慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	所謂治外法権国及び敵占領地に於ける住所（一）
Sub Title	
Author	板倉, 卓造
Publisher	慶應義塾理財学会
Publication year	1918
Jtitle	三田学会雑誌 (Keio journal of economics). Vol.12, No.4 (1918. 4) ,p.405(1)- 422(18)
JaLC DOI	10.14991/001.19180400-0001
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00234610-19180400-0001

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

三田學會雜誌　第十二卷第四號

論說

所謂治外法權國及び敵占領地に於ける住所（一）

板倉卓造

一

海上捕獲權の目的たる船舶と載貨の敵性（Enemy character）を決するに船舶に就ては其中立性を有するや又は敵性を有するやは其掲揚の權利を有する國旗に依りて之を定むるとするを以て倫敦宣言第五十七條）一般の原則（註一）と爲すが故に夫れ〳〵の國法に據り一定の要件（註二）を具備することに依りて其國の旗章を掲

揚することを得る船舶は其國が中立國なりや又は敵國なりやに依て國性（National character）を決せらるゝものなり。

（註一）此一般原則には三の例外あることを看過す可からず。即ち

一、中立船舶にして直接に戰鬪行爲に加はる場合、敵國政府に於て該船内に乘組ましめたる代理人の命令を受け又は其監督を受くる場合、全部敵國政府の爲めに傭入れられたる場合、又は現に且つ專ら敵國軍隊の輸送又は敵を利する爲め情報の傳達に從事する場合には敵商船たる場合に受くると同一の處分を受く可きものとす（倫敦宣言第四十六條）。

二、抑留監檢及び拿捕の權利の合法なる行使に對し强力を以て抵抗する中立船（倫敦宣言第六十三條）。

三、中立船にして敵國政府の特許を得て敵國が平時に於て他國船に禁止する航海（例へば沿岸貿易）に從事するものは之を敵船と看做すこと英米の慣例にして日本の海戰法規第十八條第二項の規定する所なり。倫敦宣言には此點を「問題外」hors de cause なりとして決する所なし（第五十七條第二項）。

（註二）我船舶法第一條は日本船舶たる可き四種の船舶を列記したり。第二條には日本船舶に非ざれば日本の國旗を掲ぐることを得ずと規定し第二十二條を以て日本船舶に非ずして國籍を詐るの目的を以て日本の國旗を掲げたるもの及び日本船舶にして國籍を詐る目的を以て日本の國旗に非ざる旗章を掲げたるものに對する罰則を規定し尙ほ國旗に關して同法第六、七條に規定する所あり。

故に船舶に就ては單に其國籍の如何に依て敵性の有無を定むることを得るを以て其事甚だ單純なれども載貨に至りては其中立性を有するや將た敵性を有するやを決すること現行國際法の下に於ては船舶に於けるが如く單純なるを得ず。倫敦宣言第五十八條には「敵船内に在る貨物の中立性を有するや又は敵性を有するやは其持主の中立性を有するや又は敵性を有するを以て載貨の國性は其持主の國性に依りて決せらるゝものなれば其國性の中立なりや又は敵なりやは一見恰も單純に決せらるゝが如くなれども然らば其持主たる人の中立性を有するや又は敵性を有するやを決するものは何なりや。倫敦宣言は之に就て何等の規定を設くることなし。否な設けざりしに非ず能はざりしなり。如何となれば是れ實に古來の英米主義と大陸主義（又は佛國主義）の衝突する所なればなり。船舶の國性を定むるにも久しく英米主義と大陸主義との衝突ありて大陸主義は專ら其國籍即ち其掲揚する國旗に依て船舶の國性を定むるに反し英米主義に於ては其掲揚する國旗に依て之を定むると共に其船舶の全

部又は一部が敵國又は敵人の所有に屬するものとは其掲揚する國旗の如何に拘はらず之を敵船と見做すものなるが故に兩主義の間に甚だしき矛盾ありしに(註三)一九〇八、九年の倫敦海戰法會議は英米主義を排して大陸主義を採用したるを以て多年間の衝突を一掃することを得たり。然るに(但し英國は今度の開戰の翌年、右の倫敦宣言の規定を排して再び古來の舊主義を復活したり。)載貨の國性を定むるに就ての兩主義に關しては遂に之を決すること能はざりしを以て倫敦宣言は問題を未決の儘に遺したるものなり。然らば其載貨の國性を定むるに就ての所謂英米主義と大陸主義との衝突とは何ぞや。

