

和仏法律学校講義録

山田, 三良 / 遠藤, 忠次 / 松岡, 義正 / 掛下, 重次郎 / 吾
孫子, 勝 / 清水, 澄 / 内田, 嘉吉

(出版者 / Publisher)

和仏法律学校

(巻 / Volume)

3-7

(開始ページ / Start Page)

1

(終了ページ / End Page)

85

(発行年 / Year)

1903-02-16

昭和二十六年二月十六日發行

三十六年度 第三學年ノ七

和佛法律學校校誨叢錄

第五卷

和佛法律學校



090
1903
3-1-7

第三卷 第七號 目次

民法	下重典
民法	内田 康吉
民法	松岡 義正
民法	松岡 義正
民法	松岡 義正
民法	山田 三良

達シタル後三箇月ノ猶豫ヲ與ヘタルヲ以テ、當ニ消滅シ、其後再ニ請求
 審民法ハ當事者ノ一方又ハ雙方カ不適齡ニシテ婚姻シタリト雖モ、婦カ其婚姻
 ニ因リテ懐胎シタルトキハ最早其婚姻ハ之ヲ取消スコトヲ得スト爲シタレト
 モ新法ハ此ノ如キ區別ヲ採用セス是レ蓋シ婚姻中懐胎シタル子ノ利益ヲ爲ス
 ニ非スシテ單ニ婚姻シタル者ノ保護ニ出テタルナリ、且チ再婚ノ場合ニ對シテ
 不適齡者カ適齡ニ達シタル後其婚姻ヲ追認シタルトキハ適齡後未タ三箇月ヲ
 經過セザル間ト雖モ其取消權ハ消滅ス是レ適齡ニ達シタル以後ノ取消權ハ專
 ラ不適齡者ノ私益保護ノ目的ニ出ツルモノナレハ不適齡者自身ニ婚姻ヲ追認
 シタルトキハ依然之ニ其取消權ヲ認ムヘキ必要アラサルナリ
 第二ノ例外ハ女カ法律ノ規定第七六七條ニ違反シテ再婚シタル場合ニ係ル、女
 カ前婚ノ解消又ハ取消ノ日ヨリ六箇月ヲ經過セズシテ再婚シタリト雖モ其婚
 姻ハ前婚ノ解消又ハ取消ノ日ヨリ六箇月ヲ經過シ又ハ再婚後懐胎シタルトキ
 ハ其取消ヲ請求スルコトヲ得ス(第七八二條) 蓋シテ再婚後再婚ノ解消
 婚姻ノ解消又ハ取消後六箇月ヲ經過スルトキハ其再婚取消ヲ請求ヲ許スル

民法編 婚姻ノ成立

理由最早存在セザル故ニ此取消權請求ノ期間尙有ク如右制解除ノ身又前婚
 ノ取消又ハ取消後未タ六箇月ヲ經過セザル再婚シタリト雖モ其再婚後懐胎
 必タ所生キ胎若クハ六箇月ヲ經過セザル其拘限ヲス其取消權請求限ロトハ再婚
 ニ女ノ懐胎無シテ再婚後ニ生ケタルコト明確ナルニ於テハ血統ノ混淆ヲ後婚
 ニキ慮オキテ以テ此場合ニ於テ前婚ノ取消ヲ許スル理由消滅セタリ前婚
 胎後ハ六箇月ノ期間内ニ雖前取消ヲ許サザルモ其後ハ消滅セタリ
 以上叙述シタル所ハ公益上ノ取消原因アルモノニ係ル是ヨリ脱ク專ニ私
 益保護ノ目的ニ出テズ前婚ノ取消ナリ其場合ハ(一)法律ノ定メタル場合ニ於
 テ父母後見人及ヒ親族會人同意ヲ得ザリシ婚姻第七二條(二)法律ノ規定ニ因
 リテ同意ヲ爲ス權利ヲ有スル者ハ同意ヲ詐欺又ハ強迫ニ因リタル場合(三)當事
 者ノ一方又ハ雙方ノ意思ヲ詐欺又ハ強迫ニ因リテ生ケタル婚姻因養子繼組
 ノ場合ニ於テ其繼組ヲ無効ト爲リ又ハ取消シタルモノキ是カ又ハ強迫ニ因
 第一ノ子前婚姻ヲ爲スニ當リ家ニ在ル父母又ハ後見人及ヒ親族會人同意ヲ繼
 組キキ(第七七二條)之ヲ經テ取リタルモノキ此等ノ者ハ婚姻ノ取消ヲ裁判所ニ請求

スルコトヲ得第七八三條舊民法人事編第六〇條第六一條) 親族ノ同意ヲ得
 子カ婚姻ヲ爲スニ付テハ家ニ在ル父母又ハ後見人及ヒ親族會人同意ヲ要スル
 ニ子カ其同意ヲ經テ取リタルトキハ此等ノ者ハ其權利ヲ毀損セザレタルニ付キ之ニ
 其婚姻ノ取消權ヲ與フルハ至當ナリ舊民法人事編ハ此場合ニ於テ許諾ヲ受ク
 ヘキ者ニモ自己ノ爲シタル婚姻ノ取消ヲ請求スルコトヲ許シタリ(舊民法人事
 編第六〇條) 雖モ此場合ハ意思能力ノ不十分ナル婚姻不適合者カ自ラ爲シタ
 ル婚姻ヲ取消ス場合ト異ナリテ自ラ父母後見人等ノ同意ヲ經テシテ爲シタル
 婚姻ヲ取消スコトヲ許スハ婚姻ヲ輕視スルニ至ルノ虞アリテ之ヲ許スヘキ理
 ナキヲ以テ新法ハ此場合ニ於テ同意ヲ得スシテ婚姻ヲ爲シタル者ニハ其取消
 ヲ請求スルコトヲ許サザルナリ(舊民法人事編第六〇條) 且チ前婚ノ取消
 第二ノ右ノ場合ニ於テ同意ヲ爲スヘキ者ハ同意ヲ詐欺又ハ強迫ニ因リタルト
 キハ同意ヲ爲スルニ當リ其同意ヲ得ルニ當リ強迫ニ因リタルトキハ同意ヲ得
 此ノ如キ同意ハ真正ノ同意ニ非ナルヲ以テ父母後見人及ヒ親族會人婚姻ノ取
 消權ヲ與ヘザルヘシ(舊民法人事編第六〇條) 併シテ前婚ノ取消ハ前婚ノ成立

以上二箇ノ場合、ハ取消權、ハ左ノ場合ニ於テ消滅ス(第七八四條舊民法人事編第六二條) 前條ノ第五ノ同義ニ非ズルモ、以テ受非該段人又ハ該會ニ徵收スル

一 同意ヲ爲ス權利ヲ有セシ者カ婚姻アリタルコトヲ知リタル後又ハ詐欺ニテ發見シ若クハ強迫ヲ免レタル後六箇月ヲ經過シタル後又ハ強迫ニテ同意ヲ爲ス權利ヲ有セシ者カ追認ヲ爲シタルトキ

三 婚姻届出ノ日ヨリ二年ヲ經過シタルトキ 徵收スルモ、以テ受非該段人又ハ該會ニ徵收スル

(一) 同意ヲ爲ス權利ヲ有セシ者即チ父母又ハ後見人及ヒ親族會カ自己ノ同意ヲ爲ササル婚姻アリタルコトヲ知リテ六箇月ヲ經過シタル後又ハ詐欺又ハ強迫ニ因リテ同意ヲ爲シタルモ、詐欺ヲ發見シ又ハ強迫ヲ免レタル後六箇月ヲ經過スルモ、其取消權ヲ行使セザルハ之ヲ拋棄シタルモノト爲シ最早其期間後ハ婚姻ノ取消ヲ請求スルコトヲ許サズ

(二) 此婚姻ノ取消ハ婚姻ヲ爲スニ付キ要スル同意ヲ爲ス原因ニ成ルモノトシテ同意ヲ爲スヘキ若クハ強迫ニ至リ其婚姻ヲ追認スルモノトシテ同意ヲ爲シタルモノトシテ此場合ニ於テ同意ヲ爲ス權利ヲ有セシ者ニ婚姻ノ取消ヲ許ス

(三) 婚姻届出ノ日ヨリ二年ヲ經過スルモ、以テ受非該段人又ハ該會ニ徵收スルモ、以テ受非該段人又ハ該會ニ徵收スル

一 同意ヲ爲ス權利ヲ有セシ者即チ父母又ハ後見人及ヒ親族會カ自己ノ同意ヲ爲ササル婚姻アリタルコトヲ知リテ六箇月ヲ經過シタル後又ハ詐欺又ハ強迫ニ因リテ同意ヲ爲シタルモ、詐欺ヲ發見シ又ハ強迫ヲ免レタル後六箇月ヲ經過スルモ、其取消權ヲ行使セザルハ之ヲ拋棄シタルモノト爲シ最早其期間後ハ婚姻ノ取消ヲ請求スルコトヲ許サズ

(二) 此婚姻ノ取消ハ婚姻ヲ爲スニ付キ要スル同意ヲ爲ス原因ニ成ルモノトシテ同意ヲ爲スヘキ若クハ強迫ニ至リ其婚姻ヲ追認スルモノトシテ同意ヲ爲シタルモノトシテ此場合ニ於テ同意ヲ爲ス權利ヲ有セシ者ニ婚姻ノ取消ヲ許ス

以上擧ケタル(一)ノ場合(二)ノ場合(三)ノ場合ノ二年ハ孰レモ取消權行使ニ付キ法律ノ設ケタル豫定期間ニシテ時効ニ非ズルナリ故ニ以上ノ期間中如何カノ事由アリトモ之ヨリ延長スルコトヲ許ササルナリ例ヘハ時効停止又ハ中断ノ如キ事由アリトモ之ニ關セス右ノ期間ニテ消滅スルモノトシテ同意ヲ爲ス

第三 詐欺又ハ強迫ニ因リテ婚姻ヲ爲シタル者ハ其婚姻ノ取消ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得第七八五條舊民法人事編第六三條第六四條

一般ノ法律行為ヲ爲スニ付キ其意思表示力詐欺又ハ強迫ニ因リタルモノトシテ消スコトヲ得ルコト同シク婚姻ニ付テモ其意思表示力詐欺又ハ強迫ニ因リタル

又許諾未キ科原告其請親又許諾親訴併存者ハ何ノ類(民事訴訟法編平條
 一節)又以テ例ニシテ婚姻無効ノ訴ヲ禁治産ニ關スル訴訟其訴訟手續同一種類
 ナルヲ以テ其管轄同一訴訟(同一)大抵訴訟ノトナリ而シテ併合シテ提起
 スルコト併合許諾ナル所限モゾ別ニモ民事訴訟手續法明治三十一年六月法律
 第十三號ニ於テ婚姻無効又ハ取消ノ訴訟法律カ例外ヲ設ケタル場合ノ外ハ
 之ヲ他ノ訴ト併合シテ提起スル所限ヲ許スルヲ以テ右兩訴ノ如キハ之類
 併合シテ提起スルコトヲ得ナルナリ然レトモ婚姻ノ無効又ハ取消ノ訴及ヒ養
 子縁組ノ無効又ハ取消ノ訴ハ之ヲ併合セ若クハ互ニ反訴トシテ提起スルコト
 ナル得ルナリ(民事訴訟手續法第七條)又ハ(第三八八條)然レトモ(第一
 三三條)說(後)タル取消權ニ期限ナク長ク存留シユルモノニ非ス當事者カ縁組ヲ
 無効ナラシムト又ハ其取消アルタル由トヲ知別ニ後三箇月ヲ經過シ又ハ其取
 消權ヲ拋棄シタルトキハ消滅スルニシテ而シテ時若經過ハ蓋シ說キタル如ク取
 消權ハ時限ヲ拋棄者若クハコトヲ得ルモノナラザルニシテ(第一三三條)然レトモ
 婚姻ノ取消ノ效力ハ既居ニ蓋シ說キタル如ク之ヲ取消シタル所限モゾ(第一
 三三條)然レトモ

規定第一二一條ニ從ヒ最初ヨリ既居ニシタルモノヲ以テ無効ト爲ルニ婚姻無効
 ナリ取消ストモ其效力ハ將來ニシテ存シメテ存シ既往ニハ溯及シテ(第七五七條)蓋
 民法人事編第六六條今之ヲ詳言スレバ婚姻ハ取消シタルトモ其以前ノ關係
 ハ依然有效ナルモノニシテ夫婦ハ則テ夫婦タリシナリ其間ニ生じた子ハ嫡
 出子ニシテ婚姻ノ取消セラレタルカ爲メニ毫モ變更スル所ナシ若シ此場合ニ
 於テ普通ノ法律行爲ノ如ク最初ヨリ無効ナルモノト爲ストキハ其婚姻ニ因
 テ生じた子ノ如キハ最初嫡出子ナリシ者モ私生子ト爲ルモノニシテ之カ爲
 ノニ其享受スヘキ利益ヲ失ヒ其不幸言フヘカラサルナリ
 以上ハ婚姻ノ取消カ身分關係ニ及ボス效力アレドモ婚姻ノ取消ノ效力ニシテ財
 產上ニ及ボモノアリ其財產ニ關スル取消ノ效力モ亦既往ニ溯及セザルヲ以テ
 原則ト爲ス若シ婚姻取消ノ效力ヲ既往ニ溯及スルモノト爲ストモ(當事者
 各自ヨリ婚姻中ニ得タル物ヲ悉ク返還シ其他總テ舊狀ニ復ササルヲ得テ)以
 テ(民法)頗ル混雜ヲ生スルヲ以テ本法ハ財產ニ關シテ婚姻取消ノ效力ハ廢
 止シテ(民法)トト爲ス故ニ例ヘバ(民法)夫カ將妻其配偶者ノ財產ヨリ得ル

事實第七七九條ニ之ヲ返還スルコトヲ要ス又妻夫共負債權者ハ婚姻中ハ費用第七七八條ヲ賠償スルハ且ト妻セテ夫ノ原則トシ唯婚姻取消ノ當時ニ權者當事者各自ノ特有財產第八〇七條ヲ分離スル止マレ然レトモ之カ爲メ當事者ハ一方カ不當ノ利得ヲ爲スル上ハ許スヘカラサル故キ善意ナル當事者即チ婚姻ノ當時其取消原因ノ存スルニトテ知ラザリシ當事者ハ婚姻ニ因リテ財產ヲ得タルトキハ現ニ利益ヲ受タル限度ニ於テ之カ返還ヲ爲スヘキニト爲シタリ

惡意ノ當事者即チ婚姻ノ當時其取消原因ノ存スルコト又知ラサル當事者ハ善意ノ當事者ト異ナリテ婚姻ニ因リテ得タル利益ノ全部ヲ返還シ向キ其相手方ハ善意ナリシトキハ其損害賠償ノ責ニ任ス蓋シ取消ノ原因アルニトテ知ラザ婚姻シタル者ハ惡意ノ受益者アル之ヲ善意ノ當事者ノ如ク保護スルノ必要ナク蓋シ之ニ取消ヲ爲メ利益ヲ受ケシメヘキ理由存セザルナリ是ヲ以テ此場合ニ於テハ婚姻ニ因リテ得タル一切ノ利益例ヘシ其財產ニ因リテ自己ノ債務ヲ清済シタルトキハ其債務額及ヒ其法定ノ利息婚姻中ノ費用又相手方ハ負擔

第二節 婚姻ノ效力

シタルトキハ其費用ノ自己ノ部分ニ屬スルモノ及ヒ其法定ノ利息等ヲ返還スルコトヲ要ス

本節ニ規定スル所ハ妻カ夫ノ家ニ入ルコト夫婚ノ權利義務及ヒ夫婦ノ契約ニ關スル原則ニ過キス而シテ法律カ夫婦ノ權利義務ニ付テ規定シタル所ニ最も必要ニシテ且強行シ得ヘキ性質ノモノノミヲ掲ケルニ過キスシテ其道德上ノ範圍ニ屬スルモノヲ如キハ蓋シ之ヲ規定セズ而シテ婚姻ノ效力ノ發生時期及ヒ妻ノ能力ニ關シテモ本節ニ於テ規定スヘキモノナリト雖モ既ニ婚姻ノ成立ト題スル節中ニ婚姻ノ效力ヲ生スル時期ヲ規定シ又妻ノ能力ニ關スルコトハ民法ノ總則編ニ規定シタルヲ以テ茲ニ之ヲ規定セザル所以ナリ又婚姻ニ因リテ親族關係ヲ生スレトモ是レ本編總則ノ規定スル所ナレハ復タ茲ニ説カサルナリ

夫婚家ヲ同シタル義務ハ婚姻ヲ爲シタルトキハ妻カ夫ノ家ニ入ルコトヲ要ス

又夫カ妻ノ家ニ入ルコトアリ普通ニ場合ニ於テハ妻ハ婚姻ニ因リ夫ノ家ニ入ル然レトモ入夫及ヒ婿養子ハ妻ノ家ニ入ル(第七八八條舊民法人事編第二四三條)

夫婦ハ共同生活ヲ爲スヘキモノナレハ事實上生活ノ場所ヲ同シタルトモ亦法律上ノ家ヲ同シクセサルヘカラス是ヲ以テ孰レカ一方ノ家ニ入ラサルヘカラサルヤ論ヲ埃タサルナリ而シテ家族制度ヲ維持スル爲メハ普通ノ場合ニ於テハ妻ハ夫ノ家ニ入ル然レトモ家ノ血統ヲ屬スル男子オキトモ其血統ヲ有スル女子ニ於テ之ヲ承繼スルコトアリ是レ婿養子又ハ入夫ノ必要ナル場合ニシテ此場合ニ於テ夫カ妻ノ家ニ入ルハ家族制度ニ關スル自然ノ結果ナリ夫婦中ノ孰レカ其一方ノ家ニ入リタルトキハ其入リタル家ノ氏ヲ稱シ其家ニ屬スル身分待遇等ヲ受クルモノトス例ヘハ妻平民ナルモ其入リタル夫ノ家ニシテ華族ナルトキハ華族ノ待遇ヲ受クヘシ

夫婦ノ同居ニ關スル權利義務 妻ハ夫ト同居スル義務ヲ負フ又夫ハ妻ヲシテ同居ヲ爲サシムル義務アリ(第七八九條舊民法人事編第六五條第八四條第八五

條)

夫婦ノ同居ヲ爲スコトハ其相互ノ權利タリ義務タリ妻ハ夫ニ隨從スルモノナレハ夫カ選定シタル居所ニ從フヘキモノニシテ綜合其居所カ外國ナリトモ之ニ隨從スルコトヲ拒ムコトヲ得サルナリ又夫ハ妻ヲ引取ルノ義務ヲ負フカ故ニ其選定シタル居所ニ妻カ隨從セシトスル場合ニ之ヲ拒ムコトヲ得ス換言スレハ妻ノ意ニ反シテ之ト別居ヲ爲スコトヲ得サルナリ又昔々妻ハ夫ノ夫婦カ右ノ義務ニ背戾シタルトキ換言スレハ妻カ夫ト同居スルコトヲ背セタルトキ又ハ夫カ妻ヲシテ同居ヲ爲サシメタルトキハ如何ナル制裁アリヤ妻カ夫ト同居ヲ爲スコトヲ背セタルトキハ夫ハ妻ニ對シ扶養ノ義務ヲ負ハサルコトハ疑ヲ容レス何トナレハ第九百六十一條ノ規定ニ從ヘハ扶養義務者ハ扶養權利者ヲ引取リテ之ヲ養ヒ又ハ之ヲ引取ラスシテ生活ノ費料ヲ給付スヘキ權利ヲ有スルニ其權利者カ扶養義務者ノ意ニ反シテ其家ニ引取ラレサルヲ以テ此場合ニ於テ扶養權利者ハ自ら扶養ノ權利ヲ主張スルコトヲ得サルハ言フヲ埃タサルナリ又夫カ妻ヲシテ同居ヲ爲サシメタル場合カ若シ第八百十三條

第六號ノ場合即チ配偶者ヨリ惡意ヲ以テ遺棄セラレタルモノナラバトモ妻側
 之ヲ理由トシテ離婚ヲ請求スルヲ得ヘキコトモ亦論ラ埃タルナリ
 然レトモ此等二箇ノ制裁ハ前ニ舉ケタル義務ノ違背者ニ加フル直接ノ制裁ト
 シテハ未ダ以テ足レリトモサルナリ換言スレバ此制裁ハ義務ノ直接履行ヲ求
 メントスル配偶者ノ爲メニハ蓋モ效力ヲ有セザルナリ若シ妻カ夫ト同居スルコ
 トヲ頑然拒ミタルトキハ強力ヲ用テ強制スルコトヲ得ヘキ此問題ハ佛國
 民法ニ於テモ存スル所ニシテ積極論カ一般ニ認容セラルル所ナリ凡ソ義務ニ
 シテ法律ニ規定セラレタル以上ハ有效ナル制裁ナカルヘカラサルモノニシテ
 若シ其制裁ナシトスルトキハ其義務ハ有名無實ナリ是ニ於テカ若シ妻カ夫ト
 同居ヲ爲スコトヲ義務ニ背キタル場合ニハ妻ヲ強制シテ夫ト同居セシムルノ
 一方法アルニシテ而シテ其方法ハ公力ヲ假ルヨリ外アラサルナリ是レ同居ノ義
 務ノ違背ニ對スル最モ有力ノ制裁タルナリ普通法ニ從テ下流ハ職事ヲ爲スハ
 キ義務ヲ負フ者カ其義務ヲ履行セザル場合ニ於テハ公力ヲ假リ之ヲ強制シテ
 其履行ヲ爲サシムルコトヲ得サルハ勿論ナリト雖モ然レトモ此原則ハ財產權

ニ關スル義務ニ違背シタル場合ト非サレテ適用スル所ト見得者ル所然レ
 今茲ニ論スル問題ハ財產權ニ關セザル義務違背ナリ而シテ債務者カ債權者ニ
 對シテ負キタル財產權上ノ義務ニ違背シタル場合ニ於テ債務者ノ自由及ヒ身
 體ヲ拘束スルカラサルコトハ論ラ埃タルモ此ノ如キ場合ニ於テハ其義務
 以テ違背ニ對シテハ他ノ賠償ヲ以テ償フコトヲ得ヘシ換言スレバ之カ爲メニ生
 シタル損害カ金錢ヲ以テ賠償スルコトヲ得ヘシト雖モ妻カ同居ノ義務ニ違背
 シタルトキハ其權利者ノ爲メニハ如何ナル對價アルカ金錢ヲ以テ損害賠償ヲ
 爲スヘキ此場合ニ於テハ夫ノ受ケタル害ハ金錢ヲ以テ賠償スルコト能ハス
 他ノ適當ナル方法ヲ以テモサルヘカラサルモノニシテ其方法ハ公力ヲ推シテ
 他ニ適當ナルモノアラサルナリ然レトモ此說ニハ反對說ナキニ非ザルナリ
 扶養ノ義務ニ夫婦ハ互ニ扶養ヲ爲スノ義務ヲ負フ(第七九〇條舊民法人事情第
 八四條)人ハ其親ヲ養フ義務ニ負フ(第七九〇條舊民法人事情第八四條)夫
 夫婦ハ苦樂ヲ共ニスヘキモノナレハ一方ハ賣力ヲ有シ而シテ生活ヲ爲スコトヲ
 得ルニ他ノ一方ハ貧困ニ迫ルヲ顧ミサルヘキモノ非ス是ヲ以テ夫婦ハ相互

再扶養ノ義務ヲ負フコトト爲シテテ扶養ノ義務ニ關スルコト本編第八章トシテ別ニ詳細ナル規定ノ設アルヲ以テ今茲ニ細説セテ所ナラズ
 妻ノ後見人ノ職務ヲ行フ義務 妻カ未成年者ナルトキハ成年ノ夫ハ其後見人ノ職務ヲ行フ(第七九一條) 妻カ未成年者ナルトキハ成年ノ夫ハ其後見人ノ職務ヲ行フ者カ管理權ヲ有セテ
 未成年者ニ對シテ親權ヲ行フ者カキトキ又ハ親權ヲ行フ者カ管理權ヲ有セテ
 ルトキ(第九〇〇條) 未成年者ハ後見ニ服スルコトヲ要スルモノニシテ其後見人ハ第九百一條ノ規定ニ從ヒ親權ヲ行フ者遺言ヲ以テ之ヲ指定シ第九百三條ノ規定ニ從ヒ戸主其後見人ト爲リ又ハ第九百四條ノ規定ニ從ヒ親族會ニ於テ後見人ヲ選任スルヲ例トスルヲ以テ若シ妻ニシテ未成年者ナルトキハ普通ノ規定ニ從ヒハ夫以外ノ者ニ於テ右ニ掲タルカ如ク親權ヲ行ヒ又ハ後見人ノ職務ヲ行フヲ得ヘケレドモ妻ノ爲メニム夫カ最モ能ク其利益ヲ保護スヘキ者ナルハ此場合ニ於テ他ノ者ヲ擧ギ夫ヲシテ妻ノ後見人ノ職務ヲ行ハシムルヲ可トシ此規定ヲ設ケタリ然レトモ夫自身カ未成年ナルカ若クハ禁治產者ナルトキハ妻ノ爲メニ後見人ノ職務ヲ行フコト能ハズルヲ以テ此場合ニ於テ他ノ

後見人ヲ選定スルコトヲ要スルハ論ヲ埃タサルナリ
 茲ニ所謂夫カ妻ノ後見人ノ職務ヲ行フトハ夫カ妻ノ後見人ト爲ルニ非スシテ唯其後見ノ事務ヲ執ルニ過キサルナリ故ニ夫ニ對シテハ第九百十七條以下ノ規定ヲ適用スヘシト雖モ後見人ニ關スル其他ノ規定ヲ之ニ適用スルコトヲ得サルナリ
 夫婦間ニ於テ爲シタル契約 夫婦間ニ於テ契約ヲ爲シタルトキハ其契約ハ婚姻中何時ニテモ夫婦ノ一方ヨリ之ヲ取消スコトヲ得但第三者ノ權利ヲ害スルコトヲ得ス(第七九二條) 舊民法財產取得編第三五條第三六條第一〇九條第二項第三七條) 一定ノ意思ヲ以テ之ヲ取消スルコトヲ得ルハ其ノ意
 夫婦間ニ於テハ他人間ニ於ケルト異ナル關係アリテ契約ヲ爲スニ當リテモ或ハ妻ハ夫ニ威壓ヲ受レテ十分ナル意思ヲ述フルヲ得サルコトアリ又ハ夫ハ妻ノ愛ニ陷溺シテ不知ノ由ニ意思ノ自由ヲ奪ハルル等ノコトアルヘキヲ以テ夫婦間ニ爲シタル契約ハ婚姻中何時ニテモ夫婦ノ一方ヨリ之ヲ取消スコトヲ得ヘキモノト爲リタリ他國ノ立法例ニ於テハ或法律行為ニ限リテ夫婦間ニ之ヲ爲

スコトヲ禁止スルモノアリ例ハ佛國民法第九十六條第九十五條ニ於テハ夫婦間ニ於テ爲シタル贈與及ヒ賣買ハ之ヲ禁セリ又賣買ヲ許スモ贈與ハ禁止スルモノアリ或ハ二者共ニ禁止スルニハ非ナルモ之ヲ取消ヲ許スモノアリ本法ハ賣買贈與其他總テ契約ニ有價タルト無價タルトヲ問ハズ又其目的物ノ金錢タルト金錢以外ノ物タルトヲ問ハズ原則トシテ之ヲ爲スコトヲ許スモ婚姻中ハ一方ノ意思ヲ以テ之ヲ取消ヲ爲スコトヲ得ルモノト爲セリ右契約ノ取消ハ婚姻中ニ在リテノミ之ヲ許スヘキモ婚姻ノ解消又ハ取消後ニ在リテハ當然有效ノモノト爲リ最早取消スコトヲ得ナルナリ而シテ本條ノ取消モ亦法律行爲ノ取消ニシテ且別段ノ規定ヲ設ケタルカ故ニ取消ニ關スル總則ノ規定第一一二條第一二三條ヲ適用スルモノトス

又右契約ノ取消ハ夫婦ノ間ニ於テノミ之ヲ許スト雖モ之カ爲メニ第三者ニ效力ヲ及ホシ其權利ヲ害スルコトハ許スヘキニ非サレハ但書ノ規定ヲ設ケタリ故ニ例ヘハ妻カ所有セシ不動産ヲ夫ニ賣渡シ夫ハ之ヲ第三者ニ賣渡シタリトセシカ妻ハ婚姻中ニ爲シタル右ノ賣買ヲ取消スコトヲ得ヘシト雖モ既ニ第三

者ニ轉轉シタル不動産ヲ取戻スコトヲ得ナルナリ

第三節 夫婦財產制

舊民法ハ夫婦ノ財產關係ヲ規定テ夫婦財產契約ト稱セシモ本法ハ之ヲ改メテ夫婦財產制ト稱セリ蓋シ夫婦財產契約ト稱スルトキハ重ニ夫婦カ其婚姻ヲ爲スニ當リテ任意ニ爲シタル契約ヲ指稱スレトモ今本節ニ規定スル所ハ多クハ法律ノ定メタル財產制ニシテ當事者ノ契約ヲ以テ定ムルコトニ關スル規定甚タ少クレハ之ニ舊民法ノ題號ヲ採用スルハ其當ヲ失スルヲ以テナリ

夫婦ハ婚姻ヲ爲スニ當リ任意ニ其財產關係ニ付キ契約ヲ爲スコトヲ得ヘシト雖モ夫婦ノ關係ハ専ラ情誼ニ依リテ成立スルモノナレハ其婚姻ヲ爲スニ當リ一一其財產關係ヲ契約スルコトハ必スヘカラス而シテ其契約ヲ爲シタル場合ニモ其契約ニ付キ一般ノ契約ニ關スル規定ノ外別ニ法律上ノ制限ヲ設ケタルコトノ必要アリ是レ法定ノ夫婦財產制アル所以ナリ

