法政大学学術機関リポジトリ
HOSEI UNIVERSITY REPOSITORY

PDF issue: 2025-05-09

法政大學講義録

遠藤，忠次 / 豐島，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

法政大學

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

明治三十八年三月十五日發行

三十八年度

法政大學講義錄

第十四號

法政大學發行

0173

090
1905
1-14

第十四號目次

民法物權　自第七章（自五三）至第十章（至七二）　法學士　横田秀雄

民法債權　自第二章第二節（自一七）至第十四節（至五四）　法學士　杉山直治郎

商法商行爲　自第一章（自四三）至第九章（至六六）　法學士　田坂友吉

民事訴訟法　第二編（自二一）（至五二）　法學士　遠藤忠次

刑事訴訟法（自一三）（至一五六）　法學士　豐島直通

雜錄　○大審院判例要旨

ハ（二）順位ノ先取特權者　第三順位ノ先取特權者モ亦權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（二）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讓ラサルヘカラサルコトハ說明ヲ要セスシテ明ナリ

特別ノ先取特權ノ順位ハ右ノ如ク定ムルヲ通則トスル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フヘキモノトス

一、農業ノ勞役者　二、種苗又ハ肥料ノ供給者　三、土地ノ賃貸人

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ノ遠近、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增價ノ上ニ存スルモノナレハ其增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モ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賣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甲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ノ支拂ヲ爲ササルトキハ甲乙ハ各未濟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産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産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權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スシテ明ナリ

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、不動産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間農工業ノ勞役者相互ノ間、種苗肥料ノ供給者相互ノ間、不動産保存ノ先取特權者相互ノ間及不動産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ハ或ハ法律ニ於テ特ニ其相互間ノ順位ヲ定メタルモノアリ或ハ互ニ相競合スル場合ナキモノアリテ殆此原則ノ適用ヲ見サルモノトス

第三節　先取特權ノ效力

先取特權ハ物上擔保ノ一種ニ屬シ其主要ノ效力ハ債權者ヲシテ債務者ノ財產ニ付優先辨濟ヲ受クルコトヲ得セシムルニ在ルコトハ既ニ說明スル所ニヨリ明ナルヲ以テ再之ヲ論スルノ要ナシ予ハ以下民法第三三三條乃至第三四一條ノ規定ニ從ヒ先取特權ノ其他ノ效力就中此特權ノ行使ニ關スル制限竝ニ第三者ニ對スル先取特權ノ效力ニ付テ說明セントス而シテ予ハ說明ノ便宜ノ爲メ一般ノ先取特權、動產ニ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ヲ了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ノ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サ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質借人又ハ質權者ニ動產ノ引渡ヲ爲スモ是カ爲メ先取特權ノ消滅ヲ來スコトナキハ勿論ナリ

0175

第二　先取特權ト動產質權ト競合スル場合ニ於テハ動產質權者ハ動產ノ先取特權第一順位ノ先取特權者ト同一ノ權利ヲ有ス（三三四條）

質權者ハ不動產賃貸借、旅店宿泊及運輸ノ先取先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ル債權者ニ對抗スルコトヲ得ス

不動產ヲ目的トスル一般ノ先取特權モ亦不動產ニ關スル一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サ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一一煩雜ナル登記手續ヲ履ムカ如キハ言フヘクシテ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虞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セシムルモノナリ

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、質權其他特別ノ權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權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尚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ムルニ至ルヘケレハナリ要スルニ不動產上權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揭ケタルモノハ普通債權者トノ關係ニ於テノ一ノ例外ヲ設ケタルニ過キサルモノトス（三三六條）

第二　一般ノ先取特權者ノ行使ノ左ノ制限條件ニ從フヘキモノトス

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尚不足アルニ非サ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權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權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シテ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リ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虞アリ是ニ於テ法律

0176

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尙不足アル場合ニ限リ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說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此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スシテ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ス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ラ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是先取特權者カ其權利ノ行使ヲ等閑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（二三五條二項）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ノ辨濟ヲ受クヘカリシモノト假定スル時ハ其百圓ハ後ノ不動產競賣ノ際ニ其債權額ヨリ控除シテ配當ニ加入スルコトヲ要シ特別擔保ノ目的タラサル不動產ノ代價配當ノ際先取特權者カ之ニ加入シテ二百圓ノ辨濟ヲ受クヘカリシモノトスルトキハ後ニ至リ特別擔保ノ目的タル不動產ノ競賣代金ヲ配當スル場合ニハ其二百圓ヲ控除シテ之ニ加入スルコトヲ要スルカ如シ玆ニ所謂第三者ノ中ニハ先取特權者質權者、抵當權者第三取得者ヲ包含シ此等ノ者カ既ニ其權利ヲ登記シタルトキハ先取特權者ハ之ニ對シテ怠慢ノ責ニ任スヘキモノトス然レトモ登記ヲ爲ササル第三者及普通ノ債權者ニ對シテハ完全ニ其權利ヲ行フコトヲ得ヘシ

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スシテ毫モ之ヲ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又ハ特別擔保ノ目的タル不動產ノ代價ニ付テハ絕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

0177

證カサル所以ナリ

第三款　不動產ニ關スル先取特權ノ效力

不動產ニ關スル先取特權ハ不動產上ノ物權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產ニ關スル先取特權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說明ヲナスノ必要アリ即左ノ如シ

第一　不動產保存ノ先取特權ハ保存行爲完了ノ後直ニ登記ヲ爲スニ因リ其效力ヶ保存ス（三三七條）

不動產保存ノ先取特權モ亦一般ノ原則ニ從ヒ登記ヲ爲スニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得サルモノトスレトモ此特權ニ特殊ナル點ハ普通ノ場合ニ於テハ權利ノ優劣ハ單ニ登記ノ前後ニ依ルヘキモノナレトモ此特權ハ保存行爲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權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爲ハ其性質トシテ他ノ不動產上ノ權利者ヲ利スルモノナレハ此行爲ヲ爲シタル先取特權者ハ他ノ不動產上ノ權利者ニ優先シテ其權利ヲ行フコトヲ得スンハ非ス故ニ不動產保存ノ先取特權者ニ先シテ登記ヲ爲シタル權利者アルモ先取特權者ニシテ保存行爲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常ニ先取特權者ヲシテ其權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サルニ於テハ不動產保存ノ先取特權ヲ設ケタル所以ノ立法上ノ目的ハ到底貫徹シ得ヘカラサルヲ以テナリ然レトモ先取特權者カ其ノ權利ヲ保存スルカ爲ニハ保存行爲完了後直ニ其權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權利ヲ行フコトヲ得ス是他ナシ此特權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權者ト通謀シテ虛僞ノ登記ヲ爲スノ虞アルノミナラス他ノ債權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　不動產工事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　不動產工事ノ先取特權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（三三八條）

不動產工事ノ先取特權ハ工事ニ因テ生シタル增價額ノ上ニ存スルモノナレハ先取特權者ヲシテ登記ノ前後ニ拘ラス其權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權者ト債務者ト通謀シテ虛僞ノ登記ヲ爲シ他ノ不動產上ノ權利者ヲ害スルノ弊ヲ豫防セサルヘカラス故ニ民法ハ先取特權者ヲシテ工事ヲ始ムル前其費用ノ豫算額ヲ登記セシメ登記シタル豫算額ヲ標準トシテ何人ニ對シテモ其權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權ハ其超過額ニ付テハ存在セス

是登記ノ特定主義ヨリ生スル結果ナリ蓋先取特權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權者カ登記ヲ爲ササル此等ノ費用ニ付テモ尙權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產ノ增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

不動產工事ノ先取特權ハ工事ニ因テ生シタル不動產ノ增價額ノミニ付テ存スルコトハ前述ノ如シ是

0178

ニ於テ不動產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產保存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說明ヲ爲スノ要ナシ

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濟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スヘキモノトス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濟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僞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ヲ目的トスルヲ以テ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强弱ノ差異アルニ過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、滌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リ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濟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參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　質權ハ債權者カ其債權ノ辨濟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リタル物」トアルハ之カ爲ナリ故ニ質權者カ其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ル主タル債權アルコトヲ必要トシ獨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ハ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

0179

保ニ供スル旨ノ意思ヲ表示シ債權者承諾ノ意思ヲ表示スルコトヲ必要トス質契約又ハ質權ノ設定行爲ト稱スルモノ即是ナリ故ニ留權ハ此點ニ於テ留置權及先取特權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サルヲ以テナリ

第四　質權ハ目的物ノ占有ヲ必要トスル權利ナリ　質權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權者ニ目的物ノ引渡ヲ爲スニ非サレハ其效ヲ生セサルモノナリ是民法第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權成立ノ要件タルノミナラス動產ニ關シテハ又質權存續ノ要件ニシテ動產物上ノ質權ハ其動產ノ占有ヲ爲スニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得サルモノトス但不動產ニ關シテハ質權者ハ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權ノ辨濟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何トナレハ債權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權者カ自身ニ目的物ヲ占有セサ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サルヘキヲ以テナリ然レトモ質權者カ第三者ヲシテ代リテ質物ヲ占有セシムルコトハ毫モ不可ナシトス是所謂代理占有ニシテ質權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物ヲ占有スルニ非シテ質權者ノ爲ニ之ヲ占有スルモノナレハ質物ノ占有者ハ即質權者ナリトス故ニ質權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權ノ行使ハ之カ爲メ毫モ妨ケラルルコトナシトス

右ノ如ク質權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三四五條ニ規定スル所ナリ同條ニ曰ク「質權者ハ質權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」ト此規定ハ質權ノ性質ヨリ生スル當然ノ結果ナリ蓋質權ノ設定ハ質權者ニ於テ其權利ヲ行フコトヲ得ルカ爲メ且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メ目的物ノ引渡ニ因リ始テ其效ヲ生スルモノト爲シタルコトハ既ニ說明スル所ノ如クナルヲ以テ質權設定後質權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權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權ノ設定ニ付引渡ヲ必要トスル所以ノ目的ハ到底貫徹スルコト能ハサルヘク第三四四條ノ規定ハ全ク空文トナルノ結果ヲ生スヘケレハナリ故ニ質權者カ質權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サルモノトス』

質權ハ目的物ノ占有ヲ必要トスル權利ナルヲ以テ此點ニ付テハ留置權ト其性質ヲ同ウシ先取特權及抵當權ト其性質ヲ異ニスルモノナリ

第五　質權ハ目的物ヲ占有シ且他ノ債權者ニ先チテ目的物ヲ債權ノ辨濟ニ供スルノ權利ナリ　質權ハ債權ノ辨濟ヲ確保スルヲ以テ目的トスルモノニシテ物上擔保ノ一種ニ屬スト雖モ質權ノ物上擔保タルノ效用ニアリ其一ハ質權者ハ其債權ノ完全ナル辨濟ヲ受クル迄質物ヲ占有スルノ權利ヲ有スルニ在リ故ニ質權ハ此點ニ於テ留置權ト同一ノ效用ヲ爲スモノナリ是法律カ留置權ニ關スル第二九六條乃至第三〇〇條ノ規定ヲ質權ニ準用スル所以ナリ(三五〇條)他ノ一ハ質權者ハ目的物ニ付他ノ債權者ニ先チテ自己ノ債權ノ辨濟ヲ受クルノ權利ヲ有スルニ在リ故ニ此點ニ關シテハ質權ハ先取特權及抵當權ト其效用ヲ同ウスルモノニシテ法律カ先取特權ニ關スル第三〇四條ノ規定竝ニ抵當權ニ關スル規定ヲ質權

0180

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ト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リハ質物ノ全部ニ付其權利ヲ行フコトヲ得ルト同時ニ質物ノ存在スル限リ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サ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トス

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ナ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效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　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サ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スシテ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

第三節　質權ノ一般ノ效力

質權ハ動產ヲ目的トスルト不動產ヲ目的トスルト財產權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說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隱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アキ限リ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ノ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ルハ說明ヲ要セスシテ明ナリ

0181

二　利息　元本カ利息ヲ生スヘキトキハ質權ハ元本ノ外尚利息ノ債權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權ハ之ニ附隨スル所ノ利息ノ債權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權者ニ支拂フコトヲ約シタル金額ニシテ損害賠償ノ豫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債權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額如何ニ拘ラス豫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ニ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權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濟ニ供スルヲ公平ナリトス是先取特權ニ於テ說明シタル所ニシテ質權ニ關シテモ同一ノ理論ヲ應用セサルヘカラス

五　質權實行ノ費用　例之質物ヲ債權ノ辨濟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此等ノ費用ハ質權ヲ實行スルカ爲ニ必要ニシテ質權設定ヨリ當然生スル結果ナレハ質權ニ依リ擔保セラルヘキハ勿論ナリ

六　質物ノ隱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權者ノ所持セシ牛馬モ亦其傳染病ニ感染シ債權者ニ於テ損害ヲ被リタルトキハ債權者ハ其損害賠償ノ債權ニ付質物タル牛馬ノ上ニ質權ヲ行フコトヲ得ヘシ蓋此種ノ損害ハ質物ニ關シテ生シタルモノナレハ設定者ヲシテ其質物ヲ以テ賠償ノ責ニ任セシムルヲ正當ナリトス

民法第三四六條前段ノ規定ハ當事者間ニ別段ノ意思表示ナキ場合ニ適用スヘキモノニシテ當事者間ニ特約アルトキハ質權ニ依テ擔保セラルヘキ範圍ハ其特約ニ從ヒ之ヲ定ムルコトヲ要ス是同條後段ノ規定アル所以ナリ

第二　質權者ハ其債權ノ完全ナル辨濟ヲ受クル迄ハ質物ヲ留置スルノ權利ヲ有ス　質權者ハ其債權ノ元本其他前項ニ揭ケタル附隨ノ債權ノ完全ナル辨濟ヲ受クル迄ハ質物ヲ留置スルノ權利ヲ有ス是質權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權者ノ留置權ト通常ノ留置權ト異ナル重要ナル點ハ質權者ハ自己ニ對シテ優先權ヲ有スル債權者ニ對シテ其留置權ヲ主張スルコトヲ得サルニ在リ是第三四七條但書ニ規定スル所ナリ例之質權者カ其質物ヲ保存シタル債權者アルコトヲ知リ乍之ヲ受取リ又ハ質權者ノ爲ニ質物ヲ保存シタル者アルトキハ此等ノ債權者ハ質權者ニ對シ優先權ヲ有スルヲ以テ質權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强力ナル權利ニシテ留置權者ニ對シテハ優先ノ權利者ナキヲ以テ如何ナル場合ニ於テモ留置權者ハ其債權ノ完全ナル辨濟ヲ受クルニ非サレハ留置物ヲ引渡スノ義務ナシ質權者カ自己ニ對シテ優先權ヲ有セサル債權者ニ對シテハ留置權ヲ行フコトヲ得ヘシト雖質權者ハ質物ノ賣却ヲ拒ムコトヲ得ス即他ノ債權者ハ質權者ノ意思如何ニ拘ラス質物ヲ競賣ニ付スルコトヲ得ヘク質權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權者ニ對シテ辨濟ヲ爲シタル上

0182

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　質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（二九七條、三五〇條）

第四　質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　質權ノ主タル效力ハ實ニ此點ニ在テ存スルモノニシテ債務者カ辨濟期ニ至ルモ尚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又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是第三四九條ニ規定ス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濟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全然無效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フ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ト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ヲ自由ニ判斷スルコトヲ得ラ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トス

右ノ如ク我民法ニ依ルトキハ辨濟期前ノ流質契約ハ無效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締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滿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ハ商行爲ニ因リ生スル質權ニ付テモ亦其適用ナキモノトス（商二七七條）

第五　質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トシテ質物ヲ交付スルヲ謂フ故ニ轉質ハ質權ノ設定ニ外ナラス蓋質權ハ一ノ物權ナルヲ以テ物權ノ本質ニ從ヒ設定者ノ意思如何ニ拘ラス之ヲ讓渡スルコトヲ得ヘキハ論ヲ俟タスト雖質權ハ主タル債權ニ附隨スル從タル物權ナルヲ以テ主タル債權ト共ニスルニ非サレハ之ヲ讓渡スコトヲ得サルハ勿論新ニ質權ヲ設定スルコトハ所有者ノ承諾アルニ非サレハ爲シ得ヘカラサルヤ明ナリ然ルニ我民法カ主タル債權ト共ニ質權ヲ移轉スルコトヲナク別ニ新ニ質權ヲ設定スルコトヲ得ヘキモノトセルハ全ク實際上ノ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

