

法政大學講義録

下村, 宏 / 谷野, 格 / 横田, 秀雄 / 村上, 隆吉 / 杉山, 直
治郎 / 豊島, 直通 / 矢部, 廉 / 岩田, 一郎

(出版者 / Publisher)

法政大學

(巻 / Volume)

6

(開始ページ / Start Page)

1

(終了ページ / End Page)

63

(発行年 / Year)

1904-12-15

(明治三十七年十一月十日第三種郵便物認可)
每月三回、五日、十五日、二十五日發行

明治三十七年十二月十五日發行

三十八年度

法政大學講義錄

第五號



法政大學發行



0006

第五號 目次

民法物權	自第七章(自一七)	法學士	横田	秀雄
民法債權	自第二章第二節(自一六)	法學士	杉山	直治
商法	自第三章(自一三)	法學士	矢部	廉
商法商行為(第十章)	自一七	法學士	村上	隆吉
刑法	自一六	法學士	谷野	格
民事訴訟法(第一編)	自一二	法學士	岩田	一郎
刑事訴訟法	自二五	法學士	豐島	直通
財政學	自一九	法學士	下村	宏

雜錄 ○及第者祝賀並ニ校友學生懇親會○大審院判例要旨

090
1905
1-5

迄ハ目的物ヲ留置スルノ權利ヲ有シ其債權ノ擔保ヲ受ケタル限ハ留置物ヲ返還スルノ義務ナキヲ以テ理論上ヨリ言フトキハ債務者ハ他ノ擔保ヲ供シテ留置物ノ返還ヲ求ムルノ權利ヲ有セサルモノナリ然レトモ留置權者ハ其債權ノ擔保スルカ爲ニ留置權ヲ行フニ過キタルヲ以テ債務者カ相當ノ擔保ヲ供スルニ於テハ強ヒテ留置物ヲ占有スルノ必要ナシ何トナレハ此場合ニ於テハ留置權者ハ其債權ノ擔保ヲ受ケヘキ確實ナル擔保ヲ有スルヲ以テ其利益ハ十分ニ保護セラルヘキヲ以テナリ又債務者ハ場合ニ依リ留置物ヲ利用スルヲ必要又ハ有益ナリトスルコトアルヘケレハ他ノ擔保ヲ供シテ留置物ノ返還ヲ受ケルコトヲ得ルニ於テハ大ニ便利ヲ感スヘシ故ニ債務者ヲシテ相當ノ擔保ヲ供シ留置權ノ消滅ヲ請求スルコトヲ得セシムルハ實際上益アリテ毫モ害ナシ是民法カ特ニ規定ヲ設ケ此權利ヲ債務者ニ付與スル所以ナリ(第三〇一條)

第五 留置權者カ其義務ニ違背シタル場合ニ債務者ヨリ留置權ノ消滅ヲ請求シタルトキ 是第二九八條末段ニ規定スル所ニシテ留置權者カ留置物ノ保存管理ニ付テ用フヘキ善良ナル管理者ノ注意ヲ怠リ債務者ノ承諾ヲ經シテ留置物ヲ使用シ之ヲ質貸シ又ハ之ヲ擔保ニ供シテ其義務ニ違背シタルニ拘ラス留置權者ヲシテ依然トシテ留置物ノ占有ヲ繼續セシムルハ頗る危險ニシテ債務者ノ爲メ甚不利ナリトス何トナレハ留置物ハ留置權者ノ手裡ニ在テ毀損又ハ滅失シ債務者ニ於テ完全ニ其返還ヲ受ケルコト能ハサルニ至ルノ虞アルヲ以テナリ是民法カ留置權者ノ義務違背ノ制裁トシテ留置權ノ消滅ヲ請求スルノ權利ヲ債務者ニ付與シ留置物ヲ取戻スコトヲ得セシムル所以ナリ

第三章 先取特權

民法物權 先取特權

第一節 總則
第一款 先取特權ノ性質

先取特權トハ債權者カ法律ノ規定ニ從テ債務者ノ總財產又ハ特定ノ財產ニ付テハ他ノ債權者ニ先シテ其債權ノ排濟ヲ受タルノ權利ヲ謂フ
此權利ノ性質ニ付テハ學說、立法例區區ニシテ一定セス然レトモ之ヲ大別スルトキハ獨逸主義ト佛蘭西主義トノ二種ト爲スコトヲ得ヘシ即獨逸主義ニ依ルトキハ先取特權ハ債權ノ特別效力タルニ過キス換言スレバ債權ハ其效力ニ於テ同等ナル原則トスルモ特種ノ債權ヲ保護スルカ爲メ之ニ特別ノ效力ヲ與ヘ他ノ債權者ニ先シテ其排濟ヲ受タルコトヲ得セシムルモノナリ反之佛蘭西主義ニ依ルトキハ先取特權ハ所謂物上擔保ノ一種ニ屬シ質權、抵當權等ノ如ク債權ノ排濟ヲ擔保スルカ爲メ設ケラル所ノ從タル物權ナリトス我民法ハ舊民法ト等ク佛蘭西主義ヲ採用シ先取特權ヲ以テ債權ノ排濟ヲ擔保スル物權トシ物權編中ニ之ヲ規定シタリ而シテ我民法ニ依ルトキハ先取特權ハ左ノ性質ヲ有スルモノナリ

第一 先取特權ハ物權ナリ 何トナレハ先取特權ヲ有スル所ノ債權者ハ權利ノ目的タル物ノ上ニ直接ニ其權利ヲ行フコトヲ得ルモノナレハナリ故ニ先取特權ハ物權ノ效力タル優先權及追及權ヲ生シ此權利ヲ有スル者ハ他ノ債權者ニ優先シテ目的物ヲ其債權ノ排濟ニ供スルノ權利ヲ有スルノミナラス其目的物カ何人ノ所有ニ歸スルモ之ニ追隨シテ其權利ヲ行使スルコトヲ得ヘシ但先取特權ハ其種類頗多ク其效力ニ至テモ亦強弱ノ差異アルヲ免レス此點ニ付テハ各種ノ先取特權ヲ論スルニ當リテ説明スヘシ

第二 先取特權ハ他物權ニシテ又從タル物權ナリ 先取特權ハ他物權ナリ何トナレハ此權利ハ債權者カ他人ノ所有ニ屬スル物即債務者ノ財產上ニ有スル所ノ權利ナルヲ以テナリ先取特權ハ又從タル物權ナリ何トナレハ此權利ハ債權ノ排濟ヲ擔保スルカ爲メニ存スル權利ニシテ常ニ債權ニ附隨シ之ト分離シテ獨立ノ存在ヲ有スルコト能ハサルヲ以テナリ

第三 先取特權ハ法律ノ規定ヨリ生スル權利ナリ 債務者ノ財產ハ債權者ノ共同擔保ナルヲ以テ其財產ハ債權額ニ應ジ總債權者ニ平等ニ分配セラルル原則トス而シテ先取特權ハ其名稱ノ示スカ如ク他ノ債權者ニ先シテ排濟ヲ受タルノ權利ナルヲ以テ債權同等ノ原則ニ反シ他ノ債權者ヲ害スルノ結果ヲ生スルモノナルヲ明ナリ然ルニ或債權者カ時トシテ此特權ヲ享有スルハ全ク法律ニ依テ付與サル所ノ一ノ特典ニシテ法律ハ或種類ノ債權ハ公益上ノ理由又ハ公平ノ觀念ニ基キ特別ニ之ヲ保護シ先取特權ノ恩典ヲ與ヘテ之ヲ鞏固ナラシムルノ必要アリト認ムルカ爲メ外ナラス先取特權ノ性質ニシテ既ニ如此ナル以上ハ此權利ハ常ニ法律ノ直接規定ヨリ生スルモノタルコトヲ要シ法律ノ規定以外ニ於テ此權利ノ存在ヲ認ムルコトヲ得ス隨テ債務者ハ其己ノ意思ヲ以テ特ニ或債權者ノ爲ニ此權利ヲ設定スルコトヲ得サルモノトス是先取特權カ質權、抵當權ト其性質ヲ異ニシテ留置權ト其性質ヲ同ウスルノ點ナリトス且先取特權ハ法律カ債權同等ノ原則ニ反シテ特種ノ債權ニ附隨セシムル所ノ一ノ例外的權利ナルヲ以テ此權利ノ範圍並ニ其行使ノ方法ニ關シテモ亦嚴ニ法律ニ定ムル制限、條件ヲ遵守スルコトヲ必要トシ其規定外ニ逸出スルコトヲ許サス是民法第三〇三條ニ「本法其他ノ法律ノ規定ニ從ヒ云云」ト規定セル所以ナリ

先取特權ハ法律ノ直接規定ヨリ生スル權利ナルコトハ前述ノ如シ而シテ此等ノ特權中民法ノ規定ヨリ

生スルモノアリ物權編第八章第二節ニ規定スルモノ即是ナリ又他ノ法律ヨリ生スルモノアリ租税ニ關スル先取特權ノ如シ然レトモ民法ノ規定ヨリ生スルモノ其大部分ヲ占ムルハ論ヲ俟タス

第四 先取特權ハ債務者ノ財産ニ付他ノ債權者ニ先シテ自己ノ債權ノ辨濟ヲ受ケルノ權利ナリ是是先取特權ノ名稱アル所以ニシテ此權利ノ主眼トスル所ハ實ニ此一點ニ存スルモノナリ故ニ先取特權ヲ有スル所ノ債權者ハ債務者ノ財産ヲ賣却シ他ノ債權者ヲ排斥シテ其代金ヲ自己ノ債權ノ辨濟ニ供スルノ權利ヲ有シ普通債權者ニ比シテ特等ノ權利ヲ有スルヤ明ナリ何トナレハ普通債權者ハ債務者ノ財産ニ付平等均一ノ權利ヲ有スルニ過キササルヲ以テ其賣却代金ハ債權額ニ應ジ他ノ債權者ト分配セサルヘカラサルヲ以テナリ是是先取特權カ質權、抵當權ト其效力ヲ同クスルノ點ニシテ又單純ニ目的物ヲ留置スルコトヲ得ルニ過キササル留置權ト其性質ヲ異ニスルノ點ナリトス

第五 先取特權ハ不可分ノ權利ナリ 先取特權ハ不可分ナリ換言スレハ先取特權者ハ其債權ノ存スル限ハ目的物ノ全部ニ付其權利ヲ行フコトヲ得ヘク又目的物ノ存スル限ハ其債權ノ全額ニ付其權利ヲ行フコトヲ得ヘシ此點ニ付テハ留置權ヲ論スルニ當リ已ニ説明セルヲ以テ再之ヲ論セス

第二款 先取特權ノ目的

先取特權ハ債務者ノ財産ヲ以テ目的トス而シテ此等ノ特權中債務者ノ總財産ヲ目的トスルモノアリ或ハ債務者ノ所有ニ屬スル特定ノ物ヲ目的トスルモノアリ此點ハ主トシテ先取特權者ノ有スル債權ノ種類如何ニ依テ決定レモノナリト雖其權利ノ目的ハ債務者ノ財産ニ存スルコトハ二者全ク同一ナリトス而シテ債務者ノ總財産ヲ目的トスル所ノ一般ノ先取特權ハ債務者ノ所有ニ係ル動産、不動産ノ外尚債權

其他ノ財産權ヲ目的トスルヲ以テ常ニ必シモ物權ニ非サルヤ明ナリ故ニ此點ヨリ觀ルモ一般ノ先取特權ハ物權トシテノ本質ヲ完備セサルモノニシテ寧ろ債權ノ特別效力ナリトスルヲ可ナリトス

先取特權ハ債務者ノ財産ヲ以テ其本來ノ目的トスルモノナレトモ民法ハ先取特權ノ效力ヲ一層鞏固ナラシムルカ爲メ其範圍ヲ擴張シタリ第三〇四條ノ規定即是ナリ同條ニ曰ク「先取特權ハ其目的ノ賣却、貸貸、滅失又ハ毀損ニ因リテ債務者ノ受ケヘキ金錢其他ノ物ニ對シテモ之ヲ行フコトヲ得」ト此規定タル先取特權ノ目的タル物ニ付物上代位ノ原則ヲ認メタルモノニシテ法律ハ先取特權ノ目的タル物カ變體シタル場合ニ其變體物ハ目的物ニ代リタルモノトシテ其上ニ權利ヲ行フコトヲ得セシムルモノナ

民法カ物上代位ノ原則ヲ先取特權ニ適用シタルハ先取特權ノ效力ヲ鞏固ナラシムルカ爲ニシテ如此セサルニ於テハ先取特權者ハ容易ニ其權利ヲ失ヒ其權利ハ頗薄弱ト爲ルノ虞アルヲ以テナリ抑先取特權ナルモノハ一ノ物權トシテ追及權ヲ生スルヲ原則トスルモ先取特權者ハ總對無條件ニ此權利ヲ行使スルコトヲ得ス隨テ債務者カ目的物ヲ處分シタル場合ニ先取特權者カ追及權ヲ行フコト能ハサルコト往往ニシテ是アリ此場合ニ於テ先取特權者ハ其權利ノ目的タル物ノ上ニ其權利ヲ行フコト能ハサルニ至ルヘキヲ以テ少クモ先取特權者ヲシテ目的物ヲ代表スル所ノ代金又ハ其他ノ物ニ付テ其權利ヲ行フコトヲ得セシムルハ先取特權者ヲ保護スルカ爲ニ極テ必要ナリトス先取特權ノ目的タル物件カ滅失又ハ毀損シタル場合ニ於テモ先取特權者ハ其權利ヲ行フコト能ハサルニ至ルヘキヲ以テ其滅失、毀損ニ對シテ債務者ノ受ケヘキ損害賠償ノ金額ニ付同一ノ權利ヲ先取特權者ニ付與スルノ必要アリ蓋此等ノ場合ニ於テ目的物ノ代金又ハ賠償金ハ目的物ニ代リタルモノナレハ先取特權者ヲシテ其上ニ優先權ヲ行

ハシムルハ條理ニ反セサルノミナラス之カ爲メ他ノ債權者ノ利益ヲ害スルノ虞ナシ何トナレハ先取特權ノ目的タル物件カ已ニ他ノ債權者ノ擔保タラサル以上ハ其代表物ニ付辨濟ヲ受クルコトハ他ノ債權者ノ豫想外ニ在ルモノト謂ハサルヘカラサルヲ以テナリ予ハ今ヨリ代表物ニ關スル先取特權者ノ權利ニ付權利ノ目的タル物ト權利行使ノ條件トニ區別シテ説明スヘシ

甲 權利ノ目的タル物

先取特權者ハ左ノ物ニ付其權利ヲ行フコトヲ得

一 目的物ノ賣却代金 債務者カ先取特權ノ目的タル物件ヲ第三者ニ賣却シタル場合ニ其代金ハ即目的物ノ變體ニシテ之ヲ代表スルモノナレハ先取特權者ハ其代金ノ上ニ其權利ヲ行フコトヲ得ヘシ就中先取特權者ハ目的物ニ付追及權ヲ行フコト能ハサル場合ニ此權利ヲ行使スルノ必要アリ

二 目的物ノ貸貸ヨリ生スル借賃 目的物ノ貸貸ハ其價額ヲ減少スルノ結果ヲ生スヘク借賃ハ即目的物ノ價額ノ減少シタル部分ノ對價ナリ故ニ借賃モ亦一種ノ代表物ナルヲ以テ先取特權ヲシテ其上ニ權利ヲ行フコトヲ得セシムルモノナリ

三 目的物ノ上ニ設定セシタル物權ハ對價 例之債務者カ目的物ノ地上ニ地上權、永小作權又ハ地役權ヲ設定シ其對價トシテ一時ニ若干ハ定期ニ若干ノ金額ヲ受取ルノ權利ヲ取得シタルトキハ先取特權者ハ其一時金又ハ定期金ノ上ニ權利ヲ行フコトヲ得蓋此場合ニ於テ物權ノ對價モ亦目的物トノ關係上其代表物タルノ性質ヲ有スルモノナリ

四 目的物ノ滅失、毀損ヨリ生スル賠償金 目的物カ第三者ノ所爲ニ因テ滅失又ハ毀損シタルトキハ債務者ハ其滅失又ハ毀損ヨリ生スル損害賠償ヲ請求スルノ權利ヲ有シ債務者ノ受取ルヘキ賠償金ハ

即目的物ノ全部又ハ一部ヲ代表スルモノナルヲ以テ法律ハ先取特權者ヲシテ其上ニ權利ヲ行フコトヲ得セシムルモノナリ目的物ノ毀損、滅失ニ對スル賠償カ第三者ノ不法行爲ニ基因セシテ保險契約ニ基因スル場合ニモ亦同一ニシテ保險金ハ目的物ヲ代表スルモノトシテ先取特權ノ目的ト爲ルヘキモノトス

以上四箇ノ場合ニ於テ先取特權者ハ目的物ヲ代表スル物ニ付其權利ヲ行フコトヲ得ヘシ然レトモ先取特權者ノ權利ハ其實代表物其モノヲ目的トスルニ非スシテ代表物ヲ給付セシムヘキ債務者ノ債權ヲ目的トシ代表物ハ間接ノ目的タルニ過キス隨テ先取特權者ハ初ヨリ特定セル代表物ノ上ニ直接ニ其權利ヲ行使スルモノニ非スシテ先第三債務者ニ對シテ代表物ノ給付ヲ請求シ其給付ヲ受ケタル後之ヲ其債權ノ辨濟ニ供スヘキモノトス

乙 權利行使ノ條件
先取特權者カ代表物ニ付其權利ヲ行フニハ代表物タル金錢又ハ其他ノ物ノ拂渡又ハ引渡前ニ差押ノ手續ヲ爲スコトヲ要ス

先取特權者ハ代表物カ仍第三債務者ノ手裡ニ存在スル場合ニ非サレハ其權利ヲ行フコトヲ得ス隨テ第三債務者カ代表物ノ債務者ニ交付スルト同時ニ先取特權者ノ權利ハ全ク消滅ニ歸スヘキモノトス故ニ先取特權者カ其權利ヲ保全セシムルニハ代表物タル金錢ノ拂渡又ハ其物ノ引渡前ニ之ヲ差押ヘテ其拂渡又ハ引渡ヲ妨クルコトヲ必要トス是第三〇四條第二項ノ規定アル所以ナリ蓋代表物ニ關スル先取特權者ノ權利ハ代表物其モノヲ目的トスルモノニ非スシテ寧其給付ヲ目的トスル債權ノ上ニ存スルモノナルコトハ前ニ説明セル所ナリ故ニ第三債務者カ現ニ其給付ヲ爲シ其債權消滅スルト同時ニ先取特

權者ノ權利モ亦其目的ヲ失ヒ當然消滅ニ歸スヘキモノト謂ハサルヲ得ス蓋第三債務者カ代表物タル金錢又ハ物件ヲ債務者ニ交付スルト同時ニ其金錢又ハ物件ハ代表物トシテハ最早認識シ得ヘカサルニ至ルヲ以テ交付後ニ於テ仍先取特權ノ行使ヲ許スハ實際上種種ノ難問ヲ生シ害アリテ益ナシ是代表物タル金錢又ハ物ノ交付前ニ非サレハ先取特權ノ行使ヲ許ササル所以ナリ

第二節 先取特權ノ種類

先取特權ハ法律カ特種ノ債權ヲ保護スルカ爲メ之ニ附隨セシムル所ノ特別ノ權利ナリ而シテ法律カ特種ノ債權ヲ保護スル所以ノ理由ハ其債權ノ因テ生スル原因ニ存スルモノナリ例之日用品ノ供給、旅店ノ宿泊等ノ如キハ何レモ債權ノ因テ生スル特種ノ原因ヲ爲スモノニシテ法律ハ此等ノ原因ヨリ生スル債權ハ特ニ之ヲ保護スルノ必要アリト認メ之ニ先取特權ノ恩典ヲ付與スルモノニ外ナラス然レトモ先取特權中ニハ公益ノ保護ヲ主眼トスルモノアリ善良ノ風俗ヲ維持スルヲ目的トスルモノアリ或ハ公平ノ原則ヲ理由トシ若クハ擔保ノ契約ヲ基本トスルモノアリテ之ヲ保護スル所以ノ理由ハ區別ニシテ一定セス故ニ此點ハ各種ノ先取特權ヲ論スルニ當リテ各別ニ説明スヘシ

先取特權ハ權利ノ目的タル物トノ關係ニ於テ之ヲ二種ニ區別スルコトヲ得一般ノ先取特權及特別ノ先取特權即チ是ナリ一般ノ先取特權トハ債務者ノ總財産上ニ行ルモノヲ謂フ故ニ此特權ヲ有スル債權者ハ動産、不動産、債權ノ別ナク債務者ノ所有スル一切ノ財産ニ付其權利ヲ行フコトヲ得ヘシ特別ノ先取特權トハ債務者ノ財産中特定シタル動産又ハ不動産上ニ行ルモノヲ謂フ故ニ此權利ヲ有スル債權者ハ唯其權利ノ目的タル特定ノ動産又ハ不動産ノ上ニ其權利ヲ行フコトヲ得ヘク其他ノ財産ニ之ヲ行

民法債權(自第二章第二節至第十四節)

法學士 杉山直治郎 講述

契約各論

緒論

第一章 契約各論及債權各論ノ意義

本講義ノ目的ハ主トシテ債權編第二章第二節贈與乃至第十四節和解ニ關スル法規ノ原則ヲ講究スルニ在リ

普通此部分ノ講義ヲ名ケテ債權各論ト謂ヒ或ハ又契約各論ト稱ス然レトモ二語共ニ正確ナリト信ス

(第一) 債權各論トハ各種ノ債權論ノ意義ナリ抑債權ノ種類ヲ別ツニハ主トシテ二ノ觀察點アリ(一) 債權ノ發源上(二) 債權ノ内容上是ナリ今債權ノ發源ナル觀察點ヨリ見ルニ債權ハ之ヲ(法律規定ヨリ當然生スル發源)(1) 當事者ノ意思ニ基カサル債權(2) 當事者ノ意思ニ基ク債權ノ二種ト爲スコトヲ得而シテ當事者ノ意思ニ基ク債權ハ更ニ契約ニ基ク債權ト契約以外ノ法律行為ニ因ル債權トニ分ル然ルニ

贈與乃至和解ニ關スル債權ノ法則ハ單ニ契約中有名契約ノ一部ニ屬スル契約ヨリ生ズル債權ニ關スル法則ニ過キス次ニ債權ノ内容ナル觀察點ヨリ觀ルニ債權ハ(一)其主體ヨリ生ズル内容ノ差異ニ從テ之ヲ單數債務、複數債務ニ區別スルコトヲ得(二)其目的ヨリ生ズル内容ノ差異ニ從テ(イ)或ハ積極債務、消極債務ニ、(ロ)或ハ單純債務、複雜債務ニ、(ハ)或ハ可分債務、不可分債務ニ區別スルコトヲ得(三)又其應法ヨリ生ズル内容ノ差異ニ從テ(イ)或ハ條件附債務及單純債務ニ、(ロ)或ハ之ヲ期限到來前ノ債務ト期限到來後ノ債務トニ別コトヲ得尙其成立ヨリ生ズル内容ノ差異ニ從テ之ヲ主たる債務及從たる債務ニ別コトヲ得(シ)此他其發源ノ異ルニ從テ其債務ノ内容ハ皆多少同シカラサル所アルモノナリ然ルニ贈與以下ノ法則ハ右ノ内容ノ何レノ種別ヨリ觀ルモ單ニ其一部ニ關スルモノニ過キス是由テ觀レハ所謂債權各論ノ各論ナル語ハ不正確ナリ

加之贈與以下ノ規定ハ一面特種ノ内容ヲ有スル債權自體ニ關スルト共ニ他面其特種ノ債權ノ發源タル有名契約其モノニ關スルニ由テ觀レハ所謂債權各論ノ債權ナル語モ亦不正確ナリ

要之債權各論ノ名稱ハ(一)範圍ノ上ヨリ(二)性質ノ上ヨリ共ニ正確ヲ缺キタルモノト謂ハサルヲ得ス(第二)契約各論トハ各種ノ契約論ノ謂ナリ契約ノ種別ニハ數多アリト雖其性質ヨリ分テハ之ヲ財產契約及身分契約ノ二種ト爲スヲ得(シ)又契約ニ關スル法律規定ノ上ヨリ分テハ有名契約及無名契約ノ二種ト爲スコトヲ得(シ)今贈與以下ノ規定ハ身分契約ヲ含マス單ニ財產契約ニ關スル但尙財產契約中專債權契約ノミニ關シ物權契約ヲ含マスト看ル方通説ナリト雖此點ハ予ノ贊同スル能ハサル所ナルコトハ本論ノ冒頭ニ説明スヘシ又此規定ハ單ニ有名契約ノ一部ニ關スルニ過キス民法、商法其他ニ於テ財產契約タル有名契約トシテ重要ノ地位ヲ占ムルモノ甚多シ

加之贈與以下ノ規定ハ一面契約自體ニ關スルト共ニ他面ニ於テハ之ヨリ生ズル各別ノ内容ヲ有スル債權自體ニ關ス

故ニ又契約各論ノ語モ債權各論ノ語ト同ク範圍及性質ノ二點ニ於テ正確ナラサルモノト謂フヘシ

如此債權各論、契約各論ノ二語共ニ不正確ナリトセハ理論上他ニ適當ナル名稱ヲ求メサルヘカラサルヤ論ナシ然レトモ此二語ハ從來本講義ノ部分ヲ表ス名稱トシテ定居ルモノナルカ故ニ今特ニ之カ新名稱ヲ選フハ却テ理論ニ悞スルノ嫌アレハ唯語ニ因テ此意義ヲ誤ルコトナケルハ足ルナリ故ニ以上ノ注意ヲ爲シタル上ハ予モ亦暫此等ノ名稱ヲ以テ本講義ノ表示ト爲スニ同意ス而シテ債權各論、契約各論ノ二語ハ贈與乃至和解等ヲ表ス語トシテハ大體ニ於テハ兩者唯其觀察ノ方面ヲ異ニスルモノニ過キスト謂フヲ妨ケス但予ハ物權契約タル贈與等ヲモ認ムルノ見解ヲ執ルヲ以テ寧契約各論ノ語ヲ以テ優ル所アリト信ス

右ノ理由ニ基キ以下ノ契約各論ノ題目ノ下ニ贈與乃至和解ヲ講説シ尙暇アラハ他ニ若干ノ重要ナル財產契約ニ及ハント欲ス

第二章 契約各論ノ地位

契約各論ノ地位トハ契約各論カ民法ノ他ノ部分トノ比較上占ムル所ノ研究ノ價值ノ上ノ地位ト謂フコトナリ本講義ノ旨益ハ之ニ因テ始テ明ナルヲ得ルナリ民法ノ研究ニ從テ者多クハ契約各論ノ部分ニ對シテ多大ノ注意ヲ拂ハサルノ形跡アリ是特ニ本論ニ入ルニ先テ此點ニ關スル誤解ヲ防キ置クノ必要ヲ感スル所以ナリ

契約各論ノ地位ヲ明ニスルカ爲ニハ左ノ五點ヲ順説スルノ必要アリ

(第一) 身分法ト財産法トノ地位ノ比較

往昔氏族制、家族制ノ時代ニ於テハ身分法ハ民法ノ大部ヲ蔽ヒ且財産法ノ基礎ヲ成シタリシト雖商人制ニ推移スルニ隨ヒ其民法上ニ於ル重要ノ程度ハ其範圍ト共ニ次第ニ減少シ同時ニ財産法ノ地位、範圍ハ之ト正比例ノ増大ヲ爲セルコトハ沿革法理上復争フヘカラサル所ナリ即今日ニ於テ民法ノ要部ヲ占ムルモノハ身分法ヨリモ寧ろ財産法ナリト謂ヒテ可ナリ

(第二) 物權法ト債權法トノ地位ノ比較

物權法ハ債權法ニ先テ其萌芽ヲ發シ原始社會ニ於ル財産法ノ主部ヲ占メタリト雖信用取引ノ發達、經濟思想ノ進歩ト共ニ債權法ハ次第ニ其地位ヲ上進シ來リ今日ニ於テハ獨物權ニ限リテ社會生存ノ要件ト目スヘキニ非サルノミナラス經濟上ハ事實債權ヲ以テ物權ヨリモ重要ナル社會生存ノ要件ト視ルヘキ理由スラ存スル位ナリ民法第一七五條ノ如キハ決シテ此點ニ付テノ反對論ノ根據ト爲ルヘキモノニ非スト信ス

(第三) 債權ノ發源中法律行為以外ノ事實ト法律行為トノ地位ノ比較

以上ノ二點ヲシテ總則ハ姑除キ今日民法中ニ在テ重要ノ地位ヲ占ムルモノハ或意味ニ於テハ債權法ナリト信ス而シテ債權ハ其發源ノ異ルニ從ヒ多少其内容ヲ異ニス故ニ債權編ノ總則ハ別トシテ債權法ノ何レノ部分カ重要ノ地位ヲ占ムルカヲ明ニスルニハ債權ノ發源ヨリ觀察ヲ下ササルヘカラス此點ニ付テハ法律行為カ債權發源ノ常態ニシテ其他ノ事實ハ事變態ニ屬スルモノト看ルヲ以テ事實ノ真相ニ合セリトスヘシ故ニ總則ノ部分ハ別トシテ債權編中最重キヲ推スヘキモノハ法律行為ヨリ生スル債權ニ

關スル原則ナリト爲ササルヲ得ス尙物權法ニ付テモ略同一ノ觀察ヲ爲スヲ得ヘシ

(第四) 契約以外ノ法律行為ト契約トノ比較

僅少ナル範圍ニ於テ法律行為ヲ認メシ古代ニ於テハ其法律行為ノ形式ハ殆全ク契約ニ限リタリキ時世ノ進歩ニ伴ヒ當事者ノ意思ノ自由ヲ認メラルル範圍次第ニ擴大シ終ニ意思自由ノ主義其絕頂ニ達スルニ及ヒシモ仍其意思ノ自由ハ所謂契約自由ノ原則ノ下ニ認メラレタルモノニシテ即當事者ノ意思ハ契約ナル形式ニ依テ遂行セラルルヲ以テ殆唯一ノ途ト爲シタリ然ルニ執近ニ至リ契約自由ノ原則ハ漸之ニ對スル制限ノ範圍ヲ増大スルヲ共ニ一方ニ於テハ單獨の意思表示其他ノ法律行為ノ種類カ稍認メラントモ將來ハ兎ニ角今日一般ノ見解ニ從フトキハ此種ノ法律行為ハ民法ニ於テ之ヲ認ムル場合ニ限ラレ其範圍ハ其地位ト共ニ未契約ノ其レニ比較スルヲ得ルノ階梯ニタモ違セス即債權ハ勿論物權ニ關シテモ法定ノモノノ外ハ直接ニ契約ニ依テ其效果ヲ生スルヲ本則トス隨テ此人ノ意思ハ今日仍契約ニ依テ遂行セラルルヲ本則トシ常態トスルヲ失ハサルナリ

(第五) 無名契約ト有名契約トノ比較

更ニ右契約ノミニ付テモ無名契約ト有名契約トニ依リ大ニ其地位ヲ異ニスルコトヲ知ラサルヘカラス抑此契約ノ區別ハ羅馬法ニ始ル羅馬法ニ於テハ契約ノ限定シテ口頭、書面、要物、諾成ノ四種ノミヲ認メタリ然ルニ社會ノ進歩ニ隨ヒ此以外ニ契約ノ成立ヲ認ムルノ必要ヲ生セリ而シテ新ニ認メタル契約ハ之ヲ總括シテ無名契約ト稱シ取之ニ特別ノ名稱ヲ與ヘサリキ隨テ之ニ對シテ從來認メラレタル四種ノ契約ヲ有名契約ト稱スルコトト爲レリ而シテ無名契約ノ範圍ハ雙務のモノニ限ラレ且之ニ對スル

保護ノ如キモ有名契約ニ比シテ頗爾弱ナリキ如此古昔ニ於テハ初ハ契約ハ有名契約ニ限ラレ且其契約ハ各自特殊ノ形式的及實體的要件ヲ具フルニ非サレハ成立セズ後無名契約ヲ認ムルニ至テモ契約制限主義ノ範圍ハ頗爾大ナリシニ由リ有名契約ハ尙頗重要ノ地位ヲ占メタリシナリ故ニ有名契約論ノ地位ハ殆今日ノ法律行為全部ヲ徹ヘルモノト謂ヒテ可ナリ(第一期)

然ルニ變ニ述ヘタル如ク契約自由ノ原則次第ニ其勢力ヲ増大スルニ隨ヒ當事者ハ法律ノ豫想シ規定スル契約即有名契約以外ニ於テ公益ニ反セサル限ハ如何ナル契約ヲ締結スルヲ得ルニ至リ有名契約ハ唯日常生活ニ於テ最普通ナル契約ニ付テ規定セラルルニ過キス而モ其有名契約ト雖單ニ當事者ノ意思ノ推測ニ止リ隨テ當事者カ異リタル意思ヲ有スルモノト認メラル場合ニハ其契約ノ内容ハ法律規定ニ定メラルル所ト變更ヲ生シ更ニ有名契約ノ名稱ヲ以テ一ノ契約ヲ締結スルモ當事者ノ意思ノ内容上無名契約トシテ成立スルコトヲ妨ケサルコト爲レリ且一ノ契約上ノ現象ヲ說明スルニ方リテモ古昔ハ可成之ヲ有名契約ノ圈内ニ入レンカ爲メ無名契約ト説明スルヲ試ミタリト雖右觀念ノ變更ノ結果之ヲ無名契約トシテ判定スルコトニ躊躇セサルノ有様ト爲レリ左レハ近世契約自由ノ原則カ其點ニ違スルニ及ヒテハ有名契約ト無名契約トノ區別ノ實益ハ殆存セサルニ至リタリ即此時期ニ在テハ契約論其モノハ最大ナル地位ヲ占メタリト雖其重大ナル地位ヲ占メタル契約論ハ實ハ無名契約論ニ過キス有名契約論其モノノ地位ハ殆零ニ近カリシト謂ヒテ可ナリ(第二期)

然レトモ最近ニ於テ一般ノ趨勢ニ依レハ從來其勢力ヲ擅ニシ來リタル商人主義、自由主義、意思主義ハ其反動トシテ生シタル國家主義、干涉主義、表示主義ノ強壓ヲ蒙リ付テハ絕對ノモノト思惟セラレタリシ契約自由ノ原則ノ如キモ次第ニ契約自由ノ制限ノ爲ニ其範圍效力ヲ減縮セラルル傾向アリ其結

果トシテ有名契約ニ關スル原則ハ從來殆任用法規ノミヲ以テ成リシト雖近來類ニ立法上ノ改正ヲ以テ強行の法規ヲ加味シ以テ公益上ヨリ有名契約ヲ制限スルヲ見ル又解釋ノ方針ニ付テモ有名契約ニ關スル規定ハ最早從來ノ如ク單ニ結約者ノ意思ノ補充若クハ推測ノ性質ヲ有スルニ過キスト考フルコトナク其規定ノ多クハ事法ノ希望又ハ要求ヲ表スモノナリト爲シ隨テ之ニ反シ若クハ之ニ異ル内容ヲ其契約ニ有セシムルハ多クハ社會的利益、政治的利益ニ適合セナルモノト解シ以テ解釋ノ上ヨリモ強制規定ヲ増加スル傾向ヲ生スルニ至リタリ且無名契約ハ從來飽ク迄當事者ノ意思ノ解釋ニ從テ其内容ヲ定メラルルモノト考ヘタリシカ今日ニ於テハ新法解釋ノ基礎ハ次第ニ其趣ヲ改ムル傾向ヲ生シ無名契約ト雖之ニ類似セル有名契約ノ規定ヲ準用スヘキモノナリトノ見解ヲ生スルニ至リタル位ナリ唯我民法ニ於テハ未時代ノ精神此最新ノ思潮ニ適合スル迄ニハ進歩セズ原則ハ尙任用法規ノ時代ニ在ルモノト解スヘキカ如シ然レトモ有名契約ニ關スル規定ニ在テ強調の分子ヲ増加ノ近來見ルヘキモノナルコトハ亦我國ニ於テモ認メサルヲ得サル所ナリト信ス(第三期)

