

## 和仏法律学校講義録

仁井田, 益太郎 / 豊島, 直通 / 岩田, 一郎 / 川名, 兼四郎  
/ 松本, 烝治 / 志田, 友吉

---

(出版者 / Publisher)

和仏法律学校

(巻 / Volume)

2-4

(開始ページ / Start Page)

1

(終了ページ / End Page)

69

(発行年 / Year)

1902-12-26

（明治三十五年十一月四日第三種郵便物認可 毎月十九日三日五日六日八日十日十一日十三日十五日十六日十八日十九日廿一日廿三日廿五日廿六日廿八日廿九日卅日發行）

明治三十五年十二月二十六日發行

三十六年度 第二學年ノ四

# 和佛法律學校講義錄

第三拾壹號

和佛法律學校



第二學年 第四號 目次

民法債權 第二節 (自二〇五)	法學士 川名兼四郎
商法 總則 (自七二)	法學士 松本 蒸 治
商法商行為 自第一章 (自三七) 至第九章 (自七二)	法學士 志田 友 吉
民事訴訟法 第一編 (自三〇三)	法學博士 仁井田 益太郎
民事訴訟法 第二編 (自三八)	法學士 岩 田 一 郎
刑事訴訟法 (自四一)	法學士 豐 島 直 通

雜報

○署名ノ意義○舊商法ノ下ニ於ケル會社ノ登記前ノ株式讓渡  
 ○他所拂手形ト拒絕證書ノ作成  
 志田謙會社法三五五行ノ「ハナラシ」  
 岡藤師財政學四六頁一行四ハノ誤

(正誤)

0.90  
1903  
2-14

込者カ承諾ノ通知ヲ受クルニ相當ナル期間内ニ於テ拘束力ヲ有スルニ過キ  
 ス其申込ハ其期間満了ト共ニ其拘束力ヲ失フ申込者ハ何時ニテモ之カ取消  
 ヲ爲スコトヲ得ヘシ然レトモ取消ヲ爲ササル間ハ申込ハ尙ホ承諾能力ヲ有  
 シテ存在ス故ニ申込ハ拘束力ヲ失フト同時ニ承諾能力ヲ失フモノニ非ス之  
 ニ反シ(2)承諾ノ期間ヲ定メテ爲シタル申込ハ其期間内ニ於テノミ申込者ヲ  
 拘束スルト同時ニ承諾ナクシテ其期間ヲ經過スルトキハ當然其承諾能力ヲ  
 失フモノトセリ(第五二一條第二項蓋シ申込者カ承諾ノ期間ヲ定メテ申込ヲ  
 爲シタルトキハ唯リ其期間内ニ於テ其申込ニ拘束セララルル意思ヲ有スルノ  
 ミナラス又期間満了ノ後ニ於テハ全ク契約上ノ拘束ヲ受ケサルノ意思ヲ有  
 スルコト通例ナルカ故ナリ其期間内ニ承諾ナシトハ承諾ノ意思表示カ其期  
 間内ニ申込者ニ到達セサルコトヲ意味ス(第五二一條第二項蓋シ我民法ニ於  
 テ承諾ノ意思表示ハ單ニ之ヲ發シタル時ニ於テ法律上ノ存在ヲ有スルニ至  
 ルカ故ニ第五二六條承諾期間内ニ承諾ノ通知ヲ發セサルトキハ申込ハ其效  
 力ヲ失フト定ムルヲ至當ト爲スノ觀ナキニ非スト雖モ承諾者カ期間内ニ承

民法債權 契約締結 契約ノ成立 申込

090  
1903  
2-14



込者カ承諾ノ通知ヲ受クルニ相當ナル期間内ニ於テ拘束力ヲ有スルニ違キ  
 ス其申込ハ其期間満了ト共ニ其拘束力ヲ失フ申込者ハ何時ニテモ之カ取消  
 ヲ爲スコトヲ得ヘシ然レトモ取消ヲ爲ササル間ハ申込ハ尙ホ承諾能力ヲ有  
 シテ存在ス故ニ申込ハ拘束力ヲ失フト同時ニ承諾能力ヲ失フモノニ非ス之  
 ニ反シ承諾ノ期間ヲ定メテ爲シタル申込ハ其期間内ニ於テノミ申込者ヲ  
 拘束スルト同時ニ承諾ナクシテ其期間ヲ經過スルトキハ當然其承諾能力ヲ  
 失フモノトセリ(第五二一條第二項蓋シ申込者カ承諾ノ期間ヲ定メテ申込ヲ  
 爲シタルトキハ唯リ其期間内ニ於テ其申込ニ拘束セララルル意思ヲ有スルノ  
 ミナラス又期間満了ノ後ニ於テハ全ク契約上ノ拘束ヲ受ケサルノ意思ヲ有  
 スルコト通例ナルカ故ナリ其期間内ニ承諾ナシトハ承諾ノ意思表示カ其期  
 間内ニ申込者ニ到達セサルコトヲ意味ス第五二一條第二項蓋シ我民法ニ於  
 テ承諾ノ意思表示ハ單ニ之ヲ發シタル時ニ於テ法律上ノ存在ヲ有スルニ至  
 ルカ故ニ第五二六條承諾期間内ニ承諾ノ通知ヲ發セサルトキハ申込ハ其效  
 力ヲ失フト定ムルヲ至當ト爲スノ觀ナキニ非スト雖モ承諾者カ期間内ニ承

民法債權 契約締結 契約ノ成立 申込

民法債權  
 商法  
 民法商行為  
 民事訴訟法第一編  
 民事訴訟法第二編  
 刑事訴訟法

雜報

○最近ノ通商  
 ○海關稅ノ下ニ於ケル貨物ノ登記  
 ○海關稅ノ下ニ於ケル貨物ノ登記  
 ○海關稅ノ下ニ於ケル貨物ノ登記

諾ノ通知ヲ發シタルヤ否ヤハ申込者ニ知リ得ヘカラサル事ニ屬ス故ニ爾ヲ定ムルトキハ申込者ハ通知ノ到達アルマテ申込カ效力ヲ失フヤ否ヤヲ知ルコト能ハス期間ヲ經過スルモ尙ホ契約上ノ拘束ヲ受クルノ準備ヲ爲ササルヘカラサルコトト爲リ承諾期間ヲ定メタルノ本旨ヲ貫クコト能ハサルニ至ルヘキカ故ニ承諾ノ通知ヲ受ケスシテ期間ヲ經過スルトキハ申込ハ其效力ヲ失フモノト爲スノ優レルニ如カサルナリ

承諾ノ期間ヲ定メタル申込ハ申込者カ其期間内ニ承諾ノ通知ヲ受ケサルニ因リテ其效力ヲ失フコト右ノ如シ故ニ承諾者カ通常ノ場合ニ於テハ承諾期間内ニ到達スヘカリシ時ニ承諾ノ通知ヲ發シタルニ拘ハラズ偶然其通知カ承諾期間内ニ申込者ニ到達セザルトキハ尙ホ契約ノ成立ヲ來サシムルコト能ハス承諾者カ正當ニ契約ノ成立ヲ前提トシテ爲シタル諸種ノ準備ハ不當ニ承諾者ノ損失ニ歸シ了ルヘシ故ニ民法ハ此場合ニ於テ不當ニ申込者ノ負擔ト爲ラサル限度ニ於テ承諾者ヲ保護スルノ規定ヲ設ケ以テ承諾者ニ損失ナカラシムルコトヲ努ム即チ申込者ヲシテ承諾者ニ對シ其承諾延著ノ通知

ハ運滞ナク發送スルノ義務ヲ負ハシメタリ(第五二二條承諾者ハ此通知ニ依リテ其損害ヲ免ルルコトヲ得ヘク少クトモ其損害ヲ減少スルコトヲ得ヘシ故ニ申込者カ此義務ヲ負擔スルニ至ルハ左ノ條件ノ具備スルコトヲ要ス第五二二條)

- (1) 延著シタル承諾ノ通知カ通常ノ場合ニ於テハ承諾期間内ニ到達スヘカリシ時ニ發送セラレタルコト
- (2) 申込者カ右ノ事實ヲ知ルカ又ハ過失ニ基キテ之ヲ知ラザリシコト 蓋シ申込者カ右ノ事實ヲ知ラス且知ラサルニ付テ過失ナキニ拘ハラズ尙ホ之ヲシテ通知ノ義務ヲ負擔セシムルハ唯相手方ノ保護ニ厚クシテ申込者ニ不當ノ負擔ヲ荷ハシムルモノナレハナリ
- (3) 申込者カ豫メ延延ノ通知ヲ發セザリシコト(第五二二條第一項但書)蓋シ豫メ延延ノ通知ヲ發シタルトキハ承諾者ハ契約ノ不成立ヲ知ルコトヲ得ヘシ隨テ其損害ヲ免レシムルコトヲ得ルカ故ニ更ニ亦承諾ノ到達ヲ待チテ延著ノ通知ヲ發スルノ必要ナケレハナリ

此義務ノ性質ニ付テハ疑ナキニ非スト雖モ亦一種ノ債務ナリ故ニ此義務ヲ怠リタルトキハ申込者ハ債務不履行ニ基テ損害賠償ノ義務ヲ負擔スヘシ其賠償ノ額ハ承諾者カ契約ノ成立ヲ前提ト爲シタルカ爲メニ生シタル損害ヲ限度トス然レドモ損害賠償ハ承諾者ニ完全ノ保護ヲ與フルニ足ラス故ニ民法ハ其損害ノ原因ヲ斷ツニ如カスト爲シ申込者カ其義務ヲ履行セサル制裁トシテ承諾ノ通知ハ延著セザリシモノト看做シ第五二二條第二項隨テ契約ノ成立ヲ來スモノト爲ス承諾者ハ之ニ依リテ何等ノ損害ヲ被ラサルコトヲ得ヘシ

申込者カ此效果ヲ免レント欲スルトキハ其義務ヲ履行セサルヘカラス即チ遅滞ナク延著ノ通知ヲ發セサルヘカラス遅滞ナク John Venzig トニ延著シタル承諾ノ通知ヲ受ケタル後遅滞ナクトノ意ナリ又遅滞ナシト云フハ直チニ (Bourg) トノ意味ニ非ス過失ニ基テ遅延ヲ謂フ故ニ通知ヲ受ケタル後申込者ノ過失ト爲ラサル期間内ニ延著ノ通知ヲ發スルニ依リテ申込者ハ此效果ヲ免ルルコトヲ得ヘシ獨逸民法ハ承諾期間ヲ定メ或ハ定メスシテ申込ヲ爲シ

タル者ニ對シテ同シク延著通知ノ義務ヲ負ハシメ又其義務ヲ怠リタル效果トシテ我民法ト同一ノ效果ヲ生セシム(獨逸民法第一四九條蓋シ獨逸民法ハ何レノ場合ニ於テモ申込ハ一定期間ノ終了ニ因リテ消滅スルカ故ナリ我民法ハ承諾期間ヲ定メテ申込ヲ爲シタル者ニノミ此義務ヲ負擔セシメ此效果ヲ發セシム我民法上承諾期間ノ定ナキ申込ハ相當ノ期間經過ノ後ト雖モ尙ホ承諾能力ヲ維持スルカ故ニ承諾アレハ何時ニ於テモ契約ハ成立ス隨テ申込者ニ延著通知ノ義務ヲ負ハシメ之ヲ怠リタルノ效果トシテ承諾力遲著セザリシモノト看做スノ必要ナキカ故ナリ

承諾期間内ニ申込者ニ到達セザル承諾特別ノ場合ヲ除ク外(第五二二條)ハ契約ヲ成立セシムルコト能ハス故ニ延著シタル承諾ハ承諾タルノ效力ヲ有スルコト能ハスト雖モ其意思表示ハ全ク何等ノ效力ヲ有セザルモノニ非ス獨逸民法ハ當然其意思表示ヲ新ナル申込ト爲ス獨逸民法第一五〇條我民法ハ其意思表示ヲ當然申込ト爲スニ非サレトモ申込者ニ於テ之ヲ新ナル申込ト看做スコトヲ得第五二三條蓋シ申込者カ承諾ノ期間ヲ定メテ申込ヲ爲

シタルトキハ申込者ハ其期間後ニ於テ契約上ノ拘束ヲ受ケタルノ意思ヲ有  
 スルコト通例ナルカ故ニ其意思表示ニ承諾タルノ效力ヲ有セシムルコト能  
 ハスト雖モ尙ホ其意思表示ヲ基礎トシ契約ヲ成立セシメ得ルコトヲ便宜ト  
 爲ス承諾者ハ其意思表示ノ内容ニ從テ契約ヲ成立セシメント欲スルモノナ  
 ルカ故ニ申込者一方ノ意思ニ從ヒ契約ノ成立ヲ來サシムルコトヲ得ルモノ  
 ト爲スモ可ナリ然ラハ則チ獨逸民法ノ主義ニ從フコト最モ其當ヲ得タルモ  
 ノト謂ハサルヘカラス我民法ニ從ヘハ申込者カ未タ新申込ト看做ササル間  
 ハ運延シタル承諾ノ意思表示ハ申込ト爲ラス故ニ承諾ノ期間ヲ定メサル申  
 込トシテ之ヲ取消スコトヲ得ルニ至ルコトナシ申込者ハ時機ヲ利用シ承諾  
 ヲ爲スコトヲ得ルカ故ニ承諾者ハ申込者ノ犠牲ニ供セラルルニ至ルヘケレ  
 ハナリ

(五) 申込者又ハ承諾者ノ死亡若クハ意思能力ノ喪失カ申込ニ及ホス影響 申  
 込者又ハ承諾者ノ死亡若クハ意思能力ノ喪失ハ申込ノ效力ヲ喪失セシムル  
 コトアリ左ニ其場合ヲ説明スヘシ

(a) 申込者ノ死亡又ハ意思能力ノ喪失 凡ソ意思表示ハ表意者カ之ヲ發シ  
 タル後ニ死亡スルカ又ハ其能力ヲ喪失スルモ之カ爲メニ其效力ヲ妨ケラ  
 ルルコトナキヲ原則トス(第九七條第二項)故ニ申込者カ申込ノ通知ヲ發シ  
 タル後ニ於テ死亡シ又ハ意思能力ヲ失フト雖モ之カ爲メニ申込ミタルノ  
 效力ヲ妨ケララルコトナシ隨テ申込カ承諾者ニ到達シタル後ニ申込者カ  
 死亡シ又ハ能力ヲ失ヒタル場合ハ勿論未タ承諾者ニ到達セザル前ニ申込  
 者カ死亡シ又ハ能力ヲ失フト雖モ申込タルノ效力ハ依然トシテ發生スヘ  
 シ承諾ハ申込者ノ相續人又ハ其法定代理人ニ對シテ之ヲ爲スコトヲ得ヘ  
 ク之ニ因リテ契約ヲ成立セシムルコトヲ得ヘシ其契約ヨリ生スル權利關  
 係カ申込者ノ一身ニ專屬スヘキモノナルトキハ此限ニ在ラス然レトモ契  
 約ノ申込ニ付テハ左ノ例外アリ是レ民法第九十七條第二項ニ對スル例外  
 ニシテ契約ノ理論ヨリ觀レハ却テ原則ナリ(第五二五條)何トナレハ契約ハ  
 申込者ト承諾者トノ意思表示ノ合一ナルコトヲ要ス相續人又ハ法定代  
 理人ハ申込者ニ非サルカ故ナリ

(イ) 申込者カ反對ノ意思ヲ表示シタル場合 申込者カ死亡シ若クハ能力ヲ失ヒタル場合ニ於テハ申込ハ直チニ其效力ヲ失フヘキ旨ヲ申込ト同時ニ爲シタルトキハ申込ハ其事實ノ發生ニ因リテ當然其效力ヲ失フ(第五二五條)

(ロ) 承諾者カ申込者ノ死亡若クハ能力喪失ノ事實ヲ知リタル場合 蓋シ此場合ニ於テハ承諾者ハ申込者ノ死亡又ハ能力喪失ノ爲メニ不慮ノ損害ヲ被ルコトナキカ故ナリ

(b) 承諾者カ死亡シ又ハ意思能力ヲ失ヒタル場合 此場合ニ付テハ民法ニ何等ノ明文ナシ故ニ契約ノ性質ニ基キテ之ニ對スル決定ヲ爲ササルヘカラス

(イ) (1) 承諾者カ其申込ヲ受タル前ニ死亡シタルトキハ申込ハ效力ヲ發生スルコト能ハス申込カ法律上ノ存在ヲ有スルニ至ルヘキ時ニ於テ承諾者ナキニ至ルカ故ナリ又(2) 承諾者カ意思能力ヲ失ヒタルトキト雖モ同一ノ決定ヲ爲スヘキモノトス蓋シ其法定代理人カ承諾者ニ代リテ承諾ヲ爲ス

新

コトヲ得ルカ故ヲ以テ尙ホ契約ノ成立ヲ來スコトヲ得ルカ如シト雖モ其實然ラザルナリ承諾ハ承諾者被申込者ノ意思表示ニ依リテノミ成立ス隨テ初ヨリ法定代理人ニ對シ本人ノ爲メニ爲スヘキコトヲ表示シテ申込ヲ爲シタル場合ニ非ナル以上ハ承諾ハ法定代理人ノ意思表示ニ依リテ成立スルコトヲ得ス法定代理人ノ承諾ハ法律上承諾者ノ意思表示ト看ルコトヲ得ナルカ故ナリ是ヲ以テ其申込ハ絕對ニ承諾ニ違ヒ契約ヲ成立セシムルコト能ハス其效力ヲ失ハサルヘカラサルナリ

(ロ) 承諾者カ申込ノ到達後ニ於テ死亡シ又ハ意思能力ヲ失ヒタルモ既に承諾ノ通知ヲ發シタル後ナルトキハ申込カ其效力ヲ失フヤ否ヤノ問題ヲ生セス何トナレハ承諾アリタルカ故ナリ  
(ハ) 申込ノ到達後承諾ノ通知ヲ發スル前ニ於テ承諾者カ死亡シ又ハ意思能力ヲ失ヒタル場合ニ於テ其申込ノ效力ニ付テ疑アリ此場合ニ於テ申込ハ其效力ヲ生ス故ニ承諾者カ死亡シタルトキハ其相續人承諾者カ意思能力ヲ失ヒタルトキハ其法定代理人ノ承諾ニ依リテ契約ヲ成立セシムルコ



トヲ得ルヲ便利トスレトモ是レ法律ノ明文ヲ埃チテ始メテ主張スルコトヲ得ヘシ何等ノ明文ナキトキハ承諾ヲ爲ス者ナキノ故ヲ以テ申込ハ其效力ヲ失ハサルヲ得ス相續人又ハ法定代理人ハ承諾者被申込者ニ非サルニ故ナリ

(六) 特定物カ申込ノ目的物ト爲リタルトキハ其申込ハ其物ノ滅失ニ因リテ其效力ヲ失フ民法上特別ノ明文ナシト雖モ是レ當然ノ事理ナルカ故ナリ又特定物ノ所有權ヲ移轉スヘキ旨ノ申込ヲ爲シタル場合ニ於テ其物カ不融通物ト爲リタルトキ亦同シ

以上申込カ其效力ヲ失フヘキ場合ヲ明カニセリ尙ホ獨逸民法及ヒ我商法ニ於テハ對話者ニ對スル申込ハ承諾者カ直チニ承諾ヲ爲ササルニ因リテ其效力ヲ失フ承諾期間ヲ定メスシテ隔地者ニ對シテ爲シタル申込ハ相當ノ期間内ニ承諾ノ通知ヲ發セサル(獨逸民法ハ受ケタル)ニ依リテ其效力ヲ失フ(商法第二六九條第二七〇條獨逸民法第一四七條第一七七條尙ホ申込ノ效力ヲ失フ場合ニ付キ競賣法第一條ヲ參照スヘシ)

### 第三節 承諾

#### 第一 性質

承諾 (Annahme) トハ申込ニ對スル相手方ノ同意ハ意思表示ニシテ之ニ依リテ申込ノ内容ニ相應スル法律上ノ效力ヲ生セシメントスル意思ニ基クモノナリ故ニ承諾ニハ左ノ分子ヲ包含ス

(一) 承諾ハ申込ノ内容ニ相應スル所ノ效力ヲ生セシメントスル意思ヲ以テ爲スコトヲ要ス 故ニ承諾者ハ申込ノ内容ヲ知ラサルヘカラス之ヲ知ラスシテ偶然申込ト同一ノ内容ヲ有スル意思表示ヲ爲スモ承諾ハ成立セス二箇ノ申込ノ併立ナリ契約ヲ成立セシムルコト能ハス然レトモ反對說ナキニ非ス尙ホ此場合ニ於テ契約ノ成立ヲ來スト爲シ契約ノ申込ト承諾トノ區別ヲ爲スコト能ハサル場合ナリト論ス(デルンツルヒ)レールズベルグ氏等然レトモ予輩ハ之ニ贊同スルコトヲ得ス亦我民法ノ解釋上此說ニ依ルコトヲ得ス(第五二六條參照)

- (二) 承諾ハ申込ニ對スル同意ノ意思表示ナリ。故ニ其内容ハ申込ノ内容ト全ク同一ナルコトヲ要ス申込ニ條件ヲ附シ其他變更ヲ加ヘタル承諾ハ承諾ニ非ス(第五二八條其意思表示ハ承諾トシテ無効ナリ然レトモ民法ハ當事者ノ意思ト實際ノ便宜トニ基キ其意思表示ハ同時ニ申込ニ對スル拒絶及ヒ第一ノ申込ニ變更ヲ加ヘタル内容ヲ有スル新申込ノ意思表示ヲ包含スルモノト看做セリ(第五二八條隨テ申込ノ如何ナル部分ニ變更ヲ加フルモ承諾ト爲ルコトヲ得ス申込ノ重要ナル部分又ハ重要ナラザル部分ニ變更ヲ加フルモ申込ヲ拒絶シ且新申込ヲ爲シタルモノト看做ス)
- (三) 承諾ハ申込ノ相手方カ之ヲ爲スコトヲ要ス。申込ノ相手方ハ申込ノ當時ニ於テ確定スルコトアリ又確定セザルコトアリ甲ノ場合ニ於テハ其特定スル人ニ非サレハ承諾ヲ爲スコトヲ得ス第三者ノ同意ハ承諾ニ非ス申込ノ相手方カ確定セザルトキハ何人カ承諾ヲ與フルモ承諾ト爲ル
- (四) 承諾ハ申込カ其效力ヲ有スル期間内ニ於テ之ヲ爲スコトヲ要ス。是レ當然ノ事理ナリ其期間ノ經過ハ申込ニ承諾能力ヲ失ハシムレハナリ

- (五) 承諾ノ意思表示ハ之ヲ申込者ニ知ラシムルコトヲ必要トス。是レ理論上契約成立ノ要件ナリト信ス契約ハ意思ノ合一ニシテ意思ノ併立ニ非ス意思ノ併立ハ表意者カ相互ニ相手方ノ意思ヲ知ルコトヲ必要トス契約ノ成立ニ必要ナル承諾ノ意思表示ノ成立ニ此條件ヲ必要ト爲スコトヲ知ルヘシ故ニ承諾ハ申込者ニ對スル意思表示ナルコトヲ原則トス(第五二六條第一項參照)
- (六) 承諾ヲ爲スノ方法ハ承諾者ノ選定ニ任ス。書信電信又ハ使者ニ依リテ之ヲ爲スコトヲ得ルハ勿論又暗黙ノ意思表示ニ依リテ之ヲ爲スコトヲ得
- 第二 效力
- 承諾ハ契約ヲ成立セシメ當事者ノ欲スル法律上ノ效力ヲ發生セシム

#### 第四節 契約成立ノ時期

契約ハ申込ニ對シテ承諾ノ爲思表示アルニ因リテ成立ス故ニ契約成立ノ時期ハ承諾ノ成立時期ヲ定ムルニ由リテ定マル承諾ハ如何ナル時期ニ於テ成立スルモノナルヤ隔地者ニ對スル承諾ト對話者ニ對スル承諾トヲ區別シテ説明セ

サルヘカラス

### 第一款 隔地者ニ對スル承諾ノ成立時期

此問題ニ對シテ先ツ左ノ二主義アルコトヲ知ラサルヘカラス其主義ノ異ナルニ從ヒテ契約成立ノ時期ヲ異ニス(一)表白主義(Aussensungstheorie)(二)知主義(Wissensungstheorie)是ナリ

第一 表白主義ニ依レハ承諾ノ意思表示ハ單ニ其意思ヲ外界ニ發表シタル時ニ於テ成立ス故ニ契約モ亦此時ニ於テ成立スヘシト爲ス例ヘハ承諾狀ヲ認メ了リタル時ニ於テ承諾ノ意思表示成立スヘシト爲ス故ニ之ヲ極端ニ論スレハ同一ノ理論ヲ以テ獨語(Monotry)ニテ承諾ノ意思表示ヲ爲シタル時ニ契約成立スルモノト爲ル是レ承諾ノ意思ハ申込者ニ知ラシムルノ意思ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ必要トセザルニ至リ契約ノ觀念ニ反スルニ至ル隨テ此主義ハ其根底ニ於テ誤アリト認ム又實際ニ於テ此說ヲ採用スルコト能ハサルハ勿論ナリ

第二 了知主義ニ從ヘハ承諾ノ意思表示ハ申込者カ之ヲ了知シタル時ニ於テ

法律上ノ成立ヲ來スモノト爲ス蓋シ承諾ノ意思表示ハ意思ノ合一ヲ生セシムルニ必要ナル分子ナリ意思ノ合一ハ申込者ノ了知ニ因リテ生スルカ故ニ承諾ノ意思表示ハ申込者ニ對スル意思表示ナルト同時ニ申込者カ之ヲ了知シタル時ニ於テ法律上ノ存在ヲ有スルニ至ルモノト爲スハ理論上其當ヲ得タルモノナリ然レトモ此主義ニ因リテ生スル實際上ノ結果ヲ考察スルトキハ不都合ヲ生セサルヲ得ス申込者カ承諾ノ意思表示ヲ知ルト否トハ申込者一方ノ精神的ノ作用ナリ故ニ申込者カ現實ニ了知シタルコトヲ證明スルコトハ頗ル困難ナルト同時ニ申込者ノ怠慢ニ因リテ契約成立ノ時期ヲ遅延セシムルノ結果ト爲リ承諾者ニ損害ヲ被ラシムルノ虞アレハナリ

元來契約成立ノ時期ハ當事者ニ重大ノ關係ヲ有スルモノナリ故ニ單ニ理論上ノ立論ノミニ依リテ之ヲ決スヘキニ非ス理論上正當ナル了知主義カ實際ニ於テ右ノ不都合ヲ生スルヲ思ハハ法律ハ亦此主義ニ依ルコトヲ得サルナリ故ニ此主義ハ學說トシテ多數學者ノ是認スル所タルニ止マリ之ヲ採用シタル法制アルヲ聞カス然レトモ契約ハ意思ノ竝立ニ非スシテ意思ノ合一ナリトノ理論