0183

甲　其權利ノ存續期間内ニ於テ轉質ヲ爲スコト　質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質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サルヲ以テナリ故ニ質權カ存續期間ノ滿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質權者ニ許スト雖之カ爲メ質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質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ス故ニ質物カ質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サリシナラハ生セサルヘキモノナルニ於テハ質權者ハ之ニ對シテ責任ヲ負フヘキモノトス何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サルモ尚免レ得ヘカラサリシ時ハ質權者ニ責任ナシトス例之質物カ轉質後新質權者ノ家屋ト共ニ火災ニ因リ燒失シタル場合ニ質權者ノ家屋モ亦火災ヲ罹リ質物ハ質權者ノ手ニ在テ等ク燒失ノ難ヲ免レ得ヘカラサリシ時ハ質權者ハ賠償ノ責任ヲ負ハサルモノトス

第六　質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說明シタルヲ以テ玆ニ再論セス

第七　質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　是他ナシ質權者ハ自己ノ利

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スシ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ヲ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ルノミナラス各種ノ契約ニ關ス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カ物又ハ財產權ニ關スルモノト單純ナ

0184

ル作爲ニ關スルモノトノ二種アリ（「カピタン」民法總論四頁五頁）此二種ノ契約ハ自ラ總テノ點ニ渉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テ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テ其系統ノ曾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ス然レト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チ予ハ本論ヲ左ノ四編ニ別タントス

第一編　物ニ關スル契約

第一部　處分ヲ目的トスル契約

第二部　使用ヲ目的トスル契約

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內容ニ付テハ各編ニ分說スルヲ俟チテ知ルヘシ

第一編　物ニ關スル契約

第一部　處分チ目的トスル契約

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サ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レハナリ」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アラス所ナリ（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ス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却スル原因除去セラルルニ至ルトキハ前ノ物權契約ニ因テ當然物權ハ設定移轉セラル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贈與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適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ヘ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ヲ債務發生ノ契約ト認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ヲ容ルヘカラサルカ如シ吾民法ノ解釋ヽ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ヲ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

0185

センニ予ハ窃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ヲ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ンカ爲メ左ノ二說ヲ生ス

（第一說）　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ルヲ得ス何トナレハ(一)贈與等ノ規定ハ債權編ニ置カレ(二)民法ハ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ハ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ト認メサルヘカラス唯之カ爲ニ賣買其モノヲ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

（第二說）　吾民法上賣買等ハ債權契約ノミナ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カ物權契約ニ因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ト

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說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說ヲ是認セサルヘカラス然レトモ國法ニハ衝突ナキモノト認ムルヲ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スルトキハ結果ニ於テ殆ト此基本理論ヲ認メタル第一七六條ノ實效ナシ而モ賣買等ニ關スル規定中ニ物權契約ノ之ヲ含マストス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ス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是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ヲ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過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（後ニ說明ス）是等ノ契約ノ地位ノ債權編ニ置カレタルハ此理由ヲ出テス又贈與賣買等ニハ約スノ文詞アレトモ此文詞ハ約諸ト謂フ意味ニ過キス若債權契約說ヲ採ラハ約諸ハ債務發生ノ約束ニ限レトモ物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說ヲ主張スルハ本末顚倒ノ說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雖當事者雙方ニ物權的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

0186

物ノ賣買他人ノ權利ノ賣買等ニハ絕對的物權契約ノ存在ヲ認ムルヲ得ス又賣買ノ效果トシテ認メラル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買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ヘ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ヲ混同セルニ基ク謬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買他人ノ權利ノ賣買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買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買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ル以上ハ亦債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サルヘカラス第五四一條乃至第五四三條ノ如キハ單ニ債權契約ヲ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ト信スルナリ唯稀ニハ賣買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モ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買等ニ物權契約ヲ認メサルノ法旨ト解スルコトノ本末顚倒ナルコトハ向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說ニハ反スレトモ豫釋上ニ於テ予ハ賣買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揭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模範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揭ケ次テ複雜ナル有償契約ニ入ルノ順序ニ出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樣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ノ二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說明セン

(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約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過キサルモノトス

(甲)　一般成立要件

有ユル種類ノ贈與ニ共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

說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爲トシテ成立スルヲ通當トス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ス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）無償ナルコト　贈與ハ無償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所ナリ無償ノ意義ノ何タルヤニ付テハ既ニ精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 obligandi）即契約ノ原因ヲ絕對ノモノト見ル主義ノ下ニ在テハ之ヲ要件ト爲シ從テ雖原因ヲ絕對ノモノト爲ササル吾民法ノ解釋トシテハ如此單ニ法律行爲ノ縁由ト見ルヲ正當トス隨テ要件ニ非スト解スヘキヤ詳言スレハ贈與者ノ意思カ受贈者ヲ利セントスルニ在リヤ否ヤハ問フ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ヤ無償ノ法律行爲ニシテ民法ニ規定セラルルモノハ因ヨリ贈與ニ限ラス唯贈與ヲ以テ最モ多ク無償行爲ノ特質ヲ表現セルモノト謂フヘキノミ例之寄附行爲、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遺贈ヲ以テ贈與ノ中ニ包含セシム我民法ハ此主義ヲ採ラスト雖又以テ二者相類スル所アルヲ知ルヘシ又寄附行爲ニ付テハ生前處分ノ場合ハ贈與ニ關スル規定ノ準用アリ（四一條）其他ノ行爲ニ付テモ贈與ノ法理ヲ以テ推スヘキ點尠カラサルコトハ蓋自然ノ數ナリト謂フヘシ

蓋ニ一ノ贈與カ無償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是ナリ（五五三條及五五一條）或ハ負擔附贈與カ有償ナルハ附隨ノ性質ニ過キス當事者ノ意思上本質ハ無償ナリト說明スルモノアリト雖其有償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償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ノ解釋ト信ス尚此點ハ後ニ詳說スル所アルヘシ

（第二）財產權ノ設定又ハ移轉アルコト　第五四九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貧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ナリ蓋廣ク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慣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サルモノト解スヘシ

（一）財產ノ拋棄　例之地上權質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（五一九條）（舊民財五〇四條）（無償ノ免除ハ贈與ヲ爲ス）蓋財產權ニ關スルモ其消滅ナレハナリ（但債權者カ債務者ニ對シ自己ノ債權ト同種同額ノ債務ヲ負擔スルハ贈與ナリ而シテ此場合ニハ相殺ニ因ヲ免除ト同一ノ結果ヲ呈スルコトアリ）

（二）勞務ニ服スルコト　但勞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償ナルトキハ或ハ雇傭トナルコトアリ無償ナルトキハ贈與ト爲ルコトアリ

（三）他人ノ債務ノ辨濟、債權不成立ノ承認、債務成立ノ承認ノ如キハ贈與ノ意思ニ出ツルモ贈與ニ非ス又

0188

財產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（例之取得時效ノ進行ヲ自ラ中止シ又ハ取得者ノ爲ニ時效ヲ中斷ヲ爲ササル如シ）（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ル者アレトモ非ナリ何トナレハ債權ノ發生ノ意思ノ有無ヲ問ハス債權ハ當然發生スレハナリ）

贈與ニ因ル財產權ノ設定移轉ノ主タルモノヲ擧レハ所有權、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點二アリ

(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爲スヤ否ヤ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極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トスルノ謂ニ非ス財產權ノ設定移轉ノ效果カ現實ニセラルル時ニ贈與者ニ屬スルヲ必要トスルニ過キサ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ト爲スヲ得サルノ理由ナキコトハ敢テ賣買ト區別スヘキ理由ナシト信ス唯一ハ無償一ハ有償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五五一條ハ實ニ本問ノ場合ヲモ想見シタルモノナリ即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ヘシ（是權利ノ一部カ他人ニ屬スル點ヲ想像スレハ疑ナカルヘシ）

(二)將來ノ財產ハ贈與ノ目的物タルヲ得ルヤ　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ニ歸著ス唯特ニ贈與者ノ意思上將來ノ財產ニ付テ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總則第一二七條以下ノ適用ヲ受クルノ差異アルノミ要之目的ノ不法不確定ナラサル限リハ有效ナルコト勿論ナリ

（第二）　契約ナルコト　契約ナルコトト謂フハ二箇ノ意義ヲ包含ス(一)諾成契約ナルコト即方式ノ履行ヲ要件トセサルコト(二)一方的ノ行爲ナラサルコト是ナリ

(一)方式ヲ必要トセサルコト　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紜ヲ生スルコトアリ又一方ニハ相續人ノ利益ヲ不當ニ害スルコトアリ故ニ贈與者ノ熟考ヲ促ス必要ナキニ非ス且贈與ハ賣買其他ノ契約ノ如ク頻繁ニ行ハレ敏速ヲ貴フ性質ノモノニ非ス故ニ羅馬法ヲ始メ古今概贈與ヲ以テ要式契約ト爲ササルハナシ(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)賣買等ト雖實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有償契約ニ付テハ方式ヲ不必要トスルヲ以テ獨贈與ニノミ方式ヲ必要トスルモ其目的ヲ甞徹スルニ非ス且贈與ハ賣買等ヲ方式契約ト爲ストキ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常トス(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贈與ヲ爲シタルトキハ相續人ニ於テ減殺ノ請求ヲ爲スヲ得サルノ理由ナキコトハ敢テ賣買ト區別スヘキ理由ナシト信ス唯一ハ無償一ハ有償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五五一條ハ實ニ本問ノ場合ヲモ想見シタルモノナリ即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

0189

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契約ニ因ラサル贈與ハ履行ヲ終ラサル部分ニ付テハ之ヲ取消シ得トセリ（五五〇條）然レトモ是ハ成立ニ關スルニ非ス取消權ノ行使アル迄ハ贈與ハ成立スル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ネ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ル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ル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絕シ得トセハ足ルヘシ若贈與ヲ契約ト爲スヘク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爲ハ單獨行爲トセリ凡是等ノ間ニ其取扱ヲ異ニスル民法ノ態度ニ付テハ予ハ立法思想ノ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等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絕シ得ル條件ニ於テ一方行爲タルモノト爲スヲ適當ト信ス若夫此ノ如クンハ

授權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サ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產者ノ贈與ハ破產財團ニ對シテ無效（舊商九九〇條）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（一一三一條乃至一一三四條）

(4)官公吏ノ受贈（官吏服務規律一〇條刑二八四條濱職法一條）

（下）完成要件

贈與ノ完成要件トハ贈與カ瑕疵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ア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

0190

（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諸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渉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竝ニ緒論ニ讓ル

(1)契約總則ヨリ來ル效果

(2)緒論ヨリ來ル效果〈物權的贈與（引渡登記等ハ債務トシテ殘ル）／債權的贈與

故ニ玆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スト蓋(一)贈與者ハ通常贈與ノ目的物カ自己ニ屬スト信シ又ハ贈與ノ目的物ヲ其有スル狀態ニ於テ寄贈セント欲シタルモノニ過キス其權利カ他人ニ屬シ又ハ其權利ニ抵當權等附着シ或ハ又權利ノ目的物ノ數量不足若クハ瑕疵アリシト雖斯ル欠缺瑕疵ヲ知ラサリシニ於テハ之ニ代ユルニ他ノ財產權又ハ目的物ヲ以テセントスル意思ナク受贈者亦之ヲ期待セサルコト通常ナリ故ニ如此場合ニハ擔保ノ責ナシト爲スコト贈與契約ノ趣旨ニ合シ又當事者ノ保護上適當タルナリ(五五一條末文)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リ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ヘハ受贈者ハ欠缺瑕疵アルヲ知ラサリ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テ其擔保責任ノ內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護實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說スヘシ

第三節　贈與ノ態樣

贈與ニシテ特殊ノ態樣ヲ具フルトキハ以上第二節ニ說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難キ法則ヲ生ス

（第一）負擔附贈與(五五三條及五五一條二項)

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

0191

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クル利益ヲ有スルカ爲ニ爲サ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テ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ス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サルハ次條「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スヲ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絕對ニ擔保責任ヲ負ハス單ニ受贈者ニ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（五五一條二項）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ノ適用アルモノトセリ（五五三條）例之(1)同時履行牟金負擔ノ如キ場合ニハ全部ノ適用ナシ（五三三條）(2)危險負擔（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毎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來ニ因テ贈與ノ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償ニテ財產權ノ設定移轉アルコトヲ內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ヲ目的トスル點ニ於テ即贈與者ノ遺產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トセリ

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)客觀要件　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トアルハ第五四九條第五八六條等ト同シク成立スルノ意義ニ外ナラサルナリ

0192

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スルコトヲ要ス　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ス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テモ見解一定セス(1)或ハ權利者其人ノ爲ノミニ存スル權利ヲ謂フトスレトモ廣漠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モ然レトモ金錢ヲ標準トスルハ狹キニ失スト雖モ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)出フニ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(一面ニ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レサル財產權ハ此限ニ非サルナリ(四六八條一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權、地上權、永小作權、地役權、質權、抵當權其他ノ物權ノ設定移轉若クハ物上請求權ノ讓渡タルト債務ノ負擔又ハ債權ノ讓渡タルト其他ノ財產權例之營業ノ得意先(之ヲ財產權ト見ルヤ否ヤハ權利思想發達ノ程度如何ニ依ル)ノ如キモノニ關スルトヲ問ハサルナリ而シテ財產權タル以上ハ將來ノ財產權ニ關スル場合ト雖停止條件附賣買契約トシテ賣買ノ目的物タルヲ得ヘシ例之漁夫カ將來ニ於テ漁獲スヘキ鰒鮑魚ヲ賣渡スコトヲ約シタル場合ノ如シ此場合ニ於テハ將來ノ財產カ現在ノ財產ト爲リテ賣渡サレ得ルト謂フ條件カ成就スルニ至レハ買主ニ於テ代價仕拂ノ義務ヲ負フニ至ラサルナリ隨テ此場合ハ一種ノ射倖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スヲ謂フ例之前例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スヲ謂フ例之前例ノ場合ニ於テ一網ノ漁獲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スル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スシテ希望ニ在リ故ニ無名ノ射倖契約トシテ成立スルヲ妨ケスト雖賣買ニハ非ストセラル但此點ハ尚講究ノ餘地アラリト信ス(一種選擇的ノ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附賣買契約(2)全然之無クンハ停止條件附贈與契約ト爲ルカカ條件ニ繫ルモノト謂フヘシ)此他尚他人ニ屬スル財產權ト雖賣買ノ目的物タルヲ得ルト代リニ權利ニ非サルモノハ賣買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ト雖モ其目的トスル契約ノ如キハ賣買ニ非サルノ目的タルヲ得ス隨テ例之勞務其モノヲ直接ニ供給スルヲ目的トスル契約ノ如キハ賣買ニ非サルナリ(但勞務給與ノ債務ヲ發生スルトキハ此限ニ非ス)又營業祕密ノ讓渡ノ如キモ此點ニ於テ賣買ニハ非サルナリ但綱ヲ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

0193

約ニ屬スト雖其契約的意思表示ノ内容カ賣買契約其モノト同一效果ヲ發生セシムルモノト解スヘキコトハ曩ニ緒論ニ於テ述ヘタル所ナリ又權利ト雖親族權ノ如キ身分權ハ總テ財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ル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ニ在ルコトハ是ナリ通說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予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ト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ハ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ヲ新民法ニ於テ單ニ移轉スルコトヲ約シト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レタル所ニ重キヲ置クヲ正シトス」

要スルニ財產權ノ設定移轉ヲ内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ヘ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伴フ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　賣買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說スルヲ便ト

(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テ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シテノ性質ヲ有スト謂フニ止ムヘキコトモ後日之ヲ確定スルニ足ル標準ヲ示シ置クヲ要ス隨テ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者若クハ當事者ノ一方ヲシテ代金額ヲ指定セシ

0194

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ス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ツタルトキハ賣買ト謂フヲ得ス（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）(2)負擔ト異ル(3)報酬ト異ル(4)賃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モ同時ニ爲ス場合ニ付テハ場合ヲ區別シテ論セサルヘカラス

此事ハ交換ノ節ニ論スル可シ

(二)　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純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的ニ代金カ移轉スル場合ニテモ可ナリ又時期ヨリ云ヘ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ヲ得ヘシ但賃貸借　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的ニ約諾セラル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諸成契約ニシテ（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

茲ニ一ツ賣買カ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カ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ノ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的ノ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（五五九條）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個ノ意思表示即要約者

