

法政大学学術機関リポジトリ

HOSEI UNIVERSITY REPOSITORY

PDF issue: 2025-07-04

法政大學講義錄

遠藤, 忠次 / 豊島, 直通 / 田坂, 友吉 / 横田, 秀雄 / 杉山, 直治郎

(出版者 / Publisher)

法政大學

(巻 / Volume)

14

(開始ページ / Start Page)

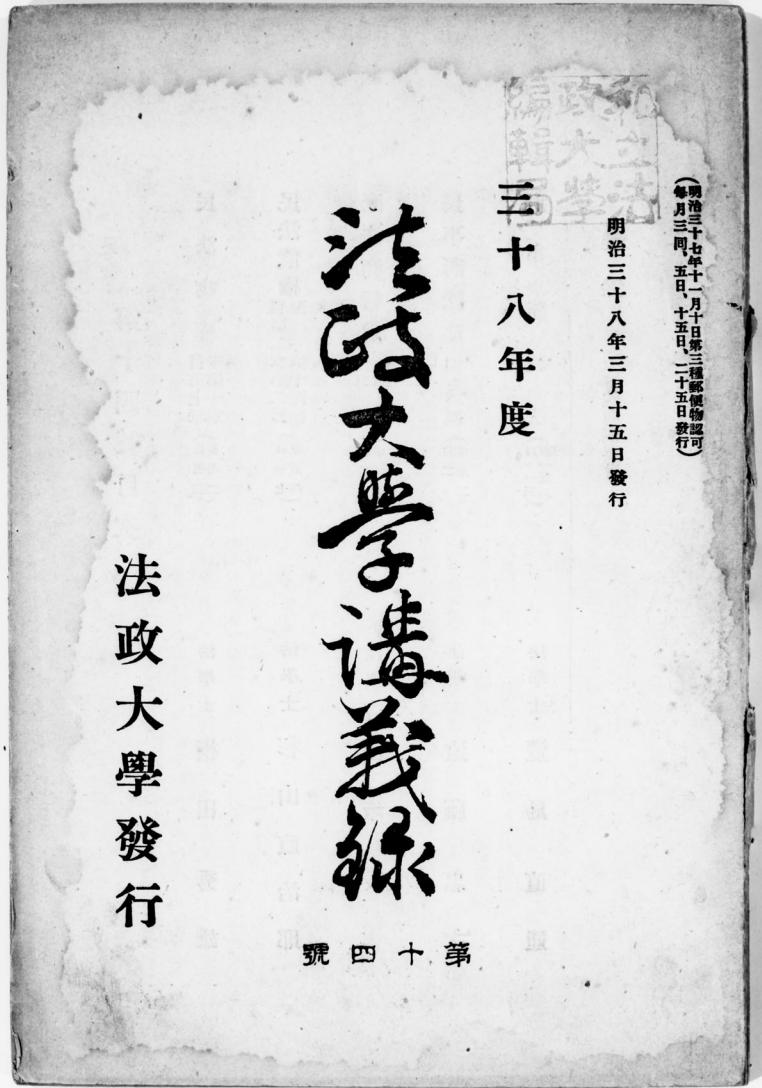
1

(終了ページ / End Page)

83

(発行年 / Year)

1905-03-15



0 1 2 3 4 5 6 7 8 9 10 1 2 3 4 5 6 7 8 9 20 1 2 3

0173

第十四號 目次

民 法 物 権 自第七章（至七三三）

法學士 橫田秀雄

民 法 債 權 自第二章第二節（至五四七）

法學士 杉山直治郎

商 法 商 行 為 自第九章（至六六三）

法學士 田坂友吉

民 事 訴 訟 法 第二編（至二二三）

法學士 遠藤忠次

刑 事 訴 訟 法 （至一五六）

法學士 豊島直通

雜 錄 ○大審院判例要旨

八 (三)順位ノ先取特權者 第三順位ノ先取特權者モ亦権利ノ目的タル財產ニ關シテ功勞アリト雖擔保ノ默約ニ基ク(一)順位ノ特權者及物ノ保存ニ基ク(二)順位ノ先取特權者ニ一步ヲ譲ラサルヘカラ
サルコトハ説明ヲ要セシテ明ナリ
特別ノ先取特權ノ順位ハ右ノ如ク定ムルヲ通則トスモ果實ニ關シテハ民法第三三〇條第三項ニ特定ノ規定アリ此規定ニ依ルトキハ果實ニ關スル先取特權ハ左ノ順位ニ從ヘキモノトス

一 農業ノ勞役者 二、種苗又ハ肥料ノ供給者 三、土地ノ貸貸人
前記三種ノ先取特權者ハ何レモ果實ノ產出ニ付功勞アリテ果實ハ即其協力ノ結果ナリト雖擔保原因
遠近、果實ノ產出ニ關スル功勞ノ大小、先取特權者ノ資力等ヲ酌シ最後ニ果實ノ產出ニ關與シ其產出ニ付最功勞アリテ而モ資力ナキヲ常トスル農業ノ勞役者ヲ第一位ニ置キ且同一ノ標準ニ基キ第二位第
三位ヲ定メタルモノナリ

乙 同一ノ不動產ニ付キ特別ノ先取特權カ互ニ競合スルトキハ其優先權ノ順位ハ左ノ如シ

- 一 不動產保存ノ先取特權
 - 二 不動產工事ノ先取特權
 - 三 不動產賣買ノ先取特權
- 不動產保存ノ先取特權ヲ第一位ニ置キタルハ不動產ノ保存ハ他ノ先取特權者ヲ利スルヲ以テナリ又
不動產工事ノ先取特權ハ工事ヨリ生シタル増價ノ上ニ存スルモノナレハ其増價額ニ付テハ不動產賣
買ノ先取特權者ニ先シテ其權利ヲ行ハシムルハ固ヨリ正當ナルノミナラス不動產賣買ノ先取特權者
ハ之カ爲ニ毫々其利益ヲ害セラルルコトナシ何トナレハ此等特權者ハ其實渡シタル不動產本來ノ價

格ニ付テハ常ニ其權利ヲ行フコトヲ得ヘケレハナリ

同一ノ不動産ニ付逐次ノ賣買アリタルトキハ賣主相互ノ優先權ノ順位ハ時ノ前後ニ依ル換言スレハ前ノ賣主ハ後ノ賣主ニ對シテ優先權ヲ行フコトヲ得ヘシ例之中カ乙ニ家屋ヲ賣渡シ乙更ニ之ヲ丙ニ賣渡シ乙丙共ニ代金ニ支拂ヲ爲サナルトキハ甲乙ハ各未済ノ賣買代金及其利息ニ付家屋ノ上ニ先取特權ヲ行フコトヲ得ヘシト雖其相互ノ關係ニ於テハ甲ハ乙ニ先シテ其權利ヲ行フコトヲ得ヘシ蓋不動產ノ逐次賣買ノ場合ニ於テハ後ノ賣主ハ前ノ賣主ノ債務者ニシテ之ニ對シテ代金ヲ辨濟スルノ義務アリ目的物タル不動產ハ即其代金ノ辨濟ヲ擔保スルモノニ外ナラサルヲ以テ後ノ賣主ハ自己ノ債務者タル前ノ賣主カ其代金ノ辨濟ヲ受ケタル後ニ非サレハ自己ノ債權ノ辨濟ヲ受クルコト能ハサルヘキハ多言ヲ要セシムヲ明ナリ

第四 同一順位ノ先取特權者相互ノ關係

同一ノ目的物ニ付同順位ノ先取特權者數人アルトキハ各債權額ノ割合ニ應シテ辨濟ヲ受ク(三三二條)同順位ノ先取特權者ハ總テ同等ノ權利ヲ有スルヲ以テ特權ノ目的物ハ一般ノ原則ニ從ヒ其債權額ニ比例シテ特權者間ニ分配セラルヘキモノトス故ニ此原則ハ各順位ノ一般ノ先取特權者相互ノ間、不動產賃貸借ノ先取特權者ト旅店宿泊又ハ運輸ノ先取特權者トノ佃農工業ノ勞役者相互ノ間、種苗肥料ノ供給者相互ノ間、不動產保有ノ先取特權者相互ノ間及不動產工事ノ先取特權者相互ノ間ニ適用セラルヘキモノニシテ其他ノ同順位ノ先取特權者相互ノ間ニ適用セラルヘキモノニアリテ是モノアリテ始此原則ノ適用ヲ見サルモノノトス

五一 相競合スル場合ナキモノアリテ始此原則ノ適用ヲ見サルモノノトス
二 關スル先取特權及不動產ニ關スル先取特權ニ區別スヘシ

第三節 先取特權ノ效力

第一款 動產ニ關スル先取特權ノ效力

第一 動產ニ關スル先取特權ハ債務者カ其動產ヲ第三取得者ニ引渡スニ因テ消滅ス(三三三條)
動產ノ先取特權者ハ債務者カ目的物ノ所有權ヲ保有スル間ハ其上ニ權利ヲ行フコトヲ得ルハ勿論之ヲ他人ニ讓渡シタル場合ト雖其動產カ債務者ノ占有中ニ在ル間ハ尙其上ニ權利ヲ行フコトヲ得ヘシ然レトモ債務者カ其動產ヲ他人ニ讓渡シ且其引渡ラニシタルトキハ先取特權ハ茲ニ全ク消滅シ債權者ハ爾後其動產ノ上ニ權利ヲ行フコトヲ得ス是第三者タル動產ノ讓受人ヲ保護シ動產ニ關スル取引ヲ安全ニ且迅速ナラシムルカ爲ニ必要ナルヲ以テナリ而シテ第三者ノ善意ナルヤ惡意ナルヤハ之ヲ問フコトヲ要セス何トナレハ民法第三三三條ハ此點ニ付何等ノ區別ヲ爲サナルヲ以テナリ又先取特權ノ消滅スルハ債務者カ第三取得者即所有權ヲ讓受ケタル人ニ動產ヲ引渡シタル場合ニ限リ債務者カ賃借人又ハ質權者ニ動產ノ引渡ヲ爲スヰ是カ爲メ先取特權ノ消滅ヲ來スコトナキハ勿論ナリ

第二 先取特權ト動産質權ト競合スル場合ニ於テハ動産質權者ハ動産ノ先取特權第一順位ノ先取特權者ト同一ノ権利ヲ有ス(三三四條)

質權者ハ不動産質貸借、旅店宿泊及運輸ノ先取特權者ト同一ノ順位ヲ有シ質權ト此等ノ特權トハ優先權ニ關シテ同一ノ效力ヲ有スルモノナリ是他ナシ一ハ擔保ノ明約ヨリ生シ他ノ一ハ擔保ノ默約アリトノ推測ニ基因シ法律カ此二者ニ優先權ヲ與フル所以ノ理由ハ全ク同一ナルヲ以テナリ

第二款 一般ノ先取特權ニ關スル效力

第一 第三者ニ對スル一般ノ先取特權ノ效力ニ關シテハ左ノ原則ニ從フヘキモノトス

甲 一般ノ先取特權ハ不動產ニ付登記ヲ爲ササルモ之ヲ以テ特別擔保ヲ有セサノ債權者ニ對抗スルコトヲ姑クス

不動產ノ目的トスル一般ノ先取特權モ亦不動產ニ關スルノ物權ナルヲ以テ民法第一七七條ノ規定ニ從ヒ登記ヲ爲スニ非ナレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコト能ハサルモノト論スルコトヲ得ヘシ然レトモ共益費用、葬式費用、雇人ノ給料及日用品ノ供給ヨリ生スル債權ハ其額常ニ僅少ナルヲ以テ此等ノ債權ニ付一頃難ナル登記手續ヲ履ムカ如キハ言フヘキシラ行フヘカラサルヲ以テ實際上此手續ヲ爲スモノナク爲ニ法律カ此等ノ特權ヲ設ケタル所以ノ趣旨ヲ貫徹スル能ハサルノ處アリ故ニ民法ハ普通債權者トノ關係ニ於テハ此等特權者ノ爲ニ登記手續ヲ爲スノ義務ヲ免除シ登記ノ有無ニ拘ラス其權利ヲ主張スルコトヲ得シムルモノナリ

乙 登記ヲ爲ササル一般ノ先取特權者ハ登記ヲ爲シタル第三者ニ對シテ其權利ヲ主張スルコトヲ得ス

第三者カ先取特權ノ目的タル不動產ノ上ニ抵當權、質權其他特別ノ権利ヲ有シ其權利ヲ登記シタルトキハ登記ヲ爲ササル先取特權者ハ之ニ對シテ其權利ヲ主張スルコトヲ得ス蓋此等ノ場合ニ於テハ第三者ハ登記簿ヲ信シテ取引ヲ爲シ且自己ノ権利ヲ保存スルニ必要ナル登記手續ヲ爲シタルモノナレハ第三者ヲシテ優先權ヲ行ハシムルヲ公平ナリトス何トナレハ此場合ニ於テモ尙一般ノ先取特權者ニ優先權アリトスルニ於テハ第三者ハ正當ノ手續ヲ履ミテ其權利ヲ取得シタルニモ拘ラス其知ルコトヲ得サル一般ノ先取特權者ノ爲ニ先ンセラレ意外ノ損失ヲ被ヘルニ至ルヘケレハナリ要スルニ不動產上権利ノ得喪ニ關スル一般ノ原則ハ此場合ニ全然適用セラルヘキモノニシテ前項ニ掲ケタルモノハ普通債權者トノ關係ニ於テハ例外ヲ設ケタルニ過キサルモノトス(三三六條)

甲 一般ノ先取特權者ハ先不動產以外ノ財產ニ付辨濟ヲ受ケ尙不足アルニ非ナレハ不動產ニ付辨濟ヲ受クルコトヲ得ス(三三五條)

一般ノ先取特權者ハ債權者ノ總財產ニ付優先辨濟ヲ受クルノ権利ヲ有スルモノナルカ故ニ其欲スル所ニ從ヒ債務者ノ動產不動產又ハ債權ニ付自己ノ債權ノ辨濟ヲ受クルコトヲ得ヘシ然レトモ一般ノ先取特權者ヲシテ無制限ニ此権利ヲ行ハシムルニ於テハ他ノ債權者ニ不利ナル結果ヲ生スルヲ以テ其權利行使ニ制限ヲ付スルノ必要アリ而レ債務者ノ財產カ其總債務ヲ辨濟スルニ足ラサルカ爲メ債權者カ其先取特權ヲ行使スルニ當テハ債務者ノ不動產ハ既ニ他ノ債權者ノ特別擔保ノ目的タルコトヲ常トスルカ故ニ先取特權者カ先債務者ノ不動產ヲ賣却シテ其代金ヲ債權ノ辨濟ニ供スルニ於テハ特別擔保ヲ有スル債權者ハ其債權ノ完全ナル辨濟ヲ受クル能ハサルニ至ルノ處アリ是ニ於テ法律

ハ特別擔保ヲ有スル債權者ヲ保護スルカ爲メ一般ノ先取特權者ヲシテ先不動產以外ノ財產即動產若クハ債權ニ付其權利ヲ行ハシメテ尚不足アル場合ニ限り不動產ニ付辨濟ヲ受ケシムルコトト爲シタルモノナリ舊民法ハ一般ノ先取特權ヲ以テ債務者ノ動產ヲ其本來ノ目的トシ補充的ニ債務者ノ不動產ヲ目的トスル權利ナリトナセルカ故ニ一般ノ先取特權ハ既ニ其性質ニ於テ先動產ニ付辨濟ヲ受ケ不足アル場合ニ不動產ニ付辨濟ヲ受クルノ權利タリシナリ反之民法ハ一般ノ先取特權ハ其性質トシテハ動產不動產ノ上ニ行ルル權利ナリトシ唯第三者ニ對スル權利行使ノ制限トシテ先動產ニ付辨濟ヲ受クヘキモノト爲セリ

乙 不動產ニ關シテハ先特別擔保ノ目的タラサル物ニ付辨濟ヲ受クルコトヲ要ス

一般ノ先取特權者ハ特別擔保ノ目的タラサル不動產ニ付辨濟ヲ受ケ不足アルニ非サレハ特別擔保ノ目的タル不動產ニ付辨濟ヲ受クルコトヲ得ス蓋前項ニ説明スル理由ニ基キ特別擔保ヲ有スル債權者ノ利益ヲ保護スルカ爲ニ制限ヲ設ケタルモノナリ

先取特權ノ行使ニ關スル前記二箇ノ制限ヨリ生スル結果トシテ一般ノ先取特權者カ債務者ノ動產又ハ債權ノ配當ニ加入セシムノ不動產ノ配當ニ加入シ又ハ特別擔保ノ目的タラサル不動產ノ配當ニ加入セシテ特別擔保ノ目的タル不動產ノ配當ニ加入シタルトキハ先取特權者ハ動產債權又ハ特別擔保ノ目的タルサル不動產ノ配當加入ニ依テ辨濟ヲ受クヘカリシ限度ニ於テハ登記ヲ爲シタル第三者ニ對シテ其權利ヲ主張スルコトヲ得スハ先取特權者カ其權利ノ行使ヲ専闇ニ附シタルヨリ生スル結果ニシテ斯クセサルニ於テハ先取特權ノ行使ニ關スル前記ノ制限ハ其效ナキニ至ルヘキヲ以テナリ(三三五條二項)例之不動產ノ競賣ニ先チテ動產ノ競賣ヲ爲シタル場合ニ於テ先取特權者カ其配當ニ加入セハ百圓ヲ怠慢ノ責ニ任ヌヘキモノトス然レトモ登記ヲ爲ササル第三者ニ及普通ノ債權者ニ對シテハ完全ニ其權利ヲ行ブコトヲ得ヘシ

先取特權ノ行使ニ關スル制限ハ不動產ノ代價ニ先チテ其以外ノ財產ノ代價ヲ配當シ又ハ特別擔保ノ目的タル不動產ノ代價ニ先チテ他ノ不動產ノ代價ヲ配當スヘキ場合ニ適用セラルヘキモノトス蓋此場合ニ於テハ先取特權行使ノ制限ハ第三ノ者ノ權利ヲ保護スルカ爲ニ必要ナルノミナラス之カ爲メ先取特權者ノ權利ヲ害スルコトナシトス何トナレハ此制限ハ唯債務者ノ財產ニ對スル先取特權行使ノ順序ヲ定メタルニ過キシテ毫モ之カ縮小シタルモノニ非ス從テ先取特權者ハ結局完全ニ其權利ヲ行使シ得ヘケレハナリ然レトモ前記ノ制限ハ不動產以外ノ財產ノ代價ニ先チテ不動產ノ代價ヲ配當シ又ハ他ノ不動產ノ代價ニ先チテ特別擔保ノ目的タル不動產ノ代價ヲ配當スル場合ニ適用スルコトヲ得ス何トナレハ斯クスルニ於テハ一般ノ先取特權ハ不動產ノ代價ニ付テハ絶對ニ其權利ヲ行フコト能ハサルニ至リ之カ爲メ其債權ノ完全ナル辨濟ヲ受クルコト能ハサルニ至ルノ不公平ナル結果ヲ生スヘケレハナリ是民法カ此等ノ場合ニ於テハ先取特權者ハ其債權ノ全額ニ付直ニ不動產又ハ特別擔保ノ目的タル不動產ノ上ニ其權利ヲ行フコトヲ得ヘキモノトシ其權利行使ニ制限ヲ

置カサル所以ナリ

第三款 不動産ニ關スル先取特権ノ效力

不動産ニ關スル先取特権ハ不動産上ノ物権ナルヲ以テ其得喪ハ一般ノ原則ニ從ヒ第三者トノ關係ニ於テ登記ヲ爲スコトヲ必要トス然レトモ民法ハ不動産ニ關スル先取特権ノ效力ニ付特別ノ規定ヲ設ケタルヲ以テ此等ノ規定ニ付説明ヲナスノ必要アリ即左ノ如シ

第一 不動産保存ノ先取特権ハ保存行為完了ノ後直ニ之ヲ登記スルニ於テハ其以前ニ登記ヲ爲シタル権利者ニ對シテモ尙之ヲ主張スルコトヲ得ルニ在リ蓋保存行為ハ其性質トシテ他ノ不動産上ノ権利者ヲ利スルモノナレハ此行為ヲ爲シタル先取特権者ハ他ノ不動産上ノ権利者ニ優先シテ其権利ヲ行フコトヲ得スンハ非故ニ不動産保存ノ先取特権者ニ先シテ登記ヲ爲シタル権利者アルモ先取特権者ニシテ保存行為完了ノ後直ニ登記ヲ爲スニ於テハ登記ノ順序如何ニ拘ラス當ニ先取特権者ヲシテ其権利ヲ行フコトヲ得セシムルヲ必要トス何トナレハ斯クセザルニ於テハ不動産保存ノ先取特権ヲ設ケタル所以ノ立法上ノ目的ハ到底貫徹シ得ヘカラツルヲ以テナリ然レトモ先取特権者カ其ノ権利ヲ保存スルカ爲ニハ保存行為完了後直ニ其権利ヲ登記スルコトヲ必要トシ後レテ登記ヲ爲シタルトキハ最早其権利ヲ行フコトヲ得ス是他ナシ此特権ノ登記ヲ爲シタル時期如何ニ拘ラス常ニ之ヲ保護スヘキモノトスルトキ

ハ後ニ至リ債務者ト債権者ト通謀シテ虚偽ノ登記ヲ爲スノ處アルノミナラス他ノ債権者ヲシテ不測ノ損害ヲ被ラシムルニ至ルヘケレハナリ

第二 不動産工事ノ先取特権ノ效力ニ關シテハ左ノ原則ニ從ヒヘキモノトス

甲 不動産工事ノ先取特権ハ工事ヲ始ムル前ニ其費用ノ豫算額ヲ登記スルニ因テ其效力ヲ保存ス（三八條）

不動産工事ノ先取特権ハ工事ニ因テ生シタル増價額ノ上ニ存スルモノナレハ先取特権者ヲシテ登記ノ前後ニ拘ラス其権利ヲ行フコトヲ得セシムル必要アリ然レトモ亦他方ニ於テ債権者ト債務者ト通謀シテ虚偽ノ登記ヲ爲シ他ノ不動産上ノ権利者ヲ害スルノ弊ヲ豫防セザルヘカラス故ニ民法ハ先取特権者ヲシテ工事ヲ始ムル前其費用ノ豫算額ヲ登記シタル豫算額ヲ標準トシテ何人ニ對シテモ其権利ヲ對抗スルコトヲ得セシムルモノナリ

乙 工事ノ費用カ豫算額ヲ超ユルトキハ先取特権ハ其超過額ニ付ナハ存在セス

是登記ノ特定主義ヨリ生スル結果ナリ蓋先取特権者カ豫算額ヲ登記シタルトキハ第三者ハ其豫算額ニ關シテハ登記ニ依テ之ヲ熟知スルモ其以外ノ費用ニ付テハ之ヲ知ルノ途ナキヲ以テ先取特権者カ登記ヲ爲ササル此等ノ費用ニ付テモ尙権利ヲ行フコトヲ得ヘキモノトスルトキハ第三者ハ不測ノ損害ヲ被ルノ虞アルヲ以テナリ

丙 工事ニ因テ生シタル不動産ノ増加額ハ配當加入ノ時裁判所ニ於テ選任シタル鑑定人ヲシテ之ヲ評價セシムルコトヲ要ス

不動産工事ノ先取特権ハ工事ニ因テ生シタル不動産ノ増價額ノミニ付テ存スルコトハ前述ノ如シ是

ニ於テ不動産ノ代價ヲ配當スルニ當リ其代價中先取特權ノ目的タル增加額ヲ確定スルノ必要アリ而シテ增加額ノ多少ハ先取特權者及他ノ債權者ノ利害ニ重大ナル關係ヲ有スルヲ以テ其確定ハ正確ニシテ且公平ナルコトヲ必要トス是裁判所ヲシテ特ニ鑑定人ヲ選任シ其評價ヲ爲サシムル所以ナリ

第三 適法ニ登記ヲ爲シタル不動産保存ノ先取特權及不動產工事ノ先取特權ハ抵當權ニ先チテ之ヲ行フコトヲ得

不動產工事ノ先取特權及不動產保存ノ先取特權ハ他ノ債權者ヲ利スルモノナレハ適法ニ登記ヲ爲スニ於テハ登記ノ前後ニ拘ラス抵當權者ニ先チテ之ヲ行フコトヲ得ヘキハ此等特權ノ性質ヨリ生スル當然ノ結果ニシテ別ニ説明ヲ爲スノ要ナシ

第四 不動產賣買ノ先取特權ハ賣買契約ト同時ニ未代價又ハ其利息ノ辨済アラサル旨ヲ登記スルニ因テ其效力ヲ保存ス

此特權ハ賣買契約ト同時ニ之ヲ登記ヘキモノト爲セルハ賣買契約登記ノ際此登記ヲ爲ササルニ於テハ第三者ハ代金及利息未済ノ事實ヲ知ラサルカ爲メ不測ノ損害ヲ被ルニ至ルヘク且後レテ登記ヲ爲スニ於テハ賣主ト買主ト通謀シテ虛偽ノ登記ヲ爲シ第三者ヲ詐害スルノ危險アルヲ以テナリ

第五 不動產ノ先取特權ノ效力ニ付テハ抵當權ニ關スル規定ヲ準用スヘキモノトス

不動產ノ先取特權ハ不動產ノ目的トスル物上擔保タルノ點ニ於テハ抵當權ト全ク其性質ヲ同ウスルモノニシテ其相異ナルノ點ハ發生原因ヲ異ニシ且其效力ニ於テ強弱ノ差異アルニ遇キス故ニ其性質ノ許ス限リハ抵當權ニ關スル規定ヲ準用スヘキモノトス例之抵當權ノ目的タル不動產ノ範圍ニ關スル第三七〇條ノ規定、濫除ニ關スル第三七八條以下ノ規定ノ如シ

第四章 質權

第一節 質權ノ性質

民法第三四二條ニ曰ク「質權者ハ其債權ノ擔保トシテ債務者又ハ第三者ヨリ受取りタル物ヲ占有シ且其物ニ付キ他ノ債權者ニ先チテ自己ノ債務ノ辨済ヲ受クルノ權利ヲ有ス」ト此規定ハ質權者ノ權利ヲ明ニスルト同時ニ間接ニ質權ノ定義ヲ示シタルモノナリ而シテ同條ノ規定及質權ニ關スル其他ノ規定ヲ参照スルトキハ質權ハ左ノ性質ヲ有スルモノナリ

第一 質權ハ他物權ナリ 質權ハ債權者ハ其債權ノ辨済ヲ確保スル爲メ他人ノ所有權上ニ有スル所ノ權利ニシテ他物權ノ一種ニ屬ス民法第三四二條ニ「債務者又ハ第三者ヨリ受取りタル物トアルハ之カ爲ナリ故ニ質權者カ北權利ノ目的タル所有權ヲ取得シタルトキハ質權ハ此ニ全ク消滅ニ歸スヘキモノトス

第二 質權ハ從タル物權ナリ 質權ノ成立ニハ質權ニ依テ擔保セラル主タル債權アルコトヲ必要

シ独立シテ存在シ得ヘカラサルハ其權利ノ性質上自ラ明白ナリ然レントモ質權ノ成立ニハ主タル債權アルノミヲ以テ足ルモノニシテ其債權ノ種類ハ之ヲ問フノ必要ナシ從テ質權ノ附隨スル債權ヘ留置權ニ於ルカ如ク目的物ニ關シテ生シタル債權ナルコトヲ必要トセサルト同時ニ先取特權ニ於ルカ如ク特種ノ原因ヨリ生シタル債權ニ限定セラルルコトナシトス

第三 質權ハ當事者ノ意思表示ヨリ生スル權利ナリ 質權ハ當事者間ノ契約ヲ以テ之ヲ設定スルヲ原則トス即質權ヲ設定スルニハ債務者又ハ第三者カ債權者ニ對シ其所有ニ係ル特定ノ有體物ヲ債權ノ擔

保ニ供スル旨ノ意思ヲ表示シ債権者承諾ノ意思ヲ表示スルコトヲ必要トス質契約又ハ質権ノ設定行為ト稱スルモノ即はナリ故ニ質権ハ此點ニ於テ留置権及先取特権ト其性質ヲ異ニス何トナレハ後ノ二者ハ法律ノ規定ヨリ生シ當事者間ノ意思表示ヲ以テ之ヲ設定スルコト能ハナルヲ以テナリ

第四 質権ハ目的物ノ占有ヲ必要トル權利ナリ 質権ノ規定ハ當事者間ノ意思表示ノミニ依テ其效ヲ生セス當事者間ノ意思表示ノ外尙目的物ノ引渡ヲ必要トシ債権者ニ目的物ノ引渡ヲ爲スニ非ナレハ其效ヲ生セアルモノナリ是民法第三三四條ニ規定スル所ニシテ民法第一七六條ノ原則ニ對スル例外ナリ如此目的物ノ占有ハ質権成立ノ要件タルノミナラス動産ニ關シテハ又質権存續ノ要件ニシテ動産物上ノ質権ハ其動産ノ占有ヲ爲スニ非ナレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ナルモノトス但不動産ニ關シテハ質権者、登記ニ依リ其權利ヲ保存シ得ヘキヲ以テ目的物ノ占有ハ權利存續ノ必要條件ニ非ス蓋質權ハ他人ヲ排斥シテ質物ヲ自己ノ債権ノ辨済ニ供スルノ權利ナルヲ以テ此權利ニ關シテハ質權者ニ於テ目的物ヲ占有スルノ必要アリトナレハ債権者カ自ラ目的物ヲ占有スルコトハ第三者ヲシテ質權ノ設定アリタルコトヲ知ラシムルカ爲ニ必要ナルノミナラス質権者カ自身ニ目的物ヲ占有セナルニ於テハ他人ヲ排斥シテ目的物上ニ其權利ヲ行使スルコト能ハナルヘキヲ以テナリ然レトモ質権者カ第三者ヲシテ代リテ質物ヲ占有せシムルコトハ毫キ不可ナシトス是所謂代理占有ニシテ質権者ノ委託ニ依リ質物ヲ占有スル所ノ第三者ハ自己ノ爲ニ之ヲ占有スルニ非ヌシテ質権者ノ爲ニ之ヲ占有スルモノナレハ質物ノ占有者ハ即質権者ナリトス故ニ質権者ハ其意ノ欲スル所ニ從ヒ質物ノ上ニ權利ヲ行フコトヲ得ヘキヲ以テ質権ノ行使ハ之カ爲メ毫キ妨ケラルルコトナシトス

右ノ如ク質権者ハ第三者ヲシテ代リテ質物ヲ占有セシムルコトヲ得ルモ質物ヲ供シタル債務者又ハ第

三者ヲシテ代リテ占有ヲ爲サシムルコトヲ得ス是第三三四條ニ規定スル所ナリ同條ニ曰ク「質権者ハ質権設定者ヲシテ自己ニ代リテ質物ノ占有ヲ爲サシムルコトヲ得ス」ト此規定ハ質権ノ性質ヨリ生スル當然ノ結果ナリ蓋質権ノ設定ハ質権者ニ於テ其權利ヲ行使コトヲ得ルカ爲メ且第三者ヲシテ質権ノ設定アリタルコトヲ知ラシムルカ爲ノ目的物ノ引渡ニ因リ始テ其效ヲ生スルモノト能シタルコトハ既ニ説明スル所ノ如クナルヲ以テ質権設定後質権ヲ設定シタル債務者又ハ第三者ヲシテ質物ヲ占有セシムルハ質権ノ本質ニ反スルモノト謂ハサルヲ得ス何トナレハ債務者又ハ第三者カ依然トシテ目的物ヲ占有スルコトヲ得ルニ於テハ法律カ質権ノ設定ニ付引渡ヲ必要トル所以ノ目的ハ到底貫徹スルコト能ハナルモノトス』サルヘク第三三四條ノ規定ハ全空文トナルノ結果ヲ生スヘケレハナリ故ニ質権者カ質権設定者以外ノ第三者ヲシテ代リテ占有ヲ爲サシムルハ格別設定者ヲシテ之ヲ占有セシムルコトヲ得ナルモノトス』

ニ準用シタルハ是カ爲ナリ要スルニ質權ハ留置權ト先取特權ヲ併合シタルモノト略同一ナル效力ヲ有シ留置權及先取特權ハ各質權ノ效力ノ一部分ヲ有スルニ過キサルモノト謂フコトヲ得ヘシ

第六 質權ハ不可分ノ權利ナリ 質權者ハ其債權ノ存スル限りハ質物ノ全部ニ付其權利ヲ行使スルコトヲ得ルト同時に質物ノ存在スル限りハ其債權ノ全額ニ付其權利ヲ行使スルコトヲ得(二九六條、三五〇條)此點ニ關シテハ留置權ニ關シテ論シタルヲ以テ再之ヲ論セス

第二節 質權ノ目的物

質權ノ目的タル物件ハ左ノ要件ヲ具備スルコトヲ要ス

第一 質權ノ目的物ハ特定ノ有體物タルコトヲ必要トス 質權ハ一ノ物權ナルヲ以テ物權本來ノ性質ニ從ヒ其目的物ハ有體物ニシテ且特定物ナルコトヲ必要トシ無體物又ハ不特定物ハ質權ノ目的タルコトヲ得ナルヲ原則トス但權利質ニ關シテハ第三六二條ニ特別ノ明文アリ債權其他有體物以外ノ財產權モ亦質權ノ目的タルコトヲ得ヘシト雖是畢竟原則ニ對スル例外タルニ過キサルモノス

第二 質權ノ目的物ハ讓渡スコトヲ得ヘキ物タルコトヲ要ス 質權者ハ質物ヲ賣却シ其代金ニ付優先辨濟ヲ受クルノ權利ヲ有スルヲ以テ目的の物件ハ常ニ讓渡シ得ヘキモノナルコトヲ必要トス何トナレハ質權ノ目的タル物件カ讓渡スコト能ハサルモノアルトキハ質權者ハ之ヲ賣却シテ其代金ヲ債權ノ辨濟ニ充ツルコト能ハサルニ依リ質權ハ其効用ヲ爲ササルヘキヲ以テナリ故ニ鴉片其他法律ニ於テ賣買讓渡ヲ禁スル一切ノ物件ハ質權ノ目的タルコトヲ得ス養料ノ債權恩給權ノ債權其他法令又ハ當事者ノ意思表示ヲ以テ讓渡ヲ禁シタル財產權ニ付テモ亦然リ

第三節 質權ノ一般ノ效力

第三 質權ノ目的物ハ質權設定者ノ所有物ナルカ若クハ質權ノ設定ニ付所有者ノ承諾ヲ得タル物件ナルコトヲ要ス 何人ト雖自己ノ有セアル權利ヲ他人ニ讓渡スコト能ハサルヲ以テ物ノ所有者ノ承諾アルニ非サレハ其物ノ上ニ質權ヲ設定スルコト能ハサルヘキハ說明ヲ要セシム明ナリ但動產質ニ付テハ質權ノ設定ニ付所有者ノ承諾ナキ場合ト雖質權設定ノ當時質權者ニ於テ此事實ヲ知ラサリシトキハ質權者ハ第一九二條以下ノ規定ニ從ヒ質物上ニ質權ヲ取得スルコトヲ妨ケサルハ勿論ナリ

質權ハ動產ヲ目的トスルト不動產ヲ目的トスルトニ依リ其效力ニ多少ノ差異アリト雖質權ノ性質ヨリ生スル主要ノ效力ハ各種ノ質權ニ共通ナルヲ以テ予ハ民法ノ規定ニ從ヒ先此等質權ノ一般ノ效力ニ付テ說明シ各種ノ質權ニ固有ナル特別ノ效力ニ付テハ後ニ至リ各種ノ質權ヲ論スルニ當リ別別ニ説明スヘシ而シテ質權ノ一般ノ效力ノ重要ナルモノヲ擧クレハ左ノ如シ

第一 質權ハ元本、利息、違約金、質權實行ノ費用、質物保存ノ費用、債務ノ不履行又ハ質物ノ隠レタル瑕疵ニ因リ生シタル損害賠償ヲ擔保ス 是民法第三四六條前段ノ規定スル所ニシテ同條ハ質權ニ依リ擔保セラル債務ノ範圍ヲ定メタルモノナリ故ニ質權ハ別段ノ意思表示ナキ限りハ元本ノ外ニ利息其他一切ノ附隨ノ債權ヲ擔保スルモノトス即左ノ如シ

一 元本 元本トハ債權ノ目的タル主タル給付ヲ云フ例之貸金ノ元金ノ如シ質權ハ債權ハ元本ヲ擔保スルヲ以テ主要ノ目的ト爲スモノナレハ元本カ質權ニ依リテ擔保セラルハ説明ヲ要セシムナ

二 利息 元本カ利息ヲ生スヘキトキハ質権ハ元本ノ外専利息ノ債権ヲモ擔保ス蓋利息ハ元本ヨリ生シ之ニ附隨スルモノナレハ主タル元本ヲ擔保スル所ノ質権ハ之ニ附隨スル所ノ利息ノ債権ヲモ擔保スルモノト推測スヘキハ事理ノ當然ナリトス

三 違約金 違約金ハ債務者カ債務不履行ノ場合ニ債権者ニ支拂フコトヲ約シタル金額ニシテ損害賠償ノ既定額ナリ故ニ違約金ハ時トシテハ元本ノ變體トナリ時トシテハ元本ノ補充トナル從テ主タル元本ヲ擔保スル所ノ質権ハ元本ニ代ハリ又ハ之ヲ補充スル所ノ違約金ヲ擔保スルモノト認ムルコトヲ得ヘシ債務不履行ヨリ生スル損害ノ賠償ニ付テモ亦然リ唯此二者ノ相異ナル點ハ違約金ニ在テハ債務者ハ損害ノ有無又ハ損害ノ實類如何ニ拘ラズ既定ノ金額ヲ支拂フ義務アルモ債務ノ不履行ニ基ク損害ノ賠償ニ在テハ債務者ハ不履行ヨリ生シタル現實ノ損害ヲ賠償スルノ義務ヲ負フニ在リトス

四 保存費用 保存費用トハ質物ノ滅失又ハ毀損ヲ豫防スル爲支出シタル費用ヲ云フ例之質物ノ修繕費ノ如シ蓋此場合ニ於テハ質物カ債務者又ハ第三者ノ所有トシテ現存スルハ質権者カ費用ヲ投シテ之ヲ保存シタルカ爲ナルヲ以テ保存セラレタル質物ハ先之ヲ其費用ノ辨済ニ供スルヲ公平ナリトス是先取特權ニ於テ説明シタル所ニシテ質権ニ關シラモ同一ノ理論ヲ應用セツルヘカラス

五 質権實行ノ費用 例之質物ヲ債権ノ辨済ニ供スルニ當リ之ヲ差押ヘ其評價ヲ爲シ又ハ之ヲ競賣ニ付スルカ爲ニ要シタル費用ノ如シ等ノ費用ハ質権ヲ實行スルカ爲ニ必要ニシテ質権設定ヨリ當然生スル結果ナレハ質権ニ依リ擔保セラルヘキハ勿論ナリ

六 質物ノ隠レタル瑕疵ヨリ生スル損害 例之債務者カ質物トシテ傳染病ニ罹リタル牛馬ヲ交付シタリト假定センニ傳染病ハ即隱レタル瑕疵ナリ此場合ニ於テ債務者ノ所持セシ牛馬モ亦其傳染病ニ感

定アル所以ナリ
第二 質権者ハ其債権ノ完全ナル辨済ヲ受クル迄ハ質物ヲ留置スルノ權利ヲ有ス 質権者ハ其債権ノ完全ナル辨済ヲ受クル迄ハ質物ヲ留置スルノ權利ヲ有ス是質権ノ性質上自ラ明白ナルノミナラス第三四七條ニ於テ特ニ規定スル所ナリ但質権者ノ留置權ト通常ノ留置權ト異ナル重要ナル點ハ質権者ハ自己ニ對シテ優先權ヲ有スル債権者ニ對シテ其留置權ヲ主張スルコトヲ得ナルニ在リ是第三四七條但書ニ規定スル所ナリ例之質権者カ其質物ヲ保存シタル債権者アルコトヲ知リテ之ヲ受取り又ハ質権者ノ爲ニ質物ヲ保存シタル者アルトキハ此等ノ債権者ハ質権者ニ對シ優先權ヲ有スルヲ以テ質権者ニ先シテ質物ノ上ニ其權利ヲ行フコトヲ得ヘシ通常ノ留置權ハ之ニ異ナリ何人ニモ對抗シ得ヘキ強力ナル權利ニシテ留置權者ニ對シテハ優先ノ権利者ナキヲ以テ如何ナル場合ニ於テモ留置權者ハ其債権ノ完全ナル辨済ヲ受クルニ非サレハ留置物ヲ引渡スノ義務ナシ質権者自己ニ對シテ優先權ヲ有セアル債権者ニ對シテハ留置權ヲ行フコトヲ得ヘシト雖質権者ハ質物ノ賣却ヲ拒ムコトヲ得ス即ちノ債権者ハ質権者ノ意思如何ニ拘ラズ質物ヲ競賣ニ付スルコトヲ得ヘク質権者ハ之ニ對シテ異議ヲ主張スルコトヲ得ス然レトモ質物ノ競落人ハ質権者ニ對シテ辨済ヲ爲シタル上

ニ非サレハ其質物ヲ受取ルコトヲ得サルモノトス此點ハ通常ノ留置權ト毫モ異ナル所ナシ

第三 賀權者ハ質物ヨリ生スル果實ヲ收取シ他ノ債權者ニ先シテ之ヲ債權ノ辨濟ニ充ツルノ權利ヲ有ス 質物カ果實ヲ生スルトキハ此果實モ亦質物ト均ク債權者ノ債權ヲ擔保スルモノトス是他ナシ質權者カ主物ノ上ニ質權ヲ有スル以上ハ其質權ハ從物タル果實ノ上ニ及フヘキハ理ノ當然ナルヲ以テナリ但質權者ハ辨濟ノ充當ニ關スル一般ノ原則ニ從ヒ先之ヲ債權ノ利息ニ充當シ餘剩アレハ之ヲ原本ニ充當スヘキモノトス(一九七條三五〇條)

第四 賀權者ハ質物ニ付其債權ノ優先辨濟ヲ受クルノ權利ヲ有ス 賀權ノ主タル效力ハ實ニ此點ニ在テ存スルモノニシテ賀權者カ辨濟期ニ至ルモ尙其債務ヲ辨濟セサルトキハ質權者ハ質物ヲ賣却シ其賣却金ニ付優先辨濟ヲ受クルノ權利ヲ有スルヤ明ナリ然レトモ之カ爲メ質權者ハ法律ニ定ムル手續ニ從ヒ質物ヲ賣却スルコトヲ要スルハ勿論債務者ノ承諾アルニ非サレハ直ニ其質物ヲ以テ債權ノ辨濟ニ充ツルコトヲ得ス加之質權設定者ハ設定行爲ハ債務ノ辨濟期前ノ契約ヲ以テ質權者ニ辨濟トシテ質物ノ所有權ヲ取得セシメ其他法律ニ定メタル方法ニ依ラスシテ質物ヲ處分セシムルコトヲ約スルコトヲ得ス第三四九條ニ規定ヘル所ナリ例之甲カ乙ニ金一圓ヲ貸與シ質物トシテ乙ノ所有ニ係ル一ノ時計ヲ交付セシメ之ト同時ニ乙カ期日ニ至リ貸金ヲ返済セサルトキハ其時計ヲ以テ辨濟ニ充テ之ヲ甲ノ所有ト爲シ若クハ甲自ラ其時計ヲ賣却シ其代金ヲ貸金ノ辨濟ニ充ツルコトヲ特約シタリト假定センニ其特約ハ第三四九條ノ規定ニ違背スルヲ以テ然全然無効ナリトス而シテ何故ニ法律カ其特約ニ效ヲ與ヘサルヤト云ヲニ是全ク債務者ノ利益ヲ保護スルノ精神ニ出タルモノナリ何ナレハ此種ノ契約カ有效ナルニ於テハ債務者ハ金錢ノ必要ニ迫ラレ又ハ其思慮淺薄ナルカ爲メ特約ノ利害得失ヲ攷究スルノ暇

ナクシテ債權者ノ提供シタル條件ヲ其儘ニ甘諾シ其結果非常ナル損失ヲ被ムルニ至ルヘケレハナリ然レトモ質權者ハ債權辨濟期後ニ至リ質權設定者ノ承諾ヲ得タルトキハ直ニ質物ヲ辨濟ニ充テ又ハ法律ニ定メタル方法ニ依ラスシテ質物ヲ處分スルコトヲ得ヘシ蓋債權カ既ニ辨濟期ニ在ルトキハ質權設定者ハ直ニ質物ヲ辨濟ニ供シ又ハ法律ニ定メタル方法ニ依ラスシテ質物ヲ處分スルノ利害得失ナリ自由ニ判断スルコトヲ得テ其利益ハ十分ニ保護セラルヘキヲ以テ其特約ニ效ヲ與フルハ毫モ妨ナシス右ノ如ク我民法ニ依ルトキハ辨濟期前ノ流質契約ハ無効ナリト雖法律ハ特別ノ場合ニ限リ其效ヲ與ヘタリ即質屋營業人ト質入主トノ間ノ流質契約ハ質屋取扱規則ニ依リ認許スル所ニシテ質屋營業人ハ質物ノ受戻ニ付定メタル期間ノ満了ト共ニ當然質物ノ所有權ヲ取得スルモノトス且民法第三四九條ノ禁止規定商行為ニ因リ生スル質權ニ付テモ亦其適用ナキモノトス(商二一七條)

第五 賀權者ハ質物ヲ轉質ト爲スコトヲ得 轉質トハ質權者カ更ニ自己ノ債權者ニ對シ其債務ノ擔保便宜ニ基キタルモノナリ右ノ如ク質權者ハ設定者ノ承諾ナクシテ質物ヲ其債務ノ擔保ニ供スルノ權利ヲ有スト雖絕對的條件ニテ此權利ヲ行フコトヲ得ス即質權者カ轉質ヲ爲スニハ左ノ要件ノ具備スルコトヲ必要トス

甲 其權利ノ存續期間内ニ於テ轉質ヲ爲スコト 賀權者カ轉質ヲ爲スニハ其權利ノ存續期間内ニ於テスルコトヲ必要トス是他ナシ何人ト雖自己ノ有スルヨリモ大ナル權利ヲ他人ニ讓渡スル能ハサルハ法理上ノ原則ニシテ法律ハ賀權者ノ有スル權利ノ範圍内ニ於テ轉質ヲ爲スコトヲ認許スルニ過キナルヲ以テナリ故ニ賀權カ存續期間ノ満了ニ因テ消滅シタルトキハ轉質モ亦當然其效ヲ失フヘキモノトス

乙 轉質ヨリ生スル損害ニ付其責ニ任スルコト 法律ハ實際ノ便宜上轉質ヲ爲スコトヲ賀權者ニ許スト雖之カ爲メ賀權設定者ヲシテ損害ヲ被ラシムルハ不公平ナルヲ以テ轉質ヨリ生シタル損害ニ付テハ轉質ヲ爲シタル賀權者ニ於テ其責ニ任スヘク設定者ヲシテ之ヲ負擔セシムルコトヲ得ヌ故ニ賀權カ賀權者ノ過失ニ因テ滅失毀損シタル場合ハ勿論其滅失毀損カ不可抗力ヨリ生シタル場合ト雖轉質ヲ爲サラシシナラハ生セサルヘキモノナルニ於テハ賀權者ハニ對シテ責任ヲ負フヘキモノトストナレハ此場合ニ於テハ質物ノ滅失毀損ハ結局轉質ニ基因スルモノト云フヲ得ヘケレハナリ然レトモ質物ノ滅失毀損カ轉質ヲ爲サルモ尙免レ得ヘカラサリシ時ハ賀權者ニ責任ナシトス例之質物カ轉質後新賀權者ノ家屋共ニ火災ニ因リ焼失シタル場合ニ賀權者ノ家屋モ亦火災ニ罹リ質物ハ賀權者ノ手ニ在テ等ク焼失ノ難ヲ免レ得ヘカラサリシ時ハ賀權者ハ賠償ノ責任ヲ負ハサルモノトス

第六 賀權者カ質物ニ付必要費又ハ有益費ヲ支出シタルトキハ本法第二九九條ノ規定ニ從ヒ質物ノ所有者ヲシテ之ヲ償還セシムルノ權利ヲ有ス 此點ニ付テハ留置權ニ關シテ説明シタルヲ以テ茲ニ再論セス

