

和仏法律学校講義録

和仁, 貞吉 / 鶴見, 守義 / 遠藤, 忠次 / 荒井, 賢太郎 / 吾
孫子, 勝 / 松本, 烝治

(出版者 / Publisher)

和仏法律學校

(巻 / Volume)

2-4

(開始ページ / Start Page)

1

(終了ページ / End Page)

51

(発行年 / Year)

1901-12-25

(明治三十四年十一月九日第三種郵便物認可 每月二回
明治三十四年十二月二十五日發行)

三十五年度 第二學年

和佛法律學校講義錄

第四號

和佛法律學校發行



第二學年第四號目次

民法債權第一章(自二五至三二)

法學士 荒井賢太郎

民法債權 自第二章第二節(自三三至四〇) 至同第十四節(至四九)

法學士 吾孫子勝

商法總則(自四九至六四)

法學士 松本 丞治

商法會社(自四九至六四)

法學士 和仁 貞吉

民事訴訟法第二編(自四八至六八)

法學士 遠藤 忠次

刑事訴訟法(自五八至六八)

法律學士 鶴見 守義

雜報

○辯護士試驗及第者○入會權ノ登記○討論會

ノ結果其物權ヲ設定セシムルカ如キ是ナリ蓋シ法律行為ハ當事者ノ意思表示ヲ必要トスルカ故ニ若シ當事者ノ一方カ意思表示ヲ爲ササルトキハ裁判ヲ以テ之ニ代フル外他ニ其目的ヲ達スルノ途ナキヲ以テナリ

第四百十四條第三項ハ不作爲ヲ目的トスル債務ニ關シテ規定セリ即チ「不作爲」目的トスル債務ニ付テハ債務者ノ費用ヲ以テ其爲シタルモノヲ除却シ且將來ノ爲メ適當ノ處分ヲ爲スコトヲ請求スルコトヲ得下爲セリ不作爲ノ債務ニ付テ債務者カ其約ニ背キタル場合ハ債權者ハ之ヨリ生ズル損害ニ對シ善後處分ヲ求ムルヨリ外ナキナリ例ヘハ甲カ乙ニ對シテ其疆界線ノ近傍ニ樹木ヲ栽植セタルコトヲ約シタル場合ニ甲カ其義務ヲ破リ樹木ヲ栽植シタルトキハ債權者タル乙ハ之ヲ拔取ルコトヲ請求シ且將來再ヒ甲カ其樹木ヲ栽植スルコトヲ防クニ適當ナル手段アレハ之ヲ爲サシムルコトヲ請求スルカ如シ

第四百十四條末項ニ曰ク前三項ノ規定ハ損害賠償ノ請求ヲ妨ケス」ト故ニ前三項ニ依リ債務ノ履行ヲ得タルトモト雖モ債務者カ正當ニ履行セサルカ爲メニ損害ヲ生シタル場合ハ債務ノ履行ニ併セテ賠償ヲ請求スルコトヲ得ルハ勿論

090
1902
2-14

ノ結果其物權ヲ設定セシムルカ如キ是ナリ蓋シ法律行爲ハ當事者ノ意思表示ヲ必要トスルカ故ニ若シ當事者ノ一方カ意思表示ヲ爲ササルトキハ裁判ヲ以テ之ニ代フル外他ニ其目的ヲ達スルノ途ナキヲ以テナリ

第四百十四條第三項ハ不作爲ヲ目的トスル債務ニ關シテ規定セリ即チ「不作爲」目的トスル債務ニ付テハ債務者ノ費用ヲ以テ其爲シタルモノヲ除却シ且將來ノ爲メ適當ノ處分ヲ爲スコトヲ請求スルコトヲ得ト爲セリ不作爲ノ債務ニ付テ債務者カ其約ニ背キタル場合ハ債權者ハ之ヨリ生スル損害ニ對シ善後處分ヲ求ムルヨリ外ナキナリ例ヘハ甲カ乙ニ對シテ其疆界線ノ近傍ニ樹木ヲ栽植セサルコトヲ約シタル場合ニ甲カ其義務ヲ破リ樹木ヲ栽植シタルトキハ債權者タル乙ハ之ヲ拔取ルコトヲ請求シ且將來再ヒ甲カ其樹木ヲ栽植スルコトヲ防クニ適當ナル手段アレハ之ヲ爲サシムルコトヲ請求スルカ如シ

第四百十四條末項ニ曰ク「前三項ノ規定ハ損害賠償ノ請求ヲ妨ケス」ト故ニ前三項ニ依リ債務ノ履行ヲ得タルトキト雖モ債務者カ正當ニ履行セサルカ爲メニ損害ヲ生シタル場合ハ債務ノ履行ニ併セテ賠償ヲ請求スルコトヲ得ルハ勿論

民法債權 債權ノ效力

第二...
民法債權
商法
刑事訴訟法
民事訴訟法

第二 損害賠償

損害賠償トハ債務者カ義務ノ履行ヲ缺キタルカ爲メニ債權者ニ被ラシメタル損害ヲ填補スル所ノ行爲ヲ謂フ債務者カ其義務ノ履行ヲ缺キタルトハ全然義務ヲ履行セザル場合及ヒ義務ヲ正當ノ期限内ニ履行セザル場合ヲ併稱ス又不履行ノ結果債權者ニ被ラシメタル損害トハ債權者カ正當ニ義務ノ履行ヲ得タリシナラハ受ケナリシ所ノ損失ト其受クヘカリシ所ノ利益トヲ併稱ス而シテ其損失トハ資産ノ減少ヲ謂ヒ利益トハ資産ノ増加ヲ謂フ故ニ損害賠償ハ積極的及ヒ消極的ノ損害ヲ回復スルヲ以テ其目的ト爲スモノナリ此ノ如ク損害賠償ハ債務ノ履行ヲ得サル場合ニ於テ其救済處分トシテ之ヨリ生スル損害ノ回復ヲ得ルヲ以テ其目的ト爲スモノナルカ故ニ債權ノ本然ノ效力即チ履行ヲ得サル場合ニ始メテ損害賠償ノ請求權ヲ生スルニ至ルモノニシテ是レ損害賠償ヲ以テ債權附隨ノ效果ナリト謂フ所以ナリ損害賠償ノ訴權ハ如何ナル場合ニ生スヘキカハ第四百十五條ニ之ヲ規定セリ同條ニ曰ク債權者カ其債務ノ本旨

ニ從ヒタル履行ヲ爲ササルトキハ債權者ハ其損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リテ履行ヲ爲スコト能ハサルニ至リタルトキ亦同シト左ニ之ヲ詳説スヘシ

第一ニ損害賠償ハ債務者カ其債務ノ本旨ニ從ヒテ履行ヲ爲ササル場合ニ生ス即チ債務者カ全ク債務ノ履行ヲ爲ササルカ又ハ單ニ履行ノ期限ヲ遅延シタル場合ニ於テモ共ニ債務ノ本旨ニ從ヒ履行ヲ爲ササルモノナルカ故ニ之カ爲メニ生シタル損害ニ對シテ債權者ハ賠償ヲ請求スルコトヲ得此場合ニ於テ債權者カ前條ノ規定ニ從ヒテ債務ノ強制履行ヲ裁判所ニ請求スルカ又ハ第三者ヲシテ代リテ爲サシムルコトヲ得ルトキト雖モ債權者ハ此等ノ方法ニ依ラス特ニ損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得ルハ勿論ナリ何トナレハ債權者ハ強制履行ノ請求ヲ爲スカ第三者ヲシテ代リテ爲サシムルコトヲ請求スルカ又ハ損害賠償ノ請求ヲ爲スカニ付テハ選擇ノ自由ヲ有スレハナリ但強制履行ヲ得タル以上ハ此點ニ對シテ更ニ損害賠償ヲ請求スルコトヲ得サルハ勿論ナリ

第二ニ債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リテ履行ヲ爲スコト能ハサルトキモ亦

同シク債權者ハ損害賠償ヲ請求スルコトヲ得例ヘハ有體物ノ給付ヲ目的トスル債務ニ付キ債務者カ自己ノ過失ニ因リ其給付スヘキ物品ヲ毀壞シタルトキハ目的物ノ滅失ニ因ル履行ノ不能ト爲ルト雖モ其履行不能ニ至ラシメタル原因ハ全ク債務者ノ責任ニ存スルヲ以テ債權者ハ之カ損害賠償ヲ請求スルヲ得ルハ勿論ナルノミナラス此ノ如キ場合ニ於テハ損害賠償ヲ請求スルノ外他ニ債權者ノ利益ヲ保護スルノ途殆ト之ナシ然レトモ若シ其履行不能ノ原因カ債務者ノ責ニ歸スヘカラサルモノナルトキハ債務者ニ損害賠償ノ責任ナキハ論ヲ埃タス

損害賠償ノ範圍即チ損害賠償ノ額ハ如何ニ之ヲ定ムヘキヤニ付テハ三箇ノ區別アリ其一ハ法律ヲ以テ定ムル場合其二ハ當事者カ豫メ之ヲ定ムル場合其三ハ裁判所ニ於テ定ムル場合はナリ法律ヲ以テ定ムル場合ハ第四百十九條ニ規定シ當事者カ豫メ之ヲ定ムル場合ハ第四百二十條ニ於テ規定セリ而シテ裁判所ニ於テ定ムル場合ハ如何ナル標準ニ據ルヘキカハ第四百十六條ノ規定スル所ニシテ之ヲ損害賠償ノ通則トス

第四百十六條ニ於テハ「損害賠償ノ請求ハ債務ノ不履行ニ因リテ通常生スヘキ損害ノ賠償ヲ爲サシムルヲ以テ其目的トス」ト規定セリ故ニ損害賠償ノ目的ハ債務不履行ニ因リテ通常生スヘキ積極的並ニ消極的ノ損害ノ賠償ヲ得ルニ在リ通常生スヘキ損害トハ債務不履行ノ爲メ普通一般ニ生スヘキ損害即チ如何ナル債權者ニ對シテモ生スヘキ所ノ損害ヲ指スモノニシテ或債權者ノ一身ニ存スル特種ノ事情ニ基ク損害ヲ含マサルモノトス例ヘハ或物品ノ給付ヲ目的トスル債務ニ於テ債務者カ其義務ヲ履行セサルカ爲メ債權者カ直接受クル所ノ損害ノ額ハ即チ其得ヘクシテ得サラシ所ノ物品ノ價格ニ相當スルモノニシテ是レ如何ナル債權者ト雖モ被ルヘキ損害ニシテ所謂通常生スヘキ損害ナリ然レトモ若シ債權者カ其物品ヲ或特別ノ用途ニ供スル目的ヲ以テ注文シタリシニ之ヲ得ルコト能ハサルカ爲メ更ニ高價ノ代品ヲ使用セサルヲ得サルニ至リシ場合ノ如キ義務不履行ノ爲メ債權者ノ受ケタル損害ハ當ニ物品ノ相當價格ノミニ止マラス代品購入ノ爲メ支拂ヒタル差額ヲ包含スヘキモノナリト雖モ是レ全ク此債權者ニ特別ナル事情ヨリ生スル損害ニシテ通常ノ損害ト稱

スルコトヲ得サルモノトスルハ特別ノ事情ニ因リテ生スヘキ損害ノ賠償ニ付
 第四百十六條第二項ハ即チ右ノ特別ノ事情ニ因リテ生スヘキ損害ノ賠償ニ付
 キ規定シタルモノニシテ第一項ノ通則ニ對スル例外ナリ通常生スヘキ損害以
 外ニ特別ノ事情ニ因リテ生スヘキ損害ト雖モ若シ當事者カ其事情ヲ豫見シ又
 ハ豫見スルコトヲ得ヘカリシトキハ其損害賠償ノ責ニ任セサルヘカラス更ニ
 之ヲ例示センニ甲カ乙ニ對シテ自己所有ノ家屋ヲ貸貸セリ然ル所其家屋ハ其
 實甲ノ所有ニ非ス故ニ貸貸借期間ノ滿了前ニ眞ノ所有者ヨリ僥奪ヲ受ケ乙ハ
 他ニ轉居セサルヘカラサルニ至レリ此移轉ノ費用ハ通常生スヘキ損害ナリ然
 レトモ若シ乙カ或種ノ商業ヲ營ミツツアリタルニ他ニ轉居スルニ付キ得意先
 ヲ失ヒタルカ爲メニ受ケタル損害ハ乙カ商業ヲ爲シタリト云フ特別ノ事情ニ
 基キタル損害ナルカ故ニ若シ甲カ豫メ乙ノ轉居ニ因リ從來ノ得意先ヲ失フヘ
 キ事情ヲ豫見セルトキハ之カ損害ノ賠償ニ任セサルヘカラス是レ蓋シ特別ノ
 事情ニ因リテ生シタル損害トハ云ヘ債務者カ苟モ其事情ヲ豫見シ若クハ豫見
 シ得ヘカリシ事情ナレハ債務者ハ債權者ニ損害ヲ生セシムルコトヲ豫メ知リ

ツツ義務ノ履行ヲ缺キタルヲ以テ此場合ニ其損害ヲモ賠償セシムルハ當然ナ
 リ但特別ノ事情ニ因リテ生シタル損害ト雖モ義務不履行ノ原因ト爲リテ生シ
 タル損害タルコトヲ要ス故ニ若シ單ニ義務不履行カ其損害ヲ生セシムル緣因
 即チ一ノ動機ト爲リタルニ過キサルトキハ之ヨリ生シタル損害ハ最早損害賠
 償ノ範圍以外ナリト謂フヘシ即チ前例ニ於テ乙カ轉居ノ際荷物ノ運搬上ニ注
 意ヲ缺キタルカ爲メ其家具ニ損傷ヲ來シタルコトアリトセンニ是レ義務不履
 行カ一ノ緣因ト爲リシニ相違ナシト雖モ直接ノ原因ハ他ニ存スルニ由リ運搬
 上ノ不注意之ニ對シテハ損害賠償ヲ請求スルヲ得サルモノトスルハ當然ナ
 第四百十七條ニ損害賠償ハ別段ノ意思表示ナキトキハ金錢ヲ以テ其額ヲ定ム
 ルコトヲ規定セリ是レ損害額ヲ定ムルニハ金錢ヲ以テ算定スルコト最モ容易
 ナルヲ以テ此原則ヲ定メタルナリ但當事者カ金錢以外ノモノヲ以テ損害賠償
 ノ額ヲ定メタルトキハ之ニ從フハ固ヨリ妨ナシシテ其額ハ之ニ依リテ定ム
 第四百十八條ニ債務ノ不履行ニ關シ債權者ニ過失アリタルトキハ裁判所ハ損
 害賠償ノ責任及ヒ其金額ヲ定ムルニ付キ之ヲ斟酌スト規定セリ是レ當然ノコ

トニ屬ス元來損害賠償ハ義務ニ履行カ債務者ノ責任ニ歸スヘキ原因ノ存スル
 場合ニ限ル故ニ債權者ニ過失アリタルトキハ其結果義務不履行ハ全ク債務者
 ノ責ニ歸セサル場合ヲ生スルナキヲ保セス又債務者ノ責ニ歸スルモノトスル
 モ債權者ノ過失カ義務不履行ニ與リテ力アル場合ヲ生スルナキヲ保セス故ニ
 此等ノ場合ニ於テ損害賠償ノ責任ノ有無及ヒ賠償額ヲ斟酌判斷スルハ理ノ當
 然ナリ
 法律ヲ以テ損害賠償額ヲ定ムル場合ハ第四百十九條ニ之ヲ規定セリ曰ク「金錢
 ヲ目的トスル債務ノ不履行ニ付テハ其損害賠償ノ額ハ法定利率ニ依リテ之ヲ
 定ム下即チ金錢ノ授受ヲ目的トシタル場合ニ債務者カ履行ヲ缺キタルトキハ
 法定ノ利息ヲ支拂ハサルヘカラス何故ニ此場合ハ損害賠償ノ通則ニ從ハスシ
 テ豫メ法律ニ於テ之ヲ定メタルカ惟フニ金錢ハ其利用方法甚タ廣シ隨テ金錢
 債務ノ履行ヲ缺キタル場合ニ債權者ニ如何ナル損害ヲ生シタルカハ始ト之ヲ
 測定スルヲ得ス故ニ法律ハ豫メ其紛争ヲ防クガ爲メ明文ヲ以テ其賠償額ヲ一
 定セシナリ

フ裁判所ノ管轄ニ屬スヘキモノノ取得者ト爲ルコトヲ得サル旨ヲ規定スルモ
 フアリ舊民法取得編第三九條佛國民法第一五九七條獨逸民法第四百五十六條
 ニ依レハ強制執行ニ依ル賣買ニ於テハ其管理又ハ指揮ヲ委託セラレタル者並
 ニ其補助者ハ自身ニテモ他人ニ依ルモ又ハ他人ノ代理人トシテモ之ヲ買受タ
 ルコトヲ得スト定メ之ニ反スル賣買ハ債務者所有者又ハ債權者トシテ賣買ニ
 關與シタル者ノ同意アルトキニ限り有效ト定メ同第四百五十七條ハ之ヲ抵當
 權ノ目的物ノ賣却ヲ委託セラレタル者及ヒ破産管財人ニ適用ス然レトモ公ノ
 秩序ニ反スル事項ヲ目的トスル法律ノ行爲ハ一般ニ無効ナルヲ以テ本法ハ特
 ニ此ノ如キ規定ヲ設クス必要アル場合ニ付テハ之ヲ特別法ニ讓リタルモノト
 信ス現行辯護士法(二十六年三月法律第七號)第十五條ニ依レハ辯護士ハ係争權
 利ヲ買受タルコトヲ得サル旨ノ規定アリ
 第二 私筭ニ基ク制限
 (一) 禁止產者第一二條第一項第三號並ニ舊第一四條第一項第一號ハ不動產又
 ハ重要ナル動產ノ賣買ニ關シテ制限ヲ受クニ付スルニ依リテ賣買ニ關シテ

(二) 後見人カ被後見人ノ財産又ハ被後見人ニ對スル第三者ノ權利ヲ買受ケタルトキハ被後見人ハ之ヲ取消スコトヲ得第九三〇條舊民法人事編第一九五條其他未成年ノ子ノ利益ニ關シテ一般ニ第八百八十六條乃至第八百八十八條第九百三十九條等ノ規定スル制限ハ又買賣契約ニ關シテモ其適用ヲ見ル

