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

PDF issue: 2025-03-12

法政大學講義録

村上，隆吉 / 遠藤，忠次 / 横田，秀雄 / 豐島，直通 / 下村，宏 / 杉山，直治郎 / 谷野，至 / 田阪，友吉 / 矢部，廉

(出版者 / Publisher)
法政大學
(巻 / Volume)
20
(開始ページ / Start Page)
1
(終了ページ / End Page)
83
(発行年 / Year)
1905-05-15

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

明治三十八年五月十五日發行

三十八年度

法政大學講義錄

第二十號

法政大學發行

0172

102
100
86

第二十號目次

民法物權（自第七章至第十章）（自九三至一〇二）　法學士　横田秀雄
民法債權（自第二章第二節至第十四節）（自八三至一〇三）　法學士　杉山直治郎
商法商行爲（自第一章至第九章）（自八一至一二二）　法學士　田坂友吉
商法會社（自六七至七四）　法學士　矢部廉
商法商行爲（第十章）（自七三至九六）　法學士　村上隆吉
民事訴訟法第二編（自六五至八四）　法學士　遠藤忠次
刑法各論（自三九至四六）　法學士　谷野格
刑事訴訟法（自一七七至一九二）　法學士　豐島直通
財政學（自一二三至一四二）　法學士　下村宏

雜錄　○大審院判例要旨○五大學聯合懸賞大討論會

090
1905
1-20

ヲ爲ササルニ拘ラス第三取得者ヨリ永久ニ果實收取ノ權利ヲ剝奪シ抵當權者ヲシテ其果實ニ付權利ヲ行フコトヲ得セシムルハ抵當權ノ性質ニ反シ法律カ前記ノ制限ヲ設ケタル所以ノ趣旨ニ反スルモノト言ハサルヘカラス是民法カ抵當權實行ノ通知後一箇年內ニ抵當權者又ハ他ノ債權者ノ請求ニ基キ不動產ノ差押アリタル場合ニ非サレハ果實ハ抵當權ノ目的タルコト能ハサルモノト規定セル所以ナリ(三七〇條二項)故ニ通知後一箇年內ニ不動產ノ差押ナキトキハ第三取得者ハ收益權ヲ失ハサルヲ以テ不動產ヨリ生スル果實ハ當然其有ニ歸シ抵當權者ハ其上ニ權利ヲ行フコトヲ得サルモノトス

第三節　抵當權ノ效力

抵當權ノ效力ヲ論スルニ當リ第一、債權者相互ノ關係第二、抵當權者ト第三者トノ關係第三、抵當權ノ實行第四、抵當權設定者ト債務者トノ關係ニ區別シテ說明スヘシ

第一款　債權者相互ノ關係

債權者相互ノ關係ニ付テハ左ノ原則ニ從フヘキモノトス

第一　數箇ノ債權ヲ擔保スル同一不動產ニ付抵當權ヲ設定シタルトキハ其抵當權ノ順位ハ登記ノ前後ニ依ル

是民法第一七七條ノ規定ヲ抵當權相互ノ關係ニ適用シタルモノナリ蓋抵當權ハ第一七六條ノ規定ニ從ヒ當事者ノ意思表示ノミニ依テ之ヲ設定スルコトヲ得ヘシト雖不動產上ノ物權タル關係ヨリ第三者ニ

0173

對シテ之ヲ主張スルニハ第一七七條ノ規定ニ從ヒ其設定ノ登記ヲ爲スコトヲ必要トシ抵當權者カ其權利ヲ登記セサル間ハ普通債權者ニ對シテモ其權利ヲ主張スルコトヲ得サルト同時ニ一旦之ヲ登記スルトキハ普通債權者其他何人ニ對シテモ完全ニ其權利ヲ主張スルヲ得ヘシ故ニ抵當權者相互ノ間ニ於テモ亦同一ノ原則ヲ適用スヘク其權利ノ優劣ハ設定ノ日時如何ニ拘ラス登記ノ前後ニ依リ之ヲ定ムルコトヲ要ス何トナレハ抵當權者ハ其相互ノ關係ニ於テハ等ク第三者ノ地位ニ立ツモノナレハナリ例之甲ハ債務者ニシテ乙ニ對シテ二千圓丙ニ對シテ千五百圓丁ニ對シテ千圓ノ債務ヲ負擔シ其所有ニ係ル四千圓ノ家屋ヲ乙丙丁ノ債權ノ抵當ニ供シ乙丙丁ハ順次ニ抵當權ノ登記ヲ爲シタリト假定スル時ハ第一位ニ登記ヲ爲シタル乙先抵當家屋ニ付其權利ヲ行ヒ丙之ニ次キ丁ハ最後ニ其權利ヲ行フコトヲ得ヘシ故ニ家屋ノ賣却代金四千圓ヨリ乙ノ債權額二千圓ヲ辨濟シ其殘額二千圓ハ之ヲ丙ノ債權千五百圓ノ辨濟ニ充當シ最後ニ殘存スル金額五百圓ハ丁ノ債權千圓ニ充當スヘキモノトス即右ノ場合ニ於テ乙丙ハ完全ニ其債權ノ辨濟ヲ受ケ丁ハ債權額千圓ノ中五百圓ノ辨濟ヲ受ケ殘餘ノ五百圓ニ付テハ抵當物ヲ以テ辨濟ヲ受クルコト能ハサルニ至ルヘシ而シテ抵當權者相互間ノ權利ノ優劣ハ登記ノ前後ヲ以テ唯一ノ標準ト爲スカ故ニ丁ノ抵當權カ乙丙ノ抵當權ニ先ンシテ設定セラレタルモノトスルモ丁カ乙丙ヨリ後レテ登記ヲ爲シタル以上ハ乙丙ニ優先シテ其權利ヲ行フヲ得サルモノトス

債權カ利息ヲ生スル時ハ抵當權ハ主タル債權ノ外之ニ附隨スル利息ニ付存スルモノト云フヲ得ヘシ何トナレハ利息ハ元本ヨリ生シ之ト一體ヲ爲スモノナレハ元本ヲ擔保スル所ノ抵當權ハ之ト一體ヲ爲ス所ノ利息ヲモ擔保スルモノト看做スヘキ事理ノ當然ナルヲ以テナリ故ニ理論上ヨリ云フトキハ抵當權者カ主タル債權ト共ニ利息ノ登記ヲ爲シタル以上ハ其債權ヨリ生スル利息ニ付其時時登記ヲ爲ササルモ主タル債權ノ存スル限リハ之ヨリ生スル利息ニ付抵當權ヲ行フコトヲ得ヘキモノト論セサルヲ得ス

債權者カ終身年金其他一定ノ期限ニ繼續シテ辨濟ヲ受クヘキ債權ニ付抵當權ヲ設定シタル場合ニ於テモ債權者カ其債權ニ付一回登記ヲ爲シタル以上ハ債權者ハ爾後繼續シテ辨濟ヲ受クヘキ定期金ニ付其權利ヲ行フコトヲ得ヘキモノト云ハサルヲ得ス何トナレハ抵當權ハ正ニ此等定期金ノ辨濟ヲ確保スルヲ以テ目的トシ且抵當權者ハ其權利ノ保存ニ要スル登記ノ手續ヲ履行シタルモノナレハナリ然レトモ債權者カ主タル債權ト共ニ利息ヲ登記シ又ハ其他ノ定期金ニ付一回登記ヲ爲シタル時ハ其後ニ於テ繼續シテ生スル利息及滿期ト爲リタル定期金ニ付該登記ノ順位ヲ以テ抵當權ヲ行フコトヲ得ルモノトシ債權者ヲシテ無限ニ此權利ヲ行フコトヲ得セシムルニ於テハ他ノ債權者ハ延滯ノ利息又ハ定期金アルコトヲ知ラサルヲ爲メ不測ノ損害ヲ被ルニ至ルヲ以テ民法ハ抵當權者ノ權利ヲ制限シ滿期トナリタル最後ノ二年分ニ付テノミ抵當權ノ行使ヲ許シ其以前ノ分ニ付テハ之ヲ許ササルモノトナセリ第三七四條ノ規定即是ナリ例之甲カ明治三十年一月ヲ以テ金六百圓ヲ乙ニ貸與シ利子ハ年一割返濟期限ハ明治三十三年十二月三十一日トシ其利子ハ毎年末ニ支拂フモノト定メ乙ノ家屋ヲ抵當トシテ直ニ登記ヲ爲シタルモノト假定センニ甲カ明治三十三年十二月ニ至リ抵當權ヲ實行セントスル時ハ甲ハ元金六百圓ト滿期ト爲リタル最後ノ二年分ノ利息即明治三十二年度及同三十三年度ノ分百二十圓合計七百二十圓ニ付キ家屋ノ上ニ抵當權ヲ行フコトヲ得ヘク明治三十年度三十一年度ノ分百二十圓ノ利息ニ付テハ抵當權ヲ行フコトヲ得ス然レトモ抵當權者ハ最後ノ二年分以前ノ利息及定期金ニ付絶對ニ抵當權ヲ失フモノニ非ス唯債權登記ノ順位ヲ以テ其權利ヲ行フ能ハサルノミ從テ抵當權者カ二年以前ト利息定期金ニ付滿期後特別ニ登記ヲ爲シタル時ハ其登記ノ時ヨリ抵當權ヲ行フコトヲ妨ケサルモノトス故ニ特別ノ

0174

登記ヲ爲シタル抵當權者ハ其以前ニ登記ヲ爲シタル第三者ニ對シテ其權利ヲ主張スルコト能ハサルモ普通債權者及其後ニ登記ヲ爲シタル第三者ニ對シテハ優先權ヲ行フコトヲ得ヘシ蓋二年以前ノ定期金ト雖抵當權者ニ於テ特ニ登記ヲ爲スニ於テハ第三者ハ登記ニヨリ抵當權ノ存在ヲ確知シ得ヘキヲ以テ不測ノ損害ヲ被ル虞ナシトス是第三七四條但書ノ規定アル所以ナリ

民法第三七四條ノ利息其他ノ定期金トアル中ニ金錢債務ノ不履行ヨリ生スル損害賠償即遲延利息ヲ包含スルヤ否ヤニ付テハ學者間ニ議論アリタル所ニシテ同條ニ所謂利息定期金ハ元本使用ノ對價トシテ支拂フヘキ塡補利息及債務ノ本旨ニ從ヒ定期ニ支拂フヘキ金額ノミヲ指シタルモノニシテ債務ノ不履行ヨリ生スル損害ノ賠償ヲ包含セストノ解釋ハ大審院ノ判例ニ依テ認メラレタル所ナリ然ルニ金錢債務ノ不履行ヨリ生スル損害賠償即所謂遲延利息ナルモノハ常ニ約定利率又ハ法定利率ヲ標準トシ時ノ經過ト共ニ生スルモノナレハ實體ニ於テハ塡補利息ト毫モ異ル所ナキヲ以テ第三七四條ノ規定ハ遲延利息ニモ之ヲ適用スルノ必要アリ是明治三十四年法律第三六號ノ發布ヲ見ルニ至リタル所以ニシテ同法ノ發布ニヨリ民法第三七四條ニ關スル解釋上ノ疑義ハ全ク消滅スルコトトナリ同法ノ規定ニ曰ク「民法第三百七十四條ニ左ノ一項ヲ加フ前項ノ規定ハ抵當權者カ債務ノ不履行ヨリ生シタル損害賠償ヲ請求スル權利ヲ有スル場合ニ於テ其最後ノ二年分ニ付テモ亦之ヲ適用ス但利息其他ノ定期金ト通シテ二年分ヲ超ユルコトヲ得ス」ト故ニ甲カ明治三十年一月一日ヲ以テ金一千圓ヲ乙ニ貸與シ利息ハ年一割返濟期限ハ明治三十一年十二月ト定メ明治三十三年一月ヲ以テ抵當權ノ實行ヲ爲スモノト假定センニ甲ハ明治三十一年度ノ年一割ノ塡補利息百圓ト明治三十二年一月ヨリ同年十二月迄ノ年一割ノ損害金トニ付其權利ヲ行フコトヲ得ヘシ

第二　抵當權者ハ他ノ債權者ノ爲ニ抵當權ヲ處分スルコトヲ得

是第三七五條ニ規定スル所ニシテ抵當權者ハ其有スル抵當權ニ關シ左ノ處分ヲ爲スコトヲ得

(一)　抵當權者ハ其抵當權ヲ以テ他ノ債權ノ擔保ト爲スコトヲ得

是質權ニ關スル轉質ノ場合ト同一ナリ例之甲カ乙ニ對シ金千圓ノ債權ヲ有シ其債權ヲ擔保スル爲メ乙ノ家屋ニ付抵當權ヲ設定シタリト假定シ尙甲ハ丙ニ對シ千五百圓ノ債務ヲ負擔スルモノト假定センニ甲ハ自己ノ有スル家屋ノ抵當權ヲ其儘丙ノ有スル債權ヲ五百圓ノ擔保ニ供スルコトヲ得ヘシ故ニ丙ハ自己ノ債權ノ辨濟ヲ受クルカ爲メ該家屋ニ付抵當權ヲ行フコトヲ得ヘキハ勿論ナリト雖其債權全額千五百圓ニ付其權利ヲ行フコトヲ得ス唯甲ノ有スル權利ノ範圍內ニ於テ其家屋ニ付千圓ノ辨濟ヲ受クルコトヲ得ルニ止ル何トナレハ甲ハ自己ノ有スルヨリモ大ナル權利ヲ丙ニ讓渡スルコトヲ得サルヲ以テナリ要之丙ノ權利ハ甲ノ權利ト同一ノ內容同一ノ態樣ヲ有スヘキモノニシテ之ト異リタル內容又ハ重キ態樣ヲ有スルコトヲ得ス

右ノ如ク債權ト抵當權ト分離シ其抵當權ヲ他ノ債權ノ擔保ニ供スルハ抵當權ノ從タル性質ニ反スル嫌アリト雖抑抵當權ナルモノハ債權ヲ擔保スルヲ以テ目的トスルモノナレハ苟其實質ヲ變更セス從テ抵當權設定者ニ不利ナル結果ヲ生セサル限リハ其擔保スル所ノ債權ノ何タルヤハ之ヲ問フコトヲ要セサルモノト言ハサルヲ得ス是民法カ實際上ノ便宜ニ基キ轉質ノ場合ト等ク抵當權者ヲシテ其抵當權者ヲ自己ノ負擔ニ屬スル債務ノ擔保ニ供スルコトヲ得セシムル所以ナリ

抵當權者カ其抵當權ヲ自己ノ債權者ニ對シ擔保ト爲スモ之カ爲メ絕對的ニ其抵當權ヲ失フコトナシ何トナレハ抵當權者ハ其抵當權ヲ自己ノ債權者ニ絕對無條件ニテ讓渡シタルニ非スシテ唯之ヲ其債

0175

務ノ擔保ニ供シ自己ノ債權者ヲシテ自己ニ代位シテ抵當權ヲ行フコトヲ得セシムルニ過キサルヲ以テナリ故ニ債權者ノ債權カ抵當權實行以外ノ原因ニ依テ消滅シタルトキハ抵當權者ハ其權利ヲ回復シ抵當物ニ付完全ニ其權利ヲ行フコトヲ得ヘシ

(二) 抵當權者ハ同一ノ債務者ニ對スル他ノ債權者ノ利益ノ爲ニ其抵當權ヲ讓渡スルコトヲ得

例之甲カ乙ニ對シ金千圓ノ債權ヲ有シ乙ノ家屋ニ付抵當權ヲ設定シタル場合ニ丙モ亦無擔保ニテ金千圓ヲ乙ニ貸與シタリト假定センニ甲ハ其抵當權ヲ丙ニ讓渡スルコトヲ得ヘシ即抵當權者タリシ甲ハ抵當權ノ讓渡ト共ニ無擔保ノ普通債權者ト爲リ普通債權者タリシ丙ハ甲ノ地位ヲ繼承シテ抵當權者ト爲リ自己ノ債權千圓ニ付其家屋ノ上ニ抵當權ヲ行フコトヲ得ヘシ但丙ハ甲ノ抵當權ヲ其儘ニ繼承スルモノニシテ甲ヨリモ大ナル權利ヲ有スルコト能ハサルハ勿論ニシテ丙ノ抵當權ハ常ニ甲ノ抵當權ト其範圍ヲ同ウシ同一ノ條件及態樣ニ從フヘキモノトス故ニ抵當權設定者ハ抵當權ノ讓渡ニ付毫モ利害ヲ感スルコトナシ何トナレハ抵當物ノ負擔ハ常ニ同一ニシテ讓渡ノ爲ニ毫モ變更ヲ受クルコトナケレハナリ

右ノ如ク抵當權ヲ讓渡シタル甲ハ全ク其權利ヲ失ヒテ普通債權者ト爲リ普通債權者タリシ丙ハ抵當權者トナリテ甲ノ地位ヲ繼承シ甲乙相互ノ間ニ於テ其地位ヲ交換スルモノナリ例之前例ニ於テ始ヨリ抵當權ヲ有セシ者ハ甲一人ニ非スシテ丁モ亦其債權額千五百圓ニ付家屋ノ上ニ抵當權ヲ有シ甲ハ第一順位丁ハ第二順位ニアルモノト假定シ且家屋ノ價ヲ二千圓ト見積ルトキハ抵當權讓渡以前ニ在テハ第一順位ヲ有スル甲先家屋ノ代價二千圓ノ中ヨリ其債權千圓ノ辨濟ヲ受ケ第二順位ノ丁ハ其債權千五百圓ニ付家屋ノ殘金ヨリ千圓ノ辨濟ヲ受ケ殘ノ五百圓ニ付テハ辨濟ヲ受クルコト能ハサルヘク普通債權者タル丙ハ其債權千圓ニ對シ一金ヲモ受クルコト能ハサルヘシ然ルニ抵當權ノ讓渡ニヨリ丙ハ甲ノ地位ヲ繼承シ丁ニ先シテ其債權全額ノ辨濟ヲ受ケ丁ハ從前ノ如ク千圓ヲ受取リ甲ハ普通債權者トシテ一金ヲモ受クルコト能ハサルヘシ故ニ抵當權ノ讓渡ハ設定者ノ利益ヲ害セサルノミナラス他ノ抵當權者ノ權利ニ何等ノ影響ヲ及ササルモノナリ

(三) 抵當權者ハ同一ノ債務者ニ對スル他ノ債權者ノ利益ノ爲メ抵當權ヲ拋棄スルコトヲ得

例之甲カ乙ニ對シ金千圓ノ債權ヲ有シ丙丁モ亦乙ニ對シテ各千圓ノ債權ヲ有シ甲及丁ハ二千五百圓ノ價格ヲ有スル家屋ニ付各抵當權ヲ有シ甲ハ第一順位丁ハ第二順位ニ居リ丙ハ普通債權者ナリト假定センニ第一順位ノ抵當權者タル甲ハ普通債權者タル丙ノ爲ニ其抵當權ヲ拋棄スルコトヲ得而シテ拋棄ノ場合ニ於テハ第一順位ノ抵當權者タル甲ハ依然トシテ其抵當權ヲ保有シ第二順位ノ丁ニ對シテハ其權利ヲ主張スルコトヲ得レトモ拋棄ノ利益ヲ受クヘキ丙ニ對シテハ之ヲ主張スルコトヲ得サルモノトス丙モ亦丁トノ關係ニ於テハ普通債權者ノ地位ニ立チ其權利ヲ敬重セサルヘカラス且丙ハ甲ノ拋棄ニ依リ甲ノ權利ヲ繼承セス從テ甲ニ代リテ抵當權ヲ行フコトヲ得サルモ甲ト丁ノ關係ニ於テハ平等均一ノ權利ヲ有スルモノナリ換言スレハ甲丙ハ其相互ノ關係ニ於テハ普通債權者トシテ同等ノ地位ニ立ツモノトス故ニ前例ニ於テ丙ノ爲ニ抵當權ヲ拋棄シタル甲ハ乙ニ對シテ優先權ヲ有スルヲ以テ家屋代金二千五百圓ノ中ヨリ其債權額千圓ノ辨濟ヲ受クルコトヲ得ヘシ而シテ甲ノ拋棄ハ丙ト丁トノ間ノ權利關係ニ影響ヲ及ササルヲ以テ丁ハ第二順位ノ抵當者トシテ家屋ノ殘リ代金千五百圓ノ中ヨリ其債權額千圓ヲ受取ルノ權利ヲ有ス是ニ於テ殘額五百圓ハ本來普通債權者タル丙ノ所得ニ歸スヘキモノニシテ甲カ丙ノ爲ニ抵當權ヲ拋棄セサルニ於テハ丙ハ單ニ五百圓ヲ受取ルコトヲ得

0176

ルニ過キスシテ殘餘ノ債權額五百圓ニ付テハ辨濟ヲ受クルコト能ハサルニ至ルヘシト雖甲カ丙ノ爲ニ抵當權ヲ拋棄シタル結果甲丙共ニ普通債權者トシテ平等均一ノ權利ヲ有スルヲ以テ甲カ第一順位ノ抵當權者トシテ受取ルヘキ千圓ト丙ノ受取ルヘキ殘額五百圓トヲ合算シ甲丙間ニ於テ其債權額ニ應シテ平等ニ之ヲ分配セサルヘカラス即甲丙ハ各自ニ七百五十圓ノ辨濟ヲ受クルコトナルヘシ於是拋棄ノ結果全部ノ辨濟ヲ受クヘキ甲ハ二百五十圓ノ受取不足トナリ五百圓ノ受取不足トナルヘキ丙ハ更ニ二百五十圓ノ辨濟ヲ受ケテ其不足ヲ補フコトヲ得ルニ至ル今假ニ丙ノ外ニ尙戊ナル普通債權者アリテ千圓ノ債權ヲ有スルモノト假定スルトキハ甲ノ拋棄ハ他ノ債權者ノ權利ニ影響セサルヲ以テ戊ハ抵當債權ヲ引去リタル殘額五百圓ニ付丙ト同等ノ權利ヲ有シ其半額二百五十圓ヲ受取ルコトヲ得ヘシ故ニ此場合ニ於テハ丙ノ受取ルヘキ殘ノ二百五十圓ト甲ノ受取ルヘキ千圓トヲ合シ甲丙ニ分配シ各自六百二十五圓ノ辨濟ヲ受クルモノトス

要之抵當權讓渡ノ場合ニ於テハ讓渡人ト讓受人トハ全然其地位ヲ交換シ拋棄ノ場合ニ於テハ抵當權者ノ受取ルヘキ分ト拋棄ノ利益ヲ受クヘキ普通債權者ノ受取ルヘキ分トヲ合併シ債權額ニ比例シテ之ヲ兩人間ニ分配スヘキモノトス

(四) 抵當權者ハ同一ノ債務者ニ對スル他ノ抵當權者ノ利益ノ爲ニ其順位ヲ讓渡スコトヲ得

例之乙ハ債務者ニシテ甲丙丁ハ各乙ニ對シテ千圓ノ債權ヲ有シ二千五百圓ノ價格ヲ有スル乙ノ家屋ノ上ニ抵當權ヲ有スルモノト假定シ甲ハ第一、丙ハ第二、丁ハ第三順位ニ在ルモノトスルトキハ其家屋ニ付甲丙ハ各千圓ノ辨濟ヲ受ケ丁ハ單ニ五百圓ノ辨濟ヲ受クルニ止ル此場合ニ於テ第一位ノ甲カ第三位ノ丁ノ爲ニ其順位ヲ讓渡シタルトキハ甲丁ハ其地位ヲ交換シ丁カ第一位トナリ甲ハ第三位ニ

下ルヘク其結果丁ハ全部ノ辨濟ヲ受ケ甲ハ僅ニ五百圓ノ辨濟ヲ受クルコトト爲ルヘシ要スルニ順位ノ讓渡ハ讓渡ノ當事者間ニ於テ順位ヲ交換スルノ效ヲ生スルニ止リ他ノ抵當權者ノ權利ニ毫モ影響ヲ及スコトナキハ抵當權讓渡ノ場合ト異ル所ナク唯抵當權ノ讓渡ハ抵當權者ト普通債權者トノ間ニ行レ順位ノ讓渡ハ抵當權者相互ノ間ニ行ルルノ差異アルニ過キス

(五) 抵當權者ハ同一ノ債務者ニ對スル他ノ抵當權者ノ爲ニ其順位ヲ拋棄スルコトヲ得

例之前例ニ於テ第一位ノ甲カ第三位ノ丁ノ爲ニ抵當權ノ順位ヲ拋棄シタルトキハ此拋棄ハ甲ト丁トノ間ニ於テノミ其效ヲ生シ甲ト丙トノ間及丁ト丙トノ間ノ權利關係ニ影響ヲ及スコトナシ即甲ハ丙ニ先シテ千圓ノ辨濟ヲ受ケ丙ハ丁ニ先シテ千圓ノ辨濟ヲ受クルノ權利ヲ有スルモ甲ト丁トノ關係ニ於テハ甲カ順位ヲ拋棄シタル結果各同等ノ權利ヲ有スルヲ以テ甲ノ受取ルヘキ分千圓及ヒ丁ノ受取ルヘキ分五百圓ヲ合シ債權額ニ應シ兩人間ニ平等ニ分配スヘキモノトス故ニ順位ノ拋棄ハ抵當權ノ拋棄ト同一ノ效果ヲ生スルモノニシテ抵當權ノ拋棄ハ抵當權者ト普通債權者トノ間ニ行レ順位拋棄ハ抵當權者相互ノ間ニ行ルルノ差異アルノミ

第三　抵當權ノ處分ノ第三者ニ對スル效力ニ關シテハ左ノ原則ニ從フヘキモノトス

(一) 處分ノ利益ヲ受クル者

抵當權者カ數人ノ爲ニ其抵當權ヲ處分シタルトキハ此等ノモノノ間ニ權利ノ牴觸ヲ生スヘシ此場合ニ於テハ不動產上ノ權利ノ得喪變更ニ關スル一般ノ原則ニ從ヒ處分ノ利益ヲ受クヘキ者ノ權利ノ優劣ハ其處分ノ登記ヲ爲シタル前後ニ依テ之ヲ定ムルコトヲ要ス而シテ抵當權ノ移轉ニ關スル登記ハ抵當權ノ主登記ニ附記シテ之ヲ爲スコトヲ得ルハ登記法第一二五條ニ規定スル所ニシテ附記登記間

ノ順位ハ其前後ニ依ルコトモ亦同法第七條第一項ニ規定スル所ナルヲ以テ抵當權ノ處分ノ利益ヲ受クヘキ者ノ權利ノ順位モ亦附記登記ノ前後ニ依テ定マルモノトス是第三七五條第二項ノ規定アル所以ナリ

