

法政大学学術機関リポジトリ

HOSEI UNIVERSITY REPOSITORY

PDF issue: 2025-07-04

法政大學講義錄

下村, 宏 / 遠藤, 忠次 / 横田, 秀雄 / 村上, 隆吉 / 杉山,
直治郎 / 豊島, 直通 / 田阪, 友吉 / 谷野, 格

(出版者 / Publisher)

法政大學

(巻 / Volume)

17

(開始ページ / Start Page)

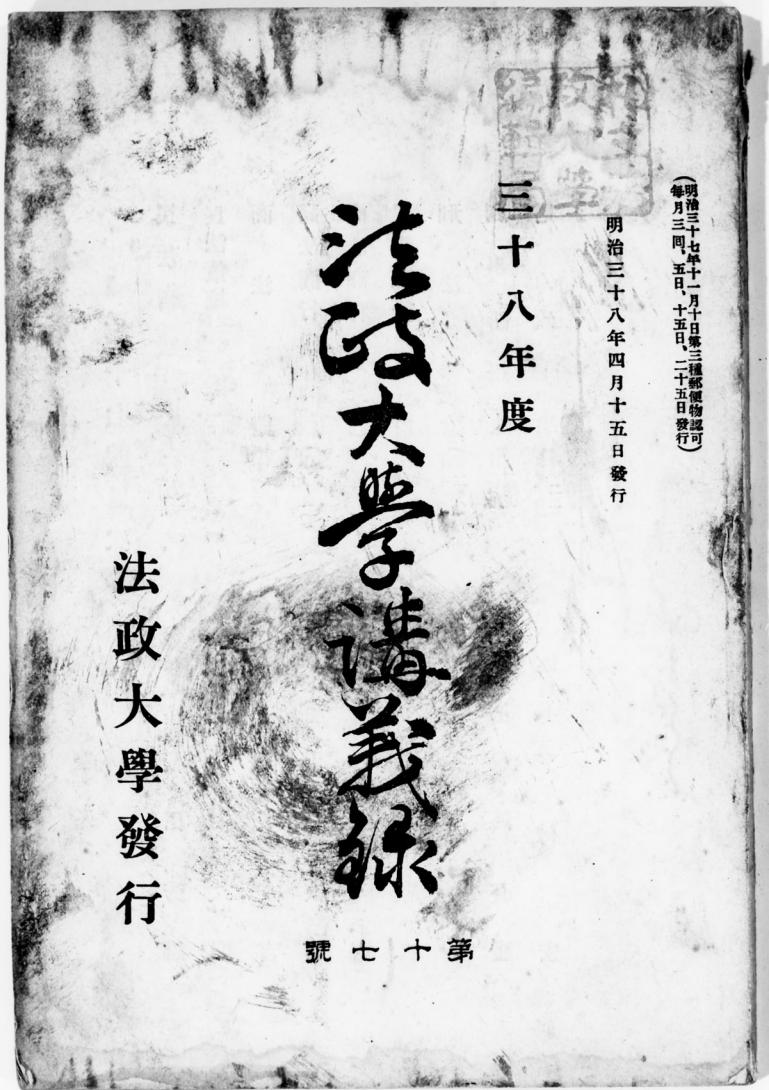
1

(終了ページ / End Page)

83

(発行年 / Year)

1905-04-15



0426

第十七號目次

民 法 物 権	自第七章	至九二三	法 學 士	橫 田 秀 雄
民 法 債 權	自第二章	至第十四節	法 學 士	杉 山 直 治 郎
	第二章	(自五五)	法 學 士	田 坂 友 吉
商 法 · 總 則	至第一章	(至八〇七)	法 學 士	田 坂 友 吉
商 法 商 行 爲	至第九章	(至八〇七)	法 學 士	遠 藤 忠 次
商 法 商 行 爲	至第五章	(至五二三)	法 學 士	村 上 隆 吉
民 事 訴 訟 法 第 二 編	至第六章	(至六五三)	法 學 士	谷 野 格
刑 事 訴 訟 法	至一七六	(至三一)	法 學 士	豐 島 直 通
財 政 學	至二三九	(至二三九)	法 學 士	下 村 宏

雜 錄 ○大審院判例要旨

090
1905
1-17

益ノ爲ニ質物ヲ占有スルモノニシテ其責任重キヲ以テナリ且動産質權者ハ質物保存ノ必要以外ニ於之ヲ使用シ父ハ之ヲ他人ニ貸與ヘルコトヲ得ス何トナレハ動産質權ハ質物ノ使用ヲ爲スノ權利ヲ包含セサルヲ以テナリ但此原則ハ後ニ説明スル不動産質ニ付テハ之ヲ適用スルコトヲ得ス又債權者カ前記ノ義務ニ違背シタル時ハ質權設定者ハ質權消滅ヲ請求スルコトヲ得(一九八條ノ準用)

第八 質權者ハ質物ヲ返還スルノ義務アリ 質權者ハ其債權ノ擔保トシテ他人ノ所有ニ係ル物件ヲ占有スルモノナレハ其債權ノ完全ナル辨済ヲ受ケ又ハ其他ノ理由ニ依リ其債權カ消滅シタルトキハ最早質物ヲ占有スルノ理由ナキヲ以テ質權ヲ設定シタル債務者又ハ第三者ニ之ヲ返還スルノ義務アルハ説明ヲ要セシムナリ

第九 他人ノ債務ヲ擔保スル爲メ質權ヲ設定シタル者カ其債務ヲ辨済シ又ハ質權ノ實行ニ因テ質物ノ所有權ヲ失ヒタル時ハ保證債務ニ關スル規定ニ從ヒ債務者ニ對シテ求質權ヲ有ス(三五一條)

他人ノ債務ヲ擔保スル爲メ物權ヲ設定シタルモノハ保證人ノ如ク自身ニ其債務辨済ノ責ニ任セサルモ質權ノ負擔スル質權ヲ消滅シシメテ其質物ヲ回復スルカ爲ニハ質物ニ依テ擔保セラルル債權ヲ辨済セサルヘカラス而シテ設定者カ債務者ニ代リテ債權ヲ辨済シタル時ハ其地位ハ主タル債務者ノ爲ニ辨済ヲ爲シタル保證人ノ地位ト同一ナリ又設定者カ質權實行ノ結果質物ノ所有權ヲ失ヒタル時ハ設定者ハ債務者ニ代リテ自ラ辨済ヲ爲シタルモノニ非サルモ其所有財產ヲ以テ債務ヲ消滅セシメタルモノナレハ設定者自身ニ辨済ヲ爲シタルト毫モ異ナル所ナシ故ニ質權設定者カ債務者ノ爲ニ辨済ヲ爲シ又ハ質權ノ實行ニ因リ質物ノ所有權ヲ失ヒタルトキハ保證債務ニ關スル規定ニ從ヒ主タル債務者ニ對シテ債選ノ請求ヲ爲シ得ヘキモノトナヌヲ正當ナリトス是本法第三五一條ノ規定アル所以ナリ

第四節 動産質

動産質トハ質權ノ目的カ特定ノ有體動産ノ上ニ存スルモノヲ謂フ予ハ以下動産質ノ特別效力ニ付説明
スヘシ

第一 動産質權者ハ繼續シテ質物ヲ占有スルニ非ナレハ其質權ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス
其目的物ノ占有ハ質權成立ノ要件タルノミナラス動産質ニ關シテハ又質權存續ノ要件ニシテ質權者ハ
繼續シテ質物ヲ占有スルニ非ナレハ又以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ナルモノトス何トナレハ動產
ニ關シテハ占有ヲ以テ權利ノ所在ヲ認識スヘキ唯一ノ標準トナスノ外ナク從テ質物ヲ占有セサル質權
者ヲシテ其權利ヲ行フコトヲ得セシムルニ於テハ第三者ヲシテ不測ノ損害ヲ被フシムルニ至ルヘケレ
ハナリ

質權者カ其權利ヲ保有スルニハ質物ヲ占有スルコトヲ必要トスルヲ以テ質權者カ質物ノ占有ヲ失フト
同時ニ其質權ハ當然消滅ニ歸スヘキハ論ヲ俟タス但質權者カ第三者ノ所爲ニ因テ質物ノ占有ヲ剥奪セ
ラレタルトキハ占有回収ノ訴ニ依テ質物ヲ取戻スコトヲ得ハク質權者カ侵奪ノ時ヨリ一箇年
内ニ占有回収ノ訴ヲ起シテ質物ヲ回復シタルトキハ質權者ハ一時質物ノ占有ヲ失ヒタルニ被ラス完全
ニ其質權ヲ行フコトヲ得ヘシ然レトコトヲ得ヘシ期間ヲ經過シタルトキハ質權者ノ權利ハ消滅シ質權者ハ所有
權ヲ理由トシテ其質物ノ上ニ追及權ヲ行ヒ之ヲ回復スルコトヲ得ナルモノトス(三五二條)

第二 動産質權者ハ質物ヲ以テ直ニ債權ノ辨濟ニ供スルコトヲ得 債權者ハ質物ヲ賣却シ其代金ヲ以
テ債權ノ辨濟ヲ受クルコトヲ要シ質物ヲ以テ直ニ其債權ノ辨濟ニ供スル能ハカルハ債權ノ一般ノ效力
リ即左ノ如シ

甲 正當ノ理由アルコト 債權者カ質物ヲ以テ直ニ其債權ノ辨濟ニ供スルニハ正當ノ理由アルコトヲ
ヲ論スルニ當リ既ニ一言セル所ナリ然レトモ動産質ニ在テハ目的物ノ種類ニ依リ時日ト費用トヲ要ス
ル競賣ノ手續ニ依ルヨリモ寧直ニ之ヲ債權ノ辨濟ニ供スルヲ必要ナリトス(ア)是
民法カ其第三四五條ニ於テ債權者ニ許ズニ設定者ノ意思如何拘ラズ質物ヲ以テ直ニ其債權ノ辨濟ニ
供スルノ權利ヲ以テシテ動産質ノ爲ニノ例外ヲ設ケタル所以ナリ但債權者ヲシテ任意ニ此權利ヲ行使
セシムルニ於テハ債務者ノ利益ヲ害スルニ至ルヘキヲ以テ第三四五條ハ此點ニ付數多ノ條件ヲ設ケタ
リ即左ノ如シ

乙 正當ノ理由アルコト 債權者カ質物ヲ其債權ノ辨濟ニ供セントスルニハ裁判所ニ請求シテ其許
可ヲ受クルコトヲ要ス何トナレハ裁判所ノ干涉ハ債權者ノ制規ニ手續ニ依リ之ヲ競賣ニ付スルトキ
一切ノ紛議ヲ避クルカ爲ニ必要ナルヲ以テナリ而シテ裁判所ハ自由ナル心證ヲ以テ債權者ノ請求ノ當
實物ヲ引受ケシムルヲ有益ナリトス

丙 裁判所ニ請求スルコト 債權者カ質物ヲ其債權ノ辨濟ニ供セントスルニハ裁判所ニ請求シテ其許
可ヲ受クルコトヲ要ス何トナレハ裁判所ノ干涉ハ債權者ノ制規ニ手續ニ依リ之ヲ競賣ニ付スルトキ
一切ノ紛議ヲ避クルカ爲ニ必要ナルヲ以テナリ而シテ裁判所ハ自由ナル心證ヲ以テ債權者ノ請求ノ當
實物ヲ引受ケシムルヲ許す
丁 鑑定人ノ評價ニ從フコト 債權者ハ任意ニ質物ノ價額ヲ見積リ之ヲ其債權ノ辨濟ニ供スルコトヲ
得スハヤ裁判所ノ選任シタル鑑定人ヲシテ質物ヲ評價セシム其評價額ニ從ヒ質物ヲ引受ケナルヘカ

ラス蓋裁判所ニ於テ選任シタル鑑定人ノ評價ハ通常公平ナリト認メ得ヘキヲ以テ此方法ニ依リ質物ノ價額ヲ定ムトキハ質權者及債務者ノ利益ハ共ニ保護セラルヘケレハナリ

丁 豫メ債務者ニ其請求ヲ通知スルコト 質權者ハ裁判所ニ其請求ヲ提出スル前豫メ其請求ヲ債務者ニ通知スルコトヲ要ス是他ナシ裁判所カ質權者ノ片言ヲ聽ニ其請求ノ許否ヲ決スルニ於テハ時ニ或ハ債務者ニ不利ナル結果ヲ生スルコトナキヲ保セナルヲ以テナリ故ニ其請求ハ先之ヲ債務者ニ通知シ其當否ニ付意見ヲ開陳スルノ機會ヲ債務者ニ與フルコトヲ必要トスルクルニ於テハ債務者ハ或ハ絶對ニ債權者ノ請求ヲ不可ナリトスルノ理由ヲ陳述スヘク或ハ自ラ金圓ヲ調達シ債權者ニ辨済シ質物ヲ受戻スコトアルヘク債務者ノ利益ハ充分ニ保護セラルルニ至ルヘシ是民法第三四五條末段ノ規定アル所以ナリ

第三 数箇ノ債權ヲ擔保ヘル爲メ同一ノ動産ニ付質權ヲ設定シタルトキハ其質權ノ順位ハ設定ノ前後ニ因ル 先取特權ト動產質權トノ優劣ニ付テハ既ニ先取特權ニ效力ニ關シテ說明セル所ニシテ動產質權者ハ第一順位ノ特別ノ先取特權者ト同一ノ順位ヲ有スルモノナリ而シテ同一ノ動産ニ付質權者數名アルトキハ其相互ノ關係ニ於テハ先ニ設定セラレタル質權ハ後ニ設定セラレタルモノニ優先スルモノトス是第三五五條ニ規定セル所ナリ

如何ナル場合ニ於テ二箇以上ノ質權共同ノ動産上ニ存立スルコトヲ得ルヤト云フニ其場合ニアリ第一ノ債務者カ甲ノ債權者ノ質權ヲ擔保スルカ爲メ質權トシテ其動産ヲ甲ニ引渡シタル後更ニ乙ノ債權者ノ爲ニ其動產ノ上ニ質權ヲ占有スル甲カ乙ニ代リテ其質物ヲ占有スルコトヲ承諾シタル場合ナリ此場合ニ於テハ甲ハ自己ノ爲メ又ニ乙ノ質物ヲ占有スルモノニシテ其質物ハ甲乙ノ債權ヲ

擔保スルモノトス第二ハ甲カ丙ニシテ質物ノ代理占有ヲ爲サシムルニ當リ債務者ハ更ニ乙ノ爲ニ其質權者丙亦丙ナシテ代リテ質物ノ占有ヲ爲サシムル場合ニシテ此場合ニ於テハ丙ハ甲乙兩人ノ爲ニ其質物ヲ占有スルモノニシテ同一ノ質物ノ上ニ二箇ノ質權カ同時ニ存立スルコトナルヘシ而シテ質權者相互ノ關係ニ付テハ學者間議論ノ一致セサル所ニシテ或者ハ後ノ質權者ハ先ノ質權者ニ先シテ其權利ヲ行フコトヲ得ヘシトシ或者ハ後ノ質權者カ善意ナントキハ前ノ質權者ニ對シテ優先權ヲ有シ惡意ナントキハ前ノ質權者ニ對シテ其權利ヲ對抗スルコトヲ得サルモノトシ或者ハ前ノ質權者ハ常ニ後ノ質權者ニ對シテ優先權ヲ有スルモノト爲セリ我民法ハ却最後ノ主義ヲ採用シタルモノナリ蓋前ノ質權者ハ後ノ質權設定ニ依リ質物ノ占有ヲ失ヒタル場合ハ格別繼續シテ質物ノ占有ヲ爲ス以上ハ其質物ハ土地ト共ニ不動產質權ノ目的ト爲ル場合ハ格別單獨ニテ質權ノ目的ト爲ルコトハ殆稀ナリ不動產質ハ「アンチクレーズ」(用益質)ト稱シ羅馬法以來行ハレタルモノナレトモ歐洲諸國ノ立法ニ於テ現今

第五節 不動產質

不動產質トハ質權ノ目的カ特定ノ不動產ニ存スルモノヲ謂フ故ニ地所及建物ハ共ニ不動產質權ノ目的トナルコトヲ得ヘシト雖實際ニ於テハ不動產質權ハ收益アル土地ノ上ニ行ルルヲ常トシ家屋其他ノ建物ハ土地ト共ニ不動產質權ノ目的ト爲ル場合ハ格別單獨ニテ質權ノ目的ト爲ルコトハ殆稀ナリ不動產質ハ「アンチクレーズ」(用益質)ト稱シ羅馬法以來行ハレタルモノナレトモ歐洲諸國ノ立法ニ於テ現今

此制度ヲ採用セルモノ極テ稀ナリ我國ニ於テハ維新前ニ於テハ盛ニ行レ其當時ハ抵當權ノ制度ナク不動產ヲ債權ノ擔保ニ供スルハニ質權設定ノ方法ニ依リタルノミナラス不動產ノ完全ナル支配權ノ移轉モ亦多クハ質契約ニ附加セル流質ノ約款ニ由テ行レタルモノナリ民法モ亦我國ノ舊慣ニ基キ不動產質ヲ認メタルモ之ヲ變改シタルノ點渺カラス而シテ民法ノ規定ニ基キ不動產質權ノ特別效力ヲ舉タルトキハ左ノ如シ

第一 不動產質權ハ一ノ不動產上ノ物權ナルヲ以テ登記ヲ經ルニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス

故ニ不動產質權者ハ動產質權者ト異ナリ第三著ニ對シテ其權利ヲ主張スルニハ其權利ヲ登記スルコトヲシ取テ之ヲ占有スルコトヲ必要トセス但質權ノ一般ノ效力ニ關スル規定ハ之ヲ不動產質權ニ適用スルコトヲ以テ不動產質權ノ設定ニハ目的タル不動產ノ引渡ヲ必要トスルト同時ニ質權者ハ目的ノ占有ヲ質權設定者ニ委任スルコト能ハサルモノト論スルコトヲ得ヘシ然レトモ不動產質權ニ在テハ權利ノ登記ヲ以テ質權ノ成立並ニ存續ノ要件ト爲スヲ適當シ引渡又ハ占有ヲ以テ其要件ト爲スハ不可ナリトス

第二 不動產質權者ハ質物ノ目的タル不動產ノ用方ニ從ヒ其使用及收益ヲ爲スコトヲ得是不動產質權ノ特質ニシテ不動產質權者ハ權利ノ目的タル不動產ヲ占有シ其不動產ニ付優先辨濟ヲ受クルノ外尙其不動產 使用收益ヲ爲スノ權利ヲ有スルモノナリ蓋不動產ハ收益ナキヲ常トシ且使用收益ヲ爲スニ於テハ之ヲ毀損スルノ恐アリ從ニ質權者ニ動產質ノ使用收益ノ權利ヲ與フルハ害アリテ毫モ益ナシ反之不動產ハ使用收益ニ通ヘルノミナラス之カ爲メ之ヲ毀損スルノ恐ナシ是古來不動產ニ關

シテノミ此制度ノ行レ來リタル所以ニシテ不動產質權ト其效力ヲ異ニスル最重要ナル點ナリトス故ニ質權ノ目的物カ田畠ナルトキハ質權者ハ之ヲ耕作シテ其收益ヲ爲シ權利ノ目的物カ家屋ナルトキハ之ヲ其住居ノ用ニ供スルコトヲ得ヘシ就中田畠ハ其收益ノ點ヨリ不動產質權ノ最良ノ目的物ナリトス然レトモ質權者ハ常ニ權利ノ目的タル不動產ノ用方ニ從ヒ其使用收益ヲ爲スコトヲ要シ其用方ヲ變スルコトヲ得ス故ニ質權者ハ畠地ヲ變シテ田地ト爲シ若クハ住家ヲ變シテ倉庫ト爲スコトヲ得ス

不動產質權者カ目的物ノ使用收益ヲ爲スコトヲ得ルヨリ左ノ效果ヲ生ス

甲 不動產質權者ハ管理ノ費用ヲ拂ヒ其他不動產ノ負擔ニ任ス

不動產質權者カ既ニ目的物ノ使用及收益ヲ爲ス以上ハ物ノ使用ニ伴フ費用、物ノ收益ノ以テ支辨スヘキ費用ヲ負擔スヘキハ理ノ當然ナリ故ニ不動產ノ管理ニ必要ナル費用及租稅其他不動產ノ負擔ニ屬スル費用即所謂通常ノ必要費ハ凡テ質權者ノ負擔ニ屬スルモノニシテ民法第一九六條但書ノ規定ハ此場合ニ之ヲ準用スルコトヲ得ヘキモノト信ス(三五七條)

乙 不動產質權者ハ其債權ノ利息ヲ請求スルコトヲ得ス

不動產質權者カ目的物ノ使用收益ヲ爲ストキハ其使用收益ハ即債務者ヲシテ元本ヲ使用セシムルノ對價ニシテ利息ト同一ノ效用ヲ爲スモノナレハ不動產質權者ハ債務者ニ對シテ別ニ債權ノ利息ヲ請求スルコトヲ得ス何トナレハ此場合ニ於テ質權者カ利息ノ請求ヲ爲シ得ヘキモノトスルトキハ質權者ハ元本ノ給與ニ對シ二重ニ報酬ヲ受クルノ不公平ナル結果ヲ生スヘケレハナリ是第三五八條ノ規定アル所以ナリ

以上説明スル所ニ從ヒ不動産質權ハ其本質トシテ質權者ノ使用收益權ヲ包含シ其結果質權者ニ於目的物ニ關スル通常費ヲ負擔シ且債權ノ利息ヲ請求スルコトヲ得サルヲ原則トスルモ當事者カ設定行爲ヲ以テ反對ノ意思ヲ表示シタルトキハ其意思ニ從フ可キモノトス故ニ當事者間ニ特約アルトキハ或ハ質權者ニ於テ使用收益ノ權利ヲ有セサルコトアルヘク或ハ債務者ニ於テ目的物ノ管理費用ヲ支拂フノ義務ヲ負擔スルコトアルヘク又質權者ニ於テ使用收益ヲ爲ス外尙利息ヲ請求ヘルノ權利ヲ有スルコトアルヘシ要スルニ此點ニ關シテハ法律ハ當事者ノ意思表示ニ依カレ與ヘ之ヲ制限セス是第三五九條ニ規定スル所ナリ

丙 賀權者ハ目的物ヲ他人ニ賃貸スルコトヲ得

質權者ハ質權ノ一般ノ效力トシテ自己ノ責任ヲ以テ轉質ヲ爲スヲ得ルハ勿論權利ノ目的タル不動產ヲ他人ニ貸與シ賃料ヲ受取リテ其所得ト爲スコトヲ得ヘシ是他ナシ質貸ハ要スルニ目的物收益ノ一方法タルニ過キナルヲ以テナリ

第三 不動產質權ノ存續期間ハ十年ヲ超ユルコトヲ得ベ

不動產質權ハ十箇年以上ノ期間ヲ以テ設定スルコトヲ得ス是他ナシ所有者ニアラナル質權者ヲシテ永ク不動產ノ使用收益ヲ爲サシムルニ於テハ不動產ノ永久ノ改良ヲ目的トスル諸般ノ計畫ハ等閑ニ付セラルヲ以テ爲ニ其生產力ヲ減シ經濟上有害ナル結果ヲ生スルヲ以テナリ而シア民法實施前ニ在テハ三箇年ヲ以テ期間トシタレトキ新民法ハ其期間短キニ失スルモノトシテ之ヲ十箇年ニ延長シタルモノナリ

不動產質權ハ十箇年以上ノ存續期間ヲ有スルコトヲ得サルハ前述ノ如クナルヲ以テ當事者カ十箇年以

上ノ期間ヲ以テ此權利ヲ設定シタルトキハ其期間ハ之ヲ十年ニ短縮スヘキモノノトス即其不動產ハ質入ノ時ヨリ十箇年間ハ質物トシテ效用ヲ爲スヘキモ其以後ハ一切ノ負擔ヲ免レ債務者ニ於テ完全ニ其支配權ヲ回復スルコトヲ得ヘシ

質權ハ十年以上ノ期間ヲ以テ之ヲ設定スルコトヲ得スト雖之ヲ更新スルハ臺モ妨ナシ唯其期間ハ更新ノ時ヨリ十箇年ヲ超ユルコトヲ得サルノミ蓋更新ノ場合ニ於テハ質權ハ事實上十年以上存續スヘシト雖債務者ハ更新ニ際シ其利害得失ヲ研究シテ諸否ヲ決スルノ完全ナル自由ヲ有スルヲ以テ其利益ハ充分ニ保護セラルヘシ是法律カ同一ノ制限ヲ附シテ質權ノ更新ヲ許ス所以ナリ

第四 不動產質權ニハ抵當權ニ關スル規定ヲ準用ス
不動產質權ハ不動產ノ上ニ行ルル物上擔保トシテ抵當權ト其性質ヲ同ウスルヲ以テ抵當權ニ關スル規定ヲ準用スヘキモノトス此點ニ付テハ後ニ抵當權ヲ論スルニ當リ説明スヘシ

第六節 權利質

權利質トハ質權ノ目的カ所有權以外ノ財產權ニ存スルモノヲ謂フ蓋質權ハ一ノ物權トシテ直接ニ有體物ノ上ニ行ルルヲ原則トスル質權ハ物ノ所有權ノ上ニ行ルル權利タルニ外ナラス所有權ニシテ既ニ質權ノ目的タルコトヲ得ル以上ハ所有權以外ノ財產權ト雖苟交換價格ヲ有スルモノナルニ於テハ其上ニ質權ヲ設定シ之ヲ債權ノ擔保ニ供スルコトヲ得ルト爲スハ質權ノ性質ヨリ見テ毫モ不可ナシトス是民法カ歐洲諸國ノ立法例ニ倣ヒ別ニ權利質ヲ認メ質權ニ關スル規定ヲ之ニ準用シタル所以ナリ(三六二條)

所有權以外ノ財產權例之地上權、永小作權、債權、版權、特許權等ハ凡テ質權ノ目的ト爲スヲ得ヘシト雖親族ノ身分關係ヨリ生スル権利例之親權夫權、戸主權ノ如キモノハ財產權ニ非ナルヲ以テ質權ノ目的タルコトヲ得ス蓋此等ノ權利ハ其性質上權利者ニ專屬シ之ヲ讓渡スコト能ハサルニ依リ債權ノ擔保タルニ適セサルヲ以テナリ

權利質ニ關シテハ其性質ノ許ス限りハ質權ニ關スル規定ヲ準用スヘキモノトス例之質權者ノ權利ニ關スル第三四二條質權ノ目的ニ關スル第三四三條、質權ノ範圍ニ關スル第三四六條等ハ凡テ權利質ニ適用シ得ヘク地上權、永小作權ヲ目的トスル質權ニ關シテハ不動產質ノ規定ヲ準用スルカ如シ然レトモ右ノ外尙債權ヲ目的トスル權利質ニ付テハ權利質ニ關スル第四節中ニ特別規定アルヲ以テ此等規定ニ付說明ヲナスノ必要アリ依テハ第一権利質ノ設定、第二権利質ノ實行ニ區別シテ説明スヘシ

第一款 債權ヲ目的トスル 権利質ノ設定

債權ヲ以テ目的ト爲ス場合ニ債權證書ナキトキハ質權ノ規定ハ當事者ノ意思表示ノミヲ以テ其效ヲ生ス蓋此場合ニ於テハ引渡スヘキ有形物ナキニ依リ質權成立ノ要件タル目的物ノ引渡ハ不能ナルヲ以テナリ反之債權證書アルトキハ設定者ハ其證書ヲ質權者ニ引渡スコトヲ要シ其引渡アル迄ハ質權ハ發生セス是他ナシ債權證書アルトキハ證書ノ占有ハ債權ノ所在ヲ認識ヘキ標準トナリ證書ヲ占有スルハ即債權其モノヲ占有スルニシケレハナリ是法律为目的物ノ引渡ニ代フルニ證書ノ引渡ヲ以テスル所

以ナリ(二二六二條)

債權ヲ目的トスル質權設定ノ第三者ニ對スル效力ニ關シテハ左ノ區別ニ從フヘキモノトス

甲 指名債權 指名債權トハ債權者ノ特定セル債權謂フ普通ノ債權ハ指名債權ナリ例之甲カ乙ニ對シテ資金ノ債權又ハ物品ノ賣渡代金ノ債權ヲ有スルモノト假定スルトキハ債權者ハ甲ニシテ其債權ハ即指名債權ナリ此種ノ債權ニ付質權ヲ設定セントスルニハ債權ノ讓渡ニ關スル民法第四六七條ノ規定ニ從ヒ質權設定者ヨリ質權ヲ設定シタル旨ヲ第三債務者ニ通知スルカ若クハ第三債務者ニ於テ質權ノ設定ヲ承諾スルニ非ナレハ之ヲ以テ第三債務者其他ノ第三者ニ對抗スルヲ得ス且第三債務者以外ノ第三者トノ關係ニ於テハ質權設定ノ通知又ハ承諾ハ確定日附アル證書ヲ以テ之ヲ明確ナラシムルコトヲ要ス蓋質權設定ノ場合ニ於テモ亦第三者ノ權利ヲ保護スルカ爲メ債權讓渡ノ手續ヲ履行スルノ必要アノヲ以テナリ

記名ノ株式モ亦一ノ指名債權ナルヲ以テ右ノ原則ヲ適用セサルヘカラス然レトモ民法ハ實際ノ便宜上記名株式ノ買入ニ付テハ債權證書即株券ノ引渡ノミヲ以テ充分ナリトシ前記ノ手續ヲ履ムコトヲ要セアルモノトナセリ故ニ質權ノ設定ニ關シテハ記名ノ株式ハ無記名債權ト同視セラルルモノナリ但株式以外ノ記名債權ニ付テハ全然前記ノ原則ヲ適用スルハ勿論ナリトス(二二六五條)

指名債權ノ一種タル記名ノ社債ニ關シテハ特別ノ手續アリ社債トハ商事會社カ商法ノ規定ニ從ヒ債券ヲ發行シテ負擔シタル債務ヲ謂フ此種ノ債權ニ付質權ヲ設定スルニハ商法第二〇六條ニ規定セル社債讓渡ノ手續ニ從ヒ會社ノ帳簿ニ質權ノ設定ヲ記入スルコトヲ要シ此手續ヲ爲スニ非ナレハ之ヲ以テ會社其他ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス蓋記名社債ニ關スル權利ノ得喪ハ必會社ノ社債名簿ニ登載スヘキモノニシテ社債名簿ハ不動產ニ於ル登記簿ト其效用ヲ同シクスルモノナレハナリ

乙 指圖債權 指圖債權ハ證書アル債權ニシテ證書ニ指定セラレタル債權者又ハ其指圖人ニ支拂フヘ

キ者ヲ謂フ手形其他裏書ヲ以テ讓渡スコトヲ得ヘキ債權ハ凡テ指圖債權ナリ而シテ此種ノ債權ハ流通債權ト稱シ裏書ニ依テ移轉スヘキモノナレハ質權ノ設定ニ付テモ亦其證書ニ裏書ヲ爲シテ之ヲ明確ナラシムルコトヲ要シ質權設定ノ裏書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(三六六條)

丙 無記名債權 無記名債權モ亦證書アル債權ニシテ其證書ニ債權者ノ記名ナキモノヲ謂フ我民法ニ在テハ無記名債權ハ動產ト看做サルヲ以テ質權ノ設定ニ關シテモ亦動產質ノ規定ヲ適用スヘキモノトス

第二款 債權ヲ目的トスル權利質ノ實行

債權ヲ目的トスル質權ノ實行方法ニ付テハ民法第三六七條ニ特別規定アリ質權者ハ質權ノ目的タル債權ヲ直接ニ取立ツルヲ得ヘシ是債權質ノ性質上自ラ然ラナルヲ得サル所ニシテ質權者カ權利ノ目的タル債權ヲ自己ノ債權ノ辨濟ニ供スルニハ第三債務者ヲシテ擔保ニ供セラレタル債權ノ目的タル債權取立ノ方法ハ債權ノ目的の金錢ナルトキ此場合ニ於テハ質權者ハ自己ノ債權額ニ對當スル部分ニ限り之ヲ取立フルコトヲ得ヘク其部分ヲ取立ツルコトヲ得ス蓋質權者カ其債權ノ完全ナル辨濟ヲ受クルニハ之ニ相當スル金額ヲ取立ツルヲ以テ足ルモノニシテ其他ノ部分ヲ取立ツルノ必要ナケレハナリ且質權者ハ其債權ノ辨濟期カ到來セサル間ハ其辨濟ヲ受クルコト能ハサルヲ以テ質權者カ第三債務者ヨリ

甲 債權ノ目的物カ金錢ナルトキ此場合ニ於テハ質權者ハ自己ノ債權ノ辨濟ニ充ツルニハ其辨濟期カ到來シタルコトヲ必要トシ辨濟期ノ到来セサル間ハ此權利ヲ行フコトヲ得ス然レトモ此場合ニ於テハ質權者ハ第三債務者ヲシテ其金額ヲ供託セシムルコトヲ得ヘク供託セラレタル金額ハ爾後質權者ノ權利ノ目的物ナルヲ以テ質權者ハ辨濟期ノ到来ヲ待テ其金額ニ付優先辨濟ヲ受クルノ權利ヲ有スルモノナリ(三六七條二項、三項)

乙 債權ノ目的物カ金錢以外ノ物件ナルトキ此場合ニ於テハ質權者ハ辨濟トシテ受ケタル物件ノ上ニ質權ヲ有ス故ニ質權者ハ爾後其物件ヲ占有シ有體物ノ目的トスル質權ニ付既ニ述ヘタル原則ニ從ヒ其物件ノ上ニ權利ヲ行フコトヲ得但此規定ハ質權カ金錢以外ノ有體動產ヲ目的トスル場合ニ適用セラルヘキモノニシテ不動產ノ請求權ヲ目的トスル質權ニ付テハ殆其適用ヲ見サルモノトス(三六七條四項)

債權質ノ實行ニ關シテハ前記ノ方法ニ依ルコトヲ得ヘシト雖其他ノ實行方法ニ付テハ民事訴訟法ノ規定ニ從フコトヲ要シ債權ニ對スル強制執行ニ關スル諸般ノ規定此場合ニ準用スヘキモノトス例之質權者ハ質權ノ目的タル債權ノ取立ニ代へ券面額ニテ債權ヲ轉付ヲ求ムルコトヲ得ヘキ質權ノ目的タル債權カ反對給付又ハ條件ニ繫り若ノハ不确定期限アルトキ其他一般ニ債權ノ取立カ困難ナルトキハ裁判所ニ申請シテ其換價方法ヲ定ムルヲ得ルカ如シ(三六八條)

第五章 抵當權

第一節 抵當權ノ性質

民法第三六九條ニ曰ク「抵當權者ハ債務者又ハ第三者カ占有ヲ移サシテ債務ノ擔保ニ供シタル不動產ニ付他ノ債權者ニ先チテ自己ノ債權ノ辨濟ヲ受クル權利ヲ有ス」ト此定義ニ依ルトキハ抵當權ハ左ノ性質ヲ有スルモノナリ

第一 抵當權ハ物上擔保ナリ 抵當權ハ債權ノ辨濟ヲ確保スルヲ以テ目的トスル所ノ物權ニシテ物上擔保ノ一種ニ屬ス從テ此權利ノ存立ニハ其權利ノ附隨スル主タル債權アルコトヲ必要トス故ニ此點ニ關シテハ抵當權ハ留置權、先取特權、質權ト其性質ヲ同クスルモノナリ

第二 抵當權ハ不動產ノ上ニ行ルル權利ナリ 是抵當權ノ特質ニシテ此權利ハ常ニ必不動產ヲ目的トスルコトヲ要シ動產ノ上ニ行ルルコトナシ而シテ抵當權ハ不動產其モノノ上ニ行ルル原則トスルモ民法ハ後ニ説明スル如ク不動產上ノ權利タル地上權永小作權モ亦抵當權ノ目的タルコトヲ得ヘキモノトナセリ

第三 抵當權ハ當事者ノ意思表示ヨリ生スル權利ナリ 抵當權者ハ債務者又ハ第三者カ債務ノ擔保トシテ供シタル不動產ニ付優先辨濟ヲ受クルノ權利ヲ有スルモノナルヲ以テ抵當權ノ設定ニ付テハ常ニ債權者ト目的物ノ所有者タル債務者又ハ第三者トノ間ノ意思表示ヲ必要トシ此意思表示ナキトキハ抵當權ハ發生セサルモノトス佛國民法ニハ法律上ノ抵當及裁判上ノ抵當ナルモノアレトキ我民法ハ舊民法ト等ク之ヲ認メナルヲ以テ我民法ノ抵當權ハ專ラ佛國法ニ所謂合意上ノ抵當權ノミニ限定セラルルモノナリ故ニ抵當權ハ質權ト發生原因ヲ同ウシ留置權、先取特權ト之ヲ異ニスルモノナリ

第四 抵當權ハ目的物ノ占有ヲ必要トセサル權利ナリ 是留置權、質權大ニ其性質ヲ異ニスル所ナリ蓋留置權ハ其權利ノ性質上ノ目的物ノ占有ヲ必要トシ留置權ト占有トハ分離スヘカラナル關係ヲ有ス

ルノミナラス質權ニ在テモ亦第三者ヲシテ設定アリタルコトヲ知ラシムルカ爲メ質權者ニ於テ目的物ヲ占有スルノ必要アリ反し抵當權ハ不動產上ノ權利ナルヲ以テ權利者ハ登記ニ依リ充分ニ公示ノ目的ヲ達スルコトヲ得ヘク敢目的物ノ占有ヲ必要トセス故ニ抵當權ハ概シテ質權ヨリモ便利ナリトス何トナレハ設定者ハ目的物ノ占有ヲ債權者ニ移スコトヲ要セサルヲ以テ抵當權ノ設定ニ拘ラス其使用及收益ヲ繼續スルコトヲ得ヘク抵當權者モ亦自身ニ目的ヲ保管スルノ煩累ヲ免レ得ヘケレハナリ抵當權ハ羅馬法以來歐洲諸國ノ立法ニ於テ採用セラレ來リタルモノナリ我國ニ於テハ不動產質ハ盛ニ行レタレトモ抵當權ノ制度ナク此制度ニ行ルルニ至シハ全ク維新後ノ事ニ屬シ歐洲諸國ノ立法制度ヲ辨入シタルノ結果ナリトス方今ニ抵當權ノ制度盛ニ行レ不動產質ハ却テ衰微スルニ至レリ是抵當權ノ不動產質ニ比シテ實際上頗便利ナルカ爲ナリ

第五 抵當權ハ不可分ノ目的物ニ付他ノ債權者ニ先シテ辨濟ヲ受クルノ權利ナリ 抵當權者ハ債務者カ其債務ヲ辨濟セサル場合ニ目的物ヲ賣却シ其賣却代金ヲ以テ其債權ノ優先辨濟ヲ受クルノ權利ヲ有スルモノニシテ此權利ハ即抵當權ノ實質ヲ組成スルモノナリ故ニ此點ニ付テハ抵當權ハ先取特權及質權ト其性質ヲ同クシ留置權ト其性質ヲ異ニスルモノナリ

第六 抵當權ハ不可分ノ權利ナリ 抵當權者ハ目的物ノ存スル限り其債權ノ全部ニ付目的物上ニ權利ヲ行フコトヲ得ヘク其債權ノ存スル限りハ目的物ノ全部ニ付其權利ヲ行フコトヲ得ヘシ此點ニ關シテハ留置權ヲ論スルニ當テ既ニ説明セラルヲ以テ茲ニ再論セス

第二節 抵當權ノ目的物

第一 抵當權ノ目的タルコトヲ得ヘキ物件ハ左ノ如シ

甲 不動產

抵當權ノ目的ハ不動產タルコトヲ要スルハ民法第三六九條ノ規定ヨリ生スル結果ニシテ抵當權ノ特質タルコトハ既ニ一言セル所ナリ故ニ其性質ニ於テ不動產タル土地抵當權ノ目的タルコトヲ得ヘキ勿論土地ニ定著スル所ノ家屋其他ノ建物亦不動產トシテ抵當權ノ目的タルコトヲ得ヘシ蓋建物ハ土地ニ定著シテ之ト一體ヲ爲スモノナレハ理論上ヨリ云フトキハ建物ハ土地ト分離シテ抵當權ノ目的タルコトヲ得サルモノト論スルコトヲ得ヘシト雖我法制ニ在テハ土地ト建物トハ各獨立ノ不動產ヲ組成シ建物ヲ以テ土地ノ從物ト看做サルカ故ニ建物ハ土地ト分離シ之ヲ讓渡シ又ハ之ヲ擔保ニ供スルコトヲ得ヘシ是現行登記法ニ於テ土地及建物ニ付特ニ登記手續ヲ規定セル所以ナリ樹木モ亦土地ニ定著シテ之ト一體ヲ爲スモノナレハ土地ニ定著スル間ハ不動產ノ性質ヲ有スルモノナリ然レトモ我法制ニ在テハ樹木ヲ以テ獨立シタル不動產ト看做サルカ故ニ樹木ハ土地ト共ニスルニ非サレハ之ヲ以テ抵當權ノ目的ト爲スコトヲ得サルモノトス

乙 地上權及水小作權

地上權及水小作權ハ共ニ不動產上ノ強大ナル物權ニシテ各獨立シテ存在スルコトヲ得ヘク其所有権ト異ナルハ其内容ヲ異ニスルノ點ニ在リ詳言モ亦抵當權ノ目的タルコトヲ得ヘキモノトシ抵當權ニ關スル規定ヲシテ不動產上ノ所有權ハ總テノ關係ニ於テ不動產ヲ支配スルノ權利タルノ規定ヲ之ニ準用シタル要役地ト分離シテ之ヲ抵當權ノ目的ト爲スコトヲ得留置權及先取特權ハ特殊ノコトヲ以テ其附隨スル要役地ト分離シテ之ヲ抵當權ノ目的ト爲スコトヲ得他ノ債權ノ擔保スルカ爲ニ設ケタルモノナレハ之ヲ他ノ債權ノ擔保スルヲ以テ其本來ノ目的トスルモノナレハ轉質又ハ抵當權移轉ノ方法ニ依テ他ノ債權ノ辨済ヲ擔保スルヲ以テ其本來ノ目的トスルモノナレハ轉質又ハ抵當權移轉ノ方法ニ依テ他ノ債權ノ擔保ト爲スハ格別ノ目的ヲ得サルモノトス

右ノ外抵當權ノ目的物ニ關シ注意スヘキ點アリ即抵當權ノ目的タル不動產ハ讓渡スルコトヲ得ヘキモノタルヲ要シ公有ノ道路建物ノ如キハ其公用ヲ廢止シタル後ニ非サレハ之ヲ以テ抵當權ノ目的ト爲スコトヲ得ス又債權者ト抵當權設定者トノ間ノ設定行為可抵當權ヲ發生スルニハ設定者ニ於テ抵當權ノ目的タル不動產ヲ所有スルコトヲ必要シ第三者ノ不動產ヲ目的トスル所ノ抵當權設定行為ハ抵當權ヲ發生セラモノトス終ニ抵當權ノ目的物ノ賣却賃貸失又ハ毀損ハ依テ設定者ノ受クヘキ金錢其他ノ物ニ關シテ之ヲ行フコトヲ得ヘク設定者ニ目的上ニ設定シタル物權ノ對價ニ付テモ亦然リトス但抵當權者カ此等ノ金錢又ハ物件ニ付其權利ヲ行フニハ其拂渡又ハ引渡前ニ差押ヲ爲スコトヲ要シ第三債務者カ此等ノ拂渡又ハ引渡ヲ了シタル後ハ最早其權利ヲ行フコトヲ得ス要スルニ此點ニ關シテハ民法第三〇四條ノ規定ハ全然抵當權ニ準用セラルヘキモノトス是民法第三七二條ニ規定スル所ナリ

第二 目的物ニ關シテスル抵當權ニ付テハ左ノ原則ニ從フヘキモノトス

抵當權ハ目的タル不動產ニ附加シテ之ト一體ヲ爲シタルモノニ及フ(三七〇條)例之抵當權カ家屋ヲ目

的トスル場合ニ家屋ノ所有者カ其家屋ヲ増築シタルトキハ抵當權者ハ其増築シタル部分ノ上ニ抵當權ヲ行フコトヲ得ヘク抵當權ノ目的タル土地ノ所有者カ其土地ニ樹木ヲ植エ付ケタルトキハ抵當權者ハ其樹木ノ上ニ抵當權ヲ行フコトヲ得ヘシ然レトモ抵當權者カ附加物ノ上ニ其權利ヲ行フニハ附加物カ不動產ニ定著シテ之ト一體ヲ爲スコトヲ必要トシ不動產上ニ一時存置セラレタル物件又ハ容易ニ取去リ得ヘキ物件ハ權利ノ目的タルコトヲ得ス例之一時土地ノ上ニ据置キタル木石、家屋ニ取付ケタル足臺ノ如シ

前記ノ原則ニハ例外アリ即左ノ如シ

甲 土地ノ抵當權ハ其上ニ築造シタル建物ヲ包含セス

是他ナシ建物ハ土地ト分離シテ獨立ノ不動產ヲ組成シ土地ノ從物ニ非サルヲ以テナリ

乙 常事者カ設定行為ヲ以テ抵當權ノ範圍ヲ定タルトキハ之ニ從

當事者ノ間ニ特約有ルトキハ不動產ノ抵當權ハ必シモ其附加物ヲ包含セサルモノトス蓋不動產ノ抵當權カ當然其附加物ヲ包含スルモノトスルハ當事者ノ意思ノ推測ニ基クモノニ外ナラサルヲ以テ當事者カ反對ノ意思ヲ表示シタルトキハ其意思ニ從フハ毫モ不可ナキヲ以テナリ(三七〇條)

丙 債務者カ他ノ債權者ヲ害スルコトヲ知リテ不動產ニ附加シタル物件ハ抵當權ノ目的タルコトヲ得ス

是民法第四二四條ニ掲タル詐欺行為廢能ノ原則ヲ抵當權不動產ニ加ヘタル工事ニ適用シ同條ニ定ムル條件ニ從ヒ他ノ債權者ヲシテ蓋債務者カ費用ヲ支出シテ抵當權ニ工事ヲ施ストキハ其工事ハ一方ニ於テハ抵當權ノ價格ヲ増加シテ抵當權者ヲ利スルト同時ニ他方ニ於テハ總債權者ノ共同擔保ヲ減シテ抵當權者以外ノ債權者ヲ害スルモノナリ是ニ於テ法律ハ第四二四條ノ原則ヲ適用シ同條ニ定ムル條件ニ從ヒ他ノ債權者ヲシテ工事ニ依リ附加セラレタル物ノ上ニ其權利ヲ行フコトヲ證セシムルモノナリ而シテ他ノ債權者カ此權利ヲ行フニハ(イ)其工事カ他ノ債權者ヲ害シタルコト(ロ)債務者カ其行為ノ當時債權者ヲ害スルコトヲ知リタルコト(ハ)抵當權者モ亦其當時詐害ノ事實ヲ知リタルコトヲ必要トス但此場合ニ於ル債務者ノ行為ハ法律行為ニ非サルヲ以テ之ヲ取消スノ必要ナク前記要件ノ具備スル以上ハ抵當權者ニ對シテ其權利ヲ主張シ附加物ノ上ニ平等均一ノ權利ヲ行フコトヲ得ヘシ

丁

不動產ノ抵當權ハ之ヨリ生スル果實ヲ包含セス

從物ハ主物ト其運命ヲ同ウスルヲ原則トスルヲ以テ理論上ヨリ云フトキハ不動產ノ抵當權ハ其不動產ヨリ生スル果實ヲモ包含セムノト論スルコトヲ得ヘシト雖抵當權ハ不動產質權ト異ナリ不動產ノ所有者ヲシテ依然トシテ其使用收益ヲ繼續スルコトヲ得セシムルヲ以テ其固有ノ性質ト爲スコトハ前既ニ説明スル所ノ如クナルカ故ニ若不動產ノ抵當權ハ其不動產ヨリ生スル果實ニ及フモノトスル時ハ不動產ノ所有者ハ其收益ヲ爲スコト能ハサルニ至リ抵當權ノ本質ニ反スルノ結果ヲ生スヘシ是民法第三七一條前段ニ於テ不動產ヨリ生スル果實ハ不動產ノ從トシテ抵當權ノ目的トナラサルコトヲ規定セル所以ナリ然レトモ亦例外アリ即左ノ如シ

イ 不動產ノ差押アリタル時 抵當權實行ノ爲目的タル不動產ノ差押ヲ爲シタルトキニ於テハ爾後抵當權ハ其不動產ヨリ生スル所ノ果實ノ上ニモ及フモノトス他ノ債權者カ強制執行ノ爲ニ不動產ノ差押ヲ爲シタル場合亦同シ蓋法律ハ不動產所有者ノ使用收益ヲ妨ケサルノ必要上不動產ヨリ生スル果實ヲ抵當權ノ目的ヨリ除外シタルト雖抵當權者又ハ他ノ債權者カ其不動產ヲ差押ヘテ執

行ニ著手シタル時ハ最早不動產ノ所有者ヲシテ其收益ヲ繼續セシムルコトヲ得ス何トナレハ適法ニ爲シタル差押ハ爾後目的物ニ關スル收益ノ權能ヲ所有者ヨリ剝奪スルノ效ヲ生スルヲ以テナリ而シテ不動產ノ所有者カ其收益ヲ爲スコト能ハサル以上ハ一般ノ原則ニ因リ抵當權者ヲシテ不動產ヨリ生スル果實ニ付其權利ヲ行フコトヲ得セシムルヲ當然ナリトス是第三七一條但書ノ規定アル所以ナリトス

