91
255

0018083000

③

0018083-000

９１－２５５ハ

日本国際私法論

山口弘一・著

巌松堂書店

下巻　第１分冊

昭和４

ACJ

この著作物は、著作権者不明のため、著作権法第６７条の規定に基づき、平成１２年５月１５日付けで文化庁長官の裁定を受け使用するものです。

法學博士 山口弘一著

日本國際私法論

〔第一分冊〕

下卷

79

東京 巖松堂書店發兌

日本國際私法論

下卷

法學博士 山口弘一 著

〔第一分冊〕

東京 巖松堂書店發兌

91-255ハ

例言

一、著者ガ今回本冊債權論ヲ公刊スルコトヲ得タルハ辯護士蜂谷喬樹君及ビ東京商科大學々生石光勝君ノ熱心ナル助力ニ負フ所多シ蜂谷君ハ原稿ノ整理ニ從事セラレ、石光君ハ校正ノ任ニ當ラレタリ謹ンデ二君ノ厚意ヲ謝ス

一、本書ノ上卷中ニ發見セル誤刊ニ付キ石光君ノ作製セル正誤表ヲ本冊ニ添綴セリ

昭和三年十一月

山口弘一識

日本國際私法論（下卷第一分冊）目次

第二章　債權……三三五

緒言……三三五

第一節　契約ニ因ル債權……三三五

◎契約ニ因ル債權ノ準據法ニ關スル學說　◎主權ノ法理ヲ基礎ト爲ス學說　◎當事者ノ意思ヲ基礎トスル學說　◎我法例ノ規定　◎隔地的契約成立地ノ問題　◎法例第九條ノ規定　◎申込ノ交叉及ビ共同申込並ニ共同承諾ノ場合　◎自働器械ニ由ル契約　◎公衆ニ對スル申込ノ結果成立スル契約　◎隔地的契約成立ノ時期　◎契約成立地ノ任意的指定　◎契約地ガ不明ナル場合　◎契約ノ準據法ノ管轄スル事項　◎契約ノ成立　◎契約ノ效力　◎主要ナル契約ノ準據法　◎豫約及ビ本契約　◎主タル契約ト保證契約擔保契約　◎利息契約　◎賣買　◎賃貸借　◎借家ノ火災ニ因ル責任問題　◎贈與　◎消費貸借　◎公私債契約　◎射倖契約　◎富籤　◎終身定期金契約　◎希望賣買　◎利札　◎雇傭　◎競業約款　◎委任（信用委任）及ビ信用狀　◎旅行信用狀　◎商業信用狀

第二節　單獨行爲ニ因ル債權……四一九

◎寄附行爲　◎委付

第三節　債權的ニシテ且ツ物權的ナル契約……四三
◎信託契約　◎永小作權契約等
第四節　不法行爲及ビ無過失賠償……四二五
◎不法行爲ノ準據法ニ關スル學說　◎我法例ノ規定　◎法例第十一條第二項ト法例第三十條　◎不法行爲ノ主觀的要件ト客觀的要件　◎不法行爲能力　◎權利侵害ト損害ノ有無　◎不法行爲地ノ確定　◎ばーるノ說　◎意思主體所在地說　◎結果發生地說　◎損害發生地說　◎著者ノ說（權利所在地說）　◎船舶衝突ニ關スル條約　◎損害賠償其他ノ處分　◎損害賠償義務ノ不履行　◎損害賠償ノ範圍　◎無過失賠償請求權　◎勞働災害　◎職業ニ因ル疾病　◎工作物ノ設置保存ノ瑕疵ニ因ル損害
第五節　事務管理……四五九
◎事務管理ノ準據法ニ關スル學說　◎舊法例ノ規定　◎現行法例ノ規定　◎事務管理地　◎事務管理ノ準據法ト不法行爲ノ準據法トノ衝突　◎管理繼續義務ノ有無　◎法律ノ規定ニ因ル事務管理
第六節　不當利得……四七一
◎不當利得ノ準據法ニ關スル學說　◎舊法例ノ規定　◎現行法例ノ規定　◎不當利得ノ原因　◎受益者ノ行爲　◎損失者ノ行爲　◎損失者ト受益者トノ行爲　◎第三者ノ行爲　◎事實
第七節　債權移轉……四七九

◎法律ニ因ル移轉　◎法定代理　◎裁判ニ因ル債權移轉　◎債權讓渡（附、債務引受）　◎指名債權　◎指圖債權　◎無記名債權
第八節　債權消滅……四九二
第一項　履行……四九二
◎伊佛ノ學說　◎獨逸ノ學說　◎履行者　◎履行受領者　◎履行期　◎履行地　◎履行ノ體樣　◎供託　◎辨濟ノ充當　◎代物辨濟　◎不履行ノ要件及ビ效力
第二項　相殺……五〇三
◎相殺ノ準據法ニ關スル學說　◎相殺ノ方法　◎相殺契約及ビ交互計算　◎相殺ノ推定
第三項　混同……五〇八
◎混同ノ準據法ニ關スル學說　◎混同ノ原則ノ適用ナキ法律關係
第四項　更改……五一〇
◎更改ノ準據法ニ關スル學說　◎我法例ノ規定
第五項　債務免除……五一二
◎債務免除ノ準據法ニ關スル學說　◎我法例ノ規定
第六項　時效……五一五

◎消滅時效ノ準據法ニ關スル學說　◎債權ノ準據法ニ依ル

第二章　債權

緒言

債權ニハ統一的準據法ナシ是レ債權ハ其發生原因ニ依リテ其規定ヲ異ニスル爲ナリ故ニ余ハ其發生原因ニ依リテ債權ヲ分類シ以テ其準據法ヲ研究セント欲ス

第一節　契約ニ因ル債權

契約ニ因ル債權ノ準據法ニ關スル學說ハ之ヲ大別シテ二ツト爲ス一ハ主權ノ法理ヲ基礎ト爲スモノニシテ一ハ當事者ノ意思ヲ基礎ト爲スモノナリ余ハ法例ガ採用セシ法律關係性質說ノ上ヨリ批評ヲ試ミント欲ス

契約ニ因ル債權ノ準據法ニ關スル學說

主權ノ法理ヲ基礎ト爲スト爲ス學說

甲　主權ノ法理ヲ基礎ト爲ス學說

(十)　債務者ノ本國法說

是レちーてるまんノ唱フル所ナリ其說ニ曰ク人ノ上ニ直接ノ支配ヲ爲スコトヲ目的トスル權利又ハ一定ノ人ノ給付ヲ目的トスル權利ハ此權利ニ服從スル人ノ

本國法ニ依ル蓋シ人ノ上ニ支配ヲ實行スル者ハ其人ノ上ニ對人主權ヲ有スル國家ナレバナリト而シテ氏ハ更ニ債務關係ニ就キ此說ヲ敷衍シテ曰ク債務關係ハ法律ガ債務者ニ對シテ給付ヲ命ズルニ因リテ生ズ而シテ此命令ヲ發スルコトヲ得ルハ獨リ債務者ノ本國法ノミト然ルニ不法行爲ニ基因スル損害賠償ノ債務關係ハ不法行爲地法ニ依ルベキコトヲ主張シテ曰ク外國人ノ所在地タル國家ガ其領土主權ヲ以テ外國人ニ對シ私法上ノ命令ヲ發スルコトヲ得ルハ國際法ノ認ムル所ニシテ此場合ニ對人主權ハ收手スベシト (Zitelmann, I, S. 82 f., S. 104 f., S. 112 f., S. 119 f., S. 125 f., II, S. 366)

本說ハ啻ニ循環論ニ陷ルコトアルノミナラズ連帶債務等ノ如キ多數ノ債務者ヲ有スル債務ニ就テハ債務者ノ本國法ガ其規定ヲ同ジウスル場合ニ纔ニ本說ヲ適用スルコトヲ得ベシト雖モ然ラザル場合ニ於テハ竟ニ債務關係ノ準據法ナカルベシ何トナレバ各債務者ノ本國法ハ互ニ相牴觸シテ之ニ依據スルコト能ハザレバナリ而シテ循環論ニ陷ルト云フ所以ハ他ナシ何人ガ債務者ナルヤハ先ヅ一定ノ準據法ヲ適用シテ而シテ後ニ明ナルモノナレバナリ蓋シ國際私法上債務問題ノ生ズルヤ債務者ガ確定セル場合固ヨリ鮮シトセズ然レドモ債務者ノ不確定ナル場合亦乏シカラズ此時ニ方リちーてるまんハ何レノ法律ニ依リテ此問題ヲ解決セント欲スルヤ

(ii) 當事者ノ本國法說

ちゅらんハ當事者ノ本國法說ヲ唱フ以謂ヘラク國家ハ唯其臣民ニ對シテ主權ヲ有ス而シテ公安ノ命ズル場合ニ於テハ外國人ニ對シテ法律ヲ强制スベシト雖モ契約ニ就テハ契約成立地タル國家ハ之ニ就キ稀ニ公安上ノ利害ヲ有スルノミト (Durand, p. 417) 氏ハ更ニ進ンデ能力ノ準據法ト行爲ノ準據法トヲ區別スル必要ナキヲ論ジテ曰ク人ノ能力ニ其本國法ヲ適用スルハ已ニ世人ノ認ムル所ナルモ能力ノ觀念ハ行爲ヲ離レテ獨立スルモノニ非ズ故ニ能力ノ準據法ハ同時ニ行爲ノ準據法ナリト謂ハザル可ラズ而シテ當事者ノ本國法ガ强制法ナル場合ニハ總テ之ニ遵由スルヲ要スルモ隨意法ナル場合ニハ當事者ノ意思ニ從ヒ準據法ヲ定ムベシ只ダ意思ノ不明ナル場合ニ於テハ同國人間ニ在リテハ其本國法ヲ適用シ異國人間ニ在リテハ契約地法ヲ適用スベシト

氏ガ主權ノ性質ヲ基礎トシテ立論スルニ拘ハラズ法ヲ强制法ト隨意法トニ分チ其效力ノ差異ヲ認ムルハ贊成スルコトヲ得ズ何トナレバ隨意法モ亦主權ノ作用ナル點ニ於テハ强制法ト異ナラザレバナリ

(三) 訴訟地法說

是レしゅみっど、ぴうってる等ガ唱フル所ナリしゅみっど曰ク一定ノ事實ガ法律行爲トナルハ法ガ一定ノ要件ノ下ニ之ニ法的效果ヲ附與シタルガ爲メナリ故ニ契約ノ法的效果ヲ主張スル者ガ我裁判所ノ保護ヲ請求スル場合ニハ我法ガ與フル所ノ法的效果以上ヲ望ムコトヲ得ズト(Schmid, die Herrschaft der Gesetze, S. 64) ぴうってる、ぷわいふえるモ此說ヲ唱フ(Walker, S. 334; Bar, 248)本說ハ偶然ノ事實卽チ訴訟ニ因リテ債權ノ運命ヲ左右スル缺點アリ何トナレバ諸國ノ民事訴訟法ニ依ルニ普通裁判籍ハ人ノ住所地ニ在ルガ故ニ將來被告トナル恐アル者ハ己ノ爲メニ利益アル法律ノ行ハルル法境ニ住所ヲ移シ以テ訴ノ提起ヲ待ツコトアルベシ又原告ハ被告ノ有スル數多ノ裁判籍中自己ニ有利ナル法律ノ行ハルル地ヲ選ンデ訴ヲ提起スルコトアルベシ其結果タルヤ債權成立後ノ事實タル訴訟ニ因リテ既存ノ債權ヲ左右スルニ至ル余輩ノ知ル所ニ依レバ今日知名ノ學者ニシテ此說ヲ唱フル者ナキノミナラズ立法例中本說ヲ採用セシ者ハ只ダ僅ニ瑞西ノぐらうぶゅんでん州民法ノミナルガ如シ同法第一條ニ曰ク

左ノ事項ニ付テハ本法ノ規定ヲ適用ス(第一號及ビ第二號略ス)

三　債權ニ付テハ民事訴訟法ノ規定ニ從ヒテ本州ノ裁判所ニ訴フルコトヲ得ル一切ノ債權

(註) まるてんすハ其著書(獨譯國際法第二卷三三四頁註九)ニ於テ訴訟地法說ノ代表者トシテしゅみっど及ビふゐりもあヲ擧ゲタリ前者ニ就テハ中レリト雖モ後者ニ就テハまー氏ノ考恐クハ謬レリ

當事者ノ意思ヲ基礎トスル學說

乙　當事者ノ意思ヲ基礎トスル學說

參照 M. Caleb, Essai sur le principe de l'autonomie de la volonté en droit international privé, 1927; L. Olive, Etude sur la théorie de l'autonomie en dr. int. pr., 1899.

債權ノ準據法ニ關スル當事者ノ意思ガ分明ナル場合ニハ之ニ從フベキモ然ラザ

ル場合ニ何レノ國ノ法律ヲ以テ債權ノ準據法ト見ル可キヤ此問題ニ付テハ左ノ數說アリ

(一) 債權發生ノ當時ニ於ケル債務者ノ住所地法說

本說ハ獨逸ノ學者殊ニばーる氏ノ唱フル所ナリ同氏ハ本說ノ二理由ヲ擧ゲタリ一ニ曰ク當事者ノ意思ヲ制限スル規定ハ債務者ノ利益ノ爲メニ存ス二ニ曰ク當事者ハ各其知ル所ノ法律卽チ債務者ノ住所地法ニ依リテ意思表示ヲ爲シタリト推定スルコトヲ得ベシト然ルニ同氏ハ一方ニ於テ數多ノ例外ヲ認メタリ曰ク地方的規定、曰ク市場取引又ハ一時滯在者ノ家屋賃貸借ノ如ク國際交通上債務者ノ住所地法ノ適用ヲ許サザル者、曰ク履行地ニ行ハルル禁止法是ナリ又曰ク履行ノ方法ニ就キ當事者ノ意思不明ナル時ハ履行地法ヲ適用スベク不動產上ノ契約ハ不動產所在地ニ依リテ解釋スルヲ原則トスト(Bar, Lehrb. d. int. Pr. u. Str. S. 108–111)

按ズルニ第一ノ理由ハ事實ニ反スルモノト謂フベシ何トナレバ當事者ノ意思ヲ制限スル規定ハ公益保護ノ必要ニ出ヅル場合極メテ多ケレバナリ縱シ右ノ規定ガ孰レモ皆債務者ノ利益保護ヲ目的ト爲スト假定スルモ之ガ爲メニ債務者ノ住所地法ガ債權ノ準據法ナリト云フ結論ヲ生ゼズ何トナレバばーる氏ノ說ニ依レバ各國ノ私法中當事者ノ意思ヲ制限スル規定ハ皆債務者ノ利益ヲ保護スル目的ヲ有スルガ故ニ債務者ノ住所地法ノミガ適用上優先力ヲ有セザレバナリ第二ノ理由ハ畢竟事實論ナレドモ當事者ノ住所地ハ其本國若クハ契約成立地ニ比シテ之ヲ知ルコト困難ナルガ故ニ當事者ハ債務者ノ住所地ノ法律ニ依リテ意思表示ヲ爲シタリト云フベカラズ本說ハ獨逸民法草案(げーぶはるど案)ノ採用セシ所ナリもんせん案亦然リ惟フニ此說ニ依ルトキハ債務者ハ自己ノ爲メニ有利ナル法律ノ行ハルル地ニ住所ヲ移シ以テ債權者ヲ害スルコトアルベシ且ツ本說ハ債務者ノ本國法說ト同ジク循環論ニ陷ル缺點アリ而シテ均シク債務者ノ住所地法說ナレドモ當事者ノ意思ヲ基礎トセズ且ツ債務者ノ現在住所地法ノ適用ヲ目的トスル點ニ於テ獨逸ノ學說ト異ナル者ヲれーねノ說トス(Lainé, p. 365)曰ク債權ノ運命ハ主トシテ債務者ノ手中ニ在リ卽チ或ハ其誠實ニ由リ或ハ其詐僞的行爲ニ由リ或ハ其事務上ノ注意ニ由リ或ハ其事務上ノ不注意ニ由リ債權ヲシテ價値アル財產タラシメ又ハ無用ノ長物タラシムベシ要スルニ債權ノ價値ハ債務者ノ爲メ

ニ事務ノ本據ヲ爲ス地ニ於ケル其家運隆盛ノ原因ノ存否ニ係ル者ト云フベシ果シテ然ラバ債權ハ債務者ノ一身ニ體現シ其住所ニ存在スト云フモ可ナリト

(二) 履行地法說

本說ハさうゞぬにー氏以來主トシテ獨逸ノ學者間ニ行ハルさうゞぬにー氏以謂ヘラク債務ノ本質ハ履行ニ於テ存ス當事者ノ豫期スル所ハ實ニ此履行ナルガ故ニ債務ノ本據ハ履行地ニ在リト謂ハザルヲ得ズト(さうゞぬにー氏現行羅馬法ノ組織第八卷二〇八頁)然ルニ履行地ハ必シモ當初ヨリ確定スルモノニ非ズさうゞぬにー氏亦此ニ觀ルアリ曰ク債務ガ債務者ノ繼續的業務執行ヨリ生ズルトキハ業務執行ノ本據地ニ依ル又曰ク債務ガ債務者ノ住所ニ於テ債務者ノ個々ノ行爲ヨリ生ジタルトキハ行爲地法ニ依ル又曰ク債務ガ債務者ノ住所外ニ於テ個々ノ行爲ヨリ生ジタルモ行爲地ニ於テ履行ヲ期待スベキ事情アルトキハ行爲地法ニ依ル又曰ク以上ノ要件ナキトキハ債務者ノ住所地法ニ依ルト(同書第八卷二四七頁)按ズルニさうゞぬにー氏ハ同一債務ノ履行ガ數多ノ法境ニ於テ行ハルルコトアル場合ヲ看過セリ此場合ニ各履行地ノ法律ガ互ニ相衝突スルトキハ適用スベキ法律ナカルベシ又債務者ノ住所地法ヲ適用スベキ場合ニ於テ債務者ガ多數ニシテ其住所地法ガ一致セザルトキハ亦適用スベキ法律ナカルベシもんてゞぬでを條約(第二九條)べるん人事法及ビ行爲法草案(第五條)りうらんど、えすとらんど、くーるらんど私法(第三五條)等ハ履行地法說ヲ採用セリ

(三) 認定說

あるべりつくろーらんガ千九百六年ニ國際法協會ノ會議ニ提出シタル債務法ノ衝突ニ關スル草案第五條ニ依レバ契約ノ基本(fond)ノ準據法ニ關スル當事者ノ意思ガ不明ナル場合ニハ裁判官ハ實際ノ事情ニ照ラシ當事者ノ意思ニ適合スル法律ヲ適用セザル可ラズ(同會年報一九七頁以下)按ズルニろーらん氏ハ當事者ノ意思ニ適合スル法律ヲ適用スベシト言フモ其事情ナルモノハ漠然タル者ナルガ故ニ立法論トシテハ一定ノ國法ヲ選ンデ準據法ト爲ス必要アルベシちゆりつひ民法(第五條)つーぐ民法(第四條)しやつふはうぜん民法(第五條)もんてねぐろ財產法(第七九二條)ノ規定スル所亦本說ト同趣意ナリ

(四) 最利法說

るっつえるん民法第二十五條ニ曰ク

本州ニ於テ外國人ガ爲シタル行爲ニシテ他人ニ相互的ニ義務ヲ課スルコトナクシテ卽チ他人ガ或物ヲ給付スルコトヲ要スルコトナクシテ他人ニ權利ヲ授與スル者ハ本法又ハ外國人ノ本國法ガ行爲ノ效力ニ最モ多ク利益スル所ニ從ヒ本法又ハ外國人ノ本國法ニ依リ決定スルコトヲ要ス

我法例ノ規定

按ズルニ權利ノ授與者タル外國人ガ數名アリテ其本國法ガ各異ナルトキハ遂ニ本說ヲ適用スル能ハザルベシ

(五)、行爲地法說

均シク行爲地法說ヲ唱フル學者ノ中ニ於テモ自ラ二種アリ一ハ當事者ノ意思不明ナル場合ニ絕對ニ行爲地法ヲ適用セントスルモノニシテ(Foelix, I, 228, 229)假ニ絕對的行爲地法說ト名ヅクベシ一ハ當事者ノ意思不明ナル場合ニハ其國籍ガ同一ナルトキハ本國法ヲ適用シ不同ナルトキハ行爲地法ヲ適用スベシト論ズルモノニシテ(例ヘバ Weiss, 572, 574)假ニ之ヲ相對的行爲地法說ト名ヅクベシ

我法例ハ絕對的行爲地法說ヲ採ル

法例第七條

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依ルヘキカヲ定ム

當事者ノ意思カ分明ナラサルトキハ行爲地法ニ依ル

絕對的行爲地法說ヲ採用シタル外國ノ立法例ハあーるがう民法第十一條、そろつるん民法第六條、うんてるわるでん人事法第六條第一項等ナリ相對的行爲地法說ハ伊太利民法前編第九條第二項、ろーらん案第十四條等ナリ

我舊法例第五條ニ曰ク

外國ニ於テ爲シタル合意ニ付テハ當事者ノ明示又ハ默示ノ意思ニ從ヒテ何レノ國ノ法律ヲ適用スヘキヤヲ定ム

當事者ノ意思分明ナラサル場合ニハ同國人ナルトキハ其本國法ヲ適用シ又同國人ニ非サルトキハ事實上合意ニ最大ノ關係ヲ有スル地ノ法律ヲ適用ス

法例第七條ハ舊法例第五條ニ於ケル合意ナル語ノ代ハリニ法律行爲ナル語ヲ用キタリ卽チ本條ニ謂フ法律行爲ナル語ハ單獨行爲ヲモ含ム然レドモ本條ガ主ト

シテ適用セラルルモノハ債權契約ナリ本條ハ一見スレバ債權問題ヲ取扱ハザルガ如シト雖モ然ラズ法律行爲ノ效力ナル語ハ債權ノ發生ヲモ含ム但シ物權契約ハ法例第十條ノ定ムル所ニシテ親族法上及ビ相續法上ノ契約ハ法例第十三條以下ニ於テ之ヲ定ム

卽チ法例第七條ニ依レバ當事者ハ債權契約ノ準據法ヲ指定スルコトヲ得ルナリ例ヘバ日本ノ商人ガ米國ノ商人ト賣買契約ヲ爲スニ方リ日本ノ法律ニ依ルモ米國其他ノ法律ニ依ルモ自由ナリ但シ當事者ガ外國法ヲ指定スル場合ニ其外國法ガ我公序良俗ニ反スルヲ許サズ(法例第三〇條)而シテ準據法ノ指定ハ明示ニテモ默示ニテモ(本書總論第三章第八準據法參照)差支ナシト雖モ之ヲ明示又ハ默示セザル場合ニハ契約ヲ爲シタル地ノ法律ヲ以テ準據法ト爲ス

(註) 伊太利民法前編第九條第二項第二段ニ依レバ契約ニ因ル債務ノ成立及ビ效力ハ契約地法ニ依リテ定マルト推定セラル當事者ガ外國人ニシテ同一ノ國籍ヲ有スルトキハ右債務ノ成立及ビ效力ハ其本國法ニ依リテ定マルト推定セラル但シ何レノ場合ニ於テモ當事者ノ反證ヲ許ス余ノ知ル所ニ依レバ伊國民法前編第九條第二項第二段ハ他ノ立法例ニ於テ類ヲ見ザル所ニシテ(まろっく身分法第一三條ハ伊太利民法第九條第二項ノ變形ナリ)伊太利以外ニ於テハ二三ノ學者ガ之ヲ贊成スルニ過ギズ(例ヘバ Weiss, p. 572)國籍ヲ以テ當事者ノ意思ヲ推定スル基礎ト爲スコトハ我法例第七條ノ採用セザル所ナリト解ス故ニ例ヘバ伊國人ガ他ノ伊國人ト日本ニ於テ契約ヲ爲シタル場合ニ其準據法ヲ明示又ハ默示セザルトキハ我法例ヨリ觀レバ當事者ハ日本ノ法律ヲ以テ其準據法ト爲ス意思ナリト推定ス(準據法ノ沈默的指定)而シテ契約地ニ法律ガ存在セザル場合ニ於テ(例ヘバ同國人ガ無主權地又ハ無政地ニ於テ)契約ヲ爲シタル場合ニハ其地ニ法律ナキ爲メ契約ハ法律上ノ效果ヲ生ゼズ但シ治外法權ガ行ハルル國ニ於テ契約ヲ爲シタル場合ハ然ラズ此場合ニハ治外法權ヲ有スル本國ノ法律ガ其臣民ヲ支配スル結果該國ニ於テ爲シタル契約ハ當然本國ノ法律ニ依ルモノニシテ當事者ノ意思ヲ推定シタルモノニ非ズ卽チ治外法權ヲ有スル契約當事者ノ國籍ガ異ナルトキハ各當事者ハ其本國法ニ依リテ管轄セラルル爲メ其契約成立及ビ效力ハ各當事者ノ本國法ニ於ケル共同的規定ニ從フ

法例第七條第二項ニ謂フ行爲地法ナル語ハ契約地法ノミナラズ單獨行爲地法ヲ含ム、此ノ如ク契約地法ハ當事者ガ沈默的ニ指定シタルモノナリ、然ラバ如何ナル地ガ契約地ナリヤ申込地ト承諾地トガ同一ナル場合ニハ之ヲ定ムル必要ナシト

隔地的契約成立地ノ問題

雖モ兩地ガ異ナリ且ツ法律ヲ異ニスル場合ニハ恰モ一個ノ契約ガ數國ニ跨ルモノニシテ其中ノ一ヲ擇ンデ契約地ト看做サザル可ラズ是レ卽チ國際私法上ニ於ケル隔地的契約成立地ノ問題ナリ余ガ殊ニ國際私法上ニ於ケル隔地的契約ト云フハ民法上ノ隔地的契約ト之ヲ區別センガ爲メナリ今日ニ於テモ歐米ノ國際私法學者ハ尙ホ兩者ヲ混同シ其論ズル所ハ民法上ノ隔地的契約ノ成立地ニ外ナラズ

(註) 歐洲諸學者ノ隔地的契約ニ關スル著書論文ハ Surville-Arthuys, 229 ノ註ニ揭グ其他 Walker, S. 366; Frankenstein, I, S. 588. ニモ見ユ

今兩者ノ著シキ差異點ヲ擧グレバ民法上ノ隔地的契約ハ時的觀念ナリ意思表示ガ相手方ニ到達スル前又ハ其レト同時ニ撤回ノ意思表示ガ相手方ニ到達シ得ル時間アル者ガ隔地的意思表示ニシテ之ニ由リテ全部又ハ一部構成セラルル契約ガ卽チ民法上ノ隔地的契約ナリ因テ同一ノ場所ニ在リテモ尙ホ隔地的契約ヲ構成スルコトアリ例ヘバ通辯ヲ介シテ締結スル契約ノ如シ故ニ民法上隔地者間ノ契約又ハ隔地的契約ナル語ハ隔時的契約ト改ムルヲ可トス然ルニ國際私法上ニ於ケル隔地的契約ハ地的觀念ナリ當事者ガ意思表示ノ際法律ヲ異ニスル國ニ在リテ締結シタル契約及ビ當事者ガ意思表示ノ際同一ノ國ニ在ルモ申込ノ時ニ於ケル所在國ト承諾ノ時ニ於ケル所在國トガ異ナル契約是ナリ故ニ民法上ノ對話者間ノ契約ト雖モ國際私法上隔地的ナルコトアリ例ヘバ兩國ニ在ル者ガ電話ニ由リ契約ヲ爲シ大洋上ノ兩國船ガ信號ニ由リ救助契約ヲ締結スル場合又ハ下ニ揭ゲタル國際私法上ノ隔地的契約ノ第四形相等ノ如シ然レドモ民法上ノ隔地的契約ハ必シモ國際私法上ニ於ケル隔地的契約ニハ非ズ例ヘバ東京市ニ在ル商人ガ神戸市ニ住スル米國商人ト電報ヲ以テ取引ヲ爲ス場合ノ如シ此場合ニ當事者ノ雙方ハ意思表示ノ際同一ノ法律ガ行ハルル日本ノ內地ニ在ル者ナレバナリ

余ヲ以テ之ヲ觀ルニ隔地的契約ハ四個ノ形相ヲ以テ現ル第一ハ申込ノ際申込者ト相手方トガ其所在地ヲ異ニシ承諾ノ際其所在地ヲ同ジウスル場合例ヘバ米國ニ在ル者ガ日本ニ在ル者ヨリ申込ヲ受ケ日本ニ來朝シテ承諾ヲ爲シタル場合ノ如シ第二ハ申込ノ際當事者ノ雙方ガ同一ノ土地ニ在ルモ承諾ノ際其所在地ヲ異ニスル場合例ヘバ米國ニ在ル日本人ガ同國ニ在ル日本人ヨリ申込ヲ受ケ歸朝ノ後ニ米國ニ在ル申込者ニ宛テ承諾ノ電報ヲ發シタル場合ノ如シ第三ハ申込及ビ

承諾ノ際當事者ガ其所在地ヲ異ニスル場合ナリ第四ハ意思表示ノ際ニ於ケル當事者雙方ノ所在地ガ同一ナルモ申込ノ時ト承諾ノ時トニ於テ異ナル場合是ナリ例ヘバ甲國通過ノ汽車中ニ於テ同乘者ヨリ申込ヲ受ケタル者ガ乙國通過中ニ承諾ヲ爲シタル場合ノ如シ以上四個ノ場合ニ本人ト代理人トガ其所在地ヲ異ニスルトキハ相手方ト同一ノ地ニ在ルヤ否ヤハ代理人ノ所在地ニ依リテ定マル例ヘバ甲ナル本人ハ甲國ニ在リ乙ナル其代理人ハ乙國ニ在リ其相手方タル丙ガ亦乙國ニ在ルトキハ代理人ニ由リテ甲丙間ニ締結セラレタル契約ハ隔地的ニ非ズ之ニ反シテ丙ガ甲國ニ在リ本人ト所在地ヲ同ジウスルモ乙代理人ガ乙國ニ在ルトキハ其契約ハ國際私法上隔地的ナリ商人ノ支店ニ於テ爲シタル契約ハ隔地的ニ非ズ例ヘバ日本ニ於ケル外國會社ノ支店ニ於テ爲シタル契約ハ其申込ガ會社ノ側ヨリ爲サレタルト其相手方ヨリ爲サレタルトヲ問ハズ日本ガ契約ノ成立地ナリ使者ニ由ル意思表示ニ付テハ本人ノ所在地ニ依リテ隔地的契約ノ存否ヲ決ス例ヘバ甲地ニ在ル本人ノ使者ガ甲地ニ於テ電話ニテ乙地ニ在ル者ニ對シ申込ヲ爲シタルトキハ其契約ハ隔地的ナリ右ノ使者ガ乙地ニ來リ申込ヲ爲シタルトキト雖モ本人ガ甲地ニ在ルトキハ矢張隔地的ナリ然ルニ本人ガ乙地ニ來リタルトキハ其契約ハ非隔地的ナリ但シ其契約ガ民法上隔地的ナルコトアルハ勿論ナリ

參照 Weiss, p. 576; Bar, S. 116.

凡ソ此ノ如キ隔地的契約ハ數國ニ跨ルガ故ニ各地ヲ以テ契約地ト見ル可キガ如シ然レドモ各地ノ法律ガ內容ヲ異ニスルトキハ契約ノ準據法ヲ定ムルコト能ハズ是ニ於テ或ハ申込地ヲ以テ契約地ト看做ス主義アリ(.Montevideo 條約 37;Neumann, S. 86)或ハ承諾地ヲ以テ契約地ト看做ス主義アリ(英 Westlake, § 24; 佛 Weiss, p. 576)申込ハ契約ノ內容ヲ定ムル者ナルガ故ニ(Neumann, S. 86 ニ依ル)申込ハ契約成立ノ基調ナリトノ考ニ依レバ申込地ヲ以テ契約地ト看做スハ一理ナキニ非ズ承諾ヲ以テ契約成立上決定的ノ力ナリト見ルトキハ承諾地ヲ以テ契約地ト看做スモ亦故ナキニ非ズ要スルニ此二說ハ其價値ニ於テ同一ナリト云フ可シ我法例ハ申込地ヲ以テ契約地ト看做セリ法例第九條ニ曰ク

法例第九條ノ規定

法律ヲ異ニスル地ニ在ル者ニ對シテ爲シタル意思表示ニ付テハ其通知ヲ發シタル地ヲ行爲地ト看做ス

申込及ビ共同申込並ニ承諾ノ交叉ノ場合

契約ノ成立及ヒ效力ニ付テハ申込ノ通知ヲ發シタル地ヲ行爲地ト看做ス若シ其申込ヲ受ケタル者カ承諾ヲ爲シタル當時申込ノ發信地ヲ知ラサリシトキハ申込者ノ住所地ヲ行爲地ト看做ス

本條第一項ハ隔地的單獨行爲ノ成立地ヲ定メ第二項ハ隔地的契約ノ成立地ヲ定メタル者ナリ隔地的單獨行爲ニ付テハ後ニ述ブル所アルベシ本條ハ矢張舊說ノ如ク國際私法上ノ隔地的契約ト民法上ノ隔地的契約トヲ混同セルコトハ法例修正草案參考書ニ徵シテ明ナリ同書ニ曰ク民法ハ法律行爲ノ通則トシテハ受信主義ヲ採リ契約ニ關シテハ發信主義ヲ採リタリト雖モ本案ニ於テハ寧ロ其主義ノ一貫センコトヲ尙ビ微細ナル區別ヲ設クル必要ヲ觀ザルヲ以テ本條ノ適用最モ多キ契約ニ關シテ民法ノ採レル主義ニ據リ意思表示ノ發信地ヲ以テ行爲地ト看做スコトトセリト

扨テ申込地ヲ以テ契約地ト看做スモ將タ承諾地ヲ以テ契約地ト定ムルモ往々契約ノ準據法ヲ定ムル能ハザル場合アリ契約ガ申込ノ交叉ニ由リテ成立シ各申込地ガ法律ヲ異ニスル場合及ビ共同申込並ニ共同承諾ニ於ケル各申込地及ビ各承諾地ガ法律ヲ異ニスル場合是ナリ例ヘバ米國ノ商人ガ書面ヲ以テ商品ノ賣却ヲヲ日本ノ商人ニ申込ミ日本ノ商人モ亦同商品ノ注文ヲ該米國ノ商人ニ宛テ爲シタルトキハ所謂申込ノ交叉ニ由リテ契約ハ成立シ承諾ヲ要セザルナリ此場合ニ我法例第九條ニ依レバ日米兩國ハ申込地タル故ヲ以テ兩國ノ法律ハ契約地法トシテ適用セラルベシ然ルニ兩國ノ法律ノ內容ガ一致セザル點ニ付テハ(例ヘバ賣主ノ擔保義務)準據法ヲ缺クコトトナルナリ因テ此場合ハ申込ノ發信地ガ不明ナル場合ニ準ジ申込者ノ住所地ヲ行爲地ト看做スベシ但シ住所地ガ異ナリ且ツ其地ノ法律モ亦異ナルトキハ契約ハ成立セザルモノトス承諾地ヲ以テ契約地ト爲ス主義ニ依ルモ申込ノ交叉ヨリ生ズル準據法ノ欠缺ヲ補フ能ハズ何トナレバ申込ノ交叉ニ付テハ承諾ナケレバナリ次ニ共同申込者ノ申込地又ハ共同承諾者ノ承諾地ガ異ナリタル場合例ヘバ甲申込者ハ甲國ニ於テ申込ヲ爲シ乙申込者ハ乙國ニ於テ申込ヲ爲シ又ハ甲承諾者ハ甲國ニ於テ承諾ヲ爲シ乙承諾者ハ乙國ニ於テ承諾ヲ爲シタル場合ニハ甲乙何レノ國ヲ以テ申込又ハ承諾ヲ爲シタル地ト看做スベキヤ甲乙二國ヲ以テ申込地又ハ承諾地ト見テ其地ヲ契約地ト看做ストキ

ハ契約地ハ二ツアルコトトナル隨テ同地ノ法律ノ内容ガ一致セザルトキハ契約ノ準據法ナキコトトナルベシ但シ共同申込及ビ共同承諾ノ場合ニ共同ノ名ニ於テ爲ス各申込又ハ各承諾ノ發信時期ガ異ナルトキハ先ニ爲シタル申込又ハ承諾ノ發信地ヲ行爲地ト看做ス蓋シ共同申込又ハ共同承諾ノ通知ハ別段ノ意思表示ナキ場合ニハ數通ナルヲ要セズ隨テ共同ノ名ニ於テ先ニ爲シタル申込又ハ承諾ガ申込又ハ承諾タル效力ヲ生ジ後ニ爲シタル申込又ハ承諾ノ通知ハ先ニ爲シタル通知ノ紛失等ノ場合ニ於テ意義アルニ過ギザルナリ

自働器械ニ由ル契約

自働器械ニ由ル契約ハ隔地的ニ非ズ例ヘバ傷害保險會社ガ停車場ニ備ヘ附ケタル自働器械ニ吾人ガ保險料ヲ投入シテ保險證劵ヲ受取ル場合ニ保險契約ハ自働器械存在ノ地ニ於テ成立シタルモノニシテ會社ノ本店所在地ガ其地ニ在ルト否トハ問フ所ニ非ズ蓋シ自働器械ハ保險會社ヲ體現シタルモノナレバナリ義捐金函ニ義捐金ヲ投入スルコトニ因リテ成立スル義捐契約亦然リ

