

和仏法律学校講義録

仁井田, 益太郎 / 岡, 實 / 豊島, 直通 / 川名, 兼四郎 / 松本, 丞治 / 栗津, 清亮

(出版者 / Publisher)

和仏法律學校

(巻 / Volume)

2-2

(開始ページ / Start Page)

1

(終了ページ / End Page)

64

(発行年 / Year)

1902-11-26

090
1903
2-1-2

ナゼサウ云フ主義ヲ探テ居ルカト言フト是ハ沿革モ大分アルコトゾ其理由ト
スル所ハ第一ニハ贈與ハ受贈者ノ利益ヲ計ルノミデ贈與者ニハ不利益ナル行
爲デアルゾレ故ニ一時惻隱ノ心ヨリシテ或贈與ヲナサウト云フ考ヲ起シテモ
忽ニシテ悔ユルコトガ屢アルデアラウ故ニ公證人ノ前デ嚴格ナル證書ヲ作ッテ
マデモ贈與ヲナサウト云フ意思ガナケラテハ法律上贈與ノ效力ヲ生ゼシメナイ
ト斯ウ云フノデアアル殊ニ外國ノ公證人ハ日本ノ公證人ト違テ契約ノ作成ニ餘
程干涉シマヌ斯ウ云フ契約ヲナスヲハ不利益デスヤメテハドウデスト云フ餘
財産ガ多ホ過ギルカラ減ラシテハドウデスト云フヤウナコトマデモ隨分言フ
ノデアアルゾレニモ拘ハラズ贈與ヲナスハ其意思ガ堅イノデアアテ始メテ法
律ガ保護スルト云フコトニナルノデアアル第二ニハ贈與者ニ不利益ナル行爲デ
アルト同時ニ間接ニ其相續人ニ不利益デアアルモウ相當ノ年齢ニ達シテ餘命幾
許モナイト考ヘルト隨分濫ニ贈與ヲナスト云フコトガアル不幸ニシテ相續人
ト不和デアアルト云フヤウナトキハヤラナイデ宜イ物モヤクシヤウト云フヤウ
ナコトガアルゾレテ立法者ノ思フニハ相續人ニ多少ノ財産ヲ遺スハ殆ド死者

民法會編 贈與 雜則



ノ義務デアル、格別縁故モナイ者ニ濫ニ贈與ヲセズ宜イ、ソレヨリカ相續人ニ遺シタ方ガ宜イト考ヘテ贈與ヲ行ヒ難イヤウニ公正證書ヲ作ラヌ、第三ニハ請リ上ノ二ツノ理由カラ生シタル結果ト看テ差支ナイノデスガ恰モサウ云フ贈與者及ビ間接ニ其相續人ニ利益ナル所ノ行為デアアルカラ後日贈與者ガ之ヲ悔ムルコトガ多イノデアアル、相續人ガ後日其贈與ヲ無効トシタイト思フコトガ多イノデアアル、ソレ故ニ若シ公正證書ノ如キ争フベカラザル證書ガナカッタラバ必ズ争ノ種ニナル、ソレ程ヤル積リデナカッタ其證書ハ任意ニ作ッタ證書デナイトカラ贈與者ガ死亡シタアトデアノ證書ヲ書イタ時ハ病氣デ精神ガ弱ク居タカラ異ノ意思ト看ラレヌトカ種種難多ノコトヲ言フ、公正證書ガ作ッタアリマスルト證據トシテ是ハ最モ明確ナルモノデアアルカラ後日争フコトガ出来ヌ病氣デ精神ノ不確カノ者ガ公正證書ヲ作ッタ異レト言ッタモ公證人ガ作ラナイ餘程雙方ノ意思ヲ明カニシテカラデナケレバ證書ヲ作ラヌト云フモノデアアル、先づ公正證書ハ間違ナイモノト看ル、外國デハ我國ヨリモ概シテ公正證書ニ重キヲ置イテ居ル、ソレ等ノ理由カラ贈與ハ必ズ公正證書ヲ以テシナケレバナラヌ

然ラズンバマルデ無効デアアル全ク成立シナイト斯ウ云フコトニナツテ居ル所ガ此理由ハ頗ル薄弱デアアル、各人ガ契約ヲナスニ當テハソレハ自己ニ利益デアアルカ不利益デアアルカト云フコトハ十分考ヘテ契約ヲナスモノト思ハナケレバナラヌ、ソレデナケレバ贈與ノミソソナニ嚴格ニ取締ツタ所ガ何ニモナラヌ非常ナ廉價ヲ以テ物ヲ人ニ賣ルトキハ贈與ト何ノ選ム所ガアラウカ、一萬圓ノ金ヲタダヤルモ二萬圓ノ價ノアル財産ヲ一萬圓ニ賣ルモ同ジコトデアアル、他ノ人ニ賣レバ二萬圓ニ賣レルモノヲ一萬圓ニ賣レバ一萬圓贈與シタリト同ジコトデアアル、此ノ如キ契約ハ實際ニ贈與ヲナスコリ不利益ナルコトガ多イ、然ルニ贈與ハ公正證書ヲ要スル賣買ニハ之ヲ要セヌト云フノハ理由ノナイコトデアアル、殊ニ相續人ノ利益ヲ計ルト云フコトハ尙更干渉ニ過ギタコトデアアル、相續人ニ付テ特ニ保護スベキモノハ遺留分ト云フモノデ保護シテアル、其上ニ相續人ヲ保護スル理由ハナイ、各人ガ勉強シテ財産ヲ貯ヘル、ソレハ自分ノ思ウヤウニ處分スル爲メデアアル、若シ自分ガ勉強シテ貯ヘタ財産ヲ自由ニ處分スルコトガ出来ヌ假令自分ガ餘リ好マナイ相續人ニデモ是非多クノ財産ヲ遺サナケレバナラヌ

ト云フコトデアレバ誰モ勉強シテ財産ヲ贈ヘル者ハナイト云フコトニナルノ
デアル遺留分ハ或理由ニ依リテ必要トナリテ居ルガ其上ニ相續人ヲ保護スルト
云フハ無用ノ干渉デアアル又證據問題ハ是ハ贈與バカリデナイ外ニ幾ラモ後日
争ノ起リ易イモノガアルソレガ皆要式契約カト言ヘバサウデナイ例ハ組合
契約ハ概シテ契約ノ條項モ多イモノデアアル即チ複雑シタモノデアリマス而シ
テ是ハ多クハ其契約ノ效力ガ長ク繼續スルモノデアアル其中ニハ種種ノ争ノ起
ルモノデアアルソレデモ佛蘭西ノ民法ナドハ組合契約ヲ要式契約トシテ居ラ
ス此類ノ後日争ノ起リ易イ契約ト雖モソレヲ悉ク要式契約トシテ居ル譯デナ
イ又ソレハ必要ノナイコトデアアル後日争ガ起リタナラバ訴訟ヲ起シテ來ル
キニ相當ノ證據ヲ持ッテ來ナケレバ訴訟ガ出來スソレニ豫メ悉ク干渉スルト
云フコトハ到底出來ヌ要スルニ西洋デ贈與ヲ要式行爲トシタラハ寧ロ沿革的
ノコトデアリテ十分ノ理由ニ乏シイ所ノ主義デアアルト思フ而シテ之ガ實行ハ極
メテ困難デアリマス外國デ贈與ガ要式行爲デアアルガタメニ生ズル種種ノ疑問
ハ實ニ夥シイモノデアアル却テ是ハ煩ヒノ甚デアアル而シテ是ハ絕對ニ貫クコト

ガ出來ナイ故ニ例ヘバ手渡ノ贈與ハ證書ヲ要セヌト云フヤウナ拔道ガ格ヘテ
アルソレガ最モ危險デス危險ヲ言ヘバ特ニ約束ヲシテ贈與ヲナスト云フ場合
ハ多クハ熟慮ノ上デヤルケレドモ手渡ノ贈與ハ随分一時ノ感情カラ爲スコト
モアル或人ガ少シ慈善心ニ富シ人ニ大變憐レッボイコトヲ言ッテ話シ掛ケル
氣ノ毒ダ幸ヒ金ガ千圓アル持ッテ御歸リナサイト言ッテ翌日其金ガナイタメニ
因ルカモ知レスサウ云フモノハ有效トナルコトダイヤモンドヲ持ッテ居ル人ガア
ラソレヲ欲シガルウマク説キ込シテダカラ與レタソレヲ翌日殘念ト思ッテモ仕
方ガナイ態態證書ヲ作ル態態契約ヲ特ニ結ンデ後日履行シヤウト云フヤウナ
場合ハ熟慮ノ逸ノアル場合ガ多イソレデスカラ是ハ誠ニ理由ニ乏シイ我邦ニ
於テハ別ニサウ云フ慣習ハナイ公正證書ナドハ近頃出來タモノデアアルソレデ
新民法ハ外國ノ多數ノ例ニ反シテ贈與ハ要式行爲トセズ諾成契約トシタ此點
ハ舊民法トモ違フ舊民法ハ要式契約ニナリテ居ル唯茲ニ一ツ第五百五十條ノ規
定ガアル

第五百五十條

書面ニ依ラサル贈與ハ各當事者之ヲ取消スコトヲ得但履行ノ

終ハ、ハ、タル部分ニ付テハ、此限ニ在ラス

是ハ決シテ贈與ヲ要式行爲ニシタノデハナイ書面ヲ以テシナケレバ贈與ガ成立セストシタノデハナイケレドモ是ハ贈與ヲ要式行爲トシタ主義ノ遺物ト看ナケレバナラス是ハ私ナドハ餘リ賛成シナイ規定デアアル即チ我民法ニ依レバ贈與ハ諾成契約デアアル併ナガラ書面ニ作ラ贈與ノ方ガ書面ニ作ラナイ贈與ヨリ效力ガ確カデアアルト云フコトガ五百五十條カラ出テ來ル書面ニ作ラテ置クト後日ソレヲ一方ノ意思デ取消スコトガ出來ヌ幾ラ悔イテモ仕方ガナイソレヲヤメルト云フコトガ出來ヌ所ガ書面ニ作ラナイデ置クト一方ノ意思デ何時デモ取消スコトガ出來ル與フル方デモ惜クナタナレバヤラスデモ宜イ受ケル方デモ後ニアア云フ人カラ贈與ヲ受ケルノハ嫌ト思ヘハ斷ラ宜イト斯ウ云フコトニナル是ハ要式行爲主義ノ遺物デソレト同ジ理由カラ出テ居ルノデアアル併ナガラ其理由カラ言フト成ハ今一步進ンデ要式行爲トシタ方ガ宜イト云フコトモ言ヘスコトハアリマセヌガ私共ノ考カラ言ヘバ無論此規定ノナイ方ガ尙ホ良イガ要式行爲トスルヨリ此方ガ宜カッタと思フ詰リ贈與ハ一時ノ出來心カラ

之ヲ爲スコトガアル書面ヲ作ラナイ場合ノ如キハ尙更サウデアアルカラ後日據ニナタナラバ何方カラデモモテ宜イト云フ理由デ此規定ハ出來テ居ル尤モ既ニ履行ニ著手シタ成ハ履行ヲ終ラタ云フ場合ハ之ヲ取消スコトガ出來ヌ全部履行ヲ終ラタナラバ全ク取消スコトハ出來ヌ又一部ノ履行ガ終ラタナラバ終ラタ部分ダケハ取消スコトハ出來ヌ例ヘバ一萬圓ノ贈與デアアルト致シマシタ一文モヤラス中ニハ全部取消セル先ヅ半額ヲ渡シアトハマタ追テ渡サウト云フトキニ贈與者ノ方デ嫌ニナラタナラバアトノ五千圓ハ取消シタヤラスデモ宜イ受ケル方デ嫌ニナレバ斷ラ宜イ受ケタ五千圓ヲ返サウト言テモ贈與者ガ受取ラスト言ヘハ仕方ガナイト斯ウ云フコトニナテ居ル是ガ第一ノ性質贈與ハ諾成契約ナリト云フコト也

第二ノ性質ハ贈與ハ財産ヲ與フル目的トス即チ財産權ヲ移轉スルヲ以テ目的トシテ居ルト斯ウ云フコトデアアル此點モ各國一樣デナイ隨分ト異ナタ主義ヲ採用シテ居ル例ガ多イノデ例ヘハ財産權ヲ與フルト云フノデナクシテ凡ソ財産上ノ利益ヲ無償ニテ得セシムルハ總テ贈與デアアルト云フ主義ヲ採ラテ居

ル例ガ随分アル、獨逸ノ「バイニルン」ノ民法草案ナドハ明カニソウ書イテアル、獨逸民法モ詰リサウ云フコトニナルト思フ、獨逸民法ハ贈與者ノ財産ヲ以テ受贈者ヲ富マス目的ヲ有ツテ居ルモノデアルト云フコトニナラテ居ル、サウスルト詰リ無償ニテ財産上ノ利益ヲ受贈者ニ與フルト云フコトニナルト思フ此廣イ主義ヲ採リマスルト一切ノ財産上ノ無償行為ガ道入ル例ヘバ權利ヲ無償ニテ拋棄スルト云フト矢張り贈與ニナル、私ガ地上權者デアアル所ガ或時期ニ於テ報酬ヲ取ラズシテ地上權ヲ拋棄スルト云フコトヲ土地ノ所有者ト契約スル、サウスルト是ハ贈與デアルト斯ウ云フ譯デアアル、債權者ガ債務者ニ其債務ヲ免除スル之モ權利ノ拋棄デアアルガ、ソレモ贈與デアアル、無利息ノ貸借之モ贈與デアルト斯ウ言ハナケレバナラス、是ハ少クトモ我日本ノ普通ノ人ノ觀念ニハ反スル贈與ト云フ字ハサウ云フコトニハ使ハス、西洋デモサウ云フ字ヲ使フテ居ラス、ゴナシヨ、獨逸デハ「シェンクン」ガ贈與デアアルガサウ云フコトガ贈與ニナラウトハ専門家以外ニハ分ラズ、シテ見ルト「贈與」ト云フ契約ヲ定義トシテ此ノ如キ廣イ意味ヲ採用スルハ釋當ヲ缺タト謂ハテ「サウナラス、我民法ヲ採ル所ハ多分是ガ善

幼稚ナリシヲ以テ一般私法以外ニ特別ノ法規ヲ要スルコトナク唯主トシテ海高ノ範圍ニ於テ商事ニ特別ナル規定ノ二三ヲ發生シタルノミ即チ「アクチオ、インスチトリヤ」「アクチオ、エキゼルチトリヤ」「アクチオ、ツリブトリヤ」「フエース、ナウチタクム」「レタクス、ロージャ、デー、ヤツタツ」「レツエツブツーム」ノ如キ是ナリ今之ヲ簡單ニ説明セハ「アクチオ、インスチトリヤ」「アクチオ、エキゼルチトリヤ」ハ何レモ主人カ商業上ノ代理人又ハ船長ニ選任シタル奴隸ノ行為ニ付キ責ヲ負フヘキコトヲ規定セルモノナリ「アクチオ、ツリブトリヤ」ハ主人ハ商業ヲ營ムコトヲ許シタル奴隸ノ特有財産ニ對シテハ他ノ債權者ト同地位ニ立テテ優先權ヲ有セサルコトヲ規定セルモノナリ「レタクス、ロージャ、デー、ヤツタツ」ハ現今ノ共同海損ニ該當ス「フエース、ナウチタクム」ハ海上高利貸借ニシテ冒險貸借ニ近キモノナリ「レツエツブツーム」ハ船長又ハ旅店ノ主人カ旅客ノ荷物ニ付キ負フヘキ責任ニ關スル規定ナリ「レツエツブツーム」ハ船長又ハ旅店ノ主人カ旅客ノ荷物ニ付キ負フヘキ責任ニ關スル規定ナリ「エシデマン」氏ハ羅馬法ニ商法ヲ特別法ノ生セザリ理由ヲ約言シテ曰ク羅馬ニ於テハ商法ヲ特別法タラシムヘキ客觀的原因ヲモ主觀的原因ヲモ存セザ

リシカ故ナリト蓋シ客觀的原因ヲ存セストハ一般私法カ商業ノ實際ニ背馳セ
ストノ義ニシテ主觀的原因ニ存セストハ羅馬ニ於テハ商人ト爲ルニ特別ナル
資格ヲ要セスシテ商人團體タル特種ノ階級ヲ存セザリシコトヲ指セルナリ
中世時代ニ至リテハ事態大ニ羅馬法ト異ナリ商法ハ始メテ特別法ノ形ヲ爲ス
ニ至リタリ其原因ハ到底一二ヲ數ヘテ之ヲ盡スコトヲ得ス然レトモ今煩雜ヲ
避クル爲メ其重ナル原因ヲ分類シテ列舉スレハ客觀的原因ト主觀的原因トニ
ト爲スコトヲ得客觀的原因トハ當時ノ一般私法ト商業ノ實際トカ相背馳シタ
ルヲ謂フ而シテ一般私法カ商業ノ實際ニ適應セザルニ至リタルハ更ニ又二箇
ノ原因アリ即チ其一ハ商業ノ進歩ニシテ他ハ一般私法ノ退歩是ナリ
羅馬帝國ノ分裂滅亡シタル後第十二三世紀ニ至リ十字軍ノ遠征アリテ歐羅巴
諸國民ノ見聞ハ之ニ因リテ擴張ラレ其東洋ノ新貨物ニ對スル嗜好ハ之ニ因リ
テ發生セラレ通商貿易大ニ起レリ續テ第十五世紀ニ至リテハ喜望峯ヨリ印度
ニ達スル航海ヲ發見シ又有名ナル「コロンブス」ノ亞米利加發見アリテ金銀鐵イ
發掘及ヒ貨幣ノ増加ト共ニ商業ノ發達膨脹一時驚クヘキモノアリ是ニ於テカ

各種ノ商事會社保險冒險貸借商號商業帳簿手形船荷證券其他海商ニ關スル懸
多ノ斬新ナル制度之ニ伴ヒテ發生スルニ至リ從來ノ私法ハ一大刷新ヲ爲シ此
ノ如キ新法制ヲ加ヘ以テ時世ノ進運ニ隨伴セザルハカラサル氣運ニ違シタリ
然ルニ羅馬末代ノ法律ハ其隆盛ナルトキニ比シ却テ退歩シ商業ニ不利益ナル
傾向ヲ呈スルニ至リタリ今其一ニ例ヲ舉クレハ「レタス」アナスタシヤナニ依
リテ債權ノ讓渡ヲ制限シ債權ノ讓受人ハ其讓受ノ爲メニ給付シタル金額以上
ノ辨濟ヲ受クルコトヲ得サルモノトシ又「レシマ」エノルミスニ依ル取消ヲ認め
時價ノ半價以下ニ物品ヲ賣却シタル者ハ後ニ至リ其賣買契約ヲ取消スコトヲ
得トシタリ又契約ニ原因ヲ要スト爲シ連帶債務者ニ分別ノ利益ヲ與ヘ保證債
務者ニ檢索ノ利益ヲ認め以テ債務者ノ保護ヲ計リタリ此等羅馬ノ一般私法ノ
退歩ニ加フルニ農夫武人ニ適合スレトモ商業ニ對シテ最モ不便ナル獨逸法ハ
獨逸人種ノ勃興ト共ニ侵入シ來リ又利息ヲ嚴禁スル寺院法ハ耶蘇教ノ隆盛ト
共ニ勢力ヲ得ルニ至レリ就中商業ニ最モ迫害ヲ加ヘタルハ寺院法ニシテ寺院
法ハ利息ヲ嚴禁シタルノミナラス貨物ニ加工セスシテ之ヲ轉換シ其間ニ利益

ヲ得ルハ違法背理ノ最モ甚シキモノト爲セリ故ニ寺院法ニ依レハ殆ト總テノ商業ハ舉テ違法背理ノ行爲ニ屬スルニ至リタリ以上述ヘタル如ク商業ノ進歩ハ之ヲ古代ト比較シテ面目ヲ一新シタルニ拘ハラズ一般私法ハ却テ退歩シ且劣惡ノモノト爲シタルノミナラス裁判ノ手續モ亦中古時代ノ形式主義ノ影響ヲ受ケ頗ル煩雜ト爲リタリ此ノ如ク商業ノ實際ト一般法制トカ相背馳スルニ至リテハ商人ハ勢ヒ一般私法ニ對シ特別法ヲ制定シ又特別裁判所ヲ創設シテ自ラ立法シ又自ラ裁判ヲ爲シ以テ一般法ノ羈絆ヲ脱モツルヲ得サルニ至リタリ是レ即チ中古時代ニ於テ商法カ特別法ト爲リタル客觀的原因ナリトス

商法カ特別法ト爲リタルハ以上述ヘタル種種ノ原因ニ依ルモノナリト雖モ更ニ又之ヲ補助シ以テ容易ナラシメタル主觀的原因ノ存スルアリ即チ歐羅巴ノ中古時代ニ在リテハ我國ノ封建時代ニ於ケルト同シク士農工商カ各別ノ階級ヲ爲シ各種ノ產業ニ從事セル者ハ各皆團體ヲ作り以テ團體員以外ノ者ニハ其產業ニ從事スルコトヲ許サズト爲シ各種ノ團體員ハ各其專門ノ產業ニ從事シタリ是ニ於テカ商人モ亦所謂商人團體(コレギア、メルカトールム)ヲ作り自ラ立

法シ商人ノ階級ニ適合セル一種ノ商人法ヲ制定シ又自ラ裁判ヲ爲シ今日ノ商事裁判所ノ嚆矢ヲ爲スニ至リタリ而シテ商人カ住民ノ多數ヲ占メタル都市ニ於テハ商人ニ關スル特別法カ其都市ノ法規中ニ定メラレタルモノ亦稀ナリトセス或ハ特定ノ都市ニ至リテハ其住民ノ大半ハ商人タリシ爲メ其都市ノ法律ハ即チ商人法ニシテ其都市ノ裁判所ハ即チ商人ノ裁判所タルモノアリ而シテ各都市ハ其外國貿易ヲ擴張シテ在外ノ市民ヲ庇護スルコトヲ努メタリ其最モ重ナルモノハ有名ナル「ハンザ」同盟ノ如キ即チ是ナリ

以上述ヘタル如ク中古時代ニ於テハ商人ニ適應セル特別法ハ商人團體ニ依リテ作ラレ其適用ハ其團體ニ屬セル商人ニ限定セラレタルカ故ニ之ヲ商人法即チ「ユス、メルカトールム」ト稱スルヲ當レリトス而シテ其内容ハ之ヲ分テハ一般私法ノ適用ヲ免ルル爲メニ之ヲ變更セル消極的規定アリ又一一般私法ノ缺如セル商人ニ特別ナル事項ニ付キ爲セル積極的規定アリ其形式ハ多クハ商人間ノ慣習法ニシテ學者ニ依リテ編纂セラレ今日マテ喧傳セラレタルモノハ例ヘハ伊太利ノ「ビツ市」ノ「コンストラート、デル、マーレ」アマルフヒー市ノ「タブラ、アマル

フイットナ等ニシテ皆海商法ニ關セリ以上述ヘタル如ク中古時代ニ於テハ各市ニ各特別ノ商人法アリタリト雖モ此等ノ法律ハ全然一般私法ト異ナリタルモノニ非ス尙ホ一般私法ト同シク獨逸法ト羅馬法トカ混和シタル歐羅巴ニ於テハ債權法ハ主トシテ羅馬法ノ趣味ヲ帶ビ物權法ハ獨逸法ノ性質ヲ有セリ中古時代ノ封建制度漸ク廢類シ中央集權ノ王國ヲ出現スルニ至リテハ商人團體モ亦之ニ伴ヒテ廢類シ殊ニ第十八世紀ノ末頃ニ於ケル革命ニ依リ封建制度地ヲ拂フト共ニ商人團體ノ制度モ亦全然消滅ニ歸シタリ是ニ於テカ商業ハ又商人團體ノ獨占スル所ニ非スシテ商人團體員ニ非サル者モ仍ホ商業ヲ營ミ商人ニ非サル者モ商行爲ヲ爲スニ至リ商法モ亦商人法タル地位ヲ失ヒ一般ノ商事ニ關スル特別法即チ商事法タルニ至リタリ而シテ之ト同時ニ商法カ先驅トシテ認メタル公平ヲ重シ敬活ヲ尊フノ結果當事者ノ意思ノ自由ヲ認メ形式ヲ排斥スル主義ハ一般私法タル民法ノ襲踏スル所ト爲リ一般私法ハ漸次商法ノ領域ヲ蠶食スルニ至リタリ例ヘハ進歩セル民法ハ前述シタルレックスアナスタシヤナヲ認メス又、レジオ、エノルミスニ依ル契約ノ取消ヲモ許サス當事者ノ契