第二款 代金ニ關スル制限

代金ハ賣主ヨリ買主ニ或財産權ヲ移轉スルノ報償トシテ之ヲ與フルモノニシテ對價タルノ性質ヲ有スルノ結果法律ハ公平ヲ旨トスルノ理由ニ基キ賣主ニ一定ノ割合以上ノ損失アルトキ換言スレハ代金カ之ニ對スル財産權ト權衡ヲ得サル場合ニ於テハ其賣買ヲ無効又ハ取消シ得ヘキモノト爲スモノアリ羅馬法ハテオクレチアヌス[皇帝紀元二百八十四年即位ノ法律ニ依レハ巨大ノ損失(レイシオ、エノルミス)アルトキ即チ賣主カ物ヲ買價ノ半額以下ニ賣渡シタル場合ニ於テハ買主カ全額ヲ追拂セサル限ハ賣主ニ於テ賣買ヲ解除スルコトヲ許シタリシカ後ニ至リテハ此制限ハ專ラ不動産ニ關シテラミ存在シタリ佛國

民法第六百七十四條ニ依レハ賣主若シ不動産ノ代價ニ付テ十二分ノ七以上ノ損失ヲ受ケタルトキハ賣買ヲ解除スルコトヲ得ト定ム獨逸普通法普通西法、現行埃國民法第一〇六〇條然レトモ特ニ債權者ヲ詐害スルノ目的ヲ有セサル限ハ別ニ弊害ナキヲ以テ右ノ如キ制限ヲ加ヘテ以テ取引ノ自由ヲ妨タルノ理由アルヲ見ス

其他代金ノ支拂ハ賣買契約成立ノ要件タルヨリシテ其指定方法ニ關シテ特ニ法律ニ制限ヲ設ケタルコトナキニ非ス羅馬法ニ於テハ古來代金ノ一定シタルコトヲ要件トシ代金ノ額ハ之ヲ契約中ニ明定セザレハ賣買ハ成立セザルモノトモシモ社會漸ク進歩シ取引ノ頻繁ナルニ從ヒ其不便ヲ避ケンカ爲メ代金ヲ算出スヘキ標準ヲ定メタルトキハ之ヲ以テ代金ヲ約定シタルモノト看做スニ至リ爾來各國法皆代金ノ算出シ得ヘキコトヲ以テ是ルト認ム(舊民法財産取得編第三三條)

第三款 方式ニ關スル制限

古代ノ法典ニ於テハ買賣ニ關シテ一定ノ方式ヲ必要トスルコト羅馬古代ノ「マ
ンチパチオ」ニ於ケルカ如キモノナキニ非スト雖モ取引ノ迅速ヲ尙フノ結果必
要上自ラ方式ヲ必要トセサルコト各國ノ認ムル所タリ

佛國民法第千五百八十二條第二項ハ買賣ハ公正證書若クハ私署證書ニ依リ之
ヲ爲スコトヲ得ル旨ヲ定メ(舊民法財産取得編第二五條モ當事者ハ買賣成立ヲ
各自ノ證據ニ供スル公正證書又ハ私署證書ノ調成ノ條件ニ繫ラシムルコトヲ
得ル旨ヲ定ムト雖モ之ヲ以テ成立ノ必要條件ト爲スコトナシ唯英國法ニ於テ
ハ十磅及ヒ其以上ノ代金ヲ支拂フ買賣ニ於テハ買主カ目的物品ノ一部ヲ受取
リ手附又ハ内拂ヲ爲ササル場合ニ於テハ書面ヲ作成シテ當事者雙方之ニ署名
スルヲ必要トス

第四款 買賣ノ目的物ニ關スル制限

買賣ハ財産權讓渡ノ手段ナルカ故ニ讓渡シ得ヘカラサル權利不融通物例ハハ
公有物公共物ノ如キハ之ヲ以テ買賣ノ目的物ト爲シ能ハサルコト言フ埃タス

之ニ反シテ荷モ性質上讓渡シ得ヘキ財産權ナルニ於テハ之ヲ買賣ノ目的物ト
爲シ得ヘキヲ通常トスト雖モ法律ハ公益上ノ理由ニ基キ或種ノ權利ハ之ヲ以
テ買賣ノ目的物ト爲シ得ヘカラサルコトヲ定メ又ハ或條件ニ從フトキニ限リ
之ヲ賣渡シ得ヘキコトヲ定ム

(一) 將來受クヘキ相續財産ノ買賣ハ或ハ全ク之ヲ無効トシ(佛國民法第一一三
○條第二項或ハ被相續人ノ承諾アルトキニ限り之ヲ許セルアリ(羅馬法索邁
法)

(二) 公安ヲ亂リ公衆ニ危險ヲ及ホスヘキ物件例ヘハ火藥銃砲阿片烟等ノ如キ
又ハ國家ノ財源タルヘキ物件例ヘハ葉煙草(食鹽等)ノ如キ唯或資格ヲ有スル
者例ヘハ免許鑑札ヲ受クルカ如キニ限り之ヲ買賣シ得ル旨ヲ定ムルモノアリ
リト雖モ事口行政法ノ範圍ニ屬スルヲ以テ茲ニ詳説セズ

(三) 買賣ノ目的タル權利ハ賣主ノ所有ニ屬スルコトヲ必要トスルモノノ換言ス
レハ他人ニ屬スル權利ハ之ヲ以テ買賣ノ目的物ト爲スコトヲ得スト定ムル
モノアリ

羅馬法ニ於テハ買賣ハ目的物ヲ引渡スノ義務ヲ賣主ニ生スルモノト爲シタルノ結果他人ノ物ノ賣買ノ有效ナルコトヲ認メ爾來各國之カ效力ヲ認メシモ佛國法佛國民法第一五八三條カ特定物ノ賣買ニ於テハ契約ト共ニ其所有權ヲ移轉スルモノトシテヨリ後他人ノ物ノ賣買ノ效力ヲ認メサルニ至リ此原則ハ伊太利等佛法系諸國ノ採用スル所ト爲レリ舊民法財產取得編第四十二條ハ他人ノ物ノ賣買ハ當事者雙方ニ於テ無効ナリト規定シ舊商法第五百二十五條モ契約取結ノ時現ニ存在シ且賣主ニ處分權ノ屬スル物ニ非サレハ賣買契約ノ目的物タルコトヲ得サル旨ヲ規定シタリ

又佛國民法第一千五百九十九條ハ他人ノ物ノ賣買ハ無効ナリ若シ賣主ニ於テ其物件ノ他人ニ屬スルコトヲ知ラザリシトキハ損害賠償ヲ要求スルコトヲ得ト定ム

右ニ付キ佛國學者ノ論スル大要ヲ舉クレハ(一)他人ノ物ノ賣買即チ賣主ニ屬セル物ト信セシニ他人ノ所有物タルコト明カナルニ至ルトキハ目的物ノ重要ナル性質ニ於テ錯誤アリ又ハ當事者タル人ニ付テ錯誤アルカ故ニ無効ナリト然レ

トモ賣主ニシテ其目的物カ他人ニ屬セルコトヲ知リタル場合ニ於テハ此說ハ其賣買ノ無効ナル所以ヲ解クコト能ハス(二)何人モ自己ノ有スルヨリモ以上ノ權利ヲ他人ニ讓渡スコト能ハサルカ故ニ無効ナリト然レトモ賣買ハ單ニ權利移轉ノ義務ヲ生スルモノト爲ス以上ハ此說ニ依レハ他人ノ物ノ賣買ノ無効ノ理由ヲ知ルコト能ハス(三)他人ノ物ノ賣買ハ契約成立ノ要素タル原因ヲ缺タカ故ニ無効ナリ詳言スレハ賣主カ賣主ニ代金ヲ支拂フ法律上ノ理由ハ賣主カ權利ヲ移轉スルカ故ナルニ其目的タル權利カ他人ニ屬スル限ハ之ヲ移轉スルコト能ハサルカ故ニ畢竟原因ヲ缺タモノニシテ無効ナリ或ハ曰ハン賣買ハ直チニ目的タル權利ヲ移轉スルコトヲ要スルモノナルニ他人ノ物ノ賣買ハ之ニ適合スル能ハサルカ故ニ無効ナリト然レトモ此理由ハ即時ニ權利ヲ移轉スルコトヲ要セサル場合ニハ之ヲ適用シテ賣買ヲ無効ナリト謂フコトヲ得サルヘシ(四)他人ノ物ノ賣買ハ不能ナリ又ハ自己ニ屬セサル權利ヲ移轉セントスルモノニシテ不法ノ事項ヲ目的トスルカ故ニ無効ナリト然レトモ當事者ニシテ後日其權利ヲ得テ然ル後之ヲ移轉セントノ意思ヲ以テ契約ヲ爲ス場合ヲ以テ皆不

能、不法ノ事項ヲ目的トスルモノト謂フヘカラスニ、其ノ爲メニ爲スル場合ニ於テ、買手
 之ヲ要スルニ本法ハ他人ニ屬スル權利ノ賣買ヲ以テ必ス之ヲ無効ト爲スヘキ
 理由ヲ認メザルノミナラス、殊ニ賣買ハ財產權ヲ移轉スル義務ヲ生スル契約ニ
 シテ直接ニ財產權移轉ノ效果ヲ生スルモノニ非スト爲シタルヲ以テ他人ニ屬
 スル權利ノ賣買ヲ以テ無効トスルノ必要ヲ存セス加之當事者ノ一方又ハ雙方
 カ賣買ノ目的タル權利ノ第三者ニ屬スルコトヲ知ラサル場合ニ於テモ當事者
 ハ畢竟其目的タル權利ヲ移轉ヲ爲スノ權利義務ノ發生ヲ目的トスルモノト解
 シ得ヘキヲ以テ其賣買ヲ無効トスルノ必要ヲ見ス隨テ本法ハ他人ノ權利ノ賣
 買ヲ以テ有效ト認メ第五百六十條以下ノ規定ヲ設ケタリ故ニ本法ノ規定ニ依
 レハ賣買ノ目的タル權利カ他人ニ屬スルコトヲ當事者雙方ニ於テ知リ又ハ其
 一方ニ於テ之ヲ知リ又ハ雙方之ヲ知ラサル場合ニモ適用アリ但當事者ノ意思
 カ直チニ其權利ヲ移轉スルニ在ルトキハ其賣買ハ不能ノ給付ヲ目的トスルモ
 ノニシテ無効タリ又他人ノ物ヲ詐リテ自己ノ物トシテ賣買スルハ犯罪行爲ニ
 シテ無効トス(刑法第三九三條)

スルコトヲ要ス(第一一條)

(一) 登記簿ノ閲覧ハ廣ク公衆ニ之ヲ許セトモ登記簿ノ附屬書類ノ閲覧ハ利害
 ノ關係ヲ疏明シテ申請ヲ爲シタル者ニ限り之ヲ許ス(非訟事件手續法第一四二
 條)

(二) 原本抄本ニ付テハ利害關係ヲ疏明スルコトヲ要セザレトモ其交付ヲ請求
 スルニハ手数料ヲ納付スルコトヲ要シ送付ヲ請フニハ郵送料ヲ納付スルコト
 ヲ要ス(非訟事件手續法第一四二條)

(三) 登記シタル事項ノ公告ハ官報及ヒ新聞紙上ニ少クトモ一回之ヲ爲スコト
 ヲ要ス公告ハ之ヲ掲載シタル最終ノ官報及ヒ新聞紙發行ノ翌日之ヲ爲シタル
 モント看做ス(非訟事件手續法第一四四條)

區裁判所ハ毎年十二月ニ翌年公告ヲ掲載セシムヘキ新聞紙ヲ選定シ官報及ヒ
 新聞紙ヲ以テ之ヲ公告スヘシ此新聞紙休刊又ハ廢刊スルトキハ他ノ新聞紙ヲ
 選定シ同一方法ニ依リテ之ヲ公告スヘシ(非訟事件手續法第一四五條)管轄内ニ
 於テ公告ヲ爲スニ適當ナル新聞紙ナシト認メタルトキハ登記所及ヒ管轄内ノ

市町村役場ノ揭示場ニ揭示ス非訟事件手續法第一四六條ノ規定ニ依リテ
 登記シタル事項ト公告シタル事項ト既觸スルトキハ登記ヲ以テ效力アリトス
 (第一四條)公告ハ第三者ヲシテ容易ニ登記シタル事項ヲ知ルコトヲ得セシムル
 爲メニ設ケタルモノナレハ第三者保護ノ爲メニハ公告ニ依ラシムヘキカ如キ
 モ登記ハ本ニシテ公告ハ末ナルノミナラス第三者ニハ登記簿ノ閲覧等ニ依リ
 テ公告ノ誤謬ヲ知ルノ途アレトモ當事者ハ登記ト公告ノ既觸ヲ生スルノ途ヲ
 杜絶スルノ方法ヲ有セス故ニ法律ハ登記ヲ以テ第三者ニ對抗シ得ルコトヲ認
 メタルナリ

第四 登記ノ效力
 登記ノ效力ノ原則ハ第十二條之ヲ定ム曰ク「登記スヘキ事項ハ登記及ヒ公告ノ
 後ニ非サレハ之ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス登記及ヒ公告ノ後
 ト雖モ第三者カ正當ノ事由ニ因リテ之ヲ知ラサリシトキ亦同シト本條ハ之ヲ
 二分シテ説明スヘシ

(一) 登記スヘキ事項ハ之ヲ登記シ且公告シタル後ニ非サレハ善意ノ第三者ニ

對抗スルコトヲ得ス故ニ登記公告前ト雖モ第三者ノ善意ヲ證明スルトキハ之
 ヲ以テ其第三者ニ對抗スルコトヲ得ヘシ而シテ登記及ヒ公告ヲ爲ササルコト
 ハ登記ヲ申請スヘキ者ノ過失ニ出テタルト登記官吏カ申請アリタルニ拘ハラ
 ス其登記及ヒ公告ヲ怠リタルト問ハサルナリ

(二) 登記及ヒ公告後ニ於テハ登記スヘキ事項ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ
 得但第三者カ正當ノ事由ニ因リテ之ヲ知ラサリシトキハ此限ニ在ラス茲ニ注
 意スヘキハ正當ノ事由ニ因リテ知ラサリシコトノ舉證ハ第三者ノ責任ニ在ル
 コト是ナリ

本店及ヒ支店アル場合ニ付キ第十三條ハ特別ノ規定ヲ爲シテ曰ク「支店ノ所在
 地ニ於テ登記スヘキ事項ヲ登記セザリシトキハ前條ノ規定ハ其支店ニ於テ爲
 シタル取引ニ付テノミ之ヲ適用ス」

以上ニ述ベタル登記ノ效力ノ原則ノ適用ハ主トシテ當事者カ責任ヲ免ルヘキ
 事項ニ關ス例ヘハ支配人ノ解任社員ノ退社會社ノ解散ノ如キ是ナリ支配人選
 任ノ登記ノ如キハ私法上何等ノ效力ヲ生セス之ナクトモ本人ハ第三者ニ對シ

ヲ支配人ナリト稱シテ取引セシムルコトヲ妨ケス之ニ反シテ登記スルモ第三者ハ之ト取引スヘキ義務ヲ負フコトナキナリ唯支配人選任ノ登記ヲ爲サザリシ場合ニ於テ其解任ヲ以テ第三者ニ對抗セント欲スルトキハ如何スヘキカノ問題ヲ生ス此場合ニハ先ツ選任ノ登記ヲ爲シ直チニ解任ノ登記ヲ爲スノ外途ナカルヘシ(スタウプ獨逸商法註釋書第一〇〇頁) 其支店ニ於テ登記スルモ上述ノ如ク商業登記ノ效力ハ第十二條ノ對抗力ヲ生スルヲ原則トシ例外トシテハ何等ノ私法上ノ效力ナキ場合アリ獨逸商法ノ如キハ尙ホ登記ヲ以テ法律關係設定ノ要素トスル場合ヲ認メ之ヲ沒權的登記ト稱セリ例ヘハ株式會社ハ登記アルニ非サレハ成立スルコトナシ登記ハ株式會社成立ノ要素ナリ又獨逸商法第二條ノ商人ハ商號ヲ登記スルニ因リ始メテ商人ト爲ルナリ我舊商法ニ於テモ株式會社ノ定款變更ハ登記ニ因リテ效力ヲ生ストセリ舊商法第二一〇條然レトモ我新商法ハ此ノ如キ場合ヲ認メス故ニ登記ノ效力ハ唯第三者ニ對スル關係ニ於テ生シ當事者相互間ニ在リテハ權利義務ノ關係ハ他ノ行爲ニ因リテ確定ス登記ハ之ニ依リテ登記シタル事項ヲ第三者ニ對抗スルコトヲ得ル

ノミ此點ニ於テハ民法第七十七條ノ不動產ノ登記ト其趣旨ヲ同シクセリ唯民法ニ在リテハ第三者ノ善意ト惡意トヲ問ハサルモ商法ニ在リテハ之ヲ區別シテ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ストセルノミ但會社設立ノ登記(第四五條)ノ如キハ善意ト惡意トヲ區別セザルナリ

第七章 商號及ヒ商標

商號(Trade Name)トハ商人カ其商業上自己ヲ指示スル爲メニ用フル名稱ヲ謂フ既ニ述ヘタル如ク營業ハ人格ヲ有スルモノニ非ス故ニ商號ハ營業自身ノ名稱ニ非ス其主人ノ營業上ノ名稱タルニ止マルナリ(註釋書第一〇三頁) 其支店ニ於テ登記スルモ商號ハ歐羅巴ニ於テハ中世會社ノ發生スルニ及ヒ其名稱トシテ發達シタルモノナルヲ以テ佛國商法ノ如キハ唯會社ノ商號ヲ認ムルノミニシテ一箇ノ商人ノ商號ヲ規定セス佛國商法ニ倣ヘル伊太利西班牙葡萄牙等ノ商法亦然リ之ニ反シテ我國ニ於テハ封建時代ニ在リテ商人ノ氏ヲ稱スルコトヲ公認セザリシ爲メ商人ハ所謂屋號ナルモノヲ用ヒ商號ハ却テ一箇ノ商人ノ屋號トシテ存在

シタリ會社ノ商號ノ如キハ近年ニ至リテ始メテ之ヲ見タルナリ
 商號ヲ選定シテ之ヲ登記スルト否トハ一箇ノ商人ニ在リテハ其自由ニ任スレ
 トモ會社ニ在リテハ設立ノ登記ニ當リテ之ヲ登記スルコトヲ要ス(第五一條第
 一號第一〇七條第一四一條第一號第二四二條第一號)
 第一 商號自由主義
 我商法ハ英法及ヒ佛法ト同シク商號ノ自由主義(Freihand)ヲ採レルヲ以テ商
 人ハ如何ナル名稱ヲ以テ自己ノ商號ト定ムルモ自由ナリ第十六條ニ曰ク「商人
 ハ其氏氏名其他ノ名稱ヲ以テ商號ト爲スコトヲ得」然レトモ本條ニハ氏名其
 他ノ名稱「言ヘルヲ以テ單ニ圖形記號ニ屬スルモノハ之ヲ商號トスルコトヲ
 得タルヘシ是レ商號ノ商標ト異ナレル點ノ一ナルヘシ