公衆ニ對スル申込ノ結果成立スル契約

公衆ニ對スル申込ノ結果成立スル契約ガ國際私法上隔地的ナルヤ否ヤハ先ニ述ベタル隔地的契約ノ四箇ノ形相ノ何レカニ該當スルコトニ因リ定マル例ヘバ懸賞廣告ハ左ノ場合ニ隔地的契約トナル

(1) 廣告者ト申込ヲ受クル公衆ノ所在地ガ申込ノ際異ナル場合　例ヘバ日本ニ在ル廣告者ガ一定ノ外國ニ於テ發行スル新聞紙上ニ於テ其地ノ公衆ニ宛テ廣告ヲ爲シタル場合ノ如シ

(2) 廣告者ト公衆トガ廣告ノ當時所在地ヲ同ジウスルモ應募者ガ指定行爲ノ完了ノ當時申込者ト其所在地ヲ異ニスル場合　例ヘバ日本ノ某學術協會ガ日本ノ新聞紙上ニ於テ日本ノ公衆ニ宛テ外國某地ノ探檢ヲ廣告シ日本人ガ其探檢ニ成功シタル場合ノ如シ

(3) 廣告者ト應募者トガ廣告及ビ指定行爲完了ノ際其所在地ヲ異ニスル場合　例ヘバ誘拐セラレタル幼者ノ取戻ヲ外國ニ於テ廣告シ其地ニ於ケル應募者ガ其幼者ヲ同地ニ於ケル日本領事ニ引渡シタル場合ノ如シ

(4) 廣告者ト應募者トガ廣告及ビ指定行爲ヲ爲ス時其所在地ヲ同ジウスルモ廣告ノ時ト指定行爲ヲ爲ス時ニ於ケル所在地トガ異ナル場合　例ヘバ在米日本大使館ガ同國ニ逃レタル日本人タル犯罪人ノ逮捕ヲ同國ノ警察官ニ廣告シタ

隔地的契約成立ノ時期

ルニ同官ガ之ヲ逮捕シ横濱ノ警察署ニ引渡シタル場合ノ如シ

右孰レノ場合ニ於テモ廣告者ガ外國ノ新聞紙上ニ於テ廣告ヲ發表シタルトキハ廣告者ト新聞社トノ間ニ隔地的契約ヲ生ズルコトアルベシ懸賞廣告ガ單獨行爲ナル場合ハ後ニ述ブル隔地的單獨行爲ノ規定ニ從フ

隔地的契約ハ如何ナル時期ニ成立セシヤ承諾ノ通知ヲ發シタル時ナリヤ承諾ガ申込者ノ許ニ到達セシ時ナリヤ抑モ又申込者ガ承諾ヲ了知セシ時ナリヤ等ノ問題ハ隔地的契約ハ何レノ地ニ於テ成立セシヤノ問題ニ先チテ解決スルヲ要ス或ハ曰ハン隔地的契約ノ成立地ハ隔地的契約ノ成立時期ニ先チ定ムルヲ要ス何トナレバ契約ハ法律上ノ觀念ニシテ法律ハ必ズ其行ハルル一定ノ土地ヲ要素トス故ニ著者ノ說ハ空中ニ懸搖スル契約ヲ認ムルモノナリト余ハ此說ヲ否認ス惟フニ隔地的契約ノ成立時期ハ其契約ノ成立シタル地ノ法律ニ依リテ定ムルモノニ非ズ我國際私法ニ依リテ定ムルモノナリ此ハ隔地的契約ノ成立地ニ付テ我法例ガ一定ノ準據法ニ依リテ之ヲ定メズ法例自身ニ於テ之ヲ定メタルト同一ナリ卽チ申込及ビ承諾ノ發信地法ガ俱ニ發信主義ヲ採ラザル場合ニ於テモ我法例ハ申込ノ發信地ヲ契約地ト看做セリ又契約ガ時的ニ成立セザレバ其成立地モ亦存在スル理由ナシ例ヘバ甲國法ハ發信主義ヲ採リ乙國法ハ到達主義ヲ採リタリト假定センニ今甲國ヨリ乙國ニ在ル者ニ宛テ申込ノ通知ヲ發シタルニ乙國ニ在ル受意者ガ之ニ對シ承諾ノ通知ヲ發シ其到達前ニ之ヲ撤回スル通知ガ申込者ノ許ニ到達シタリトセバ其契約ハ甲國法ヨリ見レバ成立シタルモノナレドモ乙國法ヨリ見レバ成立セズ此場合ニ我國際私法ガ此契約ヲ成立スルト見ルト否トハ我國際私法ガ發信主義又ハ到達主義ノ何レヲ採ルヤニ依リテ定マル若シ發信主義ヲ採ルニ於テハ其契約ハ成立シ到達主義ヲ採ルニ於テハ契約ハ成立セザルナリ我法例ニハ隔地的契約ノ成立時期ニ關スル規定ヲ缺ケドモ我民法ニ於ケル隔地的契約ノ成立時期ノ規定(發信主義)ヲ標準トシテ隔地的契約ノ成立地ヲ定メタル法例ノ精神ニ徵スルトキハ我立法者ハ國際私法上ニ於ケル隔地的契約ノ成立時期ニ付キ民法ノ規定ヲ標準ト爲シタルモノト解セザル可ラズ

申込ノ通知ヲ發シタル後發信地ノ法律ガ變更シタルトキハ新法ノ效力ハ既往ノ申込ニ及ブヤ例ヘバ舊法ニ依レバ申込ハ拘束力ヲ有スレドモ新法ハ之ヲ廢止シ

契約成立地ノ任意的指定

タル場合ニ申込ノ撤回ハ有效ナリヤ抑モ契約ヲ構成スル意思表示ハ獨立ノ準據法ヲ有スルモノニ非ズ契約成立ノ準據法ガ申込及ビ承諾ヲ定ムルモノナリ

契約ノ成立地ハ當事者ガ任意ニ定メ得ルヤ精シク言ヘバ實際契約ヲ爲シタル地ハ甲國ナルニ拘ハラズ乙國ヲ契約地トシテ定ムルコトヲ得ルヤ例ヘバ契約書ニ契約ノ準據法ヲ示サズ單ニ某地ヲ契約地ナリト記載シタル場合ニ其地ノ法律ハ契約ノ準據法ナリヤ惟フニ此場合ニハ契約書ニ記載シタル契約地ニ從フ此ハ手形契約ノ如キ要式契約ノミナラズ一般ノ債權契約ニ通用スベシ蓋シ當事者ハ法例第三十條ニ抵觸セザル以上ハ何レノ國ノ法律ヲモ契約ノ準據法トシテ定ムルコトヲ得果シテ然ラバ當事者ハ眞實ノ契約地ニ非ザル地ヲ契約地トシテ契約ノ準據法ト爲スハ差支ナシ

契約地ガ不明ナルトキハ

契約地ガ不明ナル場合

契約地ガ不明ナル爲メ契約地法ヲ知ル能ハザル場合アリ夜間急行汽車中ニ於テ商人ガ取引ヲ取極メタル場合ノ如シ此場合ニハ其契約ハ法律上存在セザルト同一ナリ

法例第九條第二項ニ依レバ「申込ヲ受ケタル者ガ承諾ヲ爲シタル當時申込ノ發信地ヲ知ラサリシトキハ申込者ノ住所地ヲ行爲地ト看做ス」トアレドモ申込者ガ商人ナルトキハ其營業所々在地ヲ行爲地ト看做スベシ營業所ガ數多アルトキハ本店所在地ヲ行爲地ト看做スベシ

契約ノ準據法ノ管轄スル事項

法例第七條ニ依リテ定マリタル契約ノ準據法ハ契約ノ成立及ビ效力ノ標準ト爲ル但シ契約能力ハ法例第三條乃至第五條及ビ第十四條ニ依リテ定マル卽チ未成年者ノ契約能力ハ其本國法ニ依ル但シ日本ガ取引地ナルトキハ當事者タル外國人ガ本國法上未成年者ナルモ取引地タル日本ノ法律ニ依リ成年者ナルトキハ日本ノ法律ニ依ル(法例第三條第二項)禁治產者及ビ準禁治產者ノ契約能力ハ宣告地ノ法律ニ依リ(法例第四條、第五條)妻ノ契約能力ハ夫ノ本國法ニ依リテ定マル(法例第一四條)受領能力ハ行爲能力ノ規定ト同樣ニ保護規定ナルガ故ニ行爲能力ノ規定ヲ準用ス卽チ未成年者ノ受領能力ハ法例第三條ニ依リテ定マリ禁治產者ノ同能力ハ法例第四條ニ依リ定マリ準禁治產者ノ同能力ハ法例第五條ニ依リテ定マリ妻ノ同能力ハ法例第十四條ニ依リテ定マル

契約ノ準據法ガ管轄スル事項ヲ分說スレバ左ノ如シ

契約ノ成立

甲　契約ノ成立

(1)　意思表示　意思表示ト意中留保、錯誤、詐僞、强迫等ノ關係ハ契約ノ準據法ニ依ル精シク言ヘバ契約ノ準據法ヲ假ニ有效ナルモノト看做シ此法律ニ依リテ契約ヲ構成スル意思表示ノ有效ナルヤ否ヤヲ反撥的ニ定ム例ヘバ錯誤ニ因ル意思表示ガ無效ナルヤ又ハ取消シ得ルモノナルヤ又ハ有效ナルヤノ問題ハ契約ノ準據法ニ依リテ定マル錯誤ニ因ル準據法ノ指定亦然リ例ヘバ某國民法某條ノ規定ヲ誤解シ契約ノ準據法ト爲シタル場合ノ如シ此場合ニ其錯誤ニ因ル準據法ノ指定ハ契約ヲ構成スル意思表示ガ錯誤ニ出タル場合ト性質ヲ同ジウス何トナレバ契約ノ準據法ヲ指定スルハ當事者ガ之ニ由リテ契約ノ內容ヲ間接ニ定メタルモノナレバナリ故ニ契約ノ準據法ニ依レバ契約ノ要素ニ關スル錯誤ガ其契約ヲ無效ナラシムルトキハ契約ノ要素ニ關スル條文ヲ錯誤ニ因リ指定シタル場合ニハ其指定ハ無效ナリ之ニ反シテ契約ノ準據法ニ依レバ契約ノ要素ニ關スル錯誤ガ契約取消ノ原因ト爲ルトキハ契約ノ要素ニ關スル條文ノ錯誤ニ因ル指定ハ之ヲ取消スコトヲ得

(註)　準據法ノ指定ハ意思表示ナレドモ準據法ガ當事者ノ意思表示ニ非ザルハ猶ホ相續ノ承認及ビ拋棄ハ意思表示ナレドモ相續ガ意思表示ニ非ザルガ如シ

申込ハ之ヲ一ノ單獨行爲ト見テ其準據法ニ依ルベキヤ又ハ契約成立ノ要素ト見テ契約ノ準據法ニ依ルベキヤ此問題ハ對話者間ノ申込ニ付テモ生ズレドモ主トシテ國際私法上ニ於ケル隔地的契約ニ付テ生ズベシ例ヘバ日本商人ガ英國ニ在ル英國人ニ對シテ英法ニ依リ申込ヲ爲シタルトキハ其申込ハ拘束力ヲ有セズ(一定ノ承諾期間ヲ定メタルトキト雖モ約因ナキトキハ拘束力ヲ有セズ)然ルニ準據法ヲ示サズシテ申込ヲ爲シタルトキハ申込ノ發信地タル日本ノ法律ガ契約地法トシテ申込ノ準據法トナルガ故ニ(法例第七條第二項)拘束力ヲ生ズ隨テ申込者ガ承諾期間內ニ申込ヲ取消(撤回)シタルモ相手方ガ同期間內ニ承諾ヲ爲シタルトキハ契約ハ成立ス然ルニ申込ヲ單獨行爲ト見ルトキハ承諾モ亦單獨行爲ト見ザル可ラズ隨テ申込ノ拘束力ニ付テハ申込及ビ承諾ノ準據法(法例第七條)ハ俱ニ之ヲ認ムルコトヲ要ス

申込者ガ一定ノ準據法ヲ指定シテ申込ヲ爲シタルニ相手方ガ他ノ準據法ヲ指

定シテ申込ノ內容ヲ變更シタル承諾ヲ爲シタルトキハ契約ハ成立セリヤ否ヤ此場合ニ雙方ノ準據法ガ其規定ヲ同ジウスルトキハ何レノ準據法ニ依ルモ結果ヲ異ニセズト雖モ申込者ノ指定シタル法律ハ右ノ承諾ヲ新ナル申込ト見(日民第五二八條、獨民第一五〇條第二項、伊商第三七條、まろつく債務及ビ契約法第二七條)承諾者ノ指定シタル法律ハ單ニ之ヲ承諾ノ拒絶ト見ルトキハ(墺民第八六九條)之ヲ申込ノ拒絶ト見ルベキヤ又ハ新ナル申込ト見ルベキヤ惟フニ此場合ニハ假ニ契約ガ成立セルモノト看做シ以テ其準據法ニ依リテ申込ノ內容ヲ變更セル承諾ノ效力ヲ定ム

承諾モ亦契約成立ノ準據法ニ依ル例ヘバ承諾ノ要件、遲延シタル承諾ノ效力等ハ契約成立ノ準據法ニ依リテ定マル沈默ニ因ル承諾アリヤノ問題(日商第二七一條、伊商第三六條、獨商第三六二條第一項)又一定ノ申込ニ對シ必ズ承諾ヲ爲スヲ要スルヤ(例、鐵道營業法第六條)ノ問題モ亦契約成立ノ準據法ニ依リテ定マル故ニ其契約ガ國際私法上隔地的ナルトキハ右ノ問題ハ法例第九條ニ依リテ定マル所ノ契約地法ニ依リテ解決セラル

(2) 契約ノ內容　契約ノ內容ガ可能、確定、適法ナルコトヲ要スルハ何レノ國ノ法律ニ依ルモ異ナル所ナシト雖モ同一事項ガ甲國法律ヨリ見レバ可能、確定又ハ適法ナレドモ乙國法律ヨリ見レバ然ラザル場合アリ此ニ於テ此等ノ問題ハ何レノ國ノ法律ニ依リテ決定スベキヤノ問題ヲ生ズ例ヘバ第三者ノ權利ノ賣買ハ佛(民第一五九九條)伊(民第一四五九條)等ノ民法ニ依レバ無效ナレドモ日(民第五六〇條)獨(民第四三四條)等ノ民法ニ依レバ有效ナリ又賭博契約ノ如キハ甲國ノ法律ハ之ヲ無效ト定ムルニ拘ハラズ乙國ノ法律ハ少クモ公開場ニ於ケル賭博契約ヲ有效ト認ム隨テ契約ノ目的ガ可能、適法ナルヤニ付テ法律ノ衝突ヲ生ズベシ此等ノ問題ハ契約成立ノ準據法ニ依リテ之ヲ定ム

契約ノ內容ヲ構成スル債權ノ目的ガ數個ノ給付中選擇ニ由リテ定マルベキトキハ別段ノ意思表示ナキ場合ニハ其選擇權ガ債務者ニ屬スルコトニ付テハ各國ノ法律ガ殆ド一致スル所ナレドモ債權ガ辨濟期ニ在ル場合ニ於テ相手方ヨリ相當ノ期間ヲ定メテ催告ヲ爲スモ選擇權ヲ有スル當事者ガ其期間內ニ選擇ヲ爲サザルトキハ第一ノ主義ニ依レバ其選擇權ハ相手方ニ屬ス(例ヘバ日民第

四〇八條)然ルニ第二ノ主義ニ依レバ選擇權者ガ債權者ナルト債務者ナルトニ依リテ結果ヲ異ニシ選擇權ヲ有スル者ガ債務者ナルトキハ其者ガ權利執行着手前ニ選擇ヲ爲サザルトキハ債權者ガ自己ノ選擇ニ由リ給付ノ一ニ付キ强制執行ヲ爲コトヲ得但シ債權者ガ其選擇シタル給付ノ全部又ハ一部ヲ受取ラザル間ハ債務者ハ他ノ給付ノ一ヲ履行シテ債務ヲ免ルルコトヲ得然ルニ選擇權ヲ有スル者ガ債權者ナルトキハ債權者ガ遲滯ニ在リ且ツ債務者ノ定メタル催告期間內ニ選擇ヲ爲サザルトキハ選擇權ハ相手方ニ屬ス(獨第二六四條)而シテ第三ノ主義ハ本問ニ付キ法律ニ規定ヲ設ケズ之ヲ學理ニ委任セリ(例、佛、伊等)此ノ如ク給付選擇ニ付キ種々ノ規定存スルガ故ニ契約ノ內容ノ確定ハ何レノ法律ニ依ルベキヤノ問題ヲ生ズ此問題モ亦契約成立ノ準據法ニ依リテ之ヲ定ム

乙　契約ノ效力

契約ノ成立ト效力トハ同一ノ準據法ニ依ルコトヲ要セズ蓋シ契約自由ノ法則外ニ在ル親族法上ノ契約ト雖モ我法例ハ其成立ノ準據法ト效力ノ準據法トヲ區別スルヲ見レバ契約自由ノ法則ヲ適用シタル國際私法上ノ契約ニ於テ當事者ガ其成立ノ準據法ト效力ノ準據法トヲ區別シ得ザル理由ナシ然ラバ所謂契約ノ成立トハ何ゾヤ余ハ之ヲ契約ノ要素ト解ス

契約ノ效力

(註)　要素、常素、偶素ノ別ハべつかあ以來獨逸ノ學者ハ一般ニ排斥スルガ如シ(Endemann, I, S. 288 Anm. 8)然レドモ其非難スル所ヲ見ルニ必シモ當ラズ契約ノ要素ニハ一般的ノモノ卽チ凡テノ契約ニ共通スルモノト特定ノ契約ニノミ存スル特別的ノモノトアリ一般的要素ト特別的要素ノ區別ハ民法上ニ於テハ意義アレドモ國際私法上ニ於テハ兩者ハ全然其準據法ヲ同ジウス卽チ契約ノ要素ハ一般的ナルト特別的ナルトヲ問ハズ契約成立ノ準據法ニ依ル然ルニ契約ノ常素ニ至テハ當事者ハ民法上之ヲ除外シ得ル如ク國際私法上ニ於テモ當事者ハ一定ノ法律ヲ指定シ以テ間接ニ之ヲ除外スルコトヲ得例ヘバ賣主ノ瑕疵擔保ハ英法ノ認メザル所ナリ故ニ當事者ハ日本法律ヲ以テ賣買ノ要素ノ準據法ト爲シ瑕疵擔保ノ責任ニ付キテハ英法ニ依ルコトヲ妨ゲズ此場合ニハ賣主ハ瑕疵ノ擔保ノ責任ヲ負ハズト明言スルニ同ジ只ダ責任ヲ除外スル意思ノ表示ガ間接ナルニ過ギザルナリ

雙務契約ノ履行不能ヨリ生ズル危險負擔ノ問題卽チ債權者(蘭民第一四九六條、瑞

債第一八五條、伊民第一四八〇條、第一一二五條、第一四四八條、第一二九八條、佛民第一六二四條、第一一三八條、日民第五三四條)債務者(日民第五三六條、獨民第三二三條、墺民第一〇六四條、第一〇四八條乃至第一〇五一條、第一四四七條)又ハ所有者(英法)ノ何レガ危險ヲ負擔スベキヤノ問題ヲ定メタル規定ハ契約ノ常素ニ關スルモノナルガ故ニ(同說 Fiore, I, 145, 146)當事者ハ契約ノ要素ノ準據法ト異ナリタル法律ヲ準據法トシテ指定スルコトヲ得但シ之ヲ指定セザル場合ニ於テハ契約ノ要素ノ準據法ニ依ルベキモノトス危險負擔ノ規定中特定物ノ滅失毀損ニ因ル危險負擔ノ規定ハ事變ニ由ル損害ハ所有者之ヲ被ルト云フ原則ノ適用ニ外ナラズトスル說ニ依レバ危險負擔ノ問題ハ物權問題ナリ隨テ法例第十條ニ依リ解決スベキモノトス卽チ滅失又ハ毀損シタル物ノ所在地法ガ準據法ナリ然レドモ所謂危險問題ハ履行不能ノ位置ニ在ル債務者ノ相手方ガ反對給付ヲ爲スコトヲ要スルヤト云フニ外ナラザルガ故ニ雙務契約ノ效力問題ナリ故ニ特定物ニ關スル物權ノ設定又ハ移轉ヲ以テ雙務契約ノ目的ト爲シタル場合ニ履行不能ガ果シテ生ジタルヤ否ヤ且ツ何人ガ危險ヲ負擔スルヤハ上文ニ述ベタル契約常素ノ準據法ニ依リテ定マル此ノ如ク所謂契約ノ效力中契約ノ成立卽チ要素ト準據法ヲ異ニスルコトヲ得ルモノハ獨リ常素アルノミ契約ノ偶素ノ如キハ契約ノ成立ト其準據法ヲ同ジウスルモノトス今主要ナル偶素ノ二三ヲ擧ゲテ說明ヲ試ムベシ

(一) 條件

條件ハ契約ノ效力ヲ制限スルモノナレドモ契約ノ內容ト一躰ヲ爲スモノナルガ故ニ契約ノ成立ノ準據法以外ニ獨立ノ準據法ヲ有スルモノニ非ズ(獨民第九二五條第一〇一七條)卽チ契約ニ條件ヲ附スルコトヲ得ルヤ條件成就ガ遡及力ヲ有スルヤ條件ハ主觀的末知ナルコトヲ以テ足ルヤ又ハ客觀的末知ナルコトヲ要スルヤハ右ノ準據法ニ依リテ定マル殊ニ不法條件ハ法律行爲ニ如何ナル影響ヲ及ボスヤ積極的行爲ノミヲ不法條件ト認ムルヤ又ハ消極的行爲ヲモ不法條件ト認ムルヤハ契約ノ成立ノ準據法ニ依リテ定マル然レドモ一定ノ事實ガ不法ナリヤ否ヤハ其事實ノ到來スベキ地又ハ到來シタル地ノ法律ニ依リテ定マル例ヘバ自動車ノ速力ヲ限定セザル國ニ於テ汝若シ速力ヲ限定セル某國ニ於テ若干ノ速力ヲ以テ某地ニ到ラバ余汝ニ若干ノ金ヲ與ヘント云フ場合ニ契約當事者ガ其契約ノ

條件トシテ定メタル速力ガ不法條件ヲ構成スルヤ否ヤハ自動車ノ速力ヲ限定セル國ノ法律ニ依リテ定マル

不能條件ガ契約ニ及ボス影響モ契約成立ノ準據法ニ依リテ定マル而シテ如何ナル事實ガ不能ナルヤハ其事實ガ發生スベキ若クハ發生シタル地ノ法律若クハ一般ノ社會狀態ニ依リテ定マル一例ヲ擧グレバ交通機關ノ發達セザル國ニ於テ一日百里ノ道ヲ往復スルハ不能ナリ之ニ反シ交通機關ノ發達セル國ニ於テハ可能ナリ故ニ當事者ガ契約スルニ方リ交通機關ノ發達セザル國ニ於テ一日ニ百里ノ道ヲ往復スルコトヲ以テ條件ト爲シタル場合ニハ其條件ハ不能ナリ然レドモ此條件ガ契約ヲ無效ナラシムルヤ否ヤハ契約成立ノ準據法ニ依リテ定マル

法定條件ハ契約ノ效力ヲ制限スル點ニ於テ條件ト同一ナレドモ當事者ガ自由ニ之ヲ定ムルヲ得ズ且ツ法律上一定ノ法律行爲ノ效力ニ當然附着スル點ニ於テ條件ト異ナル例ヘバ死因贈與(日民第五五四條)ハ贈與者ガ受贈者ニ先チ死亡スルコトヲ以テ效力發生ノ要件ト爲ス此ハ法律上必要ト爲シタルモノニシテ當事者ハ之ヲ變更スルコトヲ許サズ隨テ從來ノ學說ガ之ヲ沈默的條件(still-schweigende Bedingung)ト名ヅケタルハ不當ナリ(Oertmann, die Rechtsbedingung, S. 1)此ノ如ク法定條件ハ條件ト性質ヲ異ニスルモノナレドモ其準據法ニ至リテハ相同ジ蓋シ國際私法上特別ノ規定ナキ限リ契約ノ準據法ハ其契約ノ法律的構成ヲ定ムルモノト解スベキガ故ニ其準據法ハ當然法定條件ヲモ含メバナリ

(二) 期限

期限ハ法律行爲殊ニ契約ノ效力ヲ制限スル附款ナル點ニ於テ條件ト異ナル所ナシ隨テ條件ト同一ノ準據法ニ依ル

(三) 期間

期間ヲ定ムル目的ニハ種々アリ或ハ權利ノ發生消滅ヲ目的トスルモノアリ(例、時效期間、賃貸借終了期間)或ハ一定ノ行爲ノ强要ヲ目的トスルモノアリ(例、民法第一〇一七條)隨テ統一的準據法ヲ定ムル能ハズ例ヘバ賃貸借終了期間ハ賃貸借ノ常素ナルガ故ニ當事者ハ賃貸借ノ要素ノ準據法ト異ナリタル準據法ヲ定ムルコトヲ得ルモ之ヲ定メザルトキハ要素ノ準據法ニ依ル

參照 Dreyfus, d'acte juridique en dr. pr. int.; Krohn, die Vertragsobligationen in maierieller

主要ナル契約ノ準據法　豫約及ビ本契約

Beziehung nach deutsch. intern. Pr. R.; Cale b,le principe de l'autonomie de la volonté en dr. int. pr.

以下主要ナル契約ノ準據法ヲ說明スベシ

(一) 豫約及ビ本契約

豫約ハ獨立ナル債權契約ナルガ故ニ其準據法ハ當事者ガ任意ニ定ムルコトヲ得但シ當事者ガ其準據法ヲ明示セザル場合ニハ本契約ノ準據法ニ依リタルモノト解スベキヤ惟フニ本契約ガ債權契約ナル場合ニ於テハ其準據法ハ豫約成立ノ際知ルコト能ハザルモノナルガ故ニ本問ハ物權契約又ハ婚姻緣組ノ如ク我法例上其準據法ガ一定スル契約ガ本契約ナル場合ニ生ズ蓋シ當事者ハ豫約締結ノ際本契約ノ準據法ヲ豫知スルコトヲ得ルガ如クナレバナリ抑モ契約ノ準據法ヲ指定スル方法ニ明示、默示及ビ沈默ノ三種アルコトハ已ニ述ベタル所ナリ而シテ默示的指定ハ一定ノ法律ヲ準據法ト爲ス意思ガ間接ノ行爲ニ由リ表現セラルルコトナルヲ要ス然ルニ本問ノ場合ニハ豫約當事者ガ將來成立シ得ベキ本契約ノ準據法ヲ知ルト云フマデニシテ何等間接ノ行爲アルコトナシ而カモ其知ルト云フハ法例ノ法文上之ヲ知ルノミニシテ準據法トシテ適用セラルル法律ノ內容ヲ知ルト云フニ非ズ例ヘバ物權契約ノ準據法ハ物權ノ目的物所在地法ナレドモ其目的物ガ動產ナルトキハ物權契約成立ノ時ニ於ケル其所在地ト豫約成立ノ時ニ於ケル所在地ト異ナルコトアリ不動產ガ物權契約ノ目的ナル場合ニ於テ其所在地ハ同一ナレドモ物權契約成立ノ時ニ於ケル不動產所在地ノ法律ハ豫約成立ノ時ニ於ケル不動產所在地ノ法律ト異ナルコトアリ其他親族法上又ハ相續法上ノ本契約ノ準據法トシテ適用セラルル本國法ハ豫約成立ノ時ノ法律ト異ナルコトアリ蓋シ此等本契約當事者ハ豫約成立ノ時ト本契約成立ノ時ト其本國ヲ異ニスルコトアルノミナラズ本國法ノ內容モ亦必シモ同ジキコトヲ得ザレバナリ故ニ當事者ガ豫約ノ準據法ヲ明示又ハ默示セザルトキハ準據法ノ指定ハ沈默的ニシテ行爲地卽チ豫約ヲ爲シタル地ノ法律ヲ以テ豫約ノ準據法ト爲ス(法例第七條)只ダ物權契約ノ豫約ガ物權ノ目的物所在地法上法例第十條ニ謂フ登記スベキ權利ヲ設定處分スベキ法律行爲ナルトキハ物權ノ目的物所在地法ニ依ル

本契約ハ豫約ノ準據法ト同一ナルヤ本問ハ本契約ガ債權契約ナル場合ニ於テノミ生ズ本契約ガ物權契約又ハ親族法上若クハ相續法上ノ契約(例ヘバ相續契約)ナ

ル場合ニハ其準據法ハ我法例上一定シ當事者ハ任意ニ其準據法ヲ定ムル能ハズ例ヘバ物權契約ハ物權ノ目的物所在地法ニ依リ(法例第一〇條)婚姻及ビ緣組ノ成立要件ハ各當事者ニ付キ其本國法ニ依リテ定マリ(法例第一三條第一項、第一九條第一項)相續契約ハ被相續人ノ本國法ニ依ル(法例第二五條)抑モ本契約ハ豫約ニ對シ獨立セル契約ナルガ故ニ其準據法ニ付キ當事者ノ明示的又ハ默示的指定ナキトキハ其沈默的指定ニ依リ本契約ヲ爲シタル地ノ法律(行爲地法)ヲ以テ其準據法ト爲ス(法例第七條)然レドモ豫約ノ準據法ガ當然本契約ノ準據法ト爲ルコトアリ例ヘバ我民法第五百五十六條ニ依レバ賣買ノ一方的豫約(此契約ノ性質ニ付テハ異說アリ)ノ場合ニハ相手方ガ賣買ヲ締結スル意思ヲ表示シタル時ヨリ賣買ノ效力ヲ生ズ故ニ日本民法ニ依リ賣買ノ一方的豫約ヲ爲シタル當事者ノ相手方ガ賣買締結ノ意思ヲ表示シタルニ因リ成立シタル賣買ハ當然其豫約ノ準據法タル日本民法ニ依ル又佛國民法(第一五八九條)ニ依レバ賣買ノ雙方的豫約ハ賣買ト看做サル故ニ佛國民法ニ依リ爲シタル賣買ノ雙方的豫約ノ準據法ハ同時ニ賣買ノ準據法ナリ尙ホ婚姻豫約ニ付テハ後ニ述ブル所アルベシ

主タル契約ト保證契約
契約擔保契約

(二) 主タル契約ト保證契約、擔保契約

參照 S. Arthuys, p. 295; Foelix, I, p. 254.

保證ニ二方面アリ一ハ主タル債權者ニ對スル關係ニシテ一ハ主タル債務者ニ對スル關係ナリ此處ニ述ブル所ハ第一ノ方面ナリ此方面ニ於ケル關係ハ卽チ保證債務ニシテ其發生原因二ツアリ一ハ法律ノ規定ニシテ一ハ保證契約ナリ法律ノ規定ニ依ル保證債務(伊商第一〇六條、日商第六三條、佛商第二二條、獨商第一二八條)ハ主タル債務ノ準據法ニ依ル

(註) 法定保證ヲ法律ニ依リ保證人ヲ立ツル義務ト混同ス可ラズ佛國ノ學者ノ所謂法定保證(Caution légale)ハ法律ノ規定ニ依リ保證人ヲ立ツル或身分ヲ謂フ法律ノ規定ニ依リ保證人ヲ立ツル身分ノ準據法ニ付テハ保證契約ノ後ニ述ブベシ

獨逸民法第五百七十一條及ビ第千二百五十一條ニ依レバ賃貸人ハ賃貸地ノ取得者ヨリ賃借人ニ對シテ賠償スベキ損害ニ付キ先訴ノ抗辯權ヲ拋棄シタル保證人ト同一ノ責ヲ負フ又債權讓渡ニ因リ新質權者ト爲リタル新債權者ガ質權者タル義務ヲ履行セザル爲メ生ジタル損害ノ賠償ニ付キ舊債權者ハ先訴ノ抗辯權ヲ拋

棄シタル保證人ト同一ノ責ヲ負フ此等ノ義務モ亦法定保證ノ範圍ニ入ル而シテ此等ノ義務ハ賃貸借又ハ質權ヨリ生ズル效果ナルガ故ニ不動產ノ賃貸借(法例第一〇條)又ハ質權ノ準據法ニ依ル(同條)

(註) 信用委任(Kreditauftrag 獨民第七七八條、瑞債第四〇八條)ノ場合ニ委任者ガ受任者ニ對シ保證人ト同一ナル責任ヲ負フ場合ハ信用ノ所ニ於テ述ブベシ

保證契約ハ法例第七條ニ依リ當事者ノ意思ニ依リテ其準據法ヲ定ム只ダ保證契約ノ基礎行爲例ヘバ豫約、委任及ビ事務管理ハ其獨立ノ準據法ニ依ル(法例第七條及ビ第一一條)或ハ保證ヲ以テ一種ノ債務引受ト爲シ其債務ノ準據法ニ依ルト云フ說アレドモ(Meili, 和譯六四頁 Windsheid, Pandekten, II, S.476 反對 Dernburg, Pandekten, II, S.77) 主タル債務者ハ保證契約ニ因リ債務關係ヨリ脫退スル者ニ非ザルガ故ニ此說ノ不當ナルコトハ明ナリ今日ノ通說ニ依レバ保證契約ノ從屬性ヲ害セザル範圍ニ於テ當事者ハ任意ニ其準據法ヲ定ムルコトヲ得ルナリ

而シテ國際私法上保證契約ノ從屬性ト云フハ保證契約ハ主タル債務ノ存在ヲ前提トシ且ツ保證債務ハ主タル債務ヨリ重キ目的又ハ體樣(例、條件、履行期、履行ノ場所)ヲ有スルコトヲ得ズ又主タル債務ノ準據法ニ依レバ保證債務ノ給付ノ目的ガ主タル債務ノ給付ノ目的ト同種類ナルヲ要スルトキハ保證契約ハ之ニ從ハザル可ラザルヲ謂フ此ノ如ク主タル債務ノ準據法ハ保證契約ノ從屬性ノ命ズル範圍ニ於テ保證契約ノ準據法ト爲ルガ故ニ主タル債務ノ準據法ニ依リテ主タル債務ガ無效ト爲リ、取消サレ又ハ消滅スルトキハ保證契約モ亦無效ト爲リ取消サレ又ハ消滅ス而シテ保證人ガ主タル債務者ノ無能力ナルコトヲ知リテ保證債務ヲ負擔シタル場合ニ主タル債務者ガ債務ヲ取消シタルトキハ保證契約ハ當然消滅スルヤ又ハ保證人ガ獨立ノ債務ヲ負擔シタルモノト推定スベキヤノ問題ハ主タル債務ノ準據法ニ依リテ解決セラルルモノトス(日民第四四九條、佛民第二〇一二條、獨民第七七七條、瑞債第四九四條、伊民第一八九九條)

然レドモ保證契約ノ從屬性ノ例外ヲ爲ス者アリ手形上ノ保證契約(余ハ手形行爲ヲ以テ單獨行爲ト爲サズ)是ナリ卽チ手形上ノ保證ガ國際私法上成立スルガ爲メニハ只ダ主タル手形行爲ノ形式的存在ヲ要スルノミニテ主タル手形行爲ガ無效ナルカ又ハ取消サルル場合ト雖モ保證人ハ主タル債務者ト同一ノ責任ヲ負フ(商

法第四九七條)只ダ主タル債務ガ消滅スルトキハ保證人ノ債務モ亦自ラ消滅ス卽チ手形上ノ保證ノ準據法ハ此一點(債務ノ消滅)ヲ除ク外主タル手形行爲ノ準據法ニ依ルヲ要セズ

要スルニ手形上ノ保證ヲ除ク外當事者ハ保證契約ノ從屬性ヲ害セザル範圍ニ於テ任意ニ其準據法ヲ定ムルコトヲ得ルナリ(法例第七條)換言スレバ保證契約ノ成立及ビ效力ハ主タル債務ノ準據法ト異ナリタル法律ニ依ルコトヲ得ルナリ故ニ保證人ガ如何ナル抗辯權ヲ有スルヤハ保證契約ノ準據法ニ依リテ定マル例ヘバ英法ハ保證人ノ催告及ビ檢索ノ抗辯權ヲ認メザルガ故ニ英法ニ依リ爲シタル保證契約ノ當事者ガ日本人ナル場合ト雖モ催告及ビ檢索ノ抗辯ヲ爲スコトヲ得ズ但シ保證契約ニ於テ此等ノ抗辯權ヲ留保シタルトキハ固ヨリ此限ニ在ラズ(Curti, II,S. 109)墺國民法ハ催告ノ抗辯ヲ認ムルモ(第一三五五條及ビ第一三五六條)檢索ノ抗辯ヲ認メズ故ニ日本人ガ墺國人ト墺國民法ニ依リ保證契約ヲ爲シタルトキハ日本人タル保證人ハ日本民法第四百五十三條ニ依リ檢索ノ抗辯ヲ爲スコトヲ得ズ此ノ如ク保證人ハ墺國民法ニ依リ催告ノ抗辯權ノミヲ有スレドモ裁判上ノ催告ハ訴訟地法ニ依ルコトヲ要シ墺國民法ニ依ルコトヲ得ズ又債權者ガ保證人ノ爲シタル檢索ノ抗辯ニ因リテ爲ス執行ハ其執行ヲ爲ス地ノ法律ニ依ル執行地ハ訴訟地ナルコトヲ普通ノ例ト爲スモ訴訟地裁判所ノ判決ニ基キ財產所在地ニ於テ執行ヲ爲スコトアリ(例、日民訴第五一四條、第五一五條)