約ノ自由ヲ重シテ其原因ヲ必要トセス又女子未成年者ニ對スル特典ヲ認メサルニ至リタリ總テ此等ハ昔時一般私法ニ對シテ商法カ例外ヲ設ケタルモノニシテ一般私法ノ進歩ト共ニ民法ニ依リテ襲踏セラレタル所ナリ此ノ如キハ實質ニ於テハ商法ノ勝利ナリト雖モ形式ニ於テハ商法カ民法ニ依リテ其領域ヲ侵略セラレタルモノト謂ハサルヘカラス然レトモ商業ノ進歩交通機關ノ完備ト共ニ商法カ更ニ其歩ヲ進メ新規定ヲ爲セル領域モ亦廣汎ナリト謂ハサルヘカラス例ヘハ支配人ノ代理權ニ關スル規定代理商ニ關スル規定鐵道運輸ニ關スル規定商事會社ニ關スル新規定等即チ是ナリ故ニ「コーザック」商法カ近世ニ至リテ民法ノ爲メニ侵蝕セラレタル區域ト其新ニ得タル區域トハ廣狹大小ハ適ニ斷言スルコトヲ得スト曰ヘルハ蓋シ至言ト謂フヘシ且又商業帳簿ニ關スル規定商號ニ關スル規定及ヒ保證ニ檢索ノ利益ヲ認メサル等ノ法制ハ實ニ商法ニ固有ナルモノニシテ民法ノ竟ニ侵スヘカラサル所ナリ此ノ如ク商法ハ常ニ民法ニ先テ進ミ且其固有ノ領域ヲ有セルヲ以テ予ハ先ニ商法ノ性質ヲ述ブレニ當リ「エンデマン」氏等ノ唱道スル民商二法歸一論ニ左袒セザリシナリ

以上述ヘタル所ハ近世ニ於ケル商法ノ實質ノ變遷ナリ其形式ニ於テ近世ノ商法ハ中古時代ニ比シ如何ナル差異アリヤト云フニ前述ノ如ク中古時代ノ商法ハ商人團體ノ慣習法ニシテ別ニ國家ノ立法ニ係ル法典ヲ存シタルニ非ス然ルニ封建制度ノ破壞ニ伴ヒ王權ノ擴張ト共ニ國家ハ漸次其立法權ヲ商事ニ關スル法律ニ用フルニ至リタリ其濫賜ヲ爲セルハ歐洲ノ中央ニ在リテ列國ノ牛耳ヲ取リ威風一世ヲ歷シタル佛國ノ路易第十四世ニシテ即チ千六百七十三年及ヒ千六百八十一年ニ於テ商業及ヒ海商ニ關スル二法律ヲ發布シタリ續テ西班牙ニ於テ「ビルバヲ」市ノ商業條例出テ普國ノ普通國法出ラタリ爾後第十九世紀ニ至リテハ世界ノ文明各國ハ一トシテ商事ニ關スル法律ヲ有セサルナキニ至リ又其多數ハ商法典ヲ編纂スルニ至リタリ尙ホ詳細ハ次節ニ於テ之ヲ述フヘシ

第二節 各國商法

以下最モ著名ナル各國商法ニ付キ大略ヲ述ヘント欲スバハ第一佛蘭西ニ於テハ前述シタル如ク路易第十四世ノ御宇ニ於テ千

六百七十三年ノ商業條例千六百八十二年ノ海商條例アリ此二條例ハ佛國ノ有名ナル宰相コルベール氏ノ意見ニ依リ編纂セラレタルモノニシテ現行商法ノ基礎タルト同時ニ今日文明諸國ニ於ケル商法ノ祖先ナリト謂フコトヲ得ヘシ而シテ商業條例ハ十二章百二十二條ヨリ成リ商事ニ關スル裁判管轄商人手形及ヒ破産ニ關スル規定ヲ爲シタリ佛國ノ現行法ハ千八百七年ノ商法典ニシテ有名ナル那破翁ノ決定ニ依リ編纂セラレタルモノニシテ四編六百四十八條ヨリ成レルモノナリ即チ第一編商一般第二編海商第三編破産及ヒ有罪破産第四編商事裁判是ナリ此法典實施以後ニ於テ其一部ヲ改正又ハ補充シタル法律ハ頗ル多クシテ今之ヲ枚舉スルニ遑アラスト雖モ其最モ著シキ改正ヲ舉クレハ千八百三十八年五月二十八日法律ノ破産ニ關スル修正及ヒ千八百六十七年七月二十四日法律ノ會社法ニ關スル修正即チ是ナリ佛國ノ法典ハ現今ニ於ケル各國商法典ノ源泉ニシテ各國法典ニトシテ其影響ヲ蒙ラサルハナク就中之ニ模倣セルモノ即チ佛法系ニ屬スルモノヲ舉クレハ和蘭希臘土耳其埃及羅馬尼亞「ハイチ」等各國法典ニ西班牙葡萄牙伊太利白耳義ノ舊商法及ヒ西班牙舊商

法ニ倣ヒタル中央亞米利加南亞米利加ノ諸國法ナリトス
第二 獨逸 獨逸ニ於テハ千七百九十四年ノフリードリッヒ大王ノ普漏西國法中ニ於テ四百九十四條乃至千四百七十五條ニ商事ニ關スル規定ヲ爲セリ獨逸全國ノ法律トシテハ千八百四十八年獨逸普通手形條例出テ次テ千八百六十一年獨逸普通商法出テタリ手形條例ハ多少ノ修正ヲ經テ今尙ホ其效力ヲ有スルモノナリ千八百六十一年ノ商法ハ所謂舊商法ト稱セラレルモノ即チ是ナリ其編別ハ商人階級商事會社匿名組合及ヒ共算商業組合商行爲海商ノ五編九百十一條ヨリ成レルモノナリ後時修正ヲ施シ殊ニ千八百八十四年ニ於テ株式會社ニ關スル大修正ヲ爲シ尙ホ千八百九十七年ニ至リ全部ノ修正ヲ遂ケタリ此修正商法ヲ稱シテ獨逸新商法ト謂フ其編別ハ商人階級商事會社及ヒ匿名組合商行爲海商ノ四編ニシテ其舊法トハ大同小異ナリト雖モ其最モ舊商法ト異ナル點ハ所謂主觀主義ヲ採リテ商人ノ行爲ヲ以テ商行爲ト爲シ商法ノ適用ヲ主トシテ商人ニ限定セントシ再ヒ中古ノ商人法主義ニ復歸セントスル傾向アルカ如キコト即チ是ナリ獨逸法系ニ屬スル法律ハ埃太利匈牙利利瑞西等ナリトス

第三 西班牙 西班牙ニ於テハ千七百三十七年ヒリゾ五世ノ認可ヲ經タル「ピルバ」市ノ商業條例ハ後西班牙及其殖民地ノ各市ニ行ハルルニ至リタリ千八百二十九年ニ主トシテ佛法典ニ倣ヒタル商法出テ千八百八十五年ニ至リ之ニ獨逸法ノ臭味ヲ交ヘタル新商法出テタリ西班牙舊商法ノ法系ニ屬スル國ハ中央亞米利加南亞米利加ノ諸國ニシテ即チ「智利」「ペリウ」「コロンビヤ」「コスタリカ」「ホンジュラス」「サンサルバートル」「ニカラガ」「ガチマラ」等ノ諸國法是ナリ
第四 葡萄牙 葡萄牙ニ於テハ千八百三十三年ノ舊商法ハ佛法系ニ屬シタレトモ千八百八十八年ノ改正商法ハ獨逸法ノ趣味ヲ交ヘタリ
第五 伊太利 伊太利ノ千八百六十五年ノ商法ハ佛法系ニ屬シタレトモ千八百八十二年ノ新商法ハ半佛半獨主義ナリ
第六 白耳義 白耳義ハ從來全ク佛國商法ヲ費用シタレトモ千八百六十七年以來單行法ヲ以テ漸次之カ改正ヲ爲シ千八百八十七年マテ二十九ノ法律ヲ出スニ至リタリ是レ亦獨逸法ヲ加味シタリ
第七 和蘭 和蘭ニ於ケル千八百三十八年ノ商法ハ佛國商法ニ酷似セリ

第八 奧太利 奧太利ハ獨逸聯邦ヨリ脫退以前ニ於テ公布セラレタル獨逸手形條例及ヒ獨逸舊商法ハ依然舊態ニ於テ行ハレツツアリ唯舊商法中ノ海商ノミハ初ヨリ適用ナキモノナリ

第九 匈牙利 匈牙利ニ於ケル千八百七十五年ノ商法千八百七十六年ノ手形條例ハ共ニ獨逸ノ手形條例及ヒ舊商法ニ酷似セリ

第十 瑞西 瑞西ハ各州ニ依リ法制一樣ナラス唯千八百八十一年ノ債務法ハ全國ニ行ハレ其中ニ商事ニ關スル規定アリ

第十一 露西亞 露西亞ハ別ニ商法典ナシト雖モ千八百三十五年以來施行セラレタル帝國法典ノ第十一卷ニ商事ニ關スル規定アリ後千八百五十七年ニ至リテ著シキ改正ヲ加ヘ之ヲ完成セリ

第十二 「スカンデナビヤ諸國即チ瑞典那威丁抹ノ如キハ特ニ商法典ヲ有セスシテ商事ニ關スル單行法ヲ有スルノミ

第十三 英吉利 英吉利ハ大陸諸國ニ比シ一種特異ノ狀態ヲ爲シ古來慣習法ノ國トシテ別ニ法典ヲ有セサルヲ以テ名アリ故ニ其商法モ亦商事ニ關スル慣

習法ニ外ナラス然レトモ慣習法ノ外多クニ成文法アリテ其最モ商事ニ關係ヲ有スルモノヲ舉クレハ次ノ如シ即チ千八百六十二年ノ會社法千八百六十七年ニ至リテ改正セラレ千九百年ニ於テ更ニ大修正ヲ爲セリ千八百八十二年ノ手形法千八百八十三年ノ破産法千八百八十九年ノ組合法千八百九十四年ノ商船條例等其重ナルモノナリ

第十四 北米合衆國 是レ亦各州ニ依リテ法制一樣ナラス然レトモ主トシテ英法系ニ屬ス

以上ヲ以テ現今歐米文明諸國ノ商法ノ大體ヲ説明シタリ今更ニ之ヲ約言スレハ歐洲大陸ニハ獨佛ノ二商法典アリテ其他ノ各國法ハ其一ノ法系ニ屬スルカ又ハ二法ノ折衷法系ニ屬スルナリ之ニ對シテ特異ノ態度ヲ探レルハ英露ノ二國法ニシテ「スカンデナビヤ及ヒ瑞西ハ商法典ヲ有セサレトモ略ホ獨逸法系ニ屬スルモノト謂フコトヲ得ヘシ

第三節 日本商法

我商法ハ所謂新舊二商法典アリ舊商法ハ獨逸人ロニスレル氏ノ起草ニ係リタルモノニシテ即チ明治十四年起草ヲ命セラレ明治十七年ニ至リ稿成リ進達シ爾後各種委員ノ手ニ由リ審議セラレ明治二十三年元老院ノ議決ヲ經テ二十三年四月法律第二十三號ヲ以テ公布セラレタリ其施行期日ハ明治二十四年一月一日ト定メラレタレトモ其施行ハ屢ニ延期セラレ二十六年三月法律第九號ヲ以テ同年七月一日ヨリ其一部タル第一編第六章即チ商事會社第十二章即チ手形及ヒ第三編即チ破産並ニ商事會社ニ關シテ第一編第二章即チ商業帳簿及ヒ第四章即チ商業登記ノミヲ實施シタリ同年三月法典調查會ヲ設ケ帝國大學教授梅謙次郎岡野敬次郎及ヒ司法省參事官田部芳ノ三氏カ主トシテ商法修正案起草ノ任ニ當リ民法ト共ニ大修正ヲ施シ三十年十二月之ヲ議丁シ三十二年第十三議會ノ議決ヲ經テ同年三月一日法律第四十八號ヲ以テ修正商法ヲ公布シ同年四月十日勅令第三十三號ヲ以テ同年六月十六日ヨリ施行セラルヘキコトヲ定メ即チ同日ヨリ實施セラレタリ普通之ヲ稱シテ新商法ト謂フ

今新舊商法ノ二法典間ニ存スル重要ナル差異ノ點ヲ左ニ略述スヘシ

- 一 新商法ハ一般私法タル民法ニ對スル特別法トシテ其規定ハ商事ニ關スル特別規定ノミニ止メ民法ノ規定ト重複シ又ハ故ナク之ト矛盾スルコトヲ避ケタリ舊商法ハ此點ニ付テハ獨逸舊商法ニ倣ヒ民法ニ屬スヘキ一般規定ヲモ包含シタルモノ妙カラス獨逸ニ於テハ民法典ハ始メテ千八百九十七年ニ成立シ一昨年即チ千九百年ヨリ實施セラレタルモノニシテ舊商法ハ之ニ比較セハ殆ト四十年前ニ編纂セラレタルモノニシテ民法典ノ施行前ニ於テハ各聯邦ハ互ニ法律ヲ異ニシタルヲ以テ此ノ如ク商法中ニ民法ニ屬スヘキ規定ヲモ包含セシメテ規定シタルハ蓋シ已ムヲ得サルニ出テタルモノナルモ我國ノ如ク民法ト商法トカ同時ニ並ヒ行ハルルニ當リ二法典ノ規定カ徒ニ重複シ又ハ抵觸セラルハ甚タ理由ナキコトナルヲ以テ新商法ハ此點ニ關シ舊商法ト異ナリタル主義ヲ採用シタリ
- 二 新商法ハ私法上ノ規定ノミニ止メ公法ニ屬スルモノハ之ヲ特別法ニ讓リタリ例ヘハ私設鐵道法取引所法保險業法船舶法船員法即チ是ナリ
- 三 新商法ハ實體上ノ規定ノミニ止メ手續法ニ屬スヘキモノハ之ヲ特別法ニ

讓リタリ非訟事件手續法即チ是ナリ蓋シ手續ニ關スル規定ハ時勢ニ應シ屢ニ變更スヘキモノナルカ故ニ之ヲニ括シテ實體法ト共ニ編纂スルトキハ一方ニ於テ法典カ屢ニ變更ヲ受クルノ害アルト同時ニ他方ニ於テハ手續法ノ機宜ニ適セラル變更ヲ爲スノ難キ弊アレハナリ

四 新商法ハ破産法ヲ法典中ヨリ除外シタリ是レ英法系獨法系ニ倣ヒ破産ト家資分散トノ區別ヲ廢シ別ニ單行法ヲ設ケ破産ニ關スル一般ノ規定ヲ爲シ商人タルト非商人タルトヲ分タス廣ク之ヲ破産ニ適用セントスルモノニシテ其趣旨ニ依レル破産法案ハ既ニ法典調査會ノ議決ヲ了シ近時世ニ公ニセラレタリ

舊商法ハ佛法系ニ從ヒ破産ニ關スル規定ヲ商法第三編ニ規定シタリ然レトモ其適用ノ範圍ハ英法獨法ノ如ク商人ト非商人トヲ分タサルモノニ非ス又佛法ノ如ク商人ノミニ限リ適用スルモノニモ非スシテ行爲ニ依リ適用ノ區域ヲ定メ商人以外ノ者ナリト雖モ商ヲ爲スニ當リ支拂ヲ停止スルトキハ破産ニ關スル規定ヲ適用スヘキコトヲ定メタル一種特異ノ折衷主義ヲ採用シタリト雖モ

此主義ハ理由ニ乏シク且公平ヲ缺キタル法制ナルコトハ學說ノ一致スル所ナルカ故ニ商法施行法第百三十八條ヲ以テ之ヲ改メ佛法ト同シク商人ニ限リ之ヲ適用スヘキモノト爲セリ故ニ現行法トシテハ破産ニ關スル規定ハ商人ノミニ適用セララルヘキモノナリトス

五 編別ニ於テ新商法ハ總則會社商行爲手形及ヒ海商ノ五編ト爲シタリト雖モ舊商法ハ商ノ通則海商及ヒ破産ノ三編ト爲シ而シテ會社商行爲及ヒ手形ノ如キハ皆之ヲ通則中ニ包含セシメタリ即チ新商法ハ主トシテ前述シタル佛國西商法ノ編別ニ倣ヒタルモノニシテ唯一ノ異ナルハ手形ニ關スル規定ヲ單行法ト爲サスシテ商法中ノ一編ト爲シタル點ニ在リ又舊商法ハ前述シタル佛國西商法ノ編別ニ倣ヒタルモノニシテ唯商事裁判所ヲ省キタル點異ナレルノミ舊商法ノ起草者ハ獨逸人ナルニ拘ハラズ其編別ノ方法ニ於テ佛國西商法ノ主義ヲ採リ其他ノ規定ニ在リテモ獨逸法ヨリモ寧ロ佛國西法ニ倣セルコト多キハ實ニ怪訝ニ堪ヘサルナリ尙ホ新商法ノ編別ニ付キ説明センニ新商法第一編總則ハ第一章法例ニ於テ商法適用ノ範圍ニ關スル規定ヲ爲シ第二章商人以下

ニ於テ商ノ主體タル商人及ヒ商人ノ設備並ニ機關ニ關スル規定ヲ爲セリ第二編會社ハ法人タル商人即チ會社ニ關スル特別規定ヲ爲セルモノナルカ故ニ第一編中ニ掲ケタル規定ハ概テ皆之ニ適用アリ會社ニ關スル規定ヲ別ニ一編ト爲シテ規定シタルハ會社ニ關スル規定ハ頗ル浩瀚ナルモノニシテ特種ノ體系ヲ爲セルカ故ニ之ヲ別編ト爲スノ必要アレハナリ第三編ノ商行爲ハ實ニ商事中ノ大部分ヲ占ムル商行爲ニ關スル規定ヲ爲セルモノニシテ商法全體ノ中樞タルモノナリ第四編ノ手形ハ特種ノ沿革ト原則ト有スル有價證券タル手形ニ關スル規定ヲ爲セルモノニシテ手形ニ關スル行爲ハ亦商行爲ノ一種ニ外ナラスト雖モ第二六三條第四號參照獨逸匈牙利ノ國法ノ如キハ手形ハ之ヲ特別法ニ讓リ商法中ニ之ヲ規定セサルヲ見ルモノ之ヲ獨立ノ一編ト爲スノ至當ナルヲ知ルコトヲ得ヘシ舊商法ハ第一編第十二章ヲ手形及ヒ小切手ト題シテ商ノ通則中ノ一章ト爲セルハ却テ其當ヲ失シタルモノト謂ハサルヘカラス手形ニ關スル規定ヲ商法中ニ設ケ之ヲ商事契約ノ一種ト爲シタルハ佛蘭西法及ヒ其法系ニ屬シタル和蘭伊太利西班牙葡萄牙白耳義等ノ諸國法ナリトス然レトモ

手形ニ關スル行爲カ果シテ契約ノ一種ナリヤ或ハ特種ノ一方行爲ナリヤニ付テハ近世多數ノ學說ハ寧ロ一方行爲說ニ傾ケルノミナラス若シ之ヲ以テ契約ノ一種ナリトスルモ商事契約ニ關スル一般ノ理論ニ從フ能サルコトハ疑ヲ容レサル所ナリ故ニ之ヲ以テ商事契約ノ一種トシテ規定スルハ頗ル理由ニ乏シ獨逸商法カ手形ヲ單行法ト爲セルハ一方ニ於テハ手形ニ關スル規定カ特種ノ沿革ト原則ト有スルカ故ニ一團トシテ別ニ之ヲ規定スルヲ便トスルニ基因スルモノナリト雖モ他方ニ於テハ手形ハ千八百四十七年商法カ未ダ聯邦各國ニ通スル法典ヲ有セザリシ當時ニ於テ實際ノ必要上及ヒ聯邦統一ノ一段段ト爲スカ爲メニ聯邦各國ニ通スル法律トシテ編纂セラレタルノ沿革上ノ理由ニ基因スルモノナリ故ニ我商法ハ學理上手形法カ特別ノ單行法ナラサルヘカラサル理由ナキヲ以テ獨逸法及ヒ之ニ模倣セル匈牙利法主義ニ倣ハス又佛法系ノ如ク之ヲ商事契約ノ一種ト爲サスシテ別ニ獨立ノ一編ヲ設ケ商法中ニ其規定ヲ爲シタルモノナリ商法第五編ハ海商ニ關スル規定ヲ爲シ其主要ナル部分ヲ占ムルハ海上運送及ヒ海上保險ニ關スル規定ナリ此等ハ勿論商行爲ノ一種

ニシテ陸上ニ於ケル運送及ヒ保險ハ商行爲編中ニ其規定アリト雖モ海商ニ關スル規定ハ大ニ其性質ヲ異ニシ且古來沿革上ヨリスルモ全然別種ノ發達ヲ爲シタルモノナルカ故ニ之ヲ同一ノ編中ニ規定スルコトヲ得サリシナリ此ノ如ク海商ニ關スル規定ヲ獨立ノ一編トシテ規定シタルハ佛獨其地各國法典ノ悉ク一致スル所ナリ

以上ヲ以テ我商法ノ沿革ヲ説了シ隨テ商法ノ沿革ノ章ヲ終リタリ以下本論ノ説明ニ入ラントス

本論

第一章 商法ノ淵源

商法第一條ニハ「商事ニ關シ本法ニ規定ナキモノニ付テハ商慣習法ヲ適用シ商慣習法ナキトキハ民法ヲ適用ス」ト規定セリ是レ獨逸商法第一條ト其趣旨ヲ一ニシ商事ニ適用セラルヘキ法律ノ順位ヲ示スト同時ニ商事ニ適用セラルヘキ法律ニ三種アルコトヲ明カニシタリ即チ商法商慣習法及ヒ民法是ナリ

獨逸新商法ニ於テハ商法ノ效力ニ關スル規定ハ悉ク之ヲ法典中ヨリ除去シ施行法中ニ掲グルノ主義ヲ採リタル結果トシテ我商法第一條ニ該當スル規定ヲ有セス唯施行法第二條第一項ニ商事ニ關シテ商法及ヒ本法ニ特別ノ規定ナキ場合ニ於テノ民法ヲ適用スト規定セルノミニシテ慣習法ノ效力ニ關シテハ一モ規定スル所ナク之ヲ學説ニ譲リタリ此ノ如ク法律ノ效力ニ關スル規定ヲ商法典中ヨリ除キ施行法ニ譲リタルト慣習法ノ效力ニ關スル規定ヲ爲ササルトハ其ニ獨逸新民法ヲ採用セル主義ニシテ新民法ハ之ト步調ヲ一ニセルモノナリ尙ホ獨逸法ニ於ケル慣習法ノ效力ニ關シテハ後ニ至リテ之ヲ説明スヘシ佛蘭西商法ニ於テハ商法ノ淵源ニ關スル一般ノ規定ナク唯同第十八條ニ會社契約ハ民法商事特別法及ヒ當事者間ノ契約ニ因リテ定ムトアリ然レトモ是レ民法ト商法トノ適用ノ順位ヲ定メタル規定ニ非スシテ却テ民法中ニハ商法ノ規定カ民法ノ規定ニ先ツヘキコトヲ示シタル規定鈔カラス例ヘハ第一千七百條第一千五百三十三條第一千三百四十一條第二千八百四十四條等ノ如キ是ナリ而シテ此等ノ規定ニ商事特別法ト言ヘルハ慣習法ヲモ包含セルモノト解スルノ至當ナル

ト前通シタル商法第十八條ニ對シ民法第千八百七十三條ニ本章ノ規定ハ商事會社ニ關シテハ商法及ヒ商慣習ニ牴觸セサル限度ニ於テ適用セラルト規定セルヲ見ルモ明カナリ

西班牙商法第二百三十四條伊太利商法第八十九條ハ其ニ商事契約ニ關シテノ規定セリ西班牙商法ハ商事契約ハ特別ノ商法カ例外ヲ設ケサル限ハ民法ニ從ヒテ判斷セラルト規定セリ伊太利商法ニハ商事契約ハ商事特別法商慣習及ヒ民法ニ依リテ定メラルトアリ匈牙利商法第一條ハ獨逸舊商法ニ倣ヒタルモノニシテ我商法ノ規定ト概テ同一ナリ

第一節 商法

況ク商法ト言ヘハ商ニ關スル特別私法ヲ指稱スルモノニシテ成文法ト慣習法トヲ包含スルモノナリト雖モ茲ニ所謂商法トハ形式的意義ニ於ケル商法即チ商法典ヲ指スニ外ナラス商法ハ民法ニ對スル特別法ナリトノ故ヲ以テ民法ニ先チテ適用セラレ商慣習法ニ對スル成文法トシテ又之ニ先チテ適用セラル唯