商號自由ノ原則ニ對シテ二ノ例外アリ

(一) 會社ニ非スシテ商號中ニ會社タルコトヲ示スヘキ文字ヲ用フルコトヲ得
 ス之ニ違反シタル者ハ五圓以上五十圓以下ノ過料ニ處セラル(第八條)會社タ
 ルコトヲ示スヘキ文字ト云フヲ以テ何何商會ト云フ如キモ亦禁止セラルル所

ナランカ但施行法第十二條ヲ參照スヘシ

(二) 會社ノ商號中ニハ其種類ニ從ヒ合名會社合資會社株式會社又ハ株式合資
 會社ナル文字ヲ用フルコトヲ要ス(第一七條)此等ノ文字ヲ用フル以上ハ其他モ
 ハ何等ノ制限ナキニ由リ株式會社ノ商號中ニ株主ノ氏名ヲ用フルモ妨ケザル
 所ナルヘシ(舊商法第一七三條參照)

獨逸商法ハ所謂商號真實主義(Binnenwahrheit)ヲ採レルヲ以テ一箇ノ商人ハ必ス
 其氏名ヲ以テ商號トスヘク且營業ノ種類若クハ範圍又ハ營業主人ノ關係ヲ誤
 ラシムヘキ文字ヲ附加スルコトヲ禁セリ(獨逸商法第一八條)其他合名會社合資
 會社及ヒ株式合資會社ニ付テモ各種ノ制限ヲ加ヘリ(同第一九條第二〇條)又
 一箇ノ商人ニモ商號ヲ選定シテ之ヲ登記スルノ義務ヲ負ハシメ之ニ過料ノ制
 裁ヲ設ケタリ(同第二九條第一四條)是レ我商法ト主義ヲ異ニスル所ナリ

第二 商號專用權

商號專用權ハ登記ニ因リテ生ス前述ノ如ク一箇ノ商人ハ商號ヲ登記スルノ義
 務ヲ負フコトナシト雖モ尙モ商號ノ專用權ヲ得ント欲スルトキハ之ヲ登記ス

ルコトヲ要ス商號ヲ登記スルトキハ左ノ二效力ヲ生ス
(一) 他人カ同市町村内ニ於テ同一營業ノ爲メニ其商號ヲ登記スルコトヲ妨ク
ルコト第一九條

(二) 不正ノ競争ノ目的ヲ以テ同一又ハ類似ノ商號ヲ使用スル者ニ對シテ其使
用ヲ止ムヘキコトヲ請求スルコトヲ得ルコト但損害賠償ノ請求ヲ爲スコトヲ
妨クス第二〇條茲ニ注意スヘキハ他人カ不正ノ競争ノ目的ヲ以テスルトキハ
如何ナル地域ニ在リテ之ヲ爲スモ之ニ對シテ訴ヲ起スコトヲ得且管ニ同一商
號ヲ用フル者ニ對スルノミナラス類似ノ商號ヲ用フル者ニ對シテモ訴ヲ起シ
得ルコト是ナリ然レトモ他人カ不正ノ競争ノ目的ヲ以テシタルコトハ商號ヲ
登記シタル者之カ舉證ヲ爲ス責任アリ是ニ於テカ第二〇條第二項ハ一ノ推定
ヲ設ケテ曰ク同市町村内ニ於テ同一營業ノ爲メニ他人ノ登記シタル商號ヲ使
用スル者ハ不正ノ競争ノ目的ヲ以テ之ヲ使用スルモノト推定ス是レ固ヨリ
法律ノ推定ナリ故ニ反證ヲ舉ケテ然ラサルコトヲ示スコトヲ得ルヤ勿論ナリ
尙ホ施行法第十四條ヲ參照スヘシ

登記シタル商號ニハ上述ノ如キ效力アルヲ以テ商號ノ登記ヲ爲シタル者カ其
商號ヲ廢止シ又ハ變更シタルニ拘ハラズ其抹消ヲ申請セザルトキハ第三者ハ
爲メニ空シク同一商號ヲ使用スルコトヲ得シテ不利ヲ被ルコトアルヘキヲ
以テ法律ハ利害關係人ヲシテ其登記ノ抹消ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得セシ
メタリ(第二四條)

第三 商號ノ讓渡

商號ハ之ヲ讓渡スコトヲ得舊商法第二十八條ハ商號ヲ單獨ニ讓渡スコトヲ禁
シ營業ト共ニノミ讓渡スコトヲ認メタリ獨逸商法第二十三條亦然リ元來商號
ハ營業ノ名稱ニシテ營業ニ從屬シテ轉讓スヘキモノナリ世人カ商號ニ重キヲ
置ク所以ノモノハ營業アレハナリ營業ヲ離レテ單獨ニ商號ノミヲ讓渡スコト
ヲ認ムルハ理由ナシト思ハルレトモ第二十一條及ヒ第二十二條ヲ對照スルト
キハ解釋上ハ商號ノミノ讓渡ヲ認メサルヲ得ス

商號ノ讓渡ハ當事者間ニ在リテハ讓渡ノ行爲ノミニ因リテ效力ヲ生スレトモ
是ヲ以テ第三者ニ對抗スル爲メニハ登記ヲ爲スヲ要ス(第二一條)

商號ノ讓渡アルモ之ヲ續用スルニハ左ノ制限アリ
(イ) 一箇ノ商人ハ會社ノ營業ヲ讓受ケタルトキト雖モ會社ノ商號ヲ使用スル
コトヲ得ス(第一八條)

(ロ) 會社ノ商號中ニハ其種類ニ從ヒ合名會社合資會社株式會社等ノ文字ヲ用
フルコトヲ要スルヲ以テ一箇ノ商人若クハ異種ノ會社ノ商號ヲ續用スルコト
ヲ得ス(第一七條)

商號ト共ニ營業ヲ讓渡シタル場合ノ特別ノ效力ニ付テハ第五章ニ之ヲ説明シ
タルヲ以テ今之ヲ贅セス

第四 商標 (Warenzeichen)

商號專用權ハ上述ノ如ク物權債權ノ何レニモ屬セサル一種ノ財產權ナリ而シ
テ之ト同一範疇ニ屬スヘキ財產權ニ商標專用權アリ商標ニ付テハ商法ニハ規
定ナク全ク之ヲ特別法ニ讓レリ明治三十二年三月法律第三十八號商標法即チ
是ナリ
商號ハ商人カ其商業上自己ヲ指示スル爲メニ用フルモノニシテ商標ハ營業者

カ自己ノ製造又ハ販賣ニ係ル商品ヲ表彰スル爲メニ用フルモノナリ此二者ハ
其性質頗ル類似セルノミナラス之ヲ保護スヘキ理由ニ至リテモ異ナル所ナシ
然レトモ其規定ニ至リテハ多少ノ差異ナシトセス故ニ商號ノ説明ヲ終ルニ當
リテ之ニ附加シテ商標ノ事ヲ略述スヘシ

- (一) 商標ハ文字、圖形又ハ記號ヲ以テシ其選定ハ營業者ノ自由ナレトモ商標法
第二條ハ之ニ制限ヲ加ヘタリ即チ菊花御紋章、國旗、軍旗勳章又ハ外國國旗ト同
ニ若クハ類似ノモノ、秩序風俗ヲ紊リ世人ヲ欺瞞スルノ虞アルモノ等ノ外商品
ノ普通名稱、產地ヲ表彰スルモノ又ハ其品位品質形狀ヲ商業上慣用ノ文字、圖形
若クハ記號ニ依リ表彰スルモノ及ヒ普通ニ使用セラルル氏名商號會社名若ク
ハ組合名ヲ普通ノ書體ニ依リ記載スルモノハ商標ノ登錄ヲ受クルコト能ハサ
ルノミナラス尙ホ特別著明ノ外觀アルコトヲ要セリ
- (二) 商標專用權ヲ得ントスル者ハ之ヲ登錄スルコトヲ要ス營業者ハ商標ヲ選
定シテ之ヲ登錄スルノ義務ナシト雖モ苟モ商標專用權ヲ得ント欲スルトキハ
之ヲ登錄スルコトヲ要ス此點ニ至リテハ商號ノ場合ト同様ナリ唯商號ハ登記

所ニ於テ商號登記簿ニ登記スルニ對シ商標ハ特許局ノ商標原簿ニ登錄スルモノナリ

我商標法ハ米國法ニ倣ヒ審査主義ヲ採レルヲ以テ登錄ハ特許局ノ審査官之ヲ審査シテ登錄スヘキモノト査定シタル後ニ於テ之ヲ爲スナリ

(三) 商標專用權ハ前述ノ如ク商標專用權ト性質ヲ一ニスレトモ二三ノ差異アリ即チ

(イ) 商標專用權ノ效力ハ一定地域ニ制限セラル(第九條)之ニ反シテ他人ノ聲錄商標又ハ其登錄失效後一年ヲ經過セサルモノト同一若クハ類似ニシテ同商品ニ使用セントスルモノハ登錄ヲ受タルコトヲ得ス(商標法第二條第四號)故ニ商標專用權ノ效力ハ全國ニ及フモノナリ

(ロ) 商號專用權ハ年限ノ定ナシ之ニ反シテ商標專用ノ年限ハ二十年トシ原簿登錄ノ日ヨリ起算ス(商標法第三條第一項)商標專用年限滿了ノ後其商標ヲ續用セントスル者ハ更ニ其登錄ヲ受タルコトヲ得同法第四條

(ハ) 登記シタル商號ハ民事上ノ請求權ヲ以テ保護セラルルニ止マル(第二〇條)

之ニ反シテ惡意ヲ以テ他人ノ登錄商標ト同一又ハ類似ノ商標ヲ製造シ之ヲ交付若クハ販賣シタル者之ヲ同商品ニ使用シタル者又ハ情ヲ知リテ其商品ヲ販賣シ若クハ販賣ノ爲メ所藏シタル者ハ刑事上ノ制裁アリ他人ノ登錄商標ヲ有スル容器包裝ヲ同商品ニ使用シタル者又ハ情ヲ知リテ其商品ヲ販賣シ若クハ販賣ノ爲メ所藏シタル者又ハ他人ノ登錄商標ト同一又ハ類似ノ商標ヲ其商品販賣ノ廣告看板引札等ニ使用シタル者亦同シ(商標法第一六條)但此等ノ犯罪ハ被害者ノ告訴ヲ待チテ其罪ヲ論ス(同法第一九條)

(ニ) 商號ハ前述ノ如ク營業ト分離シテ單獨ニ讓渡スコトヲ得之ニ反シテ商標ハ營業ト分離シテ讓渡スコトヲ許サス(商標法第六條)讓渡ヲ以テ第三者ニ對抗スル爲メニ登錄ヲ受タルコトヲ要スルハ商號讓渡ノ場合ニ登記ヲ爲スニ非ザレハ第三者ニ對抗スルコトヲ得サルト同様ナリ

第八章 商業帳簿

商業帳簿(Handbuch)ハ商人カ其財産ノ景況營業ノ狀態ヲ明確ニスル爲メ

三 作成スル帳簿ヲ謂フ
 歐洲ニ在リテハ中世時代ニ於テ既ニ商業帳簿ヲ作成スル義務ヲ認メ佛國ノ千六百七十三年ノ「オルドナンス」^{Ordonnance}、^{ordonnance}「コンメルス」^{Commerces}ノ如キモ峻刑ヲ以テ之ヲ作成スルコトヲ強制セリ現今ニ在リテハ之ニ關スル各國法制ニ主義アリ放任主義及ヒ干涉主義即チ是ナリ

(一) 放任主義 英米ニ在リテハ法律ヲ以テ商業帳簿ノ作成ヲ命セス然レトモ職業ヲ營ム爲メ通常必要ナル帳簿ヲ作成セサル破産者ニハ刑罰ノ制裁アルノミナラス又實際上帳簿ヲ作成スルニ非サレハ營業ヲ行フコト困難ナルヲ以テ商人ニシテ之ヲ作成セサル者稀ナリ

(二) 干涉主義 歐洲大陸諸國ハ皆法律ヲ以テ商業帳簿作成ノ義務ヲ負ハシム就中佛國商法ハ最モ嚴正ニシテ日記帳、財産目録帳及ヒ書狀控帳ノ三種ノ帳簿ノ設備ヲ強制シ其作成及ヒ記載ノ方法ニ付キ詳細ナル制限ヲ爲セルノミナラス帳簿ヲ以テ官廳ノ監督ノ下ニ置ケリ伊、白、西、葡諸國ノ法律ハ皆大同小異ナリ然ルニ獨逸商法ハ稍ヤ折衷主義ニ近ク日記帳ニ付テハ特ニ強制的ノ帳簿ヲ定

メス商人ノ取引、財産ノ狀況ヲ明カニスルヲ以テ足レリトシ財産目録帳、書狀控帳ニ付テモ官廳ノ監督ヲ認メス我商法ハ寧ロ獨逸法ニ倣ヒタルモノナレトモ書狀控帳ヲ認メス帳簿ノ作成及ヒ記載ノ方法ニ付キ何等ノ方式ヲモ定メザルニ至リテハ之ヨリモ一層寛大ナルモノナリ以下我商法ノ規定ニ付テ説明スヘシ

第一 商業帳簿ノ種類

我商法ニ依レハ商人ハ三種ノ帳簿ヲ設備スルコトヲ要ス日記帳、財産目録帳及ヒ貸借對照表是ナリ

(一) 日記帳 (Tagbuch) 日記帳ハ日日ノ取引其他財産ニ影響ヲ及ホスヘキ一切ノ事項ヲ記載スルモノニシテ我商法ハ獨逸商法ト同シク法律上日記帳ナル名稱ヲ存スルニ非ス故ニ商人ハ之ニ付スルニ如何ナル名稱ヲ以テスルモ不可ナキナリ
 日記帳ニ記載スヘキ事項ハ商取引ニ止マラス商人ノ財産ニ影響ヲ及ホスヘキ事項ハ悉皆之ヲ記載スヘキナリ故ニ家事費用ノ如キモ之ヲ記載スルコトヲ要

ス唯繁ヲ避ケテ其月額ヲ記載スルヲ以テ足レリトス又小賣取引モ日日ノ總額ヲ記載スルヲ以テ足レリトス但現金賣ト掛賣トハ一ハ現金取引一ハ信用取引ニ屬シ財産ニ及ホス影響上全ク別種ノモノナルヲ以テ之ヲ分チテ掲クルコトヲ要ス

日記帳ノ調製及ヒ記載ニ付テハ前述ノ如ク我商法ハ何等ノ方式ヲモ定メズ唯整然且明瞭ニ記載スヘキコトヲ命セルノミ獨逸商法ノ如キ寛大ナル干渉主義ノ法律ニ於テモ通用セル國語及ヒ文字ヲ以テスヘキコト帳簿ヲ製本シ各葉ニ頁數ヲ附スヘキコト各行ニハ空所ナク記載スヘキコト塗抹其他ノ方法ニ依リ讀ミ得ヘカラサル様ニナシ又ハ後日ニ至リテ爲サレタルヤニ付キ不明ナル如キ變更ヲ加フヘカラサルコト等ノ制限ヲ爲セリ獨逸商法第四三條我商法ノ所謂整然且明瞭トハ如何ナル程度ニ及フヤ一ニ之ヲ解釋ニ委ヌルヲ以テ足レリトスヘキカハ問題ナルヘシ(第二五條)

(二) 財産目録帳(Inventory) 財産目録トハ動産不動産債權債務其他ノ財産ノ總目錄ニシテ商人ノ財産ノ狀況ヲ明示スルヲ目的トスルモノヲ謂フ殊ニ會社ニ在

- 五 持分ノ拂戻ニ關スル事項(第七一條參照)
 - 六 解散ノ事由(第七四條第一號參照)
 - 七 解散ノ場合ニ於ケル會社財産ノ處分方法(第八五條參照)
- 此他法律ニ特ニ規定ナキ事項ニテモ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反セス且合名會社ノ本質ニ扞ラサル事項ハ總テ定款ニ記載スルコトヲ得然ラサルモノハ之ヲ記載スルモ其效ナシ
- 會社ハ定款ヲ作りタル日ヨリ二週間内ニ本店及ヒ支店ノ所在地ニ於テ法律ニ定メタル事項ノ登記ヲ爲スコトヲ要ス會社ハ本店ノ所在地ニ於テ登記ヲ爲スニ因リ其設立ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ルハ既ニ説明シタル所ナリ其登記スヘキ事項ハ第五十一條ニ規定セラレ即チ左ノ如シ
- 一 目的
 - 二 商號
 - 三 社員ノ氏名住所
 - 四 本店及ヒ支店

五 設立ノ年月日

六 存立時期又ハ解散ノ事由ヲ定メタルトキハ其時期又ハ事由

七 社員ノ出資ノ種類及ヒ財産ヲ目的トスル出資ノ價格

八 會社ヲ代表スヘキ社員ヲ定メタルトキハ其氏名

會社設立ノ後支店ヲ設ケタルトキハ其支店ノ所在地ニ於テ二週間内ニ前掲ノ事項ヲ登記シ且本店及ヒ他ノ支店ノ所在地ニ於テ同シ期間内ニ支店設置ノ登記ヲ爲スコトヲ要ス又本店若クハ支店ノ所在地ヲ管轄スル登記所ノ管轄區域内ニ於テ新ニ支店ヲ設ケタルトキハ其新設支店ノ所在地ニ於テ前記事項ノ登記ヲ爲ス必要ナク唯本店若クハ支店ノ所在地ニ於テ支店新設ノ登記ヲ爲スヲ以テ足ル(第五一條第二項第三項)

會社カ其本店又ハ支店ヲ他ノ登記所ノ管轄區域内ニ移轉シタルトキハ舊所在地ニ於テハ二週間内ニ移轉ノ登記ヲ爲シ新所在地ニ於テハ同期間内ニ第五十一條第一項ノ登記ヲ爲スコトヲ要ス然レトモ同一ノ登記所ノ管轄區域内ニ於テ本店又ハ支店ヲ移轉シタルトキハ其移轉ノ登記ヲ爲スヲ以テ足ル(第五二條)