(四) 第三取得者カ抵當權實行ノ通知ヲ受ケタル時 抵當權ノ目的タル不動產ニ付所有權地上權又ハ永小作權ヲ取得シタル第三者ハ抵當權ニ因テ擔保セラル債權ノ辨濟ヲ爲シ不動產ノ負擔ニ屬スル抵當權ヲ撤除スルコトヲ得ヘシ於是抵當權者ハ抵當權ヲ實行スルニ當リ豫之ヲ第三取得者ニ通知シ第三取得者ヲシテ撤除權ヲ行フコトヲ得セシムルコトヲ要ス是第三七八條以下ニ規定スル所ナリ而シテ第三取得者ハ其權利ノ本質ニ從ヒ任意ニ不動產ノ使用收益ヲナスノ權ヲ有スト雖抵當權者ヨリ前記ノ通知ヲ受ケタル後ハ最早不動產ノ收益ヲナスヲ得ス蓋此場合ニ於クハ抵當權者ハ未抵當權ノ實行ニ著手サルモ將ニ其實行ニ著手セントスルモノニシテ唯第三取得者ヲシテ撤除權ヲ行フコトヲ得セシムルカ爲メ其實行ニ先チ特ニ通知ノ手續ヲ爲スモノニ過キザルヲ以テ抵當權實行ノ場合等ク第三取得者ヲシテ爾後不動產ノ收益ヲ爲スコトヲ得サラシムルヲ公平ナリトス從テ抵當權者カ抵當權ノ實行ヲ第三取得者ニ通知シタル以後ハ差押ノ場合ト等ク不動產ヨリ生スル果實ノ上ニ其權利ヲ行フコトヲ得ヘシ然リト雖抵當權者カ抵當權ノ實行ヲ第三取得者ニ通知シタル場合ニ第三取得者ノ收益ヲ停止シ抵當權者ヲシテ果實ノ上ニ其權利ヲ行フコトヲ得セシムル所ノモノハ他ナシ抵當權者カ其抵當權ヲ實行セントスルカ爲ナリ然ルニ抵當權者カ抵當權ノ實行

ニ非ストノ見解ヲ執ルトキハ取消スヲ得ス然レトモ予ハニ者共ニ法律行為ト解スルヲ穩當ト信スルナリ又此カ爲ニ第四〇一條ノ適用モアルナリ從タル義務ノ主要ナル内容ハ左ノ如シ
 (一) 目的物ノ引渡し 目的物ノ引渡シハ有體物ヲ目的トスル財產權ニ關スルトキハ其物ノ占有權ノ移轉ヲ有體物ヲ目的トセサル財產權ニ關スルトキハ其權利ノ準占有權ノ移轉ヲ買主ニ得セシムル契約ヲ謂フナリ(一八二條乃至一八四條二〇五條)引渡ハ特定物ニ非サレハ行レス(四〇〇條)但不特定物ト雖其物カ特定物トナリタルト同時ニ又ハ其後ニ引渡アルコト勿論トメ(四〇一條)引渡ノ義務ハ以テ物權ノ設定移轉ノ對抗要件ト混スルコトナキヲ要ス動產所有權ニ賣賣ニ於ル目的物ノ引渡ハ勿論同時ニ對抗要件ノ成ツモ意味スト羅斯ル場合ニ於テモ其引渡ノ目的ハ對抗要件ノ完成ノミニハ止マラサルナリ即當事者間ニ成立スル物權ノ移轉設定ヲ第三者ニ對抗スルノ目的ノ外ニ尙其當事者間ニ成立スル物權其モノノ内容トシヲ包含セラルル占有權ノ移轉ヲモ得セシムルノ目的ニ出ツルモノニ外ナラサルナリ隨テ動產物權ニ關スルト不動產物權ニ關スル債權其他物權ニ非サル財產權ニ關スルト間ハス抵當權等ノ如ク苟賣買ノ目的ハ權利ノ性質目的物ノ引渡ヲ必要トセサルモノナラサル限ハ皆是カ爲ニ其引渡ヲ必要トスルナリ(五七三條乃至五七五條)向中ニハ本權ノ設定移轉ノ意思表示アル一事ニ由アラ當然之ヲ必要トスルモノモ之アルナリ例之質權ノ如シ(三四四條三五ハ二條二項)
 (二) 對抗要件ノ完成 物權ニ限ラス時トシテハ債權其他ノ財產權ニモ其適用アルコト勿論ナリ(一七七條一七八條四七六條以下五八一條等)

(三) 目的物ノ保存(四〇〇條)

(四) 買賣費用ノ分擔 買賣ノ費用ニ關シテモ立法例必シモ一樣ナラス(佛民一五九三條獨民四四八條四四九條)然レトモ我民法ニ於テハ半分負擔トセリ(五五八條)蓋賣買ハ有償契約ナルニ由リ是ニ依テ當事者雙方平等ノ利益ヲ受クレハナリ但此點ニ關シテハ異タル慣習又ハ意思表示ノ存スルコトモ實際ニハ多カルヘシト信ス

(乙)

救濟義務

一般契約ノ效果トシテ生スル義務

(一) 不履行ノ抗辯 此義務ハ一見債権賣買ノ場合ニ限ルモノト解スヘキカ如シ蓋此抗辯ハ直接ニハ雙務契約即債務契約ニ關ス(五三三條)加之物權賣買ノ場合ニハ其契約當然ノ效果トシテ財產權ノ移轉アルモノナル故ニ又不履行ナルコト生シ得サルカ如キヲ以テナリ然レトモ從タル義務ハ物權賣買ノ場合ニ於テモ債務タルコトニ述ヘタルカ如シ而シテ買主ノ義務タル代金ノ支拂ハ通常債務ノ發生ヲ來スモノナリ故ニ亦斯ル物權賣買ヲ雙務契約ト謂フコトハ不當ニ非スト信ス從テ賣主ニ於テ物ノ引渡登記其他ノ從タル債務ヲ履行セサルトキ買主モ亦自己ノ義務ノ履行ヲ拒ムコトヲ得ヘシ但引渡ニ依テハ特ニ其規定アリ(五七三條)

(二) 危險負擔(五三四條乃至五三六條) 買主カ危險負擔ニ任スル場合ハ賣ハ極テ稀ナリ何トナレハ

代金支拂フ時迄ハ不特定ナルコト通常ナレハナリ
(三) 契約ノ解除(五四〇條以下) 此他賣買ヨリ生スル債務ニ關シテハ一般債權ノ效力ニ從テ之ヲ決ス
可キコト勿論ナリ

第二 買賣ノ特別ノ效果トシテ生スル義務

買賣ノ效果トシテ最重要ナルハ民法ニ賣買ノ特別效力ト

シテ規定セラル賣主及買主ノ義務就中殊ニ茲ニ説カントスル賣主ノ義務ナリトス(五六〇條以下)但賣買ニ特別ノ效力ト謂フモ一般有償契約ニ準用ナキノ謂ニ非サルコトハ勿論トス加之尚遺贈ノ如契約ニ非サル場合ニモ同一法理ニ應用アルナリ(一一〇條)此賣主ノ義務ハ總括シテノ擔保義務ト稱ス茲ニ所謂擔保義務トハ賣主ノ原始義務ノ確實ナルヲ擔保スル爲ニ若原始義務ノ實行セラレタル場合ニハ賣主ニ於テ更ニ之ヲ補償スルヲ責ニ任スルヲ謂フ左レハ又之ヲ擔保責任トモ稱スルナリ此擔保義務ハ総合的ノ義務ナリトハ謂ヘ賣買ヨリ生スル債權ノ本來ノ效力其モノニ屬ス故ニ之ヲ以テ所謂債權擔保ト同一視スヘカラス蓋債權擔保ハ総合其内容カ債權タルコト雖全然之ニ因テ擔保セラルル債權擔保ノ外一部ニ在シ擔保セラル債權ノ效力ヲ確保スルノ目的ヲ有スルモノナルヲ以テナリ例之賣主ノ債務ニ債權擔保アルトキハ其債權擔保ハ賣主ノ擔保責任ト履行迄モ確保スルヲ通常ト爲スカ如シ此擔保義務ハ更ニ數種ノ擔保義務ニ別ル故ニ之ヲ左ノ如クニ分説セント欲ス

(一) 常素タル擔保義務トハ民法ニ任用規定トシテ當事者ノ特約ナキ限ハ賣主ニ負擔セシムル擔保義務ヲ謂フ此種ノ擔保ニニアリ追奪擔保及瑕疵擔保是ナリ

(甲) 追奪擔保 追奪擔保トハ權利ノ欠缺ニ對スル擔保ヲ謂フ詳言スレハ賣買ニ因テハ賣主ノ義務ノ目的タル財產權ヲ賣主ニ取得セシメナルニ對スル賣主ノ擔保責任ヲ謂フ故ニ買主カ賣買ト無關係ナル權原例之真正ノ權利者ノ相繼人ト爲ルカ如キ事由ニ因テ其權利ヲ取得スルト否トハ問ハナルナリ追奪ト云フ文字アルモ賣主カ權利ヲ取得シタル後ニ真正ノ權利者タル第三者ヨリ觀テ物上請求權ノ行使ヲ受クル場合ニ限ルモノト解スヘキニ非サルコト勿論ナリ追奪トハ欠缺ト謂フ同一意義ナリト觀テ可ナリ唯問題タルハ第五六〇條ニハ他人ノ權利トアリヲ第五六一條第五六二條ハ之ヲ受クル

カ故ニ結局全部追奪ノ擔保義務ヲ生スレハ權利ノ主觀的欠缺ノ場合ニ限ルモノト認メサル能ハヌ蓋客觀的不存在ノ場合(例之五六六條物ノ一部ノ滅失)ハ多クハ目的ノ不能(買主惡意)又ハ錯認(買主善意)トシテ賣買ノ不成立ヲ來スコトヲ通常トスルヲ疑ハスト雖時シテハ賣買ノ成立ヲ來シ擔保ノ問題ニ歸著スルコトモ亦之ヲ認メサル能ハス而シテ斯ル場合ニ於テ他人ノ權利ノ賣買ノ場合ト其待遇ヲ異ニスヘキ理由ナキコトハ勿論ナリ故ニ立法論トシテハ全部追奪ニ關スル規定ハ猶キニ失スルモノト謂フヘキニ似タリ唯現行法ノ下ニ於テハ解釋トシテ可成狹隘ナル態度ヲ避ケ精神解釋ニ依テ如此場合ヲモ包含スルモノト爲スヲ正當ト信ス(五六五條而シテ最多クノ場合タル主觀的欠缺ニ付テ謂ハハ此事情ハ或ハ既ニ賣買締結ノ時ニ存スルコトアリ例之他人ノ權利ノ賣買ハ有效ナルカ故ニ賣主ニ於テ其權利ヲ第三者タル權利者ヨリ取得シテ之ヲ買主ニ移シ得ルノ見込ヲ以テ賣買ヲ締結スルコトアリ又例之賣主カ前主ヨリ其權利ヲ讓受ケタル契約カ既ニ無効ナリシヲ知ラスシテ賣買ヲ締結スルカ如キコトモアルヘシ或ハ又其事情ハ賣買以後ニ發生スルコトモアリ得ルナリ例之賣主カ取消シ得ヘキ契約ニ因テ其權利ヲ讓受ケタルニ買主ニ賣渡シタル後ニ至テ前主カ取消權ヲ行使セル場合ノ如キ又物權ノ賣主カ第一ノ賣買ニ關シテ對抗要件ヲ盡サル間ニ更ニ第二ノ賣却ヲ爲シテ之ニ對抗要件ヲ履載セル場合ノ如キ然リ尤後ノ場合ノ如キハ文理解釋上他人ノ權利ヲ以テ賣買ノ目的ト爲シタルモノト謂フヘカラスト雖不法行為ノ制裁ノミヲ以テシテハ其保護薄弱ニ失ス論理解釋上斯ル場合ニ限テ其保護薄弱弱ニスヘキ謂レナキコト要塞ニ述ヘタルカ如シ(五七二條)要スルニ追奪擔保ヲ生スル場合ハ可成廣キニ解スルモノト爲スルモノト認ムヘキナリ但賣買締結後賣主ノ賣ニ歸スヘカラサル事由ニ因テ權利ノ欠缺ヲ生シタルトキハ此限ニ非サルコトハ論ヲ須

タサルナリ例之賣買以後ニ賣買ノ目的タル權利カ取得時效ノ完成ニ因テ第三者ニ歸シタル場合ノ如キ時效ノ進行ハ賣買以前ニ在リタルモ尙賣主ニ擔保責任ヲ生セニ但賣買締結後直ニ時效ノ完成ヲ來シタル場合ノ如キハ賣主ニ中斷ヲ爲ササルノ過失無ク却テ賣主ニ其事情ノ賣主ニ告知セサリシ過失アルニ因テ擔保責任アルモノトスヘキナリ又稀有ノ場合ニハ屬スレトモ賣買後其權利カ沒收セラレ又ハ禁制セラレ或ハ收用セラル如キコトアルモ擔保責任ヲ生セナルコト論ヲ要セサルナリ權利ノ欠缺ニハ全部ノ場合ト一部ノ場合トアルコト言フヲ俟タス於是全部追奪及一部追奪ノ區別ヲ生ス而シテ之ニ對抗スル效果ハ大ニ異ル所アルカ故ニ此二種ニ別ラ其效果ヲ論スルノ必要アリ

(A) 全部追奪(五六〇條乃至五六二條) 全部追奪擔保ノ內容ハ之ヲ二ニ區別シ得ヘシ第一ハ賣主ニ於テ其欠缺アル權利ヲ取得シテ賣主ニ移轉スルニ在リ(五六〇條)物權契約ナルトキハ賣主ノ取得ト同時ニ權利ハ買主ニ移リ債權契約ナルトキハ取得後賣主ニ履行ニ因テ其效果ヲ生スルモノトス此債務ハ一般債務ニ關スル原則上特別ノ明文ナクトモ他ハノ權利ノ賣買ヲ有效トスニハ當然生スルモノト見ルヘキナリ第二ニ若賣主ニ於テ其權利ヲ取得スルコト能ハサルトキハ更ニ當事者ノ意思ノ善惡ニ從テ賣主ニ左ノ責務ヲ生ス(五六一條及五六二條)

(一) 買主ノ權利

- (イ) 薦意ノ賣主ハ賣買ノ解除ヲ爲スコトヲ得敷履行ノ催告ヲ爲スニ及ハサルナリ又債務不履行ニ因ル損害賠償ノ請求權ヲ有スルコトハ勿論ナリ(五六一條五四〇條以下)
- (ロ) 惡意ノ賣主ハ賣買ノ解除ヲ爲シ得ルノミ賠償ノ請求權ヲ有セス(五六一條但書)蓋此場合ニ於テハ賣主ニ歸スヘカラサルヲ以テナリ

(二) 賣主ノ権利

(1) 善意ノ賣主ハ自ラ進テ賣買ノ解除ヲ爲スコトヲ得其實益ハ第三者者カ真正ノ權利者ナルニ其權利ノ目的物ヲ買主ニ引渡シセス但自己ニ知ラサル過失アリシニ由リ買主ノ損害ヲ賠償スヘキコトハ勿論ナリ(五六二條一項)然レトモ買主ニシテ惡意ナリシトキ買主ハ自己ニ權利ヲ取得スルコト能ハサル場合ヲモ豫想セルモノト認ムヘキカ故ニ賣主ハ賠償ノ責ヲモ負ハサルナリ(五六二條二項)(五六一條但書ハ買主ヨリ權利ヲ行使スルコトニ著眼第五六二條ハ其賣主ヨリ處置ヲ取りタルコトニ著眼)

(2) 惡意ノ賣主ハ自ラ進テ何等ノ處置ニ出ワルノ權利ヲ有セスニ買主ノ處置ヲ待ツノ外ナシ只

第五四七條ノ適用アルノミ

(B) 一部追奪(五六三條乃至五六七條五七七條) 一部追奪トハ競ニ追奪擔保ノ一般論ニ於テ述ヘタル如ク賣買ノ目的タル權利ノ一部ノ欠缺ノ場合詳言スレハ賣買契約上當事者雙方ニ於テ存在スルモノト體タル權利ノ内容カ一部分賣主ニ屬セサルカ爲ニ其一部分ニ付テハ賣主ハ賣買上ノ義務ヲ履行スルコト能ハサルヲ謂フ而シテ權利ノ内容カ部分のニ欠缺スル場合ニ二種アリ一ハ存在スヘキ内容カ存在セサル場合即積極的欠缺ナリ例之有所有權カ其實其有ノ持分權ナリシカ如キハ一部カ他人ニ屬セルカ如キ買受地ノ爲ニ存ス可キ地役カ存在セナリシカ如キハニ屬ス一ハ存在スヘカラサル負擔カ存在スルニ因テ權利ノ部分ノ欠損スル場合即消極的欠缺ナリ例之負擔ナキ筈ノ土地カ第三者ノ物上擔保權又ハ地役權ノ目的タル場合ノ如シ然レトモ實ハ一部擔保ノ範圍限界ニ付テハ見解ハ右ノ如クニ一定セルニハ非ス先權利ノ一部カ賣主以外ノ者ニ屬スルコトヲ要ヘトシ客觀的欠缺ノ

場合ヲ全然除外スル見解ノ採ルニ足リナルコトハ追奪擔保ノ一般論トシテ既ニ說明セル所此事ハ一部滅失ニ付テモ同一ニ解スヘキナリ此他或ハ賣買ノ目的タル權利ノ全部カ局部上擔保ノ目的タル場合ノ如キハ其擔保ノ執行アルヤ否ヤ未然ナル間ニ在テ全部追奪ニ屬スルモノト爲スアリ然レトモ是權利ノ内容ノ一部欠缺ニ過キス只其結果カ偶權利ノ全部ニ影響ヲ及スコトアルノミ尙嚴正ニ論スルトキハ後環疵擔保ノ如キモ理上ハ實ハ權利ノ一部欠缺ノ一場合ニ入ルモノナレトモ特ニ沿革上ノ理由ヨリ及他ノ一部部缺ノ場合ト其待遇ヲ異ニスル必要アルヨリシタニ一部追奪擔保以外ニ置カルルノミ然レトモ數量不足ノ如キハニ對スル待遇上ヨリ論スルモ特例タル環疵擔保ニ屬スルモノト見ルヘキニ非ス一部欠缺ト見ルヲ正當トス要之一部追奪ノ範國分界ハ遺傳的觀念ノ影響ヲ蒙ラサル以上ハニ前述ノ意義ニ依テ判定シテ誤ナシト信スルナリ

一部追奪ノ效果ハ場合ニ依テ法上其待遇ヲ異ニス唯凡テノ場合ニ共通ナル點ハ一部欠缺ノ場合ニテモ賣買ハ往往ニシテ錯誤又ハ目的ノ不能ニ因テ法律行為ノ原則上不成立ト爲リ單ニ契約ノ過失アル當事者ニ不法行為爲ノ賠償問題ヲ生セシムルニ過キサルコトアルハ曩ニ全部追奪ノ場合ニ述ヘタル所ト異ルコトナシ然ラサル場合ニ於テハ賣買ハ成立スルト同時ニ買主ニハ特別ノ請求權ヲ生シ賣主ニハ特別ノ責任ヲ生ス而シテ其責任ノ第一ハ賣主ニ於テ賣買契約ノ本旨ニ合スル履行ヲ爲スコトニ努ムルニ在リ此賣務ニ付テハ賣買ニ一般ノ規定ナク只各箇ノ場合ニ之ヲ明規スルニ過キス然レトモ是契約一般ノ原則上當然生スル義務ニシテ隨テ各箇ノ場合ノ規定ハ疑防クノ用ヲ爲スモノニ過キサルト共ニ法文之ヲ明規セサル場合ニ於テモ亦同一ナル結果ニ達スルモノタルコト知ラサルヘカラサルナリ隨テ例之第五六六條第五七條ノ場合ニ於テモ先以テ賣主ニ於テ是等ノ負擔ヲ除去ス

ルノ義務ヲ負フコト勿論ナリト信ス然レトモ賣主ノ盡力ニ拘ラス此義務ヲ果ス能ハナルニ至ルコトアリ又物ノ一部カ滅失セル場合ノ如キ其履行タル始ヨリシテ不能ナリ是第二段ノ責任ヲ定メ可成的買主ノ損害ヲ防護スルニ努メサルヘカラサル所以ニシテ而シテ一部追奪カ場合ニ依テ其效果ヲ異ニスルハ則此二段ノ責務ニ關スルナリ以下此點ニ付場合ヲ區別シテ説明ス可シ

(一) 権利ノ一部カ積極的ニ欠缺セル場合

(イ) 権利ノ一部カ主觀的ニ欠缺セル場合 買主ニ屬スヘキ筈ノ賣買ノ目的タル權利ノ一部カ他人ニ屬スル場合アリ例の賣買ノ目的タル不動産ノ一部カ他人ニ屬スルトキ專有物タルヘキニ共有物ナルトキ永久ナルヘキ權利ニ存續期間ノ制限アリシトキ又ハ消滅期間ノ短少ナリシトキノ如シ而シテ其欠缺セル部分ヲ賣主ヨリ買主ニ移轉スルコト能ハナルヤ否キノ舉證ノ責任ハ一般ノ原則ニ從ヒ賣主ニ於テ負擔スヘキモノトス詳言スレハ買主ハ賣主ノ不履行ヲ證明スルヲ要セス賣主ニ於テ全部ノ權利ヲ移轉シタルコトヲ證明スル能ハナル以上ハ其證明スル能ハナル部分ニ付テハ賣主ノ擔保責任ニ歸著スルモノトス此場合ニ於ル擔保責任ハ左ノ區別ニ從フ

(ii) 買主カ善意ナルトキ 買買ノ目的タル權利ノ一部カ他人ニ屬スルコトヲ知ラスシテ賣買ヲ締結シタル買主ハ其不足部分ノ割合ニ應シ代金ノ減額ヲ請求スルコトヲ得(五六三條一項)若又買主カ善意ナリシ上ニ尙其權利ノ一部ノ欠缺アリシコトヲ知リタランニハ買主ニ賣買契約ヲ締結スルノ意思ナカリシコト證明セラレタルトキハ其買主ハ上述代金減額請求權ノ上ニ契約全部ヲ解除スル權利ヲモ有ス(同二項)即此場合ニ於ル買主ハ代金減額請求權又ハ賣買全部解除權ノ何レカラ行使スルニ付テ選擇ノ權利ヲ有スルモノトス但買受ケサルヘカリシ意思ナリシヤ否

ヤハ賣買ノ解除ヲ主張セントスル買主ニ於テ證明スルコトヲ要セラヤ勿論ナリ尙注意スヘキハ或ハ買受ケサルヘカラサリシ意思證明セラレタル場合ニ於テハ賣買契約ハ錯誤トシテ當然無效ナリトノ理由ニ依リ(九五條)本條第二項ハ當ニ不需要ナルノミナラス却テ之カ爲ニ他ニ場合ニ於ル第九五條ノ正當ナル適用ヲ妨クルモノナリトノ批難ハ爲ス者ナシトセサルヘシ然レトモ第九五條錯誤ノ適用アル爲ニハ單ニ本條第二項ノ如ク買主ニ買受ケサルノ意思アリシト謂フ主觀的ノ事情カ證明セラレタルヲ以テ足レリストスルモノニ非ス専買受ケサルノ意思アルモノト認ム可キ客觀的理由ノ存スルヤ否ヤフ標準トスヘキモノト信ス從テ此二ノ規定ハ重複スルモノニハ非サルナリ但如此客觀事情主觀事情ニ差別ニ從ヒ其ニ對シテハ賣買其モノノ不成立ヲ認メ他ノニ對シテハ單ニ賣買ノ解除ニ止マラシムルニ付テ果シテ正當ナル區別ノ理由ノ存スルヤ否ヤハ暫他日ノ講究ニ讓シントス右何レノ場合ニ於テモ義務一部ノ不履行ニ關スルカ故ニ善意ノスルコトヲ得サル部分賣買契約當時ノ價格ノ割合ニ照照シテ差引キ買主ニ於テ既ニ其代金ヲ支拂ヒタルトキハ賣主ヲシテ其返還ヲ爲サシメ又將來支拂フヘキモノナルトキハ契約全部ノ解除ナルトキハ明ナリシテシテ縱令買主カ其權利タル代金ノ減額ヲ請求セサル場合ナリトスルモ其賠償額ハ巽

約ニ因テ定メラレタル代金ヲ標準トシ其不足部分ニ對當スル價格ヲ控除スルニ非ス不足部分ニ對當スル價格ヲ代金ヨリ控除スル場合ニ在テモ其價額ハ賠償ヲ請求スル時ニ於テ其不足部分ノ有スヘキ市價ヲ標準ト爲スナリ左レハ其買受ケントセル財産權ノ現時ノ價額ノ高低如何ニ依リ買主ハ或ハ代金ノ減額ヲ請求セス代金ハ全部之ヲ支拂フ義務ヲ負フト共ニ一方ニ其不足部分ニ對スル賠償ヲ請求スルヲ利トスルニトアルベク又或ハ代金ノ減額ヲ請求シ他ニ尙損害アリタルコトヲ證明シテ其餘ノ賠償ヲ求ムルコト得策ナルコトモアルヘキナリ而シテ是等ノ場合ニ於テ相殺、不當利得等ノ適用ヲ生スルコトハ別ニ喋喋ヲ要セスト信ス要之民法ニ於テ損害賠償ノ外ニ此代金請求權ヲ買主ニ認メタルハ一ハ賣買契約ノ本旨ヲ貫徹セシムハメ又一ニハ買主ニ應分ノ保護ヲ與ヘンカ爲ニ外ナラサルナリ

代金減額ノ内容ハ右ノ如タナリトシ尙殘ノ問題ハ代金減額ノ性質如何ト云フコトナリ此點ニ關シテハ見解分ノ第一説ハ一部ノ契約解除ト見ルニ在リ第二説ハ契約解除ニ非スト爲スニ在リ而シテ第一説ヲ採レハ代金減額ハ第五四〇條以下ノ規定就中第五四五條ニ從フヘク第二説ナリトセハ代金減額ハ單ニ代金ノ減額ノミニ過キナルコトト爲ルナリ予フ以テ見ルニ此問題ノ如キモ畢竟解釋方法ニ對スル態度ノ廣狹ニ依ルト信ス思フニ民法上一部ノ解除ノ許可ヤ否ヤ一般契約解除ニ付テモ一ノ問題ニ屬ス第五四四條ノ如キハ之ト便宜ノ規定ナルカ故ニ之ヲ以テ此問題ヲ決スル根據ト爲スニラナルコトハ素ヨリナリ然レトモ契約解除ナルコトハ契約ナカリシ原狀ニ復セシムルヲ本質トスルモノナルカ故ニ法ニ特別ノ規定ナキ以上ハ縱合契約ノ目的物ハ事實上可分ナルニモセヨ契約其モノハ單一ノ行爲トシテ爲サレタルモノナルヲ以テ本來不可分

ナリト爲サル能ハス履行ノ一部分不能ノ場合ニ於テモ之カ爲ニ解除セラル所ハ其不能ニ對當スル契約ノ部分ニ非スシテ全部ノ契約ナリト觀サルヲ得サルナリ(五四五條一項及五四三條)或ハ第五六三條第一項ヨリ推論シテ一部解除說ヲ採ラントスル者モアルヘシト雖若同條ノ一部解除ニ非スト觀レハ論ナシ又假ニ一部解除ヲ認メタリストレハ若一般契約ニ付テ一部解除ヲ認メタルモノランニハ賣買ハ當然其適用ヲ受クヘキ管ナルヲ以テ特ニ同條ニ於テ重テナリノ規定期スニ復セシムルヲ本質トスルモノナルカ故ニ法ニ特別ノ規定ナキ以上ハ縱合契約ノ目的物ハスニハ足ラサルナリ如此一般契約ニ付テ既ニ一部解除ヲ認メサルモノト見ルヘキ以上ハ獨賣買ノミニ付テ一部解除ヲ認メタルモノト解スルハ當ニハ非サルカ如シ此等ハ第五六三條第一項ニ代金減額ト謂テ契約ニ關スル第五四〇條以下ノ規定ニ從ハシムルノ趣旨ヲ表ハサナルコト及羅馬法以來代金減額ト契約解除トヲ區別シタルノ沿革等ヨリ觀ルモ益争フヘカラサルヲ覺ニ成程代金減額ト一部解除トハ其實質ハ大ニ類似スレトモ之ニ由テ直ニ二者同一ナリトハ謂フ能ハサルナリ要之解釋ニ付テ狹隘ナル態度ヲ執リ嚴正ナル文理論ニ從フトキハ代金減額ハ唯代金減額ノミニ一部解釋トシテ第五四〇條以下ノ適用ヲ受ケシムヘキ限ニ非スト論結スルノ止ムヲ得サルニ至ルヲ信スルナリ然レトモ立法論トシテ考フルトキハ一般契約ニ關シ一部不履行カ一部不履行タルニ止リ全部不履行ヲ惹起ササル場合ニ在テハ其不履行ニ對當スル契約ノ部分ヲ解除セシムルヲ正當トス隨テ賣買ニ付テモ亦一部追奪ニ在テハ原則トシテ一部解除ヲ許スヘキコト至當ナリ代金減額ニ過キストスルヨリモ一部解除ト爲ス方理論便宜共ニ宜キニ合フハ疑フ容レスト思惟ス今此方針ニ從テ廣キ解釋ヲ下ストキハ縱合一般契約ニ關シテ此對當的解除說ヲ主張

シ能ハストスルモ尙第五六三條ニ付テハ一部解除ナリト認ムヘキ餘地アリ蓋同條ハ結局一般有價契約ニ其適用アルモノナルカ故ニ(五五九條)民法ハ一般ノ原則ニ例外ヲ認ヌ有價契約ニ付テハ特ニ同條ニ依テ一部解除ヲ認メ以テ無價契約ニ於ルヨリモ比較的有價契約ニ依テ権利ヲ取得セントスル者ノ保護ヲ厚ウシタリト謂フヲ妨ケス此趣旨ヨリ推ストキヘ代金減額ト謂フハ單ニ從來ノ立法例用例ニ倣ヒ理解セシメ易キ見體的ノ語ヲ用ヒ且一方ニハ全額解除ノ場合ニ特ニ全部ノ文字ヲ冠セシムルノ煩ラ避ケント欲シタルニ遇キスト爲スマ得ヘシ子ハ常ニ解釋ノ被陰窮屈ナルヘカラサルヲ信スル者ナルヲ以テ此問題ニ付テモ亦終ニ述ヘタル一部解除説ニ贊同スル者ナリ

(ろ) 買主カ悪意ナリシトキ 此場合ニ於テハ買主ハ左ノ選擇權ヲ有スルノミ
(一) 代金減額(一項) (二) 代金全部ヲ支拂フト共ニ不足部分ニ對當スル損害賠償ノ要求ヲ爲ス

コト(二項)

蓋惡意ノ買主ニ對シラモ代金減額ノ請求権ヲ認メタルハ買主ハ惡意ナルトキト雖尙權利ノ全部ヲ以テ代金全額ノ對價ト爲シ欠缺ゼル一部ヲ買主ニ於テ取得シテ之ヲ自己ニ移轉スルコトアルヘキヲ期シタルニ依ルナリ然レトモ時ニ此移轉ハ不能ナルコトアルヘキヲモ豫想セルモノト認ムヘキコト勿論ナルカ故ニ善意ノ場合ノ如クニ代金減額ヲ請求スルト同時ニ尙他ニ損害アルトキハ之カ賠償ヲ求ムルコトヲ認メサリシナリ乍併第三項ハ單ニ代金減額ト同時ニ賠償ヲ要求スルコトヲ惡意ノ買主ニ許ササルモノニ遇キ代金減額即契約解除ヲ爲スト此方法ヲ執ラシテ單ニ不足部分即不履行ノ部分ニ對シテ損害賠償ヲ要求スルトハ素ヨリ買主ニ選擇權ニ屬スルコト

ト一般ノ原則ニ依テ明ナル所トス(四五條四一八條)

以上述ヘタル所ハ買主ノ權利ヨリ觀察スルモノナリ而シテ賣主ノ方面ヨリ論スレハ賣主ハ全部追奪ノ場合ト異リ縱合善意ナルトキト雖自ラ進テ一部ノ契約解除ヲ爲スカ如キ何等ノ處置ヲ爲ス權利ナキモノト解セサルヲ所ス然レトモ立法論トシテハ既ニ全部追奪ノ場合ニ於テ徒ニ善意ノ賣主ヲ永ク拘束のノ地位ニ置クノ理由ナキヲ認メタル以上ハ一部追奪ノ場合ニ於テモ欠缺セル部分ニ付テハ敢全部スヘキ理由ナキヲ以テ此場合ニ亦善意ノ賣主ニ一部解除ヲ許スヘカリシモノト信ス此點ヨリ觀ルモ嚴正ニ論スルトキハ法ノ趣旨ハ代金減額ヲ一部ノ契約解除ト觀サリシニ在ル標微ト爲スヘキニ似タリ

上來述ヘタル買主ノ權利ノ行使期間ハ善意ト惡意トニ從フテ一定ノ制限アリ(五六四條)蓋是不足部分ノ幾何ナリシヤ果シテ買受タヘカラサリシ等ハ月ヲ經テ八シキニ涉レハ其證明甚困難ト爲ルヘキヲ慮リ懲訴ノ弊ヲ防クノ法旨ニ外ナラナルナリ尙右ノ期間ハ時效ニ非サルコトニ注意セサルヘカラス

(ロ) 権利ノ一部カ客觀的ニ欠缺セル場合

權利一部ノ客觀的欠缺トハ權利一部ノ欠缺ハ其欠缺セル部分カ賣主以外者ニ屬スルニ因テ生シタルニ非サル場合ヲ謂フ即賣買ノ目的タル特定物ノ一部カ契約ノ當時既ニ滅失シ居リタル場合ノ如キハ勿論又主トシテ不特定物賣買ニ付テ生スル物ノ數量ノ不足ノ場合ノ如キモニ属ス

權利ノ客觀的一部欠缺カ擔保ノ問題ヲ生スル場合ニ付テハ注意ヲ要ス先一部欠缺カ賣買締結後ニ生セルトキハ廣く言ハハ契約不履行、狹ク言ハハ債務不履行ノ一般原則ノ適用ニ屬スルモノニシ

ア 擔保問題ヲ生スル爲ニハ賣買締結ノ當時既ニ其欠缺ノ存在シ居リタルコトヲ必要トスルコト全部欠缺ノ場合ト同一ナリ次ニ全部又ハ一部ノ欠缺ハ往往ニシテ目的ノ不能又ハ錯誤トシテ始ヨリ契約不成立ノ原因トナリ以テ擔保ノ問題ヲ惹起サル場合多キコトモ曩ニ既ニ述ヘタル所ナリ就中客觀的部欠缺ノ場合ニ在テハ此目的ノ不能ヲ生スルコト頗多キヲ以テ茲ニ其分界ニ付テ一言スルノ必要アリ

思フニ數量不足ノ場合ニ於テハ不能ノ性質ハ主觀的ノモノニ屬スルヲ以テ目的ノ不能トシテ賣買ノ不成立ヲ來スモノニ非ス但給付ノ時期ヲ要素トセル場合ニ於テ時トシテ賣買ノ不成立ヲ來スコトアルノミ反之一部滅失ノ場合ニ在テハ事特定物ニ關スルヲ以テ其不能タル絶對的不能タルヲ常トス唯其絶對不能ハ全部不能ニ非スシテ一部不能タル點ヨリシテ賣買其モノノ不成立ヲ來スノ力アリヤ否ヤニ付テ積極消極ノ二見解ヲ生スルニ至ル消極ノ見解ニ依レハ賣買ハ可能ノ部分ニ付テ成立ヘルヲ原則トシ唯當事者カ明ニ給付ノ全部ヲ以テ契約ノ目的ト爲シタル場合ニ於テ又ハ其一部ノ不能ノ爲ニ契約ノ目的ヲ達スルコト能ハサル場合ニ限り例外トシテ賣買ノ不成立ヲ來スト爲スナリ反之積極ノ見解ニ從ヘハ斯ル場合ニハ本則トシテ賣買ノ無効ヲ來スモノトシテ唯當事者カ明ニ一部ノ可能ヲ以テ賣買ノ成立ヲ來サシムルノ意思ヲ表示シタル場合ニ限リテ賣買ノ成立ヲ認ムヘキモノト爲スナリ予フ以テ見ルニ是畢竟當事者ノ意思如何ノ問題ニ歸著スルモノニシテ絶對ニ一ヲ以テ本則トシ他ヲ以テ例外ト爲スヘキモノニハ非ナルヘシト信ス唯當事者ノ意思ニシテ全ク之ヲ推測スルノ途ナキ場合ニ於テハ苟全部ニ關シテ賣買締結ノ意思ヲ表示シタルモノナル以上其賣買ハ一應一部欠缺ノ場合ニ於テハ之ヲ緒結スルノ意思ナカリシモノト解スルヲ確當ト爲

スヘキモノナルヘシ

民法ハ權利一部ノ客觀的欠缺ノ場合ニ於テハ買主カ善意ナリシ場合ニ限リ其主觀的欠缺ノ場合ニ於ル規定ヲ準用スト規定ス(五六五條)然レトモ如此主觀欠缺ニ關スル第五六三條第五六四條ノ準用アルニ因テ擔保ノ問題ヲ生スルハ單ニ右ニ述ヘタル標準ニ從ヒ其一部ノ客觀欠缺カ賣買ノ目的ノ不能ヲ意起サツル場合ニ限ルモノナルコトヲ忘ルヘカラサルナリ要之擔保ノ問題ヲ生スル爲ニハ一方ニ一部ノ客觀欠缺カ原始的即賣買締結ノ欠時其欠缺カ既ニ存在スルモノナルト共ニ他方ニ其欠缺カ單ニ一部ノ欠缺ニ止リ全部欠缺ト同一視スヘカラサル事情ニ非ラサルコトヲ要スト知ルヘシ

右ニ述タル如クニシテ一部欠缺ヲ生シタル場合ニ於テモ尙其一部欠缺ハ所謂一部追奪擔保ノ問題ヲ生スヘキ理論上ノ性質ヲ有セズ真ニ一部追奪ト稱スヘキハ主觀欠缺ノ場合ニ限ル唯一部滅失ハ買主ノ地位ヨリ考テ主觀欠缺ト同一保護ヲ必要トシ又數量不足ハ本來取扱保ニ屬スルモノナレトモ實際上寧一部追奪ニ關スル待遇ニ準スル方買主ノ保護上至當ナルヲ以テ之ニ主觀欠缺ノ場合ノ規定ヲ準用スト例ヘキスト見ル說アリトモ其待遇ニマラス其性質ノ如キ一本來純然タル一部追奪ニ屬スルモノト觀ルヘキヲ信ス此點ハ既ニ一言セル所ナルヲ以テ重チテ贊セス唯主觀欠缺ノ場合ノ規定ヲ準用スト言ハエ善意ノ買主ニ對シノミ擔保ノ保護ヲ與フルカ爲メ又一二沿革上從來二者ヲ區別シ居リタリニ做ニタルモノニ外ナラサルナリ本場合ニ生スル效果即擔保責任ノ内容ニ付テハ主觀欠缺ニ關スル第五六三條第五六四條ノ準用アリ準用ト謂フモ其適用ノ範圍ハ前ニ述ヘタル理由ニ依リ敢異ル所ナシト解ス唯著キ差別ノ存スル點一アリ即本場合ニ在テハ

善意ノ買主ノ享有スル保護ハ同一ナレトモ惡意ノ買主ハ主觀欠缺ノ場合ト異リ全然何等ノ保護ヲ受ケサルコト是ナリ之賣買ノ目的物ニ地上權永小作權地役權留置權質權等ノ附着セル場合ト同一シテ而モ凡テ其他ノ場合ト其態度ヲ異ニスル所ナリ或ハ其立法ノ趣旨トスル所ヲ説明シテ本條並ニ次條ノ場合ニ於テ若買主カ是等ノ一部欠缺ヲ知リ居リタルトキハ自ラ甘シテ其欠缺セル儘ノ權利ヲ買受ケタルモノト認ムヘキ故ナリトシ或ハ又買主カ惡意ナルニ拘ラス沈默シテ契約ヲ締結シ後ニ救濟フ主張スル如キハ詐欺ニ等シキカ故ナリトスル者アリ然レトモ是等ノ理由ヲ以テセハ本條及次條以外ノ場合ニ於テモ亦同一ノ態度ニ出テサルヲ得ス予ハ此場合ニ於テモ他ノ場合ニ同ク惡意ノ買主ニ代金減額又ハ損害賠償ノ請求權ヲ認メテ可ナリト信ス唯注意スヘキハ此場合ニ於テ惡意ノ買主カ何等ノ保護ヲ受ケスト謂フハ單ニ賣買ニ關スル特別規定ニ付テ謂フニ過キ一般契約ノ當事者トシテノ保護ヲ失ハサルコトハ勿論ナリトス即數量不足ノ場合ニ於テハ多クハ任意不履行トシテ買主ハ第五四一條及第五四二條ノ權利ヲ有スヘク又一部滅失ノ場合ニ於テハ履行不能トシテ第五四三條ノ保護ヲ受タルヲ得ヘシト解ス買主ノ惡意ナルコトハ決シテ買主ニ歸スキ責ヲ減却スルニ足ルモノニハ非ズシテ單ニ其要求ノ範圍ヲ減少スルモノニ過キスト信スルナリ(四一八條)但一般契約ニ關シテ設ケラレタル權利者保護ノ規定ト買主ニ特別ナル保護ノ規定トハ相抵格スル所アルヲ覺ユルモ茲ニ此點ニ迄細論スルノ暇無シ

(二) 權利ノ一部カ消極的ニ欠缺スル場合

消極的欠缺トハ買主ノ取得スヘキ權利ニ附着スヘカラサル負擔カ附着スルニ因テ其權利ノ内容タリ利益ノ一部ヲ減殺スルヲ謂フ故ニ賣買契約ニ於テ消極欠缺ヲ留保セルトキハ擔保ノ問題ヲ生セ

サルコト勿論ナリトス

(1) 買主ノ占有又ハ之ニ類似ノ利益ヲ妨碍スル負擔カ附着スル場合 民法ニハ賣買ノ目的タル權利ニ地上權永小作權地役權留置權又ハ質權等ノ負擔カ附着シ居リシトキトアリ然レトモ水代借地權等ノ負擔カ附着スル場合ヨリ亦同一ノ待遇ヲ爲スモノト解スルヲ妥當トス蓋如此權利ハ民法編成當時未認メラレ居ラサリシフ以テ條文之ヲ明記セサルノミ條文ノ性質限定期のモノニ非サル限りハ如右廣義キニ從テ解スルヲ穩當ト信スルナリ(五六六條一項)此場合ニ於テ擔保ノ責任ハ單ニ買主ノ善意ナリシ場合ニミ發生ストセラル是前條ト同一ニシテ他ノ場合ト異ル所ナリ立法論トシテハ惡意ノ買主ニモ一定ノ保護ヲ認ムルニ非ナレハ前條ト同ク權利ヲ失スト信ス但此場合ニ於テモ惡意ノ買主ハ前條ト同ク一般ノ原則ヨリ生スル保護ヲ失ハサルコトヲ忘ルヘカラス而シテ其保護ノ如何ナルモノナルカハ既ニ述ヘタル所ニ依テ推知スルコトヲ得ヘキナリ

買主カ善意ナリシ場合ニ於テハ買主ニ左ノ擔保責任ヲ生ス

(一) 通常買主ハ損害賠償ノ請求ヲ爲スコトヲ得ル外何等別段ノ權利ナシ蓋本場合ノ負擔カ附著スルコトノ如キハ其欠缺カ消極的ノキノナルカ故ニ是等ノ負擔アルコトハ果シテ代金ノ幾分ニ相當スル利益ヲ減殺スルモノナリヤア定ムアルコト困難ナルカ爲ニ積極的欠缺ノ場合ノ如クニ代金減額ナルコトハ事實上非常ノ不便困難ヲ生スルヲ以テ不完全ニ相違ナキモ損害賠償ノミノ救濟ニ甘シタルナリ此損害賠償ハ一般ノ原則上當然ニ生スル所ノモノナリ條文其他ノ場合アルハ單ニ注意的ノ規定ニ過サルモノト知ルヘシ或ハ留置權以外ノ負擔ハ登記アル場合ニ限リテ始メテ買主ニ對抗シ得ルモノナリ故ニ買主カ此等ノ負擔ニ因テ利益ノ幾分ヲ殺カル場合ニ於テ

ハ買主ニ登記簿ヲ見ナリシコトノ過失アルカ故ニ賣主ハ本來賠償ノ責ナシ隨テ右ノ賠償ヲ認タル規定ハ創設的ノモノナリト謂フ人アルヘケレトモ權利者ノ過失ハ以テ義務者ノ過失ヲ打消スニ足ラナルヲ以テ此説明ハ價值ナキモノ謂フヘシ(四一八條)

(二)然レトモ是等ノ負擔アルカ爲ニ賣主カ賣買ヲ締結シタル當初ノ目的ヲ達スルコト能ハナルコトヲ説明セントキハ買主ハ賣買其モノノ解除ヲ爲スコトヲ得ルモノトス條文ニ所謂契約ヲ爲シタル目的ヲ達スルコト能ハサル場合トハ質權ノ行使ニ因テ買主カ所有權ヲ失ヒタル場合ノ如キハ其著シキ例ニ屬ス而シテ積極欠缺ノ場合ニ於ル買受クヘカラナリント謂フコトトハ同一ニハ非スニ者共ニ其範圍一方ニ廣ク一方ニ狹シ解ス買受クヘカラナリシト謂フハ純然タル買主ノ意思ノミノ證明問題タリ又契約ノ目的ヲ達スル能ハサルトキト云フハ契約ノ目的ノ何タルヤハ主觀的ナレトモ之ヲ達スル能ハサルヤ否ヤハ純乎タル客觀的ノ標準ニ依テ之ヲ定メナル可ラス左レハ前者ニ在テハ買主ノ主觀的意思證明セラレタルトキハ契約ノ目的ハ達シ得ル場合ニテモ可ナリ又後者ニ在テハ買主カ買受クヘカラナリシ意思アリシヤ否ヤハ問フ所ニ非スニ契約ノ目的ノ尙達シ得ラル狀況ニ在リヤ否ヤニ依テ判定スヘキノミ隨テ此二者ハ第九五條ニ於テ右主觀ト客觀トニ二要素アルニ因テ始テ錯誤アリトスル對比シテ一ハ契約解除ノ原由タリ一ハ契約ノ無効ノ事由タルヲ了解スルヲ得ヘシト信ス

賣買ノ目的タル不動產ニ付登記シタル質借權アリタルトキハ其權利ハ債權ナリト謂ヘ買主ニ及スノ負擔力ハ地上權等ノ物權ト異ルコトナシ又賣買ノ目的タル不動產ノ爲ニ存セリト稱セシ地役權カ存セサリシ場合ハ其性質積極欠缺ニ屬スルモノナリト雖其存セサルコトカ代金ノ幾分ヲ減殺スルニ相當スルカラムルノ困難ヨリ云ヘハ寧漠極欠缺ノ場合ニ準スルヲ可トス故ニ民法ニ法此ニツノ場合ニ於テハ右ニ述ヘタル所ニ準シテ擔保責任ヲ定ムヘシトセリ(二項)尙民法ニハ他ノ場合ト同一ニ前述買主ノ救濟權行使ノ期間ヲ限定シタリ(三項)

(ロ)單ニ賣主ノ處分權ニ妨碍ヲ來ヌニ遇キナル負擔カ附著セル場合(五六七條)賣買ノ目的タル權利カ完全ナルヘキ管ナルニ權利取得者ヲシラ其權利ノ處分ヲ妨ヶシムヘキ負擔カ附著スルコトアリ唯其負擔ハ權利取得者タル買主カ其權利ニ對スル使用收益占有等ノ權能ヲ妨ヶナル點ニ於テイノ場合ト異ルノミナル場合ナリトス民法ニハ此場合ヲ豫想シテ賣買ノ目的タル不動產上ノ所有ニ先取特權抵當權ノ附著セントキト規定ス(一項)然レトモ此點ニ關シテハ立法上並ニ解釋上議論ノ餘地アリ

(1)負擔ハ先取特權抵當權ニ限ラス不動產質權ナルトキト雖實ハ同一ノ待遇ニ從ハシムル必要アリ又出捐ノ場合ノ如キハ留置權ト雖同一ナルヲ要但此點ニ關スル解釋上ノ結果ハ後ニ説明スヘシ

(2)民法ハ賣買ノ目的タル權利カ所有權タル場合ヲ豫想スト雖地上權小作權水代借地權質權等ト雖此事情ハ至ク同一ナリ解釋シテモ廣キ態度ヲ執ルトキハ民法カ所有權ノミヲ豫想セルハ限制的ノ趣旨ニ非ス唯主タル權利ニ關スル場合ヲ觀タルニ遇キスト謂フラ妨ヶス蓋民法カ主タル場合ノミヲ豫想シテ規定ヲ設クルコトハ地上權小作權上ノ抵當權ニ付テハ所有權上ノ抵當權ニ關スル規定ヲ用シ且先取特權ノ效力ニ付テハ更ニ抵當權ニ關スル規定ノ準用アルカ如キ態度ニ付テ之ヲ知リ得ヘキナリ(二六九條二項三四一條)