夫婦カ婚姻ヲ爲スニ當リテ爲セル其間ノ財產關係ノ契約ハ婚姻ノ從タル契約

ナリ若シ主タル契約ナル婚姻ニシテ無効又ハ取消ト爲リタルトキハ亦隨テ從タル財産關係ノ契約モ無効又ハ取消ト爲ルベシ此ノ如キ場合ニ主タル物ノ消滅シテ從タル物ノミ存立スヘキ道理アラサルナリ然レトモ從タル契約ニシテ法律ニ反シ又ハ善良ノ風俗ニ悖ルカ爲メ無効又ハ取消ト爲リタリトモ之カ爲メ主タル契約婚姻ニ毫モ影響ヲ及ホスヘキモノニ非ス此場合ニ於テハ婚姻ハ成立シ隨テ支辨スヘキ費用ヲ要スルコト勿論ナレハ夫婦ハ財産上ノ契約ヲ爲ナスシテ婚姻シタルモノト看做シ即チ法定ノ財産制ニ從ヒテ婚姻ヲ爲シタルモノト看做シ此制ニ付キ定メタル規定ニ從フヘキナリ

第一款 總則

此款ニ於テハ契約上ノ財産關係ト法定ノ財産制トニ通スヘキモノヲ規定セリ夫婦ノ財産關係ヲ支配スル原則 夫婦カ婚姻ノ届出前ニ其財産ニ付キ別段ノ契約ヲ爲サザリシトキハ其財産關係ハ次款ニ定ムル所ニ依ル(第七九三條舊民法人事編第四二二條第一項第四二四條)

是ニ説キタルカ如ク夫婦ハ自由ニ契約ヲ爲シ其婚姻中ノ財産關係ヲ定ムルコトヲ得ヘシト雖モ其契約カ有效ナル爲メニハ婚姻ノ届出前ニ爲シタルモノナラザルヘカラス縱令當事者カ其間ノ財産關係ヲ定ムル契約ヲ爲シタリト雖モ其契約ニシテ婚姻届出後ニ成立シタルモノナルトキハ完全ナル效力ヲ有セス法律ハ此場合ニ於テハ別段ノ契約ヲ爲シタルモノト看做サザルヲ以テ夫婦ハ財産關係ニ付テハ法定ノ財産制ニ從ハサルヘカラス何故ニ夫婦間ノ財産關係ヲ定ムル契約ハ婚姻ノ届出前ニ爲シタルモノニ非サレハ有效ナル別段ノ契約ヲ爲シタルモノトセザルカ是レ蓋ニ説キタルカ如ク婚姻後ニ在リテハ夫婦ノ一方ハ他ノ一方ノ意思ヲ抑制スルコトナキヲ保セザレハ婚姻後ニ在リテ財産契約ヲ爲サンカ其一方ハ他ノ一方ノ意思ヲ壓抑シテ自己ニ利益ニシテ他ノ一方ニ不利益ナル條款ヲ以テ契約ヲ爲サシムルノ恐アレハナリ是ヲ以テ法律ハ婚姻ノ届出前即チ夫婦タラントスル男女ノ各自獨立不羈ノ精神ヲ以テ財産上ノ契約ヲ取結フコトヲ得ル時ニ之ヲ爲スヘキモノト爲シ隨テ婚姻後ニ契約シタランカ其契約ハ雙方ノ自由ナル意思ニ出テタルモノト看做サザルナリ

夫婦の婚姻ヲ爲スニ當リ其財產契約ヲ爲ササルトキハ法定ノ財產制ニ從フヘキモノニシテ其規定ハ最早夫婦ノ意思ヲ以テ左右スルコトヲ許ササルナリ但婚姻ノ届出前ナレハ夫婦ハ法定ノ財產制ニ異ナリタル契約ヲ爲スコトヲ得ヘキハ以下叙述スルカ如シ

諸國ノ法律ニ於テハ多クハ夫婦間ノ財產關係ハ皆當事者ノ自由ノ意思ニ任スルヲ例ト爲セトモ亦法律上一定ノ制度ヲ設ケ當事者ヲシテ之ニ從ハシムルモノナキニ非ス而シテ又多クハ法定ノ財產制ノ外尙ホ法律上數種ノ方法ヲ定メ以テ當事者ノ據ルヘキ標準ヲ示セリ今佛國民法ノ定ムル所ヲ舉タレハ同法ハ大別スレバ四箇ノ制度ヲ設ケ當事者ヲシテ其中一ヲ選擇スルコトヲ得ルモノト爲シタリ第一夫婦財產共通ノ制(Regime de communauté 佛國民法第一三九條乃至第一五二五條)第二財產不共通ノ制(Regime sans communauté 第一五二九條乃至第一五三五條)第三財產分離ノ制(Régime de séparation de biens 第一五三六條乃至第一五三九條)第四嫁資法(Dot 第一五四〇條乃至第一五八一條)是ナリ其第一佛國法ニ於ケル法定財產制ニシテ婚姻ノ當時何等ノ契約ヲ爲ササルトキハ

當事者ノ當然從ハサレタリタルモノナリトスルハ其義ニ從フヘキハ同法ノ財產契約ノ登記、夫婦ハ法定財產制ニ異ナリタル契約ヲ爲シタルトキハ婚姻ノ届出マテニ其登記ヲ爲スニ非ナレハ之ヲ以テ夫婦ノ承繼人及ヒ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス(第七九四條)舊民法財產取得編第四二二條第一項

夫婦間ニ法定財產制ニ異ナリタル契約ヲ爲スコトヲ要セザレトモ若シ夫婦ニ於テ法定從フヘキヲ以テ別ニ之カ登記ヲ爲スコトヲ要セザレトモ若シ夫婦ニ於テ法定財產制ニ異ナリタル別段ノ契約ヲ爲シタルトキハ之ヲ第三者ニ對抗スルコトヲ得セシメナルヘカラス而シテ之ヲ第三者ニ對抗スル爲メニハ公示ノ方法ナカラサルヘカラス其方法ニ付テハ諸國ノ立法例一定セス或ハ公證人ヲシテ證書ヲ作ラシムルモノアリ(佛國民法第一三九一條)或ハ婚姻證書中ニ附記セシムルモノアレトモ本法ハ此等ノ方法ニ依ハスシテ一般ニ財產權ニ關スル事項ノ公示方法トシテ登記ノ方法ヲ採用セザレバ以テ婚姻ヲ爲スニ當リ取結ヒタル財產契約ニモ登記ヲ以テ第三者ニ對抗スル方法ト爲シタリ此登記ハ之ニ因リテ唯リ第三者ニ對抗スルニ必要ナリ

要ナリ夫婦ノ承繼人其家督相繼人遺產相繼人ニ對シテハ普通ノ法律行爲ナレ
 ハ登記ヲ爲ササルモ對抗スルニ得ルヲ常ト爲セドモ此場合ニ於テハ其
 承繼人ハ夫婦ノ財產ニ對シ重大ナル利害關係ヲ有スルノミナラス夫婦カ死亡
 シタル際ニハ其財產ヲ整理スベキ者ナルカ故ニ之ニ對シ夫婦財產契約ノ如何
 ナ知ラシメ置クハ必要ナルヲ以テナリ
 此登記ハ婚姻ノ届出マテニ之ヲ爲ササルヘカラス若シ之ヲ其時期マテニ爲サ
 ナルトキハ第三者ハ別段ノ契約ヲ爲ササルモノト看ルヘキナリ
 外國人ノ夫婦財產制 外國人カ夫ノ本國ノ法定財產制ニ異ナリタル契約ヲ爲
 シタル場合ニ於テ婚姻ノ後日本ノ國籍ヲ取得シ又ハ日本ニ住所ヲ定メタルト
 キハ一年內ニ其契約ヲ登記スルニ非サレバ日本ニ於テハ之ヲ以テ夫婦ノ承繼
 人及ヒ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス(第七九五條舊民法財產取得編第四二五條
 法例第一五條)
 外國トノ間ニ締結セル舊條約廢止セラレ治外法權ノ撤去セラレタル今日ニ於
 テハ我民法カ我邦ニ居住スル外國人ヲ支配スヘキヲ以テ我邦ニ於テハ外國法

ニ從ヒテ婚姻ヲ爲シタル外國人ノ夫婦間ノ財產契約ハ如何様ニ認ムベキヤヲ
 定ムルハ必要ナリ是ヲ以テ法例第十五條ニ於テ夫婦財產制ハ婚姻ノ當時ニ於
 ケル夫ノ本國法ニ依リ縱令國籍ヲ變更シタリトモ之カ爲メ毫モ變更セザルモ
 ノト爲シタリ故ニ例ヘハ佛國人カ自國ノ法律ニ從ヒテ婚姻ヲ爲シタル後我邦
 ノ國籍ヲ取得シ若シ我邦ニ居住シタルトキハ其本國ニ於ケル如何ナル制度
 ニ依リテ契約シタリトモ又何等ノ契約ヲモ爲サスジテ婚姻ヲ爲シタリトモ(此
 場合ニ於テハ其法定ノ財產制ニ從ヒ其契約又ハ佛國ノ法定財產制ハ我邦ニ於
 テ其夫婦ノ爲メ有效タルベキナリ而シテ外國人カ其本國ニ於ケル法定財產制
 ニ從ヒタルトキハ猶ホ我邦人カ法定財產制ニ從ヒテ婚姻シタルトキノ如ク別
 ニ其契約ヲ登記スルコトヲ要セザルナリ然レトモ若シ其本國ノ法定財產制
 ニ異ナリタル別段ノ契約ヲ爲シタルモノナルトキハ我邦人カ法定財產制ニ異ナ
 リタル別段ノ契約ヲ爲シタルトキニ於テ登記ヲ爲ササレハ第三者ハ夫婦間ノ
 契約如何ヲ知ルコト能ハサルト同シク外國人夫婦間ノ契約ヲ了知スルコト能
 ハサルヲ以テ此場合ニモ登記ヲ爲スニ於テハ夫婦ノ承繼人及ヒ第三者ニ之カ

對抗ヲ爲スコトヲ得ルモノト爲セリ
 以上ノ登記ハ日本ノ國籍ヲ取得シ又ハ日本ニ住所ヲ定メテモリ一箇年內ニ爲
 ナタルヘカラス
 夫ハ本國法トハ夫ノ現在ハ本國法ヲ指スカ將タ夫ノ結婚當時ノ本國法ヲ指ス
 カノ發生スヘシト雖モ是レ法例第十五條ヲ規定スルトキ既ニ決セラレタルモ
 ノニシテ我法例ハ夫ノ現在ノ本國法主義ヲ採ラスシテ其結婚當時ノ本國法主
 義ヲ採リタルモノナレハ茲ニ謂フ所ハ夫ノ結婚當時ノ本國法タリ故ニ外國人
 カ婚姻ノ後其國籍ヲ變更シ面シテ更ニ其國籍ヲ日本ニ變更シ又ハ日本ニ居住
 シタルトキハ第一ノ本國ノ法定ノ財產制ニ從ヒタルモノナルトキハ更ニ日本
 ニ於テ之カ登記ヲ爲スコトヲ要セザレトモ若シ其財產契約ニシテ第二ノ本國
 法ノ財產制ト同シキモノナルトキハ更ニ日本ニ於テ之ヲ登記セザルヘカラス
 外國人カ婚姻ヲ爲シタル後日本ノ國籍ヲ取得シ又ハ日本ニ住所ヲ定メタルト
 キ一箇年內ニ右ノ登記ヲ爲サザルトキハ其承繼人及ヒ第三者ハ夫婦カ其本國
 ノ法定財產制ニ從ヘルモノト看ルヘキヤ將タ日本ノ法定財產制ニ從フヘキモ

ノト看ルヘキヤ此場合ニ於テハ以上ノ外國人ハ其本國ノ法定財產制ニ從フモ
 ノトモナルヘカラス何トナレハ法例第十五條ニハ前ニ述ヘタル如ク夫婦財產
 制ハ婚姻當時ニ於ケル夫ノ本國法ニ依ルトアリ且夫婦間ニ於ケル財產關係ハ
 婚姻ヲ爲ストキ契約又ハ法定制度ニ依リテ定マルヘキモノナレハ若シ右ノ場
 合ニ於テ日本ノ法定制度ニ從フヘキモノト爲ストキハ婚姻ノ當時一旦定マリ
 タルモノヲ變更スルニ至レハナリ是レ次條ニ規定スルカ如ク許スヘカラサル
 所ナリ
 婚姻中ニ於ケル財產關係ハ變更、夫婦ノ財產關係ハ婚姻届出ノ後ハ之ヲ變更
 スルコトヲ得ス(第七九六條第一項舊民法財產取得編第四二二條)其
 義ニ説キタルカ如ク夫婦財產關係ハ婚姻前ニ之ヲ定ムルコトヲ要シ之ヲ其時
 期マラニ定メザルトキハ夫婦間ノ財產關係ハ法定ノ制度ニ從フヘキモノナル
 ニ若シ婚姻届出後ニ於テ當事者カ最初定メタル其財產關係ヲ自由ニ變更スル
 コトヲ得ルモノトスルトキハ右ノ夫婦財產關係ハ婚姻前ニ定ムヘシトノ規定
 ハ徒法ニ歸スヘキナリ何トナレハ配偶者ノ意思ヲ抑制スル夫婦ノ一方ハ其配

偶者ヲシテ強ヒテ自己ニ利益ナル約款ノ變更ヲ承諾セシム新ニ利益ナル契約ヲ取結フニ至ルヘケレハナリ加之前契約ノ變更ハ即チ一ノ契約ナレハ婚姻前ニ非サレハ之ヲ爲スコトヲ得サルヤ前ニ説キタル規定ヲ推究スルニ於テ其理自ラ明カナリ

然レトモ法律ハ以上ノ規定ニ對シテ二箇ノ例外ヲ設ケタリ即チ左ノ如シ

(一) 夫婦ノ一方カ他ノ一方ノ財産ヲ管理スル場合ニ於テ管理ノ失當ニ因リ其財産ヲ危クシタルトキハ他ノ一方ハ自ラ其管理ヲ爲サンコトヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得第七九六條第二項舊民法財産取得編第四三二條

婚姻前ニ定メタル夫婦間ノ財産關係ハ如何ナル場合ニ於テモ變更スルコトヲ得サルモノト爲ストキハ夫婦ノ一方カ他ノ一方ノ財産ヲ管理スル場合ニ於テ例ヘハ夫カ投機業ヲ營ミ又ハ放蕩ノ爲メニ浪費スルカ如キ其管理ノ方法ヲ誤リ其財産ヲ危クスルコトアルトモ如何トモスルコト能ハス妻ハ現ニ自己ノ財産ノ減盡スルヲ目撃シナカラ之ヲ救済スルノ途アラザルナリ是ヲ以テ法律ハ此ノ如キ場合ニ於テハ他ノ一方ハ其財産ノ安全ヲ圖ルカ爲メ自ラ之カ管理ヲ

爲スコトヲ得ルモノト爲セリ此場合ニ於テモ法律ハ當事者カ隨意ニ財産管理ノ變更ヲ爲スコトヲ許サス必ス裁判所ニ請求セザルヘカラザルコトト爲セリ

舊民法ニ於テハ夫カ妻ノ財産ヲ危クシタル場合ニ於テ妻ニ其財産ノ管理ヲ爲スコトヲ許スニ止マリ夫ニハ妻ト同一ノ權利ヲ與ヘサレトモ別段ノ契約ヲ以テ夫婦間ノ財産關係ヲ定ムルニ當リ妻カ夫ノ財産ヲ管理スルコトト爲ストモ妨ナキヲ以テ其場合ニ於テ妻カ夫ノ財産ヲ危クスルコトナレトモ然ルニ斯ル場合ニ夫カ妻ノ財産ヲ危クスル場合ト同シク夫ヲ保護スル必要アルヲ以テ新法ハ廣ク夫婦ノ一方カ云ト言ヒテ單ニ夫カ妻ノ財産ヲ危クシタル場合ニ限ラザルナリ

(二) 夫婦カ財産共有ノ契約ヲ爲シタル場合ニ於テハ右第一ノ場合ニ於ケル請求ト共ニ其分割ヲ請求スルコトヲ得第七九六條第三項財産共有ノ場合ニ於テハ單ニ夫婦ノ一方カ他ノ一方ヨリ危クセラレタル其財産ノ管理ヲ爲スノミニテハ未タ以テ原所有者ノ利益ヲ保護スルニ足レリトモ此場合ニ於テハ共有財産ノ分割ヲ爲スコトヲ許サザルヘカラス

管理、變更及共有財產分割ノ登記、婚姻中ニ財產ノ管理者ヲ變更シ又ハ最初ノ契約ニ基キテ共有財產ヲ分割スルトキハ既ニ爲セル登記ノ事實ニ變更ヲ加フルモノナルヲ以テ之ヲ其承繼人及ヒ第三者ニ對抗スルニシテ登記ヲ要スルコトハ論ヲ竣タサルナリ而シテ財產管理者ノ變更ハ或ハ最初爲シタル契約ノ結果ニ基クコトアリ或ハ夫婦ノ一方カ他ノ一方ノ財產ヲ危クスルヨリ他ノ一方カ自ラ其財產ヲ管理スルカ爲メナルコトアリ又共有財產ノ分割モ或ハ最初ノ契約ノ結果ニ基クコトアリ或ハ右ニ掲ケタル原因ニ基クコトアレトモ其孰レノ場合タルヲ問ハス既ニ爲シタル登記ニ變更ヲ生スルモノナルトキハ登記セザルトキハ夫婦ノ承繼人及ヒ第三者ハ其變更ヲ知ラサルナリ

第二款 法定財產制

法定財產制トハ夫婦カ婚姻ヲ爲スニ當リ其財產關係ニ付キ別段ノ契約ヲ爲サザリシトキ法律ノ規定ニ因リ當然從フヘキモノヲ謂フナリ財產制ニ付テハ種類ナルモノアレトモ本法ハ舊民法ノ如ク佛國法學者ノ所謂財產不共通法(即ち

the sans communauté)ヲ以テ最モ我國情ニ適スルモノト認メ之ヲ採用シタリ財產不共通法トハ夫婦ハ各別ニ自己ノ財產ヲ有シ夫又ハ戶主タル妻ハ其配偶者ノ財產ヲ使用收益スルコトヲ得ルモノヲ謂フ此制ニ於テハ夫婦各自ノ財產ヲ所有スルカ如ク各自ノ債務ハ各自之ヲ負擔スルナリ而シテ夫婦間ニ於テ財產ヲ共通スルコトハ夫婦生活ノ共同ヲ完全ナラシムルモノニシテ最モ婚姻ノ性質ニ適應スヘシト雖モ婚姻ハ往々解除セラレルコトアルモノニシテ共通ノ財產ハ其際之ヲ分割スルニ混雜ナル計算ヲ要シ濫訴ノ弊アルヲ免ヒ其財產分離ノ制ハ之ト正反對カルモノニシテ婚姻解除ノ際ノ如キハ別ニ混雜カノ關係ヲ生スルコトナキニ引替ヘ婚姻中夫婦間ノ平和ヲ害スルノ弊アルヲ免ヒテ夫ナリ故ニ本法ハ其中間ニ在ル財產不共通ノ制ヲ採リタル所以ナリ

婚姻中ノ費用ノ負擔方法、夫ハ婚姻ヨリ生スル一切ノ費用ヲ負擔ス但妻カ戶主タルトキハ妻之ヲ負擔ス(第七九八條舊民法人事編第二六條財產取得編第四二六條)

我邦ニ於テハ夫シタルモ其妻カ戶主タル場合ヲ除ク外ハ婚姻中ノ費用例

ハ衣食住ニ關スルモノハ子ノ教育費及ビ養育費等ハ夫ノ負擔トスルヲ常トシ
 ルカ故ニ法律カ之ヲ其負擔ト定メタルハ至當ナリ而シテ夫ハ此費用ヲ負擔ス
 ルノ結果トシテ其配偶者ノ財産ヨリ生ズル果實ヲ取得スルコトヲ得ヘク又夫
 婦ノ孰レニ屬スルカ分明ナラザル財産ニ付テハ法律上夫ノ財産タルコトノ推
 定ヲ受タルモノトス妻カ戸主タルトキモ亦同シキナリ
 以上ノ規定ハ夫婦間及ビ近親間ノ扶養ノ義務ニ變更ヲ生ズルコトナキナリ故
 ニ夫又ハ女戸主カ婚姻中ノ費用ヲ負擔スヘキ義務ナルニ拘ハラズ貧困ニ陥ル
 自活スルコト能ハサルニ至リタルトキハ妻又ハ女戸主ノ夫ハ第七百九十條及
 ビ第八章扶養ノ義務第九五四條以下ノ規定ニ依リ夫又ハ女戸主ニ對スル扶養
 ノ義務ヲ負ヘルコトハ依然タルナリ
 特有財産ノ使用收益權ハ夫又ハ女戸主ハ用方ニ從ヒ其配偶者ノ財産ノ使用及
 ビ收益ヲ爲ス權利ヲ有ス第七九九條舊民法財産編第五〇條乃至第六六條財産
 取得編第四二六條第四二七條第四三三條第四三四條
 本法ノ法定財産制トシテハ夫婦間ノ財産ノ共有ヲ認メズ總テ各自ノ特有ト爲

シタルトモ夫婦共同生活ノ費用如キハ之ヲ分割スルコトヲ得タルヲ以テ
 以テ夫又ハ女戸主ニ之ニ換フル利益ヲ受ケシメタルヘカラサルヲ以テ法律
 ハ夫ニ妻ノ有スル特有財産ノ用方ニ從ヒテ之ヲ使用シ又之ヨリ生ズル收益ヲ
 得セシムルコトヲ爲シタリ妻カ戸主タルトキ亦同シキナリ
 此場合ニ於テ夫カ有スル權利ハ妻ノ財産ノ使用收益ニ止マルカ故ニ夫ハ妻ノ
 財産ノ元本ハ之ヲ使用スルコトヲ得ス又妻カ自己ノ營スル商業ヨリ得タル利
 益ノ如キモ亦收益スルコトヲ得タルナリ而シテ收益ノ重ナルモノハ果實ヲ得
 ルニ在リ果實ノ何タルコトハ民法第八十八條第八十九條ニ規定セテ終身
 定期金ノ如キハ之ヲ果實ト謂フヲ得ザルヲ以テ是レ亦夫ニ於テ取得スルコト
 ヲ得タルナリ
 夫又ハ女戸主ハ其配偶者ノ財産ヨリ生ズル果實ヲ得レトモ若シ其配偶者ニ
 テ債務ヲ負擔スルモノハ其利息ハ自己ノ特有財産ノ果實中ヨリ擔濟スルコト
 ヲ許サザルカラス是レハ以前第二項右掲規定タル第九十八條ノ趣旨ニ

妻ノ財産ニ於ケル夫權ノ制限 夫カ妻ノ爲メニ借財ヲ爲シ妻ノ財産ヲ讓渡シ之ヲ擔保ニ供シ又ハ第六百二條ノ期間ヲ起テ其貸付ヲ爲スニハ妻ノ承諾ヲ得ルコトヲ要ス但管理ノ目的ヲ以テ果實ヲ處分スルハ此限ニ在ラス第八〇二條舊民法財産取得編第四二九條乃至第四三一條

夫ハ妻ノ財産ノ管理者ナルヲ以テ一般ノ管理行爲ニ關シテハ妻ノ意思ニ反シテ自己ノ有スル權利ニ因リテ之ヲ爲スコトヲ得ヘシト雖モ然レトモ妻ノ財産ニ付キ重大ナル管理行爲及ヒ處分ヲ爲スハ夫ノ權限ニ屬セザルモノト爲セリ若シ此等ノ行爲ヲモ夫カ其權利トシテ爲スコトヲ得ルモノト爲ストキハ夫ハ妻ノ財産ニ付キ全權ヲ有シ殆ト妻ノ財産ヲ夫ニ與ヘタルニ異ナラザルナリ是ヲ以テ法律ハ妻ノ爲メ其財産ニ關スル重大ナル法律行爲ニ付キ夫ノ權限ヲ制限セリ即チ第一妻ノ爲メ借財ヲ爲スコト第二妻ノ財産ヲ讓渡スコト第三妻ノ財産ヲ擔保ニ供スルコト第四第六百二條ノ期間(樹木ノ栽培又ハ伐採)目的トスル山林ニ付テハ十年其他ノ土地ハ五年建物ハ三年動産ハ六箇月ヲ起テ貸貸ヲ爲ストキハ夫ハ妻ノ承諾ヲ得ルコトヲ要スルモノト爲セリ然レトモ管理

權ノ範圍内ニ於テ果實ヲ處分スルハ全ク夫ノ權利ニ屬シ何人ノ承諾ヲモ要スヘキニ非ス例ヘハ田畑コト生スル收穫ヲ賣却シテ其代價ヲ收ムルカ如キ是ナリ但果實ノ處分ト雖モ管理ノ目的ノ範圍外ニ涉ルトキハ普通ノ財産讓渡ト同シク妻ノ承諾ヲ得ナルヘカラス例ヘハ貸家賃ヲ拋棄シ果實ヲ他人ニ贈與スルカ如キ是ナリ

舊民法ニ於テハ妻カ禁治産者ナルトキハ親族會ノ同意ヲ得其失踪ノ場合ニハ裁判所ノ許可ヲ得テ此等ノ行爲ヲ爲スコトヲ得ヘキ旨ヲ規定スト雖モ本法ハ禁治産者タル場合ハ後見ノ章第九〇二條第九二二條第九二四條第九二九條第九三一條等ニ規定シテ又失踪ノ場合ニ關シテハ失踪ノ條中第二八條ニ規定シテ以テ復タ茲ニ之カ規定ヲ設ケタルナリ

本條但書ハ殆ト入夫カ妻タル女戸主ノ財産ヲ管理スル場合ニ限リ其適用ヲ見ルニ過キス然ラズシハ夫ハ果實ノ所有者タルヘケレバナリ但當事者カ大體ニ於テ法定財産制ヲ採リ唯妻ノ財産ノ果實ノ全部又ハ一部ヲ夫ニ與ヘザルコトヲ約シタルトキハ亦本條但書ノ適用ヲ受テヘキナリ

夫の財産を管理するに於て夫ハ其の代理權を行使せしむルハ其の利益を保護スルニ若シ
 十分大判ナルハ其故ニ法律ハ此規定ヲ設ケ日常ノ家事ヲ爲シ妻ノ名ヲ以テ之
 ヒタル債務ハ夫ニ於テ之ヲ辨濟セシムルヲ得ルモノハ其爲セ得ル夫ノ不利益ナ
 然レトモ右法律上ノ代理權ハ夫ノ爲メ夫ニ對シテ制限ヲ爲スコトヲ許サザル
 ヘカラス妻ノ性質一家ノ都合等ニ依リ夫カ妻ニ代理權ヲ與フルヲ欲セザルコ
 トアリ又ハ妻カ代理ヲ爲スコト能ハザルコトヲ加ヘ此ノ如キ場合ニ於テハ純然
 タル委任ノ場合ニ於ケルガ如ク夫ハ其代理權ノ全部又ハ一部ヲ否認スルコト
 ヲ得ルモノト爲セリ例ヘテ全分妻ハ自己ノ代理人ニ非ザル旨ヲ宣言シ若シハ
 金額若干圓以上ニ付テ代理權ヲ與ヘタル旨ヲ定ムルカ如キ是ナリ此場合ニ於
 テ其制限ヲ知ラザル第三者ニ對シテハ其效力及ビテハ第三者ノ利益ヲ害
 スルコトヲ得テレバ但書ノ規定ヲ加ヘテ之ヲ除外シ得ルモノト爲スルコト
 財産管理ノ程度第八〇五條ニ於テ夫カ妻カ妻カ夫カ夫ノ代理ヲ爲ス
 場合ニ於テハ自己ノ爲メニスルト同一ノ注意ヲ爲スルコトヲ要ス民法財産取

得編第八四條第四二七條ニ規定シ又ハ夫カ妻カ妻カ夫カ夫ノ代理權ヲ行使スル
 他人ノ財産ヲ管理スル者其他他人ノ爲メニ或行爲ヲ爲ス者ハ其ノ原則ニ於
 テ善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ之ヲ爲スヘキヲ常トス第六四四條第九三六條
 然レトモ夫婦間ニ在リテハ一般ノ原則ニ從ヒ善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ之
 ヲ責ムルハ人情ニ適セザルヲ以テ此場合ニハ自己ノ爲メニスルト同一ノ注意
 ヲ以テスルノ義務ヲ負ハシメタリ而シテ此規定ハ親權者カ子ノ財産ヲ管理ス
 ル場合ニ於ケル第八百九十九條ノ規定ト其趣旨ヲ同シウス
 委任ニ關スル規定ヲ法定財産制ニ準用スル場合第八〇六條ニ第六百五十四條
 及ヒ第六百五十五條ノ規定ハ夫カ妻ノ財産ヲ管理シ又ハ妻カ夫ノ代理ヲ爲ス
 場合ニ準用スルニ依リテ之ヲ適用スルコトヲ爲シタル故ニ夫ノ管理權又ハ
 法律ハ第六百五十四條及ヒ第六百五十五條ノ規定ヲ夫カ妻ノ財産ヲ管理シ又
 ハ妻カ夫ノ代理ヲ爲ス場合ニ準用スルコトヲ爲シタル故ニ夫ノ管理權又ハ
 妻ノ代理權カ消滅シタル場合例ヘテ婚姻解消シタルニ因リテ於テ急變ノ事情
 アルトキハ夫若シハ妻又ハ其相續人カ配偶者又ハ其相續人カ自己ノ財産ヲ管理

