



レ公安ニ關スル問題ニシテ刑法ノ屬地的ノモノナルカ故ナリ即チ刑法上ノ犯罪トシテ生シタル結果トシテノ訴訟ナルカ故ニ其地ノ裁判所カ之ヲ裁判シ裁判所所在地法ニ從フノ結果トナレルナリ然ルニ不正ノ損害ハ原因ノ生シタル地ノ公ノ秩序ニ關スル問題ナルカ故ニ縱令原因ノ生シタルヨリ以外ノ國ノ裁判所ニ訴ヘタルトキニ於テモ原因發生地ノ法律ニ從フヘキモノニシテ刑事上ノ犯罪ヨリ生シタル民法上ノ損害ノ如ク兩者必ス相牽聯シテ裁判所々所在地法ニ依ラサルヘカラサル場合トハ大ニ趣キ異ニスルモノナリ

事務管理ノ場合ニ原因ノ生シタル地ノ法律ニ從フヘキコト亦之ト同一ノ理由ニ因ル事務管理ニ關シテ一個ノ説明ヲ要スルコトアリ船舶カ他ノ船舶ヲ救助シタルトキハ何レノ法律ニ依ルヘキヤ是ナリ之ヲ分析スルニ

- 一、救助ヲナシタル船舶カ救助セラレタル船舶ト同一ノ國籍ヲ有スルトキ
- 二、救助ヲナシタル船舶カ救助セラレタル船舶ト國籍ヲ異ニスルモ救助地カ

某國ノ領海ナルトキ

ノ二個ノ場合ハ容易ニ解析スルコトヲ得ヘク(一)ノ場合ハ船舶ノ本國法ニヨルヘク(二)ノ場合ハ領海ノ屬スル國法ニヨルヘキコト明瞭ナルモ

- 三、救助ヲナシタル船舶カ救助ヲ受ケタル船舶ト國籍ヲ異ニシ且救助地カ大洋ナルトキ

ニ於テハ何國ノ法律ニ從フヘキカ或人ハ救助カ實際ニ成立スルハ救助船カ某港灣マテ被救助船ヲ伴ヒ行キタルトキニ在ルカ故ニ其港灣ノ屬スル國ノ法律ニ從フヘシト云フト雖モ救助ノ成立ハ既ニ大洋ニ於テ之アルモノニシテ救助ヲナシタル船舶ハ之カ爲メニ勞力費用ヲ費シタルモノナルカ故ニ重キヲ救助ヲ與ヘタル船舶ノ國法ニ置クヘシト云フ者アリ尙ホ更ニ理由ヲ付シテ救助ヲ受ケタル船舶ハ獨立存在ヲナスコトヲ得サルモノニシテ救助船ノ救助ニヨリテ全キモノナレハ救助船ノ一部又ハ救助船ノ附屬物ト見ルヘシト從テ(一)ノ場合ト同シク救助ヲナシタル船舶ノ屬スル國ノ法律ニ從フヘシト云ヘリ而シテ此主義ハ千八百八十八年ノ萬國商法會議ノ決議ニ於テ取ル所トナリタリ

第六節 私犯

私犯ニ關スル國際私法上ノ問題ハ行爲地法ニヨルカ加害者又ハ被害者ノ本國法

私犯



又ハ住所地法ヲ適用スルカ、裁判所々在地法ニヨルカニ在レトモ行爲地即チ犯行地法(Lex delicti commissi)ニヨルコト學者ノ是認スル所ナリ然レトモ犯行地法ト裁判所々在地法トカ異ナルトキ即チ

一、犯行地法ニ於テ損害賠償ノ義務アリトスルモ裁判所々在地法ハ之ナシトスルトキ

二、裁判所々在地法ハ損害賠償ノ義務アリトスルモ犯行地法カ之ナシトスルトキ

ハ如何此場合ニモ亦犯行地法ニヨリテ定ムヘシ蓋シ犯行地法ハ其行爲カ正當ナルヤ不當ナルヤヲ定ムヘキモノナルコト公ノ秩序ノ上ヨリ見テ明カナリ故ニ加害者ハ犯行地以外ノ國ニテ訴ヘラル、モ犯行地法ニテ定メラレタル所ニヨリ權利ヲ有シ義務ヲ負フモノニシテ既得權ナルカ故ニ裁判所々在地法ハ之ヲ如何トモスルコト能ハス裁判所ナルモノハ當事者ニ權利ヲ與ヘ義務ヲ負ハシムルモノニ非スシテ只權利義務ノ有無ヲ判決スルニ止マルモノナレハナリ然ルニ英國ニ於テハ此原則ヲ認メスシテ犯行地法ニ於テモ裁判所々在地法(英國法)ニ於テモ共

ニ不法ノ行爲トナスニ非スハ英國ハ損害賠償ヲナサシメストノ主義ヲ取レリ其實際ハ英國ノ商船ニ對スル英國樞密院ノ判決例ニ於テ之ヲ知ルコトヲ得ヘシ英國ノ船舶白耳義ニ赴キテ白耳義ノ水先案内者ヲ雇ヒタルニ水先案内者自己ノ過失ニヨリ白耳義領海ニテ他ノ船舶ニ衝突シ損害ヲ受ケシメタルヲ以テ被害船舶ハ加害船舶ニ對シ損害賠償請求ノ訴ヲ英國裁判所ニ提起シタリ白耳義法ニテハ水先案内者ノ過失ニテ他船ニ害ヲ加フレハ賠償ノ責アリトセルモ英國ハ斯ル水先案内ハ白耳義法ニヨリテ雇ヒタル者ニシテ強制ニヨリテ水先案内者トシタル者ナレハ其者ノ過失ニヨリ加害船舶ハ賠償ノ義務ヲ負フコトナシトノ法律アルヲ以テ裁判所々在地法タル自國ノ法律ニヨリテ賠償ノ責ナシト判決シタリ船舶ノ衝突ニ關シテ亦私犯ノ問題アリ國籍ヲ同フスル船舶カ衝突セル場合及ヒ國籍ヲ異ニスル船舶ニテモ我國ノ領海内ニテ衝突セル場合ハ論ナシト雖モ國籍ヲ異ニスル船舶カ大洋上ニテ衝突スルトキハ如何此場合ニハ二個ノ大問題ヲ生ス

第一、何レノ國ノ裁判管轄ニ屬スヘキヤ



第二、何レノ國ノ法律ニ從フヘキヤ

第一ノ點ニ關シテハ暫ラク之ヲ裁判管轄ヲ論スル章ニ讓リ茲ニ何レノ國ノ法律ニ從フヘキヤヲ述ヘントス此等ヲ決スルニハ四個ノ學說アリ

一、大洋ニ於テ衝突シタルモノナルカ故ニ行爲地即チ犯行地ナシ故ニ裁判所所在地法ニヨルヘキコト止ムヲ得サルモノナリトノ說

二、各國共通ニ定メタル法律ニヨルヘシトノリヨンカー氏等ノ說

三、各國共通ノ法律ナルヤ否ヤヲ裁判所々所在地法カ檢定シテ而シテ其各國共通ノ法律ニヨルヘシトノ英國判決例ニ於テ採用スル說

四、船舶ノ屬スル國各自ノ法律ニヨリテ損害賠償ノ有無ヲ決スヘシトノ說ニシテ此說ハ千八百八十五年及ヒ千八百八十八年ノ萬國商法會議ノ議決及千八百八十八年ノ國際法協會々議ノ議決ニ於テ取ル所ナリ

以上ハ衝突ニ際シテ一方ノ過失ナルコト一致セサル場合及ヒ原因ノ不明ナルノ場合ニシテ若シ一方ノ過失ナルコトカ明瞭ナルトキハ其過失アル船舶ヨリ賠償ヲナスヘク又雙方ノ過失及ヒ雙方トモ過失ナキニ衝突シタルトキハ自ラ損害ヲ

負擔セサルヘカラス

英、米、獨、白、伊等ノ如ク衝突原因不明ナル場合ヲ規定セサルトキハ右ノ如キ問題ヲ生スルモノニシテ佛國商法第四百七條第三項及我商法第九百四十二條ニ於ケルカ如キ原因不明ノ衝突ニハ雙方カ損害ヲ分擔ストノ規定各國ニアランニハ此ノ如キ問題ヲ生セサルナリ

衝突ニ關シ損害賠償ノ請求ヲナス者ハ何國ノ法律ノ定ムル方式ニ從フヘキカ又其期間ノ如キモ何國ノ法律ニ從フヘキカ佛國商法ノ規定ニヨレハ衝突後二十四時間内ニ損害賠償ヲ請求スルノ訴ヲ起スヘシトノ通知ヲナシ置キ一个月間ニ起訴スルコトヲ得ヘシトセリ其他ノ諸國ハ斯ル短期ノ期間ヲ定メス而シテ如何ナル法律ニヨリテ此等ノ期間及方式ヲ決定スヘキヤニ付テハ佛國ノ判決例ニヨレハ裁判所々所在地法ヲ適用スヘシト云ヘリ然レトモ被害船舶ノ船長カ衝突ナル急激ノ變事ニ際シ裁判所々所在地法ニヨラサルヘカラストセハ其手續ヲ檢査スルニ時間ヲ要シ之カ爲メ充分ニ訴權ヲ行フコト能ハサルカ如キ危險アルカ故ニ被害船舶ノ國法ノ定ムル所ニ從フヘシトノ說ハ近來一般ニ行ハレ千八百八十八年ノ



國際法協會々議ノ議決ハ此主義ヲ取り唯々領海内ノ衝突ニ付テハ衝突地ノ法律ヲ適用スヘシト定メタリ

相續

### 第七章 相續

相續ニ關シテハ何國ノ法律ヲ適用スヘキカニ付テハ三個ノ學說アリ

(第一說) 財産所在地法說

此說ノ根據ハ財産ハ其所在國ニ屬スヘキモノニシテ所有者死亡スルトキハ國家若クハ君主ハ直チニ之ヲ相續スヘキモノナリ然ルニ之ヲ相續者ニ與フルハ一種ノ恩惠ニシテ從テ如何ナル者ニ此財産ヲ與フヘキカ如何ナル者ニ與ヘサルヘキカハ國家ノ公ノ秩序ニ關スル問題ナリ是レ所在地法ニヨラサルヘカラサル所以ナリト云フニ在リ