- (3) 民法ニハ不動産カ賣買ノ目的物タル場合ノミヲ豫想ス然レトモ動産上ニ存スル先取得権ノ場合ノ如キモ同一視セサルノ理由ナシ惟フニ是亦主タル場合ハ殆不動産ノミニ付テ生スルカ故ニ動産ナル文字ヲ加ヘサリシナルヘシ隨テ限定的ノモノト解スヘキニ非サルヘン
民法「右ノ要件ヲ具フルトキハ賣主ノ惡意書章ヲ問ハシシテ賣主ニ同一ノ擔保責任アリトシリ蓋立法ノ趣旨ヲ察スルニ債務ノ不履行ナレコトハ法ノ豫期セサル態ニ屬スルカ故ニ縱令買主ニ於テ權利ニ擔保權ノ負擔アルヲ知ルモ債務者タル賣主又ハ賣主以外ノ第三者ニ於テ必辨濟ヲ爲シ以テ擔保權ノ消滅ヲ得セシムルナルヘシトノ信用豫見ノ下ニ賣買ヲ締結シタルモノト觀ルヘント謂フニ基づカ如シ然レトモ如此絕對的ノ意思推測ハ果シテ常ニ正鶴ヲ得タルモノナリヤ疑問ノ除地アリ加之此理由ヲ以テセハ前條地上權永小作權等ノ場合少クトモ質權留置權ノ場合ニ於テ絕對的ニ善意ノ買主ニミ擔保權ヲ認メタルノ何故ナルカヲ了解シ難シ何レニスルモ予ハ此點ニ關シテ民法ノ規定ノ彼此權衡ヲ失セルヲ信シント思フニ立論トシテハ相對的ノ標準ニ依リ或程度ニ迄惡意ノ買主ヲ保護スルノ方針ヲ貫徹スルノ正當ナリシヲ覺ユルナリ
前掲要件ノ下ニ賣主ニ生スル擔保責任ヲ生スルノ內容ハ民法之ヲニ別ナタリ即左ノ如シ
(1) 負擔タル權利ノ行使ニ因リ負擔ノ附著セル權利ノ取得者タル買主カ其權利ヲ喪失セルトキハ其買主ハ賣買ノ解除ヲ爲スコトヲ得(一項)是當然ノ事ト信ス只我民法カ買主ノ意思ノ善惡ヲ區別セサシ趣旨ヨリ謂フモ如此場合ニ於テハ或ハ契約解除ノ總則ニ由テ此結果ト爲ルコトナキカヲ疑フナリ(五四三條)

茲ニ一言スヘキハ右負擔タル權利ノ中ニハ質權ヲモ含ムヤ否ヤ是ナリ條文ニ先取特權抵當權ト

- アルヨリ觀ルモ(五一一條五七七條)又民法ノ趣旨ハ使用占有等ノ權能ヲ所有者ヨリ剝奪スル物上權保權ニ對シ單ニ處分ノ權能ノミヲ殺ク物上權保權ヲ本條ニ規定スルニ在リト爲スヘキ點ヨリ謂フモ消極ノ解釋ヲ安當ト信ス但斯ク解スルモ擔保權行使ノ結果買主カ其所有權ヲ失ヒタル場合ニ於テハ買主カ賣買ヲ締結シタル目的ヲ達スルコト能ハナルモト觀ルヘキニ由リ契約解除ノ權ヲ得ルコトヲ妨ケヌ然トモ是善意ノ買主ニ限ルコトナク(五六六條一項)此場合ニ惡意ノ買主カ解除權アル爲ニハ本條ニ質權ヲ含ムトノ解釋ヲ必要トルナリ加之買主カ其所有權ヲ保存スル爲メ出捐ヲ爲シタル場合ニ賣主ニ對シテ其出捐ノ償還請求權アル爲ニハ善意ノ買主ニ付テモ尙本條ノ適用ニ俟タルヲ得ス但本條ノ適用ナキモ所有權ヲ失ヒタル場合ニハ不履行ニ因ル解除ヲ爲シ得ベク(五四一條及五四三條)又保存ノ爲ノ出捐ヲ爲シタルトキハ債務不履行ニ因ル賠償ヲ請求シ得ベシトノ有効力ノ解釋アリ然レトモ是少クトモ共ニ解釋上ニ困難ヲ生スルコトアルヘシ右解釋ニ付積極消極何レノ態度ヲ執ルカノ實益ハ留置權カ競賣ニ附セラレタル場合ニ付テモ同一ナリトス要之此點ニ亦或ハ立法上ノ一缺點ナランカ
- (2) 買主カ出捐ヲ爲シテ其所有權ヲ保存シタルトキハ賣主ニ對シテ其出捐ノ償還請求ヲ爲ストラ得(二項)蓋買主ハ其取得シタル權利ノ負擔タル擔保權ヲ消滅スルカ爲ニ或債務者ニ代リテ辨濟其他ノ債權消滅ノ行爲ヲ爲スコトアリ或ハ又直接ニ代價ノ辨濟撤除等ニ因テ之ヲ消滅セシムルコトアリ(三七七條以下)而シテ其未代金ヲ支拂ハサル場合ニ於テハ賣主ハ第五七六條以下ニ依テ代金ノ支拂ヲ拒ムコトヲ得ト雖既ニ支拂ヲ爲シタル後ニ於テハ單ニ不當利得ノ請求權アルニ過キスル場合ニ特別ノ保護ナシトセハ債務者カ賣主ニ非サル無資力者ナルトキハ買主

ハ不測ノ損害ヲ免レサルヘシ又賣主ナリトスルモ不當利得ノ償還請求額ハ債務者ノ利益ヲ受ク
ル限度内ニ過キス(七〇二條)從テ賣主ハ少クトモ全部ノ償還ヲ得サルコト多カルヘシ是本項ニ
於テ賣主ニ其出捐シタル額全部ノ償還請求ヲ賣主カ債務者ニ非サル場合ニ於テモ尙之ニ對シテ
爲スフ得ルコトヲ認タル所以ナリ

右契約解除又ハ出捐還請求ノ何レノ場合ニ於テモ賣主ハ別ニ損害アラハ其賠償ヲモ求ムルコ
トヲ得敢其善意ト惡意トヲ區別セサルナリ(三項)但本項アルカ爲ニ四一八條ノ適用ヲ妨クルモ

ノニハ非スト解ス此賠償ニ關スル本規定ト一般規定トノ關係及賣主ノ善惡ヲ區別セサルコトニ

關スル立法論ハ前ニ述ヘタル所ナルカ故ニ今重テテ賣セス

終ニ一言スヘキハ本條ノ場合ニ於テハ擔保權ノ負擔カ附著スル一事ニ對シテハ民法ハ賣主ノ意

思ノ善惡ニ拘ラス何等ノ擔保ヲ與ヘサルコト是ナリ蓋負擔ノ附著スルノミニテハ前條ノ負擔ト

異リ買主ノ使用收益占有等ノ權能ヲ妨ケサルヲ以テ擔保ノ必要ナシト觀タルモノナルヘシ然レ

トモ此種ノ負擔附着スル以上ハ其所有權カ取引ノ目的タル上ニ於テ大ナル障礙ヲ被ムルカ故ニ

或程度ニ迄保護ノ必要アリト信ス但此點ニ付テモ一般ノ原則ヨリ來ル保護アルコトヲ忘ルヘカラス

上來述ヘタル全節及一部ノ追奪擔保ニ其通ノ保護トシテ民法ハ更ニ第五七六條ヲ設ク此點ハ後

ニ代金支拂ニ付テ説明スヘシ

(乙) 球紙擔保(五七〇條) 球紙擔保トハ有體物上ノ權利ヲ目的トスル賣買ニ於テ賣買契約當時既ニ

其有體物ニ不表見ノ物質的球紙アル場合ニ於テ賣主カ之ニ對シテ負擔スル擔保責任ヲ謂フ不表見ノ

環紙アル物ヲ給付スルハ契約ノ不完全履行ナリ何トナレハ買主ハ球紙ナキ物ヲ標準トシテ有價取得
ヲ爲スコトヲ決意シ又其代金額ヲ定メタルモノニシテ隨テ賣主ニ於テ物品ニ球紙ナキコトヲ保障セ
ルモノト見ルヘケレハナリ即當事者ノ目指セル權利ノ内容ノ一部ノ欠缺換言スレハ權利ノ一要素タ
ル目的ニ付テ缺クル所アルモノト謂フテ可ナリ從テ廣キ意義ニ於テハ一部追奪中ニ入ル可キモノナ
レトモ其取扱上從來別ニ球紙擔保トシテ特別ノ地位ヲ認メラルモノニ外ナラサルナリ

環紙擔保ノ生ヌル要件左ノ如シ

(1) 價値ノ減少カ物質的ニ存スルコト 物ニ關シテ賣買契約ノ内容トセル所ヨリモ其價値減少スル
コトヲ要ス物ニ關セサル場合ハ凡テ一部追奪ニ入ル又物ノ價値ノ減少ナルモ數量不足ノ如
キ是亦部追奪ニ屬スルモノト例之家ノ構成部分ニ關シ又ハ物品ノ品質堅牢ノ度ニ關シテ缺點ア
ル如キ一種子ニ萌芽ノ資質ヲ缺ケルカ如キ家畜ノ病ニ罹レルカ如キハ所謂物質的利用ノ減少ト謂フ
ヘキモノトス

(2) 球紙カ不表見ナルコト即隱レタル環紙ナルコト 買主ノ善意ナルコト即環紙アルヲ知ラサリシ

コト及其環紙カ常人ノ認メ得サル程度ノモノ即買主ニ之ヲ知ラサルニ付テノ過失ナキコトヲ要ス而
シテ其不表見ナルヤ否ヤハ事實問題ニ屬ス

(3) 球紙ハ特定物ニ付テハ賣買締當時不特定物ニ付テハ特定ゼル時ニ既ニ存スルコト 蓋特定物
ニ付テ賣買締以後ニ環紙カ生セルトキ賣主ノ責ニ歸スヘカラサル事由ニ因テ生セルトキハ環紙ノ
損害ハ買主ニ歸著シ又賣主ニ歸スヘキ場合ニハ一般ノ契約不履行トシテノ賠償問題又ハ解除問
題ニ歸著スルモノトス(四八三條五三四條以下)及(四五五條五四三條等)但此最後ノ點ニ關スル我民

法ノ規定ノ不調和ニ付テハ己ニ述ヘタル所ナリ又不特定物ハ特定物ト爲リタル時ヨリ特定物ニ關スル取扱ニ從フ、我民法ノ本旨トス（五三四條二項）。

現班擔保ノ效果ニ付テハ英米法ニ於テ「買主注意セヨ」ノ格言ニ從ヒ賣主ニ擔保責任ナシトセリ是賣買カ其始メ市場ニ行レタル沿革ト訴訟ノ減少ヲ圖ルトニ出テタルモノナルヘシト雖或程度迄之ヲ保護スルコトノ必要ナルハ從來一般ニ認メラル所ナリ即羅馬法以來賣主注意セヨノ原則ニ從フナリ我民法モ亦之ニ從ヒ特別ノ擔保ヲ認メタリ只羅馬法以來契約解除ト共ニ採用スル所ノ代金減少ヲ棄テ損害賠償ヲ以テセリ是蓋現班擔保カ代金ノ幾分ニ相當スルヤフ判定シ證明スルヲ困難ト思惟シタルニ由ルモノナルヘシ即現班擔保ノ内容ハ凡テ第五五六六條ノ場合ニ於ル一部欠缺ノ夫レニ準スルモノトス尙民法ハ第五六三條乃至第五五六六條及第五七〇條ノ場合ニ於テハ第五三三條ニ定メラレタル同時履行ノ規定（アルモノトシタリ（五七一條）蓋全部ノ契約解除ニ關シテハ斯ル規定ナキモ其結果ト爲ルト雖（五五六六條）代金減額ニ付テハ一部ノ契約解除ニ見サル見解ノ存スルカ故ニ果シテ第五六條ノ適用アルヤニ付テ争フ生スル虞アリ又損害賠償ノ如キハ雙務契約其モノノ履行ニ關スル第五三三條契約解除ニ關スル第五五六六條ノ適用ナキト明ナリ然ルニ代金減額損害賠償ノ請求ニ際シテも同時履行ト同一ノ取扱ニ準シムルヲ至當トス是特ニ規定アル所ナリ故ニ例の代金支拂ノ後ニ減額ノ請求ナリトセハ賣主ハ他人ニ屬スル權利ノ返還アル迄ハ減額金ノ支拂ヲ拒ミ得ヘク又代金支拂前ニ在テ損害賠償ヲ求メ得ヘキモノトセハ其賠償額ノ確定スル迄ハ代金ノ全部若クハ一部ノ支拂ト賠償ノ支拂トニ付テ同時履行ヲ主張シ得ヘクスカシテ賠償額確定ノ後ハ代金トノ間ニ相殺ヲ對抗シ得ヘキカ如キ是ナリ

以上ヲ以テ通常ノ場合ニ於ル常素タル擔保義務ノ説明ヲ終リタリ然レトモ此擔保義務ニ關スル原則ハ特殊ノ賣買タル強制競賣ノ場合ニ付テハ大ナル制限ヲ受ク

茲ニ所謂強制競賣トハ民事訴訟法ニ所謂強制競賣ノ外競賣也依ル競賣ヲモ含ムモノトス而シテ強制競賣ノ當事者中買主ノ競落人タルコトハ素ヨリ論ナシト雖賣主ノ何人タルヤニ付テハ二說アリ（一）債務者ノ意思ニ基カス若クハ其意思ニ反シテモ債權者ニ於テ競賣ノ申立ヲ爲シ國家機關ヲシテ競賣ノ手續ヲ爲サシムル點ニ重キヲ置ク者ハ賣主ハ債權者ナリト爲ス此見解ニ從フトキハ賣主ニ非ナル債務者ハ勿論賣主タル債權者ト雖賣主所ノ物ハ他人ノ物ナルカ故ニ其狀態ヲ然知スルノキ以テ結局何人モ擔保ノ責ニ任セスト爲スニ至ル（二）然レトモ債權者ハ債務者ノ財産ヲ自己ニ取得シテ之ヲ競落人ニ移スモノニ非ス故ニ右ノ見解ハ他人ノ權利ヲ其儘ニ第三者ニ移スコト能ハサルトノ原則ニ反ス債權者カ競賣開始ノ原由ヲ作り得ルハ單ニ債務者ニ代リテ之ヲ行フニ過キス（四二三條）故ニ此場合ニ於テモ賣主ハ尙債務者ナリト謂ハサルヘカラス唯其賣買ハ賣主ノ意思ニ基クモノニ非ヌ又賣主ヲシテ直接ニ其締結ニ關與セシムルモノニ非サル點ニ於テ大ニ普通ノ賣買ト異ルノミ故ニ擔保賣主ノ如キモ本則トシテハ債務者之ヲ負擔シ唯普通ノ賣買ト異ル點ヨリシテ一方其責任ニ制限ヲ設ケ他方或程度ニ迄此賣買締結ノ原因ヲ作出シ且比較的密接ニ之ニ關與スル債權者ニ責ヲ分担シムルヲ以テ妥當トス此趣旨ニ基キ設ケラレタル民法ノ規定ハ左ノ如シ

（一）追奪擔保ノ場合（五六八條）此場合ニ於テハ第五六一條乃至第五六七條ノ規定ハ本則トシテ皆其適用ヲ受ケ債務者ハ通常ノ賣主ト同一ノ擔保責任ヲ負フモノトス從ラ買主タル競落人ハ債務者ニ對シテ右七條ニ定ムル所ニ由リ或ハ賣買ノ解除權ヲ行使シ或ハ又代金減額ノ請求ヲ爲スコトヲ得

(一項)但先取得権及抵當権ハ強制競賣ニ因テ消滅スルカ故ニ第五六七條ノミハ其適用ヲ見アルモノトス(民訴六四九條、競二條二項)

然レトモ右七條ノ規定ハ強制競賣ノ性質上左ノ諸點ニ於テ制限ヲ蒙ル

(1) 契約ノ解除代金減額ハ債務者ニ對シテ爲スヲ本則トスト雖是唯債務者カ資力アル場合ニ於テ然ルヘキノミ債務者カ無資力ナルトキハ競落人ハ代金ノ配當ヲ受ケタル債權者ニ對シテモ同一ノ請求權ヲ行使シ得(二項蓋全部一部ノ欠缺セル權利ヲ賣却セシメタル原由ハ債權者ニ存シ又債權者ノ利益ニ於テ爲ナレタルモノナルヲ以テナリ而シテ競賣ニ於テ全部一部ノ解除權ヲ行フハ事實上常ニ競賣終結シ競落人カ代金ヲ支拂ヒタル後ニ屬ス是民法ニ代金ノ配當ヲ受ケタル債權者ニ對シテ其代金ノ全部ノ返還ヲ請求シ得る所以ナリ

(2) 契約解除代金減額ニ付テハ賣主タル競落人ハ通常ノ買主ト同一ノ權利ヲ有スルコト右ニ述タル如クナリト雖損害賠償ノ要求權ニ付テハ通常ノ買主ト異リ競落人ハ之ヲ有セサルヲ以テ本則トス蓋競賣ノ事タル債務者ノ意思ニ反セサル迄モ少クトモ其意思ニ因ルニ非ス又稀ニハ競賣アルコトヲ知ラナルコトアリ而シテ債權者ハ総合競賣ヲ請求シタリトハ謂ヘ事代人ノ財產ニ關スルカ故ニ其權利ノ欠缺セルヤ否ナニ付テノ智識ナキヲ通常トス競落人モ亦此等ノ事情ニ照酌シテ低價ニ買取ルモノニシテ欠缺ノ場合ニハ代金ノ返還ノミヲ以テ甘スルノ意見ナルヲ常トスルヲ以テ債務者債權者共ニ其責ニ任セサルナリ只然リト雖右兩者又ハ其何レカカ欠缺ノ實情ヲ知ルニ拘ラス沈黙ノ態度ヲ採リタルトキハ第五六七條ノ規定ニ於テ定タル賠償ノ責ニ任スヘキコトハ勿論ナリトス(第三項)

(二) 球疵擔保ノ場合(五七〇條但書) 球疵擔保ノ責任ハ強制競賣ニ付テハ何人ニモ生セサルモノトセリ蓋瑕附著スレハ多ク動産ニ關ス隨テ債務者又ハ擔保與者ニ對シテモ又債權者ニ對シテモ欠缺ノ場合ヨリモ一層其責ニ任セシムルノ苦悶ナル事情アリ且公然ノ賣買ニ關スルカ故ニ球疵ノ發見セラレサルコトハ比較的少ク代金ノ低廉ナルカ故ニ買主ニ於テモ欠缺ナラハ免ニ角球疵位ニ危險ハ豫負擔スルノ意思ナルヲ通常トス即ち日時日費用ヲ費スモト大ナル競賣手續フ徒勞ニ歸セシムルト共ニ解除賠償等ニ付テモ比較的煩雜ナリトシタルニ由ルモノナルヘシ然リト雖球疵モ時ニハ一部欠缺ヨリモ重大ニ全部欠缺ト同一視スヘキコト無キニ非ス之ヲ發見スルノ困難ノ如キモ欠缺ノ方常ニ勝レリト謂フヘキニ非ス要之立法院トシテハ球疵ノ場合ニ限りテ全然擔保ノ責ナシトシタルノ權衡ヲ失セサルカヲ疑フノ餘地ナキニ非サルナリ

(二) 個素タル擔保義務 上來説明セル所ハ常素タル擔保義務即賣買締結者ニ於テ擔保ニ關シテ別段ノ特約ナキ場合ニ生スル救濟義務ニ外ナラス然リト雖此義務ヲ定タル第五六一條乃至第五七一條ノ規定ハ任用的ノモノニ遇キス隨テ當事者ニ於テ有效ニ之ニ異リタル特約ヲ爲スコトヲ妨ケサルヲ以テ本則トス(五七三條及九一條)即或ハ常素タル擔保義務ヲ重大ニスルコトアリ例之特ニ多額ノ違約金ヲ約シ又ハ代金減額若クハ損害賠償ニ止ルヘキ場合ニ全部ノ解除ヲ約スルカ如シ或ハ常素タル

擔保義務ヲ輕減スルコトアルヘシ例之賠償ノ責任丈ハ豫之ヲ免除スルカ如シ尙擔保責任ノ内容ノ増減ニ止ラス或ハ擔保義務ノ場合要件ヲモ伸縮スルコトヲ得ヘシ所謂資力擔保ノ如キハ其適例ナリトス資力擔保トハ債權ノ賣買ニ於テ賣主カ賣買ノ目的タル債權ノ履行能力ノ主因タル債務者ノ辨済資力アルコトヲ特約ヲ以テ擔保スルコトヲ謂フ抑我民法上債權ノ賣買ハ債權讓渡ノ原因タルニ過キサルカ又ハ同時ニ債權讓渡其モノタルヲ得ルカニ付テハ議論ノ岐ル所ナリ素ヨリ二者其觀念性質ヲ異ニスルコトハ之ヲ認ムヘキニト疑ナシト雖債權讓渡ハ我民法上「要因的契約」解スヘク且賣買其モノニ依テ直接ニ行ルルヲ妨ケヌスト信ヌ然レトモ此點ハ寧債權讓渡論ニ屬スヘキモノニシテ子カ講說ノ範圍ヨリ謂ハヘ岐路ニ入ルヲ以テ茲ニ之ヲ詳説スルノ要ナシ

兎ニ角債權ヲ讓渡スルノ債務ヲ設定シ又ハ直ニ讓渡シタル場合ニ於テ若何等ノ特約ナシトセハ債權ノ賣主ハ單ニ第五六十條乃至第五五六〇條乃至第五五六六條ノ擔保義務ヲ負フニ止リ讓渡スル債權ノ履行能力ノ如キハ全然擔保責任ノ原由タルニ足ラサルコトハ尙恰耕作地ノ賣買ニ於テ特約ナキトキハ其收穫能力迄ヲ擔保セナルト異ルコトナシ然レトモ又特約ヲ以テ此點ヲ迄擔保スルコトハ曩ニ述ヘタル所ニ由リ敢妨クル所ナシ此特約ハ他ノ權利ニ付テハ實際ニ行ルルコト殆絶無ト稱シテ可ナリト雖獨債權ノ賣買ニ付テハ其必要實益頗多ク最頻繁ニ行ルル見ハ蓋債務者ノ資產ノ如キハ最變動ヲ蒙リ易キモノタルノミナラス債權ノ價格殆其債務者ノ履行能力ニ因テ定マルモノナレハナリ是民法ニ於テ特ニ債權ニ關シテ資力擔保ノ特約ニ付テノミ規定ヲ設ケタル所以ナリ（五六九條）

如此此種ノ特約ハ一ニ契約自由ノ原則ニ從フヘキモノナルカ故ニ其何レノ時期如何ナル期間ヲ標準トシテ資力ヲ擔保スルモ全ク當事者ノ隨意トス然レトモ時ニ當事者ハ單ニ資力ヲ擔保スル旨ヲ言明用上優先權ヲ有スルハ明文ヲ俟タシテ明ナル所ナリ

第二節 商慣習法

其一ハ商法ニ附屬セル法規ニシテ他ノ一ハ商事ニ關スル單行法トシテ制定セラレタル法規ナリ前者ニ付テハ明治三十二年勅令第二百七十一號小商人ノ範圍ニ關スル件、三十三年法律第十七號商法中署名スヘキ場合ニ關スル件、三十二年遞信省令第十九號商法第五五六二條ニ依ル書類ノ件、三十二年同省令第二十號湖川港灣及沿岸小航海ノ範圍ニ關スル件等ノ法令アリ又單行法トシテハ二十三年法律七十二號銀行條例其他各種ノ銀行ニ關スル條例、二十六年法律五號取引所法及其附屬法令三十三年法律六十九號保險業法及其附屬法令、三十三年法律六十四號私設鐵道法、同第六十五號鐵道營業法及此等ノ附屬命令三十二年法律第四十六號船舶法及同四十七號船員法、三十二年法律八號商標法等アリ其數極テ多ク茲ニハ唯其重ナルモノヲ示シタルノミ要スルニ此等ノ特別法ハ商法ニ先ナフ適用セラルヘキモノトス既ニ商法ニ先ツモノタリ況商法ニ後レテ適用セラルヘキ法規ニ對シテヲ商慣習法及民法ニ對シテ適用上優先權ヲ有スルハ明文ヲ俟タシテ明ナル所ナリ

商慣習法成立シ適用セラルルニ過キスト觀念シタルナリ蓋法典ノ制定ハ畢竟不確定ナル慣習法ニ代フルニ成文法ヲ以テシ商ヲ行フ者ニ其適從スル所ヲ知ラシメント欲スルニ外ナラサルヲ以テ少クトモ成文法ノ存スル範圍ニ於テハ慣習法ノ成立ヲ認ムヘキニ非ナレハナリ是商慣習法ノ商法ニ對スル關係ナレトモ其民法ニ對スル關係ニ至テハ事全ク別ナリ商慣習法ハ不文法ナリト云フモ素是商事ニ特別ナル必要ニ基キ發生シタルモノナレハ縱令民法ニ之ニ反對ナル規定アリトスルモ寧商慣習法ニ適用ノ優先權ヲ認ムルハ至當ノ事タリ要スルニ商法第一條ハ一面ニ於テ商法ト商慣習法トノ關係ニ付テハ法例第二條ノ趣旨ヲ追ヒテ規定シ他ノ一面ニ於テハ其例外規定トシテ民法ニ對シテ商慣習法ノ變更的效力ヲ認メタルモノト謂フヘシ

慣習法トハ慣習ノ法律ト同一ノ效力ヲ有スルモノヲ謂フ故ニ其淵源ハ慣習ナリ慣習トハ慣行セラルル事實ト云フノ義ニシテ慣行トハ同様ノ行爲ノ繼續シテ繰返ナル狀態ヲ指スニ外ナラス此慣習ハ如何ニシテ法律タル拘束力ヲ生スルカ將又其拘束力ヲ生スル時期如何ノ問題ハ純理上ノ議論トシテハ頗學說多キ所タリ其最普通ニ行ルモノニ依レハ其拘束力ノ由ヲ起ル所ハ國家ノ默示ノ命令ニシテ其默認ノ時期ハ人民ニ法律トシテ其慣行ニ服從スルノ觀念所謂法覺ヲ生シタル時ニ在リト說明ス此等純理上ノ議論ニ關スル詳細ハ法例法學通論又ハ法理學ノ講義ニ譲ルコトシ茲ニハ唯我現行ノ法制上ヨリ觀察シテ説明スルニ止ム我現行法規ノ上ヨリ論スレハ其説明ハ簡單ナリ慣習カ法タル效力ヲ生スルハ法例第二條ノ規定ニ基キ國家ノ明示ノ意思表示ニ成ルモノト謂フヘシ而シテ如何ナル時期ニ於テ慣習力法律トナルカト言ハ右法例第二條ヨリ推論スルニ法令ノ規定ニ反スル慣習ハ待ニ之ヲ認容スル規定ノ制定アルト同時ニ法タル效力ヲ生シ若慣習カ其認容規定ニ後レテ成立スルトキハ其成立ト同時ニ慣

習法ト爲ル又法令ニ規定ナキ事項ニ關スル慣習ハ其成立ト同時ニ法タル效力ヲ生スルナリ其他現在法令ノ規定ニ反スル慣習ニテモ將來其法規カ廢止セラルルニ至リタルトキハ所謂法規ナキ事項ニ關スル慣習トシテ其廢止ト同時ニ法タル效力ヲ生スルモノトス
慣習法ト事實タル慣習トノ間ニハ其效力ニ大ナル差別アリ先事實タル慣習ニ付テ言ヘハ其效力ニニアリ(一)補充力(二)解釋力即はナリ補充力トハ明示ニ依リ若クハ各般ノ狀況ヨリ推測シテ當事者カ慣習ニ依ル意思ヲ有スルモノト認ムヘキトキハ其慣習ニ從フワ云ヒ解釋力トハ當事者ノ爲シタル外形ノ意思表示ニ依ラス之ニ關シテ存在セル慣習ヲ斟酌シテ其眞意ヲ判断スルノ謂ナリ(民九二條)斯ム效力ヲ有スルヨリ事實タル慣習ハ慣習法ニ對シテ左ノ二節ノ重要ナル差別ヲ生ス
(第一) 商慣習法ハ右ニ述ヘタルカ如ク商法ニ對シテハ其命令的規定タルト任意の規定タルト問ハス之ヲ變更スルコトヲ得ベト雖事實タル商慣習ハ商法ノ命令的規定ニ對シテハ變更力ヲ有セサルモ任意的規定ニ對シテハ之ヲ變更スルノ效力ヲ有ス蓋事實タル慣習ハ當事者ノ意思ノ補充若クハ眞意ノ解釋ニ關スルモノナルカ故ニ明示若クハ默示ニテ慣習ニ從フノ意思アリト認ムヘキ場合ハ其慣習ハ當事者ノ意思トシテ法律行爲ノ一部ヲ成スモノト認ムヘク即其效力ヲ當事者ノ意思ニ發スルフ以テ任意的规定ヲ變更シ得ルコトナルナリ

(第二) 商慣習法ハ當事者カ其存在ヲ知ルト否ニ關セス適用セラルルト雖事實タル慣習ハ當事者カ豫其存在ヲ知ルニ非ナレハ何等ノ效力ヲ生セス如何トナレハ商慣習法ハ法律トシテ當然拘束力ヲ有スルモ事實タル慣習ハ當事者ニ於テ之ニ依ル意思ヲ有スル場合ニ始テ其效力ヲ生スルモノナルカ故ニ知ラナル慣習ニ從フノ意思アリ得ハカラサルカ故ナリ

右第一ニ述フルカ如キ差異アルヲ見テ人或ハ論シテ曰ク事實タル慣習ハ少クトモ任用的法規ハ之ヲ變更シ得ル效力ヲ有スルニ反シ若其慣習カ一步ヲ進メテ法ト同一ノ效力ヲ有スルニ至レハ却テ此種ノ法規ニモ後レト適用セラルコトトナリ甚奇怪ナル結果ヲ生スト批難ス然レトモ是誤解ナリ如此批難ハ畢竟法例第二條トノ關係フ明ニセナルカ爲ニ生スルナリ事實タル慣習カ法規ヲ變更ストハ其慣習ニ反對ナル法規ノ現ニ存在スル場合ナリ法規ノ存在スル事項ニ反スル慣習ハ法例第二條ヨリ推論ハレハ常ニ事實タル慣習トシテ存スルヨリ外ナク到底法タル效力ヲ生シ得ヘキモノニ非ス其法タル效力ヲ生スルハ畢竟其法規カ廢止セラレタルトキ即最早變更スヘキ法規ナキニ至リタル後ノコトタリ右ハ恰ゝ的ナキニ矢放ツカ如キ批難ト謂フヘシ

第三節 民法

民法ハ商事ニ適用セラルヘキ最後ノ法律ナリ商法ハ商事ニ關スル特別法ニシテ民法ハ商事ト其他ノ私法的事項トヲ規定セラ普通法ナリ兩者ハ相關のノ關係ヲ有スルコト既ニ詳細説明シタルカ如シ普通法カ特別法ニ其適用ヲ譲ルハ一般ノ原則ニシテ民法カ商法及商慣習法ニ後レト適用セラルハ當然ノ事タリ尙法文ニハ明言セラレナルモ民法ノ外民法ノ附屬法規民事單行法及民事慣習法モ亦商法商慣習法ニ規定ナキ場合ニ始テ其普通ノ適用方法ニ從テ適用セラルヘキコト事理明白ニシテ一ノ疑ヲ容レタル所ナリ

本論

第一章 商人

第一 商人ノ意義 商法ハ商人及商行為ニ關スル事項ヲ規定セルモノナルコト屢述ヘタルカ如シ商人ト言ヘハ自ラ商人非商人ノ區別ヲ生シ從テ法律上二者ノ判別スル標準ノ定アルヲ要ス其必要ノ極テ大ナルニ反シ實際上如何ニ之ヲ決定スヘキカハ立法上最困難ヲ感スル問題タリ現今之ニ關シテ存スル方法ハ大別シテ三種ト爲スコトヲ得(一)ハ實質上ヨリ商人ノ何タルヤヲ定ムルモノニシテ之ニモ亦區別アリ(イ)ハ事業ノ目的タル行為ヲ法典ニ列舉シ之ヲ業トシテ行フ者ヲ商人ナリトシ(二)ハ事業執行ノ方法ヨリ觀察シテ商業のノ設備ヲ以テ執行スル營業者ヲ商人ナリトス(二)ハ商業登記簿ニ商人トシテ登記スルト云フカ如キ外形上ノ標準ニ依テ商人ト非商人トヲ區別シ(三)ハ右(一)(二)ノ主義ヲ折衷加味シテ或モノハ實質上ヨリ或モノハ外形上ノ標準ニ依リ以テ商人タルヘキ者ヲ定ム此三主義ノ可否得失ニ關スル立法論ハ暫略キ我現行法ニ付テ言ヘ明ニ主義ヲ採用セルモノタリ第四條ニハ「本法ニ於テ商人トハ自己ノ名ヲ以テ商行為ヲ爲ス業トスル者ヲ謂フ」ト規定シ而シテ其商行為タルヘキモノヲ第二六三條以下ニ列舉セリ即事業執行ノ方法ヲ標準トスルニ非ス又登記ト云フカ如キ外形上ノ條件ヲ必要トスルニモ非ス只法典ニ掲ケラル商行為ヲ目的トスル營業者ナレハ夫レニテ商人ト爲ルト云フノ主義ナリ故ニ我現行法ノ解釋トシテハ第四條ノ規定ヲ分析スレハ直ニ商人ノ何タルヤヲ明ニスルコトヲ得ヘン

(一) 商人公商行為ヲ行フ者ナリ 商行為ノ何タルヤハ第三編商行為ニ關スル講義ニ於テ之ヲ詳説スヘシ一言セハ商行為ニハ客觀的商行為トテ第二六三條ニ列舉セラルモノト主觀的商行為ト唱フル第二

六四條列舉ノ行爲ト第二六五條ニ規定セラル附屬的商行爲ノ三種アリ而シテ茲ニ所謂商行爲トハ言フ迄モナク其客觀的商行爲ト主觀的商行爲トノ二種ニ係レリ附屬的商行爲ハ商人カ其營業ノ爲ニスル行爲ニシテ即商人ノ存在ヲ前提トシテ成存スル商行爲ナルヲ以テ商人ノ意義ヲ定ムル基礎タリ得サルハ勿論ノコトタリ如此客觀的商行爲及主觀的商行爲ハ商人ノ意義ヲ定ムル基本タル行爲ニ属スルヲ以テ學者ハ普通此兩者ヲ商ノ根本的行爲又ハ基本的行爲ト謂ヒ以テ附屬的商行爲ト對稱ト爲セリ

(二) 商人ハ商行爲ヲ業トシテ行フ者ナリ 葉トストハ營業ト同一義ナリ營業ノ何タルヤニ付テハ學說頗多シ予ノ信頼スル所ヲ言ハ營業トハ利益ヲ得ルノ目的ヲ以テ私法的行爲ヲ繼續シテ爲サントシ而シテ其意思ヲ表示シタル場合ニ存在ス

(イ) 營業ノ目的タル行爲ハ私法的行爲ナルヲ要ス 例之執達吏又ハ公證人ノ事務ハ私法的ノモノニ非サルヲ以テ之ヲ營業ト云ハナルカ如シ人或ハ私法的行爲ノ内ヨリ美術ニ關スル行爲ヲ除外シ畫工又ハ彫刻師カ業トシテ其彩畫又ハ彫刻物ノ販賣ニ從事スルヲ以テ營業ト稱スヘカラスト爲シ從テ商人ニ非スト説明スル者アリ畫工又ハ彫刻師カ商人ニ非サルコトハ固ヨリ之ヲ是認ス然レトモ之ハ全ク他ノ理由ニ出フルモノタリ第三編商行爲ノ講義ニ於テ説明セル如ク一般ニ云ハヘ他ニ譲渡スノ意思ヲ以テ業ヲ取得シ而シテ之ヲ譲渡スハ假令其間ニ變形又ハ加工行ルモ尙能ク商行爲タリ得ヘク而シテ之ヲ業トスルニ於テハ商人タルヘキモノタリ然ハ何故ニ畫工又ハ彫刻師等ニ限リ轉賣ノ目的ヲ以テ材料ヲ買入レ之ニ加工シテ販賣スルモ尙商人タリ得サルカト云ノニ蓋此場合ニ於テハ其畫布又ハ彫刻材料ハ唯仕事ノ手段タルニ止リ之ヲ取得シ移轉スルハ畢竟販賣ノ真ノ目的タル彩畫又ハ彫刻其モノノ附屬トシテ行ルルニ遇キサレハナリ其商人タリ得サルハ全ク此理由ニ基ケリ其行爲カ營業タラサルカ爲ニ非ス

(ロ) 營業ハ私法的行爲ヲ繼續シテ行フ場合ニ存在ス 繼續シテ行フトハ同種ノ行爲ヲ繰返シテ行フノ謂ナリ必シモ事實上間断ナク繰返サルヲ必要セス繰續シテ行ヘントノ意思ヲ以テ其多數ノ行爲カ統一セラレ居レハ足レリ要ハ唯同種ノ行爲カ繰返サレタル多數ノ行爲カ結束セラレテ恰一團ノ塊ヲ成スモノト認メラレ得ルヲ必要トスルノミ故ニ同種ノ營業の行爲カ如何ニ屢繰返サルルトスルモ其行爲カ各箇獨立ノモノト觀察セラレ得ヘキ場合ニハ營業ハ存在セス

(ハ) 繼續シテ行フ行爲ハ利益ヲ得ントスル目的ニ出フルコトヲ要ス 商行爲ノ編ニ於テ説明セル相互保險ノ如キハ其顯著ナル例ナリ相互保險ハ營利ヲ目的トスルニ非サルヲ以テ非營業の事業タリ從テ商行爲タルヲ得ス又營業税ヲ課セラルコトモナシ此利益ヲ得ントスル目的ハ營業ノ成立ニ必要ナル條件ナリ然レトモ其利益カ營業者ノ唯一ナル若クハ主要ナル所得ノ源頭タルコトヲ必要トセス其營業以外ニ職業若クハ他ノ營業アルヲ妨ケヌ又其取得スル利益ハ之カ使用セラル目的如何ニ關係ナシ慈善其他ノ宗教用ニ供シ政治其他ノ公共事業ニ投スルモ之カ爲ニ其營業タルニ影響ヲ受タルコトナシ

(ニ) 營業ヲ爲ス意思ヘ外部ニ表示セラレサルカラス 利益ヲ得ル目的ヲ以テ私法的行爲ヲ繼續シテ行ハント決意シタルノミニテハ不可ナリ開業ノ廣告、引札ノ配布、店舗ノ買入、使用人ノ雇入等明示若クハ默示的ニ其意カ外部ニ表現セラルコトヲ必要トス

(ミ) 商人ハ自己ノ名ヲ以テ商行爲ヲ業トシテ行フ者ナリ 自己ノ名ヲ以テスルトヘ其業トシテ行フ商行爲ノ法律上ノ主格ト爲ルノ謂ナリ名義上營業ノ主體ト爲ニ自ラ權利ヲ得義務ヲ負フ地位ニ立テハ可ナリ故ニ(第一)自ラ勞働ニ從事セス他人ヲシテ自己ノ爲ニ業務ヲ執行セシムルハ固ヨリ妨ナシ支配人番頭手代等ノ使用ヘ手廣キ商人ノ營業ニハ最其必要ヲ感スル所ニシテ殊ニ會社ニ在ラハ業務執行員又

ハ取締役ノ如キ其會社ノ意思ヲ表示シ之ヲ執行スルニ必要缺クヘカラナル機關タリ其他未成年者カ商業ヲ相續シ後見人カ代リテ其營業ヲ行フカ如キハ普通能ク見ル所ノ實例ナリ(第二)其營業ニ要スル資本ハ他人ヨリ出ツルコト勿論不可ナシ商行為編ニ於テ説明スヘキ匿名組合ノ如キハ商人カ其營業ヨリ生スル利益ノ幾分ヲ分配スルノ約束ヲ以テ出資ヲ他人ニ仰クカ爲ニ存スルモノタリ(第三)其營業ノ利益ト損失トヲ擧ケテ他人ニ歸セシムノモ亦差支ナキ所タリ問屋又ハ運送取扱人ハ全ク他人ノ計算ニ於テ取次ヲ爲ス商人タリ如此業務ノ執行力何人ニ依テ行ルルカ將又營業資本ノ出所如何損益計算ノ歸屬如何等ハ毫モ商人ノ意義ニ影響ヲ及スコトナシト反對ニ營業カ自己ノ名義ニ於テ行レアルトキハ如何ナル場合ニ於テモ商人ハ存在セス前例商業使用人、取締役又ハ後見人ノ如キハ實際營業ニ從事スルモ其營業タルヤ自己ノ名義ニ於テセス主人會社又ハ未成年者ノ名ヲ以テ爲スカ故ニ之ヲ指シテ商人トハ謂ヒ得ナルナリ其他匿名組合員カ商人タリ得ナル等ハ全ク此理由ニ基クモノタリ商法ニ於テ商人ト稱セラルベ以上ノ條件ヲ具備セル者ナラナルヘカラス商法以外一般ノ法令ニ於ル商人ナル用語ハ其法令ノ規定スル趣旨ニ從テ此意義ヲ決定スルコトヲ要ス若其意義カ直接ニモ又ハ間接ニモ其法令ニ依テ定メラレ居ラサル場合ニハ無論商法ノ規定ニ從フモノト見テ本條ト同一ニ解釋スルヲ至當トス法令ニ特ニ商法ヲ引用セサル限ハ本條ノ適用ナシト論スルカ如キハ予輩之ヲ探ラス

第二 商人タル自然人營業ノ自由ハ今日一般ニ認ムラル原則ナリ唯公益上ノ必要ニ基キ特別規定ヲ以テ其自由ヲ多少制限シ或ハ特別ノ資格ヲ有スル者ニ商業ヲ禁シ或ハ特定ノ商業ハ一般ニ之ヲ營ムヲ得ストシ或ハ特定ノ商業ニ付フハ官ノ免許ヲ必要トスルコトナキニ非スト雖是例外ノ場合ニ屬シ原則トシテハ私權ノ享有カ一般ニ認ムラレタル今日ニ在テハ國籍ノ内外ヲ問ハス何人モ權利能力ヲ有ス

ルト同時ニ商業上ノ権利者、義務者トシテ商人タルコトヲ得ヘン勿論何人タリトモ商人タルコトヲ得ト云フハ何人ニテモ商人トシテ商行為ヲ自ら行フコトヲ得ルトハ別問題タリ之ハ行爲能力ノ問題トシテ民法ニ詳細ノ規定アル所ナリ商法ニハ此所謂無能力者カ商業ヲ營ム場合其他ニ關シ二、三ノ特別規定アルノミ左ニ其説明ヲ爲スヘシ

(一) 未成年者及妻カ商業ヲ營ム場合 未成年者ト雖親權ヲ行フ父又ハ母若クハ後見人ノ許可ヲ得レハ商人タルコトヲ得(民一五條乃至一七條)而シテ一度許可ヲ得ア商業ヲ營ムトキハ其營業ノ關シテハ商業ヲ營ムコトヲ得(民一五條乃至一七條)而シテ一度許可ヲ得ア商業ヲ營ムトキハ其營業ノ關シテハ未成年者ハ成年者ト同一ノ能力ヲ有スルニ至リ(民六條)妻ハ獨立人ト同一視セラル(民一五條)此等ハ民法ノ規定スル所ニシテ商法ハ此民法ノ規定ニ從テ商人ト爲リタル未成年者又ハ妻ニ未成年者登記簿又ハ妻登記簿ニ登記ヲ爲スノ義務ヲ負ハシメタリ五條商施四條非訛三章一節及三節其旨ハ登記ニ依テ此等無能力者ハ成年者又ハ獨立人ト同ク完全ニ商業ヲ營ム者ナルコトヲ公示シ世人ヲシテ安心シテ之ト取引フハシ得セシメントスルニ外ナラス然レトモ之ハ公示方法ニ過キス登記セサレハトテ商人タル資格ヲ取得スルニ妨ナシ如此商法ニハ唯此等無能力者カ商業ヲ營ムトキニ付テノミ登記ノ規定存スルニ過キスト雖若其營業ノ許可ヲ取消サルルカ又ハ制限セラルルトキニ在テモ(民六條二項八八三條二項九二一條八七八條及一六條)其取消又ハ制限ヲ以テ第三者ニ對抗セントスルニハ等ク之ヲ登記セナルヘカラス變則ナカラ非訛事件手續法第一六八條ハ特ニ此點ヲ規定シ居レリ

(二) 後見人カ被後見人ノ爲ニ商業ヲ營ム場合 禁治產者ハ自ラ法律行為ヲ營ムコト能ハナルヲ以テ勢ヒ商業ハ全ク後見人ニ依頼セサルヘカラス未成年者モ亦幼稚ニシテ親ノ營業ヲ相續シタルカ如キ場合

ニ在テハ後見人之ニ代リテ其營業ヲ執行スルヲ常トスル場合ニ後見人ハ親族會ノ同意ヲ得レハ被後見人ニ代リテ營業ヲ爲シ得トハ民法ノ規定スル所タリ(民九二九條)商法ハ此場合ニ付前項ト同ク其登記ヲ爲スト(要)且其營業上ノ代理權ニ加ヘタル制限ハ之ヲ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ナルモノト爲セリ(七條商施六條)其趣旨ハ畢竟善意ノ第三者ヲ保護シ取引ノ進捗ヲ計リタルニ外ナラス

(三) 未成年者又ハ妻カ會社ノ無限責任社員ト爲ル場合 合名會社、合資會社及株式合資會社ノ無限責任社員ハ外部ニ對シ會社ヲ代表シ内面ニ在テハ業務ヲ執行シ而シテ會社債務ニ付無限ノ擔保者タルベキ者ナルヲ以テ商法ハ如此無限責任社員タルコトヲ父、母、後見人又ハ夫ヨリ許可セラレタル未成年者又ハ妻ハ其會社業務ニ關シテハ之ヲ能力者ト看做シタリ(六條)是恰營業ノ許可ヲ受ケタル此等無能力者ヲ民法カ完全ナル能力者ト認メタルト同一ノ趣旨ニ出タルモノナリ而シテ茲ニハ登記ニ關スル規定ナシト雖本件ハ會社編ノ規定ノ結果シテ自然登記ヲ強要セラルルナリ

第三 商人タル法人 自己ノ名ヲ以テ商行為ヲ業トシテ行フ者ハ總テ商人タリ敢自然人タルト法人タルトヲ問ハサルナリ然レトモ其法人タル人格ハ法規ニ因テ生シ其目的ノ範圍内ニ於テノミ權利義務ノ主體トシテ存スルニ過キサルヲ以テ自然人ト異リ其商人タリ得ベキ者ニ大ナル制限アリ畢竟各種ノ法人ニ付其性質目的ヲ審査シテ商人タルヤ否ヤニ付テハ多少議論アル所ナリモ我法ハ第二條ニ於テ其冒頭ニ「公法人ノ商行為ニ付テハ」ト規定シテ先公法人ト雖商行為ヲ爲スコトアルヘキヲ豫測シ次テ「法令ニ別段ノ定ナキトキニ限リ本法ノ規定ヲ適用ス」ト規定シタルヨリ推論スレハ公法人ト雖商行為ヲ爲スコトアル者ニ非サレハ之ヲ商人ト言フヲ得ス商ト稱シ得ヘケンニハ大體上營利ノ觀念ニ貨物轉換ノ媒介ヲ

爲スト云フ觀念加ハルコトヲ必要トストハ嘗商ノ意義ヲ説明スルニ當リ詳述シタル所ニシテ所謂民事會社ノ目的トスル行為ハ此觀念ニ於テ缺ク所アレハナリ況營利ヲ目的トセナルコトヲ特色トセル民法ノ公益法人ニ於テオヤ此等ハ共ニ商人タルコトナシ公法人ニ付テハ如何元來商行為ハ其性質上公法人ノ爲シ得ヘキモノナルヤ否ヤニ付テハ多少議論アル所ナリモ我法ハ第二條ニ於テ其冒頭ニ「公法人ノ商行為ニ付テハ」ト規定シテ先公法人ト雖商行為ヲ爲スコトアルヘキヲ豫測シ次テ「法令ニ別段ノ定ナキトキニ限リ本法ノ規定ヲ適用ス」ト規定シタルヨリ推論スレハ公法人ト雖商行為ヲ爲スコトアル得ヘク之ヲ業トシ行ヒタルトキニハ法令ニ別段ノ定ナキ限ハ之ヲ商人ト稱シテ不可ナキカ如ク解セラル然ラハ如何ナル場合ニ公法人カ商行為ヲ業トシテ商人タリヤト言ハハ之ハ畢竟現行法ノ規定スル所ニ依リ解決スルノ外ナシ先國家ニ付テ言ハハ其最著キハ官設鐵道ノ場合ナリ官設鐵道ハ國家カ運送ニ關スル行為ヲ業トシテ營ム者ニシテ商法上所謂運送人タルコト鐵道營業法及之ニ附屬セル鐵道運輸規定等カ別段ノ定ナリ爲ナル事項ニ付商法運送營業ノ規定ニ從ハシムルニ徵シテ殆疑ヲ容レサル所ナリ其他官設ニ係ル製鐵事業ノ如キモ亦原料ヲ買入レニ之加工シテ販賣スルヲ業トスル商人ト謂フヘシ國家ト等ク地方自治團體モ亦業トシテ商行為ヲ行ヒ得シ元來府縣市町村等ノ如キ自治團體ハ他ノ特定セラレタル事務ノ執行ヲ目的トセル公共組合トハ異ナリ廣ク公共事務ヲ目的トスル者ニシテ而モ府縣郡制市町村制等ニハ敢營業禁止ノ規定ナキヲ以テ見レハ此等公共團體モ亦商業ヲ行ヒ得ヘシト解スヘキナリ電氣、瓦斯ノ供給ニ關スル行為ノ如キ又ハ市内鐵道運送ノ如キ之ヲ市ノ事業トシテ經營スル事例ハ稀ナリトセス如此公法人ハ商行為ヲ業トシテ商人タルコトヲ得ヘク之ニ對シテ商法ノ適用アリト雖其適用ハ或ハ法令ニ別段ノ定アルニ因リ或ハ性質上公法人ニ適用シ得ヘカラサルニ因リ自然制

