

和仏法律学校講義録

豊島, 直通 / 岡, 實 / 岩田, 一郎 / 松本, 烝治 / 志田, 友吉

(出版者 / Publisher)

和佛法律學校

(巻 / Volume)

2-6

(開始ページ / Start Page)

1

(終了ページ / End Page)

69

(発行年 / Year)

1903-01-26

明治三十六年十一月四日第三編經緯物證可 每月十九日三編六日八日十一日十
五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發行

明治三十六年一月二十六日發行

三十六年度 第二學年ノ六

和佛法律學子找講義錄

號六拾四第

和佛法律學校

0 1 2 3 4 5 6 7 8 9 10 1 2 3 4 5 6 7 8 9 10 1 2 3

第二學年第六號目次

商 法 總 則 (自八九六)

法學士 松 本 添 治

商 法 商 行 爲 (自第一章至第九章 自七八三)

法學士 志 田 友 吉

民 事 訴 訟 法 第二編 (自六四五)

法學士 岩 田 一 郎

刑 事 訴 訟 法 (自六〇五)

法學士 豐 島 直 通

財 政 學 (自六五)

法學士 岡 實

雜 報

○會社ノ商號ヲ以テ爲シタル法律行爲ノ效力○貨物引換證ト運送貨ノ記載○無効ノ裏書ト手形占有ノ回復

090
1903
2-1-6

セサルヲ以テ苟モ權利能力アル者ハ商人タルコトヲ得ヘキモノナリ故ニ總テノ人ハ原則トシテハ能力ノ有無國籍ノ内外又男女タルト老幼タルト問ハス皆商人タルコトヲ得ルモノニシテ唯前節ニ述ヘタル商權能ニ關スル制限ヲ受クルノミ

以上述ヘタル如ク各人ハ原則上商人タルコトヲ得ト雖モ自ラ商行爲ヲ爲スニハ能力ヲ有スルコトヲ要ス商事能力ニ關シテハ舊商法ハ第十條以下ニ詳細ナル規定ヲ爲シタリト雖モ新法ハ之ヲ民法中能力ニ關スル規定ニ譲リ唯二三ノ特別規定ヲ爲シタルノミ故ニ茲ニモ亦主トシテ此商法ノ特別規定ノ説明ニ止メントス尙ホ外國ノ法制ハ此點ニ關シテハ必スシモ一樣ニ出ラスシテ國風民情ニ依リ其規定ヲ異ニスルモノニシテ別ニ我商法ノ解釋ヲ贅クル所ナキヲ以テ之ヲ引論セス唯能力ニ付テハ未成年者ニ關シ民法第四條乃至第六條禁治產者ニ關シテハ同第八條第九條華禁治產者ニ關シテハ同第十一條第十二條妻ニ關シテハ第十四條乃至第十八條ヲ參照セラルヘシ

(一) 未成年者又ハ禁治產者ノ後見人ハ其被後見人ニ代リテ商業ヲ營ムコトヲ

090
1903
2-1-6

ルヲ以テ以テ權利能力アル者ハ商人タルコトヲ得ルモノナラシメテ
ノ人ハ原則トシテハ能力ノ有無國籍ノ内外又男女タルト老幼タルト問ハズ
皆商人タルコトヲ得ルモノニシテ唯前節ニ述ヘタル商權能ニ關スル制限ヲ受
タルノミ

以上述ヘタル如ク各人ハ原則上商人タルコトヲ得ト雖モ自ラ商行爲ヲ爲スニ
ハ能力ヲ有スルコトヲ要ス商權能力ニ關シテハ舊商法ハ第十條以下ニ詳細ナ
ル規定ヲ爲シタルト雖モ新法ハ之ヲ民法中能力ニ關スル規定ニ譲リ唯二三ノ
特別規定ヲ爲シタルノミ故ニ茲ニモ亦主トシテ此商法ノ特別規定ヲ説明ニ止
メシトス尙ホ外國ノ法制ハ此點ニ關シテハ必スシモ一様ニ出テスシテ國民
情ニ依リ其規定ヲ異ニスルモノニシテ別ニ我商法ノ解釋ヲ賣クル所ナキヲ以
テ之ヲ引論セス唯能力ニ付テハ未成年者ニ關シ民法第四條乃至第六條禁治產
者ニ關シテハ同第八條第九條準禁治產者ニ關シテハ同第十一條第十二條妻ニ
關シテハ第十四條乃至第十八條ヲ參照セラルヘシ

(一) 未成年者又ハ禁治產者ノ後見人ニ其被後見人ニ代テテ商業ヲ營ムコトヲ

民法 商人 商人ノ人

得此場合ニ於テハ第一ニ親族會ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス親族會カ同意ノ決議ヲ爲スコト能ハサルトキハ裁判所ニ請求シ裁判ヲ以テ之ニ代フルコトヲ得民
法第九二九條第九五二條參照第二ニ登記ヲ爲スコトヲ要ス(商法第七條第一項
此登記ハ後見人登記簿ニ之ヲ爲ス商法施行前ヨリ商業ヲ營ム後見人モ亦此登
記ヲ爲スコトヲ要ス(商法施行法第四條此登記ノ目的ハ後見人カ被後見人ニ代
リテ商業ヲ營ムノ權能ヲ有スルコトヲ公示シ取引ノ安全ヲ得セシムルニ在リ
ト雖モ登記ヲ爲スニ非サレハ商業ヲ營ム權能ヲ有セサルニ非ス換言スレハ此
登記ハ後見人カ商業ヲ營ムノ條件ニ非サルカ故ニ民法上ノ條件ヲ具備スル以
上ハ登記前ニ在リテモ完全ニ商業ヲ營ムノ權限ヲ有スルモノトス
後見人カ被後見人ニ代リテ商業ヲ營ム場合ニ於テ其代理權ニ加ヘタル制限ハ
之ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得サルモノトス第七條第二項是レ商
業ノ敏活ニ行ハレシコトヲ欲シ善意ノ第三者ヲ保護シ之ト後見人トノ間ノ取
引ヲ安全ナラシメタルモノナリ支配人會社ノ代表社員取締役清算人船舶管理
人及ヒ船長ノ代理權ニ關シ之ニ加ヘタル制限ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スル

コトヲ得サル者ノ規定ヲ爲セルト同趣意ニ出テタルモノトス尙ホ此規定ハ商
法施行前ニ定メタル制限ニモ適用アリ(商法施行法第六條)

(二) 未成年者ハ親權ヲ行フ父又ハ母又ハ後見人ノ許可ヲ得テ商業ヲ營ムコト
ヲ得民法第六條第八八三條第八八條第九二一條參照妻ハ夫ノ許可ヲ得テ商
業ヲ營ムコトヲ得民法第一五條參照又妻ハ特定ノ場合ニ於テハ夫ノ許可ヲ要
セスシテ商業ヲ營ムコトヲ得民法第一七條總テ此等ノ場合ニ於テハ未成年者
又ハ妻ハ許可ヲ受タル商業ニ關シテハ成年者又ハ獨立人ト同一ノ能力ヲ有ス
ルモノトス而シテ未成年者又ハ妻カ許可ヲ受ケテ商業ヲ營ムトキハ登記ヲ爲
スコトヲ要ス(商法第五條此登記ハ未成年者登記簿又ハ妻登記簿ニ之ヲ爲ス商
法施行前ヨリ商業ヲ營ム未成年者又ハ妻モ同シテ此登記ヲ爲スコトヲ要ス(商
法施行法第四條尙ホ此登記ノ效力ハ後見人カ被後見人ニ代リテ商業ヲ營ム場
合ニ於ケル登記ト同様ナリ)
茲ニ民法ノ規定ニ付テ一言注意スヘキコトハ以上述ヘタル未成年者又ハ妻ニ
對スル營業ノ許可ハ法定代理人又ハ夫ニ於テ後日之ヲ取消シ又ハ制限スルマ

トヲ得ルコトアリ未成年者ノ場合ニハ此制限又ヤ取消ハ第三者ニ對抗スルコトヲ得ルニ拘ハラス妻ノ場合ニハ之ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得サルモノナリ(民法第六條第二項第一六條參照其理由ハ未成年者ノ無能力ハ綜合第三者ヲ害スルコトアリトモ尙ホ之ヲ保護スルノ必要アレトモ妻ノ無能力ハ夫權ヲ重シテ一家ノ安全ヲ保ツ爲メニ設ケタルモノナレハ善意ノ第三者ヲ害シテ尙ホ之ヲ保護スルノ必要ナシト認メタルニ由ルナリ)

(三) 以上述べタル如ク民法第六條及第十五條ノ規定ニ依リ營業ヲ許サレタル未成年者又ハ妻ハ其營業ニ關シテ獨立ノ能力ヲ有スルト雖モ會社ノ無限責任社員ト爲ルコトヲ許サレタル未成年者又ハ妻ハ營業ヲ許サレタルモノト開フコトヲ得サルモノナリ然レトモ無限責任社員ハ會社財産ヲ以テ會社ノ債務ヲ完済スルコト能ハサルトキハ連帶シテ其辨済ノ責ニ任スルモノニシテ外部ニ對シテハ會社ヲ代表スルノ權限ヲ有スルモノニシテ内部ニ對シテハ會社ノ業務ヲ執行スルノ權アルモノナリ故ニ會社ノ無限責任社員ト爲ルコトヲ許サレタル未成年者又ハ妻ハ其會社ノ業務ニ關シテ之ヲ能力者ト看做スヲ至當トス

即チ第六條ニ之ヲ規定セリ尙モ商法施行前無限責任社員ト爲ルコトヲ許サレタル未成年者又ハ妻ハ商法施行ノ日ヨリ其會社ノ業務ニ關シテ之ヲ能力者ト看做スヘキコトハ商法施行法第五條ニ之ヲ規定ス其後商人ト爲ルモノトモ

第四節 商人タル法人

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モノナルヲ以テ尙モ權利主體タルコトヲ得ヘキ者ハ商人タルコトヲ得ヘキ理ナリ故ニ法人ト雖モ商行爲ヲ爲スヲ業トスルトキハ同シク商人ナリトス然レトモ法人ハ人ト異ナリ法律ノ規定ニ依リ設立セラルルモノニシテ各其存在ノ目的ヲ有スルモノナルヲ以テ總テノ法人ハ必スシモ皆商人タルコトヲ得ルモノト謂フコトヲ得ス今普通ノ分類ニ從ヒ法人ヲ公法人ト私法人トニ分チ如何ナル法人ハ商人タルコトヲ得ヘキヤニ付キ説明セントス

第一 公法人 國家及ヒ其機關トシテ國家ノ政務ヲ行フコトヲ目的トスル法人ヲ

謂フ國家ハ法律ノ規定ヲ埃タスシテ當然法人ナリトハ一般ニ公法學者ノ一致
スル所ナリ國家以外ノ公法人ハ法律ノ規定ニ依リ始メテ人格ヲ付與セララル
モノナリ國家ノ機關タル公法人即チ公共團體ニハ普通公共團體ト特別公共團
體トアリ前者ハ國家一般ノ政務ヲ行フヲ目的トスルモノニシテ其權限ハ廣キ
推定ヲ受クルヲ常トス即チ府縣郡市町村北海道ニ於ケル區一級町村二級町村
沖繩縣ニ於ケル區間切島等ノ如キ即チ是ナリ後者ハ國家ノ特別政務ヲ行フコ
トヲ目的トスルモノニシテ其權限ハ狹キ推定ヲ受クルヲ常トス水利組合二十
三年法律第四十六號水利組合條例參照北海道土工組合三十五年法律第十二號
北海道土工組合法參照及ヒ商業會議所三十五年法律第三十一號參照等ノ如キ
即チ是ナリ商業會議所ニ付キ舊法ニ於テハ公法人タルヤ否ヤニ付キ疑ヲ容ル
ヘキ點アリシカ故ニ閣議ヲ以テ公法人タルコトヲ決シタリシカ新法ニ於テハ
經費徵收ノ際ニ國稅徵收法ニ依ルノ權能ヲ認メ其公法人タルコトヲ明カニセ
リ
國家ハ商人タルコトヲ得ルヲ獨逸學者ノ多數ハ國家ト雖モ商行爲ヲ爲スヲ業

トスルトキハ商人タルコトヲ得ト論セリ(上レシト)商法教科書第一〇二頁ハ
「商法註釋第五條第四註(フ)アルゾ」商法註釋第四九頁「ナト」商法
論第三〇節等(ゴ)アルゾシニモト民ノ如キハ國家カ商人タルニハ收益ヲ以テ特
定ノ事業ノ主タル目的トスル場合ニ限ルヘキモノナリト論スト雖モ尙ハ商人
タル場合アルコトヲ認メタル者ナリ(ゴ)アルゾシニモト「商法全書第四八九頁」獨
逸新商法ハ商號ニ關スル規定中ニ帝國聯邦諸國及ヒ內國ノ地方團體ハ商業登
記簿ニ登記スルコトヲ要セスト規定シ國家カ商人タル場合アルコトヲ認メタ
リ獨逸新商法第三六條又物品運送ニ關スル規定ハ帝國及ヒ聯邦諸國ノ郵便官
署ニ依ル物品ノ運送ニハ之ヲ適用セス郵便官署ハ本法ニ於ケル商人ニ非スト
規定シ(獨逸新商法第四五二條)一方ニ於テ郵便官署ノ行フ運送ハ私法上ノ契約
ニシテ而モ商法ハ物品運送ニ非サルコトヲ明カニシ他ノ一方ニ於テ官設鐵道
ニ關シテハ國家モ同シテ運送人トシテ商法ノ規定ニ依ルヘキコトヲ明カニセ
リ
獨逸ノ立法上正反對ノ規定ヲ爲スモノハ伊太利商法ニシテ國州及ヒ地方團體

ハ商人ノ資格ヲ得ルコトヲ得タレトモ商行爲スル之ニ依リテ商法及ヒ商慣習ノ適用ヲ受クルコトヲ得ト規定セリ(伊太利商法第七條)
我現行法規ニ由リテ之ヲ觀ルニ國家カ一定ノ設備ヲ設ケ私法上ノ行爲ヲ爲スモノハ葉煙草專賣郵便電信電話及ヒ官設鐵道ノ場合カリ然レトモ葉煙草專賣ハ租稅徵收ノ方法トシテ之ヲ爲スモノニシテ之ヲ以テ國家カ商人ト爲ルモノニ非サルコトハ言フ決タル所ニシテ郵便電信電話ニ付テハ學者或ハ之ヲ公法上ノ關係ナリト論シ(ツオルシ)リンドノ如キ或ハ私法上ノ關係ナルカ契約ニ非スレテ郵便官署カ一定ノ形式ヲ具備スル依屬ヲ受クルトキハ通信ノ送達ヲ爲スヘキ法律上ノ義務ヲ負ヘルモノナリト論セリ(シヨット)ノ如キト雖モ通常請負契約ノ一種ナリト論セリ我現行法ニ依リテ之ヲ觀ルニ其性質頗ル曖昧ナリト雖モ之ヲ以テ私法上ノ契約關係ト看做シタルモノト解シテ可ナリト信ス
(郵便法第二三條第一〇條第三九條電信法第二一條第一二條第二六條參照然レトモ郵便ノ契約ハ商法ノ所謂物品運送ニ屬セシメタル法意ナルコトハ郵便法及ヒ電信法カ各種ノ事項ニ付キ周密ナル規定ヲ爲シ商法ノ物品運送ニ關スル

規定ニ依ルコトヲ豫想スルカ如キ態ヲ爲ササルニ依リテ明カナリト信ス故ニ國家ハ郵便電信及ヒ電話事業ニ付テハ商人ト爲ルコトナシト解セサルヘカラス獨リ鐵道ニ至リテハ鐵道營業法私設鐵道法其他之ニ附屬スル命令ノ規定ニ徴スルニ國家ハ一ノ運送人トシテ此等ノ特別法令ニ規定ナキ場合ニ於テ商法ノ規定ニ從ハシムルノ法意ナルコトハ歷然爭フヘカラサル所トス唯商號登記商業帳簿商業使用人等ノ規定ニ至リテハ前述セル獨逸商法ノ如ク國家ニ對シテハ之カ適用ナキコトヲ明カニスル明文ナシト雖モ當然其適用ナキモノトト解セサルヘカラス
國家カ既ニ商人タルコトヲ得ル以上ハ國家以外ノ普通公共團體ハ商人タルコトヲ得ルヤ否キ予ハ此等ノ普通公共團體ニ關スル現行法ノ規定ヨリ觀察スルニ別ニ之ヲ禁スル規定ナキヲ以テ商人タルコトヲ得ヘキモノト解セシトス況ヤ彼ノ市街鐵道又ハ瓦斯及ヒ電氣ノ供給ニ關スル營業ノ如キ獨占ノ傾向ヲ有スルモノハ之ヲ公共團體ノ營業ト爲サシムヘキコトハ國家社會主義ノ經濟學者ノ一致主張スル所ニシテ社會政策上最モ必要ナルモノナレハナリ

特別公共團體ニ付テ其目的の達達條規案ニ由テ制限セザル其目的以外ニ
 涉ルヘキ行為ヲ爲スコトヲ得ルヲ以テ法律ノ規定ニ由リ許サレタルモノト
 認ムヘキ場合ノ外ハ商人タルモノト得ルモノト論セザルハカラス、同様に
 以上ヲ以テ公法人カ商人タルモノト得ルヘキ場合ニ付テ説明セリ而シテ公法人
 カ商人タルトキハ其營業ニ關スル行為ハ常ニ商行爲ナリト推定セラレ然レモ
 ナリ(第二六五條參照)其他公法人カ商人ニ非ズル場合ニ於テモ私法上ノ關係ニ
 於テ私人ト對等ノ位置ニ立チ私法上ノ行為ヲ爲ス場合ニ於テハ其行為ハ商行
 爲タルコトアリ(第二六三條參照)凡ソ此等ノ場合ニ於テ公法人ノ行為ニ付テモ
 私法上ノ法規ノ適用アルヘキコトハ國法學者ノ異論ナキ所タリ即チ公法人カ
 公法上ノ地位ヲ離レ單ニ財產ノ主體タル方面ヨリ私法上ノ行為ヲ爲シ得ル
 トニ付テハ復タ學者間ニ爭ナキ所ナルヲ以テ公法人ノ商行爲ニ付テ商法ノ適
 用アルヘキコトハ法文ヲ按タズシテ明カナリ故ニ商法第二條ニ公法人ノ商行
 爲ニ付テハ法令ニ別段ノ定ナキトキニ限リ本法ノ規定ヲ適用スルコトアルハ公法
 人オリト雖モ商行爲ヲ爲スニ當リテ之ニ商法ノ規定ヲ適用スルコトハ當然ナ

リト雖モ唯公法人ノ目的組織ニ至リテハ大ニ私法人ト異ナル所アルモノニシ
 テ私法ノ規定ヲ全然之ニ適用スルハ不利ナル場合アルヲ以テ法律ノ外命令ヲ
 以テモ尙ホ商法ノ規定ニ對スル例外ノ規定ヲ爲スコトヲ得ヘキコトヲ認メタ
 ルニ過キス商法修正案參考書ニ公法人カ商行爲ヲ爲ス場合ニ付テハ商法ノ規
 定ヲ適用スヘキヤ否ヤ疑ヲ容ル餘地ナキニ非サルヲ以テ本條ハ法令ニ別段
 ノ定ナキ限ハ本法ノ規定ヲ之ニ適用スルコトヲ明カニセリト説明セリト雖モ
 是レ寧ロ立法ノ理由ヲ開明シタルモノト信スルコトヲ得ス付テハ其事實ハ
 第二 私人 國家ノ政務ヲ行フコトヲ目的トセサル法人即チ私法人ハ之ヲ其存在ヲ認ムル
 法律ニ依リ區別スレハ民法ノ規定ニ依ル法人カ商行爲ノ規定ニ依ル法人其他ノ法
 律ノ規定ニ依ル法人ノ三種ニ分ツコトヲ得之ヲ其目的の事業ノ性質ニ依リ
 テ區別スルトキハ公益法人、營利法人ノ二種ニ分ツコトヲ得之ヲ其成立ノ分子
 ニ依リテ區別スルトキハ社團法人及ヒ財團法人ノ二種ニ分ツコトヲ得ヘシ、
 (一) 民法ノ規定ニ依ル法人ニ民法ノ規定ニ依ル法人ニハ社團法人及ヒ財團法

人アリト雖モ共ニ公益法人ニシテ營利ヲ目的トセサルモノニ限レリ營利ヲ目的トスル社團ハ商事會社設立ノ條件ニ從ヒ之ヲ法人ト爲スコトヲ得ヘキモノニシテ總テ商事會社ニ關スル規定ヲ準用スルモノナルヲ以テ事ハ商法ノ規定ニ依ル法人ト稱シテ可ナルモノナリ其他相續人曠缺ノ場合ニ於ケル相續財產モ同シク民法ノ規定ニ依リテ法人タルモノナリ民法第三四條第三五條第一〇五一條第一〇五五條參照)

民法ノ規定ニ依レハ公益法人ハ營利ヲ目的トセサルモノニ限ルヲ以テ商人タルコトヲ得サルモノトス相續人曠缺ノ場合ニ於ケル法人ニ付テハ裁判所ノ選任ニ依リテ管理人ヲ選任スルモノナリト雖モ管理人ハ管理行為即チ民法第百三條ノ行為以外ノ行為ヲ爲スニハ裁判所ノ許可ヲ得ルコトヲ要スルヲ以テ繼續シテ商行爲ヲ爲スコトヲ業トスルコトヲ得サルヲ以テ商人タル場合ナシト解セサルヘカラス尙ホ此點ニ關スル詳細ハ民法ノ講義ニ譲ラントス

(二) 商法ノ規定ニ依ル法人 商法ノ規定ニ依ル法人ハ即チ會社ナリ會社トハ商行爲ヲ爲スヲ業トスル目的ヲ以テ設立シタル社團ヲ謂フ(第四二條參照故ニ

會社ハ商人ナリ故ニ會社ニ關スル特別規定ノ外總テ商人ニ關スル規定ハ當然之ニ適用アルモノナリ

商行爲以外ノ營利事業ヲ目的トスル社團ハ商事會社即チ商法ノ所謂會社設立ノ條件ニ從ヒ設立スルモノニシテ且總テ商事會社ニ關スル規定ノ準用ヲ被ルヘキモノナルコトハ前ニ述ヘタル所ナリ通常商事會社ニ對シテ民事會社ト稱スル所ノモノハ即チ是ナリ民事會社ハ商行爲ヲ爲スヲ業トスルモノニ非ス故ニ商人タルコトナシト志田學士(商法論第一卷第一六七頁第一六八頁ノ如キハ會社トハ商行爲ヲ爲スヲ業トスル目的ヲ以テ設立セラレタル社團ナルヲ以テ設立以後ニ於テ目的ヲ變更シ商行爲ヲ爲スヲ業トスル目的ニ變シタル民事會社ハ商事會社ニ非スシテ而モ商人ナリト論セラルル如シト雖モ是レ商法第四十二條ノ法文ノ文字ニ拘泥シタル議論ニシテ探ルニ足ラス此ノ如キ民事會社ハ目的ノ變更ト共ト會社ト爲リタルモノト謂ハサルヘカラス

商行爲以外ノ營利事業ト同時ニ併セテ商業ヲモ目的トスル社團ハ民事會社ナリヤ商事會社ナルヤ予ノ信スル所ニ據レハ苟モ商行爲ヲ爲スヲ業トスルモノ

等ヲ目的トスルモノニシテ商行爲ヲ爲スラ業トスル者ト謂フヘキヲ結果商人ナルカ如シト雖モ産業組合法第五條ニ産業組合ニ本法ニ別段ノ規定アルモノヲ除クノ外商法及商法施行法中商人ニ關スル規定ヲ準用ストアルヲ以テ産業組合法ハ之ヲ以テ商人ニ非サルモノト看タルモノト信ス之ニ反シテ獨逸ニ於テハ千八百六十八年七月四日ノ帝國法律ニ依リ登記シタル産業組合ハ其目的ノ如何ヲ問ハス之ヲ商人トスト定メタリ

公益法人ナルヤ營利法人ナルヤヲ分ツニ困難ナルモノハ漁業組合ナリ三十四年法律第三十四號漁業法第一八條乃至第二一條三十五年農商務省令第八號漁業組合同規則參照然レトモ是レ商人タルヘキコトナカルヘキモノナルヲ以テ之ヲ論セス尙ホ社寺ノ性質ニ付テハ論スヘキモノ多シト雖モ行政法ニ涉ルコト多ク且商人タルコトナカルヘキモノナルヲ以テ之ヲ略ス

第五節 小商人

自己ノ名ヲ以テ商行爲ヲ爲スラ業トスル者ハ其設備規模ノ大小ヲ問ハス總テ

外レハナリ尙ホ商人間ノ行爲ニ因テ場合ニテ雙方ノ爲メ商行爲ナル行爲ニ因リテ生シタル債權ニ限リタルハ經合其一方ニ取リテ商行爲ナルニモ他方ノ爲メニ非商行爲ナルニキハ特ニ斯ル強大ナル權利ヲ認ムルニ至リタ前條ノ理由ノ一部ヲ欠缺スレハナリニ不該當ナル債權ヲ認出サズ

(四) 債權カ辨濟期ニ在ルトキニ是レ當然ノ事ニシテ留置權ハ相手方ノ不履行ニ對シテ存スルモノニシテ辨濟期ノ未タ到來セサル間ニモ尙ホ留置權アリセハ相手方ニ不履行ノ事實ナキニ拘ラズ自己ハ引渡ヲ爲スヘキ義務アルモ之ヲ履行スルニ及ハストノ不都合ヲ生スヘキ此點ハ民法ノ規定並ニ其理由ヲ異ニスルコトナシ