(二) 債務者保證人抵當權設定者及其承繼人

法律ハ抵當權ノ性質ト實際上ノ便宜トニ基キ抵當權者ヲシテ其抵當權又ハ順位ヲ他ノ債權者ニ讓渡シ又ハ他ノ債權者ノ爲ニ之ヲ拋棄スルコトヲ得セシムルハ前既ニ說明スル所ニシテ之カ爲メ債務者又ハ抵當權設定者ノ負擔ヲ加重スルコトナシ何トナレハ債務者ハ抵當權ノ處分ニ拘ラス常ニ同一ノ債務ヲ負擔シ抵當物ノ負擔スル抵當權モ亦常ニ同一ノ範圍內容ヲ有スルヲ以テナリ故ニ抵當權ノ處分ハ夫レ自體ニ於テ債務者又ハ抵當權設定者ニ不利ナル影響ヲ及スコトナシ是法律カ債務者又ハ抵當權設定者ニ拘ラス抵當權ヲ處分スルノ權利ヲ抵當權者ニ許與スル所以ナリ然レトモ抵當權ノ處分ハ何等ノ手續ヲ要セスシテ單ニ當事者間ノ意思表示ノミニテ其效ヲ生スルモノトスルトキハ債務者又ハ抵當權者ヲシテ不測ノ損害ヲ被ラシムルノ虞アリ何トナレハ債務者又ハ抵當權設定者ハ抵當權ノ處分ヲ知ラサル爲メ善意ニ辨濟其他ノ行爲ヲ爲スコトアルヘク而シテ其行爲ハ抵當權者カ其抵當權ヲ處分シタルノ結果全然無效トナルノ不公平ナル結果ヲ生スヘケレハナリ債務者ニ代リテ債務辨濟ノ責ニ任スル保證人其他債務者抵當權者保證人ヨリ權利義務ヲ繼承シタル人トノ關係ニ於テモ亦然リ故ニ此等ノ人ニ對スル關係ニ於テハ抵當權ノ處分ハ當事者ノ意思表示ノミニ依テ其效ヲ生スルモノトナスヲ得ス是第三七六條ノ規定アル所以ニシテ抵當權處分ノ利益ヲ受クルモノハ左ノ場合ニ限リ債務者抵當權設定者等ニ對シテ其權利ヲ主張スルコトヲ得

スルニ止リ是等ノ細目ニ付テハ表示ヲ缺クコトナキニ非ス斯ル場合ニ於テハ當事者ノ意思ハ或ハ辨濟期ニ於ル資力ノ擔保ニ在ルコトアリ或ハ更ニ之ニ止ラス債權ノ消滅セサル間ハ如何ナル時ニ於テモ債務者無資力ニ付テノ責任ヲ負フニ在ルコトアルヘシ然レトモ如此過重ノ擔保ヲ負フコトハ稀有ノ場合ニ在リ存ス將來資力ノ如何ニ成リ行クヘキカハ賣主ト雖得テ測知スヘカラサル所ナルヲ以テ一應ハ單ニ特約當時ニ於ル資力ヲ擔保スルノ意思ト爲スヲ妥當トス是民法ニ此規定ヲ設ケタル所以ナリ(一項)但推定ニ過キサルヲ以テ買主ヨリノ反證アラハ其特別ノ意思ニ從フ唯其反證ナキ間ハ賣主ニ於テ契約當時ニ資力アリシコトノ證明ヲ爲スニ依テ其擔保責任ヲ免ルルヲ得ヘキナリ尙資力擔保ノ特約ニ於テ將來ノ資力ヲモ擔保スル旨ヲ約シ而モ如何ナル時期迄ヲ標準トスルカヲ定メサリシ場合ニ於テハ場合ヲ區別シテ論セサルヘカラス若特約ノ時ニ既ニ債權カ履行期ニ在ル場合ナリトセハ債權ノ存續スル總テノ期間ト解スル外ナシ反之辨濟期ノ到來セサル債權ニ關スルトキハ辨濟期到來スルモ債權者カ請求ヲ怠リタル場合ヲ迄眼中ニセルモノトハ爲シ難キヲ以テ乃辨濟期ニ於ル資力ヲ擔保スルニ在ルノ意思ト推定スヘキモノトセリ(二項)

要之資力擔保ノ責任カ發生スル爲ニハ三ノ要件ナカルヘカラス(一)債權ニ關シ資力擔保ノ特約アルコト(二)資力ヲ擔保セル時期ニ於テ債務者カ無資力ナルコト(三)債務不履行カ其爲ニ生スルコト是ナリ而シテ此要件ノ具足スルニ因テ生スル擔保責務ノ內容ニ付テモ先特約アラハ之ニ從フヘキコト論ナシト雖特約ナキ場合ニ於テハ更ニ問題ノ蟠窟スルヲ免レス(一)或ハ債權賣買ノ解除及賠償ニ在リトスヘク(二)或ハ債務者ノ遲滯ノ責ヲ賣主ニ於テモ負擔スルニ在リトスヘク(三)又或ハ賣主カ債務者ニ代リテ單ニ辨濟義務ヲ果スニ止ルコト即元本利息ヲ支拂ヒ取立費用ノ賠償ヲ爲スニ止ルニ在

リトスヘシ要スルニ此點ニ關シテ何等ノ明文ナキ以上ハ結局意思解釋ノ事實問題ニ歸著スヘキコト勿論ナリト雖愈別段ノ舉證アルヲ待サル場合ニハ予ハ一應第三ノ推測ヲ爲スヲ以テ最妥當ト信スルナリ

(三) 要素タル擔保義務　偶素タル擔保義務ニ付テ述ヘタルカ如ク當事者ハ特約ニ依テ擔保義務ヲ輕減スルコトハ其自由ナリ而シテ更ニ一歩ヲ進メテ無擔保ノ特約即第五六〇條乃至第五七一條所規ノ擔保責任ヲ負ハサル旨ヲ特約スルコトヲ得ヘシ然レトモ此原則ニ對シテハ二ノ制限アリ

(1) 擔保ノ原因タル欠缺又ハ瑕疵ノ事實ヲ賣主カ知ルニ拘ラス之ヲ買主ニ告知セスシテ無擔保ノ特約ヲ爲シタルトキ此場合ニ於テモ知テ告ケサリシ一事ニ因テ當然詐欺ト爲ルモノニ非ス時トシテ詐欺トシテ賣買契約ヲ取消シ得ヘキコトアルニ過キサルノミ而モ詐欺ト爲ラサル場合ニ於テモ其實情ハ之ニ準スヘキモノタルヲ失ハス然レトモ詐欺ニ因ル契約ニ非サル賣買ヲ無效トシ又ハ取消シ得ト迄爲スノ必要ナシ寧無擔保ノ特約ノミヲ不成立トスルヲ以テ買主ノ保護上適切ナリトス是第五七二條前文ノ規定アル所以ナリ但同條ニ依レハ擔保ノ責任ヲ負ハサルコトヲ約シタルトキト雖云云トアリ然レトモ同條ハ擔保輕減ノ特約ノ場合ヲモ包含スルモノト解スルヲ穩當ト信ス

(2) 右ハ特約ノ時ニ既ニ欠缺瑕疵アル場合ニ關スレトモ尙特約以後ニ賣主カ故意ニ全部又ハ一部ノ欠缺ヲ生セシメタル場合ニ於テモ亦無擔保又ハ減額ノ特約ハ其效果ヲ生セス即曩ニ述ヘタルカ如ク全部又ハ一部ノ追奪擔保ノ責任ヲ負擔セサルヘカラサルナリ第五七二條後段ニ「自ラ第三者ノ爲メニ設定シ又ハ之ニ讓渡シタル權利ニ付テ」トアルハ此謂ナリ若賣買前ニ同一ノ事實アリテ之ヲ買主ニ告ケサリシトキハ是前文(1)ノ場合ニ入ルナリ

若更ニ當事者ニシテ右ノ制限ニ反スル無擔保又ハ擔保輕減ノ特約ヲ以テ其賣買ノ主觀要素ト爲シタルトキハ爲ニ賣買其モノノ不成立ヲ來スモノタルヤ勿論ナリ隨テ苟賣買アル以上ハ右ノ二點ニ對シテハ當事者カ反對ノ意思ヲ表示スルニ拘ラス擔保責任ノ追隨スルヲ免レサルナリ是之ヲ賣買ノ要素タル擔保責任ト稱スル所以ナリ但如此場合ニ於テモ責務カ既ニ生シタル後ニ於テ請求權者ニ於テ其拋棄ヲ爲シ又ハ免除ノ特約ヲ締結スルヲ妨ケサルコトハ亦論ヲ俟タサルナリ

(下) 買主ノ義務即賣主ノ權利

(甲) 原始義務

(一) 主タル義務　賣買ニ因テ買主ノ負擔スル主タル義務ハ代金支拂ニ在ルコト勿論ナリ

(イ) 代金額及賣買ノ費用等ニ付テハ曩ニ述ヘタル所ニ依ル而シテ通常金錢債務ナルカ故ニ第四〇二條以下ノ適用ニ從フ

(ロ) 代金支拂ノ時期　代金支拂ノ時期ニ付テハ當事者ハ如何ナル特約ヲモ爲スコトヲ妨ケス例之回數拂(Vente à lewpérament)ハ近時盛ニ利用セラルル所ナリ然レトモ若此點ニ關シ何等ノ定メナシトセハ買主ハ何時ニテモ賣主ノ請求アリタル時ニ代金ノ支拂ヲ爲ササルヘカラス(四一二條三項)唯目的物ノ引渡ニ付テモ同ク別段ノ合意ナキトキハ是亦期限ノ定メナキモノト認ムヘキニ由リ買主ハ不履行ノ抗辯ヲ爲シ得ヘキノミ(五三三條)反之若目的物ノ引渡ニ付テ履行期限ノ定アリテ即座ニ履行スルヲ要セサル場合ナリトセハ買主ハ不履行ノ抗辯ヲ利用スルヲ得ス(五三三條)引渡ヲ受ケサルニ自己ノミ支拂ヲ爲ササルヲ得サルヘシ然ルニ買主ノ地位タル一方ニ危險負擔ノ虞アリテ他方ニ賣主ノ如ク先取特權、留置權等ノ救濟ニ浴セサルヲ通常トス左レハ如此獨買主ニノ

0179

ミ不利益ナル合意ヲ爲スハ通常當事者ノ意思ニ反スル所ト認ムルヲ妥當トス故ニ民法ハ賣買ノ目的物ノ引渡ニ付テ履行期カ將來ニ在ルトキハ代金支拂ニ付テモ亦同一ノ延期ヲ爲シタルモノトノ推定ヲ設ケ以テ不履行ノ抗辯ノ保護ヲ當事者雙方ニ與ヘタリ但推定ニ過キサルコトヲ忘ルヘカラス（五七三條）

然レトモ右ノ推定ハ賣買ノ目的物ノ引渡ニ付テ猶豫期限アル場合ニ代金支拂ニ付テモ同一ノ期限ヲ附シタルモノト推定スルニ限ル此規定アルニ由テ直ニ代金支拂ニ付テ期限アルトキハ目的物ノ引渡ニ付テモ同一ノ期限ヲ附シタルモノトノ推定ヲ設ケタル法旨ト爲スヘカラサルハ文理上反對解釋ヲ許ササルヨリ觀ルモ明ナリ之ヲ論理上ノ解釋ヨリ考フルモ亦消極ノ見解ヲ下スコト穩當ナリ蓋賣主ハ買主ト異リ危險負擔ノ慮ナク又先取特權等ノ保護ヲ受クルヲ常トスルカ故ニ此合意ハ特ニ賣主ニ不利益ヲ與フルモノト認ムヘキモノニ非サレハナリ

右代金支拂時期ノ本則ニ對シテハ例外アリ換言スレハ代金支拂期ノ到來シ居ルニ拘ラス不履行ノ抗辯ニ依ラスシテ特ニ買主ニ於テ其支拂ヲ拒ムコトヲ得ル場合アリ即左ノ如シ

(1)全部又ハ一部追奪ノ危險アルトキ此場合ニ於テハ買主ハ其危險ノ程度ニ應シ追奪ノ虞アル部分ニ對當スル代金額ノ支拂ヲ拒ムコトヲ得但追奪ノ原由又ハ其結果タル損害ノ虞ナキニ至リタルトキハ支拂拒絶ノ理由ハ自ラ消滅ニ歸スヘキコト勿論ナリ故ニ民法ニ於テハ賣主カ相當ノ擔保ヲ供シタル場合ニハ拒絶權ハ消滅スト規定ス此他例之無擔保ノ特約アル場合又ハ賣主ニ於テ追奪ノ事由ヲ除去シタル場合ノ如キモ同一ナリトス（五七六條）(2)不動產上ノ所有權、地上權、永小作權等ヲ買受ケタル場合ニ其不動產ニ付テ先取特權、質權、抵當權カ存在シ且買主ニ對抗シ得ル狀態ニ於テ存スルトキ即登記ヲ經由シ居レルトキ此場合ニ於テハ買主ハ其買受ケタル權利ヲ保存スル爲ニハ滌除ノ手續ヲ靈ササルヘカラス（三七八條、三四一條、三六一條等）而モ一旦代金ヲ支拂ヒ賣主カ無資力ト爲ル如キコトアルトキハ滌除ノ爲ニ爲シタル出捐ノ償還ヲ得ルコト能ハサルカ故ニ滌除ノ手續ヲ終ル迄ハ代金ノ支拂ヲ拒ムコトヲ得唯滌除ハ何時ニテモ買主ニ於テ爲シ得ルモノナルカ故ニ右ノ外ニ何等ノ規定ナキトキハ買主ハ滌除ヲ名トシテ妄ニ支拂ノ遲延ヲ圖ルヘキヲ以テ民法ハ同時ニ賣主ニ與フルニ買主ニ對シテ遲滯ナク滌除ヲ爲ス（キ旨ヲ請求スルノ權利ヲ以テシタリ（五七七條）此規定ニ由リ遲滯ナク滌除ヲ爲スコトハ支拂拒絶ノ前提要件ト爲ルカ故ニ買主カ此義務ヲ怠ルトキハ賠償ノ外最早支拂ヲ拒絶スルコト能ハサルニ至ルヘシ而シテ買主カ滌除ヲ爲シタルトキハ賣主ノ債權者ニ滌除ノ爲メ拂ヒ渡シタル金額ノ範圍ニ於テ賣主ニ對スル代金支拂ノ義務ヲ免ルルニ至ルモノトス蓋滌除ハ畢竟代金ヲ賣主ニ支拂フニ代ヘテ之ヲ債權者ニ支拂フモノニ外ナラサレハナリ

支拂拒絶ハ單ニ滌除ノ場合ニ限ル故ニ賣買ノ目的物カ動產ナル場合滌除ニ非サル出捐ノ場合（三七七條等）等ニ在テハ縱令支拂以前ナルモ尚其拒絶權ナク唯第五六七條第二項ノ保護アルノミ是立法上尚講究ノ餘地ナキニ非サルヘシ

前述二ノ場合ニ於テ買主カ支拂拒絶ヲ爲シタルトキニ單ニ賣主ニ擔保供與ニ由ル支拂拒絶權ノ消滅及遲滯ナク滌除ヲ爲スヘキ旨ノ請求權ヲ與フルニ止ルモノトセハ賣主ノ保護ニ於テ間然スル所アルモノト謂ハサル能ハス蓋擔保供與ハ賣主ニ於テ時ニ困難又ハ不便ナルコトアリ又催告ノ如キモ多少ノ日子ヲ費スヲ免レス其間ニ買主ハ或ハ無資力ト爲リ又或ハ財產ヲ隱匿スルカ如キ行爲ア

0180

ルカ爲ニ結局代金ノ支拂ヲ受クル能ハサルニ至ルコトアレハナリ故ニ民法ハ賣主ハ此場合ニ買主ニ對シテ代金ノ供託ヲ請求シ得ルモノトシタリ(五七八條)

(ハ) 代金支拂ノ場所　此點ニ關シテモ特約アルトキハ之ニ從フヘキコト勿論ナリ然レトモ特約ナキ場合ニ於テハ第四八四條ノ通則ニ從ハサルヘカラス然ラハ目的物ノ引渡ト代金支拂トカ同時ニ履行サルヘキ場合ニ於テハ少クトモ二人ノ代理人ヲ用ヒサルヘカラス是畫ニ不便不必要ナルノミナラス同時ニ履行セントノ約束ニ於テ包含セラルル目的物ト代金トノ引替ヲ爲サントノ當事者ノ意思ニ反スルコトト爲ル故ニ民法ハ此場合ニハ特ニ通知ニ反シテ代金ハ賣主ノ住所ニ於テ支拂フコトヲ要セス通則ニ從ヒ目的物ヲ受取ル場所ニ於テ支拂フヘキモノトシタリ(五七四條)

(二) 從タル義務

(イ) 果實　賣主カ未賣買ノ目的物ヲ買主ニ引渡ササル場合ニ於テ之ヨリ果實ヲ生シタルトキハ其果實ハ常ニ賣主ニ歸屬スルモノトス(五七五條一項)蓋通則ニ依レハ果實ハ其元物ヨリ分離スル時ニ之ヲ收取スル權利ヲ有スル者ニ屬スルモノトス(八九條)左レハ引渡ハ終ラサルモ權利其モノカ賣買ニ因テ既ニ買主ニ移轉セル場合ニ於テハ本來其果實ハ買主ニ屬スヘキ筈ナリ然レトモ此ノ如クンハ買主ヲシテ代金ニ付テモ契約ノ時ヨリ利息ヲ支拂ハシメサルヘカラス又物ノ保存費ヲモ償還セシメサルヘカラス賣主カ必要上其物ヲ使用シタルトキハ其使用料ヲモ支拂ハシメサルヘカラサルコトト爲リ徒ニ計算上ノ煩雜ヲ生スヘシ如カス寧對價タル代金ノ利息ニ對スル權利ト物ノ果實トヲ對當的ニ終除センニハ是此規定アル所以ナリ要之果實ノ歸屬ハ引渡ヲ以テ標準トシ權利ノ移轉ヲ標準ト爲ササルモノトス

(ロ) 利息　代金ノ利息ハ特約アラハ之ニ從フヘキコト勿論ナルカ利息ノ特約ナキトキハ利息ノ支拂ニ付テ買主カ遲滯ノ責ニ任スル時ヨリ之カ支拂ノ責ニ任セサルヘカラス(四一九條)然レトモ一旦果實ハ權利ノ買主ニ移ルニ拘ラス引渡アル迄ハ賣主ニ屬スト定メタル以上ハ利息ノ支拂モ亦引渡アル迄ハ買主ニ於テ支拂フヲ要セスト爲スニ非サレハ權衡ヲ失スヘシ故ニ民法ハ利息ニ關スル通則ニ反シ「縱令代金ヲ支拂フヘキ時期カ引渡ノ時期ヨリモ先ナルトキ」ト雖尚利息ハ引渡ノ時迄ハ之ヲ支拂フコトヲ要セストシタリ(五七五條二項本文)而シテ代金支拂期カ引渡ノ時期ト同時ナルトキハ引渡ノ時ヨリ利息ヲ支拂フヘキコト勿論ナレトモ若「代金支拂時期カ引渡ヨリモ後ナルヘキ場合」ニ於テハ其支拂期限ノ到來スル迄ハ目的物ノ引渡ヲ受クルモ利息ヲ支拂フコトヲ要セストシタリ(同但書)是賣買ニ於テ特ニ代金支拂ノ時期ヲ延スニ方リテハ當事者ニ於テ既ニ利息ヲ計算シテ代金額ヲ定メタリト觀ルヘキモノト爲シタルニ由ルナルヘシ然レトモ此規定ハ立法論トシテハ疑問ノ餘地アリ蓋但書ノ理由トスル所ハ代金支拂期ノ到來セサル間ハ買主ハ遲滯ニ在ラス隨テ利息ヲ支拂アノ必要ナシト觀タルニ在ラン然レトモ此理論ニ基クヘキモノナラハ代金支拂期ヲ引渡ニ先タシメタル場合ニ於テハ引渡以前ヨリ利息ヲ支拂フヘキモノト爲ササルヘカラス然ルニ本文ハ此場合ニ於テハ引渡ノ日ヨリ利息ノ支拂ヲ命ス是引渡迄ハ果實ノ賣主ニ屬スルヲ重視シタルナリ若之ヲ重視スルナラハ代金ノ支拂期カ引渡ノ期限ニ後ルル場合ニ於テモ亦引渡ノ時ヨリ利息ヲ支拂フヘキモノト爲ササルヘカラス利息ヲ計算シテ代金額ヲ見積ルト謂フカ如キハ但書ノ場合ニノミ推測スヘキ事項ニハ非サルナリ要之本文ト但書トハ其主眼トスル所ヲ異ニスル點ヨリシテ其間ノ調和ヲ缺クモノタルニ似タリ

0181

(ハ) 代金供託ノ義務(五七八條) 前ニ說明セル所ニ讓ル

佛獨其他ノ法制ニ於テハ右ノ外ニ賣買ノ目的物ノ受領ヲ以テ買主ノ一義務ト認ム然レトモ我民法ニ於テハ之ヲ以テ買主ノ特別ノ義務トハ爲ササルナリ唯目的物ノ受領カ一般ノ原則ヨリ來ル義務ナリヤ否ヤハ別問題トス蓋一般ニ正當ノ理由ニ基カサル債權者ノ辨濟受領ノ拒否又ハ不能ハ債權者ノ遲滯ヲ惹起ス(四一三條)然レトモ債權者ハ權利者タルカ爲ニ受領ノ義務ヲ負フモノト認メ難シトセハ是唯權利ノ行使懈怠ノ結果ニ過キサルモノト觀ルヘキモノナルヘシ左レハ買主ノ受領ハ我民法上特別ノ義務ニ非サルハ勿論一般ノ義務ニモ非サルモノト解スヘキナリ

(乙) 救濟義務　買主カ賣買ヨリ生スル本來ノ義務ヲ履行セサル場合ニ於テハ之カ爲ニ生スル賣主ノ損害ニ對シテ賣主ニ救濟的權利ヲ生ス是則買主ノ擔保義務ニシテ所謂支拂ヲ受ケサル賣主ノ擔保ト稱スルモノ是ナリ

(一) 一般契約ノ理論ヨリ生スル義務

(1) 留置權(引渡ヲ爲ササル間此權アリ)(二九五條)

(2) 不履行ノ抗辯權(五三三條)

(3) 契約解除(五四一條及五四三條)

此他契約不履行ノ一般的ノ保護アルコト勿論ナリ又嚴正ノ意義ニ於テ救濟的關係トハ謂フヘカラサルモ危險負擔(五三四條以下)ノ如キハ此場合ニ最主要ナル適用アルモノトス尙或法制ニ於テハ動產賣買ニ付テ支拂ヲ受ケサル賣主ニ對シ特ニ取戻權(revendication)ナルモノヲ認ムル例アレトモ是特殊ノ沿革ヨリ胚胎シ來リシモノニシテ我民法上ハ特約アル場合ノ外斯ル特別ノ權利ナキモノト解スヘキヤ勿論ナリトス

(二) 賣買ニ特別ノ義務賣買ノ先取特權即是ナリ(三二二條及三二八條)

第三款　賣買ノ終了

賣買ノ終了ニ付テモ一般契約ノ終了ノ理論ノ適用アルヘキコト勿論ナリ例之契約ノ取消解除條件ノ成就契約ニ因ル解除等ノ如キ皆然ラサルハナシ而シテ契約終了ノ最主要ナル原由タル契約解除ノ如キモ賣買ニ特別ナルモノノ存スルコトハ賣買ノ效果トシテ既ニ說明セル所ナリ此他不履行ニ因ル解除及契約ニ因ル解除權ノ留保ニ關シテモ第五四〇條以下ニ規定セラルル一般原則ノ適用アルコト勿論トス然レトモ賣買ニ付テハ民法ハ此以上ニ更ニ契約ニ因ル解除權留保又ハ之ニ類似ノ特別ナル態樣トシテ二事項ヲ認ム手附及買戻即是ナリ而シテ是亦一般ノ有償契約ニ準用セラルルヲ本則ト爲スコト言ヲ俟タス(五五九條)以下此二點ニ付テ略說スヘシ

(上) 手附(五五七條) 手附トハ賣買締結ノ際當事者ノ一方ヨリ他ノ一方ニ交付スル金錢其他ノ有價物ヲ謂フ

手附ノ內容ニ付テハ當事者カ明示默示ニ其意思ヲ表示シタルトキハ之ニ從フヘキコト論ヲ俟タスト雖其意思分明ナラサルコト通常ニシテ而モ其場合ニ如何ナル效果ヲ之ニ認ムヘキカニ付テハ法制合致セス(一)手附ヲ以テ確約ノ證トナスモノアリ(獨民三三二六條)又諾成契約履行ノ擔保ト爲スモノアリ(羅馬法)(二)或ハ手附ヲ以テ契約解除權留保ノ一手段ト爲スモノアリ(佛一五九〇條)(三)又或ハ代金ノ內拂ト謂フカ如キ當事者ノ一方ノ一部履行ノ著手ト爲スモノアリ(英米法)一般ノ沿革的傾向ハ契約成

0182

行ノ擔保ヨリ契約解除ノ手段ニ進ミ更ニ確約ノ證ト爲スニ在ルカ如シ蓋古昔諾成契約ニ確實ノ效力ヲ認メサリシ時代ニハ特ニ其履行ノ擔保ヲ必要トシ次ニ諾成契約ニ充分ノ效力ヲ認ムルニ至テハ却テ之ヲ解除スルノ手段アルコトヲ便宜ト考ヘシメタリトモ信用ノ度漸高キヲ加フルニ及ヒテハ契約ハ破棄ハ法ノ精神ニ合セサルカ故ニ當事者ノ意思ノ認ムヘキモノ無キ場合ニハ寧之ヲ以テ契約成立ノ標徵ト爲スヲ至當トスルヲ以テナリ然レトモ我民法ハ暫從來多數ノ慣習ニ倣ヒ之ヲ以テ當事者雙方ニ對スル契約解除權留保ノ一手段ト爲シ手附損倍戻ノ諺ニ從ヒ手附ヲ交附シタルモノハ之ヲ拋棄スルニ依テ又手附ヲ受取リタルモノハ其倍額ヲ償還スルニ依テ手附ト同時ニ留保シタリシ解除權ヲ行使シ得ヘキモノトセリ蓋手附ヲ受取リタル者ニ於テ倍額ヲ償還スルハ手附ノミノ返還ナラハ自己カ契約解除ヲ爲スニ對シテ手附ヲ交附シタル者ト異リ何等失フ所無カルヘク倍額ノ償還ニ依テ始テ交付者ト同一ノ出捐額ニ依テ解除ヲ爲シ得ルコトヲ爲レハナリ又條文ニハ買主カ賣主ニ手附ヲ交付シタル場合ノミヲ豫想スルカ如シト雖是只普通ニ行ルル場合ニ付テ規定シタルモノニ過キス賣主カ買主ニ對シ代物ノ一部其他ノ有償物ヲ交付シタル場合ニ於テモ其意思明ナラサルトキハ亦本條ノ適用ニ從フモノト解スヘキヲ信スルナリ而シテ手附ニ依ル解除權行使ノ時期ニハ制限アリ即解約ハ當事者ノ一方カ履行ノ一部ニ着手セサル間ナルコトヲ要ス蓋相手方カ履行着手後ニ解約ヲ爲スコトヲ許ストキハ其相手方ハ不測ノ損害ヲ被ルコトアルノミナラス當事者ハ着手後ニ解約セラレンコトヲ畏レテ履行ノ着手ヲ躊躇スルニ至ルヘケレハナリ

