

民法の効力に関するアンソロジー（補遺）

甲南大学法科大学院教授 櫻田嘉章

1

前稿においては、民法の効力について、我妻博士の論述から始めたのであるが、我妻博士の民法学は、穂積重遠と末広巖太郎、鳩山秀夫を総合したものであるという¹⁾。穂積重遠、鳩山秀夫については、前稿においてすでに民法の効力に限定してではあるが取り上げているので、なお、その缺を補うこととしたい。ただ、鳩山秀夫は、川名謙四郎、石坂音四郎などととも日本民法をドイツ流の概念法学で理論化、体系化したものとされるが²⁾、民法典施行後、その起草者³⁾のうちで、初めて、そのドイツ流の体系化を試みたのは、富井政章であるので⁴⁾、まず、それを掲げる。

1 富井政章『民法原論 第一巻総論（上）』（明治36年〔1903年〕、有斐閣）⁵⁾
(15頁)

第一節 國法、國際法

國法又ハ國內法トハ一國主權者ノ制定又ハ承認シタル法律ヲ謂フ國際法トハ數國家ニ依リテ協定又ハ承認セラレ其間ニ行ハルル法則ヲ謂フ而シテ茲ニ所謂

國際法トハ國際公法ヲ謂フモノニシテ國際私法ヲ包含スルモノニ非ス

國際私法ハ國際法ナルヤ 蓋國際私法ノ性質ニ關シテハ從來學說ニ派ニ分レ之ヲ國際法ト見ル説ト國法ト見ル説アリ然リト雖モ國際私法ナルモノハ畢竟私法ノ適用區域ヲ定ムル一國法ナルコトハ近時學說ノ殆ト一定スル所ト為レリ是蓋其法則カ國際的ナルニ非スシテ之ニ依リテ支配セラルヘキ法律關係カ國際的即チ外國の原素ヲ含有スルモノナルニ過キサレハナリ此事ハ尚後ニ「處及ヒ人ニ關スル民法ノ効力」ヲ説明スルニ當リテ之ヲ論述スヘシ

(以下略)

第七章 民法ノ効力

(101頁以下)

第二節 處及ヒ人ニ關スル効力

往昔世界交通ノ便未タ開ケサリシ時世ニ在リテハ一國ノ法律ハ其主權ノ行ハルル地域内ニ於テ内國人間ニノミ發生スヘキ法律關係ヲ規定スル目的ヲ出テサリキ我國ノ如キ久シク鎖國ノ状態ニ在リテ外國ト殆ト交際ヲ為ササリシ國ノ法律ハ殊ニ然リトス然ルニ近世交通機關ノ發達ニ伴ヒ諸國ノ人民互ニ往復シテ其間ニ種多ノ法律關係ヲ生スルニ際シテヤ一國ノ私

1) 星野英一「日本民法学者のプロフィール 連載の始めに」法学教室175号(1995年)42-43頁、我妻栄「三分間の履歴書」『民法と五十年』所収参照。
2) 鳩山秀夫については、能見善久「鳩山秀夫」法学教室179号(1995年)80-81頁を参照。
3) 七戸克彦「起草委員 穂積重遠・富井政章・梅謙次郎」法学セミナー2009年7月号64-66頁参照。
4) 大村淳志「富井政章」法学教室186号(1996年)32-33頁参照。なお、富井の洋行については、七戸克彦「原稿民法典の創った人びと 外伝①——司法省法学校正則科第2期生と賄征伐」法学セミナー2009年8月号89頁参照。「1 前号「富井政章」の項で、彼には明治9年7月の司法省法学校正則科第2期生の入学試験を受験した記録を見出せないと述べたが、別の人物と記憶違いしていた。花房吉太郎二山本源太(編集)『日本博士全伝(全)』(博文館、1892年)63頁には、東京外国語学校在学当時「君〔二富井〕学友某ト其二司法省法学生徒ノ試験ニ応シ不幸ニシテ落第セリ是ニ於テ慨然遂ニ洋行ノ志ヲ決ス」とある。
5) 富井政章『民法原論』については、牧野英一が論評を加えているが、民法の効力並びに慣習、條理に関しては、後に述べるように、旧稿(「条理」)(『注釈國際私法 第1巻』46頁以下所収)とも関連するので、本稿の末尾に<参考>として、富井のこの点に関する論述ともに、まとめて掲げることとする。

法ハ如何ナル範圍ニ於テ其法律關係ニ適用セラルヘキヤ或ハ其領地内ニ於テ内外人間或ハ外國人相互ノ間ニ發生スヘキ法律關係モアリ或ハ内國人ニシテ外國ニ於テ其相互間又ハ外國人トノ間ニ法律行為ヲ為スコトモアルヘク或ハ内國ニ於テ為シタル法律行為ニシテ其目的物ハ外國ニ存在スル如キコトモ之ナシトセス總テ此等人、物、又ハ行為ニ付キ外國の原素ヲ含有スル法律關係ハ何レノ法律ニ依リテ支配セラルヘキヤ是國際の私法關係ノ頻繁ナル現世ニ於テ法域ヲ異ニスル内外私法ノ適用區域ヲ定ムルコトノ必要ナル所以ナリ[○]國際私法ナルモノハ即チ近世交通ノ開クルニ從ヒ發達シタル法則ニシテ畢竟此複雑ナル諸問題ノ解決ヲ目的トスルモノニ外ナラサルナリ

羅馬以來ノ法制 凡ソ一國ノ主權ハ其國內ニ於テハ完全ナル作用ヲ有スルモノナレハ裁判官ヲシテ唯内國法ニ依リテ裁判ヲ為サシメ涉外的法律關係ニ付テモ外國法ヲ眼中ニ置カサルコトヲ得ルモノトスルヲ妨ケスト雖モ近世ニ在リテハ文明國一般ニ此主義ノ作用ニ制限ヲ加ヘ互ニ他ノ國家ト共ニ其他國ノ法律ヲ承認シ或法律關係ニハ外國法ヲ適用スルニ至レリ[○]相互承認主義ハ畢竟國際關係ノ必要ニ起因セルモノニシテ往時羅馬法ノ嘗テ認メサリシ所ナリ蓋羅馬ニ於テハ其市民ニ固有ナル民法ノ外ニ廣ク市外人ニ適用スヘキ法律ヲ認メタルモ(四五頁)是未タ他國ノ法律ヲ承認シタルニ非スシテ世界唯一ノ羅馬國法ニ外ナラサリキ後ニ日耳曼人種カ羅馬帝國ヲ侵略スルヤ種族の觀念專ラ行ハレ各人ハ其種族固有ノ法律ニ依リテ支配セラレタルモノトス是即チ中古一般ニ行ハレタル法律ノ[○]屬人主義ニシテ族長ハ畢竟其種族ノ主權者タリシナリ

屬地主義ノ發達 然ルニ時世漸ク一變シ異種ノ民族同一ノ地ニ永住シ更ニ封建ノ制起ルニ及ヒテ領地ノ觀念發達シ國法ハ一定ノ地域ヲ基礎トスル原則定立スルヤ此ニ所謂[○]屬地主義ノ發生ヲ見ルニ至レリ屬地主義トハ法律ノ効力ヲ以テ國內ニ生シタル關係ニノミ及フモノトスルト共ニ其領地内ニ在ル者ハ内外人ヲ問ハス之ニ服従スルモノト為スニ在リ此主義ハ近世國際私法ノ諸問題ヲ解決スヘキ標準ヲ定ムル大原

則ニシテ國際私法ハ畢竟國際關係ノ必要上相互承認主義ニ依リテ其適用ノ區域ヲ限定セル法則ニ外ナラス而シテ今我國ニ於テ成法的ニ之ヲ研究センニハ法例第三條以下ノ説明ト為ルモノナリ

國際私法ノ本質 國際私法ハ其名稱ノ表示スル所ト異ナリ國際法ニ非スシテ國法ノ一部ニ外ナラス(一五頁)佛、伊、白諸國ノ學者ハ從來一般ニ之ヲ國際法ト見タル如ク之ト同時ニ本國法(屬人法)主義ヲ唱道スル者最モ多シトス然ルニ是一ノ謬見ト謂ハサルコトヲ得ス國際私法ナルモノハ畢竟一國內ニ於テ或種ノ法律關係ニ何レノ法律ヲ適用スヘキヤヲ定ムル國法ニシテ其主タル効用ハ裁判官ニ其準據スヘキ法則ヲ示スニ在リ裁判官ハ唯自國ノ法律ニ拘束セラルルノミ故ニ或國際私法關係ニ外國法ヲ適用スヘキ場合ニ於テモ決シテ外國法カ直ニ其効力ヲ生スルニ非スシテ其準則ヲ定メタル内國法ヲ適用スルモノト解スヘキナリ此原理ハ今日我國ノ如キ國際私法ノ大部分ヲ成文法ニ掲ケタルニ法制ノ下ニ在リテハ殊ニ疑議ヲ生スヘキ餘地ナキモノト謂フヘシ唯全然形式ヲ離レテ觀察スルトキハ其法則ハ主トシテ文明國人民ノ共同一致ニ因リテ成立セルモノト見ルコトヲ得ヘキナリ是蓋前記ノ學說ヲ生シタル所以ナルヘシ

今ヤ國際私法ハ獨立ノ一大科目ト為リ所謂處及ヒ人ニ關スル私法ノ効力ハ其範圍ニ屬スル事項ナルヲ以テ此ニハ其領域ニ侵入スルコトヲ敢テセス本節ノ題目ニ關スル説明ハ之ヲ該法ノ研究ニ讓ラントス

ここに、富井を以て嚆矢とする、新たに施行されるに至った民法典の効力の体系的説明がなされる。

2

次に、戦前の日本民法の代表者の一人であり、我妻栄の師であった鳩山秀夫の『日本民法総論(上巻)』(大正12年)の、すでに取り上げた「民法の効力」の部分を重ねを厭わずその全体を掲げておく。

條理

五 條理 明治八年太政官布告第百三號裁判事務心得ニハ、民事裁判ニ於テハ成文アルモノハ成文ニ依

り成文ナキトキハ慣習ニ依り成文慣習共ニ存セザルトキハ條理ヲ推考シテ裁判スベシト定メタリ。此布告ガ今日尚効力ヲ有スルヤ否ヤ議論アルモ積極説ヲ正当トス（通説）。法律ハ如何ニ精細ナルモ進化スル社會現象ノ全部ヲ網羅シテ缺漏ナキコトヲ得ズ然モ裁判官ハ法律ノ不備ヲ理由トシテ裁判ヲ拒ムコトヲ得ザルガ故ニ、成文法ナク又慣習法ナキ場合ニ於テハ條理ニ基キテ裁判スルノ外ナキナリ。

條理トシテ先ヅ適用スベキモノハ法典全體ヨリ生ズル原理ナリ。多數ノ場合ニハ之ヲ以テ法律ノ缺漏ヲ補フニ足ルベシ。然レドモ之ヲ以テハ尚足ラザルトキハ正義、公平、利益ノ較量等一般ノ條理ヲ以テ裁判ノ標準ト為サルベカラズ。

第三節 民法ノ効力

民法ノ効力トハ民法ノ適用範囲ヲ謂フ。時ニ關スル効力ト人及ビ場所ニ關スル効力トニ分チテ述ブ。

第一項 時ニ關スル効力

遡及効ナキヲ原則トス

一 法律ハ其ノ効力ヲ有スル時ニ生ジタル事項（法律要件）ニ適用セラル、モノニシテ其効力發生以前ニ生ジタル事項ニハ適用ナキヲ原則トス。之ヲ不遡及ノ原理（*principe de non-rétroactivité*, *Prinzip der Nichtrückwirkung*）ト謂フ。民法ニ付テハ民法施行法第一條明ニ之ヲ定ム。

法律不遡及ノ原則ヲ以テ立法上ノ原則ト為スモノ米國憲法ニ其例アリ。然レドモ此ノ如キ憲法ナキ國ニ於テハ此原則ハ法律適用上ノ原則タルニ止マリ、立法者ヲ拘束スルモノニアラズ。我ガ民法施行法モ例外トシテ遡及効ヲ認ム。

二 現行民法ハ明治三十一年七月十六日より施行セラレタリ。此時以前ニ生ジタル事項ニ關シテ民法ガ如何ナル効力ヲ有スルカハ民法施行法之レヲ定ム。此ノ如キ性質ヲ有スル法規ヲ經過規定又ハ時際法（*Intertemporales Recht*）ト稱ス。

第二項 人及ビ場所ニ關スル効力

領土ノ全部ト日本人全部ニ適用スルヲ原則トス

一 民法ハ一般ノ法律ト同ジク國家ノ人民主權ノ結

果トシテ所在ノ如何ヲ問ハズ日本人全部ニ適用セラレ、又領土主權ノ結果トシテ日本人タルト外國人タルトトヲ問ハズ、日本領土内ニ存在スル總テノ人ニ適用セラル、ヲ原則トス。然レドモ此原則ヲ以テ一貫スルトキハ涉外事件ニ付キ實際上不便ヲ生ズルコト尠カラザルヲ以テ、各國概ネ此原則ニ對スル例外ヲ定メ國內ニ於ケル外國法ノ適用ヲ認ム。我ガ法例第三條以下ノ規定即チ是ナリ。此涉外關係ニ於ケル私法適用ノ問題ハ國際私法學ノ對象ナリ。

民法ハ階級ノ如何ニ拘ハラズ總テノ人ニ適用アルヲ原則トス。之ニ對シテ例外ヲ為スモノハ皇族ニ關スル皇室令及ビ華族ニ關スル華族令及ビ華族世襲財産法ナリ。

植民法

二 民法ハ日本ノ領土ノ全部ニ適用アルヲ原則トス。但臺灣及ビ朝鮮ハ内地ト稍事情ヲ異ニスルヲ以テ別個ノ法制ヲ設ク。

臺灣ニハ臺灣民事令（明治四一年八月二八日律令第一一號）ヲ以テ民法ヲ適用スル旨ヲ定メタルモ、土地ニ關スル權利及ビ臺灣人相互間ノ關係ニ付テハ民法ニ依ラズ舊慣ニ依ルモノトス。朝鮮ニ付テハ朝鮮民事令（明治四五年三月一八日勅令第七號）アリ朝鮮人相互間ノ法律行為及ビ不動産ニ關スル物權等ニ付テ慣習ニ依ルノ制限ヲ設ケテ民法ヲ朝鮮ニ適用ス。樺太ニハ樺太ニ施行スベキ法令ニ關スル法律（明治四〇年三月二九日法律第二五號）ト之レニ基キタル勅令（明治四〇年三月三十一日勅令第九四號）トニ依リテ民法ヲ適用スベキコトヲ定メタルモ、土人ノ外ニ關係者ナキ民事ニ關スル事項ハ從來ノ慣例ニ依ルモノトス。關東州ハ租借地ニシテ帝國ノ領土ニアラザルガ故ニ民法ハ當然施行セラル、モノニアラズ、關東州裁判事務取扱令（明治四一年九月二四日勅令二一三號）ニ依リ民事裁判ハ原則トシテ民法ニ依ルベク、支那人ノ外ニ關係者ナキ民事事項及ビ土地ニ關スル權利ニ付テハ當分ノ内從前ノ慣例ニ依ルモノトス。

以上ノ如ク内地ト朝鮮、臺灣、關東州トハ法制ヲ異ニスル結集其相互ノ聯絡ニ付テ法律ヲ必要トス。

共通法ハ此需要ニ基キテ制定セラレタル法律ナリ
(大正七年四月一七日法律第三九號)。」

3

ついで、末広巖太郎をも取り上げるべきであるが、末広は、主権から論を起す体系的な説明よりも、社会規範としての法の効力に重点を置くので、ここでは民法の淵源において論じている部分を、参考のために掲げる。国家法の欠缺自体は認めているので、それを社会規範で補充する必要があるが、その国法上の根拠を、法例2条に認め、また法の効力との関係で国際私法（法例3条以下）にふれている点が注目される。

末広巖太郎『民法講話 上』（昭和2年）
(52頁以下)

第四 民法の法源

一 裁判所が民事の事件を裁断するに付いては必ず一定の法令に準拠することを必要とする。然らば現在我國の法制上裁判所は如何なる法令に準拠して民事の裁判を為し得べきか。是れ即ち現行民法の淵源乃至法源如何の問題である。

「法源」又は「法の淵源」たる言葉は従来一般に現行法令の法律として生まれ来った歴史的原因を説く言葉として使用されて居る。乍併、裁判規範としての法の「淵源」なる言葉は決してかくの如き意義を有するものと解すべきではない。裁判所は如何なる法令に依って裁判を為し得るか。裁判所は自己の裁判が法律に依りたるものなることを示すが為め其の論據として如何なる資料を援用し得るか。其の援用し得べき資料の如何が即ち法源如何の問題であつて、この意義に於ける法源は上記法令發生の歴史的原因を現はす言葉としての法源とは全然異たりたるものと言はなければならない。而して本書に於て「民法の法源」といふのは正にこの後の意義に外ならない。

二 現行法上民法法源の中心を為すものは言ふまでもなく「民法」（明治二九年法律八九號、同三一年

法律九號、同三一年法律一一號）である。乍併、實質的意義に於ける民法の内容を為すべき法令は、決して此の一法典のみに限るものにあらざること勿論であつて、此の以外幾多の民事的法律並に命令の存在することを忘れてはならない。従つて本書説明の内容は主として民法法典の規定する所に止るけれども其れ以外直接の関係ある民事諸法令は成るべく同時に之を取り容れて説明を興へることに努めて居る。

然らばかくの如き成文法たる法令以外にも尚民法法源と認むべきものありや。この點に付いて現行法が明かに認めて居るものは「慣習法」であつて、法例第二條は「公ノ秩序善良ノ風俗ニ反セザル慣習ハ法令ノ規定ニ依リテ認メタルモノ及ビ法令ニ規定ナキ事項ニ關スルモノニ限り法律ト同一ノ効力ヲ有ス」旨の規定を設けて居る。この規定の結果として、特に國家の立法に基かずと雖も、社會慣行の結果として法律的効力を有する社會的規範が發生して居るならば、當事者之を援用して裁判上自己の主張を支持し得べく、裁判所亦右規定の標準に従ひつゝ、慣習法を適用して裁判を為さねばならないのである。蓋し、慣習法は特に國家の制定し又は國家の委任乃至授權に依って發生せしめられたものではないけれども、苟くも社會的規範として社會上法律的効力を有つて居る以上、國家の裁判所も亦成るべく之を認めて其の効力を支持するを妥當とするからである。しかしながら、法例第二條が如何に規定して居らうとも、従つて又國家の裁判所が如何に之を裁判の基礎として採用しようとも、本来社會的規範に過ぎない慣習法は飽くまでも社會的規範に過ぎない。社會的規範たる慣習法を國家の裁判所が國家法たる法例第二條に準據して援用するに過ぎないのである。若しも裁判所が屢々同一慣習法の援用を繰返へすならば、それは唯其結果として裁判慣例が生まれるだけのことであつて、慣習法夫れ自身は社會的規範として其のまゝ存続するものと解せねばならない。勿論世上「慣習法」と稱するものの中には單なる裁判慣例に過ぎないものも屢々含まれて居るけれ

ども。

次に、かくの如く國家の立法に基かずして發生する慣習法も亦民法の法源と為り得るものであるとするならば、慣習以外の原因によつて社會的に發生する幾多の社會的規範は果して如何に取扱はるべきものであらうか。従来一般の學者は民法の法源たり得るものは國家の直接制定し又は其の授權乃至委任に依つて制定せられたる成文法令及び上記法例第二條に適合する慣習法のみであると説いて居る。乍併、例へば或る一村に行はるゝ慣習法にしても、歴史的に其の發生原因を尋ねて見れば、恐らくは常に必ずしも單なる多年の慣行に基くもののみではなく、或は村中の重立ちたる人々の申合せ規約等に依つて發生したのもあるであらうし、又何人か有力者の發議命令に基いて規範的効力を有するに至つたものもあるであらう。吾々の社會を見ると、其處には必ずしも國家に依つて制定せられ又は國家の主權に依つて支持せらるゝことなしと雖も、自ら社會夫れ自身の制裁力に依つて法律的規範的効力を有する規則が數多く存在して居り、而して其の發生原因を尋ねて見ると、必ずしも慣習に基づくにあらず、或る場合には當該社會内の重立ちたる人々の協約に基いて發生したのもあり、又或はその社會の社會的權力者の命令に基いて發生したのもある。例へば、一學校内に行はるる各種の規則中には、特に校長其他學校當局者が國家的命令に基いて制定したるものもあり、又特にかくの如き命令に基かずして便宜上制定したるものもあり、更に又生徒寄宿生等の相互規約に基いて發生したるものも存在する。而かも其のすべてが當該學校社會内に於ける法的規範たることは毫も變りがないのである。又一工場内には織工其他従業員の遵守すべき成文乃至不文の従業員規則が一般に存在する。而して従来我國の慣行に於ては工場主が一方的專權的に之を制定して居る。乍併、恐らく將來に於ては、現に諸外國に於て廣く行はれつゝあるが如く、職工の代表者たる工場委員會に相談し其協賛を以て立憲的に従業員規則を制定する事例も少からず發生するに違ひない。而かも、其れ等制定手續の