（註三）船舶の一部が敵人の所有にして他の一部が中立人の所有に屬する場合に佛國主義に從へば la propriété du navire, au point de vue de l'exercice des droits de la guerre, est absolument indivisible と稱して其國性を一に其掲ぐる國旗に依りて決するに反し英米主義にては斯る場合に船の所有權が可分(divisible)なるを認め其敵人の所有に屬する部分を處分し得るものとせり。

二

載貨の國性を定むること一に其所有者の國性に依るものなるは倫敦宣言の規定する所なりと雖も其所有者が中立性を有するや又は敵性を有するやに就て大陸主義は專ら其所有者の國籍に依て決する以て中立國の國籍を有するものゝ所有に屬する載貨は自ら中立性を有し敵國の國籍を有するものゝ所有に屬する載貨は隨て敵性を有することゝ爲り其差別甚だ單純なること船舶の國性を定むる場合と同一にして又理論一偏よりすれば國籍に依て人の國性を定むるの簡明なるに如かざれども英米主義は之に反して單に理論のみに拘泥することなく寧ろ實際上の便宜よりして凡そ人の國性は其屬する國籍如何に拘はらず一に住所を有する國に屬するものとせり。即ち大陸主義は人の國籍に重きを置くに反し英米主義は人の住所に重きを置きたり。之を以て人の國性を定むる所以の準則が斯の如く衝突する以上は倫敦宣言が「敵船内に在る貨物の中立性を有するや又は敵性を有するやは其持主の中立性を有するや又は敵性を有するやに依り之を定む」と規定すと雖も畢竟一種の循環論法にして何等の確定準則を示すものに非ずと云ふ可し。而して日本の主義は前年の海上捕獲規程に於ては英米主義を採用して其第三條に「人の國性は其國籍の如何に拘はらず住所を有する國に屬するも

のとす」と規定したるに現行の海戰法規には主義を一變して原則として大陸主義に轉じ其第十九條に「敵船內に在る貨物の中立性を有するや又は敵性を有するやは其所有者の國籍の中立なるや又は敵なるやに依り之を定む」とし唯だ「所有者が二重の國籍を有する場合には其住所の中立國に在るや又は敵國に在るやに依り之を定む」として例外的に英米主義を採用するは一種の折衷主義を行ふものと評せざる可からず。是れ實は海戰法會議の起草委員會に於て提案せられ然かも結局納れられざりし折衷案を採用したるものに外ならず（註四）。

（註四）即ち起草委員會の一般報告書中に記する折衷案の正文左の如し

Le caractère neutre ou ennemi des marchandises trouvées à bord d'un navire ennemi est déterminé par la nationalité neutre ou ennemie de leur propriétaire et, en cas d'absence de nationalité ou en cas de double nationalité neutre et ennemie de leur propriétaire, par le domicile de celui-ci en pays neutre ou ennemi. (Parliamentary Blue Book, Miscel. No. 5 (1909), P. 370)

唯だ右の正文中には其載貨の所有主が無國籍人なる場合にも二重國籍人と同じく其人の住所に依て國性を定むることを規定するに我海戰法規中の前掲條文中には之を加へざりし點に於て相違あるのみ。

英米主義が國籍の如何を問はず一に住所を有する國に依て其人の國性を定むるの結果例へば其人の國籍より云はゞ敵國人なるも若し中立國に其住所を有するものなる場合には彼の國性は中立にして隨て其所有に屬する載貨も亦中立性を有するものなり。之に反して其人の國籍は本來中立なるも住所を敵國に有するものならんには彼の國性は敵にして隨て彼の所有に屬する載貨も亦敵性を有す可し。海上捕獲に關し英米が人の國性を其有する住所に依て定むるの主義は既に久しく行はるゝ所にして畢竟實際上の實利に鑑みて此に出でたるものなり。即ち國籍に依て人の國性を定むるの主義は其單純簡明なるの點に於ては最上の便利を有すること疑なしと雖も現に多年敵國に住所を有し其地に於て營業に從事し其國の租稅を負擔し事實上には其國本來の人民と全く同一なる生活を營み公私ともに其國の資源に貢献しつゝあるものなるに其人が單に名義上中立國の國籍を有するの故を以て彼の國性を中立とするの大陸主義は餘に空理に拘泥して實際の事實を無視したるものにして元來今日の國際法に於て尙ほ敵國私有財產に對する海上捕獲權の存在を認むるは之に依て相互に敵の資源を減殺し以て戰爭の終結を速かならしめんことを期するが爲めなるに事實上には敵人と何等