要スルニ最近ニ於テ契約中有有名契約カ無名契約ニ對スル關係ニ於テ占ムル地位ハ三期ヲ經テ三變シ第一期古代、中世ニ於ルカ如クニ重要ナルモノニ非スト雖又第二期近世ノ始ニ於ルカ如キ輕微ナルモノニモ非ス蓋(一)有名契約ニ關スル法規ノ原則ハ強制的の分子ヲ含ムコト多キヲ加フルニ至リタル點ニ於テ當ニ有名契約自體ノ成立、效力等ノ問題トシテ其價值ヲ有スルコト小ナラサルノミナラス(二)此等ノ法制ノ多クハ事法ノ希望又ハ要求ヲ表スモノナリトセハ縱令無名契約ニ準用アルコトヲ認メ得サルトハ云ヘ此等ノ法則ヨリシテ法ノ公益の旨趣ヲ推及シ得且推及スヘキモノナルコト疑ナキカ故ニ一般契約ニ關シテモ最早從來ノ如ク一ニ當事者ノ意思解釋ト謂フカ如キ事實問題ニ委スヘキモノニ非ス

右ノ公益上ノ法ニ準據シテ當事者間ノ意思關係、公益關係ヲ解決スヘキ法律問題ヲモ包含スルコト大ナルモノアルヲ認メサルヘカラス而シテ契約ハ今日ニ於テモ仍私人ノ意思ノ發源ノ本則タルヲ失ハストセハ有名契約ニ關スル法則ヲ研究スルコトハ私人ノ意思カ私法上如何ナル程度、範圍ニ於テ其效力ヲ認メラルヘキカニ付テ法ノ一般精神ヲ知ル上ニ於テモ甚重要ナルモノト謂フヲ得ヘシ尙有有名契約ナルモノハ法律生活上日常最頻繁ニ發生スル契約ニ關ス故ニ實際ノ法律現象ニ就テ觀ルニ契約の現象ハ百中九十八九迄ハ有名契約ノ圈内ニ入ルヲ見ルナリ此點ヨリモ有名契約ノ地位如何ヲ知ルヘキナリ

以上述ヘタル五點ヨリシテ契約各論ノ地位ハ明瞭ト爲リタル筈ナリ固一定ノ方面ヨリ觀レハ民法中最

ナルモノト謂フヘキナリ

以上述ヘシタル五點ヨリシテ契約各論ノ地位ハ明瞭ト爲リタルヲ管ナリ即一定ノ方面ヨリ觀レハ民法中最重要ノ地位ヲ占ムルモノハ契約ナリ而シテ其契約中最重要ノ地位ヲ占ムルモノハ有名契約ナリ而有名契約ハ無名契約ニ對スル關係ノニ付テ言ハハ第一期重要ナルモノニハ非スト雖契約其モノカ第一期ニ比シテ其地位ヲ進メタルコト甚大ナル今日ニ於テハ全般ノ眼界ヨリ言ハハ有名契約ノ地位ハ沿革のニモ今日ニ於テ最其地位ヲ進メタルモノト謂フヘシ然ルニ契約各論ナルモノハ實ニ如此重要ノ地位ヲ占ムル有名契約ニ關スル法則ヲ以テ其研究ノ目的トス故ニ契約各論ノ地位ハ世人ノ意想ニ反シテ重大ナルモノト謂フヘキナリ

第三章 各種ノ契約ニ關スル法律規定

(甲) 立法例(略ス)

(乙) 各種ノ契約ニ關スル規定ノ性質

各種ノ契約ニ關スル規定ハ從來大半ハ任用の規定ナリトセラレタリ蓋意思主義、箇人主義及契約自由ノ原則ノ結果其性質多クハ唯結合者ノ意思ヲ推測、意思ヲ補充外ナラサルモノト看做セラルヘナリ若此見解ヲ正當ナリトセバ當事者ノ意思カ根據ナルヲ以テ縱令別段ノ表示ナキ場合ニ於テモ異レハナリ然レドモ判近ニ至テハ意思主義、箇人主義ニ代ルニ表示主義、國家主義ヲ以テシ契約自由ノ原則ハ契約自由ノ制限ヲ蒙ルコト頗大ナル趨勢ヲ有ス若後ノ主義カ前ノ主義ヲ凌駕スルコト今日ノ時代ノ需要精神ニ適應スルモノナリトスルトキハ從來當事者ノ意思ヲ推測、意思ヲ補充ニ過キサルモノト認マラレタル法律規定モ實ハ法律ノ意思希望、強ヒテ言ハバ法律ノ要求ヲ表スモノト看サラル得ヌ如此看ラレタル法律規定モ實ハ法律ノ意思希望、強ヒテ言ハバ法律ノ要求ヲ表スモノト看サラル得ヌ如此看ル結果ヲ呈スルカ又ハ少クトモ其規定ノ適用ヲ免ル爲メハ單國ニ之ヲ免ルノ意思アルヲ以テ足レタルトス其意思ヲ表示セザルヘカタルコト疑ナシ現ニ近來獨、佛諸國ニ於テモ單行法ヲ以テ此種ノ規定ニ強行のモノヲ刪ナリコト多ク各種ノ契約ニ關スル國家ノ干渉漸次其程度ヲ高ムルヲ見ル又一方ニ就テハ學說ノ趨勢モ亦表示の爲リ進テハ強行の二傾クモノノ如シ我國法ノ解釋トシテハ果シテ執ラズ正當トシ必要多少疑ナキニ非スト雖第九一條ニ於テハ任用規定ニ關シテ其適用ヲ免ル爲メハ特ニ其表示ヲ要メトシタルヲ見ルヘシ然レトモ各種ノ契約ニ關スル規定カ多クハ強行の規定ナリトスル迄ハ我邦時代ノ精神ハ未進ミ居ラサルカ如シ故ニ第二節以下ノ規定ハ擬ハシキ場合ニ於テハ尙任用的ノ規定即當事者ノ反對ノ意思表示アル迄ハ一應適用セラルト同時ニ其表示アルト共ニ其適用ナキ性質ヲ規定ト解スルニ出脫の多數ノ場合ニ於テ確當ナルヘシ財各種ノ契約ニ關スル規定ハ我邦現時ノ觀

念ニ於テ尙未ダハ任用的ナル特徴ニ有スル點ニ於テ物權法及身分法等ト著シク其性質ヲ異ニスルモノト認テ之ヲ而シテ各種ノ契約ニ關スル規定ノ任用的ナルカ強行的ナルカヲ判別スルニ付テハ他ノ規定ニ對スルト同様に一般ノ標準アルニ非ス各規定ノ成立趣旨ニ鑑ミ所謂公ノ秩序ニ關スルモノナルヤ否ヤニ由テ決定スヘキ具體的ノ問題ニ過キサルナリ

(丙) 各種ノ契約ニ關スル規定ノ適用
此點ニ付テハ二箇ノ問題アリ

(第一) 各種ノ契約ニ關スル規定ハ之ニ類似セル無名契約ニ如何ナル關係ヲ有スルカ

(一) 關係說 (イ) 適用說 (ロ) 準用說

(二) 無關係說

右ノ內準用說ハ最實際ニ適合シ甚便利ナリト雖今日一般ニ認メラルル解釋方法ノ基礎ヨリ論スルトキハ理論上正當ト認ムル能ハサルコト適用說ト唯程度ヲ異ニスルノミ蓋類推解釋ハ法ノ適用ニ非スレタ法ノ創設ナリ加之準用ナルコトハ素性質ノ異レル事項ヲ他ノ事項ニ關スル法規ニ從ハシムルヲ意味シ隨テ明文ヲ以テ認メラルル場合ニ限ルトスルヲ以テ我民法ノ趣旨ト爲スヘケレハナリ故ニ法理上ノ解釋トシテハ不便ナカラモ無關係說ニ左袒セサルヲ得サルナリ但事實上ニ於テハ一般ニ無名契約ヲ締結スル當事者ノ意思ハ之ニ類似ノ有名契約ニ關シテ規定セル所ヲ其内容ト爲スニ在リ且此意思ハ暗黙ニ表示セラルルモノト看ルヲ穩當トスヘキ場合多シ故ニ結果ニ於テハ何レノ解釋ヲ採ルモノノ豫想スルカ如キ多大ノ差異アルモノニハ非サルヘシト信ス

(第二) 各種ノ契約ニ關スル規定ハ所謂物權契約ヲモ包含スルヤ否ヤ此問題ハ各種ノ契約中單ニ物

ノ處分ヲ目物トスル契約ノミニ關ス故ニ此種ノ契約ノ概論トシテ後ニ本論ニ於テ之ヲ論スヘシ

(丁) 契約ノ成立、效果等ヲ決定スヘキ準則

(第一) 左ニ掲クル準則ハ其順序ヲ以テ有名契約ノ成立、效果等ヲ定ム

(1) 各種ノ契約ニ關スル強行的規定其他一般ノ強行的規定

(2) 當事者ノ意思表示

(3) 任用的ノ性質ヲ有スル各種ノ契約ノ規定

(4) 契約ノ通則タル第三編第二章第一節契約總則ノ任用的規定

(5) 第一編總則第四章法律行為其他一般ノ任用的規定

(第二) 無名契約ニ付テハ之ヲ定ムヘキ準則及其順序ハ左ノ如シ

(1) 一般民法ノ強行規定

(2) 當事者ノ意思表示

(3) 契約ノ總則ニ屬スル任用的規定

(4) 法律行為其他ニ關スル任用的規定
但右ハ本則ニ過キス之ニ對スル例外ナキニ非ス例之無名契約ト雖其有價ナルモノニ付テハ契約ノ總則ヲ適用スルニ先チ只賣買ノ規定ヲ之ニ準用スルヲ原則トスルカ如キハ其一例ナリ(五五九條)

第四章 契約ノ分類

契約ノ分類ハ本來契約總論ノ範圍ニ屬ス唯契約各論ノ豫備觀念トシテ必要且便利ナルカ故ニ茲ニ其大

要ヲ説明シ置カントス

第一、雙務契約、片務契約、雙務契約ハ當事者雙方カ互ニ反對給付ニ對價ト認ムル債務ヲ負擔スル契約ヲ謂フ片務契約トハ當事者ノ一方又ハ雙方ニ反對給付ニ非サル債務ヲ負擔セシムル契約ヲ謂フ雙務ノ片務ノ區別ハ總テノ契約ヲ兩分スルモノニ非ス先此區別ハ沿革上債權契約ニ限ラル即財產契約ト雖直接ニ物權契約ヲ包含セス唯條理上多クノ場合ニ於テ同一ノ法理ヲ以テ律スヘキノミ加之債權ニ關スル契約ト雖債權ノ消滅ヲ目的トスル契約ニハ適用ナキナリ

一ノ契約カ雙務ナリヤ片務ナリヤハ債權者カ反對給付(對價、交換的關係)ヲ負擔スルヤ否ヤニ存ス是此區別ノ法制上ノ實益及沿革觀念ニ鑑ミ然ラサルヲ得サル所ナリト信ス即當事者ノ意思上對價ヲ成ササル限ハ債權者モ亦債務ヲ負擔スルヤ否ヤ其契約ヲ片務ト見ル上ニ於テ問フ所ニ非サルナリ故ニ片務契約ハ更ニ之ヲ左ノ二種ニ分ツコトヲ得ヘシ

(一) 絕對的片務契約 債權者ハ全然何等ノ債務ヲモ負擔スルコトナキ契約ヲ謂フ
(二) 相對的片務契約 債權者カ反對給付ニ非サル債務ヲ負擔スル契約ヲ謂フ

(イ) 契約ノ性質上債權者カ必然的ニ債務ヲ負擔スル場合 例之使用貸借ノ如シ此契約ニ於テ生スル借主ノ返還ノ債務ト貸主ノ使用認許ノ債務トノ間ニハ反對給付ノ關係ナシ

(ロ) 特約ニ因テ債權者カ債務ヲ負擔スル場合 例之有價委任、有價寄託ノ場合ニ於テハ委任者又ハ寄託者カ債務ヲ負擔スルコトヲ受任者又ハ受寄者ノ債務ヲ負擔ト對價ノ關係ヲ成スヤ否ヤノ事實問題ニ依テ其契約ノ性質ヲ異ニセシム當事者ノ意思對價ニ在ルトキハ雙務契約ナリ反之對價ト看サルトキハ片務契約ナリトス

(ハ) 結約後偶然ノ事情ニ因テ債權者カ債務ヲ負擔スル場合 例之受託者カ委任事務ノ處理ニ必要ト認ムヘキ費用ヲ出シタル場合ノ如シ(六五〇條)佛學者ハ此場合ヲ不完全雙務契約ト稱ス然レトモ

一ノ契約カ雙務ナリヤ片務ナリヤハ一ニ(一)契約當時ヲ標準トシ契約其モノヨリシテ(二)當事者雙方ニ生スル債務カ(三)結約者ノ意思上對價ノ關係ヲ有スルヤ否ヤニ因テ定ルヘキモノナリ費用償還ノ債務ノ如キハ契約其モノノ直接ノ效果ニ非ス立替ナル契約ニ非サル事實ヨリ生セルモノニ過キス故ニ對價ヲ爲ササル點ノ如キハ問ハストスルモノヲ契約ナル觀念ノ前提ノ下ニ雙務ナリヤ否ヤヲ論スルハ抑留レト謂フヘシ

區別ノ實益 主トシテ契約ヨリ生スル債權ノ效力ニ存ス即不履行ノ抗辯及危險負擔ノ如キハ專務契約ニ存ス

第二、有價契約、無價契約、有價契約トハ當事者雙方共ニ利益ヲ得ル契約ヲ謂フ即當事者ハ各一方ニ利益ヲ得ルト共ニ他方ニ之ニ對シテ出捐ヲ爲ス契約ヲ謂フ無價契約トハ當事者ノ一方ノミカ專ラ利益ヲ得ル契約ヲ謂フ即反對ノ方面ヨリ觀察スレハ當事者ノ一方ノミカ出捐ヲ爲ス契約ヲ謂フナリ利益又ハ出捐ト謂フハ必シモ債權ニ關スルヲ要セス否權利ヲ得喪ト謂フモ尙狹キニ失ス例之雇傭契約ノ如キハ權利ヲ義務者カ失フト謂フヘキモノニ非ス又利益ハ必シモ結約者ニ歸スルヲ要セス例之第三者ノ爲ニスル契約ノ如キモ有價契約タリ得ルモノトス尙此區別ハ當事者ノ意思ヲ標準トシ且契約其モノヨリ直接ニ生スルモノナルヲ要スルコトハ猶雙務契約ニ於ルト異ルナシ所謂不完全雙務契約ノ如キハ此點ニ於テ有價契約ニモ非スト謂フヘシ

契約ノ有價ナルカ無價ナルカニ二ノ場合アリ(一)性質上(二)有價ナルモノノ買賣、雇傭等(ロ)無價ナ

ルモノノ贈與、使用貸借等(二)當事者ノ意思上委任、寄託、終身定期金、消費貸借等區別ノ實益

(一)當事者ノ能力(例之未成年者、準禁治產者ハ同意ナクシテ有效ニ無償契約ヲ要約スルコトヲ得然レトモ之ヲ諾約シ若クハ有償契約ヲ締結スルニハ同意ヲ要ス)(四條、一二條)

(二)當事者ノ關スル錯誤(是唯一應ノ推測材料タルニ過ス)

(三)注意ノ程度(例之無償ノトキハ通常自己ノ財產ニ於ルト同一ノ程度ノ注意ニテ足ル)

(四)支配スヘキ法規(五五九條)是有償、無償ノ區別ト重大ナルモノナリ

債務、片務ノ區別ト有償、無償ノ區別ト混同スヘカラス(一)觀察點異ル(債務契約ノ區別ハ主トシテ債權、債務ノ點ヨリ觀察ス加之有償、無償ノ區別ハ主トシテ財產上ノ利益又ハ損失ノ點ヨリ觀察ス(二)其結果トシテ範圍異ル即債務ハ必有償ナリ反之片務ハ必シモ無償ニハ非ス縱令雙方カ債務ヲ負フモ當事者カ二者對價ヲ成サスト考フルトキハ有償ナレトモ片務タルナリ或ハ有償契約モ亦對價ナル主觀的要素ヲ具ヘサルヘカサルコト債務ト同ク論スル學者アリ是亦頗有方ナル見解ナレトモ茲ニハ姑消極ノ見解ニ從フ又有償ナルモ債務ノ當事者ノ一方ニノミ生スル場合アリ例之利息附消費貸借ノ如シ第三要式契約、不要式契約、要式契約トハ契約ノ成立ニ一定ノ方式ヲ必要トスル契約ヲ謂フ不要式契約トハ契約ノ成立ニ何等ノ方式ヲモ必要トセサル契約ヲ謂フ古代ニ於テハ信用ノ薄弱ナリシト證據ノ湮滅シ易カリシトニ因リ方式ニ依ル必要アリキ反之今日ニ於テハ斯ル要ナク且取引ノ敏活ヲ妨ク是ヲ以テ身分法及商法等ニハ特殊ノ理由ニ基キ今仍舊式行爲ヲ認ムレトモ我財產法ニハ方式ヲ必要トスル契約ヲ認メス但第三者ヘノ對抗要件トシテ方式ヲ定メタル場合アリ例之物權ノ得喪、變更ニ關スル

登記(一七七條)又ハ債權ノ移轉(四六七條)代位辨濟(四九九條)債權者ノ交替ニ因リ更改(五一五條)等

ニ於テ確定日附アル證書ノ如シ此他贈與ハ取消スコトヲ得サルモノト爲スニハ書面ニ依ルヲ必要トセ(五五〇條)然レトモ此等ハ契約ノ成立ニ關スルモノニ非ス故ニ要式契約ハ認ムヘキモノニハ非サルナリ隨テ此區別ハ契約各論ニハ實益ナシ

(第四)諾成契約、要物契約、諾成契約トハ意思ノ合致ノミニ因テ成立スル契約ヲ謂ヒ、要物契約ト

ハ意思ノ合致セラル上ニ尙物ノ引渡ヲ必要トスル契約ヲ謂フ要物契約ハ要式契約ニハ非ス故ニ此區別ハ

不要式契約中ノ區別ナリ要物契約ニ於テ契約ノ成立スル時期ハ引渡ノ完了セル時ニ在ルコトハ疑ナシ

唯合意ト引渡ト同時ナラサルヘカサルカ即引渡ナル形式ニ因テ合意カ行レサルヘカサルカ又ハ合

意ハ引渡以前ニ有スルモ可ナルカハ問題ナリ前解釋ヲ執レハ引渡ノ時ニ於テ意思若クハ表示ノ欠缺ハ

契約ノ不成立ヲ來スヘシ反之後解釋ニ從フトキハ一旦合意アリタルトキハ引渡ノ時ニ更ニ表示ノ形式

ヲ履ム必要ナク又當事者ノ意思ニ變更ヲ來スモ其意思ノ變更ハ何等法律上ノ效果ヲ生スルコトナカル

ヘシ思フニ前見解ヲ執ルトキハ合意ハ引渡ナル形式ニ依テ表示セラルルト云フニ歸著スヘキカ故ニ契

約ハ要式契約ノ一種ト爲ルニ至ルニ要式契約ノ沿革の意義ニ反ス其理論上ヨリスルモ同時ナリトスル

ハ法カ或契約ヲ要物トシタル趣旨上必要ニ非ス不必要ナルニ好ミテ取引ヲ害スル解釋ヲ執ルハ法ノ本

旨ニ反ス故ニ予ハ後見解ヲ正當ト信ス

我民法上要物契約ニ屬スルモノ四箇アリ(一)質契約(三四四條)(二)消費貸借(五八七條)(三)使用貸借

(五九三條)(四)寄託(六五七條)是ナリ

(第五)主タル契約、從タル契約、從タル契約トハ其契約ノ成立カ他ノ契約ノ存立ニ係ルモノヲ謂フ

例之契約ヨリ生シタル債務ニ關スル保證、質設定、抵當設定、違約金設定ノ契約ノ如シ主タル契約トハ契約ノ成立カ他ノ契約ノ存立ニ係ラサルモノヲ謂フ第二節以下ノ諸契約ハ概ネ主タル契約ナリ但從タル契約モナキニ非ス例之質屋ノ特約ノ如シ

區別ノ實益 通常主タル契約ノ無効ハ從タル契約ノ無効ヲ惹起ス然レトモ主タル契約無効ト爲リタルトキ之ニ代ルヘキ從タル契約ハ此限ニ非ス反之從タル契約ノ無効ハ主タル契約ノ無効ヲ惹起ス但當事者力從タル契約ノ成立ヲ以テ主タル契約ノ條件トスル如キニ於テハ主タル契約ノ無効ヲ惹起スルモノトス要スルニ兩者ノ關係ハ當事者ノ意思問題ニ歸著ス

思フニ此契約ノ區別ハ何等ノ價值ナキカ如シ蓋一ノ契約成立カ他ノ契約ノ存立ニ係ラス或事實狀態ニ係ルトキト雖其契約ノ性質ハ同一ナリ況何レノ點ニ於テモ結局當事者ノ意思問題ニ適スルヲヤ

(第六) 有名契約、無名契約、有名契約トハ之ニ關シ契約總則ニ先テ適用スヘキ特別ノ規定ヲ有スル契約ヲ謂フ無名契約トハ斯ル特別規定ナキ契約ヲ謂フ通常此區別ノ標準ハ專法典ニ於テ特別ノ名稱ヲ有スル契約ト否トニ關スルモノト認メラルト雖是其外形ヲ見タルモノニ過キス精神ヲ明ニスルニ足ラス法典ニ名稱ヲ有スルコトハ必要ニ非ス唯法カ直接ニ其契約ヲ豫想シ之ニ關スル特別ノ規定ヲ設ケ居ルヲ以テ是レリトスルカ法理上正確ノ觀念ナリト信ス

區別ノ實益 法規ノ適用ニ關スル前已ニ述ヘタリ

以上述ヘタルモノノ外契約ノ總論トシテハ肝要ナルモノ尙少カラスト雖茲ニハ唯契約各論ノ豫備觀念トシテ缺クヘカヲサルモノノミニ止ム

九條ヲ以テ舊合資會社ハ其取引ニ關スル一切ノ書類ニ商法施行前ニ設立シタル會社タルコトヲ示スヘキコトヲ要スル旨ヲ規定セルコト是ナリ蓋舊合資會社ハ前述セルカ如ク其法律關係ハ新法ノモノニ比スレハ著シク異ルヲ以テ會社ト取引ヲ爲ス者ハ其會社カ舊法ノ合資會社ナルヤ否ヤヲ知ルニ非サレハ不測ノ災ヲ被ルノ虞アルヲ以テ之ヲ除クノ一方法トシテ本條ノ規定ヲ設ケシナリ

第三 株式會社 株式會社ハ商法第二編第四章ニ規定スル所ニシテ其特色トスル所ハ社員ノ出資ハ悉之ヲ株式ニ分ナ之ヲ結合シテ會社ノ資本ヲ成シ社員ハ即株主ニ對シテ其出資以上ニハ何等ノ責任ヲ負ハサルモノヲ謂フ故ニ株式會社ニ於テハ社員ハ悉有限責任ナリト謂ハサルヘカラス隨テ社員ナル人ニ付テハ毫モ重キヲ置カス全然物質的資本ニ重キヲ置ケル會社ナリト謂ハサルヘカラス獨逸學者ノ所謂物の會社又ハ資本團體ト稱スルモノハ即株式會社ヲ以テ其標本トス株式會社ハ如此社員ノ人ニ重キヲ置カス資本ニ重キヲ置カ故ニ多數人ノ結合ヲ計ル上ニ於テハ頗便利ナリ隨テ資本ヲ要スル大事業ヲ經營スルニ於テハ最適當ナル會社組織ト謂ハサルヘカラス然レトモ之ト同時ニ其法律關係ハ他ノ會社ニ比スレハ頗複雑極ム其概要ヲ説明スレバ會社ノ設立ハ七人以上ノ發起人アルコトヲ要スルト同時ニ社員即株主ハ七人以上アルニ非サレバ株式會社ハ存續セス(一九九條、二二條三號其資本ハ悉之ヲ株式ニ分ナ社員即株式ノ責任ハ其引受又ハ讓受ケタル株式ノ金額ヲ限度トシ(一四三條一四四條)會社事業ノ經營ニ付テハ特別ノ機關ヲ設ケ意思機關トシテハ株主總會アリ(二編第四章三節一款)業務執行及會社ノ代表機關トシテハ三人以上ノ取締役ナルモノヲ株主中ヨリ設ケ(一六四條、一六五條、一六九條、一七〇條)又監督機關トシテハ監査役ヲ設ケ(一八一條、一八三條)要スルニ此等ノ規定ハ株式會社ナルモノハ合名會社又ハ合資會社ニ於ルカ如ク少數ノ社員ヲ依頼シテ事業ヲ爲スノ趣意ニ非ス主ト

シテ資本ニ重キヲ置キ多數ノ人ヨリ資金ヲ吸收シ大資本ニ依リ大事業ヲ經營セシカ爲ニ多數ノ社員ヲ
 ムコトヲ前提トシテ設ケラレタルモノ外ナラス
 第四 株式合資會社 株式合資會社ハ舊商法ニ於テハ之ヲ認メス新商法ニ於テ始テ認メラレタルモノ
 ニシテ全然我國ニ新規ナル會社ナリ即商法第二編第五章ニ規定スル所ナリ其特色トスル所ハ社員ハ必
 無限責任社員ト株主トノ二種アルコトヲ要ス(二三五條)故ニ無限責任社員ヲ有スル點ニ於テハ合資會
 社ノ類似シ株主ヲ有スル點ニ於テハ株式會社ニ近似セルモノナリ然レトモ沿革上ヨリ言フモ亦我商法
 ノ規定ヨリ觀ルモ事其性質ハ株式會社ヨリモ合資會社ニ類スルモノナリ此會社ノ無限責任社員ハ合資
 會社ノ無限責任社員ト同一ノ責任ヲ有シ株主ハ株式會社ノ株主ト同一ノ責任ヲ有ス(二三六條)隨テ無
 限責任社員ハ合資會社ニ於ルカ如ク業務ヲ執行ヲ爲シ又會社ヲ代表スル株式會社ノ場合ニ比スレハ
 此點ニ於テ恰取締役ノ地位ヲ取ルモノナルヲ以テ會社ヲ代表スル無限責任社員ニハ株式會社ノ取締役
 ニ關スル規定ヲ準用セリ(二三三條)故ニ株式合資會社ニ於テハ株式會社ニ於ルカ如ク別ニ取締役ナル
 機關ヲ設ケス取締役ノ地位ハ當然無限責任社員ニ當ルモノトス然レトモ一方ニ於テハ株主ノ意思ヲ表
 示スルキ株主總會ナルモノハ之ヲ認メサルヘカラス又取締役ノ地位ニ當レル無限責任社員ヲ監督スヘ
 キ監督役ナルモノモ其必要アルヲ以テ之ヲ認ム(二三六條二項)而シテ株式合資會社ノ設立ニ付テハ無
 限責任社員カ發起人ト爲リ株主ヲ募集スルモノトス(二三七條、二三八條)
 上述セル如ク會社ニハ四種アリテ各其法律關係異ルヲ以テ或會社カ會社中如何ナル種類ニ屬スルモノ
 ナルヤハ外部ニ對シテ之ヲ明示スルノ必要アリ即第一七條ヲ以テ「會社ノ商號中ニハ其種類ニ從ヒ
 名會社合資會社、株式會社又ハ株式合資會社ナル文字ヲ用ユルコトヲ要ス」ト定メタル所以ナリ故ニ

會社ハ其種類ニ從ヒ必本條ニ定メタル文字ヲ使用シテ其商號ヲ表示セサルヘカラス此以外ノ文字ヲ以
 テ表示スルコトヲ得ス經合或種ノ會社タルコトヲ示シ得ル意義ヲ有スル文字アリトモ之ヲ使用スルハ
 本條遵守スルモノニ非ス又會社ハ商人トシテモ一箇人ト異ルノミナラス社團トシテモ民法ノ社團法人
 又ハ組合ト異ルカ故ニ會社ニ非シテ商號中ニ會社タルコトヲ示スヘキ文字ヲ用フルコトヲ得ス此規
 定ニ違背シタルモノハ五圓以上五十圓以下ノ過料ニ處セラル(一八條)故ニ會社ナル文字ヲ用フル場合
 ハ勿論又他ノ文字ヲ用フルトモ其意義カ會社ナルコトヲ示ス場合ニハ本條ノ制裁ヲ受クルモノトス
 以上述ヘタル所ニ依リ我商法ニ於ル會社ノ各種ニ付其特質ノ大要ヲ説明セリ本章ヲ終ルニ當リ一言ス
 ヘキハ會社ノ種類ハ各國ノ規定必シモ一ナラス其名稱ヨリ言フモ亦其社員ノ責任ノ種類ヨリ云フモ種
 種異ル會社ヲ認メタリ

第三章 各種ノ會社ニ關スル通則

現行商法ニ於テ會社ト稱スルモノハ四種類ナルコトハ前章ニ於テ述ヘタルカ如シ此等ノ會社ニ付テハ
 其種類ニ從ヒ詳細ナル規定ヲ設ケト雖總則ヲ以テ各種ノ會社ニ共通ナル規定ヲ設ケタリ以下之ヲ説明
 スヘシ

第一節 會社ノ住所

我商法ハ會社ヲ以テ法人ト爲ス以上ハ會社ノ住所ナルモノナカルヘカラス即第四四條第三項ヲ以テ會
 社ノ住所ハ本店ノ所在地ニ在ルモノト規定セリ抑自然人ニ於テハ其住所ハ其人ノ生活ノ本據ニシテ

(民二) 一條 民法ノ法人ニ付テハ其主タル事務所所在地ニ在ルモノナルカ(民五〇)條會社ノ本店ノ所在地ヲ以テ其住所ト爲ス理由ハ其精神ニ於テハ民法ニ規定スル所ト異ルコトナシ會社ノ本店ノ所在地ハ會社ノ營業ノ本據地ニシテ又主タル事務所ノ所在地ナルヲ普通トス如此會社ノ住所ハ本店ノ所在地ニ在ルカ故ニ會社ノ普通裁判籍ハ會社ノ本店ノ所在地ニ依テ定リ(民訴一〇)條又民事訴訟法第一六七條ニ依ル法律上ノ期間ノ伸長ヲ計算スルニハ會社ニ在テハ本店ノ所在地ヲ以テ起點トセサルヘカラス其他法律ニ於テ「住所」又ハ「住所」ト云フトキハ會社ニ付テハ總テ本店又ハ本店ノ所在地ト看做ササルヘカラス假令會社ハ本店ノ外ニ數多ノ支店ヲ有シテ營業ヲ爲スコトアリト雖法律ニ於テ會社ノ住所トセサルモノハ常ニ本店所在地ニ在ルモノニシテ支店所在地ハ營業上如何ニ重要ナルモノナル場合ト雖會社ノ住所ト非ス

第二節 會社設立ノ登記

會社ハ社團法人ニシテ之ヲ組織スル社員ノ離レテ別ニ人格ヲ有シ權利義務ノ主體タルカ故ニ會社カ成立スルニ至レハ之ヲ公示シ其社團カ法人トシテ第三者ニ對抗力ヲ有シ得ヘキ時期ヲ定ムルノ必要アリ是第四五條ヲ以テ會社ノ設立ハ其本店ノ所在地ニ於テ登記ヲ爲スニ非サレハ第三者ニ對抗スルコトヲ得スト規定シ會社ノ設立ヲ公示ヘキ地、公示ノ方法及其效力ヲ定メタリ唯登記スヘキ事項ハ會社ノ種類ニ依テ異ルヲ以テ各會社ノ規定中ニ之ヲ掲ケ即令會社ニ在テハ第五一條、合資會社ニ在テハ第一〇七條、株式會社ニ在テハ第一四一條、株式會社ニ在テハ第二四二條ニ掲ケタル事項ヲ登記スルコトヲ要ス此等ノ事項ノ詳細ニ付テハ別ニ各論ノ說明ニ譲リ茲ニハ之ヲ述ヘス

(第一) 登記ノ土地 會社ノ成立ヲ以テ第三者ニ對抗スルニハ設立ノ登記ハ會社ノ本店ノ所在地ニ於テ之ヲ爲スコトヲ要ス即會社ノ住所所在地ニ於テ之ヲ登記スルニ非サレハ會社ノ設立ハ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス故ニ支店ニ於テ之ヲ登記スルモ本店所在地ニ於テ登記ナクハ對抗力ナシ又支店ニ於テ未登記ヲ爲サストモ本店所在地ニ於テ登記ヲ了セハ此對抗力ヲ生スルモノトス

(第二) 公示ノ方法 公示ニ限ル假令他ノ方法ヲ以テ設立ノ事實ヲ公示スルモ第三者ニ對抗力ヲ生スルコトナシ故ニ會社カ單ニ官報又ハ新聞紙ヲ以テ設立ヲ公示スルモ此效力ヲ生セサルハ勿論又裁判所カ實際ニ未登記ヲ了ヘサルニ誤テ登記事項ヲ官報及新聞紙ヲ以テ公示シタル場合ト雖未會社設立ノ登記ナキヲ以テ第三者ニ對抗力ヲ生スルコトナシ(非訟一四四條)

(第三) 登記ノ手續 會社設立ノ登記ハ非訟事件手續法ニ定ムル所ノ一定ノ申請人ヨリ會社本店ノ所在地ノ區裁判所又ハ其出張所(管轄登記所ナリ)ニ備フル商業登記簿ニ登記スルニ在リ商業登記簿ハ會社及外國會社ニ付別別ニ之ヲ備ヘリ即令合資會社ニ在テハ合資會社登記簿ニ、合資會社ニ在テハ合資會社登記簿ニ、其他ノ會社モ各其種類ニ屬スル登記簿ニ登記スルコトヲ要ス

會社設立ノ登記ノ申請者ハ合資會社ニ在テハ總社員(非訟一七九條)合資會社ニ在テハ其無限責任社員ノ全員(非訟一八五條)株式會社ニ在テハ總取締役及總監査役(非訟一八七條)株式合資會社ニ在テハ無限責任社員ノ全員及總監査役(非訟一九六條)是ナリ

(第四) 登記ヲナスヘキ時期 ハ會社成立ノ日ヨリ二週間内ナルコトヲ要ス(五一條、一〇七條、一四一條、二二九條、二四二條、二六條二項)唯株式會社ニ於テ發起人カ總株式ヲ引受ケタル場合ニハ會社ハ之ニ因テ成立ストモ(一一三條)第一二四條ニ規定セル調査終了ノ日ヨリ起算シテ二週間ナルコト