0195

タル豫約債權者ノ申込又ハ承諾ニ對シテ債務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サレハ本契約ハ成立セスト謂フカ如キ汪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テ足ルトスルヲ以テ實際ニ適スト認メタル便宜上ノ理由ニ外ナラサルヘシ然レトモ此規定ハ立法上ノ當否ハ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サルノ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權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サ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タル一方ノ意思表示ヲ條件トスル一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フ以上ハ後日、本契約締結ノ債務ヲ發生セシムル意思ト見ルコト多クノ場合ニ於テ穩當ナリ然レトモ前五五六條ハ意思解釋ノ規定ニ非ス仟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ルノ意思ニ過キサル場合ト雖少クトモ默止ニテ其意思ノ表示アリタルモノト認ムヘカラサル以上ハ尚停止條件附賣買契約ヲ成立セシムルノ外ナキヲ認メサルヲ得ス此點ヨリ見レハ此規定ハ當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サル可カラス縱令民法ニ於テ豫約ニ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始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批難ノ餘

地アリト信ス然レトモ第五五六條ハ總テノ豫約ニ適用アルモノニ非サルコト勿論ナリ即左ニ揭クル豫約ハ同條ノ適用ノ外ニ立ツモノトス隨テ此等ノ豫約ノ動狀靜狀ハ總テ豫約本來ノ性質其豫約當事者ノ意思等一般ノ原則ニ從テ之ヲ定サルヘカラサルナリ

(一) 一切ノ雙務豫約　若雙方ノ豫約ハ二箇ノ一方ノ豫約ニ過キストセハ第五五六條ノ適用アリ然レトモ雙務豫約ハ單一ノ契約ナリ隨テ二箇ノ片務豫約ト見ルヘカラサルカ故ニ同條ノ適用ナシト解スヘキナリ即雙務豫約ハ一般ノ原則ニ從テ其內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サル場合　(五五九條但書)即消費貸借寄託ノ如キ要物契約ニ取消シ得ヘ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) 當事者カ反對ノ意思ヲ表ホシタル場合　蓋同條ハ任意規定ナルヲ以テナリ

豫約ハ一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ル左ノ如シ

(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

(二) 本契約成立ノ不能

(三) 片務豫約ノ債權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權ヲ拋棄シタルトキ

(四) 通常ノ豫約ニ付テハ債權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)

0196

(五)　民法ハ第五五六條第一項ノ適用ヲ受クヘキ豫約ニ付テ特別ノ消滅事由ヲ認ム本來豫約ノ意思表示又ハ慣習ニ從ヒ契約ヲ完結スル意思表示ヲ爲スヘキ期間ニ付特別ノ定アルトキハ其期間ノ經過ニ因テ豫約ノ消滅ヲ來スコトハ勿論ナリ然レトモ若此期間ノ定ナキトキニ何等別段ノ規定無シトセハ豫約約諾者ハ何時ニテモ拘束ヲ受ケサルヲ得ス故ニ民法ハ此場合ニ豫約者ニ與フルニ相當ノ期間ヲ定メ其期間內ニ賣買ヲ完結スルヤ否ヤヲ確答スヘキ旨ヲ豫約權利者ニ催告スルノ權利ヲ以テシ若權利者カ此期間內ニ何等ノ確答ヲ與ヘサルトキハ豫約ハ當然消滅スルモノト爲シタリ(五五六條二項)然レトモ如此保護ハ敢第五五六條ノ豫約義務者ノミニ限ルヘキ理由ナシ故ニ第二項ノ適用ハ第一項ノ豫約ニ限ルコト勿論ナレトモ一般ノ原則ニ依テ他ノ豫約ニモ同一ノ消滅事由アルモノト解スルコトヲ妨ケスト信ス唯雙務豫約ニ在テハ雙方共ニ本契約締結ノ權利ヲ有シ義務ヲ負フカ故ニ一方カ契約ノ締結ヲ請求シ他方カ之ヲ拒絕スルモ爲ニ豫約ハ當然消滅スヘキモノニ非サルナリ

尙賣買ニ特別ナル豫約トシテ先買契約、試驗賣買等ノ如キモノアリト雖是等ハ暇アラハ賣買ノ種類ニ於テ說明スル所アル可シ

以上三ツノ要件ヲ具備セサルトキハ賣買ハ其契約トシテハ不成立ナリ但以上ノ要件ヲ缺クカ爲ニ公益ニ違反スルニ至ル場合ハ甚少キカ故ニ多クノ場合ニ於テハ無名契約トシテノ成立ヲ來スモノトス此場合ニ於テハ其契約ヲ賣買トシテ締結シタル當事者ノ意思上多クノ點ニ付テ賣買ト同一ノ效果ヲ生スルモノト解スヘシ尙稀ニハ他ノ有名契約ト爲ルコトモアルナリ而シテ他ノ一方ニ於テ注意ヲ要スル以上三要件ヲ具備スル契約ト雖他ニ之ヲ特別ノ有名契約ト見ル法規アルカ爲ニ尙賣買トハ爲ラサルコト時ニ之レナキニ非サルコト是ナリ例之借主ニ於テ金錢ノ給付ヲ負擔スル賃貸借消費貸借ノ如キ又或場合ノ終身定期金契約ノ如キ然リ

(乙)　主觀要件　然レトモ賣買ノ成立要件ハ上來述ヘタル客觀要件ノミニテ盡キタルニ非ス寧更ニ肝要ナルハ其主觀的要件ナリ抑法律行爲殊ニ契約ノ要件ニハ客觀主觀ノ二種アルヲ認メサルヘカラス客觀要件ハ學者或ハ狹ク之ノミヲ要素ト稱スルコトアリ法律規定上一ノ法律行爲ノ成立ニ存在セサルヘカラストスル條件ヲ謂フ即要素ハ法律ノ命スル所ニ依ルモノニシテ當事者ノ意思ニ關セス即主觀的ノ[illegible]ニ非サルナリ蓋縱令各種ノ契約ノ成立要件ヲ定メタル規定ノ如キハ其有名契約トシテ成立スル上ヨリ見レハ一種ノ强行規定ニ屬スルモノナレハナリ是之ヲ客觀要件ト稱スル所以ナリ次ニ主觀要件ハ通常要素ニ對シテ學者ノ所謂常素竝ニ偶素ト名クルモノニ關ス常素トハ法律規定上通常法律行爲ノ性質效力ヲ成スト雖別段ノ意思表示ヲ以テ之ヲ變更シ若クハ除去シ得ルモノヲ謂フ即一ノ法律行爲ノ效力ニ關スル任用規定ハ多ク之ニ屬ス例之賣買ニ於ル賣主ノ擔保責任ノ如シ又偶素トハ法律規定上法律行爲ノ性費ヨリ當然生スル效果ニ非ス唯當事者ニ於テ特ニ附加スルヲ得ル條款ヲ謂フ例之賣買ニ於ル買戾約款ノ如シ買戾約款ノ如キハ法律ニ於テ特ニ附加セラレタル場合ヲ豫想シテ其效果ヲ定メアリト雖全然法律ニ豫想シ居ラサル條款ト雖偶素タルヲ妨ケサルコト勿論ナリトス如此常素偶素ハ通常法律行爲ノ要素ヲ成スモノニ非スト雖而モ當事者ニ於テ其存在ヲ以テ一ノ法律行爲ノ成立ニ缺ク可カラサルモノトスルノ意思ヲ明示又ハ默示ニ表示シタルトキハ是等ノ條件ハ其法律行爲ニ付テハ絕對ノ成立要件ヲ成スニ至ルモノナリ即若其條件カ存在セサルトキハ其法律行爲ハ全然不成立ニシテ客觀要件ノ欠缺ノ場合ノ如ク他ノ法律行爲トシテ成立スルコトタニ之レナキモノトス但所謂要素即客觀要件ト雖當事者カ之ヲ以テ主觀要件ト爲スヲ妨ケサルニ注意セサルヘカラス蓋客觀要件カ客觀要件トシテ止ル

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ヲ來スヲ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シタルトキハ其要件ノ欠缺ハ絕對ニ其行爲ヲ不成立ト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箇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スルニ方テ一一之ヲ論セサル所以ナリ

(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來シ或ハ又賣買ヲ取消シ得ヘキモノトス爲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

(イ) 一般無能力者ノ賣買

(ロ) 夫婦間ノ賣買(七九二條)

(ハ)(ニ) 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買受(九三〇條)

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)

(二) 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說明スヘシト雖我民法上ハ二者共ニ一定ノ範圍內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サルナリ

以上賣買ノ要件ノ說明ニ由テ併セテ賣買ノ性質ヲモ明ニスルコトヲ得タリト信ス賣買ハ(一)有償(二)雙務(廣義)(三)諾成(例外アリ)ナリトス

第二款　賣買ノ效果

賣買ハ雙務契約(廣義)ナルニ由リ權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的ノモノナルコトアリ又債權的ノモノナルコトアリ而シテ特ニ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ト全部任用的ナルコトヲ是ナリ唯後ニ說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ミ

(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ケ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一應必要ト認メタル救濟的ノ效果トノ二ヲ含有ス

(甲) 原始義務　賣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ヲ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踐(3)目的物ノ保存(4)賣買費用ノ分擔等ヲ指スモノトス

0198

如此原始義務カ主從二種ニ分ルヽ付テハ何人モ異議無キ所ナリト雖債權契約ノ場合ニ付テハ此二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ス却テ將ニ從タル義務ヲ生セサ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關係ニ同シ是債權讓渡ヲ目的トスル賣買所有權移轉ヲ目的トスル賣買ノ實情ニ付テ見ルモ殆ト疑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默ノ意思表示ヲモ伴フコト通常ナルノミ然レトモ右ノ理論ノ結果暗默ノ意思表示カ伴ヘルコトノ擧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效ナルカ如シ（第二見解）知ラス此相反セル見解ハ何レヲ正當ト認ムヘキカ予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ト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過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一ノ效果カ如何ナル範圍ニ迄發生スルカヲ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サル可カラス故ニ意思表示ノ內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企圖スル以外ノ效果ヲモ發生セシムルコトナキニ非ス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雖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ルモノニ非ス從タル義務ノ伴ハサル主タル義務ノミノ存在スルコトハ認メ得ヘキコトナリ即今日ニ於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サルモノト認ムヘキカ故ニ意思主義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文ナキ以上ハ一ニ賣買契約ニ於ル意思表示ノ欲求スル範圍ニ於テ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顚覆ナリ隨テ其意思表示アリテ始テ顚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カ此場合ニ對スル效果發生ノ精神ト見ルヽ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顚覆即從タル義務ヲ生スルコトハ意思表示ノ解釋ヲ俟テ生スルモノト認メサルヲ得サ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ヘケレトモ其然ルヤ否ヤハ專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顚倒セルモノト謂フヘキナリ然レトモ右ハ法理論ニ過キス今此理論ヲ實情ニ照シテ考フルニ當事者ニ於テ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ノ穩當ナルコトモ亦疑ヲ容レス例之所有權ノ移轉ヲ約スル以上ハ獨當事者間ノ關係ニ於テノミ其所有權ノ移轉ヲ來スノ契約ノ趣旨ナリト解スヘキニ非ス第三者ニ對スル關係ニ於テモ其移轉ノ效果ヲ生セシムルノ契約ナリト見ルヘキコト言フ可キナリ

0199

ヲ俟タス（一七六條乃至一七八條）又其財産權ノ占有ヲモ必要トセハ買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サルモ可ナリトノ契約ナリト見ルコトハ困難ナリ債權ノ讓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默ニ包含セラルルモノト爲スヲ得ヘク唯極テ稀有ナル場合ニ於テ極テ特別ナル事情ニ基キ此意思表示ノ暗默ニモ含マレサ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衆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益無キモノト解スヘキニ非サルコト勿論ナリ蓋通常衆證ノ責ノ賣主ニ存スルコトハ同一ナリトシテモ其衆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默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)　債權的賣買ナルトキ　債權的賣買ナルトキハ財産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産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權ノ履行アルヲ待テ始テ財産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權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ナルヘシ

(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産權ノ變動ハ現ニ賣主ニ屬シ且特定セル場合ニハ當然且即坐ニ發生ス若不特定物ナルトキハ特定物ト爲ルト同時ニ當然其效果ヲ來ス蓋物權契約ニ在テモ引渡ノ義務其モノハ一種ノ債務ナルコト後ニ述フルカ如シ從テ此場合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ル當然直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ヘタル所ナリ此他條件附期限附物權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權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關シテハ佛法系ノ立法例ニ於テハ大ニ議論アリ所謂他人ノ物ノ賣買トシテ有名ナル議論ノ一ニ屬スルヲ以テ玆ニ其大要ヲ紹介スルノ必要アリ始テ他人ノ物ノ賣買ヲ無效ト認メタルハ佛民法第一五九九條ナリ蓋羅馬法ニ於テハ賣買ヨリハ物權移轉ノ債務ヲ生スルニ過キス物權ノ移轉カ現實ニセラルルハ「マンチパチオ、トラデ〃チオ」等ノ如キ物權的契約ニ依ルモノトシタリ隨テ他人ノ物ノ賣買ハ單ニ債務不履行トシテ擔保ノ義務ヲ生スルノミ賣買其モノヲ無效トスヘキ觀念ハ生シ居ラサリシナリ爾後羅馬法ヲ繼受セルモノ皆此觀念ニ從ヒキ然ルニ佛民法カ制定セラルルヤ一方ニ賣買ハ專債務發生ノ契約ナリト爲シ他方ニ於テハ物權ノ移轉ヲ以テ其直接ノ目的トシ隨テ物權移轉ノ債務發生ト同時ニ別ニ其履行トシテ引渡ノ如キ形式ヲ踐ムヲ待タスシテ履行ハ當然且即時ニ行ハレ權利モ亦其結果トシテ即坐ニ買主ニ移轉スヘキモノトシタリ一旦賣買ニ於テ如此觀念ヲ認メタル以上ハ他人ノ物ヲ賣買ノ目的トスルハ即不能事項ヲ目的トスルモノニシテ賣買ハ不成立ナラ

0200

サルヘ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ヲ賣買ハ無效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都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種ノ說明ヲ付スルモノアリ(1)公秩違反說(2)錯誤說(3)自己ノ有スル以上ノ權利ヲ移スヲ得ストノ說(4)原因欠缺說等是ナリ

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ヲ是ナリ蓋不特定物ノ場合ニハ何人ニモ屬セサ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サルヲ以テ移轉スルコト能ハス故ニ無效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サルモノナルヲ以テ自己ニ屬セサ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效トスル規定ノ範圍外ニ立ツ二例外ノ一トスルハ實ハ他人ノ物ノ賣買ヲ無效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ノ權利ノ賣買ハ果シテ無效トナスヘキモノナルカ大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ヲ條件トスル停止條件附又ハ始期附ノ契約迄モ無效トナリ又不特定物ノ賣買ノ如キモ無效ト爲ニ至ルヘキコト最ニ述ヘタル如ク斯クシテ取引ノ範圍ハ不當ニ縮少セラル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ヲ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效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サ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キ居リシ場合ニ於テモ其豫想ニ反スレハトテ其賣買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事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涉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ノ結果トシテ無效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效ト爲スコト其理由アレトモ少ク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即時移轉ヲ要素トスル觀念ヨリ見レハ正當ナリ只其根本ノ觀念カ誤レルモノ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效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サス故ニ又他人ノ物

0201

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ノ說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爲トシテ無效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爲ハ其理由ニ依リ民法上ノ法律行爲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效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說アルカ爲ニ薄弱ナル見解ト爲ルニ過キス左レ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スシテ冒認ニ依テ買主ニ引渡スノ意思ニハ非サレハナリ若之ヲシモ公益違反トセンカ今日最頻繁ニ行ルル取引ノ方法タル不特定物ノ供給契約ノ如キモ亦無效ナリト爲サ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ハ無效ト爲ササルヲ得サルヘシ第三ニ錯誤ナリトノ說明ハ錯誤ノ何タルヲ知ラサ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ヽ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說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爲ノ原因ヲ缺ケリトノ說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效タリ即(一)當事者カ其賣買ノ意思表示ニ於テ即時移轉ヲ主觀要素トセル場合ニ於テハ買主若クハ雙方カ惡意ナリシトキハ目的ノ不能トシテ無效タリ但主觀要素トスルコトヲ表示セサリシトキニ惡意ナリシトキハ意中留保トシテ有效ナリ又此場合ニ買主若クハ雙方カ誤信ナリシトキハ錯誤トシテ無效ナリ(二)賣買ノ性質カ冒認ニ在リシトキハ無效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第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效トスヘカラサル理由ハ獨法系等ノ法制ニ於テモ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ヲ經ルニ非サレハ當事者間ニモ其效果ヲ來サストスタル仕組ナリト解スルトキハ之ヲ有效トスヘキ一層强力ノ理由アルナリ而シテ佛民法ノ下ニ於テモ近時無效說ノ是認スヘカラサルヲ感スルヨリシテ無效ノ原則ヲ定メタル同民法第一五九九條ノ解釋トシテモ稱稱ノ巧妙ナル說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ツアルハ趣味アル現象ナリトス