羅馬法ノ主義ニ於テハ權利義務ノ包括チ一ノ無形人トシ其所有者ハ死スルモ之カ無形人タル者ハ死セス故ニ死者ノ支配セラレタル法律ニ從フヘシト云フコト後ニ述フル所ノ如シ而シテ所在地法說ハ之ニ反對シテ生シタルモノニシテ死者ノ資格カ死後ニ至ルマテ存在スルト云フハ考得ヘカラストノ說ニ出テタルナリ

然レトモ此說ハ今日ニ於テ行ハルヘカラス何トナレハ相續者カ相續チナスハ當然ノ權利ニシテ封建時代ノ思想ノ如ク相續權ハ君主又ハ國家カ當然之ヲ有スルモノニ非サレハナリ

(第二說) 死者ノ本國法說(又ハ死者ノ最後ノ住所地法說)

此說ハ前ニ述ヘタル包括財産ナル主義ヨリ生シタルモノニシテ被相續者ノ財産ハ凡テ一個ノ財産ヲナスモノナレハ之ヲ別離シテ考得ヘカラス然ラハ一個ノ法律ニヨリテ支配セラレサルヘカラスト云フニ在リ

死者ノ最後ノ住所地法ニ從フトハ墺地利及ヒ普國普通法ノ取ル所ニシテマルテソス、ウエヒテル、ウンゲル、サビニ一ノ諸氏皆此說ヲ取レリ而シテサビニ一氏ノ意思推定說ハ又此說ノ別種ノ根據チナスモノナリ氏ハ曰ク遺言チナスシテ死亡シタル者ハ其最後ノ住所地法ニ從テ相續ノ處分チナサ、ルノ意思チ有シタルモノナリ財産カ縱令諸所ニ分レ居ルトキト雖モ被相續者ハ自己ノ最モ熟知スル所ノ法律ニヨリテ處分セラル、チ望ムナルヘシ若シ然ラストセハ被相續者ハ自己ノ知ラサル法律ノ爲メニ束縛セラル、ノ危險アリ當事者タル被相續者カ或ル法律



ニヨリテ相續ノコトヲ處分セラレシコトヲ欲セハ必ス之ヲ明示シタルナルヘシ然ルニ之ヲ明示セサルハ自己ノ最モ熟知セル法律ニ拘束セラル、ノ意思ナルコト知ルヘシ加之若シ然ラストセハ被相續者ノ意思ニ反シ被相續者カ相續セシメントスル以外ノ人ニ相續ナサシムルノ結果トナルヘシト  
 伊太利ノパスカル、フヒオール氏ハ本國法說ヲ取レトモ當事者ノ意思ノ推定ナリトノ點ニ根據ヲ置カスシテ家族ノ組織ニ關スルコトニシテ被相續者ノ本國ノ公ノ秩序ニ關スル問題ナルカ故ニ本國法ニ從フヘキモノナリト云ヘリ  
 然レトモ此說ヲ主張スル者ト雖モ尙ホ且例外ヲ認メサルコトナシ我法例第四條第二項ニ於テハ然レトモ相續及ヒ遺贈ニ付テハ被相續人及ヒ遺贈者ノ本國法ニ從フト規定スレトモ第十四條ニ於テハ之カ例外ヲ擧ケテ  
 刑罰法其他公法ノ事項ニ關シ及ヒ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ關スルトキハ行爲ノ地、當事者ノ國民分限及ヒ財産ノ性質ノ如何ヲ問ハス日本法律ヲ適用ス  
 ト規定セリ

(第三說) 動産、不動産區別說

此說ハ動産ニ關シテハ住所地法又ハ本國法ニ從ヒ不動産ニ關シテハ所在地法ニヨルヘシト云フナリ英國及ヒ佛國ニ於テハ此說ヲ取リ佛國民法前加編第三條ノ如キハ第二項ニ於テ「不動産ハ外國人ノ所有スルモノト雖モ佛蘭西ノ法律ヲ以テ之ヲ管轄ス」ト規定シ又佛國ハ埃地利、塞耳比亞トノ條約ニ於テ之ヲ約定シ和蘭民法第七條モ亦此主義ヲ取レリ然レトモ不動産ノ所在地法ニ從ハシムルトスレハ被相續者ノ財産諸所ニ散在スルトキハ甚ダシキ不都合ヲ生シ被相續者ハ自己ノ意思ニ反シテ處分セラル、ノ不便アルコト前ニ屢々述ヘタル所ナリ  
 以上述フル所ニヨリ相續開始ノ原因相續ノ順序、相續ノ能力、相續開始ノ時期ノ如キ皆本國法ニ依ルトスヘシ例之相續開始ノ時期ニ付テ一例ヲ擧クレハ死亡ノ推定ニ於ケル佛法ノ如シ佛法ニ於テハ未成年ナル子ト成年ナル父トカ同時ニ死シテ(例之船舶ノ難破ニ遭ヒテ)何レカ前ニ死シタルヤ不明ナルトキハ子ヲ以テ前ニ死シタル者トシ六十歳以上ノ父ト子トカ同時ニ死シタルトキハ父ヲ以テ前ニ死シタルモノト看做シ成年以上六十歳以下ノ者カ同時ニ死亡シタルトキハ年齢ノ少ナキ者先ニ死亡シタルモノト看做ス故ニ外國ハ佛人ニ對シテハ相續開始ノ時



期及ヒ原因ノ標準ヲ此點ニ取ラサルヘカラス  
 遺贈ニ付テモ亦右ト同一ノ原則ヲ適用スヘシ我法例第四條第二項ハ併セテ又此  
 原則ヲモ認メタルモノナリ伊太利民法前加編第八條モ亦之ヲ規定シテ「正當相續  
 及ヒ遺言相續ハ其相續ノ順位、相續權利ノ廣狹及ヒ其内部ノ効力ニ付テハ其財產  
 ノ性質並ニ所在地ノ如何ニ拘ラス被相續者ノ本國法ヲ適用ス」トセリ此點ニ付テ  
 ハ別ニ説明ヲナスノ要ナシト雖モ遺贈者カ遺言書ヲ作りタル後國籍ヲ變更シタ  
 ルトキハ其遺贈ヲナスノ能力ハ舊國籍ノ法ニヨリテ決スヘキカ將テ新國籍ノ法  
 ニヨリテ決スヘキカ即チ新國カ遺贈能力ヲ與フルモ舊國カ之ヲ與ヘサルトキ又  
 ハ舊國カ之ヲ與フルモ新國カ之ヲ與ヘサルトキハ如何新舊兩國ノ法律ニ於テ共  
 ニ能力ヲ認メサルヘカラス蓋シ舊國ニテ認ムルモ新國ニテ認メサレハ遺言ハ最  
 後ノ意思ナリトノ原則ニ反シ新國之カ能力ヲ認メサレハ遺言ノ効力ヲ生スルコ  
 ト能ハス又新國ニテ認ムルモ舊國ニテ認メサレハ是レ當初ヨリ遺言書タル効力  
 ナカリシモノナレハ無効ナル遺言書ヲ有効トナスニ由ナケレハナリ  
 或國ハ遺言ニヨリテ財產ノ全部ヲ或種ノ者ニ贈ルコトヲ禁ス佛國及ヒ佛國法律

ニ倣ヒタル諸國ノ法律概シ皆然リ例之父母又ハ子アル者ノ如キ是ナリ而シテ子  
 モ其多少ニヨリテ差異アリテ多クノ子ヲ有スル者ヨリ遺贈ニ因テ財產ヲ受クル  
 者ハ全財產ノ何分ノ一ヨリ以上ナルコト能ハストスルカ如シ此ノ如キハ本國法  
 カ自國人タル者ノ家族ノ秩序ヲ慮リテ制定シタルモノナルカ故ニ其額ノ如何ノ  
 如キハ遺贈者ノ本國法ニヨリテ決定セサルヘカラス  
 尙ホ一個ノ例外ハ國家カ自國ニ在ル者ノ相續ニ關スル條件ハ必ス自國ノ法律ニ  
 從ハシメサルヘカラスト規定シタルトキニ在リ

## 訴訟手續

## 第八章 訴訟手續

訴訟手續ハ訴訟地法(Lex Fori)ニ從フヘキモノナルコトハ「場所ハ行爲ヲ支配ス」トノ  
 原則ト同一ノ理由ニ出タルモノナリ我法例第十三條ハ規定スラク  
 訴訟手續ハ其訴訟ヲ爲ス國ノ法律ニ從フ  
 裁判及ヒ合意ノ執行方法ハ其執行ヲ爲ス國ノ法律ニ從フ  
 ト此原則ニシテ行ハレスンハ事實上裁判ヲナスコト能ハサルノ不都合ヲ生スヘ  
 シ



訴訟手續ニ關スルコトハ訴訟地ノ法律ニ從フト云へハ極メテ簡單ナリト雖モ或ル事柄カ果シテ訴訟手續ノ問題ナルヤ又ハ權利ノ問題ナルヤハ國ニヨリテ異同ナキコト能ハス此争ニシテ決定スルコトナクンハ此原則ハ又有名無實トナルヘク而シテ其争疑ハ遂ニ相一致スルコト能ハサル場合アリ故ニ或ル事柄カ訴訟手續ノ問題ナリヤ又ハ權利ノ問題ナリヤハ又訴訟地法ニヨリテ決定シ其權利ニ關スルコトヲ除キ訴訟手續ニ關スルモノト認ムルコトノミチ以テ訴訟地法ニ從ハシム裁判上及ヒ合意上ノ執行方法モ亦應ニ然ルヘキナリ合意ノ執行トハ例之債權者カ債務者ヲ監禁スルコトヲ得ト定ムルコトヲ許ス邦國ニ於テ此種ノ合意ナナシタルモノニ於ケルカ如シ訴訟地ト執行地ト一致セザルトキハ訴訟手續ノコトハ訴訟地法ニ從ヒ執行ニ關スルコトハ執行地ノ法律ニ從フ訴訟手續中判決ノ實質ニ關係アル手續ト關係ナキ手續トヲ區別スル者アリト雖モ余輩ハ此區別ヲ認メス判決ノ實質ニ關係アル手續ハ即チ權利ノ問題ナルカ故ニ訴訟手續ノ如ク訴訟地法ニヨルヘカラサルコトヲ知ルヘケレハナリ而シテ甲國カ權利問題ト看做スモノ乙國之ヲ取ツテ訴訟手續ノ問題ナリト看做スモノアリ此ノ如キハ固ヨ