商法自身カ商慣習法又ハ民法ノ規定ニ依ルヘキコトヲ定ムル場合ハ其例外ナリ例ヘハ第三十五條ノ如キ是ナリ而シテ商法カ商慣習法及ヒ民法ニ先チテ適用セラルトハ商法ノ規定中任意法タルト命令法タルトニ論ナク又明カニ掲ケラレタル法文タルト法文ノ解釋上當然生スル論理上ノ結論タルトヲ問ハサルナリ法文ノ論理上ノ結論ハ即チ法文ニ外ナラス人或ハ之ヲ稱シテ學理上ノ商法ナリト唱フル者アリ然レトモ學理ナルモノハ商法ノ淵源ト爲ルモノニ非スシテ商法ヲ解釋シ以テ其精神ヲ探究スルノ一方法タルニ過キサレナリ所謂學理上ノ商法ハ即チ商法ノ一部ニ外ナラスシテ商法以外ニ別ニ學理上ノ商法ナルモノヲ存シ民法ノ規定ニ先チテ適用セラルヘキニ非ス

商法ノ解釋ニ關シテハ勿論一般法律ノ解釋方法ニ依ルヘキモノニシテ別ニ他歧アルニ非ス元來商法ハ商事ニ關スル特別法ニシテ民法ニ對スル例外法ニ非ス故ニ其規定ノ解釋ヲ爲スニ當リテハ例外規定ノ解釋ヲ爲ス場合ノ如ク嚴格ニ法文ノ字句ヲ解釋シ苟モ明文ナキトキハ直チニ民法ノ一般規定ニ從ハントスルカ如キコトアルヘカラス必スヤ解釋ノ許ス範圍内ニ於テ法文ノ精神ヲ酌

民法ニ先チテ之ヲ適用セサルヘカラス是レ學者ノ一般ニ主張スル所ナリ
 以上述ヘタル如ク商法ノ法文ハ之ヲ狹義ニ解シ之ヲ例外規定視スルコトナク
 シテ法文ニ依リ其精神ヲ探究シ以テ民法ニ先チテ之ヲ適用セサルヘカラス
 モ法文ノ精神ヲ探究スルトハ法文以外ニ解釋ノ材料ヲ採リ法文ニ依ラスシテ
 立法者ノ意思ヲ採リ法文ヲ蔑視シ明カニ之ニ反スル便宜ノ解釋ヲ爲ストノ
 意ト誤解スヘカラス若シ法文ヲ離レテ立法者ノ意思ヲ採リ常識ニ從ヒテ曲解
 スルヲ可ナリトスルトキハ法典ヲ編纂シ法律ヲ制定スルハ實ニ無用ノ徒事ト
 謂ハサルヘカラス寧ロ初ヨリ常識ト便宜トニ從ヒテ裁判ヲ爲スノ簡便ナルニ
 如カスト謂ハサルヘカラス近時裁判所ノ判決カ時ニ或ハ法文ニ拘泥シタルモ
 ノアリタル結果トシテ或ハ法文ヲ蔑視スル反動ヲ起スノ憂アルカ故ニ少シク
 法文ノ解釋方法ニ關スル近時ノ學說ノ傾向ヲ述ヘントス

法文解釋ノ方法ニ付テハ古ノ「ドント」等以來近時逝去シタル「ワグ」等ニ至ルマテ「パンデクタン」派ノ多數ハ常ニ立法者ノ意思ニ重キヲ置キ法文
 ヲ離レテ之ヲ探究セントスル傾向ヲ有セリ例ヘバ「ワグ」等「ドント」ハ法律ヲ

解釋スルニハ其發布當時ノ法律狀態ト立法者カ之ヲ發布シタル目的トニ依ラ
 ナルヘカラス若シ法文ノ表示ニシテ不明瞭ナルモノアラシカ之ヲ明瞭ニシ若
 シ誤レルモノアレハ之ヲ訂正スヘク法文解釋ノ能事ハ法文ノ表示ニ現ハレタ
 ル意味ヲ明カニスルニ止マラス之ニ包有セル立法者ノ裏面ノ意思ヲ探究スル
 ニ努メサルヘカラスト論述シタリ之ニ對シテ近時「ワグ」カ獨逸私法緒論ヲ著
 スヤ立法者ノ意思ハ法文ヲ離レテ表示セラルルコトナシ法律ヲ解釋スルニハ
 材料ヲ法文ニ採リ之ヲ解釋スルヲ以テ足レリト反論シタリ「ヘルデル」カ「パンデ
 クタン」ヲ「ハ」民事訴訟法論ビンジング「フ」刑法論ノ如キハ皆「ワグ」カ獨逸私法
 緒論中ノ文句ヲ引用シ以テ此說ニ贊成シタリ其最モ極端ナルハ「コーラー」ニシ
 テ同氏ハ法律カ發布セラレタルトキ「ハ」ノ有機體ト爲リ立法者ノ意思ヲ離レ
 テ法律自體ノ意思ヲ有スルニ至ルカ故ニ之ヲ解釋スルニハ法文ノ示ス所ニ從
 ヒテ法律自身ノ意思ヲ探明セサルヘカラスト主張シタリ
 惟テニ獨逸一般私法タル「パンデクタン」法ハ其源ヲ「ユスタチニヤン」法典ニ酌ミタ
 ルモノナリ同法典ハ各種ノ學說及ヒ法令ヲ彙集シタルモノナルカ故ニ抵觸又

ハ缺漏ノ點抄カラス隨テ法文ノ表面ノミニ依リ之ヲ論理的ニ解釋スルニ苦ミタルコト多キヲ以テ勢ヒ法文以外ニ解釋ノ材料ヲ求メテ立法者ノ意思ヲ忖度スル一種ノ解釋方法ヲ生シタルモノナリト雖モ今ヤ獨逸ニ於テハ各種ノ法典稍ヤ完備シ抵觸セル點ヲ調和シ缺漏セル點ヲ補充シ以テ其目的ヲ達シタルヲ以テ其解釋ノ方法モ專ラ法文ニ依ルトノ斬新ナル學風ヲ生シタルモノナルヘシ今ヤ我國ニ於テモ法令ノ完備シタルコト略ホ獨逸ニ近シ隨テ又法文ノ解釋方法モ新解釋方法ニ從フヲ可トスヘシ勿論「コーラー」ノ極端說ニ左祖スルモノニ非サルモ法文ノ明瞭ナルニ當リ強ヒテ之ヲ曲解シテ便宜ト常識トニ合セントスルコトノミニ努ムルカ如キハ其可ナルヲ知ラサルナリ

商事ニ關スル特別法令ハ商法、商慣習法及ヒ民法ニ對シテ如何ナル關係ヲ有スルヤト云フニ商法施行法第二條ニハ「商事ニ關スル特別ノ法令ハ商法施行ノ後ト雖モ仍ホ其效力ヲ有ス」ト規定セルヲ以テ商法施行前ヨリ存在セル特別法令カ商法ノ規定ニ先テテ適用セラルヘキコトハ明瞭ナリト雖モ商法施行後ニ發布セラレタル所ノ特別法令ニ付テハ別ニ規定ナキヲ以テ場合ヲ別チテ說明セ

サルヘカラス即チ特別法令カ商法又ハ民法ノ規定ト抵觸セザルトキハ之ヲ適用スヘキコトハ明カナリト雖モ之ニ抵觸スルトキハ法律法律ニ代ルヘキ命令及ヒ法律ノ委任ニ因ル命令ノ外ハ其效力ナシト謂ハサルヘカラス

商事ニ關スル特別法令中ニハ商法ニ附屬セルモノト之ニ附屬セザル單行法令トアリ商法ニ附屬セルモノハ明治三十二年勅令第二百七十一號ノ小商人ノ範圍ニ關スル件三十二年法律第十七號商法中署名スヘキ場合ニ關スル件三十二年選信省令第十九號商法第五百六十二條ニ依ル書類ノ件三十二年同省令第二十號湖川港灣及ヒ沿岸小航海ノ範圍ノ件等是ナリ商法ニ附屬セザルモノハ殆ト枚擧ニ逸アラサルモ其最モ重要ナル二三ヲ舉クレハ二十三年法律第七十二號銀行條例其他日本銀行、正金銀行、勸業銀行、興業銀行、拓植銀行、臺灣銀行、貯蓄銀行、農工銀行等各種ノ銀行條例又ハ銀行法、三十三年法律第六十五號鐵道營業法、同第六十四號私設鐵道法及ヒ此等ノ法律ニ附屬セル所ノ各種ノ命令、三十三年法律第六十九號保險業法及ヒ其附屬命令、二十六年法律第五號取引所法及ヒ其附屬命令、三十二年法律第三十八號商標法、同第四十六號船舶法、同四十八號船員

法等是ナリ

第二節 商慣習法

商慣習法ハ商法典ト相合シテ所謂實質的意義ニ於ケル商法ヲ成スモノナリ故ニ民法ニ對スル特別法トシテ民法ニ先テ適用セラルヘキモノナリ然レトモ商慣習法ハ商法典ニ後レテ適用セラルヘキモノナルヲ以テ商法典ノ規定ノ命令規定タルト任意規定タルトヲ問ハス既ニ之ニ抵觸スル規定ヲ存スルコトヲ得ス換言スレハ商慣習法ハ商法ノ規定ニ對シテハ所謂變更力ヲ有セザルナリ蓋シ商慣習法ニ變更力ヲ認メテ商法典ノ規定ト平等ノ地位ニ立タシメ之ト兩相並ヒテ適用スヘキモノトスルトキハ國家カ明文ヲ以テ定メタル規定ニシテ商慣習法ノ爲メニ廢止變更セラルルモノアルニ至リ人ヲシテ適從スル所ニ苦ムニ至ラシムヘキヲ以テナリ

商慣習法ノ成立要件ノ第一ハ慣習ナリ即チ應様ヲ同シクシ且繼續シテ慣用セラルル習俗ヲ要シ第二ニ法律トシテ之ニ從フノ觀念即チ所謂「オビニオユー」リ

「ス、エト、チツエシターチヌ」ヲ要ス「ザビニ」「フタタ」等ハ慣習法ノ拘束力ノ所由ニ關シテ國民確信說ヲ採リ法律ハ自然ニ國民間ニ生スルモノニシテ國民ノ確信スル所即チ法律ナリト云フ歴史派ノ議論ヲ極端ニ主張セル結果トシテ慣行ヲ以テ慣習法成立ノ要件トセスシテ却テ之ヲ以テ既ニ存在スル所ノ法規ノ表示方法タルニ過キストシ國民間ノ確信カ直接ニ其行爲ニ依リテ表示セラルルトキハ之ヲ慣習法トスルモノニシテ間接ニ國家ノ立法ニ依リテ表示セラルルトキハ之ヲ成文法トスルナリト曰ヘリ「スト」ニ「ベ」ラウ「アジツケス」「ダーン」「テール」等モ亦同シク此說ニ賛同セリ然レトモ慣習又ハ法文ヲ離レ全然抽象的ニ法律ノ存在ヲ認ムルコトヲ得サルヲ以テ此說ハ誤レリト信ス「ウキンドシヤイド」民ノ「バシ」デタテン「ウエヒタル」ノ「ウユルテンブルヒ」ノ私法論スタールノ法理學其他「ジン」テニス「ウングル」ツロドロウス「キ」等ハ皆之ニ反對セリ慣習ハ實ニ慣習法ノ内容ヲ定ムルモノニシテ其成立條件ノ一ナリ而シテ應様ヲ同シクシ幾回繰返スコトヲ要スルヤ又如何ナル期間ノ間行ハレ居タルコトヲ要スルヤニ付テハ別ニ一定ノ標準ナク唯人ヲシテ法律ナルカ故ニ之ニ從ハントスルノ觀念ヲ生

セシムルヲ以テ足レリトス是レ裁判官ノ認定ニ任スヘキ問題ナリ法律トシテ之ニ從フノ觀念トハ慣習法ノ適用ヲ蒙ルヘキ各箇ノ人ニ付テ之ヲ謂フモノニ非スシテ之ニ從フコトノ法律上ノ必要カ一般ニ感セラレ居ルコトヲ謂フ以上述ヘタル二條件ノ外慣習カ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ違反セサルモノナルコト及ヒ法律トシテ之ニ從フノ觀念カ錯誤ニ因リタルモノニ非サルコト等ノ要件ヲ擧グル者アレトモ是レ當然言フヲ竣タサルコトニシテ要件トシテ擧クヘキモノニ非スト信ス

慣習法ノ成立條件ト區別セサルヘカラサルハ慣習法ノ拘束力ノ所由ナリ慣習法ノ拘束力ノ所由ニ付テハ羅馬法時代ニハ國民ノ意思ハ法律ノ根據基礎ナリト説明セシカ後國家主權ノ思想起ルニ及ヒテ慣習法ハ國家ノ默認ニ依リテ其拘束力ヲ得ルモノナリト曰ヘリ次ニ「サビニー」以下ノ歴史派ノ起ルニ及ヒ慣習法ハ國民ノ確信ニ因リテ其效力ヲ有スト唱道スルニ至レリ此二ノ說ハ現今仍ホ學者間ニ論争セラルル所ニシテ國家默認說ヲ唱フル重ナル論者及ヒ著書ハ「エーマイエル」ノ國家及ヒ寺院ニ於ケル法律ノ形成「マウレンブレッヘル」ノ獨逸

私法論「ピンジグ」ノ刑法論「ザイデル」ノ「マイエル」國法論「ユメリン」獨逸私法理論雜誌第二十七卷慣習法ニ關スル論文等ナリ國民確信說ハ「サビニー」「ブタ」以後「ウ・ドシャイド」及ヒ「レーゲル」スベルグ等ニ至ルマテ多數ノ私法學者ナリ然レトモ此二派ノ議論ハ法律ニ關スル根本的ノ觀念ヲ異ニシテ各、別ノ前提ヲ採リテ論シタルヨリ生シタルモノニシテ即チ一ハ法ハ國家ノ意思ナリト謂ヒ一ハ法ハ國民ノ確信ナリト謂フヨリシテ之ヲ論争スルモノニシテ共ニ慣習法カ實際ニ於テ效力ヲ有スルコトノ事實ヲ説明セントスルニ過キス議論ノ前提タル法律ニ關スル觀念ニシテ決スルコトヲ得サル以上ハ竟ニ何レノ議論ノ當否優劣ヲモ判定スルコトヲ得サルナリ此ノ如ク此二說ハ共ニ慣習法ノ拘束力ノ所由ヲ説明スルニ足ラサルヲ以テチーテルマン」ノ如キハ慣習法ノ拘束力ノ所由ニ關スル說ヲ批評シテ其缺點ヲ指摘シ且慣習法ハ實際行ハレ居ルカ故ニ效力アルナリト謂ヒ其拘束力ノ所由ニハ論及セサルナリ(民事實際雜誌第六十九卷「デルンブルヒ」ノ如キモ同シク之ヲ以テ沿革上ノ事實ナリト謂フコトニ止メ此以上ニ説明セサルナリ(「デルンブルヒ」「バンデタテン」)此ノ

如ク慣習法ノ拘束力ニ關シテ學說互ニ異ナレトモ慣習法カ何故ニ拘束力ヲ有
スルカト云フ問題ハ畢竟スルニ一般ニ法律カ拘束力ヲ有スルコトノ理由ト同
一ノモノニシテ法理學ニ於テ之ヲ論スヘキ問題ナリト信ス故ニ今茲ニハ別ニ
其詳細ヲ論セス唯慣習法成立ノ條件ト此問題トヲ混同セザラシコトヲ要スル
ノミ

慣習法ノ效力ニ關シテハ是レ亦古來議論ノ絶エサル所ニシテユスタニアン法
典ニ於テモシグスツム中ノ「ユリアヌス」ノ說ハ慣習法ハ成文法ヲ變更スル力ヲ
有スト云ヒシカ「ゴードクス」中ノ「コンスタンチーヌ」帝ノ命令ハ之ヲ否定セ
リ是ニ於テカ此矛盾ヲ調和セントスルコトハ羅馬法ヲ研究セル學者ノ力ヲ用
ヒタル所タリ然レトモ近時ニ至リ一般ノ學說ハ慣習法ハ法律ナルヲ以テ法律
タルノ效力ハ別ニ成文法ト異ナルコトナシトシ之ニ變更力ヲ認ムルモノヲ多
數トス唯近時ノ立法ハ之ニ反シテ成ルヘク其效力ヲ制限セントセリ即チ商慣
習法ニ關スル所ノ我商法第一條ノ規定及ビ之ニ該當セル獨逸舊商法匈牙利商
法ノ規定奧太利民法第十條索暹民法第二十八條我法例第二條等ハ此例ナリ獨

其重ナルモノナリ要スルニ此等ノ商業證券ニ關スル行爲ハ其發行裏書保證等
皆獨立シテ商行爲タルナリ

以上列舉ノ行爲ハ投機購買ト謂ヒ投機賣却ト謂フモ產物商品又ハ有價證券ヲ
一方ヨリ得テ他方ニ轉換シ其間ニ於テ物價ノ上下ニ因リ利益ヲ獲得セント期
スルモノニシテ取引所ニ於テスル取引殊ニ著シク此投機ノ性質ヲ有スルヲ見
ル此等ハ能ク商ノ本質ヲ發揮セルモノナルヲ以テ之ヲ絕對的商行爲ト爲シ其
行爲ノ主格ノ如何ヲ問ハス手續ノ簡便ト行爲ノ迅速トヲ其主義トスル商法ノ
規定ヲ之ニ適用スルハ當然ナリ手形其他商業證券ニ關スル行爲ニ付テモ送金
ノ用ニ供セラレ支拂ノ道具金融ノ機關トシテ殆ト貨幣ニ均シキ作用力ヲ有ス
ル手形ハ言フヲ埃タス其他ノ商業證券モ商業界ニ於テ商品トシテ轉換ノ目的
ニ供セラレ敏活ナル作用ヲ爲スモノニ在リテハ其發行流通等ノ行爲ヲ各自獨
立ノ商行爲ト爲シ之ヲ行フ者ノ商人タルト非商人タルトヲ問ハス之ニ對シ確
實ト信用トヲ其主義トスル比較的嚴重ナル商法ノ規定ヲ適用スヘキ必要アル
ハ尙ホ講義ヲ進ムニ隨ヒ一層此等ノ觀念ヲ明カニスルコトヲ得ヘシ

第二 主觀的商行為
 行爲ノ本質ヨリ當然商行為タルニ非ズ營業トシテ之ヲ行フニ依リ商行為ノ性質ヲ具フルニ至ルモノナリ故ニ之ヲ業トキテ者即チ非商人ノ行フトキテ商行為タルヲ得スシテ唯商人ノミカ此行為ノ主格タリ得ルナリ
 營業ノ意義如何ニ付テハ頗ル議論ノ存スル所アルモ其詳細ニ至リテハ第一編總則第四條商人ノ意義ニ關シテ其說明アルヘキヲ以テ茲ニハ簡單ニ之ヲ說明センニ即チ營業トハ同種ノ行爲カ連續的ニ繰返サルルヲ謂ヒ其多數ノ行爲カ一貫シタル目的ニ依リテ聯結セララルルモノナリ目的トハ之ヲ以テ收入ヲ得ル爲メノ絶エサル淵源ト爲スノ謂ニシテ此一貫シタル目的ニ依リテ或行爲カ繰返サレ其多數ノ行爲カ結束セラレ以テ一團ノ塊ヲ成ス場合ニ營業ノ存在アリト謂フコトヲ得ヘシ
 主觀的商行為ハ第二百六十四條第一號乃至第十二號ニ列舉セララルル行爲ナリ
 (一) 貸貸スル意思ヲ以テスル動産若クハ不動産ノ有償取得若クハ貸借又ハ其取得若クハ貸借シタルモノノ貸貸ヲ目的トスル行爲

本號モ亦投機購買ノ場合ト均シク前段ト後段ノ規定ニ依リ取得行爲若クハ貸借行爲ト其實行行爲トハ二種ニ分類スルゴトヲ得其目的ヲ動産不動産ニ限リ有價證券ヲ除外シタルハ蓋シ有價證券モ時トシテ俗ニ所謂身元保證金差入用トシテ貸貸セララルゴトナキニ非スト雖モ尤モ之ハ單純ナル使用ヲ目的トスルモノニ非サルカ故ニ或ハ純粹ノ意義ニ於ケル貸貸ト云ヒ得サランカ此目的ヲ以テ有價證券ヲ取得シ以テ之ヲ貸貸スルヲ營業トスルカ如キハ殆ト想像シ得ラレサルニ反シ動産又ハ不動産ニ至リテハ所謂損料貸又ハ借家業トシテ最モ頻繁ニ行ハレ居ル營業ナレハナリ又取得行爲ノ外貸借行爲ヲ加ヘタルハ殆ト説明ヲ要セサルコトニシテ貸貸スルニハ必スシモ所有物ヲ以テスルノ必要ナシ相手方ヲシテ物ノ使用收益ヲ爲シ得セシムルハ足ルヘク此目的ヲ達スルニハ貸借物ヲ以テスルモ何等ノ支障ナクハナリ要スルニ本號ノ行爲ト投機購買トハ貸貸スル意思ヲ以テスルト利益ヲ得テ讓渡ス意思ヲ以テスルトト差別アルニ止マリ他ニ著シキ異點ナキカ故ニ尙ホ詳細ノコトハ先ニ投機購買ニ付テ述ヘタル所ヲ參照スヘシ

此ノ如ク兩者ハ其性質相酷似シ居ルニ拘ハラヌ一ヲ絕對的商行為ト爲シ他ヲ相對的商行為ト爲シタルハ頗ル不可思議ノ感ナキニ非ス現ニ或立法例伊太利墨西哥智利等ニ於テハ此種ノ行為ヲ絕對的商行為ノ部類ニ屬セシメ居ルモノアリ然レトモ我國現時ノ狀態ヨリ觀察スレハ此種ノ行為ヲ箇箇ニ觀察シテ非商人カ之ヲ行フモ直チニ商行為トシテ之ニ嚴格ナル商法ノ規定ヲ適用スルハ大ニ普通ノ觀念ニ反スルモノアルカ故ニ特ニ之ヲ搜機購買ト區別シ營業トシテ此行爲ヲ爲シタル場合ニ限り商法ノ支配ヲ受クヘキモノト爲シタリ

(二) 他人ノ爲メニスル製造又ハ加工ニ關スル行為

製造又ハ加工ニ關スル行為カ商行為タルニハ他人ノ爲メニスルヲ要ス他人ノ爲メニスルトハ他人ノ計算ヲ以テスルト謂フニ同シク即チ委託者ヨリ材料ヲ給與セララルカ又ハ委託者ノ計算ニ於テ材料ヲ買入レ若クハ自ラ供給シ之ヲ以テ製造シ又ハ之ニ工作ヲ加フル場合ニシテ製造者又ハ加工者ノ計算ニ於テ材料ヲ供給スル場合ハ此中ニ包含セラレサルナリ又此種ノ行為カ商行為タルニハ其設備ノ稍ヤ大ナルヲ要ス然ラヌシテ專ラ資金ヲ得ル目的ニ出ツルトキ

ハ茲ニ所謂商行為ニ非ス第二六四條第一項但書參照專ラ資金ヲ得ルノ目的ヲ以テ他人ノ爲メニスル製造又ハ加工トハ微微タル手職業ノ類ヲ指スモノニシテ此等ノ者ト雖モ多少ノ資本設備ヲ要スルハ勿論ナルモ畢竟之ニ依リテ僅ニ飢渴ヲ防クニ過キササル者ナルカ故ニ之ヲ商行為ノ範圍ヨリ除外シテ商法ノ適用ヲ免レシメタルナリ

(三) 電氣又ハ瓦斯ノ供給ニ關スル行為

時世ノ進歩ニ伴ヒ商ノ種類モ漸次其範圍ヲ擴張シ隨テ之ニ關スル新ナル立法ヲ觀ルニ至ル此種ノ行為ヲ商行為トシテ明カニ其規定ヲ爲シタルハ斬新ナル事柄ナリ電氣又ハ瓦斯ヲ其發生ノ方法ヨリ觀察スルトキハ或ハ原始生産ナルカ如ク或ハ加工行為ニ似テ其事業ノ性質頗ル曖昧ナリト雖モ孰レニスルモ之ヲ營業トシテ行フ場合ニハ其規模設備ノ點ヨリ觀察シ敢テ他ノ商トノ間ニ區別ヲ爲スヘキ謂レナキヲ以テ茲ニ其供給ニ關スル取引ヲ殊ニ商行為ト明定シタルナリ