第二　從タル義務　從タル義務トハ畢ニモ述ヘタル如ク引渡對抗要件ノ履踐保存費用ノ分擔等トス今

0202

其內容ヲ分說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サルモノ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賣主ハ其所有權ノ行使トシテ引渡又ハ登記ヲ求メ得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サルヘカラサルモノナルカ如クニ見ヘサルニ非ス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說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說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ヘ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ヲ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サ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（四〇〇條）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罷訴權ヲ利用シテ其登記引渡ヲ取消スコトヲ得ヘシ（但登記申請ハ官廳ニ對スル意思表示ナルカ故ニ又引渡ハ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ヘク即債務ハ頭數ニ應シテ分タルルヲ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爲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責ニ任スヘキモノトス爲セリ（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ルモノトセハ債權者ハ其債務者ノ全體ニ付一一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ノ繁劇ニシテ敏活ヲ重ンスル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雙方ノ不便ヲ來スコトナシトセス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雙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テカ商人タルコトヲ必要トセス唯其孰カニ取リ商行爲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全部非商人ナルトキニモ適用セラル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爲タラサル取引ニ因テ生シタルモノナルトキハ縱令債權者ニ取テハ其取引カ商行爲タル場合ト雖本條ハ適用セラル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入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ルモノナルヲ以テ縱令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

0203

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シト知ルヘシ

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權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權者ヨリ請求ヲ受ケタルトキハ保證人ハ先ツ主タル債務者ニ催告ヲ爲スヘキ旨ヲ請求スルコトヲ得ヘク(民四五二條)又檢索ノ利益トテ債權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濟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產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リトス(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サ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爲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爲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爲ヲ以テ之ヲ負擔シタルトヲ問ハス等ク連帶責任アル者ト爲セリ(二七三條二項)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檢索ノ利益及分別ノ利益ヲ主張スルコトヲ得スシテ債權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テ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、預證券、賣入證券、船荷證券等ノ讓渡ニ關スル第二八一條ノ一箇條アルノミ然レトモ此一箇條ハ其內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ノ自由ハ今日一般ニ認メラルル所ニシテ甲ヨリ乙ニ乙ヨリ丙ト順次之ヲ移轉シ得ルハ勿論ナリ然レトモ普通債權ニ在テハ特ニ債務者ニ對シテ其讓渡ヲ通知スルカ若クハ之ニ付債務者ノ承諾ヲ得ルノ手續ヲ要シ此手續ヲ爲ササルトキハ其讓渡ヲ以テ債務者其他ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス(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ス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所持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ヲ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他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之ニ關シテ次ニ述フルカ如キ特別規定存スルナリ

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ナスコトヲ得(其一)ハ指定裏書ニシテ裏書人カ裏書ヲ爲スニ當リ被裏書人ヲ指定スルモノヲ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箋ニ被裏書人ノ氏名又ハ商號ト裏書ノ年月日トヲ記載

0204

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サル裏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ス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ス然レトモ無記名證券ハ最初ヨリ無記名式ノ運命ヲ具ヘテ發行セラレタルモノナルヲ以テ性質上絕對ニ無記名式ナルヲ要シ其流通ノ中途ニ於テ醒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サ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サ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之ヲ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說明スルカ如ク其權利ノ移轉ハ單ニ其證券カ第三者ノ占有ニ歸スルヲ以テ足レ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收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迄裏書ノ順序ニ間斷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）蓋裏書ニ間斷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ト認メ得ヘキトキニハ其所持人ヲ眞正ノ權利者ナリト認ムルト同時ニ若形式上其順序ニ間斷アルトキハ其權利ヲ行フコトヲ得ストセルナリ

裏書ノ連續ハ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依テ轉轉セラルルカ故ニ讓渡人ハ證券面ニ現ハル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此問題ヲ生スルコトト爲ルナリ然レトモ此記入ヲ爲スト否トハ所持人ノ自由ナルヲ以テ所持人ハ其記入ヲ爲サ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斷ヲ生スヘキヲ以テ被裏書人タル所持人ハ其權利ヲ主張シ得ルヤ否ヤニ付疑義ヲ生スヘシ故ニ特ニ一ノ規定ヲ設ケ斯ル場合ニ於テハ法律上裏書ノ連續アリト看做シ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

0205

全ニ其權利ヲ行使スルコトヲ得例之竊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ス又ハ之ヲ知ラサルコトニ付重大ナル過失ナキ以上ハ其眞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モ玆ニ說明セントスルハ其辨濟ニ關シ又時效ニ關シ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ル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サシムルヤ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ニ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（第二）特定物ノ引渡ヲ目的トセル債務ニ關シテ民法ニハ債務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豫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ト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）其他ノ債務ノ辨濟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アル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ケ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ハ其營業ノ本據ナルヲ以テ本法ハ先其營業所ニ於テ辨濟ヲ爲スヘキモノト爲シ商人ニシテ特ニ設ケタル營業所ナキトキハ即住所ト營業所トカ一致スルトキ又ハ其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）ハ民法ニ相當ノ規定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リ得ヘキ所ニ非ス隨テ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（二七八條二項及二八〇條）

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爲スコトヲ要ス然レトモ營

0206

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辨濟ヲ爲スヘキヤノ問題ヲ生ス之ニ對シテ法ハ當事者ノ意思ヲ推測シ支店ニ於テ爲シタル取引ニ付テハ其支店ヲ以テ辨濟ノ場所ト爲シタリ（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ス）其期限ノ到來ハ確定セルモ何時到來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來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來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ト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ノ債權ハ債務者ニ何等ノ通知ヲ要セス裏書若クハ交付ニ因リ自由ニ轉轉セラルルモノナルヲ以テ債務者ハ其債權者ノ誰ナルヤヲ知ル能ハス從テ期限到來スルモ又ハ期限ノ到來シタルコトヲ知ルモ其履行ヲ爲スニ由ナク而モ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ヲ强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來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）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ラ證券ト引換以上逃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、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ンニハ如何ナル時間內ニ於テ爲スコトヲ要スルヤカ次ノ問題ト爲ルナリ民事上ノ債務ニ付テハ其時間ニ關シ法律上一定ノ制限ナシト雖商事ニハ特別規定アリテ商事債務ノ履行又ハ其請求ハ法令又ハ慣習ニ依リ取引時間ノ定アルトキハ其取引時間內ニ於テ爲スヲ必要トセリ（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サレ其取引時間ノ前後ニ於テハ債務者ハ强ヒテ履行ヲ受クルニ及ハス又債務者ハ其請求ニ應スルヲ要セス取引時間內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テハ履行ヲ受ケ又ハ其請求ニ應セントスルモ之ニ任スル役員在ラサルヲ常トスレハナリ（銀行條例六條）

(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ノ移轉執行ニ證券ノ占有ヲ必要トスル有價證券ナリ故ニ之ヲ喪失シタルトキハ其權利ヲ行使スルコトヲ得サルヲ原則トス然レトモ證券ハ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サルヲ以テ或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キ公示催告ノ申立ヲ爲シ民事訴訟法第七編ノ手續ニ依リ除權判決ノ宣告ヲ得テ其證券ヲ無效ト爲スニ在リ公示催告ノ何タルヤハ民事訴

0207

慣法ノ講義ニ於テ詳述スヘキ所ナルモ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屆出ヲ爲サシムルニ任リ蓋指圖證券ニ在テハ其證券ノ善意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サルコト言ヲ俟ヘタルカ如クニシテ（二八二條及四四一條）又無記名債權ハ民法第八六條ニ依リ動產ト看做サルヽ結果民法ノ動產ニ關スル第一九二條即チ即時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ヲ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效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シムル所以ナリ然レトモ此手續ヲ完了スルニハ多クノ時日ヲ要スルヲ以テ其間ニハ或ハ債務者カ其目的物ヲ處分シ終ニ債權者ヲシテ其履行ヲ完ウスル能ハサラシムルノ虞ナキニ非ス特ニ行爲ノ澁滯ハ商事上最苦痛ヲ感スル所ナルヲ以テ之ニ一ノ特別規定ヲ爲シ斯ル場合ニハ公示催告ノ申立ヲ爲シタルトキハ債務者ヲシテ其債務ノ目的物ヲ供託セシムルカ又ハ相當ノ擔保ヲ供シテ其證券ノ趣旨ニ從ヒ履行ヲ爲サシムルコトヲ得ト爲シタリ（二八一條商施一二〇條）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竝ニ擔保物ノ價額カ果シテ其辨濟ニ相當スルヤ否ヤハ事實問題トシテ決スルノ外ナク若爭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付其期間ヲ半減シ五箇年ト爲セリ（二八五條前段）蓋商取引ハ營業的行爲ナルヲ以テ其取引ハ無數ニ上リ且其取引ニ關係セル使用人モ亦時時變更アルヘキヲ以テ到底永ク證據ヲ保全シ能ハサ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以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閑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斯ル規定ヲ爲スハ敢テ當ニ非サルヘシ時效ノ要素タル權利ノ不確定及債權者ノ怠慢長期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ハ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格段ノ事由ニ基キ特別ナル時效期間アリ例之運送取扱ニ關スル第三二八條、第三二九條及海陸連絡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手形ニ關スル場合ヲ除キ他ハ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尚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一七〇條乃至第一七四條ノ規定ノ如キ是ナリ斯ル規定ノ存スル場合ニハ勿論之ニ從フヽキモノトス（二二五八條但書蓋本條ヲ設ケシ所以ハ畢竟商事債權ヲ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之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ハ各一箇條アルノミ

第一　留置權　民法第二九五條ハ留置權ノ定義ヲ揭ケ「他人ノ物ノ占有者カ其物ニ關シテ生シタル債

0208

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)擔保セラルル債權ハ其留置スヘキ占有物ニ關シラ生シタルモノナルコト(二)其占有物ハ他人ノ物ナルコト(三)其占有カ不法行爲ニ因テ始マリタルモノニ非サルコト(四)債權カ辨濟期ニ在ルコト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說明スヘシ

(一)擔保セラルル債權　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玆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呉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固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付此後ニ占有シタル反物ニ對シテ留置權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呉服屋ハ商法第二六三條一號ノ商行爲ヲ業トシテ行フ者トシテ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爲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ルヤ是營業行爲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呉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爲タリ即此染料タルヤ呉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ニ債權者ニ取リテハ極テ便益ナレトモ債務者ニハ甚シキ迷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狹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テ左ニ說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ク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尚留置權ハ行ルルナリ是甚不當ナルカ如ク見ユルモ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テ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筋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呉服屋ノ染力注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サ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シ斯ル場

0209

合ニ甲カ其留置ニ對シテ異議ヲ唱ヘ得ヘキニ非サルハ事理極テ明白ナリ之ハ民法上ノ留置權ニ關スル說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ル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ル報酬ノ請求權ニ付之ト何等ノ關係ナキ其後ノ依賴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甲ノ依賴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ヘキ者ナルヲ以テ其支拂ト擔保トシテ其物ヲ留置セラルル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滯ノ爲ニ尚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爲ニ因テ得タルモノナルコト　民法上ニテハ單ニ不法行爲ニ基カサルモノ即強奪又ハ竊取等ニ因テ得タル占有ニ非サル限リハ留置權ヲ行ヒ得ヘシト雖商事上ニ在テハ然ラス(第一)不法行爲ニ因テ得タル物ハ無論不可ナリ(第二)尚進テ當事者間ノ商行爲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ス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)　債權ハ辨濟期ニ在ルコト　是民法ト其規定ヲ一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濟期ノ未到來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ス自己ハ

引渡ヲ爲スヘキ義務アルモ之ヲ履行スルニ及ハストノ不都合ヲ生スヘケレハナリ

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ル債權ト留置スヘキ物トノ直接關係ヲ必要トセサルニ在リ其代リニ其債權ハ商人間ニ於テ雙方的商行爲ニ因テ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モ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尚一歩ヲ進メテ言ヘハ斯ル規定ノ存スルコ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前例染物ノ場合ニ付テ言ヘハ呉服屋カ最初ノ染料ヲ支拂ハサレハトテ引續依賴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呉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サルコト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眼トスルモノナルカ故ニ債務者ハ時トシテ斯ル强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サルモノトス(二一八四條但書)尚本條ノ規定アルニ拘ラス民法ノ規定ニ因ル留

0210

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　民法ニ於テハ質權ノ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ル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爲ニ依リ又ハ債務辨濟期前ノ契約ヲ以テシタル之ニ反スル特約例之債務者カ其債務ヲ辨濟セサルトキハ債權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迫ラレ深ク將來ヲ慮ルノ餘裕ナク債權者ヨリ如何ニ不利益ナル條件ヲ提出セラルルモ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濟ヲ爲シ得サルヨリ終ニ意外ノ不幸ニ陷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寧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之ニ投スヘキ資金ヲ絶クカ爲ニ終ニ其機會ヲ逸スル場合多シ縱令流質ノ如キ酷烈ナル契約ヲ爲スモ尚資金ヲ得ルノ極テ有利ナル場合多カルヘシ況商人カ破產ノ悲運ニ陷ラントスル場合ニ於テヲヤ破產ハ商人ヲシテ商業上社交上ノ死亡人タラシムルモノナリ斯ル境遇ニ在ル商人ニ取テハ流質契約ノ怖ルヘキヨリハ寧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擧ケタル諸種ノ特別規定ト倘之ニ民法ノ一般規定竝ニ商法各部ノ規定トカ適用セラレ以テ其權利關係カ確定セラルルナリ而シテ此等ノ權利ノ得喪及變更ニ關スル法律行爲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民事商事共ニ異ルノ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個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爲ヲシテ本人ニ對シテ恰本人自身之ヲ爲シタルカ如キ效力ヲ生セシメンニハ代理人カ本人ノ爲ニスルコトヲ示シテ其行爲ヲ爲シタルコ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爲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知リ又ハ之ヲ知ルコトヲ得ヘカリシトキニ限ラル（民九九條一〇〇條）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賂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斯ル場合ニ於テハ其行爲タルヤ固ヨリ本人ノ爲ニ爲サレタルモノナルカ故ニ相手方ニ損害ヲ及ササル限リハ其商行爲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モ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爲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（二六六條前段）以テ實際ノ便利ニ應シタルト同時ニ其

0211

本人ノ爲ニ爲サレ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尚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スルヲ要セサ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サ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サル結果ニシテ手形債權ハ殆ンド物的權利トモ總ヲ手形記載ノ文言ニ依テ其效力ヲ決定セラルヘキモノナレハナリ（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セス（民六四四條）然レトモ商ノ實際ニ於テハ萬般ノ狀況ノ變化頗ル急激ニシテ機敏ニ事ヲ處理スルニ非サレハ能ク收利ノ目的ヲ達スルコト能ハサル事情アリ然ルニ斯ル商行爲ノ委任ニモ尚民法ノ原則ヲ適用シ委任外ノ行爲ハ一一本人ノ指揮ヲ俟テ之ヲ行フコトヲ要ストセハ曾ニ受任者ニ大ナル煩勞ヲ感セシムル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尠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サル限リ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一ノ制限アリ委任ノ本旨ニ反セサル範圍内ニ於テスルコトヲ必要トス蓋其範圍ヲ脫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令委任ノ本旨ニ反セサル行爲ニテモ固ヨリ受任者ノ權限内ノ行爲ニ非サルヲ以テ直接ニ本人ニ對シテ其效力ヲ生スルコトナク（民九九條）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責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サ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ナリ從テ民法第九九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ハ實際上ニ於テモ敢其不都合ヲ感セサルヘシ然レトモ之ヲ取引ノ頻繁ナル商事ノ代理ニモ適用セントスルハ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ト故ヲ以テ商法ハ民法ト反對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スト爲セリ（二六八條）蓋商法ニ於テハ尚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倆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說明ヲ要セサルヘシ

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

0212

ル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ツ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軌ヲ一ニスル所ナリ今日ニ在テモ尚我國ニ於テ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ル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テ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綿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一般法タル民法ニ吸收セラル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サ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說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說明ハ民法ノ講義ニ讓ルヘシ

本章ノ規定ハ商事上ノ賣買ニ付テ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ツルトニ因テ岐ルノヲ我商法上ヨリ觀察シテ正