手附ニ依ル解約ハ契約ニ依ル解除權ノ行使ノ一場合ニ外ナラサルヲ以テ解除ノ方法及其效果等凡テ契約解除ノ本則ニ從フヲ原則トス(五四〇條、五四四條、五四五條以下)唯手附ニ依ル解除ニ關スル特別規定タル第五五七條アルカ爲ニ右ノ本則ハ其制限ヲ被ルノミ例之手附受領者ノ解除權ノ行使ニハ單純ナル意思表示ノ外ニ手附ノ倍額ヲ償還スルコトヲ必要トシ又行使ノ時期ニ前述ノ制限アルカ如キ然リ而モ特ニ說明ヲ要スルハ手附ノ效果ナリトス(一)先手附ニ因ル解約ヲ行ヒタルトキハ其解約ノ效果ハ第五四五條ノ通則ニ從フヘキコト勿論ナリ只手附ニ因ル解約ハ手附損倍戻ヲ以テ解除ヲ爲シ得ル條件ト爲ス場合ニ關スルカ故ニ之ヲ以テ解約者ノ相手方ノ之カ爲ニ被ムル損害ヲ賠償スルニ代フルノ趣旨ニ出テタルモノト爲ス外ナク從テ手附損賠償ノ上ニ更ニ第五四五條第三項ノ適用ニ從ヒ解除者ニ於テ賠償ノ責ニ任スルコトヲ要セサルヤ疑ヲ容レス是第五五七條第二項アル所以ナリ但若第五四五條第三項ハ狹ク之ヲ解除權行使者ニ對シ相手方タル不履行者ニ於テ賠償ノ責ニ任スル規定ト解釋スヘクンハ眞ニ注意的規定タルニ過キサルモノト謂フヘシ(二)手附ニ依ル解約ヲ行サリシ場合例之履行着手迄解除權ヲ行使セサリシ爲ニ解除權カ消滅ニ歸セルトキ別ニ新ナル契約ヲ以テ賣買ヲ解除シタルトキ或ハ又賣買カ取消シタル場合等ニ在テハ手附受領者ハ其手附ヲ交付者ニ返還スルヲ要スルコト勿論ナリ是賣主カ手附トシテ金錢ヲ交付シ又ハ賣主カ賣買ノ目的物タリ得ル要件ヲ具ヘタル不特定物ヲ交付シタル場合ニ於ルモ同一ナリ只斯ル場合ニ於テハ其賣主又ハ賣主ハ賣買ノ履行ニ方リ相殺ヲ對抗シ得ヘキノミ蓋手附ハ別段ノ表示無キ以上ハ代金又ハ代物ノ內拂ニハ非サルヲ以テナリ

終リニ注意ヲ要スルハ本條モ亦任用規定タルコト是ナリ從テ當事者ニ於テ手附ニ如何ナル效果ヲモ與フルコトヲ妨ケサルナリ例之是ヲ以テ確約ノ證ト爲シ或ハ代金ノ內拂ト爲シ又ハ是等ノ一手段ト爲スコトヲ妨ケサルナリ例之是ヲ以テ確約ノ證ト爲シ或ハ代金ノ內拂ト爲シ又ハ是等ノ一手段ト爲スト共ニ契約解除ノ一方法ト爲スコトヲモ妨ケスト解ス但解約ノ擔保ト共ニ內拂ノ方法ト爲スハ履行ニ著手スル迄トノ制限アルヨリ不能ナルニ似タリ雖手附其モノヲ交附セル時ニハ履行ノ著手タル內拂

0183

ト見ス愈解約權ヲ拋棄シタル時ヨリ內拂ト爲スノ特約ヲ爲スコトヲ妨ケスト信スルナリ

(下) 買戻(五七九條乃至第五八五條)

(甲) 意義　買戻ノ特約トハ不動產ノ賣買ト同時ニ賣主ニ其賣買ヲ解除スル一種ノ權利ヲ留保スル人特約ヲ謂ノ買戻トハ其特約ニ基キ賣主ニ於テ特殊ノ解除權ヲ行使スルコトヲ謂フ時ニ買戻ノ語ノ中ニ其特約ヲモ包含セシムルコト無キニ非サルナリ

(乙) 根據　買戻ノ特約ノ效用ハ金融ヲ得ルノ手段タルニ在リ例之今金融ヲ得ント欲スル者ニ於テ之カ爲ニ其所有ノ不動產ヲ利用セントスル其ニ全然之ヲ手放スコトヲ好マサル場合ニ於テハ其不動產上ニ質權又ハ抵當權ヲ設定スルニ依テ借財ヲ爲スコトモ其一方法ナリト雖時ニ債權者タルヘキ者ハ是等ノ擔保權ノ行使ノ繁雜ナルヲ厭フヨリシテ借財ノ目的ヲ達スル能ハサルコトアルヘシ斯ル場合ニ於テ前上ノ目的ヲ達スル爲ニハ買戻ノ特約ニ依リ一時不動產ヲ賣却シテ金融ノ途ヲ得ルト共ニ後日其不動產ヲ回復スルノ途ヲ存スルノ外他ニ適當ノ手段ナカルヘシ左レハ利息附ノ貸借ノ禁セラレ又登記制ノ不完全ナリシ爲ニ買戻カ債權者ニ對シテ安全ナル放銀ノ方法ト爲リシ時代ト相距ルコト遠キ今日ニ於テモ縱令其實用ノ程度ハ漸次減少スルトハ謂ヘ農民ノ如ク不動產ヲ重要視スル階級ニ在テハ尙其窮迫ヲ救濟スル手段トシテ買戻制度ノ實益頗大ナルヲ觀ルナリ

然レトモ買戻ノ制度ニハ一方ニ種多ノ弊害ノ伴隨スルヲ免レス(一)買戻ハ第三者ニモ對抗シ得ルモノト爲スニ非サレハ殆其回復ノ目的ヲ達スル能ハサルカ故ニ亦買戻制ヲ認ムルノ甲斐ナシ然レトモ此カ爲ニ第三者ニモ對抗シ得ルトノ測及效ヲ與フルニ於テハ買戻ノ特約アルヲ知ラスシテ其權利ヲ取得シタル第三者ハ買戻權行使ノ爲メ不測ノ損害ヲ被ムルヲ免レス故ニ有償契約ヲ締結セントスル者ハ常ニ其目的物ニ買戻ノ附著スル無キカヲ疑慮スヘキカ故ニ一般取引ノ安固融通ヲ阻害スルコト大ナルヘシ(二)買主ハ買戻權ノ行使ヲ慮リテ其物ノ改良ヲ怠ルヘシ(三)利息制限法ノ掣肘ヲ免レン爲メ債權者債務者間ニ陽ニ買戻附賣買ヲ締結シ發日代金ヨリモ巨額ヲ支拂フニ依テ物ノ返還ヲ受クルヲ得爲スコトアルヘシ(十年布告六六號利息制限法)(四)質權者タル債權者ト質權設定者タル債務者(又ハ其他ノ者)トノ間ニ表面上買戻附賣買ヲ結ヒ以テ流質ノ禁ヲ破ラントスルコトアルヘシ

(三四九條)

右ノ內第三ノ弊害ハ賣主ノ返還スヘキ金額ヲ拔ニ受取リタル代金額ニ限ルトスルニ依テ之ヲ免レ得ヘシ而シテ第一ノ弊害ハ買戻ノ目的物ヲ不動產ニ限ルモノトシ且之ニ付テ登記ヲ爲スニ非サレハ第三者ニ對抗スルヲ得ストスルニ依テ又第二ノ弊害ハ買戻權行使ノ期間ヲ制限スルニ依テ其弊害ノ程度ヲ減少スルヲ得ヘシ唯第四點ニ至テハ殆全ク流質禁制ノ法旨ヲ貫徹スル能ハサルカ如シ蓋共謀ノ場合ニ於テハ其證明ノ擧ルヲ待テ之ヲ無效ト爲スヲ得ヘキ(九四條)カ故ニ尙可ナリ債權者ノミノ詐謀ニ出ツル場合ニ於テハ理論上不法ノ目的ヲ以テスル契約タリ(九〇條)又流質契約タルカ故ニ(三四九條)無效ナルコト勿論ナリト雖其擧證ハ事情多クハ債權者ノ心裡狀態ノミニ屬スルヲ以テ殆困難ナリト謂フヘキヲ以テナリ要之買戻ノ制度ハ窮竟弊害ノ附隨スルヲ免レス又其必要モ信用制度ノ發達ト共ニ次第ニ減少スルノ傾向アリ然レトモ我民法ハ右ニ擧ケタル如キ弊害減少ノ條件ヲ設ケタル以上ハ現下ノ國情上害ヨリモ利點多シト觀テ一般ノ法制ト同ク此制度ヲ認メタリ

(丙) 要件　要件ハ前述買戻ノ根據ニ由テ定ル再言スレハ民法ハ買戻ノ本旨ヲ滅却セサル範圍ニ於テ出來得ル限リ其弊害ノ圍限ヲ旨トシ以テ其要件ヲ定メタリ而シテ此點ニ付テモ買戻ノ特約ノ要件

0184

ト買戻權行使ノ要件トヲ區別スルヲ要ス

（第一）買戻ノ特約ノ要件

（一）不動產ヲ目的トヲ爲スコトヲ要ス（五七九條一項）動產ニ付テ買戻ノ特約ヲ認メサルハ左ノ理由ニ基ク

(1)不動產ハ祖先傳來ノ資產トシテ殊ニ又農民ニ取リテハ其生活ノ基本トシテ全ク之ヲ手離ス能ハサル事情多シ反之動產ニ至テハ斯ク迄ノ必要アルモノ少ク又後ニ同一又ハ類似ノモノヲ得ルニ容易ナリ即動產ニハ買戻ヲ附スル實際ノ必要稀ナリ(2)縱令實際ノ必要アリトスルモ動產ニ付テハ買戻ノ特約ノ實效皆無ナルニ非スンハ殆其弊ニ堪ヘサラントス蓋動產ニ付テハ占有ニ因ル即時取得（一九二條）ノ制アルヲ以テ縱令買戻ノ特約ヲ附スルモ買主ニ於テ一旦善意ノ第三者ニ其動產ヲ讓渡ストキハ賣主ハ此即時取得者ニ對シテ最早之ヲ取戻スコトヲ得サルヘシ左レハトテ又登記ノ如キ公示制度ヲ設ケ得サル動產ノ買戻ニ付テ第一九二條ノ適用ナシトセンカ第三者ノ保護ハ全然失ハレテ茲ニ買戻ノ最大弊害ヲ現ハスナル可シ

是我民法ニ於テ反對ノ法制アルニ拘ラス不動產ニ限ルトセル所以ナリ若動產ニ付テ買戻ノ特約ヲ締結センカ當事者ノ意思遡及效ヲ要素ト爲シタル場合ニハ其特約ハ全然無效ナリ更ニ其特約ノ成立ヲ賣買其モノノ要素トシタルトキハ賣買迄モ無效ナリ反之遡及效ヲ要素ト爲ササルトキハ通常ノ契約解除權ノ留保トシテ有效ナルモノト信ス（五四五條一項）即此場合ニ解除ヲ爲シタルトキハ原狀回復ノ債務發生ニ止リ且第三者ニ對抗シ得サルコトト爲ルナリ又時ニ再賣買ノ豫約ト爲ルコトモアルヘシ尙特約ニ依リ即坐ニ前賣買ヲ解除スル場合ニ於テハ或ハ契約ニ依ル解除ト爲リ或ハ再賣買ト爲ルヘシ

（二）賣買契約ト同時ニ買戻ノ特約ヲ締結スルヲ要ス（同條同項）蓋今日ニ於ル此特約ノ效用ハ一ニ權利回復ノ途ヲ有シツツ金融ヲ得ルノ方法タルニ在リ此法旨ヲ貫徹スル爲ニハ買戻ハ賣買ノ成立セル時ニ遡リテ解除ノ效果ヲ生シ第三者ニ對抗シ得ルモノト爲ササルヘカラス左レハ斯ル效力ヲ特約ニ認ムル爲ニハ賣買ノ時ニ既ニ此特約アリタルコトヲ要スルコト理論上正當タルノミナラス賣買以後如何ナル第三者ニハ對抗シ得トスルカ爲ニハ賣買ト同時ニ買戻ノ特約アルコトヲ登記ノ方法ニ依テ公示スルニ非サレハ第三者ノ保護ヲ受クモノト謂フヘキヲ以テナリ（五八一條一項）若夫レ賣買締結以後ニ此特約ヲ締結シタル場合ニ於ル特約ノ效果ニ付テハ（一）ニ付テ述ヘタル所ヲ參照シテ明ナルヘシ

（三）買戻ノ特約ニ於テハ代金及契約ノ費用ト權利トノ交換的返還ヲ以テ解除ノ內容ト爲スモノタルヲ要ス（同項）是主トシテ利息制限法ノ適用ヲ潛脫スルノ弊害ヲ防クカ爲ナリ又假ニ此趣旨ヲ外ニシテ考フルモ賣主カ受取リタル代金ヨリモ巨額ヲ支拂ハサルヘカラストノ特約ヲ有效ト爲スキハ賣主ハ其金額ヲ提供スルコト困難ナルヲ以テ買戻ノ目的ヲ達セスシテ止ムコト多カルヘク從テ事實上ハ流質ノ禁ヲモ間接ニ破ラシムル機會ヲ作ルコト多キ結果ト爲ルヘケレハナリ斯ク代金ト權利トノ交換的返還ニ在リトスルノミニ止マルトキハ此特約ハ畢竟解除權ノ留保ニ外ナラサルヲ以テ不動產ノ果實ト代金ノ利息トニ付テハ相互ニ之ヲ返還スヘキモノトノ解釋ヲ生スルナルヘシ（五四五條一項及二項）民法ハ買戻ノ特約ヲ附シタル賣買ニ於ル當事者ノ旨意トスル所ニ鑑ミ通常ノ解除ト異リ一應ハ此二者ヲ相殺シタルモノト看做シタリ然レトモ是固簡便ヲ圖ルニ出テタ

0185

ルモノナルヲ以テ特約ニ依テ互ニ之ヲ返還スヘキモノトシ又利息ノ如キモ制規内ニ於テ約定利息ヲ定ムルヲ妨ケサルヤ勿論トス(五七九條二項)前述ノ如ク我民法ハ支拂ヒタル代金ニ異リタル額ヲ返還スルコトヲ内容トスル特約ハ買戻ノ特約トシテ無效ナリト規定ス若支拂ヒタル代金ヨリモ巨額ヲ返還スルニ在ルトキハ利息制限法ノ趣旨ヲ貫カンカ爲ニ右ノ制限ヲ設ケタル法意ニ照シ其特約ハ絶對ニ無效ト信ス然レトモ拂ヒタル代金額ヨリモ少キ場合ニ至テハ買戻ニ非サル解除權ノ留保トシテ有效ナルノミナラス文理ノ解釋トシテハ或ハ不穩當ナルヘキモ精神解釋トシテハ買戻ノ特約其モノトシテモ有效ト認ムヘキヲ信ス蓋買戻ノ要件タル元ト買戻制度ノ弊害ヲ防遏スル爲ニ設ケタル制限ニ外ナラサルコト曩ニ述ヘタル如シ然ルニ支拂ヒタル代金ヨリ少額ヲ返還スルコトハ爲ニ何等ノ弊害ヲ生セサルヲ以テ此場合ニ迄無效トスルノ處置ヲ採ルハ不必要ノ干渉ニシテ一旦買戻制ヲ認メタル趣旨ト撞著スルモノナレハナリ

(四)買戻權行使ノ期間ハ十年以上ナルコトヲ主觀要素ト爲サルコトヲ要ス(五八〇條)民法ハ買戻ノ期間ハ十年ヲ超ユルコトヲ得ス若之ニ超過スル期間ヲ當事者ニ於テ約セシトキハ之ヲ十年ニ短縮スト規定ス(一項)故ニ買戻ノ特約ニ於テ縱令十年以上ノ期間ヲ約束スルモ特約其モノノ成立ニ影響スルコトナシト雖當事者カ十年以上ノ期間ナルコトヲ特約ノ成立要素ト爲シタルトキハ即特約其モノノ不成立ヲ來スニ至ルモノトス蓋買戻ハ物ノ改良ヲ妨ケ又登記制ヲ設クルモ尙全然其物ノ融通阻却ノ原因ヲ除クニ足ラサルコト曩ニ述ヘタル所ナリ加之買戻附權利ノ如キハ不確實ノ法律狀態ニシテ又經濟上ノ攪亂ノ種因タリ右何レノ點ヨリ見ルモ買戻權ノ附著ハ買戻制ヲ沒却セサル範圍内ニ於テ可成早ク消滅ニ歸セシムルヲ利トス是此制度アル所以ナリ

尙民法ハ同一ノ趣旨ヲ全フセン爲ニ買戻ニ付テ一旦十年以内ノ期間ヲ定メタルトキハ後日之ヲ伸長スルヲ得ストセリ(二項)蓋一旦期間ヲ定メタルトキハ第三者中其期間内ニ於テノミ買戻アルヘシト信スル者アルヘク從テ後日ノ伸長ハ縱令登記ノ制アルモ尙第三者ニ損害ヲ及スコトアルヘキヲ以テナリ

尙此期間ハ常ニ賣買契約ノ時ヨリ起算スヘキモノトス例之停止條件附賣買一定ノ時期ニ至リテ買戻權ヲ行フヘキトキ總テ皆然リト解スヘキコトハ前述期間制限ノ趣旨上多ク疑ヲ容レサルナリ又買戻ニ付當事者カ期間ヲ定メサリシトキハ最長期ノ意思ナリト爲スヘキニ非サルカ故ニ最短期トノ中庸ヲ採リテ五箇年トセリ(三項)

以上述ヘタル四要件ハ買戻特約ノ成立ニ關ス此他民法ハ買戻特約ノ對抗要件トシテ賣買契約ト同時ニ買戻ノ特約ヲ登記スルコトヲ要ストセリ(五八一條一項)蓋買戻ハ賣買ノ時ニ遡リテ第三者ニ對抗シ得ルノ效力アルニ非サレハ其制度ノ趣旨ヲ達スルコト能ハサルト同時ニ之カ爲ニ第三者ニモ不測ノ損害ヲ與フヘキニ非ス故ニ一方ニ買戻ノ特約ヨリ生スル買戻權ハ一種ノ債權カ又ハ少クトモ物權ニ非サル特殊ノ財產權ナルニ拘ラス之ニ付テ登記ヲ爲サシムルコトトシ又他方ニ此カ爲ニ買戻ノ目的ハ不動產ニ限ルモノトシ特約ハ賣買ト同時ナルヘキモノトシタルコトハ既ニ述ヘタル所ナリ而シテ更ニ此趣旨ヲ貫徹セシカ爲ニ買戻ノ特約ノ登記其モノモ亦賣買契約ト同時ニ爲スニ非サレハ第三者ニ對抗スル效力ハ生セストセリ換言スレハ通常ノ物權等ハ何時ニテモ其登記アリタル以後ニ向テ對抗力ヲ生スルモノニシテ敢物權成立ノ時ニ登記ヲ爲スコトヲ要セサレトモ買戻權ハ之ト異リ買戻特約ニ因リ買戻權發生スルト同時ニ登記ヲ爲スニ非ススシテ特約後時ヲ隔テテ

0186

登記ヲ爲スモ全ク對抗力發生ナル登記ノ效果ヲ生セサルモノト爲セリ思フニ立法ノ趣旨タル若登記以前ノ第三者ニ對抗スル能ハサル以上ハ結局多クノ場合ニ於テ買戻ヲ認メサルト五十步百步ノ差アルノミト爲ルヲ慮リタルニ由ルモノナルヘシ然レトモ立法論トシテ果シテ此カ爲ニ絕對ニ第三者ニ對抗スルノ效力アルヲ認メサルコトノ至當ナルヤ否ヤハ別ニ講究ヲ要スル所ナルヘシ然レトモ此對抗力ハ賃借權ニ對シテハ制限ヲ被ル(二項)元來不動產ノ賃借權ハ登記ヲ爲サハ第三者ニ對抗シ得ト雖(六〇五條)若特別ノ規定ナキトキハ登記セラレタル買戻ノ爲ニハ其對抗力ヲ失ハサルヲ得ス然レトモ賃借權ノ存在ハ短期ナルトキハ著大ノ不利益ヲ所有者ニ與フルモノニ非サルト共ニ買戻附ノ不動產ハ之ヲ賃貸スルコト普通ノ管理方法ナルヲ以テ此權利ノミハ其殘期一年間ニ限リ買戻權行使者ニモ對抗シ得トセリ蓋一年以上トスレハ賣主ハ自ラ其所有不動產ヲ自由ニ使用スルヲ得サルコト永キニ失シ又借賃前拂等ノ爲ニ損害ノ危虞モ大ナルヘキト共ニ一年ナラハ借主ニ於テ賃借權消滅ニ對スル準備ヲ爲スニ充分ナルヲ以テナリ但賣主ヲ害スル目的ヲ以テ賃貸借ヲ爲シタルトキハ此限ニ在ラストセリ蓋第四二四條ハ債權ニ關シ且裁判上ノ請求ヲ必要トスルニ由リ此特別規定ノ實益アルナリ

(第二)　買戻ノ要件　買戻ノ特約ニ因テ生シタル買戻權ヲ行使シ以テ買戻其モノノ效果ヲ生セシムル爲ニハ更ニ其要件アルヲ知ラサルヘカラス若買戻權ノ行使ハ一種ノ解除權ノ行使ニ外ナラサルモノト爲ストキハ其行使ノ方法要件ニ付テハ後述ノ制限ハ有ルモ解除ノ通知タル第五四〇條第五四四條等ノ適用アリ只第五四七條ハ第五八〇條ニ因テ其適用ヲ殺カルルモノト解スヘク又最重要ナルハ普通ノ解釋ト異リ單純ナル一方的ノ意思表示アルヲ以テ足レリトセス定メラレタル期間內ニ代金及契約費用ノ提供ヲ以テスルノ一種ノ要物的意思表示タルヲ要ス(五八三條一項)蓋斯ル提供無クシテ期間ニ單純ナル意思表示ノミヲ爲シ置クヲ以テ買戻權ノ消滅ヲ防キ置クヲ許ス如キハ賣主ニ眞實ノ買戻ノ意思アリヤ又ハ其準備アルヤ知ルヘカラサルニ漫然買主ノミヲ拘束スルモノニシテ即買主ノ保護ニ欠クル所アリ又如此ハ一旦買戻期間ヲ制限セル趣旨モ全ク破ラルルコトト爲ルヲ以テナリ然レトモ買戻ハ契約解除其モノニハ非サルヲ以テ買戻ノ要件方法トシテ特別ノ規定アルモノノ外ハ單ニ一般ノ原則上解除ト同一ノ法則ニ從フモノト謂フヘキニ過キサルナリ

(丁)　買戻ノ效果

(第一)　特約ノ效果　特約ノ效果ハ一種ノ賣買契約解除權ノ發生ニ在リ詳言スレハ特約カ附著スルニ拘ラス賣買ノ效果トシテ權利ハ賣主ヨリ買主ニ移ルモ其特約ヨリ生スル解除權アルカ爲ニ他日其權利ハ再賣主ニ復歸スヘキ運命ニ在ルニ過キサルナリ而シテ此解除權ハ之ヲ債權ト觀ル說アリト雖一般ノ解除ノ如クニ債權的ニ原狀回復ヲ生スルモノニ非スシテ物權的ナルモノト認ムヘキカ故ニ寧一種特別ノ財產權ト爲スコト正當ナルヘシ故ニ其對抗力アルコトモ登記シタル不動產賃借權ノ如ク債權ノ對抗力ナキ例外ト觀ルヘキニハ非スト思惟ス

如此所謂買戻權ハ一種ノ財產權ナル結果トシテ賣主ハ隨意ニ之ヲ讓渡其他ノ處分ノ目的ト爲スコトヲ妨ケス又賣主ノ債權者ハ賣主ニ代リテ買戻ヲ爲スハ畢竟賣却セル不動產ノ現時ノ價格カ賣買ノ代金額契約ノ費用ノ和ニ超過スルナラント推測スルニ由リ其買戻ヲ爲スニ依テ自己ノ債權ニ對スル賣主ノ辨濟能力ヲ其超過額丈增加セシメント欲スルモノニ外ナラス又賣主ヨリ謂フモ同ク不動產ト代金費用トノ

0187

價格ノ差額ヲ利益センカ爲ニ買戻ヲ爲サントスルモノニ外ナラス故ニ此債權者竝ニ賣主ノ利益ヲ害セサル限ハ買主ヲシテ不動產ヲ保存スルコトヲ得セシムルヲ至當トス是第五八二條ニ於テ賣主ノ債權者カ此代位訴權ヲ行使セントスル場合ニ於テ若買主カ不動產ヲ保存セント欲スルトキハ裁判所ニ於テ選定シタル鑑定人ノ評價ニ從ヒ不動產ノ現時ノ價額ヨリ賣主カ買主ニ返還スヘキ金額ヲ控除シタル殘額ニ達スル迄賣主ノ債務ヲ辨濟シ尙餘剩アルトキハ之ヲ賣主ニ返還シテ買戻權ヲ消滅セシムルコトヲ得ルモノトシタル所以ナリ然レトモ立法論トシテハ單ニ代位權ヲ消滅セシメ得ルニ過キサルモノト爲ササルヘカラス何トナレハ賣主カ買戻約款ヲ附加セシムルハ常ニ必シモ代價ノ差額ヲ利益スルヲ目的ト爲スニ非ス一ニ賣買ノ目的物其モノノ返還ヲ得ルコトヲ希望スルニ出ツルコトアレハナリ

（第二）買戻ノ效果　買戻權者カ買戻ヲ爲シタルトキ即買戻ノ特約ニ因テ生シタル賣買解除權ヲ賣主ニ於テ曩ニ述ヘタル要件ニ從テ行使シタルトキハ如何ナル效果ヲ生スルカ通說ニ依レハ買戻權モ亦一種ノ契約解除權ニ過キスト爲スヲ以テ主トシテ契約解除ノ效果ニ關スル通則タル第五四五條ニ依テ定ムヘキモノト解スヘキニ似タリト雖實ハ買戻ノ效果ニ付テハ殆全ク同條所規ノ通則ノ適用無キモノトス

第一ニ通則タル解除ノ效果モ亦原狀回復ニ在ルコトハ素ヨリナレトモ只當事者雙方ニ其債務ヲ生スルノミ即通則ニ依リ賣買ノ解除ヲ爲スモノトセハ買主ニ於テ賣買ニ因テ得タル權利ヲ賣主ニ取得セシムル行爲即辨濟ヲ爲スニ至リテ始テ原狀回復ノ窮極目的ヲ遂スルニ至ル反之買戻ニ在テハ其意思表示ニ因テ通則ノ如クニ原狀回復ノ債務ヲ生スルニハ非ス當然原狀回復其モノヲ生シ賣主カ賣買ニ

ニ生シタル計算關係ハ依然トシテ存續シ隨テ如何ニ之ヲ處理スヘキヤノ問題ヲ生ス第二九六條後段ノ規定ハ之ヲ決定シ交互計算關係ノ解除セラレタル場合ニ於テハ直ニ計算ヲ閉鎖シテ殘額ノ支拂ヲ請求スルコトヲ得ト爲セリ是他ナシ當事者カ計算關係ヲ解除スルハ畢竟之ニ因テ自己ノ將來ニ受クヘキ危險ヲ避ケントスルニ在ルカ故ニ直ニ此請求ヲ爲シ得セシメサルトキハ當事者ノ爲ニ特ニ解除權ヲ認メタル趣旨ヲ沒却スルニ至ルヘケレハナリ

