法政大学学術機関リポジトリ
HOSEI UNIVERSITY REPOSITORY

PDF issue: 2025-06-02

法政大學講義録

牧野，菊之助 / 入江，良之 / 板倉，松太郎 / 市村，富久 / 島村，他三郎

(出版者 / Publisher)
法政大學
(巻 / Volume)
30
(号 / Number)
3学年の10
(開始ページ / Start Page)
1
(終了ページ / End Page)
93
(発行年 / Year)
1908-07-31

明治四十一年七月三十日發行

（第參學年ノ十）

四十一年度

法政大學講義錄

第三十號

法政大學發行

0006

四十一年度第三十號目次

行政法各論（自一八七至二二六）　法學士　島村他三郎

民法相續（自二七三至二九一）（完）　法學士　牧野菊之助

表紙及ヒ目次　一〇頁

商法海商（自一三五至一四六）　法學士　市村富久

民事訴訟法（自第六編至第八編）（自四七一至四九二）　法學士　板倉松太郎

國際私法（自一八七至二八二）　法學士　入江良之

雜錄　○大審院判例要旨

090
1908
3-1-10

大體ニ於テ一般醫師ト同一ナルモ文部大臣ノ指定シタル齒科醫學校ヲ卒業シタル者ハ免許ヲ受ケ得ヘキモノトスルヲ異ナレリトス醫師其業務ニ關シ不正ノ行爲アルトキハ免許ヲ取消サレ又ハ一定期間業務停止ノ制裁ヲ受クヘキモノトス

二　藥劑師ニ關スル取締

藥劑師ニ關スル現行法規ハ明治二十二年法律第一五號藥品營業並ニ藥品取扱規則及ヒ明治二十二年內務省令第三號藥劑師試驗規則ナリ藥劑師ハ單ニ藥品ヲ製造シ自製ノ藥品ヲ販賣スル製藥者及ヒ藥品ノ販賣ヲ業トスル藥種商ト其性質ヲ異ニシ藥局ヲ開設シ醫師ノ處方箋ニ依リ藥劑ノ調合ヲ爲スモノヲ謂ヒ一定ノ試驗ヲ受ケ免狀ヲ具有スル者ニ非サレハ其業務ヲ行フヲ得ス藥劑師ハ一人ニシテ二箇所以上ノ藥局ヲ開設スルヲ許サス其支局ヲ設クル場合ニ在リテモ必ス別ニ一人ノ藥劑師ヲ置カサルヘカラス是レ一ノ免狀ヲ有シテ數多ノ免狀ヲ有スルト同一ノ行爲ヲ敢テシ衞生上ニ危害ヲ及ホスノ虞アルヲ防止スルノ趣旨ニ外ナラス藥劑師ハ其藥局ニ疾病治療ニ必要ナル一定ノ藥品ヲ備ヘ置クヘキ義務ヲ負擔ス藥劑師ハ前述ノ如ク藥劑師トシテ製藥者、藥種商ト性質ヲ異ニスレトモ藥劑師ニシテ此等ノ業務ヲ兼ヌルハ固ヨリ禁スル所ニ非ス

三　產婆ニ關スル取締（明治二十二年勅令第三四五號產婆規則）

妊娠、分娩ノ取扱ヲ業トスル產婆モ亦衞生上重要ナル業務ナルカ故ニ一定ノ試驗ニ合格シタル年齡滿二十歲以上ノ女子ニシテ產婆名簿ニ登錄セラレタル者ニ非サレハ其業務ニ從事スルコト

0007

ヲ得サルモノトシ其業務ノ執行上醫業ノ範圍ニ侵入スルヲ許ササルト同時ニ不都合ノ所爲アルトキハ其業務ヲ禁止シ又ハ停止シ得ヘキ職權ヲ地方長官ニ委任セリ之ヲ要スルニ衞生上重要ナル關係アル職業ニ就テハ一定ノ資格アル者ニ就キ其資格ニ相當スル範圍内ニ於テノミ其業務ヲ行ハシメ衞生上危害ヲ生スルノ虞アル者ニ就テハ其業務ノ執行ヲ停止シ又ハ禁止スルヲ以テ現行法ノ大綱ト爲ス

第三項　衞生ニ關係アル設營ニ關スル行政

衞生上重要ノ關係アル病院等ニ關シテハ一般的ニ相當ノ取締ヲ必要トスルニ拘ラス此ノ如キ現行法ヲ缺如ス唯傳染病豫防ノ爲メ市町村ニ於テ設置スヘキ傳染病院、隔離病舍等ニ付テハ地方長官ニ於テ其設備、管理ノ方法ヲ定ムヘキモノトシ其設備標準ニ就キ内務大臣カ地方長官ニ命令ヲ發シタルノ事實アル外此ニ一般的ニ逃フヘキモノナシ

第二款　産業行政

第一項　産業行政ノ範圍

現行法ノ下ニ於テ國家ハ産業ニ關シ如何ナル程度マテ保護干渉ヲ行ヒツツアリヤハ即チ産業行政ノ範圍ニシテ同時ニ産業ニ關シ國家ト國民トノ間ニ生スル權利義務ノ限界ナリ本項ニ於テ之ヲ説明セントス

一　農事ニ關スル事項

(イ)　耕地整理　土地ノ區劃形狀ヲ變更シ道路溝渠ヲ變更廢止シ土地ヲ交換分合スルニ因リ耕地ノ利用ヲ增進スルコト尠少ニ非ス此ノ如キ所謂耕地整理ハ之ヲ個人ノ自由ニ放任スルヨリモ寧ロ國家ノ行政權能ニ依リ保護干渉ヲ加フルヲ以テ産業ノ發達上利益アルカ故ニ明治三十二年法律第八二號耕地整理法ハ耕地整理ノ發起ニ付キ其地區内ニ於ケル一定數ノ土地所有者ノ同意ヲ必要トシ設計及ヒ業務施行上ノ錯誤ヲ避クル爲メ發起人ニ設計書及ヒ規約書ノ作成ヲ强制シ發起ノ認可及ヒ整理施行ノ認可ヲ受クヘキ義務ヲ負擔セシムルノミナラス必要アル場合ニ於テハ設計及ヒ規約ノ變更ヲ命シ得ヘキ强力ナル監督權ヲ定ムルト同時ニ

一　特殊ノ場合ヲ除ク外參加土地所有者ハ整理施行中其土地ヲ利用スルコト能ハサルモ賠償ヲ請求シ得サルコト

二　整理施行ノ爲メ必要アルトキハ損害ヲ賠償シテ整理地區内ノ工作物ヲ移轉シ又ハ破毀シ得ルコト

三　特殊ノ場合ヲ除ク外參加土地所有者ニ對シ整理施行ノ認可ニ關スル異議申立ヲ許ササルコト

四　參加土地所有者ハ整理ニ要スル費用及ヒ夫役ヲ負擔スヘク若シ其費用ヲ完納セサルトキ

ハ市町村税徴收ノ方法ニ準シテ徴收シ得ヘキコト

ヲ定メ以テ參加土地所有者ノ權利ヲ制限スルト同時ニ耕地整理ノ發起人等ニ對シ特殊ノ權利ヲ付與シテ之ヲ保護ス

設計書ニ定メタル工事著手ノ期限後一箇年内ニ工事ニ著手セサルトキハ農商務大臣ハ整理施行ノ認可ヲ取消シ得ルノミナラス必要ト認ムルトキハ著手中ノ整理工事ヲ停止スヘキ旨命令シ得ヘキ職權ヲ有ス

（ロ）害蟲驅除　農事ニ關スル助長行政ノ一トシテ害蟲驅除ニ關スル行政事項アリ明治二十九年法律第一七號害蟲驅除豫防法ハ其根本法規ナリ害蟲驅除ニ關シ地方長官ノ有スル職權ノ主要ナルモノハ

一　害蟲田畑ニ發生シタルトキ又ハ發生ノ虞アルトキハ期限ヲ定メ田畑ノ作人ヲ强制シテ害蟲ヲ驅除セシムルコト

二　若シ田畑ノ作人カ驅除命令ニ從ハサルトキハ市町村ノ費用ヲ以テ代執行シ市町村税徴收ノ方法ニ依リ義務者ヨリ費用ヲ徴收シ得ルコト

三　害蟲蔓延シ又ハ蔓延ノ虞アルトキハ直チニ市町村ノ費用ヲ以テ直接ニ驅除豫防ヲ行ヒ得ルコト

四　前號ノ場合ニ於テハ夫役ノ賦課ヲ市町村ニ命令シ得ルコト

ニシテ土地ノ所有者、管理者ハ驅除豫防ニ從事スル者カ其土地ニ立入ルヲ拒ミ得サルノ義務ヲ負擔スルト同時ニ驅除豫防ノ爲メ生シタル損害ニ對シテハ賠償ヲ請求シ得ルノ權利ナシ

害蟲ノ驅除ニ付テハ地方長官ニ前述ノ如キ强力ナル權限ヲ付與スルカ故ニ監督上驅除スヘキ害蟲ノ種類及ヒ驅除方法ニ付テハ豫メ主務大臣ノ認可ヲ受クヘキモノトセリ

（ハ）蠶病豫防　蠶病豫防ノ爲メニスル助長行政事項ハ明治三十八年法律第二二號蠶病豫防法ニ之ヲ定ム

他人ニ讓渡スル目的ヲ以テ蠶種ヲ製造スル者ハ製造法ノ如何ニ因リ養蠶上ニ至大ノ影響ヲ及ホスヘキモノナルカ故ニ命令ノ定ムル所ニ依リ届出ノ義務ヲ負擔シ一定ノ方法ニ依リ蠶種ヲ製造スヘキ制限ヲ受クルト同時ニ蠶室、蠶具ノ消毒ヲ行ヒ檢査合格ノ蠶種ニ非サレハ之ヲ他人ニ讓渡スルヲ許サス自家用及ヒ學術研究ノ爲メ蠶種ヲ製造スル者ハ其他人ニ及ホス影響微弱ナルカ故ニ原則トシテ前述ノ如キ嚴格ナル義務ヲ負擔セシメスト雖モ蠶病豫防上必要ナリト認ムルトキハ此等ノ者ニ對シテモ亦蠶種製造業者ニ對スルト同樣ノ取締ヲ爲シ得ヘキモノトス

法定代理人ハ民法上ノ關係ニ於テハ未成年者、禁治産者ヲ代表シテ法律行爲ヲ爲スモノナレトモ公法上ノ關係ニ於テハ當然之ヲ代表スルノ權限ヲ定メタルノ法規存在セサルト同時ニ假ニ公法上ノ關係ニ於テ未成年者、禁治産者ヲ代表スル權限アリトスルモ此ノ如キ無能力者カ

0009

公法上ノ義務ニ違反シタル場合ニ於テ當然其法定代理人ヲ處罰シ得ヘキ法律上ノ理由ナキカ故ニ近時ノ立法ニ屬スル各種ノ法規上特ニ法定代理人ヲ斯ル場合ニ處罰スヘキ必要アル事項ニ付テハ明文ヲ以テ之ヲ規定ス「黴病豫防ニ關シテモ豫防法第二五條ニ於テ「營業者カ未成年者又ハ禁治産者ナルトキハ本法又ハ本法ニ基キテ發スル命令ノ規定ニ依リ當業者ニ適用スヘキ罰則ハ之ヲ法定代理人ニ適用ス」ト規定セルハ其一例ナリ營業ノ狀態ニ由リテ多數ノ使用人ヲ使役スルモノニ在リテハ法規ニ依リ義務ヲ負擔スル者ハ營業主ナルコト勿論ナレトモ其義務ニ違反スルカ如キ行爲ヲ現實ニ行フモノハ其使用人ナル場合最モ多シ此ノ如キ場合ニ於テ違法ノ行爲ヲ委任シタルモノト認ムヘキ根據ナキ以上營業主ノ意思ニ非サルヲ以テ抗辯セハ直チニ其所罰ヲ免レ得ヘキモノトセンカ實際上取締ノ效果ヲ收ムルコト能ハサルト同時ニ此ノ如キ場合ニ於テ明文ナクシテ當然營業主ヲ處罰スヘキ法規上ノ根據ナキカ故ニ近時ノ立法ハ此點ニ付テモ亦特ニ明文ヲ設クルモノ多ク黴病豫防法第一六條ニ「當業者ハ其代理人、戸主、家族、同居者、雇人其他ノ從業者ニシテ其業務ニ關シ本法又ハ本法ニ基キテ發スル命令ニ違背シタルトキハ自己ノ指揮ニ出テサル故ヲ以テ處罰ヲ免ルルコトヲ得ス」トノ規定ヲ設ケタリ

（二）肥料取締（明治三十二年法律九七號肥料取締法）

農産物ノ肥料ヲ製造、販賣シ又ハ單ニ之ヲ販賣スル者ニ對シテハ地方長官ノ免許ヲ受クヘク當該官吏ノ臨檢及ヒ檢査ノ爲メ請求スル肥料ノ交付ヲ拒ムヘカラサルノ義務ヲ負擔セシム以上ノ外農事ニ關スル事項ニシテ說明スヘキモノ尠カラサルモ之ヲ省略ス

二　漁業ニ關スル事項

漁業ニ關スル根本法規ハ明治三十四年法律第三四號漁業法ニシテ定置漁業、區劃漁業、特別漁業及ヒ專用漁業ニ該當スル漁業ヲ營マントスルニハ行政官廳ノ免許ヲ必要トシ免許期間ノ最長限ヲ二十年ト定メ其免許ニ因リテ發生スル漁業權ハ相續、讓渡、共有、貸付ノ目的ト爲スコトヲ得レトモ地先水面ノ專用漁業權ハ行政官廳ノ認可ヲ受クルニ非サレハ之ヲ處分スルヲ許サス漁業權ハ債權、物權ニ屬セサル一種特別ノ權利ニシテ此權利ノ性質ニ付テハ研究ノ餘地頗ル大ナリト雖モ行政法ノ範圍外ニ涉ルカ故ニ之ヲ述ヘス

行政官廳ハ水産動植物ノ繁殖、保護其他公益上必要アリト認ムルトキハ漁業免許ヲ制限シ停止シ又ハ取消シ得ヘキ職權ヲ有スルト同時ニ地方長官カ漁業取締ノ爲メ命令ヲ發シ得ヘキ事項ノ範圍次ノ如シ

一　水産動植物ノ採捕、販賣ニ關スル制限又ハ禁止

二　漁具、漁船、採捕ノ方法ニ關スル制限又ハ禁止

三　漁業者ノ數又ハ其資格ノ制限

四　水産動植物ニ有害ナル物ノ遺棄ニ關スル制限、禁止

0010

通常個人相互ノ間ニ於テ權利義務ノ關係ニ付キ爭ヲ生スルトキハ民事裁判所ニ出訴シテ救濟ヲ求ムルノ外救濟ノ途ナシト雖モ漁業ノ如キハ特ニ紛爭ヲ生シ易キ業態ナルノミナラス特殊ノ技能ヲ有スル者ヲシテ判定セシムルヲ最モ可ナリトスヘキ理由アルカ故ニ漁業法第二五條ニ於テ漁場ノ區域、漁業權ノ範圍、漁業ノ方法ニ付キ漁業者ノ間ニ爭アルトキハ關係者ヨリ行政官廳ニ對シテモ亦裁決ヲ申請シ得ヘキ旨規定セリ是レ學者ノ所謂行政裁決ニシテ一種特別ノ行政處分ナリ

三　鑛業ニ關スル事項

鑛業行政ニ關スル根本法規ハ明治三十八年法律第四五號鑛業法ナリ鑛物ハ特殊ノ價値ヲ有スル天產物ニシテ國利民福ノ增進上特ニ行政上ノ保護取締ヲ必要トシ鑛物ノ試掘、採掘ハ行政官廳ノ許可ヲ受クルニ非サレハ之ヲ行フヲ得サラシム未タ採掘セサル鑛物ハ國ノ所有ニ屬シ許可ヲ受ケテ之ヲ採掘シ及ヒ之ヲ取得スル權利ハ一種特別ノ權利ナレトモ其物ノ上ニ直接ニ及フ效果アル點ニ於テ物權ニ類似スルノミナラス例外ノ場合ヲ除ク外物權ト同樣ノ取扱ヲ爲スヲ以テ經濟上便利ナリト認ムルニ因リ明文ヲ以テ之ヲ物權ナリト定メ鑛業權ニ關シテハ民法第一七九條一項ノ規定ヲ除ク外不動產ニ關スル規定ヲ準用スルコトトセリ

鑛業ノ出願及ヒ鑛業ニ關シ制限ヲ設ケタル主要ナル事項ハ

一　帝國臣民又ハ帝國ノ法律ニ依リ設立シタル法人ニ非サレハ鑛業權者タルコトヲ得ス

二　宮城等ノ周圍三百間以內及ヒ要塞地帶第一區內ハ絕對ニ鑛區ト爲スヲ得ス

三　軍港、火藥庫等ノ周圍三百間以內及ヒ要塞地帶第二三區內ハ所轄官廳ノ許可ヲ受クルニ非サレハ鑛區ト爲スヲ得ス

四　前二項ニ該當スル場所及ヒ鐵道、公園等ノ營造物ノ周圍及ヒ地下三十間以內ニ於テハ關係官廳及ヒ所有者、關係人ノ承諾ヲ得サレハ鑛業ヲ爲シ又ハ鑛業ノ爲メ使用スルヲ得ス

五　鑛業ノ價値ナシト認メ又ハ公益ヲ害スト認ムルトキハ鑛業許可ノ出願ヲ許サス

六　公益ヲ害スト認ムルトキハ既ニ與ヘタル鑛業權ト雖モ取消サルヘキモノトス

七　鑛業權者ハ鑛業ニ必要ナル工事又ハ工作物ノ施設ヲ爲ス爲メ必要アルトキハ鑛山監督署長ノ許可ヲ受ケ他人ノ土地ヲ使用シ得ヘキ權利ヲ有ス

八　採掘權者ハ工夫ノ雇傭及ヒ勞務ニ關スル規則ヲ設ケ鑛山監督長ノ許可ヲ受クヘキ義務ヲ負フト同時ニ農商務大臣ハ命令ヲ發シ工夫ノ年齡及ヒ從業時間、婦女、幼者ノ勞務ノ種類ヲ制限シ得ヘキモノトス

以上ノ制限ニ關シ設ケタル救濟方法ノ主ナルモノハ

一　鑛業出願ノ許可及ヒ許可シタル鑛業權ノ取消ニ付キ不服アルトキハ訴願及ヒ行政訴訟ニ依リ救濟ヲ求ムルコトヲ得

二　鑛業ノ爲メ必要ナル土地ノ使用、收用ニ付協議調ハサルトキ鑛業權者ノ申請ニ因リ監督

0011

署長ノ下シタル裁定ニ對シ不服アル者ハ訴願及ヒ行政訴訟ニ依リ救濟ヲ求ムルコトヲ得

農商務大臣及ヒ監督署長ハ工作物ノ保安、生命衛生ノ保護、危害ノ豫防其他公益ノ保護ニ關シ警察權限ヲ有ス

砂鑛ノ採取ニ關シテハ別ニ明治二十二年法律第一〇號砂鑛採取法アリ

四　森林ニ關スル事項

森林ニ關スル現行法規ハ多ク國有林、公有林、御料林社寺有林ノ經營ニ關スルモノニシテ私有林ノ林業ニ關シ助長行政ヲ行フヘキ範圍廣カラス唯森林法上私有林ニ關シ助長的ニ規定シタルモノト認ムヘキ主要ナル事項ハ

(一)　私有林ニシテ荒廢ノ虞アルトキハ主務大臣ハ營林ノ方法ヲ指定シ得ヘク若シ其指定ニ反シ伐木シタルモノアルトキハ其伐木ヲ停止シ造林ヲ命シ得ルコト

(二)　森林内ニ火入ヲ爲ストキハ森林官吏又ハ警察官吏ノ許可ヲ受クヘキコト

森林法中保安林ニ關スル規定アリ保安林ニ編入スヘキ場所ハ

(1)　風水害ノ防備ニ必要ナル場所

(2)　崩雪、潰石ノ危險防止ニ必要ナル場所

(3)　水源ノ涵養ニ必要ナル場所

(4)　航行ノ目的ニ必要ナル場所

(5)　公衆衛生上必要ナル場所

(6)　社寺、名所、風致ニ必要ナル場所

(7)　國土保安ニ必要ナル場所

ニシテ危害防止及ヒ助長ノ目的ヲ達スル爲メ森林ノ所有者、管理者ノ權利ヲ制限スルモノニシテ其編入及ヒ解除ハ地方團體其他直接ノ利害關係者ヨリ地方長官ニ申請スヘク地方長官ハ地方森林會議ニ付議シ主務大臣之ヲ決定ス又保安林ノ編入解除ノ處分ニ對シ不服アル者ハ行政裁判所ニ出訴スルコトヲ得保安林ニ編入セル土地ノ所有者カ受クル主要ナル制限ハ左ノ如シ

(1)　皆伐、開墾ヲ禁止セラルルコト

(2)　土石等ノ採取ニ付テハ地方長官ノ許可ヲ要スルコト

(3)　保安林ヲ買上ケントスルトキハ拒ミ得サルコト

(4)　主務大臣ノ命令アリタルトキハ其範圍内ニ於テ使用、收益ノ制限ヲ受クルコト

五　商工業ニ關スル事項

(イ)　度量衡ニ關スル行政　貨物ノ分量ヲ一私人相互ノ意思表示ニ因リ定ムルカ如キハ産業上助長發達ヲ期スル所以ニ非ス是ニ於テカ度量衡ニ關スル行政ノ必要ヲ生ス明治二十四年法律第三號度量衡法ハ其根本法規ナリ度量衡法ハ貨物ヲ秤量スヘキ標準器タル度量衡ノ正確統一

0012

ヲ期スル爲メ製造、販賣ヲ取扱フヘキ人ニ關シ制限ヲ設クルト同時ニ其器物ニ關シ檢査ヲ行フ度量衡器ノ製造、修覆、販賣ハ農商務大臣ノ免許ヲ要シ勅令ヲ以テ免許ヲ受ケ得ヘキ者ノ資格ヲ制限スルノミナラス身元保證金納付義務ヲ負ハシム製作、修覆、販賣セントスル器物及ヒ營業ノ目的ニ使用スル器物ニ付テハ豫メ檢定ヲ受クルヲ必要トスルト同時ニ隨時ニ行フ臨檢ヲ拒ムヘカラサル義務ヲ負フ度量衡器ノ檢定處分ニ甲種、乙種ノ區別アリ甲種檢定ハ農商務大臣之ヲ行ヒ乙種檢定ハ地方長官之ヲ行フ度量衡器ノ取締及ヒ臨檢ハ地方長官ノ職權ニ屬シ地方長官ハ取締ノ爲メ市町村長ヲ自己ノ補助機關トシテ使用スルヲ得

(ロ) 貨幣ニ關スル行政　融通ノ標準タル貨幣ノ正確統一ハ緊要ノ事項ニ屬スルカ故ニ度量衡ハ之ヲ一私人ノ製造、販賣ニ委シ唯免許其他ノ方法ニ依リ制限ヲ加フルニ止マレトモ貨幣ノ製造及ヒ發行ハ之ヲ政府ノ專屬權ト爲シ又貨幣ノ種類及ヒ算則ヲ限定シ其品質、量目、形式ヲ法定シ金貨ハ其額ニ制限ナク法定ノ融通力ヲ有スレトモ銀貨ハ十圓、白銅貨及ヒ青銅ハ一圓ヲ最高限度ト爲シ法定ノ融通力ヲ有スルモノト定メ貨幣ニシテ種類ノ認識シ難キモノ故意ニ毀損シタリト認ムヘキモノハ貨幣タルノ效力ナシト定ム

(ハ) 銀行ニ關スル行政　銀行業ハ商法第二二四條第八號ニ該當スル商行爲ナルモ銀行ハ金融機關トシテ產業上重要ノ關係アルカ故ニ特ニ行政上ノ制限ヲ設ク銀行ニ關スル一般法規ハ明治二十三年法律第七二號銀行條例ニシテ公ニ開キタル店舗ニ於テ營業トシテ證券ノ割引ヲ爲シ爲替事業ヲ爲シ諸預リ及ヒ貸付ヲ併セ爲スモノハ總テ之ヲ銀行ト看做シ次ノ制限ヲ受クルモノナリ

(1) 設立及ヒ合併ニ付テハ大藏大臣ノ認可ヲ要ス
(2) 大藏大臣ハ銀行業務ノ狀況及ヒ財產ノ現況ヲ檢査スル職權ヲ有ス
(3) 銀行ハ報告書提出及ヒ貸借對照表作成ノ義務アリ

其他特殊ノ目的ニ出ツル銀行ニ付テハ特別法ヲ以テ制限ヲ設ク此等ノ特別法ハ日本銀行條例、正金銀行條例、勸業銀行法、農工銀行法等ニシテ此等特別法ノ設クル主要ナル制限ハ、

(1) 資本金額ノ制限
(2) 營業範圍ノ制限
(3) 貸付金額及ヒ貸付方法ノ制限

(ニ) 擔保附社債信託業務ニ關スル行政　明治三十八年法律第五二號擔保附社債信託法ニ依レハ擔保附社債ニ關スル信託業務ハ主務官廳ノ免許ヲ受ケサレハ之ヲ營ムコトヲ得サルト同時ニ社債ニ附スヘキ擔保ヲ動產質、證書アル債權質、不動產抵當、船舶抵當、鐵道抵當、工場抵當、鑛業抵當ニ限定シ信託會社ハ銀行事業以外ノ事業ヲ兼營スルコトヲ得ス主務官廳ハ信託會社ノ業務及ヒ財產ニ關シ檢査ヲ行フノ職權ヲ有スルノミナラス業務執行方法ノ變更及ヒ停止ヲ命シ得ルト共ニ違法ノ行爲アルトキ又ハ公益ニ害アルトキハ事業ノ停止又ハ免許ノ取

0013

消ヲ爲スノ權限ヲ有ス

（ホ）保險營業ニ關スル行政　保險事業ハ主務官廳ノ免許ヲ要シ他ノ事業ヲ兼スルヲ得サルハ勿論生命保險、損害保險ノ兩種ヲ兼營スルヲ許ササルト同時ニ保險約款ニ定ムヘキ事項ニ付キ制限ヲ設ケ其他略ホ銀行ニ對スルト同一ナル監督ヲ爲ス其詳細ハ明治三十二年法律第六九號保險業法ニ就キ研究スヘシ

（ヘ）取引所ニ關スル行政　取引所ハ需要供給ヲ調和スル商業上ノ必要機關ナルト同時ニ其行動如何ニ因リテハ又經濟上ニ大ナル弊害ヲ釀生スル虞アルカ故ニ特ニ行政上ノ取締ヲ必要トス取引所ニ關スル法規ハ明治二十六年法律第五號取引所法ニシテ取引所ハ價格ニ依リ取引ヲ爲シ現品ニ依リ取引ヲ爲ササル點ニ於テ普通ノ市場ト區別サレ其組織ニハ會員組織及ヒ株式會社組織ノ二アリ會員組織ノ取引所ニ在リテハ其取引所ノ仲買人及ヒ會員ニ限リ株式會社組織ノ取引所ニ在リテハ其取引所ノ仲買人ニ限リ取引ヲ爲シ得ヘキモノトス取引所ニ關スル主要ナル制限ハ

(1) 農商務大臣ノ定ムル地區ニ依リ一地區一箇所限リ設立スルコトヲ得

(2) 設立ニハ免許ヲ受クルヲ要シ原則トシテ免許年限ヲ十箇年トス

(3) 取引所ノ會員及ヒ仲買人ト爲ルニハ其資格ニ付キ營業年限、年齡等ノ積極的制限アルト共ニ犯罪等ヲ犯シタルコトナキ消極的制限ヲ設ク

(4) 農商務大臣ハ必要ト認ムルトキハ取引所ノ定款ヲ改正セシメ又ハ決議處分ヲ停止、禁止シ若クハ取消スコトヲ得

(5) 取引所ノ行爲法令ニ違背シ又ハ公益、公安ヲ害スト認ムルトキハ農商務大臣ハ會員、仲買人ノ營業停止、除名、役員ノ解職、取引所一部ノ停止、禁止及ヒ取引所ノ解散ヲ命スルコトヲ得

次ニ現品賣買ノ仲立機關タル市場ニ付テハ未タ一般的法規ナシ唯米及ヒ有價證券ノ市場設立ハ農商務大臣ノ許可ナケレハ之ヲ設立スルヲ得ストスル明治二十九年農商務省令第一號ノ規定アルノミ

（ト）工業所有權ニ關スル行政　特許權、意匠權、商標權、實用新案權ヲ總稱シテ工業所有權ト謂フ工業所有權ハ工業ニ關スル發明、新奇ナル意匠及ヒ考案竝ニ商品ヲ表彰スヘキ記號ニ獨占ノ特權ヲ付與スルニ因リ商工業ノ發達ヲ助ケントスルニ在リテ其主要ナル點ハ

(1) 特許權（明治三二年法律三六號特許法）

工業上ノ物品及ヒ方法ニ關スル最先ノ發明ヲ爲シタル者及ヒ其承繼人カ特許法ノ定ムル所ニ依リ特許ヲ受クルトキハ其特許ヲ受ケタル者ニ限リ其發明シタル物品ヲ製作、販賣、擴布シ其發明シタル方法ヲ使用、擴布スル權利ヲ獨占シ得ヘキモノトス最先ノ發明ナルモ公益上特許ヲ與ヘサルモノハ

0014

イ　飲食物、嗜好物

ロ　醫藥又ハ其調合法

ハ　秩序風俗ヲ紊亂スル虞アルモノ

ニ　試驗ノ爲メ二个年以內公ニ知ラレタルモノヲ除ク外特許前公ニ知ラレ又ハ公ニ用ヒラレタルモノ

特許ノ出願ニ對シテハ特許局其發明ヲ審査シ特許ヲ與フヘキモノト査定シタルトキハ之ヲ特許原簿ニ登錄シ特許證ヲ下付スヘキモノニシテ特許權ハ債權、物權ニ屬セサル一種特別ノ權利ナルモ財產權ナルコト勿論ニシテ之ヲ讓渡シ及ヒ質權ノ目的ト爲スコトヲ得ヘキモノトス然レトモ此場合ニ於テハ特許局ニ請求シ其移轉、質入ニ關シ登錄ヲ受クルニ非サレハ第三者ニ對抗シ得スト爲セルハ第三者ノ利益保護上實ニ必要ナル規定ナリ特許ニハ單純ナル特許ノ外尙ホ利用特許及ヒ追加特許ト稱スルモノアリ

利用特許トハ他人ノ既ニ有スル特許發明ヲ利用シテ爲シタル發明ヲ謂ヒ此ノ如キ發明ハ他人ノ發明ニ對スル加工ニ過キサルモ之ヲ保護スル必要アルコト單純ナル發明ト撰フ所ナシト雖モ亦其根本ノ發明ヲ爲シタル者ノ保護ヲ輕減スルコトナキヲ注意スル必要アルカ故ニ利用發明ヲ爲シタル者ハ原特許權者ノ承諾ヲ得テ之ヲ使用スヘク若シ承諾ヲ得サル場合ニ於テハ特許局長之ヲ判定シ承諾ヲ得サルニ拘ハラス尙ホ之ニ特許權ヲ付與スルヲ妨ケサルモ相當ノ報酬ヲ原特許權者ニ與ヘサルヘカラス又追加特許トハ既ニ有スル自己ノ發明ヲ利用シテ更ニ新ナル發明ヲ爲シ之ニ對シテ受クル特許ヲ謂ヒ追加許可ハ必ス原特許ト共ニ移轉、消滅スヘキモノト定ム

特許局審査官ノ初査定ニ不服アル者ハ更ニ再査定ヲ求メ得ヘク其再査定ニ對シ尙ホ不服アルトキハ更ニ審判ヲ求ムル途ヲ開ケリ審判ヲ請求スルコトヲ得ヘキ場合ハ以上ノ外尙ホ無效審判請求ノ場合、撞著審判請求ノ場合アリ無效審判請求ノ場合トハ既ニ特許ヲ受ケタル發明カ最先ノ發明ニ非ス又ハ特許ヲ受ケ得ヘキモノニ非スト云フカ如キ理由ヲ以テ其無效ノ審判ヲ請求スル場合ニシテ撞著審判トハ二箇以上ノ特許發明互ニ撞著シ又ハ特許發明ト特許ヲ受ケサル物品又ハ方法トカ撞著スルコトヲ發見シタル利害關係人ヨリ其權利確認ヲ求ムル審判ニシテ此二種ノ場合共ニ私權ノ存否及ヒ私權ノ範圍ヲ爭フモノナルカ故ニ單純ニ論スルトキハ民事裁判所ノ職權ニ屬スヘキ事項ナルモ本來特別ノ技能ヲ必要トスル行政處分ニ基キ設定セラレタル權利ニシテ其權利ノ存否及ヒ範圍如何ハ工業所有權ノ爲メ特設セラルル官廳ニ於テ之ヲ裁判スルヲ以テ權利保護ノ本旨ニ合スルモノナリト認ムルニ因ル而シテ尙ホ此審判ニ對シ其審判カ法律ヲ適用セス又ハ不當ニ適用シタルコトヲ理由トスルトキハ大審院ニ出訴シ救濟ヲ求メ得ヘシ特許ヲ受ケタル者カ一定ノ期間內ニ特許料ヲ納付セス又ハ代理人ヲ設ケス又ハ特許ヲ實施セサルトキハ其特許ハ取消サルヘキモノトス工業ノ進步發達ヲ助クル爲メ工業

上ノ物品又ハ方法ニ關スル最先ノ發明ニ對シ獨占權ヲ付與スルハ可ナリト雖モ公益上特ニ普及ヲ必要トシ又ハ軍事上必要ナルモノノ如キハ特許ヲ與ヘス又ハ之ヲ與フルモ制限ヲ附スル必要アルハ勿論既ニ與ヘタル特許ト雖モ之ヲ取消スノ必要アリ然レトモ單ニ之ヲ取消シ得ヘキモノトセハ此ノ如キ利益アル發明ヲ奬勵シ得サルカ故ニ前述ノ理由ニ因リ制限又ハ取消ス場合ニハ特許出願者又ハ特許權者ニ對シ相當ノ報酬ヲ支給スヘキモノト定ム

(2) 意匠權(明治三二年法律三七號意匠法)

工業上ノ物品ニ應用スヘキ形狀、模樣、色彩又ハ其結合ニ係ル新規ノ意匠ヲ保護スルモ亦工業ノ保護奬勵上必要事項ニ屬スルカ故ニ此ノ如キ新規ノ意匠ヲ案出シタル者及ヒ承繼人カ登錄ヲ受クルトキハ其人ニ限リ當該意匠ヲ專用シ得ヘキ特權ヲ有シ得ヘキモノトス意匠專用權ニ屬スル事項ハ大體特許權ニ同シキカ故ニ省略ス其主ナル差異ハ特許權ノ存續期間ハ十五箇年ナルモ意匠權ハ十箇年ナルノ點ニ在リ

(3) 實用新案權(明治三八年法律二二號實用新案法)

實用新案法ハ特許法ノ保護スル發明及ヒ意匠法ノ保護スル意匠ノ範圍ニ屬セサル所謂小發明ヲ保護スル爲メ近時制定セラレタルモノニシテ工業上ノ物品ニ關シ形狀、構造、組合セニ依リ實用アル新規ノ考案ヲ保護セントスルニ在リ實用新案權モ亦特許權ト大體同樣ノ保護ヲ與フルモ其主ナル差異ハ專用年限三箇年ナルト實施許諾ニ關シ特別ノ規定ヲ設ケタルニ在リ實施許諾ニ依ル一種ノ權利ハ所有權ニ對スル賃借權ノ如ク對人的債權關係ナリト雖モ之ニ關シテ登錄ヲ受クルトキハ實用新案權承繼者及ヒ實用新案權ニ就キ質權ヲ得タル者ニ對抗シ得ヘキモノトセリ

(4) 商標權(明治三二年法律三八號商標法)

營業者カ其商品ヲ表彰スル記號ニ對シ獨占權ヲ付與スルハ營業上ノ利益ヲ保護シ不正粗惡ノ物品ヲ市場ヨリ驅逐スル上ニ於テ必要ナル事項ニ屬ス商標ニ付キ專用權ヲ得ントスル者ハ出願シテ其登錄ヲ受クルヲ要シ其專用年限ハ二十箇年トス文字圖形記號ニシテ次ニ該當スルモノハ商標トシテ其登錄ヲ受クルヲ得ス

イ　菊花御紋章ト同一同一類似ノ圖形

ロ　國旗、軍旗等ト同一又ハ類似ノモノ

ハ　秩序風俗ヲ紊亂シ又ハ世人ヲ欺瞞スル虞アルモノ

ニ　他人ニ登錄商標又ハ其登錄失效後一箇年ヲ經過セサルモノト同一又ハ類似ニシテ同商品ニ使用セントスルモノ

ホ　商品ノ普通名稱產地ヲ表彰スルモノ又ハ其品質、形狀ヲ商業上慣用ノ文字、圖形又ハ記號ニ依リ表彰スルモノ及ヒ普通ニ使用セラルル氏名、商號、會社又ハ組合名ヲ普通ノ書體ニ依リ記載スルモノ

0016

登錄商標ノ專用權ハ營業ト共ニスルニ非サレハ讓渡シ得サルハ勿論他人ト共同シテ其營業ヲ營マントスル場合ニ非サレハ其商標專用權ヲ共有スルコトヲ得ス其登錄許否ニ關スル査定等ハ大體特許權ニ付キ說明シタル所ト異ナルコトナシ

以上ヲ以テ產業行政ノ範圍ヲ大體說明シ終リタルニ由リ玆ニ產業行政ノ全部ニ涉リ保護監督ノ大綱ヲ略述スルトキハ國家カ產業ニ關シ助長ノ目的ヲ以テ制限ヲ加フル要點ハ

(1) 產業ニ關スル實害ノ除却
(2) 產業上ノ施設方法ニ關スル制限
(3) 產業ヲ營ム者ニ關スル制限
(4) 產業上ノ標準器ニ關スル制限
(5) 特殊權利ノ設定
(6) 營業者保護ノ爲メ第三者ヲ制限スルコト
(7) 第三者保護ノ爲メ營業者ヲ制限スルコト

ニシテ免許、許可、認可、登錄、特許、訴願、訴訟ノ裁決、判決處分ノ取消、停止等行政法總論ニ於テ研究シタル事項ハ行政行爲トシテ以上ノ目的ノ爲メニ行使セラルル場合最モ多キヲ以テ現行ノ法規ニ對照シ行政法理ト實際上ノ運用トヲ比較研究セラレンコトヲ望ム

第二項　產業ニ關スル團體

產業ニ關スル團體ニ特別公共團體ニ屬スルモノアリ又屬セサルモノアリ商業會議所、農會、同業組合ノ如キハ特別公共團體ニシテ產業組合、漁業組合ノ如キハ公共團體ニ屬セサルモノナリ」

(1) 商業會議所(明治三五年法律三二號) 商業會議所ノ地區ハ市ノ區域ニ依ルヲ原則トシ特殊ノ事情アル場合ニ限リ市ト市町村又ハ町ト町村トヲ合シ其地區ト爲スコトヲ得ルモノニシテ會議所ノ構成分子ハ會議所議員ノ選擧權ヲ有スルモノトス商業會議所ヲ設立セントスルニハ先ツ議員ノ被選擧權ヲ有スル者三十人以上發起人ト爲リ發起ノ認可ヲ得タル後一定ノ手續ヲ履ミ設立ノ認可ヲ經サルヘカラス此ノ如ク關係者ノ申請ヲ待チ其必要アリヤ否ヤヲ調査シ認可スルモノナルカ故ニ絕對的ノ强制團體ニハ非ス商業會議所ノ意思機關ハ商業會議所ノ構成分子ヨリ選出スル議員ヲ以テ組織スル會員ニシテ商業會議所法第九條ニ定ムル要件ヲ具備スル臣民及ヒ法人ハ選擧資格ヲ有ス法人及ヒ年齡三十歲以上ノ男子ニシテ二箇年以上選擧資格ヲ有スルモノハ議員ノ被選擧權ヲ有ス以上ハ普通議員ニシテ其定數ヲ五十人以下トシ此他尙ホ特別議員ヲ置クコトヲ得特別議員ニ二種アリ一ハ會議所自ラ選定スルモノニシテ一ハ地方長官ノ命スルモノトス會議所ノ執行機關ハ會頭ニシテ補助機關トシテ副會頭ヲ置クコトヲ得會頭、副會頭ハ直選シ農商務大臣ノ認可ヲ經サルヘカラス商業會議所ハ商工業ニ關スル事項ノ調査、意見ノ表示、紛議

0017

ノ仲裁、營造物ノ設立管理ヲ主タル權限ト爲ス會議所ノ經費ハ議員ノ選擧權ヲ有スル者ヨリ徵收ス此外定款ノ定ムル所ニ依リ使用料、手數料ヲ徵收シ得ヘキ權限ヲ有ス會議所ハ農商務大臣、地方長官ノ監督ニ服シ農商務大臣ハ定款、豫算ノ變更其他監督上必要ナル命令ヲ發シ處分ヲ行フコトヲ得ルモノトス商工業ノ發達ヲ圖ルニ必要ナル方策ヲ調査シ商工業ノ狀況及ヒ統計ヲ調査スルカ如キ商工業ノ發達ヲ圖ルニ必要ナル施設ヲ爲スカ如キハ本來國家カ行フヘキ事項ニ屬スレトモ直接利害關係アル商工業者ノ自治機關ヲシテ斯ル事項ヲ其團體ノ事務トシテ行ハシムルハ行政上便利ナリト認ムルニ因ルモノニシテ特殊ノ公共團體ナルコト明カナリ商業會議所カ其事務ヲ行フヘキ積極的義務ヲ負擔スルコトハ農商務大臣又ハ地方長官カ商工業ニ關スル事項ノ調査ヲ命令シ得ヘキ規定ヲ設ケタルニ見ルモ明白ナリ此ノ如ク國家事務ノ一部ヲ以テ其存立目的ト爲シ其事務ヲ行フヘキ積極的ノ義務ヲ負擔スル公共團體ナルカ故ニ商工業ノ狀況及ヒ統計調査ノ爲メ必要ナル材料ノ提出ヲ商工業者ニ請求シ得ヘキ權限、決議ヲ以テ職務ヲ怠リ其他不正ノ行爲アル議員ニ二百圓以下ノ過怠金ヲ科シ之ヲ除名シ得ヘキ權限、經費過怠金ヲ滯納シ督促ヲ受クルモ尙ホ之ヲ完納セサルトキハ國稅滯納處分ノ例ニ依リ之ヲ徵收シ得ヘキ特殊ノ强力ナル權限ヲ認メタリ

(2) 重要物產同業組合(明治三三年法律第三五號) 重要物產同業組合ハ重要物產ノ生產、製造又ハ販賣ニ關スル營業ヲ爲ス同業者又ハ之ト密接ノ關係アル者カ集合シテ設立シ得ヘキ組合ニシテ商業會議所ト同シク絕對的ノ强制團體ニ非サルモ地區內同業者三分ノ二以上ノ同意ヲ得設置ノ認可ヲ得タルトキハ同一地區內ニ於テ組合員ト同一ノ業ヲ營ム者ハ其組合ニ加入スヘキ義務ヲ負擔ス同業組合ノ目的ハ組合員共同一致シテ營業上ノ弊害ヲ矯正シ其利益ヲ增進スルニ在リテ營業上ノ弊害ノ矯正、利益ノ增進ハ國家カ直接機關タル官廳ニ依リ法令ノ力ヲ以テ之ヲ行フト雖モ尙ホ直接利害關係ヲ有スル當業者ヲシテ其自治ニ依リ斯ル目的ヲ達スルコト最モ便利ナリト認メタルニ因ル同業組合ハ國家事務ノ一部ヲ以テ其存立目的ト爲シ其事務ヲ行フヘキ積極的義務ヲ負擔スルモノナルカ故ニ定款ニ檢査規定ヲ設ケ組合員ノ營業品ヲ檢査シ得ル權限、違約者處分ニ關スル規定ヲ設ケ違約者ニ對シ過怠金ヲ徵收シ違約物品ヲ沒收シ得ヘキ權限ヲ認ム然レトモ商業會議所ノ如ク經費過怠金ヲ國稅滯納處分ノ例ニ依リ徵收シ得ヘキ權限ヲ認メス』

(3) 水產組合　水產組合ハ漁業者又ハ水產動植物ノ製造又ハ販賣ヲ業トスル者カ水產業ノ改良發達及ヒ水產動植物ノ繁殖保護其他水產業ニ關スル共同ノ利益ヲ增進スル爲メ設置スル同業組合ニシテ其性質及ヒ行動ノ範圍ハ大體ニ於テ重要物產同業組合ト異ナル所ナシ