リ其國々ノ法律ニヨリテ決定スルノ外ナシ

裁判ノ管轄ニハ二種アリテ一チ事物ノ管轄 (Rationae materiae) ト云ヒ他チ場所ノ管轄 (Rationae loci) ト云フ國際私法上ノ問題トシテ研究スヘキハ第二ノ裁判管轄ノ

ミ

場所ノ裁判管轄ニハ如何ナル法律ヲ適用スヘキヤニ付テハ千八百七十五年和蘭ノ首府ハーゲンニ開キタル國際法協會ノ決議ニ於テ「訴訟當事者ノ住所又ハ現住地ノ法律ニヨリテ決定スヘク唯不動産ニ付テハ其所在地法ニ從フヘシ然レトモ若シ此ノ如クシタランニハ一國ノ裁判官ハ外國ノ法律ヲ知ラサルヘカラス是レ殆ント一國裁判官ノ爲シ能ハサル所ナリ故チ以テ權利ヲ支配スル國ノ裁判所チシテ之チ管轄セシメンコト最モ適當ナルヘシ」ト定メタリ

凡テ裁判管轄ニ關スルコトヲ以テ各國々法ノ定ムル所ニ任セハ積極的ノ衝突ト消極的ノ衝突トハ常ニ續出シテ絶ユルコトナカルヘシ例之甲國ノ法律ハ訴訟目的物所在地ノ法律ニヨルヘシトシ乙國ノ法律ハ當事者住所地ノ法律ニ從フヘシトセハ目的物甲國ニ在リ當事者ノ住所乙國ニ在ルトキハ甲乙兩國ノ間ニ裁判管



轄ノ積極的衝突ヲ來スヘク又目的物乙國ニ在リ當事者ノ住所甲國ナルトキハ甲乙兩國ノ間ニ消極的衝突ヲ來スヘシ是レ蓋シ各國ノ之ヲ一定セサルヘカラサル所以ナリ

各國々法カ裁判管轄ヲ定ムルモ國際私法上ノ衝突ヲ避クルニ足ラサルコト既ニ此ノ如シ然ラハ則チ之ヲ矯ムルノ策ハ條約ヲ以テ約定スルト各國會議ノ議決ヲ以テスルトノ二方法アルノミ而シテ條約ヲ以テ約定スルコト可ハ即チ可ナリト雖モ事尙ホ兩國又ハ數國ノ間ニ効力アルニ止マルノミナレハ各國會議ノ議決ニヨルノ周密ナルニ如カス千八百六十九年ノ佛國ト瑞西トノ條約ハ裁判管轄ハ訴訟提起地ノ法律ニヨルヘシト約定シタリ

裁判管轄ノ問題ニ關シテハ原告カ外人ナルトキト被告カ外人ナルトキト原被共ニ外人ナルトキトノ三個ノ區別チナスコトヲ要ス而シテ第三ノ場合チ分テ原被共ニ同一外國人ナル場合ト異ナリタル國ノ外人ナルトキト區別スルヲ要ス我國ノ現行條約ノ有様ニ於テ如何ナルヤハ明治二年日墮條約ノ明カニ定ムル所ニシテ既ニ國際公法ノ講義ニ於テ說述セル所ナルヲ以テ茲ニ再言セス而シテ現行

條約ノ狀態ニ於テハ無條約國民ヲ除キ外人相互ノ裁判ニ付テハ日本ハ之ヲ管轄スルノ權利チ有セスト雖モ改正條約實施後ニ於テハ之チ有スルモノナリ條約ノ問題ハ茲ニ暫ラク之チ高閣ニ束テ學問上ノ議論トシテ之チ論究セシニ外人相互ノ訴訟ハ一國之チ裁判スヘカラストノ說アリテ其根據トスル所三個アリ今其理由ト之ニ對スル批評トヲ舉ケレハ左ノ如シ

第一、司法權ハ自國人民ノ爲メニ存スルモノニシテ外國人ノ爲メニ設ケラレタルモノニ非ス是故ニ自國ノ法律ニヨリテ裁判ヲ受クルハ自國臣民特有ノ權利ナリトノ說(羅馬時代ノ考)

然レトモ近代ニ於テハ私權ニ關シテ内外人ノ區別ヲ設ケサルコト各國取ル所ノ原則ナリ既ニ私權ヲ與ヘタルニ拘ハラズ私權行使ノ最大方法タル裁判ヲ與ヘスト云フハ是レ徒ラニ虛名ヲ與ヘテ其實ヲ與ヘサルモノナリ

第二、外國法律ヲ知ルコト極メテ困難ニ又時間ヲ費スコト多シトノ說  
此說ハ便宜ヨリ出タルモノニシテ學理上ノ問題ニ非ス從テ理論トシテ之チ駁撃スヘキ價值ナキモノナルカ故ニ只便宜上ヨリ見テ駁撃ヲ加ヘン外國ノ法律ヲ知



ラサルヘカラサルハ獨リ外人相互ノ訴訟ノ時ノミニ限ラス外人ノ本國法ヲ適用スヘキ場合例之身分能力ノ問題ノ如キ又動産不動産所在地法タル外國法ヲ知ラサルヘカラサル場合ノ如キ皆此困難アルナリ然ルチ如何ソ獨リ外人相互ノ訴訟ニノミ外國法律ヲ知ルノ困難ヲ鳴ラスヘケンヤ

次ニ時間ヲ費スコト多キカ故ナリト云フカ如キニ至テハ殆ント反駁ヲ加フルノ價值ヲ見ス裁判所カ訴訟ノ爲メニ時間ヲ費スハ當然ノ任務ナリ時間ヲ費スコト多キカ故ニ訴訟ヲ受理セスト云ハ、證據徵憑等ノ調査ニ時間ヲ費スコト多キ訴訟ハ悉ク之ヲ受理セサルカ是レ豈奇怪ノ議論ニアラスヤ

第三 裁判管轄ニ關スルコトハ一國民法上ノ權利ニシテ世界各國何レノ國ニ赴クモ與ヘラル、ノ權利ニ非ス故ニ外人間ノ裁判ヲ受理スヘカラストノ説

天賦人權説ハ余輩ノ認メサル所縱令天賦ノ權アリトスルモ是レ必スシモ法律上ノ權利ト適合スルモノニアラス一國カ私法上ノ權利トシテ之チ外人ニ與フレハ是レ私權ナリ民法ハ内外人ニ同一ノ私權ヲ與フルモノナリ然ラハ裁判管轄ノコトハ一國民法上ノ權利ニシテ他國人ヲ排除スルトノ説ハ民法ノ主義ニヨリ其根

藩ヲ破ラレタルモノト云フヘシ

### 第九章 商事

#### 第一節 手形

##### 第一款 能力

商事  
手形  
能力

能力ハ本國法ニ從フトノ原則ハ併セテ又手形契約ノ能力ニ及フ然レトモ手形ノ能力ヲ本國法ニ從ハシムルトキハ手形ノ流通ニ大ナル不便ヲ來スコトアリ蓋シ左ノ如キ種々ノ困難ヲ生スヘケレハナリ(第一)手形契約當事者ノ一方ハ他方ノ本國ヲ知ラサルヘカラス而シテ倉卒ノ際ニ當テ當事者ノ本國ヲ調査スルコト極メテ困難ナリ(第二)本國ヲ知ルコト尙ホ爲シ得ヘシトスルモ當事者ノ本國法ヲ知ラサルヘカラス是レ本國ヲ探究スルニ比シテ幾層ノ困難アルモノナリ(第三)手形契約當事者ノ能力ヲ知ラサルヘカラス本國法ヲ知ルトキハ當事者ノ能力モ亦從テ明カナルカ如シト雖モ尙ホ他ノ特別ノ事情ニヨリテ能力ヲ奪ハレ又ハ能力ヲ與ヘラレサルカ如キコトアルチ以テナリ是レ手形能力ハ當事者ノ本國法ニ從フトノ原則ニ例外ヲ作ラサルヘカラサル所以ナリ而シテ其所謂例外トハ左ノ如シ



第一、本國法ニ於テ手形能力ナキトキニモ行爲地即チ契約地ニテ能力アリトセハ即チ能力者ト見ル

第二、行爲地即チ契約地ニテ能力ナシトスルモ本國法ニテ能力アリトセハ即チ能力者ト見ル

コト是ナリ此主義ハ千八百八十五年白耳義アントウエルペンニ於テ開カレタル國際協會ノ會議ニ於テモ採用セラレタル所獨逸ノ手形法第八十四條モ亦此主義ヲ取レリ同條ニ曰ク

外國人ノ手形能力ハ其人ノ國籍ノ屬スル法ニヨリテ判定セラル然レトモ本國法ニ於テ手形能力ヲ有セサル外國人ト雖モ内國獨逸ノ法律ニヨリテ手形能力アル者ナラハ之ヲ以テ手形能力者ト見ル

ト尙ホ瑞西債務法第八百三十二條、露國商法草案第六十條、匈牙利手形法第九十五條、スカンデナビヤ手形法第八十四條、セルビヤ商法第六十八條ハ皆此主義ヲ取レリ然ルニ英米主義ニ於テハ行爲地法説(Lex loci actus)ヲ取レリ故ニ本國法(又ハ住所地法)ニ於テ無能力者ナル場合ト雖モ行爲地法ニ從ツテ有能力者ナレハ有能