第七 賀權者ハ善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ質物ヲ占有スルノ義務アリ 是他ナシ賀權者ハ自己ノ利

本論

契約各編ノ系統即研究方法ニ付テハ一定ノ契約ノ分類ニ基クモノアリ又或ハ法典ノ順序ニ依ルモノアリ予ハ前方法ヲ以テ講究上得策ナリト信ス何トナレハ法典ト學說的講究トハ其性質上配列ノ目的ヲ同ウセサレハナリ唯如此法典ノ順序ニ拘泥セシムテ契約各論ノ系統ヲ立テントスルニ方リテモ其標準ハ同一ニ非ス

(一)要物契約諸成契約ノ區別ヲ標準トスルモノ 此標準ハ沿革的ニ其理由アリ然レトモ今日ニ在テハ要物契約其モノノ存在理由カ已ニ疑ツ狹ムヘキモノタルノミナラス此區別ノ效果ハ單ニ契約ノ成立ニ關スルノミ

(二)雙務契約片務契約ノ區別ヲ標準トスルモノ 契約ハ一般ニ此區別ニ從テ而シテ其效力ヲ異ニスルモノナリト雖此效力ノ差別ハ主トシテ契約總論ノ問題ニ屬ス各種ノ契約論トシテハ多大ノ實益ナキ標準ナリ

(三)有償契約無償契約ノ區別ヲ標準トスルモノ 有償契約ニハ本則トシテハ賣買ニ關スル規定ノ準用アリ(五五九條)是其結果ニ於テ頗重大ナリ從テ此標準ニ依ルコトハ大ニ其理由アリ然レトモ是ハ主トシテ契約ノ效力ニ關スルモノナラス各種ノ契約ニ關オル原則ハ斷エス此差別ヲ基礎トシテ觀念スヘキモノニ非ス

(四)契約ノ目的ヲ標準トスルモノ 贈與以下吾人ノ講究セントスル有名契約ニハ一トシテ作爲ヲ目的トセサルハナシ而シテ作爲ヲ目的トスル契約ニ在テモ契約ノ目的の物又ハ財產權ニ關スルモノト單純ナ

ア作爲ニ關スルモノトノ二種アリ(「カビタン」民法總論四頁五頁)此二種ノ契約ハ自ラ總テノ點ニ涉リテ其法則ヲ異ニスルコトヲ著シク他ノ契約ノ區別ニ優ル又兩種ノ契約ノ中ニ於テモ亦其給付ノ性質ノ異ナルニ從フ其理論ヲ同ウセサルモノ多シ吾民法ノ如キモ佛獨其他ノ民法ト同ク主トシテ此見地ヨリシテ各種ノ契約ノ順序地位ヲ定メタルモノト認ムヘシ從フ其系統ノ管ニ學理上ヨリノミナラス民法ヲ解釋スル上ヨリ謂フモ講究上最便利アリ右ノ理由ニ基キ予モ亦此見地ニ從ヒ契約各論ノ系統ヲ定メント欲ス然レモ全然民法ノ配列ニ從フニ非ス唯同一見地ニ依ルノ結果其配列大體ニ於テ相同キノミ即予ハ本論ヲ左ノ四編ニ別タント欲ス

第一編 物ニ關スル契約

第一部 處分ヲ目的トスル契約

第二編 作爲ニ關スル契約

第三編 混合契約

第四編 債權編第二章ニ規定セラレサル重要ナル契約

尙右ニ四大別セル契約ノ意義内容ニ付テハ各編ニ分説スルヲ俟チテ知ルヘシ

第一編 物ニ關スル契約

第一部 處分ヲ目的トスル契約

處分ヲ目的トスル契約ハ予カ擔當ノ範圍ニ於テハ贈與賣買交換終身定期金等ノ契約ヲ包含ス今章ヲ

分チテ是等ノ契約ヲ論スルニ先チ是非共決定セサルヘカラナル重要問題アリ所謂處分ヲ目的トスル契約ノ範圍如何ト謂フコト是ナリ詳言スレハ第二節贈與第三節賣買等ニ關スル民法ノ法規ハ物權契約ニモ及フヤ否ヤト謂フコト是ナリ蓋物權契約ノ生スルハ主トシテ處分ヲ目的トスル契約ニ關スルナリ』
先ツ法理上物權契約ナルモノカ債權若クハ債權契約ニ伴ヒ又ハ單獨ニ存立シ得ルコトハ今日ニ於テハ最早多ク異論ノキ所ナリ(「一七六條」又法制ノ上ヨリ考フルモ獨法系ニ於テハ一般ニ之ヲ認ムルモノト解スルヲ妨ケヌ例之獨民法ニ於テハ物權ノ設定移轉ニハ登記又ハ引渡ヲモ成立ノ要件トスレトモ登記引渡アルニ因テ物權效果ノ發生ヲ除去セラルニ至ルトキハ前ノ物權契約ニ因テ當然モ獨法系ニ於テハ物權ハ設定移轉セラルコトトナルヲ以テ物權契約ノ存在ヲ認ムルヲ妨ケサルナリ然レトモ賣買交換等ノ有名契約カ此物權契約ヲ單獨直接ニ包含スルカ詳言スレハ是等ノ有名契約ニ關スル第二章第二節以下ノ規定ハ獨債權契約タル場合ノミナラス(賣買カ債權契約タル場合アルコトハ疑ナシ)單獨ナル物權契約タル場合ニモ滴用アルモノト解スヘキヤ否ヤハ物權契約ノ獨立存在ナル一事ニ由テ直ニ肯定スヘキモノニ非サルナリ先佛法系ノ法制及此法制ニ在テ一般ニ行ルル學說ニ從ハ賣買等ハ專債權發生ノ契約ニシテ而シテ物權契約ナルモノヲ俟タスシテ直ニ債權契約ヨリシテ物權ノ設定移轉ノ效果ヲ生ス從テ賣買等ノ規定ハ勿論債權契約ノミニ關スト爲スナリ加之獨法系ノ立法例ヲ見ルモ獨民法ヲ始メ賣買等ノ債務發生ノ契約ト證メシコトハ賣買等ニ關スル規定ノ地位表題等ヨリ謂フモ疑フ容ルヘカラサルカ如シ吾民法ノ解釋、亦此一般立法例ノ採用スル意義ニ解スルコト少クトモ從來ノ觀念ニ合スルモノト認メサルコト得ス蓋賣買等ノ債權契約タルコトハ羅馬以來ノ沿革ニ因リ定レルノミナラス規定ノ地位亦債權編ニ存スレハナリ吾民法上穩當ナル解釋ハ債權契約說ナリトシテ更ニ予ノ信スル所ヲ略述

セニニ予ハ苟ニ右ノ通説ハ法ノ實質的解釋ヲ無視スルモノニ非サルカラ疑フ者ナリ沿革及規定ノ地位ノ如キハ法ノ解釋ノ根據ニ非ス若債權ト並行獨立シテ物權ノ存在ヲ認ムトセハ債權發生ノ原因タル契約以外ニ直接ニ物權發生ノ原因タル契約アルコトヲ認メサルヘカラス是物權契約ノ獨立存在ヲ認ムル根據ナリ既ニ物權契約ヲ認ムルモノトセハ實際物權ノ主タル發源タル賣買等ニ付テ直接ニ物權發生ノ效力ヲ認メサルハ論理ヲ貫徹セス又社會ノ需要ニ應スル所以ニ非スト信スルナリ於是乎右ノ缺陷ヲ補ハシカ爲メ左ノ二説ヲ生ス

(第一説) 吾民法上賣買等ハ債權契約ニ限ル單獨ニ存在スル物權契約タル賣買等ヲ認ムラ得ス何トナレバ(一)贈與等ノ規定ハ債權編ニ置カレ(二)民法賣買等ヲ雙務契約即債務發生ノ契約ト認メタリ(五三三條)然レトモ賣買等ヲ單ニ債權發生ノ契約ト見ルトキハ以テ物權ノ變動ヲ來スニ非ス是民法ニ於テ賣買等ニ物權變動ノ效アリトセルニ反ス故ニ賣買等ニ因テ物權ノ設定移轉ヲ來スニ賣買ニ因テ生シタル物權ノ設定移轉ノ債務ノ履行トシテ物權ノ設定移轉ノ契約ヲ爲スカ又ハ賣買等ノ債權契約ニハ同時ニ且之ト結合シテ物權ノ設定移轉ノ契約存在ス認メサルヘカラス唯之カ爲ニ賣買其モノノ物權契約トシ又賣買其モノニ關スル規定ハ物權契約ヲ含ムモノト見ルヘカラサルノミト

(第二説) 吾民法上賣買等ハ債權契約ノミニラス單獨ナル物權契約ヲモ包含ス蓋第一七六條ニ依テ物權契約ノ單獨存在ヲ認ムル以上ハ何ニ由テ賣買等ノ當事者ノ希望スル效果ヲ生スルコトヲ得サルヲ認メンヤ

思フニ此問題ハ第一七六條ト債權編第二章ノ規定トノ間ニ存スル衝突問題ナリ債權編第二章ノ規定ニ依レハ第一説ニ從ハサルヘカラス反之物權編第一七六條ヲ重ンスルトキハ第二説ヲ是認メサルヘカラ

ス然レトモ國法ニハ衝突ナキモノト認ムラ正當トス然ラハ此衝突ハ如何ニ調和スヘキカ是此問題ノ由テ定マル所ナリ予ヲ以テスルニ第一七六條ヲ重視スルハ實質的解釋ナリ債權編第二章ヲ重視スルハ形式的解釋ナリ蓋近世ノ新法ニ於テハ單獨ナル物權契約ヲ認メサルヘカラサルヲ根本ノ理論トス然ルニ之ニ因テ賣買等ノ效果ヲ生シ得ストルトキハ結果ニ於テ殆此基本理論ヲ認メタル第一七六條ノ實效ナシ而セ賣買等ニ關スル規定中ニ物權契約ノ之ヲ含マストルトキハ例之無名契約タル物權契約ハ認ムルトスルモ物權契約ニ因テ賣買等ノ效果ヲ生シ得ストルト多ク異ナル所ナシ反之債權編第二章ノ位置雙務契約ノ文字ノ如キハ形式ノ末ニ屬ス是一ハ實質的解釋他ハ形式的解釋ナリト謂ヘル所以ナリ果シテ然ラハ形式的解釋ハ實質的解釋ニ從ハサルヘカラス賣買等ニ關スル規定ノ位置文字等ハ民法ノ大精神ニ依リ其宜キニ從ヒ解釋シテ可ナリ而シテ等ハ其解釋如何ニ依テハ債權契約ニ限ラサルモノト解釋シ得ルナリ例之賣買等ニ債權編ニ規定スルハ羅馬法以來ノ沿革ニ因リ一般法制ノ從フ所ナルニ述ニ其體裁ヲ改ムルノ必要ナシ之ヲ改メサルモ第一七六條アル以上ハ其實質毫モ影響ヲ被ルコトナシ加之物權契約ノ場合ニモ附隨トシテ債務ヲ生スルヲ通常トス(後ニ説明ス)是等ノ契約ノ地位ノ債權編ニ置カレタハ此理由ヲ出ラス又贈與賣買等ニハ約スノ文詞アレトモ此文詞ハ約諾ト謂フ意味ニ過キス若債權契約説ヲ採ラハ約諸ハ債務發生ノ約束ニ限レトモ債權契約ノ存在ヲモ認ムトセハ物權發生ノ約束ニ關スルコトヲモ妨ケス故ニ約シノ文詞ヨリシテ債權契約ヲ主張スルハ本末顛倒ノ説ニシテ國法ノ根本主義ニ於テ物權契約ヲモ認ムルカ債權契約ニ限ルト爲スカニ依テ其字義ヲ定メサルヘカラサルナリ又雙務契約ノ語ノ如キモ狹義ニ於テハ債務契約ヲ意味スルコトヲ認メサルヘカラスト雖當事者雙方ニ物權のノ義務ヲ生スル場合ヲモ廣義ニ於テハ包含スルモノト見ルコトヲ妨ケス尙或ハ不特定

物ノ賣賣他人ノ權利ノ賣賣等ニハ絕對的物權契約ノ存在ヲ認ムヲ得ス又賣賣ノ效果トシテ認メラル契約解除ノ如キモ債權契約ニ關スルコト論ヲ俟タス是等ノ點ヨリ見ルモ賣賣等ニ物權契約ノ存在スルコトハ認メ難シト論スル者アルシ然レトモ是效果ノ直接發生ト謂フコトト即時發生ト謂フコトトフ混同セルニ基ク認見ナリ物權契約ニ於テハ物權上ノ效果ノ直接發生ヲ要素トスレトモ即時發生ヲ要素ト爲サス不特定物ノ賣賣他人ノ權利ノ賣賣等ニ在テハ物權移轉ノ效果ハ即時ニ發生セスト雖而モ不特定物カ特定シ又ハ他人ノ權利カ賣主ニ歸屬スル等物權效果ノ阻却原因消滅スルトキハ前ニ締結セラレタル賣賣契約直接當然ノ效果トシテ物權移轉ノ效果ヲ來スコトヲ得ルモノニシテ即物權的賣賣契約ノ存在スルコトヲ認メ得ルナリ次ニ契約解除ノ如キモ既ニ債權契約ノ履行トシテ物權上ノ效果ヲ生シタル場合ニモ適用アルコトヲ認ム以上ハ亦債權契約ニ因ラス直接ニ物權契約ニ因テ物權上ノ效果ヲ生シタル場合ニモ解除アリ得ルコトヲ認メナルヘカラズ第五四一條乃至第五四三條ノ如キハ單ニ債權契約ノミ豫想セルモノト解セサルヲ得スト雖物權契約ノ場合ニ於テモ之ト區別スヘキ理由ナキヲ以テ一般ノ原則ヨリシテ同ク其解除ヲ許スヘキモノトシ以テ第五四〇條以下ノ適用ヲ受ケシメ得ルモノト解スルヲ至當ナリ信スルナリ唯稀ニ賣賣等ノ規定中專債權契約ニノミ適用アルモノト解セサルヲ得サルエノアリ然レトモ是唯物權契約ノ性質自ラ然ラシムルノミ之カ爲ニ賣賣等ニ物權契約ヲ認メサルノ法旨ト解スルコトノ本末顛倒ナルコトヘ尙約スルノ文詞ニ於ルト異ナルナキナリ

以上ノ理由ニ基キ通説ニハ反スレトモ豫釋ニ於テ予ハ賣賣等ノ處分契約ハ必シモ常ニ債權契約ナリト解スヘキニ限ラス時トシテハ單獨ナル物權契約タルコトアリトノ見解ニ從ハント欲スル者ナリ但立法論トシテハ債權編第二章ノ形式ニ付テ異論ナキ能ハサルナリ

第一章 贈與

贈與ハ各種ノ契約ノ冒頭ニ掲ケラル其理由ハ蓋賣買カ有償契約ヲ代表スルカ如ク贈與ハ無償契約ヲ代表スルモノナリ然ルニ有償契約ニ付テハ賣買ナル換價契約ノ後ニ規定スヘキモノ多キニ反シ無償契約ニハ他ニ有名契約ヲシテ贈與ニ次テ規定スヘキモノハ使用貸借ノ如キ特殊ノ性質ヲ有スルモノノ外之無キヲ以テ比較的單純ナル無償契約ヲ掲ケ次テ複雜ナル有償契約ニ入ルノ順序ニ出テタルモノト推察セラル而シテ之ヲ第一節贈與ノ要件第二節贈與ノ效果第三節贈與ノ態様ノ三節ニ別チテ講說ス

第一節 贈與ノ要件

贈與ノ要件ニハ成立要件及完成要件ニアリ而シテ成立要件モ亦一般要件ト特別要件トニ別ル以下此區別ニ從ヒ説明セン

(上) 成立要件

贈與ノ成立要件トハ贈與契約カ贈與契約トシテ即第二章ノ適用ヲ受クル有名契約トシテ成立スルニ必要ナル條件ヲ謂フ即此要件ヲ欠ク契約ハ假令結合者ハ贈與ナル有名契約トシテ成立セシメント欲スルニモセヨ或ハ全然何等ノ契約トシテモ成立セサルカ又或ハ單ニ無名契約トシテノミ成立スルニ遇キナルモノトス

(甲) 一般成立要件

有ユル種類ノ贈與ニ其通ナル成立ノ要件ヲ茲ニ一般成立要件ト謂フナリ唯負擔附贈與ノミニ付テハ此

説明ノ適合セサルコトハ後ニ明ナルヘシ一般成立要件ヲ欠ク贈與ハ契約自由ノ原則ニ從ヒ無名契約又ハ一方行為トシテ成立スルヲ通常ト是後ニ述ヘントスル特別ノ成立要件ヲ欠ク贈與カ多クハ契約自體ノ無効又ハ之ト同一ノ結果ヲ來スト趣ヲ異ニスル所ナリ蓋贈與ノ一般成立要件トシテ第二節ニ規定セラル所ハ單ニ之ヲ以テ贈與ナル有名契約トシテ第二節ノ豫想スル待遇ヲ爲スニ欠クヘカラサル條件ト爲メノ法意ニ外ナラサルヲ以テナリ

贈與ノ成立ニ必要ナル條件ハ左ノ三者ト爲スヲ得ヘシ

(第一) 無價ナルコト 贈與ハ無價ナル性質ヲ以テ第一要件タルコトハ古來法制學說ノ均ク認ムルモナリ無價ノ意義ノ何タルヤニ付テハ既ニ諸論ニ述ヘタルヲ以テ再說セス唯此點ニ關聯シテ多少議論ノ存スル所ハ相手方ニ利益ヲ與フル意思カ贈與者ニ存在スルコトヲ必要トスルヤ否ヤニ在リ羅馬法以來 *Causa civilis obligatio* 即契約ノ原因ヲ絕對ノモノト見ル主義ニ下ニ在テハ之ヲ要件ト爲シタリト雖原因ヲ絕對ノモノト爲サル吾民法ノ解釋トシテハ如此單ニ法律行為ノ緣由ト見ルヲ正當トス隨テ要件ニ非スト解スヘキナリ詳言スレハ贈與者ニ意思カ受贈者ヲ利セントスルニ在リヤ否ヤハ間ブ所ニ非ス唯其意思カ受贈者ニ財產權ヲ授與スルニ付テ自己ニ何等直接有形ノ財產上ノ利益ヲ受クルコトニ因ラサルヲ以テ足レリトスルナリ無價ノ法律行為ニシテ民法ニ規定セラルモノハ因ヨリ贈與ニ限ラス唯贈與ヲ以テ最良タ無價行為ノ特質ヲ表現セルモノト謂フヘキノミ例之寄附行為、遺贈、使用貸借、無償委任、無償寄託等ノ如シ就中佛法系ノ立法例ニ在テハ贈與ヲ以テ贈與ノ中ニ包含セシム我民法ハ此主義ヲ採ラスベ雖又以テ二者相類スル所アルヲ知ルヘシ故に贈與ニ寄附行為ニ付テハ生前處分ノ場合ハ贈與ニ關係ル規定ノ準用アリ(四一條)其他ノ行爲ニ付テモ贈與ノ法理ヲ以テ准スヘキ點妙カラサルコトハ蓋自

然ノ數ナリト謂フヘシ

茲ニ一ノ贈與カ無價ナリトノ原則ニ對シテ例外ヲ爲スモノアリ負擔附贈與即はナリ(五五三條及五五一條)或ハ負擔附贈與カ有價ナルハ附隨ノ性質ニ過キス當事者ノ意思上本質ハ無價ナリト説明スルモノアリト雖其有價ナルコトハ動スヘカラス(五五三條)然レトモ是カ爲ニ負擔附贈與ハ贈與ニ非スト解スルハ非ナリ寧是當事者ノ意思及民法ノ規定上無價ナル要素ニ關シテ例外ノ性質ヲ有スル一種ノ贈與ト見ルヲ正當ク解釋トシ斯尙此點ハ後ニ詳説スル所アルヘシ

(第二) 財產權ノ設定又ハ移轉アルコト 第四五九條ニ自己ノ財產ヲ相手方ニ與フルト謂フハ單ニ廣ク財產上ノ利益ヲ受贈者ニ與フルト謂フ意義ニ非ス即單ニ相手方ノ資產ヲ增加スルト謂フ意義ニ非ス(獨民參照)一財產權ノ(二)設定移轉ヲ爲スノ意義ニ外ナラサルモノ蓋辰ノ財產上ノ利益ヲ與フルヲ贈與ト爲スカ如キハ普通ノ觀念相例ニ反スト爲セルカ爲ナルヘシ故ニ左ノ行爲ノ如キハ此要件ヲ具備セラモノト解スヘシ

(一) 財產ノ拋棄 例之地上權抵當權等ノ拋棄ノ如シ就中最著シキハ債權ノ拋棄即債務ノ免除ナリ(但債務ニ服スルコト但債務ニ服スル債務ヲ贈與者カ負擔スル場合ハ然ラス此場合ニ有價ナルトキハ或ハ雇傭ナルコトアリ無價ナルトキハ贈與ト爲ルコトアリ)

(三) 他人ノ債務ノ辨済、債權不成立ノ承認、債務成立ノ承認、如キハ贈與ノ意思ニ出ツルモ贈與ニ非ス又免除ト同一ノ結果ヲ呈スルコトアリ

財産取得ヲ他人ノ利益ノ爲ニ中止スル如キ此點ヨリ謂フモ贈與ニ非ス(例之取扱時效ノ進行ヲ自ラ中止シ又ハ取得者ノ爲ニ時效中斷ヲ爲サル如シ)(或ハ債權發生ノ意思ナクシテ爲ス事務管理ノ如キモノヲモ此ニ入ル者アレトモ非ナリトナレハ債權發生ノ意思ノ有無ヲ問ハス債權ハ當然發生スレハナリ)

贈與ニ因ル財產權 設定移轉ノ主メルモノヲ舉レハ所有權、地上權、抵當權等物權ノ設定移轉ノ如キ又債權ノ設定移轉ノ如キ然リ茲ニ問題ノル點ニアリ(一)贈與ノ目的、物タル財產權ハ贈與契約ノ當時ニ於テ贈與者ノ權利ニ屬スルコトヲ要件ト^ト、爲^ス、否^マ、第五四九條ニハ自己ノ財產ヲ相手方ニ與フルト謂フ文字アリ或^ハ此點ヨリシテ債權解釋ヲ採ル學者アリ然レドモ同條ニ所謂贈與者ニ屬スルトハ契約當時ナルコトヲ必要ストルノ謂ニ非ス財產權ノ設定移轉ノ效果カ現實ニセラル時ニ贈與者ニ屬スルナリ是蓋何人ト雖自己ノ有スル以外ノ權利ヲ他人ニ移ス能ハストノ原則ノ一適用ニ外ナラサルナリ法理上又實際ノ必要上他人ノ權利ニ屬スルモノト雖是ヲ以テ贈與ノ目的物^ヲ爲スマ得サルノ理由ナキコトハ敢賣買ト區別スヘキ理由ナシト信ス唯一ハ無當^ハ有價ナルヨリシテ其效果ニ差別ヲ設クルノ必要且適當ナルアルノミ即第五一條ハ實ニ本間ノ場合ヲモ想見シタルモノナリ同條ニ依リ若贈與者カ財產權ノ自己ニ屬スルヲ誤信セル場合ニハ其贈與ノ效果タル財產權ノ設定移轉ノ責ヲ負ハス反之贈與者カ財產權ノ存在セサルコト又ハ他人ニ屬スルヲ知リテ贈與ヲ爲シタルトキハ其財產權ヲ取得シテ受贈者ニ與フルノ債務ヲ負ヒ此債務ヲ履行スル能ハサルトキハ損害賠償ノ責ニ任スルモノセトセリ即第二ノ場合ニ於テハ贈與ハ成立スルコト明ナルノミナラス第一ノ場合ニ於テモ贈與ハ成立ス唯贈與者ハ其結果ヲ負擔セサルノミト解ス

(第二) 契約ナルコト
（第一） 契約ナルコト（一）一方の行爲ナラナルコト是ナリ
（二）將來ノ財產ハ贈與ノ目的タルヲ得バヤ 贈與契約當時贈與者ニ屬セサル財產即他人ニ屬スル權利ニ關スル場合ハ多クノ場合ニ於テハ同一歸著者S唯特ニ贈與者ノ意思上將來ノ財產ニ付ラハ條件附又ハ期限附贈與ヲ爲スニ在ルノミ此點ハ第五五一條ノ適用アルニ非ス故ニ羅馬法ヲ始メ古ノ差異アルノミ要之目的ノ不法不確定ナラナル限りハ有效ナルコト勿論ナリ

(第三) 契約ナルコト
（第一）要件トセサルコト（二）一方の行爲ナラナルコト是ナリ
（一）方式ヲ必要トヒサルコト 贈與ハ一時ノ感情ニ依テ爲サレ後日贈與者ニ不利益ヲ感セシメ又ハ紛糾今概贈與ヲ以テ要式契約ト爲サルハナシ (1) 羅馬法ノ裁判所ニ於テ意思ヲ表示シ調書ニ記載ス (2) 公正證書主義ノ舊民法(3)裁判上ノ認證又ハ公正證書主義ノ獨民法(4)捺印證書主義ノ英米法然レトモ我國ニハ從來如此慣習ナク又(1)賣賣等ト雖質上贈與ト同一ナルコトアリ然ルニ契約自由ノ原則トシテ非ス且贈與ハ賣賣其他ノ契約ノ如ク頻繁ニ行ハレ敏捷^ヲ貴^フ性質ノモノニ非ス故ニ羅馬法ヲ始メ古ラス(2)然ルニ賣賣等ヲ方式契約ト爲ス^トハ取引ヲ害スルコト至大ナリ加之贈與ハ重大ナルニ從テ贈與者ハ其利害ヲ較量スルヲ當トス(3)且相續人ノ保護トシテハ別ニ遺留分ノ制アリ此範圍ヲ超越シテ尙權利者ノ自由處分ニ干涉スルハ生産ヲ獎勵スル所以ニ非ス一面シテ證據ノ問題ニ付ラモ紛爭ヲ生シ易キモノハ組合ヲ始メ少カラス他ノ方面タル取引ヲ阻害セサル利益大ナリ故ニ獨贈與ニノミ方式ヲ必要

トスヘキ理由ナシ)是等ノ理由ニ基キ多數ノ立法例ニ反シ我民法ハ贈與ヲ諾成契約ト爲シタリ但書面ニ關スルニ非ス取消權ノ行使アル迄ハ贈與ハ成立ス故ニ此點ヨリシテ要式契約ト謂フヘキニ非サルコトハ前述セル所ナリ

(二)雙方行爲ナルコトヲ必要トスルコト 贈與ハ契約ナルコトハ立法例ノ概一致スル所ナレトモ法理論立法論トシテ異論ノ餘地ナキニ非ス何人モ自己ノ意思ニ基カスシテ他人ノ意思ノ爲ニ法律上ノ影響ヲ被ルコトナシトノ單純ナル理論ヨリ謂ヘハ受贈者ハ自己ノ意思ナクシテ贈與者一方ノ意思ノ爲ニ財產權ノ主體ト爲ルコトナシト謂フヘキニ似タリ然レトモ純正ナル利益ノミナル場合ニ於テハ受贈者ノ承諾ナクシテ贈與ノ效果ヲ發生ストスルモ多クノ場合ニ於テハ受贈者ノ意思ニ合シテ當事者雙方ノ便宜トスル所ナルノミナラス取引ノ敏活ヲ主トスル近世私法ノ趣旨ニ合ス而シテ稀ニ受贈者ノ意思ニ反スルコトアリ得ヘシト雖其場合ニハ受贈者一方ノ意思表示ヲ以テ隨時寄贈ヲ拒絶シ得トセハ足ルヘシ若贈與ヲ契約ト爲スヘンハ債務ノ免除ニ付テモ他人ノ辨濟ニ付テモ債務者ノ交替ニ因ル更改ニ付テモ債務者ノ承諾ヲ不必要トスルノ理由ナシ蓋贈與ハ權利ヲ取得シ右ノ場合ハ義務ヲ免ルルノ差異アレトモ均ク單純ナル利益ヲ他人ノ意思ニ因テ得ルノ點ハ異ナル所ナシ(四條九三九條)加之權利ノ取得ニ付テモ贈與又ハ死後處分ニ因ル寄附行為ハ單獨行爲トセリ凡は等ノ間ニ其取扱ヲ異ニスル民法ノ態度ニ付テハ子ハ立法思想ニ貫徹ヲ疑ハサルヲ得サルナリ蓋意思ノミニ重キヲ置キ一般利益ヲ輕視スルハ意思主義全盛時代ノ遺想ニ外ナラスト信ス故ニ立法論トシテハ新ニ是凡テ單純ナル利益ノミヲ得ル場合ハ總テ利益者ニ於テ拒絶シ得ル條件ニ於テ一方行爲タルモノト爲シ滴當ト信ス若夫此ノ如クンハ

贈與行爲ニ付テモ又第三者ノ爲ニスル契約ニ付テモ凡テ我民法ノ面目ヲ改ムルニ至ルヘキナリ要之我民法上贈與ハ契約ニシテ當事者ノ何レカ申込人タリ又承諾者タルカハ問フ所ニ非サルナリ以上三箇ノ要件ヲ具ヘルモノハ贈與ニ非ス然レトモ之ト反對ニ三要件ヲ備フルモノト雖他ニ更ニ特別ナル契約トシテ認メラルルカ故ニ贈與ニ非サル場合アリ例之無償寄託無償委任ノ如シ

(乙) 特別成立要件

贈與ハ以上一般要件ヲ具備スルモ特別ノ性質ヲ有スルトキハ絕對的又ハ相對的ニ不成立ト爲ル即左ニ示ス如キ特別ノ性質ヲ有セサルヲ以テ贈與ノ成立ニ必要ナリ即此特別要件ニ關スルニハ他ノ無名契約トシテ成立スルカ如キ效果ヲ生スルコトナキヲ一般トス蓋公益上ノ理由ニ基ク制限ナレハナリ

(1)支拂停止後又ハ支拂停止前三十日内ニ爲シタル破産者ノ贈與ハ破産財團ニ對シテ無効(萬商九九〇條)ナリ

(2)共同相續人カ被相續人ヨリ受ケタル或種ノ贈與(一〇〇七條乃至一〇〇九條)

(3)遺留分ノ範圍ヲ侵セル贈與(一一三三條乃至一一三四條)

(4)官公吏ノ受贈(官吏服務規律一〇條刑二八四條濫職法一條)

(下) 完成要件

贈與ノ完成要件トハ贈與カ環狀ヲ帶フルコトナクシテ成立スルニ必要ナル條件ヲ謂フ換言スレハ成立シタル贈與ヲ取消シ得ヘカラサルモノト爲スニ必要ナル條件ヲ謂フ贈與ハ無償行爲ナル點ヨリシテ有償行爲ト大ニ其趣ヲ異ニスル所ナリ即其要件ハ大別左ノ二トス(第一)書面契約タルコト又ハ履行ヲ終了スルコト(第二)一定ノ能力權限ヲ具備スルコト即是ナリ

(第一) 書面契約ナルコト又ハ履行ヲ終了スルコト 是第五五〇條ノ規定スル所ナリ蓋贈與ヲ要式契約トスル主義ヲ輕減シタルモノニ外ナラサルナリ立法論トシテ贈與ヲ諾成契約トセル理論ヲ一貫セストノ批難モ存ス

(第二) 一定ノ能力權限ヲ具備スルコト

(イ) 能力 (1) 未成年者 (2) 禁治產者 (3) 準禁治產者 (4) 妻 (5) 夫婦間ノ贈與 (七九二條) (6) 後見人被後見人間ノ贈與 (九三九條)

(ロ) 權限 (1) 親權者タル母ノ同意權 (八八六條) (2) 後見人ノ同意權 (九二五條) 等此他外國立法例ニ於テハ受贈者ノ意思其他ヲ以テ取消ノ原因ト爲スト雖此等ハ或ハ干涉ノ必要ナク或ハ他ノ規定ニ依テ目的ヲ達シ得ルヲ以テ吾民法ハ之ヲ認メス

第二節 贈與ノ效果

他ノ契約ト共通ナル效果ニ付テハ契約總則並ニ緒論ニ該ル

(1) 契約總則ヨリ來ル效果 (物權的贈與・引渡登記等ハ債務トシテ殘ル)

(2) 諸論ヨリ來ル效果 (債權的贈與)

故ニ茲ニハ單ニ贈與契約ニノミ特殊ノ效果ヲ述フヘシ特別ナル效果トハ贈與者ノ擔保責任ニ關ス第五五一條ニ曰ク贈與者ハ贈與ノ目的タル物又ハ權利ノ瑕疵又ハ欠缺ニ付テ其責ニ任セス但贈與者カ其瑕疵欠缺ヲ知リテ受贈與者ニ之ヲ告ケス以テ贈與契約ヲ爲シタルトキハ其責ニ任ヌト蓋(一)贈與者ハ通

趣旨ニ合シ又當事者ノ保證上適當タルナリ(五五一條本文)但負擔附贈與ニ付テハ例外アリ(同條二項)

(二) 然レトモ若贈與者カ斯ル欠缺又ハ瑕疵ヲ知リテ之ヲ受贈者ニ告知セサシシ場合ニ於テハ贈與者ニ惡意アルカ又ハ重大ナル過失アルモノニシテ他方ヨリ謂ハ受贈者ハ欠缺瑕疵アルヲ知ラサシカ爲ニ贈與ヲ受ケサリシニ比シテ多大ナル損害ヲ生スルコトナシトセス故ニ此場合ニハ贈與者ヲシテ擔保ノ責ヲ負ハシメタリ(同條但書)第二項ニハ賣主ト同一擔保責任トアリ第一項ニハ單ニ擔保責任トアリ是蓋贈與ハ負擔附ナラサルトキハ雙務ニ非ス從ク其擔保責任ノ内容ハ全然賣主ノ場合ト同一ナル能ハサレハナリ然レトモ受贈者ノ保證買主ヨリ淺薄ナリト謂フニ非ス此等ノ點ハ賣買ノ效力ノ下ニ於テ詳説スヘシ

第三節 贈與ノ態様

贈與ニシテ特殊ノ態様ヲ具フルトキハ以上第二節ニ説明セル原則ニ例外ヲ生ス即其成立效果終了等ニ關シテ一般贈與ノ原則ノミヲ以テ律シキ法則ヲ生ス

(第一) 負擔附贈與(五五三條及五五二條二項)

負擔附贈與トハ受贈者又ハ第三者ニ對シテ贈與ノ目的ハ對價ヲ爲ナサル給付ヲ負擔スル一種

ノ贈與ヲ謂フ即負擔附贈與ニ在テハ給付ヲ爲シ又ハ其債務ヲ負フ者ハ獨贈與者ニ止ラス受贈者モ亦此負擔ヲ爲スナリ且此受贈者ノ負擔ハ受贈者カ贈與ヲ受タル利益ヲ有スルカ爲ニ爲ナレタルモノナリ從テ負擔附贈與ハ有償ナリ然レトモ負擔附贈與ニ在テ當事者ノ意思ハ一種ノ贈與ヲ爲スニ在リ從テ贈與ノ目的ト反對ニ負擔ノ目的トハ當事者ノ意思上對價ヲ爲スモノニ非ス若對價ノ觀念ヲ含有スルトキハ全然贈與ノ分子ヲ有セス純然タル賣買其他ノ雙務契約ト爲ルヘキヲ以フナリ故ニ此點ニ於テ負擔附贈與ハ其性質雙務ナリト謂フヘキニ非ス何トナレハ雙務タルニハ對價ノ觀念ヲ要素トスレハナリ第五五三條ニ於テ負擔附贈與ニハ雙務契約ニ關スル規定ヲ準用スト謂ハシテ適用スト謂ヒタルハ負擔額ニ對等スル贈與ノ目的ニ付テ謂ヒタル詞ニ過キサルナリ適用ノ語ニ重キヲ置クヘカラナルハ次條「從フ」ナル語例ヲ見テモ知ルヘキナリ如此負擔附贈與ハ假令有償ノ性質ヲ有ストハ謂ヘ其本質ハ贈與ナリ即當事者ニ於テモ本則トシテハ贈與ノ規定ノ支配ニ從フノ意思アルナリ故ニ之ニ贈與ノ規定ヲ適用セシム(五五三條例之(1)第五五〇條(2)第五五二條ノ如キハ皆此點ニ適用アリ但贈與者ハ受贈者ニ負擔ヲ命スルカ故ニ通常ノ贈與ノ如ク全然贈與ノ目的物ニ付テ擔保ノ責任ナシト爲メ得ス然レトモ亦本質ハ贈與ニ屬スル結果トシテ賣買等ト異リ絶対ニ擔保責任ヲ負ハシメタル負擔ノ範圍ニ應シテ自己モ亦贈與ノ目的物ニ付擔保ノ責任アルモノトセリ(五五五條)第一項然レトモ負擔ノ限度ニ於テハ雙務ト同一視スヘキモノナルニ由リ其範圍内ニ於テハ雙務ノ規定ヲ適用アルモノトセリ(五五三條)例之(1)同時履行年金負擔ノ如キ場合ニハ全部ノ適用ナシ(五五三條)(2)危険負擔(五三四條五三五)ノ規定ノ如シ

(第二) 定期贈與

定期贈與トハ贈與ノ目的タル給付カ一定ノ時期ニ爲サルヘキ場合ヲ謂フ故ニ數回ノ給付ナルコト時期ノ規則的ニ定マレルコトヲ必要トス定期ノ贈與ハ終期ノ定メアルトキハ其終期ノ到来ニ因テ贈與終了スヘキハ勿論ナリ然レトモ終期ノ定メナキトキハ贈與ハ贈與契約當事者ノ一方ノ死亡ニ因テ終了ス(五五二條)是贈與ハ贈與者ト受贈者トノ特別關係ニ基クモノナルヲ以テナリ

(第三) 死因贈與
死因贈與トハ贈與者ノ死亡ニ因テ無質ニ財產權ノ設定移轉アルコトヲ内容トスル贈與ヲ謂フ死因贈與ハ贈與者カ自ラ財產ヲ有スルコト能ハサルニ至リタル場合ニ付其財產ヲ無償ニ處分スルノ目的トスル點ニ於テ即贈與者ノ遺産ヲ減少スル點ニ於テ遺贈ニ同シキヲ以テ遺贈ニ關スル規定ニ從フヘキモノノ意義ニ外ナラサルナリ

第二章 賣買及交換

第一節 賣買

第一款 賣買ノ要件

(上) 賣買ノ一般要件

(甲)(1)客體要件(賣買トハ當事者ノ一方カ財產權ヲ相手方ニ與フルコトヲ約諾シ相手方ハ之ニ代金ヲ支拂フコトヲ約諾スル契約ヲ謂フ(五五五條)故ニ一ノ契約カ賣買契約トシテ成立スルニハ左ノ三要件ヲ具備スルコトヲ要ス蓋第五五五條ニ其效力ヲ生スタルハ第五四九條第五八六條等ト同シク成立スト

第一要件 當事者ノ一方ハ或財產權ノ設定又ハ移轉ヲ約諾ヘ、**要ス** 財產權ノ設定移轉ヲ約諾スル賣買契約當事者ノ一方ハ之ヲ賣主ト稱ス第一要件ハ更ニ之ヲ三點ニ分ツヘシ

(一) 財產權ニ關スルコトヲ要ス 賣主ノ約諾ノ目的物即賣買一方ノ目的物ハ財產權ナリ財產權トハ財產ヲ目的トスル權利ニシテ身分權等ト共ニ私權ノ一大要部ヲ形成ヘル權利ノ種類ヲ謂フ然レトモ財產ノ觀念明確ナラサルカ爲ニ財產權ノ意義ニ付フモ見解一定セス(1)或ハ權利者其人ノ爲ノミニ存スル權利ヲ謂フトストレトモ廣義ニ失シ身分權等ト區別スルニ足ラス(2)或ハ金錢ニ評價シ得ル權利ヲ謂フト爲ス然レトモ金錢ヲ標準トスルハ狹キニ失ス何トナレハ貨幣ノ認メラレサル以前ニ在テモ財產ノ觀念ハ既ニ存在シタリシコト疑ナシ加之今日ニ於テモ金錢ニ見積リ得サルモノニシテ之ヲ財產ト見ルヘキモノ存セサルニ非サレハナリ(三九九條(3))又或ハ處分シ得ル權利ト謂フ者アレトモ是又正確ニ非ス(4)此ノ財產權ノ基礎觀念タル財產トハ元ト法律上ノ意義ニ基クモノニ非ス經濟上ノ意義ヲ有ス此見地ヨリスレハ私法上財產トハ經濟貨物ノ謂ニ外ナラス故ニ財產權トハ經濟的貨物ヲ目的トスル權利ヲ謂フト解スヘシ隨テ例之物權ハ勿論金錢ニ見積リ得サル債權ノ如キモ財產權ナリ

又所謂特權即著作權、特許權、商標權等ノ如キモ(一面二人格權タル性質ヲ有スルトハ謂ヘ)一面ヨリ見テ之ヲ財產權ノ一種ト爲スコトヲ妨ケス左レハ此等ノ權利ハ本則トシテ賣買ノ目的物タルヲ得ルナリ但其財產權ノ性質又ハ經濟上政治上等ノ特別ノ理由ニ基キ法律上賣買ノ如キ處分ノ目的物タルコトヲ許サル財產權ハ此限ニ非サルナリ(四六六條二項但書後段賣買ノ制限)

右ノ意義制限ノ許ニ財產權タル權利ハ總テ賣買ノ目的物タルコトヲ得即所有權ノ移轉ハ勿論占有有無名ノ射幸契約トシテ成立スルヲ妨ケス雖賣買ニハ非ストセラル但此點ハ尙講究ノ餘地リ故ニ無名ノ射幸契約トシテ皆賣買ノ目的物タルヲ得ル代リニ權利ニ非サルモノハ賣買アラリト信ス(一種選擇の停止條件附讓渡契約ニハ非サルカ(1)漁獲少シニテモ有ラハ停止條件ノ賣買トハ當事者ノ一方カ財產上ノ利益ヲ得ルノ希望ヲ以テ賣買ノ目的物ト爲ヌヲ謂フ例之前例ノ場合ニ於テ一網ノ漁魚ヲ標準トシ其漁獲ノ有無分量ヲ問ハス必一定ノ代金ヲ支拂ハント約スルノ場合ノ如シ一般ノ見解ニ依レハ此場合ニ於テハ賣買ノ目的物ハ財產權其モノニ非シテ希望ニ在テ負フニ至ラサルナリ隨テ此場合ハ一種ノ射幸契約タル所謂希望ノ賣買ト同一視スヘカラス希望ノ賣買トハ當事者ノ一方カ財產上ノ利益ヲ得ルノ希望ヲ以テ賣買ノ目的物ト爲ヌヲ謂フ例之前例ノ賣買約(2)全然之無クノハ停止條件附讓渡契約與之約否亦賣買ト爲ルカカ條件ニ繫ルモノト謂フヘシ此他二人ニ屬スル財產權ト雖賣買ノ目的物タルヲ妨ケサルコトハ後ニ説明スヘシ右ニ述ヘタル如ク財產權ハ本則トシテ皆賣買ノ目的物タルヲ得ル代リニ權利ニ非サルモノハ賣買ノ目的タルヲ得ス隨テ例之勞務其モノヲ直接ニ供給ヘルヲ目的トスル契約ノ如キモ往點ニ於テ賣買ナリ(但勞務給與ノ債務ヲ發生スルトキハ此限ニ非ス)又營業秘密ノ讓渡ノ如キモ往點ニ於テ賣買ニハ非サルナリ但總テ如此場合ニ在テ當事者ノ意思賣買ノ締結ニ在ルトキハ契約其モノハ無名契

約ニ屬スト雖其契約の意思表示ノ内容カ賣買契約其モノト同一效果ヲ發生セジムルモノト解スヘキコトハ義ニ緒論ニ於テ述ヘタル所ナリ又權利ト雖親族權人格權ノ如キ身分權ハ總テ南買ノ目的物タルコトヲ得サルノミナラス此場合ニ於テハ契約其モノカ不成立タルヲ通常トス

(二) 財產權ノ設定又ハ移轉ニ關スルコトヲ要ス 法文ニ移轉トアルハ設定ト區別シテ用ヒタルモノニ非ス蓋特ニ設定ト區別シ移轉ノミニ限ルトス理由ナシ加之設定ト雖設定者ノ權利ノ内容ノ一部ヲ割キテ之ヲ他人ニ移轉スルモノニ外ナラサルヲ以テ法文ニ所謂移轉ノ文字ハ設定ヲモ包含スルモノト解スヘキナリ更ニ講究スヘキハ設定移轉以外ノ財產權ノ變動即財產權ノ變更又ハ消滅ハ賣買ノ目的タリ得ルヤ否ヤ在ルコトはナリ通説ハ之ヲ賣買ト觀スシテ一種ノ無名契約ト爲スニ在ルコト勿論ナリト雖子ハ反對ノ解釋ニ傾クモノナリ

(三) 財產權ノ設定又ハ移轉ヲ約諾スルコトヲ要ス 法文ニ財產權ヲ相手方ニ移轉スルコトヲ約シアルハ契約ノ一方タル要約ニ對シテ他ノ一方タル約諾ヲ指スモノニ外ナラサルナリ或ハ約シノ文字アルヨリシテ財產權ノ設定移轉ノ債務ヲ生スルニ限ルトノ解釋ヲ生スト雖約シナル文字ニ先天的ニ此意義アルニ非ス蓋此文字ハ狹ク債務負擔ニ限ラレ或ハ廣ク總テノ約諾ヲ表一スヲ以テナリ實ハ此文字ノ解釋ハ我民法上物權契約ヲモ認ムルカ又ハ債權契約ニ限ルトスルカノ先決問題ニ依テ定マールヘキモノナリ而シテ債務負擔ノミヲ意味スト解釋スルハ債權契約ノミヲ認ムル觀念ヲ前提トスルニ依ルナリ然レトモ予ハ吾民法上債權契約ノ外ニ單純ナル物權契約ノ存在ヲ認メ且物權契約タル賣買交換等ノ存在ヲモ主張スル者ナルヲ以テ約シノ文字ヲモ亦物權的ニ效果ヲ生スル場合ヲモ含ムモノトシテ廣ク約諾ナル意義ニ解スルヲ正當ト信スルナリ但舊民法財產取得編第二四條

ニ於テ賣買ハ財產權ヲ移轉シ又ハ移轉スル義務ヲ負擔スル契約ナリト規定セシフ新民法ニ於テ單ニ移轉スルコトヲ約シテ改メタル事實ヨリシテ債務負擔ニ限ルトノ解釋ヲ支持スル議論アリト雖是立法者ノ意思ニ過キス法典ノ解釋トシテハ法典其モノニ表ハタル所ニ重キヲ置クアントス】要スルニ財產權ノ設定移轉ヲ內容トスル以上ハ一旦其債務ノミヲ發生スルモ又ハ直接ニ其效果ヲ生スルモ共ニ賣買タルニ於テ區別スベキ所ナシト解ス但直接ニ財產權就中物權ノ變動ヲ來ス場合ニ在テモ登記引渡其他附隨ノ效果トシテ債務ノ發生ノ件コト多キヲ忘ルヘカラス

第二要件 當事者ノ他ノ一方ハ代金ノ支拂ヲ約諾スルコトヲ要ス 買賣契約當事者ノ他ノ一方ハ代金ノ支拂ヲ約諾スルモノナリ此當事者ノ一方ヲ買主ト謂フ此要件モ亦更ニ左ノ二點ニ分説スルヲ便トス

(一) 買主ノ支拂フモノハ代金ナルコトヲ要ス 代金トハ貨幣トシテノ金錢ノ所有權ノ謂ナリ既ニ貨幣ト謂フ以上ハ財產ノ價格ヲ測定スル標準ヲ意味スルヲ以テ自ラ法文ニ買主ノ給付ノ目的物タル其代金ハ少クトモ主觀的ニ賣主ノ給付スヘキ財產權ノ價格ニ相當スルコトヲ含有ス即賣買ニ於ル當事者相互ノ給付ハ反對給付(對價)ノ關係ヲ爲スモノナリ然ラサレハ負擔付贈與ト爲ルヘキナリ故ニ賣買ハ常ニ雙務契約ニシテ隨ラ亦有償契約ナリトス但物權的賣買契約ニ在テハ雙務契約ト同一ノ性質ヲ有スト謂フニ止ムヘキコト勿論ナリ如此代金ハ代物ノ對價タルヲ必要トスルカ故ニ其額ハ賣買契約其モノニ依テ少クトモ後日之ヲ確定スルニ足ル標準ヲ示シ置クヲ要ス體例之賣買契約ニ於テ直ニ數字ヲ以テ代金額ヲ示シタル場合ハ勿論一定ノ日時ニ於ル市場ノ相場ニ依ルモノトシ又ハ一般ノ時價ニ依ルモノトシ或ハ又第三若クハ當事者ノ一方ヲシテ代金額ヲ指定セシ