(4) 產牛馬組合(明治三三年法律二〇號) 產牛馬組合ハ牛馬改良及ヒ組合員ノ共同ノ利益ヲ計ル爲メ設立スル組合ニシテ又大體ニ於テ重要物產同業組合ト異ナル所ナシ

(5) 農會(明治三二年法律一〇三號、同三八年勅令二二五號) 農會ハ農事ノ改良ヲ目的トシテ設立スルモノニシテ同業組合ト異ナリ法定ノ同意ヲ得テ設立シタルトキハ其地區內ニ於テ法定

ノ資格ヲ有スル者ハ當然之ニ加入シタル者ト看做サルルモノトス農會ハ市町村農會、郡農會及ヒ府縣道農會ノ三種アリ市町村農會ハ原則トシテ市町村ノ區域ニ限リ市町村ノ區域内ニ於テ國家公共團體ヲ除ク外耕地、牧場又ハ原野ヲ所有スル者及ヒ農業ヲ營ム者ヲ以テ組織シ郡農會ハ其區域内ニ於ケル市町村農會ヲ以テ道府縣農會ハ其區域内ニ於ケル郡農會ヲ以テ組織スルモノニシテ要スルニ階級的ノ組織ナリ市町村農會ヲ設立スルニハ設立者ノ數當該農會ニ加入シ得ヘキ資格ヲ有スル者ノ三分ノ二以上ニシテ設立者ノ所有スル耕牧地ノ面積カ其區域内ニ於テ利用ニ供スル耕牧地總面積ノ三分ノ二以上ナルコトヲ必要トシ郡農會、府縣道農會ニ在リテハ之ヲ組織スヘキ下級農會ノ三分ノ二以上ノ同意ヲ得ルコトヲ必要條件ト爲ス一旦此條件ヲ充タシ監督官廳ノ認可ヲ得タルトキハ加入スヘキ資格アル個人及ヒ農會ハ當然加入シタル者ト看做サルルモノニシテ此點ハ同業組合ノ地區内ニ於ケル同業者カ單ニ加入ノ義務ヲ負擔スルト異ナレリ農會カ其存立目的タル事務ヲ行フヘキ積極的ノ義務ヲ負擔スルコトハ命令ノ定ムル所ニ依ル農事ニ關スル報告書ヲ作リ之ヲ地方長官ニ提出スヘキ義務及ヒ行政官廳ノ諮問ニ對シ答申スヘキ義務アルニ見ルモ明白ニシテ行政廳ハ必要ニ應シ農會ノ狀況及ヒ書類ヲ檢査シ監督上必要ナル處分ヲ行ヒ得ヘキ權限ヲ有ス

(6) 産業組合(明治三三年法律三四號) 産業組合ハ組合員ノ産業又ハ經濟ノ發達ヲ企圖スル爲メ設立スル社團法人ニシテ信用組合、販賣組合、購賣組合及ヒ生産組合ニ四大別スルコトヲ得

信用組合ハ組合員ニ對シ産業ニ必要ナル資金ヲ貸付ケ及ヒ貯金ノ便宜ヲ得セシムルヲ目的トシ販賣組合ノ組合員ノ生産シタル物ニ加工シ又ハ加工セスシテ之ヲ賣却スルヲ目的トシ購賣組合ハ産業生計ニ必要ナルモノヲ購買シテ之ヲ組合員ニ賣却スルコトヲ目的トシ生産組合ハ組合員ノ生産シタル物ニ加工シ又ハ組合員ヲシテ産業上ニ必要ナル物ヲ使用セシムルコトヲ目的トス産業組合ノ組織ハ無限、有限、保證責任ノ中何レニ限ルコトヲモ得ルモノニシテ組合員ノ數ヲ限定スルコトヲ許サス設立ニ付テノ許可、出資口數ニ關スル制限、持分ノ讓渡ニ關スル制限等ノ外監督官廳ハ組合ノ事業、財産ノ狀況ヲ檢査シ必要ナル命令、處分ヲ行フコトヲ得ヘキ監督權ヲ認ムレトモ産業組合ハ前述シタル商業會議所、同業組合ノ如ク之ヲ公共團體ノ一種ト謂フコトヲ得ス産業組合ハ産業經濟ノ發達ヲ企圖スル點ニ於テ公益法人ニ類似スルモ其行フ所ノ業務ハ營利事業ナルカ故ニ一種特別ノ組合體ナリト謂フヘク特別法規ノ支配ヲ受クル私法人ナリト謂ハサルヘカラス

(7) 漁業組合　漁業組合ハ濱浦漁村其他漁業者ノ部落ノ區域ニ依リテ其區域内ニ住所ヲ有スル漁業者カ監督官廳ノ認可ヲ得テ設置スル者ニシテ漁業權ノ享有行使ニ付キ權利義務ヲ有スルモノニシテ漁業組合ヲ設立セントスルニハ地區内ニ住所ヲ有スル漁業者五名以上發起人ト爲リ地區内漁業者三分ノ二以上ノ同意ヲ得テ地方長官ノ認可ヲ受ケサルヘカラス漁業組合ハ其加入ニ付キ何等强制的ノ規定ナク漁業權ノ享有行使ニ付キ權利義務ノ主體タルニ止マルカ故ニ固ヨリ

公共團體ニ非ス通常學者ハ公共團體ノ特質トシテ

一　國家ノ事務ヲ處理シ其事務ヲ以テ存立目的ト爲スコト

二　其事務ヲ行フヘキ積極的義務ヲ國家ニ對シテ負擔スルコト

三　國家ノ監督カ積極的ナルコト

四　主トシテ公法規ニ限リ支配セラルルコト

ヲ以テ其特質ト爲セトモ是レ單ニ其通素タルニ止マリ要素ナリト信スル能ハス蓋シ國家ノ事務ニハ先天的ノ限界ナキコト前述シタル如クナルヲ以テ單ニ事務ノ實質ニ因リ國家事務ナリヤ否ヤヲ決定スルヲ得サル結果團體ノ目的トスル事務ノ性質如何ニ因リ公共團體ナリヤ否ヤヲ區別スル標準ト爲スヲ得ス例ヘハ水害防禦ノ爲メニスル堤防修築、河川ノ浚渫、砂防等ノ工事ニシテ普通水利組合ノ事業ニ屬セサルモノノ爲メニ設置スル水害豫防組合ノ如キ其事務ノ實質ニ於テハ水害防禦ノ爲メニスル堤防修築等ノ工事ヲ營ムヲ以テ目的トスル私法人ト異ナル所ナケレハナリ又國家ニ對シ事業ヲ行フヘキ積極的ノ義務アリヤ否ヤモ以テ公共團體ト否トノ明瞭ナル區別ノ標準ト爲スコトヲ得ス蓋シ特殊ノ銀行會社ニ付テモ國家ニ對シ一定ノ事務ヲ行フヘキ積極的ノ義務ヲ負擔セシムルコトアレハナリ又違法ノ行爲又ハ公益ヲ害スル行爲ヲ防止スルニ止マラス尙ホ積極的ニ公益ヲ增進セシムヘク營利會社ニ對シ定款ノ變更、業務執行方法ノ變更ヲ命シ得ル場合モ亦尠カラサルカ故ニ監督カ積極的ナルヲ以テ直チニ公共團體ナリト謂フヲ得ス思フニ自治團體トシテ國家ノ行政機關ニ利用セントスルニハ常ニ其利用セントスル團體ノ存立ヲ必要トス團體ノ存立ヲ必要トスルニハ勢ヒ構成分子ノ散逸ヲ防止セサルヘカラス故ニ公共團體ノ特質トシテ强制加入ヲ以テ其要素ナリト信ス而シテ强制スル程度ニ由リテハ法規ニ依リ當然加入シタルモノト看做サルル場合アリ加入ノ義務アルニ止マル場合アレトモ全然加入脫退ノ自由ヲ認ムルモノハ公共團體ナリト云フヲ得ス同時ニ命令的ニ設定シ得ヘキ權限ヲ國家カ有スルコトモ亦公共團體ナリトノ推定ヲ下ス有力ナル根據ナルヲ疑ハス

第三款　交通、通信ニ關スル行政

人及ヒ貨物ノ運輸、交通竝ニ隔地者間ノ意思表示ニ便スヘキ通信ハ國利民福ヲ增進スル上ニ於テハ勿論其他各種ノ事柄ニ付キ緊要ノ事項ニ屬スルカ故ニ運輸、交通、通信ハ之ヲ個人ノ自由ニ放任セス國家ハ法令ノ範圍內ニ於テ諸種ノ取締ヲ設クルト同時ニ保護ノ途ヲ設ケタリ

第一項　交通、運輸ニ關スル行政

一　道路

道路ハ直接ニ公共ノ用ニ供スル爲メ認メラルル行政上ノ設備ニシテ所謂營造物ニ屬ス營造物トハ人ト物トニ依リ構成セラルルモノアリ物ノミヲ以テ構成セラルルモノアリ道路ノ如キハ即チ

0020

物ノミヲ以テ構成スル種類ニ屬ス營造物ハ直接ニ公共ノ利益ニ使用スル爲メ認メラルル行政上ノ設備ナルカ故ニ其設定維持ハ固ヨリ行政權ノ作用ナリ故ニ營造物ノ主體ハ國家又ハ公共團體ナラサルヘカラス此ノ如ク營造物ハ全然公法上ノ關係ナルカ故ニ其營造物ヲ構成スル物ノ所有權カ國家ニ屬スルヤ將タ公共團體ニ屬スルヤ又ハ一私人ニ屬スルヤハ毫モ其營造物タルノ要素ヲ動カスモノニ非ス故ニ道路ニ供用セラルル土地ノ所有權カ一私人ニ屬スルトモ直接ニ公共ノ用ニ供セラルルヿ以上ハ其營造物タルニ於テ支障ナシ之ニ反シ國家又ハ公共團體ノ所有ニ屬スルトモ直接ニ公共ノ用ニ供セラレサル通路ハ固ヨリ之ヲ營造物ナリト謂フヲ得ス單ニ一私人相互ノ契約等ニ因リ一般公共ノ用ニ供セサル通路ノ如キハ亦固ヨリ茲ニ所謂營造物タル道路ト謂フヲ得ス

道路ニ關スル根本法ト認ムヘキ一般的ノ法規ナキハ行政法上ノ一缺陷ニシテ僅ニ明治九年第六〇號太政官達、明治十八年第一號太政官布達等ノ存スルアルノミ此等ノ布達ニ依ルトキハ道路ヲ國道、縣道及ヒ里道ニ分チ國道ハ七間以上、縣道ハ四間乃至五間、其以下ヲ里道ト定ムルニ止マリ其修築、維持ノ費用ノ負擔ニ至リテハ地方稅則ノ規定ニ依リ國道、縣道ニ關スル費用ハ府縣、里道ニ關スル費用ハ市町村ノ負擔ヲ原則トスト定ムルニ過キス

橋梁モ亦道路ノ一部トシテ其構造ヲ異ニスルモ行政法上ノ關係ニ於テハ別ニ區別スヘキ點ナシ

水路ニ於テ運輸、交通ノ用ニ供スル船舶等ニ付テハ精細ナル法規アレトモ道路ニ於テ運輸、交通ノ用ニ供スル車輛等ニ付テハ地方ノ警察令ヲ以テ相當ノ取締ヲ設クル外一般ノ法規ナシ唯道路上ニ軌道ヲ設クル馬車鐵道、電氣鐵道ニ付テハ明治二十三年法律第七一號軌道條例ニ依リ一般運輸ノ便ニ供スル馬車鐵道及ヒ其他之ニ準スヘキ軌道ハ企業者ニ於テ內務大臣ノ特許ヲ受クルニ非サレハ公共道路上ニ布設スルヲ得サルモノトス企業者ノ負擔ヲ以テ在來ノ道路ヲ取擴メ又ハ變更スルノ必要アルトキハ之ニ要スル土地ハ企業者ニ於テ土地收用法ノ規定ニ依リ收用シ得ヘキ特權ヲ有ス軌道布設ノ特許ヲ與フルニ付テハ地方長官ハ軌道ヲ布設スヘキ道路ノ維持費ヲ負擔スル府縣市町村ノ議會ノ意見ヲ聽クコトヲ要ス是レ現行法上ニ於テ道路ノ維持ヲ地方團體ノ負擔ニ歸スルノ關係上當然ノ規定ナリト謂ハサルヘカラス

二　鐵道

茲ニ鐵道ト稱スルハ道路以外ニ鐵軌ヲ布設シ電氣又ハ蒸汽力ニ依リ運輸交通ノ便ニ供用スル線路ヲ謂フモノニシテ鐵道ハ國家ノ經營ニ屬スルモノト私人ノ經營ニ屬スルモノトアリ此區別ニ由リ國有鐵道及ヒ私設鐵道ノ二別ヲ設クルコトヲ得又鐵道ハ一私人ノ專用ニ屬スルモノアリ一般公共ノ用ニ供セラルルモノアリ此區別ニ由リ公用鐵道ト專用鐵道トニ二別スルコトヲ得ヘシ

明治三十九年法律第一七號鐵道國有法ハ其第一條ニ於テ一地方ノ交通ヲ目的トスル鐵道ヲ除ク外一般運輸ノ用ニ供スル鐵道ハ凡テ之ヲ國有ト爲スヘキ旨ヲ明定シ明治三十九年以降明治四十八年マテノ間ニ於テ國家ハ北海道炭鑛鐵道株式會社以下十六會社ノ私設鐵道ヲ買收スヘキ旨ヲ

0021

定メタリ二十九年法律第四號鐵道布設法ハ國家カ布設スヘキ豫定鐵道線路ヲ定メ之カ布設ニ要スル費用ハ公債募集ニ因リ支辨スヘク政府ハ布設スヘキ鐵道線路ヲ實測シ其工費豫算ヲ定ヒ帝國議會ノ協賛ヲ求ムヘク既成私設鐵道ニシテ國家カ布設スヘキ線路ノ必要上買收ノ必要アリト認ムルトキハ其會社ト協議シテ價額ヲ豫定シ帝國議會ノ協賛ヲ求ムヘキモノト定メ別ニ北海道ノ鐵道布設ニ付テハ明治二十九年法律第九三號北海道鐵道布設法アリ私設鐵道會社ノ發起ニ付テハ先ツ企業目論見書、假定款、公共ノ利益タルコトヲ證スル證書等ヲ作成シ假免許ヲ主務大臣ニ申請スヘク主務大臣ハ本免許ノ申請ヲ爲シ得ヘキ期限ヲ定メ假免許ヲ與フヘキモノニシテ此期間內ニ本免許ヲ申請セサルトキハ假免許ノ效力ヲ失フモノトス其他私設鐵道法ニ依リ會社ノ受クル主要ナル制限ハ左ノ如シ

(1) 認可ヲ受クルニ非サレハ他ノ會社ノ株式ヲ取得シ又ハ質權ノ目的トシテ之ヲ受クルヲ得サルコト

(2) 認可ヲ受クルニ非サレハ鐵道ノ貸借又ハ營業ノ管理委託ヲ爲シ得サルコト

(3) 認可ヲ受クルニ非サレハ鐵道及ヒ之ニ附屬スル物件ヲ抵當トシテ負債ヲ起シ得サルコト

(4) 鐵道ニ屬スル物件ノ貸渡又ハ讓渡ハ主務大臣ノ定ムル規定ニ依リ認可ヲ受ケサルヘカラサルコト

以上ノ外設備、建設、營業、鐵道連絡等ニ關シ嚴密ナル制限ヲ受クルハ公益上重要ナル關係ヲ有スルカ故ナリ又鐵道營業ニ關シテハ明治二十三年法律第六五號鐵道營業法ノ規定アリ運輸方法、鐵道係員ニ關スル規定ヲ設ケ同時ニ鐵道運輸ニ關シ旅客及ヒ公衆ノ行爲ニ對シ相當ノ制限ヲ設ク個人ノ專用ニ屬スル鐵道ニ關シテハ專用鐵道略則アリ

三　海路及ヒ川路

海面及ヒ河川モ亦道路ト同シク運輸、交通上ニ至大ノ關係ヲ有スルモノニシテ道路ハ車馬ノ便ニ依ラスシテモ交通、運輸ノ用ニ供セラルルニ拘ハラス海面及ヒ河川ハ船舶、舟筏ニ依リテノミ交通、運輸ノ用ニ供セラルルヲ異ナリトス

港灣ニハ軍事上ノ用ニ供セラルルモノト產業貿易上ノ用ニ供セラルルモノトノ二別アリ軍事上ノ用ニ供セラルルモノハ即チ軍港、要港ニシテ明治二十三年法律第二號ハ軍港、要港境域內ニ出入スル船舶ハ海軍大臣ノ定ムル軍港要港規則ニ從フヘキモノトス海軍大臣カ軍港要港規則ヲ定ムルニハ內務大臣及ヒ農商務大臣ト協議スヘキモノトセリ軍港、要港ノ境域ハ各軍港ニ付キ勅令ヲ以テ之ヲ定メ軍港、要港境域內第一區、第二區ハ司令長官ノ許可ナクシテ入ルコトヲ得サル等其他諸種ノ制限ヲ設ク軍港、要港ハ例外ノ場合ヲ除ク外國家ノ公用以外ニ一般公共ノ用ニ供セサルカ故ニ固ヨリ營造物ニ非スシテ公用物ニ過キス產業ノ用ニ供セラルル港ハ開港及ヒ普通港ニ二別スルコトヲ得開港ニ關シテハ開港則アリテ港內ノ秩序保持、衛生上ノ取締ニ付キ規則ヲ設ク開港以外ノ港ニ在リテハ海難其他止ムヲ得サル事故アルニ非サレハ外國貿易船ノ

出入ヲ許サス又貨物ハ開港ニ由ルノ外輸出入ヲ爲シ得サルヲ原則トシ唯(一)遭難船舶ノ修繕、救助ノ費用其他航海ヲ繼續スルニ必要ナル費用ヲ支辨スルカ爲メ貨物ヲ賣却スルノ必要アルトキ(二)遭難船舶ニ搭載セル損傷貨物又ハ腐敗シ易キ貨物ヲ讓渡スルトキ(三)遭難船舶又ハ難破貨物ヲ輸入スルトキ(四)遭難船舶ヨリ上陸シタル旅客ノ携帶品ヲ輸入スルトキニ限リ開港以外ノ港ヨリ貨物ヲ輸入スルコトヲ認ム

川路ニ付テハ舟楫ヲ通スヘキ河川ノミ交通行政上研究ノ目的ト爲スヲ以テ足ル河川ニ付テハ明治二十九年法律第七一號河川法ノ規定アリ河川法ハ凡テノ河川ニ適用セラルルニ非スシテ主務大臣カ公共ノ利害ニ重大ノ關係アリト認ムル河川ニノミ適用スルモノニシテ現在此法律ノ適用ヲ受クル河川ハ全國ニ於テ二十餘ニシテ其他ノ河川ニ付テハ別ニ一般ノ法規ナシ河川法ハ河川ノ管理、河川ノ使用ニ關スル制限、河川ニ關スル費用ノ負擔、土地所有者ノ權利義務ニ付テ規定ヲ設ク營造物ハ公共ノ用ニ供セラルル範圍內ニ於テ其私權カ制限ヲ受クルコト當然ナリト雖モ通常之ヲ私權ノ目的ト爲スコトヲ禁スルモノニ非ス然レトモ公共ノ利害ニ重大ノ關係アル營造物ニ付テハ其管理及ヒ取締ノ必要上全然私權ノ目的タルコトヲ禁止スル場合アリ河川法第三條カ河川ノ敷地及ヒ流水ハ私權ノ目的ト爲スヲ得スト定ムルハ其一例ナリ河川管理ノ義務ハ其地域內ニ屬スル部分ニ付テハ地方行政廳之ヲ負擔スヘク他府縣ノ利益ヲ保全スル爲メ必要アルトキハ主務大臣代リテ之ヲ管理スヘキ例外ノ場合ヲ認ム河川ノ使用ニ關スル制限ノ主要ナルモノハ(一)流川ヲ停滯セシメ又ハ之ヲ引用スル工作物、河川敷地ニ固著シ又ハ河川ヲ橫キリテ設クル工作物ノ新築、改築ニ付テハ地方長官ノ許可ヲ要スルコト(二)河川ノ敷地又ハ流水ヲ專用セントスルトキモ亦地方長官ノ許可ヲ要スルコト(三)流水ノ方向ヲ變更スル虞アル工事等ハ命令ヲ以テ之ヲ禁止、制限セラルヘキコト等ナリ

河川ニ關スル費用ノ負擔ハ府縣ナルコトヲ原則トシ主務大臣ニ於テ維持管理ヲ爲ス場合ニ限リ國庫ニ於テ之ヲ負擔スヘキモノトセリ一私人又ハ下級公共團體カ舟筏ノ便ヲ圖ル爲メ工事ヲ施行スル場合ニ於テハ舟筏ヨリ通行料ヲ徵收スルコトヲ得ヘキ旨ヲ定ム此場合ニ於テ私人カ收入スル通行料モ亦營造物ノ使用料ニシテ公共團體カ其徵收權ヲ私人ニ付與シタルモノト認ムルヲ可トス河川ノ航行ニ付テハ以上ノ如キ例外ノ場合ヲ除ク外通行料ヲ徵收セサルモ河川ノ普通使用以外特別ノ目的ニ之ヲ使用スルトキ例ヘハ流水ヲ停滯シ又ハ之ヲ引用スル爲メ工作物設置ヲ許可スルカ如キ場合ニ於テハ特ニ使用者ヨリ使用料ヲ徵收シ得ヘキモノトス是レ即チ營造物本來ノ使用以外ノ特別使用ニ對スル特別使用料ナリトス

四　船舶

船長ト海員トノ私法上ノ關係、運送契約、海損、保險等ノ事項ニ付テハ商法第五條ニ其規定アリ玆ニハ船舶ニ關シ行政法上研究スヘキ事項ノミヲ說明スヘシ

船舶ハ水路ニ於ケル交通運輸上ノ必要機關ニシテ身體、財產上重大ナル關係アルカ故ニ關係行

0023

政法規類ル多シト雖モ之ヲ大別スルトキハ船舶自體ニ關スル制限取締、船舶職員ニ關スル制限取締及ヒ船舶ヲ指導スヘキ營業ニ關スル制限取締事項ニ區別スルコトヲ得ヘシ

（イ）船舶ノ國籍　明治三十二年法律第四六號ニ依ルトキハ日本船舶トハ(一)帝國ノ官廳又ハ公署ノ所有ニ屬スル船舶、(二)帝國臣民ノ所有ニ屬スル船舶、(三)合名會社ニ在リテハ社員合資會社及ヒ株式合資會社ニ在リテハ無限責任社員、株式會社ニ在リテハ取締役ノ全員カ帝國臣民ニシテ帝國内ニ本店ヲ有スル商事會社所有ノ船舶、(四)代表者ノ全員カ帝國臣民ニシテ帝國ニ主タル事務所ヲ有スル法人所有ノ船舶ニシテ日本船舶ノ所有者ハ必ス日本ニ船籍港ヲ定メ船舶國籍證書ノ下付ヲ受クヘキモノトス船舶國籍證書ハ日本船舶タルコトヲ公證スル船舶原簿ノ登錄ヲ表示スル形式ナリ日本船舶ニ非サレハ日本ノ國旗ヲ掲揚シ得サルハ勿論原則トシテ不開港場ニ寄港シ日本沿海ニ於テ運送ヲ爲スヲ得サルモノトス總噸數二十噸未滿又ハ積石數二百石未滿ノ船舶其他櫓櫂ノミヲ以テ運轉シ又ハ主トシテ櫓櫂ヲ以テ運轉スル船舶ノ所有者ハ船舶法ニ依リ國籍證書ヲ受有スルヲ要セス船舶國籍證書ニハ本國籍證書及ヒ假國籍證書ノ二別アリ假國籍證書ハ船籍港以外ノ土地又ハ外國ニ於テ船舶ヲ取得シタル場合ニ於テ便宜上受有セシムル國籍證書ニシテ一年ヲ超エサル期間内ニ於テ效力ヲ有ス

（ロ）船舶ノ檢査　船舶航行ノ安全ヲ保持シ旅客、貨物ノ運送ヲシテ危險ナカラシムル爲メ明治二十九年法律第六七號船舶檢査法ニ依リ船舶檢査ノ制ヲ設ク船舶檢査ニ依リ檢査ヲ受クヘキ船舶ハ(一)船舶法ノ適用ヲ受ケサル船舶、(二)倉庫船、繫留船、(三)平水航路ノミヲ航行スル船舶ヲ除キタル凡テノ船舶ナリ船舶ノ檢査ニハ特別檢査、定期檢査、臨時檢査、移民船檢査ノ四種別アリ特別檢査ハ船舶ヲ初メ航行ノ用ニ供セントスルカ如キ場合ニ於テ定期檢査ハ航海期間ヲ定ムル爲メ臨時檢査ハ檢査官吏カ必要アリト認ムル場合ニ於テ移民船檢査ハ移住民又ハ三等旅客一定以上ヲ搭載シ近海航路外ニ發航セントスル場合ニ於テ行フ檢査ヲ謂フ船舶ノ檢査ハ船舶所在地ノ管海官廳之ヲ行フヲ原則トシ檢査規定ニ適合スルトキハ船舶檢査證書ヲ交付スヘキモノトス此外船舶檢査法カ定メタル重ナル事項ハ次ノ如シ

(1) 船舶ノ種類ニ因リ航行期間ニ制限ヲ設ケタルコト

(2) 檢査ノ必要アリト認ムルトキハ航海ヲ停止セシメ得ヘキコト

(3) 日本臣民ノ借入使用スル外國船舶、日本沿海ニ於テ旅客ヲ搭載スル外國船舶ニ對シテモ命令ノ定ムル所ニ依リ檢査ヲ執行シ得ヘキコト

以上(イ)及ヒ(ロ)ハ船舶自體ニ對スル制限ニシテ次ニ船舶ヲ運轉スヘキ人ニ關スル制限事項ニ付テ說明スヘシ

（ハ）船員及ヒ船舶職員　船員及ヒ船舶職員ノ取締ニ關スル主要ナル法規ハ明治三十二年法律第四七號船員法及ヒ明治二十九年法律第六八號船舶職員法ニシテ船員法ハ一般船員ノ職務權限及ヒ規律ニ關スル規定ヲ包含シ船舶職員法ハ一定ノ船舶ニ使用スヘキ船員ノ資格要件ヲ規

定シタリ船員タラントスルモノハ管海官廳ニ申請シ船員手帳ノ交付ヲ受ケサルヘカラス船員手帳ハ船員ノ身分及ヒ就職、解職ノ關係ヲ公證スル文書ナリ未成年者カ船員タラントスル場合ニハ法定代理人ノ許可ヲ受クルヲ要シ船員タルコトヲ許可セラレタル未成年者ハ雇傭契約ニ關シテハ成年者ト同一ノ能力ヲ有スルモノト看做ス船長カ船員法ニ依リ有スル重ナル職務權限次ノ如シ

(1) 海員ヲ指揮監督シ船中ニ在ル者ニ對シ職務執行上必要ナル命令ヲ發シ得ルコト

(2) 危險ナル場所ヲ通過シ及ヒ危險ノ虞アルトキハ船長自ラ船舶ヲ指揮スヘキコト

(3) 海員ノ死亡者アリタル場合ニ於テ遺產保護ノ義務アルコト

(4) 海員ニ對シ一定ノ懲戒ヲ加フル權限ヲ有スルハ勿論人體船舶ニ危害ヲ及ホスノ虞アルトキハ海員以外ノ旅客ニ對シテモ亦必要ノ期間內身體ヲ拘束シ得ルコト

日本船舶ハ船舶職員法ニ依リ一定ノ技術者ヲ乘組マシメサルヘカラス船舶職員トハ船長、運轉士、機關長、機關士ヲ謂フモノニシテ海技免狀ヲ有スルモノニ非サレハ船舶職員タルヲ許サス海技免狀ハ十二種アリテ一定ノ試驗ニ合格シ海員名簿ニ登錄セラレタルモノニ之ヲ交付ス此外船舶職員法ハ海技免狀ヲ受クヘキモノノ資格及ヒ船舶ニ乘組マシムヘキ職員ノ定員等ヲ定メタリ船舶職員ハ船舶航行上ノ重要職員ニシテ其職務ノ執行ハ人命財產上ニ重大ノ關係アルカ故ニ嚴重ナル懲戒法規アリ明治二十九年法律第六七號海員懲戒法即チ是ナリ海員懲戒法ニ依リ懲戒ヲ加フヘキ場合ハ(1)正當ノ理由ナクシテ船舶ヲ拋棄シタルトキ、(2)過失懈怠ニ因リ船舶ニ損害ヲ加ヘ又ハ之ヲ沈沒セシメタルトキ、(3)海難ノ際救助方法ヲ盡ササルトキ、(4)職務上ノ義務ニ違背シ又ハ職務ヲ怠リタルトキニシテ懲戒ノ種別ハ免狀行使ノ禁止、停止及ヒ譴責ニシテ海員審判所ニ於テ之ヲ科ス海員審判所ニハ地方海員審判所及ヒ高等海員審判所ノ二種アリ

五　水先人

水先人ハ水先區內ニ於テ船舶ノ水路ヲ敎導スルヲ以テ業務トナスモノヲ謂ヒ水先人ノ資格、權利義務ニ關シテハ水先法ノ規定アリ水先人カ過失懈怠ニ因リ損害ヲ與ヘ又ハ職務上ノ義務ニ違背シタル場合ニ於テハ懲戒ヲ受クヘキモノトス

六　船舶航行ニ關スル其他ノ事項

海上衝突ノ豫防ニ關シテハ明治二十五年法律第五號海上衝突豫防法、航路ノ安全ヲ保護スルノ目的ヲ以テ設置スル目標ニ關シテハ二十一年勅令第六七號航路標識條例、航海、造船ノ奬勵ニ關シテハ明治二十九年法律第一五號航海奬勵法及ヒ同年法律第一六號造船奬勵法アリ

第二項　通信ニ關スル行政

隔地者間ニ於ケル意思表示ノ利便ヲ計ルハ國利民福ヲ增進スルニ付キ緊要ノ事項ニ屬スルノミ

ナラス整一、正確、迅速ヲ要シ通常祕密ヲ嚴守スルノ必要アルヲ以テ之ヲ一私人ノ自由營業ニ放任スルコトヲ得サル公安公益上ノ理由アルカ故ニ之ヲ政府ノ獨占事業トナスト同時ニ通信事業ヲ完全ニ行ヒ得ヘク一面人民ノ自由ヲ制限スルト同時ニ一面公正、適確、迅速ニ意思表示ヲナシ得ヘク人民ニ對スル保障ノ規定ヲ設ク

一　郵便

通常一般的ニ公私ノ利便ニ供セラルル隔地者間意思表示ノ方法ハ郵便ナリ郵便ニ關スル根本行政法規ハ明治三十三年法律第五四號郵便法ナリ

郵便法カ人民ノ自由ヲ制限スル主要ナル點ハ

(1) 政府以外何人ト雖モ信書ノ送達ヲ營業トスルハ勿論兼業トスルヲ許ササルコト

(2) 郵便官署ノ要求アルトキハ運送營業者ハ自己ノ運送方法ニ依ル郵便物ノ運送ヲ拒ムコトヲ得サルコト

(3) 道路ニ障害アル場合ニ於テ郵便、送達集配ニ從事スル人員カ圍障ナキ私有地ノ通行ヲ拒ミ得サルコト

(4) 事變ニ遭遇シタル場合ニ於テ郵便ノ送達、集配ニ從事スル人員ヨリ助力ヲ請求セラレタルトキハ之ヲ拒ミ得サルコト

以上ノ外鐵道、船舶ニ若シ當該營業者ノ郵便ニ關シ負擔スル義務ニ付テハ明治三十三年法律第五六號鐵道船舶郵便法ヲ參照スヘシ

但前記自由制限ノ場合ニ於テハ相當ノ運送料金、相當ノ賠償及ヒ相當ノ報酬ヲ支給スヘキハ勿論トス

郵便官署ハ差出人又ハ受取人ノ過失ニ因ラス不可抗力ノ原因ニ因ラス且郵便物ノ性質若クハ瑕疵ニ起因セスシテ次ノ場合ニ該當スルトキハ其損害ヲ賠償スヘキ義務ヲ負擔ス

(1) 書留郵便物ヲ亡失シタルトキ

(2) 小包郵便物又ハ價額表記郵便物ヲ亡失毀損シタルトキ

(3) 郵便ニ依ル取立金ノ證券ヲ亡失シ又ハ失效セシメタルトキ

郵便物（通常郵便物及ヒ小包郵便物）ヲ其性質ニ依リ區別スルトキハ隔地者間ノ意思表示ノ用ニ供セラルル郵便ト物品運送ノ用ニ供セラルル郵便トニ二別スルコトヲ得普通郵便物ノ第一種（書狀及ヒ第二種（郵便葉書）ハ前者ニ屬シ第三種（定期刊行物）第四種（印刷物、書畫、商品見本類）及ヒ第五種（農產物種子）並ニ小包郵便物ハ後者ニ屬スルト同時ニ後者ニ屬スル郵便物ノ遞送ニ關スル行政ハ寧ロ正確ナル分類トシテ第一項交通運輸ニ關スル行政中ニ論スルヲ以テ至當トスルモ今暫ク玆ニ併說ス

(二) 電信、電話

電信、電話ニ關スル國家ト人民トノ權義關係ハ大體ニ於テ郵便ニ關シ說明シタル所ト異ナル所

0026

ナキモ郵便ト異ナル主要ナル點ハ

(1) 郵便ハ全然私營ヲ禁止スルニ拘ハラス電信、電話ハ一定ノ家宅建設物內ニ於テ專用スル場合、特殊事業ニ關シ必要アル場合、公共團體ノ事務執行上必要アル場合等ニ限リ私設ヲ認容セルコト

(2) 公安ノ爲メ區域ヲ定メ電信、電話ニ依ル通信ヲ停止シ又ハ制限シ得ルコト

(3) 電信、電話ノ取扱ニ關シ政府ハ損害賠償ノ責ニ任セサルコト

以上ノ如シ尙ホ電信、電話ニ關シテハ明治三十三年法律第五九號電信法其他關係法規ヲ參照センコトヲ希望ス

第四款　教育及ヒ宗教ニ關スル行政

國家ノ治安ヲ保持スル上ニ於テハ勿論積極的ニ國利民福ヲ增進セントスルニ當リテハ國民ノ精神的開發ト精神的慰安トハ重大ノ關係アルヲ以テ國家ハ教育及ヒ宗教ニ關シテモ亦一定ノ範圍ニ於テ制限ヲ設ケ文化ノ開發風教ノ作興ヲ企圖シ其弊害ヲ排除スルノ制ヲ設ク

一　教育ニ關スル行政

小學校ハ兒童身體ノ發達ニ留意シ道德教育及ヒ國民教育ノ基礎竝ニ生活ニ必須ナル普通ノ智識技能ヲ授クルヲ以テ本旨ト爲スモノニシテ尋常小學校、高等小學校ノ二別アリ市町村ハ其區域

スヤ相續人トシテ相續ヲ爲スコトノ確定シタルモノナラサルヘカラス既ニ相續人ト確定スルニ於テハ其單純ノ承認ヲ爲スト限定ノ承認ヲ爲ストハ毫モ之ヲ區別スルヲ要セサルナリ

右ノ二條件ヲ具ヘタル者ヲ名ケテ法律上遺留分權利者ト謂フ遺留分權利者ハ即チ減殺權ヲ有スルモ唯少シク疑フヘキハ遺留分權利者ト雖モ相續ノ單純承認ヲ爲シタル場合ニハ被相續人ノ權利義務ヲ無限ニ承繼セサルヘカラス隨テ贈與若クハ遺贈ノ減殺ヲ請求スルヲ得サルモノノ如シ然リト雖モ相續人カ無限ノ義務ヲ負フハ被相續人ノ正當ニ爲シタル遺贈又ハ贈與ニ在リ被相續人カ自由處分ノ範圍ヲ超越シテ所謂遺留分ノ規定ニ違反シテ爲シタルモノノ如キ遺留分權利者タル相續人ニシテ之ヲ減殺スルノ權利ヲ行使シ得ヘカラサルノ理ナシ而シテ此減殺訴權ナルモノハ被相續人ノ爲シタル贈與又ハ遺贈ニ對シテハ之ヲ行使スルヲ得ヘシト雖モ被相續人ノ債務ニ付テハ遺留分ノ規定ヲ適用スルヲ得サルナリ隨テ單純承認ヲ爲シタル場合ニ於テハ減殺權ニ因リ贈與又ハ遺贈ノ減殺ヲ求メ得ヘシトスルモ債務ニ就テハ無限ニ繼承セサルヘカラス故ニ曰ク相續人カ單純承認ヲ爲シタルトキト雖モ減殺訴權ヲ行使スルニ何等ノ妨ナシト

第二節　遺留分ノ額

遺留分ノ額ハ家督相續人ト遺產相續人（但戶主ヲ除ク）トニ由リ各異ナル所アリ仍テ左ニ之ヲ分說セン

第一款　家督相續人

家督相續人ノ受クヘキ遺留分ニ付テモ第一種ノ法定家督相續人ト其他ノ家督相續人トニ由リ各各異ナル所アリ第一種ノ法定家督相續人即チ直系卑屬ハ遺留分トシテ被相續人ノ財産ノ半額ヲ受ケ其他ノ家督相續人ハ遺留分トシテ被相續人ノ財産ノ三分ノ一ヲ受クルモノトス（一一三〇條）故ニ被相續人ハ家督相續人ノ種類ニ付キ財産ノ二分ノ一若クハ三分ノ二ニ付テノミ自由處分ノ範圍ニ屬セシムルコトヲ得ルノミ而シテ法律ハ第一種ノ法定家督相續人タル直系卑屬ニ付テハ其嫡出子タルト庶子若クハ私生子タルトニ由リ遺留分ノ割合ヲ異ニセス法律ハ此等ノ直系卑屬間ニ在リテ相續ノ順位ニ差等ヲ設ケタルニモ拘ハラス遺留分ノ割合額ヲ均シウセルハ何ソヤ蓋シ親カ子ヲ愛スルノ情ニ於テハ假令差等アリトスルモ既ニ自己ノ家督相續人トシテ自己ノ地位ニ代リ立チ一家ノ祭祀ヲ承繼セシムル上ニ付テ嫡庶ヲ區別スルハ穩當ナラスト認メタルニ因ル唯其直系卑屬ト其他ノ家督相續人トノ間ニ遺留分ノ額ヲ異ニスルハ主トシテ親族上愛情ノ點ニ重キヲ措キタルモノナルヘシ

舊民法ニ於テハ遺留分ヲ受クヘキモノハ獨リ法定家督相續人ニ限ルモノト爲シタリト雖モ苟モ家督相續ヲ認ムル以上ハ他ノ家督相續人モ家ヲ維持スルニ必要ナル範圍内ニ於テ遺留分ヲ與ヘサルヘカラス然ラサレハ此制度ヲ設ケタルノ主旨ヲ貫ク能ハサルナリ新民法カ如何ナル種類ノ家督相續人ニモ遺留分ヲ受クルコトヲ得セシメタルハ寧ロ適當ナリト云フヘシ唯其割合ハ之ヲ直系卑屬ヨリモ少シトスルハ敢テ失當ナリト謂フヘカラサルナリ

第二款　遺産相續人

遺産相續人ノ受クヘキ遺留分ニ付テモ之ヲ分チテ二トシ遺産相續人タル直系卑屬ハ遺留分トシテ被相續人ノ財産ノ半額ヲ受ケ配偶者又ハ直系卑屬ハ其三分ノ一ヲ受クヘシ（一一三一條）抑〻遺産相續ニ付テハ我法律ハ共同相續ノ主義ヲ採用スルモノニシテ第一〇〇四條ニ規定セルカ如ク數人ノ遺産相續人アルトキト雖モ各自ノ遺留分ハ常ニ二分ノ一ヲ超過セス其他ノ二分ノ一ハ被相續人ノ自由處分ノ範圍内ニ屬シ遺留分タル二分ノ一ニ付テハ直系卑屬ハ之ヲ平分セサルヘカラス隨テ數人ノ遺産相續人カ遺留分ヲ受クルモノトスルトキハ各自ノ受クル割合ハ勢ヒ自ラ少カラサルヲ得ス然ルニ遺産相續人タル直系卑屬ハ其二人以上ナル場合ニ於テモ遺留分トシテ相續財産ノ半額ヲ受クルニ過キサルモノトセルハ被相續人ノ自由處分ノ範圍ヲ縮少セサルカ爲メナリトス

遺産相續人タル直系卑屬ノ遺留分ハ常ニ被相續人ノ財産ノ二分ノ一トセルカ故ニ同順位ノ直系卑屬間ニ於テ之ヲ分配スルニハ遺産相續ニ關スル第一〇〇五條及ヒ第九九五條ノ規定ヲ準用セサルヘカラス（一一四六條）故ニ直系卑屬カ數人アルトキハ各自ノ遺留分ハ均

0028

シカルヘク直系卑屬中庶子又ハ私生子アルトキハ庶子及ヒ私生子ノ遺留分ハ嫡出子ノ二分ノ一トスヘシ若シ直系卑屬中被相續人ニ先チテ死亡シ又ハ相續權ヲ失ヒタル者アル場合ニ於テ其者ニ直系卑屬アルトキハ其直系卑屬ハ自己ノ尊屬カ受クヘカリシ遺留分ヲ受クヘシ若シ數人ナルトキハ各其部分ヲ平分セサルヘカラサルカ如シ

遺產相續人タル配偶者又ハ直系尊屬カ遺留分ヲ受クヘキコトハ舊民法ニ規定セサル所ナルモ此等ノ者カ遺產相續人ト爲ル場合ハ通常之ヲ養フ者ナキ場合ナルヘキカ故ニ此等ノ者ニモ亦遺留分ヲ與フルヲ可ナリトス殊ニ戶主ノ無資力ナル場合ニハ尙更遺留分ヲ受クルノ必要アルヘキナリ

戶主タル遺產相續人カ遺留分ヲ受クルコトヲ得サルハ既ニ前述セル所ナルヲ以テ再說ノ要ナシ」

第三款　遺留分ノ算定

遺留分ハ被相續人ノ財產ヲ標準トシテ之カ算定ヲ爲スヘキモノニシテ此部分ヲ超過シテ爲シタル被相續人ノ自由處分ハ前節說明シタルカ如ク遺留分權利者ノ請求ニ因リ即チ減殺訴權ノ行使ニ因リ減殺セラルヘキモノトス而シテ此減殺權ヲ行使セントスルニハ遺留分ノ算定ヲ爲ササルヘカラス之ヲ算定スルノ方法ハ第一一三二條第一項ノ規定スル所ニシテ即チ遺留分ハ被相續人カ相續開始ノ時ニ於テ有セシ財產ノ價額ニ其贈與シタル財產ノ價額ヲ加ヘ其中ヨリ債務ノ全額ヲ控除シテ之ヲ算定スヘキモノトス

遺留分ノ算定ハ右ノ如キ方法ニ依ルヘシト雖モ被相續人ニシテ毫末モ生前處分即チ贈與ヲ爲ササリシトキハ敢テ困難ヲ感セス其算定容易ナルヘシト雖モ苟モ被相續人ノ爲シタル自由處分ニシテ存センニハ果シテ遺留分ノ範圍ヲ侵害シタルヤ否ヤヲ定ムルニ是非トモ法律ノ定ムル方法ニ依ラサルヘカラス此算定ノ方法ハ實ニ（一）被相續人カ相續開始ノ當時ニ於テ有セシ財產ノ價額ヲ其當時ノ價額ニ從ヒテ査定シ（二）被相續人カ生前他人ニ贈與シタル財產ヲ贈與當時ノ狀態ニ從ヒ相續開始ノ時ニ於ケル價額ニ從ヒテ算定シタルモノヲ加ヘ（三）次ニ右ノ合算額ノ中ヨリ債務ノ全額ヲ控除シテ定ムルニ在リトス故ニ例之ハ被相續人カ相續開始ノトキニ於テ有セシ財產ノ價額ヲ四萬圓トシ其生前贈與ノ價額ハ八萬圓ト定メ而シテ債務ノ總額カ二萬圓ナリトスルトキハ十二萬圓ヨリ二萬圓ヲ控除シタル殘額十萬圓ニ付テ遺留分ヲ算定セサルヘカラス而シテ若シ被相續人ノ直系卑屬一人カ遺留分ヲ受クヘキモノトセハ十萬圓ノ二分ノ一即チ五萬圓ヲ受クヘキモノナレハ減殺請求權ニ因リ八萬圓ノ贈與ニ對シテ三萬圓ヲ減殺セシムルヲ得ヘシ尙ホ右ノ算定方法ヲ分析說明スルトキハ左ノ如シ