限セラルルゴトニ注意シ例之商業使用人ニ關スル規定商號登記商號及商業帳簿ニ關スル商法ノ規定ノ如キハ全ク公法人ニ其適用ナキモノタリ

第四 小商人 我商法上小商人ト言ヘハ一定ノ意義ヲ有スルハ前ニ商ノ種類ヲ説明スルニ當テ一言シタルコトアリ即第八條「月日ニ就キ又ハ道路ニ於テ物ヲ販賣スル者其他小商人云々」ト規定シ其所謂小商人ノ範圍ハ商法施行法第七條ヲ以テ勅令ニテ定ムルコトシ而シテ明治三十二年六月勅令第二七號ハ「商行為ヲ爲スフ業トスルモ資本金額五百圓ニ満タル者ハ之ヲ小商人トス」ト確定シタリ故ニ小商人ノ範圍ハ資本金額五百圓未滿ノ者ニ限ラル法文ニ掲クル行商又ハ露店商ハ畢竟此小商人ノ一例ヲ示シタルニ過キナルヲ以テ此等ノ者ト雖若其營業資金五百圓ヲ超ユル場合ハ已ニ小商人ノ範圍ヲ脱スル者ト解スヘシ爾ク解スル方或ハ商法編纂者ノ意思ニ反スルナラシモ法規ヲ公平ニ一樣ニ適用シ得ル上ヨリ言フ「解釋論トシテハ至當ナル」ヘシ

小商人ニ付テハ商法ハ商業的制度ノ一部ヲ之ニ適用セス即商業登記商號、商業帳簿ニ關スル規定ハ全ク小商人ニ適用ナキモノトス(八條)其趣旨ハ元來此等ノ制度タルヤ商人ニ特種ノ利益ヲ與フルモノナルモ他ノ一面ニ於テハ煩煩雜ナル義務ヲ商人ニ負ハシムモノニシテ小商人ハ到底其煩ニ堪ヘサルヘシト言フニ在リ如此小商人ニハ商業登記ニ關スル規定ノ適用ナキモ以テ登記ヲ要スル支配人ハ小商人之ヲ選任スルニトテ得ス小商人ノ範圍ヲ前述ノ如ク狹ク解スルトキハ實際小商人ニハ支配人ノ必要全クナキナリ又資本金五百圓未滿ノ商事會社ノ成立ハ法ノ認メサル所ナリト論結シテ可ナルヘシ又商號制度ノ適用ナキ結果トシテ小商人ハ縱令其營業上ノ名稱トシテ一定ノ屋號ヲ使用スルモ之ヲ獨占スルヲ得ス他入ノ侵ス所ニ任スノ外ナシ商業帳簿ノ如キモ之ヲ作成スルハ固ヨリ妨ナシト雖之ヲ作成スル

定スルノ必要アリ即此場合ニ於テハ賣主ハ右ニ述ヘタル民法ノ規定ニ依リ買主カ其瑕疵ヲ發見スルニ至ル迄永久ニ擔保ノ義務ヲ免レ得ナルカノ疑問ヲ生ス商法第二八八條一項後段ノ規定ハ之ヲ解決シテ六箇月内ニ其瑕疵ヲ發見スルコトヲ要スト爲シ且ニ之ヲ發見シタルトキハ直ニ賣主ニ對シテ其通知ヲ發スヘシト爲セリ瑕疵ノ性質如何ニ因テハ或ハ此發見期間ハ短キニ失スルノ恐レナシトセザルモ取引ノ

安全ヲ保護スルノ趣旨ヲ貫徹セシニハ又止ムヲ得サル所ナリ

茲ニ注意スベキハ法文ニ「直チニ發見スルコト能ハサル瑕疵」トアル其解釋ナリ「直チニ」トアルカ故ニ恰皮想的ノ検査ニ依リ發見セラレヌシテ殘レル瑕疵ハ總テ此内ニ包含セラルカ如ク見ニ、然レモ此「直チニ」トハ畢竟検査ノ際ニ發見セラレサルコトヲ意味スルニ止リ検査其モノハ皮想的ナラシシテ根本的ノ吟味ヲ必要トスルナリ故ニ検査ニ相當ノ注意ヲ歛キニ發見スルコト能ハサリシ瑕疵ニ付テハ後段ノ規定ヨリハ寧前段ノ規定カ適用セラルムモノト解スヘシ然ラハ法文ノ所謂「検査」トハ如何ナル程度ニ於テスルヲ要スルカ之ハ事實問題ニ屬シ結局各場合ニ應シ商慣習ニ基キ當事者各自ノ利益ヲ公平ニ觀察シテ決定スルノ外ナシ穀類ナレハ中身ヲ改メ酒類ナレハ膏味スヘク機械ナレハ運轉ヲ試ムヘキナリ尤包装ノ開封カ著ク商品ノ價額ヲ減スルカ如キ場合ニハ外部ノ検査ヲ以テ足レントシ又同様ノ性質ヲ條件トスル商品ハ其一部分ノ検査ヲ爲セハ可ナリトハ獨乙ニハ其判決例アリ尙此検査ハ商品受領後遲滞ナク之ヲ行フコトヲ要ス其試驗期間ノ長短ハ各場合ニ於テ行フヘキ試驗ノ方法ニ依テ決定セラルヘク一概ニ説明スルヲ得ス怠慢ナル試驗ニ依テ通知ヲ遲延スルトキハ買主ハ其權利ヲ失フニ至ルヘシ又検査ニ因テ瑕疵ヲ發見シタルトキハ直ニ其通知ヲ爲スコトヲ要ス然レモ通知ノ未著又ハ延著ハ賣主其危險ヲ負擔シ賣主ハ之ヲ發送スレハ足レリ又此通知ハ直ニ爲スヲ要スト言フモ検査全

部終了ノ時ニ於テ搬テ爲セハ足リ検査ノ中途ニ發見シタル環疵又ハ不足ニ付其都度一一之ヲ通知スルノ必要ナシ検査前偶然發見シタル環疵ノ如キモ検査ノ施行ニ依テ發見スヘキ他ノ環疵ト併セテ通知スルモ差支ナシ何トナレハ物ノ不足又ハ環疵ニ付故障ヲ申立フヘキヤ否ヤ將又何等カノ方法ヲ以テヲ補填シ得ヘキ否ヤハ畢竟交付ヲ受ケタル商品ノ全部ヲ検査シタル後ニ於テ判斷シ決定スヘキ事柄ナレハナリ尙此通知ハ唯其通知ノ範圍内ニ於テノミ賣主ノ權利ヲ保全スルニ止リ通知漏ノ事項ニ付ヲハ何等ノ效力ヲ生セナルニ注意スヘシ

賣主ニ商品ノ検査及通告ヲ命スルハ畢竟永キ期間取引ノ結了セサルヨリ生スヘキ賣主ノ不慮ノ損害ヲ豫防セントスルニ外ナラズ故ニ賣主ニ惡意アリタル場合例之の目的物ニ環疵アルコト知リ又ハ其數量ニ不足アルコトヲ知リテ引渡ヲ爲シタルカ如キ場合ニハ本條ノ適用ナシ(二八八條二項知ラザレハコソ通知ヲ受クル必要ヲモ生スルナレ知リテ尙通知ヲ要ストハ何等ノ意味ナキコトナルノミナラス假ニ斯ル場合ニモ尙本條ノ適用アリトセハ惡意ノ賣主ハ萬一ヲ僥倖シテ不正ノ引渡ヲ爲スノ弊害ヲ生シ取引ノ安全ヲ害スルニ至ルヘケレハナリ

検査及通告ノ手續カ完全ニ運ハレタル結果ニ付テハ民法ノ規定カ適用セラル即賣主ハ其本來ニ於テ擔保義務ヲ負擔スル結果シテ其瑕疵又ハ數量ノ不足ノ爲ニ賣主ヨリ契約ヲ解除セラルルコトアルヘシ契約カ解除セラレタル場合ニハ賣主ハ其物ヲ保管スルノ義務ナク之ヲ返還シテ差支ナキヲ民法ノ原則トス然レトオ商法ハ斯ル場合ニハ賣主ハ必其物ヲ保管スルカ又ハ供託スルコトヲ要スト爲シ賣主ノ指揮ヲ俟タスシテ安ニ之ヲ返還シ得ナルモノト爲シタリ其保管ノ費用ハ勿論賣主ノ負擔タリ(二八九條前段)商人ハ互ニ信用ヲ重ンスヘキモノナルヲ以テ斯ル場合ニ之ニ保管ノ義務ヲ負ハシムルハ至當ノコトナルヘシ商界ニ於ル常態トシテ商人ハ其送付シタル物品カ賣主ヨリ拒絶セラレタル場合ニ可成其賣主ノ近傍ニ於テノ賣却シ以テ送還ノ費用ト手數ヲ避ケンコトヲ努ム此實狀ニ基キ本條ノ規定ハ生シタルナリ尤其物品ニ付滅失又ハ毀損ノ虞アルトキニハ賣主ハ其物ヲ保管又ハ供託ニ代ヘテ裁判所ノ許可ヲ經タル上之ヲ競賣シ以テ其競賣代價ヲ保管シ又ハ供託スルコトヲ得ヘシ但此場合ニハ遲滞ナク賣主ニ對シテ其通知ヲ發スルコトヲ要ス(二八九條一項但書及二項)此競賣ハ單ニ賣主ノ利益ノ爲ニノミ存スルモノニシテ第二八六條ノ競賣トハ其事情異ナレルヲ以テ特ニ其競賣ノ必要如何ヲ査定セシムル爲メ斯クハ裁判所シテ第二八七條シムルコトナシタルナリ

以上述ヘタル保管又ハ供託義務ニ關スル規定ハ競賣當事者雙方ノ營業所若營業所ナキトキハ其住所カ同一市町村内ニ在ル場合ニハ其適用ナシ(二八九條三項及商施一四條蓋斯ル場合ニ於テハ賣主ハ賣買解除ノ通知ニ接スルヤ直ニ之ヲ引取ルカ若クハ其保管シテスル相當ノ處置ヲ施シ得ヘケレハナリ

買主ノ負擔スル保管又ハ供託ノ義務ハ當ニ目的物ニ環疵アリ又ハ其數量ニ不足アルヨリ契約ヲ解除シタル場合ニ止ラスシテ其引渡ヲ受ケタル物品カ注文品ト相違シタル場合又ハ其數量ニ超過アリタル場合ニモ其相違シタル物又ハ其超過シタル部分ニ付均ク之ヲ保管シ又ハ供託スル責任アリ固ヨリ此場合ト雖其責任ハ隔地取引ニ限ラレ同地賣買ニハ其適用ナシ(二九〇條)

第三定期賣買ニ關スル特別規定 契約ハ其種類ノ如何ヲ問ハス不履行ニ因テ解除セラルヘキ運命又有ス然レトモ當事者ノ一方カ債務ヲ履行セサレハトテ之カ爲ニ當然解除セラルニ非ス原則トシテハ相手方ニ解除權ヲ生スルニ止リ其契約ヲ解除スルト之ヲ解除セシテ其履行ヲ爲シムルトハ一二相手方ノ任意ニ決定シ得ヘキ所タリ今其解除ヲ爲サントスル場合ニ付テ言ヘハ解除ヲ爲スニハ一定ノ方

法アリ相手方ハ不履行者ニ對シ其意思ヲ表示セザルヘカラス然ラサレハ解除ノ效力ヲ生スルコトナシ（民五四〇條）又其解除ヲ爲ツナル場合ニ付テ言ヘハ契約ハ依然トシテ存續スヘシ但之ニハ解除權ノ附著スルアリ其解除權ハ時效ニ罹ラナル限ハ何時ニテモ相手方ハ之ヲ行使スルコトヲ得ヘク之ヲ消滅セシメントニハ唯不履行者カ相當ノ期間ヲ定メテ其期間内ニ解除ヲ爲スヤ否ヤヲ確定スヘキ旨ノ催告ヲ爲ス一方法アルノミ不履行者ニ取テハ甚迷惑ヲ感スル所ナリ（民五四七條）此原則ハ總テノ契約解除ヲ支配スルカ故ニ民法第五四二條ノ所謂正確ニ日時又ハ一定ノ期間内ニ履行ヲ要スル契約ニ於テ當事者ノ一方カ履行ヲ爲スシテ其時期ヲ經過シタルトキニ相手方カ有スル解除權ニ付テモ等ク其適用アリ然ルニ商法ハ第二八七條ニ於テハ不履行例外規定ヲ設ケ此種ノ契約カ賣買ニ關シテ爲サレタル場合ニ於テ當事者ノ一方カ履行ヲ爲スシテ履行期ヲ經過シタルトキニハ相手方ハ直ニ其履行ヲ請求スルニ非ナレハ賣買ヲ解除シタルモノト看做シタリ即一面ニ於テハ相手方カ不履行者ニ對シテ爲スヘキ契約解除ノ意思表示ヲ不必要トシテ其手數ヲ省キ他面ニ於テハ不履行者ノ爲メ特ニ相手方ニ對シ催告ヲ爲シ解除ヲ確メストモ相手方ヨリ直ニ履行ノ請求ヲ受けサル限りハ契約ハ當然解除セラレタルモノト看做シ得ルノ便宜ヲ與ヘタリ蓋手續ノ繁雜ナルト取引ノ永ク結了セザルトハ其ニ商取引ノ觀念ト相容レサルコト屢述ヘタル如クニシテ本問ノ場合ニ不履行者ノ爲ニ存スル催告方法ノ如キモ相當ノ期間内ハ相手方ノ確答ヲ俟フニ非ナレハ其目的ヲ處分シ得ナルモノナルヲ以テ相場ノ變動常ナクシテ臨機ノ處分ヲ必要トスル商品ニ付テハ其效用極テ薄ク到底商行爲ノ當事者ヲ保護スルニ足ラサルヲ以テナリ夫レモ一般ノ賣買契約ナレハ格別ナレトモ斯ル特種ノ性質ヲ有スル賣買即一定ノ時期又ハ期間ヲ經過スレハ契約ヲ爲シタル目的ヲ達スルコト能ハサルカ如キ賣買ニ在テハ本條ノ如ク規定スルモ敢相手方

不便ヲ感セシムルコトナカルヘシ勿論契約ハ當然解除セラルムモ損害賠償ノ請求ヲ爲スハ妨ナシ（民四五五條）

第三章 交互通算

交互通算ハ其趣旨數多ノ取引ヨリ生スル債權債務ヲ取引毎ニ計算セス期間ヲ定メテ一經ニ計算ヲ爲ントスルニ在テ商業界ニ最便益ヲ與フルモノタリ相互ノ間ニ平常斷々取引ヲ爲スノ關係存スル場合ニ在テハ其取引ニ伴ヒ幾多ノ債權債務ノ關係ヲ發生シ或取引ニ因テ甲カ乙ニ對シテ債權ヲ取得スル代リニ他ノ取引ニ於テ却テ乙カ債權者ノ地位ニ立チ互ニ債權者トナルノ關係ヲ生スル場合ニ於テハ其債權ノ取引ニ付テ一一計算ヲ爲サンヨリハ寧或期間ヲ定メ其期間内ニ發生スル總ノ取引ヲ一括シテ差引計算スルコト當ニ煩雜ヲ避ケ得ルノミナラス他ニ大ナル利益ノ之ニ伴フアルヲ見ル其一般ヲ言ヘハ各取引毎ニ計算ヲ爲スノ時間ト手數ヲ省キ隔離者間ノ取引ナレハ尙送金ノ費用ト危險ヲ免レ得ルノ便益アルヘシ殊ニ此計算方法ニ依レハ一定ノ期間内ハ其債務ヲ履行スルニ及ハサルヲ以テ債務者ハ現金拂ニ追ハルルコトナク安シシテ其資金ヲ他ニ流用シ得ルノ便益アリ而シテ互ニ債權者タリ債務者タル地位ニ立ツモノナルヲ以テ此大ナル便益ハ當事者双方ノ共ニ均ク受ク所ノモノタリ當ニ當事者ノ爲ノミナラス資本ヲ間断ナク運轉シ得セシムルヲ以テ金融ヲ幫助スル上ニ於テ著キ收益アリ是交互通算カ自然商ノ實際ニ發生シ盛ニ行ルル所以ナリ其法律上ノ正確ナル意義效力及其計算關係ノ終了ニ付テハ左ニ順次之ヲ説明スヘシ

第一節 交互通算ノ意義

交互通算ハ當事者間ノ營業取引ヲ簡單ニ且有益ニ整理スヘキ計算ノ一方法トシテ生シタルモノナルコト前述シタルカ如シ然レトモ我商法ハ此交互通算ヲ以テ單ニ斯ル場合ニ於ル計算ノ一方法トシテ當事者カ任意ニ其意義ヲ定メ其效力ヲ決定シ得ヘキモノト爲サス法律上ニ特別ナル效力ヲ認ムルト同時ニ豫其意義ヲ一定シテ其成立ヲ特定ノ場合ニ限定シ以テ他ノ場合ニ在テハ縱令當事者相互ノ間ニ續發スル債權債務ノ整理ニ付此交互通算ニ類似スル計算方法ヲ用フルコトアルニ茲ニ所謂交互通算ノ關係ヲ發生スルコトナシトノ主義ヲ採リ此趣旨ニ基ニ第二九一條ハ「交互通算ノ意義ヲ定メ「交互通算トハ商人間又ハ商人ト商人ニ非ナル者トノ間ニ平常取引ヲ爲ス場合ニ於テ一定ノ期間内ノ取引ヨリ生スル債權債務ノ總額ニ付キ相殺フ爲シ其殘額ノ支拂ヲ爲スヘキコトヲ約スルニ因リテ其效力ヲ生ス」ト規定セリ今之ヲ分析シテ說明センニ

第一 交互通算關係ハ諸成契約ニ因テ發生ス 交互通算ハ或債權ト反對債權トカ併存スル場合ニ雙方共實際ノ履行ヲ爲ナス相殺ニ依テ互消セシムルノ點ニ於テ民法上ノ相殺ト酷似スレトモ其間ニハ自ラ差別アリ民法上ノ相殺ハ當事者間ニ何等ノ契約アリヲ要セス或條件ヲ具備スルトキハ當事者一方ノ單獨行為ニテ行ルヘシト雖交互通算ノ關係ハ豫當事者カ之ニ關スル特約ヲ爲スニ非ナレハ發生セス當事者相互ノ間ニ信用ノ存在スル場合ニ始テ此關係ノ存在ヲ見ルナリ蓋交互通算ハ民法上ノ相殺ノ如ク簡簡ノ債權債務ニ付相殺フ爲シ其殘額ヲ請求スルモトハ異ナリ一定期間ノ取引ヨリ生スル多數ノ債權債務ノ總額ニ付唯一回ノ相殺ヲ爲シ唯一回ノ残額支拂ヲ要求スルニ止ルカ故ニ各箇ノ債權ハ事實其

履行ヲ延期セラレ該期間内ハ随意ニテ主張シ得アルノ結果ヲ生シ當事者ノ境涯ニ依テハ甚キ不當ト危險トヲ包含スルモノナルヲ以テ相互通算ニ因ルニ非ナレハ到底此關係ヲ生シ得ヘキニ非ナレハナリテ此交互通算ハ當事者相互通算ニ基キ其合意ニ因テ成立スルモノナルコト並ニ其契約ハ啟書面ヲ必要トスルニ非ス明示ニテモ默示ニテモ苟之ニ關スル意思表示アリト認ムヘキ場合ニ在テハ直ニ成立スル諾成契約ナルコトハ法文中「約スルニ因リテ其效力ヲ生ス」と規定シアルニ徵シテ一點ノ疑ヲ容レサル所タリ然レトモ其契約ノ性質如何ニ付テハ法文ニ依テハ之ヲ決定スルコトヲ得ス否法文上ヨリスレハ寧交互通算契約ナル一種ノ契約ナリト説明スル方穩當ナルヘシ多少ノ異論ナキニ非ナルモ交互通算ヲ以テ何レノ契約ニキ属セナル一種獨立ノ契約ト爲スハ多數學說ノ認ムル所タリ

第二 交互通算ハ平常取引關係ヲ有スル商人間又ハ商人ト非商人間ニ於テノミ成立ス 外國ノ立法例ニ於テハ當事者ノ誰ナルヲ問ハス又商取引ヨリ生スル債權債務ニ付テハ廣く交互通算ノ成立ヲ認ムルモノアリト雖我商法ハ非商人間ニ於テハ縱令之ニ類似ノ計算關係ヲ有スルモ茲ニ所謂交互通算ト認ムストノ主義ヲ採用セリ其理由ハ他ナシ前述セルカ如ク交互通算ハ畢竟當事者間ニ數多ノ取引カ行レ且相互ニ権利ヲ得義務ヲ負フコトアルヲ前提シテ起リタルモノナリ然ルニ非商人間ニ於テハ雙方共ニ取引ヲ營業トシテ行フモノニ非ナルヲ以テ互ニ債權者ト爲リ債務者ト爲ルヘキ數多ノ法律關係ヲ發生スルコトナク偶稀ニ交互通算ニ依ルノ必要ヲ感スルコトアリトスルモ之ニ對シテハ本章ノ特別規定ヲ適用スルノ必要ナク民法上ノ契約ニ關スル一般ノ規定ニ依テ其相互ノ關係ヲ決定セシムルヲ以テ足レリトシタルナリ商法ハ當ニ非商人間ニ交互通算ノ成立ヲ認メナルニミナラニ商人間又ハ商人ト非商人

キノ間ニ於テモ雙方カ平常斷々取引ヲ爲スノ關係ヲ有セナル場合ニハ等々交互計算ノ成立ヲ認メス
是皆同一ノ趣旨ニ出タルモノナリ如此繼續シタル取引關係ノ存在アリ且債權債務ノ關係カ變面的ニ
生スルコト交換計算ノ成立ト離ルヘカラナル關係ヲ有スト雖此關係ノ存在ニ基キテ一旦交互計算
契約カ成立シタルトキハ其各箇ノ場合ニ於テハ事實上必シニ雙方ニ債權債務ノ關係ヲ生スルコトヲ必
要トセヌ偶一定ノ期間内ニ於テ當事者ノ一方カ債權ノミヲ取得シ他方カ債務ノミヲ負擔スルコトアリ
トスルモノ之カ爲ニ交互計算ハ影響ヲ受クルコトナシ

第三 交互計算ハ一定ノ期間内ニ取引ヨリ生スル債權債務ノ總額ニ付相殺ヲ爲シ殘額ノ支拂ヲ爲ス
以テ其目的トス

(イ) 相殺ノ行ルヘキ債權、債務ハ一定ノ期間内ニ於テ生シタルモノナルコトヲ要ス 交互計算關係ノ
繼續期間ハ之ヲ一定スルノ必要ナシ其定ナキトキハ契約カ解除セラレサル限り永續スルモノト見テ
可ナリ然レトモ其相殺ニハ自ラ一定ノ期間ナカルヘカラス詳言セハ相殺ヲ爲スヘキ一定ノ期間ヲ定メ
置キ其期間内ニ生シタル債權債務ヲ必其期間ノ末日ニ於テ相殺スルコトトシ一先ツ其始末ヲ付クルハ
必要ノ事タリ此期間ハ當事者ノ任意ニ定メ得ヘキ所ニシテ只之ニ關シ別段ノ意思表示ナキトキハ法律
ハ六箇月ヲ以テ一期間ト爲セリ(一九三條)蓋交互計算ハ數多ノ債權債務ヲ一括シテ差引計算スルモノ
ナルカ故ニ相殺ヲ爲スヘキ期間ハ當事者カ其好ム所ニ從テ之ヲ定メタル場合ハ其自由意思ニ放任スヘ
キハ勿論アレトモ之ヲ定タル場合ニ於テハ短キニ失セハ交互計算ノ目的ヲ達セサルコトナリ永キニ
失セハ取引度數ノ重ナルト共ニ計算ノ錯雜ヲ生スノミナラス當事者ニ大ナル利害ノ影響ヲ來スモノ
ナルヲ以テ豫法律上相當ノ期間ヲ定メ置クノ必要アリ如何ナル期間ヲ相當トスルヤハ問題ナレトモ商
法ハ我國現時商況ノ便利ニ鑑ミ之ヲ六箇月ト爲シタリ蓋交互計算ノ最多ノ行ルハ會社ニシテ我國ニ
於ル會社ハ概六箇月ヲ以テ利益ノ配當ヲ爲スノ定ナルヲ以テ本問ノ期間ヲ之ト一致セシムルコト極ア
便利ナリトハ草案者ノ説明スル所ナリ然フハ一定ノ期間内ニ取引ヨリ生シタル債權債務ナラハ如何ナ
ル種類ノモノニテモ又如何ナル狀況ニ在ルモノニラモ總テ之ヲ交互計算ニ組入ルルコトヲ得ルヤト云
フニ然ラス交互計算ノ目的ハ歸スル所債權債務ヲ相殺スルニ在ルカ故ニ自然之カ爲ニ制限ヲ受ケ其債
權債務タルヤ目的ノ同種ナルコトヲ要シ且其期間内ニ於テ辨済期ノ到来シタルモノナルコトヲ必要ト
ス而シテ同種ノ目的ヲ有スル債權債務ト云フモ僅少ノ期間内ニ當事者双方ニ數多ク生スヘキ同種類ノ
債權債務ナルヲ要スルカ故ニ實際ハ殆金錢ヲ目的トスル債權債務ニ限ラルルナラン金錢債權ナレハ當
事者カ別段ノ意思表示ヲ爲サナル限ハ如何ナル名義ニ基クモ固ヨリ差支ナシ最普通ナルハ消費貸借不
規則寄託等ナルヘン

以上述ヘタルカ如ク交互計算ノ目的ハ先金錢ヲ目的トスル債權債務ナルコトヲ必要トス然レトモ總テ
ノ金錢債權ハ常ニ交互計算ノ目的タリト云フ得スヘキ例外セラル場合ナキニ非ス例之計算
算則ノ到來ヲ俟タス特別ノ期間内ニ支拂ヲ要スルモノ又現金拂ノ約束アルモノノ如キハ別ナリ手形其
他ノ商業證券ヨリ生シタル債權債務ニ付テハ異論アリ或ハ交互計算ノ目的タリ得スト説ク者アリト雖
我商法ハ此主義ヲ採ラス之ヲ交互計算ニ組入ルルモ不可ナシトセリ此商業證券ノ組入トハ其證券ニ表
彰セラルル權利自體ヲ組入ルルニ非ス其權利自體ノ組入ト見テハ意義ナキコトナラニ畢竟其證券上ノ
權利ノ移轉ヲ受ケタルカ爲ニ負擔スル債務ヲ計算項目ノ一トシテ組入ヲ爲スナリ問題トナルハ其組入
ヲ爲シタル場合ニ於テ證券ノ債務者カ辨済ヲ爲サナルトキハ如何ニ之ヲ處理スヘキヤノ點ナリ或ハ此

等ノ證券ヲ受取リタル者カ一旦之ヲ相手方ニ對スル自己ノ債務トシテ交互計算ニ組入レタル以上ハ其證券ノ債務者ヨリ支拂ヲ得サレハトテ強チ其組入ヲ解クニ及ハス其債務ハ債務トシテ依然其項目ヲ存セシメ更ニ支拂ノ拒絕ニ依テ生スヘキ相手方ニ對スル償還請求ノ債權ヲ交互計算ニ組入レシムレハ足レリトノ感トニ非ヌ然レトモ此等ノ證券ニ在テハ其權利ヲ保全スルニ種種複雑ナル手續ヲ要シ一步フ誤レハ失權ノ效果ヲ生スル等其不便殊ニ甚シキモノアルヲ以テ斯ル方法ニ依ラシムルハ實際ノ不便ヲ顧ミナルノ不都合アリ故ヲ以テ我商法ハ一方ニ於テハスル證券上ノ權利ニモ尙交互計算ノ組人ヲ認ムルト同時ニ他方ニ於テハ其組入ヲ以テ證券ノ債務者ノ辨済ヲ條件トシテ其組人ヲ爲シタルモノト看做スコトヲ得シ換言スレハ履行期ニ豫期ノ如ク辨済ヲ得ナリシトキニハ其債務ニ關スル項目ヲ交互計算ヨリ除去シ得ルノ自由ヲ當事者ニ與ヘ以テ實際ノ便利ニ應シタリ(一九二條)

(ロ) 相殺ハ債權債務ノ總額ニ付之ヲ行フコトヲ要ス 相殺カ簡略ノ債權債務ニ付行ルトキハ是交互計算ニ非スシテ民法上ノ相殺ナリ交互計算ノ特質ハ一定ノ期間内ノ取引ヨリ生スル多數ノ債權カ交互計算ニ組入レラレ互ニ相抱合團結シテ漸次一ノ大債權ニ歸著シ相殺時期ノ到來シタルトキ他ノ之ト等キ多數ノ反對債權ヨリ成立スル一團ノ債權ト相殺セラルニ在リ此特質ハ尙次ノ交互計算ノ效力ニ關スル説明ヲ得ハ一層之ヲ明ニスルコトヲ得ヘシ

(ハ) 債務者ハ相殺ノ殘額ヲ支拂フコトヲ要ス 債權債務ノ總額ニ付相殺ヲ爲シ相互ノ債權額ニ差等ナキ場合ハ格別ナレトモ其間ニ差額ヲ生シタルトキハ少額ノ債權ヲ有シタリシ者カ多額ノ債權者ニ其殘額ヲ支拂フコトヲスルワ以テ交互計算ノ特質トス此殘額支拂ニ關スル債權債務ハ先ニ交互計算ニ組入レアリタル債權債務ハ別種ノモノニシテ其内ノ或モノ又ハ部分ノ殘存セルモノニ非ス相殺ノ結果

ハ當事者間ニ全ク新ナル債權關係ヲ發生スルナリ是亦效力ニ關スル次節ノ説明ニ依リ其詳細ヲ會得スヘシ

第二節 交互計算ノ效力

交互計算契約ニ因テ定メラレタル範圍ニ屬スル各債權債務ハ必其計算ニ組入レラルヘキ運命ヲ有ス而シテ交互計算ニ組入レラルヤ此等ノ債權債務ハ互ニ相抱合シテ不可分ナル一團ノ債權債務ヲ組成シ此債權債務ニ付相殺カ行レ以テ殘額支拂ノ債權ヲ確定スルニ至ルモノナルヲ以テ最早譲渡ヲ許サレタル債權トナルハ勿論ニ民四六六條(傍別的ニ之ヲ主張スルコトヲ得ナルノ結果ヲ生ス)交互計算關係カ廢止セラレタルニ因リ若クハ其組入ニ對シテ異議カ主張セラレタルニ因リ計算項目ノ全部若クハ一部カ計算關係ヨリ除去セラレテ恰最初ヨリ其計算ニ組入レラセサシシカ如キ現地位ニ歸復シタル場合ハ格別ナレトモ然ラナル限りハ其項目ニ付テハ到底各別ニ履行ヲ請求シ得ナルニ隨テ債務者ハ遲滯ノ責ニ任スルコトナク時效モ亦其債權ニ對シテハ進行スルコトナシ其他簡略ノ項目ニ對スル辨済ノ如キモ元來各項目ハ其辨済ニ對シテハ債權トシテ互ニ對立スルモノニ非ナルヲ以テ一方ヨリ他方ニ爲シタル支拂ハ交互計算ノ上ニ於テハ相手方ニ對スル債權即貨方ノ項目ヲ取得スルニ止リ決シテ辨済トシテノ效力ヲ生スルコトナシスル效果ヲ生スルヨリ佛派ノ學者ハ概シテ交互計算ノ組入ハ更改力ヲ有スト説明ス然リト雖獨派學者ノ主張スルカ如ク此等ノ效果ハ畢竟交互計算本來ノ性質トシテ其組入ニ因テ各箇ノ債權債務カ一團ノ不可分のモノト爲ルヨリ生スル自然ノ結果ニ外ナラス之カ爲ニ其債權債務カ固有ノ性質ヲ失フニハ非スト認ムル方至當ナルヘシ何トナレハ若其組入ニ因リ更改ヲ生スルセハ各

簡ノ債權債務ハ消滅スヘキヲ以テ之ニ附著セル抗辯權モ共ニ消滅シテ最早主張シ得サルノ不都合ヲ生スルノミナラス質權抵當權、保證等ノ擔保權モ亦消滅シテ他日交互計算關係カ中途ニ於テ廢除セラルコトアリ場合ニ甚シキ不都合ヲ生スレハナリ

交互計算ニ組入レラタル諸項目ハ決算期ノ終ニ於テ一經ニ相殺セラル而シテ其殘額ニ對スル請求權ハ高額ノ債權ヲ有シタリシ者ニ歸屬ス然レトモ其殘額ヲ定メ之カ請求權ヲ確定セシメンニハ先債權債務ノ各項目ヲ記載シタル決算書ニ付相手方ノ承認ヲ得ルノ必要アリ此承認ヲ得ル順序ハ當事者雙方カ決算書ヲ調製シ互ニ之ヲ交換シテ各其承認ヲ爲スヲ至當トスヘケントヨ實際上ハ當事者間ノ協議ニ依リ一方カ之ヲ調製シテ他方ニ送付シ以テ其承認ヲ求ムルヲ常トス此送付セラタル計算書ニ對シテハ承認ヲ爲スニ先チ正當ノモノナル限ハ如何ナル異議ニテモ其主張ヲ爲シ得ヘシ然レトモ一旦之ヲ承認シタル後ニ於テハ其計算ニ錯誤アリ又ハ脱漏アリトノ異議ハ格別ナレトモ其他ノ異議ハ一切之ヲ主張スルコトヲ得ス(二九四條)固ヨリ承認其モノハ一種ノ法律行爲ナルカ故ニ之ニ意思ノ欠缺又ハ瑕疵アリタル場合ニ其無效又ハ取消ヲ主張シ得ルハ勿論ナリ

如此承認アリタル後ニ於テハ債務ノ存否、債務ニ附著セル抗辯、其他ノ異議ハ一切其主張ヲ許サレス債權者ハ最早各箇ノ債權債務ノ證明ヲ要セシテ直ニ其殘額ニ基キ請求ヲ爲シ得ルニ至ル以テ見レハ此殘額ニ對スル請求權タルヤ畢竟承認ニ因テ生シタルノ獨立ナル債權タリト認ムルコトヲ得ヘク即承認ハ更改力ヲ有スト論スルコトヲ得ヘシ尤ニ之關シテハ異論ヲ挾ミ得サルニ非ス然レトモ我商法ノ解釋シテハ我輩ハ此殘額ノ請求權ヲ以テ計算項目ヲ組成セル債權ト異ナル一種ノ債權ナリト斷定スルニ躊躇セナルナリ第二九一條ニ「債權債務ノ總額ニ付相殺ヲ爲シ其殘額ノ支拂ヲ爲スコトヲ約ス云々」ト規定シ相殺ハ必總額ニ付。之ヲ行フヘキコトヲ命シタルベ畢竟其相殺ニ因テ簡簡ノ債權債務ノ項目ハ全ク其存在ヲ失フコトヲ示シタルモノナリト信ス如何トナレハ若各項目ニ付相殺カ行ルルモノトセハ或ハ相殺ノ殘額ヲ以テ其項目ノ一部若クハ殘部ナリト認メ得ヘシト雖然ラスシク其總額ニ付テノミ相殺カ行ルルモノナル以上ハ其殘額支拂ノ債權債務ハ舊債權債務トハ全ク別種ノ權利義務ナリト觀念スルノ外ナケレハナリ今例ヲ以テ説明セハ甲カ乙ニ對シテ五千圓、三千圓及二千圓ノ債權ヲ有シ乙カ甲ニ對シ千圓ト四千圓ノ債權ヲ有スル場合ニ交互計算カ行レタリト假定ヨ甲ノ乙ニ對スル債權ノ總額一萬圓ト乙ノ甲ニ對スル債權ノ總額五千圓トヲ差引計算セハ其殘額五千圓トナル此五千圓ハ恰甲ノ乙ニ對シテ有シタル一口ノ債權ヲ其額ヲ同クスルモ恐クハ何人ト雖其殘額五千圓ニ對スル甲ノ債權ハ先ニ甲ノ有シタル五千圓ノ債權ト同一ノモノナリト強辯スル者ナカルヘシ況殘額カ前ノ孰ノ債權額トモ符合セサル場合ニ於テオヤ之ヲ以テ孰ノ債權ト爲シ若クハ孰ノ債權ノ殘部ナリト認ムルコトヲ得ルカ到底之ヲ別種ノ債權觀念スルヨリ外ナカルヘシ

要スルニ交互計算ニ各箇ノ債權債務ヲ組入ルコトニ因テ生スル效果ト計算書承認ノ效果如何ニ付テハ頗議論ノ存スル所ナルモ組入ニ因テ直ニ更改ヲ生スル甚不都合ナル結果ヲ生スルニ反シ承認カ更改力ヲ有スト言フニ付テハ別ニ支障ヲ見サルノミナラス我商法法文ノ解釋上爾ク連結スルノ至當ヲ信スルナリ既ニ更改ヲ生スルセハ計算項目ヲ組成セル各箇ノ債權債務ニ附著セル質權、抵當權、先取特權、保證若クハ連帶債務ハ自然其債權ノ消滅ト共ニ消滅スルモノト認ムヘキナリ(擔保權ノ消滅ハ組入ノ效果トシテハ其結果ノ上ヨリ見テ之ヲ認ムル能ハサルモ承認ノ效果トシテハ認ムルコトハ差支ナシ)

交互計算ノ各項目ニ對シテハ計算期間内ニ於テモ利息ヲ附スルコト差支ナシ或ハ交互計算ヘノ組入ニ因リ各債權債務ハ恰其效力ヲ停止セラルカ如キ非況ニ立ツノ故ヲ以テ計算項目ニ利息ヲ附シ得ルヤ否ヤニ付疑フ懷ク者ナキニ非サルヘシト雖第二九五條二項ノ規定ハ此邊ノ消息ヲ明ニシ居レリ勿論計算ノ各項目ニ利息ヲ附スルコトハ當事者間ノ特約ニ因ルカ又ハ特約ナキトキハ第二七五條ノ如キ特別規定ノ存スル場合ニ限ラル反之殘額トシテ常ニ計算開鎖ノ日ヨリ之ニ對シテ利息ヲ請求スルコトヲ得(二九五條二項)ハ交互計算ノ特質トシテ認ムヘキ所ナリ一方ニ於テハ其殘額ノ請求權者カ非商人ナルトキト雖之ニ當然利息ノ請求ヲ許シ他方ニ於テハ交互計算ノ各項目ニ付既ニ利息カ附セラレアル場合ニモ尚其殘額ニ對シ利息ヲ請求シ得セシムルワ以テ(二九五條二項)事實利息ニ利息カ附セラレ所謂重利ヲ生シ民法第四〇五條規定ノ趣旨ニ背反スルモ省ミナル等ノ點ハ特ニ注意スヘキ所ナリ

第三節 交互計算ノ終了

契約ハ當事者ノ一方カ隨意ニ之ヲ解除シ得サルヲ原則トス然レトモ此原則ヲ以テ交互計算ヲモ支配セントスルハ不可ナリ交互計算ハ當事者相互ノ信用ヲ基礎トシテ成立シ信用ノ繼續ニ因テ其關係ヲ維持セラルルモノナリ隨テ當事者ノ一方ニ信用ノ失墜ヲ來シタル場合ニ於テハ相手方ヲシテ任意ニ契約ヲ解除シ計算關係ヨリ離脱スルコトヲ得セシムルワ至當トス此趣旨ニ基キ第二九六條ハ各當事者ノ何時ニテモ交互計算ノ解除ヲ爲スコトヲ得規定シタリ。

ニテモ交互計算ノ解除ニ伴フテ研究ヲ要スルハ解除ノ效果ハ既往ニ遡ルヲ原則トスレトモ此場合ニ於テ解除ハ唯將來ニ向テ其效力ヲ生スルニ止ム將來ニ對スルモノナルカ故ニ既往

險關係ノ消滅ニ因テ當然退社ス(保險業法六五條及六六條)又退社シタル社員ハ定款又ハ保險約款ノ定期所ニ從ヒ其權利ニ屬スル金額ノ拂戻ヲ請求スルコトヲ得(同法六七條)

ニ機關、相互會社ノ最高機關ヲ社員總會ト爲ス是相互會社ハ社員ヲ基礎トスル社團法人ナルヲ以テ會社ノ意思ヲ決定ヘニ最高ノ機關ノ社員總會ナルヘキハ勿論アリ然シテ多數ノ社員アル場合ニ於テハ其出席ヲ困難トスル場合多ク又招集ニ不便ナルコト少カラサルヲ以テ相互會社ハ定款ヲ以テ社員總會ニ代ル(機關ヲ設クルコトヲ得然シテ此機關ニハ社員總會ニ關スル規定ヲ準用ス(同法四二條)社員總會ハ取締役及監査役ヲ選任シ定款ノ變更ヲ議決シ會社ノ計算ヲ承認シ取締役ニ對シ訴ヲ提起スル等大體ニ於テ株式會社ニ於ル株主總會ト同シ然シテ此社員總會ノ外取締役カ業務ヲ執行シ監査役カ之ヲ監督スルコトニ付テハ株式會社ニ於ルト大差ナシ

ホ解散、相互會社ノ解散ノ事由ハ保險業法第七二條ニ規定セリ大體ニ於テ保險株式會社ト異ルコトナシ惟異ルハ社員カ百人未滿ニ減シタル場合ニ於テ當然解散ノ事由ト爲ルナリ

四 相互會社ト社員トノ關係、相互會社ノ社員ハ會社ニ對シ社員關係ヲ有スルト共ニ保險關係ヲ有ス相互會社ノ社員ハ其定ムル所ニ從ヒ會社ノ債務ニ關シテ責任ヲ負ヒ(保險業法三七條)社員總會ニ出席シテ議決權ヲ行使スルコトヲ得ヘク(同法四三條)又十分ノ一以上ノ社員ハ總會ヲ招集シ又ハ訴ノ提起ヲ請求スルコトヲ得ヘシ(同法四一條及五一條)故ニ社員ト會社ノ間ニ社員關係ノ存在スルコト明ナリ而シテ相互會社設立ノ際發起人ニ非サルモノカ社員タラントスルニハ入社申込證ヲ作成シ之ニ保険ノ目的及保險金額ヲ記載スルコトヲ必要トシ(同法三〇條)社員名簿ニハ各社員ノ保險契約ノ種類保險金額及保險料ヲ記載セナルヘカラス(同法四九條)又社員ノ保險關係カ消滅スルトキハ當然退社ノ事由ト

ナル(同法六六條四號)此等ノ規定アルヲ見レハ保険相互會社ノ社員タルモノハ皆保険關係ヲ有スルコト明ナリ故ニ社員ハ常ニ會社ニ對シ社員關係ト保険關係ヲ兼有セサルヘカラコト明ナリ然ラハ此關係ハ何レカ主ニシテ何レカ從タルカ種種ナル議論ノ存スル處ナリ而シテ會社ト社員ノ關係ヲ説明スルニ當リ之ヲ以テ組合關係ナリト爲ス說アリ相互通報ノ始ニ在テハ各社員ノ組合的ニ團體ヲ組織シ相互救濟ヲ目的トシタルヲ以テ此場合ニ於テ各社員ノ契約ヲ組合契約ナリト爲シ其關係ヲ以テ組合關係ナリト爲スハ正當ナルヘン然レトモ發達セル相互會社ハ社員ト獨立セル法人ナリ人格者ナリ此場合ニ於テ會社ト社員ノ關係ヲ組合關係ナリトスルハ不穩當ナルコト論ヲ俟タス今日尙組合關係ヲ以テ説明セントスルハ寧沿革ニ拘泥スルモノト云ハサルヘカラス
保險關係ト社員關係トニ付テ保険關係カ主ニシテ社員關係カ從タルカ如ク感セシムル場合少カラス元來人カ相互通報ニ入社セントスルハ社員タルヲ以テ満足スルニ非ス保険契約ヲ締結スルヲ目的トスルコト論ヲ俟タス然レトモ入社ノ目的カ保険關係ニ在ルコトハ必シモ社員關係カ主タリトノ說ヲ破ルモノニ非ス何トナレハ保険契約締結ノ目的ヲ以テ入社シタルモノニモセヨ入社シタル以上ニ於テハ社員關係ト保険關係カ何レカ重キカニ付テハ入社後ニ於テ社員ノ地位ヲ以テ論セサルヘカラサレハナリ又保險業法第三〇條カ示ス如ク發起人ニ非サルモノカ設立ノ際社員タラントスルトキハ入社申込證ヲ作成シ之ニ保険ノ目的及ヒ保険金額ヲ記載セサルヘカラス又社員名簿ニハ各社員ノ保険契約ノ種類保險金額及保險料ヲ記載セシメ(保險業法四〇條)又保險關係ノ消滅ヲ以テ當然社員カ退社スルノ事由ト爲セルカ如キ(同法六六條)何レモ保険關係カ主ニシテ社員關係カ從タルカ如キ觀念ヲ與フルモノト云フヘシ

然レトモ保險業法ニ於ル相互會社ノ規定ヲ通覽メレハ社員ニ關スル規定ヲ主トシテ規定シタルモノニシテ保険契約關係ニ付テ商法第四一八條及第四三三條ニ依リ商行為タル保険契約カ相互保険契約ニ準用セルノミヲ以テ足レリトナセリ又社員關係ナクシテ保険關係存有スル能ハス何トナレハ相互會社ノ特色タルヤ剩餘アルトキハ社員カ其分配ヲ受タルト共ニ不足ナルトキハ追補ノ義務ヲ履行スルニアルモノニシテ今社員關係ナクシテ保険關係存在スルトセハ其保険契約者ハ社員タル權利義務ナク從テ剩餘ノ分配ヲ受クル能ハサルト共ニ追補ノ義務ヲ負擔スルコトナシ如此ハ相互保險ノ根本概念ト相背反ス故ニ相互保險ニ在テハ社員關係ナクシテ保険關係アリ得ヘカラス然ラハ保険關係ナクシテ社員關係アリ得ルヤト云ノニ我保險業法第六六條ハ保險關係ノ消滅ヲ以テ社員ノ退社ノ事由ト爲スヲ以テ我保險業法上ハ保險關係ナクシテ社員關係アル能ハナルカ如シ然レトモ會社設立ノ際ニ當テハ社員關係カ保險關係ニ先テ成立スル場合アリ換言スレハ保險關係ナクシテ社員關係ノ存在スル場合アリ得ルナリ入社申込證ニ依レハ保險ノ目的保險ノ金額ヲ記載セシムルモ保険契約ノ申込ニ満キシテ之ヲ以テ直ニ保險關係ノ成立ト謂フヘカラス却テ社員關係カ成立シタル後保險關係カ成立ス之ヲ詳言スレハ發起ハカ入社申込ヲ受ケタル豫定數ヲ得フ創立總會ヲ開ケハ其終結ニ依リ會社ハ成立ス即社員關係ニ此時既ニ成立シタリト謂ハサルヘカラス然レトモ保険契約ヲ未成立セス生命保險ノ場合ノ如キ身體診査ヲ爲シ保険契約ヲ締結シテ始テ保険關係ノ成立ヲ見ルニ至ルナリ故ニ社員關係カ先ツ成立シ次テ保険關係カ成立スルナリ唯保險關係消滅ハ當然社員關係消滅ノ原因ナリト規定セラレ入社ノ目的ハ保険契約ヲ締結スルニ在ルヲ以テ見レハ保險關係ハ社員關係ノ成立條件ニ非ストモ其存立條件ナリ故ニ前述シタル場合ニ於テ身體診査ノ結果保險契約ヲ締結セス保險關係成立スルニ至ラサルトキ

「社員關係モ消滅セザルヘカラス故ニ百人ノ入社申込者ヲ得テ創立總會ヲ開キ會社ハ一旦成立シタル場合ニ於テ診査ノ結果保險契約ヲ締結スルヲ得ス總チ是等ノ社員ハ當然退社ノ届ナキニ至リタリトセハ社員ハ百人以下トナリ會社ハ當然解散セザルヘカラサルニ至ルカ如キ場合モアリ得ルナリ（保險業法七二條）

殊ニ會社ノ設立アリテ後保險事業ノ免許ヲ受ケ始テ保險契約ヲ締結シ得ルモノナリ（保險業法施行規則第三條）是等ニ依テ見レハ保險關係ナクシテ社員關係ノ存立シ得ル場合アリ得ヘク社員關係カ主ニシテ保險關係ヘ從タリ社員關係アリテ始テ保險關係トシテアリト云フヲ得ヘキナリ其他保險業法第六六條ニ依レハ保險關係消滅ノ場合ノ外社員ハ任意ノ退社ヲ得スコトヲ得ヘク又同法第六七條及第六八條ニ依レハ保險契約關係以外ニ社員關係ニ基キ退社員ハ拂戻ヲ受ケ得ヘシ是等ニ依ルモ社員關係カ主ニシテ保險關係ハ從タリト云ヒ得ヘキカ殊ニ保險業法第三八條ニ依レハ社員ハ會社ニ拂込ヘキ金額ニ付相殺ヲ以テ會社ニ對抗スルヲ得ストナシ保險契約者トシテハ斯ル責任ナク社員トシテハ斯ル責任ヲ負擔スルヲ見レハ社員關係ヘ會社ノ基礎トシテ社員トシテノ責任ヨリ會社ニ對シテ重要ナルモノアレハナリト云ハサルヲ得ス又保險業法第七九條ニ依レハ社員ハ其保險關係ニ基ク請求ヲ一般ノ債權者ノ後位ニ置カナルヘカラス單ニ保險關係カ主タルトキハ保險契約者ハ一般債權者ニ比シテ後位ニ立タルヘカラサル理由ナシ然ルニ社員タル特殊ノ關係アルカ爲ニ一般債權者ノ後位ニ置カレタルモノナリト云ハサルヘカラス是社員關係カ保險關係ヨリ主タルカ結果ナリト論斷セザルヲ得ス故ニ相互會社ニ在テハ社員關係カ主ニシテ保険關係カ從タリ唯保險關係ハ社員關係ノ存立ニ欠クヘカラサル事件ナリトスルヲ以テ正當ナリト信ス尙此點ニ關シテハ十分ナル研究ヲ諸君ト共ニ試ミ