方正當ナリトモハ承諾ノ意思表示ハ申込者之ヲ知ラカルヘカラス隨テ申込者ニ對スル意思表示ナラサルヘカラサルノ點ニ付テ異議ヲ唱フルコトヲ得ス唯申込者ノ現實ノ了知ニ因リテ承諾ノ意思表示ノ成立ヲ來スモノト爲スコトヲ得ナルカ故ニ如何ナル時期ニ於テ申込者カ法律上其意思表示ヲ了知シタルモノト爲スヘキカラ實際ノ點ヨリ考察セサルヘカラサルノミ此研究ノ結果トシテニ主義ヲ生セリ發信主義(Ubermittlungstheorie)及ヒ受信主義(Empfangstheorie)是ナリ其ニ法律上申込者カ承諾者ノ意思表示ヲ了知シタルモノト爲スノ時期ヲ決スルモノニシテ敢テ理論上承諾ノ意思表示ハ申込者ノ了知ヲ必要ト爲ササルモノト爲スニ非ス

(甲) 受信主義ニ從ヘハ承諾ノ意思表示ハ申込者ニ到達シタル時ニ於テ法律上ノ存在ヲ有スルニ至ルモノト爲ス申込者カ現實ニ了知スルコトヲ必要ト爲サス通常ノ場合ニ於テ通常ノ人カ了知シ得ヘキ狀態ニ達シタル時ニ於テ承諾ノ意思表示カ法律上ノ存在ヲ有スルニ至ルト爲スノ說ナリ獨逸民法カ此學說ヲ採用シタルコト疑ヲ容レズ同法ハ意思表示ノ效力發生時期ノ通則トシテ受信

新

逸ニ在リテハ新民法第一草案第二條ニハ慣習法ハ法律ニ依リテ認めラレタカ限度ニ於テノミ其效力ヲ有スト規定セシカ民法カ之ヲ削除シ此問題ヲ學說ニ委シタリ新商法モ亦同シ然レドモ獨逸新法典カ全然慣習法ノ存在ヲ認めサレニ非サルコトハ民法施行法第二條ニ「民法典ニ於テ法律トハ總テハ法規ヲ謂フト規定セルニ依リテ明カナリ是ニ於テカ新法典ニ於ケル慣習法ノ效力ハ又文學者ノ爭ト爲リ例ヘハ「ブラシク」民法註釋ハ慣習法ハ變更力ヲ有ストセリ「エシデマシ」民法教科書及ヒ「スタウプ」商法註釋ハ變更力ヲ有セストセリ又「コナツク」如キハ其商法教科書ニ於テハ新商法ニ於ケル商慣習法ノ地位ハ舊法典ニ比シテ層佳良ナリト曰ヒ其民法教科書ハ慣習法ト成文法トカ抵觸セル場合ニ於ケルニ法間ノ效力ハ優劣ハ各箇ノ事實問題ニ委スヘキモノニシテ成文法ハ常ニ慣習法ニ優ルモノナリト論スルモノヲ得スト曰ヘ別此カ如ク獨逸ニ於ケル學說ハ一致セサルモ我法律上ハ慣習法ノ效力ハ種々明瞭ナリ單テ法令ノ規定ニ依リテ認めタレモノ及ヒ法令ニ規定ナキ事項ニ關スルモノニ限リ法律ト同一ノ效力ヲ有スルコトヲ法例第二條ニ定メ商慣習法ハ民法ハ

前法例 民法ノ適用 商慣習法

規定ニ對シテハ變更力ヲ有シテ法例ニ般規定ノ慣外ヲ爲スベキトシテ商法第一條ノ之ヲ規定セザル所タリトシテ或シテ法律ニ據テテ商事ニ關スルハ其ノ期商慣習法ノ說明ニ關シテハ尙ホ述ブヘキコトトシテ即チ商慣習法ハ之ヲ事實タル慣習即チ所謂商慣習ト區別スルコトヲ要ス事實タル慣習ト法律タル慣習トハ之ヲ區別スルコトヲ要ス然レトモ獨逸ニ於テモ或學說例ヘイニエリシテ年報第三十八卷ニ於ケル「ダング」ノ論文ノ如キハ此二者ヲ混同シ其結果慣習法ノ成立ニハ法律トシテ之ニ從フヲ觀念ヲ要セザルモノト論セリト雖モ是レ一般ノ學說ニ反セル所トス事實タル慣習ハ法律ノ淵源ニ非スシテ唯當事者ノ意思ヲ解釋スルノ材料タルニ過キス民法第九十二條カ法令中ノ公ノ秩序ニ關セザル規定ニ異ナリタル慣習アル場合ニ於テ法律行爲ノ當事者カ之ニ依ル意思ヲ有セルモノト認ムヘキトキハ其慣習ニ從フト規定セルモノ即チ事實タル慣習ニ關スル規定ナリ即チ事實タル慣習ハ當事者カ之ニ從フノ意思ヲ有セルモノト認ムヘキ場合ニ於テ之ニ從フモノナリ換言スレバ事實タル慣習ハ當事者ノ意思表示ヲ補充シ其意思ヲ明カニスル材料タルニ過キザルモノトス之ニ反シテ法

律タル慣習即チ商慣習法ハ法律ナルヲ以テ當事者カ之ニ從フノ意思ヲ有スルト否トヲ問ハス常ニ之ヲ適用スヘキモノナリ而シテ他ノ一方ニ於テハ事實タル慣習ハ當事者カ之ニ依ルノ意思ヲ有セルモノト認ムヘキトキハ當事者ノ意思表示ノ内容ヲ形成スヘキモノナルヲ以テ法律中ノ任意規定ヲ變更スルコトヲ得ルト雖モ法律タル慣習ハ之ニ反シテ法令ノ規定ノ任意タルト命令タルトヲ問ハス之ニ反スルコトヲ得ス

舊商法ニ於テハ獨逸舊商法ニ於ケルト同シク商慣習ナル文字ヲ用ヒタリ獨逸ニテハ商慣習ナル文字ヲ用ヒタルニ拘ハラヌ學者ノ多數ハ之ヲ解シテ法律タル慣習即チ商慣習法ヲ指シタルモノナリト解釋セリ唯「エルデルンド」ノ商法註釋トイニエリシテ年報第十三卷中「ワオル」ノ論說ノミハ事實タル慣習ヲ包含メタルモノト解セリ我新商法ハ此點ニ付テ疑ヲ避タル爲メニ明カニ商慣習法ナル文字ヲ用ヒタリ

### 第三節 民法

民法ハ一般法トシテ特別法ナル所ノ商法及ヒ商慣習法ニ規定ナキ場合ニ於テ適用セラレルモノナリ蓋シ商法ハ商事ニ關スル特別法ナリト雖モ必スシモ商事ニ關スル總テノ規定ヲ網羅シテ殘ササルモノニ非サルナリ一般法タル民法ニ從ヒテ差支ナキ場合ニ於テ商法ニ於テハ別ニ規定ヲ設ケス之ヲ民法ニ讓リタリ茲ニ一言注意スヘキコトハ商法第一條ニ於テ民法ト云フハ之ヲ商法典ヲ指シテ本法ト云フニ對照シ之ヲ論スレハ民法典ヲ指スニ外ナラズト雖モ民法典以外ノ民法法カ商事ニ關シテ全ク適用ナシト謂フ結論ヲ生セサルヲ以テ民法典以外ノ民法法ト雖モ同シク商法又ハ商慣習法ニ別段ノ規定ナキ以上ハ商事ニ適用セラレヘキモノトス

### 第二章 商法適用ノ區域

時ニ關スル商法適用ノ區域ニ付テハ商法施行法第一條ハ其本則ヲ定メタルモノナリ即チ商法施行前ニ生ジタル事項ニ付テハ本法ニ別段ノ定アル場合ヲ除ク外舊法ノ規定ヲ適用スレトアリ即チ新商法ノ效力カ其施行ノ日明治三十二年

六月十六日ニ始マルコトヲ明言スルモノニシテ極メテ當然ノ規定トス此他ニ於テ施行法ノ大部分ハ時ニ關スル商法適用ノ區域ヲ規定セルモノナリト雖モ今一一之ヲ説明スルノ迫ナク又必要ナキヲ以テ之ヲ施行法ノ條文ニ讓リテ尙ホ特定ノ事項ニ付テ説明スルニ方リテ之ヲ指示スルコトアルヘシ又處ニ關スル商法適用ノ區域ニ付テハ施行法中ニ二三ノ規定アリト雖モ是レ主トシテ國際私法ノ問題ナルヲ以テ此章ニ於テハ唯事ニ關スル商法適用ノ區域即チ如何ナル事項ニ付テ商法ヲ適用スヘキヤヲ説明セントス

(一) 事ニ關スル商法適用ノ區域ハ商事ナリ是レ商法ハ商事ニ固有ナル法律ナルカ故ナリ舊商法第三條ニハ「商事トハ商人又ハ其他ノ人ノ爲シタルニ拘ハラズ總テノ商取引及ヒ其他本法ニ規定シタル事項ヲ謂フトアリ是レ商事ノ意義ヲ下スコトヲ敢テシタルモノナリ然レトモ商法適用ノ區域ナル所ノ商事ハ商法ニ規定シタル事項ヲ謂フトセルハ問ヲ以テ問ニ答フルノ據アルト同時ニ商法ニ規定シタル事項以外ニ商事ナルモノナシトセルハ商ノ發達商事ノ擴張ヲ妨クルノ虞アリ故ニ我新商法ハ獨逸法ト同シク商事ニ關スル意義ノ解釋ハ之

ヲ學說ニ讓リタリ。然レドモ此等各種ノ說明ハ甚タ抽象的ニ過キテ商ノ觀念ヲ明カニスルコトヲ得サル上ハ商事ノ觀念モ同シク明カニスルコトヲ得サルモノト謂ハサルヘカラス。コーサックハ商人ノ營業ニ屬スル私法事項ナリト曰ヒ商人ナル語ノ意義ハ商法ノ明カニ定ムル所ナルヲ以テ此定義ハ稍ヤ具體的ニシテ商事ノ意義ヲ明確ニスルニ足ルカ如シト雖モ後ニ述ブル如ク我商法ハ獨逸新商法ノ如ク所謂主觀主義ニ依リタルモノニ非スシテ學者ノ所謂折衷主義ノ立法ニ屬シ或行為ハ商人ニ非サル者ノ間ニ行ハルルモ同シク商行爲ト爲ルヲ以テ我商法ニ於テハ商事トハ商人ノ營業ニ屬スル事項ナリ

ト謂フハ狭キニ過クルモノニシテコトヲ定義ハ直チニ之ヲ採リテ我商法ノ解釋ニ用フルコトヲ得ス唯モトモトシユミトハ商事トハ商人及ヒ商行爲ニ關スル事項ナリト曰ヒ又ガライオスハ商事トハ商人ニ固有ナル關係及ヒ商行爲ニ因リテ生シタル關係ヲ謂フト曰ヘリ商人及ヒ商行爲ニ關スル事項ノ外尙ホ法律ノ規定ニ依リ商法ノ規定ヲ適用スベキモノト定メタル事項ハ同シク商事ニ屬スルヲ以テ此定義モ未タ完全ナルモノト謂フコトヲ得サレトモ商事ノ大部分ハ商人及ヒ商行爲ニ關スル事項ニシテ且此等ノ定義ハ前述ノ定義ト比較スルニ具體的ニシテ解シ易キカ故ニ之ニ從ヒテ可ナリト信ス。以上述ヘタルカ如ク商事トハ商人及ヒ商行爲ニ關スル事項ナルヲ以テ商事ノ觀念ヲ得ルニハ商人及ヒ商行爲ノ何タルヤヲ知ラサルヘカラス故ニ予ハ次章ニ於テ商行爲ノ大體ノ說明ヲ爲シ尙ホ第四章ニ於テハ商人ノ說明ヲ爲サントス。以上商事ニ付テ述ヘタル所ハ事ニ關スル商法適用ノ區域タル所ノ商事ナリ即チ實體法ノ適用區域ヲ定ムル爲メニ必要ナル所ノ商事ナリトス故ニ學者

ハ或ハ之ヲ實體法上又ハ私法上ニ於ケル商事ト曰フ然レドモ中古古商人團體ノ時代ニ於テハ其團體ノ裁判所ノ管轄權ヲ定ムル爲メニ商事ノ意義ヲ定ムルノ必要アリタリ又佛蘭西商法第六百三十一條乃至第六百三十八條奧太利商法施行法第三十八條及ヒ第三十九條等ニ制限的ニ列舉スル事項ニ同シク商事裁判所ノ管轄事項ヲ定メタルモノニ外ナラス學者之ヲ稱シテ形式法上又ハ訴訟法上ニ於ケル商事ト曰ヘリ詳言スレハ形式法上ノ商事トハ商事裁判所ノ管轄ニ屬スヘキ訴訟事件ヲ指スニ外ナラス我國ニ於テハ商事裁判所ノ如キ制度ナキヲ以テ形式法上ニ於ケル商事ナルモノヲ存セスト雖モ近時東京商業會議所及ヒ横濱外國人商業會議所ニ於テ商事裁判所設置ノ意見書ヲ發表シタルモノアリテ刻下ノ一問題タルガ如キ觀アルヲ以テ簡單ニ此制度ニ就テ述フル所アラントス

ハ熱心ナル議論アルニ拘ハラヌ途ニ商事裁判所ノ設置ヲ見ルコトナク唯商人ヨリ出シタル陪審員等ヲ用フルノ制度アルノミ獨逸ニ於テハ有力ナル商事裁判所全廢論アリシカ折衷說ニ依リ千八百七十七年以來獨立ノ商事裁判所ヲ廢シ地方裁判所ニ商事部ヲ置キ商人ヲ代表スル所ノ商人團體又ハ商業會議所等ノ推薦ニ係リ國ノ任命スル所ノ商事裁判官ヲ以テ之ヲ組織スルコトトセリ然レトモ其管轄權頗ル狭ク又例外裁判所トシテ當事者ノ請求ニ因リ始メテ管轄ヲ有スルノミ佛蘭西ニ於テハ商法第四編中ニ規定ヲ存シ獨立ノ商事裁判所ヲ存シ其裁判官ハ國家ノ任命ニ係ルモノナルカ商人タルコトヲ要セリ佛蘭西ノ制度ニ倣ヒタルハ白耳義千八百六十九年法律ニ依レリテリ和蘭及ヒ西班牙ハ千八百三十八年以來希臘ハ千八百七十七年以來伊太利ハ千八百八十四年以來商事裁判所ノ制度ヲ廢止セリ其以前ニ於テハ佛蘭西ノ制度ニ倣ヒタリ瑞西ニ於テハ各州ノ自由ニ委シ「デューボ」ヲライバルド「チユーリッヒ」アルガ之ノ四州ニハ商事裁判所ヲ存セリ

以上述ヘタル如ク現今ニ於テハ佛蘭西白耳義ノ二國ノ外ハ獨立ノ裁判所ヲ存



モスシテ各國ノ傾向ハ大體ニ於テ之ヲ廢止セントセリ橫濱外國人商業會議所ノ意見ハ獨立ノ商事裁判所ヲ設ケントスルニ在ル如クナレトモ是レ世界一般ノ傾向ト反シタルモノト謂ハサルヘカラス東京商業會議所ノ意見ハ獨逸ノ如ク普通裁判所内ニ商事部ヲ置キ且陪審員ヲ商人ヨリ採用セントスルカ如ク見ユルト雖モ陪審員ノ制度ハ我國法ノ一般ニ之ヲ認メサルノミナラス現今一般商人ノ法律思想ノ狀態ヲ以テ果シテ適當ナル陪審員ヲ得ルヤハ大ニ疑アル所ナリ事口敏腕ニシテ商法ニ熟達セル裁判官ヲ用ヒ裁判所ノ構成組織等ハ別ニ現行法ヲ改メス唯手續ニ於テハ商事ニ限り多少迅速ナル制度ヲ設ケ以テ事件ノ進捗ヲ圖ラハ十分ナラント信ス

### 第三章 商行為

我商法ニ於テ商人ト稱スルハ自己ノ名ヲ以テ商行為ヲ爲スヲ業トスル者ヲ謂フ(第四條)以テ商行為ヲ基礎トシテ商人ノ意義ヲ定メタルモノニシテ獨逸新商法ノ如ク先ツ商人ノ意義ヲ定メ商人ヲ基礎トシテ其行為ヲ商行為ト爲スモ

ノトハ立法ノ主義ヲ正反對ニセルモノナリ故ニ商行為ハ管ニ商事中ノ最も重要ナル部分ヲ占ムルモノナルノミナラス實ニ商人ノ意義ヲ定メテ商法ノ適用區域即チ商事ノ意義ヲ明カニスルニ於テ最も重要ナル地位ヲ有スルモノナリ故ニ商人ノ意義ヲ説明スルニ先チ先ツ商行為ノ意義及ヒ種類ノ大體ニ付キ述フルノ必要ヲ感ス各箇ノ商行為ノ説明ニ至リテハ勿論之ヲ商行為論ノ講義ニ讓ラントス

(一) 商行為ノ法律行為ナルコトハ其名稱ニ依リテ明カナリ即チ商行為トハ商ニ關スル法律行為ナリ法律行為ノ意義ハ既ニ民法ノ講義ニ於テ學ハレタルカ如ク即チ私法上ノ效力ヲ生セシメントスル意思表示ヲ謂フ故ニ不法行為ノ如キ又法律上ノ行為ニ非サル事實上ノ行為ノ如キハ共ニ皆商行為タルコトヲ得ス然ラハ法律行為中果シテ如何ナル行為カ商ニ關スル法律行為即チ商行為ナルカニ付テハ我商法ハ別ニ概括的ノ定義ヲ與ヘス舊商法第四條ニハ商取引ハ賣買貸貸又ハ其他ノ取捌ノ方法ニ因リ產物商品又ハ有價證券ヲ轉換ヲ以テ利益ヲ得又ハ生計ノ爲メニスル旨趣ニテ直接又ハ間接ニ行フ所ノ總テノ權利

行為ヲ謂フ殊ニ左ニ掲クルモノハ商取引ニ屬ス云云ト規定シテ商取引ノ重ナルモノヲ例示セリ此條文ハ即チ商行爲ノ概括的ノ定義ヲ掲ケタルモノト謂ハサルヘカラス西班牙商法ノ如キモ亦概括的ニ商行爲ノ意義ヲ定メントシテ其第二條第二項ニハ「本法ニ定ムル行為其他同様ノ性質ヲ有スル行為ハ之ヲ商行爲ト推定ス」ト規定セリ然レトモ此等ノ規定ハ皆其意義不明ニシテ却テ商法適用上ニ疑ヲ生セシムルノ虞アルヲ以テ我新商法ハ舊商法ノ定義主義ヲ排シテ制限的ニ商行爲ヲ列舉セリ故ニ我新商法ノ主義ニ依レハ商行爲ハ悉ク之ヲ法律ニ列舉シテ法律ニ列舉シタル行為以外ニ商行爲アルコトヲ認メサルナリ語ヲ換ヘテ言ヘハ我商法ニ於テ商行爲ト稱スルハ商法カ商行爲トシテ列舉シタル法律行為ヲ謂フナリ

(二) 我商法ハ以上ニ述ヘタルカ如ク各箇ノ商行爲ヲ制限的ニ法典ニ列舉セリ然レトモ此列舉主義ヲ採ル法律ニ在リテモ必スシモ同一ノ規定ヲ爲スモノニハ非スシテ更ニ列舉主義ヲ別ツトキハ三ノ主義ト爲スコトヲ得即チ以下ニ述フル所ノ如シ

第一説 主觀主義 主觀主義ハ商ノ主體タル商人ヲ基礎トシテ商行爲ヲ定ムルモノヲ謂フ例ヘハ獨逸新商法ハ其第一條ニ於テ「本法ニ於テ商人トハ商業ヲ營ム者ヲ謂フ商業トハ次ニ列舉スル行為ヲ目的トスル營業ヲ謂フ云云」ト規定シテ第三百四十三條ニハ「商行爲トハ商人ノ商業ニ屬スル總テノ行為ヲ謂フ」ト規定セリ此主義ニ依レハ先ツ商人ノ如何ナルモノタルヤヲ定メテ次ニ其商人カ營業トシテ爲シ又ハ其營業ノ爲メニ爲ス行為ヲ以テ商行爲トスルモノナリ此主義ハ曩ニ述ヘタル中古ノ商人團體ノ時代ニ於テ行ハレタル所ノモノニシテ當時ニ在リテハ商法ハ即チ商人法ニシテ商法適用ノ區域ハ商人ニ限ラレ商人ノ行為以外ニ商行爲ナルモノ存セザリシナリ然ルニ近世ニ及ヒテ次ニ説明スル折衷主義ナルモノ起リ商人ノ行為以外ニ商行爲ヲ認ムルニ至リタリ獨逸舊商法ノ如キモ亦折衷主義ヲ採リタリ然レトモ商法ノ大案テールノ如キハ夙ニ主觀主義ヲ唱道シテ商法ハ營業法タラサルヘカラス各箇ノ投機的行為ハ之ヲ以テ營業ト稱スヘカラスト曰ヘリ「テール」商法論第二十五節又獨逸舊商法ノ草案タル普漏西草案及ヒ第一草案等モ主觀主義ニ依リタリ獨逸新商法ハ前ニ

述ヘタル如ク他ノ各國法ト異ナリテ獨リ主觀主義ヲ採リ中古ノ商人法主義ヲ復活セルモノナリ

第二 客觀主義 客觀主義ハ商行爲ヲ基本ヨリ定ムルモノニシテ其行爲ヲ爲ス者カ商人タルト商人ニ非サル者タルトヲ問ハス營業トシテ之ヲ爲スト然ラサルトヲ問ハス行爲自體ノ性質ニ因リテ商行爲ト商行爲ニ非サル法律行爲トヲ別タントスルモノナリ然レトモ商人ニ非サル者ニ依リテ箇箇ニ爲ササルトキハ未ダ商行爲タルノ性質ヲ發揮セスシテ商人カ營業トシテ之ヲ行フコトニ因リ始メテ商行爲ト爲ルヘキ行爲存スヘキヲ以テ其爲ス所ノ人ノ誰タルヤヲ問ハス行爲ノ性質ヨリ商行爲ヲ定メントスル主義即チ客觀主義ハ商ノ觀念ニ反スルモノニシテ實際ニ於テ斯ル主義ノ立法例ハ之ヲ見ルコトヲ得サルナリ

第三 折衷主義 折衷主義ハ以上ニ述ヘタル二ノ主義ヲ併セ用フルモノニシテ同時ニ二種ノ行爲ヲ認メテ一種ノ行爲ハ之ヲ爲ス者ノ商人タルト商人ニ非サル者タルトヲ問ハス之ヲ商行爲トシ他ノ一種ノ行爲ハ商人カ之ヲ爲ス場合ニ於テノミ之ヲ商行爲ト爲スモノナリ我舊商法佛蘭西商法獨逸舊商法及ヒ之

ニ倣ヒタル歐羅巴各國ノ商法ハ殆ト皆此主義ヲ採用セリ我新商法モ亦此主義ニ從ヘリ

(三) 以上ニ述ヘタル如ク我商法ハ商行爲ノ意義ヲ定ムルニ付キ折衷主義ヲ採リタルヲ以テ其商行爲タルヘキモノニ二種アリ即チ一ハ行爲ノ本質ヨリ商行爲タルモノ即チ其行爲ノ主體カ商人タルト然ラサルトヲ問ハス商行爲タルヘキモノニシテ一ハ商人カ之ヲ爲スニ因リテ商行爲タルモノナリ前者ヲ稱シテ絕對的商行爲又ハ客觀的商行爲ト謂ヒ後者ヲ稱シテ相對的商行爲又ハ主觀的商行爲ト謂フ主觀的商行爲ハ更ニ之ヲ二別シテ營業的商行爲及ヒ附屬的商行爲ト爲ス營業的商行爲トハ商人カ營業トシテ之ヲ爲スニ由リテ商行爲タルモノヲ謂ヒ附屬的商行爲トハ商人カ其營業ノ爲メニ爲スニ由リテ商行爲タルモノヲ謂フ商法ハ第二百六十三條ニ絕對的商行爲ヲ列舉シ第二百六十四條ニ營業的商行爲ヲ列舉シ第二百六十五條ニ附屬的商行爲ヲ規定セリ

(四) 以上ニ述ヘタル所ト異ナル見地ヨリ別ニ商行爲ヲ分類スルトキハ基本的商行爲ト補助的商行爲トノ二ト爲スコトヲ得基本的商行爲トハ商業ノ基本ヲ

爲ス商行為ニシテ商人ノ意義ヲ定ムルニ必要ナルモノナリ換言スレハ基本的商行為ヲ爲スコトヲ業トスル者カ即チ商人ト爲ルナリ商法第四條中ニ商行為トアルハ即チ基本的商行為ヲ指スニ外ナラズ補助的商行為トハ商業ヲ補助スル商行為ニシテ商人ノ意義ヲ定ムルニ必要ナラスシテ却テ商人ノ存在ヲ條件トシテ商人カ其營業ノ爲メニスルコトニ由リテ商行為タルコトヲ謂フ之ヲ前ニ述ヘタル分類ニ比較シテ言ヘハ絶對的商行為及ヒ營業的商行為ノ二ハ即チ基本的商行為ニ該當スルモノニシテ附屬的商行為ハ即チ補助的商行為ニ該當ス更ニ詳シク言ヘハ商法第二百六十三條ト第二百六十四條トニ列舉セル商行為カ即チ基本的商行為ニシテ業トレテ之ヲ爲ス者ハ商人ト爲ルナリ商人カ營業ノ爲メニスルコトニ由リテ商行為タル行爲即チ第二百六十五條ニ規定スル行爲ハ即チ補助的商行為ナリ

(五) 商行為ハ更ニ以上ニ述ヘタル二ノ分類方法ト異ナリタル見地ヨリ之ヲ分ツトキハ一方の商行為ト雙方の商行為トノ二ト爲スコトヲ得商行為タルノ法律上ノ理由カ當事者ノ一方ノミニ存スルトキハ之ヲ一方の商行為ト謂ヒ當事