第一　被相續人カ相續開始ノ時ニ於テ有セシ財產ノ價額ヲ定ムルコト

遺留分ノ算定ハ相續開始ノ當時ニ於ケル財產ヲ基本トスヘキモノナルカ故ニ被相續人カ相續開始ノ時ニ於テ有セル一切ノ積極的財產ノ總額ヲ定メサルヘカラス故ニ其動產タルト不動產

タルト將タ又債權タルト其他ノ財產タルトヲ區別セサルモノトス而シテ其債權タル債務者ノ資力ノ有無ハ之ヲ論セス均シク額面ニ依リテ其價額ヲ算入スヘク條件附ノ債權又ハ存續期間ノ不確定ナル債權ニ付テハ裁判所ニ於テ選定シタル鑑定人ノ評價ニ從ヒテ其價格ヲ定ムヘク假令被相續人カ遺留分權利者タル相續人ニ對シテ有スル債權ト雖モ亦之ヲ合算スヘシ又茲ニ相續開始ノ時ニ有セシ財產ト云フ內ニハ被相續人ノ爲シタル遺贈ノ目的タル財產ヲモ包含スルモノト知ラサルヘカラス是レ亦被相續人ノ財產トシテ相續開始ノ當時現存スルモノナレハナリ總テ此等ノ財產ハ相續開始ノ當時ノ現狀及ヒ其時價ニ從ヒ之ヲ算定スヘク相續開始後其價格ニ增加ヲ來シタルトキト雖モ元價ニ依ルヘク何レニスルモ開始當時ノ價格ヲ基本トスヘシ唯家督相續ノ特權ヲ組成スル權利ハ其價格ヲ算入スヘカラス何トナレハ此等ノ財產ハ單ニ家名ノ繼承上必要ナルモノニ止マリ遺留分ノ算定上重キヲ加フルノ部分ニ屬セサレハナリ

第二　右第一ノ價格ニ被相續人カ贈與シタル財產ノ價額ヲ加算スルコト

贈與ハ被相續人ノ爲シタル生前處分ニシテ既ニ其財產中ニ存セサルモノナレトモ之ヲ加算セサルヘカラス此價額ヲ算入スルハ全ク假裝的加算ニ過キスシテ現物ノ返還ヲ要スルモノニ非サルナリ遺贈ノ價額ハ之ヲ加算スルヲ要セサルハ遺贈ハ遺言者ノ死後其效力ヲ生スルモノニシテ相續開始ノ當時ニ於テハ依然被相續人ノ財產トシテ存在スルモノナレハ前段第一ノ價額中ニ包含セラルヘキモ此第二ノ價格トシテ加算スヘキモノニ非サルナリ

茲ニ所謂贈與トハ一切ノ贈與ヲ指スモノニシテ（但實際上施物又ハ四季ノ贈與物ノ如キ慣習上ノモノハ之ヲ除ク）其目的タル財產ノ動產、不動產ハ勿論輕微ナルト重大ナルト又直接ノ贈與ナルト間接ノ贈與ナルトヲ區別セス又其贈與ノ時期ノ遺留分權利者ノ出生前ナルト否トヲ問ハサルモノト知ルヘシ然レトモ此假裝的ノ加算ヲ爲スヘキ贈與ハ相續開始前一年間ニ爲シタルモノニ限ル（一一三三條）是レ蓋シ受贈者ヲ保護スルカ爲メニ外ナラス相續開始前五年六年若クハ十數年ヲ經タルモノニアリテハ其年所既ニ古ク受贈者ニ於テモ亦其目的物件ヲ處分シタルヤモ圖ラレス受贈者カ既ニ處分シタル財產ニ付テマテ尙ホ加算スヘシトスルトキハ相續人保護ノ爲メニハ利アルヘシト雖モ此ノ如クスルハ亦餘リニ相續人ノ保護ニ偏スルモノト謂ハサルヘカラス故ニ立法者ハ受贈者ノ利益ト相續人ノ保護トヲ考量シ其中庸ヲ得ルニ庶幾シトシテ相續開始前一年間ノ贈與ニ限リ之ヲ加算スヘキ者トセリ尤モ一年前ニ爲シタル贈與ト雖モ當事者雙方カ遺留分權利者ニ損害ヲ加フルコトヲ知リテ爲シタルトキハ其價額ヲ加算ス又茲ニ所謂贈與ニハ假裝的ノ贈與ヲモ包含ス假裝的贈與トハ當事者雙方カ遺留分權利者ニ損害ヲ加フルコトヲ知リテ不相當ノ對價ヲ以テ爲シタル有償行爲ヲ謂フ是レ其名ハ賣買ナルモ其實贈與ニ外ナラス換言スレハ賣買ノ假面ヲ被レル贈與ナリトス此ノ如キ假裝的贈與ノ價額ハ亦之ヲ加算スヘシ（一一四二條）又贈與ハ相續人ニ爲シタルモノト雖モ第一〇〇七條ノ規定ニ依リ相續財產ニ算入スヘキモノニ在リテハ同シク之ヲ加算セサルヘカラス（一〇〇

0030

七條、一一四六條）而シテ其贈與ノ價額ハ之ヲ遺留分中ヨリ控除スヘク其殘除ヲ以テ其者ノ遺留分トシ若シ其價額カ遺留分ニ等シキカ又ハ之ヲ超過スルトキハ遺留分ヲ受クルコトヲ得サルヘシ以上贈與ノ價額ヲ算定スルニハ受贈者ノ行爲ニ因リ其目的タル財產カ滅失シ又ハ其價額ノ增減アリタルトキト雖モ相續開始ノ當時仍ホ原狀ニ存スルモノト看做シテ之ヲ定ムヘキモノトス（一〇〇八條、一一四六條）

第三　債務ノ全額ヲ控除スルコト

被相續人ノ負ヘル債務ハ獨リ民法上ノモノノミナラス租稅公課ノ如キ公法上ノモノモ均シク前第一、第二ノ合算額中ヨリ之ヲ控除セサルヘカラス被相續人ノ債務ハ被相續人ノ財產之カ擔保ヲ爲スモノナレハ遺留分ノ算定上之ヲ控除スヘキハ相當ナリ若シ被相續人ノ債務ヲ除外シ遺留分ヲ算定スヘキモノトセンカ被相續人ノ債權者ヲ害スルノ結果ヲ生スヘキナリ

以上說明セル方法ニ依リ遺留分ヲ算定スルハ被相續人ノ財產ノ貸方カ借方ヨリ多キ場合ニ於テハ一點ノ疑ナキ所ナレトモ債務ノ全額カ右第一、第二ノ合算額ヨリ多キ場合ニ於テハ右ノ方法ニ依ルコトヲ得ス隨テ此ノ如キ場合ニ於テハ現存ノ財產額ヨリ債務ノ全額ヲ控除シ第二ノ價格ニ付テ遺留分ヲ算定スヘシト說ク者アリ此說ノ要旨ハ前示ノ如キ方法ノ如クセハ例之ハ現存額十萬圓、贈與額十萬圓ニシテ債務二十萬圓アリトセハ其結果ハ零トナリ受贈者ハ十萬圓ノ減殺ヲ受ケサルヘカラス而シテ十萬圓ノ財產ハ相續債權者ヲ利スヘキニ非ス且斯ル場合ニ在テハ相續人ハ限定承認ヲ爲スヲ普通トスルヲ以テ相續人ハ之ヲ保有スルコトヲ得ルコトト爲リ結局遺留分ハ十萬圓ニ等シキ結果ヲ生スヘシ然レトモ被相續人ノ債務ハ之カ辨濟ニ充ツルヲ得ヘキ財產中ヨリ控除スルハ相當ナルニ右ノ場合ニ在テハ既ニ被相續人ノ財產中ヨリ引渡ヲ了セル所謂贈與額中ヨリ之ヲ控除セサルヲ得サルニ至ルヘキヲ以テ之ヲ正當ナリトスル能ハス故ニ現存額ヨリシテ債務ヲ控除スルトキハ此ノ如キ非難ヲ免ルルヲ得ルノミナラス十萬圓ノ現存額ヨリ債務ノ二十萬圓ヲ控除セハ代數學上——100000ト爲リ其結果ハ法律上零ニ等シ何トナレハ債務ノ辨濟ニ充ツヘキ相續財產ハ全部拂盡シタルモノナレハナリ故ニ此場合ニ於テハ遺留分ハ贈與額ニ付テノミ之ヲ算定シ若シ直系卑屬一人カ相續スル場合ナラシメハ其二分ノ一ヲ以テ遺留分トシ受贈者ハ五萬圓ノ減殺ヲ免レストスルヲ相當トス唯此ノ如キ算定方法ヲ採ルコトハ法律ノ明文ニ反スルカ如クナレトモ被相續人ハ無資力ニテ死亡シ一物モ遺ササルモノナレハ贈與財產ニ付テノミ遺留分ヲ算定スルコトハ實ニ正義ニ適應スルモノナリト云フニ在リ又此說ヲ唱フル者ハ曰ク法律ノ定ムル運算方法ハ唯普通ノ狀態ニ基キタルモノニシテ借方カ貸方ニ超過スルカ如キ場合ヲ豫想シタルモノニ非ス隨テ前例ノ如キ異例ノ場合ニ之ヲ强制セシムルノ法意ニ非スト此說ノ當否ハ今遽ニ之ヲ論斷スルヲ得ス

第三節　減殺權

第一款　汎論

被相續人カ自由ニ處分スルコトヲ得ヘキ範圍ヲ超過シテ贈與又ハ遺贈ヲ爲シタル場合ニ於テハ相續人ハ遺留分ヲ保全スルカ爲メニ其贈與又ハ遺贈ノ目的ヲ自己ノ有ニ歸セシメサルヘカラス此權利ヲ稱シテ減殺權ト謂フ此減殺權コソ實ニ遺留分權利者ノ有スル强勢ナル後援ナリト謂ハサルヘカラス而シテ此減殺權ハ遺留分ノ一制裁ニ外ナラサルカ故ニ（一）此權利ハ遺留分ヲ請求スルヲ得ルトキ即チ相續開始ノ時期ニ於テ始メテ發生スヘク（二）隨テ此時期ノ到來以前ニ於テ相續人タルモノハ豫メ此權利ヲ拋棄スルコト能ハス又（三）此權利ヲ行使セントスルニハ先ニモ言ヘル如ク被相續人ノ相續ヲ承認セサルヘカラス即チ確的ニ相續人ト爲リシモノナラサルヘカラス

所謂減殺トハ贈與又ハ遺贈ノ全部又ハ一部ヲ取消スヲ云ヒ贈與又ハ遺贈カ遺留分ヲ侵害スル場合ニ於テ其侵害スル部分ヲ減殺シテ以テ遺留分ヲ補充スルヲ名ケテ遺留分ノ保全ト云フ而シテ贈與又ハ遺贈ヲ減殺スヘキ場合ニ於テ其目的物カ特定物ナルトキハ其物ノ全部又ハ一部ヲ返還セシムヘク不特定物ナルトキハ其目的物ノ價格ノ全部又ハ一部ヲ返還セシムヘキモノトス其詳細ハ尙ホ後ニ至リ說明スル所アルヘシ唯夫レ遺贈ニ付テハ相續開始ノ當時其目的物相續財產中ニ現存スルヲ常トスルカ故ニ受贈者カ一旦引渡ヲ受ケタル後ニ於テ其物ノ全部又ハ一部ヲ返還スル場合ハ蓋シ極メテ少數ナルヘシト信ス

第一　減殺權ハ遺留分權利者及ヒ其承繼人ニ屬ス

減殺權ハ遺留分保全ノ爲メニスル所ノモノナレハ遺留分權利者ニ屬スヘキハ勿論ナリ唯此權利者ハ遺留分權利者ノ一身ニ專屬スルモノニ非サルカ故ニ其承繼人（相續人又ハ遺留分權利者ノ債權者）ニ於テ之ヲ承繼スルヲ妨ケス受遺者、受贈者又ハ被相續人ノ債權者ハ此權利ヲ有セス但被相續人ノ債權者ハ遺留分權利者カ單純承認ヲ爲シタル場合ニハ此限ニ在ラス

第二　減殺權ハ受贈者又ハ受遺者ニ對シテ行ハルルモノナリ

減殺權ハ被相續人カ自由處分ノ範圍ヲ超越シテ爲シタル贈與又ハ遺贈ヲ取消サシムルモノナルカ故ニ受贈者又ハ受遺者ニ對シテノミ之ヲ行使スルヲ得故ニ此權利ハ一種ノ債權ナリト謂フヘク隨テ若シ受贈者カ贈與ノ目的ヲ他人ニ讓渡シタルトキノ如キ遺留分權利者ハ其讓渡人ニ對シテ減殺權ヲ主張スルヲ得ス又受贈者カ贈與ノ目的物上ニ抵當權、地上權、永小作權、質權等ヲ設定シタル場合ニ於テ遺留分權利者ハ之カ消滅ヲ請求スルコトヲ得サルナリ唯此等ノ場合ニ於テ讓渡人又ハ權利設定者ハ不當ノ利得ヲ爲ス〻ヘキニ非サルカ故ニ其價格若クハ權利ノ設定ニ因リ得タル利益ハ之ヲ辨償セサルヘカラス之ニ反シテ讓受人又ハ權利ノ設定ヲ受ケタル者カ讓渡又ハ權利設定ノ當時遺留分權利者ニ損害ヲ加フルコトヲ知リテ爲シタル場合ニ於テハ之ニ對シテモ減殺ヲ請求スルヲ得（一一四三條）

第三　減殺權ハ遺留分ノ保全ニ必要ナル限度ニ於テ之ヲ行ハサルヘカラス

是レ減殺權ノ遺留分ノ制裁タルヨリ生スル當然ノ結果ナリ即チ前述スルカ如ク減殺權ハ遺留分ヲ害シタル遺贈又ハ贈與ヲ取消サシムルニ在リ然レトモ此等ノ贈與又ハ遺贈カ當然無效ナルニ非ス遺留分權利者ニシテ減殺權ヲ拋棄セハ其贈與又ハ遺贈ハ依然效力ヲ保有シ遺留分權利者ニシテ減殺ノ請求ヲ爲シタル場合ニ於テ遺贈ニ在リテハ其全部又ハ一部ノ失效ト爲リ贈與ニ在リテハ其全部又ハ一部ノ解除ト爲ルモノトス而シテ其所謂遺留分保全ニ必要ナル限度トハ前説明セル遺留分ノ割合ニ依ルヘキヲ謂フナリ

第四　減殺權ハ必スシモ裁判上ノ請求ヲ必要トセス

外國法ニ於テハ訴ヲ以テ減殺ノ請求ヲ爲スヘキモノト定ムルモノアルモ本法ハ敢テ裁判上ノ請求ヲ必要トスル旨ヲ規定セス是レ蓋シ止ムコトヲ得サル場合ノ外ハ裁判所ノ干渉ヲ避クルノ主義ヲ採リタル爲メナラン

第二款　減殺ノ順序

遺留分權利者カ遺留分保全ノ爲メ被相續人ノ爲シタル贈與及ヒ遺贈ノ全部ヲ減殺セサルヘカラサル場合ハ別ニ之ヲ論スルノ要ナシ唯其一部ヲ減殺セハ以テ遺留分ヲ保全スルニ足ル場合ニ於テ如何ニスヘキカ之ヲ遺留分權利者ノ任意ニ放任セハ不公平ノ結果ヲ來スヘシ是ニ於テ本法ハ減殺ノ順序ニ付テハ後ノモノヨリ始メ順次ニ前ノモノニ及ホスヘキノ原則ヲ採リ第一一三六條乃至第一一三八條ノ規定ヲ設ケタリ是ニ由テ之ヲ觀レハ先ツ減殺スヘキモノハ遺贈ニシテ遺贈ヲ減殺シタル後ニ非サレハ贈與ヲ減殺スルヲ得ス是レ蓋シ贈與ハ生前處分ニシテ相續ノ開始前ニ既ニ其效力ヲ生シ引渡ヲ了セルモノニシテ遺贈ハ之ニ反シ遺言者ノ死亡ニ因リ始メテ其效力ヲ生シ所謂死後處分ニ屬ス故ニ前示原則ノ適用ヨリシテ之ヲ見ルモ死後處分タル遺贈ヲ先ニスヘキハ相當ナルノミナラス遺贈ノ全部若クハ一部ヲ減殺セハ遺留分ヲ保全スルニ足ル場合ニハ最早贈與ヲ減殺スルノ要ナカルヘキハ被相續人カ遺贈ヲ爲ササレハ以テ遺留分ヲ害スルコト勿ルヘシト認ムルニ足ルヘキヲ以テナリ故ニ斯ル場合ニ於テハ贈與ニ對シテハ減殺權ヲ與ヘス而シテ遺贈ニ付テハ其一部ヲ減殺スヘキ場合ニ於テ何レノ遺贈ヲ減殺スヘキカハ亦利害ノ岐ル所ナリ然レトモ遺言者ノ遺言ヲ爲シタル時ニハ前後アリトスルモ其效力ヲ發スルハ凡テ遺言者死亡ノ時ニ在ルモノナレハ各種ノ遺贈ニ付テ前後ノ差等アルヘシトスル能ハス隨テ遺贈ハ其目的ノ價格ノ割合ニ應シテ之ヲ減殺スヘキモノトス但遺言者カ其遺言ニ別段ノ意思ヲ表示シタルトキハ其意思ニ從フ蓋シ遺留分ニ關スル規定ハ公益上ノ規定ナルカ故ニ減殺ニ關スル規定モ亦公益上ノ規定ナリトスルニ於テハ遺言者カ其遺言ニ別段ノ意思ヲ表示スルコトヲ許スヘキニアラサルカ如シト雖モ減殺ナルモノハ本來遺留分ヲ完全ナラシムルカ爲メニシテ遺留分制度ハ一ニ人情ノ通義ニ基キタルモノナルコトヲ知ラハ遺言者ノ別段ノ意思ニ重キヲ置クモ敢テ失當ナ

0033

ラサルヘク又敢テ遺留分制度ト相容レサルモノニモアラサルナリ右ノ如ク遺贈ヲ減殺シ盡スモ尚ホ遺留分ヲ保全スルニ足ラサルトキハ贈與ヲ減殺シ贈與モ其全部ヲ減殺スルノ必要アル場合ハ別ニ論スルノ要ナク唯其一部ヲ減殺スヘキ場合ニ在リテハ後ノ贈與ヨリ始メ順次ニ前ノ贈與ニ及ホスヘキモノトス（一一三八條）是レ亦前示原則ノ適用ニ因ルモノニシテ被相續人カ前ノ贈與ヲ爲スニ當リテハ未タ遺留分ヲ害スルニ至ラサルモ後ノ贈與ニ因リ始メテ遺留分ヲ害スルニ至リシモノト認メ得ヘキカ故ノミ若シ二個ノ贈與ヲ爲シ其前後ヲ知ル能ハサルトキノ如キ別ニ明文ナキモ遺贈ト同シク其目的ノ價格ノ割合ニ應シテ之ヲ減殺スルヲ相當ナリト信ス

第三款　減殺ノ效力

減殺權ハ遺留分ヲ保全スルノ限度ニ於テ之ヲ行フヘキコトハ前述スル所ニシテ假令相續人ノ爲シタル贈與又ハ遺贈ナリトモ之ヲ保全スルニ必要ナラサル部分ニ付テハ減殺權ヲ行ヒ得ヘキニ非ス而シテ減殺ハ贈與又ハ遺贈ヲ無效ナラシムルニ非サルコト亦既ニ前述セル所ナリ唯減殺ノ效力ハ受贈者又ハ受遺者ヲシテ贈與又ハ遺贈ノ目的ノ全部又ハ一部ヲ遺留分權利者ニ返還セシムルノ效力ヲ生シ遺贈ノ如キ未タ履行セラレサル場合ニ在リテハ減殺權ニ因リテ遺留分權利者ハ其目的物ヲ自己ニ保有シ之カ履行ノ義務ヲ免ルルコトヲ得尚ホ減殺ノ效力ニ付テハ左ノ如キ

規定ノ存スルヲ見ル

第一　減殺ヲ受クヘキ贈與者ハ贈與ニ於テ其目的タル財產ヲ現物ニテ遺留分權利者ニ移付スルノ義務アルハ勿論尚ホ減殺ノ請求アリタル日以後ノ果實ヲモ返還スルコトヲ要ス（一一三九條）

蓋シ減殺スヘキ贈與ハ相續開始ノ當時ニ定マルヘクシテ其贈與ハ取消ヲ免レサルモノタリ而シテ果實ハ其採取ノ當時元本ノ所有者タル者ニ屬スヘキモノナルカ故ニ贈與ノ日以後又ハ相續開始以後ノ果實ヲ返還セシムルハ相當ナルヘシ然レトモ果實ノ如キハ隨テ收取スレハ隨テ之ヲ消費スルヲ常トスルカ故ニ若シ如上ノ日時以後ノ果實ハ悉皆之ヲ返還スヘキモノトスルトキハ受贈者ハ或ハ自己ノ財產中ヨリ之ヲ支辨セサルヘカラサルニ至リ其結果酷ニ失スルハ勿論受贈者ハ其贈與カ果シテ遺留分ヲ侵害スルモノナルヤ否ハ容易ニ之ヲ知リ難キモノナレハ遺留分權利者カ減殺權ノ實行ヲ爲シタル日以後ノ果實ニ付テノミ返還ノ義務アルモノトセリ之ニ反シテ遺贈ハ受遺者ニ於テ全部ノ果實ヲ返還スルノ義務アリト謂ハサルヘカラス

第二　條件附權利又ハ存續期間ノ不確定ナル權利ヲ以テ贈與又ハ遺贈ノ目的ト爲シタル場合ニ於テ其一部ヲ減殺スヘキトキハ遺留分權利者ハ裁判所ノ定メタル鑑定人ノ評價額ニ從ヒ減殺スヘキ部分ニ相當スルモノヲ差引キ其殘部ノ價額ヲ受贈者又ハ受遺者ニ給付スルヲ以テ足ル（一一三五條）

0034

立法上或ハ條件ノ成就又ハ存續期間經過後其一部ヲ減殺スヘキモノトスルノ主義アレトモ此ノ如キハ減殺權ノ實行ヲ遲延セシムルノ弊アルニ過キス本法ハ既ニ此等ノ權利ニ付テ遺留分ノ算定上第一一三二條第二項ニ評價主義ヲ採用シタルヲ以テ減殺ノ場合ニモ亦同一ノ主義ヲ採ルコトトセリ是レ一ニ減殺權ノ實行ヲ容易ナラシムルノ主旨ニ外ナラサルナリ故ニ例之ハ條件附權利ノ價額ヲ五百圓ト評價シタル場合ニ於テ其半額ヲ減殺スヘキトキハ直チニ二百五十圓ヲ差引キタル殘額二百五十圓ヲ受遺者ニ給付シテ以テ減殺ノ實ヲ擧クルカ如シ

第三　負擔附贈與ニ付テハ其目的ノ價額中ヨリ負擔ノ價額ヲ控除シタルモノニ付キ其減殺ヲ請求スルコトヲ得（一一四一條）

何トナレハ負擔附贈與ニ付テ受贈者ノ利益スル所ノ者ハ贈與ノ目的ノ價額中ヨリ負擔ノ價額ヲ控除シタル殘部ノミナレハナリ之ニ反シテ負擔附遺贈ニ在リテハ受遺者ハ減少ノ割合ニ應シテ其負擔シタル義務ヲ免ルヘキカ故ニ（一一〇五條）遺留分權利者ハ遺贈ノ目的ノ價額ニ付テ減殺ヲ行フヲ得

第四　不相當ノ對價ヲ以テ爲シタル有償行爲ハ當事者雙方カ遺留分權利者ニ損害ヲ加フルコトヲ知リテ爲シタル場合ニ於テ之ヲ贈與ト看做シ遺留分權利者ハ之カ減殺ヲ求ムルコトヲ得唯此場合ニ於テハ左ノ條件ヲ具備スルヲ要ス

（一）不相當ノ對價ヲ以テ爲シタル有償行爲ナルコト

（二）當事者雙方カ遺留分權利者ニ損害ヲ加フルコトヲ知リテ爲シタルコト

（三）遺留分權利者ニ於テ其對價ヲ償還スルコト

右第一ノ條件タル即チ假裝的ナルコトヲ要スルノ義ニシテ果シテ假裝的ナルヤ否ヤハ一ニ事實問題ニ屬スルモノナリ第二ノ條件ハ乃チ當事者雙方ニ惡意ノ存スルコトヲ要スルノ義ニシテ此惡意アリテコソ初メテ減殺權ノ制裁ヲ受クヘキモノナリ而シテ第三ノ條件ハ如何ニ不相當ノ對價ヲ以テスルトモ之カ償還ヲ爲スニアラサレハ當事者ノ一方ハ爲メニ損害ヲ被ムルコトアルヘケレハナリ彼ノ負擔附贈與ニ付テ其目的ノ價格中ヨリ負擔ノ價格ヲ控除スルト同一理ニ基クモノトス之ヲ要スルニ我法律ニ於テハ債權者ノ取消權ニ對シテ贈與ト有償行爲トヲ區別セサルカ故ニ減殺權ニ付テモ有償行爲ニシテ贈與ト同一視スヘキモノニ在リテハ減殺ヲ免ルヘキニ非ストセルナリ

第五　價額辨償

減殺ノ效力ハ受贈者又ハ受遺者ヲシテ贈與又ハ遺贈ノ目的ヲ返還セシムルヲ原則トスレトモ減殺權ハ本來遺留分權利者ノ當然受クヘキ財產上ノ利益ヲ保有セシムルヲ本旨トスルモノナルヲ以テ右ノ原則ハ絕對ニ之ヲ遂行セシムルノ要ナシ故ニ減殺ヲ受クヘキ受贈者カ贈與ノ目的ヲ他人ニ讓渡シタルトキハ其價額ヲ辨償スルヲ以テ足ル又受贈者カ贈與ノ目的ノ上ニ權利ヲ設定シタル場合亦同シク之カ價額ヲ辨償セサルヘカラス（一一四三條）又減殺ノ目的ハ遺

留分保全ノ爲メ遺留分權利者ヲシテ其限度ニ滿ツルマテ財產上ノ利益ヲ得セシムルニ在リテ必スシモ其財產ノ何タルコトハ之ヲ區別スルヲ要スヘキニ非ス故ニ受贈者又ハ受遺者ハ減殺ヲ受クヘキ限度ニ於テ贈與又ハ遺贈ノ目的ノ價額ヲ遺留分權利者ニ辨償スルトキハ返還ノ義務ヲ免ルルコトヲ得（一一四四條）第一一四三條第一項但書ノ場合及ヒ同條第二項ノ場合ニ於テモ讓受人又ハ贈與ノ目的ノ上ニ權利ヲ取得シタル者モ同シク價額ノ辨償ニ因リ減殺ノ效力ヲ免ルルコトヲ得

第六　終ニ一言スヘキハ受贈者ノ無資力ニ因リテ生シタル損失ハ何人ノ負擔ニ歸スルカノ點是ナリ

蓋シ贈與ノ減殺ハ後ノ贈與ニ依リ順次前ノ贈與ニ及フヘキモノナルカ故ニ減殺ヲ受クヘキ受贈者カ無資力トナリタル場合ニ於テハ之カ損失負擔ヲ後ノ減殺者ニ及ホスヘキニ非ス後ノ受贈者ハ第一一三八條ノ規定ニ依リ減殺ノ請求ニ應スルコトヲ要セサルモノナルカ故ニ損失ノ負擔ハ遺留分權利者ニ歸スルモノトセサルヘカラス（一一四〇條）葡國民法ニ於テハ遺留分權利者ト前ノ受遺者トカ損失ヲ分擔スヘキモノト爲シタルカ如シト雖モ白耳義民法草案ニ於テハ前ノ受贈者ノミ損失ヲ負擔シ遺留分權利者ヨリ減殺ノ請求ヲ受クヘキモノトセリ佛民法ニ於テハ別ニ明文ヲ設ケサルカ爲メ前ノ受贈者ニ負擔セシムヘキカ將タ前ノ受贈者ト遺留分權利者ニ於テ負擔スヘキカノ問題ニ關シ學者ノ間ニ議論ヲ生シタリ今此二種ノ方法ハ各理由

アルカ故ニ若シ明文ヲ設ケサルトキハ佛民法ニ於ケルカ如ク解釋上疑ヲ生スルニ至ルヘシ故ニ本條ノ規定ハ第一一三八條ノ結果タルニ拘ハラス特ニ之ヲ設クルコトトセリ是レ我立法者カ第一一四〇條ノ理由トシテ掲クル所ナリトス

第四款　減殺權ニ關スル特別時效

減殺權ノ行使ハ受贈者又ハ受遺者ニ對シ非常ナル利害關係アリ延イテ第三者ノ權利ニマテ影響スル所アルヲ以テ此ノ如キ權利ヲシテ通常時效ノ長キ時間ヲ存セシムルハ決シテ相當ナリト謂フヘカラス故ニ法律ハ遺留分權利者カ相續ノ開始及ヒ減殺スヘキ贈與又ハ遺贈アリタルコトヲ知リタルトキヨリ起算シテ一年間之ヲ行ハサルトキハ時效ニ因リテ消滅スヘキモノトシ又遺留分權利者カ相續ノ開始又減殺スヘキ贈與若クハ遺贈アリタルコトヲ知ラサルトキト雖モ相續開始ノ時ヨリ十年ヲ經過シタルトキ亦同シク時效ニ因リテ消滅スヘキモノトセリ（一一四五條）

相續法　終

0036

法學士 牧野菊之助講述

民法相續

法政大學發行

0037

民法相續目次

緒論……一
本論……一二
第一章　總論……一二
第一節　相續ノ開始……一二
第一款　相續開始ノ時期……一二
第二款　相續開始ノ場所……一五
第二節　相續人ノ資格……一六
第一款　總則……一六
第二款　缺格……二〇
第一項　缺格ノ原因……二〇
第二項　缺格ノ效力……二七
第三款　廢除……三一
第一項　廢除ノ原因……三一
第二項　廢除ノ方法……三七

0038

第三項　廢除ノ效力……三八
第三節　相續回復ノ請求……四四
第四節　相續財產ニ關スル費用……四六
第二章　家督相續……四八
第一節　家督相續開始ノ原因……四八
第二節　家督相續人ノ種類及ヒ順位……五三
第一款　汎論……五三
第二款　第一種ノ法定家督相續人……五五
第三款　指定家督相續人……七一
第四款　第一種選定家督相續人……七四
第五款　第二種法定家督相續人……七七
第六款　第二種選定家督相續人……七九
第三節　家督相續ノ效力……八〇
第一款　一般ノ效力……八一
第二款　特別ノ效力……八三
第三章　遺產相續……九一

第一節　遺產相續ノ開始……九一
第二節　遺產相續人ノ順位……九三
第一款　直系卑屬……九四
第二款　配偶者……九六
第三款　直系尊屬……九七
第四款　戶主……九八
第三節　遺產相續ノ效力……九八
第一款　總則……九九
第二款　相續分……一〇三
第一項　相續分ノ割合……一〇三
第二項　相續分ノ取戻……一一五
第三款　遺產ノ分割……一二〇
第一項　分割ノ方法……一二一
第二項　分割ノ效力……一二二
第三項　擔保ノ義務……一二五
第四章　相續ノ承認及ヒ抛棄……一三〇

第一節　相續人ノ法律上ノ地位……一三〇
第二節　承認……一四一
第一款　單純承認……一四一
第二款　限定承認……一四五
第一項　限定承認ノ方式……一四七
第二項　債務及ヒ遺贈ノ辨濟（清算）……一五一
第三節　拋棄……一六〇
第五章　財産ノ分離（債權者ノ財産、別除權）……一六三
第一節　財産分離ノ性質……一六四
第二節　相續債權者及ヒ受遺者ノ請求……一六九
第一款　財産分離ノ手續……一六九
第二款　相續財産ノ管理……一七一
第三款　財産分離ノ效力……一七二
第一項　相續債權者及ヒ受遺者ニ對スル效力……一七三
第二項　相續人ニ對スル效力……一七六
第三節　相續人ノ債權者ノ請求……一七八

第六章　相續人ノ曠缺……一八〇
第一節　汎論……一八〇
第二節　相續財産……一八二
第三節　國庫……一八七
第七章　遺言……一九〇
第一節　遺言ノ性質……一九〇
第二節　遺言ノ能力……一九三
第一款　遺言者ノ資格……一九四
第二款　受遺者ノ資格……一九九
第三款　遺言ノ證人……二〇二
第三節　遺言ノ方式……二〇四
第一款　普通方式……二〇五
第一項　自筆證書ニ依ル遺言……二〇五
第二項　公正證書ニ依ル遺言……二〇九
第三項　秘密證書ニ依ル遺言……二一二
第二款　特別方式……二一六

0040

第一項　死亡ノ危急ニ迫リタル者ノ遺言……二一六
第二項　傳染病ノ爲メ交通遮斷ノ場所ニ在ル者ノ遺言……二一九
第三項　從軍中ノ軍人軍族ノ遺言……二一九
第四項　艦船中ニ在ル者ノ遺言……二二二
第四節　遺言ノ效力……二二五
第一款　汎論……二二五
第二款　遺贈……二二七
第一項　遺贈ノ體樣……二二七
第二項　遺贈ノ承認及ヒ抛棄……二二九
第三項　受遺者ノ權利義務……二三二
第四項　遺贈ノ目的……二三七
第五項　負擔附遺贈……二四四
第五節　遺言ノ執行……二四六
第一款　遺言執行ノ條件……二四六
第二款　遺言執行者……二四九
第六節　遺言ノ失效及ヒ取消……二五九

第一款　總論……二五九
第二款　遺言ノ失效……二六〇
第三款　遺言ノ取消……二六二
第一項　遺言者ノ變心ニ因ル取消……二六三
第二項　裁判上ノ取消……二六九
第八章　遺留分……二七〇
第一節　總論……二七〇
第二節　遺留分ノ額……二七三
第一款　家督相續人……二七四
第二款　遺產相續人……二七五
第三款　遺留分ノ算定……二七六
第三節　減殺權……二八一
第一款　汎論……二八二
第二款　減殺ノ順序……二八四
第三款　減殺ノ效力……二八六
第四款　減殺權ニ關スル特別時效……二九一

第三　海上運送ハ現今ニ於テハ一種獨立ノ營業トシテ經營セラルト雖モ最モ初歩ノ時代ニ於テハ船主ハ自ラ船舶ニ乘込ミ其雇人等ヲ指揮シテ自己ノ積荷ヲ運搬セシメタルコトアリ或ハ其奴隷ラシテ船舶ヲ指揮セシメタルコトアリ此時代ニ於テハ所謂自船自貨運送ノ時代ニシテ運送業務ハ未タ分業トシテ成立セス其後ニ於テ船主ト荷主ト乘組員トカ組合ヲナシテ物ヲ運搬シ物ノ運搬ノ結果トシテ生セル價格ノ差額ヲ以テ其收益トシ之ヲ分配セル時代モアリ此時代ハ所謂組合運送ノ時代ニシテ運送業ハ未タ獨立セス乍併此時代ニ於テ生シタル慣則カ今日ニ於テ尙ホ其痕跡ヲ止ムルモノアリ運送賃ハ報酬ノ母ナリト云フ原則ノ如キ（日本ニテハ廢セラル）モ船長カ成功謝金（Primage, Kaplaken）ヲ徵收スル慣習ノ如キハ恐ラクハ此時代ノ遺物ナルヘシ其後船腹ノ借切リ起レリ船腹ノ借切リニ於テハ或ハ船舶全部ノ借切ト一部借切トアリ全部借切ノ場合ニ於テハ或ハ（一）船舶ノミヲ賃金ヲ拂ヒテ借切リ借切人ハ貸主ニ對シテハ料金ヲ拂ヒ自ラ船長ヲ雇ヒテ自己又ハ他人ノ貨物ヲ運搬セシメ或ハ（二）船長等ハ貸主ニ於テ之ヲ雇入レ置キ即チ船員附ニテ船ヲ貸シ切ル場合アリ或ハ（三）船主カ自己ノ雇人ヲシテ自己ノ營業ノ爲メニ他人ノ貨物ヲ有償ニ運搬セシメ船腹ノ借切人ハ單ニ其船舶ノ積載力ヲ利用スルヲ得ルノミニシテ其船舶ノ指揮其航行ノ費用等ニ付テハ別段ニ利害關係ヲ有セサル場合アリ其第一ノ場合ハ船舶ノ賃貸借ニシテ第二ノ場合ハ傭船契約ナリ是等ノ契約ハ皆通常證書ニ依リテ契約セラレ其證書ヲ「チャーター、パーチー」ト稱スルヲ以テ實際問題トシ

ラ或ル特殊ノ契約即チ右(二)ニ掲ケタル船員附船舶貸切リノ場合ニ於テ其個個ノ契約ハ之ヲ船舶賃貸借即チ第一ノ部類ニ解スヘキカ將タ傭船契約即チ第三ノ部類ニ屬セシムヘキカニ付テ實際問題ヲ起セシコト甚タ多シト雖モ要スルニ船長ハ何人ノ爲メニ航海業ヲ營ムヤニヨリテ決セラレ其借切人ノ雇人トシテ借切人ノ爲メニ航海ヲ爲ストキハ賃貸借トナシ船舶所有權者ノ雇人トシテ船舶所有權者ノ爲メニ航海ヲナストキハ傭船契約ト解セラレタリ此時代ニ於テモ船舶ヲ賃借シテ自己ノ貨物ヲ運ハシムル場合ニ於テハ運送ハ未タ獨立ノ一分業ト爲レリト謂フヲ得ス自己所有船又ハ賃借船ニヨリテ他人ノ物ヲ運送スルニ依リテ初メテ獨立ノ一分業トナレリト謂フヲ得ヘシ故ニ或ハ自船又ハ借船ヲ以テ自貨ヲ運送セル時代ニハ運送ナシト稱スル者モアリ然レトモ傭船契約ノ場合ニ於テハ其全部傭船タルト一部傭船タルトヲ問ハス運送業ハ獨立ノ一分業ト爲レリト謂フヘシ其後船主カ自ラ個個ノ荷送人ト契約シ個個ノ積荷ヲ集メ之ヲ運送スルニ至リ特ニ現今ノ定期航海ノ如キ制度ヲ見ルニ至リテ運送業ハ益益一分業トシテ十分ニ獨立スルニ至レリ、斯ク論シ來レハ自船自貨運送ノ如キハ恰モ遠キ過去ノ事跡ナルカ如ク見ユト雖モ然ラス現今ニ於テハ大生產會社ニ於テハ時トシテハ自己ノ粗製品(又ハ精製品)ヲ輸送スル爲メニ船舶ヲ所有スルモノモアリ只タ其運送カ別ニ運送法規ノ支配ヲ受ケサルニ過キサルノミ

第四　運送仕組ミニ付テモ古ハ不定期(Tramp)ニ航海ヲ爲セシカ今ハ定期線ノ航海ヲ見ルニ至レリ定期線トハ船舶所有者ハ豫メ出帆日割、發航、寄航、到達港等ヲ豫定シテ其豫定ニ從ヒテ船舶ヲ運轉セシムルモノニシテ方今ニ於テハ其定期航海線ノ數ハ大小甚タ多シト雖モ定期航海ハ特別ノ補助等無キトキハ通常荷物ノ大集散地ト大集散地トヲ連結スルヲ常トス然レトモ其大集散地ニ於テモ荷物ノ出入ノ額ハ常ニ一定セス茲ニ於テ定期航海線ノミニヨリテハ其必要ナル貨物ノ呑吐ヲ爲スヲ得ス茲ニ於テ其荷物ノ輻輳スルニ當リテハ或ハ急ニ船舶ヲ傭フテ傭船契約ニヨリテ不定期ノ航海ヲ爲サシムル必要起リ定期航海ノ傍ラ自ラ不定期航海ノ存在ヲ見ルニ至レリ定期航海ニ適スヘキ荷物ハ其到著ノ日數モ確定シ其航海日子ノ如キモ成ルヘク短縮スルコトヲ欲スルモノ多ク運送賃ノ高低ノ如キハ是等ノ條件ニ比シテハ重大ナラサルモノ多シ旅客ノ運送ハ物品ノ運送ト異レリト雖モ實際ニ於テハ定期航海ニ適スルモノトス郵便急便(Express Service)ノ類亦然リ之ニ反シテ粗製品ノ輸送ノ如キモノニ於テハ荷主ハ到達日子ノ早カランコトヨリハ運送賃ノ安値ナルヲ希望スルコト多ク是等ノ荷物ハ不定期航海ニ適スルモノト謂フヘシ從テ造船計畫ニ於テモ定期航海用ノ汽船ト不定期航海用ノ汽船トハ其設計ヲ異ニシ排水量略算系數(Block coefficient)ノ如キモ二者大ニ異ナルニ至レリ

第五　運送セラルヘキモノニ付テハ其初メハ物品カ運送セラレタリト雖モ現今ニ於テハ旅客ノ運送モアリ旅客運送ニ付テハ更ニ之ヲ上等中等下等ノ三級ニ分ツコトヲ得ヘシ上等ノ旅客運送船ニ於テハ成ルヘク船内ノ設備ヲ完全ニシ旅客ヲシテ十分ノ娯樂ト慰安トヲ得セシメンコ

トヲ勉メ從テ造船上ニ幾多ノ改良ヲ生スルニ至レリ然レトモ今ヤ歐米航路ニ於テハ下等船客ニ付テモ待遇ヲ改ムルニ至リ舊來ノ下等船客(Steerage Passenger)ノ待遇ハ漸次中等船客ヲ生スルモノノ如シ運送ノ歷史ヨリ云ヘハ物品運送ハ早ク開ケ且ツ其經營ニ於テモ旅客運送ト異ナル所アルヲ以テ歐洲ニ於テハ物品運送契約ト旅客運送契約トハ全然別字ヲ用ヒ其運送賃ノ如キモ物品ニ付テハ「フレート」「フラハト」等ト呼ヒ旅客ニ付テハ「パッセージ、マネー」等ノ名ヲ附スルカ如シ

第六　海上運送ハ之ヲ鐵道ニ比スレハ獨占ノ傾向ハ少シク尠シト謂フヘシ蓋シ彼ノ鐵道等ノ如ク之レカ道路ハ必スシモ一定セサレハナリ然カノミナラス之レカ道路ニ關スル費用モナク從テ苟クモ船舶ヲ所有スルモノハ直チニ競爭ヲ爲スヲ得ヘケレハナリ從テ海上運送ニ付テハ競爭ノ生スルヲ免レス競爭ノ結果ハ運賃ヲ低減シ或ハ速力ヲ早メ設備ヲ完全ニスル等種種アルヘシト雖モ而カモ定期航海ニ於ケル競爭ニ假令其道路カ固定セサルニモセヨ尙ホ競爭者ノ爲メニハ滅亡的ノモノナルヲ免レス玆ニ於テ定期航海ヲ有スル諸會社ハ種種ノ連合ヲナシ或ハ「プール」ノ契約ヲ爲シ甚タシキハ數社合同シテ「トラスト」ヲ作ルニ至レリ

而シテ船舶ハ漸次其積量ヲ增加シ大船ハ益〻經濟上利益ナルコトカ證明セラルルニ及ンテハ漸次大資力ヲ要スルニ至ルコトハ爭フヘカラサルモノナルヲ以テ運送ヲ營ムモノハ初メハ個人ヨリ次ハ組合又ハ船舶共有者ト爲リ進ンテ會社「トラスト」等カ之ヲ營ムニ至リ營業者ノ資本ハ小ヨリ進ンテ大トナリ其止マル所ヲ知ラサルノ觀アリ