ント欲ス
五 相互保險契約ハ、性質 我商法ニ於テハ保險ハ絕對的商行為ニ非ス所謂相對的商行為ニ屬ス即此行為フ營業トスル場合ニ於テ商行為トナルモノナリ然ルニ相互保險契約ハ營利ノ目的ヲ有セザルカ故ニ相互會社ノ行爲ハ營業ナリト爲ス能ハス從テ相互會社ノ締結スル保險契約ハ商行為ニ非ス全ク特殊ノ契約ナリト謂ハサルヘカラス然レトモ相互保險契約ニハ商行為タル保險契約ニ關スル規定カ全部準用セラルルヲ以テ保險契約法上ハ兩者ノ間ニ差異少シ（四一八條及四三三條）

第三 優利保險ト相互保險ノ得失

凡物必一利一害アリ營利保險ト相互保險モ亦自ラ長短得失アリ今其二三ノ點ニ於テ之カ評論ヲ試ミニ一 保險事業ハ大組織ナルヲ要ス其範圍廣クシテ且水久の存在ニ適合セザルヘカラス此本質ニ適當セルモノハ營利保險ナリト爲ササルヘカラス蓋我保險業法ニ於テハ營利保險ヲ營ミ得ルモノハ株式會社ニ限レリ人ノ命ニハ天壽アリ壽ナリト雖百年ヲ超ユルモノ稀ナリ故ニ人ニ依ル團體ハ其命脈短シト雖株式會社ハ資本團體ナルカ故ニ性質上永久の存在ニ適合ス又其實本ヲ少額ノ株ニ分フヲ以テ巨大ノ資本ヲ備フルコト比較的容易ニシテ大規模ノ企業ニ適合ス然ルニ相互會社ハ社員ヲ基礎トスル團體ナリ人ニ依ル團體ナリ從テ株式會社カ有スル長所ヲ有セザルハ性質上止ムヲ得サル所ナリ又相互會社ハ人ヲ基礎トスルヲ以テ社員ヲ募集スルニハ株式會社カ被保險人ヲ募集スルヨリ更ニ慎重ナルニ至ルハ事情ノ止ムヲ得サル所ナリ從テ募集容易ナラス事業ノ擴張自ラ滋潤ニ傾クヲ免レス株式會社ニ於テモヨリ遷難ナル募集ヲ許スヘキモノニ非スト雖亦自ラ前者ニ比シ募集ノ容易ナルハ事實ノ明ニ示ス處ナ

二 相互保険ハ保険ノ本旨ニ一致ス元來保険ハ相互救濟ノ主旨ニ出ツ人カ自ラ損セサルトキニ當リ僅少ノ出資ヲナシテ之レヲ救濟スルノ主旨ニ出ツ故ニ相互保険ハ保険ノ本旨ニ合スルモノナリ他人ノ損害ヲ填補ヘルヲ以テ營利ノ目的ト爲ス營利保険ノ如キハ倫理的人道ヨリモ之レヲ排斥セサルヘカラスト說クモノアリ是主トシナレ倫理的思想ヨリ出ツ保険ノ本旨ハ相互救濟ノ方法ニ在リシナルヘント雖發達セル今日ノ保険事業ニ於テ倫理的的思想ヨリ營利保険ヲ非難スルハ法律論トシテハ當ヲ得タルモノニ非サルヘシ

三 相互保険ニ在テハ各被保險者ト相互會社ノ利益ト相一致ス殊ニ事業ノ確實ナルコト保險事故ノ發生ヲ可成忌避スルコト又十分ナル填補ヲ得ル保険等ノ點ニ付テ相一致ス何ナレハ是各社員ハ皆保險事故ニ遭遇スル虞アル地位ニアルト共ニ其保險事故ノ發生ニ依フ爲スヘキ給付ヲ負擔スル義務ヲ有ス加之之ト同時ニ各社員ハ自己カ保險事故ニ遭遇シタル場合ニ十分ナル填補ヲ受タルコトヲ希望スルモノナレハナリ反之營利保険ニ在テハ企業者ノ利益ト被保險者ノ利益ハ相一致セス企業者ハ被保險者ヨリ可成多タノ保險料ヲ得テ可成少キ保險金額ヲ支拂ハシコトヲ欲スルモノナリ殊ニ目前ノ營利ニ急ナルモノノ如キハ保險契約ノ緒結ヲ温ニシ一時ノ保險料ノ收入ヲ増加センカ爲ニ危險ノ大ナルモノヲ引受けケ多數ノ被保險者ノ将来ニ於ル不測ノ損害ヲ顧ミサルノ弊害ニ陥リ易ク殊ニ生命保險ニ在テハ其期間長期ニ亘ルカ故ニ其弊害益甚シト云ハサルヘカラス

四 營利保險ニ在テハ營業上多大ノ顧客ヲ得シカ爲ニ好メテ保險料ヲ低廉ナラシムル必要アリ低廉ナル保險料ハ素ヨリ希望スヘキ所ナレトモ之ヲ減ニ引下タルトキハ弊害甚多シ保險事業ハ固ヨリ精密ナル數理ト謹慎ナル經營ニ依ルヘキモノナレトニ事例ノ發生ハシモ常ニ其豫定以下ニ在ルモノニ非ス其他經營上ノ違規業務上ノ過失ニ基ク不時ノ損失ハ引モスレハ發生シ易キモノナリ故ニ保險事業ノ如キ個人及社會ノ經濟上最安全ヲ期セナルヘカラナルモノニ於テハ事實上必要ナルヨリ幾分カ高價ノ保險料ヲ取り以テ萬一ノ場合ニ備へ決算ノ結果餘剰アラハ之ヲ返還スルノ勝レルニ如カヌ此點ニ於テ相互會社ハ之ヲ行フコト容易ナレトモ營利會社ニ於テハ難シ尤ニ反對スル論者ハ曰ク營利保險ニ於テモ猥ニ保險料ヲ低下セシムモノニ非スルニ責任準備金ノ制度アリテ必要ノ金額ヲ積立テ置クヲ以テ前記ノ如キ杞憂ヲ必要トセスト然レトモ事實ヲ觀察スレハ此所謂杞憂ナルモノハ動モスレハ實現スル傾アリ

五 營利保險ニ在テハ競争烈シキヲ以テ企業者ハ事業ノ經營ニ付事務ニ敏活経費ノ節約ヲムルコト著シキヲ以テ保險料比較的低廉ナリ之ニ反シテ相互會社ニ在テハ事務ニ敏活経費ノ節約等ニ於テハ營利會社ニ企及スル能ハサルヲ通常トス體テ保險料モ自ラ不廉トナルノ傾向ヲ有ス

六 營利保險ニ在テ利益トスル處ハ保險料ノ一定ニ在リ即保險契約者ハ保險料以外ニ何等ノ義務ヲ負担セス保險料ニテ不足ナル部分ニ付テハ企業者之ヲ負擔ス故ニ保險契約者ノ義務ハ初ヨリ一率ニシテ動搖セサルナリ此保險料一定ノ利益保險カ營利ノ目的ニ供セラレタルカ爲ニ多少保險料カ高價ト爲ルヲ體フニ足ルモノナリ殊ニ生命保險ノ如キ長期ニ亘リテ一定ノ收入ヨリ一定ノ保險料ヲ支拂ハントスルモノニ在テハ保險料ノ一定ハ著ク利益アリ而シテ相互保險ニ在テハ原則トシテハ保險契約者ハ追補ノ義務ヲ負擔ス故ニ其責任ハ一定セザルノ缺點アルヲ免レス然レトモ之ニ對シテ相互保險ヲ辯護スルモノハ曰ク相互保險ニ在テハ原則トシテ追補ノ義務ヲ有スルト雖是單ニ相互保險ノ性質ニ過キス實際ニ於テハ注意周到ナル事業ノ經營ニ依リ追補ノ義務ヲ實現セシムルコトナシ殊ニ我保險業法ノ如キハ

相互會社ノ社員ト雖定款ヲ以テ其責任ヲ保険料限度ト定ムルコトヲ得ルカ故ニ保険料ノ一定ハ必シモ營利保險ノ特色ナリ云フヲ得スト此議論モ一理アリト雖相互保險ニ在テ社員ノ責任ヲ保険料ノ限度トスルハ事相互保險ノ本色ヲ没却スルモノト云ハサル、カラスト信ス

七 而シテ相互保險ノ利益ヲ主張スルモノハ尙曰ク營利保險ニ於テハ保險料ニテ尚足ラサル部分ハ企業者自ラ責任ヲ負擔スト主張スト雖企業者ノ責任ハ有限ナル場合多ク殊ニ我保險業法ニ在テハ營利ヲ目的トスル保險事業ヲ經營シ得ルモノハ株式會社ニ限ルヲ以テ我邦ニ於ル營利保險業者ノ責任ハ常ニ有限ナリ隨企業者ハ其利ヲ貪ルニ急ナルカ爲メ却テ被保險者ハ十分ナル給付ヲ受ケ得サルコト屢發生スルノミナラス不法ノ企業者ノ爲ニ保險料ヲ全然水泡ニ歸セシメラルコトアリト是營利保險事業ノ經營ノ不當ナル場合ヲ述ヘタルニ過キスト雖我邦ニ於ル保險事業ノ現狀ニ付テ觀レハ確ニ一顧スル價值アリト云ハサルヲ得ス

八 我邦ニ於ル營利保險ハ株式會社ニ非サレハ之ヲ營ムコトヲ得サルヲ以テ我邦ニ於ル營利保險事業ハ株式會社ノ弱點ヲ其弱點トナセリ即株式組織ニ在テハ株主權ハ何人ノ手ニ在ルモ問フ處ニ非ヌ株金拂込サヘ意ラサレハ株主タルニ差支ナシ且一株ノ金額ハ少數ナルヲ以テ株主權ハ屢移轉シ易ク殊ニ我邦ニ於ル通弊トシテ事業ヲ營ムカ爲ニ會社ヲ經營スルニ非シテ名ヲ事業ニ籍リテ會社ヲ設立シ株式ノ賣賣ニ因テ利益ヲ得ルヲ目的トスルヲ以テ保險會社モ亦此弊ヲ免レス又株式ヲ買收シテ過半ヲ有スレハ會社ノ實權ヲ把り得ルヲ以テ巨額ノ責任準備金ヲ有スル生命保險會社ノ如キ其實權ヲ有スルトキハ經濟界ニ偉大ノ勢力ヲ振ヒ得ヘク隨テ險難アル野心家ノ爲ニ濫用スル所トナリ事業ハ却テ壞滅スルニ至ル虞大ナリ如此ハ最忌避セサルヘカラナル所ナルニモ拘ラス屢其實現ヲ見ルニ至ルハ事業ノ爲メ

甚悲マサルヲ得ス此等ノ弱點ハ營利保險自滴ノ缺點ニ非スト雖我邦ニ於ル營利保險ハ株式會社ニ限ラレタル結果事實上ハ我邦ニ於ル營利保險事業ノ弱點トナレルコト痛嘆ニ堪エサル所ナリ

第四 勤利保險ト相互保險區別ノ將來

營利保險ト相互保險ノ意義ハ前述シタル所ニ依テ大體ニ於テ明ナリト信ス從テ其區別ノ存スル所モ亦明ナルヘシ

然レトモ營利保險ト相互保險カ本來ノ性質ヲ全ク異ニシ性質上種種ナル區別アルニモ拘ラス將來ニ於テハ兩者相近キ殆相類似スルノ傾向ヲ有ス
我法令ノ規定ニ依レハ保險業法及其他ノ附屬法ニ依ルモ營利保險會社ニ對スルト相互保險會社ニ對スルト監督ノ規定ハ殆ト同一ニシテ大差ナシ又私法上ニ於テ見ルモ營利保險ハ商行為ニシテ相互保險ハ商行為ニ非サルニモ拘フスカ營利保險ニ關シテ規定スル保險契約法規ハ損害保險ニ付テハ第四一八條生命保險ニ付テハ第四三三條海上保險ニ付テハ第六五三條ニ依リ相互保險ニ準用セラレ然シテ他ニ相互保險ニ關スル保險契約法規ハ存在セス故ニ相互保險ノ性質上適用ヲ許サル場合ヲ除クノ外營利保險ト相互保險ハ同一ノ私法規的規定ニ支配セラルヲ見ル
以上「營利保險ト相互保險」カ法令上同様ノ支配ヲ受ケ居ルコトヲ略説シタルエノナレトモ兩者ノ事業上モ亦相近接セル點多シ

相互會社ノ社員其本來ノ性費上無限責任ノ追補義務ヲ有セサルヘカラスト信ス然レトモ我保險業法第三七條ニ於テ社員ノ全員カ保險料・限度トシテ責任ヲ負フモノノ種類ヲ認メ又我邦ニ現存スル二箇ノ生命保險相互保險モ原則トシテ此種類ヲ採用シ居ルヲ以テ營利保險ノ特色ノ一タリシ保險契約者ノ責

任ノ一定の保険料以上何等ノ負擔ヲ爲ス責任ナキコトハ相互保険ニ於テモ亦之ヲ用フルニ至リ此點ニ關シテハ兩者殆同一トナレリ
又相互會社ニ於テハ其特色トシテ社員ハ一方ニ於テ追補ノ義務ヲ負フト共ニ會社ノ事業ニ依リ剩餘金ヲ生スルトキハ其分配ヲ得クルヲ得而シテ營利保險ニ於テハ追補ノ義務ナキト共ニ事業ニ依ル剩餘金ハ企業者ガ利益トシテ收得スル處ニシテ保険契約者ハ其利益ノ分配ニ與ラス是營利保險ト相互保険ノ區別ノ一點クリン近來ノ營利保險事業ノ趨勢ヲ見ルニ利益配當附保險契約ヲ締結スルモノ多シ即保險事業ニ依テ得タル利益ヲ事業者ニ於テ獨占セス一定ノ標準ニ依リ其一部ヲ保險契約者ニ配當スルナリ故ニ此點ニ付テハ營利保險ハ自己ノ特色ヲ捨テ相互通報ニ近似シツアリ而シテ其趨勢ハ兩者ヲ益近似セシムル傾向アリ既或營利保險會社ノ如キハ會社ノ利益金ヨリ資本ニ對シ一定ノ利子ヲ支拂ヒタル後ノ餘餘ハ悉保険契約者ニ分配ヘシト爲スコトア企フルニ至レリ
如此營利保險ト相互保險ハ互ニ其不便トスル所ヲ除キ他ノ長ハ一方ノ短ヲ補フニ用ヒラルヲ以テ兩者相近似シ其本來ノ性質ヲ異ニスルニモ拘ラス事業上殆相一致セントス而シテ其傾向ハ將來益甚シキニ至ルヘン

第二編 準備金積立法ニ依ル保険及損害配當法ニ依ル保険

保險事業經營ノ方法ニ依リ保險ヲ分類スルトキハ準備金積立法ニ依ル保険ト損害配當法ニ依ル保険トノ二種ニ分類スルコトヲ得ヘシ前者ハ一定ノ保險料ヲ微收シ其中ヨリ事業經營ノ為ニ附加シタル所謂附加保險料ヲ除キ純保險料ヲ積立テ以テ事故發生シタル場合ニハ此積立金ヲ以テ填補ニ充當スルモノ

ナリ後者ハ一先ノ保險料ヲ微收セス隨テ之ヲ積立シルコトナク事故發生シタル毎ニ其損害填補ニ必要ナル額ヲ被保險者ヲシテ分擔セシムルモノナリ獨逸保險業法ニ依レハ此兩者ノ種類ヲ認メタリト雖我國ニ於テハ準備金積立法ニ限リ之ヲ認許セリ

第一章 損害保險ノ要素

第一節 被保險利益

第一 被保險利益ノ意義

損害保險ノ趣旨ハ損害ノ填補ニ存スルコト前ニ屢述ヘタルカ如シ即偶然ナル事故ノ發生ニ因テ被保險者ノ利益カ損害セラレタル場合ニ此損害ヲ填補スルヲ以テ損害保險ノ目的トス而シテ偶然ナル事故ノ發生シタルカ爲ニ損害セラレタル被保險者ノ利益ヲ被保險利益謂フ換言スレハ被保險利益トハ損害ノ原因タル事故カ發生セサリシトキハ被保險者カ有スヘカリシ利益ヲ謂フナリ
此被保險利益ハ損害保險契約ノ目的ト爲ルモノナルカ故ニ被保險利益ノ存在セサル契約ハ損害保險契約ニ非ス若被保險利益アクシテ猶損害保險契約アリトセハ其保險契約ハ眞ノ損害保險契約ニ非スシテノ賭博ニ過ナレハ損害保險ノ趣旨タルヤ偶然タル一定ノ事故ノ發生ニ因テ被ハコトアルヘキ損害ヲ填補スルモノナルカ故ニ此事故ニ對シテ何等ノ關係ナク即毫モ利害ノ影響ナキ者カ此事故發生ニ因テ利益ヲ受クヘキモノニ非ス隨テ保險ノ目的物ニ毫モ利害ノ關係ナキ者ノ爲ニ締結セラレタル損害保險契約ハ無效ナリト謂ハサルヘカラス此被保險利益ノ存在セサル損害保險契約ノ無效アルコト

ハ各國ノ法律ニ於テモ明文ヲ以テ定ムルカ又ハ明文ナシト雖保険ノ原則ニ依テ當然之ヲ認ムル所タリ
損害保険契約ノ趣旨ハ損害填補ニ在ルカ故ニ利益ナクノハ損害ナク損害ナクノハ亦填補アルコトナシ
加之事故ノ發生ニ因テ被保險者ハ何等ノ損害ヲ受クルコトナク單ニ利益ノミヲ與フルニ於テハ保険契
約ノ目的物タル財產ニ對シテ事故ノ發生ハルコトヲ種保險者自ラ試ムルニ至リ社會ニ大ナル弊害ヲ生
スルニ至ルヘシ損害保険契約ハ之ニ依テ眞實ノ損害ヲ填補シテ過不足ナキ狀態ニ至ラシムルヲ以テ其
理想ニ適合スルモノナリト謂ハサルヘカラス

損害保険契約ノ目的ハ被保險利益ニシテ被保險利益ハ人カ物又ハ人ニ對シテ有スル利益關係ナリ即或
事故カ發生セサリシナラハ損害セラレサリシナラント云フ利益關係ニ外ナラス實際上多クノ場合ニ於
テハ物カ損害セラレタルトキハ同時ニ又直接ニ其物ニ對スル利益モ損害ヲ受クルカ故ニハ物ノ
損害ヲ以テ直ニ利益ノ損害ナリトセリ是ヲ以テ損害保險ニ於テモ損害保險契約ノ目的ハ被保險物ニシ
テ被保險物ト被保險利益ヲ同一視スルコトアリト雖理論上ニ於テハ損害保險契約ノ目的ハ被保險利
益ナル一ノ利益關係ニシテ被保險物其モノニ非ス實際上多クノ場合ニ於テハ被保險物カ損害セラルル
ト同時ニ被保險利益モ亦損害ヲ受クルカ故ニ之ヲ同一視シテ支障ナキ場合アリト雖是正確ナル理論ニ
非ス

如此被保險利益ト被保險物トハ明ニ區別セサルヘカラス被保險利益ハ其物ニ對スル利益關係ニシテ同
一ノ物ニ對シ同時ニ數人カ種類ノ異ナリタル利益關係ヲ有スルコトヲ得ヘシ隨テ同一被保險物ニ對シ
シタルヤア明ニ定メサルヘカラス此被保險利益カ確定セサルトキハ其保險契約ハ當事者ヲ拘束スル效
力ヲ有セス然レトモ通俗ノ觀念ニ於テハ物ヲ以テ保險契約ノ目的ナリトシ單ニ特定ノ物カ保險サルル
ノ發生ニ因テ增補セラルヘキ利益ハ之ヲ確定セサルヘカラス被保險利益ヲ確定スヘシトハ單ニ被保險
トキハ其物ニ關スル利益ニ付テ保險契約カ締セラレストモ保險契約ハ有效ニ成立シタルモノト認メ
ラル

此被保險利益ヲ特定スルコトヲ要斯トノ原則ハ損害保險ノ原則ヨリ生スル當然ノ結果ナリ隨テ其被保
險利益カ完全ニ表示セラレサル保險契約ハ保險契約ノ要件ヲ欠缺セルカ故ニ無効ナリト信ス保險者ハ
保險契約ニ因テ被保險者ノ財產上ニ存スル特定ノ危険ヲ引受クルモノナリ此特定ノ危険ハ特定ノ利益
カ或危害ニ遭遇セントスル處アル場合ニ成立スルモノナリ故ニ其利益特定セサルトキハ保險者ハ被保
險者ノ特定ノ危険ヲ引受ケタルモノナリト謂フコトヲ得ス是ヲ以テ保險契約ノ成立ニハ被保險利益ハ
常ニ特定セラレタルヘカラス而シテ此被保險利益ノ特定ニ關スル意思表示ニ付如何ナル意義ノハ意フ
爲シタルモノナリヤア解決スルニ付テハ當事者ノ意思ハ勿論其保險契約ニ表ハレタル内容又ハ保險ニ
關スル法令其他一般ノ私法ノ原則ニ依テ解釋セサルヘカラス

被保險利益ヲ特定スルニハ或場合ニハ之ヲ箇箇ニ特定セシシテ包括的ニ明示スルコトアリ例之一倉庫
中ニ穀物、茶、烟草等ノ種類ナル商品存在セル場合ニ其各商品ニ付被保險利益ヲ特定スルコトアルヘク
又包括的ニ倉庫中ニ存スル商品全部ト云フカ如ク定ムルコトアリ此場合ニハ其倉庫内ニ存スル商品
ト他ノ倉庫内ノ商品トヲ區別スルカ爲ニ其倉庫ノ所在ヲ指定シテ被保險利益ヲ明示スルコトヲ得ヘク
又商船内ニ在ル運送中ノ貨物ニ付保險契約ヲ爲ス時キハ其商船ノ名ヲ明示スルコトニ依テ被保險利益

ヲ特定スルノ方法モアルヘシ

損害保險ニ於テハ被保險利益ノ損害ヲ填補スルヲ以テ目的トスルヨ此等事故ノ發生ニ因テ損害セラレタル被保險物ヲ賠償スルノ意ニ非ス故ニ其填補ヲ爲スニハ金錢ヲ以テ爲スヲ原則トス隨テ被保險利益ハ金錢ニ見積リ得ヘキモノタルコトヲ必要トス換言スレハ被保險利益ハ損害發生ノ場合ニ於テ填補ヲ受クルカ爲ニ必要ナル金錢の價値ヲ有スルモノナルコトヲ要ス即財產上ノ利益ニ非サレハ保險ノ目的ト爲スコトヲ得ナルナリ（三八五條然レトモ必シモ市場ニ價格ヲ有スルコトヲ必要トセス市場價格ハ單ニ被保險利益ノ價格ヲ見積ル場合ニ於テ之カ標準タルニ過キス）

如此被保險利益ハ金錢ニ見積リ得ル利益ニ限レリ損害保險ニ於ル損害填補ハ必金錢ヲ以テスルコトヲ保險ノ趣旨ニ適合スルモントス獨逸ノ保險契約法草案中損害保險ニ付テハ損害ノ填補ハ金錢ヲ以テスルキコトヲ要スト規定セリ我商法ニハ唯第三八五條ニ損害保險契約ノ目的ハ金錢ニ見積リ得ル利益ニ限ルト規定セルノミニシテ損害填補ハ必スシモ金錢ヲ以テ爲サルヘカラストノ規定ハ之アラナルナリ然レトモ子ハ我商法ノ趣旨モ標逸保險契約草案ト同趣旨ナルヘシト信ス然レトモ我國ノ火災保險會社ニ於テハ實際上便宜ノ爲ニ損害ハ通常通貨ヲ以テ填補スルモノトス但尙會社ノ都合ニテ現品ノ交付又ハ修繕・重築等ノ方法ヲ以テ之代フルコトアルヘシトノ事ヲ保險約款中ニ規定セルモノ頗多シ被保險利益ニ對スル損害ハ積極的ノモノアリ又消極的ノモノアリ

被保險利益ニ對スル積極的ノ損害ニハ財產自身ノ全部若クハ一部ノ滅却スル場合ト財產上ノ出損ヲ爲ス場合トノ二アリ前者ハ或ハ其財產カ損害發生前ニ所有者ニ對シテ存在ゼル利益ノ金錢ニ見積ラレタル額カ減少又ハ滅失シタル場合モアルヘク又賃借權・質權其他ノ權利關係ニ於テ有セル價格ノ減少又キ損害賠償ノ爲ニ財產上ノ出損ヲ爲ス場合モアルヘシ

被保險利益ニ對スル消極的ノ損害ハ得ヘカリシ利益ノ得ラレサリシ場合ニ存在スルモノニシテ此得ヘカリシ利益ノ消極的ノ被保險利益ト爲ス消極的ノ被保險利益即將來ニ於テ得ラルヘキ利益モ亦之ヲ損能ト爲ル等其他種種ナル形式ニ於テ表ハルモノナリ後者ハ契約ニ基ク義務・法律ニ基ク義務等ニ因テ生スルモノナリ例之不法行爲ニ基ク損害賠償ノ義務ヲ履行スルカ爲ニ財產上ノ出損ヲヘク運送業者カ其運送期間内ニ於テ生シタル運送貨物ニ對スル損害ヲ賠償スヘキ爲ニ財產上ノ出損ヲ爲ス場合アルヘク又商法第四二一條ニアル如ク賃借人其他他人ノ物ヲ保管スル者カ支拂フコトアルヘキ損害賠償ノ爲ニ財產上ノ出損ヲ爲ス場合モアルヘシ

被保險利益ニ對スル消極的ノ損害ハ得ヘカリシ利益ノ得ラレサリシ場合ニ存在スルモノニシテ此得ヘカリシ利益ノ消極的ノ被保險利益ト爲ス消極的ノ被保險利益即將來ニ於テ得ラルヘキ利益モ亦之ヲ損害保險ノ目的ト爲スコトヲ得ラルモノニシテ消極的ノ損害即得ヘカリシ利益カ得ラレサリシ場合ニ於ルテ生スルモノナリ例之不法行爲ニ基ク損害賠償ノ義務ヲ履行スルカ爲ニ財產上ノ出損ヲヘク運送業者カ其運送期間内ニ於テ生シタル運送貨物ノ將來ノ收復又ハ貨物カ特定ノ場所ニ到着スルコトニ因テ得ラルヘキ利益等ハ之ヲ以テ被保險利益ト爲スコトヲ得然レトモ其豫期セラレタル利益ハ現實ナムモノナラサルヘカラス其利益ヲ得ヘキ豫想カ假想若クハ單純ナル希望ニ過ナルキハ之ヲ被保險利益ト爲スコトヲ得ラルモノニシテ農產物ノ將來ノ收復ヲ保險ニ付スル場合ニ於テハ既ニ田畑カ耕ナレ押ヲ詩キテ既ニ生長セルトキノ如ク其穀物カ確實ニ被保險者ノ手ニ入り得ルモノナラナルヘカラナルナリ又貨物ノ運送ニ因リテ得ラルヘキ利益ノ被保險利益ト爲ス場合ニハ其貨物ニ對スル權利カ被保險者ニ屬シ且貨物ヨリ得ラル利益カ被保險者ニ歸スヘキモノニシテ其實物ハ既ニ發送セラレタルコトヲ必要ト爲ス即被保險利益ト爲ルニハ現實ナル希望ノ存スルコトヲ要スヘク假想的ノ單純ナル希望ナルヘカラス何トナレハ損害保險ノ目的タル被保險利益ハ常ニ確定シ居ラナルヘカラナルヲ以テナ

⑨(四二四條二項)

第二 保険價額

被保險利益ノ價額ヲ保險價額ト謂フ換言スレハ被保險利益ヲ金錢ニ見積レル額是ナリ前述セル如ク損害保險ノ目的ハ損害填補ニ在ルヲ以テ害セラレタル被保險利益ヲ填補スルヲ以テ保險ノ目的ヲ達スルコトヲ得タルノ損害ノ填補ハ被保險利益ノ價額ヲ限度トシテ之ヲ超過スルコトナカルヘキナリ我商法ニ於テハ保險價額ハ保險契約締結ノ當時ニ之ヲ一定スヘキヤ否ヤニ付テハ全ク當事者ノ意思ニ一任セリ保險ノ目的ハ損害填補ニ在リ損害填補ハ保險價額ヲ限度トスルヲ以テ必シモ初ヨリ保險價額ヲ定メ置カナルヘカラサル必要ナシト爲セルナリ

當事者間ニ於テ契約ノ當時ニ保險價額ヲ一定シ置カナル場合ニ於テハ如何ニシテ保險價額ヲ定ムルヤ或ハ曰ク「保險契約ハ契約當時ニ存在スル被保險利益ニ對シテ發生セル損害ヲ填補スコトヲ目的トスルモノナルヲ以テ保險價額モ通常契約當時ニ於テ被保險者ノ有セル被保險利益ノ額ニ依テ定メサルヘカラス」ト然レトモ債權擔保ノ爲ニスル保險契約ノ如キハ契約當時ノ保險價額ト損害發生當時ノ保險價額ト多クハ一致スヘシト雖其他ノ財產ニ對スル相害保險ノ場合ニ於テハ被保險利益ノ價額ハ常ニ異動シ契約當時ト損害發生當時トニ於テ差異ヲ生スル場合ナシトセス此場合ニ於テ損害填補ノ限度タル保險價額ヲ契約當時ノ價額ニ依テ定ムルカ損害發生當時ニ於テ定ムルカ當事者ニ大ナル利害ノ關係ヲ有スル問題タリ而シテ危險ノ發生ハ多クハ契約當時ヨリ時日ヲ經過シタル後ニ生スルモノナルヲ以テ契約當時ニ遡リテ被保險利益ノ價額ヲ見積ルハ甚困難ナルヘク殊ニ保險ノ目的ハ損害填補ニ在ルヲ以テ危險ノ發生セル爲ニ被シタル損害ニ付テハ其危險ノ發生セル當時ニ於ルモノヲ填補スルヲ以テ目的トスヘキモノナリ故ニ損害填補ノ限度タル保險價額ヲ見積ルニモ損害發生當時ノ價額ニ依テ之ヲ定ムヘキモノニシテ契約當時ニ遡リテ見積ルヘキモノニ非ス現ニ我商法第三九三條第一項モ亦此趣旨ニ依テ規定セラレタルモノナリ

然レトモ損害發生ノ時ト處ニ於ル價額ニ依テ保險價額ヲ定ムルスルモ常ニ此趣旨ヲ貫クコトヲ得シシテ別ニ標準ヲ定ムルノ必要ナル場合アリ積荷及船舶ノ保險ノ場合(四二四條、五六六條、五六七條)ノ如キ是ナリ

保險價額ハ既ニ損害ノ發生シテ被保險物ノ滅却シタル後ニ於テ之ヲ定ムルコト困難ナル場合多キヲ以テ此困難ヲ避クルカ爲ニ契約當時ニ於テ當事者ノ合意ヲ以テ保險價額ヲ定ムル場合アリ而シテ此價額ハ當事者カ保險契約ノ爲ニ定メタルニ過キサルヲ以テ其效力ハ當事者間ニ限リ第三者ニ及ボサナルハ勿論ナリ我商法ニ依レハ當事者カ保險價額ヲ定メタルトキハ其價額ヲ保險證券ニ記載セサルヘカラス(四〇三條二項三號)保險價額ハ損害ノ發生シタル場合ニ於テ損害填補ノ限度ト爲ルモノナルヲ以テ之ヲ定メタルトキハ當事者ハ之ニ由リテ拘束セラル即保險者ハ其定メタル保險價額迄ハ之ヲ填補ノ責ニ任セサルヘカラサルナリ唯當事者間ニ於テ保險價額ヲ定メシテタル場合ニ於テモ保險者ハ其價額ノ等ク過當ナルコトヲ證明セル場合ニハ其填補額ノ減少ヲ請求スルコトヲ得ヘキノミ(三九四條)

第三 保險金額

保險價額トハ被保險利益ヲ金錢ニ見積レル額ナリ損害保險ノ目的ハ損害填補ニ在リト雖必シモ常ニ被保險利益ノ全部即保險價額ノ總額ヲ保險ニ付スルモノニ非シテ其一部分ヲ保險ニ付スルコトアリ又被保險利益ノ價額ヲ見積ルコト困難ナル場合ニハ保險價額ヲ定メシテ保險者カ事故發生ノ際ニ填補

スヘキ金額ノミヲ定ムルコトアリ。如此保険契約ニ因リ保険者カ事故發生ノ場合ニ於テ被保險者ニ支拂フコトヲ約スル金額ヲ稱シテ保険金額ト謂フ。

保険金額ト保険價額トハ之ヲ區別シテ混同スヘカラス。保険金額ハ保険者カ被保險者ニ對シテ支拂フコトヲ約シタル金額ニシテ保険價額ハ被保險利益ノ價額ナルヲ以テ全ク別箇ノモノナリ。然レトモ保険金額ハ之ヲ保険價額ト同額ニ定ムルコトヲ妨ケサルノミナラス。多クノ場合ニ於テハ保険金額ニ依テ保険價額ヲ推定スルコトヲ得ヘシ第六五八條ニ依レハ「積荷ノ到達ニ因リテ得ヘキ利益又ハ報酬ノ保険ニ付テハ契約ヲ以テ保険價額ヲ定メサリシトキハ保険金額ヲ以テ保険價額トシタルモノト推定ス」トアル如キ是ナリ。

第四 超過保険

如此保険價額ハ被保險利益ノ價額ニシテ保険金額ハ保険者カ被保險者ニ對シテ支拂フコトヲ約束セル金額ナルヲ以テ保険金額ハ保険價額ト一致スルコトアルヘシト雖又ハ保険金額ハ保険價額以上又ハ

其以下ニ定メラルコトアリ而シテ保険金額カ保険價額ヲ超エテ定メラレタル場合ニハ之ヲ超過保険ト謂ヒ其以下ニ定メラレタルキハ之ヲ一部保険或ハ不足保険ト謂フ。

元來損害保険ノ目的ハ損害填補ニ在ルヲ以テ保険契約ハ之ニ依テ損害發生以前ノ狀態ヨリ一層利益ナル狀態ニ至ラシムルコトヲ目的トスルモノニ非ス事故ノ發生ニ因テ被リタル損害ヲ填補レハ保険ノ目的ハ則茲ニ足リ保険者ノ責任モ亦解除セラルヘシ。損害保險ノ性質上明カナル所ナリ故ニ損害保險契約ニ於テハ被保險利益ノ價額全部カ損害ノ最高度ナラサルヘカラス。隨テ保険價額ハ亦損害填補ノ最高度ナラサルヘカラス。故ニ保険金額ヲ保険價額以上ニ定ムルハ損害填補ノ必要以上ノ金額ヲ支拂フコトヲ約束シタルモノニシテは損害填補ノ上ニ尙損害ノ發生ニ因テ利益ヲ得セシメンマスルモノナルヲ以テ損害保險ノ性質ト全ク相背馳スヘシ。於是法律ハ保険金額カ保険價額ヲ超過セル場合ニ於テハ其超過シタル部分ニ付テハ保険契約ヲ無効トスルノ規定(三八六條)ヲ爲シタル所以ニシテ保険者ハ保険價額以上ニ保険金額ヲ支拂フ責任ナキモノトス。是保険ノ性質上當然疑フ容レサル所タリ之ヲ超過保険ノ原則ト云。

第五 重複保險

同一ノ被保險利益ニ付同時ニ二箇以上ノ保険契約ノ存在スル場合アリ之ヲ重複保險ト云フ。是我商法ノ認ムル所ニシテ此場合ニエ亦超過保険ノ原則ハ適用セラルモノトス。同一ノ被保險利益ニ對シ同一ノ危険ニ付テ同時ニ二箇以上ノ保険契約成立スル場合ニ於テ之ヲ精審ニ言ハ實際上同時ナル場合殆ド之ナク又同時ニ爲シタルヤ否區別シ難キ場合多カルヘキヲ以テ商法ニ於テハ同一日附ヲ以テ爲シタル保険契約ハ同時ニ之ヲ爲シタルモノト推定セラ(三八七條三項)。如此同一ノ被保險利益ニ付同時ニ數箇ノ損害保險契約ノ成立セル場合ニ於テ其各契約ノ保険金額ノ總計カ被保險利益ノ價額即保険價額ヲ超過スルニ至リタル場合ニハ前ニ超過保険ニ付テ述ヘタル如ク保険ノ目的ハ損害填補ニ外ナラサルモノナルヲ以テ事故ニ當テモ其數箇ノ保険契約ニ依ラ以テ保険價額以上ノ金額ヲ被保險者ニ與フヘキモノニ非ス故ニ商法ハ同時ノ重複保險ノ爲ニ超過保険ヲ生シタル場合ニ於テハ各保險者ノ負擔額ハ各自ノ保険金額ノ割合ニ依ラ以テ定ムルコトト爲セリ。

同一ノ被保險利益ニ付二箇以上ノ損害保險契約カ時ヲ異ニシテ成立スル場合アリ如此場合ニ於テモ其各保險契約ニ於テ保険金額ノ總計カ被保險價額ヲ超ユルニ至レルトキニハ超過保険ノ原則ニ依ソリ其超過

シタル部分ハ無効ト爲ル此點ニ付テハ前述セル同時ニ數箇ノ保険契約ヲ締結セル場合ト同シ然レトモ相次テ數箇ノ保険契約ヲ爲シタル場合ニハ先ニ契約ヲ爲シタル保険者カ先損害ヲ填補シテ其填補力損害ノ全額ニ足ラサリシ場合ニ後ニ契約ヲ爲セル保険者カ其足ラサリシ部分ヲ填補スルナリ(三八八條)斯ル規定アルハ前ノ保険者ハ自己ノ分擔セル保険金額ニ對シテ相當ノ保険料ヲ受取り單獨ニ危険ヲ負担セルモノナルヲ以テ後ノ保険者ノ在ルカ爲ニ其負擔ヲ免ルル理由ナシ然ルニ後ノ保険者ノ負擔セル保険金額ヲ前ノ者ニ加算シテ保険金額ヲ超過スルニ至レルトキニモ後ノ保険者ノ負擔セル保険金額全部ノ支拂フ爲サシムルモノト爲ストキニハ被保險者ハ之ニ因テ不當ノ利益ヲ受クヘク隨テ超過保険ノ原則ニ反スルナリ故ニ商法ニ於テハ前ノ保険者ヲシテ先填補セシメ其足ラサリシ部分ヲ後ノ保険者ニ負擔セシムルコトト爲セリ然レトモ此規定ハ實際ノ場合ニ於テ種種ナル不便ヲ生スルヲ以テ多クノ火災保険會社ニ於テハ本條ト異レル規定ヲ其普通保険款ノ中ニ定ム例之「保険ノ目的カ火災ニ罹リタルキ其目的ニ付當會社ト同時ニ又ハ時ヲ異ニシテ結合シタル他ノ保険契約存在スル場合ニハ當會社ハ各保険者ノ保険金額ノ割合ニ依テ其損害ヲ填補スルモノトス」規定セリ如此規定ヲ爲スニ至レル所以ハ全ク實際上ノ不便ヲ避ケルカ爲ナリ例之ハ重複保険ノ場合ニ其重複保險契約ハ同時ニ爲シタルモノナルカ相次テ爲シタルモノナルカ疑ハシキ場合アンヘク又被保險者カ保険金ヲ詐取センカ爲ニ之ヲ利用スルコトモアルヘ殊ニ火災保険ニ於テハ其契約期間ハ多クハ一箇年ニシテ其契約ヲ相次テ繼續スル場合多シ故ニ年ヲ代フ毎ニ前ノ保険者タル地位ト後ノ保険者タル地位トハ屢々倒シテ其時ニ依テ會社ノ責任ニ重大ナル差異ヲ生シ營業ノ不安ヲ來スル以テナリ以上ハ保險價額ノ一部ヲ保險ニ付シタル場合ニ之ト同時ニ若クハ相次テ他ノ部分ヲ保險ニ付シタル場

第二款 本案ニ付テノ辯論

本案ノ辯論トハ實體上ノ請求ノ當否ニ關スル辯論ナリ故ニ被告カ妨訴ノ抗辯ヲ提出シテ本案ノ辯論ヲ拒ミ又ハ裁判所カ其抗辯ニ付別ニ辯論ヲ命シタルトキハ其抗辯ヲ棄却シタル判決後又ハ其判決ノ確定後ニ非サレハ本案ノ辯論ヲ爲ナシムルコト能ハサル前述セルカ如シ其他訴ノ要件ノ欠缺ナキ場合ニ於テ本案ノ辯論ヲ爲ナシムヘキモノトス原告カ其請求ノ正當ナルヲ確ハル爲ニ主張スル攻撃ノ方法及被告カ原告ノ請求ヲ争ヒ其不當ナル明ニスル爲ニ主張スル防禦ノ方法ハ孰ニ判決ニ接著スル口頭辯論ノ終結ニ至ル迄之ヲ提出スルコトヲ得ル原則トス(二〇九條蓋口頭辯論ハ數回ニ亘ルコトアルモ常ニ唯一ノモノニシテ縱合自然ノ順序ニ依レハ前期日ノ辯論ニ於テ提出スヘカリシ攻撃若クハ防禦ノ方法ト雖尙之ヲ最終ノ辯論ニ於テ提出スルコトヲ得ヘキモノナリ但茲ニ所謂判決ニハ全部ノ終局判決ノミナラス中間判決一分判決ヲモ皆之ヲ包含ス雖テ中間判決ヲ受クヘキ事項ニ關スル攻撃及防禦ノ方法ハ其中間判決ニ付テノ辯論ノ終結ニ至ル迄ニ之ヲ提出セタルヘカラス一分判決ニ付テモ亦同シ右原則ノ例外トシテ被告ノ防禦方法ノ提出ニ付テハ法律ハ訴訟ノ進行ヲ延延センヌサル爲ニ制限ヲ設ケタリ即左ノ四條件アルトキハ被告ノ提出シタル防禦方法ハ却下セラルモノナリ(二〇條)

時機ニ後レテ提出シタルコト

其防禦方法ヲ許ス

被告カ訴訟ヲ遅延セシメントスル故意又ハ甚シキ怠慢ニ因テ早ク之ヲ提出セナリシコトノ心證ヲ

(四) 原告カ其却下ノ申立ヲ爲シタルコト

右ノ條件アルカ爲メ第一審ニ於テ被告ノ提出シタル防禦方法カ却下セラレタルトキト雖第二審ニ於テハ更ニ之ヲ提出スルコトヲ妨ヌクス(四二五條)又第二審ニ於テ時機ニ後レタル防禦方法ヲ却下スルトキハ第四二六條及第四二七條ノ規定ニ從フヘキモノナリ

本案ノ辯論ニ於テ被告カ原告ノ請求ヲ争フニハ其方法種種アルヘシ或ハ單ニ原告カ請求ノ理由トシテ主張スル事實ヲ否認スルコトアリ或ハ之ヲ争ハシテ其法律上ノ效果ヲ否認スルコトアリ或ハ又原告主張ノ事實及其法律上ノ效果ヲ争ハシテ而カモ請求權ノ存在ヲ否認スルコトアリ事實ノ否認トハ原告ノ主張スル事實ノ存在ヲ争フノ謂ニシテ被告自身ノ行爲ニ非ナル事實又ハ自己ノ實驗シタルニ非ナル事實ニ付テハ單ニ不知ヲ以テ答フルモ是亦否認タルハ第一一條第二項ノ規定スル所ナリ又法律上ノ結果ヲ争フトハ或事實ノ法律上ノ效果トシテ生シタリト主張スル權利ノ成立ヲ争フ謂フ此反對陳述ヲ爲スニ付テハ或ハ原告ノ主張スル事實ノミニテハ未原被告ノ間ニ権利義務ヲ發生セスト争フコトアリ是即法律上ノ理由ニ依テ原告ノ主張セル權利ノ成立ヲ否認スルモノナレハ被告ニ於テ何等ノ立證ヲ爲スコトヲ要セス或ハ又原告ノ主張スル事實ニ加フルニ他ノ事實ヲ以テ法律上ノ效果ヲ生セタルノ理由ト爲スコトアリ例之一ノ契約ヲ爲シタル事實ハアルモ其當時精神喪失ノ状態ニ在リタリト云フカ如キ他ノ事實ヲ主張シテ其契約ノ效力ヲ争フ場合ノ如シ此場合ニ於テ其新ニ附加主張スル事實ハ即之ヲ抗辯シテ提出スルモノニシテ被告ハ之ヲ證明セサルヘカラス又事實及其法律上ノ效果ヲ争ハシテ而モ權利ノ存在ヲ否認スルトハ是亦別ニ新ナル事實ヲ主張スル場合ニシテ所之原告カ主張スル如ク賃借ノ正當ニ成立シタルコトヲ認ムルミ其後辨済ヲ爲シ或ハ相殺ヲ爲シタル抗辯スルカ如シ債務ノ时效ニ罹レルコト又ハ未辨済ノ期間ノ到来ニサルニ主張スルモ亦此種ノ抗辯ニ屬ス此等總ナノ抗辯ニ對シテハ原告ヨリ更ニ辯駁又ハ抗辯ヲ爲スコトヲ得ルハ勿論ナリ

当事者カ攻撃又ハ防禦ノ方法ヲ提出シテ事實上ノ主張ヲ得ルハ勿論ナリ

スルトキハ屢ニ之ヲ證明スル責任アリトアリ此場合ニ於テハ各當事者ハ立證ノ爲メ證據方法ヲ申出テ又ハ相手方ノ申出テタル證據方法ニ付陳述ヲ爲スヘキモノナリ(一二三條)若相手方ノ證據方法ニ付陳述ヲ爲サルトキハ異議ナキモノト看做ナルルノ不利アリ故ニ各當事者ハ相手方ノ申出テタル證據方法ニ付其證據方法ハ許ヘカラナルモノナリト争ヒ或ヘ其證據ノ效力ヲ争ヒ若クハ其信憑力ヲ争フコトヲ得ヘンシテシテ證據抗辯ト謂フ證據方法及證據抗辯ハ攻撃方法及防禦方法ト相牽連シテ離ルヘカラナルモノナルト以テ亦同シク判決ニ接著スルロ口頭辯論ノ終結ニ至ル迄提出スルコトヲ得ルト以テ原則トシ其時機ニ後レタルモノハ第二〇條ノ規定ノ準用ヲ受クヘキモノトス(二二四條)此他證據及證據調ニ關シテハ後ニ詳説ズヘシ

各事實上ノ主張ニ付證據ノ終了シタルトキハ當事者ハ辯論ノ續行トシテ訴訟關係ノ如何ヲ表明シ證據調ノ結果ニ付テ辯論ヲ爲スヘキモノナリ若受訴裁判所ニ於テ證據ヲ爲シタルニ非シテ受命裁判事又ハ受託裁判事ノ面前ニ於テ爲シタルトキハ其審問調書ニ基キテ當事者ハ證據調ノ結果ヲ演述セサルヘカラス(二二六條)右辯論ヲ終リ訴訟カ裁判ヲ爲スニ熟スルニ至リタルトキハ裁判所ハ辯論ヲ閉ナテ判決ヲ爲スヘキモノトス

茲ニ説明ヲ要スルハ第二一條ノ規定是ナリ即本案ノ辯論ノ進行中請求ノ全部若クハ一分ノ當否ヲ明

確ナラシムル爲メ當事者ノ主張シタル或法律關係ノ存否ニ關シ争ヲ生シ而シテ裁判所カ本案請求ノ全部若クハ一分ノ當否ヲ裁判スルニ付テハ先其争ト爲リタル法律關係ノ存否ヲ判断セナルヘカラナルコトアリ此場合ニ於テモ立証ノ責任アル當事者ハ其他ノ事實上ノ主張ニ於ルカ如ク單ニ之ヲ證明シテ判決ノ理由ニ於テ判断ヲ受クルヲ以テ満足スルコトヲ得ヘシト雖尙更ニ准テ其法律關係ノ成立若クハ不成立確定ノ申立ヲ爲シ特ニ其點ニ付テ確定力ヲ生スヘキ判決ヲ求ムルコトヲ得ヘシ其申立ノ性質ハ一ノ確認訴訟ノ提起ニ外ナラサレトモ法律ハ便宜上口頭辯論ノ終局ニ至タル迄ノ間ニ本訴訟ニ附帶シテ之ヲ起スコトヲ許シ原告ハ申立ノ據張トシテ被告ハ反訴トシテ其申立ヲ爲スヘキモノトセリ故ニ之ヲ稱シテ附隨ノ確認訴訟ト謂フ右ノ場合ニ於テ當事者カ自己ノ主張ヲ證明スルニ止ムルトキハ裁判所ハ判決ノ理由ニ於テ其法律關係ノ存否ヲ判断スルニ過キサレトモ若原告若クハ被告カ右ノ規定ニ從ヒ進テ其存否確定ノ申立ヲ爲シタルトキハ別ニ主文ヲ以テ此點ノ判決ヲ爲ササルヘカラス體テ右ノ申立ハ第二二二條第二項ノ規定ニ從テ爲スコトヲ要ス