力者ト見ラル然レトモ本國法(又ハ住所地法)ニヨリテ能力者ナルモ行爲地法ニテ無能力者ナルトキハ之ヲ無能力者トセサルコト學説及ヒ判決例ノ認ムル所ニシテ絕對ニ行爲地法ニヨルト云フニ非ス只左ノ如キ結果ニ歸ス曰ク本國法ニテ無能力ニシテ行爲地法ニテ有能力ナルトキハ有能力者トスト  
佛國ノ學説及ヒ判決例ニ於テハ絕對ニ本國法説ヲ取ルコト前ニ述ヘタルカ如シト雖モ只例外トシテ佛人カ相手方ノ無能力者ナルコトヲ善意ニテ知ラサリシトキハ能力者ト看做ストスレトモ多クノ佛蘭西學者ハ之ニ反對シテ「只相手方ノ一方タル佛人カ善意ナルノミナラス相手方ノ他方カ詐欺ヲ用井タルニ非ス」ハ相手方ノ他方ヲ無能力者ト見ルコト能ハスト云ヘリ

### 第二款 方式

方式  
場所ハ行爲ヲ支配ステフ一般ノ原則ニヨリテ手形ノ方式モ亦行爲地法ニ從フ而シテ所謂行爲地トハ手形義務者カ署名ヲ爲シテ義務ヲ負ヒタル地ヲ指ス然レトモ諸國ノ法律ニヨリテ之カ例外ヲ定ムルモノ甚タ多シ今其例外ヲ舉グルコト左ノ如シ



第一、獨逸手形法第八十五條第三項ニハ獨逸人相互カ外國ニ於テ手形契約ヲ結  
ヒタルトキハ獨逸法ニ從ヒタルトキ之ヲ有効トスト規定セリスカンゲンビヤ  
手形法第八十二條、匈牙利手形法第九十二條、瑞西債務法第八百二十三條皆之ト  
同一ノ例外ヲ認ム然レトモ獨逸ニ於テハ其獨逸人雙方カ外國ニ赴クトキハ外  
國ノ法律ニテ有効ノ手形契約ト見ラレサルコトアルヘシ

第二、英國手形法第七十二條ノ但書ニハ外國ニ於テ發行シタル手形ニシテ其方  
式聯合王國ノ法律ノ定ムル所ニ適合セハ聯合王國ニ於テ右ノ手形ヲ讓渡シ或  
ハ之カ當事者トナリシ者ノ間ニ在リテハ有効ト看做ストアリ

第三、獨逸ノ手形法第八十五條第二項ニハ外國ニ於テ成リタル手形ノ宣言ニシ  
テ内國(獨逸)法ノ要求スル所ニ適合シタルトキハ外國法律ニ於テハ縱令無効ナ  
ルモ獨逸ニ於テハ之ヲ有効トナストノ意味ノ規定アリ

故ニ右ノ說ニ據レハ外國ニテ無効ナル方式タルモ内國ニ於テハ之ヲ有効ナリト  
見ルコトアルナリ

右ノ外方式ニ關スルコトハ手形義務履行地ノ法律ニヨレハ可ナリトノ說アリテ  
發行地法ニ從ハハ勿論有効ナレトモ發行地法ニ從ハサルモ履行地法ニ從ハ、可  
ナリト云フモノニシテリヨンカン、ルノール等ノ唱フル所ナリ余輩ハ履行地ノ法  
律ニ從テ作りタルモノハ履行地ニ於テ之ヲ有効トスルコト不可ナシト信スト雖  
モ發行地ノ國カ之ヲ有効ナリトスルノ理由ヲ見出スニ苦シムモノアリ  
方式ニ關シテ終リニ一個ノ注意スヘキ點アリ印紙貼用ノコト又ハ特別ノ用紙ヲ  
用フルコトハ方式ノ問題トナスヘキカ實質ノ問題トナスヘキカ是ナリ惟フニ振  
出地ノ國法如何ニヨリテ定ムルコト至當ナルヘシ印紙ヲ貼用セサレハ過料ニ處  
スト云ヒ又ハ裁判所カ之ヲ受理セスト云フニ在ルトキハ振出地ニ於ケル印紙ノ  
不貼用即チ脱稅アルモ他國ニ於テ其手形カ無効トセラル、コトナシ然レトモ發  
行地タル本國ニ於テ印紙ノ貼用ヲ以テ實質ノ問題トナシ印紙ヲ貼用セサレハ其  
手形ハ無効ナリトセハ他國ニ於テモ之ヲ無効トセサルヘカラス然レトモ英國ノ  
手形法第七十二條ハ其但書第一ニ於テ此說ニ反對ノ主義ヲ取り發行地ノ國法ニ  
テ印紙不貼用ヲ以テ無効トスルモ其手形カ英國ニ來ルトキハ之ヲ無効ノ手形ト  
見スト規定セリ



實質上ノ  
効果

### 第三款 實質上ノ効果

履行ニ關スルコトハ履行地ノ法律ニ從フコト契約義務一般ノ原則ナリ手形義務履行ノコトモ亦此原則ニ從フ例之千八百七十二年五月十一日ノ獨逸高等裁判所ノ判決例ノ如キ此主義ヲ取レリ故ニ彼ノ支拂日カ休日ニ該當スルトキハ何日ニ支拂フヘキヤ恩惠日ヲ與フルヤ否ヤ一部分ノ支拂ヲ拒ムコトヲ得ルヤ否ヤノ如キ當事者間ニ特別ノ約定ナキトキハ皆履行地法ニヨル例之佛國ニテハ支拂日カ休日ニ當ルトキハ其前日ニ支拂フヘシトシ日本ハ休日ノ次日ニ支拂フヘシトシ英米法ハ一部支拂ヲ拒ムヲ得トシ我商法ハ拒ムヲ得ストセリ此ノ如キ皆履行地法ニヨルナリ米國ハ恩惠日三日ヲ認メ日本ハ全ク認メス故ニ米國ニテ振出サレタル手形ニテモ日本ニテ支拂ハル、トキハ恩惠日ヲ認メラレス之ト反對ニ日本ニテ振出サレタル手形ニテモ米國ニ於テ支拂ハル、トキハ恩惠日ヲ認メラル

當事者ノ  
權利義務

### 第四款 當事者ノ權利義務

當事者ノ權利義務ハ行為地法即チ契約地法ニヨリテ定マル我商法第七百〇九條第一項ハ此主義ヲ取リテ「手形義務ハ其負擔ニ關シテハ手形ニ記載シタル地ノ法

律ニ從ヒ若シ其地ヲ記載セサルトキハ債務者ノ住所ノ法律ニ從ヒテ之ヲ定メ又其履行ニ關シテハ履行ヲ爲ス可キ地ノ法律ニ從ヒテ之ヲ定ム」ト規定セリ一ノ手形ヨリ生スル義務ハ必スシモ一ニアラス而シテ其數多ノ義務ハ必スシモ同一ノ發生地ニヨルモノニ非ス例之振出地ハ甲國ニシテ引受地カ乙國ナルコトアリ裏書讓渡ハ丙國ナルコトアリ裏書讓渡モ數回之アルコトアリ從テ又各々其國法ヲ異ニスルコトアリ故ニ此ノ如ク義務ノ發生地カ相異ナルトキハ各義務ハ皆其異ナリタル地ノ法律ニヨリテ決セサルヘカラス例之英米法ニヨレハ手形所持人タル權利者カ手形引受人ニ對シテ手形ノ引受ヲ請求シタルトキ引受人カ引受ヲ拒絶シタルトキハ手形所持人ハ直チニ振出人又ハ裏書讓渡人ニ對シ償還請求ヲナスコトヲ得ヘシトスレトモ我商法及ヒ獨佛商法ニテハ皆此ノ如キ場合ニ所持人ハ償還請求ノ權利アルコトナク只擔保請求ノ權利アルノミトセリ故ニ振出地カ米國ニシテ裏書讓渡地カ日本ナルトキ日本人カ其手形ヲ所持スルトセンニ日本ニ於テ引受ノ請求ヲナシタルトキ引受人之ヲ拒絕シタルトキハ振出地カ米國ナルカ故ニ米國法ニ從テ振出人ニ對シテハ償還請求ヲナスコトヲ得レトモ裏書讓



渡地ハ日本ナルカ故ニ裏書讓渡人ニ對シテハ日本ノ商法ニヨリ償還請求ヲナス  
 コト能ハスシテ只擔保請求ヲナスノ權利アルノミ蓋シ手形振出ノ契約地ハ米國  
 ナルモ手形裏書讓渡ノ契約地ハ日本ナレハナリ  
 次ニ手形所持人即チ權利者ノ權利義務ハ何國ノ法律ニ從フヘキカ方式ニ關スル  
 コトハ行爲地法ニヨルヘキコトハ一般ノ原則ニヨリテ明ナリ例之我商法第七百  
 ○九條第二項ハ爲替上ノ權利ヲ行使シ及ヒ保全スル爲メニスル行爲ハ其行爲ノ  
 地ノ法律ニ從ヒテ之ヲ爲スコトヲ要ス但手形ニ其他ノ地ヲ記載シタルトキハ此  
 限ニ在ラスト規定セリ獨逸ノ手形法第八十六條モ亦之ト同一ノ主義ヨリ出テタ  
 リ其他獨逸手形法ニ摸倣セル諸國ノ法律モ亦然リ以上ノ理由ヲ以テ例之拒  
 證書作成ノ方式期限又ハ支拂拒絕ノ通知ヲ償還義務者ニナスノ期限ノ如キハ皆  
 行爲地即チ拒證書作成地支拂拒絕ノ通知ヲ發スル地ノ法律ノ定ムル所ニヨラサ  
 ルヘカラス實質ニ關スルコトモ亦行爲地法ニ從フヘキコト義務者ノ場合ニ於ケ  
 ルト同一ナリ權利者ノ提出スヘキ證據方法ニ付テハ一ニ訴訟地法ニ從テ決定セ  
 サルヘカラス