者ノ雙方ニ存スルトキハ之ヲ雙方の商行為ト稱ス一方の商行為ニ於テハ當事者ノ雙方ニ商法ノ規定ヲ適用ス(第三條然レトモ之ニハ例外ノ場合アリテ第二百八十四條ノ留置權ノ規定ノ如キハ雙方の商行為ニ因リテ生シタル債權ニ限リ適用アルモノナリ我商法第三條ニ該當スル規定ハ我舊商法第十六條獨逸舊商法第二百七十七條匈牙利商法第二百六十四條獨逸新商法第三百四十五條等ニシテ佛蘭西商法及ヒ其法系ニ屬スル諸國法ハ此ノ如キ規定ヲ有セザルヲ以テ裁判例ノ如キモ區區ナルカ如シ此規定ノ立法ノ理由ハ一方ノ行爲ニ付キ當事者ノ一方ニハ商法ヲ適用シテ他ノ一方ニハ民法ヲ適用スルカ如キコトヲ爲ストキハ大ニ法律關係ヲ錯雜ナラシムルニ至ルヲ以テナリ

當事者雙方カ商人ナルトキハ其間ノ行爲ハ雙方の商行為タルコトヲ常トスレトモ必スシモ然ラスシテ或ハ一方の商行為タル場合アリ又ハ全然商行為ト爲ラサルコトアリ商人ノ行爲ハ必スシモ常ニ商行為ト爲ルモノニハ非ザレハナリ又當事者ノ一方カ商人タルトキハ其間ノ行爲ハ一方の商行為タルコトヲ常トスレトモ必スシモ然ラスシテ或ハ雙方の商行為ト爲リ或ハ全然商行為ト爲

ラナルコトアリ又當事者雙方カ商人タラザルトキハ其間ノ行為ハ商行爲ニ非  
ナルコトヲ常トスレトモ其當事者ノ一方ニ取リテ客觀的商行爲タルトキハ一  
方の商行爲タルコトヲ得ヘク雙方ニ對シテ客觀的商行爲タルトキハ雙方の商  
行爲タルコトヲ得ヘキナリ

### 第四章 商人

#### 第一節 商人ノ意義

商法第四條ニハ本法ニ於テ商人トハ自己ノ名ヲ以テ商行爲ヲ爲スヲ業トスル  
者ヲ謂フトアリ茲ニ所謂商人トハ商法適用上ニ於テ商人ト稱スルモノニシテ  
前述セル如ク其意義ヲ定ムル基礎タル所ノ基本的商行爲就中營業的商行爲即  
チ第二百六十四條列舉ノ商行爲ハ立法者ハ極メテ任意的ニ定メタルモノナル  
ヲ以テ隨テ之ニ依リテ定メラレタル商人ノ意義モ亦任意的ニ定メラレタルモ  
ノニシテ普通所謂商人ナル語ノ觀念ト大ニ異ナル所トス普通所謂商人ニシテ  
商法上ノ商人ニ非サル者アリ例ヘル店舖ヲ構ヘ自己ノ採掘シタル礦物ヲ販賣

スル者ノ如キハ普通商人ト稱セララルト雖モ其業トシテ爲ス所ハ商行爲ニ非  
サルヲ以テ商法上ノ商人ニ非ス之ニ反シテ普通商人ト稱セララル者モ商法  
上ノ商人タル者アリ例ヘル原料ヲ購買シテ之ヨリ他ノ物ヲ製造シ之ヲ販賣ス  
ル者ノ如キ或ハ他人ノ爲メニスル製造又ハ加工ニ關スル行為ヲ商トスル者ノ  
如キハ普通工業者ト稱スト雖モ商法第二百六十三條第一號又ハ第二百六十四  
條第二號ノ行為ヲ業トスル者ナルヲ以テ商法上ハ商人ナリトス故ニ法律ハ「本  
法ニ於テ商人トハ云云」規定シ商法ノ適用上商人ト稱スルモノナルコトヲ明  
カニセリ

第四條ハ商法ニ於ケル商人ノ定義ヲ下シタルモノナリ今之ヲ分析スレハ商人  
ト爲ルノ條件三アリ即チ(一)商行爲ヲ爲スコト(二)自己ノ名ヲ以テスルコト(三)業  
トスルコト是ナリ左ニ之ヲ説明セン

(一) 商人ハ商行爲ヲ爲ス者ヲ謂フ

茲ニ商行爲トハ基本的商行爲ヲ謂フモノニシテ補助的即チ附屬的商行爲ハ商  
人カ其營業ノ爲メニスルニ因リテ商行爲ト爲ルモノナリ即チ商人ノ存在ヲ條

件トシテ始メテ存在スル商行爲ナリ商人ノ意義ヲ定ムルモノニ非スシテ却テ商人ニ依リテ其意義ヲ定メラルモノナリ故ニ第四條ニ所謂商行爲中ニハ之ヲ包含セザルモノトス換言スレハ茲ニ所謂商行爲トハ第二百六十三條第二百六十四條ニ列擧スル商行爲ヲ謂フ

(二) 商人ハ自己ノ名ヲ以テ商行爲ヲ爲ス者ヲ謂フ自己カ權利義務ノ主體ト爲ルコトヲ謂フ自己ノ名ヲ以テスルトハ法律上ニ於テ自己カ權利義務ノ主體ト爲ルコトヲ謂フ單ニ自己ノ名義ヲ以テスルノ義ニ非ス故ニ他人ノ名ヲ以テ商號ト爲シタル者カ商業ヲ營ムトキハ其商業ヲ營ム者ハ商人ニシテ商號ニ其名ヲ用ヒラルル他人ハ商人ニ非ス自己ノ名ヲ以テスルトキハ第一必スシモ自ラ手ヲ下シテ事務ニ關係スルコトヲ要セス法人又ハ無能力者ノ如キ法律行爲ヲ爲スコトヲ得ナル者モ代理人ニ依リテ商業ヲ營ミ仍ホ商人タルコトヲ得ルモノトス之ニ反シテ商業使用人ノ如キ會社ノ業務執行社員又ハ取締役ノ如キハ自ラ業務ヲ執行スル者ナリト雖モ自己ノ名ヲ以テセス主人又ハ會社ノ名ヲ以テスルモノナルカ故ニ商人タルコトヲ得ス第二必スシモ自己ノ計算ニ於テスルコトヲ要セ

ス損益計算ノ歸スル所ハ全ク第三者ニ在ル場合ト雖モ自己ノ名ヲ以テスルトキハ商人タルコトヲ妨ケザルコトハ獨逸ニ於ケル多數ノ學說ノ一致スル所ニシテ獨逸帝國裁判所判決例亦然リ之ニ反シテ匿名組合員ノ如キハ損益ノ計算ハ自己ニ及フト雖モ法律上自己カ權利義務ノ主體タル位置ニ立ツモノニ非サレハ商人タルコトヲ得ス

(三) 商人ハ自己ノ名ヲ以テ商行爲ヲ業トスル者ナリ業トスルトハ營業トスルノ意ニシテ營業ノ如何ナルモノナルヤハ學說區區ナリト雖モ獨逸商法學者ノ多數ノ唱フル所ニシテ且正確ナリトスル說ハ略ホ一定スル所ニシテ即チ營業トハ所得ノ通常ノ淵源トスルノ目的ヲ以テ繼續シテ且同種ノ行爲ヲ爲スヲ謂フ(ゴールドシュミット)商法全書第一卷第四五四頁以下ペーレンド)商法教科書第九三頁以下參照今之ヲ分析スレハ左ノ如シ

(イ) 營業ハ營業者ノ所得ノ通常ノ淵源タルヲ以テ足レリトス唯一ノ淵源タルコトヲ要セザノミナラス又其者ノ主タル所得ノ淵源タルコトヲ必要トセス佛蘭西商法草案ノ如キハ商人ノ意義ヲ定ムルニ當リ商行爲ヲ爲スヲ主業トシ

エツシオン、ラシバールトスルコトヲ要セシカ其後正文ハ之ヲ改メ常業ブ  
ロフエツシオン、アビチユルト爲スヲ以テ足レリトセリ故ニ營業者ハ同時ニ各  
種ノ營業ヲ有スルコトヲ得ルモノニシテ又從タル營業モ同シク營業ト稱スル  
コトヲ得

(ロ) 繼續シテ同種ノ行爲ヲ爲ストハ之ヲ嚴格ニ解スルコトヲ得ス事實上ニ於  
テ繼續シテ寸時ノ間斷ナク同種ノ行爲ヲ爲スコトヲ必要トセス繼續シテ同種  
ニ屬スル行爲ヲ爲サントスル意思アルヲ以テ足レリトス故ニ簡別的ニ各箇ノ  
營利的行爲ヲ爲スカ如キハ之ヲ營業ト謂フコトヲ得ス

(ハ) 行爲ノ目的ハ所得ニ在ルコトヲ必要トスルト雖モ同時ニ宗教的的政治的公  
益的科學的ノ目的ヲ有スルコトヲ妨ケス唯爲メニ全然所得ノ目的ヲ排除スル  
コトナキヲ必要トス例ヘハ慈善ノ爲メニ元價ニテ物ヲ販賣スル如キ又ハ實業  
教育ノ爲メ設立セラレタル學校ニ於テ原料ヲ購買シ之ヲ生徒ニ製造加工セシ  
メ其製品ヲ販賣スルカ如キハ繼續シテ爲スコトアルモ營業ト謂フコトヲ得ス  
之ニ反シテ特定ノ營業ヲ爲シ之ヨリ生スル所得ヲ以テ全然慈善ノ目的ニ供ス

ルカ如キ場合ハ營業タルコトヲ妨ケス

(ニ) 營業ノ目的タル行爲トハ勿論私法的ノ行爲ナリト雖モ學問美術ニ關スル  
行爲ハ之ヲ除外セサルヘカラス例ヘハ美術家カ大理石又ハ畫布等ノ原料ヲ以  
テ肖像又ハ形畫ヲ作り之ヲ賣却スルカ如キ醫士カ病者ニ藥劑ヲ賣却スルカ如  
キハ之ヲ營業ト謂フコトヲ得ス

(ホ) 營業ヲ爲スノ意思ハ明示又ハ默示ニ依リテ表示セラルルコトヲ要ス明示  
トハ例ヘハ新聞紙ニ廣告シ又ハ引札ヲ配布スルカ如キ默示トハ例ヘハ實際ニ  
於テ業トシテ特定ノ行爲ヲ爲スヲ謂フ

以上ヲ以テ商行爲ヲ爲スコト、自己ノ名ヲ以テスルコト及ヒ業トスルコトノ三  
ノ條件ヲ具備スルトキハ商法上ノ商人タルコトヲ得ルコトヲ説明シタルモノ  
ナルカ何時ニ於テ商人ト爲リ又ハ商人タル資格ヲ失フヤニ付テハ多少ノ議論  
アル所ナルヲ以テ予ノ信スル所ヲ述ヘンニ即チ商人ノ資格發生ノ時期ハ自己  
ノ名ヲ以テ商行爲ヲ爲スヲ業トセントスル意思カ實現セラレタル時ニ在リト  
信ス故ニ必スシモ實際上ニ於テ其業トシテ爲サントスル商行爲ヲ實行スルコ

トヲ要セス例ハハ商業ヲ營ムノ目的ヲ以テ店舗ヲ買入レ又ハ商人入使用人ヲ雇入レタルカ又ハ商業ヲ營ムカ爲メニ商法第五條又ハ第七條ノ登記ヲ請求シタルトキ又ハ商號ノ登記ヲ請求シタルトキ又ハ商業帳簿ノ設備ヲ爲シタルトキノ如キハ何レモ皆其行爲ヲ爲シタル者カ商業ヲ營マントスル意思ヲ實現セルモノニシテ商人ノ資格ハ其行爲ト同時ニ發生スルモノナリト信ス故ニ獨逸ノ學者ハ商人ノ開業前ノ準備行爲ハ之ヲ附屬的商行爲ナリトセリ然レトモ單ニ商人タラントスル意思ヲ表示セシノミテハ商人タルモノニ非ス志田氏日本商法論ノ如キハ商人ノ資格ハ開業ニ依リテ發生ストセリ日本商法論第一卷第三〇五頁然レトモ我商法第四十六條ニ於テハ「會社ハ其本店ノ所在地ニ於テ登記ヲ爲スニ非サレハ開業ノ準備ニ著手スルコトヲ得スト」又次條ニハ「會社ハ本店ノ所在地ニ於テ登記ヲ爲シタル後六个月内ニ開業ヲ爲ササルトキハ云々」ト定メ何レモ商人タル會社ノ成立ノ後ニ於テ開業アルコトヲ認ムルヲ以テ開業ハ商人ノ資格ヲ發生セシムル所以ニ非スト解セサルヘカラス若シ會社ハ開業前ニ在リテハ未タ商人ト爲ルモノニ非スシテ唯商人ト爲ルヘキ社團法人タル

上言ヲ左右ニシテ其諾否ニ付キ判然タル返答ヲ爲ササルカ如キハ日常見ル商取引ノ實況ニシテ斯ル場合ニハ商人ハ他ニ向ヒテ相當ノ捌口ヲ覓ムルヲ常トス然ルニ其申込カ依然トシテ效力ヲ持續セシカ後日ニ至リ突然相手方ヨリ承諾ノ通知ヲ受ケテ契約ハ茲ニ成立シ終ニ其履行ノ責ニ任スヘキ豫想外ノ不都合ヲ生スルノ虞アリ此ノ如キハ商取引ノ實際ニ省ミテ其當ヲ得タルモノニ非ス是レ特別規定ヲ生シタル所以ニシテ其直チニ承諾ヲ爲ササルトキ「トシタルハ畢竟對話者ハ言語ヲ以テスルト舉動ニ依ルトテ間ハ直接ニ相互ノ意思ヲ通シ得ヘキ地位ニ在リテ即時ニ諾否ノ決定ヲ與ヘ得ヘキモノナレハナリ」此規定ハ絕對ニ非ス直チニ承諾ヲ爲ササルハ如何ナル場合ニテモ申込ハ其效力ヲ失フニ非ス相手方カ熟考ノ猶豫ヲ乞ヒ申込者カ之ニ合意シタルトキハ其特約ハ勿論有效ニシテ其期間内ハ申込ハ仍ホ其效力ヲ有スルナリ對話者間ノ申込ニハ此機會アルカ故ニ直チニ承諾セサルトキハ其效力ヲ失ズトスルモ何等ノ不都合ヲ感セザルナリ

(ロ) 隔地者間ニ於テ承諾期間ヲ定メヌシテ爲シタル契約ノ申込ハ被申込者カ



相當ノ期間内ニ承諾ノ通知ヲ發セタルトキ其效力ヲ失フ(第二七〇條)前ニ述ヘタル如ク民法ノ規定ニ依レハ原則トシテ申込ハ取消サレタル以上ハ其效力ヲ失フニ付テハ殊ニ此場合ニ於ケル取消ハ承諾ヲ受クルニ相當ナル期間ヲ經過スルヲ必要トスルノミナラス其期間經過後取消ヲ爲シタラズルモ仍ホ民法ハ承諾ニ付テハ發信主義取消ニ付テハ受信主義ヲ採リタル結果民法第九七條第五二六條參照其取消ノ通知カ既ニ承諾ノ通知ヲ發シタル後ニ相手方ニ到達シタルトキハ此取消ハ原則トシテ何等ノ效力ヲ生スルコトナクシテ契約ハ完全ニ成立スヘキナリ或特別ノ場合ニ付テハ民法第五百二十七條ヲ參照スヘシ此等ノ規定カ商取引ニモ仍ホ其適用アルモノトセハ一旦或者ニ對シテ申込ヲ爲シタル以上ハ容易ニ其目的物ヲ他ニ向テ處分シ得サルコトト爲リ商品ハ其相場ノ高低常チキモノタルヨリ之カ爲メニ終ニ商機ヲ逸スルカ如キ不都合アリ尤モ此不都合ヲ避ケンニハ特ニ承諾期間ヲ定メテ申込ヲ爲セハ敢テ不可ナキカ如シト雖モ民法第五二一條參照民事關係ナラハ格別取引ノ繁劇ナル商ノ實際ニ於テハ申込ヲ爲スノ際一一新ル鄭重ノ手續ヲ執ルヲ得ス否商略上

一定ノ期間ヲ定メテ申込ヲ爲スノ不得策ナル場合殊ニ多カルヘキナリ簡易迅速ニ事ヲ進捗シ得セシメンニ最モ此特別規定ノ必要ヲ感スルナリ承諾ハ對話者間ナレハ即時ニ之ヲ爲スノ必要アルモ本問ノ場合ニハ相當期間内ニ通知ヲ發スレハ足レリ此差別アル所以ハ隔地者間ニ在リテハ對話者相互ニ於ケル場合ト異ナリ被申込者ハ承諾ノ決定ヲ爲スニ付キ熟考若クハ或調査ヲ要スルコトアルモ直チニ申込者ニ相當ノ猶豫期間ヲ請求シテ承諾ヲ得ル能ハサル事情アルノミナラス時トシテハ被申込者ノ不在中ニ其申込ノ到達スルコトナキヲ保セス到底之ニ即答ヲ強フル能ハサルカ故ニ等シク取消ヲ要セスシテ申込ハ其效力ヲ失フトセルモ此場合ニハ特ニ承諾ノ通知ヲ發スルニ要スル相當ノ期間内ハ猶ホ申込ヲシテ其效力ヲ存セシメタルナリ如何ナル期間ヲ以テ相當ト認ムルカハ各場合ニ應シテ事實ニ依リ決スルノ外ナシ例ハ商品ノ注文ニ關スル申込ニ對シテハ其物品ノ發送ヲ以テ承諾ノ通知ニ代フルヲ例トスルカ故ニ其物品ノ荷造發送ニ要スル期間ヲ相當ノ期間ト爲シカ如シ此ノ如ク相當期間内ニ承諾ノ通知ヲ發セサルトキハ申込ハ其效力ヲ失フ

ヲ以テ若シ其期間經過ノ後ニ承諾ノ通知ヲ發シタル中ニ其承諾タルハ最早  
 之ニ對應スヘキ申込ノ存在ナキヨリ所謂承諾トシテ契約ヲ成立セシムヘキ效  
 力ヲ有スヘキニ非ス然レトモ最初申込ヲ爲シタル者ハ相手方致空シテ此期間  
 ヲ經過シタルハトテ必スシモ常ニ其契約ノ不成立ヲ便利トスルモノニ非シシ  
 テ却テ其成立ヲ希望スルコトアルヘキナリ斯ル場合ニ其契約ヲ成立セシムヘ  
 キ相當ノ方法ヲ講スルニ於テハ相手方ト雖モ其契約ヲ取結ハント欲スレバコ  
 ソ特ニ承諾ノ通知ヲ發シタルモノナレハ其成立ヲ望ムハ勿論ナルヘキヲ以テ  
 雙方ニ取リ極メテ便利ノコトナルヘシ其方法ニ二アリ一ハ申込者ヲシテ其延  
 發シタル承諾ヲ以テ延發セザリシモノト看做スコトヲ得セシムルト二ハ申込  
 者ニ於テ其承諾ヲ新ナル申込ト看做スコトヲ得セシムルト即チ是ナリ前者ハ  
 實際上頗ル穩當ナル方法ナルヘシト雖モ既ニ一且效力ヲ失ヒタル申込ニ對ス  
 ル承諾ニ因リテ契約ヲ成立セシムルカ如キハ理論上極メテ不穩當ナルヲ以テ  
 商法ハ後者ノ方法ヲ採用シ民法第五百二十三條ノ規定ヲ此場合ニ準用シタリ  
 (第二七〇條第二項即チ最初ノ申込者ハ其延發シタル承諾ヲ新ナル申込ト看做

シ得ルカ故ニ若シ契約ヲ成立セシメテ最初ノ意思ヲ違ケント欲セバ此新ナル  
 申込ニ對シ更ニ承諾ヲ通知ヲ發スヘキモノトス故ニ此場合ニ於ケル契約ノ成  
 立時期ハ最初ノ被申込者カ承諾ヲ通知ヲ發シタル時ニ非スシテ最初ノ申込者  
 カ此新ナル承諾ノ通知ヲ發シタル時ニ存スルナリ  
 (二) 承諾契約ハ申込ニ承諾ノ加ハルニ因リテ成立ス其承諾ヲ爲スト否トハ  
 固ヨリ被申込者ノ自由ニ決シ得ヘキ所ニシテ其申込カ自己ノ意ニ適セハ隔地  
 者間ナレハ相當ノ期間内ニ承諾ノ通知ヲ發スヘク若シ意ニ充タザレハ默シテ  
 之ニ答ヘザレハ足レリ特ニ承諾ノ通知ヲ與ヘザレハ商取引ノ申込ハ自然ニ其  
 效力ヲ失ヒ契約ハ不成立ニ終ルヘキコト前ニ述ヘタルカ如シ然レトモ此原則  
 ハ絕對ニ之ヲ主張スルコトヲ得ス當事者相互ノ關係ト申込ノ内容如何ニ依リ  
 テハ特ニ被申込者ニ諾否ヲ通知ヲ發スルノ義務ヲ負ハシメ其義務不履行ニ對  
 スル制裁トシテ契約ヲ成立セシムルノ必要ヲ成スルコトアリ商人カ平常取引  
 ヲ爲ス者ヨリ其營業ノ部類ニ屬スル契約ノ申込ヲ受ケタルトキハ即チ  
 其場合ニシテ法ハ此場合ニ其商人ニ遲滞ナク承諾ノ通知ヲ發スルノ義務ヲ負

ハシメ其發達ヲ怠リタルトキハ却テ申込ヲ承諾シタルモノト看做シ以テ其契約ヲ成立セシメタリ(第二七一條)元來申込ハ其性質毫モ相手方ヲ羈束スヘキ效力ヲ有スルモノニ非ス而シテ承諾モ亦明示タルト默示タルトヲ問ハ決異ニ角其意思カ表示セラルルニ非ズレハ決シテ成立スルコトナキナリ何トナレハ何人ト雖モ他人ノ行為ノミニ因リテ何等ノ義務ヲ負擔スヘキニ非ザルト共ニ自己カ何等ノ意思ヲ表示セザル所ニ意思ノ存在アリト強ヒラルヘキ理由ナケレハナリ(第二百七十一條)此二點ニ於テ一般ノ法理ニ反スル規定ヲ爲シ兼テ前條ノ場合即チ承諾ヲ通知ヲ發セザルトキニハ申込ハ效力ヲ失ヒ契約ハ成立セスト謂フ規定ニ對シテ例外ヲ爲シ居ルヲ蓋シ商人カ尋常取引ヲ爲ス者即チ得意先ヨリ其營業ノ都類ニ屬スル契約ノ申込例ハ商品ヲ注文若クハ賣込其他營業ニ關シ或契約締結ノ申込ヲ受ケタル場合ハ普通ノ場合ト大ニ其事情ヲ異ニシテ當事者間ニハ商人ニ取リテ最モ大切ナル取引先ト謂フ關係存シ居リ而モ其申込ノ内容ハ其營業ニ屬スル事項ナルヲ以テ商人ハ誠實ト信用トヲ以テ之ニ當ラザルヘカラス一般ノ慣例トシテモ遲滞ナク其申込ニ對シテ

諾否ヲ通知ヲ發スルヲ常トスルカ故ニ此特別ノ事由ト商業ノ實例トニ屬シ普通ノ法理ニ反シ斯ル場合ニ付キ特ニ被申込者ニ此義務ヲ負ハシメタルナリ而シテ此ノ如ク法規上一旦商人ニ此義務アリト決定シタル以上ハ商人カ其諾否ヲ通知ヲ發シタルトキハ之ニ依リテ契約ノ成否ヲ決定スヘク特別ニ問題ヲ生セスト雖モ其通知ヲ怠リタルトキハ取直サズ法律上ノ義務ヲ履行セザルモノナルカ故ニ之カ爲メニ其得意先ニ損害ヲ被ラシメタリトセハ民法不法行為ニ關スル規定ニ依リテ之カ賠償ノ責任アリト謂ハサルヘカラス民法第七〇九條參照然レトモ元來損害賠償ナルモノハ費用ト時日トヲ要シ殊ニ其損害額ノ評定困難ニシテ迅速ヲ要素トスル商事ニ適當ナル救済方法ニ非サルヲ以テ法ハ之ニ代アルニ一ノ便法ヲ以テシ此場合ニハ其申込ヲ承諾シタルモノト看做シテ契約ヲ成立セシメ以テ其損害ノ發生ヲ防キタリ是レ表示ナキ所ニ意思ノ存在ヲ認メストノ一般ノ原則ニ反シ此特別規定ヲ生レタル所以ナリ

(三) 物品保管ノ義務 申込ヲ爲スニハ其申込ノ内容ヲ明示スルコト必要ナリ被申込者ノ諾否ハ一ニ申込ノ内容如何ニ依リテ決定セラル故ニ申込カ物品ノ

賣込ニ係ルモノハ其物品ノ形状品質等ヲ明確ナラシムル爲メ申込ト共ニ其現  
 物ヲ被申込者ニ送付スルヲ便利トスルコトアリ申込ノ方法トシテ斯ル手段ヲ  
 取ルハ最モ適當ノ處置ナリ殊ニ商ノ實際ニ於テハ斯ル目的ニ出テテラ場合ニ  
 テモ同答ヲ待テテ事ヲ處理スルノ緩慢ヲ避ケ迅速ニ取引ヲ抄ラシメシカ爲メ  
 ニ被申込者ヲ信用シテ申込ト共ニ其目的物ヲ送致スルノ例多シ斯ル場合ニ於  
 テ被申込者ハ其申込ヲ拒絶シタリトセンカ其結果ハ如何ニ一般ノ法理ヨリ言ハ  
 ハ何人モ他人ノ行為ノミニ因リテ何等ノ義務ヲ負フヘキニ非サルヲ以テ被申  
 込者ハ敢テ其物ヲ返還シ若クハ之ヲ保管スルノ義務ナク申込者ハ其勝手ニ爲  
 シタル行為ニ因リテ生スル危險ニ付キ自ラ其責ニ任セサルヘカ然レドモ  
 此法理ヲ以テ商取引ヲモ規律スルニ於テハ商ノ要素タル迅速ヲ阻害シ商人ノ  
 信用ノ發達ヲ妨害スルノ不都合ヲ生スヘキナリ故ニ之ニ關シテ特別規定ヲ設  
 ケ商人ハ其營業ノ部類ニ屬スル契約ノ申込ト共ニ或物品ヲ受取リタルトキハ  
 其申込ヲ拒絶シタルトキト雖モ申込者ノ費用ヲ以テ其物品ヲ保管スルノ義務  
 アルモノトセリ(第二七二條前段之ヲ商人ニ限リタルハ商人ナレハハコソト般ノ