第七　海上運送ニ於テ運送賃ヲ左右スル原動力ハ甚タ多樣ナルヘシト雖モ其運送賃ヲ動カスヘキ原動力ハ運送ノ目的ニ因リテ一樣ナラス彼ノ郵便契約ヲ以テ航海ヲ奬勵スル制度ノ如キニ在リテハ其郵便物ニ對シテ支拂ハルル運送賃ハ內國汽船會社ト外國汽船會社トニ因リテ一樣ナラサルモアリ此場合ニ於テハ單ニ內國會社タルノ理由カ其運送賃ニ影響ヲ及ホスモノトス又旅客運送ニ於テハ其運送ニ從事スル者ハ實際少數ノ定期航海船ニ限ラルルヲ以テ競爭ハ勢ヒ運送賃ニ影響シ最近ニ於テ我國ニ於テモ東洋汽船會社、太平洋汽船會社及ヒ東西汽船即チ「オー、オー」會社ノ三社連合船カ移民ニ關シテ伊國船ト競爭スルニ當リ著シク運送賃ヲ引下ケタルコトモアリト雖モ少數會社ノ間ニハ協定モ行ハレ易ク且ツ旅客運送ノ競爭ハ其運送賃ヲ引下クルヨリハ船內ノ設備ヲ完備スルコトニ於テ行ハレ上等船客ニ付テハ特ニ運送賃ハ少シク高價ニ昇ルモ速力、慰安、娛樂等ニ於テ優秀ナルモノヲ選フノ傾アリ大西洋航海ニ於テハ此傾向ハ非常ニ盛ニシテ造船上ニモ影響スルコト少ナカラサルノミナラス今ヤ下等船客ニ付テモ運賃ノ減額ヨリハ是等ノ點ヲ以テ競爭ヲ爲スモノノ如シ太平洋航海ニ於テモ近頃稍ヤ此傾キアルモノノ如ク各會社ノ汽船ハ漸次其設備ノ完成ニ務ムル如シト雖モ大多數ノ船舶ハ荷船カ然ラサレハ混合船ニ過キス乍併東洋汽船會社ノ如キカ新タニ一萬三千噸ノ「ターバイン」汽船ヲ新造スルニ因リテモ大體歐米ト同樣ノ傾向アルヲ窺フヲ得ヘシ然レトモ大體

0044

ニ於テハ競爭ノ結果ハ比較的ニ低廉ナル運送賃ヲ以テ愉快ナル旅行ヲ爲サシムト謂フヲ得ヘシ

貨物ノ運賃ニ付テ說明スルニ當リテハ一滿船積載ト二一部積載及ヒ個個ノ物品運送トノ區別ニ付テ注意スルコトヲ要ス蓋シ此兩種ノモノニ付テハ其運賃ニ影響ヲ及ホス所ノモノカ異ナレハナリ

一　滿船積載ノ場合ニ於テハ其運送賃ハ即チ其船舶ノ借切賃ヨリ成ル之ヲ名ケテ借切料(Charteratea)ト云フ船舶ノ貸切リハ(1)單一航海又ハ往復航海ニ付テ之ヲ爲ス場合ト(2)一定ノ期間ノ貸切リトアリ前者ヲ Trip-charter ト云ヒ後者ヲ Time charter ト謂フ Time charter ハ必然的ニ船舶ノ賃貸借ナリト云フヲ得ス、航海極メ貸切リノ場合ニ於テハ運賃ハ其積荷ノ重畳容積等ニ因リテ之ヲ定ムルヲ常トスレトモ期間極メ貸切リノ場合ニ於テハ其船舶ノ噸數ニ從ヒ每噸每月若干ト定ムルヲ常トス航海極メ貸切リノ場合ニ於テハ即チ純然タル傭船契約即チ全部傭船契約ニシテ船舶所有權者ハ其船舶運轉ニ關スル各種費用出入港費用等總テ之ヲ負擔シ借切人ハ唯約定ノ借切料即チ傭船料(即チ運送賃)ヲ拂フノミ期間極メ貸切リノ場合ニ於テ通常船舶所有權者ハ船員ノ給料船舶修繕料ヲ支拂ヒ借切人ハ薪炭料港費終極地ノ費用等ヲ支拂フヲ常トスト云ヘハ(Johnson, 174) 必スシモ賃貸借ニ非スシテ傭船契約モ亦少ナカラスト解スルヲ正當トスヘシ而シテ此船舶貸切リ(大多數ハ全部傭船契約ナレハ以下全部傭船ト言ハン)ノ場合ニ於テハ競爭ハ實ニ劇烈ニシテ其競爭ノ行ハルル範圍モ世界的ナリト謂フヲ妨ケサルヘシ從テ其運送賃ヲ左右スルモノハ競爭ナリト謂フヘシ

二　個個ノ物品運送ニ於テハ運送賃ハ其運送品ノ重量容積等ヲ標準トシテ定メラルルト云フ此方法ハ定期船ニ於テ主トシテ行ハルル所ナリト雖モ傭船契約ノ場合ニ於テモ亦絕無ニハアラス個品運送ニ於テハ其運送賃ヲ支配スル力ハ競爭ナリト雖モ協定ニ因リテ之ヲ緩和スルコトアリ又傭船契約ノ場合ニ於テハ或ハ船舶ハ多數ノ重キ積荷ヲ積込ミタルトキハ單ニ容積多キ輕キ積荷ヲ船內ノ場所塞キトシテ積入レントスルコトアリ又之レト反對ノ場合モアリ斯カル場合ニ於テハ其補足トシテ積込ム積荷ノ運賃ハ殆ント「殖エ得」トモ謂フヘキモノナレハ船主ハ便宜ニ荷主ト其運賃ニ付キテ交涉ヲ爲スモノトス

又個個ノ物品運送ニ於テモ船主ハ往往ニシテ大生產者ト特約ヲ爲シ豫定ノ期間內約定ノ低價運賃ヲ以テ各港必ス一定ノ積荷ヲ收容シ之ヲ運送スヘキコトヲ約スル場合アリ積荷カ平均ニ供給セラレ其供給ニ過不足ナク又一定ノ期間內浮動セサル運送賃ヲ以テ物ヲ運フコトハ船主ニ於テハ甚タ歡迎スル所ニシテ實際ニ於テハ偶偶或ル特別ノ航海ニ巨利ヲ博シ一方ニハ又利益極メテ少ナキ航海ヲモ爲スコトアランヨリハ假令利益ノ割合ハ左程ニモ見エサル場合ト雖モ平均的限定的ナル方カ却テ利益アリト云フ

積荷不足ノ場合ニ於テ其積荷不足ヲ補フノ必要上或ハ積荷ヲ求ムルコトアリ此場合ニハ

„Berth cargo" トシテ船積セラルルモノニシテ此種類ノ積荷ノ運送賃ハ運送力ト其他ノ貨物トノ間ニ於ケル需要供給ノ通常關係ニ依ルヨリハ各船主カ其荷不足ヲ補ハントスル急需ノ多寡ニ依リテ決セラルルモノナリト云フ

經濟上運送賃カ浮動スルコトハ甚タ好マシカラサル所ナリト雖モ現今ニ於テハ物質的進歩ノ結果運送ノ實費低減ノ結果トシテ物品運送ハ漸次低下スルノ傾向ハ十分ニ之ヲ認メ得ヘキニ拘ハラス其運送賃ノ動搖スルコトハ之ヲ物價ノ動搖鐵道運賃ノ動搖等ニ比シテ特ニ著シキモノアルカ如シ (Johnson 184, ctseq.) 其激甚ナル動搖ハ經濟政策ニ依リテ之ヲ緩和スルコトヲ得ヘキヤ立法ハ之ニ關シテ干渉ヲナスノ必要アリヤ是レ實ニ困難ナル問題ト謂フヘシ

海上運送法ニ影響ヲ及ホスヘキ原動力ニ付テハ尚ホ「バツペンハイム」氏ノ海商法改正ノ必要ト稱スル演說 (Revisionsbedürftigkeit des Seerechts) 加藤博士海商法ノ將來ト題セラルル講演 (法學協會雜誌第二十一卷八號一〇五七頁乃至一〇九二頁) ヲ參照セラレンコトヲ乞フ

第八　海上運送契約ニ於テハ國籍ヲ異ニスル多數ノ契約當事者ノ存在ヲ見ルコトハ最モ普通ニシテ從テ其契約ノ準據法如何ノ國際私法問題ヲ生スヘシ故ニ我法例ニ於テモ法律行爲ニ關スル規定ヲ設ク (第七條乃至第九條) 而シテ法例第七條ニ依レハ法律行爲ノ成立及ヒ效力ニ付テハ先ヅ當事者ノ意思ニ從ヒテ準據法ヲ決シ其意思カ不明ナル場合ニ於テハ行爲地法ニ依ルモノトス

米國ニ於テモ千八百九十年英船「モンタナ」號事件ニ於テ法律行爲ニ付テハ當事者ノ意思不明ナル場合ニ於テハ行爲地法ニ依ルヘキモノトシ米國港 (紐育) ニ於テ英船主ト米國荷主トノ間ニ締結セラレタルトキハ其運賃ハ英貨ヲ以テ支拂ハルル場合ト雖モ米國ノ契約ニシテ米國法ニ依ルヘキモノト判決セラレタリ玆ニ於テ其後一般ニ「モンタナ」文句即チ「此契約ハ物品ヲ運送スル船舶ノ旗國法ニ依リテ締結セラレタルモノニシテ其旗國法ノ支配ヲ受クヘシ」トノ文句ヲ挿入スルニ至レルカ如シ我カ日本郵船株式會社ノ船荷證券中ニモ日本法ヲ以テ準據法トナス旨ノ記載アリ然レトモ準據法ヲ選擇スルコトヲ許スコトハ其行爲地ニ於ケル强制法規ノ適用ヲ免レシメンカ爲メニハ非サルヘシ海運法規ノ國際的歸一ハ頗ル望マシキコトナリト雖モ其法規制定ノ理由中ニハ往往一國ノ航海政策上ノ理由ヲ含ムコトアリ是等ノ場合ニ於テハ萬國法ノ統一ハ蓋シ容易ノ業ニ非サルヘシ

第二款　運送及ヒ運送契約

第一　運送ノ觀念ハ之ヲ定ムルニ困難ナルヲ以テ運送人ノ意味又ハ運送契約ノ意義ヲ說明スルニ當リテハ運送ト云フコトニ付テハ極メテ簡單ニ之ヲ說キ幾多ノ難問ハ營業引受等ノ點ニ因

リテ之ヲ解決セシムル者甚タ多シ

然レトモ予輩ハ右ノ說ニ贊成スルヲ得ス運送ト云フコトノ意味ニ付キテ明確ナル定義ヲ下スノ必要アリト考フ從テ運送ノ意味ヲ以テ單ニ人又ハ物ノ所在ヲ變更セシムルノ結果ヲ生セシムルコトヲ謂フト爲ス多數ノ說ニ滿足スルコトヲ得ス此說ハ我カ商法ノ規定ニ反スルモノニシテ誤ナリト信スルヲ以テ運送ノ意味ハ右ノ要件ノ外尙ホ或事ヲ必要トスト考ノ獨逸學者ノ間ニハ運送人トナル爲メニハ物ノ所在ヲ變更セシムルコトヲ引受クルノ外何等ノ要件ヲ必要トスルヤ否ヤハ大ニ爭ハレ其之ヲ必要トスト主張スル者ノ重モナルハ「ゴールドシュミットコサック」等ニシテ社會觀念ニ重キヲ置キテ斯ク主張ス之ニ反對スル者ハ「ハーンエーグルスタウブ」等多クノ學者（實例モアリ）ニシテ商法ニ於テ商人トイヒ商行爲トイフハ社會觀念ニ關係ナク獨斷的ニ其意味ヲ定ム從テ社會觀念ト反スルヲ妨ケスト謂フニ在ルカ如シ獨逸法第四二五條ノ規定ハ我カ商法第三三一條ト同シカラス我カ商法ニ於テハ運送人ノ意義ヲ定ムルニ當リテ運送ノ文字ヲ用ユ故ニ獨商法ノ解釋論トシテハ後說ヲ正シト假定スルモ直チニ採用スルヲ得ス而シテ商ノ何物タルヤ又ハ商行爲ノ何物タルヤ其ノ根本ノ基礎觀念ニ至リテハ歷史上各時代ノ要求ニ依リテ商、商行爲ヲ生シ到底一言之ヲ定義スルヲ得ス遂ニ商行爲トハ商法ニ商行爲トシテ列擧セラレタル行爲ヲ云フト謂フノ已ムヲ得サルニ至ルヨリ見レハ右後說ハ甚タ正當ナルカ如シ然レトモ商ノ何物タルヤヲ概括的ニ說明スルコトカ困難ナリト謂フハ其商ト觀察セラルル個個種類ノ商カ何等ノ理由ナク商トナルト謂フニハ非ス或ル行爲カ商ト目セラルルニ至リタル理由ハ社會上ノ理由ニ基ツクモノト云フヘシ只其社會上ノ理由カ甲ノ商ニ存スルモノハ乙ノ商ニ存セサルコトアルヲ以テ總テノ商ニ通シテ概括的ニ其社會上商ノ意味カ決セラルルニ至レル根本思想ヲ說明スルニ苦シムニ過キス故ニ運送ノ意味ヲ決定スルニ當リテモ亦社會觀念ヲ考量スルコトヲ必要トス

第二　運送ノ意味ヲ決定スヘキ社會上ノ理由ハ之ヲ說明スルニ苦シムト雖モ運送ハ人又ハ物ノ所在ヲ變更セシムルコトヲ要ストハ總テノ學者ノ等シク認ムル所ニシテ又商行爲ノ基礎タルヘキ運送ハ業トシテ營マルルコトヲ要スルノ點ニ於テモ疑ナキ所ナリ運送ハ人又ハ物ヲ遠キニ移轉スルコトヲ要スルヤニ付テハ同一地方內ト雖モ例ヘハ市街內ノ運送モアリ故ニ異地方間ニ物ヲ移スコトヲ必要トセストハ總テノ學者ノ認ムル所ナリ商法ニハ地方特ニ行政區域ノ如何ヲ眼中ニ置クコト稀ナリト雖モ或ル距離ヲ隔ツルコトヲ前提トシテ設ケラレタル規定モアリ然レトモ運送人カ物品ヲ近キニ送ル場合ニ於テ必ス責任ナシトモ云フヘカラサルヘシ運送人ヲ生セシメンカ爲メニハ其ノ運送品カ運送人ノ占有ニ歸スヘキコトヲ必要トスル點モ爭ヒ無キ點ノ如ク挽船契約ハ一般ニ云ヘハ被挽船ニ於テ挽船ヲ監督スルコト多キカ故ニ之ヲ運送契約ト爲ササルヲ常トス然レトモ旅客ハ運送人ニヨリ占有セラレス故ニ運送人ノ目的ハ運送人ノ監督ニ服スルヲ要スト說クヲ正當トスヘシ運送人ノ監督ノ下ニ物又ハ人カ所在ヲ變更セ

0047

シメラルル場合ニ於テモ其結果ノ發生スル所以ハ運送ノ目的ノ自動力ニモ原因スル場合ニハ運送ニ非スト云フ者アリ又運送者ノ自己ノ體力ニ依リテ運ハルルハ運送ニ非ス運送ニハ相當ノ方法ヲ必要トスト云フ者アリ此ノ二ノ點即チ廣ク云ヘハ運送ニハ何等カノ運送方法ヲ備フル必要アリヤノ點ハ特ニ議論ノ燒點タリト雖モ予ハ社會觀念上運送ニハ運送方法アルヲ必要トスト考フ然ラハ其運送方法如何ト問フ者アル・キモ運送者カ自己ノ體力ニ依リテ運送スル場合、目的ノ自動力ニ因リテ其目的カ所在變更ノ結果ヲ生スル如キ場合ニハ其ノ所在變更ノ結果ヲ生セシメンコトヲ引受クル者ヲ以テ運送人トナシ之レニ對シテ貨物引換證ヲ發行センコトヲ求ムルカ如キハ社會上通常爲サヽル所ニ非ス商法カ運送法ヲ設ケタルハ斯カル特殊ノ場合ニ貨物引換證ヲ强要セシメンカ爲メニハ非スシテ實際最モ行ハルル運送即チ通運船舶ニ依ル運送ノ如ク是等ノ商業證劵ヲ發行スルコト常ナル場合ヲ前提トスルモノナリト考フ運送人ノ責任ヲ定ムルモ亦然ルヘシ故ニ予輩ハ運送トハ他人ノ身體又ハ物品ヲ監督シテ之ヲシテ其所在ヲ變更セシムルモノニシテ其所在變更ノ結果ヲ生スルハ其ノ目的ノ自動又ハ所在ヲ變更セシムル者ノ體力ノミニ由ラサル場合ヲ云フト解スルナリ此說ハ牛馬ヲ引牽スルモノハ運送ヲ爲スモノナリヤノ問題ヲ解スルニ當リテハ循環論法ニ陷ルノ弊アルニ似タリト雖モ運送ノ意味ハ社會觀念ヲ基礎トス社會觀念ニ於テハ是等ノ場合ヲ運送ト觀察セスト云ハハ必スシモ誤ナリト云フヲ得サルヘシ特ニ我カ商法ノ解釋トシテハ運送ノ定義ヲ單ニ物又ハ人ノ所在

私法二三一六頁）ト然レトモ法例第四條ハ其全體ヨリ見テ殊ニ第二項ヨリ見ルトキハ民事上ノ禁治產宣告ニ對シテ置キタル規定ナルコトハ同項ニ禁治產ノ原因アルトキハ其者ニ對シテ云云ト曰ヒテ裁判宣告カ禁治產ヲ宣告スルコトヲ主タル目的トスルニ在リテ隨テ刑事判決ノ如キ其目的カ禁治產ヲ宣告スルニ在ラサルモノヲ豫見セサルヲ見ルモ明カナリ殊ニ各國ノ法律ニ於テ民法上ノ無能力者ヲ設ケタル目的ハ身體又ハ精神ノ發達不十分ナル無能力者ヲ保護スルニ在リ而シテ發達ノ十分不十分ノ標準ヲ定ムル適切ノ標準ハ本國法ニ若クモノナキカ故ニ身分、能力ニハ本國法ノ適用ヲ命シタルモノナルコト前章總說第一節ニ述ヘタル理由ヨリ推知スルコトヲ得ヘシ然ルニ刑事上ノ無能力ニ至リテハ其目的犯罪人ヲシテ自由ニ財產ノ處分ヲ爲スヲ得セシメスシテ刑罰ノ執行ヲシテ效力アラシムルニ在リテ決シテ犯罪人ヲ保護スルニ存セサルカ故ニ刑事上ノ禁治產ハ其內容ヨリ見レハ無能力ト曰ハンヨリハ一種ノ刑罰ニ過キス仍テ我法例第四條ハ刑事上ノ禁治產者ニ付テハ之ヲ適用スヘキニ非スト決定スルヲ適當トス

第四節　婚姻ヨリ生スル無能力

妻ノ無能力ハ我民法第一四條以下ニ定ム此無能力ニ關シテハ各國ノ法制互ニ異ナリ而シテ人カ妻タル身分ヲ取得スルハ婚姻ニ因ルカ故ニ妻ノ無能力ハ婚姻ノ效力タリ而シテ婚姻ノ效力ニ付テハ我法律ハ法例第三條ノ外ニ更ニ定ムル所アリ（法例一四條）故ニ妻ノ無能力ニハ禁治產ノ

無能力ト同シク法例第三條ハ適用ヲ受ケスト云フコトヲ得由テ此無能力ニ關シテハ婚姻ノ準據法ノ場合ニ說明スヘシ

第三章　婚姻

婚姻關係ニ付テハ第一章ニ說明シタル理由ニ因リ通則トシテハ本國法ヲ適用スヘキモノナリト雖モ婚姻關係ハ各種ノ點ヨリ多少ノ區別ヲ爲シテ觀察スルコトノ必要アルヲ以テ以下細目ニ分チテ說明スヘシ

第一節　婚姻ノ成立

第一款　實質的成立條件

婚姻ノ實質的要件ハ民法第七六五條乃至第七七四條ニ定ム例ヘハ男ハ滿十七年女ハ滿十五年ニ非サレハ婚姻ヲ爲スヲ得サルコト重婚ヲ爲スヲ得サルコト女ハ前婚ノ解消又ハ取消後一定ノ期間內ハ婚姻ヲ爲スヲ得サルコト其他一定ノ人人ノ間ニ於テハ結婚スルヲ得サルコト子ハ其家ニ在ル父母ノ同意ヲ得ルヲ要スルコト等ノ如シ此等ノ實質的要件ハ各國ニ於テ其規定同一ナラス仍テ日本人雙方カ外國ニテ婚姻シ日本人カ外國人ト內國又ハ外國ニテ婚姻シ又ハ外國人雙方カ日本ニ於テ婚姻スル場合ニ此等ノ要件ニ付テハ孰レノ國法ニ依ルヘキヤノ問題ヲ生ス

此要件ニ付テハ佛國ノ舊法時代及ヒ英國ニテハ近來ニ至ルマテ婚姻擧行地ノ法律ニ從フトシタリ然レトモ近來英國ニテハ當事者ノ住所地法ニ依ルコトニ向ヘルカ如シ（一八八一年國際私法雜誌「ダイセー」氏所說）然レトモ歐洲大陸諸國ニテハ多クハ當事者ノ屬人法タル本國法ニ依リ之ヲ定ムルモノトセリ伊太利、葡萄牙、西班牙、和蘭「ルーマニー」、匈牙利、獨逸、佛蘭西等ノ如シ國際法協會モ亦本國法主義ヲ採用セリ（一八八八年「ローザンヌ」開會協會ノ議決）蓋シ婚姻能力ニ付テ云フモ各國カ能力ヲ定ムルハ其國民ノ特性ニ基クモノニシテ熱帶ニ近キ早熟ナル人民ニ適シテ成リタル法律ハ北國ノ早熟ナラサル人民ニ適用スルハ常識ニ反スヘク又例ヘハ尊屬親ノ同意ニ關シテモ適婚齡ニ達シタルモノニハ尊屬親ノ同意ヲ俟タスシテ結婚ヲ許ス處ノ米國法律ハ幼少ヨリ自制（セルフガバーメント）ニ慣レ自己ノ行爲ニ付キ責任ヲ有セシムルノ習アル米國ノ子弟ニ對スル規定トシテハ相當ナルヘケレトモ其慣習ナキ佛國ノ子弟ニ之ヲ適用スルハ傷ムヘキ結果ヲ生センカ如キノミ蓋シ佛法ノ如キ其子弟ハ成年ニ達スルマテハ世事ニ干與セシメス親權ナル權力ノ下ニ置キ以テ他ノ誘惑ニ備フルノ制度ノ下ニ在ラシムルカ故ニ各本國法カ其臣民ノ到ル處ニ追隨シテ之ヲ保護スルヲ相當ナリトス

而シテ婚姻ノ當事者互ニ國籍ヲ異ニスル場合アルヲ以テ婚姻ノ成立要件ハ各當事者ニ付キ其本國法ニ依リテ之ヲ定ムルヲ相當トス（法例一三條一項前段）

千八百八十八年「ローザンヌ」開會國際法協會ノ婚姻擧行ノ要件ニ關スル準據法ノ決議ニ曰ク

第五條　當事者雙方又ハ一方ノ本國以外ノ國ニ於テ婚姻ヲ擧行センカ爲メニハ當事者ハ左記ノ點ニ關シテハ自己ノ本國ノ定メタル條件ニ從フコトヲ要ス

一　年齡

二　近親トシテ禁セラレタル親等

三　親族又ハ後見人ノ同意

四　婚姻ノ公告

此他當事者ハ次ノ點ニ關シテハ擧行地法ニ定メタル條件ニ從フヲ要ス

一　近親トシテ禁セラレタル親等

二　婚姻ノ公告

又千八百九十三年ノ海牙會議ニ於テモ婚姻取結ヒノ權利ニ付テハ當事者各自ノ本國法ニ據ルヘキ旨ヲ定メタリ

婚姻ノ無效又ハ取消カ成立要件ノ欠缺ヨリ生スル場合ニ於テ其無效又ハ取消ヲ支配スル法律モ亦法例第一三條ニ示ス處ノ各當事者ノ本國法ナリトス即チ此點ニ於ケル無效又ハ取消ノ性質、效力、無效取消ヲ主張シ得ヘキ當事者、無效訴權ノ行使期間等ハ總テ婚姻成立要件ヲ定ムル法律ト同一ノ法律ニ據ルヘキモノトス蓋シ無效、取消ハ婚姻ノ成立要件ヲ遵守セシムル爲メノ制裁ナレハ其準據法ハ成立要件ヲ定ムル法律ト異ナルコトヲ得サレハナリ千百九十四年海牙國際私法會議（コンフェランス）委員ノ宣言ニ曰ク

婚姻ノ有效條件及ヒ擧行ニ必要ナル方式ヲ定ムル準據法ハ又其規定ニ違背シタル結果ヲ定ムル爲メノ準據法タリ故ニ此等ノ法律ハ無效ヲ宣言シ又ハ其無效ノ性質ヲ定ムルモノタリ云云

ト

故ニ若シ適婚齡又ハ尊屬親ノ承諾等ノ條件ニ付テノ違背ニ關シテハ各當事者ノ本國法ヲ適用スヘキモノトス

第二款　形式的成立條件即チ方式

婚姻ノ方式ハ之カ成立ノ形式的要件タリ其方式ハ我民法ニ依レハ當事者雙方及ヒ成年ノ證人二人以上ヨリ口頭又ハ書面ニテ戸籍吏ニ屆出ツヘキモノトス（民七七五條）然ルニ佛國ノ如キハ當事者ノ住所地及ヒ其他ノ地ニ二回ノ公告ヲ爲シタルヨリ三日後ニ非サレハ之ヲ爲スヲ得ス又當事者一方ノ住所地タル市町村ノ役場ニ於テ戸籍吏ハ證人四人ノ面前ニテ公開シテ各般ノ手續ヲ爲シ殊ニ民法婚姻編中ノ某章ヲ讀ミ聞ケ相互ニ夫トスルヤ妻トスルヤヲ訊問シ然リト答ヘタルトキハ婚姻ニ因リ兩人ハ結合セラレタル旨宣言シ式ニ從テ擧行調書ヲ作成スル如キ複雜ナル方式ヲ履行スルヲ要シ英國ノ「イングランド」ノ如キモ千八百三十六年ノ條例ハ方式上三種ニ分チ(1)全ク宗教上ノ方式ニ依ル「アングリカン」婚姻、(2)戸籍吏ノ役場ニテ證人二人ノ面前ニ於テ

承諾ヲ表彰シテ戸籍吏之ヲ取扱フ所ノ法律上ノ婚姻、(3)異宗教者ニシテ法律上ノ方式ニ依ルヲ欲セサル者ノ爲メニ設ケタル同シク證人二人ノ面前ニテ戸籍吏ノ取扱フ婚姻トシ如何ナル場合ニ於テモ之ヲ登錄スルヲ要スト定ム獨逸民法ニ於テハ一回ノ公告ヲ爲シタル後戸籍吏ノ面前ニ證人二人ト共ニ當事者出頭シ戸籍吏ハ各自ニ婚姻スルヤ否ヤヲ問ヒ然リト答ヘタル後法律ニ依リ兩人ハ夫婦タル旨宣言シ婚姻登記簿ニ記入ヲ爲スモノトス其他米國ノ如キハ婚姻ハ尚ホ諸成契約ノ痕跡ヲ未タ去ラス「セルビヤ」法ニ於テハ全ク宗教的方式ニ依ルト謂フ

婚姻方式ノ準據法ニ付テハ法律行爲ノ方式ハ行爲地法ニ依ルトノ原則ニ依リ婚姻擧行地法ニ從フヲ通說トス（法例一三條一項後段）此原則ニ付テハ後編法律行爲ノ方式ノ準據法（法例八條）ヲ說明スルニ際シ說明スヘシ唯茲ニ注意スヘキハ我法例ハ一般ノ法律行爲ノ方式ノ準據法トシテ第一ニ行爲ノ效力ヲ定ムル法律ニ依ル第二ニ行爲地法ニ依ルモ有效ナリ（法例八條一項、二項）ト定メタルニ拘ハラス婚姻ニ關シテハ此原則ヲ棄テ單ニ行爲地法ノミニ依リタル（同八條二項）理由如何ノ問題ニ在リ

此點ニ關シテハ婚姻當事者カ凡テ日本臣民ナル場合ニ關シテハ民法第七七七條ノ適用ヲ妨ケス（法例一三條二項）トスルヲ以テ少クトモ當事者雙方日本人ナル場合ニ限リ法例第八條第一項ノ原則ヲ復活シタルカ如シ蓋シ婚姻擧行地ニ於テ婚姻自體ノ準據法タル本國法ニ從ヒ婚姻ノ方式ヲモ完ウシ得ヘキ場合ニ在リテハ婚姻自體ノ準據法ニ依ルコト勿論至當ニシテ行爲地法ニ依ルモ有效ナルコトヲ認ムル所以ハ方式ニ付キ法律行爲自體ノ準據法ニ從ヒ得サル場合ニ便宜上行爲地法ニ從フヲ得セシメタルニ過キサルカ故ナルヘシ然ラハ日本人カ民法第七七七條ニ從ヒテ本國法ノ方式ヲ履行スル場合ト同シク外國人モ日本ニ於テ公使又ハ領事ノ面前ニテ本國法ニ依ル方式ニ從ヒ婚姻スルヲ得ヘキ場合ニハ本國法ニ依ル方式ヲ認メテ可ナルヘシ然ルニ法例第一三條ニ於テ外國人カ同一ノ國籍ヲ有スル當事者ニシテ其本國ノ方式ニ依リ得ヘキ場合ト雖モ同條第二項ノ趣旨ニ從ヒ之ヲ有效トスル旨ノ明文ヲ置カスシテ外國人ハ必ス婚姻擧行地法ニ依ラサルヘカラサルカ如キ明文ヲ置キタルハ其理由ヲ知ルニ苦シムナリ

或ハ曰ハン例ヘハ日獨領事職務條約（一一條）、日白同條約（一〇條）ノ如ク條約ニ於テ外國ノ領事カ日本ニ於テ本國臣民ノ婚姻ヲ取扱フ結果本國ノ方式ニ從ヒタル場合モ右條約ノ效力トシテ我國ニテモ有效タルコトヲ認ムルコトト爲ルカ故ニ法例第一三條ハ必スシモ外國人ノ本國法ニ依ル方式ノ場合ヲ揭クルノ要ナカルシヘト然レトモ是レ不當ナリ何トナレハ領事職務條約ヲ締結シタル國民ニ對シテハ此答是ナルヘキモ未タ斯ル條約ヲ取結ハサル外國臣民ニ對シテハ條約ナキカ故ニ其國ノ領事等カ本國法ニ依リ取扱ヒタル方式ハ日本ニ於テ有效ト認メラレサルコトト爲ルカ故ナリ要スルニ法例第一三條ハ不備ナリト謂ハサルヘカラスト雖モ解釋トシテハ上述ノ如ク決スルコト亦止ムヲ得サルナリ

千八百八十一年國際法協會ノ婚姻擧行ノ方式ノ準據法ニ關スル決議ニ曰ク

0051

第一條　婚姻擧行ノ方式ヲ支配スヘキ法律ハ婚姻擧行地法トス

第二條　然レトモ左記ノ場合ニ於テハ方式ニ關シテ到ル處有效トス

（一）基督教國以外ニ於テ現行セラルル治外法權條約（カピチュレーション）ニ適合シテ擧行セラレタル婚姻

（二）當事者雙方カ屬スル國ノ法律ノ規定ニ從ヒ其國ノ公使又ハ領事カ取扱ヒタル婚姻

第三條　略ス

又海牙ニ於ケル千八百九十三年ノ國際法會議ハ次ノ原則ニ一致セリ

第四條　婚姻擧行地ノ法律ニ從ヒテ擧行シタル婚姻ハ到ル處有效ナリト認メラルヘシ

第五條　當事者雙方カ屬スル國ノ公使又ハ領事ノ面前ニ於テ其本國ノ法律ニ從ヒ擧行セラレタル婚姻ニシテ擧行地ノ法律カ之ニ反對セサルトキハ其婚姻ハ方式ニ關シテ又到ル處有效ト認メラルヘシ

此他尙ホ一言スヘキハ婚姻ノ無效又ハ取消カ形式的要件ノ欠缺ヨリ生スル場合ニハ其無效又ハ取消ノ性質、效力等ヲ定ムル準據法ハ又形式的要件ノ準據法ト同一ノ國法ナラサルヘカラスト其理由ハ實質的成立要件ノ終ニ述ヘタルト同一ナルヲ以テ之ヲ省略ス

日本ニ於ケル屆出ノ方式ニ付テハ當事者カ同一ノ場所ニ在ルヲ必要トセスト解釋シ得ルヲ以テ隔地者間（即チ男ハ歐洲ニ在リ女ハ日本ニ在リテ）ニ婚姻スル場合ニハ擧行地ハ如何ナル土地ヲ指スヘキヤノ疑問ヲ生ス此問題ニ付テハ複雜ナル議論ヲ要スルノミナラス又日本固有ノ問題ト云フモ可トスルモノニシテ予ニ未タ定見ナシ茲ニ唯タ問題ヲ提示スルニ止メン

第二節　婚姻ノ效力

婚姻ノ效力ニ關シテモ各國法制相異ナルヲ以テ孰レノ法律ニ依リテ定ムヘキヤノ問題ヲ生ス而シテ婚姻ハ一ノ法律行爲ナレハ或ハ當事者意思ノ自由ニ從ヒ當事者ニ於テ其準據法ヲ定メ得ヘキカ如キ（法例七條參照）見解ヲ生スヘキカ如シト雖モ婚姻ニ關スル關係ハ他ノ親族相續關係ト同シク總テ國內公安ニ關スル關係ニシテ民法第九〇條ニ依リテ國民ハ之ニ違背スルヲ得サル關係ニ屬ス殊ニ婚姻ナルモノハ國民親族ノ基礎ニシテ即チ國家ノ成立ニ大ナル利害關係アルモノナレハ自國ノ親族法ノ規定以外ニ於テ任意ノ親族關係ヲ發生セシムルヲ許スヘキニ非ス然レトモ外國人間ノ婚姻ニ關シテハ自國ハ外國國民ノ親族組織ニ關シ自國民ト同一ノ程度ニ於テ深キ利害ヲ感セサルヲ以テ其本國タル外國法ノ所定ニ從ハシムルモノニシテ唯國際公安ノ場合（法例三〇條）ニ限リ外國法ヲ適用セサルモノト爲シタルモノトス仍テ我國ニ於テモ婚姻ノ效力ハ夫ノ本國法ニ從フト爲セリ（法例一四條一項）之ヲ通則トス而シテ婚姻ノ效力ハ當事者ノ本國法ニ從フト爲サスシテ夫ノ本國法ト爲シタル所以ハ夫ハ婚姻ノ主長ナルカ故ナリ多數ノ場合ニ於テハ妻ハ婚姻ニ依リ夫ノ國籍ヲ取得スルカ故ニ（國籍五條、一八條）夫婦共ニ本國法ハ同一ナルコトヲ常トスト雖モ夫ト妻ト其國籍ヲ異ニスル場合ナシトセス（例ヘハ國籍法第一三條二

0052

項ニ該當スル場合ノ如シ）此ノ如キ場合ニ對シテハ夫ノ本國法ナル文字ヲ切要トスルナリ外國人カ女戸主ト入夫婚姻ヲ爲シ又ハ日本人ノ婿養子ト爲リタル場合ニ關シテハ此等ノ場合ニハ外國人ハ必ス日本ノ國籍ヲ取得スルカ故ニ（國籍五條）斯ル場合ニ於ケル婚姻ノ效力ハ日本ノ法律ニ依ルモノトス（法例一四條二項）

婚姻ノ效力トシテ夫ノ本國法ニ從フヘキ重モナルモノ左ノ如シ

第一　夫婦間相互ノ一身上ノ關係即チ妻ハ夫ノ家ニ入ルコトノ效力、夫婦同居ノ義務、夫婦扶養ノ義務等ノ如シ（民七八八條乃至七九〇條）

第二　妻ノ無能力即チ妻ハ獨立シテ法律行爲ヲ爲スヲ得ルヤ否ヤ、妻カ能力ヲ制限セラルルトセハ其程度如何及ヒ其無能力者トシテノ行爲ノ效力如何等ノ問題ハ凡テ夫ノ本國法ニ從フヘキモノトス（民一四條乃至二〇條七九二條）而シテ我法例ノ主義ニ依レハ妻ノ無能力ノ準據法ハ法例第三條第一項ニ於テ之ヲ定ムルニ非スシテ法例第一四條第一項ニ於テ之ヲ定ムルモノナルコトハ嘗テ法例第三條ニ付キ述ヘタル處ヲ參照シテ明カナルヘシ依テ茲ニ一疑問ヲ生ス即チ法例第三條第二項ノ內國取引ヲ保護スル爲メニ我法律ニ依リ能力者タル場合ニハ縱令外國人カ本國法ニ依リ無能力タルトキト雖モ之ヲ能力者ト看做ス旨ノ規定ハ妻ノ無能力ノ場合ヲモ包含スルヤ否ヤ是ナリ解釋上法例第三條ハ其第一項ニ單ニ年齡ヨリ生スル無能力ノミヲ揭ケ（妻ノ場合ハ其本國法ト云フヲ得スシテ其夫ノ本國法ト云フヲ要スルニ法例第三條第一項ハ單ニ其本國法ト云フ故ナリ）引續キテ第二項ニ此能力ノ制限ヲ揭ケタルカ故ニ妻ノ無能力ヲ包含セスト云フヲ適當ト信ス然レトモ內國ニ於ケル取引ノ靠固ヲ保護スヘキ必要ヨリ見ルトキハ年齡ヨリ生スル無能力ノ場合ト妻タル地位ヨリ生スル無能力ノ場合トノ間ニ逕庭アルヘキ理由ナケレハ第三條第二項ノ如キ規定ハ妻ノ場合ニモ之ヲ置クヲ相當トス（但法例第三條二項ノ如ク本國法ニ依ル無能力ヲ制限スルコトノ規定ヲ認メサル學說アルコト前ニ年齡ヨリ生スル無能力ニ付キ述ヘタル所ノ如シ）

第三　婚姻中爲シタル夫婦間ノ契約ノ取消（民七九二條）

第四　夫婦ト其子トノ間ノ法律關係但此點ニ付テハ我法例第二〇條ノ如ク精細ニ規定ナキ諸國ニ於テハ同シク婚姻ノ效力トシテ夫ノ本國法ニ依ルモノトス

以上說明ノ如ク婚姻ノ效力ハ夫ノ本國法ニ依ルト雖モ婚姻ノ效力中夫婦財產制ニ關シテハ之カ特別的性質ニ基キ更ニ特別ノ準據法ヲ定ムル必要アリトス即チ夫婦財產制ハ一ノ財產權ニ關スル契約ニ過キスト雖モ各國ノ國家ノ成立ニ關スル要素タル親族關係ニ重要ナル關係アルヲ以テ當事者ノ本國法ニ從フヘク當事者本國ノ異ナルトキハ夫ノ本國法ニ從フヘキハ一般婚姻ノ效力ト異ナラスト雖モ夫婦間ノ財產ノ關係ハ一旦成立シタルトキハ爾後夫婦ノ終生ヲ限リテ變更セシメサルヲ以テ至當ノ制限トス故ニ我民法ノ如ク夫婦間ノ財產關係ハ婚姻屆出ノ後ハ之ヲ變更スルヲ得ス（民七九六條）トノ不變主義ヲ採ル諸國アリ（佛國民法モ其第一三九五條ニ曰ク夫

0053

婚財産契約ハ婚姻擧行後之ニ變更ヲ加フルコトヲ得ス）然レトモ又配偶者ハ契約ニ依リ婚姻擧行後ト雖モ其財産關係ヲ定メ又ハ之ヲ廢止シ變更スルコトヲ得（獨民一四三二條）ト云フカ如ク變更主義ヲ採ル諸國ナキニ非スト雖モ我國ニ於テハ民法中現ニ不變主義ヲ採リタルヲ以テ準據法的規定ニ關シテモ不變主義ヲ採ルノ必要アルヲ以テ夫婦財産制ハ婚姻ノ當時ニ於ケル夫ノ本國法ニ依ルト定メタリ（法例一五條一項）標準ヲ婚姻當時ニ取リタル所以ハ是亦婚姻ノ效力ナルカ故ナリ而シテ婚姻ノ效力ニ付テハ夫ノ本國法ニ依ルカ如キ場合ニ夫カ國籍ヲ變更シタル場合ニハ效力ニ關スル準據法モ之ニ伴ヒテ變更スヘシト雖モ夫婦財産制ニ付テハ夫ノ國籍ノ變更ノ場合ト雖モ毫モ之カ爲メニ其準據法ノ變更アルコトナカラシメ以テ夫婦財産制ノ不變主義ヲ一貫セシメタリ

但茲ニ一言スヘキハ前述ノ原則ヨリ次ノ二ノ結果ヲ生スルコト是ナリ即チ第一ニ夫婦財産關係ニ付キ何等ノ契約ヲ爲ササルトキハ其關係ハ婚姻當時ニ於ケル夫ノ本國法ノ定ムル處ノ法定財産制ニ從フモノニシテ第二ニハ夫婦財産關係ニ付キ契約ヲ爲スヘキトキハ婚姻當時ニ於ケル夫ノ本國法ノ强行的規定ニ違背セサル限ハ如何ナル契約ヲ爲スモ其契約ハ有效ナリトノコト是ナリ

而シテ我國內私法タル民法ニ於テモ夫婦財産契約ハ夫婦ノ承繼人及ヒ第三者ニ利害關係ヲ及ホスコト少カラサルヲ以テ我國民ニシテ法定財産制ニ異ナリタル夫婦財産契約ヲ爲シタルトキハ登記ヲ爲スニ非サレハ之ヲ以テ夫婦ノ承繼人及ヒ第三者ニ對抗スルヲ得サラシメタリ（民七九四條）此旨趣ニ基キ外國人カ我國籍ヲ取得シ又ハ我國ニ住所ヲ定メタルトキハ其外國人カ夫ノ本國ノ法定財産制ニ異ナリタル契約アルコトヲ登記セシムルコトト爲セリ（民七九五條）

終ニ千八百八十八年國際法協會ノ決議ニ依レハ

第一四條　夫婦財産契約ナキ場合ニ於テハ婚姻住所地法即チ夫婦カ新ニ定メタル生活本據地ノ法律ハ夫婦間ノ財産關係ヲ支配ス但他ノ事實又ハ情況ヨリ當事者ニ反對ノ意思アルコトノ表ハレサル場合ニ限ル

ト定メタリ我法例ト異ナル規定タルコト著シトス尙ホ國際私法學上夫婦財産制ノ準據法ニ付テハ殊ニ幾多ノ主義異說アリテ今尙ホ學者間ニ紛爭アルコト頗ル夥シトス

第三節　離婚

離婚ニ付テモ各國法制ハ區區ニ分レ或ハ離婚ヲ認メスシテ單ニ別居ノミヲ許ス國アリ（西班牙、葡萄牙、伊太利、巴西等）又離婚ノミヲ許スモ特定ノ原因アル場合ノミニ限ル國アリ（瑞西）特定ノ原因ニ因ル離婚ト協議ノ離婚トヲ共ニ許ス國アリ（墺馬、那威、日本）又ハ特定ノ原因アル場合ニ限リ別居離婚共ニ許ス國アリ（英吉利、佛蘭西、何牙利、獨逸但協議離婚ハ許サス）白耳義ノ如キハ離婚ニハ協議ニ因ルモノト特定原因ニ因ルモノトヲ許スモ別居ニハ協議ノミヲ

許ス和蘭ノ如キハ別居ニハ協議ニ因ルモノト特定原因ニ因ルモノトヲ許スモ離婚ニハ協議ヲ許サス墺太利ノ如キハ夫婦ノ雙方又ハ一方「カトリック」教ニ屬スル場合ニハ協議ニ因リ又特定原因ニ因ル別居ノミヲ許シ非「カトリック」教人ニハ協議及ヒ特定原因ノ離婚ヲ許セリ加之離婚及ヒ別居ノ原因ニ各國又互ニ相違アリトス依テ離婚ノ準據法如何ノ問題ヲ生ス離婚ノ準據法ニ付テモ或學者ハ婚姻ヲ一般ノ契約ト同視シ其解除ヲ支配スヘキ法律ハ夫婦カ婚姻ノ際準據シタル法律ナラサルヘカラスト云ヒ又ハ離婚ハ一ノ刑罰ナルヲ以テ法廷地法ニ依ルト云ヒ又ハ公安ニ關スル規定ナレハ同シク法廷地法ニ依ルト云ヒ其他或ハ夫ノ住所地法ナリトシ或ハ婚姻擧行地法ナリトシ又ハ夫ノ本國法ナリトスル諸主義アルモ予輩カ本編第一章ニ述ヘタルカ如ク本國法主義ヲ以テ相當トシ且婚姻ノ效力ニ關スル場合ト同一ノ理由ニ從ヒ夫ノ本國法ニ依ルヘキモノトス然レトモ本國法ニ依ル原因ヲ認ムルノ結果我國ニ於テ認メサル原因ニ付テモ離婚ヲ許ストキハ我國ノ國際公安ニ害アルカ故ニ國際公安ニ反スル外國法ヲ適用セサルコトノ精神ニ基キ（法例第四條二項ト精神相同シ）本國法及ヒ我國法即チ法廷地法共ニ其原因ヲ認ムル場合ニ非サレハ裁判所ハ離婚ノ宣告ヲ爲スヲ得ストセリ（法例一六條）而シテ該法文ニ單ニ「夫ノ本國法ニ依ル」ト曰ハスシテ離婚ハ其原因タル事實發生シタル時ニ於ケル夫ノ本國法ニ依ルト曰ヒタルハ夫ノ國籍ニ變更アルヘキ場合ヲ豫想シタルモノナリ即チ國籍變更前ニ生シタル事實ハ其當時離婚ノ原因タラサリシニ變更シタル新本國法ニ依レハ離婚ノ原因ト爲ルカ如キ場合ニ一方カ之ヲ奇貨トシテ離婚ヲ請求シ得ルカ如キ結果ヲ防キ若クハ此結果ヲ得ンカ爲メ故ラニ國籍ヲ變更スルモノアルヲ防カンカ爲メナリ（離婚ノ效力ノミハ十六條本文ニ定ム）