第四章　匿名組合

匿名組合ハ合資會社ト其ニ其發端ヲ勞力ト資本トノ併合ニ取リタルモノナリ商業ニ熟達セル伎倆ヲ有スルモ資本ナクシテ事業ヲ新興スルコト能ハサルモノ若クハ資本不足ニシテ從來ノ業務ヲ擴張スルニ由ナキ企業家ト之ト反對ニ豐富ナル資本ヲ有スルモ之ヲ利用シテ利殖ヲ圖ルノ經驗ニ乏シキ資本家トカ相集リ各其長スル所ニ從テ提供シタル一方ノ勞力ト他方ノ資本トヲ併合シテ事業ヲ營ミ以テ之ヨリ生スル利益ヲ分タントスルカ其趣旨ナリ斯ル制度ハ其由來スル所古ク第十世紀頃既ニ伊太利ニ其端ヲ發シ彼ノ有名ナル寺院法ノ版扈スルニ伴ヒ其發達ヲ遂ケタリ蓋寺院法ハ消費貸借ニ利息ヲ附スルコトヲ嚴禁シタルヨリ當時ノ資產家ハ資金ヲ有益ニ使用スルノ途ヲ失ヒ遂ニ消費貸借ノ名義ヲ藉テ他人ノ事業ニ投資シ其利益ノ分配ヲ得テ資金ヲ利殖スルノ方法ヲ採ルニ至リシナリ然レトモ斯ル事項ハ名義ノ如何ニ關セス均ク寺院法ノ精神ニ背反スルヲ以テ有償ノ消費貸借カ嚴禁セラルルコト益甚シキニ伴ヒ此制度モ愈種種ノ變遷ヲ爲シ終ニ一箇ノ會社名義ニ變形シテ到ル所ニ其組織ヲ見ルニ至レリ即最初ハ他人ノ事業ニ投資スルモ事業ハ其他人ノ名義ニ依テ行レタルモノナリシカ之カ變形シテ勞力ト資

本トノ供出ニ因テ一ノ團體カ形成セラレ其團體名義ヲ以テ事業ヲ營ムノ組織ヲ生シタルナリ是今日ノ所謂合資會社ノ前身ニシテ此組織ハ全ク消費貸借ノ觀念ヲ離レ資金ノ供出者ハ其出資ニ因テ利益ノ配當ヲ受クル代リニ其出資ヲ以テ外部ニ對シ會社事業ヨリ生スル損失ノ危險ヲモ負擔セントスルニ在リ其後利息禁止主義ノ漸ク敗ルルニ及ヒテヤ利益ノ配當ヲ目的トシテ他人ノ事業ニ出資スルモ最早兎角ノ議論ヲ生セサルコトナリ資金ノ供出者ハ決シテ其出資ヲ以テ外部ニ對シ事業ヨリ生スル危險ヲ負擔セサルヘカラサルノ必要モナキニ至リタルヲ以テ一方ニ於テハ資金ヲ投シテ一ノ團體ヲ組成シ其出資ヲ以テ外部ニ對シテ責任ヲ負擔スル會社組織ノ益發達スルト共ニ他方ニ於テハ出資ヲ以テ他人ノ名義ニテ行ルル事業ニ參與シ外部ニ對シテハ營業者獨リ其責ニ任スル組合組織モ亦盛ニ行ルルニ至リタリ要スルニ合資會社ニ在テハ社員ノ出資ハ會社信用ノ基礎タル會社夫レ自身ノ資本ヲ組成シ會社ハ之ニ依テ外部ニ對シ事業ヲ營ム者ナルヲ以テ社員ハ其出資ニ依テ損益二ナカラ之ヲ共分スヘキモノナリト雖匿名組合ニ在テハ他人ノ事業ニ出資ヲ爲シ以テ利益ノ分配ニ與カラントスルニ止リ出資者ハ外部ニ對シテ此資本ヲ以テ責任ヲ負擔スル者ニ非サルカ故ニ營業者ト出資者トノ間ニハ必シモ損失ノ危險ヲモ分擔セサルヘカラサルノ必要ナシ出資者ハ利益ノ分配ニ與ルノミニテ其出資ハ無條件ニ之カ償還ヲ受クルノ約束ヲ爲スモ妨ナシ此點ニ於テハ匿名組合ハ普通ノ消費貸借ニ酷似ス然レトモ兩者ハ固ヨリ其性質ヲ同フスルモノニ非ス詳細ハ以下順次之ヲ說明スヘシ

第一節　匿名組合ノ意義

匿名組合ノ說明ニ入ルニ當リ先一般ノ商事ニ關スル組合ニ付一言スヘシ商事上ノ組合ハ其種類頗多シ二人以上カ金錢又ハ勞務ヲ出資トシテ共同ノ事業ヲ營ムハ普通ノ場合ナレトモ時トシテハ當座組合トテ其共同事業カ唯一時的ノ商取引ニ係ル場合アリ或ハ共分組合トテ其商取引ハ當事者カ各自別箇ニ一時的又ハ商業的ニ之ヲ行ヒ唯其各自ノ事業ヨリ生スル損益ヲ吐出シテ共通ノ計算トスル仕組ノ組合アリ或ハ茲ニ說明セントスル匿名組合モ存スルナリ如此商事上ノ組合ハ其種類頗多シト雖我商法ニハ唯匿名組合ニ付テノミ規定存シ而モ匿名組合中ニテモ一時的ノ商取引ニ關スルモノニ付テハ何等規定スル所ナシ然レトモ此等種種ノ組合ニハ商法カ適用セラレスト謂フニ非ス其目的タル事業カ第二六三條及第二六四條ニ揭ケラルル商行爲ニ屬スルモノナル以上ハ其取引ニ商法ノ適用アルハ勿論ナリ又組合契約其モノモ當事者雙方カ非商人ナル場合ハ格別ナレトモ其雙方カ商人ナルカ少クトモ一方カ商人ナル場合ニハ是亦商行爲トシテ當事者間ニ商法ハ適用セラルヘシ(二六五條及三條)唯匿名組合ニ付テハ此事以外別ニ規定ヲ要スルモノ多キニ依リ特ニ一章ヲ設ケテ數多ノ規定ヲ爲シタルニ過キス

匿名組合ノ定義ハ第二九七條ニ「匿名組合契約ハ當事者ノ一方カ相手方ノ營業ノ爲メニ出資ヲ爲シ其營業ヨリ生スル利益ヲ分配スヘキコトヲ約スルニ因リテ其效力ヲ生ス」トアリ

第一　匿名組合ハ諾成契約ニ因テ成立ス　匿名組合ハ契約ニ因テ設立セラルルモ其契約ハ合資會社ノ如ク定款作成等ノ特別ナル方式ニ拘束セラルルコトナシ明示ニテモ默示ニテモ之ニ關スル意思表示アレハ直ニ成立ス而シテ諾成契約ニ因テ設立セラレタル合資會社カ一ノ獨立シタル人格者トシテ外部ニ對スルトハ異リ唯當事者間ニ於テノミ拘束力アル一ノ契約關係ニ過キサルヲ以テ其設立モ亦合資會社ノ如ク之ヲ外部ニ公告スルノ必要ナシ

匿名組合ハ組合契約ノ一種ナリト說明セラルル尤民法上ノ組合カ共同ノ財產ヲ以テ共同ノ事業ヲ營ムヲ

0189

其要素ト爲セルニ反シ此匿名組合ニ在テハ後ニ說明スルカ如ク組合員ノ出資ハ營業者ニ歸屬シ其事業ハ獨營業者ノ事業トシテ營マルルモノナルヲ以テ殆組合ノ性質ヲ缺ケルニ似タリ而モ同之カ組合ナリト稱セラルル所以ハ畢竟事業ノ運命ニ參與スル經濟上ノ共同ハ矢張リ此場合ニモ存在スト言フニ外ナラサルナリ

第二　匿名組合ノ當事者ハ其一方カ營業者タルコトヲ要ス　匿名組合ハ法文ニ示スカ如ク當事者ノ一方カ相手方ノ營業ノ爲ニ出資ヲ爲スモノナルカ故ニ其當事者ハ一方ニ出資ヲ爲スノ責ニ任スル匿名組合員アリ他方ニハ其出資ヲ自己ノ營業ニ使用スル營業者ナカルヘラス隨テ匿名組合員ハ自然人タルト法人タルト將又商人ナルト非商人ナルトヲ問ハスト雖其相手方ハ必營業トシテ商行爲ヲ行フ商人ナラサルヘカラス商人ニ非サル者ノ事業即營業的繼續ノ性質ヲ有セサル一時的ノ商取引ニ出資ヲ爲シ利益ノ分配ヲ約スルカ如キハ廣義ニ於ル匿名組合ノ內ニ入ランモ玆ニ所謂匿名組合トハ稱スヘカラサルモノタリ

相手方カ營業者ナルコトハ匿名組合ノ成立スル必要條件ナリ然レトモ之ヲ解シテ匿名組合ノ成立スル以前ニ於テ相手方カ既ニ營業ヲ開始シ居ルコトヲ必要トスト誤認スル勿レ自己ノ資本ヲ以テ行フ所ノ既存ノ營業ヲ擴張センカ爲メ資本增加ノ手段トシテ匿名組合契約ヲ締結スル場合アルト同時ニ熟練ナル商業上ノ伎倆ヲ有スルモ其事業ニ投スヘキ資本ナク若クハ其資本少額ニシテ其驥足ヲ伸フル能ハサルトキ他人ヨリ出資ヲ得テ自己ノ資本ヲ補充シ若クハ其他人ノ出資ノミヲ以テ新事業ヲ起サンカ爲メ此組合契約ヲ締結スル場合アルヘシ

如此匿名組合ハ一方ニ出資ヲ爲ス匿名組合員アリ他方ニ商業ヲ營ム商人アレハ成立スルモノナルカ故ニ一ノ商人ニ對シ同一營業ノ爲ニ數人ノ出資ヲ爲ス者アル場合ニ於テハ其契約ハ各箇獨立シテ成立スルモノト認メサルヘカラス會社若クハ普通ノ組合ニ於ルカ如ク組合員一同ニテ組合ヲ組成スルニ非スシテ玆ニ所謂匿名組合關係ハ單ニ營業ヲ爲ス者ト出資ヲ爲ス一人トノ間ニ於テノミ發生シ所謂組合員相互ノ間ニハ何等ノ關係ヲ生セサルナリ隨テ斯ル場合ニハ其出資者ノ人數ニ應スル數多ノ獨立シタル組合關係カ發生スルモノト知ルヘシ

第三　匿名組合ハ當事者ノ一方カ相手方ノ營業ノ爲ニ出資ヲ爲シ其營業ヨリ生スル利益ヲ分配スルヲ以テ目的トス

匿名組合ハ諸成契約ニ因テ成立スルコト並ニ其當事者ノ資格如何ハ既ニ說明シタリ玆ニハ其契約ノ內容如何ニ關スル說明ヲ爲サントス

(イ)　他人ノ營業ノ爲ニ出資ヲ爲スコトヲ要ス　匿名組合ハ或人カ出資ヲ爲シテ他人ノ營業ニ參與スル場合ニ其存在アリ他人ノ營業トハ他人ノ名義ニテ行ル事業ノ意義ニシテ即其他人カ營業ノ主體トシテ第三者ニ對シ自己ニ權利ヲ得義務ヲ負フ地位ニ在ル場合ヲ謂フ匿名組合員ハ出資ニ因テ會社法人ノ一員タルノ資格ヲ得ルニ非ス又普通ノ組合員ノ如ク其出資ヲ共同資本トシテ營業者ト共同ノ事業ヲ營ムニモ非ス自己ハ唯出資ヲ爲シタリト云フニ止リ事業ハ獨營業主其者ノ事業トシテ之ヲ行ハシムルナリ一言セハ匿名組合ハ當事者間ニ於ル內部關係タルニ過キスシテ外部ニ對シテ成立スルモノニ非ス第三者ハ其營業者ヲ唯一ノ當事者トシテ取引ヲ爲スヘク毫モ組合關係ノ存在ヲ認ムルノ必要ナシ如此其營業カ他人ノ事業トシテ營マルルト言フヨリシテ自然匿名組合員ノ爲スヘキ出資ニ影響ヲ來シ其種類カ制限セラルルニ至ルナリ即出資ハ必金錢其他ノ財產ヲ以テスヘク勞務又ハ信用ヲ以テ其目的ト爲ス

0190

コトヲ得ス(三〇四條一〇八條)蓋事業ノ執行ニ當ル者ハ營業者ニシテ匿名組合員ニ非サルヲ以テ此場合ニ匿名組合員ノ勞務カ出資ノ目的タリ得サルハ言ヲ俟タス又第三者ニ對シテハ匿名組合員ハ組合員トシテ現ルル者ニ非ス營業者獨其商號ヲ以テ自己ノ信用ニ依リ取引ヲ行フ者ナルカ故ニ匿名組合員ノ信用モ亦出資ノ目的タリ得ルハ當然ノ事理タリ

(ロ)營業者ハ其營業ヨリ生スル利益ヲ分配スルコトヲ要ス　匿名組合員カ財產出資ヲ爲シテ他人ノ營業ニ參與スルハ畢竟其報酬トシテ營業ヨリ生スル利益ノ分配ニ與ランカ爲ナリ故ニ利益ノ分配ヲ約スルコトハ匿名組合ノ成立ニ必要ナル條件ナリ出資者ハ利益ノミナラス損失モ亦之ヲ分擔スルヲ通常トスト雖損失ノ分擔ハ其要素ニ非ス利益ノ分配ノミヲ約シテ危險ハ其責ニ任セス事業カ失敗ニ了ルモ出資ハ之カ爲ニ損失ヲ受ケスシテ組合契約終了ノ際完全ニ出資全額ノ返還ヲ受クヘキ約束アル場合ト雖組合契約ハ毫モ之ニ影響セラルルコトナシ

第二節　匿名組合契約ノ效力

匿名組合契約ニ因リ生スル組合關係ハ匿名組合員ト營業者トノ間ニ於ル法律關係ニシテ外部ニ對シテ其存在ヲ認メラルルモノニ非ス組合契約ノ結果トシテ其一要素タル營業行爲ヲ生シ之ニ因テ第三者トノ間ニ權利義務ノ關係ヲ發生スルハ勿論ナリト雖此關係タルヤ唯第三者ト營業者トノ關係タルニ止リ決シテ匿名組合員ニ對シテ效力ヲ生スヘキモノニ非ス普通ノ組合ニ在テハ組合員相互ニ出資ヲ爲シ共同シテ組合ノ事業ヲ營ムヲ其性質トス隨テ何人カ業務執行ノ任ニ當ルトスルモ其業務タルヤ自係ノ組合員ヲ代表シ外部ニ對シテ組合員全體ノ事業トシテ之ヲ行フモノニシテ其結果執行員ノ行爲ハ直ニ組合全體ニ對シテ效力ヲ生スト雖匿名組合ニ在テハ然ラス營業資本ハ其供給ヲ組合員ノ出資ニ仰クト雖營業其モノハ共同ノ事業ニ非スシテ營業者ノ單獨事業タリ營業者ハ組合員ヲ代表シテ業務ヲ執行スルニ非ス自己ノ名義ノミヲ以テ其營業ヲ爲スナリ隨テ其營業ヨリ生スル權利義務ハ擧ケテ營業者ノ一身ニ歸シ匿名組合員ト營業者ノ行爲ニ付第三者ニ對シテ權利及義務ヲ有スルコトナシ(二九八條二項)此事タルヤ匿名組合員カ自己ニ營業ヲ爲シ又ハ營業者ヲ代表スルコトヲ得ストノ規定即第三〇四條ニ依リ合資會社ノ有限責任社員ニ關スル第一一五條ノ規定カ準用セラレ居ルニ對照セハ益此觀念ヲ明ニスルコトヲ得ヘシ何トナレハ匿名組合員カ營業ニ與リ又ハ營業ニ關シテ何等ノ代表權ヲ有セストノコトハ其裏面ニ於テ匿名組合員カ出資ヲ爲スモ外部ニ對シテ組合員トシテ現ハルヘキモノニ非ス營業ハ單ニ相手方ノ營業タルニ止リ匿名組合員ノ共同事業ニ非サルコトヲ示シ前節ニ說明セル第二九七條ノ規定ト相俟テ益匿名組合員ハ其性質上第三者ニ對シテ權利ヲ得義務ヲ負フヘキニ非サルコトヲ明ニシ居レハナリ出資者ニ匿名組合員ノ名稱アルモ畢竟之カ爲ナリ然レトモ匿名ト謂フモ其氏名ヲ隱匿スルコトハ匿名組合ノ成立ニ必要ナルニ非ス匿名組合員カ其氏又ハ氏名ヲ營業者ノ商號中ニ用ヒシメ又ハ自己ノ商號ヲ營業者ノ商號トシテ用ヒシメタル場合ト雖尙其營業自體カ營業者ノ營業タルニ止ル以上ハ之カ爲メ匿名組合ノ生存ヲ防ケラルルコトナシ尤斯ル場合ニ於テハ第三者カ其氏名又ハ商號ニ因リ其營業ヲ以テ匿名組合員自身ノ營業若クハ營業者トノ共同營業ト誤リ信スルノ恐アルカ故ニ法ハ特ニ之ニ關スル制裁ヲ設ケ其使用以後ニ生シタル債務ニ付テハ營業者ト連帶シテ其責ニ任スヘキモノト爲シタリ勿論匿名組合ニ此責任アルハ營業者ノ商號中ニ自己ヲ表示スル名稱ヲ現スコトヲ明示又ハ默示ニテ許諾シタル場合ニ限ルモノニシテ其意思ニ基カサル氏名又ハ商號ノ表示ニ付テハ其責ニ任スルコト

0191

ナシ(二九九條及一一六條六五條)

要スルニ匿名組合ハ第三者ニ對スルモノニ非ルシテ組合員ト營業者トノ間ニ或權利關係ヲ發生スルニ止ル此權利關係ノ内容如何ハ第二九七條ノ定義ヨリ直ニ之ヲ推理スルコトヲ得ヘク即匿名組合員ニ出資ヲ爲スノ責任アル代リニ營業者ニ利益ノ配當ヲ爲スノ義務ナリ而シテ之ニ附隨シテ多少ノ規定ヲ存スルナリ今了解ニ便ナラシメンカ爲ニ數項ニ分チテ左ニ之ヲ說明スヘシ

(一)　匿名組合員ハ出資ヲ爲スノ義務ヲ負フ　匿名組合員カ他人ノ事業ニ參與シテ利益ノ配當ニ與ルハ其事業ニ資本ヲ供出スルヲ以テナリ故ニ此出資義務ニ付テハ別ニ說明ヲ要セス又其出資ノ目的ハ契約ノ性質上財產出資ニ限ラルヘキコトモ既ニ之ヲ述ヘタリ玆ニ研究スヘキハ唯其ノ出資カ何人ニ歸屬スルヤノ問題ナリ民法上ノ組合ニ在テハ各當事者互ニ出資ヲ爲シ之ニ依テ共同ノ事業カ營マルルモノナルカ故ニ其出資ヲ以テ組合ノ資本即組合員ノ共同財產ト爲スノ必要アリト雖匿名組合ニ在テハ營業者カ匿名組合員ノ出資ヲ以テ自己ノ事業ヲ營ムモノナルカ故ニ其出資ハ勢ヒ之ヲ營業者ノ財產ニ歸セシメサルヘカラス營業者ハ之ヲ自己ノ營業資本トシテ事業ヲ施行シ之ヲ以テ第三者ニ對シテ其營業ヨリ生スル責ニ任スルナリ(二九八條二項)勿論匿名組合員ハ前節ニ於テ說明シタルカ如ク必シモ損失ノ危險ヲ負擔スヘキ非サルヲ以テ若無條件ニ出資額ノ返還ヲ受クヘキ約束カ當事者間ニ存在スルニ於テハ組合契約終了ノ際匿名組合員ト雖營業者ニ對スル營業上ノ他ノ債權者ト同等ノ地位ニ立チ營業者ニ對シテ其出資額ノ返還ヲ請求スルコトヲ得ヘシ(三〇二條、三〇三條)是合資會社ノ社員又ハ普通ノ組合員カ第三者ニ對シテ其出資ヲ以テ飽ク迄責ニ任スルトハ大ニ其趣ヲ異ニスル所ナリ此結果アルハ畢竟匿名組合關係カ外部ニ對スルモノニ非サル特質ニ基因スルナリ

(二)　營業者ハ其營業ヨリ生スル利益ヲ分配スル義務ヲ負フ　是亦匿名組合ノ定義ヨリ生スル必然ノ結果ナリ此利益分配ノ割合ハ當事者ノ契約ニ因テ定マリ若之ニ關スル別段ノ意思表示ナキトキニハ出資額ト資本總額トノ割合ニ應シテ定ムルヲ通例トスルモ若爭アレハ裁判官ノ認定ニ依ルノ外ナシ民法ノ組合ニ付テハ民法第六七四條ニ各組合員ノ出資額ニ應シテ之ヲ定ムト規定シアルモ匿名組合ハ民法上ノ組合ト其性質ヲ異ニスルコト以上屢述ヘタルカ如クニシテ隨テ特別ノ規定存セサル限ハ之ヲ直ニ玆ニ準用スルコトヲ得スト信ス尙利益分配ノ義務即匿名組合員ノ營業者ニ對スル此請求權ノ行使ニ付テハ一ノ制限アリ即(三〇〇條)ニ規定スル所ニシテ出資カ損失ニ因テ減シタルトキハ其損失ヲ塡補シタル後ニ非サレハ匿名組合員ハ此權利ヲ主張スルコトヲ得ス蓋出資ハ營業ノ行レ利益ノ生スル根源ニシテ營業資本ヲ得ントスレハコソ特ニ組合契約ヲ締結シタルモノナレハ苟組合契約ヲシテ存續セシムル以上ハ其契約ノ要素タル營業資本ハ之ヲ持續セシムルノ必要アレハナリ然レトモ匿名組合員ハ受領期限ノ到來ニ依リ既ニ配當ヲ受ケタル利益又ハ未受取ラサルモ一旦營業者ニ對スル債權トシテ既ニ存立スル利益ニ付テハ縱令次ノ事業年度ニ於テ出資カ損失ニ因テ減少スルコトアルモ之ヲ以テ其損失ヲ補充スルノ義務ナキモノトス

(三)　匿名組合員ハ營業者ノ義務ヲ監督スルノ權利ヲ有ス　匿名組合員カ他人ノ事業ニ出資ヲ爲スノ目的ハ其事業ヨリ生スル利益ノ分配ニ與ラントスルニ在テ營業者ノ事業ニ付テハ大ナル利害關係ヲ有ス故ニ法ハ特ニ匿名組合員ニ其營業ヲ監視スルコトヲ得ルノ權能ヲ認メ營業年度ノ終ニ於テ營業時間内ニ限リ營業者ノ帳簿ノ閱覽ヲ求メ且營業及財產ノ狀況ヲ檢査スルコトヲ得セシメタルノミナラス重要ナル事由アルトキハ裁判所ノ許可ヲ得テ何時ニテモ營業及財產ノ狀況ヲ檢査スルコトヲ得セシメタリ

0192

（三〇四條、一一一條）

第三節　匿名組合ノ終了

契約ノ一般消滅原因ニ關スル規定カ此場合ニ適用アルハ勿論契約ノ内容ニ依リ例之組合契約ヲ以テ存續期間ヲ定メ又ハ或事由ノ發生ヲ契約終了ノ原因ト定メアル場合ニ此期間ノ滿了又ハ事由ノ發生ニ因リ組合關係ノ消滅スル等ハ言ヲ俟タス茲ニ説明セントスルハ唯商法ニ於テ特ニ定メラレタル終了原因ニ付テナリ

(一)　契約ノ解除　是第三〇一條ノ規定スル所ニシテ其第一項ハ特定ノ場合ヲ限リ一定ノ條件ノ下ニ各當事者ノ爲ニ解除權ヲ認メ居レリ特定ノ場合トハ組合契約ニ存續期間ノ定ナカリシトキ及之ニ準スヘキ場合即存續期間ノ定メアルモ其期間ヲ或當事者ノ終身間ト定メタ當事者ノ自由ヲ拘束スルコト殊ニ甚シキ場合此二箇ノ場合ニ限リテ一定ノ條件即六箇月前ニ解除ノ豫告ヲ爲スコト及其解除ハ營業年度ノ終ニ於テ爲スコトヲ條件トシテ當事者ノ雙方ニ解除權ヲ認メ其第二項ハ組合ノ存續期間ノ定アルト否トヲ問ハス己ムコトヲ得サル事由アル場合ニハ何等ノ條件ヲ必要トセシテ各當事者ヲシテ何時ニテモ隨意ニ組合契約ヲ解除スルコトヲ得セシメタリ此規定タルヤ會社ニ於ル第六八條及民法上ノ組合ニ於ル民法第六七八條ノ規定ト同一ノ趣旨ニ出テタルモノナレハ玆ニ説明ヲ重複スルノ必要ナシ唯一言ノ説明ヲ要スルハ彼ニ在テハ之ヲ以テ單ニ一箇ノ社員又ハ組合員ノ退社シ又ハ脱退スル原因ト爲スニ止メテ敢テ會社又ハ組合其モノノ解散スル原因ト認メ居ラサルニ反シ此ニ在テハ之ヲ以テ匿名組合其モノノ終了スル原因ト認メ居ルノ差異アル點是ナリ是匿名組合ノ性質ヨリ生スル自然ノ結果ニシテ

當テ適ヘタルカ如ク匿名組合ノ當事者ハ唯匿名組合員ト營業者トノ二者アルニ止リ決シテ數多ノ匿名組合員ノアリ得ヘキモノニ非ス匿名組合員數人アリトセハ幾ハ一箇ノ組合ニ數人ノ組合員アルニ非スシテ數多ノ獨立シタル組合關係アリト認ムヘキノミ隨テ匿名組合ニ在テハ其性質上組合員ノ脱退ヲ認ムルニ由ナク組合員ノ脱退ト組合關係ノ終了トハ同一事項トシテ觀念スルヨリ外ナキヲ以テ茲ニハ直ニ組合ノ終了原因トシテ如上ノ規定ヲ爲シタルナリ

(二)　組合ノ目的タル事業ノ成功又ハ其成功ノ不能　別ニ説明ヲ要セス第七四條、第二二一條及民法第六八條ヲ參照スヘシ

(三)　營業者ノ死亡又ハ禁治産　匿名組合ノ目的ハ他人ノ營業ニ出資ヲ爲シテ其營業ヨリ生スル利益ノ分配ニ與ラントスルニ在リ而シテ利益ノ有無、多少ハ事業其モノノ性質ニモ依ルヘケレトモ主トシテ業務執行者ノ技倆如何ニ歸スルヲ以テ何人カ營業者ナルカハ最初出資者カ組合契約ヲ締結スルニ當テ著眼シタル主要ノ點ナリシナリ隨テ其營業者カ禁治産ノ宣告ヲ受ケテ營業能力ノ喪失者ト確定セラレタル場合又ハ死亡シタル場合ニ之ニ因テ組合契約ヲ終了セシメ以テ特ニ別段ノ意思表示ヲ爲ササル限リハ最初ノ組合關係ヲシテ其相續人又ハ營業ノ承繼人ニ迄繼續セシメサルハ當然ノ事ナリ尤之ト反對ニ匿名組合員ノ死亡又ハ禁治産ハ敢契約終了ノ原因ヲ爲スヘキニ非ス何トナレハ匿名組合員ハ營業者ニ於ルカ如ク其主觀的信用カ組合契約ノ成立又ハ存續ニ必要ナルニ非スシテ唯出資ナル物質的信用カ其要素ヲ爲シ居ルニ過キサレハナリ此事タルヤ無能力者ト雖後見人ノ同意ヲ得ル以上ハ完全ニ最初ヨリ組合契約ノ當事者タリ得ルニ省ミハ殆説明ヲ要セサル所ナリ（六九條一項三號、五號、民六七九條一項、一號、三號）