如何に關係なく、従業員規則夫れ自身が工場社會の法律として其處に規範的効力を有すべきは極めて明瞭である。而してこの種の事例は、資本家労働組合の間に締結せらるゝ労働協約に依つて彼等の間を支配すべき雇傭基準を發生せしむるの現象に付いても亦之を認むることが出来る。果して然らば、一社會に於て法律的効力を有する規範に付いては、それが必ずしも慣習に基いて發生したものでなくとも、國家の裁判所が當該社會内に發生した法律事件を裁断するに付いては、慣習法を援用すると全然同一の態度を以て、廣くかゝる社會的規範を援用し、以て之を裁判の基礎とするのが理論上妥當であると言はねばならない。従來學者は一般に慣習法は法例第二條あるの結果として、其の規定の範囲内に於て國家的法律になるものと考えて居る。従つてかくの如き特別の法律なき限り、それ以外の社會的規範は國家的法律たるの効力を有せず、従つて之を裁判の基礎に加ふことを得ざるが如く考へて居る。さりながら、社會的に發生した慣習法は國家が如何に規定しようとも夫れ自身永く社會的規範たることを失ふものにあらざること上述の通りである。裁判所は唯法例第二條の標準に準據しつゝ、社會的規範たる慣習法を其のまゝ適用して裁判の基礎とするのであつて、それは恰も法例第三條以下が我國裁判所に於て外國法を適用すべき基準を規定して居るのと全く類を同じうするものと言はねばならない。蓋し裁判所は或る種の法律的事件を裁断するに付き法例第三條以下の基準に従つて外國法を適用する。而かもそれが為め外國法變じて我が國法となるのではない。果して然らば、裁判所の社會的規範たる慣習法を適用すべき基準が如何に國家法によって定められて居らうとも、それが為め慣習法變じて國家的法律となるものと見るのは甚しく當を得て居ない。而して慣習法と法例第二條との關係をかくの如くに解する以上、慣習に基かずして發生したる幾多の社會的規範も亦國家の裁判所に於て全然其適用を拒むことは甚しく當を得ないのであつて、私は同じく法例第二條と同様の範圍内に於て廣く社會的規範の適用を為すことは常に

裁判所の権能であり又職責であらねばならぬと考へる。従来學者は一般に例へば従業規則労働協約の類が關係労働者を羈束する所以を説明するが為め、契約の法理を援用し當事者の承諾を根據として其の法律的拘束力を説明せむと試みる。併しそれは畢竟吾々を拘束するものは國家的主權及び吾々自らの自由意思のみに限るとする第十八世紀的個人主義的法律思想の遺物に過ぎないのであつて、社會は其の廣狹大小に關せずすべて自ら法律を制定し又自ら之を支持し實施するの力を有するものなることを忘れて居るものと言はなければならない。

かくの如く、國家の裁判所は國家自らの制定にかざる各種の社會的規範を裁判の根據として適用することが出来る。果して然らば、國際社會の慣行乃至條約に基いて發生した國際法も亦國際社會の社會的規範なるが故に、上記國內的社會規範を適用すると同様の態度を以て之を裁判の基礎に加へ得ること又極めて當然たりと言はねばならない。

尙民事法令の一法源として「條理」を擧ぐる學者が少くない。而して學者は其論據として屢々明治八年太政官布告第百三號裁判事務心得中民事裁判に付いては、「成文アルモノハ成文ニ依リ成文ナキトキハ慣習ニ因リ成文慣習共ニ存セザルトキハ條理ヲ推考シテ裁判スベシ」なる規定を援用するのである。勿論裁判最後の根據は條理であらねばならない。乍併、其の故を以て直ちに條理法なる法律が特に存続すると為し、裁判所が裁判の基礎として條理を援用するもの亦法律を適用するものに外ならぬと説くが如きは、徒らに裁判はすべて法律に準據して為されねばならぬといふ法治主義の獨斷に拘泥するものであつて、唯裁判「法に依りたり」との結果を導き出すが為め、本来法にあらざるものに向つてまでもすべて法なりとの説明を興へたまでのことであつて、言はゞ説明の辻褄を合はせる為めの自己欺瞞に過ぎないのである。

2

1

明治時代國際私法関連著作一覽

刊行年	著作・翻訳者	書名	備考（原著者など）
慶応元年	William Martin (丁躰良漢) 訳	万国公法	Wheaton
慶応4年	津田真一郎	泰西国法論 (列国庶民私法)	
慶応4年	箕作麟祥	國際法 (一名 万国公法)	Woolsey
慶応4年	鄭石十郎・呉硝三郎和訳	和解万国公法	Wheaton 丁躰良漢訳
慶応4年	提殺士志 (和訳)	万国公法釈義	Wheaton 丁躰良漢訳
慶応4年	瓜生三寅	交道起源	
慶応4年	箕作麟祥	國際法 (一名 万国公法)	Woolsey
明治3年	丁躰良 (漢訳)	公法便覽	Woolsey
明治3年	重野安釋訳	和訳万国公法	Wheaton
明治3年	箕作麟祥訳	佛蘭西法律書	
明治3年	福地源一郎訳	外国國際公法 上・下卷	de Martens
明治6年	箕作麟祥訳	國際濶一名 萬国公法	Woolsey
明治7年	若山儀一訳	万国通私法	Jhonston
明治8年4月	大築拙藏訳	惠頓氏万国公法	
明治8年11月	山崎直胤訳	佛國民法註釈	Picot
明治8年12月	中金正衛	佛蘭西法律民法略解	
明治9年4月	黒川誠一郎述	佛蘭西法律書 民法講義	
明治9年	大音竜太郎訳	堅土士万国公法	Kent
明治9年5月	高谷竜州註釈	万国公法蠡管	Wheaton 丁躰良漢訳
明治9年	秋山省吾訳	波氏万国公法	Halleck
明治10年	荒川邦藏・木下周一訳	海氏萬國公法	Heffter 丁躰良漢訳
明治12年	岸田吟香 和訳	公会法通 Bluntschli 丁躰良漢訳	
明治14年	斎藤修一郎訳	Wheaton	
明治15年	大築拙藏訳	万国公法	Wheaton
明治19年	仙田謹一郎訳	支那古代万国公法	Martin
明治20年	熊野敏三述	佛國民法前加 (明治大学講義録) 卷講義	
明治21年	三宅恒徳 訳	國際法上卷	Hall

明治21年?	伊藤禎治述	国際私法		明治31年	磯部四郎	法例	
明治21年	沼崎甚三郎編述	萬國公法要訣		明治31年	中村進午	国際私法講義	
明治22年	フィルド氏	国際私法		明治31年	宮田四八訳	国際私法及ヒ 国際刑法論	
明治22年	光妙寺三郎訳	国際私法講義	シャルルプロシェ			Lutwig von Bar	
明治22年	宮岡恒治郎訳	国際私法	チイソン 明治 22-26年 講義	明治31年	岸本辰雄 (明治32年7月第4版)	法例講義	
明治22年	穂積陳重	国際私法の性 質を論ず		明治31年	中村太郎	国際私法	
明治22年	熊野敏三起稿	民法草案人事 編理由書「法 例」		明治31年	岸本辰雄	法例講義	
明治23年8 月	伊藤禎治	国際私法		明治32年?	丸尾昌雄	法例講義	
明治23年	堀田正忠	法例釈義		?	丸尾昌雄	新法例	
明治23年	古田兼三・南 亀	日本法例明解		明治32年	石光	国際私法図解	
明治23年	中山正一郎	日本民法問答 正解・法例人 事篇之部		明治32年	丸尾昌雄	法例	
明治23年	安達峰一郎	国際法上巻		明治32年	寺尾亨述	国際私法講義	
明治24年	岸本辰雄	法例正義		明治33年	山口弘一述	法例講義	
明治24年	ダイシー	英吉利法の一 (法協9巻8号32頁、 部として国際9号49頁、10号35頁) 私法を論ず		明治33年	山口弘一	国際私法提要	
明治24年	手塚太郎	日本法例釈義		明治33年11 月	野澤武之助・ 山口弘一	国際私法論	
明治24年	坪谷善四郎	日本法例注釈		明治33年	立作太郎	国際私法	
明治25年	穂積陳重	国際私法序		明治33年	入江良之訳	国際私法要論	アッセル
明治25年	福原鎌二郎・ 平岡定太郎	国際私法		明治33年	杉田金之助解 説	ダイシー氏国 際私法	
明治25年	植村俊平述	国際私法		明治34年?	野澤武之助	国際私法講義 完	
明治26年	織田萬	法例	東京専門学校	明治34年	榑原幾久若	法例講義	
明治26年	織田萬	法例講義	日本法律学校	明治34年?	野澤武之助	国際私法講義	
明治26年?	磯部四郎述	法例		明治34年	深井英五 (補 訳)	国際法要論	ウエストレーキ
明治26年?	穂積八束	法例		明治35年	中村進午	国際私法	
明治27年	両角彦六	法例		明治35年	花岡敏夫	国際私法ノ根 本的観念	
明治27年?	山田喜之助 述	国際私法		明治36年	中村次郎	国際私法	
明治27年	児玉錦平	法例講義		明治36年	山田三良	国際私法講義 完	
明治27年	秋月左都夫	法例		明治37年	皆木ト一郎	法例及ヒ国籍 法	
明治28年?	熊野敏三述	佛國民法前加 巻講義		明治37年	花岡敏夫	国際私法上ヨ リ観察シタル 我民事訴訟修 正案	
明治28年	黒川誠一郎述	国際私法講義		明治37年	織田 萬	法例 (完)	
明治29年	鳩山和夫	国際法		明治38年			
明治29年	織田萬	法例講義	日本法律学校	明治43年	跡部定次郎・ 毛戸勝元訳	國際民商法論 Meili (上、下)	
明治30年	板垣不二雄	国際私法論 上・下		明治43年	山口弘一	日本国際私法 論	
明治30年	寺尾亨	国際私法		明治44年	入江良之	国際私法講義	
明治30年	中村進午	国際私法講義		明治45年?	菱谷精吾	国際私法講義	
明治30年	石光三郎・森 惣之祐	国際私法図解					
明治30年	安達峰一郎訳	国際公法講義					

2

「民法の効力」の実定的意義は、明治29年に民法

第1編乃至第3編、明治31年にその第4編・第5編が公布・施行されて以降において、その体系的分析がなされて初めて論じられるようになるのであるが、民法の効力についての民法学者による説明は、すでに見たように、渉外的事案に対する民法の効力の問題としての国際私法の存在にふれるのが常である⁶⁾。しかしながら、国際私法自体は、明治の初期には独立の分野としては論じられることがなく、正確に言えば、上掲の明治時代における国際私法に関する著書の一覧に明らかであるように、明治10年ころまでは、まず万国公法の紹介、それも丁臚良漢訳のWheatonの万国公法の1865年の開成所による刊行から始まった、その和訳、次いで、Wheatonの原著からの和訳の刊行、また、Visseringの講義の西周による訳述の刊行、Woolsey、Kent、Heffterなどの著作の訳述やWheatonやWoolseyの原著が、南校、東京大学で用いられたことにより国際法の著作の中で論じられた国際私法に関する論述によって叙々にはあるが国際私法が我国に紹介されることとなった。他方では、江藤新平による明治3年以来の民法編纂の過程において、フランス民法の翻訳、紹介を通じて、その著作の中で国際私法が論じられ、さらに決定的には、旧民法、旧法例の編纂作業を通じて、民法とは独立の法分野としての

国際私法が論じられていたことが分かるであろう。

(1) そこで、以下には、まず、明治の初期において、邦訳され紹介された国際法の著作の中で、民法の効力乃至国際私法について論じている代表的著作を二点掲げたい。これらは、国家主権との関係で国法の効力を論じており、従って、国法の効力を確定するものとしての国際私法が登場する。特に、当時の国際法が、欧米諸国の間で生成したことを反映して、「半文明国」である日本に対してそのまま適用できるかが問題となり得るのであって、不平等条約の淵源ともなったことが想起される。

(1) 箕作麟祥訳『国際法一名万国公法』⁷⁾(明治6年3月)

上篇 三

(十二頁) 第六十八條

律法ノ牴触

凡ソ人ハ甲國ヨリ乙國ニ其家住地ヲ移シ其兩國ニ於テ財産ヲ有スルコトアリ又丙國ニ於テ契約ヲ結ビ丁國ニ於テ之ヲ踐行ス可キコトアリ又戊國ニ於テ人ノ遺物ヲ承継シ己國ニ於テ己ノ遺物ヲ人ニ傳フルコトアリ而シテ方今ハ世上貿易ノ道漸ニ開ケ各國人民互相ノ往来次第ニ般盛ナルヨリ人民私權上ノ關係ハ獨リ其家

6) なお、梅謙次郎は、その『民法原理 総則』(明治32年)(明治32年和仏法律学校講義)20-21頁において、国際私法についてふれている。「此ノ如ク觀察點ノ如何ニ因リテ其範圍ニ廣狹ノ差アリ彼ノ國際私法ハ國法ナリヤ將タ國際法ナリヤノ問題ハ實ニ此觀察ノ如何ニ因リテ自ラ其決定ヲ異ニスヘシ即チ其淵源ヨリシテ之ヲ觀察スレハ固ヨリ國法ニ屬ス何トナレハ外國ニ在ル日本人又ハ日本ニ渡來セシ外國人カ日本ノ法律ニ從フヘキヤ否ヤハ一日本ノ主權者ニ於テ之ヲ定ムヘキモノナレハナリ唯時トシテハ條約ヲ以テ之ヲ定ムルコトアルト雖モ條約ハ必スシモ直ニ法律タルノ効力ヲ有セス故ニ國法タルニ於テ毫モ妨ナシ 然レトモ若シ之ヲ實體上ヨリ觀察スレハ寧ロ之ヲ國際法ナリト謂ハサルヘカラス是レ他ナシ國際私法ハ甲乙兩國人民間ノ關係ヲ定ムルモノニシテ一國內ニ限ルモノニアラサレハナリ要スルニ其決定ノ如何ハ觀察點ニ因リテ異ナルヘシト雖モ予ハ寧ロ之ヲ實體上ヨリ觀察シテ國際私法ハ國際法ナリト曰ハントス蓋シ國際私法ハ二國以上ノ人間ノ關係ニ於テ各國其法律ノ規定ヲ異ニスルカメ為實際其適用ニ苦シム場合ニ於テ其孰レヲ適用スヘキカヲ定メタルモノナリ而シテ其原則各國區々ニ涉ルトキハ實際ノ不便尠カラサルヲ以テ此原則ハ主トシテ各國共通ノ慣習ニ基本ヲ取り各國共通ノ慣習ハ性法ヨリ出テタルモノ多シ隨テ之ヲ補フニ性法ヲ以テセサルヘカサル場合尠シトセス故ニ多數ノ國ニ就テ言ヘハ國際私法ノ大部分ハ性法ヲ以テ成レルモノナリト謂ハサルヘカラス然ルニ此性法ナルモノハ社會ノ狀態ニ依リ異ナルヘキモ兎ニ角人類一般ノ法則ナルカ故ニ淵源上ノ區別ハ之ト殆ト相容レサルモノアリ予カ右ノ如ク實體上ノ觀察ニ依リ國際私法ハ國際法ナリト謂フヲ以テ正鵠ヲ得タルモノト信スル所以ナリ世ニ或ハ國際法ヲ以テ法律ニアラスト為スモノアリ其理由ニ曰ク第一主權者ノ命令ニアラス第二制裁ナシト然レトモ二以上ノ主權者カ各其主權ニ據リテ定メタル法則ナルノミナラス予等ノ如ク性法ヲ認ムル者ノ為メニハ主權者ノ命令タルト否トヲ問フコトヲ要セス殊ニ其制裁ナシト曰フカ如キハ幼稚ナル社會ニ在リテハ國內ニ於テモ仲裁、戰爭ノ外法律ノ制裁ナカリシコトヲ知ラサル者ノ言ノミ

茲ニ國法ト曰フハ獨逸學者ノ所謂「シュターツレヒト (Staatsrecht) ニ非ス「シュターツレヒト」ハ予ハ之ヲ國事ト譯セン」

7) 原著は、Theodore Dwight Woolsey, Introduction to the study of International Law, 1864. 尤も、この訳者は1872年刊に基づくと「例言」にあるので第三版による。Woolseyは、1801-1889のアメリカ人学者、Yale 大学学長でもあった。箕作麟祥は、1846-1897

住地（十三頁）アル國ノ域内ノミニ之ヲ限定セサルニ及ヒ然リ而シテ各國ノ律法及ヒ訴訟ノ法式ハ互ニ許多ノ異同ニ因リ兩國ノ律法若シ互ニ抵触スルヲアラハ何レノ國ノ律法ニ據リ以テ之ヲ處斷ス可キヤ答ヘテ曰ク凡ソ此事ニ就キ最モ簡易ノ規則ハ裁判所々在ノ地ニ於ケル其律法羅馬語ニ此ノ律法ヲ稱シ「レキス、ロシ、フヨリ」「レキス、フヨリ」ト云フヲ以テ其地ニ訴出セシ諸般ノ權利義務ヲ裁定ス可キニ在リ而シテ自國ノ主權ノミヲ固執スル國ノ如キハ概スルニ此規則ニ循フ可シ然レトモサビニーカ言ノ如ク近世各國律法ノ旨趣及ヒ裁判所ノ習慣ハ敢テ其國ノ主權及ヒ地方裁判ノ權ノミヲ固執セント為スニ非ス其要ハ其土地ノ限界ニ管セス各訴訟ノ本性ト其要務トニ從ヒ之ヲ裁定スルニ在リ

第六十九條

國際私法

此ニ一箇ノ訴訟アル時之レノ斷定スルニ互ニ相抵触スルニ二國ノ律法中其何レヲ適用ス可キヤ之ヲ決定スルハ所謂國際私法プライヴェート、イントル子一ショナル、ロウニ在テ之レカ為メ亦豫一科ヲ名ケ法律抵触論コンフリクト、ヲフ、ロウスト云フ而シテ今之ニ命スルニ私法ノ名ヲ以テスル所以ハ即チ各人ニ於ケル私ノ權利ト私ノ關係トヲ規定スルニ在テ此ノ法ノ内國律法ト其異ナル所以ハ訴訟ヲ聽審スルニ地方ノ律法ヨリ却テ他國ノ律法ヲ用ヒ以テ審判ノ通則ト為スヲ許スニ在リ而シテ又之レニ命スルニ國際ノ名ヲ以テスル所以ハ蓋シ耶蘇教各國互ニ其内國律法ヲ異ニスト雖モ其訴訟ヲ斷定スルニ至テハ互ニ畧々相似タル大理ヲ採用シタルニ在リ

又之ニ下スニ法ノ名ヲ以テスル所以ハ即チ國際公法パブリック、イントル子一ショナル、ロウノ名ニ於ケルニ同シク敢テ主長ノ其權柄ヲ以テ之ヲ設立セシニ因ルニ非ス主長タル者或ハ他國ノ普ク採用スル所ニ倣ヒ或ハ自カラ正義ニ協フヲ思ヒ適意ニ之ヲ採用シタルニ因ル而シテ主長ノ之ヲ採用スルニ或ハ特ニ法ヲ設ケ以テ裁判所ニ指令セシ者アリ或ハ裁判所ニ權ヲ授興シ默許ヲ以テ之ヲ為シタル者アリ