ムルモノト爲スモ可ナリ但後ノ場合ニ於テ其第三者又ハ當事者ノ一方ニ絕對ノ指定權アルモノト爲ス場合ハ以テ買主ニ對シ約束力ヲ生スルニ足ラス即契約トシテ不成立ナリト解ヘシ即一般ニ相當ト認ムル所ニ從テ決定スルノ權能アルニ止ル場合ナラサルヘカラサルナリ反之例之代金ハ後日定ムヘシト謂フニ止リ其決定ノ標準ヲ缺ク場合ハ代金タルノ要件ヲ備ヘサルモノト見ルヘキナリ(賣買ノ豫約トモ觀ルヲ得ス全然不成立ナル契約ナリ)

代金ノ意義ハ右ニ述ヘタルカ如クナルヲ以テ其適用ニ付テ言ヘハ(1)有價證券、就中約束手形ノ如キモノト雖之ヲ以テ支拂ニ宛ラタルトキハ賣買ト謂フヲ得ス(2)蓋嚴格ナル意義ニ於テハ代金トハ貨幣ノ意義ナリ而シテ貨幣ナル語ハ經濟上ノ意義ニ外ナラス然ルニ經濟上又法律上有價證券ノ支拂ハ貨幣其モノノ支拂ニ非サルヲ以テナリ然レトモ最近ニ於ル經濟思想進歩ノ傾向ヨリ謂ヘハ寧積極ニ解スルヲ可トスルニ似タリ(3)負擔ト異ル(4)貨金ト異ル而シテ兩換ノ場合及代金ト共ニ代金以外ノ給付ヲ同時間ニ爲ス場合ヲ區別シテ論セサルヘカラス

(二)此事ハ交換ノ節ニ論ス可シ
代金ノ支拂ニ關スルコトヲ要ス 支拂トハ代金ノ所有權ヲ單ニ移轉スル謂ナリ而シテ其要素ヲ具備スル以上ハ如何ナル方法ヲ以テスルモ支拂タルヲ妨ケス例之仕拂ハ間接又ハ直接タルコトヲ得即多クノ場合ニ於テハ代金ハ不特定物ナルヲ以テ一旦債務ヲ生シ此債務カ履行セラルニ依テ代金ノ所有權ヲ移轉スルモノト解スヘキモ物權の二代金カ移轉スル場合ニテモ可ナリ又時期ヨリ云へハ現金拂ニテモ掛拂ニテモ可ナリ而シテ一時ニ支拂フト定期其他數回ニ支拂ハルトヲ問ハサルナリ從テ金錢ヲ永小作料又ハ地代トスル場合ノ永小作權又ハ地上權ノ設定ノ如キハ其場合

ニ限リ賣買契約タルノ性質ヲ帶フルモノト見ル得ヘシ但質貸借 如キハ右ノ如キ條件ヲ具フル場合ニ在テモ第七節ノ規定アル以上ハ賣買ノ性格ヲ有セサルモノト見ルヘキナリ

第三要件 契約アルコトヲ要ス 賣買ノ成立スルニハ財產權ノ設定移轉ト代金ノ支拂トノ上ニ合意アルコトヲ要ス假令甲ニ財產權ノ設定移轉ノ約諾アリ乙ニ代金支拂ノ約諾アリト雖此二事項カ同一ノ契約ニ依テ實連のニ約諾セラルニ非サレハ賣買ニハ非サルコト勿論ナリ而シテ此契約アル以上ハ賣買ハ其一事ニ因テ成立シ又其合意ト同時ニ成立ス蓋近世ノ民法ニ於テハ賣買ハ諾成契約ニシテ(殆例外ナキ)方式契約又ハ要物契約ナルコトヲ必要トセサルヲ一般トス茲ニ一つ賣買力契約ニ依ルニ非サレハ成立セストノ原則ニ對スル一大例外アリ即賣買力單獨行爲ニ依テ成立スル例外ノ場合アリ賣買ノ一方ノ豫約即是ナリ本來豫約トハ後ニ契約ヲ締結スルコトヲ約スル契約ヲ謂フ故ニ豫約ノ效果ハ如何ト謂ヘハ左ニ二事項ヲ包含スルモノナリ(一)債務ヲ生スルコト(二)其債務ハ本契約ノ締結ヲ其內容ト爲スコト是ナリ而シテ豫約カ當事者雙方ニ右ノ債務ヲ生セシムルトキハ之ヲ雙方ノ豫約(一名雙務豫約)ト稱シ又當事者ノ一方ニノミ其債務ヲ生セシムルトキハ之ヲ一方ノ豫約(一名片務豫約)ト謂フナリ我民法ニ於テハ豫約ニ關シテ一般ノ規定ヲ設ケス唯賣買ノ片務豫約ニ付テ規定スルノミ(五五六條)然ルニ此規定ニ依レハ右賣買ノ片務豫約ノ要約者カ賣買ヲ完結スル意思ヲ表示シタルトキハ其一方の意思表示ニ因リ直ニ其時ヨリ賣買ノ成立ヲ來スモノト爲セリ(五五六條一項)而シテ此規定ハ賣買以外ノ有償契約ヲ豫約ノ目的ト爲ス場合ニモ本則トシテ準用アリ(五五六條)今其立法ノ理由ヲ推測スルニ當事者雙方ノ意思ハ豫約ノ成立ニ因テ業ニ已賣買ヲ締結スルノ點ニ付テ合致シタルモノト見ルヘキカ故ニ更ニ申込及承諾ナル二箇ノ意思表示即要約者

タル豫約債権者ノ申込又ハ承諾ニ對シテ債務者ノ履行トシテ債務者ニ於テ之ニ應スル承諾又ハ申込ヲ爲スニ非ナレハ本契約ハ成立セスト謂フカ如キ往廻セル方法ニ出ツルコトヲ必要トセス寧要約者一方ノ意思表示ノミニラ足ルトスルヲ以テ實際ニ適スト認タル便宜上ノ理由ニ外ナラサルヘシ然レトニ此規定ハ立法上ノ當否別論トシ少クトモ茲ニ述ヘタル豫約本來ノ性質ニハ反スルモノナルヲ認メサルヘカラス何トナレハ此規定ニ依レハ本契約ノ成立ニハ更ニ契約ノ締結アルコトヲ必要トセナルミナラス賣買全ク意思表示ニ依テ本契約ノ成立ヲ來シ得ル者ハ債権者タル一方ノミナルカ故ニ本契約ノ成立ハ債務者カ債務ヲ履行シタル結果ト見ルハ困難ナリ從テ賣買一方ノ豫約ハ契約締結ナル債務ノ發生ヲモ來サナルモノト解セサルヲ以テナリ然ラハ此賣買一方ノ豫約ノ性質ハ如何ト謂フニ名ハ豫約ト謂フト雖其實質ハ權利者クル一方ノ意思表示ヲ條件トスルノ停止條件附賣買契約ナリト解セサルヘカラス然ルニ豫約當事者ニ於テ豫約ナル語ニ依テ一ノ契約ヲ結び以上ハ後日、本契約締結ノ債務ヲ發生セシム意思ト見ルコト多クノ場合ニ於テ當竪ナリ然レトモ第五五六條ハ意思解釋ノ規定ニ非ス任用規定タルニ止ル從テ假令豫約當事者ニ於テ豫約ノ名稱ノ許ニ停止條件附賣買ヲ締結スルノ意思無ク單ニ後日賣買契約ヲ締結スルノ債務ヲ生セシムノ意思ニ過キサル場合ト雖少クトモ默止ニラ其意思ニ表示アリタルモノト認ムヘカラサル以上ハ尙停止條件附賣買契約ヲ成立セシムノ外ナキヲ認メサルヲ得ス此點ヨリ見レハ此規定ハ管ニ豫約ノ本質ヲ無視セサルノミナラス當事者ノ意思ニモ反スル場合少カラサルモノト爲サナル可カラス縱合民法ニ於テ豫約ハ契約締結ノ債務ノ發生ヲ來スニ過キサルモノト規定スルモ期附又ハ停止條件附賣買アルヲ認メタル以上ハ決シテ取引ノ進行敏活ヲ妨クルモノト謂フヘカラサルナリ要スルニ同條ニ付テハ立法上抗難ノ餘スヘキナリ即雙務豫約ハ一般ノ原則ニ從テ其内容ヲ定ム可キモノト解ス

(二) 無償契約 (五五九條) 例之贈與使用貸借ノ豫約ノ如シ
 (三) 契約ノ性質カ第五五六條ニ從フコトヲ許サナル場合 (五五九條但書) 即消費貸借寄託ノ如キ要物契約取消シ得カラサル效果ヲ生スル贈與ノ如キ書面契約ニハ適用無キナリ

(四) 常事者カ反對ノ意思ヲ表示シタル場合 著同條ハ任意規定ナルヲ以ナリ
 豫約ハ種ノ契約ナルヨリシテ一般契約ノ消滅事由ニ從フコト勿論ナレトモ其他尙豫約ニ特別ナル消滅事由ヲ有ス左ノ如シ
 (一) 本契約ノ締結又ハ權利者一方ノ意思表示ニ因ル本契約ノ成立

(三)(二) 片務豫約ノ債権者タル當事者ノ一方又ハ雙務豫約ノ雙方ノ當事者カ本契約締結請求ノ債権ヲ拋棄シタルトキ
 (四) 通常ノ豫約ニ付テハ債権ニ關スル十年ノ消滅時效ノ完成又第五五六條ノ豫約ニ付テハ一種ノ財產權トシテ二十年ノ消滅時效ノ完成シタルトキ(一六七條)

限リハ其欠缺ハ其法律行爲トシテノ成立ヲ害スルニ止リ契約ニ關シテ多クハ別ニ無名契約トシテ成立フ來スフ常トス然ルニ其客觀要件ヲ當事者ニ於テ特ニ主觀要件ト爲シタルトキハ其要件ノ欠缺ハ絕對ニ其行爲ヲ不成立ト爲セハナリ主觀要件ナルモノハ法律行爲殊ニ契約ノ成立ニ付テ右ノ如ク重大ナル地位ヲ占ムルモノナリト雖客觀要件ト異リ畢竟各節ノ法律行爲ニ關スル事實問題ニ屬ス是各種ノ契約ノ要件ヲ叙フルニ方テ一之ヲ論セナル所以ナリ

(下)賣買ノ特別要件

以上述ヘタル一般要件ノ外特定ノ場合ニ於ル賣買ニハ一種ノ消極要件即特別ノ制限アリ之ニ違反スルトキハ或ハ賣買ノ不成立ヲ成シ或ハ又賣買ヲ取消シ得ヘキモノト爲スニ至ル即特別要件ノ中ニハ完成要件ヲモ含ムモノトス即左ノ如シ

(一)主體ニ關スル制限

一般無能力者ノ賣買

夫婦間ノ賣買(七九二條)

被後見人ノ財產又ハ被後見人アルニ對スル第三者ノ權利ヲ目的トスル後見人ノ賣買(九三〇條)

(二)此他尙特別法上主體ニ關スル賣買ノ制限ハ少カラス(辯護士法一九條其他)

目的物ニ關スル制限 不融通物禁制物ノ如キハ之ニ屬ス此他外國法制ニ於テハ或ハ將來受クヘキ相續財產ノ賣買ニ關シ或ハ他人ノ權利ノ賣買ニ關シテ制限ヲ設クルモノアリ(佛法羅馬法等)前者ハ將來ノ財產權ノ讓渡其他ノ一般理論ニ依テ決スヘク後者ハ後ニ賣買ノ效力ノ款下ニ説明スヘシト雖我民法上ニ二者共ニ一定ノ範圍内ニ於テ有效ナルモノトス

右主體目的物ノ外代金方式等ニ關シテモ外國法中一定ノ制限ヲ加フルモノアリト雖我民法ハ之ヲ認メタルナリ
以上賣買ノ要件ノ説明ニ由テ併セテ賣買ノ性質ヲ明ニスルコトヲ得タリト信ス賣買ハ(一)有價(二)雙務(廣義)(三)諾成(例外アリ)ナリトス

第二款 賣買ノ效果

謂賣買ノ效果

賣買ハ雙務契約(廣義)ナルニ由リ権利モ義務モ共ニ當事者ノ雙方ニ生ス且其權利義務ハ物權のノモノナルコトアリ而債權的ノモノナルコトアリ而シテ特に注意スヘキハ賣買ノ效果ハ一般契約ノ效果ト同ク主トシテ當事者ノ公平及意思ニ基ケル規定ナルカ故ニ其殆全部任用的ナルコト是ナリ唯後ニ説明スル賣買ノ要素タル擔保義務(五七二條)賣買ヨリ生スル留置權先取特權ノ發生ノ如キ僅少ノ例外アルノ

(上)賣主ノ義務即買主ノ權利
賣買ニハ他ノ有償契約ト同ク本來賣買契約ニ依テ當事者ノ遂ゲント欲シタル效果ト其效果ノ阻止セラレタル場合ニ於テ法律ニ於テ必要要ト認メ若クハ當事者ニ於テ必要ト認タル救濟的ノ效果トノ二ヲ含有ス

(甲)原始義務 買買ノ原始義務ハ更ニ分チテ主タル義務ト從タル義務トノ二種ト爲ス得ヘシ賣主ノ方面ニ付テ謂ヘハ財產權ノ設定又ハ移轉ノ義務ヲ主タル義務ト爲シ從タル義務トハ(1)目的物ノ引渡(2)第三者ヘノ對抗手續ノ履認(3)目的物ノ保存(4)賣買費用ノ分擔等ヲ指スモノトス

如此原始義務カ主從二種ニ分ルニ付テハ何人モ異議無キ所ナリト雖債権契約ノ場合ニ付テハ此ニ區別ハ比較的明瞭ナラス然レトモ物權契約タル賣買ニ付テ見レハ此區別ハ明ナラン物權ノ設定移轉ハ物權契約ニ依テ生ス而シテ是從屬的ノ狀態ニ在ル債務(保存債務等)ハ債權契約ニ因テ生ス其二者ノ關係ニ至テハ法理上ノ一問題タリ凡財產權ノ設定移轉ヲ約束スル以上ハ其結果トシテ從タル義務ハ當然ニ發生スルモノニシテ敢從タル義務ヲ生セシムヘキ特別ノ意思表示アルヲ俟タズ却テ將ニ從タル義務フ生セラシメントスル場合ニ其特別ノ意思表示ヲ要スルモノナルコトハ恰主物從物ノ處分ノ關係ニ同シ是債權譲渡ヲ目的トスル賣買所有權移轉ヲ目的スル賣買ノ實情ニ付テ見ルモ殆既ヲ容レサル所ナルカ如シ(第一見解然レトモ若意思表示ニ重キヲ置クトキハ法律上效果ノ發生ハ當事者ノ意思表示ヲ標準トスヘキコト原則ナリ主タル義務從タル義務ト謂フモ一カ他ノ原因ニシテ他カ一ノ結果ナリトノ謂ニハ非ス唯權利其モノニ付テノ區別ノミ左レハ從タル義務ト雖之ヲ發生セシムメントスル意思表示ナキトキハ主タル義務ノミ獨發生スルモノト看做サルヘカラス唯主タル義務發生ノ意思表示ハ同時ニ從タル義務ヲ發生セシメントスル暗黙ノ意思表示ヲモ併フコト通常ナルノミ然レトモ右ノ理論ノ結果暗黙ノ意思表示カ併ヘルコトノ舉證ノ責ハ飽迄モ買主ニ存セサルヘカラスト見ルコトモ頗有効ナルカ如シ(第二見解)知ラス此相反セル見解ハ何レ正當ト認ムヘキコトハ法理トシテハ後ノ見方ヲ正當ト信スルモ實際結果ノ歸著スル所ハ大體ニ於テハ却テ前ノ見解同一ナルヘキモノト解ス予ハ法理ノ問題トシテ考フルニ意思表示ハ法律效果ノ起動因ニ遇キス其起動因ニ因テ法律效果カ生スルニハ法律規定ナカル可カラス從テノ效果カ如何ナル範圍ニ迄發生スルカ分明ニスルニハ其效果ノ發生ヲ司ル法規ノ精神ノ在ル所ヲ標準ト爲サツル可カラス故ニ意思表示ノ内容トスル效果ノ全部ハ常ニ必シモ發生

スルモノニ非サルト共ニ時トシテハ意思表示ノ金圓スル以外ノ效果ヲモ發生セシムバコトナキニ非斯即此點ヨリ謂ヘハ賣買契約ノ意思表示カ主タル義務ノミニ止ル場合ト唯尙從タル義務ヲ發生セシメスト解スヘキ限ニハ非サルナリ然レトモ此場合ニ於テハ主タル義務ト從タル義務トノ間ニハ必然的ノ因果關係アリモニニ非ス從タル義務ノ併ハサル主タル義務ノミノ存在スルコトハ認め得ヘキコトナリ即今日ニ於ル私法ノ基礎ヨリ謂フトキハ從タル義務ヲ主タル義務ノ結果ト爲ス迄ノ公益上ノ理由ヲ有セナルモノト認ムヘキカ故ニ意思表示ヨリスルモ將表示主義ヨリスルモ而モ主物從物ノ關係ニ於ルカ如キ明次ナキ以上ハニ賣買契約ニ於ル意思表示ノ欲求スル範圍ニ於ノミ義務ノ發生スルモノト爲スノ法旨ナリト解スルヲ穩當トス且一方ヨリ見レハ賣買ノ如キ財產權ノ特定承繼アルコトハ素ト現狀ノ顛覆ナリ隨テ其意思表示アリテ始テ顛覆アリ意思表示アルコトハ現狀ノ維持ニ在リトスルヲ以テ法力此場合ニ對スル效果發生ノ精神ト見ルヘキコトノ穩當ナルハ殆疑ヲ容レス換言スレハ物ノ主從ノ關係ニ關スル如キ反對ノ規定ナキ以上ハ法理論トシテハ現狀ノ顛覆即從タル義務ヲ生スルコトハ意思表示ヲ俟テ生スルモノト認メサルヲ得ナルナリ或ハ物權ノ設定移轉債權ノ讓渡等ニ付テ第三者ニ對抗スル要件ヲモ規定シ居ルハ後者ヲ以テ前者ノ結果ト解スル人アルハケレトモ其然ルヤ否ナハ寧法理上如何ニ見ルヤニ依テ定マルヘキモノニシテ此點ヲ以テ法理ヲ決セントスルハ本末ヲ顛倒セルモノト謂フヘキナリ然レトモ右ハ法理論ニ遇キス今此理論ヲ賣買ノ實情ニ照シテ考フルニ當事者ニ於財產權ノ設定移轉ト謂フ以上ハ完全ナル設定移轉ヲ意味スルモノト解スルヲ穩當ナルコトモ亦疑ヲ容レス例之所定可キニ非ス第三者ニ對スル關係ニ於テモ其所有權ノ移轉ヲ來スノ契約ノ趣旨ナリト解ス

ア侯タス（一）七六條乃至一七八條又其財產權ノ占有ヲモ必要トセハ賣主ニ於テ目的物ヲ受取ル迄ハ賣主ニ於テ保存ノ任ニ當ラナルモ可ナリトノ契約ナリト見ルコトハ困難ナリ債権ノ譲渡ノ如キニ付テモ亦同シ（四六七條以下）由是觀ルトキハ法理上必要ト認ムヘキ從タル義務發生ノ意思表示ハ實際ニ於テハ殆常ニ主タル義務發生ノ意思表示中暗黙ニ包含セラルルモノト爲スヲ得ヘク唯極テ稀有九ル場合ニ於テ極テ特別ナル事情ニ基キ此意思表示ノ暗黙ニモ含マレナルモノト認ムヘキコトアルノミ故ニ通常ノ場合ニ於テハ舉證ノ責ハ却テ賣主ニ存スト信ス但爲ラニ法理上此問題ヲ論スルコトハ全ク實無無キモノト解スヘキニ非ナルコト勿論ナリ蓋通常舉證ノ責ノ賣主ニ存スルコトハ同一ナリトシテモ其舉證ノ内容カ異ルナリ即結果說ニ從ヘハ賣買契約ニ於テ特ニ從タル義務ヲ發生セシメサル旨ノ約束アリタル旨ヲ證明セサルヘカラス反之意思表示說ニ依レハ從タル義務ヲモ發生セシメントスル意思ハ暗黙ニモ包含セラレサリシ旨ヲ證明スレハ足ルナリ

第一 主タル義務 主タル義務ノ内容ハ場合ヲ區別セサルヘカラス

（一）債権的賣買ナルトキ 債権的賣買ナルトキハ財產權ノ設定又ハ移轉ノ債務ナリ而シテ單純ノ債權的賣買ナラハ特定物ニシテ且現ニ賣主ニ屬スル場合ニハ其債務ハ即直ニ履行セラレテ財產權其モノノ變動ヲ來スモノトス又若不特定物又ハ他人ノ權利若クハ將來ノ權利ニ屬スル場合ニハ其效力特定シ若クハ現實ニ賣主ニ屬スルニ至リ債権ノ履行アルヲ待テ始テ財產權ノ變動ヲ生スルナリ（五六〇條以下）然レトモ又期限附若クハ條件附ノ債権賣買タルヲ妨ケス凡テ是等ノ場合ニ於ル理論ハ總則法律行爲ノ理論ニ依テ明アルヘシ

（二）物權的賣買ナルトキ 此場合ニ單純ノ物權的賣買ナルトキハ財產權ノ變動ハ現ニ賣主ニ屬シ且接ト謂フコトヲ即坐ノ意義ニ誤解セルニ依ルモノナルコトハ曩ニ述へタル所ナリ此他條件附期限接ト謂フコトヲ即坐ノ意義ニ誤解セルニ依ルモノナルコトハ曩ニ述へタル所ナリ

附物價賣買ノ場合ハ之ヲ總則ニ讓ル
右ニ述ヘタルカ如ク他人ノ權利ト雖債権賣買又ハ物權賣買ノ目的物タルヲ妨ケス然レトモ此點ニ於テモ第四〇一條ノ適用アルナリ又若將來ノ權利若クハ他人ノ權利ニ關スル場合ニハ其權利カ現實ト爲リ又ハ賣主ニ歸スルト同時ニ其效果ヲ來スモノトス（五六〇條）或ハ不特定物又ハ他人ノ權利等ニ關スル場合ニハ物權賣買ハ不成立ナリトノ說ナキニ非スト雖是物權契約ノ要素タノ當然直利等ニ關スル場合ニハ物權賣買トシテ即坐ノ義理ニ誤解セルニ依ルモノナルコトハ曩ニ述へタル所ナリ此他條件附期限接ト謂フコトヲ即坐ノ意義ニ誤解セルニ依ルモノナルコトハ曩ニ述へタル所ナリ

ナルへカラスト考フルハ寧當然ノ結果ナリ是即佛法ニ於テ他人ノ物ノ賣買ハ無効ナリトノ原則カ認メラレタル所以ナリ而シテ此規定ハ爾後他ノ佛民法ノ部分ト同ク一時歐ノ法制ヲ風靡シ今日ニ於テモ伊(一四五九條)和(一五〇七條)等之ニ則ル但此原則ノ理由トシテハ爾後種々ノ説明ヲ付スルモノアリ(1)公秩違反説(2)錯誤説(3)自己ノ有スル以上ノ權利ヲ移スヲ得ストノ説(4)原因欠缺説等是ナリ

右ノ法制ニ付テ注意スヘキハ所謂他人ノ物ノ賣買ト謂フ場合ハ特定物ノ場合ニ限ルト爲スコト是ナリ蓋不特定物ノ場合ニハ何人ニモ屬セナルヲ以テ他人ノ物ナル觀念ハ生シ得スト見ルニ依ルナリ然レトモ是實ハ誤レリト信ス何トナレハ佛法系ニ於テハ賣却トハ物權移轉ノ意義ト解シ他人ノ物ハ自己ニ屬セナルヲ以テ移轉スルコト能ハ斯故ニ無効ナリト爲スモノナリ然ルニ不特定物ハ通常何人ニモ屬セナルモノナルヲ以テ自己ニ屬セナル點ハ他人ノ物ノ場合ト同一ナルヲ以ナリ然ルニ此場合ニ付テハ佛法ノ下ニ於テモ賣主カ單ニ他人ノ物ヲ取得シテ之ヲ買主ニ移スノ債務ヲ負擔スル場合ト同ク認メテ有效ナリト解シ以テ他人ノ物ノ賣買ヲ無効トスル規定ノ範圍外ニ立ツ二例外ノートスルハ實ハ他人ノ物ノ賣買ヲ無効ト爲スコトニ弱點ノ存スルコトヲ表白シタルモノト謂ヒテ可ナリ又他人ノ物ノ賣買ナル語ヨリモ他人ノ權利ノ賣買ナル語ノ方正確ナリ何トナレハ所有權ノ賣買ニハ限ラサレハナリ

問題ノ範圍意義ハ右ノ如クナリトシテ然ラハ、他人ハ、權利ハ、賣買ハ、果シテ無効トナスヘキモノナルカ、凡財產權ノ處分ハ處分者ニ於テ其財產權ヲ有スルコトヲ要件ト爲スコトハ勿論ナリト雖決シテ處分ノ意思表示ヲ爲ストキニ存在スルコトヲ要スル條件ニ非ス其意思表示ニ於テ現實ニ移轉ス

可キモノトシタル時期ニ移轉シ得レハ足ルモノナリ然ラサレハ將來ノ財產權ノ讓渡ハ勿論財產權ノ自己ニ歸屬スルノ條件トスル停止條件附又ハ始期附ノ契約迄モ無効トナリ又不特定物ノ賣買ノ如キモ無効ト爲ルニ至ルヘキコト義ニ述ヘタル如クスカシテ取引ノ範圍ハ不當ニ縮少セラルコトト爲ルヘキヲ以テナリ要スルニ處分ノ意思表示ノ時標準トシテ言ハハ將來移轉スルモノト定メタル時期ニ移轉シ得ル希望アレハ充分足ルナリ若斯ル希望アルニ拘ラス法律ニ於テ之ヲ無効ナリト定メンカ是當事者ノ意思ニ反シテ不必要ノ干涉ヲ爲スモノナリ何故ニ當事者ノ意思ニ反スルヤト謂フニ通常賣買ニ於テ當事者ハ即時移轉ヲ主觀要素トスルモノニ非ナレハナリ詳言スレハ特ニ當事者カ其意思ナルコトヲ表示セサル場合ニ於テハ假令即時ニ移轉スルナラントノ豫想ヲ抱居リシ場合ニ於テモ其豫想ニ反スレハトテ其實質其モノヲ不成立トスル意思ヲ以テ契約ヲ締結スルモノニハ非ス買主ハ寧即時移轉ト謂フ豫想ニハ反スト雖相當ノ保護タニアラハ猶賣買ノ依然成立スルコトヲ希望スル考ニテ賣買ヲ結ヘルモノト觀ルヘキコト通例ナルヲ以テナリ又何故ニ不必要ノ干渉ナリヤト云フニ當事者ノ意思ハ即時移轉ヲ要素トセサルコト通常ナルニモセヨ若佛民法ノ如ク賣買ニ關シテ取レル根本ノ主義ニ結果トシテ無効トスヘキ正當ノ事由カ存スルナラハ特ニ當事者ノ意思ヲ無視シテ無効ト爲スコト其理由アレトモ我國法ニ於テハ如此事由ハ精密ニ考フルトキハ一トシテ存セサルヲ以テナリ第一ニ佛法ノ通說タル目的不能ト謂フコトハ佛法ノ賣買ニ對スル見解即時移轉ヲ要素トセサルコト通常ナルニモセヨ若佛民法ト謂フ可キナレトモ一旦此觀念ヲ同法ニ於テ認メタル以上ハ他人ノ賣買ヲ無効トスルコトハ致方ナキ結果ト謂フ外ナシ然レトモ我民法ニ於テハ即時移轉ヲ賣買ノ要素トハ爲ヌ斯故ニ又他人ノ物

ノ賣買ハ決シテ目的ノ不能ニ非サルナリ何トナレハ其他人ヨリ取得シテ之ヲ買主ニ移スコトハ可能ナレハナリ第二ニ公ノ秩序ニ反スト云フカ如キハ佛民法其他佛法系ノ法制定説明トシテモ誤レリ況我民法ニ於テオヤ蓋他人ノ權利ノ賣買ハ稀ニハ刑法上ノ冒認罪ヲ構成スルカ故ニ此場合ニハ公益違反ノ法律行為トシテ無効ナリトスルハ強チ認メ難キ見解ニ非ス只一方ニ刑法上ノ犯罪行為ハ其理由ニ依リ民法上ノ法律行為ノ效力ニ影響ヲ及スヘキモノニ非ス例之刑事上ノ詐欺ハ常ニ民法上取消シ得ヘキニ止マル詐欺ヲ無効トスルノ力ヲ有セス何トナレハ民法ト刑法トハ其立法ノ見地ヲ異ニスレハナリトノ有力ナル反對説アルカ爲ニ薄弱ナル見解ト爲ルニ過キス左シハ此場合ハ論者ノ見解ニ從フトスルモ少クトモ通常ノ場合即單ニ賣主ノ誤信ニ出テタル場合並ニ單ニ惡意ノ場合ハ冒認罪ニハ非サルナリ何トナレハ惡意ノ場合ト雖他人ノ物ヲ自己カ取得セシムニ冒認ニ依テ買主ニ引渡スノ意思ニハ非サレハナリ若之ラシモ公益違反トセンカ今日最繁縝ニ行ル取引ノ方法タル不特定物ノ供給契約ノ如キモ亦無効ナリト爲サルヘカラス何トナレハ供給契約ノ如キモ亦他人ノ物ヲ取得シテ買主ニ供給スルヲ目的トスルコト通常ナレハナリ又將來ノ物ヲ目的トスル停止條件附又ハ始期附ノ賣買モ此論法ニ從ヘ無効ト爲サルヲ得サルヘシ第三ニ錯誤ナリトノ説明ハ錯謬ノ何タルヲ知ラナル者ニシテ取ルニ足ラサルナリ蓋買主ハ即時移轉ヲ要素ト爲サルコト前述ノ如クナレハナリ第四ニ自己ノ有スル權利以上ノ權利ヲ他人ニ移ス能ハストノ格言ノ適用ヲ受クルトノ説明モ亦誤レルコト明ナリ何トナレハ此格言ハ意思表示ノ時ヲ標準トスヘキモノニ非ス權利移轉ノ時ヲ標準トスヘキモノナルコト前述ノ如シ然ルニ此場合ニ賣主ハ自己ニ取得シテ之ヲ買主ニ移サントスルニアレハナリ第五ニ法律行為ノ原因ヲ缺ケリトノ説ノ如キモ非ナル

コト論ヲ要セス何トナレハ論者ノ謂フ原因トハ畢竟即時移轉ヲ要素トスル觀念ニ基クモノナレハナリ由是觀之無效主義ヲ取ルハ不必要ノ干涉ト謂ハサルヘカラサルナリ
要之他人ノ權利ノ賣買ハ例外トシテ左ノ二場合ニノミ無効タリ即(當事者カ其賣買ノ意思表示ニ於テ即時移轉フ主觀要素トセル場合ニ於テハ買主若クハ雙方ノ惡意ナリシトキハ目的ノ不能シリ又此場合ニ買主若クハ雙方カ誤信ナリシトキハ錯謬シテ無効ナリ)(二)賣買ノ性質カ冒認ニ在リシトキハ無効ナリ但單ニ賣主ノ意思カ冒認ニ在リシニ止ルトキハ意中留保ノ一場合トシテ有效ナリト信ス而シテ此他ノ場合ニ於テハ即本則トシテハ有效ト認メサルヘカラス只此場合ニ於テハ或ハ移轉ノ時期カ當事者ノ豫想ニ反シ或ハ賣主ニ於テ其他人ノ權利ヲ取得シ能ハサルコトアルカ故ニ特ニ買主ヲ保護スル爲ニ通常ノ賣買ト異リタル待遇ヲ爲スノ必要アリ是我民法ニ於テ五六〇條以下ノ規定ノ設アル所以ナリ尙一言スヘキハ如此他人ノ權利ノ賣買ヲ無効トスヘカラサル理由ハ獨法系等ノ法制ニ於テ一般ニ認ムル所ナリ殊ニ獨民法等ヲ以テ一方ニ賣買等ヲ債權契約ト認メ他方ニ物權ノ設定移轉ハ登記又ハ引渡フ經ルニ非サレハ當事者間ニモ其效果ヲ來ナストシタル仕組ナリ解スルトキハ之ヲ有效トスヘキ一層強力ノ理由アルナリ而シテ佛民法ノ下ニ於テモ近時無效説ノ是認スヘカラナル感スルヨリシア無効ノ原則ヲ定メタル同民法第一五九九條ノ解釋トシテモ種種ノ巧妙ナル説明ヲ按出シテ適用上右ノ規定ヲ廢止ノ結果ニ歸セント努メツアルハ趣味アル現象ナリトス

第二 從タル義務 従タル義務トハ曩ニモ述ヘタル如ク引渡對抗要件ノ履錢保存費用ノ分擔等トス今

其内容ヲ分説スルニ先チ此等ノ義務ノ性質ニ付テ一言スルノ必要アリ此點ニ關シテハ見解一致セナムモノ如シト雖予ノ見ル所ヲ以テスレハ何レモ皆債務ト解シテ誤ナシト信ス蓋物ノ保存費用分擔ノ債務ナルコトハ明ナリト雖目的物ノ引渡登記等ノ如キハ主タル權利ノ結果ナルカ如キ感アリ例之所有權ノ賣買ニ在テハ所有權ノ移轉ノ結果買主ハ其所有權ノ行使トシテ引渡又ハ登記ヲ求メルカ如クニモ解セラル換言スレハ賣主ハ買主ニ移リタル所有權ニ對スル物權上ノ義務トシテ其物ヲ引渡又ハ登記ヲ爲サルヘカラサルモノナルカ如クニ見ヘサルニ非ス然レトモ此見解ノ正當ナラサルコトハ曩ニ辯駁シタル從タル義務ハ主タル義務ノ結果ナリトノ見方ヨリモ甚シ何トナレハ此見解ハ結果説ヲ以テ效果ノ範圍ヲ律スルニ止ラス其義務ノ性質ヲ迄定メント欲スルモノナレハナリ然レトモ既ニ結果説ノ理論トシテ採ルヘカラサル以上ハ引渡登記ノ如キ從タル義務ハ前例ニ付テ言ハ所有權移轉ノ結果トシテ生スルモノニハ非ス買主ニ所有權移轉セル結果ハ所有權移轉ノミニ止レトモ賣主ハ所有權ヲ移シタル賣買契約其モノニ依テ別ニ其目的物ノ占有權ヲモ買主ニ移シ又自己ト買主トノ間ノ關係ニ於テ所有權ヲ移スニ止ラス買主ニシテ第三者ニ對シテ完全ニ其所有權ヲ取得セシムル爲ニ登記又ハ引渡ヲ爲スノ義務ヲ負フナリ由是觀之此義務ハ買主ノ取得セル所有權其モノノ維持作用タル義務ニハ非ス即所有權ニ對當スル物權上ノ義務ニハ非ナルコト疑ナキト共ニ賣買其モノヨリ賣主カ買主ニ對シテ爲スヘキ義務トシテ生スルモノナルカ故ニ即債務ナリト謂フ外ナキナリ(四十條)登記又ハ引渡カ債務ナル實益ハ數多アリ其一二ノ例ヲ示サハ第一ノ買主ハ先キニ登記又ハ引渡ヲ爲シタル第二ノ買主カ惡意ナル場合ニ於テハ廢能訴權ヲ利用シテ其登記渡ヲ取消ストヲ得ヘシ(但登記申請ハ官廳ニ對スル意思表示ナルカ故ニ又引渡ヘ占有權移轉ナルカ故ニ共ニ法律行爲

スルモノト認メ商法施行法第一一七條ハ此規定ヲ商事ノ區域ヨリ除外シタリ
 (四) 債務ノ連帶 民法ニ於テハ債務者數人アル場合ニハ各債務者ハ平等ノ割合ヲ以テ其債務ヲ負擔スベシ即債務ハ頭數ニ應シテ分タルル原則トス故ニ若各債務者ヲシテ恰唯一ノ債務者ナルカノ如ク債務全部ノ履行ノ責ニ任セシメンニハ所謂連帶責任ニ關スル特約ヲ爲スノ必要アリ(民四二七條四三二條)然ルニ商法ハ之ト全ク反對ノ原則ヲ採用シ數人カ其一人又ハ全員ノ爲ニ商行為タル行爲ニ因テ債務ヲ負擔シタルトキハ當然各自連帶シテ其實ニ任スヘキモノト爲セリ(二七三條)蓋當事者ノ多數ナル場合ニ若債務カ其頭數ニ應シテ分ルモノトセハ債權者ハ其債務者ノ全體ニ付一其信用ノ確實ナルヤ否ヤヲ調査スルノ必要アルヘク其煩ヲ避ケントセハ所謂連帶責任ニ付特約ヲ爲スノ勞ヲ取ルノ必要アルヘシ如此ハ取引繁劇ニシテ敏活ヲ重ンヌ商ノ實際ニ適合セサルノミナラス或ハ之カ爲ニ契約ノ締結ヲ躊躇セシムルノ結果ヲ生シ却テ當事者双方ノ不便ヲ來スコトナシテ斯故ニ此規定ハ當ニ商取引ヲ安全ナラシムルノミナラス當事者双方ニ便宜ヲ與フルモノト謂ツヘキナリ
 此連帶規定ハ其債務者ノ總ラカ商人タルコトヲ必要セス唯其號カニ取り商行為タル取引ヨリ生シタル債務ナレハ足レリトス故ニ其債務者ハ全部商人ナルト一部商人ナル場合ハ勿論時トシテハ絕對的商取引人ナルトキニモ適用セラルコトアルヘシ例之非商人二人以上共通ノ計算ヲ以テ臨時ニ絕對的商取引ヲ爲ス場合ノ如シ反之若其債務カ債務者ノ何人ヨリ見ルモ商行為タル取引ニ因テ生シタルモノナルトキハ総合債権者ニ取テハ其取引商行為タル場合ト雖本條ハ適用セラルコトナシ例之非商人數人カ共同シテ銀行ヨリ金錢ヲ借人ルル場合ノ如シ尙本條ハ數人カ共同シテ一箇ノ債務ヲ負擔セル場合ニ付テノミ適用セラルモノナル以テ総合各債務者カ全部履行ノ責ニ任スルトモ其債務カ各自獨立

シテ生存スト認ムヘキ場合例之手形債務ニ付テハ本條ノ適用ナント知ルヘシ
連帶債務ノ原則ハ保證債務ニモ其適用アリ元來民法上ニテハ保證人ハ債権者トノ關係ニ於テ三箇ノ利益ヲ有ス即後訴ノ利益トテ債権者ヨリ請求ヲ受ケタルトキハ保證人ハ先ツ主タル債務者ニ催告ヲ爲ス
ヘキ旨ヲ請求スルコトヲ得ヘク（民四五二條）又檢索ノ利益トテ債権者カ主タル債務者ニ催告ヲ爲シテ
其履行ヲ得サル時ト雖尙保證人ハ主タル債務者ニ辨済ノ資力アリ且其執行ノ容易ナルコトヲ證明シテ
先主タル債務者ノ財産ニ付執行ヲ爲サンコトヲ請求シ得ヘシ（民四五二條）又分別ノ利益トテ保證人ノ
多數ナル場合ニハ各保證人ハ平等ノ割合ニ於テ其債務ヲ履行スルヲ以テ足レット（民四五六條、四二
七條）然レトモ如此ハ前陳セル如ク商取引ノ信用ヲ保護シ其安全ヲ圖ル所以ニ非ナルヲ以テ商法ハ之
ニ對シテ特別規定ヲ設ケ債務カ主タル債務者ノ商行為ニ因テ生シタルトキ又ハ手形保證ノ如ク保證夫
レ自身カ商行為ナルトキハ保證人ト主タル債務者トヲシテ連帶シテ其債務ヲ負擔セシメ而シテ其債務夫
ハ主タル債務者ト保證人トカ時ト所ヲ同ウシテ之ヲ負擔シタルト將又各別ノ行為ヲ以テ之ヲ負擔シタ
ルトヲ問ハス等々連帶責任アル者ト爲セリ（二七三條一項）隨テ商事上ノ保證人ハ民事上ノ保證人ト異
ナリ後訴ノ利益検索ノ利益及分別ノ利益ヲ主張スルコトヲ得シテ債権者ノ請求ニ從ヒ直ニ全部又ハ
一部ノ履行ヲ爲ササルヘカラス

第三 商事債權ノ讓渡

商事債權ノ讓渡ニ關シフ總則ニ特別規定アルハ金錢其他ノ物ノ給付ヲ目的トスル指圖債權例之手形、
貨物引替證券、質入證券、船荷證券等ノ讓渡ニ關スル第二八一條ノ簡條アルノミ然レトモ此一
箇條ハ其内容ニ於テ多クノ事項ヲ包含シ且實際ニ最多ク其適用ヲ見ル重要ナル規定ナリ元來債權讓渡
ヲ要シ此手續ヲ爲サナルトキハ其讓渡ヲ以テ債務者其他ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス（民四六七條）
然ルニ商事上ニテハ金錢又ハ商品ハ其運用殊ニ頻繁ナルヲ以テ之カ給付ヲ目的トスル債權ハ未履行ヲ
見サル間ニ之ヲ他ニ移轉シテ對價ヲ得ルノ必要ヲ感スルコト多シ隨テ債權移轉ノ頻繁ナルハ到底民事
ノ比ニ非不容易ニ且完全ニ其移轉ヲ爲シ得ルハ商事ニ最必要ナル事柄タリ此必要アルカ爲ニ商ノ實際
ニ於テハ特ニ無記名債權、指圖債權カ盛ニ歡迎セラルナリ蓋無記名債權及指圖債權ハ指名債權ト異
ナリ前記ノ手續ヲ要スルコトナク極テ容易ニ且完全ニ其讓渡ヲ爲シ得ヘケレハナリ即無記名債權ハ其
證券ノ持有人即權利者ナルヲ以テ其讓渡ハ證券ヲ交付スルノミニテ之ヲ完結シ得ヘク又指圖債權ハ其
名ノ示スカ如ク指圖式即何某又ハ其指圖人ノ請求ニ應スヘキ旨ノ形式ヲ具フルモノナルト以テ其讓渡
ニハ證券ニ指圖人ヲ定メタル上ニテ之ヲ交付スルノ必要ハアルモ其ニハ何等ノ手續ヲ要セス其讓渡
ハ完全ニ第三者ニ對抗スルコトヲ得ルナリ如此記名債權ハ證券ヲ交付スルノミニテ之ヲ完全ニ其讓渡ヲ爲
シ得ルカ故ニ之ニ付テハ別段ノ規定ヲ要セスト雖指圖債權ノ讓渡ニハ右ニ述ヘタル如ク證券ニ一定ノ
人ヲ指圖スル必要アリ是所謂裏書ニシテ此裏書ノ必要アルカ故ニニシテ此裏書ニハ

定存スルナリ

裏書ニハ一定ノ方式アリ其方式ヨリスレハ裏書ヲ別テ二種ト爲スコトヲ得（其一）ハ指定裏書ニシテ裏
書人カ裏書ヲ爲スニ當リ別裏書人ヲ指定スルモノ謂ヒ所謂正式ノ裏書ナリ此正式裏書ニハ一定ノ方
式アリテ裏書人ハ指圖證券又ハ其謄本若クハ補簽ニ被裏書人ノ氏名又ハ商號ト裏書ノ年月日ト記載

シ之ニ署名スルコトヲ要ス此記載ハ裏書ノ成立ニ必要條件ニシテ其一ヲ缺クトキハ裏書讓渡ノ效果ヲ生セス(二八二條四五七條一項)(其二)ハ白地裏書ニシテ被裏書人ヲ指定セナル署式ノ裏書ナリ即裏書人ノ署名ノミニテ爲ス裏書ナリ署名ノミト謂フモ敢裏書日附ノ記載ヲ禁スルニ非ス白地裏書トハ唯被裏書人ノ氏名ノミカ空白ナルヲ以テ爾カ謂フニ過キスト解スヘシ此略式裏書ハ正式裏書ト異ナリ單ニ裏書人ノ署名ノミヲ要件ト爲スニ止ルカ故ニ裏書ノ手數ヲ省クト共ニ此方法ニ依テ裏書セラレタル證券ノ所持人ハ爾後裏書ヲ爲スノ必要ナク唯證券ノ引渡ノミニテ之ヲ流通シ得ルノ便利アリ(二八二條、四五七條二項)

白地裏書アリタル以後ノ指圖證券ハ引渡ノミニテ依テ之ヲ讓渡シ得ヘキヲ以テ無記名證券ト其流通ノ作用ヲ等ク突然レトモ無記名證券ハ最初ヨリ無記名式ノ運命ヲ具ヘテ發行セラレタルモノナルヲ以テ性質上絕對ニ無記名式ナルヲ要シ其流通ノ中途ニ於テ濫ニ之ヲ記名式ニ變シ以テ其讓渡ニ裏書ヲ要スヘキモノト爲スカ如キハ發行者ノ意思ニ反シ許容スヘカラルコトニ屬スト雖此白地裏書證券ニ在テハ其白地裏書人ハ發行者ノ如ク其證券全體ノ運命ヲ左右シ得ヘキモノニ非サルカ故ニ最初指圖式ニテ發行セラレタル證券ヲ變シテ以後絕對ニ無記名式ト爲スカ如キ權能ヲ有セス其無記名裏書ヲ爲シ得セシメタルハ唯商ノ實際ノ便宜ニ伴ハシメンカ爲ニ過キアルヲ以テ其後ノ所持人カ再之ヲ記名式ニ變セント欲スルトキニハ敢ヒ禁スヘキ謂レナシ故ニ所持人ヲシテ何時ニテモ隨意ニ自己ヲ其被裏書人ト爲スコトヲ得セシメタリ(二八二條、四六一條)此規定ハ實際ニ最其必要ヲ感スルモノタリ元來白地裏書後ノ證券タルヤ後ニ説明スルカ如ク其權利ノ移轉ハ單ニ其證券カ第三者ノ占有ニ歸スルヲ以テ足レリトスルカ故ニ一朝盜難紛失等ノ不幸ニ遭遇センカ再之ヲ回収スルコト極テ困難ニシテ大ナル危險ノ

存スルモノタリ然ルニ所持人カ如此自己ヲ被裏書人ト記入シ得ルニ於テハ無記名式ハ再記名式ト爲リ其所持人ノ裏書アルニ非サレハ何人モ其證券ヲ利用シ得サルニ至ルヲ以テ此危險ヲ防クニ最大ナル利益アレハナリ

指圖證券ハ裏書ニ依テ移轉セラル而シテ裏書ノ度數カ重ナルトキニハ其裏書ハ連續シ居ルコトヲ要ス裏書ノ連續トハ最初ノ債權者ヨリ最終ノ裏書人ニ至ル迄裏書ノ順序ニ間断ナキコトヲ謂ヒ其連續アルニ非サレハ所持人ハ權利ヲ行フコトヲ得ス(二八二條、四六四條)蓋裏書ニ間断アル場合ニハ其證券ノ所持人カ果シテ權利者ナルヤ否ヤニ付甚疑ハシキモノアルノミナラス如此流通證券ニ在テハ其證券ノ信用ヲ確實ニシ流通ヲ容易ナラシムルカ爲メ總テ形式ニ依テ其權利ノ存否ヲ決定スルノ必要アルヲ以テ其事實ノ如何ヲ問ハス形式上順序ヲ逐フテ讓渡アリタリ認メ得ヘキトキニハ其所持人ヲ真正ノ權利者ナリト認ムルト同時ニ若形式上其順序ニ間断アルトキハ其權利ヲ行フコトヲ得ストセラリテ裏書ノ連續ハ正式裏書ニ關スル問題ナリ白地裏書以後ノ證券ハ引渡ノミニテ依テ輒轉セラルカ故ニ被裏書渡人ハ證券面ニ現ハルコトナク隨テ此問題ヲ生スルコトナシ尤若所持人カ前述ノ如ク自己ヲ被裏書人トシテ記入シタルトキニハ爾後裏書ヲ要スルコトト爲ルナリ然レトモ此記入ヲ爲スト否トハ所持人ノ自由ナルヲ以テ所持人ハ其記入ヲ爲スシテ直ニ裏書ヲ爲スモ差支ナシ斯ル場合ニ於テハ裏書ニ間断ヲ生スヘキヲ以テ被裏書人タル所持人ハ其權利ヲ主張シ得ルヤ否ヤニ付疑義ヲ生スヘシ故ニ特ニノ規定ヲ設ケスル場合ニ於テハ法律上裏書ノ連續アリト看做シ完全ニ其所持人ノ權利ヲ認メタリ(二八二條、四六四條但書)