0193

(四)營業者又ハ匿名組合員ノ破産　破産ノ宣告ハ營業能力ヲ剝奪シ財産ノ處分權ヲ失ハシムルノ結果アリ隨テ破産者ハ營業上、財産上ノ關係ニ於テハ恰死亡者ニ等キ地位ニ立ツモノナルカ故ニ營業者カ破産シタル場合ハ勿論匿名組合員カ此狀況ニ陷リタル場合モ亦之ニ因テ當然組合關係ヲ消滅セシムルハ至當ナリ(六九條一項四號、民六七九條一項二號)

組合契約ノ終了スル事由ハ以上ノ說明ニテ盡セリ之ニ關聯シテ研究ヲ要スルハ其事由ノ發生ニ因リ組合關係カ終了シタルトキ如何ニ營業財産ヲ處分スヘキヤ其計算方法ニ關スルコトナリ歸スル所民法上ノ組合ニ於テ組合員カ脫退シタル場合ニ其脫退員ト他ノ組合員トノ間ニ於テ爲ス計算方法ニ準據スルヲ至當トスヘケレトモ本章ニ民法第六八一條ヲ準用スル旨ノ規定ヲ缺ケルハ立法上ノ缺點ナリ其決算ノ結果トシテ若出資カ損失ニ因テ減少シ居ル場合ニハ營業者ハ其殘額ヲ返還スレハ足ルト雖出資カ完全ニ殘存シ居ル場合ニハ其全額ヲ返還セサルヘカラス(二〇三條)茲ニ出資減少ノ場合ニハ單ニ其殘額ヲ返還スレハ足ルト言ヘルハ單意組合契約ニ於テ匿名組合員カ損益兩ナカラ之ヲ共分スヘキ地位ニ立チ居ル場合ニ付テ云ヘルモノニシテ若當事者間ニ損失ノ危險ヲ負擔セサル約束ノ存スル場合ニハ無論出資ノ減少ニ拘ラス其全額ノ返還ヲ要スルモノト知ルヘシ

第五章　仲立營業

商取引ノ隆盛ハ補助機關ノ發達ニ伴フ固有ノ意義ニ於ル商ノ實質タル物品ノ取得、移轉ヲ容易ニ迅速ニ且安全ナラシムルカ爲メ所謂補助ノ商トシテ商法ノ規定スルモノ多シ仲立ハ其一ニシテ文字ノ示スカ如ク他人間例之賣主ト買主トノ中間ニ立チテ賣買ノ媒介ヲ爲スヲ謂ヒ商業界ニ重要視セラルルモノノ一ナリ蓋物品ヲ賣却セントスルカ又ハ購買セントスルニ當リテ其對手ヲ見出スハ容易ノコトニ非ス假ニ之ヲ見出シ得タリトスルモ其相手方タル果シテ信用シテ取引ヲ爲シ得ヘキ人物ナリヤ否ヤ是亦容易ニ知リ得ヘキニ非ス況斯ル探索ニ時日ヲ空費シ爲ニ商品ノ運轉ヲ停滯セシムルハ寸時ノ爭ニ利益ノ有無多少ヲ決スヘキ商ノ實際ニ於テ其不便殊ニ大ナルニ於テオヤ此不便ヲ除キテ圓滑ニ商取引ヲ進捗セシムル爲ニ仲立營業ハ生シタルナリ仲立人ハ繼續シテ媒介行爲ヲ營ミ幾多ノ經驗ヲ積ムノ結果自然如何ナル種類ノ商品ハ如何ナル方面ニ其捌ケ口アリヤ將其賣買ノ當事者タラントスル者ノ信用如何ハ其能ク知悉スル所ナルヲ以テ賣主、買主共ニ此仲立人ノ手ヲ通スルニ於テハ容易ニ迅速ニ且安全ニ其目的ヲ達スルノ便益アルナリ況ヤ仲立人ノ手ヲ經テ商取引ヲ爲スニ於テハ後ニ說明スルカ如ク委託者ハ敢其氏名ヲ現ハスノ要ナキヲ以テ秘密ニ其取引ヲ完結スルコトヲ得テ商業ノ掛引上秘密ヲ要スル場合ニ至大ノ便益アルニ於テオヤ仲立人ノ商業界ニ重キヲ爲スハ全ク此等ノ事由アルニ基因スルナリ

如此仲立ハ他人間ノ法律行爲ヲ媒介スト云フニ在テ其事柄ノ單純ナルニ依リ昔時ヨリ其存在ヲ見タルモノニシテ羅馬法時代ニ在テハ常業トシテ之ヲ行フモ個別的ニ其行爲ヲ爲スモ總テ各人ノ自由ニ屬シタリシナリ然ルニ社會組織ノ發達ニ伴ヒ仲立人ノ需要漸頻繁ト爲ルニ及ヒテヤ仲立人ニシテ往往自己ノ地位ヲ利用シ不正ノ行爲ヲ爲ス者アルニ至リタルヲ以テ遂ニ中古時代以來仲立人ニ公然ノ地位ヲ與ヘテ行政官廳ノ認許ヲ經ルニ非サレハ其營業ヲ爲スコトヲ得サルモノト爲シ一面ニハ公ニ仲立人ノ信用ヲ確認シ他面ニハ其監督ヲ嚴重ニシテ努メテ其營業ノ確實ヲ圖ルノ主義ヲ生シタリ現今ト雖此特許主義ヲ採用セル立法例多ク現ニ舊商法モ亦此主義ニ則リ官廳ノ許可ヲ受クルコトヲ必要トシ仲立人タリ得ヘキ資格、保證金、仲立人ノ員數、仲立人組合等ニ關スル詳細ノ規定ヲ爲シ居レリ然レトモ近時營

0194

業ノ自由ニ對スル思想ノ發達スルト共ニ徒ニ國家カ箇人ノ行爲ニ干渉スルノ非ナルヲ悟リ漸次仲立營業ニ付テモ之ヲ商業上ノ競爭作用ニ放任スル自由營業主義ノ立法ヲ見ルニ至リ我現行法モ亦此新主義ヲ採用シテ舊商法ノ規定ニ對シ根本的ノ大修正ヲ爲セリ經濟思想ノ發達シテ信用制度ノ確立シタル今日ニ於テハ縱令二三ノ仲立營業ニ付テハ尙特別ノ取締ヲ爲スノ必要アリトスルモ一般ノ仲立營業ニ對シテハ敢特許主義ヲ持續スルノ心要ナシトシテ現行法ハ一般ニハ全ク營業ノ自由ヲ認メ特ニ取締ヲ要スルモノハ之ヲ行政法規ニ讓ルノ方針ヲ採リタルナリ(取引所條例)

仲立營業ハ商取引ヲ媒介スルニ在ルヲ以テ商取引ノ無數ナルト共ニ仲立ノ種類モ擧ケテ數フヘキニ非ス文化ノ進歩ト共ニ社會組織ハ益複雜ニ趣モ隨テ營業ノ分類ハ愈細別セラルルコト自然ノ理勢ナルヲ以テ營業ノ種類ノ增加スルニ應シテ仲立營業モ亦其種類ヲ加フヘキナリ現今外國ニ於テ行ルル仲立業ノ重ナルモノヲ擧クレハ手形其他ノ有價證券ノ賣買ニ關スル仲立人、船舶ノ貸借冒險貸借仲立人、保險仲立人、運送仲立人、取引所仲立人等ニシテ其他漸次茶、生糸仲立人等各自ノ經驗上得意ノ技能ヲ以テスルモノヲ生シ仲立モ漸次其營業範圍ヲ一小局部ニ限ルノ趨勢アルハ社會進化ノ理勢トシテ然ルヘキ所ナリ

第一節　仲立ノ意義

廣ク仲立ト言ヘハ他人間ノ法律行爲ノ媒介ヲ爲スヲ謂ヒ總テノ法律行爲ノ媒介ハ皆其中ニ包含セラルヘシト雖茲ニ所謂仲立ハ其意義狹ク營業トシテ他人間ノ商行爲ノ媒介ヲ爲スヲ謂フ即媒介スヘキ行爲カ商行爲ナルコト及營業トスルコトノ二點ニ於テ彼此ノ間ニ區別ノ存スルコトニ注意スヘシ(三〇五條)

(一)　仲立ハ諾成契約ニ因テ成立ス　仲立ハ之ヲ仲立人ノ勞務行爲即法律行爲ノ媒介ヲ爲スト云フ事實上ノ行爲ヨリ觀察スルトキハ現行法ノ定義スルカ如ク營業トシテ他人間ノ商行爲ノ媒介ヲ爲スヲ謂フト解シ得ヘシト雖之ヲ法律行爲トシテ觀察スルトキハ當事者ノ一方カ他人トノ間ニ商行爲ノ媒介ヲ爲スコトヲ其相手方ニ委託シ相手方カ之ヲ承諾スルニ因テ效力ヲ生スル一種ノ諾成契約ナリト解スヘキナリ此契約ノ性質ニ付テハ多少ノ異論ナキニ非サルモ媒介ナル法律行爲ニ非サル事務ノ委託ナルヲ以テ之ヲ民法第六五六條ニ規定スル所謂準委任契約ト解スルヲ穩當トス唯此仲立ニ特ニ異ル點ハ仲立人カ媒介ヲ爲シタルトキハ當事者ノ他ノ一方トノ間ニモ亦之ニ等キ法律關係ヲ發生スルコト是ナリ仲立人ハ必シモ當事者雙方ヨリ媒介ノ委託ヲ受クルモノニ非ス寧多クノ場合ニ於テハ當事者ノ一方ノミヨリ委託ヲ受ケテ其媒介ヲ爲スナリ而シテ此後者ノ場合ニ於テモ後ニ說明スルカ如ク仲立人ハ委託者ニ對スルト等ク他ノ一方ニ對シテモ亦權利義務ノ關係ヲ生スルナリ即仲立人ハ最初ハ委託者トノ準委任契約ニ基キテ媒介ヲ爲スモ其媒介ヲ爲シタルニ因テ當事者ノ他ノ一方トノ間ニモ準委任契約ノ成立ヲ來スヲ常トス

(二)　仲立ハ仲立契約當事者ノ一方カ媒介ヲ爲スヲ業トスルモノナルコトヲ要ス　廣義ニ於ル仲立ノ成立ニハ其當事者ノ一方カ仲立營業者タルコトヲ必要トセスト雖茲ニ所謂仲立ハ商行爲ノ媒介ノ委託ヲ受クルヲ營業トスルモノニ非サレハ成立スルコトナシ商行爲ナラテハ商法ノ適用ナシ仲立カ商法ノ支配ヲ受クヘキ商行爲タルニハ媒介所ノ受託行爲カ箇別的ニ觀察シ得ヘキモノニ非スシテ繼續的營業行爲ノ一部トシテ觀察シ得ヘキモノナルコトヲ要スルハ第二六四條ノ規定スル所ナリ本章ノ標題ニ「仲

0195

立營業」ナル文字ヲ用ヒ且第三〇五條ニ仲立人ヲ定義シテ「媒介ヲ爲スヲ業トスル者」ト規定シタルハ是皆商法適用ノ範圍ニ屬スヘキ仲立營業者トノ間ニ締結セラルル場合ニ始テ其存在アリトノコトヲ示シタルナリ如此仲立契約當事者ノ一方ハ仲立人ナル營業者タルコトヲ必要トスルモ其相手方ハ何人ニテモ可ナリ第三〇五條ニハ廣ク「他人間ノ商行爲ノ媒介」トアリ隨テ仲立人ノ相手方タルヘキ者ハ商人タルト非商人タルトヲ問ハサルハ勿論(非商人ニテモ絶對的商行爲ノ媒介ヲ委託スルコトアリ)一定ノ商人ナルコトヲモ必要トセス尤一定ノ商人ノ爲ニ平常其營業ノ部類ニ屬スル商行爲ノ媒介ヲ爲ス場合ハ寧第一編代理商ノ規定ニ從フヘキモノトス

(三) 仲立ハ他人間ノ商行爲ノ媒介ヲ爲スヲ其目的トス　仲立ハ諾成契約ニ因テ成立スルコト竝ニ其當事者如何ハ既ニ說明シタリ茲ニハ仲立ノ內容ニ關スル說明ヲ爲スヘシ

(イ) 媒介ヲ爲スコト　媒介トハ委託者ノ爲ニ其相手方ヲ求メテ相互ノ意思表示ヲ傳達シ且其締結スヘキ法律行爲ニ關スル各種ノ準備ヲ爲シ以テ相互ノ間ニ取引ヲ締結セシムルヲ謂ヒ仲立人ハ唯此媒介行爲ヲ爲スニ過キス問屋ノ如クニ他人ノ爲ニ自己ノ名ヲ以テ其取引ヲ爲スニ非ス又代理人ノ如クニ他人ニ代リテ意思表示ヲ爲スニモ非サルナリ仲立人ニハ取引ノ締結ニ付法律上ノ效果ヲ生スヘキ自己ノ意思表示トテハナク單ニ他人間ノ意思表示ヲ傳達スト云フ事實上ノ媒介行爲アルノミ法文ニハ「媒介ヲ爲ス」トアリ故ニ仲立人ニ其媒介スヘキ法律行爲ニ付今述ヘタル如ク當事者ニ代リテ取引ヲ締結スル權限ナキコトハ言フヲ俟タサル所ナレトモ此規定ヨリ直ニ仲立人カ其媒介シタル行爲ニ付當事者ノ爲ニ支拂其他ノ給付ヲ受クルコトモ亦否認セラレタリト論シ得ヘキヤ否ヤハ多少ノ疑問ナリ何トナレハ此等ノ行爲ハ取引締結ノ場合ト異ナリ畢竟媒介ニ附屬スル行爲トシテ觀察シ得ルヲ以テ或ハ當然仲立人ニ其權限アリト論シ得ルニ非サレハナリ故ニ第三〇六條ハ此疑問ニ對シテ特別規定ヲ設ケ明ニ仲立人ハ其權限ヲ有セサルコトヲ示スト共ニ若當事者カ特ニ此等ノ行爲ニ關スル代理權ヲ認メ又ハ通例附屬行爲トシテ此等ノ行爲ヲ爲スノ慣習存スル場合ニハ無論之ニ從フヘキモノト爲シタリ

(ロ) 媒介スヘキ法律行爲ハ他人間ノ商行爲ナルコト　元來仲立ノコトタル必シモ商取引ニ限ルニ非ス廣ク仲立ト言ヘハ民事取引タル地所、家屋賣買ノ媒介其他雇人口入、婚姻ノ媒介等皆此中ニ入ル然レトモ商法上ノ仲立ハ其媒介スヘキ行爲カ商行爲ナルコトヲ必要トシ商取引ニ非サルモノノ媒介ハ總テ非商行爲トシテ商法ノ適用ヲ受ケサルナリ勿論商行爲タル以上ハ基本的商行爲即客觀的商行爲及主觀的商行爲タルコトヲ要セス附屬的商行爲ニテモ可ナリ運送營業者カ其營業ノ爲ニ船舶ノ借入ヲ爲スニ當リテ其傭船契約ノ媒介ヲ爲スカ如キハ其重ナルモノナリ要スルニ茲ニ所謂仲立ハ商行爲ノ媒介ニ限ラルルナリ而シテ商行爲ハ必シモ契約ニ限ラルルモノニ非サルカ故ニ理論上ハ單獨行爲ト雖少クトモ相手方アル場合ニハ仲立營業ノ目的タリ得ヘシ、雖實際上ハ商事契約ノ媒介ニ限ラルルナリ

第二節　仲立ノ效力

仲立ノ效力トシテ仲立人ト其媒介スヘキ商行爲ノ當事者トノ間ニ一種ノ法律關係ヲ生ス詳言スレハ當ニ仲立人ト之ニ媒介ヲ委託シタル者トノ間ニ法律關係ヲ生スルノミナラス仲立人カ其委託ニ基キ媒介ヲ爲シタルト同時ニ當事者ノ他ノ一方トノ間ニモ亦權利義務ノ關係ヲ發生ス本章ニ於テハ特ニ仲立人ノ權利義務トシテ規定セルモノニ付說明ヲ爲スヘシ

第一　仲立人ノ義務

0196

(一)　書面ノ作成及交付ノ義務　仲立人ハ媒介スヘキ商取引カ締結セラレタルトキハ其取引ノ當事者雙方ニ對シテ取引ノ確實及證明ノ爲ニ數多ノ手續ヲ爲ササルヘカラス茲ニ述ヘントスルハ其一ナリ媒介ヲ爲シテ當事者間ニ取引ヲ成立セシメタルトキニハ仲立人ハ何人間ニ何時如何ナル取引カ締結セラレタルカヲ明確ニスル爲ニ取引成立後遲滯ナク各當事者ノ氏名又ハ商號、行爲ノ年月日及其要領ヲ記載シタル書面ヲ作成シ且其媒介ヲ爲シタル自己ノ責任ヲ明ニスル爲メ其書面ニ署名シ而シテ各當事者ヲシテ各自ノ意思表示ニ相違ナキコトヲ知ラシムル爲ニ其書面ヲ交付スルコトヲ要ス(二〇八條一項)茲ニ當事者ノ氏名又ハ商號ヲ記載スヘシト云フモ若當事者カ其氏名又ハ商號ヲ相手方ニ示ササルヘキ旨ヲ仲立人ニ命シタルトキハ仲立人ハ結約書ニ其記載ヲ省キ得ルノミナラス寧其祕密ヲ守ルヘキ義務アルヲ以テ斷シテ斯ル記載ヲ爲シ得サルナリ(二一〇條)

媒介シタル行爲カ直ニ履行セラルヘキ場合ハ格別ナレトモ其履行期カ將來ニ屬スル場合ニハ仲立人ハ尙相互ノ意思ノ合致ヲ明ナラシメ以テ他日ノ紛議ヲ避クルカ爲ニ各當事者ヲシテ其結約書ニ署名セシメタル後之ヲ相手方ニ交付スルノ手續ヲ爲ササルヘカラス(二〇八條二項)

尙以上ノ場合ニ於テ即書面ノ交付ヲ爲シタル場合ニ之ヲ受領セサルカ又ハ署名ヲ求メタル場合ニ之ニ應セサルトキニハ是其取引ノ不確實ヲ表明スルモノナルヲ以テ仲立人ハ遲滯ナク相手方ニ對シテ之カ通知ヲ發スルコトヲ要ス

(二)　日記簿記入及其謄本交付ノ義務　商人ハ一般ニ日記簿ヲ備ヘテ之ニ日日ノ取引其他財產ニ影響ヲ及スヘキ一切ノ事項ヲ記載スル義務アリ(二二五條)仲立人モ亦此帳簿ヲ備フルノ必要アルハ勿論ナレトモ第三〇九條ハ尙進テ特ニ仲立人ニ對シテ日記簿ニ一定ノ事項即各當事者ノ氏名又ハ商號、行爲ノ年月日及其要領ヲ記載シテ取引ノ當事者間ニ取引ヲ成立セシメタルトキニハ仲立人ハ何時如何ナル取引カ締結セラレタルカヲ明確ニスル爲ニ取引成立後遲滯ナク各當事者ノ氏名又ハ商號、行爲ノ年月日及其要領ヲ記載シタル書面ヲ作成シ且其媒介ヲ爲シタル自己ノ責任ヲ明ニスル爲メ其書面ニ署名シ而シテ各當事者ヲシテ各自ノ意思表示ニ相違ナキコトヲ知ラシムル爲ニ其書面ヲ交付スルコトヲ要ス(二〇八條一項)茲ニ當事者ノ氏名又ハ商號ヲ記載スヘシト云フモ若當事者カ其氏名又ハ商號ヲ相手方ニ示ササルヘキ旨ヲ仲立人ニ命シタルトキハ仲立人ハ結約書ニ其記載ヲ省キ得ルノミナラス寧其祕密ヲ守ルヘキ義務アルヲ以テ斷シテ斯ル記載ヲ爲シ得サルナリ(二一〇條)

媒介シタル行爲カ直ニ履行セラルヘキ場合ハ格別ナレトモ其履行期カ將來ニ屬スル場合ニハ仲立人ハ尙相互ノ意思ノ合致ヲ明ナラシメ以テ他日ノ紛議ヲ避クルカ爲ニ各當事者ヲシテ其結約書ニ署名セシメタル後之ヲ相手方ニ交付スルノ手續ヲ爲ササルヘカラス(二〇八條二項)

尙以上ノ場合ニ於テ即書面ノ交付ヲ爲シタル場合ニ之ヲ受領セサルカ又ハ署名ヲ求メタル場合ニ之ニ應セサルトキニハ是其取引ノ不確實ヲ表明スルモノナルヲ以テ仲立人ハ遲滯ナク相手方ニ對シテ之カ通知ヲ發スルコトヲ要ス

(二)　日記簿記入及其謄本交付ノ義務　商人ハ一般ニ日記簿ヲ備ヘテ之ニ日日ノ取引其他財產ニ影響ヲ及スヘキ一切ノ事項ヲ記載スル義務アリ(二二五條)仲立人モ亦此帳簿ヲ備フルノ必要アルハ勿論ナレトモ第三〇九條ハ尙進テ特ニ仲立人ニ對シテ日記簿ニ一定ノ事項即各當事者ノ氏名又ハ商號、行爲ノ年月日及其要領ヲ記載シテ取引ノ當事者雙方ニ對シテ其相手方ノ誰タルカヲ明ニシテ取引ノ媒介ヲ爲スト雖時トシテ之ヲ示ササルコトアリ殊ニ當事者カ之ヲ默祕スヘキ旨ヲ命シタルトキハ仲立人ハ義務トシテ之ヲ相手方ニ示スコトヲ得ス斯ル場合ニ於テハ其相手方ハ何人タルカヲ知リ得サル者ニ對シテ履行ヲ請求シ得ヘキニ非サルヲ以テ最初ヨリ一ニ仲立人ヲ信用シテ其取引ヲ爲シタルモノト認ムヘク隨テ其行爲ニ付テハ仲立人ヲシテ履行ヲ爲スノ責ニ任セシムルナリ(三一一條)

第二　仲立人ノ權利

仲立人ハ特約ナキトキト雖當然報酬ヲ請求スルコトヲ得(二七四條)其請求ヲ爲シ得ヘキ時期ハ媒介ヲ爲シタル行爲ノ成立ト同時ニハ之ヲ爲スコトヲ得スト雖左レハトテ敢其行爲カ當事者間ニ於テ履行セラルルヲ待ツノ必要ナシ第三一二條ハ此兩極端ノ中庸ヲ採リテ仲立人カ第三〇八條ニ規定セル書面ノ

0197

作成交付ノ義務ヲ履行シタルトキハ其請求ヲ爲スコトヲ得ト規定シ且其報酬ハ別段ノ意思表示ナキ限ハ當事者雙方ニ於テ平分シテ之ヲ負擔スヘキモノト爲シタリ至當ノ規定ト謂ツヘシ

第六章　問屋營業

問屋營業ハ次章ニ說明スル運送取扱營業ト共ニ第二六四條第一項第一一號ニ規定セル「取次ニ關スル行爲」トアルニ該當シ所謂補助的商業トシテ前章ノ仲立ト共ニ商業界ニ大ナル效用ヲ爲シ居ルモノナリ此制度ハ比較的新ナル設立ニ係リテ昔時商業未タ隆盛ナラス營業ノ範圍狹隘ナル當時ニ在テハ物品ヲ取得シ又ハ移轉スト云フモ商業使用人ト必要ノ場合ニ用ヒラルル受任者トアレハ敢其用ヲ缺クコトナク隨テ實際未斯ル特種ノ制度ヲ設クヘキ必要薄カリシト雖商業ノ範圍擴張シテ海外貿易ノ盛ナルニ及ヒテヤ單ニ此等ノ機關ニ依賴スルノ甚不便ニシテ且不利益ナルヨリシテ終ニ此制度ノ發生ヲ見ルニ至リシナリ即中古時代海外諸國トノ交通頻繁ト爲リ彼我ノ取引隆盛ニ赴クヤ時勢ノ必要ハ終ニ商人ヲ駈リテ海外ニ於ケル繁華ナル商業地ニハ特ニ商業使用人ヲ派遣シ以テ之ニ常設ノ營業所ヲ置クノ已ムヲ得サルニ至ラシメタリ然ルニ此事タルヤ其利益ノ大ナルハ勿論ナレトモ之ニ伴フ不利益モ亦尠カラス遠隔地ニ對スル監督ノ不十分ナルヨリ其商業使用人ノ不正行爲ニ因テ不測ノ損害ヲ受クルノ危險アルト共ニ其營業所ノ常設ナルヨリ取引ノ繁閑ニ拘ラス之ニ多額ノ費用ヲ要スルノ不利益アリ此危險ト費用トヲ除キテ而モ之ト同一ノ效果ヲ收メ得ヘキ方法トシテ茲ニ所謂取次ナル制度ハ案出セラレタルナリ詳言セハ取次人トハ他人ノ委託ニ依リ手數料ヲ受ケテ取引ヲ行ヒ其取引ヨリ生スル效果ハ總テ之ヲ委託者ニ歸セシムルト雖其取引タルヤ第三者ニ對シテハ即自己ノ取引トシテ之ヲ行ヒ自ラ其責ニ任スルノ制度ナリ自ラ其責ニ任スルヲ以テ取引ノ相手方ハ唯問屋ノ何人タルヤニ著眼スレハ足リ彼ノ主人ヲ代理スル商業使用人其他ノ代理人ト取引ヲ爲スカ如クニ毫モ代理權ノ有無、其權限如何ヲ調査スルヲ要セサルハ勿論本人ノ資力、信用如何ヲ問フノ必要モナク隨テ取引ハ敏活圓滿ニ進行スルノ便益アリ加之委託者ヨリ觀ルモ單ニ手數料ヲ支拂フノミニテ十分自己ノ欲スル取引ノ目的ヲ達シ得ヘク而モ自己ハ直接ニ責任ノ衝ニ立ツコトナキヲ以テ營業所ヲ常設シテ取引ヲ爲スヨリ生スル危險ト費用トハ全ク之ヲ避ケ得ルハ勿論殊ニ問屋營業ハ殆皆巨大ナル資本ヲ運用シテ能ク世上ノ信用ヲ其一身ニ集ムル大ナル商業家ニ依テ營マルルモノナルヲ以テ委託者ハ亦問屋ノ資本又ハ信用ヲ自己ノ取引ニ利用シ得ルノ便益アリ其他問屋ニ取引ヲ委託スルコトニ因テ其問屋ノ營業的經驗上ノ伎倆ヨリ受クヘキ利益ノ大ナルモノアルハ言ヲ俟タサル所ニシテ現今此制度カ到ル處ニ隆盛ヲ極メ居ルハ全ク此等ノ事由存スルカ爲ナリ