裁判外ノ催告ノ方式ニ付テハ法例第八條ヲ適用ス故ニ催告ヲ爲ス地ノ法律ニ依ルモ有效ナリ隔地的催告ノ成立地ハ法例第九條第一項ニ依リテ定マル

此ノ如ク當事者ハ保證契約ノ成立及ビ效力ノ準據法ヲ保證契約ノ從屬性ヲ害セザル範圍ニ於テ任意ニ定メ得ルノミナラズ保證人ノ抗辯權ノ如ク保證契約ノ常素ヲ構成スルモノニ付テハ一般ノ常素ノ準據法ニ付キ既ニ述ベタル如ク保證契約ノ他ノ效力ノ準據法ト異ナリタル法律ニ依ラシムルコトヲ得ルナリ

保證人ヲ立ツル義務ノ準據法ハ何レノ國ノ法律ナリヤ抑モ我法律ハ一定ノ人ニ對シテ擔保提供ノ義務ヲ負課スル例アルモ其擔保タルヤ必シモ人的擔保ナルヲ要セズ(例、民法第三八四條三項、第八〇三條、第九三三條)然ルニ外國ノ法律ハ一定ノ人ニ對シテ保證人ヲ立ツル義務ヲ負課スル例アリ(例、佛民第六〇一條、第七七一條、

第八〇七條)此義務ハ一定ノ涉外的私法關係ノ效果ナルガ故ニ其涉外的私法關係ノ準據法ニ依ル例ヘバ用益權者ガ保證人ヲ立ツル義務ハ(佛民第六〇一條、伊民第四九七條)用益權發生ノ時ニ於ケル其目的物ノ所在地法ニ依リ(法例第一〇條)生存配偶者ガ死亡配偶者ノ相續財產ノ占有ニ付キ保證人ヲ立ツル義務(佛民第七七一條)ハ被相續人ノ本國法ニ依リテ定マリ(法例第二五條)破產シタル買主ガ代金支拂ノ爲メ保證人ヲ立ツル義務(佛民第一六一三條)ハ賣買ノ準據法ニ依リテ定マル(法例第七條)

保證契約ト似テ而カモ異ナル者ハ擔保契約ナリ(Garantievertrag, Contract of indemnity)此契約ハ保證契約ノ如ク主タル債務ノ存在ヲ前提トスルモノニ非ズシテ相手方ノ事業ヨリ生ズル損害ヲ塡補スル債權契約ニシテ損害ノ發生ヲ條件ト爲スモノナリ故ニ當事者ハ法例第七條ニ依リ任意ニ其準據法ヲ定ムルコトヲ得ルナリ例ヘバ外國會社ガ我領地內ニ於テ或事業ヲ營ム場合ニ其地ノ地方團體ガ其外國會社ト擔保契約ヲ締結スルニ方リテハ我國ノ法律ニ準據スルコトヲ要セズ外國會社ノ本國法ニ依ルコトヲ得而シテ擔保契約ハ有償ナルコトアリ無償ナルコトアリ

有償ナル場合ニハ射倖契約ヲ構成スベシ

參照 Curti, II,S. 108; Cosack, I, S. 645(7. te Aufl.); Dernburg, II, § 292; Enneccerus, § 417 II

(三) 利息契約

參照 Wharton, § 503, Fiore, IV, 1174, Foelix-Demangeat, 251; Zitelmann, II, S. 393, 442, 450,

契約上ノ利息債權ハ元本債權ニ從屬スルガ故ニ利息契約ハ當然元本契約ノ準據法ニ依ルトノ說アリ(Meili, S. 108)然レドモ所謂利息債權ノ從屬性トハ利息債權ノ發生及ビ消滅ハ元本債權ノ發生及ビ消滅ニ係ルヲ謂フニ過ギズ之ガ爲メニ其準據法マデ元本契約ノ準據法ト同一ナリトノ結論ヲ生ゼス何トナレバ利息契約ノ內容ハ必シモ元本契約ノ內容ト同一ナラサレバナリ

利息債權ガ元本債權ト一契約ノ內容ヲ爲ス場合ニハ二個ノ債權ハ同一ノ準據法ニ依ルガ故ニ特ニ利息契約ノ準據法ヲ研究スル必要ヲ見ズ然ルニ利息契約ガ元本契約ト分離シテ締結セラルルトキハ當事者ハ其準據法ヲ特ニ定ムルコトヲ得ルヤ是レまいり|等ノ學說ヲ生ジタル所以ナリ然レドモ此場合ニ於ケル利息契約ハ其成立時期ヨリ見ルモ將タ其內容ニ徵スルモ元本契約ニ對シテ別箇ノ債權

契約ヲ構成ス果シテ然ラバ其準據法モ亦當事者ニ於テ任意ニ定メ得ザル可ラズ卽チ法例第七條ノ適用アル所以ナリ從來世人ガ利息契約ノ準據法ヲ研究セシ實益ハ利息ノ許否ト利率ノ確定及ビ重利ノ許否ヲ明ニスルニ在リ然ルニ今日ニ於テハ最早利息禁止ノ制度ナキガ故ニ利息契約ニ關スル國際私法上ノ問題ハ利率ノ確定問題ト重利ノ許否問題ニ過ギザルナリ

(a) 利率　吾人ハ國際私法上自主ノ原則ニ依リ其欲スル所ノ國法ニ從ヒ利率ヲ定ムルコトヲ得然ルニ之ヲ非難スル者ハ本說ヲ以テ利息制限法ニ牴觸スルモノニシテ法例第三十條ト容レザルモノナリト云フ然レドモ法例第三十條ニ謂フ公序良俗ハ經濟上ノ制度ヲ含マズ若シ之ヲ含ムモノト解スルトキハ利率ニ比シテ一層重要ナル物權相續權等ニ外國法ヲ適用スル我法例ノ規定ヲ說明スル能ハズ但シ當事者ガ外國法ヲ利用シテ我利息制限法ヲ避脫ス可ラザルハ勿論ナリ故ニ惡意ヲ以テ外國ノ利息規定ヲ準據法ト指定スルモ無效ナリ惡意ノ證明ハ固ヨリ困難ナレドモ不能ニ非ズ證人又ハ自白ニ由リ脫法行爲ガ明白トナリタル場合ノ如キ是ナリ此ノ如キ場合ニ其利息契約ヲ有效トシテ認ムルコトハ脫法行爲ヲ保護スルモノニシテ法例第三十條ニ謂フ公ノ秩序善良ノ風俗ニ反スルモノナリ

參照　Niboyet, la fraude à la loi en droit intern. pr.; Bertran, Gesetzumgehung……(未觀)

(b) 以上利率ニ付テ云フ所ノモノハ重利ニ充ツルコトヲ得ルナリ利息契約中實際上重大ナル意義ヲ有スルモノハ利札ノ問題ナリ(Bar, II 48 ff.; Walker, S. 408 ff.)

(四) 賣買

(a) 方式

賣買ノ方式ハ法例第八條ニ依ル卽チ賣買ノ效力ノ準據法ニ依ルモ又ハ賣買成立地ノ法律ニ依ルモ其賣買ハ方式上有效ナリ而シテ賣買ハ債權契約ナルガ故ニ其效力ノ準據法ハ法例第七條ニ依リ當事者ニ於テ任意ニ定メ得ル所トス但シ買戻ノ約款ヲ有スル賣買ノ登記ノ要否ハ買戻ノ目的物ノ所在地法ニ依ル(法例第八條二項但書)例ヘバ買戻ノ目的物ガ買戻約款ノ對抗條件トシテ登記ヲ要求スル法律ノ行ハルル日本又ハ墺太利(日民第五八一條,墺民第一〇七〇條)等ニ在ル場合ニハ買戻約款ヲ有スル賣買ハ國際私法上第三者ニ對抗スル爲メニ登

記ヲ要ス

參照　Laurent, VIII, 157.

買戻ノ目的物ノ資格ハ其物ノ所在地法ニ依リテ定マル精シク言ヘバ賣買ノ目的物ガ不動產ナル場合ニ限リ之ヲ買戻スコトヲ得ルヤ(日民第五七九條、墺民第一〇七〇條)又ハ佛(第一六五八條、第一六五九條)伊(第一五一四條、第一五一五條)西(第一五〇六條、第一五〇七條)蘭(第一五五五條)葡(第一五八六條、第一五八七條)等ノ民法ノ如ク動產及ビ不動產モ買戻スコトヲ得ルヤノ問題ハ其動產又ハ不動產所在地ノ法律ニ依リテ解決セラル蓋シ買戻約款ヲ有スル賣買ハ買戻權卽チ法例第十條ニ謂フ登記スベキ權利ヲ定メタル約款ヲ偶素トスル者ナルガ故ニ賣買ノ準據法ハ偶素ノ準據法ト分離スルコトヲ得ズ然レドモ他ノ一方ヨリ見レバ賣買ナル債權契約ノ準據法ハ法例第七條ニ依リテ定マリ買戻約款モ當然此準據法ニ依ルベキガ如シ然ルニ法例第十條ハ權利ノ目的物所在地ノ公益ヲ保護スル趣意ナルガ故ニ當事者ノ意思ニ由リテ準據法ヲ定ムル法例第七條ト衝突(競合)スルトキハ法例第十條ハ第七條ノ適用ヲ排斥ス故ニ所謂登記スベキ權利ヲ偶素トスル賣買ハ偶素ノ爲メニ却テ其準據法ガ法例第十條ニ依リ定マルコトトナル是レ他ノ偶素ヲ含ム普通ノ債權契約ト異ナル所ナリ但シ買戻ガ賣買ト分離シテ締結セラルルトキハ賣買ノ準據法ハ法例第十條ニ依ラズ法例第七條ニ依ル蓋シ獨立ナル債權契約ナレバナリ隨テ其方式ハ賣買ノ效力ノ準據法ニ依ルモ行爲地法卽チ契約地法ニ依ルモ有效ナリ(法例第八條)但シ日本ニ於テハ賣買契約中ニ買戻ヲ約シタルトキト雖モ買戻ノ登記ヲ爲スノミニシテ賣買ノ登記ヲ爲サズ卽チ代金ノ如キハ登記セザルヲ例トスルガ如シ

(b)　賣買無能力

一定ノ人ノ間ニ賣買ヲ禁止スル法律ガ往々ニシテ之アリ(例、佛第一五九五條、伊第一四五七條、西第一四五八條、第一四五九條、葡第一五六二條、蘭第一五〇六條、智第一七九七條乃至第一八〇〇條、墨第二八三九條、第二八四九條)又一定ノ人ノ間ニ一般ノ契約ヲ禁止又ハ制限スル主義アリ(日第七九二條、第九三九條)抑モ一定ノ人ガ賣買其他ノ契約ヲ爲スコトヲ得ザルハ特別的行爲無能力者ナレバナリ特別的行爲無能力ヲ定ムル標準ニ二アリ一ハ行爲ノ性質ニシテ一ハ一定ノ人

ノ身分ナリ而シテ賣買無能力ハ一定ノ人ノ身分卽チ夫婦、親權者親權服從者、後見人被後見人、財產管理者本人等ノ位置ヲ考ヘテ立法者ガ之ヲ定メタルモノナルガ故ニ身分ノ準據法ニ依リテ之ヲ定ム故ニ親權者親權服從者間ニ於ケル賣買ガ有效ナリヤ無效ナリヤ又ハ取消シ得ベキモノナリヤハ親權ノ準據法タル父又ハ母ノ本國法ニ依リテ之ヲ定ム(法例第二〇條)又夫婦間ニ於ケル同問題ハ婚姻ノ效力ノ準據法タル夫ノ本國法ニ依リテ定マル(法例第一四條)後見人被後見人間ノ同問題ハ後見ノ準據法タル被後見人ノ本國法ニ依リテ定マル(法例第二三條)

參照 Surville-Arthuys, 373.

(c) 他人ノ權利ノ賣買

佛法系ノ法律ハ(佛第一五九九條、伊第一四五九條、蘭第一五二〇條、西第一四六五條、葡第一〇四九條)他人ノ權利ノ賣買ヲ禁ズレドモ日本、獨逸等(日民第五六〇條、獨民第四三四條)ノ法律ニ依レバ此ノ如キ賣買ハ有效ナリ此ノ如キ賣買ガ有效ナリヤ無效ナリヤ、又ハ取消シ得ベキモノナリヤハ賣買ノ準據法(法例第七條)ニ依リテ定マル然レドモ一定ノ權利ガ他人ニ屬スルヤ又ハ賣主ニ屬スルヤノ問題ハ其權利ノ準據法ニ依リテ定マル隨テ權利ノ性質ガ異ナルニ從ヒ此問題ヲ解決スル準據法モ亦異ナル

賣買ノ準據法ニ依レバ賣主ハ賣買ノ目的物ノ上ニ權利ヲ有セザレドモ其目的物ノ所在地法ニ依レバ時效ニ因リ其物ノ上ニ權利ヲ取得シタルトキハ(法例第一〇條二項)我法例ヨリ見レバ他人ニ屬スル權利ニ非ズ然ルニ妻ガ夫ヨリ一定ノ債權ヲ讓受ケタル後之ヲ第三者ニ賣却シタル場合ニ其債權ハ賣買ノ準據法ニ依ルモ妻ノ本國法ニ依ルモ妻ガ適法ニ讓受ケタルモノナルニ拘ハラズ夫ノ本國法ニ依リ其讓渡ガ無效ナルトキハ(法例第一四條)妻ハ他人ニ屬スル權利ヲ賣リタル者ナリ又成年者ト爲リタル被後見人ガ後見計算(管理計算)終了前後見人ニ讓渡シタル權利ヲ取消シタル場合ニ(日民第九三九條、佛第四七二條、伊第三〇七條、西第二八一條、第二八三條、第二八五條、葡第二五七條、蘭第四六八條、ちゆりつひ第七八三條、第八〇一條、以下第八四〇條、第八四一條、智利第四一五條、第四一七條、第四二二條、墨第五六六條、第五七一條)其取消ガ被後見人ノ本國法(法例第二三條)ニ依リテ有效ナルトキハ後見人ハ最早其權利ヲ有セザルガ故ニ之ヲ第三

者ニ賣渡ストキハ他人ニ屬スル權利ノ賣買ナリ而シテ此ノ如キ賣買ガ有效ナリヤ無效ナリヤ取消シ得ルモノナリヤハ賣買ノ準據法ニ依リテ定マル

(d) 缺損 (laesio enormis)

參照 Böhm, § 20; Laurent, VIII; 144–146; Rolin, 892–894.

(註) Tronchet ハ缺損ヲ以テ他人ノ窮迫ヲ利用スル强迫ナリト云ヘリ(Laurent, VIII 144; Foelix-Demangeat, 第四版 p. 250a註)現今ノ佛國學說ハ缺損ヲ以テ意思ノ瑕疵ニ準ズル如シ(Planiol, I, 284; Capitant, II, p. 304)日本商法第六百五十二條ノ四(獨商第七四一條、佛一九一六年法第七條、海難救助條約第七條)ハ缺損ノ觀念ニ依リテ說明スベキカ日本商法第六百五十二條ノ四ニ依レバ裁判所ハ救助料ヲ減少スルコトヲ得ルノミナラズ之ヲ增加スルコトヲ得是レ獨法及ビ佛法ト異ナル所ナリ蓋シ獨佛法ニ依レバ救助料ノ減額又ハ契約ノ取消ヲ裁判所ガ命ズルコトヲ認メタルモ救助料ノ增加ヲ認メザレバナリ

缺損ガ契約ニ及ボス影響ニ付テハ原則上之ヲ認メザル主義アリ又一定ノ人ニ付キ若クハ一定ノ法律行爲殊ニ不動產ノ賣買ニ付キ缺損者ヲ保護スル主義アリ(佛第七八三條、第八八七條、第一一一八條、第一三〇五條、第一六七四條、第六八三條第一七〇七條等)或ハ又暴利行爲以外ニ缺損ヲ認メザル主義アリ(獨第一三八條、瑞債第二一條)今佛國ニ在ル不動產ノ賣買ニ方リ賣主ガ代價ニ付キ十二分ノ七以上ノ缺損ヲ受ケタルトキハ賣買ノ準據法ガ佛國民法(第一六七四條)又ハ缺損者保護主義ヲ採ル國ノ法律ナルトキハ賣主ハ賣買ヲ取消スコトヲ得レドモ日本民法ガ賣買ノ準據法ナルトキハ目的物ガ缺損者保護主義ノ國ニ在ルニ拘ハラズ賣主ハ取消スコトヲ得ザルナリ一說(Foelix, I, p. 217)ニ依レバ缺損ハ賣買ノ目的物所在地法ニ依ルト然レドモ缺損ノ規定ハ社會政策上給付ト對價トノ權衡維持ヲ目的トスル規定ナリト見ルヨリモ缺損ヲ以テ意思表示ノ準瑕疵ト見ル方ガ缺損ノ規定ノ解釋トシテハ正當ナリ卽チ買主ガ賣主ノ窮迫等ニ乘ジテ賣主ノ不利ト爲ル契約ヲ結バシメタルト推定シテ賣主ヲ救濟スルガ缺損規定ノ趣旨ナリ果シテ然ラバ缺損ト契約トノ關係ハ契約成立ノ問題ト見テ契約ノ要素ノ準據法ニ依ルベキモノトス然シ乍ラ Lauzent ノ如ク缺損ハ意思表示ノ瑕疵ナルガ故ニ完全ニ意思ヲ表示シ得ザル點ニ於テ無能力ニ類ストノ前提ニ依リ能力ガ本國法ニ依ル如ク缺損ハ缺損者ノ本國法ヲ以テ其準據法ト爲スト

云フ說ハ贊成ス可ラズ(Laurent, VIII, 145)

(e) 特定物ノ賣買ト所有權ノ移轉

我法例ハ獨逸國際私法ト同ジク債權ノ發生ヲ目的トスル債權契約ト物權ノ設定移轉ヲ目的トスル物權契約トヲ區別シ前者ハ法例第七條ニ依リ(例外アルモ)後者ハ物權ノ目的物ノ所在地法ニ依ラシメタリ然ルニ外國法中ニハ債權契約ト物權契約トノ區別ヲ爲サザル者アリ(例、英、佛)例ヘバ佛國民法(第一五八三條)ニ依レバ特定物ノ賣買ハ契約ノ效力發生ト同時ニ買主ニ目的物ノ所有權ヲ移轉ス然ルニ獨逸民法(第九二九條)ニ依レバ賣買ノ外更ニ締結セラルル物權契約ニ由リ所有權ヲ移轉ス今佛國人ガ獨逸ニ在ル特定動產ヲ佛國民法ニ依リ日本人ニ賣却シタルトキハ賣買ノ效力トシテ日本人ハ當然所有者トナルヤ又ハ目的物所在地法タル獨逸民法ニ依リ物權契約卽チ所有權移轉ノ合意ト引渡トヲ待チテ始メテ所有權ヲ取得スルヤ惟フニ法例第十條ハ物權ノ目的物所在地ノ公益ヲ保護スル趣意ナルガ故ニ法例第七條ト衝突スルトキハ第十條ヲ適用スベキモノトス隨テ獨逸ニ在ル特定物ヲ賣却スルトキハ獨逸民法ニ依リ引渡ヲ爲スニ非ザレバ所有權ハ買主ニ移轉セズ

(註) 法例ノ規定ニ三種アリ私益規定、公益規定及ビ公安規定是ナリ私益規定ハ法例第七條ノミニシテ他ハ多ク公益規定ナリ法例第三十條及ビ之ヲ基礎トスル規定ハ公安規定ナリ公安規定ハ適用上公益規定ニ先チ公益規定ハ適用上私益規定ニ先ツ

參照 Westlake, § 216; Wharton, §§ 91, 353 h, 483, 693; Zitelmann, II, S. 440

(五) 賃貸借

多數ノ學說ハ動產ト不動產トヲ區別シ動產賃貸借ノ準據法ハ當事者ノ意思ニ由リテ定マルモ不動產上ノ賃貸借ハ借主ガ不動產所在地ニ住所又ハ居所ヲ有シテ使用收益ヲ爲スコトヲ以テ實際ノ狀態トスルガ故ニ(Foelix, I, p. 124; Bar, II, S. 108; Böhm, S. 132) 不動產所在地法ガ其準據法ナリト云ヘリ然ルニ他ノ學說ニ依レバ(Laurent, VIII, 163)賃貸借ノ準據法ハ其目的物ガ動產ナルト不動產ナルトヲ問ハズ當事者ノ意思ニ由リテ定ム可キモノトス卽チ其準據法ハ一般ノ債權契約ト異ナルモノニ非ズト我法例ハ原則トシテハ賃貸借ノ目的物ヲ問ハズ法例第七條ノ規定ヲ適用スルモ不動產所在地法ガ賃借權ヲ以テ登記スベキ權利ト爲ス場合ニハ

其賃貸借ハ不動產所在地法ニ依ル(法例第一〇條)然ルニ賃借權ガ不動產所在地法ニ依リ登記スベキ權利ニ非ザルトキハ賃貸借ハ不動產所在地法ニ依ラズ當事者ハ任意ニ其準據法ヲ定ムルコトヲ得(法例第七條)權利ガ賃貸借ノ目的ナル場合ニ於テモ亦同ジ

賃貸借ノ存續期間ノ準據法如何英法ハ賃貸借ノ存續期間ヲ限定セズ隨テ英國ニ於テハ一千年ノ賃貸借珍シカラズト云フ(Schuster, the Priniples of German Civil Law, 207)然ルニ伊太利民法(第一五七一條一項)ニ依レバ不動產ノ賃貸借期間ガ三十年ヲ超過スルトキハ三十年ニ短縮セラル獨逸民法(第五六七條及ビ第五八一條第二項)ニ依レバ三十年ヲ超ユル賃貸借契約ノ當事者ハ三十年後契約ヲ解除スルコトヲ得但シ當事者ノ終身ヲ期シタル契約ハ此限ニ在ラズ今日本人ガ外國ニ在ル不動產ノ賃貸借ヲ爲スニ方リ其所在地法ノ制限ヲ超エタル期間ヲ定メタルトキハ其效力ハ賃貸借ノ準據法ニ依リテ定マル精シク云ヘバ其契約ハ不動產所在地法ノ定メタル最長期間ニ短縮スルヤ無效ナルヤ、又ハ有效ナルヤハ賃貸借ノ準據法ニ依リテ定マル隨テ履行不能ノ問題ヲ生ズルコトアルベシ

借家ノ火災ニ因ル責任問題

不動產所在地法ガ賃貸借ノ準據法ニ非ザル場合ニ借家ノ失火ヨリ生ズル責任ハ何レノ法律ニ依リテ定ムルヤ例ヘバ佛國民法第千七百三十四條(此ハ一八八三年改正)ニ依レバ數多ノ賃借人ガ同一ノ建物ヲ賃借シタル場合ニ其建物ガ火災ニ因リ毀滅シタルトキハ各賃借人ハ其占有スル建物ノ部分ノ賃金ノ割合ヲ以テ賠償ノ責ヲ負フ伊太利民法(第一五九〇條)亦同ジ然ルニ蘭國民法(第一六〇一條)ハ賃貸人ニ賃借人ノ過失ヲ證明スル責任ヲ負ハシメタリ火災ニ因ル責任ヲ不法行爲ノ推定ニ出ヅルモノト爲ストキハ此責任問題ハ法例第十一條ニ依リ解決セラル卽チ不法行爲地ニシテ同時ニ不動產所在地タル國ノ法律ト日本ノ法律トニ依リテ解決スルモノトス此場合ニ日本ノ法律ハ火災ニ付キ賃借人ノ過失ヲ推定セザルガ故ニ賃借人ノ過失ガ證明セラレザル限リハ賃借人ハ責ヲ負ハズ之ニ反シテ火災ニ因ル責任ヲ不法行爲ト見ズシテ賃貸借ノ效力ト見ルトキハ此責任ハ賃貸借ノ準據法ニ依リテ之ヲ定メザル可ラズ卑見ニ依レバ諸國民法ガ賃貸借ノ規定中ニ火災ニ因ル責任ヲ定メタルハ只ダ條文ノ聯絡上ノ便宜ニ出テタルニ過ギズシテ此ノ如キ規定ノ方法ヲ採ル民法ト雖モ其不法行爲タル性質ヲ否定シタルモノ

ニ非ズ故ニ火災ニ因ル賃借人ノ責任ハ不法行爲ノ準據法ヲ定メタル法例第十一條ニ依リテ定マル

賃貸人ガ賃貸物ノ所有權ヲ第三者ニ讓渡シタル場合ニ之ヲ賃借人ニ對抗スルコトヲ得ルヤ日本民法ハ「賣買ハ賃貸借ヲ破ル」(Kauf bricht Miete)ヲ原則トス(第六〇五條)瑞西債務法(第二五九條)墺國民法(第一一二〇條)亦然リ然ルニ獨逸民法(第五七一條)佛國民法(第一七四三條)伊國民法(第一五九七條)ハ「賣買ハ賃貸借ヲ破ラズ」(Kauf bricht nicht Miete)ヲ原則トス(同主義蘭國民法第一六一二條)此ニ於テ賃貸物ノ移轉ガ賃貸借ニ及ボス效力ニ付キ國際私法上ノ問題ヲ生ズベシ例ヘバ日本民法ノ如キ法律ノ行ハルル國ニ在ル不動產ノ賃貸借ハ法例第十條ニ所謂登記スベキ權利ナルガ故ニ其準據法ハ不動產所在地タル國ノ法律ナリ併シ乍ラ賣買ノ準據法ハ當事者ノ意思ニ依リテ定マルガ故ニ(法例第七條)必シモ不動產所在地法ナルヲ要セズ外國ノ法律ナルコトヲ得ルナリ此場合ニ不動產所在地ヲ日本トセバ日本ノ民法ニ依レバ土地ノ未登記賃貸借ハ其土地ノ取得者ニ對抗スル能ハズ然ルニ其土地ノ賣買ノ準據法タル外國ノ法律ニ依レバ買主ハ其所有權ヲ賃借人ニ對抗スル能ハズトセバ賣買ト賃貸借トノ關係ハ賣買ノ效力ト見テ其準據法ニ依ルベキヤ又ハ賃貸借ノ效力ト見テ其準據法ニ依ルベキヤ惟フニ此問題ハ不動產所在地ノ公益ニ關スルガ故ニ其地ノ法律ヲ適用スベキモノトス

處分能力ナキカ又ハ處分ノ權限ヲ有セザル者ノ爲ス賃貸借ニ付テハ往々其期間ヲ制限スル例アリ(日民第六〇二條、伊民第一五七二條、佛第一四二九條第一七一八條、葡民第一六〇一條、第一六〇一條ノ二、西民第一五四八條)處分能力ノ有無ハ未成年者ニ付テハ其本國法ニ依リ(法例第三條第一項)禁治產者及ビ準禁治產者ニ付テハ禁治產又ハ準禁治產宣告地ノ法律ニ依リ(法例第四條第五條)夫婦ニ付テハ夫ノ本國法ニ依リテ定マル(法例第一四條)處分ノ權限ナクシテ單ニ管理權限アル場合ハ問題タル權限ノ發生原因タル法律關係ノ準據法ニ依リテ定マル例ヘバ事務管理者ノ權限ハ事務管理ノ準據法卽チ管理地ノ法律ニ依リテ定マリ(法例第一一條)不在者ノ財產管理人ノ權限ハ財產所在地ノ法律ニ依リテ定マリ後見人ノ權限ハ被後見人ノ本國法ニ依リテ定マリ(法例第二三條)又受任者ノ權限ハ委任ノ準據法ニ依リテ定マル(法例第七條)卽チ此等ノ準據法ガ處分能力又ハ處分權限ナキ者ガ

爲ス賃貸借期間ノ制限ヲ定ムルコトトナルナリ

轉貸ト賃貸借トノ關係ヲ述ベンニ賃借人ガ轉貸ヲ爲シ得ルヤ否ヤハ賃貸借ノ準據法ニ依リテ定マル何トナレバ例ヘバ賃貸人ガ直接ニ轉借人ニ對シ其權利ヲ行使シ得ルヤ否ヤノ問題(肯定主義日民第六一三條、否定主義獨民第五四九條、第五五六條)ガ賃貸借ノ準據法ニ關係ナク當事者ガ獨立ニ指定シ得ル轉貸ノ準據法ニ依ルモノトスルトキハ其準據法ガ賃貸人ノ轉借人ニ對スル履行ノ直接請求ヲ認メテ賃貸借ノ準據法ガ之ヲ認メザル場合ニモ賃貸人ハ其豫期セザル權利ヲ取得スルコトトナレバナリ

參照 Rolin, 1215-1236; Böhm, S. 132; Bar, II, S. 108; Laurent, VIII, 159-179

(六) 贈與

贈與ハ一ノ債權契約ナルガ故ニ其準據法ハ當事者ノ意思ニ依リテ定マル(法例第七條)故ニ例ヘバ受贈者ノ背恩又ハ過失若クハ子ノ出生等ヲ以テ贈與取消(撤回)ノ原因ト認ムルヤ(獨民第五三〇條、瑞債第二四九條、第二五〇條、伊民第一〇八一條、佛民第九五五條、第九五六條、西民第六四八條、葡民第一四八八條、蘭民第一七二五條、墺民第九四七條乃至第九五四條)又道德上又ハ禮儀上爲スベキ贈與ニテモ之ヲ取消シ又ハ其目的物ノ返還ヲ請求スルコトヲ得ルヤ(獨民第五三四條)贈與ノ取消ハ贈與者ノ相續人モ爲スコトヲ得ルヤ(獨民第五三〇條第二項)贈與ノ取消ハ全然認メザルヤ(日露民法主義)如何ナル場合ニ贈與義務ノ履行ヲ拒絶スルコトヲ得ルヤ(獨民第五一九條)又如何ナル場合ニ贈與ノ目的物ノ返還ヲ許スヤ(獨民第五二八條)等ハ當事者ガ任意ニ定ムル準據法ニ依リテ定マル以下贈與ニ關スル二三ノ重要ナル問題ヲ研究スベシ

(a) 贈與無能力

諸國ノ法律ハ一定ノ人ノ身分ヲ考ヘテ其人ヲ贈與無能力者ト爲ス例アリ例ヘバ夫婦間ノ贈與ヲ無效トスル制度アリ(伊民第一〇五四條)或ハ之ヲ取消シ得ルト爲ス制度アリ(日民第七九二條、佛民第一〇九六條)或ハ之ヲ有效ト爲ス制度アリ(瑞西民第一七七條)或ハ妻ノ贈與ヲ信託行爲ト推定スル制度アリ(英法Curti, I. S. 61)

贈與無能力ハ特別的行爲無能力ノ範疇ニ屬スルモノニシテ婚姻ノ效力ノ準據法タル夫ノ本國法ニ依リテ之ヲ定ム(夫婦本國法說 Valery, 871 bis)

(b) 死因贈與(donatio mortis Causa)

參照: Pillet, II, pp. 622, 457; Meili, § 140; Zitelmann, II, S. 997, 998,

(註) (1)贈與者ノ舊住所地法ヲ適用スル說(Bar, I, S. 553, Anm. 6)本說ハ贈與者ノ意思推定ヲ基礎トス (2)相續ノ準據法ニ依ル說(Meili, S. 140)但シ理由ヲ示サズ

死因贈與ニ付テハ遺贈ノ規定ヲ準用スル例アリ(例、日民第五五四條)或ハ未履行ノ死因贈與ニ付キ遺贈ノ規定ヲ適用シ履行シタル贈與ニハ生存者間ノ贈與ノ規定ヲ適用スル例アリ(獨民第二三〇一條、瑞債第二四五條)是ニ於テ或ハ遺贈ノ準據法ヲ定メタル法例第二十三條ヲ準用シ贈與者ノ本國法ニ依リ死因贈與ノ問題ヲ解決スベキガ如シ然レドモ法例ハ法律關係ノ性質ニ照ラシテ準據法ヲ定ムルヲ以テ基礎觀念ト爲スガ故ニ死因贈與ハ法例第七條ニ依ルベキモノトス蓋シ死因贈與ハ當事者一方ノ死亡ニ因リ效力ヲ生ズル點ニ於テ遺贈ト同一ナルモ是ガ爲メニ其債權契約タル性質ヲ變ズルモノニ非ザレバナリ隨テ當事者ハ任意ニ其準據法ヲ定メ得ルモノトス故ニ當事者ガ日本ノ法律ヲ以テ死因贈與ノ準據法ト定メタルトキハ其贈與ハ我民法ノ遺贈ノ規定ニ依ルコトトナレドモ此ハ法例第七條適用ノ結果ナリ而シテ斯ル死因贈與ハ法例第六條ニ所謂「日本ノ法律ニ依ルベキ法律關係」ナルガ故ニ日本法律ニ依リ利害關係人ハ贈與ノ各當事者ニ對スル失踪ノ宣告ヲ請求スルコトヲ得

(c) 負擔附贈與

負擔附贈與ト雖モ其性質ニ至リテハ普通ノ贈與ト異ナル所ナシ而シテ負擔附款ハ贈與ノ偶素ナルガ故ニ贈與ノ要素ノ準據法ニ依ル可キコトハ他ノ偶素ト要素ノ準據法トノ關係ニ付キ述ベタルガ如シ

同時履行ノ抗辯ヲ認ムルヤノ問題、負擔ハ贈與ノ目的ノ價額ヲ超過スルヲ得ルヤノ問題等ハ贈與ノ準據法ニ依リテ解決スベキモノトス然ルニ負擔ガ一定ノ法律行爲ヲ爲スコトニ在ル場合例ヘバ贈與者ガ其住スル地方團體ニ或贈與ヲ爲シ受贈者タル地方團體ガ第三者ニ終身定期金ヲ與フル義務ヲ負擔シタル場合ニ終身定期金契約ノ準據法ハ何レノ國ノ法律ナルヤノ問題ヲ生ズベシ惟フニ此場合ニ於ケル終身定期金契約ハ贈與ニ對シ獨立シタル契約ニシテ只ダ此契約ガ成立セザル場合ニ於テ受贈者ハ不履行ノ責ヲ負フノミ而シテ終身定期

金契約ハ債權契約ナルガ故ニ其準據法ハ法例第七條ニ依リテ定マル然ルニ受贈者ノ負擔ガ物權契約ノ締結ナルトキハ其物權契約ハ物權ノ目的物所在地法ニ依ル(法例第一〇條)要スルニ負擔ノ目的タル法律行爲ノ準據法ハ贈與ノ準據法ニ關係ナキモノトス

參照 Böhm, S. 133; Bar, II, S. 103.

消費貸借

(七) 消費貸借

一定ノ身分ヲ有スル者ノ消費貸借ヲ禁ズル例アリ(Schey 氏墺國民法第九八三條註、下士兵卒)此ハ特別的行爲無能力ノ範圍ニ屬ス隨テ其身分ノ準據法ニ依リ其者ノ爲シタル消費貸借ノ有效ナルヤ否ヤヲ定ム此場合ヲ除ク外ハ消費貸借ノ準據法ハ當事者ノ意思ニ依リテ定マル(法例第七條)

國家又ハ其他ノ法人ガ外國ニ於テ公衆ヨリ公私債ヲ募集スル場合アリ此場合ニ公私債契約ハ消費貸借ノ規定ヲ準用スベキ特種ノ債權契約ナルガ故ニ其準據法ハ當事者ノ意思ニ依リテ定マル(Freund, S. 69ニ依レバ伊佛ノ學者ハ公私債契約ノ性質ニ付テハ消費貸借說ヲ採ル但シ不還公債ニ付テハ賣買說ヲ採ル獨逸ノ學者

公私債契約

ハ賣買說ヲ採ル者多シ)然ルニ當事者ガ公私債契約ノ準據法ヲ定ムルコトハ實際上之ナキガ故ニ公私債契約ノ成立シタル地ノ法律ガ其準據法ナリ卽チ法例第七條ニ所謂行爲地法ガ準據法ナリ此ニ於テ如何ナル地ガ公私債契約ノ成立地ナリヤノ問題ヲ生ズベシ、此成立地ニハ二個ノ形相アリ第一ハ公私債ヲ募集スル國家又ハ其他ノ法人ノ代表者例ヘバ外國ノ商事會社ガ募集ノ手續ヲ實行スル場合ニシテ第二ハ外國ノ商事會社例ヘバ銀行團ガ公私債ヲ引受ケ更ニ之ヲ賣出ス場合ナリ此二ツノ場合ハ形相ヲ異ニスレドモ其代表者タル若クハ引受者タル外國商事會社ガ存在スル地卽チ本店若クハ支店所在地ガ公私債契約ノ成立地ナル點ハ同一ナリ然レドモ國家ガ外國ニ於テ公私債ヲ募集スル場合ニハ當然其地ノ法律ニ服從スト云フ說ハ不當ナリ(Freund, S. 63)此ハ勿論國家以外ノ者ガ外國ニ於テ募債スル場合ニ於テモ亦其法理ヲ異ニスル者ニ非ズ

公私債引受者ノ代表者ガ國家又ハ其他ノ法人ノ所在地ニ於テ引受ヲ爲ス場合ニハ國家其他ノ法人所在地ガ契約成立地ナリ而シテ公私債引受者ガ更ニ賣出ス場合ニハ債權ノ讓渡アルベシ法例第十二條ニ依レバ債權讓渡ノ第三者ニ對スル效

利札

力ハ債務者ノ住所地法ニ依ル而シテ債務者タル國家其他ノ法人ノ住所地ガ日本ナルトキハ債務者ニ對スル債權讓渡ノ效力ハ日本ノ法律ニ依ルモノトス

參照 Freund, die Rechtsverhältnisse der öffentlichen Anleihen; Leblond, de l'emprunt obligataire en droit anglais.