要スルニ商事上ノ留置權ハ民法上ノ留置權ト異ナル點ハ擔保セラル債權ト留置スヘキ物トノ直接關係ヲ必要トセサルニ在リタル大ナル範圍ノ權利ハ債務者ニ取リ迷惑ヲ成スルコト尠シトセズ故ニ商事ニ在リテハ民事ト異ナリ特ニ當事者ニ留置權ハ抽棄ニ關スル特約ヲ爲スコト多シ其特約ハ有效ニシテ斯ル特約アルトキハ本條ニ適用ナラズ

規定アルニ拘ラス民法ノ規定ニ依ル留置權ヲ其所要ノ條件ヲ具備ス水場合ニ商事債權ニ其適用アルモノト知ルニ決シテ當然ニ之ニ適用ス其要件ニ買主第二回質權ノ單ニ留置權ノ單ニ依ルニ決シテ當然ニ之ニ適用ス商事ノ書ビタル買主民法ニ於テハ質權ノ實行ハ就賣法其他法律ニ定メタル方法ニ依リ之ヲ行フコトヲ要シ民法第三百五十四條第三百六十七條ノ規定ニ依ル方法及ヒ民事訴訟法第六編ニ定ムル執行方法少クトモ當事者カ質權設定行爲ニ依リ又ハ債務辨濟期前ノ契約ヲ以テシタル之ニ反スル特約例ヘハ債務者カ其債務ヲ辨濟セタルトキハ債權者ヲシテ直チニ其買物ノ所有者タルモノ又ハ隨意ニ其買物ノ處分ヲ爲シ得セシムルカ如キ特約ハ其效力發生セズ顯チ流質契約ハ民法ノ許ササル所大ニ民法第三四九條参照是レ質權設定者ハ金錢ヲ需用ニ迫ラレ深チ將來ヲ慮ルノ餘裕ナク債權者ヨリ如何ニ不利益ナル條件ヲ提出セラルモ之ニ應シテ契約ヲ締結スルニ至リ他日豫期ニ反シテ辨濟ヲ爲シ得サルヨリ終ニ意外ノ不幸ニ陥ル者世上其例殊ニ多キヲ以テ其不幸ヲ未發ニ防キ哀ナル債務者ヲ保護セシトセシト是レ民法第三百四十九條ノ設ケタル主たる理由ナリ

中國

（他ニ附随ノ理由アリ）此規定タルヤ由來スル所古クシテ外國ニモ亦其例アリト雖モ今日ニ於テハ事ロ有害無益ノ規定トシテ夙ニ識者ノ批難スル所ナルモナラス殊ニ商業上ニ於テハ資金ノ需用ヲ感スルコト甚シクシテ眼前ニ有利ノ事業ヲ控フルモ之ニ投スヘキ資本ヲ缺クヨリ終ニ其機會ヲ逸スル場合多ク斯ル際ニハ商人ハ其信用ヲ増加スルノ手段トシテ如何ニ不利益ナル條件ヲ下ニ於テモ此流質契約ヲ結フノ必要アルヘク況ヤ商人ハ支拂ノ停止ニ因リテ破産ヲ宣告セラルル商法施行法第一三八條參照破産ハ商人ヲシテ商業上社交上ノ死亡人タラシムルモノナリ斯ル境遇ニ在ル商人ニ取リテハ流質契約ノ怖ルヘキヨリハ寧ロ之ニ依リテ其急ヲ濟フノ利益ヲ感スルコト殊ニ大ナルモツアルニ於テヲヤ故ニ商法ハ商事債權ヲ擔保スルカ爲メニ設定シタル質權ニハ此民法第三百四十九條ノ規定ヲ適用セサルコトト爲シタリ（第二七七條）

第三款 代理及ヒ委任ニ關スル規定

商法商行為 總則 商行為ノ通則

ホ之ニ民法ノ他ノ規定ト商法各部ノ規定トヲ適用セラルベシ其權利關係ガ決定セラルルナリ而シテ此等ノ權利ノ得喪及ヒ變更ニ關スル法律行為ハ必スシモ自ラ爲スヲ要セス他人ニ委託シテ之ヲ行ハシメ以テ自ラ爲シタルト同様ノ效果ヲ收ムルコトヲ得ヘキナリ取引ノ頻繁ニシテ掛引ノ熟練ヲ要スル商事ニハ殊ニ此代理ノ必要ヲ感スルコト甚シ斯ル場合ニ民法ノ委任及ヒ代理ニ關スル規定ノ適用アルハ勿論ニシテ商法ハ唯實際ノ便宜ニ關シ其規定中代理關係發生ノ條件受任者ノ權限及ヒ委任ニ因ル代理權ノ消滅ニ關シテ三箇ノ特別規定ヲ設ケ居ルニ過キス第一 三人對總代理人ハ民法第九條ニ依リテ其第一 代理關係發生ノ條件ニ關シテハ民法第九條ニ依リテ其爲シタルカ如キ效力ヲ生セシメンニハ代理人カ本人ノ爲メニ爲シタルコトヲ示シテ其行為ヲ爲シタルコトヲ必要トシ(民法第九條參照)其本人ノ爲メニ爲シタルコトヲ示サスシテ爲シタル行為カ直接ニ本人ニ對シテ其效力ヲ生スルニハ唯相手方カ其本人ノ爲メニ爲シタルコトヲ知り又ハ之ヲ知ルコトヲ得ヘカリシトモニ限ラ

(民法第一〇〇條參照)然レトモ商事ニ在リテハ行動ノ敏捷ヲ主トスルニ因リ特ニ本人ノ爲メニ爲シタルコトヲ示スノ煩ヲ避ケ自己ノ名ヲ以テ代理行為ヲ爲ス場合多ク或ハ商路上故ラニ本人ノ氏名ヲ秘シテ單ニ或人ヲ代理人ト稱シテ之ヲ行フ場合モアルナリ斯ル場合ニ於テハ其行為タルヤ固ヨリ本人ノ爲メニ爲サレタルモノナルカ故ニ若シ相手方ニ損害ヲ及ホササル規定ヲ設ケルニ於テハ其商行爲ニ因リテ生スル權利義務ヲ以テ本人カ直接ニ其相手方ニ對シテ有スル權利負擔スル義務ト爲スモ雙方共ニ異議ナカルヘキハ勿論之カ爲メ却テ大ナル便利ヲ感スヘキカ故ニ商法ハ民法ノ規定ニ例外ヲ設ケ商行爲ノ代理ニ在リテハ特ニ本人ノ爲メニ爲シタルコトヲ示サスシテ其行為ヲ爲スモ相手方ノ之ヲ知ルト否トヲ問ハス其行為ヲシテ本人ニ對シテ直接ニ其效力ヲ生セシメ(第二六六條前段)以テ實際ノ便利ニ應シタルト同時ニ其本人ノ爲メニ爲サレタルモノナルコトヲ知ラザリシ相手方ニハ特ニ本人ニ對スル外尙ホ代理人ニ對シテモ其履行ノ請求ヲ爲スコトヲ得セシメ以テ此ノ如ク規定スルモ之カ爲メニ相手方ヲシテ意外ノ損失ヲ受タルコトナカクシメタル也(第二六六條但書)要スルニ商

行為ノ代理ハ唯代理人カ事實上本人ノ爲メニ法律行為ヲ爲スヲ以テ足レリトシ敢テ本人ノ名ヲ以テスルコトヲ要セサルナリ之ニ對シテ唯一ノ例外ヲ爲スハ手形行為ノ代理ニシテ此場合ニハ代理人カ手形ニ本人ノ爲メニスルコトヲ記載スルニ非サレハ其手形行為ハ本人ニ對シテ效力ヲ生セス(第四三六條)是レ手形債權ノ特別ナル性質ヨリ生スル已ムヲ得サル結果ニシテ手形債權ハ證券的權利トシテ總テ手形記載ノ文言ニ依リテ其效力ヲ決定セラルヘキモノナレハナリ(第四三五條參照)

第二 受任者ノ權限

民法ニ於テハ受任者ハ委任ノ本旨ニ從ヒテ委任事務ヲ處理スルコトヲ要シ委任外ノ行為ハ一切之ヲ行フノ權限ヲ有セス(民法第六四四條參照)然レトモ商上實際ニ於テハ萬般ノ狀況ノ變化頗ル急激ニシテ機械ニ事ヲ處理スルニ非サレハ能ク收利ノ目的ヲ達スルコトヲ得サル事情アルヲ以テ若シ商行為ノ委任ニモ尙ホ民法ノ原則カ適用セラレ委任外ノ行為ハ一一本人ノ指揮ヲ待テ之ヲ行フコトヲ要ストモハ不便殊ニ甚シクシテ其結果ハ委任者ニ取リテ不利ナル

ト其ニ受任者ノ煩勞亦尠シト爲サス故ニ商法ハ之ニ例外ヲ設ケ商行為ノ受任者ハ委任者カ別段ノ意思ヲ表示セサル限ハ委任ヲ受ケサル行為ヲモ爲ス決テ得トセリ然レトモ之ニハ一一ノ制限アリテ委任ノ本旨ニ反セサル範圍内ニ於テスルコトヲ必要トス蓋シ其範圍ヲ超スル行為ヲ認ムルトモハ全ク委任ノ目的ヲ無視スルニ至レハナリ

民法上ニ於テハ一切ノ委任外ノ行為ヲ否認スル結果トシテ委任ヲ受ケサル代理行為ハ縱令其委任ノ本旨ニ反セサル行為ニテモ同ヨリ受任者ノ權限内ノ行為ニ非サルヲ以テ直接ニ本人ニ對シテ其效力ヲ生スルコトナク(民法第九九條參照)唯特別ナル場合即チ第三者カ其權限アリト信スヘキ正當ノ理由ヲ有セルトキニ限り委任者其責ニ任スルノミナリト雖モ民法第一一〇條參照)商行為ノ委任ニハ第二百六十七條ノ規定存スル結果トシテ委任ノ本旨ニ反セサル範圍内ニ於テ爲シタル委任外ノ代理行為ハ全ク受任者ノ權限内ノ行為ニ屬スヘキヲ以テ民法第九十九條ノ規定ニ依リ完全ニ本人ニ對シテ其效力ヲ生スルモノトス

第三 委任ニ因ル代理權ノ消滅

民法ノ規定ニ依ル代理權ハ本人ノ死亡ニ因リテ當然消滅ス(民法第一一一條參照)元來委任ニ因ル代理ハ當事者ノ信用ヲ基礎トシテ成立スルモノナルヲ以テ此ノ如ク規定スルノ理論上至當ナルハ勿論取引ノ單純ナル民事ニ在リテハ實際上ニ於テモ敢テ其不都合ヲ感セサルヘシト雖モ之ヲ取引ノ頻繁ナル商事ノ代理ニモ適用セントスルハ行爲ヲ進行ヲ妨ケ實際上甚シキ不便ヲ感セシムルノ不都合アルヲ以テ商法ハ民法ト反對ノ原則ヲ採用シ商行爲ヲ委任ニ因ル代理權ハ本人ノ死亡ニ因リテ消滅セサルモノト爲シ相續人ニ於テ其代理人ヲ信任セサルトキハ特ニ之ヲ解任スルノ意思ヲ表示スルコトヲ要スト爲セリ第二六八條舊商法ニ於テハ尙ホ進ミテ代理人ノ死亡スルモ代理權ハ依然存續スト規定セルモ代理人ニ在リテハ主トシテ其人ノ智識熟練等カ其選擇ノ基礎ヲ成スモノナルカ故ニ其特定ノ人カ死亡シタル以上ハ其相續人ヲシテ其代理行爲ヲ繼續セシムルノ不當ナルハ深ク説明ヲ要セサルヘシ此場合ニハ民法ノ規定ニ依リ代理權ハ當然消滅スルモノト爲ス商法ハ之ニ附從シ雖モ商行爲ノ受託

其後代取リ替へるに關シハ舊商法ノ規定ニ準ジテ之ヲ解釋スルニ當リ茲ニ重訂スルハ限マ

第二章 賣買

貨物ヲ轉換ハ金錢經濟ノ今日ニ在リテハ主トシテ賣買ニ依リテ行ハル賣買ヲ爲スノ目的ニ由リテ取得シタル貨物ヲ直接ニ自己ノ用途供セントスルニ在リカ又ハ更ニ之ヲ他ニ移轉セントスルニ在リ前者ノ目的ニ出タル賣買ハ人類一般ノ生活ニ伴ヒテ日常極メテ頻繁ニ起生スル現象ナルモ敢テ商人ノ觀念ト深キ關係ヲ有スルモノニ非ス之ニ反シテ後者ノ目的ニ出タル賣買ハ商ト大ナル關係ヲ有シ商行爲ノ主要ナル部分ヲ成スモノナリ舊商法タルカ如ク利益ヲ得テ移轉スルノ目的ヲ以テ貨物ヲ取得シ又ハ其取得シタル貨物ヲ更ニ他ニ移轉スルハ商人ノ觀念中最モ純粹ナルモノニ非ズ而シテ其取得又ハ移轉ハ其ニ主トシテ賣買ニ依リテ行ハルナルナリ賣買ハ商行爲ノ種類中最モ古キ觀念ニ屬シ昔時殆ト商行爲ナル觀念ノ全部ヲ占メ居リシハ東西殆ト其軌ヲ同シタス所ナリ今日ニ在リテハ尙ホ我國ニ於テ商業ヲ營ムヲ通俗ニ商賣ヲ爲スヲ謂フ商セト云ハル直ニ賣買ヲ聯想スル事實アルハ購子ノ熟知セラル所ナリ賣

買入管ニ商事ニ於テ重要ナル事項モハ多ク民事關係ニ於テ亦均シク重要ナル事
 素トモリニシテ日常頻繁ニ行ハル所ノ法律行為タリ往時ニ在リテハ敎活重要
 素トモリニ云フ點ヨリシテ商事買賣ニ關シテ民法ノ規定以外ニ更ニ商法ニ特
 種ノ規定ヲ設ケルノ必要アリシモ社會ヲ進化シテ各般ノ取引益ヲ發達スルニ律
 ニ商事ニ必要ナル制度均シク民事ニモ其必要ヲ感スルニ至リ法規ヲ編纂ニ
 大ナル變化ヲ來シテ商法ノ規定事項ハ概テ一般法タル民法ニ依リテ規定セラ
 ル風潮ヲ生ジタリ今日ニ在リテハ殊ニ前陳セルカ如ク民事ト商事トニ共通
 シテ均シク重要ナル事項ニ屬スル買賣ニ關シテハ殆ト民法ト商法トノ規定ニ
 差別ヲ爲スニ必要ナキヲ以テ買賣ニ關スル事項ハ民事ト商事トノ同ハス概テ
 民法ノ規律スル所ト爲リ商法ニハ之ニ關シテ唯二三ノ特例ヲ設ケタルニ過キタ
 ルコト是レ現今各國立法ノ趨勢ナリ我商法モ亦之ニ倣ヒ其第二章ニ買賣ノ項
 目ヲ設ケタリト雖モ其規定スル所ハ僅ニ第二百八十六條乃至第二百九十九條
 四箇條ニ過キス故ニ予モ亦此數條ニ付キ説明ヲ爲スニ止メ買賣ノ意義其種類
 其效力及ヒ消滅ニ關スル詳細ノ説明ハ民法ノ講義ニ譲リ茲ニ重複スルノ煩ヲ

避ケヘシメ買主ニ從テニ其詳モ得テ知ルベシト爲テ茲ニ其詳ヲ述ベ
 本章ノ規定ハ商事上ノ買賣ニ付テノミ其適用スル如何ナル買賣ハ商事買賣即
 チ商行爲タル買賣ナリヤハ前述シタル商行爲ニ關スル説明ニ照シテ之ヲ判定
 スヘキナリ第二百六十三條及ヒ第二百六十四條ニ列舉セラレタル範圍内ニ於テ
 行ハル買賣ハ勿論其他商人カ其營業ニ附屬シテ爲ス所ノ買賣ニハ(第二六五
 條第一項參照)總テ其適用アリ加之商人ノ行爲ハ其營業ノ爲メニ爲スルモノト推
 定セラレルカ故ニ商人ニ依リテ爲サル買賣ハ一應ハ總テ商買賣ト推定セラ
 ルヘタ(第二六五條第二項參照)隨テ反證ヲ舉ゲサル限ハ其買賣ハ本章ノ規定ニ
 依リテ規律セラレルモノミナラス當事者ノ一方ノ爲メニモ商買賣タルトキト
 雖モ其雙方ハ共ニ此規定ニ依リテ支配セラレルナリ(第三條參照)
 本章ハ民法ノ規定ニ對シテ左ノ三點ニ於テ例外規定ヲ爲シ居レリ即チ其一ハ
 買賣ノ目的物引渡メ不能ナル場合ニ於ケル供託又ハ就賣ニ關スルモノニシテ
 其二ハ賣主ノ擔保義務ニ對シテ特ニ買主ニ成義務ヲ負擔セシムルコトヲ關ス
 ルモノ其三ハ特種ノ買賣契約ノ解除ニ關シテ規定是ハ上面ニ於テ其第一第二ニ

規定ハ其ニ買賣當事者ノ雙方カ商人タル資格ヲ有スル場合ニ於テハ其適用
アリ商人ト非商人トノ間又ハ非商人間ニ於ケル商買賣ニ適用セラルヘキモノ
ハ唯第三ノ一條條アルノミ此等ノ特別規定ヲ除キタル商行爲タル買賣ト雖モ
總テ民法ノ規定ニ支配セラルルモノト知ルヘシ然レモ其ノ特別規定ニ依リ
第一ニ買賣契約履行ノ目的物ノ供託又ハ就賣ニ關スル特別規定
買賣ハ當事者ノ一方カ或財產權ヲ相手方ニ移轉スルコトヲ約シ相手方カ之ニ
其代金ヲ支拂フコトヲ約スルニ因リテ其效力ヲ生スルモノナリ民法第五五
條參照故ニ買賣契約ニ於テ履行ニ付キ其目的タル物ノ存在スル場合ニハ賣主
ハ買主ニ對シテ其物ノ引渡ヲ爲スヘキ義務ヲ負擔ス此引渡義務ノ履行カ如何
ナル方法ヲ以テ如何ナル時期及ヒ場所ニ於テ爲ナルヘキヤハ當事者ノ意思表
示行爲ノ性質又ハ慣習ニ依リテ定マリ然ラサル場合ニハ民商法一般ノ規定ニ
從フ其何レノ場合ニ依ルヲ問ハス之ニ從ヒテ賣主カ其目的物ノ引渡ヲ爲サ
トスルニ當リ買主カ之ヲ受領スルコトヲ拒ミ又ハ受領スルモノ能ハサルトモ
ニハ賣主ハ買主ノ爲メニ其物ヲ供託シテ債務ヲ免ルルコトヲ得ヘシ此供託權

ハ其買賣カ民事ニ係ルト商事ニ關スルトニ因リテ異ナルコトナシ(第二八六條
民法第四九四條參照)然レトモ商法ハ尙ホ進ミテ其買賣當事者ノ雙方カ商人
ル場合ニハ賣主ヲシテ其好ム所ニ從ヒ供託シ外尙ホ相當ノ期間ヲ定メ催告ヲ
爲シタル後其目的物ヲ就賣スルコトヲ得セシメ損敗シ易キ物ニ付テハ此催告
ヲ爲サスシテ直チニ之ヲ就賣スルコトヲ得セシメタル(第二八六條第一項第二
項)固ヨリ民事上ノ賣買ニ於テモ賣主カ目的物ノ引渡ヲ爲シ得サルトモ之ノ
就賣シ得ヘキ場合ナキニ非ス然レトモ民法ハ其就賣ニ付テハ一定ノ條件ヲ必
要トシ其目的物ヲ供託ニ適セサルカ又ハ其物ニ付キ滅失若クハ毀損ノ虞アル
カ又ハ其物ヲ保存ニ付キ過分ノ費用ヲ要スルトキニ限リテ之ヲ就賣シ得ヘキ
モノト爲シ而モ其就賣ハ濫ニ之ヲ爲スコトヲ許サズシテ裁判所ノ許可ヲ經ヘ
キモノト爲シタル(民法第四九七條參照)供託ニ代ヘテ就賣ヲ爲シ得セシムルカ
如キハ稍ヤ干涉ニ失スルヲ嫌アルヲ以テ民法カ之ヲ特定ノ場合ニ制限シ賣
裁判所ヲシテ就賣ノ必要ノ有無ヲ査定セシムルノ方針ヲ採リタルニ固ヨリ重
當ナルヘシト雖モ之ヲ以テ商事上ノ賣買ヲモ規律セシメ下スルハ不可ナリ商品

ハ相場ノ變動常ナキヲ以テ就賣ニ付キ一裁判所ノ許可ヲ要スルモノト爲ス
其手續ニ時日ヲ空費シテ爲スニ意外ノ損失ヲ生セシムル虞アリ殊ニ所ノ煩
雜ナル手續ハ簡易迅速ヲ要スル商事ニ適合セザルヲ以テ商法裁判所ノ
許可ニ代フルニ催告ノ簡便法ヲ以テシ賣主ヲシテ買主ニ對シテ其就賣ヲ防止
スルノ手段ヲ施スニ足ルヘキ相當ノ期間ヲ定メテ催告ヲ爲サシメ其期間内ニ
其物ヲ引取ラサル場合ニハ直チニ之ヲ就賣スルモノト得セシメ尙ホ損敗シ
易キ物ニ付キ此催告ヲ要セスシテ直チニ之ヲ就賣シ得ル權能ヲ認メタルハ
畢竟其物ノ性質ヲ急速ノ處置ヲ必要トスル自然ノ結果ニ外ナク而シテ目的
物ノ如何ヲ問ハス總テノ場合ニ此就賣權ヲ認メタルハ後ニ説明スルカ如ク商
ノ實際ノ便宜ニ應セシメンカ爲メナリ民法ノ如ク特定ノ場合ヲ限定セザルカ
故ニ果シテ異ニ其場合ニ適合スルヤ否ヤヲ査定セシムル爲メニ設タル裁判所
許可ノ手續ハ益其必要ヲ感セザルナリ此ノ如ク賣主ノ買主ノ目的物ノ受取ニ
付キ遲滞ニ在ル間ハ何時ニテモ其物ヲ供託シ又其就賣スルモノト得ヘシト雖
モ此事タルハ買主ノ利害ニ少カラサル關係アルヲ以テ法ハ賣主ニ對シテ斯ル

場合ニハ遲滞ナク其通知ヲ發スル義務ヲ負フモノト爲ス(第二八六條第一項第
二項) 第三八六條第一項第(三)號ニ規定スル賣主ノ通知ノ義務ハ其就賣ノ
右ニ述ベタル就賣權ハ買主ノ支拂ニ關スル遲滞何等ノ關係ナシ故ニ賣主ハ
既ニ代金ノ支拂ヲ受ケタル場合ニ於テモ單ニ保管ノ義務ヲ免ルルカ爲メ民法
第四〇〇條參照此權利ヲ行フコトヲ得ヘキハ勿論ナリ雖モ多クノ場合ニハ
未タ代金ノ全部又ハ一部ヲ受領セザルカ爲メ此就賣權ヲ實行シ其取得金ヲ以
テ之ニ充テシトスルニ在ルナルヘシ何トナレハ動産又ハ不動産ノ賣買ヨリ生
シタル債權ニハ先取特權アリ民法第三二二條第三二五條參照而シテ此先取特
權ハ其動産又ハ不動産ノ代價ニ付キ存在スルモノナルヲ以テ民法第三二二條
第三二八條參照其目的物ノ就賣ヲ爲シタルトキ賣主ハ其代價ヲ以テ直チ
ニ賣買代金ニ充當スルモノト得ヘケレバナリ之ニ關シタル商法第二百八十六
條第三項ニモ但書ノ規定アリテ特ニ此趣旨ヲ明カニシ居レリ 第三二六
條就賣ニ因リテ得タル代價ハ之ヲ賣買代金ニ充當得ルモノト以上述べタル如ク
ハ雖モ特ニ賣主ノ其充當爲メサカシカ若クハ充當スル賣價剩餘金ヲ存スル場

合又ハ就賣主目的の爲に保管ヲ義務ヲ負ヒシメ主として賣主の利益を爲す（軍需
保管ノ義務ヲ免レシカ爲メス）就賣主主として其物ヲ供託ニ過シタルカ又ハ損
散ノ易キ性質ヲ有シタルカ又ハ其物ヲ保存ニ付キ過分ノ費用ヲ要スル等ノ場
合ニ其實例ヲ見ルナリ其代價ハ之ヲ供託スルコトヲ要ス蓋シ就賣主目的の物
供託ニ代ハテ法ハ特ニ認メ其代價處分ナルカ故ニ其代金ハ買主ヲ爲メ之
ヲ供託セシムルヲ至當トシハナリ（三三）
第二ハ賣主ノ擔保義務ニ對シテ賣主ノ責任ニ關スル特別規定ニ依リ其義務
賣買契約コトヲ生スル效力ノ顯著ナルモノハ賣主ニ擔保義務ヲ生スルコトナ
賣主ハ賣買ノ目的物ヲ引渡シキ義務ヲ負ヒ契約シタル通りニ之ヲ履行スル
コトニ付キ擔保ノ責ニ任ス隨テ其引渡ヲ爲シタル目的物ニ瑕疵アリタル場合
又ハ其數量カ不足ナル場合ニ於テハ買主ハ其賣買ヲ解除シ又ハ代金ヲ減額若
クハ損害賠償ヲ請求スルコトヲ得ヘシ而モ此權利ハ事實ヲ知リタル時ヨリ主一
箇年ヲ經過セタル内ハ何時ニテモ之ヲ主張スルコトヲ得ヘシトハ民法ノ規定
スル所ナリ（民法第五六四條乃至第五六六條、第五七〇條參照然レモ商法ハ老