第二節 海上法

第一款 船長及船舶所有者ノ責任

海上法  
 船長及船  
 船所有者  
 ノ責任

船長ノ責任トハ船長カ船舶所有者(船)持主ニ代リテ爲ス所ノ代理權限如何ヲ指  
 シ船舶所有者ノ責任トハ船舶所有者カ船長ノ行爲ニ關シ第三者ニ對シテ負フヘ  
 キ義務ヲ指シ此等ノ責任ハ何國ノ法律ニヨリテ定ムヘキカヲ究ムルコト是レ本  
 款ニ於テ説明スヘキ所ナリ先ツ船長ノ責任ヨリ述ヘンニ船長ノ權限例之船長ノ  
 爲セル船舶ノ賣買抵當等ハ船舶ノ國籍ノ屬スル國ノ法律ニ從フ今其理由ヲ釋ス  
 ルニ概ネ左ノ如シ  
 船舶所屬國ノ國法ハ船長ノ權限ヲ定ムルモノナルカ故ニ其權限ヲ定メタル法律  
 即チ其權限ヨリ出テタル權利義務ヲ定ムヘキナリ加フルニ若シ船舶國籍ノ法律  
 ニ從ハストスルトキハ第三者ハ安ンシテ船長ト契約スルコトヲ得サルヘク又若  
 シ船舶國籍ノ法律ニ從ハストスルトキハ船舶所有者モ亦自己ノ知ラサル法律ニ  
 ヨリテ船長ノ行爲ニ付キ責ヲ負ハサルヘカラサルコトナルヘシ而シテ外國ノ  
 港灣ニ於テハ船舶ノ屬スル國家ノ領事其地ニ於テ之カ判決ヲナスヲ通例トシ他



ノ管轄ニ屬スル場合ト雖モ領事ニ依リテ船舶國籍法ノ證明ヲ得ルコト極メテ容易ナリ

次ニ船長ノ行爲ニ付キ船舶所有者ノ責任ハ何國ノ法律ヲ適用スヘキカヲ究ムルニ第一說ハ船舶ノ國籍法ニ從フヘシトノ說ニシテ此說ニ由ルノ利益ハ船舶所有者ハ船長ノ行爲ニ付キ何國法ニヨリテ責任ヲ負フヤヲ豫知スルヲ得テ心ヲ安ンスヘク第三者ハ船長ノ行爲ニ付キ何國ノ法律ニヨリテ權利義務ヲ生スヘキヤヲ豫知スルコトヲ得テ心ヲ安ニスヘク船長ノ行爲ニ付テハ船舶ノ國籍法ヲ適用スルカ故ニ從ツテ船主ノ責任ニモ之ヲ適用スヘク契約地法ニ由ルトスルモ契約地法又ハ不法行爲地法ナキ場合アリ即チ海洋上ノ行爲例之海洋上ニ於ケル衝突ノ場合ノ如キハ何レノ國ノ法律ニ從ヒテ可ナルヘキヤ不明ナルノ嫌アリ又船長ノ爲シタル行爲ノ効果ニ何法ヲ適用スルヤノ問題ニ非スシテ船主ノ責任ニ何法ヲ適用スルヤノ問題ナルカ故ニ行爲地法ニ從フヘキ理由ナシト云フニ在リ第二說ハ契約地法說即チ船長ノ行爲地(即チ船長ノナシタル契約地又ハ不法行爲地)法ニ從フヘシト云フハ只契約ナシタル地ノ法律ナルカ故ナリト云フ外別ニ特種ノ

理由存セサルカ如シ第三ニ一個ノ折衷說トシテ船主カ船舶ノミチ以テ其責ニ當ラントスルトキハ契約地法ニ從フヘシトノ說アリテパール氏ノ如キハ之ヲ主張シ又千八百七十八年九月二十一日ノ獨逸高等商業裁判所判決例ノ如キハ此主義ヲ取リタリ  
次ニ船舶所有者ノ責任ノ範圍如何ニ付テハ大別シテ二說アリ第一ハ船長ノ爲シタル行爲ニ付テハ適法行爲ニモ不法行爲ニモ船舶及運送賃ノミニ付テ責任ヲ負フノ說ニシテ歐洲大陸ハ此主義ヲ取り我日本モ亦此說ヲ採リ第四百四十二條ニ於テ所有者ハ船長及海員ノ職務施行ニ關スル行爲ニ付テハ船舶及ヒ運送賃ヲ以テ責任ヲ負フ若シ船長カ同時ニ所有者ナルトキハ船長ハ無限ノ責任ヲ負フ然レトモ股分所有者ナルトキハ過失ノ爲メ自己ニ不分ノ責任ノ歸セサルトキニ限り其股分ノ割合ニ應シテ責任ヲ負ヒ尙ホ不足アルトキハ其不足額ニ對シテ無限ノ責任ヲ負フト規定セリ第二ハ無限說即チ船主ノ身上ニマテ及フトノ說ニシテ英米ニ行ハル、所ナリ然レトモ此原則ニ例外アルハ英米兩國ノ共ニ認ムル所ニシテ北米合衆國ニ於テハ不法行爲ノ責任ハ船舶及ヒ運送賃ニ限り之ヲ負フトシ英



國ニ於テハ不法行為ノ責任ハ船舶一噸ニ付キ若干ト定ムトセリ

運送契約

第二款 運送契約

運送契約地ト船舶到着地ト同一ナル場合ニハ一ニ其地ノ法律ニ從フヘキモノナルカ故ニ國際私法上ノ難問ヲ生スルコトナシ故ニ本問ニ於テハ右二個ノ土地カ異ナリタル場合ヲ豫想セスンハアラス

契約地ト發航地ト同一ノ場合ニ於テハ行為ノ方式ハ行為地法ニ從フ例之船舶賃借契約ノ方式ノ如シ同一ノ場合ニ於テ運送契約ノ解釋及ヒ効果ハ契約地法ニ依ル是レ當事者ノ意思ヲ推測シタルモノニシテ當事者ハ最モ能ク契約地ノ法律ヲ知ルカ故ナリ先ツ契約當事者カ國籍ヲ同フセル場合ヨリ假想センニ當事者ノ本國法ニ從フヘシトノ說アレトモ此說ニ從フトキハ當事者カ相手ノ國籍ヲ驗スルニ時間ヲ費シ且運送契約ハ諸所ニ於テ結フモノナルカ故ニ一々其本國ヲ查覈スルノ迂遠ナル點ニ於テ遺憾ナシトセス故ニ契約地法ニ從フヲ以テ穩當ナリトス然レトモ當事者カ明ニ意思ヲ表示シテ他國法律ニ從フノ意思ヲ示ストキハ此限ニアラス以上論スル所ヨリ推シ來レハ當事者カ國籍ヲ異ニスルトキモ契約地法ニ從フヘシ

ニ從フヘシ

次ニ契地約ト發航地ト異ナルトキモ亦右ト同一ノ理由ニヨリ契約地法ニ從フヘシ千八百七十二一年十一月九日ノ獨逸高等裁判所ノ判決例ハ實ニ此主義ヲ取リタ

運送契約ノ効果ハ原則トシテ契約地法ニ從フヘシト雖モ多少ノ例外アルヲ免レズ即チ到着地ニ於テ履行スルモノナレハ履行地即チ到着地法ニ從フ例之碇泊ニ關スル賠償荷卸チナス方法等是ナリ運送貨物ノ損害ヨリ生セル請求權ニ對スル抗辯ノ如キモ其貨物ノ受取後ノモノニシテ即チ履行後ノコトナレハ履行地法タル到着地法ニ從フヘシ貨物ヲ受取リタルコトカ履行トナルコトハ我商法第九百七十七條第一項ニ喪失又ハ毀損ニ付キ船長及ヒ保險者ニ對スル請求權ハ留保ナク運送貨物ヲ受取リテ其運送賃ヲ支拂ヒタルトキ消滅ス又海損又ハ救助ニ因リテ生シタル債權ハ留保ナク運送貨物ヲ引渡シテ其運送賃ヲ受取リタルトキ消滅ストアルニ徴スルモ明カナリ

其他受取人ノ權利義務ハ請取地ノ法律ニ從ヒ運送人カ遞次ニ運送シテ其數二人



以上ナルトキハ連帶責任トス

### 第三款 海損

海損ニ關シテハ原則トシテ船舶ノ到着地又ハ航海終了地ノ法律ニ從フ千八百八十八年ノ萬國商法會議ノ議決モ亦之ヲ取レリ但シ當事者間ニ反對ノ意思アレハ此限ニアラス我商法第九百三十四條モ亦此原則ヲ認メテ「共同海損ノ確定及ヒ割賦ハ到達港其他航海ノ終極地ニ於テ鑑定人之ヲ爲シ若シ鑑定人ノ選定ニ付キ爭アルトキハ官ヨリ之ヲ命ス」ト規定シタリ此說ニ反對スルハリヨンカン氏等ニシテ氏等ハ其理由トシテ左ノ如ク唱道スルナリ曰ク船舶ノ到着地ハ通常一定セルモノナリト雖モ海難ノ場合ノ如キハ豫定到着地ニ到着スル能ハサルコトアリ斯ルトキハ當事者ノ豫定意思ニ反スルモノニシテ之カ爲メニ當事者一方ノ負擔ヲ重クスルカ如キ弊害ヲ免レス又到着港ノ一定セサルトキアリ例之船主カ船長ヲシテ任意ニ到着港ヲ定メシムルトキ荷主カ船長ヲシテ自由ニ到着港ヲ定メシムルトキ及ヒ到着港二個以上アルトキノ如キ是ナリ斯ルトキハ船長ハ自己ニ利益アル地ニ到着スルノ弊アリテ法律ノ規定ハ毫末ノ益ヲナサハルヘシト