以上ノ說明ニ依リ原告若クハ被告カ附隨ノ確認訴訟ヲ起スニ付テノ條件ヲ舉クレハ左ノ如シ

一 法律關係ヲ目的トスルコト

二 其法律關係カ主タル訴訟ノ進行中ニ争ト爲リタルコト

三 其法律關係ノ存否カ主タル訴訟ニ付テノ裁判ノ全般若クハ一分ニ影響ヲ及スヘキコト

四 主タル訴訟ノ口頭辯論ノ終結前ニ提起スルコト

附隨ノ確認訴訟ノ目的ハ右ニ説明スル如クニシテ第四一六條ノ規定スルモノニ適合セサルヲ以テ審ニ至テハ新ニ提起スルコトヲ得ス又證書訴訟、爲替訴訟、督促手續等ノ目的ニモ適合セサルヲ以テ此等

ノ訴訟手續ニ於テモ亦提起スルコトヲ得ス又從參加人ハ原告ノ申立ノ範圍内ニ於テ當事者ノ一方ヲ補助スルモノニ過キサルヲ以テ自ラ此新ナル訴訟ヲ提起スルコトヲ得サルハ勿論ナリ
終ニ一言スヘキコトハ凡被告カ原告ノ請求ニ對スル本案ノ答辯ハ其請求ヲ認諾スルカ或ハ又之ヲ拒絶スルカノ二途アルノミ而シテ之ヲ拒絶シテ防衛方法ヲ提出スルトキハ原告カ其請求ヲ棄棄セサル限ハ以上述ヘタル所ニ從ヒ辯論ヲ爲サナルヘカラスト雖若反之原告ノ請求ヲ認諾シタルトキ即原告ノ實體上ノ請求ヲ理由アリシテ是認諾スルノ意思ヲ表示シタルトキハ訴訟ノ要件欠缺ナキ限ハ最早其後ノ辯論ハ必要ニ非シテ裁判所ハ第二二九條ニ從ヒ原告ノ申立ニ因リ直ニ判決ヲ爲スニ至ル又辯論中當事者カ和解ヲ爲シタルトキ同ク其後ノ辯論ヲ爲ナスノ則決ヲ爲スコトナクシテ訴訟ハ終局ニ至ルモノトス今第二二一條ノ規定ニ依レハ裁判所ハ訴訟ノ如何ナル程度ニ在ルヲ問ハス和解ヲ試ムルコトヲ得辯論終結後ト尙尙其再開ヲ命シテ和解ヲ試ムルコトヲ妨ケヌ蓋裁判所ハ一旦訴ヲ受理シタル以上ヘ其訴ニ付裁判所ハスノ義務アルハ勿論ナレト和解ハ時間ト手數ト費用トヲ省キ争ヲ完結スルモノニシテ當事者ノ爲ニハ勿論國家ニ亦利害ナルカ故ニ之ヲ獎勵スルノ目的ヲ以テ斯ル規定ヲ設ケタルモノナリ而シテ裁判所カ和解ヲ試ムル手續ハ或ハ訴訟裁判所自ラ之ヲ爲シ或ハ又其部員中ノ受命判事ニ依リ若クハ遠隔ノ場所ニ於テハ受託判事ニ依フモ爲ストヲ得ヘシ受訴裁判所自ラ和解ヲ試ムルトキハ別ニ其旨ノ決定ヲ爲スコトヲ要セス受命判事若クハ受託判事ニ依テ和解ヲ試ムルトキニ於テ之ヲ要スルノミ又受訴裁判所又ハ受命判事若クハ受託判事カ和解ヲ試ムルニ付テハ當事者ノ出廷ヲ命スルコトヲ得但訴訟代理人ハ特別ノ委任ヲ受ケタルトキニ非サレハ有效ニ和解ヲ爲スコトヲ得ス(六五條二項)和解ノ爲メ當事者自身ノ出頭ヲ命スルコトヲ許シタルハニ和解ヲ容易ナラシムルノ希

望ニ出テタルモノナリ而シテ和解ハ必シモ訴訟ノ全部ニ限ラス其一分タル或争點ノミニ付テ之ヲ試ムルコトヲ得ヘシ若訴訟ノ一分ニ付和解ノ調ヒタルトキハ其幾分ノミ訴訟トシテ存續スルハ勿論ナリ何レノ場合ニ於テモ和解ノ調ヒタルトキハ裁判所ハ第一三〇條第一項ノ規定ニ從ヒ之ヲ調書ニ記載シテ明確ニセサルヘカラス

第四節 証據調

第一款 總論

第一項 証據

證據ナル語ハ古來立法並ニ學說ノ上ニ於テ其意義一定セス或ハ舉證ノ結果タル事實ノ證明ヲ指シ又ハ證明ノ方法ニ用フル材料ヲ指示スルニ用ヒラレ或ハ又右兩様ノ意義ヲ包有スルモノトシテ用ヒラル故ニ證據ノ定義ハ學者ノ下ス所區別レリ今試ニ我舊民法ニ依ルモ證據ナル語ハ最廣漠ナル意義ニ用ヒラレタリ即一面ニ於テ判事ノ考覈ナルモノヲ證據ノ中ニ列セリ所謂判事ノ考覈ハ判事ノ心證判断ニシテ當事者ノ供述係争物件並ニ書類ノ調査法律ノ解釋臨檢鑑定等ニ依ラ生スルモノナリシテ又他ノ一面ニ於テハ證書文ハ證人ノ陳述純然タル證明ノ材料ヲモ證據ト稱セリ且又同法證據中ニハ自白、世評、法律上ノ推定、事實ノ推定ナルモノアリ然レトモ此等ハ皆證據ニ非ストスル有力ノ議論アリ要スルニ證據ノ何タルヤニ付テハ古來議論紛糾トシテ歸一スル所ナシ殊ニ我國ニ於テハ民事訴訟法中證據ニ關スル或規定ヲ設ケタルニ過キシテ未完全ナル證據法ノ制定ナシト雖試ニ予ノ正當ナリト信スル證據ノ定義ヲ舉クレハ左ノ如シ

證據トハ係争事實ノ真否ニ付裁判官ヲシテ心證ヲ得セシムル法定ノ材料ヲ謂フ
以下此定義ヲ分析說明セス

第一 證據ハ係争事實ニ關スルモノナリ 凡争訟ヲ決スルニハ事實ノ確定ト法律ノ適用トヲ要ス法律ハ裁判官ノ職務上ニ知ラサルヘカラサルモノニシテ當事者ノ證明ヲ要セナレトモ各箇ノ係争事實ニ至テハ裁判官ノ能ク知ル所ニ非ス故ニ爭訟ヲ決スルニ必要ナル事實ハ裁判所ニ於テ一證據ニ依ラ其眞否ヲ判定セサルヲ得ス而シテ證據ハ當事者ノ提供スヘキモノニシテ裁判所ノ職權ヲ以テ蒐集スヘカラサルヲ原則トス是不干涉主義ノ結果ニシテ人事訴訟手續法ニ於例外ノ規定ヲ見ルノミ（人訴一四條二六條）但外國ノ現行法地方慣習法商慣習及規約ノ如キハ第二十九條ニ規定スル如ク當事者ノ證明ヲ要スルモノトシ當時ニ裁判所ノ職權調查ヲ許セリ又事實ト雖當事者間ニ争ナキモノハ別ニ證明ヲ俟タス直ニ之ヲ眞實トシテ法律ヲ適用スルヲ得ヘク其他裁判所ニ於テ顯著ナル事實ハ縱合争ニ係ルモ證明スルノ必要ナシ

第二 證據ハ裁判官ノ心證其モノニ非スシテ心證ノ生スル根據タル材料ナリ 故ニ證據ハ原因ニシテ心證ハ其結果ナリ而シテ證據ノ目的ハ心證ヲ得ルニ在リ心證トハ裁判官カ其智識經驗ヲ以テ證據ニ依リ當事者ノ主張シタル事實ノ真否ヲ诚信スルヲ謂フ

第三 心證ノ根據ト爲スヘキ材料ハ法定ノモノナラナルヘカラス 我民事訴訟法ニ依レハ證據方法即係事實ノ真否ニ付裁判官ノ心證ヲ得ル爲ノ材料ヲ提供スル方法ハ人證、鑑定、書證、檢證當事者本人ノ訊問ノ五トス是等ハ皆訴訟手續ニ於テ提出スヘキモノニシテ裁判官ハ此法定ノ證據方法ニ依ラタル材料ヲ採リテ以テ心證ノ根據ト爲スコト能ハス隨テ當事者ハ此以外ノモノヲ證據トシテ提出スルコ

トヲ得ス故ニ例之裁判官カ一私人トシテ目擊、實驗シ又ハ他人ヨリ傳聞シタルカ爲ニ或事實ヲ知リ得タル場合ノ如キハ之ヲ以テ係争事實ノ真否ヲ判斷スルノ材料ト爲スコトヲ得ス即當事者ハ其裁判官ノ一私人トシテノ見聞ヲ直接ニ援用シテ裁判上ノ證據ト爲スコトヲ得ス蓋各國ノ法律ニ於テ證據方法ヲ限定スル所以ハ一ハ裁判官ノ專横ナル心證判斷ヲ防ギ一ハ實益ナキ證據ノ濫用ニ依テ生スヘキ訴訟ノ遲延ト無益ノ費用トヲ避ケルニ在リ

次ニ證據ノ效力ニ關シテ古來頗る問題トシテハ當事者カ法律ノ規定ニ從ヒ證據ヲ舉ケタルトキハ裁判官ハ常ニ其證據ノ法定ノ效力ニ羅東セラルヘキモノトスルカ若クハ反ヒ別ニ法律ヲ以テ證據ノ效力ヲ確定ニセス之ヲ裁判官ノ判定ニ一任シ裁判官ハ自由ナル判断ニ依リ之ヲ取捨シテ心證ヲ作ルコトヲ得ルモノト爲スカヲ決スルニ在リ此點ニ付テハ古來各國立法ノ主義一樣ナラス多クハ拘束主義ノ兩者ヲ併用セルモノノ如シ即或證據ニ付テハ裁判官フ羅東スルモノトシ他ノ證據ニ付テハ其效力ヲ裁判官ノ自由判断ニ一任スル所ノ折衷主義ニシテ舊民法ノ採ル所ノ如キ即是ナリ蓋拘束主義及自由主義ニ失アリ拘束主義ニ從ヒハ當事者カ係争事實ニ付法律ノ規定ニ從テ證據ヲ舉ケタルトキハ裁判官ハ縱令心裡ニ於テ之ヲ信セナルモ尙強テ之ヲ真實ナリト認メテ裁判ヲ爲ナナルヘカラサルコトト爲ル其結果屢々反スルノ恐アリ又若自由主義ニ從ヒハ裁判官ハ一ニ自由ナル心證判断ヲ以テ證據ヲ取捨シ事實ヲ認定シテ訴訟ヲ判決スヘキヲ以テ右ノ弊害ヲ救フコトヲ得レトモ他ノ一面ニ於テ其專横ナル判断ヲ生スルノ處ナシントス固ヨリ證據ノ效力及事實ノ認定ヲ裁判官ノ自由ナル心證判断ニ一任スルモ必シモ實體上ノ真實ヲ得ルヲ保シ難シト雖少クトモ此主義ハ裁判官ヲシテ形式上ノ證據ニ拘泥セヌシテ專實體上ノ真實ヲ得ルニ努メシムル利益アルハ疑ナキヲ以テ世ノ進歩ニ伴ヒテ之ヲ採用スルヲ相當トス故ニ拘束主義ハ昔時ニ行レ漸次近世ニ至テハ自由主義ヲ採ルノ傾向ヲ生シタリ我國今日ノ法律ニ於テハ其何レノ主義ヲ採ルカ證據ノ明定スル所ナキヲ以テ此問題ヲ決スル困難ナレトモ民事訴訟法ノ規定ヨリ推論セハ自由主義ヲ採用シタルモノト謂フコトヲ得ヘシ第二七條ニ曰ク「裁判所ハ民法又ハ此法律ニ於テ何レノ主義ヲ採ルか證據ノ明定スル所ナキヲ以テ此問題ヲ決スル困難ナレトモ民事訴訟法ノ規定ニ反セサル限りハ辯論ノ全旨趣ヒ或爾證據調査ノ結果ヲ斟酌シ事實上ノ主張ヲ眞實ナリト認ム可キヤ否ヤ自由ナル心證ヲ以テ判断ス可シ」ト故ニ裁判官カ係争事實ノ真否ヲ判断スルニ付形式上ノ證據ノ效力ニ拘束セラルハ特ニ法律カ其拘束力ヲ定メタル場合ニ限レルハ明ナリ今ヤ證據法トシテ斯ル證據ノ效力ヲ規定スルモノナキヲ以テ總テノ證據ノ效力ハ第一ニ裁判官ノ自由ナル判断ニ依テ定マルモノト謂フコトヲ得ヘシ但或場合ニ於ル或事實ノ法律上ノ推定ハ民事訴訟法中ニモ二三規定セラレ裁判官ハ固ヨリ之ニ服從セザルヘカラシテ心袖ノ確信如何ヲ問ハス決シテ之ニ反對スル事實ノ認定ヲ爲スコト能ハサレトモ然レトモ此法律上ノ推定アル場合ニハ之ニ依テ事實ハ當然確定セラルヲ以テ舉證ノ必要ヲ生セス唯反證ヲ許ス場合ニ於テハ其推定ニ反スル事實ヲ主張スル者之ヲ證明スルノ責任ヲ有シ而シテ反證ノ舉リタルトキハ推定ノ打破セラルノミ故ニ法律上ノ推定ハ證據ノ效力ニ關スル裁判官ノ判断ノ自由ヲ制限シタルモノト謂フコトヲ得ナルナリ

第一項 舉證ノ責任

自己ノ利益ノ爲ニ進ミテ或事實ノ存否ヲ主張シタル場合ニ相手方之ヲ争ヒタルトキハ其主張者ハ之ヲ證明スルノ責任アリ進テ或事實ノ存否ヲ主張ストハ固ヨリ相手方ノ主張スル事實ヲ否認スルコトヲ含

マス單純ノ否認ニ付舉證ノ必要ナキハ古今不動ノ定則ナリ唯普通ノ状態又ハ既ニ證明セラレタル事實ニ反スル事實ヲ主張スルトキニ於テ始テ舉證ノ責任ヲ生ス即吾人ハ相互ニ義務ヲ負ハサルハ普通ノ状態ニシテ例之貸借ニ因テ義務ヲ生シタルト主張センニハ其事實ヲ證明セサルヘカラス又既ニ貸借ノ事實カ證明セラレタル場合ニ之ニ因テ生シタル義務ノ消滅ヲ主張スルトキハ同ク其消滅ヲ證明スルノ責任ヲ生ス故ニ此舉證ノ責任ハ原告タルト被告タルトニ因テ區別ナシ隨テ原被告カ相互ニ攻撃防禦ノ方法ヲ提出シ順次舉證ノ責任ヲ負フコトアリ例之原告カ被告ニ使用貸借契約ニ因テ或物件ヲ貸與シ被告カ其返還ヲ怠レリトシテ返還ヲ求ムル訴ヲ起シ先其物ヲ被告ニ貸與シタル事實ヲ證明シ是ニ於テ被告ハ其物件ハ天災ニ因テ消滅シタルヲヒテ返還ノ義務ナシトナ抗辯ヲ提出シテ其實質ヲ證明シ次ニ原告ハ目的物ハ天災ニ因テ消滅シタルモ既ニ被告ハ遲滞ニ在リタル後ナレハ賠償ノ責任アリト主張シ此遅滞ノ責アルコトヲ證明シ尙被告ハ遲滞ノ責アレトモ其物件ハ維持被告カ義務ヲ履行シテ之ヲ原告ニ返還シタリトスルモ同ク天災ニ因テ消滅スヘカリシモノナリト主張シ其事情ヲ證明スル場合ノ如シ其最後ノ證據舉リテ是ニ依テ裁判官カ被告ノ主張ヲ眞實ナリト認メタルトキハ結局原告ノ敗訴ニ歸スヘク其他右ノ如ク各當事者カ舉證ノ責任アル場合ニ其責任ヲ盡サルトキハ其者ノ敗訴ニ歸スヘキハ勿論ナリ如此舉證ノ責任ハ常ニ係争事實ノ主張ヲ爲ス者ニ在テ其主張ノ積極的ナルト消極的ナルトニ因テ區別ヲ生スルコトナシ又舉證ノ責任アル者ハ舉證ノ不能若クハ困難ナルノ故ヲ以テ其責任ヲ免ルルコトヲ得ス故ニ消極的主張ハ舉證ノ必要ナシト謂ヒ若クハ舉證ノ不能ハ其責任ヲ免除スト謂フカ如キハ固ヨリ不當ノ說ト謂ハナルヘカラス

右ノ如ク舉證ノ責任ヲ生スルハ爭ニ係ル事實ヲ主張スル場合ニ限ルヲ以テ争ナキ事實ハ勿論左ノ諸件

ニ付テモ亦舉證ノ必要ナキモノナリ

(一) 法律 法律ハ裁判官ノ職務トシテ知ラサルヘカラサル所ノモノニシテ當事者ハ如何ナル法律ノ規定アルヤテ證明スルノ責任ナシ然レトモ是唯内國ノ法律ノミニ付テ謂フヘタ外國ノ現行法、地方慣習法商慣習及規約ノ如キニ至テハ必裁判所ノ知ラサルヘカラサルモノトスルヲ得サルヲ以テ當事者ノ舉證ヲ必要トス但此等ノ事項ハ諸般ノ係争事實ト異リ多少公然知リ得ヘキ性質ヲ具有シ裁判所ニ於テ之ヲ知ルコト敢テ困難ナルニ非サルヲ以テ當事者ノ證明アルト否トニ拘ラス裁判所ヲシテ職權上調査スルコトヲ得セシム(二二九條)故ニ裁判所ハ職權上ノ調查ヲ以テ當事者ノ主張スル外國ノ法律、地方慣習法、商慣習及規約ノ存否ヲ知リ得タルトキハ其主張ニ付モノノ有無及主張者ノ立證ノ有無ヲ顧ミス專自己ノ智識ニ依テ右主張ノ當否ヲ判断スルコトヲ得ヘキモノナリ

(二) 法律上ノ推定ニ係ル事實 法律ニ依テ推定セラルル事實ニ付テハ其主張者ハ舉證・責任ナシ而シテ其推定ノ反證ヲ許スモト否トヲ問ハス惟其推定事實ハ反證ヲ許サナル場合ニハ絕對ニ争フコトヲ得サレトモ反證ヲ許ス場合ニハ相手方カ其反證ヲ提出シテ之ヲ否認ズルコトヲ得ルノ差異アルノミ法律上ノ推定ハ數多アルモ今一二ノ例ヲ示セハ民法第一九條ノ無能力者ノ行為ノ追認又ハ取消ニ關スル推定、同法第二〇條第二項ノ違約金ヲ賠償額ノ豫定トスルノ推定ノ如キ是ナリ而シテ前者ハ反證ヲ許サヌ有推定ノ生スル事實存スレハ其推定ノ反證ヲ許サヌ後者ハ之ヲ許スト雖主張者ニ於テ其推定事項ヲ證明スルノ必要ナキハ即一ナリ又民事訴訟法第一八八條第三項ノ取下ノ推定ノ如キモ反證ヲ許ナル法律上ノ推定ノ一ナリ

(三) 裁判上自白セラレタル事實 自白トハ自己ニ不利益ナル事實上ノ陳述ナリ當事者ノ一方カ裁判官

ノ面前ニ於テ自白シタル事實ニ付テハ相手方ハ舉證ノ責任ナキヲ原則トシ其事實ハ裁判所ノ職權ヲ以テ調查スヘキモノニ非サル限ハ裁判所ハ其真否ヲ調査スル義務ナク之ヲ眞實ト看做シ直ニ法律ヲ適用スルコトヲ得ヘシ由是觀之裁判上ノ自白ハ法律上推定同ク證據ニ非シテ舉證ノ免責ノ原因ナリト謂フヲ妥當トス但法律上ノ推定ニ由ル自白ハ(一)二條二四條四二九條(爾後ノ口頭辯論ニ於テ單ニ其事實ヲ争ヒ輒ク自白ノ效力ヲ失ハシムルコトヲ得ヘシ又人車訴訟ニ於テハ裁判上ノ自白ニ關スル法則ヲ適用スヘカラサル旨ノ規定アリ又此訴訟ニ於テハ舉證ノ責任アル者カ其責任ヲ盡サルニ裁判所ノ職權ヲ以テ證據調査ヲ爲スコトヲ得ヘキ場合アリ是其事件ノ性質カ公益ニ關スルヲ以テノ故ナリ(人訴)一〇條一一條一四條二六條三九條五九條)

(四)裁判所ニ於テ顯著ナル事實(二)八條)裁判所ニ於テ顯著ナル事實トハ一般ニ知レ涉リテ疑ナキ事實ハ勿論訴訟ニ干與スル裁判官カ其職權上ノ調査、見聞ニ依テ確知シ毫モ疑ヲ挿ムヘカラサル程度ニ達シタル事實ヲ總稱ス即歴史上明白ナル事實ノ如キハ勿論裁判所カ訴訟ニ關シ特ニ見聞熟知スル事實、調書其他訴訟記録ノ記載ニ依テ明白ナル事實例之訴訟ノ提出アリタルコト口頭辯論ヲ開キタルコト又ハ裁判ヲ爲シタルコトノ如キハ皆裁判所ニ於テ顯著ナル事實ト謂ハサルヘカラス終ニ一言セザルヘカラサルコトハ我民事訴訟法ハ或事實ヲ主張スル者ニ疏明ノ責任ヲ負ハシムルコトアリ疏明ナルモノハ證明トハ異ナリ必シモ證據調査ヲ爲シメタル結果トシテ裁判官ニ確信ヲ得シムルニ及ハス唯當事者カ裁判官ヲシテ自己ノ主張ヲ眞實ナリト認メシム可キ證據方法ヲ申出フルヲ以テ足ル(二二〇條)故ニ例之此事實ニ付テハ此證文證又ハ人證アリト云フヲ以テ足レリトシ而シテ裁判官カ其主張ヲ眞實アリト思惟シタルトキハ其證據ヲ取調フルノ必要ナシ但其證據方法ハ即時ニ取調フト規定セリ刑法ハ何等明文ナシト雖予ハ強姦ト謂フコトハ暴行脅迫ニヨル姦淫ト解シ其所謂脅迫ト云フコトハ無論暴行脅迫ニシテ現在且重大ナル危難ニ關スル脅迫ヲ云フ解釋スルナリ姦淫ハ暴行又ハ脅迫ニ依テ犯スモノト否ラサルモノトノ區別アリ今述ヘシ如ク刑法上暴行脅迫ニ依ル姦淫ハ之ヲ強姦ト謂ヒ否ラサルモノバ之ヲ狹義ノ姦淫ト云ヘリシテ其用テ人ヲ昏睡セシメテ爲ス所ノ姦淫ハ子ノ信スル所ニ依レハ當然ニ強姦ナリト云フコトヲ得ヘク樂酒等ヲ使用シ精神ヲ錯亂セシメテ爲ス所ノ姦淫ハ所謂狹義ノ姦淫ナルニ拘ラス刑法ハ特ニ明文ハ以テ強姦ヲ以テ論スヘキ姦淫ト規定ス此規定ノ存スル結果トシテ刑法上ノ廣義ノ姦淫ハ強姦ト準強姦ト狹義ノ姦淫ニ區別スルコトヲ得ヘシ

第一 十二歳未満ノ女子ニ對スル姦淫罪

- (イ) 強姦罪
 - 強姦ニ準スル姦淫罪 刑法ハ昏睡セシメ精神ヲ錯亂セシメント規定セルニ依リ人ヲ昏睡セシメス單ニ昏睡シタルニ乘シ又ハ人ノ精神ヲ錯亂セシメス只人ノ精神ノ錯亂シタルニ乘シ姦淫ヲ爲シタリトセハ無論準強姦ヲ以テ論スルコトヲ得ス
 - (ハ) 強姦ニ準セザル姦淫罪 此種ノ姦淫モ今迄述ヘ來リシ所ニ依レハ必シモ被害者ノ同意アル姦淫ト解説スルコトヲ得シテ或場合ニハ被害者ノ同意ノナキ姦淫ヲモ包含ス
 - 第二 十二歳以上ノ者ニ對スル姦淫罪 十二歳以上ノ者ニ對スル姦淫ニシテ強姦ニ準スヘキモノニ非サルトキハ刑法上之ヲ罪トセス
- (イ) 強姦罪

(ロ) 強姦ニ準スル姦淫罪

第一項 媒合罪

本罪ハ媒合セラレタル男女自身ニ何等ノ罪カ成立セサル場合ニ於テモ尙成立ス。本罪ハ十六歳未滿ノ男子又ハ女子ニ對シ猥褻行爲ヲ爲サシコトヲ勸誘シ猥褻行爲ヲ爲サシメタル事實ニ關し刑法ハ淫行ト規定スト雖要スルニ猥褻行爲ヲ云フニ過キス而シテ既ニ猥褻行爲ナリトスレハ男子間ニ於ルモノ及女子間ニ於ルモノヲモ包含スト云ハサルヘカラス。

第一項 有夫姦罪

姦通罪ニ付テハ外國多數ノ立法例ハ所謂破婚罪トシテ姦通ヲ爲シタル有夫ノ男子及女子ヲ罰セリ我刑法ハ以下述フル如ク單ニ之ヲ有夫姦罪トシテ規定セリ而シテ尙立法論トシテ云ヘハ姦通罪ハ總テ之ヲ罪トセスト云フ見解モ亦採用スルノ餘地アリ然レトモ予ハ我國今日ノ狀態ヨリ云ヘハ我刑法ノ採用セシ法制カ最適當ナルモノト信スルナリ。

夫ト云フハ民法上有效ニ成立シタル婚姻ヲ爲セシ男子ヲ云フ婦トハ民法上有效ニ成立シタル婚姻ヲ爲セシ女子ヲ云フ而シテ婚姻ノ無効ナルトキハ民法上婚姻ハ全ク成立セサルヲ以テ有效ノ婚姻トハ無論云フコトヲ得ナルナリ婚姻取消シ得ヘキトキハ民法ニ依レハ婚姻取消ノ效力ハ既往ニ遡ラナルニ依リ取消ノ裁判確定スル迄ハ有效ノ婚姻ト云ハサルヘカラス而シテ離婚及一方ノ死去ハ民法ニ依レハ婚姻取消ノ原因トナリ或ハ此罪ニ付所謂婚姻ト云フハ單ニ形式的ニ有效ナレハ可ナリト爲シ實質上無効ナルモ可ナリト論シ從テ重婚罪ニ付テモ此見解ヲ採用スル者アレトモ予ハ之ヲ採用セス。第一　有夫ノ女子カ夫以外ノ者ト姦淫行爲ヲ爲シタル罪　此罪ノ主體ハ有夫ノ女子ニシテ其相手方ハ男子ナラサルヘカラス而シテ姦通ト云フハ要スルニ夫以外ノ男子ト姦淫行爲ヲ爲スコトヲ云フヲ以テ男子又ハ女子ヲシテ姦淫行爲以外ノ猥褻行爲ヲ爲シタルトキハ此罪ハ成立セス然レトモ苟通行爲ナリセハ其相手方タル男子カ未婚ノ男子ナルモ又既婚ノ男子ナルモ此罪ノ成立ニ付テハ何等ノ影響ヲ及ナス獨逸刑法ハ破婚罪ハ破婚ニ原因シテ離婚シタル後ニ非ナレハ其罪成立セスト規定セリ是離婚前ニ罪カ成立スルモノト爲セハ一家ノ平和ヲ攢亂スル虞アルヲ以テナリ。第二　有夫ノ婦ト姦淫行爲ヲ爲シタル罪　此罪ノ主體ハ男子ナルコト勿論ナリト雖其既婚タルト未婚タルトヲ區別セス。本罪ハ其第一ニ述ヘシ罪ニテモ又第二ニ述ヘシ罪ニテモ總テ親告罪トセリ而シテ親告權ヲ有スル者ハ其女子ノ夫ナリ然レトモ其前夫カ其妻ヲ姦通ヲ容シタルトキハ其親告ハ效力ヲ有セス。

第二項 重婚罪

重婚罪ト云フハ民法上有效ニ成立スル婚姻ヲ爲シタル男子又ハ女子カ更ニ民法上有效ニ成立スル婚姻ヲ爲シタル行爲ヲ謂フ而シテ民法上有効ニ成立スル婚姻ト云フハ前述ノ如ク無効ニ非サル婚姻ノ總ヲ云フ故ニ重婚罪ニ付テハ第一及第二ノ婚姻ハ共ニ民法施行後ニ於テハ之ヲ戸籍吏ニ届出フルコトヲ必要トス而シテ戸籍更ハ民法第七七六條ニ因テ相當ノ調査特ニ重婚ニ非スト云フコトヲ調査シタル後ニ非サレハ其届出ヲ受理スルコトヲ得ナルニ依リ若正當ニ受理スルモノトセハ重婚罪ハ事實上成立ス。

ムコトナキナリ予ハ重婚罪ト云フカ如キ犯罪ハ之ヲ認メサルモ不可ナシト信ス
重婚罪ハ民法上取消シ得ヘキ原因タルニ止ルヲ以テ刑法上犯罪成立スルモ其取消ヲ爲ス迄ハ民
法上其婚姻ヲ有效ノモノト視サルヘカラス

第十節 誣告及誹毀ノ罪

總說

(イ) 死者ハ名譽ヲ有セス
謀告ハ一箇人人ノ名譽ニ對スル罪犯ナルカ或ハ國家ノ司法權ニ對スル罪犯ナルカニ付學者間ニ異論ノ存スル所ナリ蓋謀告罪ハ其觀察ノ如何ニ依リ或ハ箇人人ノ自由ヲ害シ或ハ箇人人ノ名譽ヲ害シ或ハ國家ノ裁判權ヲ誤ラシム結果ヲ生スルコトアリ刑法ハ認告罪ヲ訴毀罪ト共ニ第十二節ニ規定セルヲ以テ此點ヨリ考ブレハ立法者ノ意ハ本罪ヲ以テ主トシテ箇人人ノ名譽ニ對スル罪ナリト爲スニ在シナルヘン但既告罪ハ主トシテ名譽ニ對スル罪ナリトスルモ尙一面ニ於テハ司法權ヲ害スルノ性質ヲ有スルコト勿論ナルニ依リ認告ニ關スル規定ヲ解釋スルニ付テハ常ニ此二種ノ性質ニ注意ヲ要ス
名譽ノ意義ニ付テハ沿革上ニ説アリ或ハ(一)名譽トハ自尊ノ事實ヲ謂フト爲シ或ハ(二)名譽トハ他人間ニ於テ敬重セラルル事實ヲ謂フト爲スト雖子ハ第二説ヲ正トシ要スルニ他人間ニ於テ不利益ニ批判セラレサルノ事實ヲ謂フト解ス而シテ此利益不利益ハ必社會上ノ地位ヨリ區別セザルヘカラスト論スル學者アリト雖子ハ社會上ノ地位及道義上ノ地位ニ付テ推斷セザルヘカラスト信ス而シテ此定義ノ結果トシテ左ノ斷定ニ達スルコトヲ得ヘシ

第一款 誣告罪

誣告罪

(ホ)(ニ)(ハ)(ロ) 精神障礙者ハ名譽ヲ有セバ但少數ノ學者ハ反對説ヲ唱フルカ如シ
幼者ハ名譽ヲ有ス通説ハ反對ノ見解ナリ
法人ハ名譽ヲ有ス
人ノ事實上ノ集團ハ名譽ヲ有セス

○○○トハ他人カ利ヲ科セラルヘキ罪ヲ犯シタリト爲スヘキ事實ニシラ全然不實ナル事實又ハ過當ナル事實ヲ搜査權アル官署ニ通告スル行爲ニ類ス

(一) 通告 通告トハ或事實ヲ搜査權アル官署ニ自己ノ發意ヲ以テ通告スルノ所爲ニシテ其手段ノ如何ヲ問ハサルナリ即告訴、告發ノ形式ニ依ル場合ナルト白首ノ形式ニ依リタル場合ナルト區別セス又通告ハ記名的ナルト無記名的ナルト或ハ書面ニ依リタルト口頭ニ依リタルトハ本罪ニ何等ノ影響ヲ及ナヌ茲ニ注意ヲ要スルハ自己ノ發意ニ依ラサルヘカラサルヲ以テ搜査權アル官署ニ訊問又ハ聽取ニ應シテ事實ヲ申告スル場合ノ如キヲ包含セサルコト是ナリ

(二) 検査權アル官署 検査權アル官署中ニハ一般ノ罪ニ付搜査權ヲ有スルモノトノ區別アリ而シテ前陳セシ通告ハ必其罪種ニ付テ搜査權ヲ有セル官署ニ之ヲ爲ス「トヲ要ス可シ

(三) 全然不實ノ事實又ハ過當ノ事實 刑法ニ所謂不實ノ事實ハ全部又ハ一部ノ不實ナル事實ヲ意味スルナリ而シテ不實ノ事實ト云フハ客觀的ニモ不實ナラサルヘカラサルノミナラス犯意論ヲ適用スレハ同時ニ主觀的ニモ不實ナルコトヲ要スルナリ

(四) 他人ノ刑ヲ科セラルヘキ罪ヲ犯シタリト爲スヘキ事實 法人ニ付テハ反對説アレトモ予ハ刑法上罪ノ主體ト爲ルヲ得スト信スルヲ以テ無論法人ニ對スル謹告ヲ豫想スルヲ得ス茲ニ所謂罪トハ刑法上ノ罪ヲ指セルモノニシテ例之彼ノ懲戒ヲ受クヘキ事由等ハ此内ニ包含セサルナリ又罪ニテモ刑ヲ科スルコトヲ得サル事實ヲ通告シタルトキハ本罪成立スルヤ否ヤ付異説アレトモ予ハ罪ヲ成立セシムヘキモノニ非スト信ペルナリ又他人ニ關スル事實ナルヲ要スルヲ以テ自己ノ罪ヲ通告スルハ所謂自首ニシテ謹告ニ非ナルコト明ナリ而シテ其通告スル事實カ他人ニ關スルコトハ其氏名又ハ特徵ニ依テ表示スルコトヲ通常ストレモ其他苟他人ヲ特定スルニ足ルヘキ程度ニ於テ之ヲ表示スルヲ以テ足ルモノトス

謹告罪ハ唯通告行爲ノ終了シタルコトニ因リ成立スルモノニシテ通告行爲ノ效力如何ハ問フ所ニ非スト雖刑法ハ謹告罪ニ付テ刑ノ全免ノ效力ヲ有スル自首聞學者ノ所謂特別自首ヲ認メテ總則ノ自首ト共ニ其適用ヲ有スルモノト規定ス此特別自首ノ條件如何ハ學者間ニ異論ノ存スル問題ニシテ或學者ハ特別自首ニハ總則ニ規定セル一般自首ノ條件ヲ必要トセスト論スレトモ予ハ通説ニ從テ之ヲ採用セス通説ニ依レハ特別自首ノ條件ハ一般自首ノ條件即事ニ發覺セサル前後査證アル官署ニ通告ヲ爲スコトノ外ニ尙被告事件ニ對スル審理ヲ開始スル以前通告ヲ爲スコトヲ要スト解釋ス而シテ被告事件ニ付審理ヲ開始スル時トハ豫審又ハ公判ノ請求アリシ後被告事件ニ付豫審又ハ公判ノ處分ヲ爲ス日時ヲ謂フ故ニ豫審處分ノ場合ニ付テ言へハ常ニ被告人ヲ審問スル時ト云フヲ得ス如何トナレハ種ニ先差押其他ノ處分ヲ爲ス時モ亦審理ヲ開始セル日時ト云ハサルヘカラサル場合アレハナリ刑法ハ單ニ被告人ノ推問ヲ開始セサル前ト規定スレトモ通説ニ依テハナリ

此罪ノ刑ニハ被告人ヲ附審スル目的ニ出テタル場合ハ偽證罪ノ刑ヲ引用セルヲ以テ從テ通常刑ト所謂反坐刑トノ二種ニ區別スルコトヲ得ヘシ但其説明ハ偽證罪ノ部ニ讓ル

第三款 謹告罪

第一項 總說

刑法ニ於テ信書ノ秘密ヲ漏洩スル罪ヲ認メサルハ重大ナル缺點ナルノミナラス又陰私漏告罪ハ名譽ニ對スル罪ニ非シテ寧信書ニ關スル罪ト同ク秘密ニ對スル罪ナルニ拘ラス刑法カ之ヲ準謹告罪トセリモ亦失當ナリト謂ハサルヘカラス
謹告罪及準謹告罪ハ共ニ親告罪ニシテ親告權ハ被害者ニ屬シ若死者カ被害者ナルトキハ其親屬ニ屬ス

第二項 謹告罪

名譽ノ意義ハ前述ノ如シ而シテ謹告罪ハ名譽ニ對スル罪ナリ故ニ其被害者ハ自然人及法人ナラサルヘカラス然レトモ其自然人及法人ハ必姓名、其他ノ特徵等ニ依テ指定スルコトヲ必要トス其指定ナキトキハ無論本罪ハ成立セス尙自然人及法人ノ概括名義ニ依テ之ヲ謹告シタル場合ハ果シテ其自然人又ハ法人ヲ謹告シタルモノト見ルニ足ルヘキ指定ノ有リヤ否ヤニ付疑ヲ生ス或ハ(一)客觀的ニ決定スヘシ

ト爲シ或ハ(一)主觀的ニ決定スヘシト爲スト雖予ハ主觀的ニ之ヲ決定スルヲ正トス故ニ此場合ニ於テ
ハ誹謗者ノ意思ハ其概括名義ニ依テ如何ナル範圍迄自然人又ハ法人ノ名譽ヲ誹謗セントスルニアリシ
ヤニ依リ決定スヘキモノナリトス
名譽ヲ害スル行爲ニ二種アリ(一)其人ニ取リテ不利益ナル判定ヲ發表スルモノ即直接二人ノ體面ヲ傷
害シ間接ニ其人ノ名譽ヲ傷害スルモノニシテ獨逸學者ハ之ヲ狹義ノ侮辱又ハ形式の侮辱ト謂ヘリ
(二)第三者ニ於テ不利益ノ判定ヲ爲スニ至ル如キ事實ヲ發表スルモノ即直接二人ノ名譽ヲ傷害スルモ
ノヲ謂ヒ獨逸學者之ヲ誹謗的侮辱ト謂ヘリ茲ニ事實ト云ヒシハ單純ニ事物ノ現狀ヲ云ヒ唯意見ニ對ス
ル語ナリ

誹謗ハ名譽ヲ傷害スヘキ事實ノ發表ナリ然レトモ此事實ハ不實ナルヲ以テ證明シ得ヘキ事實ナルコト
アルベク或ハ眞實ナルヤ不實ナルヤ證明スルコトアルベク又眞實ナルコトヲ證明シ得
ル事實ナルコトアルヘシ刑法ハ特ニ事實ノ有無ヲ問ハスト規定セルヲ以テ刑法ハ所謂誹謗罪ハ其發表
シタル事實ノ眞實ナルト不實ナルト區別セス成立スルモノト謂ハサルヘカラス唯死者ニ關スル誹謗
罪ニ付テハ眞實ナルコトヲ證明シ得ヘキ事實及眞實ナルヤ不實ナルヤ證明スルコト至難ナル事實ニ
依ル事實ハ罪トナラス又新聞紙條例第二十五條ニ依レハ或種ノ誹謗罪ニ付テハ眞實ナルコトヲ證明シ
得ル事實ニ依ル誹謗ハ罪トナラス

死者ニ關スル誹謗ノ性質ニ付テハ種種ノ疑點アリ(第一)死者ニ對スル誹謗アルヤ否ヤ之ニ付テハ子ハ
前述ノ如ク死者ニ關スル誹謗ハナリ得ヘシト雖死者ニ付スル誹謗アリ得ヘカラスト信ス(第二)死者ニ
關スル誹謗ハ何人ニ對スル誹謗ナルヤ獨逸ノ通說ニ依レハ死者ノ家族ニ對スル罪ナリト爲スカ如シ然
アリ同第二三〇條ニ依レハ書記ハ豫審終ノ言渡書ノ體本ヲ民事原告人ニ送達スヘキノ手續アリテ民
事原告人ハ其第二四六條ニ依リ私訴ニ付豫審判事ニ越權ノ處分アリトキハ豫審終結ノ言渡ニ對シ故障
ヲ爲スヲ得ヘタ此故障ニ付會議局ノ判決アレハ民事原告人ハ更ニ其第二五七條ニ依リ此會議局ノ言渡
ニ對シ上訴ヲ爲スヲ得ヘシ其他豫審免訴ノ場合ニハ被害者ハ民事裁判所ニ非ラサレハ要償ノ訴ヲ爲ス
コト能ハストノ明文(治罪法二二四條)ヲ設ケタリ右ノ如ク治罪法ニ於テハ豫審終結ノ通知アリ又故障
ヲ爲スヲ得レハ豫審免訴ノ場合ニ差支ヲ見ス然ルニ本法ニ於テハ此等ノ規定ヲ削除セルヲ以テ豫審
免訴ノ場合ニ私訴ノ處分ハ之ヲ如何ニスヘキヤニ付疑フ生シ終ニ豫審中ハ私訴ヲ爲スヲ得ストノ說ヲ
爲ス者アルニ至レリ曰ク本法第四條ノ明文ニテハ豫審判事ニ私訴ヲ申立ルヲ得ヘキカ如シト豫審判
事ハ被告人ニ對スル利益又ハ不利益ノ證據ヲ集取スルニ止リ私訴ニ付判決ヲ爲ストノ第二五七條ノ
精神ニ反ス故ニ公判以後ニ非ナレハ私訴ヲ爲スヲ得スト按スルニ豫審判事ハ私訴ヲ裁判スルノ權ナシ
ト雖第四條ニ第二審ノ判決アル迄ハ何時ニテモ其公訴ニ附帶シ云トアルニ由テ觀レハ豫審中ト雖私
訴ヲ申立ルニ妨ナク即公訴ノ提起以後ハ私訴附帶ノ基本ヲ生スルモノナレハ之ヲ提起スルヲ得ヘキナ
リ又一步ヲ譲リ第四條ノ第二審ノ判決アル迄云トハ第二審ニ於テ始テ私訴ヲ提起スルコトヲ得ルト
ノ變例ヲ示スカ爲ニ掲ゲタルモノナリト解釋スルヨ豫審ノ規定ニ屬スル第一二三條ニ民事原告人ナル

文字アリテ民事原告人又ハ其親屬等ハ豫審判事カ之ヲ證人トシテ宣誓セシムルヲ得ストセリ若豫審中私訴ヲ提起スルヲ得ストセハ此文字ハ解スヘカラナルモノナリ故ニ第四條ノ何時ニテモトアル中ニハ豫審中ヲ含ムモノトス而シテ豫審判事ハ公訴ニ付テ最終ノ裁判ヲ爲スノ權ナキカ如ク私訴ニ付テ何等ノ處分ヲエ爲ス能ハナルカ故ニ公訴事件ヲ公判ニ付スルノ決定ヲ爲シタルトキハ私訴ハ其公訴ニ附從シテ公判ニ移付セラルモノニシテ此場合ニハ豫審判事ハ私訴ニ付單ニ取次ノ機關タルニ過キス又若私訴ノ決定ヲ爲シタルトキハ私訴ハ其附帶スヘキ基本ナキニ至リタルカ故ニ當然消滅スヘシ其他私訴ハ公判以後ニ非ラサレハ附帶スルヲ得ストセハ甚不當ノ結果ヲ生ス公訴ヲ公判ニ移ス豫審決定ハ舊治罪法ト異リ之ヲ被害者ニ通知スルノ規定ナシ從テ被害者ハ私訴ヲ附帶スルノ時機ヲ失フヘシ反之検事豫審ノ求ムレハ第六五條ニ依リ其處分ヲ被害者ニ通知スヘキモノトス是一ハ私訴申立ノ機會ヲ得セシメンカ爲ナリ唯豫審免訴ノ場合ニ民事原告人ニ之カ通知ヲ爲サアルハ法律ノ缺點ト云ハナルヘカラス

私訴ヲ公訴ニ附帶セシムルハ犯罪ニ因テ生シタル損害賠償等ヲ請求スルノ唯一ノ方法ニ非ス民事裁判所ニモ亦之ヲ訴フルコトヲ得ヘシ然ラハ犯罪ニ基ク損害賠償等ヲ民事裁判所ニ出訴シ中途ニシテ之ヲ公訴ニ附帶セシムルヲ得ルヤ又公訴ニ附帶セシムル私訴ハ中途ニシテ之ヲ止メ民事裁判所ニ移スフ得ルヤ否ヤト云フニ第一説ハ途ハ之ヲ拋棄シタルモノト看做スヘキヲ以テ他ノ裁判所ニ之ヲ移スフ得スト第二説ハ佛國ニ於テ行ルノニシテ民事裁判所ヨリ民事裁判所ニハ之ヲ移スフ得ナレトモ民事裁判所ヨリ民事裁判所ニ之ヲ移スフ得ヘント其理由トスル所ハ私訴ニ付テハ民事裁判所ハ普通ノ管轄ニシテ民事裁判所ノ管轄ハ特別ノモノナリ普通ナル民事訴訟ヲ止メ特別ナル手續ニ移スフ得サルモ特別ノ手續ヲ止メ普通ノ手續ニハ之ヲ移スモ妨ナシトナセリ我國舊治罪法ニ於テハ其第七條ニ於テ此問題ヲ決シ民事裁判所ニ私訴ヲ爲シタルトキハ檢察官カ起訴シタル場合ニ限リ取下ヲ爲シテ更ニ刑事裁判所ニ其訴ヲ爲スヲ得ルモノトシ又刑事裁判所ニ私訴ヲ爲シタルトキハ被告人ノ承諾ヲ得テ取下ヲ爲シ更ニ民事裁判所ニ其訴ヲ爲スコトヲ得ルモノトセリ本法ニ於テハ此條ヲ削除シタルモノ民事訴訟法第一九八條ニ從民事裁判所ニ訴ヲ爲シタルトキハ本案ニ付被告ノ第一口頭辯論ノ始マル迄ハ被告ノ承諾ナクシテ訴ヲ取下ケ何時ニテモ更ニ公訴ニ附帶スルヲ得ヘク又其口頭辯論ノ終結ニ至ル迄ハ被告ノ承諾ヲ得テ取下ケ何時ニテモ更ニ公訴ニ附帶スルコトヲ得ヘク公訴ニ附帶シテ訴ヘタル場合ニモ亦同ナルモノナリトス

第二節 私訴ヲ公訴ニ附帶セシムル結果

既ニ前章ニ述フルカ如ク私訴ハ之ヲ民事裁判所ニ訴フルヲ得ヘク又公訴ニ附帶シテ刑事裁判所ニ訴フルヲ得ヘシ而シテ民事裁判所ニ訴ヘタルトキハ民事訴訟法ニ從フヘク公訴ニ附帶シテ訴ヘタルトキハ本法ニ遵由セナルベカラス今公訴ニ附帶シテ本法ニ從フノ結果ヲ舉クレハ左ノ如シ

第一 裁判所ノ管轄

一 事物ノ管轄 民事訴訟法ニ依レハ民事訴訟ノ事物ノ管轄ハ裁判所構成法第一四條ノ第一及第二六條ニ依リ訴訟物ノ金額又ハ金額カ百圓以上ナルトキハ地方裁判所ノ管轄ニ屬シ百圓以下ナルトキハ區裁判所ノ管轄ニ屬スルモノトス然ルニ私訴ヲ公訴ニ附帶シテ訴フルトキハ其金額ノ多寡ニ拘ラズ公訴ノ管轄スル裁判所ニ於テ管轄スル即價額百圓以上ナルモ區裁判所ニ於テ之ヲ管轄スルヲ得ヘク又

價額百圓以下ナルモ之ヲ地方裁判所ニ於テ管轄スルヲ得ヘシ(刑訴四條、二二五條、三四〇條)是蓋私訴ヲ公訴ニ附帶セシムルニ付其障礙トナルモノハ努メヲ之ヲ排除シタルニ由ルモノトス
二 職務ノ管轄 普通民事訴訟ニ於テハ訴訟ノ提起ハ必第一審ノ裁判所タル區裁判所又ハ地方裁判所ニ於テセナル(カラス而シテ第二審裁判所ハ第一審裁判所ノ判決ニ對スル控訴ヲ裁判スルニ止ルヘシ(裁判一四條、二六條三七條、第一二三八條然ルニ私訴ハ本法第四條ニ於テ公訴ニ付第二審ノ判決アル迄ハ之ヲ公訴ニ附帶スルヲ得ルモノニシテ私訴ヲ起訴ナカ故ニ公訴カ第二審ニ繫屬スルトキハ第一審ヲ經ス直ニ私訴ヲ第二審ニ提起スルコトヲ得ヘシ此場合ニ於テ私訴ニ付判決アリタルトキハ其判決ハ第二審ノ裁判ナルカ故ニ私訴當事者ハ其判決ニ對シ控訴權ヲ有セス直ニ上告ヲ爲スノ外ナキナリ又大審院ノ特別權限ニ屬スル事件ニ私訴ヲ附帶セシムルトキハ之ヲ大審院ニ提起スヘキナリ此場合ハ大審院ハ第一審及終審トシテ裁判スルモノニシテ私訴當事者ハ控訴上告ノ權ナキハ勿論ナリ元來私訴ヲ公訴ニ附帶セシムル程度ヲ第二審ノ判決アル迄ニ制限シ上告審ニ至レハ之カ附帶ヲ許サナル所以ハ上告裁判所ハ下級裁判所ノ裁判ニ關シテ法律違背ノ有無ヲ裁判スルニ止リ事實ノ審理ヲ爲ササルカ爲ナリ故ニ私訴附帶ノ時期ハ當ニ之ヲ事實裁判所タル第二審以下ニ限レリ又第四條ニ依リ私訴ハ第二審ノ判決アル迄ハ附帶スルコトヲ得ルカ故ニ第一審ニ於テ訴ノ原因ヲ第二審ニ至テ變更スルヲ得ルモノトス是亦民事訴訟法ト異ル所ナリ