ノ訴ヲ消滅セシメ新訴ヲ繫屬セシメントスル二ノ意味ヲ有スルモノナレハナ
リ故ニ前原因ノ訴ハ被告ノ同意ニ因テ取下リテ消滅スルモノハ爲メ新原因ニ
基テ訴ハ被告ノ同意ニ因テ第二十二條ノ規定ニ依リ口頭辯論ニ於テ提起
セラレタルモノト爲メ權利拘束ヲ發生スルモノナリ（三三）
原告ノ原因ノ變更モ對シテ被告カ異議ヲ進メタルトモ如何ナル效果ヲ生ズ
キヤニ付テハ學說ニ派ニ岐ル一説ニハ原告カ訴ノ變更ノ意思表示ヲ爲シタル
トモハ舊訴ハ當然消滅シ新訴ハ被告ノ同意セザルカ爲メニ違法ニ繫屬セシ故
ニ裁判所ハ繫屬セタル不合法ノ訴ヲ却下シ訴訟ヲ終局ス（三三）モノカハ他説
ニハ訴ノ變更ノ意思表示ハ原告カ舊訴ヲ消滅セシメ新訴ヲ繫屬セシメントス
ル二ノ意思表示ヲ包含スルモノカリ故ニ被告カ之ニ對シ異議ヲ進ヘタルトモ
ハ三ノ場合ニ區別シテ論定セサルハ當然取下リテ原告ノ訴ハ終局スルモノナリ然レモ
原告カ訴狀ヲ以テ提起シタル訴ハ當然取下リテ原告ノ訴ハ終局スルモノナリ然レモ
原告ハ不合法トシテ却下セタル之ニ因リテ訴訟ヲ終局スルモノナリ然レモ
被告ハ本案ノ辯論後ナリトモ原因ノ變更ニ對シテ新訴ハ不合法ト爲ルヲ以

ヲ之ヲ却下スルハ舊訴ニ被告ノ異議ヲ爲シ消滅ノ效力ヲ生ゼサルモノナリ
即チ被告カ異議ヲ述フルトキハ此異議ハ新訴ニ對スル異議ヲ述フルト同時ニ
舊訴ヲ繼續セシムト申立ヲ包含スルモノナル故ニ被告カ異議ヲ述ル原告
カ其異議ヲ正當ト認メタルトキハ訴訟ニ立戻リ新訴ハ裁判所ニ屬ス
ルノ效力ヲ生ゼス右ニ説ク中後説ハ多數ノ學者ノ主張スル所ナリ
訴ノ原因ノ變更ノ有無ニ付キ爭アル場合ニ裁判所ノ爲ス判決ハ或ハ終局判決
タリ或ハ中間判決ナルコトアリ即チ裁判所カ被告ノ訴ノ原因ノ變更ノ異議ヲ
正當ト認メテ訴ノ變更アリトシテ裁判ヲ爲ス場合ニハ終局判決ヲ以テ新訴ヲ
却下セサルヘカラス何トナレハ其新訴ハ訴ノ提起不適法ナルヲ以テ不適法ト
シテ終局判決ヲ以テ却下スルキモノナリ然レトモ裁判所カ訴ノ原因ノ變更ナ
キモノトシテ被告ノ異議ヲ不當ト認メタルトキハ訴ノ變更ナシトノ中間判決
ヲ爲ササルヘカラス此中間判決ニ對シテ不服ノ申立ヲ許サズ原因ノ變更ナ
シトノ中間判決ヲ爲ストキハ原告ノ主張スル原因ニ基テ訴ハ尙繼續行爲ナ
ルモノナリ

原因ノ變更許サズ新訴繫屬シタルトキハ其訴ハ時トシテハ裁判所ニ管轄ニ影
響ヲ及ホスモノナリ其管轄ニ付キ合意管轄許ササルモノナリトキハ被告カ訴
ノ變更ニ同意シタル以上ハ合意管轄アリト看做スルコトヲ得ルナリ然レトモ被
告カ訴ノ變更ニ同意スル場合ニ於テ管轄ニ付テハ合意ト爲ササルコトヲ俾
トシテ訴ノ變更ニ同意シタルトキハ被告ハ管轄違ノ抗辯ヲ提出スルコトヲ得
ヘシ此場合ニ於テハ裁判所ハ管轄ノ有無ニ注意シテ判決ヲ以テ之ヲ判定セサ
ルヘカラス
以上説明セル所ハ訴ノ變更ナリト雖モ左ノ事項ニ付テハ民事訴訟法ハ訴ノ原
因ヲ變更セサル場合ニ限リテ訴ノ變更ヲ生ゼサルモノト看做スルコトヲ如ク
(第一九六條) 事實ニ付テハ其範圍ニ限リテ之ヲ變更スルコトヲ許ス
(イ) 事實上又ハ法律上ノ申述ヲ補充更正スルコト 事實上ハ申述ヲ補充ス
ルトハ訴ノ原因以外ノ事實ニ付テハ十分ナル點ヲ補正スルカ如キヲ謂フ事
實上ノ申述ヲ更正スルトハ契約履行ノ日時等ノ如キ原因以外ノ事實ヲ訂正
スルコトヲ謂フモノナリ法律上ノ申述ヲ補充スルトハ前記主張シタル法則

ヲ明カニスルヲ若クハ他ノ法則ヲ附加スルカ如キヲ謂ヒ法律上ノ申述ヲ更
正スルハ主張タル法則ヲ他ノ法則ニ變更スルコトヲ謂フモ亦ナリ此等
ノ補充更正ハ訴ノ原因ノ變更ヲ生ズル場合ニ於テ之ヲ許サズルハ不當ナリ
(二) 本案又ハ附帶請求ニ付テ申立テ擴張縮小スルコトヲ申立テ擴張縮小判
決ヲ受クヘキ事項ニ付テ其範圍ヲ擴張スルコトヲ謂フモノニシテ即チ口頭
辯論ニ於テ新ナル請求ヲ主張スルモノナリ故ニ其請求ノ權利拘束ハ口頭辯
論ニ於テ請求ヲ主張シタル時ヨリ始メル第二一二條申立テ減縮ハ請求權
ノ一部ノ拋棄若クハ一部ノ訴ノ取下ナリ申立テ減縮カ請求ノ拋棄ト爲ル場
合ハ被告ハ第二百二十八條ノ規定ニ依リ拋棄ニ基テ請求却下ノ判決ヲ求ム
ルコトヲ得ヘク訴ノ一部ノ取下ノ場合ニハ第九十八條ノ規定ニ從ヒテ減
縮ヲ許スヘキヤ否キヲ決セサルヘカラス故ニ申立テ減縮ハ被告カ本案ノ口
頭辯論ヲ爲シタル後ハ被告ノ意思ニ拘ハラズ原告ノ意思ノミヲ以テ爲ス
トヲ得サル場合アリ申立テ減縮ニ付テ被告ハ異議ヲ述スルコトヲ得スト規
定スレトモ此規定ノ爲メニ被告ハ原告ノ訴ノ取下又ハ請求ノ拋棄ヲ爲シテ

(一) ルニ基キ原告ニ敗訴ノ判決ヲ求ムル權能ヲ享ハルモノト稱フモノヲ得
スルニ就テハ民事訴訟法第二編第二章ノ規定ニ從フモノナリ
(ハ) 最初求メタル物ノ滅盡又ハ變更ニ因リテ賠償ヲ求ムルコトハ物ノ滅盡
又ハ變更トハ原告カ最初訴ヲ以テ請求シタル目的物カ訴ノ提起後ニ被告ノ
過失若クハ不可抗力ニ因リテ滅盡シタル場合或ハ其物カ被告ノ行爲其他ノ
事情ニ因リテ變更ヲ生シタル場合ヲ謂フモノナリ此場合ニ於テハ物ノ請求
ニ代ヘテ原告ハ損害賠償ヲ請求スルコトヲ得ルモノナリ例ヘハ家屋ノ引渡
ヲ請求シタルニ其訴訟ノ進行中家屋カ火災ノ爲メニ燒失シタル場合ノ如シ
右(イ)(ロ)ノ場合ニ於テハ原告カ訴ノ原因ヲ變更セスシテ三事項ヲ爲シタルト
キニ於テ被告ハ之ニ對シテ異議ヲ述フルコトヲ得ス
以上述ヘタル權利拘束ノ抗辯受訴裁判所ノ管轄訴ノ原因變更ノ外訴訟法上ニ
於ケル權利拘束ノ效力ハ反訴ノ裁判籍ヲ構成スルコト第二〇〇條主參加從參
加告知參加指名參加ヲ爲スコトヲ得ルコト(第五一條第五三條第五九條第六二
條第一號)是ナリ

獨逸ノ訴訟法ニ於テハ權利拘束ヲ生シタル後ハ其訴訟ト爲リタル物件若クハ其他ノ權利ヲ他人ニ讓渡スルモ訴訟ニ影響ヲ及ボササルモノトシ其判決ノ效力ハ特定承繼人ニ對シテ及ボスモノナリ(獨逸民事訴訟法第二六五條然レモ我訴訟法ニ於テハ此ノ如キ規定ナキヲ以テ權利拘束ノ效力トシテ判決ノ效力ヲ特定承繼人ニ及ボスコトヲ得サルモノトス)

第三項 權利拘束ノ消滅

權利拘束ハ次ノ場合ニ於テ消滅スルハ、
第一 判決ノ確定ニ因リテ消滅スル場合ニ於テハ、
判決ニハ終局判決ト中間判決トアリ中間判決ハ例外ト外ハ確定力ヲ發
生セサルモノナリ終局判決ハ一定ノ時期ノ經過ニ因リテ常ニ確定力ヲ發生ス
權利拘束ノ消滅原因ト爲ル判決ハ終局判決ナリ其終局判決ノ確定力ヲ發生ス
ルニ於テ始メテ權利拘束ノ消滅ス又一二ノ例外ナキニ非ス即チ左ノ如シ
第一審裁判所爲事物ヲ管轄違ナリ訴ヲ訴テ却下ヲ爲ス場合ニ原告ノ申

立ハ依リテ爲ス移送判決第九條既出ハテハ二審判決セリマテ訴訟終結
(二) 控訴審ニ於テ爲ス差戻ノ判決(第四二二條第四三三條)又單行法ハ尙
(三) 且上告審ニ於テ爲ス差戻又ハ移送ノ判決(第四四八條)又審判官會議ニ依
右ノ判決ハ終局判決ナリト雖モ事件自體ハ消滅セ目的トスルモノニ非ズ皆ハ
其判決確定スルモ權利拘束ノ效力ヲ消滅セシ其他ノ終局判決ハ確定ニ因リテ
權利拘束ヲ消滅シ中間判決ニ於テ妨訴抗辯棄却ノ判決第二〇七條請求棄
原因ヲ正當ナリトスル判決第二二八條控訴審ニ於テ爲ス留保ノ判決第四二六
條證書訴訟手續ニ於ケル留保ノ判決第四九〇條ノ四判決ハ何レモ中間判決ナ
リト雖モ上訴並ニ強制執行ニ付テ終局判決ト看做サル然レモ權利拘束ノ效
力ヲ消滅スルモノニ非ズイテ附屬訴訟ニ關シハ既開審ニ著續或繼續審ニ補
請求ヲ拋棄認諾第二二九條ハ權利拘束ヲ消滅スルモノニ非ズ請求ヲ拋棄認諾
ニ依リテ裁判所ニ訴訟ヲ審理スルニ必要ナキニ至ルト雖モ尙當事者申立直
ニ依リテ判決ヲ爲スヲ得ルヲ以テ其判決ノ確定ニ依リ權利拘束ヲ消滅シト雖モ
其判決以前ニ於テ消滅スルモノニ非ズ

外ノ訴ノ取下即チ裁判外ノ訴權ノ拋棄ハ私法上ノ法律行為ニシテ訴訟法上ノ效力ヲ生スルモノニ非ス訴訟法上效力ヲ生スル訴ノ取下ハ民事訴訟法第百九十八條ニ規定スル法式ニ依ラサルハカラス左ニ第百九十八條ニ付テ訴ノ取下ヲ説明スヘシ

一 訴ノ取下ノ要件

(イ) 原告ハ被告ノ本案ニ付テノ口頭辯論ノ始マリタル後ハ被告ノ承諾ヲ得テ取下タルコトヲ得被告ハ本案ノ辯論ヲ爲シタル場合ニハ被告ハ原告ノ訴ニ應訴シタルモノニシテ此應訴ニ依リテ原告ノ訴ヘタル請求ニ付キ被告ハ判決ヲ求ムルノ權利ヲ取得シタルモノナリ隨テ被告ハ本案ノ辯論ヲ爲シタル後ハ原告ハ隨意ニ訴ノ取下ヲ爲スコトヲ得ス若シ被告ノ承諾ナクシテ何時ニテモ訴ノ取下ヲ爲シ得ルモノトセハ被告ハ應訴ニ依リテ取得シタル權利ヲ無視スルモノニシテ加之原告ノ訴ヘタル訴訟物ニ付キ其當否未確定ニシテ被告ハ同一ノ訴訟物ニ付テ再三訴ヲ受タルノ煩勞ヲ生スルカ故ナリ而シテ被告ノ承諾ノ方式ハ明示又ハ默示ヲ以テ爲スコトヲ得ベシ然レモ原告ハ原告ノ承諾ヲ爲ス

(F) 被告が本案の口頭辯論を爲す場合ニ於テハ原告ハ被告ノ承諾ナクシテ訴ノ取下ヲ爲スコトヲ得訴狀ノ送達アリタルト否トヲ問ハズ被告が本案ニ付キ口頭辯論ヲ爲ササル以前ニ在リテハ被告ハ未タ原告ノ請求自體ニ付キ裁判ヲ受クルノ權利ヲ取得セサルモノナレハ原告ノ意思イニ依リテ訴ノ取下ヲ爲スコトヲ得ヘシ

本案ノ辯論トハ原告ノ主張シタル訴訟物ニ付キ被告が實體上ノ當否ヲ演述スルヲ謂フ換言スレハ被告が應訴義務ヲ履行シタルモノナリ應訴義務履行ノ效果トシテ被告ハ原告ノ主張スル訴訟物ニ付キ其當否ノ裁判ヲ受クルノ權利ヲ取得シタルモノナレハ原告ノ意思ノミニ依リテ訴ノ取下ヲ消滅セシムルコトヲ得ナルモノトス故ニ被告が本案ニ付テ辯論ヲ爲サス妨訴抗辯等ヲ提出シテ訴訟條件ニ關スル辯論ヲ爲シタル場合ノ如キハ被告ノ應訴義務ヲ履行シタルモノト謂フコトヲ得サルヲ以テ原告ノ意思ノミニ依リテ訴ノ取下ヲ消滅セシムルコトヲ得ルモノナリ被告が訴訟條件ニ關スル辯論ト同時ニ本案ノ辯論ヲ爲シタル場合ニ於テハ原告ハ又被告ノ承諾ナクシテ訴ヲ取下タルコトヲ得ヘシ何トナ

レハ此場合ニ於テハ被告ノ本案ニ付テノ辯論ハ所謂原告ノ訴カ訴訟條件ニ欠缺ナキコトヲ條件トシタル條件附辯論ナルカ故ニ被告ハ完全ニ本案ノ辯論ヲ爲シタルモノト謂フコトヲ得サレハナリ

原告が訴ノ取下ノ意思表示ヲ口頭辯論ニ於テ爲シ被告カ之ニ對シテ承諾ヲ爲サス即チ訴ノ取下カ有效ナリヤ否ヤニ關シ當事者間ニ爭ヲ生スルコトアリ此場合ニ於テハ一ノ中間爭ナルヲ以テ裁判所ハ其當否ヲ判決ヲ以テ判斷セサルヘカラス裁判所が原告ノ主張即チ訴ノ取下ヲ有效ナリト認メタル場合ニ於テハ終局判決ヲ以テ被告ノ訴訟續行ノ申立ヲ却下スヘキモノナリ裁判所が原告ノ主張ヲ不當ナリト認メタル場合ニ於テハ訴訟ヲ進行シ或ハ中間判決ヲ以テ訴ノ取下ノ效力ナキコトヲ宣言シ或ハ終局判決ノ理由中ニ於テ之ヲ宣言スヘキモノナリ若シ原告が裁判所ノ訴訟續行ノ命令ニ對シテ服従セサル場合ニ於テハ被告ノ申立ニ因リテ原告ニ對シ開席判決ノ言渡ヲ爲スコトヲ得ヘシ

二 訴ノ取下ノ方式 訴取下ノ方式ハ裁判所ニ書面ヲ提出シテ之ヲ爲スカ若クハ口頭辯論ニ於テ取下ヲ爲ス旨ノ陳述ヲ爲スモノナリ口頭辯論ニ於テ爲ス

訴ノ取下ハ之ヲ口頭辯論ノ調書ニ明確ニセラルベカラズ而シテ玆ニ口頭辯論トハ唯リ受訴裁判所ノ口頭辯論ノミナラス受命判事受託判事ノ審問ノ場合ヲモ包含スルモノトス口頭ヲ以テ取下ヲ爲シタル場合ニ被告ヲ承諾ヲ要セサル場合即チ被告カ本案ノ口頭辯論ヲ始ムル以前ナルトキハ訴ヲ取下ハ原告ノ意思表示ノミニ依リテ效力ヲ生スルモノナリ書面ヲ以テ取下ヲ爲ス場合ニハ受訴裁判所ニ取下ノ書面ヲ提出シタルトキ效力ヲ生ス而シテ被告カ本案ノ口頭辯論ヲ始メタル後訴ノ取下ヲ爲ス場合ニハ被告ノ承諾ヲ必要トスルヲ以テ其書面ヲ單ニ裁判所ニ提出シタルノミニテハ取下ノ效力ヲ生セス後日口頭辯論ニ於テ原告カ取下ヲ爲スヘキ陳述ヲ爲シ被告カ之ニ同意スルニ依リテ效力ヲ生スルモノナリ然レトモ原告ノ訴ノ取下ノ書面ト被告カ其取下ヲ承諾シタル書面トノ二箇ノ書面ヲ裁判所ニ提出シタルトキハ訴ヲ取下ハ之ニ依リテ有效ナリトス何トナレハ訴ノ取下ニ被告カ承諾ヲ爲スハ必スレモ口頭辯論ニ於テ爲スコトヲ必要トセザレハナリ

爲スコトヲ必要トセザレハナリ

書面ヲ以テ取下ヲ爲ス場合ニ於テ訴狀カ被告ニ送達セラレタル後ナリ

訴ノ取下ノ書面ハ之ヲ被告ニ送達スヘキモノトス此目的ハ訴ノ取下アリタルコトヲ被告ニ知ラシムルニ過キスシテ訴ノ取下ノ效力如何ニ關係ナキモノトス(第一九八條第二項第三項)

三 訴ノ取下ノ效力 適法ナル訴ノ取下ハ權利拘束ノ總テノ效力ヲ消滅セシムルモノナリ恰モ訴カ提起ナカリシト同一ノ狀態ニ復スルモノナリ故ニ原告ハ再ヒ同一ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ヘク且其訴訟ニ於テ存在シタル原告ノ行為並ニ被告ノ行為ハ全ク存在セザリシモノト爲ル尙モ訴ノ取下ノ效力トシテハ訴訟中ニ訴ヲ取下ケタル原告ハ訴訟費用ヲ負擔スル義務ヲ生ス(第七二條第二項參照)而シテ原告カ取下ケタル訴ヲ再ヒ提起シタル場合ニ於テハ前被告カ前訴訟費用ノ排濟ヲ受ケザリシトキハ應訴ヲ拒ミ原告ノ訴ノ却下ヲ求ムルコトヲ得ヘシ(第一九八條第四項第五項此抗辯ノ目的ハ被告ヲシテ原告カ濫ニ訴訟スノ煩累ヲ避ケシムルカ爲メニ認メラレタル抗辯ナルカ故ニ原告カ訴訟上ノ救助ヲ受ケ居ルカ或ハ被告カ訴ノ取下ニ同意シタル事實アルモ此抗辯ヲ爲スノ權利ヲ失フモノモ非ス次ニ反訴ハ訴ノ取下ニ依リテ消滅スヘシトノ説アリ

ヲト雖其説ノ不當ナルコトハ後ニ至テ説明スヘシトモ前記ノハミイノ點ヲ以上述ヘタル所ハ訴ヲ取下ノ訴訟法上ニ於テ其效力大ニ互ニ離レ權利拘束ノ發生セサル以前ノ狀態ニ復スルモノナレハ取下ニ依テ實體法上ノ效果ヲ生スルコトアリ例ヘハ時效中斷ノ場合ノ如シ尙ホ詳細ハ實體法ノ研究ニ譲ケン將第四編和解ノ條ヲ參照ス

和解トハ當事者雙方カ互ニ讓歩ヲ爲シテ爭ヲ止ムルカ爲メニスル契約ニシテ裁判上ノモノト裁判外ノモノトアリ裁判外ノ和解ハ即チ私法上ノ法律行為ニシテ訴訟法上ノ效力ヲ生スルモノニ非ス(民法第六九五條參照)訴訟法上ノ問題ト爲ルヘキハ裁判上ノ和解ナリ裁判上ノ和解ハ訴ノ提起後ニ受訴裁判所ニ於テ爲ス訴訟ノ終了ヲ目的トスル契約ナリ而シテ當事者ハ訴ノ提起後口頭辯論ヲ終結ニ至ルマデ何時ニモ和解ヲ爲スコトヲ得ヘシ又受訴裁判所自ラ和解ヲ試ムルコトヲ得ヘシ尙ホ和解ヲ試ムルカ爲メニハ當事者本人ノ出頭ヲ命スルコトヲ得ヘシ(第二二二條參照)此等和解ノ效力ヲ生スルモノハ受訴裁判所若クハ受

命判事受託判事ノ面前ニ於テ當事者雙方カ口頭陳述ニ依リテ爲シタル和解ナルコトヲ要シ書面上ノ和解ハ訴訟法上ニ於テ認メラレス裁判上ノ和解ハ直チニ訴訟ノ終了ヲ來スモノナリ故ニ和解ハ適法ニ成立シタルトキハ裁判所ハ其訴訟ニ付テ審理判決ヲ爲スコトヲ得ズ口頭辯論ヲ調査ニ和解契約ヲ成立及ヒ其旨趣ヲ明確ニ記載スルコトヲ要ス(第二三〇條參照)和解ノ成立シタル後ハ訴訟當事者ハ和解ノ旨趣ニ拘束セラレ之ニ對シテ不服ヲ述フルコトヲ得ス和解調査ハ強制執行ニ於ケル債務名義ト爲ルモノナリ(第五五九條第五六〇條參照)區裁判所ニ於テスル和解即チ單ニ和解ノ爲メニ當事者雙方區裁判所ニ出頭シテ爲シタル場合ノ和解ハ(第三八一條)訴提起前ノモノナレハ訴ノ終了ヲ來スモノニ非ス唯當事者ニ對シテ拘束力ヲ生シ強制執行ノ名義ヲ構成スルニ過キス故ニ權利拘束ノ消滅原因ト爲ル和解ハ訴ノ提起後受訴裁判所ノ口頭辯論又ハ受命判事受託判事ノ面前ニ於ケル和解ニ限ルモノトスルヲ以テ和解ハ自由ハ

第八款 反訴

反訴トハ一ノ訴訟ノ權利拘束中ニ被告ヨリ原告ニ對シ同一ノ裁判所ニ同一ノ訴訟手續ニ於テ本訴ノ請求ト異ナリタル請求ヲ主張スル訴ヲ謂フ
反訴ハ單純ナル防禦方法ニ非ス獨立ノ訴ナリ訴訟法カ反訴ヲ認メタル理由ハ被告ノ主張シタル反訴ノ訴訟物ニ付キ確定力アル判決ヲ得ルニ時間上手數トテ省略スルノ目的ニ出タルモノナリ換言セハ本訴ノ訴訟材料ヲ反訴ノ訴訟材料ニ利用シテ被告カ特ニ判決ヲ受ケンカ爲メ新ナル訴ヲ提起スル手數ヲ省略スル目的ニ外ナラス故ニ本訴ニ關スル規定ハ總テ之ヲ反訴ニ適用ス（キモノナリ唯一二ノ例外ノ場合ハ本訴ノ手續ト差異アルニ過ぎス第二〇二條反訴提起ニ付テノ條件ヲ舉クレハ左ノ如シ）
第一 本訴カ權利拘束ヲ發生シタルコト
第二 訴訟期間満了前ニ提起スルコト
第三 訴訟費用納付セラルコト
第四 本訴ノ權利拘束ノ發生時期ニ付テハ既ニ說明シタルヲ以テ再ヒ之ヲ贅セス有モ本訴ノ權利拘束カ適法ニ發生セル以上ハ其他ノ訴訟ノ成立條件ニ欠缺アル場合ト雖モ反訴ヲ提起スルコトヲ得例ヘハ適法ナル訴狀カ適法ニ被告ニ送達セラレタル以上ハ縱令其裁判所カ本訴ニ付テ管轄裁判所モ非スト雖モ反訴ハ