シ得ルニ至リ又ハ日常ノ家事ヲ執ルコトヲ得ルニ至ルニ必要ナル處分ヲ爲
 スヲ要ス又夫ノ管理權又ハ妻ノ代理權ノ消滅ニ之ヲ配偶者ニ通知シ又ハ配偶
 者カ之ヲ知リタルトキニ非テ之ヲ以テ配偶者ニ對抗スルニ得ズ是レ
 夫婦間ノ代理關係ハ委任ニ基クモノニ非タルヲ以テ委任ニ關シテ規定ハ當然
 適用セラレルモノニ非ス仍テ委任ニ關スル規定ヲ茲ニ專用スルコトト爲シタ
 ル所以ナリ

財産權ノ推定第八〇七條 妻又ハ入夫カ婚姻前ヨリ有セル財産及ヒ婚姻中自
 己ノ名ニ於テ得タル財産ハ其特有財産トス

夫婦ノ執レニ屬スルカ分明ナラサル財産ハ夫又ハ女戸主ノ財産ト推定ス

民法編 婚姻 夫婦財産 第四三五條 夫婦ノ各別ニ財産ヲ所有スルヲ得ヘキコトハ妻ニ説キタル時ハ夫婦ハ同居スル
 ヲ常トスレバ執レカ夫ノ財産ニシテ執レカ妻ノ財産ナルカ實際鑑別シ難キコ
 トトシテモ此場合ニ於テハ直接ノ證據ヲ舉ケシムルコトハ頗ル難シ故ニ
 以上ノ規定ハ如何ナルモノヲ以テ妻又ハ入夫ノ特有財産ナルカヲ定メタルモ

ノニシテ即チ妻又ハ入夫カ婚姻前ヨリ有セル財産及ヒ婚姻中自己ノ名義ヲ以
 テ取得シタルモノハ其特有財産ト爲シタリ而シテ夫婦ノ執レニ屬スルカ分明
 ナラサルモノハ夫又ハ女戸主ノ財産ト推定シタリ

此夫婦ノ執レニ屬スルカ分明ナラサル財産トハ財産ニシテ夫婦中ノ者ニ屬ス
 ルコトハ分明ナレトモ其中ノ執レニ屬スルカ分明ナラサルモノヲ指ス義ニシ
 テ夫婦以外ノ家族カ所有スル財産マテ夫婦ノ一方ニ屬スルト謂フニハ非ナル
 ナリ家族ト雖モ夫婦ト同シテ特有財産ヲ有スルコトヲ得ルモノナレバ家族カ
 其名義ヲ以テ得タル財産ハ其特有財産タルナリ而シテ戸主ノ有ニ屬スルカ家
 族ニ屬スルカ分明ナラサルモノハ戸主ニ屬スト

推定ヲ受タルコトハ第七百
 四十八條ニ付キ既ニ説キタル所ナリ若シ夫カ戸主タルトキハ第七百四十八條
 ノ規定アルニ由リ之ヲ以テ夫ト妻及ヒ妻以外ノ家族トノ間ニ於テハ財産上ノ
 關係ヲ定ムルコトヲ得ヘケレバ妻モ戸主タル夫ノ家族タルヲ以テ夫婦ノ爲メ
 ニハ本條ハ重複ノ規定タルヘシト雖モ夫カ戸主タラサル場合ニ於テハ夫婦間
 ニ於ケル財産ノ推定ハ本條ニ依リテ定マルヘキナリ

第四節 離婚

婚姻ハ死亡又ハ離婚ニ因リテ解消ス其死亡ニ因リテ婚姻ノ解消スルコトハ分明ナルカ故ニ別ニ法律ノ規定ヲ要セス是レ自然ニ行ハルル所ナリ然レトモ離婚ニ付テハ法律ノ規定ヲ缺テテ始メテ行ハルルモノナルカ故ニ法律ハ特ニ本節ヲ設ケタリ而シテ佛法佛國民法第二二九條第二三一條千八百八十四年七月改正第二三〇條第二三二條ノ如キハ裁判上ノ離婚ヲ認ムルニ止マリ協議上ノ離婚ハ許サザレトモ本法ハ其二者共ニ之ヲ認メタリ是レ我邦從來ノ慣習ニ基ク所ナレハ法律ニ之ヲ設クルハ極メテ必要ナリ

離婚ニ關スル外國ノ法制ハ區區ニシテ之ヲ略説スレム左ノ如シ

(一) 自由離婚制 此制ハ當事者ノ意思ニ因リテ離婚ヲ爲スニトテ許スモノナリ此種ノ制度ハ復タ別レテ二ト爲ル其一ハ配偶者一方ノ意思ヲ以テ離婚ヲ爲スヲ許スモノナリ此離婚法ハ當時羅馬ニ行ハレタレトモ近代文明諸國ニ行ハルルコトナシ其二ハ配偶者雙方ノ合意ヲ以テ離婚ヲ許スモノ自耳義事

以上述ヘタル所ハ平時ノ場合ナリ戰時等ニ於テ已ムテ得サル場合例ヘハ敵ノ捕獲ヲ避クル爲メ國旗ヲ掲クルカ如キハ制限ヲ加ヘサルモノナリ其外大祭祝日等ニ於テ外國ノ國旗ヲ掲クルモ慣例上各國ニ於テ互ニ認ムル所トス國旗ノ掲用ハ前述ノ如ク國籍ニ伴フ一ノ特權ナリト雖モ亦同時ニ本國ノ國旗ヲ掲クハ義務ナリトス故ニ日本船舶ハ濫ニ外國ノ國旗ヲ掲グルコトヲ許サザルモノナリ英獨其他ノ法律ニ於テモ亦同様ナリトス

第二 沿岸貿易船ニ不開港場寄港ノ特權

沿岸貿易船トハ内國沿岸ニ於ケル一ノ港ヨリ貨物ヲ搭載シテ他ノ港マテ運搬スルコトヲ謂フ此種類ノ航海ハ其國ノ公益關係ニ重大ナル影響ヲ及ホスヘキモノナルヲ以テ古來沿岸貿易ノ權利ハ其國ノ船舶ニノミ留保スルヲ普通トシ近世ニ在リテハ内外國ノ船舶之間ニ區別ヲ認ムルコト漸ク減スルニ至リタリト雖モ尙ホ多數ノ國家ニ於テハ之ヲ本國船舶ノ特權ト認ムル所トス此沿岸貿易ハ内國ノ一ノ港ヨリ他ノ港マテ貨物ヲ運搬スルコトヲ指スモノナルカ故ニ外國ノ港ニ於テ搭載シタル貨物ヲ一部分内國ノ一ノ港ニ陸揚シ他ノ一部分ヲ其

國ノ他ノ港ニ於テ陸揚スルコトハ包含セザルナリ我現行法ニ依レハ船舶法第三條ニ於テ日本船舶ニ非サレハ日本各港ノ間ニ於テ物品又ハ旅客ノ運搬ヲ爲スコトヲ得ストノ規定ヲ設ク即チ沿岸貿易ノ權利ハ日本船舶ノ特權トシテ之ヲ認ムルモノナリ此種ノ規定ハ外國ノ法律ニ於テモ均シク實施スル所ナリ獨逸ノ千八百八十一年ノ沿岸貿易ニ關スル法律第一條ニ獨逸船舶ニ非サレハ獨逸ノ一港ニ於テ貨物ヲ搭載シ他ノ港ニ航海スル權利ヲ有スルコトヲ得ストノ規定シ又佛蘭西ノ千七百九十三年ノ法律第四條ニ外國船舶ハ佛蘭西ノ諸港ノ間ニ於テ佛蘭西及ヒ領地ノ貨物ヲ運搬スルコトヲ得ストノ規定セリ北米合衆國ノ法律ニ於テモ合衆國ノ船舶ニ非サレハ直接タルト間接タルトヲ問ハス合衆國ノ一ノ港ヨリ他ノ港マテ貨物及ヒ旅客ヲ運搬スルコトヲ得ストノ規定ヲ施行セリ英吉利ノ法律ハ從前ニ於テハ沿岸貿易ノ權利ヲ英吉利船舶ノミニ留保セリト雖モ千八百年代ノ前半ニ於テ自由貿易論ノ勝ヲ占メテ以來沿岸貿易ニ付テモ内外船舶ノ間ニ區別ヲ設ケザルヲ原則トセリ尤モ外國政府カ英吉利ノ船舶ニ對シ沿岸貿易ヲ許サザルトキハ勅令ヲ發布シテ其國ノ船舶ニ對シ英國ニ

於ケル沿岸貿易ヲ禁止スルコトヲ得ルコトヲ規定シ居レリ然レトモ此種類ノ勅令ハ今日ニ至ルマテ未タ發布セラレタルコトナシ

我法律ノ規定ニ依レハ開港場ト不開港場トヲ區別シ不開港場ニ寄港スルハ日本船舶ノミ之ヲ爲シ得ル所トス即チ船舶法第三條ニ依レハ日本船舶ニ非サレハ不開港場ニ寄港スルコトヲ得ストノ規定セリ我國ノ開港場ハ勅令ヲ以テ指定セラレルモノナリ外國船舶ハ此不開港場ニ寄港スルヲ許サズ即チ外國船舶ハ勅令ヲ以テ指定セラレタル開港場ノ外他ノ港ニ入港ヲ許サザルナリ

以上述ヘタル沿岸貿易並ニ不開港場寄港ニ關スル制限ニ付テハ場合ニ依リ之ヲ外國船舶ニ許可スルコトアリ即チ船舶法第三條ニ但書ヲ以テ規定スル所ニ依レハ其場合三アリ

(一) 法律若クハ條約ニ別段ノ定アルトキ 法律ニ別段ノ定アルトキト稱スルハ關稅法ノ規定ニ依リテ外國船舶カ稅關ノ許可ヲ得テ不開港場ニ寄港スルコトヲ得ルカ如キハ其例ナリ次ニ條約ニ別段ノ定アルトキト稱スルハ日英條約第十一條ニ大不列顛國船舶ハ從來ノ通り開港場間ニ積荷ヲ運搬スルコトヲ許

ストアルカ如キハ其例ナリ此種ノ例外ハ外國ノ法律ニ見ル所ナリ例ヘハ獨逸ノ沿岸貿易ニ關スル法律ニ於テ條約又ハ聯邦會議ノ決議ヲ經タル命令ニ別段ノ規定アルトキハ外國船舶ト雖モ沿岸貿易ニ從事スルコトヲ得ヘシト規定セラレタルカ如シ

(二) 海難若クハ捕獲ヲ避ケントスルトキ 此場合ハ船舶ノ自衛上已ムヲ得サルニ出ツルモノナルカ故ニ外國ノ法律モ略ホ其規定ヲ同シウセテ殊ニ海難ノ場合ノ如キハ各國ノ間ニ條約ヲ結ビ互ニ相當ノ救助ヲ爲スヘキコトヲ規定セリ

(三) 主務大臣ノ特許ヲ得タルトキ 此場合ハ種種アリ戰時事變ニ際シ沿岸貿易ヲ外國船舶ニ許可スルコトアリ我實例トシテハ明治二十七八年ノ戰役ノ際ニ外國船舶ニ沿岸貿易ヲ許可シタルコトアリ尤モ此許可ハ日本人カ外國船舶ヲ借受ケテ内地ノ沿岸航海ニ使用スル場合ニ限ラレタリ又不開港場ノ寄港ニ付テモ外國船舶ニ特許ヲ與フルコトアリ此特許ハ從來ノ例ニ依レハ娛樂學術研究布教遭難船舶ノ救助等營利ノ目的ニ非サルモノニ限り之ヲ與フルコトト

爲レリ

以上例外ノ場合ヲ除キ外國船舶カ我不開港場ニ寄港シ若クハ沿岸貿易ニ從事スルトキハ船舶法第二十三條ノ規定ニ依リテ船長ヲ二百圓以上二千圓以下ノ罰金ニ處シ且船舶ヲ沒收セララルモノナリ外國ノ法律モ同様ニ沿岸貿易ニ關スル規定ヲ犯シタル船舶ニ對シテハ重キ制裁ヲ加フルヲ普通トス例ヘハ獨逸ノ法律ニ於テハ船長ヲ三千マルク以下ノ罰金ニ處シ情狀ニ因リ船舶及ヒ不正ニ運搬シタル貨物ヲ沒收スト規定シ佛蘭西ノ法律ニ於テハ船舶及ヒ積荷ヲ沒收シテ二千リールノ罰金ニ處スト規定シ北米合衆國ノ法律ニ於テハ沿岸貿易ノ規定ニ違反シテ積荷ヲ運搬シタルトキハ船舶ヲ沒收シ旅客ヲ運搬シタルトキハ一人ニ付キ二百弗ノ罰金ニ處スルコトヲ規定スルカ如キ是ナリ

以上説明シタル如ク國旗ノ掲用竝ニ沿岸貿易及ヒ不開港場寄港ニ關スル權利ハ我船舶法ニ於テ日本船舶ニ留保スル最モ緊要ナル權利ナリトス此外我國ニ於テ航海獎勵法ノ規定ニ依リテ一定ノ資格ヲ有スル日本船舶ニ獎勵金ヲ與フルノ制度ヲ行ヘリ然レトモ此特典ハ格別ナル日本船舶ニ付テノ適用サル

モノナルカ故ニ茲ニ之ヲ論セス其他外國ノ法律ニハ沿海ニ於テ漁業ニ從事スル權利ヲ船舶ノ國籍ニ伴フ權利ノ一ト定ムルモノアルモ我國ニ於テハ此點ニ關シテ明文ヲ設ケス

第五節 船舶ノ積量積度、登記、登錄、國籍證書

日本船舶ハ之ヲ執行ノ用ニ供スルニ先テ法律ニ定ムル手續ヲ履行セサルヘカラス其手續ヲ履行セサル以前ニ在リテハ日本ノ國旗ヲ掲ケ其外日本船舶ニ伴フ特權ヲ行フコトヲ得サルモノトス日本船舶ハ分テテ二種トス即チ一ハ船舶國籍證書ヲ受有スヘキモノ他ハ之ヲ受有スルコトヲ要セサルモノ是ナリ總噸數二十噸若クハ積石數二百石未滿ノ船舶及ヒ端舟其他棧櫃ノミヲ以テ運轉シ又ハ主トシテ棧櫃ノミヲ以テ運轉スル舟ハ船舶國籍證書ヲ受有スルコトヲ要セサルモノニシテ其他ノ船舶ハ之ヲ有スルコトヲ必要トス海商法ニ於テ主トシテ認ムル所ハ船舶國籍證書ヲ受有スル船舶ナルカ故ニ此種類ノ船舶所有者カ履行スヘキ手續ヲ左ニ掲ケント欲ス

第一 測定

日本船舶ノ所有者ハ日本ニ船籍港ヲ定メ其船籍港ヲ管轄スル管海官廳ニ船舶積量ノ測定ヲ申請スルコトヲ要ス船舶ノ測定ハ船舶積量測定規則ニ依ルモノナリ船舶積量ノ測定ニ付テハ概シテ三種ノ主義アリ即チ英國式獨逸式及ヒメニューズ式ニシテ我國ノ測定規則ハ英國式ニ則リタルモノナリ外國ノ法律ニ於テモ之ニ依ルモノ最モ多シ獨逸ノ如キモ現今ハ此式ニ改メタリ我法律ト英國式ニ依ル法律ト異ナル所ハ主トシテ彼ニ於テハ尺ヲ單位トシ我ニ於テハ曲尺ヲ單位トスル點ニ在リ其他細密ニ觀察スルトキハ多少異ナル所ナシトセザルモ大體ニ於テハ同一ナリトス我規則ニ依レハ西洋形船舶ハ百立方尺ヲ一噸トシ噸數ヲ登簿噸數及ヒ總噸數ノ二ニ區別ス總噸數トハ船舶全體ノ容積ニシテ登簿噸數トハ此總噸數ヨリ乘組員室並ニ流船ニ在リテハ機關室、石炭庫等ノ噸數ヲ減シタルモノナリ日本形船舶ニ於テハ十立方尺ヲ以テ一石ト爲シ總噸數又ハ登簿噸數ノ區別ヲ爲ナス國籍證書ヲ受有スル船舶ハ船籍港ヲ管轄スル管海官廳ニ於テ測定ヲ受ケ船舶仲名書ノ原本ノ交付ヲ受ケサルヘカラス船舶

件名書ハ船舶ノ要部ニ付キ記載ヲ爲スモノナリ此件名書ハ原本ハ船舶ノ登記ヲ申請スルニ付キ候タヘカラナル證書トス。又其ノ複製ハ海關署ニ送附スルモノナリ。

第二ノ登記ハ、日本國籍ノ船舶ハ、十立式以テ、其ノ一トシテ、海關署ニ申請スル者ハ、測度ヲ受ケタル後、登記ヲ爲スコトヲ要ス。船舶ノ登記ハ、明治三十二年勅令第二百七十號船舶登記規則ノ定ムル所ニ依ル。即チ船舶港ヲ管轄スル區裁判所又ハ出張所ニ之ヲ爲スヘキモノナリ。始メテ所有權ノ登記ヲ申請スルニハ、船舶カ自己ノ所有ニ屬スルコト、日本船舶ノ所有者タルコトヲ得ル資格ヲ有スルコトヲ證明シ、且管海官廳ノ交付シタル船舶件名書ノ原本ヲ添附セザルヘカラス。登記所ニ於テ登記ヲ終リタルトキハ、登記書ヲ作リ、登記權利者ニ下付スヘシ。船舶ノ登記ニ關スル手續ハ、大體ニ於テ不動産登記法ニ準據スルモノトセリ。船舶登記ハ所有權ニ關スル外、船舶ノ抵當權質借權等ニ關シ之ヲ爲スコトヲ得ヘシ。製造中ノ船舶ニ對シテモ、抵當權ノ登記ヲ爲シ得ルモノナリ。此船舶ノ登記ハ所有權其他船舶ニ對スル權利關係ヲ公示スモノナリ。船舶ノ所有權ヲ移轉シタル場合ニ之カ登記ヲ爲ササル以前ニ於テハ、第三者ニ對シテ之ヲ主張スルコトヲ得サルモノトス（第五四一條）。

第三ノ登記ハ、登録及ノ船舶ハ、其ノ管轄ノ海關署ニ送附スルモノナリ。日本船舶ノ所有者ハ、登記ヲ爲シタル後、船舶港ヲ管轄スル管海官廳ニ登記ヲ爲ササルヘカラス。船舶ノ登録ハ、其實質ニ付テ詳細ナル事項ヲ示スル目的トス。登録スヘキ事項ハ、船舶法ノ施行細則ニ詳ナリ。此登録ハ、登記ノ目的ヲ異ニシテ、登記ハ主トシテ船舶ニ付テシ權利關係ヲ示シ、登録ハ其船舶カ如何ナルモノナルヤヲ示シ、且日本船舶トシテ國籍ニ付テ權利ヲ行使シ得ルモノナルヲ示スル目的トス。

第四ノ國籍證書ハ、船舶ノ管轄ノ海關署ニ送附スルモノナリ。此證書ハ管海官廳ニ於テ船舶ノ登録シタル原簿ニ依リテ之ヲ調製スルモノナリ。此證書ニ依リテ船舶ノ原本船名タルコト並ニ國籍ニ付テ特權ヲ行使スルヲ得ル證明ヲ用ニ供スルモノナリ。此證書ヲ有スルモノハ、船舶ヲ航海シテ用ニ供スルモノトシテ得ル。然レトモ場合ニ依リテハ假證書ヲ以テ之ヲ代用セザルモノトシテ例ヘシ。日本ニ於テ船舶

船舶ヲ取得シタルトキ其取得地ヲ管轄スル管海官廳ノ管轄内ニ船舶ヲ定メ然ル場合又ハ外國ニ於テ船舶ヲ取得シタル場合如ク是ナリ此假證書ハ一定ノ期限ヲ定メ之カ範圍内ニ限リ效力ヲ有シルモノナリ其範圍證書又ハ假證書ハ常ニ船舶内ニ具ヘ置カザルヘシ之ヲ備置スル者ハ船長ノ職務ナリト認メタリ

日本船舶以上述ヘタル四種ノ手續ヲ履行シタル後始メテ之ヲ航行ノ用ニ供シ日本船舶トシテノ權利ヲ行使スルヲ得ルモノトス若シ此等ノ手續ヲ履行セシメテ國旗ヲ掲ケ又ハ之ヲ航行ノ用ニ供シタル時キ船長ハ船舶法第二十五條ノ規定ニ依リテ十圓以上十圓以下ノ罰金ニ處セザル限リ之ニ登記並ニ船舶國籍證書ニ記載スル事項ヲ變更シ生シタルトキ是レ法合ノ規定ニ依リ其變更ニ關スル手續ヲ履行セザルニシテ日本船舶ノ滅失又ハ沈没シタルトキ其存否カ六箇月間不明ナリ若シ日本ノ國籍ヲ喪失シタルトキハ登記並ニ登録ノ抹消ヲ申請シ船舶國籍證書ヲ返還スヘキモノナリ

第四章 船舶所有者

第一節 船舶ノ取得

我海商法ニ於テハ船舶ノ取得ニ關シ特別ノ規定ヲ示サズ船舶ノ動産ナルニシテ前章ニ於テ論ジタルカ如ク疑ヲ容レザル所ナルカ故ニ船舶取得ニ關シ別段ノ規定ナキ以上其取得方法ハ普通動産ノ取得方法ニ依リテナリト謂ハザルヘカラス然レトモ船舶以前ニ述ベタル如ク或點ニ於テ普通ノ動産ト性質ニ異ニスル所アリテ其取得ニ關シ海商法ニ特有ナル方法ノ存セザルニ非ズ船舶取得ノ方法ヲ分類スレバ標準カ如何ニ依リテ種種ニ分別スル可キ得ベシト雖モ予ノ見ル所ヲ以テスレバ大凡之ヲ三種ニ分類スルヲ以テ適當ナリト信ス

即チ第一普通動産ニ對スルト同一ノ取得方法第二海商法ニ特有ナル取得方法第三公法上ノ取得方法はナリ

第一普通動産ニ對スルト同一ノ取得方法ハ民法及海商法ノ規定ニ依リテ之ノ普通動産ニ對スルト同一ノ取得方法ト民法及海商法ノ規定ニ依リテ之ノ

動産ヲ取得スル方法ト同一ノ方法ニ因リテ船舶ヲ取得スル方法ヲ指稱スルモノナリ今之ヲ大別スレバ(一)製造ニ因ル取得方法(二)買買贈與交換相續等ニ因ル取得方法ト爲スコトヲ得ヘレ就中最モ普通ナルモノハ製造及ヒ買買ニ因ル取得アリトス(三)譲渡ニ因ル取得方法ト爲スコトヲ得ヘレ此等ノ取得方法ハ法律上自
己ノ爲メニスル製造ノ場合ニ付テハ深ク之ヲ論ズルノ要ナク其製造ニ着手シタリ其竣工ニ至ルマテハ間船舶ニ關スル所有權ハ當ニ其製造者ニ屬スルハ疑ヲ容レサル所トス之ニ反シテ他人ノ爲メニスル製造ノ場合ハ多少ノ問題ヲ生ス他人ノ爲メニスル船舶ヲ製造スルトハ注文ヲ受ケテ船舶ヲ製造スルコト是ナリ此場合ハ更ニ之ヲ二様ノ場合ニ區別セサルヘカラス即チ一ノ場合ハ注文者カ材料ヲ供給スルトキニシテ他ノ場合ハ製造者カ材料ヲ供給スルトキナリ此第一ノ場合ニ於テハ製造者ハ注文者ノ供給スル材料ニ對シテ仕事ヲ爲スモノニシテ一ノ請負契約ナリト謂ハサルヘカラス隨テ其目的物ノ所有權ニ付テハ注文者ニ屬スルコトハ疑ヲ容レサル所トス之ニ反シテ第二ノ場合ニ於テハ製造者

カ材料ト努力トヲ併セ供給スルモノニシテ製造中ニ在ル船舶ノ所有權ニ關シ往住ニシテ議論ヲ生シタリ若シ夫レ單純ナル法理ヨリ觀察センカ製造者カ材料並ニ努力ヲ併セ供給スル場合ニハ契約ニ定ムル工事ヲ竣リテ之カ引渡ヲ爲スマテハ船舶ノ所有權ハ製造者ニ屬スルモノト論ゼサルヘカラス然レトモ船舶ハ其價格甚タ高價ナルノミナラス製造ニ着手シタル時ヨリ竣工ノ時マテ多數ノ日子ヲ要スルヲ以テ船舶ノ引渡ヲ終ルマテ之カ代價ヲ支拂ハストセハ製造者ハ頗ル困難ヲ感スヘシ故ニ製造工事ノ程度ニ應シテ代價ヲ數回ニ分テ支拂フ爲メニ契約ヲ爲スヲ普通トス例ヘハ第一回ヲ船骨ヲ据付ケタル時第二回ヲ外板ヲ据付ケタル時第三回ヲ進水式ヲ行ヒタル時第四回ヲ引渡ノ時等ニ支拂フ契約ヲ爲スカ如此ノ如ク支拂ヲ數回ニ爲スニ付テハ其既成部分ノ所有權ハ製造者ヨリ注文者ニ移ルヤ否ヤ屢紛議ヲ惹起セリ此ノ如キ場合ニ於テ所有權カ移轉スルヤ否ヤハ造船契約ノ趣旨ニ基キ判別セサルヘカラス尤モ此點ニ關シテハ學說上ニ様ニ解釋スルコトヲ得ヘシ世然即チ明約ナキ限リ所有權ハ移轉セスト爲スモノニシテ一ハ當事者間ニ反對ノ推定ヲ爲スヘキ事情ノ存セ

ナル限ハ既成部分ノ所有權ハ注文者ニ屬スト推定スルキモ是ナリ我商法ニ於テハ此點ニ關シ別ニ明文ヲ設ケス要スルニ此場合ニ所有權ノ移轉スルヤ否ヤハ當事者間ニ於ケル契約ノ如何ニ依リテ之ヲ判斷セザルヘカラサルハ勿論ナリ支拂ヲ數回ニ分テタルコトノ事實アリトスルモ若シ單ニ支拂ヲ爲ス便宜ノ爲メニ外ナラサルトキハ直チニ既成部分ノ所有權カ注文者ニ移轉スト謂フコトヲ得サルヘシ此ノ如キ場合ニ於テハ製造中ノ船舶ヲ抵當權ノ目的ト爲シコトヲ得ルハ我商法ノ認ムル所ナルカ故ニ注文者カ既成部分ノ所有權ヲ取得セスト雖モ之ニ對シテ抵當權ヲ設定シテ其利益ヲ安全ナラシムルコトヲ得ルヤ言フ埃タスルハ然ラズ

製造ト同様最モ普通ナル船舶取得ノ方法ハ賣買ナリ賣買ニ關シテハ普通動産ニ關スルト同様ノ現定ニ從フキモナリ其他贈與交換相續等ニ因リテ船舶ヲ取得スルコトアルモ船舶ニ關シテ特ニ說明ヲ爲スル要ヲ見スルニ此點ニ關シテ

第二 海商法ニ特有ナル取得方法ハ單獨ニ或モ共同ニ或モ賣買ニ關シテ海商法ニ特有ナル船舶ヲ取得方法トシテ委付ト場合ニ於テ我商法ニ依リテ委付

ニ二種アリ即チ第一ノ場合ハ商法第五百四十四條ニ依リテ船舶所有者カ債權者カ債權者ニ其船舶ヲ委付スル場合ニ於テ第二ノ場合ハ第六百七十一條ニ依リテ被保險者カ保險者ニ船舶ヲ委付スル場合ニ於テ此委付ト場合ニ付テハ更ニ當該關係ヲ説明スル章ニ於テ詳述スルキヲ以テ並ニ之ヲ略スルコトハ非シ

第三 公法上ノ取得方法ハ審判官ニ依リテ判決ヲ受ケル場合ニ於テ公法上ノ取得方法トシテ船舶ノ捕獲及ヒ裁判所ノ判決ニ因リテ沒收ノ二トス前者ハ戰時ニ於テ敵國ノ船舶ヲ捕獲シタルトキハ捕獲審檢所ニ其判決ヲ經テ其船舶ノ所有權ヲ取得スルコト是ナリ然ルニ千八百五十六年巴里宣言アリテ以來之ニ加シタル諸國ハ私船ヲ以テ捕獲ヲ爲ストキハ其船舶ニ至リテハ歐羅巴諸國並ニ我國ハ此條約ニ加入シタルカ故ニ現今ハ捕獲ニ因リテ船舶ヲ取得スルコトハ實際上行ハレザルニ至リタリ後者即チ沒收ハ船舶カ法律ニ規定ニ違背スルニ因リテ公權ノ作用ヲ以テ之ヲ沒收シ其結果賣買ニ付スルニ因リテ一箇人カ所有權ヲ取得スル場合ニ於テ之ヲ沒收シ其結果賣買ニ付スルニ因リテ一箇人以上ニ付テ各種方法トシテ因リテ船舶ノ所有權ヲ取得シタル者ハ第三

章に於て述べる手續ヲ履行セザルハカカ即ち製造ニ因リテ船舶ヲ取替シ
 又ハ外國ヨリ船舶ヲ買入レタル等ノ場合ニ於テハ日本船舶トシテ之ヲ航海ノ
 用ニ供スルニ先チ當該官廳ノ測定ヲ受ケ登記並ニ登録ヲ爲シ船舶國籍證書ヲ
 受有スベキモノナリ又既ニ登記及ヒ登録ヲ爲シタル船舶ヲ取得シタル場合ニ
 船舶所有者ニ關スル變更ノ登記登録ヲ爲シ船舶國籍證書ヲ書換テ請求セザ
 ルハカラス尙ホ併セテ述フヘキ船舶ノ所有權ヲ取得スルニハ形式ヲ要スル
 ヤ否ヤノ點是ナリ外國ノ法律ニ於テハ此場合ニ書面ヲ作成ニ必要トスルモ
 多シ即チ英吉利ノ商船條例ニ於テハ賣買證書ヲ必要トシ佛蘭西白耳義等ノ法
 律ニ於テモ書面ヲ以テ契約ヲ爲スルキハ下ノ規定ニ居レリ尤モ佛蘭西等ノ學
 者ノ意見ニ依レテ商法ニ於テ書面ヲ必要ナリトスルハ所有權移轉ノ實質ニ關
 係スル爲メニ非ス單ニ契約ヲ證明セシムル目的ニ外ナラズト論セリ又北米合
 衆國ノ法律ニ於テハ賣買等ニ付テ書面契約ヲ爲スルモ亦規定ナシト雖モ登
 記ヲ爲スニ付テ證據書類トシテ賣買ニ關スル書面ヲ提出スルキハ下ノ規定ニ
 關連ニ於テハ全ク書面ヲ作成ヲ必要トセザル主義ヲ採用セリ我商法ハ此觀