此ニ又此國際私法ノ基礎ヲ考フルニ畢竟其基礎ハ外

國人ニ許ルシタル諸般ノ恩典ニ同シク（十五頁）必スシモ各國ノ挙ケテ眞ニ其正義ニ協ヒ已ム可カラサルヲ思倣セシニ因ルニ非ス仁惠ノ意ト各國互相ノ禮儀トニ因ルニ在テ所謂四海皆兄弟タルノ道ト其道ヨリ生スル互相ノ義務トヲ許認セシ者ナリ蓋シ今獨リ正義ノミニ限り以テ之ヲ論スルカ如キハ各國互ニ國ノ主權ヲ固執シテ蔽ニ之ヲ實際上ニ施行シ通親貿易ノ道必ス閉塞スルニ至ル可シト雖モ此私法ハ各國互ニ其好意ヲ以テ先ツ外國人ヲ遇スルニ寛典ヲ以テシ然ル後ニ眞ニ己レヲ利スルノ要道ヲ分明ニシ而シテ萬國ノ利ハ即チ己ノ利タルヲ發明センニ因ル者ナリ第二十條ノ項ヲ參考ス可シ

國際私法ノ進歩

國際私法ハ昔時羅馬ノ世ト中古トニ於テハ幾ント之ヲ知ルニ及ハス既ニシテ千六百年代以降荷蘭 佛蘭西 日耳曼等ノ法律學士殊ニ此學科ニ心ヲ用ヒ此學日ヲ逐ヒ徐ニ進歩シ尋テ千七百年代ニ至リ更ニ大ニ進歩スト雖モ方今猶未タ完全ノ者タルヲ得ルニ至ラス因テサビニーカ千八百四十九年ニ著ハシタル書ニ曰ク國際私法ノ學科中殊ニ其上篇（上篇ハ地ノ為メ各國ノ（十六頁）律法相抵触スルヲ論シ下篇ハ時ノ為メ相抵触スルヲ論ス）ニ付テハ今ニ至ル迄學士ノ説及ヒ裁判所ノ裁決紛々錯雜シ日耳曼 佛蘭西 英吉利 米利堅等ノ各國互ニ異同アラサルナシ然レトモ他ノ法科ニ比スレハ各國皆此法科ニ其意ヲ用フル最モ厚クカメテ互相ノ差異ヲ除キ互ニ同一タルヲ欲スルニ因リ顧フニ開化各國未タ普通一定ノ大理ヲ許認シ之ヲ採用スルニ至ラスト雖モ各國互ニ其心ヲ同ウシ此法科ヲ考窮シテ終ニ其大理ヲ採用セント求ムルハ其意特ニ切ナルカ故ニ方今此法科ヲ稱シ開化各國其通ノ資産ト謂フモ敢テ其當ヲ失ヒシ者ト為ス可ラス而シテ又此法科ハ方今猶未タ成熟ニ至ラスト雖モ其漸ニ進歩ス可キ模様ハストーリーカ秀逸ノ著書ニ就キ以テ明カニ其詳ヲ知り得ク且此書ハ諸般ノ事体ヲ網羅包括セサル者ナケレハ各考窮者ノ為メ甚タ有益ノ者タリト

國際私法中ノ大理大則

國際私法ノ條件ヲ審カニ為スハ法律學士及ヒ裁判官

ノ職任ニ在テ此書ノ如キハ纒カニ唯其（十七頁）一端ヲ窺フニ過キスト雖モ今此ニ耶蘇教各國法律家ノ畧々其説ヲ同ウスル大理ノミヲ取り簡易ニ節約シテ之ヲ次ノ數條ニ記ス可ク而シテ其軌範ト為ス者ハ前ニ記シタル高名ノ索國法律學士サビニーヲ指シ云フカ著ハセシ方今ノ羅馬法律説ト題セル書中第八卷ノ論説ニ據ル而シテ又國際法論ノ著者ハ往々國際私法ヲ捨テ之ヲ論セサル者アリト雖モ今此書ニ其大綱領ヲ擧クルハ蓋シ此私法ニ論スル所ハ各國互ニ同一ノ公道大理ヲ採用シ且同一ノ正理ヲ守テ相親ミ相愛スルノ意ヲ判然明晰ナラシムル益アレハナリ

第七十條

各人身分上ノ權利

國際私法中ニ敢テ異論ノアラサル大理凡ソ各人ボルソナル身分上ノ權利ヲ規定スルハ其家住地ノ法律ニ據ル一事ニ在リ而シテ國民タルノ身分、幼年、嫡出、狂癲等ノ諸事ヲ規定シ及ヒ婚姻ノ法ニ適セシト否トノ事或ハ妻タル者ノ權利ヲ規定スルハ皆其本人家住地ノ法律ニ據ル可シ故ニ其家住地ノ法律ニ據リ既ニマジョリチー丁年ニ至リシ後ニ契約ヲ結フ時ハ外國ニ於テモ其契約ノ効ハ依（十八頁）然トシテ又存ス可ク外國ノ法律ニ其者ト齡ヲ同ウスル者ヲ猶婚約者ト定メ做スニ敢テ管スルヲナシ又家住地ノ法律ニ人ノ妻タル者ニ自カラ契約ヲ結フヲ許ス時ハ其妻タル者其權利ヲ許サ、ル國ニ於テモ亦同一ノ權利ヲ行フヲ得可シ

此大則ニ據レハ人若シ其家住地ヲ變スル時ハ新ナル身分上ノ權利ヲ得テ外國ニ於テハ其人ノ所為ヲ量定スルニ其新ナル身分上ノ權利ヲ以テ之レカ標ト為ス可シ蓋シ此大則ハ固ト各國普通ノ者ト為ス可シト雖モ以前ノ家住地ノ裁判所就中本人生國ノ裁判所ハ其者ノ家住地ヲ變セシニ管セス猶其舊家住地ノ法律ヲ以テ之ヲ制セントセシ例間々少ナシトセス然レトモ此説ハ畢竟理ニ適セサル者ト謂フ可シ

各人家住地ノ法律ヲ以テ其身分上ノ權利ヲ規定スル大理ハ其原ク所ニ箇アリ即チ其一ハ若シ此大理ヲ定メサレハ各人其居所ヲ轉シ或ハ其動産ヲ般運スル毎ニ其權利、身分、品位等常ニ變易シ各國ノ為メ許多

ノ不便ヲ生ス可キニ在（十九頁）テ又一ハ各人自己ノ隨意ヲ以テ自己ノ身體ト身分トヲ其永ク住居スル地家住ノ地ノ法律ニ委附セシニ在リ

人ノ身分及ヒ其權利ハ其家住地ノ法律ニ據リ之ヲ規定ス可キ通則ノ例外法亦甚タ寡シトセス而シテ其例外法ハ各國々自カラ其國是或ハ其勸善ノ道又ハ其人權ノ説ニ戻リシ外國ノ法律ヲ其國內裁判所ニ於テ採用スルヲ允諾セサルニ起レリ因テ今其例外法中モ重要ノ者ヲ左ニ記列ス

○第一 若シ其本國ニ於テ邪教徒ト稱セラレ權利ヲ失ヒシ者外國ニ至ルニ其至リシ國ニ於テ邪教ヲ名トシ其人ノ權利ヲ奪フハ之ヲ善道ニ適セスト思做シ又ハ其至リシ國其邪教徒ト稱セラシ者ト法教ヲ同ウスル時ハ其國ノ裁判所ニ於テ其家住地ノ法律ヲ採用セス自國ノ法律ヲ通用ス可シ

○第二 若シ甲國ニ於テ寺院ノ永久土地ヲ所得ト為スヲ禁スル法律アル時ハ乙國ノ寺院ト雖モ甲國ノ裁判所ニ於テ永久土地ヲ所得ト為（二十頁）スノ權アルヲ述フ可カラス又之ニ反シ甲國ニ於テ寺院ノ永久土地ヲ所得ト為スヲ禁制スル法律ノアラサル時ハ乙國ノ寺院縱令自國ニ於テ此類ノ法律アリトモ甲國ノ裁判所ニ永久土地ヲ所得ト為スノ權アルヲ述フルヲ得可シ

○第三 數婦ヲ聽ルス國ヨリ一婦一夫ノ制度タル耶蘇教各國ニ來ル者ハ其數婦ヲ娶リシニ付キ權利ノ保護ヲ受ク可カラス蓋シ其所以ハ此一事ハ其者家住地ノ法律ヲ以テ之ヲ規定ス可カラス裁判所ヲ以テ之ヲ規定ス可キニ因レリ

○第四 サビニーノ説ニ凡ソ黑奴ノ隸役ヲ許サ、ル國ニ於テハ其國內ニ寄居スル賣奴ヲ其主長ノ私有物ト為シ以テ人權ヲ有セサル者ト為ス可カラス而シテ其然ル所以ハ蓋シ我國ノ大政上ニ賣奴ノ隸役ヲ許認セサルト我輩ノ識見ニ人ヲ物ト同視スルハ之ヲ善道ニ戻ルト為ストノ兩事ニ因レリト而シテ又フェリキス佛蘭西人ナリノ語ニ我國ハ外國人ノ奴隸ヲ携ヘ我領地内ニ來リ之ヲ奴隸ト為シ遇スルノ權ヲ外國人ニ許認（二一頁）セスト又ヘフトルノ語ニ苟モ善道ヲ守ル國ハ賣奴ノ制度ヲ許ルス可カラス而シテ縱令我

國ト親睦ナル國ニ賣奴ノ制度アリト雖モ我國ノ領地内ニ於テハ敢テ其制度ノ効ヲ生セシムルニ及ハスト

方今世界ノ大國ハ皆前ノ大理ヲ實際ニ適用シ既ニ佛蘭西ニ於テハ大氣ハ人ヲシテ自由タラシム奴隷タル者一旦自由國ノ大氣ヲ呼吸セハ其自由ヲ得可キヲ云フト言ヒ之ヲ實際ニ行フ久シク且其吉利ニ於テモ亦敢テ異ナル者ナク亨漏生ハ少シク其趣旨ヲ異ニスト雖モ概ネ又相同シ故ニ今賣奴ヲ載スル船若シ奴隷ノ使役ヲ許サ、ル國ノ海岸ニ於テ破壊シ賣奴等遁レテ其國ニ入ル時ハ特別ノ條約アルヲ除クノ賣奴ノ主長其自由ヲ得ルヲ妨ケ之ヲ私産ト為シテ追奪セント其國ノ裁判所ニ訴フ可カラス而シテ賣奴ノ斯克ノ如キ景状ハ恰モ生虜トナリ敵船内ニ幽閉セラル、兵士等中立國ノ港内ニ於テ其船ヲ逃脱セシ時其本國交^{ホストリミニ}回ノ權ニ據リ更ニ之ヲ捕獲ス可カラサルニ似タリ第百三十四條參考又賣奴ノ主長自己ノ意ヲ以テ（二十二頁）奴隷ノ使役ヲ許ルサ、ル國ノ管轄地内ニ賣奴ヲ携ヘ来リシ時ハ主長タル者其國ニ於テ已レノ權柄ヲ行フ可ラス且其賣奴ヲシテ強テ已レノ家住地ニ趣カシム可ラス而シテ其賣奴等斯克已レノ權利ヲ保護スル國ヲ其家住地ト定メ得可キハ敢テ其他ノ人ト異ナルヲナク縱令後ニ其賣奴等已レノ隸役セシ國ニ至ルヲアリト雖モ賣奴等全ク其家住地ノ法律ニ因リ自由ノ人タル待遇ヲ受ク可シ

（以下略）

（二十四頁）

第七十一条

財産所有ノ權

凡ソ動産ハ其所有者家住地ノ法律ヲ以テ之ヲ規定ス可ク不動産ハ其所在ノ地ノ法律「レキス、ロシ、レイ、シター」ト云ヒ又「レキス、レイ、シター」ト云フヲ以テ規定ス可キノ大則ハ方今普ク行ハル、所ト雖モサビニーヲ首トシ日耳曼ノ法律學士輩ハ動産不動産ノ別ナク總テ物件所在ノ地ノ法律ニ循フ可キヲ論シ而シテ近歲世上ニ行ハル、語二人ノ動産ハ其人居住ノ地ニ其人ト共ニ轉移スモビリア、ラツシビニス、インヘレ

ントト謂フハ即チ動産ハ其所有者家住地ノ法律ヲ以テ之ヲ規定スヘキノ大則ト符合セシ者タリ故ニ我米利堅ノ如キモ亦此大則ヲ遵法スト雖（二十五頁）モ此大則ヲ非議スル説モ亦頗ル其理アル者タレハ今左ニ之ヲ記列ス

○第一 抑々物件ニ付キ其權利ヲ得ル場處ハ即チ其物件所在ノ地ニシテ凡ソ物件ニ付キ其權利を得ント欲スル者又ハ其權利ヲ有シ之ヲ行フ者ハ畢竟之レカ為メ其所在ノ地ニ趣キ自己ノ意ヲ以テ故ラ其地ノ法律ニ循フ者ナリ此ニ由テ之ヲ言ヘハ物件所有ノ權ニ付キ其物件所在ノ地ノ法律ヲ適用ス可キハ猶人ノ權利ニ付キ其家住地ノ法律ヲ適用ス可キト敢テ異ナルヲナシ

○第二 此ニ又何レノ人ノ家住地ノ法律ニ因リ以テ動産ヲ規定ス可キヤ間々其一定シ難キ者アリ譬ヘハ今動産所有ノ權ヲ轉移スルニ方リ之ヲ規定スルカ如キ固ト其所有者家住地ノ法律ニ循フ可キヲ謂フト雖モ要スルニ其所有者ハ從來ノ所有者ヲ指シ之ヲ云フヤ又ハ新タニ獲タル所有者ヲ指シ之ヲ云フヤ其疑ヲ免ル、能ハス又動産所有ノ權ニ付キ之ヲ得ント互ニ争フ者二人アル時ノ如キ畢竟其中何レノ人ノ（二十六頁）家住地ノ法律ニ循ヒ以テ其争ヲ斷定ス可キヤ是レ亦判然タラサル者ナリ

○第三 動産中ニ其性質互ニ相異ナル者二種アリ即チ一ハ家什、蔵書、珍奇物品等ノ如ク常ニ一箇ノ處ニ在テ其動かサル稍々不動産ニ類似スル者ナリ又一ハ旅客ノ旅具、商估ノ搬運スル貨物等ノ如ク常ニ其處ヲ變シ特ニ其所在地ノ法律ヲ適用ス可カラサル者ナリ而シテ其第一種ニ付テハ不動産ニ於ケルカ如ク其所在地ノ法律ヲ適用ス可カラサルノ理ナク又其第二種ニ付テハ其所有者何レノ地ニ其物ヲ留メ更ニ移動セサルノ意タルヤ之ヲ考窮シ以テ其所在地ノ法律ヲ指定ム可シ蓋シ其所有者ノ指目スル所其家住ノ地ニ在レハ家住地ノ法律ト物件所在地ノ法律ト相合シ以テ其物件ヲ規定ス可ク若シ然ラサレハ其所有者ノ意家住地ニ非サル物件所在地ノ法律ニ循ヒ以テ其物件ヲ規定セシト欲スルニ在リ

人ノ財産ヲ所得ト為シ又ハ之ヲ讓與販賣スル權利ハ

前ニ記シタル人權ノ一タレハ皆其家（二十七頁）住地ノ法律ニ循ヒ之ヲ斷定ス可シ

物ヲ私有ノ財産ト為シ得可キヤ否此事ヲ斷定スルハ其物所在ノ地ノ法律ニ循ヒ又物ヲ占有シテ所得ト為スノ權及ヒ其權ノ制限ヲ斷定スルモ亦相同シ

財産所有ノ權ヲ随意ニ轉移スル法式ニ付テハ各國互ニ其法ヲ異ニシ且國際法學士ノ說モ亦一定ナラスト雖モサビニーノ說ニ據レハ其法式ニ付テハ家住地ノ法律ニ又ハ契約ヲ結ヒシ地ノ法律ヲ問フコトナク物件所在地ノ法律ニ循フ可シト

不動産ニ管スル^{プレスクリプション}期滿所得ノ權ヲ規定スルニ付テハ衆論ニ一物件所在地ノ法律ヲ適用ス可キニ歸シ敢テ疑フ可キ者アラスト雖モ動産ニ管スル期滿所得ノ權ヲ制定スル其法律ヲ定ムルニ付テハ學士ノ說互ニ相異ナルコト猶各國ノ法律互ニ相異ナルカ如シ故ニ今各國法律ノ梗概ヲ舉クルニ例ヘハ羅馬ノ法律ハ動産ニ付キ期滿所得ノ權ヲ得ル其期限ヲ三年ト定メ^{ヌ漏生}ノ法律ハ之ヲ十年ト定メ佛蘭西ノ法律ハ盜奪（二十八頁）物ニ又ハ遺失物ニ付テハ之ヲ三年ト定メ其他ノ動産ニ付テハ現ニ保有スル者ヲ即チ其所有者ナリト看做スカ如シ

佛蘭西民法第二千二百七十九條ニ曰ク動産ニ付テハ現ニ之ヲ保有スルヲ以テ証書ニ等シキ効アリトス可シト

期滿所得ノ權ヲ得ルハ固ト間斷ナク其物件ヲ保有スルニ在テ保有ハ即チ一箇ノ^{ファクト}實事タルニ因ル所ナレハ此權ヲ制定スルニ付テハ其實事ノアリシ地ノ法律ヲ適用ス可キコト敢テ疑フ容レサル所ナリ

物件所有ノ權ヲ己レニ得可キ理アリト述フル訴ハ之ヲ為ス地ノ法律レキス、フアリヲ以テ裁定ス可ク而シテ其訴ヲ為ス地ノ法律ハ或ハ物件所在地ノ法律タルコトアリ或ハ被告人家住地ノ法律タルコトアリ

又人ニ管ハラス物ノ固有ニ屬スル權利ジュラ、イン、レー例ヘハ土地ニ付テノ權利セルビチュード、ラン、レンド及ヒ他人ノ所有スル土地ヲ耕シ又ハ之ニ造築ヲ為ス權利ノ如キハ皆物件所在地ノ法律ヲ以テ之ヲ（二十九頁）規定ス可シ

第七十二條

契約ノ權

契約ノ一事ニ付テハ其契約ノ争ヲ出訴ス可キ裁判所フォリ、ユム、コントラクチュスト其裁判所ニ於テ適用ス可キ法律トヲ定ムルコト甚タ重要ニシテ（第一）其裁判所ヲ定ムルニハ先ツ契約ノ管係最モ多ク且其眼目ト為スノ地如何ヲ定メサルヲ得ス而シテ斯ノ如キ地ハ僅カニ唯二箇ニ過サル者トシ即チ其ノ一ハ契約ヲ結ヒシ地又一ハ之ヲ踐行ス可キ地ナリ然レトモ契約ヲ結ヒシ地ノ如キハ原ト偶然ニ屬シ契約ノ為メ必スシモ緊要ト為ス可キニ非ス又契約ヲ成就スル處分ニ必スシモ管係アルニ非ス故ニ契約ヲ為ス雙方ノ意其契約ヲシテ之ヲ結ヒシ地ト相關接セシムルニ在ルコト判然タルニ非サレハ其地ノ裁判所ニ於テ其契約ノ争訟ヲ管轄スルノ理ナシ然ルニ契約ヲ踐行ス可キ地ニ至ラハ之ト相異ナリテ其契約ヲ完全具備セシムル主眼ノ者タレハ若シ其契約ニ付キ争訟ノ生スル時ハ必ス其地ノ裁判所ニ之ヲ出訴ス可キナリ

（三十頁）茲ニ又一ノ疑問アリ曰ク契約ヲ踐行ス可キ地トハ何ソヤ答テ曰ク其地ハ蓋シ其契約ヲ結ヒタル雙方ノ明示又ハ黙示ヲ以テ之ヲ知ル可シ因テ今其數例ヲ左ニ掲ク

○第一 雙方明カニ其意ヲ表示セシ時又ハ其意ヲ表示セスト雖モ特ニ一箇ノ定マリシ地ニ管セル時例ヘハ、家屋修繕ノ契約、家屋又ハ土地貸借ノ契約、後見ノ契約、諸事代理又ハ特別代理ノ契約等ノ如ク而シテ此等ノ契約ハ其踐行ス可キ地ヲ定ムルニ難事ナキ者トス