ヲ要ス(一四)一條若此等ノ登記ヲ怠リタルトキハ會社ノ業務ヲ執行スル社員、取締役又ハ監査役ハ五圓以上五百圓以下ノ過料ニ處セラル(二六)一條一項

(第五) 登記ノ效力

(一) 會社カ其設立ヲ本店ノ所在地ニ於テ登記シタルトキハ第三者ニ對シテ法人タル會社ノ對抗力ヲ生ス前ニ述ヘタル如ク各種ノ會社ニ付テハ各其規定ニ依リ登記ヲ爲ス以前ニ於テ法人トシテハ成立スレトモ其法人タル資格ヲ以テ第三者ニ對抗スルニハ設立ノ登記ヲ完了シタル後ナラサルヘカラス故ニ社員相互ノ間又ハ會社ト社員間トノ關係ニ於テハ設立登記以前ニ於テ尙會社ノ成立要件ヲ具備セル以上ハ社員又ハ會社ハ會社ト未成立セサルモノトシテ各自ノ責任ヲ免ルルコトヲ得ス唯第三者ハ未設立ノ登記ナキトキハ會社ト未成立セサルモノトシテ自己ノ責任ヲ免ルルコトヲ得ルナリ然レトモ本條ノ規定ハ登記ナクハ會社カ第三者ニ對抗シ得サルコトヲ規定シタルニ止リ第三者カ會社ニ對抗シ得サルコトヲ規定シタルニ非サルカ故ニ第三者ニ於テハ設立登記以前ト雖會社ノ成立ヲ以テ會社ニ對抗シ得ルモノトス例之設立登記以前ニ第三者カ會社ニ對シテ債務ヲ負擔シタル場合ニハトノ抗辯ヲ提出シ得ヘシト雖反之第三者カ設立登記以前ニ會社ニ對シテ債權ヲ有スルトキハ會社ノ債務トシテ會社ト訴ヘ得ルモノニシテ會社側ニ於テハ未會社ハ登記ヲ完了セサルカ故ニ會社ノ成立ナク隨テ會社トシテ債務ヲ負フヘキ理由ナキコトヲ抗辯スルコト能ハス會社ハ會社ト債務トシテ第三者ニ之ヲ辨濟セサルヘカラス

會社設立ノ登記ノ效力ハ右ニ述ヘタル如シ之ヲ以テ一般ノ商業登記ノ效力ニ關スル第一二條ノ規定

ト比較スルトキハ著シキ差異アリ即第一二條ノ場合ニ於テハ(1)第三者ニ對スル對抗力ハ登記及公告ノ後ニ非サレハ發生セスト雖第四五條ノ場合ニ於テハ登記ノミヲ以テ足レリ(2)第一二條ノ場合ニ在テハ對抗力ハ善意ノ第三者ニ限ラル故ニ登記及公告ノ前ト雖事實第三者カ登記事項ヲ知リタルトキハ其者ニ對シテハ對抗力ヲ生ス然ルニ第四五條ノ場合ニ在テハ第三者ノ善意惡意ヲ區別セス隨テ設立登記前ニ於テ第三者カ會社ト成立シタルコトヲ事實知リタル場合ト雖尙登記ナキ以上ハ其設立ヲ以テ其第三者ニ對抗スルコトヲ得ス(3)第二條ノ場合ニ於テハ登記及公告ノ後ト雖第三者カ正當ノ事由ニ因テ之ヲ知ラリシトキハ其登記事項ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得スト雖第四五條ノ場合ニ在テハ尙一タヒ登記シタル以上ハ縱令第三者カ正當ノ事由ニ因テ知ラリシ場合ト雖尙對抗力ヲ生スルモノトス

上來述ヘタル如ク會社ノ設立ノ登記ハ會社ノ成立ヲ以テ第三者ニ對スル要件タルニ過キスシテ設立其モノノ要件ニ非ス會社ハ登記以前ト雖成立スルモノナリ此點ニ關スル外國法ノ規定ハ必シモ同一ナラス例之獨逸商法ニ於テハ會社ノ設立ノ登記ハ株式會社及株式合資會社ニ付テハ設立其モノノ要件タルモノナリ

(二) 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(四六條)

前ニ述ヘタル如ク設立登記ヲ爲スニ非サレハ第三者ニ對抗スルコト能ハサル以上ハ又會社ハ其登記ヲ了シタル後ニ非サレハ開業ノ準備ニ著手スルコト能ハスト規定スルハ當然ナリ蓋開業ノ準備ヲ爲スニ於テハ會社ハ自然第三者ト取引ヲ爲スヲ要スヘク隨テ第三者ト會社トノ間ニ債權債務ノ關係ヲ生スルニ至ルヘシ然ルニ設立登記後ニ非サレハ會社ハ第三者ニ對シテ對抗力ヲ生セサルヲ以テ開業

準備ニ伴ヒ生スル此等ノ債權ニ付會社ハ頗不利益ノ地位ニ立テ隨テ會社ニ損害ヲ來スヘシ是第四六條ヲ以テ會社ハ設立ノ登記ヲ本店所在地ニ於テ爲シタル後ニ非サレハ開業ヲ準備ニ著手スルコトヲ得スト定メタル所以ナリ若此規定ニ反シテ開業ノ準備ニ著手スルトキハ業務ヲ執行スル社員又ハ取締役ハ五圓以上五百圓以下ノ過料ニ處セラル(二六)一條五項然ラハ此登記前ニ開業準備ノ爲ニ爲シタル行為ノ效力ハ如何ト云フニ本條ノ規定ニ依リ直ニ之ヲ無効ナリト謂フヲ得第四五條ニ依レハ設立登記前ノ行為ト雖第三者ヨリシテ會社ニ對抗スルコトヲ妨ケタル趣意ヨリ觀ルモ將又第二六一條ニ依レハ本條ノ規定ニ違反シタルトキハ單ニ過料ノ制裁ヲ付スルニ止ル點ヨリ觀ルモ登記前ニ開業準備ノ爲ニ爲シタル行為ハ無効ナルコトナシト解セサルヘカラス

(三)

會社カ本店ノ所在地ニ於テ登記ヲ爲シタル後六箇月内ニ開業ヲ爲ササルトキハ裁判所ハ檢事ノ請求ニ因リ又ハ職權ヲ以テ其解散ヲ命スルコトヲ得會社カ設立セラレ本店所在地ニ於テ登記ヲ爲ストキハ第三者ニ對シ對抗力ヲ生シ又開業ノ準備ヲモ爲シ得ルニ至ルヲ以テ會社ハ此登記ヲシタル以上ハ速ニ開業ニ著手スヘキナリ然ルニ登記後六箇月ヲ經過スルモ尙開業ヲ爲ササルニ於テハ社員ノ不利益ナルハ勿論又世ヲ欺クモノナレハ如此會社ハ之ヲ存續セシムルノ必要ナシ故ニ裁判所ハ其權力ヲ以テ之ヲ解散シ得ルモノトセリ然レトモ事情ニ依テハ必シモ六箇月内ニ開業ヲ爲スコト能ハサルコトアリ例之開業ヲ爲ス迄ニ大ナル設備ヲ要スル事業ヲ目的トスルモノノ如キハ開業準備ノ爲ノミニテモ六箇月以上ヲ要スルコトアルヲ以テ如此正當ノ事由アルトキハ其會社ノ請求ニ因リ右六箇月ノ期間ヲ伸長スルコトヲ得ル旨ヲ規定セリ(四七條)但商法第九六條及私設鐵道會社ノ如キハ本條ノ例外ヲ爲スモノナリ(私設鐵道法三九條、四五條、四六條)

第四七條ニ依ル會社ノ解散及開業ノ伸長ニ關スル裁判管轄及手續ハ非訟事件手續法第一二六條、第一三四條及第一三五條ニ規定セリ

第三節 不法會社ノ解散

茲ニ所謂不法會社トハ會社ノ目的カ初ヨリ不法ナル會社ヲ謂フニ非ス會社ノ目的カ其設立ノ初ヨリ不法ナル場合ニ於テハ此目的ヲ有スル定款ニ署名スル行為自身カ既ニ民法第九六條ノ規定ニ依リ無効ナルヲ以テ初ヨリシテ會社ノ成立スルコトナシ隨テ其會社ノ解散ナルコトアリ得ヘキ道理ナシ假令如此團體カ社會ナル名稱ヲ附スルモ其實際ニ於テ會社ハ成立スルコトナク隨テ如此モノハ會社法ノ支配ヲ受クルコトナシ

然ルニ會社ハ適法ノ目的ヲ以テ設立セラレタルニ拘ラス其營業執行ノ際ニ於テ不法ノ行為ヲ爲スコトナシトセズ例之印刷會社カ其業務ヲ利用シテ紙幣ノ偽造ヲ爲シ或ハ旅店營業ノ會社カ其場屋ヲ男女密會ノ用ニ供スルカ如キ此等ノ行為ハ或ハ公ノ秩序ヲ紊シ又ハ善良ノ風俗ニ反スルモノナルヲ以テ如此會社ハ之ヲ存立セシムルニ於テハ社會ニ害毒ヲ流スヲ以テ裁判所ハ檢事ノ請求ニ因リ又ハ職權ヲ以テ其解散ヲ命スルコトヲ得ルモノトナシ

元來會社ハ法人ナルカ故ニ法令ノ規定ニ從ヒ定款ニ依テ定リタル目的ノ範圍内ニ於テ權利ヲ有シ義務ヲ負フヘキモノナルカ故ニ(民四三條)會社其自身ノ行為トシテ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スル行為ハ爲シ得サル所ナリ故ニ本條ノ場合ニ於ル會社ノ行為ト云フハ實ハ業務ヲ執行スル者又ハ社員ノ爲ス行為ナラサルヘカラス此等ノ社員ハ其不法ノ行為ニ因リ夫夫自己ニ責任ヲ負フヘキハ勿論ナリト雖

會社ノ營業ヲ利用シテ不法ノ行爲ヲ爲スニ至テハ會社其モノノ存立ヲ止ムルニ非サレハ其害毒ヲ防グコト能ハサルナリ是本條ニ特ニ明文ヲ設ケタル所以ナリ
第四八條ニ依ル會社解散ノ裁判管轄及其手續ハ非訟事件手續法第一二六條、第二三四條及第一三五條ノ規定スル所ナリ

第二編 合名會社

第一章 合名會社ノ性質

合名會社ノ大要ノ意義ハ已ニ總論ニ於テ述ヘタリ本章ニ於テハ尙其詳細ニ付テ説明スヘシ
我商法ハ獨逸商法ト異リ合名會社ノ意義ヲ定メタル特別ノ條文ヲ揭ケス然レトモ法文ノ全體ヨリ之ヲ他ノ會社ト比較スルトキハ「合名會社ハ會社財產ヲ以テ會社ノ債務ヲ完済スルコト能ハサルトキハ社員各自連帶シテ辨済ノ責任ヲ負フ會社ナリ」ト謂フコトヲ得ヘシ即合名會社ハ其社員ノ全員カ會社ノ債權者ニ對シ連帶無限ノ責任ヲ負フ會社ナリ故ニ社員中若無限ノ責任ヲ負ハサル者アルトキハ其會社ハ之ヲ合名會社ト云フ能ハス然レトモ合名會社ニ於テ社員カ連帶無限ノ責任ヲ負フト云フハ單ニ會社ノ債權者ニ對スルモノ即會社ノ外部ニ對スル關係ニ於テノミ云フモノニシテ會社ノ内部ノ關係即會社ト社員及社員相互ノ間ニ於テハ毫モ關係ナキ所ナリ故ニ内部關係ニ於テハ社員ノ或者カ無限ノ責任ヲ負ハサルコトヲ定ムルモ合名會社タルコトヲ妨ケス然レトモ社員相互ノ間ニ會社ノ債權者ニ對シテ有限ノ責任ノミヲ負擔スヘキコトヲ定ムルモ第三者ニ對シテ效力ナキハ勿論ナリ
又會社ハ或債權者ト契約シ其債權者ニ對シテハ社員カ連帶無限ノ責任ヲ負ハスト定メ又ハ極端ノ場合

ヲ言ヘハ會社ヲ代表スル社員ヲシテ總テ債權者ト契約スル場合ニハ有限ノ責任ノ契約ノミヲ爲サシムヘキ義務ヲ負ハシメタル場合ト雖又合名會社タル性質ヲ失ハス何トナレハ社員ハ尙他ノ法律上ノ原因ニ基キ連帶無限ノ責任ヲ負フヘケレハナリ例之不法行爲ニ因ル會社ノ債務又ハ不當利得ニ因ル會社ノ債務ニ付テハ依然無限ノ責任ヲ負フカ如シ

合名會社ハ會社ナルカ故ニ法人タル商人ナリ故ニ自己ノ名ヲ以テ商行爲ヲ業トスルモノナリ(四條會社ノ商號ハ會社ナル法人ノ商號ニシテ之ヲ組織スル社員ノ共同ノ商號ニ非ス獨逸法ニ從ヘハ合名會社ハ法人ニ非ス唯社員カ無限ノ責任ヲ負ヒテ共同ノ商號ノ下ニ商行爲ヲ業トスル社團タルニ過キス故ニ獨逸ノ合名會社ニ於テハ會社ノ商號ハ社員ノ共同商號ナリ

次ニ如何ナル者カ合名會社ノ社員タリ得ルヤハ合名會社ノ如キ社員カ無限責任ヲ負フモノニ付テハ特ニ重要ナル問題ナリ此點ニ付テハ我商法中特ニ明文ヲ以テ制限セラルルモノナシ唯商法施行法第一四三條、同第一三七條、民法施行法第二條、第三條ニ從ヘハ復權ヲ得タル破產者、家資分散者及身代限ノ處分ヲ受ケテ未債務ヲ完済セサル者ハ合名會社ノ社員タルコトヲ得ス其他ノ者ニ付テハ何人ト雖合名會社ノ社員タルコトヲ妨ケス唯商法第六九條ニ依リハ社員カ禁治產ノ宣告ヲ受ケタルトキハ當然退社スルコト爲レルヲ以テ禁治產ノ宣告ヲ受ケタル者ハ社員タルコトヲ得サルカ如シト雖此規定ハ定款ノ定ハハ他社員ノ同意ナキ場合ノミニ付テ規定シタルモノト解スヘキナリ何トナレハ禁治產者ト雖其後見人ニ依テ法律行爲ヲ爲スコトヲ妨ケサレハナリ又未成年者及妻ニシテ無限責任社員タルコトヲ許サレタル者ハ合名會社ノ社員タリ得ルコトハ論ナシ然レトモ其以外ノ未成年者モ仍後見人ニ依テ社員ト爲ルコトヲ妨ケス其他ノ無能力者ニ付テモ何等合名會社ノ社員タルコトヲ禁スルモノナシ要之複

權ヲ得サル破産者及之ニ準スヘキ者ノ外ハ何人ト雖合名會社ノ社員タルコトヲ得サルモノナリ
然ラハ法人ハ合名會社ノ社員タルコトヲ得ルヤヲ考フルニ法文ノ文字上ヨリ考フルニ第五〇條第三號
ニ單ニ「社員ノ氏名住所」トノミアリテ第三號第三號、第三五九條第二號、第四〇三條第二項第七
號及第四四五條第三號及第四號ニ「氏名又ハ商號」トアルニ比較スレハ我商法ハ法人カ合名會社ノ社員
タリ得ルコトヲ認メサルカ如シト雖一方ニ於テ株式會社ニ關スル規定ヲ見ルニ第五一條及第一七二條
第一號等ニ株主ノ氏名又ハ住所トアルノミニシテ氏名又ハ商號ト記載セサルニ拘ラス法人カ株式ヲ取
得シテ株式會社ノ社員タリ得ルコトハ何人モ之ヲ認ムル所ニシテ又實際ニ其例少カラス故ニ此點ハ單
ニ法文ノ文字ノ上ヨリノミ論定スルコトヲ得ヌ法人ノ目的カ合名會社ノ社員タルコトヲ妨ケサル場合
ニ於テ其社員タルハ毫モ妨ナシト解釋セサルヘカラス例之旅店營業ノ法人カ他ノ大ナル旅店營業ノ會
社社員タルカ如シ

獨逸法ノ合名會社ハ法人ニ非スシテ其社員カ共同ノ商號ノ下ニ商行爲ヲ業トスルモノナリトアルカ故
ニ會社カ合名會社ノ社員タリ得ルヤ否ヤニ付テハ大ニ議論ノ存スル所ニシテ學者間未定論ナシ然レト
モ我商法ニ於テハ會社ハ法人ニシテ社員共同ノ商號ニ非サルカ故ニ此點ヨリ生スル獨逸法ニ於ルカ如
キ議論ヲ生スルコトナシ蓋若合名會社ノ商業ハ社員カ共同ノ商號ノ下ニ爲スモノトセハ社員タル會社
ハ自己ノ商號ニ依テ營業ヲ爲スモノト爲リ不都合ナリト雖我商法ニ於テハ會社ハ總テ法人ニシテ自己
ノ商號ヲ以テ營業ヲ爲シ之ニ加入スル他ノ會社ハ唯其一社員タルニ過キサレハナリ

第二章 合名會社ノ設立

第一節 定款ノ作成

合名會社ヲ設立スルニハ定款ヲ作成スルコトヲ要ス(四九條)即合名會社ハ定款ヲ作成シタル時ニ於テ
成立スルモノトス故ニ第五〇條ニ定タル定款ノ要件ヲ具備シテ各社員ノ署名ヲ了シタル時ハ會社ハ
之ニ依テ當然成立ス合名會社ハ第五一條以下ニ規定セル所ニ依テ一定ノ登記ヲ爲スコトヲ要スト雖已
ニ述ヘタル如ク登記ハ會社設立ノ要件ニ非スシテ唯第三者ニ對シテ設立ノ對抗力ヲ生シ開業準備ヲ爲
シ得ルカ爲ニ必要ナルノミ登記ナクモ合名會社ハ定款ノ作成ニ因テ成立スルモノトス
定款トハ法定ノ事項ヲ記載セル書面ニシテ會社設立者ノ署名セルモノナリ其記載事項ハ第五〇條ニ規
定セル所ナリ合名會社ノ設立者ハ各社員ナルカ故ニ定款ニハ總社員ノ署名アルコトヲ要ス而シテ合名
會社ヲ設立スルニハ定款ヲ作ルコトヲ要スルヲ以テ(四九條)其設立ニハ必書面アルコトヲ要ス單ニ社
員カ口約ヲ以テ第五〇條ノ事項ヲ定ムルモ未會社ハ設立セラレズ然レトモ定款ノ作成ニ依リ一タヒ會
社カ成立セハ縱令定款ノ書面カ滅失スルモ會社ハ之カ爲ニ消滅スルコトナシ定款ナル書面ノ作成ハ設
立ノ形式上ノ要件ニシテ其要件ヲ具備スレハ會社ハ實質上成立スルモノニシテ定款ニ依ル法律行爲
ノ效力ヲシテ發生シタル會社ハ單ニ定款ナル書面カ滅失シタルカ爲ニ消失スヘキ理由ナシ
定款ナルモノハ通俗ノ觀念ヲ以テ言ヘハ會社ノ組織、其行動ヲ規定セル會社ノ規則ナリ商法カ定款ノ
記載事項トシテ要件トセサルモノハ第五一條ニ掲タルカ如ク極テ簡單ニシテ單ニ會社ノ組織ヲ定ムル
ニ必要ナル事項ニ過キス故ニ法律上ノ意義ニ於テ定款(合名會社)ト云フトキハ前段ニ述ヘタル所ニ
依テ盡セリ然レトモ實際ニ於ル定款ノ意義ハ如此單純ナルモノニ非ス如何ナル會社ト雖其定款單ニ第
五一條ニ掲タル事項ノミヲ記載セルハナク此等ノ記載事項ノ外ニ會社ノ活動ヲ支配スヘキ規則ヲ設ケ
タルハナシ此點ハ法律ニ於テモ幾多ノ條項ヲ以テ豫想スル所ナリ例之合名會社ニ付テハ第五四條、第

五六條、第六一條、第六八條、第六九條第一號、第七一條、第七四條第一號、第八五條第一項ニ依レハ會社ノ定款ニハ諸般規則ヲ定メ得ルコトヲ認メタリ此等ノ全體ノ法規ヨリ推セハ會社ノ定款ナルモノハ會社ノ行動ヲ支配スル重要ナル規則ニシテ或場合ニハ法律ノ定規ニ先ナク會社ノ行動ヲ支配スルモノト謂ハサルヘカラス然レトモ越ニ述ヘタル定款ノ觀念ハ通俗的ノ意義ヲ述ヘタルニ外ナラス合名會社ノ定款トシテハ第五一條ニ從ヘハ足ルモノニシテ此以外ニ何等ノ事項ヲ記載セストモ合名會社ハ之ニ依テ成立ス而シテ如此單純ナル定款ヲ作リタルトキハ會社ノ行動ハ全然民法及商法ノ規定ニノミ從ヒテ支配サレ會社ノ行動ヲ支配スヘキ定款ノ規則ナルモノハ此場合ニハ存在セサルナリ反之若定款カ第五一條ニ規定セル要件ヲ具備セサルトキハ會社ハ全然成立セズ

定款ノ法律上ノ性質ハ何ナリヤノ問題ハ學者議論ノ餘アル所ナリ或ハ定款ハ單ニ書面ナリト曰ヒ或ハ法律行為ト曰ヒ又ハ規則ナリトスル者アリ我商法ハ第五一條及其他ヲ以テ定款ニハ一定事項ヲ記シ設立者カ之ニ署名スルコトヲ要スト規定セルカ故ニ定款ヲ以テ書面ナリトスル說ハ定款ナル文字ノ見方ニ依テハ我商法上毫無誤ナキ所ナリト雖如此見方ニ於テハ定款ノ性質ヲ法律上論スルハ毫無價值ナキモノナリ故ニ定款ノ法律上ノ性質論ハ會社ヲ設立スル場合ニ定款ナル書面ニ依テ發現スル無形ノ意思表示ノ法律上ノ性質如何ト云フ點ニ付抽象的ニ研究スルニ非サレハ問題ト爲スノ價值ナシ此點ヨリ論スレハ合名會社ノ定款ハ契約ナルコト疑ナシト雖其他ノ會社ニ付テハ多少疑問ノ存スル所ナルヲ以テ本問題ハ各種會社ノ規定ヲ説明シタル後ニ讓ルヲ以テ便宜トスルカ故ニ茲ニ之ヲ述ヘス又會社ノ設立行為如何ハ學者間ニ議論ノ存スル所ニシテ或ハ契約ナリト曰ヒ或ハ單獨行為ナリト論スト雖此等モ亦各種ノ會社ニ付多少異ル所アルヲ以テ後日ニ至リ説明スヘシト雖合名會社ノ設立行為ハ前ニ述ヘタル如ク定款ノ作成ニ在ルモノニシテ定款ノ法律上ノ性質ハ契約ナルカ故ニ合名會社ノ設立行為ハ契約ナルコト疑ナシ然レトモ之ヲ以テ直ニ會社其モノカ民法ノ組合ニ於ルカ如ク契約關係ナリト誤解スヘカラス定款ハ契約ナリト雖其效力トシテ發生シタル合名會社ハ法律ノ規定ニ依リ別ニ法人ヲ成スモノニシテ會社其モノハ民法ノ組合ニ於ルカ如キ契約關係ニ非サルナリ

以下合名會社ノ定款ノ記載事項ニ付説明スヘシ

合名會社ノ定款ニハ左ノ事項ヲ記載スルコトヲ要ス

一 目的 即會社ハ如何ナル營業ヲ爲スヤヲ記載セサルヘカラス蓋會社ハ法人ニシテ其目的ノ範圍内ニ於テ法令及定款ノ規定ニ從ヒ權利ヲ有シ義務ヲ負フヘキモノナレハ之ヲ定款ニ記載スヘキハ當然ナリ目的ハ如何ナル程度ニ於テ之ヲ記載スヘキヤハ明文ヲ以テ之ヲ規定セサルモ第五〇條ニ云フ目的ハ又第五一條ニ揭クル登記事項ノ會社ノ目的ト同一意義ナリト解釋セサルヘカラスカ故ニ少クトモ第三者ニ對シテ會社ハ如何ナル營業ヲ爲スヤヲ明ナラシムル程度ニ於テ之ヲ記載セサルヘカラス獨逸商法第一八二條株式會社ノ定款ノ記載事項ノ規定中會社ノ目的ナル文字ハ我商法ト異ル所ナシ而シテ之ニ關スル學者ノ解釋ハ二様ニ別レハ一ハ目的ヲ明細ニ示ササルヘカラストシ隨テ單ニ「商工業」ト云フカ如キハ無効ナリト論シ一ハ目的ハ必シモ精細ナルコトヲ要セスト主張ス而シテ實際ニ於テハ後說行ル其例ヲ示サハ獨逸國立銀行、諸般ノ商業、諸種ノ銀行及商業、伯林建築株式會社ト云フカ如シ

我商法ニ於テモ亦獨逸ト同ク目的ナル文字ニ何等ノ制限ナキヲ以テ必シモ精密ニ記載スルヲ要セスト雖少クモ第三者ヲシテ會社ハ何ヲ目的トスルヤヲ知ラシムル程度ニ於テ記載セサルヘカラスルコト

トヲ信ス

- 二 商號 合會社ノ人格ヲ表示スル名稱ナルヲ以テ又之ヲ定款ニ掲ケタルヘカラス而シテ合名會社ノ商號ニハ必合名會社ナル文字ヲ使用セサルヘカラス(一七條)
- 三 社員ノ氏名住所 合名會社ニ於テハ社員ハ總テ第三者ニ對シテ連帶無限ノ責任ヲ負フ故ニ總社員ノ氏名住所 住所ヲ定款ニ掲ケタルコトヲ要ス本條ニハ法人カ社員タルトキニハ氏名ナキヲ以テ其商號ヲ記載セサルヘカラス
- 四 本店及支店ノ所在地 即本店及支店アル最小行政區畫ヲ謂フ例之東京市ト云フカ如シ第五一條ニ云フ登記事項ノ本店及支店ト云フハ即本店及支店アル場所ヲ謂フモノニシテ何町何番地ト云フカ如シ然ルニ本條ニ於テ本店及支店ノ所在地ト云フトキハ唯最小ノ行政區畫ヲ記スルモ足ルモノニシテ何町何番地ト云フカ如ク場所ヲ意味スルモノニ非ス
- 五 社員ノ出資ノ種類及價格又ハ評價ノ標準 合名會社ノ社員ハ金錢其他ノ財産ヲ以テ出資ト爲シ得ルノミナラス勞務又ハ信用ヲ以テ出資ト爲シ得ルヲ以テ(七一條)其如何ナル種類ノ出資ヲ爲シタルヤ其價格又ハ勞務信用ノ如キ直ニ價格ヲ附シ得ルモノニ付テハ其評價ノ標準ヲ規定セサルヘカラス以上ノ事項ヲ記載シテ各社員之ニ署名スレハ即定款ハ完全ニ作成セラレタ合名會社ハ之ニ依テ成立ス署名ハ法人ニ於テハ其代表者之ヲ爲シ未成年者及禁治產者ニ在テハ後見人代テ之ヲ爲ス但署名ハ記名捺印ヲ以テ之ニ代フルコトヲ得ルコトハ明治三十三年法律第十七號ヲ以テ定ム

第二節 設定及其他ノ登記

合名會社ハ定款ノ作成ニ依テ設定セラルト雖會社ノ成立ヲ以テ第三者ニ對抗スルニハ本店ノ所在地ニ於テ設立ノ登記ヲ要スルコト前已ニ述ヘタリ此必要ニ基テハ勿論其他ノ必要ニ基キ會社ハ一定ノ登記ヲ爲シ第三者ヲシテ一定ノ事項ヲ知ラレタルヘカラス即商法第五一條乃至第五三條ヲ以テ之ヲ規定セリ

(第五一條)

一 第五〇條第一號乃至第三號ニ掲ケタル事項即目的、商號、社員ノ住所、氏名

二 本店及支店 茲ニ本店及支店ト云フハ第五〇條ニ本店及支店ノ所在地トハ異リ何町何番地ト云フカ如ク其所在ノ場所ヲ記載セサルヘカラス

三 設立ノ年月日 即定款作成年月日ナリ

四 存立時期又ハ解散ノ事由ヲ定メタルトキハ其時期又ハ事由 會社ハ一定ノ存立時期ヲ定メ得ヘク其時期ヲ定メタルトキハ會社ハ其時期ノ滿了ニ因テ解散ス其定款ヲ以テ一定ノ解散ノ事由ヲ定メタルコトヲ得故ニ之ヲ定メタルトキハ之ヲ登記スルヲ要ス(七四條一號)

五 社員ノ出資ノ種類及財産目的トスル出資ノ價格 即勞務及信用ノ出資及其價格ノ標準ハ定款ノ必要事項ナレトモ登記ハ之ヲ要セシ是レ總令登記スルモ第三者ノ債權ヲ擔保スル上ニ於テ何等ノ効ナキナリ蓋登記ハ第三者ノ爲ニ爲スモノニシテ第三者ハ信用又ハ勞務ヲ以テ自己ノ債權ヲ擔保シ得タルハナリ

六 會社ヲ代表スヘキ社員ヲ定メタルトキハ其氏名 合名會社ニ於テハ各社員會社ヲ代表シ得ルモ

ノナレトモ定款又ハ總社員ノ同意ヲ以テ特ニ會社ヲ代表スヘキ社員ヲ定メタルトキハ其者之ヲ會社ヲ代表シ得ルモノナル故之ヲ登記スルコトヲ要ス(六一條)

以上ノ事項ハ本店及支店ノ所在地ニ於テ登記スヘキモノナルカ會社ノ設立ヲ以テ第三者ニ對抗スルニハ本店ノ分次アレハ足ルモノトス然ルニ會社カ設立ノ後支店ヲ設ケタルトキハ其支店ノ所在地ニ於テハ二週間内ニ以上ニ掲ケタル登記ヲ爲シ本店及他ノ支店ノ所在地ニ於テハ同期間内ニ其支店ヲ設ケタルコトヲ登記スレハ足レリ(五一條)又本店又ハ支店ヲ管轄スル登記所ノ管轄區域内ニ於テ新ニ支店ヲ設ケタルトキハ其支店ヲ設ケタルコトヲ登記スレハ足ルモノトス(五一條三項)

會社カ其本店又ハ支店ヲ移轉シタルトキハ舊所在地ニ於テハ二週間内ニ移轉ノ登記ヲ爲シ新所在地ニ於テ同期間内ニ前ニ掲ケタル事項ヲ登記スルコトヲ要ス若同一ノ登記所ノ管轄區域内ニ於テ本店又ハ支店ヲ移轉シタルトキハ其移轉ノモノヲ登記ヲ爲セハ足ルモノトス(五二條)

前ニ掲ケタル登記事項中ニ變更ヲ生シタルトキハ二週間内ニ本店及支店ノ所在地ニ於テ其登記ヲ爲スコトヲ要ス(五三條)然ラハ本條ニハ行政區畫又ハ其名稱ノ變更アリタルカ如キ場合ヲモ包含スルヤ否ヤ此點ニ付テハ不動産登記法第五九條ニハ明文ヲ以テ行政區畫又ハ其名稱ニ變更アリタルトキハ登記簿ニ記載シタル行政區畫又ハ其名稱ハ當然之ヲ變更シタルモノト看做セルカ故ニ申請ニ依テ之ヲ變更スルノ手續ヲ要セスト雖本條ニハ之ニ類スヘキ規定ナシ大審院ハ本條ヲ狹義ニ解釋シ本條ノ事項ト云フハ單ニ事項ノ實質其モノノ變更ニシテ名稱ノ變更ノ如キハ之ヲ包含セスト判決セリ(三三三(イ)一號三(四)年二月判決)然レトモ本判決ハ單ニ名稱ノ變更アリタル場合ニ付下シタルモノナルカ故ニ尙行政區畫ノ變更アリタル場合ハ疑問トシテ存スル所ナレトモ是亦同様ニ解釋シ變更ノ申請ヲ

要ストスルヲ豫當トス

第三章 會社ノ内部ノ關係

本章ニ於テハ商法第五四條乃至第六〇條ニ規定セル事項ニ付説明スヘシ會社ノ内部ノ關係トハ會社ト會社トノ關係及社員相互ノ間ノ關係ヲ謂フモノニシテ所謂外部ノ關係ニ對スルモノナリ即一社員ニ對スル出資義務(二)損益ノ分配(三)會社ノ業務ノ執行(四)就業ノ禁止(五)持分ノ處分等ニ關スル法律關係ヲ謂フモノニシテ此等ハ皆會社内部ノ事項ニ屬シ會社ノ外部ニ對スル事項ニ非ス

先第一ニ説明スヘキハ會社ノ内部ノ關係ヲ支配スル規則ハ如何ナリヤト云フ點ナリ第五四條ニ從ヘハ會社ノ内部ノ關係ニ付テハ定款又ハ本法ニ別段ノ定ナキトキハ組合ニ關スル民法ノ規定ヲ準用スヘキコトヲ定メタリ故ニ會社ノ内部關係ニ付テ第一ニ適用アル規則ハ其會社ノ定款ノ規定ナリ合名會社ハ前ニ述ベタルカ如ク實際互ニ相信用セル少數者ノ結合ナルカ故ニ其社員ノ總意ニ重キヲ置クモノニシテ會社ノ内部ノ關係ノ如キ直接ニ會社ノ債權カ第三者ニ對シ利害關係ヲ及ボサザルモノニ付テハ定款ノ規定ニ從フトスルハ當然ナリ故ニ定款ノ規定ヲ以テ第一位ニ置ケリ如此合名會社ニ在テハ内部關係ヲ定ムル上ニハ定款ハ最優等ナルモノナルカ故ニ或ハ一定ノ社員ハ第三者ニ對シテハ出資格以上ニ債務ヲ負擔セシ其以上ノモノハ他ノ社員ヲシテ之ヲ補償セシムト定メ又ハ利益ノ分配ニ與ルモノ一切損失ヲ分擔セスト定ムルコトヲ得ルモノナリ第二ニ適用アルハ即商法カ特ニ定メタル規定ニシテ補充的ニ適用セラル第三ニ適用アルハ民法ノ組合ニ關スル規定ニ從ヒテ會社ノ内部關係ヲ定メサルヘカラス例之社員間ノ損益事項ニ付テハ民法ノ組合ニ關スル規定ニ從ヒテ會社ノ内部關係ヲ定メサルヘカラス例之社員間ノ損益

分配ノ割合ニ關シテハ商法中特ニ明文ヲ設ケス故ニ定款ニ於テモ之ヲ定メサル場合ニハ民法第六七四條ニ依テ其割合ヲ定メサルヘカラサルカ如シ

第一節 出資

(一) 出資ノ義務 合名會社ノ社員ハ各出資ヲ爲ス義務ヲ負擔ス(五〇條五號、五一條、五五條、七一條、民六六七條)我商法ハ第四二條ヲ以テ一般ニ會社ナルモノノ意義ヲ定メタリト雖本條ニハ各社員カ出資ヲ爲スコトヲ以テ會社ノ性質ニ必要ナルモノトシタルヤ否ヤヲ明言セスト雖一商行爲ヲ爲ス事業トスル目的ヲ以テ設立スルモノト云フ以上ハ各社員カ出資ヲ爲スヘキハ當然ナリ何トナレハ出資ヲ爲サスシテ商業ヲ營ムヘキ道理ナクレハナリ尙前記條項ヲ見レハ合名會社ニ於テハ各社員ハ出資ヲ爲ス義務ヲ負擔セルコトハ疑ナシ獨逸商法ノ規定ニ從ヘハ合名會社ハ一ノ組合ニシテ法人ニ非ス其根本ノ觀念ニ於テ民法ノ組合ト同一ナルヲ以テ民法ノ組合ニ於ルカ如ク合名會社ノ社員カ出資ヲ爲スコトハ其要件ヲ爲スモノナリト雖我商法ニ於テハ第四二條ヲ以テ會社ノ意義ヲ定メタルニ拘ラス特ニ此點ヲ明言セスト雖前記各種ノ規定及本來ノ性質ヨリ觀レハ其出資義務アルコトハ論ナシ