係ト同視スル學說殊ニ獨逸多數ノ學說ニ於テハ法人ノ債權者カ法人ノ破産ニ
 於テ破産債權者トシテ参加スルノ權利ヲ拋棄シタルトキハ其拋棄シタル部分
 即チ債權ノ全部又ハ一部ニ相當スル配當額ヲ社員ノ破産ニ於テ受取ルコトヲ
 得ルト雖モ法人ノ破産ニ於テ破産債權者トシテ其權利ヲ行セザルトキハ法人
 ノ破産財團ニ付キ受取ルコト能ハサリシ不足額ニ相當スル配當額ニ非サレハ
 社員ノ破産ニ於テ之ヲ受クルコトヲ得スト曰ヘリ(ローレル氏)法人ノ債權者
 カ法人ノ財産ニ付キ辨濟ヲ受クルコト能ハサリシ不足額ニ非サレハ社員ノ財
 産ニ付キ辨濟ヲ受クルコトヲ得ザル旨ノ制限ハ單ニ執行上ノ結果ニ關スル制
 限ニ過キサルヲ理由トシテ法人ノ債權者ハ該不足額ヲ超過セザル限ハ社員ノ
 破産財團ニ付キ債權全額ニ相當スル配當額ヲ受クルモノナリト主張シタリ然
 レトモ斯ル見解ハ「ゾネス」(Zones)「エググ」(Eggs)「ボウセルト」(Boucelto)「コウサツ」(Kousatsu)等ノ如キ有
 力ナル學者ノ反對スル所ナリ其理由ハ法人ノ債權者カ其債權ノ全額ニ付キ社
 員ノ破産ニ於テ破産債權者トシテ其權利ヲ行フカ爲メニ法人ノ破産ニ参加ス
 ルノ權利ヲ拋棄スルコトニ別除權ヲ拋棄ト同シテ法理上正當ニシテ又法人ノ

債權者ハ法人ノ破産ニ参加シタル場合ニ於テモ有テ債權ヲ完済スルヲサハ社員ノ破産ニ於テ債權金額ニ相當スル配當額ヲ受タズルモノト爲スルハ社員ノ破産債權者ノ利益保護ニ薄シト謂ハサルヲ得ザルヲ示シテ云フニ在リ故ニ獨逸破産法ニ於テハ社員ノ破産財團ヲ配當スルニ際シ法人ノ債權者ハ法人ノ破産財團ニ付キ受タルモノトヲ得ザル不足額亦未タ確定セザル場合ニ於テハ届出アリタル法人ニ對スル債權金額ニ對シテ配當額ヲ掛託シ該不足額ヲ確定シ待テモノト定メタリ(瑞西破産法第二百十八條第一項ニ於テハ法人ノ債權者ハ法人ノ破産財團ニ付キ辨済ヲ受タルモノト能ハサル不足額非ズレハ之ヲ社員ノ破産ニ於テ破産債權トシテ主張スルモノトヲ得ザル旨ヲ規定シ又身ノレト既見解ニ依レハ佛國ニ於テハ共同債務者ノ破産ニ關スル法則ニ依リ法人ノ債權者ハ其債權金額ニ付キ社員ノ破産ニ於テ破産債權者トシテ其權利ヲ行フコトヲ得ト云ヘル學說多數ヲ占メタルカ如シ(3)法人ノ債權者ハ法人ノ破産及ヒ社員ノ破産ニ於テ受取リタル配當總額ハ債權者全額ヲ超越セタルニキハ共同債務者ノ破産ニ關スル法則ニ從ヒテ該超過額ニ關スル處分ヲ爲スル法人ノ債權者

ノ債務ニ付キ法人ノ債權者ニ對シテ有限責任ヲ負フ社員殊ニ合資會社ノ有限責任社員カ同時又ハ順次ニ破産シタル場合ニ於テハ法人ノ債權者ハ法人及ヒ法人ノ債權者ニ對シテ無限責任ヲ負フ社員殊ニ合資會社ノ無限責任社員ノ破産ニ於テ破産債權者トシテ其權利ヲ行フト同シテ破産債權者トシテ其權利ヲ行スモノトヲ得ヘシ蓋シ斯ル有限責任社員ハ其責任ノ限度内ニ於テハ無限責任社員ト同シテ法人ノ債權者ニ對シテ法人ト連帶シテ其責任ヲ負ルモノナリ(4)ハナリ商法第一〇五條第六三條(獨逸商法ハ前示ノ場合ニ於テ法人ノ債權者ニ斯ル權利ヲ行使ヲ是認スルトキハ其結果法人ノ破産財團ヲ爲スル存スル未済出資ノ請求權カ其效力ヲ奪ハルルニ至ルトノ理由ヲ以テ法人ノ破産手續繼續中斯ル權利ヲ行使ヲ否認シ法人ノ破産管財人カ有限責任社員ノ破産ニ於テ未済出資ノ請求ニ付キ破産債權トシテ之ヲ主張スヘキ旨ヲ明示シタル(獨逸商法第一七一條第二項)法人ノ破産シタル場合ニ於テハ獨逸商法ハ同ノ法理ニ依リ法人ノ破産管財人カ有限責任社員ニ對シテ未済出資ノ請求權ニ付キ主張ヲ爲スモノナリトシ佛國西商法ハ合資會社ノ有限責任社員ハ法人ノ債權者ニ對シテ

按ニ其實ニ任スルモノナルヲ以テ法人ノ破産債權者團體ノ代理人タル破産管財人カ該社員ニ對シ未済出資ノ請求權ニ付テ主張ヲ爲スモノト爲スニ似タリ多數ノ無限責任社員カ同時又ハ順次ニ破産シタル場合又ハ其一人カ破産シタル場合ニ於テハ共同債務者ノ破産ニ關スル前述ノ法理ニ依リ法人ノ債權者ノ權利ノ範圍ヲ定ム多數ノ有限責任社員又ハ其一人カ破産シタル場合ニ於テ亦然リ

(C) 相續人ノ破産ニ單純承認ヲ爲シタル相續人及ヒ相續財產ニ對シ同時又ハ順次ニ破産ノ宣告アリタルトキハ相續債權者及ヒ受遺者ハ其破産宣告ノ當時ニ有スル債權ノ全額ニ付キ各破産財團ニ對シ破産債權者トシテ其權利ヲ行フコトヲ得破産法案第二〇條是レ相續債權者及ヒ受遺者ヲシテ成ルヘク其權利ノ完済ヲ得セシムルノ法意ニ出テタルモノニシテ單純承認ヲ爲シタル相續人ハ破産手續ニ關シ特別人格ヲ有スル相續財產ト共同シテ相續債權者及ヒ受遺者ニ對シ債務ヲ負フモノナリトノ觀念ニ基キタルモノニ非ス蓋シ單純承認ノ相續アリタル場合ニ於テハ相續財產及ヒ相續人カ各相續債權者及ヒ受遺者ニ

對シ其責任ヲ負フ者ナリト謂フコトヲ得サレハナリ獨逸破産法ニ於テハ相續財產ノ破産ニ參加スルコトヲ得タル相續人ノ債權者ノ利益ヲ保護スルカ爲メニ相續財產ノ破産ニ關シ相續債權者ト相續人ノ債權者トノ關係ハ之ヲ別除權ヲ有スル破産債權者ト其他ノ破産債權者トノ關係ト同視シ相續債權者ハ相續人ノ破産ニ於テハ相續財產ノ破産ニ於テ辦済ヲ受ケサル債權額ニ對スル配當ニ非サレハ之ヲ受クルコト能ハサルモノト定メタリ故ニ相續債權者ハ相續ノ破産ニ於テ亦其宣告ノ當時ニ有スル債權全額ニ付キ届出ヲ爲スコトヲ得ルト雖モ相續財產ノ破産ニ於テ破産債權者トシテ其權利ヲ行ヒタル場合ニ於テハ之ニ因リ受クルコト能ハナリシ債權ノ不足額ニ對スル配當ニ非サレハ相續人ノ破産ニ於テ受クルコトヲ得ス破産法案第二〇條第二一條獨逸破産法第二三四條第一項同一ノ法理ハ民法第九百八十九條又第九百九十一條ノ場合ニ於テ相續財產及ヒ前戸主前戸主及ヒ相續人又ハ相續財產前戸主及ヒ相續人ニ對シテ破産ノ宣告アリタル場合ニ於テ亦適用アリ破産法案第二〇條唯此場合ニ於テハ當然受遺者カ破産債權者トシテ其權利ヲ行フコトヲキヌモノ單純承認ヲ爲

シタル相續人ノミカ破産シタル場合ニ於テハ相續債權者及ヒ受遺者カ其破産
 宣告ノ當時ニ有スル債權ノ全額ニ付キ破産債權者トシテ其權利ヲ行フコトヲ
 得ルハ前述シタル所ナリ(破産法案第十九條) 債權者ハ其權利ノ行使ニ
 (三) 物上擔保アル債權 質權抵當權等ノ如キ特定ノ財産上ニ物上擔保アル債
 權ヲ有スル者ハ其擔保ノ目的物カ破産財團ニ屬スル場合ナルト否トニ拘ハラ
 ス債務者ノ破産手續ニ參加スルコトヲ得何トナレハ斯ル債權者ト雖モ債務者
 其モノニ對スル權利ヲ有スルヲ以テ破産債權者ニ外ナラザレハナリ物上擔保
 ノ目的物カ破産財團ニ屬セザル場合ニ於テハ(民法第三四二條第三六九條……
 第三者……)債權者ハ其物上擔保ノ目的物ニ付キ完済ヲ受ケザル限リ破産宣告
 ノ當時ニ有スル債權ノ全額ニ付キ破産債權者トシテ其權利ヲ行フコトヲ得是
 レ債權者ト債務者及ヒ之カ爲メニ自己ノ財産上ニ擔保權ヲ設定シタル第三者
 トノ關係ハ債權者ト多數ノ連帶債務者トノ關係ト其精神ヲ同シクスレハナリ
 之ニ反シテ物上擔保ノ目的物カ破産財團ニ屬スル場合ニ於テハ(民法第三四二
 條第三六九條……)債權者ハ物上擔保ノ目的物ニ對シテ別除權ヲ有ス

(商法第九九七條)又破産財團ニ對シテ破産債權者トシテ其權利ヲ行フコトヲ得而
 シテ債權者カ別除權ヲ拋棄シタルトキハ破産宣告ノ當時ニ有スル債權全額ニ
 付キ破産債權者トシテ其權利ヲ行フコトヲ得殊ニ該金額ニ對スル配當ヲ受タ
 ルコトヲ得ヘシト雖モ債權者カ別除權ヲ拋棄セザルトキハ單ニ別除權ヲ行使
 ニ依リテ受タルコト能ハサル不足額ニ非サレバ別除權債權者トシテ其權利ヲ行
 フコトヲ得ス是レ蓋シ斯ル法則ヲ是認セザレバ獨逸ノ「コトレル」氏ノ主張スル
 カ如ク物上擔保ノ目的物ニ依レル一部辨済カ結局債務ノ一部辨済タルノ效力
 ヲ有セザルニ至ルヲ以テナリ自己ノ財産上ニ物上擔保ヲ設定シタル債務者ハ
 共同債務者ニ非サルヲ以テ共同債務ノ破産ニ關スル法則ノ適用ヲキヤ言フ埃
 タス(「エングル」イ「エングル」氏等「Billigkeit」ヲ以テ其論據ト爲セリ故ニ債務者ノ財
 産ニ付キ物上擔保ヲ有スル債權者ハ破産關係外ニ於テハ其選擇ニ從ヒ物上擔
 保ノ目的物ニ付キ又ハ債務者ノ他ノ財産ニ付キ満足ヲ享クルノ權利ヲ有スル
 ヤ當然ナリトスト雖モ破産關係内ニ於テハ別除權ノ行使ニ依リ受タルコト能
 ハサル不足額ニ非サレバ物上擔保ノ目的物以外ノ破産財團ニ付キ破産債權者

上訴ニ三種アリ控訴上告抗告是ナリ即チ控訴ハ第一審ノ判決ニ對シテ控訴裁
 判所ニ上告ハ控訴審ノ判決ニ對シテ上告裁判所ニ爲スヘキ不服申立ノ方法ニ
 シテ抗告ハ決定又ハ命令ニ對シテ直近ノ上級裁判所ニ爲スヘキ不服申立ノ方
 法ナリ關府判決ニ對スル故障ノ申立再審ノ訴訟權判決ニ對スル不服申立ノ訴
 ノ如キハ皆判決ニ對スル不服申立ノ方法ト謂フコトヲ得ヘキモ上級裁判所ニ
 爲スヘキモノニ非ナルヲ以テ所謂上訴ニ非ス其他原狀回復ノ申立判決ノ補充
 更正ヲ求ムル申立仲裁判斷取消ノ申立ノ如キモ亦上訴ニ非ナルハ勿論ナリ
 凡ソ判決其他或種類ノ裁判ニ對シテ一定ノ期間内ニ上訴ヲ爲スコトヲ許シ上
 級裁判所ヲシテ下級裁判所ノ裁判ノ當否ヲ審査シ若シ之ヲ不當ナリトスル
 キハ之ヲ取消シ又ハ變更セシムルハ私權保護ノ目的ヲ達スル上ニ於テ遺憾ナ
 カラシメシカ爲メニハ勿論法律適用ノ統一ヲ期スル上ニ於テモ亦必要ナリ是
 レ各國ニ於テ此制度ヲ採ル所以ナリ
 上訴ノ手續ハ一旦前審ノ裁判ヲ經タル事件ニ付キ審査ヲ爲スモノナレトモ是
 レ固ヨリ前審手續ノ繼續シタル一部分ニ非ス又上級審ニ於テ當然爲スヘキモ

ノニ非スシテ前審ノ裁判ヲ不當ナリトスル當事者カ上訴ヲ提起スルニ依リテ
 始メテ開始スヘキ新ナル訴訟手續ナリ唯此上訴手續ニ於テハ前審ニ於ケル訴
 訟行為カ其效力ヲ保有スルコトアルニ過キス故チ控訴上告ノ提起其他ノ手續
 ハ第一審ニ於ケル訴ノ提起其他ノ手續ト相類シ法律ハ之ニ特別必要ノ規定ニ
 ミテ設ケテ餘ハ第一審ノ訴訟手續ヲ準用スルコトトセリ以下章ヲ別チテ各上
 訴ニ關スル特別ノ事項ヲ説明スヘシ

第一章 控訴

第一節 控訴ノ要件

控訴ハ第一審ノ終局判決ニ對シ其確定以前ニ於テ法定ノ方式ニ從ヒ控訴裁判
 所ニ之ヲ提起スルコトヲ要ス故ニ控訴ハ終局判決ニ對シテ提起スルモノトシテ
 第一審第一審ノ終局判決ニ對シテ爲スコトヲ要ス(第三九六條) 控訴ニ從
 第一審裁判所ノ爲シタル終局判決ハ其全部判決タルト一分判決タルト問ハ
 ス又通常訴訟手續ニ於テ爲シタルト特別訴訟手續ニ於テ爲シタルト問ハス

以上一別ニ其以前ノ中間判決決定命令等ノ裁判ニ不服ナル者ノ申立ヲ爲スコトヲ要セス當然控訴審ニ於テ之ヲ攻撃レ當否ノ判斷ヲ受クルコトヲ得ヘキナリ但中間判決ニシテ上訴ノ點ニ付キ法律上終局判決ト看做サルモノ即チ妨訴抗辯棄却ノ判決訴ノ原因及ヒ數額ニ付キ争アル場合ニ於テ原因ヲ正當トスル判決證書訴訟ニ於テ權利ノ行使ヲ留保シタル判決ハ獨立ノ上訴ヲ許スノ結果獨立シテ確定シ終局判決ト同時ニ不服ヲ申立ツルコトヲ得ス

不服ノ申立ヲ絶對ニ許ササル裁判ハ民事訴訟法第二十八條末項第三十八條前段第百二條第一項第百二十七條第百七十一條末項第百九十七條第二百四十一條末項前段第二百七十三條末項第三百六十八條末項第三百八十五條末項第五百條末項第五百十一條末項第五百四十八條末項等ニ規定スルモノノ如キ是カリ抗告ヲ許ス裁判ハ後ニ説明スヘシ

右ノ如ク控訴ハ第一審ノ終局判決ニ對シテ爲スコトヲ要スル以上ハ其判決ヲ受クタル當事者及ヒ判決ノ效力ヲ及ボスヘキ一般承繼人ノ間ニ於テノミ之ヲ提起スルコトヲ得ヘク第三者ヨリ又ハ第三者ニ對シテハ之ヲ提起スルコト能

ハナルハ自ラ明カナリ而シテ第一審ニ於ケル共同訴訟人各々控訴權ヲ有スルハ勿論第五十條ニ所謂權利關係カ合一ニシテ確定スル場合ニ於テハ共同訴訟人ノ一人カ控訴ヲ爲シタルトキハ他ノ共同訴訟人ノ爲メニ其效力ヲ生シ以テ判決ノ確定ヲ遮斷シ總テノ共同訴訟人カ控訴ヲ提起シタルト同一ニ歸スヘシ何トナレハ同條第四項ニ依レハ共同訴訟人中ノ或者カ控訴期間ヲ遵守シテ控訴ヲ爲サハ他ノ懈怠者ハ之ニ依リテ代理セラレタルモノト看做サルレハナリ故ニ此場合ニ於テハ裁判所書記ハ他ノ共同訴訟人ヲモ辯論期日ニ呼出スベク而シテ其共同訴訟人ハ控訴人トシテ辯論ニ加ハルコトヲ得ルモノナリ若シ一人カ呼出ニ應シ出頭セタルトキハ又他ノ出頭シタル者ニ依リテ代理セラレタルモノト看做サル之ニ反シテ共同訴訟人ノ一人ノミニ對シテ控訴ヲ提起シタルトキハ他ノ共同訴訟人ニ對シテ控訴ノ效力ヲ及ボスコトナシ何トナレハ此ノ如ク控訴ノ相手方ト爲ルニ付テハ法律ノ規定ニ依リテ他ノ者ニ代理セラレルモノト看做サザレハナリ主參加人ハ即チ原告ナレハ第一審判決ニ對シテ控訴ヲ爲シ得ルハ勿論ニシテ從參加人モ亦第五十四條ノ規定ニ依リ己ノ補助スル原

告若クハ被告ノ爲メニ控訴又爲スルコトヲ得向キ第五十六條末項ニ依リテ從參
 加ト控訴トヲ同時ニ併合シテ爲スコトヲ得ベシ然レトモ從參加入ハ本來當事
 者ニ非スシテ附隨ノ當事者トモ稱スヘキモノナルヲ以テ第五十四條第二項ノ
 規定ヲ生シ隨テ主タル當事者カ控訴ヲ拋棄シ又ハ從參加入ノ控訴ニ異議ヲ述
 ヘタルトキハ從參加入ノ控訴ハ當然棄却セラレ而シテ此從參加入ハ訴訟費用
 ノ負擔セサルヘカラスコトモ又前ノ出願ニ依リテ控訴ヲ爲スコト
 從參加入ハ此ノ如ク法律ノ規定ニ依リ主タル當事者ニ代リテ控訴ヲ爲スコト
 ヲ許サレタレトモ其反對ニ從參加入ヲ以テ控訴ノ相手方トスルコトヲ得ス即
 チ第一審ノ終局判決ヲ受ケタル者ハ其相手方ヲ補助シタル從參加入ヲ被控訴
 人トシテ控訴ヲ提起スルコトヲ得タルナリ控訴ノ相手方ハ必ス第一審ニ於テ
 判決ヲ受ケタル主タル當事者ノ一方ナラザルヘカラスコトモ又前ノ出願ニ
 第二 法定ノ方式ニ從ヒ提起スルコトヲ要ス被參加入、被參加入、其性質ニ依
 控訴提起ノ方式ハ第一審ニ於ケル訴ノ提起ト同シテ書面即チ控訴狀ヲ控訴裁
 判所ニ差出シテ爲スニ在リ即チ此控訴狀ハ其性質訴狀ト同シテ隨テ之ニ記載

ト一致セシメタル所以ハ此證明ハ上ニ述ベタルカ如ク專ラ訴訟記録ニ基キテ
 之ヲ爲スニトヲ得ヘク又隨テ其記録ノ存在スル裁判所ノ書記ニ限リ之ヲ付與
 スルコトヲ得ベシト云フニ基ク故ニ第四百九十九條第二項ニ所謂訴訟カ正級
 審ニ繫屬スルトハ權利拘束ノ義ニ非スシテ記録カ上級裁判所ニ現在スルノ義
 ナリ故ニ上級裁判所書記ノ管轄ハ下級裁判所カ其求ニ應シテ記録ヲ送付シタ
 ルトキニ始マリ(第四三一條第四五四條第八號)且判決ノ言渡又ハ上訴ヲ取下等
 ニ依リテ終局スルニ非スシテ記録カ上級審ニ存在スル間ハ其裁判所書記ノ管
 轄ニ屬スルモノト開フヘシ而シテ上級裁判所ノ書記カ確定證明ヲ付與スル範
 圍ハ判決ノ確定ト爲リタル部分ノミニ限ララルベキ勿論ナリト雖モ管ニ其裁判
 所ニ於ケル判決ノ證明ニ關スルニ止マラスシテ尙モ確定シタルニ於テハ其前
 審ノ裁判ニモ及フヘキモノトス次ニ再審ノ手續ハ確定證明書ヲ付與ノ管轄ニ
 關シテハ上訴ト同一ニ看做スルコト亦學說判例ノ賜カレ所ナリ又再審ノ
 第三 確定證明書ヲ付與ニ關スル原則ニ就キハ學說判例ニ異ニシテ再審ノ
 (甲) 不變期間内ニ故障又ハ上訴ノ提起有失場合再審ノ審決ハ再審合ニ就キ其裁

(一) 記録係依リテ認得ヘキ場合訴訟又ハ上訴カ許サル場合ニ於テ其提起ノ有無カ記録係依リテ認得ヘキ場合ニ於テハ専ラ判決ノ送達ニ關スル證明ヲ付キ調査スルコトヲ要シ其送達カ適式ナラズハ確定ノ證明ヲ與フヘク若シ其送達カ適式ナラザル場合ニ於テ再故障又ハ上訴ノ期間ヲ進行ナキヲ以テ證明ヲ付與スルコトヲ得ルハハ上訴ノ期間ヲ進行ナキヲ以テ其其(二) 記録ニ依リテ認得ザル場合ニ故障ハ之ヲ受クヘキ裁判ヲ爲シタル裁判所ニ其中立ヲ爲スモノナルヲ以テ第二五六條參照其裁判所書記ハ記録ニ基テ不變期間内ニ故障ノ申立アリタルヤ否キヲ調査スルコトヲ得テ隨テ確定ノ證明書ヲ求ムル當事者ヲシテ特ニ不變期間内ニ故障ノ申立アリタル旨ノ證明ヲ得キントルコトヲ以テ之ニ判決確定ノ證明書ヲ付與スルノ條件トシテ之ノ必要ナルヲ以テ(第四〇一條第四三八條參照)下級審ノ書記ハ其裁判所ノ判決ニ對シテ上訴ノ提起アリタルヤ否キヲ知ルコトヲ能ハス故ニ判決ノ確定ニ付キ上訴ノ提起アリキコトヲ必要トスル場合ニ於テ該當事者ニ基テ上訴ノ管轄所ノ裁判所ノ

書記ニ對シ不變期間内ニ上訴ヲ提起ナカリシ旨ノ證明ヲ求ムルコトヲ要シ第四九九條第三項此證明アリタルトキハ下級審ノ裁判所書記ハ確定ノ證明ヲ與フルコトヲ要ス然レトモ右述ヘタル上級裁判所書記ハ證明ハ判決確定ノ證明ヲ與フルノ絕對ノ要件ニ非ス蓋シ法文ハ此上級裁判所書記ノ證明書ノ存在ヲ以テ確定證明ヲ與フルニ足ルモト爲スカ故ニ下級審ノ書記カ上訴ヲ提起ノ有無ニ付キ疑ヲ存スルトキニ限り之ヲ必要トスルモノニシタル場合ニ依リテハ上訴期間ノ經過シタルニ上級裁判所書記ヨリ記録ヲ送付ノ求ナキ事實等ニ依リ第四三一條及ヒ第四五四條第八號參照判決確定ノ證明ヲ與フルニ必要ナル確信ヲ抱クコトヲ妨ケス右述ヘタル如ク上級裁判所書記ハ中間ノ證明書ヲ下級裁判所ノ書記カ確定ノ證明ヲ爲ス材料タルヲ以テ上級審ノ書記カ第四百九十九條第二項ノ規定ニ基キ確定ノ證明ヲ付與スル場合ニ於テハ之ヲ必要トセザルコトヲ言フ塊タス而シテ此中間證明書ヲ求ムル者ハ上訴期間ノ起算點ヲ證明シテ其申立ヲ爲スニテ其中間證明書ニ唯不變期間内ニ上訴ヲ提起ナキ旨ヲ記載スルヲ以テ足ル組合ニ依リテ(第二七四條參照)審判官ハ中間證明書ヲ以テ

(乙) 原狀回復ノ申立スル場合ニ於テモ第一七四條參照確定ノ證明書又ハ中間ノ證明書ヲ付與スルノ妨ト爲ルコトハ裁判所書記モ亦其證明ヲ與フルニ當テ原狀回復ノ申立アリタルコトヲ之ニ附記スルノ義務ナシ何トナレハ原狀回復ノ申立ハ判決ノ確定ヲ停止スルコトナケレハナリ

(丙) 判決ニ對シテ上訴ノ提起又ハ故障ノ申立アリタル場合ニ於テ裁判所書記ハ其上訴又ハ故障カ許サルヘキモノナリヤ又ハ法律上ノ方式ニ從ヒ又ハ法律上ノ期間内ニ於テ提起セラレタリヤ否ヤヲ獨立シテ審査シ以テ判決確定ノ證明ヲ與フルコトヲ得ヘキヤ否ヤニ關シテハ學說一ナラス

(一) 或ハ上訴又ハ故障カ許サルヘキモノナリヤ否ヤ又法律上ノ方式ニ從ヒ法定ノ期間内ニ起サレタルヤ否ヤヲ決スルハ受訴裁判所ノ任ニ屬シ裁判所書記ノ任ニ屬セザルヲ以テ上訴又ハ故障ノアリタル場合ニ於テハ一般ニ確定ノ證明ヲ與フルコトヲ得スト主張スル者アリ第二五七條第二五九條第四〇二條第四一九條第四三九條

(二) 或ハ裁判所書記ハ上訴カ許サルヘキモノナルヤ否ヤ並ニ適法ノ期間内ニ

提起セラレタルヤ否ヤヲ調査スルニトテ要シ此要件ヲ具ヘタル場合ニ於テハ確定ノ證明ヲ與フルコトヲ得ヘキモ方式ノ適否ハ之ヲ調査スルノ權オシト主張スル者アリ其理由ハ獨逸民事訴訟法案ニ依リハ許スルカヲテ上訴又ハ期間外ノ上訴ノ提起アルモ確定ノ證明ヲ與フルコトヲ妨ケズトアルト並ニ民事訴訟法ノ法文ニ第四百九十九條第二項ニ於テ「不變期間内云云」アルニ基テモナリ

(三) 或ハ裁判所ノ書記カ上訴又ハ故障ノ提起アリタルコトヲ明カニ知リタル場合ニ於テモ其上訴カ許スヘカラサルモノナルコト又ハ法定ノ期間方式ヲ違守セザルコトヲ明確ニ知り得ヘキ場合ニ於テハ證明ヲ與フルコトヲ妨ケス然レトモ方式ノ適否ハ多クノ場合ニ於テ之ヲ決シ難カルヘク且總テ疑ハシキ場合ニ於テハ證明ヲ拒絕スルコトヲ得ヘシト曰フ者アリ予ハ此說ヲ以テ常ヲ得タルモノト信ス

(丁) 確定證明ヲ與フルニ際シテハ附帶上訴ヲ爲シ得ヘキ者否ヤヲ調査スルコトヲ要シ隨テ當事者ノ一方ヨリ上訴ノ提起アリタル場合ニ於テハ證明ヲ與フ

ルコトヲ得ス又當事者カ上訴ノ申立ヲ擴張スルコトヲ得ルヤ否ヤニ注意スル
 コトヲ要シ當事者カ請求ノ一部又ハ數箇ノ請求中ノ一ニ對シテ上訴シタル場
 合ニ於テハ他ノ部分ニ付テモ確定ノ證明ヲ與フルコトヲ得ヘカラス(第四九八
 條)
 第四 不服ノ申立
 裁判所書記カ判決確定ノ證明ヲ付與スルコトヲ拒絕シタルトキハ之ニ對シテ受
 訴裁判所ニ其處分ヲ變更ノ裁判ヲ求ムルコトヲ得ヘク(第四六五條參照)而シテ
 此裁判ハ本來抗告ヲ許スヘキ裁判ナルヲ以テ之ニ對シテハ新ナル獨立ノ抗告
 理由ナキ場合ニ於テモ抗告ヲ爲スコトヲ得ヘク(第四五六條第二項參照)而シテ
 其抗告ハ即時抗告ニ非ス蓋シ確定ノ證明ハ強制執行編中ニ規定セラルルモ本
 來強制執行ニ屬スルモノニ非サレバナリ(第五五八條參照)上級裁判所書記ヲ付
 與スル中間證明書モ亦之ト同シク此證書ニ確定ノ證明ヲ與フルノ用ヲ爲スト
 雖モ之カ付與ハ強制執行ノ準備行為ニ過キサルヲ以テ之ニ對スル不服ノ申立
 云第五百五十八條ニ依ルニ能ハス