茲ニ所謂問屋ハ舊商法ニハ仲買人ト稱シ居レリ問屋ト云ヒ仲買人ト云フモ共ニ我國ニテ廣ク通俗ニ用ヒラルル稱呼ナルヲ以テ此改名ノ由來ハ法規ノ實際ニ適用スル上ニ於テ多少說明ノ價値ナシトセス商法編纂者ハ說明シテ曰ク「我國ノ慣習上仲買人ト稱スルハ寧所謂仲立人ヲ指スカ又ハ自己ノ名ヲ以テ自己ノ計算ニ於テ問屋ヨリ物品ヲ買受ケ之ヲ需要者ニ販賣シ又ハ生產者ヨリ物品ヲ買受ケ之ヲ問屋ニ販賣スル特種ノ營業者ヲ謂カ稱シ居ルカ故ニ彼ノ自己ノ名ヲ以テスルモ他人ノ計算ニ於テスル物品ノ販賣人又ハ買受人ハ之ヲ問屋ト稱スルコト至當ナリ」ト然レトモ世上ニ問屋ト稱シ居ル者ノ中ニハ其實自己ノ計算ニ於テ物品ノ賣買ヲ爲スコトヲ業トスル者アリ此等ハ茲ニ所謂問屋ニ非サルハ勿論ニシテ或ハ問屋營業ト他ノ營業トヲ兼ヌルモノト認ムヘク一概ニ其稱呼ヲノミ區別ノ標準トスルコトヲ得

0198

ス果シテ商法ノ所謂問屋ニ屬スルヤ否ヤハ次ニ說明スル問屋ノ意義ヨリシテ之ヲ決スルノ外ナシ

第一節　問屋ノ意義

問屋營業ハ取次ノ一種ナルコト前述シタルカ如シ故ニ取次ノ何モノタルヤヲ明ニセハ問屋ノ意義ヲ了解シ得ルト共ニ取次ノ他ノ種類ナル準問屋及次章ノ運送取扱ノ觀念モ併セテ之ヲ明ニシ得ルノ便アルヲ以テ先取次ニ關スル說明ヨリ始ムヘシ

商法ニハ取次ナル語ノ定義ヲ揭ケス然レトモ第六章問屋營業及第七章運送取扱營業ニ關スル規定ヨリ推シテ取次ヲ定義セハ取次トハ營業トシテ自己ノ名ヲ以テ他人ノ爲ニ法律行爲ヲ爲スヲ謂フト解シテ可ナリ即

(一)　法律行爲ヲ爲スコト　多數ノ立法例ニ於テハ取次ノ目的タル法律行爲ハ之ヲ商行爲ニ限ルト雖現行法ハ非商行爲モ亦其目的タリ得ヘシト爲セリ但取次ニ關スル行爲ヲ營業トシテ爲ス者即取次人ハ第四條及第二六四條第十項第一一號ニ依リ純然タル商人ナルヲ以テ取次營業者タル商人カ其營業ノ爲ニ爲ス法律行爲ハ縱令其取次ヲ委託シタル者ヨリ觀ヲ非商行爲ナリトスルモ其取次營業者ニ取リテハ常ニ商行爲タルコトニ注意スヘシ

(二)　其法律行爲ハ自己ノ名ヲ以テ行フコト　自己ノ名ヲ以テスルトハ法律行爲ノ主格ト爲ルノ謂ニシテ他ノ方面ヨリ言ヘハ取次人カ委託者ノ名ヲ以テ其行爲ヲ爲スニ非サルコトヲ意味ス取次ハ他人ノ爲ニ法律行爲ヲ爲シ隨テ其行爲ノ效果ハ之ヲ委託者ニ歸スルモノナレトモ是唯取次人ト委託者トノ間ニ於ケル內部ノ計算關係タルニ止リ取次人ト取次行爲ノ相手方トノ關係ニ於テハ取次人ハ代理人ヲ以テ立タス自ラ其行爲ノ主格ト爲リテ取引スルモノナルヲ以テ相手方カ其行爲カ他人ノ委託ニ出テタルコトヲ知ルト否トニ拘ラス自ラ其行爲ニ因テ權利ヲ得義務ヲ負フモノトス尙自己ノ名ヲ以テスル結果トシテハ取次人ノ爲シタル法律行爲ハ之ヲ委託シタル者ノ詐欺、錯誤又ハ脅迫等ニ因テ其成立ニ影響ヲ受クルコトナキハ勿論相殺ノ如キモ取次ノ自身ニ生シタルモノニ非サレハ相手方ニ對シテ之ヲ主張シ得サル等ハ殆言フヲ俟タサル所ナリ要スルニ取次人ハ自己ノ名ヲ以テ取引ヲ爲ササルヘカラス故ニ縱令他人ノ爲ニ法律行爲ヲ爲スモ自己ノ名ヲ以テセスシテ他人ノ名ヲ以テスルトキハ代理人タルコトアルモ斷シテ取次タルコトナシ勿論自己ノ名ニ於テスト云フモ自ラ業務執行ノ任ニ當ルト云フニ非ス商業使用人ヲシテ之ヲ營マシムルモ勿論取次タルニ何等ノ妨ナシ

(三)　其自己ノ名ヲ以テ行フ法律行爲ハ他人ノ爲ニスルモノナルコト　他人ノ爲ニスルトハ他人ノ計算ニ於テスルノ謂ニシテ換言スレハ行爲ノ效果ヲ他人ニ歸スルヲ謂フ取次ヲ業トスル者ハ商人ナリ商人ハ普通自己ノ計算ニ於テ自己ノ名ヲ以テ其業務ヲ營ムヲ例トスルモ取次人ハ之ト異リ自己ノ名ヲ以テスル結果トシテハ前述シタル如ク其行爲ノ相手方ニ對シテ自ラ其責ニ任スルモ元來其行爲タルヤ他人ノ委託ニ基キタルモノナルヲ以テ其行爲ヨリ生スル損益ハ兩ナカラ之ヲ委託者ニ歸セサルヘカラス故ニ取次ノ目的ト爲スコトヲ得ル法律行爲ハ自然他人ヲシテ爲サシムルコトヲ得ルモノニ限ラルルト同時ニ其行爲ノ效果ヲ他人ニ歸スルコトヲ得ルモノニ限定セラルルナリ

(四)　其他人ノ爲ニ自己ノ名ヲ以テスル法律行爲ハ營業トシテ之ヲ行フコト　取次カ商行爲タルニハ敢之ヲ營業トシテ行フヲ必要トセサル立法例アリト雖我現行法ハ第二六四條ニ於テ之ニ營業ノ觀念カ加ハルコトヲ必要トセリ隨テ少クトモ商法上ノ取次契約ハ取次ヲ營業トスル者トノ間ニ締結セラルルニ

0199

非サレハ成立セサルコト曩ニ仲立ニ關シテ述ヘタル所ニ同シ

以上ノ說明ニ依テ略取次ニ關スル觀念ヲ了解シ得タルナルヘシト雖尙其名稱ノ甚相類似シテ而モ全ク其實質ヲ異ニセル仲立ト比較對照セハ益其觀念ヲ明ニスルコトヲ得ヘキヲ以テ左ニ兩者ノ差別ニ付テ一言スヘシ即チ

(一) 兩者ハ共ニ他人ノ爲ニ或行爲ヲ爲スモノナレトモ仲立人ハ他人間ノ法律行爲ヲ媒介スト云フ事實上ノ行爲ヲ爲スニ過キサルニ反シ取次人ハ自己ノ意思ヲ表示シテ法律行爲ヲ爲スノ差アリ

(二) 仲立ハ唯當事者ノ間ニ立チテ雙方ノ意思ヲ傳達スルニ止ルモ取次ハ取次人自ラ取次行爲ノ當事者ト爲ルナリ其結果トシテ仲立ニ因テ成立スル行爲ハ第三者ト委託者トノ間ニ其效力ヲ生スルニ反シ取次ヲ爲スニ因テ成立スル行爲ハ取次人ト其取次行爲ノ相手方トノ間ニ其效力ヲ生ス

(三) 第三ノ區別トシテハ仲立ト取次ノ目的タル行爲トカ一ハ商行爲ニ限ラレ他ハ商行爲タルト非商行爲タルトヲ問ハサルノ點是ナリ

此等ハ法規上ヨリ觀察シタル差別ナレトモ此差別アルニ基キ仲立ト取次トカ商ノ實際ニ於テ其作用ヲ異ニシ各特殊ノ大ナル效果ヲ現ハシ居ルハ既ニ述ヘタリ就テ對照セハ頗興味ヲ感スヘシ

以上ハ取次ヲ取次契約ノ內容ヨリ觀察シテ其說明ヲ爲シタルモノナレトモ之ヲ仲立ノ場合ニ於ルト等ク一箇ノ契約關係トシテ觀察スルトキハ取次ハ當事者ノ一方カ自己ノ爲ニ相手方ノ名ヲ以テ法律行爲ヲ爲スコトヲ相手方ニ委託シ相手方カ之ヲ承諾スルニ因テ效力ヲ生スルモノナリト謂フコトヲ得此契約ノ性質如何ニ付テハ學者ノ說ク所一樣ナラス或ハ委任ナリト說キ或ハ雇傭ナリト論スト雖寧代理ヲ目的トセサル一種ノ委任ナリト解スルヲ至當トス我現行商法ハ第三一四條第二項ニ於テ之ニ委任及代理ニ關スル規定ヲ準用シ居レリ尙此事ニ付テハ問屋ト委託者又ハ第三者トノ關係ヲ詳論スルニ當リテ說ク所アルヘシ

取次ノ目的ハ法律行爲ヲ爲スニ在リ而シテ法律行爲ノ種類ニ制限ナキト其ニ取次モ亦種種ニ之ヲ類別スルコトヲ得ヘシト雖現行商法ノ規定上ヨリ分類セハ第一、物品ノ販賣又ハ買入ニ關スル取次第二、運送ニ關スル取次第三、此等以外ノ行爲ニ關スル取次ノ三種ニ大別スルコトヲ得(三一三條、三一一條、三二〇條)

本章ノ問屋營業ハ右ニ所謂物品ノ販賣又ハ買入ニ關スル取次ニシテ即取次ノ目的タル法律行爲カ物品ノ販賣又ハ買入ニ係ル場合ヲ指スモノナリ第三一三條ハ問屋營業ヲ爲ス者ヲ問屋ト稱シ之カ定義ヲ下シテ「問屋トハ自己ノ名ヲ以テ他人ノ爲メニ物品ノ販賣又ハ買入ヲ爲スヲ業トスル者ヲ謂フ」ト規定セリ舊商法ハ此問屋ニ該當スル仲買人ヲ定義シテ「契約ニ從ヒ自己ノ名ヲ用ヰ他人ノ計算ヲ以テ商業ヲ營ム商人ナリ」ト規定シ居レリ(舊商四五六條)即仲買人ヲ廣義ニ解シテ單ニ物ノ販賣又ハ買入ニ關スル取次ヲ爲ス者ノミニ限ラス賣買以外ノ取次ヲ爲ス者モ運送取扱人ヲ除ク外總テ之ヲ仲買人ト稱シタリ如此立法例頗多シト雖我現行法ハ問屋ヲ狹義ニ解シテ如上ノ規定ヲ爲シ而シテ物ノ販賣又ハ買入ニ非サル行爲ヲ目的トスル取次營業者ニハ第三二〇條ニ於テ問屋ニ關スル規定ヲ準用スルコトヲ爲セリ何故ニ問屋ナル語ヲ如此狹義ニ解シタルカト云フニ蓋通常問屋ト言ヘハ物ノ賣買ニ關スル取次營業者ノミヲ指スノ慣例アルノミナラス如此立法スルハ規定ノ錯雜ヲ避クルノ便利アリテ且其體裁ヲ完ウシ得レハナリ

0200

第二節　問屋契約ノ效力

問屋契約ノ效力トシテ其當事者タル問屋ト之ニ物品ノ販賣又ハ買入ヲ委託シタル者トノ間ニ生スル法律關係ヲ說明スルニ當リテ先之ニ牽連セル問題即問屋契約ノ目的タル販賣又ハ買入ノ何人間ニ其效力ヲ生スルヤノ問題ニ付テ一言スヘシ蓋問屋ノ行フ販賣又ハ買入ハ問屋契約ノ履行ニシテ全ク他人ノ委託ニ出ツルモノナルヲ以テ或ハ此賣買ニ因テ其相手方ト委託者トノ間ニモ一種ノ法律關係ヲ發生スルコトナキヤノ疑念ヲ抱ク者ナキニシモ限ラサレハ特ニ之ヲ決定シ置クノ必要アリ然レトモ此問題ハ前節問屋ノ意義ニ關スル說明ニ參照セハ容易ニ之ヲ解決スルコトヲ得ヘシ即其販賣又ハ買入ハ唯問屋ト相手方トノ間ニ通常ノ賣買ト異ナルコトナキ效力ヲ生スルニ止リ其相手方ト委託者トノ間ニハ何等ノ法律關係ヲ生スヘキニ非ス他人ノ委託ニ出テタルニモセヨ問屋ハ相手方ニ對シテ委託者ノ名ヲ以テ即其代理人トシテ賣買ヲ爲シタルニ非ス自己ノ名ニ於テ即自ラ賣主タリ買主トシテ其取引ヲ爲シタルナリ然ラハ其賣買ノ效果トシテ生スル相手方ニ對スル權利義務ハ擧ケテ之ヲ問屋ノ一身ニ歸屬セシメ委託者ヲシテ毫モ之ニ與ルコトナカラシムルハ理ノ當然ナレハナリ(三一一四條一項)要スルニ委託者ハ賣買ノ相手方ニ對シテ何等ノ義務ヲ負ハサルト共ニ何等ノ權利ヲ取得スルコトナシ隨テ委託者カ其相手方ニ對シテ自ラ權利ヲ主張シ得ンニハ唯委託者カ問屋ヨリ其問屋ノ名ヲ以テ取得シタル權利ノ移轉ヲ受クルカ(三一一四條二項及民六四六條二項)又ハ間接訴權ノ行使ニ依ルカ(民四二三條)ノ方法存スルノミ

問屋契約ノ目的タル販賣又ハ買入ヨリ生スル法律關係ニ付テハ如上ノ簡單ナル說明以上ニ逃フヘキモノナシト雖次ノ問題タル本節ニ所謂問屋契約其モノノ效力トシテ問屋ト委託者トノ間ニ如何ナル法律關係ヲ生スルヤニ付テハ詳細ナル說明ヲ要スルモノアリ第六章ハ唯第三一四條第一項ト第三二〇條トヲ除クノ外總テ本問ニ對シテ其規定ヲ爲シ居レリ之ニ付テ第一ニ說明スヘキハ問屋ト委託者トノ間ニハ原則トシテ民法、商法ノ委任及代理ニ關スル規定カ準用セラルルコト是ナリ(三一一四條二項)此事タルヤ畢竟問屋契約ハ委任若クハ少クトモ之ニ近似ノ性質ヲ有スル契約ナリトノ觀念ヨリ出テタルニ外ナラス予ノ信スル所ニ依レハ問屋契約ハ代理ヲ目的トセサル一種ノ委任契約ニ外ナラサルカ故ニ我現行民法ノ如ク委任ヲ以テ必シモ代理ヲ目的トスルコトヲ必要トセサル立法ノ下ニ在テハ委任ノ規定ハ當然問屋契約ニ其適用サルモノナリト信ス兎ニ角本條ノ規定アル結果トシテ民法、商法中委任ニ關スル規定ノ殆全部竝ニ代理ノ規定中復代理人ノ選任(民一〇四條)其選任ヲ爲シタル場合ニ於ル代理人ノ責任(民一〇五條)復代理人ノ本人ニ對スル權利義務(民一〇七條二項)及同時ニ反對ノ利益ヲ有スル者ノ代理ニ關スル規定(民一〇八條)等ハ皆此場合ニ準用セラル如此商法ハ問屋ニ關スル規定ノ大部分ヲ委任及代理ニ關スル民商一般規定ニ讓リタルヲ以テ玆ニ規定スル所甚少ク唯此一般法規中當事者ノ權利義務ニ關スル部分ニ對シ實際ノ必要上數箇ノ特別規定ヲ爲シ居ルニ過キス以下之ヲ問屋ノ義務ニ關スル特別規定及其權利ニ關スル特別規定トシテ分說スヘシ

第一　問屋ノ義務

問屋ノ義務ニ關スル特別規定ノ說明ニ入ルニ先チ了解ニ便ナラシメンカ爲メ受任者ノ義務ニ關スル民商法ノ規定ヲ略言シ其順序ニ從ヒテ特別法規ノ說明ヲ爲スヘシ先受任者ハ委任ノ本旨ニ從ヒ若クハ少クトモ委任ノ本旨ニ反セサル範圍內ニ於テ善良ナル管理人ノ注意ヲ以テ委任事務ヲ處理スル義務アリ

0201

（民六四四條及商二六七條）其他或ハ委任事務ノ狀況及其顚末ヲ報告シ（民六四五條）或ハ計算ヲ爲シ（民六四六條）或ハ消費シタル金額ニ利息ヲ附シ尙其損害ヲ賠償スルノ義務アリ（民六四七條）此等ハ民商一般法ノ規定スル所ニシテ之ニ對シ商法カ問屋ニ關シテ如何ナル特別規定ヲ爲シ居ルカハ以下順次之ニ說明セントス

（一）問屋ハ一般ノ受任者ト等ク委任ノ本旨ニ從ヒ又ハ委任ノ本旨ニ反セサル範圍內ニ於テノミ問屋事務ヲ處理スルコトヲ要シ然ラサレハ其行爲ノ效果ヲ委託者ニ歸セシメ得サルハ勿論損害アレハ之ヲ賠償スヘキヲ原則トスルモノ（民四一三條二項、六四四條及商二六七條）之ニ對シテ特別ノ場合ニ關スル一ノ例外アリ即委託者ノ指定シタル金額ヨリ廉價ニテ販賣ヲ爲シ又ハ高價ニテ買入ヲ爲シタル場合ニ關シテハ問屋ハ其指定制限額ト販賣又ハ買入ヲ爲シタル實際代價トノ差額ヲ負擔シ以テ委託者ニ對シテ其曾買ノ效力ヲ生セシムルコトヲ得（三一一六條）何故ニ特ニ問屋ニ對シテ斯ル場合ニ委任踰越ノ責任ヲ認メサルヤト云フニ若然ラスシテ絕對ニ問屋ニ其責任アリトセハ如何問屋營業者ハ其束縛ノ甚シキヨリ終ニ金額ノ指定アル委託ハ努メテ之ヲ避クルノ結果ヲ生シ却テ委託者ニ大ナル不便ヲ與フヘク且委託者ヨリ見ルモ問屋カ差額ヲ負擔スルニ於テハ其行爲ノ結果ヲ自己ニ負擔スルモ少クトモ現實ノ不利益ヲ受クルコトナケレハナリ唯廉價ニ販賣シタルカ爲メ他ノ販賣品ノ價格ニ影響ヲ受クルカ如キ多少ノ不利益ナキニ非サルモ全體ノ利害ヨリ打算シテ商ノ實際ハ寧如此規定スルヲ便利トスルナリ

（二）一般ノ受任者ハ善良ナル管理人ノ注意ヲ以テ委任事務ヲ處理シタル以上ハ縱令其相手方ニ於テ債務ヲ履行セサルモ敢委託者ニ對シテ其責ニ任スルコトナシト雖問屋ニ在テハ然ラス反對ノ意思表示又ハ慣習ナキ限ハ販賣又ハ買入ニ對スル相手方ノ不履行ニ付自ラ其履行ヲ爲スノ責任ヲ負フ（三一一五條）外國ニ於ル多數ノ立法ハ寧相手方ノ不履行ニ付問屋ニ責任ヲ負ハシメサルヲ原則トシ唯別段ノ意思表示又ハ慣習存スル場合ニ其責ニ任セシムルヲ例トスルモ我現行法ハ之ト全ク正反對ノ原則ヲ採用シタルナリ其理由ハ要スルニ我國從來ノ慣習寧現行法ノ規定スルカ如クニシテ而モ此主義タルヤ多少問屋ニ苛酷ノ嫌ナキ非サルモ能ク委託事務ニ忠實遺漏ナカラシメ以テ問屋ノ信用問屋制度ノ發達ヲ助長スル上ニ於テ大ナル效益アレハナリ

（三）問屋ハ委託者ノ請求アリタルトキハ委任事務處理ノ狀況ヲ報告シ又問屋事務終了ノ後ハ遲滯ナク其顚末ヲ報告スルノ義務ヲ負フコト一般ノ受任者ト異ルコトナキモ（三一一四條二項、民六四五條）問屋ハ尙進ミテ或種類ノ取次ヲ包括的ニ委託サレタル場合ニ在テハ委任ノ終了ヲ待タス其各箇ノ行爲ヲ爲シタル每ニ遲滯ナク委託者ニ對シテ其通知ヲ發スルコトヲ要ス（三一一九條、三一七條）蓋一般ノ委任規定ニ於ルカ如ク斯ル場合ニ於テ委託者カ委任終了前ニ先各箇ノ買入又ハ販賣ノ通知ヲ受ケント欲セハ特ニ別段ノ請求ヲ爲スノ必要アリトスルハ手續ノ簡易行爲ノ迅速ヲ主眼トスル商ノ實際ニ大ナル不便ヲ與フヘケレハナリ

第二　問屋ノ權利

先受任者ノ權利ニ關スル民法ノ規定ヲ一言センニ受任者ハ委任者ヲシテ委任事務ノ處理ニ必要ナル費用ヲ前拂セシムルコトヲ得ヘク（民六四九條）若然ラスシテ受任者ニ於テ其立替ヲ爲シタルトキハ之ニ利息ヲ附シテ償還ヲ受ケ（民六五〇條一項）且自己カ負擔シタル債務ニ付委任者ヲシテ其辨濟ヲ爲サシメ又ハ擔保ヲ供セシメ（民六五〇條二項）過失ナクシテ受ケタル損害ヲ賠償セシムル等ノ權利アリ（民六五〇條三項）此等ノ權利ハ問屋ニ付テモ敢異ルコトナシ茲ニハ問屋ノ爲ニ特ニ存スル規定即一般ノ

0202

委任及代理ト異ル所ノミヲ左ニ說スヘシ

(一) 一般ノ委任ニ在テハ受任者ハ特約ノ存セサル限ハ委任者ニ對シテ報酬ヲ請求スルコトヲ得スト雖(民六四八條一項)問屋ニ在テハ商人カ其營業ノ範圍內ニ於テ他人ノ爲ニ問屋行爲ヲ爲シタルモノトシテ當然之ニ對スル報酬ヲ請求スルコトヲ得ヘクシテ(二七四條)此請求權ハ問屋自ラ其販賣又ハ買入ノ相手方ト爲ルニ因テ影響ヲ受クルコトナシ(三一七條二項)之ニ關スル理由ハ前段ニ既ニ之ヲ說明シタリ後段ハ後ニ至リテ尙說ク所アルヘシ此點ハ問屋ト一般ノ受任者トノ間ニ差別アル所ナレトモ其報酬ヲ請求シ得ヘキ時期及問屋事務カ履行ノ半途ニ終了シタル場合ニ請求シ得ヘキ報酬額如何等ニ付テハ問屋モ亦民法第六四八條ノ規定ニ從フモノトス

(二) 問屋カ買入ヲ爲シタル場合ニ相手方カ其債務ヲ履行シタルトキ問屋カ委託者ニ對シテ計算ヲ爲スノ義務アルコト一般ノ受任者ト異ラサルハ既ニ述ヘタルカ如シト雖(三一四條二項、民六四六條)其計算ヲ爲スニ當リテ若委託者カ其買入レタル物品ヲ受取ルコトヲ拒ミ又ハ受取ルコト能ハサル場合ニ生スル權利ニ付テハ相互ノ間ニ差別アリ即一般ノ受任者ニ在テハ斯ル場合ニ於テ其引渡義務ヲ免レンニハ其物ヲ供託スルノ外ナシト雖(民四九四條)問屋ニ在テハ供託ノ外尙進テ相當ノ期間ヲ定メテ催告ヲ爲シタル後(若損敗シ易キ物ナルトキハ催告ヲ爲サスシテ)其物ヲ競賣シ以テ其代價ノ全部又ハ一部ヲ買入代金ニ充當スルコトヲ得(三一八條、二八六條)此權利ニ關シテハ第二章賣買ニ關シテ爲シタル說明ヲ參照スヘシ

(三) 問屋ノ有スル留置權モ亦一般ノ受任者ノ有スル民事上若クハ商事上ノ留置權ト異ル即問屋ハ別段ノ意思表示ナキ限リハ販賣又ハ買入ヲ爲シタルニ因テ生シタル債權ニ付本人ノ爲ニ占有スル物ヲ留置スルコトヲ得ルノ權利アリ(三一九條)此特種ノ留置權ハ代理商ノ有スル權利ト同一ナルヲ以テ(四一條)之ニ關スル說明ト第二八四條ニ所謂一般商事留置權ニ關スル說明及民法第二九五條ノ規定トヲ參照セハ能ク此留置權ノ性質ヲ了解スルコトヲ得ヘシ

以上(一)乃至(三)ハ委任ノ規定ヨリ見テ問屋ノ爲ニ存スル特別規定ヲ說明シタルモノナレトモ等ク問屋ニ準用セラレ居ル代理ノ規定ニ照シテ說明スヘキ尙一ノ特別規定アリ即

(四) 委任代理ノ原則トシテ何人ト雖自己ハ委任ヲ受ケタル法律行爲ノ相手方ト爲ルコトヲ得サルナリ(民一〇八條)而シテ此原則ハ問屋ニモ亦準用セラレ問屋カ其委託ヲ受ケタル販賣又ハ買入ヲ第三者ト取引セスシテ自己ト爲スカ如キハ一般ニハ法ノ認メサル所ナリ(三一四條二項)然レトモ或特定ノ場合即若其委託カ取引所ノ相場アル物品ノ販賣又ハ買入ニ係ル場合ニ於テハ問屋自ラ介入シテ其行爲ノ相手方ト爲ルヲ妨ケス尤此場合ニ於ル其賣買代價ハ法規ニ依テ一定セラレ即問屋カ其買主又ハ賣主ト爲リタルコトノ通知ヲ發シタルトキニ於ル取引所ノ相場ニ從フヘキモノトス(三一七條一項)何故ニ問屋ノ爲ニ如此例外規定ヲ爲シタルトキハ一言セハ問屋營業ニハ特別ノ事情存シ居ルカ爲ニ外ナラス即問屋ハ常ニ物品ノ販賣若クハ買入ニ付他人ヨリ委託ヲ受クルコトヲ營業トシテ世上ニ立ツモノナルカ故ニ其委託ヲ受クルコトハ極テ頻繁ニシテ隨テ未委託ヲ受ケサルトキニ在テモ將ニ受ケントスル委託ニ應スルカ爲メ豫自己ノ計算ヲ以テ物品ノ買入ヲ爲シ之カ準備ヲ爲シ置クノ必要アリ之ヲ委託者ノ方面ヨリ觀ルモ問屋ニ販賣買入ノ委託ヲ爲ササル以前ニ於テ問屋カ自ラ商品ヲ貯藏シテ委託ノアリタルヤ即時ニ之ニ應シテ其需要ヲ充タスノ準備整フニ於テハ其便益ハ殊ニ大ナリ故ニ問屋ヲシテ將ニ到ラントスル買入方委託ノ準備トシテ現ニ販賣ノ委託ヲ受クル物品ノ買主ト爲ルコトヲ得セシメ之ニ由テ先物