(四) 運送ニ關スル行為

商法商行為ノ意義及種類

運送トハ物又ハ人ヲ或場所ヨリ他ノ場所ニ移轉スルヲ謂ヒ商法ニ物品運送ト
謂ヒ旅客運送ト稱セラルルモノ即チ是ナリ此運送ハ陸上又ハ湖川港灣ニ於テ
行ハルルモノ即チ陸上運送タルト海上ニ於テ行ハルルモノ即チ海上運送タル
トヲ問ハス營業トシテ其行為ヲ行フトキハ之ニ關スル商取引カ商行為ト爲ル
ナリ此種ノ行為ハ比較の後ニ發達シタルモノニシテ生産者ト消費者トノ間ニ
立チテ直接ニ貨物ノ轉換ヲ目的トスルモノニ非サルモ其轉換ヲ容易ナラシム
ル所謂補助的商行為トシテ商ノ範圍ニ屬スルモノナリ

運送ニ從事スル者ノ中ニハ時トシテ専ラ賃金ヲ得ルノ目的ヲ以テ營業トシテ
之ヲ行フ者アリ今日ニ於テハ頗ル稀ナル事例ナルモ坊間尙ホ此類ノモノアル
ヲ見ル此種ノ行為ハ第二百六十四條第一項但書ニ依リ勿論茲ニ所謂商行為ト
爲ラサルナリ

(五) 作業又ハ勞務ノ請負

請負ノ意義ハ民法ニ依リテ定マル(民法第六三二條參照)即チ報酬ヲ得テ或仕事
ヲ完成スル契約ナリ仕事ノ完成ト謂フモ茲ニ作業トアルハ所謂工事を指シタ

ルモノナルカ故ニ其範圍ハ主トシテ家屋ノ建築鐵道掘削架橋築港等ニ關スル
請負ナリト知ルベシ勞務ノ請負トハ勞務者ヲ供給スル請負ニシテ雇人人足請
負ノ如キ著シキモノナリ

(六) 出版印刷又ハ撮影ニ關スル行為

出版及ヒ印刷ニ付テハ明治二十六年四月法律第十六號出版法第一條ニ凡ソ機
械含密其ノ他何等ノ方法ヲ以テスルヲ問ハス文書圖書ヲ印刷シテ之ヲ發賣シ
又ハ頒布スルヲ出版ト云ヒ云云トアリ之ニ依レハ印刷トハ機械含密等ノ方法
ニ依リテ文書圖書ヲ製出スルヲ謂ヒ出版トハ文書圖書ヲ印刷シテ之ヲ發賣シ
又ハ之ヲ頒布スルノ行為ナリ又撮影トハ所謂寫眞術ヲ以テ人又ハ物ノ形狀ヲ
寫出スルヲ謂フ此等ハ一種ノ加工行為ト謂フヲ得ヘク然ラサルモ少クトモ之
ニ類スルモノニシテ營業トシテ行フ場合ニ限り商行為ト爲ルナリ

(七) 客ノ來集ヲ目的トスル場屋ノ取引

客ノ來集ヲ目的トスル場屋トハ劇場寄席角力場見世物場等歡樂遊戯ノ用ニ供
セラルルモノハ勿論其他一般ニ客ノ來集ヲ見込ミ一定ノ設備ヲ爲シ之ニ依リ

テ營利ノ業ニ從事スル場合ハ皆之ニ入ル故ニ湯屋營業、理髮業ノ如キモ此中ニ包含セラルルト雖モ此等ニ付テ特ニ注意スヘキハ第八條トノ關係ナリ資本金五百圓以下ノ小商人ニ付テハ明治三十二年勅令第二百七十一號參照商業登記、商號商業帳簿ニ關スル規定ノ適用ナキヲ以テ湯屋營業ノ如キハ固ヨリ本號ニ依リ商行爲トシテ商法ノ適用ヲ受クルモ所謂商人ニ關シテ特ニ存スル規定ノミハ其支配ヲ受ケサルコトト爲ルナリ

(八) 兩替其他ノ銀行取引

茲ニ銀行取引トハ廣ク銀行ニ於テ通常行フ所ノ總テノ取引ヲ指シタルモノニシテ其範圍一定セス隨テ之ニ一定ノ意義ヲ付スルコトハ極メテ困難ナルノミナラス到底列舉的ニ之ヲ示シ得ヘキニ非ス今日ノ狀態ニ於テ銀行ニテ通常行フ所ノ取引ハ金錢ノ信用貸若クハ抵當貸又ハ當座若クハ定期預爲替ノ取組手形ノ取立、證券ノ割引、地金銀ノ賣買、保護預、貨幣ノ兩替等ナリ要スルニ銀行ハ金錢ノ流通ト信用ノ媒介トヲ以テ其本務ト爲スモノナルモ銀行ト謂ヘハトテ此等ノ行爲ノ全體ヲ併セ行フモノニ非ス銀行ノ種類ニ依リ其取引一様ナラス且

新

今後社會ノ進歩スルニ隨ヒ其取引モ亦變化スヘキヲ以テ到底之ヲ一括シテ說明スルコト能ハズルナリ茲ニ兩替ト謂ヘルハ銀行取引ノ一ヲ示シタルモノニシテ銀行ニテ通常行フ所ノ取引ハ其一ヲ業トシテ行フモ其行爲ヲ商行爲トストノ趣旨ナリト信スハ此種取組手形ノ取立、證券ノ賣買、保護預、貨幣ノ兩替等ナリ要スルニ銀行ハ金錢ノ信用貸若クハ抵當貸又ハ當座若クハ定期預爲替ノ取組手形ノ取立、證券ノ割引、地金銀ノ賣買、保護預、貨幣ノ兩替等ナリ要スルニ銀行ハ金錢ノ流通ト信用ノ媒介トヲ以テ其本務ト爲スモノナルモ銀行ト謂ヘハトテ此等ノ行爲ノ全體ヲ併セ行フモノニ非ス銀行ノ種類ニ依リ其取引一様ナラス且

(九) 保險ハ其區別ノ標準ヲ異ニスルニ隨ヒ數種ニ之ヲ分類スルコトヲ得ヘク或ハ被保險事故ノ種類ニ依リ或ハ被保險利益ノ差別ニ依リ或ハ其事故ノ發生スヘキ場所如何ニ依リ種種ニ其類別ヲ爲シ得ヘシト雖モ茲ニ之ヲ詳説スルヲ得ス唯其保險行爲ヲ行フ方法ヨリ觀察シテ生スル所謂營利保險ト相互保險トノ區別ニ付テ少シク説明ヲ要スルモノアリ營利保險トハ當事者ノ一方カ報酬ヲ得テ偶然ナル一定ノ事故カ發生シタル場合ニ相手方ニ對シテ一定ノ金額ヲ支拂フモノヲ謂ヒ相互保險トハ我保險業法ヨリ觀察スレハ多數ノ人相集合シテ社會社ヲ組織シ一定ノ金額ヲ支出シテ偶然ナル一定ノ事故カ發生シタル場合ニ社員カ其會社ヨリ一定ノ金額ヲ受クルモノヲ謂フ故ニ營利保險ト相互保險

トハ被保險者ガ一定ノ金額ヲ支出シ保險者即チ會社カ之ニ對シテ一定ノ金額ヲ支出スルノ點ニ於テハ其間ニ差別ナク雖モ前者ハ單ニ其保險關係ノ發生ヲ目的トスルモノナリ後者ハ保險關係ヲ目的トスルハ勿論ナルモ其保險關係ハ寧ロ會社ト其社員トノ法律關係ノ成立ニ伴ヒ必然ノ結果トシテ發生スルモノト謂フヲ得ヘク即チ相互保險ノ本體ハ寧ロ會社ト社員トシテ加入スルノ契約ナリト認ムルヲ至當トス此差別アルカ故ニ兩者ニハ均シク保險ノ名アリト雖モ我商法ノ上ニ於テハ單ニ保險ト云ヘハ其保險タルヤ營利保險ヲ指スモノト解釋セラレヘキナリ其第十章保險ナル名題ノ下ニ營利保險ニ關スル事項ノミヲ規定シ第四百十八條及第四百三十三條第一項ニ於テ之ヲ相互保險ニ準用スト規定シタル點ヨリ觀察シテ右ノ如ク解釋スルヲ至當ト信ス隨テ茲ニ所謂保險ノ中ニハ此相互保險ヲ包含セザルモノト知ルヘシ

(十) 寄託ノ引受當仁 民法第六五七條參照即チ物ノ保管ニ關スル寄託ノ意義ハ民法ニ依リテ定マラル民法第六五七條參照即チ物ノ保管ニ關スル契約ニシテ其物ヲ受取ルニ因リテ效力ヲ生スル所謂要物契約ノ一種ナリ受寄

者ハ其受取リタル物ヲ其儘返還セヘキ責任アルヲ常トスルモノ原物ヲ返還ヘ寄託ノ要件ニ非ス受寄者ハ其受取リタル物ヲ消費シテ之ト種類品等及ヒ數量ノ同シキ物ヲ返還シ得ル場合アリ(民法第六六六條參照)前者ノ寄託ニシテ其引受ヲ業トスルカ爲メ商行爲ト爲ルハ倉庫營業其主タルモノナリ後者即チ不規則寄託ニシテ其引受ヲ業トスル場合ハ預金ニ關スル銀行業其重ナルモノナリヘシ然レトモ後者ノ引例ハ前述シタル銀行取引ノ中ニ包含セラレヘク隨テ茲ニ所謂寄託ノ中ニ入ラザルナリ

(十一) 仲立又ハ取次ニ關スル行爲 仲立トハ他人間ノ商行爲ヲ媒介ヲ爲スヲ謂ヒ取次トハ自己ノ名ヲ以テ他人ノ爲メニ法律行爲ヲ爲スヲ謂フ前者ハ商法ニ所謂仲立營業ニシテ苟モ商行爲ノ媒介ヲ目的トスル營業ハ皆之ニ包含セラレ之ヲ類別スルヲ得スト雖モ後者ハ其他人ノ爲メニスル法律行爲カ物品ノ販賣又ハ買入ニ關スルト物品運送ニ係ルト其他ノ法律行爲ナルトニ依リ商法ハ之ニ間接營業運送取扱營業準間接營業ノ名ヲ與ヘテ三種ノ類別ヲ爲シ居レリ其詳細ハ後ニ至リテ説明スヘシ

(三) 商行爲ノ代理ノ引受
 代理ノ意義ハ民法ニ依リテ定マル即チ或人ノ意思表示ニ依リ他人カ直接ニ權利ヲ義務ヲ負フ法律關係ナリ此代理權發生ノ原因ハ委任契約ニシテ其委任ヲ受諾スルコトカ所謂代理ノ引受ナリ此引受カ商行爲タルニハ之ヲ業トスルヲ要スルハ勿論其代理スヘキ法律行爲カ商行爲ナルコトヲ必要トス其適例ハ代理商ナリ然レトモ代理商ノ如ク一定ノ商人ノ爲メニ代理ノ引受ヲ爲スヲ要セス廣ク商行爲ノ代理ヲ業トスルモノハ皆之ニ入ル

右ニ列舉シタル行爲ハ觀客觀的商行爲トシテ述ヘタルモノニ比シ頗ル其趣ヲ異ニシ居レリ客觀的商行爲ニ在リテハ貨物ヲ取得シ移轉シテ其間ニ利益ヲ得ントスルモノニシテ商ノ固有の特質ヲ完備スルモノナルモ茲ニ列舉シタルモノニ在リテハ然ラス其中ニハ或ハ固有ノ意義ニ於ケル商ニ近キモノアリト雖モ我國ノ現狀ニ照シテ其行爲ヲ商別的ニ觀察スルトキハ未タ商ト爲スニ適セサルモノアリ或ハ其取得移轉ノ間ニ介立シテ之ヲ補助シ若クハ確實ニシテ其轉換ヲ容易ナラシムル目的トシテ商ト密接ノ關係ヲ有スルモノアリト

雖モ是レ固ヨリ貨物ノ轉換ヲ其直接ノ目的トスル固有ノ商ト同一ニ待遇シ得ヘキニ非ス此等ノ行爲ヲ客觀的商行爲ヨリ區別シ之ニ營業ノ觀念カ加ハルニ依リ始メテ商行爲ノ性質ヲ有スト認メタルハ畢竟之カ爲メナリ尙ホ茲ニ列舉シタル行爲中ニハ純然タル商ノ觀念ヲ去ルコト稍ヤ遠キモノアリ然レトモ此等ノ行爲ト雖モ之ヲ營業トシテ行フ場合ニハ其組織機關且方法ヨリ觀察シテ取テ他ノ營業的商行爲ト區別シ得サルモノアルカ故ニ併セテ之ヲ主觀的商行爲ト規定シタルナリ

第三、附屬的商行爲
 第二百六十五條第一項ノ規定ニ依ル商行爲ニシテ商人カ其營業ノ爲メニスル行爲即チ是ナリ之ヲ分析スレハ商人ノ行爲ニ依リテ之ヲ分テ之ル可キモノアリ

(一) 商人ノ行爲ナルコト
 商人ノ行爲ニハ第二百六十三條ニ列舉セラルル行爲アリ第二百六十四條第一號乃至第十二號ノ行爲アリ其他一般ノ法律行爲モアルナリ然レトモ第一ノ行爲ハ絕對ニ商行爲タリ第二ノ行爲モ其商人ノ營業ノ部類ニ屬スルモノハ是レ亦相對的商行爲トシテ當然商行爲タルナリ隨テ此

等ノ行為ハ茲ニ所謂附屬の商行為ト申スルヘキニ非ニ殘ルハ第二ニ行為中其商人ノ營業ノ部類ニ屬セサルニ據テ第三ニ一般法律行為トシテ此等ノ行為ハ即チ附屬の商行為ト認得ルニ非ニ殘ルニ此等ノ行為ハ尙ホ表ノ條件ニ從ハサルヘカラスコトハ商人ノ行爲ニテモ營業ノ爲メニ爲シタルニ非ニ其營業ノ爲メニ爲ルモトハ商人ノ行爲ニテモ營業ノ爲メニ爲シタルニ非ナレハ商行為タルコトヲ得ス營業ノ爲メニ爲ルモトハ營業トシテ爲ルニ非ニ營業トシテ爲ルニ行爲ニ附隨シテ行フノ謂ナルカ故ニ此附屬の商行為ハ箇商ノ行為トシテ觀察セラルヘキモノニシテ且營利的ノモノナルコトヲ必要トセス法文ニハ營業ノ爲メニスル行爲トアルカ故ニ其行爲ハ現ニ業トシテ營業ノ行爲ニ附隨シテ爲スモノニ限ラレドモ或アリト雖モ將ニ開始セントスル營業ノ爲メニスル行爲モ亦之ニ包含セラレドモト解スルヲ穩當トス營業開始以前ニ於テハ營業ナク隨テ商人アリ得ヘカラサルカ故ニ此場合ノ行爲ハ一ノ條件ヲ缺クノ嫌ナキニ非サルモ法文ノ字義ニ拘泥シテ狹義ニ解スルハ不可ナリニ要スルニ此附屬の商行為ハ營業ニ牽連シテ爲ス法律行為ニシテ其目的トスル

所ハ畢竟其營業ヲ補助シ其商取引ヲ容易ナラシムルニ在リ故ニ縱令此等ノ行為ハ其性質商事ニ屬セサルモノモテ尙ホ主たる營業の商取引ニ附隨ノ行為トシテ之ヲ商行為ト認メ以テ商法ノ適用ヲ受ケシメタルナリト雖モ其性質第四ニ推定の商行為トシテ之ヲ適用スルハ尙ホ其性質ニ依リテ附屬の商行為ハ商人カ其營業ノ爲メニ之ヲ行フノ故ヲ以テ商行為タリ而シテ或行爲カ果シテ營業ノ爲メニ爲ラレタルヤ否ヤハ各場合ニ付キ事實ニ依リテ決セラレヘキ問題タリ然レドモ其判別ニ困難ナルヨリ實際營業附隨ノ行爲ニテモ往往之ヲ立證シ得サルカ爲メ遂ニ商法ノ適用ヲ免ルルニ至ル此不都合ヲ避クル爲メ第二百六十五條第二項ハ商人ノ行爲ヲ以テ總テ營業ノ爲メニスルモノト推定シ之ヲ否認スル者ニ反對ノ舉證ヲ爲スヘキ責任アリト爲セリ商人ノ行爲ハ實際上其營業ノ爲メニスルヲ常トスルカ故ニ其普通ノ狀態ニ基キ此推定ヲ爲シタルハ固ヨリ至當ノ規定ナリト謂ハサルヘカラス然レトモ此ノ如ク規定セバ結果トシテ商人ノ爲シタル行爲ハ總テ之ヲ是認スル限リ若クハ之ヲ否認スルモ其行爲カ營業ニ牽連セサルコトヲ立證シ得サル限リ縱令其實質

上。營業ノ爲メ爲シタルニ非サルモノニテモ向本法[○]律[○]附屬的商行為トシテ
 商法ノ適用ヲ受クルニ至ルナリ此種ノ行為ニ付キ特ニ推定的商行為ノ名稱ア
 ルモ畢竟之カ爲メナリ

第二節 商行為ノ通則

商行為ノ何タルヤハ前節ノ説明ニ依リ之ヲ了解シ得タルヘシ其商行為ニ關シ
 テ存スル各箇ノ規定ニ付テハ其説明ヲ他日ニ譲リ茲ニハ其各種ノ商行為ニ通
 シテ適用セラレヘキ一般ノ規定ニ付キ其説明ヲ爲サントス

商行為ハ商ニ關スル法律行為ナリ商ニ關スルト云フ點ニ於テ他ノ法律行為ト
 多少其趣ヲ異ニスルモ其根底ニ於テ別箇ノ性質ヲ有スルニ非ス商法カ商取引
 ヨリ生スル法律關係ヲ支配スル法則トシテ一ノ法典ヲ成スハ一般私法ヨリ分
 離シテ別箇獨立ノ領域ヲ畫スルニ非スシテ其基礎ヲ民法ニ置キ唯商事ニ特別
 ナル規定ヲ蒐集シ編纂シタルニ過キサレナリ詳言セハ商法典ハ商ニ固有ナル
 事項ニ關シ又ハ民法ニ相當ノ規定ヲ缺クヨリ之ヲ補充スルカ爲メ若クハ民法

ニ規定アルモ之ヲ商事ニ適用シテ不便ヲ感スルモノニ對シテ例外ヲ設クルカ
 爲メ特別ノ規定ヲ爲シタルニ止マリ民事上ノ法則ニシテ商事ニ適用シテ其不
 都合ヲ感セサルモノニ付テハ一切之ヲ民法ノ規定ニ換ツコトト爲シタルナリ
 要スルニ商法ハ民法カ商取引ニ付キ當然適用セラレヘキコトヲ前提トシテ立
 法セラレタルモノナルヲ以テ其規定ハ民法ノ規定ト相埃チテ始メテ能ク商事
 關係ヲ支配シ得ヘキナリ此事ハ商行為ニ關スル規定ヲ説明スルニ付キ最モ重
 大ナル關係ヲ有スルカ故ニ特ニ注意ヲ要ス

商行為カ一般法律行為ト異ナリ特別ナル法則ノ下ニ規律セラルル所以ハ唯其
 行為カ商ニ關スル點ニ存ス蓋シ商ハ有償行為ニシテ利益ヲ主眼トスルモノナ
 ルカ故ニ其動作ハ殊ニ敏活ナルヲ要ス手續ノ煩雜ハ取引ノ迅速ト兩立シ得ヘ
 キニ非ス便宜事ニ從フヲ得テ始メテ商取引ハ圓滑ニ運ヒ得ルナリ民法上ノ規
 定ハ此觀念ニ於テ商ニ適セサルモノ多シ是レ商法ニ特別規定ヲ要スル所以ノ
 一ナリ便宜ハ商ノ要素ナリ便宜トハ畢竟手續ヲ簡略ニスルノ謂ニシテ其裏面
 ニハ手續ノ不十分ヲ意味シ居レリ隨テ便宜ヲ重スルト共ニ法規上其手續ノ欠

缺ヲ補充スルノ必要アリ是レ其理由ノ二ナリ商行為ハ民事取引ト異ナリ其數ト範圍トニ於テ著シク擴張セラル而モ其取引カ迅速ニ且圓滑ニ行ハルル所ノモノハ畢竟其行為カ信用ニ依リテ維持セラルレハナリ商取引ノ基礎ハ信用ニ在リ信用ハ商行為ノ確實ニ伴フ是レ商行為ニ關シ或場合ニ比較的嚴格ナル規定ヲ必要トスル所以ノ三ナリ其他營利ノ觀念ニ伴ヒテ特種ノ規定ヲ要スルモノ又ハ純然タル商事ニ關シ民法以外ニ新ナル立法ヲ要スルモノ等種種アリ其詳細ナル説明ハ他日ニ譲ランモ此大體ノ觀念ハ商行為ニ關スル規定ノ説明ニ入ルニ先テ特ニ之ヲ記憶シ置クコトヲ要ス

一般ノ商行為ニ共通ナル法則ハ第二百六十六條乃至第二百八十五條ニ規定スル所ニシテ其中ニハ債權ニ關スルモノト物權ニ關スルモノトニ加ヘテ當事者ノ意思カ他人ニ依リテ表示セラルル變態ノ場合即チ代理ニ關スル特別規定トアリ了解ニ便ナラシメシカ爲メ左ニ之ヲ類別シテ説明スヘシ

第一款 債權ニ關スル規定

先ツ其成立ノ方面ヨリ觀察シ次テ效力ニ及ヒ最後ニ其消滅ニ關スル規定ヲ講究スヘシ

第一 商行為ノ成立

之ニ關シテ商法ニ特別規定アルハ商事契約ノ申込ノ效力ニ關スルモノト承諾ノ推定ニ關スルモノ及ヒ被申込人カ申込ト共ニ或物品ヲ受取リタル場合ニ關スルモノトアルノミ此等ノ規定以外商事債權ノ成立ニ關スル一般ノ事項ハ民法ノ規定ニ依リテ支配セラルヘキヲ以テ此等ハ之ヲ民法ノ講義ニ譲リ茲ニハ此特別規定ノ説明ニ止ムヘシ

(一) 申込 契約ハ二人以上ノ意思ノ合致ニシテ一方ニ申込ノ意思表示アリ他方ニ之ニ對スル承諾ノ意思表示アリテ成立ス其申込ニハ承諾ノ期間ヲ定メテ爲スモノト之ヲ定メスシテ爲スモノトアリ其區別ニ依リ申込ノ效力ハ一様ナラス民法ノ規定ニ依レハ承諾期間ヲ定メテ爲シタル契約ノ申込ハ其期間内ニ承諾ノ通知ヲ受ケサルトキハ申込ハ取消ヲ待タズシテ當然其效力ヲ失フヘシト雖モ承諾期間ヲ定メスシテ爲シタル契約ノ申込ハ申込者カ特ニ其申込ヲ取

消スマテハ依然トシテ其效力ヲ存續スヘキナリ而モ其取消タルヤ對話者間ニ在リテハ相手方カ承諾ヲ爲ス以前ニ於テハ何時ニテモ隨意ニ之ヲ行ヒ得ヘキモ隔地者間ニ在リテハ申込人カ承諾ヲ受タルニ相當ナル期間ハ之カ取消ヲ猶豫セサルヘカラス(民法第五二一條第五二四條參照)一定ノ期間ノ經過ニ依リ申込カ當然其效力ヲ失フヘキ場合ニ付テハ商取引ナレハトテ取テ特別ノ規定ヲ要セスト雖モ取消ヲ爲スマテ申込カ其效力ヲ持續シ而モ其取消ヲ爲スニ一定ノ期間ノ經過ヲ必要トスル場合ノ如キハ行爲ノ敏活ヲ要素トスル商取引ノ特質ヨリ觀察シテ特別規定ヲ設クルノ必要アリ是ニ於テカ後者ノ場合即チ承諾期間ノ定ナキ申込ニ關シ左ノ特別規定ヲ爲シタリ

(イ) 對話者間ニ於ケル契約ノ申込ハ被申込者カ直チニ其承諾ヲ爲ササルトキハ其效力ヲ失フ(第二六九條) 即チ別段ノ取消ヲ爲ササルモ申込ハ當然其效力ヲ失フナリ承諾ヲ爲サストハ明カニ申込ヲ拒絕シタル場合ヲ謂フニ非ス拒絕ノトキハ問題ト爲ラス申込ニ對シテ何等ノ返答ヲ爲ササルカ又ハ曖昧ナル返答ヲ爲シタル場合ナリ商人カ商品ノ賣込ヲ爲サントスルニ當リ相手方カ掛引