終ニ千八百九十三、四ノ兩年ノ海牙ニ於ケル國際私法會議（コンフェランス）ノ議決ヲ擧クレハ左ノ如シ

A、B　（略）

C　離婚及ヒ別居

第一條　夫婦ハ本國法及ヒ法廷地法ニ於テ之ヲ許ス場合ニアラサレハ離婚ノ請求ヲ爲スコトヲ得ス

第二條　離婚ハ夫婦ノ本國法及ヒ法廷地法ニ依リ同時ニ認メラレタル原因ニ基クニ非サレハ之ヲ請求スルコトヲ得ス本國法ト法廷地法ト相反對スル場合ニ於テハ離婚ヲ宣告スルコトヲ得ス

第三條　別居ハ左ノ場合ニ於テ之ヲ請求スルコトヲ得

第一　本國法及ヒ法廷地法ニ於テ共ニ之ヲ認ムルトキ

第二　本國法ニ於テハ離婚ノミヲ認メ法廷地法ニ於テハ別居ノミヲ認ムルトキ

第四條　別居ハ本國法及ヒ法廷地法ニ於テ共ニ認メラレタル原因ニ基クニ非サレハ之ヲ請求スルコトヲ得ス第三條第二ノ場合ニ於テハ本國法ニ於テ認メタル離婚ノ原因ヲ以テ別居ノ原因ト爲ス

（第五條以下ハ之ヲ略ス）

別居ニ付テハ準據法ニ關スル明文ナシ離婚ノ準據法ヲ準用スヘキヤ否、後章法例第二十二條ノ説明ニ於テ了解セラルヘシ

第四章　親子

親子間ノ法律關係モ本編第一章總説ニ述ヘタル理由ニ因リ本國法ニ依リテ之ヲ定ムルヲ適當トス而シテ夫カ婚姻ノ主長タルト同シク（前章説明參照）夫ハ又親族ノ主長ナレハ婚姻ノ結果タル親子ノ關係ニ付テハ婚姻關係ニ於テ夫タリ親子關係ニ於テ父タル者ノ本國法ニ從フヘキモノトス（親子國籍ヲ異ニスル場合ノ適用ヲ主眼トス）「フィオレー」ノ如キハ親權ノ制度ハ子ノ利益ヲ保護スルニ在ルヲ以テ子ノ本國法ニ從フヘシト唱フレトモ單ニ子ノ利益ノ爲メニ親權ハ設ケラルルニ非ス親子共通ノ利益ニ關スト云フヘキモノナレハ親族ノ主張タルハ父ノ本國法ヲ適用スルヲ穩當トス而シテ父ナキトキハ親子關係ノ主タルヘキモノハ母ナルヲ以テ母ノ本國法ニ從フヘキモノトス（法例二〇條）嫡出子、庶子、私生子、養子ノ場合總テ同シ即チ子ハ如何ナル人ノ親權ニ服スヘキヤ又親權ノ效力範圍如何ノ問題、親權ノ喪失ニ關スル問題等ハ凡テ上述ノ準據法ニ從フヘキモノトス之ヲ通則トス然レトモ次ノ三個ノ場合ニハ各特別ノ準據法ニ依ルヲ要ス

第一　子ノ嫡出ナルヤ否ヤヲ定ムル場合

此場合ニハ子ノ出生ノ當時母ノ夫ノ屬シタル國ノ法律ニ依リテ嫡出ナルヤ否ヤヲ定メ若シ其夫カ出生前ニ死亡シタルトキハ其最後ニ屬スル國ノ法律ニ依リテ其關係ヲ定ム（法例一七條）」即チ婚姻中ニ懷胎シタル子ニ關スル推定、婚姻中ニ懷胎シタルモノト推定サルヘキ期間ニ關スル推定、嫡出子否認訴權等ニ關スル準據法ハ上述ノ法律ナリトス此準據法ハ通則ト其理由精神ヲ同シウスルモ用語ノ正確ヲ期シ且時期ノ點ニ付テ明確ニ規定ヲ要スルカ故ニ特ニ明文ヲ置キタルモノトス

第二　私生子認知ノ場合

一　私生子認知ノ要件ハ其父又ハ母ニ關シテハ認知ノ當時父又ハ母ノ屬スル國ノ法律ニ依リテ之ヲ定メ其子ニ關シテハ認知ノ當時子ノ屬スル國ノ法律ニ依リテ之ヲ定ム（法例一八條一項）

父母又ハ私生子カ國籍ヲ異ニスルトキハ各自ニ認知當時ノ本國法ニ依リ認知ノ要件ヲ定ムルモノトスルコト恰モ婚姻ノ成立要件ニ付キ各當事者ニ付キ本國法ニ依リ之ヲ定ムルト同シカラシメタリ（法例一二條前段參照）

二　認知ノ效力ハ父又ハ母ノ本國法ニ依ル（法例一八條二項）

認知ノ效力ハ各當事者ノ本國法ヲ各〻適用スルヲ得ス即チ認知ノ效力ニ二ノ法律ヲ適用ス

0056

ルヲ得サレハ唯一ノ法律ニ依リ支配セラレサルヘカラス而シテ我法例ノ主義ハ通則ニ言フ如ク親子間ノ關係ハ親ノ本國法ニ據ラシムルニ在ルカ故ニ父カ認知シタルトキハ父ノ本國法、母カ認知シタルトキハ母ノ本國法ニ據ラシメタルモノトス

三　認知ノ方式ニ付テハ特ニ規定ナシト雖モ通則ニ從ヒ認知ノ效力ヲ定ムル法律又ハ行爲地法ニ依ルヘキモノトス（法例八條參照）

第三　養子ニ關スル場合

一　養子緣組ノ要件ハ各當事者ニ付キ其本國法ニ依リテ之ヲ定ム（法例一九條一項、一八條一項、一三條一項前段參照）

二　養子緣組ノ效力及ヒ離緣ハ養親ノ本國法ニ據ル（法例一九條二項）是レ亦親子間ノ關係ハ親ノ本國法ニ依ルトノ主義ニ基キタルモノトス

離緣ニ關シテハ離婚ニ關スル場合（一六條）ト權衡ヲ失スルカ如シ故ニ嚴格ニ論スレハ離婚ノ場合ト同一ノ立法ヲ要スト謂ハサルヘカラス然レトモ養子ノ制度ノ如キハ外國ニテ之ヲ設ケサル國アリ（英、米、和蘭、瑞西「ノヴオー」州「ルイシヤナ」等）且之ニ關スル訴訟モ多カラサルヘケレハ法例ニ於テハ離緣ニ付キ詳細ノ規定ヲ設クルコトハ之ヲ省略シタルモノナルヘク且法律ノ適用上法廷地タル我國ニ於テ認メサル原因ニ付テハ法例第三〇條ニ依リ離緣ヲ許ササルコトヲモ得ヘケレハ細末ノ點ハ之ヲ規定セサリシモノナリト信ス

（但法例修正案理由書一九條理由ノ二ニ依レハ離緣ハ離婚程ニ公安ニ關スルコト多カラサル故ニ斯ク規定シタリトアリ）又明文ハ單純ナルモ解釋上養親ノ本國法ニ依ルトハ離緣ノ原因タル事實ノ發生シタル當時ニ於ケル養親ノ本國法ニ據ルモノト解スルヲ正當ト信ス是レ離婚ニ付キ述ヘタルト同一ノ法理ニ因ルナリ（但法例理由ノ如ク解スレハ反對ノ結果ヲ來スヘシ）

三　養子緣組ノ方式ハ通則タル法例第八條ニ據ルヘキモノトス

四　緣組ノ無效及ヒ取消ニ關シテハ婚姻ノ無效及ヒ取消ニ關スルト同一ニ解決スルヲ正當ト信ス

以上ハ親子關係準據法ノ通則及ヒ特別規則ノ概要ナリ而シテ或學者（例ヘハ「フィオレー」）ノ說ニ依レハ親ノ本國法ニ據ルトハ親子關係ノ發生シタル當時ノ本國法（子カ懷胎セラレ又ハ少クトモ出生シタル當時ノ親ノ本國法）ニ據リテ子ハ其既得ノ地位ヲ得タルモノナレハ後ニ親カ國籍ヲ變更シタリトテ新本國法ニ據ルヘキモノニ非スト論結スヘキカ如シト雖モ親子間ノ關係ハ彼ノ夫婦財產制ニ對スル場合（法例一五條一項）ノ如ク不變主義ヲ取ルノ必要ナク且新本國ヨリ見レハ親族ニ關スル事項ハ國內公安ニ關スル事項ナレハ我法例ハ單ニ親ノ本國法ニ依ルコトトシ以テ關係ヲ定メントスル時ノ本國法ニ據ラシメタルモノナルヘシ故ニ國籍變更後ハ新本國法ニ據ルモノト解スヘキモノトス

0057

第五章　扶養ノ義務

親族相救護スルノ本分ハ各國ノ法制ニ於テ私法上ノ義務トシテ成法中ニ認メラル然レトモ扶養義務者及ヒ扶養權利者ノ程度及ヒ順位、扶養義務ノ範圍、扶養義務ノ性質等ニ關シテハ各國法制ノ間ニ相異ナルモノアリ或國ニ於テハ相互扶養ノ義務ヲ親子、尊屬親及ヒ配偶者ニ限ル例ヘハ英、佛ノ如シ或國ニテハ之ヲ擴張シテ姻族ノ或ル程度マテ及ホス伊、日本ノ如シ又他ノ國ニ於テハ親族關係ニ非サル他ノ關係ニマテ及ホス例ヘハ墺民法第九四七條ニ依レハ一定ノ受贈者ハ贈與者ニ對シテ扶養ノ義務アルコトヲ認ム又葡萄牙民法ニ依レハ十歳未滿ノ幼者ハ十親等ノ親族マテハ十歳ニ達スル間ハ扶養料ヲ請求スルヲ得トセリ範圍ニ關シテハ或ハ一定ノ金額ヲ定ムルモノアリ或ハ衣食住及ヒ疾病費用ノ外教育費ヲモ請求スルヲ許スモノアリ性質ニ關シテモ之ヲ純然タル債權トシテ移轉スルヲ許シ第三者カ之ヲ支拂ヒタル場合ニ債務者ニ代リテ訴權ヲ行フコトヲ許ス國アリ或ハ現在ノ需用ニ必要ナル場合ニ限リ請求スルヲ許シ一身ニ專屬スル權利ト爲ス國アリ又立法ノ理由ニ至リテモ血族的ノ觀念ニ基キ極メテ近親ニノミ之ヲ許シテ狹キ範圍ニ限ルモノアリ或ハ乞丐又ハ窮乏ノ民ノ增加ヲ防キ以テ犯罪者又ハ浮浪ノ徒ノ數ヲ減セシムル目的ニテ扶養義務者ヲ定ムルモノアリ是レ各國法制ノ異ナル所以ナリトス

扶養義務ノ準據法ヲ定ムルコトニ關シテハ數多ノ主義アリ第一ハ扶養義務ニ關シテハ當事者ノ本國法ノ規定如何ニ拘ハラス法廷地ノ法律ヲ適用スヘシト云フニ在リ是レ主トシテ扶養ノ制度ハ國內ニ於ケル乞丐又ハ窮乏ノ徒ノ增加ヲ防ク目的ニ出テタルモノニシテ國際公安ニ關スル規定ナレハ法廷地ノ法律ノ外適用セストスルモノトス（例ヘハ佛國ノ諸判例ノ如シ）

第二ノ主義ハ本國法主義ニシテ扶養義務ハ親族關係ノ一ノ結果ナリトスルニ基ク然レトモ扶養義務者ト權利者ト同國籍ニ非サル場合ニ付テハ又各異說アリ

（甲）ハ扶養權利者ノ本國法ニ據ルト爲ス（「ローラン」、「ウエース」）

（乙）ハ扶養義務者ノ本國法ニ據ルト爲ス（「シェルヴィユ」、「アルチュイ」）

（丙）ハ雙方ノ本國法ノ互ニ許シタル範圍及ヒ程度ニ於テ義務ヲ定ムト爲ス（獨民草案）

（丁）ハ法廷地法ニ據ルト爲ス（「ドマンジャー」）

第三ノ主義ハ當事者ノ本國法ニ於テ扶養ヲ請求スルヲ得ル場合ニハ本國法ヲ適用ストシ而シテ本國法ニ於テ之ヲ請求スルヲ許ササル總テノ場合ニハ法廷地方ニ基キ之ヲ請求スルヲ得但生活ニ必要ナル部分ニ限ルトノ折衷說ナリ（但受贈者、贈與者間ノ扶養義務ノ如キ親族關係ニ基カサルモノニ關シテハ贈與關係ヲ支配スル法律ニ據ル）（「フィネレー」、「オーデネー」等）

予輩ハ以上三種ノ主義ニ付キ第三ノ主義ヲ以テ最モ當ヲ得タルモノト信ス何トナレハ扶養義務ノ性質ニ付テハ我民法ニ依レハ一面ニ於テハ親族關係ノ結果トシテ之ヲ定ムルモノナリト雖モ他面ニ於テハ乞丐又ハ窮乏ノ徒ノ增加ヲ防ク公安上ノ規定ナルヲ以テ第三ノ主義ヲ採ルヲ以テ

0058

此性質ニ最モ適合シタルモノト云フヲ得ヘケレハナリ(然レトモ是レ我法例ノ主義ニ非ス)而シテ當事者國籍ノ異ナル場合ニ於テ(甲)說ハ扶養ノ規定ナルモノハ扶養權利者ヲ保護スルコトヲ目的トスト云フニ在ルヘク(乙)說ハ扶養義務ハ義務ヲ主トシテ發達シタルモノナリト云ヒ或ハ扶養義務者ハ自己ノ本國法ニ依テノミ約束セラルルモノナリト云フニ在ルヘク(丙)說ハ雙方ノ法律ノ許シタル範圍ニ限リ雙方ノ法律ハ一致スルカ故ニ權利者及ヒ義務者ニ共通ナリト云フニ在ルヘク(丁)說ハ當事者ノ本國法異ナルトキハ適用スヘキ法律ナキ故ニ法廷地法ヲ以テ成文ノ條理トシテ適用スヘシ(本講義總論一三章參照)ト云フニ在ルヘシ以上ハ諸說ノ大要ナリ而シテ我法例第二一條ハ第二ノ主義ニ於ケル(乙)說ヲ採用シタルカ如シ曰ク

扶養ノ義務ハ扶養義務者ノ本國法ニ依リテ之ヲ定ム」ト

第六章　其他一般ノ親族關係

法第二二條ハ規定シテ曰ク

前九條ニ揭ケタルモノノ親族關係及ヒ之ニ因リテ生スル權利義務ハ當事者ノ本國法ニ依リ之ヲ定ム

ト是レ本論第一章ニ述ヘタル如ク人ノ親族關係ハ本國法ニ依ルトノ原則ヲ親族關係準據法ノ通則トシテ法文ニ現ハレタルモノナリ唯婚姻、親子等ニハ特ニ其中ノ或關係ニハ又各適合シタル準據法ヲ置クノ必要アルヲ以テ法例第一三條ヨリ第二一條マテニ各特定ノ準據法ヲ定メタルモノナレトモ人事關係ノ複雜ナル或ハ右等ノ規定ニ漏ルルノ虞ナキヲ保セサルヲ(例ヘハ別居ノ場合ノ如シ)以テ更ニ一般原則ヲ法文ニ現ハシタルモノトス

而シテ玆ニ所謂親族關係ナル語ハ民法ニ所謂親族(民七二五條)ノ關係ニ限ルト狹義ニ解スヘキカ又ハ民法親族編ニ於ケル規定ノ目的ト爲リタル總テノ關係ヲ包含スヘキモノト廣義ニ解スヘキカ法例第二二條カ後見ニ關スル第二三條ノ前ニ置カレタル點ヨリ見レハ狹義ニ解スヘキカ如シト雖モ然ルトキハ後見、輔佐、家族、戸主等ノ關係ハ之ヲ除外シタリト謂ハサルヘカラス然ルニ第一章ニ述ヘタル理由ヨリ云フトキハ後見、輔佐ハ勿論家族、戸主等ノ關係モ本國法ニ據ラシムヘキ正當ノ理由アリトス故ニ法例第二二條ハ條文ノ位置ニ拘ハラス親族法上ノ關係ヲ指スモノト廣義ニ解スルヲ可トス(但外ニハ家族制度ヲ取ル國殆ト之ナキヲ以テ此點ノ問題ハ實益少カルヘシ)尙ホ玆ニ一ノ決定ヲ要スル問題ハ法例ニハ單ニ當事者ノ本國法ニ依リテ之ヲ定ムトアルノミナルヲ以テ前來屢〻述ヘタル如ク關係ノ當事者カ國籍ヲ異ニスル場合ニハ孰レノ本國法ニ據ルヘキヤノ問題是ナリ此問題ニ付テハ或ハ權利者ノ本國法主義、義務者ノ本國法主義又ハ法廷地法主義アリ或ハ當事者雙方ノ本國法主義ヲ對照シ兩法ノ共ニ認ムル範圍ニ於テ雙方ノ本國法ヲ同時ニ適用スヘシトノ諸主義ヲ主張スルモノアルヘシト雖モ予輩ハ嘗テ說明シタル如

ク我法例ハ準據法ヲ定ムル標準トシテ各法律關係ニ適合シタル法律ヲ適用スヘシトノ「サビニー」氏ノ主義ニ據リタルモノト認ムルヲ以テ本問ノ如ク當事者カ國籍ヲ異ニスル場合ニハ其問題ト爲リタル法律關係ノ性質如何ヲ分析シ其性質ニ最モ適合シタル本國法ノ一ヲ選ンテ適用スルヲ立法者ノ意思ニ適シタル解釋ナリト信ス

第七章　後見及ヒ輔佐

未成年者及ヒ禁治産者ノ後見ニ關スル制度ハ之カ組織及ヒ執務ニ付キ官權干與ノ深淺ノ點ヨリ觀察スレハ親族後見主義ト官廳後見主義トハ二大別スルヲ得前者ニ於テハ親族ニ於テ主要ナル役目ヲ行フ後者ハ羅馬法ニ淵源スルモノニシテ官廳ニ於テ主要ナル役目ヲ行ヒ親族ハ單ニ附隨ノ地位ニ立ツニ過キス例ヘハ獨逸民法ノ如キハ指定、法定ノ後見人及ヒ裁判所ノ任命シタル後見人ノ上ニ一面ニハ後見裁判所ヲ置キ後見人ノ行爲ヲ監督シ他面ニハ地方孤兒參事會ヲ置キ裁判所ヲ補助シ必要アルトキハ意見ヲ述ヘシムルヲ通則トシ一定ノ場合ニハ後見裁判所ハ後見裁判所判事ヲ議長トスル親族會ニ其職務ヲ一任スルコトトシ各種ノ場合ニ後見裁判所ハ干渉ヲ爲ス英國ニ於テモ指定ノ後見人ナキトキハ未成年者ノ利益ヲ保護スル任アルモノハ裁判所ナリ即チ未成年者カ財産ヲ有スルトキハ裁判所ハ後見人（ガルヂヤン）ヲ選定シ之ニ身體、財産ヲ保護セシム而シテ後見人ハ常ニ裁判所ノ監督ノ下ニ於テ管理ヲ爲ス此等ハ官廳後見主義ノ主ナルモノナリ又我民法ノ如キハ親族後見主義ノ著シキモノトス而シテ各國トモ此兩主義ノ孰レニ屬スルモ其間ノ規定ニ各差異アリ其他後見ノ開始ニ付キ父母ノ一方死スレハ直チニ後見開始ストスル國（佛國、白耳義等）アリ父母共ニ死亡スルカ又ハ親權ヲ喪失スルニ非サレハ後見開始セストスル國（伊、日本等）アリ又後見人設定ノ方法ニ差別アリ其他後見人ノ權限及ヒ義務、後見ノ終了等亦差異アリトス仍テ後見ノ準據法如何ノ問題ヲ生ス

英米ノ慣習（コンモン、ロー）法ニ於テハ外國後見人ノ權利ハ自國ニ所在スル不動産、動産ニ關シテハ認メラレス如何ナル後見人モ其許可セラレサル國以外ニ於テハ其資格ヲ以テ未成年者ノ財産ノ上ニ其權利權限又ハ職務ヲ行フヲ得サラシム即チ後見ニ關シテハ屬地主義ヲ採ルナリ

然レトモ後見ニ關スル法律ハ主トシテ無能力者ニ必要ナル保護ノ方法ヲ組成スルニ在リテ無能力者ノ財産カ所在スル國ニ於ケル財産ヲ規定スルヲ目的トスルモノニ非ス即チ後見人ハ能力ヲ定メタル法律ノ結果トシテ發生シタル制度ニシテ又親權ノ延長ニ屬スルモノナリ故ニ能力及ヒ親族ノ準據法タル本國法ヲ適用スヘキモノニシテ無能力者ノ財産ノ所在地法ニ據ルヘキモノニ非ス

但被後見人ト後見人ト國籍ヲ異ニスル場合ニ於テハ立法者カ後見ヲ設ケタル目的ヲ探究スルヲ要ス然ルニ後見カ專ラ被後見人ヲ保護スル爲メニ設ケラレタルコトハ上述ノ如クナレハ被後見人ノ本國法ニ據ルヘキモノト爲ササルヘカラス蓋シ後見ハ無能力者ニ對シテハ保護セラルルノ

利益ヲ與ヘ後見人ニ對シテハ之カ義務ノ負擔ヲ命シタルモノナレハナリ能力、無能力ノ別既ニ無能力者ノ本國法ニ據ル以上ハ其無能力ノ結果タル後見ヲ他ノ法律ヲシテ支配セシムルノ理由ナシトス

故ニ通則トシテハ我法例第二三條第一項ノ如ク

後見ハ被後見人ノ本國法ニ依ル

ト謂ハサルヘカラス即チ後見ノ設定、組織及ヒ期間、後見人ノ權限及ヒ管理計算ノ報告ニ關スル事項竝ニ後見制度ノ從屬物タル親族會ノ組織、權限等ハ總テ被後見人ノ本國法ニ依ルヘキモノトス

然レトモ無能力者タル外國人カ其本國法ニ據レハ後見開始ノ原因アリテ我國ニ住所又ハ居所ヲ有シナカラ各種ノ事情ヨリ（獨法ノ如ク指定又ハ法定後見人ノ外ハ裁判所ニ於テ後見人ヲ任命スルカ如キ國ニ屬スル無能力者カ日本ニ住所ヲ有スル場合ニ於テ日本裁判所ハ後見人ヲ任命スル權限ナキ時ノ如キ特ニ然リ）後見人ヲ附セラレズ隨テ後見人ノ事務ヲ行フ者ナク放任セラルル場合ナキニ非ス斯ル場合ニ於テ一面ニハ此等ノ無能力者ヲ保護シ他面ニハ社會ノ公安ヲ維持スルコトハ國家ノ本分ナリトス故ニ此ノ如キ場合ニ於ケル後見ノ設定、組織其他ノ事項ハ前述ノ通則ニ拘ハラス例外トシテ日本ノ法律ニ依ラシムヘキモノトス後見制度ハ最初ニ述ヘタル如ク多少官廳ニ於テ干渉スルコトアリ而モ外國ニテハ指定、法定ノ外ハ裁判所ニ於テ後見人ヲ命

スルモノトスルモ日本ハ裁判所ニ此權限ヲ與ヘサルカ故ニ本國法タル外國法ハ完全ニ日本ニ行フコトヲ得サルコトト爲スヘケレハ日本法律ニ依ラシムルノ外ナキモノトス

又法例第四條第二項ニ依リ外國人ニ對シテ日本ニ於テ禁治產ヲ宣告シタル場合ニ對シテハ其無能力自證ニ付キ既ニ日本ノ法律ニ依リタレハ其效果タル後見ニ付テモ日本ノ法律ニ據ラシメ以テ規定ノ一貫ヲ期シタルモノナリ

以上二個ノ場合ハ法例第二三條第二項ニ定ム曰ク

日本ニ住所又ハ居所ヲ有スル外國人ノ後見ハ其本國法ニ依レハ後見開始ノ原因アルモ後見ノ事務ヲ行フモノナキトキ及ヒ日本ニ於テ禁治產ノ宣告アリタルトキニ限リ日本ノ法律ニ依ル』

而シテ右明文ノ前段ハ本國法適用ノ例外ニシテ後見開始ノ原因アルモ後見人ノ事務ヲ行フ者ナキトキハ日本ノ法律ニ依ルヘキモノナレハ其後ニ至リ後見人ノ事務ヲ行フ者アルニ至リタルトキハ（本國裁判所ノ任命等ニ依リ）通則ニ立戻リテ更ニ本國法ニ依ルヘキモノト解スルヲ要ス

「本國裁判所カ後見ニ干涉スヘキ場合ニ他國居留ノ臣民ニ對シテハ領事ヲシテ本國裁判所ニ代リ其權限ヲ行ハシムルコトアリ例ヘハ日獨領事職務條約第一三條參照」

前述後見準據法通則ナル被後見人ノ本國法ニ依ルトノ原則ノ例外トシテ後見人タルコトヲ得サルコトノ禁ハ（例ヘハ民九〇八條、九一四條ノ如シ）後見人タルコトノ無能力ニ關スルモノナレ

ハ人ノ能力ハ本國法ニ依ルトノ原則ニ基キ後見人ノ本國法ニ依ルヘシト論スルハ謬ナリ是レ後見人タルノ能力ノ問題ニ非スシテ後見人タル義務ヲ盡ス爲メニ必要ナル資格即權利能力ノ問題ト爲ルカ故ニ無能力者保護ノ規定トシテ同シク被後見人ノ本國法ニ從ハサルヘカラス

或國ノ制度ニ於テハ後見人ノ不法ノ管理ニ對シテ當然未成年者ノ爲メニ後見人ノ財產上ニ擔保ヲ設定ス佛國民法第二一二一條カ後見人ノ有スル不動產ノ上ニ法律上ノ抵當權ヲ未成年者ニ付與スルカ如シ佛國ノ未成年者ハ其後見人カ日本ニ有スル不動產ノ上ニ前記法定ノ抵當權ヲ取得スヘキヤ物權ハ其目的物ノ所在地法ニ據ルヘク（法例一〇條）日本ノ物權ニ關スル法律ニ於テハ後見人ニ對スル法定ノ抵當權ヲ認メス故ニ斯ル場合ニハ未成年者ノ抵當權ハ日本ニ於テ成立スルコトヲ得サルモノトス要スルニ是レ法例第三十條ノ適用ナリ

左ニ參考トシテ千八百九十一年「ハンブール」開會國際法協會ノ決議ノ要領ヲ摘錄スヘシ

第一條　未成年者ノ後見ハ其本國法ニ依リテ支配セラル

右本國法ハ後見ノ開始、終了、其設定、組織及ヒ監督ノ方法、後見人ノ權限及ヒ管轄ヲ定ム

第二條　未成年者カ其本國ニ住所ヲ有セス又本國ニ管轄セラルヘキ何等ノ法律的關係ヲ有セスシテ其本國ニ於テ後見ヲ設クルコトヲ得サルトキハ事實上後見ノ開始セラレタル地域內ニ在ル本國ノ公使又ハ領事ハ本國法ニ依リテ本國ノ後見管轄官廳ニ與ヘラレタル權限ヲ行ヒ本國法ニ從テ後見ヲ組織ス

（第二、三項略）

第三條　未成年者ノ屬スル國ノ公使又ハ領事ナク又ハ場合ニ依リ右公使領事カ其國法ニ從ヒ後見ヲ組織スルヲ得サルトキハ後見ハ住所地ノ法律ニ從ヒ其他ノ後見管轄官廳ニ依リ組織セラル

前項ノ場合ニ於テハ後見ハ本國法ノ規定ニ拘ハラス其地ノ法律ニ從テ開始ス然レトモ右後見ハ本國法ニ定メタル時期ニ於テ且同一ノ法律ニ定メタル原因ニ因リ終了ス

本國法ニ於テ法定ノ後見ヲ認ムル場合ニ於テハ其本國法ニ依リテ法定後見人タルヘキモノハ後見開始地ノ法律ニ於テ其國民ニ對シテハ其者ニ其權利ヲ認メサル場合ト雖モ後見人タルコトヲ得本國法ニ於テ官廳ヨリ後見ヲ附スル場合ニ於テハ其本國法ニ依リテ法定後見人タルヘキ者ハ後見開始地ノ判事カ爲シ能フ範圍ニ於テ之ヲ後見人ト爲スヘキモノトス

第四條　前各條ノ規定ニ依リテ組織セラレタル後見ハ二國間ニ於テハ他國ニ拘ハラス適法ニ組織セラレタルモノト看做サルヘシ

（以下略）

又千八百九十四年海牙ニ開キタル國際私法會議ニ於テ後見ニ關シテ決議セラレタル事項モ大體ニ於テ略ホ右國際法協會ノ決議ト同旨趣ニ屬ス

以上ハ後見ニ關スル準據法ノ一班ナリ而シテ輔佐ノ制度ハ後見ヲ輕減シタルモノニシテ其立法ノ目的及ヒ準禁治産者ト輔佐人トノ法律關係ハ後見ニ準スヘキモノナレハ特ニ説明ヲ爲サス以上ノ所説ヲ以テ足レリトスヘシ我法例モ後見ニ關スル準據法規定ヲ輔佐ニ準用セリ（法例二四條）

第二編　相續及ヒ遺言關係ノ準據法

第一章　相續

佛蘭西法ニ於テハ相續人ヲ通常ノ相續人（ロリチ）ト變則相續人（シンセスツール、イレギリエ）トニ分ツ前者ハ法律上當然死者ノ財産ヲ占有シ且死者ノ權利ヲ行フコトヲ得ル者ニシテ後者ハ裁判所ヨリ占有ノ許可ヲ得タル後ニ非サレハ之ヲ行フコトヲ得サルモノトス又同法ハ死者ノ正當相續人（エリチエ、レグチーム）トシテ十二等親迄ノ正當ナル關係（庶子、私生子等ヲ除外スル意ナリ）ヲ有スル親族ヲ指稱ス正當相續人ハ之ヲ四階級ニ分ツ第一級、卑屬親、第二級、父母、兄弟、姉妹及ヒ其卑屬親、第三級、父母以外ノ尊屬親、第四級、兄弟姉妹及ヒ其卑屬親以外ノ傍系親是ナリ而シテ概シテ言ヘハ初級ノ相續人ナキトキニ非サレハ次級ノ相續人ハ相續スルヲ得ス而シテ同一階級ニ屬スル者ハ平等ニ相續ス即チ所謂分頭相續主義ナリ但卑屬親中近キ者死亡セシ場合ニハ遠キ卑屬親ハ其死者ニ依リ代表セラルルモノトス死者ノ私出系相續人（ヴリエ、ナチュレール）ハ其第一級ヲ認知セラレタル私生子トス此相續人ハ正當相續人タル第一級ノ相續人ト競合シテ正當相續人トシテ受クヘキ財産ノ半額ヲ受ケ第二級ノ正當相續人競合スルモ亦受クヘキ財産ノ部分少ク第三級以下ノ正當相續人ト競合スルトキ始メテ第三級者ヲ排斥シテ全部ヲ受クルコトヲ得ルナリ私出系相續人ノ第二級ハ婚姻以外ヨリ生シタル子ノ父若クハ母トス（但右ノ子ニ卑屬親ナキトキ）私出系相續人ノ第三級ハ私生子ノ兄弟姉妹及ヒ其卑屬親（但私生子ニ卑屬親及ヒ尊屬親ナキトキ）是ナリ以上ハ通常相續人ナリ而シテ變則相續人トシテハ第一級ヲ配偶者トシテ正當相續人及ヒ私出系相續人タル卑屬親ナキトキハ財産全部ヲ相續シ死者カ婚姻ヨリ生シタル卑屬親ヲ殘シタルトキハ財産ノ四分ノ一ノ用益權ヲ取得シ其他ノ場合ニハ二分ノ一ノ用益權ヲ取得ス變則相續人ノ第二級ハ國家トス是レ全ク相續人現出セサル場合ニ於テ生スルモノトス

英國ニ於テハ相續ノ制度甚タ錯綜セルモ通則トシテ被相續人ハ其資産ヲ處分スル全權ヲ有シ遺言ナキ場合ノミ其親族ハ相續スルコトト爲ル而シテ其相續ニ付テハ不動産ト動産トニ區別アリ不動産ニ付テハ死者カ自ラ相續ニ因リ取得セサリシモノニ付テノミ死者ト親族トノ間ノ親等ノ遠近ヲ斟酌ス若シ死者カ尊屬親ヨリ相續シタル不動産ニシテ其尊屬親ハ之ヲ相續ニ因ラスシテ賣買、贈與又ハ遺言ニ因リ取得シタルモノナルトキハ其相續權ヲ主張スル者ハ其最初相續ニ因ラスシテ取得シタル尊屬親ノ最近親ナルコトヲ證明スルヲ要シ死者ノ最近親ナルコトノ證明ヲ要セス此相續ニ因ラスシテ取得シタルモノヲ Purchaser ト謂フ而シテ其不動産ヲ相續スヘキ近

親ノ順序ハ最初ノ取得者ヨリ計算シテ第一、長男及ヒ長男ノ卑屬親但無窮ニ順次子ニ及フ第二、次男以下出生ノ順序ニ因リ其卑屬親ニ及フ第三、女子及ヒ代表ニ依ル其卑屬親但女子ハ分頭相續トス第四、父、第五、同父母兄弟中ノ最長者及ヒ其卑屬親ト云フカ如キ順序ヨリ起リテ順次二十四ノ階級ニ及ヒ尚ホ他ニ附帶ノ規定アリ而シテ相續人ハ其不動產ヲ當然占有スルモノニシテ相續ヲ拋棄シ又ハ限定承認スル權能ナシ但相續人ハ死者ノ人格ト混同セス即チ財產ヲ繼承スルモ死者ヲ繼承セス故ニ通則トシテ相續財產ノ限度ニ於テノミ死者ノ義務ヲ負擔ス

動產ニ關シテハ上述スル所ニ異ナリ夫ハ妻ノ動產ヨリ債務ヲ引去リタル全部ヲ取得ス妻ハ子及ヒ其卑屬親ト競合シテ債務ヲ差引キタル動產ノ三分ノ一ヲ取得ス子及ヒ其卑屬親ナキトキハ半額ヲ取得ス子ハ分頭的ニ寡婦ノ部分ヲ差引キタル殘餘ヲ分割ス子ナキトキハ寡婦ノ部分ヲ引去リ殘餘ハ死者ノ父之ヲ相續シ寡婦ナキトキハ全部ヲ相續ス父ナキトキハ動產ハ死者ノ母ト兄弟姉妹（其卑屬アルトキハ代表ニ因リ）ノ間ニ分頭的ニ分割セラル卑屬親、父母、兄弟姉妹ナキトキハ動產相續ハ親等ノ差別ナシニ其他ノ尊屬親及ヒ傍系親ニ歸屬ス而シテ血族ナキトキハ王室（グーベルス）ニ歸屬ス凡テノ動產相續ニ裁判所ハ管理者（アドミニストレーター）ヲ任命ス此者ハ死者ヲ代表シ動產ヲ占有シ動產ノ價格ニ至ル迄ノ債務ヲ辨濟ス

又我日本ノ如キハ相續ニ家督相續、遺產相續ノ二種ヲ設ク前者ハ長子相續主義ヲ取リ後者ハ分頭相續主義ヲ取ルコト等我民法ヲ見テ詳細ヲ知ルヘシ此他各國共ニ相續ニ關スル制度各〻差異

アリトス此ノ如ク各國相續法ノ異ナルニ當リ一國ノ臣民カ他國ニ於テ財產ヲ所有シテ死亡シタル場合ニ於テ其相續ニハ孰レノ土地ノ法律ヲ適用スヘキヤ是レ本問ニ於テ研究スヘキ點トス

相續關係ノ準據法トシテハ第一ニ相續ハ被相續人ノ本國法ニ依ルトノ原則ハ伊太利（民八條）、西班牙（民一〇條二項）、獨逸（民施二四條、二五條）、及ヒ我日本（法例二五條）ノ取ル所トス

第二ニ相續ハ被相續人ノ住所地法ニ依リ支配セラルトノ原則ハ「アルジャンテン」民法（三二八三條、三六一一條、三六一二條）、智利民法（九五九條）及ヒ瑞西聯邦法律（一二二條以下）ノ取ル所ナリ但智利ニ於テハ智利國內ニ所在スル財產ニ對スル智利人民ノ權利ハ常ニ智利民法ニ依リテ定メラルルコトヲ留保セリ而シテ以上擧ケタル諸國ノ法制ハ或ハ本國法ト定メ或ハ住所地法ト定ムルモ其法制ハ共ニ相續財產ノ包括的ナルコト及ヒ其統一的ナルコトノ原則ハ之ヲ認メタルモノトス

第三ニ相續財產ノ性質如何ニ拘ハラス所在地法ヲ適用スヘシトノ主義ハ僅ニ「モンテウィデオ」條約ニ於テ之ヲ見ルノミ

第四ニ世上ニ最モ多ク行ハルル所ノ古代法ニ淵源シタル原則トシテハ相續財產ヲ動產、不動產ニ分チ動產ノ相續ハ被相續人ノ住所地法ニ依リ不動產ノ相續ハ財產所在地法ニ依ルトノ制度是ナリ此主義ハ墺、匈、英、米、和蘭、佛、白等其他ノ諸國ニ採用セラル

此等ノ諸主義ニ付キ觀察スルニ羅馬「ジュスチニヤン」ノ立法ニ於テハ相續法ハ全ク親族的觀

念ニ其基礎ヲ置キタルモノノ如シ即チ羅馬法ニ於テハ相續ハ男女又ハ年齢ノ區別ニ付テノ特權ナク相續人ノ資格及ヒ親等ニ從ヒ正當ノ血族間ニ分配スルコト、一定ノ原因アレハ相續ヨリ排セラルルコト、資產ナキ生存配偶者ニ一定ノ部分ヲ付與スルコト、私生子及ヒ姦通及ヒ紊倫ノ子ニハ何等ノ權利ヲ與ヘサルコト、異宗敎ノ血族ハ除斥セラルルコト等凡テ此時代ノ風俗、宗敎上ヨリ立法者カ親族間ノ愛情ヲ推測シテ定メタル思想ニ出ツルモノト見ルヲ得ヘシ（「レーチ」二八二頁）「アッカリヤ」氏カ羅馬ノ此制度ヲ評シテ吾人ノ天然ノ愛情ニ適合シタルモノナリト云ヘルハ至言ナリ（同氏羅馬法一二八二頁）然ルニ封建制度ハ相續ノ性質ニ關シテ大ニ之ニ變更ヲ及ホセリ即チ中古ニ於ケル土地制度ノ基礎ハ諸侯ノ領地ニシテ此領地ヲ有スルモノハ其上長ニ對シテ兵役ヲ供スルノ義務裁判ヲ爲スノ義務及ヒ軍資ヲ納ムル義務ヲ負擔セリ是レ領地ヲ有スル者ノ職務ニシテ領地ノ存立要件ナリ隨テ此領地ノ相續ハ羅馬法ニ於ケル自然ノ愛情ニ基ク主義ト異ナリタル主義ニ基クノ必要ヲ生スルニ至レリ即チ此主義ハ領地ノ職分ヲ鞏固ナラシムルノ必要ニ出テタルモノナリ故ニ相續ノ規定トシテハ領地ノ全部若クハ大部分ヲ相續人中ノ一人ニ移轉シ以テ領地カ分割ニ因リテ薄弱無力ト爲ルヲ防カントシ且臣下タリシ死者ノ職分ヲ繼續スルニ最モ適合シタリト推測セラルル者ヲ相續人中ヨリ選定セリ是レ即チ長子權及ヒ男系權其他類似ノ制度起リシ所以ニシテ又相續ニ關スル規定カ羅馬法ノ親族的規定ノ性質ヲ改メ領地ノ全部的ニシテ且永續的ナルコトヲ確保スヘキ土地ニ關スル制度即チ不動產ニ關スル

規定ト爲リタル所以ナリトス故ニ此時代ヨリシテ佛、獨諸國ニ於テ相續ニ關スル法律ハ屬地法即チ嚴格ニ且絕對ニ土地主權ノ支配スル法律ト決定セラレ不動產ノ相續ハ所在地法(Lex rei sitoe)ニ依ルヘキコトハ殆ト凡テノ學者ニ依リ唱道セラルルニ至レリ而シテ此學說ノ結果トシテ不動產ニ付テハ同一ノ相續カ互ニ異ナル慣習法ノ管轄內ニ散在スル多數ノ相續財產ヲ包含スルトキハ此相續ハ其異ナル慣習法ノ數ト同シク分裂セラレサルヘカラサルニ至リ學者ハ相續財產ハ其財產所在地ノ數ト同シク分裂セラル(Totidem hereditates quot sunt bona uiversis territoriis adnexa)ト公言スルニ至レリ是レ「スタチュ」學者以降佛民法制定ニ至ルマテ殆ト一致シテ唱ヘラレタル學說ナリ

之ニ反シテ動產相續ニ關シテハ主トシテ死者ノ住所地法ヲ適用ストノ原則行ハレタリ但學者多クハ此原則ヲ相續屬地主義ノ例外ト看做シテ死者ノ屬人法ヲ適用スルモノノ如ク論スト雖モ是レ不當ノ說ニシテ此原則ハ相續屬地主義ノ擬制的適用ニ過キス抑〻動產ハ死者ノ住所地法ニ從フトノ原則ハ動產ハ人ニ從フ(Mobilia personam sequuntur)トノ此時代ノ格言ニ基ク此格言ノ理由ハ動產ハ土地ノ如ク確定不動ノ所在地ナク而モ所有者ノ住所以外ニ存在スルコトハ單ニ一時ノコトニ過キサレハ所有者ノ住所ニ存在スルモノト看做シタルモノナリ「レーチ」氏ノ論證スル所ニ依レハ此格言ハ動產相續ニ關シ各地方ノ慣習法ノ異ナルニ隨ヒ相續動產ハ分裂スル不便ヲ補フハ方便トシテ起リタルモノニシテ殊ニ相續動產カ法律ノ異ナルニ隨ヒ分裂セラルルハ不

動產ノ分裂セラルル場合ノ如ク封建的制度ノ必要アルニ非ス而モ相續屬地主義ノ原則モ之ヲ覆スヘキニ非サレハ常ニ變動シ易キ動產ノ現實的所在地ニ拘泥セスシテ普通一般ニ所在スヘキ所有者ノ住所地（擬制的所在地）ニ存スルモノト看做シタルナリ此ノ如クシテ動產ハ不動產ト同シク所在地法ニ支配セラルレトモ不動產ハ其所在スル土地ノ數ト同シキ所在地法ノ數アルモ動產ニ付テハ其所在地法ハ擬制的ニシテ且唯一ニ過キストスルニ至レリ

以上述ヘタル所ハ「スタチユ」學說ノ最後ノ發達ニ於ケル原則ニシテ此原則ニ依據シタリト認メラルル佛、白民法ニ於ケル相續ノ準據法ニ付テノ法理トシテ正當ニシテ其他相續ノ準據法トシテ前ニ述ヘタル第四ノ主義ヲ取リタル諸國ノ法律ノ基礎ヲ爲スモノノ如シ而シテ準據法第三ノ主義タル相續財產ノ動產タルト不動產タルトヲ問ハス所在地法ニ從フトノ原則ハ右法理ヲ極メテ嚴格ニ適用シ動產ニ關スル擬制ヲモ認メサル主義ニ過キス