確ニ說明スレハ第二六三條及第二六四條ニ列擧セラルル範圍內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)隨テ反證ヲ擧ケサル限リハ其賣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ノミ商賣買アリタルトキト雖其雙方ハ共ニ此規定ニ依テ支配セラルルナリ(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支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約シ相手方カ之ニ代金ヲ支拂フコトヲ約スルニ因テ其效力ヲ生スルモノナリ(民五五五條)物ノ給付ハ賣買契約成立ノ要素ナリ此引渡義務ノ履行カ如何ナル方法ヲ以テ如何ナル時期及場所ニ於テ爲サルヘキヤハ契約ノ趣旨行爲ノ性質又ハ慣習ニ因テ定マリ否サルル場合ニハ民法商法一般ノ規定ニ從フ其何レニ依ルヲ問ハス之ニ從テ賣主カ其目的物ノ引渡ヲ爲サントスルニ當リ買主カ之カ受領ヲ拒ミ又ハ之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ルルコトヲ得ヘシ此供託權ハ其賣買カ民事ニ係ルト商事ニ關ス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歩ヲ進メ其賣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

0213

尙相當ノ期間ヲ定ヶ催告ヲ爲シタル後其目的物ヲ競賣スルコトヲ得セシヶ若其物カ損敗シ易キ物ナルトキハ此催告手續ヲ爲サス直ニ之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買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サ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濫リニ之ヲ爲スコトヲ許サスシテ裁判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サ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ス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雜ナル手續ハ簡易迅速ヲ要素トセル商事ニ適合セサ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テ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サヌ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サ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ト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眞ニ其場合ニ適合スルヤ否ヤ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敗シ易キ物ニ付直ニ之ヲ競賣スルノ權能ヲ認メタルハ畢竟其物ノ性質カ急速ノ處置ヲ必要トスル自然ノ結果ニ外ナラス此供託ノ事實及競賣ノ時及場所等ハ遲滯ナク買主ニ對シテ其通知ヲ發スルコトヲ要ス蓋此事タルヤ買主ノ利害ニ少ナカラサル關係アルヲ以ナリ（二八七條一、二項）

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產又ハ不動產ノ賣買ヨリ生シタル債權ニハ先取特權アリ（民三一一條三二五條）而シテ此先取特權ハ其動產又ハ不動產ノ代價ニ付其動產又ハ不動產ノ上ニ存シ且之ヲ賣却シタルトキハ其賣却代金ニ對シテモ之ヲ行ヒ得ヘキモノナルヲ以テ（民三一二條、三一三條、三一四條）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ニ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特ニ此趣旨ヲ明ニセリ

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特ニ此趣旨ヲ明ニセリ

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ササルカ若クハ充當スルモ尙餘金ヲ存スル場合又ハ競賣ノ目的カ單ニ保管ノ義務ヲ免レン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サルカ又ハ損敗シ易キ性質ノ物ナ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在ル）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認メタル換價處分ナルカ故ニ其代金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　賣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

0214

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リニ之ヲ履行スヘキコトニ付擔保ノ責ニ任スル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內ハ何時ニテモ之ヲ主張スルコトヲ得ヘシ此等ハ總テ民法ニ其規定アリ（民五六四條乃至五六八條及五七〇條）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買主ヲシテ受領後遲滯ナク其物ヲ檢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檢査竝ニ通告ヲ怠リタルトキハ普通買主ニ認メラルル右ノ權利即契約解除又ハ代金減額若クハ損害賠償ノ請求權ヲ失ハシムルコトヲ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ス引渡ヲ受ケタル物件ヲ檢査セス若クハ檢査スルモ何等ノ通知ヲ爲サス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物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狀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檢査シ其故障ヲ發見シタル場合ニ關スル說明ナリ數量ノ不足ニ付テハ檢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趣ヲ異ニス隱レタル瑕疵殊ニ時ノ經過ニ從ヒ其物ニ變狀ヲ來スカ如キ瑕疵ニ在テハ檢査スレハトテ容易ニ發見シ得ヘキニ非ス隨テ斯ル瑕疵ニ付テハ尙他ノ疑問ヲ決

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絕對的ニ不服ヲ申立ツルコトヲ得サルハ第一九七條ノ明定スル所ニシテ即此裁判ニ對シテハ其何レノ審級ニ於テ爲サレタルトヲ問ハス獨立ノ上訴ヲ爲スコトヲ得サルハ勿論本案ト共ニスルモ尙不服ヲ申立ツ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ルコトヲ得ヘシ

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ヲ變更シタルトキハ前後二箇ノ訴ノ竝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

第二說ニ曰ク此場合ニハ新ナル訴ノ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サ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

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ク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

0215

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ヲ必要トセス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テ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サルカ故ニ更ニ舊訴ニ付判決ヲ爲ササルヘカラス

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ヘ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權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サ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ヘ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定ノ申立ニ基キテ本案ノ判決ヲ受ク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效力ヲ生セス訴ハ舊態ノ儘依然トシテ存在スヘク隨テ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ト新訴ノ主張トノ二ノ意思表示ヲ包含スト謂フ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爲スハ非ナリ即舊訴取下ノ意思ハ新訴ノ成立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サ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隨テ訴却下ノ判決ヲ爲スヘカラス

ト」

訴訟物ノ權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

(イ)　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サルトキハ訴訟ハ全ク終局シタルモノニ非スシテ權利拘束ハ尚存在スルモノナリ權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ケ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繫屬スヘキヲ以テ權利拘束ノ消滅セサルハ勿論ノコトナリ控訴審ニ於テ言渡シタル差戻又ハ移送ノ判決モ亦同シ其他中間判決ニ至テハ上訴ニ關シテ終局判決ト看做サレ隨テ獨立ノ確定力ヲ生スルモノト雖其確定ハ權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繫屬スルニ至リタルトキハ前同一ノ訴訟物ニ付キ再權利拘束ヲ生スルモノトス

(ロ)　原告カ訴ヲ取下ケタルトキ　訴ノ取下ハ實體上ノ權利ニ影響ヲ及スモノニ非サ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權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スル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サル取下ノ推定ヲ設ケタ

0216

リ

(ハ)當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名義ト爲ルコト確定判決ト同一ナレハ是亦權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權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ミ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權利拘束ハ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權利拘束ハ消滅スヘキニ非ス

(ニ)督促手續ニ於テ支拂命令ノ送達ニ因テ權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ヲ失フモノナレトモ之カ爲ニ權利拘束ノ效力ハ消滅セスシテ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ト看做サルルヲ以テ此場合ニ於ル權利拘束ハ確定判決又ハ取下若クハ和解ニ因テ其訴訟カ終局ヲ告クルニ非サレハ消滅セス然レトモ右ノ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條ニ定ムル一箇月ノ期間内ニ管轄裁判所ニ訴ヲ提起セスシテ其期間ヲ徒過スルニ因テ權利拘束ハ消滅ス

(ホ)追加裁判ヲ求ムヘキ請求ニ關スル權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脫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脫漏ニ係ル請求ノ權利拘束ハ脫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テ其請求ハ裁判ナクシテ結了シ權利拘束ハ消滅スルモノトス

口頭辯論ニ於テ原告カ請求ヲ拋棄シ又ハ被告カ原告ノ請求ヲ認諾シタルトキハ權利拘束ハ消滅スルヤ否ヤ原告カ一旦訴ヘタル請求ヲ拋棄シ又ハ被告カ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二二九條ニ依リ拋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權利拘束ハ請求ノ拋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拋棄又ハ認諾ニ基キテ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權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拋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權利ヲ拋棄スルニ非スシテ單ニ其權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權利ヲ拋棄スルヲ謂フ故ニ其效力ハ實體上ノ權利ニ影響ヲ及スコトナク唯訴ヲ未起ササリシ以前ノ狀態ニ復セシムルニ過キス隨テ一旦發生シタル權利拘束ヲ消滅セシムルモノナレトモ同一ノ權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說セン

0217

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先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口頭辯論ヲ始ムル迄ノ間ニ在リ此時期間ノ取下ハ全ク無制限ニシテ訴狀ノ送達ニ因ル權利拘束ノ發生ノ前後ヲ問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隨意ニ訴ヲ取下クルコトヲ得此時期ハ被告カ本案ノ辯論即請求ノ實體ニ關スル演述ヲ始ムルニ因テ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タ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セ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原告ハ尚隨意ニ訴ノ取下ヲ爲スコトヲ得ヘ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ルヲ條件トシテ假ニ爲スモノ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ト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ヘク原告ハ之ヲ拒ムコトヲ得サルナリ如此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ササルトキハ如何ナル判決ヲ爲スヘ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例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隱逃ヲ爲サ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ヲ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サルトキト同ク闕席者ト看做シ闕席判決ヲ爲ササルヘカラス

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妨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當事者ノ意思ニ由テ全ク之ヲ無用ニ歸セシムルヨリハ寧其訴ノ取下ヲ禁シ依テ以テ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ヘシトナシ其極控訴審、上告審ニ至テモ尚原告ハ訴訟全體ノ取下ヲ爲シ初ヨリ何等ノ訴モナカリシト同一ノ狀態ニ歸セシムルヲ得ヘシト論スル者アリ如此ハ當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コトヲ得セシムルノ不都合ヲ生スルノミナラス法文ヲ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云」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結論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ヲ爲スコトヲ得ルノミ而シテ上訴ノ取下ハ上訴權ノ喪失ヲ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懲テ明ナリ

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

0218

於テ之ヲ爲サザ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サ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サルヘカラス而シテ訴狀提出後未被告ニ之ヲ送達セサル以前ナレハ被告ハ訴ノ提起ヲ知ラス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メサルヘカラス（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口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ト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シテ一旦辯論ヲ閉チ次ノ期日辯論ヲ開始セラレサル以前ニ於テモ書面ヲ提出シテ取下ヲ爲スコトヲ得ヘ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要スルトキハ取下ノ書面ニ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附スルヲ要スルハ亦言ヲ俟タス而シテ此場合ニ於テモ亦被告ニ其書面ヲ送達セサルヘカラサ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サンコトヲ知ルカ故ニ別ニ其書面ヲ被告ニ送達スルハ不必要ノ感アリト雖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ハレサ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リトスルモ何時提出シ受理セラレタルヤヲ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ヲ知ルノ必要アリ加之同條第三項ハ別ニ區別ヲ設ケサルヲ以テ被告カ取下ヲ承諾シタルトキト雖モ仍之ニ取下ノ書面ヲ送達スヘキモノナリ但口頭辯論ノ際ニ原告カ取下ノ意思表示ヲ爲シ被告之ヲ承諾シタルトキハ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スシテ權利拘束ハ存續スルヲ以テ被告ハ其訴訟ニ於テ辯論ヲ爲ササルヘカラス但此場合ニ於テ被告カ原告ニ對シ取下ノ履行ヲ求ムル訴ヲ起シ判決ニ依テ取下ノ效ヲ發生セシムルコトヲ妨ケス（七三六條）

第三　取下ノ效力

訴ノ取下ハ訴ヲ提起セサル以前ノ狀態ニ復セシムルモノナレハ一旦訴ニ因テ生シタル效果ヲ既往ニ遡リテ全滅ニ歸セシムヘキ是故ニ取下ノ效力ハ主トシテ消極的ノモノナリ即訴ノ取下ハ權利拘束ノ總テノ效力ヲ消滅セシムル旨（第一九八條第四項）ヲ規定セリ是即適法ノ取下アリタル場合ニハ權利拘束ハ未曾テ生セサリシモノト看做スノ趣意ナリ故ニ民法上時效ノ中斷ハ訴ノ效果トシテ生スヘキモノナレトモ取下ノ場合ニハ其效ヲ生セサル旨（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コトヲ得ヘキナリ

尙一ノ取下ノ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ヲ是ナリ是總則第七二條ノ規定スル所ニシテ縱令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爲ニ付責任ヲ負ハヘキハ當然ナレハナリ故ニ原告ハ之カ爲

0219

ニ生シタル必要ノ費用ハ自己ノ分ハ勿論被告ニ生セシメタル分ヲモ負擔セサルヘカラス而シテ被告カ訴訟費用ヲ要シタルトキハ第八四條ニ依リ確定決定ヲ申請シ取下ヲ爲シタル原告ニ對シ訴訟費用ノ執行ヲ爲スコトヲ得ヘシ又原告カ訴ヲ取下ケタル後被告ニ其訴訟費用ヲ辨濟セシテ再前同一ノ訴ヲ提起シタルトキハ被告ハ其辨濟ヲ受クルマテ應訴ヲ拒ムコトヲ得ヘシ（一九八條五項）此抗辯ハ一ノ妨訴ノ抗辯ニシテ即第二〇六條第六號ニ揭クル所ノモノナリ

以上取下ノ效力ハ第九〇條第二項及第一八八條第三項ノ場合ニ於テモ亦生スルハ勿論ナリ

第四款　反訴

反訴トハ既ニ權利拘束ト爲リタル訴訟中被告カ原告ニ對スル請求ニ付同一裁判所ニ提起スル訴ヲ謂フ故ニ反訴ニ於テハ本訴ノ被告カ原告トシテ本訴ノ原告ヲ被告トシ更ニ自己ノ請求ヲ主張スルモノナリ抑法律カ反訴ヲ許ス目的ハ爭ノ落著ヲ速ナラシメ當事者ニ時日ト費用トヲ節スルノ利便ヲ與ヘンカ爲ナリ即反訴アルトキハ當事者ハ同一ノ訴訟手續ニ於テ二箇ノ訴ニ付裁判ヲ受クルコトヲ得ヘシ尙又反訴ハ被告ノ爲ニ相殺シ得ヘキ權利アル如キ場合ニ相手方ノ無資力ニ因テ生スヘキ損害ヲ防クノ利益アリ然リト雖反訴ハ他ノ一面ニ於テハ却テ訴訟ヲ錯雜ナラシメ其落著ヲ遲延セシムルノ虞アルヲ以テ唯原被告間ニ於テノミ之ヲ許スモノトス隨テ被告ノ從參加人ノ如キハ原告ニ對シテ反訴ヲ爲スコトヲ得ス又被告ハ原告ノ從參加人ニ對シテ反訴ヲ起スコトヲ得サルナリ勿論從參加人カ第五八條ノ規定ニ從ヒ原告若クハ被告ニ代リテ自ラ當事者ト爲リタルトキ及指名參加人カ第六二條ノ規定ニ從ヒ被告ニ代リテ當事者ト爲リタルトキハ此限ニ在ラス又被告ノ反訴ニ對シテハ原告ヨリ更ニ反訴ヲ提起スルコトヲ得ス若夫レ反訴ニ反訴ヲ許サンカ終ニハ其底止スル所ヲ知ラス訴訟ハ爲ニ紛糾錯雜ヲ來スニ至ラン是第二〇〇條末項ニ於テ明ニ之ヲ禁シタル所以ナリトス要之反訴ハ被告ヨリ原告ニ對シテノミ起スコトヲ得ルモノニシテ其裁判籍ハ常ニ本訴ノ繫屬スル裁判所ニ在ルモノトス以下反訴ニ關スル規定ヲ分說セン

第一　反訴提起ノ必要條件

被告カ反訴ヲ提起スルニハ左ノ條件ヲ必要トス

(一)　本訴ノ權利拘束中ナルコト（二〇〇條一項）　反訴ハ本訴ノ權利拘束カ既ニ發生シテ且現存スルニ非サレハ之ヲ提起スルコトヲ得サルハ前示ノ定義ニ徵シテ自ラ明ナリ然リ而シテ一旦本訴ノ權利拘束カ發生シ其末消滅セサル間ニ反訴ヲ適法ニ提起シタルトキハ縱令其後ニ至テ本訴ノ權利拘束消滅スルモ反訴ハ爲ニ消滅セサルモノトス故ニ例之本訴ハ反訴ト辯論ヲ分離シ別ニ裁判スルコトヲ得ルハ第一八條、第二二六條ノ規定ニ依テ明ナリ而シテ此規定ニ依リ裁判所カ先本訴ノミニ付裁判ヲ爲シ其判決カ確定シタル場合ニ於テモ反訴ノ消滅セサルハ言ヲ俟タス當事者カ本訴ノミニ付和解ヲ爲シタルトキ亦同シ但被告カ反訴ヲ提起シタル後原告カ本訴ヲ取下ケタルトキハ反訴ハ消滅スルヤ否ヤノ疑問ニ付テハ左ノ三說アリ

第一說ハ訴ノ取下ハ權利拘束ノ效力ヲ全滅セシメ初ヨリ訴ノ提起ナカリシト同一ノ狀態ニ復セシムルモノナレハ本訴ノ取下アリタルトキハ之ニ附隨スル反訴ハ當然消滅スト云フニアリ

第二說ハ右ト正反對ニシテ反訴ハ一ノ獨立ノ訴ニシテ本訴ノ權利拘束ノ效力トシテ當然生スルモノニ非ス故ニ本訴ノ權利拘束ノ效力カ取下ニ因テ消滅スルモ反訴ニ何等ノ影響ヲ及スヘカラス又一旦反訴