法理ニ反シテモ特ニ其信用ヲ發達セシムルカ爲メ此規定ノ必要ヲ生スルハナ  
 リ又其營業ノ部類ニ屬スル契約ノ申込ニ限リタルハ斯ル申込ハ概シテ被申込  
 者ノ承諾ニ遭遇スルヲ常トスルヲ以テ實際上斯ル申込ニハ物品ヲ併セ送ルニ  
 ト殊ニ頻繁ニ行ハルル所ナレハナリ保管ノ費用ヲ申込者ノ負擔ト爲シタルハ  
 當然ノ事理ニシテ別ニ説明ヲ要セス此保管ノ義務ハ此ノ如ク格段ナル事由ニ  
 基キ一般ノ法理ニ反シテ特ニ之ヲ認メタルモノナルヲ以テ之カ爲メニ被申込  
 者ニ現實ノ損害ヲ及ボスノ虞アル場合ニハ敢テ此義務ヲ強フヘキニ非ス故ニ  
 此義務ニ對シテ二箇ノ例外ヲ認メ物品ノ價額カ其費用ヲ償フニ足ラザルトキ  
 又ハ商人カ其保管ニ因リテ損害ヲ受クヘキトキハ之ヲ保管スルノ責任ナシト  
 モリ第二七二條但書保管ノ費用ハ申込者ニ於テ負擔スヘキト前記シタルカ  
 如シト雖モ若シ申込者ニ於テ其支拂ヲ爲サザルトキハ結局商人ハ其保管物ニ  
 付キ救済ヲ受クルノ外ナシ然ルニ其價額カ保管費用ヲ償フニ足ラズ且モ被  
 申込者ハ單ニ物品ノ送付ヲ受ケタルカ爲メ意外ノ損失ヲ被ルニ至ルヘキヲ以  
 テ此場合ニハ保管ノ義務ナシトセムルヲ之ヲ申込者ノ方面ヨリ觀察スルニ新

ル場合ニハ其物品ノ價額ヲ超過スル保管費用ヲ支辨セシヨリハ事口其物ヲ委  
 棄スルヲ利益トシキカ故ニ此規定ハ導口申込者ノ意思ニ合スルモノト謂フ  
 ヘキナリ又其保管ニ因リテ損害ヲ受タヘキトキヲモ例外トシタル所以ハ若シ  
 斯ル場合ニ於テモ尙ホ保管ノ義務アリトセハ一方ヲ保護セシカ爲メニ却テ他  
 方ノ保護ヲ缺クルニ至リ極メテ不公平ナル結果ヲ生スヘクレムナリ

第二 商事債權ノ效力ニ關スル特別規定トシテ茲ニ說明セシト  
 商行爲ニ因リテ生シタル債權ノ效力ニ關スル特別規定トシテ茲ニ說明セシト  
 スルハ利息及ヒ報酬ニ關スル規定ト雖定賠償額ニ關スルモノ並ニ多數當事者  
 ノ債權ニ關スル連帶規定ニ止メ尙ホ等シク債權ノ效力トシテ觀察シ得ヘキ履  
 行ニ關スル特別規定アレトモ是ハ債權ノ消滅スル方面ヨリ觀察シテ他日時放  
 ニ關スル規定ト共ニ說明スベシ

(一) 利息ニ之ニ關スル特別規定ハ法定利率ニ關スルモノト如何ナル場合ニ利  
 息ヲ請求シ得ヘキカニ關スルモノナリ

(二) 法定利率ニ關スル特別規定ハ當事者ノ特約ニ因ルカ又ハ法規ニ直接ノ結果ニ

因リテ或債權ニ利息ヲ生スルコトヲ定メ居ルモ未キ其利率ノ定カラザル場  
 合ニ適用セラルル利息ノ謂ナリ而シテ法定利率ハ民法ノ規定ニ依レバ年五分  
 ナルモ民法第四〇四條參照商法ニハ之ヲ年六分ト爲セリ即チ商行爲ニ因リテ  
 生シタル債權ニシテ利息ヲ生スヘキモノニ付キ別段ノ意思表示ナキトキハ年  
 六分ノ割合ヲ以テ之ヲ計算ス(第二七六條商事ハ民事ト異ナリ取引ノ繁劇ナル  
 ニ伴ヒ金錢ノ需要殊ニ頻繁ナルヲ以テ普通一般ノ利用方法ヨリ觀察シテ定メ  
 タル民法上ノ利率カ商事債權ニ適合セザルハ勿論ナリ如何ナル度合ニ  
 於テ其率ヲ高ムヘキヤハ多少攻策ヲ要スル問題ナリ然レトモ商法ハ各國立法  
 ノ多數カ商事上ノ法定利率ヲ民事上ノ法定利率ヨリ一分方高メ居ルノ例ニ倣  
 ヒ且法典調査會ノ諮問ニ對シテ各地ノ商業會議所ヨリモ年六分ヲ至當トスル  
 ノ答申アリタルヲ以テ終ニ此第二百七十六條ノ如キ規定ヲ見ルニ至リタリ

(ロ) 利息ヲ請求シ得ヘキ場合 民法ニ於テハ原則トシテ債權ニ利息ヲ生スル  
 コトナシ唯之ニ關シテ當事者カ特約ヲ爲スカ又ハ法律ニ特別規定ノ存スル場  
 合ニ限り利息ヲ生スルノミ然レトモ此ノ如キハ營利ヲ主眼トスル商行爲ニ適

切ヲラサル所アルヲ以テ商法ハ商事債權ニ付キ當然法定利率ヲ請求シ得ヘキニシテ此場合ニ於テハ貸主ハ其貸借ノ成立シタル日以後ノ法定利息ヲ請求スルコトヲ得第二七五條第一項商人ハ營業トシテ商行爲ヲ行フ者ナリ營業ト云フ中ニハ取引ノ頻繁ニ繰返ナルコトヲ營利ノ念カ其取引全體ヲ支配シ居ルコトノ觀念ヲ包含ス然レニ頻繁ニ取引ヲ行ハシムルハ資本ノ必要之ニ伴フヲ以テ其必要ナル資本ヲ他人ニ貸與スルハ商人ニ取リテ重大ナル事柄タルニ拘ハラズ斯ル場合ニモ尙ホ民法上ノ原則又之ニ適用シ其商人ハ相手方ニ對シテ報償ヲ請求スルコトヲ得スト爲スカ如キハ大ニ商人ノ行爲ト云フ觀念ニ副ハサルモノアリ其レモ相手方カ非商人ナレハ格別相手方モ等シク營利ヲ目的トスル商人ナルトキニハ其他人ノ資本ヲ自己ノ資本トシテ營利ノ用ニ供スルモノト認メ得ヘキヲ以テ之ニ對シテ報償ヲ支出スル責任ヲ負ハシムルハ當然ニシテ斯ル場合ニ其行爲ノ有償タルハ寧ロ當事者ノ豫期シタル所ナリト謂フヘキナリ是レ金錢ノ消費貸借ニハ當然利息ヲ附スルト共ニ其範圍ヲ特ニ當事者

雙方カ商人タル場合ニ限リタル所以ナリ茲ニ注意スヘキハ本條ハ命令規定ニ非サルコト是ナリ隨テ當事者カ特ニ利息ヲ拂ハサルコトヲ約シテ此適用ヲ免レ得ヘキハ勿論民法第九一條參照其利率モ必スシモ法定利率ニ限ラス取引ノ性質ニ依リテ定マリタル慣習上ノ利息アリテ當事者カ之ニ依ル意思アリタリト認メ得ヘキ場合ニハ其慣習上ノ利息ヲ請求シ得ヘキナリ民法第九二條其二三ハ商人カ其營業ノ範圍内ニ於テ他人ノ爲メニ金錢ノ立替ヲ爲シタルトキニシテ此場合ニ於テハ其商人ハ立替ノ日以後ノ法定利息ヲ請求スルコトヲ得第二七五條第二項民法ハ無利息ヲ原則トスルカ故ニ金錢ノ立替ヲ爲シタル場合ニ其利息ヲ請求シ得シムルハ先ツ債務者ニ對シテ履行ノ催告ヲ爲ササルヘカラス債務者ハ其履行ノ催告ヲ受ケタル以後ニ於テノミ損害賠償トシテ利息ヲ支拂フ責任ヲ負フニ過キス民法第四一二條第四一九條參照然レトモ商事關係ニ於テハ前陳セルカ如ク金錢ノ利用頻繁ナルヲ以テ斯ル場合ニ之ヲ無償ト爲スカ如キハ商行爲一般ノ觀念ニ反スルノミナラス殊ニ其營業ノ範圍内ニ於テ爲シタル金錢ノ立替ハ恰モ受任者カ委任事務ヲ處理スルニ當リテ必要ナル費用ヲ

支出シタル場合ト殆ト差別ナキヲ以テ民法カ後者ノ場合ニ於テ其費用ニ支出  
 ノ日以後ニ於ケル利息ヲ附シタルト等シク民法第六五〇條第一項參照商法ハ  
 此立替金ニ對シ立替ノ日以後ノ法定利息ヲ請求シ得セシメタルナリト云々  
 (二) 報酬 民法ニ於テハ他人ヲ爲メニ或法律行為ヲ爲シ又ハ勞務ニ服スル者  
 當事者間ニ特約ノ存セサル限ハ之ニ對シテ報酬ヲ請求シ得タル原則トス民  
 法第六四八條第一項第六五六條第六六五條參照然レトモ此原則ハ之ヲ商事ニ  
 適用シ得ヘキニ非サルヲ以テ之ニ關シテ特別規定ヲ設ケ商人カ其營業ノ範圍  
 内ニ於テ他人ノ爲メニ或行為ヲ爲シタルトキニハ特約ナキ場合ト雖モ當然相  
 當ノ報酬ヲ請求シ得ヘシト爲セリ第二七四條蓋シ商人カ資本ト努力トヲ費シ  
 以テ營業ヲ爲スハ其目的一ニ利益ヲ得ントスルニ在ルヲ以テ其營業ノ範圍内  
 ニ於ケル行為ニハ常ニ營利ノ觀念之ニ伴ヒ無償ニテ斯ル行為ヲ爲スカ如キハ  
 殆ト想像シ得ラレサル所ニシテ若シ之ニ對シテ報酬ヲ請求シ得ストセハ取引  
 ノ間滑ヲ妨タルノ結果ヲ生スヘケレハナリ  
 (三) 豫定賠償額 豫定賠償額トハ當事者カ特約ヲ以テ債務ノ不履行ニ付キ豫

メ定メタル損害賠償額ノ謂ニシテ民法ノ規定ニ依レハ此賠償額ヲ豫定ハ當事  
 者ニ於テ自由ニ其特約ヲ爲スコトヲ得ヘク之ニ對シテ裁判所ハ其豫定額ヲ增  
 減シ得タルヲ原則トス(民法第四二〇條參照然ルニ金錢債務ニ關シテハ明治十  
 年九月第六十六號布告利息制限法向ホ其效力ヲ有シテ此原則ニ對シテハ例  
 外ヲ爲シ居レリ即チ同法第五條ハ返還期限ヲ違フトキハ負債主ヨリ債主ニ對  
 シ若干ノ償金罰金違約金料料等ヲ差出スヘキコトヲ約定スルコトアルトモ概  
 シテ損害ノ補償ト看做シ裁判官ニ於テ該債主ノ事實受ケタル損害ノ補償ニ不  
 當ナリト思量スルトキハ之ニ相當ノ減少ヲ爲スコトヲ得下規定シ居レリ其趣  
 旨タルヤ借主ヲ保護センカ爲メ利息ニ一定ノ制限ヲ附シタルヨリ此等ノ名義  
 ニ依リテ其制限ヲ超過スルコトナカラシメシカ爲メ設ケタルモノナリ此規定  
 タルヤ民事關係ニ於テモ契約ノ自由意思ヲ重スル今日ニ於テ其效力ヲ保有セ  
 シムルハ不當ナルハ夙ニ識者ノ批難スル所ナリ況ヤ商事關係ニ於テヤ金錢  
 ノ需要ヲ感スル特ニ著シキ商事ニ此規定ヲ適用セシトスルハ如キハ借主ヲ保  
 護セシトシテ却テ之カ爲メニ借主ニ意外ノ迷惑ヲ感セシムルカ爲メ其

自由意思ニ放任スルヲ以テ商ノ觀念ニ適合スルモノト認メ商法施行法第百七條ハ此規定ヲ商事ノ區域ヨリ除外シタリ而シテ此規定ヲ特ニ施行法ニ置キタル所以ハ深キ意味アルニ非ス立法者ハ現今ノ世情ニ照シテ利息制限法ハ早晩廢止セラレヘキモノト認メタルニ外テラザルナリ

(四) 債務ノ連帶ニ民法ニ於テハ債務者數人アル場合ニハ各債務者ハ平等ノ割合ヲ以テ其債務ヲ負擔スヘク即チ債務ハ其頭數ニ應シテ被ルルヲ原則トシ連帶責任ヲ負ハシメシムニハ特ニ當事者間ニ別段ノ意思表示アルヲ要ス民法第百二十七條第四三二條參照然ルニ商法ハ之ニ全ク反對ノ原則ヲ採用シ其第二百七十三條ニ於テ數人カ其一人又ハ全員ノ爲メニ商行為タル行為ニ因リテ債務ヲ負擔シタルトキハ其債務ハ各自連帶シテ之ヲ負擔スト規定シ連帶責任ヲ免レテ之ヲ分擔的ノモノトセシムニ却テ特ニ反對ノ意思ヲ表示スルヲ必要トセリ蓋シ商取引ハ信用ヲ基礎トシテ成立ス然ルニ當事者ノ多數ナル場合ニ若シ債務カ其頭數ニ應シテ被ルルトモハ債權者ハ其債務者ノ各自ニ付キ信用ヲ確實ナルヤ否ヤヲ調査スルカ若シハ其連帶ニ付キ特約ヲ爲スカフ必要ヲ感スル

新編

トアルヘク此ノ如キハ敏活ヲ要素トスル商取引ニ行ハレ得ヘキニ非サルハ勿論或ハ之カ爲メニ契約ノ締結ヲ躊躇セシムルヲ結果ヲ生シテ却テ當事者雙方ノ不便ヲ來スコトナシトセス故ニ此規定ハ實ニ商取引ヲ安全ナラシムルヲナラス當事者雙方ニ便宜ヲ與フルモノト謂フヘキナリ

此連帶責任ノ原則ハ保證債務ニモ其適用アリ民法ニ於テハ保證人ハ債權者トノ關係ニ於テ三箇ノ利益ヲ有ス即チ後訴ノ利益トチ債權者ヨリ請求ヲ受ケタルトキハ保證人ハ先ツ主タル債務者ニ催告ヲ爲スヘキ旨ヲ請求スルコトヲ得ヘク(民法第四五二條參照)又檢索ノ利益トチ債權者カ主タル債務者ニ催告ヲ爲シテ其履行ヲ受ケタルトキト雖モ尙ホ保證人ハ主タル債務者ニ辨濟ヲ資力アリテ且其履行ノ容易ナルコトヲ證明シテ先ツ主タル債務者ノ財産ニ付キ執行ヲ爲スコトヲ請求シ得ヘク(民法第四五三條參照)又分別ノ利益トチ保證人ハ多數ナル場合ニハ各保證人ハ平等ノ割合ニ於テ其債務ヲ履行スルヲ以テ足レトスルモ民法第四五六條第四二七條參照此ノ如キハ前條ニ於テ商取引ノ信用ヲ保護シ其安全ヲ圖ル所以ニ非サルヲ以テ商法ハ之ニ對シテ例外ヲ設クテ主



タル債務カ主たる債務者ヲ爲シテ商行爲タル行爲ニ因リ發生シ得ルカ又ハ手形保證ノ如ク保證其ク自身商行爲タル其何レノ場合ニ於テモ保證人ト主たる債務者トヲシテ連帶シテ其債務ヲ負擔セシメ而シテ其債務ハ庄タル債務者ト保證人トカ時ト處トヲ同シクシテ之ヲ負擔シタルト將タ又各別ノ行爲ヲ以テ之ヲ負擔シタルトヲ問ハス均シク連帶責任アルモノト爲セ且第二七三條第二項圖テ商行上ノ保證人ハ民事上ノ保證人ト異ナリ後訴テ利益檢索ヲ利益及ヒ分別ノ利益ヲ主張スルコトヲ得シテ債權者ノ請求ニ從ヒ直チ全部又ハ一部ノ履行ヲ爲ササルヘカラス云々

第三節 商事債權ノ讓渡ニ關シテ總則ニ特別規定アルハ金錢其他ノ物ヲ給付ヲ目的トスル指圖債權ノ讓渡ニ關スル第二百八十二條ノ一節條アルノミ元來債權ノ讓渡ハ今日ニ於テハ一般ニ法ノ認ム所ニシテ甲ヨリ乙ニ乙ヨリ丙ト云フカ如ク之ヲ順次ニ移轉シ得ルハ勿論ナリ雖モ普通債權ニ在リテハ特許債權者ニ對シテ其讓渡又通知スル者若ク之ニ付キ債務者ノ承諾を得ルカ手續ヲ要

シ其手續ヲ爲ササルトキハ其讓渡ヲ以テ債務者其他ノ第三者ニ對抗シ得サルノ結果ヲ生ス民法第四六七條參照然ルニ商事ニ在リテハ金錢又ハ商品ノ運用殊ニ頻繁ナルヲ以テ其給付ヲ目的トスル債權ノ履行ヲ見サル間ニ之ヲ他ニ移轉シテ對價ヲ得ルノ必要ヲ感スルコト多シ隨テ債權ノ轉讓カ頻繁ニ行ハルルハ到底民事ニ於ケルト比スベクモ非ス容易ニ迅速ニ其移轉ヲ爲シ得ルコト云フコトハ商事ニ最モ必要ナル事柄ナリ此必要アルカ爲メ商行上ノ實際ニ於テハ殊ニ無記名債權指圖債權カ盛ニ歡迎セラレルナリ蓋シ無記名債權及ヒ指圖債權ハ指名債權ト異ナリ前記ノ手續ヲ要スルコトナク極ク容易ニ且完全ニ其讓渡ヲ爲シ得ヘケレハナリ即チ無記名債權ハ其證券ノ所持人即チ權利者ナルヲ以テ其讓渡ハ證券ヲ交付スルノミニテ之ヲ完結スルコトヲ得ヘク又指圖債權ハ其名ノ示スカ如ク指圖式即チ何某又ハ其指圖人ノ請求ニ應スヘク皆ノ形式ヲ具フルモノナルヲ以テ其讓渡ニハ證券ニ指圖人ヲ定メタル上ニ於テ之ヲ交付スルノ必要アルモ其他ニ何等ノ手續ヲ要セザルナリ此ノ如ク無記名債權ハ證券ヲ交付スルノミニテ其讓渡ヲ爲シ得ルカ故ニ之ニ付キ特別段ノ規定ヲ要

モスト雖モ指圖債權ハ其讓渡ヲ爲スニハ證券ニ一定ノ人ヲ指示スルハ必要アリ是レ所謂裏書ニシテ此裏書ノ必要アルカ故ニ之ニ關シテ左ノ特別規定アリ

裏書ニハ一定ノ方式アリ其方式ヨリ區別スレバ裏書ハ之ヲ二種ト爲スニトモ得即チ其一ハ指定裏書ニシテ裏書人ハ裏書ヲ爲スニ當リ被裏書人ヲ指定スル場合ヲ謂ヒ所謂正式ノ裏書ナルモノ是ナリ此種ノ裏書ヲ爲スニハ裏書人ハ指圖證券又ハ其原本若クハ補箋ニ被裏書人ノ氏名又ハ商號ト裏書ノ年月日トヲ記載シ裏書人之ニ署名セラルヘカラス此記載ハ裏書ノ成立ニ必要ナル條件ニシテ其一ヲ缺クモ爲スニ裏書讓渡ノ效果ヲ生セス(第二八二條第四五七條第一項)其二ハ白地裏書ニシテ被裏書人ヲ指定セラル略式ノ裏書ナリ即チ裏書人ノ署名ノミニテ爲ス裏書ナリ署名ノミト謂フモ敢テ裏書ノ日附ヲ辨スルニ非ス白地裏書トハ唯被裏書人ノ氏名ノミカ空白ナルヲ謂フニ過キスト解スヘシ此種ノ裏書ハ指定裏書ト異ナリ單ニ裏書人ノ署名ヲモテ要件ト爲スニ止マルカ故ニ裏書ノ手數ヲ省クト共ニ此方法ニ依リテ裏書セラレタル證券ノ所持人ハ爾後裏書ヲ爲スノ必要ナク唯證券ヲ引渡スルニモ之ヲ流通シ得ルハ便利アリ

リ(第二八二條第四五七條第二項)

白地裏書アリタル以後ノ指圖證券ハ引渡ノミヨリ使テ之ヲ讓渡シ得ルキヲ以テ無記名債券ト其流通ノ作用ヲ均シクス然レトモ無記名證券ハ最初ヨリ無記名式ノ運命ヲ具ヘテ發行セラレタルモノナルヲ以テ性質上絕對ニ無記名式ナルヲ要シ其流通ノ中途ニ於テ誰ニ之ヲ記名式ニ變シ其讓渡ニ裏書ヲ要スヘキモノト爲スト得スト雖モ此白地裏書證券ニ在リテハ其白地裏書人ハ發行者ノ如ク其證券全體ノ運命ヲ左右シ得ヘキモノニ非サルカ故ニ最初指圖式ニテ發行セラレタル證券ヲ變シテ以後絕對ニ無記名式ノモノト爲スノ權能ヲ有セス其無記名裏書ヲ爲シ得ルハ唯商ハ便宜ニ伴フテ之ヲ認メタルニ過キサルヲ以テ其後ノ所持人カ再ヒ之ヲ記名式ニ變セシト欲スルトキニハ敢テ之ヲ禁スニキリナシ故ニ所持人ヲシテ何時ニテモ隨意ニ自己ヲ其被裏書人ト爲スコトヲ得セシメタリ(第二八二條第四六一條)此規定ハ實際ニ最も其必要ヲ成ルルナリ白地裏書後ノ證券ニ在リテハ後ニ說明スルカ如ク其權利ノ移轉ハ單ニ其證券カ第三者ノ占有ニ歸スルヲ以テ足レザトスルカ故ニ其前發證券紛失等ノ不幸

ニ遭遇セシカ再ヒ之ヲ回收シ得ズルノ結果ヲ生シ殊ニ大ナル危険ヲ存スル者  
 ノナリ然ルニ所持人カ自己ニ其被裏書人ト記入シ得ルニ於テハ無記名式ヲ再  
 ヒ記名式ト爲リ其所持人ノ裏書アルニ非ズルハ何カモ其證券ヲ利用シ得ズル  
 ヲ以テ此危険ヲ防クニ最モ大ナル利益アリトナリ其被裏書人ノ被裏書人  
 指圖證券ハ裏書ニ依リテ移轉セラルル而シテ裏書ノ度數カ重ルトキニハ其裏書  
 ハ連續シ居ルコトヲ要ス裏書ハ連續トハ最初ノ債權者ヨリ最終ノ裏書人ニ至  
 ルマテ裏書ノ順序ニ間斷ナキコトヲ謂ヒ其裏書カ連續スルニ非ズルハ所持人  
 ハ其權利ヲ行フコトヲ得ス(第二八二條第四六四條)蓋シ裏書ニ間斷アル場合ニ  
 ハ其證券ノ所持人ハ果シテ權利者ナルヤ否ヤニ付テ甚名疑ハキモ亦ア所  
 ミナラス此ノ如キ流通證券ニ在リテハ其證券ノ信用ヲ確實ニシテ流通ス容  
 ナラシムルカ爲メ總テ形式ニ依リテ其權利ノ存否ヲ決定スルノ必要アルヲ以  
 テ其實事ノ如何ヲ問ハス形式上順序ヲ逐テテ讓渡ヲ爲シ得ルヲ認メ得ヘキ然  
 ニハ其所持人ヲ真正ノ權利者ナラト認ムベト同時ニ若シ形式上其順序ニ間斷  
 アルトキハ其權利ヲ行フコトヲ得ストセルナリ

裏書ノ連續ハ指定裏書ニ關スル問題ナリ自地裏書以後讓渡引渡ヲ依  
 リテ轉讓セラルル故ニ讓渡人ニ證券面ニ現ハルコトヲ隨テ此問題ヲ生  
 スルコトナシ尤モ若シ所持人カ前述タル如ク自己ヲ被裏書人トシテ記入シ  
 タルトキニハ以後ハ裏書ヲ要スルコトト爲ルナリ然レトモ此記入ヲ爲スト否  
 トハ所持人ノ自由ナルヲ以テ所持人ハ其記入ヲ爲サズシテ直チニ裏書ヲ爲ス  
 モ差支ナシ斯ル場合ニ於テハ裏書ニ間斷ヲ生スヘキヲ以テ被裏書人タル所持  
 人ハ其權利ヲ主張シ得ルヤ否ヤノ疑問ヲ生ス故ニ法ハ特ニ一ノ規定ヲ設ケ斯  
 ル場合ニ於テハ法律上裏書ノ連續アリト看做シテ完全ニ其所持人ノ權利ヲ認  
 メタリ(第二八二條第四六四條)但書

指圖證券ヲ惡意又ハ重大ナル過失ナクシテ取得シタル者ハ何人ヨリモ返還ヲ  
 請求セラルルコトヲ完全ニ其權利ヲ行使スルニ得例ハ竊取セラルル又  
 ハ紛失若クハ遺失ニシテハ證券ヲ其竊取者又ハ拾得者ヨリ取得スルコトヲ  
 ルモ其取得ヲ當時其證券ニ此等ノ缺點カ附著スルコトヲ知ラス又ハ之ヲ知ラ  
 サルコトニ付テ重大ナル過失ナキ以上ハ其真正ノ所持人ヨリ返還ヲ請求セズ

ルコトアルモ其返還ヲ爲スコトヲ要セズ(第二八三條)第四四一條參照蓋シ指  
圖證券ハ其名ヲ示シカ如ク流通ヲ主眼トシテ發行セラルルモノナルカ故ニ正  
當ノ方法ニ依リ善意ニ其證券ヲ取得シタルニ拘ヘラス他日他人ヨリ其返還ヲ  
請求セラレ之ニ應ゼザルニカ及ビテモ一般ノ指圖證券ニ對スル信用ニ缺乏  
ヲ來シ爲メニ其本來ノ目的タル流通ヲ阻害スルノ不都合ヲ生スヘケレバナリ

第四 商事債務ノ消滅(四四四條)