指圖證券ヲ惡意又ハ重大ナル過失ナクシテ取得シタル者ハ何人ヨリモ返還ヲ請求セラルルコトナク完

全ニ其權利ヲ行使スルコトヲ得例之籍取セラレ又ハ紛失若クハ遺失シタル證券ヲ其竊取者又ハ拾得者ヨリ取得スルコトアルモ其取得ノ當時其證券ニ此等ノ缺點ノ附著セルヲ知ラヌ又ハ之ヲ知ラアルコトニ付重大ナル過失ナキ以上ハ其真正ノ所持人ヨリ返還ヲ請求セラルルコトアルモ之ニ應スルニ及ハス（二八二條、四四一條）蓋指圖證券ハ流通ヲ主眼トスルモノナルカ故ニ正當ノ方法ニ依リ善意ニ其證券ヲ取得シタルニ拘ラス他日他人ヨリ其返還ヲ請求セラレ之ニ應セサルヘカラストセハ一般ノ指圖證券ニ對スル信用ニ缺乏ヲ來シ爲ニ其本來ノ目的タル流通ヲ阻害スル不都合ヲ生スヘケレハナリ

第四 商事債務ノ消滅

債務ノ消滅原因ニハ時效、辨濟、相殺、更改、免除、混同、契約解除、解除條件ノ成就等種種アリト雖茲ニ

説明セントスルハ其辨濟ニ關シ又時效ニ關シテ存スル商法ノ特別規定ナリ

（一）辨濟之ニ關シテ特別規定アリハ其場所及時期時間ニ關スルモノト指圖證券又ハ無記名證券ヲ喪失セル場合ニ如何ニシテ其辨濟ヲ爲ナシムルニ關スルモノトアルノミ
(イ)辨濟ノ場所之ニ關シテ當事者間ニ特約アレハ其レニ從フヘク然ラサルモ行爲ノ性質ヨリ其場所定マレルトキハ之ニ依ルヘキハ勿論ニシテ只別段ノ意思表示ナク又其行爲ヨリモ一定ノ場所ヲ推測シ得サル場合ニ問題ヲ生スルナリ尤斯ル場合ト雖商慣習ノ存スル在リテ當事者カ之ニ依ル意思ヲ有スルモノト認メ得ヘキトキハ之依テ其場所ヲ定ムヘク(民九二條)然ラサル場合ニ始テ左ノ商法ノ規定ヲ適用スルノ必要ヲ生ス商法第二七八條ハ民法第四八四條ノ規定ニ多少ノ變更ヲ加ヘ且其足ラサル所ヲ補充セルモノナリ即(第一)特定物ノ引渡ヲ目的トセル債務ニ關シテ民法ニハ債務ノ發生ノ當時其物ノ存在セシ場所トアルヲ商法ハ行爲ノ當時其物ノ存在セシ場所ニ於テ辨濟スヘシト爲セリ債權發生ノ當時

ト云ヒ行爲ノ當時ト云フモ通常ノ場合ニ於テハ法律行爲ノ成立ト債權ノ發生トハ相伴フヲ以テ別ニ其結果ヲ異ニセサルヘシト雖停止條件附法律行爲ノ場合ニ於テハ其行爲ヨリ生スル債權ハ一種ノ特別ナル債權タルニ止リ其行爲ノ目的タル債權即當事者カ覺期スル所ノ權利ハ條件ノ成就シタル時ニ始テ發生スルモノナルヲ以テ此場合ニハ行爲ノ成立ト其目的スル債權ノ發生トハ時期ヲ異ニスヘキカ故ニ民法ト商法トノ規定ニ差別ヲ生スルナリ(第二)其他ノ債務ニ關シテ民法ニハ債權者ノ現時ノ住所トアルヲ商法ハ之ニ營業所ヲ加ヘ債權者ノ現時ノ營業所若營業所ナキトキハ其住所ニ於テ辨濟スルコトヲ要ストセリ蓋商人ニハ萬般ノ商取引ヲ處理スルカ爲ニ特ニ設タル營業所ノ存在スルヲ常トシ恰住所カ各人ノ本據ナルカ如ク其營業所ノ本據ナルフ以テ本法ハ先其營業所ニ於テ辨濟ヲ爲スニハ債務者ニ之ヲ通知シ若クハ其承諾ヲ得ルノ必要ナク裏書交付ニ依リ又ハ單ニ交付ノミニ依テ關係者カ非商人ナルトキニハ其住所ニ於テ辨濟スヘキモノト爲シタルナリ(二七八條一項)(第三)ハ民法ニ相當ヲ缺キタルヨリ商法カ特ニ之ヲ補充シタルモノニシテ即指圖債權無記名債權及民法第四七一條ニ規定セル債權ノ辨濟ノ場所ニ關スルモノナリ此三種ノ債權ハ普通ノ債權ト異ナリ其讓渡ヲ爲スニハ債務者ニ之ヲ通知シ若クハ其承諾ヲ得ルノ必要ナク裏書交付ニ依リ又ハ單ニ交付ノミニ依テ自由ニ其移轉ヲ爲シ得ルモノナルヲ以テ其債權カ何人ノ手ニ歸屬シタルヤハ到底債務者ノ知り得ヘキ所ニ非ス體ヲ普通ノ場合ニ於ル原則即債權者ノ營業所又ハ住所ヲ以テ辨濟ノ場所トスルノ主義ヲ此場合ニ適用セントスルハ全ク不可能ノ事柄タリ故ニ此三種ノ債權ノ辨濟ハ債務者ノ現時ノ營業所若營業所ナキトキハ其住所ニ於テ之ヲ爲スコトヲ要ストセリ(二七八條一項及二八〇條)

右ノ如ク商行爲ニ因テ生シタル債務ノ辨濟ハ住所ニ先チ營業所ニ就テ之ヲ要ス然レトモ營

業所ハ一箇ニ限ラレス本店ト數箇ノ支店トカ併存スルコトアリ斯ル場合ニハ孰ノ營業所ニ於テ爲シタル取引ニ付テハ其支

店ヲ以テ辨濟ノ場所ト爲シタリ（二七八條三項）

（ロ）辨濟ノ時期及時間 債務ノ辨濟ハ如何ナル時期ニ於テ爲スヘキヤ換言セハ債務者ハ如何ナル時期ニ辨濟ヲ爲ササレハ遲滯ノ責ニ任スルヤノ問題ニ關シテハ民法ニ第四一二條ノ規定アリ辨濟ノ時期ニハ確定期限アリ不確定期限アリ又全ク期限ノ定ナキアリ債務者ハ期限ノ定ナキ場合ニハ債權者ヨリ請求ヲ受ケタル時ニ辨濟ヲ爲セハ足レリト雖（條件附債務ハ條件成就ノ時ヨリ發生シテ期限ノ定ナキ債務トナルカ故ニ之ト同一ノ結果ヲ生メ）其期限ノ到来ハ確定ルモ何時到来スルヤカ定マラサル所謂不確定期限ノ場合ニハ其期限ノ到来シタルコトヲ知リタル時辨濟ヲ爲スコトヲ要ス又確定期限ノ場合ニハ其期限ノ到来シタルトキ直ニ辨濟ヲ爲ササルヘカラス然ラサレハ其時ヨリ遲滯ノ責ニ任ストハ民法ノ定ムル原則タリ然レモ此原則ハ指圖債權無記名債權及民法第四七一條ニ規定シタル債權ニハ之ヲ適用シ得ヘキニ非ス如何トナレハ此等之債權ハ債務者ニ何等ニ通知ヲ要セス裏書若クハ交付ニ因リ自由ニ轉轉セラルモノナルヲ以テ債務者ハ其債權者ノ誰ナルヤラ知ル能ハス從テ期限到来スルモ又ハ期限ノ到来シタルコトヲ知ル其履行ヲ爲スニ由ナク而モ尚其履行ヲ爲ササルカ爲メ直ニ遲滯ノ責ニ任スヘシト爲スカ如キハ全ク不能ア強ユルモノナレハナリ故ニ此等ノ債權ニ付テハ其履行ニ付期限ノ定アル時ト雖債務者ハ其期限カ到来シタル後所持人ヨリ其證券ヲ呈示シテ請求アリタル時ニ辨濟ヲ爲セハ足リ即其請求ヲ受ケタル時ヨリ遲滯ノ責ニ任スト爲シタリ（二七九條二八〇條二法文ニ特ニ「證券ヲ呈示シテ履行ノ請求ヲ爲シタル時」ト規定シタルハ蓋此等ノ證券ハ所謂呈示證券トテ證券ト引換

以上述フル如ク債務者ハ遲滯ノ責任ヲ免レンニハ或日限ニ其辨濟ヲ爲スコトヲ要シ又債權者ハ債務者ヲシテ遲滯ノ責ニ任セシメンニハ或場合ニ於テハ特ニ履行ノ請求ヲ爲ササルヘカラス然ラハ或日限ニ債務者ヨリ其履行ヲ爲シ又ハ債權者ヨリ其履行ノ請求ヲ爲サシニハ如何ナル時間内ニ於テハ民法上ニ任スヘシト爲スカ如キハ全ク不能ア強ユルモノナレハナリ故ニ此等ノ債權ニ付テハ其履行ニ付期限ノ定アル時ト雖債務者ハ其期限カ到来シタル後所持人ヨリ其證券ヲ呈示シテ請求アリタル時ニ辨濟ヲ爲セハ足リ即其請求ヲ受ケタル時ヨリ遲滯ノ責ニ任スト爲シタリ（二八三條）故ニ現實ノ一日ハ午前零時ニ始リ午後十二時ニ終ルト雖取引時間内ニ於テハ必要トセリ（二八三條）故ニ現實ノ一日ハ午前零時ニ始リ午後十二時ニ終ルト雖取引時間ノ定アルトキハ其營業時間ノミカ商事債務ノ履行又ハ其請求ニ付テノ一日ノ全時間ト看做シ其取引時間ノ前後ニ於テハ債務者ハ強ヒテ履行ヲ受クルニ及ハヌ又債務者ハ其請求ニ應スルヲ要セス取引時間内ニ履行ヲ爲シ又ハ請求ヲ爲シテコソ始テ債務者ハ不履行ノ責任ヲ免レ債權者ハ債務者ヲシテ遲滯ノ責ニ任セシムルコトヲ得ルナリ蓋商人ニハ慣習上一定ノ營業時間アリ特ニ銀行其他ノ會社ニハ法令上又ハ慣習上一定ノ取引時間アリテ其時間外ニ在ナハ履行ヲ受ケ又ハ其請求ニ應セントスルモ之ニ任スル役員在ラサルヲ當トスレハナリ（銀行條例六條）

（ハ）指圖證券及無記名證券喪失ノ場合ニ於ル辨濟ニ關スル特別規定 金錢又ハ物ノ給付ヲ目的トスル指圖證券又ハ無記名證券ハ其權利移轉執行ニ證券ノ占有ヲ必要トスル有價證券ナリ故ニ之ヲ喪失シタルヨキハ其權利ヲ行使スルコトヲ得ナル原則トス然レモ證券ハ元來權利ノ存在ヲ證明スルノ具ニシテ其證券ノ喪失ハ無論權利ノ消滅ニ非ナルヲ以テ手續ヲ爲スニ於テハ證券ナシト雖其權利ヲ行使スルコトヲ得ルノ途ナキニ非ス其手續ハ民法施行法第五七條ニ基シ公示催告ノ申立ヲ爲シ民事訴訟法第七編ノ手續ニ依リ除權判決ノ宣告ヲ得テ其證券ヲ無効ト爲スニ在リ公示催告ノ何タルヤハ民事訴

訟法ノ講義ニ於テ詳述スヘキ所ナルモノ要スルニ一定ノ期間ヲ限リテ催告ヲ公示シ其期間内ニ請求又ハ權利ノ届出ヲ爲サレムルニ在リ蓋指圖證券ニ在ラハ其證券ノ書面ノ取得者ハ完全ニ其權利ヲ取得スヘク何人ト雖之ニ對シテ其返還ヲ請求シ得ナルニト嘗フ述(タルカ如クニシテ(一八二條及四一條)又無記名債權ハ民法第八六條ニ依リ動產ト看做フル結果民法ノ動產ニ關スル第一九二條ナ即時效ノ規定ノ適用ヲ受ケ善意ノ取得者ハ完全ニ其權利ヲ行使スルコトヲ得ヘキヲ以テ此種ノ證券ヲ喪失シタル場合ニハ先他ニ其權利ヲ行使シ得ヘキ者ノ生セルヤ否ヤ確ムルノ必要アリ是斯ル場合ニハ先公示催告ノ手續ヲ爲シ除權判決ノ宣告ニ依テ其證券ヲ無効ト確定シタル後ニ非サレハ其喪失者ヲシテ權利ヲ行使スルコトヲ得サランム所以ナリ然レトモ此手續ヲ完了スルニハ多クノ時日ヲ要スルヲ以テ其間ニハ或ヘ債務者カ其目的處分シ終ニ債權者ヲシテ其履行ヲ完ウスル能ハラシムルノ虞ナキニ非ス特ニ行爲ノ澁滞ハ商業上最苦痛ヲ感スル所ナルヲ以テ之ニノ特別規定ヲ爲シスル場合ニハ公示催告ノ由立ヲ爲シタルトキハ債務者ヲシテ其債務ノ目的物ヲ供託セシムルカ又ハ相當ノ擔保ヲ供シテ其證券ノ憑旨ニ從ヒ履行ヲ爲サンルコトヲ得ト爲シタリ(一八一條商施一二〇條)茲ニ廣ク擔保ト云フカ故ニ對人擔保タルト物上擔保タルトヲ問ハスト雖保證人ノ信用並ニ擔保物ノ價額カ果シテ其辨濟ニ相當スルナ否ヤハ事實問題トシテ決スルノ外ナク若争アレハ裁判所ノ判定ニ依ルヘキモノトス(二)時效 民法ニ於テハ特別ノ場合ヲ除キ債權ハ普通十年間之ヲ行ハサルトキハ時效ニ因リテ消滅ス(民一六七條)然ルニ商法ハ商事債權ノ消滅時效ニ規定ト謂フヘシ而シテ民事債權ノ時效ニ特別期間蓋商取引ハ商業的行為ナルヲ以テ其取引ハ無數ニ上り且其取引ニ關係セル使用者モ亦時時變更アルヘキヲ以テ到底水クハ證據ヲ保全シ能ハナル事情アリ本條ハ此實際ノ狀況ニ顧ミテ速ニ權利義務ノ關係

ヲ確定シテ商取引ノ安全ヲ保護セントシタルナリ債務者ノ方面ヨリ見ルモ商人カ自己ノ權利ヲ等開ニ付シテ五箇年ノ永キ期間其權利ヲ行使セサルカ如キハ怠慢ノ最甚シキ者ト言フヲ得ヘク之ニ對シテスル規定ヲ爲スハ敢當失ニ非サルヘシ時效ノ要素タムル權利ノ不確定及債權者ノ怠慢其孰レノ點ヨリ見ルモ商事債務ノ履行期間ヲ五箇年ト爲シタルベ至當ノ規定ト謂フヘシ而シテ民事債權ノ時效ニ特別期間ノ存スルカ如ク商事債權ニモ亦此五箇年ニ對シテ特種ノ債權ニ關シ該段ノ事由ニ基キ特別ナル時效期アリ例之運送取扱ニ關スル第三二八條、第三二九條及海陸運送ニ關スル第三四九條、第五七五條、第五八九條、第六一八條、第六一九條、第六三九條及第六五一條寄託ニ關スル第三五六條倉庫寄託ニ關スル第三七四條及第三八三條保險ニ關スル第四一七條第四三三條及第六五三條手形ニ關スル第四四三條ノ規定ニ依ル特別期間ニシテ平形ニ關スル場合ヲ除キ他ニ悉一箇年間ナリ此等ハ第二八五條ニ所謂商法ニ別段ノ定アル場合ナリト雖尙商法以外ノ法令ニシテ本條ノ原則ヨリモ短キ時效期間ヲ定ムル場合アリ民法第十七〇條乃至第一七四條ノ規定ノ如キはナリ斯ル規定ノ存スル場合ニハ勿論之ニ從フヘキモノトス(二五八條但書)蓋本條ヲ設ケシ所以ハ畢竟商事債權ニシテ可成速ニ確定セシメントスルニ在ルヲ以テ他ノ法令ニ特別ノ理由ニ基キヨリ短キ期間ノ定アル場合ニハ之ニ依ラシムルコト當然ノ事タリ

第二款 物權ニ關スル規定

物權ニ付本法ニ特別規定アルハ商事債權ノ擔保權ニ關スルモノニシテ而モ唯留置權ノ成立要素及流質契約ノ效力ニ關シテ各一箇條アルノミ

第一 留置權

民法第二九五條ハ留置權ノ定義ヲ掲ケ「他人ノ物ノ占有者カ其物ニ關シテ生シタル債

權ヲ有スルトキハ其債權ノ辨濟ヲ受クルマテ其物ヲ留置スルコトヲ得但其債權カ辨濟期ニ在ラサルトキハ此限ニ非ストレト爲シ又其占有カ不法行爲ニ因テ始リタルトキハ留置權ナシトセリ其要件トスル所ハ(一)擔保セラルレル債權ハ其留置スヘキ占有物ニ關シテ生シタルモノナルコト(二)其占有物ハ他人ノ物ナムコト(三)其占有カ不法行爲ニ因テ始マリタルモノニ非ナルコト(四)債權カ辨濟期ニ在ルニ是ナリ然ルニ商法ハ商事上ノ留置權ニ關シテ第二八四條ニ特別ノ規定ヲ設ケテ曰ク「商人間ニ於テ其雙方ノ爲ニ商行爲タル行爲ニ因テ生シタル債權カ辨濟期ニ在ルトキハ債權者ハ辨濟ヲ受クル迄其債務者トノ間ニ於ル商行爲ニ因テ自己ノ占有ニ歸シタル債務者ノ所有物ヲ留置スルコトヲ得」ト今之カ要素ヲ分析シ且之ヲ右ニ示シタル民法上留置權ノ要件ト比較シテ順次説明スヘシ

(一) 擔保セラルレル債權ノ商人間ニ於テ其雙方ノ爲ニ商行爲タル行爲ニ因テ生シタルモノナルコト 民法カ擔保セラルレル債權ノ範圍ヲ占有物ニ關シテ生シタルモノニ限リタルニ反シ茲ニハ其債權カ留置スヘキ物ト直接ノ關係ヲ有スルコトヲ必要トセス苟商人間ニ於テ其雙方ノ爲ニ商行爲タル行爲ニ因テ生シタル債權ナレハ其レニテ可ナリトセリ例之今吳服屋カ白地物ノ染方ヲ染物屋ニ依頼シタリトセヨ其染物料ノ支拂ナシトセハ染物屋ハ之ニ對スル擔保トシテ其反物ヲ留置スルコトヲ得是民法上ノ留置權ニテモ出來ル事ナリ然レトモ再度他ノ反物染方ノ依頼ヲ受ケタル場合ニ其最初ノ染料延滯ニ骨此後ニ占有シタル反物ニ對シテ留置ヲ行使スルコトヲ得ルカト云フニ民法上ニテハ其染料(最初ノト後ノ反物トノ間にニハ何等ノ關係ナキ)ヲ以テ留置權ナシト言ハサルヘカラス然ラハ商法上ニテハ如何吳服屋ハ商法第二六三條一號ノ商行爲ヲ業トシラ行フ者トシラ商人タリ又染物屋ハ第二六四條二號ノ所謂加工ニ關スル行為ヲ行フ營業者ナルヲ以テ即雙方共ニ商人タリ而シテ其染料ナル債權タム是營業行為

ノ引受ヨリ生シタルモノナルカ故ニ染物屋ニ取テハ純然タル商行爲ナリ而シテ吳服屋ヨリ云ヘハ染方依頼ハ畢竟其反物ノ販賣ヲ爲スニ當リ營業ノ爲ニ爲シタル行爲ナルカ故ニ第二六五條ニ依リ是亦商行為クリ即此染料タルヤ吳服屋ト染物屋ト云フ商人間ニ雙方ノ爲ニ商行爲タル行爲ニ因テ生シタル債權ナルヲ以テ此債權ニ付テハ之ニ何等ノ關係ナキ反物即二度目ノ依頼ニ依テ占有スルニ至リタル後ノ反物ヲモ留置スルコトヲ得ルト云フハ商法ノ規定スル所タリ斯ル強力ノ留置權ハ債權者ニ取リテハ極チ便益ナレトモ債務者ニハ甚シ疑惑ヲ與フヘシ仍テ商法ハ民法上ノ留置權ニ比シ其留置シ得ヘキ占有物ノ範圍ヲ狭メ且其占有ノ由テ生シタル原因ヲモ制限セリ是第二及第三ノ要件トシラ左ニ説明セントスル所ナリ

(二) 留置シ得ヘキ占有物ハ債務者ノ所有物ナルコト 民法上ノ留置權ニ在テハ廣く他人ノ物ト規定シ在リテ商法ノ如クニ債務者ノ所有物ナルコトヲ必要トセス即其占有物カ第三者ノ所有ニ屬スル場合ニモ専留置權ハ行ルルナリ是甚不當ナルカ如ク見ユルカ民法ノ認ムルカ如キ留置權ナレハ爾ク規定スルモ敢不可ナカルヘシ如何トナレハ民法上ノ留置權ニハ前述ノ如ク擔保セラルレル債權ノ範圍ニ大ナル制限アリ即債權ハ占有物ニ關シテ生シタルモノニ限ラル占有物ニ關スル債權ト言ヘハ先其物ノ修繕費用、加工費用等ナルヘシ此修繕又ハ加工等ニ依ラ利益ヲ受クヘキ者ハ誰ナルカ多クハ其物ノ眞ノ所有者ナルヘシ左スレハ當面ノ責任者ハ勿論債務者ナリトスルモ結局ハ其物ノ所有者ニ於テ此等ノ費用ヲ辨償スヘキ節合ノモノタリ例之前例染物ノ場合ニ於テ其反物ノ所有者ハ實ハ甲ニテ乙ナル吳服屋ノ染料注入文ハ全ク甲ノ依頼ニ出テシモノナリトセヨ染物屋ハ其報酬ニ付直接ニ當面ノ注文者タル乙ニ對シテ請求ヲ爲シ得ルニ過キナルモ之カ擔保トシテハ現ニ占有セル甲ノ所有物ヲ留置スルコトヲ得ヘン斯ル場

合ニカク其留置ニ對シテ異議ヲ唱へ得ヘキニ非ナルハ事理極テ明白ナリ之ハ民法上ノ留置權ニ關スル
説明ナリ然レトモ之ヲ商法上ノ留置權ニ應用セントスルハ不可ナリ商事ニ在テハ擔保セラルム債權ノ
範圍極テ廣大ニシテ前例ノ如ク最初ノ染物ヨリ生スノ報酬ノ請求權ニ付之ト何等ノ關係ナキ其後ノ依
頼品ヲモ留置シ得ヘキヲ以テ自然其留置シ得ヘキ物ノ範圍ヲ制限スルノ必要ヲ生スルナリ如何トナレ
ハ此後ノ染物品前例ニ於テ恰申ノ依頼ニ出テ乙カ其注文ヲ爲シタルモノナリシトセヨ甲ハ其報酬ニ付
テハ最終ノ責任者トシテ其負擔ニ任スベキ者ナルヲ以テ其支拂ノ擔保トシテ其物ヲ留置セラルムハ止
ムヲ得サル所ナリトスルモ全ク自己ニ何等ノ關係ナキ乙ノ最初ノ染物料延滞ノ爲ニ向之カ留置セラル
コトトナリテハ甚シキ不都合ヲ生スヘケレハナリ是商事留置權ニ限リ其留置シ得ヘキ占有物ヲ債務者
ノ所有物ニ限局シタル所以ナリ

(三) 其留置物ノ占有カ債權者債務者間ノ商行為ニ因ク得タルモノナルコト 民法上ニテハ單ニ不法行
為ニ基カルモノ即強奪又ハ竊取等ニ因ク得タル占有ニ非サル限りハ留置權ヲ行ヒ得ヘシト雖商事上
ニ在テハ然ラス(第一)不法行為ニ因テ得タル物ハ無論不可ナリ(第二)尙進テ當事者間ノ商行為ニ因テ
得タル物ナルコトヲ必要トス故ニ好意上ノ受寄物等ニハ留置權ヲ行ヒ得ヘキニ非ヌ此制限モ亦商事上
ノ留置權カ極テ強力ノモノナルヨリ來ルナリ何トナレハ商事取引上占有シタル物ナレハ格別ナレトモ
偶然占有シタリトテ之カ何等ノ關係ナキ他ノ債權ノ爲ニ留置セラルト言フカ如キハ道理上許スヘカ
ラサルコトナレハナリ

(四) 債權ハ辨済期ニ在ルコト

是民法其規定ヲニス蓋留置權ハ相手方ノ不履行ニ對シテ存スルモ

ノニシテ辨済期ノ未到来セサル間ニモ尚留置權アリトセハ相手方ニ不履行ノ事實ナキニ拘ラズ自己ハ

引渡ヲ爲スベ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ケレハナリ

要スルニ商事留置權カ民法上ノ留置權ト相違セル重ナル點ハ擔保セラルム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其代リニ其債權ハ商人間ニ於テ双方の商行為ニ因ラ生シタルモノナルコ
トヲ必要トセリ斯ル特種ノ債權ナルカ故ニ斯ル強大ナル留置權ヲ認メ得ヘキ理由ヲ生シ來ルナリ何
トナレハ雙方共營業者トシテ相立ツモノノナレハ互ニ信用ヲ重スヘキハ勿論ノコトニテ最初ノ品物ニ關
シテ生シタル債權ナレハトテ後ノ品物ノ留置ヲ拒ムカ如キハ平常取引ヲ爲セル商人間ニハ殆アリ得ヘ
カラサル事柄ナレハナリ尙一步ヲ進メテ言ヘハ斯ル規定ノ存スルトハ或場合ニハ却テ債務者ニ取リ
テモ便利ノコトナルヘシ何トナレハ相互ノ間ニ多數ノ取引ヲ繼續シテ行フ場合ニ在テハ例之制例染物
ノ場合ニ付テ言ヘハ吳服屋カ最初ノ染料ヲ支拂ヘナレハトテ引續依頼アルヘキ次ノ染物ニ付留置權ヲ
行ヒ得ヘシトセハ染物屋ハ安シテ完成シタル染物ヲ後拂勘定トシテ引渡ヲ爲スニ至ルヘク吳服屋ハ大
ナル便利ヲ得ルナルヘシ若此規定ナシトセハ如何元來留置權ハ物權ニシテ民法第一七五條ニ依リ當事
者ノ意思即特約ヲ以テスルモ到底斯ル效力ヲ生シ得ヘキモノニ非サルカ故ニ債權者ハ結局報酬ノ支拂
ヲ受ケサル間ハ其物ノ引渡ヲ爲サルコトナリ債務者ハ非常ノ迷惑ヲ被ルニ至ルヘシ本條ハ商ノ實
際ノ便宜ト一致セル至當ノ規定ト謂フヘシ

右ニ述ヘタル如ク本條ハ或場合ニハ債務者ヨリ見ルモ便利ノ規定ナルニハ相違ナキモ元來商事債權ノ
確實ヲ計リ債權者ヲ保護スルヲ以テ主張トスルモノナルカ故ニ債務者ハ時トシテ斯ル強力ノ留置權ヲ
好マサルコトアルヘシ如此場合ニハ其留置權ノ放棄ニ關スル特約ヲ爲スコトヲ得ヘシ其特約ハ無論有
效ニテ本條ハ適用セラレナルモノトス(二八四條但書)尙本條ノ規定アルニ拘ラス民法ノ規定ニ因ル留

置權ハ其所要ノ條件ヲ具備スル場合ニ商事債權ニモ其適用アルハ勿論ナリ。

第二 質權 民法ニ於テハ質權實行ハ競賣法其他法律ニ定メタル方法ニ依テ之ヲ行フコトヲ要シ（民三五四條第三六七條ノ規定ニ依バ方法及民訴第六編ニ定ムル執行方法）當事者カ質權設定行為ニ依リ又ハ債務辨済期前ノ契約ヲ以テシタル之ニ反スル特約例之債務者カ其債務ヲ辨済セサルトキハ債務者ヲシテ直ニ其質物ノ所有者タラシメ又ハ隨意ニ其質物ノ處分ヲ爲シ得セシムルカ如キ特約ハ其效力ヲ生セス所謂流質契約ハ民法ノ許ササル所ナリ（民三四九條是質權設定者ハ金錢ノ需用ニ追ラレ深ク將來ヲ虞ルノ餘裕ナク債務者ヨリ如何ニ不利益ナル條件ヲ提出セラルモノ之ニ應シテ契約ヲ締結スルニ至リ而シテ他日豫期ニ反シテ辨済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ントノ趣旨ニ出ラタルモノナリ此規定タルヤ其由來スル所古シト雖今日ニ在テハ實有害無益ノ規定トシテ夙ニ識者ノ非難スル所タルノミナラス特ニ商業上ニ於テハ資金ノ需用ヲ感スルコト甚シク眼前ニ莫大ノ利益アル事業ヲ控ユルモノ之ニ投スヘキ資金ヲ缺クカ爲ニ終ニ其機會ヲ逸スル場合多シ縱合流質ノ如キ酷烈ナル契約ヲ爲スキ尙資金ヲ得ルノ極テ有利ナル場合多カルヘシ況商人カ破産ハ悲運ニ陥ランストスル場合ニ於テヲヤ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ハ境遇ニ在ル商人ニ取テハ流質契約ヲ怖ルヘキヨリハ棄之ニ依テ其急ヲ濟ヒ悲運ヲ挽回スルノ利益ヲ感スルコト殊ニ大ナルモノアルヘシ故ニ商法ハ商事債權ヲ擔保スルカ爲ニ設定シタル質權ニハ此民法第三四九條ノ規定ヲ適用セサルコトト爲シタリ（二七七條）

第三款 代理及委任ニ關スル規定

債權及物權ニ關シテハ右ニ舉ケタル諸種ノ特別規定ト尙之ニ民法ノ一般規定並ニ商法各部ノ規定ト力適用セラレ以テ其權利關係カ確定セラルナリ而シテ此等ノ權利ノ喪失及變更ニ關スル法律行為ハ固ヨリ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一ノ效果ヲ收メ得ヘキコトヨリ民商事共ニ異ル所ナシ否取引ノ頻繁ニシテ範圍極テ廣ク且其局ニ任スル者カ掛引ノ熟練ヲ要スル商事ニ在テハ殊ニ此代理ノ必要ヲ感スルコト甚シ然レトモ民法ノ委任及代理ニ關スル規定ハ大體ニ於テ之ヲ商事ニ適用シテ敢不都合ヲ感スルコトナシ唯商法ハ商ノ實際ノ便宜ニ顧ミ其規定中代理關係發生ノ條件受任者ノ權限及委任ニ因ル代理權ノ消滅ニ關シテ三箇ノ特別規定ヲ爲シタルノミ第一 代理關係發生ノ條件 民法ニ於テハ代理人ノ爲シタル法律行為ヲシテ本人ニ對シテ恰本人自身之ヲ爲シタルカ如キ効力ヲ生セシメンニハ代理人ト稱シテ之ヲ行フ場合アリスル場合ニ於テハ其行トヲ必要トシ其本人ノ爲ニス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本人ノ爲ニスルコトヲ得ヘカリシトキニ限ラル（民九條一〇〇條）然レトモ商事ニ在テハ行動ノ敏活ヲ主トスルヨリ本人ノ爲ニスル指示ヲ畧スル場合多ク或ハ商略上故ラニ本人ノ氏名ヲ祕シテ單ニ或人ノ代理人ト稱シテ之ヲ行フ場合アリスル場合ニ於テハ其行為タルヤ固ヨリ本人ノ爲ニ爲シタルモノナルカ故ニ相手方ニ損害ヲ及ササル限ラフ其商行為ニ因テ生シタ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ニ雙方共ニ異議ナカルヘキハ勿論之カ爲メ却テ便宜ヲ感スヘシ商法ハ此趣旨ヲ以テ特別規定ヲ爲シ商行為ノ代理ニ在テハ特ニ本人ノ爲ニスルコトヲ示サスシテ其行爲ヲ爲スモ相手方ノ之ヲ知ルト否トヲ問ハス其行爲ヲシテ本人ニ對シテ直接ニ其效力ヲ生セシメ（二五六六條前段）以テ實際ノ便利ニ應シタルト同時ニ其

本人ノ爲ニ爲シテタルモノナルコトヲ知ラサリシ相手方ニハ特ニ本人ニ對スル外尙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如此規定スルモ之カ爲ニ相手方ヲシテ以外ノ損害ヲ受クルコトナカラシメタリ(二六六條但書)要スルニ商行爲ノ代理ハ唯代理人カ事實上本人ノ爲ニ法律行爲ヲ爲スヲ以テ足レリトシ敢本人ノ名ヲ以テズルヲ要ナルナリ之ニ對シテ唯一ノ例外ヲ爲スハ手形行爲ノ代理ニシテ此場合ニハ代理人カ手形面ニ本人ノ爲ニスルコトヲ記載スルニ非ナレハ其手形行爲ハ本人ニ對シテ效力ヲ生セス(四三六條)是手形債權ノ特別ナル性質ヨリ生スル已ムヲ得ナル結果ニシテ手形債權ハ證券的權利トテ總フ手形記載ノ文言ニ依テ其效力ヲ決定トランヘキノナレハナリ(四三五條)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テ委任事務ヲ處理スルコトヲ要シ委任外ノ行爲ハ一切之ヲ行フノ權限ヲ有ス(民六四條)然レトモ商ノ實際ニ於テハ萬般ノ狀況ノ變化頗急激ニシテ機敏ニ事ヲ處理ヘルニ非ナレハ能ク收利ノ目的ヲ達スルコト能ハナル事情アリルニ斯ル商行爲ノ委任ニモ尙民法ノ原則ヲ適用シ委任外ノ行爲ハ一人ノ指揮ヲ俟テ之ヲ行フコトヲ要ストセハ當ニ受任者ニ大ナル煩勞ヲ感セシムノミナラス或ハ之カ爲ニ商機ヲ逸スルニ至リ委任者ノ不利又勘シトセス故ニ商法ハ之ニ例外ヲ設ケ商行爲ノ受任者ハ委任者カ別段ノ意思ヲ表示セナル限りハ委任ヲ受ケサル行爲ヲモ爲スコトヲ得トセリ然レトモ之ニハノ制限アリ委任ノ本旨ニ反セナル範圍内ニ於テスルコトヲ必要トス蓋其範圍ヲ脱スル行爲ヲ認ムルトキ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爲ヲ非認スル結果トシテ委任ヲ受ケサル代理行爲ハ假合委任ノ本旨ニ反セナル行爲ニテモ固ヨリ受任者ノ權限内ノ行爲ニ非ナルヲ以テ直接ニ本人ニ對シテ其效力ヲ生スルコトナク(民九九條)唯特別ナル場合即第三者カ其權限アリト信スヘキ正當ノ理由ヲ有セシトキニ限リ委任者其實ニ任スルノミナリ然レトモ商行爲ノ委任ニハ右第二六七條ノ規定存スル結果トシテ委任ノ本旨ニ反セナル範圍内ニ於テ爲シタル委任外ノ代理行爲ハ全ク受任者ノ權限内ノ行爲ニ屬スルコトトナリ從テ民法第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 委任ニ依ル代理權ノ消滅 民法ノ規定ニ依レハ代理權ハ本人ノ死亡ニ因テ當然消滅ス(民一一條)蓋委任ニ依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如此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テモ敢其不都合ヲ感セタルヘシ然レトモ之ヲ取引ノ頻繁ナル商事ノ代理ニ適用セントスルハ實際上甚不便ヲ感セシム營業主死スルモ營業ハ依然トシテ存續スヘク其存續スヘキ營業ノ代理權カ營業主ノ死亡ニ因テ當然消滅スト言フハ商ノ實情ニ反ス故ヲ以テ商法ハ民法ト反対ナル原則ヲ採用シ商行爲ノ委任ニ依ル代理權ハ本人ノ死亡ニ因テ消滅セサルモノト爲シ相續人ニ於テハ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ヲ要クト爲セリ(二六八條)舊商法ニ於テハ尙進テ代理人死亡スルモ代理權ハ依然存續スト規定スルモ代理人ニ在テハ主トシテ其人ノ伎倅ノ經驗等カ其選擇ノ基本ヲ爲スモノナルカ故ニ其特定ノ人カ死亡シタル以上ハ相續人ヲシテ代理行爲ヲ繼承セシムルノ不當ナルハ別ニ説明ヲ要セサルヘシ

第二章 賣買

貨物ノ轉換ハ金錢經濟ノ今日ニ在テハ主トシテ賣買ニ依テ行ハル賣買ノ目的ハ之ニ因テ取得シタル貨物ヲ自己消費ノ用ニ供セントスルニ在ル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ツ

ノ賣買ハ人類一般ノ生活ニ必要ナル行爲トシテ吾人カ日常頻繁ニ行フ所ナルモ敢商ノ觀念ト深キ關係ヲ有スルモノニ非ス反之後者ノ目的ニ出フル賣買ハ商ト密接ノ關係ヲ有シ而モ商ノ主要ナル部分ヲ爲スモノタリ嘗テ述ヘ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他ニ移轉シテ最初ノ目的ヲ實行スルハ商ノ觀念ノ最純粹ナルモノニシテ而シテ其取得又ハ移轉ハ共ニ主トシテ賣買ニ依テ行ルルナリ賣買カ商行爲ノ種類中最古キ觀念ニ屬シ往時ハ殆商行爲ナル觀念ノ全部ヲ占メ居リシコト東西其航ヲ一ニスル所ナリ今日ニ在ヲ尙我國ニ於クハ商業ヲ營ムヲ通俗ニ商賣ヲ爲スト言ヒ商ヒト云ヘハ直ニ賣買ヲ聯想スル事實アルハ諸子ノ熟知セラルノ所ナリ賣買ハ商事民事共ニ廣ク且頻繁ニ行ルル行爲ナルコト右述ヘタル如シ往時ニ在ヲハ民法ノ規定頗狹隘ニシテ伸縮自由ノ餘地ニ乏シク之ヲ以テシテハ到底敏活ヲ重スル商事賣買ヲ規律シ難キ事情アリシニ依リ商法ハ民法以外ニ縝密ナル特種ノ規定ヲ設クルヲ例トシタルモ其後社會ノ進化各般ノ取引ノ發達ト共ニ商事ニ必要ナル制度ハ均ク民事ニモ其必要アリトシテ法規ノ編纂ニ大ナル變化ヲ來シ商法ノ規定事項ハ概般法タル民法ニ吸收セラルニ至リ民事商事トニ共通シテ重要事項タル賣買ニ關シテハ殆民法ト商法トノ規定ニ差別ヲ爲サス大概之ヲ民法ニ於テ規律シ商法ニハ唯二三ノ特例ヲ設クルニ過キツルコト是現今各國立法ノ趨勢ナリ我商法モ亦第二章ニ賣買ノ項目ヲ設ケタリト雖其規定スル所僅ニ五箇條ノミ本講義モ亦此數條ニ付説明ヲ爲スニ止メ賣買ノ意義、其種類、效力及消滅ニ關スル詳細ノ説明ハ民法ノ講義ニ譲ルヘシ

本章ノ規定ハ商事上ノ賣買一付ヲノミ適用アリ商事賣買ト民事賣買トノ區別ノ標準ハ一般ニ云ヘハ貨物ノ轉換ヲ媒介スルノ目的ニ出ツルト其他ノ目的ト出フルトニ因テ駁ル之ヲ我商法上ヨリ觀察シテ正

確ニ説明スレハ第二六三條及第二六四條ニ列舉セラル範圍内ニ於テ爲ス所ノ賣買ハ勿論其他商人カ營業ニ附屬シテ爲ス所ノ賣買ニハ(二六五條一項)凡テ本章ノ適用アルノミナラス商人ノ行爲ハ其營業ノ爲ニスルモノト推定セラルルカ故ニ商人ニ依テ爲サル賣買ハ總テ一應ハ商賣買ト推定セラレ(二六五條二項)隨テ反證ヲ舉ケサル限りハ其實買ハ本章ノ規定ニ依テ規律セラルルノミナラス當事者ノ一方ノ爲ニシテ商賣買アリタルトキテ雖其雙方ハ共ニ此規定ニ依テ分配セラルルナリ(三條)本章ハ民法ノ規定ニ對シテ左ノ三點ニ於テ特別規定ヲ爲セリ即其一ハ買主カ受取方遲滯ノ場合ニ關スルモノニシテ其二ハ賣主カ契約ニ違反セル目的物ヲ給付シタルトキニ關スル場合其三ハ確定期賣買ニ關スル規定是ナリ而シテ其第一第二ノ規定ハ共ニ賣買當事者ノ雙方カ商人タル資格ヲ有スル場合ニ於テノミ其適用アリ商人ト非商人トノ間又ハ非商人間ニ於ル商賣買ニ適用セラルヘキモノハ唯第三ノ一箇條アルノミ此等ノ特別規定ヲ除キテハ商事賣買ト雖總テ民法ノ規定ニ分配セラルルモノト知ルヘシ第一 買主カ受取方遲滯ニ在ル場合 賣買ハ當事者ノ一方カ或財產權ヲ相手方ニ移轉スルコトヲ受取ルコト能ハサルトキニハ賣主ハ買主ノ危險及費用ニ於テ其物ヲ供託シテ債務ヲ免ヘルコトヲ得ヘシ此供託權ハ其實買カ民事ニ係ルトニ因テ異ナルコトナシ(二八六條民四四四條)然レトモ商法ハ之ニ數步ヲ進メ其實買當事者雙方カ商人ナル場合ニハ賣主ヲシテ其好ム所ニ隨ヒ右供託ノ外

尙相當ノ期間ヲ定メ催告ヲ爲シタル後其目的物ヲ競賣スルコトヲ得セシメタリ（二八六條一二項）固ヨリ民事上ノ賣買ニ於テモ賣主カ受取方遲滯ニ在ル場合ニハ競賣シ得ヘキ場合ナキニ非ス然レトモ民法ハ其競賣ニ付テハ一定ノ條件ヲ必要トシ即目的物カ供託ニ適セナルカ又ハ其物ニ付滅失若クハ毀損ノ虞アルカ若クハ其物ノ保存ニ付過分ノ費用ヲ要スルトキニ限リテ之ヲ競賣シ得ヘシト爲シ而モ其競賣ハ滯リニ之ヲ爲スコトヲ許サシムノ競賣所ノ許可ヲ經ヘキモノト爲セリ（民四九七條）供託ニ代ヘテ競賣ヲ爲ナシムルカ如キハ稍干涉ニ失スルノ嫌アルヲ以テ民法カ之ヲ特定ノ場合ニ制限シ裁判所ヲシテ競賣ノ必要ノ有無ヲ査定セシムルノ方針ヲ採リタルハ素ヨリ至當ナルヘシ然レトモ相場ノ變動常ナキ商品ニ付テモ尙其競賣ニ裁判所ノ許可ヲ必要トルカ如キハ其手續ニ時日ヲ空費シ爲ニ當事者ヲシテ以外ノ損失ヲ蒙ラシムルノ虞アリ殊ニ斯ル煩難ナル手續ハ簡易迅速ヲ要素トセル商事ニ適合セナルヲ以テ商法ハ裁判所ノ許可ニ代フルニ相當ノ期間ヲ定メテ催告ヲ爲スノ簡便法ヲ以シタルナリ相當期間ノ猶豫アレハ賣主ハ勿論競賣ヲ防止スルコトヲ得ヘク而モ尙故ナクシテ相當ノ手段ヲ施ナサルニ於テハ競賣セラルルモ敢苦情ヲ唱ヘ得ヘキニ非ス尙商法カ民法ノ如クニ競賣ノ場合ニ何等ノ制限ヲ置カナリシ所以ハ畢竟商人ニ取テハ金錢ノ必要ヲ感スルコト特ニ著ク而シテ實際競賣ノ問題ヲ生スルハ主シテ相手方ノ代金不拂其原因トナル場合ナルヲ以テ賣主カ此競賣權ヲ行ヒ其代價ヲ賣買代金ニ充當スルハ如何ナル場合ニ於テモ其必要ヲ感スルコトナレハナリ如此敢特定ノ場合ヲ限定セサルカ故ニ果シテ異ニ其場合ニ適合スルヤ否ヤ否ヲ査定スル爲ニ設ケタル民法上ノ制度即裁判所ノ許可ハ全ク其必要ヲ感セサルニ至ルナリ尙損收シ易キ物ニ付直ニ之ヲ競賣スルノ權能ヲ認ヌタルハ畢竟其物ノ性質カ急速ノ

項）
右ニ述ヘタル競賣權ハ一般ニ言ヘハ買主ノ支拂遲滯ト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唯其保管ノ義務ヲ免ルルカ爲メ（民四〇〇條）此權利ヲ行フコトヲ得ヘキハ勿論ナリト雖多クノ場合ニハ未代金ノ全部又ハ一部ヲ受領セサルカ爲メ此競賣權ヲ實行シ其競賣代價ヲ以テ賣買代金ニ充テントスルニ在リ元來動産又ハ不動產賣ヨリ生シタル債權ニハ先取特權アリ（民三一條）其目的物ノ競賣ヲ爲シタルトキハ賣主ハ其代價ヲ以テ直接賣買代金ニ充當スルコトヲ得ヘシ

○四條）其目的物ノ競賣ヲ爲シタルトキハ賣主ハ其代價ヲ以テ直接賣買代金ニ充當スルコトヲ得ヘシ尙之ニ關シテハ商法第二八六條三項ニモ但書ノ規定アリテ此趣旨ヲ明ニセリ
競賣ニ依テ得タル代金ハ之ヲ賣買代金ニ充當シ得ルコト以上述フルカ如シト雖特ニ其賣主カ其充當ヲ爲ナナルカ若クハ充當スルモ尙餘金ヲ存蓄場合又ハ競賣ノ目的カ單ニ保管ノ義務ヲ免レンストスルニ在ル場合ニ於テハ（單ニ保管ノ義務ヲ免レントスルノ競賣ハ主トシテ民法ニ言ヘルカ如ク其物カ供託ニ適セナルカ又ハ損敗シ易キ性質ノ物アルカ又ハ其物ノ保存ニ付過分ノ費用ヲ要スル場合等ニ其實例ヲ見ル）其代價ハ之ヲ供託スルコトヲ要ス蓋競賣ハ目的物ノ供託ニ代ヘテ法ノ特ニ賜メタル換價部分ナルカ故ニ其代價ハ買主ノ爲ニ之ヲ供託セシムルヲ至當トスレハナリ