0220

ヲ管轄スヘキ本訴ノ繫屬スル裁判所ニ反訴ヲ有效ニ提起シ而シテ其權利拘束ヲ生シタル以上ハ爾後ノ事情ノ變更ニ過キサ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特ニ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ナレハ反訴提起ノ當時存在シタル本訴ノ權利拘束ハ未タ全ク發生セサルモノト看做ササ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カ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カ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於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繫屬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之ニ合意シタルトキハ反訴ハ消滅ニ歸セサルモノトス是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サル請求又ハ專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專屬管轄ノ定ナキモノハ請求ノ價額ノ如何ト反訴ノ被告ノ裁判籍ノ如何ト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價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ハサルナリ如此反訴ニ付テ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目的ヲ貫徹スルカ爲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非財產權上ノ請求及專屬管轄ノ定アル訴ニ至テ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ヲ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於テ其反訴ノ請求ニ付元來管轄權ヲ有スルニ非サ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一二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サルコト　反訴ハ訴訟ノ性質ノ如何ニ依テ許サレ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)

尙ホ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國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尙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サ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ス又ハ其請求ノ相互ニ關係ナキ

0221

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於テニ訴訟ヲ錯雜ナラシムルノ意ニ非スト是立法上ニ於テハ價値ナキノ說ニ非サレトモ如何セン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權利拘束ト爲リタルトキハ被告ハ原告ニ對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サルヲ以テ假ニ原被告ノ間ニ一ノ訴訟カ權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ヲ問ハス同一訴訟手續ニ於テ反訴トシテ之ヲ提起スルコトヲ許シ本訴ト共ニ審理判決ヲ受ケシメ一舉ニ二箇ノ訴訟ヲ完結スルノ便利ヲ與ヘントスルノ精神ニ出テタルヲ以テ今實際ノ便否ヨリ觀ルモ反訴ハ豪ニ述ヘタルカ如ク或ハ訴訟ノ性質ノ如何ニ依テ之ヲ許サス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一一八條、第二二六條ノ規定ニ依リ便宜本訴ト反訴ト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敢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遲延セサ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疏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ア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）又第二一一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ヲ容ルヘカラス

終ニ臨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メ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牴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「判決裁判所ニ於ル訴訟ニ付テノ當事者ノ辯論ハ口頭ナリトス」ト規

0222

定シ以テ口頭辯論主義ヲ採用セリ隨テ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口頭ヲ以テ陳述セサ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サルヲ得ス然レトモ口頭辯論主義ハ絶對ニ必要トセサルニ非サ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口頭辯論ノ準備ノ爲メ豫當事者ヲシテ書面ヲ提出セ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口頭辯論ヲ開始スルモノトセ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ス裁判所モ亦其如何ナル點ニ於テ爭アルヤヲ知ラス爲ニ辯論ノ進行ヲ遲延セシムルノ虞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スシテ辯論ヲ延期スルノ已ムヘカラサルニ至ルコトアルヘク又裁判所ニ於テモ辨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セ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サ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テ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謄本ヲ差出シタルトキハ裁判長ハ口頭辯論ノ期日ヲ定メ裁判所書記ヲシテ訴狀ノ謄本ニ呼出狀ヲ添ヘテ之ヲ被告ニ送達セシム而シテ此訴狀ノ送達ト口頭辯論ノ期日トノ間ニハ少クトモ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ヲ爲ス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狀ヲ以テス而シテ答辯書モ亦準備書面ノ一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口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口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險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サル場合ニ於テモ之ヲ斟酌セス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口頭辯論ノ爲メ裁判所ニ出頭スルコトヲ得サラシムルカ如クスルハ全ク其權利ヲ保護スルノ途ヲ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遠隔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（キモノトス（二〇三條）

口頭辯論ノ準備事項ハ右ニ述ヘタル如ク原告ハ之ヲ訴狀ニ被告ハ之ヲ答辯書ニ掲ケテ其送達交換ニ依

0223

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クルコトヲ遺脫シタル場合ニ其事項ニ付テハ相手方カ穿鑿調査ヲ爲スニ非サレハ陳ヘ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ハ辯論前ニ於テ相當ノ準備書面提出ノ期間ヲ定ムルコトヲ得（二〇四條）

準備書面交換ニ關スル規定ノ目的ハ暴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テ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之ヲ掲ケサ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スシテ事實上ノ主張ヲ爲シタルカ爲ニ相手方カ其眞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善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ノ事項ニ付陳述ヲ爲ササルトキハ裁判所ハ其陳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長ノ定ムル辯論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爭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ノ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

第二一二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之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サントセハ調書ニ附錄ト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擴張ニ依ル確定ノ訴ノ如キ又前ニ爲シタル申立ト異ナリタル申立例之最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ハ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申立ノ中ニハ訴訟手續上ノ申立例之期日ノ變更辯論ノ延期ノ申立、辯據調ニ關スル申立、闕席判決ノ申立等ハ包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ル

0224

ヘキモノニ非サレハナリ

書面ニ基キテ申立ヲ爲スト雖口頭供述ノ外尚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ル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效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ハ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誤ナカラシメンカ爲メ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ス故ニ若申立ヲ記載セル書面ヲ差出サス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サシムルコトヲ得ヘキナリ

右申立ノ外重要ナ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揭ケサルトキ又ハ一旦準備書面ニ揭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錄ト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)此重要ナル陳述ハ判決ヲ受クヘキ事項ノ申立ニ於ルト異ナリ先書面ニ記載シテ之ヲ提出シ之ニ基キテ陳述スルコトヲ必要トセス隨テ書面ナキトキト雖無效タ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ノ提出ナキトキト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之ヲ明確ニセサリシ場合ハ一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脫シ又ハ之ト異ナル陳述ヲ揭ケテ判決ノ基礎ト爲シタル場合ニハ證明ノ困難ノ爲メ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尚訴ノ當否ヲ主張スル理由ニ付辯論ヲ爲ササ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說明セン

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チ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サスシテ直ニ其訴ヲ不適法トシテ却下セサ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ノ二種アリ其私益ニ關スルモノハ專被告ヲ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一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效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ルノ之ヲ妨訴ノ抗辯ト謂フ先其種類ヲ擧クレハ左ノ如シ(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

0225

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シ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此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斷スルニ及ハス否判斷スルコ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ト所以ナリ

(二)　管轄違ノ抗辯　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ノ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リハ被告ハ本案ノ辯論ニ立入ラス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適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違ノ抗辯ヲ提出シテ應訴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勞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モノ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　訴訟能力ハ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力ハ當事者即訴訟ノ主體タルノ能力ト異ナルモノニシテ當事者タル能力ナキ者ハ固ヨリ訴訟能力ヲ有スヘ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ノ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妨訴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提起シタル者ニ眞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　此抗辯ハ原告又ハ原告ノ從參加人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)　再訴ニ付前訴費用未濟ノ抗辯　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濟ヲ爲ササリシトキハ被告ハ此抗辯ヲ提出シテ應訴ヲ拒ムコトヲ得ルモノナリ(一九八條末項)原告カ前ノ訴ニ於テ訴訟上ノ救助ヲ受ケタル事實ハ此抗辯ヲ爲スノ妨トナラサルコトハ第九八條規定ノ

0226

趣旨ニ依テ自ラ明ナリ

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濟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濟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ヲ爲シタル場合アルノミ斯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濟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濟ノ抗辯ヲ爲スコトヲ得ルハ疑ヲ容レサルナリ

(七)　延期ノ抗辯　延期ノ抗辯ハ第六二條ノ規定ニ從ヲ爲スコトヲ得即第三者ノ名ヲ以テ物件ヲ占有スル者カ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參加セシメ陳述ヲ爲サシムル爲ニ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「債權者カ前條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濟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權者ハ先ツ主タル債務者ノ財產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フルコ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サスシテ直ニ保證人ニ對シ債務ノ辨濟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濟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ト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濟ノ催告ヲ爲シテ其效ナカリシ場合ニ非サレハ保證人ニ對シテ辨濟ヲ求ムルコト能ハサルモノナリ果シテ然ラハ此保證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效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テ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ス唯此抗辯ノ後主タル債務者ニ對シテ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濟ノ請求ヲ受クルコトアルヘシト雖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來セサルコト又ハ條件ノ成就セサルコトヲ抗辯トセル場合ト同一ナリ故ニ此抗辯ヲ民事訴訟法ニ所謂延期ノ抗辯ナリト論斷スルコ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濟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樣ナリ何トナレハ保證人カ此

權利ヲ行ヒタルトキハ債權者ノ保證人ニ對スル請求ハ不當ニ歸シ債權者ハ更ニ主タル債務者ノ財產ニ對シテ執行ヲ爲ササルヘカラサレハナリ隨テ保證人カ檢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ナ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ヘ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擧シタルヲ以テ此規定ハ即制限的ノ規定ナリト解セサルヘカラレハナリ故ニ例之或係爭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斷ニ依テ完結セントスル合意ヲ爲シタルニ拘ラス其一方カ原告トシテ其係爭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違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斷ヲ裁判所ノ管轄ニ屬セシメス仲裁人ノ判斷ニ委セ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ニ尙其訴ヲ裁判所ニ提起シタルハ即管轄違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ニ所謂管轄違ノ妨訴ノ抗辯ニ非ス管轄違ノ抗辯ハ裁判所ノ事物及土地ノ管轄ニ關スル規定又ハ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サルヲ其他ノ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リ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ヲ問フノ必要ナシ又被告モ其有無ヲ爭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斷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ハ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違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說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爲スヘ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裁判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爭ヲ故ラニ仲裁判斷ニ依テ決スヘシトノ合意ニ基キテ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得ルノ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裁判所ニ於テモ常ニ職權ヲ以テ調查セサルヘカラス要之仲裁契約ノ抗辯ハ妨訴ノ抗辯ニ類スル所アリト雖其性質第二〇六條ニ列擧シタル妨訴抗辯中ノ何レニモ屬セサルヲ以テ一ノ獨立ノ抗辯ト謂フコトヲ得ルニ過キスシテ決シテ妨訴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サルトキ又ハ訴ノ併合カ違法ナルトキ、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サ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二一七條ニ依テ裁判ヲ受クルコトヲ得レトモ此等ノ場合

0228

ニ於テハ妨訴ノ抗辯ヲ許スノ規定ア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ハ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說明セン

第一條件　被告ノ本案ニ付テノ辯論前ニ提出スルコト

第二條件　數多ノ妨訴抗辯アルトキハ之ヲ同時ニ提出スヘキコト

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ニ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一ノ妨訴抗辯ニ付テノ辯論終結シ判決ニ依テ其抗辯ノ棄却セラル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拋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サ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サ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之ヲ提出スルコトヲ得ヘシ然ラハ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ル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無訴權ノ抗辯、財產權上ノ請求ニ非サル訴及專屬管轄ノ定アル訴(合意管轄ヲ許ササル訴)ニ付テノ管轄違ノ抗辯、訴訟能力欠缺ノ抗辯、法律上代理欠缺ノ抗辯ノ如キハ何レモ皆公益ニ關スルモノニシテ裁判所カ職權調查ヲ以テ其抗辯ノ原因アルコトヲ知リタルトキハ當事者ノ意思如何ニ關セス本案ノ裁判ヲ爲サシテ直ニ訴ヲ却下スヘキモノナルカ故ニ當事者ノ隨意ニ拋棄スルコト能ハサルモノニ屬ス反之合意管轄ヲ許ス訴ニ付テノ管轄違ノ抗辯ノ如キハ既ニ合意ヲ以テ其管轄ヲ動スコトヲ許ス以上ハ當事者カ此抗辯ヲ拋棄シテ暗ニ管轄違ノ裁判所ニ於テ裁判ヲ受クルコトヲ承認スルヲ禁スルノ理由ナシ又權利拘束ノ抗辯ノ如キモ公益ニ關スルモノニ非スシテ被告ノ私益ヲ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說明セル所ナリ其他訴訟費用未濟ノ抗辯、訴訟費用保證ノ欠缺ノ抗辯、延期ノ抗辯ハ何レモ被告一箇ノ私益ニ關スルモノニシテ此抗辯ヲ提出スルト否トハ被告ノ隨意ニシテ裁判所ノ干涉スルコトヲ要セサルモノナリ又右被告ノ拋棄スルコトヲ得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ス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違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爲ニ由テ管轄權ヲ生スルヲ以テナリ(三〇條)次ニ妨訴抗辯ノ效力ヲ說明セン

妨訴抗辯ノ效力ハ要スルニ被告ヲシテ應訴即本案ノ辯論ヲ拒ミ直ニ訴ノ却下ヲ求ムルヲ得セシムルニ在リ(延期ノ抗辯ハ之ニ基キテ訴ノ却下ヲ求ムヘキノ限ニ在ラス)但妨訴ノ抗辯ヲ提出スルモ之ニ基キテ本案ノ辯論ヲ拒ムト否トハ被告ノ隨意ニシテ被告ハ場合ニ從ヒ同時ニ本案ノ辯論ニ應スルコトヲ得

0229

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サシメ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職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ク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ノ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違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ス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サシメ以テ本案ノ判決ヲ爲サ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ル後ハ通例裁判所ニ於テハ本案ノ辯論ヲ中止シ其判決ノ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サ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之ヲ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リ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爭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正當ナリトシ本案ニ付被告ニ敗訴ヲ言渡シタルモノナルトキハ其上級審ニ於ル訴却下ノ判決ト全ク相反ス此等ノ場合ニ於テ第一審ノ本案ノ判決ハ更ニ控訴ニ依リ不服ノ申立ヲ爲シ取消サレサル間ハ其效力ヲ存スルヤ將又上級審ノ訴却下ノ判決ノ爲メ當然其效力ヲ失フヘキモノナルヤ此點ニ付テハ法律ニ明文ナキモ理論上右第一審ノ本案ノ判決ハ條件附判決ノ性質ヲ有スルモノト謂ハサルヲ得ス詳言スレ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爲スコトヲ得ルモノナリ（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二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スシテ控訴ヲ理由アリトシテ之ヲ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リ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爭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正當ナリトシ本案ニ付被告ニ敗訴ヲ言渡シタルモノナルトキハ其上級審ニ於ル訴却下ノ判決ト全ク相反ス此等ノ場合ニ於テ第一審ノ本案ノ判決ハ更ニ控訴ニ依リ不服ノ申立ヲ爲シ取消サレサル間ハ其效力ヲ存スルヤ將又上級審ノ訴却下ノ判決ノ爲メ當然其效力ヲ失フヘキモノナルヤ此點ニ付テハ法律ニ明文ナキモ理論上右第一審ノ本案ノ判決ハ條件附判決ノ性質ヲ有スルモノト謂ハサルヲ得ス詳言スレ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

0230

ノ抗辯ヲ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效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效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本案ノ判決ヲ爲ササ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トキト雖妨訴ノ抗辯ヲ棄却シタル中間判決カ未確定セサ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其中間判決ヲ取消サレタルトキハ本案ノ判決モ亦自ラ無效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判決タルノ結果ナリ

妨訴ノ抗辯ニ關シテハ區裁判所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四一四條上告審ノ訴訟手續ニ付テハ第四五四條第六號、證書訴訟手續ニ付テハ第四八六條ニ各別段ノ規定アリ

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キハ之ヲ述フルノ權利ヲ失フコト前ニ說明シタル所ノ如シ

但書（二一四條一項末段、二二六條）又上告裁判所ニ於テハ被告人ノ出廷ヲ許サ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ス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

第十五章　訴訟主體相互ノ關係

裁判所ト當事者トノ關係ハ平等ニ非スシテ上下ノ關係ナリ其結果トシテ當事者ハ自己ノ意思ヲ以テ訴訟行爲ノ內容ヲ定ムルコトヲ得ルモ其訴訟行爲ノ方式ハ申立ニシテ裁判所カ當事者ニ對スル行爲ハ裁判ノ方式ナリ是平等ノ關係ニ非サルヨリ生スル方式ナリ又當事者ハ裁判所ノ訴訟指揮、訟廷內ノ秩序維持及强制ニ服從スルコトモ亦上下ノ關係ヨリ生スル所ナリ然レトモ檢事カ裁判所ニ對スル地位ハ上述ノ原則ニ從ハス檢事カ當事者ノ代理人タル地位ニ在ルトキト雖裁判所ニ對シ不平等ノ關係ニ立タサル點アリ即其訴訟行爲ノ方式ニ付テハ他ノ當事者ト異ナラサレトモ檢事ハ裁判所ノ訴訟指揮、秩序維持ノ權ニ服從セス是國法上檢事局ハ裁判所ト同等ノ官廳ナルカ故ニ然ルニ非ス訴訟上ノ地位ニ於テ然ルヲ見ルナリ本法第一九四條第二項ノ檢事ノ職務ノ如キハ裁判所ノ許可ナクシテ行フヲ得又辯論ノ如