藤澤氏死亡生殘表

年齢	生殘數	死亡數	年齢	生殘數	死亡數	年齢	生殘數	死亡數
10	1000	4	41	746	10	72	260	22
11	996	5	42	736	10	73	238	22
12	991	5	43	726	10	74	216	21
13	986	6	44	716	11	75	195	20
14	980	6	45	705	11	76	175	19
15	974	7	46	694	11	77	156	18
16	967	7	47	683	11	78	138	18
17	960	7	48	672	12	79	120	17
18	953	8	49	660	13	80	103	14
19	945	8	50	647	13	81	89	13
20	937	8	51	634	14	82	76	12
21	929	8	52	620	14	83	64	12
22	921	8	53	606	14	84	52	11
23	913	8	54	592	14	85	41	9
24	905	9	55	578	14	86	32	7
25	896	9	56	564	15	87	25	6
26	887	9	57	549	16	88	19	5
27	875	9	58	533	16	89	14	4
28	869	9	59	517	17	90	10	3
29	860	9	60	500	18	91	7	2
30	851	9	61	482	19	92	5	2
31	842	9	62	463	19	93	3	2
32	833	9	63	444	19	94	1	1
33	824	9	64	425	19			
34	815	9	65	406	20			
35	806	10	66	386	20			
36	796	10	67	366	21			
37	786	10	68	345	21			
38	776	10	69	324	21			
39	766	10	70	303	21			
40	756	10	71	282	22			

死亡生殘表トハ右ノ如キモノニシテ或幼稚ナル者ノ一定ノ數カ悉皆死亡シテ皆無ト爲ルマテノ形迹ヲ表ハシタルモノナリ死亡生殘表ヲ以テ如何ニ保險料算出ノ基礎ト爲スヤト云フニ之ヲ以テ死亡生存ノ傾向ヲ計算スルニ在リ例ヘ八十歳ノ人カ一年間ニ死亡スル傾向ハ千人中ニ四人ナルカ故ニ一人ニ付テハ千分ノ四ナリ故ニ各自カ保險金ノ千分ノ四宛ヲ出金スルトキハ收支過不足ナシ即チ此千人カ各千圓ノ保險金ヲ契約シタリトシ千分ノ四即チ四圓宛ノ保險料ヲ拂フトキハ其合計四千圓ニシテ之ヲ四人ノ死者ニ對シテ拂渡ストキハ過不足ヲ生スルコトナシ以上八十歳ノ人一年間ノ定期保險料ニシテ二十歳ニテモ三十歳ニテモ皆同一ノ方法ヲ以テ算出スルヲ得ヘシ即チ該年齡ノ死亡數ヲ以テ生殘數ヲ除シタル數カ保險料ノ割合ニ當ルナリ又二年以上ノ定期保險ハ各年ニ於ケル保險料ヲ合計シテ之ヲ得ヘク而シテ終身保險ハ畢竟此定期保險ヲ終身間繼續シテ行フニ外ナラサルカ故ニ之ニ對スル保險料ハ各年ノ保險料ヲ終身間即チ死亡生殘表ノ終マテ合計シタルモノナリ人類ノ死亡ニ對スル傾向ハ年齡ト共ニ増加スルモノナルカ故ニ茲ニ數年間ノ定期保險若クハ終身

保險ヲ契約シ其保險料ヲ拂込ムトキハ其額年年増加セサルヘカラス然ルニ通常契約ノ當時ニ一定ノ保險料ヲ約シ毎年之ヲ拂込ムハ雙方ノ便宜上平均ノ保險料ヲ授受スルノ方法ニシテ契約ノ初期ニハ年齡相當ナル保險料ヨリ多ク拂ヒ置キ後年ニ至リテ年齡相當ナル保險料ヨリ少ク支拂フ場合ヲ補フナリ茲ニ第二ノ豫定利率ニ對シテ其計算ノ法ヲ示スルニ先キ生命保險會社ハ保險契約者ト長期ニ金錢ニハ必ス利子ヲ附スヘキモノニシテ生命保險會社ハ保險契約者ト長期ニ互ル契約ヲ取結ヒ恰モ貯蓄銀行カ爲ス如キ預リ金ヲ爲スノ事實アリ故ニ此預金ニ對シテ相當ナル利息ヲ附セサルヘカラス之ヲ反對ノ方向ヨリ説明スレハ會社ハ便宜上後年ニ收ムヘキ保險料ヲ前取リスル爲メニ相當ノ割引ヲ爲ササルヘカス其利息ノ賦合即チ割引ノ賦合ハ豫メ保險者ノ定ムル所ノモノニシテ是レ亦保險料算出ノ一要素タリ

第三 純保險料

死亡生殘表ニ依リ人類死亡生殘ノ傾向ヲ測定シ之ニ利息ノ計算ヲ施シテ算出シタル保險料ヲ純保險料ト稱シ保險者カ其負擔スル危險ニ對スル報償トシテ

保險契約者ヨリ收ムヘキモノナリ例ヘハ前表ニ依リ十歳ノ被保險者一箇年間ノ定期純保險料ヲ得ント欲スルニ前項ノ如ク保險金額千圓ニ對シテ金四圓ナリ然ルニ是レ契約ノ時ヨリ滿一箇年ヲ經過シタル瞬間即チ契約期間ヲ終了シタルトキニ始メテ取ルヘキ道理ナルヲ便宜上先取シタルモノナルカ故ニ保險者ハ之ニ豫定利率ノ割引ヲ爲ササルヘカラス而シテ此割引率ヲ年四朱トスレハ純保險料ハ三圓八十五錢ト爲ルカ如シ

第四 附加保險料

純保險料ナルモノハ危險ニ相當スル出金額ニシテ之ヲ各人ヨリ徵收スルトキハ保險者カ過不足ナク保險金ヲ支拂ヒ得ルト云フニ過キス故ニ多數ノ人カ共濟的ニ集合シ費用ト勞力トヲ義捐シテ保險事業ヲ行ハハ各人ノ出金額ハ純保險料ヲ以テ足レリトス然レトモ相應ノ管理者ヲ置キ又ハ營業トシテ行フ場合ニハ純保險料以外ニ費用若クハ利益ニ充ツヘキ金額ヲ契約者ヨリ徵收スルニ必要アリ之ヲ附加保險料ト稱シ普通純保險料ノ何割何分ト云フカ如キ割合ナリ

第五 表定保險料

又營業保險料トモ謂フ俗ニ保險掛金ト稱シ保險者カ之ヲ公告提供シ保險契約者ヨリ收納スル所ノモノニシテ單ニ保險料ト云ヘハ法律上此營業保險料ヲ指ササルヘカラス即チ前項ニ説明シタル純附加兩保險料ヲ合計シタルモノナリ以上列舉シタル五ノ形式ハ生命保險ヲ構成スルニ必要ナル事項ニシテ靜止ノ狀態ニ在ルカ故ニ之ヲ靜的形式ト稱ス此事業ヲ行ハントスルニハ其業務開始以前ニ先ツ此等ノ要件ヲ具備セサルヘカラサルヲ云フナリ而シテ契約者ヲ得テ業務ヲ行フニ至リテハ之カ運轉機關ヲ要スルコト勿論ニシテ醫部及ヒ數理部即チ是ナリ之ヲ動的形式ト謂フ

第二節 動的形式

第一 醫部

醫部ハ被保險者タルヘキ者ノ身體審查ヲ司ルモノニシテ死亡ヲ條件トスル生命保險事業ノ運轉ヲ爲スニ付テ缺クヘカラサル機關ナリ往昔生命保險カ恰モ

富籤ノ如ク且危險ノ測定法ニ就テ重キラ置カサリシ冒險的時代ニ於テハ生命保險契約ニ身體審査ノ與ルコトナカリシト雖モ大凡百二三十年前ヨリ之ヲ行フコトト爲レリ生命保險會社ノ保險料ハ平均壽命ヲ標準トシテ定メタルモノナルヲ以テ之ヨリ體質虛弱ニシテ危險多キ者ニハ其多キ程度ニ應シテ餘分ノ保險料ヲ徴收スル必要アリ之ヲ増加保險料ト謂フ或ハ又危險ノ甚シキ被保險候補者ハ保險契約ヲ斷絶セサルヘカラス而シテ此等ノ鑑定ハ醫部ノ司ルヘキ所ナリ然レトモ生命保險契約ニハ必スシモ醫師ノ參與ヲ要スト謂フヘカラス或條件ヲ以テ保險料ヲ支拂ヲ制限シ例ヘハ身體審査ヲ爲スコトナクシテ契約スルモ一箇年以内ニ死亡シタル者ニハ保險金ヲ支拂ハストノ特約ヲ爲スカ如キヲ妨ケス又火災保險ニ於テ建築師或ハ商品學ノ智識アル者ニ危險ノ鑑定ヲ爲サシメ海上保險ニ於テ船舶試驗者ヲ用フルカ如ク皆契約ニ對スル安全ノ爲メニ保險者ノ爲メ所ノ隨意ノ行爲ニシテ法律ノ要求スル所ニ非ス

第二 數理部 數理部ハ生命保險業務ニ必要ナル諸種ノ計算ヲ司ル機關ナリ次ニ其行フ所ノ

事項ヲ揭ケントス

(一) 責任準備金ヲ計算スルコト 責任準備金トハ保險者カ被保險者ニ對スル責任即チ負債ノ性質ヲ有スル財産ニシテ商法ニ所謂被保險者ノ爲メニ積立タル金額是ナリ之ヲ分テテ未經過保險料及ヒ保險料積立金ノ二トス前者ハ會社ノ決算年度ト契約年度トカ一致セサル場合ニ於テ起ル所ノ次年度ニ屬スル保險料ヲ指スモノニシテ未タ經過セサル危險ニ對スル保險料ノ謂ナリ保險料積立金トハ前ニ述ヘタル保險料ノ先取ニ利子ヲ附シタルモノニシテ是レ亦異ナリタル將來ノ年度ニ對スル未經過保險料ナリ此二ノモノハ保險者ノ資産ニ非スシテ被保險者ヨリ預リタルカ如キ性質ヲ有ス故ニ至當ノ注意ヲ以テ之ヲ管理セサルヘカラス多クノ國ノ法律ニ於テ之カ算法及ヒ運用法ヲ規定スルハ此性質ニ基ケリ

(二) 解約價額ヲ計算スルコト 保險契約者カ一旦保險者ト契約ヲ結スト雖モ中途ニ解約ヲ申込ムコトアリ又ハ會社カ自己ニ不利益ヲ與フヘキ被保險者ニ對シテ之ヲ請求スルコトアリ或ハ又法律ノ結果契約ノ解除セラレル場合アリ

其孰レ入場合ナルヲ問ハス保險者ハ自己ノ負債ニ當ル部分ヲ保險契約者ニ返還スルノ義務アリ而シテ保險者カ手數ノ報償又ハ一般ノ危險ヲ高ムルコトノ報償ノ爲メニ其攤分ヲ請求スルニ付アリトスルモ其大部分ハ拂戻サルヘキモノニシテ之ヲ解約價額ト稱シ又保險契約ノ現價或ハ保險證券ノ現價トモ謂フ其金額ハ保險ノ種類ニ依リテ繼續ノ年限ニ依リ其額ヲ異ニスヘキモノニシテ拂込ミタル保險料ノ何分ノ一ト云フ如ク定マリタル割合ニ非ス

第五章 保險ノ種類

保險ノ種類ハ先ツ危險ノ種類ニ依リテ分ツコトヲ得抑モ保險ハ不測ナル危險ニ對スル補償ノ方法ナルカ故ニ絶對的ノ理論ヨリ云フトキハ宇宙間ニ偶然發生シテ吾人ニ損害ヲ與フル所ノ危險ニハ悉ク此方法ヲ應用スルコトヲ得サルヘカラス而シテ宇宙間ノ危險ハ其種類舉ケテ數フヘカラス例ヘハ地震、落雷、火災ヲ始トシ洪水、海啸、暴風、霖雨、旱魃、難船、火山ノ破裂、土地ノ陷沒、橋梁ノ墜落、飢饉、盜難、負債、疾病、老耄、死亡等ノ顯著ナルモノヨリ霜害、蟲害、雪崩、車馬ノ衝突、機

關ノ破毀債務者ノ破産借家人ノ逃亡雇人ノ持逃商業ノ損失等ニ至ルマテ悉ク危險ト稱スルコトヲ得故ニ此等ノ危險ニ對スル保險ノ存在スルトモ其數亦舉ケテ數フヘカラサルヘシ然レトモ實際ニ於テハ必スシモ理論ノ如ク行ハルルコトヲ得ス之カ實行ノ難易ト能不能トハ次ニ掲ケル五箇ノ規則ニ支配セラ

- 一 至大ナル危險ハ保險シ難シ
 - 二 過小ナル危險ハ保險シ難シ
 - 三 多數ノ人カ一般ニ感スル所ノ危險ニ非サレハ保險シ難シ
 - 四 屢發生スル危險ハ保險シ難シ
 - 五 統計シ難キ危險ハ保險シ難シ
- 以上ノ規則ニ依リテ危險ノ種類ヲ考察シ果シテ保險ニ付セラルヘキヤ否ヤヲ判斷スレハ過タサルニ庶幾シ
- 此分類法ハ最モ通俗ナル方法ニシテ火災ノ危險ヲ補償スルヲ火災保險トシ疾病ノ危險ニ對シテ疾病保險アリ盜賊ノ災害ニ對シテ盜難保險アルカ如シ然レ

トモ此分類法ハ實際一貫シテ採用セラレヌ例ハ海上保險ト云ヘハ海上ノ危險ニ對スル保險ナレトモ海上ノ危險ニモ風波ノ危險アリ時礁ノ危險アリ又衝突ノ危險アリ投荷ノ危險アリ火災疾病ノ如キ單一ナル危險ニ非スシテ包括的ノ危險アリ生命保險ニ在リテモ單ニ死亡ノ危險ニ對スルノマナラス生存ノ危險ヲ目的トシ馬匹保險ノ如キモ其疾病斃死並ニ竊盜ノ危險ニ對シテ賠償ヲ行フカ如シレダイスノ保險法ニハ此點ニ於テ保險ノ種類ヲ二分シ一ハ一種ノ危險ニ對シテ賠償スルモノ即チ火災保險電害保險霜害保險獸疫保險債券失價保險等トシ一ハ數種ノ保險ニ對シテ賠償スルモノ即チ硝子保險馬匹保險旅行奇災保險運送保險海上保險等トセリ

保險ノ種類ハ又損害ノ性質ヲ標準トシテ區別スルコトヲ得我商法中ノ保險ニ關スル規定ヲ觀レハ損害保險ト生命保險トノ區別アルカ如ク思惟セラレ何トナレハ商法第三編商行為中保險ヲ以テ一種ノ商行為トシ第十章中ニ之ニ關スル法律規定ヲ設ケ而シテ該章ヲ二節ニ分チ第一節ニ損害保險ヲ規定シ第二節ニ生命保險ヲ掲ケ此二者ヲ對等ノ地位ニ置ケルカ如クニシテ毫モ他種ノ保險

ヲ掲ケサルカ故ナリ今兩者ノ區別ヲ考フルニ損害保險ハ金錢ニ見積ルコトヲ得ヘキ利益ニ限り之ヲ以テ其目的ト爲スコトヲ得トシ第三八五條隨テ其利益ノ損傷即チ危險ノ發生ニ當リテハ損害ノ實額ヲ計算シテ填補ヲ爲スモノナルカ故ニ之ニ損害保險ト云ヘル重複的ノ不體裁ナル名稱ヲ冠セシメ又生命保險ハ人類ノ生死ヨリ生スル金錢ニ見積ルヘカラサル損害ヲ填補スルモノニシテ保險ノ發生ニ當リテハ常ニ一定ノ金額即チ損害ノ假定額ヲ授受スルモノトスルナリ此分類法ハ保險契約ノ性質ヲ研究スルニ於テ多少ノ利益アルハ勿論ナリト雖モ其難解ニシテ且不完全タルヲ免レス何トナレハ保險ハ縱令其種類ニ依リテ多少ノ差異コソアレ損害ノ補償ナル根基ニ至リテハ總テ同一ニシテ保險ナル文字既ニ損害ヲ意味シ且之ヲ表白セリ然ルニ之ニ損害ナル文字ヲ冠スルハ重複ニシテ誤解ヲ招クノ虞アリ即チ生命保險ハ損害ノ保險ニ非サルカノ如クニ考ヘラルルコト其一ナリ生命保險ハ實損ノ填補ニ非サレトモ假損ノ填補タルコトハ爭ナキコトニシテ假損ト雖モ損害ナル文字ヲ應用スルニ妨タル所ナシ或ハ我商法ノ起草者ハ生命保險ヲ全然損害填補行為外ニ放逐シタル積

リナルヤモ知ルヘカラサレトモ苟モ保險契約ナル名稱ヲ以テ之ヲ取扱フ以上ハ放逐セント欲スルモ得ヘカラサルナリ又損害ヲ計算セスシテ保險金ヲ支拂フハ實ニ生命保險ニ限ラス疾病保險負傷保險ノ如キモ亦然リ是レ該分類法カ若シ我商法ノ分類法ナレハ難解ニシテ不完全ナリト言フ所以ナリ序ニ我國ニ於ケル生命保險ナル語ノ意義ヲ訊スニ習慣上竝ニ商法ノ解釋ニ依レハ人類ノ死亡若クハ生存ニ關シテ保險金ヲ支拂フモノナルカ故ニ疾病保險怪我保險徵兵保險ノ如キハ生命保險中ノ出來事ニハ關スレトモ生死ノ分ルル所ニ關セサルカ故ニ生命保險中ニ包含セラルルモノト謂フヲ得ス然ラハ我商法ハ此等ノ保險契約ニ付テハ一ノ規定ヲ設ケス又準用スヘキ規定ヲモ設ケス舊商法ニ於テハ先ツ保險ノ總則ヲ掲ケ次ニ各種ノ保險例ヘハ海上保險運送保險生命保險病症保險收穫保險等ニ特別ナル規定ヲ設ケ之ニ漏レタルモノハ一般保險ニ關スル總則ヲ適用スルコトトシタリシカ現行商法ハ保險ノ總則ヲ有セサルカ故ニ其法文中ニ掲ケラレタル保險ノ外ハ何ニ準シテ解釋セラルヘキヤ損害保險ニ依ルヘキヤ將タ又生命保險ニ依ルヘキヤ甚タ不明ナリ其結果保險業法ニ於

テモ保險會社ノ種類ヲ生命保險會社ト損害保險會社トノ二種ニ分ツノ外其他ノ種類ノ保險會社ニ付テハ規定スル所ナシ然レトモ日本ニ於テハ生命保險トモ損害保險トモ謂フコトヲ得サル種類ノ保險ナキニ非ス又將來必ス發生スヘシ其場合ニハ何レノ法規ヲ以テ之ヲ律スヘキヤ甚タ曖昧ナリ或人ハ保險業法ノ生命保險ナル語ハ商法ノ保險ナル語ト其意義ヲ別ニシ前者ハ廣義ノ生命保險即チ人類ノ生存中ニ係ル保險ヲ總括シタルモノニシテ後者ハ狹義ノ生命保險ナリト解釋スレトモ同一ノ國家カ漸ク一年ノ後ニ發シタル法律ニ二種ノ意味ヲ包含セシムルコトハ想像スヘカラサルカ故ニ畢竟法律ノ缺點ト論斷セサルヘカラスエーレンベルヒノ保險法ニハ此分類法ニ類似シテ而モ稍ヤ勝リタル區別ヲ設ケタリ氏ハ保險ヲ分チテ損害保險定額保險並ニ利益所有者ノ定額保險ノ三種トシ左ノ解説ヲ爲セリ

保險ノ三種トシ左ノ解説ヲ爲セリ

(甲) 損害保險 此保險ニ在リテハ唯一人ノ被保險者カ契約ノ保險金ニ對スル請求權ヲ有シ而シテ實際發生シタル損害額ノミカ賠償セララルノミトス

(乙) 利益所有者ノ定額保險 此保險ニ在リテハ保險金額ハ雙方ノ合意ニ依リテ豫メ約定セラレ唯當該利益ヲ有スル所謂被保險者カ此金額ヲ請取り得ヘキモノトス疾病保險徵兵保險ノ如キ其一例ナリ

(丙) 單純ナル定額保險 此保險ニ在リテハ保險金額ヲ受取ルヘキ者ニ制限ナク又實損額ノ證明ヲ要セス特定セル事故ノ發生ニ際シテ契約ノ保險金額ヲ支拂フヘキモノトス

我商法ハ此三種中二種ヲ擧ケテ損害保險ト純粹ナル定額保險トヲ區別シ後者ヲ生命保險ナル文字ニ更ヘタルナリ故ニ前述ノ如キ難解ヲ惹起スルモノトス保險ノ種類ハ又保險ノ目的ノ性質ヲ標準トシテ區別スルコトヲ得例ヘハ火災保險ニ於ケル家屋家畜保險ニ於ケル牛馬ノ如シ此等ハ保險ノ目的ニシテ茲ニ之ヲ目的物ト謂ハサルハ有形ノ物件ノ外ニ無形ナル利益關係ヲ以テ保險ノ目的トスルコトアレハナリ而シテ此目的ノ性質ニ從ヒテ保險ノ種類ヲ分テハ物保險人保險及ヒ債權保險ノ三種ト爲スコトヲ得此分類法ハ經濟的研究ニ最モ了解シ易ク且又世俗ニ最モ多ク行ハルモノナリ例ヘハ物保險ニ於テハ火災

保險海上保險家畜保險硝子保險盜難保險等アリ人保險ニハ狹義ノ生命保險奇災保險疾病保險等アリ又債權保險ニハ保證保險抵當保險責任保險等アリ次ニ契約ノ單純ナルト重複ナルトニ依リ普通保險ト再保險トノ二種ニ區別スルコトヲ得前者ハ保險者ニ非サル者ノ契約ニシテ後者ハ保險者カ被保險者ヨリ引受ケタル保險義務ヲ再ヒ他ノ保險者ヲシテ保證セシムルモノヲ謂フ故ニ再保險ニ於ケル保險ノ目的ハ常ニ債權ナリ

第二編 保險法論

第一章 保險法ノ種類

保險制度ニ關スル法律規定ヲ總括シテ保險法ト稱ス而シテ其規定ハ主トシテ保險者ト被保險契約者トノ間ニ存在スル權利關係ヲ定ムルモノト國家カ其安寧ノ爲メニ詳ク言ヘハ多數ノ被保險契約者ノ爲メニ保險者ヲ拘束セントスル權力規定ナルトノ差異ニ依リ保險法ヲ分チテ保險契約法及ヒ保險業法ノ二種ト爲スコトヲ得以前ハ法學者カ此二者ヲ區別セス諸國ノ法律ニ於テモ混同シテ規

定セラレタリト雖モ近來公法私法ノ區別劃然ト爲リタルニ付キ保險公法即チ保險業法ハ保險條例保險命令等ノ名ヲ以テ制定セラルルコト多ク又保險會社法ト稱シテ諸國ニ規定セラレタリ然ルニ近來ノ立法例ニハ保險業法ナル名ヲ用ヒタリ保險私法ハ概テ商法中規定セラルルコトト爲リ居レトモ保險ハ前ニ述ヘタルカ如ク一種ノ技術的特性ヲ有スルカ故ニ之カ研究モ亦他ノ商事契約ニ比シテ特種ノ智識ヲ必要トシ近頃經濟的技術的基礎ヨリ研究セラルル趨勢アリ予カ茲ニ保險法ト稱スルハ保險ニ關スル公私二法ヲ包括スルモノナリ茲ニ又國家自ラ保險事業ヲ經營シ人民ヲ強制シテ被保險者タラシムル方法ニ關スル規定アリ是レ亦保險公法ト謂フヘキモノナレトモ此ノ如キ法律ハ必スシモ世界各國ニ通シテ存在スヘキモノニ非ス單ニ或特定ノ國家例ヘハ獨逸瑞西奧太利等ニ存在スルノミナレハ玆ニハ之ヲ除外シ保險法ト云ヘハ自由經營自由契約ノ範圍ニ於テ此制度ヲ規定スルモノト知ルヘシ