第二 買主カ契約違反ノ目的物ヲ給付シタル場合 賣買契約ヨリ生スル效力ノ顯著ナルモノハ賣主カ

擔保義務ヲ生スルコトナリ賣主ハ賣買ノ目的物ヲ引渡スヘキ義務ヲ負ヒ契約通りニ之ヲ履行スヘキコトニ付擔保ノ責ニ任ス故ニ契約ニ反スル商品ヲ給付シタルトキ例之其商品ニ瑕疵アリタル場合又ハ其數量ノ不足ナル場合ニ於テハ買主ハ或ハ其賣買ヲ解除シ或ハ其代金ヲ減額セシメ或ハ損害賠償ヲ請求スルコトヲ得ヘシ而シテ此等ノ權利ハ事實ヲ知リタルトキヨリ一箇年ヲ經過セサル内ハ何時ニテモ之ヲ主張スルコトヲ得ヘシ此等ハ總ラ民法ニ其規定アリ(民五六四條乃至五六六條及五七〇條)然レトモ商法ハ之ニ關シテ賣買當事者カ商人ナル場合ニ付特別規定ヲナシ賣主ヲシテ受領後遲滞ナク其物ヲ検査セシメ若之ニ瑕疵アルコト又ハ其數量ニ不足アルコトヲ發見シタルトキハ直ニ賣主ニ對シテ其通知ヲ發スヘキモノトシ若其検査並ニ通告ヲ怠リタルトキハ普通買主ニ認メラル右ノ權利即契約解除又ハ代金減額若クハ損害賠償ヲ請求權ヲ失ハシムルコト爲シタリ是取引ヲ迅速ニ完結セシメ以テ其安全ヲ保護セントスルニ外ナラズ引渡ヲ受ケタル物ヲ検査セス若クハ検査スルモ何等ノ通知ヲ爲サヌシテ時日ヲ經過シテ之ニ關スル故障ノ申出ヲ爲スカ如キハ賣主ノ迷惑特ニ甚タシキモノアリ況ムノ瑕疵又ハ數量ノ不足ニ關スル故障ニ付テハ時日ヲ經過スルニ從ヒ其責任ノ歸屬ヲ判明スルニ大ナル困難ヲ來スノ事情アルニ於テオヤ賣買ノ效力ヲ永ク不確定ノ状況ニ存續セシムルハ賣主ニ不安ノ念ヲ抱カシメ取引ノ安全ヲ阻害スルノ不都合アレハナリ

右ニ述ヘタル所ハ引渡ヲ受ケタル物ヲ検査シ其故障ヲ發見シタル場合ニ關スル説明ナリ數量ノ不足ニ付テハ検査ニ依テ容易ニ之ヲ發見シ得ヘキカ故ニ直ニ其通知ヲ發スヘシト規定スル外他ニ何等ノ規定ヲ要セスト雖瑕疵ニ關スル故障ハ之ト越フ異ニス隠レタル瑕疵殊ニ時ノ經過ニ從其物ニ變狀ヲ來スカ如キ瑕疵ニ在テハ検査スレハトテ容易ニ發見シ得ヘキニ非ス隨スルノ瑕疵ニ付テハ尙ヘ疑問ヲ決

ヲ生スルコトアルヘカラス何トナレハ此中間ノ爭ニ付本案ニ先テ第二二七條ニ依リ特ニ訴ノ變更ナシトノ判決ヲ爲シタルトキハ此判決ハ性質上純然タル中間判決タルコト疑ナク而シテ此裁判ニ對シテハ絶對的ニ不服ヲ申立フルコトヲ得サルハ第一九七條ノ明定スル所ニシテ聞此裁判ニ對シテハ其何レノ審級ニ於テ爲サレタルト又其中間判決ニ由テ爲サレタルト本案ノ裁判理由中ニ爲サレタルトヲ問ハス獨立ノ上訴ヲ爲スコトヲ得ナルハ勿論本案ト共ニスルモ尙不服ヲ申立フルコトヲ得サレハナリ故ニ右ノ問題ニ付疑ヲ生シ而モ其決定ノ如何ニ依リ當事者ニ大ナル利害ヲ生スルハ裁判所ニカ訴ノ變更アリトシテ特ニ其點ニ付判決ヲ爲スヘキ場合ノミ而シテ此問題ニ付テハ左ノ數說ヲ試ムコトヲ得ヘシ第一說ニ曰ク此場合ニハ純然タル終局判決ヲ爲スヘキモノナリ即原告カ訴ノ變更シタルトキハ前後二箇ノ訴ノ並立スルニ至ルノ理由ナク前ノ訴ハ後ノ訴ニ變更セラレ前者ハ自然ニ消滅シテ後者ノミ存在スルニ至リ而シテ其新ナル訴ハ法律上許スヘカラサルモノナレハ直ニ終局判決ヲ以テ之ヲ却下シ訴訟事件ノ全體ヲ終局セシメサルヘカラスト

第二說ニ曰ク此場合ニハ新ナル訴ニミヲ不適法トシテ却下スル判決ヲ爲スヘキモノナリ何トナレハ原告カ訴ヲ變更スルモ其新ナル訴ノ不適法ナルニ止リ初ノ訴ハ取下ヲ爲ササル間ハ依然トシテ存在シ隨テ當事者ハ其初ノ訴ニ付辯論及裁判ヲ求ムルコトヲ得サルヘカラナレハナリ故ニ此場合ニ於ル判決ハ一面ニ於テハ最初ノ訴ニ付裁判スヘキモノナルコトヲ確定スル中間判決タル性質ヲ帶フルト同時ニ他ノ一面ニ於テハ新ナル訴ヲ却下スル終局判決タラサルヘカラスト

第三說ニ曰ク此場合ハ新訴却下ノ終局判決ヲ爲スヘク而シテ訴ノ變更ハ前訴ヲ取下タルト同時ニ新訴ヲ主張スルノ意思表示ナルヲ以テ訴ノ變更カ被告ノ前訴ニ付テノ本案ノ辯論前ニ在テ被告カ之ニ對シ

異議ヲ述ヘタルトキハ新訴ハ不適法ニシテ舊訴ハ取下ニ因リ當然消滅シ最早舊訴ニ付何等ノ判決ヲ爲ス必要ナク隨テ右判決ハ訴訟事件全體ヲ終局セシムヘキモ若被告ノ舊訴ニ付ラノ本案ノ辯論後ニ訴ノ變更アリテ被告カ之ニ對シ異議ヲ述ヘタルトキハ其異議ニ因テ舊訴取下ノ效ヲ生セタルカ故ニ更ニ舊訴ニ付判決ヲ爲サツルヘカラスト。

第四說ニ曰ク此場合ハ第二二七條ニ依リ原告ノ新ニ主張スル所ハ訴ノ變更ナリトノ中間判決ヲ爲スキモノニシテ決シテ訴ヲ却下スル判決ヲ爲スヘキモノニ非ス何トナレハ原告カ一旦提起シテ権利拘束ヲ生シタル訴ヲ隨意ニ變更シテ新ナル訴ヲ主張スルハ法律上許スヘカラツルコトニシテ原告カ新ナル事實又ハ申立ヲ主張シ被告カ之ニ異議ヲ唱ヘ而シテ裁判所カ之ヲ訴ノ變更ナリト認ムルトキハ其新ナル訴ハ成立シ得ハカラス若之ヲ主張セント欲セハ別ノ訴ヲ以テスルノ外ナキナリ故ニ裁判所カ特ニ其點ニ付判決スルトキハ是即純然タル中間判決ニシテ此判決ハ原告ニ於テ新ナル主張ヲ爲ス能ハサルコトヲ確定スルモノナレハ爾後原告ハ前ニ主張シタル一定ノ原因及一一定ノ申立ニ基キテ本案ノ判決ヲ受タルノ外ナキニ至ルナリ換言スレハ新ナル訴ノ主張ハ被告ノ承諾ナキ以上ハ舊訴ノ取下及新訴ノ成立ヲ來スノ効力ヲ生セス訴ハ舊訴ニ儘然トシテ存在スヘタ後ニ下スヘキ本案ノ判決ハ此現ニ存在スル訴ニ付下スヘケレハナリ抑訴ノ變更ハ舊訴ノ取下スルモノトキハ非ナリ即舊訴取下ノ意思ハ新訴ハ固ヨリ正當ナルモ此二者ヲ相獨立シテ其效力ヲ生スルモノトキハ新訴ノ判決ヲ爲スヘキモノナリ権利拘束ノ成定ヲ條件トシテ表示セラレタルモノト謂フヘク新訴ヲ成立セシメントスル意思表示ニシテ其效ヲ生セサル以上ハ舊訴取下ノ意思表示モ亦其效ナキモノト爲サツルヘカラス故ニ本問ノ場合ニ於テハ舊訴ハ消滅ニ至ラス而シテ新訴ハ形體上ニ於テモ成立スルモノニ非ス國ヲ訴却下ノ判決ヲ爲スヘカラス

ト

訴訟物ノ権利拘束ハ訴訟ノ終局ニ因テ自ラ消滅ニ歸ス其場合左ノ如シ

- (1) 終局判決ノ確定シタルトキ 一ノ訴訟ニ付全部若クハ一分ノ終局判決アリタルトキハ其訴訟ノ全部若クハ一分ハ一旦受訴裁判所ノ手ヲ離ルルモ其判決ニ對スル故障又ハ上訴ノ途アリテ其判決カ未確定ニ至ラタルトキハ訴訟ハ全ク終局シタルモノニ非ヌシテ権利拘束ハ尙存在スルモノナリ権利拘束ノ消滅ニ至ルハ終局判決ノ確定シテ訴訟カ全ク終局ヲ告げタルトキニ在リ但受訴裁判所カ事物上ノ管轄權ヲ有セサル場合ニ第九條ノ規定ニ從ヒ原告ノ訴ヲ却下シ之ヲ管轄裁判所ニ移送スルノ判決ハ確定ニ至ルモ其訴訟事件ハ移送ヲ受ケタル裁判所ニ屬スヘキヲ以テ権利拘束ノ消滅セナルハ勿論ノコトナリ控訴審ニ於テ言渡シタル差戻ノ判決ヲ看做テ独立ニ其確定力ヲ生スルモノト雖其確定ハ権利拘束ノ消滅原因タル可カラス是中間判決ハ終局判決ノ準備トシテ爲スモノニシテ訴訟ヲ終局セシムル性質ヲ具有セサルカ故ナリ又一旦確定終局判決ヲ經タル事件ト雖再審ノ訴ニ因テ再或裁判所ニ管轄スルニ至タルトキハ前同一ノ訴訟ニ付キ再権利拘束ヲ生スルモノトス
- (ロ) 原告カ訴ヲ取下ケタルトキ 訴ノ取下ニ實體上ノ影響ヲ及スモノニ非ナレトモ一旦提起シタル訴訟ヲ消滅セシムル所ノ裁判上ノ意思表示ナルヲ以テ適法ノ取下アリタルトキハ初ヨリ訴ノナカリシト同一ノ狀態ニ復スルモノナリ隨テ権利拘束ノ消滅ヲ來スハ勿論ナリ(一九八條四項)我民事訴訟法ハ第一九八條ニ於テ明示ノ取下ニ關シテ規定ヲ設ケタルノミナラス第九〇條第二項ニ判決ヲ以テ訴ヲ取下ケタリト宣言スヘキ場合ヲ定メ又第一八八條ノ末項ニ於テ反證ヲ許サツル取下ノ推定ヲ設ケタ

(ハ) 常当事者カ裁判上ノ和解ヲ爲シタルトキ 裁判上ノ和解ハ訴訟事件ヲ終局セシメ且一ノ執行主義ト爲ルコト確定判決ト同一ナレハ是亦権利拘束ノ消滅原因タルヤ明ナリ故ニ訴ノ提起アリテ一旦権利拘束ヲ生シタルモ受訴裁判所カ第二二一條ノ規定ニ從ヒ和解ヲ試シタル結果訴訟ノ全部若クハ一分ニ付和解ノ成立シタルトキハ其限度ニ於テ権利拘束ノ消滅ニ歸ス但當事者カ訴訟ヲ止ムル裁判外ノ合意ヲ爲スモ爲ニ権利拘束ノ消滅スヘキニ非ス

(ニ) 督促手續ニ於テ支拂命令ノ送達ニ因テ権利拘束ヲ生シ而シテ其請求カ地方裁判所ノ管轄ニ屬スヘキ場合ニ於テハ債權者カ債務者ノ異議申立ノ通知書ノ送達ヲ受ケタル日ヨリ起算シ一箇月ノ期間内ニ訴ヲ起ササルトキ 支拂命令ニ對シ債務者カ指定ノ期間内ニ異議ヲ申立テタルトキハ其支拂命令ハ效力失フモノナレトモ之カ爲ニ権利拘束ノ效力ハ消滅セシムシ猶存續スルコトハ第三八九條第一項ノ規定スル所ニシテ而シテ第三九〇條ニ依レハ其請求ニ付起スヘキ訴カ區裁判所ノ管轄ニ屬スル場合ニ於テ異議ノ申立アリタルトキハ支拂命令ノ送達ト同時ニ其訴カ區裁判所ニ起サレタルモノ看做サルヲ以テ此場合ニ於テ権利拘束ノ確定判決又ハ取下若クハ和解ニ因テ其訴訟力終局ヲ告タルニ非ナレハ消滅セス然レトモ右の場合ニ反シテ訴カ地方裁判所ノ管轄ニ屬スヘキトキハ債權者カ第三九一条ニ定ムル一箇月ノ期間内ニ管轄裁判所ニ訴ヲ提起セシマシ其期間ヲ徒過スルニ因テ権利拘束ノ消滅スル(ホ) 追加裁判ヲ求ムヘキ請求ニ關スル権利拘束ハ追加裁判ヲ求ムヘキ期間ノ經過シタルトキ主タル請求若クハ附帶ノ請求又ハ訴訟費用ノ全部若クハ一部ニ付裁判ヲ爲スニ際シ受訴裁判所カ之ヲ脱漏シタルトキハ當事者ハ其判決正本送達ノ日ヨリ七日ノ期間内ニ追加裁判ヲ求ムルコトヲ得ヘシ是第二四

二條ニ規定スル所ニシテ此脱漏ニ係ル請求ノ権利拘束ハ脱漏ノ爲ニ直ニ消滅スヘキモノニ非スシテ當事者カ法定ノ期間内ニ追加裁判ヲ求ムルコトナクシテ之ヲ徒過シタルトキ始ラ其請求ハ裁判ナクシテ結了シ権利拘束ノ消滅スルモノトス

口頭辯論ニ於テ原告カ請求ヲ抛棄シ又ハ被告カ原告ノ請求ヲ認諾シタルトキハ権利拘束ハ消滅スルヤ否マ原告カ一旦訴ヘタルトキハ原告ノ請求ヲ認諾シタルトキハ相手方ノ申立ニ因リ裁判所ハ第三九條ニ依リ抛棄ノ場合ニハ原告請求ノ却下又認諾ノ場合ニハ被告敗訴ノ判決ヲ爲スヘキモノナルカ故ニ此規定ヨリ論スレハ権利拘束ハ請求ヲ抛棄又ハ認諾ニ因テ直ニ消滅スルモノニ非スシテ爾後相手方カ其抛棄又ハ認諾ニ基キトキハ其判決ヲ求メ而シテ其判決確定ニ至リ始テ消滅スルモノタルハ明ナリ然レトモ相手方カ右ノ如ク判決ノ申立ヲ爲ササル場合ニ於テハ第七二條第二項第八四條第二項ノ規定ヨリ推論シテ権利拘束ヲ消滅セシムル法意ナリト解セサルヲ得サルヘシ

第三款 訴ノ取下

訴ノ取下トハ既ニ起シタル訴ヲ抛棄スルヲ謂フ詳言スレハ訴ノ取下ハ其訴ニ於テ主張シタル實體上ノ権利ヲ抛棄スルニ非シテ單ニ其権利ニ基キ提起シタル訴ヲ取消シ以テ其訴ニ付受訴裁判所ノ判決ヲ受クル権利ヲ抛棄スルヲ謂フ故ニ其效力ハ實體上ノ権利ニ影響ヲ及スコトナク唯訴フ未起ナナリシ前ノ狀態ニ復セシムルニ過キス隨テ一旦發生シタル権利拘束ヲ消滅セシムルモノナレトモ同一ノ権利ニ基キ再訴ヲ爲スコトヲ妨ケス而シテ取下ハ訴訟ノ全部又ハ一分ニ付キ之ヲ爲スコトヲ得ヘシ反訴ニ於ルモ亦然リ以下取下ニ關スル規定ヲ分説ゼン

第一 取下ヲ爲シ得ル時期

取下ハ原告ノ欲スル所ニ從テ訴ノ全部又ハ一分ニ付キ爲スコトヲ得ルモ其時期ノ如何ニ依テ制限ナキ能ハス原告カ隨意ニ取下ヲ爲スコトヲ得ル時期ハ起訴以後本案ニ付被告ノ第一回頭辯論ヲ始ムル迄ノ間に在リ此期間ノ取下ハ全ク無制限ニシテ訴状ノ送達ニ因ル権利拘束ノ發生ノ前後ヲ間ハス又被告ノ準備書面提出ノ前後ヲ問ハス常ニ原告ノ一方ニ於テ随意ニ訴ヲ取下クルコトヲ得此時期ハ被告力本案ノ辯論即訴求ノ實體ニ關スル演ヲ始ムルニ因フ終了スルモノナルカ故ニ原告カ獨本案ノ辯論ヲ爲シタルモ被告ニ於テ未全ク辯論ヲ始メサルカ又ハ單ニ妨訴ノ抗辯ヲ提出シ其他形式ニ關スル異議例之訴ノ變更ニ對スル異議ヲ起シ未本案ノ辯論ヲ始メサル間ハ被告ノ承諾ヲ得ルコトヲ要ス原告ノ隨意ニ取下ヲ爲スコトヲ得ルモノトス又被告カ本案ノ辯論ト共ニ妨訴ノ抗辯其他ノ訴訟條件ニ關スル抗辯ヲ提出シタルトキハ尙隨意ニ訴ノ取下ヲ爲スコトヲ得シ何トナレハ此等ノ抗辯アルトキハ裁判所ハ本案ニ先チテ其當否ヲ斷定セサルヘカラサルヲ以テ此場合ニ於ル本案ノ辯論ハ條件附即此等ノ抗辯ノ棄却セラルヲ條件トシテ假ノ爲スモナラント謂ハサルヘカラサレハナリ次ニ本案ニ付キ被告カ口頭辯論ヲ始メタル後口頭辯論ノ終結ニ至ル迄ハ原告ハ被告ノ承諾ヲ得ルニ非サレハ訴ノ取下ヲ爲スコトヲ得ス故ニ此場合ニ於テ被告カ訴訟ニ付判決ヲ受クルヲ利益ナリトスルキハ原告ノ取下ニ不承諾ヲ唱ヘテ辯論ノ續行ヲ求ムルコトヲ得ベク原告ハ之ヲ拒ムコトヲ得サルナリ如此被被告ノ承諾セサルカ爲メ取下ノ成立セサル場合ニ若原告カ辯論ヲ爲シタルトキハ如何ナル判決ヲ爲スベキモノナルカ此場合ニ於テハ被告カ既ニ本案ノ辯論ヲ爲シタル後ナレハ通常原告モ亦其以前ニ於テ既ニ本案ノ辯論ヲ爲シタルモノナルヘキカ故ニ爾後原告カ陳述ヲ爲サルモ第二五〇條ノ規定ヲ

適用スヘキニ非スシテ第二五一條ノ規定ニ從ヒ對審判決ヲ爲スヘキモノトス但原告カ極テ不完全ナル陳述ヲ爲シタルノミニシテ如何ナル原因ニ基キ如何ナル判決ヲ求ムルヤフ明ニセサルカ爲メ之ヲ以テ未本案ノ辯論ト稱スヘカラサルトキハ第二五〇條ニ所謂辯論ヲ全ク爲サルトキト同ク闘席者ト看做シ闘席判決ヲ爲サルヘカラスヘ口頭辯論終結後ハ訴ノ取下ヲ爲シ得ルヤ否ヤ第一九八條第一項ノ解釋トシテハ辯論終結後ニ於テハ最早取下ヲ爲スコトヲ得スト論定セサルヘカラス蓋訴ノ取下ハ再訴ヲ防ケサルカ故ニ既ニ一ノ訴訟ニ於テ口頭辯論ノ終結シタル以上ハ当事者ノ意思ニ由テ全ク之ヲ無用ニ歸セシムヨリハ寧其訴ノ取下ヲ禁シ依テアリ再訴ヲ防止シ爭訟ノ落著ヲ速ナラシムルハ公益上利益アルヲ以テナリ然ルニ此說ニ反シテ權利拘束存續中ハ何時ニテモ訴ノ取下ヲ爲スコトヲ得シト爲シ其極端訴審上告審ニ至テモ尙原告訴全體ノ取下ヲ爲シ初ヨリ何等ノ訴モナク何等ノ判決モナカリシト同一ノ状態ニ歸セシムルヲ得シト論スル者アリ如斯ハ当事者ノ意思ヲ以テ裁判所ノ下シタル判決ヲ取消シ原告ヲシテ再同一ノ訴ヲ起ストコトヲ得セシムルノ不都合ヲ生スルノミナラス法文アリ無視スルモノト謂ハサルヘカラス何トナレハ第一九八條第一項ニハ「又其後口頭辯論ノ終結ニ至ルマテハ云々トアリ此反對解釋ヨリシテ辯論終結後ハ取下ヲ爲スコトヲ得ストノ結果ヲ生スルハ當然ナレハナリ故ニ訴訟カ上級審ニ繫屬シタルトキハ單ニ上訴者ニ於テ上訴ノ取下ハ上訴權失來シ上訴セラレタル判決ヲ確定セシムルハ第三九九條第二項、第四五四條ノ規定ニ據テ明ナリ

第二 取下ノ方式

取下ノ方式モ亦其時期ノ如何ニ依テ異ナルモノナリ第一九八條第二項ニ曰ク「訴ノ取下ハ口頭辯論ニ

於ヲ之ヲ爲ササルトキハ書面ヲ以テ之ヲ爲ス可シ」ト故ニ未口頭辯論ヲ開カナル以前ニ於テ取下ヲ爲スニハ原告ハ其趣旨ヲ記載シタル書面ヲ提出セナルヘカラス而シテ訴狀提出後未被告ニ之ヲ送達セナル以前ナレハ被告ハ訴ノ提起ヲ知ラヌ隨テ取下ヲ被告ニ通知スルノ必要ナシ唯此場合ニハ裁判所ニ取下ノ書面ヲ提出スルノミニシテ他ノ手續ヲ必要トセス然レトモ既ニ訴狀ヲ被告ニ送達シタル後ナレハ取下ノ書面ハ之ヲ被告ニ送達シテ訴ノ消滅ヲ知ラシノナルヘカラス（一九八條三項參看）但取下ノ書面ノ送達ハ取下ノ成立要件ニ非ス若又既ニ頭辯論ヲ始メタルトキハ原告ハ其辯論中ニ於テ取下ノ旨ヲ表示スルコトヲ得此場合ニ於テハ之ヲ調書ニ記載シテ明確ニスルカ又ハ其旨ヲ記載シタル書面ヲ提出シ之ヲ附錄シテ調書ニ添付スレハ可ナリ若被告ノ承諾ヲ要スル時期ニ在ルトキハ被告ノ承諾ヲ爲シタルコトヲモ調書ニ記載スヘキハ勿論ナリ又口頭辯論開始後終結ニ至ラスシテ一旦辯論ヲ閉チ次ノ期日辯論ヲ開始セラレナル以前ニ於テモ書面ヲ提出シテ取下ヲ爲スコトヲ得シ此場合ニ於テ被告カ既ニ本案ノ辯論ヲ爲シタルカ爲ニ其承諾ヲ記載シタル書面ニ被被告カ承諾ヲ爲ス意思ヲ表示スルカ又ハ特ニ被告ノ承諾書ヲ添付スルヲハ可ナリ若被告ノ承諾ヲ要スル時期ニ在ルトキハ被告ノ承諾ヲ爲シタルコトヲモ調書ニ記載スヘキハ勿論ナリ又口頭辯論開始後終結ニ至ラスシテ一旦辯論ヲ閉チ次ノ期日辯論ヲ開始セラレナルヘカラナルヤ否ヤ被告ハ既ニ取下ニ付承諾ノ意思ヲ表示シ原告カ取下ヲ爲シタルトカ知ルカ故ニ別ニ其書面ヲ被被告ハ送達スルハ不要（感ナキニ非サレトモ取下ノ承諾又ハ合意ト取下其モノトハ相異リ取下ノ承諾アリ合意アルモ其裁判所ニ顯レナル以前ニ在テハ決シテ取下アリト謂フヘカラス果シテ原告カ取下ノ書面ヲ裁判所ニ提出シタルヤ否ヤ又提出シタルトスルモノ何時提出シ受理セラレタルヤア被告ニ於テ知ルノ必要アリ即被告ハ適法ノ取下アリタルヤ否ヤ又其取下アリタルハ何時ナルカラク知ルノ必要アリ加之同條第三項ノ別ニ區別ヲ設ケナルヲ以テ被告カ取下ヲ承諾シタルトキト雖訴ヲ起シ判決ニ依テ取下ノ効ヲ發生セシムルコトヲ妨ケス（七三六條）

第三 取下ノ效力
訴ノ取下ハ訴ノ取下ハ適法ニ成立シ而シテ當事者裁判所共ニ之ヲ知ルカ故ニ唯之ヲ調書ニ記載スルヲ以テ足レリトス
右ニ述ヘタル如ク訴ノ取下ハ一ノ裁判上ノ行爲ナレハ縱令當事者間ニ取下ノ合意アルモ原告カ前述ノ方式ニ從ヒ裁判所ニ對シ取下ノ意思ヲ表示セサルトキハ其效力ヲ生セシテ權利拘束ハ存續スルヲ以テ被告ハ其訴訟ニ於テ知ルノ必要アリ即被告ハ適法ノ取下アリタル場合ニハ權利拘束ハ存續スルヲ以テ原告カ取下ノ場合ニハ其效ヲ生サナル旨（民法第一四九條）ニ明定セリ隨テ取下ハ確定判決又ハ和解ニ因テ權利拘束ノ消滅シタル場合ト異ナリ實體ノ權利ニ影響ヲ及スコトナク取下ヲ爲シタル原告ハ再前同一ノ訴ヲ起スト得ヘキナリ

尙一ノ取下ハ訴ノ取下ハ效力ニシテ積極的ノモノアリ即取下ヲ爲シタル原告ニ其訴ノ費用ヲ負擔スルノ義務ヲ發生スルコト是ナリ是總則第七二條ノ規定シテ縦合取下ハ訴ノ未生セサリシ以前ノ狀態ニ復セシムルトハ云ヘ原告カ既ニ爲シタル訴訟行為ニ付責任ヲ負ヘキハ當然ナレハナリ故ニ原告ハ之カ爲

ヲ管轄スヘキ本訴ノ原告スル本訴ノ取下ニ因テ反訴ノ管轄ニ變動ヲ生スヘカラサルハ第一九五條第二號ノ規定ニ依テ明ナリト云フニアリ

第三說ハ本訴ノ取下アリタル場合ニハ本訴アルノ故ヲ以テ本訴ノ裁判所ニ管轄權ヲ生シテ之ニ繫屬スルニ至リタル反訴ハ爲ニ其裁判籍ヲ失ヒ本訴ニ附隨シテ自ラ消滅ニ歸スルモノト謂ハサルヘカラス何トナレハ取下ハ判決及和解ノ如ク將來ニ向ヒテノミ權利拘束ヲ消滅セシムルモノニ非シテ既往ニ過リテ權利拘束ヲ消滅セシムルモノナレハ反訴提起ノ當時存在シタル本訴ノ權利拘束ヘ未嘗ヲ發生セサルモノト看做サルルヘカラサレハナリ然レトモ反訴ノ請求カ本訴ナキモ當然其裁判所ノ管轄ニ屬スヘキトキハ本訴ノ取下ハ以テ反訴ノ權利拘束ヲ消滅セシムヘキニ非ス即此場合ニ於ル反訴ハ本訴アルカ爲ニ受訴裁判所ノ管轄權ヲ生シタルニ非スシテ本來其裁判所ノ管轄ニ屬スルモノナレハ本訴ノ消滅ニ因テ裁判籍ヲ失フコトアルヘカラサルナリ其他本訴ノ裁判所ノ反訴ニ付本來管轄權ナキトキト雖合意管轄ヲ許ス場合ニテ原告カ被告ノ承諾ヲ得テ本訴ヲ取下クルニ當リ被告カ反訴ノ管轄ヲ留保スルノ條件ヲ附シテ取下ヲ承諾シタル場合ニ原告カニ合意シタルトキハ反訴ハ消滅ニ歸セサルモノトスは合意管轄ヲ認許スル當然ノ推論トシテ之ヲ適法ノ行爲ト斷定スルコトヲ得ヘシ

(二)財產權上ノ請求ニ非ナル請求又ハ専屬管轄ノ定アル請求ニ付反訴ヲ起スニハ其本訴タルトキニ於テ當然管轄權ヲ有スル裁判所ニ於テスルコト(二〇條二項) 凡財產權上ノ請求ニシテ別ニ専屬管轄ノ定ナキモノハ請求ノ債額ノ如何ト反訴ノ被告ノ裁判籍ノ如何ヲ問ハス常ニ本訴ノ裁判所ニ之ヲ反訴トシテ提起スルコトヲ得ヘシ例之原告カ債額百圓以下ノ請求ニ付區裁判所ニ起訴シタル場合ニ被告ハ

價額百圓ヲ超過スル請求ヲ反訴トシテ其區裁判所ニ起スルコトヲ得ヘク又原告カ訴訟物ノ價額百圓ヲ超過スル訴ヲ地方裁判所ニ起シタル場合ニ被告ハ百圓以下ノ請求ヲ反訴トシテ同一地方裁判所ニ起スコトヲ得ヘシ而シテ其裁判所ノ所在地ニ原告カ普通裁判籍ヲ有スルト否トヲ問ヘナルナリ其目的ヲ貫徹スルカチハ普通ノ管轄ニ於ル制限ヲ適用セサルハ畢竟便宜上ノ規定トシテ反訴ヲ許シタル場合ニ限リ非財產權上ノ請求ニ外ナラス然リト雖右反訴ノ管轄ニ制限ナキハ合意上ノ管轄ヲ許ス場合ニ限リ此二種ノ專屬管轄ノ定アル訴ニ至ラハ公益上當事者ノ合意ヲ以テ別ニ裁判管轄ヲ定ムルコトヲ許サス此二種ノ訴ハ必法定ノ管轄裁判所ニ於テ審理判決スヘキモノナルモ以テ之ヲ反訴トシテ提起スル場合ニ於テモ本訴ノ權利拘束ヲ生シタル裁判所ニ于テ其反訴ノ請求ニ付元來管轄權ヲ有スルニ非ナレハ之ヲ提起スルコトヲ得サルナリ財產權上ノ請求ニシテ專屬管轄ノ定アルモノトハ例之第二二條第一項及第二項ニ規定スルモノノ如キ即是ナリ

(三)訴訟ノ性質カ反訴ヲ許ササルモノニ非ナルコト 反訴ハ訴訟ノ性質ノ如何ニ依テ許サルコトアリ手續ノ簡易迅速ヲ主眼トスル證書訴訟爲替訴訟(四八七條)督促手續ニ於ルカ如キ是ナリ其他人事訴訟手續法ニ於テモ反訴ヲ許ササルノ規定ヲ設ケタリ(七條二六條、三九條、五八條等)

茲ニ研究ヲ要スルハ以上三條件ノ外反訴ヲ提起スルニハ其請求ノ性質及本訴トノ關係ニ付制限アルヤ否ヤノ問題是ナリ獨逸及佛蘭西ノ民事訴訟法ニ依レハ反訴ノ請求ハ本訴ノ請求ト相牽連スルコトヲ要件トセルモ我民事訴訟法ハ此點ニ付何等ノ規定ヲ設ケス然レトモ尚反訴ノ請求ハ其目的物カ本訴ノ目的物ト同一種類ニシテ相殺シ得ヘキカ又ハ本訴ノ請求ト相牽連スルモノニ非ナレハ之ヲ許サスト論スル者アリ其說ニ依レハ例之金錢ノ請求ニ對シ金錢ノ請求ヲ以テ反訴ト爲スハ其請求ノ相互ニ關係ナキ

トキト雖相殺シ得ヘキノ故ヲ以テ之ヲ適法ト爲スヘキモ其他ノ相殺シ得ヘカラサル請求ニ至テハ本訴ノ請求ト相牽連スルモノ例之同一ノ法律關係ニ基ク反對給付ノ請求又ハ本訴請求ノ裁判ニ影響ヲ及スヘキ先決的反對請求ノ如キニ非サレハ之ヲ反訴トシテ提起スルコトヲ得ス何トナレハ法律カ反訴ヲ許スハ便宜ヲ主トスルニアレハ其精神ハ決シテ本訴ニ何等ノ緣故ナキ請求ヲモ反訴トシテ提起スルコトヲ許シ放ラニ訴訟ヲ銷難ナラシムルノ意ニ非スト是立法上ニ於テ價値ナキノ說ニ非サレトモ如何セシ我民事訴訟法ハ單ニ第二〇〇條第一項ニ「訴カ管轄裁判所ニ於テ権利拘束ト爲リタルトキハ被告ハ原告ニ判シ其裁判所ニ反訴ヲ起スコトヲ得」ト規定シタルノミニシテ右ノ制限アルコトヲ明示セザルヲ以テ既ニ原被告ノ間ニ一ノ訴訟カ権利拘束ヲ生シタル以上ハ被告ヨリ原告ニ對スル請求アルトキハ其本訴ト相牽連スルト否ト問ハズ斯ルトシテ提起スルコトヲ許シ本訴ト共ニ審理判決ヲ受クシメ一擧ニ二箇ノ訴訟ヲ完結スルノ便利ヲ與ヘント欲シタルモノト解スルヲ得ヘシ今實際ノ便否ヨリ觀ルモ反訴ハ雖ニ述タルカ如ク或ハ訴訟ノ性質ノ如何ニ依テ之ヲ許サズ或ハ又其管轄及提起ノ時期ニ關スル制限アリテ爲ニ大ニ其實用ノ範圍ヲ狹縮セラレタルノミナラス裁判所ハ第一八條、第二二六條ノ規定ニ依リ便宜本訴ト反訴ヲ分離シテ審理判決スルヲ得ヘキヲ以テ別ニ論者ノ主張スル如キ制限ヲ置カサルモ證差支ヲ生セサルヘシ要スルニ斯ル制限アリトスルニハ必ヤ其明文ナカルヘカラサルカ故ニ我民事訴訟法ノ解釋トシテハ論者ノ主張ハ其當ヲ得サルモノト信スルナリ

第二 反訴提起ノ方式及期間

第二〇一條第一項ノ規定ニ依レハ反訴ノ提起ハ或ハ書面ヲ以テシ或ハ口頭ヲ以テスルコトヲ得ヘキモ同條第二項ノ規定ヨリスレハ答辯書提出期間内ニ答辯書若クハ特別ノ書面ヲ以テ之ヲ爲スヲ本則トス

是即相手方ヲシテ反訴ニ付テノ陳述ヲ爲スニ準備期間ヲ存セシメ以テ訴訟ノ落著ヲ遅延セラシムル趣意ニ出タルモノナリ但全部若クハ一分ノ相殺ヲ爲シ得ヘキ請求ニシテ且被告カ過失ナクシテ答辯書提出期間内ニ提起スルコトヲ得サリシコトヲ證明スルトキニ限リ右期間後書面ヲ以テ又ハ口頭辯論中相手方ノ面前ニ於テ反訴ヲ起スコトヲ得ヘシ即反訴請求ノ目的物ト本訴請求ノ目的物ト相殺シ得ヘキコト及被告ニ過失ナカリシコトノ二條件ヲ具フルトキハ第二〇九條ノ規定ニ依リ口頭辯論ノ終結ニ至ル迄反訴ヲ提起スルコトヲ得ルモノトス又右ノ二條件アルトキハ控訴審ニ至テモ尚之ヲ提起スルコトヲ得ルモノナリ(四一六條)又第二二一條ノ附隨ノ確定ノ訴ヲ反訴トシテ起ス場合ニハ右ノ條件ナキトキト雖同ク口頭辯論ノ終結ニ至ル迄之ヲ提起スルコトヲ得ルハ同條ノ解釋上疑フ容ルヘカラス終ニ障ミ一言スヘキハ反訴ノ本質タルヤ元來一ノ獨立ノ訴ヲ以テ爲スヘキモノニシテ便宜上本訴ト併合シテ審理判決ヲ受クルヲ得ヘキ爲本訴ノ繫屬スル裁判所ニ之ヲ提起スルコトヲ許スニ過キサレハ上來說述シタル反訴ニ特別ナル規定ニ抵觸セサル限ハ本訴ニ關スル規定ヲ適用スヘキナリ故ニ第一九五條以下ノ權利拘束ニ關スル規定、第一九〇條ノ訴狀ノ記載事項第一九八條ノ取下ニ關スル規定等ハ皆反訴ニ適用スヘキモノトス唯反訴ノ辯論期日ハ通常本訴ノ辯論期日ト同一ナルヘキノミナラス本訴ノ口頭辯論中反訴ノ提起アルコトアルヲ以テ第一九三條、第一九四條ノ規定ノ如キハ自然反訴ニ適用スルコトヲ得サルニ至ランノミ

第二節 準備書面ノ交換

我民事訴訟法ハ第一〇三條ニ於テ「判決裁判所ニ於テ訴訟ニ付フノ當事者ノ辯論ハ口頭ナリトス」ト規定

定シ以フロ頭辯論主義ヲ採用セリ隨フ受訴裁判所カ訴訟ニ付判決ヲ下スニハ必口頭辯論ヲ以テ其基礎ト爲スコトヲ要ス故ニ當事者カ自己ニ利益ナル判決ヲ受クル爲メ特ニ裁判所ノ注意ヲ求ムル事項ハ總テロ頭ヲ以テ陳述セナルヘカラス即一定ノ申立ハ勿論攻撃防禦ノ方法等原告ノ請求ヲ正當ナリトシ若クハ不當ナリトスル理由ノ如キ皆然ラナルヲ得ス然レトロ頭辯論主義ハ絕對ニ必要トセナルニ非ナルコトハ訴狀ニ關スル第一九〇條判決ヲ受クヘキ事項ニ關スル第二二二條ニ依テ明ナルノミナラスロ頭辯論ノ準備ノ爲メ豫當事者ヲシテ書面ヲ提出シムルハ亦實際上有益ナリ若訴ノ提起アルヤ直ニ期日ヲ指定シテロ頭辯論ヲ開始スルモノトハ當事者雙方ノ申立及事實上ノ主張證據方法ノ如何ハ相互ニ豫之ヲ知ルコト能ハズ裁判所ニ亦其如何ナル點ニ於テ争アルヲ知ラス爲ニ辯論ノ進行ヲ遲延セシムルノ處アリ即一方ニ於テ突然攻撃防禦ノ方法及證據方法ヲ提出スルトキハ相手方ハ調査ヲ爲シタル後ニ非サレハ其攻撃防禦ノ方法、證據方法ニ付陳述ヲ爲スコト能ハズシテ辯論ヲ延期スルノ已ムヘカラナルニ至ルコトアルヘク又裁判所ニ於テモ辯論ヲ指揮シ其進行終結ニ注意スルニ不便ヲ感スヘシ是豫當事者雙方ヲシテ其法廷ニ於テ爲サントスル申立、事實上ノ主張、證據方法其他必要ナル陳述ヲ書面ニ表示シ之ヲ相互ニ交換シムル爲メ裁判所ニ差出サシメ之ヲ相手方ニ送達シ以テ辯論ノ準備ヲ爲シムルノ規定アル所以ナリ（一〇四條、一〇八條）此準備書面ノ記載事項ハ第一〇五條ニ定メ又之ニ添附スヘキ書類ハ第一〇七條ニ定メタリ訴狀ニハ訴ノ要件ノ外ニ尚第一〇五條以下ノ規定ニ從ヒ準備事項ヲモ記載スヘキモノニシテ訴狀ニ記載スヘキ必要事項ニ至ルモ多クハ同時ニ準備事項タルモノナリ故ニ訴狀ハ訴ノ提起ニ必要ナル書面タルト同時ニ又最重要ナル準備書面タル性質ヲ有スルモノタリ訴狀ノ記載事項ニ對シテハ被告ヨリ同ク答辯ニ付テノ準備書面ヲ差出スヘキモノトス故ニ原告カ第一

九〇條第一〇八條ノ規定ニ從ヒ適法ナル訴狀ノ原本及副本ヲ差出シタルトキハ裁判長ハロ頭辯論ノ期日ヲ定メ裁判所書記ヲシテ訴狀ノ副本ニ呼出状ヲ添ヘテ之ヲ被告ニ送達セシム而シテ此訴狀ノ送達トロ頭辯論ノ期日トノ間ニハ少クトセ二十日ノ期間ヲ存セサルヘカラス又外國ニ於テ訴狀ノ送達トヘキトキハ裁判長相當ノ期間ヲ定ム是被告ヲシテ答辯ヲ爲スニ付調査ヲ爲スコトヲ得セシメンカ爲メナリ（一九三條、一九四條）此期間ヲ稱シテ準備期間ト謂フ被告ハ此期間内ニ於テ訴狀ノ送達ヲ受ケタルヨリ十四日内ニ答辯書ヲ差出シ原告ヲシテ其後ノ期間ニ於テ辯論ノ準備ヲ爲サシメサルヘカラス此十四日間ニ答辯書ヲ差出スヘシトノ催告ハ訴狀送達ノ際ニ呼出状ヲ以テス而シテ答辯書モ亦準備書面ノナレハ第一〇五條乃至第一〇八條ノ法則ヲ適用スヘキヤ勿論ナリ（一九九條）右ノ準備期間ハ不變期間ニ非サル法定期間ナリ而シテ裁判長ハ當事者ノ申立ニ因リ場合ニ從テ答辯書提出ノ期間ヲ相當ニ短縮シ又ハ之ヲ伸長スルコトヲ得又訴狀ノ送達ヨリロ頭辯論ニ至ル期間ハ二十日以上ニ於テ裁判長ノ適宜定ムヘキモノナレトモ原告ノ申立ニ因リ切迫ナル危險アリテ急速ニロ頭辯論ヲ要スル場合ニ限リテ二十四時間迄ニ之ヲ短縮スルコトヲ得是素ト非常ノ場合ニ於テ危険ヲ防止スルノ目的ニ出ツルモノナルカ故ニ縱令其期間短縮ノ爲メ被告カ答辯書ヲ差出スコト能ハナル場合ニ於テモ之ヲ斟酌セシテ期間ヲ短縮スルコトヲ得ルモノトス然リト雖被告ヲシテ事實上ロ頭辯論ノ爲メ裁判所ニ出頭スルコトヲ得ラシムルカ如クスルハ全ク其權利ヲ保護スルノ途フ失ハシムルモノナレハ裁判所所在地ト當事者ノ住所地ト相違無セル場合ニハ其距離ニ從ヒ期間ヲ伸長スヘキ第一六七條ノ規定ハ常ニ適用ヲ受クヘキモノトス（二〇三條）

リ辯論ノ準備ヲ爲スヲ通例ト爲セトモ若訴狀又ハ答辯書ニ事實上ノ主張若クハ證據方法又ハ申立等ヲ掲タルコトヲ遺脱シタル場合ニ其事項ニ付ヲハ相手方カ穿鑿調査ヲ爲スニ非サレハ陳述ヲ爲スコト能ハサルヘキコトヲ豫知スルトキハ口頭辯論ノ前書面ニ掲ケテ之ヲ差出シ相手方ヲシテ調査ノ時間ヲ得セシメサルヘカラス又口頭辯論ノ期日ニ至テ準備十分ナラサル爲メ辯論ヲ延期スルニ至リタルトキハ裁判所ヘ辯論前ニ於テ相當ノ準備書面提出ノ期間ヲ定ムルコト得(二〇四條)

準備書面交換ニ關スル規定ノ目的ハ畢竟當事者雙方ノ便宜ヲ圖ルニ出タルモノニシテ之ヲ以テ訴訟ノ必要條件ト爲シタルニ非ス隨ノ準備書面ノ交換ハ之ヲ爲ササルモ訴訟ノ成立ニ影響ヲ及スヘキモノニ非ス故ニ例之訴狀ハ原告ノ起訴ニ必要アル書面ニシテ其訴狀ノ必要事項ハ必ニ掲ケナルヘカラスト雖假ニ其他ノ準備事項ハ一切記載セストスルモ毫モ訴ノ成立ヲ妨ケサルナリ又當事者カ準備書面ノ提出ヲ怠ルモ爲ニ訴訟事件ニ關シテ不利ナル推定ヲ受ケ或ハ失權ヲ來スモノニ非ス故ニ攻撃防禦ノ方法證據方法證據抗辯等ニシテ準備書面ニ掲ケサリシモノト雖口頭辯論ノ終結ニ至ルマテ提出スルコトヲ得ヘシ唯準備書面ヲ提出セシシテ事實上ノ主張ヲ爲シタルカ爲ニ相手方カ其真否ヲ調査スルノ時間ヲ要シ辯論ヲ延期スルニ至リタルトキハ之ニ因テ生シタル訴訟費用ハ第七五條ノ規定ニ依リ訴訟ノ勝敗如何ニ拘ラス準備書面ノ提出ヲ怠リタル者ニ於テ負擔セサルヘカラス又準備書面ヲ提出シタル場合ニ於テモ之ニ記載シタル事項ハ直ニ判決ノ基礎ト爲ルモノニ非ス例之準備書面ニ於テ義務ヲ認諾スル旨ヲ記載スルモ之ニ據テ直ニ認諾ノ判決ヲ爲スコト能ハス認諾ノ判決ヲ爲スニ付テハ必口頭辯論ニ於テ認諾アリタルコトヲ要スルカ如シ故ニ一旦準備書面ニ掲ケタル準備事項ハ口頭辯論ニ於テ變更スルコトヲ妨ケス隨テ若當事者カ準備書面ニ掲ケタル重要な事項ニ付陳述ヲ爲ササルトキハ裁判所ヘ其陳述ヲ

述ヲ爲スヤ否ヤニ付注意ヲ與フルヲ得ルニ過キス是口頭辯論主義ヨリ生スル結果ナリトス

第三節 口頭辯論

口頭辯論ハ總則第一〇九條以下ノ規定ニ從テ爲スヘキモノニシテ裁判期日ニ之ヲ開キ當事者カ申立ヲ爲スニ因テ始マルモノトス(一一〇條)故ニ總テノ場合ニ於テ辯論ノ順序トシテ當事者ハ如何ナル判決ヲ求ムルヤノ申立ヲ爲シ原告ハ請求ノ原因タル事實ノ陳述ヲ爲シ攻撃方法ヲ提出シ又被告ハ原告ノ請求ヲ争フトキハ其主張ヲ辯駁スル爲メ防禦方法ヲ提出シ各其證據方法ヲ申出テ相手方ノ證據方法ニ付意見ヲ陳述シ證據調査結果ニ付辯論ヲ爲シ以テ口頭辯論ノ終結ニ達スルモノナリ第二二二條ノ規定ニ依レハ右判決ヲ受クヘキ事項ノ申立ハ書面ニ基キテ爲スコトヲ必要トス即此重要ナル事項ハ單ニ口頭辯論ニ於テ陳述スルヲ以テ足レリトセス先之ヲ書面ニ記載シテ提出シニ基キテ陳述スルコトヲ要ス故ニ當事者カ口頭辯論ニ於テ此申立ヲ爲スニハ必先訴狀其他ノ準備書面ニ之ヲ掲ケ置キ而シテ後其書面ニ依テ申立ノ旨趣ヲ陳述スルコトヲ要ス若準備書面ニ掲ケサル新ナル申立ヲ爲シントセハ調書ニ附録シテ添附スヘキ書面ヲ差出シ之ニ基キテ爲スコトヲ要ス例之口頭辯論中ニ起スコトヲ得ル反訴又ハ申立ノ擔張ニ依ル確定ノ訴ノ如キ又ハ最初求メタル物ノ滅盡ニ因初ノ申立ヲ擴張シ若クハ減縮シテ其請求ノ額ヲ變更シタルトキノ如キ又ハ最初求メタル物ノ滅盡ニ因テ損害賠償ノ訴ニ變更シタル場合ノ如キヘ何レモ別段ニ書面ヲ差出シテ其申立ヲ爲ササルヘカラス但右ノ所謂由立ノ中ニハ訴訟手續上ノ由立側之期間ノ仲縮期日ノ變更辯論ノ延期ノ申立、證據調査ニ關スル申立、開席判決ノ申立等ハ句含セサルナリ何トナレハ此等ノ申立ノ當否ニ付テハ判決ヲ以テ裁判ス

ヘキモノニ非サレハナリ

書面ニ基キテ申立ヲ爲ストヘ口頭供述ノ外尙書面ヲ要シ而シテ其二者ノ相符合セサルヘカラサルコトヲ意味ス故ニ書面ノミアリテ口頭陳述ナキトキハ勿論其申立ハ其效ナク又縱令口頭ニテ陳述スルモ書面ナケレハ其效ナシ若夫レ書面ト口頭陳述ト相異ナルトキハ其異ナル部分ハ無効ニシテ其符合スル點ノミヲ以テ有效トセサルヘカラス是判決ヲ受クヘキ事項ノ申立ヘ訴訟ノ範圍ヲ定ムルモノニシテ最重要ナル事項ニ屬スルカ故ニ其課ナカラシメンカ爲ヌ特ニ如此鄭重ナル規定ヲ設ケタルモノナリ此規定ニ背キタル申立ハ初ヨリ申立ナキモノト看做サレ其申立ニ付テハ裁判所ニ於テ決シテ判決ヲ爲スヘカラヌ故ニ若申立ヲ記載シテアル書面ヲ差出サヌシテ口頭辯論ニ於テノミ其申立ヲ陳述シタルトキハ裁判長ハ第一一二條ノ規定ニ依テ注意ヲ促シ書面ヲ差出ナシムルコトヲ得ヘキナリ