第四段 假執行ノ宣言

第一 一般事項
 強制執行ハ權利ヲ強制的ニ實行スル爲メノ手段ヲ以テ其行為ヲ爲スニハ豫メ當
 事者間ノ權利關係ヲ確定セラレ之ヲ確定スル判決ヲ通常ノ手段ニ依リテハ改
 難セラルヘカラスアルニ至リタルトキニ於テ其執行ヲ許スヲ以テ條理ニ合フ所
 モノト謂フヘシ故ニ懈怠ノ普通法ニ於テハ此原則ニ從ヒ強制執行ニハ判決
 終局ニ確定シタルコトヲ必要トセザル之ニ反シテ佛蘭西ノ法律ニ於テハ判
 決ハ總テ直チニ之ヲ執行スルコトヲ得ルモノト定メ唯上訴ノ提起アリタル場
 合ニ於テ其執行ヲ中止スルヲ原則トシ例外ノ場合ニ於テハ特ニ假執行ノ宣言
 ヲ付レテ此場合ニ限リ上訴ノ提起アリテモ判決ヲ執行ヲ中止セザルモノトセリ
 然レトモ既ニ審級ノ制度ヲ採用セテ當事者間ニ上訴手段ヲ依リテ立トリ許シタ
 ル以上ハ佛蘭西法ニ於ケルカ如ク判決ヲ總テ上訴ノ提起アルモノトシテ執行
 シ得ヘカラス爲メ右ノ原則ニ矛盾スル西ノ法則ハ大ニ得ヌ是ヲ以テ日獨ノ

民事訴訟法ハ原則トシテ判決ニ形式的ニ確定スルコトヲ以テ強制執行ノ要件ト爲シ唯例外ノ場合ニ於テ其假執行ヲ許スルモトモト定ム然レトモ如何ナル範圍ニ於テ未確定ノ判決即チ上訴者ニテ故障ヲ以テ不服ヲ申立タルモノトテ得テ判決ノ假執行ヲ許スヘキヤハ問題ニ便宜問題ニ屬シ即チ債權者ノ爲メニ迅速ニシテ且有效ナル執行ヲ得セシムルヲ主眼トスルカ又債權者ノ爲メニ可成的十分ノ審査ヲ加フルコトヲ主眼トスルヤニ因リテ定ムル問題ナリ是レ由リテ觀ルニ佛蘭西民事訴訟法ハ債權者ノ利益ニ重キヲ置キタリモノト謂フヘキカ如シ但當事者ノ孰レノ一方ノ利益ヲ重スヘキヤハ法律ヲ以テ一般的準則ヲ設クルモノトモ各場合ニ於ケル狀況ニ從ヒ判事ヲシテ之ヲ考覈セシムルヲ以テ宜キヲ得タルモノトシキカ如シト雖モ法律ハ裁判ノ安固ヲ圖ルカ爲メニ一定ノ準則ヲ規定スルコトトセリ詳言スレハ法律ハ債權者ノ利益ノ爲メ第五百一條乃至第五百三條ニ於テ假執行ノ宣言ヲ許シタルモノ又同時ニ債務者ノ利益ノ爲メニ第五百四條ニ於テ全然假執行ヲ許ササル場合ヲ定メ尙ホ第五

百五條ニ於テ債務者ヲ保護スルノ規定ヲ設ケ同條第二項ノ場合即チ債務者ニ保證ヲ立テシメ又ハ供託ヲ爲シシメテ執行ヲ免ルルコトヲ許ス場合ニ於テハ債務者カ保證ヲ立テ又ハ供託ヲ爲ス以前ニ於テモ強制執行ニ制限ヲ加ヘ執事吏ノ差押ヘタル金錢第五七四條參照又ハ執事吏カ領收シタル賣得金第五七九條參照ヘ之ヲ債權者ニ引渡スヘカラスシテ單ニ差押ノ效力ヲ生スルニ過キタルモノトシ又金錢債權ヲ差押ヘタル場合ニ於テハ單ニ取立ノ命令ノ爲メコトヲ得ヘタ此命令ハ第三債務者ヲシテ債務額ヲ供託セシムル效力ノミヲ有ス第五百九四條第六〇七條參照ヘタルモノトモ同條第六〇七條參照示

第二項假執行宣言ノ意義ハ對被告又ハ原告對被告又ハ原告對原告ノ宣言ナリ假執行ノ宣言ハ右ニ述ベタル如ク未タ確定セザル判決ニ關スルモノトス蓋シ既ニ確定シタル判決ハ法律ニ依リ當然執行力ヲ享有スルヲ以テ特ニ此ノ如キ宣言ヲ必要トセザレバナリ但此宣言ヲ受テヘキ判決ハ執行シ得ヘキ内容ヲ有スルモノタルコトヲ要スルヤ宣言ヲ換タス次ニ假執行ノ宣言ハ通常ノ場合ニ

於テハ執行セラルルニテ判決ヲ言渡ス裁判所ニ於テ宣言セラルルハ例外トシテ、
 上訴ヲ管轄スル裁判所ニ於テ宣言セラルルハ第五〇九條第五二一條然レトモ此
 宣言ハ執行ノ命令ヲ包含スルコトナシ唯強制執行ヲ許スコトヲ宣言スルニ並
 ンテ以テ假執行ノ宣言アル判決ニ基キ執行ヲ爲ス場合ニ於テモ執行文ヲ傳
 與テ受クルコトヲ必要トス夫レ假執行ノ宣言ハ判決ニミテ其適用ヲ見ルモノ
 トス何トナレハ決定命令ハ抗告又ハ即時抗告ヲ以テ不服ヲ申立テ得ヘキトキ
 ト雖モ常ニ法律上執行力ヲ存スレハナリ(第四六〇條)法律自體ニ於テ明示
 又ハ默示ニ判決ヲ其未ダ確定セザルニ先テ言渡ノ即時ニ執行ヲ得ヘキモノト
 定メタル場合ニ於テハ此宣言ノ必要ヲ見ザルコト勿論ナリ而シテ法律カ明示
 即時ノ執行ヲ許ス場合ハ例ヘバ故障又ハ上訴ノ結果本案又ハ假執行ノ宣
 言ニ關スル裁判ヲ廢棄破毀又ハ變更スル判決ノ如キヲ謂ヒ(第五一〇條)默示
 即時ノ執行ヲ許ス場合トハ假執行ニ關スル補充ノ判決第五〇八條並ニ假差押
 假處分ヲ命スル判決第七四二條第一項第七五六條第七四九條第七四四條第三
 項ノ如キ是ナリ蓋シテ假執行ノ要件ニ關シテ同法第六編ノ各條ニ於テ詳述ス

民事訴訟法第四百九十七條ニ依レテ假執行ノ宣言アリタル判決ハ強制執行ニ
 關シテハ確定判決ト同シタリ其宣言ニ基キ執行ハ故障ノ申立又ハ上訴ノ提
 起ニ因リ當然制限ヲ受ケルコトナク(第五一〇條)第五〇九條第五二一條然レトモ此
 キ判決其モノ又ハ其執行力カ廢棄變更セララルルニ至ルマテハ強制執行ニ關シ
 テハ全ク確定判決ト同クシテ管ニ一時ハ保存處分ノミナラス總テノ執行行爲
 ヲ爲シ得ヘキモノトス然レトモ例外トシテ債務者カ權利關係ノ成立ヲ認諾ス
 ヘキコト又ハ其他ノ意思ノ陳述ヲ爲スヘキコトノ判決ヲ受ケタルトキハ其判
 決ノ確定ヲ以テ認諾又ハ意思ノ陳述ヲ爲シタルモノトシテ多數ハ學者ノ認ムル所ナ
 付テハ假執行ノ宣言ハ其效用ヲ生スルコトナシトハ多數ハ學者ノ認ムル所ナ
 リ(第七三六條)蓋シテ假執行ノ要件ニ關シテ第五〇九條第五二一條然レトモ此
 第三ノ假執行ヲ宣言スヘキ場合ハ第三ノ假執行ノ要件ニ關シテ第五〇九條第五二一條然レトモ此
 (法律ニ依レバ假執行ノ宣言ハ職權ニ依リ又ハ當事者ノ申立ニ因リテ之ヲ爲ス
 (第五〇一條)乃至第五〇三條及ヒ第五〇九條第五四八條第二項參照)
 (甲)職權ヲ以テ假執行ヲ宣言スル場合第五〇一條第五四八條第二項

民事訴訟法ハ不干涉ノ主義ヲ探レリト雖モ例外トシテ特別ノ必要ニ基キ職權ヲ以テ假執行ノ宣言ヲ爲ス場合ナキニ非ス(第四八條第二項參照)

(一) 認諾ニ基キ敗訴ヲ言渡ス判決ニ人事訴訟ニ於テハ認諾ノ效力ヲ認メズト雖モ人事訴訟法第一〇條第二六條第三九條第五九條其他ノ訴訟ニ於テハ其事伴カ財産上ノ請求ニ關スルト否トヲ問ハス原告ノ申立ニ因リ被告ノ認諾ニ基キ之ニ對シテ敗訴ヲ言渡スコトアリ第二九條此場合ニ於テハ被告ノ義務ノ存在ハ確實ナルヲ以テ其判決ノ確定ヲ待タズ職權ヲ以テ假執行ノ宣言ヲ爲スヘキモノト定ム(第五〇條第一號)

(二) 證書訴訟又ハ爲替訴訟ニ於テ言渡ス判決ニ此種類ノ訴訟ハ權利ノ實行ヲ迅速ニスルノ必要アリト認メ法律カ簡易ノ訴訟手續ヲ設ケタルニ相應シテ假執行ノ宣言ヲ許ス(第四八四條第四九四條第五〇一條第二號) 又假執行ノ要件(三) 同一ノ審級ニ於テ同一ノ原告若クハ同一ノ被告ニ對シ本案ニ付キ言渡シタル第二又ハ其後ノ關席判決(第五〇一條第三號)即チ原告若クハ被告カ一度關席判決ヲ受ケ之ニ對シテ故障ノ申立ヲ爲シ其故障ノ申立ニ付テハ辯論期日

總理大臣ハ恩給局ニ下シテ審査キシメタル上ニテ決定ス扶助料ニ關スル訴訟

ハ第一審ハ恩給局ニ屬シ第二審ハ行政裁判所ニ屬スルモノナリ(百六)

(ホ) 扶助料ヲ受タル權利ノ消滅 遺族ニ對シテ扶助料ノ權利ハ遺族ノ一人ニ對シテ一

ニ寡婦死亡シ結婚又ハ戶籍ヲ去ルアルトキ消滅ス(百六) 遺族ニ對シテ扶助料ノ權利ハ遺族ノ一人ニ對シテ一

ニ孤兒カ死亡結婚又ハ他家ノ養子女ト爲リ或ハ年齢二十歳ニ達シタルト

キ時消滅ス(百六) 遺族ニ對シテ扶助料ノ權利ハ遺族ノ一人ニ對シテ一

ニ其父母祖父母死亡シ又ハ戶籍ヲ去リタルトキ消滅ス(百六) 遺族ニ對シテ扶助料ノ權利ハ遺族ノ一人ニ對シテ一

ニ日本國民ノ分限ヲ失ヒ又ハ重罪ニ處セラレタルトキ扶助料ヲ廢シ餘

額ノ遺族ニ轉給セラル(百六) 遺族ニ對シテ扶助料ノ權利ハ遺族ノ一人ニ對シテ一

ニ遺族ニ對シテ扶助料ノ權利ハ遺族ノ一人ニ對シテ一

ニ遺族ニ對シテ扶助料ノ權利ハ遺族ノ一人ニ對シテ一

ニ遺族ニ對シテ扶助料ノ權利ハ遺族ノ一人ニ對シテ一

(ト) 遺族扶助料納金 文官列任以上ノ者ハ政府ヨリ俸給ヲ受テテ官處及ヒ

商業ヲ營ムコトヲ得ヘキ官吏ヲ除キ扶助料ノ基金ニ充ツルガ爲メ俸給百分ノ一ヲ納メタルヘカラサルナリ

(六) 死亡賜金一時扶助金 文官在官中死亡スルトキハ其遺族ニ於テ扶助料ヲ受クルノ權利アルト否トニ關セヌ一時ニ數箇月分ノ俸給ヲ支給シ遺族ヲシテ忽チ活路ニ迷フノ難ヲ免レシム之ヲ死亡賜金ト謂フ其法理上ノ性質ハ全ク俸給ト同一ニシテ遺族ノ之ヲ受クルノ權ハ本人死亡ノ事實ニ依リ確定シ遺族ノ請求ニ依リ確定スルニ非サルナリ現行法即チ高等官官等俸給令第十三條ニ依レハ其在職中ナルト休職中ナルトニ拘ハラズ在職年俸三分ノ一ヲ其遺族ニ給ス終身官ハ其在職中死亡シタル者ニ限ル列任官俸給令第五條ニハ官ニ在リテ死亡シタル者ニハ月俸三箇月分ヲ其遺族ニ給ス休職者ニ於テモ亦同シトアリ在官十五年ニ滿タスニテ死亡シタル者其原因公務ノ結果ニ非ナルトキハ遺族ニ於テ扶助料ヲ受クル權利ナシト雖モ尙ホ官吏遺族扶助法第十七條ニ依リ一時扶助金ヲ受テ是レ死亡賜金ノ外ニシテ其金額ハ在職最終ノ俸給年額百分ノ一ニ在官年數ヲ乘シタルモノナリ

(七) 市町村税ノ特典 普通西國ニ於テハ官吏ハ市町村税課課ノ上ニ於テ農分ノ特典ヲ受テ即チ收入ヲ標準トシタル課税ノ常人ニ賦課スルモノノ半額以下ト爲スヘキモノニシテ且職務上ノ收入額ノ二割ヲ超過スヘカラサルモノトス然レトモ我國ニ於テハ此ノ如キノ特典ナシ

第四節 官吏ノ義務

第一款 服從ノ義務

服從ノ義務ハ官吏ノ義務中最モ重要ナルモノニシテ下級官吏ハ一般ニ上官ノ命令ニ對シ服從ノ義務ヲ負フモノナリ職務規律第二條ニモ官吏ハ其職務ニ付本屬長官ノ命令ヲ遵守スヘシト規定セラレ又行政統一上上級官吏ハ下級官吏ニ對シ監督權ヲ有スルヲ以テ上級官吏ノ命令ヲ下級官吏ニ於テ遵守スヘキコトハ必要ナルコトナリ此點ニ付テハ異論ヲ採ム者ナシト雖モ下級官吏ハ如何ナル場合ト雖モ服從ノ義務アリヤ否ヤハ一ノ疑問ニ屬セテ專制時代ニ於テハ上官ノ命令ニ服從スルコトト法令ヲ遵守スルコトトノ間ニ衝突ヲ生ズル等ノ

コトナカリシモ行政法規發達シタル立憲時代ニ至リテハ上官ノ命令モ法令ニ
 抵觸スルコトアルハ事實上免ルヘカラサルナリ此ノ如キ場合ニ處スル爲メ索
 逐ニ於テハ法律ヲ以テ下級官吏ハ上官ノ命令ニ對シ絕對ニ服從義務ヲ有シ唯
 上官ノ命令ヲ憲法違反アリト信スル場合ニ於テハ之ヲ上官ニ申述スルノ權ヲ
 有スト規定セリ又ウエルデンメルヒノ法律ニハ下級官吏ハ唯上官ノ命令ヲ其
 權限ヲ超ヘス且法定ノ形式ヲ具フル場合ニ限り之ニ服從スルノ義務ヲ有スル
 モントセリ斯ル特別ノ規定明文ニ存スルトキハ疑ヲ容ルルノ餘地ナシト雖モ
 此ノ如キ規定ナキ場合ニ於テハ如何ニ服從義務ノ範圍ヲ解釋スヘキカ此點ニ
 關シ學者ノ說區區ニ歧ルルカ故ニ今其主要ナル說ヲ舉クレハ
 第一說ハ下級官吏ハ上官ノ命令ニ對シ絕對的ニ服從ノ義務アリト唱フルモノ
 ナリ此說ヲ主張スル者ハ曰ク下級官吏ハ其上级官吏ノ命令ニ對シテハ如何ナ
 ル命令ト雖モ之ヲ拒絕スルノ權ナキハ監督權ノ性質上然ラサルヘカラサル所
 ナリ或ハ其命令ノ適法ナラサル場合ニ其服從ノ義務ニ付キ疑ヲ挾ム者アリト
 雖モ官吏上下ノ關係ニ於テ下級官吏ヲ解釋ハ常に上级官吏ヲ解釋ニ讓ラサル

ヘカラサルニ由リ縱令下級官吏ニ於テ上级官吏ノ命令ヲ違法ト考フルモ上级
 官吏ニ對シテ其違法ナルコトヲ主張スルコトヲ得ス若シ上级官吏ノ命令ヲ違
 法ト認ムルトキニ下級官吏ニ於テ之ヲ拒絕シ得ルモノナリトスルトキハ權力
 ノ中心漸次最下級ノ官吏ニ移リ監督制度ノ組織ヲ紊リ延テ行政ノ統一ヲ破ル
 ノ恐アリト此說一應理アル如キモ其缺點ハ監督權ノ作用ニ重キヲ置キ官吏ハ
 凡テ法令ニ遵據シテ其職務ヲ執行スルモノナルコトヲ忘レタルニ在リ上级官
 吏ノ命令ノ重スヘキコト此論者ノ言フ如シト雖モ違法ノ命令ハ何處マテモ違
 法ニシテ縱令上官ノ口ヨリ發ストモ決シテ適法ノモノナラサルナリ官吏ハ一
 方ニ於テ上官ノ命令ニ服從スルハキ義務アルモ他方ニ於テ違法ノ事務ヲ執行ス
 ル權利ナキニ由リ上官ノ命令モ違法ノモノハ之ヲ執行スルコトヲ得サルモノ
 ナリ又上官モ違法ノ命令ヲ發シテ下級官吏ニ其執行ヲ強制スルノ權利ナキモ
 ノナリ第一說ノ論者ハ曰ク上官ノ解釋ニ反シテ下級官吏ハ其命令ヲ違法ト主
 張スルコトヲ得スト固ヨリ下級官吏ハ上官ノ上ニ立テテ解釋權ヲ有セス然レ
 トモ適法ナリヤ否ヤノ結局ノ解釋ハ國ノ元首或ハ最高ノ行政長官又ハ行政裁

判所ニ於テ決定セラレルモノニシテ上官ノ命令モ常ニ絕對的ニ適法ノモノト認メラルヘキモノニ非ス若シ下級官吏カ上官ノ命令ヲ違法ト認メテ之ヲ拒ミ而シテ其實適法ノモノナリシトキハ唯下級官吏ヲ懲戒ノ制裁ニ付スヘキノミ又第一説ヲ是認センカ上級官吏ノ命令ハ憲法其他ノ法令ノ禁止ノ規定ニ抵触シ之ヲ實行スルナラハ法ノ制裁ヲ免レザルトキハ如何ニスヘキカ若シ下級官吏ニシテ其命令ヲ執行センカ法ノ制裁ヲ受ケ之ヲ拒絕センカ懲戒處分ヲ受ク是レ下級官吏ヲ一ノ苦境ニ陷ルルモノナリ是ニ於テ「ボルンハック」氏ハ上級官吏ノ命令ニシテ自己ノ責任ニ歸スル事項ニ關スルトキハ下級官吏ハ之ヲ拒ムノ義務アリト曰ヘリ而シテ「ボルンハック」氏ハ上官ノ命令ヲ審査スル義務アル場合ト雖モ之ヲ審査スルノ權利アル場合トニ區別シ例ヘハ警察官カ日没後ニ人ノ家屋ヲ搜索シ又ハ訴訟法ニ依ラスシテ人ヲ捕縛スルノ命令ヲ受ケタル場合或ハ現金前渡ノ官吏カ會計法違反ノ支拂ヲ爲スヘキ命令ヲ受ケタル場合ノ如キ總テ上級官吏ノ命令法令ノ禁止ニ觸レ若シ之ヲ執行スルトキハ執行シタル下級官吏ニ於テ其實ニ任セザルヘカヲサレトモ下級官吏ハ上級官吏ノ命令ヲ

審査スルノ義務アリ之ニ反シ此ノ如キ法令禁止ノ場合ノ外ハ下級官吏ニ於テ上官ノ命令ヲ審査スルノ權利ヲ有スルモ審査スルノ義務ナシ而シテ此後ノ場合ハ其審査ノ結果違法ナリト判斷スルモ服従ヲ拒ムハ下級官吏ノ義務ニ非テルニ由リ違法ナリト知リテ之ヲ執行スルモ責任バ下級官吏ニ歸セスシテ上級官吏ニ歸スルナリ若シ此時下級官吏其命令ヲ違法ナリト考ヘテ服従ヲ拒メハ懲戒ノ危険ヲ蹈ムモノト覺悟スヘキモノナリトセリ今氏ノ説ヲ便宜ノ爲メ圖解セハ左ノ如シ

法令ニ禁止シタル事項ニ關スルトキ 審査義務アリ責任下級官吏ニ屬ス

上官ノ命令 然ラサル場合―審査ノ權利アリ―責任上級官吏ニ屬ス

等シク違法ノ命令ニシテ其事項ノ法令上制裁アルト否トニ由リテ之ヲ區別シ前者ノ場合ニハ其執行ヲ拒ムノ義務アリトシ後者ノ場合ニハ違法ナリト知リテ之ヲ執行スルモ其責ニ任セストハ明文ノ規定アレハ兎モ角然ラサレハ此ノ

如ク隨意ニ決定スルキモノニ非サルナリ又、此ノシハツク民ハ審査ノ權利ト職務トヲ區別スト雖モ若シ審査ノ權利アリトモハ違法ノ命令ニ服從ノ義務ナシト謂ハサルヘカラサルコトト爲ルナリ

尙ホ第一說ノ論者ニ問ハント欲スルハ上級官吏ノ命令ノ違法ナルコトカモモ意義ノ解釋ニ涉ラスシテ文面上直チニ違法ナルコトヲ知り得ヘキ場合ニ於テモ尙ホ下級官吏ハ絕對的ニ服從ノ義務ヲ有スルヤ否ヤ例ヘハ或法律ニ此法律ハ明治三十六年四月一日ヨリ施行ストアルニ拘ハラヌ同年三月ニ於テ此法ニ依ルニ非サレハ施行シ難キ事務ヲ上官カ命令シタル場合ノ如キハ下級官吏ハ如何ニ之ヲ處理スヘキカ此ノ如キ場合ニハ下級官吏ハ其命令ヲ履行スル義務ナキノモナラス若シ之ヲ執行シタルトキハ下級官吏ト共ニ違法ノ責ヲ免レテ身上一ノ私務ニ關セザルトキ或ハ下級官吏ノ權限外ノ事項ヲ上級官吏カ命令シタルトキ尙ホ下級官吏ハ絕對的ニ服從ノ義務アルモノナルヤ否ヤ是ニ於テ第二說ヲ生シタリ

國際私法

第二章 衣冠ニ給ル各國ノ立法者カ内政事務ニ關ル事ニ對シテ
 第三章 眞實講述ノ觀
 法學博士 山田 三郎 眞實講述ノ觀

第一章 國際私法ノ本質

第一節 國際私法ノ意義

國際私法ハ或ハ二箇人ノ私益ニ關スル國際法ナリト説明スル者アレドモ正確ナル學說ニ依レハ國際私法トハ法律ノ適用區域ヲ定ムル法則ヲ指シモノナリ換言スレハ國際私法トハ内國私法及ヒ外國私法ノ内國ニ於ケル適用區域ヲ定ムルモノナリ抑モ斯ル法則ヲ必要トスル所以ハ現今ノ國際法上ニ於テハ文明各國カ各自同等ナル自主獨立ノ立法權ヲ有シ各其國ニ適當ナル私法ヲ設ケル

同時ニ現今ノ國際法上ニ於テ各交朋各國ハ各相孤立シテ領國主義ヲ採ルル
 許サズ相互ニ其國民ノ交通往來ヲ自由ヲ認メテカラスセムルカ故ニ法律
 ノ異ナル國ニ屬スル人民カ通商貿易ノ爲メ各種ノ法律行爲ヲ爲スニ當リ其權
 利ノ保護並ニ其判決ノ結果ヲ同一ニシテ交通往來ノ自由ヲ完全ニ保護セシ
 ム欲キハ唯左ノ二方法アルニ即チ其一ニ世界各國ノ立法者カ全ク同一ノ規
 定ヲ採用シ何レノ國ノ法律ニ依ルモ一定ノ事實ハ常ニ同一ノ法律上ノ效果ヲ
 生セシムルニ在リ其二ハ各國ノ法律ハ同一ニ歸著セストモ其異ナル法律ヲ適
 用スル原則ヲ同一ニシテ一定ノ事實ニ適用スヘキ法律ハ何レノ國ノ裁判所ニテ
 判決スルモ常ニ同一ノ法律ヲ適用スルニ在リ前ノ方法ハ世界統一ノ法律ヲ
 目的トスルモノニシテ一ノ學者カ將來斯ル法律ノ成立ヲ見ルニ至ルコトヲ
 想像スル者アレトモ予輩ノ思考シ得ヘキ將來ニハ新ル統一ノ法律ノ成立ハ實
 際上到底望ミ得ヘカラス即チ苟モ地球表面上ニ國境ノ存在スル限ハ各國ノ法
 律カ全ク同一ニ歸著スルコトハ到底期シ得ヘカラス既ニ第一ノ方法ニシテ期
 シ得ヘカラストセバ第二ノ方法ニ依リ各國ノ立法者カ内外法律ノ適用區域ヲ

定ムル原則ヲ同一ニスルニ至ランコト可期ス然レノ外尙シ國際私法ハ即チ此理
 想ト必要トヨリ出テタル法則ニシテ國際私法學ハ即チ斯ル法則ヲ研究シ併セ
 テ世界各國ノ相異ナル法律ノ調和ヲ圖ランコトヲ目的トスルモノナリ故ニ國
 際私法上ノ法律關係ニ其法律關係自體ヨリ言ヘバ普通ノ法律關係ト左ノ一點
 ニ於テ其趣ヲ異ニス即チ其法律關係カ人又ハ物ニ依リ外國ノ元素ヲ有スト云
 フニト是ナリ例ヘバ內國ニ於テ外國人相互ニ或法律行爲ヲ爲ストキハ其法律
 行爲ハ當事者ノ外國人タルニ由リ通常ノ法律關係ト異ナル外國ノ元素ヲ有ス
 又內國人カ外國人ト法律關係ヲ爲ス場合モ當事者ノ一方カ外國人タルニ由リ
 其法律關係ハ外國ノ元素ヲ有ス又法律關係ノ目的タル物カ內國ニ存在セズシ
 テ外國ノ領地内ニ存在スルトキハ其物ニ關スル法律關係ハ目的物ノ所在地ニ
 依リ外國ノ元素ヲ有ス此ノ如キ外國ノ元素ヲ有スル法律關係ニ悉ク內國ノ法
 律ヲ適用スヘキモノトスルニキハ管ニ內國人ノ不便ヲ免レザルノミナラス又
 外國人ノ權利保護ヲ全ク無視スル結果ヲ來ス故ニ近世ノ國際法上ニ於テハ外
 國人ノ權利ヲ成程度ヲテ保護スヘキ原則則チ各國ノ立法者カ一定ノ範圍

内ニ於テ或法律關係ニ付テハ外國ノ法律ヲ適用スヘキコトヲ自國ノ裁判所ニ命スヘキ責任ヲ有スルニ至レリ國際私法ハ斯ル國際法上ノ外國人ノ權利保護ノ必要ヨリ一國ノ立法者カ其國裁判所ノ爲メニ内外法律ノ適用區域ヲ定ムル法則ヲ與ヘタルモノナリ國際私法ハ此ノ如ク内外法律ノ規定相異ナルコトヲ前提トスルカ故ニ其規定ノ異ナルコトヲ稱シテ學者或ハ之ヲ法律ノ抵觸ト曰ヒ隨テ國際私法ハ法律ノ抵觸ヲ解釋スル學問ナリト説明シ或ハ又國際私法ハ法律ノ適用區域ヲ定ムル法則ナルカ故ニ之ヲ略稱シテ國際私法ハ適用法則ナリト説明スル者アリ斯ル適用法則ニ依リ或法律關係ニ適用セラレヘキ法律ヲ稱シテ準據法ト謂フ例ヘハ人ノ能力ニ付キ適用セラレヘキ法律ハ其者シ本國法ナリトセハ其本國法ハ即チ能力ニ關スル準據法ナリ故ニ準據法ヲ定ムル國際私法ハ內國裁判所ノ爲メニ法律適用上ノ準則ヲ定メタル國內法ナルモ斯ル法則ニ依リ準據法ト爲ルヘキ法律ハ或ハ內國ノ實質法タルコトアリ或ハ外國ノ實質法タルコトアルナリ尙ホ注意スヘキ點國際私法ノ規定ニ依リ準據法ト爲ルヘキ法律ハ主トシテ私法ナリト雖モ又或ハ公法タルコトアリ此ノ如ク