又第五十一條第一項ニ掲ケタル事項中ニ變更ヲ生シタルトキハ二週間内ニ本店及ヒ支店ノ所在地ニ於テ變更ノ登記ヲ爲スコトヲ要ス(第五三條) 三 登記ヲ爲スヘキ場合ニ於テ之ヲ爲スコトヲ怠リタルトキハ會社ノ業務ヲ執行スル社員カ五圓以上五十圓以下ノ過料ニ處セラル(第二六一條第一號)

第三章 社員

合名會社ハ社員ト財産トヲ以テ其基礎ト爲ス本章ニ於テハ合名會社ノ社員ト爲ルコトヲ得ル者社員ト爲ルコトヲ得サル者及ヒ社員タル資格ノ得喪ニ付キ説明セント欲ス

合名會社ノ社員ト爲ルコトヲ得ル者ニ付キ特ニ法律ノ定メタルモノナシ故ニ一般ノ法則ニ從ヒ總テ人ハ合名會社ノ社員ト爲ルコトヲ得ト雖フテ原則トスルヲ至當ナリト信ス而シテ合名會社ノ社員ト爲ルニハ法律行為ヲ必要トスルコト普通ナリ故ニ人ハ一般ニ合名會社ノ社員ト爲ルコトヲ得ルモ社員ト爲ルニ必要ナル行為ヲ爲スニハ行為能力ヲ有セザルヘカラス未成年者カ法定代理

人ノ許可ヲ得テ若クハ其法定代理人ノ行爲ニ依リ準禁治産者カ保佐人ノ同意ヲ得テ妻カ夫ノ許可ヲ得テ合名會社ノ社員ト爲ルコトヲ得ルハ論ヲ壞タス然ラハ禁治産者ハ合名會社ノ社員ト爲ルコトヲ得ルヤ否ヤ商法第六十九條第五號ニ依レハ社員ノ禁治産ヲ以テ退社ノ原因ト爲セリ故ニ此規定ニ依レハ禁治産者ハ合名會社ノ社員ト爲ルコトヲ得サルカ如シ然リト雖モ此第六十九條ノ規定ノ全部ハ決シテ人ノ意思ニ因リテ動スコトヲ得サル公益上ノ規定ニ非ス定款ヲ以テ變更スルコトヲ得サルモノハ破産ニ關スル規定ノミニシテ其他ハ皆定款ヲ以テ自由ニ變更スルコトヲ得禁治産ノ如キモ即チ其一ニシテ會社ハ定款ニ禁治産ヲ以テ退社原因ト爲ササルコトヲ定ムルヲ得故ニ第六十九條ノ規定ニ基キ禁治産者ハ當然合名會社ノ社員ト爲ルコトヲ得サルモノト謂フハ正當ナラス之ヲ要スルニ禁治産者ハ法定代理人ノ行爲ニ依リテ合名會社ノ社員ト爲ルコトヲ得

破産者ハ合名會社ノ社員ト爲ルコトヲ得ルヤ商法施行法第一百四十三條ハ破産ノ宣告ヲ受ケタル債務者ハ復權ヲ得ルニ非サレハ會社ノ無限責任社員ト爲ルコトヲ得サル旨ヲ規定セリ合名會社ノ社員ハ即チ無限責任社員ナルカ故ニ破産者ハ復權ヲ得サル限ハ合名會社ノ社員ト爲ルコトヲ得ス此他商法施行法第一百三十七條民法施行法第二條第三條ノ規定ニ依レハ家資分散者及ヒ身代限ノ處分ヲ受ケ未タ債務ヲ完済セサル者ハ破産者ト同シ合名會社ノ社員ト爲ルコトヲ得ス

法人ハ合名會社ノ社員ト爲ルコトヲ得ルヤ否ヤ此點ニ付テハ議論アリ予輩ハ法人ト雖モ法律又ハ定款ノ規定ニ依リ禁セラレサル限ハ合名會社ノ社員ト爲ルコトヲ得ト信ス故ニ合名會社カ他ノ合名會社ノ社員ト爲リ合資會社株式會社若クハ株式合資會社モ亦合名會社ノ社員ト爲ルコトヲ得獨逸ニ於テハ此點ニ付キ或ハ合名會社ハ他ノ合名會社ノ社員ト爲ルコトヲ得ルモ合資會社株式會社ハ合名會社ノ社員ト爲ルコトヲ得スト曰ヒ或ハ合名會社ハ勿論合資會社及ヒ株式會社ト雖モ合名會社ノ社員ト爲ルコトヲ得ト曰ヒ或ハ合名會社合資會社及ヒ株式會社ハ總テ合名會社ノ社員ト爲ルコトヲ得スト曰ヒ學說一定セシ是レ獨逸商法ハ合名會社ヲ以テ法人ト看做ササルヨリ生シタル結果ナリ

然レトモ我商法ハ合名會社ヲ以テ一ノ法人ト爲シタルカ故ニ會社ト社員トハ各別箇ノ人格ヲ有ス隨テ他ノ法人カ合名會社ノ社員ト爲ルハ法人ノ理論ニ反スルモノニ非ス或ハ説ヲ爲ス者アリ法人ハ定款ニ依リテ定マリタル目的ノ範圍内ニ於テノミ權利ヲ有シ義務ヲ負フコトヲ得ルモノナルカ故ニ合名會社ノ社員ト爲ルカ如キハ其爲シ得ザル所ナリト此說一理アルカ如シ然リト雖モ會社カ他ノ株式會社ノ株式ヲ取得シテ株主ト爲ルハ實際上常ニ見ル所ノ事實ニシテ何人モ之ニ付キ會社カ株式會社ノ株主ト爲ルコトヲ得スト言フ者ナシ予輩ハ此點ニ關シ株主ト合名會社ノ社員トノ間ニ區別ヲ設ケルコト能ハスト信ス株式ヲ取得スルモ合名會社社員ノ持分ヲ取得スルモ共ニ資金ノ利用ヲ爲スモノナリ唯株式ハ其讓渡ノ自由ナルニ反シ持分ノ讓渡ハ自由ナラス然レトモ是レ資金利用ノ便否ニ關スル事項ニシテ既ニ資金ノ利用ヲ以テ會社ノ目的ニ反セザルモノトスル以上ハ其利用ノ便否ニ因リ一ハ會社ノ爲シ得ル所ニシテ一ハ其爲シ得ザル所ナリトスルハ正當ナラス

第一節 社員タル資格ノ取得

合名會社ノ社員タル資格ヲ取得スルニハ種種ノ原因アリ以下一一之ヲ説明セシム

第一 會社ノ設立者ト爲ルコト 合名會社ノ設立ヲ目的トシ定款ヲ作りテ之ニ署名スル者ハ會社ノ成立ト同時ニ社員ト爲ルコト言フヲ缺タス

第二 會社ト入社契約ヲ爲スコト 會社ノ成立後會社ト入社契約ヲ爲スニ因リテ社員ト爲ルコトヲ得設立後新社員ノ入社ヲ許スコトハ商法第六十四條ノ規定ニ照シテ疑ヲ容レズ社員ノ氏名住所ハ商法第五十條ニ依リテ定款ニ記載スヘキ絶對的必要事項ナリ故ニ會社カ入社契約ヲ締結シテ新ニ社員ヲ得ルニハ定款ノ變更ニ必要ナル手續ヲ爲スコトヲ要ス商法第五十八條ハ定款ノ變更ヲ爲スニ總社員ノ同意ヲ必要トスル旨ヲ規定セリ故ニ入社契約ヲ爲スニモ亦總社員ノ同意アルコトヲ要ス而シテ入社契約ニ因リテ新ニ社員ヲ得タルトキハ其氏名住所ハ商法第五十三條ノ規定ニ從ヒテ二週間内ニ本店及ヒ支店ノ所

在地ニ於テ登記スルコトヲ要ス。第三 社員ノ持分ヲ讓受タルコト。商法第五十九條ニ依レハ社員カ他ノ社員ノ承認ヲ得テ其持分ヲ他人ニ讓渡シタルトキハ之ヲ以テ會社ニ對抗スルコトヲ得而シテ持分ノ讓渡ハ如何ナル效果ヲ生スルヤト云フニ商法第七十三條第二項ニハ他ノ社員ノ承認ヲ得テ持分ヲ讓渡シタル社員ノ責任ヲ規定シ本店ノ所在地ニ於テ其讓渡ノ登記ヲ爲ス前ニ生シタル會社ノ債務ニ付キ責任ヲ負ヒ其責任ハ登記後二年ヲ經過シタルトキ消滅スル旨ノ規定アリ是ニ由リテ之ヲ觀レハ持分ヲ讓渡シタル社員ハ退社員ト同シク會社ヨリ脱退スルコト明カナリ果シテ然ラハ其社員ノ持分ヲ取得シタル者ハ之ニ代リテ社員ノ資格ヲ取得スルモノト謂ハサルヘカラス何トナレハ持分ハ社員タル資格ヲ維持スル必要條件ナルコト第七十三條第二項ノ規定ニ徴シ明カニシテ他ニ必要條件トシテ認ムヘキモノナケレハナリ其他同法第七十一條ニモ持分ノ拂戻ニ關スル規定アリテ退社員ハ勞力又ハ信用ヲ以テ出資ノ目的ト爲シタルトキト雖モ持分ノ拂戻ヲ受クルコトヲ得持分ヲ有スルコトカ社員タル資格ノ唯一ノ要件ナルコト

ト此規定ニ依リテ愈明白ナリ之ヲ要スルニ社員ノ持分ヲ讓受ケタル者ハ之ニ因リテ社員タル資格ヲ取得ス持分ノ何タルヤハ後ニ詳説スヘキモ茲ニ其大略ヲ述ヘンニ持分トハ社員カ社員タル資格ニ於テ會社ニ對シテ有スル財産上ノ關係ヲ謂ヒ之ヲ動的ノ方面ヨリ觀ルトキハ出資ヲ爲ス義務利益ノ配當ヲ受クル權利退社シタルトキ持分ノ拂戻ヲ受クル權利會社解散シタルトキ殘餘財産ノ分配ヲ受クル權利是ナリ持分ヲ讓渡シタルトキハ社員ノ變更ヲ生スルカ故ニ同法第五十三條ノ規定ニ從ヒ變更ノ登記ヲ爲スコトヲ要ス。以上ハ商法ニ規定セル社員タル資格ノ取得原因ナリ其他定款ニ於テ社員カ死亡シタルトキ其相續人ヲ以テ社員トスルコトヲ定メタルトキハ相續人ハ社員ノ死亡ト同時ニ當然社員ト爲ル此場合ニ於テハ社員ニ變更ナキモノト看做スト雖モ社員ノ氏名ノ變更ヲ生スルモノナルヲ以テ是レ亦變更ノ登記ヲ爲スヘキモノナリ

第二節 社員タル資格ノ喪失

會社ヲ解散シタルトキ社員カ其資格ヲ喪失スルコトハ當然ノ理ナリ然レトモ會社ハ解散ノ後ト雖モ清算中ハ其目的ノ範圍内ニ於テ存續スルモノト看做サルカ故ニ社員モ亦清算中猶ホ其資格ヲ持續スルモノト謂ハサルヘカラス故ニ社員タル資格ノ絶對的ニ消滅スルハ清算終了ノ時ナリ以上ハ會社ノ消滅ニ因リテ社員タル資格ノ消滅スルモノニシテ此場合ニハ總テノ社員カ同時ニ其資格ヲ喪失ス此他特定ノ社員カ特別ニ其資格ヲ喪失スル場合アリ以下一一之カ説明ヲ爲サン

第一 持分全部ノ讓渡 商法ハ退社ト持分ノ讓渡トヲ區別セリ然レトモ持分全部ノ讓渡アルトキ讓渡人ハ之ニ因リテ全然社員タル資格ヲ喪失スルモノナルカ故ニ持分全部ノ讓渡カ一ノ退社原因タルコトハ論ヲ俟タス唯單純ナル退社ト持分全部ノ讓渡ト異ナル所ハ單純ナル退社ニ在リテハ現在ノ社員カ其資格ヲ失フノミニシテ他人カ之ニ代ルコトナキモ持分全部ノ讓渡ニ在リテハ讓受人ハ讓渡人ニ代リテ社員タル資格ヲ取得ス之ヲ要スルニ持分全部ノ讓渡ハ社員ノ變更ヲ生スル一ノ原因ナリ

第二 退社 退社ニハ任意ノ退社ト不任意ノ退社トアリ以下之ヲ分説セン

(甲) 任意ノ退社

(一) 定款ヲ以テ會社ノ存立時期ヲ定メザリシトキ又ハ或社員ノ終身間會社ノ存續スヘキコトヲ定メタルトキハ各社員ハ六箇月前ニ豫告シテ營業年度ノ終ニ於テ退社スルコトヲ得第六八條第一項此規定ハ一方ニ於テハ社員ノ利益ヲ圖リ他方ニ於テハ會社ノ利益ヲ害セザランコトヲ期シタルモノナリ蓋シ定款ヲ以テ會社ノ存立時期ヲ定メザリシトキハ各社員ハ會社ノ債務ニ付キ永久無限責任ヲ負ハサルヘカラスシテ其負擔甚タ大ナリ又或社員ノ終身間會社ノ存續スヘキコトヲ定メタル場合ニ於テモ會社ハ何時マテ存續スルカ之ヲ知ルコト能ハスシテ社員ノ責任ノ存續期間モ亦自ラ不確定ナリ此ノ如キ場合ニ於テ退社ノ自由ヲ與ヘサルトキハ何人ト雖モ安シテ社員ト爲ル者ナク到底會社ノ成立ヲ妨クルニ至ル故ニ此二箇ノ場合ニ於テハ社員ニ自由ノ退社ヲ許スコトハ實際上甚タ必要ナリ然レトモ之カ爲メ會社ノ利益ヲ害スルコトヲ得ス會社ハ退社員アルトキハ之ニ對シテ持分ノ拂戻ヲ爲サ

サルヘカラス故ニ營業年度ノ半ニ於テ安ニ退社ヲ許ストキハ會社ハ其財産ノ幾部分ヲ失フノミナラス之カ爲メ事業ノ上ニモ亦尠カラサル不便ヲ生スルコトヲ免レヌ是レ法律カ六箇月ノ豫告ヲ以テ營業年度ノ終ニ於テ退社ヲ爲スコトヲ許シタル所以ナリ

- (二) 會社ノ存立時期ヲ定メタルト否トヲ問ハス已ムヲ得サル事由アルトキハ各社員ハ何時ニテモ退社スルコトヲ得第六八條第二項已ムコトヲ得サル事由トハ事實上ノ問題ニシテ一概ニ論スルコトヲ得ス茲ニ一例ヲ示サハ勞力ヲ出資ノ目的トセル社員カ疾病ニ因リテ引續キ勞力ヲ供スルコト能ハサルトキ又ハ社員間ニ業務執行ニ付キ衝突ヲ起シテ調和ノ見込ナキトキノ如キハ已ムコトヲ得サル事由アルモノト謂フコトヲ得此ノ如キ場合ニ於テ社員ニ何時ニテモ退社ヲ許スハ會社及ヒ社員ノ雙方ノ爲メ利益ナルカ故ナリ
 - (三) 定款ニ定メタル事由ノ發生第六九條第一號)
 - (四) 總社員ノ同意第六九條第二號)
- 乙) 不任意ノ退社

- (一) 死亡 合名會社ハ社員ノ人の信用ニ重キヲ置ク所ノ會社ナリ故ニ社員死亡シタルトキ其相續人ハ當然社員ト爲ルコトナシ然レトモ定款ヲ以テ相續人ヲ社員トスルコトヲ定メタルトキハ社員ノ死亡ニ因リ其相續人當然社員ト爲ル(第六九條第三號)
- (二) 破産第六九條第四號) 破産者ハ經濟上ノ信用ヲ喪失シテ自ラ財産ノ占有管理及ヒ處分ヲ爲ス能力ヲ有セサルモノニシテ商法施行法第百四十三條ハ復權ヲ得サル破産者ハ會社ノ無限責任社員ト爲ルコトヲ禁シタリ故ニ破産カ合名會社ノ社員ノ退社ノ原因タルコトハ論ヲ竣タス此點ニ付テ定款ニ反對ノ規定ヲ爲スコトヲ得ス家資分散者ハ破産者ト同一視セラルルコト商法施行法第百三十七條民法施行法第二條ノ規定スル所ナリ故ニ家資分散ノ宣告ヲ受クルコトハ退社ノ原因ト謂ハサルヘカラス
- (三) 禁治産 合名會社ノ社員ハ各自業務ヲ執行スル權利義務ヲ有シ又會社ヲ代表スル權限ヲ有スルコトヲ原則トス然ルニ禁治産者ハ自ラ法律行爲ヲ爲ス能力ヲ有セス故ニ法律ハ禁治産ヲ以テ退社ノ原因ト爲セリ但定款ニ反

對ノ規定ヲ爲スハ法律ノ禁スル所ニ非ス
(四) 除名 除名トハ或社員ニ其社員タル資格ヲ剝奪スル處分ヲ謂フ除名ヲ爲スコトヲ得ル場合ニ制限アリ且除名シタル社員ニ其旨ヲ通知スルニ非ザレハ之ヲ以テ其社員ニ對抗スルコトヲ得ス除名スルコトヲ得ル場合左ノ如シ(第七〇條)

(イ) 社員カ出資ヲ爲ス能ハサルトキ又ハ催告ヲ受ケタル後相當ノ期間内ニ出資ヲ爲ササルトキ

(ロ) 社員カ他ノ社員ノ承諾ヲ得スシテ自己又ハ第三者ノ爲メニ會社ノ營業ノ部類ニ屬スル商行爲ヲ爲シ又ハ同種ノ營業ヲ目的トスル他ノ會社ノ無限責任社員ト爲リタルトキ

(ハ) 社員カ會社ノ業務ヲ執行シ又ハ會社ヲ代表スルニ當リ會社ニ對シテ不正ノ行爲ヲ爲シタルトキ

(ニ) 社員カ會社ノ業務ヲ執行スルノ權利ヲ有セサル場合ニ於テ其業務執行ニ干與シタルトキ

(ホ) 其他社員カ重要ナル義務ヲ盡ササルトキ

以上ハ他ノ社員ノ一致ヲ以テ或社員ヲ除名スル場合ナリト雖モ其他除名ニ關スル特別ノ場合アリ即チ商法第八十三條ニ規定スル場合はナリ此規定ニ依ルトキハ已ムコトヲ得ザル事由アルトキハ各社員ハ會社ノ解散ニ代ヘテ或社員ヲ除名スルコトヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得ヘク裁判所ハ判決ヲ以テ除名ノ裁判ヲ爲スコトヲ得第八三條