第二章 保險契約法

第一節 保險契約ノ定義

昔時ノ保險法學者ハ概シテ左ノ如キ定義ヲ與ヘ古キ教科書若クハ今日ト雖モ陳腐ナル教科書ニ屢見ル所ナリ曰ク保險契約トハ一人カ報酬ヲ受ケテ他人ノ物ニ關スル危險ヲ引受ケ若シ其物カ損失スルトキハ之ニ付テ賠償ヲ爲ス契約ナリト此定義ニ依レハ物ノ損害ヲ賠償スルト云ヒ物ヲ以テ保險契約ノ基礎トセリ是レ昔時保險契約ト云ヘハ海上保險運送保險等ニシテ船舶貨物ノ如キ有形ナル物件ノ損失ヲ賠償スル行爲多キヲ占メタルカ故ニ此習慣繼續セラレテ生命保險若クハ債權保險ノ發達シタル後マテモ同一ノ定義ヲ固守シタルニ因ル然ルニ法律思想ノ發達スルニ隨ヒテ保險契約ノ目的トスル所ハ物ニ非スシテ人ト物トノ關係又ハ人ト人トノ關係即チ兩者ノ利益關係ナルコトヲ發見スルニ至リ即チ左ノ如キ定義ヲ下スニ至レリ曰ク保險契約トハ一人カ報酬ヲ受ケテ他人ノ利益毀損セララル場合ニ之カ賠償

ヲ爲ス契約ナリハ其種類ニ依リテ人ノ生命ノ健康ノ財産ノ損失ノ賠償ニシテハ保險契約ニシテハ保險契約ノ定義ニ於テモ仍ホ一種ノ誤解ノ存スルヲ免レス何トナレハ保險契約ハ賠償契約ト解釋シテ總令賠償ノ事故發生セストモ契約ノ期間内ニ於テハ被保險者ニ代リテ保險者カ危険ノ負擔ヲ爲ス思想ヲ見ルヲ得ナリシカ故ナリ此等モ亦漸ク了解セラレテ近來有名ナル英國ノ保險法學者バニアン氏ハ保險契約トハ當事者ノ一方カ報酬ヲ受ケテ他ノ一方ノ被ルコトアルヘキ損害ヲ賠償セント欲スル契約ナリト曰ヘリ英吉利亞米利加等ノ保險法學者ハ概テ之ト大同小異ノ定義ヲ與ヘテリー氏ノ如キモ亦之ト同様ノ定義ヲ與ヘタリ此定義ハ今日世界各國ニ於テ多クノ加擔者ヲ有スル定義ニシテ保險契約ヲ以テ損害賠償ノ契約ナリトスルヲ其特色トス然ルニ近來保險ノ種類ノ精細ナル研究ニ伴ヒ或特種ノ保險契約ハ果シテ損害ノ賠償ナルヤ明瞭ナラス寧ロ賠償ニ非スト斷定スル者アルヨリ學者ノ或者ハ保險契約ノ定義ヨリ従前特色タリシ賠償ナル文字ヲ取去リ支拂ノ契約ト云フカ如キ曖昧ナル言語ヲ用フルコトト爲レリ我商法ニ於テモ第三百八十四條ニ損害保險契約ハ當事者ノ一方カ偶然ナル一定ノ

事故ニ因リテ生スルコトアルヘキ損害ヲ填補スルコトヲ約シ相手方カ之ニ其報酬ヲ與フルコトヲ約スルニ因リテ其效力ヲ生ズト掲ケ又第四百二十七條ニ「生命保險契約ハ當事者ノ一方カ相手方又ハ第三者ノ生死ニ關シ一定ノ金額ヲ支拂フヘキコトヲ約シ相手方カ之ニ其報酬ヲ與フルコトヲ約スルニ因リテ其效力ヲ生ズト掲ケタリ此二箇條ハ保險契約カ如何ナル場合ニ效力ヲ生スルヤ即チ成立スルヤヲ規定シタルモノニシテ直接ニ保險契約ノ定義ヲ與ヘタルモノトハ謂フヘカラサルモ間接ニハ定義ト謂ハサルヘカラス而シテ此二條ニ一ハ損害ノ填補ト謂ヒ他ノ一ハ單ニ支拂ト謂フ此等ニ付テハ後ニ論評スルコトアルヘシ而シテ近來最モ廣ク行ハルル所ノ保險契約ノ定義ハ獨逸ノ「エーレンベルヒ氏ノ定義ニシテ我商法ノ定義ハ蓋シ同氏ヨリ來リタルモノナラン曰ク保險契約トハ當事者ノ一方カ報酬ヲ受クル代リニ不確定ニシテ且經濟的損害ヲ惹起スル所ノ事故ノ發生ニ際シテ財產ヲ供出セント約スル所ノ獨立ノ合意ナリ

ト今此定義ヲ根據トシテ保險契約ヲ説明セント欲ス

第一 當事者

保險契約ノ當事者即チ相手方ハ保險者ト被保險者ナリ保險者ハ損害填補ノ責ニ任スル者ニシテ被保險者ハ損害ヲ被ルコトアルヘキ利益ヲ有シ保險料ヲ支拂ヒ事故ノ發生ニ際シテ填補ヲ受クル者ナリ保險契約ニ此二者ノ相手方ヲ要スルコトハ總テノ契約ニ於ケルト同一ナリ昔時ハ保險契約ノ關係者ハ此二者ノミナリシカ保險ノ利用擴張セラレ保險ノ目的ニ付テ或ハ直接ニ或ハ間接ニ利益ノ關係ヲ有スル者ヲ發生シ被保險者ノ側ニ立テテ保險者ノ對手ト爲ル場合生シ來レリ例ヘハ保險契約者ノ如シ保險契約者トハ保險契約ノ目的ノ所有者占有者ニ非スシテ自ラ保險料支拂ノ責ニ任シ保險契約ノ相手方ト爲ルモノニシテ獨逸ニテハ「フェルデフヘルンクネーマー」ト謂ヒ亞米利加ニ於テハ「アプリーカント」(保險申込人)ト謂ヒ英語ニテハ「インシュアラ」保險者ト謂フ就中保險者ナル文字ハ其用語甚タ曖昧ニシテ保險ヲ爲ス者ヲ保險者ト謂フヲ通常トスルニ專ラ被保險者ノ代表タル者ヲ保險者ト謂フハ不當ナル用語ナリ而シテ此場合ニハ保險者ヲ「インシュアラ」ト云ハスシテ「アンダーライター」(下票人ノ義ナリ)ト

續

民事訴訟ハ毀損又ハ毀損ノ危險ニ對シテ私權ヲ保護スルヲ以テ目的トスル手續ナリ之ニ反シテ非訟事件ハ國家カ私權ノ發生變更又ハ消滅ニ干與スル手續ナリ或ハ曰ク國家ハ民事訴訟ニ關シテ吾人ヲ強制スルモノナリト雖モ非訟事件ニ在リテハ此事ナシト然レトモ民事訴訟ニ在リテハ必スシモ吾人ヲ強制スル必要ナキモノナリ又非訟事件ニ在リテモ吾人ヲ強制スル必要アルコトアリ例ヘハ裁判所カ或人ノ意思ニ反シテ之ヲ財産管理人タルコトヲ命スルモ非訟事件タルヲ失ハサルカ如シ又或ハ曰ク民事訴訟ハ争アル場合ニ存シ非訟事件ハ争オキ場合ニ存スルモノナリト是レ亦誤レリ

民事訴訟ト非訟事件トハ其間ニ明確ナル區別アリト雖モ民事訴訟ノ目的ヲ達セシカ爲メ其進行中ニ於テ性質上非訟事件ニ屬スヘキ行為ヲ爲スコトアリ例ヘハ強制執行中ニ強制執行ノ目的物ニ非サル債務者ノ財産ヲ管理スルカ如キ是ナリ又民事訴訟ニ牽連シ通常非訟事件ニ屬スヘキ行為ヲ爲スコトアリ例ヘハ原告カ訴ノ提起ヲ爲スニ當リ其申立アルトキハ被告ノ爲メ裁判所カ特別代理人ヲ選任スルカ如キ是ナリ加之民事訴訟ノ一種類タル破産手續ニ在リテハ

破産管財人ノ任命、財産ノ管理若クハ換價債權ノ取立等ノ如キ通常非訟事件ニ屬スヘキ行為甚タ多シ然レトモ破産手續ノ目的ハ毀損セラレタル私權ノ保護ヲ目的トスルカ故ニ民事訴訟タルノ一種類タルコトヲ失ハス或ハ破産手續ヲ以テ非訟事件ト爲ス者アリ是レ即チ其外形ニノミ著眼シテ其目的ヲ皮外視シタルカ爲メニ生シタル誤謬ナリ
民事訴訟ト非訟事件トハ其間ニ區別アルモノナリト雖モ民事訴訟ノ手續ニ多少ノ變更ヲ加ヘテ之ヲ非訟事件ニ應用セルモノアリ例ヘハ證據保全ノ如キ是ナリ

第二節 民事訴訟ト行政訴訟トノ區別

民事訴訟ハ私權ノ保護ヲ目的トスルモノナリト雖モ行政訴訟ハ行政ノ監督ヲ目的トスルモノニシテ行政裁判所ノ權限ニ屬スルモノナリ即チ行政訴訟ハ違法ノ行政處分ニ依リテ權利ヲ侵害セラレタリト主張スル一私人ノ申立ニ因リ其處分ノ違法ナルヤ否ヤヲ調査シ其違法ナル場合ニ於テ之ヲ取消又ハ變更ス

爲スモノナリ故ニ行政訴訟ハ行政ノ適法ナルヤ否ヤヲ監督スル手續ナリト謂フヘシ此ノ如ク行政訴訟ハ單ニ行政ノ監督ヲ目的トスルモノナルヲ以テ一私人カ違法ノ行政處分ニ依リテ權利ヲ侵害セラレタル場合ニ於テモ之ヲシテ損害ノ賠償ヲ得セシムルコトナシ
行政訴訟ニ在リテハ行政處分ノ適法ナルヤ否ヤヲ調査スヘキモノニシテ單ニ法律ニ基キテ裁判ヲ爲スモノナリ故ニ行政訴訟ト民事訴訟トハ大ニ類似スル所アリ隨テ民事訴訟ト行政訴訟ト同一ノ機關ニ委任スルモ著シキ弊害ヲ見ス是レ即チ司法機關ニ行政訴訟ヲ委任スル立法例アル所以ナリ然レトモ行政訴訟ニ於テ適用スヘキ法規ハ民事訴訟ニ於テ適用スヘキ法規ト異ナルヲ常トスルカ故ニ之ヲ各別ノ機關ノ權限ニ委ヌルコトヲ便宜トスルモノナリ

第三節 民事訴訟ト仲裁手續トノ區別

仲裁手續トハ仲裁人カ當事者間ノ法律上ノ争ニ付キ裁斷ヲ爲ス手續ナリ故ニ仲裁手續ハ當事者間ノ争ヲ完結スル點ニ於テ民事訴訟ト類似スルモノト謂ハ

ナルヘカラス然レトモ仲裁人ハ國家ノ機關ニ非ス當事者ト取結ヒタル契約ニ
 基キテ其任務ヲ行フモノナリ要スルニ仲裁人ノ權限ハ當事者ノ意思ニ基キテ
 生シタルモノナリ又仲裁人ノ裁斷ハ法律ノ適用ニ基クモノニ非スシテ其自由
 ノ判斷ニ出テタルモノナリ是ニ由リテ之ヲ觀レハ民事訴訟ト仲裁手續トハ其
 性質ヲ異ニスルモノト謂フヘシ然レトモ仲裁判斷ノ效力其取消及ヒ執行ハ民
 事訴訟ト離ルヘカラサル關係ヲ有スルヲ以テ我民事訴訟法ニ於テハ仲裁手續
 ニ關スル規定ヲモ設ケタリ

第七章 訴權及ヒ訴訟的法律關係

國家ハ吾人ノ私權ヲ保護スルカ爲メ民事訴訟ノ制度ヲ設ケ吾人ニ與フルニ訴
 權ヲ以テシタリ訴權ハ吾人ノ國家ニ對シテ有スル權利ニシテ一ノ公法上ノ權
 利ナリ凡ソ現今ノ法治國ニ於テハ國家ト臣民トノ關係ヲ定ムルニ當リ法律ヲ
 以テ一定ノ標準ヲ示シ國家ハ如何ナル場合ニ於テ其主權ヲ行使スヘキカラ定
 ム又如何ナル場合ニ於テ吾人ヲ爲メ或行爲ヲ爲スヘキカラ定ム隨テ現今ノ法

治國ニ於ケル國家ト臣民トノ關係ハニ權利義務ノ關係ナリト謂フヘシ故ニ
 吾人ハ國家ニ對シテ權利ヲ有スヘキモノニ非スト云ヘル理由ヨリシテ訴權ノ
 存在ヲ認メサルハ誤レリ之ヲ要スルニ國家ト臣民トノ關係ハ權力關係ニシテ
 權利義務ノ關係ニ非スト爲スハ國家ト臣民トノ古來ノ關係ヲ説明スルニ過キ
 ス決シテ現今ノ法制ヲ説明スルニ足ラサルナリ
 訴權ハ私權保護ノ必要アル場合ニ於テ存在スルモノナリ然レトモ訴權ハ必ス
 シモ民事訴訟ノ目的物タル私權ニ基キテ發生スルモノニ非ス今原告カ被告ノ
 主張スル權利ノ不存在ヲ言渡ス判決ヲ求メタル場合ニ於テ其判決ニ依リ私權
 ノ保護ヲ受タル必要存スルトキハ原告ハ被告ノ主張スル權利ノ不存在ヲ言渡
 ス判決ヲ得テ私權ノ保護ヲ受タル權利ヲ有スルモノナリ然レトモ此權利ハ
 民事訴訟ノ目的物タル私權ニ因リテ生シタルモノニ非サルヤ言ハスシテ明カ
 ナリトス

訴權ハ私權保護ノ必要アル場合ニ存在スルモノニシテ私權保護ノ必要ハ私權
 ノ毀損又ハ其毀損ノ危險アル場合ニ於テ之ヲ見ルモノナリ凡ソ如何ナル場合

ニ於テ訴權ヲ與ヘ以テ私權ヲ保護スベキカヲ定ムルハ民事訴訟法ノ範圍ニ屬スヘキ事項ナリト雖モ我民事訴訟法ハ訴權ヲ與ヘテ私權ヲ保護スルニハ私權保護ノ必要アルコトヲ要スル旨ヲ特ニ規定セス是レ蓋シ民事訴訟ノ性質上言フヲ埃タナルノミナラス規定ノ全般ニ據リテ自ラ明カナルヲ以テナリ之ヲ要スルニ私權ノ毀損又ハ其毀損ノ危險ハ私權保護ノ一般ノ條件ニシテ法律ニ於テ特ニ之ヲ明言スルヲ埃タスシテ明カナル所ナリトス

私權保護ノ手段ハ判決及ヒ強制執行ナリ而シテ民事訴訟法ニ於テハ實際ノ必要ニ應スルカ爲メ判決及ヒ強制執行ニ付キ種種ノ體様ヲ認メ其體様ニ應シテ特別ナル私權保護ノ要件ヲ定メタリ例ヘハ證書訴訟ニ由ル判決ヲ受タルニ必要ナル條件又ハ假差押若クハ假處分ヲ求ムルニ必要ナル條件ノ如キ是ナリ

訴權ヲ有スルコトヲ得ル者ハ必スシモ權利ヲ實行セントスル者ニ限ラス他人ノ權利ノ主張ニ對シテ防禦ヲ爲サントスル者モ亦之ヲ有スルコトヲ得ルモノナリ故ニ原告ノ主張ニ對シテ防禦ノ地位ニ在ル被告ハ原告ノ主張スル權利ノ不存在ヲ言渡ス判決ヲ得テ私權ヲ保護ヲ受タルニ付キ訴權ヲ有スルコトヲ得

ルモノト知ルハシテ

訴權ノ存在スルニハ一定ノ條件ヲ要スルコト前述ノ如シ而シテ訴權ノ存在ニ必要ナル條件ノ存在スルヤ否ヤハ訴訟ノ終局ニ至リテ始メテ之ヲ知ルコトヲ得ルモノナリ故ニ私權ノ保護ヲ得ントスル者ハ先ツ裁判所ニ民事訴訟ノ開始及ヒ實行ヲ求メ以テ訴權ノ存在ニ關スル調査ヲ爲サシメサルヘカラス此ノ如ク吾人カ裁判所ニ民事訴訟ノ開始及ヒ實行ヲ求メ以テ訴權ノ存在ニ關スル調査ヲ爲スコトヲ請求シタルトキハ事實上訴訟手續ノ成立ヲ來スモノナリ然レトモ訴訟手續カ法律上有效ニ成立シ裁判所詳言セハ國家ニ於テ民事訴訟手續ヲ開始シ且之ヲ實行スル義務ヲ負擔スルニハ一定ノ條件ノ存在スルコトヲ必要トス此條件ハ之ヲ名ケテ訴訟成立條件ト稱ス裁判所ノ管轄又ハ當事者ノ訴訟能力ノ如キ其一例ナリ今若シ何人モ如何ナル條件ノ存在スルヲ埃タスシテ民事訴訟手續ノ開始及ヒ實行ヲ求ムルコトヲ得ルモノトセハ國家及ヒ當事者ノ利益ヲ害スルコト甚タ大ナルニ至ルナリ

訴訟成立條件ノ存在スル場合ニ於テハ吾人ハ國家ニ對シテ民事訴訟ノ開始及

七 實行ヲ求ムル權利ヲ有スルモノナリ此權利ハ之ヲ名ケテ形式的訴權ト稱ス
 或ハ形式的訴權ヲ認メサル者アリ其言フ所ニ據レハ凡ソ權利ハ特別ノ條件ヲ
 待テ始メテ發生スルモノナリ故ニ何等ノ條件ナクシテ民事訴訟ノ開始及ヒ
 實行ヲ求ムルコトヲ得ルハ權利トシテ之ヲ觀ルコト能ハスト然レトモ權利ハ
 必スシモ或特別ノ條件ヲ待テ發生スルモノニ非ス是レ生命又ハ自由ノ權利
 等ニ於テ見ル所ナリ加之形式的訴權ハ一定ノ條件ノ存スル場合ニ於テ發生ス
 ルモノナルヲ以テ右ノ思想ハ形式的訴權ノ存在ヲ認メサル證據ト爲スニ足ラ
 ナルナリ
 私權ノ保護ヲ求ムル權利タル訴權ハ形式的訴權ニ對シテ之ヲ實質的訴權ト稱
 ス實質的訴權ハ吾人カ民事訴訟ニ因リ自己ニ利益ナル結果ヲ受クル權利ナル
 カ故ニ形式的訴權ト大ニ異ナルコトヲ知ルヘシ實質的訴權ハ又之ヲ私權保護
 ノ請求ト稱ス私權保護ノ請求ハ民事訴訟ニ於テ自己ニ利益ナル結果ヲ求ムル
 請求ナルヲ以テ唯リ自己ニ利益ナル判決ヲ求ムルコトヲ得セシムルニ止マラ
 ス強制執行ニ因リテ權利實行ノ結果ヲ受クルコトヲ得ルモ亦私權保護ノ請求

論

ノ内容ニ屬スルモノナリ
 訴訟成立條件存在シ形式訴權ノ成立ヲ來シタル場合ニ於テハ國家ハ民事訴訟
 ノ開始及ヒ實行ヲ爲ス義務ヲ當事者ニ對シテ負擔スルモノナリ此ノ如ク國家
 ト當事者トノ間ニ存在スル法律關係ハ之ヲ名ケテ訴訟的法律關係ト稱ス故ニ
 民事訴訟ハ數多ノ行為ヨリ成ルモノニシテ一ノ事實ニ外ナラサルモ之ニ伴ヒ
 テ一種ノ法律關係ノ存在スルコトヲ知ルヘシ民事訴訟手續ニ伴ヒテ成立スル
 法律關係ハ亦之ヲ民事訴訟ト稱スルコトアリ或ハ曰ク訴訟的法律關係ハ當事
 者相互ノ間ニ存在スルモノニシテ原告ハ被告カ本案ノ辯論ヲ始メタル後ハ其
 承諾ナクシテ訴ヲ取下クルコト能ハス又ハ被告ノ承諾ナクシテ訴ノ原因ヲ變
 更スルコト能ハサルカ如キ就レモ當事者間ニ成立スル訴訟的法律關係ノ效果
 ニ外ナラスト然レトモ當事者ハ民事訴訟ニ付キ互ニ相手方ニ對シテ義務ヲ負
 擔スルモノニ非ス當事者ノ一方カ相手方ノ承諾ヲ得シテ或行為ヲ爲スヲト
 能ハサル場合アリト雖モ此事タルヲ相手方ニ對シテ負擔スル義務ノ效果ニ非
 スシテ訴訟行為ヲ爲スニ必要ナル條件ニ外ナラズ今民事訴訟ニ關シ當事者雙

方ヲシテ互ニ義務ヲ負擔セシムル必要ハ全ク存セザルモノナリ又或ハ曰ク訴訟的法律關係ハ國家ニ當事者トノ間ニ成立スルト同時ニ當事者雙方ノ間ニ於テモ亦成立スルモノナリト然レトモ現行法ヲ採リタル主義ニ依レハ當事者ヲシテ訴訟行為ヲ爲ス義務ヲ國家ニ對シテ負擔セシムル必要存在セス唯當事者ヲシテ其利益ヲ維持スルカ爲メ必要ナル行為ヲ爲ス機會ヲ得セシムルヲ以テ足ルモノナリ

第八章 民事訴訟法

民事訴訟法ハ一方ニ於テ國家カ自主救済ヲ禁シ一方ニ於テ公ノ秩序ヲ維持スルカ爲メニ設ケタルモノナルヲ以テ公法ニ屬スルモノナリ或ハ民事訴訟ノ目的ハ私權ノ保護ナリトノ點ヨリシテ民事訴訟法ヲ私法中ニ數フル者アリ民事訴訟ノ目的ハ私權ノ保護ナリト雖モ私權ヲ保護スルハ即チ公ノ秩序ヲ維持スル所以ニ外ナラナルナリ之ヲ要スルニ私權ノ保護ハ國家其モノノ目的ニシテ民事訴訟ハ國家ノ目的タル私權ノ保護ヲ全ウスルモノナルヲ以テ民事訴訟法

ハ公法ノ一部ニ屬スルモノト謂ハサルヘカラス

第一 當事者能力訴訟能力並ニ訴訟代理由民事訴訟ハ一私人ノ權利ヲ保護スルコトヲ目的トスルモノナルヲ以テ如何ナル者カ當事者トシテ私權ノ保護ヲ仰クコトヲ得ルヤヲ定ムルノ必要アリ又同一ノ理由ニ據リ民事訴訟ニ於テハ當事者ノ行為ヲ必要トスルモノナルヲ以テ其行為能力ニ關スル規定ナカルヘカラス而シテ之ト同時ニ訴訟代理ニ關スル規定ヲモ設ケサルヘカラス

第二 訴訟行為ノ方式 裁判所及ヒ當事者ハ民事訴訟ニ干與シ訴訟行為ヲ爲スモノナルヲ以テ裁判所及ヒ當事者ノ訴訟行為ハ互ニ密接ナル關係ヲ有シ相牽連スルモノナリ故ニ當事者ハ裁判所ノ不公平若クハ怠慢ニ因リ又ハ其不適當ナル處置ニ因リ私權ノ保護ヲ受クルニ付キ大ナル不利益ヲ被ルコトアリ加之民事訴訟ニ於テハ當事者雙方共ニ訴訟行為ヲ爲スモノニシテ其行為ハ亦互ニ相牽連スルモノナルヲ以テ當事者ノ一方ハ相手方ノ惡意又ハ怠慢等ニ因リ不利益ヲ被ル結果ヲ生スルモノナリ故ニ民事訴訟法ニ於テハ裁判所及ヒ當事

若ノ訴訟行為ニ關スル一定ノ方式ヲ定メ以テ此等ノ弊害ヲ防止セサルヘカラス然レドモ一方ヨリ觀ルトキハ私權保護ノ目的ヲ達スルカ爲メ訴訟行為ニ關スル一定ノ方式ヲ定メシテ各箇ノ場合ニ鑑ミ臨機應變ノ處置ヲ爲スコトヲ許シ且裁判所ノ職員ヲ選擇ニ十分注意セハ足レリトスルカ如シ然レドモ訴訟ノ頻繁ナルニ從ヒ多數ノ司法官ヲ要スルカ故ニ悉ク善良ナル司法官ヲ以テ裁判所ヲ滿タスコト能ハサルモノナリ加之訴訟行為ニ關スル一定ノ法則ナキトキハ裁判所ハ其權力ヲ大ナルカ爲メ之ヲ濫用スルノ弊ニ陥リ易キモノナリ當事者モ亦倚ル所ヲ知ルコト能ハサルノ不便アリ是レ即チ訴訟行為ニ關スル一定ノ方式ヲ定ムル必要アル所以ナリ然レトモ訴訟行為ノ方式ニ關スル規定ハ立法者ノ通常適當ナリト認ムル所ニ從ヒテ設ケタルモノナルヲ以テ却テ實際ニ不適當ナルコトナキニシモ非サルヘシ又法律ノ規定スル訴訟行為ノ方式ノ複雑ナルト常ニ之ニ依ルノ必要アルトニ由リ却テ私權保護ノ障害ト爲ルコトナキニ非ス唯訴訟行為ノ方式ヲ一定スルハ其利益ノ前述ノ弊害ニ比シテ更ニ大ナルヲ見ルヘキナリ