0231

キモ裁判所ヨリ發言ヲ得テ行フモノニ非ス由是觀之檢事ニ付テハ上記原則ノ例外ヲ認メサルヘカラス

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サ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檢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檢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、公判ヲ問ハス檢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一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ク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)其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シ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サシメサ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內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カ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民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彈劾ノ方式ヲ採レルカ爲一存スルモノニシテ彈劾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ヒ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モ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ヨリ發生スヘシト雖公訴權ハ告訴アルニ因テ生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ヲ要ス

0232

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ト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絶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者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　實體的眞實發見主義　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眞實發見トハ裁判所カ實際生シタル犯罪事實ト符合スル認識ヲ得ルヲ謂フ若裁判所カ權利ノ爭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眞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眞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メス訴追ハ被害者ノ申立ヲ待テ行ハルヘキニ非ス檢事ハ被害者ノ申立ヲ待タス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時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

0233

例外タラス

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サル權利ヲ有セサ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云」ト規定シ本法第六二條、第六三條ニ於テモ亦軍罪、輕罪又ハ違警罪ト思料セル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リ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證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レス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スシテ檢事ノ單獨判斷ニノミ係ル刑罰消滅原因ヲ認ムルコトトナリ刑法ノ主義精神ヲ破壞スヘシ故ニ予輩ハ任意主義ナルモノハ法ノ明文ナクンハ行ハレサルモノタルヲ信スルナリ

茲ニ注意スヘ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ヲ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事ノ手續ヲ行ハントスルニ當リ其外國ニ對シテ犯人ノ引渡ヲ求ムルニハ多額ノ費用ヲ要スルヲ以テ刑事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碍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ニ訴追スヘシト云フニ非ス此主義ニハ一定ノ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ルモノナリヤ否ヤヲ判斷シ若證明シ得ルコト能ハサルカ爲メ結果ヲ得サルカ如キコトアレハ不起訴ニ決スルモ妨ナシ結果ヲ得サ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說明ヲ以テ直ニ任意主義ヲ許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スシテ政治上ノ便宜等全ク特別ナル便宜事情ニ從ヲ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ク且刑ノ言渡ヲ爲スヘキヲ要ス　如此犯罪ニシテ始ヲ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權カ絕對ニ行ハルヘキ國家ノ義務ヲ否認スヘキニ非スシテ此義務ヲ盡サシム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勵行主義ヲ擔保スルヲ得ルナリ外國ノ立法及舊治罪法（治罪法一一〇條）ニ於テハ被害者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ル方法ヲ設ケタリト雖此方法ハ却テ濫訴ノ弊アルカ故ニ現行法ハ之ヲ採ラス又外國ノ立法ニ於テハ勵行主義擔保ノ爲メ被害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

0234

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增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上ト裁判外トヲ問ハス又直接ナルト間接ナルトヲ區別セス行ルルモノナリ直接ノ處分ハ刑罰權其モノノ和解、認諾及拋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拋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スシテ單ニ其眞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サルノミナラス又原則トシテ間接ノ處分ヲモ許ササルナリ或ハ第二一九條末項ニ於ル如ク間接ノ處分ヲ許スノ規定アレトモ是刑罰請求權ノ處分ニ許スニ非スシテ唯訴訟上ノ手續ニ付處分セシムルヲ許ス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者ニ其例外ヲ許スカ如ク亦刑罰請求權ノ處分ヲモ許スモノナリ即親告罪ニ付テハ告訴ノ拋棄ヲ被害者ニ許シ刑罰請求權ヲ消滅セシム（三條但書六條二號）

二　被告人ハ上訴ヲ爲サ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ト爲シタルモノナリ職權ヲ以テ判決ヲ覆審スルコトハ國家ノ刑罰義務ヲ盡スコトニ必要ナラス故ニ當事者ニ上訴權ヲ認メ任意ニ之ヲ行ハシムルコトトナセリ此點ニ於テ被告人ハ上訴權ヲ行使セスシテ其實際ニ存セサル刑罰權ヲ認諾スルコトヲ得然レトモ一方ニ於テ被告人ニ上訴權ヲ行使セスシテ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カ被告人ノ不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國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ノ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羈束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赦免權ナリ國家ハ大赦、特赦、減刑ニ依リ刑罰請求權ノ一部又ハ全部ヲ拋棄スルコトヲ得ルナリ

檢事カ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テ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ヤ否ヤヲ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ハ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

0235

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渡ヲ爲サンニハ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訴訟ハ絕對ニ實體的眞實ヲ判決ノ基礎ト爲ササルヘカラサ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ノミナラス刑事訴訟手續ノ規定ニ於テモ十分ニ眞實發見ノ途ヲ得セシムルノ措置ヲ爲スヲ要ス此訴訟手續ノ規定ヲ以テ眞實發見ノ途ヲ得セシメタルモノ左ノ如シ

第一　裁判所ハ裁判ヲ爲スニ當事者雙方ノ主張ヲ聽クコトヲ要ス　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サルハ勿論尙當事者ノ提出スル材料ヲ利用スルノ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モノトナセリ片言ヲ聽キテ獄ヲ斷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テ義務ナシ若之ヲ義務トスレハ被告人ハ糺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ス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ヲ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メ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人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剝奪スルモノナレハナリ故ニ公判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スルカ爲ナリ

實體的眞實發見主義ハ被告人ノ出頭ヲ必要トス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解ヲ爲スノ權ヲ行フヲ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人ハ其主張ヲ

0236

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斷セシムルヲ要ス（九〇條）昔時ノ制限證據主義ハ眞實發見ヲ得セシムルモノニ非サルカ故ニ現行法ハ自由心證主義ヲ採用セリ其說明ハ證據ノ編ニ讓ルヌ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編ニ讓ルヘシ

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羈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トモ裁判所ハ當事者ノ提出スヘ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セシムルヲ得セシメサルヘカラス

一　擬制ハ法律上ノ推定ト同ク判事カ實際眞實ニ非ストノ心證ヲ有スルニ拘ラス眞實ト看做サシムルモノナリ擬制カ法律上ノ推定ト異ルノ所ハ唯之ヲ設クルノ理由ヲ異ニスルノミ即法律上ノ推定ハ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ス即民事訴訟法第一一一條ノ如キ規定ナシ被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令眞實ヲ誤認シタルモノナルモ之ヲ眞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サルヲ至當ト爲スト主張スル者アレトモ確定判決ヲ認メサレハ權利ヲ確定スル能ハサ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謬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ナリ

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モ刑事訴訟ニ於テハ之ヲ認ムル能ハサルコト上述シタル所ナリ刑事訴訟ニ於テモ訴訟行爲ヲ爲スニハ適當ノ時期アリ雖之カ爲メ失權ノ結果ヲ生セシムル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ス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ト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ノ提出ヲ爲スノ結果ヲ生スル場合是ナリ然レトモ一方ニ於テ法律ハ此失權ノ結果ヲ生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）上訴期間回復ノ申立（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羈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內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

0237

否ヤ無罪、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　曾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ルモノナル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要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)裁判所ハ檢事カ無罪ノ判決ヲ求ムルモ之ニ拘ラス有罪ノ判決ヲ下シ又ハ其請求ヨリ重ク罰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ハ於テハ民事訴訟(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ヲ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羈束セラレサルコトハ當ニ實體法上ノミナラス亦訴訟上ニ於テモ行ルルモノニシテ即當事者ノ申立ノ有無ニ拘ラス裁判所ハ一方ノ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ス

(イ)　上訴及故障期間ノ回復(二三四條、二四七條)

(ロ)　證言又ハ鑑定ノ拒絕(一二五條、一三六條)

(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(一八三條二項)

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絕及期間回復ノ場合ニハ申立人ノ疏明シタル事實ノ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物既ニ存在セサ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亡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共ニ附加刑タルヲ以テ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リ之ヲ相續人ヨリ徵收スルコトヲ得ヘシ(刑法附則五三條)

被告人ノ死去ハ其死去者一人ニ對スル公訴消滅ノ原因ナレハ共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ハ何等ノ影響ナクシテ有效ニ起訴シ判決及執行スルヲ得ヘ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メ得ルモノトス例之二人以上强竊盜ヲ爲シ刑法第三六九條又ハ第三七九條ニ依リ一等ヲ加重スヘキ場合ニ於テ若其共犯ノ一人カ死去シタルトキニ死去者ヲ犯罪人トシテ認メサレハ生存スル共犯ニ對シ一等ヲ加重スルコトヲ得サ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

0238

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說アリ

第一說　親告罪ニ付國家カ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說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

第二說　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說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

第三說　ハ折衷說ニシテ曰ク告訴ハ處罰ノ條件ナルモ專實體法ニ屬スルモノニ非ス又專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ル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則ニ訴訟ノ條件ヲモ兼ヌルカ故ナリト此折衷說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說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リ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セリ而シテ此二者中何レノ規定ヲ主要ナルモノトナスヘキカト云フニ其偏重ヲ許サス二者同等ニシテ即規定ノ存スル區域ニ因リ其一方ニ決定スルヲ得サルナリ而シテ予輩ハ之ヲ公訴權ノ條件ト爲スコトハ緒論ニ於テ述ヘタル所ナリ

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私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（刑三二六條以下）誹毀罪罵詈嘲弄罪（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サルコトアリ例之略取誘拐罪（刑三四一條）猥褻姦淫罪、有夫姦罪（刑三四六條以下）等ノ如キ是ナリ

右ノ場ク二箇ノ異ナル理由アッ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竊盜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

0239

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サルモノトス

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ス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サ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特許權侵害ノ罪ノ如キハ犯罪後特許權ヲ讓受ケタル者モ亦被害者ナリ蓋讓受人モ亦現ニ侵害ヲ受ケツツア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、猥褻姦淫罪ニ付テ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テ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之ニ付テハ私法ノ規定ハ其標準ト爲スヲ得ス若私法ヲ以テ之ヲ斷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ス此問題ハ公法ノ原則ヲ以テ判斷スヘキモノニ屬ス或ハ曰ク誹毀罪、姦淫罪ノ如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トモ告訴權ハ公法上ノ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亡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　告訴ノ內容ニ屬スル條件ハ或犯罪カ訴追セラルルヲ求ムル意思ノ明示セラルルコトヲ是ナリ故ニ搜査願ナル名目ヲ用フ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聽檢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ス告訴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狀ニハ犯罪所爲ヲ揭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於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爲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

0240

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サレハ眞ノ犯罪人發覺シタルトキニ更ニ其者ニ對シ告訴ヲ爲スヲ要セサルナリ人ヲ指名セス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絕對的親告罪ト相對的親告罪ヲ區別スルヲ要ス絕對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效ナリトス其他ノ場合ニ於テハ指名スルニ非サ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數說アレトモ此問題ハ告訴ノ性質ニ依テ判斷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ナキモノト看做サルルニ至レハ告訴ハ全ク無效ナリトス

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ハ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ヲ區別スルヲ要スト而シテ停止條件ハ告訴ヲ無效タラシムルモノニシテ共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スルノ意思ナキモノト爲ササルヘカラス解除條件ハ其條件ノ附加ヲ無效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效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效トス

七　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テ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ス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、數竣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フ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フモノトス

八　告訴ノ拋棄トハ告訴ヲ爲スノ權ヲ有スル者ノ訴追ヲ欲セストノ意思表示ナリ彼ノ告訴ヲ爲サシテ單ニ默過スルカ如キハ拋棄ニ非サルナリ而シテ拋棄ノ方式ハ取下ノ外告訴前ト雖有效ニ之ヲ爲スヲ得ヘク又犯人ト和解ノ方法ヲ以テスルト被害者一方ノミニテ之ヲ爲スヲ得ルトハ又被告人ニ對シテ之ヲ爲スト裁判所、檢事ニ對シテ之ヲ爲ストニ區別ナキナリ獨逸刑法學者間ニ於テハ告訴ノ拋棄ハ之ヲ許サスト爲セリ其理由トスル所ハ親告罪ニ於テ告訴ヲ待テ之ヲ論スルモノトシ一私人ノ意思ニ任シタルハ一般原則ノ例外ナリ而シテ其例外トスル所ハ被害者ノ告訴ナケレハ公訴ハ起ラサルモノトスルニ止ル元來一私人ノ權利ノ拋棄ハ私法上其效力アルモ公法ノ領域ニ於テハ其效力ナシ然ル

0241

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サルノ處分ヲモ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ク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ケレハ公訴ノ實行ヲモ亦爲スコトヲ得スシテ本法第六條ノ公訴ヲ爲ス權云云ノ內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ニ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、大赦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

乙　消極ノ結果トシテ被害者ハ再告訴ヲ爲スヲ得サルモノトス蓋公ノ性質ヲ有スル刑事裁判ニ於テハ無制限ニ一私人ノ隨意ニ任スヘキモノニ非サレハナリ而シテ又共犯ノ一人ニ對シテ告訴ヲ取下ケタルトキハ他ノ共犯ニ其效力ヲ及スモノトス是不可分ノ原則ノ結果ナリ

丙　其他ノ結果ハ共犯ノ一人ニ對シ既ニ判決確定シタルトキハ他ノ共犯ニ對シ告訴ヲ取下クルヲ得ス又共犯ノ一人ニ對シテノミ起訴シ其審理中告訴ノ取下アリタルトキハ其後別事件トシテ他ノ共犯ニ對シテ起訴スルモ此者ニ對スル告訴ニ基キ本案ノ判決ヲ爲ス能ハサルナリ

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云フ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ヲ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ク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ヲ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裁判所ノ判決ハ言渡ト同時ニ確定スルコトアリ又第一審第二審ノ判決ハ上訴期間ヲ經過シテ確定スルニ至ル而シテ上訴、故障ヲ以テ攻擊スル能ハサルニ至リタル裁判ノ性質ヲ形式上ノ確定力ト稱シ之ニ對シテ一定ノ事件ニ付權利ヲ確定スル裁判ノ性質ヲ實體上ノ確定力ト稱ス

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

0242

限ラレサルハ明ナリ先本案ノ判決ニ付テ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狀態ニ於テハ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違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ササルモ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、內國ニ於テ確定力ヲ有セサルモ內國裁判權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內容ハ次ノ二事項ヲ含ム

(一) 一ノ被告人ニ對スル一ノ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カ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一ノ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伴フ一箇ノ公訴權カ行使セラル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

以上ノ內容ヲ認ムヘキ現行法ノ規定ハ第六條第三號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テ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狀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ルコトナシ即公訴ヲ受理シタル範圍內ニ於テ自由ノ審査ヲ爲スヲ得ヘ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內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內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ト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違ノ言渡ヲ以テ終了ス

一事不再理ノ原則適用ノ條件ハ前後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ルモノナレハ本原則適用ノ範圍モ亦之ト同一ナラサルヘカラス

確定判決ハ被告人以外ノ人ニ對シ訴ヲ提起スルノ妨トナル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之ニ對シ刑ヲ言渡スノ妨トナラサルナリ縱令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ハ其敎唆者其他ノ共犯ノ訴ヲ受理シ刑ノ言渡ヲ爲スヲ得ヘクシテ確定判決ノ效力ハ相牴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共犯ノ一人無罪トナリタ

0243

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益ヲ及スヘシ若共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サ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ナキコト又ハ其所爲ノ法律上罪トナラサルコトヲ認メテ無罪ヲ言渡サ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ノトスレハ何故ニ同一被告人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モ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最疑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羈束セラレサルカ故ナリトス

同一ノ被告人ニ對スル同一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ヲ是ナリ今此所爲ノ同一ナルコトニ付次ノ四場合ニ分チ說述スル所アルヘシ

（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樣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、模樣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ルカ如キヲ云フ此等ノ判決ノ認ムル所爲ト其ニ同一事實タルモノニシテ判決ノ當時裁判所ハ之ニ審理ヲ及スヲ得タルモノナレハナリ

（ハ）判決ニ認メタル事實ヲ變更シタル場合ニハ議論區區タリ例之犯罪ノ日時、場所、目的、方法、結果ヲ變更スルモ同一所爲ナリトス予輩ハ此等數箇ノ事實カ變更セラルルモ動作若クハ結果ノ同一ナルトキハ犯罪行爲ノ同一ナリトス結果カ同一ナリトセハ判決ニ於テ之ヲ正犯トナシタルモノヲ數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ト同一ノ理由ニ因リ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爲ハ費消ノ行爲ト異レトモ他人ノ或財產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其行爲ハ同一ナリト謂ハサルヘカラス反之結果ヲ全ク變更スルモ動作カ同一ナレハ均ク同一事件ナリ例之歐打致死ヲ歐打創傷トナシタルカ如シ