債務ノ消滅原因ニハ種種アリト雖モ茲ニ說明セントスルニ辨濟ニ關スルモノ  
ト時效ニ關スルモノトニシテ他ハ民法ノ講義ニ讓ラン(一) 時效ニ關スルモノ  
一 辨濟之ニ關シテ特別規定アルハ其場所及ヒ時期時間ニ關スルモノト指  
圖證券又ハ無記名證券ヲ喪失セル場合ニ如何ニシテ其辨濟ヲ爲サシムルヤ  
ニ關スルモノトアルヲモ要スルモノト認メテ然レバ其辨濟ノ手續ハ其  
(イ) 辨濟ノ場所及ヒ時期等當事者間ニ特約アレハ之ニ從ヒ然ラサルモ行  
爲ノ性質ヨリ其場所カ定メ居アルトキハ之ニ依ルヘキハ勿論ニシテ唯別段  
ノ意思表示ナク又其行爲ヨリ固ニ定メ場所ヲ推測シ得ル場合ニ問題ヲ柱

スルナリ尤モ斯ル場合ト雖モ商慣習ノ存スルアリテ當事者力之ニ依ル意思  
ヲ有セルモノト認メ得ヘキトキハ之ニ依リテ其場所ヲ定ムヘク(民法第九二  
條參照)然ラサル場合ニ始メテ商法ノ規定ヲ適用スルノ必要ヲ生ス而シテ商  
法ハ民法第四百八十一條ノ規定ニ多少ノ變更ヲ加ヘ且其是ラサル所ヲ補充  
シ居レリ即チ先ツ(第一)ニ特定物ノ引渡ヲ目的トスル債務ニ關シテ民法ニハ  
債權發生ノ當時其物ノ存在セシ場所トアルヲ商法ハ行爲ノ當時其物ノ存在  
セシ場所ニ於テ辨濟スヘント爲セリ債權發生ノ當時ト云ヒ行爲ノ當時ト云  
フモ通常ノ場合ニ於テハ法律行爲ノ成立ト債權ノ發生トハ相伴フヘキヲ以  
テ別ニ其結果ヲ異ニセザルヘシト雖モ停止條件附法律行爲ノ場合ニ於テハ  
予置ノ信スル所ニ依レハ其行爲ヨリ生スル債權ハ一種特別ナル債權タルヲ  
止マリ其行爲ノ目的タル債權即チ當事者カ豫期スル所ノ權利ハ條件ノ成就  
シタル時ニ始メテ發生スルモノナルヲ以テ此場合ニハ行爲ノ成立ト行爲ノ  
目的タル債權ノ發生トハ其時期ヲ異ニスヘキカ故ニ民法ト商法トノ規定ヲ  
差別ヲ生スルナリ(第二)ニ其他ノ債務ノ辨濟ニ關シテハ民法ニ債權者ノ現時

ノ住所トアルヲ商法ハ之ニ營業所ヲ加ヘ債權者ノ現時ノ營業所若シ營業所ナ  
 キトキハ其住所ニ於テ之ヲ爲スコトヲ要ストセリ蓋シ商人ニハ萬般ノ商取  
 引ヲ處理スルカ爲メ特ニ設ケラレタル營業所ノ存在スルヲ常トシ住所カ  
 各人ノ生活ノ本據ナルカ如ク其營業所ハ營業ノ本據ナルヲ以テ本法ハ必ス  
 先ツ其營業所ニ於テ辨濟ヲ爲スヘキモノト爲シ商人ニシテ特ニ設ケタル營  
 業所ナキカ又ハ其關係者カ非商人ナル場合ニハ其住所ニ於テ之ヲ爲スヘキ  
 モノトシタルナリ(第二七八條第一項(第三)ハ民法ニ相當ノ規定ヲ缺キタルモ  
 リ商法カ特ニ之ヲ補充シタルモノニシテ即チ指圖債權無記名債權及ヒ民法  
 第四百七十一條ニ規定セル債權ノ辨濟ノ場所ニ關スルモノナリ此三種ノ債  
 權ハ普通ノ債權ト異ナリ其讓渡ヲ爲スニハ債務者ニ之ヲ通知シ若クハ其承  
 諾ヲ得ルノ必要ナク裏書交付ニ依リ又ハ單ニ交付ノミニ依リテ自由ニ其移  
 轉ヲ爲シ得ルモノナルヲ以テ其債權カ何人ノ手ニ歸屬シタルヤハ到底債務  
 者ノ知り得ヘキ所ニ非ス隨テ普通ノ場合ニ於テハ債權者ノ營業所又ハ住所  
 ニ於テ辨濟ヲ爲スヘキモノトスルモ其原則ヲ此場合ニ適用セントスルハ不

能ノ事柄タリ故ニ此三種ノ債權ノ辨濟ハ債務者ノ現時ノ營業所若シ營業所  
 ナキトキハ其住所ニ於テ之ヲ爲スコトヲ要ストセリ(第二七八條第一項)  
 此ノ如ク商行為ニ因リテ生シタル債務ノ辨濟ハ住所ニ先テ營業所ニ就テ之  
 ヲ爲スコトヲ要ス然レトモ營業所ハ一箇ニ限ラス本店ト數箇ノ支店トカ併  
 存スルコトアリ斯ル場合ニハ孰レノ營業所ニ於テ辨濟スヘキヤノ問題ヲ生  
 ス之ニ對シテ法ハ當事者ノ意思ヲ推測シ支店ニ於テ爲シタル取引ニ付テハ  
 其支店ヲ以テ辨濟ノ場所ト看做シタリ(第二七八條第三項)  
 (ロ) 辨濟ノ時期時間 債務ノ辨濟ハ如何ナル時期ニ於テ爲スヘキヤ換言ス  
 レハ債務者ハ如何ナル時期ニ辨濟ヲ爲サザレハ遲滞ノ責ニ任スルヤノ問題  
 ニ關シテハ民法ニ第四百十二條ノ規定アリ辨濟ノ時期ニハ確定期限アリ不  
 確定期限アリ又ハ全ク其期限ノ定ナキモノアリ債務者ハ期限ノ定ナキ場合  
 ニハ債權者ヨリ請求ヲ受ケタルトキニ辨濟ヲ爲セハ足レリト雖モ條件附債  
 務ハ條件成就ノ時ヨリ發生シテ期限ノ定ナキ債務ト爲ルカ故ニ之ト同一ノ  
 結果ヲ生ス)不確定期限即チ其時期ノ到來スルコトハ確定スルモ何時到來ス

ルヤカ確定セザル場合ニハ其期限ノ到來シタルコトヲ知リタルトキ又確定期限ノ場合ニハ其期限ノ到來シタルトキ直チニ其辨濟ヲ爲スコトヲ要シ然ラサレハ其時ヨリ遲滞ノ責ニ任スルヲ原則トス然レトモ此原則ハ指圖債權無記名債權及ヒ民法第四百七十二條ニ規定シタル債權ニハ之ヲ適用シ得ヘキニ非ス何トナレニ前述シタル如ク此等ノ債權ニ在リテハ債務者ハ其債權者ノ誰タルヤヲ知り得サルモノナルヲ以テ期限到來スルモ又ハ期限ノ到來シタルコトヲ知ルモ其履行ヲ爲スニ由ナク而モ尙ホ其履行ヲ爲サザルカ爲メ直チニ遲滞ノ責ニ任スヘシトスルカ如キハ全ク不能ヲ強フルモノナレハナリ故ニ此等ノ債權ニ付テハ其履行ニ付キ期限ノ定アルトキト雖モ債務者ハ其期限カ到來シタル後所持人ヨリ其證券ヲ呈示シテ請求アリタルトキニ辨濟ヲ爲セハ足り即チ其請求ヲ受ケタル時ヨリ遲滞ノ責ニ任スト爲シタリ

(第二七九條第二八〇條)

此ノ如ク債務者ハ遲滞ノ責任ヲ免レンニハ或日限ニ其辨濟ヲ爲スコトヲ要シ又債權者ハ債務者ヲシテ遲滞ノ責ニ任セレンニハ或場合ニ於テハ特ニ

履行ノ請求ヲ爲ササルヘカラス然ラハ或日限ニ其履行ヲ爲シ又ハ其履行ノ請求ヲ爲スニハ如何ナル時間内ニ於テスルコトヲ要スルヤ民事上ノ債務ニ付テハ其時間ニ付キ法律上一定ノ制限ナシト雖モ商事ニハ特別規定アリテ商事債務ノ履行又ハ其請求ハ法令又ハ慣習ニ依リ取引時間ノ定アルトキハ其取引時間内ニ於テスルヲ必要トセリ(第二八三條換言セハ現實ノ一日ハ午前零時ニ始マリ午後十二時ニ終ルト雖モ取引時間ノ定アルトキハ其取引時間ノミカ商事債務ノ履行又ハ其請求ニ付テノ一日ノ全時間ト看做サレ其時間ノ前又ハ後ニ於テハ債權者ハ強ヒテ履行ヲ受ケルニ及ハス債務者ハ其請求ニ應スルヲ要セザルナリ隨テ其時間内ニ履行ヲ爲シ又ハ請求ヲ爲シテコソ始メテ債務者ハ不履行ノ責任ヲ免レ債權者ハ債務者ヲシテ遲滞ノ責ニ任セシムルコトヲ得ルナリ蓋シ商人ニハ慣習上一定ノ營業時間アリ殊ニ銀行其他ノ會社ニハ法令上又ハ慣習上一定ノ取引時間アリテ其時間外ニ在リテハ履行ヲ受ケ又ハ其請求ニ應セントスルモ之ニ任スル役員在ラサルヲ常トスレハナリ銀行條例第六條參照)

(ハ) 指圖證券及ヒ無記名證券喪失ノ場合ニ於ケル辨濟ニ關スル特別規定  
 金錢又ハ物ノ給付ヲ目的トスル指圖證券又ハ無記名證券ハ其權利ノ移轉執  
 行ニ證券ノ占有ヲ必要トスル有價證券ナリ故ニ之ヲ喪失シタルトキハ其權  
 利ヲ行使スルコトヲ得サルヲ原則トス然レトモ證券ハ權利ノ存在ヲ證明ス  
 ルノ具ニシテ其證券ノ喪失ハ無論權利ノ消滅ニ非サルヲ以テ或手續ヲ爲ス  
 ニ於テハ證券ナクトモ其權利ヲ行使シ得ルノ途アリキニ非ス其手續ハ民法施  
 行法第五十七條ニ基キ公示催告ノ申立ヲ爲シ民事訴訟法第七編ノ手續ニ依  
 リ除權判決ノ宣告ヲ得テ其證券ヲ無効ト爲スニ在リ公示催告ノ何タルヤハ  
 茲ニ之ヲ詳述スルコトヲ得スト雖モ要スルニ一定ノ期間ヲ限リテ公示催告  
 ヲ爲シ其期間内ニ請求又ハ權利ノ届出ヲ爲サシムルモノナリ蓋シ指圖證券  
 ニ在リテハ其善意ノ取得者ハ完全ニ其權利ヲ取得スヘク何人ト雖モ之ニ對  
 シテ其返還ヲ請求シ得サルコト嘗テ述ヘタル如クシテ第二八二條第四四一  
 條又無記名債權ハ民法第八十六條ニ依リ動產ト看做サルルノ結果民法ノ動  
 產ニ關スル第九十二條即チ即時時効ノ規定適用セラレ善意ノ取得者ハ完

全ニ其權利ヲ行使スルコトヲ得ヘキヲ以テ此種ノ證券ヲ喪失シタル場合ニ  
 ハ先ツ他ニ其權利ヲ行使シ得ヘキ者ノ生シタルヤ否ヤヲ確ムルノ必要アリ  
 是レ斯ル場合ニハ先ツ公示催告ノ手續ヲ爲シ除權判決ノ宣告ニ依リテ其證  
 券ヲ無効ト確定シタル後ニ非サレハ其喪失者ヲシテ權利ヲ行フコトヲ得テ  
 ラシムル所以ナリ然レトモ此手續ヲ完了スルニハ多クノ時日ヲ要スルヲ以  
 テ其間ニハ或ハ債務者カ其目的物ヲ處分シ遂ニ債權者ヲシテ其履行ヲ完ツ  
 スルコト能ハサラシムルノ虞ナキニ非ス殊ニ行為ノ澁滯ハ商事上最モ苦痛  
 ヲ感スル所ナルヲ以テ之ニ一ノ特別規定ヲ爲シ斯ル場合ニ公示催告ノ申立  
 ヲ爲シタルトキハ債務者ヲシテ其債務ノ目的物ヲ供託セシムルカ又ハ相當  
 ノ擔保ヲ供スルニ於テハ其證券ノ趣旨ニ從ヒ履行ヲ爲サシムルコトヲ得ト  
 爲シタリ(第二八一條)廣ク擔保ト謂フカ故ニ對人擔保タルト物上擔保タルト  
 ヲ問ハスト雖モ保證人ノ信用並ニ擔保物ノ價格カ果シテ其辨濟ニ相當スル  
 ヤ否ヤハ事實ニ依リテ決スルノ外ナク爭アレハ裁判所ノ判定ニ依ルヘキモ  
 ノトス

本條ノ規定ハ施行法第百二十條ノ規定ニ依リ商法施行前ニ發行シタル指圖證券及ヒ無記名證券ニモ適用セラレルナリ

二 時效

民法ニ於テハ特別ノ場合ヲ除キ債權ハ普通十箇年之間之ヲ行ハサルトキハ時効ニ因リテ消滅ス(民法第一六七條參照然ルニ商法ハ商事債權ノ消滅時効ニ付キ其期間ヲ半減シテ五箇年ト爲セリ(第二八五條前段蓋シ商事ハ行動ノ敏捷ヲ主トスルヲ以テ其取引關係ノ結了ヲ告クルモ亦甚タ速ナルヲ常トスルカ故ニ此實際ノ狀況ニ順ミ早ク權利義務ノ關係ヲ確定シテ商取引ノ安全ヲ保護セントスルニ在リ殊ニ自己ノ權利ヲ等閑ニ付シテ五箇年ノ長キ間其行使ヲ爲ササルカ如キハ商取引ニ從事スル者ノ身ニ取リテハ怠慢ノ最モ甚シキモノナレハ之ニ對シテ斯ル規定ヲ爲スモ敢テ酷ニ失スト謂フヲ得サレハナリ而シテ民事債權ノ時効ニ特別期間ノ存スルカ如ク商事債權ニモ此五箇年ニ對シテ特種ノ債權ニ關シ特別ノ事由ニ基ク特別期間アリ例ヘハ運送取扱ニ關スル第三百二十八條及ヒ第三百二十九條海陸運送ニ關スル第三百四十九條第五百七十五條第五

百八十九條第六百十八條第六百十九條第六百三十九條及ヒ第六百五十一條寄託ニ關スル第三百五十六條倉庫寄託ニ關スル第三百七十四條及ヒ第三百八十三條保險ニ關スル第四百十七條第四百三十三條及ヒ第六百五十三條手形ニ關スル第四百四十三條ノ規定ニ依ル特別期間ニシテ手形ニ關スル場合ヲ除キ他ハ皆一箇年間ナリ此等ハ本條ニ所謂商法ニ別段ノ定アル場合ナリト雖モ尙ホ商法以外ノ法令ニシテ本條ノ原則ヨリモ短キ時効期間ヲ定ムルモノアリ民法第百七十條乃至第百七十四條ノ規定ノ如キ即チ是ナリ斯ル規定ノ存スル場合ニハ之ニ從フヘキモノトス(第二八五條但書蓋シ本條ヲ設ケタル所以ハ畢竟商事債權ヲシテ可及的速ニ確定セシメントスルニ在ルヲ以テ他ノ法令ニ之ヨリ短キ期間ノ定アル場合ニモ尙ホ本條ニ依ラシムルカ如キハ全ク其根本ノ趣旨ニ反スル結果ヲ生スヘケレハナリ

第二款 物權ニ關スル規定

物權ニ付キ本法ニ特別規定アルハ商事債權ノ擔保權ニ關スルモノニシテ而モ



唯留置權ノ成立要素ニ關シ流質契約ノ效力ニ關シテ各一條アルノミ

第一 留置權

民法第二百九十五條ハ留置權ノ定義ヲ揭ケ他人ノ物ノ占有者カ其物ニ關シテ生シタル債權ヲ有スルトキハ其債權ノ辨濟ヲ受ケルマテ其物ヲ留置スルコトヲ得但其債權カ辨濟期ニ在ラサルトキハ此限ニ在ラスト爲シ其占有カ不法行爲ニ因リテ始マリタルトキハ留置權ナシトセリ今其成立要件ヲ舉ケレハ(一)債權者カ他人ノ物ヲ占有スルコト(二)其占有カ不法行爲ニ因リテ始マリタルモノニ非ナルコト(三)擔保セラルル債權カ其占有物ニ關シテ生シタルモノナルコト(四)債權カ辨濟期ニ在ルコト即チ是ナリ然ルニ商法ハ商事上ノ留置權ニ關シテ第二百八十四條ニ特別ノ規定ヲ爲シ居レリ左ニ其要素ヲ分析シ且之ヲ右ニ舉ケタル民法上ノ留置權ノ要素ト比較シテ説明スヘシ

(一) 債權者カ債務者ノ所有物ヲ占有スルコト 民法カ廣ク他人ノ物ト規定シテ必スシモ債務者ノ所有物タルコトヲ必要トセサルニ反シ茲ニ狹ク債務者ノ所有物ト制限シタルハ蓋シ民法上ノ留置權ハ擔保セラルル債權ノ範圍カ其占

有物ニ關シテ生シタルモノニ限ラルルカ故ニ占有物ノ修繕費用等ノ如ク多クノ場合ニ於テハ其債權ノ發生ニ因リテ利益ヲ受ケル者ハ眞ノ所有者ニシテ隨テ結局其債務ヲ履行スヘキ地位ニ立ツ者ハ債務者ヨリハ寧ロ眞ノ所有者ナルヘキヲ以テ若シ其物カ債務者以外ノ者ノ所有ニ屬ストスルモ仍ホ之ニ對シテ留置權ヲ認ムルノ理由存スト雖モ商事上ノ留置權ハ次ニ説明スルカ如ク擔保セラルル債權ノ範圍廣ク其債權ト留置スヘキ物トノ間ニハ牽連ヲ必要トセサルヲ以テ民法ノ如ク廣ク債務者以外ノ者ノ所有物ニマテ留置權ヲ認ムルニ由ナケレハナリ

(二) 其占有ハ債權者カ債務者トノ間ニ於ケル商行為ニ因リテ得タルモノナルコト 商事上ノ留置權ニ係リ且民法ニ比シ其範圍極メテ大ナル權利ナルヲ以テ其留置スヘキ物カ當事者間ノ商行為ニ因リテ債權者ノ占有ニ歸シタルコトヲ必要トシ商行為ニ基カサル場合ヲ除外シタルハ當然ナリ即チ當事者雙方ノ爲メニ商行為タルト其一方ノ爲メニ商行為タルトヲ問ハサルモ商事ニ關スル法律行為カ其原因ヲ爲スコトヲ要スルカ故ニ不法行為ニ因ル占有物若クハ好

意上ノ受寄物ニ付テハ、斯ル留置權ノ存スルコトナシ

(三) 擔保セラルル債權ハ、商人間ニ於テ其雙方ノ爲メニ商行爲タル行爲ニ因リテ生シタルモノナルコト 民法カ擔保セラルル債權ノ範圍ヲ占有物ニ關シテ生シタルモノニ限リタルニ反シ茲ニハ其債權ト留置スヘキ物トカ直接ニ相牽連セルコトヲ必要トセスシテ其占有物ニ關係ナキ他ノ債權ニモ留置權ヲ認メタリ但其債權タルヤ第一當事者雙方カ商人ニシテ第二其雙方ノ爲メニ商行爲タル行爲ニ因リテ生シタルモノナルコトヲ必要トス商事債權ニ付キ特ニ此ノ如キ大ナル範圍ノ留置權ヲ認メタル所以ハ約言セハ其權利ヲ確實ニシテ商行動ヲ容易ニシ迅速ナラシメントスルニ外ナラス而シテ之ヲ商人間ノ行爲ニ因リテ生シタル債權ニ限リ商人ト非商人トノ間又ハ非商人間ノ場合ヲ除外シタルハ商行爲ヲ營業トスル商人間ニ在リテハ特ニ其權利ヲ確實ニシ以テ相互ノ信用ヲ維持シ發達セシムルノ必要アリ且相互ノ間ニ多數ノ商行爲ヲ繼續スル上ヨリ觀察シテ占有物ニ直接ノ關係ナキ債權モ尙ホ其占有物ニ依リテ擔保セラレ得ルモノトセハ結局債權者債務者雙方ニ取リテ實際上便利ヲ感スヘ

ロ 裁判言渡ノ日及ヒ裁判ノ原本領收ノ日ヲ其原本ニ附記シテ署名捺印スルコト

ハ 裁判ノ正本及ヒ謄本ヲ作成シ又謄本若クハ正本ト其裁判ノ原本ト符合スルコトヲ認證スルコト

ニ 裁判確定ノ證明ヲ爲シ且執行文ヲ付與スルコト

ホ 當事者ヲ呼出シ執達吏其他ノ送達吏ヲシテ書類ノ送達ヲ爲サシメ且公示送達ヲ爲スコト

裁判所書記カ右職務ヲ行フニ方リテハ常ニ單獨ニテ之ヲ行フモノナリ

第三 執達吏

執達吏ハ送達及ヒ動産ニ對スル強制執行ヲ爲ス權限ヲ有ス其他不動産ノ強制執行ニ關與スル場合アリ強制執行ハ皆テ獨逸普通法ニ於テ行ハレタル如ク悉ク之ヲ裁判所ノ職務ニ屬セシメ且別ニ裁判所ニ從屬スル官吏ヲ設ケ裁判所ノ指揮ノ下ニ強制執行ニ關スル行爲ヲ爲サシムルコトヲ得ヘシ然レトモ強制執行ハ判決ヲ目的トスル訴訟手續ト異ナル訴訟手續ナルカ故ニ之ヲ裁判所以外

ノ司法機關ニ委スルコトヲ得ルハ勿論之ヲ裁判所以外ノ機關ニ委スルハ裁判所ノ職務ヲ減シ之ヲシテ専ラ重要ナル職務ニノミ從事セシムルコトヲ得ルノ便利アリ故ニ佛蘭西ニ於テハ民事訴訟法ノ制定以前ヨリ執達吏ナル特別ノ機關アリテ専ラ強制執行ニ關スル事務ヲ行ヘリ此主義ヲ採ルトキハ執達吏ハ裁判所ニ對シテ獨立ノ地位ヲ有シ當事者ヨリ直接ノ委任ヲ受ケ自己ノ責任ヲ以テ強制執行ニ從事シ敢テ裁判所ノ指揮ヲ受クルコトヲ要セサルモノナリ佛蘭西民事訴訟法カ獨逸ニ侵入スルヤ右ニ述ヘタル佛蘭西主義ハ獨逸聯邦ノ法制ニ影響ヲ及ホセリ然レトモ或種ノ強制執行ハ法律上ノ判斷ヲ要スルコト多ク且執達吏ノ性行ニ付テハ判事ニ對スルカ如ク十分ノ信用ヲ置クコト能ハサルヲ以テ一切ノ強制執行ヲ舉ケテ執達吏ニ一任スルハ其當ヲ得タルモノニ非ス故ニ獨逸民事訴訟法ノ制定セララルニ方リテハ一ノ折衷主義ヲ採リ金錢ノ債權ニ付キ動産ニ對シテ爲ス強制執行ハ之ヲ執達吏ニ委テ其他ノ強制執行ハ之ヲ裁判所ニ委テタリ我民事訴訟法ニ於テモ亦此主義ヲ採用シタリ

檢事郵便配達人ハ或場合ニ於テ民事訴訟ニ關シ司法機關ト爲ルモノナリ

或司法機關カ其權限ニ屬セサル行爲ヲ爲シタルトキハ其行爲ハ當然無効ナルヲ本則トス例ヘハ裁判所書記若クハ執達吏カ訴訟事件ニ付キ裁判ヲ爲シ又ハ判事カ動産ニ對スル強制執行ヲ爲シタル場合ノ如シ然レトモ下級裁判所カ上級裁判所ノ權限ニ屬スル裁判ヲ爲シ又上級裁判所カ下級裁判所ノ權限ニ屬スル裁判ヲ爲シタル場合ニ於テハ其裁判ハ當然無効ニ非スシテ其取消ヲ爲スヲ要スルモノナリ加之其裁判一旦確定シタルトキハ其瑕疵ハ自ラ補正セララルルニ至ル蓋シ右ノ場合ニ於テ下級裁判所又ハ上級裁判所ハ權限外ノ裁判ヲ爲シタルニ拘ハラズ何レモ裁判ヲ爲ス權限ヲ有スルモノナルカ故ニ其裁判ハ形式上裁判タル性質ヲ具有スレハナリ

### 第三款 司法機關ノ職員

司法機關ノ職務ヲ行フ職員ハ判事裁判所書記及ヒ執達吏ニシテ此等ノ職員ノ行爲ハ司法機關ノ行爲ト爲ル故ニ此等ノ職員ノ一身上ノ事情ハ司法事務ト大ナル關係ヲ有ス是レ即チ判事裁判所書記及ヒ執達吏ニ任命セララルニ必要ナ

ル資格ニ關シ法律ニ於テ一定ノ法則ヲ設クル所以ナリ然レトモ此等ノ事項ハ裁判所構成法及ヒ他ノ法律ニ於テ規定スル所ニシテ國法ノ一部ニ屬スルモノナリ又或司法機關ノ職務ヲ行フヘキ職員ノ數多アル場合ニ於テ其間ニ事務ヲ分配シ以テ其進捗ヲ努ムルハ司法行政ノ範圍ニ屬スヘキ事項ナリ然レトモ或職員カ或訴訟事件ニ付キ其職務ヲ行フコトヲ得ヘキモノナリヤ否ヤハ民事訴訟法ニ於テ規定スヘキ事項ナリ

凡ソ司法機關ノ職員ハ法律ノ定ムル所ニ從ヒ其職務ヲ行フヘキ資格ヲ有スルニ拘ハラス或場合ニ於テハ之ヲシテ其職務ヲ行ハシメタルヲ至當トスル場合アリ凡ソ民事訴訟ノ目的ヲ達セントスルニハ正當ニ私權ノ保護ヲ受クヘキ者ヲ保護セサルヘカラス即チ私權ノ保護ハ公平ナラサルヘカラス之ヲ要スルニ民事訴訟ハ公平ニ私權ヲ保護セントスル國家ノ目的ノ爲メニ存在スルモノナルカ故ニ民事訴訟ニ關與スル職員ハ公平ニ其職務ヲ行ハサルヘカラス隨テ司法機關カ或訴訟事件ニ付キ職務ヲ行フニハ偏頗ノ恐アル事情ノ存在セザルコトヲ必要トス法律カ偏頗ノ恐アル事情トシテ認メタルモノニ二アリ除斥及ヒ