第四章 會社ノ資産

商法第二百十條ニ依レハ株式會社ノ定款ニハ資本ノ總額ヲ記載スルコトヲ要スルヲ以テ資本ノ額ノ一定スルコトハ株式會社ノ要件ナルコト毫無疑ヲ容レヌ合名會社ノ資本ニ付テハ此ノ如キ明確ナル規定ナシ然レトモ會社ノ事業ト會社ノ資本トハ互ニ密接ノ關係ヲ有シ會社ノ資本ハ必ス一定スルコトヲ要ス何トナレハ資本ノ額ハ事業ノ大小難易ニ從ヒテ定マルハキモノニシテ會社ノ事業定マル以上ハ會員ノ資本モ亦一定スル必要アレハナリ合名會社ニ在リテ

モ資本ノ一定スルコトヲ必要トセザル理由ナシ商法第五十條第五號ハ合名會社ノ定款ニ社員ノ出資ノ種類及ヒ價額又ハ評價ノ標準ヲ記載スヘキコトヲ命シタリ此法條ハ社員ノ出資ノ方面ヨリ規定シタルモノナリト雖モ出資ハ資本財產ヲ組織スヘキモノニシテ各社員ノ出資ノ種類及ヒ價額一定スルトキハ之ニ依リテ會社ノ資本ノ額モ亦自ラ一定スルコトヲ得故ニ予輩ハ第五十條第五號ヲ以テ社員ノ出資ニ關スル規定ヲ爲スト同時ニ會社ノ資本ニ關スル規定ヲ爲シタルモノナリト解セント欲ス然ラハ資本トハ何ヲ謂フカ予輩ハ出資ノ價額ノ總計ヲ以テ會社ノ資本ナリト謂フヲ至當ナリト信ス資本ハ實質的ノ存在ヲ有スルモノニ非スシテ一ノ思想上ノ計算ナリ今會社ノ資本カ十萬圓ナリト云フハ十萬圓ノ價格ヲ有スル動産不動産其他ノ財産ヲ云フモノニ非スシテ會社カ保存セザルヘカラサル財産ノ總計ヲ謂フ會社カ現ニ有スル所ノ動産不動産其他ノ物ハ所謂會社ノ財産ニシテ會社ノ資本ニ非ス會社ノ資本ハ抽象的ノモノニシテ會社ノ財産ハ具體的ノモノナリ資本ノ増減アリタルトキハ財産モ亦増減ス之ニ反シテ財産ノ増減アルモ資本ハ増減スルコトナシ資本ハ定款ニ

スヘカラス故ニ左ノ場合ニ於テハ權利拘束ハ消滅ス

(イ) 終局判決ノ確定シタルトキ 一ノ訴訟ニ付キ終局判決アリタルトキハ其事件ハ一旦受訴裁判所ノ手ヲ離ルルモ其判決ニ對スル故障又ハ上訴ノ途アリテ其判決カ未タ確定ニ至ラサルトキハ訴訟ハ終局シタリト謂フコトヲ得ス隨テ尙ホ權利拘束ハ存在スルモノナリ權利拘束ノ消滅ニ至ルハ判決確定シ而シテ訴訟カ全ク終局ヲ告ケタルトキニ在リ但受訴裁判所カ事物上ノ管轄權ヲ有セザル場合ニ第九條ノ規定ニ從ヒ原告ノ訴ヲ却下シ之ヲ管轄裁判所ニ移送スルノ判決ハ確定ニ至ルモ其訴訟事件ハ移送ヲ受ケタル裁判所ニ繫屬スヘキヲ以テ權利拘束ノ消滅セザルハ勿論ノコトナリ又確定判決ヲ經タル事件ト雖モ再審ノ訴ニ因リテ再ヒ或裁判所ニ繫屬スルニ至ルコトアルハ法律ノ規定ニ依リテ生スル結果ニシテ此場合ニハ前同一ノ訴訟物ニ付キ再ヒ權利拘束ヲ生スルモノトス

(ロ) 原告カ訴ヲ取下タルトキ 訴ノ取下ハ實體ノ權利ニ影響ヲ及ボスモノニ非サレトモ全ク訴訟行為ヲ消滅セシムル所ノ裁判上ノ意思表示ナルヲ以テ取

下ノ後ハ初ヨリ訴ノナカリシト同一ノ状態ニ復スルモノナリ隨テ權利拘束ノ消滅ヲ來スハ勿論ナリ(第一九八條第四項參看我民事訴訟法ハ第九十八條ニ於テ明示ノ取下ニ關スル規定ヲ設ケタルノミナラス第九十條第二項ニ判決ヲ以テ訴ヲ取下クタリト宣言スヘキ場合ヲ定メ又第九十八條ノ末項ニ於テ反證ヲ許ササル取下ノ推定ヲ設ケタリ

(ハ) 當事者カ裁判上ノ和解ヲ爲シタルトキ、裁判上ノ和解ハ訴訟事件ヲ終局セシメ且第五百五十九條第三號及ヒ第四號ニ掲ケタル如ク一ノ執行名義ト爲ルコト確定判決ト同一ナレハ是レ亦權利拘束ノ消滅原因タルヤ明カナリ此ノ如ク訴訟ヲ終局セシメ權利拘束ノ消滅原因タルヘキ和解ハ裁判上ノ和解ニ限レリ裁判上ノ和解トハ第二百二十一條第三百八十一條ノ規定ニ從ヒ裁判所ニ於テ爲シタル和解ヲ謂フ故ニ當事者カ訴訟ヲ止ムル裁判外ノ合意ヲ爲スモ適法ノ取下ヲ爲ササル間ハ權利拘束ハ消滅スヘキニ非ス

(ニ) 督促手續ニ於テ支拂命令ノ送達ニ因リテ權利拘束ヲ生シ而シテ訴カ地方裁判所ノ管轄ニ屬スヘキ場合ニ於テハ債權者カ異議申立ノ通知書ノ送達ヲ受

ケタル日ヨリ起算シ一箇月ノ期間内ニ訴ヲ起サザルトキ、支拂命令ニ對シ債務者カ指定ノ期間内ニ異議ヲ申立テタルトキハ其支拂命令ハ效力ヲ失フモノナレトモ之カ爲メニ權利拘束ノ效力ハ消滅セシテ猶ホ存續スルコトハ第三百八十九條第一項ノ規定スル所ニシテ而シテ第三百九十條ニ依レハ其請求ニ付キ起スヘキ訴カ區裁判所ノ管轄ニ屬スル場合ニ於テ異議ノ申立アリタルトキハ支拂命令ノ送達ト同時ニ其訴カ區裁判所ニ起サレタルモノト看做サルルヲ以テ此場合ニ於ケル權利拘束ハ初ヨリ訴ヲ提起シタルトキト同シク其訴カ確定判決又ハ取下若クハ和解ニ因リテ終局ヲ告ケタルニ非サレハ消滅セス然レトモ右ノ場合ニ反シテ訴カ地方裁判所ノ管轄ニ屬スヘキトキハ債權者カ第三百九十一條ニ定ムル一箇月ノ期間内ニ管轄裁判所ニ訴ヲ提起セシテ其期間ヲ経過スルニ因リテ權利拘束ハ消滅ス

(ホ) 追加裁判ヲ求ムヘキ請求ニ關スル權利拘束ハ追加裁判ヲ求ムヘキ期間ニ經過シタルトキ、主タル請求若クハ附帶ノ請求又ハ訴訟費用ノ全部若クハ一部ニ付キ裁判ヲ爲スニ際シ受訴裁判所カ之ヲ脱漏シタルトキハ當事者ハ其判

決正本送達ノ日ヨリ七日ノ期間内ニ追加裁判ヲ求ムルコトヲ得ヘシレ第二
 百四十二條ニ規定スル所ニシテ此脱漏ニ係ル請求ノ權利拘束ハ脱漏ノ爲メニ
 直チニ消滅スヘキモノニ非スシテ當事者カ法定ノ期間内ニ追加裁判ヲ求ムル
 コトヲ行フ之ヲ徒過シタルトキ始メテ其請求ハ裁判ナクシテ結了シ權利拘
 束ハ消滅スヘキモノトス且ク該期間ニ管轄法院預ニ稱シ異議生ズルニ其期間
 口頭辯論ニ於テ原告カ請求ヲ放棄シ又ハ被告カ原告ノ請求ヲ認諾シタルトキ
 ハ權利拘束ハ消滅スルヤ否ヤ此問題ニ付テハ積極消滅ノ二説アリトモ原告カ
 一旦訴ヘタル請求ヲ放棄シ又ハ被告カ原告ノ請求ヲ認諾シタルトキハ相手方
 ノ申立ニ因リ裁判所ハ第二十九條ニ依リ放棄ノ場合ニハ原告請求ノ却下
 又認諾ノ場合ニハ被告敗訴ノ判決ヲ爲スヘキモノナルカ故ニ請求ノ放棄又ハ
 認諾ハ權利拘束消滅ノ直接原因タルヲ得スシテ爾後相手方カ之ニ由リテ判決
 ヲ求メ而シテ其判決確定ニ至ルカ又ハ訴ヲ取下若クハ裁判上ノ和解ナキ以上
 ハ訴訟ハ終局スヘキモノニ非スト信ス

第三款 訴ノ取下

訴ノ取下トハ既ニ爲シタル訴訟行爲ヲ放棄スルヲ謂フ詳言スレハ訴ノ取下ハ
 其訴ニ於テ主張シタル實體上ノ權利ヲ放棄スルニ非スシテ單ニ其權利ニ基キ
 提起シタル訴ヲ取消シ以テ其訴ニ付キ受訴裁判所ノ判決ヲ受タル權利ヲ放棄
 スルヲ謂フ故ニ其效果ハ實體上ノ權利ニ影響ヲ及ホスコトナク唯訴ヲ未タ起
 ササリシ以前ノ状態ニ復セシムルニ過キス隨テ訴狀ノ送達ニ因リテ生シタル
 權利拘束ヲ消滅セシムルモノナレトモ同一ノ權利ニ基キ再訴ヲ爲スコトヲ妨
 ケス而シテ取下ハ訴訟ノ全部又ハ一分ニ付キ之ヲ爲スコトヲ得ヘシ反訴ニ於
 ケルモ亦然リ以下取下ニ關スル規定ヲ分説セン

第一 取下ヲ爲シ得ル時期

取下ハ原告ノ欲スル所ニ從ヒテ訴ノ全部又ハ一分ニ付キ爲スコトヲ得ルモ其
 時期ノ如何ニ依リテ制限ナキ能ハス先ツ原告カ隨意ニ取下ヲ爲スコトヲ得ル
 時期ハ起訴以後本案ニ付キ被告ノ第一口頭辯論ヲ始ムルマテノ間ニ在リ此時

期間ノ取下ハ全ク無制限ニシテ訴狀ノ送達ニ因ル權利拘束ノ發生ノ前後ヲ問ハス又被告ノ準備書面提出ノ前後ヲ問ハス常ニ原告ノ一方ニ於テ隨意ニ訴ヲ取下クルコトヲ得此時期ハ被告カ本案ノ辯論即チ請求ノ實體ニ關スル演述ヲ始ムルニ因リテ終了スルモノナルカ故ニ原告カ獨リ本案ノ辯論ヲ爲シタルモ被告ニ於テ未ダ全ク辯論ヲ始メサルカ又ハ單ニ妨訴ノ抗辯ヲ提出シ其他形式ニ關スル異議例ヘハ訴ノ變更ニ對スル異議ヲ起シ未ダ本案ノ辯論ヲ始メサル間ハ被告ノ承諾ヲ得ルコトヲ要セス原告ノ隨意ニ取下ヲ爲スコトヲ得ルモノトス原告若クハ被告カ最初ノ辯論期日ヲ懈怠シ相手方ノ申立ニ因リ關席判決ノ言渡アリタル後懈怠者タル原告若クハ被告カ故障ノ申立ヲ爲シタルトキハ新辯論ニ於テ被告カ本案ノ辯論ヲ始メサル間ハ原告ノ隨意ニ其訴ヲ取下クルコトヲ得ヘシ是レ故障ハ訴訟ヲ關席前ノ程度ニ復セシムルノ效力アルカ故ナリ又被告カ本案ノ辯論ト共ニ妨訴ノ抗辯其他ノ訴訟條件ニ關スル抗辯ヲ提出シタルトキハ原告ハ向ホ隨意ニ訴ノ取下ヲ爲スコトヲ得ヘシ何トナレハ此等ノ抗辯アルトキハ裁判所ハ本案ニ先チテ其當否ヲ斷定セサルヘカラサルヲ以

テ此場合ニ於ケル本案ノ辯論ハ條件附即チ此等ノ抗辯ノ棄却セラルルヲ條件トシテ爲スモノト謂ハサルヘカラサレハナリ
 次ニ本案ニ付キ被告カ口頭辯論ヲ始メタル後口頭辯論ノ終結ニ至ルマテハ原告ハ被告ノ承諾ヲ得ルニ非サレハ訴ノ取下ヲ爲スコトヲ得ス此時期ニハ何故ニ被告ノ承諾ヲ要スルカト云フニ被告ハ一旦係争ノ法律關係ニ付キ實體上ノ理由ニ基キ辯論ヲ始メ如何ナル判決ヲ求ムルヤノ申立ヲ爲シ判決ヲ受クルノ權利ヲ取得シタルモノナルニ原告ノ意思ノミニ依リテ被告ノ申立ヲ全ク無効ニ歸セシムルトキハ被告ノ利益ヲ害スヘキヲ以テナリ何トナレハ取下ハ再訴ヲ爲スコトヲ妨ケサルカ故ニ被告ハ既ニ其訴ニ付テノ答辯ノ準備ヲ爲シ且如何ナル判決ヲ求ムルヤノ申立ヲ爲シタル以上ハ其訴ニ於テ直チニ判決ヲ受クルヲ便利トスルコトアルヘク然ラサレハ原告ノ再訴ニ因リテ再ヒ答辯防禦ヲ爲ササルヘカラサルノ虞アリ殊ニ證據方法ノ濯滅スルノ虞アル場合ノ如キハ速ニ判決ヲ受クルヲ以テ利益トスヘケレハナリ故ニ此場合ニ於テ被告カ判決ヲ受ケント欲セハ原告ノ取下ニ付キ承諾ヲ唱ヘテ辯論ノ續行ヲ求ムルコト

ヲ得ヘク原告ハ之ヲ拒ムコトヲ得ナルナリ此ノ如ク被告ノ承諾セサルカ爲メ
 取下ノ成立セサル場合ニ若シ原告カ辯論ヲ爲ササルトキハ如何ナル判決ヲ爲
 スヘキモノナルカ此場合ニ於テハ被告カ既ニ本案ノ辯論ヲ爲シタル後ナレハ
 通例原告モ亦其以前ニ於テ既ニ本案ノ辯論ヲ爲シタルモノナルヘキカ故ニ爾
 後原告カ陳述ヲ爲ササルモ第二百五十條ノ規定ヲ適用スヘキニ非スシテ第二
 百五十一條ノ規定ニ從ヒ對審判決ヲ爲スヘキモノトス但原告カ極メテ不完全
 ナル陳述ヲ爲シタルノミニシテ如何ナル原因ニ基キ如何ナル判決ヲ求ムルヤ
 ヲ明カニセサルカ爲メ之ヲ以テ未タ本案ノ辯論ト稱スヘカラサルトキハ第二
 百五十條ニ所謂辯論ヲ全ク爲ササルトキト同シク闕席者ト看做シ闕席判決ヲ
 爲ササルヘカラス其原告ノ爲シタル陳述カ果シテ本案ノ辯論ト云ヒ得ヘキヤ
 否ヤハ各場合ニ於テ裁判官ノ判定スヘキ所ナリ
 口頭辯論終結後ハ訴ノ取下ヲ爲シ得ルヤ否ヤ第九十八條第一項ノ解釋トシ
 テハ辯論終結後ニ於テハ最早取下ヲ爲スコトヲ得スト論定セサルヘカラス果
 シテ然ラハ何故ニ辯論終結後ハ訴ノ取下ヲ許ササルカト云フニ訴ノ取下ハ再

訴ヲ妨ケサルカ故ニ既ニ一ノ訴訟ニ於テ口頭辯論ノ終結シタル以上ハ當事者
 ノ意思ニ由リテ全ク之ヲ無用ニ歸セシムルヨリハ寧ロ其訴ノ取下ヲ禁シ依リ
 テ以テ再訴ヲ防止シ争訟ノ蕃著ヲ速ナラシムルハ公益上利益アルヲ以テナリ
 然ルニ此說ニ反シテ權利拘束存續中ハ何時ニテモ訴ノ取下ヲ爲スコトヲ得ヘ
 シト爲シ其極控訴審上告審ニ至リテモ尚ホ原告ハ訴訟全體ノ取下ヲ爲シ初ヨ
 リ何等ノ訴モナク何等ノ判決モナカリシト同一ノ状態ニ歸セシムルヲ得ヘシ
 ト論スル者アリ此ノ如キハ當事者ノ意思ヲ以テ裁判所ノ下シタル判決ヲ取消
 シ原告ヲシテ再ヒ同一ノ訴ヲ起スコトヲ得セシムルノ不都合ヲ生スルノミナ
 ラス法文ヲ無視スルモノト謂ハサルヘカラス何トナレハ第九十八條第一項
 ニハ又其後口頭辯論ノ終結ニ至ルマテハ云云下アリ此反對解釋ヨリシテ辯論
 終結後ハ取下ヲ爲スコトヲ得ストノ結論ヲ生スルハ當然ナレハナリ故ニ訴訟
 カ上級審ニ繫屬シタルトキハ單ニ上訴者ニ於テ上訴ノ取下ヲ爲スコトヲ得ル
 ノミ而シテ上訴ノ取下ハ上訴權ノ喪失ヲ來シ上訴セラレタル判決ヲ確定セシ
 ムルハ第三百九十九條第二項第四百五十四條ノ規定ニ據リテ明カナリ