第二ノ主義タル相續ハ動產、不動產ヲ問ハス死者ノ最後ノ住所地法ニ從フトノ原則ハ十八世紀以降ヨリ新民法制定前ニ至ルマテ獨逸ニ行ハレ來リタル主義ナリ而シテ單ニ學者ニ依リテ唱ヘラレタルニ止マラス又判例ニ依リテモ認メラレタリ（「サビニー」三七六節、一八四〇年「カツセル」高等裁判所判決）「サビニー」氏ノ說ノ大要ヲ擧クレハ此主義ハ相續ハ死者ノ資產ヲ他人ニ移轉スルモノニシテ死者ノ支配力及ヒ意思ヲ死後ニ至ルマテ延長擴張スルモノナリ而シテ遺言ノ場合ハ死者ノ意思カ明示ニ働キ相續ノ場合ハ死者ノ意思カ暗默ニ働クモノトス即チ此相續關

係ハ直接ニ死者タル人ニ關スルモノナルコトハ能力及ヒ親族關係ト同シ即チ主トシテ人ニ關スル法律ナレハ屬人法ナリ故ニ相續ノ準據法ハ死者ノ住所地法ナラサルヘカラス加之若シ死者ノ屬人法ヲ適用スヘカラストセハ相續財產ノ所在地法ノ外適用スヘキ法律ナカルヘシ然ルニ相續財產ハ唯一ニシテ一ノ抽象的ノモノト看ルトキハ其所在地ヲ指定シ得スト謂ハサルヘカラス然ラハ相續財產ヲ組成スル個個ノ動產、不動產ノ所在地法ニ依ランカ此ノ如クンハ相續財產カ法律ヲ異ニスル多クノ地方ニ散在スルトキハ一人ノ相續ハ相互法律ヲ異ニシタル土地ノ數ニ應シテ分裂セラレ相互獨立シタル幾多ノ相續アルコトト爲リ各其地ノ法律ニ支配セラルルコトヲ認メサルヘカラサルニ至ルヘク且死者ニ對スル債權ニ關シテハ孰レノ相續財產ニ於テ之ヲ負擔スヘキヤ又如何ナル方法ニ因リテ負擔スヘキヤヲ決定シ得サルニ至ルヘシ故ニ相續屬地法說ハ眞實ナル法理ニ適スルモノニ非ス蓋シ羅馬法ニ於ケル相續ノ基礎ハ包括的相續ニシテ之ヲ各自ノ財產個個ニ分離シテ觀察シ得ヘキニ非ス而シテ今日ニ於テモ相續ヲ包括物ト見ルニ非サレハ實際上ノ適用ニ於テ充分ノ滿足ヲ得ル能ハス云云ト云フニ在リ

要スルニ相續ハ「サビニー」以下獨逸學者ノ唱フル如ク又羅馬法ニ認メラレタル如ク死者ノ權利義務ヲ共ニ包括スル一體ナレハ之ヲ動產、不動產若クハ債權、債務ト云フカ如ク分離シテ觀察スヘキニ非スシテ相續財產ハ一體ヲ爲スコト相續財產ハ一ノ包括物（Universitas）ヲ構成スルコトハ爭フヘカラサル眞理ニシテ又相續人ハ死者ノ人格ノ延長ニシテ死者ノ人格ヲ繼承シ相

0066

續物ハ死者ノ人格ヲ代表スルモノナルコト亦爭フヘカラス而シテ封建時代ニ於テ必要ヲ感シタル制度ハ封建的思想ノ消滅ト共ニ其必要ナキニ至リテ相續ハ羅馬法ニ於ケルト同シク純然タル親族間ノ愛情ト利益トニ基礎ヲ置クモノタルコトヲ認ムルニ足ルトセハ（「ローレン」一卷四七九節）其準據法トスヘキハ相續財產ノ性質如何ヲ問ハス又其所在地ノ孰レヲ問ハス死者ノ屬人法タルコトヲ正當トセサルヘカラス而シテ死者ノ屬人法ハ舊時ニ於テハ住所地法タリシモ嘗テ前編ニ屢〻述ヘタル如ク今日ニ於テハ本國法タルヘキモノトス

身分、能力及ヒ親族關係ノ影響ヲ受クルコト相續事項ヨリ甚シキハナシ一國ノ立法者カ死亡ニ因ル財產處分ノ條件、相續人ノ各種ノ順序及ヒ其相續分ヲ定メントスルトキハ專ラ其國ノ風俗及ヒ傳說ニ基キタル親族ノ組織ヲ斟酌スルモノナリ立法者カ無償名義ノ處分權（遺留分）ニ制限ヲ置クニ當リテハ立法者ハ親族ノ主長カ親族ニ對シテ負フ處ノ本分ヲ參酌スルモノニシテ立法者ハ此本分ヲ抽象的、絕對的觀念ニ基キ之ヲ定ムルニ非スシテ其國ニ於テ普通ニ行ハルル觀念ニ基キ之ヲ定ムヘキモノナリ云云……（白耳義民法修正案起草者所說「ウエース」一五一九頁）要スルニ相續ノ關係ハ能力及ヒ親族關係ト同一ノ準據法ニ據ルコトハ正當ナリトス

我法例第二五條ハ以上ノ法理ニ基キ本國法主義ヲ採用セリ曰ク相續ハ被相續人ノ本國法ニ依ル

而シテ我民法ニ於ケル家督相續ノ制度ノ如キハ往古歐洲封建時代ニ於ケル相續主義ト相酷似スルモノナレハ此制度ニ對シテハ封建時代ノ主義ニ從ヒ相續屬地法ヲ取ルヘキカ如シト雖モ我民法ニ戶主制度ヲ認メタル所以ハ單ニ從來ノ慣習ヲ急遽ニ變更セサルノ方針ヲ取リタルニ止マリ戶主制度ノ必要アルコト封建時代ニ於ケルカ如キヲ以テノ故ニ非ス隨テ家督相續ノ如キハ早晚廢滅ニ歸スヘキ運命ヲ有スル一ノ形骸ニ過キサレハ前ニ說明シタル理論ニ反シ準據法トシテ動產、不動產區別主義ヲ採用スル必要ナキモノナレハ相續ハ家督相續遺產相續ノ區別ヲ論セス凡テ本國法ニ依ルモノト爲シタルモノナリト信ス

隨テ相續ノ開始、相續ノ順位、相續ニ要スル資格、相續ノ無資格及ヒ廢除、相續ノ效力、相續ノ承認、拋棄、遺留分、遺留分規定ノ結果タル遺贈及ヒ贈與ノ減殺等ニ關スル諸般ノ事項ハ死者ノ本國法ニ依リ之ヲ定ムヘキモノトス但相續ノ承認又ハ拋棄等ノ法律行爲ヲ爲スニ要スル能力ノ問題ハ法例第三條第一項、第三項ニ從ヒ相續人ノ本國法ニ從フヘキモノトス又承認、拋棄ノ方式ニ付テハ法例第八條ニ從フヘキモノトス

相續ニ要スル資格（例ヘハ民九六八條）、相續無資格（例ヘハ民九六九條）ニ關シテハ學者中或ハ被相續人ノ本國法ヲ適用スヘキモノニ非スシテ相續人ノ本國法ヲ適用スヘシト說クモノアリ（「ウェース」三卷五五一頁以下）此說ノ理由トスル所ハ約言スルニ此資格ハ相續人ノ能力ニ關スル事項ナレハ其人ノ本國法ニ據ラサルヘカラスト云フニ在リ然レトモ人ノ能力ハ其人ノ本國

法ニ依ルトノ原則ハ人ノ權利行使ニ關スル能力(行爲能力)ニ付テノ原則ニシテ人ノ權利享有ニ關スル資格(權利能力)ニ付テノ原則ニ非ス而シテ相續ニ要スル資格例ヘハ胎兒ハ相續ニ關シテハ既ニ生レタルモノト看做ストノ規定又ハ相續ニ要スル無資格例ヘハ被相續人ヲ死ニ致シタル者ニ相續人タルコトヲ得サラシムル規定ノ如キハ或人ニ相續權ヲ許與シ又ハ剝奪スル規定ニシテ換言スレハ相續權ヲ享有セシメ又ハ享有スルコトヲ拒絕スル規定ニシテ其人ニ相續權ヲ認メナカラ自ラ相續ニ關スル法律行爲ヲ爲スヲ許ササル規定ニ非ス隨テ之ヲ行爲能力ヲ定メタル規定ト云フヲ得サルヲ以テ此等ノ事項ハ相續人ノ本國法ニ據ルヘシトノ說ハ其當ヲ得ス故ニ此等ノ事項ニ關シテモ被相續人ノ本國法ニ從フトノ通則ニ從フヘキモノトス(前出後見人ト爲ル資格ノ點參照)相續人ノ曠缺ノ場合ニ於テ相續人ナキ相續財產(Bona vacantia)ハ孰レノ國家若クハ國庫ニ歸屬スヘキヤ被相續人ノ本國法ナリヤ將タ財產所在ノ國家ナリヤ此問題ノ決定ハ國家カ如何ナル資格ヲ以テ相續財產ヲ取得スルヤト云フ問題ニ於テ法律上國家ノ資格如何ノ解決ニ因リ決定セラルルモノタリ「サビニー」ノ如キハ曠缺財產取得ノ權利ハ相續權ヲ補充スルモノナレハ財產所在地如何ニ關ハラス死者ノ屬人法ニ依リ決定セラル羅馬法ニ於テハ國庫ノ相續スル權利ハ相續財產(Hereditas)ト呼ハサレトモ相續ト同一ノ規定ニ從ヒ國庫ハ受遺者ニ對シテ眞實ノ相續人ノ地位ニ立チ得ルモノナリト論シ此理由ニヨリ死者ノ屬人法ヲ有スル國庫ニ相續財產ハ歸屬スルモノト決スヘシトセリ(「サビニー」八卷三七七節)是レ此場合ニ於ケル國家ノ資格ヲ相續人トシテ觀察シタル說ナリ然レトモ相續財產カ國庫ニ歸屬スルコトノ規定ハ無主ノ相續財產ニ付キ各人カ先占(民二三九條參照)ヲ爲スニ一任スルトキハ社會ノ混亂ヲ惹起シ公安ヲ害スルニ至ルヲ以テ之ヲ防止センカ爲メ領土主權ノ權力ニ依リ之ヲ國庫ニ歸屬セシムルモノナレハ財產所在地ノ國家ニ於テ取得スヘキモノナリトノ說ヲ相當ナリト謂ハサルヘカラス即チ國家カ此場合ニ相續財產ヲ取得スルハ相續人トシテ然ルニ非スシテ公安上歸屬スル所ヲ定メタルニ過キスト云フ說ナリ是レ佛國民法編纂ノ際「ポルタリース」「トリボン、シモン」等ノ主張セシ處トス(「コーレン」一一六〇號、「ウエース」四卷五六五頁)我民法ニ依レハ無主ノ相續財產カ國庫ニ歸屬シタル場合ニハ相續債權者及ヒ受遺者ハ國庫ニ對シテ其權利ヲ行フヲ得スト定メアルヲ見レハ(民一〇五九條)「サビニー」ノ云フ如ク國家カ相續人トシテノ取得ヲ定メタルニ非サルコトヲ認ムルニ充分ナリトス故ニ民法千五十一條以下ノ規定ハ被相續人カ別同人各場合ト雖モ適用セラルヘキモノナリ(然レトモ後出日獨領事職務條約第十四條ノ七ニ依リ制限ヲ受クヘシ)相續ノ準據法ニ付キ最後ニ注意スヘキモノ二アリ其一ハ最初ニ擧ケタル如ク各國國際私法ニ於テ相續ノ準據法ニ付キ各〻異ナリタル主義ヲ取ルカ故ニ例ヘハ被相續人ノ本國法ニ依ルトノ第一ノ主義ヲ取リタル我國民カ不動產ノ相續ハ所在地法ニ依リ動產ノ相續ハ住所地法ニ依ルトノ第四ノ主義ヲ取ル佛國ニ不動產ヲ有シテ死亡スルトキハ其者カ佛國ニ所有スル不動產ニ付テハ假令家督相續ノ場合ト雖モ佛國民法相續編ノ規定ニ從ヒ其不動產ハ佛國ニ認ムル所ノ其

者ノ相續人ニ對シテ分頭的ニ相續セラルルコトト爲リ隨テ其不動産ハ被相續人ノ本國法タル我民法ニ從ヒ相續セラルル能ハサルニ至ルヘキコト是ナリ即チ我法例第二五條ノ主義ハ其者ノ相續ニ付テハ一貫セラレサルコトト爲ルヘシ

獨逸民法施行法ハ斯ル結果ヲ豫想シタルカ故ニ其第二四條第一項ニハ「獨逸人ノ相續ハ假令外國ニ住所ヲ有スルトキト雖モ獨逸ノ法律ニ依リテ之ヲ定ム」ト規定シ其第二五條前段ニ「死亡ノ際獨逸ニ住所ヲ有スル外國人ノ相續ハ其際ニ死者ノ屬シタル國ノ法律ニ依リテ之ヲ定ム」云云ト規定シ相續ハ本國法ニ依ルトノ原則ヲ認メナカラ更ニ其第二八條ニ於テ……第二十四條第一項、第二十五條……ノ規定ハ目的物カ此規定ニ依リ適用ヲ受クヘキ國ノ領域內ニ存在セスシテ其存在スル國ノ法律ニ依レハ別段ソノ規定ニ從フヘキ場合ニ於テハ之ヲ適用セスト定メタリ我日本ニハ獨逸民法第二八條ノ如キ規定ナキモ實際ノ適用上同一ノ結果ヲ見ルニ至ルヘシ

而シテ之カ結果トシテ其者ノ日本ニ在ル財産ハ家督相續人タル長男ノミ之ヲ相續スルニ反シ佛國所在ノ不動産ハ其者ノ子タル男女數人カ凡テ相續人トシテ等分ニ相續スルコトト爲ルヘシ然ルトキハ其死者ノ債務ニ付テハ債權者ハ日本ニ在ル財産ニ付テハ家督相續人ノミニ履行ヲ求ムルノ外ナク佛國ニ在ル財産ニ付テハ分頭相續人タル男女數人ニ履行ヲ求ムルヲ得ルコトト爲ルヘシ隨テ右相續人間ハ各自債務全部ヲ負擔スヘキヤ又ハ相續シタル割合ニ負擔スヘキヤ等ノ問題ヲ惹起スニ至リ多少混雜ヲ來スニ至ルヘシ此等ノ場合ニ付テハ各〻場合ヲ分チテ解決ヲ爲ササルヘカラス而シテ此ノ如キ結果ハ相續準據法ニ付キ各國一樣ノ主義ヲ取ルコトト爲ラサレハ免レ得サル結果ナリトス故ニ各國一樣ノ準據法ヲ取ルニ至ランコトハ學者ノ最モ企望スル所ナリトス

注意スヘキ其二ハ法例第二九條ノ反致法ノ適用ナリ即チ法例第二五條ニハ相續人ノ本國法ニ依ルト爲セトモ若シ例ヘハ佛國人カ日本ニ不動産ヲ殘シテ死亡シタルニ當リ佛國ノ準據法規定ニ依レハ不動産ノ相續ハ所在地法ニ依ルト爲スカ故ニ其佛人ノ日本ニ殘シタル不動産ニ付テハ佛人ノ相續ニ對シテ日本ノ民法相續編ヲ適用スルコトト爲ルニ至ルヘシ此場合ニハ其佛人ノ相續ニ家督相續ノ規定ヲ適用スヘキヤ遺産相續ノ規定ヲ適用スヘキヤ又問題ヲ生スヘシ然レトモ此等詳細ノ點ハ本講義ニ於テ之ニ涉ルノ餘地ナシ讀者ノ切磋ヲ待ツ所ナリ

終ニ一千八百八十年「オクスフォルド」開會國際法協會ノ決議ヲ左ニ述ヘン曰ク

包括資産ノ相續ニ於テハ相續スヘキ人ノ決定、其權利ノ範圍、處分シ得ヘキ部分若クハ遺留處分、死因處分ノ內容的效力ハ其財産ノ性質及ヒ其財産ノ所在地如何ヲ問ハス死者ノ屬スル國ノ法律及ヒ其補缺トシテ其住所ノ法律ニ依リ支配セラルルモノトス

又千九百年和蘭海牙國際會合ニ於テ相續遺言及ヒ死因贈與ニ關スル條約ノ草案成レリ左ノ如シ」

第一條　相續ハ財產ノ性質及ヒ其所在地ノ如何ヲ問ハス死者ノ本國法ニ依リ支配セラル

遺言及ヒ死因贈與ノ內容的有效條件及ヒ效力ハ處分ヲ爲ス者ノ本國法ニ依リ支配セラル

第二條　方式ニ關シテハ遺言及ヒ死因贈與ハ行爲地法若クハ處分ノ際處分ヲ爲ス者ノ屬スル國ノ法律ノ規定ニ適合シタルトキハ有效トス

然レトモ其本國以外ノ土地ニ於テ贈與又ハ遺言ヲ爲サントスル場合ニ其法律行爲ノ成立ノ要件トシテ本國法ニ定メタル方式ニ依ルヲ必要トスル旨ヲ本國法ニ定メタルトキハ遺言又ハ贈與ハ他ノ方式ニ依リテ之ヲ爲スコトヲ得スル外國人ノ遺言ハ其本國法ニ從ヒ其本國ノ外交官又ハ領事官ニ依リテ取扱ハレタルトキハ方式上有效トス此規定ハ死因贈與ニモ之ヲ適用ス

第三條　遺言及ヒ死因贈與ニ依ル處分能力ハ處分者ノ本國法ニ依リ支配セラル

第四條　死者又ハ處分者ノ本國法トハ其死亡ノ際ニ其者ノ屬スル國ノ法律ヲ謂フ

然レトモ處分者ノ能力ニ關シテハ又其處分ヲ爲ス際ニ其者ノ屬スル國ノ法律ニ從フコトヲ要ス

但處分者カ其處分ヲ爲シタル際ニ屬シタル國ノ法律ニ依テ定マリタル能力ニ要スル年齡ニ達シタル者ナルトキハ之カ國籍ノ變更ハ年齡ノ點ニ付テハ其能力ヲ喪失セシムルコトナシ

第五條　相續人、受遺者及ヒ受贈者ノ能力ハ其本國法ニ依リテ支配セラル

第六條　相續財產タル不動產若クハ遺贈セラレ又ハ贈與セラレタル不動產ニ關スル物權ノ設定、確定（コンソリダーション）、移轉、喪失竝ニ占有ヲ第三者ニ對抗スル爲メ必要トスル條件及ヒ公示ノ方式ニ關シテハ其不動產所在國ノ法律ニ從フ

第七條　死者ノ本國法カ其適用ヲ受クヘキ國ニ於ケル外國人ノ相續、死因贈與及ヒ遺言ニ適用スヘシトシテ明文ヲ以テ社會上ノ權利若クハ利益ヲ認メ又ハ保障スル處ノ命令法若クハ禁止法ニ違反スル性質ヲ有スルトキハ前各條ノ規定ニ拘ハラス死者ノ本國法ヲ適用セス

田野所有權ノ分裂ヲ防止スル目的ヲ有スル所ノ屬地法ノ適用モ亦留保ス

締盟國ハ第一項ニ留保シタル權能ヲ行使セントスル禁止法若クハ命令法竝ニ第二項ニ於ケル屬地法ヲ相互ニ通報スルコトヲ約ス

第八條　締盟國ニ屬スル相續人、受遺者若クハ受贈者ノ國籍如何ヲ理由トシテ締盟國人民ノ利益ノ爲メニスル捺除（プレレーブマン）及ヒ不平等（イネガリテー）ハ全ク之ヲ認メス但死者ノ本國法ニ依リ定メラレタル範圍內ニ於テ爲シタル處分ヲ妨ケス

第九條　其領土內ニ相續ノ開始シタル國家ノ官廳ハ相續財產ノ保全ヲ確保スル爲メ必要ナル處分ヲ爲スヘキモノトス但特別ノ條約ニ基キ死者ノ屬スル國ノ外交官若クハ領事官ニ於テ之ヲ取扱ヲ爲ストキハ此限ニ在ラス

第十條　締盟國ハ財產ノ分離、限定承認、拋棄及ヒ第三者ニ對スル相續人ノ責任ニ關シテ規

定ヲ爲スノ自由ヲ保有ス

第十一條　本條約ハ死者カ死亡ノ際締盟國ノ其一ニ屬スル場合ニ於テノミ之ヲ適用ス

各締盟國ハ死亡ノ際非締盟國ニ住所ヲ有スル自國民ノ相續ニ關シテ本條約ノ適用ヲ爲サザル權能ヲ有ス

第二章　遺言

或人カ外國ニ於テ遺言ヲ爲シ又ハ外國所在ノ財產ニ關シテ遺言ヲ爲シ又ハ外國人カ內國人ヨリ遺贈ヲ受クル等ノ場合ニ於テ遺言ニ關スル各國ノ法制モ遺言ノ成立、效力其他ニ關シテ各差異アリ仍テ法律ノ抵觸ヲ生ス今一一之ヲ細說セス而シテ遺言ハ法律カ定メタル範圍內ニ於テ相續ニ關スル法定ノ規定ヲ被相續人ニ於テ自由ニ變更スルヲ許サレタル部分ニ付テノ被相續人ノ意思表示ニシテ其效力ハ法定ノ相續規定ノ一部若クハ全部ニ代ルヘキモノナレハ通則トシテ相續ノ準據法ハ即チ遺言ノ準據法ナリトス（「アツセル」六三號）故ニ遺言ノ準據法ハ被相續人ト爲ルヘキ遺言者ノ本國法タルヘキモノナリ但相續ハ法律上ノ規定ナルニ遺言ハ一ノ法律行爲ナレハ此差別ヨリシテ通則クル本國法ノ適用ノ外ニ或點ニ付テハ他ノ準據法ヲ適用スル場合ヲ生セサルヲ得ス

先ヲ遺言者ノ能力（民一〇六一條、一〇六二條）及ヒ受遺者カ承認又ハ拋棄ノ行爲ヲ爲スノ能力ニ關シテハ各其本國法ニ從フ是レ法例第三條ノ適用ナリトス

遺言ノ成立及ヒ效力ニ關シテハ遺言者ノ本國法ニ依ル即チ遺言ノ要件效力遺言ノ執行（ローラン七、一〇九號）ハ本國法ニ依ル遺言ハ多數ノ國法ニ依レハ要式行爲ニシテ一定ノ方式ニ依ラサレハ成立セス故ニ遺言ノ成立ハ本國法ニ依ルト云フトキハ遺言ノ成立要件ノ一タル方式モ本國法ニ依ルト解セサルヘカラス又遺言ノ效力タル遺贈ノ承認、拋棄、受遺者ノ義務等ニ關シテモ遺言者ノ本國法ニ依ルモノトス

法例第二六條ニ依レハ遺言ノ成立及ヒ效力ハ其成立ノ當時ニ於ケル遺言者ノ本國法ニ依ルトアリ而シテ遺言ハ遺言者カ一定ノ方式ヲ蹈ミテ遺言書ノ調製ヲ了スルニ因リ成立スルモノトス然ルトキハ遺言者カ遺言書調製ノ後國籍ヲ變スルモ遺言ノ成立及ヒ效力ハ遺言成立ノ當時ノ本國法タル舊本國法ニ依リ支配セラルルコトト爲リ新本國法ニ依リ支配セラレス然ルトキハ法例第二六條ニ依レハ遺言者國籍ノ變更ハ遺言ノ成立及ヒ效力ニ關スル準據法ニ何等ノ影響ヲ及ホササルモノト解釋セサルヘカラス

此解釋ヲ正當トセハ法例第二六條ハ其適用上多少ノ不便又ハ困難ヲ惹起スヲ免レサルヘシ何トナレハ我法例第二五條ハ相續ハ被相續人ノ本國法ニ依ルトシ此本國法トハ被相續人カ國籍ヲ變更シタルトキハ新本國法ニ依リ相續ハ開始シ新本國法ニ依リ相續關係ハ支配セラル然ルニ同一人ノ爲シタル遺言ノ效力ニ對シテハ遺言成立ノ際ノ舊本國法ニ依ルコトトナルカ故ナリ然ルニ

相續ト遺言トハ同一ノ相續財産ニ付キ同時ニ行ハルルヲ以テ同一ノ關係ヲ新舊ノ兩本國法ニ依リ決定スルコトト爲ルニ至ルヘシ然ルニ此兩本國法カ相牴觸スル場合ニハ孰レノ法律ニ從フヘキカノ難問ヲ生セサルヲ得ス或ハ法例第二六條立法ノ精神ニ於テハ遺言ハ一ノ意思表示ニシテ遺言者カ遺言書ヲ調製シタルトキハ其内容タル遺言ノ效力ハ其調製ノ當時ニ於ケル本國法（本問ノ舊本國法）ニ依ル意思ヲ有スルモノナレハ遺言成立當時ノ本國法ヲ適用スルコトト爲シタルモノナルヘク遺言者ノ意思ノ解釋トシテハ眞ニ適當ナルヘシト雖モ前述ノ如キ適用上ノ混雜ヲ惹起スヲ免レサル以上ハ少クトモ遺言ノ效力ニ關シテハ遺言者死亡ノ際ノ本國法（新本國法）ヲ適用スヘキモノト改メ以テ相續、遺言共ニ同一ノ本國法ヲ適用スルモノトスルノ便利ナルニ如カスト信ス此ノ如クシテ實際不便ナカルヘシ何トナレハ遺言準據法ヲ斯ク定ムルトキハ各人カ國籍ヲ變更シタルトキハ之ニ伴ウテ新ニ遺言書ヲ調製スルコトトスルニ至ルヘキヲ以テナリ故ニ一千九百年海牙條約草案ニ於テハ遺言モ相續モ共ニ遺言者及ヒ被相續人ノ死亡ノ際屬スル國ノ法律ニ依リ支配セラルト定メタリ而シテ此決定ハ相當ナリト信ス（前章條約草案參看）現行法ノ解釋トシテハ相續ノ準據法ノ規定ト遺言ノ準據法ノ規定ト相牴觸スルトキハ遺言ノ準據法ハ相續ノ準據法ニ一歩ヲ讓ラサルヘカラスコレ遺言ハ相續ノ規定中自由處分ヲ當事者ニ許シタルモノナリトノ旨趣ヨリ予カ演繹シタル解決ナリ

法例第二六條第二項ニハ「遺言ノ取消ハ其當時ニ於ケル遺言者ノ本國法ニ依ル」トセリ此立法理由及ヒ評論ニ付テモ以上述ヘタルト同一ナルヲ以テ贅セス

遺言ノ方式ハ前說明ノ如ク本國法ニ依ルヘキモノナレトモ法例ハ實際ノ便宜ヲ慮リ行爲地法ニ依ルモ有效ナリト定メタリ例ヘハ日本人カ英國ニ於テ遺言セントスルトキハ英法所定ノ方式ニヨリ遺言ヲ爲スモ有效トスルカ如シ此點ニ付テノ我法例ノ規定ハ全然法律行爲ノ方式ニ關スル法例第八條第一項第二項ノ規定ノ適用ニ過キサレハ之カ理由等ニ付テノ說明ハ後ニ述フヘキ法律行爲ノ方式ニ關スル一般ノ說明ニ之ヲ讓ル

第三章　相續、遺言ニ關スル準據法ノ補則

第一　相續ニ關シテハ被相續人ニ國籍ノ變更アリタル場合ニ於テハ被相續人カ死亡ノ際ニ有シタル國ノ法律ヲ本國法トス（前編一章二節對照）

遺言ニ關シテハ法例第二六條ノ明文ニ依レハ遺言ノ成立及ヒ效力ニ付テハ國籍變更ノ場合ハ問題ト爲ラスト謂ハサルヘカラス何トナレハ「遺言成立ノ當時又ハ遺言取消ノ當時ノ本國法」トアル故ニ如何ニ遺言者カ其前後ニ國籍ヲ變更スルモ其變更ハ毫モ斟酌スヘキモノト爲ラサルカ故ナリ唯遺言能力ニ付テハ問題アリ即チ遺言成立ノ後（多クノ場合ニハ遺言書調製ノ後）遺言者カ國籍ヲ變更シタルトキハ遺言能力ハ孰レノ本國法ニ依リテ定ムヘキヤ是ナリ「アッセル」氏曰ク

遺言者ノ舊本國法ト新本國法トニ從ヒ其ニ能力者タルコトヲ要ス故ニ若シ遺言者カ遺言書調製ノ際ノ舊本國法ニ於テハ無能力者ニシテ新本國法ニ依リ後ニ能力者ト爲リタルトキハ其遺言カ本來欠缺シタリシ效力ヲ爾後ニ於テ獲得スルヲ得サルヘシ之ト表裏シテ新本國法ニ從ヘハ無能力者トシテ死シタル者カ舊本國法ノ下ニ於テ其法律ニ依リテ有效ナル遺言ヲ爲シタルトキモ此遺言ハ死亡ノ際ノ無能力ニ因リテ同シク無效タリ何トナレハ遺言ハ遺言者ノ死亡ニ因ルニ非サレハ法律上ノ效力ヲ生セス而シテ遺言者ハ能力ヲ有シテ死亡スルヲ要スレハナリ(「アッセル」六四號、「ウエース」同說四卷六一八頁)

然レトモ我民法第一〇六三條ニ依レハ「遺言者ハ遺言ヲ爲ス時ニ於テ其能力ヲ有スルコトヲ要ス」ト爲スヲ以テ遺言者カ國籍變更ノ爲メ更ニ無能力者ト爲リタル場合ト雖モ遺言當時ノ本國法ニ於テ能力者タリシ以上ハ遺言ハ有效ナルモノト解スヘキニ似タリ即チ我國法ノ解釋トシテハ遺言能力ハ遺言ヲ爲ス時ノ本國法ノミニ依ルヲ以テ足レリトストノ結論ヲ生スルモノトス(然レトモ一九〇〇年海牙條約草案三條、四條ニ依レハ該條約案ハ我民法ノ規定トハ反對シタル說ヲ採用シタルコトニ注意スヘシ)

第二　相續遺言ノ關係ハ本國法ニ依ルモノタリ能力及ヒ親族關係ト同シク重國籍者ニ對スル本國法ノ適用、無國籍者ニ對スル本國法ノ適用、地方ニ依リ法律ヲ異ニスル場合ニ對スル本國法ノ適用ニ付テ問題ヲ生スヘシ然レトモ此點ニ付テハ前編第一章第三節以下第五節ニ說明シタルヲ以テ茲ニ之ヲ引用ス

第三　日獨領事職務條約ニ於テハ締盟國一方ノ臣民カ他ノ一方ノ範圍內ニ於テ死亡シタル場合ヲ定ムルコト詳密ナリ此條約ノ規定ニシテ予輩カ以上述ヘタル原則ニ違背スル點アルトキハ右原則ノ例外ヲ爲スモノトス今一一之ヲ掲載セサルヲ以テ之カ詳細ハ右條約ニ付キ研究セラルヘシ唯最モ注意ヲ要スル點ヲ擧クレハ

一　一方ノ領事駐在國ノ臣民若クハ第三國ノ臣民又ハ人民ヨリ死亡者ノ遺產ニ對シテ爲シタル要求ニ關シ爭議ヲ生シタルトキハ其裁判權ハ遺產相續權又ハ遺產ニ關スル事項ノ外駐在國ノ裁判所ニ專屬スルモノナルコト(同條約一四條ノ六)

二　遺產ニ對シ何等ノ請求ヲモ爲ス者アラサルトキハ領事官ハ(中略)之ヲ受取リ正當ノ相續人ヘ引渡スヘキコト(此點相續人曠缺ノ問題ニ關聯スヘシ)(同條ノ七)

三　相續權及ヒ遺產ノ分配權ハ死亡者ノ本國法ニ於テ決定スヘキコト(同條ノ九)

四　相續權及ヒ遺產ノ分配權ニ關スル一切ノ要求ハ死亡者ノ本國ノ裁判所若クハ其他ノ官廳ニ於テ其國ノ法律ニ依リ決定スヘキコト(同條ノ同號)等是ナリ

此他領事職務條約トシテハ日白條約第一四條明治三十二年五月三十一日司法省令第十五號明治三十三年十一月三十日勅令死亡者ノ財產保護ニ關スル日英條約參照

第四　法例第二九條第三〇條ハ相續遺言ノ場合ニ其適用ヲ見ルヘシ

0073

第三編　物權其他登記スヘキ法律關係ノ準據法

第一章　所在地法適用ノ理由及ヒ沿革

各國ノ法制中抽象的ニ動產、不動產上ノ物權自體ノミニ付テ規定シテ他ノ問題ニ涉ラサル規定ヲ見ル此等ノ法規ハ物ヲ動產、不動產、融通物、不融通物又ハ公有物、私有物等ニ分チ所有權ノ性質及ヒ條件ヲ定メ其他ノ物權ヲ列擧シ其規定ヲ定メ凡テノ物權ノ特定名義ニ於ケル處分ノ方法又ハ取得ノ方法ヲ定ムルモノニシテ物權ヲ管理、處分スヘキ能力、物權ヲ目的トスル法律行爲若クハ包括名義ニ於ケル物權ノ處分ニ關シテハ何等ノ定ムル所ナキ法規ニシテ概シテ言ヘハ此等ノ法規ハ所有權其他ノ物權ニ關スル制度ヲ定ムルモノトス此等ノ法規ハ勿論人ノ爲メニ規定ヲ設クルモノナレトモ內國人ト外國人ト能力者ト無能力者ト個人ト法人トヲ問ハス全般ノ人ノ爲メニ設ケラレタルモノナリ此法規ハ恰モ一定ノ住居ニ適セラルヘク建造セラレタル家屋（貸長屋）ノ如キモノニシテ建造者ハ此中ニ住スヘキ各人ノ特別ノ嗜好ヲ參酌セス何人モ其場所ニ於ケル一樣ナル形體構造ノ中ニ入ラサルヘカラス自己ノ意見ヲ以テ左右スルヲ許サストセルモノニ似タリ民法第一七五條乃至第三九八條、第一六二條乃至第一六五條ノ如キ是ナリ

此物權ノ規定カ相牴觸スルトキ（例ヘハ甲國ニ所在スル物ヲ乙國人カ所有シ甲乙兩國ノ物權ニ關スル規定相同シカラサル場合ノ如キトキ）ハ孰レノ法律ニ據ルヘキヤ

此牴觸ニ付テハ一般學者ノ認ムル所ニ依レハ「スタチユ」說ニ於テハ動產ト不動產トニ區別ヲ立テ不動產ニハ其所在地法ヲ適用スルモノトシ動產ハ其所有者ノ住所地法ヲ適用スルモノトシ動產ハ所有者ノ住所地法ニ從フトノ原則ヲ說明スル者ニ二派アリテ其一ハ動產ハ常ニ轉轉シテ確定シタル所在地ヲ有セサルカ故ニ所有者ノ住所ニ所在スルモノト看做シタルニ基キ其二ハ動產ハ所在地ナキカ故ニ其所有者ノ附隨物トシテ所有者ノ一體ヲ爲スモノトシ所有者ノ屬人法ニ從フヘシト爲シタルニ基ク即チ前者ハ所在地法ハ不動產ト同シク動產ヲモ支配スレトモ動產ニハ現實ノ所在地法ヲ適用セスシテ所有者ノ住所ヲ擬制的所在地トシタルモノニシテ後者ハ動產ニ關シテハ全ク所在地法ニ從フトノ思想ヲ離レ動產ハ屬人法ニ從ヒ支配セラルルモノトセルニ在リ而シテ嘗テ逃ヘタル「スタチユ」說ニ於テ設ケタル人事法、物件法ノ區別ニ於テハ不動產ハ所在地法ニ從フトノ原則ニ於テ所在地法ニ從フヘキ不動產ニ關スル法律ヲ專ラ物件法（statutarealia）ト名ケタルモノナリト云フニ在リ

然ルニ佛ノ「レーネ」氏ノ歷史的研究ニ由レハ「スタチュ」說ニ於テ動產ト不動產トカ準據法ヲ異ニスルニ至リタル所以ハ封建社會ニ於テハ凡テ土地ニ重キヲ置キタル故動產ニ關シテハ動產カ集合體トシテ觀察セラレタル場合（例ヘハ相續ニ於ケル財產ノ包括物ノ如シ）ノ外ハ人ノ注意ヲ惹カサリシモノナリ唯相續其他之ニ類似セル場合ニ於テハ動產ニハ確定シタル所在地ナキヲ以テ一ノ問題起レリ即チ動產ニハ一

定ノ日時ニ於ケル其時時刻刻ノ現實的所在地ヲ認ムヘキカ將タ擬制的ニ永久ノ所在地ヲ認ムヘキカ抑〻亦動產ニハ所在地ヲ認メサルヘカノ問題是ナリ而シテ各之ヲ主張スル學者アリシモ歸スル所相續ノ問題ニ於テハ動產ノ包括的一體ト個個別別ニ存在スル動產トハ之ヲ明カニ區別セサルヘカラサルニ至リ不動產ハ所在地法（Lexrei sitoe）ニ從ヒ動產ハ人ニ從フ（Mobilia Personam Sequuntur）トノ原則ヲ生スルニ至レリ而シテ動產ハ人ニ從フトノ原則ヲ生シタル所以ハ封建時代ニ於テハ法律ハ總テ屬地法ナリシヲ以テ一人ノ相續財產ハ其各固有ノ法律ヲ有スル所在地ノ異ナルニ從ヒ分裂セラレタリ是レ甚タ不便ノコトナリシモ不動產ニ對シテハ政事上ノ必要上第二編ニ述ヘタル如ク總テノ財產ハ領土ノ異ナルニ從ヒ分裂セラルルコトヲ認ムルノ止ムナキニ至リタルモ動產ニ付テハ所在地ノ異ナルニ從ヒ其ノ相續カ分裂セラルルノ不便ハ動產カ輾轉ノ容易ナリシ程ソレタケ不動產ニ對スルヨリモ一層甚シキモノナレトモ動產ニ關シテハ不動產ノ如ク此分裂ノ不便ヲ忍ヒテモ尙ホ各地方毎ニ異ナリタル法律ヲ適用スルノ政事上ノ必要ナカリシヲ以テ動產相續ニ付テハ相續物ノ一體ヲ維持スヘシトノ觀念ヲ生シタリ而シテ如何ニシテ其一體ヲ維持スヘキヤト云フニ必スシモ動產ニ對シテハ當時ノ思想タル法律屬地主義ヲ覆シテ不動產トハ全ク反對シタル原則ヲ立ツルニモ及ハサリシヲ以テ法律屬地主義ニ一ノ修正ヲ加ヘタリ即チ動產ノ現實ノ所在地法ニ依ルトスレハ其所在地多數ニシテ相續ノ分裂スルコトノ不便ヲ見ルヲ以テ現實ノ所在地如何ニハ嚴格ニ拘泥セス

凡テノ動產ハ其普通ニ存在スル場所少クトモ其動產ノ大部分ノ集合スル場所タル各所有者ノ住所地ニ存在スルモノト假定シ以テ動產ハ人ニ從フト云フニ至リシナリ故ニ相續ニ付テハ動產モ常ニ所在地法ニ從フヘキコト不動產ニ同シト雖モ不動產ニ付テハ其所在地ヲ異ニスル數ニ比例シテ數多ノ所在地法アリト雖モ動產ニ付テハ其假定的所在地ヲ定メテ所在地法ハ唯一ナリト爲シタルナリ要スルニ動產ニ付テハ相續ニ付キ唯一ノ法律ニ從ハシメ以テ多數ノ所在地ニ從フコトヨリ生スル紛擾ヲ避クル方便ニ出テタリ故ニ動產ハ人ニ從フトノ原則ヲ解シテ既ニ「スタチュ」說時代ニ於テ相續關係ハ親族關係ノ結果ナレハ動產ハ人ニ從フトハ屬人法（當時ノ住所地法ニシテ今日ノ本國法）ニ從フトノ意ナリシト云フハ不當ナリト謂ハサルヘカラス何トナレハ當時屬地法ノ餘習ヲ脫セサル時代ニ在リテ不動產カ所在地法ニ從フニ拘ハラス動產ノミニ屬人法ニ從フヘシトノ區別ヲ定ムヘキ理由毫モ存セサレハナリ

此ノ如ク動產ハ人ニ從フトノ原則ハ動產相續ニ對シテノミ生シタル原則ナレトモ此時代ニ於ケル幾多ノ格言ト同シク概括的ノ文句ナリシカ故ニ理論ニ於テ概括ノ意義ヲ帶フルコトトナリテ單ニ相續動產ノミナラス個個ノ動產ニ關シテモ此格言ハ援用セラルルニ至レリ即チ右原則ノ眞意ハ（相續）動產ハ（死者ノ）人（即チ死者ノ住所）ニ從フニ在リタルニ原則ノ言語カ「動產ハ人ニ從フ」トノ一般的ナリシ故此原則ヲ文字通リニ解スルニ至リシナリ然レトモ此原則ヲ個個ノ動產ニ應用スルニ至リテハ無益ニシテ且事物ノ性質ニ反ス何トナレハ個個ノ動產ト

0075

シテ觀察スルトキハ現實ノ所在地ニ代フルニ所有者ノ住所ニ所在スルモノト爲ス擬制ハ何等ノ必要ナシ(一體ノ動產ト見ルトキハ前述相續ノ場合ノ如キ必要アリ)故ニ無益ナリ又所有權其他ノ物權ノ制度ニ關シテ重要ノ關係アル場所ハ動產現在ノ所在地ナルカ故ニ假定ノ所在地ハ事物ノ性質ニ反スルモノナリ故ニ此動產ハ人ニ從フトノ原則ハ實際ニ於テ稀ニ適用アルノミニシテ却テ多數ノ例外ヲ置カルルヲ見ル甚シキハ學者カ此原則ヲ適用シタル一例ヲ擧ケントシテ單ニ包括動產ノ場合ヲ擧クルニ過キサルヲ見ルナリ故ニ此時代ノ學者モ動產ト不動產トノ區別ヲ爲ス場合、特定名義ニ於ケル動產讓渡ノ方法、無主動產ノ取得等ニ付テハ右ノ原則ニ拘ハラス例外其他ノ名義ヲ以テ所在地法(現實ノ)ニ從フヘシト說カサルヲ得サルニ至レリ

之ヲ要スルニ「スタチユ」說ニ於テ十六世紀ニ動產ハ人ニ從フトノ原則起レリ此原則ハ不精確寧ロ曖昧ナル文句ヲ以テ相續動產ハ其所有者カ住所ヲ有シ動產自體カ擬制的ニ所在スル土地ノ法律ニ從フトノ觀念ヲ言表シタルモノナリ故ニ是レ即チ屬地法ナリ此點ニ付キ學說ノ分レタルハ不當ナリシナリ而シテ右原則ハ動產相續ノ規定トシテ設ケラレタルモ之ヲ概括的ニ及ホサレタリ殊ニ個個ノ動產ニマテ之カ適用ヲ及ホシタルハ事物ノ性質ニ反スルカ故ニ右適用ハ幾多ノ例外ニ依リ制限セラレ其例外ノ多キコトハ例外ヲ滅却スレハ此原則ハ適用ナキ程ナリキ即チ當時ノ實際上財產制度ニ付テハ財產ト所有權トノ關係ニ關シテハ有體動產ハ不動產ト同シク所在地法ニ從ヒシナリ云云(「レーネ」二卷二二五頁以下)

右「レーネ」氏ノ考證ハ莫大ノ價アルモノニシテ從來學者カ「スタチユ」說ニ於テ動產ハ住所地法ニ從フト云フ主義ヲ絕對的ニ採リ來リシ如ク云ヒ做シ來リタルトコロニ對シ一新生面ヲ開キタルモノト謂フヘシ但此「レーネ」氏以前ニ在リテ「スタチユ」說ノ前記原則ヲ非トシ動產ト雖モ所在地法ニ從フヘシトノ理論ヲ唱導シタルハ「ウエヒター」、「サビニー」等ノ獨逸學者トス而シテ今日ニ於テハ動產ハ不動產ト同シク所在地法ニ從フヘキコトハ殆ト一般ノ學者ノ認ムル所タリ