忌避ノ原因即チ是ナリ

除斥ノ原因ハ法律ニ於テ之ヲ列舉セリ即チ左ノ如シ

第一 判事裁判所書記又ハ執達吏其者若クハ其婦カ當事者ナルトキ

第二 判事裁判所書記又ハ執達吏其者又ハ其婦カ當事者ノ一方若クハ雙方ト又ハ其配偶者ト親族ナルトキ但姻族ニ付テハ婚姻ノ解消シタルトキト雖モ亦同シ

第三 判事又ハ裁判所書記カ同一事件ニ付キ證人若クハ鑑定人ト爲リテ訊問ヲ受タルトキ又ハ訴訟代理人タル任ヲ受タルトキ若クハ受ケタルトキ又ハ法律上代理人タル資格ヲ有スルトキ若クハ之ヲ有シタルトキ

第四 判事裁判所書記又ハ執達吏其者又ハ其婦カ當事者ノ一方若クハ雙方ト訴訟ニ係ル請求ニ付キ共同權利者共同義務者若クハ償還義務者タル關係ヲ有スルトキ

第五 判事カ不服ノ申立アル裁判ヲ前審又ハ仲裁手續ニ於テ爲スニ當リ判事又ハ仲裁人トシテ之ニ干與シタルトキ但此場合ニ於テハ判事カ受命判

事又ハ受託判事ナルトキハ職務ノ執行ヨリ除斥セラルルコトナシ裁判所書記カ仲裁人ト爲リタルトキハ亦除斥ノ原因ト爲ル

除斥ノ原因ノ存スル場合ニ於テハ判事裁判所書記及ヒ執達吏ハ其訴訟事件ニ付キ當然職務ノ執行ヲ爲ス能ハサルニ至ル故ニ除斥ノ原因存スル場合ニ於テハ此等ノ職員ハ訴訟ノ如何ナル程度ニ在ルヲ問ハズ職權ヲ以テ之ヲ斟酌スヘキモノナリ又除斥ノ原因存スルトキハ當事者ハ上訴又ハ再審ノ訴ヲ以テ之ヲ主張スルコトヲ得ルモノナリ

忌避ノ原因トハ偏頗ノ恐アル一切ノ狀況ヲ指稱ス除斥ノ原因ハ偏頗ノ恐アル事情ニ外ナラサルカ故ニ亦忌避ノ原因ト爲ルコトヲ得ヘシ今忌避ノ原因ノ存スルトキハ當事者ハ忌避ノ申請ヲ爲スコトヲ得ヘシ而シテ其申請ノ正當ナルトキハ判事又ハ裁判所書記ハ其職務ヲ行フコト能ハサルニ至ルモノナリ然レトモ執達吏ハ之ヲ忌避スルヲ得ス  
法律ニ於テハ判事ヲ忌避スル手續及ヒ其忌避ノ效力ニ關シテ規定ヲ設ケ且之ヲ裁判所書記ノ忌避ノ手續及ヒ效力ニ準用セリ

判事忌避ノ申請ハ忌避セラルルヘキ判事所屬ノ裁判所ニ之ヲ爲スモノニシテ其申請ニハ忌避ノ原因ヲ表示シ且之ヲ疏明セサルヘカラス而シテ忌避ノ申請ニ付テノ裁判ハ忌避セラレタル判事カ合議裁判所ニ屬スルトキハ合議裁判所ニ於テ之ヲ爲スモノトス但忌避セラレタル判事ハ其裁判ニ干與スルヲ得ス若シ忌避セラレタル判事ノ退去ニ因リ裁判ヲ爲スコト能ハサルニ至リタルトキハ直近上級裁判所ニ於テ之ヲ裁判ス然レトモ區裁判所判事ノ忌避セラレタル場合ニ於テハ何レノ場合ニ於テモ上級地方裁判所カ忌避ニ付テノ裁判ヲ爲スヘキモノナリ是レ一人ノ判事ヲシテ他ノ一人ノ判事ノ一身上ノ事情ニ付キ判斷ヲ爲サシムルコトヲ至當トセサルカ爲メニ設ケタル規定ナリ  
忌避權ハ當事者カ忌避セラルルヘキ判事ノ面前ニ於テ申請ヲ爲シ又ハ相手方ノ申立ニ對シテ陳述ヲ爲シタルトキハ當然消滅スルモノナリ是レ他ナシ此場合ニ於テハ當事者ハ其判事ノ裁判ヲ受ケントスル意思ヲ有スルヲ以テナリ然レトモ忌避ノ原因カ其後ニ生シ又ハ之ヲ其後ニ知リタル場合ニ於テハ右ノ理由存セサルヲ以テ法律ハ忌避ノ原因カ其後ニ生シ又ハ其後ニ知リタルコトヲ當

事者ノ疏明シタル場合ニ於テハ尙ホ忌避ノ申請ヲ爲スコトヲ許セリ。且他ノ判事ノ同意ヲ得テ忌避セラレタル判事カ忌避ノ申請ヲ理由アリト認メ且他ノ判事ノ同意ヲ得ルトキハ職務ノ執行ヨリ退去シ他ノ判事ヲシテ代理ノ順序ニ依リ自己ニ代ラシムルコトヲ得ルモノナリ法律ハ區裁判所判事カ忌避ノ申請ヲ正當ト認ムル場合ニ於テ忌避ニ付テハ裁判ヲ待タスシテ退去スルコトヲ得ル旨ヲ特ニ規定スルノミニシテ合議裁判所ノ判事ニ付テハ明文ヲ設ケサルモ區裁判所判事ト同シク裁判ヲ待タスシテ職務ノ執行ヨリ退去スルコトヲ得ルモノト謂ハサルヘカラス

忌避ノ申請ニ付テハ口頭辯論ヲ經スシテ之ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ又忌避セラレタル判事ハ忌避ノ理由ニ付キ職務上意見ヲ陳述スヘキモノトス而シテ判事ノ陳述ハ之ヲ以テ疏明ノ用ニ供スルコトヲ得ルモノナリ忌避ノ申請ヲ正當トスル決定ニ對シテハ上訴ヲ爲スコトヲ得ス然レトモ其申請ヲ不當トスル決定ニ對シテハ即時抗告ヲ爲スコトヲ得ルモノトス

判事カ其一身ニ付キ忌避ノ原因アリト思料シタルトキハ自ラ其事情ヲ申出テ

方ハ全ク發生セザルヲ以テ差戻命令ハ原告ノ利害ニ關スルコト尠カラズ故ニ原告ハ右ノ差戻命令ニ對シ即時抗告ノ方法ニ依リテ裁判ノ變更ヲ求ムルコトヲ得ルモノトス

第二 原告カ訴狀ノ欠缺ヲ補正スル書面ヲ差出スコトニ原告カ裁判所ニ差出シタル訴狀カ其必要條件ヲ欠缺セルトキハ裁判長ハ之カ補正命令ヲ爲スヘキコトハ當然ナリト雖モ若シ裁判長カ此補正命令ヲ爲サザリシトキ若シハ補正命令ヲ爲ス以前ニ於テハ原告ハ口頭辯論ノ始マル前ニ限り自ラ欠缺補正ノ書面ヲ差出シテ以テ其欠缺ヲ補正スルコトヲ得ヘキモノナリ此場合ニ於ケル訴提起ノ效力ハ前ニ述ヘタル所同シク欠缺ヲ補正セラレタル時ヨリ發生スルモノナリ而シテ被告カ欠缺アル訴狀ノ送達ヲ受ケタル後原告カ其欠缺ヲ補正セシムル爲メニ差出ス書面ハ唯リ其欠缺ヲ補正スル點ヲ記載スルノミヲ以テ足レリトセス訴狀ノ必要條件全體ヲ記載セサルヘカラス何トナレハ民事訴訟法ハ被告ニ對スル訴狀ノ送達トシテハ必要條件ヲ具備シタル訴狀ヲ同時ニ被告ニ占有ヲ得セシムヘキコトヲ命シ且被告ハ要件ヲ具備セサル訴狀ヲ保存シテ

原告ヲシテ爾後有效ナル訴ノ提起ヲ容易ナラシムル義務ナキモノナレハ原告  
 カ欠缺ヲ補正セル點ノミヲ記載シタル書面ヲ被告ニ送達スルモ被告が同時ニ  
 適法ナル訴狀ノ占有ヲ得ス隨テ被告ニ對シテ訴訟物ニ付キ權利拘束ノ效力ヲ  
 生スルモノニ非ザレハナリ  
 右ニ述ヘタル二ノ方法ニ依リテ訴狀ノ欠缺ヲ補正スルコトヲ得ルモノナリ而  
 シテ條件ヲ欠缺シタル訴狀ヲ裁判所ニ差出シタルトキハ適法ナル訴ノ提起ト  
 謂フコト能ハサルモ訴ヲ裁判所ニ繫屬セシムルニ足ルモノナリ故ニ其欠缺カ  
 補正セラレスシテ口頭辯論ノ期日ヲ指定セラレ被告ニ送達セラレタルトキハ  
 訴訟物ニ付テ適法ナル權利拘束ヲ發生セスト雖モ裁判所ハ其訴ノ當否ニ付テ  
 判決ヲ以テ裁判セサルヘカラス換言スレハ原告カ訴狀ナリトシテ裁判所ニ差  
 出シタル以上ハ之ニ依リテ裁判所ノ判決ヲ得ルコトヲ求ムルモノナルカ故ニ  
 縱令其訴狀カ適法ナラストスルモ裁判所ハ其訴ニ付テ判決ヲ爲スノ義務ヲ負  
 フモノナリ故ニ裁判所カ欠缺アル訴狀ヲ被告ニ送達シタルトキハ判決ノ形式  
 ヲ以テ原告ノ訴ヲ不適法トシテ排斥スヘキモノナリ然レトモ訴ヲ不適法トシ

テ却下スルニハ少クトモ當事者ノ一方カ口頭辯論ノ期日ニ出頭シテ口頭辯論  
 ヲ始ムルニ必要ナル申立ヲ爲ササルヘカラス蓋シ判決ハ口頭辯論ヲ經サレハ  
 爲スコト能ハサルモノナレハナリ(第一〇三條此ノ如ク論スルトキハ最初原告  
 カ欠缺アル訴狀ヲ差出シ其後ニ至リ欠缺補正トシテ更ニ訴狀ノ要件ヲ具備シ  
 タル訴狀ヲ差出シタルトキハ恰モ新舊二箇ノ訴カ併存スルカ如キ觀ナキニ非  
 ス然レトモ此場合ニ於テハ原告ハ欠缺アル訴狀ニ代ヘテ新ニ適法ナル訴狀ヲ  
 提出セルモノナレハ舊訴狀ハ新訴狀ノ提出ニ因リテ當然消滅シタルモノト看  
 做ササルヘカラス

### 第六款 客觀的訴ノ併合

民事訴訟法ハ訴訟手續ヲ省略スルコトト裁判ノ抵觸ヲ避タルカ爲メニ訴ヲ併  
 合ヲ認ム訴ノ併合ニ二種アリ主觀的訴ノ併合及ヒ客觀的訴ノ併合是ナリ主觀  
 的訴ノ併合トハ訴訟主體ノ併合ヲ謂フモノニシテ共同訴訟是ナリ(第四八條以  
 下客觀的訴ノ併合トハ訴訟ノ目的物ヲ併合スルコトヲ謂フモノナリ換言スレ

ハ同一ノ原告ヨリ同一ノ被告ニ對シ數箇ノ訴訟物ヲ一ノ訴ヲ以テ提起スルコトヲ謂フモノナリ第一九一條故ニ客觀的訴ノ併合ハ訴ノ提起ノ時ニ當リテ原告ノ爲スヘキ訴訟物ノ併合ヲ謂フモノニシテ訴ノ提起後ニ爲ス訴訟物ノ併合若クハ裁判所カ爲ス訴ノ併合第二一一條第一二〇條ト同一ニ非ス而シテ同一ノ原告ヨリ同一ノ被告ニ對スルモノナルヲ以テ主觀的訴ノ併合同時ニ客觀的訴ノ併合ヲ生スルコトアリトス

第一 客觀的訴ノ併合ノ條件ハ左ノ如シ

- 一 同一ノ原告ヨリ同一ノ被告ニ對スルコト 數人ノ原告ヨリ一人ノ被告ニ對シ若クハ一人ノ原告ヨリ數人ノ被告ニ對シ或ハ一人ノ原告ヨリ一人ノ被告ニ對シテ數箇ノ訴訟物ヲ主張スルコトヲ要スルモノナリ
- 二 併合セラレタル各請求ニ付テ受訴裁判所カ管轄權ヲ有スルコト 事物ノ管轄ニ付テ言ヘハ受訴裁判所ハ事件ノ種類並ニ價額ニ從ヒテ各訴訟物ニ付キ管轄權ヲ有スルコト及ヒ併合セラレタル訴訟物ノ總價額ニ付テ管轄權ヲ有セサルヘカラス(第四條故ニ數箇ノ訴訟物ノ價額ヲ合算シタル結果地方裁

三 判所ノ管轄ニ屬スヘキ訴ト雖モ箇箇獨立ノ訴訟物カ區裁判所ノ管轄ニ屬スヘキモノナルトキハ訴ノ併合ヲ爲スコトヲ得ス又區裁判所ノ管轄ニ屬スル訴訟物ト地方裁判所ノ管轄ニ屬スル訴訟物トハ之ヲ併合スルコトヲ得ス故ニ訴カ區裁判所ニ提起セラレ民事訴訟法第四條ニ依リテ各訴訟物ノ總價額カ百圓ヲ超過シタルトキハ區裁判所ノ管轄ニ非サルヲ以テ訴ノ併合ハ不適法ナリ然レトモ合意管轄アルカ若クハ價額ニ拘ハラズ區裁判所ノ管轄ニ屬スヘキモノナルトキハ此限ニ在ラス又地方裁判所ニ訴ノ提起アリタル場合ハ併合セシ訴訟物ノ合算價額カ地方裁判所ノ管轄ニ屬スヘキトキト雖モ其訴訟物ノ各自カ區裁判所ノ管轄ニ屬シ若クハ其訴訟物中ノ一箇若クハ數箇カ區裁判所ノ管轄ニ屬スルモノナルトキハ訴ノ併合ハ不適法ナリ之ヲ要スルニ併合セラレタル各訴訟物カ其合算價額ヨリスルモ亦其箇箇獨立ノ價額ヨリスルモ同一裁判所ノ管轄ニ屬スル場合ニ限リ訴ノ併合ヲ許サルモノナリ獨逸ノ民事訴訟法ニ於テハ併合セラレタル訴訟物ノ總價額ニ付テ受訴裁判所カ管轄權アルトキハ箇箇獨立ノ訴訟物ノ價額ニ付テ管轄權ナキモ客



觀の訴ノ併合ヲ許スト雖モ我訴訟法ニ於テハ第九十一條ニ各請求ト規定シタルヲ以テ此規定ノ上ヨリスレハ訴訟法ノ目的トシタル訴ノ併合ノ範圍ハ極メテ狹隘ノモノナリト謂ハサルヘカラス民事訴訟法第四條ニ依レハ事物ノ管轄ニ關スル訴訟物ノ價額ノ算定方法トシテ一ノ訴ヲ以テ數箇ノ請求ヲ爲ストキハ其額ヲ合算スト規定セリ故ニ此規定ト第九十一條ノ規定トヲ對照スルトキハ第九十一條ノ各請求トハ總請求ト解釋スルヲ正當トス然レトモ法文ヲ嚴格ニ解釋スルトキハ第四條ノ規定ハ價額算出ノ方法ニ過キス第九十一條ハ訴ノ併合ニ付テノ要件ノ規定ナリ第九十一條ニ於テ併合ヲ許サレタル結果第四條ニ於テ管轄ヲ定ムヘキモノナレハ前ニ述ヘタルカ如ク解釋スルヲ至當ト爲スト謂フコトヲ得然レトモ法文ノ文字誤謬タルコトハ第四條ト對照シテ知ルコトヲ得ルヲ以テ各請求ハ總請求ト解スヘキナリ土地ノ管轄ニ付テハ受訴裁判所ハ併合セラレタル各訴訟物ニ付キ土地ノ管轄權ヲ有スルコトヲ必要トス

三 各訴訟物ニ付キ同一訴訟手續カ許サルルコト即チ通常訴訟手續若クハ

證書訴訟手續ノ如ク種種ノ訴訟手續ニ依リテ併合ヲ爲スコトヲ得ス必ス訴訟手續ハ同一種類ニシテ且其訴訟手續カ許サルルモノナルコトヲ要ス例ハ爲替訴訟證書訴訟ニ於テ提起スルコトヲ得ル請求ト提起スルコトヲ得サル請求トヲ併セテ證書訴訟手續若クハ爲替訴訟手續ニ依リテ併合ヲ爲スコトヲ得サルモノナリ人事訴訟手續ニ於テハ特ニ明文ヲ以テ訴ノ併合ヲ許スニ場合ト然ラサル場合トヲ規定セリ人事訴訟手續法第七條第二六條

第二 客觀的訴ノ併合ノ效力

訴ノ併合カ適法ナルトキハ其訴訟ハ下級審ナルト上級審ナルトヲ問ハス裁判所カ各請求ニ付テ辯論ノ分離ヲ爲ササル以上ハ其訴訟手續ハ單一ノモノトシテ進行シ裁判所カ辯論ノ分離ヲ爲シ一分判決ヲ以テ一部ノ請求ニ付キ判決ヲ爲シタルトキニ非サレハ各請求ニ付テノ判決ハ一箇ノ判決ヲ以テ裁判セラレヘキモノナリ訴ノ併合カ不適法ナルトキ即チ其併合セラレタル請求ニ付テ管轄權ヲ有セサルカ或ハ同一ノ訴訟手續ニ依リテ進行スルコトヲ得サル請求ナル場合ニ於テハ次ノ如ク處分セサルヘカラス

一 併合セラレタル數箇ノ請求中ノ一箇若シハ數箇ニ付キ受訴裁判所カ管轄權ヲ有セザルトキハ其管轄權ナキ請求ニ付キ合意管轄ヲ許スヘキモノナルトキハ被告ノ合意アリヤ否ヤニ付キ裁判所ハ審理ヲ爲シ若シ被告ヨリ裁判所管轄權遠ノ抗辯ヲ提出シ或ハ合意管轄ヲ許サザル請求ナルトキハ裁判所ハ管轄權アル請求ト管轄權ナキ請求トニ付テ辯論ノ分離ヲ爲シ其管轄權ナキ請求ハ之ヲ不合法トシテ排斥スヘキモノナリ即チ併合セラレタル請求中ノ管轄權アル請求ヲ止テ訴訟手續ヲ進行シ管轄權ナキ請求ハ不合法トシテ判決ヲ以テ却下スヘキモノナリ

二 併合セラレタル請求ニ付キ同一訴訟手續ヲ許サレザルトキハ其手續ノ許サレタル請求ノミヲ存シ許サレザル請求ハ亦辯論ノ分離ヲ爲シ不合法トシテ判決ヲ以テ却下スヘキモノナリ故ニ例ヘハ原告カ手形金ノ支拂ヲ求ムル請求ト貸金ノ辨濟ヲ求ムル請求トヲ併セテ證書訴訟手續ニ依リテ提起シタル場合ニ於テハ貸金ノ請求ハ手形訴訟トシテ許スヘキモノニ非ザルヲ以テ辯論ノ分離ヲ爲シ貸金ノ請求ヲ判決ヲ以テ不合法トシテ却下シ手形金ノ請求

新

三 ノミニ付テ訴訟手續ヲ進行スヘキモノナリトスルハ依リテ訴訟手續ニ依リテ許サレザル請求ヲ主張シタル訴ハ全部不合法トシテ判決ヲ以テ排斥スヘキモノナリトスルハ依リテ訴訟手續ヲ進行シ管轄權ナキ請求ニ付テ判決ヲ以テ排斥スルハ訴訟法ノ精神タル手續ヲ省略スルノ目的ニ出ツルモノナリ若シ併合セラレタル請求ノ一箇カ違法ナルカ爲メ各請求ヲ不合法トシテ排斥スルモノトモハ當事者ハ更ニ訴ヲ提起スルノ必要ヲ生ズルヲ以テ訴訟當事者ニ對シ二重ノ訴ヲ提起セシムル煩勞ヲ避ケシムルノ目的ヲ以テ管轄權アル請求ニ付テ手續ヲ進行スルコトハ訴訟法ノ精神ニ適スルモノトス故ニ或ニ派ノ説ノ如ク併合セラレタル請求ノ一部カ不合法ナルカ爲メ全部ノ訴ヲ排斥スルハ訴訟法ノ精神ニ背反スルモノト謂ハサルヲ得ス舊民法ニ於テハ占有ノ訴ト本權ノ訴トハ之ヲ併合スルコトヲ許サザリシト雖モ新民法ニ於テハ新ル規定ヲ存セザルヲ以テ民事訴訟法第九十一條但書ハ不必要ト爲リタルモノナ

第七款 訴提起ノ效力

獨逸民事訴訟法ニ依レハ通常ノ手續ニ於テハ訴ノ提起ハ相手方ニ對スル訴狀ノ送達ヲ以テ爲スモノナルヲ以テ隨テ訴ノ提起ト同時ニ訴訟物ニ付キ權利拘束ノ效力ヲ生ス其他獨逸民事訴訟法ニ於テハ訴ノ提起ト權利拘束ノ效力ヲ發スル時期トハ常ニ同一ナリ我民事訴訟法ニ於テハ訴ノ提起ハ通常訴訟手續ニ於テハ原則トシテ訴狀ヲ裁判所ニ差出シタル時ニ存シ相手方カ訴狀ノ差出アリタルコトヲ知ラサル以前ニ於テ訴ノ提起存スルモノナリ隨テ獨逸民事訴訟法ニ於テハ訴ノ提起ニ因リテ相手方ニ對シテ訴訟法上及ヒ實體法上ノ效果ヲ生スルモノナリト雖モ我民事訴訟法ニ於テハ訴狀ノ差出ニ依ル訴提起ノ場合ニ於テハ相手方ニ對シテ何等法律上ノ效果ヲ生スルモノニ非ス若シ相手方カ直接ニ訴ノ提起アリタルコトヲ知り得ヘキモノナルトキハ相手方ニ對シテ訴ノ提起ニ因リテ法律上ノ效果ヲ生セシムルノ必要アリト雖モ之ヲ知ラサル相手方

ニ對シテ其效果ヲ生セシムルハ不審ナリト謂ハサルヘカラス故ニ我訴訟法ノ如ク訴ノ提起ヲ訴狀ノ差出ト爲シタル以上ハ其效力ヲ相手方ニ對シテ生セシメタルヲ正當トス現行法ニ於テハ訴狀ノ差出ニ依ル訴提起ニ因リテ實體法上ノ效力ヲ生セシムルモノナシ舊民法ニ於テハ訴ノ提起ニ因リテ相手方ニ對シテ實體法上ノ效果ヲ生セシメタルカ如シ例ヘハ時效中斷ノ如キ或ハ債務者ヲシテ遲滞ニ付セシムルカ如キ是ナリ(舊民法證據編第一〇九條第一一三條財產編第三三六條新民法ニ於テハ時效中斷ノ原因トシテ請求ナルモノヲ認メタリ此請求ハ裁判上並ニ裁判外ノモノヲ包含スト雖モ裁判所ニ對スル請求ニ非スシテ相手方ニ對スル請求ヲ意味スルモノナリ隨テ裁判上ノ請求ハ訴ノ提起ノミヲ以テ足レリト謂フヘカラス相手方ニ其訴狀ノ送達アリテ始メテ裁判上ノ請求成立ス其他民法商法上ノ意思表示ニ付テモ相手方ニ對シテ爲ス場合ヲ認メタレハ實體法上ニ於テハ訴狀ノ差出ニ依ル訴ノ提起ニ因リテ相手方ニ對スル效力ヲ全ク認メサルモノト謂フコトヲ得(舊民法證據編第一〇九條第一一三條) 訴ノ提起ニ因ル訴訟法上ノ效力トシテハ訴ノ提起カ訴狀ノ差出ニ基キタル場

合ニハ單ニ訴訟物ノ價額ヲ算定スルハ標準ト爲リ且裁判所ハ口頭辯論期日ヲ定テ訴狀ヲ被告ニ送達スルハ義務ヲ生スルニ過キス其他訴訟ノ相手方ニ對シテハ何等ノ效力ヲ生スルモノニ非ズ唯訴狀ノ送達ニ因リ發生スル訴訟物ノ權利拘束ハ訴狀ノ差出ニ因ル訴提起ノ間接ノ效力タルニ過キサルナリ

### 第一項 訴訟物ノ權利拘束

訴訟物ノ權利拘束トハ訴訟法上ニ於ケル訴提起ノ效果及ヒ實體法上ニ於ケル效果ヲ總稱シタルモノナリ訴訟物ノ權利拘束ハ訴狀ノ差出ニ因ル訴提起ノ場合ニハ訴狀ノ送達第一九五條第一項區裁判所ノ訴訟ニ於テハ訴狀ノ代用タル調書ノ送達即チ區裁判所ニ於テハ口頭ニ因リテ訴ノ提起ヲ爲スコトヲ得ルモノニシテ此場合ニハ裁判所書記ハ民事訴訟法第三百十五條ノ規定ニ從ヒ調書ヲ作成シ之ヲ被告ニ送達シ之ニ因リテ權利拘束ヲ生ス(第一三五條第三七四條)又訴狀以外ノ準備書面ヲ以テ主張シタル請求ニ付テハ其書面ノ送達ニ因ルモノナリ又訴訟進行中口頭ヲ以テ申立ノ擴張ヲ爲シ或ハ許サルヘキ訴ノ變更ヲ

爲シ或ハ反訴又ハ先決的確認ノ訴ハ其請求ヲ口頭辯論ニ於テ主張シタル時ニ權利拘束ノ效力ヲ發生ス(第二一二條假差押假處分ノ申立ニ因リテハ訴訟物ノ權利拘束ヲ生セス)

右ノ如ク訴訟物ノ權利拘束ハ被告ニ對シテ訴ノ提起アリタルコトヲ知ラシメタル場合ニ發生ス蓋シ訴訟物ノ權利拘束ハ一ノ訴訟關係ニシテ原告裁判所及ヒ被告トノ間ニ發生シタル訴訟關係即チ三面の法律關係ナルヲ以テ原告カ裁判所及ヒ相手方ニ對シテ裁判所ノ裁判ヲ求メントスル意思ヲ表明換言スレバ被告カ訴ノ提起アリタルコトヲ知リタル時ニ發生スルモノナリ而シテ權利拘束トハ被告カ訴ノ提起アリタルコトヲ知リタル場合ニ於ケル法律上ノ效果即チ實體法上及ヒ訴訟法上ノ效果ヲ總稱シタルモノナレハ其效果如何ハ實體法並ニ訴訟法ニ付テ研究セサルヘカラス實體法上ノ效果トシテハ實體法ノ範圍ニ屬スルヲ以テ茲ニ其説明ヲ省略シ訴訟法上ノ效果ニ付テハ次ニ説明スヘシ茲ニ注意スヘキハ訴ノ提起カ不適法ナルトキニ於テ權利拘束ノ效力ヲ發生スルヤ否ヤ是ナリ例ヘハ訴狀ノ要件ヲ欠缺シタル書面ヲ裁判所ニ差出シ其要件