○第二 負債者其負債ヲ償ハサル前ニ其家住地ヲ變スル時ハ以前ノ家住地ヲ以テ契約踐行ノ地ト為ス可シ而シテ其故ハ雙方ノ意原ト以前ノ家住地ヲ以テ負債償還ノ地ト定メ為シタルニ因レリ

○第三 人已レノ家住地外ニ於テ契約ヲ為ス時ハ其景況ニ因リ其契約ヲ結ヒタル地ヲ之ヲ踐行ス可キ地ト看做スコトアリ或ハ又然ラサルコトアリ例ヘハ人ノ温泉場ニ（三十一頁）趣キ滯留間其房室ノ借料及ヒ飲食料ノ為メ債ヲ負フ時ハ其處

ヲ以テ契約踐行ノ地ト為シ又同一ノ場處ニ於テ商業上ノ契約ヲ為ス時ハ必シモ其處ヲ以テ契約踐行ノ地ト為ス可カラサルカ如シ

○第四 契約ノ模様ニ因リ其踐行ノ地ヲ定ムル能ハサル時ハ負債者ノ家住地ヲ以テ其踐行ノ地ト為シ其地ノ裁判所ニ其争訟ヲ訴出ス可シ

(第二) 裁判所ニ於テ適用ス可キ法律ヲ定ムル規則ハ亦裁判所ヲ定ムルニ同シク因テ今之ヲ左ニ鮮明ス

○第一 契約ニ其踐行ノ地ヲ明カニ指定シテ又ハ明カニ指定メスト雖モ特ニ一箇ノ地ニ於テ之ヲ踐行ス可キヲ知得ス可キ時ハ其地ノ法律ヲ適用ス可シ

○第二 人其營業ヲ継行シ以テ債ヲ負フタル時ハ其營業ノ地ノ法律ヲ適用ス可シ

○第三 人其平生ノ營業ニ管ハラス一箇ノ特別ナル所為ニ因リ己レノ家住地ニ於テ(三十二頁)テ債ヲ負フタル時ハ縱令其家住地ヲ變スルトモ以前ノ家住他ノ法律ヲ適用ス可シ

○第四 人其家住地外ニテ契約ヲ結ヒ其景状ニ因リ一時滞在ノ地ニ於テ之ヲ踐行ス可キヲ知得ス可キ時ハ其滞在ノ地ノ法律ヲ適用ス可シ

○第五 前四箇ノ規則ヲ以テ訴訟裁定ノ法律ヲ定メ得ル能ハサル時ハ契約ノ義務ヲ負ヒシ者ノ家住地ノ法律ヲ適用ス可シ是蓋シ契約ヲ結ヒタル雙方ノ意ヲ以テ其契約踐行ノ地ヲ指定メサル時ハ負債者ノ家住地ニ於テ之ヲ踐行セント思惟セシヲ想料ス可キカ故ナリ

又契約ノ争ニ付キヲ訴ヲ為ス者ハ其踐行ノ地ノ裁判所ニ出訴スルヲ通常ト為スト雖モ亦其被告人家住地ノ裁判所ニ出訴スルヲ自由ナリトス而シテ此兩處ノ裁判所ニ於テ其適用ス可キ法律ヲ定ムルノ規則ハ前文ニ記スルカ如ク契約踐行ノ地ヲ定メ得可キ時ハ其地ノ法律ヲ適用シ又其地ヲ定メ得可カラサル時ハ當然雙方ノ(三十三頁)思惟セシヲ想料シ得可キ地即チ契約ノ義務ヲ負ヒシ者ノ家住地ノ法律ヲ適用ス可シ

又上ニ定メタル法律適用ノ規則ニ循ヒ其法律ヲ用フル時ハ契約ノ効ヲ失ヒ家住地ノ法律ヲ用フル時ハ契

約ノ効ヲ生スルヲアルカ如キハ要スルニ其契約ヲ結ヒシ者ノ意原ト之ヲ結フノ眼目ヲシテ無益タラシム可キ法律ニ循ヒシニ非サルハ分明ナリ

人ノ契約ヲ結ヒ得可キ權利ノ有無ハ本人ヲ制治スル法律即チ其家住治ノ法律ニ循ヒ之ヲ定ム可シ

又契約者ノ義意ヲ釋解スル方法ハ方今普ク行ハル、說ニ據レハ其契約ヲ結ヒシ地ノ法律及ヒ習慣ニ循フ可シト雖モサビニーノ說ニ據レハ字義釋解ノ眼目ハ原ト其適用ス可キ法律規則ヲ發明スルカ為メニ非ス萬國普通ノ釋解規則ニ循ヒ雙方ノ意思如何ヲ發明スルニ在リト

契約ノ効ノ有無ハ一ハ其形フアーム即チ法式ニ管シ一ハ其サフスタンスサフスタンス實即チ事柄ニ管ス而シテ其形ニ付テハ之ヲ第七十五(三十四頁)條ニ審カニス可ク又其實ニ因リ効ノ有無ヲ定ムルハ通常其契約ヲ統制スル地ノ法律ニ在リトス故ニ契約ノ争ヲ訴出セシ裁判所々所在ノ地ノ法律ニ嚴ニ其契約ノ實ヲ禁制スル時ハ其法律ニ循ヒ契約ヲ廢棄ス可ク假令ヘハ今貸金利息ノ契約ニ付キ其争ヲ或地ノ裁判所ニ訴出シ其地ノ法律ニ重利禁制ノ條アリテ斯ノ如キ契約ヲ効ナキ者ト為スカ如キハ裁判官本地ノ法律ヲ適用シ以テ其契約ヲ廢棄ス可シ

バンクアラブシーバンクアラブシー又家産分散ノ事ニ付テハ各國ノ法律互ニ異同アルカ故ニ之ヲ裁定スル最簡便ノ法則ハ分散人家住地ノ裁判所ニ於テ各債主ノ討索スル其額ヲ定メ且本人ノ内地ニ於テ所有スル財産ヲ各債主ニ分派スルニ在リトス、然リ而シテ又此ニ許多ノ困難ヲ免ル、能ハサルカ故ニ今試ミニ之ヲ言フニ凡ソ債主中ニ其貸金ノ償還ヲ求ムル權ノミヲ有スル通常ノ債主アリ或ハ負債者ノ財産ヲ抵當ト為ス特權ヲ有スル債主アリ而シテ又其抵當ト為ス財産中ニ或ハ外國ニ在ル不動産アリ且外國ノ君主又ハ裁判所ニ於テ(三十五頁)分散人家住地ノ裁判所ト互ニ商議協和シ以テ之ヲ處置スルヲ肯セサル者間々少カラサレハ家産分散ノ訴訟ハ之レカ為メ其裁定ヲ為ス甚タ容易ナラス因テ或ル學士ノ說ニ據レハ分散人家住地ノ裁判所ハ敢テ其外國ニ於テ所有スル財産ヲ算セス獨リ其國內ノ財産ノミヲ處分シ各債主ハ互ニ分散人ノ財産所在地ノ各國裁

判所ニ出訴ス可シト蓋シ英國ノ裁判所ニ於テハ分散人ノ財産ヲ各債主ニ分派スルニ外國ニ在ル財産ハ其動産ノミヲ分派中ニ加ヘ又米利堅ノ裁判所ニ於テハ外國ニ在ル動産及ヒ不動産ハ之ヲ其分派中ニ加ヘサルヲ常トス然ルニサビニーノ説ニ於テハ外國ニ在ル財産ニ付キ生スル所ノ難事ニ管セス分散人家住地ノ裁判所ニ於テ其分散ニ管スル諸般ノ事務ヲ總テ裁定スルヲ得可シト

第七十三條

承継ノ權

承継ノ權ハ原ト死者ニ因テ生スル者タレハ死者ノ家住地ヲ以テ其權ヲ行フ可キ地ト定ム可シ故ニ其權ニ付キ生スル訴訟ハ死者最後ノ家（三十六頁）住地ノ法律ヲ以テ之ヲ裁定ス可ク而シテ其家住地ノ法律ト相匹ス可キ者ハ僅カニ唯物件所在ノ地即チ遺產所在ノ地ノ法律ノミニ過キス然レトモ其遺產ナル者ハ之ヲ概言スルニ凡ソ各處ニ在ル物件及ヒ諸般ノ權利ニシテ稍々幻想ニ屬スルヲ免レサレハ要スルニ其所在地ノ法律ハ之ヲ以テ承継ノ權ヲ裁定ス可キニ非ス此ニ由テ之ヲ觀レハ承継ノ權ヲ裁定ス可キハ獨リ死者家住地ノ法律ノミニ在リトス

前ニ記スル大則ハ頗ル其當ヲ得ル者ト雖未タ普ク實際ニ行ハル、ニ至ラス故ニ往時ハ各遺產ヲ規定スルニ皆其所在ノ地ノ法律ヲ以テスルヲ常トシ殊ニ第六十三條ニ記スル諸侯^{ドロワ、ドゥベイン}ノ權ノ如キハ其甚シキヲ極メシ者ナリ又今世ニ至英佛米ノ裁判所ニ於テハ物件ノ何レニ在ルヲ問ハス諸動産ノ承継ヲ規定スルニハ家住地ノ法律ヲ適用シ諸不動産ノ承継ヲ規定スルニハ其所在地ノ法律ヲ適用スルヲ常トス又日耳曼ニ於テハ千八百年代ノ初メ以來動産ト不動産トノ別漸ヲ逐ヒ消滅シ各種ノ遺產ヲ規（三十七頁）定スルニ皆家住地ノ法律ヲ適用スルニ及ヘリ」又遺囑ノ訴及ヒ遺囑ナキ遺產ノ訴ヲ裁定スル者ハ死者最後ノ家住地ノ裁判所タル可シ

又人ノ遺囑ヲ為ス可キ權利ヲ其法律上ノ身分ニ付キ言フ時ハ遺囑ヲ為ス時ノ家住地ノ法律又ハ死去ノ時ノ家住地ノ法律ヲ以テ之ヲ規定ス可ク故ニ此二箇ノ

法律ニ因リ其効ナキ遺囑ハ無益ノ者トス例ヘハ今此各地ノ法律ニ人民ニ遺囑ヲ為スノ權ヲ授ケス遺囑ナキ承継法ヲ用ヒ遺產ヲ裁定スルカ如キハ縱令其各地ニ於テ遺囑ヲ為スト雖モ其効ナカル可シ又人ノ遺囑ヲ為ス可キ權利ヲ其天然上ノ身分即チ年齡等ニ付キ言フ時ハ遺囑ヲ為セシ時ノ家住地ノ法律ヲ以テ之ヲ裁定ス可ク而シテ其遺囑ノ事柄及ヒ其文詞ヲ釋解スルニモ亦此家住地ノ法律ヲ適用ス可シ

遺物承継人ノ權利ハ其承継ノ時ノ家住地ノ法律ヲ以テ之ヲ規定ス可シ然レトモ承継人ノ家住地ノ法律遺囑者ノ家住地ニ行ハル、勸善ノ教又ハ政治ノ説ニ反シ其承継人ニ承継ノ權ヲ許（三十八頁）認セサル時ハ遺囑ノ裁判所ノ法律即チ通常遺囑者ノ家住地ノ法律ヲ適用シテ其承継ノ權ヲ定ム可シ

第七十四條

族權

又人ノ族權^{ファミリー、ライト}ハ之ヲ夫婦結縁上ノ權ト後見ノ權トノ二種ニ分チ（第一）而シテ夫婦結縁上ノ權ヲ規定ス可キ其法律ノ如何ヲ問フニ元來此權ヲ行フ地ハ一家ノ長即チ夫ノ住所ニ在ルカ故ニ夫ノ家住地ノ法律ヲ以テ其權ヲ規定ス可ク夫婦互相ノ接際ヲ定ムルニ付キ婚姻ヲ行ヒシ地ノ法律ハ敢テ之ヲ重要ノ者ト為スヲナシ然レトモ英米兩國ニ於テ方今行ハル、説ハ婚姻契約ノ効ノ有無ヲ定ムルハ婚姻ヲ行ヒシ地ノ法律ニ據ル可キ者トス

婚姻ヲ為スノ障礙ハ或ハ雙方本人一己ノ身分ニ管シ或ハ互相ノ親縁ニ管ス而シテ今普通ノ大理ニ就キ之ヲ推考スル時ハ婚姻ノ成否ヲ定ムル婦女ノ身分ハ原ト其婦女ノ國ノ法律ニ據リ規定ス可キガ如シト雖モ婚姻ノ成否ヲ規定スル其法律ハ畢竟各國ノ法教及ヒ勸善ノ道ニ據（三十九頁）リ之ヲ設クルカ故ニ已ムヲ得ス男ノ家住地ノ法律ニ循ヒ其障礙ノ有無ヲ定ム可ク女ノ家住地又ハ婚姻ノ式ヲ行フ地ノ法律ニ循ヒ之ヲ定ム可カラサルニ至レリ蓋シ婚姻障礙ノ一事ニ付テハ各國ノ法律互ニ許多ノ異同アリ

又婚姻ヲ行フニ必要ノ法式ハ之ヲ行フ地ノ法律ヲ以テ規定ス可キヲ一般普通ノ定論トス然レトモサビニーノ説ニ據レハ婚姻ヲ行フニ法教禮式ヲ必要ト為

ス國ノ人民ハ外國ニ至リ其至リシ國ノ法律ニ循ヒ法
教ニ管セサル婚姻ノ式ヲ行ヒシ時本國ニ在テハ其婚
姻ヲ確の者ト為ス可カラス更ニ本國ニ歸リ法教ノ
式ニ循ヒ婚姻ヲ行フ可ク而シテ其故ハ本人家住地即
チ本國ノ法律ハ婚姻ヲ許ル可キヤ否ヲ定ムル法教
及ヒ勸善ノ道ニ原キ定メシ所ノ者タレハ本人必ス其
法律ヲ遵守セサル可カラサルニ因ルナリト

又夫婦雙方ノ財産ニ付キ争アル時ハ如何ナル法律ヲ
適用ス可キヤ此一事ニ付テハ學士輩ノ説未タ一定ノ
者アラス且各國ノ法律モ亦互ニ（四十頁）大差異ア
リテ之ヲ定ムル殊ニ難ク而シテ其中最モ一定シ難キ
者更ニ二件アルニ因リ今之ヲ言フニ其第一ハ夫婦ノ
外國ニ於テ所有スル財産ハ其内國ニ於ケル財産ト同
シク夫ノ家住地ノ法律ヲ以テ之ヲ裁定ス可キヤ否ノ
疑ニ在リ而シテストーリーハ其外國ニ於ケル財産ハ
其所在地ノ法律ヲ以テ之ヲ裁定ス可キ説ヲ稱ヘサビ
ニー及ヒフェリキスノ兩氏ハ家住地ノ法律ヲ以テ之
ヲ裁定ス可キ説ヲ主トセリ又其第二ハ夫婦結縁間ニ
其家住地ヲ變スル時ハ其財産ヲ如何ス可キヤノ疑ニ
在リ而シテ甲ハ以前ノ家住地ノ法律ヲ以テ夫婦ノ財
産ヲ裁定ス可シト為シ乙ハ新タナル家住地ノ法律ヲ
以テ之ヲ裁定ス可シト為シ丙ハ家住地ノ變スル前ニ
其所有セシ財産ハ以前ノ家住地ノ法律ヲ以テ之ヲ裁
定ス可ク其變住後ニ得タル財産ハ新タナル家住地ノ
法律ヲ以テ之ヲ裁定ス可シト為シ而シテ又サビニー
ノ説ニ據レハ夫婦雙方初メ其婚姻ヲ結フニ方リ當時
其居住スル地ノ法律ニ遵フ可キヲ默許セシニ在レハ
縱令日後ニ至ルト雖モ（四十一頁）常ニ其法律ヲ適
用ス可ク若シ更ニ他ノ法律ヲ適用スレハ婦ノ嘗テ婚
姻ヲ結ヒシ時其思考セセシ所ヨリ更ニ其權利ヲ減少
セシムルノ害ナシトス可カラスト

夫婦ノ間ニ於テ互ニ其遺囑ナキ遺産ヲ承継スルノ權
ハ死者ノ最後ノ家住地ノ法律ヲ以テ之ヲ規定ス可シ
又離婚ハ風俗及ヒ法教ト相管スル者タレハ各國嚴ニ
之レカ法律ヲ定メ其國ノ裁判官必ス其法律ヲ適用セ
サル可カラス而シテ其法律ハ夫ノ以前ノ家住地ノ法
律ヲ用フ可カラス其現在ノ家住地ノ法律ヲ用フ可シ
何トナレハ夫婦タル者ハ固ト以前ノ家住地ノ法律ニ

據リ以テ離婚ヲ得ント求ム可キノ權ナク且ツ之ヲ要
スルニ其意中モ亦斯ノ如キ求メヲ為スノ念ナカル可
キニ因レリ而シテ又離婚ノ事ニ付テハ諸學士ノ説及
ヒ各國裁判所ノ裁定互ニ異同アリテ未タ之ヲ一定ス
ル能ハス

（第二）又後見ノ權ヲ論スルニ幼者家住地即チ死去シ
タル親ノ家住地ノ法律ニ循ヒ任ヲ得タル後見人ハ幼
者（四十二頁）ノ財産何地ニ在ルニ管セス之ヲ統括
ス可シト雖モ不動産ニ付テハ其所在地ノ法律ニ外國
ノ後見人ヲシテ之ヲ統制セシムルヲ許ルサル者ア
リ故ニ此ノ如キ不動産ノ為メニハ特別ノ後見人ヲ設
ケサル可カラス又米國ニ於テハ後見人ノ權ヲ僅カニ
唯其地方ノミニ限ル者トシ幼者若シ他國ニ行ク時ハ
後見人其幼者ノ一身ヲ統制スル權ヲ失ヒ又他國ニ在
ル幼者ノ財産ハ動産及ヒ不動産ノ別ナク之ヲ統制ス
ルノ權ナシトス

第七十五條

証書ノ法式

凡ソ各國ニ於テ法律ニ適シ確的ノ証書類ヲ記スルニ
必ス或ル法式ニ循フヲ要シ例ヘハ之ヲ証スルニハ若
干ノ証人ナカル可カラス又之ヲ公正ニ為スニハ官吏
ノ立會ナカル可カラサルカ如ク而シテ若シ各國ノ法
律ニ於テ証書ヲ確的ノ者ト為スニ必ス其國ニ定メタ
ル法式ニ循フヲ要スル時ハ實ニ其繁雜ニ堪ヘス間々
確的ノ証書ヲ作ル能ハサルヲアル可シ今試ミニ之ヲ
言フニ李國ノ如キハ裁判所ノ允許ヲ得ルニ非サ（四
十三頁）レハ遺囑書ヲ作ルヲ許ルサス佛國ノ如キハ
獨リ公証人ノ立會ヲ以テ遺囑書ヲ作ルヲ許ルシ其制
度相異ナルカ故ニ若シ李國諸般ノ遺囑書ヲ作ルニ其
地ノ如何ヲ問ハス必ス自國ニテ定メタル法式ニ循フ
可キヲ固執セハ佛國ニ在ル李人ハ遂ニ遺囑ヲ為スヲ
得ス之レカ為メ大ニ其一家ヲ害ス可シ然ルニ開化各
國ノ法律ハ如何ニ其姿ヲ異ニスト雖モ諸般ノ証書ヲ
確的ノ者ト為スニ必ス一箇ノ法式ヲ要スルハ敢テ其
旨趣ヲ異ニセサレハ方今普通ノ大則ニ於テ凡ソ証書
ハ之ヲ作ル其地ノ法律及ヒ習慣ニ循ヒ以テ其効ノ有
無ヲ定ム故ニ証書ヲ作リタル地ニ於テ之ヲ公正確的

ノ者ト為ス時ハ何レノ地ニ至ルト雖モ亦之ヲ公正確
の者ト為スニ在テ若シ或ハ此大則ヲ非ナリト為シ
考フルカ如キハ要スルニ一ノ証書ヲ作ル毎ニ甲國ノ
法式ハ如何乙國ノ法式ハ如何凡ソ各國ノ法式其如何
ヲ知ラサル可カラス是レ幾ント為シ難キ所ノ者タリ
而シテ此大則ハ之ヲ契約証書、遺囑書、婚姻証書等
ニ適用ス可ク人ノ身分及ヒ物權ニ付（四十四頁）テ
ハ適用ス可カラス