有效ニ提起スルコトヲ得ルモノトス然レトモ權利拘束ノ發生カ不適法ナル場合ニ於テハ反訴ヲ提起スルモ其反訴タルヤ亦不適法タルハ言フ換タス
第二 本訴ノ權利拘束カ反訴提起ニ際シ尙ホ存續スルコト
第三 本訴ノ權利拘束ノ存在スルコトヲ必要トス若シ權利拘束カ消滅シタル後ナルトキハ反訴ノ提起ヲ爲スコトヲ得然レトモ權利拘束ノ存續中ト雖モ反訴ハ第一審ノ口頭辯論終結前ニ限リテ提起スルコトヲ得ルモノナリ（第二〇〇條第二〇九條）何トナレハ口頭辯論ノ終結後ニ反訴ノ提起ヲ爲スモ之カ爲メニ本訴ノ訴訟手續ヲ第一審ニ於テ利用スルコトヲ得タルノミナラス第二審ニ於テ反訴ヲ提起スルトキハ第一審ノ審理ヲ經タル事件ニ付キ第二審裁判所カ直チニ審理判決ヲ爲スニ至レハナリ故ニ本訴ニ付キ口頭辯論終結判決言渡和解訴訟ノ取下等アリタル場合ニハ反訴ヲ提起スルコトヲ得ス
第三 本訴ノ訴訟手續カ通常訴訟手續ナルコト
第四 本訴ノ第一審正當審理正當審理爲替訴訟手續ニ於テハ迅速ニ訴訟ヲ終局スルニテ其目的トスルヲ以

ヲ被告ニ反訴ノ提起ヲ許サス(第四八七條參照)人事訴訟手續法第三十條特別ノ制限ノ下ニ反訴ヲ許ス(人事訴訟手續法第七條第二六條第二九條第五條第五八條參照)督促手續ニ於テハ口頭辯論存在セサルモノナレハ反訴ヲ提起スルコトヲ得ス假差押假處分ノ手續ニ於テハ本案ヲ請求ニ付テハ訴訟手續非沙カ故ニ反訴ノ提起ヲ許サス以上述ベタル反訴ヲ許ササル訴訟手續ニ於テ訴訟ノ提起アリタルトキハ反訴ヲ不適法トシテ却下スヘキモノナリ(審判官)第四四條反訴ハ本訴ノ被告ヨリ提起セサルヘカラス(第一審ニ限リ)又原告ノ參加人ハ經令被告ヲ補助スル場合ト雖モ反訴ヲ提起ヲ爲スコトヲ得ス又原告ハ被告ノ反訴ニ對シテ更ニ反訴ヲ提起スルコトヲ得ス(第二〇〇條第三項)若シ反訴ニ對シテ反訴ヲ許ストキハ當事者雙方ヨリ互ニ反訴ヲ提起シ却テ訴訟手續ヲ複雑ナラシムレハナリ(附註)本審判官(附註)本審判官ニ付テハ本訴ノ裁判所第五 非財産權上ノ請求又ハ專屬管轄ノ規定ヲ求ムル請求ニ付テハ本訴ノ裁判所カ當然管轄權アル場合ニ限リ反訴トシテ提起スルコトヲ得(附註)又非財産權上ノ請求又ハ專屬管轄ノ規定アル請求ハ公益上ノ理由ニ基テ裁判

管轄ヲ定メタルモノナリ故ニ當事者ノ合意ニ依リテ其管轄ヲ變更スルコト又得ス(附註)又反訴トシテ提起スル場合ニ於テハ本訴ノ裁判所カ法定ノ管轄裁判所ナラサル以上ハ管轄ヲ定メタル趣旨違反ナリ以テ之ヲ反訴トシテ提起スルコトヲ許ササルモノトス(附註)第六六條反訴ノ請求ト本訴ノ請求トハ相殺ヲ爲シ得キ場合ノ外ハ本訴ノ訴訟物ト反訴ノ訴訟物トハ相牽連セサルモノナリ(附註)又本審判官(附註)又本審判官此條件ハ特ニ法律ニ規定スル所ナシ(附註)雖モ前述シタル如ク法律カ反訴ヲ許スタル目的ハ本訴ノ訴訟材料ヲ反訴ノ訴訟材料ニ利用シテ反訴ノ訴訟物ニ付テ特ニ被告カ訴ヲ起スノ手數ヲ省略スルコト又目的ト爲シタルモノナリ(附註)又本訴ノ訴訟物ト全ク關係ナキ訴訟物ヲ反訴トシテ提起スルハ法律ノ精神ニ反スルモノト解ハサルヘカラス故ニ反訴ノ請求ト本訴ノ請求トカ同一ノ法律關係又ハ同一ノ法律行為ヨリ發生シタル場合或ハ反訴ノ請求カ本訴ノ請求ノ先決問題タルノ關係アル場合或ハ又反訴ノ請求ト本訴ノ請求カ相殺ヲ爲シ得キ場合ノ如キハ之ヲ反訴トシテ許スハ法律ノ精神ニ適合スルモノト解ハサル

がラス其他の場合ニ於テ反訴ヲ許スモ其ハ却訴訴訟手續ヲ複雑ナラシムルモ
ナレハ法律ニ明文ナキト雖モ此條件ハ反訴提起ノ條件ノ一トモナラズカ
ス間一ハ其條件ハ法律ニ規定スルハ限リ反訴ハ適法ノモノト其條件ハ一ハ
以上六ノ條件ヲ具備シタル場合ニ限リ反訴ハ適法ノモノト其條件ハ一ハ
タトキハ反訴ヲ不適法トシテ判決ヲ以テ之ヲ却下スヘキモノトスルハ
反訴提起ノ方式ハ答辯書又ハ特別ノ書面ヲ以テ之ヲ本訴ノ裁判所ニ差出シテ
爲スカ或ハ受訴裁判所ノ口頭辯論中相手方ニ面前ニ於テ口頭ヲ以テ提起スル
コトヲ得反訴ヲ許シタル立法上ノ理由ハ前述タル如ク手續ヲ省略スルヲ以
テ目的トスルモノナルカ故ニ反訴ノ提起カ時期ニ通レ爲メニ本訴ノ手續ノ進
行ヲ遅延セシムル場合ニ於テハ反訴ヲ許スヘキニ非ス隨テ反訴ハ答辯書又ハ
特別ノ書面ヲ以テ之ヲ提起シ口頭辯論ノ期日マデニ原告ヲシテ反訴ニ對スル
準備ヲ爲サシメタルヘカラス故ニ反訴ハ答辯書若クハ特別ノ書面ヲ以テ答辯
書差出ノ期間内ニ提起スルコトヲ必要トス然レトモ反訴ノ請求ト本訴ノ請求
トカ全部若クハ一部ニ於テ相殺ヲ爲シ得ヘキモノナルトキハ口頭辯論ニ於テ

(一) 沿革 羅馬法ニ於テハ犯罪地ヲ以テ土地ノ管轄トセリ蓋シ犯罪地ニハ必
要ノ證據存在スルノミナラス犯罪地ニ於テ刑ヲ言渡ストキハ其效用著大ナル
ヲ以テナリ舊獨逸法ニ於テハ現行犯ノ場合ニ限リ犯罪地ヲ土地ノ管轄トセリ
是レ現行犯ノ場合ニハ其犯行ノ後直チニ刑ヲ言渡スノ手續ナルカ故ニ犯罪地
ヲ以テ土地ノ管轄ト爲シ此手續ヲシテ全カラシムルコトヲ努メタルナリ其他
ノ場合ニ於テハ治罪手續モ亦訴訟手續ノ一ナリトノ觀念ヨリシテ犯人住所ノ
地ヲ以テ裁判籍トセリ但簡易ナル被告事件ニ付テハ現行犯ニ非サルモ尙ホ犯
罪地ニ於テ裁判スルコトヲ得ルモノト爲シタリ而シテ此非現行犯ノ場合ニ於
テ犯罪地ヲ土地ノ管轄ト定メシヨリ進ミテ逮捕地ヲモ裁判籍ニ加フルニ至レ
リ蓋シ當時ノ執法官ハ現行犯ノ意義ヲ擴張シ犯罪ノ時ト裁判言渡ノ時トノ間
ニ多クノ年月ヲ隔テタル場合ニモ亦之ヲ現行犯ナリト看做シ原告人ニ被告ヲ
逮捕シ之ヲ裁判所ニ引致スルノ權ヲ認メタリ是レ逮捕地ヲ裁判籍ノ一ニ加ヘ
タル原因ノ一ニシテ又一方ニ於テハ當時土地カ無數ノ裁判區畫ニ分セラレ
タルニ拘ハラズ各裁判所間ニ於テ法律上ノ援助ヲ爲サタリシカ故ニ逃亡犯罪

人ヲ逮捕シ之ヲ裁判所ニ呼出スコト非常ニ困難ナリシノミナラス犯罪人ヲ處罰セシテ止ムトキハ王室ノ收入ヲ減スルヲ以テ成ルヘク犯人ヲ處罰スルノ必要アリシカ爲メ逮捕地ニ於テ直チニ裁判スルヲ便利ナリトセルノ點亦其原因タリシナリ其後ノ諸法律即チ獨逸普通法佛國治罪法普漏西刑事法ニ於テハ犯罪地犯人ノ住所及ヒ逮捕地ノ三ヲ同等ニ置キ共ニ土地ノ管轄トシテラウシシツイヒ及ヒ「バーデン」ニ於テハ犯罪地及ヒ被告人住所ヲ以テ土地ノ管轄トシ其他ノ獨逸聯邦諸國ノ法律ニ於テハ犯罪地ヲ以テ第一ノ土地ノ管轄トシ犯罪地不明ナル場合ニ犯人ノ住所地若クハ逮捕地ヲ以テ管轄トセリ我國治罪法ニテハ此最後ノ立法ニ倣ヒ犯罪地ノキヲ以テ管轄ト定メ犯罪地ノ分明ナラサルトキニ限リ被告人逮捕地ヲ以テ管轄トキリ治罪法第四〇條(二)現行法ノ裁判籍 受訴裁判所ノ土地ノ管轄ヲ被告人ノ裁判ヲ受クル方面ヨリ觀察シテ之ヲ裁判籍ト謂フ現行刑事訴訟法ハ第二十六條ヲ以テ犯罪地及ヒ被告人所在地ノ二ヲ同等ナル土地ノ管轄ト爲セリ抑モ裁判所ノ土地ノ管轄ヲ就レニ定ムヘキヤノ問題ハ單ニ便宜ノ問題ニシテ各事物ノ管轄ヲ同シクス

ル裁判所ニ對シテハ裁判所構成法及ヒ刑事訴訟法ノ規定ニ依リ同等ニ公平無私ナル裁判ヲ下スノ推測ヲ爲スヲ得即チ裁判所構成法及ヒ刑事訴訟法ニ於テ判事ノ員數ヲ定メ又職務ヲ裁判ノミニ限リ又判事ノ地位ヲ保障シ其他除斥忌避等ノ規定ヲ爲シ以テ裁判所ノ公平ヲ維持スルニ足ル組織ヲ設ケ又同等ノ裁判所ノ手續ヲ同一ニ定メタリ故ニ或刑事事件ハ甲裁判所ノ管轄ト爲スヘキヤ又乙裁判所ノ管轄ト爲スヘキヤハ事物ノ管轄ニ付テハ判事ノ員數ヲ異ニスレハ被告人ノ利害ニ關係アルモ土地ノ管轄問題ニ付テハ各裁判所何レモ同一ノ保障アルモノナレハ被告人ノ利害ニ毫モ影響ヲ及ボサスシテ全ク便宜ノ問題ニ過キス故ニ檢事ヲシテ犯罪地ノ裁判所ニ起訴スヘキヤ又ハ被告人所在地ノ裁判所ニ起訴スヘキヤヲ選擇セシムルハ決シテ不條理ニ非ス各事件ノ性質ニ從ヒ其狀況ヲ鑑別シ起訴スヘキ裁判所ヲ選擇スルヲ可トス之ヲ行ハシメシニハ其選擇ヲ無制限ナラシメサルヘカラス舊治罪法ノ如ク犯罪地ヲ優等ノモノトスル如キハ極メテ不便ニシテ被告人ヲ所在地ニ於テ逮捕スルモ被告人ヲ更ニ犯罪地ニ送致シテ裁判セシメサルヘカラサル不都合アリトス我刑事訴訟法

「レ」ウエー氏ハ曰ク「犯罪所爲カ單一ノ事實出來事ヨリ成立シ此事實カ二箇ノ裁判所ノ管轄區域ノ境界上ニ發生シ若クハ其境界區域ヲ越エタルトキハ其所爲ハ孰レノ區域ニ於テモ行ハレタルモノニシテ例ヘハ一人カ川ノ左岸ニ立チ一人カ其對岸ニ在リテ決闘シタル如キ又罵詈ノ聲カ境ヲ越エテ聞エタルカ如キ又ハ境ヲ越エテ發銃シタル場合ニ於テ其聲ノ聞ユル限り又ハ銃九ノ通過シタル場所ハ犯罪地ト看做スヘシ此場合ノ出來事ハ單一ナルレトモ此單一ナル

刑事訴訟法

訴訟主體 裁判權及裁判所 裁判所ノ管轄 土地ノ管轄

出来事事實若クハ法律ノ違背タルハキ事實ニシテ犯人カ自ら其事實行ヲ行フト否トヲ問ハス隨テ結果トハ犯罪行為カ原因ト爲リテ生シタル事實ニシテ場所及ヒ日時ノ上ニ於テ最終ノ實行ヲ所爲ト分別スルヲ得ルモノトス是故ニ例ハ殺人罪ニ於テ被害者ノ死亡ハ其結果ニシテ此死亡ノ地ハ犯罪地ニ非サルナリ(三)犯罪構成要素カ場所ヲ異ニスル數箇ノ實行行為ヨリ成立スルトキハ犯人ノ總テノ運動ハ所爲ノ實行ナリトス故ニ此場合ニハ一ノ實行行為アリタル地ニ於テ犯罪行ハレタルモノナリ殊ニ犯罪要素タル所爲ノ中ニテ最初ノ所爲ノミニテハ犯罪タラサルモ第二ノ所爲アリテ始メテ犯罪タル場合之ニ屬スヘクシテ例ハハ文書偽造行使慣行犯又ハ營業犯等ハ其各所爲ノアリタル地ニ於テ犯罪タルナリト

レークエー氏ノ說ハ犯罪ノ構成要素ノ實行行為ト結果トニ區別シ一ヲ主タル構成要素ト爲シ一ヲ從タル構成要素トセシナリ刑法ニ於テ斯ク構成要素ヲ主從ニ區別スルモノトスレハ氏ノ說或ハ正當ナラシ然レトモ刑法ハ此ノ如キ區別ヲ認メサルヲ以テ犯罪實行行為ヲミテ以テ標準ト爲スハ獨斷ニシテ更ニ其

基ク所ナキカ故ニ之ヲ採用スベク被告ニ對シテ不利ヲ加ヘンコトヲ主張スルニハ總テノ犯罪構成要素ヲ證明スルヲ要スルモノニシテ行為ニ屬スル要素ト結果ニ屬スル要素トヲ區別シテ其一ヲ主要ノモノト爲スヲ得サルナリ然ラハ立法者ハ此ノ如キ場合ニ犯罪地ナル裁判籍ヲ如何ニ解スルヤト云フニ結局左ノ如ク定義ヲ下ササルヘカラスト信ス

法律ノ定ムル犯罪構成要素ノ一部分カ生シタル地ヲ犯罪地ト謂フ

是故ニ犯人ノ所爲カ原因ト爲リテ生シタル結果カ犯罪ノ構成要素ニ屬スルトキハ其結果カ生シタル地ニモ亦犯罪地ノ裁判籍アルモノトス此ノ如ク解スルトキハ數箇ノ犯罪地ノ裁判籍ヲ生スヘキモ其衝突ハ避ルルニ足ラサル所ニシテ恰モ被告人所在地ト犯罪地トハ管轄ノ點ニ於テ同時ニ置カレ相互ニ衝突スルヲ免レサルト擇フ所ナシ

以下各別ノ場合ヲ例示シテ以テ犯罪地ノ如何ヲ説明セン

(一) 教唆從犯ノ犯罪地 此等ノ裁判籍ハ教唆從犯ノ所爲カ行ハレタル場所ニ在リト云フハ正當ナルカ如シト雖モ實際ノ必要上ヨリ刑事訴訟法第二十八

- 條ニ於テ正犯從犯共犯ハ併合シテ其裁判ヲ爲スヘキコトヲ規定セシメ是故ニ其結果トシテ一人若クハ數人ノ救護從犯ノ犯罪地ノ裁判籍ハ實行正犯ノ所爲ノ管轄裁判所又ハ各救護ノ所爲ノ管轄裁判所ニ在リト謂ハサルヘカラス而シテ實行正犯ノ所爲ノ裁判籍ハ亦救護ノ所爲ノ裁判籍ニ存在スルコトアリ然レトモ第二十八條第一項ノ規定アルカ故ニ從犯ノ裁判籍ハ管轄存存セサルモノトス但從犯ノミ發覺シタルトキハ從犯ノ行爲アリタル地ノ裁判所ニ訴ヲ爲スコトヲ得ヘシ
- (一) 不行爲犯ノ裁判籍ハ犯人必要ノ行爲ヲ爲スヘキ地又ハ必要ヲ所爲アレム之ニ因リテ適法ノ結果カ生スヘキ場所ニ在リ若シ不行爲犯ニシテ之カ原因ト爲リテ生スル有害ノ結果カ發生シタルトキニ於テ罰スヘキ性質ノモノナルトキハ其結果ノ生シタル地ニモ亦裁判籍アルモノトス
- (二) 間接正犯ノ裁判籍ハ機關トシテ利用セタル者ノ所爲カ行ハレタル地及ヒ機關タル者ノ動作ヲ喚起スヘキ正犯ノ所爲アリタル地ニ在リトス
- (四) 出版物ニ關スル犯罪ニ於デモ以上述べタル所ノ標準ニ依リテ裁判籍ヲ定

ムルモノニシテ即チ新聞紙條例ノ罪ノ如キハ出版物ヲ發行セラレタル地ニ裁判籍アリトス蓋シ新聞紙條例ノ罪ハ出版物ノ存在即チ發行ニ因リテ成立スルモノナレハナリ但出版物ヲ他ノ犯罪例ヘハ詐欺ニ利用シタルトキハ他ノ犯罪ノ裁判籍ハ其犯罪ノ要素ニ依リテ定マルモノトス

犯罪地カ帝國ノ陸地ニ在ラスシテ海船内ニ在ル場合ニハ右ノ原則ヲ適用スル能ハス故ニ刑事訴訟法第三十條ヲ以テ海船内ノ犯罪ニ付テハ定緊港又ハ犯罪後最初ニ著船シタル地ノ裁判所ヲ以テ管轄裁判所ト爲セリ此規定ハ日本ノ船舶ハ内國領土ノ延長ニシテ即チ浮動ノ領土ナリトシテ思想ヨリ生シタルモノナルヲ以テ定緊港又ハ犯罪後最初ニ著船シタル地ハ犯罪地ノ裁判籍ノ變體ナリトス故ニ第三十條ハ其管轄地ヲ定緊港ノ地又ハ著船地ニ限リタルモノニハ非スシテ此他ニ尙ホ被告人所在地タル土地ニ管轄アルモノナレハ被告人上陸後犯罪發覺シタルトキハ其所在地ニ於テ裁判スルヲ得ヘシ

(五) 被告人所在地トハ犯罪ヲ犯ストキ被告人現在シタル地ニ在ラスシテ被告事件

ニ付キ公訴ノ提起アリタルトキ被告人ノ現在スル地ヲ謂フ現在地ナルカ故ニ
被告人カ一時通過スル地モ亦被告人所在地タルコトアルヘシ而シテ又被告人
所在地トハ被告人ノ任意ニ出テ現在スル地ニ強制ニ出テ現在スル地ト區別
スルノ必要ナシ例ヘハ豫審判事ノ令狀ニ依リ拘禁セラレ其地ノ監獄ニ在ル場
合ノ如キ法律上ノ強制ノ現在地モ亦被告人所在地ナリトス又證人鑑定人トシ
テ呼出テ受ケ裁判所ニ出頭シタル者又ハ證人カ拘引セラレタル場合ニ於テ其
者ヲ被告人ト爲ストキハ其裁判所ハ被告人所在地ノ裁判所ナリ蓋シ舊治罪法
ノ規定ヲ改メテ土地ノ管轄ニ被告人所在地ヲ加ヘタル所以ハ被告人現在スレ
ハ直チニ取調ニ著手スルノ便利アルト犯罪地ニ移送スルノ手續又省クトニ依
ルニ外ナラス治罪法第四二條參照然ラハ被告人ノ現在ノ原因カ被告事件取調
ノ爲メニ出タル未決勾留ニ在ルトキト雖モ之ヲ被告人所在地ト云フニ妨ナ
キハ勿論ナリトス但現行犯人ヲ逮捕官更カ他管轄地ニ於テ逮捕セ其地ヨリ引
致シ來リタル場合ノ如キハ其強制ハ不法ナシ法律ノ規定ニ基キ得ルモ非カ
レハ此場合ニハ被告人所在地ト謂フヘカラスハ出頭或ハ逮捕セ其地ヨリ引

被告人カ外國ニ於テ犯罪タル犯罪ニ付テハ内地ニ犯罪地ナルモナシ故ニ被
告人所在地ノ一面ノミヲ以テ土地ノ管轄ヲ定メサルヘカラス然ルニ我刑事訴
訟法ハ此場合ニ於テ被告人所在地ヲ以テ管轄トセシテ其第二十九條ニ於テ
逮捕地又ハ送致ノ地ヲ以テ裁判籍トセリ抑モ逮捕地ヲ以テ管轄ト爲ス場合ニ
ハ内地ニ於テ現在スルモノナルカ故ニ第二十九條第一項前段ノ逮捕地ナル管
轄ハ全ク被告人所在地ナル管轄ト同ナルモノナルヤ否ヤノ問題ヲ生スヘシ
或者曰ク外國ノ犯罪ニ付キ逮捕地ヲ以テ其裁判管轄ト定メタルモ被告人ヲ逮
捕スルハ現行犯及ヒ準現行犯ノ場合ノ外ハ令狀ニ據ラサルヘカラス而シテ令
狀ヲ發スルハ公訴ヲ受ケタル裁判所ナレハ裁判所ノ管轄定マリ檢事カ起訴シ
タル後ニ非サレハ逮捕スルヲ得ヌ又一方ニ於テ本條ノ場合ハ犯罪ノ地ハ外國
ニ在ルモノナレハ被告人所在地ノミヲ以テ其裁判管轄ノ地ト爲セシモノニテ
本條ノ逮捕地ハ被告人所在地ト解釋セサルヘカラス是故ニ本條ノ所謂逮捕地
ハ即チ被告人所在地ナリト按スルニ本條ハ如何ニモ犯罪地ニ對スル被告人所
在地ノ側面ノミヲ以テ規定シタルモノタルハ論者ノ說ノ如シ然レトモ是ヲ以

テ直チニ逮捕地ハ被告人所在地ナリト云フハ妄斷ニ失スル嫌疑アリ例ヘハ被告人外國ニ於テ罪ヲ犯シ歸朝シテ横濱ニ在リタルトキ横濱地方裁判所ニ起訴セラレタルニ適レテ東京ニ來リ逮捕セラレタルトキハ横濱ハ被告人所在地ナレトモ逮捕地ニ非スシテ逮捕地ハ即チ東京ナルヘシ論者ハ此場合ニ於テモ尙ホ土地ノ管轄ハ東京ニ在ラスシテ横濱ニ在リト曰ヘリ然レトモ此ノ如ク解スルトキハ第二十九條第一項前段ノ規定ハ之ヲ置クノ必要ナキニ至ルヘキヲ以テ此規定アル以上ハ前例ニ於テ其事件ノ裁判籍ハ東京ニ在ルモノニシテ逮捕地ト被告人所在地トハ全ク同一ノモノニ非サルナリ即チ本條ノ裁判籍ハ起訴後ニ確定スル性質ヲ有スルモノトス而シテ一旦逮捕セラレハ之ヲ適レテ他ノ管轄地ニ赴キ更ニ逮捕セラレルモ管轄ハ變更スルコトナシ
他ノ事件ニ付キ逮捕セラレ其他事件カ裁判所ニ繫屬中ハ外國ニ在リテ犯シタル罪ニ付テモ逮捕地ノ管轄ニ屬ス然レトモ第二十九條ノ適用ハ此場合ノミニ制限セラレヘキモノニ非サルナリ
外國ニ於テ罪ヲ犯シタル被告人依然外國ニ在ルカ又ハ其所在地不明ナルト

キハ關席裁判ヲ爲ササルヘカラス此場合ニハ被告人最後ノ住所地ヲ以テ裁判管轄トス(第二十九條第二項)
犯罪ノ地及ヒ被告人所在ノ地共ニ分明ナラサルトキハ其被告事件ノ裁判籍ハ理論上ニ於テハ一定シ居ルモノナレトモ實際ニ於テハ管轄裁判所ハ果シテ何レナルヤハ判明セサルカ故ニ此場合ニ於テ被告人ヲ管轄スル裁判所ナシト謂ハサルヘカラス例ヘハ汽車進行中ニ爲シタル殺人罪ノ如キハ犯罪行為ヲ行ヒタル場所及ヒ被害者ノ死亡シタル地ヲ知ルコト能ハス又犯人ノ所在ヲ知ルコト能ハサルコトアルヘシ又本邦ニ住所ヲ有セサルカ又ハ最後ノ住所地モ分明ナラサル日本人外國ニ在リテ本邦ノ法律ニ來リ處斷スヘキ犯罪ヲ爲シ而シテ外國ヨリ被告人ノ送致ヲ受ケス又内地ニ於テ被告人ヲ逮捕スル能ハサル場合ニハ管轄裁判所ナシトス舊治罪法第四十五條末項ニ於テ此ノ如キ場合ニハ裁判管轄ヲ定ムルノ訴ヲ爲スコトヲ得タレトモ現行刑事訴訟法ハ此規定ヲ刪除シタルカ故ニ斯ク論斷セサルヲ得サルナリ