國際私法ハ唯リ私法ノ適用區域ヲ定ムルノミナラズ又公法ノ適用區域ヲ定ムルカ故ニ之ヲ一國內ノ法律ナリトセハ如何ナル種類ノ法律ナリヤ即チ國際私法自體ハ公法ニ屬スルモノナリヤ將タ私法ニ屬スヘキモノナリヤン疑アルモ既ニ説明セルカ如ク國際私法ハ裁判官ニ法律適用ノ準則ヲ與フルモノナルカ故ニ形式上ヨリ言ヘハ國際私法ハ國內ノ公法ナリト謂ハサルヘカラス然レトモ國際私法ハ素ト一國內ノ私法ノ適用區域ヲ定ムルヲ以テ目的トシ又私法ノ適用區域ヲ定ムル必要ヨリ發達シタルモノナルカ故ニ今尙ホ國際私法ト稱シ之ヲ公法ト稱セタルナリ故ニ國際私法ナル意義ハ私法ニ關スル法律ト云フノ意義ニシテ國際私法自體カ私法ナリトノ意義ニ非ス而シテ國際ナル文字ハ亦國家ト國家トノ間ト言フノ意ニ非スシテ内外諸國ノ若クハ國際的ト云フノ意ナリ故ニ其意味ヲ正當ニ言ヘハ國際私法ハ内外私法ノ適用區域ニ關スル法律ナリト云フ意味ナリ學者或ハ國際私法ハ國際交通上ヨリ觀察シタル私法ナリト曰フモ亦之ト同一ノ趣意ヨリ出テタルモノナリ

第二節 國際私法ト國際法トノ關係

前節ニ於テ國際私法ハ國內ノ法律ニシテ國家ト國家トノ間ニ行ハルヘキ法則即テ國際法ニ非サルコトヲ説明セリ然レトモ歐洲大陸ニ行ハルル學說ニ據ルハ國際私法ハ國際公法ト相對シテ國際法ノ一部分ヲ成スヘキモノナリトモリ其理由トスル所ハ國家間ノ法律關係ニハ公私ノ二種アリテ國家ノ公益ニ關スル國際關係ヲ規定セルモノハ即チ國際公法ニシテ國家ノ一員タル一箇人ノ私益ニ關スル國際關係ヲ規定セルモノハ即チ國際私法ナリト説明ス此學說ハ一見甚タ正確ナルカ如キモ詳ニ之ヲ考フルトキハ此學說ハ區別ノ標準ヲ誤リ國際私法ノ本質ヲ誤解スルモノナリ何トナレハ一國ノ他國ニ對スル關係即チ國際關係ハ國家ノ公益ヨリ由來スルコト多キモ亦一箇人ノ利益ヨリ由來スルモノ少シトセス然ルニ斯ル一私人ノ私益ニ關シ發生シタル國際關係ハ國際私法上ノ關係ニ非スシテ純然タル國際關係ナリ例ヘハ帝國臣民ノ財產カ外國政府若クハ叛徒ノ侵害スル所ト爲リ其國政府カ正當ノ賠償ヲ爲サザル場合ニハ我

政府ハ直チニ之ヲ國際關係トシ其國政府ニ對シテ外交手段ニ依リ之カ救済ヲ求ムルコトハ屢々發生スルコトナリ斯ル關係ハ純然タル一私人ノ私益ニ關シテ發生シタルモノナレトモ尙モ國家ト國家トノ關係ト爲リタル以上ハ皆國際法ト支配スヘキ國際關係ニシテ國際私法ノ關スル所ニ非ス其他多クノ國際關係ハ國家カ一箇人ノ利益ヲ發達セシメ併セテ國家ノ利益ヲ増進セントコトヲ期スルカ爲メニ發生スルモノナリ通商航海條約ヨリ各種ノ聯合條約及ヒ領事職務條約ニ至ルマテ皆然リ然レトモ以上ノ學派ハ此等ノ關係ヲ稱シテ國際法ナリト謂ハサルナリ然ラハ國際間ノ關係ヲ公益私益ニ依リテ區別セントスルカ如キハ其區別ノ根本ニ於テ誤アルモノナリ予輩ノ思考スル所ニ據レハ大凡國際關係即チ國家ト國家トノ關係ハ一箇人ノ私益ニ淵源スルト直接ニ國家ノ公益ニ淵源スルトヲ問ハス皆國際關係ナリ而シテ此關係ヲ規定セル法則ハ即チ國際法ナリ故ニ國際法ハ初ヨリ唯一ニシテ二種アラヌ國際法ヲ稱シテ國際公法ト曰フカ如キハ國際私法學者カ國際私法トハ私益の國際法ナリト云フ誤說ヨリ之ト區別セン爲メニ特ニ公ノ一字ヲ加ヘタルモノニシテ自ら誤解ヲ重スルニ

至リテハモノ次リニ於テハ一國ニ於テハ自國領土内ニ於テハ國際私法ト以上述フルカ如ク國際法ノ一部ニ非シテ國內法ナリト解スルトキハ國際私法ト國際公法トノ關係ハ國內ノ刑法民法等ト國際法トノ關係ト全ク同一ニシテ一ハ國內法ニシテ他ハ國家ト國家トノ間ノ法ナリ隨テ其主要ナル差異ヲ舉クレバハ一國ノ領土内ニ於テハ一國ノ法律ニ依リテ解決スルコトニ在リ

第一 當事者ノ差異 國際法ノ適用ヲ受クヘキ當事者ハ國家ナルモ國際私法ノ適用ヲ受クヘキ當事者ハ一箇人ナリ

第二 法律關係ノ差異 國際法上ノ法律關係ハ國家カ國家トシテ他ハ國家ニ對シテ有スル關係ナルモ國際私法上ノ關係ハ一箇人カ相互ノ間ニ存スル關係ナリ通常ノ法律關係ト異ナル所ハ唯外國の元素ヲ有スル法律關係ナルヲ支點ニ在リ

第三 救済方法ノ差異 國際關係ニ付テノ救済方法ハ外交手段平和的國際紛争ノ處理方法及ヒ戰爭等ナリ之ニ反シテ國際私法上ノ法律關係ニ付テハ國際ノ裁判所カ其國ノ法規ニ從ヒ之カ救済方法ヲ與ゾルモノナリ

此ノ如ク附フトキハ國際私法ト國際法トハ何等ノ關係ナキカ如キモ決シテ然ラス此兩者ハ最モ密接ナル關係ヲ有ス蓋シ國際私法ハ古來國際法ト獨立シテ發達シタルモノナレドモ現今ノ狀態ニテハ國際私法ノ發達ハ國際法ノ發達ニ依ルヘキモノニシテ國際法ハ國際私法ノ基礎タルヘキ原則ヲ定ムルモノナリ故ニ將來國際私法カ益々完全ニ發達セシムルコトヲ望ムハ先ツ國際法ノ更ニ著シキ發達ヲ待タサルヘカラス斯ル關係アルカ故ニ國際私法ヲ解釋シ研究シ及ヒ此法則ヲ適用スルニ當リテハ單ニ法文ノ如何ニ拘泥セズ其立法ノ理由ト爲リ根據ト爲リタル國際法上ノ原則ヲ參酌セタルヘカラス故ニ國際私法ハ國內ノ法律ナルモ之カ研究及ヒ適用ハ常ニ國際法ト離ルヘカラサルモノナリ

第三節 國際私法ト内外實質法トノ關係

國際私法ハ既ニ述ヘタルカ如ク法律ノ適用區域ヲ定ムル法則ニシテ此法則ニ據リテ實際上適用セラルヘキ準據法ハ或ハ外國ノ實質法タルコトアリ或ハ國內國ノ實質法タルコトアリ故ニ國際私法ノ原則ヲ實際ニ適用スルニ當リテハ其

適用セラレヘキ内外ノ實置法ヲ明カニセザルヘカテニ例ハ人ノ能力ハ當事者ノ本國法ニ依リテ之ヲ定ムトノ法則ヨリシテ能力ニ關スル問題ヲ發生シテ凡場合ニハ內國人ニ付テハ我民法ノ能力ニ關スル規定ヲ適用シ外國人ニ付テハ其本國ノ能力ニ關スル規定ヲ適用スルモノナリ隨テ裁判官又ハ行政官トシテ斯ル法則ヲ適用スヘキ者ハ其事項ニ關スル內國法及ヒ外國法ヲ詳ニセザルヘカラス即チ國際私法ノ法則ニ依リ準據スヘキ法律カ一定シタル以上ハ法律ヲ適用スル者ハ唯内外實置法ヲ適用スルニ過キス此關係ヨリ言ヘバ國際私法ノ實際止ノ效果ヲ全クセントスルニハ先ツ内外諸國ノ實置法ヲ比較シ其規定ノ異同際ヲ詳ニスルノ必要アリ實ニ此實際上ノ必要ヨリシテ内外實置法ヲ比較研究スルコト必要ナルノモナラス如何ナル法律則チ內國法又ハ外國法ヲ適用スヘキヤ否ヤノ問題ヲ決スルニ當リテモ更ニ換言スレバ國際私法ノ原則ヲ定ムルニ當リテモ先ツ内外實置法ノ異同ヲ明カニ各國立法ノ目的ヲ詳ニスルコト必要ナリ何トナレバ國際私法ノ法則カ必要ナル所以ハ各國實置法ノ相異ナル目的ヲ調和セシムルニ必要ヨリ由來スルモノナラザル故ニ國際私法ノ法則トシ

テ準據法ヲ一定スル止ニ於テ既ニ其前提問題トシテ内外實置法ヲ比較研究スルコトヲ要スレバナリ故ニ之ヲ形容シテ言ヘバ國際私法ノ研究ハ内外實置法ノ研究ニ始リ内外實置法ノ研究ニ終ルモノナリト謂フコトヲ得ヘシ

國際私法ノ研究ニハ此ノ如ク内外實置法ノ異同ヲ研究スル必要アルモ内外法律ノ比較研究ニ付テハ特ニ比較法制ナル研究ヲ必要トシ國際私法ハ必スシモ比較法制學ヲ包含セリト謂フニ非ス唯我國ニテハ内外實置法ヲ研究スルノ途未タ開ケタルカ故ニ此缺點ヲ補ヒ以テ實際上ノ不便ヲ救ハシカ爲シ國際私法ノ研究ニ從事スル者ハ其爲シ得ヘキ範圍内ニ於テ内外實置法ヲ異同ヲ比較研究スルコトヲ努メタルヘカラス故ニ予輩モ亦可及的内外實置法ヲ比較研究セント欲スト雖モ僅僅タル此講義時間ニ到底此希望ヲ實行スルニ由ナキカ故ニ唯其緊要ナル事項ニ付テ内外實置法ノ異同ヲ比較シ諸子カ研究ノ資ニ供セントス

第二章 國際私法ノ名稱

國際私法ナル學問ニ付テ古來學者ノ與ヘタル名稱ハ種種アリテ一定スル所ナシ今一之ヲ説明スルハ甚ク煩雜ニ失スルヲ以テ予ハ其中ノ主要ナルモノニ三ツ左ニ掲ケテ其一般ヲ簡單ニ舉示セントス

第一 法則區別說 (Theorie der Statuts, Theory of Statute)

第十四世紀ノ半頃ヨリ伊太利ニ於テ法則ノ適用セラルヘキ區域ヲ研究スルノ學問發生シ或法則ハ人ニ屬スルモノニシテ到ル處ニ追隨シテ人ヲ支配シ或法則ハ物ニ關スルモノニシテ物件ノ所在地ノ法則ニ據ルヘキモノトシ又或法則ハ其土地ニ於テ爲テレタル法律行爲ヲ支配スルモノニシテ所謂場所ハ行爲ヲ支配スルトノ原則ニ據ルヘキモノトセリ爾來五百年ノ間即チ第十八世紀ノ終ニ至ルマテ歐洲各國ノ法學者ハ皆此學說ヲ繼承シ法則ヲ人法物法及ヒ混同法ニ區別シテ其適用セラルヘキ區域ヲ明カニセントセシカ故ニ此學說ヲ稱シテ法則區別說ト曰ヘリ

第二 法律抵觸論 (Conflict of Law)

法律抵觸ナル名稱ハ詳言スレバ千六百五十三年和蘭ノ法學者ロイデンプルグカ婚姻法論ヲ著シ婚姻ニ關シ法律慣例ノ抵觸ヨリ生スル法律問題ト題セシニ濫觴シタルモノニシテ其後和蘭ノ有名ナル法學者ヒューベルカ其著羅馬法第二編第一卷第三章中法律ノ抵觸ト題スル下ニ於テ所謂法則ノ區別ヲ研究シ以來其學說ト共ニ此名稱ハ諸國ニ傳播シタリ特ニ英米法學者ハ主トシテ蘭國學派ヲ繼承セシカ故ニ爾來現今ニ至ルマテ尙ホ一般ニ法律抵觸論ナル名稱ヲ用スルヲ以テ例トセリ例ヘハ「ストーリー」「ホワートン」「グアイシー」「イラル」等ストレーキ等皆然リ抑モ法律抵觸論ナル名稱ハ此ノ如ク英米兩國ニ行ハレ且歐洲大陸ノ法學者モ亦其著ニ題シテ「國際私法」ハ「私國際法」ト曰フニモ拘ハラズ法律ノ抵觸ヲ以テ斯學研究ノ目的本領トスルニ至リテハ皆一致セリ予輩モ亦屬シ法律ノ抵觸ナル文字ヲ使用スルコトアルヘシ然ルニ法律ノ抵觸ナル文字ハ元來不當ナル名稱ニシテ其意義ヲ明カニスルニ非サレハ諸子ヲシテ誤解セシムルノ恐アルカ故

ニ左ニ一言之ヲ説明セントスルニ當ルニ當ル一男一女アリテ其本國ノ法律ニ依
 レハ斯ル親族間ノ婚姻ヲ禁スルニ若シ其男女カ我國ニ住居シテ我國民法ノ規
 定ニ從ヒ婚姻スルコトヲ得ヘキモノトスレハ有效ニ婚姻スルコトヲ得ヘシ新
 ル場合ニ我國裁判所カ其婚姻ノ有效無効ヲ判定スヘキ必要アリト假定シ若シ
 此問題ヲ我國民法ノ規定ニ依リテ判定スヘキモノトセハ其婚姻ハ有效ニ成立
 シ若シ又其者ノ本國法ニ依リテ之ヲ判斷スヘキモノトセハ其婚姻ハ無効即チ
 不成立ト爲ルヘシ即チ裁判官ノ眼ヨリ觀レハ此問題ハ我國民法ヲ適用スヘキ
 ヲ將タ當事者ノ本國法ヲ適用スヘキヤノ問題ニ歸著シ而モ此二箇ノ法律カ其
 規定ヲ異ニスルヲ以テ茲ニ法律ノ抵觸問題ヲ生スト爲セリ而シテ國際私法ハ
 主トシテ斯ル抵觸ヲ解決スルコトヲ研究スルノ學問ナルカ故ニ簡便ノ爲メ之
 ヲ稱シテ法律抵觸論ト名タルモ敢テ不可ナキニ似タリ然ルニ此名稱ニ付キ吾
 人ノ大ニ注意スヘキコトハ他ナシ即チ英國ノ學者モ自ラ明言スルカ如ク茲ニ
 所謂法律ノ抵觸ナル文字ハ一ノ假定タルニ過キスシテ實際上如何ナル場合ニ

於テモ法律ノ抵觸カ存スルニ存在スルニ又存在スルニ蓋シテ抵觸ナル
 モノハ物理學上ニ於テ二箇ノ物同時ニ同一ノ空間又充タテントスルニ非サレ
 ハ發生シ得ヘカラザルカ如ク法律學上ニ於テモ二箇ノ相異ナリタル法律カ同
 時ニ同一ノ地方ニ於テ同一ノ人ニ對シテ行ハルルコトヲ要求スルニ非サレハ法
 律ノ抵觸ナルモノ存在シ得ザルナリ然ルニ前述ノ場合ニ付キ論ゼンニ若シ其
 本國ノ法律カ我國ニ於テ外國人ニ對シテ本國ノ法律トシテ當然行ハルヘキコ
 トヲ主張シ我國ノ法律ハ又斯ル外國人ニ對シテ我民法ノ規定ニ依ルヘキコト
 ヲ主張スル場合アリトスレハ茲ニ所謂抵觸ナルモノ存在スレトモ前述ノ場合
 ニ於テハ其本國ノ法律カ當然ノ效力トシテ我國ニ於テ行ハルルニ非スシテ我
 法律ノ規定即チ法例ノ規定ニ依リテ我裁判所ノ適用スル所ト爲ルノミナルヲ
 以テ既ニ國際私法ノ規定ニ依リテ適用セラルヘキ法律カ確定シタル以上ハ何
 等ノ抵觸モ何等ノ衝突モナキモノナリ隨テ之ヲ稱シテ法律ノ抵觸ト云フハ大
 ナル誤謬ノ見解ナリ故ニ英國ノ「アオシ」博士ノ如キハ其著ニ題シテ「法律抵觸
 論」ト稱スルニモ拘ハラズ「法律ノ抵觸」ニ代テ「法律ノ選擇」ヲ以テスルノ優レ

ルニ如カサルコトヲ主張シ國際私法トハ裁判官官適用スルキ法律ノ選擇ニ關
 スル法則ナリト説明セリ予輩モ亦一般ノ學者ト同シク此講義ニ於テ法律ノ概
 綱ナル文字ヲ使用スルコトアルハ即チ此假定ノ意義ヲ有スルニ過キヌシテ外
 國法律ノ規定ヲ適用スルニキモノト假定スルトキハ其規定カ我國法律ノ規定ト
 異ナルコトヲ意味スルニ外ナラサルナリ此點ハ後述ニ於テ詳シク論ズル所ナ
 第三 外國法適用論 (Application of foreign Law) 國ニ法ヲ行ハスルニモ
 千八百二十二年以來獨逸ノ學者ハ往往國際私法ナル學問ヲ稱シテ外國法ノ適
 用論ト名タル者アリ殊ニ獨逸民法編纂ノ際ニ於テ獨逸民法第二讀會草案ノ如
 キモ亦此名稱ヲ採用シ國際私法ニ關スル規定三十箇條ヲ一編トシ第六編外國
 法ノ適用ト題セリ其後確定法文ト爲ルニ際シ第六編ハ全部民法ヨリ削除セラ
 レ民法施行法總則第七條乃至第三一條中ニ規定セラルルニ至リタルカ故ニ其
 名稱モ亦法典中ニ歸テ留メタルニ至レリ隨テ今日獨逸ノ立法者カ此等ノ規定
 ヲ稱シテ外國法ノ適用ト云フヤ否ヤハ不明ト爲リ又之ヲ論スルノ必要ナキニ
 至レリト雖モ斯ル名稱ハ元來不當ニシテ國際私法ノ一方面ヲ表ハスニ過キヌ

何トナレハ國際私法ハ唯モ外國法ヲ適用スルヲ定メ所モ測ヒ非ス事實然レ
 國法ノ適用範圍ヲ定ムル規定ナルカ故ニ此名稱ニ其全豹ヲ表ハスニ足ラサル
 ナリ以テナリ隨テ學者ノ此名稱ヲ用ズル者ハ漸ク少キニ至レリ茲ニ一編門
 第四 法律ノ效力ノ場所ノ陸界論出ニ及ビ獨逸民法編纂ノ際ニ獨逸ノ法律ハ
 獨逸ニ於テ「ラビニ」カ法律ノ處ニ關スル效力ヲ論究シテ國際私法ノ原則ヲ説
 明セシ以來此學問ヲ稱シテ法律ノ支配スルニキ領域ヲ定ムルモノナリトシ斯ル
 名稱ヲ加フル者少カラス然ルニ此名稱ハ冗長ニシテ甚ク不便ナル人ニテ其
 國際私法上ノ問題ハ唯モ法律ノ行ハルル場所ノ限界ヲ定ムルノミニ非スシテ
 即チ人ノ居ル場所如何ニ拘ハラヌ或法律關係ヲ基礎トシテ法ノ適用セラ
 ルヤ否ヤヲ定ムルモノナリ此名稱ハ未タ國際私法ノ本領ヲ明カニスルモノ
 ニ非タルナリ一千八百四十二年ニ於テ其條約ノ條及英國獨逸等國
 其他或ハ之ヲ對等法源ノ關係論トシ或ハ法律ノ領地外ニ於ケル適用論トシ或
 ハ之ヲ以テ外國ノ法律ニ依テ設定セザレタル權利ヲ承認スルノ條件ヲ定ム
 ルモノ即チ「權利ノ領地外ニ於ケル承認論」英國法理學者ホムスシド博士ノ如シ

國際私法ハ私法ナルコト又私法ニシテ唯國際的ナルニ過キタルモノトイハレ
 又ナル點ニ於テ他ノ名稱ヨリ優レリト謂フヘシ固ヨリ此名稱モ前キ國際私法ノ
 意義ヲ説明スルニ當リ斷ハリタルカ如ク完全無缺ナルモノニ非ズレドモ優
 奉用ヒタルモノノ中ニテ最モ穩當ナルモノナルカ故ニ他ニ之ヨリモ優等ナル
 名稱ノ出ラザル限ハ予輩モ亦此名稱ヲ採用スルノ可ナルヲ認ム我國ニ於テハ
 國際私法ハ内外交渉ノ法律關係ニ適用セラレヘキ法律ノ學問ナルヲ以テ之ヲ
 國際私法ト云フヨリモ寧ロ涉外私法ト稱スヘシト曰フ者アリ蓋シ此名稱ヲ始
 メテ唱ヘラレタルハ德放陳重博士ナリトス此名稱ハ正當ニシテ簡便ナリト雖
 モ今日尙ホ一般ニ認ムル所ト爲ルニ至ラザルカ故ニ予モ亦斯ル名稱ヲ用ヒザ
 ルヘシ

第三章 國際私法學ノ沿革

國際私法ノ學問ハ前述セルカ如ク法則類別說ニ發達シタルモノナリ以テ
 此學問ノ沿革ハ第十四世紀ノ半ヲ以テ遊ルモノニシテ先ツ法則類別說ノ沿革ヲ

リ陳述セザルヘカラス

第一節 法則類別說

第十世紀頃ヨリ歐羅巴ニ於テ封建制度確立セシ以來法律ハ嚴格ニ屬地的ナル
 ノト爲リテ一國內ノ法律關係ハ總テ其土地ノ法律慣習ニ依リテ支配セラレタ
 リ然ルニ第十一世紀及ヒ第十二世紀以來伊太利ノ沿岸ノ市カ漸ク發達シテ通
 商貿易ノ關係亦漸ク進歩スルニ隨ヒ此等ノ自由市ハ諸侯ヲ撲滅シテ獨立ノ共
 和國ヲ爲スニ至リ而シテ此將ニ發達セリトテ凡ソ通商貿易ノ安全ヲ圖ラントセ
 ハ從來ノ屬地主義ノ法律ヲ改良セザルヘカラザル必要ヲ感スルニ至レリ此時
 ニ當リテ羅馬法ノ後註釋家ノ大法學者バルトルス(千三百十四年—千三百五十七
 年)出テテ始メテ此必要ニ應ジテ學說ヲ立テ茲ニ國際私法學ノ發端ヲ開キタ
 リバルトルスハ羅馬法ヲ普通法トシ各地ノ地方慣習法ヲ特別法トシ羅馬法註
 釋家ノ通說ニ從ヒテ特別法ト普通法トノ關係ヲ深ク研究シ更ニ進メテ(第二)地
 方ノ法則ハ元來其土地ニ屬セザルモノニモ適用セラレヘキモノナリ(第三)地

凡ソ法則ノ效力ハ其領地外ニモ及ウヘキ地ナリヤ否キノ二箇ノ問題ニ對シテ之ヲ(一)契約(二)不法行為(三)遺言(四)物權等ノ事項ニ分テテ其適用ヲ論シ更ニ(五)僧侶ト俗人トノ法則ノ關係(六)禁止ノ規定ノ領地外ノ適用(七)認容ノ規定ノ領地外ノ適用(八)刑罰ノ規定ノ領地外ノ適用及ヒ(九)刑事判決ノ領地外ニ於テ之ノ效力等ヲ研究セリ

今アルトルス氏ノ學說ノ主要ナル點ヲ云ハムアルト云フ第一、契約ニ付テ何レノ法則ヲ適用スヘキヤトク問題ハ種種ノ點ニ依リテ異ナルモノト爲シ先ヅ其訴訟ヲ爲ス手續ニ付テ云ハム訴訟地即チ裁判所所在地ノ法律ニ依ルベシトセリ茲ニ後世所謂法廷地法之原則ヲ認メタリ又契約ノ根本的問題ニ付テハ其契約ヲ爲シタル土地ノ法則ニ依ルヘキモノト爲シ又其不履行ニ付テハ履行スヘキ土地ト定マラタル土地ノ法則ニ依ルヘキモノト爲シ所謂契約地法履行地法ノ法則カ胚胎シタルナリ更ニ其契約ノ方式ニ付テハ如何ト云フニ若シ其方式カ羅馬普通法ヨリモ當事者ノ爲メニ簡便ニ且利益ト爲ルヘキモノナレハ其土地ノ方式ニ從セタル法律行為ノ方式ハ何レノ處ニ於テモ尙ホ有效ナリ

凡ソ即チ方式ニ關シテ規定ハ外國法ニモ支配スヘキモノ然レモ爲學界其結果ハ領地外ニ於テモ尙ホ效力ヲ及ホスモノナリト考シテ之ヲ統制後世ニ至テ國際私法ノ一大原則ト爲場所行爲法支配(Loi du lieu de l'acte)トノ格言カ說明セラレタリナリ

次ニ物權ニ付テテ其說明ハ所甚ク不明瞭ナリモアルト云フ物權ニ關シテ訴訟深揭タル此權利問題ハ直接ニ物即チ家屋ニ關スルモノナレバ之ニ適用スヘキ法則ハ家屋ノ所在地ノ法則カリト現今且所謂物權ニ關シテハ總テ其物ノ所在地法ニ依ルトノ原則ヲ說明シ始メタル也

又人ノ能力ニ付テテ種種ニ區別シ外國人ノ不利益ト爲ルヘキ能力ハ其居住セル地ノ法則ニ依リテ之ヲ付與スルコト能ハスモノト爲リ是レ甚ク不明瞭ナリト人ノ能力ニ關スルモノト其者ハ屬スル土地ノ法則ニ從フヘキモノナリト所謂屬人法ニ對シテ主張セタル然レモアルト云フ相續問題ヲ說明スルニ當テテ大ニ困難極メタル何トナレバ相續ハ物ニ關スルト同時ニ亦人ニ關スル問題ナリ

其地方ノ法律慣習ヲ意識ヲ明カニシテ其法則カ輻射主トスル規定ナラザルニ其財產ノ所在地法ニ依ルベキモノトシテ若シ其法則カ人ヲ主トスル規定ナラズトキハ其當事者ノ屬人法ニ依ルベキモノトモリ隨テ例ハ遺産ハ長子ニ屬スル規定セシ法則ハ遺産ヲ主トスルモノニシテ内國人ノ所有スルト又ハ外國人カ所有スルトノ間ハナラズ規定ナレム此ハ所在地法ニ依ルベキモノトナリ且若シ又長子ハ遺産ヲ相續スト規定セル場合ニハ人主トスル規定ナラズ看做シテ屬人法ノ規定ナリト説明セルナリ此ノ如ク文字ノ置キ所ノ初ニ在ルカ或ハ終ニ在ルカニ由リテ或ハ之ヲ屬人法トシ或ハ之ヲ屬地法トスルモノナルヲ以テ後世斯ル區別說ハ法典ノ文字ノ區別說タルニ過キスト明ケル者アルニ至レバ然レトモ前ニ掲ケタルカ如ク「ブルト」學說ハ二三ノ大原則ニ於テ現今尙キ國際私法ノ根本ノ原則ヲ成スヘキ真理ヲ始メテ説明シタルモノニシテ今日ニ至ルニ「國際私法學」始祖タル「キ名譽ヲ荷ヘリ」著者「送別國別說」ハ「ブルト」學說ハ其後「ブルト」ナリセト等ノ之ヲ祖述スルモノニアリテ第十六世紀ニ至ルニ「伊太利」盛ニ研究セラレタルナリ然ルニ第十六世紀ニ至

リテハ此學說ハ文明ノ中心點ノ移轉ト共ニ漸ク佛蘭西ニ移リ佛國ニ於テ益々發達スルニ至レリ元來佛蘭西ニ於テハ當時諸侯ノ各地ニ割據スル者漸ク征服セラレ王權ノ益々盛ナリト同時ニ國內ノ交通往來益々進歩シテ商業工業等モ亦漸ク發達シタルカ故ニ恰モ「ブルト」ルニ「伊太利」ノ屬地法ヲ改正セシメカ如ク佛國當時ノ法學者モ亦從來ノ屬地法ノ主義ヲ矯正センコトヲ努ムルニ至レリ此時ハ當リ「デュムーラン」タルナリシト「ブルト」ノ三大法學者出テ「ブルト」ルニ氏ノ說ヲ繼承シ大ニ之ヲ進歩セシムルニ至レリ佛蘭西ハ學問大體ニ此三法學者ノ中ニテ此學問ノ發達ニ大功アリシ者ハ「ブルト」ナリ氏ノ考ニ依レバ元來法律ハ嚴正ニ屬地的ナルモノナリ總テ地方慣習ハ其地方内ニ於テハ最高ノ法律ナリトシ唯之カ例外ナリ人ノ一般的能力ニ關係スル法律ハ之ヲ屬人法ト爲シ其者ノ屬スル土地ニ法律ニ依ルベキモノトモリ然レバ新例外的ノ法則ノ存スルカ爲メニ其法則カ不動産ニ關係セザルコトヲ必要トシ且能力ニ關シテハ特定ノ能力ニ關スルニ非スシテ年齡、婚、遺産ノ如キ一般的能力ニ關スルコトヲ必要トシ且其人物ト人トニ同時ニ關係ス