第七十六條

外國人ニ我裁判所ニ出訴スルヲ許ルスト

凡ソ各國ノ禮儀ニ於テ外國人ニ許スニ我國ノ裁判所
ニ自由ニ出訴セシムルヲ其常トス而シテ佛蘭西ニ於
テハ外國人ノ其國裁判所ニ出訴スル時本國人ト異ナ
リテ必ス裁判費用ヲ納ム可キ保証ヲ立テシムルノ法
ヲ設ケ其他歐洲大陸數國ノ法亦之レト相同シキ者ア
リ然レトモ佛蘭西ニ於テハ外國ト特別ノ條約アル時
又ハ商業上ノ訴訟ノ時ト外國人佛國內ニ其納ム可キ
裁判費用ヲ保証スルニ足ル不動産ヲ有スル時トハ此
法ヲ適用セス又英吉利ニ於テハ外國人現ニ其國內ニ
居ラサル時ニ非サレハ此法ヲ適用スルヲナシ

各國ニ於テ縱令外國人ノ其國內ニ家地ヲ有セサル
者ト雖モ之レニ許スニ他ノ外國人ニ對シ人權ニ管ス
ル争訟ヲ其國ノ裁判所ニ出訴セシムルヲ常トス然レ
トモ佛國ニ於テハ外國商估ノ訴訟ヲ為ス時又ハ外國
トノ條約ニ因リ特ニ外國人ノ權利ヲ保護ス可キ定メ
アル時ト外ハ（四十五頁）此仁惠ノ制度ヲ擧用セス
而シテ其旨趣ハ外國人ノ斯ノ如キ訴訟ヲ為ス可キ時
ハ原告人其本國ノ裁判所若クハ被告人本國ノ裁判所
ニ訴フ可シト為スニ在リ

外國人ニ對スル訴訟

又我國人ヨリ外國人ニ對シ訴訟ヲ為ス法則ニ付テハ
各國ノ法互ニ相異ナリ羅馬法ノ行ハル、各國ニ於テ
ハ原告人必ス被告人家住地ノ裁判所ニ出訴ス可キヲ
普通ノ定則トス然レトモ往々亦例外ノ法アリテ例ハ
ハ佛國ノ如キハ其國內外ノ別ナク外國人ヲシテ自國
人ト結ビシ契約ノ義務ヲ踐行セシムルニハ自國人ニ
其外國人ヲ自國ノ裁判所ニ呼出サシムルヲ許ルシ縱
令其外國人自國內ニ居ラサル者ト雖モ亦之ト同シク

而シテ又英吉利法律ノ行ハル、各國ニ於テハ原告被
告ノ何人タルヲ問ハス又訴訟ノ原因何レノ地ニ發ス
ルヲ問ハス人權ニ管セシ訴ハ本國ノ裁判所ニ之ヲ為
スヲ得ク物權ニ管セシ訴ハ其物所在地ノ裁判所ニ
之ヲ為スヲ定則トス

証拠ノ事

前ニ記セシ如ク凡ソ一國ノ法式ニ適セシ確的（四十
六頁）ノ証書類ハ其他何レノ國ノ裁判所ニ於テモ亦
之ヲ確的ノ者ト為スニ因リ推考スル時ハ凡ソ一國ノ
法ニ循ヒ証人ヲシテ証ヲ立テシメタル諸件ハ縱令証
人ヲ以テ証ヲ立ツルヲ許ルサ、ル國ノ裁判所ニ於テ
モ亦其証ヲ許認セサル可カラス故ニ甲國ニ於テ其事
ヲ証セシムルニ証人ヲ用フルヲ許ルセシ時ハ乙國ノ
裁判所ニ於テ其事ニ付キ証人ノ演ヘタル証ヲ許認セ
サルノ理ナシ是レ即チ各國普通ノ定論ナリ

此國ノ裁判所彼國ノ裁判所ヨリ依頼ヲ受クルト

又此國ノ裁判官彼國裁判所ノ倚頼ヲ受ケ以テ証人ヲ
吟味シ又ハ事物ヲ證明スルカ如キ諸件ヲ承諾シ兩國
互ニ其審理ノ所為ヲ助クルトアリ然レトモ此事ハ固
ト國際上互相ノ禮儀ニ原クニ過キサレハ若シ之カ為
メ公私ノ權利ヲ害ス可キ恐アルニ於テハ敢テ此法ヲ
適用ス可カラス而シテフェリキスノ説ニ據レハ英米
兩國ニ於テハ斯ノ如キ法ノ行ハレサルニ因リ若シ外
國ノ証人ヲ吟味セント為ス時ハ特ニ其裁判所ノ委員
ヲ証人所在ノ地ニ派出スルヲ其常トスト

第七十七條

（四十七頁）

外國裁判ノ効

凡ソ訴訟ヲ審判シ之ヲ執行スルハ各國互ニ其主權ニ
因リ以テ為ス所ニ出テ此國ノ審判彼國ニ至リ其効ア
ルハ要スルニ各國皆互相ノ禮儀ニ原クニ過キス而シ
テ國際法學士ノ説ニ凡ソ此國至當ノ裁判所ニ於テ其
法則ニ循ヒ上控ヲ許ルシ以テ訴訟ヲ審判シ其審判ニ
彼國ノ權利ヲ妨害スル條件アラサレハ彼國ニ於テ其
審判ヲ執行ス可キ猶彼國裁判所ノ審判ニ異ナルトナ
カル可シト言ヒ因テ此説次第二行ハレ方今ハ歐洲各
國互ニ之ヲ以テ其法律常慣ト為ス者多キニ居リ而シ
テ其中數國ハ此事ニ付キ互相ノ法則ヲ採用ス可
ルル、ヲフ、レシプロシター

キ條約ヲ結フニ及ヘリ然レトモ獨リ佛蘭西ハ其國內ニ於テ外國裁判所ノ審判ノ効ヲ限制スル法ヲ設ケ嘗テ千六百二十九年之レカ令ヲ布キ猶方今ニ行ハル、王命ニ據レハ凡ソ外國裁判所ノ審判ハ佛蘭西國內ニ於テ之ヲ執行ス可カラス又佛國人ノ外國裁判所ニテ審判ヲ受ケ負訴訟ニ至ルト雖モ更ニ自國裁判所ニ訴出シ其審判ノ更改ヲ求ムルヲ得可シト而シテフェリキスノ説ニ據レハ縦令佛國ニ於テ此法（四十八頁）律アリト雖モ外國裁判所ニテ外國人ノ負訴訟タルヲ定メシ審判ハ佛國ノ權利ヲ侵害スルニ非サレハ其國內ニ於テ之ヲ執行スルニ沮礙ナシト言ヒ又英國ニ於テハ其法則更ニ他國ニ異ナリテ英國人民ノ外國裁判所ニ出訴シ克訴訟ニ至リシ時ハ更ニ自國裁判所ニ其外國裁判所ノ審判ノ執行ヲ求ムルヲ許ルシ而シテ其然ル所以ハ蓋シ其訴訟ノ對手更ニ特別ノ確證ヲ立テサレハ外國裁判所ノ審判ニ從ヒ以テ其克訴訟ノ者ノ權利ヲ正當ノ者ト看做ス可キニ在レバナリ

(2) フィートン・万国公法

司法省版『惠頓氏萬國公法』明治15年6月印行（大築拙藏訳）⁸⁾

Wheaton の著作については、すでに前稿で紹介したのであるが、我国においても直接に影響を及ぼしたと思われる邦訳を掲げる。

(115頁以下)

惠頓氏萬國公法卷之四

第二編

第二章 法律制定ノ權ヲ論ス

國法制定ノ專權ヲ論ス

臺七十七條 凡ソ自主ノ國ハ其民ノ分位權利ヲ定メ及ヒ其疆内ニ在ル動産不動産ノ内國人外國人ニ属スルヲ問ハス法ヲ定メテ以テ之ヲ理ムルノ專權アリ然レトモ人我カ居住ノ地ヲ離レテ他國ニ不動産ヲ有スルヲアリ或ハ約定ヲ結ヒ遺書ヲ以テ他ニ不動産ヲ有スルヲアリ或ハ又他國ニ出テ、親族相續ノ故ヲ以テ

其身即チ相續人トナルヲアリ此ノ如キハ皆其人一身ニシテ同時ニ二國若クハ三國ノ法律ニ從ハサルヲ得ス即チ其人ノ本國ヌハ當時常住ノ地ノ法律ニ服シ或ハ貨物所在ノ地ノ法律ニ服シ或ハ約定ヲ結ヒ事ヲ執行シタル場所ノ法律ニ服セサルヲ得ス而シテ其本國ノ法律ニ服スルハ我カ生日ヨリ他ニ轉籍ノ時マテヲ以テ畢リ其他ノ二件ニ至テハ其所在ノ法律ニ從フ可キ筈ト雖モ或ハ減制スル所アリテ盡ク服スルニ非ス故ニ他國ニ不動産ヲ有スル者ハ稱ケテ不^{ノンレサイテント}住ノ^{ラントワツアネル}地主ト云ヒ又他國ニ在テ約定ヲ取締ヒ不動産ヲ有スル者ハ稱ケテ^{テンボラレン}暫^{サイデント}住ノ人民ト云フ而シテ此各國ノ法律固ヨリ異同アルヲ以テ屢々法律ノ爭端ヲ起シ何國ノ法律ヲ以テ其事ヲ理ム可キヤノ疑議ヲ生スルヲ果シテ尠ナカラス是ヲ以テ此爭端ヲ決定スル為^{プライベート、インテルネーションアルロー}ノ別ニ規則ヲ集成シ稱ケテ之ヲ私通ノ公^フ法ト云フ蓋シ各國政府交際ノ公法ト區別スル所以ナリ第七十八條 此爭端ヲ決スルニ大則ニアリ其第一則ハ各國皆自主ノ權アリテ我カ疆内ハ全ク專權ヲ有シ疆内ノ動産不動産地竝ニ疆内ノ民本國ニテ産レタルト否トニ拘ラス悉ク國法ヲ以テ之ヲ管轄シ又其疆内ニテ取結ヒタル約定其他百般ノ事件皆我カ管轄ニ歸セサルヲ得ス故ニ各國我カ疆内ノ動産不動産ヲ保持シ或ハ之ヲ授與スルノ例如何ヲ制シ或ハ疆内各人ノ分位ヲ定メ或ハ疆内ニテ起ル約定ノ正否ヲ斷シテ其權利義務ヲ明カニシ或ハ疆内ニテ訟ヲ起スノ事件等此等ハ皆自主國ノ專權ニ歸スル所トス其第二則ハ各國己レノ法律ヲ以テ直チニ疆外ノ貨物ヲ制スルヲ能ハス或ハ其本國出生ノ有無ニ拘ラス疆外ノ人民ヲ管轄スルヲ能ハス是レ右ノ第一則ト相表裏スルモニシテ蓋シ各國互ニ疆外ノ人民貨物ヲ制定スルノ權利ヲ許ストキハ各国ノ權利平均ヲ失ヒ各有スル所ノ主權ヲ専ラニスルヲ能ハサルニ至ルヲ以テナリ此兩則ヲ按スルニ凡ソ他國ノ法律ヲ以テ我カ疆内ニ行ハル、ハ全ク我カ國ノ明許或ハ黙許アルニ非サレ

8) 住吉良人「西欧國際法学の日本への移入と展開」法律論叢42卷4・5・6号（1969）354頁参照。明治8年4月明法寮から原本第4卷第1章戦時法のみが明法寮から出版され、明治9年に8thed. 1865が全部訳され、15年に出版された。明治13年6月版權取得とある。

ハ得可カラサス^ト明ナリ蓋シ各國元來他法ノ我カ疆内ニ行ハル、^トヲ許スノ義務無シ然レトモ其行ハル、^トヲ拒ムノ權利アリ而シテ其他法ノ我カ疆内ニ行ハル、^トヲ許スト拒ムトハ各國ノ随意ニシテ或ハ他法ノ一部ヲ禁シテ一部ヲ許シ而シテ其允行スル所ノ法律モ亦全行セシムルモノアリ限行セシムルモノアリ必ス他國ノ強制ヲ受ケテ然ルニ非サルナリ國法既ニ何レ歟此ノ如ク定マルトキハ則チ裁廳之ニ從テ以テ詞訟ヲ裁決ス然レトモ若シ國法ニ於テ他法允禁ノ明條アラサルトキハ裁廳則チ他法ヲ斟酌シテ以テ斷決ス我カ疆内ニ他法ノ行ハル、^トヲ明許スルハ或ハ立法權ノ議定ニ因テ之ヲ決シ或ハ他國トノ約定ニ因テ之ヲ定ム又其他法ノ行ハル、^トヲ默許スルハ司法行政決定ノ先例及ヒ公師ノ論說ニ因テ定ムルナリ

第七十九條 他國ノ法律ヲ我カ疆内ニ行フニ就テハ各國ノ立法官審法官及ヒ公師皆之ヲ必ス盡ス可キノ義務ト為サス全ク各國互ノ利益ト便宜トノ情實ニ因テ然ル所以トス實ニ各國ノ共好同利アルニ因テ多少他法ヲ用フル^トヲ許シ而シテ各國之ヲ許ストキハ果シテ其利益尠ナカラサル^トヲ知ル可シ蓋シ一國ノ民他國ノ民ト交際ノ路頗ル廣シ或ハ我カ貨物外國ニ在テ商事ヲ營ムモノアリ故ニ各國己レノ民ノ利益ヲ謀リ其他國ニ在ルモノヲ保護セント欲スルトキハ先ツ他法ノ我カ疆内ニ行ハル、^トヲ許シ而後チ我カ民他國ニ在テ同シク我カ法律ノ彼ニ行ハレテ其保護ヲ受ル^トヲ知ル可シ是ヲ以テ他法ノ我カ疆内ニ行ハル、ハ畢竟互ノ便宜ニ出ル所ニシテ即チ各國他法ヲ用フル^トヲ默許スル所以トス然レトモ此默許スル所ノモノ必ス各地同シカラス某國ハ己レノ民他國ニ在テ待タル、ノ例ニ照ラシテ我モ亦彼民ヲ待ツモノアリ或ハ己レノ民固有ノ權利アリテ外人ヲシテ同シク之ヲ得セシメタルモノアリ或ハ又我カ國法ニ適ハサルモノハ我カ法律ヲ重シテ他法ヲ用フル^トヲ許サ、ルモノアリ然レトモ近世各國皆他法ノ我カ疆内ニ行ハル、^トヲ許シ唯其主權ト己レノ民ノ利益トヲ量テ之ヲ減制スルノミ是レ此事ヲ論スル公師一般ノ說トス大統領^{ポピール}ト熙爾氏云ク本理ヲ論スルトキハ我カ法律ハ

我カ疆内ニノミ行ハル、モノト雖モ人民一般ノ利益ニ限ラス亦已ム^トヲ得サル處ヨリ遂ニ疆外ニ及ホサ、ルヲ得サル事アリ然レトモ各國他法ヲ行フ事ヲ許スト雖モ全ク他法ニ服スルニ非ス唯我カ民隣國ニ在テ均シク我カ法律ノ行ハル、彼我互行ノ利益アルニ因テナリ此ノ如ク他法ヲ行フ^トヲ許スハ各國ノ公情ニシテ各民敢テ禁令ニ背カサレハ公義及ヒ一般ノ利益ニ因テ互ニ用フル^トヲ默許ス

第八十條 胡其路氏^{ホベリユス}ハ最古有職ノ名師ナリ同氏云ク他法ノ我カ疆内ニ行ハル、ヨリ起ル各般ノ爭端ヲ決スル為メ左ノ三則ヲ揭示ス

一 各國ノ法律其疆内ニ行ハレ而シテ悉ク其國民ヲシテ之ヲ遵守セシム

二 疆内ニ在ル人民ハ居トモノ暫久ヲ問ハス皆國民ト考定ス

三 各國ノ公情ニ因テ某國ノ疆内ニ行フ^トヲ許シタル法律ハ各處ニ至ルト雖モ行ハレサル^ト無シ但シ其法律他國人民ノ妨碍ヲ起ス^トヲ得ズ

胡氏此三則ヨリ即チ人民ノ權利及ヒ貨物ニ就テ各國法律ノ合ハサルヨリ起ル爭端ヲ決スルニ左ノ概則ヲ得タリ同氏云ク凡ソ地方ノ法律ニ從テ行ヒタル遺書^{テスタメント}若シクハ其他ノ讓狀^{コシウエキンス}等ハ他法ノ行ハル、地ニ至ルト雖モ必ス正實ノモノトス然レトモ其土地ノ法律ニ反シテ行ヒタルモノハ既ニ其土地ニ於テ不正ニ屬スルヲ以テ他所ニ至ルトキハ固ヨリ之ヲ正實ト為ス可カラス此例ハ永住ノ民ノミナラス猶ホ暫住ノ民ニ及ホシテ用フル^トヲ得而シテ他國ニテ行ヒタル事ヲ正實ト為サンカ為メ他國人妨害ヲ受ルトキハ必スシモ強ヒテ之ヲ正實ト為サ、ルナリ

不動産其所在ノ律ニ從フノ論

第八十一條 凡ソ不動産ハ全ク其持主ノ意思ニ關係スル^トナク其所在ノ法律ニ從ヒ而シテ他ノ法律如何或ハ其持主ノ意思如何ヲ論スル^ト無ク必ス其土地ノ法律ニ從テ永久變ル^ト無シ其所在ノ法律ハ持主ノ存意ニ因テ變スル^ト能ハス變スルトキハ即チ大ニ混亂ヲ生シ己レノ利益ヲ妨害ス故ニ不動産ノ有權傳遺等ハ必ス其地ノ法律ニ從ハサル^トヲ得ス

此規則ハ英米共ニ其本國ハ勿論他國ニ於テ不動産ノ

売買傳遺等ニ用フルモノトス故ニ他國ニ於テ不動産ノ證書等ヲ認ムルトキハ當時不動産所在ノ土地ノ法律定式ニ從ハサルヲ得ス然レトモ此ノ如ク此規則ヲ用フルハ獨リ英米ニ限ル事ニテ歐羅巴各國ノ法律ニ從ヘハ動産不動産共ニ證書ヲ認メタル土地ノ法律ニ從テ記シタル證書ハ物件ノ所在ヲ論セス之ヲ正實ノモノトス然レトモ其土地ノ法律ニテ不動産受與ノ證書ハ其土地ニ限ルノ明條アルトキハ他ニ於テ其證書ヲ正實ト為ス能ハス

古時外人不動産ヲ得ルヲ禁スルノ論

第八十二條 歐羅巴各國ノ國法ニ於テ古時外人其疆内ニ在テ不動産ヲ得ルヲ禁ス蓋シ當時歐洲封建ノ政行ハル、ニ因テ土地ヲ得ルヲ許ストキハ外人其地ノ侯伯ニ服セサルヲ得ス然レハ則チ持主我カ本主ニ事フルノ義務ニ背クヲ以テナリ而シテ當時專ラ我カ疆内ニ在ル外人所有ノ動産不動産共ニ其本人死スルトキハ親族ノ継業ヲ許サス遺言書等ノ有無ヲ問ハス均シク之ヲ没収スルノ法行ハレタリ然レトモ開化漸ク進歩シテ此ノ如キ野蠻不仁ノ習慣遂ニ全滅シテ地方ノ法律ヲ改制シ或ハ諸國互行ノ約ヲ立ツルニ至リ即チ一千七百八十九年皇朝寛政元年佛國大亂ノ前佛國他國ト約ヲ立テ此例ヲ廢シ或ハ改正シ一千七百九十一年皇朝寛政三年國會ノ議定ニ因テ遂ニ全ク此例ヲ廢止ス而シテ佛國ニ於テハ他國ノ佛民ヲ待ツニ尚ホ此例ヲ用フルモノアリト雖モ佛國之二照ラシテ互行ノ法ヲ用フルニ非ス然レトモ亦一千八百三年皇朝享和三年佛國此仁法ヲ廢シ彼ノ行フ所ニ照ラシテ我モ亦行フ互行ノ法ニ改メ此法又一千八百十九年皇朝文政二年七月十四日廢シテ再ヒ外人佛國ノ疆内ニ在テ動産不動産ヲ得ルノ權ヲ允許シ竝ニ國民ト一様遺書ヲ以テ産業相續ノ權ヲ允許シタリ