第四節 土地管轄ノ衝突

土地ノ管轄ニ付テハ前ニ講説セル如ク犯罪地ト被告人所在地ヲ以テ管轄トス。若シ犯罪地ト被告人所在地トカ異ナリタル裁判所ノ區畫内ニ在リタルトキハ其孰レヲ管轄裁判所ト定ムヘキヤ刑事訴訟法第二十七條ハ之ニ答ヘテ曰ク「最初豫審又ハ公判ニ著手シタル裁判所ヲ以テ其管轄ナリトス」而シテ茲ニ最初豫審又ハ公判ニ著手ストハ其事件既ニ裁判所ニ繫屬シタル以上ゴロトヲ指シタルモノニシテ第四百四十四條ニ依リ地方裁判所檢察官臨檢其他豫審判事ニ屬スル處分ニ著手シタル場合ヲ包含セス第二十七條ハ先ニ著手アリタルヤ否ヤヲ裁判所ノ處分アリタルヤ否ヤニ因リテ定メ檢事ノ處分又ハ檢事ノ起訴ヲ以テ定メナレハナリ而シテ裁判所ノ處分ナル以上ハ判事ノ爲シタルモノト裁判所書記就逮吏ノ爲シタルモノトヲ區別セス例ヘハ第二百十三條第二項ノ呼出狀ヲ發シタル日附カ先ナルモ先著手ト爲ルナリ

第一 刑事訴訟法第二十七條ニ付キ生スル困難ナル問題ハ一人ニテ數罪ヲ犯

シ各罪事物ノ管轄ハ同一ナルモ土地ノ管轄ヲ異ニスル場合ニ於テ同條ヲ適用シテ數罪中其一罪ニ付キ最初豫審又ハ公判ニ著手シタル裁判所ハ他ノ犯罪ヲモ併セテ管轄スルヲ得ルヤノ問題はナリ例ヘハ一人ニテ東京地方裁判所管内ニ於テ第一ノ罪ヲ犯シ横濱地方裁判所管内ニ於テ第二ノ罪ヲ犯シ長崎地方裁判所管内ニ於テ第三ノ罪ヲ犯シ而シテ其他ノ管内ニ潛匿シタル場合ニ於テ此數罪中第一ノ罪ニ付キ東京地方裁判所カ他ノ裁判所ニ於テ第二、第三ノ犯罪ニ付キ著手スル前ニ豫審又ハ公判ニ著手シタルトキハ東京地方裁判所ハ第二、第三ノ犯罪ニ付テハ犯罪地被告人所在地ニ在ラサルモ此犯罪ヲ併セテ管轄スルヲ得ルヤ否ヤ本問題ハ要スルニ第二十七條ハ第二十六條ノ管轄ノ外ニ牽聯事件ノ管轄ヲ別ニ設ケタルモノナリヤ否ヤニ歸著ス抑モ裁判所ノ土地ノ管轄ハ第二十六條ノ規定スル所ニシテ第二十七條ニ設ケタル以上ハ第二十七條ノ般箇ノ裁判所ノ管轄ナル場合ト稱スルハ第二十六條ノ犯罪ノ地ト被告人所在地タル管轄トヲ併セテ規定シタルモノニシテ即チ第二十七條ハ第二十六條ニ於テ犯罪地及ヒ被告人所在地ノ二箇ヲ以テ土地ノ管轄ト定メタル爲メニ

事件ニ付キ二箇ノ裁判管轄ノ抵觸アル場合ヲ豫期シ其中最初豫審又ハ公判ニ著手シタルモノハ他ニ比シテ幾分カ調査ノ程度ヲ進メタルヘキカ故ニ此裁判所ヲ以テ其管轄ナリト規定シタルモノナリ故ニ其最初豫審又ハ公判ニ著手シタル裁判所ハ即チ其事件ニ付キ犯罪地タルカ又ハ被告人所在地タルカ故ニ第二十七條ハ第二十六條ノ外ニ管轄ヲ設ケタルニ非ス前例ニ於テモ東京地方裁判所ハ第一ノ罪ニ付テハ其犯罪地ニシテ且最初豫審公判ニ著手シタルカ故ニ之ヲ管轄スヘキモ第二以下ノ犯罪地タラス又其被告人所在地ニモ非ス唯被告ノ犯シタル犯罪ノ一部即チ第一ノ犯罪ニ付キ豫審公判ニ著手シタルノミ第二以下ノ犯罪ニ付テハ未タ何等ノ取調ヲ爲ササルヲ以テ其正當ノ管轄タル他ノ裁判所ヲ排シテ第一ノ裁判所之ヲ併合シテ管轄スヘキ理由ナシ若シ反對ノ解釋ヲ採レハ證據物件又ハ證人等ノ多ク存在スル犯罪地ヲ去リテ無縁故ナル地ニ於テ裁判セサルヘカラサルノ結果ヲ生シ甚タ不當ノ規定ト謂ハサルヲ得ニ加之第二十七條末段ハ最初豫審又ハ公判ニ著手云云ノ文字ハ各箇ノ場合ニ對スルモノナレハ該條ノ數罪ノ場合ヲ包含セサルハ之ヲ見ルモ明白ナリトス然

ルニ今日ノ實際ニ於テハ第二十七條ノ規定ニハ一罪ノ場合ニ制限セラレ明文ナキカ故ニ數罪ノ場合モ含ムモノト解シ予等ノ見解ト反對ノ取扱ヲ爲スコト多シ然レバ該條ノ數罪ノ場合ニ對シテ第一ノ裁判所ニ併合シテ管轄スルノ場合ニ對シテ第二ノ數人ニテ一罪ヲ犯シ其所在地又ハ犯罪地ヲ異ニシタル場合ハ之ヲ第二十八條ニ規定セリ即チ從犯ハ正犯ノ管轄ニ從ヒ正犯數名アルトキハ其中ニテ正犯ノ一人ニ對シ最初豫審又ハ公判ニ著手シタル裁判所ニ於テ他ノ犯人ヲモ併セテ管轄スルモノトス是レ共犯人ハ同一裁判所ニ於テ共同被告人トシ相對立セシメテ之ヲ取調フルトキハ審理上事實ノ真相ヲ得ルノ利益アレハナリ數箇ノ裁判所ノ管轄ニ屬スル正犯數名アルトキ其中ノ一人ニ對シテ最初豫審又ハ公判ニ著手シタル裁判所ハ其正犯ノ一人ニ對シ既ニ判決ヲ爲シタル後ト雖モ尚ホ他ノ共犯人ニ對シテ管轄裁判所ナルヤ將テ第二十八條ヲ適用センニハ第二十五條第二項ニ於ケルカ如ク同時ニ訴アル場合ニ限ルモノナリヤ否ヤ畢竟第二十八條ノ適用ハ併合審理ヲ爲スノ便宜アルヲ條件トス即チ共犯ヲ併合審理スルハ之ヲ共同被告トシテ相對シテ訊問スルノ便宜アレハナリ然ルニ

共犯ノ一ニ對シ既ニ裁判アリタル後他ノ共犯ヲ發見シタルトキハ前ニ言渡ヲ爲シタル共犯ヲ共同被告人ト爲スコト能ハス故ニ第二十八條ニ依リ共犯ヲ併合審理スルヲ得ルハ先ニ著手セラレタル共犯ニ對シ未タ判決ノ言渡アラサル場合ニ限ルモノト爲ササルヘカラス斯ル場合ニ於テハ大審院ノ特別權限ニ屬スル皇族ノ犯罪ト雖モ之ト異ナルコトナク既ニ大審院ニ於テ皇族ノ裁判終リタルトキハ他ノ共犯タル通常人ニ對シテハ地方裁判所又ハ區裁判所之カ管轄ヲ爲スヘキナリ

第二十七條ノ規定ハ一人カ數罪ヲ犯シタル場合ヲ含ムト唱フル論者ハ第二十八條第二項ニ於テモ數人カ數罪ヲ犯シタル場合ヲモ含ムモノトセリ例ヘハ甲カ乙ト共謀シテ第一ノ犯罪ヲ爲シ乙ハ丙ト共謀シテ第二ノ犯罪ヲ爲シ丙ハ丁ト共謀シテ第三ノ犯罪ヲ爲シタルトキ甲裁判所ニ於テ甲ニ對シ第一ノ罪ニ付キ最初豫審、公判ニ著手スレバ乙ヲ併セ管轄スルハ勿論ナルモ此論者ノ說ニ依レハ又丙、丁ニ對シ第二、第三ノ犯罪ニ付テモ管轄ヲ有スト云フニ在リ是レ第二十八條第二項ヲ解スルニ第二十七條ト同シク第二十六條ノ管轄ノ外ニ牽聯事

件ノ管轄ヲ設ケタルモノト爲スカ故ナリ然レトモ第二十八條第二項モ亦第二十六條ヲ承ケテ數箇ノ裁判所ノ管轄ニ屬スル正犯數名アルトキ云云ト規定シタルモノニシテ一事件ニ付キ管轄ヲ定メタルモノナリ故ニ是レ亦第二十六條ノ例外ヲ規定シタルモノニ非サルナリ又反對論者ト雖モ右ノ如キ連鎖カ從犯ニ依リテ成立シタル場合ニ於テハ其同一裁判所ニ數罪ヲ併合シテ審理スル能ハサルコトハ首肯スル所ナラン例ヘハ乙カ甲ノ犯シタル殺人罪ノ從犯タルト同時ニ又丙ノ犯シタル放火罪ノ從犯タル場合ノ如キハ第二十八條第一項ノ規定ニ依リテ裁判所ハ甲ノ殺人罪ニ付キ最初豫審ニ著手スルモ丙ノ放火罪ヲ併合審理スルヲ得サルヘシ故ニ第二十八條第一項ハ一罪ニ付テ其共犯者ヲ併合審理スルノ規定ニシテ同條第二項ノ規定ハ之ト異ナリ數罪ニ付テ其犯者ヲ併合審理セシムルノ規定ナリト云フハ解釋ノ當ヲ得タルモノト謂フヘカラズ

然レトモ大審院ハ其管轄全般ニ亘ルモノナレハ第二十六條ノ土地ノ管轄ニ制限セラレス隨テ其特別權限ニ屬スル國事犯人ト通常犯人ト被告人ト右ノ如キ連鎖アルトキハ他罪ノ共犯ヲ併セテ管轄スヘシ是故ニ例ヘハ甲、乙ハ國事犯ノ共

犯ナリ乙丙ハ謀殺罪ノ共犯ナリ丙丁ハ詐欺取財ノ共犯ナル場合ノ如キハ第二十八條第二項ヲ適用シ大審院ト他ノ裁判所トノ中孰レカ先ニ着手シタルヤヲ問フヘキモノニ非スシテ第二十五條第二項ニ依リ大審院ハ甲ヨリ丁ニ至ルマテ總テノ犯人ヲ管轄スヘキナリ又第二十八條第三項ニ依レハ皇族ノ禁錮以上ニ該ル犯罪ニ付テハ第一項ノ例外トシテ皇族從犯ニシテ通常人正犯タル場合ト雖モ大審院之ヲ管轄スルモノトス

第七章 管轄ノ指定及移轉

第一 管轄ノ指定 管轄ニ付キ積極又ハ消極ノ爭ヲ生シタルトキ若クハ裁判數箇ノ裁判所ニ於テ管轄ニ付キ積極又ハ消極ノ爭ヲ生シタルトキ若クハ裁判所管轄ノ不明ナルトキハ其裁判管轄ヲ指定セサルヘカラス刑事訴訟法第三十一條ハ管轄裁判所ノ指定ヲ爲スヘキ場合ハ之ヲ裁判所構成法ニ讓レリ同第三十條ニ依レハ管轄指定ノ場合左ノ四アリ而シテ左ノ(一)ノ場合ニ於テハ管轄指定ノ裁判ニ依リ新ニ土地ノ管轄ヲ設クルモノニシテ他ノ場合ハ刑事訴訟法ニ依

リ定マリタル管轄ヲ指定スルニ止マリ訴訟法ニ定メタル以外ノ管轄ヲ指定ノ裁判ニテ新設スルニ非ス (一) 權限アル裁判所及ヒ其代理タル裁判所ニ於テ法律上ノ理由若クハ特別ノ事情ニ因リ裁判權ヲ行フコトヲ得サルトキ 代理タル裁判所トハ裁判所構成法第十三條第二項ニ依リ一ノ區裁判所ニ於テ或事由ノ爲メ事件ヲ取扱フヲ得サル場合ニ地方裁判所長カ毎年以前以テ定メタル順序ニ從ヒ之ニ代リテ其事務ヲ取扱フヘキ區裁判所ヲ謂フ而シテ管轄裁判所及ヒ代理タル裁判所ニ於テ裁判權ヲ行フコト能ハサル法律上ノ理由生スル場合トハ例ヘハ管轄裁判所及ヒ代理タル裁判所ノ判事全體ニ對シ除外ノ原因存在シ又ハ忌避ノ申請カ理由アリト認メラレタルトキノ如シ又此等ノ裁判所ニ於テ特別ノ事情ニ依リ裁判權ヲ行フヲ得サル場合トハ例ヘハ兵亂又ハ天變地異ノ爲メ裁判ヲ開クコト能ハサルトキノ外其屬ノ判事唯一人ノミナルニ疾病ノ爲メ職務ニ堪ヘス又ハ死亡シテ其後任者未タ定マラサル場合ノ如キヲ謂フ地方裁判所以上ニ於テハ其所屬判事ニ差支アルカ爲メ事務ヲ取扱フコト能

ハナルカ又ハ同裁判所ノ判事ニ其代理ヲ爲シ得ヘキ者ナキ場合ニ於テハ裁判所長又ハ院長ハ其管轄區域内ノ下級裁判所ノ判事又ハ豫備判事ニ其代理ヲ命スルコトヲ得ルヲ以テ本項ノ如キ場合ヲ生スルコト稀ナリ裁判所構成法第二

五條第三一條第五項第三六條第四五條第三項

(二) 裁判所管轄區域ノ境界明確ナラサルトキ

(三) 法律ニ從ヒ又ハ二以上ノ確定判決ニ依リ二以上ノ裁判所カ裁判權ヲ互有スルトキ
是レ通常裁判所間ニ於ケル積極ノ管轄爭ノ場合ニシテ其事物ノ管轄ナルト土地ノ管轄ナルトヲ問ハサルナリ法律ニ從ヒ二箇以上ノ裁判所各裁判權ヲ互有スル場合トハ例ヘハ犯罪地ト被告人所在地トノ裁判所ニ於テ日時ヲ同シウシテ豫審又ハ公判ニ著手シタルトキノ如キヲ謂フ或學者ハ此ノ如キ場合ニハ公訴ノ權利拘束ノ效力ニ依リ即チ一事不再理ノ原則ニ基キ二箇ノ公訴存立シ得ヘカラサルヲ以テ其一方ノ公訴ハ之ヲ却下スヘキモノニシテ二以上ノ裁判所カ裁判權ヲ互有スヘキノ謂レナキヲ以テ法律ニ從ヒ二以上ノ裁判所カ裁判權

ヲ互有ストハ全ク無意味ノ規定ナリトモ第二十七條ノ規定ハ先著手ヲ以テ管轄ト定メタルモノノ規定ナルカ故ニ日時ヲ同シウシテ二箇ノ裁判所ニ起リタルトキノ孰レノ一方ヲ却下スヘキヤハ法律ノ規定ヲ缺クヲ以テ不明ナリ而シテ管轄ノ指定ナルモノヲ法律ニ設ケタル所以ハ管轄ニ關スル法律ノ不備ヲ補フ爲メナリ故ニ本項ノ明文ヲ以テ法律ニ從ヒ裁判權ヲ互有シタルトキヲ管轄指定ノ一ニ加ヘタルハ蓋シ右ノ如キ場合ヲ想像シタルモノナルヘシ
又豫審公判ノ著手ニ前後アルモ刑事訴訟法第百八十六條ニ依リ管轄違ノ申立ヲ爲シタルニ拘ハラヌ二以上ノ裁判所カ刑事訴訟法第百八十七條ニ依リ管轄違ノ申立ヲ却下シ其判決確定シタルトキノ於テモ亦積極ノ管轄違ヲ生スルヲ以テ管轄ノ指定ニ依リテ其裁判管轄ヲ定メサルヘカラス
(四) 二以上ノ裁判所管轄違ノ確定判決ヲ爲シ又ハ上級裁判所ニ於テ二以上ノ裁判所カ共ニ管轄違ナリトノ確定判決ヲ爲シタルモ其裁判所ノ一ニ於テ裁判權ヲ行フヘキトキ
訴訟主體 裁判權及裁判所 管轄ノ指定及變更

二以上ノ裁判所管轄ニ非ストノ裁判ヲ爲シ其判決確定スルモ第三ノ裁判所法律ニ依リ裁判權ヲ有スルトキハ裁判所ノ指定ヲ爲スヲ要セス事件ヲ他ノ管轄裁判所ニ直チニ起訴スヘキナリ是故ニ本項規定ノ場合ハ管轄違フ言渡シタル裁判所ノ中ニ於テ其孰レカ法律上ノ管轄權アル場合ニ限ルコトヲ注意セザルヘカラス

本項ニ依リ管轄ノ指定ヲ爲スニハ二以上ノ裁判所カ爲シタル管轄違フ言渡確定スルノミヲ以テ足レリト爲スカ故ニ例ハ東京ニ現在スル被告人ニ對シ東京ニ於テ犯シタル罪ニ付キ東京地方裁判所ニ訴フ提起シタルニ誤リテ管轄違フ言渡ヲ爲シ其裁判確定スルトキハ二以上云云ノ明文アルニ由リ更ニ他ノ裁判所ニ經令裁判權ナシト雖モ起訴ヲ爲シ管轄違フ言渡ヲ受ケタル後管轄確定ノ申請ヲ爲スコトヲ得ヘシ斯クシテ指定ヲ受ケタル東京地方裁判所ニ於テ裁判ヲ爲スニ至レハ初メ他ノ裁判所ニ起訴ノ後再ヒスルハ無用ノ手續ナルカ如シ然レトモ複數ハ單數ヲ含ムトノ理由ヲ以テ此場合ニ東京地方裁判所カ管轄違フ確定判決ヲ爲シタルノミヲ以テ直チニ指定ノ申請ヲ爲スモノト解スヘキ

ニ非ス

右第四ノ場合ニ於テ所謂確定判決トハ裁判ナル意義ナリ裁判ト云フノ意義ナル故ニ決定ヲ包含シ二箇ノ裁判所ノ豫審ニ於テ第六十四條ニ依リ管轄違フ終結決定ヲ爲シタルトキハ管轄指定ノ申請ヲ爲シ得ヘシトス但第三ノ場合ハ豫審終結決定ニ適用ナシ

管轄指定ノ決定ヲ爲ス裁判所ハ關係アル各裁判所ヲ併セテ管轄スル直近上級裁判所ナリ即チ管轄爭ヲ爲ス裁判所カ指定ノ裁判ヲ爲ス裁判所ノ管轄區域内ニ在ルヲ要ス故ニ關係アル二箇ノ裁判所カ區裁判所ニシテ同一地方裁判所ノ管内ニ在ルトキハ地方裁判所ハ指定ノ管轄裁判所ナリ同一控訴院ノ管轄内ニ在ル地方裁判所カ關係裁判所ナルトキハ控訴院ハ指定ノ管轄裁判所ナリ控訴院カ關係裁判所ナルトキハ大審院カ指定ノ管轄裁判所ナリ又關係アル區裁判所ニシテ各異ナリタル地方裁判所ニ所屬シタルトキハ直近上級裁判所ハ地方裁判所ニ非スシテ控訴院ナリトス又異ナリタル控訴院ノ管轄區域内ニ在ル區裁判所若クハ地方裁判所カ關係裁判所タルトキハ大審院之カ管轄ヲ指定ス

管轄指定ノ申請ヲ爲シ得ヘキ者ハ之ヲ第三十二條ニ規定セリ即チ大審院ニ於テ指定ヲ爲スヘキ場合ノ外ハ關係裁判所ノ檢察其他訴訟關係人ナリ大審院ニ於テ管轄裁判所ヲ指定スヘキ場合ハ關係裁判所ノ檢察其他訴訟關係人ノ外司法大臣ノ命ニ因リ又ハ職權ヲ以テ檢察總長ヨリ申請ヲ爲スコトヲ得ヘシ

管轄裁判所指定ノ申請及ヒ其裁判ノ手續ハ刑事訴訟法第三十三條ニ規定セリ

第二 管轄ノ移轉

管轄ヲ移轉スル場合ニ左ノ二アリ孰レモ刑事訴訟法ニ定メタル土地ノ管轄以外ニ移轉ノ裁判ニ依リ新ニ管轄ヲ設タルモノトス

(一) 公安ノ爲メニスル管轄ノ移轉第三十四條

其手續ハ司法大臣ヨリ大審院檢察總長ニ命令シ檢察總長ヲシテ大審院ニ其申請ヲ爲シ大審院ニ於テハ書面ニ依リテ審理ヲ爲シ其申請ヲ許否ス第三十五條

(二) 嫌疑ノ爲メニスル管轄ノ移轉第三十六條

此管轄ノ移轉ハ管轄裁判所ノ檢察其他關係訴訟人ヨリ直近上級ノ裁判所ニ請求スルモノトス而シテ其手續ハ申請者ヨリ趣意書二通ヲ原裁判所ニ差出シ原

裁判所ハ其訴訟手續ヲ停止シタル上申起意書及ヒ答辯書ヲ上級裁判所ニ送致シ上級裁判所ニ於テハ書類ニ依リ其申請ヲ決定ス第三十八條第三十九條

此管轄移轉ノ申請ヲ爲スコトヲ得ルモノノ中被告人ハ其嫌疑アル裁判所ニ於テ異議ノ申立ヲ爲サスシテ本案ニ付キ辯論ヲ爲シタルトキハ此申請ヲ爲スコトヲ得ス民事原告人其裁判所ニ私訴ヲ爲シタルトキモ亦同シ第三十七條第二項

但本條ハ例外ニ屬スルモノナレハ之ヲ嚴格ニ解スルコトヲ要スルカ故ニ民事原告人ト雖モ嫌疑アル裁判所ニ私訴ヲ爲ササル場合ニハ此申請ヲ爲スヲ得ヘシ例ヘハ上告裁判所ヨリ事件ヲ移送シタル爲メ訴訟カ其裁判所ニ繫リタル場合ノ如キ(第二九〇條)民事原告人ハ其裁判所ニ進ミテ私訴ヲ爲シタルニ非サレハ此申請ヲ爲スヲ得ヘシ故ニ或學者ノ如ク民事原告人ハ公訴ニ付キ當事者ニ非サレハ此申請ヲ爲スヲ得スト謂フハ其當ヲ得タルモノニ非ス

指定及ヒ移轉ノ裁判ノ效力ハ其事件ヲ直チニ指定セラレタル裁判所又ハ移轉ヲ受ケタル裁判所ニ繫屬セシムルニ在リ(第二一二條第二號第二三五條第一項)

第八章 裁判所ノ共助

裁判所ハ公判ニ於ケルト豫審ニ於ケルトヲ問ハス其管轄區域内ニ非サレハ職務ヲ行フコト能ハサルヲ以テ受訴裁判所カ訴訟行爲ヲ其管轄區域外ニ爲スヘキ必要ノ生シタルトキハ他ノ裁判所ニ法律上ノ共助ヲ求メサルヘカラス又便宜ノ爲メニ他ノ裁判所ニ法律上ノ共助ヲ求ムルコトアリ例ヘハ證人訊問ノ囑託又ハ地方裁判所カ管轄區域内ノ區裁判所ニ檢證等ヲ囑託スル場合ノ如シ是レ法律上ノ共助ノ必要ヲ生スル所以ナリ

法律上ノ共助トハ司法ノ爲メニ一ノ官府カ自己ノ權限ヲ以テ他ノ官府ヲ補助スルヲ謂フ故ニ廣ク法律上ノ共助ト云ヘハ實ニ裁判所ノミナラス檢事ト檢事トノ間ノ共助アリ(裁判所構成法第一三二條又通常裁判所ト特別裁判所トノ共助アリ(第一一八條末項通常裁判所ト臺灣法院トノ共助法茲ニ裁判所ノ共助トシテ論スル所ハ通常裁判所ト通常裁判所ト司法ノ爲メニ裁判權ヲ以テ補助スル場合ニ止マルモノト知ルヘシ

裁判所ノ共助ハ裁判所構成法第三十一條ニ依リ訴訟法又ハ特別法ニ定ムル場合ニ限リ之ヲ爲スコトヲ得而シテ刑事訴訟ニ付キ通常裁判所間ノ共助ヲ定メタル特別法ナク刑事訴訟法ニ於テノミ之ヲ規定シタリ即チ左ノ如シ

(一) 被告人ノ訊問及ヒ勾留(第七〇條) 此囑託ハ豫審判事ヨリ被告人所在地ノ豫審判事又ハ區裁判所判事ニ爲スヘキモノニシテ公判ニ於テハ此囑託ヲ爲スヲ得ス其方式ニ付テハ制限ナケレハ亦電信ヲ以テモ囑託スルコトヲ得ヘシ電信ヲ以テスル囑託ハ被告人逃走ノ場合ニ其必要ヲ見ルモノトス豫審判事ハ自ラ被告人ノ訊問及ヒ勾留ヲ爲スカ故ニ此囑託ハ便宜ノ爲メニ之ヲ許スモノナリ

(二) 證人ノ訊問第二三二條第一一九條 證人裁判所所在地ニ住セサルトキハ豫審又ハ公判ニ於テ其住所ノ地ノ區裁判所ニ囑託シ證人管轄地外ニ在ルトキハ其所^〇在ノ地ノ豫審判事又ハ區裁判所判事ニ囑託ス是レ亦便宜ノ爲メニスル囑託ナリ