出資ニ關スル義務ハ社員カ會社ニ對シ負擔スルモノニシテ所謂會社ノ内部關係ナリ而シテ會社ノ内部關係ニ付テハ定款ノ規定カ第一位ニ效力ヲ有スルモノナルカ故ニ若定款ヲ以テ或社員ハ出資ヲ爲ス義務ナキコトヲ定メ得ルヤ否ヤヲ考フルニ會社ノ資本ハ會社ノ債權者ノ擔保ニシテ其資本ハ各社員ノ出資ニ因テ成立シ且元來會社事業其モノノ起源ハ社員互ニ資本ヲ融出シテ商業ヲ營ムニ在ルヨリ觀レハ總令定款ヲ以テスルモ一定ノ社員ニ出資義務ヲ免除スルコトヲ得ス(六六條ノ規定アルヨリ觀ルモ社員

員ノ出資カ會社債權者ノ擔保ナルコト明ナリ)ト謂ハサルヘカラス要之合名會社ノ各社員ハ會社ニ對シ出資ヲ爲ス義務ヲ絕對ニ擔保ス出資ノ差入即出資義務ノ履行ハ定款ニ定メルトキハ定款ノ規定ニ從ヒテ之ヲ爲スヲ要ス若定款ニ定メルトキハ單純債務ニシテ會社ヨリ履行ノ請求ヲ受ケタルトキニ於テ之ヲ履行スヘキモノニシテ其時ヨリ遲滞ノ責任ヲ負フ(民四二條三項)若社員カ出資ヲ爲ササルトキハ其強制履行ヲ裁判所ニ請求シ得ヘク尙損害アラハ之ヲ賠償セサルヘカラス(民四一四條、第四一五條)若又社員カ出資ヲ爲スコト能ハサルトキ又ハ催告ヲ受ケタル後相當ノ期間内ニ出資ヲ爲サザリシトキハ他ノ社員ノ一致ヲ以テ之ヲ除名スルコトヲ得ルノミナラス尙其社員ハ會社ニ對シテ損害賠償ノ責任ヲ負フ(七〇條第一項、民第四一五條)

出資ナル語ハ二様ノ意義ヲ有ス即一ハ出資ノ目的例之金錢其他ノ財産其モノヲ示スコトアリ又一ハ出資ノ差入即出資義務ノ履行ヲ指スコトアリ社員カ出資ヲ爲スコトヲ要スト云フハ即出資ノ差入ヲ意味シ出資ノ種類ト云フ場合ニハ即出資ノ目的物ノ種類ヲ云フニ外ナラス

出資ノ差入ハ又出資ノ約束ト區別スルコトヲ要ス出資ノ差入ハ即出資義務ヲ其本旨ニ從ヒ現實ニ履行スルモノニシテ出資ノ約束ハ定款ニ依テ發生セル(意思表示)契約其モノヲ謂フニ外ナラス其(意思表示)契約ノ本旨ニ從テ現實ニ出資ヲ爲スヲ出資ノ差入ト謂フ故ニ財產ニ在テハ其財產ノ引渡ヲ意味シ債權ニ在テハ其讓渡ヲ云フモノナリ尙此等ノ詳細ハ追次説明スヘシ

(二) 出資ノ種類 社員ハ如何ナルモノヲ以テ出資ト爲シ得ルヤ第五〇條第五號ノ規定ヨリ觀レハ出資ニハ種種ナル種類アルコトヲ認メ第五〇條第五號ニハ財產ヲ目的トスル出資ヲ認メ其財產中ニハ債權ヲモ包含スルコトハ第五五條ニ據リ明ナリ又第七一條ヲ以テ勞務又ハ信用ヲ以テ出資ノ目的トナシ得

メコトヲ認ム要之我商法ニ於テハ合名會社ノ社員ノ出資ハ(一)財産(二)勞務及(三)信用ノ三種アルコト明ナリ

(第二) 財産ノ出資 財産ノ出資中ニハ金錢、動産、不動産、動産、動産ノ收益權並ニ使用權、債權及其他ノ財産權等種類アリ以下順次ニ之ヲ説明スヘシ

(イ) 金錢ノ出資 ハ出資中最普通ナルモノニ屬ス社員カ金錢ヲ以テ出資ノ目的ト爲シタルトキハ定款ノ定ムル所ニ從ヒ之ヲ會社ニ差入レサルヘカラス若社員カ之ヲ差入ルルコト能ハサルカ又ハ催告ヲ受ケタル後相當ノ期間内ニ出資ヲ爲ササルトキハ其社員ハ除名セラルルコトアルノ外尙其利息ヲ支拂ヒ且損害ノ賠償ヲ爲ササルヘカラス(五四條、民六六九條)元來金錢ヲ目的トスル債務ノ不履行ニ付テハ其損害賠償ハ其利息ヲ支拂フコトニ因テ之ヲ爲スモノニシテ利息以外ニ賠償ヲ求ムルコトヲ許ササルヲ原則トスルニ拘ラス(民四一九條)組合ノ出資ニ付テハ組合員カ金錢出意ヲ爲ササルトキハ其利息ヲ支拂フ外尙損害ノ賠償ヲ爲ササルヘカラル特別規定ヲ設ケ(民六六九條)商法第五四條ヲ以テ之ヲ合名會社ニ準用セリ是主トシテ會社ノ資本ハ社員ノ出資ニ因テ成立シ其資本ハ會社債權者ノ擔保タルモノナルカ故ニ社員ヲシテ出資義務ニ付重大ナル責任ヲ負擔セシムルノ必要ニ基クモノナリ

(ロ) 動産及不動産ノ出資 ノ差入ハ動産ニ在テ其物ヲ會社ニ引渡スコトヲ要ス不動産ニ在テハ登記ヲ爲シテ之ヲ會社ニ移轉スルモノトス此種ノ出資ヲ怠リタル場合ニ付テハ金錢出資ノ如キ特別ノ制裁ナシ唯一般ノ原則ニ從ヒ社員ハ除名セラルルコトアルノ外損害賠償ノ責任ス

ルモノナリ換言スレハ其分明ナラサル地位ニ在ル多數ノ者カ少許ノ出捐ヲ爲シテ其中ノ少數カ實際事故ニ遭遇シタル場合ニ於テ之ヲ少數者ニ給付セントスルナリ故ニ事故發生ノ虞ナケレハ保險ヲ爲スニ及ハス又事故カ必各人ニ發生スルコト確實ナラハ各人ハ自己ノ受クヘキ結果ヲ各自ニ負擔セサルヘカラス隨テ保險ノ制度ハ行レサルナリ故ニ保險ノ行ルルニハ事故ノ發生カ不確定ナルコトヲ要ス而シテ事故發生ノ不確定ハ主觀的不確定ナルヲ要ス凡事物ハ常ニ原因結果ノ關係ヲ有シ宗教上ノ觀念ヨリスレハ百般ノ事物確定セサルハナカルヘシ然レトモ人智ヨリ觀レハ百般ノ事物不確定ナラサルハナシト謂フヲ得ヘシ而シテ事故カ發生スルヤ否ヤハ事實上不確定ナル場合アリ又其事故カ發生シタルヤ否ヤヲ知ラサルカ爲ニ事實ハ既ニ定リ居ルモ其之ヲ知ラサル者ニ對シテハ不確定ナル場合アリ茲ニ前者ヲ客觀的不確定後者ヲ主觀的不確定ト假稱セン保險ノ要件トシテノ事故發生ノ不確定ハ必シモ客觀的不確定ナルヲ必要トセス主觀的不確定ナルヲ以テ足レトス故ニ事實上ハ事故カ既ニ發生シ居ルモ若クハ事故ノ發生セサル事カ確定シ居ルモ當事者カ其發生若クハ發生セサルコトヲ知ラサル間ハ此等ノ當事者ハ此事故ニ關シテ保險ヲ爲スコトヲ妨ケス例之海上保險ニ於テ既ニ發航シタル船舶ニ關シ保險契約ヲ締結スル場合ニ於テ此船舶ハ大洋中ニ沈没シタルヤモ知ルヘカラス又安全ニ目的港ニ到達シタルヤモ知ルヘカラス此場合ニ於テ保險契約ノ締結ニ際シ船舶ハ暴風ノ爲メ大洋中ニ沈没シ居リタルモ即事故カ事實上既ニ發生シ居リタルモ亦安全ニ入港シテ事故ノ不發生カ確定シ居リタルモ該保險契約ノ當事者カ其沈没若クハ入港ノ時日ヲ知ラサル間ハ其船舶ニ付テ有效ニ保險契約ヲ爲スコトヲ得是商法第三九七條ニ於テ保險契約ノ當事者カ事故ノ發生若クハ不發生ノ事實ヲ知レキハ其契約ハ無効トスト規定セルカ故ニ其裏面ヨリ事故ノ發生若クハ不發生ノ事實ヲ當事者ノ知ラサル間即主觀的ニ

不確定ナル間ハ其事故ニ付テ有效ニ保險契約ヲ締結スルコトヲ得ト解釋スルヲ得ルナリ
 三 事故ノ發生ハ一般のナルコトヲ要ス一時ニ若クハ定期ニ發生スル事故ニ付テハ保險ヲ爲スコト能
 ハス又少數ノ人若クハ狹少ナル地方ニ限リテ發生スル事故ニ在テハ保險ハ行レサルナリ蓋保險ノ主
 旨ハ危險ノ分配ニ在リ可成多數集合シ少數ノ受テヘキ給付ヲ多數ニ分擔セシメ各自ノ負擔ヲ少許ナラ
 シメントスルニ在ルヲ以テ多數ノ者カ事故ニ遭遇セントスル虞アル場合ニ非サレハ保險ハ行レヌ一時
 ニ若クハ定期ニ事故ノ發生スルモノナラハ其時ニ限リテ多數カ保險險ニ加入スヘク隨テ多數カ事故ニ
 遭遇スヘク又少數ノ人又ハ狹少ナル地方ニ限リテ發生スヘキ事故ニ付テ保險ヲ爲サントスレハ其少數
 ノ人若クハ其地方ノ人ニ限リテ保險ニ加入スヘク隨テ加入シタル人ノ殆全部カ事故ニ遭遇スヘシ此等
 ノ場合ニ於テ事故發生ニ因テ少數カ受テタル結果ヲ多數ニ分擔セシムルコトヲ得ヘカラス即危險ノ分配
 ニ非シテ各自ノ危險ヲ各自カ負擔スルコトト爲リ保險ハ成立セザルナリ故ニ事故發生ノ虞ハ時、處
 及人ニ依リ制限ヲ受タルモノニ非シテ時、處及人ニ於テ廣ク分布セラレタルモノナルコトヲ要ス
 四 事故發生ハ平均的ナルヲ要ス時ト場所ニ於テ偏シテ發生スル事故ニ付テハ保險ヲ爲スコト能ハ
 ス震災又ハ水害ノ如キ容易ニ發生セザルモノ一度發生スルトキハ都市ヲ埋没シ町村ヲ荒廢セシムルカ如
 キ偏シタル危險ニ付テハ行レサルナリ此等ノ事故ニ付テハ豫多數者ノ爲スヘキ出資ヲ定ムルコト困難
 ニシテ且危害ノ豫測ヲ爲スコト能ハサルヲ以テ保險者ハ到底危險ノ負擔ニ堪ヘサルナリ
 五 事故發生ハ之ヲ測定シ得ルコトヲ要ス蓋箇人ニ取リテハ危險ハ常ニ測定スルヲ得ス偶然ニシテ
 不確定ナルカ故ニ保險カ行レ得ルナリ箇人カ其發生ヲ測定シ得ル事故ニ付テハ保險ハ行レサルヘシ然
 レトモ多數ノ集合ヨリ觀レバ事故發生ノ虞ハ測定シ得ルコトヲ必要トス蓋保險ハ過去ニ於テ事實ノ軌

計ヲ基礎トシ其大數ヲ計算シテ以テ將來ニ於テ事故發生ノ豫測シ得ルヲ要ス例之生命保險ニ於テ或人
 カ一定ノ年齢ヲ越エテ猶生存スヘキ否ヤハ死亡統計ニ基テ生殘表ニ依テ少クハ平均的ニ測定スル
 ヲ得ヘシ又火災保險ニ於テハ過去幾年ノ經驗ニ依テ作リタル火災統計ニ基キテ一箇年間大凡幾何ノ火
 災ニ因リ損害アルヘキヤハ平均的ニ測定スルコトヲ得ヘシ如此發生ノ度ヲ大數ニ付テ豫測シ得ルモノ
 ニ非サレハ保險ハ行レヌ何トナレハ自己ノ負擔ニ付大體ノ標準ヲ一定ムルコトナクシテ危險ヲ負擔ス
 ルコトハ何人ト雖爲シ能ハサル所ナレハナリ
 六 保險ノ行ルニハ常ニ有價ナルコトヲ要ス少數ノ受テヘキ給付ハ多數ノ出資ニ依ラサルヘカ
 ス多數カ出資スルハ義捐のニ之ヲ爲スモノニ非ス多數モ亦事故ニ遭遇スル虞アルモノナルカ故ニ自己
 カ事故ニ遭遇シタル場合ニ於テハ給付ヲ受ケントスル希望ニ對シテ出資ヲ爲セルナリ即危險ノ引受
 對價トシテ出資セルモノナリ而シテ多數ノ出資ナクハ危險ノ分配ハ其意味ヲ爲サス即保險ハ行ル
 コト能ハス是保險ノ行ルニハ常ニ有價ナラサルヘカラスト云フ所以ナリ
 七 事故ノ發生ニ因テ受テヘキ結果ハ箇人ニ取リテハ著大ナルモ多數ニ取リテハ輕易ナルモノナラサ
 ルヘカラス 事故發生スルトモ其結果ニシテ箇人ニ取リテハ輕微ナルモノナランニハ何人モ好ミテ保
 險契約ノ煩ヲ取ルモアアラサルヘシ然レトモ其結果ハ多數カ之ヲ分擔スルニ當リテハ各自ニ對シテ保
 險ノ加入セザル例之地震若クハ洪水ニ基ク災害ノ如キハ其損害ノ額頗巨大ニシテ之ヲ各人ニ分配スル
 モ各人ノ負擔ハ容易ニ非サルナリ故ニ如此危險ニ對シテハ保險ハ容易ニ行レサルナリ
 八 保險ハ大組織ニ行ルコトヲ必要トス 大組織ナラサルハ危險ノ測定安全ナルヲ得ス箇箇ノ保險

ハ大膽ナル冒險ニ過キス然レトモ保險者カ同種ノ保險ヲ大ナル範圍ニ於テ多數ノ人ト契約スルトキハ事故ノ發生ハ自ラ其平均ヲ得ルニ至ルヘシ或場合ニ於テハ事故ノ發生ハ其豫想シタル平均ヲ破リテ超過スルカ爲メ保險金額支拂ノ請求豫想ヨリ多ク到底平均數ニ基キテ計算シタル保險料ニテハ其支拂ニ不足ヲ告クルコトアリ隨保險者ハ損失スルコトアルヘシ然レトモ又或場合ニハ事故ノ發生力平均數以下ニ下リ支拂フヘキ保險金額少クシテ集メ得タル保險料ニ剩餘ヲ生シ保險者ニ利益ヲ與フルコトヲ得ヘシ左レハ多數ノ人、長キ時期及廣キ場所ニ於ル事故ノ發生ハ大體ニ於テ平均率ヲ得ヘク少クトモ少數ノ人、短キ時期及狹キ場所ニ於ルヨリ平均率ヲ得ルコト便宜ナルヘシ事故ノ發生平均率ヲ得ルトキハ保險事業ヲ經營スル者ハ事故ノ發生ヲ可成正確ニ測定スルコトヲ得ヘク之ニ依テ保險料ヲ算出シ保險金額ヲ豫想スルヲ得ヘシ故ニ保險事業ハ其經營大ナルニ隨ヒ事故ノ發生ハ平均率ヲ得隨テ事業ハ安全ニシタ且發達スルヲ得ヘシ保險ハ其基礎ヲ正確ナル學理ニ置キ精密ナル統計ニ依リ危險ノ過失ナキヲ力ムルト雖天爲ハ人智ノ上ニ在リ天災地變ハ常ニ吾人ノ豫想ニ伴フモノニ非ス況保險ハ偶然ニシテ不確定ナル事故ノ發生ヲ擔保スルモノナルニ於テ事故ノ發生カ偶例外ヲ生スルハ蓋已ムヲ得タル所ナリ故ニ多數ノ契約者ヲ集合スルヲ得ハ其一部ニ於テ例外ノニ事故ノ發生續發スルモ之ヲ多數ニ分配スルハ其結果ハ輕少ナルヲ得ヘク廣潤ナル場所ニ分布スルヲ得ハ局部ニ偏シテ事故續發スルモ他ノ發生セタル廣キ場所ヨリ得タルモノヲ以テ補充スルヲ得ヘク又或事業年度ニハ例外ノニ不利益ヲ被ルトモ次年度ノ利益ニ由テ之ヲ填補スルコトヲ得ヘシ故ニ多數ノ契約者繼續セル期間及廣潤ナル場所ニ依テ偶然不確定ナル事故ノ發生ヲ吾人ノ豫想ニ近似セシメ始テ事業ノ安全ト發達トヲ期スルコトヲ得ヘシ而シテ此危險ノ計算カ調和ヲ得ルノ利益ハ獨保險者ノミカ之ヲ受クルモノニ非ス保險契約者及被保險者

モ亦之ヲ享有ス何トナレハ保險者ノ事業經營カ冒險ナルニ隨テ保險者ハ益多クノ保險料ヲ要求スヘク其冒險ノ僥倖ナル場合ニハ保險者ハ意外ノ利ヲ得ヘキモ保險契約者及被保險者ハ何等ノ得ル所ナシ然レトモ不幸ニシテ些少ノ蹉跌タモアラハ被保險者ハ保險者ノ不用意ニ因テ保險金ヲ受クルコト能ハタルノ廣大ナルヘシ如此ンハ保險ハ全ク一ノ高利貸事業ニ化シタルナリ反之危險ノ計算カ調和ヲ得ルニ隨ヒ保險者ハ益少額ノ保險料ヲ以テ満足スルニ至ルヘク保險契約者及被保險者ノ利益大ナルナリ此等ノ利ヲ知ラスシテ狹少偏在セル地方ニ於ル少數ノ人ト保險契約ヲ締結シ一事業年度ニ少シタ利益ヲ得レハ悉株主ニ配當シテ顧タル如キハ全ク保險ノ何タルヲ知ラサルモノニ外ナラスシテ事業ハ到底發達セザルノミナラス失敗ニ終ルヘキハ火ヲ賭ルヨリモ明ナリ

如此保險事業ハ其性質上大組織ナラサルヘカラス獨逸ノ或學者此點ニ關シ說ヲ爲シテ曰ク獨逸舊商法ニ依レハ保險ノ大組織ヲ以テ保險ノ一般的要素ナリト謂フコト能ハサルヘシ何トナレハ商法ノ條文ハ明ニ保險料ヲ徵收シテ爲ス保險ノ引受ハ箇箇ノ契約ヲ締結スル場合ニ於テモ商行爲ナルコトヲ示セリ而シテ保險契約ノ箇箇ノ締結モ保險ノ意義ヲ變更シタルモノト觀ルコト能ハサレハナリ云云ト然レトモ我商法ニ於テハ如何ニ大組織ヲ以テ保險ノ一般的要素ト爲スヤ否ヤト云フニ商法第二六四條ニ主觀の商行爲ヲ列舉シ其第九ニ保險ヲ揭ケタリ而シテ本條ニ依レハ保險カ商行爲タルハ之ヲ營業トシテ爲ササルヘカラス又保險業法第二條ニハ「保險事業ハ株式會社又ハ相互會社ニ非サレハ之ヲ營業ムコトヲ得ス」トアリ而シテ相互保險會社ノ經營スル保險事業ハ營利事業ニ非ス故ニ保險ヲ營業トシテ經營スル場合ニハ株式會社ニ非サレハ之ヲ行フコトヲ得ス左レハ明治三十三年保險業法施行以來ハ保險事業ハ箇人ノ組合、

合名會社、合資會社及株式合資會社ノ如キ人の信用ヲ以テ其基礎ト爲シ其性質上永久的ノ存在ニ適合セズ組織ノ比較的狹少ナルヲ免ラサルモノヲ以テ保險事業ヲ經營スルコトヲ許サズ保險事業ノ經營ハ株式會社及相互會社ニ限リテ之ヲ認許スルコトヲ殊ニ營利事業トシテ保險事業ヲ行フ場合ニハ單ニ資本團體タル株式會社ニ限リタルヲ觀レハ我國ニ於ル保險ニ關スル立法ノ趣旨ハ亦事業ノ大組織ヲ以テ保險ノ一般的要素ナリト認メタルモノナリト云フモ敢過言ニ非サルヘシ

第四章 保險契約ノ性質

保險ニハ損害保險ト生命保險アリ兩者其性質ヲ同ウセス故ニ保險契約ノ性質ヲ論スルニ付テモ兩保險契約ノ性質ヲ合シテ説明スルハ困難ナリト雖茲ニハ單ニ總論トシテ兩者ニ共通ナル性質ニ付テ説明セシトス

第一 保險契約ハ雙務契約ナリ 我商法ニ於テハ第三八四條及第四二七條ニ損害保險及生命保險ノ意義ヲ示シタリ之ニ依ルモ保險契約ノ雙務契約ナルコト自ラ明ナリ蓋保險契約ハ保險者ト保險契約者トノ間ニ締結セラレ之ニ依テ保險者ハ事故ヲ發生シタル場合ニ於テ被保險者ニ對シ財産上ノ給付ヲ爲スヘキ義務ヲ負ヒ保險契約者ハ常ニ保險者ニ對シ保險料即チ保險者カ危險ヲ引受クルニ對スル報酬ヲ支拂フヘキ義務ヲ有ス

保險者ハ同様ノ危險ニ遭遇スヘキ虞アル多數ノ保險契約者ト契約ヲ爲シ其各契約者ヨリ僅少ノ保險料ヲ集メテ其中ノ少數者ハ果シテ事故ニ遭遇シタル場合ニ於テ或ハ之ニ一定ノ金額ヲ給付シ或ハ財産上ノ損害ヲ填補スルモノナリ然シテ事故ニ遭遇シタルカ爲ニ少數者ニ與フヘキ給付ニ必要ナル額ニシテ

之ヲ多數者ヨリ出指セシムル爲メ多數ニ割賦シタルモノヲ以テ純保險料ト稱ス換言スレハ此純保險料ハ保險事故ノ發生カ保險者ノ豫想ト全然合致スルトキハ保險者カ保險契約ニ依リ支拂フヘキ保險金額ヲ全ク支拂ヒテ過不足ナカルヘキ金額ナリ然シテ通常保險者カ保險契約者ヨリ受クル報酬即危險ヲ引受クルニ付テ支拂ハルヘキ對價ニハ純保險料ヨリ尙多クノモノヲ包含ス即事故ノ發生ノ豫測ニ差異ヲ生シタルカ爲メ純保險料ニ不足ヲ生スヘキ場合ニ補充セシムル爲メ附加シテ見積ラレタル金額及保險者カ保險事業ヲ經營スルニ必要ナル費用殊ニ營利保險ニ在テハ株主カ受タヘキ相當ノ利益ノ財源トナルヘキモノヲ附加セララルナリ故ニ此純保險料ニ附加セラレタル保險料ヲ附加保險料ト謂ヒ兩者ヲ合シテ營業保險料ト稱ス相互保險ニ在テハ保險料ハ純保險料ノミナリト云フ者アリト雖事業ヲ經營スルニハ相互組織ノ保險會社ト雖一定ノ基金ヲ出資スルコトヲ必要トス現ニ我保險業法ニ依レハ相互會社ノ基金ハ十萬圓ヲ下ルコトヲ得スト爲セリ此基金ニハ相當ノ利子ヲ支拂ヒ又漸次之ヲ償却セサルヘカラス相互會社ト雖事業經營ニ費用ヲ要シ又純保險料ノ算出ニ連算ヲ來スコトナキヲ保セス故ニ事業經營上ヨリ關ヘハ到底純保險ノミナリハ足ラサルナリ

第二 保險契約ハ諾成契約ナリ 保險契約ニ於テ保險者カ事故發生シタル場合ニ或給付ヲ爲スヘキ義務即損害保險ニ在テハ財産上ノ損害ノ填補ヲ爲シ生命保險ニ在テハ一定ノ金額ヲ給付スヘキ義務及保險契約者カ保險者ニ對シテ報酬ヲ與フヘキコト即保險料支拂ノ義務ニ付テ完全ナル合意カ成立スルトキハ此合意ニ因テ保險契約ハ成立シ雙方ノ當事者ヲ拘束スル效力ヲ生ス然シテ保險者ノ給付ノ義務及保險契約者ノ保險料支拂ノ義務ハ其ニ契約ニ因リ互ニ獨立シテ發生ス故ニ一方ノ當事者ノ義務ハ他ノ

一方ノ當事者ノ義務履行ヲ條件トスルモノニ非ス保險者ハ保險契約者カ未保險料ヲ支拂ハスト雖街事故發生シタルトキハ給付ノ義務ヲ履行セサルヘカラス保險契約者ハ事故發生ノ有無ニ拘ラス保險料ヲ支拂ハサルヘカラサルナリ

或ハ保險契約ハ踐成契約ナリト説ク者アルカ如シ米國ニ於ル訴訟事件ニ付其裁判官ノ宣告中ニ曰ク原告ハ千八百四十九年ヨリ千八百六十一年迄年保險料ヲ拂込ミタルニ由リ其契約ヲ實行シタルモノナリ之ト共ニ被告ハ被保險者ノ死亡ニ因リ特定セル金額ヲ支拂ヒ其契約ヲ履行スヘキモノナリ云ト由是觀之一方ノ當事者ノ履行即保險契約者ノ保險料支拂ヲ條件トシテ他ノ當事者ノ履行即保險者ノ保險金支拂ノ義務發生ト爲スモノノ如シ然レトモ我商法ニ於テハ第三八四條及第四二七條ニ於テ保險契約ヘ一方ノ當事者カ損害ノ填補又ハ一定ノ金額ノ支拂ヲ約シ一方ノ當事者カ反之報酬ヲ與フルコトヲ約スルニ因テ效力ヲ生スアル以上ハ保險契約ハ我商法ノ解釋上諾成契約ナルコト明ナルヘシ

第三 保險契約ハ有價契約ナリ 商法第三八四條(損害保險)第四二七條(生命保險)ニ於テ規定セルカ如ク保險契約者ハ常ニ相手方ニ對シテ報酬ヲ與フルコトヲ必要トス擔保契約及保證契約ハ極テ保險契約ニ類似スト雖其差異ノ一ハ有價無價ノ點ニ存ス擔保契約ハ片務的債務ニシテ擔保者ハ擔保ノ義務ヲ有スルノミニシテ何等ノ權利ヲ有セス其相手方ハ擔保者ニ對シテ何等ノ報酬ヲ與フルコトヲ要セス全ク無價ノ契約ナリ保證ハ有價ナルコトアリ無價ナルコトアリ然レトモ必シモ有價ナルコトヲ必要トセス反之保險契約ニ於テハ保險者カ被保險者ノ有スル危險ヲ引受タルニ對シテ保險契約者ハ常ニ保險者ニ其對價即保險料ヲ支拂ハサルヘカラス

第四 保險契約ハ不要式契約ナリ 保險契約ハ諾成契約ナルコト既ニ之ヲ説明シタリ而シテ諾成契約

ハ多クハ不要式契約ナルヘシ然レトモ諾成契約ナル點ト不要式契約ナル點トハ全ク著眼點ヲ異ニスルモノナルコト猶保險契約カ雙務契約ニシテ有價契約ナリト稱スルト全ク相同シ第四〇三條ニ依レハ保險契約者ノ請求アルトキハ保險者ハ保險證券ヲ發行スルコトヲ要シ其證券ニハ第四〇三條第二項第一號乃至第九號ノ事項ヲ記載シ保險者ハ之ニ署名スルヲ要スルヲ以テ恰要式契約タルカ如シト雖保險契約ハ當事者間ニ一定ノ事故、一方カ支拂フヘキ金額之ニ對シテ他ノ一方カ支拂フヘキ報酬ニ付完全ナル合意アレハ有效ニ效力ヲ生シ何等ノ方式ヲ必要トセス英法ニ曰ク「保險契約ハ特ニ形式又ハ文書ヲ以テスルコトヲ要セス定款ニ特定ムルニ非サレハ保險契約ハ口頭契約ヲ以テ完全ニ成立ス云云ト又其判決例ニ曰ク「或原告カ被告ノ地方代理店ニ對シ火災保險ニ關スル申込ヲ爲シタリ而シテ其代理店ハ危險ニ對スル或率ニ基キ一定ノ保險料ヲ約シ或保險金額ヲ支拂フヘキコトヲ口頭ヲ以テ契約シ直ニ之ヲ帳簿ニ記入シタリ而シテ其危險ハ率ノ甚大ナルモノナリキ左レハ代理店ハ其危險ヲ減少シ又ハ契約締結ヲ見合スヘカリシナリ然レトモ此代理店ハ其會社ヨリ保險ニ對スル申込ヲ受理シ會社重役カ署名セル白地保險證券ニ適當ノ記入ヲ爲シ之ヲ交付スルヲ常トセリ而シテ此場合ニ於テ斯ル大ナル危險ヲ引受タルニ付テモ代理店ハ之と同様ナルモノヲ屢受理シ之ニ關シテ會社ト相談スルコトナクシテ保險證券ヲ發行セリ左レハ此訴訟ニ於テ代理店ハ其權限ノ明瞭ナル範圍内ニ於テ保險ニ對シ口頭ノ契約ヲ爲シタルモノナリ而シテ代理店カ被保險者ノ合意ニ依リ其適當ナリト信スル金額ヲ定メタルトキニ於テ此口頭ノ契約ハ成立シ會社ヲ拘束スル效力ヲ有スルモノナリ云云ト

生スルヤ否ヤ發生スルトキハ如何ニ發生シ何時發生スルヤヲ知ルコト能ハス保險者ハ危險カ發生セザリシ場合ニハ保險料ヲ全ク利得スヘク損害カ發生スレハ之ヲ填補セザルヘカラス又保險契約者ハ損害カ發生セザリシ場合ニハ單ニ保險料ヲ損シ損害カ發生スレハ之ヲ填補ヲ求ムルコトヲ得而シテ此損害ノ發生スルヤ否ヤハ不確定ナリ即事故ハ偶然タリ此點ニ於テ保險契約ハ射倖契約ナリト云フニ過キス保險ハ賭事博奕ノ如ク全ク偶然ノ結果ヲ爭フモノニ非ス即投機ノモノニ非スシテ一定ノ基礎ヲ有ス其保險ヲ定メ保險金額ヲ約スルニモ皆確實ナル標準ニ基キタルモノニシテ假想のニ萬一ヲ僥倖スルヲ目的トシテ定メタルモノニ非ス一ヲ僥倖スルヲ目的トシテ定メタルモノニ非ス

佛蘭西民法第一九六四條ニ「射倖契約トハ總テノ契約者ノ爲メ若クハ其中ノ一人又ハ數人ノ爲メ利益及損失ニ付テノ效果カ不定ノ事故ニ關スル所ノ相互ノ合意ヲ謂フ如此モノハ左ノ諸件ナリトス」(一)保險契約(二)航海ノ危險ニ於ル貸借(三)遊戲及賭博(四)終身年金權ノ契約(五)右ノ中初ノ二者ハ海上法律ヲ以テ之ヲ管理スルト規定セリ

又我舊民法財產取得編第七章第一五七條ニ曰ク「射倖契約トハ當事者ノ雙方又ハ一方ノ損益ニ付キ其效力カ將來ノ不確定ナル事件ニ繫ル合意ヲ謂フ」ト而シテ第一五八條ニ「射倖契約ニハ其性質ニ因ルモノ有リ當事者ノ意思ニ因ルモノ有リ」博奕、賭事、終身年金權其他終身權利ノ設定、陸上、海上ノ保險及冒險貸借ハ性質ニ因ル射倖ノモノナリ」第三項略ト規定シ又同第一五九條ニ陸上、海上ノ保險及冒險貸借ハ商法ヲ以テ規定スルト規定セリ

如此我舊民法及其母法タル佛蘭西民法ニ於テハ保險ヲ以テ純然タル射倖契約ト爲シ射倖契約タル點ニ於テハ賭事、博奕ト相等キカ如ク規定スレトモ事保險ニ對スル舊思想ニ過キス今日ノ保險ハ斯ル投機的冒險的ノモノニ非ス確實ナル統計ヲ基礎トシ安全ナル計算ニ準據スルモノナリ故ニ射倖的契約ナリト云フハ事實當然ナラザルヤモ知ルヘカラス然レトモ唯其契約ノ要素タル事故ハ偶然ナルヲ要ス事故ノ發生ハ不確定ナルヲ要ス而シテ其發生スルヤ否ヤニ依テ保險者、保險契約者ノ得失カ其結果ヲ異ニスト云フ點ニ於テノ射倖的契約ナリト云フニ過キス之カ爲メ保險ヲ以テ投機的、冒險的ノモノナリトスヘカラス

然レトモ英國ニ於テハ海上保險契約ハ之ヲ印刷シ又ハ文書ニ爲シタル契約ナルコトヲ必要トシ保險料危險ノ性質、保險金額及保險者ノ姓名等ヲ明瞭ニスルコトヲ必要トスト云フ

第六 保險契約ハ自由意思ニ基ク契約ナリ 保險契約ハ保險者ト保險契約者ト間ニ任意ニ自由ノ意思ニ基キテ締結セラルル契約ナリ保險者ハ契約ニ對シ種種ナル條件ヲ附帶スルコトヲ得勿論其條件タルヤ正當ナルコトヲ要シ法令ニ違反シ公益ヲ侵害スルノ條件ヲ附帶スルコト能ハサルコトハ言フ俟タス而シテ保險契約ニハ保險約款ヲ附スルヲ普通トス所謂保險約款ハ契約ノ内容ヲ成スモノニシテ此約款ニ依リ種種ナルニ條件ヲ附スルナリ例之火灾保險契約ハ附帶スル約款ニ於テ保險者ノ損害填補ノ責任ハ第一回ノ保險料拂込アリタル後ニ於テ其效力ヲ生ストシ或ハ生命保險契約ニ於テ保險金額ノ支拂ハ被保險者ノ死亡ノ通知到達後六十日間ニ支拂フヘシトシ其他種種ナル約束ヲ定ムルモノニシテ此普通保險約款ハ保險業法第五條、第六條ニ依リ主務官廳ノ認可ヲ受ケシ第七條ニ約款中ニ定ムヘキ事項ニ付テ規定セリ而シテ第七條ハ此列記事項以外ノモノハ約款ニ加フヘカラストノ趣意ニ非ス即限定的規定ニ非スト信ス尙約款ハ主要ナル事項ナレハ後ニ至テ之ヲ詳述スヘシ

第七 保險契約ハ私法ノ事項ナリ 保險契約ヲ故ラニ私法ノ契約ナリト稱スル必要アルハ近世發達シ

タル所謂勞働保險(アルバイラルフエアジッヘルング)ト稱スルモノニ對シテ之ヲ用フルナリ即勞働保險トハ勞働者ニ對スル保險事業ヲ經營スルモノニシテ獨逸ニ於テハ官業組織ニ屬ス故ニ此保險ハ公法の性質ヲ有シ勞働者及其勞働者ヲ使用セル企業等カ此保險ノ爲ニスル出資ハ眞ノ保險料ニ非スシテ却テ一ノ租稅タルモノナリ此勞働保險カ特別ニ一ノ名稱ヲ有シ公法の性質ヲ有スルカ爲ノ一般ノ保險契約ハ私法の契約ナリト稱スルモノニシテ我國ニ於テハ未スル公法の性質ヲ有スル保險事業存在セサルカ故ニ私法の契約ナリト明言スルノ要ナキナリ