0203

品ヲ藏貯シ以テ更ニ他ノ反對ノ委託即買入委託ニ對シテ自ラ賣主トシテ立ツコトヲ得セシムルハ問屋營業ノ作用トシテ最必要ナル事柄ト謂ハサルヘカラス尤問屋ニハ如此特別ノ事情存ストスルモ去レハトテ全ク委任代理ノ原則ヲ無視スルカ如キ立法ハ努メテ避クヘキコト勿論ニシテ廣ク一般ノ場合ニ於テ問屋ヲシテ委託行爲ノ相手方ト爲ルコトヲ得セシムルカ如キハ其不可ナル深ク說明ヲ要セス故ニ現行法ハ一面ニハ問屋ニ右ノ如キ特別ノ事情存シ居ルニ顧ミ他面ニハ委任代理ノ原則ニ照シテ之ニ甚シキ衝突ヲ來ササル範圍內ニ於テ問屋自ラ販賣又ハ買入ノ相手方ト爲ルコトヲ得セシメタルナリ蓋取引所ノ相場アル物品ニ付テハ其代價ハ取引所ノ公定相場ニ伴ヒテ定マルカ故ニ縱令問屋ヲシテ買主又ハ賣主タラシムルモ委託者ノ爲ニ敢不利ナルコトナク斯ル場合ニハ寧之ヲ認容スル方問屋及委託者ノ雙方ニ取リ極テ便利ナルヘケレハナリ其他代價ヲ定ムルニ付存スル如上ノ規定ニ付テハ別ニ其說明ヲ要セサルヘシ

右ノ如ク問屋自ラ賣主ト爲リ又ハ買主ト爲リタルトキハ問屋ハ一面ニ於テハ問屋契約ノ受託者タリ他面ニ於テハ問屋行爲ノ相手方ト爲ルカ故ニ受託者ニ對シテ受託者タル權利義務アルト同時ニ買主又ハ賣主トシテノ權利義務モ存スルコト勿論ナリ

問屋營業ニ關スル說明ヲ終ルニ臨ミ一言スヘキモノアリ問屋營業ニ關スル規定ハ曩ニ述ヘタルカ如ク賣買及運送ニ關スル取次以外ノ取次營業ニ準用セラルルコト是ナリ即第三二〇條ニ「本章ノ規定ハ自己ノ名ヲ以テ他人ノ爲メニ販賣又ハ買入ニ非サル行爲ヲ爲スヲ業トスル者ニ之ヲ準用ス」ト規定セリ而シテ此規定ハ廣ク「販賣又ハ買入ニ非サル行爲云云」ト言ヘルカ故ニ運送ニ關スル取次營業モ亦自ラ此規定ニ包含セラルルカ如シト雖運送ニ關スル取次ニハ特ニ次章ノ第三二一條第二項ニ於テ問屋ニ關者ノ擔保ヲ殆任意ニ減少シ得ルノ不都合ナル觀相ヲ呈スト雖一定ノ事由ニ依テ退社ヲ認メサルヘカラサルト同時ニ他方ニ於テハ第七三條第一項ヲ以テ退社員ハ本店ノ所在地ニ於テ退社ノ登記ヲ爲ス前ニ生シタル會社ノ債務ニ付責任ヲ負フ此責任ハ其登記後二年ヲ經過シタルトキハ消滅スト規定シ社員一箇ノ責任トシテハ退社ニ依テ其責任ヲ消滅セシメス以テ會社債權者ヲ保護セリ尙此規定ハ第二項ヲ以テ社員ノ承諾ヲ得テ持分ヲ讓渡シタル社員ニ準用セラル

第二ノ擔保ハ損失塡補ノ規定ナリ第六七條ニ依レハ會社ハ損失ヲ塡補シタル後ニ非サレハ利益ノ配當ヲ爲スコトヲ得スト規定セリ是固ヨリ當然ニシテ實ハ損失ヲ塡補シタル上ニ非サレハ眞ニ配當セルヘキ利益アリト謂フコト能ハス苟財產額カ資本額ヨリモ小ナルトキハ會社ハ未利益ナキモノニシテ或時期ニ營業上利益アルモ之ヲ以テ其以前ノ欠損ヲ補フニ非サレハ全體ノ時期ニ通シテ之ヲ計算スレハ未利益アルヤ否ヤ明ナラス故ニ本條ノ主旨ハ或一定ノ時期ニ利益アリトモ其以前ニ欠損アルトキハ之ヲ塡補シタル上ニ非サレハ利益ノ配當ヲ爲スヘカラスト謂フニ在テ結局常ニ會社ノ財產カ資本額以上ナル場合ニ非サレハ利益ノ配當ナキモノナリ是即亦資本額ヲ可成常ニ現實ノモノトナシ以テ會社ノ債權者ヲ保護スルノ主意ニ外ナラス

會社カ前項ノ規定ニ反シテ利益ノ配當ヲ爲シタルトキハ會社ノ債權者ハ之ヲ返還セシムルコトヲ得（六七條二項）

第四章　社員ノ入社及退社

第一節　社員ノ入社

0204

我商法ハ社員ノ退社ニ付テハ特ニ第四節第六八條乃至第七三條ヲ以テ之ヲ規定シ其入社ニ付テハ特ニ規定ヲ設ケタルモノナシト雖條文ノ各所ニ散見スル所ヲ綜合スレハ社員ノ入社ニハ三ノ場合アリ第一ハ設立ノ時定款ニ署名スルコト第二ハ設立ノ後定款ニ署名シテ新ニ加入スルコト第三ハ社員ノ持分ヲ讓受クルコト是ナリ以下之ヲ說明スヘシ

第一　定款ニ署名スルコト　合名會社ハ各社員カ定款ニ署名スルコトニ依テ設立セラルルモノナルヲ以テ其署名ヲ爲スコトハ即設立セラルル會社ノ社員タルコトノ意思ヲ表示シタルモノニシテ之ト同時ニ社員タル資格ヲ取得スルコトハ言ヲ俟タス

第二　設立後新ニ加入スルコト(原始的ノモノ)　設立後新ニ加入スルモノニ付テハ特ニ其入社ニ付明文ヲ設ケスト雖第六四條ニ設立ノ後會社ニ加入シタル社員ハ其加入前ニ生シタル會社ノ債務ニ付テモ亦其責任ヲ負フ旨ノ規定アルヨリ見レハ設立後ニ新ニ會社ニ加入シ得ルコトヲ認ムルモノナリト謂ハサルヘカラス此場合ニ於ル新入社員ノ權利義務ニ付テハ已ニ述ヘタルカ如シ唯此場合ニ於テ其入社ノ手續ハ如何ニスヘキヤハ別ニ明文ヲ以テ規定セサル處ナルヲ以テ一般ノ理論ニ依テ之ヲ決セサルヘカラス抑社員ノ住所氏名其出資ノ種類及價格又ハ評價ノ標準ハ悉之ヲ定款ニ記載セサルヘカラス(五〇條)而シテ新入社員モ亦社員タル以上ハ是等ノ要件ヲ會社ノ定款ニ記載セサルヘカラス果シテ然ラハ新入社員カ在リタル爲ニハ必然ニ定款ノ記載要件ニ變更ヲ來スコトナルヲ以テ少クトモ定款變更ノ手續ヲ要スル丈ノ手續ヲ經テ之ヲ入社セシムヘキモノナルヤ明ナリ即新社員ノ入社ハ總社員ノ一致ヲ要シ且署名アル書面ノ作成ヲ要スヘキモノナリ

第三　持分ノ讓渡　第七三條第二項ニ依リ持分ノ讓渡ヲ爲シタルモノハ退社員ト看做サルルコトハ前ニ述ヘタルカ如シ故ニ持分ノ全部ヲ讓受ケタル者ハ新ニ社員トナリ又一部ヲ讓受ケタルモノハ其一部ニ付社員タル資格ヲ取得スヘキモノナリ持分ノ讓渡ニ付テハ總社員ノ同意ヲ要スルコトハ第五九條ニ依テ明ナル所ナレトモ定款變更ト問一ノ手續ニ依ルコトヲ必要トセス單ニ同意ノミアレハ先以テ之ヲ有效トシタルハ權衡ヲ得サルコトハ前既ニ述ヘタルカ如シ

持分ノ讓渡ニ似テ非ナルモノハ相續ニ依ル入社ノ場合是ナリ社員カ死亡シタルトキハ當然退社スト雖(六九條三號)他ノ社員ノ一致ヲ以テ其相續人ヲシテ社員タラシムルコトヲ妨ケス此場合ニ於テハ前ニ述ヘタル設立後新ニ加入スル場合ト同一ノ手續ニ依ルヘキモノト信ス(持分ノ讓渡ノ場合ニハ必シモ先以テ定款ノ變更ヲ要セサルハ前ニ述ヘタルカ如シト雖之ハ特ニ第五九條ノ明文アルカ爲ナリ相續ノ場合ハ所謂持分ノ讓渡ニ非サルカ故ニ第五九條ニ依ルヘキニ非ス)

以上ノ手續ニ依リ總テ新ニ社員タル資格ヲ得タル時ハ定款ノ變更ヲ生スルカ故ニ從テ亦登記事項ノ變更ヲ生スルヲ以テ二週間内ニ其登記ヲ爲スコトヲ要ス

入社ノ效果トシテ最重要ナル義務ハ入社前ニ生シタル會社ノ債務ニ付總テ他ノ社員ト同ク同等ノ責任ヲ負擔スルコトハ前ニ述ヘタルカ如シ(六四條)

第二節　社員ノ退社

社員ノ入社ニ付テハ商法ハ特ニ之カ爲ニ明文ヲ設ケスト雖其退社ニ付テハ特ニ明文ヲ設ケテ場合ヲ限定セリ抑社員ノ退社ハ羅馬法ノ組合ニ於テハ之ヲ認メス若組合ヲ組織スル社員ノ異動アルトキハ舊組合ハ解散サレ更ニ新組合ノ設立セラレタルモノト觀タレトモ如此ハ發達セル現今ノ社會ニ於テハ不便

0205

極マルヲ以テ民法ノ組合ニ於テモ契約ナル觀念ハ勿論嚴然タルモノナレトモ其一員ニ付テ特種ノ異動アルカ爲ニ組合トシテ忽解散シ新ナル組合發現スルモノト觀サルハ勿論合名會社ノ如キ營業法人ニ於テハ勿論其一員ノ異動ノ爲ニ現會社ノ解散ト爲スカ如キ偏狹ナル規定ヲ設クルノ不可ナルハ言ヲ俟タス然レトモ元來合名會社ハ我商法ニ於テハ法人ナリト雖其起源ヲ尋ヌレハ各社員ノ一身上ノ信用ニ重キヲ置ケルモノナルヲ以テ之ヲ組織セル社員ノ異動ヲシテ極テ容易ナラシムルモ亦一方ニ於テ弊害ヲ免レス然レトモ亦他方ニ於テ苟如何ナル社員一人退社スルモ最早現會社トシテ存續セシムヘカラストスルハ亦弊害ナルヲ以テ新商法ニ於テハ原則トシテ社員ノ異動ニ關セス會社ハ會社トシテ存續スルコトヲ認メ同時ニ會社ノ解散ノ場合ヲ制限シ(七四條)他方ニ於テ社員ノ退社ノ場合ヲ制限セリ以下追次之ヲ說明スヘシ

第一項　退社ノ原因

社員ノ退社ハ社員ノ意思ニ基クモノト否ラサルモノトニ區別スルコトヲ得

第一　社員ノ意思ニ基ク退社　社員ノ意思ニ基ク退社ハ第六八條及第六九條第一號及第二號並ニ持分ノ讓渡ノ場合是ナリ

(一)　社員一箇ノ意思ニ依ルモノ　第六八條第一項ニ依レハ定款ヲ以テ會社ノ存立時期ヲ定メサルカ又ハ或社員ノ終身間會社ノ存續スヘキコトヲ定メタルトキハ各社員ハ營業年度ノ終ニ於テ退社ヲ爲スコトヲ得但六箇月前ニ其豫告ヲ爲スコトヲ要ス故ニ本條ニ依リ退社ヲ爲スニハ左ノ條件ヲ要ス

(イ)　定款ヲ以テ會社ノ存立時期ヲ定メサルカ又ハ或社員ノ終身間會社ノ存續スヘキコトヲ定メタルトキ、蓋如此ハ會社ノ存續時期不確定ナルノミナラス極テ長期ニ亘ルノ恐アルヲ以テ如此期間無限ノ責任ヲ有スル社員ヲ一切拘束シテ退社ヲ許サストスルハ極テ不當ナルヲ以テ退社ノ一原因トシタルナリ

(ロ)　營業年度ノ終ニ於テ退社スルコト　是持分ノ拂戻ノ計算ノ爲ニ便宜ナルヲ以テナリ且止ムコトヲ得サル事由ナキ以上ハ退社ヲ思立チタル即時ニ退社セシムルノ必要ナケレハナリ

(ハ)　六箇月前ニ其豫告ヲ爲スコト　是亦前述ノ理由ニ依リ突然ノ退社ヲ許ササルノ趣意ナリ

如此三條件ヲ具フレハ社員ハ退社ヲ爲スコトヲ得ルモノトス此外ニ尙止ムコトヲ得サル事由アルトキハ會社ノ存立時期ノ定アルト否トニ拘ラス何時ニテモ各社員ハ退社ヲ爲スコトヲ得ルモノトス(六八條二項)蓋止ムナキ事情アルニ拘ラス何時迄モ社員トシテ會社事業ヲ營マシムルハ不當ナレハナリ止ムナキ事由ノ如何ナルモノナルカハ事實ノ問題トシテ一概ニ定ムルコトヲ得ス爭アレハ結局裁判所ノ認定ニ依ル外ナキモノナリ

(二)　定款ニ定メタル事由ノ發生　定款ニハ一定ノ事由發シタルトキハ社員ノ退社スヘキコトヲ規定スルコトヲ得ルヲ以テ其事由ノ發生シタルトキハ即社員ハ退社ス例之社員タル時期資格又ハ條件ヲ定ムルカ如シ其時期ノ到來條件ノ成就又ハ資格ノ消滅ニ依テ社員ハ退社ス

(三)　總社員ノ同意　總社員ノ同意ハ合名會社ニ於テハ重要視セラルルコトハ他ノ各種ノ規定ニ散見スル所ナリ故ニ社員ノ退社モ總社員ノ同意アレハ之ヲ許スモ弊害ナキヲ以テ他ニ何等ノ事情ナクトモ之ヲ以テ退社ノ一原因ト定メタリ

(四)　持分ノ讓渡　持分ノ讓渡モ亦他ノ社員ノ一致アレハ爲シ得ル所ニシテ其退社ノ原因ノ一タルコト

0206

ハ前ニ述ヘタルカ如シ

第二　社員ノ意思ニ基カサル退社　社員ノ意思ニ基カサル退社ハ即第六九條第三號以下ニ規定セル所ニシテ

(一) 死亡　社員カ死亡シタルトキハ退社スヘキハ當然ナリ然レトモ定款ノ規定ニ依リ其社員ノ相續人ヲシテ直ニ其位地ヲ承繼セシムルコトヲ妨ケス

(二) 破産　社員カ破産シタルトキハ對人信用ヲ基礎トセル合名會社員タル資格ヲ失フヘキハ當然ナリ尚破産者ハ絶對ニ合名會社ノ社員タリ得サルコトハ前ニ述ヘタリ

(三) 禁治産　禁治産ヲ以テ退社ノ原因ト爲スハ亦人的信用ニ重キヲ置ケル合名會社ノ社員タル資格ヲ喪失セシムル正當ノ理由ナルヲ以テナリ但定款ノ規定ヲ以テ之ヲ除外スヘキコトヲ定ムルハ妨ナシ

(四) 除名　社員ニ於テ他ニ何等ノ退社ノ原因ナキ場合ト雖一定ノ事由アレハ他ノ社員ニ於テ一致シテ之ヲ除名スルコトヲ得除名ノ場合及其方法ハ第七〇條ヲ以テ之ヲ規定ス

(1) 除名ハ他ノ社員ノ一致ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ要ス多數決ニ依テ之ヲ爲スコトヲ許サス尤一致ヲ得ルノ方法ニ付テハ別ニ制限ナキヲ以テ必シモ會議ニ依テ之ヲ爲スヲ要セス回章ヲ以テ之ヲ爲スモ將又口頭ヲ以テ之ヲ爲スモ苟除名セラルヘキ社員以外ノ總社員ノ一致アレハ足ルモノトス

(2) 其除名ノ旨ハ除名シタル社員ニ通知スルニ非サレハ之ヲ以テ其社員ニ對抗スルコトヲ得ス社員ノ一致ニ依ル除名ノ場合ハ左ノ如シ

(イ) 社員カ出資ヲ爲スコト能ハサルトキ又ハ催告ヲ受ケタル相當ノ期間内ニ出資ヲ爲ササルトキ

(ロ) 社員カ第六〇條第一項ノ規定ニ違反シ競業ヲ爲シタルトキ

(ハ) 社員カ會社ノ業務ヲ執行シ又ハ會社ヲ代表スルニ當リ會社ニ對シテ不正ノ行爲アリタルトキ

(ニ) 社員カ會社ノ業務ヲ執行スル權利ヲ有セサル場合ニ於テ其業務ノ執行ニ干與シタルトキ

(ホ) 其他社員カ重要ナル義務ヲ盡ササルトキ例之業務ヲ執行スル義務ヲ負ヒナカラ之ヲ執行セサル場合ノ如シ

以上述ヘタル所ハ社員ノ一致ニ依ル除名ノ場合ナルカ此以外ニ裁判所ノ判決ニ依ル除名ノ場合アリ(第八二條但書)裁判所ハ社員ノ請求ニ依テ會社ノ解散ニ代ヘテ或社員ヲ除名スルコトヲ得ル旨ヲ定メタリ此除名ハ判決ヲ以テ之ヲ爲スモノトス

第二項　退社ノ效果

第一　持分ノ拂戻　第七一條ノ規定ニ依レハ退社員ハ勞務又ハ信用ヲ以テ出資ノ目的ト爲シタルトキト雖其持分ノ拂戻ヲ受クルコトヲ得但定款ニ別段ノ定アルトキハ此限ニ在ラスト定メ退社員ハ別段ノ定款ノ定ナキ以上ハ其出資ノ種類如何ニ關セス持分ノ拂戻ヲ受クヘキ權利ヲ有スルコトヲ認メタリ唯豫一言スヘキハ持分ノ讓渡ヲ爲シタルモノハ退社員ト看做サルルト雖持分ノ拂戻ヲ受クルコト能ハサルハ言ヲ俟タス故ニ本條ハ單純ニ退社ヲ爲シタルモノニ付テノ規定ナルハ明ナリ持分ノ拂戻ニ付テハ商法中其方法ニ付別ニ規定セルモノナシ而シテ持分ノ拂戻ハ會社ノ内部關係ナルカ故ニ定款ニ別段ノ定ナキトキハ商法第五四條ニ依リ民法ノ組合ノ規定ヲ準用シテ之ヲ決セサルヘカラス持分ノ計算ニ付組合ニ付定メタル規定ハ民法第六八一條ニシテ(一)退社ト會社トノ間ノ計算ハ退社當時ニ於ル會社財産ノ狀況ニ從テ之ヲ爲スコトヲ要ス(二)退社員ノ持分ハ其出資ノ種類如何ヲ問ハス金錢ヲ以テ

0207

拂戻スコトヲ得ヘク(三)退社當時ニ於テ未結了セサル事項ニ付テハ其結了後ニ結算ヲ爲スコトヲ得ヘシ

右ノ事項中(一)ニ付テハ特ニ說明ヲ要ス蓋社員ノ持分ナルモノハ必シモ常ニ拂戻ヲ受ケ得ヘキモノニ非ス會社財産ノ狀況ニ依テハ持分ハ積極ト爲リ隨テ退社ト同時ニ拂戻ヲ受ケ得ヘキ場合アルヘク或ハ持分ハ消極ト爲リ隨テ退社ト同時ニ退社員ヨリ會社ニ金錢ヲ差入レサルヘカラサル場合アルヘク又ハ結局持分ハ零トナリ拂戻ヲ受クヘキニモ非ス又金錢ヲ差入ルコトモアリ單純ニ退社シテ社員タル資格ヲ失フニ止ルコトモアルヘシ爰ニ一言注意スヘハ今爰ニ述フル持分ナル意義ハ前ニ持分ノ觀念ヲ說明シタル所ニ述ヘタル第二ノ意義ニシテ即會社ノ解散又ハ社員ノ退社ノ時ニ會社財産ノ換價ニ因テ社員ノ受クヘキ(又ハ差入ルヘキ)計算上ノ數ト云フ意義ニ於テ說明スルモノナルコトヲ忘ルヘカラス蓋持分ノ第三ノ意義タル社員タル資格ニ伴フ權利義務ノ包括的名稱ト云フ意義ニ於テハ持分ノ拂戻ト謂フハ意味ヲ爲ササルヲ以テ第七一條ノ持分ノ拂戻ト云フハ單ニ財産上ノ關係ニ於テ云フモノナルコト明ナル以上ハ即第二ノ意義ニ於テ之ヲ解釋セサルヘカラサルコトモ亦自ラ明ナリ此意義ニ於テ拂戻サルヘキ社員ノ持分ハ退社當時ノ會社財産ノ狀況ニ依テ換價スヘキモノナリ故ニ退社カ營業年度ノ終ニアラサル以上ハ別ニ財産目錄貸借對照表ヲ其退社當時ノ價格ニ從ヒテ作成セサルヘカラサルコトトナル如此退社當時ノ價格ニ依テ會社財産ヲ計算シ若會社カ利益ヲ得其財産カ資本額ヨリモ大ナルトキハ其多キ丈ケヲ社員ノ出資ノ價格ニ比例シ一定ノ率ニ依テ換算シタルモノト出資額トノ和ハ普通ノ場合ニ持分ノ計數トナルヲ以テ之丈ケハ拂戻ヲ受クルコトヲ得ヘキモノトス反之會社カ損失ヲ爲シ其財産カ資本額ヨリモ小ナルトキハ退社員ハ其損失ノ割合ヲ負擔セサルヘカラサルヲ以テ自己ノ出資額ト損

合ニ付テ之ヲ言ヘルナリ既ニ保險價額全部ヲ保險ニ付セル以上ハ同一ノ被保險利益ニ付テ更ニ保險契約ヲ締結スルモ其契約ノ全然無效ナルコトハ超過保險ノ原則上明ナルモ唯左ノ場合ニ於テノミ保險價額全部ヲ保險ニ付シタル後ニ於テ更ニ又之ニ付テ爲シタル保險契約ハ有效ナルモノトス

一　前ノ保險者ニ對スル權利ヲ後ノ保險者ニ讓渡スコトヲ約シタルトキ

二　前ノ保險者ニ對スル權利ノ全部又ハ一部ヲ拋棄スヘキコトヲ後ノ保險者ニ約シタルトキ

三　前ノ保險者カ損害ノ塡補ヲ爲ササルコトヲ條件トシタルトキ

重複保險ノ場合ニ於テハ其中ノ一人ノ保險者ニ對シテ權利ノ拋棄ヲ爲スモ他ノ保險者ノ權利義務ニハ影響ヲ及ササルナリ(三九〇條)

重複保險ニモ亦超過保險ノ原則ノ適用セラルルコトハ既ニ之ヲ述ヘタリ而シテ其各保險者ニ於テモ其各自カ危險ヲ引受ケタル部分ニ付テハ相當ノ保險料ヲ受取リ居ルヲ以テ隨テ他ノ保險者ノ引受ケタル損害カ塡補セラレタルト否トニ拘ラス自己ノ引受ケタル部分ノ損害ニ付テハ之ヲ塡補セサルヘカラサルナリ即同一ノ被保險利益ニ付同時ニ數箇ノ保險契約カ存在スルモ其保險契約ハ各獨立セルモノト謂ハサルヘカラス

同時ニ若クハ相次テ數箇ノ保險契約ヲ締結セル場合ニ於テ損害發生スルトキハ其損害ノ塡補ハ超過保險ノ原則ニ依テ保險價額ヲ限度トセサルヘカラサルコトハ上述ノ如ク第三八七條及第三八八條ニテ明ナリ故ニ一ノ保險者カ損害塡補ヲ爲スニ當リ他ニ同一ノ被保險利益ニ付保險契約ノ存在セルコトヲ知レルトキニハ保險價額ヲ限度トシテ其損害ヲ塡補スヘキヲ以テ隨テ被保險者ハ不當ノ利益ヲ受クルコトナシ然レトモ其數人ノ保險者カ互ニ他ノ保險者アルコトヲ知ラサルトキニハ各自カ各其保險金額全

部ヲ支拂フヘキヲ以テ被保險者ハ其知ラサルヲ利用シテ不正ノ利益ヲ求メントスルニ至ルコトアルヘシ之ヲ防クニハ被保險者ヲシテ各保險者ニ對シ同一被保險利益ニ付テ存在スル保險契約ヲ知ラシムルノ必要アリ故ニ舊商法ニ於テハ被保險者ヲシテ右ノ通知ノ義務ヲ負ハシメタルノミナラス更ニ保險者ノ承諾ヲ得セシムルコトト爲セリ（舊商六三七條）然レトモ現行商法ニハ斯ル規定ナシ是超過保險ノ原則ノ規定ト又後ニ述フヘキ告知義務アルヲ以テ斯ル規定ナキモ理論上不可ナルコトナシト爲スモノナランカ然リト雖保險者カ重復保險ノ事實ヲ知ルハ頗困難ナル事項ニ屬スルヲ以テ被保險者ノ狡猾ナル行爲ヲ防遏スルカ爲ニハ寧通知ノ義務ヲ負擔セシムルノ規定ヲ爲スノ可ナルニ若カサルナリ故ニ保險會社ハ此點ニ付注意ヲ爲シテ普通保險約款ニ依テ以テ其弊害ヲ杜絶スルノ途ヲ講スルヲ常トス即既ニ存在セル保險契約ニ付テハ申込ノ際ニ之ヲ保險者ニ告知スルノ義務ヲ負ハシメ若其義務ヲ履行セサルトキハ其保險契約ヲ無效ト爲ストノ規定ヲ爲シ又既ニ保險契約ヲ締結セル後ニ保險契約者又ハ被保險者カ同一ノ被保險物ニ付他ノ保險者ト保險契約ヲ締結セントスルトキニハ之ヲ申出ツルノ義務ヲ負ハシメ又其被保險物ニ付テ第三者カ他ノ保險者ト重ネテ保險契約ヲ締結セルコトヲ知レルトキニモ亦遲滯ナク之ヲ會社ニ申出テテ其ニ會社ノ承認ヲ要スルコトト爲セリ而シテ此承認ヲ求ムル手續ヲ怠リタルトキハ保險契約ノ效力ヲ失ハシメ又其承認ヲ求ムルノ手續ヲ爲スモ會社ハ之カ爲ニ危險ニ增加變更アリト認メタルトキニハ保險契約ノ解除ヲ爲シ若クハ保險料ヲ增加スルノ權利ヲ會社ニ留保セリ