此外行爲地法ニ依ルヘシトノ說アリテ海洋上ニアリタルトキハ行爲地ナキカ故ニ訴訟地法ニ依ルヘシト云ヒアントウエルベノ會議ノ議決ニ於テ取レル主義ナリ今參考ノ爲メ海損ニ關シ各國法律ノ異同ヲ述ヘンニ共同海損ナルヤ單獨海損ナルヤヲ定ムルノ主義ト共同海損トナシテ其割合ヲ定ムルノ主義トノ二アリ第二ノ主義ノ内ニモ數多ノ分類アリテ獨逸商法第九百十九條ノ如キハ船舶ハ全額ヲ以テ運送質ハ三分ノ二ヲ以テ負擔スヘシトシ英國ノ如キハ船舶モ運送質モ共ニ全價額ヲ以テ負擔スヘシトシ佛蘭西商法及ヒ我商法ハ船舶及ヒ運送質ノ半額ヲ以テ負擔ストセリ即チ我商法ハ第九百三十二條ニ於テ「船舶及積荷ノ全部又ハ一分ヲ救助スルコトヲ得タルトキハ積荷ト船舶及ヒ運送質ノ半分トカ到達港其他航海ノ終極地ニ於ケル其價額ノ平等ナル割合ヲ以テ共同海損ヲ共擔ス」ト規定セリ

### 第三節 會社

一國ノ法律ハ外國ニ効力アルモノニアラサルカ故ニ外國ニ於テ會社ノ成立スルアルモ自國ニ於テハ更ニ之ト關係ヲ有セス苟クモ自國ノ法律ニ於テ之ヲ認メサ



ル限リハ決シテ會社トナルコトナシ故ニ白耳義民法草案ノ如キハ千八百八十條ニ於テ外國ノ會社ハ其國ノ法律ニヨリテ法人ト認メラル、モ白耳義ニ於テハ人格ヲ享有スルコトナシ但シ法律又ハ條約ヲ以テ許ストキハ此限ニ非スト規定セリ近世ノ主義ニヨレハ一國ニテ認メラレタル會社ハ他國モ亦之ヲ認ムルヲ例トシ我改正民法第三十六條第一項ニ外國法人ハ國ノ行政區畫及ヒ商事會社ヲ除ク外其成立ヲ認許セス但法律又ハ條約ニ依リテ認許セラレタルモノハ此限ニ在ラスト規定セルカ如キ即チ此主義ヲ取リタルモノナリ然リト雖モ決シテ無條件ニテ之ヲ認ムルニアラス其條件如何ニ付キ左ノ四個ノ主義アリ

第一、無條件承認主義(凡テノ會社ニ對シテ此主義ヲ取ルハ英、米、伯、伊、瑞西、匈等ナリ)

第二、限國承認主義即チ或ル國ヲ限リ其國ノ會社ハ凡テ許ストノ主義

第三、臨時承認主義即チ各場合ヲ見テ承認スルトノ主義

第四、會社別承認主義即チ會社ノ種類ニ付キ承認スルトセサルトノ別ヲナスノ主義

右ノ四主義ニ付キ之ヲ各國ノ實際ニ徴スレハ佛國ハ株式會社ニ對シテハ第二ノ主義ヲ取リ其他ノ會社即チ合名會社、合資會社ニ對シテハ第一ノ主義ヲ取リ奧地利ハ株式會社ニ對シテハ第三ノ主義ヲ取リ獨逸ハ株式會社ノ訴訟當事者タル能力ハ第一主義ニヨリ株式會社ノ業務執行ニ付テハ其成立條件ヲ定ムルコトヲ各聯邦法ニ放任ス此外條約ニテ相互承認主義ヲ取ルモノ多シ例之千八百八十八年ノ奧地利、瑞西ノ通商條約第八條、千八百八十九年ノ瑞西、白耳義間ノ通商條約第二條、同年ノ伊太利、希臘通商條約第三條、同年ノ伊太利、瑞西通商條約第十四條、千八百七十三年ノ獨逸、伊條約、同七十四年ノ獨逸、白條約、英獨條約、千八百八十一年ノ獨逸ト奧地利、匈牙利ノ條約、千八百八十三年ノ獨逸、セルヴィヤ條約、千八百八十三年ノ獨逸、西班牙條約ノ如キ皆然リ尙ホ千八百六十二年四月三十日佛、英兩國間ノ條約第一條ニハ

締盟國雙方ハ其一方ノ特別ナル法律ニ從ヒテ組成シ而シテ許可ヲ受ケタル一切ノ會社及ヒ其他ノ商業、工業若クハ財計ニ關スル會社カ他ノ一方ノ地及ヒ其占有地ノ全域内ニ於テ此國法及ヒ其占有地ノ法律ニ遵依スルノ外ハ復タ他ノ



規約ヲ要スルナクシテ其權利ヲ使用スル權能又訴權ヲ行使シ若クハ此ニ抗辯  
スル爲メニ裁判所ニ訴訟ヲ爲ス權能ヲ兩國相互ニ此會社ニ認識スルコトヲ公  
言ス

トノ規約アリ

從來會社ノ設立ニ付テハ國家ノ自由ニ承認スルコトナカリシカ千八百九十一年  
ノ獨逸ハムブルヒニ開キタル國際法協會ノ決議第一條ニテ「本國法ニ從テ設立セ  
ラレタル株式會社ハ包括ノ許可ヲモ各別ノ許可ヲモ要セスシテ他國ニ於テ訴訟  
當事者タルコトヲ得ヘシ又其國ニ於ケル公ノ秩序ニ關スル規則ヲ遵守シテ業務  
ヲ營ミ其地ニ於テ代理店其他ノ業務所ヲ設クルノ權利ヲ有ス」ト定メタリ國際私  
法ノ原則トシテハ此主義ヲ採用センコトヲ望ムモノナリ

會社ノ國籍ハ原則トシテ業務地即チ本店所在地ヲ以テ決定スヘク其結果トシテ  
社員ノ本國會社契約締結地ノ如キハ會社ノ國籍ヲ定ムルニ關係アルコトナシ蓋  
シ會社ハ其事務及ヒ共同利益ノ中心ヲナス國ノ法律ニ服從セント欲スルモノナ  
リト看做スコトヲ得ヘケレハナリ所謂業務地トハ真正ノ業務地ナラサルヘカテ

ス假想ノ業務地ニテハ不可ナリ若シ然ラサレハ自國法律ヲ脱シテ自己ニ利益ア  
ル邦國ヲ業務地ト定メ實際ハ他國ニ於テ業務ヲナスノ會社アルカ故ナリ一言以  
テ之ヲ蔽ヘハ會社ノ業務地ハ善意ノモノナラサルヘカラス

業務ノ中心點ト會社ノ業務地ト異ナルトキ例之日本ニ會社アリテ朝鮮ニ於テ鑛  
山ヲ發掘スル如キトキハ何レニヨリテ國籍ヲ定ムヘキカ之ニ付テハ會社ノ業務  
地ニヨルヘシトノ説ト業務ヲ行フ所ニヨリテ定ムヘシトノ二説アリテ英佛ノ判  
決例ハ第一説ヲ取レリ

外國會社ノ能力ハ何國ノ法律ヲ適用シテ決定スヘキカ例之其法人ナルヤ否ヤ權  
利ノ主體タルコトヲ得ルヤ否ヤ等ノ如シ本國法説ヲ取ル者ハ曰ク既ニ外國ニ於  
テ成立セルモノナルカ故ニ唯之ヲ承認セハ足レリ既ニ承認シタル上ハ能力ノ本  
國法ニヨルヘキコト極メテ明カナリト內國法説ヲ取ル者ハ曰ク承認セリト雖モ  
內國ニ於テ會社ト見ラル、モノナルカ故ニ能力ハ內國法ニヨリテ定メサルヘカ  
ラスト

會社法中ノ規定ノ外國會社ニ及フヘキモノト內國會社ニ止マルヘキモノトナ比



較スルニ内國會社ニノミ及フヘキモノハ會社契約ノ不備ヲ補ヒ解釋ヲナスモノ  
 是ナリ次ニ外國會社ニ及フヘキモノハ公共ノ利益ノ爲メノモノ及ヒ會社事業ノ  
 發達ニ關係アルモノ、ミ、外國會社カ其本國ノ公ノ秩序ニハ勿論命令規則ニモ服  
 從スルニ尙且ツ内國ノ法律規則ニモ制セラルトセハ嚴酷ニ失スルノ弊アリ故ニ  
 右ノ二點ニ付テノミ内國法ニ從フヘシト云フナリ尙ホ其他ノ理由ヲ舉ケレハ左  
 ノ如シ(一)本國法ト内國法ト相衝突スルトキハ本國法ニ從フヘシ(二)會社ノ本店本  
 國ニ在リテ支店諸外國ニ在ルトキ外國法ニヨルヘシトセハ其會社ハ一々各支店  
 ニ付キ各々規則ヲ異ニセサルヘカラス從テ之カ取締ニ非常ノ困難ヲ生スヘキカ  
 故ニ本國法ニ從フノ利ナルニ如カス

今外國會社ニモ及フヘキ例ヲ舉ケレハ下ノ如シ第一、内國ノ法令ニ於テ禁止スル  
 コト例之阿片賣買、富籤、公安風俗ニ害アルコトノ如シ第二、内國ニ於テ特別ノ許可  
 ヲ受クルヲ要シ特別ノ監督ノ下ニ立ツヘシトスル如キ會社ト同一ノ目的、同一ノ  
 事業ヲナス會社ナレハ外國會社モ内國ノモノト同一ノ許可ヲ要シ同一ノ監督ニ  
 服セサルヘカラス例之我商法第六百九十四條ニハ第六百四十五條ノ規定ニ從ヒ

獨立シテ保險契約ヲ取結フ爲メ内國ニ置キタル外國保險會社ノ代辦店ハ之ヲ支  
 店ト看做シ支店ニ關スル一般ノ規定及ヒ本節ノ規定ヲ適用ス<sub>トアリ</sub>  
 因ニ説明センニ保險ニ關スルコトハ保險會社ノ住所地法ニ從フ然レトモ保險會  
 社カ支店ヲ設ケ支店所在地ニ於テ契約ヲ結ヘハ其支店所在地法ニ從フヲ許スコ  
 ト千八百七十一年十月二十日ノ獨逸高等商事裁判所ノ判決例ノ取レル所ナリ  
 外國ノ會社カ内國ニ支店、代辦店等ヲ設ケルトキハ内國法ニテ定ムル如ク内國ニ  
 在ル支店、代辦店ノ所在地ニ於テ登記公告ヲナサ、ルヘカラス登記スヘキ事柄ニ  
 變更ヲ來シタルトキハ更ニ登記ヲナスヘキコト勿論ナリ此手續ヲ履マス<sub>ンハ其</sub>  
 代辦店、支店等ノ成立ハ第三者ニ對シテ對抗スル能ハス伊太利、葡萄牙ノ如キハ特  
 ニ外國會社カナスヘキ登記公告ノコトヲ定ム匈牙利商法モ亦然リ我國モ法文ヲ  
 以テ別ニ定ムルコトナシト雖モ法文ニ何等ノ規定ナキヲ見レハ當然然ルヘキコ  
 トヲ知ルヘシ  
 外國ノ會社カ爲スコトヲ取リテ民事會社ナルヤ商事會社ナルヤヲ決スルハ一ニ  
 内國法ノ定ムル所一個人カ商人ナルヤ否ヤモ亦事務ヲ行フ地ノ法律ニヨリテ定