古時又此ト彷彿タル習慣アリ即チ人若シ遺續ノ産業ヲ以テ他國ニ徙ラントスルトキハ其産幾分ノ征稅ヲ出スノ法ナリ然レトモ此例亦文明國互ニ約ヲ立テ廢止ス一千七百七十八年皇朝安永七年及ヒ一千八百年皇朝享和元年米佛ノ約定ニ因テ此二例ヲ廢止ス然レトモ後チ遂ニ其約行ハレス又一千七百九十四年皇朝寛政六年英米約ヲ立テ兩國ノ民互ニ從前ノ地ヲ繼續

スルヲ許スハ其約定調印ノ時ノ外別ニ土地ヲ増加スルヲ能ハサル條ヲ設ケタリ此例年久シキヲ歴ルニ從テ漸ク不用ニ属シタリ然レトモ米國ト歐洲各國トノ約定中ニ條款アリ云ク此疆内ニテ人民死去シテ遺産アルトキハ國法ニ因テ之ヲ彼國ノ人民ニ傳フルヲ得セシム可シ但シ此人民ハ之ヲ売却スル相当ノ時間ヲ得テ其賣價ヲ収メ互ノ政府ヨリ^{ジュネチ、テフ、デトラクシヤン}稅額ヲ課セラル、^レ無ク全ク受領スルヲ得ルナリ動産其人所在ノ律ニ從フノ説

第八十三條 凡ソ動産ニ就テハ繼續ノ規則必ス其人所在ノ法ニ從ヒ其物所在ノ法ニ從フヲ無シ故ニ人若シ死スルトキハ當時居住ノ地ノ法律ヲ以テ其動産何處ニ在ルヲ論セス繼續ノ法ヲ決定ス然レトモ英國内蘇格蘭ヨリ英國ニ轉住スルカ如キハ此法テ用フルヲ得ルト雖モ若シ英人他國ニ轉住スル時ニ至テハ此例ノ變更如何曾テ疑議ヲ起スモノアリ然レトモ爾後英國控訴廳ノ裁決ニ因リ此疑ヲ釋テ云ク英民外國ニ居住スルモノニ動産遺傳ノ事ニ就テハ全ク外人ニ就テ此事ヲ處スルト異ナルヲ無ラシメタリ

動産ニ干係スル證書等ハ其人當時居住ノ地ノ法律ニ從テ其書式解説ヲ記スルヲ例トス故ニ當時人民居住ノ地ノ法律ニ從テ記シタル動産ノ證書ハ他處ニ至ルト雖モ正實ノモノシテ其認メタル土地ノ法律ニ從テ之ヲ行ヒ之ヲ解釋ス

是レ公師一般許ルス所ノ例ニシテ爾來英國裁廳此例ニ因テ断シタル一事アリ即チ蘇格蘭ノ民印度ニ遷住シ其本國ニ遺傳ノ動産不動産ヲ所持ス然ルニ印度ニ在ル蘇國ノ法律ニ從テ記シタル遺囑書ハ蘇國ニ於テ産業遺傳ノ用ヲ為サ、ルノ事件ニシテ此時又其又遺書ヲ以テ動産ニ就テ遺傳ヲ得可キヤノ疑議ヲ生シタリ干時英國控訴廳官下等裁廳ノ裁決ヲ確定シ論シテ云ク凡ソ遺囑書ハ其人居住ノ地ニ於テ記シタルモノヲ以テ正實トス印度ハ英法行ハル、ノ地ナリ故ニ蘇國ノ裁廳英法ニ從テ裁決セサル可カラズ縱令ヒ疑議アルモ英法ニ依リ認書ノ地ノ法律ニ從テ断スルノ外アル可カラサルナリ

内治ノ權ヲ論ス

第八十四條 凡ソ自主國內治法制ノ權ハ其疆内ノ人

權及ヒ其分位ヲ定メ而シテ其疆内ノ人民内外ヲ論セス之ヲ管轄シ竝ニ其疆内ニ於テ犯ス各罪ヲ審斷ス但シ此例外ニ出ルモノアリ是ハ或ハ公法ニ因テ起リ或ハ各國互ノ盟約ニ因テ變スルモノナリ

地方ノ法律其疆外ニ行ハル、モノアリ

第一 人ノ分位能力ニ干係スル法律トス凡ソ本國ノ法律ニ因テ本國ノ民ノ分位能力ヲ定ムルモノハ其人外國ニ轉住スルト雖モ我カ法律ヲ以テ之ヲ制ス可シ此ノ如キハ即チ人生レテ後チ直チニ受ル所ノ性格ニシテ其人正子歟不正子歟ヲ定メ或ハ生後年齢ノ多寡ヲ定メ或ハ生後痴癡狂癲分散婚姻離別等ノ分位ヲ定ムルモノニシテ此等ノ分位ニ係ル本國ノ法律ハ其人何地ニ行キ何國ニ住スルトモ必ス其人ニ就テ離ル、
^レ無シ然レトモ此例外ニ出ルモノ三アリ

第八十五条 一 自主國ハ外國人ノ入籍ヲ許シ之ニ常住ノ權利ヲ與フルノ權アリ人某國ニ生ル、トキハ其本國ノ管轄ヲ離レテ本國ニ對シ罪犯ノ責任ヲ免カル、^レ能ハス終身本國ノ法律ニ服スト雖モ曾テ英米兩國ニ於テ決スル所ハ外人遷住シテ入籍ヲ許ストキハ又通商ノ權利ヲ得セシム故ニ一千七百九十四年皇朝寬政七年英、米ノ約定ニ東印度商會ノ疆内ニ於テ米人ニ通商スル^レヲ許シ英人ノ其疆内ニ往テ通商スル^レヲ禁スルノ例アリ然ルニ米國ニ在ル英人其地ニ往キテ通商スルモノアリ此時英國上等裁廳之ヲ斷シテ云ク縱令ヒ英人其本國ニ生ル、ト雖モ米國ニ常住スルトキハ米民ト看テ即チ通商ノ利益ヲ得セシム可キナリ一時ノ事故ニ因リ暫時英國ニ歸省スルニ因テ其權利ヲ奪フ可カラズ

第八十六條 二 自主國ノ主權ハ其疆内ノ貨物ヲ制定スルノ權利アリ是ヲ以テ人婚姻ヲ為ス年齢及ヒ父母ノ許諾等ニ就テハ其本國ノ法律ニ從テ之ヲ定ムルト雖モ婚姻ノ約定ニ由テ不動産他國ニ在ルモノハ他國ノ法律ニ因テ之ヲ決定ス然レトモ胡北路氏ノ説ハ之ト全ク反對シ即チ他國ニ在ルノ不動産モ其人本國ノ法律ヲ用フル^レヲ當然トス蓋シ他國ノ法ノ其疆内ニ行ハル、ハ直チニ其行フ^レヲ得ルニ非ス國君其庶民ニ利益アルヲ考ヘ更ニ己レノ權利ト人民ノ權利トニ妨害無キヲ以テ暗ニ之ヲ許スニアリ然レトモ各國

ノ慣例未タ此ノ如ク行フモノアラズ疆内ノ不動産ニ就テ定メタル地方ノ法律ヲ廢棄シテ之ヲ管セサルノ黙許ヲ得ル^レ難シトス

第八十七條 動産ニ就テハ時トシテ約定ヲ取結ヒタル場所ノ法律ニ遵ヒ貨物所在ノ法律ニ拘ラサルナリ胡北路氏云ク某地ニ於テ取結ヒタル婚姻ノ約定ハ他ノ各地ニ至テ正實ノモノト為スノミナラス尚ホ其約定ニ因テ生スル所ノ權利モ亦各所ニ至テ均シク正實トス此規則動産ノミ就テ論スルトキハ真ニ當理トシ公師之ニ服セサル者無シ公師云ク若シ別ニ婚姻ノ契約アラサルトキハ即チ雙方貨物ノ事ヲ決スルニ其約定ヲ取結ヒタル地方ノ法律ニ從テ之ヲ定ム然レトモ若シ特ニ婚姻前取結ヒタル貨物ノ約定アルトキハ雙方ノ貨物何ノ權利ヲ定ムルニ其約定ヲ取結ヒタル地方ノ法律ヲ以テ之ヲ決定ス

第八十八條 歐羅巴及ヒ亞米利加ノ公法ニ從ヘハ人此國ニ在テ分散^レ證書ヲ得而シテ負債ノ放釋ヲ受ルトキハ何國ニ至ルト雖モ負債主其債ヲ免カル、^レヲ得ルナリ然レトモ公師ノ説各國ノ習慣甚タ此ニ疑義ヲ生ス即チ分散^レ受託人他國ニ在テ其負債主ノ貨物ヲ管リ更ニ異リタル地方ノ法律ニ因テ分配セラル、^レヲ拒妨スルヲ得可キヤ果シテ難キニ屬ス可シ歐羅巴各國ノ法律ニ從ヘハ分散人居住ノ地ニ於テ裁判ヲ受ルトキハ即チ貨物分配ノ事ヲ決シタリトス此規則ハ本ト分散人居住ノ地ニ所有ノ動産盡ク有リト考定看做スルニ基ク所トス然レトモ米國ノ法律ニ於テハ其貨物所在ノ法律ニ從テ其人所在ノ法律ニ遵ハス貨物所在ノ地ノ權利ヲ害シテ他法ノ其疆内ニ行ハル、^レヲ許サ、ルナリ

第八十九條 三 身ニ隨フノ律ヲ用フル規則時トシテ約定ヲ取結ヒタル地方ノ法律ニ遜ラサル^レヲ得ス即チ人其本國ノ法律ニ因テ分散^レ證書ヲ得ルト雖モ之ニ因テ其人他國ニ於テ外人ト取結ヒタル負債ノ責任ヲ免カル、^レ能ハス又人婚姻ノ年齢其父母ノ許否及ヒ血統遠近ノ度程等ニ至テハ一般其本國ノ法律ニ從フト雖モ然レトモ婚姻ノ禮式ニ至テハ毎ニ婚姻ヲ為ス地方ノ法律ニ從テ行フナリ而シテ其常住ノ地ノ法律ニ違ハスシテ其禮ヲ行フトキハ他處ニ至テモ亦

必ス正實ト考定ス

第九十條 第二 某國ニ在テ取結ヒタル約定ヲ以テ他國ノ裁廳ニ於テ訟ヲ起ストキハ即チ其本國ノ法律疆外ニ行ハル、ヲ得ルナリ

某地ノ法律ニ從テ取結ヒタル約定ハ大抵他ノ各處ニ至ルト雖モ正實ノモノトス蓋シ約定ノ式様解説義務等ニ於テ他國人ノ權利ヲ妨害スルニ非サレハ此國ノ法律ヲ行フヲ得レ各國ノ友誼ト共便トヲ以テ定ムルノ規則トス

第九十一條 他國ニ對シテ妨害スル所無キトキハメテ此國ノ法律ヲ用フルヲ得ル規則ハ即チ用ヒテ他國ニ妨害スル所アレハ亦用フルヲ能ハサルモノヲ云フ是レ即チ前條ノ變則ナリ

一 若シ貨物所在ノ法律ニ因テ制セラル、トキハ前則ヲ行フヲ能ハス即チ外國ニ在ル不動産ハ婚姻ノ約定アリト雖モ其土地ノ法律ニ從フカ如シ又人民ノ分位權利ヲ他國ノ法律ニテ官制スルトキハ亦前則ヲ行フヲ能ハス

二 若シ此國ノ法律ヲ用ヒテ他國ノ主權貿易征稅國安公益ヲ妨害スル所アルトキハ則チ前則ヲ行フヲ能ハス例ヘハ若シ商人此國ニ於テ貨物賣買ノ約定ヲ取結ヒ彼國ニ到テ價ヲ拂ハントスルニ此國ニ於テ其貨物賣買ノ禁例無シト雖モ彼國ニ於テ既ニ禁令アルトキハ賣主買主ニ對シ彼國ニ在テ物價ヲ討索スルヲ能ハス蓋シ強ヒテ之ヲ討索スルトキハ則チ彼國商法ノ禁例ヲ破ルノ理ニ歸スレハナリ然レトモ此國ノ裁廳敢テ他國ノ商法稅則ヲ管スルニ非ス故ニ禁例無キ別國ノ裁廳ニ往テ賣主其價ヲ追索スルヲ得ルナリ

第九十二條 胡北路氏云ク婚姻ノ約定元來本國ノ法律ヲ欺テ免カルルニ非ス事情正實ニシテ他國ニ於テ其禮ヲ行フトキハ其土地ノ法律ニ從ハサルヲ得ス此ノ如キハ即チ本國ノ法律ニ因レハ年齡不足歟或ハ他ノ結約不能力ノ事故アル歟ノ時他國ニ往キ他國ノ法律ニ從テ執行フ約定ヲ云フ是レ本國ノ法律ニ違反スルモノトス然レトモ英國ノ婚姻法ニ從ヘハ英國ニ常住スル民其父母或ハ後見人ノ許可ヲ要スルノ條例

アルヲ以テ之ヲ避ンカ為メ一時蘇格蘭ニ往テ密カニ婚姻ノ禮ヲ行フトキハ英國僧徒ノ裁廳ニ於テ此婚姻猶ホ堅シト考定ス是レ耶蘇ヲ奉スル諸國一般ノ習慣ニシテ若シ此約定ヲ正實トシ結約地方ノ法律ニ從ハサルトキハ相續繼業等ノ人權ニ就テ大ニ流弊ヲ生スルヲ以テナリ米國各邦婚姻ノ禮モ亦然リトス

第九十三條 佛國ニ於テハ此ト相反シ法律ニ因テ定ムル佛人年齡ノ足否ハ佛民何地ニ行クモ必ス其身ニ隨行ス故ニ佛人外國ニ在テ婚姻ヲ取結フニ其地ニ在テハ既ニ年齡足レリト為スト雖モ本國ノ法律ニ照ラシテ未タ足ラサルトキハ佛國裁廳ニ於テ必ス之ヲ正約トシテ取ラサルナリ

三 約定ヲ立ツル者約定ノ性質ノミニ因リ或ハ約定ヲ立ツル土地ノ法律ニ因リ或ハ約定中ニ他國ニ於テ其約ヲ成就施可ス可キヲ明言スルトキハ其施行ニ關係スル百事皆他國ノ法律ヲ以テ決定ス然レトモ約定ノ正否辭義ニ至テハ其施行スル土地ノ法律ニ從フニ非ス諸國ノ條例ヲ按スルニ其辭義ト正否トハ結約スル地方ノ法律ヲ以テ決シ而シテ施行ニ涉ルモノハ施行スル地方ノ法律ヲ以テ決定ス

第九十四條 四 自主ノ國各々自國ノ裁廳ニ於テ裁判ノ條規ヲ制スルノ專權ヲ有ス故ニ約定ヲ結ヒタル地方ノ法律ハ其約定ヲ審斷スル地方ニ行フヲ能ハス即チ若シ此國ニ於テ取結ヒタル約定ヲ他國ノ裁廳ニ於テ訴フルトキハ其裁判ノ條規證則期限等ノ事ニ就テハ凡テ訟フル地方ノ法律ニ隨ヒ約ヲ立ツル地方ノ法律ニ從ハサルナリ

他疆ニ入ル君主使臣陸軍海軍ノ論

第九十五條 第三 國法ノ疆外ニ行ハル、モノ亦次ノ三條ヲ以テス

一 外國ニ往ク此國ノ君主ハ各國ノ習慣友誼ニ因テ彼國ノ地方ノ管轄ニ服セサルナリ蓋シ平時ニ在テハ此國ノ君主ノ威權爵位仍ホ其君ニ在テ他疆ニ入ルヲ許サル、カ故ニ一時駐劄スル國ノ管轄ニ服セサルナリ

二 國使公使等其使スル國內ニ在留ノ間ハ亦地方ノ

9) 箕作麟祥訳のフランス民法前加篇については、拙稿「明治初年における国際私立法」甲南法務研究 No.10 (2014) 41-42頁参照。

管轄ニ服スルヲナシ蓋シ國使公使ノ他國ニ在住スルハ全ク其本國ニ在ルト一様ニ考定シ在住地方ノ性格ヲ得ルモノニ非ス仍ホ依然トシテ本國ノ性格ヲ保存スレハナリ

三 他國ノ疆域ヲ馳行シ或ハ其疆内ニ駐ル陸軍艦隊ハ此君他國ノ君ト和好ナレハ則チ亦地方ノ管轄ニ服セサルナリ

若シ夫レ特ニ禁令アルニ非サレハ友國ノ海港ハ即チ他國ノ兵船ヲ自由ニ出入セシム此ノ如キ船舶特ニ禁令無キニ由テ入り或ハ約定ノ特許ニ由テ入ルモ亦必ス地方ノ管轄ニ従フヲ無シ然レトモ此國ノ私船他國ノ港内ニ入ルカ如キニ至テハ特ニ條款ヲ立テ制定スル所アルニ非サレハ地方ノ管轄ニ歸セサルヲ得ス

2

フランス民法における国際私法については⁹⁾、前稿において熊野敏三のフランス民法前加篇講義の一部を紹介したが、明治8年にはすでに Picot のフランス民法注釈があるので、以下に該当部分を掲げる。

(1) ビコー¹⁰⁾・佛國民法註釈(山崎直胤訳)(明治八年)17-20頁

第三條 取締ノ法律及國中安寧ノ事ニ管スル法律ハ、佛國西領地内ニ居住スル者皆之ヲ遵守ス可シ。不動産土地家屋等ノ搬運ス可カラザル物ヲ云フハ。外國人ノ所有スル物ト雖モ佛蘭西ノ法ヲ以テ之ヲ支配ス可シ。

人ノ身分及ヒ權利ニ管スル法律ハ。外國ニ居住スルニ管セス。各佛蘭西人ヲ支配ス可シ。

(民四七、二七〇、九九九、二〇六三、二二三、二二八、訴五四六、治五、七、)

取締り及ヒ國中安寧ニ管スル法トハ、違警罪及輕重罪ニ向テ刑ヲ定ムル者ニシテ、國ノ靜謐繁昌及威光ヲ保存シ人ノ安寧自由及權利ヲ監護シ、又佛國內ニ住居或ハ旅行スル所ノ外國人ヲモ佛國人同様此法ヲ

以テ監護ス、故ニ其外國人ニ於テモ亦佛國人同様之ヲ遵守セザルベカラズ、因テ其犯罪アル時モ皆一樣佛國ノ法ニ於テ定メタル刑ヲ蒙ムラシムベシ、

(18頁)

佛國ニ在ル不動産ハ外國人ノ所持スル者タリトモ、佛國ノ法テ以テ支配スル乎、外國人ノ所持スル動産モ亦佛國ノ法テ以テ支配スル乎、此事ニ付テハ法律ノ不備ナルニ因リ、一般其所持者住所ノ法ヲ以テ適施セザルベカラズ、故ニ動産遺囑贈遺ノ時ハ死者ノ住所ノ法ニ據テ定ムベシ

「エタシヴォール」(人ノ身上)「コンジション」(其方法)契約ヲ取結フ、婚姻スル、遺囑スル、等ニ付テ「カバシテ」(身位)ハ佛國人タルノ分限ニ附從シ、佛國人ノ住居スル所ハ何處マテモ之ニ附着セリ(古語ニ曰ク人事法ハ肉ノ骨ニ於ケル如シト)然レトモ此法ハ佛國ニ住居スル外國人ニ適施スベカラズ、外國人ニハ其本國ノ法ヲ適施スベシ、但シー婦ニシテ數夫ニ嫁シ、一夫ニシテ數婦ヲ娶ル(「ポリガミ」)法ノ如キ佛國ノ風俗ニ觸ル、者ハ格別ナリトス、千八百六十一年一月十六日覆審院ニ於テ右ノ原則ニ從ヒ的當ナル權衡ヲトリタル有名ノ裁決アリ曰ク