(八) 利札

利札ニ付テハ當事者ハ元本債權ノ準據法ト分離シテ其準據法ヲ定メ得ルモノナレドモ(法例第七條)實際上之ヲ分離スル必要ナキノミナラズ元本債權ノ契約中ニ之ヲ定ムル.ヲ例トスルガ故ニ其準據法モ亦元本債權ノ準據法ト同一ナリ而シテ利札ガ記名式ナルト指圖式ナルト無記名式ナルト記名持參人式ナルトニ依リテ準據法ニ影響ヲ及ボサズ

參照 Jakobi, die Wertpapiere, im bürgerl. Rechte, 2te Aufl. S. 390 ff.; Freund, S. 148 ff.; Bar, 261 ff.; Walker, 4te Aufl. S. 408ff.

東京市ハ明治四十五年二月中ニ電氣事業ノ爲メ英米ニ於テ英貨五百十七萬五千磅ノ公債ヲ募集シ佛國ニ於テ佛貨一億八十八萬「法」ノ公債ヲ募集セリ而シテ東京市ハ佛貨公債ノ元利ヲそしえて・ぜねらーる等ニ於テ「法」ヲ以テ支拂フコトヲ約定セリ然ルニ「法」ノ暴落アリタル爲メ債權者タル佛國人某ハ東京市ヲ相手取リ佛貨公債ノ債券十枚ニ附着セル利札ニ對シテ市ハ法磅法定平價率ニ換算セル「法」卽チ七百二法ヲ支拂フベキ旨巴里せいぬ商事裁判所ニ請求シ市亦之ニ應訴セリ

右ハ杉山博士,東京市佛貨公債訴訟意見書」ニ依ル同氏ハ同書ニ於テ本訴件ニ付キ殊ニ佛國法ノ見地ヨリ有益ナル意見ヲ開陳セラレタリ

東京市ガ佛國ニ於テ募集シタル公債ハ全部そしえて・ぜねらーるガ引受ケタルモノニシテ東京市ノ代表者ガ佛國ニ於テそしえて・ぜねらーるト交渉ノ結果公債ノ引受ガ成立シタルモノト解ス而シテ公債引受ニ付キ當事者ハ特ニ準據法ヲ指定セザルガ故ニ佛國法ガ法例第七條ニ謂フ行爲地法トシテ適用セラルベシ

支拂ハルベキ貨幣ノ種類ニ付テハ當事者ガ其準據法ヲ指定セザル場合ニハ履行地法ニ依ルコトハ國際私法學者ガ一般ニ認ムル所ナリ(後文辨濟ノ準據法參照)本訴件ニ付テハ當事者ハ貨幣ノ種類ノ準據法ヲ指定セズシテ直接ニ「法」ヲ指定シタルガ故ニ當事者ガ之ニ拘束セラルルハ勿論ナリ佛國民法第千八百九十五條ニ依

レバ金錢消費貸借ヨリ生ズル債務ハ契約ニ於テ表示セラレタル券面額ヲ目的トシ辨濟前ニ生ジタル貨幣相場ノ變動ハ券面額ヲ以テ辨濟スベキ債務者ノ義務ニ影響ヲ及ボサズ故ニ原告債權者ノ請求ハ根據ナシ

（註）佛國裁判所ノ判決ハ我國ニ於テ東京市ニ對シ執行スルコトヲ得ルヤ

外國ニテハ地方團體其他ノ公共團體ニ對スル强制執行ハ或ハ之ヲ認ムル國アリ或ハ之ヲ認メザル國アリ(Freund, S. 248 ff.) 我國ノ通說ハ地方團體其他ノ公法人ニ對スル强制執行ヲ一般ニ認ムルガ如シ此說ニ依レバ東京市ニ對スル外國判決ノ執行モ民事訴訟法第五百十五條ノ範圍ニ於テ認ムルコトトナル然レドモ余ハ本訴件ニ付テハ佛國裁判所ノ判決ヲ執行シ得ザルモノト解ス其理由ハ佛國裁判所ノ判決ハ民事訴訟法第五百十五條第三號ノ條件ヲ缺ケバナリ抑モ本號ニ謂フ「本邦ノ法律ニ從ヘバ外國裁判所ガ管轄權ヲ有セザルトキ」トハ或ハ我裁判所ノ專屬管轄ニ屬スル事件ニ付キ外國裁判所ガ判決ヲ下シタル場合ヲ謂フト解スル說アリ或ハ判決ヲ爲シタル外國裁判所ガ土地ノ管轄權ヲ有セザリシ場合ヲ謂フト解スル說アリ余ハ後說ヲ採ル而シテ本訴件ヲ裁判シタル佛國裁判所ノ管轄ヲ定メタル佛國民法第十四條ハ同國ノ學者モ不當ノ規定トシテ非難スルモノニシテ (Weiss, V, p. 57.) 民事訴訟法第十五條第三號ニ該當スルモノト解ス佛國民法第十四條ニ曰ク「外國人ハ佛國ニ於テ佛國人ニ對シ契約セル債務ノ履行ニ付テハ佛國ニ住所又ハ居所ヲ有セザル場合ニ於テモ佛國裁判所ニ呼出サレ得ベシ外國人ハ佛國人ニ對シ外國ニ於テ契約セル債務ニ付テモ佛國裁判所ニ呼出サレ得ベシ」(杉山氏譯)

此規定ハ佛國人ノミノ利益ヲ考ヘタルモノニシテ同國ノ學說ハ一般ニ內外人平等主義ヲ是認シ外國人ハ佛國人ト同樣ニ保護スベシト主張シ佛國民法ノ採リタル條約上ノ相互主義ヲ排斥スル折柄ナレバ民法第十四條ヲ非難スルハ當然ナリ例ヘバしゅるヴぁる、あるちゅいすハ之ヲ奇怪ノ條文ト評シ居レリ(Surville-Arthuys, 397)又此規定ハ外國ノ報復(例ヘバ伊民訴第一〇五條)ニ遭遇スルカ又ハ執行判決ノ請求ノ拒絕ニ遭遇スルナラント非難スル者アリ(Pillet-Niboyet, 578)

(九) 射倖契約

射倖契約ハ其準據法所屬國ト日本トノ公ノ秩序善良ノ風俗ニ反セザルコトヲ要スル點ニ於テ一般ノ債權契約ニ異ナラズ然ルニ射倖契約ハ公序良俗ニ反スル場合頗ル多シ殊ニ博戲賭事ノ如キ然リトス今日本人ガ佛國ニ於テ博戲ヲ爲シタル

富籤

場合ニ勝者ハ日本ノ裁判所ニ勝金請求ノ訴ヲ提起スルヲ許サズ是レ日佛二國ノ法律ガ倶ニ博戯ヲ以テ公序良俗ニ反スト爲セバナリ併シ乍ラ敗者ハ其支拂ヒタル金額ノ返還ヲ請求スルコト能ハズ是レ日佛兩國ノ民法ガ此ノ如キ請求ヲ認メザレバナリ(日民第七〇八條、佛民第一九六七條)左ニ二三ノ射倖契約ヲ觀察スベシ

(イ) 富籤

富籤ハ一般ニ之ヲ禁止スル國ト慈善等ノ爲メニ爲ス場合ニ限リ之ヲ認ムル國トノ別アレドモ其效力ハ當リ籤ニ由リ一定ノ金額等ヲ取得スル債權ノ發生ナルガ故ニ其準據法ハ法例第七條ニ依ル但シ當事者ガ其準據法ヲ明示又ハ默示セザル場合ニハ富籤擧行地ノ法律ニ依ル併シ乍ラ日本ノ法律ハ之ヲ公序良俗ニ反スル者ト認ムルガ故ニ結局債權者ハ我裁判所ニ於テ其權利ヲ主張スルコトヲ得ズ一說ニ依レバ外國ニ於テ發行シタル富籤ハ內國ガ富籤ノ發行ヲ以テ善良ノ風俗ニ反スルモノト爲ス場合ト財政上ノ利害關係ノ上ヨリ內國ニ於ケル其取引ヲ認メザル場合トニ依リ結果ヲ異ニス前ノ場合ニ於テハ內國裁判所ハ當事者ノ請求ヲ認ムルヲ得ザレドモ後ノ場合ニハ外國ニ於テ爲シタル取引ヲ信義上認メザル可ラズ但シ脫法行爲(例、故ラニ外國ニ赴キテ富籤ヲ買フ)ハ例外ナリト(Bar, II, S. 40)本問題ハ結局法例第三十條ノ解釋ニ依リテ解決セラルルモノニシテ財政上ノ理由ハ法例第三十條ノ公ノ秩序善良ノ風俗ニ非ザルガ故ニ著者ハ我法例ノ解釋トシテばーるノ意見ニ贊成スル者ナリ尙ホ當籤者ガ其受領シタル金額ヲ返還スル義務ナキコトハ一般ノ射倖契約ニ付テ述ベタル所ニ同ジ

參照 Bar, II, 39 ff.; Meili, § 126; Wharton, 487–489; Fiore, 1244–1252.

終身定期金契約

(ロ) 終身定期金契約

終身定期金契約ハ有償ナルコトアリ無償ナルコトアレドモ倶ニ債權契約ナルガ故ニ其準據法ハ法例第七條ニ依リテ定マル但シ有償ナル場合ニハ射倖契約ヲ構成スベシ然レドモ終身定期金契約ハ殆ド凡テノ國ニ於テ認ムル所ナルガ故ニ公序良俗ニ反スル故ヲ以テ其成立ヲ否認スル場合極メテ稀ナルベシ獨逸民法ニ依レバ終身定期金契約ハ特別ノ規定ナキ場合ニハ其成立ノ爲メニ書面ヲ作成スルコトヲ要ス(第七六一條)故ニ今日本人ガ他ノ日本人ト獨逸ニ於テ獨逸民法ニ依リ終身定期金契約ヲ締結シタル場合ニ書面ヲ作成セザルトキハ其契約ハ無效ナリ

何トナレバ法律行爲ノ方式ハ其法律行爲ノ效力ノ準據法ニ依ルカ又ハ行爲地法ニ依ルヲ要ス而シテ此場合ニ獨逸民法ハ終身定期金契約ノ效力ノ準據法ニシテ同時ニ行爲地法ナレバナリ又特約ナキ限リハ前拂ナルヲ要ス(獨民第七六〇條第一項)然ルニ日本人ガ佛國ニ於テ佛國民法ニ依リ終身定期金契約ヲ締結シタルトキハ其金額ガ減少セラルルコトアルベシ(佛民第九一三條、第一九七〇條)又契約ガ契約ノ當時病氣ニ罹リ居ル者ノ終身ヲ期シタル場合ニ其人ガ契約後二十日以内ニ死亡スルトキハ契約ハ效力ヲ失フ(佛民第一九七五條)

(ハ) 希望賣買

希望賣買ハ權利ノ移轉ヲ目的トスル者ニ非ザルガ故ニ賣買ニ非ズ但シ一ノ債權契約ナルコトハ明ナリ隨テ其準據法ハ法例第七條ニ依リテ定マル例ヘバ日本ノ商人ガ露國ノ漁場ニ於ケル一定ノ期間内ノ漁獲ヲ其成否ニ拘ハラズ買取リタル場合ニ其準據法ハ日本ノ法律ニ依ルモ露國ノ法律ニ依ルモ當事者ノ自由ナリ

(註) 露國々營漁業會社ノかむちやつか、おほつく、にこらいるふすくノ三漁場ニテ漁獲スル鮭鱒ヲ生魚ノ儘日魯漁業會社ガ買收スル契約(昭和三年締結)ニ付テハ新聞紙ノ報ズル所ニ依レバ準據法ノ明示又ハ默示ナキガ如シ果シテ然ラバ本契約ノ準據法ハ契約地タル日本ノ法律ナリ蓋シ本契約ハ日魯漁業會社ト在日露國通商代表者トノ交渉ニ由リ成立シタルモノナレバナリ

係爭權利ノ賣買モ亦射倖契約ナリ只其權利ガ登記スベキモノナルトキハ其準據法ハ其權利ノ目的物ノ所在地法ニ依リテ定マル(法例第一〇條)

(一〇) 雇傭

雇傭ノ準據法ハ當事者ノ意思ニ依リテ定マルコトハ他ノ債權契約ト異ナラズ只ダ當事者ノ一方若クハ第三者ノ終身ヲ期シタル雇傭ガ外國法ヲ以テ準據法ト爲シタル場合ニ我公序良俗ニ反スルヤ否ヤノ問題ヲ生ズベシ近世ノ法律ハ孰レモ終身雇傭ヲ無效トシ若クハ制限セザルナシ(日民第六二六條、瑞債第三四八條、第三五一條、佛民第一七八〇條、伊民第一六二八條、西民第一五八三條、葡民第一三七一條、獨民第六二四條、英 Curti, II, S. 119)只ダ文明ノ程度較ヤ下レル國ニ在リテ終身雇傭ノ制尙ホ存スル者アリ隨テ我國ニ於テ之ヲ認ムルヤ否ヤノ問題ヲ生ズベシ抑モ佛國ヲ始メ其他ノ外國ガ終身雇傭ノ制ヲ否定シ若クハ制限シタル理由ハ終身雇

傭ハ人ノ自由ヲ束縛スルコト大ナレバナリ然レドモ我民法ハ終身雇傭ヲ以テ公序良俗ニ反スル者ト爲サズ單ニ五年經過後ニ於テ當事者ニ告知權ヲ與ヘタルニ過ギス(民法第九〇條及ビ第六二六條、獨逸民法第六二四條)此點ニ於テ佛伊等ノ民法ト異ナル所アリ故ニ外國法ニ依ル終身雇傭ハ我國ニ於テ之ヲ認ム只告知權ヲ認メザル外國法ヲ以テ準據法ト爲シタルトキハ我法例第三十條ニ依リ其外國法ヲ認メズ民法第六百二十六條ヲ適用スルモノトス蓋シ法例第三十條ハ外形上ハ所謂排斥條項ナレドモ其實ハ留保條項ニシテ外國法ノ適用ヲ排斥シ以テ日本法律ノ適用ヲ留保スルモノナレバナリ

競業約款

競業約款(Konkurrenz Klausel)ノ效力ハ其準據法上有效ナルトキハ我國ニ於テモ之ヲ認メザル可ラズ(工場法施行令第二四條)此約款ハ我公序良俗ニ反スル者ニ非ズ(商法第三二條第三八條類推)競業約款ガ當事者ノ一方又ハ第三者ノ終身ヲ期シタル場合ト雖モ亦我公序良俗ニ反スル者ニ非ズ例ヘバ日本ノ工業會社ガ外國人ノ技師ヲ招聘シ其本國法ニ依リ解雇後同業會社ノ技師ト爲ラザルコトヲ約シタル場合ノ如キ是レナリ

委任(信用委任)及ビ信用狀

參照　孫田秀春氏勞働法總論、中村萬吉氏勞働協約、Hexner, das Dienstvertragsrecht in der Slowakai u. Karpatho-Russland, 1925.

(二二)　委任(信用委任)及ビ信用狀

參照　Fick, d. schw. O., S. 722 ff.; Meili, § 116; Bar, II, 108; Fiore, 1141–1156.

委任ハ債權契約ナルガ故ニ法例第七條ニ依ル從來ノ學說ハ委任ト代理トヲ混同シ委任ノ成立地ハ委任者卽チ本人ノ所在地ナリヤ又ハ受任者卽チ代理人所在地ナリヤヲ云々シタレドモ(Laurent, VII, 452 e. s.)我法例ニ依レバ隔地的委任ニ付テハ申込地ガ其委任ノ成立地ニシテ委任者ガ申込ヲ爲シタルトキハ其所在地ガ委任ノ成立地ナリ又受任者ガ申込ヲ爲シタルトキハ其所在地ガ委任ノ成立地ナリ申込地ガ不明ナルトキハ申込者ノ住所地ガ委任ノ成立地ナリ(法例第九條)

信用委任ニ付テハ近頃ノ法律ハ委任ト保證トノ結合ト見ル者多シ(Oertmann, Komm. 4. Aufl. S. 959)兎ニ角債權契約ナルコト明ナリ隨テ其準據法ハ當事者ノ意思ニ依リテ定マルモノトス(法例第七條)

委任ノ體系中殊ニ注目スベキモノハ所謂信用狀(Letter of Credit, Kreditbrief)ノ準據法

ナリ此ハ近世ノ私法界ニ於ケル特殊ノ現象ニシテ(一說ニ依レバ其起源ハ羅馬ニ在リ)國際交通及ビ之ニ伴フ國際取引ノ產物ナリ其性質ハ頗ル複雜シ學說亦一定セズ獨逸ノ學說ハ之ヲ指圖債權ト見ルガ如キモ(Dernburg, II, § 239)一定ノ金額ヲ指定セザルガ故ニ指圖債權ト異ナルモノトス瑞西ノ學說ハ之ヲ一種ノ委任ト解ス(瑞債第四〇七條ニ關スル Fick 註)今便宜上信用狀ヲ旅行信用狀(Traveller's Note)及ビ商業信用狀(letter of Instruction)ニ分チテ其準據法ヲ研究セントス

旅行信用狀

(甲) 旅行信用狀(Traveller's Note 又ハ Traveller's Credit)

主トシテ歐洲大陸ニ行ハル此ハ旅客ガ旅行費用携帶ノ不便ヲ避クル爲メ內地ノ取引銀行其他ニ資金ヲ寄託シ又ハ其信用ニ依リ其經由地ニ在ル內地取引銀行ノ本支店其他ノ銀行等ニ就キ必要ノ金額ヲ受取ル爲メ內地ノ取引銀行等ガ發行スル書面ニシテ發行銀行等ハ此書面ニ依リ外國ニ於ケル其本支店又ハ取引銀行ニ對シ旅行者ノ發行者宛手形(一覽拂)ヲ買取ルコトヲ委託シ且ツ其支拂ヲ約セルモノナリ今本問ノ說明ヲ便利ナラシムル爲メ本問ヲ發行銀行受託銀行間ノ關係、發行銀行信用狀發行依賴者間ノ關係、受託銀行發行依賴者間ノ關係、手形買取後ニ於ケル買取銀行信用狀依賴者間ノ關係ニ分チテ說述スベシ

(a) 發行銀行受託銀行(個人ノ場合亦同ジ)間ノ關係

兩者間ノ關係ハ委任契約ナリ(同說 Rossel, Manuel, III, p. 450; Wieland, V, S. 740) 或ハ指圖債權關係ナルガ如シト雖モ之ヲ指圖債權關係ト見ルトキハ(Hedemann, Schuldrecht, S. 150; Planck, 2 te Auf. S. 863)信用狀所持人ガ手形ヲ振出ス必要ヲ說明スル能ハズ蓋シ信用狀ニハ支拂金額ノ最高限ヲ示スモ一定ノ金額ヲ明示スル者ニ非ザレバナリ要スルニ信用狀ニ依リテ發行銀行ト受託銀行トノ間ニ一定ノ義務ヲ發生スル契約ナル以上ハ假令委任契約ニ非ズトスルモ其準據法ハ法例第七條ニ依ルベキハ勿論ナリ然レドモ發行銀行ト受託銀行ガ本支店又ハ支店相互ノ關係ニ在ルトキハ信用狀發行ハ同一法人ノ內部關係ニ過ギズシテ固ヨリ契約ノ成立ヲ見ズ然ルニ均シク信用狀ト稱スルモ以上ノ場合ト全然趣ヲ異ニスルモノハ所謂巡回手形(Circular Note)及ビ旅行小切手(Traveller cheque)ナリ此ハ主トシテ米國ニ行ハレ我國ニ於テモ(昭和元年ノ末ヨリ)行ハル之ニハ一定ノ金額ノ記載アリ且ツ支拂委託ノ文句アリテ發行銀行ガ發行ノ際一定ノ金額

ヲ記載スル者ニシテ純然タル手形ナリ隨テ其方式ニ付テハ商法施行法第百二十五條ヲ適用ス

(b) 信用狀發行銀行ト信用狀依賴者間ノ關係

此關係ハ種々アリ今著シキモノヲ擧グレバ第一ハ手形ノ資金トシテ寄託シタル金額ノ分割辨濟ノ場所ヲ定ムル方法トシテ信用狀ヲ發行スル場合ナリ此契約ハ或ハ雙務的ナルコトアリ卽チ當事者ノ一方ハ信用狀發行ノ債務ヲ負ヒ他ノ一方ハ資金供給ノ義務ヲ負フコトアリ或ハ既ニ供給セラレタル資金辨濟ノ爲メニ信用狀發行ノ義務ヲ一方的ニ負擔スルコトアリ孰レノ場合ニ於テモ信用狀發行契約ガ一ノ債權契約ナルコト明ナリ隨テ其準據法ハ法例第七條ニ依リテ定マル然ルニ信用狀ガ信用狀依賴者ニ信用ヲ與フル爲メニ發行セラルルコトアリ此場合ニ於テ被依賴者ハ信用狀發行ノ一方的義務ヲ負フ者ナルガ故ニ信用狀ノ發行ヲ約スル契約ハ亦債權契約タルヲ失ハズ隨テ此等信用狀發行契約ハ法例第七條ニ依ルベキモノトス但シ當事者ハ實際準據法ヲ定メザルベキガ故ニ其契約ニ適用セラルルモノハ其契約ノ成立シタル地ノ法律ナリ(法例第七條第二項)

(c) 受託銀行ト信用狀依賴者トノ關係

受託銀行ハ信用狀附屬書類例ヘバ署名鑑、筆蹟證明書、寫眞(日本ノ實例)等ニ由リテ信用狀所持人ガ果シテ眞正ナル信用狀依賴者タルヤ否ヲ調査スル權利アリ而シテ信用狀依賴者ノ振出シタル手形ヲ買取リタル時茲ニ始メテ兩者間ニ手形上ノ權利義務ノ關係ヲ生ズ隨テ其準據法ハ手形行爲(振出及ビ裏書)ノ準據法トス(商法施行法第一二五條法例第七條)換言スレバ信用狀所持人タル手形振出人ガ手形買取銀行ニ對シ單ニ償還義務ノミヲ負擔スルヤ又ハ擔保義務ト償還義務トヲ負擔スルヤ又ハ此等ノ義務ヲ手形所持人ノ選擇ニ由リ負擔スルヤハ兩者間ニ於ケル手形行爲ノ準據法ニ依リテ定マル

(d) 手形買取後ニ於ケル受託銀行ト發行銀行トノ關係

兩者間ノ關係ハ委任契約關係ニシテ手形買取後ニ於テハ手形所持人ト手形支拂人トノ關係ヲ生ズルニ止マリ未ダ引受ヲ爲サザル前ニ於テハ手形上ノ權利義務ヲ生ゼズ

商業信用狀

(乙) 商業信用狀

甲國ニ在ル輸入商ハ乙國ニ在ル輸出商ヨリ買取リタル商品ノ代金ヲ支拂フ爲メ甲國ニ在ル銀行ニ信用狀ノ發行ヲ依賴シ(米國ニテハ信託會社モ亦商業信用狀ヲ發行スト云フ)之ヲ乙國ニ在ル輸出商ニ送附スルトキハ其輸出商ハ此信用狀ニ基キ手形ヲ發行シ多クハ船積書類(Shipping documents, Verschiffungspapiere 船荷證券、保險證券、送狀)ト產地證明(Certificate)等ト引換ニ手形金額ヲ受取ルコトアリ此場合ニ其手形ハ銀行ヲ支拂人ト爲ス場合アリ又ハ輸入商ヲ支拂人ト爲ス場合アリ後ノ場合ハ所謂A/p (Authority to purchase)ナリシテ米國ガ對支貿易ニ用フル所ナリト云フ實例ハ多ク銀行ヲ以テ支拂人ト爲スガ故ニ此處ニハ主トシテ此場合ヲ觀察スベシ今便宜上本問題ヲ左ノ數項ニ分ツ

(a) 信用狀發行銀行ト受託銀行トノ關係

兩者ノ關係ニ付テハ指圖債權說、擔保契約說、第三者ノ爲メニ爲ス契約說、信用委任說、委任說等アリ(余ハ委任說ヲ採ル)然レドモ我法例第七條ヲ適用スルニ方リテハ吾人ハ兩者間ノ關係ガ債權契約ナルコトニ滿足シ其特質ノ研究ヲ要セズ而シテ多數ノ學說ハ孰レモ皆之ヲ債權契約ト認ム故ニ兩銀行ノ法律關係ニ法例第七條ヲ適用シ得ルヤ明ナリ然ルニ法例第七條ヲ兩者間ニ於ケル契約ニ適用スル實益ハ今日ノ實際ニ於テハ殆ド之ヲ見ルコトヲ得ズ他ナシ商業信用狀ノ制度ニ關シ未ダ確立セザル點頗ル多キガ故ニ問題ト爲ルベキ事項ハ信用狀中ニ於テ規定セラルレバナリ卽チ信用狀發行銀行ト受託銀行トノ關係ハ一定ノ國ノ法律ニ依ルト云フノミノ契約ニテハ信用狀ニ關スル問題ヲ解決スルニ足ラザルガ故ニ別段準據法ヲ指定セズ信用狀中ニ記載スルヲ常トス併シ乍ラ信用狀中ニ定メザル事項ハ法例第七條ノ適用ニ由リ行爲地法ニ依リテ解決セザル可ラズ、例ヘバ信用狀取消問題ノ如キ是レナリ但シ此問題ハ信用狀發行銀行ガ信用狀中ニ手形ノ引受ヲ約セル所謂確認信用狀(Confirmed Credit)ニ付テ起ルノミ此ノ如キ引受文句ナキ信用狀卽チ非確認信用狀ハ信用狀發行者ガ無條件ニテ取消シ得ルコトハ一般ニ認メラルル所ナリト云フ隨テ此種ノ書面ハ信用狀ニ非ズトノ說アリ我銀行ノ發行スル信用狀ハ確認信用狀ナレドモ外國ニ於テハ手形引受文句ノミニテハ信用狀發行者ヲ拘束セザル例アリ米國ノ如キ是

レナリ是ニ於テ引受文句ノ效力ニ付キ法律ノ衝突ヲ生ズベシ(大正一二年一月二九日大阪地方裁判所ノ判決ハ非確認信用狀ヲ信用狀ト認メザルガ如シ)又受託銀行卽チ手形買取銀行ノ注意義務モ信用狀ノ準據法(法例第七條)ニ依リテ定マル例ヘバ手形ニ附屬スル船積書類ノ僞造ナルニ心附カズシテ手形ヲ買取リタル受託銀行ノ責任問題ノ如キ是レナリ此ハ信用狀ノ準據法ニ依リテ決定セラルルモノトス

更ニ注意義務ノ問題トシテ研究スベキコトハ受託銀行ハ手形買取ノ際船積書類ノ內容ニ付キ注意ヲ拂フ義務アリヤノ問題ナリ例ヘバ信用狀依賴者ノ所在地ニ於ケル慣例ニ依レバ受託銀行ガ普通凡テノ危險ヲ塡補スル手形ヲ買取ル可キモノナルニ拘ハラズ航海中ノ全損ノミニ付キ支拂フ旨ヲ記載セル保險證券ヲ受取リタルトキハ注意ヲ怠リタルモノト見ル可キヤノ問題ハ信用狀ノ準據法ニ依リテ定マル

以上ハ信用狀ガ所謂擔保附ナル場合卽チ信用狀ニ依リテ振出サルル手形ニ船積書類ノ附屬スル場合ヲ(荷爲替)前提シタルモノナレドモ船積書類ノ附屬ナキ手形ヲ發行スル場合モ亦之ナキニ非ズ此場合ニハ船積書類ハ輸出商ヨリ直接ニ信用狀依賴者ニ交付セラルルガ故ニ上文ニ述ベタル注意義務ノ問題ハ唯ダ手形ニ付テノミ生ズルモノトス信用狀發行銀行ヲ支拂人トスル荷爲替ニ在リテハ引受人タル銀行ニ對シ手形關係ノ外ニ船積書類上ノ關係ヲ生ズベシ殊ニ此書類ヲ支拂ニ對シ引渡スベキ義務ヲ負フ(我內地ニ於テハ貨物引換證ヲ荷爲替ニ取組メドモ信用狀ニ付テハ未ダ此ノ如キ例アルヲ聞カズ)然レドモ荷爲替上ノ權利義務ハ船積書類上ノ關係ノ爲メニ影響ヲ受ケズ他ナシ荷爲替ナル者ハ手形法上特殊ノ地位ヲ有スル者ニ非ズ其性質ハ普通ノ手形ニ外ナラザレバナリ換言スレバ信用狀發行銀行ト荷爲替買取銀行トノ間ニ於ケル手形關係ハ手形ノ準據法ニ依リ船積書類上ノ關係ハ各書類ノ準據法ニ依ルト云フ極メテ複雜ナル現象ヲ生ズベシ

(b) 信用狀發行銀行ト信用狀依賴者トノ關係

此ハ旅行信用狀ニ付テ述ベタル所ニ同ジ

(c) 受託銀行ト信用狀依賴者トノ關係

兩者間ニハ手形買取ノ前後ヲ問ハズ法律上ノ關係ヲ生ゼザルヲ例トス只ダ先ニ述ベタル A/p ニ付テハ手形買取銀行ト引受ヲ爲シタル信用狀依賴者トノ間ニ手形上ノ權利義務ヲ生ズベシ

(d) 手形支拂後ニ於ケル信用狀發行銀行ト信用狀依賴者トノ關係

信用狀發行銀行ガ信用狀依賴者ニ對シテ負擔スル債務辨濟ノ方法トシテ信用狀ヲ發行シ之ニ由リテ手形ノ支拂ヲ爲シタルトキハ船積書類ノ引渡ニ由リ信用狀依賴者トノ法律關係ヲ終止スルモノトス然ルニ信用狀依賴者ガ未ダ資金ヲ供給セザルトキハ其履行ニ對シテ船積書類ノ交付ヲ爲スモノトス(積荷ノ保證渡所謂ビーエル問題ニ付テハ田中誠二氏ノ論文(商學研究六卷二號)參照)

參照　伊藤和雄氏著荷爲替信用狀論、松永義雄氏著商業信用狀論、廣瀨圓一郎氏著商業信用狀論、野元純彥氏著商業信用狀精義、竹田氏「信用狀ニ就テ」(法學論叢五卷)、田中氏「積荷ノ保證渡ニ就テ」(商學研究六卷二號)、竹田氏「信用狀取引開始契約」(法學論叢第一九卷五號)、町田俊一氏東京商科大學卒業論文「信用狀ノ研究」Acschlimann, Kreditgeschäft u. Kreditauftrag, 1926

寄附行爲

第二節　單獨行爲ニ因ル債權

債權發生ノ原因タル單獨行爲ハ其數極メテ少ク我法例ハ僅ニ遺言ニ付テ規定スルノミ(第二六條)然ルニ遺言ハ債權發生ノ原因ニ止マラザルガ故ニ法例第二十六條ハ遺言ノ成立及ビ效力ニ付キ獨立ノ準據法ヲ定メタリ遺言者ノ本國法是レナリ卽チ遺言ノ債權的效力ハ物權的效力其他ノ效力ト共ニ同一ノ法律ニ依リテ管轄セラル但シ遺言ニ由ル寄附行爲ハ此限ニ在ラズ

遺言ノ外債權發生ノ原因タル單獨行爲ノ主要ナルモノヲ擧グレバ次ノ如シ

(一) 寄附行爲(Zitelmann, II, S. 111 ff.)

寄附行爲ガ物權的效力ヲ生ズル法律ノ下ニ於テモ尙ホ財產ノ引渡、擔保義務等ヲ生ズルコトアルガ故ニ之ヲ債權的單獨行爲トシテ觀察スルヲ得然ルニ寄附行爲ノ終局ノ目的ハ財團法人ノ設立ナリ財團法人ノ設立地ハ行爲地法ニ依ルヲ要ス蓋シ法人ノ設立手續ハ任意規定ニ非ザレバナリ但シ外國ガ設立地ナルトキハ其設立行爲タル寄附行爲ハ無效ナリ此レ民法第三十六條ガ外國ノ財團

法人ノ成立ヲ認メザル結果ナリ此事ハ寄附行爲ガ生前行爲ニ由ルト遺言ニ由ルトニ依リテ異ナルモノニ非ズ此點ニ於テ寄附行爲ハ遺言ノ效力ノ準據法(法例第二六條)ニ從ハザルモノトス法例第二十六條ニ謂フ遺言ノ成立例ヘバ遺言能力ノ如キハ法人設立地ノ公益ニ關セザルガ故ニ法例第二十六條ノ適用ヲ妨ゲズ其他遺言ノ取消及ビ遺言ノ方式ニ關スル同條ノ規定亦然リ故ニ遺言ノ方式ガ遺言者ノ本國法ニ依ルモ又ハ遺言地ノ法律ニ依ルモ俱ニ有效ナリ然ルニ法人設立地ノ法律ガ遺言ニ由ル寄附行爲ヲ認メザルトキハ縱令其遺言ガ遺言者ノ本國法ニ依リ有效ナル場合ト雖モ寄附行爲トシテハ無效ナリ

一說ニ依レバ(Zitelmann)寄附行爲ハ權利義務ノ準據法ニ依リテ定マル其理由トスル所ハ寄附行爲ノ問題ハ一定ノ權利義務得喪問題ヲ決スル爲メニ生ズルニ過ギズト云フニ在リ然レドモ本說ニハ下ノ缺點アリ(a)本說ハ法人ノ特別的權利能力ノ存在問題ニ付テハ正當ナレドモ法人ノ一般的權利能力卽チ人格ノ存在問題ニ付テハ不當ナリ卽チ法ガ權利ノ價値ニ考ヘテ特別的權利能力ヲ定メタル場合ニハ本說ヲ認ム可キモ法人ガ人格ヲ有スルヤ換言スレバ一定ノ者ヲ法人ト見ル可キヤ否ヤハ人格卽チ一般的權利能力ノ存在問題ナリ而シテ人格ハ獨立ノ準據法ヲ有セザル可ラズ何トナレバ權利ハ人格ノ爲メニ存スルモノニシテ人格ハ權利ノ爲メニ存スル者ニ非ザレバナリ(b)權利ノ種類ガ異ナルニ從ヒ其準據法モ亦同ジカラザルガ故ニ本說ニ依ルトキハ權利ノ種類ニ從ヒ同一法人ノ存在ガ異ナル結果ヲ生ズ例ヘバ債權ニ付テハ法人ハ成立シ物權ニ付テハ法人ガ成立セザル如キ是レナリ此ノ如キハ人格不可分ノ理ニ反ス

(二) 委付

(a) 船舶所有者ノ委付(日商第五四四條、佛第二一六條、獨第四八五條乃至第四八七條、伊第四九一條、亞第八八〇條乃至第八八三條、葡第四九二條、西第五八六條乃至五八八條、第五九〇條)

參照 Lyon-Caen et Renault, V, N. 268; Eynard, la loi du pavillon, p. 86 e. s.