第三 私權保護ノ條件 國家カ民事訴訟ノ制度ヲ設タルニ當リテハ如何ナル條件ノ存スル場合ニ於テ私權ノ保護ヲ與フヘキモノナルヤヲ定メサルヘカラス例ヘハ強制執行ヲ爲スニハ執行力アル債務名義ヲ必要トスルモノト定メ又假差押ヲ許スニハ強制執行保全ノ必要アルコトヲ定ムルカ如キ是ナリ

第四 訴訟成立條件 法律ニ於テハ如何ナル場合ニ於テ民事訴訟ノ成立ヲ來スコトヲ得ルモノナルヤヲ定ムルノ必要アリ是レ即チ訴訟成立條件ニ關スル規定ナリ我民事訴訟法ニ於テハ主トシテ妨訴抗辯ニ關スル規定トシテ之ヲ揭ケタリ

第九章 訴訟ノ主體

民事訴訟ハ裁判所ニ於ケル手續ナルヲ以テ民事訴訟ニ付キ裁判所ノ行為ヲ必要トスルコト勿論ナリ又民事訴訟ハ私權保護ノ手續ナルヲ以テ其性質上當事者ノ請求ヲ待チテ成立スルモノト謂ハサルヘカラス加之民事訴訟ニ於テ當事者カ訴訟行為ヲ爲スハ民事訴訟ノ性質ニ反セサルノミナラス同一ノ目的ヲ達

スルカ爲メ多クノ人ノ協力スルハ甚タ便利ナルヲ以テ民事訴訟法ニ於テハ當事者ヲシテ或種類ノ訴訟行爲ヲ負擔セシメタリ故ニ民事訴訟ノ主體ハ裁判所及ヒ當事者ナリト謂ハサルヘカラス然レトモ當事者カ民事訴訟ニ於テ法律上ノ效力ヲ生スヘキ行爲ヲ爲スコトヲ得ルニ非スシテ單ニ事實發見ノ材料ト爲ルニ過キサルトキハ決シテ訴訟ノ主體ナリト謂フコト能ハサルナリ

第一節 裁判所

按ニ所謂裁判所トハ司法機關ヲ總稱シタルモノナリ廣義ノ裁判所即チ是ナリ司法權ハ天皇自ラ之ヲ行ハスシテ裁判所ヲシテ之ヲ行ハシム裁判所カ司法權ヲ行フ權限ハ之ヲ裁判權ト稱ス裁判權ハ左ノ權限ヲ包括スルモノナリ
一 裁判ヲ爲ス權 裁判トハ法ヲ或事實ニ適用シテ其法律上ノ效果ヲ確定スル命令ナリ
二 強制執行ヲ爲ス權 強制執行ハ國家機關カ權利ノ實行ヲ得セシムルカ爲メ外界ニ於テ或結果ヲ惹起ス行爲ナリ強制執行ニハ直接強制執行及ヒ間接強

制執行ノ區別アリ
裁判及ヒ強制執行ヲ爲スニハ之ヲ準備シ又ハ之ヲ補助スル行爲ヲ爲スノ必要存スルモノナリ例ヘハ送達證據調訴訟ノ指揮又ハ認證等ノ如シ裁判權ハ此等ノ補充行爲ヲ爲ス權限ヲモ包含スルモノナリ

第一款 通常裁判所及ヒ特別裁判所

凡ソ訴訟事件ハ必スシモ同種類ノ司法機關ヲシテ同一ノ手續ニ依リ之ヲ取扱ハシムル必要ナキノミナラス特種ノ訴訟事件ヲ取扱フヘキ特種ノ司法機關ヲ設クルノ必要アルコトアリ是レ即チ通常ノ場合ニ於テ訴訟事件ヲ取扱フ司法機關ノ存スル外尠ホ例外ノ場合ニ於テ訴訟事件ヲ取扱フ司法機關ノ存スル所以ナリ法律ニ例外ノ規定アル場合ノ外總テ訴訟事件ヲ取扱フ裁判所ハ之ヲ通常裁判所ト稱シ法律カ例外トシテ訴訟事件ヲ取扱ハシムル裁判所ハ之ヲ特別裁判所ト稱ス法律ニ於テ特別裁判所ヲ設ケ通常ノ場合ニ於ケル訴訟手續ト異ナリタル手續ニ依リ訴訟事件ヲ取扱ハシムルハ土地ノ狀況訴訟事件ノ性質若

ルナリ此ノ如ク刑事裁判所ハ其任ニ當ルト雖モ現行刑事訴訟法ニ依リハ自ら進ミテ犯人ノ訴追ヲ爲スモノニ非ス常ニ裁判所ニ提起セラレタル訴ヲ受理シタル後始メテ之ヲ審理ニ入ルニ過キサルナリ是ヲ以テ國家ハ訴ヲ以テ處罰權ヲ主張スルハ權限ヲ他人ノ一箇ノ官府ニ付與シ之ニ一定ノ權利及ヒ義務ヲ有セシメタリ即チ之ヲ檢察ト爲ス而シテ既ニ右二箇ノ官府ノ具ハルトキハ其刑事ノ訴追ヲ受タル者ノ存在ヲ要ス被告人即チ是ナリ現行刑事訴訟法ニ依リハ被告人ハ舊時ノ私問訴訟時代ニ於ケルカ如ク單ニ受方ノミニ於テ其地位ヲ保ツモノニ非スシテ原告及ヒ裁判所ニ對シ法律上權利ヲ有スルモノトス然リ而シテ右ニ述フル所ノ官府及ヒ人即チ裁判所原告及ヒ被告人ハ訴訟事件ニ付キ共同シテ行動ヲ爲シ其一方ノ者ノ行爲ハ他ノ者ノ行爲ニ接應スルモノトス蓋シ此三者ハ共同ノ目的ヲ有スルモノニシテ其目的ハ事件ノ關係ヲ審理ニ依リテ明確ニシ國家ヨリ主張セラレタル處罰權ニ關シ裁判所ノ宣告ヲ得ントスルニ在リ此目的ニ向テ此三者ハ種種ノ行爲ヲ爲シ此數多ノ行爲ヨリ成ル連鎖ハ層一層ヲ重キ恰モ階段ノ如ク前後各序ヲ爲シ遂ニ一箇ノ手續ヲ組成ス

ルモノトス是レ所謂刑事訴訟ニシテ今其定義ヲ下セハ左ノ如シ
 刑罰權ノ有無及ヒ範圍ヲ確定スルヲ目的ト爲ス裁判所原告及ヒ被告人ノ行爲ノ連鎖即チ手續ヲ刑事訴訟ト謂フ
 右訴訟主體ノ行爲ハ適法ナリヤ否ヤ又ハ其方式時期及ヒ順序等ニ關シテハ一定ノ規則ニ拘束セラレルモノトス是ニ於テカク刑事訴訟法ナルモノアリ其定義ヲ舉クレハ左ノ如シ

各刑事訴訟ノ取扱ニ關シ遵守セラレ且適用セラレヘキ規則ノ全體ヲ刑事訴訟法ト謂フ
 刑事裁判所ニ關スル法規ハ刑事訴訟法ニ屬スルモノナリ即チ判事等ノ資格各裁判所ニ於テ刑事事件ニ干與スヘキ判事ノ員數各階級ノ裁判所ニ於ケル刑事事務ノ分配等ニ關スル規則ノ如キ是ナリ然レトモ此等刑事裁判所ノ組織ニ關スル規則ノ全體ハ特ニ區別シテ之ヲ刑事裁判所構成法ト謂フ
 (附言) 或學者ハ刑事訴訟ノ定義ヲ廣義ト狹義トニ區別シ各刑事事件ニ付キ刑法ノ實行ヲ助成スル行爲ヲ廣義ノ刑事訴訟ト謂ヒ之ヲ捜査裁判手續及ヒ

刑ノ執行ノ三段ニ分テ原告ノ主張ニ係ル刑法上ノ請求權ノ成立不成立及ヒ其範圍ヲ判定スル裁判手續ヲ狹義ノ刑事訴訟ト謂フ刑事訴訟ノ本體ハ此狹義ニ於ケルモノニ存ス蓋シ刑事訴訟ハ國家ノ處罰權ニ基キ終局ノ確定ヲ與フルヲ以テ止ム此時期ニ至リテハ裁判所ノ働ハ全ク終了シ訴訟關係ハ消滅シテ訴訟當事者ハ最早當事者タルモノニ非ス故ニ訴訟ハ法律ノ實行ヲ目的トスルモノニ非スシテ法律ノ適用宣告ヲ目的トスルモノト謂フコトヲ得ヘシ隨テ捜査手續ハ起訴ノ材料ヲ得ルニ在レハ本來ノ刑事訴訟ニ非ス又刑ノ執行モ之ヲ裁判所ニ任セスシテ檢事ニ一任セリ

第二章 現行刑事訴訟法ノ意義

第一 前章ニ述ヘタル所ノ刑事訴訟法トハ日本帝國内ニ行ハルル刑事訴訟ノ規則ナリトノ意義ヲ以テ現行刑事訴訟法ニ對照セハ其定義廣キニ失セリ刑事訴訟ニ關スル法律規則ハ悉ク現行刑事訴訟法中ニ包含セスシテ其一部ハ疑ナク此講義ノ範圍ニ屬セサルナリ而シテ現行刑事訴訟法ト其他ノ刑事訴訟ニ關

スル法令トテ區別スルノ標準ハ裁判所構成法第二條ニ於テ定ムル所ニシテ即チ左ノ如シ

現行刑事訴訟法ハ裁判所構成法第一條ニ所謂通常裁判所ニ屬スル刑事訴訟ノ手續ニ關スル規則ノ全體ナリ
然リ而シテ現行刑事訴訟法ニハ現行刑事裁判所構成法ヲ包含スヘシ何トナレハ現行刑事裁判所構成法ハ通常裁判所カ刑事裁判所トシテノ組織ニ關スル規則ナレハナリ

第二 刑事訴訟手續ハ刑事事件ノ手續ナリ而シテ裁判所構成法第二條ニ「刑事ヲ裁判スルモノトス」トアリ然ラハ此刑事トハ何ソヤ刑事訴訟法ハ確實ニ刑法ヲ適用センカ爲メノ法律ニシテ刑法ハ一定ノ行爲アレハ其法律上ノ結果トシテ刑罰アルコトヲ規定セルモノナリ此刑法ニ於ケル刑罰ノ意義ハ刑事事件ノ意義ヲ定ムルモノニシテ即チ刑事事件トハ刑罰ノ適用ニ關スル法律上ノ爭議ナリトス但刑罰ノ意義ハ刑法ノ範圍ニ屬スルヲ以テ茲ニ之ヲ説明セサルヘシ」刑事事件ノ如何ナル種類ノモノハ通常裁判所ニ屬シ其如何ナルモノハ他ノ官

府例ハハ軍法會議等ニ屬スルヤハ法律ヲ以テ正確ノ規定ヲ設クヘキ所タリ次ニ特別裁判所ノ權限ヲ述ヘ以テ現行刑事訴訟法ノ意義ヲシテ一層明確ナラシメント欲ス

第三 特別裁判所ハ左ニ列舉スル所ノ如シ而シテ之ニ關スル規定ハ何レモ刑事事件ノ裁判ニ關スル規則ナレドモ現行訴訟法ニ屬セサルナリ

一 軍事裁判所

陸海軍ノ軍法會議ヲ謂フ現行刑事訴訟法第二十三條ハ此法律ハ陸海軍ニ關スル法律ヲ以テ處分スヘキモノニ適用スルコトヲ得スト規定セリ是ヲ以テ軍事裁判ニ關スル規則ハ現行刑事訴訟法ニ屬セサルコト明カナリ軍事裁判所ハ左ニ掲クル者ノ犯シタル重罪、輕罪ノ審判及ヒ違警罪ノ正式裁判ヲ爲ス

(一) 軍人即チ將校同等官、下士卒、軍屬及ヒ陸海軍所屬ノ諸生徒陸軍治罪法第一條、第三條、陸軍刑法第三條、第九條、海軍治罪法第一條、第三條、海軍刑法第五〇條、第五一條

(二) 歸休兵及ヒ豫備後備ノ軍籍ニ在ル者ニシテ召集中ニ在ル者陸軍治罪法第

七條海軍治罪法第七條

(三) 俘虜降人陸軍治罪法第二五條海軍治罪法第三〇條

(四) 海軍諸用ニ供スル船舶ニ在リテ重罪、輕罪ヲ犯シタル常人明治十八年五月布告第十二號陸軍交渉處分法第三條

右交渉處分法第二條ニ依レハ軍人、常人共ニ普通刑法又ハ陸海軍刑法ノ重罪、輕罪ヲ犯シタルトキハ軍人ハ軍法會議ニ於テ裁判シ常人ハ普通裁判所ノ裁判ニ付ス但普通裁判所ニ於テ軍人ノ共犯人ヲ逮捕シタルトキハ一應訊問ノ上證據書類ト共ニ之ヲ軍衙ニ送致ス又多衆ノ軍人、常人相互ニ闘毆殺傷等ノ罪ヲ犯シタルトキハ軍官法司ノ會同審問ヲ爲スコトヲ得同布告第五條此會同審問ハ軍事裁判所ノ一種ト謂フヘシ(明治十九年四月陸海軍省令會同訊問規則參照)

二 戰時裁判所

戰時裁判所ハ宣戰ノ布告又ハ戒嚴ノ宣告ニ依リ開設セララルヘキ軍法會議ナリ戰時裁判所ト軍事裁判所トヲ區別シタル所以ハ一ハ常設ノモノニシテ一ハ之ヲ開設又ハ廢止スルハ天皇ノ大權ニ屬シ憲法第一三條第一四條戒嚴令第一五

條且其構成權限ニ異ナル所アレハナリ其構成ニ付テハ戰時裁判所ハ專任判士ヲ以テ構成スルコトヲ得陸軍治罪法第一四條海軍治罪法第一七條其管轄ハ軍人ノ外敵前軍中又ハ臨戰合圍ノ地ニ在リテ重罪輕罪ヲ犯シタル常人ニ及フモノトス交渉處分法第三條陸軍治罪法第二三條第二四條海軍治罪法第二八條第二九條第一條ニ依リテハ海軍十次軍官以下ノ官憲兵等ハ各該管轄内ニ屬ス

以上二箇ノ特別裁判所ニ於ケル軍人ノ犯罪ノ管轄ハ重罪輕罪ニ該ルヘキ犯罪ニシテ軍人違警罪ヲ犯シタルトキハ即決例ニ依リ憲兵部ニ於テ其處分ヲ爲シ其地ニ憲兵部ナキトキハ警察署ニ於テ處分ス明治十九年五月勅令第五十五號陸軍軍人違警罪處分例同二十二年十月法律第二十五號海軍軍人違警罪處分例三 臺灣法院 第二條ニ於テ軍人犯罪ニ關シテ臺灣地方裁判所ニ屬ス

明治三十一年七月律令第十六號法院條例ニ依リ設立スルモノニシテ通常裁判所ニ非ナルコト明カナリ而シテ臺灣ニ於テハ明治三十一年七月律令第八號ヲ以テ刑事ニ關シテ刑法刑事訴訟法ニ從フヘキコトヲ規定シタルトモ是レ刑事訴訟法ト其規定ヲ同シクスル律令ノ行ハルルモノニシテ直接ニ刑事訴訟法カ

新

效力ヲ有スルニ非ス

四 領事裁判所 第三十一條 領事官ハ其管轄内ニ在リテ外國人ノ犯罪ニ關シテ其國ノ法律ニ依リテ裁判スルコトヲ得

清國及ヒ朝鮮國ニ於テハ駐在領事官ノ輕罪及ヒ違警罪ノ裁判ヲ爲シ重罪ノ豫審ヲ行フ重罪ノ公判ハ長崎地方裁判所之ヲ行フ裁判所構成法施行條例第一五條、明治三十二年三月法律第七十號領事官ノ職務ニ關スル法律ニ依リテ之ヲ行フ

領事裁判ニハ多少ノ變更アルノミニシテ刑事訴訟法ヲ適用スルモ是レ此ノ如キ法律ノ行ハルルモノニシテ刑事訴訟法カ直接ニ效力ヲ有スルニ非サルナリ

五 司獄官ノ裁判 第三十二條 司獄官ハ其管轄内ニ在リテ囚人ノ犯罪ニ關シテ其國ノ法律ニ依リテ裁判スルコトヲ得

樺戶空知釧路ノ集治監ノ囚人ノ犯シタル輕罪以下ノ裁判ハ司獄官吏之ヲ行フ

(同施行條例第一四條明治十五年三月布告第十六號同年八月布告第四十一號同十八年十二月布告第四十二號)

六 裁判所ノ管轄 第三十三條 裁判所ノ管轄ハ其管轄内ニ在リテ之ヲ行フ

司獄官ノ裁判ハ便宜ノ手續ニ依ルモノトス

或ハ領事裁判所及ヒ司獄官ノ裁判ハ特別裁判所ニ非スト爲ス者アリ其說ニ曰ク特別裁判所トハ一定ノ刑事事件即チ事物若クハ人ニ依リテ一定シタル刑事

事件ノ裁判ヲ専ラ委任セザルニ於テ然レバ裁判所ナルヲ以テ特別裁判所ト管轄ニ屬スル事件ハ必ズ通常裁判所ト管轄ニ屬セザルベシ然レニ此二裁判所ハ通常裁判所ト同時ニ其管轄ヲ有スルコトアリ例ヘハ被告人清國ニ於テ罪ヲ犯シ日本内地ニ逃レタル場合ノ如キ是ナリ故ニ此等ノ裁判所ハ憲法第六十條ニ所謂特別裁判所ニ非スト然レトモ裁判所構成法第二條ニ依レハ通常裁判所ニ屬セザル官府ニシテ刑事事件ヲ取扱フモノハ總テ之ヲ特別裁判所ト云フヲ至當トセザルヘカラス蓋シ通常裁判所及ヒ特別裁判所ノ區別ハ刑事事件ノ性質ニ存セスシテ刑事訴訟法ヲ其裁判手續ニ適用スルヤ否ヤニ存シ此區別ノ必要モ亦此點ニ存スレハナリ

以上特別裁判所ノ外左ノ場合ニ於テハ行政處分トシテ刑事事件ヲ取扱フモノトス故ニ之ニ關スル規則モ亦現行刑事訴訟法ニ屬スルモノニ非ス

一 違警罪ハ警察署長及ヒ分署長又ハ其代理タル警部ニ於テ即決ヲ以テ裁判ス(明治十八年九月布告第三十一號) 違警罪即決例第一條而シテ此即決ノ言渡ニ對シテハ違警罪裁判所ニ正式ノ裁判ヲ請求スルコトヲ得同例第三條

違警罪ハ裁判所構成法第十六條第一號ニ依リ區裁判所ノ管轄ニ屬スルモノナレハ違警罪ノ即決裁判ハ其特例ニ屬ス故ニ初メ區裁判所檢事カ違警罪ヲ覺知シタルトキハ刑事訴訟法第六十三條ニ依リ即決裁判ニ付セスシテ區裁判所ニ起訴セザルヘカラス又地方裁判所檢事カ違警罪ナリト思料シ又ハ認知シタルトキニモ即決裁判ニ付スルヲ得ス刑事訴訟法第六十二條第三號ニ依リ區裁判所檢事ニ送致セザルヘカラス

二 間接國稅犯則者ノ處分ニシテ罰金ニ該ル者ハ稅務署長ニ於テ通告書ヲ作リ本人ニ送達シ處分スルコトヲ得明治三十三年三月法律第六十七號間接國稅犯則者處分法第一四條同三十五年十月勅令第二百五十五號若シ犯則者七日間ニ通告ノ旨ヲ履行セザルトキハ處分者ヨリ管轄裁判所檢事ニ告發シ檢事之ヲ裁判所ニ起訴スヘキモノトス但犯則者通告ノ旨ヲ履行シタルトキハ管轄裁判所ノ檢事ハ之ヲ起訴スルコト能ハサルナリ同法第一六條第一七條間接國稅犯則者處分法第一條乃至第十九條ハ明治三十三年三月法律第六十八號ヲ以テ葉煙草專賣法違反事件ニ準用セラレ其犯則者ニ對スル通告ハ專

賣局長之ヲ爲スモノトス然レトモ其ノ關係ニ據ルハ該管ノ
 關稅法第九十四條乃至第九十七條ニ依レハ關稅法反則事件ニ付キ右ト同一
 ノ處分ヲ爲スコトヲ得ルモノトス
 第四 如何ナル刑事事件ハ通常裁判所ニ屬シ如何ナルモノハ他ノ官府ニ屬ス
 ルヤハ法律ニ於テ之ヲ嚴格ニ定ムト雖モ各箇ノ場合ニ當リテハ其間ニ疑義ヲ
 生スルヲ免レス通常裁判所モ又他ノ官府モ共ニ同一事件ノ裁判ヲ自己ニ屬ス
 ルモノナリト主張スルコトアリ又其ニ自己ノ管轄ニ非スト主張スルコトアリ
 之ヲ積極又ハ消極ノ權限爭議ト謂フ此爭議ノ裁定ハ我國法ニ於テ之ヲ規定ス
 ル所ナシ若シ相爭フ官府ヲ通スル上級ノ官府アリテ之カ主宰ノ權ヲ有セハ該
 上級ノ官府ハ之ヲ決スヘキモ此ノ如キ上級官府ナケレハ此爭議ハ第三者ノ裁
 定ニ依リテ決スルヲ得ス我國法ニ於テハ通常裁判所及ヒ其他ノ官府ヲ通スル
 上級官府ヲ認メス而シテ訴訟ニ關スル法規ヲ遵守スヘキハ各官府ヲ通シテ一
 様ナルカ故ニ各官府ハ其事件ヲ審理裁判スルニ先チ自己ノ權限ヲ調査スヘキ
 モノトス然レトモ當事者間ニ管轄ニ關スル爭アルニ非サレハ各官府ハ特ニ其

權限ヲ有スルコトノ裁判ヲ爲サス然レトモ一旦本案ノ判決ヲ爲セハ其官府ハ
 暗黙ニ其權限アルコトヲ認メタルモノナリ此ノ如クシテ通常裁判所特別裁判
 所其他ノ行政官府ハ各自ニ自己ノ管轄權限ヲ審查スルノ權ヲ有シ各裁判所ノ
 判決ハ他ノ裁判所ヲ拘束スルコトナシ故ニ時トシテハ有罪者モ刑ヲ言渡サレ
 スシテ止ムコトアリ
 右ニ述ヘタル所ニ依リ積極及ヒ消極ノ權限爭議ト權限ヲ超越シテ爲シタル裁
 判ナルモノノ生スルコトヲ知ルヲ得ヘシ此等ノ裁判ハ有效ニ執行シ得ルヤ否
 ヤ此問題ハ各通常裁判所間ニモ生スルモノナレトモ此場合ニ付テハ裁判所ノ
 管轄ノ章ニ於テ説明スヘキヲ以テ之ヨリ通常裁判所ト特別裁判所及ヒ行政廳
 トノ關係ヲ述ヘント欲ス

一 通常裁判所ト行政廳トノ關係
 警察官ハ權限ナクシテ即決裁判ヲ爲シタル場合其他其權限ヲ超ニタル場合ニモ
 亦之ヲ爲スコトヲ得ヘシ而シテ正式裁判ノ請求ト同時ニ即決裁判ハ消滅スル