第八 保險契約ハ對人的契約ナリ 保險ノ目的物如何ヲ問ハス保險契約ハ人ニ對スル契約ナリ保險者ハ之ニ依テ契約ノ要旨ニ從ヒ被保險者ニ對シ損害ヲ填補セサルヘカラス即保險金額ヲ支拂ハサルヘカラス此保險者カ保險契約ニ因テ生スル債務關係ハ被保險物ニ對シテ生セスシテ人ニ對シテ存スルモノナリ故ニ此債權關係ハ其動產タルト不動產タルト問ハス財產ト共ニ移轉スルモノニ非ス保險者トノ合意ヲ以テ特ニ定ムルニ非アレハ被保險物ト共ニ移轉セス何トナレハ保險ニ付セラレタルモノノ保險ノ目的ハ被保險物ニ非スシテ被保險利益ナリ而シテ被保險利益ハ人カ物ニ對シテ有スル利益關係ナレハナリ我商法第四〇四條ニハ「被保險者カ保險ノ目的物ヲ讓渡シタルトキハ同時ニ保險契約ニ因テ生シタル權利ヲ讓渡シタルモノト推定ス」トアリ又其第二項ニ「前項ノ場合ニ於テ保險ノ目的物ノ讓渡カ著シク危險ヲ變更又ハ増加シタルトキハ保險契約ハ其效力ヲ失フ」トアリ由是觀之被保險物其モノノ移轉ニ因リ其被保險物上ニ存シタル保險ニ基ク債權關係カ當然移轉サルヘキモノニ非サルコト明ナリ是保險契約ハ對人的契約ナリト謂フ所以ナリ

第九 保險契約ハ獨立の契約ナリ 保險契約ヲ獨立の契約ナリト説ク人アリ其要旨ニ曰ク或契約ニ

附帶スル契約ニシテ保險ノ要素ヲ具有スルカ如ク見ユルモノアリ例之鐵道會社カ其貨物運送ニ付通常ノ義務以上ノ責任ヲ引受ケタルカ如シ即此特殊ノ義務履行ノ責任カ因テ以テ發生スヘキ事故ハ全ク不確定ニシテ又此事故ノ發生ニ因テ貨物發送者又ハ受取人ニ加ヘタル財產上ノ損害ヲ填補スルコトヲ約シ又會社ハ危險ノ平均數ニ基キテ此責任ヲ引受ク而シテ之カ引受ノ對價トシテ發送者又ハ受取人ヨリ特殊ノ報酬ヲ求ム故ニ保險契約ノ要素ヲ具有スルカ如ク認メラルコトアリ然レトモ單ニ附帶ノ契約ヲ有スルモノニ過キスシテ獨立の契約ナラサルカ故ニ保險契約ニ非ス云云ト此説ヲ以テ直接ニ我商法ニ於ル保險ヲ論スルコトヲ得ヘキカ疑ナキ能ハス但前説ハ大家ノ學說ナルカ故ニ之ヲ揭ケテ參考ニ供ス此點ニ付テハ予ハ尙研究中ナルカ故ニ諸君モ大ニ研究セラレシテ望ム

第十 損害保險契約ハ損害填補ノ契約ナリ 商法第三八四條カ示ス如ク損害保險ニ在テハ保險契約ハ損害填補ノ契約タルコト其一要件ナリ損害保險トハ財產上ノ損害ヲ被ル處アル場合ニ於テ果シテ事故ニ遭遇シ損害ヲ受ケタルトキ其損害ヲ填補スルヲ目的トスルモノニシテ保險者ハ其引受ケタル危險ニ基キテ發生シタル損害ヲ填補スル義務ヲ有ス然シテ損害ノ填補以上ニ或利益ヲ被保險者ニ與フヘキ義務ヲ有スルモノニ非ス換言スレハ損害ノ額ト填補ノ額ハ相殺のナラサルヘカラス回復ヲ受クヘキ權利ハ損害ト平均スルヲ要ス是保險ノ趣旨ハ積極のニ經濟上ノ利益ヲ増進スルモノニ非ス又損害ヲ豫防抑壓スルニモ非ス單ニ避クヘカラス損害ヲ可成輕易ナラシメントスル本旨ノ結果タリ隨テ我商法第三八六條ノ規定ノ示スカ如ク保險金額即事故發生ノ際ニ支拂フコトヲ約シタル金額カ被保險利益ノ信賴即保險價額ヲ超過スルトキハ其超過シタル部分ニ付テハ保險者カ之ヲ支拂フヘキ義務ナキ損害保險原則トス是損害保險契約ハ事故發生シタルカ爲ノ事故發生以前ニ勝リテ利益ヲ取得セシムルノ趣旨ニ

非スレハ單ニ事故ノ發生ノ爲ニ受ケタル損害ヲ填補スルコトノミヲ目的トスルモノニ外ナラザレハナ
リ第三八七條ノ場合モ同一ノ趣旨ニ出タル規定ナリ前者ヲ超過保險ノ原則ト謂ヒ後者ヲ同時保險ノ
原則ト稱ス

或ハ「保險契約ニ於テ當事者ハ合意上保險價額即被保險利益ノ價額ヲ測定スルヲ以テ保險契約ハ完全
ナル填補契約ニ非ス」ト曰フ人アリ然レトモ支拂ハルヘキ金額カ豫合意ニ依テ決定セラルコトハ決
シテ損害保險契約カ損害填補ノ契約タルコトヲ妨クルモノニ非ス何トナレハ其價額ハ被保險者カ填補
ヲ受クルカ爲ニ標準ヲ定ムルニ過キスレハ填補以上ノ額ヲ定ムルモノニ非ス縱令保險金額ヲ定ムルモ
保險金額契約ノ同時ノ價額ニ超過スルコトヲ證明スルトキハ其超過シタル部分ハ無効ナリ保險者ハ即
此場合ニ於テ填補ノ義務ヲ有セス是保險契約ノ本旨ヨリ生スル當然ノ結果ニシテ我商法第三八六條ニ
定ムル所モ亦此趣旨ニ外ナラス

填補ノ方法ニ付テハ金錢ヲ以テ之ヲ爲スヲ至當トス即損害額ニ相當スル金額ヲ以テ支拂ハサルヘカ
ス獨逸保險契約法案第四條損害保險規定ニハ「保險者ハ其損害填補ヲ爲スニハ金錢ヲ以テ之ヲ爲ス
コトヲ要ス」トアリ然レトモ實際上此點ニ關シテハ便宜ノ方法ヲ採用シ金錢ヲ以テ填補スル代リニ家
屋ニ付テハ再築、修繕等ノ填補方法ヲ用ヒ動産ニ付テハ現物賠償ヲ爲ス等種種ナル方法ヲ採リ

第十一 生命保險契約ハ一定金額給付ノ契約ナリ 生命保險ニ付テハ種種ナル學說アリ或ハ生命保險
ハ保險ニ非スト論スル者アリ或ハ生命保險ハ保險ナリトスル者モ損害保險ノ一種ニ過キスト爲ス者
アリ或ハ生命保險ハ損害保險ト全ク異レル一種ノ保險ナリト論スル者モ其詳細ノ議論ニ至テハ生命保
險ノ性質ヲ論スル際ニ之ヲ讓ラサルヘカラスト雖我商法ニ於テハ生命保險ハ明ニ保險トシテ規定セ

ア

レ之ニ依シテ第一節損害保險ト相違ヒテ第二節生命保險トシテ規定セラルルヲ見ル故ニ我商法ヲ論ス
ルニ當リテハ生命保險ハ保險ノ一種ニシテ而モ損害保險ニ非ストセサルヘカラス

然シテ生命保險契約モ亦損害填補ノ契約ナリ人ノ生死ノ關スル事故カ發生シタル場合ニ於テ此發生ノ
爲ニ受ケタル損害ヲ填補スルヲ以テ目的ト爲ストスル人アリ然レトモ我商法ニ於テハ損害保險ニ於テ
明ニ損害ヲ填補スルコトヲ目的トスルコトヲ明示スルニモ拘ラス(三八四條)生命保險ニ於テハ亦明ニ
一定金額ノ支拂ヲ目的トスルコトヲ明示セリ(四二七條)之ニ依テ觀ルモ生命保險契約ハ少クモ我商
法ニ於テハ之ヲ損害填補ノ契約ナリト爲ス能ハス一定金額支拂ノ契約ナリト爲ササルヘカラス此點ハ
詳細ナル研究ヲ要スル難問題ニシテ後ニ各論ニ於テ生命保險ヲ論スル際ニ之ヲ讓ラント欲ス

第十二 保險ハ主觀の商行爲ナリ 商法第三編商行爲ノ規定ニ於テ第二六四條ヲ觀レハ保險ハ營業ト
シテ之ヲ爲ストキハ商行爲タルコト明ナリ營業ナル文字ニ付テハ種種ノ解釋アルヘシ雖要スルニ營
業タルニハ營業ノ目的ヲ有スルコト及少クモ其行爲ヲ繰返シテ爲スノ意思換言スレハ繼續ノ意思アル
コトヲ必要トス即保險ハ之ヲ營利ノ爲ニ繼續ノ意思ヲ行フトキニ於テ始テ商行爲タルモノナリ此種
ノ商行爲ヲ名ケテ主觀の商行爲ト稱ス勿論商人カ自己ノ商業ノ爲ニ保險契約ヲ爲シタルトキハ第二六
五條ニ依テ附屬の商行爲トシテ一ノ商行爲タルナリ茲ニ主觀の商行爲ナリト云フハ保險契約其モノヨ
リ觀テ之ヲ言フニ過キス獨逸ニ於テハ保險ハ絕對の商行爲ナリト論スト雖我國ニ於テハ主觀の商行爲
タルコトハ明ナリ

然シテ相互會社カ爲ス保險契約ハ保險契約其モノヨリシテ商行爲ナリヤト云フニ相互保險ハ營利ヲ目
的トスルモノニ非ス保險業法中相互會社ノ規定ニ就テ觀ルモ其營利ヲ目的トセサルコトヲ知ルヲ得ヘ

シ例之保險業法第九〇條、第九一條ニ於テ或ハ社員名簿ノ記載ニ付テ登録税ヲ課セストシ或ハ相互會社ニ營業税ヲ課セスト爲スカ如キ或ハ故ラニ利益及損失ナル文字ヲ避ケテ剩餘金不足金ノ名稱ヲ用フルカ如キ或ハ保險事業、事業報告書ト稱シテ保險營業、營業報告書ト云ハサルカ如キ何レモ我保險業法ニ規定スル相互會社ハ全ク營利ヲ目的トスルモノニ非サルコトヲ證スルニ足ル故ニ相互保險契約ハ主觀の商行爲ナリト謂フコト能ハス尤附屬の商行爲タルコトアリ得ヘキハ勿論ナリ而シテ商法第三編第十章主觀の商行爲タル保險ニ關スル規定ハ第四一八條及第四三三條ニ依リ其全部ヲ相互保險ニ適用セラレ又保險業法ニ依リ商法ノ規定ノ多クハ相互保險會社ニモ準用セラレ居ルヲ以テ單ニ行爲ノ外形ヨリ觀レハ主觀の商行爲トシテ商法第三編第十章ニ定ムル保險ト保險業法第三章ニ定ムル相互會社ノ爲ス相互保險トハ多クノ點ニ於テ相一致スト雖其性質ハ全然相異ル契約關係ナリ

第五章 保險ノ種類

保險ノ種類ヲ分類スルニ當リ其區別ノ標準ニ依リ種種ナル分類ヲ爲スコトヲ得ヘシ或ハ保險者カ保險金額ヲ支拂フヘキ原因タル事故ニ據リ保險ヲ分類スレハ損害保險ト生命保險トニ分フコトヲ得ヘク或ハ保險金ノ性質ニ據リ換言スレハ保險金ノ性質カ損害補填ヲ意味スルカ又ハ一定ノ金額ヲ給付スルコトヲ意味スルカニ依テ損害保險ト定額保險ヲ分ツコトヲ得ヘク或ハ危險ノ客體ニ依テ保險ヲ分類スレハ保險及物保險ニ分ツコトヲ得ヘシト曰フ者アリ其他種種ナル分類アレトモ其區別ノ標準如何ニ依テ異レルナリ然シテ我商法ニ在テハ保險ヲ生命保險ト損害保險トニ分テ損害保險ニハ總則ノ外火災保險及運送保險

刑法各論

法學士 谷 野 格 講述

第一部 重罪、輕罪

第一編 身體、財産ニ對スル重罪、輕罪

第一章 身體ニ對スル罪

第一節 犯意ニ因ル殺傷罪

第一款 總說

謀殺、故殺ト所謂傷害ノ罪トハ一ハ生命ヲ絶ツノ行爲ニシテ一ハ單ニ身體ヲ傷害スル行爲タルノ差アリト雖共ニ身體ニ對シテ爲ス所ノ行爲ニ〇テ孰モ犯意ニ出タル行爲ナル點ニ於テハ全ク相同シ刑法ハ此同一ノ點ニ付謀殺、故殺ト所謂傷害罪トニ共通ノ規定ヲ設ケテ「殺傷ニ關スル有罪及ヒテ不論罪」ト題セリ所謂殺傷ニ關スル不論罪ノ場合ハ彼ノ危急防衛ト稱スル場合ニ該リ總則ニ於テ論シタル如ク單ニ殺傷行爲ノミニ關スル不論罪ノ規定ナリト云フ能ハサルヲ以テ本節ノ罪ニ共通スル所ノ規定トシテ

予カ説明スルハ唯殺傷ニ關スル特別ノ有恕ノ場合ノミニ限ラル
第一 特別有恕ノ適用ノ範圍

- 一 殺傷ニ關スル有恕トハ總則ニ於テ論スヘキ一般有恕ノ外ニ尙犯意ニ因リ犯シタル殺傷罪ニ付特別ニ付與スル有恕ヲ謂フ今特別有恕ノ特典ヲ受ケルコトヲ得ル殺傷罪ノ範圍ヲ定ムレハ大凡左ノ如シ
- 二 廣義ノ殺傷罪ニテモ自殺ノ教唆又ハ幫助ニ付テハ事實上特別ノ有恕ヲ受クヘキ場合ヲ生セス
- 三 同ク殺傷罪ト雖過失ニ因リ犯シタルモノハ亦特別有恕ノ適用ナシ
- 四 犯意ニ因リ犯シタル殺傷罪ナルモ被害者カ犯人ノ祖父母又ハ父母ナルトキハ刑法第三六五條ノ明文ニ依リ其適用ナシ

四 犯意ニ因リ犯シタル殺傷罪ト雖被害者カ天皇 又ハ皇族ナルトキハ特別有恕ノ適用ナシト謂ハサルヘカラス刑法上之ニ關シ何等ノ明文ナキモ特別有恕ハ私益ニ關スル罪ト謂フヘキ殺傷罪ニ付テノ規定シ皇室ニ對スル罪ハ刑法上明ニ公益ニ關スル罪ト認メタレハナリ

第二 特別有恕ヲ與フヘキ行爲

一 挑發ヲ受ケタルニ因リ殺傷 挑發ヲ受ケタルニ因リ殺傷ハ特別ノ有恕ヲ受クヘキ行爲ニシテ刑法ハ挑發ヲ受ケタルニ基キ人ヲ殺傷スルコトハ常ニ其情狀ヲ惡ムヘキモノトシテ刑法ハ唯「不正ノ所爲」ト規定セルカ故ニ如何ナル行爲カ不正ナルヤハ種種ノ異說アルモ予ハ違法行爲ヲ謂フモノト解ス刑法ハ又「直チニ」ト規定セルモ暴行ノ前又ハ後ト謂フト同一ニ歸セサルヘカラス刑法ハ「怒ヲ發シ」ト規定セルモ怒ヲ發スルハ其適用ノ重ナル場合ナルヘキモ必シモ之ヲ怒ヲ發シタル場合ノミニ限定スヘカラスナルヲ以テ挑發ヲ受ケタルニ因リ殺傷トハ犯行者自身ノ違法行爲ニ因テ他人ノ暴行ヲ招キタルニ非サル場合ニ於テ他人カ犯行者ノ身體ニ對シテ暴行ヲ加ヘタル際暴行ヲ爲ス他人ヲ殺傷スル行爲ナリトス茲ニ所謂殺傷トハ犯意ニ出テタル殺傷ヲ謂フハ勿論ナルモ挑發ヲ受ケタルニ原因スル殺傷ナルヲ以テ事實上概テ謀殺ヲ包含セス

二 互傷 刑法ハ互傷ト規定シ之ヲ創傷ノ方面ヨリ規定セルモ創傷ノ結果一方カ死ニ至リタル場合ニ於テモ亦其適用アルモノト解釋セサルヘカラス但互殺ノ場合ニ於テハ科刑ノ客體ナキヲ以テ當然有恕ノ問題ヲ生セス又刑法ハ互傷ノ場合ニ於テハ「其罪ヲ宥恕スルコトヲ得」ト規定セルカ故ニ之モ宥恕ヲ與フルト否トハ裁判所ノ權利ニシテ其義務ニ非サルナリ

三 姦所殺傷 夫婦トハ今日ニ於テハ民法上有效ノ婚姻ヲ爲シタル者ナラサルヘカラス民法制定前ニ於ルカ如ク事實上ノ夫婦ヲ謂フモノトハ解スルコト能ハス姦通ナルコトモ後ニ述フルカ如ク人ノ妻タル身分アル者カ其夫以外ノ男子ト姦淫スル行爲ヲ謂フモノニシテ姦所トハ姦淫行爲ヲ爲シタル場所ヲ謂フ又刑法ハ「其妻ノ姦通ヲ覺知シ」ト規定シタルモ夫カ其妻ノ姦通ノ現場ヲ發見スルニ因テ殺傷ノ意思ヲ生シタルモノト意ナリト解セサルヘカラス

(1) 夫カ其妻ノ姦通ヲ容認シタルコトナキ事實 姦通容認ニハ一般ノ容認ト特別ノ容認即特定者ニ對スル姦通容認トノ區別アリ特別ノ容認ニ於テハ其特定者以外ノ者ニ付テハ姦通ノ容認ナカリシモノト同視セサルヘカラス

(2) 夫カ其妻ノ姦通ノ現場ヲ發見スルニ因テ殺傷ノ犯意ヲ生シ姦所ニ於テ姦夫又ハ姦婦ヲ殺傷シタル行爲 刑法ハ姦通ノ現場ヲ發見スルニ因テ殺意ヲ生スルヲ必要トセルカ故ニ夫カ妻ノ姦通ヲ知リ之ヲ殺傷セントノ目的ヲ以テ姦通ノ現場ヲ搜索シ之ヲ殺傷シタル如キ行爲ハ有恕ヲ受クヘキ行

爲ナリト謂フヲ得ス但大審院ノ判例ハ反對ナリ
四 晝間家宅ニ侵入セントスル者ヲ防止セントスル目的ニ出タル殺傷 夜間家宅ニ侵入セントスル者ヲ殺傷シタル行爲ハ危急防衛ノ一體様トシテ之ヲ罪トセス

(1) 晝間承諾ヲ得ヌシテ人ノ住居シタル邸宅ニ入り又ハ門戸墻壁ヲ踰越損壞シテ侵入セントスル事實

(2) 防止スル目的ヲ以テ其入りタル者又ハ入ラントスル者ヲ殺傷シタル行爲

五 危急防衛權ノ過剰 所謂危急防衛權ノ過剰トハ危急防衛權ヲ行使スルニ際シ防衛行爲カ已ムコトヲ得サルノ程度ヲ超エタル事實ヲ謂ヒ如此狀態ニ於テ他人ヲ殺傷シタルトキハ裁判所ハ其罪ヲ宥恕スルコトヲ得而シテ之ヲ殺傷行爲ノミニ限リタルハ既ニ一般學者ノ批難スル所ニシテ全然理由ナキ法制ト謂ハサルヘカラス

第三 特別宥恕ノ效力

刑法ハ其罪ヲ宥恕スル場合ニ於テハ各本刑ニ照シテ二等又ハ三等ヲ減輕スト規定セリ故ニ互傷及危急防衛ノ過剰ニ因ル宥恕減輕ハ全部判事ノ權利トシテ爲ス所ノ減輕ナレトモ其他ノ宥恕減輕ニ付テ言ハ二等ヲ減輕スルハ法律上ノ減輕ニシテ三等ヲ減輕スルハ裁判的ノ減輕ナリトス

第二款 犯意ニ因ル殺傷罪

第一項 總說

謀殺ト故殺トハ共ニ人ノ生命ヲ絶ツノ行爲ニシテ共ニ犯意ニ因リ犯ササルヘカサルノ罪ナリ唯其犯

意カ豫謀ノ犯意ナルト然ラサルトニ依テノミ區別アルモノトス豫謀ノ犯意ノ何ナルヤニ付テハ種種ノ異說アルモ予ノ信スル所ニ依レハ行爲ノ體様及其行爲ノ結果ヲ詳知スル意思ノ狀態ヲ謂ヒ所謂熟慮ノ末ニ生シタル犯意ナリトス

豫謀ノ犯意ト然ラサル犯意トノ差異ハ單ニ程度ヲ異ニスルノミニテ其性質ニ於テハ毫モ異ル所ナシ故ニ理論上適當ノ區別ノ標準ヲ發見スルコト能ハス又裁判ノ實際ニ於テモ其區別ヲ爲スコト極テ困難ナルノミナラス立法論トシテ考フルモ豫謀ノ犯意ヲ以テ犯シタル殺傷罪ノ情狀ハ常ニ惡ムヘキモノニシテ豫謀ニ非サル犯意ニ因テ犯シタル殺傷罪ノ情狀ハ常ニ惡ムヘキモノトスル根據ナキナリ故ニ今日歐羅巴ニ於ル多クノ國ノ刑法ニ於テハ仍謀殺ト故殺トノ區別ヲ認ムルモ學者ノ多數ハ此區別ヲ以テ全然理由ナキモノナルコトヲ論難セリ

殺傷罪ハ人ノ生命ヲ絶ツノ行爲ナラサルヘカラス 人ノ生命ナラサルヘカラスナルカ故ニ人トハ何ソヤノ問題ヲ生ス人カ何ナリヤハ詳ク之ヲ知ルヲ得サルモ兎ニ角胎兒カ生キテ出生スルトキハ人ト爲リ人カ死スレハ所謂屍體ト爲ル故ニ人ノ何タルヤハ出生及死去ノ何タルヤヲ説明スレハ自ラ其意義ノ大要ヲ知ルコトヲ得ヘシ死去ニ付テハ別ニ説明ヲ要スヘキナシ只所謂死去トハ事實上ノ死去ヲ謂ヒ法律上ノ死去ヲ謂フニ非サルコトニ注意スヘシ出生トハ胎兒カ母體ヲ分離スルヲ謂ヒ生キテ出生スルトハ胎兒カ生命ヲ有シテ母體ヲ離ルルヲ謂フ而シテ生キテ母體ヲ離レタリトセハ其自然

的出生ナルト又ハ人爲的出生例之胎兒ニ出タルト又ハ通常人ノ形體ヲ具有セルト然ラサルト又ハ比較的永久ニ生存スルコトヲ得ルノ能力アルト然ラサルトヲ問フコトナシ生命ヲ有シ居ルヤ否ハ種

種ノ罪説アルモ彼ノ「リスト」カ唱フル如ク呼吸ノ有無ニ因テ決定スルヲ便利ナリト思惟ス而シテ已ニ生キテ出生スレハ其死去セサル限ハ刑法上常ニ之ヲ人ト看サルヘカラス尙生命ハ人ノ肉體ニ附随スルモノナルヲ以テ生命ヲ絶ツニハ必キ肉體ニ比較的重大ナル傷害ヲ與ヘサルヘカラサルカ故ニ殺害罪ト傷害罪トハ其中間效力ニ於テハ何等ノ區別ナシトス唯犯意ノ部面ニ於テノミ其差異ヲ見出スコトヲ得ヘシ

第二 殺害罪ハ他人ノ生命ヲ絶ツノ行爲ニ關ス 自己ノ生命ヲ絶ツノ行爲ハ刑法上之ヲ自殺ト稱セリ自殺ハ後述スル如ク沿革上道德論トシテモ之ヲ不當ノ行爲トハ看サリキ然レトモ近時ノ倫理論トシテハ自殺ハ到底道德ニ適ヒタル行爲ナリト云フ能ハサルニ至レリ但法律論トシテハ近時ニ於テモ自殺ハ之ヲ罪トセス

第三 殺害罪ハ囑託ヲ受ケスシテ他人ノ生命ヲ絶ツノ行爲ニ關ス 刑法ハ前ニ述ヘタル如ク自殺ハ之ヲ罪ト爲ササルモ人ノ自殺セントスル行爲ニ干與スル行爲ヲ特別罪トセリ然レトモ殺害罪ノ意義ヲ廣ク他人ノ生命ヲ絶ツノ行爲ナリト解釋スルトキハ自殺幫助罪ノ如キモ亦殺害罪ノ一種ナリト謂ハサルヘカラサルニ至ル故ニ予ハ刑法上所謂殺害罪ノ定義トシテハ囑託ヲ受ケスシテナル制限ヲ付セサルヘカラサルノ必要ヲ感ス

刑法ハ「謀殺故殺ヲ行ヒ誤テ他人ヲ殺シタル者ハ仍ホ謀殺ヲ以テ論ス」ト規定セリ或ハ「誤テ」ナル文字ヲ過テタル意味ニ解シテ謀殺故殺ヲ行フ際ニ於ル過失殺ヲ規定シタル條文ナリト説ク者アレトモ予ハ之ヲ探ラス

第二項 故殺ノ罪

第一目 故殺罪

所謂故殺罪トハ準故殺罪ト相對セシムル爲ニ用ヒタル語ナリ刑法ハ「故意ヲ以テ人ヲ殺シタル者ハ故殺ノ罪ト爲シ云」ト規定セルモ故意トハ豫謀以外ノ犯意ト謂フニ等キハ前ニ説明シタル所ナリ故ニ謀殺罪ニ付特ニ「豫メ謀テ」ナル形容詞ヲ付スル以上ハ謀殺罪以外ノ殺害罪ニ付故ラニ「故意ヲ以テ」ナル詞ヲ附加スルノ必要ナシ

故殺罪ハ囑託ヲ受ケスシテ他人ノ生命ヲ絶ツノ行爲ニ關シ刑法上左ニ述フカ如キ區別アリ

第一 通常ノ故殺罪 通常ノ故殺罪ハ其手段ノ如何ニ拘ラス又目的ノ如何ヲ問ハス苟故殺行爲ナリト云フヲ得テ特別ノ故殺罪又ハ豫謀の犯意ニ出テサル毒殺罪ニ該ラサル限ハ通常ノ故殺罪トシテ處斷セサルヘカラス

第二 特別ノ故殺罪

一 殘虐ナル手段ニ因ル故殺罪

二 重罪又ハ輕罪ヲ犯スニ便利トスル目的ヲ以テ犯シタル故殺罪 所謂重罪、輕罪トハ行爲者ノ意思ニ因リ定ルヘキモノニ非スシテ客觀のニ之ヲ決セサルヘカラス時ニ其罪態ノミニ關スルモノニシテ訴訟條件ノ具備スルト否トニハ全ク關係セス或學者ハ此罪ニ付テハ重罪又ハ輕罪ノ一部ニ著手シタルコトヲ要スト説ケルモ刑法ノ解釋トシテハ之ヲ採用スルヲ得スト信ス

三 重罪又ハ輕罪ニ付訴追ヲ免ルル目的ヲ以テ犯シタル故殺罪 刑法ハ「其罪ヲ免カル爲メ」ト規

三 定セルモ其意味ハ罪ノ直接ノ效果ナル所ノ訴追ヲ免ルコトヲ云フニ過キサルヘシ或ハ其刑ヲ免ルコト云フノ意ナリト解スル者アリ此解釋ヲ爲シ得ルトセハ極テ明確ナル語ナルカ故ニ妥當ナル見解ナリト思惟スレトモ刑法ノ文字ニ拘泥シテ見ルトキハ「其罪ヲ免ルル爲メ」トアルヲ以テ之ヲ刑ヲ免ルル爲メト解釋スル餘地ナキナリ

第二目 準故殺罪

準故殺罪トハ豫謀ニ非サル犯意ニ因リ詐稱誘導シテ他人ヲ危害ニ陷レ之ヲ殺シタル行爲ニ關ス詐稱誘導トハ結局欺タコトナリ危害トハ少クモ本條ノ解釋シテハ生命ニ危險ナル地位ニ在ルモノト解セサルヘカラス刑法ハ「人ヲ殺スノ意ニ出テ」ト規定セルモ「死ニ致シ」ト客觀的ノ部面ヨリ規定シタル結果ニ過キサルカ故ニ要スルニ人ヲ殺シタル行爲ト云フニ歸著スルナリ此罪ニハ殺害ノ犯意アルモ其手段カ純故殺罪ノ如ク身體ヲ直接ニ害スルニ在ラスシテ他人ノ意思ニ基キ自ラ生命ニ危險ナル地位ニ立タシムルコトニ在ルヲ以テ恰生命ヲ絶ツニ付間接ノ手段ヲ行使シタル行爲ヲ故殺ニ準シタルモノノ如シト雖其手段ハ如何ニ間接ナルモ現ニ事實上死去ナル事實ヲ生セシメタリトセハ其行爲ハ純タル殺人ノ行爲ナレハ別ニ之ヲ故殺罪ニ準スルノ必要ナキカ如シ要スルニ此規定ハ因果關係ノ性質ニ關シ誤リタル見解ヲ採リタル結果トシテ生シタルモノト謂ハサルヘカラサルヲ以テ今日ヨリ之ヲ觀レハ必要ノ條文ト謂ハサルヘカラス

第三項 謀殺ノ罪

第一目 謀殺罪

謀殺トハ大體前述ノ如ク豫謀ニ出テタル犯意ヲ以テ囑託ヲ受ケシテ他人ノ生命ヲ絶フ行爲ヲ謂フ俗ニ所謂嬰兒殺ト稱スルモノモ謀殺ヲ以テ論セサルヘカラサル場合アルハ當然ナレトモ其犯情カ憐ムヘキ結果トシテ今日ノ裁判ノ實際ニ於テハ故殺罪ヲ以テ論スルコト通常ナリ外國ノ立法例ヲ見ルニ殺人ニ謀殺ト故殺トノ區別ヲ認メタルモノニテモ嬰兒殺ヲ以テ情狀ノ輕キ殺人罪ト規定セリ

第二目 準謀殺罪

謀殺ニテアリ

(第一) 毒殺罪 毒物ノ何タルカニ付或ハ身體ニ對スル化學的ノ影響ニ因リ人ヲ害シ或場合ニハ之ヲ死ニ致ス如キ物質ヲ謂フト解釋スル者アリ或ハ身體ノ内部ニ施用シ少量ニテモ其健康ヲ傷害スヘキモノヲ謂フト解スル者アリ要スルニ物カ動物質、植物質又ハ礦物質ナルト區別セシテ予輩ノ信スル所ニ依レハ化學的作用ヲ有セサルモノハ毒物ト謂フコトヲ得スト信ス施用トハ即使ヒ用フルノ意ニシテ之ヲ身體ノ内部ニ使用スルト又ハ外部ニ使用スルト區別セス或學者ハ施用ト云フコトハ唯内部ノミニ使用スルコトヲ云フト解スレトモ別ニ有力ナル根據アルニ非ス

(第三) 豫謀の犯意ヲ以テ詐稱誘導シテ他人ヲ危害ニ陷レ之ヲ殺シタル罪

第三款 犯意ニ因ル傷害罪

第一項 總說

毆打創傷トハ外國法所謂身體傷害ニ該當ス蓋通俗ノ語トシテ毆打ト云ハ手若クハ手ニ握レル物ヲ急激ニ他人ニ觸レシムルノ作用ヲ謂フ如ク思惟セラレ又創傷トハ身體ニ生シタル開口傷ノミヲ謂フ如クナレトモ刑法ノ解釋トシテハ如此狹義ニ解釋スルコトヲ得ス(一)毆打ト云フハ刑法上ノ語トシテハ身體ニ傷害ヲ生シ得ヘキ動ヲ謂フト解釋セサルヘカラサルナリ(二)創傷トハ刑法上ノ語トシテハ身體又ハ健康ニ關スル異狀ナリト解セサルヘカラス單ニ開口傷ノミナラス所謂皮下瘀血或癰病等ヲ包含ス而シテ毆打創傷ト云フコトヲ如此廣ク解セサルヘカラスナルニ至ルヲ以テ予輩ハ事之ヲ傷害罪ト題シ其趣意ノ存スル所ヲ明ニスル必要アリト信スルナリ傷害罪トハ犯意ヲ以テ他人ノ身體ヲ傷害スル行為ヲ謂フ故ニ此罪ニ付テノ犯意ト云フハ他人ノ身體ヲ傷ケントノ觀念ナラサルヘカラス刑法ノ發布當時ニ在テハ或ハ毆打創傷罪ヲ純粹ノ結果罪ナリトシテ其成立ニハ何等ノ犯意ヲモ要セスト論セシ學者アリシ如シト雖今日ニ在テハ如此見解ヲ立ツル餘地ナシ只所謂傷害罪ノ事ハ前ニ述ヘタル如ク刑法ニテハ「毆打創傷」ナル文字ニテ表セルニ由リ精密ニ論スレハ其傷害罪ノ犯意ハ人ヲ毆打スルト云フ觀念ナルカハ人ヲ創傷セシムル觀念ナルカニ付テ爭アリ予輩ハ前述ノ如ク後說ヲ可ナリト信スル者ナリ」刑法ハ傷害罪ニ共通シテ所謂共犯者ノ處分ヲ規定セリ學者ハ此條項ニ付種種ノ見解ヲ探レリ(一)此等條項ハ總則ノ共犯關係ヲ認ムルコトヲ得ル數人カ同時、同處ニ於テ同一ノ人ヲ傷害シタル場合ニ關スル規定ナリト爲ス者アリ(二)此等ノ條項ハ總則ノ共犯關係ヲ認ムルコトヲ得ル數人ニ關スルモノナルカ只總則ノ共犯例ニ對シテ例外ヲ規定シタルモノナリト云フ者アリ(三)此等ノ條項ハ數人カ同時、同

處ニ於テ同一人ヲ傷害シタル總テノ場合ニ關スル規定ニシテ總則ニ所謂共犯關係ヲ認ムルコトヲ得ヘキ場合ナルト然ラサル場合ナルトヲ區別セストノ意ナリト云フニ在リ以上三說中予輩ハ最後ノ見解ヲ以テ正鵠ヲ得タルモノト信ス故ニ數人カ同時、同處ニ同人ヲ傷害シタル場合ニ於テハ總則ニ所謂共犯ナルト然ラサルトヲ區別セス左ノ如ク處斷セサルヘカラスト信スルナリ

第一 傷害罪ノ下手者 傷害罪ノ下手者ニ對シテハ其加ヘタル傷害ニ從ヒ其責任ヲ負擔セシメサルヘカラス是總則ニ所謂共犯例ニテ「皆正犯ト爲シ各自ニ其刑ヲ科」スト云フト大ニ結果ヲ異ニセルコトモ注意スルコトヲ要ス而シテ傷害罪ニ付テハ各下手者カ加ヘタル傷害ノ程度ニ依リ責任ヲ負擔セシムルモノト爲シタル結果トシテ或場合ニ於テハ其各自ノ加ヘタル傷害ノ程度ニ難キ場合アルコトヲ免レスルヘカラス刑ヨリ一等ヲ減シタル刑ヲ各下手者ニ科スヘキモノト規定セリ但既ニ輕重ヲ知リ難キトキ差ナキ傷害罪同様に傷害アル場合、第二ニ唯一箇ノミノ傷害ヲ生シ共犯者中何人カ下手ナルカヲ知リ難キ場合等ヲ含マサルニ由リ此等ノ場合ニ於テハ處分ニ付テハ頗困難ヲ感セサルヲ得ス