船舶所有者ガ船長其他ノ船員ノ行爲ヨリ生ズル債務ヲ免ルル爲メニ爲ス所ノ委付ハ物權的效力ヲ生ズル國法ノ下ニ於テモ亦債權的效力ヲ生ズ例ヘバ船舶既收ノ運送賃、賠償金、報酬等ヲ引渡ス義務ノ如キ是レナリ隨テ委付ヲ債權的單

獨行爲トシテ觀察スルヲ妨ゲズ況ンヤ委付ノ效力ヲ以テ單ニ債權的ト爲ス制度アルニ於テオヤ(佛判例)千八百八十八年 Brussel 國際會議及ビ國際法協會(L'Institut de droit international) ノ決議(一八八五年及ビ一八八八年)ハ船舶ノ本國法ヲ以テ委付ノ準據法ト爲シタリ然ルニ獨逸大審院ハ委付ヲ以テ不法行爲ノ問題トシテ觀察セリ(Boyen, das d. Seerecht, 73 ハ大審院ノ意見ヲ採ル)此ハ固ヨリ委付問題ノ一部(不法行爲ノ場合)ヲ解決シタルニ過ギズ、思フニ委付ハ其原因ニ依リテ準據法ヲ異ニスルモノトス其原因ヲ大別スレバ(1)ハ船長ガ其權限內ニ於テ爲シタル法律行爲ニシテ(2)ハ船長其他ノ船員ガ其職務ヲ行フニ當リ爲シタル不法行爲トス前者ニ付テハ債權契約以外ノ法律行爲ヲ想像スル能ハズ隨テ其準據法ハ法例第七條ニ依リテ定マル卽チ船長ガ其權限內ニ於テ爲シタル法律行爲ニ因ル委付ハ此準據法ニ依ル然ルニ船員ノ不法行爲ニ因ル委付ハ不法行爲ノ準據法ニ依ル(法例第一一條)

(b) 船舶賃借人ノ委付(日商第五五七條)

(a) ニ於テ述ベタルコトハ船舶賃借人ガ船長其他ノ船員ノ行爲ニ付キ責任ヲ負フ場合ニモ適用セラル例ヘバ賃借人ハ船舶ヲ委付スルコトヲ得ルヤノ問題ノ如キハ委付ガ法律行爲ニ因リ生ジタル場合ト不法行爲ニ因リ生ジタル場合トニ依リ準據法ヲ異ニス前者ハ法例第七條ニ依リ後者ハ法例第十一條ニ依ル

(c) 積荷ノ利害關係人(所有者、質權者等)ノ委付

積荷ノ委付ハ(日商第五六五條、獨第五三五條)船長ノ法律行爲ノミニ因リテ生ズルモノナルガ故ニ其法律行爲ノ準據法ニ依ル(法例第七條)

(d) 保險委付

保險委付ノ效力ハ保險者ヲシテ被保險者ガ保險ノ目的ニ付キ有セル一切ノ權利ヲ取得セシメ被保險者ヲシテ保險金額ノ全部ヲ請求スルヲ得セシムルガ故ニ債權的ニシテ且ツ物權的ナリ(日商第六七一條、第六七七條、獨第八六八條、第八七一條、佛第三八五條、伊第六四〇條)然レドモ委付ハ保險契約ノ效力ト見ルベキガ故ニ保險契約ノ準據法ニ依ル(法例第七條)

第三節　債權的ニシテ且ツ物權的ナル契約

我法例ハ獨逸民法施行法ト共ニ債權契約ト物權契約トノ間ニ區別ヲ立テタリ卽チ債權契約ノ準據法ハ當事者ノ意思ニ依リテ之ヲ定ムルモ(法例第七條)物權契約ノ準據法ハ物權ノ目的物ノ所在地法ニ依リテ定マル(法例第一〇條)然ルニ一定ノ契約ハ債權發生ノ原因ナルト同時ニ物權設定ノ原因ナルコトアリ此ノ如キ混性的ノ契約ハ債權契約トシテ法例第七條ニ依ルベキヤ又ハ物權契約トシテ法例第十條ニ依ルベキヤ抑モ又獨立ノ準據法ヲ有スルヤちーてるまん(II, S. 141)ニ依レバ此ノ如キ契約ニ付テハ債權的效力ニ付テハ債權契約ノ準據法ニ依ルベク物權的效力ニ付テハ物權契約ノ準據法ニ依ルベシト此說ハ一箇ノ法律行爲ノ準據法ヲ細分スルモノニシテ債權的效力ト物權的效力トノ聯絡ヲ破壞スルモノナリ惟フニ契約ノ效力中主タル者ニ從フモノトス而シテ債權的效力ト物權的效力トノ何レガ主タルヤ不明ナル場合ニハ物權的效力ノ準據法ニ從フモノトス

左ニ二三ノ契約ヲ觀察スベシ

信託契約

(一) 信託契約

信託契約ハ一方ニ於テハ財產權ノ移轉又ハ處分ナル物權的效力ヲ生ジ他ノ一方ニ於テハ信託財產ヲ管理又ハ處分スル債權的效力ヲ生ズ而モ此效力ニハ主從ノ差アリ受託者ガ財產權ノ移轉處分ヲ受クルハ其信託財產ノ管理又ハ處分ヲ爲ス爲メニ外ナラズ受託者ハ此信託財產ヲ所有スルモノナレドモ他人ノ利益ノ爲メニ之ヲ管理シ又ハ處分スル義務ヲ負フ者ナルガ故ニ此債權的效力ガ信託契約ノ主眼タリ因テ其準據法ハ法例第七條ニ依リテ定マル但シ遺言ニ因ル信託ハ遺言成立ノ當時ニ於ケル遺言者ノ本國法ニ依ル(法例第二六條)信託能力卽チ如何ナル人ガ信託契約ノ當事者ト爲リ得ルヤハ特別的行爲能力ノ問題ニシテ信託契約ノ準據法ニ依リテ定マル

永小作權契約等

(二) 永小作權契約等

永小作權契約、地代附地上權契約、地代附地役權契約、質權契約等ハ物權的效力トヲ併有スルモノナレドモ物權的效力ガ主ナル者ナル故ニ物權ノ債權的效力トヲ併有スルモノナレドモ物權的效力ガ主ナル者ナル故ニ物權ノ目的物所在地法ニ依ル(法例第一〇條)

第四節　不法行爲及ビ無過失賠償

(本節ハ商學研究第七卷第二號ニ揭ゲタル拙稿「不法行爲ノ準據法」ヲ改訂シ之ニ無過失賠償ノ研究ヲ新ニ添加セルモノナリ)

不法行爲ノ準據法ニ關スル學說

不法行爲ノ準據法ニ付テハ學說ガ三變セリ卽チ最初ハ不法行爲地法(不法行爲ヲ爲シタル地ノ法律)ヲ準據法トスル說ガ普通ナリシモうえひてる(Waechter, 2,392 f.)さうびにー(Savigny, VIII, 278 f.)ガ訴訟地法ヲ以テ準據法ト爲スベシト唱フルニ及ビ不法行爲地法說ハ打擊ヲ受ケタルガ今日ニテハ不法行爲地法說復興シ歐洲學界ノ通說ト爲レリ

訴訟地法說ハ訴ノ提起アリタル地ノ法律ヲ以テ不法行爲ノ準據法ト爲ス者ナレドモ其根據ニ至リテハうえひてるノ說ク所ハさうびにーニ異ナレリうし氏ハ犯罪ハ訴訟地法ニ依リテ罰セラルルガ故ニ不法行爲モ亦同法ニ依ルベシト云ヘリさし氏ハ不法行爲ニ關スル規定ハ强制法ナルガ故ニ裁判官ハ之ヲ適用セザル可ラズト訴訟地法說ニハ缺點アリ蓋シ裁判籍ハ偶然ノ事實ニ依リテ變更スルコトアルガ故ニ訴訟地ハ偶然ニ定マルト云フコトヲ得ベシ隨テ訴訟地ガ異ナル爲メ同一ノ行爲ガ或ハ不法行爲ト爲リ或ハ不法行爲ト爲ラザル結果ヲ生ズベシ又數多ノ裁判籍アル場合ニハ原告ハ自己ノ爲メニ利益ナル法律ノ行ハルル地ヲ選ンデ訴ヲ提起スベキガ故ニ被告ノ責任ハ原告ノ左右スル所トナルベシさし氏ハ之ヲ以テ止ムヲ得ザル强制法ノ結果ナリトシテ甘容スレドモ(Savigny, VIII, S. 280)不法行爲地說ニハ此ノ如キ缺點ナシ訴訟地法說ハもんてびでお條約(第三八條)千八百十六年六月十一日巴威勅令、千八百九十一年二月二十日こんごー法律(第五條)等ニ由リテ採用セラレタリ

不法行爲地法說ハ不法行爲地法ヲ以テ不法行爲ノ準據法ト爲ス者ニシテ歐洲大陸ノ通說ナルノミナラズ獨逸民法施行法第十二條もんてねぐろ財產法第七百九十三條(之ヲ以テ訴訟地法說ノ表現ト爲ス者アリ例ヘバ Walker, S. 455 ノ如キ是レナリ)佛國判決例(Pillet-Niboyet, 526)等ニ由リテ採用セラレタリ

不法行爲地法說ノ根據ニ付テハ凡ソ三說アリ既得權說行爲標準說及ビ公益保護說是レナリ既得權說ノ代表者トシテだいしーヲ擧グベシ(Dicey, p; 695)同氏ノ說ニ依レバ一定ノ國ニ於テ損害賠償請求權ヲ發生シタルトキハ一ノ既得權ガ生ジタルモノニシテ他國ノ法律ガ之ヲ認メザルトキハ國際私法上ノ原則タル既得權保護ノ理ニ反スルモノナリト然レドモ既得權ハ不法行爲地法ノミニ由リテ生ジ餘ノ國ノ法律ニ由リテ何故ニ生ゼザルカだし氏ハ之ヲ證明セザルナリ又一定ノ行爲

ガ行爲地法ニ依レバ不法行爲ニ非ズシテ加害者又ハ被害者ノ本國法其他ノ法律ニ依レバ不法行爲ナル場合ニ何故ニ此等ノ法律ニ因リ生ジタル權利ヲ保護セザルヤ行爲標準說ニ依レバ人ハ一定ノ行爲ヲ爲スニ方リテハ行爲地ノ法律ヲ標準トスル義務アリ隨テ此法律ニ違反シタル者ハ之ニ因リテ生ジタル損害ヲ賠償スル義務アリ(Bar, II, S. 115; Meili, II, S.89)此ハ不法行爲ヲ爲シタル國ガ自國ノ法律ニ依リテ不法行爲ノ問題ヲ解決スルコトヲ說明スルニハ差支ナキモ第三國ガ不法行爲地法ニ依リテ不法行爲ノ問題ヲ解決スルコトノ說明ニハ適セザルナリ且ツ本說ハ吾人ハ何ガ故ニ不法行爲ニ付テノミ行爲地ノ法律ヲ標準トスル義務アリテ法律行爲ニ付テハ此義務ナキ所以ヲ明ニセザル缺點アリ

第三說ニ依レバ不法行爲ノ規定ハ公ノ秩序ニ屬スルガ故ニ外國ハ之ヲ保護スル爲メニ不法行爲地法ヲ以テ不法行爲ノ準據法ト爲ス是レ歐洲大陸ノ通說ト云フヲ得ベシ(Walker, S. 458; Pillet-Niboyet, 526)我法例第十一條第一項ガ不法行爲地法ヲ以テ不法行爲ノ準據法ト定メタル精神モ亦之ニ外ナラズ併シ我法例ハ同時ニ日本ノ法律ヲ準據法ト定メタリ卽チ一定ノ行爲ガ不法行爲ナルガ爲メニハ不法行爲地法ノミナラズ日本ノ法律ニ依リテモ不法行爲ナルコトヲ要ス

我法例ノ規定

法例第十一條　事務管理、不當利得又ハ不法行爲ニ因リテ生スル債權ノ成立及ヒ效力ハ其原因タル事實ノ發生シタル地ノ法律ニ依ル

前項ノ規定ハ不法行爲ニ付テハ外國ニ於テ發生シタル事實カ日本ノ法律ニ依レハ不法ナラサルトキハ之ヲ適用セス

外國ニ於テ發生シタル事實カ日本ノ法律ニ依リテ不法ナルトキト雖モ被害者ハ日本ノ法律カ認メタル損害賠償其他ノ處分ニ非サレハ之ヲ請求スルコトヲ得ス

我法例ハ不法行爲地法ノ適用ヲ制限シタル點ニ於テ獨逸民法施行法第十二條及ビ英法ト同樣ナルモ只ダ制限ノ範圍ヲ異ニスルノミ

獨逸民法施行法第十二條　外國ニ於テ爲シタル不法行爲ニ基キ獨逸人ニ對シ獨逸ノ法律ニ依リ發生シタル請求權ヨリ廣キ請求權ヲ主張スルコトヲ得ズ

一說ニ依レバ我法例第十一條第一項及ビ第二項ハ英米ノ判例ト同一ナリト(Walker, S. 458)然レドモ此說ハ誤ナリ英法ニ依レバ一定ノ行爲ガ不法行爲ナルガ爲メ

法例第十條第二項ト法例第三十條

ニハ行爲地法上不正(Wrongful)ナルヲ要シ不法行爲(tort)ナルコトヲ要セザレドモ訴訟地タル英國ノ法律上不法行爲ナルヲ要ス(Dicey, p. 694; Hibbert, p. 152)わるりー(Valery)ハわるかート同ジク英米法ニ於ケル不法行爲ノ準據法ハ不法行爲地法ト訴訟地法トノ結合ナリト解セリ(Valery, 674 note)然ルニぐーどりつちニ依レバ米國ノ國際私法ハ歐洲大陸ノ國際私法ト同ジク不法行爲地法ヲ以テ不法行爲ノ準據法ト爲ス(Goodrich, p. 188)

法例第十一條第二項ハ法例第三十條ノ適用規定ニ非ズ法例第三十條ニ謂フ公ノ秩序トハ道德ヲ基礎トスル規定ニシテ善良ノ風俗トハ道德ヲ云フコトハ既ニ本書ノ總論ニ於テ述ベタル所ナリ例ヘバ過失ニ出ヅル不法行爲ノ規定ハ法例第三十條ノ公ノ秩序ニ非ズ又故意ニ因ル不法行爲ト雖モ必シモ同條ニ謂フ公ノ秩序ニ反スルモノニ非ズ例ヘバ震火災ニ因ル急迫ノ危險ヲ避クル爲メ他人ノ財產ヲ故意ニ毀損スル行爲ハ刑法上必シモ犯罪ヲ構成セザルノミナラズ(日刑第三七條)道德ヨリ見ルモ咎ムベキモノニ非ズ然ルニ民法ニテハ不法行爲ナリ(日民法第七二〇條第二項參照)故ニ法例第十一條第二項ハ法例第三十條以外ニ不法行爲地法ノ適用ヲ制限シタルモノト解セザル可ラズ

不法行爲ノ主觀的客觀的要件

立法論トシテハ法例第十一條第二項ハ不法行爲地法ヲ不當ニ制限シタルモノナリ卽チ不法行爲地タル外國ノ法律ガ一定ノ行爲ヲ不法行爲ト認メタルニ拘ハラズ其行爲ガ日本ノ法律上不法行爲ヲ構成セザル爲メ被害者ハ日本ニ於テ損害賠償ヲ請求スル能ハズ故ニ不法行爲地ノ公序ヲ保護スル精神ハ徹底セザル憾アリ例ヘバ佛國民法第千三百八十二條及ビ第千三百八十三條ニ依レバ他人ニ損害ヲ與ヘタル者ハ最輕過失ニ付テモ賠償ノ責ヲ負フ(Planiol, II, 823)然ルニ我民法ニ依レバ善良ナル管理者ノ注意ヲ缺キタル者ニ非ザレバ責ヲ負ハズ故ニ佛國ニ於テ最輕過失ニ因リ他人ニ損害ヲ與ヘタル者ハ賠償ノ義務アルニ拘ラズ法例第十一條第二項ニ依リ我國裁判所ハ此義務ヲ認メザルナリ

或ハ法例第十一條第二項ニ謂フ不法ト云フ語ハ不法行爲ノ客觀的要件ノミヲ謂ヒ主觀的要件タル過失及ビ不法行爲能力ヲ含マズト解シ得ルガ如シ併シ乍ラ不法行爲ノ要件ハ客觀的ナルト主觀的ナルトニ依リ其價値ヲ異ニスルモノニ非ズ主觀的要件ノ一ヲ缺クモ不法行爲ガ成立セザルコトハ客觀的要件ノ一ヲ缺クモ

不法行爲能力

矢張不法行爲ガ成立セザルト同一ナリ故ニ客觀的要件ノミガ不法行爲地法ト日本法律トニ依リ主觀的要件ハ不法行爲地法ニ依ルト云フコトヲ得ザルナリ

此ノ如ク不法行爲ノ成立要件ハ主觀的ナルト客觀的ナルトヲ問ハズ不法行爲地法ト日本ノ法律トニ依リテ定マルガ故ニ不法行爲能力モ亦同一ノ準據法ニ依ラザル可ラズ不法行爲能力ハ法律行爲能力ト區別スル必要ナシト云フ者アルモ此ハ立法論トシテ贊成スルコトヲ得ザルノミナラズ我法例ノ解釋トシテモ認ムルコトヲ得ザルモノナリ何トナレバ法律行爲能力ハ法律行爲ノ利害ヲ判斷スル精神力ヲ基礎トシテ定ムルモノナレドモ不法行爲能力ハ行爲ノ責任ヲ辨識スル精神力ヲ基礎トシテ定ムルモノナリ併シ乍ラ精神力ヲ基礎トスル點ニ於テハ兩者同一ナリ而シテ精神力ノ發達ハ風土社會ノ狀態等ニ影響セラルルモノナルガ故ニ此等環境ノ所在地タル本國ノ法律ニ依リテ行爲能力ヲ定ムル如ク不法行爲能力モ亦本國法ニ依リテ定ムベキガ如シ然レドモ本國ニ依リテ不法行爲能力ヲ定ムルトキハ不法行爲地ノ公益ヲ保護スル爲メニ法例ガ不法行爲地法ヲ不法行爲ノ準據法ト爲シタル精神ヲ貫徹スルコト能ハザルナリ(同說 Nieneyer, S. 123; Niedner,

權利侵害ト損害ノ有無

Art. 7; Zitelmann, II, S. 491)

權利侵害ト損害ノ有無モ亦不法行爲地法ト日本法律トニ依リテ定マル故ニ例ヘバ形像權ノ如キハ我法律ガ之ヲ認メザル故縱令之ヲ認ムル國ニ於テ侵害セラレタル場合ニ於テモ我國際私法ニ於テハ不法行爲ヲ構成セザルナリ

一定ノ行爲ガ不法行爲ナルヤ否ヤヲ法律ガ直接ニ定メズシテ裁判官ノ裁量ニ委ヌル立法例アリ例ヘバ瑞西債務法第五十二條第二項ニハ

自己若クハ他人ノ急迫ナル損害又ハ危險ヲ避クル爲メニ他人ノ財產ヲ侵犯シタル者ハ裁判官ノ裁量ニ從ヒ損害ヲ賠償スルヲ要ス

トアリ緊急避難行爲ガ不法行爲トナルヤ否ヤハ裁判官ノ考ニ依リテ左右セラルルナリ而シテ瑞西債務法第五十二條第二項ハ加害者ガ毀損シタル物以外ヨリ生ズル危難ノ除却ヲモ含ム然ルニ我民法ニ依レバ此ノ如キ避難行爲ハ不法行爲ノ成立ヲ阻却セズ今此ノ如キ行爲ガ瑞西ニ生ジタル場合ニ被害者ガ此行爲ニ基キタル損害ノ賠償請求ヲ我裁判所ニ訴ヘタルトキハ裁判所ハ此行爲ヲ不法行爲ト見ルコトヲ得ルヤ惟フニ斯ル場合ニハ日本裁判所ハ瑞西裁判所ニ代ハリテ其行

爲ノ不法性ヲ確定セザル可ラズ而シテ我裁判所ガ此行爲ヲ瑞西債務法ニ依リ不法行爲ナリト確定シタル場合ニハ其行爲ハ我國際私法上不法行爲トナルナリ

一說ニ依レバ法例第十一條第二項ニ謂フ「日本ノ法律」ハ日本ノ民法其他ノ事項規定(實質法又ハ直接法)ヲ云フニ非ズシテ日本ノ國際私法ヲ謂フ此解釋ニ從フトキハ法例第十一條第二項ハ「日本ノ國際私法ガ認メザル不法行爲ハ日本ノ國際私法上不法行爲ニ非ズ」ト云フニ同ジ此ノ如キハ甲ハ乙ニ非ザルガ故ニ乙ニ非ズト云フニ均シク理ニ合ハザルモノナリ故ニ日本ノ法律ト云フハ日本ノ事項規定ナリト解ス隨テ例ヘバ外國ニ於テ適法ニ設定セラレタル用益權ノ如キハ法例第十條ニ依リ日本ニ於テ之ヲ物權トシテ認ムルニ拘ハラズ我事項規定タル民法ガ之ヲ認メザル爲メ用益權ノ目的物ノ所在地ニ於テ用益權ヲ侵害シタル行爲ハ我國際私法上不法行爲ヲ構成セザルコトトナル之ニテハ折角用益權ヲ認メタル法例第十條ノ精神ガ法例第十一條第二項ノ爲メニ貫徹セザルコトトナリテ法例第十一條第二項ガ不法行爲地法ノ適用ヲ不當ニ制限シタル非難ヲ免レズ故ニ此混亂ヲ免ルル爲メニハ法例第十一條第二項ヲ削除シ歐洲大陸及ビ米國ノ如ク不法行爲地法ノミヲ以テ不法行爲ノ成立及ビ效力ヲ定メ法例第三十條ヲ以テ其適用ヲ調節スルヲ宜シトス

不法行爲地ノ確定

不法行爲地トハ何レノ地ナルヤ之ヲ確定スルコト往々困難ナル場合アリ一ノ不法行爲ガ數國又ハ一國ト無主權地トニ跨ル場合是レナリ余ハ假リニ之ヲ隔地的不法行爲ト名ヅクベシ例ヘバ甲國ヨリ發銃シテ乙國ニ在ル人ヲ殺シタル場合、甲國ニ於テ發行スル新聞紙上ニ於テ乙國ニ在ル人ノ名譽ヲ毀損シタル場合、甲國ニ於テ不完全ナル荷造ヲ爲シタル貨物ガ其不完全ナル荷造ノ爲メ乙國ニ於テ毀損シタル場合、甲國ニ於テ飼養スル家畜ガ乙國ニ入リテ農作物ヲ害シタル場合、甲國ヲ通過スル汽車中ニ於テ殺害ノ目的ヲ以テ少量ノ毒藥ヲ同乘者ニ服用セシメ乙國通過中更ニ少量ノ毒藥ヲ服用セシメ二回服藥ノ効能ニ依リ殺害ノ目的ヲ達シタル場合、又甲國通過中ノ汽車內ニ於テ人ヲ監禁シ乙國マデ監禁ヲ繼續シタル場合、國際河川ノ境界線ノ一方ニ船ヲ繫留シタル儘他方ニ赴キタル船長ガ過リテ繫留期間ヲ經過シ他ノ船舶ノ通航ヲ妨ゲタル場合、船舶ヲ爆發スル目的ヲ以テ其發航ニ際シ積荷中ニ爆發物ヲ裝置シ之ガ爲メニ其船ガ公海ニ於テ沈沒シタル場合、

外國ニ在ル商人ニ誤謬ノ報告書ヲ送リ商業ノ失敗ヲ誘致シタル場合ノ如キ是レナリ

隔地的不法行爲ノ成立地ニ付テハ未ダ定說ヲ見ズ從來ノ學說ハ刑法又ハ刑事訴訟法上ノ智識ヲ其儘隔地的不法行爲ニ應用シテ其成立地ヲ確定セント努メタリ例ヘバばーるハ曰ク意思行爲(Willensact)ト結果地(Ort des Erfolges)トガ法境ヲ異ニスルトキバ不法行爲ガ何レノ地ニ於テ成立セルヤノ問題ハ刑法上行爲地ヲ定ムル理由ト同一ノ理由ニ依リテ解決セラルベキモノナリト(Bar, 287) 余ハ此說ニ贊成セズ(ばーるノ反對說 Walker, S. 459; Zitelmann, II, S. 478 f.)其理由左ノ如シ

ばーるノ說

(1) 刑法學上(國際刑法學ニ非ズ)犯罪ノ成立地ヲ定ムルハ內國ノ刑法ヲ適用スル爲メナリ例ヘバ我刑法第一條ニ依レバ日本刑法ハ何人ヲ問ハズ帝國內又ハ帝國船舶內ニ於テ犯シタル者ニ適用セラレ一定ノ犯罪ニ付テハ帝國外ニ於テ罪ヲ犯シタル者ニモ適用セラル(第二條乃至第四條)故ニ學問上一定ノ犯罪ガ內國ニ於テ生ジタルヤ又ハ外國ニ於テ生ジタルヤヲ確定スルハ單ニ日本法律ヲ適用スル爲メニ過ギザルナリ

又刑事訴訟法學上犯罪地ヲ確定スルハ裁判所ノ管轄ヲ明ニスル爲メナリ而シテ裁判所ノ適用スル者ハ內國ノ刑法ナリ

(2) 犯罪ト不法行爲トハ固ヨリ概念ヲ異ニスルノミナラズ犯罪ト不法行爲トハ必シモ相伴フモノニ非ザルガ故ニ犯罪ノ成立地ヲ不法行爲ノ成立地ト看做スコトハ不當ナリ殊ニ私法上一箇ノ不法行爲タル行爲ガ刑法上ニ於テハ數箇ノ犯罪ヲ構成スルコトアリ又刑法上一箇ノ犯罪ガ數箇ノ不法行爲ヲ構成スルコトアリ

(3) 刑法學若クハ刑事訴訟法學上ニ於ケル所謂隔地的犯罪(délit à distance, Distanzverbrechen)ハ意思活動ト結果トガ其發生地ヲ異ニスル場合ナレドモ其所謂結果ナルモノハ意思ノ活動ニ因ル外界ノ變化ニシテ變化ガ更ニ變化ヲ生ミ相聯絡スルモノナリ而シテ此變化ガ犯罪構成ノ要件ト爲ルモノト不法行爲構成ノ要件ト爲ルモノトハ必シモ同一ニ非ズ發銃禁止ノ地ニ於テ爲シタル發銃ハ犯罪ヲ構成スルモ發銃ニ依リ過ツテ他人ノ財產ヲ毀損シタルコトハ犯罪ヲ構成セズ然ルニ民法ヨリ觀レバ發銃ナル外界ノ變化ハ不法行爲ヲ構成セザルモ此變

意思主體所在地說

化ヨリ生ジタル財物毀損ナル變化ガ不法行爲ヲ構成スルナリ

參照 Schneidler, der Ort der begangenen Handlung.

余ノ觀ル所ニ依レバ隔地的不法行爲トハ意思活動ノ際意思主體ノ所在地ト意思活動ニ依リ侵害セラルル權利主體ノ所在地ト異ナル場合ヲ指稱スルモノナリ然ラバ意思主體所在地ヲ以テ不法行爲ト見ルベキヤ結果發生地又ハ權利所在地ヲ以テ不法行爲地ト見ルベキヤ意思主體ノ所在地ヲ以テ不法行爲地ト見ル說ハ勢力アリばーるハ其代表者ナリ(Bar, 287)本說ニ依レバ例ヘバ甲國ニ在ル者ガ發銃シテ乙國ニ在ル者ヲ殺害シタルトキハ甲國ガ不法行爲地ナリ本說ハ國境上ニ於テ爲シタル不法行爲ノ成立地ノ確定ニ適用スルコト能ハザルノミナラズ本說ニ依ルトキハ無主權地(例ヘバ公海)ヨリ發砲シテ一國內ニ在ル人ヲ殺害シタル場合ニハ被害者ハ加害者ニ對シ一錢ノ賠償ヲモ請求スルコトヲ得ザルナリ殊ニ自動的爆發等ノ裝置ヲ爲シタル者ガ爆發ノ時裝置ノ地外ニ在ルトキハ裝置ノ時在リタル地ガ意思主體ノ所在地ナリヤ又ハ爆發ノ時在リタル地ガ意思主體ノ所在地ナリヤ明ナラズ又意思主體ノ所在地ガ其意思ニ基カザル場合ニハ其所在地ヲ不法行爲地ト見ルコトハ不當ナリ例ヘバ甲國ニ在ル者ガ乙國ニ在ル群衆ニ發銃セント欲シテ彈丸ヲ裝塡セルニ甲國ノ群衆ニ押サレテ乙國ニ入リ思ハズ發射シ群衆ヲ殺傷シタル場合ニ於テ乙國ヲ不法行爲地ト見ルコトハ本說ノ根據トスル行爲標準說ニ矛盾スルモノナリ

此ノ如ク意思主體所在地ヲ以テ不法行爲地トスル考ハ幾多ノ除去ス可ラザル困難ニ遭遇ス

更ニ意思主體所在地說ノ缺點ヲ擧グレバ本說ハ共同不法行爲ニ適用スル能ハズ甲乙二人共同ノ意思ヲ以テ丙ヲ殺害シタル場合ニ加害者ガ其行爲實行ノ當時所在地ヲ異ニシタルトキハ其所在地法ガ同一ナラザル限リ共同不法行爲ノ問題ヲ解決スルコトヲ得ズ詳言スレバ本說ニ依レバ甲乙二人ノ所在地ガ俱ニ意思主體所在地卽チ不法行爲地ナルガ故ニ二ツノ不法行爲地法ヲ適用セザル可ラズ隨テ二ツノ不法行爲地ノ法律ガ一致セザルトキハ問題ノ解決ハ不能ナリ例ヘバ甲不法行爲地法ハ共同不法行爲者ノ賠償義務ヲ連合債務ト定メ乙不法行爲地法ハ共同不法行爲者ノ賠償義務ヲ連帶債務ト定メタル場合ノ如シ或ハ此場合ニ甲ノ責

結果發生地說

任ハ甲ノ所在地ノ法律ニ依リ之ヲ定メ乙ノ責任ハ乙ノ所在地ノ法律ニ依リテ之ヲ定ムト言フ者アランモ之ニテハ折角意思主體說ヲ唱ヘタル效能ナシ何トナレバ隔地的行爲地ヲ確定スルハ不法行爲ニ付キ一箇ノ準據法ヲ定メントスル目的ヨリ出デタルモノナレバナリ

以上ハ純正共同不法行爲ニ付キ述ベタル所ナルガ敎唆(又ハ敎唆ニ對スル敎唆)又ハ幇助ニ因ル共同不法行爲ニ付テモ同一ノ事ヲ言ヒ得ルナリ

次ニ結果發生地ヲ以テ不法行爲地ト見ル說モ今日ノ儘ニテハ是認スルコト能ハズ其理由ハ本說ヲ唱フル學者ノ所謂結果ナル觀念ガ頗ル不明ナル點ニ在リ(同說Walker, S. 461)先ヅ之ヲ不法行爲ノ效力ト見ルトキハ不法行爲地ヲ定ムルコトハ不能ナリ何トナレバ不法行爲ノ效力ハ損害賠償請求權ノ發生ナリ然ルニ何レノ地ニ於テ此權利ガ發生シタルヤ吾人ハ之ヲ知ルコトヲ得ザレバナリ次ニ所謂結果ヲ意思活動ニ因ル外界ノ變化ナリト解センカ外界ノ變化ハ更ニ外界ノ變化ヲ生ムガ故ニ其連續スル變化ノ何ヲ以テ結果ト見ルベキヤガ問題ナリ若シ個々ノ外界ノ變化ヲ結果ト見ルナラバ我々ガ人ヲ殺サント欲シテ被害者ノ頭部ニ一擊ヲ加フルトキ頭髮切斷ト云フ變化ガ起リテ既ニ不法行爲ヲ構成ス更ニ及ガ肉ニ入リ骨ヲ穿チ最後ニ生命ヲ奪フマデ一擊ニ因リテ生ズル變化ガ變化ノ連續線ヲ生ミ出スナリ此線上ニ於ケル各結果ハ各不法行爲ノ成立ヲ決定スルガ故ニ加害者ノ一擊ハ多數ノ不法行爲ヲ產出スルモノト云フベシ故ニ甲地ニ在ル者ガ同地ニ在ル者ヲ殺サント欲シテ一擊ヲ加ヘタルニ被害者ガ負傷シテ乙地ニ逃ゲ負傷ノ爲メ疾病ヲ釀シタル場合ニハ甲地モ乙地モ俱ニ不法行爲地ナリ卽チ甲地ニ於ケル負傷ニ因ル損害ハ甲地ノ法律ニ依リテ賠償ヲ爲ス義務アリ乙地ニ於ケル疾病ニ因ル損害ハ乙地ノ法律ニ依リ賠償ヲ爲ス義務アリ然ルニ負傷ハ疾病ノ前提要件ナルガ故ニ負傷ニ因ル損害ハ疾病ニ因ル損害中ニ吸收セラレテ獨立ノ不法行爲ヲ構成セザルモノト見ザル可ラズ卽チ著者ノ意見ニ依レバ意思活動ニ因リ權利侵害ナル外界ノ變化ヲ生ジタルトキ不法行爲ガ成立スルモノニシテ權利侵害ノ前提要件トシテ生ジタル權利侵害ハ終局ノ權利侵害中ニ吸收セラレ獨立ノ不法行爲ヲ構成セズ

尙ホ結果發生地說ノ缺點ヲ言ヘバ所謂結果發生地ヲ確定スルコト能ハザル場合

ガ鮮カラザルコト是レナリ例ヘバ名譽又ハ信用ノ侵害ハ何レノ地ニ於テ結果ヲ生ジタルモノト見ルベキヤ新聞紙ニ由ル不法行爲ハ新聞紙ノ發行地ナリト云フ說行ハレ居ルモ(Meili, II, S. 96)加害者ノ欲スル外界ノ變化ハ其文章ガ新聞紙ニ揭載セラルルコトニ非ズシテ其揭載セラレタル文章ヲ成ル丈ケ多クノ公衆ガ讀ムコトナリ然ルニ公衆ガ此文章ヲ讀ムコトハ新聞紙ノ發行地ニ限ルモノニ非ズ隨テ結果發生地ガ數多アルコトトナル殊ニ瑞西等ヲ事實上ノ發行地トシテ爲ス祕密出版ニ由ル不法行爲ノ如キハ發行者ハ外國ノ讀者ヲ目的ト爲スモノニシテ其外國ノ範圍モ亦廣キガ故ニ不法行爲モ亦數多アルコトトナル又郵書ニ由ル不法行爲ノ成立地ハ文書ヲ郵便ニ附シタル地ナリト云フ說(但シ開封書 Meili, II, S. 97)ト郵書ヲ受取リタル地ナリト云フ說(Kahn, 325)トアレドモ孰レモ結果發生地說ノ適用ナリ郵書ヲ受取リタル事實ハ加害者ガ欲スル外界ノ變化ニ非ズ郵書ヲ讀ムコトガ加害者ノ欲スル外界ノ變化ナリ然ルニ其地ハ被害者自身ニ非ザレバ知ルコトヲ得ズ郵書ヲ受取リタル地ハ卽チ郵書ヲ讀ミタル地ナリト云フ推測ハ爲シ得ルモ被害者ガ他國(他國ノ船舶ニテモ同一ナリ)ニ於テ讀ミタリト云ヘバ加害者ハ

損害發生地說

反證ヲ擧グルコト殆ド不可能ナリ隨テ被害者ハ自己ノ爲メニ利益ナル法律ガ行ハルル國ニ於テ郵書ヲ讀ミタルコトヲ主張シテ不法行爲ノ準據法ヲ左右スルコトヲ得ルナリ

次ニ損害發生地ヲ以テ不法行爲地ト爲ス說アリ例ヘバ舊法例草案第十二條第三項ニ曰ク

不正ノ損害ハ有意ナルト無意ナルトヲ問ハス其事實ノ發生シタル國ノ法律ヲ以テ之ヲ支配ス

本項ニ謂フ損害ナル語ヲ貨物ノ毀損、人身ノ傷害ノ如キ外界ノ變化ヲ指スモノト解スルトキハ不法行爲地ヲ確定スルコト能ハズ例ヘバ外國船ガ公海ニ於テ火ヲ失シ積荷ガ燒ケ續ケタル儘ニテ日本ニ入港シ燒失シタルトキハ其損害發生地ヲ定ムルコト能ハザルナリ又之ヲ法律上ノ意義ニ於ケル損害ト解スルトキハ損害ノ意義ニ關スル何レノ學說ヲ標準トスルモ其發生地ヲ確定スルコト能ハザルナリ例ヘバ差額說(Windscheid, § 257)ニ依ルモ差額發生地ヲ知ルコト能ハズ又利益喪減說(Oertmann, II, S. 271)ニ依ルモ利益ヲ喪失又ハ減少シタル地ヲ知ルコト能ハザ

著者ノ說（權利所在地說）

ルナリ

此ノ如ク意思主體所在地、結果發生地、損害發生地ハ孰レモ不法行爲地ト見ルコトヲ得ザルナリ余ハ權利所在地ヲ以テ不法行爲地ナリト信ズ其理由ヲ少シク述ベンニ不法行爲ノ規定ハ權利ノ保護ヲ目的トスルモノナリ而シテ權利ノ保護ヲ最モ痛切ニ感ズルハ權利ノ所在地ナリ權利ノ所在地ハ固ヨリ五官ヲ以テ認識スル能ハザルモノナレドモ我國際私法ハ之ヲ認ム卽チ法例第六條ニ日本ニ在ル財產トハ日本ニ在ル財產權ヲ謂フナリ此規定ヲ類推スルトキハ財產權ニ非ザル權利ニモ其所在地アルコト想像スルニ足ルベシ例ヘバ形像權、自由權、名譽權、生命權等ノ所在地ハ人ノ本國ナリ蓋シ此等ノ權利ハ所謂人格權ニ屬スルモノニシテ人格ハ人ノ本國法ニ依ルモノナルガ故ニ特別ノ規定ナキ以上ハ人格權ノ所在地ハ人ノ本國ナリト云フヲ得レバナリ又商人ノ信用權ノ所在地ハ其營業地ナリ蓋シ商人ナル身分ハ營業地法ニ依リテ定マルガ故ニ營業ト密着ノ關係ヲ有スル信用權ガ其營業地ニ在ルモノト見ルハ當然ナリ

權利ノ所在地ヲ以テ不法行爲ノ成立地トシテ之ヲ上文ニ示シタル隔地的不法行爲ノ例ニ付テ其成立地ヲ定ムルトキハ左ノ結果ヲ生ズ

甲地ニ在ル者ガ乙地ニ在ル者ヲ銃殺シタル例ニ付テハ乙ノ本國ガ其所在地ナリ故ニ無主權地ニ在ル日本人ヲ殺害シタル場合ニハ日本ガ不法行爲地ナリ國境ヲ隔テ爲シタル決鬪ニ因リ生ジタル殺傷ニ付テハ被害者ノ本國ガ不法行爲地ナリ若シ雙方ニ殺傷アリタルトキハ二個ノ不法行爲ガ成立スベシ其成立地ハ各被害者ノ本國ナリ新聞紙ニ由ル名譽侵害ノ例ニ付テハ被害者ノ本國ガ不法行爲地ナリ不完全ナル荷造ニ基因スル貨物毀損ノ例ニ付テハ貨物ノ所在地ガ不法行爲地ナリ毀損ガ公海ヨリ繼續シタル場合ニハ最後ノ毀損地ガ不法行爲地ナリ家畜ニ因ル不法行爲ノ例ニ付テハ農作物ノ所在地ガ不法行爲地ナリ汽車中ニ於テ人ヲ毒殺シタル例ニ付テハ被害者ノ本國ガ不法行爲地ナリ監禁ニ因ル不法行爲地ハ自由ノ所在地タル被害者ノ本國ナリ本國ナキ場合ニハ法例第二十七條ヲ適用ス誤リタル報告ニ因リ商人ノ信用ヲ害シタル場合ニハ營業所在地ガ不法行爲地ナリ他船ノ航通ヲ妨害スル行爲ハ他船ノ航路ガ屬スル國ナリ然ルニ行爲地ガ無主權地ナル場合ニハ其地ニ法律ナキ故不法行爲ヲ構成セズ故ニ公海ニ於ケル漁業