株式會社ノ株券及ヒ債券ノ發行ハ發行地法ニ從フモノナルカ故ニ外國ノ會社カ  
內國ニ於テ株券債券ヲ發行スルトキハ內國法ノ規定ニ從ハサルヘカラス

無形ノ權利

第十章 無形ノ權利

內國ニ於テ保護スル所ノ無形ノ權利ヲ外人ニ許スヤ否ヤハ一ニ國法ノ自由ニ定  
ムル所ニシテ或ハ條約ヲ以テ之ヲ定ムルモ不可ナリトセス然ラハ是レ國內法又  
ハ條約ノ問題ニシテ茲ニ說明ヲ加フルノ要ヲ見サルカ如シト雖モ二三ノ事件ニ  
付キ諸國ノ間ニ同盟ノ成レルモノアルヲ以テ先ツ版權ニ關スル同盟ヲ説キ延テ  
其他ニ及ホサントス夫レ版權ヲ保護スルハ一國ノ國境ヲ限ルモノナレトモ此ノ  
如クスルトキハ至大ノ弊害ヲ招クヲ以テ近來ニ至リテハ相互主義ヲ取ルニ及ヒ  
タリ(現在日本ハ此同盟ニ加ハラサルカ故ニ外國ノ書籍ヲ翻刻スルコトヲ得レト  
モ改正條約ノ實施ハ此同盟ニ加ハルコトヲ條件トスルヲ以テ改正條約ノ實施ハ  
此關係ニ一大變動ヲ與フルモノナリ)然ルニ千八百八十七年七月五日ニ至リテ學  
藝美術保護國際同盟ナルモノ成リ之ニ加ハルモノ當初ハ獨逸、白耳義、西班牙、佛蘭

西、英、吉利、ハ、イ、チ、伊、太、利、瑞、西、チ、ユ、ニ、ス、ノ、ミ、ナ、リ、シ、カ、後、ニ、至、リ、埃、地、利、北、米、合、衆、國、瑞、典、  
ル、シ、セ、ン、ブ、ル、ヒ、之、ニ、加、ハ、リ、合、セ、テ、十、三、個、國、ア、リ、七、月、五、日、ハ、即、チ、批、准、交、換、ノ、日、ニ  
シ、テ、調、印、ハ、前、年、即、チ、千、八、百、八、十、六、年、九、月、九、日、ニ、在、リ、其、企、望、ハ、既、ニ、遠、ク、千、八、百、八  
十、三、年、ニ、出、テ、タ、ル、モ、ノ、ニ、シ、テ、瑞、西、政、府、原、案、ヲ、作、リ、テ、各、國、政、府、ニ、通、シ、翌、八、十、四、年  
各、國、政、府、ハ、ベ、ル、リ、ン、ニ、於、テ、公、會、ヲ、開、キ、八、十、六、年、ニ、至、ル、マ、テ、ニ、充、分、ノ、調、查、ヲ、ナ、シ  
タ、ル、モ、ノ、ナ、リ

此同盟條約ハ凡テ十五個條アリテ其要領左ノ如シ各同盟國ノ著作者及ヒ其承繼  
人ハ他同盟國ニ於テ其國ノ著作者及承繼人カ享有スル權利ト同一ノ權利ヲ有シ  
此保護ヲ受クルニハ著作地法ニテ版權取得ニ關シ規定シタル條件、方式ヲ守ラサ  
ルヘカラス版權ノ年限ハ著作地ノ法律ニテ定メタルモノヨリ長クスルコト能ハ  
ス著作地トハ最初ニ著作ヲ發行シタル地ヲ云ヒ同時ニ數个所ニ於テ發行シタル  
トキハ版權保護期間ノ最モ短キ國ヲ著作地トシ未タ發行セラレサル著作ニ付テ  
ハ著作者ノ本國ヲ以テ著作地トス著作者ノ本國カ此同盟ニ加ハラサレハ著作者  
ハ此保護ヲ受クル能ハサレトモ發行地カ此同盟ニ加ハレハ發行者ハ此保護ヲ受



クルコトヲ得著作人及其承繼人ハ發行後十年間ハ他同盟國ニテ之ヲ翻譯シテ出版スルコトヲ許スノ權アリ版權所有者ノ許可ヲ得タル翻譯物ハ第二條第三條ノ保護ヲ受ク(第二條第三條トハ始ヨリ發行地カ此同盟ニ加ハラサレハ發行者ハ此保護ヲ受クルコトヲ得サルヲ云フ)同盟國ノ新聞雜誌等ハ著作者又ハ發行者カ轉載ヲ禁セサレハ原文又ハ翻譯文ヲ載スルコトヲ得轉載ヲ禁スルモ政治ノ議論又ハ時事談ナラハ轉載シ又ハ原文ヲ載セテ可ナリ脚本、樂譜ノ興行權ハ第二條ノ保護ヲ受ク其著作者又ハ承繼人ハ脚本發行後十年間ハ脚本ノ翻譯ヲ興行スルモノニ對シテ異議ヲ挾ムノ權アリトシ尙ホ此他條約ニテ同盟國ニテモ各自ニ自由ニ多クノ保護ヲ與フルコトヲ約スルコトヲ得ト規定セリ獨逸ノ如キハ此同盟ニ加ハラシテ佛蘭西、白耳義、伊太利、英吉利、瑞西ト特別ニ條約ヲ結ヘリ

次ニ千八百八十三年三月二十日批准交換ヲ終ヘタル工業財産保護同盟ノ要領ヲ舉ケンニ(佛國ハ千八百四十四年七月五日ノ特許法ヲ以テ外人ニモ特許ヲ與フルコトヲ規定シタリ)同盟國人民ハ互ニ同盟他國ニ於テ特許、意匠、商標、商號ニ關シ同一ノ利益、同一ノ保護ヲ受ク尤モ其國法ニテ定メタル方式及條件ヲ充タサ、ルヘ

カラサルコト、同盟國以外ノ人民ナルモ同盟國ノ一ニ店舖ヲ有スレハ同盟國人ト同シク保護ヲ受クルコト、同盟國中ノ一國ニテ登録シタル特許、意匠、商標ニ付テハ之ヲ同盟他國ニテ登録セントスルトキハ一定ノ期間經過スルマテハ優先登録權ヲ有シ此期間内ニ登録セハ前ノ國ニテ登録シタル時ニ溯リ後ノ國ニテ權利ヲ有シ其期間ハ特許ニ關シ六個月、意匠、商標ニ關シ三個月、海チ距ル國ノ間ニテハ右ノ期間ヲ加フルコト、本國ニテ適法ニ登録ヲ受ケタル商標ハ之ト同一ノ構造ニテ他同盟國ニテ登録ヲ受クルコトヲ得ヘシ但シ公ノ秩序ニ反スルトキハ此限ニアラストスルコト(例之皇室ノ紋章、國旗ト同一ノ徽號、風俗壞亂又ハ治安ヲ妨害スルモノ)本國ト云フハ登録請求者ノ主タル業務所ヲ有スル地チ指シ若シ主タル業務地ノ所在地カ同盟國ノ一ニアラサル時ハ請求者ノ從屬スル國チ本國ト見ルコト、商標ハ登録セスシテ各同盟國間ニ保護ヲ受クルコト等是ナリ現今此同盟ニ加ハレル國々チ白耳義、ブラシル、葡萄牙、和蘭、セルヴィヤ、英吉利、佛蘭西、西班牙、北米合衆國、伊太利、グワテマラ、チニニス、瑞典、那威トス

### 第十一章 國際私法沿革畧



古ニ於テハ法律ナルモノハ絶對ニ國民的ノモノニシテ外國人ニ及フモノニ非ス  
 トノ思想盛ニ行ハレ甲國人ハ甲國內ニ於テ權利ヲ有スルモ足一タヒ乙國ノ地ヲ  
 踏メハ全ク法律ノ保護ヲ受クルコト能ハサルヲ原則トス諸國ノ主義ニヨリ並ニ  
 各國トノ條約ニヨリ又ハ或ル外人ヲ限リテ之ニ特權ヲ與フルカ如キコトアリテ  
 之カ爲メニ此原則ノ嚴肅ハ幾分カ調和ヲ得タリト雖モ原則トシテ外人ハ權利能  
 カヲ有セサルモノナルカ故ニ稀ニ右等ノコトアルモ未ダ之カ爲メニ國際私法ノ  
 成立スルコトナカリキ蓋シ國際私法ナルモノハ外人ニ私權ヲ分與スルニヨリテ  
 生スルモノナレハ權利ヲ與ヘスシテ國際私法上ノ關係ノ起ル理由アラサレハナ  
 リ

羅馬人ノ法律上ノ思想ニハ「ユス、チビレ」上ノ權利ヲ受クルト「ユス、ゲンチウム」上  
 ノ權利ヲ受クルトノ二種アリテ羅馬ト親密ノ關係アル外國ノ人民ニ後者ヲ與フ  
 ルノミニシテ前者ヲ與フルコトナシトセリ故ニ外人相互間ノ法律關係ニ付テ羅  
 馬ノ裁判官カ裁判ヲナスニ當リテハ其外國人ノ本國法ヲ適用シタルナリカラカ  
 テ帝位ニ即クニ及ヒ羅馬國內ノ自由民ニ與フルニ羅馬市民ニ與フルト同一ノ權