第二 傷害罪ノ教唆者 前述ノ如ク各下手者ノ加ヘタル傷害ヲ判定スルコトヲ得サル場合ニ於テハ各下手者ニ對シテハ重傷ノ刑ニ照シ一等ヲ減シタル刑ヲ科スルト雖此特例ハ勿論教唆者ニハ其適用ナキナリ

第三 傷害罪ノ幫助者 幫助者ニハ總テ下手者ノ刑ヨリ一等ヲ減輕シタル刑ヲ科ス

以上述ヘタル所ハ毆打創傷罪ニ付テノ處分ナリ刑法ハ疾病、休業ニ至ラサル毆打罪ハ毆打創傷罪ノ中

ニハ規定セシテ之ヲ別ニ違背罪トセザルニ由リ右ニ述ヘタル特例ハ其適用ヲ有セザルナリ刑法ハ所謂誤傷ノ場合ヲ規定スレトモ其不必要ナルノミナラス其不當ナルコトハ誤殺ニ付テ述ヘタルト同一ノ理由ナリ

第二項 傷害罪

傷害罪トハ既ニ述ヘタル如ク他人ノ身體ヲ傷害スル行為ナリ只囑託ヲ受ケスト云フ條件ナキコトカ殺人罪ニ對スル定義ト異ル所ニシテ此點注意ヲ要スルナリ

第一 通常ノ傷害罪

(一) 傷害カ死去ノ結果ヲ惹起シタルトキ 此場合ハ所謂毆打致死罪ト稱スルモノナリ毆打致死罪ハ學者ノ所謂結果罪ノ一ニシテ或毆打創傷ノ行為ヲ爲シタル結果觀念ナキニ拘ラス他人ヲ殺スト云フ事實ヲ生シタルヲ謂フ故ニ毆打致死罪ニ付テハ其死去ノ事實ニ付テハ觀念即犯意ノナキコトヲ必要トス若犯意アリトセハ當然殺人罪ヲ以テ論セサルヘカラス又毆打致死罪ニ付テハ過失アルコトヲ必要トセス故ニ他人カ死去セシト云フ事實ト毆打創傷トノ行為ノ間ニ因果關係ヲ認メ得レハ此罪ノ成立ニハ十分ナリ學者或ハ毆打致死罪ノ成立ニハ毆打創傷行為ヲ爲ス結果過失ニ因リ人ヲ死ニ致スコトヲ必要トス論スル者アレトモ予輩ハ之ヲ採ラス

傷害カ篤疾ヲ惹起シタルトキ

(四)(三)(二) 傷害カ瘡疾ヲ惹起シタルトキ

傷害カ二十日間以上ノ罹病ナル結果又ハ仕事ヲ營ミ難キ結果ヲ惹起シタルトキ

(五) 傷害カ二十日間以下罹病ナル結果又ハ仕事ヲ營ミ難キ結果ヲ惹起セシトキ

(六) 特別ノ傷害罪

第二 特別ノ傷害罪

(一) 豫謀ノ犯意ニ依ル傷害罪

重罪又ハ輕罪ヲ犯スニ便宜ニスル爲メ犯シタル傷害罪

重罪又ハ輕罪ニ付訴追ヲ免ルル目的ニ出テタル傷害罪

健康ヲ害スヘキ物ヲ施用シタル傷害罪

健康ヲ害スヘキ物ヲ施用シテ他人ヲ疾苦セシメタルニ關スルモノナリ

第三項 準傷害罪

準傷害罪ハ他人ヲ詐稱誘導シテ危害ニ陷ラシメ之ヲ傷害シタル行為ニ關スルモノナリ而シテ其結果ノ如何ニ依リ前述ノ普通又ハ特別ノ傷害罪ト同一ニ處斷セサルヘカラサルナリ

第二節 過失殺傷

刑法ハ過失殺害ト疾病又ハ休業ニ致シタル過失傷害ヲ罪トセシト雖疾病又ハ休業ニ致ササル過失傷害又ハ創傷ヲ爲スニ至ラサル過失毆打ニ付テハ之ヲ罪トセザルナリ

(第一) 過失殺害罪

(第二) 過失傷害罪 其中(一)人ヲ廢疾又ハ篤疾ニ致シタル罪(二)其他他人ヲ疾病又ハ休業ニ致ス程度

ニ於テ傷害シタル罪、
刑法カ業務上特別ノ義務ヲ負擔セル者ノ過失殺傷ヲ情狀ノ重キ過失殺傷罪ト爲サナリシハ近來一般學說ノ傾向ニ背馳セルモノナリ

第三節 自殺ニ關スル罪

自殺トハ自己カ自己ノ生命ヲ絶ツ行爲ヲ謂フ而シテ我刑法ハ自殺ニ關シテ左ノ法制ヲ採リ殺害罪以外ニ特ニ自殺ニ關スル罪ヲ規定セリ

(一) 自殺ハ之ヲ罪ト爲サス又自傷モ罪ト爲ササル法制但兵役ヲ免ルル目的ニ出タル自傷ハ例外ナリ即兵役ヲ免ルルノ罪是ナリ

(二) 自殺ノ教唆又ハ幫助ハ之ヲ罪トスル法制

(第一) 自殺教唆罪 自殺ハ前述ノ如ク罪ト爲ラサルニ由リ自殺ニ付テハ總則ニ謂フ所ノ教唆罪ハ成立セズ茲ニ謂フ所ノ自殺教唆罪ハ一定ノ事實ヲ生ゼシタル教唆行爲其モノヲ特別罪ト爲シタルモノナリ而シテ此罪モ所謂結果罪ノ一ニシテ重罪ナル場合ニ於テモ未遂犯ハ成立セズ

(一) 通常ノ自殺教唆罪 此罪ハ他人ニ對シテ自殺ヲ教唆スル行爲ヲ爲シ其結果トシテ他人カ教唆ニ原因シテ自殺シタル事實ヲ謂フ而シテ他人カ自殺ニ著手シタリトスルモ其自殺ヲ中止シ又ハ意外ノ障礙ニ因リ遂ケサリシトキハ此罪ハ成立セズ

(二) 特別ノ自殺教唆罪 此罪ハ自己ヲ利スル目的ヲ以テ他人ニ對シテ自殺ヲ教唆スル行爲ヲ爲シ其結果トシテ他人カ教唆ニ原因シテ自殺シタル事實ヲ謂フ而シテ自己ヲ利スル目的ト云フハ自己ノ財

產上又ハ身分上ノ利益ヲ計ル目的ヲ謂フ

(第二) 自殺幫助罪 自殺幫助罪ハ自殺者ニ對シテ實行行爲又ハ準備行爲ヲ以テ補助ヲ與フル行爲ヲ謂フ手輩ハ刑法ニ所謂「手下シ」ト云フ語ハ生命ヲ絶ツト云フ意ニ解釋シ所謂「補助」トハ自ら自己ノ生命ヲ絶タントセル者ヲ補助スルヲ謂フト解セント欲ス但「手下シ」ト云フ語ヲ廣ク自殺者ノ生命ヲ絶ツ爲ニ其身體ニ創傷ヲ生ゼシムル行爲ヲ謂フモノナリト解スル者アリ是亦論理的ノ見解ト謂ハサルハカラス

(一) 實行行爲ニ因ル幫助罪 自殺ノ實行行爲トハ自殺者ノ生命ヲ取ル行爲ナルニ由リ此等ノ幫助罪ハ全ク純粹ノ殺害罪ナリト謂ハサルヘカラス然ラハ理論上殺害罪ト認メサルヘカラサル行爲ヲ自殺幫助罪ト認ムルニ付テハ必屬託ヲ受ケルコトヲ必要トス屬託ハ承諾ト異ル承諾ト云ヘハ唯其者ノ意ニ反セスト云フ意ニ過キス屬託ト云ヘハ其者ノ意ニ應ストノ意ナリ而シテ此屬託ト云フハ必屬託スルニ足ル能力ヲ有スル者ヨリノ屬託ナラサルヘカラスハ勿論ナリ

此罪ハ輕罪ニシテ未遂犯ヲ罰スルノ特別明文ナキヲ以テ罰スヘキニ未遂犯ノ成立セサルヤ勿論ナリ然レトモ自殺者ノ屬託ニ因テ實行行爲ヲ以テ自殺ヲ幫助シタル者カ生命ヲ絶ツニ足ラサル創傷ヲ負フニ止リシトキハ如何ニ之ヲ處分スヘキカニ付種種ノ異說アリ手輩ハ理論シテハ十分之ヲ傷害罪トシテ處斷スルコトヲ得ト信スルナリ只此解釋ヲ採レハ屬託ヲ受ケテ死ニ致セタル行爲ハ比較的輕キ刑ヲ科セラルル罪ト爲リ屬託ヲ受ケテ創傷ヲ負ハシメタル行爲ハ比較的ニ重キ刑ヲ科スヘキ罪ト爲リテ或ハ刑法ノ真意ニ非サルヘシトノ疑ヲ生ズルナリ

(一) 準備行爲ニ因ル幫助罪

第四節 擅ニ人ヲ逮捕、監禁スル罪

第一款 總說

○逮捕監禁ト云ヘル犯罪ハ場所ヲ移ス動作ハ自由ヲ制限シ若クハ制縛スル所爲ニシテ沿革上ヨリ其場所ノ移動ノ自由ヲ奪フ所爲ノ主タルモノハ監禁ナルカ然ラサレハ逮捕ナリト斷定シテ憲法ニ於テモ日本臣民ハ法律ニ依ルニ非サレハ逮捕、監禁セラルルコトナシト規定シ刑法ニ於テハ唯逮捕、監禁ノミヲ罪トセリ然レトモ予輩ハ逮捕、監禁以外ノ方法ニテモ荷場所ヲ移ス自由ヲ制限スル所ノ行爲ナリトセハ又之ヲ罪トセサルヘカラスト信スルナリ我刑法ニ於テハ逮捕監禁罪ヲ三處ニ分テ規定ス即(一)官吏人民ニ對スル罪トシテノ逮捕、監禁スル罪(二)祖父母、父母ニ對スル監禁罪及(三)是ヨリ述フヘキ擅ニ人ヲ逮捕、監禁スル罪是ナリ此罪ハ總テ暴行若クハ脅迫ヲ要素トセル罪ニ付テ表ルルコトアリ然レトモ此場合ニ依テハ固ヨリ逮捕、監禁罪ノ成立ヲ認ムヘキモノニ非ス

第二款 逮捕罪

逮捕ト云フハ刑事訴訟法ノ上ニ於テハ特定ノ意味ニ使用スレトモ刑法上ニ在テハ別ニ其意味ヲ定ムヘキ根據ナシ然レトモ逮捕ト云フハ要スルニ捕縛若クハ制縛スルコト云フコトト解セサルヘカラスト直接ニ身體ニ對シテ或制限ヲ加フルコトニ依リ其場所ヲ移ス動作ヲ制限スルコトヲ謂フ而シテ祖父母、父母ニ對スル罪ニ付テハ刑法上逮捕ト云フコトヲ認メサルコト特ニ注意ヲ要スルナリ此罪ハ他人ノ身體ニ對シテ直接ニ或制限ヲ加フル行爲ヲ謂フモノニシテ刑法ニテハ特ニ「擅ニ」ト云ヘル語ヲ附加スル

民事訴訟法(第一編)

第二章 民事訴訟ノ種類及目次

法學士 岩田 一郎 講述

第一編 緒論

第一章 民事訴訟ノ發達

人類共同生存ヲ爲シ各個人カ自己ノ權利ヲ自覺スル時代ニ於テハ各個人ハ經濟上身分上其他各人相互ノ關係ニ於テ自己ノ私權ヲ保持スル必要アリ是ヲ以テ私權保護ノ制度ノ具ラサル時代ニ在テハ各個人ハ他人ヨリ權利ノ範圍ヲ侵害セラルルコトアレハ各主觀的觀察ニ基キ外部ノ侵害ヲ排斥スル爲メ自己固有ノ腕力ヲ應用シ以テ自己ノ私權ヲ保持ス之ヲ稱シテ自力救済ト謂フ自力救済ハ強者ハ自己ノ私權ヲ保持スルノミナラス弱者ニ對シテハ暴行ヲ爲スニ至リ弱者ハ強者ニ對シテ自己ノ權利ヲ主張シテ權利ノ範圍ヲ保持スルヲ得ス爲ニ各人相互ノ間ニ常ニ爭鬭ヲ惹起シ共同生存ノ安全ヲ保ツヲ得ス國家的

組織成立スルニ於テハ國家ハ社會ノ公安ヲ保テ人類ノ共同生存ヲ安全ナラシムル爲メ自力救済ハ之ヲ禁止セザルヘカラス自力救済ヲ禁スル以上ハ各個人ノ私權ノ範圍ヲ保持スルノ任務ハ國家ニ於テ之ヲ負擔セザルヘカラス換言スレバ各個人主觀的ニ私權ノ範圍ヲ保全スルヲ禁シ國家カ各個人ノ私權ノ範圍ヲ保持シタルノ途ヲ設ケタルヘカラス隨テ國家ハ其方法トシテ各個人カ私權ノ侵犯ヲ受ケタル場合ニハ何人ト雖國家ニ對シテ保護ヲ要求スルコトヲ得セシメ國家ハ其要求ニ應ジテ各個人ニ對シテ保護ヲ與フル設備ヲ爲ササルヘカラス其設備ハ即私權關係保護ノ設備ニシテ自力救済ニ對シテ之ヲ法律保護ト謂フ法律保護即民事訴訟ナリ

國家ハ民事訴訟ノ制度ヲ設備スト雖私權保護ノ方法ニ付各個人ニ自力救済ヲ絕對ニ禁止スルモノニ非ス蓋司法制度ノ完備スルニ隨ヒ自己救済ノ範圍ハ漸次ニ縮少スト雖急迫ノ事情ニ因リ國家ノ保護ヲ受クルコト能ハサル場合ニ於テハ自力救済ヲ許ス現行法ノ下ニ於テハ他人ノ不法行為ニ因テ自己ノ權利ヲ保全スル爲メ國家ノ保護ヲ求ムル能ハサル緊急ノ場合ニ限リ自力救済ヲ認メタリ(民七〇二條、刑七五條)即最僅少ナル範圍ニ於テ自力救済ヲ許シ其他私權保全ノ方法ハ總テ民事訴訟ニ據ラシムルモノトセリ右ノ如ク民事訴訟ハ各個人ノ私權保護ノ必要ヨリ國家ノ組織ノ成立シタル社會ニ於テ存在スルモノトス

第二章 民事訴訟ノ意義及目的

民事訴訟ハ私權保護ノ國家的設備ナリ私權ノ保護トハ私權ノ存否ヲ確定シ存在スル私權ニ付テハ其實行ヲ得セシムルニ在リ凡私權ハ他人ノ行為若クハ不行爲ニ因リ其權利狀態ニ危害ヲ及ス虞アルトキ若

クハ不満足ノ狀態發生シタルトキニ保護ノ必要ヲ生ス私權保護ノ方法トシテハ私權ノ狀態ニ危害ノ虞アルトキハ他人ノ私權ノ存否ヲ確定セシメ反對ノ主張ヲ許ササルニ在リ又私權ニ不満足ノ狀態發生シタルトキハ他人ニ私權ノ存在ヲ確定セシメ權利者ニ權利實行ノ效果ヲ得セシムルニ在リトス故ニ民事訴訟ニハ特定ノ相手方アルコトヲ必要トシ私權保護ノ要求者ト其相手方トノ間ニ於テ私權ノ存否ヲ確定シ必要ナル場合ニハ權利者ヲシテ權利實行ヲ得セシメサルヘカラス而シテ民事訴訟ハ國家的組織成立後ニ於テ發達セルモノナルコトハ前章ニ述ヘタル如クナルヲ以テ民事訴訟ハ私權保護ノ制度換言スレバ私權ノ存否ヲ確定シ若クハ其實行ヲ得セシムル國家的設備ナリト定義スルコトヲ得ヘシ民事訴訟ノ目的ハ私權保護ニ在リ換言スレバ民事訴訟ノ存在スル目的ハ各個人ノ私權ヲ保護スルニ在リ私權ノ保護ハ私法ノ實行ヲ全カラシムルニ在リ私法ノ實行ヲ全カラシムルハ各個人ノ善意若クハ惡意ヲ問ハス法律ニ違背スル意思若クハ行為ニ反對シテ私權ヲ實行スルニ在リ故ニ民事訴訟ノ目的ハ私法ノ實行ヲ全カラシムルニ在リト謂フコトヲ得ヘシ

第三章 民事訴訟法ノ意義及性質

民事訴訟法トハ民事訴訟ノ行動ヲ規定シタル法規ノ全體ヲ謂フ民事訴訟ナル私權保護ノ設備ハ人ノ行為即當事者及私權保護ノ職務ヲ職分トスル國家ノ吏員タル裁判官ノ行為ヨリ成立ス第二章ニ述ヘタル如ク私權保護ヲ求ムルノ必要ハ人ノ行為若クハ不行爲ニ原因スルヲ以テ保護ヲ求ムルモノト其相手方

トノ間ニハ常ニ利害ノ衝突アリ且保護ヲ求ムルモノハ反對スル相手方ニ對シテ私權ノ存在ヲ確證セシメ若クハ相手方ニ對シテ私權ノ實行ヲ爲スコトヲ目的トスルモノナルヲ以テ民事訴訟ニ依リ保護ハ裁判官及相手方ノ行爲ト關係有ス隨テ民事訴訟ニ於テハ其干與スル人ノ間ニ於テ利害ノ衝突、意思ノ衝突アルコトハ免レサル結果ナリ是ヲ以テ裁判官若クハ當事者ノ惡意又ハ過失ニ因リ私權保護ニ付客觀的ニ正義ノ要求ヲ充ス能ハス或ハ政治上ノ權力ニ因リ或ハ團體ノ勢力ニ因リ或ハ或種ノ階級ニ屬スル人ノ干涉等ヨリシテ裁判官或ハ當事者ハ不正ノ行爲ヲ爲スコトアルニ至ルヘシ是ヲ以テ私權保護ノ設備タル民事訴訟ニ付テハ裁判官及其關係人ヲ拘束スヘキ法則ヲ設タル必要アリ是即民事訴訟ニ付テ法律即民事訴訟法アル所以トス右ノ必要ヨリ生シタル民事訴訟法ニ於テハ(第一)私權保護ヲ任務トスル國家機關ノ組織及權限(第二)民事訴訟ニ依リ私權ノ保護ヲ求ムルニ必要ナル條件(第三)私權保護ニ付テ裁判官及當事者ノ採ルヘキ手續ヲ規定セサルヘカラス現行民事訴訟法モ此内容ヲ有スルモノニシテ隨テ民事訴訟法典ハ勿論裁判所構成法中民事訴訟ニ關スル規定ハ悉ク之ヲ實質上ノ民事訴訟法ト稱スルコトヲ得ヘク其他民法若クハ商法等ニ於テ規定セラレタル訴訟ニ關スル規定ハ亦民事訴訟法ナリトス形式上ヨリスレハ裁判所構成法、民事訴訟法典並ニ人事訴訟手續法等民事訴訟法トス然レトモ形式上ノ民事訴訟法中ニハ實質上民事訴訟法ニ非サルモノアルコトヲ注意スヘシ(民事訴訟法ノ範圍)民事訴訟法ハ公法ニシテ形式上屬スル法律ニ公法、私法ヲ區別アルコトハ明ニシテ民事訴訟法ハ公法ナルヲ私法ナルヤニ付テハ學者間議論ノ存スル所ナリ或ハ私法ヲ適用スルカ爲メ法律即助法ナレハ民事訴訟法ハ私法ナリト曰ヒ或ハ民事訴訟法ハ任意法ナルヲ以テ私法ナリト曰ヒ或ハ半私半公ノ法ナリトスルノ說アリト雖民事訴訟法ハ國家組織成立シ國家カ各箇人ノ私權ヲ保護スル設備ヲ規定シタル法

律ナレハ公法ナリトスルコトヲ正當トス又法律ニ實體法ト形式法ト區別アリテ實體法トハ主タル法律關係ヲ規定スル法律ヲ謂フモノニシテ形式法トハ實體法ヲ實行スルカ爲メノ手續ヲ規定シタル法規ヲ謂フモノナリ則刑法、民法、商法ノ如キハ實體法ニシテ刑事訴訟法、非訟事件手續法等ハ何レモ形式法ニ屬ス民事訴訟法モ亦私法ヲ適用スル方式ヲ規定シタルモノナレハ形式法ナリトス

第四章 民事訴訟ノ手段

民事訴訟ニ於テ私權保護ノ手段トシテ二ノ方法ヲ認ム即判定及強制執行是ナリ

(一)判定 判定トハ威力アル法律ヲ適用ヲ謂フ前述シタル如ク民事訴訟ノ目的ハ私法ノ實行ヲ全カラシムルニ在リ私權保護ノ要求アリタル場合ニ私權保護ノ機關タル裁判所ハ法律ニ照シ其保護ヲ請求ニ付當否ヲ判斷シ之カ宣言ヲ爲ス換言スレハ實在セル事實ニ對シテ法律ヲ適用シテ其結果ヲ宣言ス其宣言即判定ナリ裁判所ノ判定カ確定シタルトキハ裁判所ハ後日之ト異リタル判定ヲ爲スヲ得ス當事者モ其判定ニ反對シタル主張ヲ爲スコトヲ得ス即國家ノ權力ニ依テ宣言スル命令ナルヲ以テ如此效力ヲ有スルモノニシテ判定其モノカ事實ノ真相ニ適シタルカ爲メ非ス或學者ハ判定ヲ以テ特別法ナリトセリ蓋シテ判定モハ法律ニ類シ判定ヲ受ケタル當事者ヲ拘束スルノ力アリト雖唯效力ノ上ヨリ觀察シタルモノニシテ現實ノ事實ニ付法律ヲ適用シタル結果ヲ宣言シタル判定ハ法律ト同一ナリト謂フコトヲ得ス殊ニ判定ハ第三者ヲ拘束スル力ナク又立法ト司法トノ作用ヲ區別スルトキハ裁判所ノ判決ヲ法律ナリトスルノ誤レルハ明ナリ又判定ハ既ニ成立シタル私權ヲ保護スルモノナリ故ニ訴訟法上ヨリ觀察スルモ實體法ノ上ヨリ觀察スルモ判定ニ依リ當事者間ニ法律關係ヲ創設スルモノニ非ス但法律カ創設ノ

訴ヲ許シタル場合ハ例外トス。民事訴訟法上ノ法律關係ハ確定スルモノノミ非ス或場合ニハ私權ヲ基礎トシテ其
判定ニ依ル保護ハ必シモ私法上ノ法律關係ヲ確定スルモノノミ非ス或場合ニハ私權ヲ基礎トシテ其
救済ヲ爲スカ爲ニ判定ヲ爲スコトアリ例之強制執行ニ付テ裁判ヲ爲ス場合ノ如キハ執行機關ニ對スル
命令タルコトアルカ如キ是ナリ
(二) 強制執行 強制執行トハ國家ノ強力ヲ以テ私權實行ノ效果ヲ生ゼシムルコトヲ謂フ此手段ハ原則
トシテ確定シタル權利者ニ對シテ保護ヲ與フルニ在リト雖權利ノ確定ヲ俟フトキハ權利者力其目的ヲ
達スルコト能ハサル場合アルヘキヲ以テ未確定ノ權利者ニ對シ假裝的ニ權利實行ヲ得セシム假執行即
是ナリ
強制執行ニ依ル保護ハ判定ニ依ル保護ト各獨立スルモノナリ或場合ニハ判定ニ依リ確定シタル私權ニ
付債務者ハ之ニ服從シ強制執行ノ必要ヲ生ゼサルコトアリ例之制定ノ中ニ包含セラレタル債務ヲ債務
者力進テ履行スル場合ノ如キハ強制執行ノ必要ヲ生ゼス是以テ強制執行ノ保護ハ判定ニ依ル保護ト
獨立シテ存在スルモノナリ

第五章 民事訴訟法上ノ法律關係

民事訴訟法上ノ法律關係ハ公法上ノ法律關係ナリ又訴訟關係トモ謂フ其法律關係ハ恰私法上ノ法律關
係ト同ク訴訟ニ關係者ノ行爲ニ因リ發生消滅スルモノトス其訴訟上ノ法律關係ノ內容ハ訴訟關係者ノ
訴訟法上ニ於ル權利及義務ヨリ成立ス訴訟ノ目的ハ私權保護ニ在ルヲ以テ私權保護ヲ目的トスル法律
關係カ訴訟上ノ法律關係ナリ私權保護ノ手段ハ判定ト強制執行トニ在ルヲ以テ判定ニ依ル訴訟上ノ法

律關係ハ訴ノ提起ニ因テ發生シ其訴訟ニ付審理、判定ヲ爲シ訴訟ノ終了ニ至ル迄一貫ス強制執行ニ付
テハ債權者ノ爲スヘキ執行手續ノ開始ニ因テ發生シ其手續終了ニ至ル迄一貫ス前者ヲ狹義ノ訴訟關係
ト謂ヒ後者ヲ執行關係ト謂フ

訴訟上ノ法律關係ハ形式法即訴訟法上ノ法律關係ニシテ訴訟ノ目的物タル實體法上ノ法律關係トハ全
ク別異ノモノトス即訴訟上ノ法律關係ハ實體上ノ法律關係ナクシテ成立ス實體上ノ法律關係即私法上ノ法
及消滅ヲ異ニス訴訟上ノ法律關係ハ實體上ノ法律關係ナクシテ成立ス實體上ノ法律關係即私法上ノ法
律關係ヲ裁判所ニ對シテ主張シタルトキ其主張者力善意ナルト惡意ナルトヲ問ハス訴訟上ノ法律關係
成立ス如何トナレハ實體上ノ法律關係ハ審理ノ後ニ於テ其存否力決定セララルモノナレハナリ故ニ訴
訟上ノ法律關係ハ訴訟法ニ從テ發生消滅スルモノト爲ササルヘカラス

訴訟上ノ法律關係ノ主體ハ三トス隨テ法律關係ハ三面的ノモノナリ司法機關タル裁判所ト原告及被告
トノ間ニ於テ訴訟法上ノ權利義務ヲ生シ其權利義務ノ包括カ即訴訟上ノ法律關係ナリ二面的若クハ一
面的ナリト曰フ者アレトモ誤レリ法律關係ハ訴訟主體ノ數ニ應シテ發生シ又訴訟ノ目的物ノ數ニ應シ
テ發生ス故ニ共同訴訟ノ場合ノ如キハ當事者ノ數ニ應シテ訴訟關係ヲ發生シ客觀的訴ノ併合ノ場合ノ
如キハ併合セラレタル請求ノ數ニ應シテ發生スルモノナリ換言スレバ一ノ訴ニ付テ一ノ法律關係ヲ生
スルモノニシテ一ノ訴訟ニ付テ常ニ一ノ法律關係ヲ生スルモノニ非ス

第六章 民事訴訟法適用ノ範圍

民事訴訟法ハ如何ナル人ニ對シテ如何ナル時ニ如何ナル場所ニ於テ如何ナル事物ニ付適用セララルヤ

ヲ論スルハ即民事訴訟法適用ノ範圍ナリ左ニ之ヲ分説スヘシ
第一ノ人ニ關スル適用ノ範圍 民事訴訟法ハ私權保護ノ設備トシテ司法權ノ行動ノ方式ヲ規定シタル法律ナルヲ以テ日本帝國ノ司法權ニ服從スヘキ臣民並ニ外國人ニ對シテ適用セラル故ニ我帝國ノ君主ハ民事訴訟法ノ下ニ立タス亦外國ノ君主、公使等國際法上治外法權ヲ認メラル者ハ亦我司法權ノ下ニ立タルヲ以テ民事訴訟法ハ此等ノ者ニ對シテ適用セラレサルハ當然ナリ故ニ右等ノ者ヲ除キ我國内ニ在ル内外國人其他我國カ治外法權ヲ有スル國ニ在ル內國人ニ對シテ適用セラレ
第二ノ時ニ關スル適用ノ範圍 訴訟上ノ行為ニ付テハ之ヲ取扱フ當時ノ訴訟法之ヲ支配ス如何トナレハ裁判所ハ新法ニ由テ廢止セラレタル舊法ニ由テ裁判權ヲ行使スル能ハサルヲ以テナリ故ニ現存セル訴訟上ノ行為ノ適法、不適法、不服申立ノ許否及行為ノ形式ハ縱令訴訟カ既ニ開始セラレ且其當時此等ノ問題ニ付全ク反對ノ結果ヲ生スヘキ訴訟法カ行レタルトモ雖其行為當時ノ法律ニ依テ之ヲ定メタルヘカラス又既ニ爲サレタル訴訟上ノ行為若クハ不行爲ノ效力ノ確定ノ如キモ縱令其訴訟上ノ行為ヲ爲ス當時ニ於テ反對ノ結論ヲ爲スヘキ訴訟法カ行レタル場合ト雖現時ノ訴訟法ニ依テ之ヲ定メタルヘカラス然レトモ既ニ舊訴訟法ニ依テ確定的ニ終局シタル訴訟上ノ行為ノ適否其他訴訟上ノ行為ノ效力ハ舊法ニ依テ之ヲ定ムヘキモノトス
第三ノ場所ニ關スル適用ノ範圍 民事訴訟法ハ其主體目的ニ依テ之ヲ規定スルモノトシテ民事訴訟法ハ時ニ關スル原則右ノ如クナリト雖新舊兩法ノ過渡ノ時代ニ於テ經過の法規ヲ設クルヲ通例トス我民事訴訟法ニ於テ民事訴訟法施行條例ヲ發布シ時ニ關スル民事訴訟法適用ノ範圍ヲ規定セリ此施行條例ニ依レハ現行民事訴訟法ノ實施前ニ提起シタル訴訟ニ付テノ爾後ノ訴訟手續ハ民事訴訟法ニ依テ之ヲ完結スヘキコトヲ原則トシ裁判所ニ對スル不服ノ申立即故障、控訴、上告、再審ニ付テ

例外規定ヲ設ケ亦強制執行ニ付テモ新法ニ依テ實行スヘキコトヲ原則ト爲シ唯身代限若クハ競賣ニ付テ例外ヲ設ケタリ(二十三年法律第五十號民事訴訟法施行條例參照)

第三ノ場所ニ關スル適用ノ範圍 民事訴訟法ハ司法權ノ行動ノ方式ヲ規定シタル法律ナルヲ以テ其適用ノ區域ハ日本帝國ノ司法權ノ行ル區域ト同一ナリ帝國司法權ノ行ル區域ハ日本國內、海洋ニ在ル日本船舶、日本人カ治外法權ヲ有スル外國是ナリ(二十一年勅令第七一號領事裁判規則參照)臺灣ニ於テハ民事訴訟法カ施行セラレズ臺灣ノ總督府令ニ依レハ民事訴訟法カ施行スヘキコトヲ規定スト雖臺灣ニ於テハ律令ニ依テ民事訴訟法カ施行セラレルモノナレハ内地ト法系ヲ異ニス故ニ民事訴訟法ハ臺灣ニ行ルモノトシテ臺灣總督府法院ノ裁判カ内地ニ於ル裁判ト同一ノモノト爲スコトヲ得ス
第四ノ事物ニ關スル適用ノ範圍 民事訴訟ノ目的ハ私權保護ニ在リ故ニ民事訴訟ノ目的物ハ私權ナリ私法上ノ法律關係ナリ裁判所構成法第二條ニ「民事」ト稱スルハ私法關係ヲ指稱シタルモノトス民事訴訟ノ目的物カ私法關係ナリトスレハ民事訴訟法ヲ適用スヘキ事物ハ私法關係ナリトス隨テ民事訴訟法ヲ適用スヘキ範圍ハ私法適用ノ範圍ト同一ノモノト謂ハサルヘカラス然レトモ民事訴訟ノ威力ヲ以テテ私權ヲ保護スルモノナレハ私人間ニ爲ス私權保護ノ手段トハ區別スヘク又直接ニ一箇人ノ私權ヲ保護スルコトヲ目的トスルモノナレハ其他ノ利益保護ヲ直接ノ目的トスル國家の行為トハ之ヲ區別セタルヘカラス且又各箇人間利害ノ衝突アル場合ノ保護ヲ目的トスルモノナレハ各箇人共同ノ利益ヲ目的トスル國家の行為トハ之ヲ區別セタルヘカラス故ニ略言スレハ民事訴訟法ハ民事訴訟事件ニ適用セラレルモノナリ尙章ヲ分チテ他ノ法律トノ關係ヲ説明スヘシ

民事訴訟ノ目的物カ私法關係ナリト雖前ニ述ヘタル如ク私權保護ヲ直接ノ目的トシ國家ノ威力ニ依テ其手段ヲ盡スモノナレハ左ノ區別アリ

第一節 民事訴訟ト仲裁手續

仲裁手續ハ私人間ノ私權ノ争ニ付裁斷ヲ爲ス手續ナリ(七八六條以下)故ニ仲裁手續ハ私人間ノ私權ノ争ヲ裁斷スル點ニ於テハ民事訴訟ニ類似スト雖仲裁手續ハ私人間ノ仲裁契約ニ依テ生スルモノナリ仲裁契約トハ民事訴訟法上ノ國家の保護ヲ拋棄シ一ノ係争事件ヲ仲裁人ノ判斷ニ一任スル契約ヲ謂フ故ニ仲裁人ハ國家ノ機關ニ非ス換言スレハ仲裁人ニ國家の裁判權ヲ生スルモノニ非ス仲裁人ノ權限ハ當事者ノ意思ニ基キテ生ス而シテ仲裁人ノ爲ス判斷ハ法律ノ適用ニ非スシテ自由ノ判斷ナリ然レトモ仲裁人ノ判斷ハ當事者間ニ於テ裁判所ノ確定判決ト同一ノ效力ヲ有ス其判斷ヲ強制的ニ實行セントスルニハ裁判所ノ執行許可命令即執行判決ヲ求ムルコトヲ必要トス右ノ如ク仲裁手續ハ國家ノ爲ス私權保護ノ手續ニ非スシテ私人ノ爲ス私權保護ノ手續ナレハ民事訴訟ト其性質ヲ異ニス隨テ仲裁手續ハ民法ニ屬スト謂フヘキナリ然レトモ仲裁判斷ノ效力、取消、其執行等ニ付テハ民事訴訟ト關係ヲ有スルヲ以テ獨逸並ニ我訴訟法ニ於テ之ヲ民事訴訟法中ニ規定シタル所以トス

第二節 民事訴訟ト刑事訴訟

民事訴訟ト刑事訴訟トハ其目的及主義ヲ異ニス即民事訴訟ハ私權保護即私法ノ實行ヲ完全ナラシムルヲ目的トシ刑事訴訟ハ刑法ノ實行ヲ目的トス故ニ民事訴訟ハ私法ニ關スルヲ以テ訴訟當事者ヲ主トシ刑事訴訟ハ公法ニ關スルヲ以テ國權ヲ以テ主トス故ニ民事訴訟ニ於テハ處分權主義即不干渉主義ヲ原則トシ訴訟手續ノ開始進行及廢止ハ一ニ當事者ノ意思ニ任スヘキモ刑事訴訟ニ於テハ職權主義即不干渉主義ヲ原則トス又民事訴訟ニ於テハ其法律關係ハ原告、被告及國家トノ三面的ナリト雖刑事訴訟ニ於テハ國家ハ刑法ノ實行ヲ求ムル權利者タルト同時ニ判決及執行ヲ爲スヘキ義務者ナルヲ以テ法律關係ハ國家ト被告人トノ間ノミニ生スルモノト謂ハサルヘカラス