右申立ノ外重要なアル陳述即攻撃及防御ノ方法證據方法證據抗辯其他事實上ノ主張ニ關スル陳述ニシテ訴訟ノ曲直ニ影響ヲ及スヘキモノハ之ヲ準備書面ニ掲ケタルトキ又ハ一旦準備書面ニ掲ケタルモ口頭辯論ニ於テ附加削除等ヲ爲シテ之ヲ變更シ重要ナル點ニ於テ差異ヲ生シタルトキハ當事者ノ申立ニ因リ又ハ裁判所ノ職權ヲ以テ調書ニ記載スルカ又ハ調書ニ附録シテ添附スヘキ書面ヲ差出シテ之ヲ明確ニスヘキモノトス(一二三條)此陳述ハ判決ヲ受クヘキ事項ノ申立ニ於ト異ナル陳述ハ先書面ニ記載シテ之ヲ提出シ之ニ基キテ陳述ヘルコトヲ必要トス隨テ書面ナキトキ雖無効ナルノ制裁ヲ受クルモノニ非サルナリ故ニ其陳述事項ニ付調書ノ記載又ハ書面ニ提出ナキトキ雖裁判所ハ判決ヲ爲スニ當リ之ヲ無視スルヲ得サレトモ書面又ハ調書ヲ以テノ明確ニセツサン場合ハニ裁判官ノ記憶ニ依テ判決ノ材料ト爲ルモノナレハ若裁判官カ誤リテ之ヲ判決ニ遺脱シ又ハ之ト異ナル陳述ヲ掲

ケテ判決ノ基礎ト爲シタル場合ニハ證明ノ困難ノ爲ノ竟ニ此點ニ基キ其判決ヲ攻撃スルコトヲ得サルノ不利益ヲ被ルニ至ルヘシ
辯論期日ニ於テハ右ノ規定ニ從ヒ先判決ヲ求ムル事項ノ申立ヲ爲シタル後當事者ハ尙訴ノ當否ヲ主張スル理由ニ付辯論ヲ爲サナルヘカラス辯論ハ之ヲ區別シテ二種ト爲スコトヲ得ヘシ一ハ形式即訴訟條件ニ付テノ辯論一ハ本案即請求ノ實體ニ付テノ辯論是ナリ以下款ヲ分チテ之ヲ説明セん

第一款 形式ニ付テノ辯論

凡訴訟カ其成立條件ヲ缺キタルトキハ被告ハ其欠缺ニ基ク抗辯ヲ提出シテ訴ヲ不適法トシテ却下スル判決ヲ求ムルヲ得ヘシ此場合ニ於テハ當事者ハ本案ノ辯論ニ先其條件欠缺ノ有無即訴ノ形式ニ付テノ辯論ヲ爲スヘキモノナリ而シテ裁判所ニ於テ其欠缺アリト認メタルトキハ本案即チ請求ノ實體上ノ當否ニ付裁判ヲ爲ナシテ直ニ其訴ヲ不適法トシテ却下スルヘカラス此訴訟ノ要件ニハ公益ニ關スルモノト私益ニ關スルモノト二種アリ其私益ニ關スルモノハ專被告保護スル爲ニ規定セラレタルモノニシテ其欠缺ヲ主張シテ訴ノ却下ヲ求ムルト否トハニ被告ノ隨意ニ委スヘキモノナルモ其公益ニ關スルモノニ至テハ裁判所ハ常ニ欠缺ノ有無ニ付職權調査ヲ爲スヘキモノナリ而シテ要件ノ欠缺アル多クノ場合ニ於テ法律ハ被告ノ抗辯ニ一種特別ノ能力ヲ付與シ應訴即本案ノ辯論ヲ拒ミ先其抗辯ノミニ付辯論ヲ爲シ裁判ヲ受クルコトヲ得セシム之ヲ妨訴ノ抗辯ト謂フ先其種類ヲ舉クレハ左ノ如シ(二〇六條)

(一) 無訴權ノ抗辯 無訴權ノ抗辯トハ唯文字上ヨリ解釋スレハ頗漠然トシテ總テ原告ニ訴權ナキトキ

被告ノ提出シ得ヘキ抗辯ヲ意味スルモノノ如シ然レトモ實體上訴權ナキコトヲ抗辯ト爲スカ如キハ固ヨリ請求ノ實體即本案ニ付テノ抗辯ナルカ故ニ茲ニ所謂無訴權ノ抗辯ニ非ス無訴權ノ抗辯トハ司法裁判所ノ權限ニ屬セサル事件ヲ提起シタル場合ニ於テ爲スコトヲ得ル抗辯ナリ例之行政訴訟ノ如キハ特別ノ裁判所タル行政裁判所ニ於テ取扱フヘキモノニシテ司法裁判所ハ之ヲ裁判スルノ權利及義務ナシ其他行政官廳ノ審判ヲ求ムヘキ事件ニ付テモ亦然リ故ニ原告カ如斯訴ヲ司法裁判所ニ提起シタルトキハ其裁判所ハ請求ノ當否ヲ判断スルニ及ハス否判斷スルノトヲ得ス隨テ直ニ訴ヲ却下スルノ外ナシ此場合ニ於テ被告ニ妨訴ノ抗辯ヲ許ス所以ナリ

(二)管轄達ノ抗辯 此抗辯ハ訴訟ノ性質カ司法裁判所ノ取扱フヘキ事件ナアルモ原告ノ訴ヲ起シタル所ノ裁判所カ訴訟ノ事物ニ付又ハ土地ノ區域ニ關シ管轄權ヲ有セサル場合ニ於テ提出スヘキ妨訴抗辯ナリ是ヲ以テ原告カ土地又ハ事物管轄權ヲ有セサル裁判所ニ起訴シタル場合ニ第二九條乃至第三一條ノ規定ニ依リ合意管轄ヲ生セサル限りハ被告ハ本案ノ辯論ニ立入ラシテ此抗辯ヲ提出シ原告ノ訴ノ却下ヲ求ムルコトヲ得又或訴訟ニ付テ當事者カ特ニ違法ノ合意ヲ以テ管轄裁判所ヲ定メタル場合ニ原告カ其合意ニ背キ他ノ裁判所ニ訴ヲ起シタルトキハ被告ハ同ク管轄達ノ抗辯ヲ提出シテ訴訟ヲ拒ムコトヲ得ヘシ

(三)權利拘束ノ抗辯 本訴又ハ反對ノ原告ノ請求カ既ニ他ノ訴訟ニ於テ權利拘束ト爲リタルトキハ被告ハ二重ノ等費ヲ避クル爲メ此抗辯ヲ提出シ本案ニ付テハ既ニ訴アル故ニ更ニ答辯ノ義務ナキセントシテ原告ノ訴ノ却下ヲ求ムルコトヲ得ルモノトス

(四)訴訟能力ノ欠缺又ハ法律上代理ノ欠缺ノ抗辯 訴訟能力、訴權ヲ行使スルノ能力即第四三條ニ所

謂原告若クハ被告カ自ラ訴訟ヲ爲シ又ハ訴訟代理人ヲシテ訴訟ヲ爲サシムルノ能力ナリ故ニ此能ハ当事者即訴訟ノ主體タルノ能力ト異ナルモノニシテ当事者タル能力ナキ者ハ固ヨリ訴訟能力ヲ有スベキ理ナシト雖當事者タル能力ヲ有スル者ハ必シモ訴訟能力ヲ有スルモノニ非ス即民法上ノ無能力者ノ如キ固ヨリ權利義務ニ主體タルコトヲ得ルカ故ニ訴訟ノ當事者タル能力ハ之ヲ有スルモ自ラ訴訟ヲ爲スカ或ハ代理人ヲ選定シテ訴訟ヲ爲サシムルノ能力ヲ有セス此等ノ者ノ權利義務ニ付テ訴訟ヲ爲スニハ法律上代理人ニ依テ爲ササルヘカラス故ニ此等訴訟能力ナキ者カ原告トナリ初ヨリ法律上代理人ニ依ラスシテ訴ヲ起シタルトキハ被告ハ訴訟ノ抗辯ヲ提出シテ其訴ノ却下ヲ求ムルコトヲ得ヘシ又無能力者又ハ法人ノ代表者ナリトシテ訴ヲ起シタル者カ實際法律上ノ代理權ヲ有セサル場合ニ於テモ被告ハ其法律上代理ノ欠缺ニ基キテ妨訴抗辯ヲ提出スルコトヲ得ルナリ然レトモ訴訟代理權欠缺ノ場合ハ右ト異ニシテ被告ハ原告ノ訴訟代理人ト稱シ訴ヲ起シタル者ニ真實訴訟代理權ナシトノ理由ニ基キ妨訴ノ抗辯ヲ爲スコト能ハス唯其訴ハ勿論無效ニシテ却下セラルヘキノミ右訴訟能力法律上代理權、訴訟代理權ノ欠缺ハ第四五條第七〇條ニ從ヒ補正スルコトヲ得ルヲ忘ルヘカラス

(五)訴訟費用保證ノ欠缺ノ抗辯 此抗辯ノ原由又ハ原告ノ從參加入カ外國人ナルトキ被告ノ請求ニ因テ總則第八八條ニ從ヒ保證ヲ立ツヘキ場合ニ其外國人カ保證ヲ立テサルトキニ於テ被告カ應訴ヲ拒ム爲ニ提出スルコトヲ得ル抗辯ナリ

(六)再訴ニ付前訴訟費用未済ノ抗辯 原告カ一旦取下ケタル訴訟ヲ再提起シタル場合ニ未前訴ノ費用ノ辨済ヲ爲ササリシトキハ被告ハ此抗辯ヲ提出シテ訴訟ヲ拒ムコトヲ得ルモノナリ(一九八條未項)原告カ前ノ訴ニ於テ訴訟上救助ヲ受ケタル事實ハ此抗辯ヲ爲スノ妨ト爲ラサルコトハ第九八條規定ノ

趣旨ニ依ラ自ラ明ナリ

茲ニ少シク疑問タルヘキハ原告カ判決ニ依リ訴ヲ不適法トシテ却下セラレタル後再其訴ヲ起シタルニ
未前訴訟費用ヲ辨済セサルトキハ被告ハ右妨訴抗辯ヲ爲スコトヲ得ルヤ否ヤ是ナリ蓋妨訴抗辯ナルモノ
ハ普通ノ抗辯ト異ナリ法律カ特別ナル效力ヲ付シタルモノニシテ前訴訟費用ヲ原告カ辨済セサルカ
爲メ被告ニ應訴ヲ拒ムコトヲ許シタルハ第一九八條末項ニ規定スル前訴ノ取下ラ爲シタル場合アルノ
ミスル規定ハ之ヲ類推擴張スルコトヲ許ササルハ言ヲ俟タス故ニ原告カ判決ニ依テ訴ヲ却下セラレタ
ル後再同一ノ訴ヲ提起シタル場合ニ於テハ被告ハ前訴訟費用未済ノ抗辯ヲ爲スコトヲ得サルモノト論
定スルヲ當然ナリトス但第九〇條ノ規定ニ從ヒ判決ヲ以テ訴ヲ取下ケタリト宣言シタルトキ又ハ第一
八八條ノ規定ニ依リ訴ヲ取下ケタルモノト看做スヘキ場合ニ原告カ再同一ノ訴ヲ提起シタルトキハ被

告ニ於テ前訴訟費用未済ノ抗辯ヲ爲スコトヲ得ルハ疑ラ容レサルナリ

(七) 延期ノ抗辯 延期ノ抗辯ハ第六二條ノ規定ニ從フ爲スコトヲ得即第三者ノ名ヲ以テ物件ヲ占有シ
ル者ク其物件ヲ占有スルノ故ヲ以テ訴ヲ受ケタルトキハ本案ノ辯論前其物ノ本主タル第三者ヲ指名シ
テ訴訟ニ参加セシノ陳述ヲ爲シタルトキ又ハ其呼出ヲ求ムルコトヲ得ルナリ此場合ニ被告ハ延期ノ抗辯
ヲ提出シテ右第三者カ陳述ヲ爲スカ又ハ陳述ヲ爲スヘキ時期迄本案ノ辯論ヲ拒ムコトヲ得ルモノトス
右ノ外民法ノ規定ニ於テ所謂延期ノ抗辯ナルモノアルヤ否ヤ舊民法ハ債權擔保編第二四條ニ於テ保證
人カ債權者ヨリ訴追ヲ受ケタルトキハ主タル債務者ヲ訴訟ニ參加セシムル爲メ延期ノ抗辯ヲ爲スコト
ヲ得ヘキ旨ノ規定ヲ設ケタリ然ルニ新民法ニ於テハ此ノ如キ延期ノ抗辯ヲ許ス旨ヲ規定セス唯第四五
二條ニ「債權者カ保證人ニ債務ノ履行ヲ請求シタルトキハ保證人ハ先ツ主タル債務者ニ催告ヲ爲スヘ

キ旨ヲ請求スルコトヲ得」ト規定シ尙第四五三條ニ「債權者カ前候ノ規定ニ從ヒ主タル債務者ニ催告ヲ
爲シタル後ト雖モ保證人カ主タル債務者ニ辨済ノ資力アリテ且執行ノ容易ナルコトヲ證明シタルトキハ
債務者ハ先ツ主タル債務者ノ財産ニ付キ執行ヲ爲スコトヲ要ス」ト規定シ以テ檢索ノ利益ヲ用ブノコト
トヲ得セシメタリ故ニ若債權者カ主タル債務者ニ催告ヲ爲スシシテ保證人ニ對シ債務ノ辨済ヲ求
ムル訴ヲ起シタルトキハ被告タル保證人ハ原告債權者ニ對シ先主タル債務者ニ催告ヲ爲スヘキコトヲ
請求シ以テ辨済ヲ拒ムコトヲ得ヘシ其結果此場合ニ於ル債權者ノ請求ハ不當ナリシテ却下セラルヘ
キモノタリ換言スレハ債權者ハ先主タル債務者ニ辨済ノ催告ヲ爲シテ其效力カリシ場合ニ非ナレハ保
證人ニ對シテ辨済ヲ求ムルコト能ハツルモノナリ果シテ然ラハ此保證人人ノ抗辯ハ之ヲ所謂延期ノ抗辯
ト謂フヘキモノナリヤ否ヤ蓋延期ノ抗辯ハ他ノ抗辯ト異ナリ之ニ因テ直ニ訴ノ却下ヲ求ムルコト能ハ
ス單ニ或時期ニ至ル迄本案ノ辯論ヲ拒ミテ之ヲ延期セシムルノ効力アルニ過キス而シテ保證人カ右ニ
述ヘタル抗辯ヲ爲スハ本案ノ辯論ヲ拒ミ且其延期ヲ求ムルニ非スシテ却下債權者ノ請求ヲ不當ナリト
シテ却下ヲ求ムルモノナリ即是一ノ本案ノ抗辯ニ外ナラズ唯此抗辯ノ後主タル債務者ニ對シ債權者
カ催告ヲ爲シタルモ其效ナキトキハ再保證人ハ辨済ノ請求ヲ受ケタルトアルヘシ前ノ訴求ハ一旦
却下セラルヘキモノニシテ恰期限附又ハ條件附債務ニ關シ債務カ其期限ノ到来セサルコト又ハ條件ノ成
就セサシコトヲ抗辯トセル場合ト同一ナリ故ニ此抗辯ノ民事訴訟法ニ所謂延期ノ抗辯ヲ爲スコトヲ得ルニ
トヲ得ス右ノ場合ニ保證人カ主タル債務者ヲ訴訟ニ參加セシムル爲メ延期ノ抗辯ヲ爲スコトヲ得ルニ
ハ別段ニ其旨ノ規定ナカルヘカラス又保證人カ債權者ヨリ保證債務ノ辨済ノ請求ヲ受ケタル際前ニ述
ヘタル民法第四五三條ニ從ヒ有效ニ財產檢索ノ利益ヲ行ヒタルトキモ同様ナリ何トナレハ保證人カ此

權利ヲ行ヒタルトキハ債権者ノ保證人ニ對スル請求ハ不當ニ歸シ債権者ハ更ニ主タル債務者ノ財産ニ對シテ執行ヲ爲サルヘナリ隨テ保證人カ力検索ノ利益ヲ行フ場合ニ於テモ亦妨訴ノ抗辯ヲ爲スモノト謂フヲ得ス結局民法ノ規定ニ依テ爲スヘキ延期ノ抗辯ナルモノシト斷言スルヲ得ヘシ
妨訴ノ抗辯ハ以上述ヘタル七ノ場合ニ限リ之ヲ爲スコトヲ得ベク他ニ之ニ類スルモノアルモ之ヲ以テ妨訴ノ抗辯ト爲スコトヲ得ス何トナレハ法律ハ特ニ此抗辯ニ或效力及條件ヲ附シテ之ヲ第二〇六條ニ列舉シタルヲ以テ此規定ハ即制限的規定ナリト解セザルヘカラレバナリ故ニ例之或係争法律關係ニ付當事者カ仲裁契約ヲ爲シテ其爭ヲ仲裁人ノ判断ニ依テ完結セントスル合意ヲ爲シタルニ拘ラス其一方原告トシテ其係争關係ニ付訴ヲ提起シタルトキハ勿論被告ハ右ノ事實ヲ主張シ抗辯ヲ爲スコトヲ得ヘシ而シテ此抗辯ハ一面ヨリ觀察スレハ恰管轄達ノ抗辯ナルカ如シ何トナレハ當事者ハ合意ヲ以テ其爭ノ判断ヲ裁判所ノ管轄ニ屬シメス仲裁裁人ノ判断ニ委チタルモノナリ換言スレハ仲裁契約ニ依テ裁判所ノ管轄權ヲ失ハシメタルモノナル尙其訴ヲ裁判所ニ提起シタルハ即管轄達ノ訴ナリト謂フコトヲ得ルモノノ如ケレハナリ然レトモ是民事訴訟法所謂管轄達ノ妨訴ノ抗辯ニ非ス管轄達ノ抗辯ハ裁判所ノ事物及土地ノ管轄ニ關スル規定又ヘ別ニ管轄裁判所ヲ定メタル當事者ノ合意ニ依レハ原告ノ訴ヲ起シタル裁判所ハ管轄權ヲ有セシテ其他ニ裁判所カ管轄權ヲ有スル場合ニ於テ爲スヘキモノナリ尙換言スレハ訴カ原告ノ起訴シタル以外ノ裁判所ノ管轄ニ屬スルコトヲ主張スルノ抗辯ナリ反之仲裁契約ヲ爲シタルトノ抗辯ハ其事件ニ付テハ絕對的ニ裁判所ニ訴ヘテ判決ヲ受クルコト能ハサル旨ヲ主張スルモノナリ故ニ被告カ其抗辯ヲ爲シタル場合ニ於テハ原告ノ訴ヘタル裁判所カ事物及土地ノ上ニ於テ管轄權ヲ有スルヤ否ヤ問フノ必要ナシ又被告モ其有無ヲ争フニ非ス要スルニ裁判所ノ管轄トハ

裁判所相互ノ職務上ノ限界ニ付テ云フモノニシテ仲裁判断ハ私人ノ裁判ニシテ裁判所ノ判決ト異ナルコト明白ナレハ仲裁人ト裁判所トノ間ニ職務上ノ限界ナルモノナシ果シテ然ラハ仲裁契約ノ抗辯ハ管轄達ノ抗辯ニ非サルコト疑ナカルヘシ然ラハ此抗辯ハ他ノ方面ヨリ論シテ無訴權ノ抗辯ナリト稱スルコトヲ得ヘキカ是亦消極ノ解説ヲ可トス何トナレハ無訴權ノ抗辯ハ既ニ述ヘタル如ク爭カ性質上司法裁判所ノ裁判ヲ受クルコト能ハサル場合ニ於テラハキモノニシテ仲裁契約ノ抗辯ハ其事件ノ性質カ司法裁判所ノ救濟ヲ求ムルコトヲ得サルヲ理由トスルモノニ非スシテ元來其性質ハ司法裁判所ノ裁判ヲ受クルコトヲ得ヘキ争フニ仲裁判断ニ依テ決スヘシトノ合意ニ基キナ爲スモノナリ而シテ此二ノ抗辯ハ其性質ノ相異ナル結果當事者ノ隨意ニ拋棄スルコトヲ得ルト否トノ差異ヲ生ス即仲裁契約ノ抗辯ハ常ニ當事者ノ合意ニ基因シ公益ニ何等ノ關係ナキヲ以テ當事者ノ隨意ニ拋棄スルコトヲハ勿論ナレトモ無訴權ノ抗辯ハ國家ノ機關ノ權限ニ關スルモノニシテ當事者ノ隨意ニ拋棄スルコトヲ得ス隨テ訴訟ノ性質カ無訴權ノモノナルヤ否ヤハ我裁判所ニ於テモ當ニ職權ヲ以テ調査セザルヘカラス要之仲裁契約ノ抗辯ハ妨訴ノ抗辯ニ類似スル所アリト雖其性質第二〇六條ニ列舉シタル妨訴抗辯中ノ何レニモ屬セザルヲ以テノ獨立ノ抗辯下謂コトヲ得ルニ過キシテ抗辯ノ效力ヲ有スルモノニ非サルナリ
又右妨訴抗辯ヲ爲シ得ル場合ノ外ハ訴訟カ他ノ條件ヲ欠缺スルトキト雖被告ハ此欠缺ニ基キ應訴ヲ拒ムコト能ハス例之訴狀ノ必要條件ヲ具備セザルトキ又ハ訴ノ併合力違法ナルトキ、訴ノ變更アルトキ或ハ又證書訴訟爲替訴訟ニ於テ其要件ヲ具備セザルトキノ如キハ何レモ第一一九條ニ從ヒ其點ニ付テ辯論ヲ制限スルノ命令ヲ受ケ而シテ別ニ第二二七條ニ依テ裁判ヲ受クルコトヲ得ルニ過キシテ抗辯ノ效力ヲ有スル

三於テハ妨訴ノ抗辯ヲ許スノ規定ナキヲ以テ被告ハ右要件ノ欠缺ヲ抗辯トシテ本案ノ辯論ヲ拒ムコトヲ得ス唯如此場合ニヘ裁判所ニ於テハ可成本案ノ辯論前此點ニ付キ調査ヲ爲シ判決ヲ爲スヘキモノトス何トナレハ本案ノ辯論ハ全ク無用ニ歸スヘケレハナリ

次ニ妨訴抗辯提出ノ條件ヲ説明セん

第一條件 被告ノ本案ニ付テノ辯論前に提出スルコト

第二條件 數多ノ妨訴抗辯アルキハ之ヲ同時 提出スヘキコト

第一條件ノ理由ハ妨訴抗辯ハ其效力被告ヲシテ本案ノ辯論ヲ拒ムコトヲ得セシムルニ在レハ本案ノ辯論前に之ヲ提出スルハ至當ノ順序ニシテ其後ニ至テ提出スルコトヲ許ストキハ前ニ爲シタル本案ノ辯論ハ全ク無用ニ歸スルコトアルヲ以テナリ(二〇六條一項)第二條件ノ理由ハ要スルニ訴訟ノ遲延ヲ防クニ在リ若被告ヲシテ先其提出シタルノハ妨訴抗辯ニ付テノ辯論終シ判決ニ依テ其抗辯ノ棄却セラルヲ待テ順次ニ他ノ妨訴抗辯ヲ提出スルコトヲ得セシメハ爲ニ多クノ時間ト費用トヲ要シ訴訟ノ落著ヲ遲延セシムルニ至レハナリ

右二ノ條件ニ反スルトキハ妨訴抗辯ハ之ヲ提出スルコトヲ得サルヲ原則トス然リト雖被告カ有效ニ抛棄スルコトヲ得サル妨訴抗辯ハ即公益ニ關スルモノニシテ裁判所カ職權ヲ以テ調査セサルヘカラナル事項ニ屬シ縱令被告カ之ヲ提出セサルモ裁判所ニ於テ其原因アルヲ發見スルトキハ何時ニテモ此點ニ於テ訴ヲ却下セサルヘカラナルヲ以テ既ニ被告カ本案ノ辯論ヲ爲シタル後ニ至テモ苟口頭辯論ノ終結ニ至ラサル間ハ尙ニ之ヲ提出スルコトヲ得ヘシ然ラヘ妨訴抗辯中何レカ拋棄シ得ヘク何レカ拋棄シ得サルモノナムカ此區別ハ民事訴訟法中ニ明文ヲ以テ規定セスト雖其性質ニ依テ之ヲ知ルコト容易ナリ即又權利拘束ノ抗辯ノ如キモ公益ニ關スルモノニ非シテ被告ノ私益ノ保護スル爲ニ設ケラレタルモノナレハ之ヲ用フルト否トハ被告ノ隨意ナルコトハ前ニ説明セル所ナリ其他訴訟費用未済ノ抗辯、訴訟費用保證ノ欠缺ノ抗辯、延期ノ抗辯ノ如レモ被告ノ私益ニ關スルモノニシテ此抗辯ヲ提出スル妨訴ノ抗辯ト雖被告カ此抗辯ノ原因アルコトヲ知リツツ又ハ之ヲ知ルヘカリシニ拘ラス本案ノ辯論前提出セサリシニ非シテ全ク被告ノ過失ナクシテ以前ニ提出スルコト能ハサリシ理由ヲ疏明スルトキハ本案ノ辯論後ニ於テモ尙ニ之ヲ提出スルコトヲ得(二〇六條三項)但合意管轄ヲ許ス場合ニ於ル管轄遠ノ抗辯ハ被告カ本案ノ辯論ヲ爲シタルトキハ絕對ニ提出スルコトヲ得サルニ至ル是此行為ニ由テ管轄權

而シテ被告カ本案ノ辯論ヲ拒ムトキハ裁判所ハ其抗辯ニ付テ別ニ辯論ヲ爲ナシトキハ第一審ノ判決ヲ與ヘサルヘカラス其他被告カ本案ノ辯論ヲ拒マサルトキト雖裁判所ハ一方ノ申立ニ因リ又ハ勝權ヲ以テ別ニ辯論ヲ命シ此點ニ付テノ判決ヲ爲スコトヲ得(二〇七條一項)蓋妨訴抗辯ノ正當ナルトキハ本案ノ辯論ハ全タ無用ニ歸スヘケレハナリ又被告カ數多ノ妨訴ノ抗辯ヲ提出シタルトキハ第一九條ノ規定ノ適用ニ依リ其中ノ一二ニ限リテ辯論ヲ命スルコトヲ得ヘシ

妨訴抗辯ニ付テノ辯論ノ結果裁判所ニ於テ其理由アリト認メタルトキハ延期ノ抗辯ノ場合ノ外訴ヲ却下スルノ判決ヲ爲スヘキモノナリ此判決ハ終局判決ニシテ直ニ上訴ヲ爲スコトヲ得ルハ疑ナキ所ナリ唯事物ノ管轄遠ノ訴ニ付テハ第九條ノ規定ニ依リ申立ニ因テ訴ノ却下ト同時ニ之ヲ管轄裁判所ニ移送スルノ言渡ヲ爲スヘキモノトス而シテ右却下ノ判決ハ本案ニ立入リテ爲シタル判決ニ非サルカ故ニ固ヨリ本案ニ付確定力ヲ生セ故ニ妨訴ノ抗辯ノ原因消滅シタル後ハ原告ハ再同一ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ヘシ

右ノ場合ニ反シテ妨訴ノ抗辯ヲ理由ナシトスルトキハ即之ヲ棄却スルノ判決ヲ爲スヘキモノナリ此判決ノ性質タル一ノ中間判決ナルカ故ニ若法律ニ別段ノ規定ナシトセハ此判決ノ後裁判所ハ直ニ進テ本案ノ辯論ヲ爲シシメ以テ本案ノ判決ヲ爲サルヘカラス然レトモ法律ハ便宜上之ヲ終局判決ト看做シ之ニ對シテ獨立ノ上訴ヲ爲スコトヲ許セリ法文ニ「上訴ニ關シテハ終局判決ト看做スト」アルハ是即其性質ハ中間判決ナレトモ獨立ノ上訴ヲ許ス點ニ於テ終局判決ト同一視スルモノナリ故ニ此判決アリタハ後ハ通例裁判所ニ於テハ本案ノ辯論ヲ中止シ其判決ヲ確定ヲ待テ當事者ノ申立ニ因リ更ニ期日ヲ定メテ本案ノ辯論ヲ爲ナシムヘキモノナリ蓋上訴ノ結果妨訴ノ抗辯ヲ棄却シタル判決カ取消サレ妨訴ノ

抗辯ヲ理由アリトシテ訴ノ却下セラレタル場合ニ於テハ本案ニ付テノ辯論及判決等總テ本案ノ手續ハ無效ニ歸スルノ恐アルヲ以テナリ然リト雖右判決後本案ノ辯論ヲ中止スルコトハ絕對ニ法律ノ命スル所ニ非ス若事件カ急速ヲ要スルカ如キ場合ニ裁判所ニ於テ相當ト認メタルトキ即テ妨訴抗辯ノ不當ナルコト顯然タル場合ノ如キハ原告ノ申立ニ因リ妨訴抗辯棄却ノ判決後直ニ本案ノ辯論ヲ命シ以テ本案ノ判決ヲ得ルモノナリ(二〇七條二項)隨テ第一審裁判所カ妨訴抗辯棄却ノ判決ヲ爲シタル後被告カ之ニ對シ控訴ヲ爲シタル場合ニモ第一審裁判所ハ引續キテ本案ノ裁判ヲ爲スコトヲ得ヘシ此場合ニ若控訴審ニ於テ第一審裁判所ト同ク妨訴ノ抗辯ヲ理由ナシトシ控訴棄却ノ判決ヲ爲シタルトキハ何等ノ不都合ヲ生セサレトモ若然ラシシテ控訴ヲ理由アリトシ即テ妨訴抗辯ヲ理由アリトシテノ棄却シタル第一審判決ヲ廢棄シ原告ノ訴ヲ却下スルノ判決ヲ爲シタルトキハ如何ナル結果ヲ生スルヤ此場合ニ於テ第一審裁判所カ原告ノ請求ヲ不當ナリトシ之ヲ棄却シタルトセハ結局原告ノ敗訴ニ歸シ何等ノ抵觸ヲ生セサルカ如キモ一ハ本案ニ付テノ判決ニシテ一ハ本案ノ判決ヲ爲スヘカラストシテ訴ヲ却下スル判決ナレハ其相矛盾シテ兩立スヘカラサルハ争フヘカラス其效果ニ至テモ實體權上ノ確定力ヲ生スルト否トノ差異アリ又若第一審判決ニシテ原告ノ請求ヲ却下スルノ判決ヲ爲シタルトキハ如何ナルトキハ第一審裁判所カ原告ノ請求ヲ不當ナリトシ之ヲ棄却シタルトセハ結局原告ノ敗訴ニ歸シ何等ノ條件附判決ノ性質ヲ有スルモノト謂ハサルヲ得ズ詳言シテハ此判決ハ其前提タル妨訴抗辯棄却ノ判決ノ確定ヲ條件トシテ下サレタルモノニシテ若上級審ニ於テ其前提判決ヲ不當ナリトシテ取消シ妨訴

ノ抗辯、理由アリトシテ訴却下ノ判決ヲ爲シタルトキハ第一審ノ本案ノ判決ハ當然無効ニ歸スルモノト解セサルヘカラス此場合ハ恰第二二八條ノ規定ニ依リ第一審裁判所カ先請求ノ原因ニ付テ判決ヲ爲シ後數額ニ付テノ判決ヲ爲シタル場合ト同一ナリ若控訴審ニ於テ請求ノ原因アリト爲シタル第一審判決ヲ廢棄シ更ニ請求却下ノ判決ヲ爲シタルトキハ第一審ノ數額ニ付テノ判決ハ當然無効ニ歸スルハ疑ナカルヘシ故ニ第一審裁判所ニ於テ妨訴抗辯棄却ノ判決ヲ爲シ本案ノ辯論ヲ命シタルモ未本案ノ判決ヲ爲サツル間ニ上級審ノ判決ニ依リ右妨訴抗辯棄却ノ判決カ取消サレタルトキハ本案ノ辯論ヲ命シタル原由消滅ニ歸シタルモノト謂フヘク隨テ直ニ其決定ヲ取消シ本案ニ付テノ手續ヲ廢止セサルヘカラス又第一審ノ本案ノ判決カ形式上確定シタルキト雖妨訴ノ抗辯ヲ棄却シタル中間判決カ未確定セナルトキハ之ニ對シテ上訴ヲ爲スコトヲ得ヘク而シテ上訴ノ結果中間判決ヲ取消サレタルトキハ本案ノ判決モ亦自ラ無効ニ歸スヘキカ故ニ右中間判決ノ確定セサル間ハ本案ノ判決ノ執行ヲ爲スコトヲ得ス是其條件附批判決タルノ結果ナリ

訴訟ノ抗辯ニ關シテハ區裁判所ノ訴訟手續ニ付テハ第四五六條第六號、證書訴訟手續ニ付テハ第四八六條ニ各別段ノ規定ア條上告審ノ訴訟手續ニ付テハ第四四五條第六號、控訴審ノ訴訟手續ニ付テハ第三七九條、控訴審ノ訴訟手續ニ付テハ第四八六條ニ各別段ノ規定ア條キハ之ヲ述フルノ權利ヲ失フコト前ニ説明シタル所ノ如シ

右妨訴ノ抗辯ノ外形式ニ關スル防禦方法ハ口頭辯論ノ終結ニ至ル迄提出スルコトヲ得ルヲ原則トス唯例外トシシテ第一審ニ於ル訴ノ變更ニ對スル異議ハ其變更シタル訴ニ付被告カ本案ノ辯論ヲ爲シタルトモナリトス

代理人ハ被告人ノ爲メ公判ニ出廷スルモノナルカ故ニ被告人ノ有スル權利ハ代理人モ亦之ヲ有スルモノニシテ其行爲ハ總テ被告人ノ行爲ト同一ノ效力ヲ有スヘシ故ニ代理人ハ被告人カ爲スカ如クニ自白スルヲ得其他申立陳述ヲ爲スヲ得ヘシ

第十五章 訴訟主體相互ノ關係

但書二二四條一項末段、二二六條) 又上告裁判所ニ於テハ被告人ノ出廷ヲ許ナスシテ常ニ辯護士ヲシテ被告人ヲ代理セシム(二七九條一項、二八二條、二八三條)此二者ハ被告人ノ側ニ立チテ獨立ノ權利ヲ行フモノニ非シテ被告人ニ代リテ其權利ヲ行フモノナリ又代理人ハ公判ニ於テノミ之ヲ許スモノナルコトハ其關係法文ノ示ス所ナリ而シテ此代理人タルノ能力モ一ハ何等ノ制限ナク一ハ辯護士ニ限ルモノナリトス

代理人ハ被告人ノ爲メ公判ニ出廷スルモノナルカ故ニ被告人ノ有スル權利ハ代理人モ亦之ヲ有スルモノニシテ其行爲ハ總テ被告人ノ行爲ト同一ノ效力ヲ有スヘシ故ニ代理人ハ被告人カ爲スカ如クニ自白スルヲ得其他申立陳述ヲ爲スヲ得ヘシ

キモ裁判所ヨリ發言ヲ得テ行フモノニ非ヌ由是觀之檢事ニ付テハ上記原則ノ例外ヲ認メタルヘカラス
裁判所構成法第六條第二項ノ如キモ亦此例外ヲ認メタル規定ト解スヘキナリ
當事者相互ノ關係ハ平等ナリ當事者ハ互ニ相反スル利益ヲ主張スルモノニシテ相手方ヲ補助スルノ義務ナシ是ヲ以テ被告人ハ辯護ノ權アルモ供述ノ義務ナク又不利益ナル材料ヲ提出スルノ義務ナシ是被告人ノ訊問ノ目的ハ辯解ノ機會ヲ與フルニ在リト爲ス所以ナリ次ニ當事者ノ權利義務ハ同等ナルヲ原則トス裁判所ニ公平ナル裁判ヲ爲シムルニハ其材料ヲ提出スルノ權義ハ平等ナラサルヘカラス然レトモ此原則ハ刑事訴訟ニ於テハ貫徹セサル所アリ即被告人ハ次ノ諸點ニ於テ検事ニ劣ル地位ニ在ルモノナリ(一)自然上ノ不利益ノ地位トシテ自己ニ對スル處罰ニ付訴訟セラルコト(二)技術上ノ不利益トシテハ被告ハ法律ニ通スルモノニ非サルコト(三)國法上ノ地位ニ於テ不利益アリ検事ハ官廳ニ屬シ司法警察官ノ補助機關ヲ有ス被告人ハ然ラス(四)法律上ノ地位ニ於テ不利益アリ即豫審中檢事ニハ本法第六八條ノ權アリ又豫審、公判ヲ問ハス検事ノ意見ヲ求メサレハ裁判ヲ爲ス能ハサル場合アルニ拘ラス被告人ニハモ如此權利ナシ以上ノ不平等アルヲ以テ刑事訴訟ニ於テハ之ヲ平等ナラシムル規定ヲ設タルコト必要ナリ之ニ屬スルモノハ被告人ニ對シ權利ノ告知ヲ爲スコト(一七三條、二〇七條)
他被告人ノ利益ノミノ爲メ設ケタル規定(二一八條六號、二二二條二項、二六五條二九一條、二八九條二項)ナリトス

第二編 訴訟ノ目的物

第一章 公訴

刑事訴訟ノ目的物ハ犯罪ヨリ生ジタル國家ノ刑罰請求權ナリ
凡犯罪アレハ國家ノ法律秩序ハ害セラルカ故ニ公益ノ爲メ犯罪者ニ刑罰ヲ加ヘテ此侵害ニ對シ回復ヲ爲シメナルヘカラス是國家自身ノ爲スヘキ事項ニ屬ス故ニ犯罪ヨリシテ國家ニ刑罰請求權ヲ生ス此刑罰請求權ノ確定及實行ハ即刑事訴訟ノ内容ヲ成スモノナリ然リ而シテ國家ノ刑罰權ハ同時ニ國家ノ義務タリ從テ之ヲ任意ニ處分セシムルヲ得ス蓋國家ニ公益ノ爲ニ刑罰請求權ヲ有スル以上ハ犯罪アレハ亦公益ノ爲ニ必刑罰ヲ加ヘサルヘカラス犯罪ヨリ生シタル刑罰請求權ヲ隨意ニ處分シ得サルコト明ナリ刑事訴訟ノ目的物トハ此點ニ於テ大ニ差異アリ
刑事訴訟ハ刑罰請求權ヲ其目的物トセハ公訴モ亦之カ其目的物タルコト明ナリ蓋公訴ハ刑事訴訟ニ付彌効ノ方式ヲ採レルカ爲存スルモノニシテ彌効ノ方式ヲ採レハトテ決シテ刑事訴訟ノ目的物ニ變更ヲ生スルモノニ非サレハナリ
而シテ公訴權ハ裁判所ニ對シ刑罰請求權ニ付キ判決ヲ求ムル訴權ヲ謂ト其發生ハ犯罪ノ時ニ在ルヲ通常トスルモ刑罰請求權ノ成立ヲ條件トシテ存在スルモノニ非ス然ルニ本法第一條、第三條及第六條ノ規定ニ依レハ公訴權ナルモノハ刑罰請求權カ實際ニ行ルル側面ヨリ觀察シタルモノノ如クニシテ之ヲ刑罰權中ニ包含セシムルモノノ如シ然レトニ公訴權ト刑罰權トハ其發生原因及消滅原因ヲ異ニスル場合アリ即親告罪ニ付刑罰請求權ハ告訴ノ有無ヲ問ハス犯罪ノ時ニ在ルヲ通常トスルモノナリ又刑ノ言渡確定シタル場合ニハ公訴權ハ消滅スルモ刑罰權ハ執行シ得ヘキ狀態ニ於テ存續スルモノナリ如此公訴權ナクシテ刑罰請求權ノ存在シ得ル場合ヲ生スルヲ以テ此二箇ノ權利ハ之ヲ區別スルコト要ス

本法第一條ニ於テ公訴ハ犯罪ヲ證明シ刑ヲ適用スルヲ目的トス云フハ刑事訴訟ノ内容ヲ示シタルモノニシテ公訴ノ目的物ヲ表シタルモノニ非ス刑事訴訟ノ内容ハ刑罰請求權ノ主張及確定ニシテ其手段トシテ犯罪ヲ證明スルモノナリ刑事訴訟ノ内容ト其目的トハ之ヲ混同スヘカラス

刑事訴訟ノ目的物ノ性質ヨリシテ刑事訴訟及公訴ニ付固有ノ主義ヲ生ス即左ノ如シ

一 職權訴追主義及勵行主義 刑罰請求權ハ公益ノ爲ニ存スルカ故ニ絕對ニ行ルルヲ要ス隨テ公訴ハ被害者ノ意思如何ニ拘ラス國家ノ機關タル檢事ヨリ職權ヲ以テ追行スヘキモノトス之ヲ職權訴追主義ト云フ(一條及三條)又公訴提起ノ職務アル檢事ハ便宜ニ從ヒ任意ニ起訴、不起訴ヲ決スヘキニ非ス犯罪アレハ必之ヲ訴フルノ義務アリ之ヲ勵行主義ト謂フ

二 不變更主義 刑罰請求權ハ之ヲ處分スル能ハス又公訴權モ之ヲ處分スル能ハス隨テ被害者ハ私訴ノ場合ヲ除ク外公訴ノ訴訟關係ニ參與スルヲ得ス又刑罰請求權及公訴權ハ被害人ノ處分ヲ許ササルコト明ナリ又國家ニ於テモ此權ヲ自由ニ處分スルコトヲ得サルカ故ニ此等ノ權利カ實際存在スレハ裁判所ヲシテ實際存在スルカ如クニ確定セシメ決シテ其成立及範圍ヲ變更スルコトヲ許サス之ヲ不變更主義ト云フ此主義ノ例外ハ親告罪ニ於テ告訴ノ拋棄ニ因リ刑罰請求權消滅スル場合ナリ

以上ノ一及二ノ主義ヲ合シテ之ヲ職權主義ト謂フ此職權主義ノ反對ヲ處分權主義ト謂フ

三 實體的真實發見主義 裁判所カ判決ノ基礎タルヘキ事實ヲ確定スルニ當リテ依ルヘキ主義即是ナリ而シテ實體的真實發見トハ裁判所カ實際生シタル犯罪事實ヲ符合スル認識ヲ得ルヲ謂フ若裁判所カ權利ノ争ニ付裁判ヲ爲スニ當リ實際生シタル事實ヲ裁判ノ基礎ト爲ストキハ其訴訟ハ實體的真實ヲ發見スルニ努ムルモノト謂フヘシ民事訴訟ニ於テハ訴訟ノ目的物ニ付當事者カ處分スル權ヲ有スルカ故ニ實體的真實ハ事實上之ヲ發見スルコトヲ得サルナリ反之刑事訴訟ノ目的物ハ之ヲ處分シ得サルカ故ニ刑罰權ハ實際ノ事實ヨリ生シタルモノニシテ始テ刑罰權タルナリ公訴ニ於テ主張サレタル犯罪カ實際行ハレタルトキニ始テ刑罰ヲ加フルコトヲ得

以上ノ主義ハ刑罰請求權ノ性質ヨリ生スルモノナルヲ以テ之ヲ目的トスル公訴ニ付テノミ存在ス刑事訴訟ノ手續カ他ノ目的物ニ付行ルル場合ニ於テハ右ノ主義ハ行ハレス即私訴ニ付又ハ訴訟條件ノ有無ニ關スル場合ニハ他ノ原則カ行ルルモノトス

第二章 職權訴追主義及勵行主義

職權訴追主義ハ國家ノ刑罰請求權ハ同時ニ其義務ナルコトヨリ當然生スルモノニシテ其趣意ハ左ノ如シ

一 國家ハ刑罰請求權ヲ主張スルコトヲ被害者ニ一任セスシテ國家ノ機關タル檢事ヲシテ行ハシム(一條)

二 國家ハ其機關タル檢事ノ訴追ヲ被害者ノ意思如何ニ繫ラシムス訴追ハ被害者ノ申立ヲ待テ行ハル(キニ非ス檢事ハ被害人ノ申立ヲ待タシテ訴追ヲ爲スノ義務アリ(三條)親告罪ハ此原則ノ例外タルナリ(三條但書)

親告罪ニ於テ申告ヲ要スル趣意ハ既ニ犯罪アリ刑罰請求權カ生スルモノニシテ其主張カ被害者ノ告訴ナル條件ニ付セラルルニ在リ故ニ之カ例外タルハ刑罰請求權カ實際ニ存在スルト同ニ職權ヲ以テ訴追スヘキコトノ原則ニ對シ例外タルナリ若告訴ナケレハ刑罰權カ生セストセハ決シテ親告罪ハ職權訴追主義ノ

例外クラス

勵行主義トハ檢事カ充分ナル犯罪ノ根據ヲ得タルトキハ處罰ノ目的ノ爲ニ公訴ヲ提起スルノ義務ヲ有シ便宜又ハ事情ヲ顧ミテ公訴ヲ提起セザル權利ヲ有セザル所ノ主義ヲ謂フ而シテ便宜又ハ事情ヲ顧ミルコトヲ得ル權利ヲ檢事ニ付與スル所ノ主義ハ之ヲ任意主義又ハ便宜主義ト稱スルモノナリ勵行主義ハ刑法ノ犯罪必罰ノ絕對的規定ヨリ流出スルモノニシテ現行裁判所構成法第六條ニ於テモ「檢事ハ刑事ニ付公訴ヲ提起シ其取扱上必要ナル手續ヲ爲シ法律ノ正當ナル適用ヲ請求シ云々」ト規定シ本法第六二條、第六三條ニ於テモ亦重罪・輕罪又ハ違警罪ト思料セハ起訴ノ手續ヲ爲スヘシト命シ其第六四條第二項及第一四九條第二項ニ於テ被告事件罪ト爲ラス又ハ公訴受理スヘカラサルモノナルトキニ限り起訴ノ手續ヲ爲スヘカラサルコトヲ規定セリ是蓋勵行主義ヲ採用シタルヲ明ニセシモノトス。

若任意主義ヲ採用スルトキハ刑罰法ノ精神ヲ變更スルニ至ルヘシ即任意主義行ハレテ檢事ハ輕微ナル犯罪ニ付公訴ヲ提起スルヲ止ムルノ權利有リトセハ遺失物拾得罪ノ如キ又ハ微細ナル委託物消費罪ノ如キ犯行ハ悉處罰セラシテ終ルコトトナルヘシ然ルトキハ裁判所ノ判斷ニ拘ラヌシテ檢事ニ單獨

判斷ニノミ係ル刑罰消滅原因ヲ認ムルコトナリ刑法ノ主義精神ヲ破壊スヘシ故ニ子輩ハ任意主義ナ

ルモノハ法ノ明文ナクタン行ハレサルモノタルヲ信スルナリ

茲ニ注意スベキハ、勵行主義ヲ採ルモ事實上之ヲ實行スル能ハサル場合アルコト是ナリ例之犯人外國ニ逃亡シタル場合ニ於テ之ニ對シ刑罰ノ手續ヲ行ハントスルニ當リ其外國ニ對シテ犯人ノ起訴ヲ求ムルニハ多額ノ費用ヲ要スルヲ以テ刑罰ノ手續ニ著手シ又ハ之ヲ續行スルコトヲ止ムルカ如キ或ハ又警察署ニ於テ實際上或犯罪ヲ看過スルカ如キ皆是實際上ノ障礙ニシテ此事實アルカ爲メ我訴訟法カ任意主

義ヲ採用シタリト云フコト能ハサルナリ
勵行主義ハ犯罪アレハ常に訴追スヘシト云フニ非ス此主義ニハ一定の條件アリテ存ス即左ノ如シ

一 犯罪ニ付十分ナル事實上ノ根據アルコトヲ要ス 故ニ檢事ハ其犯罪カ起訴ノ後證明シ得ノモノナリヤ否ヤコトヲ判斷シ若證明シ得ルコト能ハサルカ爲メ結果ヲ得ナルカ如キコトアレハ不起訴ニ決スルモ妨ナシ結果ヲ得ナル公訴ハ國家ノ利益ノ爲ニ之ヲ避クヘキモノナルカ故ニ右ノ場合ニ不起訴ニ決スル