但「ウェース」氏ノ如キハ不動產、動產ニ拘ハラス其權利者ノ屬人法ニ據ルヘシト主張セリ曰ク凡テノ動產若クハ不動產ノ物權ハ其目的物ノ所在スル國ノ國際公安ノ許ス程度內ニ於テ其權利者ノ屬人法ニ依リテ支配セラルト(「ウェース」四卷一七〇頁)蓋シ伊太利學派ノ屬人法說ヲ祖述スルコト氏ノ如クナル以上ハ(本講義一五四頁以下參照)勢ヒ此ノ如ク論結セサルヘカラス然レトモ之カ適用ヲ論スルニ至リテ氏ハ曰ク一外人カ佛國ニ存在スル不動產若クハ動產ノ所有者ナル場合ニ其權利ノ性質及ヒ範圍ヲ定ムルモノハ佛法ナリヤ外國法ナリヤト云フニ勿論佛法(所在地法)ナリ何トナレハ佛法カ所有權行使ヲ定ムルハ所有者ノ個人ノ利益ノ爲メニ非スシテ公益ノ爲メナレハ經濟上ノ理由ニ據ルモノニシテ即チ國際公安ノ適用ニ過キスト又所有權ノ目的物ノ動產ナルヤ不動產ナルヤヲ定ムル所ノモノモ同一ノ理由ニ由リ所

0076

在地法ナリト論シ佛國民法第五二四條ニ據レハ蜜蜂ノ巣ハ用法ニ依ル不動產ニシテ和蘭民法第五六三條ニ據レハ蜜蜂ノ巣ハ動產ニ過キス而シテ和蘭人カ佛國內ニ於ケル土地ノ上ニ有スル蜜蜂ノ巣ハ之ヲ不動產ナリト斷言スルニ躊躇セス何トナレハ佛國民法第五二四條ハ農業及ヒ田野所有權ノ利益ヲ圖ルニ出テタルモノニシテ公益ニ關スルモノナレハナリト又所有權取得ノ方法ニ關シテモ佛法ニ於テ不動產ノ讓渡ハ之ヲ後ニ權利ヲ取得シタル第三者ニ對抗スルヲ得ンカ爲メニハ登記スルヲ要ス是レ信用ニ關スル公益上不動產取引ノ安全ヲ保ツノ目的ヲ以テ登記ヲ要スルカ故ニ外國人ト雖モ之ヲ免ルルヲ得ス云云ト論シ更ニ或所有權取得ノ方式ハ國際公安ト密接ノ關係ヲ有シ隨テ此理由ニ於テ必然的ニ所在地法ノ適用ヲ受クヘシトシ先占、相續人ナキ財產及ヒ取得時效等ハ然リト云ヘリ其他凡テノ物權ニ付テモ其性質、範圍、讓渡等ニ關シテハ公益又ハ國際公安ノ理由ヲ以テ所在地法ヲ大部分ニ適用スヘシトシ氏ノ所謂原則トシテ物權ニハ屬人法タル本國法ヲ適用スル場合ハ殆ト有名無實トナリ原則ノ例外タル國際公安ノ適用ハ殆ト物權規定ノ全部ニ及フニ至レリコレヲ要スルニ氏カ適用ヲ論シタル形蹟ヨリ云ヘハ物權ニ關シテハ國際公安ニ基ク所ノ所在地法ノ適用ヲ原則トシ本國法ノ適用ヲ例外トスルモノト謂ウテ可ナルモノニシテ即チ物權ハ所在地法ニ從フトノ一般ノ學說ニ實質上降伏シタルモノナリ氏モ茲ニ至リテ甚タ推論ニ窮シタルナルヘシ而シテ茲ニ於テカ氏ノ唱導スル伊太利學派屬人法說カ準據法ノ基礎タル原理トシテ完全ナラサルヲ見ルヘシ

要スルニ物權ハ所在地法ニ依ルトノ原則ハ右ノ「ウェース」氏外二三ヲ除クノ外ハ一般學說ニ認メラレタルモノニシテ我法例ニモ之ヲ採用セリ其第一〇條第一項ニ曰ク「動產及ヒ不動產ニ關スル物權（其他登記スヘキ權利）ハ其目的ノ所在地法ニ依ル」ト此ノ如ク右原則ノ定式ニ付テハ學者間ニ粗ホ一致アリト雖モ此原則ヲ認ムル理由ニ至リテハ必スシモ一致セス何故ニ物權ハ所在地法ニ從ハシムヘキヤトノ問題ニ對スル第一說ハ「サビニー」氏ノ任意服從說ナリ氏ハ曰ク物權ノ目的物ハ吾人ノ感官ニ觸レ且空間ニ一定ノ場所ヲ占ムルニ由リ目的物ノ存スル場所ハ同時ニ物權關係ノ中心ナリ一定ノ物ノ上ニ一定ノ權利ヲ取得シ又ハ行使セント欲スル者ハ其意思ヲ以テ物カ存在スル場所ニ來リ此特別ノ（即チ物權ノ）關係ニ付テハ其地方ノ法律ニ任意ニ服從スルモノナリ（「サビニー」三六六節）云云ト然レトモ他國所在ノ物ノ上ニ物權ヲ得ントスル者ハ何故ニ其所在地ノ法律ニ任意ニ服從スルモノト斷定スヘキヤ此說ニテハ明カナラス加之物權ニ對スル所在地法ノ適用ハ人カ所在地法ニ任意ニ服從スルト强制的ニ服從セシメラルルトハ何等ノ重要ナル關係ヲ有セス要ハ何故ニ所在地法ニ限リ適用スヘキヤニ在ルナリ

第二說ハ所在地法ノ原則ノ法理ハ立法者ハ凡テ其領土內ニ存スル物ノミニ付キ規定ヲ設ク然レトモ亦領土內ニ存スル物ナル以上ハ區別ナシニ如何ナル物ト雖モ之カ規定ノ目的トスルモノナリト云フニ在リ之ヲ主權說トモ名クヘキカ（「ウェヒター」獨乙民法實用雜誌二四卷、二五卷）此

0077

說亦何故ニ立法者ハ領土內ニ在ル物ノミニ關シテ自國法ノ規定ハ從ハシメントスルカ何故ニ物以外ノモノ即チ能力、親族關係又ハ法律行爲等ニ付テハ人カ領土內ニ在ル場合又ハ行爲カ領土內ニ爲サレタル場合ニ於テ自國法ノ規定ニ從ハシムルノ要ナキカ此分界明カナラサルヲ以テ予輩ハ此說明ニモ服シ得サルナリ此他一般ニ領土主權ノ效力トシテ一切ノ物ハ所在地法ニ從フトノ說明ハ上述ノ理由ニ由リ凡テ不十分ナリ領土主權アルコト及ヒ屬人主權アルコトハ準據法ヲ一國カ指定スル場合ニ於ケル凡テノ問題ノ前提ナリト雖モ等シク領土主權ヲ有シナカラ領土內ニ在ル人ノ能力、法律行爲等ハ何故ニ領土ノ法律ヲ適用セシテ物ニノミ領土ノ法律ヲ適用スルヤハ更ニ一歩ヲ進ミテ之カ理由ヲ研究スルヲ要スルナリ（例ヘハ法例第一〇條ヲ見レハ此說ノ如ク立法者カ領土內ニ於ケル物ヲ凡テ自國ノ法律ニ從ハシメタルコトハ解釋上明カナルモ本問ハ之カ立法理由ノ如何ヲ探究スルニ在ルニ注意スヘシ）

第三說ハ公益說又ハ公安說トモ云フヘキモノニシテ「デバニエ」氏カ凡ソ權利ノ中ニ付テ所有權ハ其保護及ヒ規定ノ點ニ付キ最モ特別ニ立法者カ注意ヲ加フヘキモノノ一ナリ何トナレハ一國ニ於ケル社會的靜謐ト經濟的利益ハ所有權制度ノ良否ニ關スルモノナレハナリ隨テ此事項ニ關スル法規ハ公安ト密接ノ關係ヲ有シ又專ラ屬地法ニ屬スルモノニシテ外國ノ法律ニ含マレタル反對ノ規定ヲ認容スルヲ得ス（同七一九頁）

「シウルヴイユ」及ヒ「アルチウイ」氏モ動產ノ所在地法ニ從フヘキ理由ヲ說明シテ曰ク

立法者ハ動產所有權ヲ規定スルニ當テ不動產所有權ニ對スル如ク經濟的秩序及ヒ公ノ信用ノ理由ニ因リ導カレタルモノナリ此理由ハ物權ニ於テ外國人ニ對シテモ內國人ニ對スル如ク强行セラルヘキ社會組織ノ法律トシテノ規定ヲ爲スモノナリ云云其眞相ニ於テハ物權ハ公安ニ關スル法律トシテ各人ニ命令セラレ個人カ之ニ違背スルヲ得サルニ在リ云云（同一六三節）

「レーネ」氏モ曰ク

凡テノ國ニ於テ財產ハ其國ノ公益ノ爲メニ人又ハ法律行爲トハ獨立シテ其土地ノ法律ニ依リテ規定セラル故ニ之カ制度ノ上ニ立チ監視スヘキハ其土地ノ法律（所在地法）ナリ其土地ノ法律ト他ノ法律例ヘハ人ノ本國法又ハ住所地法ノ間ニ牴觸ヲ生スルコト有リ得ヘシト雖モ此牴觸ハ重要視スルノ價ナシ何トナレハ本問ニ於テハ孰レノ法律モ其土地ノ法律ニ對立スヘキ名義ヲ有セサレハナリ故ニ優勝スヘキモノハ所在地法ナリト謂ハサルヘカラス云云（「レーネ」二卷二一九頁）

此等ノ諸說ハ物權ニ關スル法律ハ公益又ハ公安ニ關スルモノナルカ故ニ物權ニハ所在地法ヲ適用スト云フニ在レトモ是レ亦充分ニ眞相ヲ言表ハシ得タル說ト謂フヲ得ス何トナレハ各種ノ法律中公益公安ノ爲メニ設ケラレサルモノアリヤ物權ニ關スル法律ハ公益ノ爲メニ設ケラレタル法律ナルモ債權ニ關スル法律ハ公益ノ爲メニ設ケラレタル法律ニ非サルカ物權ノ制度ハ公安的制度ナルモ親族、相續ノ制度ハ公安的制度ニ非ストスルカ然ラス凡テ法律ハ公益公安ノ爲メニ

設ケラレタルモノナリ然ルニ物權ノミ公益公安ニ關スル故ニ所在地法ヲ適用スト云フハ他ノ權利ヲ顧ミスシテ爲ス所ノ盲說ト謂ハサルヘカラス（以上公安ト云フハ凡テ國內公安ヲ意味スルコトニ注意スヘシ）此他先ニ紹介シタル「ウエース」氏一派ノ說ノ意見ニ於テハ物權ハ本國法ニ依ルヘキモノナレトモ其所在地法ニ制限セラルル所以ハ國際公安ノ適用ニ過キスト云フニ在レトモ此說明ハ國際公安適用ノ場合ヲ謬リタル說ナリ抑〻國際公安ニ關スル場合ニハ外國法ヲ適用セス自國法ニ依ルト云フコトハ甲國ノ裁判所カ法律關係ヲ判斷スル場合ニ於テ準據法タル乙國法ヲ適用スルトキハ甲國即チ自國ノ公安ニ害アリト認ムル場合ノミニ起ルモノナリ然ルニ此說ニ於テハ甲國裁判所カ乙國所在ノ物ニ對スル物權ヲ判斷スルニ當リテ所在地法タル乙國法ヲ適用スルコトヲ以テ國際公安ノ規定ノ適用ト爲スモノニシテ即チ甲國裁判所ハ乙國所在ノ物上ノ物權ニ付テ若シ丙國ノ法律ヲ適用スレハ自國以外ノ乙國ノ公安ヲ害スル故自國以外ノ乙國ノ法律ヲ適用スト云フコトトナルニ歸ス然レトモ國際公安ノ規定ハ自國ノ公安ヲ維持スル爲メノ規定ニシテ自國ノ公安ニ何等ノ關係ナキ他國ノ公安マテヲモ自國裁判所ニ於テ進ンテ維持スヘキ目的ヲ有スル規定ニ非ス故ニ此ノ如キ學說ハ國際公安ニ關スル理論ノ本質ヲ誤解シタルモノニシテ最モ取ルニ足ラサルモノナリ

以上要スルニ諸〻ノ說明アルモ而モ何故ニ物權ニハ所在地法ヲ適用スヘキヤトノ問題ヲ解スルニ付キ肯綮ニ中リシ說明ヲ見ス是レ一定ノ土地ニ在ル物ニハ其土地ノ法律ヲ適用スヘキコトハ

極メテ事物ノ自然ヲ得タルモノニシテ換言スレハ物權的關係ノ性質ニ最モ適合シタル法律カ其所在地ナルコトハ當然ノ理ニシテ說明ヲ要セサル程ナレハ其理由ノ說明ハ却テ眞相ヲ超越シ又ハ眞相ニ達セサルヲ免レサル所以ナルヘシ而シテ予輩ハ所在地法適用ノ理由ニ付テハ左ノ如ク說明スルヲ以テ最モ適切ト信ス予輩ハ之ヲ本質說ト名ケン曰ク

物權的關係ニ於テ相牴觸スヘキ法律ハ(1)物ノ所在地法ト(2)物ノ上ニ物權ヲ有スル人ノ屬人法（本國法若クハ住所地法）ト(3)物權ヲ對抗セラルヘキ第三者ノ屬人法（本國法若クハ住所地法）ノ三種ナリ契約地法、能力、親族又ハ相續ニ關スル法律ハ之ニ與カラス何トナレハ物權自體ニ關シテハ何レノ國ト雖モ意思ノ自制ヲ認メス又能力關係、親族關係ノ法規ハ物權自體ノ規定トハ全ク獨立シタルモノナレハナリ故ニ牴觸スヘキハ前述ノ三種ノ法律ナリ然レトモ第二及ヒ第三ノ法律ハ共ニ屬人法ナルカ故之ヲ同一種ノモノトスレハ要スルニ問題ハ物ノ所在地法ヲ適用スヘキカ屬人法ヲ適用スヘキカヲ決スルニ在ルコトトナルヘシ若シ物權ハ當事者ノ屬人法（新主義本國法、舊主義住所地法）ニ依リ支配セラルルヘシトセハ國籍ヲ異ニスル所有者ニ屬スル二個ノ土地ハ互ニ異ナリタル法律ニ依リ支配セラルルコトトナルヘシ若シ二個ノ土地ノ間ニ地役權存ストセハ孰レノ屬人法ニ於テ此關係ヲ支配スヘキヤ之ト同シク地上權者ト土地ノ所有者ト國籍ヲ異ニセハ其關係ハ孰レノ者ノ屬人法ニ依リ支配スヘキヤ質權者ト質權設定者ト國籍ヲ異ニセハ其間ノ關係ハ質權者ノ屬人法之ヲ支配スヘキ

0079

カ將タ質權設定者ノ屬人法之ヲ支配スヘキヤ此ノ如キ例ニ依レハ當事者ノ屬人法ヲ以テ物權ノ準據法トセハ如何ニ不便ヲ與フヘキヤヲ知ルニ難カラサルヘシ此ノ如クンハ財產制度ハ亂世ト爲ルヘシ取引ニハ安固ヲ缺クヘシ凡テノ場合ニ於テ孰レノ屬人法之ヲ支配スヘキヤヲ定ムルコト不能ナルヘシ

加之上述ノ難問ハ之ヲ孰レカニ決定シ得タリトスルモ同一ノ場所ニ在ル同一種類ノ物カ一ハ甲國法ニ依ル物權ニシテ他ハ乙國法ニ依ル物權ナルコトアリトセハ之カ對抗ヲ受クヘキ第三者ハ如何ニ不便ヲ蒙ルヘキヤ測ラレサラントス例ヘハ同一ノ場所ニ在ル同一ノ物ニシテ甲國民ノ所有ニ屬スルトキハ其甲國ハ質權ノ設定ニ占有ヲ要セストノ規定ニ依リ占有ヲ要セスシテ質權ヲ設定シ得ヘク乙國民ノ所有ニ屬スルトキハ乙國法ノ質權ノ設定ニ占有ヲ要件トスト定ムル規定ニ依リ之カ占有ヲ要ストセハ第三者ハ如何ニシテ此等ノ質權ノ存否ヲ知ルヲ得ヘキカ又特ニ如何ナル懲憑ニ依リ同種ノモノカ一ハ甲國人ノモノ一ハ乙國人ノモノナルコトヲ區別シ得ヘキヤ其不便困難尠少ニ非サルナリ抑〻物權ノ本質ハ單ニ物ト權利者トノ間ノ關係ニ止マラス又凡テノ第三者ニ對抗シ得ヘキニ在リ故ニ一定ノ國內ニ於ケル物權ハ權利者ニ對スルノミナラス第三者ニモ對抗シ得ヘキモノナレハ物權關係ハ何人ニ對シテモ一樣ナラシメサルヘカラスシテ上述ノ如ク當事者又ハ第三者ノ國籍如何ニ因リ變動ヲ受ケシムヘカラス而シテ上述ノ如ク屬人法ヲ適用スルトキハ不便甚シトセハ殘ル所物權關係ヲ支配スヘキハ物ノ所在地法ナラサルヘカラス物ノ所在地法ヲ外ニシテ一國內ニ於ケル物件關係ヲ何人ニ對シテモ一樣ニ決定シ得ヘキ法律ナキナリ一國內ニ在ル物權關係カ其所有者等ノ國籍如何ニ關ハラス何人ニ對シテモ一樣ニ決定セラレ始メテ各人ハ物ニ對シテ安ンシテ取引ヲ爲シ得ルハ恰モ人ノ能力關係カ何レノ國ニ至ルモ一定不動トナリテ國際間ノ取引ノ安固ヲ見ルト同シ是レ物權ノ準據法ヲ所在地法ト爲スヘキ所以ナリト信ス（Milhaud 氏先取特權及ヒ抵當權ニ適用セラルヘキ國際私法原理三八頁以下「アッセル」氏四二節リョンカン、五、二九號以下）

以上物權ニハ其所在地法ヲ適用スヘシトノ理由ニ付キ說明セリ而シテ或學者ハ右原則ニ例外ヲ設ケ一定ノ場合ニハ所在地法ヲ適用セストス「サビニー」、「アッセル」諸氏ノ如キハ一定ノ長期間一定ノ場所ニ存在スヘキ動產例ヘハ家屋ノ備附品ノ如キモノト常ニ所在地ヲ變シ又ハ時時所在地ヲ變スル動產例ヘハ數國ヲ通スル鐵道ノ貨物、旅客ノ荷物ノ如キモノトノ間ニ區別ヲ設ケ後者ニ付テハ所在地ノ如何ヲ決定シ難キカ故ニ所在地法ヲ適用スルヲ得ストセリ故ニ「サビニー」氏ハ之ニ住所地法ヲ適用スヘシトシ「アッセル」氏ハ之ニ法律行爲自體ヲ支配スル法律又ハ目的物ノ到達地法ヲ適用スヘシ（同氏四三號）ト論スト雖モ是レ獨斷說ニ過キス是レ所在地ヲ知ルコト容易ナラス隨テ之ニ適用セラルヘキ所在地法モ豫メ定メ難キカ故ニ讓渡等ニ際シ所在地法ニ從テ有效トナルヘキ法律行爲ヲ爲スニ困難ナリト云フニ止マリ所在地法ノ適用ノ例外ニ非ス（「シルウイユ」及ヒ「アルチユイ」一六三節）勿論別種ノ問題トシテ斯ル場合ニ動產物

權移轉ノ行爲ヲ爲スニハ何レノ地ヲ所在地ト觀テ可ナルヘキヤト云ヘハ「アツセル」氏ノ云フ如ク目的物ノ到達地法ニ依ルヲ最モ實際ニ適シタル所置ト云フヘキカ如シ要之常ニ所在地ヲ變スルモノト雖モ其物ノ上ニ第三者カ物權ヲ取得シ且其時ニ於ケル所在地ニシテ認メ得ヘキ以上ハ同シク所在地法ノ適用ヲ受クヘシ例ヘハ旅客カ旅行中宿屋ニ於テ飲食シタル債務ニ付テハ其宿屋ニ荷物アル以上ハ宿屋主人ハ此上ニ先取特權(物權)ヲ取得スヘク此物權關係ニハ荷物ノ所在地ノ法律ヲ適用セラルヘキカ如シ(サビニー氏ハ前述ノ任意服從說ノ結果トシテ本問ノ解決ヲ爲シタルカ如シ)

第二章　各物權ニ對スル所在地法ノ適用

第一節　通則

物權ハ所在地法ニ依ルトノ原則ハ當然或權利カ物權ナルヤ否ヤノ問題モ所在地法ニ依リ決スヘキモノトノ論決ヲ生ス隨テ目的物ノ所在國ニ於テ物權タルコトヲ認メラレサル權利ハ物權タルコトノ性質、效力ヲ有スルコトヲ得ス又動產物權、不動產物權タルコトノ區別モ所在地法ニ依リ定マルモノトス例ヘハ嘗テ述ヘタル如ク佛國ニ所在スル蜜蜂ノ巢ハ佛民法ノ規定スル所ニ從ヒ不動產タルヘク和蘭ニ所在スル蜜蜂ノ巢ハ和蘭民法ノ規定ノ如ク動產ノ性質ヲ有スヘシ又物權ノ前提トシテ或物ハ物權ノ目的ト爲リ得ヘキヤ否ヤ(融通物、不融通物)ノ問題モ所在地法ニ依ルヘシトス又前述原則ノ結果トシテ總テ物權ノ設定、移轉、又ハ得喪變更ニ關スル方法モ所在地法ノ支配スル所タル故ニ例ヘハ佛國ニ於テハ動產、不動產ノ所有權ハ當事者ノ合意ノミヲ以テ移轉ス(佛民一一三八條、日民一七六條モ亦同シ)然ルニ獨逸法系ノ法律例ヘハ獨民法ニ據レハ不動產ノ所有權ハ之カ移轉ヲ土地臺帳ニ登記スルニ非サレハ當事者間ニ在リテモ移轉セス(獨民九二五條)又動產ノ移轉ニ對シテハ其引渡アルヲ要ストス(同九二九條)故ニ佛國人カ佛國人ニ獨國所在ノ不動產ヲ賣渡ストキ縱令佛國ニ於テ契約スト雖モ單ニ契約ヲ爲シタルノミニテハ其不動產ノ所有權移轉セス之カ登記ヲ必要トシ之ニ反シテ獨逸人相互カ獨國ニ於テ佛國所在ノ不動產ヲ賣買スルトキト雖モ單ニ契約ノミニテ(之カ登記ヲ爲ササルモ)所有權ハ移轉ス動產ニ付テモ其例ハ同一ナルヘシ以上物權ノ移轉ハ所在地法ニ依ルトノ原則適用ノ一例ナリ

第二節　占有權

占有權モ物權ノ一種トシテ所在地法ニ從フモノナリ而シテ或國ニ於テハ占有ヲ權利ト認メサルコトアレハ占有カ物權ナルヤ否ヤノ問題モ亦所在地法ニ依リ定ムヘキモノトス其他占有權ノ取得、占有權ノ目的ト爲リ得ヘキ物、占有者ニ對スル推定、占有ノ效力、占有ニ關スル訴權、占有權ノ消滅方法等凡テ占有權自體ニ關スル問題ハ目的物ノ所在地法之ヲ決ス而シテ此場合ニハ其占有者カ如何ナル國籍ニ屬スルヤハ毫モ關係スル所ナシ故ニ例ヘハ動產ニ付テ我民法第一九

0081

二條ノ如キ規定（今便宜ノ爲メニ即時時效ト略稱ス）ヲ置カスシテ動產ト雖モ一定ノ期間占有ヲ繼續セサレハ所有權ヲ移轉セストノ法律ヲ有スル國ニ屬スル臣民カ日本ニ所在スル自己所有ノ動產物ニ付キ取戻ヲ訴フルモ其物ニ付キ民法第一九二條ノ條件ヲ充タシテ占有權ヲ取得シタル者ニ所在地法タル我民法ノ即時時效ヲ對抗シテ取戻ニ應セサルコトヲ得ヘシ

第三節　所有權

所有權ニ關シテモ其性質、其限界、其效力（取戻訴權等ヲ包含ス）、其取得方法即チ讓渡ハ勿論先占、遺失物ノ拾得、埋藏物發見、附合又ハ混和ノ取得、加工物ノ取得等及ヒ共有者間ノ關係所有權消滅方法竝ニ凡テノ公示方法等ハ所在地法ニ從フモノトス

但動產中船舶ノ所有權ニ關シテハ所在地法ノ適用ヲ拒ミ國旗法（La loi du pavillon）即チ船舶、國籍ヲ有スル國ノ法律ヲ適用スヘシト論スル者アリ「リヨンカン」氏曰ク

海商私法事項ニ於ケル法律ノ抵觸ハ常ニ國際私法ノ通常ノ原則ニ依リテノミ之ヲ解決スヘキニ非ス船舶ノ特別的性質、各國民間ノ海商的關係ヲ容易ニシ且保護スルコトノ必要ハ全ク特殊ノ原則ノ適用ヲ必要タラシム即チ普通法理ノ原則トシテ事實上船舶カ存在スル國ノ法律（所在地法）ヲ適用スヘキトキト雖モ船舶ノ國旗法、即チ船舶ノ屬スル國ノ法律ニ依ラサルヲ得ス國旗法ノ適用ハ船舶カ公海ニ在ル場合即チ孰レノ國ノ領海內ニモ在ラサル場合ニ於テハ

一般ニ認容セラル然レトモ予輩ハ國旗法ノ適用ハ此場合ノミニ制限スヘカラスシテ船舶カ外國ノ港內ニ在ルトキト雖モ國旗法ノ適用ヲ認ムヘシト主張スルモノナリ云云

故ニ米國ノ船舶カ佛國ノ港ニ於テ賣渡サレタルトキハ此船舶所有權ノ移轉ニ要スル公示方法カ蹈マレタルヤ否ヤヲ決センカ爲メニハ米國ノ法律ヲ適用スヘキモノニシテ之ト同シク佛國ノ船舶カ米國ノ港ニ於テ賣渡サレタルトキハ佛法ヲ適用シ佛法規定ノ所有權移轉ノ方式ヲ蹈マサルヘカラス動產ハ縱令外國人ニ屬スルトキト雖モ其所在地法ニ依リ支配セラルヘキハ眞理ナリ然レトモ此點ニ付テハ船舶ノ他ノ動產ト同視スヘカラス各種ノ方面ニ於テ船舶ハ不動產ノ如ク看做サレ又他ノ動產不動產ト異ナリタル規定ニ服ス（中略）人或ハ法律カ明文ヲ以テ船舶ヲ普通ノ動產ト明カニ異ナラシメタル規定ノ外ハ之ヲ動產ト同一視スヘシト論スト雖モ是レ誇大ノ言ナリ他ノ動產ヲ支配スル原則ヲ船舶ニ適用セサラシメンカ爲メニハ必スシモ法ノ明文ニ於テ船舶ニ對シテ特別ノ準據法ヲ置クヲ要セス他ノ動產ニ對シテ置カレタル法律上ノ原則ノ理由カ船舶ニ對シテハ存在セサレハ以テ足レリトス即チ此場合ニハ「立法ノ理由ノ止ム所ハ法律モ亦止ム」（Cessante ratione legis, cesat lex）トノ解釋ニ關スル原則ヲ適用スヘキモノナリ故ニ法文何等ノ規定ヲ置カサルモ佛法第二二七九條ノ即時時效ヲ船舶ニ適用セスト云フニ何人モ躊躇セサルニ非スヤ予輩ノ所信ニ據レハ動產ニ所在地法ヲ適用セシムル理由ハ船舶ニ對シテハ存在セス即チ所在地法適用ノ理由ハ若シ一國內ニ存在スル各種ノ動產カ其所

0082

在國ノ法律以外ノ法律ニ依リ支配セラルルコトトセハ取引ノ安全ヲ保ツヲ得サルヘシト云フニ在リテ動產ニ其所有者ノ屬人法ヲ適用セントスル場合ヲ殊ニ然リトス何トナレハ各種ノ動產ハ通常其所有者ノ本國法ノ如何ヲ示スヘキ何等ノ外形的徵憑ヲ有スルモノニ非サレハナリ』船舶ニ關シテハ然ラス凡テノ海國ノ法律ニ據レハ船舶ハ一定ノ國ニ於テ法律上ノ中心若クハ住所ヲ有ス船籍港（船舶法四條）是ナリ加之船舶ノ國籍ハ船舶國籍證書ニ依テ認識シ得ヘシ（同五條）此證書ハ各國ノ法律ニ依レハ船長之ヲ船中ニ備ヘ置カサルヘカラス（商五六二條）尙ホ船舶ノ國籍ハ外形的徵憑ニ依リ明示セラル船舶ノ揭クル國旗是ナリ（船舶二條等）故ニ外國ニ於テ船舶ニ對スル國旗法ノ適用ヲ爲スモ其外國內ニ居住スル人人ニ對シ損害ヲ惹起スヘキ錯誤ヲ生スルノ恐アルコトナシ（換言スレハ取引ハ安全ナリ）

以上ノ理由ノ外尙ホ特別ノ理由アリ即チ船舶所有權ノ移轉ヲ第三者ニ對抗センカ爲メニ爲スヘキ公示ノ方式（商五一一條ノ登記ノ如シ）ニ關シ國旗法ヲ適用スルトキハ公示ノ目的ヲ達シ得ヘキモ所在地法ニ依ルトセハ如何即チ若シ公示ノ方式ヲ要スト爲ス國ノ船舶カ公示ヲ要セスト爲ス國ノ港ニ於テ賣渡サレタリトセハ公示ノ目的ハ達シ得サルヘク船舶原簿（船舶五條）ハ國法ノ期待シタル目的ニ反シ一國船舶ニ在リテハ所有權ノ完全ナル狀態ヲ表出シ能ハサルニ至ルヘシ國旗法ヲ適用スレハ船舶所有權ノ移轉ヲ常ニ同一ナル唯一ノ法律ニ從ハシメ得ヘキヲ以テ斯ル結果ヲ避クルヲ得ヘシ云云（同氏商法五卷二九節以下抜抄、此他「シュウィニ、アルチニイ」五五一節「アッセル」一〇九節）

此他國旗法論者ハ尙ホ各種ノ補助的理由ヲ附ス而シテ之ニ反對スル學者ノ所說ハ法律ニ於テ船舶ヲ特ニ他ノ動產ト區別スル規定ナキヲ以テ一般ノ準據法タル所在地法ニ依ラサルヘカラスト云フヲ主要ナルモノトス法律ノ解釋論トシテ殊ニ我現行法ノ法理論トシテハ反對說或ハ强力ナルヘシ然レトモ理想上ノ原則トシテ殊ニ將來各國間ニ準據法ヲ設ケントセハ國旗法說ノ理論ヲ正シト謂ハサルヘカラス法律關係ノ複雜ニ赴クニ從ヒ之カ準據法モ益其數ヲ增加スヘキハ事物自然ノ順序ナレハ海運未タ盛ナラサルヤ物權ノ準據法ハ所在地法ノミヲ以テ足レリトセシモ海運ノ發達ト共ニ船舶ニ關スル物權ニ付テハ所在地法ノ例外トシテ國旗法ニ依ルヘシトノ思想起ルハ當然ノコトナリ

故ニ一千八百八十五年「ブリクセル」會合ニ於テ國際法協會ハ左ノ如キ規定案ニ依リテ國旗法ヲ理論上採擇スヘシトセリ曰ク

船舶ノ國旗法ハ次ノ諸件ヲ決定スヘキモノトス

第一　所有權移轉ニ要スル公示方式如何

第二　船舶讓渡ノ場合ニ於テ如何ナル債權者ハ追及權ヲ有スルヤ及ヒ有セサルヤ

第三　船舶ハ抵當ト爲スコトヲ得ルヤ否ヤ

第四　海事抵當ノ公示ノ爲メニ要スル方式如何

0083

第五　海事先取特權ノ擔保スヘキ債權如何

第六　船舶ニ對スル優先權ノ順序如何

第七　航海中冒險貸借ヲ爲ス船長ノ踏ムヘキ方式如何

第八　船長及ヒ海員ノ所爲ニ因ル船舶所有者ノ責任ノ限度如何特ニ船舶所有者ハ船舶及ヒ運賃ノ委付ニ依リ責任ヲ免ルルヲ得ルヤ否ヤ

第九　海損カ利害關係人間ニ分擔セラルヘキ共同海損タル爲メニハ如何ナル性質ヲ具有スヘキヤ

第十　共同海損ノ場合ニ於テ特ニ船舶所有者ノ負擔ノ點ヨリ觀察シテ分擔スヘキ金額ハ如何ニ組織セラルルヤ

又千八百八十八年「ブリクセル」ニ集會シタル商法國際會議ニ於テ採用シタル決議ニモ同一ノ原則ヲ含メリ其第一條ニ曰ク

國旗法ハ次ノ諸件ヲ決定スヘシ

(一)　船舶ニ設定シ得ヘキ各種ノ物權

(二)　物權ノ取得、移轉及ヒ消滅ノ方法及ヒ其取得、移轉及ヒ消滅ニ要スル方式

(三)　追及權ノ存在行使及ヒ消滅ノ要件

(四)　船舶上ノ先取特權及ヒ其順位

又葡萄牙商法第四八八條ハ曰ク

船舶ノ所有權及ヒ船舶上ノ先取特權及ヒ抵當權ニ關スル問題ハ訴訟ノ目的タル權利カ取得セラレシ時ニ船舶ノ有シタル國籍地法ニ依リ支配セラル

運賃及ヒ積荷ノ上ニ存スル先取特權ニ關スル訴訟ニ付テモ亦同シ

第四節　地上權、永小作權、地役權

此等ノ物權ノ性質、效力及ヒ設定移轉ノ方法等モ亦目的物ノ所在地法ニ從フヘキモノトス

第五節　擔保物權

各種ノ擔保物權ノ發生原因若クハ設定方法、第三者ニ對スル對抗條件、擔保物權保全ノ方法、其效力、其優先順位、其行使方法及ヒ之カ消滅原因ハ凡テ目的ノ所在地法ニ依ルヘキモノトス（但船舶ニ關シテハ之カ先取特權、抵當權ニ關シテハ先キニ所有權ニ關シテ述ヘタル說明ニ付キ再思アルヘシ）

故ニ例ヘハ曾テ述ヘタル如ク佛民法（二一二一條）ニ於テハ未成年者財產ノ管理ノ失當ヨリ生シタル損害賠償ノ義務ヲ擔保スル爲メ後見人ノ財產上ニ於ケル法律上ノ抵當權ヲ未成年者ニ與ヘタリ此關係ハ後見關係ナレハ通則トシテ縱令日本ニ所在スル財產ニ關シテモ佛國人タル未成

0084

年者ノ本國法ニ依ルヘキモノナリ（法例二三條）ト雖モ然ルトキハ法律上ノ抵當權ト名クル日本民法ニ認メサル抵當權ノ存在ヲ認ムルコトト爲リ（日本民法ハ意思表示ニ因ル抵當權ノミヲ認ム、民三六九條）物權ハ目的物ノ所在地法ニ依ルトノ原則ニ反スルコトナルカ故ニ前述ノ法律上ノ抵當權ハ日本ニ於テ認ムルコトヲ得サルモノトス

本節ニ於テ注意スヘキハ目的物ノ所在地法ニ依ルヘキハ擔保物權自體ノミニシテ其物權カ擔保スル主タル債權ハ所在地法ニ依ルヘキモノニ非サルコト是ナリ即チ主タル債權ハ其發生原因ノ如何ニ因リ或ハ法律行爲ノ準據法ニ依リ或ハ不法行爲若クハ事務管理ノ準據法ニ依ル等ノ差別アリトス擔保物權ハ主タル債權ノ從タルモノナレハ主タル債權ノ準據法ニ依ルヘシトノ說ヲ爲スモノナキニ非サレトモ物權タル以上ハ之ニ所在地法ヲ適用スルヲ正當トスルコト第一章ニ述フル所ノ如シ

第三章　登記スヘキ權利

物權カ第三者ニ對抗シ得ヘキ權利ナルコトノ性質上物權ニハ所在地法ヲ適用スヘシトノ理由ハ縱令債權ト雖モ物權ト同一ノ效力ヲ有スルモノハ物權ト同シク所在地法ヲ適用スヘキ必要ヲ見ルモノトス而シテ債權ハ素ト對人的關係ノ權利ニ過キサレトモ之ヲ登記シタルトキハ物權ト同一ノ效力ヲ生スルモノナルカ故ニ從來ハ動產、不動產上ノ物權ノミ所在地法ニ依ルト爲シタルモ登記制度ノ發達ト共ニ所在地法ノ適用ヲ登記スヘキ權利ニ迄モ擴張スルニ至レリ（法例一〇條一項）此權利ハ主トシテ賃借權ニ於テ其適用ヲ見ル然レトモ物權ト同一ノ效力ヲ有スル所以ハ登記ヲ經タル點ニ存スルモノナレハ登記セサル賃借權ニ關シテハ一般法律行爲ノ準據法ニ依ルヘキモノニシテ所在地法ニ從フヘキモノニ非サルハ勿論登記シタル賃借權ト雖モ登記以前ノ關係ノ如キハ所在地法ニ從フヘキモノニ非ストス

第四章　取得時效及ヒ動產物權ノ得喪

物權ハ所在地法ニ依ルトノ原則ハ其一部ニ於テ物權ノ得喪ノ方法カ所在地法ニ依ルコトヲ包含スルコトハ前ニ述ヘタリ而シテ一般ノ物權得喪ノ方法中ニ取得時效ナル方法アリ故ニ取得時效ニ關シテモ目的物ノ所在地ニ依ルヘキモノタリ

時效ニ關スル法律ノ牴觸ニ付テハ時效ノ制度ヲ以テ權利ノ取得又ハ消滅ノ推定ニ關スル證據ノ問題ニ屬スルモノトシ隨テ時效ニハ凡テ訴訟手續ノ準據法タル法廷地法ヲ適用スヘシト論スル學說アレトモ近世多數諸國ノ法理ニ於テハ我民法ノ如ク時效ヲ以テ權利ノ取得又ハ消滅ノ方法ト爲スヲ以テ之ニ反對シタル學說ハ據ルノ値ナシ又「スタチユ」說ニ於ケル動產ハ住所地法ニ依ルトノ說ヨリシテ取得時效ハ所有者ノ屬人法ニ依ルト論スル說アリ（講義三〇四頁參照）然レトモ此說ニ據レハ甲カ其物ノ從來ノ所有者

0085

トシテ取戻ヲ訴フル場合ニ相手方乙カ亦取得時效ニ因リ其物ノ所有者ト爲レリト主張スル場合ニハ原告ノ屬人法モ被告ノ屬人法モ共ニ所有者ノ屬人法ト看做シ得ヘシ何トナレハ請求モ抗辯モ共ニ所有權ニ基ケハナリ然ルトキハ孰レノ所有者ノ屬人法ニ從フヘキヤハ解決シ得サル問題トナルカ故ニ此說亦據ルヘカラサルコト一般物權ノ問題ト異ナラス

次ニ取得時效ハ占有ノ結果ナルカ故ニ取得時效ハ物權ノ取得時效ノ原因タル法律事實ノ起リタル土地ノ法律ニ從フヘシト論スル學者アリ「シエフナー」氏ノ如キハ物ノ占有者ト其物ノ間ニ關係ヲ始メタル土地ノ法律ニ從フヘシト爲ス即チ若シ其事實ノ發生シタル土地ノ法律ニ依レハ動產ノ所有權ハ時效ニ因リ取得スルコトヲ得ヘカラサルモノナルトキハ縱令其後ニ時效ニ因リ所有權ヲ取得スルコトヲ得ヘキ旨ヲ定メタル他ノ國ニ於テ占有者ト物トノ關係カ繼續セラルルトノ單一ノ理由ニ因リ其物カ取得時效ニ服スルモノト爲ルヘキニ非スト云フ（在リテ此觀念ヨリシテ「シエフナー」氏ハ時效期間ニ對シテモ專ラ時效ノ要件カ存在ヲ始メタル國ノ法律（占有ヲ始メタル最初ノ物ノ所在地法ト見ルヲ得ヘシ）ニ從フヘシト論ス（「シエフナー」六七節）然レトモ此ノ如クンハ最初ニ其物ト之カ占有者ト關係ヲ生シタル國ノ如何ニ因リ一國內ニ於ケル物權關係カ各種ノ法律ニ依リテ幾機ニモ確定セラルルコトト爲リ一國內ノ物權關係カ齊一ニ決定シ得サルニ至リ第三者ヲ害スルコト甚シキニ至ルヘシ故ニ此說亦採ルヘカラス

故ニ取得時效ノ要件タル占有及ヒ時效期間ハ凡テ目的物ノ現在ノ所在地法ニ依ルヘク所有者ノ屬人法又ハ最初ニ占有シタル國ノ法律如何ヲ問フヘキニ非ス而シテ不動產ハ常ニ一所ニ定著スルモノナレハ所在地法ノ適用ニ付キ別段難問ヲ生スルコトナシト雖モ動產ハ其可動的性質ヨリ昨日甲國內ニ在リタルモノ今日乙國內ニ持來サレ明日丙國內ニ移サルルコトヲ得ヘキカ故ニ取得時效カ孰レノ所在地法ニ依ルヘキヤニ付キ疑問ヲ生セサルヲ得ス

唯疑ナキ點ハ上ノ如ク動產カ一國ヨリ他國ニ移動スルモ之カ爲メニ其占有ハ中斷セラルルモノト解スヘキニ非スシテ繼續スルモノト見ルヘキモノナリ何トナレハ占有ノ事實ハ孰レノ國ニ於テ行ハルルモ異ナルコトナケレハナリ故ニ一國ニ於テ占有ノ繼續シタル期間ハ他國ニ於テ占有ヲ繼續シタル期間ニ併セテ期間ノ計算ヲ爲スヘキモノナリ之ヲ名ケテ前後通算主義ト云フ

通算主義ニ對シテ比例計算主義アリ前者ハ例ヘハ甲國カ動產ノ取國時效ヲ三箇年トシ乙國ハ之ヲ二箇年ト定ムルニ占有者ハ初メ甲國ニテ一年間占有ヲ繼續シ後ニ其動產ヲ乙國ニ持チ行キタルトキハ乙國ニテ一年間占有ヲ繼續スルトキハ右期間ヲ通算シ二箇年ト爲ルヲ以テ乙國ノ法律ニ依リ時效成就シタリトスルモノニシテ後者ハ初メ甲國ニテ占有者カ一年間占有シ後ニ乙國ニ移リタルトキハ乙國ニテ時效成就シタリトスルニハ左ノ比例ニ依リテ算定スルモノナリ

（甲ノ）3年：（乙ノ）2年＝（甲ノ）1年：X　即チ一年ハ十二箇月ナレハ

$3 \times 12 : 2 \times 12 = 1 \times 12 : X$　即チ

$X = 8$

甲國ノ一年ハ乙國ノ八箇月ニ比例上該當ス故ニ占有者ハ乙國ニ於テ時效ノ成就センニハ 24−8=16 ニシテ即チ更ニ一年四箇月ノ占有ヲ爲スヲ要ス殘ル所ノ問題ハ占有セラレタル物カ數國ニ移リタルトキハ孰レノ國ノ法律ニテ時效ノ成否ヲ定ムヘキヤ是ナリ此場合ハ物カ所在スル國ニ於テ其國ノ法律上時效ノ完成シタル時ニ於ケル其所在地法ニ依ルモノトス法例第一〇條第二項ニ曰ク

前項ニ揭ケタル權利(物權及ヒ登記スヘキ權利)ノ得喪ハ其原因タル事項ノ完成シタル當時ニ於ケル目的物ノ所在地法ニ依ル

故ニ例ヘハ目的物カ數國ニ移リテ孰レノ國ニ於テモ時效期間未タ滿了セサル場合ニ於テハ目的物カ最後ニ所在スル國ノ法律ニ依ルヘシ何トナレハ「サビニー」氏ノ云フ如ク取得時效ニ於ケル所有權ノ移轉ハ時效期間ノ滿了ニ因リ始メテ行ハレタルモノニシテ滿了セサル間ハ所有權ノ移轉ハ單ニ準備セラレタルニ過キサレハナリ而シテ一旦其物ノ所在シタル國ニ於テ其所在國ノ法律ニ從ヒ時效ニ因リ物權ノ移轉アリタルトキハ後更ニ孰レノ國ニ動產カ持來サルルモ右物權ノ移轉ハ效力ヲ有ス縱令後ニ持來サレタル國ノ法律ニ於テ先キノ國ヨリ時效ニ付キ一層長キ期間ヲ要スト定ムル場合ト雖モ亦然リトス(「サビニー」三六七頁)