第二 取下ノ方式

取下ノ方式モ亦其時期ノ如何ニ依リテ異ナルモノナリ第百九十八條第二項ニ曰ク訴ノ取下ハ口頭辯論ニ於テ之ヲ爲ササルトキハ書面ヲ以テ之ヲ爲ス可シト故ニ未タ口頭辯論ヲ開カサル以前ニ於テ取下ヲ爲スニハ原告ハ其趣旨ヲ記載シタル書面ヲ提出セサルヘカラス而シテ訴狀提出後未タ被告ニ之ヲ送達セサル以前ナレハ被告ハ訴ノ提起ヲ知ラス隨テ取下ヲ被告ニ通知スルノ必要ナシ唯此場合ニハ裁判所ニ取下ノ書面ヲ提出スルノミニシテ他ノ手續ヲ必要トセス然レトモ既ニ訴狀ヲ被告ニ送達シタル後ナレハ取下ノ書面ハ之ヲ被告ニ送達シテ訴ノ消滅ヲ知ラシメサルヘカラス(第一九八條第三項參看)但取下ノ書面ノ送達ハ取下ノ成立要件ニ非ス若シ又既ニ口頭辯論ヲ始メタルトキハ原告ハ其辯論中ニ於テ取下ノ旨ヲ表示スルコトヲ得此場合ニ於テハ之ヲ調書ニ記載シテ明確ニスルカ又ハ其旨ヲ記載シタル書面ヲ提出シ之ヲ附録トシテ調書ニ添付スレハ可ナリ若シ被告ノ承諾ヲ要スル時期ニ在ルトキハ被告ノ承諾ヲ爲シタルコトヲモ調書ニ記載スヘキハ勿論ナリ又口頭辯論開始後終結ニ至ラス

シテ一旦辯論ヲ閉テ次ノ期日辯論ヲ開始セラレサル以前ニ於テモ書面ヲ提出シテ取下ヲ爲スコトヲ得ヘシ此場合ニ於テ被告カ既ニ本案ノ辯論ヲ爲シタルカ爲メニ其承諾ヲ要スルトキハ取下ノ書面ニ被告カ承諾ヲ爲ス意思ヲ表示スルカ又ハ特ニ被告ノ承諾書ヲ添附スルヲ要スルハ亦言ヲ俟タス而シテ此場合ニ於テモ亦被告ニ其書面ヲ送達セサルヘカラスアルヤ否ヤ被告ハ既ニ取下ニ付キ承諾ノ意思ヲ表示シ原告カ取下ヲ爲サンコトヲ知ルカ故ニ別ニ其書面ヲ被告ニ送達スルハ不必要ノ感ナキニ非サレトモ取下ノ承諾又ハ合意ト取下其モノトハ相異ナリ取下ノ承諾アリ合意アルモ其裁判所ニ顯ハレサル以前ニ在リテハ決シテ取下アリト謂フヘカラス果シテ原告カ取下ノ書面ヲ裁判所ニ提出シタルヤ否ヤ又提出シタルトスルモ何時提出シ受理セラレタルヤヲ被告ニ於テ知ルノ必要アリ即チ被告ハ適法ノ取下アリタルヤ否ヤ又其取下アリタルハ何時ナルカヲ知ルノ必要アリ加之同條第三項ハ別ニ區別ヲ設ケサルヲ以テ被告カ取下ヲ承諾シタルトキト雖モ仍ホ之ニ取下ノ書面ヲ送達スヘキモノナリ但口頭辯論ノ際ニ原告カ取下ノ意思表示ヲ爲シ被告之ヲ承諾シタルトキハ取

下ハ適法ニ成立シ而シテ當事者裁判所共ニ之ヲ知ルカ故ニ唯之ヲ調査ニ記載スルヲ以テ足レリトス

右ニ述ヘタル如ク訴ノ取下ハ一ノ裁判上ノ行為ナレハ縱令當事者間ニ取下ノ合意アルモ原告カ前述ノ方式ニ從ヒ裁判所ニ對シ取下ノ意見ヲ表示セサルトキハ其效力ヲ生セスシテ權利拘束ハ存續スルヲ以テ被告ハ其訴訟ニ於テ辯論ヲ爲ササルヘカラス但此場合ニ於テ被告カ原告ニ對シ取下ノ履行ヲ求ムル訴ヲ起シ判決ニ依リテ取下ノ效ヲ發生セシムルコトヲ妨ケス(第七三六條參看)

第三 取下ノ效力

訴ノ取下ハ訴ヲ提起セサル以前ノ狀態ニ復セシムルモノナレハ一旦訴ニ因リテ生シタル效果ヲ既往ニ溯リテ全滅ニ歸セシム是故ニ取下ノ效力ハ主トシテ消極的ノモノナリ即チ訴ノ取下ハ權利拘束ノ總テノ效力ヲ消滅セシムル旨第百九十八條第四項ニ規定セリ是レ即チ適法ノ取下アリタル場合ニハ權利拘束ハ未タ曾ラ生セザリシモノト看做スノ趣意ナリ故ニ民法上時効ノ中斷ハ訴ノ效果トシテ生スヘキモノナレトモ取下ノ場合ニハ其效ヲ生セサル旨民法第百

四十九條ニ明定セリ隨テ取下ハ確定判決又ハ和解ニ因リテ權利拘束ノ消滅シタル場合ト異ナリ實體ノ權利ニ影響ヲ及ボスコトナク取下ヲ爲シタル原告ハ再ヒ前同一ノ訴ヲ起スコトヲ得ヘキナリ

尙ホ一ノ取下ノ效力ニシテ積極的ノモノアリ即チ取下ヲ爲シタル原告ニ其訴ノ費用ヲ負擔スルノ義務ヲ發生スルコト是ナリ是レ總則第七十二條ノ規定スル所ニシテ縱令取下ハ訴ノ未タ生セザリシ以前ノ狀態ニ復セシムルトハ云ヘ原告カ既ニ爲シタル訴訟行為ニ付キ責任ヲ負フヘキハ當然ナレハナリ故ニ原告ハ之カ爲メニ生シタル必要ノ費用ハ自己ノ分ハ勿論被告ニ生セシメタル分ヲモ負擔セサルヘカラス而シテ被告カ訴訟費用ヲ要シタルトキハ第八十四條ニ依リ確定決定ヲ申請シ取下ヲ爲シタル原告ニ對シ訴訟費用ノ履行ヲ爲スコトヲ得ヘシ又原告カ訴ヲ取下ケタル後被告ニ其訴訟費用ヲ辨濟セスシテ再ヒ前同一ノ訴ヲ提起シタルトキハ被告ハ其辨濟ヲ受クルマテ應訴ヲ拒ムコトヲ得ヘシ第一九八條第五項參看此抗辯ハ一ノ妨訴ノ抗辯ニシテ即チ第二百六條第六號ニ掲グル所ノモノナリ

以上取下ノ效力ハ第九十條第二項及ヒ第百八十八條第三項ノ場合ニ於テモ亦生スルハ勿論ナリ

第四款 反訴

反訴トハ既ニ權利拘束ト爲リタル訴訟中被告カ原告ニ對スル請求ニ付キ同一裁判所ニ提起スル訴ヲ謂フ故ニ反訴ニ於テハ本訴ノ被告カ原告トシテ本訴ノ原告ヲ被告トシ更ニ自己ノ請求ヲ主張スルモノナリ抑モ法律カ反訴ヲ許ス目的ハ争ノ落著ヲ速ナラシメ當事者ニ時日ト費用トヲ節スルノ利便ヲ與ヘシカ爲メナリ即チ反訴アルトキハ當事者ハ一ノ訴訟手續ニ於テ二箇ノ訴ニ付キ裁判ヲ受クルコトヲ得ヘシ尙ホ又反訴ハ被告ノ爲メニ相殺シ得ヘキ權利アル如キ場合ニ相手方ノ無資力ニ因リテ生スヘキ損害ヲ防クノ利益アリ然リト雖モ反訴ハ一面ニ於テハ却テ訴訟ヲ錯雜ナラシメ其落著ヲ遲延セシムルノ虞アルヲ以テ唯原告被告間ニ於テノミ之ヲ許スモノトス隨テ被告ノ從參加人ノ如キハ原告ニ對シテ反訴ヲ爲スコトヲ得ス又被告ハ原告ノ從參加人ニ對シテ反訴ヲ

起スコトヲ得サルナリ勿論從參加人カ第五十八條ノ規定ニ從ヒ自ら當事者ト爲リタルトキ及ヒ指名參加人カ第六十二條ノ規定ニ從ヒ被告ニ代リテ當事者ト爲リタルトキハ此限ニ在ラス又被告ノ反訴ニ對シテハ原告ヨリ更ニ反訴ヲ提起スルコトヲ得ス若シ夫レ反訴ニ反訴ヲ許サンカ終ニハ其底止スル所ヲ知ラス訴訟ハ爲メニ紛糾錯雜ヲ來スニ至ラン是レ第二百條末項ニ於テ明カニ之ヲ禁シタル所以ナリトス之ヲ要スルニ反訴ハ被告ヨリ原告ニ對シテノミ起ルコトヲ得ルモノニシテ其裁判籍ハ本訴ノ繫屬スル裁判所ニ在ルモノトス以下反訴ニ關スル規定ヲ分説セシム

第一 反訴提起ノ必要條件
被告カ反訴ヲ提起スルニハ左ノ條件ヲ必要トス
(第一) 本訴ノ權利拘束中ナルコト(第二)〇〇條第一項 反訴ハ本訴ノ權利拘束カ既ニ發生シテ且現存スルニ非サレハ之ヲ提起スルコトヲ得サルハ前示ノ定義ニ徴シテ自ら明カナリ然リ而シテ一旦本訴ノ權利拘束カ發生シ其未タ消滅セザル間ニ反訴ヲ適法ニ提起シタルトキハ縱令其後ニ至リテ本訴ノ權利拘束

消滅スルモ反訴ハ爲メニ消滅セタルヲ原則トス故ニ例ヘハ本訴ハ反訴ト辯論ヲ分離シ別ニ裁判スルコトヲ得ルハ第一百八條第二百二十六條ノ規定ニ依リテ明カナリ而シテ此規定ニ依リ裁判所カ先ツ本訴ノミニ付キ裁判ヲ爲シ其判決カ確定シタル場合ニ於テモ反訴ノ消滅セサルハ言フ埃タス當事者カ本訴ノミニ付キ和解ヲ爲シタルトキハ亦同シ但被告カ反訴ヲ提起シタル後原告カ本訴ヲ取下ケタルトキハ反訴ハ消滅スルヤ否ヤノ疑問ニ付テハ學者間ニ頗ル議論ノ存スル所ナリ或ハ一旦有效ニ提起セラレタル反訴ハ決シテ原告ノ取下ノ行爲ニ因リテ消滅スヘキニ非ストスルヲ至當ノ見解ト謂フヘキカ如シト雖モ予輩ノ信スル所ニ依レハ本訴ノ取下アリタル場合ニハ本訴アルノ故ヲ以テ其管轄裁判所ニ繫屬スルニ至リタル反訴ハ爲メニ其裁判籍ヲ失ヒ本訴ニ附隨シテ自ラ消滅ニ歸スルモノト謂ハサルヘカラス何トナレハ取下ハ判決及ヒ和解ノ如ク將來ニ向ヒテノミ權利拘束ヲ消滅セシムルモノニ非スシテ初ヨリ訴ノナカリシト同一ノ状態ニ復スルノ效力アリ換言スレハ既往ニ遡リテ權利拘束ヲ消滅セシムルモノナレハ反訴提起ノ當時存在シタル本訴ノ權利拘束ハ未タ會

テ發生セテラシモノト看做ササルヘカラサレハナリ然レトモ反訴ノ請求カ本訴ナキモ當然其裁判所ノ管轄ニ屬スヘキトキハ本訴ノ取下ハ以テ反訴ノ權利拘束ヲ消滅セシムヘキニ非ス即チ此場合ニ於ケル反訴ハ本訴アルカ爲メニ受訴裁判所ノ管轄權ヲ生シタルニ非スシテ本來其裁判所ノ管轄ニ屬スルモノナレハ本訴ノ消滅ニ因リテ裁判籍ヲ失フコトアルヘカラサルナリ其他合意管轄ヲ許ス場合ニ於テ原告カ被告ノ承諾ヲ得テ本訴ヲ取下タルニ當リ被告カ反訴ノ繫屬ヲ留保スルノ條件ヲ附シテ取下ヲ承諾シタル場合ニ原告カ之ニ合意シタルトキハ反訴ハ消滅ニ歸セサルモノトス是レ合意管轄ヲ認許スル當然ノ權論トシテ之ヲ適法ノ行爲ト斷定スルコトヲ得ヘシ

(第二) 財産權上ノ請求ニ非ナル請求又ハ專屬管轄ノ定アル請求ニ付キ反訴ヲ起スニハ其本訴タルトキニ於テ當然管轄權ヲ有スル裁判所ニ於テスルコト(第二〇條第二項) 凡ソ財産權上ノ請求ニシテ別ニ專屬管轄ノ定ナキモノハ請求ノ價額ノ如何ト反訴ノ被告ノ裁判籍ノ如何トヲ問ハス常ニ本訴ノ裁判所ニ之ヲ反訴トシテ提起スルコトヲ得ヘシ例ヘハ原告カ價額百圓以下ノ請求ニ付キ

區裁判所ニ起訴シタル場合ニ被告ハ價額百圓ヲ超過スル請求ヲ反訴トシテ其區裁判所ニ起スコトヲ得ヘク又原告カ訴訟物ノ價額百圓ヲ超過スル訴ヲ地方裁判所ニ起シタル場合ニ被告ハ百圓以下ノ請求ヲ反訴トシテ同一地方裁判所ニ起スコトヲ得ヘシ而シテ其裁判所ノ所在地ニ原告カ普通裁判籍ヲ有スルト否トヲ問ハサルナリ此ノ如ク反訴ニ付テハ普通ノ管轄ニ於ケル制限ヲ適用セサルハ畢竟便宜上ノ規定トシテ反訴ヲ許シタル目的ヲ貫徹スルカ爲メニ外ナラス然リ而シテ右反訴ノ管轄ニ制限ナキ場合ハ常ニ合意上ノ管轄ヲ許ス場合ナルカ故ニ何等ノ不都合ヲ生スルコトナシ然レトモ非財産權上ノ請求及ヒ專屬管轄ノ定アル訴ニ至リテハ公益上當事者ノ合意ヲ以テ別ニ裁判管轄ヲ定ムルコトヲ許サス此二種ノ訴ハ必ス法定ノ管轄裁判所ニ於テ審理判決スヘキモノナルヲ以テ之ヲ反訴トシテ提起スル場合ニ於テモ本訴ノ權利拘束ヲ生シタル裁判所ニ於テ其反訴ノ請求ニ付キ元來管轄權ヲ有スルニ非サレハ之ヲ提起スルコトヲ得サルナリ是レ合意管轄ヲ許ササル規定ヨリ生スル當然ノ結果ニシテ若シ然ラストセハ合意ヲ以テ變更ヲ許ササル裁判所ノ管轄ニ關スル公益上ノ規定ニ反スルニ至ルヘシ財産權上ノ請求ニシテ專屬管轄ノ定アルモノトハ例ヘハ第二十二條第一項及ヒ第二項ニ規定スルモノノ如キ即チ是ナリ

(第三) 本訴カ反訴ヲ許ササルモノニ非サルコトハ法律ハ訴訟ノ性質ノ如何ニ依リテ反訴ヲ許ササルコトアリ例ヘハ民事訴訟法ノ規定中ニ於テハ證書訴訟ノ如キ是ナリ(第四八七條其他人事訴訟手續法第七條第二十六條第三十九條第五十八條等ニ於テモ反訴ヲ許ササルノ規定ヲ設ケタリ又反訴ニ對シテ反訴ヲ爲スコトヲ禁シタルハ前ニ述ヘタル如シ

茲ニ研究ヲ要スルハ以上三條件ノ外反訴ヲ提起スルニハ其請求ノ性質及ヒ本訴トノ關係ニ付キ制限アルヤ否ヤノ問題はナリ獨逸及ヒ佛蘭西ノ民事訴訟法ニ依レハ反訴ノ請求ハ本訴ノ請求ト相牽連スルコトヲ要件トセリ我民事訴訟法ハ此點ニ付キ何等ノ規定ヲ設ケス然レトモ多クノ學者ハ反訴ノ請求ハ其目的物カ本訴ノ目的物ト同一種類ニシテ相殺シ得ヘキカ又ハ本訴ノ請求ト相牽連スルモノニ非サレハ之ヲ許サスト論セリ即チ例ヘハ金錢ノ請求ニ對シ金錢ノ請求ヲ以テ反訴ト爲スハ其請求ノ相互ニ關係ナキト雖モ相殺シ得ヘキ

ノ故ヲ以テ之ヲ適法ト爲スヘキモ其他ノ相殺シ得ヘカラサル請求ニ至リテハ本訴ノ請求ト相牽連スルモノ例ヘハ同一ノ法律關係ニ基ク反對給付ノ請求又ハ第二百一十一條ニ規定スル本訴請求ノ裁判ニ影響ヲ及ボスヘキ先決的の反對請求ノ如キニ非サレハ之ヲ反訴トシテ提起スルコトヲ得スト論セリ故ニ此説ニ依レハ例ヘハ貸金請求ノ訴ヲ受ケタル場合ニ被告ハ之ト何等ノ關係ナキ家屋明渡ノ請求ヲ反訴トシテ提起スルコトヲ得ス蓋シ其論據トスル所ハ反訴ナルモノハ元來一ノ防禦方法トシテ許サレタルモノナリ而シテ其目的物カ本訴ノ目的物ト相殺シ得ヘキトキ又ハ其請求カ本訴ノ請求ト相牽連スル場合ニ於テコソ防禦方法タル性質ヲ有スルモノト謂フヘキモ若シ其反訴ノ請求カ原因又ハ目的ノ上ニ於テ本訴ト何等ノ關係ヲ有セザルトキハ本訴ニ對シテ防禦方法タル性質ヲ有セザルコト明白ニシテ全ク別箇獨立ノ請求ナリ法律ノ精神ハ決シテ本訴ニ何等ノ縁故ナキ請求ヲモ反訴トシテ提起スルコトヲ許シ故ラニ訴訟ヲ錯雜ナラシムルノ意ニ非スト云フニ在リ此説ハ立法上ヨリ論スレハ或ハ理由ナキニ非サルヘシト雖モ如何セン我民事訴訟法ハ單ニ第二百一十一條第一項ニ