差別する所なきものを單に其人の名義上の國籍が中立なるの形式に囚はれて空論的に其國性を定むる所謂大陸主義は敵國私有財産に對する海上捕獲權の存在を認むる其根本の原理と矛盾するものと云はざる可からず。又これと全く反對に本來の國籍は敵國に在りと雖も多年引續き中立國に住所を有するものなるときは彼は事實上には其中立國人民と何等差別する所なきものなるが故に單に國籍の故を以て彼を敵人とし其海上の財産を敵性のものとして捕獲するの大陸主義は敵國私有財産に對する海上捕獲權を無用に擴張するものとの非難を免かるゝを得ざる可し。斯の如く英米主義に於ては本來の敵人が中立性を有することある可く又本來の中立人が敵性を有することあると同じく自國に對して敵たる國の國籍を有するに拘はらず其人が多年自國に住所を有するものならんには彼は海上捕獲權の關する限りに於ては敵性を有せしめらるゝことなき其反對に自國人と雖も敵國に住所を有するものならんには彼は敵性を有することゝ爲る可し（註五）。此故に英米主義に隨へば人の國性は左表の如くなる可し。

住所地	國籍	國性
一、敵國	敵國	敵性
	中立國	敵性
	自國	敵性
二、中立國	敵國	中立性
	中立國	中立性
	自國	中立性
三、自國	敵國	無敵性
	中立國	無敵性
	自國	無敵性

（註五）以上の一般論に附隨して尚ほ（一）法人の國性に關し及び（二）中立人が敵國内に所有する土地に生じたる産物は何れの國性を有するやに關して言及せんには一層英米主義の本質を明にすることを得る筈なれども是等の諸點を詳論するは本論には必ずしも直接に要なきことなれば之を省略す可し。

三

斯の如く英米主義は人の國性を定むるに專ら住所に重きを置くを以て自ら住所とは何ぞやとの問題を生ず可し。英法に所謂住所（Domicile）とは一般的に之を定義して永住の場所と云ふことを得べし（註六）。而して之に二種あり。凡そ人として住所を有せざるものある可からざること確定の原則なるを以て法律は（一）子の生るゝや其子が嫡出子なるときは父の住所を與へ（二）若し其子が私生子なるときは母の住所を與ふ（三）父母ともに知れざるものは其生れたる地又は其發見せられたる地を住所とし（四）認知せられたる子は其生れたるとき父の有したる住所を以て其住所とす（註七）。此故に其住所は法律の定むる所にして全然不任意的（involuntary）なり（註八）。之を本來の住所（Domicile of origin）と云ふ。然るに其子が成年に達したるときは自ら住所を選擇して之に居る可し。此故に其住所を定むること任意的（voluntary）なり。之を選擇の住所（Domicile of choice）と云ふ。國性を定むるに就て實際上重要なるは選擇の住所なり。一八五九年 Kindersley が Lord v. Colvin 事件に就き住所の詳密なる定義を與へたるは選擇の住所の意義を明にするものと云ふ可し。即ち其定義に隨へば「人が自分及び其家族の住居（habitation）を任意に定むるに當り單に特殊一時的の目的に出でず苟も豫期せざる事件が發生し若しくは其發生が不定なる爲め更に他の永住の住家（permanent home）を定めざる可からざるに至るまでは之を其永住の住家とするの現實なる意思に出でたるとき正しく其場所を住所と云ふ」（註九）。依て住所には（一）居住（residence）の任意なること（註一〇）（二）居住の事實あること及び（三）永久に居住するの意思あることの三要件を具備せざる可からざるを知る可し。

（註六）前年の我海上捕獲規程第四條には「人の住所とは其永住の地を謂ふ」と規定せり。民法第二十一條に「各人の生活の本據を以て其住所とす」と云ふものと其實質に於て異なる所ある可からず。ダイシーの定義に曰く "The domicil of any person is, in general, the place or country which is in fact his permanent home, but is in some cases the place or country which it be in fact his home or not, is determined to be his home by a rule of law." (Dicey: Conflict of Laws, 1896, p. 79)

（註七）認知せられたる子の住所に就てはダイシーとウエストレーキとの間に異說あり。茲には假りにダイシーの說を掲ぐ（同上, p. 101.）

（註八）被後見人が後見人の住所と同じ住所を有し妻が其夫と同じ住所を有す可きことも法律の定むる所にして本人の任意に非ざること所謂「本來の住所」と同じけれど被後見人及び妻の住所は「本來の住所」にも非ず又次に記する「撰擇の住所」にも非ず、特

殊の住所と見做すものゝ如し。

（註九）Trotter : Supplement to the Law of Contract during War, p. 11.