ノ妨害例ヘバ銃殺シタル鯨ノ奪略ハ不法行爲ニ非ズ但シ船舶上ニ於テ爲シタル不法行爲ハ其船舶ノ本國ニ於テ爲サレタルモノト看做ス航空機ニ付テモ亦同ジ

（註）だいしー（第三版七〇〇頁）ニ依レバ公海ニ於テ捕獲シタル動物所有權ノ侵害ハ船舶ノ本國法ト英法トニ違反シタル場合ニ非ザレバ此侵害ニ基キ英國ノ裁判所ニ訴ヲ提起スルコトヲ得ズト此ハ我國際私法ノ解釋ニ充ツルコトヲ得ズ

船舶衝突ニ關スル條約

船舶ノ衝突ニ付テハ我國ト諸外國トノ間ニ締結セラレタル條約アリ（大正三年條約第一號船舶衝突ニ付テノ規定ノ統一ニ關スル條約）因テ條約當事國ノ船舶衝突ニ付テハ法例第十一條ハ適用セラレザルナリ本條約ニ依レバ船舶ノ衝突ガ領水內ニ於テ起リタルト公海ニ於テ起リタルトヲ問ハズ凡テ條約ノ規定ニ依ルモノニシテ又其衝突ハ航海船相互間ナルト航海船、內水航行船間ナルトヲ問ハザルナリ（第一條）衝突ガ偶然ノ事由若クハ不可抗力ニ因ルトキ又ハ衝突ノ原因ガ不明ナルトキハ損害ハ被害者ノ負擔トス（第二條）衝突ガ船舶ノ一方ノ過失ニ出テタルトキハ之ニ因リテ生ジタル損害ハ過失船舶ノ負擔トス（第三條）衝突ガ船舶ノ雙方ノ過失ニ出デタルトキハ過失ノ輕重ニ因リ責任ノ割合ヲ定ム過失ノ輕重不明ナルカ又ハ同等ナルトキハ責任ハ平等トス（第四條）衝突ガ强制水先人ノ過失ニ基因スル場合ト雖モ船舶ノ責任ニ影響ヲ及ボサズ（第五條）本條約ハ損害賠償請求權ノ種類ニ依リ時效期間ヲ一年若クハ二年ト定メタレドモ（第七條第一項第二項）時效ノ停止及ビ中斷ノ事由ハ訴訟地法ニ依ル（第七條第三項）但シ條約國ハ原告ノ住所又ハ營業所々在國ノ領水內ニ於テ被害船舶ヲ差押フル能ハザリシ事實ヲ以テ前揭時效期間伸長ノ事由ト爲スコトヲ規定スルコトヲ得（第七條第四項）本條約ハ軍艦及ビ公用船ニ適用セラレズ又衝突船舶ハ條約國ノ國籍ヲ有スルコトヲ要ス（第十一條）是ニ於テ左ノ二問題ヲ生ズ

第一　條約國ノ軍艦又ハ公用船ト商船トノ衝突ハ何レノ國ノ法律ニ依リテ之ヲ定ムルヤ

此場合ニ衝突ガ領水內ニ於テ生ジタルトキハ外國ノ軍艦又ハ公用船ノ所有者ガ我裁判所ニ訴ヲ提起シタルトキハ法例第十一條ヲ適用ス軍艦又ハ公用船ノ所有者ガ被告ナルトキハ其應訴シタル場合ニ我法例第十一條ヲ適用ス

公海ニ於テ衝突ガ生ジタル場合ニ付テハ次ニ揭グル第二問ト共ニ併セ解決ス

ベシ

第二　非條約國ノ船舶ノ衝突及ビ條約國ノ船舶ト非條約國ノ船舶トノ衝突ハ何レノ國ノ法律ニ依リテ之ヲ定ムルヤ

本問ハ船舶ノ衝突ガ生ジタル地ニ依リテ解決ヲ異ニス

衝突ガ領水內ニ於テ生ジタルトキハ法例第十一條ニ依リテ衝突問題ヲ解決ス

卽チ領水所屬國ノ法律ト日本ノ法律トガ俱ニ衝突ヲ不法行爲ト認ムルトキハ之ヲ不法行爲ト爲ス其衝突ガ船舶ノ航行中ニ起リタルト碇泊中ニ起リタルトヲ問ハザルナリ

公海ニ於ケル船舶ノ衝突ハ學理ニ依リテ之ヲ定ム原來公海ハ無主權地ナルガ故ニ其處ニ起リタル事實ハ不法行爲ト見ルベキモノニ非ズじやこつぶ氏ノ如ク過失ニ因ル衝突ハ過失船內ニ起リタルモノナルガ故ニ其船舶ノ本國法ニ依ルベシト云フハ(Weiss, IV, p. 420)贊成スルコトヲ得ズ蓋シ衝突ナルモノハ數物ガ同時ニ同一ノ空間ヲ占メントスル爲メニ起ル現象ニシテ此空間ハ公海ナリ然レドモ之ヲ事實ト見ルトキハ被害者ハ賠償ヲ受クル能ハザルガ故ニ國際交通ノ發達ヲ阻害スベシ是レ公海ニ於ケル船舶ノ衝突ヲ以テ不法行爲ト爲ス必要ノ生ジタル所以ナリ惟フニ船舶ガ國籍ヲ同ジクスルトキハ其本國ノ法律ニ從フ(Eynard, p. 209)船舶ガ國籍ヲ異ニスルトキハ各船舶ノ本國法ニ於ケル共通規定ニ從フ例ヘバ甲國船ノ本國法ニ依レバ加害者ハ直接ノ損害ヲ賠償スル義務アルモ乙國船ノ本國法ニ依レバ間接ノ損害マデモ賠償スルヲ要スルトキハ加害者ハ直接ノ損害ヲ賠償スルヲ以テ足レリトス蓋シ間接ノ損害ヲ賠償スベキ規定ノ中ニハ直接ノ損害ヲ賠償スベキ規定ヲ含メバナリ(同說田中氏海商法提要四四〇頁)

(註)　公海ニ於ケル異國船間ノ衝突ノ準據法ニ付テハ或ハ訴訟地法ヲ適用スベシト論ズル者アリ(Weiss, Valroger, Asser-Rivier, Valery, Ripert等Eynard, p. 210ニ依ル)英國ニテモ訴訟地法說行ハル(Dicey, p. 700)然ルニ訴訟地ハ往々偶然ノ事實ニ依リテ定マルガ故ニ加害者ノ責任ガ偶然ノ事實ニ依リテ左右セラルル缺點アリ或ハ海商法ノ普遍的規定ニ依ルベシト云フ者アリ(Darras et Lapradelle等Eynard, p. 211ニ依ル)普遍的規定ト云フハ多數國ニ於テ採用シタル規定ナリ此規定ノ證明ガ困難ナルノミナラズ此ハ一定ノ國法ノ指定ニ非ザルガ故

損害賠償其他ノ處分

ニるいなーるノ云フ如ク法律ノ衝突ノ解決ニ非ズ（Eynard, p. 212）或ハ被衝突船ノ本國法ニ依ルベシト云フ者アリ（Dé jardin, Clunet 等 Eynard, p. 212 ニ依ル）其根據ハ賠償義務ハ被衝突船ニ於テ生ジタリト云フニ在リ或ハ衝突船ノ本國法ニ依ルベシト云フ者アリ（Lyon-Caen et Renault, VI, N° 1050; Surville et Arthuys, N° 570 ; Eynard, p. 214 e. s.）其理由トスル所ハ船長ハ其本國法ニ依リテノミ過失ノ責ニ任ズベキモノナリト云フニ在リ然レドモ衝突船ノ本國法ニ依ル理由ガアル如ク亦被衝突船ノ本國法ニ依ル理由アルガ故ニ著者ノ說ノ如ク雙方ノ本國法ニ於ケル共通規定ニ依ルコトガ公平ナリ米國ニテハ普遍的規定說行ハル（Minor, Conflict of Laws, § 195, Wharton, § 478b）併シ乍ラ其普遍的海法（the general maritime law）ハ米國ニ於テ採用サレタルモノナルガ故ニ結局訴訟地法說ヲ認メタルモノト云フベシ英國ニ於テモひっばーとノ如キハ普遍的規定說ヲ唱フ（Hibbert, p. 153）然レドモ矢張米國學說ト同一ナリト解ス要スルニひっばーとノ說モ前揭だいしー說ト同一ニシテ英米ノ學說ハ同一ナリふーとモ所謂海法ハ英法ナリト云ヘリ（Foote, 4th e. p. 459）

法例第十一條第三項ニハ「被害者ハ日本ノ法律カ認メタル損害賠償其他ノ處分ニ非サレハ之ヲ請求スルコトヲ得ス」トアリ其他ノ處分トハ何ヲ謂フモノナリヤ一見スレバ損害賠償ニ非ザル處分アルガ如シト雖モ然ラズ民法第七百九條ニ依レバ故意又ハ過失ニ因リテ他人ノ權利ヲ侵害シタル者ハ之ニ因リテ生ジタル損害ヲ賠償スル責アル外他ノ責ヲ負ハズ惟フニ法例第十一條第三項ニ謂フ處分ナル語ハ民法第七百二十三條ニ謂フ「損害賠償ト共ニ名譽ヲ回復スルニ適當ナル處分」ナル文章中ノ處分ナル文字ヲ襲用シタルモノナルベシ余ノ解スル所ニ依レバ民法第七百二十三條ニ謂フ損害賠償トハ金錢的賠償ヲ謂ヒ（民法第七二二條第一項第四一七條）又處分ハ賠償ノ方法ヲ謂フ法例第十一條第三項ニ謂フ損害賠償其他ノ處分ト云フ語モ同一ニ解ス此解釋ガ果シテ正當ナルニ於テハ法例第十一條第三項ハ名譽侵害ノミニ關スル規定ナリ蓋シ名譽ヲ侵害セラレタル者ハ巨萬ノ金錢ヲ得テモ尙ホ其精神ノ苦痛ヲ醫スル能ハザル場合アルベシ故ニ被害者ニ滿足ヲ與フル賠償ノ方法ヲ認ムル必要アリ然レドモ一方ニ於テ其方法ガ我公益ニ抵觸セザルコトヲ要スル爲メニ名譽侵害ノ賠償方法ヲ日本法律ニ依ラシメタルナリ

此ノ如ク法例第十一條第三項ハ名譽侵害ノミニ關スル規定ナルガ故ニ他ノ不法

損害賠償義務ノ不履行

行爲ニ因ル損害賠償ノ方法ハ不法行爲地法ノミニ依リテ定マル卽チ損害ノ賠償ハ金錢ニ依ルカ又ハ自然回復ニ依ルカノ問題ハ日本法律ニ依ラズシテ不法行爲地法ニ依リテ解決セラルルモノトス

不法行爲ニ基因スル損害賠償義務ヲ履行セザル場合ニ更ニ損害賠償ノ義務ヲ生ズベシ此場合ニ其賠償ノ方法ハ何レノ國ノ法律ニ依ルベキヤ余ノ見ル所ニ依レバ此方法ハ不法行爲地法ニ依ルベキモノトス卽チ名譽侵害ニ因ル損害ヲ賠償スベキ場合ニ於テモ其義務ノ不履行ヨリ生ズル賠償義務ハ一般ノ賠償義務ト異ナルモノニ非ズ故ニ日本ノ公益ヲ保護スル必要ヲ理由トシテ其賠償ノ方法ニ付キ日本法律ヲ適用スルノ必要ヲ見ズ

損害賠償ノ範圍

損害賠償ノ範圍ハ法例第十一條第二項ノ適用ヲ受ケザルガ故ニ同條第一項ニ依リ不法行爲地法ニ依リテ定マル過失相殺ト賠償トノ關係ハ不法行爲地法ニ依ルヤ又ハ訴訟地法ニ依ルヤ我民法第七百二十二條第二項ニ依レバ被害者ニ過失アリタルトキハ裁判所ハ損害賠償ノ額ヲ定ムルニ付キ之ヲ斟酌スルコトヲ得卽チ本項ハ損害賠償ノ範圍確定ニ關スル裁判所ノ權限ヲ定メタル者ナルガ故ニ外國法ノ適用ヲ排斥シテ當然適用セラルベキモノトス因テ縱令不法行爲地法ガ過失ノ相殺ヲ認メザル場合ニ於テモ我裁判所ハ本條ニ依リ斟酌ヲ爲スコトヲ得

無過失賠償請求權

不法行爲ニ因ル損害賠償請求權ト共通點ヲ有スルモノハ無過失賠償請求權ナリ此種ノ債權ニ付テハ各國ノ法律中之ヲ認ムル例未ダ鮮ク隨テ實際ニ於テハ國際私法上ノ問題ヲ生ズルコト鮮カルベシ只ダ今日ニ於テハ勞働災害ノ問題ガ主要ノ者ナルベシ

勞働災害

一　勞働災害

勞働災害ニ因ル賠償ニ付テハ歐洲諸國ハ大概皆何等カノ規定ヲ有セザルナシ其中ニ於ケル外國人ニ關スル規定ヲ觀察スルニ凡ソ三主義アリ(Loubat, les accidents du travail en droit international, p. 26)第一ハ內外人平等主義ニシテ此主義ニ依レバ外國ノ勞働者ハ內國ノ勞働者ト同一ノ保護ヲ受クルモノニシテ英、伊、白、西等ノ制度ガ之ニ屬ス第二ハ外國勞働者ノ本國ニ於ケル內國勞働者ノ待遇如何ニ依リ外國勞働者ニ賠償ヲ爲ス者ナリ佛、獨、墺、瑞典等ノ制度ガ之ニ屬ス第三ハ內國ニ於テ災害ニ罹リタル勞働者ノミニ賠償ヲ爲スモノニシテ勞働者ガ國外ニ

退去スルトキハ賠償請求權ヲ失フモノナリ此主義ハ希臘、那威等ニ行ハル今日本勞働者ガ佛國ニ於ケル其國ノ工業會社ノ工場ニ於テ勞働シ其際工場所有者ノ過失及ビ自己ノ過失ニ因ラズシテ負傷シタルトキハ日本ニ於テ其工業會社ノ支店ニ對シ損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得ルヤ是レ佛國ニ於ケル外人法ノ問題ガ一轉シテ我國際私法ノ問題ト爲リタルモノナリ

參照 Poullet, p. 156 ; Pillet et Niboyet, 524—525 ; Loubat, Les accidents du travail en droit international; B. Raynard, Clunet, 1913, p. 63—72 ; Perroud, Clunet, 1912, p. 385 —394, Beal, Harvard Law Review, 1919 (Pillet-Niboyet, 524 ni 依ル); Courtin, la notion d' accident du travail; Sachet, traité théor. et prat. de la législation sur les accidents du travail, 7me éd.

勞働災害ニ因ル賠償ノ準據法ニ付テハ左ノ數說アリ

(1) 災害發生地ノ法律ヲ適用スル說　是ハ嘗テ佛國ノ判例ガ採リタル所ナリ

卽チ勞働災害ヲ不法行爲ニ因ル損害ニ準視スル考ナリ

(2) 公安說(訴訟地法說)　是ハ勞働災害ノ規定ハ公安規定ナルガ故ニ內國ノ法律ガ賠償問題ヲ解決スル準據法ナリト云フモノニシテ是レ亦佛國ノ判例ガ採ル所ナリ

(3) 勞働契約ノ準據法ニ依ル說　是ハ佛國現時ノ判例ガ採ル所ニシテ千九百五年三月三十一日ノ法律(是ハ有名ナル一八九八年ノ勞働災害責任法第一五條ヲ改正シタルモノナリ)ニ根據スルモノニシテ勞働契約ヲ締結シタル地ノ法律ガ卽チ勞働契約ノ準據法ナリ故ニ佛國ニ於テ勞働契約ヲ締結シタル勞働者ガ外國ニ一時在留スル時負傷シタル場合ニハ其損害賠償ハ佛國ノ法律ニ依ル又佛國ニ於テ勞働契約ヲ締結シタル勞働者ガ外國ニ於テ勞働ニ從事シ佛國ニ於テ全然勞働ヲ爲サザル場合ニ於テモ佛國法律ニ依リテ損害ノ賠償ヲ定ム又外國企業家ト締結シタル勞働契約ト雖モ佛國ガ其締結地ナルトキハ佛國法律ニ依リテ損害賠償ヲ定ムルモノトス (Pillet et Niboyet, p. 607 e. s.)

白國ノ判例モ亦契約締結地法ヲ以テ賠償ノ準據法ト爲ス (Clunet, 1926, p 499)

惟フニ本說ハ勞働災害ニ因ル損害賠償ヲ勞働契約ノ結果ト見ル者ナレドモ勞働災害ニ因ル損害賠償ノ義務ハ契約ニ由リテ之ヲ排除スルコトヲ得ザル點ヨリ見ルトキハ之ヲ以テ勞働契約ノ結果ト爲スコトハ妥當ナラズ

抑モ無過失賠償ノ制度ト不法行爲ニ因ル損害賠償ノ制度トノ間ニハ共通ノ點アリ卽チ他人ガ損害ヲ負擔スルコト及ビ規定ガ公益的ナルコト是レナリ故ニ不法行爲ノ規定ヲ準用シテ其準據法ヲ定ムルハ當然ナリ卽チ災害地ノ法律ガ賠償ヲ認メ且ツ我法律ガ之ヲ認ムル場合ニ非ザレバ勞働者ハ我國際私法上賠償請求權ヲ有セズ(法例第一一條第二項準用)然ルニ我國ニ於テモ工場法第十五條ニ「職工自己ノ重大ナル過失ニ依ラスシテ業務上負傷シ、疾病ニ罹リ又ハ死亡シタルトキハ工業主ハ勅令ノ定ムル所ニ依リ本人又ハ其遺族ヲ扶助スヘシ」トアリ乃チ損害賠償ナル語ヲ避ケタリ一八九八年佛國勞働災害責任法第一條ニハ補償(indemnité)ナル語ヲ用ユレドモ此ハ損害賠償ノ觀念ヲ排斥シタルモノニ非ズ然レドモ我工業法施行令第四條ニ依レバ扶助料ヲ受クベキ者民法ニ依リ同一ノ原因ニ付キ損害賠償ヲ受ケタルトキハ工業主ハ扶助金額ヨリ其金額ヲ控除スルコトヲ得ルガ故ニ工業法ニ謂フ扶助モ亦損害ノ賠償ナリト云フコトヲ得ベシ

之ヲ要スルニ災害發生地法ト日本ノ法律トガ損害賠償請求權ヲ認メタルトキハ被害者ハ我國際私法上此權利ヲ有スレドモ其賠償ノ範圍ハ災害發生地法ニ依ルモノトス

二　職業ニ因ル疾病

災害發生地トハ何ゾヤ此ハ上文ニ於テ不法行爲地ヲ確定シタル著者ノ說ヲ茲ニ準用ス卽チ害セラレタル生命權又ハ身體權ノ所在地ガ災害發生地ナリ而シテ被害者ノ本國ガ此等ノ權利所在地ナルコトハ亦上文ニ一言セル所ナリ故ニ上例ニ示シタル日本勞働者ノ災害地ハ佛國ニ非ズシテ日本ナリ隨テ其請求シ得ル金額ハ我工場施行令ノ規定ニ依ル

尙ホ附言スベキコトハ勞働災害ニ因ル賠償請求權ノ準據法ニ付テハ各國ノ法律中未ダ特ニ之ヲ規定シタル例ナシ然レドモ條約ヲ以テ之ヲ定メタル例鮮カラズ例ヘバ佛國ガ一九〇六年白國ト、同年るくせんぶるひト、一九〇九年英國ト締結シタル條約ニ依レバ工業經營者ノ本店所在地ニ非ザル外國ニ於テ六ケ月以上該經營者ノ企業ニ從事シタル者ノ賠償請求權ハ本店所在地ノ法律ニ依ル(本條約ハ植竹春彥氏ノ報告ニ依ル)

工作物ノ設置保存ノ瑕疵ニ因ル損害

參照 die Entschaedigung von Berufskrankheiten(intern. Arbeitsamt, 1925, Genf)

如何ナル疾病ガ職業ニ因ル疾病ナリヤハ專門家ノ間ニ議論アル所ナリ凡テノ疾病ハ職業ニ基因スルコトヲ得ルト云フ立場ニ在ル法律ハ之ヲ普通ノ疾病ト區別セズ又之ヲ特殊ノ疾病ナリト見ル法律ハ其疾病ノ定義ヲ立ツル困難上列記式(表ニ掲ゲタル疾病ノミヲ職業ニ因ル疾病ト看做ス)ヲ採レリ千八百九十八年ノ佛國勞働災害責任法ハ職業ニ因ル疾病ヲ含マザリシガ千九百十九年十月二十五日ノ法律ハ同法ニ掲ゲタル疾病ニ勞働災害責任法ノ規定ヲ適用スルニ至レリ我工場法第十五條ニハ廣ク「疾病ニ罹リ」トアルガ故ニ職業ニ因ル疾病ヲモ含ムト解ス果シテ然ラバ此疾病ニ因ル損害ノ賠償モ亦勞働災害ト同一ニ取リ扱フベキモノトス

三　工作物ノ設置又ハ保存ノ瑕疵ニ因ル損害

侵害セラレタル權利ノ所在地ノ法律(例ヘバ佛民第一三八六條,伊民第一一五五條,西民第一九〇七條)トハ日本ノ法律(民法第七一七條)トニ依リ賠償請求權ヲ認メタル場合ニハ我國際私法上被害者ハ此權利ヲ有ス但シ侵害セラレタル權利ノ性質ハ勞働災害及ビ職業ニ因ル疾病ノ場合ト必シモ同ジカラズ卽チ勞働災害及ビ職業ニ因ル疾病ニ於テハ侵害セラレタル權利ハ生命權又ハ身體權ナレドモ本號ノ場合ニハ生命權及ビ身體權ノミナラズ財產權モ亦侵害セラルルコトアルベシ

(註)　英國ニテハ勞働災害ノ賠償ニ付テハ災害發生地ノ法律ヲ適用ス(Culnet, 1910, p. 620; 1913, p. 215)卽チ此賠償義務ヲ以テ勞働契約ノ效力ト爲サズ米國ノ判例亦然リ(Clunet, 1901, p. 613)伊國ノ判例るくさんぶるひ判例モ同一ナリ(Caleb, p. 235)

第五節　事務管理

事務管理ノ準據法ニ付テハ種々ノ說アレドモ從來最モ廣ク行ハレタルモノハ事務管理ヲ爲ス地ノ法律ニ依リテ事務管理ノ成立及ビ效力ヲ定ムベシト爲ス說ナリ以下此等ノ學說ヲ紹介スベシ

事務管理ノ準據法ニ關スル學說

第一　事務管理地法說

(一)　準契約說

本說ノ根據ニ付テハ數說アリ

本說ニ依レバ事務管理ハ契約ニ準視スベキモノナルガ故ニ國際私法上契約ト同一ニ取扱フベキモノナリト(Foelix, 114)併シ乍ラ同ジ準契約說ヲ採ル學者ノ中ニ於テモろーらんノ如キハ事務管理ヲ委任ニ準視シ本人及ビ管理者ガ同國人ナルトキハ其本國法ヲ適用スベク異國籍人ナルトキハ事務管理地ノ法律ヲ適用スベシト說ケリ(Laurent, VIII, 4) わいすモ大體ニ於テろーらんト同說ナレドモ當事者ガ國籍ヲ異ニスルトキハ債務發生地ノ法律若クハ履行地ノ法律ヲ適用スベシト云ヘリ(Weiss IV, p. 413)

(二) 共同利益說

事務管理ハ當事者ノ意思ニ拘ハラズ成立シ且ツ效力ヲ生ズルモノニシテ事務管理ノ規定ノ社會的目的ハ共同ノ利益、公平及ビ正義ヲ保護スルニ在リ而シテ共同利益ノ存在スル地ハ管理セラルル事務ノ在ル地ナリ隨テ此地ノ法律ニ依リテ事務管理ヲ定ムベキモノトス但シ事務所在地ニ事務管理ノ規定ナキトキハ當事者ノ本國法ヲ適用スベキモノトス若シ當事者ノ本國法ガ一致セザルトキハ自發的ニ事務ニ着手シタル者ノ本國法ニ依ルモノトス(Poullet, p. 35; 大體ニ於テ同說 Pillet-Niboyet, 527)

第二　訴訟地ノ法律ニ依リテ事務管理ノ成立ヲ定メ事務管理地ノ法律ニ依リテ事務管理ノ效力ヲ定ムル說

是ハわるりーノ唱フル所ナリ事務管理(同氏ハ一般ノ準契約ニ付テ言フ)ガ成立スルヤ否ヤハ正義ノ問題ナルガ故ニ佛國法律ニ依リテ定ムベキモ事務管理ノ效力例ヘバ事務管理ニ因リテ生ズル債務ノ範圍ハ事務管理地ノ法律ニ依ラザルベカラズ是レ佛國民法第千百五十九條適用ノ結果ナリ(Valery, 671)

第三　各當事者ノ本國法ニ依リテ事務管理ノ成立及ビ效力ヲ定ムル說

此ハちーてるまんノ唱フル所ナリ(Zitelmann, II, S. 528 ff.) ち氏ノ擧ゲタル例ニ依レバ管理者ガ自己ノ資料ニ由リ百馬克ニテ或ル物ヲ取得シテ所持スル場合ニ本人ハ百馬克ヲ拂フ義務アルニ拘ハラズ管理者ハ其所持スル物ヲ本人ニ引渡ス義務ナク又管理者ハ百馬克ノ償還ヲ得ズシテ其所持物ヲ本人ニ引渡ス義務アルコトアルベシ

第四　債務者ノ住所地法説

げーぶはるど案第十二條ニ曰ク

契約類似ノ事實又ハ直接ニ法律ニ基ク債務關係ヨリ生ズル債權ハ債務關係ノ原因タル事實ノ發生當時ニ債務者ガ住所ヲ有シタル地ノ法律又ハ住所ナキトキハ其居所ノ在リタル地ノ法律ニ依ル

債權ガ永續的關係(財産共同、後見事務執行等)ニ基因スルトキハ其關係ガ發生シタル地ノ法律ニ依ル

舊法例ノ規定

げーぶはるどノ説明ニ依レバ(同案理由書)第一項ハみゆれんぶるひノ説ニ依リ(Mühlenburg, Pandekten, I, § 73)第二項ハうぃんどしやいどノ説ニ依リタルモノナリ(Windscheid, I, § 35)わるかーもげーぶはるど案ト全然結論ヲ同ジウシ事務管理ノ本據ハ債務者ノ住所地ニ在ルガ爲メナリト云ヘリ(Walker, S. 482)

舊法例ハ事務管理ノ準據法ニ付テハ特ニ規定スル所ナシ其第七條ニ曰ク「不當ノ利得、不正ノ損害及ヒ法律上ノ管理ハ其原因ノ生シタル地ノ法律ニ從フ」ト本條ニ謂フ法律上ノ管理ナル語ハ舊民法財産編ニ謂フ法律ノ規定ト意義ヲ同ジウセルモノニシテ事務管理ヲ含マズ舊民法財産編第二百九十五條ニハ

義務ハ左ノ諸件ヨリ生ス

第一　合意

第二　不當ノ利得

第三　不正ノ損害

第四　法律ノ規定

トアリ而シテ同編第三百八十條ニハ

或義務ハ人ノ所爲ニ拘ハラス法律ニ依リテ之ヲ負擔セシム卽チ左ノ如シ

第一　或親族間又ハ姻族間ノ養料ノ義務

第二　後見ノ義務

第三　共有者ノ義務

第四　相隣者間ノ義務ニシテ地役ヲ成ササルモノ

余ノ觀ル所ニ依レバ舊民法ハ事務管理ヲ以テ不當利得ノ原因ト見タルモノニシテ財産編第三百六十一條ニハ

何人ニテモ有意ト無意ト又錯誤ト故意トヲ問ハス正當ノ原因ナクシテ他人ノ財産ニ付キ利ヲ得タル者ハ其不當ノ利得ノ取戻ヲ受ク

此規定ハ下ノ區別ニ從ヒ主トシテ左ノ諸件ニ之ヲ適用ス

第一　他人ノ事務ノ管理(以下略ス)

トアリ舊法例第七條ハ此規定ニ基キ制定セラレタルモノニシテ卽チ事務管理ノ問題ヲ不當利得ノ問題ト同視シタルモノナリ然レドモ事務管理ハ必シモ不當利得ノ原因ト爲ラザルガ故ニ此ノ如キ場合ニハ舊法例第七條ニ依リテ解決スルコト能ハザルナリ

現行法例ノ規定

現行法例ハ事務管理ト不得利得トヲ全然區別シタル點ニ於テ舊法例ニ勝ルモノアリ其第十一條第一項ニ曰ク

事務管理、不當利得又ハ不法行爲ニ因リテ生スル債權ノ成立及ヒ效力ハ其原因タル事實ノ發生シタル地ノ法律ニ依ル

本項ニ謂フ事務管理ニ因リテ生ズル債權ノ成立ト云フ文章中ニ在ル「因リテ生スル」ト云フ語ト「債權ノ成立」ト云フ語トハ同一ノ意味ナルガ故ニ重複ノ書キ方ナリ

事務管理地

又「其原因タル事實」ト云フハ事務管理ヲ謂フ蓋シ事務管理ガ債權發生ノ原因タル事實ナルコトハ契約、不法行爲、不當利得等ガ債權發生ノ原因タル事實ナルト同一ナリ故ニ本項ノ謂ハント欲スル所ハ

事務管理ニ因リテ生ズル債權ハ事務管理ヲ爲シタル地ノ法律ニ依ル

ト記スルニ同ジ

法例第十一條ガ事務管理地ノ法律ヲ準據法ト爲シタル理由ハ事務管理地ノ公益ヲ保護スルニ在リ蓋シ立法者ノ考ハ事務管理ノ規定ハ何レノ國ニ於テモ公益規定ナレドモ事務管理地ノ公益ヲ保護スル爲メニハ其地ノ法律ヲ適用スルコトガ最モ適當ナリト云フニ在リ隨テ英國ノ如ク事務管理ヲ認メザル國ニ於テ爲シタル事務管理ハ當事者ノ本國法ガ之ヲ認ムルトキト雖モ債權關係ヲ生ゼズ

事務管理地ハ管理者ノ所在地ナリヤ本人ノ所在地ナリヤ惟フニ是ハ事務管理ノ種類ニ依リテ異ナル財産上ノ管理ニ付テハ其財産所在地ガ事務管理地ナリ事務管理ノ必要ヲ有スルモノハ財産所在地ニシテ管理者又ハ本人ノ所在地ニ非ズ財産所在地ハ必シモ管理者ノ所在地ニ非ズ甲國ニ在ル乙者ノ財産ヲ丙國ニ在ル丁

事務管理法ノ不準據法行爲トノ準據法ノ衝突

者ガ甲國ニ在ル者ニ命ジテ管理セシムル場合ノ如キ是レナリ又財産所在地ハ必シモ本人ノ所在地ニ非ズ本人ガ不在者ナルカ又ハ財産所在地外ニ在ル場合ノ如キ是レナリ而シテ財産ガ數地ニ散在スルトキハ各財産所在地ガ事務管理地ナリ財産ガ動産ニシテ其所在地ヲ變更スルトキハ事務管理ヲ開始シタル當時ニ於ケル動産ノ所在地ガ事務管理地ナリ蓋シ事務管理ナル觀念ハ管理ノ着手ニ由リテ成立スレバナリ事務管理ガ事實行爲ナルトキ(例ヘバ罹災者ノ救護疾病ノ看護等ノ如シ)ハ其行爲アリタル地ガ事務管理地ナリ數國ニ亘リテ事實行爲ヲ爲シタルトキハ最初ニ事實行爲ヲ爲シタル地ガ事務管理地ナリ蓋シ事務管理ナルモノハ前述セル如ク管理ノ着手ニ由リテ成立スレバナリ營業ノ管理ニ付テハ營業所々在地ガ管理地ナリ營業所ガ數國ニ在ルトキハ各營業所々在地ガ事務管理地ニシテ本店所在地ト支店所在地トノ間ニ差異ナキモノトス

事務管理ノ準據法ト不法行爲ノ準據法トガ衝突スルコトアリ例ヘバ緊急事務管理者(日民第六九八條、獨民第六八〇條、瑞西民第四二〇條第二項)ガ輕過失ニ因リ本人ノ身體等ヲ傷害シタル場合ニ事務管理地ト不法行爲地トガ同一ナルトキハ問題ノ解決ハ容易ナレドモ不同ニシテ兩地ノ法律ガ規定ヲ異ニスルトキハ損害賠償請求權ハ何レノ法律ニ依ルベキヤ例ヘバ事務管理地ノ法律ニ依レバ緊急事務管理者ハ單ニ惡意又ハ重大ナル過失ノミニ付キ損害賠償ノ責任アレドモ不法行爲地ノ法律ニ依レバ管理者ハ輕過失ニ付テモ責任アル場合ニ之ヲ不法行爲ノ問題ト見ルトキハ不法行爲地法適用ノ結果管理者ハ損害賠償ノ責任ヲ有スレドモ事務管理ノ効力問題ト見ルトキハ事務管理地法適用ノ結果管理者ハ損害賠償ノ責ニ任ゼザルナリ卽チ準據法ノ衝突ガ生ジタルナリ此衝突ノ解決ハ衝突セル準據法ノ何レガ特別ノ規定ナルヤニ依ル換言スレバ特別ノ規定ハ一般ノ規定ニ先ツ惟フニ緊急事務管理ノ規定ハ不法行爲ノ主觀的要件(過失)ノ規定ヲ排除スル特別規定ナリ隨テ緊急事務管理者ノ過失ト不法行爲トノ關係ハ事務管理ノ準據法ニ依リテ定マルト解ス

管理繼續義務ノ有無

管理者ガ本人其相續人又ハ法定代理人ガ管理ヲ爲スコトヲ得ルニ至ルマデ管理ヲ繼續スル義務アルヤ否ヤハ事務管理ノ效力問題ナルガ故ニ事務管理地法ニ依リテ定マル然レドモ何人ガ相續人ナルヤハ被相續人ノ本國法ニ依リテ定マル(法

例第二五條)又何人ガ法定代理人ナルヤハ親權(法例第二〇條)又ハ後見(法例第二三條)ノ準據法ニ依リテ定マル卽チ未成年者ニ付テハ父ノ本國法ニ依リテ法定代理人ヲ定ム父アラザルトキハ母ノ本國法ニ依リテ之ヲ定ム被後見人ニ付テハ其本國法ニ依リテ之ヲ定ム

我法例ガ事務管理地ノ法律ヲ以テ事務管理ノ成立及ビ效力ノ準據法ト定メタル理由ハ不法行爲地ノ法律ヲ以テ不法行爲ノ成立及ビ效力ノ準據法ト定メタル理由ト同一ナレドモ事務管理ニ在リテハ其準據法ハ只ダ事務管理地ノ法律ノミニシテ不法行爲ニ於ケル如ク不法行爲地法ト日本法律トガ同時ニ行爲ノ不法性ヲ決定スル標準ト爲ルモノト異ナリ事務管理地法上苟クモ事務管理ヲ構成スル以上ハ我法律ガ其構成ヲ認ムルコトヲ要セザルナリ然レドモ事務管理地法ノ適用ガ我公ノ秩序善良ノ風俗ニ反スル場合ニハ勿論其適用ヲ許サズ(法例第三〇條)例ヘバ吾國ノ風俗ヲ壞亂スル物品ノ保管者ニ對シ本人ハ事務管理地法ニ依リ管理繼續ノ義務違反ヲ主張スルモ我裁判所ハ之ヲ認ムルコトヲ得ズ

事務管理ガ法律行爲ナルヤ又ハ準法律行爲(法的行爲)ナルヤハ事務管理地法ニ依リテ定マル隨テ管理者ガ能力者タルヲ要スルヤノ問題モ同一ノ準據法ニ依リテ解決スベキモノトス

法律ノ規定ニ因ル事務管理

舊法例第七條ニ謂フ法律上ノ管理ニ非ズシテ法律ノ規定ニ因リ他人ノ事務ヲ管理スル場合ハ勿論事務管理ノ準據法ヲ適用スベキモノニ非ズ今其重ナル場合ヲ擧グレバ左ノ如シ

(一) 不在者ノ財產管理

不在者ノ財產ノ管理ハ財產所在地法ニ依リテ之ヲ行フ蓋シ不在者ノ財產管理ハ不在者自身ノ利益ノミナラズ第三者及ビ相續人ノ爲メニ必要ナルモノニシテ此必要ガ集合スルハ財產所在地ナリ故ニ外國人タル不在者ノ財產ガ日本ニ在ル場合ニハ民法第二十五條乃至第二十九條ニ依リ其財產ノ管理ヲ爲スモノトス

(二) 配偶者ノ財產管理

夫ガ如何ナル場合ニ妻ノ財產ヲ管理スルヤ(日民第八〇一條、瑞民第二〇〇條、獨民第一三七三條乃至第一三七五條、佛民第一四二一條、第一四二八條、第一五三一

條)ハ婚姻ノ當時ニ於ケル夫ノ本國法ニ依リテ定マル(法例第一五條)