コトハ勵行主義ノ許ス所ナリ然レトモ此説明ヲ以テ直ニ任意主義ナリト解スヘカラス任意主義ハ訴訟上ノ便宜即證明ニ關スル便宜ニ基キ不起訴ヲ許スノ主義ニ非シテ政治上ノ便宜等全ク特別ナル便宜事情ニ從ク不起訴ニ處分スルヲ許スモノナレハナリ

二 通常裁判所ニ起訴シ得ヘタ且刑ノ言渡ヲ爲スヘキヲ要ス 如此犯罪ニシテ始テ檢事ニ職權訴追ノ義務アリ

勵行主義ノ擔保タルモノハ現行法ニ於テハ甚薄弱ナリ唯僅ニ檢事カ上官ノ命令ニ從フヲ要スルノ點アルノミ檢事ノ上官モ亦檢事ト同ク刑罰請求権カ絕對ニ行ハルヘキ國家ノ義務ヲ否認スヘキニ非シテ此義務ヲ盡サシヘキ任務アルカ故ニ其命令權ヲ以テ檢事ニ起訴ヲ爲サシメ以テ檢事ニ付與スル權利ヲ得ルナリ外國ノ立法及舊治罪法(治罪法第一〇條)ニ於テハ被害人ノ申立ニ因リ公訴カ提起セラルル場合ヲ認メ一層擔保ヲ强大ナラシム方法ヲ設ケタリト雖此方法ハ却テ陪訴ノ弊アルカ故ニ現行法ハ之ヲ採ラヌ又外國ノ立法ニ於テハ檢行主義擔保ノ爲被害人者ニ裁判所ニ對シ起訴ヲ命スル裁判ヲ求ムルノ權ヲ與ヘタルモノアレトモ如此ハ訴訟主義ニ反スルモノナルカ故ニ之ヲ採用スルヲ得ス現行法ニ於テハ告訴人及告發人ニ裁判所構成法第一四〇條ノ司法事務取扱ニ關スル抗告ノ途ヲ認メ檢事ノ不起

訴處分ニ對シテハ其上官ニ此抗告ヲ爲スヲ許シタルノミニシテ裁判所ニ向テ起訴ヲ命スル裁判ヲ求ムルノ權ヲ與ヘス

第三章 不變更主義

國家ノ刑罰義務ヨリシテ刑罰請求權カ絕對ニ訴追セラルルヲ要スルノミナラス訴追權ニ於テモ亦訴訟主體ノ處分ヲ許スコトヲ得ス即刑罰權ハ任意ニ増減變換又ハ消滅セシメ得ルモノニ非ス而シテ變更ヲ許ササルコトハ本法第三條ニ於テ被害者ニ關シテノミ此規定ヲ設ケタルモ總テノ訴訟主體モ亦此變更ヲ爲スノ權ナシトス

不變更ノ制限ハ裁判外ト間ハス又直接ナルト間接ナルトヲ區別ヒス行ルモノナリ直接ノ處分ハ刑罰權其モノノ和解、認諾及棄棄ナリ間接ノ處分ハ刑罰請求權ニ關スル事實及證據ノ主張ヲ拠棄シ又ハ之ヲ認メテ爲スモノナリ間接ノ處分ノ重ナルモノハ事實ニ反シテ自白スル場合ナリ故ニ刑事訴訟法ニ於ル自白ハ處分權ニ基クモノニ非シテ單ニ其真否ヲ自由心證ヲ以テ判斷スヘキ證據ナリ我刑事訴訟法ニ於テハ直接ノ處分ヲ許ス規定ヲ爲サアルノミナラス又原則トシテ間接ノ處分ヲ許サナルナリ或ハ第二十九條末項ニ於ル如ク間接ノ處分ヲ許シテノミ決シテ實體上ノ處分ヲ許シタルモノト認ムルコ非シテ唯訴訟上ノ手續・付處分セシムルヲ許シテノミ決シテ實體上ノ處分ヲ許シタルモノト認ムルコトヲ得ス

不變更主義ノ原則ニ對シテハ例外アリ即左ノ如シ

一 職權訴追主義ノ原則ニ對シ親告罪ノ被害人ニ其例外ヲ許スカ如ク亦刑罰請求權ノ處分ヲ許スモ

ノナリ即親告罪ニ付テハ告訴ノ棄棄ヲ被害人ニ許シ刑罰請求權ヲ消滅セシム（三條但書六條二號）
二 被告人ハ上訴ヲ爲ス又上訴ヲ取下ケ以テ事實ニ適合セサル判決ニ服從シ刑罰請求權ヲ認諾スルコトヲ得蓋刑罰請求權カ職權ヲ以テ第一審ノ裁判所ニ訴追セラレ第一審ニ於テ職權主義ヲ以テ審理裁判セラレタルトキハ之ニ因リ國家ハ犯罪訴追ノ義務ヲ既ニ盡シタルモノナリ職權ヲ以テ判決ヲ復審スルコトハ國家ノ刑罰義務ヲ盡スコトニ必要ナラズ故ニ當事者ニ上訴權ヲ認メ任意ニモ行ハシムルコトナセリ此點ニ於テ被告人ハ上訴權ヲ行使セシムル刑罰權ヲ認諾スルコト得然レトモニ於テ被告人ニ上訴權ヲ行使セシムル刑罰權ヲ處分スルコトヲ絕對ニ許サレタルニ非ス檢事ハ被告人ノ利益ノ爲メ亦上訴ヲ爲スノ權利ト義務トアリ又檢事ハ被告人ノ利益ノ爲メト訴シタル場合ニモ裁判所ハ被告人ノ利益ニ原判決ヲ變更スルコトヲ得ルナリ
被告人カ即決ノ言渡ニ對シ正式ノ裁判ヲ請求セス又間接ノ稅犯則者處分法ニ依ル通告ニ從ヒ罰金ノ履行ヲ爲シタルトキニハ絕對ニ被告人ニ刑罰權ノ處分ヲ許スモノナリ
三 國家モ亦刑罰請求權ヲ任意ニ左右シ得サルコトハ檢事ニ公訴及上訴ノ取下ヲ許ササルコト、裁判所ハ檢事ノ申立ニ轄東セラレサルコト等ニ依リ明ニ之ヲ認ムルヲ得ト雖其唯一ノ例外タルモノハ國家ノ救免權ナリ國家ハ大敵、特赦、減刑ニ依リ刑罰請求權ノ一部又ハ全部ヲ棄棄スルコトヲ得ルナリ
檢事カト訴ヲ爲スト否トハ其隨意ニ決スルヲ得ル所ナレトモ檢事カ上訴權ヲ行使セシムル刑罰請求權ヲ左右スルコトハ例外トシテ認ムヘキコトニ非ス檢事カ上訴ヲ爲スナヤア決スルハ國家ノ利益ヲ實行スル職務ニ關シテ爲スヘキコトナレハ檢事ハ上訴スルモ却テ法律秩序ヲ維持スル能ハストナストキ上訴ヲ爲ササルヘク又之ヲ爲ササルノ義務アルナリ故ニ事實上檢事カ上訴權ヲ行使セサルニ因テ處

分ヲ爲シ得ル如クナレトモ是檢事カ國家ノ利益上盡スヘキ職務ニシテ其處分ハ法律上許サレタルモノニ非サルナリ

第四章 實體的眞實發見主義

犯罪カ實際犯サレタルトキニ非サレハ國家ハ被告人ニ對シ刑罰請求權ヲ有セス裁判所カ刑罰請求權アリトノ言波ヲ爲ナンニヘ眞實犯罪カ犯サレタルコトノ事實ヲ確定セサルヘカラス如此刑事案件訴訟ハ絶對ニ實體的眞實ヲ判決ノ基礎ト爲サナルヘカラナルカ故ニ當事者ハ訴訟ノ材料ヲ處分シテ裁判所カ眞實ヲ得ルノ途ヲ杜絕スルヲ得サルニマラヌ刑罰訴訟手續ノ規定ニ於テモ十分ニ眞實發見ノ途ヲ得セムルノ措置ヲ爲シヲ要ス此訴訟手續ノ規定ニ以テ眞實發見ノ途ヲ得シシメタルモノ左ノ如シ第一裁判所ハ裁判ヲ爲ハシ當事者雙方ノ主張ヲ聽キコトヲ要ス凡裁判所カ眞實ヲ發見スルニハ其認識ヲ得ヘキ總テノ方法ヲ利用スルヲ許ササルヘカラナルハ勿論尙當事者ノ提出スル材料ヲ利用スル途ヲ得セシムルハ最至當ノ方法ナリ故ニ現行法ハ裁判所ノ外ニ當事者ナルモノヲ認メ裁判所ハ裁判ヲ爲スニ先チ其主張スル所ヲ聽クコトヲ要スルセリ片言ヲ聽キテ獄ヲ断スルハ昔時ヨリ不可トスル所ナリ

一 先檢事ニ付テ言ヘハ豫審終結決定ヲ爲スニ先チ其意見ヲ求メ公判ニ於テハ證據調終了シタル後ニ辯論ヲ爲ス其他現行法ニ於テ或裁判ニ付檢事ノ意見ヲ求ムヘキ規定夥多アリ（一五〇條、一五九條、一九九條）

二 被告人ニ付テ言ヘハ總テノ事實及證據ニ付テ其辯解ヲ聽クヲ要シ被告人ハ其辯解ヲ爲スノ權利アリ

リテ義務ナシ若之ヲ義務トスレハ被告人ハ糾問ノ目的物トナリテ訴訟ノ主體タラス故ニ被告人ノ訊問ハ自白ヲ得ルノ目的ニ非シテ辯護ヲ爲サシムルノ目的ニ由ル被告人ハ唯辯護ヲ爲サント欲スルトキニ於テノミ陳述ヲ爲スノ要スルモノナリ實體的眞實ノ發見ヲ爲スニハ被告人カ任意ニ主張スル所ヲ以テ滿足セサルヘカラス

被告人ハ辯護ヲ爲サシムル爲メ第一著ニ之ヲ訊問スルヲ要ス（九三條、二一八條）又被告人ヲ召喚シ、勾引スルトキハ直ニ之ヲ訊問セサルヘカラス（六九條、七三條）又被告人ハ豫審ニ於テモ公判ノ第一審又ハ第二審ニ於テモ訊問セサルヘカラス是皆實體的眞實發見ノ爲ノ其辯解ヲ爲サシムルコトヲ法律カ欲スルカ爲ニ外ナラス而シテ裁判所ニ被告人ヲ訊問スルノ權アルハ被告人カ辯解ヲ爲スノ權アルカ爲ニ存スルナリ

被告人ハ辯護ノ爲メ陳述ヲ爲スヤ否ヤヲ自由ニ自ラ決スルヲ得ヘキモノナリト雖被告入カ裁判所ニ出頭スルヤ否ヤヲ其隨意ニ任セシムル能ハス是實體的眞實發見ノ方法ヲ裁判所ヨリ創奪スルモノナレハナリ故ニ公判ニ於テモ豫審ニ於テモ被告人ハ自ラ裁判所ニ出頭スルノ義務アリテ代理人ヲシテ出頭セシムルヲ許サス唯罰金以下ノ刑ニ該ル場合ニ於テ公判ニ其例外アルノミ彼ノ勾引、勾留ノ制アルハ即實體的眞實發見ノ爲メ被告人自身ノ出頭ヲ要ヘルカ爲ナリ

實體的眞實發見主義ハ被告人ノ出頭ヲ必要トルカ故ニ闕席判決ハ此主義ノ爲メ良方法ニ非ス闕席判決ハ被告人ヲシテ辯護ヲ爲スノ權フ行フ得サラシムルモノニシテ眞實發見ニ多少ノ害アリ然レトモ現行法ハ民事訴訟法ノ如ク闕席判決ニ於テ自白ヲ推定スルヲ許サス裁判所ハ闕席判決ヲ爲ス場合ト雖證據調ヲ爲シ眞實ヲ發見セサルヘカラス又闕席判決ニ對シ故障ノ申立ヲ許シ被告ハ其主張ヲ

裁判所ニ聽取セシメ完全ノ眞實ヲ得ルノ方法ヲ採用セリ

第二 判決ニ必要ナル事實カ眞實ナリヤ否ヤハ判事ノ自由心證ヲ以テ判断セシムルヲ要ス(九〇條)

昔時ノ制限證據主義ハ眞實發見ヲ得シムルモノ非サルカ故ニ現行法ハ自由心證主義ヲ採用セリ。其説明ハ證據ニ縛ル又自由心證主義ノ結果トシテ法律上ノ推定、舉證ノ責任分擔、失權即時期ニ後レタルカ爲メ訴訟上ノ權利ヲ失フコト及擬制ハ刑事訴訟ニ於テ認メサル所ナリ以下失權ト擬制トヲ說明シ他ハ證據ノ縛ニ縛ルヘシ

失權ト擬制トハ實體的眞實發見ヲ害スルコト明ナリ失權ハ判決ニ必要ナル事實ト證據トヲ裁判官ノ手ヨリ失ハシムルモノナリ又擬制ハ本來眞實ニ非サルモノヲ假定スルモノナリ或ハ裁判所ハ當事者ノ申立及陳述ニ禍束セラレス職權ヲ以テ事實及證據ヲ取調フルコトヲ得ルカ故ニ失權ハ眞實發見ニ害ナシト言フ者アラン然レモ裁判所ハ當事者ノ提出スベキ事實及證據ヲ初ヨリ知ラサル場合アルヲ以テ當事者ノ失權ノ爲メ唯一ノ材料ヲ失フコトアルナリ故ニ刑事訴訟ニ於テハ時期ノ如何ヲ問ハス當事者ヲシテ判決ノ材料ヲ提出シムルヲ得セシナルベカラス

一 擬制ハ法律上ノ推定期同ク判事カ實際眞實ニ非ストノ心證ヲ有スルニ拘ラヌ眞實看做サシムルモノナリ擬制カ法律上ノ推定期異ル所ハ唯之ヲ設ケルノ理由ヲ異ニスルノミ即法律上ノ推定期直接ニ事實ノ證據ニ代ラシムル爲ニ設ケタルモノナリ擬制ハ訴訟ノ秩序ヲ保ツカ爲ニ設ケタルモノニシテ其結果トシテ證明ヲ要セサルナリ其實體的眞實發見ヲ害スルヤ同一ナリ現行刑事訴訟法ハ民事訴訟法ト異リ自白ノ擬制ヲ設ケヌ即民事訴訟法第一一條ノ如キ規定ナシ破告人ハ防禦ノ爲メ陳述ヲ爲スト否トハ全ク其自由ナリ而シテ刑事訴訟ニ於テ例外トシテ擬制ヲ設ケタル場合ハ確定判決及

即決ノ言渡ノ確定ナリトス判決及即決ノ言渡カ確定スレハ縱合眞實ヲ誤認シタルモノナラム之ヲ真實ト認メサルヘカラス故ニ確定判決ハ實體的眞實發見主義ト相容レサルモノトシテ之ヲ刑事訴訟ニ於テハ認メナルヲ至當ト爲スト主張スル者アレトモ確定判決ヲ認メナンハ權利ヲ確定スル能ハナルカ故ニ法律秩序ヲ確實ナラシムル能ハス是已ムヲ得サル所ナリトス然レトモ更ニ眞實ヲ發見スルノ利益ノ爲メ重大ナル誤認アル場合ニハ再審ヲ許セリ唯即決ノ言渡カ確定スルトキハ再審ノ方法ヲ用フル能ハサルハ法ノ不備アリ

二 失權ハ訴訟ノ秩序ヲ保タシムル爲メ民事訴訟ニハ之ヲ認ムル刑訴訟ニ於テハ之ヲ認ムル能ハナルコト上述シタル所ナリ刑事訴訟ニ於テハ訴訟行為ヲ爲スニハ適當ノ時期アリト雖之カ爲メ失權ノ結果ヲ生セシムヘキニ非ス當事者カ時期ニ後レテ事實及證據ヲ提出スレハ唯相手方ハ其反對主張ヲ爲スノ準備ヲ爲スカ爲メ公判ノ延期ヲ求ムルヲ得ルニ過キシテ裁判所ハ時期ニ後レタル主張ヲ排却スルヲ得サルナリ然レトモ例外シテ認ムヘキモノアリ即上訴期間、故障期間、正式裁判請求ノ期間ヲ空過シテ事實及證據ヲ提出ヲ爲スノ權ヲ失フノ結果ヲ生スル場合はナリ然レトモ一方ニ於テ法律ハ此失權ノ結果ヲ生セシメサルノ措置ヲ爲シ上訴期間及故障期間ノ告知(一七三條、二〇七條)ト期間回復ノ申立(二四七條、二三四條)ニ付規定ヲ設ケタリ

第三 裁判所ハ當事者ノ申立及陳述ニ禍束セラルルコトナシ(一)裁判所ハ公訴ノ提起ニ依リ訴ヲ受理シタルトキハ其請求ニ係ル被告人及其所爲ニ關シテノミ裁判ヲ爲スコトヲ得ルモノニシテ其範圍外ニ出ツルコト能ハス然レトモ其範圍内ニ於テハ裁判所ハ獨立ニ審理ヲ爲スノ權利ヲ有シ義務ヲ負フモノニシテ殊ニ當事者カ主張セル事實ノミヲ顧ミルモノニ非ス其主張シタル以外ニ加重減輕ノ理由アリヤ

否々無罪、免訴ノ原因アリヤ否ヤ等ニ付裁判所ハ職權ヲ以テ之ヲ取調フヘキモノトス當ニ犯罪事實ノミナラス訴訟上ノ事實ニ付テモ同一ノ原則行ルモノトコトヲ注意セサルヘカラス例之證人トシテ訊問スヘキカ將又事實參考人トシテ取調フヘキカヲ定ムルニ方リ裁判所ハ其取調ヲ受クルモノノ陳述ニ拘束セラルヘキモノニ非ス進テ眞實ヲ發見スルコトヲ努ムヘキカ如シ(二)裁判所ハ檢事力無罪ノ判決ヲ求ムルモ之ニ拘ラズ有罪ノ判決ヲ下シ又ハ其請求ヨリ重ク問スルコトヲ得又之ト同時ニ被告人ヨリ有罪ノ判決ヲ求ムルコトアルモ無罪トナスコトヲ得由是觀之本法ニ於テハ民事訴訟(民訴一九〇條)ト異リ一定ノ申立ヲ必要トセス檢事ハ必シモ被告人テ何年ノ刑ニ處スヘシト申立ツルノ必要ナシ裁判所カ當事者ノ申立ニ關東セラレザルコトハ實體法上ノミナラス亦訴訟上ニ於テモ行ルルセノニシテ即當事者ノ申立ノ有無ニ拘ラズ裁判所ハ一方當事者ノ利益トナル處分ヲ爲スノ權利アリ例之判事ノ回避及被告人ノ責付ヲ進テ爲スコトヲ得ヘシ然レトモ訴訟上ノ事項ニ付テハ左ノ例外アリト

(イ) 上訴及故障期間ノ回復(二三四條、二四七條)

(ロ) 證言文ハ鑑定ノ拒絶(二五條、一三六條)

二項)

(ハ) 被告人疾病ノ爲ニ辯論ヲ停止シタル場合ニ於テ新ニ辯論ヲ爲ス申立ヲ爲シタル場合(一八三條)
即此三箇ノ場合ニ於テハ裁判所ハ當事者ノ申立ヲ待テ處分スヘキモノナリ又證言ノ拒絶及期間回復ノ場合ニハ申立人ノ疏明シタル事實外ニ裁判所ハ他ノ事實ヲ取調フルノ權ナキモノトス

第五章 公訴ノ消滅

第一 被告人ノ死去

被告人ハ刑ノ目的物ナルヲ以テ其死亡ト同時ニ刑ノ目的物ハ消滅シ從テ刑罰請求權及公訴權ハ當然消滅ニ歸スヘシ被告人カ起訴前ニ死去シタルトキハ檢事ハ公訴ヲ提起スルモ其目的既ニ存在セアルヲ以テ起訴ノ效ナシ又起訴後ニ被告人カ死亡シタルトキハ其儘ニ訴訟ヲ終了ス又被告人ノ死去ハ裁判ヲ消滅セシムルニ止ラス裁判宣告後ニ死ニシタル場合ニ於テハ刑罰權ノ執行ヲモ消滅セシム獨リ體刑ノ執行ニ止ラス罰金刑ノ執行モ亦之ヲ爲ス能ハス(刑法附則二〇條)又沒收及追徵ニ付テモ其ニ附加刑アル以上ハ之ヲ執行スルヲ得サルモノトス反之裁判費用ニ付テハ判決確定後ニ死去シタルトキニ限り之ヲ相續人ヨリ徵收スルコトヲ得ヘシ(刑法附則五三條)

被告人ノ死去ハ一人ニ對スル公訴消滅ノ原因ナレハ其犯人數人アル場合ニ於テハ死去者以外ノ共犯ノ公訴權ニ何等ノ影響ナクシテ有效ニ起訴シ判決シ及執行スルヲ得シ而シテ又生存スル共犯者ヲ裁判スルニ當リテハ死去者ヲモ併セテ共犯トシテ認ノ得ルモノトス例之二人以上強姦盜ヲ爲シ刑法第三六九條又ハ第三七條ニ依リ一等ヲ加重スヘキ場合ニ於テ若其犯ノ一人カ死去シタルトキニ死去者ヲ犯罪人トシテ認ノカレハ生存スル共犯ニ對シ一等ヲ加重スルコトヲ得ナルヘシ然レトモ犯人ノ死去ハ死去者ニ對シ公訴權消滅スルニ止リ既生ノ犯罪事實ヲ消滅セシムルモノニ非サレハ當然之ヲ加重スヘキモノトス佛國ニ於テハ有夫姦ノ場合ニ姦婦死去スレハ姦夫ニ對シ起訴スルヲ得ストノ議論アレトモ此等ハ採ルニ足ラサルナリ

第二 親告罪ニ於テ告訴ノ拋棄

一 親告罪ノ告訴ハ處罰條件ナルヤ將訴訟條件ナルヤニ付三説アリ

第一説 親告罪ニ付國家力犯人ニ刑罰ヲ加フルニハ二條件ヲ具フルコトヲ要ス即犯罪所爲及權利者ノ告訴是ナリ故ニ有效ナル告訴アルニ非サレハ國家ニ處罰ノ義務ハ生セサルナリト此説ヲ主唱スル者ハ告訴ハ全ク實體刑法ニ屬スルモノトシ告訴カ訴訟ニ及ス效果ハ全ク第二段ノ事ニシテ附隨的ノモノトナセリ

第二説 親告罪ニ於テモ國家ノ刑罰請求權ハ犯罪ニ因テ既ニ成立シ居ルモノニシテ告訴ハ唯之ヲ訴追スルノ條件タルノミニ過キスト此説ニ贊同スル者ハ告訴ハ全ク訴訟法ノ範圍ニ屬スルモノトシ告訴ニハ實體法上ノ基礎アルコトヲ認メス

第三説 ハ折衷説ニシテ曰ク告訴ハ處罰ノ條件ナルモ專體法ニ屬スルモノニ非ス又訴訟法ニ屬スルモノニモ非ス刑法ト訴訟法トノ境界上ニ位スルモノナリ是ヲ以テ之ニ關スル規定ハ刑法中ニモ存シ又訴訟法中ニモ存ス而シテ親告罪ハ告訴ナケレハ之カ訴追ヲ爲スコトヲ得ストハ是明ニ訴訟條件ヲ兼スルカ故ナリト此折衷説ハ親告罪ノ告訴ハ實體上ニ於テハ刑罰請求權ノ條件ニシテ形式上ニ於テハ訴追ノ條件ナリト爲スモノナリ
親告罪ノ告訴ハ犯罪ノ條件ニ非サルコトハ言ヲ俟タス然ラハ刑罰權ノ條件ナリヤ公訴權ノ條件ナリヤト云フニ予ハ後説ニ贊同セントス然レトモ是法典ノ何レノ規定ヲ以テモ其論據トナスニ非ス親告罪ニ關スル規定ハ刑法ト訴訟法トニ跨り刑法ニ於テハ如何ナル犯罪ヲ親告罪ト爲スヤ又親告罪ニ付有效ニ告訴ヲ爲シ得ル者ハ何人ナリヤヲ定メ訴訟法ニ於テハ親告罪ノ告訴ノ效力及拋棄ニ付テ規定

二 親告罪ハ告訴ヲ待テ之ヲ訴追スル理由如何親告罪ハ刑罰權ヲ一人ノ隨意ニ任シタルニ非ス之ヲ設クルノ理由ニアリ
甲 或場合ニハ告訴人ノ意思ナキニ於テハ處罰ノ必要ナキコトアリ例之脅迫罪(刑三二五條以下)誹謗罪罵詈嘲弄罪(刑三五八條以下、四二六條第一二牛馬以外ノ家畜ヲ殺ス罪(刑四二三條)特許權、商標權、意匠權著作權ヲ侵スノ罪(特許四五條、四八條、意匠一七條、二〇條、商標一六條、一九條、著作四四條等ノ如キ是ナリ
乙 或場合ニハ主トシテ被害者ノ不利益ヲ顧慮セサルヘカラナルコトアリ例之略取虜拐罪(刑三四一條猥褻淫淫罪、有夫姦罪(刑三四二條以下等ノ如キ是ナリ
右ノ場ク二箇ノ異ナル理由アリテ其第一ニ屬スルモノハ被害ノ僅少ナル犯罪ニ於テ之ヲ見ルヘク第二ニ屬スルモノハ強姦ノ如キ重罪ニ於テモ尙之ヲ見ル故ニ本來各其性質ニ因リ拋棄ヲ許スト否トニ付其結果ヲ異ニセシムルハ立法上其當ヲ得タルモノナルヘシト雖現行法ニ於テハ之ヲ區別スルコトナシ

三 親告罪ノ主タル區別ハ絕對ノ親告罪ト相對ノ親告罪ノ區別ニシテ第一ハ一般ニ如何ナル人カ之ヲ犯スモ親告罪タル性質ヲ失ハス第二ハ普通ノ犯罪ヲ犯罪當時ノ犯人及被害者間ニ一定ノ關係アルニ因テ親告罪トナシタルナリ例之獨逸刑法ニ於テハ親族相盜ノ場合ニ告訴ヲ要ストナスカ如シ我刑法

ニ於テハ相對的ノ親告罪ヲ認メス而シテ相對的親告罪ニ於テ被害者數人アリテ其一人ト犯人トカ親族タルトキニ於テハ其一人ニ對シテハ親告罪タル性質ヲ失ハナルモノトス

四 告訴權利者 告訴ノ權利者ハ第一ニ犯罪ノ被害者ナリ被害者トハ間接又ハ附隨的ニ損害ヲ被リタル者ニ非シテ犯罪ノ要素タルヘキ損害ヲ受ケタル者ヲ云フ即犯罪攻撃ノ目的物タル利益ヲ有スル者ナリトス是ヲ以テ各親告罪ノ構成要素ヲ明ニシタル後ニ非ナレハ被害者ナルモノヲ定ムル能ハス被害者ハ親告罪タル罪ノ性質ニ因リ必シモ犯罪當時ニ於テ侵害サレタル權利ヲ有スル者ニ限ラスト許權侵害ノ罪ノ如キハ犯罪後特許權ヲ譲受ケタル者モ亦被害者ナリ蓋譲受人モ亦現ニ侵害ヲ受ケツタル權利者ナレハナリ

被害者法人ナレハ其代表者、無能力者ナレハ其法定代理人モ亦告訴ノ權アルモノトス(五四條二項)此終ノ場合ニ於テハ無能力者及法定代理人ハ各自獨立シテ告訴權ヲ有スルモノナリトス

次ニ告訴ノ權アル者ハ被害者ノ外ニ脅迫罪、略取誘拐罪、猥褻姦淫罪ニ付ラハ被害者ノ親屬ナリ脅迫

罪ニ於テ親屬トハ刑法第三二八條ニ掲ケタル者ヲ云ヒ其他ノ罪ニ付ラハ被害者ノ監督ヲ爲ス親族ニ

限ルモノトス而シテ被害者及親族ハ各自獨立ノ告訴權ヲ有ス故ニ其一人ノ告訴ニ因リ犯罪ヲ訴追スルコトヲ得ヘシ

告訴ハ訴追ヲ求ムルノ意思表示ナリ此表示ニ付テハ代理人ヲ以テスルヲ得ルハ明ナル所トス(五四條一項)此場合ニハ代理人ハ表示ノミヲ代理シタルモノナレハ代理人ノ告訴ヲ爲ス前ニ被害者死亡シタルトキハ告訴ハ其效ナキニ至ルヘシ何トナレハ被害者ノ死亡ト共ニ其告訴ノ意思消滅スレハナリ

茲ニ疑問ニ屬スルハ告訴ニ付意思ノ代理ヲ許スヤ否ヤノ問題是ナリニ付テハ私法ノ規定ハ其標準ト爲ス若私法ヲ以テ之ヲ断セハ支配人ノ如キハ商法第三〇條ニ依リ直ニ告訴ノ意思ヲ代理スト謂ハサルヘカラズ此問題ハ公法ノ原則ヲ以テ判断スヘキモノニ非サルモ被害カ財產ニ對スルトキハ之ヲキ名譽又ハ身體ニ對スル罪ノ場合ニハ之ヲ許スヘキモノニ非サルモ被害カ財產ニ對スルトキハ之ヲ許スコトヲ得ヘシト然レントガ訴權ハ公法上ニ權利ニシテ被害者專有スル所ニ係レハ財產ニ對スル場合ナルト否トヲ區別セス意思ノ代理ヲ許スヘキニ非ス唯法人及無能力者ノ場合及特許權侵害等ノ場合ニハ法律ヲ以テ告訴ニ付意思ノ代理ヲ許シタルモノトス

告訴ノ權ハ權利者ノ專有ニ屬スルモノナレハ其死ニ因テ消滅シ其相續人ニ移轉スルモノニ非ス又無能力者カ死亡シ若クハ能力ヲ有スルニ至リタルトキハ法定代理人ハ當然告訴權ヲ失フモノトス

五 告訴ノ内容ニ屬スル條件ハ或犯罪ヲ訴追セラルモノヲ求ムル意思ノ明示セラルコト是ナリ故ニ搜查願ナル名目ヲ用ブルモ其犯人ノ定マリタル後ニ其者ニ對シ訴追ヲ求ムル意思明ナルトキハ告訴ノ效力ヲ有スヘシ又親告罪ヲ職權訴追ノ犯罪トシテ告訴スルモ妨ナシ何トナレハ告訴人ハ必シモ犯罪所爲ノ法律上ノ性質ヲ知悉スルヲ要セラルヲ告诉ノ意思アルヲ以テ足レハナリ

告訴ニ係ル犯罪所爲ハ審理判決ノ目的トナル所爲ト同一ノ範圍ヲ有ス是ヲ以テ告訴人ハ犯罪ノ客觀的外形ヲ表示スルヲ以テ足レリトス故ニ告訴状ニハ犯罪所爲ヲ掲クレハ足リ訴追スヘキ其人ヲ表示スルヲ要セス即人ヲ指名セサルモ告訴ノ效ヲ失ハス告訴人ハ犯人ノ何人タルヤヲ知ラサルトキニテモ告訴ヲ爲スコトヲ得ヘシ是故ニ又告訴權ハ犯罪ノ時ニ生スルモノト云フヲ得ヘキナリ如此告訴ハ一定ノ人ニ對シハスヲ得ルハ勿論一定ノ人ニ對スルコトナク一般ニ之ヲ爲スヲ得ヘシ故ニ指名告訴ノ場合ニ於テ指名人カ犯罪人ニ非サルコト明確トナリタルトキニモ犯罪所爲カ告訴ノ目的トナル

以上ハ其犯罪ニ干與シタル者ハ何人タルヲ問ハス其者ニ對シ告訴ハ其效アルモノトスナレハ真ノ犯罪人發覺シタルトキニ更ニ其者ニ對シ告訴ヲ爲スラ要セナルナリムヲ指名セシシテ告訴セルトキハ其效力何人ニ及フヤトノ問題ニ付テハ絶対的親告罪ト相對的親告罪ヲ區別スルヲ要ス絶対的親告罪ニ於テハ何人タルニ拘ラス眞ノ犯人ニ對シ訴追スルヲ得ヘキヤ明ナリ又相對的親告罪ニ於テハ一概ニ親告ヲ要スル犯人ニ對シ不指名告訴ハ其效ナシトハ云フ能ハス告訴ノ趣旨カ如何ナル場合ニ於テモ又何人ニ對シテモ訴追ヲ求ムルノ意思ナリセハ有効ナリトス其他ノ場合ニ於テハ指名スルニ非ナレハ其效ナカルヘシ

六

告訴ニ條件又ハ制限ヲ附シタルトキハ告訴ハ有效ナリヤ否ヤニ付テハ敷説アレトモ此問題ハ告訴ノ性質ニ依テ判断スヘキモノトス即告訴ハ犯罪ノ訴追ヲ求ムル意思ナリ故ニ之ニ附加シタル條件又ハ制限ニシテ訴追ヲ求ムルノ意思ナキモノト看做ナルニ至レハ告訴ハ全ク無効ナリトス

甲

外觀ニ止ル條件即法律上若クハ理論上必生スヘキ條件又ハ既ニ發生シタル條件ナルトキハ其條件ヘ附加セラレサルモノトス

乙

右ニ反シ眞ノ條件ナルトキハ其停止條件ナルト解除條件ナルトヲ區別スルヲ要ス而シテ停止條件ハ告訴ヲ無効タラシムモノニシテ其犯ノ一人ハ無罪タルヘシトノ條件ヲ附シタル場合モ亦同

シ告訴ハ素ト不可分ノモノナレハ此場合ニハ他ノ共犯者ヲモ訴追ヘルノ意思ナキモノト爲サアルヘカラス解除條件ハ其條件ヘ附加フ無効トス何トナレハ公訴權ニハ條件ヲ附スルヲ得サルカ故ニ

告訴ニ因テ一旦生シタル公訴權ハ解除條件ニ因テ再消滅スヘキモノニアラサレハナリ

丙

告訴ヲ單純ニ制限スルモ其制限ハ無効ナリ例之姦婦ニ對シテハ處罰ヲ望マストノ制限又ハ僞版者ヲ體刑ヲ以テ處罰セラレンコトヲ望ムトノ制限ノ如キハ訴追ヲ求ムルノ意思明確ナレハ其制限ヲ無効トス

八

告訴ハ不可分ナリ此不可分ノ原則ハ告訴ノ目的物カ犯罪所爲タルヨリ生スルモノナリ而シテ不可分ノ原則ノ適用ハ告訴ヲ以テ申立タル犯罪所爲ト告訴セラレタル人トノ間ノ關係ニ存セシシテ告訴ヲ以テ指名セラレサル者ト告訴ニ係ル所爲トノ關係ニ付テ行ルモノナリ故ニ告訴セラレタル者カ罪責ナキコト明ナルニ至リテモ其犯罪所爲ニ關係シタル者ヲ訴追ヘルニ充分ナリ又此原則ノ結果トシテ被告人ノ一人ニ對シ告訴ヲ爲セハ被告人ノ總體ニ對シ訴訟手續ヲ始ムルコトヲ得ルモノニシテ被害者カ犯罪ニ加功シタル共犯人アリヤ否ヤヲ知了シ居ルコトハ必要ニ非サルナリ而シテ又告訴ハ犯罪ニ加功シタル正犯、從犯、數唆者ニ及フト同ク其犯罪所爲ニ付テモ同一所爲ノ全體ニ及ブモノトス即告訴以後ノ所爲モ一所爲ナリセハ告訴ニ係ルモノナリ又繼續犯連續犯ノ一部ニ對シ告訴アリタルトキハ其全部ニ及ブモノトス

ニ告訴ノ拋棄ノミ其效ヲ有スルノ謂レナシト云フニ在リ然レトモ公訴ノ條件タル告訴ヲ被害者ノ判斷ニ任シタル以上ハ告訴ノ拋棄ヲモ被害者ニ許シ將來再起訴ヲ爲スヲ得ナルノ處分ヲ併有セシムルヲ至當トス又本法第六條第二號ニ於テ拋棄ノ時期ヲ制限セサルヲ見ルモ法ノ精神ハ告訴前ニ之ヲ拋棄スルヲ得セシメタルコトハ明ナリ

被害者一旦告訴ヲ爲シ告訴提起セラレタル後告訴ヲ取下タルヲ得ルヤニ付或ハ告訴ハ訴追ノ條件ナレハ一旦起訴アレハ告訴ハ其目的ヲ達シタルモノナレハ之ト同時ニ告訴權ハ消滅シ之ヲ取下クルヲ得スト言フ者アリ然レトモ告訴ハ起訴ノ條件ニ止ラス告訴ナカレハ公訴ノ實行ヲエ爲スコトヲ得シテ本法第六條ノ公訴ヲ爲ス權云云ノ内ニハ公訴ノ提起及實行ヲ含ムモノナルカ故ニ告訴ハ訴訟ノ條件タルト同時に二判決ノ條件ナリト謂ハサルヘカラス是ヲ以テ判決確定スル迄ハ何時ニテモ告訴ヲ取下クルコトヲ得ヘシ是第六條第二號ニ於テモ拋棄ノ時期ヲ制限セサル所以ナリ而シテ告訴拋棄ノ效力ハ普通說ニ依レハ其者ノ有スル告訴權ヲ消滅セシムルニ止リ他ノ告訴權者ニ影響ヲ及ササルニ在リトナス然レトモ本法第六條ノ規定ニ依レハ告訴權拋棄ノ效力ハ刑罰權ヲ消滅セシムルニ在ルカ如シ蓋之ト同一ノ效力ヲ生スル時效大歎ノ如キモノト同列ニ置ケハナリ故ニ告訴拋棄ノ結果ハ左ノ如シ

甲 積極ノ結果トシテ刑罰請求權消滅スルカ故ニ裁判所ハ免訴ヲ言渡ササルヘカラス被害者數人アル場合ニ其一人ノ告訴拋棄モ同一ノ結果ヲ生ス普通說ニ依レハ此場合ニ於テハ他ノ被害者ハ更ニ告訴ヲ爲スヲ得ルナリ

第三 確定判決

裁判ノ確定トハ一定ノ事件ニ付將來ニ向テ權利ヲ確定スル裁判ノ性質ヲ云フ裁判カ此性質ヲ有スルハ法律秩序ノ維持ノ爲ニ外ナラス

裁判ハ如何ナル部分カ確定スルヤノ問題ニ付從來ヨリ主文ノミカ確定スルトノ說ト理由モ亦確定力ヲ有ストノ說アリト雖此裁判確定力ノ範圍ノ問題ハ主文ト理由トノ區別ノ問題ニ關係ナク一定ノ事件ニ關スル請求ノ有無カ確定スルモノナリ隨テ此請求ノ如何ナルモノナルヤフ主文ノミニ於テ知ルコトヲ得ヘキ場合ニハ主文ノミカ確定スヘシト云フヘキ又主文ト共ニ理由中ニ認メタル犯罪事實ヲ以テ始テ如何ナル請求ナルヤラ知ルヲ得ヘキ場合ニハ主文ト理由トカ確定スルモノト云フヘシ

裁判ノ確定力ヲ生スヘキ時期ハ上訴又ハ故障ヲ以テ裁判ヲ攻擊スル能ハサルニ至ルトキナリ故ニ上告對シテ一定ノ事件ニ付權利ヲ確定スル裁判ノ性質ヲ形式上ノ確定力ト稱シ之ニ

確定力ヲ有スヘキ裁判ハ如何ナルモノナリヤラ見ルニ判決ニ制限セラルモノニ非ス又本案ノ裁判ニ

限ラレサルハ明ナリ先本案ノ判決ニ付ヲハ一事不再理ノ效力ヲ生スルカ故ニ確定力ヲ有スルコト疑ナシ又公訴不受理ノ判決ハ同一ノ状態ニ於テ再公訴ヲ提起スルコトヲ得サルカ故ニ將來ニ向テ他ノ訴訟ニ對シ一種ノ確定力ヲ有ス管轄達ノ判決ハ其言渡ヲ爲シタル裁判所ニ對シテ再同一事件ヲ起訴スルヲ得サルカ故ニ是亦一種ノ確定力ヲ有ス而シテ刑事訴訟法ハ判決ノ外尙明文ヲ以テ他ノ裁判ニモ確定力ヲ有セシム免訴ノ豫審終結決定ハ本法第一七五條ニ依リ無罪ノ判決ト同一ノ確定力ヲ有ス但證據不十分ナルニ因リ免訴ヲ言渡シタル決定ハ新證憑アレハ再起訴ヲ爲スヲ得ルカ故ニ條件附ノ確定力ヲ有スルニ止ルモノトス又違警罪即決言渡・間接國稅犯則者處分ノ如キハ違警罪即決例第七條・間接國稅犯則者處分法第一一條乃至第一三條ニ依リ判決ト同ク確定力ヲ有ス而シテ中間判決・公判中ニ生スル豫審終結決定ノ如キハ他ノ訴訟ニ對シ效力ヲ及ナサルキ之ヲ言渡シタル訴訟ニ於テ當事者ヲ拘束スルノ效力ヲ有ス又外國裁判所ノ裁判・内國ニ於テ確定力ヲ有セサルモ内國裁判権ニ基ク裁判ナリセハ特別裁判所ノ裁判モ亦確定力ヲ有スルモノトス

確定裁判ノ效力ハ一事不再理ノ原則ニ關係アリ一事不再理トハ同一事件即同一ノ被告人ニ對スル同一犯罪事實ニ付數多ノ訴訟カ生セサルヲ云フ故ニ一事不再理ノ原則ノ内容ニ次ノ二事項ヲ含ム

(一) 一ノ被告人ニ對スル同一犯罪事實ニ付確定裁判アレハ同一事件ニ付新ナル訴訟カ起ルコトナシ
此禁制ハ裁判ノ確定力・因リ公訴權を消滅スルカ爲ニ認メラルル所ナリ

(二) 一ノ被告人ニ對スル同一犯罪事實ニ付公訴カ裁判所ニ繫屬スルトキハ同一事件ニ付新ナル訴訟ノ起ルコトナシ此禁制ハ公訴ノ提起ニ因リ一箇ノ事件ニ付フ一箇ノ公訴權カ行使セラルカ爲ニ再公訴ヲ提起シテ同一ノ公訴權ヲ行使スルヲ得サルヨリ生ス

以上ノ内容ヲ認ムヘキ現行法ノ規定、第六條第三号ノ外本法第二四一條、第二六三條、第二六四條及第二七條ナリトス(一)裁判所ハ職權ヲ以テ刑罰請求權ノ基礎タル犯罪事實ヲ總ノ事實上及法律上ノ方面ニ亘テ審査シ而シテ審査ノ結果ニ因リ顯レタル事實ニ法律ヲ適用スルノ權利義務アリテ起訴又ハ豫審終結決定ニ認メタル犯罪事實ノ認定及法律ノ適用ニ拘束セラルコトナシ即公訴ヲ受理シタル範圍内ニ於テ自由ノ審査ヲ爲スラ得ベク第二四一條等ノ規定スルカ如ク輕罪トシテ受理シタル事件ヲ重罪ト認ムルヲ得ヘシ此自由審査ノ範圍内ニ於テ一事不再理ノ原則ヲ認ムルヲ得ルモノトナリ(二)裁判所ノ土地ノ管轄ヲ先著手ノ裁判所ニ歸セシムルハ即前記内容ノ觀念アルカ爲ナリ故ニ既ニ或事件カ一ノ裁判所ニ起訴セラレ居ル以上ハ其起訴カ適法ナル否トニ論ナク一事不再理ノ原則ノ適用ヲ生スルモノナリ故ニ更ニ事件ニ付爲シタル訴ハ公訴不受理又ハ管轄逐ノ言渡ヲ以テ終了ス一事不再理ノ原則適用ノ原則適用ハ前ノ訴訟ニ於ル被告事件同一ナルコト是ナリ而シテ事件カ同一ナルニハ所爲同一ニシテ且被告人同一ナラサルヘカラス蓋裁判ノ目的タルモノハ訴ニ係ル所爲及人ナリ是訴訟法ノ全體ヨリ生スル所ノ原則ナリ既ニ裁判ノ目的ニシテ茲ニ制限セラルモノナレハ本原則適用範圍モ亦之同ナラサルヘカラス

確定判決ハ被告人以外の人ニ對シ訴ヲ提起スルノ妨トナムモノニ非ス即一定ノ犯罪アリトシテ甲ニ對シ有罪ヲ言渡シタル判決ハ乙ニ對シ同一ノ犯罪ニ付訴ヲ起シニ對シ刑ヲ言渡スノ妨トナラサルナリ經合其犯罪カ一人ノ外犯ス能ハサルモノナル場合ニ於テモ亦然リトス又一人カ訴ヲ受ケ無罪ヲ言渡サレタル後ニ於テ裁判所ニ其教唆者其他ノ共犯ノ訴ヲ受理シ刑ノ言渡ヲ爲スヲ得ベクシテ確定判決ノ效力ハ相抵觸スル判決ノ生スルヲ妨ケサルナリ然ルニ異論ヲ唱フル者アリ曰ク其犯ノ一人無罪トナリタ

ル場合ニハ其確定判決ノ效力ハ防禦方法ノ同一ナルト否トニ因テ他ノ共犯ニ利害ヲ及ヘシ若其犯ノ一人カ犯罪無能力ノ原因アルニ由リ又ハ犯罪ニ加功シタル證據充分ナラナルニ由リ無罪ノ言渡ヲ受ケタルトキハ其人ニ特有ナル理由アリタルモノナレハ他ノ共犯者ハ同一ノ防禦方法ヲ有セス從テ確定力ヲ及ササルモ反之犯罪ノ事實ニキコト又ハ其所爲ノ法律上罪トナラナルコトヲ認メテ無罪ヲ言渡ナレ其判決確定シタルトキハ防禦方法同一ナルカ故ニ其效力ハ共犯者ノ事件ニ對シ既判力ヲ及スモノナリト此議論ハ訴訟主義ノ根據ヲ忘レ延テ一事不再理ノ原則ノ適用ヲ不當ニ擴張シタルモノト云フヘシ論者ノ如ク防禦方法同一ナルトキハ他ノ共犯ニ利益ヲ及スモトスレハ何故ニ同一被告入カ前後同一ノ所爲ヲ爲シタルトキニ第一ノ所爲ノ確定判決ハ第二ノ所爲ニ利益ヲ及ササルカ例之繼續犯ヲ確定判決後ニ至ル迄同一意思ヲ以テ引續キ行ヒタルトキノ如キハ如何又共犯者ノ一人カ確定判決ニ依リ刑ノ言渡ヲ受ケタルトキニ加重情狀ニ付キ利益ヲ受ケタルトキハ此利益ハ何故ニ他ノ共犯ニ及ハサルカ畢竟此等ノ場合ニ於テ利益ヲ及ササルハ第二ノ訴訟ヲ審理スルニ當リ裁判所ハ所爲及人ニ對シ自由ニ審理判定スルノ權ヲ有シ第一訴訟ノ確定判決ニ屬東セラレサルカ故ナリトス

同一ノ被告人ニ對スル同ノ所爲ニ付再起訴スルヲ得ストノコトニ付注意スヘキハ各犯罪ノ種類カ訴訟ノ目的タルニ非スシテ所爲カ訴訟ノ目的タルコト是ナリ今此所爲ノ同一ナルコトニ付次ノ四場合ニ分チ説述スル所アルヘシ

(イ) 所爲ノ同一ナルコトハ刑法ノ適用ノ變換即罪名ノ變更アルモノ影響スルコトナシ法律ノ適用ニ付テハ裁判所ハ完全ノ自由ヲ有スルモノニシテ例之家宅侵入ニ付有罪トナリタル者ニ對シ更ニ竊盜ノ訴ヲ爲スコトヲ得サルモノトス

(ロ) 所爲ノ同一ナルコトハ事實ノ補充又ハ減縮ニ因テ變スルコトナシ事實ノ補充トハ判決ニ係ル所爲ニ新事實ヲ附加スルコトニシテ例之判決當時ハ犯罪ノ模様ヲ明ニスルヲ得サリシモ其後ニ至リ所爲ノ範圍、目的、實行ノ方法、模様又ハ結果ヲ明ニシタルカ如キ場合ヲ云フ而シテ此補充ノ爲ニ加重情狀アリト認メラレ又ハ重キ刑ヲ適用セラルルニ至ルヘキ事實ヲ發露スルモ毫モ影響スル所ナシ減縮トハ判決ニ認メタル加重情狀ヲ取去バカ如キヲ云フ此等ノ判決ノ認ムル所爲ト共ニ同一事實タルモノニシテ判決ハ當時裁判所ハ之審理ヲ及スヲ得タルモノナレハナリ