（註一〇）居住の任意なることを要すと云ふを以て例へば開戰の爲めに敵國に抑留せられたるものは本來その地に居住の意思なきものなるに他より強制せられて留まるものなるが故に斯る場合に彼は固より其地に住所を有するものに非ず、隨て其人は住所に依る敵性を有す可きに非ざるなり。

斯の如く住所は之を一般的に定義して人の永住の場所と云ふの例にして普通民法上の用例も略ぼ一定したり。然るに英法に於ては此住所に對し商事上の住所（commercial domicile）なるものを認めたり。人の商事上の住所とは營業の場所を云ふ。此商事上の住所に對して前記一般的の住所を民事上の住所（civil domicile）と云へり。或は時として前者を trade or trading domicile と云ひ後者を personal domicile と呼ぶことあり。而して通常人の商事上の住所と民事上の住所とは多く一致するの例なれども國際交通及び國際通商の盛なるに伴ひて一人にて其民事上の住所を甲國に有すると共に商事上の住所を乙國に有し同時に二重の住所を有するの例ます〳〵頻出するに至れり。甚だしきは時として其商事上の住所の二國以上に及ぶものあり。依て商事上の住所と民事上の住所とを明確に區別するの要あり（註一一）。

一、兩者には其目的上の相違あり。即ち民事上の住所は一私人として永住するの場所なるに商事上の住所は單に營業の爲めの場所なり。

二、兩者には永住の意思に就て相違あり。即ち民事上の住所は永久に居住するの意思（animus manendi）に出づるものなるに商事上の住所は永久に居住するの意思なく何時かは再び民事上の住所に歸るの意思（animus revertendi）を伴ふものなり。

三、故に兩者には本質上の相違あり。如何となれば民事上の住所は一般に所謂住所なれども商事上の住所は實は我民法に所謂居所を意味するものに外ならざればなり。

四、兩者には其適用に於て相違あり。即ち民事上の住所は常に一般に其人の民事上の法性（legal character）を定むる爲めに適用せらるゝに反し商事上の住所は戰時人の國性を定むる爲めに特に適用せらるゝものなり。

（註一一）ダイシーの國際私法論（前出）の卷末附錄に載する商事上の住所と民事上の住所との區別に關する詳說は後の多くの學者に依て引用せられ現に前記ツロッター の著書中にも之を抄用したれども余は聊か別に見る所ありてダイシーの說明とは異なりたる研究法に依りたり。

四

海上捕獲權の行使に關し人の國性を定むるに英米主義が國籍に依る大陸主義を排し專ら其人の住所に依て之を決するの點に於て著しき差違あるに止まらず其住所の何れに在るやを定むるにも必ずしも普通民法上の用例に見る住所に依ることなく別に商事上の住所なるものを認め其人の民事上の住所が何れに在るを問はず苟も敵國內に職業を營み隨て敵國內に商事上の住所を有するものと認むるときは其人の國性を敵と見做すの慣例を維持するの論據は果して何れに在りや。サー・ツラヴァース・ツウキッス乃ち說明して曰く。

「是等の判例より抽象せらる可き原則は次の如くなる可し。即ち敵國の通常もしくは非常の商業に從事するの人にして其國の住民と同一なる基礎と同一なる利益に於て之を營むときは之に用ゐられたる財產は其國の一般商業內に合一せらるゝものなるが故に其人の所在如何に拘はらず之を沒收せらる可きものなり。思ふに此原則は理由あるものと云ふ可し。蓋し斯の如き商業は敵の資源及び收入を助け且つ戰爭の苦痛を輕減するに直接の效果を有するものなればなり。辭言すれば之に依りて其國の製造工業を助成し之より生じたる全部の利得は其領土內に蓄積循環せられ隨て斯の如き商業は其國の臣民が之を營むと同樣に課稅の純正なる目的たる可ければなり。果して然らば敵國の保護と恩惠とを享有すること斯の如き人が斯の如き商業に關して其危險と損害とを分擔することを免かるゝの理由ある可からず云々」（Sir Travers Twiss : Law of Nations, 2nd ed., vol. II, p. 308）