邦也ノ即チ法律行爲ニ付テム更ニ第一種ノ法則ヲ爲スルハ本邦ノ國籍ノ人ニ對シテハ本邦ノ混合法トシテ之ヲ用ヰテ之ヲ適用スルベシト曰クテ爾來法則區別說ヲ論ズル法則ヲ此三種ニ區別スルモノトシテ研究スルヲ以テ目的トセリ爾來ニ關係シテハ「ローランツナルヒ」等トシテ「第一種」等ノ諸家ナリ就中ヒ「ローランツ」此學問ニ貢獻スル所極メテ多ク現今ノ英米ノ學說及ヒ第十八世紀ノ獨逸ノ學說ヲ形作りタルモノナリ此等ノ和蘭ノ學說ハ第十六世紀ノ佛蘭西ノ學說ト大體ニ於テ異ナル所ナキモ更ニ其根本ヲ研究シ例外トシテ或場合ニ屬民法ヲ認メ外國法律ヲ適用スルルモノ索ト國際禮讓ヨリ出ヰルモノナリト說明セリ而シテ此時代ニ於テハ屬民法ニ準リ例外トシテ法律ハ皆屬地法ナリトテ原則ヲ認メタリ當更ニ下リテ第十八世紀ニ至リ和蘭ノ文明カ漸ク衰ヘ佛蘭西ノ文化再ヒ盛ナルニ及ヒ此法則區別說ヲ再ニ佛蘭西ノ中心トシテ至リテ即チ當時佛蘭西ニ於テハ「ローランツ」等トシテ「第一種」ニ大法學者出テ蓋シ法則區別說ヲ明カニ爲

リ此第十八世紀ノ學說ハ重要ナル點ニ於テ從來ノ學說ニテ少ク變遷セザルモノナリ即チ從來ハ屬地法ヲ原則トシ屬民法ヲ例外トセリ此第十八世紀ノ學說ハ漸ク屬民法ノ範圍ヲ擴張シテ屬民法カ屬地法カ明カナラザル場合ニハ事ハ之ヲ屬民法ト決定スルモノトセリ斯ル學說カ第十八世紀ノ後半ニ於テ有符ナルボチニ「レボチニ」ハ更ニ之ヲ佛蘭西民法ノ編纂者ニ傳ヌルニ至リテナリ即チ第十八世紀ノ終ニ編纂セラレ第廿九世紀ノ勞頓ニ發布セラレテ那破翁法典ハ其前加編第三條ニ於テ從來ノ學說ヲ結晶シテ左ノ三箇ノ原則ヲ掲ケタリ第一社會ノ安寧又ハ公安ニ關スル法則ハ總テノ者ヲ支配スル規定シテ內國人タルト外國人タルトヲ問ハズ等者之ニ依ルベキモノトシ第二ニ不動產ハ總テ佛蘭西ノ法律ニ依ルト爲シ其所有者ハ內國人ナルモ外國人ナルトヲ區別セズシテ等シク物ノ所在地法ニ依ルトテ法則ヲ揭ケ第三ニ人ノ身分及ヒ權利カハ佛蘭西人ヲ支配スル規定ハ外國ニ在ル佛蘭西人ニ付テモ尙佛蘭西ノ法律ヲ適用スルモノト明カニセリ隨テ之カ反對ニ外國人ニ付テハ裁判上ノ解釋ニ依リ其本國ノ法律ニ依ルモノト爲スルニ始メテ吾來佐所據法主義ニ屬

入法ヲ一觀シテ本國法主義ノ屬入法ノ原則ヲ認ムルニ當テ法典主義ノ法典統
 ノ偶然ノ結果ナラトスルニ至リテハ其後之ヲ以テ佛蘭西ノ法典統ニ對シテ
 佛蘭西ノ法典編纂モラルト同時ニ各地ノ法律以テ古來研究セラレシ法則類別
 法ノ異同ヲ説明スルノ必要ナキニ至リシヲ以テ古來研究セラレシ法則類別説
 ハ此法典ノ編纂ト共ニ其終ヲ告ケタリ隨テ第十四世紀以來第十八世紀ニ至ル
 五百年間研究セラレタル結果ハ佛蘭西民法第三條ニ其結果ヲ止メテ學問ヲ研
 究界ヨリ跡ヲ潛スルニ至ラタルモノト謂フヘシニ至リテハ其後之ヲ以テ
 向ホ一言此學說ヲ批評セハ此學說ハ外國法律ヲ適用スル根本ニ國際體讓ニ在
 リトスルモノナレトモ斯ル學說ハ歐洲大陸ニ於テハ第十九世紀ノ半以來之ヲ
 唱フル者ナキニ至レリ蓋シ今日ニ於テハ別ニ法理上ノ必要アリテ外國法ヲ適
 用スヘキモノトシ其根本ニ於テ此學說ト相容レザルノ事ヲ以テ此學說ハ其區
 別自體ニ大ナル缺點ヲ有シ一定ノ理論ニ依リテ之ヲ説明スルニ能ハサルナ
 リ何トナレハ法律ヲ物人及ヒ行爲ニ關スルモノトシテ之ヲ三分スルカ如キニ
 トハ大體ニ於テ爲シ得ヘキコトトスルニ各種ノ場合ニ付テハ到底爲シ得ズカ

第二節 獨逸ノ學說

ラナルコトナリ隨テ此等ノ學說ハ實際問題ニ付テハ各人各箇各區別ノ標準ヲ
 異ニシ毫モ歸一スル所ナシ即チ其缺點ハ理論上區別ノ標準全ク缺乏セル點ニ
 存ス故ニ今日ノ國際私法學者ハ其結果ニ於テハ此等ノ學說ト殆ト相同シキ外
 觀ヲ有スルモ其根本ニ於テ大ニ異ナルコトヲ注意セザルヘカラス

獨逸ニ於テハ第十七世紀以來前節ノ學說ヲ承繼セシ者少シトモナレトモ未タ
 此學問ノ發達ニ與リテ方アル者ナレ然ルニ第十九世紀ノ初以來獨逸ノ文學カ
 漸ク發達スルニ隨ヒ有名ナル法學者彬彬輩出シテ國際私法ノ根據ヲ研究スル
 ニ至レリ千八百三十年前後ニ於テ「アイヒホルン」「チボ」」「キヨッシー」等出テ
 テ國際私法ノ原則ハ人ノ本來ノ住所地法ヲ適用スルニ在リトシ既得權保護ノ
 說ヲ以テ之ヲ補充セリ此既得權保護説ハ一時學者ノ注目スル所ト爲リシカ未
 タ一ノ學說ヲ建設スルニ至ラスシテ止ミタリ何トナレハ其時代ニ有名ナル學
 者クエヒタル出テテ既得權ノ保護ハ循環論法ニ陥ルコトヲ明カニセシヲ以テ

ナリ然ルニ千八百四十一年ニ至リシ所アル由テ國際私法ノ沿革論ヲ著セ
 古來ノ學說ヲ批評シテ其誤謬ヲ明カシ更ニ自ラ法律關係發生地法說ヲ立テ
 テ一切ノ法律關係ハ其關係ノ始メテ發生シタル地ノ法律ニ依テテ判定スベキ
 モノトセリ之ニ次キテウエヒテ千八百四十一年ヨリ千八百四十二年ニ涉
 リテ有名ナル「私法ノ抵觸論」ヲ民法實用雜誌ニ掲ケ從來ノ學說ヲ一服變シ
 ト同時ニ更ニ進ミテ所謂法廷地法說ヲ立テ左ノ二原則ヲ基礎トスヘキコトヲ
 主張スルニ至リシナリ即チ「法律ニ依テテ」然ルニ「第十式」並ニ「條約」等ノ
 第一ニ凡ソ訴訟ヲ判決スル裁判官ハ當然其國ノ法律ヲモ拘束セラレベキモ
 ノナリ

第二 其國ノ法律ノ意義精神ヲ研究シテ若シ或法律關係ニ付テ外國法ノ規定
 ニ依ルヘキコトヲ認めタル場合ニ於テハ即チ外國法ヲ適用スヘキモノトシ
 若シ斯ル立法ノ精神カ明カナラズル場合ニ於テハ總テ內國法即チ法廷地法
 ヲ適用スヘキモノトス

此原則ノ一部分ニ正當ニシテ國際私法の法則ヲ必ス其訴訟地國ノ法律ニ一部

辨ラ成テナルヘカラスト云ラ點ニ付テ「條約」正當ナル法律ノ意義精神
 ヲ解釋シ裁判官ニ任シ其解釋ノ標準ト爲ルヘキ法則即チ國際私法の法則ヲ
 與フルコトヲ努メタル點ニ大缺點ヲ謂ハラル故ニ此學說ハ唯國際私
 法ノ立法ノ原因ヲ説明スルヲミシテ國際私法ノ法則自體ヲ説明スルニ功
 忘レタルモノト謂フヘシ隨テウエヒタル點亦舊說ヲ打破スル點ニ於テ偉功ヲ
 更ニ大法律學者サセニト出ツルヲ待テリ特ニウエヒタル點カ法律ノ精神不明
 ナルトキ以テ常ニ內國法ニ依ルヘシトシ內國法ニノミ重キヲ置ク事ハ國際私
 法ノ法則ヲ要スル根本ノ觀念ヲ無視スルモノト謂フヘキナリ即チ此學說ハ本
 日ニ於テハ行ハレザル點ヲ以テ「條約」等ノ點ニ對シテ「條約」ハ「條約」
 「ラセ」ニ「千八百四十四年」ヨリ「千八百五十年」ニ涉リ「現今羅馬法」系統下題ス
 ル大著述ヲ爲シ其第八卷ニ於テ法律抵觸問題ヲ論究スルニ當リ此問題ハ單ニ
 主權獨立ノ原則ヲミシテ依テ各國ハ自國ノ法律ヲモテ其國內ニ於テ施行シ
 主權獨立ノ原則ヲ依テ各國ハ自國ノ領地外ニ於テ其法律ヲ施行セラル

ルコトヲ要求スルコトヲ得ストスルコトノ依リテ之ヲ説明スルニ足ラズ
 ルコトヲ喝破シ若シ此ノ如キ原則ヲ絕對ニ行フモノトモハ其結果ハ外國人ノ
 權利ヲ全ク否認スルニ至ルヘキコトヲ明カニシ更ニ進ミテ近世文明國ノ法律
 ニ於テハ内外人ノ私權平等主義ヲ認ムルニ至リタリト雖モ此平等主義ノ依
 リテ尙ホ此抵觸問題即チ國際私法の問題ノ全部ヲ説明スルコト能ハサルコ
 トヲ明カニセリ自ラ説ヲ立テテ曰ク第一ニ一國ノ立法者カ法律抵觸問題ニ連
 用スヘキ原則ヲ定メタル場合ニ於テハ裁判官ハ固ヨリ之ニ從フヘキモノナリ
 トモ現今ノ有様ニ於テハ何レノ國ニ於テモ斯ル立法上ノ規定甚タ不完全ニシ
 テ或ハ何等ノ規定ヲモ設ケザル國アルヲ以テ今日ハ諸國ニ立法的規定アル
 ル明文ノ存セザル場合ニ於テハ立法者カ自國ノ法律ノミヲ適用スヘキモノト
 命シタルモノト解釋スヘキモノニ非ス寧ロ反對ノ解釋ヲ採リテ内外國法律ヲ
 同一視シ各國民間ノ交通往來ノ發達ヲ助ケル目的ニ適合スヘキ法律ヲ適用ス
 ヘキモノト解釋スヘキモノナリト云フニ在リ

此ノ如ク内外ノ法律ヲ平等ニ取扱フ所以ハ各國民共同ノ利益ノ命スル所ニ從

セ内外人ノ保護ヲ平等ニシ獨リ權利享有ノ點ニ付テ平等ナルノミオラス更ニ
 司法上ノ平等即チ何レノ國ニ於テ裁判スルモノ同ク法律關係ノ常ニ同一ニ判
 決ヲ受ケルニ至ルヘキ司法上ノ同一ヲ要スル原則ヨリ由來スルモノナリ而シ
 テ吾人ヲシテ現今斯ル思想ヲ起シタル基礎ハ何レニ在リヤト云フニ近世各
 國民間ノ國際法上ノ共同團體ノ觀念カ根據ト爲ルモノニシテ各國民間ニ共通
 ノ法律思想共通ノ道德及ヒ實際上ノ共通便宜ハ吾人ヲシテ斯ル觀念ヲ認メテ
 得テ得ザラシムルニ至ルモノト考フ所ナリ隨テ内外法律間ニ抵觸問題ニ付テ
 モ尙ホ國內ニ於ケル地方特別法ノ抵觸問題ト同ク此法律共同ノ原則ニ依リ
 テ決定スヘキモノトセリ換言スレバ内外法律ノ抵觸問題ヲ解釋スルニ當リテ
 ハ内外法律ヲ同等同權トシ二者ノ間ニ優劣輕重ノ區別ヲ設ケスシテ法律關係
 ノ固有ノ性質上ヨリ所屬スル法域ヲ確定シ其法律關係ノ屬スル土地ノ法律ヲ
 適用スヘキモノトセリ隨テ此原則ノ結果トシテ外國法ヲ適用スルニ從テ來ル學
 者カ考フ所カ如ク國際間ノ禮讓又ハ好意の讓歩ノ結果ニ非ス又裁判官ノ任意
 ノ判定ニ依ルヘキモノニ非スレテ法理上ノ必要ヨリシテ外國法ヲ適用スル所

ノ死亡等ニシテ單ニ內國法律ニ存在セザルノミニ非スシテ其存在ヲ許サザル法律制度カ前ノ法律共同ノ原則ニ依リ適用セラルベキ法律ト爲ルトキハ斯ル外國法律ハ之ヲ適用スルコトヲ得サルモノトセリ

次に「ラビニール」以上ノ原則ニ從ヒ法律關係ノ性質上適用セラルベキ法律ヲ發見スルノ方法トシテ當事者ノ住所物ノ所在地法律行爲ヲ爲シタル土地及ヒ裁判所所在地ヲ基礎トシテ一切ノ法律關係ハ此等ノ土地ニ屬スルモノト考ヘ人ハ其住所ニ依リテ其土地ノ法律ニ服從スルモノナレハ人ノ身分能力ニ付テハ法律關係ハ其當事者ノ住所地ニ其根據ヲ有スルモノトシテ並ニ住所地主義ヲ採レリ其他ノ法律關係ニ付テモ亦必ス一定ノ本據地ヲ有スルモノトシテ不動產ハ其所在地ニ本據ヲ有シ又法律行爲ニ付テハ債務者ノ住所地ニ其本據ヲ有スルモノトシ公益ニ關スルコト若クハ訴訟手續ニ關スル法律關係ハ裁判所所在地ニ其本據ヲ有スルモノトシ各其本據ノ法律ヲ適用スベキモノトセリ此ノ如ク各種ノ法律關係カ其性質上ヨリ屬スル所ノ本據即チ法域ヲ研究スルヲ以テ此學問ノ目的トスルナリ

「ラビニール」以上ノ如ク總テ法律關係ノ本據ヲ發見セント企テシカ法律關係ハ必スシモ常ニ一定ノ土地ヲミニ關係スルニ非スシテ同時ニ幾多ノ土地ニ關係ヲ有スルコトヲ得ルモノナリ且法律關係自體ハ之ニ適用セラルベキ法律カ定マリタル後ニ於テ始メテ法律關係タルコトヲ知り得ベキモノナレバ未ダ適用セラレ得ベキ法律カ定マラサル前ニ法律關係ノ本據ヲ發見セントスルハ論理上ノ循環論法ニ陥リ到底其目的ヲ達スルコト能ハサル方法ナリ而シテ斯ル缺點ハ「ラビニール」カ實際上ノ目的ヲ達シ得ナリシト云フニ過キスシテ其原則自體ハ始メテ斯學ニ完全ナル法理上ノ基礎ヲ與ヘタルモノニシテ國際私法學ノ研究ハ内外法律ノ共同ト云フ思想ヨリ立論シテ其法律關係ノ性質上適用セラレベキ法律ノ適用區域ヲ定スルニ在リト説明セシ一事ニ至リテ其實ニ近世國際私法學ノ始祖タル名譽ニ負カサルモノト謂フヘシ

「ラビニール」ノ學說カ歐米各國ノ學者ニ與ヘシ影響ハ實ニ偉大ナルモノニシテ爾來獨逸法學者ハ勿論歐洲大陸ノ學者及ヒ英米ノ國際私法學者モ亦或ハ直接或ハ間接ニ皆「ラビニール」ノ學說ヲ基礎トスルモノモシテ現今ノ佛蘭西伊太利ノ學

ノ例外ヲ認ムルハ即チ「サビニ」ノ絕對的強行法ノ例外ヲ借リ來リタルモノニシテ其學說ノ根據ニ於テ「モサビニ」ト同シク法律ノ共同ヲ基礎トスルモノナリ然ルニ「サビニ」カ例外ヲ認メシハ法律共同ノ原則ヨリ由來スル缺點ヲ補フノ必要ヨリ出テタルモノニシテ法律區別ノ一方法タリシモノナリ然ルニ伊太利佛蘭西學派ハ此區別ヲ以テ直チニ法則自體ノ區別トシ之ヲ屬人法ノ原則トシテ例外トニ區別スルカ如キハ其當ヲ得タルモノニシテ「パール」ノ所謂徒ニ華文ヲ弄シテ論理ノ不正確ヲ蔽フヘントスルモノト謂フヘシ也

此學派カ法律ハ總テ屬人法ナリトスル原則ヲ理論上其根據ナキヲミナラス事實ニ於テ其反對ヲ證明セラルルナリ即チ總テノ法律カ屬人法ナルニ非スレバ既ニ三大例外ヲ認ムルヲ以テ此例外ニ屬スル法律ト原則タル屬人法トヲ比較スルトキハ例外ハ所謂原則ヨリモ其範圍廣ク何レカ原則タリ何レカ例外タルカハ之ヲ斷言スルコトヲ得ザルナリ且此學說ニ從テ屬人法タル法律ハ一言ニシテ之ヲ言ヘハ人ノ身分及ヒ能力ニ關スル法律ノミニシテ其他百般ノ法律關係ニ付テハ皆屬人法以外ノ法則ニ依ルヘシモノトモリ然リ而シテ身分能力

ニ付キ屬人法ノ原則カ認メラルル所以ハ敢テ其人ノ便宜ヲ目的トスル規定ナルガ爲メニ非スシテ獨逸學派ノ所謂内外人交通上ノ必要ヨリ事物自然ノ性質ニ最モ適スルコトトシテ屬人法タルコトヲ認メラルモノナレハ佛伊學派ノ如ク總テノ法律ハ原則上屬人法ナリト謂フコトヲ得タルナリ向ホ其例外ヲ詳ニ研究スルトキハ畢竟再ヒ「サビニ」ノ例外ニ歸著スルモノニシテ屬人法ト相對スヘキ例外ト爲ルヘキモノニ非ス此事ハ他日國際公安ヲ述ブルトキニ詳説スヘシ也

第四節 英、米ノ學說

英米ニ於テハ國際私法ハ英國法ノ一般ノ法律ト同シク所謂コンモンロー即チ慣習法ノ一部分トシテ發達シタルモノナリ且英米ノ此慣習法ハ第十七世紀ノ和國學派ヲ承繼シタルモノニシテ英國人ノ保守主義ト相映テ今日ニ至ルニテ學說ノ進歩ハ甚ク遲延タルモノナレハ學說上ニ於テハ佛蘭西若クハ獨逸等ト比較スルコト能ハス然レトモ英米ノ學說ハ實際ニ適切ナルモノナレハ或英

米ノ法則ハ甚タ理論ニ適セザルニモ拘ハラヌ尙ホ他國ニ於テ實際上之ニ做ラ所抄シトセザルナリ又一ノ點ニ付テハ英米ノ法則又ハ學說ハ歐洲大陸ノ學說ノ缺點ヲ補フニ足ルモノニシテ近世諸國ノ立法例又ハ著書ニ於テ英米ノ主義カ歐洲大陸ニ採用セララル所少シトセザナリ

英國ノ一般ノ學說ハ猶ホ和蘭學派ト同シク領地主權ヲ基礎トシテ內國法ヲ適用スヘキコトヲ原則ト爲シ外國法律ヲ適用スルコトハ寧ロ例外ニ屬スルモノトセリ且例外タル屬人法ハ當事者ノ住所地法ニシテ本國法ニ非ス是レ英米ニ於テハ地方ニ依リ法律ヲ異ニスルノ結果トシテ國內法ノ低觸ニ付テ當事者ノ住所主義ヲ採ルカ故ナリ是レ歐洲ノ學說ト大ニ異ナル點ナリトス尙ホ異ナル一點ハ英米ノ學者ハ一般ニ言ヘハ外國法ノ適用ハ國際禮讓ヨリ由來スルモノト考ヘ法理上ヨリ之ヲ適用スヘキ必要アルコトヲ認メタルモノ多キコト是ナリ

第四章 國際私法の立法の沿革

第一節 國內の立法の沿革

第一項 實質的の沿革

文明諸國ニ於ケル國際私法ナル法律ノ沿革ヲ見ルニ斯ル規定ハ第十八世紀ノ結末以來始メテ諸國ノ法典ニ掲載セララルニ至リタルモノニシテ其以前ニ於テハ殆ト絶テ無カリシナリ即チ第十八世紀ノ終ニ制定サレタル普瀋西ノ普通法總則中ニハ國際私法ニ關スル規定ヲ掲載シ之ニ次テ第十九世紀ノ劈頭ニ公布セラレ近世諸國ノ法典ノ模範ト爲リタル佛國民法ハ其前加編第三條ニ於テ國際私法ノ三箇ノ原則ヲ規定セリ爾來歐洲諸國ノ法典ハ概テ此佛國民法ヲ模範トシ民法ノ總則或ハ前加編ト稱スル部分ニ於テ國際私法の規定ヲ設クルヲ以テ例トスルニ至レリ而シテ其規定ノ實質的の沿革ハ漸次單純ヨリ複雜ニ赴キ各國民間ノ交通往來益々頻繁ト爲ルニ隨ヒ漸ク其規定ヲ増加スルニ至レリ即チ千八百三年ノ佛國民法ニ於テハ僅ニ一箇條ナリシニ千八百十一年ノ奧太利民法ニ於テハ更ニ數箇條ヲ増加シ千八百二十九年ノ和蘭法例ニ於テハ六箇條ノ

規定ヲ設ク次ヲ千八百六十五年ノ伊國法例ニ於テハ七箇條ノ規定ヲ設ケタルニ至レリ之ト相前後シテ制定シタル瑞西諸州ノ民法千八百六十八年ノ葡萄牙民法及ヒ千八百八十九年ノ西班牙民法等ニ於テハ皆其前加編中ニ五六箇條或ハ七八箇條ノ規定ヲ掲ケ千八百八十八年ノモンテナグロ財産法ニ於テハ其冒頭ニ國際私法ノ大原則五箇條ヲ掲ケ更ニ第六編中ニ補則トシテ國際私法の規定十五箇條ヲ規定シタリ然ルニ第十九世紀ノ結末ニ成リタル獨逸民法ニ於テハ此等ノ規定ヲ以テ尙ホ不十分ナリトシ民法施行法中ニ國際私法ノ規定三十五箇條ヲ規定シ又獨逸民法ト相前後シテ成立シタル我法例ニ於テハ更ニ之ヲ増補シテ二十八箇條ノ規定ヲ設ケタルニ至レリ之ニ加フルニ我國ニ於テハ商法施行法中民事訴訟法中及ヒ破産法案總則中ニ於テ尙ホ二三ノ國際私法の規定ヲ掲ケタルヲ以テ之ヲ總括シテ比較スレハ近世文明國中國際私法の規定ノ最も詳細ナル立法例ハ則チ我國ニ於テ之ヲ見ルト謂フコトヲ得ヘシ

第二項 形式的沿革 (法典體裁上ノ沿革)

國際私法の規定ハ一國ノ法典上如何ナル地位ヲ有スルモノナリヤヲ考フルルニ此規定ハ元來法律ノ適用區域ヲ定ムル規定ナルヲ以テ法律ノ解釋又ハ適用ノ關スル一般ノ規定ト共ニ之ヲ民法ノ總則中ニ掲ケラレタルヲ以テ始メトス斯ル體裁ハ佛國民法カ其母法タル羅馬法典ニ則リテ法律ノ效力適用及ヒ解釋ノ關スル總則ヲ法典ノ冒頭ニ掲ケ之ヲ前加編ト稱シタルニ濠洲スルモノニシテ爾來歐洲諸國ノ法典ハ皆之ヲ模倣セリ然ルニ千八百二十九年ノ和蘭ノ法例ニ於テ始メテ此慣例ヲ破リテ民法ノ範圍ヨリ分離シテ王國立法ノ總則ナル名稱ノ下ニ特別ノ法律トシテ之ヲ公布セリ次テ伊太利ノ法例モ亦之ヲ民法ヨリ區別シテ一般法律ノ公布解釋及ヒ適用ニ關スル規定ト題シタル以テ法例ハ稍々特別法タルノ形式ヲ成スニ至レリ然ルニ近來獨逸民法編纂セラルルニ際シ其第一草案ニ於テハ之ヲ民法ノ總則ノ冒頭ニ掲ケントシ第二草案ニ於テハ國際私法の規定ヲ特別ノ一編トシ第六編外國法ノ適用ト題セシモ確定法文ト爲ルモ及ヒテ遂ニ之ヲ民法施行法ノ總則中ニ掲ケタルカ如キハ立法史上ノ一例外ヲ爲スモノニシテ獨逸民法施行法ハ其國體上ノ原因ヨリ他國ノ民法施行法ト異

ナル特質ニ由來スルモノナリ我國ニ於テハ編譯法典編纂ノ成ルニ當リ法律ニ效力適用及ヒ解釋ニ關スル規定十七箇條ヲ一括シテ之ニ法例ナル名稱ヲ付シ獨立ノ法律トシテ之ヲ公布セラレタリ其後此法例ハ他ノ法典ト共ニ修正セラレ現行法例ハ明治三十一年六月法律第一號ヲ以テ之ヲ公布セリ故ニ法例ハ我國ニ於テ始メテ民法ヨリ獨立分離セル一種特別ノ法律タルコトヲ明カニシタルモノニシテ法典編纂ノ體裁上ニ於テ伊國立法例ヨリ更ニ一歩ヲ進メタルモノト謂フヘシ

我國ニ於テハ法例ナル語ハ一般法律ノ適用ニ關スル總則ト云フ意味ヲ有スルモノニシテ民法タルト商法タルト將タ公法タルトヲ問ハズ法律ノ適用ニ關スル總則ヲ意味スルモノナリ隨テ之ヲ民法施行法若クハ民法ノ總則ト爲スコトヲ得ス而シテ法例ナル語ハ尙ホ一ノ異ナル意味ヲ有シ或ハ法律ノ適用ニ關スル總則ヲモ亦法例ト稱スルコトアリ即チ刑法ノ法例商法ノ法例等亦如シ斯ル法例ハ特別ノ法例ニシテ茲ニ所謂法例ハ一般普通ノ法例ナリ隨テ此ニ様ノ法例ハ普通法ト特別法トノ關係ヲ爲スモノト謂フヘシ又法例ノ內容實

質ニ付テ謂フニキハ昔時ハ法例ハ或ハ憲法上ノ規定ヲモ包含シ法律適用ノ規則タルト同時ニ立法上ノ規則ヲモ規定シタリ後ノ和蘭國法例並ニ王國立法ノ總則ト題シタルガ如キハ即チ當代ノ思想ヲ現シタルモノナリ然ルモ近來ニ於テハ一方ニ於テ憲法整頓並ニ法律學ノ發達スルト共ニ多クハ規定ハ或ハ學理上ノ原則トシテ之ヲ削除スルレ或ハ憲法上ノ規定トシテ之ヲ分離セラレルニ至リ現今ニ於テハ法例ハ法律ノ適用ニ關スル規定ノ一部ヲ揭ク所以ト例トシ殊ニ國際私法ニ關スル規定ヲ以テ其主要ナル部分ヲ成スモノト謂ルニ至リタリ尙ホ我國ニ於テハ法例ナル語ニ付テハ種種異沿革アリテ遽タハ支那古代ノ法典ヨリ出テタルモノナリ故トテ知ルヘシ

更ニ法例ノ內容ヲ云ハハ三箇ノ事項ヲ規定セリ第一ハ法律ヲ施行時期ニ關スル規定ニシテ法律ハ如何ナル時ヨリ法律トシテ施行スルハキヤヲ規定スル法例第一條即チ是ナリ第二ハ慣習ノ效力ニ關スル規定ニシテ如何ナル慣習カ法律ト同一ノ效力ヲ有スルヤヲ規定スル法例第二條即チ是ナリ第三ハ即チ國際私法の規定ニ關シテ内外法律ノ適用區域ヲ明カニシタルモノナリ法例第三條乃至

第二節 國際的立法の沿革

國際私法ハ其規定ハ性質上文明諸國カ治ク之ヲ採用スルニ非テ以テ其目的ヲ全クスルコト困難ナルヲ以テ國際私法學者ハ各國ノ立法者ヲ導キテ列國共通ノ國際私法の規定ヲ採用スルニ至ランコトヲ努メ又各國ノ立法者モ漸ク其必要ヲ認メテ國際私法ノ統一ニ關スル列國會議ヲ催スニ至レリ彼ノ南米諸國ノ間ニ於テハ千八百七十八年所謂リマ條約草案ヲ議決シタル以來千八百八十八年再ヒモンテロデオニ會議ヲ開キ國際私法ニ關スル規定ヲ國際條約ヲ以テ統一センコトヲ努ムルニ至レリ然ルニ斯ル企圖ハ歐洲大陸ニ於テモ亦近來益發達シ千八百九十三年以來和蘭國政府ハ歐洲列國政府ヲ誘引シテ國際私法會議ヲ開クニ至レリ此會議ハ爾來千八百九十四年及ヒ千九百年ニ開會セラレ國際私法ノ統一ニ關スル歐洲列國間ノ條約ヲ議決シ其一部分ハ民事訴訟法ニ關スル條約ニシテ千八百九十六年以來既ニ歐洲列國間ニ現行ノ法則ト爲リテ行ハレ居レリ昨年開會ノ第三會議ニ於テハ婚姻法ニ關スル法律ノ抵觸ヲ規定スル