(二) 判決ニ認メタル事實ヲ更シタル場合ニハ議論區タリ例之犯罪ノ日時、場所、目的、方法、結果ヲ變更スルモノ同一所爲ナリトシテ予賛ハ此等數箇ノ事實カ變更セラルモノ動作若クハ結果ノ同一ナルトキハ犯罪行為ハ同一ナリトス結果ノ同一ナリトハ判決ニ於テ之ヲ正犯トナシタルモノノ教唆又ハ從犯ノ所爲トナスモ同一事件ナリ如此場合ニハ動作其モノハ全ク異リ日時、場所モ亦大ニ異レリ然レトモ結果ヲ同ウスルカ爲ニ同一事件タリ之ノ理由ニ因テ竊盜ノ判決アリタル後ニ之ヲ同一目的物ノ故買ナリトシテ起訴スルヲ得ス故買ノ竊盜ノ得タル利益ヲ維持セシムルニ在リテ其結果同一ナレハナリ又委託金費消ノ判決アリタル後ニ之ヲ同一目的物ニ付詐欺取財トシテ起訴スルヲ得ス欺罔ノ行為ハ費消ノ行為ト異レトモ他人ノ或財産ヲ害シ不正ニ利益ヲ得タルノ結果ハ終始同一ナレハナリ而シテ此結果カ異ナリタル方法ニ因テ生スルモノ其行為ハ同一ナリト謂ハサルヘカラス反之動作、結果共ニ之ヲ變更シタルトキハ行為ハ同一ニ非スシテ縱今日時、場所、目的物等ノ事實同シ

一ナルモ同一事件ト云フ能ハサルナリ例之甲カ東京ニ於テ小切手ヲ竊取セリトノ判決ハ同日同所ニ於テ同一小切手ヲ僞造シ行使セリトノ事件ト同一ニ非サルカ如シ又他人ヲ誣告シ併セテ法廷ニ於テ誣告ノ事實同一ノ證言ヲ爲スモ是ニ簡ノ所爲ニシテ同一事件ニ非サルナリ。

(二) 繼續犯ニ付テハ確定判決後ノ繼續ノ行爲ハ之ヲ新ニ起訴スルヲ得レトモ確定判決前ノ所爲ハ之ヲ起訴スルヲ得スト爲スヲ通説トス

第四 犯罪ノ後頒布シタル法律ニ因リ其刑ノ廢止
新法ヲ以テ刑ヲ廢止スレハ刑罰請求權ノ消滅スルハ當然ナリ公訴提起前ニ刑ノ廢止アリタルトキハ檢事ハ起訴スルモ目的ナキヲ以テ手續ヲ爲スヘキモノニ非ス又起訴後ニ於テ刑ノ廢止アリタルトキハ裁判所ハ免訴ノ言渡ヲ爲スヘキモノトス若判決言渡後其確定前ニ刑ノ廢止アリタルトキハ此間ニ告訴ノ拋棄アリタル場合ト同ク檢事ハ之ニ基テ上訴ヲ爲スノ義務アリ若上訴ヲ爲サレハ刑ノ廢止アリタルニ拘ラス其判決ハ確定シ執行セラルニ至ルヘシ何トナレハ裁判ニシテ當然無効トナルヘキモノナキヲ以テナリ若上訴アリタルトキハ上訴裁判所ニ於テ刑ヲ言渡シタル下級審ノ判決ヲ前消シ更ニ免訴ノ言渡ヲ爲スヘキモノトス

第五 大赦

大赦ハ天皇ノ大權ニ基クモノニシテ(憲一六條)刑罰權ヲ拋棄スル處分ナリ從ラ公訴權ハ消滅ニ歸スルモ私訴權ハ消滅セス而シテ大赦ハ刑罰請求權アルコトヲ前提トシテ爲タモノナレハ犯罪事實ヲ消滅セシム効力アルニ非ス又之ヲ以テ特別法ノ公布ナリト云フヘカラス大赦アレハ本法第一六五條第五及

第二二四條ニ依テ免訴ヲ言渡スヘキモノトス

第六 時效

一 刑事ノ時效ニハ刑ノ期滿免除ト公訴ノ時效ニアリテ共ニ消滅時效ナルコト疑ナキ所タリ而シテ公訴ノ時效ハ公訴權ヲ消滅セシメ期滿免除ハ刑ノ執行權ヲ消滅セシムモノニシテ之ヲ設ケタル理由由モ亦二者ノ間ニ差異アリトナスノ學說アレモ子ニ右二箇ノ時效ハ之ヲ設ケタル理由フ同ウシ又之カ爲ニ消滅スル權利ノ同一ナリト云フヲ至當ナリト信ス唯公訴ノ時效ハ犯罪ノ日ヨリ終局判決アル迄ノ間ニ存スル制度ニシテ期滿免除ハ終局判決以後ニ存スル制度ニシテ其期間ヲ異ニスルノ別アルノミ公訴ノ時效ハ如何ナル權利ヲ消滅セシムヤト云フニ法律ニ認メタル刑ヲ各場合ニ適用スル國家ノ權利ト義務トカ時效ニ權モニシテ即犯罪ニ因テ生シタル國家ノ刑罰請求權及之ニ伴フ義務ヲ消滅セシム而シテ此刑罰請求權ノ消滅セル結果トシテ公訴權カ消滅スルモノトス蓋次ニ述フル公訴ノ時效ヲ設ケタル理由ヨリスレハ刑罰請求權ヲ消滅セシムモノト云フヘキツイテナリ是ヲ以テ裁判所ニ於テ時效ニ權リタルコトヲ發見シタルトキハ刑罰請求權ヲ否認シ免訴ノ言渡ヲ爲スヘキモノトス(一六五條、二二四條)

公訴ノ時效ヲ設ケタル理由ニ付テハ社會ノ怠慢ト犯罪ノ遺忘ニ基クモノトナスカ若クハ證據ノ湮滅ニ基クモノト爲スヲ普通ノ學說トス然レトモ兩說共ニ其當ヲ得タルモノト云フヘカラサルナリ國家ハ犯罪人ニ刑ヲ科スルノ義務ヲ有ス然ルニ其怠慢ニ因テ此義務カ消滅スヘシトハ非理モ亦甚シカラスヤ到底想像ノ及ハサル所タリ又犯罪ノ遺忘ヲ理由トスルトキハ刑罰ノ必要ハ犯罪其モノニ由テ生スルニ非シテ犯罪カ發覺シ不穩ノ念ヲ懷クコトカ刑罰ノ必要ヲ生スル根柢ナリト謂ハサルヘカラス次ニ證據ノ湮滅說ハ罪ノ輕重ニ從テ時效期間ヲ定ムル點ヲ説明スル能ハス重罪ハ輕罪ヨリ證據ノ

遷滅カ遲延スト云フ能ハサルナリ予輩ハ公訴ノ時效ヲ設ケタルハ事實ノ勢力ニ重キヲ置キタルカ爲ナリト信ス元來法律秩序ハ犯罪必罰ノ原則ヲ貫徹スルニ依テノミ維持セラルモノト云フヘカラス國家現實ノ目的ト投合シ始テ法律秩序ノ維持ヲ望ムコトヲ得ヘシ然ルニ今犯罪ヲ數年ノ後ニ至テ罰せん乎却テ現在ノ秩序ヲ蹂躪スルニ止リ犯罪人及世人ニ對シテハ何等ノ教驗ナカルヘキナリ時效ヲ設ケタルハ實ニ犯罪後ニ生シタル總テノ事實ト法律ノ正義ト相抵觸スルニ當リ法律ヲシテ事實ニ屈從セシメ以テ其調和ヲ圖ルニ外ナラサルナリ而シテ此調和ヲ爲スニハ罪ノ輕重ニ由リ各異ナル時效期間ヲ設クルヲ要スルニ至ル

二 時效ノ期間ハ本法第八條ニ之ヲ定ム然レトモ特別法ノ犯罪ニハ特別ノ時效アリ例之新聞紙條例、特許法等諸種ノ法規ニ於テハ特殊ノ時效期間アリテ此第八條ノ規定ニ從ハサルナリ

第八條ニ依レハ重罪ニ輕罪、違警罪ニ依リ時效ノ期間ヲ異ニセリ是ニ於テ重罪ニ輕罪、違警罪ヲ定ムル標準ハ何ニ依ルヘキヤノ問題ヲ生ス此問題ニ對シテハ檢事カ起訴ノ當時附シタル罪名ニ依ラスシテ裁判所カ審理シタル結果ニ依リ認メタル事實ニ依ルヘキモノナリ而シテ又如何ナルモノハ重罪ニシテ如何ナルモノハ輕罪又ハ違警罪ナルヤニ付テハ刑法ニ於テ其科スル所ノ刑ニ依テ之ヲ區別スヘキモノトス又此刑ハ法律上輕減シタル刑ヲ以テ標準トスヘキヤ將又各本條ニ記載スル所ノ刑ヲ以テスルヤニ付テハ學說ニ派ニ分ル第一説ヲ爲斯者ハ曰ク各種犯罪ヨリ生スル公訴權カ時效ニ因テ消滅スルニ非シテ各場合ニ於ル犯罪ヨリ生スル公訴權カ時效ニ罹ルモノナリ故ニ其犯罪ニシテ法律上ノ減等ヲ爲スヘキ場合ニハ輕減シタルモノヲ以テ本刑スト此論者ト雖酌量減輕ハ裁判官ノ自由ニ定ムル所ナレハ此輕減ヲ爲シタルモノヲ以テ標準ト爲ササルナリ此學說ノ第一ニ批難ヲ受クヘキ點ハ

共犯者カ二十歳未滿ナルト否トニ依リ同一犯罪ニ於テ時效期間ヲ異ニスルコトアリ又自首シタルト否トニ因リ之ヲ異ニシテ又正犯ト從犯時效ヲ異ニスルニ時效ハ犯罪ヨリ生スル總テノ結果ヲ消滅セシメ共犯各自ニ對シ差異アルモノニ非ス第二ノ批難ハ官印爲造罪ノ如キ重懲役ニ該ルヘキ犯罪ノ未遂犯ニ於テハ一等ヲ減スレハ重罪ノ刑ニシテ二等ヲ減スレハ輕罪ノ刑トナル斯ル場合ニ於テハ重罪タルヤ將又輕罪タルヤハ此學說ニ從テ之ヲ決定スルヲ得サルヘシ而シテ未遂ノ一等減モニ等減モニ等減等シタル刑ヲ以テ本刑トシタルモノニシテ重輕罪ヲ定ムルカ爲ニ設ケタル規定ニ非ナルナ

刑法第七條以下ニ於テ刑ニ從テ重罪、輕罪等ノ區別ヲ爲シタルハ法典ノ編成ヲ單ニスル目的ニ出テタルモノニシテ此重罪、輕罪等ノ區別ハ未遂犯ヲ罰スルト否トニ關シテ適用アリ又裁判所ノ管轄、強制辯護、起訴ノ方式、公判ノ手續及時效ニ於テ適用アル等數多ノ適用アルヲ以テ其錯雜ヲ避ケンカ爲メ重罪、輕罪ノ區別ヲ設ケ其規定ヲ單ニナラシシタルモノナリ然ルニ若前揭學說ノ如ク輕減シタル刑ヲ以テ其區別ノ標準トセハ事複雜ニ涉リテ法律ノ豫期スル又ニ反スヘシ是故ニ重罪、輕罪ノ區別ハ犯罪ノ客觀的要素ヲ以テ區別シ犯人ノ一身ニ止ル主觀的ノ減輕ヲ以テ標準ト爲スヘカラス而シテ從犯、未遂犯ハ獨立シタル特種ノ犯罪ニ非シテ重罪又ハ輕罪ノ從犯、未遂犯タルモノナレハ是亦輕減シタル刑ヲ以テ罪責ヲ定ムル能ハサルナリ又刑法第九九條ハ加減順序ヲ定ムル爲ニ從犯、未遂犯ノ減等シタル刑ヲ以テ本刑トシタルモノニシテ重輕罪ヲ定ムルカ爲ニ設ケタル規定ニ非ナルナ

三 時效ノ起算點ハ第一〇條及第一五條ニ之ヲ規定セリ第一五條ニ依レハ時效ノ期間ハ初日ヲ算入スヘキモノトナセリ是此日ヲ以テ刑罰請求權及公訴權ハ發生スヘケレハナリ又期間ノ最終ノ日ノ終了

一一條)

逮罪法即決ノ言渡ハ行政處分ニシテ裁判權ノ行使ニ非サレハ時效中斷ノ效ナシ又間接國稅反則者ニ對スル通告ノ處分モ同一ノ性質ナレトモ特ニ間接國稅反則者處分法ニ明文アルカ故ニ例外トシテ中斷ノ效アリ又軍法會議ノ審判ハ時效中斷ノ效アルコトハ陸海軍治罪法ノ定ムル所ナリ

時效ノ中斷ハ未發覺セサル正犯、從犯ニ其效力ヲ及スコトハ第一條ノ定ムル所ナリ此規定ヨリ推セハ時效中斷ハ事件ニ對シ行ルモノト云フヘシ隨テ共犯ニ非サル者ヲ訴追スルモ眞實ノ犯罪人ニ對シテ時效ノ中斷ノ效果ヲ生スルモノト爲ササルヘカラズ

刑事ノ時效ニハ停止ナシ故ニ起訴ノ條件具備セサル場合又ハ公判手續ヲ停止スヘキ場合ニモ時效ハ進行ス

(イ) 時效ニ罹ツタルコト判明スルトキハ

(四) 時效ハ裁判所ニ於テ職權ヲ以テ審理スヘキ事項ニ屬ス刑事ノ時效ハ民事ノ時效ノ如

棄スルヲ得ス而シテ裁判所ニ於テハ時效ノ問題ヲ定ムルニ必要ナル事實ヲ審理スヘキモノトス即

重罪ナリヤ又ハ輕罪ナリヤノ點及犯罪ノ終了シタル日時是ナリ豫審終結決定ニ認メタル事實ニ依

レハ時效ニ罹リタルコト判明ナルモ公判ヲ開カスシテ止ムヘキモノニ非ス即時效ニ罹リタルトキ

ハ免訴ノ判決ヲ爲スヘキヲ以テナリ

(ハ) 時效ニ關スル規定ニ違背スレハ之ヲ上告ノ理由ト爲スコトヲ得而シテ上告裁判所ハ犯罪ノ性

質及日時ノ確定ニ付テハ下級審ノ認定ニ屬東セラルルモ中斷ノ事實ハ訴訟記錄ニ就キ自テ之ヲ審

卷之三

查スルコトヲ得ヘシ

第六章 數箇ノ公訴ノ關係

數箇ノ刑事訴訟力同一ノ裁判所ニ繫屬スルトキハ各刑事事件ノ關係ハ全ク外部ノ關係ニ止ルモノニシ

テ此場合ニ何レノ訴訟ヲ先ニ審判スヘキヤ裁判所事務章程ニ依テ之ヲ定ムルモノナリ又數人カ一罪ヲ

犯シ(主觀的牽連事件)若クハ一人カ數罪ヲ犯シ(客觀的牽連事件)タルトキハ其數箇ノ刑事事件ノ間ニ

在テハ内部ノ關係アルモノニシテ一箇ノ裁判所ノ管轄ニ屬ス又此場合ニハ一箇ノ手續ヲ以テ審判スル

フ原則トス然レトモ訴訟指揮ノ權ヲ以テ其手續ヲ分離シ得サルニ非ス

刑事事件ト豫判事件トノ關係ハ右ニ説明シタル内部及外部ノ關係ト全ク異ナレリ豫判事件トハ犯罪構

成要素ノ一部ヲ他ノ裁判所ヲシテ裁判セシメ其事件ノ裁判ヲ待タナレハ本案事件ヲ裁判スル能ハサル

場合ヲ謂フモノニシテ豫判事件ノ裁判ハ本案事件ノ裁判ヲ羈束スルモノナリ我訴訟法ニハ此豫判事件

ヲ認メス第一八四條及第一九五條等ニ於テモ附帶犯又ハ偽證罪ノ豫審ノ結果ヲ待フカ爲ニ本案ノ辯論

ヲ停止スルコトヲ得ルモ決シテ附帶犯等ノ裁判ヲ待タサレハ本案事件ノ裁判スルヲ得サルニ非ス單ニ

他ノ事件ノ裁判ヲ待ツヲ便利トセルニ止ムノミ

或刑事件が互に實體上關聯する場合に於て（例の甲が丙者犯罪を實行者トシテ既に刑ノ言渡受ける後、乙者其犯罪を教唆者として訴え受ける事）は、丙者に免責の判決を受けた後、甲の免責の文書は、乙の訴訟に適用され得る。

外川律乙者其犯罪人駁駁者トシ又訃ノ受クルカ如モ場合はノ籍業第二付矣決アリ外川律駁物故買罪ニ付起訴セラレバ陽合ノ如ノ前ノ刑事事件、裁判ハ後ノ訴訟ニ其效力ヲ及スヤ否ヤ又效力ヲ及ストキ

付起訴する場合、如何の前々形態事件を起訴するか等の問題、其外不正行為等の不法行為等の問題等が、

如何不入其門？如何不入其門？此問題人深思，一讀詩人能曉。詩而有理，三章八節皆是。

刑事訴訟法
訴訟の目的物
數箇ノ公訴ノ關係

理主義ヲ採用スルカ又ハ反之自由心證主義、口頭辯論主義及直接審理主義ヲ採用スルカニ因テ分ルルモノナリ若前者ヲ採ル場合ニ於テハ前例ノ竊盜事件ノ判決ニ於ル事實ノ認定ハ故意事件ニ於テモ亦確定シタルモノト認メサルヘカラス即竊盜事件ノ判決ノ理由ハ竊盜ノ事實ヲ法律上認メサルヘカラスト云フニ在ルカ故ニ後ニ起リタル故意罪ノ裁判ヲ爲ス判事ハ前竊盜事件ノ裁判ヲ爲シタル判事ノ得タル事實ノ認定ヲ其儘ニ採用スヘキモノナリ反之後者ニ基ク訴訟ニ於テハ前竊盜事件ノ判決ノ事實上ノ理由ニ示スカ如キ心證ヲ得タリトスルモ後ニ故意事件ヲ断スル判事カ同一ノ心證ヲ得ルヤ否ヤハ測リ知ルヘカラス又縱令前竊盜事件ノ判事カ得タル事實ヲ其儘採用セント欲スルモ直接審理主義ヲ採ルトキハ能ハサル所タリ何トナレハ此主義ニ依レハ證人訊問ノ如キ必直接ニ之ヲ取調ヘサルヘカラサルモノナレハ前竊盜事件ニ於テ取調ヘタル證人ノ證言ハ或ハ其判決ノ理由中ニ掲ケラレ之ヲ朗讀スルコトヲ得ルトスルモ是次シテ直接ニ審理シタルニ非スシテ全ク此主義ニ反スヘシ故ニ後者ノ主義ニ基ク訴訟法ノ下ニ於テハ故意事件ノ裁判ヲ爲ス判事ハ刑事訴訟ノ規定ニ從ヒ獨立ノ審理ヲ爲シテ竊盜事實ノ如何ヲ確定セサルヘカラス如此スルトキハ或ハ前ノ竊盜事件無罪トナリシニ拘ラス後ノ故意罪有罪トナルカ如キ結果ヲ呈スルニ至ルヘシト雖本法ノ上ニ於テハ當然生スヘキ結果ニシテ如何トモスル能ハサルモノナリ而シテ今日普通ニ行ル學說モ亦予カ右ニ述ヘタル所ノ如ク他ノ刑事訴訟ノ判決ハ其後ニ起リタル刑事訴訟ニ對シテ效力ヲ及サルヲ以テ原則ト爲セリ

然レトモ他ノ刑事訴訟ノ判決モ或場合ニ於テハ之ヲ證據ト爲スコトヲ得ル場合ナキニ非ス即其判決ノ內容(理由)ハ證據トハナラナルモ前例ニ付テ言ハ竊盜事件ニ付テ何月何日判決アリシトノ事實及其判決ニ於テ證據トナリタル證人何某ハ宣誓ノ上其事件ニ付證言ヲ爲シタルトノ事實ノ如キハ證據タルコトヲ得ルモノナレハ斯ル證據ハ之ヲ後ノ事件ニ於テ採用スルモ決シテ後ノ主義ニ背反スルモノニ非サバナリ

第七章 公訴ト民事事件トノ關係

民事事件ハ刑事案件ノ先決問題タルコトアリ之竊盜事件ノ場合ニ於テ刑事裁判官ハ其物品ノ被告人ニ屬スルカ又ハ被害人ニ屬スルカノ判断セサルヘカラス又土地ノ境界變更ノ被告事件(刑四二〇條)ニ於テモ被告カ界標ヲ移轉シタル場所カ正當ノ場所ナリヤ否ヤ判断セサルヘカラス此民事ノ先決問題ニ對スル刑事裁判官ノ地位ハ如何ナルモノナリヤト云フニ元來刑事裁判官ハ犯罪事件ノ範圍ニ屬スル關係ハ獨立シテ確定スルノ職分アルモノナルカ故ニ先決問題タル民事關係ニ付テモ亦自ラ之ヲ確定スルノ任務アリ隨テ其關係ヲ確定スルニハ刑事訴訟法ノ定ムル證據調査ノ規定ニ依リ實體的ノ眞實ヲ求メ自ラ之ヲ斷定スヘク決シテ民事裁判所ノ判決ヲ求ムヘキモノニ非ス又之ヲ求メント欲スルモ得ヘカラサルナリ要ニルニ刑事裁判官ノ審理及裁判ハ私法上ノ先決問題ニモ及フヲ原則トス而シテ此原則ノ行為ル場合ハ當ニ先決問題タル民法上ノ關係カ民事裁判所ノ判決ニ依リ未確定セサル場合ノミナラス民事裁判所ノ確定判決アリタル場合ニ於テモ亦然リトス然レトモ刑事裁判官ハ民事判決ヲ以テ犯罪事實ヲ認ムルノ證據ト爲スヲ得ルハ疑ナキ所ナリ又時トシテハ民事ノ判決ハ刑事裁判官ヲ驅逐スルコトアリ是亦此原則ノ例外ヲ成スモノニ非サルナリ左ニ其場合ヲ舉示スヘシ

刑事案件ノ判決ヲ以テ認メラレタル權利ハ之ヲ保護スヘキモノナリ元來刑法ハ民法ノ規定ニ依テ定マル所ノ關係ヲ保護スルノ目的トスルモノナレハ民事ノ確定判決ヲ以テ其訴訟ノ當事者間ニ於

テ當事者ノ處分權ニ屬スル權利關係カ確定シタルトキハ判決カ實體上不當ナルモ其判決ハ刑事裁判官ニ對シテ絶對ニ效力アルモノナリ然レトモ民事ノ判決ハ其訴訟當事者ニ對シテノミ效力アリテ第三者ニ對シテハ效力ナキモノナレハ其民事ノ當事者ノ犯罪事件ヲ裁判スルトキニ限りテ效力ヲ有スヘシ而シテ其民事ノ判決ハ如何ナル方法ヲ以テ事實ヲ認定シタルカ又ハ其判決ノ生シタル原因ハ當事者ノ懈怠ニ出タルカ或ハ處分權ノ行使ニ基クカハ刑事案件ニ對シテ效力ニ付テ差異アルコトナシ例之民事ノ事件ニ於テ被告甲カ懈怠ノ爲メ或物件カ乙ノ所有ナリト判決ラレタルニ其後甲カ乙ヨリ其物件ヲ竊取スルトキハ實際民事ノ判決前ニ在テハ甲ノ所有物ナリシモ刑事裁判官ハ此判決ニ禍束セラレサルヲ得サルナリ然レトモ此場合ハ前揭原則ノ適用ヲ爲ス場合トハ大ニ異ルヲ知ルヘシ何トナレハ前ニ述べタル原則ハ民事ノ判決ハ刑事裁判官ニ對シテ如何ナル程度迄證據トナルヤノ問題ニ屬シ茲ニ述フ所ノ問題ハ民事ノ判決ハ權利義務ノ發生スル事實ト看做スコトヲ得ルヤ否ヤニアレハ全ク別箇ノ問題ナリトス

前示ノ場合ニ反シ意思表示ニ因リ發生又ハ變更セラルル權利關係ニ非シテ客觀的事實例之出生ノ如キ事實ニ因リ發生スル權利關係ナルトキハ犯罪前ニ民事ノ判決アルモ其判決ハ刑事裁判ニ影響ヲ及サス此場合ハ民事ノ判決ト反對ノ事實ヲ認定スルモ民事ノ判決ニ依テ確定セラレタル關係ヲ侵害スルモノニ非ヌ例之甲ナル被告人カ其父乙ヲ殺シタル場合ニ刑事裁判所ニ於テ果シテ乙ハ甲ノ父ナリヤ否ヤヲ審査スルニ當リ嘗テ民事ノ判決ニ於テ實際親子ノ關係アルニモ拘ラス戸籍簿ノ誤謬等ニ基キ乙ハ甲ノ父ニ非ストノ認定アリタリトスルモ刑事ノ裁判官ハ決シテ之ニ禍束セラレサルヘシ蓋刑法ニ於テ殺親罪ヲ重ク罰スル所以ノモノハ犯人ト被害者トノ間ニ實際ニ親子關係アルヲ以テナリ如此場合ニ於テ刑法カ民法ニ其關係ヲ定ムルコトヲ讓ルヲセサル場合ナリト解スヘキモノトス

本法第三〇一條第六號ハ民事上ノ關係カ先決問題タルトキハ刑事裁判官ハ民事ノ判決ニ禍束セラルヘシトノ意義ニ非シテ刑法カ民事ノ判決ニ因テ確定セラレタル權利關係ヲ保護セントシタル場合及民事判決ヲ證據トナシタル場合ニ其適用ヲ見ルモノニシテ前ニ述ヘタル民事ノ判決カ絶對ノ效力ヲ有スル場合ニ關スル規定ナリトモ予輩ノ信スル所ニ依レハ此規定ハ甚狹キニ失スルノ觀アリ彼ノ特權侵害ノ被告事件ニ於テ特許權取消ノ審判アル場合ニ於テ亦本號ト同例ニ規定セラルル必要アルモノノ如シ又若民事ノ判決カ絶對ニ效力ヲ刑事事件ニ及ス場合ニ於テ其判決未確定ナルトキハ刑事裁判官ハ其確定ニ至ルノ間訴訟ノ進行ヲ中止セサルヘカラス然ルニ法文上中止ノ規定ナク判決確定後ノ手續タル第三〇一條第六號ノミアルハ不完全ノ規定タルヲ免レサルナリ

第八章 私訴

第一節 私訴ノ目的及び其一般ノ性質

刑事訴訟ノ目的ハ民事訴訟ノ目的トハ大ニ異ル所アリ即ハ刑罰請求權ヲ主張シ法律秩序ノ維持ニ關スル國家ノ利益ヲ保護スルヲ目的トシ（一條及二條）ハ私法上ノ關係ニ基ク各個人ノ利益ヲ保護スルヲ以テ目的トス換言ベレハ民事訴訟ノ目的ハ私法上ノ權利ニシテ拡張スルヲ得ヘキモノタリ是ヲ以テ民事訴訟法ニ於テハ處分權主義行ルルモノトス反之刑事訴訟ニ於テハ國家ハ其刑罰上ノ權利ヲ裁判ノ手續ニ依テ主張シ國家ノ目的ニ從テ其義務ヲ盡ヌモノナルカ故ニ職權主義行ルルモノトス如此刑事訴訟ノ目的ハ刑ノ適用ニ在ルヲ以テ其訴訟手續ニ亦特別ノ性質アルヲ必要トス然レトモ刑事訴訟ハ民事

訴訟ト均々裁判所ノ裁判ニ依リ處分セラルルヘキ司法事件ナリ若犯罪行爲カ同時ニ私法上ノ結果ヲ生スルトキハ是刑事案件及民事事件カ同一原因ヨリ生スルモノナリ此場合ニモ亦民事事件ハ固ヨリ刑事案件裁判ノ目的タルモノニ非ラスト雖刑事訴訟法ハ刑事裁判所ヲシテ同一原因ニ基キ實體上牽連スル民事事件ヲ或制限ヲ以テ刑事案件ト共ニ裁判セシムル制度ヲ設クルヲ得ヘシ而シテ民事事件ノ性質上刑事ノ裁判所權限ヲ如其民事事件ニ及シシムルハ被害人ノ申立ニ因テ行ハルヘキモノトス此被害人ノ刑事訴訟手續ニ附加スル關係ハ即附帶私訴ノ制度ヲ生ス我刑事訴訟法ニ於テモ佛國治罪法ノ制ニ倣ヒ此制度ヲ認メタリ本法ニ於テハ犯罪ニ因リ生シタル損害ハ賠償又ハ賊物ノ返還ヲ目的トスル訴ハ公訴ニ付第二審ノ判決アル迄何時ニテモ其公訴ニ附帶シ民事原告人トシテ提起スルコトヲ得(四條此民事原告人又ハ其代理人ノ申立ハ私訴ノ判決ノ標準タルヘキモノトス而シテ被害人カ無罪又ハ免訴ノ言渡ヲ受ケタルトキハ特ニ私訴ヲ附帶セシムル原因ナント雖之ヲ民事裁判所ニ讓ルコトナク尙刑事裁判所ニ於テ之ヲ裁判スヘキモノトナセリ(五條及二三五條)

抑附帶私訴ノ制ハ刑罰請求權ト被害者ノ損害賠償ノ權トカ原因ヲ同ウスル當然ノ結果ニ非ス故ニ特ニ法律ヲ以テ之カ明文ア設クルニ非サレハ同一ノ裁判所ヲシテ刑事案件及民事事件ヲ同時ニ審理裁判セシムルハ夥シムルヲ得サルナリ然レトモ刑罰請求權及私法上ノ請求權ヲ同一裁判所ヲシテ審理裁判セシムルハ夥多ノ利益アリテ存ス若之ヲ分離シテ審理セシムルトキハ判決ニ紙觸ラ生シ裁判所ノ威信ヲ害スルト同時ニ権利ヲ毀損スルノ弊害アリ即民事裁判所ニ犯罪ヨリ生シタル損害賠償ヲ求ムルトセハ民事裁判所ニ提出セラレタル證據ニテハ十分ナラス又原告モ他ニ證明ノ方法ヲ有セサルヨリ終ニ被害人ノ敗訴トナルコトアルヘシ如此繁塞ヲ矯メ刑罰請求權ト私法上ノ請求權トニ關シ此兩箇ノ訴訟ヲ調和シ被害人ノ利益ノ爲シ簡易且迅速ノ方法ヲ以テ其賠償ノ請求ヲ保護スルノ方法ハ附帶ノ制ヲ以テ最其當ヲ得タルモノトス

現行法ハ附帶ヲ爲シ得ヘキ私訴ノ請求ヲ損害ノ賠償及賊物ノ返還ニ限定シタリ(二條)是民事ト刑事ト其主義相異ナルヨリ生スル所ノ難問ヲ避ケンカ爲ナリトス訴ノ目的ヲ此二點ニ制限シタルヲ以テ姦通罪ノ公訴ニ離婚ノ請求ヲ附帶セシムルコト又ハ私生子認知及私生子ノ養料請求等ノ請求ヲ附帶セシムルコトヲ得サルナリ

一 損害ノ賠償
損害ノ賠償ハ金錢ヲ以テスルモノノミニ限リ現物ヲ以テスル場合ハ賊物返還ノ内ニ包含ス又損害ハ財產權上ノモノニ止ラス身體、自由、名譽ニ對ヘル損害ヲ含ミ(民七一〇條)殊ニ名譽ヲ毀損シタル場合ニハ民法第七二三條ニ依り新聞紙上ニ謝罪文ノ廣告ヲ爲シシムルコトヲ妨ケス

二 賊物ノ返還
賊物トハ犯罪ニ因テ得タル物件ヲ謂フ賊物ナル詞ハ新律綱領ヨリ來リタルモノニシテ舊律ニ於テハ冒認ノ土地ノ委任狀ヲ爲シタル物件ヲ賊物ト稱シタリ但舊律給沒賊物ノ條ニ依リ官ニ沒收セラルル收賄ノ賊ノ如キハ刑法ニ於テハ賊物ト稱スヘキモノナレトモ訴訟法ニ於テハ賊物ト云フ能ハス又返還ハ有形ノ引渡ノミヲ謂フニ非スシテ登記取消ノ請求ヲモ包含ス例之不動產ヲ騙取セラレタル場合ニ於テモ被害人ハ加害者所有權ノ登記ヲ取消シ其不動產ノ返還ヲ受クルコトヲ得ヘシ反之土地所有者ノ土地賣渡ノ委任狀ヲ爲シタル物件ヲ賊物ト稱シタリ但舊律給沒賊物ノ條ニ依リノヲ得ス蓋該土地ハ私書偽造行使罪ノ直接ノ目的ニ至ラサレハナリ然レトモ今日ノ實際ニ於テハ此場合ニ於テモ損害ノ賠償ヲ廣ク原狀ノ回復ト解釋シ之ニ該當スルモノトシテ附帶私訴ヲ許ス蓋當ヲ得タモノニ非ナルヘシ

私訴ノ裁判、裁判権ノ内ニ含マルル作用ニ非ス私訴モ亦一箇ノ民事訴訟ニシテ之カ普通民事訴訟ト異ル所ハ公訴ニ附帶シ刑事裁判所ニ於テ本法ニ從ヒ之ヲ裁判スルニ在リ公訴ニ私訴ヲ附帶スルトキハ二箇ノ訴訟ヲ一箇ノ裁判所ニ併合シ裁判所ハ公訴裁判決ノ認定ヲ私訴判決ニ援用スルヲ得ルニ止リ其他ノ點ハ裁判所自ラ職務ヲ以テ之ヲ定ムルモノニ非ス私訴申立人ハ其請求ノ範囲ヲ定メ又證據ニ付テハ公訴ノ證據方法ヲ援用スルヲ要ス反之刑法第四八條ニ依リ財物犯人ノ手ニ現在スルトキ之ヲ被害者ニ還付スル言渡ハ被害者ノ申立ヲ要セサルモノナレハ私訴ノ裁判ニ非ス裁判所ノ職權ヲ以テ爲スヘキ處分ノ一ニシテ刑事裁判権ノ内ニ包含セラルモノトス若財物犯人ノ手ニ存セス第三者ノ手裡ニ在ルトキハ被害者ハ第三者ニ對シ私訴ノ申立ヲ爲ササルヘカラス而シテ被害者カ善意ノ第三者ヨリ返還ヲ受クルヲ得ル財物ハ盜品及遺失物ニ限ルモノトス(民一九三條、一九四條 民施六一條)若所有權カ數人ノ被害者間ニ争アルトキハ主參加ノ方法ヲ以テ私訴ニ加ハルコトヲ得ヘシ(刑訴四條二項)

公訴ト附帶私訴トノ相互ノ關係ヲ見ルニ公訴ハ主タルモノニシテ私訴ハ從タルモノナリシテ刑事ノ訴訟手續ニ依テ蒐集シタル材料ヲ以テハ私訴請求ノ成立及範圍ヲ定ムルニ足ラサルトキニモ公訴ノ裁判ヲ爲スニ熟スレハ公訴ノ取調ヲ終了シ公訴ノ裁判ヲ爲シ私訴ハ之ヲ民事裁判所ニ移スラバ至當トス然レトモ本法ニ於テハ之ニ付規定ヲ設ケナレハ附帶ノ原由ヲ失フニ至ルニ拘ラス私訴ノ裁判ヲ爲ササルヘカラス又之ト同ニ附帶ノ性質トシテ被告人無罪又ハ免訴トナリタルトキハ私訴ヲ民事裁判所ニ移スラバ當然トス然レトモ本法第二五條へ被告人無罪又ハ免訴トナルトキニモ亦私訴ニ付本案裁判ヲ爲スヘキモノトセリ是故ニ損害賠償カ犯罪ヲ原因トシタルニトハ私訴ヲ附帶セシムノ條件ニシテ私訴ノ判決ノ條件ニ非スト云フヲ得ヘシ從テ裁判所ハ私訴ニ付訴ノ原因ヲ職權ヲ以テ變更スルヲ得ルモノトス申立を要セス事ニシテは附帶の性質ナラム

右ニ述フル所ノ場合ニ在テハ私訴ハ其附帶ノ原因ヲ失ヒタルトキ雖本案ノ判決ヲ爲スヘキモノナレトモ反之公訴ニ付管轄遠又ハ公訴不受理ノ言渡アリタルトキハ私訴ニ付テモ同一ノ裁判ヲ爲スヘキモノナリ是私訴附帶ノ性質ヨリ來ル當然ノ結果ナリト又本法第二五條ニ於テモ同第二二三條ノ刑ノ言渡ヲ爲ス場合及第二二四條ノ無罪又ハ免訴ノ言渡ヲ爲ス場合ノミニ私訴ノ判決ヲ爲スヘキモノトシ第二二二條ノ管轄遠ノ言渡ノ場合ハ之ニ包含セシメス若此場合ニ於テ尙私訴ノ裁判ヲ爲スヘキモノトセハ第二〇〇條ノ規定ト抵觸シ即公訴ノ裁判ニ先チテ私訴ノ裁判ヲ爲スニ至ルニシテ是私訴ヲ附帶セシム趣意ニ反スルモノニシテ即公訴私訴ノ判決ノ抵觸ヲ避ケント欲スレハ公訴ノ裁判ニ先チ私訴ノ裁判ヲ爲スヘカラス隨テ公訴ニ付管轄遠又ハ公訴不受理ノ言渡アリタルトキハ私訴モ亦其訴ヲ却下スヘキモノトス

上述スルカ如ク我訴訟法ハ一方ニ於テハ私訴附帶ノ性質ヲ實カントスルノ規定アリ又一方ニ於テハ附帶ノ原因ナキニ拘ラス尙私訴ノ裁判ヲ爲シシムルノ規定アルノミナラス公訴ハ既ニ確定シ私訴ノミニ付ト訴又ハ故障ヲ爲ス場合アルコトヲ認メ此場合ニ私訴ハ獨立シテ進行シ尙之ニ付刑事裁判所ヲシテ裁判セシムルカ如キ又第二二二條ニ依レハ私訴ノ審理辯論ノ公訴ハ辯論ノ後ニ爲シメ以テ公私兩箇ノ訴訟ヲ接セシムルニ止リ之カ調和ヲ缺クカ如キニ至テハ最附帶ノ性質ニ反スルモノト云フヘシ而シテ私訴附帶ノ結果ハ民事原告人ハ其請求ノ理由トシテ公訴審理ノ證據方法ヲ援用スルヲ得ルニ止リ此ノ如ナレハ私訴ヲ公訴ニ附帶セシムルノ利益ハ(一)私訴ニ付キ事實證明ノ便ヲ得ル(二)審理辯論ノ重複ノ煩惱ヲ避ケルコト(三)民事刑事ノ裁判ノ抵觸ヲ避ケルコトノ三ニ止リテ毫モ公訴裁判上

私訴当事者間ノ辯論裁判ハ原則トシテ民事訴訟法ニ據ルヘキヤ又刑事訴訟法ニ從フヘキヤト云フニ感ハ曰ク私訴ハ元來民事訴訟ニシテ之ヲ公訴ニ附帶セシムルハ訴訟ノ便宜ニ出テタルナリ故ニ民事訴訟法ニ從フヲ得ナルニ例外ノ場合アリト雖原則トシテハ民事訴訟法ニ從フモノトスト然レトモ私訴ヲ公訴ニ附帶セシムル以上ハ公訴ト共ニ之ヲ進行セサルヘカラナル以テ隨テ民事訴訟法ニ從フコトヲ原則ト爲スヲ得ナルヘシ若民事訴訟法ニ從フヲ以テ原則トセハ本法第四條第二項、第二〇一條第三項第二二六條第二項、第二二九條、第三〇七條、第三二三條ノ私訴ニ附帶セシムル規定ハ全ク無用ノ規定タリ如此規定アルニ由ヲ之ヲ觀ヘ私訴ハ本法ニ從フヲ原則トシ本法ニ規定ナキモノハ條理ニ依ルヘキモノナリト殊ニ民事原告人又ハ被告人ノ訴訟能力ノ如キハ本法ニ規定ナシト雖民事訴訟法第四三條以下ニ依ルヘキモノニ非ス條理ニ依テ民事訴訟法同ノ結果タルノミ又訴訟代理人人ノ如キモノ第十六三條以下ノ制限アルモ亦之ニ依ルコトヲ得ス其他準備書面ノ交換ノ如キ手續ハ民事訴訟法ニ從ハシテノナリト又ハ告訴ヲ爲シタル後其旨ヲ豫審判事ニ申立フヘシ豫審判事ニ被害者ヨリ民事原告人之ヲ必要トスルモ本法中ニ此規定ナキヲ以テ是亦民事訴訟法ニ從ヒ此手續ヲ爲スヘキモノニ非ナルナカルヘキノ申立ヲ受ケタルトキハ検察官ノ起訴ナキモ公訴、私訴ヲ併セ受理シタルモノトス云云ト

目録

○大審院判例要旨

八九 民法施行前ニ於ル組合債權ノ讓渡 組合カ第三者ニ對シテ有スル債權ヲ組合員中ノ一人ニ讓渡ス行爲ハ該債權ニ對ヘル他ノ組合員ノ持分ヲ其一名ニ移轉スルモノニシテ債權讓渡ノ行爲タルニ外ナラス隨テ民法施行前ニ於テハ明治九年布告第九九號ノ手續ヲ踐マサレハ讓渡ノ效力ヲ生セサルモノトス(三十九年九月二十二日第一民事部判決)

九〇 封印ヲ施シタル酒樽ノ破壊 慢々差押ヘテ封印ヲ施シタルトキハ其容器モ亦封印ハ一部ヲ成スモハトテ隨テ容器自體ニ孔穴ヲ穿チ之ヲ破壊シタル以上ハ縱令其封印ノ紙片ニハ何等破壊除去ノ所爲ナキモ刑法第一七四條ノ犯罪ヲ構成ス(同年九月八日第一休暇部)

九一 権利伸張、權利防禦ニ必要ナル費用ト出頭旅費 受訴裁判所ニ於テ證據調査ヲ爲ス場合ナルト受命判事又ハ受託判事ノ面前ニ於テ之ヲ爲ス場合ナルト問ハス訴訟當事者ハ自ラ其期日ニ出頭シ又ハ訴訟代理人ヲシテ出頭セシムルノ權利ヲ有ス隨テ其出頭ノ爲ニ要シタル旅費等ハ權利伸張又ハ權利防禦ニ必要ナルモノト看做ササルヲ得ス(同年九月十三日第一民事部)

九二 判決ノ言渡ト判決ニ干與セサル判事ノ列席 判決ノ言渡ハ判決ヲ公表スルノ方式ニ過キナレハ判決ニ干與セサリシ判事ヲ以テ構成シタル裁判所カ其言渡ヲ爲スモ不法ニ非ス(同年九月二十日第一民事部)

九三 判決原本作成場所ノ記載 判決原本ニハ裁判ヲ爲シタル裁判所ヲ表示スルノミヲ以テ足ルモ

- ノナレハ更ニ其作成ノ場所ヲ記載スルコトヲ要セス(同年九月九日第二休暇部)
- 九四 犯罪ノ目的ヲ達セサル事實ノ説示 犯人カ意外ノ障礙ニ因テ目的ヲ達セサリシ事實ハ罪ト爲ルヘキ事實ニ非サレハ之ニ對シテ一證據ヲ明示スルノ要ナシ(同上)
- 九五 違法ノ證人訊問調書ト證據決定 證人嘱託訊問ノ決定ヲ爲シ管轄區裁判所判事ニ嘱託シテ其訊問ヲ行ハシメ訊問調書ノ送付ヲ受ケタル以上ハ総合該調書ノ作成ニ付違法ノ點アルモ其證據決定ハ完全ニ執行セラレタルモノトス(同年九月十六日第一刑事部)
- 九六 受託判事ノ證人訊問ノ方式 證人嘱託訊問ヲ爲シ調書ヲ作成スル場合ニ於テハ受託判事ハ刑事訴訟法第三一條ノ方式ヲ踐行セサルヘカラス(同年九月二十日第一刑事部)
- 九七 第一審判決ノ一部取消 第一審裁判所カ各別ニ審判セル同一ノ被告ニ對スル數箇ノ被告事件ノ判決ニ對シ檢事及被告ヨリ控訴ヲ爲シタル場合ニ於テ控訴裁判所カ其事件ヲ併合審理シ檢事ノミ控訴ヲ爲シタル甲事件ニ付テハ無罪ナリトシ又乙事件ニ付テハ有罪ナリトシ被告ノミヨリ控訴ヲ爲シタル丙事件ニ付亦之ヲ有罪ナリトスルトキハ丙丙事件ノ第一審判決ハ共ニ之ヲ取消シ甲事件ノ控訴ハ之ヲ棄却スヘキモノトス(同年九月十九日第二刑事部)
- 九八 第二回ノ闕席判決ト上告理由 第二回ノ闕席判決ニ對スル上告ハ原裁判所カ闕席判決ヲ言渡スヘカラサル場合ニ之ヲ言渡シタルコトヲ主張シ其判決ヲ破毀シテ更ニ本案ノ審理判決ヲ受クルコトヲ唯一ノ目的ト爲スヘキモノナレハ本案ニ關スル理由ニ基ヤテ原判決ヲ攻撃シ得サルモノトス(同年八月四日第一休暇部)

法學志林

第三十七卷
定價一冊拾貳錢
三月十日發行
郵稅壹圓
冊前金郵稅共貳拾錢

(第六十七號)

8254

◎志林

◎解疑

- 國際法ノ本領ヲ論ス
經濟學ノ分類ニ就ク
國家ノ成り立及ヒ發達スル理
由人人類ノ批評(其二十八)
律令ト憲法トノ關係ヲ論ス(承前)
詮議ノ被教唆者自ラ實行ヲ爲サヌシテ教唆者ニ嘱託シナ其實行ヲ爲サシシタル場合ニ於ケル兩者ノ處分抵當不應付ニ付相續登記ヲ爲サ、ル場合ニ於ケル抵當權者ノ代登記證書ヲ爲サル者カ辯論(續)…
- 續行期日ニ闕席シタルトキノ裁判所ノ處分…
- 支拂命令ニ對ル故障申立貼用印紙
- 興京、沙河兩方面大勝、奉天ノ占領○區裁判所ノ權限擴張○裁判所管轄區域變更案ノ通過○司法官任用規則ノ改正○訴訟事件ノ減少○滿洲、監獄ト囚徒○盲人保護ノ建議案通
- ガーベ事件ノ判決○大阪ノ訴訟○領海ノ範圍○大阪控訴院長排斥ノ運動○大阪生命保険株式會社解散ラムセラル○驚くヘキ私生兒ノ數○上戸黨下戸組ノ番附

◎記事

- 講師ノ招聘○實業懇話會○前田氏招待懇親會○校友異動○寄贈書目

法政大學

三月

大學豫科學生募集

明治三十八年三月十二日印刷 (定價金三十錢)

明治三十八年三月十五日發行

- 新學期ハ四月五日ヨリ始業ス
- 學則ヲ改正シテ新科目ヲ新設シ授業時數ヲ增加シ且新二十數名ノ專攻講師ヲ增聘シ新學期ヨリ之ヲ實施ス

- 入學資格ハ中學校卒業者及同等以上ノ者タルヘシ

- 大學豫科ニ於テハ大學部ニ入ラント
スル者ノ爲メニ豫備ノ學科ヲ教授ス
ルヲ以テ高等學校其他各種高等專門
學校入學ノ豫備ニモ最モ適切ナリ
- 入學志望者ハ本月中ニ申込マルルヲ
便トス

法政大學

發行所

司法省

法政大學

(電話番町百七十四番)

東京市牛込區牛込北町十番地
東京市牛込區矢來町三番地
東京市芝區西久保明舟町十一番地
東京市芝區西久保明舟町十一番地
萩原敬之
小宮山信好
金子活版所

發行者

萩

原

敬

之

度年八十三第

(明治三十七年十一月十五日第三種郵便物認可)

0255