(三) 子ノ財産管理

父母ガ子ノ財産ヲ管理シ得ルヤハ(日民第八八四條、佛民第三八九條、瑞民第二九〇條、第二九二條、第二九四條、獨民第一六三八條乃至第一六五一條)父ノ本國法ニ依リテ定マル若シ父アラザルトキハ母ノ本國法ニ依リテ定マル(法例第二〇條)

(四) 被後見人ノ財産管理

羅馬法ハ後見ヲ以テ準契約ト爲シタル爲メ此考ヲ蹈襲スル者アレドモ(Laurent, VIII, 8)兩者ガ性質ヲ異ニスルコトハ殆ド説明ヲ要セズ殊ニ我法例ハ明文ヲ以テ後見ノ準據法ヲ定メタリ卽チ後見人ガ被後見人ノ財産ヲ管理スル權利及ビ義務ハ(日民第九二三條以下、佛民第四五〇條、第五〇九條、獨民第一七九三條以下瑞西民第三六七條)被後見人ノ本國法ニ依リテ定マル(法例第二三條)

(五) 遺言執行者ノ相續財産管理

遺言執行者ガ相續財産ヲ管理スル權利義務ハ(日民第一一一四條、佛民第一〇三一條、獨民第二二一六條、第二二一七條、瑞西民第五一八條)遺言成立ノ當時ニ於ケル遺言者ノ本國法ニ依リテ定マル(法例第二六條)

事務管理ト海難救助トノ關係ニ付テハ國際商法ノ部ニ於テ説明スベシ(拙稿「海難救助ノ性質ト其準據法附救助契約」商學研究第一卷第三號參照)

第六節　不當利得

參照 Stoïcesco, de l'Enrichissement sans cause; Aebli, die ungerechtf.Bereicherung nach schw-eiz. Obligationenrecht; Vergniaud, L'enrichissement sans cause; Jung, die Bereicherungsansp-rüche; Mayr, der Bereich. des d. dürg. R.; Gerota, La theorie de l'Enrich. s. c. dans le code civil allemand; Walker, S. 474;

不當利得ノ準據法ニ關シテ左ノ數説アリ

不當利得ノ準據法ニ關スル學説

(一) 不當利得ナル事實アリタル地ノ法律ヲ適用スル説

不當利得ノ規定ハ公益規定ニシテ不當利得ナル事實アリタル地ノ法律ハ其地ニ於ケル不當利得ニ當然適用セラルベキ目的ヲ有ス(例ヘバ Pillet et Niboyet, 527)

ぷーれーノ意見モ大體ニ於テぴえート同一ナルガ只ダ不當利得地ニ不當利得

ノ規定ナキ場合ニハ本國法ヲ適用スベシト云フ點ニ於テ異ナレリ(Poullet, 315)

(二) 債務者ノ住所地法ヲ適用スル說

此ハげーぶはるど、わるかー等ノ唱フル所ナリ(Walker, S, 474)

(三) 非債辨濟ノ受領者ノ善意及ビ惡意ニ因リ準據法ヲ異ニスル說

ろーらんハ一般ノ不當利得ヲ觀察セズシテ只ダ非債辨濟ニ付テ意見ヲ述ベタリろ氏ハ佛國民法ガ利得者ノ善意惡意ヲ區別セズシテ非債辨濟ヲ準契約ト見タルヲ非難シ受領者ガ善意ノ場合ノミ準契約ト見ルベク其惡意ノ場合ニハ不法行爲ヲ構成スルガ故ニ不法行爲ノ準據法ニ依ルト言ヘリ(Laurent, VIII, 5)

舊法令ノ規定

現行法例ノ規定

舊法例第七條ハ(前揭)不當利得ニ付テハ其原因ノ生ジタル地ノ法律ヲ適用ス然ルニ現行法例第十一條第一項ハ「不當利得ニ因リテ生スル債權ノ成立及ヒ效力ハ其原因タル事實ノ發生シタル地ノ法律ニ依ル」ト規定セリ一見スレバ兩規定ノ間ニ著シキ差異アルガ如シ卽チ舊法例第七條ニ依レバ不當利得ニ適用セラルル法律ハ不當利得ノ原因タル事實發生地法ニシテ現行法例第十一條第一項ニ依レバ不當利得ニ適用セラルル法律ハ債權ノ原因タル事實發生地法ナリ債權ノ原因タル事實トハ卽チ不當利得ナリ是レ猶ホ事務管理、不法行爲、契約等ガ債權發生ノ原因ナルガ如シ故ニ不當利得ニ因リテ生ズル債權ノ原因タル事實ノ發生シタル地ノ法律トハ不當利得アリタル地ノ法律ト云フト同一ナリ然ルニ不當利得アリタル地ハ利益ヲ受ケタル地又ハ損失アリタル地ヲ謂フニ非ズシテ不當利得ノ原因タル事實アリタル地ヲ謂フモノナリ故ニ舊法例第七條ト現行法例第十一條第一項トハ只ダ書キ方ヲ異ニスルノミニシテ其內容ハ同一ナリ舊法例第七條ノ方ガ法意ヲ的確ニ表現シ居レリ今兩規定ノ內容ガ同一ナルコトヲ左ニ說明スベシ

先ヅ不當利得者ガ受クル利益ノ方面ヨリ不當利得地ヲ確定スルコト能ハザル所以ヲ述ベンニ日本民法第七百三條ニ謂フ利益ナル語ハ他國ノ法律ニテモ類語若クハ同語ニ由リテ表現セラル(例ヘバ佛民第一三七六條、獨民第八一二條、第八一八條、瑞債第六二條、第六四條、西民第一八九六條、葡民第七五八條、伊民第一一四七條、第一一四八條、第一一四九條、蘭民第一三九五條乃至第一三九九條)而シテ不當利得法ニ謂フ利益ヲ受クルトハ財產ノ增加又ハ財產減少ノ防止ヲ謂フガ故ニ受益者ノ財產所在地ガ卽チ不當利得地ナルガ如シ然ルニ一般ノ財產ノ所在地ナル者ナキ

ガ故ニ若シ增加又ハ減少ノ防止ガ一般ノ財產ニ付テ起ルモノトスルトキハ財產增加地又ハ財產減少ノ防止地ナルモノナシ隨テ不當利得地ナキコトトナルベシ是ニ於テ個々ノ財產ニ付キ增加又ハ減少ノ防止ガ起ルモノトスルトキハ不當利得地ヲ確定スルコトヲ得ルガ如シ例ヘバ非債辨濟ニ因リ金錢ヲ受ケタルトキハ受益者ガ有スル他ノ金錢ノ所在地ニ於テ財產ガ增加シタル如シ然レドモ受益者ハ必シモ金錢ヲ有スル者ニ非ズ況ンヤ金錢所在地ガ數多アルトキハ何レガ不當利得地ナルヤヲ定ムル能ハズ要スルニ利益ノ方面ヨリ不當利得地ヲ確定スルコトハ不能ナリ併シ乍ラ損失ノ方面ヨリ不當利得地ヲ確定スルコトモ亦不能ナリ蓋シ損失トハ利益ノ喪失又ハ減少ヲ謂フモノニシテ利益ニハ所在地ナキガ故ニ其喪失地又減少地ナルモノモ亦之ナシト云ハザル可ラズ

不當利得ノ原因

惟フニ舊法例第七條ノ不當利得ノ原因タル事實發生地ヲ以テ不當利得地ト見ルトキハ凡テノ不當利得ニ付キ其成立地ヲ確定スルコトヲ得不當利得ノ原因ヲ分チテ五ト爲ス

受益者ノ行爲

(一) 受益者ノ行爲

受益者ノ行爲ニ因リ不當利得ガ生ジタル場合ニハ其行爲アリタル地ガ卽チ不當利得地ナリ然ルニ此行爲ガ數國ニ亙ル場合ニハ各地ヲ以テ不當利得地トス例ヘバ數地ニ於テ他人ノ物品ヲ繼續的ニ消費シタル場合ノ如シ此場合ニ消費行爲ガ不法行爲ヲ構成スルトキハ不當利得ト不法行爲ノ竝立アルモノニシテ被害者ガ不法行爲ノ名義ヲ以テ損害ノ賠償ヲ請求スルモ不當利益ノ名義ニテ利益ノ返還ヲ請求スルモ其自由ナリ而シテ此場合ニ適用セラルル不法行爲地法ハ同時ニ不當利得地法ナリ但シ不法行爲ノ名義ヲ以テ損害ノ賠償利益ノ返還ヲ請求スル場合ニハ其行爲ガ日本法律ニ依リテモ尙ホ不法行爲ナルコトヲ要スレドモ不當利得トシテ利益ノ返還ヲ請求スル場合ニ不當利得地法ニ依リ不當利得ガ成立スルヲ要スルノミニテ日本法律ガ當該事實ヲ不當利得トシテ認ムルコトヲ要セザルナリ

右ハ受益者ノ行爲ガ事實行爲ナル場合ナレドモ受益者ノ行爲ガ法律行爲ナルトキハ其法律行爲ガ隔地的ナル場合ニハ法例第九條ニ依リ其成立地ヲ定ム

受益者ノ行爲ガ準法律行爲(法的行爲)ナル場合ニ於テモ尙ホ隔地的ナルコトア

リ例ヘバ國境ノ兩方ニ在ル養魚池又ハ牧場ニ在ル魚類又ハ家畜ガ一方ノ所有者ノ行爲ニ因リ(例ヘバ水門又ハ柵ノ撤去)混和ヲ生ジ行爲者ノ所有ニ歸シタル場合ノ如シ此場合ニハ行爲者ノ現在地ヲ不當利得地ト見ルベシ

損失者ノ行爲

(二) 損失者ノ行爲

損失者ノ行爲アリタル地ガ不當利得地ナリ其行爲ガ事實行爲ナルト法律行爲ナルト將タ準法律行爲ナルトハ問フ所ニ非ズ然レドモ何レノ地ニ此等ノ行爲ガアリタルヤヲ確定スルコト往々困難ナル場合アリ例ヘバ郵便爲替ニ因ル給付ニ付キテハ不當利得地ハ爲替ノ取組地ナリヤ又ハ爲替金額受領地ナリヤ又振替口座ニ宛テタル拂込ニ付キテハ不當利得地ハ金額拂込地ナリヤ又ハ口座名義人ノ現在地ナリヤ惟フニ郵便爲替ニ在テハ受取人ガ爲替金額ヲ受取リタルトキ利益ヲ受クル者ニシテ爲替ノ取組ハ資金拂込者ト郵便局間ノ法律關係ニ過ギズ(郵便局ハ傳送(ユウバーミッテルン)ノ義務ヲ負フ)金額受取人ニ對スル資金拂込者ノ行爲ハ受取人ガ金額ヲ受取リタルトキ成立スルガ故ニ其受取地卽チ郵便局所在地ガ不當利得地ナリ然ルニ振替口座宛ノ拂込ハ之ニ由リテ口座名義ノ計算ニ歸スルガ故ニ口座名義人ハ此時利益ヲ得タル者ナリ隨テ口座宛ニテ金額ヲ拂込ミタル地ガ不當利得地ナリ

損失者ト受益者トノ行爲

(三) 損失者ト受益者トノ行爲

此行爲ガアリタル地ガ不當利得地ナリ例ヘバ債權讓渡契約ノ原因行爲ガ無效ナル場合ニ讓渡人ガ一旦移轉セル債權ヲ再ビ自己ニ移轉スルコトヲ請求スル權利ハ讓渡契約ノ成立地法ニ依リテ定マル

第三者ノ行爲

(四) 第三者ノ行爲

不當利得ガ第三者ノ行爲ニ因リテ生ジタル場合ニ其行爲アリタル地ガ不當利得地ナリ例ヘバ裁判所ガ競落人ヨリ受取リタル競賣代金ヲ誤ツテ配當受領權ナキ者ニ交付シタル場合ニハ其交付地ガ卽チ裁判所ノ行爲アリタル地ニシテ不當利得地ナリ

事實

(五) 事實

人ノ行爲ニ因ラザル不當利得ニ付テハ其原因タル事實發生地ガ不當利得地ナリ例ヘバ附合又ハ混和ガ人力ニ因ラズシテ生ジタル場合ノ如キ是レナリ此場

合ニハ其附合又ハ混和アリタル地ガ不當利得地ナリ

法例第十一條第一項ガ不當利得地法ヲ以テ不當利得ノ成立及ビ效力ヲ定ムル所以ハ不當利得地ノ公益ヲ保護スル爲メナリ而シテ此法律ニ依リ不當利得ト定マリタル事實ハ我國ニ於テモ之ヲ不當利得トシテ認メザル可ラザルモ之ガ爲メニ法例第三十條ノ適用ヲ妨グルモノニ非ズ故ニ例ヘバ不法原因ノ爲メニ給付ヲ爲シタル場合ニ不當利得地法ガ損失者ノ返還請求權ヲ認ムルモ我國ニ於テハ之ヲ認ムルコトヲ得ズ(日民第七〇八條)一例ヲ擧ゲンニ墺國民法第八百七十九條ハ獨逸民法第六百五十六條ト同樣ニ所謂媒酌契約(Ehemäklervertrag, Courtage matrimonial, mariage brokage contract)ヲ無效ナリト定ムレドモ獨逸民法ノ如ク媒酌人ニ支拂ヒタル金錢ノ返還請求ヲ認メザル明文ナキ故ニ同條ノ解釋ニ付キ議論アレドモ返還ノ請求ヲ認ムルト解スルトキハ其請求權ハ我公ノ秩序善良ノ風俗ニ反スルガ故ニ我國ニ於テハ之ヲ認ムルコトヲ得ザルナリ

佛國民法ニ依レバ婚姻ガ無效ナリト宣告セラレタル場合ニ於テモ當事者ガ善意ニテ婚姻ヲ爲シタルトキハ當事者ガ婚姻ニ因リテ得タル利益ノ返還ヲ爲スコトヲ要セズ(佛民第二百一條ノ解釋)然ルニ我民法ニ依レバ善意ノ當事者ト雖モ現ニ利益ヲ受クル限度ニ於テ其返還ヲ爲スコトヲ要ス(日民第七八七條第二項)然レドモ佛國人ハ其本國ノ規定卽チ不當利得地法ニ依リ我裁判所ニ於テ利益ノ返還ヲ拒絕スルコトヲ得蓋シ法例第三十條ハ不當利得ノ成否ニ付テハ適用ヲ及ボサザレバナリ而シテ佛國民法ガ善意ナル當事者ノ利益收受ヲ以テ不當利得ト認メザル以上ハ我國ニ於テモ亦之ヲ不當利得ト認ムルコトヲ得ズ要スルニ一定ノ事實ガ不當利得ヲ構成スルヤ否ヤハ其事實ノ有リタル地ヲ前述ノ如ク假リニ不當利得地ト見テ反撥的ニ之ヲ定ムルナリ

法律ニ因ル移轉

第七節　債權移轉

甲　法律ニ因ル移轉

參照 Shumann, die Forderungsabtretung im deutschen, franz. u. engl. Recht; Freiherr von Schwerin, Ueber den Begriff der Rechtsnachfolgen im geltenden Rechte.

日本民法第四二條、第四二二條、第四七四條、獨逸民法第四一二條、第二六八條第三項、第四

二六條第二項、第七七四條第一項、第一一四三條第一項、第一二二五條、第一二四九條第二項、第一四三八條、第一五一九條第二項、第一五四九條、第一六〇七條第二項、第一七〇九條第二項

（註一）佛國民法ニ於ケル債權ノ法律上ノ移轉ハ Crome ニ又英法ニ付テハ Anson, p. 295 以下ニ列擧セリト云フ（しゅまん一八〇頁註）

（註二）法律ニ依リ債權ガ移轉スル場合鮮カラズ相續又ハ法人殊ニ會社ノ合併等ノ場合ニモ起ル現象ナルガ此ハ包括財産ノ一部トシテ移轉スル者ニシテ此處ニハ述ベズ

法律上ノ債權移轉ハ其原因タル事實ノ準據法ニ依ル之ヲ細說スレバ次ノ如シ

（一）法定代位

法定代位ノ要件（日民第五〇〇條、佛民第一二五一條、第二〇二九條、獨民第二六八條、第四二六條等瑞西債第一四九條、第五〇五條）及ビ效力ハ辨濟ノ準據法ニ依ル蓋シ法定代位ノ制度ハ辨濟ニ由ル求償權ノ保護ヲ目的トスルモノナルガ故ニ此保護ヲ要スルヤ否ヤ之ヲ要ストスレバ如何ナル要件ノ下ニ保護スベキヤハ求償權ノ發生原因タル辨濟ノ準據法（下文ニ示ス）ニ依リテ定マル例ヘバ連帶債務者及ビ不可分債務者ノ法定代位ヲ認ムベキヤノ問題ノ如キ是レナリ

（二）殘餘財産ノ歸屬（日民第七二條、獨民第四五條、第四六條、第八八條、瑞西民第五七條）

法人ガ解散シタル場合ニ清算ノ結果生ジタル殘餘財産ガ何人ニ歸屬スルヤハ其法人ノ準據法（卽チ本國法）ニ依リテ定マル

（三）扶養請求權

一定ノ親族ニ對スル扶養請求ノ訴追ヲ內國ニ於テ爲シ能ハザル場合又ハ其訴追ガ殊ニ困難ナル場合ニ次順位ノ親族ガ扶養ヲ爲ストキ先順位ノ親族ニ對スル扶養請求權ガ此次順位ノ親族ニ移轉スルヤ（例ヘバ獨民第一六〇七條第二項）否ヤハ扶養義務者ノ本國法ニ依リテ定マル（法例第二一條）

（四）寄附行爲

寄附財産ヲ構成スル債權ガ財團法人ニ移轉スル時期ハ寄附行爲ノ準據法卽チ寄附行爲地法ニ依リテ定マル遺言ヲ以テ寄附行爲ヲ爲ス場合ニ於テモ遺言ノ準據法（法例第二六條）ハ債權移轉時期以外ノ問題ヲ解決スル標準ト爲ルノミ

（五）賠償義務者ノ代位（日民第四四二條、獨民第二五五條）

賠償義務者ノ代位ハ債務不履行ノ結果ナルガ故ニ不履行ノ準據法ニ依ル(債務不履行ノ準據法ハ後文ニ說述ス)

裁判ニ因ル債權移轉

乙　裁判ニ因ル債權移轉

金錢債權ヲ差押ヘタル場合ニ差押債權者ニ對シ債務者ガ第三債務者ヨリ受クベキ債權ヲ券面額ニテ差押債權者ノ申請ニ依リ轉付スル命令ヲ裁判所ガ發スルコトヲ得ルヤ否ヤハ訴訟地法ニ依リテ定マル蓋シ轉付命令ハ强制執行ノ手續ニ屬スルガ故ニ訴訟地法ニ依ルベキハ勿論ナリ

舊法例第十三條第二項ニハ「裁判及ヒ合意ノ執行方法ハ其執行ヲ爲ス國ノ法律ニ從フ」トアリ現行法例ニハ此ノ如キ條文ナシト雖モ立法者ハ之ヲ以テ自明ノ規定ト考ヘタルナリ法例修正草案參考書ニ曰ク「訴訟手續及ビ執行方法ハ所謂法廷地法ニ屬シ之ヲ爲ス國ノ法律ニ從ハザルベカラザルコトハ各國ノ立法者及ビ法學者ノ普ク認ムル原則ニシテ法學ノ敎科書又ハ列國間ニ行ハルベキ國際條約若クハ國際法典ニ於テハ此原則ヲ明言スルヲ要スト雖モ一國ノ法律タル法例ニ之ヲ規定スルニ至リテハ國法ノ體裁ヲ失スルモノト謂ハザルベカラズ故ニ本案ハ之ヲ刪除スルコトトセリ」ト

債權讓渡(附、債務引受)指名債權

丙　債權讓渡(附、債務引受)

(1)　指名債權

(a)　當事者間ノ問題

我法例ハ債權讓渡ノ當事者間ニ於ケル問題ニ付テハ特ニ規定スル所ナシ故ニ理論ニ依リテ之ヲ解決セザル可ラズ債權讓渡ノ準據法ハ債權讓渡ノ原因タル契約(例ヘバ賣買、贈與等)(Walker ハ遺贈ヲ原因行爲ト認ム此說不可ナリ)ノ準據法ト異ナル

英佛法ハ獨逸民法又ハ瑞西債務法ト異ナリ債權讓渡ヲ抽象的法律行爲ト爲サズ我法例ハ債權讓渡ヲ原因行爲ト切リ離シタルコトハ他ノ抽象的法律行爲例ヘバ物權的法律行爲ニ關スル規定(法例第一〇條)ニ徵シテ明ナリ因テ原因行爲ト債權讓渡ヲ別々ニ觀察スルヲ要ス

債權讓渡ノ原因行爲ハ法例第七條ニ依ル卽チ當事者ガ法例第三十條ノ範圍內ニ於テ任意ニ之ヲ定ム

債權讓渡ノ準據法ハ債權ノ準據法ニ依ル債權ノ準據法ハ債權發生ノ原因ニ依リテ異ナルコトハ已ニ說明セル所ナリ例ヘバ契約ニ因リテ生ズル債權ノ準據法ハ當事者ノ意思ニ依リテ定マリ(法例第七條)不法行爲ニ因リテ生ズル債權ノ準據法ハ不法行爲地法ナルガ如シ(法例第一一條)何ガ故ニ債權讓渡ノ準據法ハ債權ノ準據法ト同一ナルヤ獨逸ノ學說ハ之ニ答ヘテ曰ク「債權ガ新債權者ニ移轉スルヤ否ヤハ舊債權ガ尙ホ存續スルヤ否ヤノ問題ナレバナリ」ト(Gebhard 案理由 Walker, S. 459 ; Bar, § 76)

英國ノ學說モ亦債權ノ讓渡性ヲ其債權ノ準據法ニ依リテ定ム(Westlake, § 236, § 237) 而シテ債權讓渡ノ成立ハ債務ノ所在地タル債務者ノ住居地ノ法律ニ依リテ定マリ其效力殊ニ債務者ニ對スル效力ハ債務發生ノ原因タル契約ノ準據法ニ依リテ定マル Dicey (p. 565 e. s.) Hibber (p. 171) 等ハ讓渡ノ成立ト效力トヲ區別セズ債務ノ所在地法ヲ以テ讓渡ノ準據法ト爲ス

法例ハ債權讓渡ノ當事者間ニ於ケル關係ノ準據法ヲ特ニ定メザレドモ其立法的根據タル法律關係性質說ヨリ打算スルトキハ債權讓渡ハ讓渡セラルベキ債權ノ準據法ニ依ルベキハ當然ナリト云フ可シ故ニ讓渡セラルル債權ノ準據法ガ讓渡ヲ禁ズルトキハ之ニ反スル讓渡ハ無效ナリ例ヘバ豫約ニ因ル債權又ハ將來ノ債權ノ準據法ガ此等債權ノ讓渡ヲ認メザルトキハ其讓渡ハ無效ナリ又英法ニ依レバ材料供給ノ請求權ヲ有スル工場所有者ハ此權利ヲ讓渡スルコトヲ得ズ (Schumann, S. 122) 隨テ其讓渡ハ無效ナリ扶養ヲ受クル權利ノ準據法タル扶養義務者ノ本國法(法例第二一條)ガ此權利ノ處分ヲ禁ズルトキハ其讓渡ハ無效ナリ

抽象的法律行爲ト原因行爲トヲ區別スル價値ハ獨逸ニ於テモ之ヲ疑フ者アリ (Schumann, S. 98) 國際私法上ニ於テモ兩者ノ準據法ヲ區別スル價値ハ之ヲ疑フ餘地アリト雖モ我法例ノ解釋トシテハ本文ノ如クナラザルベカラズ

(b) 以上ハ債權讓渡ノ當事者間ニ於ケル問題ヲ觀察シタルモノナレドモ債權讓渡ノ問題ヲ獨逸ノ學說ノ如ク債權存在ノ問題ト見ルトキハ其準據法ハ當事者間ニ於ケル場合ト第三者ニ對スル場合トニ依リテ異ナルモノニ非ズ故ニ獨逸ノ學說ガ之ヲ區別セザルハ當然ナリ然ルニ我法例ハ債權讓渡ノ第三者ニ對

スル效力ノ準據法ヲ債權讓渡ノ當事者間ニ於ケル關係ノ準據法ト區別シテ之ヲ規定セリ第十二條是レナリ同條ニ曰ク

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

此規定ノ根據トスル所ハ債權ハ債務者ノ住所地ニ在ルモノナルガ故ニ(失踪宣告ノ部參照)第三者ハ其地ノ法律ヲ注目スベク隨テ同地ノ法律ニ依リテ讓渡ノ對抗力ヲ定ムルハ第三者ノ利益ヲ保護スル道ナリト云フニ在リ卽チ第三者ニ對スル通知ハ讓渡當事者ノ何レヨリ爲スベキヤ又通知ノ方法(例ヘバ書面又ハ口頭)如何ノ問題ハ債務者ノ住所地法ニ依リテ定マル故ニ例ヘバ外國人ガ我記名公債證券ヲ讓受ケタル場合ニハ大藏省ニ登錄スルコトヲ要ス然ルニ一說ニ依レバ債權讓渡ニ關スル債務者ノ承諾又ハ之ニ對スル通知ハ債務者ノ利益ヲ保護スル公示方法ニシテ債務者ノ住所ニ於テ之ヲ爲スヲ通例トスルガ故ニ其地ノ法律ヲ適用セルナリト(遠藤氏國際私法二四二頁、佐々野氏日本國際私法二〇〇頁、佐々氏國際民商法提要一九四頁、一九五頁)本說ハ債務者ノ承諾又ハ之ニ宛テタル通知ヲ以テ債權讓渡ノ第三者ニ對抗スル條件ナリト前提スルモノナルガ故ニ債務者ノ住所地法ガ此等ノ承諾又ハ通知ヲ對抗條件トシテ要求セザル場合ニ尙ホ且ツ債務者ノ住所地法ヲ適用スル理由ヲ說明スルニ足ラザルナリ法例第十二條ニ謂フ債務者ノ住所地法ハ讓渡セラルル債權ガ發生セシ當時ニ於ケル住所地法ニ非ズ債權ノ所在地ハ債務者ノ住所ノ變更ト共ニ亦變更スレバナリ併シ乍ラ債務者ノ承諾又ハ之ニ對スル通知ヲ爲ス當時ニ於ケル住所地法ニモ非ズ承諾又ハ通知ヲ要セザル場合アレバナリ余ハ法例第十二條ニ謂フ債務者ノ住所地法ヲ債權讓渡ノ當時ニ於ケル債務者ノ住所地法ト解ス

(c) 方式

債權讓渡ノ方式ハ法例第八條ニ依ル卽チ讓渡ノ效力ノ準據法タル債權ノ準據法ニ依ルモ又ハ讓渡ヲ爲シタル地ノ法律ニ依ルモ有效ナリ(書面ノ作成ヲ要スル主義、瑞債第一六五條第一項、無方式主義、日本民法、佛國民法、獨逸民法及ビ英法等)

參照 Poullet, 280.

債權讓渡ニ付テ述ベタル所ノモノハ債務引受ニモ準用セラル卽チ引受ケラル

ル債務ノ準據法ガ引受ノ要件及ビ效力ヲ定ム(同說 Enneccerus, § 321 ; Walker, S. 434) 故ニ佛國民法ノ如ク債務引受ヲ認メザル法律ヲ準據法トスル債務引受ハ無效ナリ

(註) Grasserie ニ依レバ債務引受ハ獨逸民法ノ創作物ニシテ佛國民法ノ知ラザル所ナリ(同氏佛譯獨逸民法第四一四條前註) 英法ニ債務引受ノ制度アルヤ否ヤニ付テハ議論アリ Curti (II, 97 ff.)ハ組合及ビ保險ニ付テ債務引受ノ存在ヲ認ム Shuster (The principles of German Civil Law, 180)ハ英法ニ於ケル債務引受ヲ否認ス

參照 Zitelmann, II, S. 388, 395, 450.

(2) 指圖債權

指圖債權ニ二種アリ一ハ法律上ノ指圖債權ニシテ一ハ當事者ノ意思ニ依ル指圖債權ナリ

(a) 法律上ノ指圖債權

法律上ノ指圖債權ヲ代表スルモノハ手形ナリ何ガ手形ナルヤハ手形行爲地法ニ依リテ定マル(日本商法施行法第一二五條)例ヘバ手形文句(手形文句ヲ要求スル例、日商第四四五條、獨第四條、瑞第七二條、伊第二五〇條、手形文句ヲ要求セザル例、英、米、佛)又ハ指圖文句(指圖文句ヲ要求スル例、佛第一一〇條、白第一條、西第四四四條、之ヲ要求セザル例、英、獨)ノ記載ナキ證券ヲ手形ト見ルベキヤノ問題ハ手形行爲地法ニ依リテ定マル而シテ手形行爲地法ニ依リ手形ト認メラレタル證券ニ振出人ノ禁轉文句ノ記載ナキ以上ハ之ヲ裏書讓渡スルコトヲ得ルモノナレドモ裏書ガ有效ナルヤ否ヤハ裏書地ノ法律ニ依リテ定マリ讓渡シタル權利ノ準據法ニ依ルモノニ非ズ(日本商法施行法第一二五條第一項)併シ乍ラ裏書ガ裏書地法ニ依リ無效ナル場合ト雖モ裏書ガ日本法律ニ依リ有效ナルトキハ爾後日本ニ於テ日本法律ニ依リ爲シタル裏書ハ有效ナリ(日本商法施行法第一二五條第二項)故ニ連續セザル裏書モ亦有效ト看做サル精シク言ヘバ外形上連續スル裏書ガ外國ニ於テ爲サレタル分ハ方式上無效ニシテ日本ニ於テ爲サレタル分ハ方式上有效ナリ故ニ日本法律ヨリ見レバ裏書ハ連續ヲ缺クモノナリ

第三者ニ對スル裏書讓渡ノ效力モ裏書地法ニ依リテ定マリ債務者ノ住所地法ニ依ルモノニ非ズ要スルニ手形債權ノ讓渡ハ指名債權ノ準據法ト異ナルモノ

トス然レドモ振出人ノ禁轉文句アル手形ヲ讓渡スル場合ハ指名債權ノ讓渡ニシテ法例第十二條ニ依ル

外國ニ於テ爲シタル手形行爲ガ其外國ノ法律ニ依リ方式上無效ナルモ日本法律ニ依リ方式上有效ナル場合ニ當事者ガ總テ日本人ナルトキハ其外國ニ於テ爲シタル手形行爲ヲモ有效トス(商法施行法第一二五條第二項)故ニ例ヘバ外國ニ於テ爲サレタル振出行爲及ビ其他ノ手形行爲ハ有效ナリ

貨物引換證及ビ船荷證券ノ裏書讓渡ハ運送契約ノ準據法ニ依ル此等ノ證券ハ運送契約ヲ基礎トスル要因的證券ナレバナリ而シテ運送契約ノ準據法ハ法例第七條ニ依ル倉庫證券モ寄託契約ヲ基礎トスル要因的證券ナルガ故ニ其裏書讓渡ハ寄託契約ノ準據法ニ依ルモノトス(法例第七條)

(b) 當事者ノ意思ニ因ル指圖債權

契約自由ノ原則ヲ認メ且ツ指圖債權發行ノ範圍ヲ限定セザル國ニ於テハ當事者ガ指圖債權ヲ設定シ得ザル理由ナシ卽チ當事者ハ指圖文句ノ記載ニ由リテ裏書讓渡ヲ爲シ得ル債權ヲ設定スルコトハ自由ナリ裏書讓渡ノ當事者間ニ於ケル問題ハ其債權ノ準據法ニ依ル是レ債權ノ讓渡ハ從來ノ債權存在ノ問題ナレバナリ第三者ニ對スル債權讓渡ノ效力ハ法例第十二條ニ依ラズ裏書地法ニ依ル是レ指圖債權ガ證券債權タル性質ヨリ生ズル結果ナリ

(3) 無記名債權

無記名債權ノ讓渡ハ債權ヲ體現スル證券發行地ノ法律ニ依ル然ルニ無記名債權ノ讓渡ハ證券ノ交付ニ由リテ行ハルルガ故ニ當事者間ニ於テ問題ヲ生ズルコト殆ド之ナシト雖モ無記名證券ガ盗難遺失等ニ由リ權利者ノ占有ヲ離レタル場合ニ善意ニ之ヲ取得シタル者ト債務者トノ關係ハ從來議論ノ對象トナリタルモノナリ此點ニ付テ鄙見ヲ約言スレバ次ノ如シ

(a) 日本ニ於テ發行シタル無記名證券ガ失占後外國ノ市場ニ於テ買ハレタル場合　我國ニ於テ除權判決ニ由リ該證券ノ無效ヲ宣告シタルトキハ發行者ハ善意ノ證券取得者ニ對シテモ履行ノ責ナシ除權判決ナキ場合ニハ債務ノ目的物ヲ供託スルカ又ハ相當ノ擔保ヲ得テ履行ヲ爲スコトヲ得ルモノトス(日商第二八一條)

(b) 外國ニ於テ發行シタル無記名證券ガ失占後日本市場ニ於テ買ハレタル場合　外國ノ無記名證券ハ未ダ日本ノ市場ニ於テ賣買セラレザレドモ將來我市場ニ於テ取引ノ目的ト爲ル場合ニ外國ニ於テ宣告セラレタル除權判決ガ確定シタルトキト雖モ善意ノ證券取得者ハ無記證券發行地ノ如何ニ拘ハラズ我國ニ於テ保護セザル可ラズ故ニ日本ニ在ル證券發行者ノ財產ニ對シテ强制執行ヲ爲スコトヲ得ルナリ

伊佛ノ學說

獨逸ノ學說

第八節　債權消滅

第一項　履行

履行ハ履行地ノ法律ニ依リテ定ムルト云フハ伊佛ノ學說ナリ (Fiore, 193 e. s.; Despagnet, 311) 就中で氏ハ辨濟ハ一ノ執行(Execution)ナルガ故ニ執行地ノ法律 (lex loci executonis) ニ依ラザル可ラズ而シテ執行地ハ不動產ニ關スル債務ニ付テハ不動產所在地ニシテ動產ニ關スル債務ニ付テハ契約成立ノ當時ニ執行ヲ爲シ得ベキ地ナリ其他ノ債務ニ付テハ債務者ノ住所地ナリト云ヘリ然ルニ獨逸ノ學說ハ債權ノ準據法ハ債權ノ消滅殊ニ履行ヲ定ムト云ヘリ就中 Zitelmann ハ其理由ヲ說明シテ曰ク「債務者ヲ拘束スル法律ガ其拘束ヲ解ク法律ト同一ナルベキハ當然ナリ卽チ履行ノ要件ト履行ノ效力トハ債權ノ準據法ニ依ルベキモノナリ」ト思フニ此ハ債權ノ消滅問題ハ債權ノ存在スルヤ否ヤノ問題ナリト云フニ根據スルモノナリ而シテ Zitelmann ノ說ニ依レバ履行ノ要件トハ履行ノ時期、履行地、履行者及ビ履行受領者ヲ謂ヒ履行ノ效力トハ主トシテ履行ノ充當、代物辨濟ニ於ケル債務者ノ擔保義務ヲ謂フ (Zitelmann, II, S. 396) 此考ハ我國際私法ノ解釋トシテモ固ヨリ適當ナルモノト見ザルベカラズ然レドモ個々ノ點ニ於テハ必シモ贊成スル能ハズ

履行者

(1) 履行者　債務者及ビ其代理人ガ履行ヲ爲シ得ルコトハ恐クハ何人モ疑フコトナカルベシト雖モ無能力者及ビ第三者ガ履行者タルヲ得ルヤノ問題ヲ解決スル準據法ハ何レノ國ノ法律ナリヤ余ノ考ニ依レバ無能力者ガ履行者タリ得ルヤ否ヤノ問題ハ債權ノ準據法ニ依ラズ法例第三條ニ依リテ決スベキモノナリ此場合ニ辨濟ガ取消サルルト否トニ依リ債權ノ運命ガ左右セラル故ニ履行者ノ無能力問題ハ債權ノ存在問題ニ歸着シ隨テ債權ノ準據法ニ依ルベキガ如

シト雖モ此ノ如ク解釋スルトキハ無能力ニ關スル我法例ノ規定ハ存在ノ意義ヲ失フ故ニ例ヘバ無能力者ガ法定代理人、保佐人又ハ夫ノ同意ヲ得ズシテ辨濟トシテ讓渡行爲ヲ爲シタル場合ニハ其本國法ニ依リ之ヲ取消スコトヲ得ルナリ然ルニ取消ノ結果引渡シタル物ノ所有權ガ無能力者ニ復歸スル場合ニ債權者ガ更ニ有效ナル辨濟ヲ受クルマデ其物ヲ留置シ得ルヤ(日民第四七六條)此問題ハ此權利ヲ債權ノ效力ト見ルトキハ債權ノ準據法ニ依リテ定マリ之ヲ物權ト見ルトキハ留置サレタル物ノ所在地法ニ依リテ定マル(法例第一〇條)惟フニ一箇ノ法律關係ガ債權關係ナリヤ又ハ物權關係ナリヤニ付キ準據法ノ衝突ガ生ジタルトキハ物權規定ガ公益規定ナルノ故ヲ以テ物ノ所在地法ニ依リテ此權利ノ有無ヲ定ムルノミナラズ其權利ノ性質ヲモ定ムベキモノトス