「訴カ管轄裁判所ニ於テ權利拘束ト爲リタルトキハ被告ハ原告ニ對シ其裁判所ニ反訴ヲ起スコトヲ得」ト規定シタルノミニシテ右ノ制限アルコトヲ明示セザルナリ既ニ本來獨立ノ訴ヲ以テスヘキ請求ヲ本訴ノ權利拘束中同一裁判所ニ反訴トシテ起スコトヲ許シ且之ニ關スル特別ノ規定ナキ限ハ本訴ノ規定ヲ適用スヘキモノト爲シタル第二百二條ノ規定ニ依リテ之ヲ觀レハ蓋シ立法ノ精神ハ單ニ防禦方法トシテノミ反訴ヲ許スニ非スシテ既ニ原告告ノ間ニ一ノ訴ヲ生シタル以上ハ其訴訟中ニ於テ被告ヨリ原告ニ對スル請求アルトキハ其本訴ト相牽連スルト否トヲ問ハス反訴トシテ之ヲ提起スルコトヲ許シ共ニ審理判決ヲ受ケシモノ一舉ニ二箇ノ訴訟ヲ完結スルノ便利ヲ與ヘント欲シタルニ在ルヘシ之ヲ要スルニ反訴ハ蓋ニ述ヘタルカ如ク或ハ本訴ノ性質ノ如何ニ依リテハ絕對ニ之ヲ許ナス或ハ又其管轄ニ關スル制限アリテ爲メニ大ニ其實用ノ範圍ヲ狹縮セラレ別ニ論者ノ言フ如キ制限ヲ置カサルモ裁判所ハ第一百八條、第二百二十六條ノ規定ニ依リ本訴ト反訴トヲ分離シテ審理判決スルヲ得ヘキヲ以テ實際ニ於テモ敢テ差支ヲ生セザルニ若シ猶ホ斯ル制限アリトセハ必ス

ヤ其明文ナカルヘカラス故ニ我民事訴訟法ヲ解釋トシテ論者ノ主張ハ其當ヲ得サルモノト信スルナリ

第二 反訴提起ノ方式及ヒ期間

第二百一條ノ規定ニ依レハ反訴ノ提起ハ答辯書提出期間内ニ答辯書若クハ特別ノ書面ヲ以テ之ヲ爲スヲ本則トス是レ即チ相手方ヲシテ反訴ニ付テノ陳述ヲ爲スニ準備期間ヲ有セシメ以テ訴訟ノ著著ヲ遅延セザラシムル趣意ニ出テタルモノナリ但全部若クハ一分ノ相殺ヲ爲シ得ヘキ請求ニシテ且被告カ過失ナクシテ答辯書提出期間内ニ提起スルコトヲ得ザリシコトヲ疏明スルトキニ限り右期間後書面ヲ以テ又ハ口頭辯論中相手方ノ面前ニ於テ反訴ヲ起スコトヲ得ヘシ即チ反訴請求ノ目的物ト本訴請求ノ目的物ト相殺シ得ヘキコト及ヒ被告ニ過失ナカリシコトノ二條件ヲ具フルトキハ第二百九條ノ規定ニ依リ口頭辯論ノ終結ニ至ルマテ反訴ヲ提起スルコトヲ得ルモノトス又右ノ二條件アルトキハ控訴審ニ至リテモ尚ホ之ヲ提起スルコトヲ得ルモノナリ(第四一六條)又第二百一一條ノ附隨ノ確定ノ訴ヲ反訴トシテ起ス場合ニハ均シク口頭辯論

ノ終結ニ至ルマテ之ヲ提起スルコトヲ得ルハ同條ノ明定スル所ナリ

終ニ臨ミ一言注意スヘキハ反訴ノ本質タルヤ元素一ノ獨立ノ訴ヲ以テ爲スヘキモノニシテ便宜上本訴ト併合シテ本訴ノ繫屬スル裁判所ニ之ヲ提起スルコトヲ許スニ過キサレハ上來説述シタル反訴ニ特別ナル規定ニ抵觸セザル限ハ本訴ニ關スル規定ヲ適用スヘキナリ故ニ第九十五條以下ノ權利拘束ニ關スル規定第九十條ノ訴狀ノ記載事項第九十八條ノ取下ニ關スル規定等ハ皆反訴ニ適用スヘキモノトス唯反訴ノ辯論期日ハ通常本訴ノ辯論期日ト同一ナルヘキヲ以テ第九十三條第九十四條ノ規定ノ如キハ自然反訴ニ適用スルコトヲ得サルニ至ラン

第二節 準備書面ノ交換

我民事訴訟法ハ第一百三條ニ於テ「判決裁判所ニ於ケル訴訟ニ付テノ當事者ノ辯論ハ口頭ナリトス」ト規定シ以テ口頭辯論主義ヲ採用セリ然レトモ訴ノ提起アルハ直チニ期日ヲ指定シテ口頭辯論ヲ開始スルモノトセハ當事者雙方ノ申立

ラントスル事項ハ相互ニ其如何ナル事ナルヤヲ知ルコト能ハス裁判所モ亦其如何ナル點ニ於テ争アルヤヲ知ラス爲メニ辯論ノ進行ヲ遅延セシムルノ虞アリ即チ一方ニ於テ突然攻撃防禦ノ方法及ヒ證據方法ヲ提出スルトキハ相手方ハ調査ヲ爲シタル後ニ非サレハ其攻撃防禦ノ方法證據方法ニ付キ陳述ヲ爲スコト能ハスシテ辯論ヲ延期スルノ已ムヘカラサルニ至ルコトアルヘク又裁判所ニ於テモ辯論ヲ指揮シ其進行終結ニ注意スルハ不便ヲ感スヘシ是ヲ以テ豫メ當事者雙方ヲシテ其法廷ニ於テ爲サントスル申立事實上ノ主張證據方法其他必要ナル陳述ヲ書面ニ表示シ之ヲ相互ニ交換セシムル爲メ裁判所ニ差出テシメ之ヲ相手方ニ送達シ以テ辯論ノ準備ヲ爲サシム其書面ヲ稱シテ準備書面ト謂フ第一〇四條第一〇八條其記載事項ハ第百五條ニ定メ又之ニ添附スヘキ書類ハ第百七條ニ定メタリ然リ而シテ地方裁判所ニ於ケル訴ノ提起ハ前述ノ如ク訴狀ヲ差出スコトヲ必要トシ訴狀ニハ訴ノ要件ノ外ニ尙ホ第百五條以下ノ規定ニ從ヒ準備事項ヲモ記載スヘキモノニシテ訴狀ニ記載スヘキ必要事項ニ至リテモ多クハ同時ニ準備事項タルモノナリ故ニ訴狀ハ訴ノ提起ニ必要ナ

ナルニ由リ訴訟關係人ハ其手續ヲ盡スコト能ハサルヲ以テナリ但時效ニ付テハ初日モ算入シ又終ノ日カ休暇ナルモ之ヲ算入スルモノトス是レ當事者ノ利益ニ歸スルヲ以テナリ尙ホ時ヲ以テ期間ヲ計算スル場合ニ於テハ即時ヨリ起算シ一日トハ二十四時ヲ指シ一月トハ三十日ヲ謂ヒ一年ハ曆ニ從フモノトセリ

第十六條ニ依レハ期間ノ計算ニ付キ海陸路八里毎ニ一日ノ猶豫ヲ與ヘ八里ニ滿タサルモ三里以上ナルトキハ同シク一日ノ猶豫ヲ與フコトトセリ猶豫期間ノ外又茲ニ附加期間ナルモノアリ是レ島嶼又ハ外國ニ在ル者ノ爲メ裁判所カ定ムル所ノ期間ニシテ其算定ニ付テハ裁判所ニ一任セラレタルモノナルヲ以テ裁判所ハ隨意ニ之ヲ定ムルコトヲ得ヘシ

不拘東者カ控訴又ハ上告ヲ爲ス場合ニ於テ對席判決ニ對シテハ住所ヨリノ猶豫期間ヲ與フルノ理由ナシ何トナレハ對席判決ノ場合ニ在リテハ其者カ公廷ニ出頭シ居リシコト明カナレハ之ヲ與フルノ必要ヲ見サレハナリ

期間經過後ニ於テハ當事者ハ訴訟ヲ爲スノ權利ヲ喪失スヘシ例ヘハ上訴期間

ヲ經過シタルトキハ上訴權ヲ失フカ如シ然レトモ天災其他避クヘカラサル事變ノ爲メ上訴期間ヲ失ヒタルトキハ原狀回復ノ申立ヲ爲スコトヲ許セリ申立ハ障礙ノ止ミタル日ヨリ通常ノ期間内ニ其疏明ヲ爲シ申立書ヲ上訴狀ニ添ヘテ差出スヘク此場合ニ於テハ裁判所ハ檢事ノ意見ヲ聽キテ決定ヲ爲スヘキモノトス第二四七條(第二四八條)

(二) 書類ノ送達 刑事ニ關スル書類ノ送達ハ民事訴訟法ノ規定ニ從ハサルヘカラス是レ刑事訴訟法第十九條ノ規定スル所ナリ(民事訴訟法第一三六條乃至第一五八條)但本法ニ於テ特ニ規定セル場合ハ本法ノ規定ニ從フヘキコト固ヨリ言フヲ缺タス 裁判所ハ檢事ノ意見ヲ聽キテ決定ヲ爲スコトヲ許セリ申立書ヲ上訴狀ニ添ヘテ差出スヘク此場合ニ於テハ裁判所ハ檢事ノ意見ヲ聽キテ決定ヲ爲スヘキモノトス第二四七條(第二四八條)

(三) 書類ノ作成 刑事訴訟法第二十條ニ曰ク(官吏公吏ノ作ル可キ書類ハ其所屬官署公署ノ印ヲ用ヒ年月日及ヒ場所ヲ記載シテ署名捺印シ毎葉ニ契印ス可シ若シ官署公署ノ印ヲ用ユルコト能ハサル場合ニ於テハ其事由ヲ記載ス可シ此規定ニ背キタルトキハ其書類ノ效力大カル可シ)右官署公署ノ印ヲ押捺セシムルハ偽造、變造ヲ豫防シ書類ノ信憑力ヲ確實ナラシムルカ爲メニシテ年月日ヲ記載セシムルハ官吏公吏カ當時其資格ヲ有スルコトヲ證明シ免官退職等ノ後ニ至リテ書類ヲ作成スル等ノ弊ヲ矯メ場所ヲ記載セシムルハ官吏公吏ノ管轄内ニ於テ作成シタルコトヲ證明シ毎葉ニ契印ヲ爲サシムルハ書類ノ紙ヲ取替フルコトヲ豫防スルカ爲メナリ而シテ此規定ニ違背シタルトキハ其制裁トシテ書類ハ全部無効ニ屬スルモノナリ此規定ハ實際ニ於テハ最も必要ノ規定ニシテ之カ爲メニ判決ノ取消又ハ破毀ト爲ルコト得カラス即チ判決原本ニ右違背ノ廉アレハ其判決ハ無効ト爲リ公判始末書ニ右違背ノ廉アルトキハ裁判所カ果シテ方式ヲ履行シテ判決ヲ爲シタルヤ否ヤ區別シ難キヲ以テ之ニ據

リテ爲シタル判決ハ無効ニ屬スベク又訴狀ニ右違背ノ廉アレハ其起訴ハ無効ニ歸シ其公訴ハ不受理タルヘク豫審調書ニ右違背ノ廉アリテ其調書ヲ證據ニ採リタルトキハ違法ノ調書ヲ證據ニ供シタル判決ナルヲ以テ其判決ハ取消サルルヲ免レサルヘシ然レトモ豫審決定ニ右違法ノ廉アリト雖モ判決ハ取消スニハ及ハサルモノナリ何トナレハ豫審決定ハ既ニ確定シタルヲ以テ其違法ハ公判ノ判決ニ對シ何等ノ影響ナキヲ以テナリ

右ノ規定ハ刑事訴訟法ノ規定ニ從ヒ作成スベキ書類ニノミ適用スル所ノ規定ニシテ其他ノ書類ニハ之ヲ適用スルニ及ハス故ニ巡查ノ報告書官吏ノ告發書等ヲ作成スルニハ右ノ規定ニ從フニ及ハサルモノトス

刑事訴訟法第二十條第二項ニ曰ク「官吏公吏ニ非サル者ノ作ル可キ書類ニハ本人自ラ署名捺印ス可シ」又其第二十一條ノ二ニ曰ク「官吏公吏ニ非サル者署名捺印ス可キ場合ニ於テ捺印スルコト能ハサルトキハ署名ノミヲ爲シ署名スルコト能ハサルトキハ立會人ヲシテ代署セシメ捺印ノミヲ爲シ若シ署名捺印スルコト能ハサルトキハ立會人ヲシテ代署セシム可シ」立會人ハ其代署ノ事由

ヲ記載シテ署名シ又ハ署名捺印ス可シ「官吏公吏ノ面前ニ於テハ本人署名スルコト能ハサル場合ト雖モ立會人ヲ要セス官吏公吏代署シテ其事由ヲ附記ス可シ」是レ官吏公吏ニ非サル者ノ作ルヘキ書類ニ關スル規定ニシテ別ニ講述スヘキ點ナク又實際ニ於テモ問題ト爲ルヘキ廉アルコトナシ唯捺印トアルハ素ト實印ヲ押捺スルノ意ナルヘキモ我邦從來ノ慣例ニ從ヒ捺印ヲ實印ニ代用スルコトヲ許セリ明治十四年司法省達第十六號ニ曰ク「治罪法中犯人證人等押印ノ條々實印無之者ニ限リ從來ノ慣例ニ依リ捺印爲致候儀ト心得ヘシ云」又大審院ノ判決例ニ於テモ捺印ヲ以テ實印ニ代用スルコトハ之ヲ認ムル所ナリ

刑事訴訟法第二十一條ニ曰ク「官吏公吏訴訟ニ關スル書類ノ原本正本又ハ謄本ヲ作ルニ付キ文字ヲ改竄ス可カラズ若シ挿入削除及ヒ欄外ノ記入アルトキハ之ニ認印スヘシ文字ヲ削除スルトキハ之ヲ讀ミ得ヘキ爲メ字體ヲ存シ其數ヲ記載ス可シ此規定ニ背キタルトキハ其變更増減ノ效ナカル可シ」本條ノ規定ニ背キタルトキハ書類ノ全部カ無効ト爲ルモノニ非シシテ單ニ増減變更ノ點

ノミカ無効ト爲ルモノナリ
 (四) 刑事訴訟法ノ時及ヒ人ニ關スル效力與刑事訴訟法ハ遡及ノ效力アルモノトス第二二條是レ此法律カ他ノ法律ト異ナル所ニシテ法律ハ既往ニ遡ラストノ原則ニ對スル例外ヲ爲スモノナリ刑法第三條參考何故ニ一殺ノ原則ニ例外ヲ置キ刑事訴訟法ハ遡及ノ效力アリトシタルカ是レ蓋シ刑事訴訟法手續ノ如キ方式ニ關スル法律ハ犯罪人ノ既得權ヲ與フルモノニ非ス又舊法ヲ非ナリトシテ之ヲ改正シタル以上ハ其改正シタル法律即チ國家カ善良ナリト信スル所ノ法律ニ從ヒ獄ヲ斷スルハ當然ノコトナルノミナラス實際ニ於テ犯罪ノ時ニ從ヒ訴訟手續ヲ異ニスルハ事務取扱上煩雜ヲ來スノ恐アルヲ以テナリ
 刑事訴訟法第二十三條ニ曰ク此法律ハ陸海軍ニ關スル法律ヲ以テ處分ス可キ者ニ適用スルコトヲ得スト蓋シ軍律ノ下ニ在ル者ニ對シテ別ニ刑事手續ニ關スル法律アルカ爲メニシテ復タ説明ヲ要セズ
 (五) 親屬例 刑事訴訟法第二十四條ニ曰ク此法律ニ於テ親屬ト稱スルハ刑法第四百十四條第四百十五條ノ規定ニ從テアリ而シテ刑事訴訟法上親屬ナリヤ否

ヤヲ定ムルノ必要ハ證人訊問等ノ場合ニ在リ然ルニ今ヤ新民法實施ノ時代ト爲リテ同法第七百二十五條以下ニ於テ親族例ノ定アリ然ラハ刑法第四百十四條第四百十五條ハ新民法ノ實施ニ由リテ廢止セラレタルモノナリヤ民法施行法中ニ於テモ之ヲ廢止スルノ明文ナシ同法中他ノ廢止又ハ削除ト爲リタル法條及ヒ法律ハ揭ケアルニ拘ハラズ是レ蓋シ立法者ニ於テ遺脱シタルモノナラン何トナレハ民法ニ於ケル親族ト刑法ニ於ケル親屬ト二種ノ親族アルヘキ道理ナキヲ以テナリ

第二編 裁判所

公訴ヲ審判スルハ裁判所ナリ故ニ其手續即チ訴訟手續ヲ定ムルニ先チ裁判所ノ何タルヤヲ規定セラルヘカラス
 裁判所トハ天皇ノ御名ニ於テ司法權ヲ行フ所ノ獨立ノ官署ナリ憲法第五七條而シテ之ヲ組織スル裁判官ハ刑法ノ宣告又ハ懲戒ノ處分ヲ受クルニ非サレハ職ヲ免セラレルコトナキ神聖僞スヘカラル所ノ官吏タリ同法第五八條第二

項而シテ「日本臣民ハ法律ニ定メタル裁判官ノ裁判ヲ受クルノ權ヲ奪ハルルコトナシ」トハ憲法第二十四條ノ規定スル所タリ
普通裁判所ハ分テテ四種ト爲ス(一)區裁判所(二)地方裁判所(三)控訴院(四)大審院即チ是ナリ(裁判所構成法第一條)

普通裁判所ニ於テハ民事事件及ヒ刑事事件ヲ裁判ス故ニ區裁判所以外ノ裁判所ニハ省民事部及ヒ刑事部ノ設置アリ而シテ裁判官ニハ毎年多少ノ交替アリトス判事ノ配置ハ區裁判所ニ於テハ地方裁判所長之ヲ定メ(裁判所構成法第一條第二項其他ニ於テハ部長會議ニ於テ之ヲ定ム)同法第二二條第三六條第四五條此ノ如ク裁判官ヲシテ或ハ民事ヲ取扱ハシメ或ハ刑事ヲ取扱ハシムルハ久シク刑事ニ從事スルトキハ其心裡ニ有罪ノ豫斷ヲ抱クノ恐ナシトセス又一方ニ偏セハ他ノ一方ニ疎クナルヘキハ自然ノ理ナルヲ以テ之ヲ避ケンシメンカ爲メナリ

第一章 裁判所ノ管轄

裁判管轄ニ二種アリ事物ノ管轄及ヒ土地ノ管轄即チ是ナル本章ハ之ヲ第一節事物ノ管轄第二節土地ノ管轄第三節管轄裁判所ノ指定及ヒ裁判管轄ノ移送ス三節ニ分テテ講述スヘシ

第一節 事物ノ管轄

事物ノ管轄トハ犯罪ノ種類ニ依リテ設ケラレタル裁判所ノ管轄ヲ謂フ犯罪ノ種類ニ關スル裁判所ノ管轄ノ事ニ付テハ刑事訴訟法第二十五條第一項ニ依リ裁判所構成法ノ規定ニ從フヘキモノナリ今裁判所構成法ヲ閱スルニ裁判所ノ階級ニ依リテ其管轄ヲ異ニス今左ニ之ヲ列示セン