ヲ以テ目的トスル條約十二箇條及ヒ離婚別居ニ關シテ法律ノ抵觸問題ヲ規定スルヲ以テ目的トスル條約十三箇條ヲ定メ更ニ未成年者ノ後見ニ關シテ發生スル法律ノ抵觸ヲ規定スルヲ以テ目的トスル條約十三箇條及ヒ相続財產遺言並ニ遺贈ニ關シテ發生スル法律ノ抵觸ヲ規定スルヲ以テ目的トスル條約十五箇條ヲ議定セリ而シテ始ノ三條約ハ昨年千九百二年六月十二日海牙ニ於テ急ニ歐洲列國間ニ調印スルニ至リ唯歐洲列國中ニ於テ英國及ヒ土耳其カ初ヨリ此會議ニ列席セザリシカ其他ノ諸國ハ露國ヲ除クノ外皆之ニ調印スルニ至リシナリ故ニ將來若シ斯ル條約ノ批准カ交換セララルニ至ルトキハ歐洲大陸諸國間ニ於テハ全ク同一ノ國際私法ヲ採用スルニ至ルモノニシテ是ニ於テカ始メテ國際私法ノ究極ノ目的ヲ全ウスルモノト謂フヘシ唯實際問題トシテ英米兩國ハ此會議ニ列席セズ又露西亞ノ如キモ之ニ調印セズ且其條約ニ規定セル法則ハ諸國ノ異ナル主義ヲ相互ニ讓歩シテ其成立ヲ見ルニ至リタルモノナルヲ以テ將來之ヲ實行スルニ當リ幾多ノ實行上ノ不便ヲ感セシムルニ至ルノ恐ヲシトセズ隨テ果シテ愈々其實行ヲ見ルニ至ルヤ否ヤハ今日未ダ遽ニ斷言スルコ

トヲ得サルモノト謂ハサルヘカラス然レトモ我國ニ於テ國際私法ヲ研究スル者ハ斯ル重要ナル國際條約ヲ看過スヘカラザル少クモナラス我法例ノ規定ト比較シテ其異同ヲ研究シ以テ將來我國カスル條約ニ加盟スヘキヤ否キノ問題ヲ解釋モンコトヲ期セサルヘカラス(海牙會議ノ成果タル國際私法條約ハ國際私法ノ研究上常ニ比較スルコトヲ要スルカ故ニ明治三十六年一月及ヒ二月ノ法學協會雜誌ニ其翻譯ヲ掲載セリ讀者ハ宜シク之ヲ熟讀セラズヘシ)

第五章 國際私法研究ノ方法及範圍

第一節 研究ノ方法

國際私法ノ研究方法ハ學者ニ依リ多少其趣ヲ異ニシ一定ノ方法ナラズ非テレトモ之ヲ大別スルトキハ英米學派ノ研究方法ト歐洲大陸學派ノ研究方法トハ相異ナレリ更ニ他ノ方面ヨリ此區別ヲ言ヘハ英米ノ學派ハ所謂成法的研究方法ヲ採リ大陸ノ學派ハ概シテ理論的研究方法ヲ採ルナリ隨テ英米ノ學派ハ其研究ノ材料ヲ一國ノ制定法若クハ慣習法ニ求メントシ大陸ノ學派ハ其研究

ノ材料ヲ國際的理論ニ求メントシ一國性法律ニ拘泥せずルノ傾向アリ此二種ノ研究方法ハ各長短得失アリテ一概ニ其優劣ヲ論ズルコトヲ得ずレ蓋シ國際私法ノ研究ニ從事スル者ハ必ズ其何レカ一ヲ選ビテ之ヲ主トセザルハ其功ス故ニ此二箇ノ方法ヲ得失ヲ左ニ簡單ニ說明スルニ試ムルハ學派ハ一國內ニ在リ第一理論的研究方法ニ依リテ研究スルモノトシテ大陸ノ學派ハ其研究ノ材料ヲ一國ノ制定法若クハ慣習法ニ求メントシ大陸ノ學派ハ其研究

第二節 理論的研究方法

此研究方法ハ前ニ述ベタルカ如ク歐洲大陸學者ノ一般ニ採ル所ニシテ獨逸ノ「ラビニール」以テ之ヲ泰斗トス此研究方法ハ左ノ二箇ノ性質ヲ有スルニシテ(1) 此學派ハ近世各國ニ於ケル國際私法ノ原則ハ互ニ概テ相同シキコト及ビ近世文明ノ傾向ハ將來此同一ヲ益増進セシムルノ事實ヨリ觀察シテ國際私法ハ文明各國カ暗黙ノ裡ニ認メタル共通ノ法律ヲ成スモノナリト思考スルニ在リ固ヨリ此學派ノ中ニテモ此共通ノ法則カ一國內ニ於テ法律トシテ行ハルルハ其國ノ自由ナル立法權ヨリ由來スルモノトシテ否認セズ又各國ニ於ケル立法例又ハ裁判例ハ多少其推考セル共通ノ法律ノ原則ト異ナル所アル事實ヲ認メサルニ非スト雖モ此學派ノ理想ハ其國ノ世界各國ノ國

際私法ヲ全ク同一ニ歸著スルハ以テ目的上此大原則ハ學理ニ研究
依リテ之ヲ發見シ確定スルコトヲ得ルモノトシ各國ノ國際私法の規定カ正
當ナリヤ否キノ問題モ專ニ此理想的人大原則ニ適合スルヤ否キニ由リテ之
ヲ判定セントスルニ在リ

(四) 此第二ノ特置ハ此學派ハ以上ノ目的ヲ達スルカ爲メニ萬國ノ立法者ヲ拘束
シ又ハ導クニキ原理原則ヲ發見スルコトヲ以テ目的トセリ隨テ斯ル研究方

(一) 法ヲ探ル學者ハ現在現行ノ國際私法トシテ如何ナルモノカオト問フ問題ヨリ知
ラズ識ラズニ理ニ國際私法トシテ如何ニアルベキモノカオト問フ問題ニ移リテ

其論究スルナリ隨テ此等ノ學者カ國際私法名稱スルモノハ一片ノ學理ニシテ
各國ニ現行ノ法則ニ非スト知ルヘシ

此研究方法ノ長所ヲ言ヘハ此方法ハ(一)諸君ニ國際私法ノ學理ハ一國內ノモ
限ラズシテ各國ノ間ニ共通スル性質ヲ有スルモノニシテ各國ノ國際

私法の規定モ亦同キ所多キコトヲ知ラシメ(二)裁判官カ法律關係ニ適用
スルキ法律ヲ選定スル若キハ一國ノ國際私法の規定ヲ適用スルニ當リ一國內ノ

便宜益又ハ立法ノ文字等ノモ拘泥セズシテ廣ク一般ノ正義便宜又ハ各國民
間ノ交通上ヨリ之ヲ適用シ解釋セザルニカテテ情勢ニ依リテ在テ

然レドモ此方法ハ又左ノ二大缺點ヲ有ス即チ(一)此學派ハ動モ其範圍ニ
現在ノ成法ヲ輕シテ之ヲ攷究シ其精神ヲ明カニスルニ努メタルノ弊

其探リ亦リテ直チニ之ヲ法律ナリトシテ說明シ世界各國何レノ國ニ於テモ尙
其未タ認ララザル空論ヲ掲ケテ敢テ各國ノ立法者裁判官ヲ指導スルノ原

則チナリト論定スルハ危險アリト云フニ至リ(二)學派ノ發見スル範圍ハ
第二ニ成法の研究方法ニ關シテ其限ヲ窮テタルモノニ非ズ

此研究方法ハ米國ノ「スト」下リ下リ始祖トシ英美法學者ノ一般ニ採用スル所ナ
リ彼ノ佛國ノ「アネリ」タス「ス」如キ近時獨逸「カ」下「シ」如キ大陸法學者亦往往之

ヲ採ル者ナキニシモ非ズト雖モ寧ろ例外ニ屬スル限外ニ其範圍ヲ擴張スル
此學派ハ國際私法ハ最も嚴正ナル意義ニ於ケル一國ノ法律ニシテ其法カ以テ

立法法シ施行スル國家ノ主權ヨリ由來スルコトヲ基礎トシテ之ヲ研究スル所

故に各國共通ノ法則ヲ考究スルニ非ズ、一定ノ國ニ行ハレタル國際私法ヲ研究スルヲ以テ主義トシ、隨テ外國ノ法制ヲ參考シ、二論究ノ必要ナル其目的ヲ以テ所定ノ國ノ法律上國際私法ノ規定ノ原則果シテ如何ヲ明明スルニ在リ、三即チ此派ハ國際私法ト云フ法則如何ナルモ、四其意義ヲ說明スルニ非ズ、五其目的トシテ國際私法ト如何ニアラベキモノ、六其意義ヲ發見スルニ非ズ、七其法則ハ此研究ノ原則トシテ大長所ハ一國ノ裁判官ノ法律適用上ノ準則ト爲ルヘキ原則ハ其國內ノ法律トシテカラス、八及如何ナル原理檢言ニテ一國ノ原理ハ一部分ヲ成スニ非ズ、九法律ニ非ズ、一〇裁判官ノ拘束セズトシ、一一大原則ノ原理ハルコトヲ常ニ諸君無腦ニ記憶セシムルニ在リ、一二隨テ理論的研究方法トシテ空想空論ニ陷ルノ憂ニシテ然レ、一三此研究方法ノ缺點ハ前ニ揭ケタル理論的研究方法ハ二箇ノ長所ヲ忘却シ、一四國際私法ノ原則ハ各國ノ共通ノ性質ヲ有スルモノト見看過シ、一五且自國ニ現行ノ國際私法ト如何ニ學理ヲ通セズ、一六其進歩改良ヲ圖ルコトヲ努メサルハ、一七弊アルコト明ク是ナリ、一八吾國學界ハ吾國與

二者ノ長短得失概テ此ノ如シ、一九今我國ニ於テ國際私法ヲ研究スル者ハ二者何レニ據ルヲ以テ正當トスヘキヤ、二〇決セザルヘカラス、二一而シテ學理ノ研究ハ唯リ現行法律ノ解釋ヲ全クスルノミニ止マラス、二二更ニ進ミテ其不備缺點ヲ明カニシ之カ進歩改良ヲ促スヘキ原理原則ヲ研究スヘキモノナルコトハ固ヨリ其所ナリトスト雖モ、二三凡ソ法學ノ研究ハ學理ノ進歩ヲ企圖スルヨリ、二四事ハ自國ノ法律ノ意義及ヒ精神ヲ明カニシ、二五法律ヲ實際ニ適用スル點ニ至リテハ更ニ遺憾ナキコトヲ以テ第一ノ急務トセザルヘカラス、二六且我國ニ於テハ國際私法ノ詳細ナル規定ハ新ニ制定セラレテ之カ研究ハ日向ホ淺ク、二七其精神未タ世人ニ明カナラサル今日ニ於テハ、二八第二ノ成法的研究方法ニ依リテ先ツ我國現行國際私法ノ原理ヲ考究スルコトハ極メテ必要ナリト謂ハサルヘカラス、二九然レ、三〇之ヲ以テ止ムルトキハ前述ノ如キ狹隘ナル見解ニ陷ルノ弊アルヲ以テ我制定法ノ原理ヲ研究スルト同時ニ併セテ歐米諸國ノ學說及ヒ立法例ヲ比較研究シ、三一以テ理論的研究方法ノ長所ヲ採用スルコト亦極メテ必要ナリ、三二故ニ彼ノカーンチ國際私法ハ一國內ノ法律ナレトモ、三三其研究方法ハ國際のナリト明白シ、三四如キ者ハ第二ノ方法トシ

依リ我國制定法ヲ研究スルト同時ニ第四ノ方法ニ基テ探テ其範圍ノ學說及立法例ノ比較研究ヲ以テ之ヲ補フニ欲スルモノハ國籍主義ニ

第二節 研究ノ範圍

國際私法ノ研究ハ如何ナル範圍ニ及フヘキモノナル歟ハ斯學ヲ研究スルニ先テ豫メ明カニセザルヘカラス抑モ斯學ノ範圍ハ内外法律ノ適用區域ヲ定ムルヲ以テ本領トスルモノナルモ是レモテハ未タ完全ナク普通斯學研究ノ範圍トシテ説明スヘキ事項ハ私法ノ抵觸問題ノ外尙ホ外國人ノ權利義務即チ地位國籍ノ抵觸及ロ外國判決ノ執行是ナリ而シテ此等ノ範圍ノ各事項ニ付テ學者各其見ル所ヲ異ニシ一言説明ヲ要スルモノアルヲ以テ左ニ之ヲ説述スル第一私法ノ抵觸問題 國際私法ノ研究ハ主タル目的物トスルコトハ各國法學者ノ一致スル所ナリ然レモ所屬抵觸問題ハ唯私法ハ抵

觸問題ノミナルヤ或ハ公法ノ抵觸問題ヲモ包含スルヤ否ヤニ付テハ學者間ニ一定シタル意見ナシ通常ハ一般ノ私法ヲ包含スルモノトシ民法商法破産法等ノ抵觸問題ヲ研究スルナリ而シテ民事訴訟法ノ抵觸問題ニ付テモ亦私法的法律關係ニ基テ抵觸問題ナルヲ以テ訴訟法ハ公法ナリトノ説アルニ拘ハラズ通常國際私法ニ於テ之ヲ研究スルヲ以テ例トセリ以上ノ事項ハ學者カ概テ斯學ノ研究範圍トスル所ナレトモ一二ノ學者ハ國際私法ノ研究ハ唯リ民法ノ抵觸問題ニ限ルトスル者アリ例ヘハ白耳義ノローラン獨逸ノチーデルマン等ハ此主義ヲ採用スル者ナリ

而シテ公法上ノ抵觸問題殊ニ刑法ノ抵觸問題及ヒ犯罪人引渡問題ニ付テハ或ハ之ヲ國際私法ノ範圍ニ屬スヘキモノナリトシ或ハ之ヲ國際公法ノ範圍ニ屬スヘキモノナリトシ或ハ又之ヲ特別ノ一學科トシ國際刑法トシテ之ヲ研究スヘキモノナリト唱フル者アリ第一ノ説ニ屬スル者ハ佛蘭西ノフニリアクニシトチー或ハ獨逸ノバール伊太利ノフィオーレ等ナリ此等ノ學者カ刑法ノ抵觸問題ヲ國際私法ノ範圍ニ屬スルモノナリト云フ理由極此問題ニ付テハ其研究ノ目

的トスル所ハ各國ノ法律ヲ調和シテ各國ノ利益ハ正當ニ支配スルニ在リ
 ヲ定ムルニ在リトスルヲ以テ隨テ其研究ノ方法ハ國際私法ト同一ノ方法ニ依
 ルモノナルカ故ニ學問ノ研究上同一ノ學科ニ屬スルモノトセルナリ次ニ之ヲ
 國際公法ノ範圍ニ屬スルモノトスル學者ハ例ヘバ「フール」ニ「ゾバニ」ニ「クムイ
 ス」等ノ諸家ナリ其理由トスル所ハ刑法ノ抵觸問題ハ直接ニ國家ノ刑罰權ノ抵
 觸問題ニシテ一私人間ノ權利關係ニ非ス故ニ國際關係ヲ研究スル國際公法ニ
 屬スヘキモノトスルニ在リ

又之ニ所謂國際刑法ナル名稱ヲ與ヘ之ヲ獨立ノ一學科ナリト唱道スル者ハ例
 ヘバ「マイリー」ニ「シムル」及ヒ「英米多數ノ學者等」其理由トスル所ハ此問題
 ノ關係スル所ハ國際私法ニモ屬セズ又通常ノ國際關係ト其趣ヲ異ニスル關係
 ナルヲ以テ特別ニ之ヲ研究スルコトヲ必要ナリトスルニ在リ予ノ講義ニ於テ
 モ此最終ノ說ヲ採用スルモノニシテ所謂國際刑法ニ屬スル問題ハ此講義ノ範
 圍外トシ他日開テラハ此問題ニ付特別ノ講筵ヲ開カントスル事ヲ期スル事
 第二 外國人ノ地位 公法ハ神國則取ニ付合ニテ吾人ニ付テハ學問ニ

國際私法學者ハ或ハ外國人ノ地位ヲ以テ斯學ノ範圍ニ屬セザルモノトスル者
 ナリ殊ニ「英米ノ學者及ヒ獨逸ノ學者」此說ヲ爲ス者多シトス然ルニ「佛伊ノ學
 者」於テハ國際私法ノ研究ハ外國人ノ地位即チ權利ノ研究ヲ以テ始ムルニ常
 トシ今理論上ヨリ單純ニ考フレバ外國人ノ權利自體ハ或ハ斯學ノ範圍ニ屬ス
 ヘキモノニ非スト謂フコトヲ得ヘシト雖モ此學問ノ研究ノ前提條件トシテ外
 國人ノ地位ヲ研究スルコト必要ナリトス抑國際私法ニ於テ外國の元素ヲ有ス
 ル法律關係ニ内國法又ハ外國法ヲ適用スヘキヤ否ヤノ問題即チ所謂法律ノ抵
 觸問題ヲ研究スルハ既ニ其外國人カ内國ニ於テ斯ル法律關係ニ付テ權利ヲ享
 有スヘキコトヲ前提トセル結果ナリトス若シ外國人カ如何ナル權利ヲ内國
 ニ於テ享有セザルモノトスルトキハ國際私法ノ問題ハ固ヨリ發生シ得ヘカラ
 ザルナリ新ニ關係アルカ故ニ彼ノ國際法協會ニ於テ「一千八百八十年」オラタス
 「ド」會議ニ於テ法律ノ抵觸問題ニ關係スル國際私法ハ「八大原則」決議スル
 ニ當リ「第一」ニ外國人ノ私權ノ享有ニ關スル原則ヲ掲グルニ至レリ故ニ此
 學問ヲ研究スル者ハ先ツ外國人ノ地位ヲ研究スルコトヨリ始ムルヲ正當ナル

順序下決定スル答へ決マ代國人ノ裁判權ヲ得ルモノトモ決ムモノトモ五當ニハ
 第三ノ國籍第一ニ代國人ノ意圖ノ奉旨ニ關スル取限ヲ設ケルニ至リテ始メ其
 國籍法ハ國公法ナレド内外國籍法ノ抵觸問題ニ付テハ通常ノ私法ノ抵
 觸問題ト區別スルニ必要ナキヲ認ミナラズ國際私法ノ法則ヲ定ムルニ當リテハ
 先ツ國籍ノ抵觸ヲ解決シテ一箇人ハ何レノ國籍ヲ有スルモノト看做スルニ
 問題ヲ決定セザルヘカヲタルヲ以テ國籍自體ノ抵觸問題ハ通常國際私法
 研究ニ屬スルモノトシテ併セテ之ヲ研究スルモノナリ現ニ我法例ニ於テモ之
 カ爲メニ規定ヲ設ケタリ此點ニ付テハ歐米ノ學者皆一致スル所ナレドモ更
 進ミテ國籍自體ノ取得又ハ喪失ヲ研究スルニト換言スレバ我國ノ國籍法自體
 ナリ此點ニ付テモ佛伊ノ學派ハ之ヲ國際私法ノ先決問題トシテ國際私法中ニ
 研究スルヲ例トス此諸點ニ於テ亦研究ノ便宜上國籍ヲ略説スルヲ以テ節
 ナク國際私法ニ於テ研究スルニキ事項ヲ示セ左ノ如シトス然レモ諸國ノ學
 界第一總率外國人ノ地位人ノ地位ヲ以テ學界ノ範圍ニ屬シヤクモナシ

釋 說

○一罪ト數罪並發偽造ノ株券二枚以上ヲ行使シタル場合ニ於テハ其枚數ニ應
 スル式ノ犯罪成立スルモノナリヤ否キニ付キ大審院ハ其行使シタル文書ノ
 種類性質及ヒ其特徴ニ因リテ侵害セラルル法益ヲ異同ヲ標準トシテ決スルニ
 モント爲シ説明シテ曰ク「原判文ヲ閱スルニ被告等ハ偽造ニ由ル九州鐵道株
 式會社株券ノ其手ニ存スルヲ奇貨トシ偽造ノ情ヲ知リテナカラ之ヲ行使シテ金
 員ヲ騙取セント企テ茲云翌十四日右卯之助方ニ被告兩名同道立越シ九州鐵道
 株式會社假株券狀ト題シ一枚十株券ニシテ三百五十圓拂込濟ノ如キ記載アリ
 偽造株券五枚ヲ真次郎ニ交付シ金五百圓ヲ同人ヨリ受取リ之ヲ騙取シタリト
 アリテ被告等ハ貞次郎ヨリ金員ヲ騙取スルノ目的ヲ以テ同時ニ偽造株券五枚
 ノ使用シタルヲ事實トシテ而テ其五枚ノ株券ハ同種同性質ノ私書ニシテ
 其行使ニ依テ侵害セラレ得ル法益ハ全ク同一ナルヲ以テ被告等同一ノ目的ニ出
 タタル所爲ヲ以テ包括的ニ之ヲ行使シタルト原院認定ノ事實不知ザル以

上ハ其所爲ハ罪ヲ構成スルモノト謂ハレテ得テ換言スレバ本件ニ於ケル偽造株券五枚ノ行使ハ其株券ノ數ニ相當ナル結果ヲ生シタルモノニアラス也
 相共ニ一ノ結果ヲ生シタル通過キス故ニ株券數ハ犯罪ノ内容ヲ擴張スルノ作用ヲ爲スニ止マテ犯罪ノ數ヲ增加スルノ效用ヲ爲サザルモノトスル(大審院十五年(刑)第一九二七號(偽造株券行使罪)取附)ハ其理ニ依リテ之ヲ認ムルニ可キ
 ○文書ノ偽造、變造ト無律ニ文書ノ偽造ト變造トノ區別ニ付テハ從舊原則ニ異説アリタル所ニシテ裁判所ニ於テ或ハ偽造ナリト認メ或ハ變造ナリト認ムルコトアリ又或ハ此事ニ關シ近頃實際問題ニ上テ大審院ノ判決ヲ經タル一例ヲ示シテ官文書タル金銀ノ領收書ノ金額記載ノ部ヲ切斷シ餘白ニ他ノ金額ヲ記載シタル事實ニ對シ大阪控訴院ハ之ヲ變造ナリト認メタルヲ大審院ハ廢紙ヲ用ヒタルモノトシテ偽造ト斷シ且擬律ノ錯誤アルモノニ非ストシテ曰ク(偽造ト云ヒ變造ト云フモ共ニ刑法第二百三條ノ適用ヲ受メキモノナルヲ以テ良シ其判定ヲ異ニスルモ法律上何等影響ヲ生スヘキモノニアラザレハ之カ爲メ判決ヲ取消シ又ハ破毀スヘキ限リニ非ナルナリト(大審院明治三十五年(刑)第一八〇九號官文

會要 行政事件明治三十五年十二月九日第一第二刑事聯合部宣言

○討論會 去月七日午後六時ヨリ本校第二講堂ニ於テ第五回討論會ヲ開キ秋山學士會長席ニ著キ出題者谷野學士亦出席セラレ生徒ノ出席者非常ニ多ク二十餘名ノ討論者盛ニ討論シタリ其問題左ノ如シ
 客觀的ニ正當防衛ノ事由ナキ場合ニ於テ正當防衛權アリト信シテ罪ヲ犯シタル者ノ處分如何
 今其各論者ノ論旨ヲ摘録セシニ有罪説ノ要旨ハ正當防衛ハ社會刑罰權ノ例外規定タルヲ以テ最モ狹義ニ解セザルヘカラス而シテ本問ハ客觀的ニ防衛ノ事由ナキ場合ナルヲ以テ正當防衛權ノ發生セル場合ニ非スト謂ハサルヘカラス然ルニ犯罪者カ主觀的ニ防衛權アリト信シタルハ理由ノ錯誤ニシテ刑法上犯罪アリトスルニ妨アルコトナク其意思ト行爲トノ間ノ連結ニ缺タル所ナキヲ以テ犯罪ヲ構成スルコト疑フ容レスト云フニ在リ次ニ無罪説ノ要旨ハ或ハ本問ノ犯人ハ正當防衛ヲ行フノ意思アルモ刑罰法ニ違反スルノ意思ナキヲ以テ刑法第七十七條第一項ニ依リテ無罪ナリトシ或ハ犯人ノ行爲ハ事實ノ錯誤ニ

出タルモノナルヲ以テ同條第二項ヲ適用スヘキモノナリト論シ折衷說ヲ要
 旨ハ凡ソ犯罪構成ノ要件ニ二アリ一ハ積極的條件所爲責任能力故意又ハ過失
 不法行爲ニシテ一ハ消極的條件權利ノ執行放任行爲承諾アルニ基ク行爲是カ
 リ而シテ此兩條件ノ犯罪構成ニ必要ナルハ同一ニシテ輕重アルコトナシ而シ
 テ本問ハ正當防衛權ヲ有セタル者カ正當防衛權アリト信シテ殺傷等ノ行爲ヲ
 爲シタル場合ナルヲ以テ其行爲者ハ權利ノ行使ニ出タルモノナリト誤信シ
 タルモノナリ即チ消極的條件中ニ錯誤アルモノニシテ事實ノ錯誤ニ關ス故ニ
 刑法第七十七條第二項ノ適用上犯意ヲ阻却スルモノニシテ無罪ナリ然レトモ
 其錯誤ハ重大ナル過失ニ原因シ隨テ刑法第三百十七條ニ該當スヘキ場合ハ過
 失犯ヲ以テ論スヘシト云フニ在リキ採決ノ結果多數ヲ以テ無罪說ノ勝ニ歸シ
 終ニ谷野學士ハ各討論者ノ論旨ニ對シテ一一懸篤ナル批評ヲ加ヘ最後ニ自家
 ノ意見トシテ事實ノ錯誤ニ因リ犯罪ヲ阻却スルモノナルヲ以テ無罪ナリト論
 シ若シ事實ノ錯誤カ過失ニ出タル場合ニ於テハ過失犯ヲ以テ論スヘシト論
 セラレタリ

法律學報

第四十號

二月二十五日發行

志林

○最近判例批評(一) 法學博士 藤 謙太郎

○法律行為ノ原因(續) 法學博士 岡本 太郎

○刑事ノ通商手続 法學博士 金井 延

○刑罰(取捨刑罰) 法學博士 山田 謙夫

○刑罰(刑罰制度改革私論) 法學博士 小橋 忠平

○監禁ノ執行 法學博士 一柳 良吉

○監禁ノ執行(續) 法學博士 岡野 敬太郎

○監禁ノ執行(續) 法學博士 志田 友吉

○監禁ノ執行(續) 法學博士 山田 謙一

○監禁ノ執行(續) 法學博士 清水 澄

○監禁ノ執行(續) 法學博士 秋山 雅之介

○監禁ノ執行(續) 法學博士 山田 謙一

○監禁ノ執行(續) 法學博士 山田 謙一

○監禁ノ執行(續) 法學博士 山田 謙一

○監禁ノ執行(續) 法學博士 山田 謙一

○監禁ノ執行(續) 法學博士 山田 謙一

○監禁ノ執行(續) 法學博士 山田 謙一

○監禁ノ執行(續) 法學博士 山田 謙一

○監禁ノ執行(續) 法學博士 山田 謙一

○監禁ノ執行(續) 法學博士 山田 謙一

○監禁ノ執行(續) 法學博士 山田 謙一

○監禁ノ執行(續) 法學博士 山田 謙一

○監禁ノ執行(續) 法學博士 山田 謙一

○監禁ノ執行(續) 法學博士 山田 謙一

○監禁ノ執行(續) 法學博士 山田 謙一

○監禁ノ執行(續) 法學博士 山田 謙一

○監禁ノ執行(續) 法學博士 山田 謙一

○監禁ノ執行(續) 法學博士 山田 謙一

○監禁ノ執行(續) 法學博士 山田 謙一

○監禁ノ執行(續) 法學博士 山田 謙一

○監禁ノ執行(續) 法學博士 山田 謙一

○監禁ノ執行(續) 法學博士 山田 謙一

○監禁ノ執行(續) 法學博士 山田 謙一

○監禁ノ執行(續) 法學博士 山田 謙一

○監禁ノ執行(續) 法學博士 山田 謙一

○監禁ノ執行(續) 法學博士 山田 謙一

○監禁ノ執行(續) 法學博士 山田 謙一

明治三十六年二月十五日印刷
明治三十六年二月十六日發行
定價每式拾五圓

東京市本區本町三番地
新 原 敬 之

東京市本區本町三番地
小 宮 山 謙 一

東京市本區本町三番地
金 子 源 廣 所

發行所 和佛法律學校
東京市本區本町六丁目十六番地
(電話號碼百七十四號)

明治三十二年十二月九日印刷
明治三十二年十二月十日發行
明治三十二年十二月十一日發行
明治三十二年十二月十二日發行
明治三十二年十二月十三日發行
明治三十二年十二月十四日發行
明治三十二年十二月十五日發行
明治三十二年十二月十六日發行
明治三十二年十二月十七日發行
明治三十二年十二月十八日發行
明治三十二年十二月十九日發行
明治三十二年十二月二十日發行
明治三十二年十二月二十一日發行
明治三十二年十二月二十二日發行
明治三十二年十二月二十三日發行
明治三十二年十二月二十四日發行
明治三十二年十二月二十五日發行
明治三十二年十二月二十六日發行
明治三十二年十二月二十七日發行
明治三十二年十二月二十八日發行
明治三十二年十二月二十九日發行
明治三十二年十二月三十日發行