三 土地管轄 民事訴訟法ニ依レハ裁判籍ハ同第一〇條及第二〇條ニ依リ定マルモ私訴ヲ公訴ニ附帶セシムルトキハ土地ノ管轄ハ全ク公訴ノ管轄ニ從ヒ即本法第二六條以下ノ裁判籍ニ從フモノノトス

第二 私訴提起ノ方式

民車訴訟法ニ依レハ訴訟ノ提起ハ同第一九〇條第二項ニ規定シタル要件ヲ具備スル訴狀ヲ裁判所ニ提出シテ之ヲ爲ス而シテ又同法ニ於テモ第二〇一條第二一一條、第一九六條、第二七八條第二項、第三八一條第三項ノ場合ニ於テハ口頭ヲ以テ訴ヲ爲シテ得ルト雖同第二二二條ニ依リ必其後ニ於テ書面ヲ提出セサルヘカラス若書面ヲ差出ササルトキハ申立ナキモノト看做セリ私訴モ亦民事裁判所ニ提起スルトキハ必此方式ニ依ラサル(カラサル)モ之ヲ公訴ニ附帶セシムルトキハ刑法附則第六一條ニ依リ必シモ民事訴訟法第一九〇條第二項ノ要件ヲ具備セル書面ヲ提出スルヲ要セス通常ノ文書ヲ以テ之ヲ提起スルヲ得ヘク又口頭ヲ以テ私訴ヲ爲スコトヲ得ヘシ其他民事訴訟法ニ依レハ控訴ノ提起ハ同第四〇一條第二項ノ要件ヲ具備シタル控訴裁判所ニ差出スコトヲ要シ上告ノ提起ハ同第四三八條第二項ニ定メタル要件ヲ具備シタル上告状ヲ差出スルヲ要ス私訴ヲ刑事裁判所ノ公訴ニ附帶セシムルトキハ控訴又ハ上告ノ申立ハ本法第二五五條、第二七三條ニ從ヒ必シモ其申立書ニ民事訴訟法ノ定ムル如キ要件ヲ記載スルニ及ハサルモノトス
又民事訴訟用印紙法ニ依リ印紙ノ貼用ヲ要ス然レトモ私訴ヲ公訴ニ附帶スルトキハ刑法附則第六一條ニ依リ通常ノ文書ヲ以テスルヲ得ルモノナカ故ニ相當印紙ヲ貼用スルヲ要ス
私訴ノ提起ニハ印紙ノ貼用ヲ要セサルモ私訴判決ノ執行ヲ爲スニハ印紙ノ貼用ヲ要スルヤ抑私訴ノ判決ヲ執行スルニハ本法第三三三第三ニ依リ民事訴訟法ノ規定ニ從フトアルカ故ニ民事訴訟法第五六條ニ依リ執行文ノ付與ヲ必要トシ又同第五二八條ニ依リ判決正本ヲ被告ニ送達スルヲ要ス然ルニ此二箇ノ請求ヲ爲スニハ民事訴訟用印紙法第五條ニ於テ相當印紙ヲ貼用スルヲ要スルモノトセリ然ルニ私訴判決ノ執行ニ付テハ印紙ヲ貼用スルヲ要セストナス者アリ其說ニ曰ク民事訴訟用印紙ハ民事訴訟書類

三貼用スヘキモノニシテ刑事訴訟書類ニ貼用スヘキモノニ非ス刑事附帶ノ私訴判決執行正本ノ付與申立書ハ刑事訴訟ノ一部ニ屬スレハ印紙ノ貼用ヲ要セスト然レトモ私訴ノ確定判決ハ公訴ノ判決ト共ニ執行スルヲ得シテ獨立ノ執行フ要スルカ故ニ本法第三二三條ニ於テ民事訴訟法ニ依リ執行文ノ付與ヲ申請セサルヘカラス既ニ民事訴訟法ニ於テ執行力アル正本ノ付與ヲ申請スル以上ハ民事訴訟用印紙法ニ依リ相當印紙ノ貼用ヲ要スルハ當然ナリト信ス

第三 上訴及故障

附帶私訴ニ付テハ本法ヲ適用スルヲ以テ原則ト爲スカ故ニ上訴及故障期間モ亦民事訴訟法ニ從フヘキモノニ非ス故ニ民事訴訟法第二五五條、第四〇〇條、第四三七條、第四六六條ニ依ラスシテ控訴ハ五日（刑訴二五二條）上告ハ三日（刑訴二七一條）抗告ハ三日（刑訴二九五條）故障ハ三日（刑訴二二九條）ナリトス

第四 再審

私訴ヲ民事裁判所ニ訴ヘタルトキハ同第四六七條以下ニ依リ確定判決後取消ノ訴又ハ原状回復ノ訴ヲ許スモ之ニ反シ私訴ヲ公訴ニ附帶シタルトキハ私訴ニ付テハ再審ノ申立ヲ許ナス是本法第三〇二條ニ依リ再審ノ訴ヲ爲シ得ヘキモノヲ検事、刑ノ言渡ヲ受クタル者及其隸屬ニ制限シタルニ依テ明ナリ唯同第三〇七條ニ依リ公訴ニ付再審ノ訴アリテ上告裁判所ニ於テ其原由アルコトヲ認メタルトキハ之ニ附帶セセル私訴ハ公訴ノ判決ヲ破毀スルト同時ニ私訴ノ判決ヲ破毀シテ更ニ審理ヲ爲サシムルモ私訴ハ獨立シテ再審ヲ求ムルコトヲ得サルナリ

第二節 私訴ノ消滅

公訴權及私訴權ハ其發生ノ原因ヲ同ウスルモ其消滅原因ハ必シモ同シカラス公訴權消滅スルモ私訴權存ヌルコトアリ私訴消滅スルモ公訴存スルコトアリ今公訴ノ消滅原因ニ付私訴權ノ存否如何フ観察セシカ第一、被告人ノ死去ハ公訴ヲ消滅セシムルモ私訴權ハ刑法附則第六二條ニ依リ被告人ノ相續人ニ對シ之ヲ民事裁判所ニ請求スルコトヲ得ヘシ第二、告訴ノ棄棄ハ之カ爲ニ犯罪行為、消滅スルモノニ非サレハ私訴權ハ依然存在スヘシ第三、公訴ノ確定判決アルモ本法第九條第二項ニ依リ私訴權ノ消滅セサルコトハ明ナリ又無罪免訴ノ公訴確定判決アルモ同第五條ニ依リ私訴權ハ消滅セサルモノトス第四、刑ノ廢止モ適用スヘキ刑罰ノ消滅スルニ止リ犯罪行為ハ消滅セス從テ私訴ハ消滅セサルモノトス第五、大數ニ付テハ異論アリト雖素ト大數ハ所爲自體ノ消滅セシムルモノニ非サレハ私訴ノ成立ニ影響ヲ及スヌ其第六タル時效ニ付テハ公訴私訴全タリ此原因ノ生シタルトキハ私訴ハ公訴ト共ニ消滅スルモノトス以下私訴ノ時效ニ付説明スヘシ

私訴ノ時效ハ公訴ニ附帶シタルトキトモ民事裁判所ニ訴ヘタルトキトモハス公訴ノ時效ト其運命ヲ同クス詳言スレハ兩者カ其時效期間及起算點ヲ同シ又時效中斷ノ原因セシムルナシ但公訴ニ付刑ヲ言渡シタル判決確定シタルトキハ私訴ハ民法ノ時效ニ從ヒ且公訴ノ判決確定シタルトヨリ之ヲ起算スルモノトス（刑訴ノ時效ニ付テハ公訴ニ附帶シタルトキトモハス公訴ノ時效ト同一ナラシメタルハ何故ナリヤ立法者ノ趣旨ハ公訴權時效ニ罹シタルトキハ社會ハ既ニ犯罪ヲ遺忘スルモノニシ

テ國家ハ其犯罪ヲ罰スルヲ得ナルナリ然ルニ被害者ハ仍犯罪ヲ原因トシテ私訴ヲ爲スコトヲ得ルトセハ是公訴ノ時效ヲ設タル趣旨ニ反スト云ノニ在リ而シテ又公訴ニ付有罪ノ確定判決又ハ闕席判決アリタル場合ニ限リ民法ノ時效ニ從ハシメタル所以ハ被害人既ニ刑ノ言渡ヲ受クタルトキハ公訴權ハ消滅スルモ被古人ハ之カ爲ニ犯罪人タルコトヲ確認セラレタルモノナルカ故ニ被害者ハ犯罪ヲ原因トシテ賠償ヲ要求スルモ前述ノ趣旨ト抵觸スル所ナシト云フニ在リ或ハ現行法ノ解釋トシテ第九條ニ於フ私訴ノ時效ハ公訴ノ時效ニ同シト云フハ公訴消滅スレハ私訴ノ附帶ハ消滅ストノ規定ニシテ私訴ヲ純粹ナル民事ノ訴トシテ提起スルトキハ民法ノ時效ニ從フヘキモノナリト言ノ者アリ然レモ第九條ノ明文ニ公訴ニ附帶セシム其訴ヲ爲シタルトキト雖云トアレハ私訴ハ如何ナル方式ヲ以フ如何ナル裁判所ニ之ヲ訴フルモ犯罪ヲ以テ原因トシタル損害賠償又ハ賠物ノ返還ナリセハ公訴ノ時效ニ從ハシルヘカラス又如斯ナラサレハ第九條第二項ニ於ナ特ニ公訴ニ付刑ヲ言渡シタル判決アリタル場合ニ限リ民法ニ至メタル時效ノ例ニ從フトノ例外ヲ設ケルノ謂レナキナリ又右論者ハ曰タ本法第五條ニ被告人免訴ノ言渡ヲ受ケタリト雖民法ニ從ヒ被害者ヨリ賠償返還ヲ求ムル妨碍トナルコトナカルヘシト規定シアリ而シテ公訴ノ時效ニ確リタルトキハ本法第一六五條、第三二四條ニ依リ豫審又ハ公判ニ於テ免訴ヲ言渡スモノナルカ故ニ右第五條ニ依リ私訴ハ公訴ノ時效ニ罹ルト同時ニ消滅セシム其時效ハ民法ニ從ノヘキモノナリト然レモ論者ノ如ク第五條ヲ解スルトキハ第九條第一項ト抵觸スヘシ故ニ第五條ノ規定ノ趣旨ハ犯罪ヲ原因トセシテ他ノ訴權ニ基クトキハ無罪免訴ノ言渡アリタル場合ナリト雖賠償又ハ返還ヲ請求スルヲ得ルト解釋セサルヘカラス即犯罪ヲ原因トシテハ民事裁判所ニ於テモ其請求ヲ爲スヲ得ス是ヲ以テ第五條ニ於テモ單ニ賠償返還ヲ要

スル妨碍トナラスト規定シ犯罪ニ因テ生シタル損害ノ賠償、賠物ノ返還云々ト規定セス要スルニ現行法ノ精神ハ公訴時效後ニ於フハ被害者ハ犯罪アリト稱スルコトヲ得サルモノトスルニ在リ論者ハ私訴ヲ以テ公訴ニ對スル名稱トナシ其附帶ノ場合ノミヲ偏見シタルカ爲ニ其解釋ヲ誤リタルモノナレトモ私訴トハ附帶ノ場合ニノミ用フル名稱ニ非ハシテ犯罪ヲ原因トスル民事ノ請求タルコトヲ忘ルヘカラサルナリ私訴ノ時效期間、其起算點及中斷ハ被古人ニ對シテモ公訴ノ時效ト同一ナリトス其故ハ本法第一條第一項ニ於テ時效ノ中斷ハ民事擔當人ニ對シテモ亦其效ヲ及スコトヲ得シタル訴前ニ此規定ハ公訴及私訴ノ二者ニ通スル規定ナレハ之ニ依ク時效ノ中斷ハ民事擔當人ニ對シテモ亦被害人ト同一ナリト爲シタルコトヲ知ルト同時ニ民事擔當人ハ縱令犯罪者ニ非サルモ私訴時效ノ期間及起算點ハ之ト同一ナラシムルノ趣旨ナルコトハ明ナリ以上述フルカ如ク私訴ノ時效ハ公訴ノ事效ト同一ナリト雖犯罪ヲ原因トセス犯罪以前ニ存在シタル訴權ニ基キ賠償又ハ返還ヲ請求スルハ既ニ公訴カ時效ニ因リ消滅シタル場合ニ於テモ爲シ得ヘキナリ是前ニ述ヘタル本法第五條ノ解釋ヨリスルモ敢テ多言ヲ要セサル所トス例之物件ヲ寄託セシニ受託者のヲ費消ゼン場合ニ於テ公訴ノ時效ニ因リ消滅シタルトキハ委託物費消罪ヲ主張シテ賠償返還ヲ請求スルコトヲ得サルヘキモ民法第六六二條ニ依リ受託者ノ義務ヲ主張シ寄託ノ物件取戻ノ訴ヲ起シ其物件現存セサルトキハ民事訴訟法第一九六條第三號ニ依リ賠償ヲ求ムルコトヲ得ヘク又竊盜罪ニ付其公訴ハ時效ニ罹ルモ物件ノ所有者ハ其所有權ヲ主張シテ取戻ヲ請求スルコトヲ得ヘキカ如シ私訴ノ時效ハ犯罪ノ日ヨリ起算(刑訴)一〇條公訴ニ附帶シテ其訴ヲ起スト民事裁判所ニ訴フルトア

問ハス公訴ノ時效ト其期間ヲ同ウシ時效ノ停止ナルモノヲ認メス(刑訴九條一項)又第一條ノ時效云ノ中ニハ公訴ノ時效ト私訴ノ時效ヲ包含スルモノナルカ故ニ公訴ニ付起訴、豫審若クハ公判ノ手續アリタルトキハ公訴ノ時效ト共ニ私訴ノ時效モ亦中断セラルモノトス換言スレハ公訴ノ時效ト私訴ノ時效トハ其中断ノ原因ヲ同クシ二者ハ終始其運命ヲ共ニスルモノトス此時效中断ニ付テ問題タルベキハ公訴ノ未起ラサル前ニ私訴ノミニ付時效期間内ニ民事裁判所ニ起訴シタルトキハ其效力ハ私訴時效ノ経過ヲ中断スルト同時ニ延イテ公訴時效ノ進行ヲモ中断スルヤ否ヤ是ナリ或ハ此場合ニハ公訴ノ時效ニ對シテハ何等ノ影響ヲ及サルモ私訴時效ノ經過ヲ中断スルノ效ヲ生スト云フ者アルヘシ然レトモ如此セハ公私訴其時效ヲ同クセサルノ結果ヲ生シ第九條ニ於テ私訴ノ時效期間ヲ公訴ノ時效期間ト同一ニシ其運命ヲ共ニセシムル趣旨ニ反スヘシ又或ハ此場合ニ於ル私訴時效ノ中断ハ其效力ヲ公訴時效ノ中断ニ及スヘシト云フ者アリ此說ハ公私訴其運命ヲ同一ニスル點ニ於テハ批難ナカルヘシ畢竟此問題ハ第一條ノ起訴云云トアル中ニハ私訴ヲ民事裁判所ニ提起シタル場合ヲ包含スルヤ否ヤニ歸著スヘシ然ルニ若其ト包含スルモノトセハ私益ノ爲ニ公益ヲ害スルトナルベキヲ以テ第一條ニハ私訴ヲ民事裁判所ニ提起シタル場合ヲ包含セススト断定セサル得ス是ヲ以テ私訴ノ時效ハ公訴時效ノ中断ノ爲ニ自然中斷ノ效ヲ生スルノ外ハ如何ナル手續ニ依テモ他ニ中断ノ途ナキニ至ルヘシ去レトモ此斷定ニ依レハ茲ニ一ノ不都合ヲ生ス即私訴ヲ民事裁判所ニ提起シタル場合ニ其訴訟ノ未落著セサル中私訴ノ時效經過スルコトアルヘシ此場合ニハ私訴ニ付訴ヲ起シタルモ其權利ヲ保護セラレシシテ止ムニ至ルヘシ或ハ私訴ノ時效ニ罹リタルヤ否ヤノ問題ハ即私訴ヲ提起アルヲ得ルヤ否ヤノ問題ナレハ私訴ヲ提起スル當時ニ於ラ生スヘキモノニシテ私訴時效ノ期間内ニ有効ニ私訴ヲ民事裁判所ニ提起シタル以上ハ此問題ハ存セスト云フ理由ヲ以テ右ノ場合ニ私訴ハ消滅セスト論スル者アリ然レトモ第九條ニ於テ公訴ニ附帶セス獨立シテ民事裁判所ニ其訴ヲ起シタルトキト雖公訴ノ時效ト其期間ヲ同ウスノ規定アル以上ハ私訴ハ民事裁判所ニ訴ヲ起シタル後ニ於テモ公訴ノ時效ト其期間ヲ同ウセサルヘカラサルカ故ニ此說ハ採ルニ足ラス要スルニ此不都合ヲ招クハ公私訴ノ時效ヲ終始同一ナラシメタルニ由ル蓋已ムヲ得ツルノ結果ナリトス

公訴時效ニ罹レハ私訴權モ亦消滅シ被審者ハ犯罪ヲ口ニスルヲ得スト雖公訴ノ時效經過後ニ於テ犯罪ヲ訴訟ノ防禦方法トシテ主張シ得ルハ當然ナリトス例之犯人カ騙取シタル證書ヲ證據ト爲シテ民事裁判所ニ金闕ノ支拂ヲ請求シタルトキハ被審者ハ詐欺取財罪ヲ主張シテ其請求ヲ拒ムヲ得ヘシ蓋公訴權消滅後ハ犯罪ヲ鳴ラヌヲ得ストノ趣旨ヲ貫徹セント欲セハ右ノ抗辯ヲ主張スルヲ得ストナスハ至當ナレトモ元來私訴ノ時效ハ其性質シテ私訴ノ請求權ヲ消滅セシムルニ止リ一種ノ防禦方法タル抗辯ハ之カ爲ニ消滅セサルモノトス即抗辯ハ相殺ノ抗辯ヲ除クノ外ハ請求權ヲ含マサルカ故ニ時效ニ罹ルコトナキナリ

第三編 訴訟行為

前編ニ於テ刑事訴訟ノ主體及目的物ヲ説明シタルヲ以テ本編ニ於テハ民事訴訟ノ内容ヲ説述セントス訴訟ノ内容ニ關シテハ(一)訴訟行為(二)訴訟行為ニ關スル原則(三)訴訟行為ノ進行順序ノ要點ヲ説カサルヘカラス然レトモ訴訟ノ進行順序ハ次編ニ之ヲ譲リ本編ニ於テハ民事訴訟ノ各段階タル豫審公判ニ共通ナル一般ノ訴訟行為並ニ訴訟行為ノ一般ニ共通ナル原則ヲ論スルコトトス

豫審、公判ニ共通ナル訴訟行為ノ内(一)訴訟追行ノ作用ヲ爲スモノニ付テハ被告人ノ呼出ヲ論シ(二)強制ノ作用ヲ爲スモノニ付テハ被告人ニ對スル勾引、勾留、物件ニ對スル搜索、差押(三)審理ノ作用ニ付テハ證據ニ關スル行為及(四)裁判ノ作用ヲ茲ニ論述スヘシ
各訴訟行為ニ共通ナル原則トシテハ口頭辯論主義、公開主義及訴訟行為ヲ爲スヘキ時ニ關スル規則即期日及期間ノ説明ヲ爲スヘシ

第一章 被告人ノ呼出

被告人ノ呼出ハ一定ノ日時ニ裁判所ニ出頭セシムル命令ニシテ故ナク之ニ應セサルトキハ強制ヲ受クヘキ趣旨ヲ含ムモノナリ證人、鑑定人、通事ニ對スル呼出モ亦強制ノ趣旨ヲ含ムモ被告人以外ノ訴訟關係人ニ對スル呼出ハ強制ヲ含マス而シテ呼出ニ應セサル場合ニ制裁ヲ加フヘキコトヲ豫告スル呼出ヘ證人、鑑定人、通事ニ對スル呼出ニシテ被告人ニ對スル呼出ハ此豫告ヲ爲サス

呼出ノ機關ニハ左ノ三アリ

一 呼出ヲ命スル者 呼出ヲ命スル者ハ呼出ニ應セサルトキニ制裁ヲ加フル權ヲ有スル者ナラサルヘカラス其制裁ハ人ノ自由ヲ制限スル勾引、勾留ナルカ故ニ裁判權ヲ有スル者ニ於テ之ヲ爲スヘキモノトス從テ呼出ハ命令ニシテ呼出ヲ命スル者ハ裁判所ナリ但現行犯ノ場合ニハ檢事、司法警察官ハ

呼出ヲ命スルヲ得ヘン

二 呼出ヲ指揮スル者 指揮トハ執行ノ作用ヲ惹起ス作用ナリ指揮ヲ爲ス者ハ裁判所書記ナリ豫審ニ於テハ裁判所書記ハ執達吏ニ召喚狀ノ送達ヲ委任スルニ止リ公判ニ於テハ裁判所ノ命令ニ從ヒ書記

ノ名義ヲ以テ呼出狀ヲ發ス(一二三條二項)現行犯ノ場合ニ檢事が被告人ヲ呼出ストキハ直接ニ執達

吏ニ送達フ命シ司法警察官カ呼出ヲ爲ストキハ巡査、憲兵上等兵ヲシテ送達セシム

三 呼出ヲ執行スル者 豫審ニ於テハ執達吏ニ限リ(七六條三項前段)公判ニ於テハ執達吏及郵便配達人ヲ以テ執行機關トナス(一九條)

呼出ノ方式ヲ以テス豫審ニ於テハ召喚狀ヲ發シ(六九條)公判ニ於テハ呼出狀ヲ發ス(一二三條)

檢事、司法警察官ハ召喚狀ヲ以テ呼出ヲ爲ス召喚狀及呼出狀ノ内容ハ大體ニ於テ同一ナリ(七六條一項二項、二四條)

召喚狀ニ因リ出頭シタル被告人ハ即時ニ之ヲ訊問シ其訊問ハ出頭ノ日ノ翌日ニ延フルヲ許サス(六九條二項)公判ノ呼出狀ニ因テ出頭シタル被告人ニ對シテ即時ニ公判手續ヲ爲スノ規定ナシト雖出頭ノ日ヲ過クルヲ得サルハ當然ナリ若出頭ノ日以後ニ於テ公判手續ヲ行ハントスルトキハ更ニ呼出狀ヲ發セサルヘカラス

呼出ノ效力ハ被告人ニ對シ裁判所ノ命スル日時ニ其指定シタル場所ニ出頭スルノ義務ヲ生ス此義務ハ適法ノ呼出アルニ因テ生スルモノナリ猶豫期間ヲ與ヘシシテ呼出シタル如キ場合ニハ出頭ノ義務ナシ然レトモ適法ノ呼出アリタル場合ニモ此義務ヲ生セサルコトアリ豫審ニ於テ被告人カ疾病其他正當ノ事由アリテ呼出ニ應スル能ハサルコトヲ疏明シタル場合ニ即出頭ノ義務ナク此場合ニハ被告人ノ所在ニ就テ訊問ヲ爲ササルヘカラス(七四條)公判ニ於テハ被告人カ精神錯亂又ハ疾病ニ因リ出頭スル能ハサル場合ニ限リ出頭ノ義務ヲ免シ且被告人ノ所在ニ就テ訊問スルコトヲ爲サヌ處置ニ至ル迄公判手續ヲ中止ス(一八三條一項)蓋公判ニ於テハ裁判所カ直接ニ被告人ヲ訊問スルコトヲ要スルカ故ニ出頭ノ

義務ヲ免スル場合ヲ制限シ此義務ヲ免スルヤ否ヤ裁判所ノ判断ニ一任セス又被告人ノ所在ニ就テ訊問スルヲ許サツルナリ
故ナク適法ノ呼出ニ應セサル被告人ニ對シテハ次ノ制裁アリ此制裁ハ出頭ノ義務ヲ履行セシムル方法ナリ

ナリ

一 勾引・勾留

二 關席判決ノ言渡

第二章 被告人ニ對スル強制處分

第一節 勾留

勾留トハ被告人ヲシテ訴訟ニ現在セシムルヲ以テ目的トシ裁判所ノ勾留狀ニ依リ被告ヲ逮捕監禁スル命令ナリ而シテ勾留ハ未罪責確定セサル嫌疑者ノ身體ノ自由ヲ拘束スルモノナレハ一定ノ原因因ナカルヘカラス
一 勾留ニハ公訴ノ提起アリタルコトヲ條件トセス即豫審判事及公判裁判所カ勾留スルヲ原則トストモ本法第一四四條及第一四六條ニ於テハ起訴前ニ檢事カ勾留ヲ爲シ得ル場合ヲ認メタリ

二 勾留ニ付一般ニ必要ナル條件ハ充分ナル嫌疑ノ存ベルコト是ナリ即

(イ) 一定ノ人カ其所爲ヲ行ヒタリトノ嫌疑

(ロ) 其所爲カ犯罪ナリトノ嫌疑

アルコトヲ要シ單ニ犯罪ヲ爲シタリトノ推測ニミニテハ勾留スルコトヲ得ス

三 勾留ヲ爲スニハ前項條件ノ外尚被告人ノ身上ニ關スル他ノ特別ノ條件ヲ要ス即

(イ) 被告人ノ逃亡スル恐アルコト

(ロ) 被告人カ罪證ヲ湮滅スル恐アルコト

是ナリ逃亡ノ恐ニハ事實ニ基クコトアリ又ハ法律上ノ推定ニ依ル場合アリ茲ニ所謂逃亡トハ普通意義ノ如ク狹キモノニ非ス廣く訴訟上ニ意義ニ解スヘキモノニシテ即犯罪人カ遠隔ノ地又ハ外國ニ渡航スルカ如キ場合ノミナラス近傍ニ潛伏スル場合又ハ所在ヲ移シ又ハ姓名ヲ變スルカ如キ場合ヲエ包含スヘシ但此等ノ場合ニ於テ勾留ノ處分ヲ爲スニハ逃亡ノ事實ノ十分確定スルヲ要スルモノニシテ若逃亡ヲ推知スヘキ一定ノ事實ナキトキハ之ヲ勾留スルコト能ハサルモノトス(獨逸訴訟法ニ於テハ勾留狀ニ其事實ヲ記載スルヲ要ス是人身ノ自由ヲ重スルカ故ナリ)本法第七二條第一款ニ被告人住所不定ノトキハ直ニ勾引狀ヲ發スルコトヲ得ト規定セルハ是勾留ノ原因ヲ推定スルモノニシテ被告人ノ住所不定ナルトキハ逃亡ノ恐アリト法律上推定シタルモノナリ第一六八條ニ於テ被告事件カ豫審終結決定ニ因リ重罪公判ニ付セラレタルトキハ未勾留ヲ受ケサル被告ニハ必令状ヲ發スヘキ旨ヲ規定シタルモ亦逃亡ノ嫌疑アルコトヲ法律上推定シタルモノナリ第二四一條第一項、第二六三條但書ノ場合モ亦同一趣旨ナリトス

被告人カ罪證ヲ湮滅スル恐アルトハ其罪責ヲ確ムヘキ證據ニ付即不利益ノ證據ニ關シテ犯罪ノ痕跡ヲ蔽ヒ又ハ其犯者若クハ證人ト爲ルヘキ者ニ虛偽ノ陳述ヲ爲シシメントスルカ如キテ云フ而シテ湮滅ノ恐ハ將來ノエノナラサルヘカラス縦合過去ニ在テ斯ル恐アリタリトスルモ以後其恐ナキニ於テハ勾留ノ必要ナカルヘシ又本法ニ於テ證據ヲ湮滅ヲ恐ルル所ノモノハ專罪責ノ歸スル證據ヲ左右スルヲ虚ル

ニ外ナラスシテ被告人ノ利益ノ證據ニ付テ云フモノニ非ナルハ勿論ナリトス
第七二條第三號ノ如キハ將來ノ危險ノ爲ニスル目的ニ出テタルカ故ニ之ヲ以テ刑事訴訟ノ爲ニスル勾留ノ原因ト爲スハ其當ヲ得ス但現行法ノ精神ハ此場合ヲモ勾留ノ原因ト爲シタルカ如シ
勾留ハ如何ナル種類ノ犯罪ニテモ必命スヘキモノト云フヲ得ス常ニ刑事ノ斟酌ニ依ルモノニシテ縱合重罪ノ事件ナルモ亦然リ唯此例外タルヘキハ第一六八條及第二四一條第一項、第三六三條但書ノ場合ナリトス

又勾留ハ被告ニ取リ重大ナル事項ナレハ輕微ノ罪ニ付テハ之ヲ許サス即犯罪カ罰金以下ノ刑ニ該ルモノナルトキハ之ヲ許サス(七五條一七八條二項)而シテ其犯罪カ禁錮以上ノ刑ニ該ルヘキヤ罰金以下ノ刑ナルヘキモノナルヤハ訊問ノ後ニ非サレハ之ヲ定ムルコトヲ得サレハ豫審ニテモ將公判ニテモ常ニ被告人ヲ訊問シタル後ニ非サレハ勾留スルコトヲ得ス但豫審ニテ被告人カ逃亡シタルトキハ其訊問ヲ爲サヌシテ直ニ勾留スルコトヲ得ヘシ

勾留ヲ命スル權ハ公判裁判所、豫審判事及受託判事、受命判事ニ屬ス七〇條、一七八條、二四一條、二六四條)但現行犯ノ場合ニハ檢事モ亦之ヲ命スルコトヲ得レトモ司法警察官ハ現行犯ノ場合ニ於テモ勾留狀ヲ發スルコトヲ得ス(一四四條、一四六條)

控訴裁判所モ亦勾留ヲ命スルコトヲ得レトモ上告裁判所ハ此權ナン何トナレハ上告審ニ於テハ法律ノ違背ノミヲ審査スルモノニシテ事實關係ノ確定及斟酌ヲ爲スヘキモノニ非ス然ルニ逃亡ノ恐アアルヤ否ヤハ即事實ノ關係ニ屬スル判斷ナレハナリ

勾留ノ消滅原因ハ次ノ如シ裁判所確定ニ至ル迄ハ勾留ハ其效力ヲ有スルヲ原則トスレトモ左ノ場合ニ

於テハ訴訟・進行中ト雖勾留ハ消滅ス
(一) 刑金以下ノ刑ニ該リタルトキ(八六條、一六六條、一六七條)

(二) 管轄遙ニ決定又ハ判決アルトキ(二六四條、二二二條、二三三條)

但此場合ニ於テ必要アルトキハ豫審判事又ハ公判裁判所ハ先ニ發シタル勾留狀ヲ存シ又ハ新ニ勾留狀ヲ發スルコトヲ得

(三) 控訴裁判所ニ於テ無罪、免訴又ハ公訴不受理ノ言渡ヲ爲シタルトキ(二七二條)

右ノ外ハ如何ナル場合ニ於テモ被告事件ノ終了セサル間ハ勾留狀ヲ取消スコトヲ得ス例之無罪ノ見込立チタル場合ニ於テモ亦之ヲ取消スコトヲ得サルナリ或ハ曰ク豫審判事ハ既ニ勾留狀ヲ發スルノ權ア

ルモノナレハ之ヲ取消スノ權モ亦當然有セサルヘカラスト然レトモ論者ノ説ノ如クセハ本法第八六條ハ釐文ニ屬スルナキカ即同條ニ於テ被告事件禁錮以上ノ刑ニ該ルヘキモノニ非サルトキニ限リ勾留狀ヲ取消スヲ得ト定メタル以上ハ反面ヨリ推定シテ其他ノ場合ニハ之ヲ爲シ能ハサルノ精神ナルコトヲ知ルニ足ルヘシ然ルニ勾留ハ一ノ裁判ナリ裁判ハ之ヲ爲シタル裁判所ニ於テ取消シ得サルコトヲ原則トス然ラハ則第八六條ハ全ク此原則ノ例外ノ規定ニ非サルナキカ
唯茲ニ不都合ナルハ數人ノ共犯人アル場合ニ豫審判事カ其一人ハ無罪ナリト思科スルモ他ノ者ニ對シテ未取調ヲ終ラサルトキハ無罪ノ見込アル一人ニ對シテ豫審終結ノ處分ヲ爲スヘカラスシテ數人共犯ノ取調ノ終ルヲ待タサルヲ得サルノ結果不當ニモ勾留ヲ繼續セシメサルヘカラサルコト是ナリ尤此場合ニ於テハ保釋又ハ責付ヲ爲スノ途アレトモ保釋ハ被告人ノ申立ヲ要シ又此等ハ共ニ檢事ノ意見ヲ聽クヲ要シ又其效力ニ於テモ勾留ノ執行ヲ一時停止スルニ過キシシテ勾留ノ取消トハ大ニ其趣ヲ異ニ

スルモノナレハ此等ノ場合ニ於テ勾留状取消ノ規定ヲ設ケサリシハ蓋法律ノ缺點ナリト云フヘシ
勾留ハ判事又ハ檢事ノ發シタル勾留状ニ依フ執行セラルモノトス勾留状ノ内容ハ本法第七六條ノ規定スル所ニシテ被告人ノ人達ナキヲ知ラシムル爲メ其氏名及被告事件等ヲ記載セザルヘカラス尙判事及書記ノ署名捺印ヲ要スルカ故ニ若被告人逃走セル場合ノ如キハ電報ヲ以テ之ヲ發スルコトヲ得ナルナリ又第九二條第二項ニ於ルカ如ク書記ノ署告捺印ヲ求ムル暇ナキ場合ニ於テモ豫審判事ハ自己ノ署名捺印ノミニテハ令狀ヲ發スルコトヲ得ス檢事ノ發スル場合モ亦然リ

勾留状執行ノ機關ハ巡査、憲兵卒ナリ（七六條三項）在監中ノ被告人ニ對シ發シタル勾留状ハ司獄官吏之ヲ執行ス（八四條）而シテ之ヲ指揮スル者ハ檢事是ナリ故ニ巡査、憲兵卒ハ令狀ヲ執行シタル後ハ之ニ關スル書類ヲ檢事ニ差出スヘキモノトス（七七條四項）

勾留状執行方法ノ大要ハ本法第七七條ニ規定シ又勾留状ニ依テ被告人ヲ逮捕シタル後ノ手續ハ第八二條ノ規定スル所ナリ而シテ之ヲ執行スル場合ハ例外トシテ其所屬長官ノ補助ヲ受クルモノト定メタリ（八一條）然レトモ軍人ハ通常裁判所ノ被告人タル場合ナキヲ以テ此規定ハ殆其適用ヲ見サルナリ勾留中ノ被告人ノ自由トシテ認メラルモノニ付テハ第八五條ニ規定ス

勾留状ノ執行ヲ論スルニ當テハ其效力ヲ研究スルノ必要ヲ見ル勾留状ノ效力ハ裁判所ノ管轄ニ因テ制限セラル所ナク裁判權ノ及フ限りハ全國ニ於テ其效力ヲ有ス故ニ之ヲ執行スルハ何レノ監獄署ニ於テ爲スモ可ナリ本法第八二條ニ依レハ勾留状ヲ受ケタル被告人ハ速ニ之ヲ其令狀ニ記載シタル監獄署ニ引致スヘシト在テ恰合状ニ記載シタル監獄署ニ於テノミ執行スヘキカ如キ外觀アリト雖必シモ然ルニアラス例之被告人カ控訴ヲ爲シタルトキハ第二五六條第二項ニ依リ被告人ヲ控訴裁判所ノ監獄署ニ移ササルヘカラス此場合ニ於テモ尙前ノ勾留状ヲ以テ執行スルモノナリ勾留狀ハノ一裁判ナレハ全國ニ於テ效力ヲ有ス從テ第一六四條第二二二條ニ規定スルカ如ク裁判所ハ縱令管轄遠ノ言渡ラハ斯場合ニ於テモ之ヲ發スルコトヲ得ルナリ然レトモ勾留状ヲ帶行シテ他管内ニ於テ逮捕スル場合ニハ他管内ノ豫審判事、檢事又ハ司法警察官ノ認可ヲ得ルヲ要ス（七九條）此制限ハ不便且不當ノモノニシテ勾留狀ノ效力ニ關スル觀念ト相容レサルモノナリ

勾留狀執行ノ制限左ノ如シ

- 一 勾留狀執行ニ關スル制限 一般ニ時ニ關スル執行ノ制限ナキモノ本法第七八條第三項ニ唯家宅搜索ノ時ニ關スル制限アリ刑法附則第二八條ニ於テ監視執行中ノ者ニ對シ夜間ト離家宅ニ臨檢シ搜索ヲ爲シ得ルコトヲ規定セルハ即此例外ナリ
- 二 場所ノ制限 通常裁判所ノ裁判權ノ行レサル場所ハ勾留狀ヲ執行シ得サルコト勿論ナリ故ニ軍艦兵營内ニ於テハ即執行スルヲ得ス
- 三 人ニ關スル制限 通常裁判所ノ裁判權ニ服セサル人ニ對シテハ執行スルヲ得ス即外國公使ノ如キ右ノ制限ヲ以テ令狀執行ノ命ヲ受ケタル巡査、憲兵卒ハ其執行ヲ爲スカ爲ニ被告人其他ノ者ノ家宅ヲ搜索スルコトヲ得此場合ニ於テハ市町村長又ハ其差支アルトキハ隣佑二名以上ノ立會ヲ要シ且搜索調書ヲ作ルヘキモノトス（七八條）

第二節 訓捕狀

本法第七七條第一項ニ依レハ令狀ハ數通ヲ發シテ之ヲ數人ノ巡査、憲兵卒ニ分付スルヲ得ルモ此方法ヲ以フシテモ尙不充分ナル場合アルヘキ故ニ爰ニ逮捕狀ノ必要ヲ生ベ豫審判事ハ被告人ノ所在地ヲ知ルコト能ハサルトキハ各檢事長ニ被告人ノ逮捕ヲ請求シ各檢事長ハ其管内ノ檢事ニ逮捕狀ヲ發セシム（八〇條）此逮捕狀ハ勾留狀ト同一ノ效力ヲ有スルモノナレハ之ヲ發スル條件モ亦同一ニシテ禁錮以上ノ刑ニ該ルヘキ場合ナラサルヘカラス又其方式モ同一ナリトス而シテ此逮捕狀ハ勾留狀ノ執行方法ニ非ナルヲ以テ勾留狀カ既ニ發セラレタルコトヲ條件トセス全ク勾留狀ヨリ獨立シタル處分ニ屬ス

右ノ逮捕狀ヲ發センコトヲ檢事長ニ求ムル權利ハ豫審判事ノ特權ニシテ公判ニ於テハ此請求ヲ爲ス得ナルモノトス

本法ノ認ムル逮捕狀ハ上記被告人ヲ逮捕スル爲ニ發スルノ外判決執行ノ爲ニ發スルモノアリ即第三十九條ノ規定スル所ニシテ體刑ノ言渡ヲ受ケテ其執行ヲ免レタル者ニ付テハ檢事ハ逮捕狀ヲ發スルコトヲ得而シテ茲ニ所謂體刑トヘ死刑及自由刑ヲ併稱スルモノナリ又此逮捕狀ハ關席判決ヲ受ケテ執行ヲ逃レタル者ニ對シテモ發スルコトヲ得ヘシ關席判決ノ場合ニ發スル逮捕狀ハ其條件、方式及效力ハ勾留狀ト同一ナリトス

豫審ニ於テハ勾留狀、勾引狀、召喚狀ヲ併セ令狀ト稱シ逮捕狀ハ令狀ト稱セス

ニシテ其開墾セラレタル土地ハ一定ノ期限ヲ以テ其開墾者ノ手ニ於テ拂下ラ得ルモノナルカ故ニ官有土地ノ財政上ノ研究ニ付テハ以下之カ管理反利害ニ付其大要ヲ述フルニ止メントス

第二款 官有土地ノ管理

官有土地ノ管理法へ大別シテ直接管理法、委任管理法及小作法ノ三者トス

第一 直接管理法 直接管理法へ中世ヨリ近世紀ノ半頃ニ至ル迄盛ニ行ハレタル方法ニシテ國家カ直接ニ其官吏フシテ農産物ノ生産及販賣ヲ管理セシムモノナリ此方法ハ古代國家ノ事務簡單ニシテ殊ニ農業未タ發達セナル時期ニ在テハ其弊害未タ大ナラサルモノ今日ノ如ク農業ノ發達著シキヲ加ヘ熟練ナル技術ト注意トヲ要シ一方ニハ國務多端ニシテ錯雜ヲ極ムルニ當リ利害關係ヲ感ニアル官吏ヲ以テ之カ管理ヲ爲ナシムルハ啻ニ經費多ニ失スルノミナラス却テ之カ生涯ノ發達ヲ阻害シ且其收入額ノ不確定ヲ避クルコト能ハナルカ故ニ近時此方法ヘ一般ニ用ヒラルコトナク唯行政上ノ目的ヨリ模範農場、農事試驗場等ノ設備ヲ見ルニ止レリ

第二 委任管理法 委任管理法トハ土地ノ管理ヲ委任セラレタル者カ一定ノ年額ヲ政府ニ納メ其收穫豫定額ニ超過スルトキハ一定ノ比率ヲ以テ其一部ヲ政府ノ所得ニ納付スル一種ノ請負法ニシテ又利潤分配法ト稱セラル千六百六十年以後數年間獨逸ノ「ブランデンブルク」ニ於テ此方法實施セラレタルモ其效果不良ナルニ因リ忽ニ廢止セラレタリ其原因ハ主トシテ諸負人カ管理ノ能力ヲ缺キ之カ資本ニ缺乏シ且其所得ノ僅少ニ失セルカ基ケルカ如シ現時支那、朝鮮等ニ行ル委任管理法ハ又之ト正反対ノ原因ニ由テ其弊害最大ナルモノノ如シ即請負人カ當該官吏ト相結託シテ巨利ヲ壟斷シ一方ニハ自己ノ

利益ヲ圖ルニ急ナルノ餘收斂苛酷ニ失シテ農業ノ萎縮ヲ來シ殊ニ農民ノ疾苦ヲ増シ農民ト請負人ノ惡感ハ延テ一國ノ治安ヲ擾亂スルニ至ルコトアルハ古來各國ニ於テ其例証シト爲サナル所ナリ

第三 小作法 小作法ハ政府カ所定ノ小作料納付スルヲ條件トシテ私人ニ小作セシムル方法ニシテ

政府ハ手數及經費ヲ節略シテ年年一定ノ收入ヲ得而モ其生産ノ發達ヲ阻害スルノ弊害少キヲ以テ現時

一般ニ行ル所ノ方法ナリトス唯小作トシテ貸下タルニ際シ大小作ヲ許ストキハ社會政策上多數ノ獨

立農夫扶植ノ趣旨ニ反シ且事實上一種ノ長期請負管理法ト爲ルヲ以テヨリ多數ノ小小作ト爲スコト最

必要ナリトス小作法ハ細分シテ年期小作法及世襲小作法トス

(甲) 年期小作法 年期小作法ハ一定ノ期限ヲ限テ小作セシムルノ法ナリ但其期限短キニ失スルトキハ

小作人ノ土地ニ對スル利害關係密接ヲ缺キ徒ニ土地ノ生産力ヲ消耗スルノ弊アノミニラス之カ契約

締結ノ手數ヲ重ヌルヲ以テ一方ニハ小作料ノ賄費ニ伴フヘキ地價ノ昂騰ヲ生スヘキ時期ヲ超エサルコ

トヲ要スルト共ニ一方ニハ小作人ヲシテ其勞力ヲ資本トヲ投下スルニ足ルヘキ充分ノ餘裕ヲ與ヘサル

ヘカラス歐洲諸國ニ在テハ年期小作ノ期限ハ通常十年ヲ下ルコトナキヲ例ト爲セリ而シテ地方枯渇ノ

難防法トシテ其期間ノ長短ニ拘ラス之ヲ期間ノ到来ニ際シテハ小作人ハ勢ヒ可成經費ヲ節略シテ土地

ノ生産力ヲ消耗スルノ憂アルヲ以テ期限ノ終ニ在テハ小作人カ土地ノ改良等ニ支出セシ經費ニ對シテ

相當ノ報償ヲ與フルコトアリ其他官有地ノ肥料、牧草等ハ總ト官有土地ニ使用スヘキモノトシ官有土

地ノ小作人ハ政府ノ小作地以外ノ小作ヲ爲スヘカラス爲ス各種ノ制限ヲ設ケテ官有土地ノ生産力

ヲ保護スルヲ例ト爲セリ其他獨逸ニ在ラハ土地ノ外一定ノ器具、機械、畜、建造物等ヲ同時ニ貸與

シテ特別ノ小作法ヲ契約スルコトアリ隨テ歐洲ニ在テハ小作人ノ保證金制度モ亦重要ナル問題ニ屬セ

(乙) 世襲小作法 世襲小作法トハ世襲シテ小作セシムルノ法ニシテ一般ニ所有者ノ同意ヲ得テ其小作人ヲシテ其權利譲渡又ハ物上擔保ト爲スコトヲ許シ理由ナクシテ其契約ヲ解除セラルコトナク又其土地ノ拂下ニ對シテハ之カ公賣ヲ付優先權ヲ與フルヲ例ト爲セリ此方法ハ古來ヨリ官有財產ト關聯シテ羅馬ノ市邑ノ共有地ニ於テ發生シ中世ニ至テ寺院ハ多ク此制度ヲ採リタリ此法ハ其實質ニ於テハ義務ノ不履行ニ對シ救正權ヲ附帶セル一種ノ買戻約款附賣買ト看ルコトヲ得テク時代ノ變遷ニ伴ヒテ小作料ノ賣價ニ變動ア來スノ弊アルノミナラス年期小作ニ比スレハ小作料低廉ニ又之ヲ賣却スル代金ノ利殖ニ比シテ安キモノナルヨリ社會政策上中流ノ農民ヲ增加スルカ故ニ一時大ナル反對アリシモ現時此法ヲ採ルモノ少シトナサルナリ

(甲) 絶對ノ理由

第三款 官有土地ノ利害

官有土地保有論ハ前世紀ニ在テハ「ニスチー」等カ租稅ニ優レル財源トシテ唱道セル所ニ係ルモ重農學派及「アダム、スマス」派カ之ニ對シテ絶對ノ拂下論ヲ主張シテヨリ今世紀ノ中葉ニ至リ「ラウ」等カモノ政策問題ニ關聯シテ之ニ對テはス専門シテ爲ササレトモ大體ニ於テハ各國皆拂下ノ方針ヲ採ルモノノ如シ然レトモ此等學說ノ般ル所ハ理論ノ是非ニ非シテ寧時トニ依リ實際問題ニ歸著スルコト多キヲ以テ専ヨリ絶對ニ之カ可否ヲ論斷スヘキモノニ非ス今兩者所說ノ大要ヲ列舉スレハ次ノ如シ

第一 官有土地拂下論

財政學 教入論 公經濟收入 官有財產 官有土地

一〇一

(一) 財政上ノ理由

- (イ) 官吏ハ利害關係比較的薄キヲ以テ之カ管理ニ冷淡ニシテ徒ニ事務ノ煩雜ヲ來シ時ト勞力トノ冗費ヲ大ニスルコト
(ロ) 生產物ノ賣却其他私人經濟上ノ行動ニ屬スヘキ敏活ヲ要スル事務ハ之ヲ法規ノ下ニ支配セラル政府ノ行動ニ於テ期シ難キコト
(ハ) 官有土地ノ制ハ人民ノ耕地ヲ減少スルカ故ニ結局却テ人民ノ實際上ノ負擔ヲ増加スルニ至ルコト

(二) 經濟上ノ理由

- (イ) 經濟ノ行動ハ密著ノ利害關係ヲ有スル當事ノ敏活ナル行動ニ依ラスンハ之ヲ生産ヲ大ニスルコト能ハサルコト
(ロ) 官有土地ノ經營ハ土地ノ生產力ヲ涸渧シ一般ノ通弊タル保守的政策ノ下ニ之カ充分ノ改良、進歩ヲ期シ難キコト

(三) 政治上ノ理由

- (イ) 土地ノ主體タル國家ト公共經濟ノ主體タル國家ト利害ノ衝突ヲ來シ又政府ト一般地主間ニ於不法ノ競争ヲ來スコト
(ロ) 官有土地ノ收入巨額ニ上ルトキハ議會ノ財政上ノ制限及監督ヲ受クヘキ範圍比較的縮少セラルヲ以テ政府ノ專權ヲ助長スルニ至ルコト
相對ノ理由

(甲) 第二 官有土地保存論

財政上ノ理由

- (一) 消極的政策トシテ官有財產ノ拂下ニ依リ害毒ノ大ナル租稅ノ廢止、重稅率ノ輕減、公債ノ償還其他ノ農業ニ充ツヘキコト
(二) 積極的政策トシテ官有財產ノ拂下ニ依リ尙必要ニシテ且不有利ナル事業ノ設備經營ニ充ツヘキコト

財政上ノ理由

- (一) 反對論者ノ財政上ノ批難ハ少タモ地方團體ノ公有土地ニ對シテ該當セサルノミナラス近時小作法其他各種ノ方便ニ依リ之カ弊害ヲ除去スルニ至リタルヲ以テ所謂反對論者ノ政上ノ批難ハ却テ民有ノ大農制ニ於テ其大ナルヲ見ルコト
(二) 官有土地ノ價額及收入ハ文化ノ進歩ト人口ノ增加ニ伴ヒ年年遞增スルモノナルヲ以テ官有土地ノ拂下ヲ爲スハ目前ノ小利ヲ得ルカ爲ニ將來ノ大利ヲ捨ツルモノナルコト
(三) 所謂官有土地ノ社會ニ及ス不便不利ト稱セラルモノハ租稅ニ比シテハ少キコト固ヨリ論ナク若之ヲ管理宜キヲ得シニハ積極ニ國家ニノ財源ヲ造リ延テ國民ノ負擔ヲ減少スルモノタルコト
(四) 官有土地ハ政府ノ信用ヲ維持スル方便ニシテ公債ノ募集其他ノ信用取引ヲ容易ナラシムルコト
經濟上ノ理由