佛國ノ民法ハ外國ニ住スル佛國人ノ「スタチュペルソ子ール」(人權)ヲ庇保シ隨テ又佛國ニ住スル外國人モ其自國ノ「スタチュペルソ子ール」ヲ存保シ得ルト雖モ之ヲ行フニ當テ佛國人ノ損害トナリ、夫カ為毎ニ葛藤ヲ生ズベキ時ハ、相當ノ制限斟酌ヲ加フルヲ適當ナリトス、原來契約ヲ取結ハントスルニハ其相手方ノ者ノ「カバシテ」(身位)ヲ知ランヲ要スト雖モ佛國ニ於テ契約ヲ取結ブ所ノ外國人ノ為、比規則ヲ嚴格ニ適施スルヲ得ス、何トナレハ佛國人相互ニ契約ヲ取締バントスルニ、其相手方ノ「カバシテ」(身位)ヲ驗探スルヲ容易ナリトイヘトモ、佛國ニ於テ佛國人ト外國人ト契約ヲ取結ハントスル時、其外國人ノ「カ

10) Picot, Jean Bonaventure Charles, 1810-。訳者：山崎直胤(1853-1918)。ほかに、ビコー他著の「佛國民法積要」(加太邦憲訳、司法省版 明治12年2月、明治16年11月版もある)もある。

パシテ」ヲ驗探スルハ容易ナラズ、故ニ比場合ニ於テ佛國人ハ諸外國ノ法律中、幼者丁年及ヒ身位ニ因リ外國人ノ取結ヒ得ル所ノ契約ノ定限ニ關シタル規格ヲ知ルヲ必要トセス、因テ其契約ヲ保存スルガ為ニハ佛國人ニ於テ輕忽懈怠ノ所業ナク、良心ニテ之ヲ取結ヒタルヲ以テ足レリトス、諸證書ニ付テノ法式ハ、其證書ヲ仕立テタル場所ノ法ヲ以ア之ヲ支配ス、古語ニ曰ク場所ハ證書ヲ支配スト、

右ニ記列シタル者ヲ概説スレハ、取締リ及ビ安寧ニ關スルノ法及不動産スニ關スル法ハ、概シテ之ヲ「スタチュレール」ト稱ス、而シテ取締安寧ノ法ハ、佛國領地内ニ住居スル者ハ其佛國人ナルト外國人ナルトノ別ナク總テ之ヲ支配シ、不動産ニ關スル法ハ佛國內ニ現在シタル所ノ不動産ヲ盡ク支配ス、蓋シ「スタチュレール」ノカハ佛國境界ノ外ニ及ハザルナリ、「エタシヴキール」(人ノ身上)及ヒ「カパシテ」(身位)ニ關スル法ハ「スタチュペルソ子ール」ト稱シ本来佛國人ハ其佛國ニ在ルト外國ニ在ルトヲ問ハス總テ之ヲ適スヘキ者トス、

(2) 次に、同時期に、黒川誠一郎が行ったフランス民法講義の中から、該当部分を掲げる。

黒川誠一郎講 二五三五社筆記『佛蘭西法律書 民法講義』(明治9年4月)

17頁 第五 取締及ビ安寧ノ法人事ノ法財産ノ法

19頁 ○人事ノ法

人事ノ法ハ各人ノ分限及ヒ分限ニ付テノ諸件ヲ定メ總ヘテ佛國人ハ悉ク之ヲ守リ外國人ハ守ルニ及ハス但シ佛國人ハ外國ニ在ル者ト雖トモ皆ナ之ヲ遵守ス可シ故ニ人事ノ法ハ人ノ骨肉ニ附着スルノ確言アリ然レモ一法中往々人事財産混淆シテ區別シ難シ之ヲ區分スルニハ一法中ノ主件ニ着目スルナリ

假令ハ不動産所有ノ權不動産所有ノ支權ヲ定ムル法及ヒ不動産ヲ得不動産ヲ人ニ讓渡ス方法ハ財産ニ屬シ婚姻又ハ父母ノ權幼年丁年及ヒ後見ノヲ定ムル

法ハ人事ニ屬スル等其別看易シ而シテ猶區別シ難キモノアリ

假令バ第九百四條ニ十六歳以上ノ幼年ハ廿一歳ニシテ始テ為スヲ得可キ贈遺金高ノ半減ヲ人ニ與フルヲ得可シ

一説云フ此法財産ニ屬ス如何トナレバ如此半權ヲ與フルハ唯遺物ノ區分ヲ定ムルヲ以テ更ニ人事法ノ分限ヲ定ムルヲ主トスルニ非ス

又一説云フ此ノ法人事ニ屬ス如何トナレバ十六歳ニシテ半權ヲ與ヘ廿一歳ニ至リ全クノ權ヲ與フ如此年齒ニ隨ヒ權ヲ増加スルハ分限ヲ定ムルヲ主トスルモノニシテ財産ヲ定ムル法ニ非ズ

其他尚ホ區別シ難キ者アリ第九百八條ニ私生ノ子ハ相續法ニ於テ許シタル贈遺金高ノ外其他ノモノヲ受ルヲ得ズ

一説云フ此法人事ニ屬ス如何トナレバ私生ノ子ノ權ヲ嫡生ノ子ヨリ減殺スルヲ定ムルモノナリト此說正シキヲ得ズ此條ノ旨意ハ親族中財産相續ヲ定ムル規則ニシテ遺物相續ノ卷ニ載スルヲ以テ財産ニ屬スルヲチ見ル可シ

凡ソ財産法ハ外國人ト雖トモ佛國內ニ住スル者ハ佛國ノ法ヲ以テ處置スル前條ニ説ク如シト雖トモ人事法ハ各々其本國ノ法ニ遵フ可シ蓋シ佛國人外國ニ在ルモ佛國ノ法ニ遵フ可キヲ以テ外國人ノ佛國ニ在ルモ亦其本國ノ法ニ遵フヲ許スナリ若シ之ヲ許サザルトキハ外國ニ住スル佛國人外國ノ法ニ依ツテ如何ナル困難ヲ受ルモ知ルベカラザレバナリ

各國ノ人事法ハ該國人互ニ境外ニ於テ之ヲ守ル可キヲハ法律中特ニ掲ケズト雖トモ上古ノ法律ニ於テ既ニ之ヲ論定セリ且民法コード編集ノ時モ亦之ヲ良法ト為セシヲハ參議院ノ論ヲ以テ見ルベシ參議院ノ論ハ爾時討論ノ簿冊ニシテ當時尚ホ見合セトナスモノナリ

然レトモ佛國ノ風習ニ反スルモノハ之ヲ禁ズルヲアリ假令バ外國ノ法ニテ數人ノ妻ヲ娶ルヲ得可シト雖トモ佛ノ風習ニ反スルヲ以テ此權ヲ行フヲ許サズ又佛國人ノ損害ヲ受ク可キトキハ之ヲ用ヒザルヲ有リ假令バ外國ノ法ニテ廿一歳以後ヲ丁年トナセシ時佛國人廿一歳ノ外國人ヲ丁年ト認メテ結ビタル條約

外國ノ法ニ從ヘバ無効トナルベシト雖トモ之ガ為メ佛國人ノ損害ヲ受ルヲ以テ佛國ノ法ヲ以テ之ヲ處置ス

佛國ニ於テ外國人ノ所有シタル不動産ハ佛國ノ法ヲ以テ處置スルノ文アリテ動産ノ事ヲ説カズ動産ハ如何ナル方法ヲ以テ之ヲ處置セン動産ヲ一箇々ニ看做シタル時ハ物品ノ一箇々ヲ指ス椅子又ハ机ト云ガ如シ佛國ノ法ヲ以テ處置スルヲ論ヲ俟タズ假令バ外國人動産ヲ以テ佛國人ニ典シタル時外國ノ法ニ典物ヲ禁ズルカ或ハ典物ノ規則佛國ノ法ト異ナリシ時外國ノ法ニ從ヘバ佛國人債主ノ權ヲ失フヲ有可シ故ニ如此ハ佛國ノ法ヲ以テ之ヲ處置ス

動産ヲ一括ニ看做シタル時ハ一括ニ看做ストハ財産ノ全部又ハ一部ヲ遺物トスルキノ如シ種々ノ説アリ一説ニ有形物ハ悉ク佛國ノ法ヲ以テ處置ス可シ第三条ニ外國人ノ所有ノ不動産ノノミヲ掲ケテ動産ノノミヲ説カザルハ動産ハ搬運シ易キモノナレバ其法多端ニシテ不動産ノ常ニ一定ノ法ヲ以テ之ヲ處置スルガ如キニ非ザルナリ

又一説ニ一括ニ看做シタル動産ハ外國ノ法ヲ用ユ可シ古ノ裁判慣習ニ動産ハ人ノ骨肉ヲ離レズトノ確言アリテ古ヨリ此意ヲ以テ處置ヲ為セリ且ツ民法コードニモ此言ノ旨意ヲ發セシヲ見ズ故ニ古ノ法ト雖トモ佛國人ニ妨害ナケレバ用ヒザル可カラズ

○財産ノ法

佛國內ニ在ル所ノ一切財産ハ外國人ト佛朗西人トヲ問ハズ悉ク佛國法律ヲ以テ之ヲ處置ス蓋シ是レ佛國獨立國ノ權ヨリ生スルモノナリ

○證書ノ定式ヲ定ムル法

此法財産法ニ屬セズト雖トモ國內ニ住スル者ハ皆ナ佛國ノ法ヲ用ユ可シ古ヨリ國ハ證書ヲ定ムルノ確言アリ此言ハ民法コートニ中ニ採用セリ即チ四十七條百七十條九百九十九條ノ規則ハ此言ニ基キシナリ

證書ハ其國ニ從フトハ其法式ニ從フノミニシテ證書中記載ノ事件ニ關スルヲ無シ

假令バ佛國人外國ニ於テ婚姻ヲナスニ外國婚姻ノ方式ニ遵フ時ハ其婚姻ノ効アリトス然レトモ佛國ノ法ニ定リタル年齒ニ至ラザルトキハ此方法ニ遵フテ行

フタル婚姻ニシテ外形ニ欠ルヲナシト雖トモ分限ノ法ニ反スルヲ以テ無効トナス

凡テ佛國人外國ニ在リテ條約婚姻等ヲナスニ外國ノ式ヲ用ヒ或ハ佛國ノ式ニ遵フトモ随意ナリ但佛國ノ法式ヲ行フニハ其國在留ノ領事又ハ交際官吏ノ面前ニ於テス可シ

3 富井政章の民法理論と明治6年太政官布告第三百号

1

富井が、民法典の施行によっても、明治8年第三百号太政官布告がなお存続したものと考えていた点について一言しておく。けだし、富井政章「自由法説ノ價値」(法学協会雑誌第33卷第4号(1915年)60頁)において、「唯此ニ一ノ不文法ト認ムヘキヤ否ヤニ付キ從來最モ議論アルモノハ自然法又ハ條理ナリトス我國ニ於テモ明治八年第三百號太政官布告裁判事務心得ニ『明文ナキトキハ慣習ニ依ルヘク慣習ナキトキハ條理ニ依ルヘシ』トアリテ成文法及ヒ慣習法以外ニ條理ナル第三法源アルコトヲ認メタル觀ナキニ非ス此規則ハ民法實施後ノ今日ニ在リテモ尚其効力ヲ有スルコト疑ナキカ故ニ(民法施行法第九條)現行法ノ説明トシテモ其意義を明ニスルノ必要アリ或一部ノ學者ハ之ヲ解シテ自然法ノ存在ヲ認メタルモノト為スカ故ニ(梅博士民法原理九頁以下、山口博士國際私法論三六頁)此ニ先ツ自然法説ノ近状ヲ延ヘ次ニ余輩ノ所見ニ論究セントス」と述べて、民法施行法第9条「廢止ス」法令に列挙されていないことを理由に、該布告がなお効力を有しているとしたが、小沢奈々『大正期日本法学とスイス法』(慶應義塾大学出版会、2015年)209頁は「前章末尾でみたように、明治民法典施行後において、富井は裁判事務心得の効力を認めることに極めて消極的であった。」ので、この論文で見解を変更していると断じて、富井は、しかし、無欠缺な民法に「至るまでの経過的な措置として裁判事務心得の不本意ながらその使用を続けなければならないと考え、条

理の使用については慎重な態度を崩すことがなかった¹¹⁾。」と結論している。しかし、後掲のように、富井は、当初から裁判事務心得を「廃止」ないし「消滅」とは考えておらず、使うべきときには使うという立場をとっていたのであって、「極めて消極的」という表現で、裁判事務の効力を認めないことと暗に同視することは不可解であるが、それは措くとしても）、富井が上記論文によって裁判事務心得の効力を認める方向に「改説」したというのは極めて疑わしい。さらに、条理の使用について慎重な態度を崩すことはなかったということは、法典が施行された以上、当然のことであり、そもそも、明治6年第103号太政官布告の廃止ないし消滅とは無関係のことである。小沢が挙げる前掲「原論」25頁以下においても、富井が、上記太政官布告を前提とした立論をし、廃止されたものとは考えていなかったことを示すとともに、法の欠缺を広く認めることに「慎重」であるに過ぎない点について、上掲『民法原論第一卷総論（上）』（明治36年〔1903年〕、有斐閣）の該当部分ほかを以下に掲げる（同書24頁以下）。

「第三節 成文法、不文法

區別ノ本義 此區別ハ普通法律ノ淵源ニ關スル區別トシテ認ムル所ナルモ法律ノ本源ハ唯一ナリ決シテニアルヘカラス近世ニ在リテ法律ハ國民総意ノ表彰ナリトノ説盛行ハルト雖モ其失當ナルコトハ曩ニ論證シタル所ヲ以テ明ナルヘシ慣習法ト雖モ畢竟國家又ハ主權者ノ承認ニ依リテ成立スルモノト解セサルヘカラス之ヲ以テ見レハ法律ニ成文法ト不文法トアルハ唯其成立ノ方式ニ關スル差別ニ外ナラス慣習法ハ唯事實上ニ於テ國民ノ意思カ其基本ヲ為スモノト謂フコトヲ得ヘキナリ

成文法 成文法トハ文書ノ形ニ於テ成立スル法律ヲ謂フ即チ主權者カ文書ヲ以テ制定スルモノナルニ因

リ此名稱アルナリ而シテ其制定ノ方法、手續ハ國ト時世トニ依リテ異ナリ我國ニ於テハ立法權ハ君主ノ大權ニ屬ス但其運用ニ關シテハ憲法制定以來一大制限ノ存スルアリ即チ法律（狹義ニ於ケル）ハ帝國議會ノ協賛ヲ經ルコトヲ要件トス其協賛ヲ經タル法律案ハ裁可ニ依リ始メテ成立シ公布ニ依リテ遵由ノ効力ヲ生シ施行期限ニ付キ別段ノ定ナキトキハ公布ノ日ヨリ更ニ一定ノ期間（周知期間）ヲ經過シタル後ニ之ヲ施行スルモノトス（法例一）

不文法 慣習法 不文法トハ文書ニ依リテ制定セラレタルニ非スシテ主權者ノ認定ニ依リテ成立スルモノヲ謂フ其主要ナルモノハ慣習法ナリトス慣習法ハ成文法ニ對シテ不文法ト同一義ニ解スル者多シト雖モ寧不文法ノ一種ト見ルヘキモノニ非サルヤ此點ニ關シテハ學說一定セス一説ニハ學說及ヒ判決例ノ如キモ慣習法ト相並ヒテ法律ノ効力ヲ有スルコトアルモノトシ又一説ニハ此等ノモノハ唯慣習法ノ存在ヲ表示スル材料ニ過キトスル如シ余輩ノ所見ヲ以テスレハ不文法ハ其範圍如何ニ拘ラス主權者ノ認定ニ依リテ成立スルモノニシテ直接ノ法源ニアルコトナシ然リト雖モ間接ノ法源ト稱スルコトヲ得ヘモノハ必シモ國民ノ慣習ニ限ラサルヘシ即チ羅馬ニ於ケル學說ノ如キ慣習ノト有無ニ關セス法律ノ効力ヲ有セシ事例ナキニ非ス但此等間接ノ法源ハ學說又ハ判決例其モノニ非スシテ條理（自然法ト稱スル人モアラン）ト見ルコト或ハ至當ナルヘシ我國ニ於テモ明治八年第百三號布告ニ成文法ナキトキハ慣習ニ依ルヘク慣習ナキトキハ條理ニ依ルヘキコトヲ規定シタルヲ以テモ其裁判ノ準據ト認メラレタルコトヲ知ルヘシ要スルニ裁判官ハ法律ノ不備缺點ヲ理由トシテ裁判ヲ拒ムコトヲ得サルニ由リ立法機關ノ未タ完備セサリシ時代ニ在リテハ慣習法以外ニ此等ノ法源ヲ認ムルコトハ已ムヲ得サルニ出タルモノナリ唯主權者ハ明

11) この結論自体に異論はない。たしかに後掲『民法原論』においては、民法制定後においては、論理的解釈により、適用すべき法規なき事態はさけられるとして、いかにも「欠缺」がないか如き論述、また慣習法なきときも条理による補充が望ましくないとの論述はあるが、裁判事務心得が失効したとも、また、法典に欠缺がないとも断じていないのであって（むしろ裁判事務心得の効力を認め、これを必要な場合には用いることを予定する）、『自由法論』において稍重点の置き方が変わったとしても「改説」とまではいえないものと観ぜられる。

文ヲ以テ其効力ヲ認ムルト否トノ差異アルノミ今ヤ成文法ノ完備スルニ際シテハ此種ノ法源ハ漸ク其適用ナキニ至ルト同時ニ慣習法ト雖モ成文法ニ認メタル範圍内ニ於テノミ其効力アルモノトスル時期ニ達セリ

慣習ナル語ノ意義 慣習法トハ慣習ノ事實ニシテ法律ノ効力ヲ有スルニ至リタルモノヲ謂フ本来慣習ナル語ハ同一行為ノ續行セセラルルコト即チ慣行ノ事實ヲ謂フコトアリ或ハ又慣習法ヲ意義スルコトアリ民法及ヒ法例等ニ於テハ一般ニ慣習法ノ意義ニ用ヒタルモノト解スヘシ抑モ事實タル慣習カ一變シテ慣習法ト為ルハ如何ナル時期ニ在ルヤニ付テハ

慣習法成立ノ時期 學說一定セス或ハ曰ク永年行ハレタル慣習ハ實際ノ必要上法律ト同一ノ効力ナカルヘカラスト此説明ニ安ニスル學者尠カラスト雖モ是未タ説明ト為スニ足ラス何トナレハ慣習ハ何故ニ國家ノ行為ト其ニ裁判官ヲ羈束スルヤヲ知ルコトヲ得サレハナリ或ハ曰ク慣習ニシテ法律ノ効力ヲ具フルハ國民ノ意思又ハ確信（其權利義務カ之ニ因リテ定マルトノ）ニ基クモノナリト是前述總意說ニ出テタルモノニシテ成文法ト其淵源ヲ異ニスルモノト見ルモ亦此觀念ニ外ナラス然ルニ法律ノ本源ハ國家ノ統治權以外ニ之ヲ求ムヘカラサルコトハ既ニ述ヘタルカ如シ且夫レ此等ノ說ハ國家ノ行為ヲ羈束スル點ニ於テ公法ニ對スル説明ト為ルコトヲ得サルナリ（公法ニモ慣習法アルコト勿論ナリ）余輩ノ所信ニ依レハ慣習法ト雖モ國家ノ承認ニ基クモノニシテ主權者カ其存立ヲ妨クルコトヲ為サス之ヲ默認シタルニ因リテ其効力ヲ有スルモノニ外ナラス是決シテ斬新ナル說ニハ非サルナリ」

（同書70頁以下）「第四章民法慣習法トノ關係（中略）」

「民法制定後ニ於ケル効力 近世ノ立法例ヲ見ルニ多クハ特別法ヲ以テ此問題ヲ決定セリ而シテ實質上ニ於テハ各國其主義ヲ異ニシ往古ニ遡ルニ從ヒ廣博ナル範圍ニ於テ慣習法ノ効力ヲ認メタルカ如シ即チ羅馬法ノ如キハ慣習法ニ最モ強大ナル効力ヲ認メタル適例ニシテ永年間行ハレサル成文法ヲ改廢スルコ