第三節 民事訴訟ト非訟事件

非訟事件ハ民事訴訟トハ別異ノ私權保護ノ國家の設備ナリ此二者ノ區別ニ付テハ學說一定セス然レトモ民事訴訟ハ毀損若クハ危害ニ瀕シタル私權保護ヲ目的トスル裁判上ノ手續ナリ非訟事件ハ國家カ私權ノ發生、變更、消滅ニ干與スル裁判上ノ手續ナリト云フヲ正當ト信ス或ハ民事訴訟ハ争アル私法關係ニ付テハ保護ニシテ非訟事件ハ争ナキ私法關係ニ付テハ保護ナリト云フト雖民事訴訟ハ係争關係ヲ要素トセザルヲ以テ區別ノ標準ヲ争ノ有無ニ置クハ誤レリ或ハ民事訴訟ハ國家ノ強制力ヲ以テ私權ノ確定實行ヲ爲サシムルモノナレハ之ニ依テ非訟事件ト區別セントスルモノアレトモ是亦誤レリ或ハ私法關係ヲ明示スルコトヲ非訟事件ナリトスル者アリ然レトモ民事訴訟ニ於ル確證判決ノ如キモ亦私法關係ヲ明示スルモノナリ故ニ是亦區別ノ標準ト爲スニ足ラス

的トスル訴ナレハ若法律關係ノ創設ヲ區別ノ標準トスルトキハ訴訟事件ニモ亦創設ノモノアリト曰
ハン然レトモ創設ノ訴ノ如キハ學理上ヨリスレハ性質上非訟事件ニ屬スヘキモノナルモ例外トシテ民
事訴訟ノ手續ニ依ラシメタルモノナリ又反對論者ハ競賣法ノ如キハ私權ノ實行ヲ全カラシムルモノナ
レトモ非訟事件ナリ不動產登記ノ如キハ權利ノ創設、消滅ヲ目的トスルモノニ非サレトモ登記手續ヲ
非訟事件ト爲スコトハ學者ノ爭ハサル所ナルヲ以テスルモ法律關係ノ創設、消滅ヲ以テ訴訟事件ト
區別ノ標準ト爲スハ不當ナリト曰ハン然レトモ競賣法ノ規定ハ訴訟事件ナリ不動產登記ニ依テ三者
ニ對シ物權ノ得喪、變更ヲ對抗スル權利ヲ取得スヘシ要スルニ訴訟事件ト非訟事件トヲ法律ノ形式ニ
依テ區別セントスルハ誤レリトス

第四節 民事訴訟ト行政訴訟

民事訴訟ハ司法裁判所ノ裁判事務ニ屬シ行政訴訟ハ行政官廳又ハ行政裁判所ノ裁判事務ニ屬ス民事訴
訟ニ於テハ私法ヲ適用スルモノナルモ行政訴訟ニ於テハ行政法規ヲ適用スルモノナリ行政訴訟ノ目的
物ハ公法上ノ法律關係ナリ民事訴訟ノ目的物ハ私法上ノ法律關係ナリ然ルニ行政裁判所及特別裁判所
ニ於テ裁判スヘカラサル事項ハ司法裁判所ニ於テ管轄スルトノ說アリト雖誤レリ司法裁判所ニ於テハ
法律ニ特別ノ規定アル場合ノ外民事即私法關係ニ限リ管轄ニ屬スルモノトス

第九章 民事訴訟法ノ沿革

維新以前ニ於テ民事訴訟法ハ此ニ述フルノ要ナシ維新以後ニ於テハ歐洲ノ制度ニ模シ明治六年第二七

カ内國ニ在留スルヲ要スルノミ強制處分ヲ行フニハ其人又ハ物カ内國ニ在ルヲ必要トスルニハ屬地主
義ノ結果ニシテ土地ニ關スル效力ニ屬ス人ニ關スル效力トシテハ其内國ニ在留スルコトヲ必要トセス
日本帝國内ニ在留スル者ハ其何人タルヲ問ハス帝國ノ裁判權ニ服從スルヲ以テ原則トス然レトモ茲ニ
二三ノ例外アリ而シテ此例外ハ國法ニ基クモノアリ國際法ニ據ルモノアリ即左ノ如シ

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」トアリ是刑法及刑事訴訟法ニ服從セザ
ル所以ニシテ其理由ハ全タ國法學上ニ存ス即裁判權ノ主體ハ自ラ裁判權ニ服從スルヲ得ストノコト
是ナリ此理由ニ依ルトキハ憲法第三條ノ規定ナキモ刑事裁判權ニ服從セサルハ勿論ニシテ疑ナキ所
タリ而シテ攝政モ亦天皇ト同ク刑事裁判權ニ服從セサルモノトス

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非治外法權者ト同ク犯罪タルヲ免レシメ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ルヲサレノ地殊ニ其
本國ニ於テハ其犯罪所爲ニ付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尙治外
法權ノ因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之公使カ公使タルノ資格ヲ
失ヒタルトキノ如シ由是觀之治外法權者ニ對シテハ處罰條件ノ缺クルモノニ非シテ唯訴訟條件ヲ
缺クノミ如此彼ニ對シテハ訴追ヲ爲スヲ得サルヲ以テ若治外法權者ニ對シ刑事ノ訴訟起ルトキハ無
罪又ハ免訴ノ言渡ヲ爲スヘキモノニ非スシテ管轄違ヲ言渡スヘキナリ

三、日本ノ皇族 皇族ニ關スル除外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其除

三外ニ付テ皇族ハ勅許ヲ得ルニ非ケレハ之ヲ勾引シ又ハ裁判所ニ召喚スルコトヲ得タルコト(皇典五一)及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終審トシテ取扱フコト(裁權五〇條一項)是ナリ

四帝國議會ノ議員、實體上ノ除外トシテハ議員ハ議院ニ於テ發言シタル意見及表決ニ付院外ニ於テ責ヲ負フコトナク(憲五二條)訴訟上ノ除外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ノ外會期中ハ其院ノ許諾ナクシテ逮捕セラルコトナシ

五軍人、陸海軍ノ軍人カ犯罪タル犯罪ハ其軍事犯タルト通常犯タルト間ハス通常裁判所ニ於テ裁判セシメ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又通常裁判所ニ於テ審理中軍人ノ身分ヲ取得セルトキハ通常裁判所ハ管轄違ノ言渡ヲ爲スヲ要ス

第四節 時ニ關スル效力

刑事訴訟法ハ他ノ法律ノ如ク一定ノ期間其效力ヲ有ス換言スレハ其施行ノ日以後ニ起ル訴訟ニ適用セラルモノトス故ニ訴訟法ハ其施行時期前及以後ニ效力ヲ及ササルナリ刑事訴訟法第二條第一項ハ其施行期日以後ニ始テ繫屬セル事件ノミニ限り取扱ハルルヤ否ヤノ問題ヲ決シテ曰ク「其頒布以前ニ係ル犯罪ニモ亦之ヲ適用ス」ト故ニ現行刑事訴訟法ハ其實施以前ニ成立シタル犯罪ナリトモ其施行期日以後ニ於テモ仍通常裁判所ニ繫屬シアリタル各刑事訴訟手續ヲ支配スルモノナリトス(舊治罪法時代ニ起リ之ニ依テ舊治罪法カ廢止セラレ新ニ現行刑事訴訟法カ實施セラレタル時ニ當リ舊治罪法時代ニ起リ之ニ依テ審

理手續ヲ進行シ來リ新刑事訴訟法實施ノ期ニ至ルモ未落著ヲ告ヤナル夥多ノ刑事訴訟アルヘシ如此事件ニ對シテハ新法ハ如何ナル效力ヲ有スルヤノ問題ヲ生ス此問題ハ左ノ二問題ニ細別シテ之ヲ決セザルヘカラス

一裁判所構成法施行前ニ在リタル從來ノ治安裁判所、始審裁判所、重罪裁判所及高等法院ハ一旦其裁判所ニ繫屬シタル事件ヲ處理スルニ必要ナル限ハ其終了迄裁判所構成法實施以後ニ於テモ亦存在シ裁判所構成法ニ依リ新ニ設ケラレタル通常裁判所ハ新ニ繫屬スル刑事訴訟ノミヲ取扱フモノナルヤ

二新刑事訴訟法實施ノ日ニ未落著セサル刑事訴訟ニハ總テノ手續ノ構成ニ關シテハ現行刑事訴訟法ノ規定ノミカ適用セラルルヤ又ハ舊治罪法ニ依テ支配セラルルヤ

第一ノ問題ニ付テハ裁判所構成法施行條例ニ於テ裁判所構成法實施ノ日ニ從來ノ裁判所ニ繫屬シタル事件ハ裁判所構成法ニ依テ設ケラレタル通常裁判所ニ移ルモノトストノ決定ヲ與ヘタリ此規定ニ依リ同法實施ノ日ニ於テ從來ノ裁判所ハ廢止セラレタルモノト謂フヘシ裁權施行條例四條乃至六條、八條、次ニ刑事訴訟法第二條第一項及第二項ニ依リ新ナル裁判所ニ移リタル事件ハ訴訟關係ノ成立發達ノ時ニ行レタル舊法ニ依テ結局迄進行セシメ新刑事訴訟法ノ規定カ適用セラルモノトス然レトモ新法實施ノ時期迄舊法ニ依リ進行シ來リタル手續ハ其當時ニ於ル規定ニ背反セサルトキハ有效ナリト爲スヲ以テ新ナル裁判所ニ於テハ其移リ來レル事件ヲ更ニ初ヨリ新ナル手續ニ依テ審理スルモノニ非ス舊裁判所ノ手續ニ引續キ新法ノ手續ヲ爲スモノナリ

被告事件ノ審理カ新舊二法ニ跨ル場合ニ其取扱ヲ刑事訴訟法第二條ノ如ク定ムルコトハ或ハ便宜ナリト雖之ヲ學理ヨリ觀察スレハ斯ル場合ニ於テハ手續ヲ進行ニ關スル規定ヲ進行ニ關セサル規定トヲ

區別シテ之ヲ定ムルコトヲ要ス而シテ手續ノ進行ニ關スル規定ニシテ公判審理ノ如キハ其手續ヲ變換スヘキモノニ非ス元來公判ハ終始貫通セル完全ナル組織體ヲ成スモノニシテ其一部ノ行為ノ效果ハ其前後ニ於ル訴訟行為全體ニ關係スルモノナルカ故ニ新舊二法ノ間ニ根本的ノ差異ナキト雖初ハ舊新訴訟法ニ從ヒ公判ヲ開キ其規定ニ依テ訴訟記録ノ朗讀、證人ノ訊問等ヲ爲シ來リタルニ突然或時期ヨリ新訴訟法ヲ適用シ手續ヲ進行セシメ以テ其審理、辯論ノ全體ニ基キ判決ヲ言渡スコトハ至難ノ事ナリ殊ニ新舊二法各其基本タル主義ヲ異ニシ舊法ハ書面審理主義ヲ採リ新法ハ口頭辯論主義ニ據リタルカ如キ場合ニ於テハ舊法時代ニ集取シタル證據材料ハ十分ナル判決ノ基本ト爲スヲ得サルヘシ是故ニ本問ノ場合ニハ或ハ徹頭徹尾舊法ニ據リ訴訟ヲ終了セシムルカ或ハ訴訟手續ヲ新ニ始ムルカ二途孰カ一ヲ採ラサルヘカラス反之組織の一體ヲ成ササル搜查、豫審ノ如キ手續ハ上述ノ理論ニ依ルヘキニ非ス又強制處分ノ如キ手續モ搜查、豫審ト同ク舊法ノ手續ニ引繼キ新法ヲ適用スルヲ得ヘキモノナリ既ニ舊法時代ニ確定判決ヲ經タル事件ハ更ニ新法ノ適用ヲ受タルコトナキヲ原則トス新法ニ於テ上訴期間ヲ延長スルモ舊法ニ依リ既ニ判決確定ニ至リタル事件ニ付テハ新法ニ基キ上訴ヲ爲スヲ得然レトモ再審ノ如キハ舊法時代ニ確定判決ヲ經タル事件ニモ亦新法ニ從ヒ之ヲ爲スヲ得ヘキモノトス蓋再審ハ新ナル理由ニ基キ開始セラルル手續ナレハ舊法時代ノ手續ノ引繼ニ非ス全然新法ノ支配ヲ受クヘキ手續ナレハナリ

第一編 訴訟主體

第一章 總論

訴訟カ私間ノ方式ナルト彈劾ノ方式ナルトニ依リ訴訟主體タル者ヲ異ニス私間方式ノ訴訟ニ於テハ私間判事ノミヲ以テ訴訟主體ト爲シ彈劾方式ノ訴訟ニ於テハ裁判所及當事者ヲ以テ訴訟主體ト爲ス而シテ現行ノ刑事訴訟法ハ彈劾ノ方式ヲ採ルカ故ニ訴訟主體タル者ハ裁判所及當事者ナルコト疑ヲ容レ

ス
訴訟主體ノ意義ハ當事者ナルモノノ意義ト牽聯スルカ故ニ當事者ノ意義ヲ實體上ノ權利義務ニ基ケル學說ト訴訟上ノ權利ニ探ル學說トニ依リ自ラ訴訟主體ノ意義ヲ異ニセサルヲ得ヌ即第一ノ學說ニ依レハ裁判權ノ主體ト刑罰請求權ノ關係ニ立テ權利者、義務者トヲ以テ訴訟主體ト謂フヘク第二ノ學說ヲ採ルトキハ訴訟ニ干與スル者ニシテ訴訟上ノ處分權ヲ有スル者ヲ以テ訴訟主體ト爲ス仍タ茲ニ訴訟上ノ處分權ナルモノノ意義ヲ明ニスルヲ要ス

訴訟上ノ處分權トハ自己ノ意思ヲ以テ訴訟全體ノ進行又ハ主タル訴訟上ノ各作用ヲ行フノ權利ヲ謂フ今其性質ヲ分解スレハ左ノ如シ

一 訴訟上ノ處分權ハ之ヲ實體上ノ處分權ト區別スルヲ要ス實體上ノ處分權ハ刑罰請求權ヲ其目的物ト爲シ之ヲ左右スルモノナリ反之訴訟上ノ處分權ハ訴訟ノ目的物タルモノヲ左右スルノ權利ニ非スシテ訴訟ノ方式即其主タル行為ヲ爲ス目的物ト爲ス例之訴訟ノ開始、進行、中止、終了ノ如キ又訴訟辯護、舉證、上訴ノ申立ノ如キ行為ヲ爲スカ如シ如此二箇ノ處分權ハ全然之ヲ區別スルヲ要スルモ其實際ノ效果ニ至テハ或ハ混同セラルルコトナキヲ保セス時ニ訴訟上ノ處分權ヲ行使セシテ間接ニ實體上ノ處分ヲ爲スニ至ルコトアリ故ニ實體上ノ處分權ヲ認メタル刑事訴訟ニ於テハ此二箇ノ處分權ニ屬スル事項ヲ嚴重ニ區別シ訴訟上ノ處分權ヲ行使シテ以テ訴訟ノ目的物ニ影響ヲ及サシメタルノ

注意ヲ爲スコトヲ要ス依テ公益ヲ維持スヘキ職務上ノ義務アル者ヲ以テ訴訟主體ト爲シ可成一人
 ニ此訴訟上ノ處分權ヲ委セサルモノトス
 二 訴訟上ノ處分權ハ自己ノ意思ヲ以テ訴訟ノ方式ヲ用フルト否トヲ決スルヲ内容トス例之上訴ノ申
 立ヲ爲シ之ヲ取下クルヲ決スル者ハ即訴訟主體ナリ反之他人ノ意思ニ基キ訴訟ニ干與スル者ハ訴訟
 代理人若クハ輔佐人ナルカ又ハ辯人ノ如キ訴訟ノ方法タルモノナリ
 三 訴訟上ノ處分權ノ主體ニ付テハ訴訟ノ主タル作用カ數箇アリテ且獨立シタルモノナルトキハ之ヲ
 數箇ノ主體ニ分擔セシメ數箇ノ訴訟上ノ處分權ノ主體ヲ認ムルヲ得ヘシ訴訟ノ主タル作用ハ裁判ノ
 作用、訴追ノ作用及辯護ノ作用ノ三ニ區別スルコトヲ得此三箇ノ作用ハ之ヲ一箇ノ主體ニ歸屬セシ
 ムルトキハ糾問ノ方式ト爲リ之ヲ三箇ノ主體ニ分擔セシムルトキハ彈劾ノ方式ト爲ルモノトス
 以上ノ如ク訴訟主體ノ説明ハ彈劾訴訟ト糾問訴訟トノ區別ノ基本タルモノナリ

第二章 糾問及彈劾

糾問ト彈劾トノ區別ハ訴訟ノ方式ニ關スル區別ニシテ刑事訴訟ノ基本タル主義ノ區別ニ非ス糾問ノ方
 式ハ訴訟主體ヲ裁判官ノミニ止メ裁判官ハ訴追ト裁判トヲ併セテ行フ方式ナリ故ニ裁判官ハ訴ヲ待タ
 ス自ラ進テ犯人ヲ處罰スルヲ得ヘシ彈劾ノ方式ハ裁判官ノ外當事者ヲ以テ訴訟主體ト爲シ訴追ハ當事
 者ニ之ヲ行ハシメ裁判官ハ裁判ノ作用ヲ爲スニ止ルノ方式ナリ故ニ裁判官ハ原告ノ訴アルニ非サレハ
 審理裁判ヲ爲ササルモノトス而シテ何レノ方式ヲ探ルモ刑事訴訟ノ基本ノ主義ハ職權主義ナリ今糾問
 ト彈劾トノ區別ヲ説明スルニハ民事訴訟ト刑事訴訟トヲ對照シテ觀察スルヲ便トス

民事訴訟ニ於テハ彈劾ノ方式ト辯論主義トヲ探ルコトヲ要ス民事訴訟ハ權利者及義務者ノ處分ヲ爲シ
 得ヘキ請求ヲ以テ其目的物ト爲スカ實體法上ノ權利者及義務者ハ訴訟中ト雖尙實體上ノ處分權ヲ有ス
 隨テ爭訟者ハ訴訟上ノ處分權ヲ有シ此訴訟上ノ處分權ヲ行使シテ以テ實體上ノ處分ヲ爲スヲ得セシメ
 ナルヘカラス故ニ實體上ノ法律關係ニ立テ當事者ハ必民事訴訟ノ訴訟主體トシテ認メラレ未嘗裁判官
 ノミヲ以テ訴訟主體ト爲スモノアルヲ見ス當事者ハ訴訟上ノ處分ヲ以テ訴訟ノ目的ヲ併セテ處分ス
 ルヲ得ルカ故ニ當事者ノ訴訟上ノ處分ハ他ノ訴訟主體即裁判官ニ對シテ之ヲ拘束スルノ效果ヲ及スモノ
 ナリ此關係ヲ指シテ辯論主義ト稱ス左レハ辯論主義ハ處分權主義ノ側面ナリ處分權主義ハ當事者ニ實
 質上ノ處分ヲ許スモノニシテ辯論主義ハ實體上ノ處分ニ對シテ效果ヲ及ス訴訟行為ヲ當事者ニ委テ裁判
 官ハ自己ノ訴訟上ノ處分權ヲ以テ當事者ノ處分ヲ妨ケザラシムルモノナリ故ニ辯論主義ヲ探レハ訴訟
 ノ進行、訴訟材料ノ提出、裁判ノ範圍ハ皆當事者ノ處分ニ依テ定ル此辯論主義ト彈劾ノ方式トハ之ヲ混
 同スヘカラス前者ハ訴訟上ノ處分權ト共ニ實體上ノ處分權ヲ當事者ニ認ムルモノニシテ後者ハ單ニ當
 事者ナル訴訟主體ヲ認メ之ニ訴訟上ノ處分權ヲ付與スルニ在リトス
 刑事訴訟ニ於テハ辯論主義ト正反對ナリ職權主義ハ權利者及義務者ヲシテ訴訟主體トシテ訴訟ニ
 者ニ訴訟上ノ處分權ヲ付與スルヲ要セス隨テ實體上ノ權利者又ハ義務者ヲシテ訴訟主體トシテ訴訟ニ
 干與セシメサルモ敢テ妨ナシ却テ當事者ナルモノヲ認ムルニ於テハ訴訟上ノ處分權ヲ以テ間接ニ刑罰請
 求權ヲ處分スルノ實際上ノ效果ヲ生セシメサルノ措置ヲ爲ササルヘカラサルカ故ニ眞實ヲ發見スルノ
 目的ヲ達スルカ爲ニハ糾問ノ方式ニ依リ裁判官ノミヲ訴訟主體ト爲スコト便宜ナルカ如シ雖後述

フルカ如ク糾問ノ方式ニハ弊害ノ伴フモノアルカ故ニ亦當事者ノ介在ヲ否認スヘカラサルノ事情アリ而モ當事者ヲシテ訴訟上ノ處分權ヲ行使シ以テ實體上ノ處分ヲ爲サシムル能ハサルハ勿論ナリ要スルニ刑事訴訟カ彈劾ナリト云フハ其方式カ糾問ノ如ク一箇ノ訴訟主體ノミヲ認ムルニ非スシテ公訴ノ提起實行ヲ爲スノ權ヲ以テ他ノ訴訟主體ニ屬セシムルニ在リ故ニ其彈劾ノ方式ナルニ拘ラス基本タル主義ハ職權主義ナリ職權主義ハ當事者ニ刑罰請求權ノ處分ヲ許ササル非處分權主義ノ側面ニシテ裁判官カ刑罰請求權ヲ眞實ニ適合シテ確定スルカ爲ニ自己ノ職權ヲ以テ進テ行動スルノ義務ヲ認ムルモノナリ此主義ノ結果トシテ當事者ノ訴訟上ノ處分ハ裁判官ノ訴訟上ノ處分權ニ對シ何等拘束ノ效果ヲ及スモノニ非ス然ルニ彈劾糾問ノ區別ト辯論主義職權主義トノ區別ヲ混同スル學說アリ或ハ裁判官ノ裁判官當事者ノ申立テタル事實及證據ノミニ基テ組織ヲ以テ彈劾ト爲シ或ハ彈劾ノ結果トシテ訴訟懈怠ノ失權訴訟上ノ擬制、證明責任ノ分擔又ハ關席判決ヲ認ムルヲ要スト爲スカ如キハ此兩者ヲ混同スルモノニシテ正當ノ見解ニ非サルナリ以下糾問及彈劾ノ利害得失ヲ論シ以テ彈劾ノ方式ヲ採用セサルヘカラサル所以ヲ明ニスヘシ今糾問ノ弊害ヲ舉クレハ即左ノ如シ

一 糾問ハ裁判官ノ負擔過重ニシテ且豫斷ヲ懷カシムル弊アリ 糾問判事ハ自ら訴訟ヲ開始シ訴追及辯護ノ材料ヲ集取シ裁判ヲ爲スカ故ニ一人ニシテ原告、被告及裁判官ヲ兼スルモノナリ是裁判官ノ負擔ノ過重ナル所以ナリ又其負擔ノ作用ハ互ニ相容ルモノニ非ス訴追ヲ行フ者ハ決シテ公平ニ裁判ヲ爲ス能ハス既ニ糾問判事ハ訴訟ノ開始ニ於テ豫斷ヲ懷クモノナリ故ニ糾問訴訟ノ行レタル時代ノ後期ニ於テハ證據蒐集裁判ト別人ニ委ヌルニ至レリ然レトモ裁判ヲ爲ス者ハ直ニ豫斷ヲ以テ

糾問ヲ開始シ證據蒐集ヲ爲シタル者ノ取調ヲ裁判ノ基礎ト爲スノ制フルカ故ニ到底此弊ヲ濟フニ足ラス總テ糾問訴訟ハ眞實ノ發見ニ正當ナル裁判ヲ爲スヲ得サシムルモノナリト謂フヘシ

二 糾問訴訟ハ糾問判事ノ隨意無制限ナル手續ヲ以テ行レ司法權ヲ濫用スルノ虞アリ 糾問判事ハ總テノ方法ヲ用ヒテ眞實ヲ探究スルヲ職責ト爲シ且他ノ訴訟主體カ存在セサルカ故ニ其用フヘキ方法ハ自ラ之ヲ定ムルコトヲ得糾問ノ方法ニ付其方式、時期、順序ヲ定メ糾問ノ計畫ヲ爲スハ皆判事ノ專斷ニ屬シ其手續ヲ法律ヲ以テ規定シ順序ヲ得セシムルハ糾問ノ性質ニ反ス又上訴ノ手續ノ如キモ糾問ニ於テハ認ムル能ハサル所ナリ是以テ訴訟關係人ハ糾問判事一人ノ專斷ニ壓伏セラレ遂ニ其權利ヲ伸張スル能ハサルニ至ル糾問訴訟ノ信用カ全ク地ヲ掃フニ至リタル亦宜ナラスヤ

三 糾問訴訟ハ被告人ノ地位ヲ危險ニ陷ラシムルモノナリ 糾問判事ハ被告人ノ利益ナル材料ヲ蒐集取スルノ義務アルカ故ニ被告人ハ辯護人ヲ用ヒテ其利益ヲ主張スル餘地ナシ利益ノ主張ハ糾問判事ノ處分ニテ待タルヘカラス然ルニ糾問判事ハ防禦ノ問題ヨリモ訴追ノ問題ニ重キヲ置クノ傾向ヲ有スルカ故ニ被告人ノ利益ノ主張ハ糾問判事ニモ亦之ヲ望ムコトヲ得ス是危險ノ一ナリ又糾問訴訟ニ於テハ被告人ハ糾問ノ目的物ニシテ之ニ訴訟上ノ權利ヲ認メス却テ被告人ハ糾問ニ絕對ノ服從ヲ爲シ自ラ爲スノ義務アリ其結果トシテ被告人ハ事實ヲ發見スル爲メ之ヲ利用スルニ便宜ナル證據方法ナリト爲シ或ハ拷問ヲ用ヒ被告人ニ自白ヲ強制シタルコトアリ拷問廢止ノ後ニ於テモ亦糾問判事ハ恐嚇又ハ詐言ヲ以テ自白ヲ強フルヲ得タリ刑事訴訟法第九四條ノ如キハ此沿革ヨリ生シタル規定ナリ

彈劾ニ於テハ上述シタル糾問ノ弊害ヲ除去シ之ト正反對ナル利益ヲ認ムルヲ得ヘシ

一 彈劾ニ於テハ當事者カ訴追ト辯護ヲ爲スコトヲ得ルハ故ニ裁判官ハ訴訟指揮ト裁判トノ作用ヲ爲スニ止リ公平ナル判斷ヲ爲スヲ得ヘシ然レトモ職權主義ナルモノハ彈劾ニモ亦之ヲ認ムヘキカ故ニ實際上訴追防禦タルモノハ彈劾ニ於テモ亦裁判官ノ行フ所ナリ隨テ裁判官ハ被告人ノ利益ノ不利益ノ證據ヲ蒐集スルヲ得ヘシ唯訴追ト辯護ハ主トシテ當事者ニ於テ之ヲ行フカ故ニ裁判官ノ負擔ヲ輕減シ裁判ニ主力ヲ致スヲ得隨テ公平ニ判斷スルヲ得ルニ至ルモノナリ

二 裁判官ト當事者トノ關係ハ法律ニ依テ規定セララルルカ故ニ其專斷ニ流ラルコトナシ

三 被告人ハ當事者タル地位ヲ有シ訴訟上ノ處分權ヲ行使スルヲ得ヘシ故ニ被告人ハ辯護權ヲ有ス其結果トシテ被告人訊問ノ目的ハ訊問ノ場合ト異ル即訊問ニ於テハ被告人ニ自白ノ義務ヲ強フルカ爲ニ訊問ヲ爲スモノナリト雖彈劾ニ於テハ被告人ヲシテ辯護權ヲ行ハシムルカ爲ニ即辯解ヲ爲スノ機會ヲ與フルカ爲ニ訊問ヲ爲スモノナリ故ニ前者ニ於テハ裁判官ハ供述ヲ爲サシムル權アリ後者ニ於テハ供述ヲ聽クヲ義務ナリ其他彈劾ニ於テハ被告人自ラ辯護ヲ爲スト同時ニ辯護人ヲシテ辯護ヲ爲サシムルヲ得ヘシ

彈劾訴訟ノ當事者ハ其權利義務ニ於テ同等ナルヲ原則トス之ヲ當事者同等主義ト稱ス既ニ訴追ト辯護ト異ル訴訟主體ニ分擔セシムル以上ハ之ニ關スル權利ハ同等ナラシメサルヘカラス若當事者一方ノ權利ヲ優等ナラシメハ訴訟ノ材料ハ一方ニ偏シテ裁判ノ公平ヲ失フニ至ル故ニ彈劾ノ結果トシテ自ラ當事者同等ノ主義ヲ生ス

以上述フル所ニ依リ彈劾ノ訴訟ハ權利ノ爭ナル形態ヲ有シ彈劾ノ方式ニ依テ始テ訴訟ノ眞實ニ到達スルヲ得ヘシ糾問ノ手續ハ訴訟ト言ハンヨリ事一箇ノ處分ナリ

現行刑事訴訟法ハ彈劾ノ方式ヲ採用シタルモノナリ現行法ヲ以テ彈劾及糾問ノ折衷カリト斷フヘカラス現行法ハ公訴權ノ主體ヲ以テ原告ト爲シ此原告ハ訴ノ提起アルニ非サレハ裁判所ハ審理、裁判ヲ爲ササルノ原則ヲ採レリ(六七條、一八四條)又被告人ニ防禦ニ關スル訴訟上ノ處分權ヲ認ム(一七九條、一九八條)然レトモ彈劾方式ノ例外トシテ左ノ場合ニ於テハ原告ノ訴ナクシテ公訴ノ提起セラルルコトアルヲ認ム尤此場合ニ於テモ一旦公訴カ起リタル以後ハ裁判所カ訴追ノ作用ヲ爲スコトナク檢事原告ノ地位ニ立テテ公訴ヲ實行スルモノトス

一 豫審判事カ檢事ヨリモ先ニ地方裁判所ノ管轄ニ關スル事件ノ現行犯ヲ知り犯所ニ臨檢シ檢證調查ヲ作リタルトキハ公訴ノ提起アリタルモノトス(一四三條、一四四條)

二 公判ニ於テ審理ニ因リ發見シタル附帯犯ハ檢事ノ訴ヲ待タズ裁判スルヲ得(一八四條、一八五條)

三 公判ニ於テ證人又ハ鑑定人カ偽證又ハ虛偽ノ鑑定ヲ爲シ其所爲懲罰以上ノ刑ニ該ルトキハ裁判所ハ之ヲ取押ヘ豫審判事ニ送致スルヲ得此場合ニ於テハ豫審判事ニ送致スルヲ以テ公訴ハ提起セラルルモノトス(一九五條)

現行法ハ彈劾ノ方式ヲ採ルモ辯論主義ヲ採ラズ隨テ左ノ結果ヲ生ス

一 公訴ノ取下ヘ之ヲ許サズ然レトモ上訴ノ取下ハ職權主義ノ例外トシテ之ヲ許セリ上訴手續ノ如キハ職權主義ヲ貫徹スル能ハサルモノニ屬ス

二 訴訟ノ進行ハ裁判所ノ職權ニ在リ裁判所ハ職權ヲ以テ訴訟關係人ヲ呼出シ訴訟ヲ追行ス若辯論主義ヲ採ルトキハ訴訟ノ進行ハ當事者ノ爲ス所ナリ即裁判所ハ當事者ノ申立ヲ待テ始テ辯論期日ヲ定メ當事者ヲ期日ニ呼出スコトヲ得ルナリ

三 裁判ノ材料ハ當事者ノ提出スルモノニ制限セラルコトナク裁判所ハ職權ヲ以テ之ヲ集取スルコトヲ得ヘシ

四 裁判所ハ裁判ニ付當事者ノ申立ニ拘束セラルコトナシ即當事者ノ求ムル所ヨリモ多キヲ之ニ歸スルヲ得ヘシ例之檢事及被告人ニ於テ無罪ノ判決ヲ求ムルモ裁判所ハ刑ヲ言渡スヲ得ルカ如シ然レトモ上訴ニ付テハ被告人ノ利益ノ爲ニスル上訴ナルトキハ裁判所ハ原判決ヲ不利益ニ變更スルヲ得ス隨テ當事者ノ意向ニ依リ制限セラル得ス是職權主義ノ例外ナリ

或學說ニ依レハ不告不理ノ原則ヲ以テ辯論主義ノ結果ナリト爲セリ然レトモ訴ナケレハ理セサルハ彈劾ノ方式ヲ採リタル當然ノ結果ナリト爲ス至當トス原告ナル訴訟主體ヲ認ムルハ當ニ訴ノ實行ヲ爲サシムルニ在ルノミナラス訴ノ提起ヲモ爲サシムルカ爲ナリ又裁判所ノ審理、裁判ハ訴ニ係ル犯罪所爲ト被告人トニ制限セラレ其範圍ヲ超越スルヲ得サルヲ辯論主義ノ結果ト爲ス者アリ然レトモ是亦彈劾ノ結果ニ外ナラス蓋不告不理ノ原則ヲ認レハ當然裁判ノ範圍ハ訴ノ範圍ニ制限セラルヘナリ且公訴ハ一定ノ人ニ對シ刑罰請求權アルコトヲ主張シ此權利ノ存否ニ付裁判ヲ請求スルモノナルカ故ニ訴ヲ爲シニハ犯罪行爲ト被告人トヲ一定シテ之ヲ爲スヘキハ即原告ナル訴訟主體ヲ認ムル當然ノ結果ナリ然レトモ現行法ハ第一四二條ノ場合ニハ犯罪行爲ノミ一定シ被告人カ一定セスシテ公訴カ提起セララル場合アルコトヲ認ム是彈劾方式ノ例外ナリ此場合ト雖裁判ハ必一定ノ被告人ニ對シ爲サルコトヲ要シ唯訴訟提起ノ時ニ於テノミ被告人カ一定セサルニ止ルモノナリ

現行法ハ彈劾ノ方式ヲ訴訟手續ノ總テノ段落ニ於テ認ムルモノニ非ス搜查手續ハ檢事ヲ以テ唯一ノ主體ト爲シ別ニ當事者ナルモノヲ認メス故ニ公訴ノ提起ヨリ判決ノ確定ニ至ル迄ノ手續ヲ彈劾ニ組織ス

ルモノト謂フヘシ或ハ豫審ノ手續ヲ以テ糾問方式ト爲ス者アリト雖豫審ハ糾問ニ傾クモ全然糾問ノ方式ニ非ス豫審ニ於テモ亦當事者アリテ其權利ヲ認ムルモノナリ

第三章 裁判所

裁判所ナル用語ニハ二様ノ意義アリ即左ノ如シ

一 國法上ノ意義 司法ヲ行フ官廳ヲ謂フ此意義ニ依レハ此官廳ニ屬スル職員ノ集合體ヲ裁判所ト稱スルナリ裁判所構成法第四條乃至第六條ノ「裁判所」及同第二〇條ノ「地方裁判所」ナル辭ハ共ニ此意義ニ解セラル

二 訴訟上ノ意義 第一ノ意義ニ於ル裁判所ハ部局ニシテ各箇ノ事件ニ付司法ヲ行フ職務アルモノヲ謂フ此意義ニ依レハ合議裁判所ニ於ル部又ハ區裁判所ノ單獨判事カ裁判所ナリ本法第一七八條第二項、第一七九條第二項、第一八六條第二項、第二二二條第二項ノ「裁判所」ナル辭、同第二六九條第一號ノ「判決裁判所」ナル辭ハ此意義ニ解セラル其他裁判所ノ裁判又ハ審理等其作用ヲ言表ス場合ハ一號ノ「判決裁判所」ニ解スヘキナリ