モノナレハ此請求アレハ權限爭議アルコトナク又權限ノ超越ナルモノナシ祝
 務署長ノ通告ヲ履行セザル場合亦同シ然レトモ正式裁判ノ請求ハ一定ノ期間
 内ニ爲スヘキモノナレハ此期間ヲ過クレハ總令權限ノ超越アルモ即決裁判ハ
 確定シ執行スルヲ得ルニ至ルヘシ且裁判所ハ即決ニ係ル被告事件ヲ重罪、輕罪
 ナリト思料スルモ更ニ之ヲ裁判スルヲ得サルニ至ル(違警罪即決例第七條參照)
 右ト反對ニ通常裁判所カ權限ヲ超ニ一般ニ行政廳ニ屬スル事件ヲ裁判スルト
 キモ此通常ノ裁判ハ有效ニシテ執行スヘキモノトス
 消極ノ爭議アレハ之ヲ救済スルノ途ナシ裁判所ハ自己ノ權限ニ屬セスト宣言
 スルモ該事件ハ行政廳ノ權限ニ屬スルモノナリト言ヒタルニ非ス行政廳モ亦
 更ニ自己ノ權限ニ屬セスト主張スルヲ得ヘシ隨テ罰セスシテ止ムノ結果ヲ生
 スルコトアリ
 二 通常裁判所ト特別裁判所トノ關係
 軍法會議ニ付テハ交涉處分法第四條ニ於テ其權限ヲ超越シタルトキハ大審院
 ニ上告スルコトヲ得ルモノトセリ若シ被告人カ上告ヲ爲セハ權限爭議ヲ生セ

ナルモ上告ヲ爲サザルトキハ其判決ハ確定シテ其效力ハ互ニ之ヲ侵スヲ得ス
 (同法第六條)故ニ特別ノ規定ナキ限ハ各裁判所ハ權限ナシト主張スルモ他ノ裁
 判所ヲ拘束セス之ヲ拘束セントスルニハ特別ノ明文ヲ要ス隨テ各裁判所ハ自
 己ノ權限ニ屬スルノ理由ヲ以テ他ノ裁判所ノ裁判ヲ無効ナリト宣言スルヲ得
 ス其裁判ハ依然有效ニシテ執行スルヲ得ヘキモノナリ
 領事、司獄官ノ裁判ニ對シ上訴ヲ爲シタルトキハ權限爭議ヲ生セサルモ其裁判
 確定ニ至レハ權限ヲ超越スルモ有效ニシテ執行シ得ヘキモノトス

第三章 刑事訴訟ノ權利關係

第一 抑モ訴訟ナルモノハ秩序的ノ手續ト爲リテ現ハルルモノナリ而シテ訴
 訟ニハ數多ノ人及ヒ官府カ之ニ干與スルモノトス此ノ如ク數多ノ人及ヒ官府
 ノ干與スル手續ニシテ尙ホ且秩序アラシメント欲セハ人及ヒ官府間ニ於ケル
 相互ノ關係及ヒ其相互ノ權利義務ニ付テハ確乎タル規則ニ依リテ一定シ居ル
 ヲ要ス訴訟ハ此相互間ニ一定シタル法律上ノ關係ヲ有スル訴訟主體ノ行爲ヨ

リ成ルモノナレハ其全體ヨリ之ヲ權利關係トシテ見ルヲ得ヘシ即チ絶ニス層一層ト増進發達シ且國家處罰權ノ裁判ヲ單一ノ目的ニ依リテ結束セララル當事者及ヒ裁判所相互間ノ法律上秩序アル關係トシテ看ルヘキモノナリ

第二 民事訴訟モ刑事訴訟モ共ニ權利關係トシテ現ハルモノナリ而シテ此二箇ノ訴訟ノ權利關係ニ付キ共通ノ點ヲ舉クレハ大略左ノ如シ

一 三面的權利關係ナルコト 原告ハ裁判所ニ對シ訴ノ受理ト其裁判トヲ請求シ被告ニ對シ應訴即チ訴訟ニ加入スルコトヲ請求スルモノナリ而シテ此原告ノ訴訟ニ對シテ裁判所ニハ其訴訟ヲ審理裁判スルノ義務ヲ生シ被告ニハ其訴訟ニ應ジテ被告タル地位ニ立ツヘキ義務ヲ生スルモノトス故ニ此三面的權利關係ノ主體ハ何レノ訴訟ニ於テモ裁判所原告及ヒ被告ナリ

二 原告ト被告ト相互ニ對立スルカ故ニ何レノ訴訟モ共ニ當事者訴訟ナルコトトス

三 裁判所ハ公平無私ニ相争フ當事者ノ上ニ立ツコトトシテ主體ニ對シテ四 當事者ハ裁判所ニ對シ裁判所ハ當事者ニ對シ又當事者ハ相互ニ權利ト義

義ヲ解キ租税ハ比例税ニ依ラズシテ累進税ニ依ルモノトセリ第十九世紀ノ後半ニ於ケル財政學ノ進歩ハ主トシテ此學派ノ力ニ依ルモノ多ク今ノ漸ク財政主義ノ趨勢ヲ制セントスルノ傾向ヲ呈スルニ至リタリ

第二節 帝國ニ於ケル沿革

維新以前ニ於ケル帝國ノ財政ハ宮廷ノ財政幕府ノ財政諸侯ノ財政ノ三方面ヨリ論スルコトヲ得ヘシ然レトモ當時ノ國勢ハ歐洲ノ太古若クハ中世ニ於ケル狀態ト同シク財政學ノ參考資料トシテ價値アルモノナシ故ニ茲ニ之ヲ省略シ維新以後ニ於ケル財政沿革ノ梗概ヲ述フルヲ以テ満足セントス

第一 維新當時ノ財政

明治初年ノ財政ハ未タ國家ノ財政トシテ統一セラレタルモノアルヲ見ス其明治四年廢藩置縣アリシ以後ニ至リ漸ク財政統一ノ實ヲ舉タルヲ得ルノ氣運ニ達シタリト雖モ因襲ノ久シキ未タ事實上ノ成果ヲ收ムルニ至ラザリキ

是ヨリ先キ戰亂相次キ國費多端ヲ極メ金匱ノ缺乏最モ甚シガリシヲ以テ明治

元年四月以降太政官札其他中央政府紙幣ヲ發行シ一時之ヲ補綴シタリト雖也此等ノ紙幣タル其實政府ノ公債ニ外ナラザリシヲ以テ後ニ利附ノ金札公債ヲ以テ之カ整理ヲ爲ササルヘカラサルニ至リタリ降テ廢藩置縣ニ際シ各藩ノ負擔ニ屬セル藩債及ヒ藩札並ニ藩士ノ俸制ハ總テ之カ整理ヲ爲ササルヘカラサルカ故ニ明治政府ハ二億數千萬ニ沙ル公債ヲ發行シ以テ此等ノ整理ヲ行ヒタリ其後明治七年ニ至リ佐賀ノ亂臺灣ノ變相次ヲ起リ茲ニ至リテ政府ノ財政ハ益々危殆ニ陥リタリ是ニ於テ各廳ノ經費節減ヲ斷行シ八年ニハ酒類稅則ヲ制定シ又地租條例ノ發布ヲ見ルニ至リタリ

財政ノ實質以上ノ如キ經過ヲ爲セル間ニ各般ノ法制發布セラレ以テ財政ノ基準ヲ定メントセリ即チ六年金穀出納順序(會計法ノ)制定アリ七年會計年度ノ定アリ八年歲出歲入豫算法ノ制定アリテ課目金額ノ流用ヲ制限シタリ又同年十二月ニハ大藏省ニ納金局ヲ設ケ各廳ノ金錢ヲ大藏省ニ集注スルノ方針ヲ取リ次チ十年七月爲替方命令書案ヲ設ケ漸ク國庫制ノ形ヲ見ルニ至ルト同時ニ會計檢査ノ制定マリ十一年決算ノ報告起リ十三年會計檢査法出ツルニ至リ是

ニ於テ財政ノ形式漸ク整頓ヲ告タルニ至レリ

第二 明治十年後ノ財政

明治十年ニハ西南ノ役起リ多額ノ公債ヲ借入レタリ十一年ニ及ビテ企業公債ノ名ヲ以テ十六年ニハ中仙道鐵道公債二十年ニハ鐵道補助公債ノ名ヲ以テ各多額ノ公債ヲ發行シタリ此等ノ公債ハ百六十有餘ノ國立銀行ノ紙幣ト相待テ紙幣及セ公債ノ大下落ヲ來シ此ニ財政上ノ一大改革ヲ行ハサルヘカラサルニ至レリ是ニ於テカ政府ハ十一年ノ頃ヨリ自由減債主義ヲ實行シ爾來今日ニ至ルマテ之ヲ實行シ來レリ

又紙幣ニ關シテモ日本銀行ニ兌換券發行ノ特權ヲ與ヘ無利息ニテ許多ノ金額ヲ借上ケ以テ紙幣償還ノ途ニ充當シタリ其他無名公債ヲ發行シ或ハ兌換券制度ヲ制定シ公債ノ借換ヲ行ヒ明治二十三年ニ至ルマテ著著財政ノ整理ヲ實行セリ

第三 明治二十三年後ノ財政

明治二十三年ハ議會開タルノ年ナルヲ以テ政府ハ之ニ對スル準備法令ヲ制定

セリ其重ナルモノハ國稅徵收法土地臺帳規定會計検査院法官有財産管理規則金庫規則ノ如キ即チ是ナリ同年十二月議會ノ開設セラルルニ及ヒテ茲ニ始メテ國家豫算制ノ確立ヲ見ルニ至リタリ

十九年以後ノ財政ハ收入ハ常ニ支出ニ超過シテ明治二十七年ニ至ルマテニハ遂ニ二千數百萬圓ノ國庫剩餘金ヲ生スルニ至リタリ此剩餘金コソ即チ日清戰爭ノ最初ニ於テ非常準備金ノ勸ヲ爲シタルモノナリ

第四 明治二十七年後ノ財政

明治二十七年八月一日宣戰ノ布告ヨリ十一月旅順ヲ攻落スルニ至ルマテ我國財政ハ此ニ一大變動ヲ醸サントセリ即チ八月十五日緊急處分ヲ以テ軍事公債條例ヲ發布シ五千萬圓ノ公債ヲ發行シ十月五日ノ臨時議會ハ一億圓ノ軍事公債ニ協賛シタリ翌二十八年二月ノ議會ハ更ニ一億圓ノ公債募集ニ協賛シ政府ハ二億五千萬圓ノ公債募集權ヲ得タリ然レトモ戰爭ノ休止シ繕和ノ條約締結セラルルマテ實際募集サレタルハ一億二千萬圓ニ過キスシテ其他ハ義捐金特別會計資金流用日本銀行借入金ヲ合シ軍事費總額二億五千萬圓ヲ支辨シ盡セ

リ任清戰費二億五千萬圓ニ對シ政府ハ借金トシテ三億六千萬圓ノ收入ヲ得タリ結局政府ハ一億一千萬圓ノ純收入ヲ取得セリト雖モ所謂戰後經營ノ事業多端ナルカ爲メ此ニ帝國財政ニ一大動亂ヲ醸スコトト爲レリ

戰後經營ニ關シ最初ニ政府ノ採リタル方針ハ軍備擴張及ヒ戰時臨時費ニ對シテハ先ツ借金ノ繰入ヲ行ヒ收益の國家事業ニ關シテハ新ニ公債ヲ起シ助長行政ニ對スル恒久的費用ニ關シテハ増稅其他ノ經常歲入ヲ擴張スルニ在リタリ此方針ニ從ヒテ各般ノ施設ヲ爲シタル結果ハ二十八年ニハ八千五百萬圓ニ過キサリシ財政ハ二十九年及ヒ三十年ニ至リテハ非常ノ激進ヲ爲シ二十九年一億六千圓三十年度二億二千圓ニ達スルニ至レリ此等歲計ノ膨大ハ通貨ヲ增加セシメ物價ハ騰貴シ到ル處投機的ノ事業ヲ勃興セシメ經濟上ノ一大恐慌ヲ惹起スル原因ヲ爲セリ

明治三十年後半期ニ至ルニ及ヒ同年凶作ノ後ヲ受ケ輸入超過一億圓ヲ超エ米西戰爭ハ歐洲ノ金利ヲ昂進セシメ賃金回收ト共ニ正貨頻ニ流出シ物價ノ下落ハ泡沫會社ノ倒産ト相伴ヒ本邦ノ金融ハ經濟上及ヒ財政上兩方カヲ杜塞セン

トセリ是ニ於テカ政府ハ償金ノ繰入ト事業ノ繰延トヲ以テ一時ヲ救済スルノ已ムヲ得サルニ至リ増税ノ否決ニ遭フテ議會ヲ解散スルコト前後二回三十一
 年山縣内閣成立スルニ及ヒテ増税及ヒ外債ハ議會ノ協賛ヲ得戦後ノ財政ハ稍
 ヤ順境ニ達シタルノ感アリタリ然レトモ政府ノ企圖シタル三千萬圓ノ公債ハ
 之ヲ募集スルコトヲ得ザリシヲ以テ已ムヲ得ス償金部及ヒ預金部並ニ銀行ヨ
 リノ借入金ヲ以テ一時ノ急ヲ救ヘリ
 三十三年七月ニ及ヒ俄然清國匪徒ノ變アリ是ニ於テカ一般會計ヨリ二百萬圓
 償金部ノ管理ニ屬スル軍艦水雷艇補充基金ヨリ二千萬圓ヲ支出シテ之ニ應ス
 然レトモ三十四年度ニ至リ尙ホ二千萬圓ノ臨時費ヲ要スル見込ナリシヲ以テ
 此ニ麥酒稅砂糖稅ヲ新設シ關稅ヲ改正シ葉煙草專賣率ヲ引上ケ以テ之ニ應シ
 タリ然レトモ三十四年度豫算ニ編製シタル三千萬圓ノ公債ハ之ヲ募集スルニ由
 ナキヲ以テ事業ヲ繰延ハスカ又ハ之カ中止ヲ行フカノ問題ニ關シテ時ノ内閣
 ハ遂ニ總辭職ト爲リ現内閣其後ヲ繼承シ事業ノ一部中止ヲ斷行シ償金部及ヒ
 預金部ノ資金ヲ流用シ以テ三十四年度ノ豫算ヲ實行セリ

三十五年度ニ入り清國償金五千萬圓ノ割當アリタルヲ以テ之ニ前期議會ノ協
 賛ヲ經タル二千有餘萬圓ノ増稅收入トヲ合セテ形式上ノ財政整理ヲ行ヒ三十
 五年度ノ豫算ハ議會ノ協賛ヲ經タリ
 以上ハ帝國維新以來ノ財政沿革ノ梗概ナリ若シ夫レ之ニ應スヘキ財政學ノ發
 達ニ至リテハ特ニ茲ニ之ヲ述フヘキモノナシ

第二編 經費論

第一章 經費ノ觀念及其發達

經費トハ政團カ其任務ヲ行フカ爲メニ要スル費用ニシテ通常一箇年ヲ限リ且
 貨幣ヲ以テ計算シ正當ナル機關ニ依リテ行ハルル支出ナリ
 第一ニ經費ハ政團カ其任務ヲ行フカ爲メニ要スル費用ナリ
 政團ノ任務ハ時ト處トニ依リ必スシモ一様ナラス特定ノ時ト處トニ於テ政團
 ノ行フヘキ任務如何ハ政治論ノ範圍ニ屬シ財政學ノ論スル所ニ非ス財政學ハ
 唯一定ノ任務ニ對シテ要スル經費其モノヲ論スルヲトス

是ニ經費ヲ論スルニ付キ一ノ注意ヲ要スルハ專制政體ニ於テハ其皇室費ハ同時ニ政團ノ經費ナリト雖モ立憲政體ニ在リテハ皇室費ハ政團經費ノ一部ヲ成スモノニシテ政團ノ經費其モノニ非サルコト即チ是ナリ皇室費ハ議會ノ協賛ヲ要セス又會計検査ノ範圍外ニ屬スルモノトス

第二 政團ノ經費ハ通常一箇年ヲ限ル

近時ノ立憲國ニ於テハ通常一箇年ヲ以テ會計年度ト爲シ此年度内ニ支出スヘキ費用ノ總計ヲ稱シテ歳出若クハ經費ト稱ス政團ノ經費ヲ一箇年ニ限定スル所以ノモノハ一ニ豫算制度ノ確立スルニ至リタル結果ナリ

(註) 帝國ノ會計年度ハ四月一日ニ始マリ三月三十一日ニ終ル英獨亦然リ米國ハ伊西葡等ハ七月一日ニ始マリ六月三十日ニ終リ又白佛ハ歷年ニ依ルトアリ

第三 政團ノ經費ハ通常貨幣ヲ以テ計算スルモノナリ

貨幣經濟ノ發達セザル間ハ政團ノ收支モ亦實物ナリシト雖モ現今文明國ノ經費ハ概テ貨幣支出ナリ

報

○振出行爲ニ關係ナキ地名ヲ記載シタル約束手形ノ效力 約束手形ニ振出地ヲ記載スルコトハ約束手形ノ要件ナリ商法第五二五條第七號故ニ振出地ノ記載ナキカ又ハ記載ナキト同一視セラルル場合ニ於テハ其手形ハ無効ナリ此約束手形ノ振出地ハ手形ノ作成及ヒ交付ニ關係ナキ地名ヲ記載スルモ有效トスヘキヤ否ヤハ議論ノ存スル所ナルカ大審院ハ大阪控訴院ノ見解ニ反對シテ無効說ヲ採ラレタリ其判決理由ニ曰ク手形ノ振出地トハ手形ノ振出行爲ヲ爲ス地ヲ指稱シ面シテ手形ノ振出行爲トハ獨リ手形ヲ受取人ニ交付スル行爲ノミヲ謂フニ非スシテ手形作成ノ行爲ヲモ指稱スルモノナレハ必シモ手形ノ交付地ヲ振出地ト爲ササル可カラサルモノニ非スシテ其作成ノ地ヲモ振出地ト爲スコトヲ得ヘキハ固ヨリ論ナント雖モ手形ノ支拂ヲ爲サント欲セハ宜ク其便宜ノ地ヲ支拂地トシテ手形ニ記載スヘキモノトス故ニ本件手形ノ振出人ノ肩書ノ地カ果シテ振出地タルヤ否ヤノ争點ヲ判斷スルニハ其地ノ果シテ振出行

爲ノ地ナルカ否ヤヲ判斷セザル可カラス然ルニ原判決ハ「前略」振出地ナルモ
 ノハ專ラ他人ニ交付シタル場所ヲ記載スルヲ要スルモノニ非スシテ支拂其他
 ノ便宜ノ爲メ適宜ノ地ヲ記載スルコトヲ妨ケザレハ現實該手續ニ記載シタル
 振出人ノ肩書シ地ヲ以テ振出地ト認ムルニ足レリト云云ト説明シ振出人ノ
 肩書地ノ振出行爲地タルコトヲ確定セシテ直ニ其地ヲ以テ振出地ト判定シ
 タルハ不法ニシテ結局原判決ハ理由不備ノ裁判ナリトスト(大審院明治三十五
 年十月十一日第一民事部判決)法學志林第三十七號志林欄五六頁參看

○署名ノ意義 署名ノ意義ニ付テハ嘗テ議論アリシ所ナルカ去ル三十三年法
 律第十七號ヲ以テ商法中署名スヘキ場合ニ於テハ記名捺印ヲ以テ之ニ代フル
 コトト爲シタルヨリ觀レハ少クトモ新商法ノ上ニ於テハ署名ハ記名ト其意義ヲ
 異ニスルコトハ疑ナキ所ナリ然ラハ舊商法ノ下ニ於テハ如何ニ解釋スヘキカ
 ニ付キ大審院ハ判決シテ曰ク「舊商法第八十七條ニ記載要件トシテ掲ケタル
 署名トハ單ニ記名スヘシトノ意義ニ非スシテ自署ノ意義ナルコトハ從來同文
 詞ヲ使用シタル慣例ニ徴シ明白ナルニ拘ハラヌ云云」(大審院明治三十五年
 四月二十日第二民事部判決)

五切手金價運請求事件明治三十
 五年八月二十九日依暇部判決

○不適法ナル株主總會ノ決議ノ效力 法律又ハ定款ノ規定ニ違反セル株主總
 會ノ決議ノ效力ニ關シ大審院ハ説明ヲ與ヘテ曰ク凡ソ株式會社ノ總會召集ノ
 手續又ハ其決議ノ方法カ不法ナルノ故ヲ以テ總會ノ決議ヲ無効ト爲スニハ舊
 商法ニ依リタルモノナルト新商法ニ基キタルモノナルトヲ問ハス訴ヲ以テ無
 效タルノ宣告ヲ受ケサル可カラサルモノニシテ無効ノ宣告ヲ受ケタル事實ナ
 キ總會ノ決議ニ對シ役ニ之ヲ無効視スルコトヲ得ザルコトハ商法第百六十三
 條第一項ニ總會召集ノ手續又ハ其決議ノ方法カ法令又ハ定款ニ反スルトキハ
 株主ハ其決議ノ無効ノ宣告ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得トアリ其第二項ニハ
 「商法第百六十三條第一項及第二項ノ規定ハ舊商法ノ規定ニ依リテ召集シタル
 創業總會ノ決議ニ之ヲ準用ス但同條第二項ノ期間ハ商法施行前ニ決議ヲ爲シ
 タル場合ニ於テハ其施行ノ日ヨリ之ヲ起算ス」トアルニ依リ自ラ明ナリト(大
 審院明治三十五年七月四日第二民事部判決)

○價還請求通知ノ方法 手形ノ所持人カ其前者ニ對シテ價還ノ請求ヲ爲サ

ント欲スルトキハ償還ヲ爲サシメント欲スル者ニ對シテ償還請求ノ通知ヲ發セサルヘカラス而シテ此通知ヲ爲スヘキコトヲ執達吏ニ委任シタルトキハ則チ之ヲ以テ通知ヲ發シタルモノトスヘキヤ否ヤニ付キ大審院ハ東京控訴院ノ判決ヲ破毀シテ曰ク「商法第四百八十七條ニハ償還請求通知ノ發送ヲ以テ償還請求ヲ爲ス要件中ニ置キタルノミニテ其方法ヲ定メサルニ因リ通知カ通常到達シ得ヘキ手續ヲ執了スルヲ以テ其發送アリトスルニ足レリ明治三十四年十一月二十一日(オ)第三六二號事件判決參照必シモ意思傳達ノ機關ト定リタルモノニ依ルコトヲ要セサルナリ蓋シ執達吏ハ特ニ意思傳達ノ機關トシテ任用セラレタル者ニ非スト雖モ當事者ノ委任ニ依リテハ其意思ノ通知ヲ爲スコトヲ妨ケサルヲ以テ本件ノ如ク償還請求ノ通知ヲ爲スコトヲ執達吏ニ委任シ其拒絕ナカリシ場合ニ於テハ上告人ハ償還請求ニ必要ナル通知ヲ發シタルモノト云ハサルヘカラス」ト(大審院明治三十五年(イ)第三百三十三號(東手形)金請求事件明治三十五年九月五日休暇部判決)

(正誤 前報雜報三頁二行「得キ」ハ「得ヤ」ノ誤)

法 學 志 林

自第三號
至第廿五號

右校友生徒校外生ニ限リ非常減價一冊四錢郵稅共第二十一號ニ限リ

六錢トスヲ以テ貴需ニ應ス但殘本有高ニ限ル

十一月

和佛法律學校

法學志林

每月一回十五頁發行
校及、外生二限、
一冊訂價郵稅共金九錢、
十冊訂金郵稅共金八十五錢

第三十七號

十一月十五日發行

志林

- 最近判例批評 法律學士 梅 謙次郎
- 刑事事件ノ異現象 辯護士 信岡雄四郎
- 關領東印度ノ財政一斑 法學士 岡 實
- 我國ノ歲入 法學士 若槻禮次郎

纂論

○取引所權

海山獵夫

解疑

- 豫審處分ノ屬託 法律學士 鶴見守義
- 戶主タル私生子ノ認知 法律學士 鶴 丈一郎
- 交互計算ノ商行爲上ノ所屬 法學士 松本 丞治
- 營業權ノ性質 法學士 鈴木英太郎

其他

判例、雜報、記事 數十件

發行所 和佛法律學校

(明治二十二年十二月九日、內務省許可)

(明治三十五年十一月四日、第三種郵便物認可) 每月十八日、三十一日、六日、八日、十日、十一日、十三日、十五日、十六日、十八日、廿一日、廿三日、廿五日、廿六日、廿八日、廿九日、卅日發行

明治三十五年十一月廿五日印刷
明治三十五年十一月廿六日發行
(定價金貳拾五錢)

東京市牛込區牛込北町十番地

編輯兼 發行所 萩原 敬之

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町南十二番地

印刷所 金子 浩 版所

東京市麹町區富士見町丁目十六番地

發行所 司法省 和佛法律學校

(電話番町百七十四番)