第三者ガ辨濟ヲ爲シ得ルコトハ一般ノ國ニ於テ認ムル所ナレドモ只ダ債務者ノ意思ニ反シテ辨濟ヲ爲シ得ルヤ否ヤノ點ニ付テ各國ノ制度ガ異ナル併シ此問題モ亦債權ノ準據法ニ依リテ定マル卽チ債務ノ辨濟ヲ爲シ得ル第三者ノ資格ハ債權ノ準據法ニ依リテ定マル(殊ニ如何ナル人ガ債務ノ辨濟ニ付キ利害關係ヲ有スルヤノ問題ノ如キ是レナリ

履行受領者

(2) 履行受領者　ノ資格モ亦債權ノ準據法ニ依リテ定マル例ヘバ辨濟者ガ辨濟トシテ法律行爲ヲ爲ス場合ニ辨濟受領者ガ能力者ナルヤ否ヤ又無能力者ナルトキハ其法律行爲ハ無效ナルヤ又ハ取消シ得ルヤハ個々ノ能力ノ規定(法例第三條、第四條、第五條、第一四條)ニ依リテ定マル

履行期

(3) 履行期　ハ債權ノ準據法ニ依ル殊ニ一定ノ事實ヲ履行期ト見ルヤ條件ト見ルヤト云フ解釋問題ハ債權ノ準據法ニ依リテ解決セラル又期間ヲ以テ履行期ヲ定メタル場合ニ其算定(初日ヲ算入スルヤ否ヤ)ニ付テモ問題ヲ生ズベシ是亦債權ノ準據法ニ依リテ解決セラルルモノトス併シ乍ラ辨濟實行ノ時間ハ履行地ノ法律ニ依ル例ヘバ履行地ニ於ケル取引時間ノ規定ハ辨濟者ニ於テ遵守セザル可ラズ(後文履行ノ體樣ニ關スル說明ヲ參照スベシ)時差ノ問題例ヘバ當事者ガ履行日ヲ確定セル場合ニ債權ノ準據法ノ屬スル國ノ時ニ依ルカ又ハ履行地ノ時ニ依ルカノ問題ヲ生ズルトキハ當事者間ニ反對ノ意思表示ナキ限リ履行地ノ時ニ依ル

履行地

(4) 履行地　トハ何レノ地ナリヤ此ハ當事者ガ定メタル場合ニハ契約自由ノ原則ニ依リ我國ニ於テモ之ヲ認ムベキハ勿論ナレドモ契約ニ於テ之ヲ定メザル場合ニハ左ノ結果ヲ生ズ

第一ハ當事者ガ履行ノ場所ヲ定メタル場合

此場合ニハ其場所所在國ガ履行地ナリ

第二ハ當事者ガ履行ノ場所ヲ定メザル場合

此場合ニハ履行セラルベキ債權ノ準據法ガ定メタル履行ノ場所例ヘバ債權者又ハ債務者ノ住所、營業所、特定物ノ所在地等ノ存在スル國ガ履行地ナリ

履行ノ體樣

今日一般ニ認ムル國際私法上ノ學說ニ依レバ所謂履行ノ體樣(Modus)ハ履行地法ニ依リテ管轄セラル併シ是ハ當事者ノ意思ヲ推定シタルモノナリ故ニ當事者ハ他ノ法律ニ依ルコトヲ得何ガ履行ノ體樣ナルヤハ說ク人ニ依リテ必シモ同ジカラザルモ少クモ取引時間及ビ支拂ハルベキ貨幣ノ種類及ビ度量ガ之ニ屬スルコトニ付テハ意見一致セリ故ニ我國ガ履行地ナル場合ニハ支拂ハルベキ貨幣ノ種類ニ付テハ民法ノ規定ニ從フ

供託

辨濟ノ充當

貨幣ノ種類ハ履行地法ニ依リテ定マルト云フ通說ニ反對スル者亦之ナキニ非ズ例ヘバちーてるまん氏ノ如キ是レナリ同氏ハ貨幣ノ種類ハ債權ノ準據法ニ依ルベシト云ヒ(II, S. 396)獨逸民法第二百四十四條ニ「外國ノ通貨ヲ以テ明示シタル金錢債務ヲ內國ニ於テ辨濟スベキトキト雖モ特ニ外國ノ通貨ヲ以テ支拂フベキコトヲ明約シタル場合ヲ除ク外內國ノ通貨ヲ以テ支拂ヲ爲スコトヲ得」トアルヲ解シテ此ハ獨逸人ガ債務者ナル場合ヲ定メタル規定ナリト解セリ

履行ノ體樣ノ外履行地法ニ依ルベキモノハ供託ノ手續ナリ供託ガ債權消滅ノ原因タルヤ否ヤハ債權ノ準據法ニ依ル然シ乍ラ供託ノ手續ハ履行地外ノ法律ニ依ルコトガ事實上不可能ナリ其理由ハ供託所ハ或ハ法令ニ依リテ定マリ(金庫、倉庫營業者)或ハ裁判所ノ指定ニ依リテ定マルモノニシテ履行地ニ在ルヲ要スレバナリ(日民第四九五條第一項、獨民第三七四條)

辨濟ノ充當中任意充當ハ契約ナルガ故ニ當事者ハ法例第七條ニ依リ其準據法ヲ定ムルコトヲ得準據法ニ依リテ充當ヲ定ムルコトハ實際ニ於テハ生ズルコト稀ナルベシ何トナレバ當事者ハ準據法ノ指定ニ依リテ充當ヲ爲スヨリモ直接ニ辨

濟ヲ充當スル債務、給付、元本、利息及ビ費用ヲ指定スル方ガ便利ナレバナリ併シ乍ラ一定ノ國ノ法定充當ノ規定ニ依ル旨ヲ當事者ガ宣言シタルトキハ準據法指定ト云フ間接ノ方法ニ依リ任意ニ充當シタルモノト見ルベキガ故ニ我國際私法上之ヲ認メザルベカラズ

國際私法上ノ實際問題トシテ生ズルモノハ當事者ガ直接間接ニ任意充當ヲ爲サザル場合ナリ然ルニ法定充當ノ規定ハ原來當事者ノ意思ヲ推定シタルモノナルガ故ニ何レノ國ノ法律ニ依リテ法定充當ヲ爲スベキヤハ當事者ノ意思ヲ推定シテ定メザルベカラズ債權ノ準據法ト履行地法トヲ比較シテ考フルニ履行地法ヲ適用スルコトガ當事者ノ意思ニ適合スル場合モアリ又債權ノ準據法ニ依ルコトガ其意思ニ適合スル場合モアルナリ履行地法ノ適用ガ其意思ニ適合スル場合ハ充當ノ目的タル各債權ノ準據法ガ異ナル場合ナリ此場合ニハ當事者ガ何レノ債權ノ準據法ニ依ル意思ナルヤハ明知スルコト能ハザルガ故ニ當事者ハ履行ナル行爲ヲ爲ス地ノ法律ニ依ル意思ナリト解釋スベキナリ(法例第七條第二項準用)然ルニ各債權ノ準據法ガ同一ナル場合及ビ一個ノ債權ヨリ數個ノ給付ガ發生スル

代物辨濟

場合ニハ其債權ノ準據法ニ依ルモノト解セザルベカラズ元本利息及ビ費用ノ請求權ガ競合スル場合ニ於テ各請求權卽チ債權ノ準據法ガ同一ナルトキハ其準據法ニ依リ、相異ナルトキハ履行地法ニ依リテ充當ヲ爲ス而シテ元本ト利息トハ其準據法ヲ異ニスルノミナラズ其履行地ガ異ナル場合ニハ元本ノ準據法ニ依リテ充當ヲ爲ス

代物辨濟ノ準據法ハ何レノ國ノ法律ナリヤ抑モ當事者ガ債務ノ本旨ヲ實現セザルモ之ヲ實現シタル場合ト同一ノ價値アル行爲ヲ以テ債權消滅ノ原因トシテ定ムルコトハ契約自由ノ原則ヨリ生ズル當然ノ結果ナリ果シテ然ラバ當事者ガ法例第七條ニ依リ代物辨濟ナル契約ノ準據法ヲ定ムルコトヲ得ルヤ明ナリ併シ乍ラ代物辨濟ヨリ生ズル擔保義務ハ當事者ガ代物辨濟ノ準據法ト分離シテ別ニ之ヲ定ムルコトヲ得此ハ獨リ代物辨濟ヨリ生ズル擔保義務ノミナラズ賣買其他ノ有償契約ヨリ生ズル一般ノ擔保義務ニ付テモ亦均シク云ヒ得ル所ニシテ法例第七條ノ適用ニ過ギズ

不履行ノ要件及ビ效力

不履行ノ要件及ビ效力ノ準據法ハ何レノ國ノ法律ナリヤ余ハ債務不履行ノ問題

ヲ債務者ノ遲滯,履行不能及ビ不完全履行ノ三ニ分チテ說明スベシ

(a)　債務者ノ遲滯 (Foelix, N. 109)

債務者ノ遲滯ニ付テハ佛國ノ學者ハ嘗テ契約ノ效力 (effet) ト結果 (suite) トヲ區別シ當事者ガ直接又ハ間接ニ欲望スル契約上ノ權利及ビ義務ヲ效力ト云ヒ契約ノ履行又ハ契約上ノ權利行使ニ際シ偶然ニ生ジタル事實ニ基キ(例ヘバ遲滯)法律ガ發生セシメタル權利義務ヲ結果ト云ヒ前者ハ契約ノ準據法ニ依ルベキモ後者ハ事實發生地法ニ依ルベキモノト云ヘリ契約ノ效力及ビ結果ヲ區別スル考ハ Bartolus ヨリ出デタルモノニシテ佛國ノ學界ニ一時流行セシガ今日ニテハ Valery (685 Note) ノ外ハ贊成スル者無シ其所以ハ效力及ビ結果ノ區別ガ明確ナラザルニ因ル Pillet (Clunet, 96, p. 13) ハ遲滯ハ訴訟手續ナルガ故ニ訴訟地法ニ依ルベシト云ヘリ然ルニ Valery ハ佛國民法第千百三十九條ヲ引用シテ契約ヲ以テ遲滯ヲ定ムルコトヲ得ルガ故ニ遲滯ハ訴訟手續ニ非ズト云ヘリ遲滯ヲ以テ訴訟手續トスル說ハ誤レリ

按ズルニ佛白ノ學說ニハ一ツノ缺點アリ卽チ遲滯ヲ以テ契約上ノ債權關係ノミニ付テ起ルモノト前提シテ立論シタルコト是レナリ隨テ此等ノ學者ガ契約ノミニ付テ起ル效力及ビ結果說ノ當否ヲ云々スルハ無用ノ辯ナリ併シ遲滯問題ヲ債權ノ準據法ニ關係ナキモノトシテ論究スル點ハ贊成スル價値アリ蓋シ債務ノ不履行ナルモノハ債權ノ範圍ヨリ離レテ考ヘザルベカラズ固ヨリ遲滯ノ場合ニハ債務ハ必シモ消滅セザレドモ(消滅ノ例,定期行爲)遲滯ガ法律上ニ惹キ起ス現象ハ從來存在シテ居ル債權ノ範圍外ニ於テ起ルモノナリ果シテ然ラバ其準據法ハ債權ノ準據法ト切リ離シテ考ヘル必要アリ余ノ見ル所ニ依レバ債務者ノ遲滯ハ一ノ債權侵害ナルガ故ニ法例第十一條ノ準用ニ依リ遲滯アリタル地ノ法律ニ依リテ其要件及ビ效力ヲ定ムルモノトス但シ同條第二項ニ依リ日本法律ニ依リテモ尙ホ遲滯ノ要件アルコトヲ要スルヤ余ハ同項ヲ準用スル必要ナシト信ズ其理由ハ遲滯ノ要件ニ關スル我民法ノ規定ハ(民法第四一二條)任意規定ナレバナリ

(註) effet et suite 問題ハ Merlin ニ出デ Foelix ガ是ヲ祖述スト Laurent (VII, 474) ハ云フ

(b)　履行不能

履行不能ガ法律行爲ノ成立ヲ阻却スルヤ又ハ債權消滅ノ原因ナリヤハ所謂債權ノ存在問題ナルガ故ニ其債權ノ準據法ニ依リテ定マル卽チ履行不能ガ原始的ナリヤ又ハ後發的ナリヤヲ定ムル時期ハ其債權ノ準據法ニ依リテ定マル然レドモ不能ノ原因ハ履行地ノ法律又ハ社會上ノ觀念ニ依リテ定マル詳言スレバ法律上ノ不能ガ法律行爲ノ成立ヲ阻却スルヤ又ハ債權消滅ノ原因ト爲ルヤハ債權ノ準據法ニ依リテ定マルト雖モ履行不能ノ原因ト爲リタル法律ハ債權ノ準據法タル法律ニハ非ズシテ履行地ノ法律ナリ例ヘバ輸入禁止ノ地ニ禁制品ヲ輸入スル契約ヲ爲シタル場合ニ輸入ヲ禁止スル法律ハ履行地ノ法律ナリ又債權ノ準據法ガ屬スル國ノ社會觀念上可能ナル履行ガ履行地ノ社會觀念上不能ナル場合(例ヘバ沈沒シタル貨物ノ引揚ガ履行地ニ於ケル一般人ヨリ見テ不能ナル場合)ニハ矢張其履行ハ不能ナリ

(c) 不完全履行

不完全履行ハ一ノ債權侵害ナリ其債務者ノ遲滯ト異ナル點ハ外形上履行ヲ爲シタル點ニ在ルノミ故ニ債務者ノ遲滯ニ法例第十一條ヲ準用シタル如ク不完全履行ニモ亦同條ヲ準用スベキナリ

第二項　相殺

參照 Böehm, 127, 208; Despagnet, 316; Story, § 575; Zitelmann, II, S. 398; Walker, S. 450 ff.; Rolin, 998 e. s.; Dicey, 761, 768; Foote, 487; Goodrich, 160, 161; Wharton, § 788; Meili, § 107; Valery, 560, 575, 700; Westlake, § 346; Hippert, 188; Surville et Arthuys, 267; Vareilles-Sommieres, 415 e. s.

相殺ノ準據法ニ付テハ左ノ數說アリ

相殺ノ準據法ニ關スル學說

(一) 訴訟地法說

本說ハ英米ニ行ハルルモノニシテ相殺ハ訴訟手續ナルガ故ニ訴訟地法ニ依ルベシト云フモノナリ英米以外ニ於テハRolinガ本說ヲ主張ス卽チ曰ク相殺ハ公平ヲ基礎トスルモノナルガ故ニ訴訟地法ニ依ルベシト(Rolin, 996)わるりーハ相殺ハ債權者ノ請求ニ對スル防禦方法ナルガ故ニ訴訟地法ニ依ルベシト云ヘリ(Valery, 700)

(二) 債權ノ準據法ヲ適用スル說

ちーてるまんハ從來ノ獨逸學說ノ曖昧ナルニ比シ較ヤ明晰ニ相殺ノ準據法ニ關スル意見ヲ提示シタリ卽チちー氏ハ相對スル兩債權ニ付テ相殺ヲ觀察セリ原來ちー氏ハ債務者ノ本國法ヲ以テ債權ノ準據法ト爲スガ故ニ相殺ノ能動的債權及ビ受動的債權ノ準據法タル各債務者ノ本國法ニ依リ各債權ニ付キ相殺ノ要件ヲ定ムベシト云ヘリ(Zitelmann, II, S. 398)

(註) Brocher氏ハちー氏前ニ已ニ相殺ヲ兩債權ノ方面ヨリ觀察セリ(Brocher, II, p. 120 是ハ Rolin, 996 ニ依ル) Surville 氏及ビ Arthuys 氏モ亦兩面觀察ヲ爲セリ (S. Ar., 267)

(三) 債權ノ準據法ト訴訟地法トヲ共ニ適用スル說

相殺ニ由ル債權ノ消滅ハ辨濟ノ一形式ナリト云フ根據ニ基キ相殺ハ之ニ由リテ消滅スル債權ノ準據法ニ依ルヲ原則トスルモ相殺ノ要件及ビ相殺ノ禁止ハ訴訟地法ニ依ル (Walker, S. 451, 452)

(四) 相殺ノ原因發生地ノ法律ヲ適用スル說

相殺ハ契約成立後ノ事實ニ因リテ生ズルモノナリ且ツ此事實ハ契約其者ニ關係ナキモノナルガ故ニ相殺ハ契約ノ準據法ニ依ルベキモノニ非ズ此事實ガ發生シタル地ノ法律ニ依ルベキモノナリ因テ外國ニ於テ締結シタル契約ニ因リテ債務者ト爲リタル者ガ佛國ニ於テ締結シタル契約ニ因リ債權者ニ對スル債權者ト爲リタルトキハ佛國民法第千二百九十條及ビ第千二百九十三條ヲ適用スベシ併シ乍ラ裁判ニ因ル相殺及ビ訴訟上ノ抗辯ニ因ル相殺ハ訴訟地法ニ依ルベキモノトス (Despagnet, 316, Weiss, IV, p. 395 モ Despagnet ト同說ナリ但シで氏ノ如ク其論據ヲ詳述セズ)但シ此最後ノ二種ノ相殺ガ債務ノ性質上許サルベキモノナルヤハ契約ノ準據法ニ依リテ定マル又相殺契約ハ普通ノ契約ト同視スベシ(Despagnet, 316)

(註) わるりーハ相殺ノ準據法ニ關スル學者ノ態度ニハ三種アリト云ヘリ其一ハ法律上ノ相殺ト裁判上ノ相殺ヲ區別スル者、其二ハ債權發生地タル兩國ノ法律ニ依ルベシト云フ者、其三ハ最後ニ債權ヲ生ジタル地ノ法律ニ依ルベシト云フ者是レナリ (Valery, 700,)

相殺ハ債權消滅ノ原因タル點ニ於テ辨濟ト異ナルモノニ非ズ隨テ其準據法モ亦辨濟ニ同ジ只ダ相殺ハ二個ノ債權ノ消滅原因ナルガ故ニ各債權ノ準據法ニ依リ

其要件及ビ效力ヲ定ムベキモノトス而シテ相殺ノ目的タル債權ハ佛國學者ノ想像スル如キ契約上ノ債權ニ限ルモノニ非ズ契約上ノ債權ノ準據法ト不法行爲ニ因ル債權又ハ其他ノ債權ノ準據法トガ俱ニ其債權ノ相殺ヲ認ムルニ於テハ我國際私法上其相殺ハ有效ナリ

相殺ノ方法

相殺ノ要件ハ各債權ニ付キ其準據法ニ依リテ定マルガ故ニ相殺ノ不適性モ亦同一ノ準據法ニ依リテ定マル例ヘバ佛國民法ヲ準據法トスル係爭中ノ債權ト瑞西債務法ヲ準據法トスル債權ノ相殺ハ我國際私法上無效ナリ蓋シ瑞西債務法ハ係爭中ノ債權ノ相殺ヲ認ムレドモ(第一二〇條第二項)佛國民法ハ之ヲ認メザレバナリ(第一二九一條第二項)

相殺ノ方法モ亦各債權ニ付キ其準據法ニ依リテ定マル故ニ佛國民法(第一二九〇條)伊太利民法等(伊民第一二八六條、葡民第七六八條、蘭民第一四六二條)ヲ準據法トスル債權ニ付テハ相殺ノ意思表示ヲ要セザレドモ日本民法、獨逸民法等(日民第五〇六條、獨民第三八八條、瑞債第一二四條)ヲ準據法トスル債權ニ付テハ相手方ニ對シテ相殺ノ意思表示ヲ爲スコトヲ要ス故ニ此意思表示アルマデハ佛國民法ヲ準據法トスル債權ハ存續スルモノト看做サル

相殺及ビ契約交互計算ノ推定

相殺契約ノ準據法ハ法例第七條ニ依ル交互計算ノ準據法モ亦同ジ

相殺ノ推定ノ準據法ハ擬制ノ種類ニ依リテ同ジカラズ

(一) 買戻

賣主ガ買戻ノ特約ニ因リ賣買ノ解除ヲ爲ス場合ニ當事者ガ別段ノ意思表示ヲ爲サザルトキハ買戻シタル物ノ果實ト代金ノ利息トハ之ヲ相殺シタルモノト看做ス立法例アリ(例ヘバ日本民法第五七九條)此ハ當事者ノ意思ヲ推定シタル規定ナルガ故ニ買戻ノ準據法ニ依ルモノトス

(二) 親權者ノ管理計算

子ガ親權ヨリ解放セラレタルトキ親權者ガ管理ノ計算ヲ爲ス場合ニ子ノ養育及ビ財產ノ管理ノ費用ハ其子ノ財產ノ收益ト相殺シタルモノト看做ス立法例アリ(日民第八九〇條)此相殺ハ親權ノ效力ナルガ故ニ親權ノ準據法タル父又ハ母ノ本國法ニ依ル(法例第二〇條)

混同ノ準據法ニ關スル學說

第三項　混同

參照　Despagnet, 316; Weiss, IV, p. 395; Rolin, 1000 e. s.; Wharton, § 519,

混同ノ準據法ニ關スル學說左ノ如シ

(一) 混同ノ原因タル事實ヲ生ジタル地ノ法律ヲ適用スル說

此ハ Despagnet, 316 ノ主張スル所ナリ其論據トスル所ハ混同ハ契約成立後ニ生ズル事實ニ基因スルモノニシテ契約ニ關係ナキガ故ニ契約ノ準據法ニ依ルベキモノニ非ズ混同ノ原因タル事實ヲ生ジタル地ノ法律ニ依ルベキモノナリト云フニ在リ Weiss ハ混同ノ要件ハ混同ノ生ジタル地(著者曰ク聊カ曖昧ナル語ナリ)ノ法律ニ依ルト云ヘリわ氏ガでヽ氏ノ書ヲ引用スル所ヲ觀レバ文辭ハ較ヤ異ナレドモでヽ氏ト同說ナラン(Weiss, IV, p. 395)

(二) Rolin ノ說

ろ氏ハ債權債務ガ同一人ニ歸屬スルトキ債權債務ガ消滅スルハ當然ニシテ孰レノ國ニ於テモ認ムル所ニシテ法ニ記載スル必要ナシト云ヒ隨テ其主トシテ

混同ノ原則ノ適用ナキ法律關係

論ズル所ハ所謂不眞正混同ニシテ此處ニ揭グル必要ナシ併シ乍ラろ氏ノ考ニハ一片ノ眞理アリ他ナシ債權債務ガ同一人ニ歸屬スルトキ債權債務ガ消滅スルハ各國ニ於テ均シク認ムル原則ナルガ故ニ法律ノ衝突ヲ生ゼズ隨テ國際私法ノ問題ト爲ラザレバナリ併シ乍ラ例外アルコトヲ看過スルコトヲ得ズ

混同ガ債權關係ノ消滅原因ナルヤ否ヤハ前述ノ理由ニ依リ一般ニハ國際私法ノ問題ト爲ラザレドモ一定ノ法律關係ニ混同ノ原則ヲ適用セザル場合アルガ故ニ此ノ如キ法律關係ニ付キ國際私法上混同ノ準據法ヲ研究スル必要アリ

(一) 限定相續

相續人ガ限定相續ヲ爲シタルトキハ其被相續人ニ對シテ有セシ權利義務ハ消滅セザルモノト看做ス立法例アリ(日民第一〇二七條、佛民第八〇二條)隨テ限定承認ニ混同ノ原則ヲ適用スベキヤ否ヤノ問題起ル此問題ハ限定承認ノ效力問題ナルガ故ニ限定承認ノ準據法タル被相續人ノ本國法(法例第二五條)ニ依リテ解決セラルルモノトス

(二) 戻裏書

振出人,裏書人等ノ手形債務者ガ戻裏書ニ由リ手形債權者ト爲リタルトキ手形ノ流通證券タル機能ヲ保持スル爲メ混同ノ原則ヲ適用セザル立法例アリ(日商第四五六條,獨第一〇條,瑞西第七二八條,英第三七條,第六一條,米第八〇條,第二〇〇條)此ハ畢竟戻裏書ニハ混同ノ原則ノ適用ヲ排斥スル效力アリヤ否ヤノ問題ニシテ戻裏書ノ效力ノ準據法(法例第七條)ニ依リテ定マル

第四項　更改

參照 Bar, II, S. 92; Fiore, 205 e. s; Foote, 436; Despagnet, 313; Rolin, 989 e. s; Wharton, § 519; Valery, 407, 690; Zitelmann, I, 141, 147, II, 388, 401; Weiss, 395.

更改ノ準據法ニ付テハ左ノ數說アリ

(一) 履行地法ヲ適用スル說

更改ハ履行ニ非ザレドモ履行ノ合意的代用物ト見ルベキモノナルガ故ニ履行地法ニ依ルベキモノナリト(Foote, 436; Wharton, 520)

(二) 普通ノ契約ト同視スル說

更改ノ準據法ニ關スル學說

例ヘバでぱにえ氏ニ依レバ更改當事者ノ國籍ガ同一ナルトキハ其本國法ニ依リテ更改ノ要件及ビ效力ヲ定メ其國籍ガ異ナルトキハ更改契約ガ成立シタル地ノ法律ニ依リテ之ヲ定ム但シ更改セラルル債權ヲ擔保スル物權ノ目的物所在地法ガ此物權ノ移轉ヲ禁ズルトキハ新債權者ハ此物的擔保ノ利惠ニ浴スルコト能ハズ蓋シ物權ノ目的物所在地法ハ公ノ秩序ナレバナリト(Despagnet, 313)

(三) 債務引受ノ準據法ヲ適用スル說

是ハちーてるまん氏ノ唱フル所ナリ同氏ハ曰ク普通ノ更改ニハ債務ノ準據法(債務者ノ本國法)ヲ適用スベキモ債務者ノ變更ニ因ル更改ニハ債務引受ノ準據法ヲ適用スベシト(Zitelmann, II, 401)

第二說ハ正當ナリ但シ我法例第七條ニ依レバ當事者ガ契約ノ準據法ヲ明示又ハ默示セザルトキハ契約ヲ爲シタル地ノ法律ヲ適用ス當事者ノ國籍ハ契約ノ準據法ニ影響ヲ及ボサズ故ニ當事者ガ更改ノ準據法ヲ明示セザルトキハ更改ヲ爲シタル地ノ法律ヲ適用スルモノトス而シテ舊債務ノ擔保ニ供シタル質權,抵當權ガ新債權ノ擔保トシテ新債權ニ移ルヤ否ヤハ更改ノ準據法及ビ其目的物ノ所在地

我法例ノ規定

法ニ依リテ定マル

債務ノ履行ニ代ヘテ爲替手形ヲ發行スルハ更改ナリヤ否ヤハ爲替手形ノ準據法ニ依リテ定マルニ非ズ原因契約又ハ手形豫約(Wechselvorvertrag)ノ準據法ニ依リテ定マル原因契約及ビ手形豫約ノ準據法ハ法例第七條ニ依リテ定マル併シ乍ラ方式ニ付テ手形行爲ガ有效ナルヤ否ヤハ商法施行法第百二十五條ニ依リテ定マルモノトス故ニ手形行爲ガ行爲地法ノ方式ヲ缺キタル爲メ無效ナルトキハ其手形行爲ガ原因契約又ハ手形豫約ノ準據法上有效ナルトキト雖モ更改ヲ構成セズ

第五項　債務免除

參照　Despagnet, 314; Foote, p. 279 e. s.; Bar, 278; Hippert, p. 173; Zitelmann, II. S. 401; Rolin, 992 e.s.; Wharton, § 427, 427 s; Valery, 690; Minor, 189; Fiore, 199.

今日一般ノ法律ニテハ債務免除ハ契約ナレドモ獨リ我民法ハ之ヲ單獨行爲ト爲ス又債務免除ヲ契約ト爲ス法律ノ中ニテモ之ヲ無方式契約ト爲ス者ト(例ヘバ獨逸民法瑞西債務法)之ヲ要式契約ト爲ス者トアリ(例ヘバ英法,但シ流通證券ハ例外ナリ Curti, 73) 又免除ノ效力ニ付テモ各國ノ法律ハ必シモ一致セズ例ヘバ日本民法ニ依レバ連帶債務者ノ一人ニ對シテ爲シタル債務ノ免除ハ其債務者ノ負擔部分ニ付テノミ他ノ債務ノ爲メニモ其效力ヲ生ズ(第四三七條)故ニ特別ノ意思表示ナキ以上ハ全債務關係ノ消滅ヲ來サズ然ルニ佛國民法ニ依レバ連帶債務者ノ一人ニ對シテ爲シタル債務免除ハ特別ノ意思表示ナキ以上ハ全債務關係ノ消滅ヲ生ズ(第一二八五條)是ニ於テ債務免除ノ要件,方式及ビ效力ニ付キ法律ノ衝突ヲ生ズ其解決ノ準據法ニ付テハ左ノ數說アリ

債務免除ノ準據法ニ關スル學說

(一) 債務免除ノ要件ハ其契約ノ準據法ニ依リ免除ノ效力ハ債務ノ準據法ニ依ルトノ說 (Hippert, p. 173)

(二) 債務免除契約ノ要件及ビ效力ハ其契約ノ準據法ニ依リ債務ノ準據法ニ關係ナシトノ說 (Minor, p. 467)

(三) 債務ノ拘束ノ存否ハ債務者ノ本國法ニ依ルガ故ニ債務ノ免除モ亦同一ノ準據法ニ依ルトノ說 (Zitelmann, II, S. 401)

(四) 債務ノ免除ヲ爲ス資格ハ債權者ノ本國法ニ依リ免除ヲ受クル資格ハ債務者

我法例ノ規定

ノ本國法ニ依リ免除ノ效力ハ債務ノ準據法ニ依ル但シ債權ヲ證明スル(constater)證劵ヲ債務者ニ任意返還スルコトガ默示ノ免除ヲ構成スルヤハ(佛民第一二八二條、第一二八三條)債務ノ辨濟ヲ爲スベキ地ノ法律ニ依ル蓋シ此ノ如キ免除ハ債務ノ辨濟ニ相當スレバナリ(Despagnet, 314; Fiore, 199)

我法例ニ依レバ債務免除ノ要件及ビ效力ハ當事者ノ意思ニ依リテ定マルベキモノトス(法例第七條)殊ニ債務免除ガ單獨行爲ナリヤ又ハ契約ナリヤ又所謂默示ノ債務免除(remise tacite de la dette)アリヤ否ヤハ當事者ガ任意ニ選定スル法律ニ依リテ定マル故ニ例ヘバ債權者ガ獨逸民法ニ依リ爲シタル債務免除ガ債務者ノ承諾ヲ得ザリシトキハ無效ナリ

債務免除ノ效力モ亦其要件ト同一ノ準據法ニ從フ例ヘバ債務免除ガ連帶債務、不可分債務、保證債務、利息債務等ニ及ボス效力ハ當事者ノ指定スル法律ニ依ル併シ乍ラ當事者ハ一般ノ法律行爲ノ成立ノ準據法ト效力ノ準據法トヲ分離シ得ル如ク債務免除ニ付テモ要件卽チ成立ノ準據法ト效力ノ準據法トヲ分離スルコトヲ得ルナリ故ニ免除ノ要件ガ英法ニ依リ其效力ガ佛國民法ニ依ルコトヲ妨ゲズ

消滅時效ノ準據法ニ關スル學說

債務免除ノ方式ハ法例第八條ニ依ル卽チ其方式ハ債務免除ノ效力ノ準據法ニ依ルモ又ハ債務免除ヲ爲ス地ノ法律ニ依ルモ有效ナリ債務免除ガ隔地的法律行爲ナルトキハ其成立地ハ法例第九條ニ依リテ定マル例ヘバ英法ニ依レバ債務免除ハ流通證劵ヲ除ク外捺印證書ヲ以テ表示スルコトヲ要ス故ニ英法ニ依リテ爲ス債務免除ガ捺印證書ニ依ラザルトキハ約因ヲ缺ク爲メ無效ナリ(Curti, II, 73)而シテ英法ニ依ル債務免除ト雖モ日本ニ於テ爲ストキハ一定ノ方式ニ依ルコトヲ要セズ

第六項　時效

參照　Dreyfus, L' acte jur. en dr. int. pr., p. 69 e. s.; Weiss, IV, p. 396 e. s.; Poullet, 456 e. s.; Despagnet, 317, 348; Bar, 279; Walker, S. 283 ff.; Laurent, VIII, 234; Frankenstein, S. 593 ff.

消滅時效ノ準據法ニ付テハ左ノ數說アリ

(一)　債權者ノ住所地法ヲ適用スル說

債權ハ動產ノ如ク權利者ノ身體ニ附着スルモノト見ルベク且ツ權利者ノ住所ニ在ルモノト見ルベキガ故ニ其地ノ法律ヲ適用ス(Pothier, Prescription, 251 但シ是ハ Despagnet, 317 ニ依ル)

(二) 債務者ノ住所地法ヲ適用スル說

債權ノ消滅時效ハ一ノ抗辯ニシテ之ヲ對抗スル訴ハ債務者ノ住所地ニ於テ提起スルモノナルガ故ニ此地ノ法律ガ抗辯ヲ定ム(舊來ノ學說 Despagnet, 317 ニ依ル)

(三) 訴訟地法說

消滅時效ハ緩漫ナル權利ノ實行ヲ阻却スル公益制度ナルガ故ニ訴訟地法ニ依ル (Dicey, 761, 767; Foote, 481 e. s.; Goodrich, 163 e. s.; Westlske 238 e. s.)

(四) 債權執行地法說

消滅時效ハ債權ノ執行ヲ妨グルモノナレドモ一面ニ於テハ債權ノ執行ニ相當スルモノナリ又債權者ガ一定ノ期間內ニ請求ヲ爲サザルハ過失ニシテ其制裁タル消滅時效ガ債權ノ執行ヲ爲スベキ地ノ法律ニ依ルハ當然ナリ(Massé, Troplong, Haus 之ハ Despagnet, 317 ニ依ル)

(五) 債務ノ準據法說

債務ノ存續期間ハ債務ノ實質(シユブスタンス)ニ附着スルモノナルガ故ニ債務ノ準據法ニ依リテ定マル卽チ當事者ガ同國人ナルトキハ其本國法ニ依リ異國人ナルトキハ契約地法ニ依ル(Despagnet, 317 ハ本說ヲ以テ多數ナリト云フ)

(六) 折衷說

消滅時效ハ債務ノ準據法ニ依ルモ其期間ガ訴訟地法ノ期間ヲ超ユルヲ許サズ是ハ訴訟地ノ公安保護ノ爲メニ必要ナリ(Despagnet, Aubry, Audinct, Weiss 等ノ說 Despagnet, 317 ニ依ル)

(七) 法律關係ノ準據法ニ依ル說

是ハ獨逸ニ行ハルル判例ナリ(Walker, 286 ff.) ふらんけんしゅたいんハ凡ソ權利ハ其發生ノ時既ニ消滅時效ナル死滅ノ萠芽ヲ藏有スルモノナルガ故ニ其權利ノ本質ヲ定ムル法律ニ依ルベシト云フ(Frankenstein, S. 595) 結局わるかー等ト同論ナルベシ而シテ本說ハさびにーモ已ニ之ヲ唱ヘタリ(Savigny, VIII, 273) 本說

債權ノ準據法ニ依ル

ハ上揭(五)ノ債務ノ準據法說ト只ダ形ヲ異ニスル差異アルニ過ギズ

抑モ消滅時效ノ制度ハ英米ト歐洲大陸トニ於テ性質ヲ異ニス英米ニ於テハ之ヲ訴訟法ノ範圍ニ入ルモノトシ大陸ニ於テハ之ヲ實質法上ノ制度ト爲セリ然レドモ消滅時效ガ債權ノ成立若クハ效力ニ關スル以上ハ債權ノ準據法ニ依ルベキハ當然ナリ而シテ債權ノ準據法ハ其發生原因ニ依リテ異ナルガ故ニ法律行爲ニ因ル債權ノ消滅時效ハ當時者ノ意思ニ依リテ定マル準據法ニ依リ(法例第七條)不法行爲ニ因ル債權ノ消滅時效ハ不法行爲地法ニ依リ(法例第一一條)不當利得ニ因ル債權ノ消滅時效ハ不當利得地法ニ依リ(法例第一一條)事務管理ニ因ル債權ノ消滅時效ハ事務管理法ニ依ル(法例第一一條)

消滅時效ガ債權消滅ノ原因ナリヤ又ハ訴權ノ制限ナリヤハ債權ノ準據法ニ依リテ定マルノミナラズ消滅時效期間モ亦同一ノ準據法ニ依リテ定マル時效期間ハ債權ノ準據法ト訴訟地法トノ中ニ於テ短キ期間ニ從フト云フ說(前揭折衷說)ハ是認スル能ハザルナリ

消滅時效完成ノ結果例ヘバ自然義務ノ發生、時效期間經過後ニ於ケル債務ノ承認ノ效力、留置權、質權、抵當權ノ存否等ハ時效ニ罹リタル債權ノ準據法ニ依ル例ヘバ英法ニ依レバ時效完成後ニ於ケル債務ノ承認ハ其效力ヲ既往ニ及ボシ債務ハ未ダ嘗テ時效ニ罹ラザルモノト看做サル但シ債務承認ノ方式ハ法例第八條ニ依ル質權及ビ抵當權ノ目的物所在地法ニ依リ擔保債權ガ未ダ消滅時效ニ罹ラザル場合ト雖モ債權ガ其準據法ニ依リ消滅時效ニ罹リタルトキハ擔保物權モ亦消滅ス