倘ホ具體的ニ二三ノ例ヲ示サンニ或有體動產カ所有者以外ノ者ヨリ善意ノ取得者ニ讓渡セラレ其者ハ占有者ト爲リタリト假定セン佛民法第二二七九條ニ依レハ「動產ニ付テハ占有ハ權源ヲ値ス」(En fait de meubles, la possession vaut titre) ルヲ以テ右善意ノ取得者ハ直チニ所有者ト爲ルヘシ(日民一九二條參照)然ルニ西班牙ニ於テハ動產ノ取得時效ニハ三年ヲ滿了スルヲ要ス(西民一九五五條)今或佛國所在ノ動產カ佛國ニ於テ善意ニ取得セラレ西班牙ニ持來タサレタルニ之カ取戻ノ訴ハ眞正ノ所有者ニ依リテ西班牙裁判所ニ提起セラレタリトセヨ同裁判所ハ如何ニ判斷スヘキカ學者中斯ル場合ニハ所在地ハ西班牙ナルヲ以テ所在地タル西班牙ノ民法ヲ適用スヘシト論スル者アレトモ予輩ハ此場合ニハ佛國法ヲ適用スヘシト曰ハントス何トナレハ其動產ハ初メ取得者カ佛國ニ於テ取得シタル當時佛國領土內ニ所在シ其所在地法タル佛國法ニ依リテ既ニ即時時效完成シタルカ故ナリ(佛民二二七九條ハ即時時效ノ規定ニ非ス占有ノ效力ニ過キスト論スル學說ニ依ルモ本問ノ場合ハ同一ノ結果ニ歸著ス)故ニ縱令西班牙民法カ動產ノ取得時效ヲ三年ト定ムルモ西班牙裁判所ハ既ニ佛法ニ依リテ所有權ヲ取得シタル者ニ對シテ三年ノ期間ヲ未タ經過セストノ理由ヲ以テ之カ取戻ノ請求ヲ許スヘキモノニ非ス

以上ト相表裏シテ西班牙ニテ善意ニ取得セラレタル動產カ佛國ニ持來サレ佛國裁判所ニ眞正ノ所有主カ取戻ヲ訴出テタル場合ハ如何此場合ニ佛國裁判所ハ西班牙法ノ時效ハ三年ナリトノ理由ヲ以テ三年內ハ其取戻ヲ許スヘキヤ曰ク否此場合ニハ先キノ所在地法(西法)ニ依レハ取得

者ハ未タ所有權ヲ取得セスト雖モ佛國ニ持來サレ佛國カ新ニ所在地ト爲リタルト同時ニ其所在地法タル佛法ニ依リ第二二七九條ノ即時時效ニ因リ所有權ヲ取得シタルカ故ニ之カ取戻ハ許スヘカラサレハナリ

以上ノ諸例ニ依リ取得時效ニ付テハ他ノ場合ノ如ク單ニ目的物ノ所在地法ヲ適用スト云フノミニテハ不十分ナルコトヲ見ルヘシ故ニ學者ハ種種ニ說明ヲ試ミタリ「シェルウィユ、アルチェイ」氏ハ曰ク

要スルニ數多ノ國ニ移轉セラレタル動產取戻ノ權利反面ヨリ言ヘハ取得時效ハ如何ナル國ノ法律ニ依リ之ヲ決定スヘキヤト云フニ訴訟ノ起リタル國ノ如何ニ拘ハラス動產ノ現時所在スル國ノ法律ニ依ルヘキモノトス但一國ニ於テ有效ニ取得セラレタル所有權ハ之ヲ敬重スヘシトノ根本的觀念ヲ尊重スヘキ場合ハ此限ニ在ラス「同氏一七四節「ウェース」氏亦之ヲ引用セリ）

氏ノ原則ヲ適用スルモ問題ハ前例ト同一ニ決定セラルルコト明カナリ然レトモ予輩ハ氏カ取得時效ニ限リ突然既得權ヲ云云スルハ何故ナルヤヲ了解スルニ苦シム予輩ハ法例第一〇條第二項ノ原則的立言ノ其當ヲ得タルヲ信ス何トナレハ取得時效ニ於テ數多ノ國ニ目的物ノ移轉セラレタル場合ニ就レノ地ヲ所在地ト見ルヘキヤニ付キ我法例ハ時效ノ性質上時效ハ進行ノ開始ニ因リ權利ヲ取得スルニ非スシテ其要件ノ完成スルニ因リ權利取得ノ效力ヲ生スルモノナレハ其進

行始期ニ於ケル目的物ノ所在地ト看做サスシテ時效完成ノ當時ニ於ケル目的物ノ所在地ヲ以テ之カ所在地ト看做スヘキコトヲ定メタルモノニシテ換言スレハ動產時效ニ付キ所在地ナル觀念ヲ正確ナラシメタルモノニシテ時效ノミニ付テ特ニ既得權ト云フカ如キ觀念ノ援助ヲ乞ハサルカ故ナリ

其他時效ニ非スト雖モ動產物權ノ喪失ニ付テモ其期間ニ關シ甲國ニテハ三年トシ乙國ニテハ二年ト爲スカ如キ場合、盜品、遺失品等ニ關シ二國ノ間ニ取戻期間ニ付キ差異アル場合等ニモ亦前例ト同一ニ解決スヘシトス例ヘハ盜品、遺失品ニ關シテハ所有者又ハ遺失者ハ佛法（民二二七九條二項）ニ依レハ三年間ハ之カ取戻ヲ爲スヲ得ヘク伊太利法（民二一四六條）ニ依レハ二年間ノミ取戻シ得ヘシ斯ル場合ニモ動產ハ既ニ伊太利ニテ取得ノ當時ヨリ二年間ヲ滿了スルマテ伊太利ニ所在シ後佛國ニ持來サレタルトキハ後ノ所在地タル佛國ニテハ未タ取戻シ得ヘキ期間中ニ屬スト雖モ之カ取戻ヲ許スヘキニ非ス何トナレハ當時ノ所在地タル伊太利法ニ依リ取戻權喪失ノ原因タルヘキ事實即チ二年ノ時期ノ經過ナルモノ完成シタレハナリ若シ又佛國ニテ之ヲ取得シ三年ヲ經過セサルモ既ニ二年ヲ經過シ後伊太利ニ持來サレタルトキハ所在地法タル伊太利法ニ於テハ既ニ二年ヲ經過シタルモノトシテ喪失ノ原因タル事實完成シタルカ故ニ取戻ヲ許サスト判斷セサルヘカラス

第四編　債權讓渡ノ第三者ニ對スル關係ノ準據法

佛民法第一六九〇條ニ曰ク債權ノ讓受人ハ債務者ニ對シテ爲シタル債權移轉ノ通知ニ依ルニ非サレハ第三者ニ對シテ其債權ヲ有セス然レトモ債務者カ公正證書ニ依リテ爲シタル債權移轉ノ承諾ニ因リ債權ノ讓受人ハ其債權ヲ有スト伊太利民法第一五三九條モ亦之ト同一ノ規定ナリ曰ク債權ノ讓受人ハ債務者ニ爲シタル讓渡ノ通知ニ依リ若クハ債務者カ公正證書ニ依リ其讓渡ヲ承諾シタルニ非サレハ第三者ニ對シテ其權利ヲ有セスト然ルニ瑞西聯邦法典第一八四條ニ曰ク債權讓渡ノ效力ハ如何ナル條件ニモ從フコトナシ然レトモ債權ノ移轉ハ證書ニ依リ證明セラルルニ非サレハ特ニ讓渡人破產ノ場合ニ於テハ第三者ニ對抗スルヲ得サルモノトスト爲セリ又墺國民法第四二七條ニハ其性質上債權ノ如ク有形的引渡ヲ許ササル動產ニ對シテハ法律ハ標識(トラディツシヨン)的引渡(コンドラーギエ)ヲ許ス其引渡ハ所有者カ讓受人ニ其所有權ヲ證スル書面ヲ交付スルニ依リテ之ヲ爲ス旨ヲ定ム尙ホ獨逸民法ニハ第三九八條以下ニ本問ニ關シテ他ノ諸國ト一種異ナリタル規定アリ日本民法ニハ第四六七條ノ規定アリ以テ債權讓渡ノ第三者ニ對スル效力ニ關シテ各國規定ノ不同ヲ見ルヘシ

債權讓渡ノ第三者ニ對スル效力ハ何レノ國ノ法律ニ從テ定ムヘキヤ但此問題ハ債權讓渡ノ法律行爲自體カ何レノ國法ニ依ルヘキヤノ問題ト溫同スヘカラス後ノ問題ハ讓渡即チ債權ノ讓渡人ト之カ讓受人トノ間ニ成立スヘキ法律行爲ノ準據法如何ノ問題ナレトモ前ノ問題ハ讓渡ナル行爲ノ效力ヲ第三者ニ對抗スル條件ニ關スル準據法ノ問題ナレハナリ後問ニ關シテハ次編ニ說明スヘシ而シテ本編ハ前問ニ關スルモノナリ

抑〻債權ノ讓渡ト第三者トノ關係ニ對スル上述各國ノ規定ヲ通覽スルトキハ孰レノ國法ニ於テモ債權移轉ニ關スル公示方法ニ付テノ規定ニ非サルハナシ此等ノ規定ノ目的ハ特定ノ人ト人トノ間ニ爲サレタル債權ノ讓渡ニ付キ債務者其他ノ第三者ヲ保護スルニ在ルナリ即チ其債權ノ存在ニ付キ利害ヲ有スル第三者ヲシテ債務者ノ許ニ至リ其債權ハ果シテ從來ノ債權者ヨリ他人ニ讓渡アリタルヤ然ラサルヤ等ニ關シ必要ナル事實ヲ調査スルヲ得セシムルニ在リテ其調査ハ通常債務者ノ住所ニ就テ之ヲ爲スヘキモノナルヲ以テ本問關係ノ準據法ハ債務者ノ住所地法ニ依ラシムルヲ正當トス法例第一二條ニ曰ク債權讓渡ノ第三者ニ對スル效力ハ債務者ノ住所地法ニ依ルト是レ恰モ不動產ニ關スル公示方法タル登記ノ制度ト同一ノ目的ヲ有スルモノニシテ債務者ノ住所アル國ハ不動產ノ登記簿アル國ト同一ノ地位ニ立ツモノトス

「スタチユ」說以來多數ノ學者ハ總テ一切ノ物即チ財產ハ有體、無體ヲ問ハス所在地法ニ依ルモノトシ(本講義三編一章ノ理由ニ因リ)唯債權ハ所謂無體物ニシテ有體物ノ如ク現實ノ所在地ヲ有セサルカ故ニ擬制ニ因リ所在地ヲ定ムヘシトシ債務者ノ住所地ヲ以テ擬制的所在地ト爲シ以テ債權讓渡ノ第三者ニ對スル關係ニハ債務者ノ住所地法ヲ適用スヘシト說明スルニ至レリ例へ

ハ「ウェース」氏ノ如キハ此擬制的所在地ハ其債權ニ付テノ關係者タル債權者カ又ハ債務者カノ住所ノ孰レカノ中ニ在ラサルヘカラストシテ曰ク

舊時ノ學者ハ債權者ノ住所ニ在リトシ今代學者ノ多數モ亦然リトス其理由トシテハ債權ハ一ノ財產ニシテ債權者ノ資產中ニ積極的價値ヲ組成スルカ故ニ債權者ノ利益及ヒ財產ノ中心點タル債權者ノ住所ニ債權ノ所在地アリト謂ハサルヘカラスト云フニ在リ然レトモ是レ正當ノ論ニ非スシテ債權ハ其客體ニ依リ所在地ヲ定メサルヘカラス而シテ其客體トハ債權者ノ爲メニ生スル利益ニ外ナラス其利益ハ如何ナル場所ニ在ルヤト云フニ債務者カ支拂ヲ爲ル場所ニ在リ債務者ノ所持スル物若クハ金錢カ債權者ノ手中ニ歸スヘキ場所ニ在リ而シテ此場所ハ特約ナキ限リハ債務者ノ住所ナリ云云加之債權ハ債權者ノ資產ノ一部ヲ爲シ又債權者ノ富ノ要素ヲ爲スト雖モ之カ爲メニ其富ハ債權者ノ住所ニ在リト云フヘカラサルコト恰モ或人ノ資產タル不動產若クハ動產カ其人ノ住所ヨリ遠ク離レタル他ノ場所ニ所在地ヲ有スルニ異ナラス債權ハ債權者ニ對シテハ一ノ富ナレトモ債務者ニ依リ所持セラレタル富ニ過キス云云（同氏四卷四〇〇頁以下）

又「レーヲ」氏モ債權ハ債權者、債務者孰レノ住所地ニ存スルヤ付キ「スタチュ」說ニ於ケル Guy Coquille（ギイ コキユ）及ヒ Simon d' olive（シモン ドリーク）二氏ノ債務者住所地說ヲ祖述シ最後ニ曰ク

要スルニ債權ハ債務者ノ住所ニ支配力ヲ有スル訴訟手續ト其住所ニ存スル幸運及ヒ否運（債務者ノ資力ヲ指ス）ノ影響トニ服從シ之ト同時ニ債務者ノ資格ニ依リ價値ヲ有スルモノナリ

然ラハ此債權ニ一種ノ形體ト法律的所在地トヲ與フルノ必要アルニ當リテハ債權ノ本質カ此等ノ諸要素ヨリ組成セラレ且此等ノ諸要素ハ債務者其人ト債務者ノ住所トニ集合スルモノナルコトヲ認メサルヘカラス云云

ト論シ債權者ノ住所ニ存スト云フハ債權カ債權者ノ爲メニハ一ノ財產ナルコトノ單一皮想ノ見解ヨリ出ツル謬見ニ外ナラスト批難シ而シテ氏ハ遂ニ「スタチュ」說以來債權者住所地說ノ多數ヲ占メタル理由ハ嘗テ述ヘタル物產物權ノ場合ト同シク債權者タル人ノ相續問題ニ際シ債權者其人ノ債權カ各地方ノ各〻異ナリタル法律ニ支配セラルヘキ各地ニ散在スル場合ノ困難ヲ避ケンカ爲メニ恰モ動產ハ其所有者ノ住所ニ在リト爲ス（本講義三五—六頁）ト同シク債權ハ其權利者ノ住所地ニ在リト爲スノ觀念ヲ生シ動產ハ人ニ從フト云フ法諺ト同シク債權ハ債權者タル人ニ附著ス（Nomina ossibus personae creditoris inhaerent）ナル當時ノ强力アル語辭ヲ以テ之ヲ表出シ其語辭ハ其當時慣用セラレ其後ハ右法語カ特ニ債權ノ相續ノミニ限ラレタルモノナルコトニ注意セス之ヲ一般ニ及ホスニ至リタレハ學者ハ之ニ雷同シタルニ過キサル旨說明シタリ（「レーヲ」二卷二六二頁以下）而シテ氏ノ此考證ハ沿革的研究トシテ頗ル價値ナクンハアラス要スルニ債權ハ債權者ノ住所ニ在ルヤ將タ債務者ノ住所ニ在ルヤハ學者間ニ尙ホ爭アリ學說上ノ力ハ債務者住所地ニ歸セリト云フコトヲ得然レトモ予輩ハ本編ノ問題ニ付キ强テ債權ヲ物ノ

一種トシテ所在地法ニ從フトシ其所在地ニ付キ債權者ノ住所ナルヤ債務者ノ住所ナルヤヲ爭フカ如キ解釋ヲ爲スヲ要セスト信ス即チ予輩カ本編ノ初ニ述ヘタルカ如ク所在地如何ノ問題ヲ離レテ法律關係ノ性質上債務者ノ住所地法ニ從フト解決シテ毫モ其不可ナルコトヲ見サレハナリ殊ニ一國的研究トシテ日本ノ法例ニ於ケル立法理由若クハ解釋トシテハ法例第一二條ノ法文ノ存スルカ故ニ特ニ債權ノ所在地云云ノ觀念ヲ借リテ說明スルノ要ナカルヘシ唯他國ニ於テ法例第一二條ノ如キ明文ナキ諸國ニ於テハ「スタチュ」學說ノ原則タル物ハ所在地法ニ依ルト云フカ如キ一般原則ヨリ演釋シテ本件問題ヲ論斷スルノ必要アルノミ唯法例第一二條ノ原則ハ「レーネ」氏ノ述フルカ如ク『スタチュ』說以來既ニ存スル觀念ナレハ後ニ成リタル我法例ハ右ノ沿革ヲ經タル原則ノ發現ナリト見ルトキハ之カ沿革ヲ知ルノ要アリトスルヲ以テ玆ニ併セテ擬制的所在地法說ヲ一言シタルモノトス

前記法例第一二條ニ債權讓渡ト云ヘル中ニハ權利質ノ場合ニ於テ指名債權ヲ以テ質權ノ目的ト爲ス場合(民三六四條)ヲモ包含スルモノト解釋セサルヘカラス何トナレハ指名債權ノ質入ハ債權讓渡ノ一種ナレハナリ

又前記債務者ノ住所地法ニ依ルトノ原則ハ若シ債務者ノ住所知レサルトキハ居所ノ法律ニ依ルヘク又債務者カ二箇以上ノ住所ヲ有スルトキハ最後ニ取得シタル住所地法ニ依ルヘク但其一カ日本ニ在ルトキハ日本ノ法律ニ依ルヘキモノニシテ又其者ノ住所アル國ニ數多ノ法律行ハルルトキハ其住所ノ屬スル地方ノ法律ヲ適用スヘキモノトス(法例二八條、二七條)

又右ノ住所地法ニ依ルトノ原則ハ債務者カ商人ニシテ住所ヲ甲國ニ置キ營業所ヲ乙國ニ置キタル場合ニ於テ其營業上ノ取引ヨリ生シタル債權ノ讓渡ニ關スル場合ニ於テモ必ス住所地法ニ依ラサルヘカラサルヤ營業所ノ所在地法ニ依ルトキハ第三者ニ對抗スルヲ得サルヤニ付キ疑問アリ予輩ハ此場合ニハ營業所ノ所在地法ニ從フモ有效ナリト解スヘキモノト信ス何トナレハ右原則ノ生シタル理由ハ主トシテ第三者カ債務者ノ許ニ付テ讓渡アリシヤ否ヤヲ分明ナラシメ得ルノ便宜ヲ慮リタルモノナレハ本問ノ場合ノ如キ營業所カ其債務ノ負擔及ヒ支拂ニ付キ權限ヲ有シ隨テ其債權カ有效ニ讓渡セラレタリヤ否ヤヲ知悉スルモノト看做シ得ヘキモノナレハ第三者ハ營業所ニ就キ債權ニ關スル事項ヲ調査シ得ヘキヲ以テ隨テ營業所所在地ノ法律ニ從フモ第三者ニ對抗シ得ト決定スルヲ至當トスレハナリ又或行爲ニ付キ假住所ヲ選定シ其行爲ノ結果トシテ生シタル債權ニ付テモ假住所地ノ法律ニ從フモ前同一ノ理由ニ因リ不可ナシト信ス予輩ハ以上ノ點ニ付テハ法例第一二條ノ原則ハ大多數ノ場合ヲ豫見シテ爲シタル規定ナレハ(De eo quod plurumxuefit)即チ普通多數ノ場合ヲ豫見シテ住所地ト規定シタルモノナレハ如何ナル場合ニモ嚴格ニ住所地法ニ依ラシムルノ法意ニ非スト解セント欲ス

尙ホ終ニ注意スヘキハ前述原則ハ單ニ指名債權(民四六七條)ノ讓渡ニ關スルモノニシテ無記名債權、指圖債權及ヒ民法第四七一條ノ債權ニ付テハ其各自ノ法律關係ノ性質上自ラ他ノ別種

ノ原則ニ依ルヘキモノトス而シテ無記名債權ハ動產ト看做サルルカ故ニ通則トシテ法例第一〇條ノ原則ニ依ルヘク其他ノ債權ニ付テハ後編述フル所アルヘキナリ

第五編　法律行爲ノ準據法

法律行爲ニ基因スル債權關係ノ準據法ヲ本論ニ述フルヲ主トス之ニ先チ一言スヘキハ債權ハ當ニ法律行爲ヨリ生スルノミナラス不法行爲、事務管理、不當利得其他法律ニ規定シタル原因ヨリ生スルモノナリ而シテ元來法律關係ノ準據法ヲ決定センニハ嘗テ述ヘタル如ク各法律關係ノ性質ニ適合シタル法律ヲ選ミテ之ヲ適用スルコトヲ爲スヲ本旨トスルモノナレハ同シク債權關係ナルモ其原因ノ如何ニ因リ各適當ノ準據法ヲ定ムヘキモノニシテ各國ノ法制モ亦此主義ニ則リ成立シタルモノトス仍テ本編ニハ先ツ法律行爲ヨリ生スル債權ニ付キ說明スルモノトス

第一章　意思自制論ノ基礎

私法ニ於テ意思ノ自制（Autonomie le la volonté）ト云フハ從來契約ノ自由ト稱シ來リタルモノニシテ當事者自ラ或法律關係ヲ支配スヘキ法則ヲ設クルコトノ權能ヲ指ス此意思ノ自制ニ關スル原則ハ民法第九一條ニ認メラレタリ曰ク法律行爲ノ當事者カ法令中ノ公ノ秩序ニ關セサル規定ニ異ナリタル意思ヲ表示シタルトキハ其意思ニ從フト云フモノ是ナリ此明文ヨリシテ當事者ノ意思ハ一定ノ條件ニ於テ當事者ヲ拘束スル力ヲ有スルコトノ結果ヲ生ス

法律抵觸論ニ於テハ意思自制ノ原則ヲ左ノ如ク定義スルコトヲ得曰ク

意思ノ自制トハ當事者カ各國法律中ニ就キテ一定ノ法律關係ノ準據法ヲ選擇スルコトノ權能ヲ云フ

ト意思自制ノ原則ハ國際私法學者ノ殆ト一般ニ認ムル所ナリ但沿革ニ付テ云ヘハ「バルトール」ハ本則トシテ契約ハ其成立シタル場所ノ法律（Lex loci contractus）ニ從フトセリ而シテ此原則ノ理由トシテ當事者ハ結約地ノ法律ニ一時的且强制的ノ服從ヲ爲スモノナリトセリ（カストロ Castro）モ同シク結約地法ニ據ルトシテ次ノ理由ヲ援用セリ曰ク契約ハ其成立シタル場所ニ出生シタルモノト看做スヘキモノニシテ又此名義ニ於テ成立シタル場所ノ法律ニ支配セラルヘキコト恰モ人カ其出生國ノ法律ニ服從スヘキニ同シト要スルニ以上二學者ノ主義ニ於テハ意思ノ自制ニ重キヲ置カサリキ

人ノ意思ニ優先ノ地位ヲ與ヘタルハ Dumoulin（デムーレン）氏ナリ氏ハ法律抵觸ヲ論シテ屢〻意思ニ重キヲ置クヘキヲ論シ殊ニ夫婦財產契約及ヒ賣買ニ關シテ確定的ニ結約地法ニ據ルヘカラスシテ當事者ノ明示又ハ默示ノ意思ニ據ルヘシトセリ此ノ如クシテ氏ハ學問界ニ二ノ重要ナル觀念ヲ注入セリ即チ第一ニハ法律上ノ效力ヲ發生セシムル淵源トシテ當事者ノ意思ハ不法ナラサル範圍內ニ於テハ孰レノ場所ニ於テモ尊敬セラルヘク又當事者ノ意思ハ法律行爲ノ目的ト爲リタル財產

カ如何ナル土地ニ在リトモ凡テノ財産ニ對シテ其效力ヲ生セサルヘカラストノ觀念ニシテ第二ニハ一定ノ法律ハ當事者カ明示又ハ默示ニ之ニ服從スヘキコトヲ表示シタル意思ニ因リテ其拘束力ヲ生シ又其法律ハ固有ノ意義ニ於ケル契約ト同シク域外的效力ヲ生スヘキモノナリトノ觀念是ナリ

以上ノ觀念ハ其後「スタチュ」學派ニ於テモ有力ナル爭ヲ受ケスシテ維持セラレ今日尙ホ意思自制ノ原則ノ基礎ヲ爲スモノナリ唯十七、八世紀中「バルトール」ノ派ニ屬スル學者ハ成ルヘキ限リ契約ノ實質ニ付テノ準據法ヲ一ニ確定シテ變更セサル規定ニ屬セシメントシ（例ヘハ契約地法ニ從フトスル如シ）「デュムーレン」派ノ學者ハ變動ヲ主トスル所ノ當事者ノ意思ニ依ラシムヘシトシタル二ノ反對的傾向カ互ニ相反撥シタルヲ見ルノミ

十九世紀ニ至リ國際私法ニ關スル新思想皷吹セラレ新研究ノ途拓カレ法律ノ牴觸ヲ人事法、物件法ノ二ノ範圍ニ制限セントシタル「スタチュ」學派ノ舊思想ハ打破セラレ意思自制ノ觀念ハ漸次明瞭ト成リ右觀念ハ近世學理ノ重要ナル地位ヲ占ムルニ至レリ

「サビニー」氏ハ其羅馬法系論ニ於テ此問題ニ論及セリ即チ債權ノ準據法ハ何レノ土地ノ法律ナルヤ是ナリ而シテ此問題ハ債權ノ本據ハ何レノ地ナルヤノ問題ニ歸ス即チ性質上無形ナル債權關係ニ對シ一定ノ國土ニ定著スルトノ認識シ得ヘキ觀念ヲ與ヘントスル問題ナリ抑〻債權ノ本質ハ當事者ノ意思ニ存ス然ルニ意思ハ無形物ナリ故ニ意思如何ヲ探究スルハ其表示ニ依リ之ヲ

知リ得ヘキノミ而シテ承諾ノ交換ト履行トハ當事者ノ意思カ外部ニ表現シ且之ニ因リテ意思カ捕捉シ得ヘキ現實的世界ニ通過シ來ル二個ノ主要ナル行爲ナリ故ニ債權ノ本據ハ承諾ノ交換カ若クハ履行カノ二個ノ行爲中ヨリ選擇セサルヘカラス「サビニー」氏ハ中ニ就テ履行ヲ選ミタリ氏ハ履行ナル觀念中ニ債權ノ本據ヲ示スニ足ルヘキ要素アリトシタリ氏曰ク

債權（契約ノ意ト爲シテ讀マルヘシ）ハ曩ニ不確定ニシテ且人ノ自由意思ニ服從スヘカリシ事實ヲ確定シ且避クヘカラサルモノト爲スニ存ス然ルニ此ノ如クシテ確定且避クヘカラサルモノト爲リタル事項ハ正ニ債務ノ履行ナリ當事者ノ企待カ集中スルハ履行ニ在リ然ラハ履行地カ債權ノ本據ト看做サルルコトハ債權（契約）ノ本質ヨリ生スルモノニシテ又當事者任意服從ノ結果トシテ債權ノ特別裁判權ノ所在スルハ亦履行ノ場所ナルコトモ同一ノ理由ヨリ生ス云云

以上ノ說明ハ要スルニ債權ノ準據法ハ履行地法ナリト云フニ在レトモ氏ハ又後ニ述ヘテ言ヘルコトアリ曰ク

若シ當事者カ明カニ反對ノ意思ヲ表示シテ履行地法ニ任意ニ服從シタリトノ推測ヲ打破シタルトキハ以上述ヘタル原則ニ依リ定マリタル準據法ハ其適用ヲ止ム」ト

故ニ氏カ債權ノ準據法ヲ定メタルハ反證ニ依リテ其適用ヲ止ムヘキ當事者ノ意思ノ推定ニ基クニ過キス氏ハ概括的且豫斷的ニ事實上當事者ノ意思ハ反對ナルコトノ立證ナキ限リハ當事者ハ

0093

履行地法ニ任意ニ服從シタリト看做サルヘキモノト斷定セリ而シテ反對ノ意思ハ明示セラルルコトヲ要スルカ如ク論スルモ默示ナル場合ヲ除外スヘキ有力ナル理由ナキカ故ニ氏ハ多數ノ場合ニハ明示ナルカ故ニ多數ノ場合ニ付キ述ヘタルニ過キサルモノト思ハル要スルニ氏モ當事者ノ意思ヲ以テ法律行爲ヨリ生スル債權關係ノ準據法決定ニ付テノ重大ナル要素ト爲シタルコト爭フヘカラス

伊太利ノ屬人主義ニ於テハ其法律屬人主義ノ大則ニ對シテ第三ノ制限トシテ意思自制ノ原則ヲ置ケリ（本講義一五四頁、一五五頁）其理由トシテ法律ハ一般ニ屬人的ニシテ本國法ハ區別ナシニ一切ノ私法ニ適用スヘシト雖モ私法中當事者カ之ニ違背スルコトヲ得ヘキモノアリ我民法第九一條、佛民法第六條ノ如キ當事者ニ斯ル自由ヲ認メ又此ノ如キ原則ハ各國ノ法制ニ共通ノモノトス即チ各人ハ其本國法ニ依リ支配セラルト雖モ其本國法ノ規定ノ全體ヲ强行セラルヘキモノニ非ス規定中當事者ノ選擇ニ因リ他ノ規定ヲ以テ之ニ代フルコトヲ得ヘキモノアリ而シテ當事者ハ本國法ノ規定ノ某條ニ依ラサルヲ得ヘシトセハ當事者ハ法律行爲ノ效力ニ付テハ一般的ニ本國法ノ規定ニ依ラスシテ之カ規定ヲ外國法ニ一任スルコトヲモ得ヘキナリ故ニ意思ノ自制ハ法律屬人主義ノ例外ニ非スシテ之カ適用ノ一ニ過キサルモノトシテ發現スルナリ蓋シ本國ノ强行的規定以外ノ事項ニ付キ外國法ニ依據スルコトハ本國法カ各人ニ認ムル權利ヲ行フニ過キサレハナリ要スルニ屬人法主義ノ學說ニ於テモ意思自制ノ原則ヲ認ム

此他國際私法ノ根本問題タル法律抵觸決定ノ原理ニ付キ以上諸學說ト異ナリタル主義ヲ採ル諸學說ニ於テモ一般ニ意思ノ自制ニ關スル原則ヲ認ム而シテ此原則ハ我法例第七條ニ揭ケラレタリ曰ク

『法律行爲ノ成立及ヒ效力ニ付テハ當事者ノ意思ニ從ヒ其何レノ國ノ法律ニ據ルヘキカヲ定ム』

然レトモ斯ル規定ノ精神ハ既ニ各國法ノ民法中ニ在リテ存スルモノニシテ我民法第九一條ノ如キモノ即チ是ナリ是レ上來說明シ來リタル所ナリ而シテ民法第九一條ニ所謂公序良俗ナルモノハ國內公安ヲ指スコトモ亦嘗テ述ヘタル所ナリ該條ニ據レハ法律ノ規定ヲ第一ニ公安ニ關スル規定トシ其法律ニ服スル各人ハ之ニ違背スルヲ得サルモノト第二ニ公安ニ關セサル規定トシ其規定ハ其法律ノ下ニ立ツ所ノ各人カ之ニ依ラサル意思ヲ表示シタルトキハ强イテ適用スヘキモノニ非サルモノトニ區別スヘキモノト爲ルナリ即チ前者ハ所謂强行規定ニシテ强行的ニ一定ノ事物ヲ定メ後者ハ補充的規定若クハ解釋的規定（ロワジョンアルエクスプレタチーブ）（學者カ許容法或ハ任意法ト名クルモノト同一ナリ予ハ此等ノ語ヲ後ニ區別ナシニ使用スルコトアルヘシ）ニシテ當事者間ニ反對ノ約款ナキ限リニ於テ一定ノ事物ヲ規定スルモノタリ（唯茲ニ一言スヘキハ補充的規定ハ其存在ハ勿論公安ニ關スレトモ其內容ハ公安ニ關セス當事者カ其內容ト異ナリテ契約スルモ公安ニ害ナケレハナリ之ニ反シテ强行的規定ハ其存在其內容共ニ公安ニ關スルモノタリ）

0094

此二種ノ法規ノ區別ヨリシテ補充的規定ニ關スル法律ノ牴觸ハ强行的規定ノ法律牴觸ノ場合ト異ナリタル有樣ニ發現スルコトノ結果ヲ生ス蓋シ强行的規定ノ牴觸ニ於テハ牴觸ニ參加スル法律ヲ有スル國ノ各自カ自己ノ法律ヲ準據法トスルニ於テ利害ノ關係ヲ有ス例ヘハ甲國人乙國ニ於テ死亡スルニ當リ其相續ヲ規定スル甲乙何レノ國法ニ據ルヘキヤヲ定ムルニ付キ其本國タル甲國モ財產所在地タル乙國モ其相續問題ヲ自國法ニ據リテ規定スルコトニ於テ利害ヲ感スルモノナリ故ニ其問題ハ恰モ眞正ニ二個ノ主權ノ牴觸スルカ如ク現ハレ理論上何レカ一方ノ主權ハ犧牲トナラサルヘカラス之ニ反シテ何レノ國法ニ據ルヘキカニ付キ疑ヲ生スヘキ狀態ニ於テ契約成立シタル場合ニ於テ此契約ヲ支配スヘキ補充的規定ハ何レノ國法ナルカヲ定ムルニ當リテハ換言スレハ補充的規定ノ牴觸ニ當リテハ牴觸ニ參加スル法律ヲ有スル何レノ國モ自國ノ補充的法規ヲ以テ其關係ヲ規定スルニ於テ利害ヲ感スルモノニ非ス何トナレハ各國ニ於テ立法者ハ公安上當事者ノ意思ノ不明ナル限度ニ於テ之ヲ補充スルヲ必要トスルニ過キサレハ各國ノ立法者ハ一定ノ補充的法規カ其關係ニ適用セラルレハ滿足スルモノニシテ其補充的法規カ自國ノ法規タルト外國ノ法規タルトヲ問フノ必要ナケレハナリ

故ニ補充的法規ノ牴觸ニ於テ他國ノ法律ヲ措キテ一國ノ法律ノ準據法ト定ムルニハ單一ノ理由アルノミ即チ其國ノ法律ニ當事者カ明示又ハ默示ヲ以テ依據シタルコト是ナリ蓋シ立法者ハ自國ノ補充的法規ヲ强行スル意思ヲ有スルモノニ非ス立法者ハ補充法ヲ制定シ以テ豫メ準備シタル規律ノ模型トシテ且當事者ヲシテ全體ニ付キ之ニ依據セシムヘキモノトシテ之ヲ當事者ニ提示スルニ過キス當事者ノ意思不明ナル場合ニ於テノミ之ヲ强行スルナリ即チ意思不明ノ場合ヲ補ハンカ爲メニ當事者カ暗默ニ補充的法規ニ一任シタルモノト看做スナリ故ニ補充法ノ牴觸ニ於テハ當事者カ任意ニ依據シタリト認メラルヘキ法律ヲ以テ準據法ト爲スヲ正當トスヘク此牴觸ニ於テハ當事者ノ意思ニ重キヲ置カサルヘカラス

國際私法ニ於ケル意思自制ノ原則ハ以上所說ヲ以テ其基礎ヲ明カニシタリト信ス予輩ハ以下章ヲ逐ヒ之カ適用ノ原理ノ說明ニ涉ルヘシ

第二章　意思自制ノ原則ノ適用

國際私法ニ於ケル意思ノ自制ハ各國ノ法律ニ就テ其一ヲ選擇スル權能ニ在リテ存スルコトハ上來ノ說明ニ依リ明カナリ而シテ吾人ノ實際ニ於ケル法律的生活ニ於テハ次ノ二ノ場合ヲ生スルコトヲ想像シ得ヘシ即チ當事者カ右ノ權能ヲ行使シテ法律行爲ノ準據法ヲ自ラ選擇シタル場合ト然ラサル場合トトナリ

第一節　當事者カ選擇ノ意思ヲ表示シタル場合

此場合ニ付テハ難問ナシ當事者カ某國ノ法律ニ依ル意思ノ明瞭ナル場合ハ其國ノ法律ハ即チ當

事者ノ服從スヘキ法律トナリ法律牴觸ノ問題ハ解決シ了ルカ故ナリ

唯問題トスヘキハ此準據法選擇ノ意思ハ一定ノ式ニ依ルヲ要スルヤ否ヤ是ナリ先ツ最初ニ此選擇ハ必ス明示スルヲ要スルヤ否ヤト云フニ通則トシテハ明示ヲ要セスト謂ハサルヘカラス何トナレハ意思アルコトヲ認メ得ル以上ハ明示ト默示トノ間ニ差異ヲ立ツヘキ理由ナケレハナリ是レ意思自制ノ原則ノ結果トシテ當然生スヘキ論決ナリ故ニ事實裁判官ハ契約ニ明文ナキトキト雖モ各般ノ情況ヨリ當事者ノ選擇ノ意思如何ヲ決定スルヲ得ルモノトス

而シテ要式行爲ノ場合ト雖モ準據法選擇ノ意思ハ必スシモ行爲自體ノ成立ニ必要ナル方式ニ依リ表示スルヲ要セスト信ス例ヘハ贈與ハ或點ニ於テ一ノ要式行爲ナリ而シテ佛法ニ於テハ公正證書ノ方式ニ依ラサレハ無效トシ（佛民九三一條、九三二條）我民法ハ書面ノ方式ニ依ラサルモノハ之ヲ取消スコトヲ得（民五五〇條）トセリ此他贈與ニ何等ノ方式ヲ必要トセサル國法ヲ假定シ得ヘシ斯ル場合ニ於テ當事者カ佛法ニ依リ贈與セントセハ佛法ニ依ル旨ヲ公正證書ニ依リ表示シ日本民法ニ依ラントセハ其旨ヲ書面ニ依リ表示セサルヘカラサルカ曰ク斯ル必要ナシトス何トナレハ方式ノ問題ハ準據法ノ定マリタル後ノ問題ニシテ準據法ヲ定ムルノ意思ハ準據法決定後ノ方式ト何等ノ關係スル所ナケレハナリ故ニ先ツ當事者カ何レノ法律ニ依ル意思ヲ有スルヤヲ諸般ノ事實ヨリ認定シ準據法ノ定マリタル後其準據法ニ於テ要スル方式ニ其法律行爲カ從ヒタルヤ否ヤヲ判斷スヘキ順序ト爲ルナリ

雜錄

○大審院判例要旨

○海産委付ニ關スル規定ノ旨趣　商法第五百四十四條ヲ閲スルニ其第一項ニ船舶所有者ハ船長カ其法定ノ權限内ニ於テ爲シタル行爲又ハ船長其他ノ船員カ其職務ヲ行フニ當リ他人ニ加ヘタル損害ニ付テハ航海ノ終ニ於テ船舶運送賃及ヒ船舶所有者カ其船舶ニ付キ有スル損害賠償又ハ報酬ノ請求權ヲ債權者ニ委付シテ其責ヲ免カルルコトヲ得但船舶所有者ニ過失アリタルトキハ此限ニ在ラストアリテ船舶所有者ハ船長其他ノ船員カ其職務ヲ行フニ當リ他人ニ加ヘタル損害ニ付テハ航海ノ終ニ於ケル狀態ヲ限度ト爲シ自己所有ニ係ル船舶及ヒ船舶ニ付キ有スル債權即チ海産ヲ債權者ニ委付シテ其責ヲ免ルルコトヲ得ルモノトシ以テ船舶所有者ノ責任ノ範圍ヲ限定シタルモノニ過キスシテ原判旨ノ如ク航海ノ終リニ於ケル海産ノ狀態ヲ變更スルニ於テハ其變更カ自然力ニ因リ生シタルト將タ船舶所有者ノ故意又ハ過失ニ因リ生シタルトヲ問ハス船舶所有者ヲシテ委付權ヲ行フコトヲ得サラシムルノ趣旨ニ非サルコトハ其次條ニ於テ船舶所有者ハ更ニ航海ヲ爲スマテハ前條ノ委付權ヲ行フコトヲ得ルモノト爲シタル

法意ニ徵シテ毫モ疑ヲ容レス何トナレハ一ノ航海ヲ終リ更ニ次ノ航海ヲ爲スニハ其間多少ノ時日ヲ要スルハ航海業ノ常ナルノミナラス多少ノ時日ヲ經過スル間ニ於テハ海產ノ狀態ニ變更ヲ生スヘキハ物理ノ當然ニシテ敢テ多言ヲ俟タサル所ナレハナリ然ラハ則チ船舶所有者ノ故意又ハ過失ニ因リ航海ノ終リニ於ケル海產ノ狀態ニ變更ヲ來タサシメタル場合ニ於テハ所有者ハ委付權ヲ行フコトヲ得サルハ前顯第五百四十四條第一項但書ノ規定ニ徵シテ明カナルモ所有者ノ故意又ハ過失ナク自然力ニ因リ航海ノ終リニ於ケル海產狀態ニ變更ヲ來タシタル場合ニ於テハ所有者ハ同條ノ委付權ヲ行ヒ以テ其責ヲ免ルルコトヲ得ヘキモノトスヘキハ當然ナリ（明治四十一年（オ）第一四六號同年六月二十二日第二民部判決）

○衆議院議員彈擧法第八十七條違犯罪ノ成立　衆議院議員選擧法第八十七條第一項第一號ニハ選擧ニ關シ直接又ハ間接ニ金錢物品手形其他ノ利益若クハ公私ノ職務ヲ選擧人又ハ選擧運動者ニ供與シ又ハ供與センコトヲ申込ミタル者云云トノミアリテ供與若クハ供與ノ申込ヲ爲ス主格ニ付キ何等ノ制限ナケレハ特ニ議員候補者ノミニ限ラス何人ト雖モ選擧ニ關シ金錢物品等ヲ提供贈與シ又ハ提供贈與スル意思ヲ表示シタル者ハ總テ同條項ノ制裁ヲ受クヘキモノトス（明治四十一年（ム）第五一八號同年六月十八日宣告）

梅法學博士主筆

法學志林

第十卷　毎月一回廿日發行
第七號　定價一冊金拾貳錢
七月二十日發行　郵稅金壹錢　十冊前金郵稅共金壹圓貳拾錢
（第百七號）

◎志林
最近判例批評　法學博士　梅謙次郎
憲法ノ精神ヲ略說ス　法學博士　筧克彥
白地引受論　法學士　西脇晋
俘虜將校ニ對スル給料ノ支給ヲ論ス　法學博士　秋山雅之介

◎法學疑典錄
（民法三題（乾法學士、梅法學博士、牧野法學士）
刑法一題（牧野法學士）
民訴二題（加藤法學博士、板倉法學士）
行政一題（島村法學士）

◎散錄　獨逸國ノ司法官採用試驗　法學士　吾孫子勝

◎判例　大審院判決例十八件

◎雜報
○平和條約ノ調印○無線電信條約○二法律ノ發布○司法官ノ補充ニ付テ○民事訴訟ト三百○感化院ノ歲算額及私設希望○森林諸組合制度○鐵道收入ノ減少○電車市有願ノ却下○移民會社ノ窮狀

◎記事
政治科ノ新設○學年試驗ノ終了○第二十四回卒業證書授與式○學年試驗成績○卒業生謝恩會○校友異動○寄贈書目

發行所　東京市麴町區富士見町六丁目十六番地　法政大學

校外生規則摘要

一　十个月以上本大學ノ校外生タル者ニシテ本大學ニ入學スル者ハ入學金ヲ免除ス

一　講義錄ノ講習ヲ終リタル者ハ校外生修業證書ヲ請求スルコトヲ得但手數料金貳拾錢ヲ納ムヘシ

一　校外生月謝ハ左ノ如シ

一个月分	各學年　金四拾錢	全學年　金壹圓
六个月分	各學年　金貳圓三拾錢	全學年　金五圓五拾錢
一个年分	各學年　金四圓五拾錢	全學年　金拾壹圓

一　月謝ヲ納付シタルトキハ講義錄ヲ郵送スルヲ以テ別ニ領收證ヲ交付セス若シ相當ノ日時ヲ過キテ講義錄ノ到達セサルトキハ其旨本大學ニ通知スヘシ

一　校外生ハ講義錄中ニ疑義アルトキハ講義錄ノ番號、科目、頁數及ヒ疑問ノ要點ヲ記載シ本大學編輯局ヘ宛テ郵送スヘシ

一　質疑通信ノ文意解シ難キモノ主旨明瞭ニシテ解答ヲ要セストシタムルモノハ解答ヲ付セス

一　質疑中有益ト認ムルモノハ之ニ解答ヲ付シ法學志林又ハ講義錄ニ登載スヘシ

◎注意

振替貯金ヲ以テ月謝ヲ納付セラルルトキハ其都度振替貯金規則ニ依ル登記料金二錢ヲ要スルノ外失費ナク安全ニシテ便利ナリ

振替貯金口座『三二九四番』

明治四十一年七月三十日印刷
明治四十一年七月卅一日發行
（定價金五十錢）

編輯兼發行者　東京市牛込區牛込北町十番地　萩原敬之

印刷者　東京市四谷區四谷左門町五十八番地　重利俊夫

印刷所　東京市赤坂區新町五丁目四十二番地　金子活版所（電話新橋四九九五番）

發行所　東京市麴町區富士見町六丁目十六番地　私立法政大學（電話番町一七四番）