トヲ得ルモノトセリ然ルニ

近世立法ノ趨勢 近世ニ至リテハ交通取引ノ發達又ハ國政統一ノ必要ニ促サレ立法機關ノ漸ク整備スルニ從ヒ一般ノ原則トシテハ慣習ニ法律ノ効力ヲ認メサル傾向ヲ生スルニ至レリ佛、奧、蘭、獨等ノ諸國ニ於テハ民法上一般ニ慣習法ノ効力ヲ認メス當ニ成文法ノ規定ニ先チテ適用ヲ受クル効力ヲ認メサルノミナラス其規定ナキ場合ニ於テ之ヲ補充スル効力ヲモ否認セリ蓋法典編纂ノ主旨タル恰モ區々不明ナル不文法ニ代フルニ畫一明確ナル成文法ヲ以テスルニ在レハナリ舊來ノ慣習ニシテ弊害ナキモノハ之ヲ保存スヘキコト當然ナルカ故ニ法典ノ編纂ニ際シテ慣習ハ各種ノ事項ニ就キ充分ニ之ヲ調査シ其採ルヘキモノハ之ヲ採リ法典ノ一部トシテ行ハレシト計ルヘシト雖モ一旦其取捨ヲ決シテ法典ヲ制定シタル以上ハ其規定ヲ以テ凡百ノ場合ニ應スルニ足ルモノトシ若或場合ニ就キ規定ヲ缺クトキハ法典全體ノ上ヨリ解釈シテ適用スヘキ法理ヲ發見スルコトヲ要ス即チ法典其モノノ精神ニ基キ其發達ヲ計ルヲ以テ立法ノ本旨ニ適フモノト解シタルナリ然リト雖モ又一方ヨリ考フルトキハ吾人法律上ノ關係ハ千差萬別ナルヲ以テ假令法典ニ於テ一切ノ法律關係ヲ網羅セント欲スルモ尚往々ニシテ立法者ノ見界ニ漏ルルモノナキコトヲ得ス殊ニ政治上ノ必要ニ迫ラレ急速ニ法典ヲ制定スル如キ場合ニ於テハ最モ其脱漏アルコトヲ免レサルヘシ故ニ成文法ニ對スル補充法トシテ慣習法ノ効力ヲ認ムルハ必シモ其理由ナキニ非サルナリ外國ニ於テモ商事ニ關シテハ慣習法ニ補充的効力ヲ認メタル立法例甚多シトス

本邦ノ法制 法例第二條 我民法ニハ私法一般ノ規則トシテハ慣習法ノ効力ヲ定ムルコトナク之ヲ法例ニ讓レリ法例第二條ハ即チ此問題ヲ決定シタルモノニシテ原則トシテハ慣習法ノ優先的効力（成文法ノ規定ト相異ナル場合ニ於テ之ニ先チテ適用ヲ受クル効力）ヲ認メス法令ニ別段ノ規定アル場合ヲ除ク外ハ唯補充適効力ヲ認メタルノミ此範圍内ニ於テモ慣習ハ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反セサルコトヲ要ス即チ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スル慣習ハ一切其

効力ヲ認メサルナリ而シテ此要件ヲ具備セル慣習ト雖モ將來ニ其効力ヲ有スルモノハ畢竟法令ノ規定ニ依リテ特ニ認メタルモノ及ヒ法令ニ規定ナキ事項ニ關スルモノニ限ル此二ノ制限内ニ於テ慣習ハ法律ト同一ノ効力ヲ有スルモノトセリ要スルニ法例第二條ニ認メタル慣習法ノ範圍ハ左ニ説明スル二點ニ在ルモノトス

慣習法ノ補充的効力 (一) 法令ニ規定ナキ事項ニ付キキ効力ヲ有スルコト 即チ慣習ハ成文法ヲ補充シ第二ノ法源ト爲リテ適用セラルヘキモノトス其理由ハ前段ニ述ヘタルヲ以テ之ヲ再言セス唯此ニ一言スヘキコト果シテ法令ニ規定ナキヤ否ヤヲ断定スルニハ一般解釋ノ手段ヲ施用シタル後ナラサルヘカラサルコト是ナリ直ニ適用スヘキ條文ナキ一事ヲ以テ當然其規定ヲ缺クモノト速スヘカラス此ノ如キ場合ニ於テハ主トシテ論理の解釋ニ依リテ立法ノ本旨ヲ究明スヘシ而モ尚準據スヘキ原則ヲ發見スルコト能ハサル場合ニ於テ始メテ慣習法ヲ適用スヘキナリ惟フニ慣習法ハ決シテ一切ノ事項ニ付キ存在スルモノニ非ス而モ裁判官ハ如何ナル場合ニ於テモ適用スヘキ法律ナキヲ理由トシテ裁判ヲ拒ムコトヲ得サルカ故ニ明治八年裁判事務心得ニ慣習ナキトキハ條理ニ依ルヘキモノトシ已ムコトヲ得ス此茫漠タル主觀的標準ノ指定ニ依リテ始末ヲ着ケタルナリ商事ニ關シテハ特ニ慣習ヲ重ニスヘキ理由アルヨリ商法ニ規定ナキトキハ商慣習法ニ依ルヘキモノト爲シタルモ之カ爲メニ適用スヘキ法規ナキ不便ヲ生スルニハ非ス何トナレハ商慣習法ナキトキハ民法ノ規定ヲ適用スヘケレハナリ(商一條) 今ヤ成文法完備シタル後ニ於テ尚一般ニ慣習ノ補充効ヲ認ムル如キハ果シテ法典編纂ノ目的ニ背馳スルコトナキヤ是大ニ論スルコトヲ得ヘキ問題ナルヘシ蓋民法ノ如キ一大法典ハ必ス自ラ補充シテ完全ナル適用ヲ生スルコトヲ得ヘキ機能ヲ有スルモノナラサルヘカラス後ニ説明スヘキ論理の解釋ノ効用ハ實ニ此ニ存スルモノト謂フヘシ是余輩一個ノ立法意見ニ非ス輒近民法ヲ編纂セル諸國ノ立法例ナルコトヲ認ムルナリ」

(同書88頁)「論理の解釋ヲ用ユヘキ場合 論理的

解釋ハ法文ノ意義不明ナルカ又ハ適用スヘキ法文ナキ場合即チ嚴格ナル文理の解釋法ニ據ルコト能ハサル場合ニ限り用ユヘキモノト解スル論者ナキニ非スト雖モ是謬見ナリ近世ノ法理ハ決シテ羅馬法ニ於ケル如キ文辭ヲ以テ解釋ノ唯一ノ基礎トスルモノニ非ス事情ニ依リテハ右兩解釋法中ノ何レヲ用ユルモ妨ケス主トシテ論理の解釋法ヲ用ユルコトノ必要ナル場合モ亦決シテ少シトセス即チ法文ノ意義時トシテハ法律全體ノ上ヨリ定マルヘキ意義ト相容レサルコト往々之ナキニ非ス此ノ如キ場合ニ於テハ其法文ノ意義ヲ擴張又ハ限縮シテ之カ解釋ヲ定ムルコトヲ要ス所謂擴張的解釋トハ法文ニ當然包含セラレサル意義ヲ附加スルヲ謂ヒ限縮的解釋トハ之ニ反シテ法文ニ包含セラルル意義ヲ除却スルヲ謂フ何レモ其文辭ト法律ノ眞意ト矛盾スルコト明ナル場合ニ於テ施用スヘキ方法ナリトス

人間其同生活ノ狀態ハ常ニ變轉シテ極マル所ナキカ故ニ當初立法者ノ見界ニ入ラサリシ事實類出シ直ニ之ニ適用スヘキ規定ヲ缺クコト往々之ナシトセス裁判官ハ如何ナル場合ニ於テモ法規ノ不備欠缺ヲ理由トシテ裁判ヲ爲スヲ拒ムコトヲ得サルカ故ニ此ノ如キ場合ニ於テモ必ス其適用スヘキ法則ヲ發見セサルヘカラス法令ニ規定ナキ事項ニ關シテハ慣習法ヲ適用スルコトヲ得ヘキモ(法例二條) 慣習法ハ必シモ一切ノ事項ニ就キ存在スルモノニ非ス(七四頁) 其存在セサル場合ニ於テハ明治八年第三百號布告ニ基キ條理ニ從フ途ナキニ非スト雖モ此等ノ法源ニ據リテ裁判ヲ爲スハ一般解釋ノ方法ヲ盡シタル後ノ事タルヲ信ス直ニ適用スヘキ法文ナキトキハ法典全部ノ關係ニ考ヘ論理の解釋ニ依リテ立法ノ本旨ヲ究明スル方法アリ慣習法ノ補充的効力ヲ認メタルハ決シテ論理の解釋ヲ杜絶スル趣意ニ非サルナリ曩ニ述ヘタル如ク民法ノ如キ大法典ハ必ス自ラ補充シテ完全ナル適用ヲ生スルコトヲ得ヘキ組織ヲ備フルモノタラサルヘカラス而シテ其補充ノ最モ重要ナル一方法ハ類推論法ナリトス」。

なおまた、該布告が消滅したという理由としてあ

げられる、裁判所構成法及び民事訴訟法においても、第三条についてはその形跡はない¹²⁾(もっとも、第三條のうち慣習の扱いについては一考を要する。後に法例二条によって修正をみたが、それは慣習法の効力についてである)。仮に消滅したとすると、第三條は、不文の原則とでも解しない限りあり得ないであろう。穂積重遠は、該布告は現行法であるとしているが、「しかしもし此布告が既に廃止されて居るとしても、元來當然の規定であるから今日でも理論上然らざるを得ない」、スイス法二条をひいて、「これが亦明文の規定を待たずさうなくてはならぬ所なのであって、裁判官は民事事件に關し明文不文何等の法律規定がない場合には條理に基づいて裁判すべきものなのである¹³⁾。」としているから、このような考え方を取っているものであろう。私には、これ自体が(スイス法を援用しての)条理であり、法典成立後の条理の内容の変化に過ぎないものと思われる。いずれにせよ、形式的には、廃止も、後法による完全消滅もなかったというのが通説ではなかろうか。なお、最近においても、昭和56年に最高裁判所が国際裁判管轄についての法規欠缺を認め、条理

によってそれを補い、それが実際に立法につながったことは記憶に新しいところである¹⁴⁾。

尚、戦前の日本民法の代表者の一人であり、我妻榮の指導者であった鳩山秀夫の『日本民法総論(上巻)』(大正12年)一〇頁は、通説として、該布告が有効であるという立場を取っている。

「五 條理 明治八年太政官布告第百三號裁判事務心得ニハ民事裁判ニ於テハ成文アルモノハ成文ニ依リ成文ナキトキハ慣習ニ依リ成文慣習共存セサルトキハ條理ヲ推考シテ裁判スベシト定メタリ。此布告ガ今日尚効力ヲ有スルヤ否ヤ議論アルモ積極説ヲ正当トス(通説)。法律ハ如何ニ精細ナルモ進化する社會現象ノ全部ヲ網羅シテ缺漏ナキコトヲ得ズ然モ裁判官ハ法律ノ不備ヲ理由トシテ裁判ヲ拒ムコトヲ得ザルガ故ニ、成文法ナキ場合ニ於テハ條理ニ基キテ裁判スルノ外ナキナリ。

條理トシテ先ヅ適用スヘキモノハ法典全體ヨリ生ズル原理ナリ。多數ノ場合ニハ之ヲ以テ法律ノ缺漏ヲ補フニ足ルベシ。然レドモ之ヲ以テハ尚足ラザルトキハ正義、公平、利益ノ較量等一般ノ條理ヲ以テ裁判ノ標準ト為サルベカラズ。」

12) 小沢・前掲書185頁は、編者の判断の立法詩的背景をいうが、勸解の廃止論を含めてみても、3条ないし5条が消滅したという証拠はない。「消滅」を前提としないとしても、十分に周到な実証的検討がなされているだけに惜しまれる。

13) スイス民法第1条第2項のような条理解は、よるべき法的伝統を持たない圭樹法であるわが民法典については、規範定立あるいは「裁判の両べき準則」がいきおい立法的にならざるを得ないような事情を背景に有することの現れであろう。

14) マレーシア連邦国内におけるマレーシア航空機墜落事故により死亡した日本人乗客の遺族が、わが国の裁判所で提起した損害賠償請求訴訟について、国際裁判管轄の存否が争われたが、最高裁判所は次のように述べて、わが国の裁判所の国際的裁判管轄権を肯定した。

最高裁昭和56年10月16日判決(昭和55年(オ)第130号損害賠償請求事件)民集35巻7号1236頁)。

「思うに、本来国の裁判権はその主権の一作用としてされるものであり、裁判権の及ぶ範囲は原則として主権の及ぶ範囲と同一であるから、被告が外国に本店を有する外国法人である場合はその法人が進んで服する場合のほか日本の裁判権は及ばないのが原則である。しかしながら、その例外として、わが国の領土の一部である土地に関する事件その他被告がわが国とならかの法的関連を有する事件については、被告の国籍、所在のいかんを問わず、その者をわが国の裁判権に服させるのを相当とする場合のあることをも否定し難いところである。そして、この例外的扱いの範囲については、この点に関する国際裁判管轄を直接規定する法規もなく、また、よるべき条約も一般に承認された明確な国際法上の原則もいまだ確立していない現状のもとにおいては、当事者間の公平、裁判の適正・迅速を期するという理念により条理にしたがって決定するのが相当であり、わが民法の国内の土地管轄に関する規定、たとえば、被告の居所(民法2条[現4条2項])、法人その他の団体の事務所又は営業所(同4条[現4条4項-6項])、義務履行地(同5条[現5条1号])、被告の財産所在地(同8条[現5条4号])、不法行為地(同15条[現5条9号])、その他民法の規定する裁判籍のいずれかがわが国内にあるときは、これらに関する訴訟事件につき、被告をわが国の裁判権に服させるのが右条理に適うものというべきである。」

この判旨は、①「この点に関する国際裁判管轄を直接規定する法規もなく、よるべき条約も」なく、②「一般に承認された明確な国際法上の原則もいまだ確立していない現状のもとにおいては」、③「当事者間の公平、裁判の適正・迅速を期するという理念により条理にしたがって決定する」と述べており、裁判事務心得第3条を髣髴とさせる構成を取っている点が注目されよう。これが、国際裁判管轄に関するリーディング・ケースとなり、平成23年 法律第36号[民事訴訟法及び民事保全法の一部を改正する法律]一条により、民事訴訟法が改正され、国際裁判管轄規定が整備されるという立法につながった。

次に富井の『民法原論』について論じた牧野英一の論攷を、明治六年布告に関してのみ以下に収載しておく。

牧野其一『民法の基本問題』89頁以下

「第四節 法源としての慣習法の價值

一 斯くて、わたくしは、茲に、法源としての慣習法の價值、即ち、慣習法の法源たる合理的基礎 *fondement rationnel* を論究せねばならぬことになるのである。蓋し、慣習法が成文と相並んで（少くとも成文法に次ぎて）一つの法源たる事實は疑ない。さうして、此の事實が如何なる意味に於て合理的なるかが茲に問題とされることになるのである。

慣習法の法律的根柢に付いては、吾人は、先づ明治八年第百三號布告第三條を援用することができる。『裁判事務心得』と題せらるる其の法律には『明文なきときは慣習に依るべく、慣習なきときは條理に依るべし』といふことがある（一）。此の法律が今日、尚効力あるものなりやに付いては、議論の存するところであるが、先生は『此規則ハ民法實施後ノ今日ニ在リテモ尚効力ヲ有スルコト疑ナシ』として居られる（第三五頁）。惟ふに、先生の指示せらるるが如く、民法施行法第九條が廢止せらるべき多くの舊法を列挙せる中に、此の規則は見えて居ない。されば、形式上、此の規則が今日も尚生きて居るといふことは、容易に之を言ひ得よう。しかし、わたくしが更に進んで考へたいのは、實質上、此の規則が、何故に存して居るかの點である。單に民法施行法第九條の形式に對する反對論法の應用ではなくして、實質上、即ち合理上、此の規則が今日も尚存して居るものと解せねばならぬ根據如何である。若し、此の規則に付いて斯の如き合理的基礎が見出され得ないならば、たとひ民法施行法第九條の挙示中にそれが見えて居ないでも、尚、今日では既に廢せられたものと見なければならぬであらう。蓋し『法典編纂ノ主旨タルヤ恰モ區區不明ナル不文法ニ代フルニ盡一明確ナル成文法ヲ以テスルニ在』るのである

から（第八一頁）、現にプロシヤのランドレヒトやオーストリアの民法や、フランスの一般の學説の如きに於ては、『民法上一般ノ慣習ノ効力ヲ認メス畜ニ成文法ノ規定に先チテ適用ヲ受クル効力ヲ認メサルノミナラス其規定ナキ場合ニ於テ之ヲ補充スル効力ヲモ否認』して居るのである（第八一頁）。しかし、事實として成文法以外に慣習法の漸次に成立することは動かされない。此の事實を、合理上如何に處置すべきかは問題とならねばならぬのである。プロシヤやフランスやオーストリアの例は、十八世紀の終と十九世紀の初めとに成立したものである。それは、成文法殊に法典の萬能を信じて（二）法律を統一せんとした結果に出たものである。しかし、斯くの如き立法例は慣習が法律として成立するの事實を妨げ得るものでない（三）。吾人の論ずべきは、慣習法を無視して水を逆まに堰ぐの愚を敢てすべきや否やの點に在らずして、慣習を法律として如何に調節して行かねばならぬかの點である。若し、慣習を法律として認め。其の効力を調節することが、合理上の必然であるならば、慣習法の價值は、法律の形式、即ち、慣習を法律として認むる旨の特別な法令あることに歸因すべきでなく（四）、慣習の實質に内在するものとして、斯くの如き特別な法律なき場合に於ても、尚、其の効力を保有せねばならぬのである。わたくしは、明治八年の右布告が、形式上、今日尚有効なりや否やの議論から離れて、専ら理論的に慣習の法源として有する合理的基礎を考へたいと思ふのである。

一 餘談ながら、わたくしは、此の布告が『裁判事務心得』と題せられることに一種の興味を感じる者である。慣習法や條理やの法源たるものが、裁判事務の心得として規定されて居るのである。明治の初年に於ける法律は、一般社會の為の規範とし公布されたのでなくして、官吏の執務の準則たることを免れなかつたものである。生活關係の實體として規定されたのでなくして、訴訟に關する法則として定められたものである。茲にも、わたくしは、法律の進化に關

する面白い痕跡を認めざるを得ないのである（拙著『刑事學の新思潮と新刑法』第四號、第一二頁、第一六頁参照）。

二 プロシヤのランドレヒトやオーストリアの民法やフランスの學説やが慣習法を全然排斥する立場に立って居るのは、社會契約説の影響を受けて居る點も大きいのである。本來獨立なる個人は、自己又は其の代理人の爲したる pacte に依らずんば其の獨立を失ふことなしとし、其の pacte として成文法が當然必要なものとされて居たのである。之に對し、十九世紀の終から二十世紀へかけての民法は、ドイツのもスイスのも、慣習法を認めるのである。ドイツでは特に慣習法を法源として認める旨の明文がない。其の民法施行法は、慣習法の存立を既定の事實として認め、只、法典中の法律 Gesetz なる用語に付き、適用上成文法と慣習法とを區別すべからざる旨を規定して居るに止まる。之に對し、スイス民法は、丁度明治八年の右布告のやうな明文を設けて居る。

三 フランスに於ても、特に慣習法が獨立の法源なることを主張した者がある。それはプーダンの民法論の緒論中に見えて居るところのものである。其の後慣習法論は、特にゼエニーの私法解釋論とランベールの比較民法とに於て詳細に論究されることになった。ゼエニーは、此の點に關するプーダンの地位を明示して居る。

四 慣習法に付いては、尚法例第二條がある。之は或意味に於て明治八年の右の布告と重複するものとも謂ひ得る。或意味に於ては、布告が慣習を法源として認めたのに對し、法例第二條は慣習法の効力を規定したものとも解し得られる。しかし、何れにしても、慣習に付いては、明治八年の布告なくとも、法例第二條が明文上規定を設けて居るとも言ひ得る。之に反し、條理に付いては、法例中、それに関する規定がない。されば、條理の法源たる根據は、形式上は一に右布告に求めねばならぬ。わたくしは、法

源としての慣習に關する議論を、法源としての條理に援用して考へる場合が多いから、特に之だけのことを附言して置きたいと思ふ。