(三) 鑑定 鑑定ノ囑託ニ付テハ刑事訴訟法ニ明文ヲ掲ケス又證人ニ關スル規

定ニシテ鑑定人ニ準用スヘキモノハ第三百三十六條ニ列舉スルニ拘ハラス證人ノ訊問囑託ニ關スル第三百三十二條ノ規定ハ之ヲ揭ケサレハ或ハ鑑定ノ囑託ハ之ヲ爲スヲ得ストスル者アリ判例亦然リ是レ此ノ如ク便宜ノ爲メニスル囑託ハ特ニ明文アルニ非サレハ許スヘカラスト爲スノ考ヨリ生シタルモノノ如シ然レトモ鑑定人ハ之ヲ勾引スル能ハサルカ故ニ此囑託ハ當ニ便宜ノ爲メノミナラス絕對ニ必要ナルコトアルヘシ故ニ鑑定ニ付テハ別ニ明文ナキモ第三百三十二條ヲ準用スルモノト解釋セサルヘカラスト然ラサルトキハ鑑定ノ必要アルモ之ヲ爲スコト能ハサル場合ヲ生スヘシ

(四) 臨檢、搜索及ヒ物件差押 刑事訴訟法ニ於テハ第三百十二條ヲ以テ管轄内ノ囑託ヲ規定スルノミナレトモ既ニ管轄地内ト雖モ之ヲ區裁判所判事ニ囑託スルコトヲ得ルモノトスレハ其職權ノ行ハレサル管轄地外ニ於テ此等ノ處分ヲ行フヘキトキハ其地ノ豫審判事又ハ區裁判所判事ニ囑託スルコトヲ得ルハ勿論ナリトス此初ノ場合モ便宜ノ爲メニスルモノニシテ後ノ場合ハ必要ニ出ツルモノナリ

受訴裁判所ヨリ法律上ノ共助ノ囑託アリタルトキハ受託裁判所ハ其助ノ行爲カ許スヘキモノニシテ且自己ニ管轄權アルトキハ之ニ應スルノ義務ヲ生ス故ニ例ヘハ證人其管轄内ニ住居セス又ハ差押フヘキ物件モ管内ニ存在セザリシトキハ其囑託ヲ拒ムコトヲ得ヘシ然レトモ故ナク囑託シ來ルトノ理由又ハ囑託シタル裁判所ハ管轄違ナリトノ理由ヲ以テハ之ヲ拒ムヲ得ス又受託裁判所ハ轉囑ヲ爲スヲ得ス是レ轉囑ハ便宜ノ爲メニスルモノニシテ法律ニ於テ之ヲ許スノ規定ナケレハナリ

第二部 當事者

第一章 當事者訴訟トシテノ刑事訴訟

第一 刑事訴訟ハ國家カ或者ニ對シ刑罰權ヲ有スルヤ否ヤヲ審判決定スル所ノモノタリ而シテ此問題タル國家カ法律ヲ以テ公訴提起ノ任ヲ委テタル檢事ナル官府ニ據リ裁判所ニ提出セラルルモノトス此檢事ナル官府ハ裁判所ニ於テ所謂原告トシテ犯罪アリト主張セラルル被告人ト相對スルモノニシテ刑事

訴訟ヲ全ク外面ヨリ觀察スレハ裁判ヲ求ムル者ト裁判所ノ裁判ヲ受クル者トアリテ刑事訴訟ハ裁判ヲ以テ確定スヘキ權利ニ關スル二人ノ訴訟ニシテ此二人ノ訴訟者ハ所謂訴訟ノ當事者トシテ現ハルモノナリトス

刑事訴訟法ノ外觀ハ右ニ述ヘタル如シト雖モ其内容亦右ノ外觀ト相符合スルヤ即チ右ニ述ヘタル外觀上ノ當事者ハ其實ノ當事者ナリヤ否ヤ之ニ答ヘンニハ先ツ如何ナルモノヲ訴訟ニ於テ當事者ト云フヤヲ定メサルヘカラス予等ハ反對説アルニ拘ハラズ民事訴訟法ノ意義ト同一ニ解スルヲ至當ト信ス

民事訴訟ノ原告ハ被告ニ對シテ一ノ權利ヲ主張ス然レトモ其請求ヲ爲ス者ハ必スシモ自ラ訴訟ニ立チテ之ヲ爲スモノニ非ス其請求ヲ受ケタル義務者ニ於テモ亦然リトス民事訴訟ニ於テハ當事者ノ代理人カ代リテ手續ヲ爲スヲ認メ此代理人ハ當事者ノ地位ニ代リテ訴訟ヲ爲スモノニシテ即チ訴訟ハ代理人ノ名ヲ以テ行ハスシテ代理セラルル者ノ名ヲ以テ行フモノナリ斯ク當事者ト代理トヲ區別スレハ隨テ當事者ノ定義ハ左ノ如ク下ササルヘカラス曰ク

當事者ハ必スシモ訴訟ニ於テ自ラ立チテ之ヲ爲スモノニ非ス自己ノ請求及

自ラ義務ニ關シ裁判ヲ求メ又ハ裁判ヲ受ケルモノナリ

第二 右ノ定義ニ依レハ被告人及ビ檢事ヲ當事者ナリトシテ相對立セシムルハ至當ノ論ニ非ス檢事ハ自己ノ權利ヲ主張スルモノニ非スシテ國家ノ有スル刑罰權ヲ主張スルモノナリ而シテ檢事ハ當事者ニ非スシテ當事者ノ代理人ナリ是故ニ刑事訴訟ヲ以テ當事者訴訟ナリトセハ原告ノ側ニ於テハ國家ヲ以テ當事者ト看做ササルヘカラス檢事ヲ當事者ト爲ス論者ハ訴訟上ヨリ當事者ノ意義ヲ定メ自己ノ意思ヲ以テ訴訟上ノ權利ヲ處分スル者ヲ以テ當事者ト爲ス而シテ國家ヲ當事者トスレハ國家ハ一方ニ裁判權ヲ有シ一方ニ當事者ナリト爲スノ奇觀アリトノ批難ヲ加フルモ是レ國法上ヨリ觀察シタル批難ニシテ訴訟法上ニ於テハ裁判權ヲ有スル國家ト公訴權ヲ有スル國家トヲ區別シテ觀察スルヲ得ヘシ

被告タル當事者ハ刑罰ヲ受ケヘキ被告人ナリ然レニ法人ヲ罰スヘキ場合ニ其代表者ヲ被告トスル規定アリ是レ眞ノ當事者ノ意義ヲ云フニ非スシテ反對論者ノ下シタル意義ニテ被告ト稱スルナリ異ノ被告タルモノハ刑罰ヲ受ケル法

人ナラサルハ其代表者ハ被告人ノ代理人タルハミトス唯自己ノ意思ヲ以テ訴訟上ノ權利ヲ行フモノタルニ止マルモ其代表者ニ非ズルハ以テ第三刑事訴訟ハ當事者訴訟ナリヤ即チ檢事ニシテ當事者ニ非サレバ國家及ヒ被告人ハ當事者タルヤ否ヤ或ハ刑事訴訟ニハ當事者ナシト云フ者アリ曰ク檢事ハ國家ノ代理人トシテ一方ノミノ當事者ノ利益ヲ保護スルモノニ非ズ被告ノ利益モ亦之ヲ保護ス隨テ國家ト被告人ト相對スル當事者ノ利益ナシ既ニ相對スル利益ナケレバ當事者ニ非スト此當事者一方ノ利益トハ檢事ハ專心一意ニ被告ハ犯罪者ナリトノ判決ノミヲ得ンコトヲ努ムルモノニ非サルコトハ正當ナリ國家ハ有罪者ヲ罰シ無罪者ヲ釋放セント欲スルモノニシテ不正ニ有罪トシ不當ニ釋放スルハ國家ノ生存條件ヲ危ウスルモノナリ故ニ檢事ニシテ嫌疑ヲ被ル所ノ者ハ無罪者タリト認ムルトキハ公訴ヲ提起スヘキニ非ス若シ無罪者ニ對シ訴ヲ提起シタリト思料スルトキハ既ニ訴ヲ取下クルヲ得サルハ故ニ無罪ノ判決ヲ求メサルヘカラス事ハ當事者利益ナルトキハ被告人ニ於テ之右ニ違タル國家ノ利益カ一方ノミノ當事者利益ナルトキハ被告人ニ於テ之

ニ反對スル一方ノミノ利益ヲ有スルトキニ於テ其二者ヲ當事者ト謂フヲ得ベシ先ツ刑事訴訟ノ普通ノ場合ヲ觀ルニ檢事ハ被告人ヲ有罪ナリト爲シテ訴ヲ提起シ其有罪ノ言渡ヲ得ントスル場合ニシテ又被告ニ於テモ其有罪ニ對シテ防禦スルコトハ普通ノ場合ナリ又縱令刑ノ言渡ヲ免ル能ハサルトモ雖モ成ルベク輕ク處罰セラるルコトヲ努ムルモノナリ被告ノ利益ハ此場合ニ於テハ疑モナク國家ノ利益ト相對スルモノニシテ即チ國家ハ有罪ヲ欲シ被告ハ無罪ヲ欲スルノミニシテ一方ノミノ當事者ノ利益アリト謂フヲ得ヘシ又變則ノ場合ヲ觀ルニ檢事ハ訴ヲ提起シタルモ國家ノ利益ノ爲メニ無罪免訴ヲ求ムルコトアリ又之ニ對シ被告ハ却テ犯人ナリト主張シテ處刑ヲ求ムルコトアリ此事例ハ實際ニ於テ甚タ少カラス例ヘハ被告カ冬時監獄ニ於テ雨露ヲ凌キ若クハ食ヲ求メント欲シテ自白スルコトアリ又實際犯シタル重キ竊盜又ハ謀殺ノ犯跡ヲ掩ハンカ爲メ輕キ竊盜又ハ毆打ヲ自白スル場合ノ如シ此等ノ場合ニ於テモ國家ハ其公益ヲ主張シ被告人ハ之ニ反對スルモノニシテ相爭フ當事者ナルモノアルナリ

按ニ注意スヘキハ被告人ノ爲メニ無罪ヲ主張スル檢察ハ被告人ノ眼中ニ置クモノニ非ス此ノ如キ場合ニ於テハ檢察ハ被告人カ不當ノ責任ヲ負フコトヲ防キ國家ノ公益ノ保護ヲ主張スルモノナリ而レテ國家固有ノ利益ハ如何ナル場合ニ於テモ裁判所ヲシテ犯罪事件ヲ裁判セシムルニ在リテ國家ハ通常民事ノ請求ト異ナリ被告人カ任意ニ處テ刑罰ヲ受ケルハ直チニ爭訟ハ無益ナリト認ムルコトヲ得スシテ國家ハ判決ニ於テ處罰ヲ認ムルトキニ始メテ之ヲ處罰スルヲ得ルナリ故ニ左ノ如ク言フヲ得ヘシ

民事ノ請求ハ相手方カ任意ノ履行ヲ拒ム間ノミ爭アルモノナレトモ之ニ反シテ國家ノ處罰權ハ其存否カ判決ニ依リテ確定セラル間ハ絶エス爭アルモノナリ

以上述フル所ニ依リ國家ハ當事者ナルコトヲ知ルヲ得ヘシ而シテ國家ナル當事者ハ被告人ノ利益ト相反スル國家ノ利益ヲ訴訟ニ依リテ主張スルモノナリ

被告人モ亦之ヲ當事者ト看ルヲ要ス然ルニ被告人ハ當事者タル性質ニ付テモ亦爭アル所ナリ何人ト雖モ被告人ハ刑事訴訟ニ於テ自己ノ事件ヲ行フモノナ

ルコトハ之ヲ認ムル所ナリ又其利益ハ國家ノ利益ト相反スルハ上述スル如シ然リト雖モ被告ハ訴訟ニ於テハ證據方法タルカ故ニ或ハ當事者ニ非スト稱スル者アリ然レトモ第一ニ被告人ハ種種ナル訴訟上ノ權利ヲ有シ即チ權利ノ主體ニシテ第二ニ之ト同時ニ證據ノ目的物ナリ此二箇ノ地位ヲ一致セシメタルハ民事訴訟ニ於テモ亦之ヲ見ル所ニシテ民事訴訟ニテハ被告ハ當事者タルモ亦證據方法ナリ即チ當事者本人ノ訊問ナル規定ニ依リテ之ヲ知ルコトヲ得ヘシ刑事訴訟法ニ於テハ被告人ヲシテ常ニ此二箇ノ地位ヲ有セシムル事第四條現行刑事訴訟法モ亦刑事訴訟ヲ以テ當事者訴訟ト爲ス即チ刑事ノ裁判權ヲ爭訟ノ裁判權トシ刑事訴訟ヲ訴訟主義ニ依リ規定セリ故ニ刑事訴訟ハ權利ノ爭ト看ルヘカラス又刑事訴訟法ニハ辯護人ナルモノヲ設テ此辯護人ナルモノノ訴訟ニ於ケル地位ヲ觀レハ攻撃者ト攻撃ヲ受クル者トナリ條件トス即チ相爭フコトヲ條件トスルモノナリトス是ヲ以テ觀ルモ現行法ハ當事者訴訟ノ主義ヲ採ルモノナリ

第五條當事者訴訟トシテ組織セラレタル刑事訴訟ハ之ヲ據リテ正確ナル裁判

ヲ得ント欲スレハ相争フ當事者相互ノ關係ヲ定ムルニ當リ當事者同等主義ノ原則ニ基カサルヘカラサルナリ而シテ此原則ハ成ルヘク當事者ノ一方ヲ他ノ當事者ヨリ優等ノ地位ニ置カスシテ總テ平等ナルモノトシテ主義トシ之ヲ刑事訴訟法ノ基礎ト爲スモノガリ然ルニ此原則ハ之ヲ法律ノ根本ニ於テ認ムルモ之ヲ嚴格ニ貫徹スルニト能ハサル場合アルベシ我刑事訴訟法ニ於テモ現ニ其實例ヲ見ル所ニシテ種種ノ場合ニ於テ一方ノ當事者ニ付與シタル權利ヲ他ノ當事者カ有セザルコトアリ

(二) 種種ナル點ニ於テ原告ノ側ハ被告人ニ對シ優等ナルモノナリ刑事訴訟法ニ於テモ攻擊者ノ地位ハ攻擊ヲ受クル者ノ地位ニ對シ優等ニシテ且檢察カ此攻擊者ナレハ其優等ノ度ハ益々甚タシトス其點ヲ舉グベシ第一ニ檢察ノ裁判所ト同等ナル官府ナリ又檢察ハ公ノ官府トシテ其補助ヲ方法ヲ有スレトモ攻擊ヲ受クル被告人ニハ此ヲ如キモノナシ又檢察ハ裁判所ニ對シ被告人ヨリ信用アルモノニシテ例ヘハ檢察ハ常ニ訴訟記錄ヲ閱覽スルヲ得第六八條參照ヘキモ被告人ニハ此權ナシ唯辯護人ハ公判ニ於テ之ヲ閱覽スル

ヲ得又證據物件ハ証憑ニ於テスルニ非サレハ閱覽スルヲ得(第一八〇條裁判所ハ檢察ニ對シ強制力ヲ用フルコト能ハス其他裁判所ハ威裁判ヲ爲ス前ニハ必ズ檢察ノ意見ヲ聽カサルヘカラサル等即チ是ナリ)

原告ニ對スル被告人ノ地位ヲ觀ルニ刑事訴訟ニ於テハ被告人ノ最も貴重ナル利益即チ其生命其自由其財產其榮譽カ裁判セラルルナリ其罪責益々重キトキハ被告人ノ氣力モ隨テ沮喪スルヤ明カニシテ被告人ノ多數ハ自己ニハ罪責ナシト信スルモ公開セララルル刑事裁判所ノ前ニ立ツハ非常ノ苦痛アリ而シテ又如何ニ法律ハ被告人ニ其防禦ヲ爲スノ權利ヲ付與スルトモ被告人ハ之ヲ實行スルノ術ナク且被告人ニハ勾留ナル障礙アリ此等ノ不利益ハ被告人ハ人ニハ辯護人アルモ能ク之ヲ救フニ足ラサルナリ

(三) 法律カ他ノ方法ヲ以テ十分ニ被告人ノ不利益ヲ排除スルニ非サレハ被告人ハ全ク救フヘカラサルノ地位ニ在ルモノナルカ故ニ被告人ニ利益ヲ付與スル規定ハ勢メテ之ヲ設ケサルヘカラサル所ニシテ先ツ疑ハシキトキハ被告人ノ利益ニ解スルノ原則ヲ認ムルハ勿論其他被告人ノ利益ヲ保護スル種

種ノ規定アリ即チ裁判所構成法第二百二十三條第三項入如キ又公判ニ於テハ被告人ニ最終ノ發言ヲ許スカ如キ是ナリ(第二二〇條第二項但書)

第二章 當事者能力

第一 被告人ニ關シテハ次ニ掲タル二箇ノ問題ヲ嚴重ニ區別セタルヘカラス
(一) 被告人カ其所爲ニ付テ起訴セラレタルトキハ如何ナル被告人カ有罪ノ判決ヲ受クヘキヤ例ヘハ刑法ヲ被告人ニ適用センニハ犯罪當時ニ犯罪責任ノ能力トシテ如何ナル身分上ノ性質ヲ有スルコトヲ要スルカ犯罪ノ當時如何ナル年齡ニ達スルヲ要スルヤ
(二) 被告人カ其正當ナルト否トヲ問ハス犯罪ノ嫌疑ヲ受ケタルトキハ如何ナル被告人カ有效ニ訴ヘラレ得ルヤ換言スレハ如何ナル被告人カ訴訟當事者タリ得ルヤ如何ナル者カ刑事訴訟ニ於テ當事者能力ヲ有スルヤ

第二 右(一)ノ問題ハ刑法ニ於テ明定スル所ナリ又(二)ノ問題ハ純然タル訴訟上ノ問題ニシテ被告人ノ當事者能力ハ訴訟條件ナルニ拘ハラス刑事訴訟法ニ規

定スル所ナシ而シテ却テ刑法ヲ以テ之ヲ解スルヲ得ルカ如シ即チ刑法第七十九條ニハ其罪ヲ論セストアリ之ヲ訴訟上ノ意味ニ解シ其罪ヲ論セストハ其罪ヲ訴追セサルノ意ニシテ是レ當事者能力ナキ者ナリト曰フ者アリ然レトモ刑法中同一ノ詞ヲ用ヒタル條ニシテ明カニ其反對ノ趣意ナルモノアリ刑法第二百二條ニ「其輕ク若クハ等シキ者ハ之ヲ論セス云トアルカ如キ」之ヲ論セストアルニ拘ハラス被告人トシテ訴追シ裁判所ニ於テ其輕重ヲ決定スルナリ是故ニ「論セス」トハ即チ處斷セス處罰セストノ意味ニ外ナラス又彼ノ刑法親告罪ノ條下ニ告訴ヲ待テ其罪ヲ論ス「トアルカ如キハ親告罪トシテ告訴カ缺ケタルコトヲ認メタルトキハ裁判所ハ犯罪責任ノ有無ニハ立入ラスシテ其訴訟ハ訴訟條件カ缺ケタルモノトシテ不受理ヲ以テ終ルト雖モ檢察官告訴ナキニ拘ハラス訴追スルトキニハ告訴ナクモ訴訟關係ハ成立スルモノナリトス

第三 被告人トシテ訴訟當事者タル能力ハ一定ノ年齡一定ノ程度ノ精神力ニ制限スル規定ナシ故ニ左ノ原則ヲ立ツルコトヲ得ヘシ

被告人タル能力即チ當事者能力ハ年齡又ハ犯罪責任能力ニ拘ハラス生活ス

各人ノ有スル所ナリ而シテ例外トシテ明文アルトキニ限り法人ヲ被告人ト爲スコトヲ得

公訴權ヲ有スル者ハ其公訴カ正當ナルト否トヲ問ハス犯罪所爲アリタリト嫌疑アル者ニ對シテハ有效ニ公訴ヲ提起スルヲ得ヘク公訴ノ提起ニ依リテ裁判手續ヲ進行セシムルヲ得ヘシ而シテ裁判手續ハ其嫌疑カ誤リタルモノナリシヤ否ヤ被告人ハ其所爲ニ依リ國家ニ對シ刑法上義務ヲ有スルモノナリヤ否ヤ被告人ハ處罰セラルヘキヤ否ヤヲ斷定スルニ在リ犯人カ事實罪ヲ犯シタリヤ犯人カ罪ヲ犯スヲ得ルモノナリヤハ其犯人ニ對シ訴訟關係ヲ成立セシムルニ全ク關係ナキ所ナリ訴訟關係ヲ成立セシムルニハ唯主活スル人ニ對シテ適法ノ公訴ヲ提起スルヲ要スルノミ即チ訴訟行為ナルモノハ單純ナル方式行為ニ依リテ成立スルモノニシテ實體法上ノ關係ヲ條件トセス之ニ反シテ一旦成立シタル訴訟關係ハ如何ナル程度マテ進行發達スルヤ殊ニ其訴訟關係ハ本案判決ニ依リテ終了スルヤ其他ノ裁判ニ依リテ終了スルヤハ全ク別箇ノ問題ナリ

第四 若シ夫レ公訴ヲ提起スヘカラサルニ誤リテ之ヲ訴ヘタル場合ハ如何ニ成行クヘキヤ裁判所カ此缺點ヲ知ラスシテ十二歳未満ノ者ヲ公判ニ付シタルトキハ如何其公判ニ於テ始メテ此缺點ヲ發見シタルトキハ如何十二歳未満ノ者ニ對シテ有罪ノ判決ヲ爲シ上訴アルトキハ如何斯ル場合ノ生スルコトハ容易ニ之ヲ知ルヲ得ヘシ論者或ハ曰ク此ノ如キ場合ニハ訴訟關係ヲ不成立トシ十二歳未満ノ者ハ當事者タル能力ナクレハ此場合ニ於テハ唯外觀上被告人タル者カ存在スルモノナリト此說ヲ採ル者ハ此場合ニ於ケル訴訟及ヒ判決ハ無効ナリ其手續ハ外觀上ノ手續ナリ判決ハ外觀上ノ判決ナリト曰ヘリ此ノ如ク證明スルモ實際何ノ效ナキ所ニシテ判決ノ無効ハ新ナル判決ニ因リテ始メテ確定セラルルモノナリ此新ナル判決ニ因リテ取消サレサル間ハ前判決ハ存在シ又確定力ヲ有スルニ至ルヘキナリ若シ論者ノ見解ノ如クナレハ控訴裁判所ニ於テ第一審裁判所カ犯罪無能力者ニ對シ刑ヲ言渡シタルコトヲ發見シタルトキハ次ノ如ク説明セサルヘカラス曰ク當事者無能力者ニ對シテハ審理ヲ爲スヲ能ス而シテ其判決ハ外觀的判決ナリ故ニ此不成立ノ判決ヲ新ナル判決ヲ

以テ取消スヲ得ス之ヲ取消ストキハ此新ナル判決ハ亦不成立ナリ故ニ手續ヲ中止スヘシト此ノ如キハ勿論不當ナル見解ナリトス今左ニ例ヲ以テ予輩ノ見解ヲ説明セン

(一) 檢察官豫審ヲ求メタル場合ニ於テ豫審判事カ其被告人ノ十二歳未満ナルコトヲ發見シタリトセンニ此場合ニ於テハ豫審ヲ繼續スヘキ目的ヲ有セスシテ即チ豫審ハ既ニ其目的ヲ達シタルモノナリ然レトモ豫審判事ハ訴訟記録ヲ檢事ニ送致シ檢事ハ其儘事件ヲ終了スルヲ得スシテ他ノ無罪タルヘキ事件ト同一ナル手續ニ依リ檢事ハ意見ヲ付シ豫審判事ハ免訴ノ決定ヲ爲スヘキモノトス

(二) 事件カ公判ニ付セラレタル後ニ前項ト同一ノ缺點カ發見セラレタルトキハ如何ト云フニ此場合ニハ豫審終結決定ニ因リテ既ニ被告事件ハ公判ニ移リタルモノナレハ公判ヲ開キ被告人カ犯罪ノ當時十二歳未満ナリシコトヲ確定シ無罪ヲ言渡スヘキナリ公判ヲ開カスシテ其儘訴訟ヲ終了スルヲ得ス

(三) 公判ニ於テモ其缺點ヲ發見セスシテ了ルコトアリ若シ公判ニ於テ被告ヲ

有罪トシ被告人ハ其判決ニ對シテ上訴シタリトセハ控訴裁判所ニ於テ公判ヲ開キ第一審裁判ヲ取消シテ被告ヲ無罪トスヘキナリ(第二六一條然レトモ上訴セサルトキハ他ノ缺點アル判決ト均シク確定シ執行ヲ受クヘシ)

第五 次ニ被告人タル當事者ハ生活スル人ナラサルヘカラス相爭フ者ノ一人カ存在セサルトキニ當事者關係又ハ訴訟關係ナルモノハ之ヲ想像スル儘ハサルナリ是故ニ若シ誤リテ公訴提起ノ當時既ニ死亡シタル者ニ對シテ訴ヲ起シタルトキハ訴訟關係ハ成立セス而シテ公訴提起ノ後ニ於テ被告人カ死亡シタルトキハ其瞬間ニ於テ訴訟關係ハ消滅スヘク被告人ニシテ生存スルコトハ拋棄スヘカラサル訴訟條件ナルヲ以テ被告人死亡後ノ訴訟ハ所謂外觀的訴訟ナリ然ルニ被告人死亡シタル場合ハ十二歳未満ノ者ヲ訴ヘタル場合ト全ク其趣ヲ異ニスルカ故ニ隨テ其處分ニ於テモ亦異ナラサルヲ得ス即チ十二歳未満ノ者ヲ訴ヘタル場合ハ公訴ノ提起ハ誤ナルモ其訴訟關係ハ法律上及ヒ事實上ニ於テ存在スルモノニシテ死亡者ニ對スル訴ノ場合ハ訴訟關係ハ法律上ニ於テモ亦事實上ニ於テモ最早存在セサルナリ今場合ヲ分チテ左ニ之ヲ説明セン