利ヲ以テシヨレトモ外國人ニ對シテハ此等ノ權利ヲ與フルコトナカリシヲ以テ  
 所謂場所ニ關スル法律ノ抵觸ナルモノアルコトナク從テユスチニアン帝ノ法典  
 ニハ更ニ場所ニ關スル抵觸ナルコトヲ規定セサリキ

日耳曼人種カ羅馬ニ侵入シタル後モ各々其固有ノ種族ノ法律ニ從ヒタルノミ是  
 レ職トシテ日耳曼人種カ系統ニ重キヲ置キ土地ニ重キヲ置カサリシト常ニ遍歷  
 ナナシタルトニ由ルナリ此主義ヲ名ツケテ屬人主義ト云ヒ某種族ニ屬スル者ハ  
 孰レノ國ニ赴クモ其種族ノ法律ニ從ハサルヘカラストセリ然レトモ女子ハ婚姻  
 ニヨリテ夫ノ種族ノ法律ニ從フコト、ナレリ此主義ノ結果トシテ内地ニ在ルモ  
 從フヘキ法律ヲ異ニスルコトアリ異地ニ在ルモ從フヘキ法律ヲ同フスルコトア  
 リタリ「フランケン」ノ時代ニ於テハ素ト此ノ如クナリシト雖モ國籍ヲ異ニスル者  
 ノ間ニ訴訟アルトキハ裁判官ハ當事者ニ問フニ此爭議ニハ何レノ國法ヲ適用ス  
 ヘキヤヲ以テシ裁判官ハ之ニヨリテ裁判ヲナセリ此答辯ヲ名ツケテ *Professio juris*  
 又ハ *Professio legis* ト云フ此屬人主義ハ「フランケン」國ノ隆盛ナル時代ニ於テハ一  
 時盛ニ行ハレタリト雖モ該國瓦解シテ再ヒ數多ノ種族ニ分ル、ニ及ンテハ最早



實行スルコトヲ得サルニ至レリ

是ニ於テ屬地主義ナルモノ起リ君主ハ土地ヲ支配シ人ハ土地ニ屬スルモノナルカ故ニ苟モ土地ノ上ニ在ル者ハ皆其土地ノ主權ニ服從シ凡テ其土地ノ法律ヲ遵守セサルヘカラス故ニ外人ト雖モ内國ニ來レハ内國法ニ服スヘク一旦其地ヲ去リテ他國ニ赴カハ内人ト雖モ外國ノ法律ニ服從セサルヘカラストス斯ク屬地主義ノ行ハルニ至レルハ日耳曼人カ一定ノ土地ニ固着スルト共ニ土地ノ重ンスヘキヲ知リタルト雜居ニヨリテ種族ノ觀念ヲ薄フスルニ至リタルト封建制度ノ結果トシテ命令者ト服從者トノ關係カ土地ニヨリテ結合シタルトニ因ラスンハアラス

之ニ次テ裁判官ハ債權債務ノ關係ニ付テハ義務者ノ住所地法ニ從テ裁判ヲナスノ方針ヲ取り不動産ニ關スル權利ニ付テハ物ノ所在地法(Lex rei sitae)ニ從ヒ權利關係ノ方式ニ關シテハ權利關係發生地ノ法律ニ從フヘシトノ主義起レリ其要ヲ探レハ人ニ關スル法文(Statuta personalia)ニハ其人ノ住所地法ヲ適用シ物ニ關スル法文(Statuta realia)ニハ物ノ所在地ノ法律ヲ適用シ行爲ニ關スル法文(Statuta mixta)ニ

ハ行爲地ノ法律ヲ適用スト云フナリ然レトモ動産ハ所在地法ニ從フコトナク人ノ附屬物ナルカ故ニ動産ハ人ニ從フ(Mobilia personam sequuntur)又ハ mobilia ossibus inhaerent)トノ原則ニヨリ所有者ノ住所地法ニ從フモノトセリ此主義ハ第十六世紀以來命名セラレタルモノナリト雖モ既ニ第十四世紀ノ中葉ニ於テバルトルス氏ハ此主義ヲ唱ヘ居リタリ此主義ヲ名ツケテ法則主義(Statutenlehre; lathéorie des statuts)ト云フ此主義ハ屬人ト屬物トノ區別ヲ明白ニスルコト能ハサルヲ以テ今日ニ於テ之ニ服スルモノ殆ント全ク之レアルコトナシ例之財産相續ノ場合ノ如キハ人ニ屬スルト共ニ併セテ物ニ屬スルカ故ニ何レニ從ヒテ可ナルヤヲ知ラス屬地主義ハ一步國外ニ出ツルトキハ從フヘキ法律ヲ異ニスルノ弊アリテ之カ爲メニ法則主義ノ之ニ代ツテ出ツルアリタリト雖モ法則主義ニモ亦右ノ如キ弊害アルヲ免レサリシナリ法則主義ハ第十八世紀ニ至ルマテ行ハレタル所ニシテ千八百〇七年ノ佛國民法ノ如キ此主義ヲ取リテ警察及公安ニ關スル法律ハ佛國領地内ニ居住スル者皆之ヲ遵守スヘシ不動産ハ外國人ノ所有ニ係ルトキト雖モ佛國法ヲ以テ支配スヘシ人ノ身分及ヒ能力ニ關スル法律ハ外國ニ居住スルトキト雖モ佛國人



ナ支配スヘシト規定シ十九世紀ノ中葉ニ於テスラフェリックス氏ノ如キハ此説ヲ取  
レリ然レトモ近世ニ至リテ此主義ハ排斥セラレタリ  
而シテ現今ニ於テ國際私法ニ關シ如何ナル思想ノ行ハルヤハ既ニ卷首ニ於テ  
述フル所アリタルヲ以テ茲ニ之ヲ贅セス

國際私法論(完結)



40/3/30  
42 5075

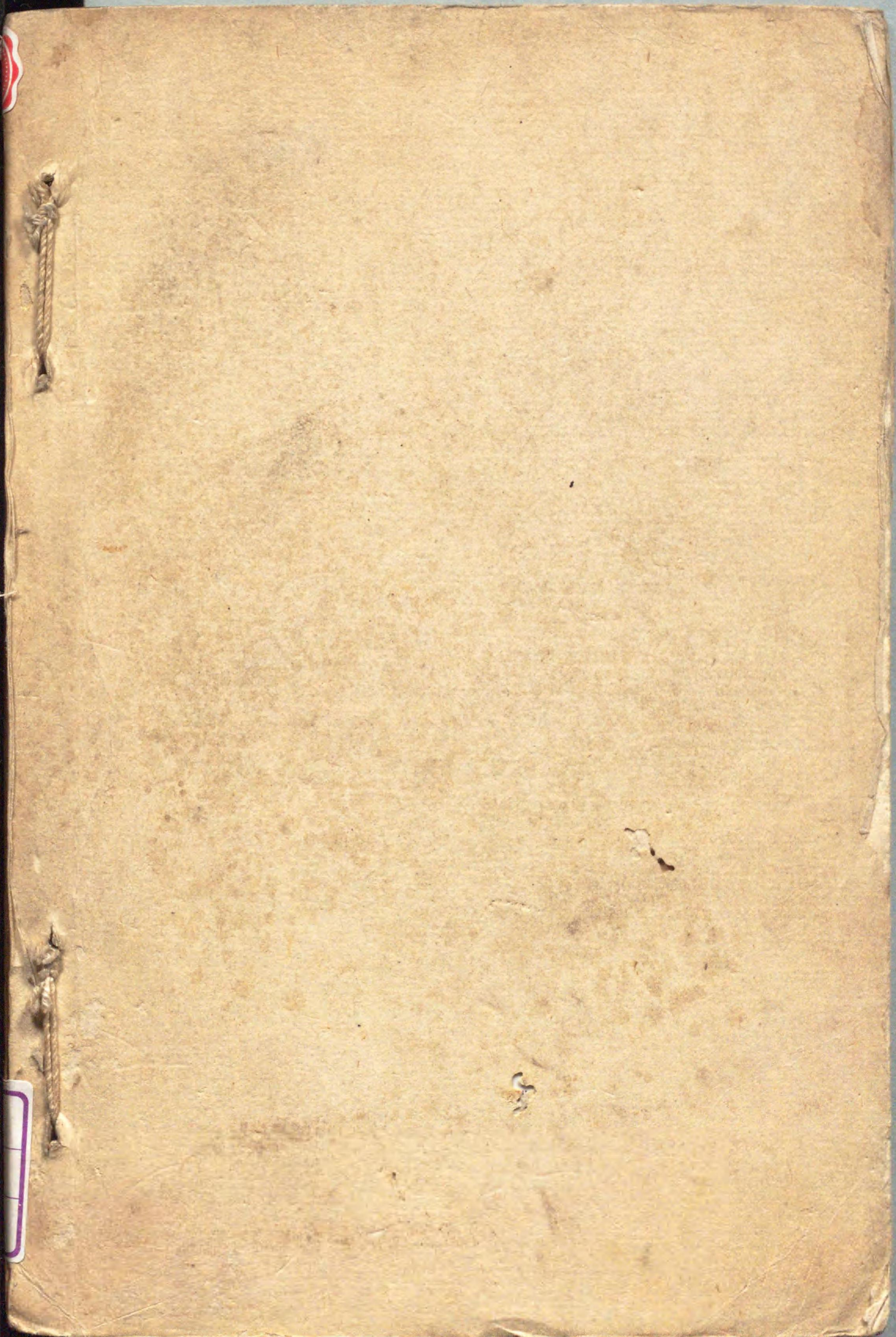


最高裁判所図書館



000128715





inches  
cm 1 2 3 4 5 6 7 8 9 10 11 12 13 14 15 16 17 18 19

### Kodak Color Control Patches

© Kodak, 2007 TM: Kodak



### Kodak Gray Scale



© Kodak, 2007 TM: Kodak

A 1 2 3 4 5 6 M 8 9 10 11 12 13 14 15 B 17 18 19