ヲ欠缺シタル訴狀カ被告ニ送達セラレタル場合ニ訴訟物ノ權利拘束ヲ生スル  
 ヤ否ヤ是ナリ或ハ要件ヲ欠缺シタル訴狀カ被告ニ送達セラレタル場合ト雖モ  
 權利拘束ノ效力ヲ生スルモノナリトノ説アリ獨逸民事訴訟法ニ於テハ責問權  
 ノ規定ヲ認メタルヲ以テ訴狀ノ要件ノ欠缺ハ被告カ責問權ヲ放棄シタル場合  
 ニハ適法ノモノト爲ルト我民事訴訟法ニ於テハ特別ノ明文ナシト雖モ訴狀ノ  
 要件ノ欠缺アリヤ否ヤハ裁判所ハ之ヲ職權ヲ以テ調査スヘキモノナレハ獨逸  
 民事訴訟法ニ於ケルカ如ク責問權ノ放棄ニ因リ不適法ナル訴狀カ適法トナル  
 モノニ非サレハ要件ヲ欠缺シタル訴狀カ被告ニ送達セラレタル場合ニハ訴訟  
 物ニ付テ權利拘束ノ效力ヲ發生セサルモノト論定セサルヘカラス  
 其他ノ訴訟條件ノ欠缺例ヘハ訴訟無能力者カ訴ヲ提起ヲ爲シタル場合又法定  
 代理權ナキ者カ未成年者ニ代リテ訴ヲ提起シタルトキノ如キ或ハ管轄權ナキ  
 裁判所ニ訴ヲ提起シタル場合ノ如キ訴狀ノ要件欠缺以外ノ訴訟條件ノ欠缺ア  
 ル場合ニハ訴訟物ノ權利拘束ノ發生ニ影響ヲ及ボスヘキモノニ非ス然レトモ  
 訴訟物ノ權利拘束ハ訴狀ノ送達ニ因リテ發生スルモノナレハ若シ訴狀ノ送達

カ不適法ナルトキハ權利拘束ヲ發生セサルヲ論ナシ要スルニ要件ヲ具備シタ  
 ル訴狀カ適法ニ被告ニ送達セラレタル場合ニ於テハ他ノ訴訟條件ニ欠缺アル  
 ト否トヲ問ハス訴訟物ノ權利拘束ヲ發生シ若シ訴狀ノ要件ヲ具備セサル書面  
 カ被告ニ送達セラルルカ或ハ送達行爲ニ不適法アリタル場合ニハ權利拘束ノ  
 效力ヲ發生セサルモノト謂ハサルヘカラス

### 第二項 權利拘束ノ效力

權利拘束ノ效力ハ實體上ト訴訟上トノ二アリ前ニ述ヘタルカ如ク訴訟物ノ權  
 利拘束トハ口頭ヲ以テスル訴ノ提起若クハ訴狀ノ送達ニ因リテ發生スル實體  
 法上並ニ訴訟法上ノ效力ヲ總稱シタルモノナルカ故ニ其效力ノ如何ハ實體法  
 ト訴訟法トニ依リ各別ニ研究セサルヘカラス實體法上ノ效力ニ付テハ茲ニ説  
 明セス訴訟法上ノ效力ニ付テ重要ナルモノハ次ノ三種ナリ即チ權利拘束ノ抗  
 辯受訴裁判所ノ管轄ヲ確定スルコト及ヒ訴ノ原因ノ變更ヲ許ササルコト是ナリ

#### 第一 權利拘束ノ抗辯

民事訴訟法第二編 地方裁判所ノ通達手續 正式手續 訴

權利拘束ノ抗辯トハ一ノ訴訟ノ權利拘束中ニ原告若クハ被告ヨリ同一ノ訴訟物ニ付テ同一ノ裁判所又ハ他ノ裁判所ニ本訴又ハ反訴ヲ以テ請求ヲ主張シタルトキ其訴訟物ニ付テハ既ニ權利拘束ノ發生スルコトヲ理由トシテ再ヒ裁判ヲ受タルコトヲ妨クル抗辯ヲ謂フ換言スレハ同時ニ同一ノ訴訟物ニ付テ新ナル訴訟ノ口頭辯論ニ強制セラレサルコトヲ求ムル被告ノ權利ヲ主張スルヲ謂フ此主張ヲ許シタル立法上ノ趣旨ハ一ノ訴訟ニ付テ二重ノ勞費ヲ節略スルコトヲ主タル目的ニシテ且出來得ル限り裁判ノ抵觸ヲ避ケントスルニ外ナラス此抗辯ハ妨訴抗辯ノ一種ニシテ一タヒ訴訟物ニ付テ權利拘束ヲ發生スルトキハ原告ハ再ヒ私權ノ保護ヲ求ムル必要ナク又被告ハ同一ノ訴訟物ニ付キ再ヒ前訴訟ノ原告ノ私權ノ存否確定ヲ求ムルノ必要ナキモノナルヲ以テ此抗辯ヲ主張シテ本案ニ付テハ訴訟ノ進行ヲ妨クルコトヲ得ルモノナリ妨訴抗辯ノ如何ハ後ニ至リテ詳説スヘシ

右ノ原則ヨリ左ノ結果ヲ生ス  
帝國刑事訴訟法ハ判決スルキ犯罪カ内國ニ於テ行ハレタル場合ニテ適用セラズ  
外國ニ於テ行ハレタル場合ニ於テモ日本帝國ノ通常裁判所ニ於テ適用セラズ  
右ノ結果ヨリ更ニ又左ノ結果ヲ生ス  
内國又ハ外國ノ他ノ官府ニ繫屬スル刑事訴訟手續ヲ補助スル爲メ日本帝國ノ通常裁判所ニ於テ爲ス所ノ訴訟行為即チ所謂共助ノ行為モ亦裁判所構成法及ヒ刑事訴訟法ニ從ハサルヘカラス

外國ノ裁判所ヨリ訴訟行為ノ囑託ヲ受ケタル場合ニ於テハ日本ノ判事ハ外國ノ委任ニ因リテ其權利ヲ行フモノニ非ス自國ノ裁判權ヲ以テ行動スルモノタリ元來外國ノ裁判官ハ日本ノ裁判官ニ委任ヲ爲スヲ得ス換言スレバ外國裁判官ノ權利ハ囑託ヲ受ケタル所ノ日本ノ裁判官ノ領分ヲ侵シテ之ヲ伸張スルコトヲ得サルナリ内國法ノミカ其訴訟行為ヲ許スヘキヤ否ヤ又ハ強制以テ爲シ得ルヤ否ヤ内國ニ於テ定ムルモノトス

以上ノ原則ヲ一言以テ之ニ蔽ハヤ我刑事訴訟法ノ規定ハ領土主義ニ基因スルモノナリトイフモノハ内國法ノ適用ニ關シテハ如何ト云フヤ否ヤ又ハ外國官廳ヨリ外國ニ於テ言渡サレタル刑ノ判決ハ我國ノ通常裁判所ノ共助アルモ我帝國ニ於テ之ヲ執行スルヲ得ヌ尤モ領事ノ判決ノ如キ内國官廳カ外國ニ於テ言渡シタル判決ハ之ト異ナレリ之ニ反シテ外國裁判所ノ民事ノ判決ハ民事訴訟法第五百十四條第五百十五條ニ明文アリテ執行スルヲ得ル場合アリ此ノ如ク民事訴訟法ニハ明文アルニ拘ハラヌ刑事訴訟法ニハ此等ノ問題ニ付キ規定ヲ設ケサルハ是レ其執行ヲ許ササルカ爲メニ外ナラサルナリ

右ニ述フルカ如ク外國裁判所ノ判決ハ之ヲ執行スルヲ得サルモ爲メニ外國ニ於テ有罪ノ言渡ヲ受ケタル者カ日本ニ逃ヒ來リテ刑ヲ執行ヲ免ルルト云フカ如キ結果ハ生キサルベシ其故ハ外國ニ犯罪人ヲ引渡スコトハ姑ク措キ日本ノ裁判所ハ場合ニ依リ新ニ犯罪者ニ對シテ裁判ヲ爲スコトヲ得此場合ニハ外國

ニ於テ裁判アリタル事件ニテモ尙ホ日本ヲ刑事訴訟法ニ依リ判決ヲ受タルニ至ルナリ

第三 以上述ヘタル如ク刑事訴訟法ハ其支配ノ區域内ニ於テハ獨專ノ效力ヲ有スルヲ以テ下ニ掲クル原則トハ抵觸矛盾スルカ如シト雖モ決シテ然ラヌ却テ此效力ヲ確ムルモノナリ曰ク裁判官カ外國ニ於テ爲シタル訴訟行為ニ付キ内國ノ刑事手續ニ對スル效力ヲ審査セシニハ外國ノ訴訟法ニ依ラサルヘカラス例ヘハ國際法ノ原則ニ依リ犯罪地タル外國ニ於テ法律上罪ト爲ラサルニ依リ又ハ證據不十分ナルニ依リテ無罪ノ言渡ヲ爲シ判決確定シタルモノナルトキハ内國ニ於テ更ニ其所爲ヲ罰セサルヘシ此場合ニ於テ外國ノ判決カ確定シタルヤ否ヤヲ審査スルニハ外國ノ法律ニ依ルヘキコト勿論ナリ是レ外國法ハ其區域内ノ訴訟行為ヲ獨專ニ支配シ内國刑事訴訟法ハ内國ノ訴訟行為ノミヲ支配スル原則ノ結果タルニ過キササルナリ

第一編 訴訟主體刑事裁判所及ヒ當事者

### 第一部 裁判權及裁判所

#### 第一章 裁判權ノ意義及種類

第一 (一) 犯罪アルニ當リテ刑罰ノ權ヲ有スルモノハ國家ニ外ナラズ是ヲ以テ法律ニ定メタル刑事ノ手續ヲ實行シ犯罪者ニ對シ判決ヲ言渡スノ制度組織ヲ設クルヲ得ルハ亦國家ナリ即チ通常裁判所ヲ設置スルモノハ國家ナルヲ以テ隨テ刑事裁判所モ亦國家ノ裁判所ナルハ言ヲ埃タス換言スレハ裁判所ハ唯國家ノ設置シタルモノノミニ限リ他ノ團體若クハ一人ノ設置シタルモノナキナリ此ノ如ク刑事裁判所ヲ設置シ其行動ヲ規定シ其權利義務ノ範圍ヲ定ムル等ノ國家ノ大權ヲ司法權即チ廣義ノ裁判權ト謂フ

(二) 犯罪ニハ夥多ノ種類アリ國家ハ刑事裁判所ニ數箇ノ階級ヲ設ケ犯罪ノ輕重ニ從ヒ例ハ違警罪ハ區裁判所ノ管轄ニ屬シ重罪ハ地方裁判所ノ管轄ニ屬スルカ如ク各其階級ノ裁判所ニ屬セシム而シテ此ノ如ク國家ハ一定ノ種類ノ犯罪ハ一定ノ階級ノ裁判所ニ屬スルコトヲ定ムルノミナラス又國家ハ同階級

ニ在ル裁判所ニ於テ土地ノ管轄區域ヲ定メ或一定ノ犯罪ハ一定ノ土地ヲ管轄スル裁判所ニ屬スルモノト爲セリ又國家ハ或裁判所ニ所謂第二審又ハ第三審トシテ第一審ニ被告事件ヲ審理シタル裁判所ノ判決ノ當否ニ付キ覆審ヲ爲スヘキモノトセリ斯ク國家ハ刑事事件ヲ裁判スルニ付テ各裁判所ノ權能ヲ定ムル外尙ホ刑事裁判所ニ付與スルニ訴訟ヲ圍滯ニ實行スルヲ得セシムル所ノ他ノ權利ヲ以テセリ即チ裁判所ハ被告人又ハ證人等ニ對シ廣大ノ強制力ヲ有シ又關係人ノ意思ニ反シテモ訴訟ニ於テ證據方法トシテ必要ナル物件ヲ利用スルコトヲ得セシムルカ如キ是ナリ其他尙ホ訴訟指揮ノ權等ノ如キ訴訟ニ關スル權利ヲ有スルモノトス此ノ如ク刑事訴訟ノ實行ニ關シ刑事裁判所ニ付與セラレタル總テノ權能及ヒ權利ヲ狹義ノ刑事裁判權ト謂フ

(三) 刑事裁判ニ干與スル官吏ニハ判事ノ外裁判所書記及ヒ執達吏ナル裁判所ノ職員アリ國家ハ此等ノ者ニ付キ其判事書記執達吏ト爲ルニハ如何ナル資格ヲ要スルカヲ定メ又刑事事件ノ職務ニ付キ如何ナル權利義務ヲ有スルカヲ定ム而シテ此場合ニ於テハ亦裁判權ナル語ヲ用フルコトアリ即チ裁判所ノ職員



トシテ一定ノ方法ニ於テ刑事事件ヲ取扱フ權利ヲ裁判權ト謂フナリ

第二 (一) 或階級ノ裁判所ハ重大ナル犯罪ヲ取扱ヒ或者ハ輕微ナル犯罪ヲ裁判スル權限ヲ有ス此職權ニ從ヒ裁判所ヲ上級下級ニ分テ隨テ上級ノ裁判權ト下級ノ裁判權トヲ區別スルモノアリ

(二) 又非訟事件ノ裁判權ト訴訟ノ裁判權トヲ區別セリ訴訟ノ裁判權トハ權利關係ノ争ニ關スル審理及ヒ裁判ノ權能ニシテ此中ニハ民事訴訟ノ裁判權ト刑事訴訟ノ裁判權トアリ而シテ裁判所構成方法及ヒ刑事訴訟法ハ此訴訟ノ裁判權ノミニ關シ規定スルモノナリトス

(三) 又通常訴訟ノ裁判權ト特別訴訟ノ裁判權トヲ區別スルモノアリ通常訴訟ノ裁判權トハ通常裁判所ノ訴訟裁判權ト同一義ニシテ通常刑事訴訟裁判權トハ裁判所構成法ニ於テ定メタル通常裁判所ノ刑事事件ニ關スル裁判權ト謂ヒ其反對ナルモノハ特別裁判權ニ屬スル刑事裁判權ナリ憲法第六〇條裁判所構成法第二條但書此等ノ裁判權ニ訴訟法ノ規定スル所ニ非ス又本講義ノ目的トスル所ニ非サルナリトス

### 第二章 通常裁判權ノ行ハルル範圍

第一 (一) 前章ニ於テ述ヘタル如ク各裁判所ニハ一定ノ土地ノ管轄區域ナリテ各自ノ裁判權ハ互ニ之ヲ侵スヘカラスト雖モ之カ爲メ其裁判權ヲ行使スルニハ判決ヲ受クヘキ者カ其管轄區域内ニ在留スルヲ必要トスルモノト速斷スヘカラスト然リ而シテ日本帝國内ニ在留スル各人ハ日本帝國ノ通常裁判所ノ裁判權ニ服從スヘキハ不動ノ大原則ナリ又刑事裁判權ノ行使ハ帝國ノ裁判所之ヲ行フモノニシテ其效力ハ帝國全土ニ及フモノトス然レトモ被告人トシテ裁判權ニ服從シ訴追ヲ受クルニハ其者カ内國ニ在留スルコト敢テ必要ニ非ス唯其者ニ對シ強制處分ヲ行フニハ其者カ内國ニ在留スルヲ要スルノミ

(二) 此原則ハ一二ノ法律ノ規定ニ依リテ實行セララルモノニシテ先ヅ其實行ヲ容易ナラシムルモノ中ニハ法律上ノ共助ニ關スル規定ノ如キニ屬ス抑モ各裁判所ノ有スル管轄權ヲ確定シタル以上ハ各裁判所ハ各其管轄區域内ニ於テ動作スルニ止マリ其區域ヲ超越シテ裁判權ヲ行使スルヲ得ス若シ夫レ裁

判所カ其管轄區域外ニ於テ動作ヲ爲シタルトキハ其動作ハ全ク無効ニ屬スヘシ是故ニ他ノ裁判所ノ管轄區域内ニ於テ有效ニ裁判權ヲ行使セント欲セハ他ノ管轄裁判所ノ補助ヲ求メサルヘカラス是ニ於テカ裁判所構成法第百三十一條ハ規定ヲ設ケテ裁判所ハ訴訟法又ハ特別法ノ定ムル所ニ依リ其必要アルトキハ相互ニ法律上補助ヲ爲スヘキモノトモ又他ノ裁判所ニ共助ヲ求ムルコトナクシテ管轄區域外ニ於テ刑事裁判權ヲ行使ヲ容易ナラシムル行爲殊ニ強制處分ヲ有效ニ爲サシムルコトヲ許ス場合アリ例ヘハ呼出狀ノ送達勾引狀勾留狀ノ執行ノ如キハ全國内ニ行フコトヲ得ルモノタリ要スルニ直接間接ノ別アルモ各裁判所ノ命令及ヒ裁判ハ日本帝國全土ニ於テ效力アリ且執行スルヲ得ヘク而シテ日本帝國ニ在留スル各人ハ帝國通常裁判所ノ命令處分ニ服從セサルヘカラサルナリ

第二 日本帝國内ニ在留スル者ハ其何人タルヲ問ハズ帝國ノ裁判權ニ服從スルヲ以テ原則トス然レトモ茲ニ二三ノ例外アリ即チ左ニ掲ケルモノハ通常裁判所ノ裁判權ニ服從セザルモノトス

(一) 天皇 帝國憲法第三條ニ「天皇ハ神聖ニシテ侵スヘカラストアリ是レ刑法及ヒ刑事訴訟法ニ服從セザル所以ニシテ其理由ハ全ク國法學上ニ存ス即チ裁判權ノ主體ハ自ラ裁判權ニ服從スルヲ得スト」ト是ハ此理由ニ依ルトキハ憲法第三條ニ規定ナキモ刑事裁判權ニ服從セザルハ勿論ニシテ疑ナキ所タリ而シテ攝政モ亦天皇ト同シテ刑事裁判權ニ服從セザルモノトス

(二) 治外法權者 治外法權者ハ罪ヲ犯スコトヲ得ストノ說ハ其地位ヲ誤解シタルモノナリ治外法權者ニ對シテハ唯内國ノ裁判權ハ之ニ及ハサルカ故ニ其犯罪ニ付テハ帝國裁判所ニ之ヲ訴追スルヲ得サルノミ而シテ治外法權者ノ所爲ト雖モ非治外法權者ト同シテ犯罪タルヲ免ラズシテ其犯罪ハ唯彼カ特別ノ地位ヲ有スルノ故ヲ以テ之ヲ訴追スルヲ得サルニ過キス故ニ彼カ治外法權者タラサルノ地殊ニ其本國ニ於テハ其犯罪所爲ニ付キ處罰セラルヘキヤ勿論ナリ又彼カ治外法權ヲ有スル國ニ於テモ向ホ治外法權ノ因リテ生スル地位ヲ喪失シタルトキハ之ヲ訴追スルコトヲ得ヘシ例ヘハ全權公使カ全權公使タルノ資格ヲ失ヒタル時ノ如シ是モ由リ之ヲ觀レバ治外法權者ニ對シテハ處罰條件

ノ缺タルモノナルニ非スシテ唯訴訟條件ヲ缺クノミナリトス斯ク彼ニ對シテハ  
 訴追ヲ爲スヲ得サルヲ以テ若シ治外法權者ニ對シ刑事事ヲ訴訟起ルトキハ無  
 罪又ハ免訴ノ言渡ヲ爲スヘキモノニ非スシテ管轄違フ言渡スルキナリ今治外  
 法權者ニ關シ左ニ之ヲ區別シテ説明セン  
 (甲) 外國主權者、外國主權者ニ於テ日本領土内ニ於テ罪ヲ犯シタルトキハ日本  
 裁判權ノ下ニ服従スルモ否ヤ法律上一モ明文アルコトナシ然レモ國際ノ  
 情誼慣例ヨリ外國主權者ハ内國ニ於テ罪ヲ犯スコトアルモ内國法律ヲ以テ  
 之ヲ處断スルコトナシ是レ實ニ治外法權ヲ有スルニ起因スルモノニシテ一  
 ハ外國君主ヲ尊敬スルニ在ルトモ一ハ獨立國ノ體面ヲ完ウセントスルニ外  
 ナラス同一ノ理由ヨリ外國公使モ亦國際法上治外法權ヲ有ス即チ外國公使  
 ハ外國主權者ノ代理人ナルニ因リ内國法ニ服従セサルナリ又外國ノ皇族ハ  
 外國主權者ニ從テ内國ニ在留スルトキニ限リ内國裁判權ニ服従セサルモノ  
 トス是レ外國主權者ノ治外法權ヲ保護センガ爲メナリ故ニ外國皇族ガ單獨  
 (乙) ニ日本ニ在ルトキハ内國裁判權ニ服従スヘキモノトス又日本人ニ非ズ

ル外國主權者ノ從者モ治外法權ヲ有スルナリ  
 (乙) 日本帝國ニ於テ承認シタル外國公使、公使其他ノ公使館員其親族及ヒ  
 日本人ニ非サル從者ハ治外ノ特權ヲ有ス此等ノ者ハ訴訟法上ニ於テ亦治外  
 ノ特權ヲ有スル者ナリ  
 外國領事ハ外國政府トシテ條約ニ反對ノ規定ナケレバ内國裁判權ニ服従スヘ  
 キモノトス  
 (丙) 國際事務ヲ處理スル目的ヲ以テ内國ニ在留スル使臣又ハ委員、例ヘハ  
 郵便電信鐵道關稅森林會議ニ派遣セラレタル外國ノ官吏ノ如シ此等官吏ノ  
 有スル特權ハ訴訟上ノ治外法權ニ止マリ且一定ノ關係アリテ始メテ此特權  
 ヲ有スルモノニシテ即チ此等ノ者カ官職ヲ帶ヒ内國領土ニ在留スルノ事實  
 アルカ故ニ此等ノ者ニ對シテハ強制處分ヲ行フヘカラス殊ニ任意ニ其本國  
 ニ歸省スルヲ妨クルヲ得サルナリ  
 (丁) 證人呼出ニ因リ任意ニ外國ヨリ渡來シタル證人、此者ハ呼出シタル地  
 ニ於ケル舊犯罪又ハ舊言渡ニ依リ又ハ證人トシテ呼出シタル事件ノ共犯ト

刑事訴訟法 第五〇 裁判權及刑罰權 第五〇 第五一

シテ之ヲ審訊又ハ勾留スルコトヲ得ス其故ハ元來此證人ハ呼出ニ應ズルイ  
義務ナキ者ナルヲ以テ任意ニ歸國スルヲ妨タルコトヲ得ザレハナリ故ニ此  
例外ハ訴訟上ノ例外ニ止マルモノトス又此治外特權ハ往往犯罪人引渡條約  
ニ明文ヲ設クルモノアリ(例ヘハ千八百七十年十月三十一日獨伊間犯罪人引  
渡條約第十三條ノ如シ)

(戊) 外國軍隊及ヒ外國軍艦

(三) 日本ノ皇族 皇族ニ關スル取除ハ實體上ノモノニ非スシテ訴訟法上ニ關  
スル所ノモノナリ即チ其取除ニ付テ皇族ハ勅許ヲ得ルニ非スンハ之ヲ勾引シ  
又ハ裁判所ニ召喚スルコトヲ得サルコト(皇室典範第五一條)及ヒ皇族ノ犯シタ  
ル禁錮以上ニ該ル犯罪ノ豫審公判ハ大審院カ第一審及ヒ終審トシテ取扱フコ  
ト(裁判所構成法第五〇條第二號)是ナリ

(四) 帝國議會ノ議員 實體上ノ取除トシテハ議員ハ議院ニ於テ發言シタル意  
見及ヒ表決ニ付キ院外ニ於テ責ヲ負フコトナク憲法第五二條訴訟上ノ取除ト  
シテハ兩議院ノ議員ハ現行犯又ハ内亂外患ニ關スル罪ヲ除ク外會期中ハ其院

ノ許諾ナクシテ逮捕セララルコトナシ

(五) 軍人 陸海軍ノ軍人カ犯シタル犯罪ハ其軍事犯タルト通常犯タルトヲ問  
ハス通常裁判所ニ於テ裁判セスシテ之ヲ軍法會議ニ於テ裁判スヘキコトハ前  
既ニ述ヘタル所ノ如シ尤モ軍人タルノ身分ヲ失ヒタルトキハ通常裁判權ニ服  
スヘキモノトス

(六) 勅任官華族帶勳有位者 明治十五年三月二十七日司法省達ニ依レハ勅  
奏任官華族勳六等以上ノ者從六位以上ノ者カ現行犯ニ非サル禁錮以上ノ刑ニ  
該ルヘキ罪ヲ犯シタルトキハ當該檢事ヨリ司法大臣ニ具狀シ司法大臣ヨリ其  
事由ヲ奏聞シテ後ニ起訴ノ處分ヲ爲スヘキモノトス是レ訴訟上ノ例外ニ屬ス  
ルナリ而シテ右達ハ各裁判所ニ對シテ發スルモノナレトモ決シテ訓令ノ性質  
ヲ有スルニ非スシテ法律タルノ效力ヲ有スルモノナリ

### 第三章 裁判所ノ地位

第一 通常刑事裁判所ニ關シテハ一大原則アリ裁判權ハ法律ニノミ服從スル

獨立ノ裁判所之ヲ行フ憲法第五七條トノコト即チ是ナリ  
此裁判權ノ獨立ハ或ハ裁判所ナル官府ニ關シ又ハ裁判所ノ職員タル判事ノ地位ニ關シテ憲法及ヒ裁判所構成法ノ規定ニ依リテ保障セラルルモノトス