(第一) 區裁判所

區裁判所ハ裁判所構成法第十六條ノ規定ニ從ヒ左ノ事項ニ付キ裁判權ヲ有スルモノナリ

第一 違警罪

違警罪ニ付テハ刑法第四百二十五條以下ニ規定セラレタリ

第二 本刑五十圓以下ノ罰金ヲ附加シ若クハ附加セサル二月以下ノ禁錮又ハ
單ニ百圓以下ノ罰金ニ該ル輕罪

二月以下ノ禁錮ニシテ五十圓以下ノ罰金ヲ附加スル刑トハ例ヘハ十日以下ノ
不法監禁罪刑法第三二條及ヒ官名詐稱罪刑法第三二條ノ如ク二月以下ノ
禁錮ニシテ罰金ヲ附加セサル刑トハ例ヘハ贓額五圓未滿ノ屋外竊盜明治二十
三年法律第九十九號ノ如ク又百圓以下ノ罰金ニ該ル刑トハ例ヘハ失火罪刑法
第四〇九號ノ如シ

第三 刑法第二編第一章ヲ除キ其他ノ輕罪ニシテ本刑二百圓以下ノ罰金ヲ附
加シ若クハ附加セサル二年以下ノ禁錮又ハ單ニ三百圓以下ノ罰金ニ該リ其
情第二ニ掲ケタル刑ヨリ更ニ重キ刑ニ處スルコトヲ要セスト認メ地方裁判
所若クハ其支部ノ検事局ヨリ區裁判所ニ移付シタルモノ

右二年以下ノ禁錮ニシテ二百圓以下ノ罰金ヲ附加スル刑トハ例ヘハ水利妨害
ノ罪刑法第四一三條ノ如ク二年以下ノ禁錮ニシテ罰金ヲ附加セサル刑トハ例
ヘハ贓額五圓以上ノ物ノ田野ニ於ケル竊盜刑法第三七二條家資分産ノトキ概

種類ヲ藏匿又ハ毀棄シタル罪刑法第三八九條ノ如ク又單ニ三百圓以下ノ罰金
ニ該ル刑トハ例ヘハ過失殺人罪刑法第三一七條ノ如シ

(第二) 地方裁判所

地方裁判所ハ裁判所構成法第二十七條ノ規定ニ從ヒ左ノ事項ニ付キ裁判權ヲ
有スルモノトス

第一 第一審トシテ

區裁判所ノ權限竝ニ大審院ノ特別權限ニ屬セサル刑事訴訟

第二 第二審トシテ

(イ) 區裁判所ノ判決ニ對スル控訴
(ロ) 區裁判所ノ決定及ヒ命令ニ對スル法律ニ定メタル抗告

(第三) 控訴院

控訴院ハ裁判所構成法第三十七條ノ規定ニ依レハ左ノ事項ニ付キ裁判權ヲ有
スルモノトス

第一 地方裁判所ノ第一審判決ニ對スル控訴

第二 地方裁判所ノ第二審判決ニ對スル上告

第三 地方裁判所ノ決定及ヒ命令ニ對スル抗告

(第四) 大審院

大審院ハ裁判所構成法第五十條ノ規定ニ從ヒ左ノ事項ニ付キ裁判權ヲ有スルモノトス

第一 終審トシテ控訴院ノ判決ニ對スル上告及ヒ控訴院ノ決定並ニ命令ニ對スル抗告

第二 第一審ニシテ終審トシテ刑法第二編第一章及ヒ第二章ニ掲ケタル重罪並ニ皇族ノ犯シタル罪ニシテ禁錮又ハ更ニ重キ刑ニ處スヘキモノノ豫審及ヒ裁判

右事物ノ管轄ヲ異ニスル數罪ヲ犯シタル者アルトキハ上級ノ裁判所併セテ之ヲ裁判スルモノナリ故ニ例ヘハ違警罪ト竊盜罪ト強盜罪トヲ犯シタル者ニ對シテハ地方裁判所併セテ之ヲ審判スルヲ如シ右ハ各裁判所ニ被告人ヲ移送スルノ勞ヲ省キ且數罪俱發例ヲ適用スルニハ右ノ規定ニ從フニ非サレバ之ヲ行

フコト能ハサルヘキヲ以テナリ

第二節 土地ノ管轄

大審院ハ全國ヲ通シテ一ナルモ控訴院地方裁判所區裁判所ノ數ハ尠カラヌ又裁判所以外ニ於テ裁判ヲ爲スコトナキニ非ス即チ領事館ニ於テ裁判ヲ爲ス場合是ナリ

裁判所ノ位置及ヒ管轄ニ關シテハ明治二十三年法律第六十二號ヲ以テ定メラレタリ尤モ同法律ノ中區裁判所ニ付テハ多少改正セラレタル點ナキニ非ス又領事館ノ裁判ニ付テハ領事裁判規則ナルモノアリテ清國並ニ朝鮮國駐在ノ日本領事ノ管轄内ニ於ケル日本人民ニ對スル公訴並ニ私訴ノ裁判ヲ爲スコトヲ規定シタリ右規則ハ明治二十一年勅令第七十一號ヲ以テ公布セラレタルモノナルモ明治三十二年三月法律第七十號ヲ以テ改正セラレタリ

ハ被告人所在ノ地ヲ管轄スル裁判所ニ於テ之カ審判ヲ爲スヘキモノトシタリ
犯罪ノ地ノ裁判所カ其事件ノ審判ヲ爲スハ證據蒐集ノ爲メ最モ便利ナルヘク
又被告人所在ノ地ノ裁判所カ其事件ノ審判ヲ爲スハ被告人ノ爲メ便益尠カラ
ナルヘシ犯罪ノ地竝ニ被告人所在地トモ同一裁判所ノ管轄地内ニ在ルトキハ
論ナキモ若シ犯罪ノ地カ數箇ノ裁判所ノ管轄ニ跨リ或ハ犯罪ノ地ト被告人所
在ノ地ト同一ナラサル場合ニ於テハ數箇ノ裁判中所何レノ裁判所ヲ正當ノ管
轄ト爲スヘキヤ是レ刑事訴訟法第二十七條ノ規定スル所ニシテ數箇ノ裁判所
中最初豫審又ハ公判ニ著手シタル裁判所ヲ以テ其管轄ナリトシタリ其理由ハ
蓋シ數箇ノ裁判所中最モ先ニ被告ニ對シ關係ヲ生シタル裁判所ニ管轄ヲ與フ
ルハ正當ノ順序ナルヲ以テナリ

犯罪ノ地カ本邦内ニ在ルトキハ疑ナキモ若シ犯罪ノ地カ外國ニ在ルトキハ何
レノ裁判所ヲ以テ其事件ノ管轄トスヘキヤ是レ刑事訴訟法第二十九條ノ規定
セル所ニシテ三箇ノ場合ヲ區別シタリ(第一)被告人カ本邦ニ逃來リ之ヲ逮捕シ
タルトキハ逮捕ノ地ノ裁判所ヲ以テ其管轄トシ(第二)被告人カ外國ニ於テ逮捕

セラレ送致シ來リタルトキハ送致ノ地ノ裁判所ヲ以テ其管轄トシ(第三)被告人
ヲ逮捕スルコト能ハスシテ關席裁判ヲ爲スヘキトキハ被告人ノ最終ノ住所ノ
地ノ裁判所ヲ以テ其管轄トセリ右規定ヲ設ケタル理由ハ他ニ管轄權ヲ有スル
適當ノ裁判所ナキヲ以テ被告ト最モ近キ關係ヲ生シ又ハ最モ近ク關係ヲ有シ
タル裁判所ニ管轄權ヲ與ヘタルモノナリ

海船内ニ於テ生シタル犯罪ニ付テハ何レノ裁判所ヲ以テ其管轄トスヘキヤ是
レ刑事訴訟法第三十條ノ規定セル所ニシテ定繫港又ハ犯罪後最初ニ著船シタ
ル地ノ裁判所ヲ以テ其管轄トセリ其理由ハ外國ニ於テ犯シタル罪ノ場合ト同
様他ニ適當ノ裁判所ナキヲ以テ被告ニ對シ最モ近キ關係ヲ生シタル地ノ裁判
所ヲ以テ其管轄ト爲シタルモノナリ

海船内ノ犯罪ニ付キ船長ニ於テ司法警察官ノ職務ヲ行ヒ犯罪人ヲ逮捕シタル
トキハ碇泊又ハ著港ノ地ノ檢事又ハ司法警察官ニ之ヲ引渡スヘク若シ外國港
ニ著船シタルトキハ領事ニ之ヲ引渡スヘシ(第四八條明治十四年太政官布告第
六五號商船内犯罪取締規則)

被告一人ナルトキハ前述ノ規定ニ從ヒ疑ヲ生スルコトナカルヘキモ數人共犯ノ場合ニ於テハ疑ヲ生スルコトナシトセス故ニ法律上茲ニ左ノ如キ規定ヲ設ケラレタリ

(一) 正犯數人アルトキハ最初豫審又ハ公判ニ著手シタル裁判所ヲ以テ其管轄トス是レ前述ノ規定ニ依リ管轄權ヲ有スル各裁判所中最モ先ニ審理ニ著手シタル裁判所ニ管轄權ヲ與フルカ正當ノ順序ナルヲ以テナリ

(二) 從犯ハ正犯ヲ管轄スル裁判所ヲ以テ其管轄トス是レ從ハ主ニ從フノ原則ノ適用ニ過キス

右ハ刑事訴訟法第二十八條第一項及ヒ第二項ニ規定セル所タリ而シテ右規定ニ對シ茲ニ二箇ノ例外アリ

(イ) 同條第三項ニ規定セル所ニシテ裁判所構成法第五十條第二項ニ記載シタル皇族ノ犯罪ニ付テハ其正犯從犯ハ身分ノ如何ヲ問ハス大審院ニ於テ之ヲ管轄スルコト是ナリ故ニ禁錮以上ノ犯罪ニ付キ皇族カ正犯ナルトキハ經令他ノ裁判所カ最初豫審又ハ公判ニ著手スルコトアルモ又皇族カ從犯ニ過キ

報

○辯護士試験及第者 本校校友ニシテ本年施行ノ辯護士試験ニ及第セラレタル者左ノ如シ

島根縣士族

石原三郎

岡山縣平民

馬場時治

兵庫縣士族

喜多村重孝

富山縣士族

近藤外次郎

○入會權ノ登記 入會權ノ性質ニ付テハ民法實施以前ヨリ大ニ議論アリシ所ニシテ法典調査會ハ新民法起草ノ際各地ニ就キ其狀況ヲ報告セシメ之ヲ精査シタル結果民法第二編ニ於テ二箇條ノ法文民法第二六三條第二九四條ヲ置カルルニ至レリ然ルニ此入會權ノ性質ニ付テハ現今猶ホ議論ノ歧ルル所ニシテ之ヲ登記シ得ルヤ否ヤニ付キ近來屢訴訟ト爲リ裁判所ハ一般ニ消極說ヲ採レル由ナルカ過般日本辯護士協會評議員會ノ議題(明治三十四年十月十)ト爲リ其討議ニ上レリ日本辯護士協會錄事第四八號同議題ハ不動產登記法第一條

ヲ修正追加シ明文ヲ以テ入會權モ亦登記シ得ルコトト爲スコトノ立法上ノ可否如何ニ在リテ出題者ハ入會權民法第二六三條第二九四條ハ物權ナルニ登記法カ之ヲ登記シ得ルモノトシテ記載セザリシハ甚タ不都合ナリト説明セラレタルニ之ニ對シ反對說多カリシ由ニテ或ハ入會權ハ永年ヲ目的トスル一種ノ慣習上ノ權利ニシテ此權利ヲ民法中ニ規定セシテ不當ト爲シ登記ヲ爲ス必要ヲ有セスト曰ヒ或ハ入會權ノ體様ニ種種アリテ其性質自ラ異ナレリ隨テ我民法ハ單ニ物權ト認メサルコト明白ナリ隨テ單ニ入會權ナル名目ヲ登記法ニ追加シテ總テ入會權ヲ登記シ得ルコトトスルハ甚タ失當ナリト曰フ者アリテ結局其決議ヲ次回ニ延期スルコトト爲シタル由ナリ蓋シ入會權ナルモノハ古來我邦ニ行ハルル特種ノモノニシテ余輩ノ聞ク所ヲ以テスレハ斯ル權利關係ハ泰西諸國ニ見サル由ナリ是レレンホルム氏ノ獨譯日本民法ニハ別ニ譯語ヲ用ヒスシテ單ニ[Trust]ト云ハルニ據ルモ其一般ヲ推スコトヲ得ヘシ余輩ハ此權利ニ關シテハ猶ホ研究ノ餘地アルコトヲ信スル者ナリ

○討論會 本月二十二日午後一時ヨリ本校大講堂ニ於テ生徒大討論會ヲ開

キタリ今其大要ヲ報道センニ問題ハ秋山法學士ノ發題ニ係リ

我憲法上條約ト法律ノ規定トカ相抵觸スルトキハ孰レヲ有效トスヘキカニシテ秋山法學士及ヒ中山法學士ノ兩教務主務ノ臨席セララルアリテ中山學士會長席ニ著キテ會場ヲ整理セラレ討論申込者ヲ指名シ交演壇ニ登ラシメテ其意見ヲ討究セシメタリ此問題ニ付テハ三說ニ岐レ第一、法律有效說ノ論者ハ條約ト法律トハ其目的ヲ異ニスルト同時ニ國家意思ノ方向ヲ異ニシ條約ヲ以テ憲法上ノ法律事項ヲ定ムルモ直チニ臣民ヲ羈束スルコトヲ得ス條約カ法律又ハ命令ノ形式ヲ以テ公布セラレタル場合ニ於テ始メテ臣民ヲ羈束スルノ效力アルモノナリ故ニ條約ト法律トカ相抵觸スルトキハ憲法上法律ヲ以テ有效ナリトセサルヘカラスト主張シ第二、條約有效說ノ論者ハ憲法上天皇ノ外交大權ハ性質上立法權ヲ制限スルモノニシテ立法權ハ之ニ羈束セララルハ自然ノ必要上然ラサルヲ得スト論シ第三、折衷說ノ論者ハ條約ト法律トハ各國家意思ノ方向ヲ異ニスルモノニシテ互ニ相侵スコトナシ若シ其内容ニ於テ相抵觸スル場合ニ於テ一方カ他ノ一方ニ打勝ツニハ各、同一ノ形式ニ依ラサルヘカラスト

スト云フニ在リキ當日ノ討論者ハ法律有效論者トシテハ二年生橋香橋同高橋
 甲太郎ノ二氏條約有效論者トシテハ二年生入交貞吉同原督ノ二氏折衷論者ト
 シテハ二年生片岸清太郎同金澤仲作ノ二氏ナリ其他秋山學士ハ已ムコトヲ得
 サル事故ノ爲メ退席セサルヲ得サリシヲ以テ討論ノ中途ニ登壇セラレテ憲法
 上ノ法律事項ヲ條約ヲ以テ定ムルモ其效ナキ旨ヲ演述セラレ例ヲ舉ケテ關稅
 率ノ變更ヲ條約ヲ以テスルカ如キハ違法ナリト論セラレ最後ニ中山學士ハ折
 衷論トシテ法律ト條約トハ常ニ兩立シ得ル旨ヲ説カレ秋山學士ノ關稅ニ關ス
 ル意見ニ對シテハ我國法上稅率ハ協定稅率ヲ認ムルカ故ニ條約ヲ以テ稅率ヲ
 定メタルハ不當ニ非スト連ヘラレ片岸清太郎氏ヲ以テ優等者ト認定シ之ニ賞
 與ヲ授與シ採決ヲ用ヒスシテ閉會ヲ宣告セラレタリ當日ハ尙ホ十數名ノ討論
 申込者アリシモ午後五時ヨリ生徒大懇親會ノ催アリシ等ノ爲メ二十分討論ス
 ルノ時間ナカリシハ甚タ遺憾トスル所ナリ

法學志林

毎月一回二十日發行○定價一冊金拾錢郵稅壹錢
 校友、生徒、校外生ニ限り特價一冊金八錢郵稅壹錢
 拾冊前金七拾錢郵稅拾錢

第二十六號

十一月二十日發行

裁判官ノ法律審査權ヲ論ス	法學士 副島 義一
臺灣ニ於テ犯罪ヲ行ヒ處刑セラレタル者内地ニ來リテ犯罪ヲ行ヒタルトキ之	法學士 中山 成太郎
代理占有ヲ論ス	法學士 梅 謙次郎
社會主義ノ三大流派(續)	法學士 野 實吉郎
裁判所構成法ノ改正ニ付テ	校 友 互
自己宛自己指圖爲替手形ノ效力	法學士 富 谷 銚太郎
保險ニ付シタル船舶委付ノ場合ニ於ケル保險金	法學士 岡 田 嘉
公布ノ性質	法學士 岡 田 嘉
大審院新判決十件	法學士 岡 田 嘉

雜報 英國勞動者同盟罷工ト貴族院ノ判決外四件
 記事 法學博士本野一郎君ノ歡迎會及ヒ講師會外五件
 發行所 (東京市麴町區富士見町六丁目) 司法部認定 和佛法律學校
 (電話番町一七四)

○稟告

○本校事務取扱ハ本月二十八日ヨリ
 來ル一月五日マテ休業致候ニ付本校
 外生諸君ヨリ本校ニ宛テテ發送セラ
 ルル諸通信ニテ至急回答ヲ要スルモ
 ノ及ヒ月謝等ハ本月二十七日マテニ
 到着致候様御發送相成度此度御注意
 マテニ稟告致候也

明治三十四年十二月

和佛法律學校

明治二十二年十二月九日内務省許可
 明治三十四年十一月九日第三種郵便物認可

明治三十四年十二月廿四日印刷
 明治三十四年十二月廿五日發行 (定價金貳拾五錢)

東京市牛込區早鞆田南町三十九番地

編輯兼 發行者 松田久次郎

東京市牛込區矢來町三番地

印刷者 小宮山信好

東京市芝區西ノ久保明舟町十一番地

印刷所 金子活版所

東京市總町區富士見町六丁目十六番地

發行所 司法省
 指定 和佛法律學校

(電話番町百七十四番)