(一) 檢事カ豫審ヲ求メタルニ豫審判事ハ被告人ヲ訊問セントスルニ當リ其死亡シタルコトヲ發見シタル場合ニ於テハ豫審判事ハ其旨ヲ記錄ニ附記シ豫審終結ノ決定ヲ爲スコトナク檢事ニ記錄ヲ還付スヘキナリ又檢事ハ此場合ニ意見ヲ付スルヲ要セサルヘシ何トナレハ其手續ハ被告人ノ死亡ニ因リテ事實上終ラゲタルモノナレハナリ

(二) 檢事カ直チニ公判ヲ求メ又ハ豫審終結ノ時ニ被告人ノ死亡ヲ知ラスシテ公判ニ付スルノ終結決定ヲ爲シタル場合ニ際シ其未タ公判ノ開始ニ至ラサルノ間ニ被告人ノ死亡ヲ發見シタリトセハ前段ニ述ヘタル十二歳未満ノ者ニ在リテハ此ノ如キ場合ニ有罪ノ判決ヲ爲スヲ得サルニ拘ハラス公判ヲ開始シ無罪ノ言渡ヲ爲ササルヘカラサルモ死亡ノ場合ハ之ニ反シテ裁判長ハ訴訟記錄ニ被告人ノ死亡シタル旨ヲ附記スルニ止マリ公判期日等ヲ指定スルコトナクシテ直チニ訴訟ヲ終了スルモノトス

(三) 公判ニ於テ被告人ノ死亡シタルコトヲ知ラス關席裁判ヲ爲シタルトキハ其判決ハ執行スル能ハサルハ勿論又檢事カ其關席裁判ニ對シ上訴シタルトキハ

ニ於テモ上訴裁判所ニ於テ其死亡セルコトヲ發見シタルトキハ第一審判決ヲ取消スニ及ヘス判決ヲ爲スコトナクシテ直チニ事件ヲ終了スヘシ

第三章 訴訟能力

第一 訴訟能力トハ訴訟上ノ行為能力ニシテ即チ有效ニ訴訟行為ヲ爲シ得ルノ能力ナリ而シテ其訴訟能力ハ之ヲ當事者能力ト區別スルコトヲ要ス

(一) 訴訟能力ト當事者能力トハ必スシモ相符合スルモノニ非ス當事者能力ヲ有スル者ハ訴訟能力ヲ有スト謂フヘカラス或訴訟行為ヲ有效ニ爲シ得ルノ能力ヲ有セスシテ而モ當事者タル者アレハナリ國家及ヒ刑罰ヲ受クヘキ法人ノ如シ隨テ此訴訟能力ヲ有セサル當事者ハ畢竟他ノ者ノ媒介ニ依リテ訴訟行為ヲ爲ササルヲ得サルナリ

今民事訴訟法ヲ見ルニ未成年者等ノ如キ訴訟能力ナキ者カ或請求ノ爲メニ訴訟ヲ提起スルトキハ其法定代理人ハ原告ノ地位ニ代リテ訴訟ニ立チ當事者ノ訴訟行為ヲ爲スモノトス而シテ此法定代理人カ自ら訴訟ヲ爲シ又ハ更ニ辯護

士ヲシテ爲サシムルヲ得ヘシ而シテ他人ノ爲メニ當事者ノ權利ヲ行ヒ訴訟代理人ヲ委任スル場合モ自己ノ訴訟ニ於テ自ラ行爲ヲ爲ス場合ト同シテ訴訟上ノ行爲能力ヲ條件トス何トナレハ訴訟ニ於テ其代理人ヲ委任スルモ亦一箇ノ訴訟行爲ナレハ訴訟能力ヲ有スル者ニ非サレハ自ラ代理人ヲ選定スルヲ得サレハナリ而シテ苟モ訴訟能力アル者ハ訴訟ニ於テ代理ヲ許ス場合ニハ當然他人ヲシテ代理セシムルノ權利ヲ有スルモノニシテ又法律ニ於テ代理人ヲ任スルノ權ヲ付與セラレタル者ハ別ニ明文ナキモ當然訴訟能力ヲ保有スルモノナリ故ニ當事者ノ訴訟能力トハ訴訟ニ於テ自ラ訴訟行爲ヲ爲シ若クハ自己ノ選任シタル訴訟代理人ヲシテ訴訟行爲ヲ爲サシムルノ能力ヲ謂フ然レドモ右ニ論スル所ノモノヲ以テ未タ訴訟能力ノ意義ヲ十分盡シタリト謂フヲ得サルナリ

(二) 訴訟代理人又ハ輔佐人ハ當事者ニ代リ又ハ當事者ノ傍ニ於テ訴訟行爲ヲ爲スモノナリ而シテ其訴訟行爲ノ有效ナランニハ亦此等ノ者カ自ラ訴訟能力ヲ有スルコトヲ要ス故ニ訴訟能力ハ當ニ訴訟當事者ニノミ固有ナル能力アル

ヲ以テ足レリトモ當事者以外ノ者ニ於テモ訴訟能力アルコトヲ必要トスルヲ知ルヘシ今此等ノ場合ヲ包含セシメテ其定義ヲ下セハ當ニ左ノ如クナルヘシ

訴訟能力トハ自己若クハ他人ノ爲メニ有效ニ訴訟行爲ヲ行ヒ又ハ自己ノ選任シタル訴訟代理人ニ依リテ有效ニ訴訟行爲ヲ行ヒ得ルノ能力ヲ謂フ

第二 刑事訴訟法ニ於ケル訴訟行爲ノ内容ハ民事訴訟法ニ於ケルモノト異ナルト雖モ前段ニ述フル意義ハ亦刑事訴訟法ニモ適用スルヲ得ヘシ但刑事訴訟法ハ民事訴訟法ト異ナリ被告人及ヒ民事原告人等ノ訴訟能力ニ付キ全ク其規定ヲ缺カ故ニ其問題ヲ各當事者ニ分テテ説明セサルヘカトス

先ツ問題ト爲ルヘキハ何人カ自己ノ被告事件ニ於テ自ラ刑事訴訟法上ノ行爲ヲ爲シ得ルヤニ在リ本法ニ於テ如何ナル被告人ハ訴訟能力アルカト云フ問題ニ付テハ之カ規定ヲ爲ササルハ蓋シ刑事訴訟手續上重要ノ原則ナル被告人ハ身自ラ其裁判官ノ面前ニ出頭スルヲ要スルノ原則ヨリ來ルモノナリ(惟獨金以下ノ刑ニ該ルヘキ場合及ヒ上告審ニ於テ裁判手續ニ於テ之ヲ其例外アリ彼ノ

被告人ハ辯護人ヲ用フルコトヲ得テ而モ重罪事件ニ付テハ被告人ノ意見ニ反シテモ尙ホ之ヲ附スルモノナリト雖モ而モ辯護人ハ被告人ノ傍ニ於テ行爲ヲ爲スノミニシテ決シテ被告人ニ代リテ之ヲ爲スモノニ非ス是レ民事訴訟ニ於ケル訴訟代理人ト異ナル所ナリ又被告人ニハ法律上代理人ヲ補佐スルコトヲ認ムト雖モ是レ亦辯護人ト同シタ被告人自身ノ行爲及ヒ自身ノ出頭ヲ無益ト爲ス所ノモノニ非タルナリ此ノ如クニシテ被告人ハ常ニ自身出頭シ自ラ訴訟行爲ヲ爲スヲ要スルコト云フ根本的觀念ヨリ刑事訴訟法ニ於テハ被告人ノ訴訟能力ヲ一定ノ年齢又ハ一定ノ智能精神力ニ拘ハラス各被告人ハ總テ訴訟能力ヲ有スルモノト看做セリ今例ヲ舉ケテ之ヲ説明スレハ第二百三十七條ニ於テ重罪事件ニ付テハ公判前ニ一應被告人ヲ訊問シテ辯護人ヲ選任シタルヤ否ヤヲ問ヘタルヘカラス若シ之ヲ選任セザルトキハ職權ヲ以テ之ヲ選定スルモノトス此規定ヲ觀ルモ被告人カ如何ナル年齢如何ナル精神力ヲ有スルヲ問ハス縱令後見ヲ受クル所ノ被告人ト雖モ辯護人ノ選任ナル重大ノ法律行爲ヲ爲シ得ルコトヲ認ムルニ足ルヘシ唯茲ニ注意スヘキハ訴訟上ノ權利ヲ行使スルニ

付テハ訴訟能力者ト雖モ一時事實上障礙ト爲ル原因ヲ有スルコト是ナリ即チ第百八十三條ノ場合ニシテ蓋シ一時精神ヲ錯亂シタル者ト共ニハ訴訟ヲ爲スコトヲ得タルハ公判ニ於ケル訴訟ノ進行ハ此障礙ノ止ムマテ之ヲ停止セザルヘカラス其他被告人カ彼ノ重大ナル疾病ニ罹リ爲メニ裁判所ニ出頭スルコト能ハサル場合又ハ豐饒者ニシテ全ク理會力ヲ缺クカ如キ場合ニ於テモ亦同一ナリトス

(註) 或ハ第百三十八條ヲ解シテ訴訟法上ノ無能力ヲ規定スルモノナリト曰フ者アルモ同條ノ規定スル所ハ實ニ精神錯亂者ノミニ限ラスシテ彼ノ疾病ニ因リ出頭スルコト能ハサル場合ヲモ包含スルヲ見レハ其說ノ非ナルヤ知ルヘキナリ

次ニ民事原告人民事被告人ニ付テハ如何ナル者カ訴訟能力ヲ有スルカハ民法ニ依リ定マルヤ明カナリ又ハ民事原告人民事被告人ハ國家ハ他ノ法人ト均シク訴訟能力ナシ國家ハ自ラ行爲ヲ爲ス能ハス法律ヲ以テ檢察ヲシテ訴訟行爲ヲ爲

ナシムルコトセリ(第一條)又法人ヲ罰スル場合ニ於テ其代表者ハ訴訟行為ヲ爲スコトセリ(第二條)當事者ノ代理人及び補助人

第三部 當事者ノ代理人及び補助人

甲 檢察官及び其補助人

第一章 檢察官ノ地位及び其外部ノ構成

第一 檢察官ハ公訴ヲ通常刑事裁判所ニ提起スル國家ノ官府ナリ第一條裁判所構成法第六條參照而シテ檢察官ハ裁判上ノ官府ニ非スシテ司法行政ノ官府ナリ是故ニ檢察官ハ如何ナル場合ニ於テモ刑事事件ヲ裁判スルノ權ナシ(裁判所構成法第八條參照)

第二 被告事件ハ其種類ニ依リテ公訴ヲ或ハ區裁判所或ハ地方裁判所或ハ大審院ニ提起スルモノトス隨テ此等ノ裁判所ニハ檢察官ヲ附置スルコトヲ要スルノミナラス尙ホ檢察官ノ職務ハ刑事手續ノ實行ヲモ包含スルカ故ニ控訴院ニ於テモ亦國家ヲ代理スルノ機關ヲ設ケタルヘカラス而シテ其檢察局外部ノ構成

ニ關スル規定ハ裁判所構成法ノ各所ニ散在セリ裁判所構成法第一八條第三條第四二條第五六條參照

一箇ノ裁判所ノ檢察局ニ數人ノ檢察官アルハ恰モ區裁判所ニ數人ノ判事アルト均シク所謂單獨制ノ官府ニシテ合議制ノモノニ非ス即チ職權ノ主體ハ常ニ一人ノ檢察官ナリトス

第三 檢察官タルノ資格ハ判事タルノ資格ト異ナルコトナシ而シテ檢察局ノ事務ハ檢察官ニ非サレハ之ヲ取扱フコトヲ得ス然レトモ區裁判所ニ於テハ警察官、憲兵將校下士又ハ林務官ヲシテ之ヲ取扱ハシムルコトヲ得又司法大臣ハ司法官試補又ハ郡市町村長ヲシテ檢察官ヲ代理セシメテ區裁判所ノ事務ヲ取扱ハシムルコトアリ(裁判所構成法第八條參照)

又檢察局ニハ相應ナル員數ノ檢察官ヲ置クモ一裁判所ノ檢察官悉ク差支アリテ事務ヲ取扱ヒ得ザルトキハ地方裁判所又ハ區裁判所監督判事ハ其事件カ猶豫スヘカラサルニ於テハ判事ニ檢察官ノ代理ヲ命ジ其事件ヲ取扱ハシムルコトヲ得(裁判所構成法第六條末項參照)此等ハ皆一時檢察官ノ事務ヲ取扱ハシムルモノニ

シテ永久檢察ノ職ニ任命シタルニ非ズ獨逸ノ普通法ニ於テハ檢察ノ任命ニ主義アリテ或聯邦ハ檢察ヲ永久ノ職トシテ判事ノ職ト之ヲ區別シ或聯邦ニ於テハ檢察ナル常職ナク臨時ニ判事ヲシテ檢察ノ職ヲ行ハシム我裁判所構成法ハ第一主義ヲ原則トシ聊カ第二ノ主義ヲ斟酌シタルモノナリ

第二章 檢察局内部ノ構成

第一 各裁判所ノ檢察局相互ノ關係ハ相密接シタルモノニシテ又合シテ同一體ヲ成スモノナリ即チ各檢察局ハ他ノ檢察局ニ對シテ獨立シタルモノニ非ズシテ相合シテ一體ヲ成シ其首長ハ司法行政ノ長官タル司法大臣ナリトス故ニ各裁判所ノ檢察局ハ即チ國家ノ檢察局ノ一部ナリ之ヲ名ケテ檢察同一體ノ原則又ハ檢察局不可分ノ原則ト謂フ

又ハ檢察總長檢察事總長檢察事正ノ權利ハ蓋シ此觀念ニ基クモノトス故ニ檢察總長等ハ其第一項ノ權利ニ據リ自ラ管内ノ裁判所ノ公判ニ立會フコトヲ得ルノミナラス又自ラ搜查ヲモ爲スコトヲ得ベク第二

項ノ權利ニ據リテ管轄權限ヲ有スル檢察以外ノ者ニ自己又ハ其他ノ者ノ職權ヲ行ハシムルコトヲ得而シテ第二項ノ權ニ付テハ區裁判所檢察ニ付キ例外ノ規定ヲ設ケタルカ故ニ區裁判所檢察ヲシテ地方裁判所檢察ノ職務ヲ行ハシムルヲ得ヘク亦一般ナルト特別ノ事件ニ係ルトヲ問ハサルナリ

檢察ハ上官ノ命令ニ從フヘキコトハ裁判所構成法第七十二條ノ規定スル所ナリ是レ亦檢察同一體ノ原則ニ關係アルモノニシテ畢竟此規定アルカ爲メニ檢察ノ制度カ一ニ歸シテ專制ト爲リ同一體ナル法語ヲ生シタルナリ而シテ此命令ヲ爲ス者ハ司法行政ノ監督者ナリ裁判所構成法第一三五條參照是故ニ司法大臣以下ハ檢察ノ職務ニ屬スル以上ハ何事ニテモ命令スルヲ得ルモノニシテ公訴ノ提起實行及ヒ刑ノ執行ニ關スル事ヲ命令スルヲ得シ又命令ハ敢テ一般ナルト特別ナルトヲ問ハス法律ノ見解ニ付キ強ヒテ其意見ヲ行ハシムルト上訴ノ如キ行爲ヲ強フルトヲ論セス常ニ檢束力ヲ有スルモノトス然ルニ命令ヲ受ケタル檢察カ其命ニ違反セルトキハ如何ナル結果ヲ生スルカト云フニ上官ノ命令ハ檢察局ノ内部ニ屬スル關係ナルカ故ニ其違背ハ訴訟ニ影響セシ

ヲ即チ命令ノ違反ハ裁判所ニ對シ效力發生スルモノニ非スシテ單ニ上官ニ對シ
テ責任ヲ生スルニ止マルヘシ隨テ裁判所ハ其裁判ヲ爲スニ當リ主任檢察官上
官ノ命令ニ違反セスシテ職務ヲ爲ストノ證明ヲ求ムルノ必要ナキナリ
第二 法律上ノ共助ニ付テハ裁判所構成法第三百三十二條ニ依リ各裁判所ノ各
檢察局ノ間ニ行ハル然レトモ命令ヲ受クヘキ檢察官ハ其助ナルモノ存在セザ
ルナリ其故ハ其助ハ命令ノ行ハル範圍外ニ於テ爲スノ必要ヲ生スルモノナ
レハナリ而シテ囑託ヲ受ケタル檢察官ハ如何ナル範圍マテ之ニ應スルノ職務ヲ
有スルヤト云フニ自己ノ權限内ノ事務ナリセバ之ヲ拒ムヲ得サルヘク若シ之
ヲ拒ミテ其義務ニ應セサルニ於テハ即チ上官ニ對スル抗告ノ途ニ依リ之ヲ強
要スルコトヲ得ヘシ

第三章 檢事局ノ管轄

檢事局ノ管轄ニ付テハ裁判所構成法第六條第一項前段及第二項ノ規定アル
ノミ而シテ此規定ニ依レハ檢事局ノ管轄ハ受訴裁判所ノ管轄ニ從フモノナリ

ナリ舊幕時代ニ於テハ幕府ハ金銀鐵ヲ專有シ其他ノ鐵業ハ諸侯之ヲ專有セリ
明治六年日本坑法カ借區ノ制ヲ定メタルニ徴スルモ明カナリ降テ明治二十三
年ニ至リテ始メテ鐵業自由ノ原則ヲ認ムルニ至レリ此ノ如キ沿革アルニ拘ハ
ス我國ニ於テハ目下官行ノ鐵山ハ其數頗ル尠ク唯海軍及製鐵所ノ炭田及
極メテ小規模ヲ以テスル廣島鐵山アルノミ然リ而シテ此等ノ鐵業ト雖モ必
スシモ之ニ依リテ政府カ直接ニ利益ヲ得ルコトヲ目的トスルニ非ス或事業ニ
附帶シテ行ハルルニ過キサルヲ以テ官行鐵山ノ利害ハ我國ニ於テハ深ク研究
ヲ要セサルモノトス然レトモ今左ニ歐洲ニ於ケル學說ノ一斑ヲ示スヘシ
歐洲ニ於テハ近時ノ趨勢ニ依レハ官行鐵山ハ一派ノ社會政策主義論者ヲ除ク
ノ外ハ之ヲ否定スル者多シ其理由ハ(一)鐵業ハ林業ノ如ク政府之ヲ行ハサレハ
公益ヲ害スルニ非ス又政府之ヲ行ヒテ公益ヲ増進スルモノニ非ス(二)社會經濟
發達シ且民力ノ充實シタル今日ニ在リテハ必スシテ政府カ實力ヲ以テセスト
雖モ國內ノ有利ナル鐵山ハ必ス開カレヘシ(三)官行鐵山ハ實例ハ收益少キモノ
多數ヲ占ムルヲミナラス埃、露、西、印ナリ、普通例外ナリ資本投下ニ對スル危險頗

ル多ク其之ニ依リテ生スル收入ハ常ニ變動ヲ免レズ隨テ政府ノ收入トシテハ不適當ナリ(四)政府ノ官吏ハ事業ノ管理及ヒ執行ニ於テ迂闊ナルノミナラス之ニ附隨スル各種ノ取引ハ政府ノ事業ニ適セズ等ノ理由ニ歸ス然ルニ一派ノ社會政策論者ハ富有ナル鎖山ヲ一私人ノ專占ニ歸セシムルハ往往社會ノ富ヲ一所ニ集ムルコトト爲リテ公益ヲ害ス云云ト論スト雖モ鎖物所在地ノ發見ハ其實體ニ於テ發明ト大差ナキモノナレハ其最先ノ發見者ニ特權ヲ與ヘテ國內富源ノ開發ヲ易ムルハ社會經濟上必要ナルコト論ヲ埃タサルヲ以テ此說ハ畢竟採ルニ足ラサルモノトス鎖業ニ類似スル事業中茲ニ一言スヘキハ鹽業ナリ鹽業ハ我國ニ於テハ官業ニ非スト雖モ伊太利埃太利ノ如キハ今猶ホ之ヲ官業トシ政府之ヲ獨占セリ其他ノ諸國モ一時ハ鹽業ヲ獨占シ莫大ノ收入ヲ得タリシト雖モ鹽ハ鎖物ト異ナリ人民ノ必要品ナルヲ以テ政府之ヲ獨占シテ收入ノ用ニ供スルハ恰モ貧富ヲ問ハス人頭稅ヲ課スルト同一ノ結果ヲ呈シ頗ル不公平ナルヲ以テ執近ハ總テ之ヲ廢スルニ至レリ唯上述二國ノミ財政上ノ必要ニ依リテ之ヲ廢スルヲ得サルノミナリ

第三節 官業ヨリ生スル收入

國家ト人民トハ自ラ其活動ノ範圍ヲ異ニスルモノナレハ政府ハ人民ノ行フヘキ營利事業ノ範圍ヲ侵蝕セサルヲ以テ原則トセサルヘカラス然リト雖モ國家ハ本來公益ヲ目的トスルモノナルヲ以テ苟モ公益ノ存スル以上ハ私人的ノ事業ト雖モ之ヲ營ムコトヲ敢テセサルヲ得ス國家カ官業ヲ營ムノ根據ハ大凡三アリ第一ハ政治上ノ理由ニシテ事業ノ影響頗ル大ナルカ又ハ之ヲ私人ニ營マシムルヲ危險ナリトスルカ如キモノヲ官業ト爲スコト是ナリ例ヘハ兵器ノ製造貨幣ノ發行鐵道運河ノ事業ノ如キ是ナリ第二ノ根據ハ經濟上ノ根據ニシテ國家之ヲ行ハサレハ國家經濟ノ全般ヲ害スルカ如キ事業ヲ行フコト是ナリ例ヘハ全國畫一ノ施設ヲ爲ササレハ不經濟ナルモノ即チ郵便事業ノ如キ又將來有益ナル事業ナリト雖モ人民カ自ラ進ミテ之ニ當ルコトヲ敢テセサルモ事業ニ對シ必要ナル模範ヲ示スカ如キ又第三ノ根據ハ財政上必要ナル場合ニシテ財政運用上可成損失ナカラシムルノ目的ニ出ヅルモノナリ例ヘハ一定ノ貨物

ヲ私人又ハ外國ヨリ購入スルトキハ非常ノ高價ヲ呈スルカ如キ場合ニ於テハ官自ラ之ヲ製造ニ當ルカ如キ例ヘハ製鐵所ヲ設ケルカ如キ是ナリ。此ノ如ク官業ヲ行フノ根據ハ之ヲ三箇ニ區別シテ述フルコトヲ得ベシト雖モ或特定ノ事業ハ果シテ特定ノ國家ニ於テ之ヲ官業ト爲スルモノナルヤ否ヤノ問題ハ必スシモ一概ニ論斷スルコトヲ得ス其國ノ地勢風土民情ニ依リ其解決ヲ異ニスヘキモノナルハ固ヨリナリトス。尙ホ注意スヘキハ國家カ官業ヲ營ムニ當リテハ最少ノ勞費ヲ以テ最大ノ利益ヲ受クルコトヲ企圖セサルヘカラスト雖モ元來國家カ此種ノ收入ヲ取得スル所以ハ他方ニ在リテ公益増進ノ目的ヲ達スルノ手段タルニ過キサルモノナレハ常ニ手段ノ爲メニ目的ヲ犧牲ニ供スルカ如キコトヲ期セサルヘカラスト先點ヨリシテ收入ニ減額ヲ生スルコトアルモ必スシモ之ヲ批難スルコト能ハス左ニ各種ノ産業ニ關シ之ヲ概説セシトス。

第一款官造幣業

官人

條

貨幣ハ經濟的交通ノ媒介物ニシテ政府ニ非サレハ克ク其真正ヲ保證シ交通ヲ圓滑トシムルヲ得サルモノナレハ彼ノ專賣事業ノ如ク當然民業ニ屬スヘキ事業ヲ政府ニ於テ獨占スルト其趣旨ヲ異ニスルモノナレバ便宜ノ爲メ之ヲ本章ニ於テ論スルコトトスヘシ。官ニ於テ造幣業ヲ行フヨリ生スル總收入ハ本位貨幣鑄造料及ヒ補助貨幣ニ包含スル地金ノ價格ト名目價格トノ差額ヨリ生スル金利ナリ第一ノ收入ハ民間金塊ニ對スル政府ノ保證料ト看ルヲ得ヘク第二ノ收入ハ政府ハ利子ナキ公債ヲ借入ルルト同一ノ利益ヲ受クルモノナリ然レトモ政府ノ造幣業ハ必スシテ常ニ收入ノ伴フモノニ非ス輾轉授受ノ間ニ磨滅ニ歸シタル損失ハ之ヲ最後ノ所有者ニノミ負擔セシムヘキモノニ非サルヲ以テ政府自ラ之ヲ負擔セサルヘカラスルカ故ナリ。造幣事業ニ關連シテ一言スヘキハ政府ハ紙幣ノ發行ヲ爲スヘキヤ否ヤノ問題ナリ紙幣ノ發行カ正貨準備ニ超ユルトキハ一般社會ニ對スル公債ノ性質ヲ有シ隨テ無利子ノ公債ヲ巨額ニ募集スルト同一ノ結果ヲ呈スルモノナルヲ以テ