第二 通常裁判所ノ地位ニ關スル重ナル規定ハ即チ左ノ如シ

(一) 何人ト雖モ法律ニ定メタル裁判官ノ裁判ヲ受タルノ權ヲ奪ハルルコトナシ  
憲法第二四條抑モ如何ナル人及ヒ事件ハ通常裁判所ノ管轄ニ屬スルカ又特別裁判所ノ管轄ニ屬スルカハ法律ニ於テ定ムル所ニシテ動カスベカラサル原則ナリ又法律ハ如何ナル場合ニ於テ此原則ノ例外ヲ認ムルカヲ定ム即チ右ノ原則ノ適用ヲ避ケンニハ亦法律ヲ以テ轉ニ明許スル場合ナルコトヲ要ス若シ法律ニ於テ定メタル刑事裁判所ニ代フルニ他ノ裁判所ヲ以テスルトキハ其裁判所ハ法律ノ認メサル裁判所ナルヲ以テ被告人ハ法律ニ定メラレタル裁判所ノ裁判ヲ受クルノ權ヲ奪ハルルモノト謂ハサルベカラズ  
(二) 司法及ヒ行政ハ嚴ニ之ヲ區別セサルベカラズ即チ通常裁判所ハ同時ニ行政官府タルヲ許サス此原則ノ唯一ノ例外タルヘキモノハ司法行政ノ職務ヲ裁

判所ニ擔任セシムルコト是ナリ而シテ司法行政トハ例ヘテ裁判所内部ノ事務分配ニ關スル會議ヲ行ヒ或ハ裁判所ノ開始時間等ヲ定ムル等ノ如キモノニシテ裁判所構成法第一一條乃至第一三條第二〇條乃至第三五條第三五條第三六條第四四條乃至第四六條第一二五條此等ノ事務ハ刑事事件ヲ處分スルコトニハ何等ノ關係ナク唯裁判所ノ裁判ヲ受クヘキ刑事事件ノ準備タルヘキモノナリ是故ニ司法行政ノ事務ハ裁判權ニ屬スル事務ニ非ス又刑事事件ノ取扱ニモ非スシテ裁判權ノ行使ヲ容易ナラシメ且之ヲ實行スルノ助ヲ爲スモノナリトス  
第三 裁判所ノ獨立ハ亦裁判所構成法ニ依リ通常裁判所ノ判事ヲシテ各種ノ勢力ノ爲メニ干渉ヲ受ケザルノ地位ニ在ラシムルコトヲ保護スルモノナリ即チ判事ノ任期ノ終身ナルコト及ヒ一定ノ俸給ヲ受クルコト又法律ノ定ムル場合ヲ除ク外其意ニ反シテ轉官轉所停職免職減俸セラルルコト等ナキ等是ナリ  
(憲法第五八條裁判所構成法第六七條第七三條乃至第七八條)  
第四 通常裁判所ハ法律ニ定ムル準備スヘキモノトシテ即チ通常裁判所ニ屬スル

刑事事件ニハ現行刑法及ヒ刑事訴訟法ノ規定ヲ適用スルヲ要ス之ニ依リ上級裁判所殊ニ大審院ノ判決ニ對スル下級裁判所ノ地位ヲ知ルコトヲ得ヘシモ法律ニ於テハ上級裁判所ノ判決ハ法律ト同一ノ效力アルコトヲ規定シタルモノナシ唯裁判所構成法第四十八條ニ大審院カ法律ノ點ニ付テ表シタル意見ハ其訴訟一切ノ事ニ付キ下級裁判所ヲ羈束ストノ規定アレトモ大審院ノ意見ハ其ノ事件ニマテ法律同様ノ效力ヲ及ホスモノニ非ス故ニ下級裁判所ハ上級裁判所ノ判決ト反對ニ出ツルコトヲ妨ゲサルナリ何トナレハ帝國唯一ノ最高裁判所タル大審院ト雖モ而モ其誤ナキヲ保セズ大審院ニ於テ屢判例ヲ改ムルハ是レ實ニ前ノ見解ノ誤ナルコトヲ自認スルモノナレハナリ

**第四章 裁判所ノ職員**

第一 各裁判所ニハ判事ノ外尙ホ他ノ職員ノ干與スルアリ此等ノ者ヲ總稱シテ裁判所ノ職員ト謂フ而シテ裁判所ノ職員トハ判事書記及ヒ執達吏ノ三者ニシテ檢事ハ裁判所ノ職員ト謂フを得ス其職務ハ主トシテ當事者ノ作用ヲ爲ス

ニ在リ裁判所ノ職員ヲ二ト爲シ一ヲ判事他ヲ其附從ノ職員トスル者アリ然レトモ是レ判事以外ノ職員ヲ以テ元來裁判所ニ屬スルニ非スシテ判事ニ附從スルモノナリトノ考ニ出テタル意見ニ外ナラス殊ニ書記ニ付テハ調査作成ノ如キ獨立ノ職務アレハ其不審ナルヤ問ハスニシテ明白ナラズ

第二 判事ハ他ノ裁判所ノ職員ニ屬スル職務ヲ除ク外裁判權ノ全部ヲ有ス殊ニ審理及ヒ裁判訴訟ヲ指揮、認廷ノ取締並ニ此等ノ作用ニ伴フ強制ヲ行フハ總テ判事ニ屬スルモノナリ

部ヲ以テ組織サレタル裁判所ニ裁判長ナルモノアリ此裁判長ナルモノハ判事以外ノ職員ニ非ス裁判所構成法第三二條、第四〇條、第五三條、第一〇四條第一〇六條乃至第一二一條、第一二二條第二項、刑事訴訟法第九四條第一項、第二三七條又部ノ上官ニモ非ス即チ部ノ上位ニ立ツモノニ非スシテ部ニ從屬スルモノナリ然リ而シテ裁判長ト院長、所長、部長ト之ヲ混同セザルヲ要ス蓋シ院長、所長、部長トシテノ職務ハ裁判事務ニ非スシテ司法行政ノ事務ナレハナリ裁判所構成法第一三五條、第一三六條、第三二條第二項、第三二條第二項、第三三五條、第三六條、第三七條

四四條第五五條面シテ裁判長ハ左ノ如キ職務ヲ行フモノトス

(一) 部ノ一員トシテ職務ヲ行フ 是レ殊ニ公判ニ於テ然リトス裁判長ハ公判ニ於テハ部以外ニ立ツモノニ非ス他ノ部員ト同シク其部ノ合議ニ參與スル等ノコトアルカ故ナリ審理ノ指揮及ヒ訴訟ノ秩序維持ニ付テハ裁判長ハ裁判所ノ監督ノ下ニ立ツモノナリ裁判所構成法第一〇四條第一〇八條裁判所ハ裁判長ノ之ニ關スル命令指揮ヲ違法ナリトセハ之ヲ變更スルヲ得ヘシ第一九九條即チ裁判長ノ地位ハ部ノ上席タルモノニシテ部ノ機關トシテ勤クモノナリ

(二) 部ノ代表者トシテ職務ヲ行フ 裁判長ハ此場合ニハ部ノ爲メニ行フニ非スシテ部ニ代リテ職務ヲ執ルモノナリ此例ハ殊ニ公判ノ準備ニ屬スル行爲ニ多シ即チ公判期日ノ指定又ハ勾引狀ヲ發スル場合ノ如キ是ナリ第一七八條

第三 裁判所書記 抑モ裁判官ノ行爲ハ之ヲ圖書ニ記載スルノ必要アリ若シ其記載ナキトキハ公判ニ於テ豫審判事ハ如何ナル取調ヲ爲シタルヤ又上級審ニ於テ公判判事ハ如何ナル手續ニ依リテ裁判シタルヤヲ知ルニ由ナシ故ニ其圖書作成ノ爲メ裁判所書記ナル職員ヲ設ケタルヘカラス(裁判所構成法第八五

條乃至第九三條參照)

裁判所書記ノ職務ハ左ノ如シ

(一) 豫審圖書及ヒ公判始末書ヲ調製スルコト(第九二條第一七六條第二〇八條) 書記ハ圖書及ヒ公判始末書ニ署名捺印シ其記載スル事項ノ正當ナルヲ保證スルコトヲ要ス是故ニ書記カ圖書又ハ公判始末書ヲ作成スルニ付テハ常ニ裁判官ノ命令ニ從フト雖モ其圖書ノ内容ニ至リテハ裁判官ト雖モ指揮命令シテ之ヲ書記ニ強フルヲ得ス而シテ書記ハ記載ノ事項ニ付テハ自ラ其責任ヲ負フヘキモノナルカ故ニ若シ裁判官ノ命令ヲ正當ナラスト認ムルトキハ自己ノ意見ヲ之ニ附記スル權利ト義務トヲ有ス(裁判所構成法第九一條然リト雖モ書記ニ此意見附記ノ權アルヲ見テ直チニ書記ハ圖書又ハ始末書ヲ調製スルニ付キ判事ト同等ノ地位ニ立ツモノト速了スヘカラス蓋シ判事ハ檢證ニ付テハ其範圍及ヒ結果ヲ定メ證人訊問ニ付テハ證人ニ對シテ問ヲ發シ其證言ヲ徵スルモノニシテ書記ハ判事ノ命令ニ從ヒ檢證又ハ訊問ニ付キ記録ヲ作ルモノナルニ過キス故ニ書記ハ訊問事項ニ付キ疑義ヲ懷クコトアルモ證人ニ對シテ問ヲ發ス

ルヲ得ス又檢證ノ範圍結果ヲ定ムルニ付キ容喙スヘキモノニ非サルヲ以テ判  
 事カ更ニ訊問ヲ爲シ又ハ檢證ヲ爲スニ依リテ其疑義ヲ解クノ外ナシ斯ル疑義  
 アルニ拘ハラス判事ニシテ更ニ訊問其他ノ取調ヲ爲スコトナキトキハ書記ハ  
 茲ニ始メテ其意見ヲ圖書ニ記載スルコトヲ得ルモノトス故ニ書記ハ訴訟記録  
 ヲ作成スルニ付キ判事ト同等ノ地位ニ在ルモノト謂フヘカラス但訊問ノ聽取  
 又ハ檢證物件ノ實見ハ書記モ亦裁判官ト共ニ之ヲ爲シ各自異別ニ爲スモノニ  
 非サレハ若シ意見アルトキハ之ヲ附記スルノ權利ト義務トヲ有スルモノトス

(二) 被告人證人鑑定人ノ呼出及ヒ書類ノ送達ニ于與スルコト(第二)三條第二  
 項第一九條民事訴訟法第三六條)

(三) 判決ノ正本原本抄本又ハ被告人ノ供述書ヲ下付スルコト(第九七條第二〇  
 六條)

(四) 記録ノ整理及ヒ保存ヲ爲スコト

第四 執達吏 執達吏ハ裁判所ヨリ發スル文書ヲ送達シ及ヒ裁判所ノ裁判ヲ  
 執行スル爲メニ區裁判所ニ設置セラルルモノナリ裁判所構成法第九條第九四

條第九八條而シテ刑事ノ訴訟ニ於テハ呼出狀召喚狀等ノ送達及ヒ訴訟費用追  
 徴金ノ取立ヲ爲スモノトス(第七六條第三項第一九條民事訴訟法第一三六條第  
 二項執達吏規則第一條第三條)

### 第五章 裁判所職員ノ除斥、忌避及ヒ回避

第一 一定ノ裁判所ノ職員タル資格絶對的職務ノ資格ト各刑事事件ニ付キ實  
 際ニ於テ其職務ヲ行フ裁判所職員ノ資格相對的職務ノ資格トハ之ヲ區別セサ  
 ルヘカラスシテ此二者ハ相重複スルモノニ非サルナリ

第二 判事ハ公平無私ナラサルヘカラス若シ夫レ各箇ノ場合ニ於テ其公平無  
 私ヲ維持スルコト能ハサルカ如キ原因ノ存スルトキハ判事ノ職務即チ審理裁  
 判等ニ干與セシムルヲ得ス法律ハ其原因ヲ分チテ二ト爲シ一ヲ除斥ノ原因ト  
 謂ヒ他ヲ忌避ノ原因ト謂フ而シテ除斥ノ原因ハ公益ノ爲メニ存スルカ故ニ法  
 律ニ於テ之ヲ限定シ忌避ノ原因ハ其有無ヲ當事者ニ一任ス



### 第一節 除斥ノ原因

或事實アリテ判事尙ホ之ニ干與スレハ司法ノ威信ヲ害スルカ故ニ此事實アルトキハ判事ノ公平ナルト否トヲ審査スルコトナク法律上判事ヲシテ其事件ヨリ脱去セシム即チ職務ノ執行ヨリ除斥スル場合はナリ而シテ其原因タル事實ニ刑事訴訟法第四十條ニ列舉スル所ニシテ此事實アレハ判事ハ法律ニ依リ當然除斥セラレルモノトス

(一) 判事被害者ナルトキ  
 刑事訴訟法第四十條第一號及ヒ第三號ノ被害者ナル文字ハ同第四十九條第六十五條ノ犯罪ニ因リ損害ヲ受ケタル者若クハ同第二條ノ被害者ナル意義ヨリモ狹隘ナルモノニシテ茲ニ所謂被害者トハ犯罪ニ因リ直接ニ損害ヲ被リタル者即チ犯罪ニ因リテ攻撃セラレタル利益ノ所持者ヲ謂フ即チ親告罪ノ場合ニ告訴ノ權ヲ有スル者ノ如キ是ナリ例ヘハ破産ニ關スル罪ニ於テ破産財産不足

ノ爲メ完全ニ辨濟ヲ受ケタル債權者ハ直接ノ被害者ナリ此場合ニハ後日辨濟ヲ受ケルモノ且生シタル損害ハ決シテ之ヲ回復スルヲ得ス之ニ反シテ或會社ノ物ヲ消費シタル罪ニ於テ判事其社員タルモ直接ノ被害者ニ非ス何トナレハ犯罪ノ攻撃ハ團體ニ向ケラルモノニシテ各社員ニハ唯間接ニ其影響ヲ及ホスニ過キナレハナリ而シテ被害者タルニハ犯罪カ既遂ナルト未遂ナルトヲ問ハス何ヲ以テ此ノ如ク本項ニ於ケル被害者ナル文字ヲ解釋スルヤト云フニ蓋シ之ヲ廣義ニ解スルトキハ判決ノ確實ヲ害スルコト頗ル多キカ故ナリ即チ裁判所ニ於テ其判事カ危害ヲ被リタルヤ否ヤヲ知ルヲ得アルカ如キ場合多キヲ加フカ故ニ之ヲ知ラスシテ審理ヲ終リ判決ヲ下スニ於テハ必スヤ許多人判決ハ上訴ニ依リテ破毀セラレルコト屢々之アルヘキヲ以テナリ

判事ノ職務ニ關シテ侮辱ヲ爲シタル場合ニ於テモ判事ハ被害者ナリ獨逸普通法及ヒ普瀋西刑事法ニ於テハ此場合ハ判事カ裁判ニ干與スルモ妨ナシトセリ其理由トスル所ハ此場合ニ判事ハ自己一身ノ名譽ヲ損モラレタルニ非サルカ故ニ被害者ト謂フコトヲ得ス隨テ其判事ハ自己ノ被リタル侮辱罪ヲ裁判スル

ゴトヲ得去フニ在リ然レトモ官職ニ對シ侮辱スルモ之ヲ有スル者モ亦被害者ナリ故ニ此見解ハ當ヲ得又裁判所ノ侮辱シタル場合ニハ裁判所職員全體カ必ス侮辱セラレタリト謂フヲ得又例ニ依リ裁判所ノ處分若クハ裁判ニ對シテ侮辱ヲ爲ストキハ之ニ干與シタル判事ノモカ侮辱セラレタルモノナルカ故ニ其他ニ判事アルトキハ其裁判所ニ於テ裁判スルヲ得ヘシ  
公判ニ於テ職務ヲ行フ判事ニ對シ其手續進行中ニ被告カ之ヲ侮辱シタルトキハ之カ爲メ其審理中ノ事件ニ付テハ除斥若クハ忌避ノ原因ハ生ゼサルモノトス然ラザレハ各訴訟關係人ハ自己ニ不利益ナル判事ヲ侮辱シ以テ之ヲ除外スルヲ得ルニ至ルヘキヲ以テナリ乃チ裁判所構成法第百九條ニ規定シテ曰ク裁判長ハ法廷ニ於テ審理ヲ妨ケ不審ノ行狀ヲ爲シタル者アルトキハ五圓以下ノ罰金若クハ五日以内ノ拘留ニ處スルヲ得ト故ニ侮辱ヲ受ケタル判事ト雖モ尙ホ裁判ヨリ除外セラレシテ之ニ干與スルコトヲ得ヘキヤ明カナリ  
(二)判事被告人又ハ被害者ト親屬ノ關係ヲ有スルトキハ之ニ干與スルモノトス本項ニ所謂親屬トシテ刑法第百十四條第百十五條ノ親屬例ニ依ルヘキモノトス

雜 報

○署名ノ意義 現行商法ニ所謂署名ノ意義ハ自筆ヲ指スモノナリト判斷シタル函館控訴院ノ判決ニ對スル上告論旨ノ大要ニ曰ク(一)署名ナル文字ハ從來我法令ノ用例ニ於テ氏名自署ノ意義ヲ含マヌ此用例ハ現行商法上ニ於テモ亦之ヲ變更シタリト認ムヘキ根據ナシ明治十五年第五七號布告商法第七〇一條第七〇三條第七一五條第七一六條第八一一條(二)手形ノ作成ニハ代理人ヲ許ササルモノニ非ス隨テ代理人ヲシテ本人ノ名ヲ記セシムルモ不當ナリト謂フヘカラス明治十年第五〇號布告(三)明治三十三年法律第十七號ハ商法ニ所謂署名ノ意義ヲ決シタルモノニ非ス商法ノ法文ノ意義ハ商法實施ノ當時既ニ確定セルモノナリ(四)英國手形條例一八八二年第九十一條ニハ自筆タルコトヲ要セストシ獨逸手形法第四條ニ於テハ署名ヲ要件トセルニ拘ハラヌ本人ノ自署タルコトヲ要セサルコトハ同國商事高等法院ノ千八百七十二年三月十二日ノ判決ヲ以テ確定シ且同國學者ノ見解一致セル所ナリ此等ニ據ルモ我現行商法カ

捺印制ヲ廢シタルカ故ニ署名ノ用例ヲ變シタルモノト謂フコトヲ得スト之ニ對シ大審院ハ適正ナル説明ヲ與ヘテ曰ク署名捺印ヲ以テ要式證券ノ成立條件トシタル規定ノ下ニ在リテハ任意ニ捺印シタル事實ノ認ムヘキモノアルトキハ證券ノ成立ハ作成者ノ意思ニ因レルモノナルコトヲ推定セシムヘキカ故ニ其自署ニ非サル記名存スルトキト雖モ證券ノ成立ヲ證明スルニ足ルヘシ然レトモ證券ニ捺印スルコトヲ以テ其成立條件ト爲サスシテ作成者ノ署名ノミヲ以テ條件トシタル場合ニ於テハ其署名即チ自署アルニ非サレハ證券ニ依ル意思表示カ果シテ其作成者ノ任意ニ因レルモノナルヤ否ヲ決シ難シ故ニ從來慣用ノ捺印主義ヲ捨テ專ラ署名ノミニ重キヲ置キタル改正商法中署名ヲ以テ證券成立ノ條件トシタル規定ニ於ケル署名トハ自署ノ義ニシテ單ニ記名ノミヲ以テ足レリトスル意義ニ非サル法意ナリト解釋セザルヘカラス蓋シ署名ノミヲ以テ證券作成者ノ意思表示ヲ標徴スヘシトセル法規ノ下ニ於テモ自署ハ必要ナラスト云フ說ハ證券ノ責任ノ氏名又ハ商號ヲ印刷シ證券ニ載セタルトキト雖モ尙ホ有效ノ成立ヲ認ムヘシト云フ如キ全然立法ノ趣旨ニ反スル結論ヲ

是認セザルヘカラナルニ至ルヲ以テ固ヨリ採ルニ足ラサルモノトス(大審院十五年(明治三十五年)三月十七日第一民事部判決)(三十二年七月六日讀賣新聞梅博士論文法學志林第一二號洋學人署名ニ關スル考證參考)

○舊商法ノ下ニ於ケル會社ノ登記前ノ株式讓渡 舊商法第百八十條ノ解釋ニ付キ嘗テ大審院ハ頗ル了解シ難キ判決ヲ下サレタリシカ(明治三十四年(第三十號)株式代金第三十號第一民事部判決)過般更ニ下ノ如ク解釋セラレタリ曰ク舊商法第百八十條ヲ以テ會社登記前ノ株式ノ讓渡ハ無効ナリト規定シ別ニ其例外ヲ認メサルノミナラス其第二百十四條及第二百五條ヲ以テ會社登記後ニ非サレハ發行スルコトヲ得サル株券ノ公賣及其結果ノ責任ニ付キテハ特別ノ規定ヲ設ケタリト雖モ會社登記以前ノ株式ノ公賣等ニ關シテハ何等ノ規定ヲ設ケザルニ由リテ之ヲ觀レハ株式會社登記前ノ株式ノ讓渡ハ其普通ノ賣買タルト公賣タルトヲ問ハス將又其任意タルト強制タルトヲ論セス凡テ絕對ニ無効タラシムルハ舊商法ノ精神ナリト解釋セザルヲ得ス蓋舊商法ハ株式會社ノ設立又ハ株式ノ申込ヲ以テ徒ニ射利ノ手段ト爲スノ徒アルヲ慮リ全ク之ヲ防遏スル爲メニ

斯ノ如ク絕對無効ノ規定ヲ設ケタルモハナリ而シテ本件ノ如キ株式ノ公賣ト雖モ之ヲ許ストキハ法律ノ防遏セント欲スル目的ヲ害スルコトナキヲ必セザルヲ以テ固ヨリ法律ノ許サタル所ナリト謂ハサル可ラス故ニ原判決力爲商法第百八十條ヲ解釋シテ總テノ讓渡ヲ無効ト爲スノ意義ナリト爲シタルハ相當ニシテ云云（大審院明治三十五年三月三十一號未拂株式公賣不足金還）

○他所拂手形ト拒絕證書ノ作成 手形ニ支拂拒絕證書ヲ作成免除ノ記載アルトキニ於テモ所謂他所拂手形ナル場合ニ於テハ拒絕證書ヲ作成セザルヘカラストノ上告論旨ニ對スル大審院ノ說明ニ曰ク商法第四百九十條ノ法意ハ他所拂手形ニ付テハ拒絕證書作成ノ免除アリタル場合ト雖モ所持人カ裏書人ニ對シテ償還請求ヲ爲サント欲スルトキハ之ヲ作成スルコトヲ要スル旨規定シタルニ非ス唯他所拂ノ手形ニ付テハ手形ノ呈示及ヒ拒絕證書ノ作成ハ支拂人ノ營業所若クハ住所ニ於テセスシテ支拂地ニ於テスルコトヲ要スル旨即チ同法第四百四十二條ノ除外例ヲ示シタルニ外ナラス（大審院明治三十五年三月三十一號未拂株式公賣不足金還）

二 未拂株式公賣不足金還 第一民事部判決



納付書

一金

右納付書也

明治三十五年三月三十一日  
 大審院  
 第一民事部判決

納付書

明治三十五年三月三十一日  
 大審院  
 第一民事部判決

斯ノ如ク、絕對無効ノ規定ヲ設ケタルモノナリ、而シテ本件ノ如キ株式ノ公賣ト雖モ之ヲ許ストキハ法律ノ防遏セント欲スル目的ヲ害スルコトナキヲ必セサルヲ以テ固ヨリ法律ノ許ササル所ナリト謂ハサル可ラス故ニ原判決カ舊商法第百八十條ヲ解釋シテ總テノ讓渡ヲ無効ト爲スノ意義ナリト爲シタルハ相當ニシテ云云ト(大審院明治三十五年(才)第三百六十一號未拂株式公賣不足金運延利子及入費請求事件明治三十五年十月七日第一民事部判決)

○他所拂手形ト拒絕證書ノ作成 手形ニ支拂拒絕證書作成免除ノ記載アルトキニ於テモ所謂他所拂手形ナル場合ニ於テハ拒絕證書ヲ作成セサルヘカラストノ上告論旨ニ對スル大審院ノ說明ニ曰ク商法第四百九十條ノ法意ハ他所拂ノ手形ニ付テハ拒絕證書作成ノ免除アリタル場合ト雖モ所持人カ裏書人ニ對シテ償還請求ヲ爲サント欲スルトキハ之ヲ作成スルコトヲ要スル旨規定シタルニ非ス唯他所拂ノ手形ニ付テハ手形ノ呈示及ヒ拒絕證書ノ作成ハ支拂人ノ營業所若クハ住所ニ於テセスシテ支拂地ニ於テスルコトヲ要スル旨即チ同法第四百四十二條ノ除外例ヲ示シタルニ外ナラスト(大審院明治三十五年(才)第三百六十一號未拂株式公賣不足金運延利子及入費請求事件明治三十五年十月七日第一民事部判決)

(注 意) 校外生月謝納付ノ際ハ必ス本紙ヲ切抜キ居所、氏名及爲替番號、金額並ニ學年別、月謝ノ月別若クハ何月分迄ト記入シ爲替券ニ添附スルモノトス

納付書

爲替番號 ( )

一金

但三十六年度第 學年 月分月謝

右納付候也

居所

明治三十年

月 日

和佛法律學校會計局御中

納付書

爲替番號 ( )

一金

但三十六年度第 學年 月分月謝

右納付候也

居所

明治三十年

月 日

和佛法律學校會計局御中

# 法學志林

每月一週十五日發行  
校長 佐佐木俊三郎  
一、星野仙郎 總務長 九錢  
十、原金太郎 總務長 八十錢

## 第三十八號

十二月十五日發行

### 志林

○最近判例批評 法學博士 梅 謙次郎  
○要訴裁判所ノ裁判長カ人事訴訟法ノ規定ニ從ヒ無  
事方者ノ爲ニ選任シタル代理人ノ性質ヲ論ズ 法學士 松岡 義正

### 纂論

○外國會社 法學士 志田 御太郎

### 批評

○在任職人訪問ノ申出ト裁判 法學士 信岡 雄四郎

### 解疑

○公法條請求ノ既ニ登載後消テ該ニ關スルモト  
ヲ得ルカ 法學士 遠藤 忠次

### 其他

○一人ニシテ犯罪ノ教唆ト其實行ノ補助ヲ爲シタル  
者ノ處分 法學士 谷 野 格

### 判例、雜報、記事

數十件 法學博士 梅 謙次郎

## 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 毎月十九日五日六日八日十日十一日十二日  
十三日十五日十六日十七日十八日十九日廿一日廿二日廿三日廿四日廿五日廿六日廿七日廿八日廿九日三十日)

明治三十五年十二月廿五日印刷 (定價金貳拾五錢)  
明治三十五年十二月廿六日發行

編輯者 萩原 敬之  
發行所 東京市牛込區牛込北町十番地

印刷者 小宮 山 信 好  
東京市牛込區矢來町三番地

印刷所 金子 活版所  
東京市芝區西ノ久保町第十一番地

## 發行所 和佛法律學校

指 定 司法省  
(電話番町百七十四番)