反之動作、結果共ニ之ヲ變更シタルトキハ行爲ハ同一ニ非スシテ縱令日時、場所、目的物等ノ事實同

0244

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ヨリ認告シ併セテ法廷ニ於テ認告ノ事實ト同一ノ證言ヲ爲スモ是二箇ノ所爲ニシテ同一事件ニ非サルナリ

（ニ）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說トス

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ルニ至ルヘシ何トナレハ裁判ニシテ當然無效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取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テ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ス モノナレハ犯罪事實ヲ消滅セシムル效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ノ二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ルモノニシテ之ヲ設ケタル理由モ亦二者ノ間ニ差異アリトナスノ學說アレトモ予ハ右二箇ノ時效ハ之ヲ設ケタル理由ヲ同ウシ又之カ爲ニ消滅スル權利モ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ル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罹ルモノ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ルモノト云フヘキヲ以テナリ是ヲ以テ裁判所ニ於テ時效ニ罹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ス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說明スル能ハス重罪ハ輕罪ヨリ證據ノ

0245

湮滅カ遅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セン乎却テ現在ノ秩序ヲ蹂躙スルニ止リ犯罪人及世人ニ對シテハ何等ノ效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牴觸スルニ當リ法律ヲシテ事實ニ屈從セシメンヲ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、輕罪、違警罪ニ依リ時效ノ期間ヲ異ニセリ是ニ於テ重罪、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二派ニ分ル第一說ヲ爲ス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ス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ト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歲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又正犯ト從犯ト時效ヲ異ニス然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僞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二等減モ共ニ法律上ノ減輕ニシテ法律ニ於テ減等ノ範圍ヲ廣メタルニ止ルナリ

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一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、强制耕護、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一ナラシメ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所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ス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サルナリ

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

0246

即正午十二時ヲ以テ時效ハ完成スルモノニシテ最終ノ日休暇ニ當ルモ之ヲ期間ニ算入スルモノトス」第一〇條ニ依レハ時效ハ犯罪ノ日ヨリ起算スルモノトナセリ犯罪ノ日トハ犯罪所爲カ事實上其終ヲ告ケタル日ヲ云フ故ニ時效ハ犯罪カ法律上成立シタル時ヨリ進行スルモノニ非サルナリ今各犯罪ニ付之ヲ詳說スレハ左ノ如シ

（イ）殺人、放火ノ罪ノ如キ結果ヲ生シテ始テ法律上既遂タル罪ニ於テハ結果ヲ生シタル日ヲ以テ起算點トセス即犯罪カ既遂トナルニ至キ以前ニ於テ時效ハ進行スヘシ是其奇ナルカ如シト雖立法者ハ結果ヲ生スル日ヲ定ムルコトハ所爲ヲ行ヒタル日ヲ定ムルニ比シテ困難ナリトシ既遂ノ日ヲ起算點トナササリシモノナラン反之過失罪（失火、過失殺）ノ場合ハ過失ノアリタル日ヨリ時效ハ進行スルモノニ非スシテ結果ノ生シタル日ヨリ之ヲ起算セリ是過失アルノミニテハ刑罰權發生セスシテ犯罪ハ事實上其終ヲ告ケタルモノニ非ス結果カ發生シ始テ刑罰權ヲ生シ犯罪ハ事實上終了スレハナリ而シテ刑罰權ノ發生前ニハ如何ナル場合ト雖時效ハ進行スルコトナキナリ又處罰條件カ生シテ始テ罰スヘキ犯罪モ過失犯ト同一ノ理由ニ因リ處罰條件カ具ハリ刑罰權ノ發生シタルトキヨリ時效ハ進行ス

（ロ）數箇ノ所爲ヨリ集合スル犯罪（例之僞造行使罪）ハ總テノ所爲カ終了シタル時ヨリ時效進行ス

（ハ）繼續犯、連續犯、慣行犯ハ其最終ノ行爲アリタル日ヨリ起算ス第一〇條但書ニ特ニ明文ヲ揭クルモ是第一〇條前段ノ適用ヲ示シタルニ止リ其例外ヲ規定シタルモノニ非ス繼續犯等ハ各所爲毎ニ時效ニ罹ルトノ說ヲ爲ス者アレモ繼續犯等ハ法律ニ於テ之ヲ一罪トナシ分割スルヲ許サス從テ其犯罪ヨリ生スル刑罰權モ亦一箇ナレハ之ヲ分割シテ各所爲毎ニ時效ニ罹ルモノト爲スヲ得サルヘシ

（ニ）正犯數人アルトキハ其中一人ノ最終ノ行爲アリタル日ヨリ時效ハ進行ス即正犯ノ行爲ハ共同ノ一罪タレハナリ故ニ各正犯ニ對シテハ時效ノ期間ハ同一ナリトス

（ホ）敎唆、從犯ニ對シテハ時效ハ正犯ノ所爲カ終了シタル日ヨリ進行スルモノトス蓋正犯ノ實行行爲ナケレハ敎唆、從犯ハ處罰セラルルコトナシ正犯ノ行爲アリテ始テ敎唆者、從犯者ニ對シ刑罰權ヲ生スルモノナレハナリ

（ヘ）不作爲犯ハ作爲ノ義務カ終了シタル時ヨリ時效ハ進行ス作爲ノ義務アルニ拘ラス之ヲ履行セサル間ハ不作爲犯ハ繼續スルモノナレハナリ

四　時效ノ中斷ハ第一一條ニ認ムル所ナリ時效中斷ノ事實アレハ中斷アル迄ノ時效ノ經過ハ無效ニ歸シ中斷アリタル時ヨリ新ニ時效ハ進行スヘシ而シテ時效中斷ノ效力ヲ生スル事實ハ起訴、豫審、公判ノ一切ノ手續ナリトス凡時效ハ刑罰請求權消滅ノ結果トシテ訴追ノ權ト裁判所カ刑ノ言渡ヲ爲ス裁判權トヲ消滅セシムルモノナリ此二箇ノ權利ハ其權利ヲ行使セサルニ因テ消滅スヘシ然ラハ起訴又ハ豫審公判ノ手續ヲ以テ此權利ヲ行使スレハ時效ハ中斷セラルルモノト爲ササルヘカラス然レトモ起訴、豫審又ハ公判ノ手續其規定ニ背キタルニ因リ無效ニ屬スルトキハ時效ノ經過ヲ中斷スルノ效ナシ蓋如此無效ノ行爲アルモ未權利ヲ行使シタルモノト云フヘカラサルヲ以テナリ但裁判所ノ管轄違ナルニ因テ手續無效トナルモ中斷ノ效アリトス是裁判所ノ管轄ハ詳細ノ審理ヲ遂ケタル後ニ非サレハ之ヲ確定スル能ハサルモノニシテ之カ爲ニ時效ヲ經過セシムルハ公益ニ反スト雖モ

0247

リ（一二條）

逮警罪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ス

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

五　公訴ノ時效カ訴訟ニ及ス效力ハ左ノ如シ

（イ）時效ニ罹リタルコト判明スルトキハ被告人ニ犯罪責任アリヤ否ヤヲ定ムルニ及ハス

（ロ）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ク之ヲ拋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羈束セラルルモ中斷ノ事實ハ訴訟記錄ニ就キ自ラ之ヲ審

査スルコトヲ得ヘシ

第六章　數箇ノ公訴ノ關係

數箇ノ刑事訴訟カ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內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ヲ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

刑事事件ト豫審事件トノ關係ハ右ニ說明シタル內部及外部ノ關係ト全ク異ナレリ豫審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サ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審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審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僞證罪ノ豫審ノ結果ヲ待ツ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ヲ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ルノミ

或刑事事件カ互ニ實體上關聯スル場合ニ於テ（例之甲ナル者犯罪ノ實行者トシテ既ニ刑ノ言渡ヲ受ケタル後乙者其犯罪ノ敎唆者トシテ訴ヲ受クルカ如キ場合又ハ竊盜罪ニ付判決アリタル後贓物故買罪ニ付起訴セラルル場合ノ如シ）前ノ刑事事件ノ裁判ハ後ノ訴訟ニ其效力ヲ及スヤ否ヤ又效力ヲ及ストセハ如何ナル場合ニ如何ナル效力ヲ及スヤ此問題ノ決定ハ訴訟カ制限證據主義、書面審理主義及間接審

0248

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ヲ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敢買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買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事ハ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買事件ヲ斷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揭ケラレ之ヲ朗讀スルコトヲ得ルトスルモ是決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買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買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）ハ證據トハナラサルモ前例ニ付テ言ヘ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リ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ルナリ

第七章　公訴ト民事事件トノ關係

民事事件ハ刑事事件ノ先決問題タルコトアリ例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者ニ屬スルカヲ判斷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ヲ判斷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又之ヲ求メント欲スルモ得ヘカラサルナリ要ス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ルル場合ハ曾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羈束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擧示スヘシ

刑事裁判官モ民事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ヲ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

0249

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絕對ニ效力ア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ノ裁判スルトキニ限リ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テタルカ或ハ處分權ノ行使ニ基クカハ刑事事件ニ對スル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セ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羈束セラレサルヲ得サルナリ然レトモ此場合ハ前掲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ヘ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玆ニ述フル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ス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ス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戶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羈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ノ親子關係アルヲ以テナリ如此場合ニ於テハ刑法カ民法ニ其關係ヲ定ムルコトヲ讓ルヲ欲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羈束セラルヘシトノ意義ニ非ス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絕對ノ效力ヲ有スル場合ニ關スル規定ナリト信ス然レ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許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モ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絕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　私訴ノ目的及其一般ノ性質

刑事訴訟ノ目的トハ大ニ異ル所アリ即一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（一條及三條）一ハ私法上ノ關係ニ基ク各箇人ノ利益ヲ保護スルヲ以テ目的トス換言スレハ民事訴訟ノ目的ハ私法上ノ權利ニシテ拋棄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ス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

0250

訴訟ト均ク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事件及民事事件カ同一ノ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事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此民事事件ニ及サシムルハ被害者ノ申立ニ因テ行ハルヘキモノトス此被害者カ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ノ賠償又ハ賍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告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シト雖之ヲ民事裁判所ニ讓ルコトナク尚刑事裁判所ニ於テ之ヲ裁判スヘキモノトナセリ(五條及二二五條)

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ヲ設クルニ非サレハ同一ノ裁判所ヲシテ刑事事件及民事事件ヲ同時ニ審理裁判セ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牴觸ヲ生シ裁判所ノ威信ヲ害スルト同時ニ權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者ノ敗訴トナルコトアルヘシ如此弊害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者ノ利益ノ爲メ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賍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賍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、名譽ニ對スル損害ヲ含ミ(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リ新聞紙上ニ謝罪文ノ廣告ヲ爲サシムルコトヲ妨ケス

二　賍物ノ返還　賍物トハ犯罪ニ因テ得タル物件ヲ謂フ賍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如キ犯罪ニ因テ得タル物件ヲ賍物ト稱シタリ但舊律給沒賍物ノ條ニ依リ官ニ沒收セラルル收賄ノ賍ノ如キハ刑法ニ於テハ賍物ト稱スヘキモノナレトモ訴訟法ニ於テハ賍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者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僞造シ登記所ニ提出シ賣渡ノ登記ヲ爲スモ其不動產ノ返還ヲ受クルヲ得ス蓋該土地ハ私背僞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ルモノニ非サルヘシ

0251

私訴ノ裁判ハ刑事裁判權ノ內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圍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賍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權ノ內ニ包含セラルルモノトス若賍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賍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爭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）

公訴ト附帶私訴トハ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此性質ヨ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ヲ至當トス然レトモ本法ニ於テハ之ニ付規定ヲ設ケサレハ附帶ノ原由ヲ失フニ至ルニモ拘ラス私訴ノ裁判ヲ爲ササルヘカラス又之ト同ク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ヲ當然トス然レトモ本法第二二五條ハ被告人無罪又ハ免訴トナルトキニモ亦私訴ニ付本案判決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コトハ私訴ヲ附帶セシムル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

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ト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違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ス又本法第二二五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違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牴觸シ即公訴ノ裁判ニ先チテ私訴ノ裁判ヲ爲スニ至ルヘシ是私訴ヲ附帶セシムル趣意ニ反スルモノニシテ即公訴私訴ノ判決ノ牴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違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貫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サ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上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二二一條ニ依レハ私訴ノ審理辯論ノ後ニ爲サシメ以テ公私兩箇ノ訴訟ヲ接續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ルヲ見ル如此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コト（二）審理辯論ノ重複ノ煩ヲ避クルコト（三）民事刑事ノ裁判ノ牴觸ヲ避クルコトノ三ニ止リテ毫モ公訴裁判上

0252

ノ便宜ヲ顧ミタルモノニ非サルナリ

私訴當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惑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サル一二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サルヲ以テ隨テ民事訴訟法ニ從フコトヲ原則トス爲スヲ得サ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、第三一三條ノ私訴ニ關スル規定ハ全ク無用ノ規定タリ如此規定アルニ由テ之ヲ觀レハ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ス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ト同一ノ結果タルノミ又訴訟代理人ノ如キモ同第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ヘハ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サルナリ

私訴ヲ公訴ニ附帶シテ提起シ得ヘキ時期如何本法第四條ニ依レハ公訴ニ付第二審ノ判決アル迄ハ附帶シテ提起スルヲ得ヘキヤ明ナリ然レトモ豫審中私訴ヲ附帶シテ提起スルヲ得ルヤ否ヤハ一ノ疑問ナリ竊治罪法ニハ其第一一〇條ニ重罪、輕罪ノ被害者公訴ニ附帶シテ私訴ヲ爲サントスルトキハ告訴ト共ニ之ヲ申立テ又ハ告訴ヲ爲シタル後其旨ヲ豫審判事ニ申立ツヘシ豫審判事直ニ被害者ヨリ民事原告人トナルヘキノ申立ヲ受ケタルトキハ檢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

雜錄

○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ス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ヲ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壞　醪ヲ差押ヘテ封印ヲ施シタルトキハ其容器モ亦封印ノ一部ヲ成スモノトス隨テ容器自體ニ孔穴ヲ穿チ之ヲ破壞シタル以上ハ縱令其封印ノ紙片ニハ何等破壞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　權利伸張、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ヲ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サ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

0253

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說示　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　證人囑託訊問ノ決定ヲ爲シ管轄區裁判所判事ニ囑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縱令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　證人ノ囑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一三一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乙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キテ原判決ヲ攻擊シ得サルモノトス（同年八月四日第一休暇部）

法學志林

第七卷　第三號　三月十日發行

每月一回十日發行　定價一冊拾貳錢　郵稅壹錢　十冊前金郵稅共壹圓貳拾錢

（第六十七號）

◎志林

國際法ノ本領ヲ論ス……法學博士　寺尾亨

經濟學ノ分類ニ就テ……法學士　山内正瞭

國家ノ成存在及ヒ發達スル理由ハ人類ノ自由活働ニ在リ……法學博士　筧克彥

最近判例批評（其二十八）……法學博士　梅謙次郎

律令ト憲法トノ關係ヲ論ス（承前）……法學博士　美濃部達吉

養子論（續）……法學博士　梅謙次郎

◎解疑

謀殺ノ被教唆者自ラ實行ヲ爲サスシテ教唆者ニ囑託シテ其實行ヲ爲サシメタル場合ニ於ケル兩者ノ處分……法學士　豐島直通

抵當不動產ニ付相續登記ヲ爲サヽル場合ニ於ケル抵當權者ノ代位登記……法學士　板倉松太郎

證書ヲ僞造變造ナリト主張シタル者カ辯論續行期日ニ闕席シタルトキノ裁判所ノ處分……法學士　板倉松太郎

支拂命令ニ對スル故障申立ト貼用印紙……法學士　板倉松太郎

◎雜報

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○滿洲ノ監獄ト囚徒○盲人保護ノ建議案○ガーゼ事件ノ判決○犬ノ訴訟○領海ノ範圍○大阪控訴院長排斥ノ運動○大阪生命保險株式會社、解散ヲ命セラル○驚クヘキ私生兒ノ數○上戶黨下戶組ノ番附

◎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

三月　法政大學

大學豫科學生募集

○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ニ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

三月　**法政大學**

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

明治三十八年三月十二日印刷
明治三十八年三月十五日發行　（定價金三十錢）

編輯兼發行者　萩原敬之　東京市牛込區牛込北町十番地

印刷者　小宮山信好　東京市牛込區矢來町三番地

印刷所　金子活版所　東京市芝區四ノ久保明舟町十一番地

發行所　司法省指定　**法政大學**　東京市麹町區富士見町六丁目十六番地　（電話番町百七十四番）

0255