紙幣發行ノ事業ハ財政上ノ利益多キハ固ヨリナリ然レ雖モ政府ニシテ貨幣發行ノ權ヲ有スルトキハ兎角濫發ノ弊ニ陷リ易ク國家財政上ノ必要ニ依リ金融市場ノ調和ヲ犧牲シ供シ其結果財政上及ビ經濟上ノ害鉅ト來スノ素因ト爲リ易キヲ以テ頗ル危險ナル事業ト謂ハサルヲ得ス故ニ多數ノ諸國ハ政府ニ於テ紙幣ヲ發行スルコトナシ然レトモ紙幣ハ信用ヲ以テ流通スルモノニシテ其調理ハ勿論正貨トノ引換保證モ之ヲ確保スルノ必要アルモノナレバ政府ニ於テ特別ニ監督スル銀行ヲシテ之ヲ爲サシムルコトヲ要スルモノトス方今純然タル官設銀行ヲシテ之ニ當ラシムルハ露及ビ瑞典ニシテ日英獨佛ハ中央ニ特別私立銀行ヲ設立シ之ヲシテ紙幣ノ發行ヲ爲サシムルノ制度ヲ採レリ又ハ英國技ニ附隨シテ一言スヘキハ一種ノ貯蓄金庫ヲ官ニ於テ設立シ事實ニ於テハ其機關銀行ノ如キ作用ヲ爲サシムルコト是ナリ此種ノ銀行ハ英國ニ起リ次テ歐洲各國ニ擴リ我國ニ於テモ明治七年ニ其創立ヲ見ルニ至レリ今ノ預金部ナルモノ是ナリ

生々録云云。由又商人。其女マを誦答。

製造業ハ性質上民業ノ範圍ニ屬スヘキモノニシテ特別ノ理由ナクシテ國家
之ヲ營ムハ民業自由ノ原則ニ反シ害アリテ益ナシ近時ニ於テ官行製造ハ第
十七世紀ノ初佛國ニ起リタルヲ始シテ爾來各國ニ傳播シタルモノナリ此等
ノ製造業ハ主トシテ營利の生産業ニ關シ人民ニ模範ヲ示スノ趣旨ヲ以テ經營
セラレタルモノモナリ其他國家カ製造品ノ精良ヲ確保スルカ爲メニ自ラ之ニ從
事シタルモノモ尠カラズ殊ニ理化學ノ進步ニ伴フ軍器彈藥ノ製造ニ付テハ民
業ノ幼稚ナル際ニハ之ヲ私人ニ委スルヲ危險トスルヲ以テ國家自ラ之カ製造
ニ從事シタル此等ノ製造業ハ何レモ民業ノ發達ト共ニ民業ニ移スヘキモノナ
ルヲ以テ最近世ニ於テ漸次官業ノ範圍ヲ收縮スルノ狀態ナリ現ニ兵器彈藥ノ
製造ノ如キモ英佛獨等ノ諸國ニ於テハ確實ナル民業ノ興起ヲ見ルニ至レリ我
國ニ於テハ事實事業ニ伴フ製造業以外ニ於テハ兵器彈藥ノ外模範の製造業ト
シテハ別ニ見ルヘキモノナシ又我國ノ現況ニ於テハ兵器彈藥ノ製造ハ民業ニ

委スル能ハス是レ一般工業ノ幼稚ナル爲メナリ左レハ鐵道機械的ノ工場ヲ起シテ以テ産業ノ助長ヲ計ルハ寔ニ國家ノ急務ニ屬ス雖政府設計ニ條希ナキカ爲メニ未タ其運ニ至ラサルハ遺憾トスル所ナリ與メ其計畫ヲ行ハス

第三款 交通業

交通ノ事業ハ國家ノ發達及ヒ防衛ニ主要ナル關係ヲ有スルコトハ特ニ多言ヲ費スヲ要セス交通業ノ主要ナル細目ハ郵便電信及ヒ鐵道ナリ此中郵便電信ノ如キハ國家カニ之ヲ獨占スルコト造幣業ニ於ケルト同シト雖モ彼ノ專賣事業ノ如ク私人當然ノ業務範圍ニ屬スル事項ニ非ナルヲ以テ便宜上之ヲ本款ニ併セ論スルコトトセリ

交通業ヲ國家ニ於テ營ムノ根據ハ政治上ニ於テハ公安ヲ維持及ヒ公益ヲ増進ニ重要ナル關係ヲ有スルコト是ナリ經濟上ニ在リテハ一私人ヲシテ之ニ因リテ生スヘキ利益ヲ壟斷セシメ一般ノ經濟交通ヲ阻害シ又富力ノ分配ヲ不平等ナラサラシムルノ必要ニシテ財政上ニ於テハ之ニ由リテ人民ノチマヲ痛苦ヲ

第一目 郵便事業

郵便事業ノ源ハ遠ク希臘羅馬ノ時代ニ始マル最初ハ專ラ官用ヲ助タル爲メ過キナリシカ後民用ヲモ達スルコトト爲レリ其大ニ發達セルハ實ニ近世ノ事ニシテ獨逸ニ於テ民衆トシテ行ハレタルヲ以テ其トス此獨逸ノ制度ハ諸國ニ傳播シテ各國カ聯合シテ郵便ヲ運行スルノ必要ヲ生シ遂ニ萬國聯合ヲ見ルニ至レリ此聯合ノ成立スルト共ニ郵便事業ハ更ニ其面目ヲ一新シテ各國總テ政府ノ事業トシテ之ヲ行フニ至レリ郵便事業ハ政府ノ事業タルヲ必要トスルノ理由ハ前ニ述ベタル官業ノ根據ノ外ニ郵便ハ單純ナル營利事業トシテ之ヲ行フヲ得ヌ即チ同時ニ國內發達ノ目的ヲ達セサルヘカラサルヲ以テ利益少キ又ハ損失アル邊陲ノ地ニモ普及ヲ要スルコト(一)迅速確實ニシテ同時ニ信書ノ秘密ヲ確保スルノ必要アルコト(二)全國畫一ノ機關ヲ以テ之ヲ行ヒ且他ノ事業ヲ兼スルヲ以テ大ニ經費ヲ節約シ得ルコト(三)四事業頗ル簡易ニシテ官廳ノ事業トシテ

成セサル收入ヲ得ントスルニ在リ左ニ目ヲ分テ之ヲ闡明ススシ味ス

不適當ナラサルコト(五萬國共同ヲ要スルコト等ニ存ス左レハ諸國ニ於ケル官業郵便制度ハ人口ノ増加ハ人智ノ進歩ハ商工業ノ勃興ニ運輸機關ノ整備ハ郵便組織完備ニ應ジテ益々繁榮ヲ來ス現狀ナリ)郵便物ノ運送ニ關スル郵便制度ニ關シテ注意ヲ要スルハ郵税ニ關スル主義ナリ之ニテアリハ手數料主義ニシテ他ノ一ハ收入主義ナリ前者ハ郵便經理ニ關スル政府ノ實費ヲ起エタル範圍ニ於テ郵税ヲ定ムルノ主義ニシテ後者ハ實費以上ノ郵税ヲ徵シテ政府ノ收入ヲ得ントスルノ主義ナリ此二主義ハ其孰レニ依ルヘキヤ元來郵便ニ由ル交通ハ社會ノ文化ヲ増進スル最モ必要ノ手段ニシテ政府トシテハ縱令損失ヲ受クルモ尙ホ此事業ヲ營マサルヘカラス然レトモ亦他ノ方面ヨリ觀察スレハ政府ハ其財政上ノ收入ヲ得ンカ爲メニハ理由ヲ附セスシテ人民ノ財產ヲ無償ニ徵收スルコトヲ得ル權力者ニシテ租稅徵收人民ハ通信交通ヲ爲スノ行爲ニ對シテ其之ニ依リテ受クル利益若クハ其以上ノ利益ニ相當スル納稅ヲ命スルモ國家ノ性格ニ反スルコトナキハ勿論ナリ此ノ如ク此問題ヲ兩極端ヨリ觀察セハ單純ナル理論ノミヲ以テ之ヲ解決スルコト難クサレバ知ラン即チ

當該國家ノ政治經濟及ヒ財政上ノ狀態ヲ參酌シテ簡便ノ場合ニ於テ論定スルヘキモノニ屬ス然リ而シテ現時ノ諸國ニ於テハ孰レモ多少ノ收入主義ヲ加味シテ比較的多大ノ收入ヲ得ルハ一ニ財政上ノ必要ニ因ルト謂ハサルヘカラス茲ニ注意スベキハ縱令收入主義ニ依リテ郵税ヲ定ムルモ郵税ヲ多額ニスルコトニ因リテ必スシモ其目的ヲ達シ得ルモノニ非ス時トシテ之ヲ低下シテ却テ其目的ヲ達スルコトアリ此場合ニ於テハ收入主義ハ事實ニ於テ手數料主義ト相和熟スルニ至リタルモノニシテ頗ル健全ナル狀態ニ在ルモノト謂フヘキナリ(註)近時ノ郵税ハ單ニ重量及ヒ郵便物ノ性質ニ依リ其額ヲ異ニスルノミニシテ必スシモ發送地ノ遠近ニ拘ハラサルナリ其理由ハ發送地ノ遠近ニ依リテ郵税ヲ異ニスルハ政府及ヒ人民ノ手數頗ル繁雜ト爲リ爲メニ得ル所失ヲ所ヨリモ尠キト運送ノ費用ハ極メテ少額ナルトニ由ルモノナリ小包郵便ハ取扱件數ノ多數ナラサルト通常ノ運輸事業トノ權衡上量目及ヒ遠近ニ從ヒテ其料金ヲ異ニスト雖モ其發達ノ極點ハ遂ニ普通郵便物ト同一ニ至ルヘキヤ疑ヲ容レサルナリ

第二目 電信業

電信業ハ千八百四十年ニ鐵道管理ノ必要上英國ニ起リタルモノナリ其後諸國ニ擴マリ今日ニ於テハ米國ヲ除ケ外總テ官業トシテ之ヲ營ムニ至リタルモノナリ電信業ヲ官業トスルノ必要ハ郵便業ニ準シテ之ヲ知ルベシ殊ニ郵便業ハ資本ヲ要スルコト比較的多キヲ以テ民業トシテハ利益渺ク之ヲ官業トシテ郵便及ヒ鐵道等ノ事業ト相併セテ營マシムルコトヲ利トス此他軍事上外交上緊急ノ事務ヲ處理スルニハ官自ラ之ヲ行フコトヲ利トスルヤ固ヨリ論ナシトス電信料ニ關スル理論モ略ホ郵便料ニ關スルモノト同一ナリモ其理論ハ前ニ述ベタル所ニ準シテ之ヲ知ルベシ

第三目 鐵道業

鐵道ハ千八百十四年機關車ノ發明ニ基因シ千八百二十九年ニ英國ニ於テ敷設

セラレタルヲ始トス其後諸國ニ擴マリ今ヤ世界ニ於ケル鐵道ノ延長ハ無慮三十五萬哩ニ達セシトスルノ盛況ヲ呈スルニ至レリ

鐵道業ヲ官業ト爲スノ必要ハ郵便電信業ニ關スル理論ニ準シテ之ヲ知ルベシ然ルニ此事業ハ營利事業トシテ頗ル優等ナル位置ヲ占ムルヲ以テ民有論ヲ唱フル者アルヲ見ル其要旨ハ(一)官吏カ鐵道ヲ經營スルハ十分ナル氣力ヲ精勵トヲ缺キ爲メニ勞費多クシテ不親切ナリ(二)鐵道ハ一種ノ貨物運送業ナリ然ルニ之ヲ民業トセサルノ理由ナシ(三)政府ノ權力ヲ大ニスルノ處アリト然レトモ第一ノ批難ハ大仕掛ノ作業ニハ免レサルモノニシテ官業ト雖モ其經理如何ニ依リテ除却スルコトヲ得ルノ原ナキニ非サルナリ第二ノ批難ハ鐵道業ト運送業ト同視セントスルモノナルヲ以テ特ニ駁論ヲ用ヒタ第三ノ批難ハ專制國ニ於テハ多少之アルベシト雖モ立憲政治ノ下ニハ必ズモ然ラサルナリ蓋シ主權鐵道民有ヨリ生ズル弊害ヲ述ベシニ(一)鐵道ハ性質上自由競爭ノ原則ノ支配ヲ受ケサル獨占業ナルヲ以テ單ニ營利ノ目的ヲ以テ之ヲ經營スルコトハ少數人ノ利益ノ爲メニ一般經濟ノ發達ヲ害スルモノナリ(二)資金等ニ對スル官ノ監督

ハ官自ラ之ヲ定ムルカ如ク確實ニ行ハルモノモ非ス(三)分立シタル小會社カ鐵道ヲ經營スルハ大會社カ之ヲ合シテ行フハ利益ナルモ如カス是レ私有鐵道ヲ廣ク認ムル諸國ニ於テ鐵道統一ノ行ハルニ至ル所以ナリ一旦大會社ニシテ全國ノ鐵道ヲ併合スルトキ茲ニ國家ト相對峙スルニ足ルヘキ經濟主體ヲ生シ政治上及ヒ經濟上ノ弊害ヲ廢スハ實例ノ少カラサル所ナリ諸國ニ就テ此等ノ理由ニ依リテ多數ノ國家ハ之ヲ官業トセリ即チ白耳義ハ千八百三十四年普瀋西ハ千八百四十七年、埃太利ハ千八百七十年ニ國有主義ヲ實行セリ其他ノ小邦ニシテ諾威瑞典丁抹和蘭南米諸國歐洲等皆國有ナリ佛蘭西ハ主義屢動搖セルモ千八百八十四年始メテ國有主義ヲ確定シ七十餘年ヲ期シテ全國ノ鐵道ヲ買收スルコトニ決定セリ純然タル民有ハ英國西班牙葡萄牙ニシテ半官半民ハ露國ナリ我國ニ於テハ目下半民半官ノ現狀ナルモ他日國有主義ヲ實行セントスルコトヲ企圖セルコトハ私設鐵道免許ノ際ニ其買收ニ關スル條件ヲ附スルヲ以テ見ルモ明カナリ

(註二) 或ハ說ヲ爲ス者アリ曰ク鐵道ハ官有民有孰レモ弊害アルヲ以テ之ヲ

官私混交ノモノトシ一定ノ利率ヲ官ニ於テ保證シ他方ニ於テ嚴重ナル監督ヲ行フヲ最上ノ政策トスト論スル者アルモ元來保證利子ノ制度ハ事業者ヲシテ獨立作業ノ念ヲ失ハシメ其弊害極メテ多キノミナラス由來官ノ監督ハ其之ニ要スル費用ノ多キ割合ニハ實效少キノナルヲ以テ此說ハ到底採用スルノ限ニ在ラサルナリ

(註二) 我官線ノ哩數ハ約一千哩強ニシテ民線ハ三千哩弱ナリ官線ノ敷設費

ハ約一億ニシテ私線ハ二億ナリ是レ官線ハ難所多キニ因ルナリ(註三) 鐵道賃金ノ制度ハ前ニ郵便ニ關シテ述ヘタル所ニ準シテ之ヲ知ルヘシ其遠近ニ因リテ比例的ニ差等ヲ設ケタルハ又郵便ニ準シテ之ヲ説明スルコトヲ得ヘシ

第四節 手數料收入

第一款 手數料ノ性質及ヒ其分類

手數料トハ國家ノ行為又ハ國家ノ施設シタル營造物ノ使用ニ因リテ特ニ利益

ヲ受クル者若クハ特ニ國家ノ煩勞ヲ促シタル者ヨリ政務ノ實費ヲ超サズル範圍ニ於テ法定ノ額ヲ指定シテ徵收スル收入ヲ謂フ
國家ノ行為又ハ施設ニ因リテ利益ヲ受クル者ノ範圍ハ國民全般ニ及ブヲ以テ原則トス此普及の政務ノ費用ハ租稅其他ノ一般收入ヲ以テ之ヲ填補セサルヘカラス然レトモ國家カ特定人ノ要求ニ因リ特定ノ利益ヲ之ニ與ヘ若クハ特定ノ政務ヲ舉グルトキハ其特定人ハ一般ノ國民ノ均霑セサル特殊ノ恩惠ニ浴スルモノト看ルヘキヲ以テ此等ノ國家行為ニ要シタル費用ヲ一般財團ヨリ支辨スルハ頗ル負擔ノ公平ヲ害スルモノナリ是レ其特定人ヨリ手数料ヲ徵收スル根據ナリ

(註) 手数料ト租稅ト異ナル點ハ(一)ハ報酬ノ性質ヲ有スルニ反シ一ハ之ヲ有セサルコト(二)ハ國家カ政務ヲ行フノ費用ヲ標準トシテ其額ヲ定メ被徵收者ノ實力ヲ標準トセサルニ反シ一ハ主トシテ被徵收者ノ財力ヲ標準トスルコト(三)ハ特別ノ經費ヲ補フヲ以テ根據トシ一ハ一般ノ經費支辨ヲ目的トスルコト(四)一ハ之ヲ納ムルト否トハ人民ノ任意ナルニ反シ一ハ

雜 報

○會社ノ商號ヲ以テ爲シタル法律行為ノ效力ハ會社ハ法律ノ規定ニ依リテ人格者ト認メラレタルモノニシテ固ヨリ自然ノ意思ヲ有スルモノニ非ス隨テ自然の行為能力ヲ有スルモノニ非サルコト論ナキナリ然レトモ法律上人格者トシテ認メラレタルモノナル以上ハ會社其レ自身ノ名義ヲ以テ法律ニ許サレタル行為ヲ爲スモ必スシモ無効ナリト謂フコトヲ得サルヘシ是レ大審院ノ認メラレタル所ナリ今其判決理由ノ要旨ヲ示サンニ曰ク會社カ其債權ヲ讓渡シタル場合ニ於テ之ヲ其債務者ニ通知スルニハ必ス其取締役ノ名義ヲ表示シテ爲ササル可ラサルノ規定若クハ會社ノ商號ヲ以テ爲シタル通知ハ必ス其代表者ノ爲シタルモノナルキ否ヤハ全ク事實上ノ問題トシテ裁判所カ自由ノ心證ヲ以テ判斷スヘキ事項ニ屬スト(大審院明治三十五年七月八日第一民事部判決三)

○貨物引換證ト運送貨ノ記載 貨物引換證ハ一ノ物權的有價證券ニシテ其
之ヲ作リタルトキハ運送ニ關スル事項ハ運送人ト所持人トノ間ニ於テハ一
其定ムル所ニ依リテ決セラルルモノトス(商法第三三四條第三三五條而シテ其
要件ハ商法第三百三十三條第二項ニ規定セル所ニシテ貨物引換證ニハ左ノ事
項ヲ記載シ運送人之署名スルコトヲ要ス。トアリ此規定ニ依レハ同條各號ノ
事項ハ總テ之ヲ記載スルコトヲ要スルモノノ如ク隨テ運送貨ニ付テモ必ス其
記載ヲ必要トスルモノト爲スカ如シ此點ニ對スル大審院ノ判決理由ニ曰ク貨
物引換證ニ運送貨ヲ記載セサル可カラサル必要アル場合ニ於テハ商法第三百
三十三條第二項ノ規定ニ依リ要件トシテ之ヲ記載ス可キハ勿論ニシテ若シ其
記載ヲ欠クトキ即チ運送貨先拂トノミ漠然記載シ運送人ト所持人トノ間權義
ノ所在ヲ明確ナラシメサル如キ場合ニハ其效力ヲ喪フコトアルヘキモ常ニ其
記載ヲ必要トスルモノニアラス例ヘハ運送貨ハ既ニ拂済トナリタル如キ其記
載ヲ必要トセサルコトアルヲ以テ斯ノ如キ場合ニ於テハ之ヲ記載セサルモ其
效用ニ影響アルコトナシ然ラハ運送貨ノ記載ハ結局其必要アルヤ否ヤ即チ事

實上ノ問題ニ歸著スルモノニシテ承審官カ職權ヲ以テ調査ス可キ事項ニアラ
スト(大審院明治三十五年十一月二十二日第九號民事部判決書)
○無効ノ裏書ト手形占有ノ回復 手形ノ所持人カ無効ノ裏書ヲ爲シテ之ヲ
他人ニ交付シ其後更ニ無効ノ裏書若クハ形式上有效ノ裏書ニ因リテ其手形ヲ
取得シタルトキハ現在ノ所持人即チ第一ノ無効裏書人ハ其手形上ノ權利ヲ保
有セルモノトスヘキヤ否ヤ此問題ニ付キ明治三十四年三月二十七日株式會社
商業銀行カ株式會社第百銀行ニ對シ無効ノ取立委任ノ裏書ヲ爲シ翌二十八日
更ニ形式上真正ノ裏書ヲ爲シタルヲ東京控訴院カ右第一ノ裏書ヲ無効ト認メ
後ノ裏書ハ裏書ノ連續ヲ缺クカ故ニ無効ナリト判決シタルヲ不當トシテ右商
業銀行ヨリ上告ニ及ヒタルニ大審ハ原判決ヲ破毀シテ曰ク上告銀行ハ本件請
求ノ原因トシテ甲第一號證ノ約束手形第一ノ裏書即明治三十四年一月十八日
山下喜七ヨリ上告銀行ニ對スル裏書ニ基キ手形上ノ權利ヲ有スルコトヲ主張
スルモノナリ此主張ノ事實ニシテ果シテ眞實ナランニハ第二ノ裏書即明治三
十四年三月二十七日取立委任ノ爲メ上告人ヲ爲シタル裏書カ原判決ノ認定ノ

如ク不適法ニシテ無効タルト將之ニ反シ商法ニシテ有效ナルト論ナラ上告
人ハ之カ爲メニ第一ノ裏書ニ因リテ得タル手形上ノ權利ヲ喪失スルモ此ハ非
ス而シテ今上告人カ甲第一號證ノ手形ヲ所持スルハ原判決ノ認定ノ如ク第三
ノ裏書即明治三十四年三月二十八日株式會社第百銀行ヨリ上告銀行ニ對スル
裏書ニテ譲受ケタルニ因ルトスルモ同第百銀行ハ何人ヨリ之ヲ譲受ケタルカ
手形而上之ヲ知ルニ由ナク即裏書ノ連續ヲ缺ク以上ハ此裏書ハ商法第四百六
十四條ニ依リ全ク無効ニシテ上告人ハ之カ爲メ何等ノ手形上ノ權利ヲ取得セ
ザルモノト謂ハサル可カラス是ニ由テ之ヲ觀レハ上告人ハ第一ノ裏書ニ由リ
譲受ケタル手形ハ雷テ之ヲ他人ニ譲渡シタル事實ナク而シテ上告人カ今之ヲ
所持スルハ無効ナル第三ノ裏書ニ因ルモノトセハ一旦喪失シタル手形ノ占有
ヲ回復シタルニ外ナラス何トナレハ裏書ニシテ其效ナシトスルモ之ニ基キ手
形ノ交付ヲ受ケタル事實ハ沒スヘキモノニ非サレハナリト(大審院明治三十
五年十月二日第二號民事判決第三卷十頁)

形ノ交付ヲ受ケタル事實ハ没スヘキモシニ非サレハナリト(大審院明治三十七年十一月二十七日豫決第一民事部判決第十号)

如ク不適法ニシテ無効タルト將之ニ反シ商法ニシテ有効ナルトニ論ナク上告人ハ之カ爲メニ第一ノ裏書ニ因リテ得タル手形上ノ權利ヲ喪失スルモノニ非ス而シテ今上告人カ甲第一號證ノ手形ヲ所持スルハ原判決ノ認定ノ如ク第三ノ裏書即明治三十四年三月二十八日株式會社第百銀行ヨリ上告銀行ニ對スル裏書ニテ讓受ケタルニ因ルトスルモ同第百銀行ハ何人ヨリ之ヲ讓受ケタルカ手形面上之ヲ知ルニ由ナク即裏書ノ連續ヲ缺ク以上ハ此裏書ハ商法第四百六十四條ニ依リ全ク無効ニシテ上告人ハ之カ爲メ何等ノ手形上ノ權利ヲ取得セザルモノト謂ハサル可カラス是ニ由テ之ヲ觀レハ上告人ハ第一ノ裏書ニ由リ讓受ケタル手形ハ嘗テ之ヲ他人ニ讓渡シタル事實ナク而シテ上告人カ今之ヲ所持スルハ無効ナル第三ノ裏書ニ因ルモノトセハ一旦喪失シタル手形ノ占有ヲ回復シタルニ外ナラス何トナレハ裏書ニシテ其效ナシトスルモノニ基キ手形ノ交付ヲ受ケタル事實ハ沒スヘキモノニ非サレハナリト

大審院明治三十五年十一月二十七日第一民事部判決

高等科校外生募集廣告

高等科講義錄第二號目次 (三十六年一月二十二日發行)

○國體政體及ヒ憲法ノ制定改廢ニ關スル推問	法學士 副島 義一
○能力ニ付テノ推問	法學士 梅 謙次郎
○商法第一條ニ付テノ講演	法學士 松本 滋治
○商法第二條及ヒ商人ニ付テノ推問	法學士 松本 滋治
○刑法改正並比較其他ニ付テノ講演及ヒ推問	法學士 岡田 朝太郎
○警察官ニ付テノ講演	法學士 副島 義一
○主參加ノ訴ニ付テノ講演並ニ推問	法學士 仁井田 益太郎
○裁判所ノ管轄ニ付テノ推問	法學士 豊島 直道
○公訴權ノ性質消滅及ヒ親告罪トノ關係ニ付テノ講演	法學士 豊島 直道
○國際紛争平和の處理條約ニ付テノ講演	法學士 秋山 雅之介
○通貨ト物價トノ關係ニ付テノ推問並ニ紙幣發行ニ關スル講演	法學士 有賀 長文
○羅馬法(頁一七五至二〇四)	法學士 田 中 暹

報 〇最近判例要覽

◎高等科講義錄 毎月二回發行月謝金四十錢

○入學志望者ハ此際至急申込マルヲ可トス

三十六年一月

和佛法律學校