常ニ此意義ニ解スヘキナリ

刑事裁判所及民事裁判所(舊治罪法六七條ナル辭ヲ右第一ノ意義ニ解スル者アレトモ誤ナリ此區別ハ一箇ノ裁判所ノ部カ事務ノ分配上、刑事又ハ民事ノ事件ヲ取扱フニ基クモノニシテ本來ヨリスレハ此區別ヲ認ムヘキモノニ非ス

裁判長ナル地位ハ第二ノ意義ニ於ル裁判所即部ニ屬シ裁判所長、部長ナル地位ハ第一ノ意義ノ裁判所ニ屬ス

以上ノ如ク裁判所ノ意義ヲ二様ニ區別スト雖刑事訴訟法中ノ各規定ニ於テ之ヲ分別スル能ハタル場合アリ即各裁判所ノ部カヤ作用ヲ爲スニ方テハ其屬スル裁判所ヲ代泰シテ之ヲ爲シ又第一ノ意義ニ於ル裁判所ニ付與セラレタル管轄ハ部ニ依テ行ルナリ故ニ地方裁判所ノ管轄事件ニ付テノ判決ハ地方裁判所ノ或部ニ於テ之ヲ爲スモ其地方裁判所ノ判決ナリ又地方裁判所ノ管轄ハ地方裁判所ノ部ノ管轄ナリ各裁判所ノ管轄區域ハ第一ノ意義ニ於ル裁判所ニ付テ定メラルモ同時ニ其裁判所ノ部ノ行動ヲ制限スル區域タリ

現行法ニ於ル第一意義及第二意義ノ裁判所ニハ如何ナルモノアリヤ見ルニ左ノ如シ

一 第一意義ノ裁判所ハ通常裁判所ト特別裁判所ニ區別セラレ通常裁判所ニハ裁判所構成法第一條ニ於ル區裁判所、地方裁判所、控訴院及大審院ノ四アリ

二 第二意義ノ裁判所ニシテ刑事ニ關スル司法ヲ行フモノニハ左ノモノアリ

第一 區裁判所ニ於テハ單獨刑事司法ヲ爲ス(裁權一〇條其取扱フヘキ事件ハ輕易ナル事件(同一四條)ノ裁判及他ノ裁判所ノ囑託ニ基テ其助(同一三一條)ナリ

第二 地方裁判所ニ於テハ左ノ如シ

(イ) 刑事部(裁權一九條二項) 三人ノ判事ヲ以テ組織シ其中ノ一人ヲ裁判長トス(同三三條其行フ職務ハ左ノ如シ

甲 第一審トシテ區裁判所及大審院ノ事物管轄ニ屬セサル事件ニ付公判ヲ開キ判決ヲ爲ス(同二七條一號)

乙 第二審トシテ區裁判所ノ判決ニ對スル控訴ニ付公判ヲ開キ判決ヲ爲ス又區裁判所ノ決定ニ對

スル抗告ニ付審理裁判ス(同二七條二號)

(ロ) 豫審判事 毎年各地方裁判所ノ判事中ヨリ司法大臣カ豫審ヲ爲スヘキ者ヲ命ス(同二一條)

地方裁判所ニハ支部ナルモノアリ(同三一條)支部ハ司法大臣カ設置シ其區裁判所判事ヲシテ支部ノ判事ヲ兼キシムルヲ得而シテ今日司法大臣カ設置ヲ命シタル支部ニハ甲號支部ト乙號支部トアリ甲號支部ニ於テハ重罪公判及第二審ノ刑事裁判ヲ除ク外地方裁判所ノ裁判權ニ屬スル事務ヲ取扱ヒ乙號支部ニ於テハ豫審ヲ要スルモノヲ除ク外地方裁判所ノ裁判權ニ屬スル第一審ノ事務ヲ取扱フ(明治二十三年八月司法省令三號明治二十四年九月司法省令九號參照此支部ハ本部タル地方裁判所ヨリ獨立シタル第一意義ノ裁判所ナリヤ否ヤ此問題ハ裁判所ノ管轄ノ問題ニ大ナル影響ヲ及スモノナリ抑支部ハ區裁判所ニ設置セラルルモノナレハ若獨立ノ裁判所ナリトセハ其土地ノ管轄ハ區裁判所ノ區域ヲ出ツル能ハス故ニ土地ノ管轄權ノ有無ニ付問題ヲ生スヘタ又支部ハ重罪ヲ裁判セラルヲ以テ若支部ニ重罪事件ヲ起訴シ又ハ甲號支部ノ輕罪公判ニ付シタル事件ヲ重罪ナリト爲ストキハ支部ハ如何ナル處分ヲ爲スヘキヤ於是亦事物ノ管轄權ニ關シテ問題ヲ生スヘシ又支部ハ區裁判所ノ判決ニ對スル控訴ヲ受理セス故ニ若支部ニ控訴ヲ申立タルトキハ如何ナル處分ヲ爲スヘキヤ是亦職務ノ管轄ニ關スル問題ヲ生スヘシ畢竟此問題ハ裁判所構成法第三一條ニ依リ司法大臣ノ命令ハ獨立ノ裁判所ヲ設ケ獨立ノ管轄權ヲ有ストノ說ニ曰ク裁判所ノ土地又ハ事務ノ管轄ハ法律ヲ以テ規定スヘキハ勿論ナリト雖又

一方ニ於テハ裁判所構成法第三一條ヲ以テ司法大臣ニ支部ノ設置ヲ許シタル以上ハ同條ニ基キ司法大

臣ノ發シタル支部設置ノ命令ハ法律ノ委任ニ依ル命令ニシテ法律ト其效力ヲ同ウスヘク即司法大臣ハ法律ニ依リ地方裁判所ノ管轄ヲ分割スル權限ヲ委任セラレタルモノナレハ此委任命令ニ依リ設ケラレタル支部ハ獨立ノ管轄權ヲ有スヘシ而シテ支部設置ノ必要ハ裁判所構成法第三一條ノ示スカ如ク土地ノ遠隔又ハ交通不便ノ二箇ノ理由ヨリ出ヅヘシ然ルヲ支部ナルモノハ一箇ノ地方裁判所ノ内部ノ事務分配ニ過キストスレバ爲ニ支部ノ管轄事件ヲ本部ニ出訴シ本部ノ管轄事件ヲ支部ニ起訴スルモ亦自由ナリト謂ヘサルヘカラスシテ被告タル者ハ交通不便ナルカ又ハ里程ノ遠隔セルモ仍地方裁判所ニ出頭シ裁判ヲ受ケサルヘカラスナル結果ヲ生スヘシ是右第三一條ニ認メタル支部設置ノ理由ヲ無視スルモノナリト然レトモ裁判所ノ管轄區域ハ法律ヲ以テ之ヲ定ムヘキコトハ裁判所構成法第四條ノ規定スル所ニシテ且其事物ノ管轄ニ付タモ之ヲ裁判所構成法ニ規定シタルノミナラス同第三〇條ニ依リハ地方裁判所ノ權限ニシテ裁判所構成法ニ規定セサルモノハ他ノ法律ヲ以テ定ムルモノトセリ由是觀之裁判所ノ管轄ハ法律ヲ以テ規定スヘキモノニシテ命令ヲ以テ之ヲ變更スルコトヲ得サルヘシ蓋法律ニ明定セサル事項ハ法律ヲ以テ之ヲ命令ニ委任スルコトヲ得ルモ其明定スル所ノモノハ之ヲ命令ニ委任スルヲ得サルナリ若法律ニ明定スル所ノモノト雖之ヲ委任スルヲ得ルモノトセハ法律ノ規定ヲ命令ヲ以テ變更スルヲ得ルニ至ルヘシ故ニ第三一條ノ規定ハ管轄權ヲ定ムルコトヲ司法大臣ノ命令ニ委任シタルモノト謂フヘカラス若之ヲ委任シタルモノトスレハ裁判所構成法第四條ノ第三〇條ノ規定ハ其效力ヲ失フニ至ルヘケレハナリ故ニ曰ク司法大臣カ或區域内ニ限リ民刑事務ノ幾分ヲ取扱フ爲メ支部ヲ設置スル省令ノ如キハ事務分配上ノ便宜ニ出ヅタル司法行政命令ナリ是第三一條ニ「司法大臣ハ……地方裁判所ニ屬スル民事及刑事ノ事務ノ一部分ヲ取扱フ爲一若ハ二以上ノ支部設置ヲ命スルコトヲ得」トアル

説テ綜合シテ秩序アル理論の研究ヲ爲シタル效力ハ一般ニ斯學ノ祖先トシテ稱揚スル所ナリ氏ノ富國論ハ直ニ外國ノ語ニ翻譯セラルヘカラス發達ニ大ナル影響ヲ與ヘシト雖大陸ニ於テハ佛國革命後歴史派ノ物興ニ因リ大ニ其勢力ヲ失フニ至レリ而シテ英國ニ於テハ財政學ハ「リカルド」「スチュワード」「ミル」「フオーセツト」ノ諸氏相踵テ起リ一時熾盛ヲ極メシモ其後ハ主トシテ租税ノ公債ヲ以テ唯一ノ財政問題ト爲シ片片タル小冊子相次テ財政學其モノノ學理の研究年々逐ヒテ衰退スルニ至リシハ正ニ英國ニ於ル經濟學ト頗其趣ヲ一ニスル所ナリ隨テ近時ニ至テハ「バスター」「ブル」氏ノ財政學「アダム」氏ノ公債論等二三有益ノ著書ヲ見ルニ過キサルナリ

獨逸ノ官房學派モ「スミス」氏以後之カ改造ヲ催シ君主内廷ノ側面ヨリ觀察シタル官房學ハ一般公共經濟ノ側面ヨリ觀察シタル官房學ト相分離シテ獨立ノ財政學ヲ組成スルニ至レリ其重ナル學者ヲ「カイル」「ハインリッヒ」「ラウ」氏ハ千八百三十二年其著經濟學ニ於テ經濟學ヲ三部ニ分テ財政學ヲ純正經濟學及應用經濟學ニ對立シテ論述シタリ氏カ經濟學及財政學ニ與ヘタル功勞ハ主トシテ其所說該博秩序ヲ失ハス有機的ニ綜合シテ所謂財政學ノ形式及實質ヲ完成セルニ在リ殊ニ氏カ手數料トノ租税トノ區別、財政ト行政トノ關係ヲ明ニセル功績モ亦大ナリトス

第四款 第四期ノ財政學史

財政學ノ第四期トハ「サビニー」氏ノ歴史派法律學「ロッシェル」氏ノ歷史派經濟學ノ影響ヲ受ケ第十九世紀ノ末葉ニ起リタル所謂社會ノ時代ノ財政學ト稱セララルモノ是ナリ第四期ノ財政學ノ特徵ハ財政ノ主義カ社會的政策ヲ執ルニ至リシ國家以外ノ公共團體ヲ財政ノ主體トシテ均ク研究スルニ至リシコト

是ナリ財政ノ方針カ社會的政策ヲ執ルニ至リシハ固ヨリ近世社會問題ノ勢力ニ基因スルモノナレハ國家ノ觀念ノ變遷及經濟學ノ發達亦與リテ力多シト爲ス

國家ノ觀念ノ變遷トハ「モンテスキュー」「ルソー」「カント」諸氏ノ自由主義、自然主義、人權主義カ社會ノ狀況殊ニ佛國革命ニ因テ根本ヨリ破壊セラレ其反動シテ歸納學派カ國家ヲ歴史のニ研究スルニ至ルヤ國家ハ社會生活上必須ノ要件ニシテ管ニ公共ノ危險災害ヲ豫防禁遏スル消極的のニ止ラス進テ國民全般ノ幸福ヲ増進スル爲メ種種ノ積極的行動ヲ爲スヘキモノトシ公法ノ觀念ノ發達ハ國權ノ行動ト人民ノ權利ト相抵觸スルモノニ非サルコト一般ニ認ムル所ト爲レルニ在リ而シテ近時工業時代即資本時代ニ入ルト共ニ富ノ生産、分配大ニ其狀況ヲ變シ社會階級ノ不平等即貧富ノ懸隔ハ總テノ方面ヨリ之カ救済ヲ圖ルヘキモノト爲レ國家ハ財政上ノ方面ヨリ又社會問題ノ救済策ヲ講スルニ至レルコト是ナリ

經濟學ノ發達トハ主トシテ國家公共經濟ノ主義ト個人經濟ノ主義トノ間ニ密接ナル有機的關係ノ存スルコトヲ認メラルルニ至リシヲ謂フ即重農學派以後ノ自由競爭主義ハ最危險多キモノニシテ近世社會上ノ實力ノ關係ハ一ニ富ノ生産分配ニ依テ左右セラルルト共ニ國家ノ財政上ノ行動カ國民ノ所得、社會上ノ實力ノ消長ニ至大ノ影響ヲ與フヘキコト一般ニ承認セラルルニ至レリ隨テ財政ノ行動ニハ其收入、支出及適合ノ方法ニ附帶スヘキ弊害ヲ除去スルト共ニ財政ノ行動ニ關係ナキ獨立ノ弊害モ亦場合ニ依リ財政上ノ手段ニ訴ヘテ之ヲ排除スヘシト爲レ財政學ノ範圍ハ俄ニ膨脹シ又錯雜ヲ極ムルニ至レリ即其理想トスル所ハ私經濟ト公經濟トハ相隨伴扶掖スヘキモノニシテ現時ノ社會ハ私有權ヲ基礎トシ財產ノ多少ハ社會階級間ノ勢力ノ分ルル所タルト同時ニ之カ多少ハ國家ノ收支ノ制度如何ニ依リ其

分配ノ影響ヲ及スコトヲ得ヘキコトヲ認メ國家ノ支出、財產、租稅、公債ノ制度ヲ社會政策ニ合スルキ樣改良スルコト多少ノ支出ヲ増加スルモ進テ適度ノ社會政策ヲ爲スコトヲ職分ト爲スニ存セリ此學派ノ中心ハ獨逸ニシテ「エーヘルベ」「シュモーレル」「コンラッド」「スタイン」「ワッセル」「コッ」諸氏皆財政學ノ發達ニ其功勞多シト爲サス殊ニ「アドルフ」「ワグネル」「ビスマルク」氏ノ財政學ヲ増補改正スルノ傍獨立ナル財政學ノ基礎ヲ立テ論壇社會主義ノ領袖トシテ又「ビスマルク」侯ノ經濟顧問トシテ其經濟及財政ニ關スル著述ハ氏カ斯學ニ對スル現時唯一ノ大著トシテ承認スル所ナリ

此學派ハ「ビスマルク」侯カ千八百六十年代經濟政策ニ起リ千八百七十三年以來勞動者ノ強制保險法行レ同八十一年十一月十七日ノ獨逸皇帝ノ勅語ハ勞動者ノ利益ヲ爲ニ積極的方策ヲ執ルコトヲ明言シ同九十年二月四日又社會政策上ノ勅語ヲ下セリ如此獨逸ニ於テハ學說、實際共ニ社會政策ノ方針ニ傾キ財政學ノ社會的研究ハ漸次歐米ノ諸國ヲ風靡スルニ至レリ近時伊太利ニ於ル有名ナル財政學者「コッパ」氏其他ノ學者ノ多數ハ獨逸派ノ系統ニ屬スルニ至レリ

最近ノ英米財政學者即英國ノ「バスター」「米國ノ「アダム」「セリグマン」「イラー」等ノ如キハ又均ク獨逸派ノ系統ヲ受クルモノナルモ唯リ佛國ニ於テハ正義自由ノ觀念ヲ基礎トシテ社會主義ヲ排斥シ而モ專歴史的統計の著書輩出シ「バプタスト」「セイ」氏以後「レラン」「セイ」氏ノ財政學叢書ノ如キ有名ナルモノナリ其他「ガルニエール」氏ノ財政學「ロロー」「ボリュー」氏ノ財政學ノ如キ著名ナルモノニシテ就中「ボリュー」氏「第」流ノ財政學者トシテ國家ノ職務ニ付テハ舊派ノ如ク狹隘ナル意見ヲ持セナレトモ經費論ノ如キハ財政學ノ範圍外ニ在リトシ又租稅ノ賦課ハ比例稅ヲ取テ累進稅ヲ排斥シ別ニ一旗幟ヲ立テ獨逸派ニ相對峙セリ

第二章 經費論

第一章 經費ノ觀念

古來國家ノ觀念發達セテ國有財產、官有財產及皇室財產ノ別未明ナラス秩序アル收支ノ制認メラレナリシ時代ニ在テハ國家ハ一方ニハ可成自己ノ支出ヲ節約スルト同時ニ一方ニハ自己ノ財產ヲ増加シ收入ヲ増加スルヲ以テ唯一ノ政策ト爲シタリ故ニ當時ニ在テハ常ニ收入ノミヲ以テ唯一ノ財政問題ト爲シ財政學ハ又收入ノミヲ論スルヲ以テ足レリト爲シ經費ニ關スル問題ハ國法學、政治學又ハ經濟學ノ領域ニ屬スルモノト爲シタリ固ヨリ經費論トシテ最趣味アル點ハ國家ノ如何ナル行動力必要ナルヤヲ論スルニ在リ而シテ此問題ハ財政上ノ實際問題ニシテ財政學家ハ學理ト實際ト相待チテ處決スヘキモノニシテ財政學者ノ理論的研究ノ問題ニ非ス收入論ハ財政學研究ノ第一ノ目的タルヘキコトハ言フ俟タルモ收入支出ノ關係ハ二者相表裏シテ離ルヘカラサルモノナルカ故ニ茲ニ經費論ノ大體ヲ述フル所アルヘシ

經費トハ公共團體ノ欲望ヲ満足セシムルカ爲メ其正當ナル機關カ適法ニ爲ス所ノ總テノ支出ヲ謂フ、公共團體ノ欲望ノ如何ナルヤハ總論第二章ニ於テ一言セル所ナリ而シテ此欲望ノ種類ニ就テ注意ヲ要スヘキ點ハ皇室費ト皇室財產ノ收入ナリ古代國家ト君主トノ區別認識セラレザリシ時代ニ在テハ君主ノ收入、支出ハ時ニ國家ノ收入支出タリシモノ者ノ別認メラレザリ其收支ノ別亦等ク識別セララルニ至レリ隨テ君主政體ヲ奉スル國ニ在テハ君主ヲ國家ノ機關ト認ムルト否トヲ問ハス等ク國家行動ノ要素タルカ故ニ之カ爲ニ要スル皇室費ハ又等ク國家ノ經費ナリ然レトモ君主ノ皇室財產所謂御料財產

ノ收入ハ國家ノ收入ニ非スレタ又其財產ノ管理、維持、購買等ニ要スル支出及皇室カ慈善、救恤等ヲ目的トシテ臣民ニ下賜セラルル金品ノ如キ共ニ國家ノ經費ニ非タルナリ而シテ此等經費ヲ支出スル機關ハ正當ナルコトヲ要ス故ニ會計法規ノ下ニ經費支出ノ權限ヲ有スル機關ナラサルヘカラス故ニ其正當ノ機關ハ豫算ノ編製、議會ノ協賛、公共團體ノ種類ノ如何ニ依リ各一定ノ手續ヲ經由シテ其權限內ニ於テ支出セラルルコトヲ要ス而シテ此等條件ヲ具備セル支出タル以上ハ現品タルハ貨幣タルヤハ限定セラルルコトナク皆支出ナリトス

第二章 經費ノ増加

第一節 經費増加ノ趨勢

公共團體殊ニ國家ノ經費ハ單純ニ觀察スレハ蒸氣力及電氣力ノ發明ニ因リ世界ノ列國ハ經濟上ノ利害關係著シク密接ト爲リ國力平均ノ說廣ク行レ最不生産ニ巨額ノ支出ヲ要スヘキ戰爭カ近時著シク其度數ヲ減少スルニ拘ラス又憲法政治ノ普及ニ因テ財政ノ監督權ハ廣ク公衆ニ與ヘラレシニ拘ラス經費ノ益増加シテ止ル所ヲ知ラサルハ奇異ノ現象ナルカ如キモ今「アダム」氏ノ統計ニ依レハ事實歐米ノ重ナル列國ニ於テ經費増加ノ實況ハ左ノ如シ

年	英	吉	利	佛	蘭	西	露	西	亞	普	偏	西	伊	太	利	匈	牙	太	利	合	衆	國
度	出	入	出	入	出	入	出	入	出	入	出	入	出	入	出	入	出	入	出	入	出	入
千八百四十年	三三八	九	九	二	三	七	六	九	六	八	〇	二	九	〇	二	九	〇	二	九	〇	二	九

財政學 經費論 經費ノ増加 經費増加ノ趨勢

「モシムルニ至レリ即私人可能ノ欲望モ一般ニ之カ満足ヲ望マサルモノハ政府進テ之カ開發ノ途ヲ開キ一般ニ満足ヲ欲スルモノモ社會主義ノ發達ニ因リ交通事業ノ大部ハ之ヲ國家ノ經營ニ譲リ一般ノ經營ヲ許容スヘキモノモ之カ正當ノ發達ヲ期スルカ爲メ或ハ金額ヲ以テ補助シ或ハ特權ヲ與ヘテ獎勵シ或ハ教育、貯蓄、保險等ヲ強制シ勞働者ノ保護ヲ圖リ衛生、恤救ノ普及、發達ヲ力ムル等一般內務行政ニ通シテ著シク其政務ノ範圍ヲ擴張スルニ至レリ即國家主義、社會主義ノ發達ハ或ハ直ニ私人ノ事業ヲ政府ニ移シ又ハ之ヲ保護監督シ或ハ新ニ政府ノ事務ヲ増加シ爲ニ著シク經費ノ増進ヲ來スニ至レリ地方費ニ至テモ亦此等ノ原因ニ由テ其政務著シク擴張セラレタルノミナラス分權主義ノ趨勢ト自治制度ノ發達トト伴ヒ又著シク其範圍ヲ大ニスルニ至レリ

第四款 軍事費ノ膨脹

國力平均ノ問題ハ近時各國ヲ驅リテ其全カヲ兵員ノ充實、軍備ノ擴張ニ注カシメ殊ニ軍事上ニ於テ科學的發明ハ年々進歩シテ止ル所ナク列國ハ常ニ軍事上ノ設備改良ニ日モ足ラサルノ狀況ヲ呈シ伊太利ノ如キハ正ニ分外ナル軍備擴張ノ爲ニ財政ノ基礎ヲ亂スニ至リ我國ノ如キモ二十七八年ノ戰役以後俄ニ異常ナル軍備ノ擴張ヲ來セリ即歲出經常部ニ對スル軍事費、國債費及行政費ノ累年百分比例ヲ見ルニ次表ノ如シ

年度	陸軍	海軍	計	國債費	行政費
二十六年度	一九、二四	七、九七	二七、二二	三〇、一四	四二、六五

二十九年度	二二、四五	七、三〇	二九、七五	三〇、二九	三九、九六
三十二年度	二五、八四	一〇、六二	三六、四六	二四、八九	三八、六五
三十五年度	二二、九〇	一二、三二	三五、二二	二五、〇一	三九、七八
三十七年度	二二、四九	一二、二二	三三、七〇	二四、〇九	四二、二二
三十八年度	二二、九五	一二、三二	三五、二六	一九、九五	四四、七九
三十九年度平均	二二、八五	一〇、三三	三三、〇八	二六、三六	四一、五六

尙最近ニ於ル歐米列國及我國ニ於ル上掲三費目ノ分頭額ヲ見ルニ次ノ如シ

國名	軍事費	行政費	國債費
日本	一六四一	二〇八七	〇、八四一
英吉利	六一、一八〇	一一、二六三	六、三三五
佛蘭西	九、八二五	一三、五一五	一一、〇七二
獨逸	七、四八九	一二、一六七	〇、八四〇

國名	西	亞	米	合	伊	太	西	和	白
露	五、四九六	一五、四九九	五、五六三	一九、七四九	六四、八〇三	一九、四六三	七、〇七八	六、六〇一	三、一〇七
米									
伊									
太									
西									
和									
白									
耳									
義									

日本ハ三十八年度預算計ハ千九百四年其後ハ千九百三年ニ至ル年度

即何レノ國ニ通スル軍事費ナル一項目カ殆蔵出總計ノ三分ノ一ヲ占メ各國ノ財政ニ通シテ最困難ヲ感スル支出ニ屬セリ合衆國財政家カ國民ノ經濟上ノ利益ニ最有利益ナル影響ヲ及スモノヲ戰爭其ノニ非スシテ戰爭ニ對シテ總ニ準備スル必要ニ在リト曰ヘルハ事實ニ適切ナルモノト曰ハスシハ非サルナリ

第五款 貨幣購買力ノ減少

近時人民ノ生計ノ程度ノ上進セルコト金銀ノ供給ノ増加ト代用貨幣其他金融機關ノ發達ニ伴ヒ漸次貨幣ノ購買力ヲ減少シ同一ノ行動力ヲ存續スル爲メ要スヘキ貨物ト勤勞ニ對シ貨幣ノ購買力ハ減少ニ應

シテ之カ經費ノ數額ヲ増加スルノ結果ヲ見ルニ至レリ隨テ實質ノ上ニ於テ絶對的ニ政務ノ範圍分量増加セラルル外ニ尙物價劣銀ノ騰貴ニ伴フ相對的ノ經費數額ノ増加アルコトヲ斟酌セシムハ非サルナリ

第三節 經費ノ濫増

第一款 公債ノ發達ニ伴フ濫増

立憲政體ノ廣ク持ル現時ニ在テハ財政家ノ最苦ム所ハ議會ニ對スル豫算問題ナリ換言スル何レモ政體ニ通シテ租稅ノ徵收ニ因テ受タル公衆ノ不平反抗ナリ増稅問題ヲ敢シテ經費ノ増加ヲ圖ルハ財政學ノ常ニ難シトスル所ナリ租稅ト公債トハ之ヲ得ルノ途ニ於テ前者ハ貨財ノ強制的無償ノ納付トシテ絶對ニ忌避セラルルニ反シ後者ハ任意の有償ノ納付ナルカ故ニ事放金ノ手段トシテ實本家以テ歡迎スル所ナリ隨テ近時公債制度ハ發達ハ經費濫増ノ餘地ヲ與ヘ一方ニハ私人ノ如ク自己ニ於テ之カ辨濟ヲ責任ナク一方ニハ政府ノ事業ハ無形ニシテ其效果ノ有無多少ハ精確ニ識別シ難キヲ以テ自己ノ功利ヲ求ムルニ餘ナル除施政家ヲシテ經費濫増ノ途ヲ與フルニ至リシハ各國公債ノ更乘ニ於テ明ニ認メラルル所ナリ

第二款 國家ハ物品勤勞ノ需要者ナリトスル觀念

國家ハ官吏及各種ノ貨財ノ需要者ナリ國家ノ事務ノ膨脹ハ勤勞ノ貨財ノ需要ヲ増加スルモノナリ若國

縮小セラルル經費ハ民間ニ存在シテ他ノ事業トシテ表ルモノナルカ故ニ又各種ノ勤勞及貨財ハ民間ニ於テ新ニ需要ヲ來スヘキコトヲ忘レ唯一時ノ現象ニシテ注目セシ誤解ニシテ此種ノ誤解ハ政府ノ當路者又ハ議會ノ多數ヲシテ進テ各種ノ事務ヲ膨脹セシムルコト各國ニ於テ常ニ見ル所ナリ

第三款 立憲政體ニ伴フ濫増

立憲政體ハ財政監督ノ上ニ於テ至大ノ效果ヲ奏セルハ一般ニ認メラルル所ナルモ亦同時ニ立憲政體ハ經費ノ濫増ノ一原因タルコトヲ知ラスンハ非ス立憲政體ニ在テハ國家ノ財政ニ對シ國民ノ審議協定ヲ開カレタコト國民ノ租稅ノ負擔ヲ感スルノ念薄ク殊ニ間接稅ノ發達ニ伴ヒテ益經費ノ増加ヲ懸念スルコト純ク政府ノ當局者亦經費ニ對スル取扱疎略ト爲リ互ニ比較の不必要ナル經費ノ濫増ヲ敢スルニ至レリ雖ニ英國ニ於ルコブデン協會ハ立法部ト國家財政トノ關係ニ付其效果如何ヲ調査シテ以テ次ノ如キ結果ヲ報告セタリ

- 一 立法部カ歳出ニ與ヘシ力ノ僅少ナルコト
- 二 政府ト立法部ト共同スルキハ歳出ノ増加ハ容易ニ認メラレ政府ハ又人民ニ對スル課稅上ノ責任大ニ輕減セルニ由リ歳出ニ對スル觀念著シク輕クナリシコト
- 三 直接間接ニ議員ヲ利スル經費ハ立法部進テ之カ増加ヲ圖リ却テ歳出ノ増加ヲ勸誘セルコト

第三章 經費ノ原則

第一節 政治上ノ原則

雜 錄

○及第者祝賀並ニ校友、學生懇親會 去十一日午後四時本年施行ノ文官高等試驗、司法官試驗、辯護士試驗ニ合格セラレタル本大學出身者祝賀並ニ本大學校友、學生ノ懇親會ヲ上野精養軒ニ開キタリ當日ハ季節ニモ似サル快晴溫和ノ日ニシテ來會者陸續相續キ流石ニ廣キ會場モ爲ニ狹キヲ感シタリ席定マルヤ梅博士發起人ヲ代表シテ開會ノ趣旨ヲ述ヘ本校ヲ代表シテ祝詞並ニ校友、學生ニ對スル希望ヲ述ヘラレ隨テ校友總代井田忠信、留學生總代范源廉、及第者總代若野定次郎三氏ノ演說アリ和氣霽然各十二分ノ歡ヲ盡シテ散會セルハ八時半頃ナリキ

○大審院判例要旨

一八 監査役ノ承認ノ意義 商法第一七六條ニ所謂監査役ノ承認トハ一切ノ取引ヲ爲スコトヲ豫承認スト云フカ如キ概括的ノ承認ヲ指スモノニ非シテ特定ノ取引ニ付殊ニ與ヘラレタル承認ヲ指スモノト解釋セラルヘカラス(二十七年六月二十一日第一民事部)

一九 商法第一七六條ノ規定ニ反シテ爲シタル取締役ノ行爲ノ效力 取締役カ商法第一七六條ノ規定ニ背反シテ會社ト取引ヲ爲シタル場合ト雖其行爲ハ當然無効ニ屬スルモノニ非ス會社ニ於テ之ヲ取消スノ意思ヲ表示シ始テ其效力ヲ失フモノトス故ニ若會社カ其取引ヲ有效トシ之ニ因テ取得セル權利ノ實行ヲ求ムルトキハ其相手方タリシ取締役又ハ第三者ハ該取引ノ無効ヲ主張シ以テ會社ノ請求ヲ拒ムコトヲ得ス(同上)

- 二〇 一定ノ申立ノ變更 一定ノ申立ノ變更ハ民事訴訟法第一九六條ノ規定ニ於ル事項ヲ除ク外一定ノ原因ノ變更ト等ク同法第四一三條所定ノ訴ノ變更ニ該當セルモノトス(同年七月六日第二民事部)
- 二一 認諾ノ取消 認諾ハ相手方ノ實體法上ノ主張ニ服從シテ其權利ヲ確認スルモノトス故ニ之ヲ取消サントスル者ハ實體法上ノ取消原因タル詐欺、錯誤ノ事實ヲ證明セサルヘカラス(同年七月一日第二民事部)
- 二二 請求却下及控訴棄却ノ申立 請求却下又ハ控訴棄却ノ申立ハ所謂判決ヲ受クヘキ事項ノ申立ニ非ツレハ必シモ書面ニ基クテ要セス隨テ特ニ其申立ナキモ結局請求却下若クハ控訴棄却ニ歸スヘキ趣旨ノ申供アルヲ以テ足レリトス(同年六月三十日第一民事部)
- 二三 一人ニ關スル事項ヲ掲載シタル官報ノ性質 印刷局カ一人ノ依頼ニ因リ或事項ヲ官報ニ掲載シテ發行スル場合ト雖其官文書タル性質ヲ變スルコトナシ(同年六月三十日第二刑事部)
- 二四 實質上ノ一罪ト審理權 詐欺取財ヲ爲スニ因リ私文書ヲ變造行使シタル場合ニ於テ現ニ私文書變造行使ノ所爲ニ付起訴アリタル以上ハ縱令第一審裁判所カ詐欺取財ヲ爲ス目的ニ出テシモノナルコトヲ認メサルモ第二審裁判所ニ於テ之ヲ發見シタルトキハ檢事ノ附帶控訴アルト否トニ拘ラス詐欺取財ヲ爲スニ因ル私文書變造行使罪トシテ處分スルヲ妨ケス(同年六月二十八日第一刑事部)
- 二五 他人ノ名義ヲ濫用シテ局書又ハ申請書ヲ作成行使シタル所爲 他人ノ名義ヲ濫用シテ身分ニ關スル局書又ハ申請書ヲ作成シテ之ヲ戶籍吏ニ提出シタル所爲ハ文書偽造行使罪ヲ構成ス(同年七月七日第二刑事部)

特別法講義錄

毎月一回發行 第二十一號既刊

第一號ヨリ缺

月謝金十五錢

本ナシ

本講義錄ハ我邦ニ於テ未其類ヲ見サル實ニ天下唯一獨歩ノ講義錄ニシテ各講師親シク執筆記述セラルル所ニ係ル、其掲載課目及擔任講師ハ

○市制町村制(完結) 府縣制、郡制 文部大臣秘書官松浦學士○現行租稅法論(完結) 大藏省主稅局長若槻學士○戶籍法(完結) 東京地方裁判所部長島田學士○不動産登記法 京都帝國大學教授岡松博士○供託法 今村學士○非訟事件手續法 東京地方裁判所部長横田學士○人事訴訟手續法(完結) 東京控訴院部長松岡學士○競賣法(完結) 元東京地方裁判所判事在獨國吾孫子學士○特許法(完結) 意匠法、商標法 特許局事務官杉本學士○著作權法(完結) 內務省神戶局長水野博士○公證人規則(完結) 東京地方裁判所判事山脇學士○執達吏規則(完結) 京都帝國大學院學生岡學士

ナリトス從來右等ノ特別法ヲ研究スルノ便宜少キヲ以テ動セシレハ實務ニ當ラルル所ノ裁判官又ハ辯護士等ニシテ猶且之ヲ忽シニ付スルノ傾アルハ嘆スヘキ事タリ今若小資ヲ投シ各裁判所、辯護士事務所、公證人、執達吏役場等ニ於テ本講義錄一部ヲ備附ケラルルニ於テハ大ニ參考ニ實スル所アルヲ確信ス

十二月

私立法政大學

校外生規則摘要

- 一 一个年引續き校外生タル者ニシテ本大學ニ入學スル者ハ入學金ヲ免除ス
- 一 講義錄ノ講習ヲ終リタル者ハ手数料金二十錢ヲ納メテ校外生修業證書ヲ請求スルコトヲ得
- 一 校外生ハ少クトモ翌月分ノ月謝ヲ毎月末日迄ニ納付スヘシ月謝金不納三ヶ月ニ及フトキハ退學ト看做ス
- 一 校外生ハ講義錄ニ記載スル所ノ學科目申ニ肄義アルトキハ相當返借料(郵券)ヲ封入シテ質問スルコトヲ得
- 一 質疑書ハ講義科目、頁數及疑問ノ要點ヲ記載スヘシ
- 一 質疑借書ハ本大學編輯局ニ宛テ送付スヘシ

(明治三十七年十一月十日第三種郵便物認可)
毎月三回、五日、十五日、二十五日發行

明治三十七年十二月十二日印刷
明治三十七年十二月十五日發行 (定價金二十五錢)

編輯者 東京市牛込區牛込北町十番地
萩原敬之

印刷者 東京市牛込區矢來町三番地
小宮山信好

印刷所 東京市芝區四ノ久保明舟町十一番地
金子活版所

發行所 東京市麴町區富士見町六丁目十六番地
司法省 法政大學
指定

(電話番町百七十四番)