- (一) 軍事上又ハ勸業上ノ目的ヨリ官有土地ヲ必要トスル場合多ク殊ニ農業ノ模範トシテ特種ノ農業ノ改良、發達ヲ來スコト
(二) 大農制殊ニ大地主ノ下ニ在ル不生產ナル請負制度ノ弊害少キコト

財政學 公經濟收入 官有財產 官有土地

(丙) 政治上ノ理由
 小作制度改良ノ先驅ト爲リテ一般農業ノ制度組織ノ改良ヲ來スコト
 元首ノ所得ニ對シ獨立ノ財源ヲ造ルコト
 (三)(一) 社會政策上大地主制ノ弊害ヲ除去シ自作農夫ノ扶植ヲ來スコト
 上述ノ如ク官有土地保存ノ可否ハ一利一害ニシテ到底之ヲ簡略ノ事實問題ニ譲ルノ外ナキモ一方ニハ
 新ニ官有土地ヲ買上クル必要ナキト共ニ又一方ニハ官有土地ノ經費多キニ過クルモノハ又強ヒテ之ヲ
 保存スルノ必要ヲ見ヌ然レトモ要之官有土地ヲ大地主ニ拂下クルニ非ナル以上ハ之カ拂下ハ大體ニ於
 テ非難スヘキ點ヲ見ルコトナシ從テ官有土地ノ賣却手續ハ又重要ナル問題ニ屬セリ

第一節 官有森林

第一款 官有森林ノ利害

森林ヲ官有ト爲スヘキ理由ハ一言ニシテ之ヲ蔽ヘ森林事業ハ公益事業ナリト云フニ外ナラス故ニ之
 カ是非ハ第一、國家カ森林ノ經營ニ當レル場合ニ於ル效果第一、純然タル利己心以外ノ動念カ森林ノ所
 有者ニ及ス勢力即私人ノ行爲ニ依テ障害セラル公益ノ分量ノ二點ヲ決スルヲ以テ足レリト
 第一 消極ノ理由 森林官有ノ消極的理由トハ森林ヲ官有ト爲スモ私人力カ森林ノ經營スル場合ニ比シ
 ラ毫モ其直接及間接ノ效果ヲ削減スルコトナキヲ云フ
 今森林ヲ官有ト爲スヘキ消極的理由ヲ細別スレハ次の如シ

(甲) 森林事業ハ疏放的ナルコト 森林ノ事業即樹木ノ扶植培養及採伐ハ素ヨリ營林ノ學識ト經驗トヲ

要スルモ農業ノ如ク集約的ニシテ複雜ナル勞力ヲ要スルモノニ非ス體ヲ政府カ之ヲ經營スルニ當テ毫
 モ官有土地管理ニ付テ受クルカ如キ批難ヲ生スルノ憂ナク却テ直接管理法ヲ以テ便宜ト爲ス所ナリ是
 官有土地ノ管理ノ批難ハ主トシテ耕地ノ性質ハ私人カ小仕掛ニ依テ熱心ナル熟練ト注意トヲ要スヘキ
 ニ基因スルニ反シ森林ノ性質ハ私人ニ於テモ所謂小仕掛ノ經營ヲ許サナルモノナレハナリ

(乙) 森林ノ事業ハ巨額ノ資本ヲ要スルコト 森林事業カ巨額ノ資本ヲ要スルハ主トシテ次ノ三理由ニ
 基ケリ

(イ) 森林ノ利潤ハ他ノ事業ニ比シテ少ナルコト

(ロ) 森林ノ收穫ハ長年月ヲ要スルコト 森林ノ生產物ハ之ヲ市場ニ運搬スル爲メ交通機關ノ設備、維持及之カ運送ニ付巨額・費用ヲ要

第二 積極ノ理由 森林官有ノ積極的理由トハ森林ハ之ヲ民有ト爲スヘカラサル場合多キノミナラス
 之ヲ官有ト爲スコトハ財政上利益多キヲ云フ

今森林ヲ官有トスヘシトノ積極的理由ヲ大別スレハ次の如シ

(甲) 森林事業ハ公益上官有トスヘシトノ積極的理由トハ森林ハ巨額ノ資本ヲ要スルニ拘ラス之カ收穫ニ長年
 月ヲ要スヘキコトハ既ニ上述所ノ如シ故ニ之ヲ私人ノ修理ニ委スルトキハ一時ノ私益ヲ先ニシテ
 永久ノ公益ヲ後ニスルノ弊最其著キヲ見、一方ニハ苗樹ノ植付及培養ヲ怠ルノミナラス一方ニハ採伐
 ノ場所、時期及順序ヲ顧ルコトナク採伐ヲ肆ニスルニ因リ森林ノ直接及間接ノ效用ヲ併セ失フニ至ル
 ハ現時我國ニ於テ見ル所ナリ森林ノ直接ノ效用即木材、薪炭ノ生產ハ爲ニ絕對ニ其分量ヲ減スルノミ

ナラス數十百年ノ歲月ヲ要スル巨大ノ木材ハ永久ニ間断ナキ需要アルモノナルニ拘ラス漸次其迹ヲ絶ニ至リ間接ノ效用ニ於テハ爲ニ氣候ニ急激ノ變化ヲ來シ雨量ヲ減シ霜雪ヲ大ニシ寒暖其度ヲ失シ人體、生産物ノ發達ヲ害シ殊ニ洪水、災害ニ至テハ行政上ノ煩勞、財政上收入ノ減少之カ救濟及復舊ヲ爲スカ爲ニ要スル巨額ノ支出、風土、人情ノ頽廢等有形ニ無形ニ幾多ノ弊害ヲ來スノミナラス幾多ノ貴重ナル人命及財產ヲ暴殄スルニ至ルハ我國ニ於テ頻年見ル所ナリ

(乙) 森林ハ財政上官有ト爲スヘキコト 森林ハ實ニ公益上之ヲ官有ト爲スヘキ場合尠カラサルノミナラス之カ經營ハ却テ官業ヲ適當ト爲スコトハ上述スル所ノ如シ隨テ政府之カ經營ノ衝ニ當リ之カ營林及管理ノ方法ニシテ其宜キヲ得ハ爲得ル所ノ純收入ハ以テ政府ノ經費ノ一部ヲ蔽フニ足ルヘク延テ國民ノ負擔ヲ減少スルコトヲ得ハキハ復タ疑フ容レサル所ナリ我國ハ總面積ニ對スル森林ノ面積ノ比率ハ七割ニ近ク其過半ハ官有ニ屬シ各國ヲ通シテ比例上最森林ニ富ム國ナルニ拘ラス維新以來森林事業ニ對シテハ官私共ニ之カ營林ノ法ヲ怠リ徒ニ之カ濫伐ニ委棄シタルモ明治十九年大小林區署ノ制ヲ設ケ二十四年全國ノ官林ヲ政府ノ下ニ所管シ三十年四月森林法ヲ發布シテ官有民有ヲ問ハス之カ監督取締ヲ受クヘキモノトシ尋テ三十二年三月國有林野法ヲ發布シ森林國有ノ主義ヲ標識シ同時ニ之カ資金ノ特別會計法ヲ發布シテ一圓ノ作業地ヲ爲サツル劣等地ヲ處分シ其收入ヲ以テ別ニ施業ニ從事シ十六ヶ年ノ計畫案ヲ立フタリ近時森林ニ對シテハ朝野ヲ通シテ留意スル者多キニ至リシヲ以テ數十年ノ後ニ至ラハ我國ノ森林ヲ以テ國庫ノ一大財源ト爲スコトハ敢テ難シト爲サツルノミナラス我國公私經濟ノ發達上又之カ改良發達ヲ期セスンハ非ナルナリ

第一款 日本ノ森林事業

我國ノ森林事業ハ德川時代ニ至テ大ニ見ルヘキモノアリ當時農商工業ノ勃興ニ伴ヒ著キ木材ノ需用ヲ高メ原野ノ開墾亦盛ニ行レシモノ年需用ノ伐木高ハ森林ノ成長量ヲ超過スルコトナク殊ニ奥羽ノ諸侯ハ大ニ森林ノ經營ニ意ヲ用ヒ今日ニ至ルモ其蹟猶見ルヘキモノ頗ル多シ當時封建諸侯ノ下ニ於ル森林ハ概代官、地頭其命ヲ奉シ官民共利ノ法ニ依テ經營シタルモノニシテ百姓林ノ如キハ純然タル民有林ナリシモ尙採伐ノ許可、採伐後苗樹植付等幾多ノ制限ヲ加フル例ト爲セリ維新ノ革命ニ至リ從來ノ實質上ノ所有權ハ明治五年形式ニ於テモ亦明ニ認メラレ同七年民有地、官有地ノ類別ヲ明ニシ同九年ノ地租改正、同二十年地押調査ニ依リ森林ノ所有權モ亦大體ニ於テ整理セラレタリ今便宜重ナル統計ヲ示セバ次ノ如シ

官有地及民有地ノ段別表	
官有地合計	二二三九 萬町
内	一一三九 萬町
官林及ヒ官有原野	一七五八 萬町
皇宮地及ヒ附屬地	三六五 萬町
民有地合計	一三七八 萬町
内	七二八 萬町
山林	二七三 萬町
原野及ヒ牧場	二二七 萬町
田	三八 萬町
宅地	

森林ノ面積別表

國名	面積(ヘクタール)	全面積ニ對スル百	人口一人ニ對スル
國名	分率	頭割	
露 塞 独 逸 佛 伊 太 西 本	一九三一九 九七七 一三九〇 五七六 八三九	三八 三二 二五 一五 六〇	二、六七 ○、三〇 ○、二〇 ○、二三 ○、五六
露 塞 独 逸 佛 伊 太 西 本	一九三一九 九七七 一三九〇 五七六 八三九	三八 三二 二五 一五 六〇	二、六七 ○、三〇 ○、二〇 ○、二三 ○、五六
露 塞 独 逸 佛 伊 太 西 本	一九三一九 九七七 一三九〇 五七六 八三九	三八 三二 二五 一五 六〇	二、六七 ○、三〇 ○、二〇 ○、二三 ○、五六

官私森林比率表

國名	面積	純收入	一町歩ノ純收入
日 本	七二七 (萬町)	二六	〇三八
西 利 逸 佛 伊 太 西 本	三〇五 二 二	五四三 一四〇 一四 一八五	二、二六四 四、六三五 五、七一七 一〇、七六一
西 利 逸 佛 伊 太 西 本	二四〇 一七	九六 七二七 (萬町)	〇八三 、五八三
西 利 逸 佛 伊 太 西 本	三〇五 二 二	九六 七二七 (萬町)	〇八四

即我國ハ最森林ニ富メル國ノニシテ殆全面積ノ半以上ヲ占メ又其森林ノ七割ハ官有ニ屬セリ如此豈富ナル森林ヲ有スル我國ノ官有森林ノ收入ヲ見ルニ次ノ如シ

即日本ノ官林ハ索遜ノ官林ニ比メレハ其面積ニ於テ四十二倍ノ多キニ居ルニ拘フス其純收入ハ却テ二百八十三分ノ一二當レリ故ニ我國ノ如キ豊富ナル森林ヲ有スル國ニ在テハ少クトモ普漏西ト同純收入アリトスレハ正ニ千六百餘萬圓ノ純收入少クトモ四千餘萬圓ノ總收入ヲ得ヘキモノタリ

我國ノ森林カ如此懸ムヘキ狀態ニ在ルハ啻ニ積極的ニ森林ノ經營發達セサルノミナラス消極的ニ森林ノ保護尙幼稚ナルニ基因サリ森林ノ損害中ニ在テモ動物、植物其森林ノ性質ニ依リ容易ニ之カ保護ヲ全ウシ難キモノアルモノ人類ノ爲ニ受クル損害ハ森林ノ保護監督ニ依リ直接ニ之ヲ禁制シ得ヘキモノナリ近時我國ノ官林ノ損害ハ年四十萬圓内外ニシテ其大部ハ盜難、風害及火災ナリ消極的ニ森林ノ

受クル損害ニシテ尙森林純收入ノ半以上ニ達スルハ森林保護ノ不十分ナルヲ證スルニ餘アリトス森林ノ森難、火災ハ間接ニ水害其他幾多ノ灾害ヲ來スヘ一般ニ熟知スル所ニシテ所謂保安林ナルモノノ效果ハ我森林法第八條ニ依テ明ナリトス即森林ノ濫伐ヘ土砂ノ崩壊、流出ヲ助ケ河底ヲ高メ洪水ノ害ヲ導キ飛砂ニ依テ耕地ノ土質ヲ害シ水源涵養ノ利ヲ失フモノナリ近時水害ノ復舊工事ニ用フヘキ土木費ハ其名ハ臨時費ナルモ事實トシテハ國家ノ經常ト為リ此等灾害ニ因ル人類、貨財ノ損失額ハ單ニ直接ノ損害トシテ知ルヲ得ルノミニニテ年年平均二千萬圓内外ニ上レリ隨テ此直接ノ損害及之ニ伴フ有形、無形ノ間接ノ損害及之カ復舊ノ為ニ積極的生産事業ニ投シ得ヘキ巨額ノ資本ヲ消極的ニ消費スル國家ノ損害ハ其額復想像スルニ餘アリトス

第二章 官行工業

第一節 官行礦業

礦物ノ所有權ノ所在ハ古來學設實際ニ通シテ一途ニ出ツルコトナキカ如ク礦業ノ管理法モ亦著ク其類ヲ異ニセリ等ク國有ト認ムルモ或ハ政府自ラ探礦金ニ從事スルコトアリ或ハ私人ニ貸下ケラ之カ經營ヲ許スモノアリ或ハ特定ノ鐵山ニ限リテ政府ノ官業ト爲スモノアリ或ハ礦物ノ種類ヲ限リテ私人ノ探掘ヲ許スモノアリ鐵山ノ一部ニ私人ノ探掘ヲ許可シ之ニ依テ得ル免許料及探掘料ハ中世紀ニ至ル迄ハ所謂「レガリヤ」ニ屬スルモノ最重ナル部分ヲ占メタリ其後英國ニ在テハ礦業ノ主權ハ金銀鉛ノ二種ニ限ラレ米國モ亦大體ニ於テ英國ノ制ニ倣ヘリ現時歐洲大陸ニ於テ最廣ク用ヒラルハ礦物ノ占有者ニ礦業ノ自由ヲ認ムルノ制ニシテ何人ト雖礦物ヲ發見シ法規ノ定ム所ニ準據シテ之カ探掘ヲ爲シタル者ハ其所有權ヲ取得スルコトヲ得ルモノト爲セリ我國ニ於テハ明治二十三年ニ至リ又此主義ニ依リ
礦業條例ヲ公布シ礦業主權ノ主義ヲ廢セリ

政府カ礦業ヲ經營スルノ得失ハ時ト處ニ依リ必シモ一定ノ論斷ヲ下シ難キモ礦業ノ發達セル今日ニ於テハ礦業ヲ舉ケテ政府ニ歸屬セシムルノ要ナク又絕對ニ官行ノ礦業ヲ否認スヘカラサルモノアリ此種ノ營業ハ巨額ノ資本ヲ要シ長期ノ成立ヲ條件ト爲シ其利潤不確定ナルノミナラス之カ取得ニ長年月ノ經過ヲ待ツフ要スヘキモノナルツ以テ會社事業ノ發達セサル時代ニ在テハ國家自ラ進テ之カ經營ニ當ルノ要アルモ漸次其必要度ヲ減スルハ言ラ俟タサル所ナリ民業ノ礦業ヲ批難スルハ或ハ礦業ノ利潤ノ多少或ハ礦業者ノ聯合ニ基ク礦物ノ價格ノ高下、特種ノ有用ニシテ且限アル礦物ノ溢出等ニ在ルモノ官行ノ礦業ハ到底法規ノ下ニ行動スル政府ノ事業ニ不適當ナルノミナラス民業ニ對スル批難モ行政上ノ監督又ハ財政上ノ課稅等ニ依ラ之ヲ救濟スルヲ難シト爲サス我國礦業條例ノ如キモ一方ニハ礦業ノ國有ノ原則シテ之カ試掘、探掘ニ對シ政府ノ特許ヲ條件ト爲シ礦業者ノ資格、出願手續、礦業ノ場所及其面積、土地ノ使用、施業方法等ニ對シ幾多ノ制限ヲ規定シ殊ニ建築物ノ保安及工人工ノ生命及衛生上ノ保護及地表ノ安全並ニ公益ノ保護等ニ關スル警察規定ヲ密ニシ一方ニハ礦業者ハ鑛產稅トシテ鑛ノ外ハ鑛業產物ノ百分ノ一、鑛區稅トシテ鑛區一千坪毎ニ一箇年金四十錢試掘稅トシテハ十錢ヲ納付セシメ鑛業ニ關スル確實ナル收入ヲ保證セリ我國ノ三十八年度ノ豫算ニ依レハ鑛業稅ノ收入ハ九十三萬圓ナリトス

第二節 官行印刷業

財政學 政入論 公經濟收入 官行工業 官行印刷業

政府ノ文書ノ祕密及之カ印刷ノ敏活、確實ヲ保證スル爲メ各國政府自ラ印刷事業ノ經營ヲ爲スモノ多シ殊ニ政府發行ノ各種ノ刊行物、式紙、帳簿類其他證券印紙、切手、葉書等ノ物品ノ製作ヲ爲シ傍ラ模範工場トシテ斯業ノ技術的發達ニ力ヲ與フルコト多シ我國印刷局作業ノ收入ハ三十八年度ノ豫算ニ依レハ二百五十萬圓之ニ對スル支出ハ二百二十三萬圓ニシテ結局二十七萬圓ノ益金ヲ生スル豫算ナリ

第三章 官行商業

第二節 官行造幣業

信用ノ維持ヲ目的トスル官行工業ノ重ナルモノハ造幣事業ナリ我國ノ造幣局ノ收入ハ鑄造料、地金銀ノ精製料、品位ノ證明料其他各種ノ收入附加スルヲ以テ三十八年度ノ豫算ニ依レハ作業收入五百七萬圓、支出四百三十二萬圓差引六十八萬圓ノ益金ヲ生スル豫算ナリ

第一節 官行銀行業

銀行業務ハ國家ノ財政ト密接ナル關係有シ國庫事務、官有財產ノ管理、公債ノ募集償還等總テ金融ノ出納、會計、整理ニ關シ銀行ノ行動ニ待ツコト甚大ナリトス體テ銀行ヲ政府ノ管理ニ屬セシムルコトハ比較的ニ批難玆ク現ニ露西亞、瑞典ノ如キハ純然タル官立銀行ヲ有セリ而シテ此等官立銀行ハ投機的ノ性質ヲ帶フル資本ノ取扱事務ハ甚大部又ハ全部ヲ廢シ貨幣ノ取扱事務ヲ主ト爲セリ然レトモ貨幣取扱事務ハ常ニ國民經濟ニ實相殊ニ金融界ノ狀態ニ通曉スル所ナクンハ非ス隨テ官立ノ銀行ハ却テ政府ノ不利益ト爲ス所多ク半私半公ノ銀行ハ最利便ナリトスル所ニシラニ之特種ノ特權、保護ヲ與ヘ之カ報酬トシテ政府指定ノ任務ヲ負ハシムルハ皆文明諸國ニ於テ廣く行ル所ナリ我國ノ日本銀行ハ中央金庫、本金庫、支金庫ノ現金ノ出納、保管ノ事務、公債ノ募集、借賃償還事務、政府發行ノ手形類ノ割引買入等ヲ取扱ヒ一方ニハ兌換銀行券ノ發行權ヲ許與セリ(此發行稅ハ約一百萬圓ニ上レリ)而シテ我國ハ歐米諸國ト其狀態ヲ異ニスル所アルカ故ニ對外業務ニ付テハ別ニ横濱正金銀行ナルモノヲ設立シ政府並ニ日本銀行ノ外國ニ關スル業務ハ正金銀行ヲ通シテ行ルルコトト爲レリ(日本銀行條例、兌換銀行券條例金庫規則)

第二節 官行富籤業

富籤ハ技能又ハ勤勞ニ依ラシテ富ヲ得ルノ途アルコトヲ示スモノニシテ著實ナル企業心ヲ抑壓シ投機心ヲ挑發シテ大多數ノ利益ヲ剝奪シ社會ノ平和ヲ害スルノ故ヲ以テ多數ノ國ニ在テハ賭博ト均ク之ヲ禁止スルヲ例ト爲ス然レトモ古代ニ在テハ富籤ハ政府ノ財源ノ一トシテ興業セラレ其後漸次之カ廢止ヲ見ルニ至リシモ尙今日ニ在テモ塊太利伊太利及獨逸ノ或聯邦ニテハ之カ事業ヲ存續セリ富籤ニハ等級富籤計數富籤及利息富籤ニ三種アリテ前者ハ特ニ純然タル富籤ニ屬スルモ利息富籤ニ至テハ全ク其趣ヲ異ニセリ等級富籤ハ普魯士ニ於テ主トシテ行ルルモノニシテ其收入千八百九十八年度ニ於テ八千「マルク」ヲ超過セリ此富籤ハ一定ノ金額ヲ抽籤ヲ以テ種種ノ金額ニ分ナ且其等級ニ於テ各別ニ抽籤ヲ行ヒ政府ハ其賭金ニ依リ幾分ノ手數料ヲ得ルヲ目的トシ計數富籤トハ伊太利塊太利等ニ行ルル處ニシテ同年度ノ豫算ニ依レハ伊太利ノ收入額六千五百萬「クラ」ヲ超過セリ此富籤ハ番號ヲ付シタル全籤數ノ内ニテ或數ヲ自己ノ消費數ト定メ隨意ノ金額ヲ賭シテ抽籤セシムルモノナリ此場合ニ

ハ國庫自ラ賭者ノ地ニ立チ掛金ノ總額ト富籤金額トノ差額ヲ以テ政府ノ收入ト爲スカ故ニ政府ノ收入不確定ナリトス。利息富籤トハ少クトモ其掛ケタル元金ハ各自ニ之ヲ還付シ其利息ノ全部又ハ一部ヲ以テ割増金ノ交付ヲ爲ス制ナルカ故ニ其割増金ノ口數ノ多キニ隨ヒ利息金ノ總額ト割増金ノ總額ノ差額大ナルニ隨ヒ殆普通ノ債權選ノ處ナキニ至リ少クトモ各自其元金ノ還付ヲ受クヘキモノトス。隨テ此富籤ハ必一定ノ期間ヲ有セスンハアラス。此債權ハ現ニ我邦ニ於テモ勸業債券ノ如キ其類少カラス。歐米ノ公債及社債ハ概此制度ヲ採レリ。前二者ノ富籤ニ至テハ何レノ點ヨリ見ルモ全然批難スヘキモノニシテ單ニ各國ノ財政カ沿革上之カ存續ヲ見ルモ漸次廢絶ヲ見ルヘキハ疑ヲ容レサル處ナリトス。

第三節 官行質業

金錢ノ貸借ハ對人信用ニ基クト對物信用ニ基クト拘ラス純然タル私經濟の事業ナリト。雖近時社會政策ノ發達ニ伴ヒ對物信用ノ一種タル質業ハ地方公共團體ノ事業トシテ之カ設立ヲ見ルニ至レリ。其目的ハ一二下級社會ニ於ル金融機關トシテ自由ニ便宜ニ且低利ニ資本ニ需用ニ充タシムルニ在リ。蓋現時ノ下層社會ハ自ラ信用組合ヲ組成スルノ地位ニ發達セス而モ勸業銀行農工銀行工業銀行ノ金融機關ヲ利用スルノ力ナク質業者ノ爲ニ比較的不當損失ヲ受クルヲ例トナセリ。隨テ古來各國ヲ通シテ皆利息制限法其他質業者ノ取締法等ニ依リ。此等ノ弊害ヲ除去スルニ力ノタム。事實ニ於テハ何等ノ效果ヲ奏スルコト能ハズ終ニ獨逸ニ於テ一千九百十六年「バイエルン」公ノ發意ニ基ケル市設ノ質業局ヲ始トシ千八百二十六年ニハ普魯士政府ハ勅令ヲ以テ市設ノ質業局ノ組織其他利率ノ標準等ヲ定メ「ベルリン」ニハ特ニ皇室所屬ノ質業局ヲ設クタリ。後千八百三十三年各種貯金局保管ノ貯金ヲ以テ質業局ノ資本ト爲スコトヲ許セシヨリ漸次之カ隆盛ヲ來シ獨逸ノ市設質業局ハ八十四ノ多キニ上レリ。佛國西ノ如キモ五百七十七年質業局ノ設立ヲ見シヨリ漸次發達シ「ベル」十六世ノ時窮民救助金ノ基本財產ヲ運用スルコトヲ許シテヨリ著々發達シ現時其數四十二ニ達シタリト云フ此ノ質業局ハ元ヨリ下層ノ金融機關タルヲ本旨ト爲スニ依リ。該局ノ質業は主として生産性ニ限ラレ。貸付期限ハ六箇月乃至一箇年ヲ以テ例トナシ千「フラン」又ハ千「マーク」ヲ限度トナシ。低利ヲ以テ貸付クルモノナリトス。其得ル處ノ利益ハ元資ニ繰込み尙残餘アルトキハ之ヲ各種ノ慈善事業ニ投スルヲ常トナセリ。隨テ直接財政收入ニ影響ヲ及スコト少シトス。

第四節 郵便爲替業

郵便爲替ハ郵便局所ニ於テ取扱フ送金方法ニシテ其形式ヨリ見レハ一種ノ郵便事業ト見ルコトヲ得ヘキモ其實質ハ純然タル金融機關ニシテ都鄙ニ散在セル郵便局所ヲ利用シテ全國一般ニ通スル送金機關タルニ在リ。隨テ我邦ノ郵便爲替ノ如キ通常及電信ノ爲替ハ一枚ノ金額五十圓ヲ制限トシ小爲替ハ五圓ヲ制限トス。記名爲替ニ在テハ銀行ニ對スル線引讓渡ノ外全ク之カ讓渡ヲ禁止ス又其振出人ニ拂波ノ停止又ハ拂戻ノ請求權ヲ認メ又有效期間ノ満了セルノ亡失毀損セルモノ等ニ對シ再證書ヲ作成スル等商法ノ爲替ト相異ナル點多キヲ見ルベク又斯業經營ノ旨趣ヲ見ルニ足ルヘシ。

爲替事業ノ收支ハ其取扱手數料ノ收入ニ至フハ之ヲ正確ニ知ルコトヲ得ヘキモ之カ支出ニ至テハ多クノ場合ニ於テ郵便局所内ノ事務員ハ爲替以外ニ各種ノ事務ヲ兼ナシカ爲ニ要スヘキ運送ノ費用ハ常料ノ郵便ニ依レ等爲替ノミニ要スヘキ支出額ハ之カ正確アル數ヲ知リ難キモ之カ概算ニ於テ支出ハ常

ニ爲替料ノ收入ヲ超過セリ然レトモ爲替金ハ通常隔地者間ニ行レ受取人ハ又常ニ即時之カ拂渡ラ受クルモノニ非ナルカ故ニ郵便局所ト金庫トノ資金ノ授受方法ノ如何ニ依リ常ニ或程度迄ハ數十萬圓ノ金ヲ金庫ニ於テ之ヲ利用シ得ヘキモノト解スルコトヲ得ヘシ隨テ其利殖ニ伴フ利益ヲ算入スルトキハ郵便爲替業ハ單ニ社會政策上都部全般ニ通スル送金ノ方法トシテ便利大ナルノミナラス間接ニハ財政上絶ヘス或金額ヲ輸出シテ金庫ノ利用ヲ便ニスルモノナリト云フコトヲ得ヘシ

第五節 郵便貯金業

第一款 郵便貯金ノ收容

郵便貯金ハ郵便局所ニ於テ取扱フ貯金ニシテ其形式ニ於テハ郵便事業ノ一分タルモ其實質ハ貯蓄銀行ノ事務ト異ル處ナシ然レトモ郵便貯金ハ廣く銀行ノ存在セナル地方ニ至ル迄之カ貯蓄ノ機關トシテ其利便ヲ供出スルノミナラス又一般ノ銀行ト競争ヲ目的トスルナリ零碎ノ資金ヲ集メ勤勉貯蓄ノ美風ヲ養成スルニ在リ故ニ我邦ノ制度ノ如キモ一人一度ノ預金ハ十錢以上一人一日ノ預高ハ五十圓ヲ限シリ其總額ハ元利合セラ五百圓ヲ超過スルコトヲ得ス其制限ヲ超過スルモノハ國ニ依テハ其利子ヲ減スルモ我邦ニ在リテハ公債證書ノ購入ハ保管法ヲ取レリ又其拂戻ハ即時拂ハ一箇月六十圓迄ヲ限り貯金ノ通帳ハ相続人ニ譲與スルノ外名前ノ書換ヲ許ツス

如此郵便貯金ハ貯蓄銀行ニ比シテ制限嚴ニ且手續繁雜ナルノミナラス利子歩合著々低キカ故ニ近時民間ノ貯蓄銀行創立以來多少其影響ヲ受ケ預金増加ノ比率ニ至テハ到底相如カナルモノアリ則貯蓄銀行ノ設立セラレタル明治二十年ノ當時ニ在テハ貯蓄銀行ノ預金百七十二萬圓ニ對シ郵便貯金ハ既ニ千八百四十一萬圓ニ達セリト逕後貯蓄銀行ハ著々發達シ日清戰役ニ至ル迄ハ尙六百萬圓ニ過キサリシモ戰役後ハ郵便貯金ノ減少ニ對シ貯蓄銀行ハ平均五百萬圓ノ増加ヲ示シ三十六年ニ至テハ郵便貯金三千五百七十五萬圓ニ對シ貯蓄銀行ハ四千六百萬圓ヲ超過スルニ至リ然レトモ郵便貯金ヲ日清戰役後ニ於ル之カ減少ノ例外ヲ除キテハ其額ニ甚少カレハク結局五十萬圓以上ノ支出ハ純損額トシテ漸時其額ヲ増加シ殊ニ日露開戰後ハ長足ノ進歩ヲ來スニ至リ然レトモ尙ヘヲ歐州ノ各國ニ比スレハ其貯金預人ノ歩合ニ於テ又一人ノ平均預金額ニ於テ尙甚シキ遜色ヲ示セリ

第二款 郵便貯金ノ放資

郵便貯金ノ收支ハ其支出ニ關シテハ之カ經費ヲ算出シ得ヘキヤ否ニ在リ現時ノ如ク現時我邦ノ郵便貯金ニ於テ第一ノ問題ハ此缺損ヲ以テ之カ事業ヲ繼續スヘキヤ否ニ在リ現時ノ如ク一人當リノ預金額益減少シ一方ニハ預拂ノ度數益頻繁ナルニ伴ヒ支出ノ歩合増進スルハ疑フ容レナル歟ナリ然レトモ郵便貯金ハ其同定セル資金ノ運用ノ利益ノ外主トシテ都部ニ通シテ貯蓄思想ヲ養成シ

貯蓄ヲ爲スノ道ヲ開クヲ目的ト爲スマ以テ其事業ノ性質ハ行政上ノ理由ニ存セリ附テ之カ事業ヲ繼續スル上ハ之カ支出減少ノ方法トシテ事業ノ經營費ヲ節減スルハ素ヨリ貯金利子ノ引下ノ如キ著シキ效果アルヘキモ利子ノ高低ハ同時ニ預金ノ増減ニ影響ヲ及スヘタ事業經營費ノ節減ハ物價及幣銀ノ騰貴ニ伴ヒ素ヨリ巨額ノ削減ヲ期スルコト能ハス隨テ之ヲ各國ノ例ニ徴スルモ其最疑問多キ點ハ收入增加ノ方法トシテ預金ノ利殖方法ヲ擴張セルニ存セリ之カ實施ノ方便トシハ或ハ特別會計トシ或ハ國庫ニ對シ獨立ノ財團ト爲ス等組織上ノ方策種種アルノ外一方ニ公債ノ購入償却又ハ借換等ニ用フルノ外其放資ノ方法ヲ擴張シ尙歩合ノ多キ收入ヲ期スルニ在リ則公債又ハ政府保證ノ證券ノ買入抵當貸付社債券ノ買入等ヲ始トシテ手形ノ割引其他商業證券ニ對スル貸付農業組合等ヘノ特殊貸付勞働者建物會社等ノ爲ノ貸付及之ニ伴ヒ生命保險等ノ放資ヲ認メ以テ普通ノ貯金利率以上ノ收入ヲ確保シ併セテ金融機關トシテ社會政策ノ目的ヲ達スルニ在リ

第六節 官行鹽業

鹽ノ獨占業ハ其生產地不動ニシテ地域限定セラレ製造容易ニシテ利益多ク且永久不動ノ需用アルカ故ニ租稅ノ目的トシテ好簡ノ收入財源タルモ由來鹽ハ日常生活ノ必要品ニシテ醬料醸造用其他工業上水產業上ニ其用途廣ク且社會全般ノ必要品タルカ故ニ之カ收入ヲ專賣業ニ依ルトキハ其手續ト價格ノ如何ニ依リ苛斂ニ失シ爲ニ政治上ノ擾亂ヲ來スコトアリ佛蘭西ニテ「シャール」六世ノ時代ニ於ル鹽稅ノ如キハ其例ナリトス

鹽業ノ獨占ハ獨逸佛蘭西、英吉利、奧太利、伊太利、匈牙利等ニ於テ行レタルモ一方ニハ鹽業ノ發達進歩ヲ妨ケ他方ニハ必要品タル鹽ノ價格ヲ騰貴セシムヲ以テ相次テ之ヲ廢シ現時ハ唯奧太利匈牙利及伊太利ニ之カ實例フ見ルニ過キス此際ニ當リ我邦ニ於テハ明治三十二年律令第七號ニ依リ翌十三年五月ヨリ臺灣ニ於テ鹽ノ專賣ヲ始メ其結果頗良好ナラサルニ拘ラス内地ニ於テハ三十六年度ノ議會ニ鹽ノ消費稅法案ヲ提出シヲ否決セラレ三十七年度ノ議會ニ於テハ戰時稅トシテ又新ニ鹽ノ專賣法案ヲ提出シ今ヤ多少ノ修正ヲ經テ兩院ヲ通過シタリ鹽ノ獨占業ハ原則トシテ喜フヘキモノニ非ス唯戰時ニ於ル財源ノ一トシヲ時局ノ關係ニ因リ今ヤ之カ成立ヲ見ルニ至リシニ過キス茲ニ臺灣ニ於ル鹽ノ專賣事業ニ付大要ヲ述へ延イテ内地ノ專賣法ニ付其大要ヲ略述スベシ

臺灣ノ專賣事業一樟腦、阿片及鹽ノ三種ナリ樟腦ハ其純益約百六十萬圓阿片ノ純收入ハ百萬圓ヨリ百二十萬圓ニ至ルニ拘ラス鹽ノ純收入ハ僅ニ二十萬圓ニ過キス其結果ノ良好ナラサルハ第一施行前ヨリ持越シタル食鹽及內地產ノ食鹽ヲ除外シタル爲著ク豫定ノ收入ヲ減シタリ之令議會ノ鹽專賣法案ニハ之カ附則ニ於テ本法施行ノ際現存スル鹽ニ對シ鹽稅ヲ認メタル所ハナリ第二臺灣總督府ノ告示ニ依レハ鹽ノ收納價格ハ十一錢四厘ヨリ二十八錢迄四等ニ分タレ之カ販賣ノ價格ハ二圓ヨリ二圓五十錢迄三種ニ分タレ其平均ニ於テ約十倍ニ近キ騰貴ヲ示セリ隨テ臺灣ノ島民ハ僅僅二十萬圓ノ純收入ヲ輸出スル爲在來ニ比シ頗巨額ノ鹽代ヲ支拂ヘルモノナリトス尙現時ニ於テモ臺灣ノ鹽專賣ハ其鹽ノ製造方法ニ於テ凡ラ天日ニ依ルカ故ニ沿海到ル處製造セラレ之カ取締ニ困難ナルノミナラス之カ經費又少カラス而シテ一方ニ密造密賣ノ量又少シト爲ザサルナリ

今期議會ノ鹽ノ專賣法案ハ之ヲ臺灣ノ專賣法ニ比スレハ其過渡法ニ於テ持越鹽ニ對スル收入ヲ確保シ（約百七十萬圓位）一方ニハ內地ノ鹽ハ天日ニ依ルモノ少キカ故ニ製造ノ地域限定セラレ其取締方法比

較的容易ナルカ故ニ此二點ニ於テハ之カ勝レルヲ見ルモノナリ政府豫算ハ全國二府三十三縣鹽田七千五百萬箇其產出高六百萬石乃至八百萬石ニ對シ生產費ヲ一石平均一圓乃至一圓五十錢シ之ヲ平均一圓五十錢ニテ買上ヶ之ニ二圓五十錢ヲ加ヘテ一石四圓ニ賣下ケ豫算ノ上ニ於テ約八百萬圓ノ收入ヲ確保セムトスルモノナリ戰時ノ財源トシテ絕對ニ之カ否認ヲ爲シ能ハナルカ故ニ實際論トシテハ鹽ノ專賣法案ニ對シ鹽ノ消費稅說ヲ主張シタルモノ多シ此說ヲ爲スモノハ所謂鹽ノ仲賣人ニシテ專賣法ヲ主張スルモノハ鹽ノ製造者自身ナリ元ヨリ我邦ノ鹽ハ彼ノ塊大利、伊太利ノ如ク所謂鹽鐵ニ非ナルカ故ニ該二國ノ如ク自己ノ所有ノ鹽鐵ヨリ之ヲ販賣スルト異ニ之カ事業ノ經營ニ比較的の巨額ノ費用ヲ要スルノミナラヌ其收入高ト收入費ノ歩合モ又該二國ノ比ニ非ナルヘモ(創業費及運轉資本約四百萬圓内經營費七十七萬圓)八百萬圓ノ收入ヲ得ルコトヲ前提トスルトキハ直ニ之ヲ消費稅トシ之ヲ在來ノ價格ニ十五割以上ノ稅ヲ課スヘカラナルカ故ニ到底專賣方法ニヨルノ外ナキモノトス元ヨリ負擔トシテハ一人ノ消費額ノ一人平均二十斤トシ一箇年ノ負擔約三十錢ナルヘキヲ以テ戰時ノ負擔トシテハ必シモ耐ヘ得ナルニ非ナルキ他ニ各種ノ新稅及增稅アルカ故ニ他日時局ノ平定ト共ニ之カ原狀ノ回復ヲ見ルヘキモ事實トシテハ一旦巨額ノ資本ヲ投シタル専賣事業ハ容易ニ之カ廢止ヲ見サルヘキヲ以テ結局或ハ其賠償價格ニ於テ及其賣下價格ニ於テ之カ變動ヲ見ルニ止ルヘシ尙又收入ノ點ニ於テ果シテ來年度ニ於テ豫定額ヲ確保シ得ルヤ否ハ之ヲ前回ノ英煙草專賣事業ニ徵スルモ又困難ナル問題タルヘキナリ

第七節 官行煙草業

國名	總收入	支出額	純收入額	一人當收入	一人當消費額
佛蘭西	三七六 <small>(四萬三千)</small>	六五	三一	八、一〇	九三三 <small>(一千五百)</small>
伊多利	一九六	四〇	一五六	四、九八	六三五
埃太利	一七八	六三	一五五	四、七九	一三五〇
匈牙利	一五五	三七	六八	三、八六	五五〇
西班牙	九五	九五	五、三九	六六五	六八〇
英吉利	二六〇	一一	二四九	一四八五	一四五
獨逸	六九	六	六三	一、二五	一、二五
如此煙草ハ財源ノ最大ナルモノニシテ佛蘭西ノ如キハ煙草ノ收入ヘ地租ノ倍額以上ニ上リ埃太利ノ如キハ地租ノ三倍以上ニ上リ伊太利ノ如キモ鐵道及郵便電信ノ收入ヨリ其額ヲ超過セリ我邦ノ如キモ昨年ノ豫算ニ依レハ專賣局ノ益金ハ二千萬圓ニシテ殆關稅收入ヲ超過シ郵便電信ノ收入ニ近ク猶造稅ノ約三分ノ一二當レリ此煙草ニ因ル收入ハ國ニ依リ區區ニ別レ或ハ英國ノ如ク内地ノ耕作ヲ禁シテ全部關稅ノ收入ニ仰クモノアリ或ハ在來ノ我國ノ如ク販賣高ニ應シテ印紙稅ニ依ルモノアリ或ハ會社稅ニ依ルモノアリ或ハ販賣稅ニ依ルモノアリ或ハ耕地稅或ハ收穫稅ニ依ルモノアリ其種類一ニシテ足ラス					

又專賣業ニ依ル方法モ政府カ單ニ販賣ノミヲ專ニスルアリ或ハ販賣ノ外製造ヲモ併セ専ラニシ或ハ獨占料ヲ徵收シテ會社ニ製造ヲ許可シ或ハ政府製造ヲ直營スルコトアリ我邦ハ賣價二割ノ印紙稅ニ依リ煙草稅ヲ徵收セシモ二十九年三月葉煙草專賣法制定ニ依リ三十一年ヨリ葉煙草販賣ヲ政府ノ手ニ専屬シタリ然レトモ年年實收入ノ現計額ハ豫算ノ半ニモ達セザルコト多ク其當初ハ少クモ千萬圓ノ收入ヲ確保セルカ如キモ遂ニ其成效ヲ期スルコト難キノミナラス却テ在來ノ印紙稅ヲ八割以上ニ上スヲ可ナリト論スルモノ多ク現ニ全國箇年ノ煙草消費高ヲ四千萬圓ト見積ルトキハ三割ノ課稅ニ因ラ一千二百萬圓ノ徵入印紙稅ヲ得ヘク又全國ノ煙草耕地三萬町歩ヨリ一反平均三十圓ノ耕地稅ト其他煙草ノ輸入稅製造小賣業者等ノ免許料ニ依リ一千三百萬圓ノ收入ヲ得ヘク單ニ千萬圓内外ノ收入取扱ノ方法トシテハ葉煙草ノ專賣ハ明ニ失敗ニ終レリ一方ニハ葉煙草ノ密賣盛ニシテ三十三年度ノ如キ全國葉煙草營業者中反則者ハ其四割以上ニ上リタリ隨テ葉煙草ノ專賣ハ收入方法トシテ一種ノ試驗ト看做ツレ一方ニハ尙財政上巨額ノ收入ヲ必要トスルカメ爲三十七年三月法律第十四號煙草專賣法ヘ一方ニハ煙草ノ輸入及之カ耕作ハ政府許可ノ下ニ行レ耕作スヘキ煙草ノ種類及葉煙草ノ賠償價格ヲ定メテ之ヲ政府ニ收納シ之カ製造ハ凡テ政府ノ專屬ト爲シ同年七月一日ヨリ實施スルコトナセリ(列煙草製造ハ三十八年三月三十一日迄從前ノ如ク製造セシム)此法律ニ依リ施行當時ノ煙草製造専用ノ器具機械同建物敷地現在ノ外國產葉煙草等其他ハ之ヲ政府ニ買收シ政府之カ爲メ國庫債券ノ發行權ヲ併セ認メラタリ

雜 誌

○大審院判例要旨

- 一一二 民法第六四一條ノ法意 民法第六四一條ハ諸負人カ仕事ヲ完成セザル間ハ注文者ハ何時ニテモ請負契約ヲ解除シ得ルモ其解除ヨリ生スル損害ハ之カ賃貸ノ責ニ任スヘキコトヲ規定シタルモノニシテ注文者カ契約ノ解除ヲ爲スノ條件トシテ先其損害賠償ノ提供ヲ爲ササレハ解除ノ意思ヲ表示シ得ナルコトヲ規定シタルモノニ非ス(三十七年十月一日第一民事部)
- 一一三 債權者ノ證書ノ毀滅 民法第七〇七條ニ所謂證書ノ毀滅ハ獨有形の證書ヲ破棄シ全然其證據力ヲ失却セシメタル場合ニ止ラス債務者於テ其證書ニ横線ヲ施シ或ハ債務者名下ノ印影ヲ塗抹シタルカ如キ場合ハ勿論其他證書ヲ債務者又ハ辨濟者ニ返還スル等債務者カ自由ニ之ヲ立證方法ニ供スルコト能ハサルニ至リタル場合ヲモ包含ス(同年九月二十七日第一民事部)
- 一一四 會社解散ノ命令 會社ノ行為カ公ノ秩序ヲ害スルトキハ經令其設立ノ目的ハ適法ナル場合ト雖、裁判所ハ檢事ノ請求又ハ職權ニ因リ之カ解散ヲ命シ得ルモノトス(同年十月十一日第一民事部)
- 一一五 唯一ノ證據方法ノ排斥ト忌避 裁判所カ當事者ノ申立てタル唯一ノ證據方法ヲ排斥シタル場合ト雖他ニ事情ノ見ルヘキモノナケレハ單ニ此一事ヲ以テ偏頗ノ裁判ヲ爲スヘキ疑アルモノト謂フ(得ス(同年十月七日第二民事部))
- 一一六 汽車往來妨害罪ノ成立 刑法第一六五條ノ罪ハ汽車ノ往來ヲ妨害スル爲メ之ニ危險ヲ加フ

ヘキ處アル障礙ヲ現存セシムルニ依テ完成シ現ニ汽車ノ阻害シタルコトヲ必要トセス（同年十月四日第一刑事部）

一一七 公然ノ侮辱 明治二十二年法律第二八號議會及議員ノ保護ニ關スル罰則第二條ニ所謂公然ノ侮辱トハ議員ノ名譽ヲ毀損スヘキ言語文書ヲ第三者ノ視聽ニ達セシメ又ハ第三者ノ知り得ヘキ場所ニ於テ之ヲ公表スルノ義ニシテ其第三者カ被侮辱者ト利害ヲ同ウスルヤ否ヤハ侮辱ノ成否ヲ定ムルノ標準ト爲ルモノニ非ス（同年九月二十六日第二刑事部）

一一八 宣誓ノ效力 證人カ謀殺及謀殺未遂被告事件ニ付一度宣誓ヲ爲シタル以上ハ爾後檢事ニ於テ其犯罪行爲ハ被害者ヨリ證書ヲ強奪スルカ爲ナリシ旨ヲ補正スルモ第二回ノ訊問ニ付更ニ宣誓ヲ爲サシムルノ要ナシ（同年九月二十六日第二刑事部）

一一九 被告事件ノ分離併合 被告事件ノ分離併合ニ付テハ裁判所ノ權限ニ制限ヲ設ケタル特別規定ナケレバ裁判所カ同一人ニ對シ同時ニ繫屬セル數箇ノ被告事件ニ付各別ニ審理判決シタリトテ訴訟手續ニ違背セルモノト謂フヲ得ス（同年九月二十九日第二刑事部）

一二〇 併合審判ト一部控訴 第一審裁判所カ同一ノ被告ニ對スル重輕罪ヲ併合審理シ一ノ判決ヲ以テ刑ヲ言渡シタルトキハ總合被告ヨリ特ニ不服ノ點ヲ指摘シ控訴ノ申立ヲ局限セル場合ト雖其控訴ハ被告事件ノ全部ヲ第二審ニ繫屬セシムルノ效力ヲ有ス（同年九月二十六日第二刑事部）

一二一 上告趣意書取消ノ效果 法定ノ期間内ニ上告趣意書ヲ提出シタルモ爾後之ヲ取消ストキハ上告成立ノ要素ヲ缺キタルモノトス故ニ其趣意書ヲ取消シタル日ニ於テ更ニ趣意書ヲ提出スルモ何等ノ效力ヲ生セス（同年十月四日第一刑事部）

國際公法關係諸條約及法規全

○定價金貳拾五錢、郵稅不要 ○四月十五日發行

法政大學講師法學博士秋山雅之介先生監修
法政大學編輯局員守谷富之助編纂

本書目次

捌賣大
× 東京市神田區一ツ橋通
有斐閣書房
× 東京市神田區今川小路
清 水 書 店
立 法 政 大 學
發 行 所
六丁目十六番地
東京市麹町區富士見町
清 水 書 店
立 法 政 大 學
× 東京市神田區今川小路

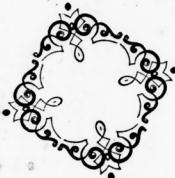
- 亦十字條約●巴里宣言（海上法要義）●國際紛爭平和的處理條約●陸戰／法規慣例
- ニ關スル條約●「ジエネヴァ」條約ノ原則ヲ海戰ニ應用スル條約●萬國平和會議三宣言
- 萬國平和會議最終議定書●日英協約●日韓議定書●日獨領事職務條約●日白領事職務條約●日米犯罪人引渡條約●逃亡犯罪人引渡條例●領事官ノ職務ニ關スル件●領事官職務規則●捕獲審檢令●海上捕獲規定●俘虜取扱細則●俘虜自由散步及民家居住規則●俘虜勞役規則●俘虜郵便規則●俘虜郵便為替規則●戰場掃除及戰死者埋葬規則●戰利品規則●戰利品整理規程●海軍戰利品取扱規程●捕獲品取扱規程

政治大學講義

第十八年

第七十號

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



明治三十八年四月十二日印刷 (定價金三十錢)

明治三十八年四月十五日發行

(定價金三十錢)

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

東京市芝區西久保明舟町十一番地

印刷所

金子活版所

東京市麹町區富士見町六丁目十六番地

發行所 司法省 指定

法政大學

(電話番町百七十四番)

0508