人の國性を定むるに其商事上の住所に依るの理論は英國捕獲審檢所の往時の判例中に屢々論明せらるゝ所にして其論旨は右ツウキッスの說明に略ぼ盡きたり。而して英米主義は人の住所に依て其國性を定むと云ふ中にも多年の實例に於て其適用を見るは民事上の住所に非ずして多くは商事上の住所なり。故に人の國性は其住所に依て定まると云ふも實際には人の國性は其商事上の住所に依

て定まると云ふの一層適切なるに如かず。之を以て先年の倫敦海戰法會議に際しても英國政府は其覺書(註一二)に於て特に此點を切言したり。即ち

一、英國審檢所に於て採用せらるゝ原則は戰時捕獲せられたる財産が敵の財産なりや否やを決するに其所有主の住所を以て主たる要素と爲すに在りき。然れども此目的を達するには右の原則は之を常に本來の住所domicile of origin or residence）のみに限る可からず。依て次に記する所に依て之を適用す可きものとす。

a. 中立國に住所を有すと雖も敵國に商店(house of trade)を有するものは其地に起原する取引に關しては當該敵國内に商事上の住所を取得するものと見做さる。但し斯る所有者の其他の財産は此限りに非ず。

b. 商事上の住所は國籍に伴ふ住所(domicile of nationality)に非ざるを以て其人が再び歸來するの意思なく(sine animo revertendi)其住所を善意にて放棄し他の住所に遷るの實際の手段に出でたるときは其住所は消滅す。

二、此原則は箇人、組合又は會社の場合にも等しく適用せらる。但し後二者の場合には業務が依て以て支配せらる場所を以て住所と認めらる。

三、組合の場合に於て組合員の一人又は二人以上が敵地に住所を有するとき他の理由に依りて敵財産として捕獲するを得ざる財産は組合員の間に比例的に分割せらるゝものと推定す。敵地に住所を有する組合員に屬する部分は之を敵財産と見做さる。

（註一二）Parliamentary Blue Book, Miscel., No. 4. (1909) p. 11.

我舊海上捕獲規程も亦商事上の住所を認むるものにして其第四條に「人の住所は其永住の地を謂ふ」として所謂民事上の住所を認むると同時に其但書に於て「商人に付ては其主として商業を營むの地又は商業に從事する領事に付ては其商業を營むの地を以て住所とす」と規定したるに徵して明かなり。

斯の如く英米主義が住所を以て其人の國性を定むるに就ては次ぎには其住所が何れに在るやを定めざる可からず。就中商事上の住所が何れに在るやを明確するに非ざれば其人の國性を定むるを得ず。一般には其住所が中立國に在りや敵國に在りやに依て之を決すること勿論なりと雖も其中立國と云ひ敵國と云ふ

に就ても常に必ずしも明かならず。少なくとも左の二點に於て疑問を存す可し。

一、中立國中、所謂治外法權の行はるゝ國に住所を有するものは中立性を有するや。

二、敵の占領する地に住所を有するものは敵性を有するや。

是れ現戰爭に於ても現に起りたる問題なり。

十七世紀の英國に於ける利子論爭（其の三）

高橋誠一郎

(III) Sir Thomas Culpeper の低利論

中世に於ける利子學說が justum pretium の學說と相交錯せるが如く（Ashley, Economic History, vol. I. p. 161）第十七世紀に於ける利子論は多く貿易平衡論と相關聯せり。前に載せたる Thomas Wilson が Discourse upon Usurie. の示すが如く第十六世紀の後半に於て頗る複雜なる色彩を現すに至りたる利子問題は次世紀に入るに及びて漸次純經濟的色調の濃厚を加へ來るを見たり。斯くて利子論は商權擴張論と契合し、貿易平衡論に混入し、旋て又、和蘭商業の繁盛模倣（Roscher の所謂 Nachahmung der niederländischen Handelsblüthe.—Zur Geschichte der englischen Volkswirthschaftslehre. S. 57.）と一致するに至れり。