第六　一部保險

一箇若クハ數箇ノ保險契約ニ因リ保險金額カ保險價額ヲ超過スルニ至リタルトキハ超過保險ノ原則ノ適用セラルルコト前述シタルカ如シ而シテ反之保險契約ニ於テ其保險金額カ保險價額ニ及ハサル場合

アリ得ヘシ此場合ヲ稱シテ一部保險ト謂フ（或ハ不足保險トモ謂フ）

保險金額カ保險價額ニ及ハサル場合換言スレハ被保險利益ノ一部ヲ損害保險ニ付シタル場合ニ於テハ其他ノ部分ニ付更ニ他ノ保險者ト保險契約ヲ爲スコトアルヘク又其部分ニ付テハ全ク保險契約ヲ爲ササルコトアリ得ヘシ此後ノ場合即被保險利益ノ他ノ部分ニ付テ保險契約ヲ爲ササル場合ニ於テハ其保險契約ヲ爲ササル部分ニ付テハ被保險者自身カ之ヲ保險シタルモノト爲スナリ之ヲ自己保險ト稱スル人アリ然シテ此一部保險ノ場合ニ於テ保險價額ノ全部カ損害ヲ受ケタル場合ニ於テハ保險者ハ其負擔シタル保險金額全部ヲ支拂ヒ之カ塡補ヲ爲ササルヘカラス而シテ前ニ言ヒシ自己保險ノ場合ニ於テハ被保險者自ラ危險ヲ負擔シタル部分換言スレハ他ノ保險者ト契約ヲ爲ササリシ部分ニ付テハ勿論塡補ヲ受クルコトヲ得ス被保險者ハ其部分ノ損害ヲ甘受セサルヘカラス是其部分ニ付テハ被保險者自ラ保險シタルモノトシテ自己保險ノ稱アル所以ナリ然ルニ被保險利益ノ一部カ損害ヲ被リタル場合ニ保險者ハ自己ノ契約シタル保險金額ノ保險價額ニ對スル割合ニ依テ其損害ヲ塡補スル責任ヲ有ス（三九一條）勿論一部保險ニ於テ保險者カ第一次ニ自己ノ負擔スル保險金額ヲ支拂フヘキコトヲ豫メ約スルコトヲ妨ケス

第七　餘論

損害保險ノ目的ハ損害ノ塡補ニ在リ損害トハ被保險利益ノ滅失又ハ減少ヲ謂フモノナルヲ以テ被保險利益ハ保險契約ノ前提ヲ爲スモノナリ換言スレハ被保險利益ハ保險契約ヲ締結スル時ニ既ニ存在セサルヘカラス然レトモ之ニ對シテ被保險利益ハ契約ノ際既ニ存在スルコトヲ必要トセス例之希望保險即將來ノ收穫ニ對シテ保險契約ヲ爲ス場合ニハ被保險利益ハ存在セサルモ保險契約ハ有效ニ成立ストノ

說アリ其詳細ハ予輩之ヲ知ラスト雖此等ノ論者モ亦被保險利益ハ保險契約ノ要素ナルコトヲ否定スルモノニ非サルヘシ然ルニ猶被保險利益ハ保險契約成立ノ當時ニ存在スルコトヲ要セスト云フハ首肯スルコトヲ得サルナリ予輩ハ希望保險ノ場合ニ於テモ被保險利益ノ存在スルモノナルコトヲ信ス即被保險物ト為テ存在スルモノハ未之ナシト雖將來ノ收穫ニ對シテ有スル現實ナル希望ハ一ノ被保險利益ニ外ナラサルナリ故ニ右ノ說ハ被保險物ト被保險利益トヲ混同スルノ結果ニ非サルカ被保險利益ハ保險契約ノ成立要素ナリ是被保險利益ハ保險契約締結ノ際ニ既ニ存在セサルヘカラスト云フ所以ナリ是ヲ以テ保險契約ノ成立スルニ依テ始テ生スル利益ハ之ヲ以テ保險契約ノ目的ト爲スコトヲ得サルモノトス

被保險利益ハ損害保險契約ノ成立要件ナルト共ニ又其存續ノ要件ナリ保險ノ目的ハ被保險利益ナルモ其被保險利益ハ被保險物其モノニ非スシテ人ト物トノ關係ナリ即特定ノ人カ特定ノ物ニ對シテ有スル利益關係ヲ謂フモノニシテ單ニ特定ノ物カ一般ノ人ニ對シテ有スル價額ヲ謂フニ非ス故ニ保險者ハ物カ何人ノ所有ニ屬スルモ其物カ損害ヲ受クルトキハ保險金ヲ拂フヘキモノニ非スシテ被保險者カ被保險物ヲ他人ニ移轉シタルトキニハ其被保險者ハ最早被保險利益ヲ有セサルナリ隨テ保險者ハ自己ノ引受クヘキ危險ノ存在セサルニ至リ被保險物ノ移轉ト共ニ保險者ノ引受ケタル危險ハ既ニ終了セルモノナリ此觀念ハ海上保險ニ於テハ殊ニ重要ナル事項ニ屬ス如何トナレハ海上保險ニ於テハ保險契約ヲ締結スル時ニ被保險者保險契約者ノ經濟上ノ信用ノミナラス其德義上ノ信用迄モ計算ノ基礎ニ入ルモノナルヲ以テ特ニ人ト物トノ關係ニ付テ重キヲ置クモノナリ故ニ被保險者カ一旦被保險物ヲ他人ニ移轉シテ被保險利益ヲ失ヒタルトキハ保險者ノ引受ケタル危險消滅シテ保險契約ノ效力ヲ失フモノト信ス是ヲ以テ被保險物ヲ一旦他人ニ移轉シタル後ニ於テハ初ノ保險契約ニ於テ定メタル保險期間內ニ其物ヲ同樣ナル危險ノ程度ニ於テ回復スルモ保險契約ハ復活スルモノニ非サルナリ

損害保險ノ目的物ヲ移轉シタルトキニ之ト同時ニ保險契約ニ因テ生シタル權利ヲ讓渡シタルモノト認ムヘキヤ否ヤニ付テハ學說上解釋ノ最困難ナル所ナリ我商法ニ於テハ此疑ヲ決定シテ保險ノ目的ヲ移轉スルト同時ニ保險契約ニ因テ生シタル權利ヲ讓渡シタルモノト推定スト爲セリ勿論明示、默示ノ反對ノ表意アルトキハ同時ニ保險ノ目的ヲ讓渡シタルモノト認ムルヲ得サルコト明ナリ(四〇四條)然レトモ第四〇四條第二項ニハ保險ノ目的ノ讓渡ノ爲ニ著ク危險ヲ變更、增加シタル場合ニハ保險契約ノ效力ヲ失ヒ保險契約ニ因テ生シタル權利ハ其移轉ト共ニ消滅スヘク此場合ニハ保險ノ目的ノ讓渡ト同時ニ其權利ノ移轉スルモノニ非サルコトヲ規定セリ

第二節　危險

危險ナケレハ保險ナシ危險トハ損害ノ原因タル事故ノ發生スル虞ヲ謂フモノニシテ保險契約ノ要素ノ一ナリ舊商法ニ於テハ危險ヲ列擧セルト共ニ包括的ノ規定ヲ揭ク即同法第六二六條第一項ニ曰ク「保險スルコトヲ得ヘキ危險ハ主トシテ火災、地震、暴風雨其他ノ天災、陸海運送ノ危險、死亡及ヒ身體上ノ災害ナリ然レトモ其他ノ危險ニ對スル保險ハ此カ爲メニ妨ケラルルコト無シ」ト然レトモ新商法ニ於テハ第三八四條ニ於テ包括的ニ危險トハ「偶然ナル一定ノ事故ニ因リテ生スルコトアルヘキ」虞ヲ云フモノナリト爲シテ舊商法ノ如ク一一之ヲ列擧スルコトナシ

危險ハ偶然ナラサルヘカラス若夫レ當事者ノ意思ニ依テ左右スルコトヲ得ルカ又ハ物ノ性質ニ因テ自

然ニ發生スルモノナルトキハ之ヲ保險ノ要素ト爲スコトヲ得サルナリ當事者ノ意思ニ依リ若クハ物ノ性質ニ因テ當然發生スヘキ危險ニ付テハ如何ナル保險者ト雖其危險ヲ引受クルコトヲ得サルヘク如此危險ニ付テノ保險ノ成立シ得サルコトハ保險ノ性質上明ナリ例之食物ノ自然ノ腐敗又ハ器械カ使用ニ因テ磨滅スルカ如キ事故ハ偶然ナラサル事故ナレハ保險ノ要素ト爲スコトヲ得ス是商法第三九六條ノ規定アル所以ナリ

危險ハ又不確定ナラサルヘカラス危險トハ事故發生ノ虞ヲ謂フモノナルヲ以テ其發生スルヤ否ヤノ分明ナラサルモノタルコトヲ要シ其發生スルコト若クハ發生セサルヘキコトカ豫定マレルモノナルニ於テハ之ヲ以テ保險ノ要素ト爲スコトヲ得サルナリ而シテ危險ノ不確定ナラサルヘカラスト云フハ客觀的不確定ナルヲ要スルカ若クハ主觀的ニ不確定ナラハ足ルヘキカト云フニ純粹ナル理論ヨリ言ヘハ客觀的不確定ナルヲ要ストスルカ正當ナラン即保險契約ノ當事者カ之ヲ知レルト否トヲ問ハス其契約ノ要素タル危險ノ發生若クハ發生セサルコトカ絶對ニ確定シ居ラサルコトヲ要スト爲スヲ正當トスヘシ然レトモ主觀的ニ不確定ナル危險ト雖亦保險契約ノ要素ト爲ルコトヲ得サルモノニ非サルヘシ即其危險ノ發生スルコト又ハ發生セサルコトカ事實上既ニ確定シ居ルモ契約ノ當事者雙方カ全ク其確定ヲ知ラサル間ハ其事實ハ其當事者間ニ於テハ不確定ナリトノ點ニ付テ客觀的不確定ナル場合ト異ルコトナシ商法第三九七條ニ「保險契約ノ當時當事者ノ一方又ハ被保險者カ事故ノ生セサルヘキコト又ハ既ニ生シタルコトヲ知レルトキハ其契約ハ無效トス」トアリ由是觀之生セサルヘキ事故若クハ既ニ生シタル事故ト雖當事者ノ其之ヲ知ラサル間ハ此事故發生ノ虞ヲ以テ保險契約ノ要素ト爲シ得ルモノト爲ササルヘカラス我商法ニ於テハ保險ノ要素タル危險ハ主觀的ニ不確定ナルヲ以テ足ルモノト解釋セサルヘカラサルナリ然レトモ實際ニ於テハ往往之ト反對ノ規定ヲ普通保險約款ニ定ムルモノ多シ

危險ハ又之ヲ特定セサルヘカラス保險者ハ被保險利益ノ被ルコトアルヘキ總テノ危險ニ付テ保險ヲ爲スモノニ非ス或種類ノ一定ノ危險ニ付テノミ之カ擔保ヲ爲スモノナルコトハ保險ノ性質上當然ノ事項ニ屬シ商法第三八四條ニモ「一定」ナル文字ヲ見ル所以ナリトス故ニ保險者ハ如何ナル危險ニ付テ保險契約ヲ爲シタルモノナリヤニ付テ當事者間ニ完全ナル合意アルコトヲ要ス又合意ナキモ解釋上疑ナキモノナラサルヘカラス是我商法ニ於テハ保險者カ保險證券ヲ發行スルニ方リ保險者ノ負擔シタル危險ヲ保險證券ニ記載セシムル所以ナリ（四〇三條）

商法第三八四條ニ於テハ唯偶然ナル一定ノ危險ニ付テ損害保險契約ヲ締結シ得ルコトヲ示スニ止ルト雖火災保險運送保險及海上保險ニ付テハ特ニ規定ヲ設ケテ危險ノ範圍ヲ定ム火災保險ニ付テハ第四一九條ニ「火災ニ因リテ生シタル損害ハ其火災ノ原因如何ヲ問ハス保險者之ヲ塡補スル責ニ任ス」ト爲ス尤第三九五條ノ場合即戰爭其他ノ變亂ニ因ル損害及第三九六條ノ場合即「保險ノ目的ノ性質若クハ瑕疵其自然ノ消耗又ハ保險契約若クハ被保險者ノ惡意若クハ重大ナル過失ニ因リテ生シタル損害ハ保險者之ヲ塡補スル責ニ任セス」ト爲スモノトノ二箇ノ例外ヲ除クトキハ苟火災ニ原因セ、損害ナルトキハ其原因如何ヲ問ハス悉ク之ヲ塡補セサルヘカラサルナリ然レトモ實際ニ於テハ普通保險約款ヲ以テ更ニ火災ナル危險ノ意義ヲ狹クセリ即火災ノ際ニ於ル盜難、紛失、地震、噴火ニ基ク火災、汽鑵ノ破裂、火藥爆發ニ基ク火災、暴風及野火ノ爲ニ生シタル延燒等ノ火災ノ損害ニ付テハ其損害ヲ塡補スル責任ナキコトヲ明言セルモノ多シ

運送保險ニ付テハ第四二三條ニ於テ「運送人カ運送品ヲ受取リタル時ヨリ之ヲ荷受人ニ引渡ス時マテ

0211

ニ生スルコトアルヘキ損害ヲ塡補スル責ニ任ス」ト規定セリ即運送中ニ生シタル損害ニ付テハ總テ其責ニ任セサルヘカラサルモ是亦實際ニ於テハ多少其制限ヲ設ケタリ例之竊盜、鼠害、雨濡、荷包ノ破損、中荷ノ混合ヨリ生シタル損害、運送人又ハ運送取扱人ノ責ニ任スヘキ損害等ニ付テハ保險會社ハ塡補ノ責ニ任セサルコトヲ其普通保險約款ニ定ムルモノ多シ

海上保險ニ於テハ第六五四條ニ依リ「保險者ハ……保險期間中保險ノ目的ニ付キ航海ニ關スル事故ニ因リテ生シタル一切ノ損害ヲ塡補スル責ニ任ス」ト規定セリ之ヲ實例ニ照ストキハ先保險者ノ引受クヘキ危險ヲ說明的ニ列擧シテ「當會社ノ擔保スヘキ危險ハ風波、火災、衝突、乘揚、船員ノ惡行其他總テ保險船舶ヲ損害スヘキ海上各般ノ危險トス」ト云フカ如キ規定ヲ置キ更ニ其危險ノ範圍ニ付テ制限ヲ設ケ例之船舶ノ保險ニ付テ船舶カ軍用又ハ運送用トシテ戰時ニ使用セラルル場合又ハ危險切迫ノ事故ナクシテ尋常ノ航路外ニ出テ又ハ約束外ノ港ニ入レルニ因リ生シタル損害又ハ會社ノ承諾ヲ經スシテ船長ヲ取換ヘ又ハ船舶ノ構造ヲ變更セル場合等ニ於テハ其發生シタル損害ニ付テハ保險者ハ其責ニ任セサルコトヲ普通保險約款ヲ以テ定ム又積荷ノ保險ニ付テハ例之不可抗力ノ原因ナクシテ相當時日内ニ陸揚又ハ積込ヲ爲ササリシカ爲メ又ハ荷物カ甲板上ニ在リシカ爲メ又ハ艀船、荷船等ニ原因シテ生シタル損害ニ付テハ保險者ハ責任ヲ負擔セサルコトヲ規約セリ

第三節　保險期間

第一　保險期間

保險ノ目的タル被保險利益及保險者ノ引受クヘキ危險ノ外ニ尙如何ナル時期ニ於テ發生シタル損害ニ付テ保險者カ塡補ヲ爲スヘキモノナルカヲ定メサルヘカラス即保險契約ノ成立スルニハ保險期間ヲ定メサルヘカラス保險期間ハ被保險利益及危險ノ種類ニ因テ種種ニ異ナルヲ以テ法律ハ之ヲ全ク當事者ニ一任シテ唯明ニ合意ヲ以テ保險期間ヲ定メタルトキニハ之ヲ保險證券ニ記載セサルヘカラサルコトヲ定ム（三〇三條二項六號）

保險期間ヲ定ムルニ時ヲ以テスルト事實ヲ以テスルトアリ時ヲ以テ定ムルニモ一定ノ日時ヨリ一定ノ日時ノ間ヲ以テ保險期間ト定ムルモノト又一定ノ日時ヨリ一定ノ期間ヲ以テ定ムルモノトアリ事實ヲ以テ定ムルニハ一航海期間、一運送期間トスルアリ何レノ方法ニ依ルモ保險期間ハ明ニ之ヲ定ムルコトヲ要ス

第二　保險期間ノ種類

保險期間ニ法定ノ期間ト合意ノ期間トアリ法定ノ期間トハ例之第四二三條ニ於テ運送保險ニ付テハ保險期間ハ運送人カ運送品ヲ受取リタル時ニ始リ之ヲ荷受人ニ引渡シタル時ニ終ルト爲セルカ如ク又海上保險ニ付テハ船舶ノ保險ニ付テ一航海ニ付船舶ヲ保險ニ付シタル場合ニ於テハ保險期間ハ荷物又ハ底荷ノ船積ニ著手シタル時ニ始リ到達港ニ於テ荷物又ハ底荷ノ陸揚ヲ終リタル時ニ終ルト爲シ（六五九條）積荷ニ付テハ積荷カ陸地ヲ離レタル時ニ始リ陸揚港ニ於テ陸揚シタル時ニ終ルト爲セルカ如シ（六六〇條）

合意ノ期間トハ當事者ノ意思ニ因テ定メラルルモノニシテ實例ヲ以テ言ヘハ例之運送保險ニ付テハ保險期間ハ被保險貨物ヲ運送人又ハ運送取扱人ノ手ニ受取リタル時ニ始リ仕向地ニ著シタル後二十四時間ヲ經過シタル時ニ其期間ハ終了スト定ムルコトアルカ如キ是ナリ又火災保險ニ付テ言ヘハ保險期間

0212

ハ保險料ヲ領收シタル時ニ始リ保險契約期間ノ最終日ノ午後四時ヲ以テ終ルト爲スモノアリ若保險期間ニ付テ當事者ノ合意モナク法律ノ規定ニモ恰當セサル場合ニハ一般ノ解釋ニ依テ定メサルヘカラス

第三　保險期間ノ開始

保險者ハ保險契約ニ因テ危險ヲ引受クルコトヲ契約スルモノナルヲ以テ多クノ場合ニ於テハ保險契約ノ成立後ニ於テ危險ノ發生スルトキハ保險者ハ其塡補ノ責ニ任セサルヘカラサルナリ即保險契約ノ成立ト同時ニ保險期間ノ始マルコト多カルヘシ然レトモ保險契成立ノ時期ト保險期間ノ始期トハ必シモ常ニ相一致スルモノニ非ス第四〇七條ニ「保險者ノ責任カ始マル前ニ於テハ保險契約者ハ契約ノ全部又ハ一部ノ解除ヲ爲スコトヲ得」ト云フ規定アルヲ見テモ之ヲ知ルコトヲ得ヘシ實際ノ場合ニ於テモ保險期間ノ始期ト保險契約ノ成立ノ時期ト一致セサル場合多シ例之生命保險契約ニ於テ保險期間ハ第一回ノ保險料拂込後ニ始ルトノ規定ヲ爲シ又火災保險ニ於テ保險者ノ責任ハ保險料ヲ領收シタル時ニ始ルト爲シ又運送保險ニ於テ保險者ノ責任ハ其發保險物ヲ運送人又ハ運送取扱人ニ於テ受取レル時ニ始ルト爲シ又海上保險ニ於テ積荷ノ保險ニ付テハ被保險物ヲ本船ニ積込ミタル時ニ始ルト定ムルモノアルカ如キ是ナリ

第四　保險期間ノ中斷

保險期間ハ或場合ニ於テ中斷セラルルコトアリ其中斷期間中ニ於テハ縱令損害發生スルモ保險者ハ之ヲ塡補スルノ義務ナシ例之保險料ノ支拂延滯シテ其猶豫中ニ在ル場合ノ如キ又生命保險ニ於テ被保險者カ危險地ニ旅行スルトキハ其期間内ハ危險ヲ負擔セサルコトヲ約束セル場合ノ如キ海上保險ニ於テ船舶カ危險切迫ノ事故ナキニ拘ラス尋常ノ航路以外ニ出テ若クハ約束外ノ港ニ入リタル場合ノ如キ是ナリ此等ノ場合ノ期間中ニ於テハ縱令損害ヲ受クルモ保險者ハ之ヲ塡補スル責任ナシ此等ノ場合ヲ保險期間ノ中斷ト謂フ

第五　保險期間ノ終了

保險期間ノ終了ニ付テハ一定ノ期限ノ到來スルニ因テ生スルコトアリ又事故發生セルカ爲ニ終了スルコトアリ此等ノ點ニ付テハ一般ニ契約ノ内容ヨリ觀察スレハ足ル保險期間ノ終了ノ場合ニ於テモ保險契約ノ消滅ト其時期ヲ同シクスル場合多シト雖亦相同シカラサル場合アリ例之火災保險ニ於テ保險者ハ普通保險約款ニ依リ「保險者ノ損害塡補ノ責任ハ保險契約滿期日ノ午後四時ヲ以テ終ルモノトス」ト爲スモノノ如キ是ナリ此等ノ場合ニ於テハ保險契約消滅ノ時期ト保險期間終了ノ時期ト相一致セサルナリ

第四節　當事者

當事者ハ保險契約ノ要素ナリ當事者ニ關スル重ナル問題ハ後ニ保險契約ノ締結及保險契約ノ效果ノ章ニ於テ述フル所アルヘキヲ以テ茲ニハ簡單ニ之ヲ説明スヘシ

第一　保險者

保險者トハ危險ヲ引受ケ相實ノ發生シタルトキ之ヲ塡補スルコトヲ約束スルモノニシテ保險業法ニ依ルトキハ保險者タル行爲ヲ事業トシテ爲スニハ株式會社又ハ相互會社ナラサルヘカラス而シテ其事業ヲ營ムニ十称官廳ノ承許ヲ要シ此等ノ保險事業ヲ營ム者ハ他ノ事業ヲ併セ營ムコトヲ得ス加之生命保

0213

險事業ト損害保險事業トヲ兼業スルコトヲ得サルナリ（保業一條乃至四條）

第二　保險契約者

保險契約者トハ保險者ノ相手方ト爲リ之ニ一定ノ報酬即保險料ヲ支拂フコトヲ約束スル者ヲ謂フ而シテ保險契約者ハ同時ニ被保險者タルコトアリ又然ラサルコトアリ

第三　被保險者

被保險者トハ保險ノ目的タル被保險利益ヲ有スル者ヲ謂フ即被保險者ハ事故發生シテ被保險利益カ損害ヲ被リタル場合ニ保險者ヨリ損害ノ塡補ヲ受クル者ナリ被保險者トハ保險契約者トノ異ルコトアルハ商法第四〇一條ニ依テモ明ナリ其異ナレル場合ニハ被保險者ハ損害塡補ヲ受クルノ利益ヲ得保險契約者ハ保險料支拂ノ義務ヲ負擔ス

保險契約者カ委任ヲ受ケシテ他人ノ爲ニ契約ヲ締結セル場合ニハ其旨ヲ保險者ニ通知セサルヘカラス而シテ若之ヲ告ケサルトキハ其保險契約ハ無效ト爲ル（四〇二條）

保險契約者ト被保險者ト一致セサル場合ニ於テ保險契約者カ被保險者ノ委任ヲ受ケスシテ保險者ト締結セル契約ニ依テ何故ニ被保險者カ權利ヲ有スルヤニ付テハ議論アリ民法ニ所謂第三者ノ利益ノ爲ニスル契約ノ法理ニ從ヒテ之ヲ說明スヘキナリ

保險契約ノ成立スルニハ一定ノ報酬即保險料モ亦其要素タリ故ニ保險料ニ付テ特ニ保險契約ノ要素トシテ之ヲ論スル學者アリト雖保險料ニ付テハ後ニ保險契約ノ締結及效果ノ部ニ於テ併セテ之ヲ述ヘント欲ス

第二章　保險契約ノ締結

第一　保險契約ノ成立

保險契約ハ諾成契約ナリ故ニ保險契約者カ申込ヲ爲シ保險者カ之ヲ承諾スルニ因テ成立ス即保險ノ目的ハ危險ノ種類、保險期間、保險金額及保險料等保險契約ノ要素ニ付完全ナル合意アルトキハ保險契約ハ成立ス又保險契約ハ形式ヲ必要トセサル契約ナリ故ニ完全ナル合意アルトキハ何等ノ形式ヲ要セスシテ成立ス然レトモ實際ニ於テハ種種ナル形式ヲ用フルコトアリ即保險契約者ハ保險者ノ發行セル保險申込書ニ記入ヲ爲シ以テ之ヲ保險者ニ交付シ之ヲ內容トシテ保險契約ヲ締結シ保險者ハ保險證券ヲ發行シテ保險契約者ニ交付ス如此契約ノ申込ト承諾トニ書面ヲ用フルヲ以テ保險契約ハ書面ヲ必要トスル要式契約ナルカノ外觀アリ然レトモ法理ニ於テハ保險契約ハ不要式ノ契約ナリ商法第三八四條及第四二七條等ニ於テ單ニ「約スルニ因リテ其效力ヲ生ス」ト規定スルヲ見ルモ又第四〇三條第一項ニ「保險者ハ保險契約者ノ請求ニ因リ保險證券ヲ交付スルコトヲ要ス」トアルヲ見ルモ保險契約ハ諾成不要式ノ契約ニシテ保險證券ノ發行ハ保險契約成立ノ要素ニ非サルコト明ナリ

然レトモ保險契約ノ要式契約ニ非サルコトハ今日ノ發達セル法理ニ於テ之ヲ謂フモノニシテ古ニ於テハ一ノ要式契約ナリシナリ即古ハ保險契約ノ締結ハ書面ヲ以テスルコトヲ要シ且其書面ハ公證ヲ經ルコトヲ必要トセリ故ニ私書ニ依テ締結セル保險契約ハ全ク無效ナリシナリ其後ニ至テハ法律ヲ以テ一定ノ形式ヲ定メタル保險證券ヲ發行スルコトヲ契約ノ要素トシ其次ノ時代ニ在テハ保險契約ヲ締結スルニ方リ保險證券ヲ發行セシメ之ニ公證ヲ受クルコトヲ必要ト爲シ公證ナキ保險證券ハ全ク無效ナリ

0214

キ更ニ其後ニ至リテハ保險者ハ保險契約者ニ對シ保險證券ヲ發行スルコトヲ必要ト爲セリ其後商業大ニ發達シ種種ノ形式ヲ用フルノ不便ナルコトヲ感スルニ至リ先商業ニ關スル法律行爲ハ形式ヲ要セサルニ至リ同時ニ海上保險契約ハ何等形式ナクシテ成立シ得ルニ至リ延テ今日ニ於テハ一般ノ保險契約カ不要式ノ契約ト爲ルニ至レルナリ

第二　保險申込書

保險契約ハ不要式ノ契約ナルモ一般ニ保險申込書ト保險證券トノ二箇ノ形式ヲ定メタル書面ヲ用フ保險申込書ハ隨意ニ各會社之ヲ定ムルモノナルモ大體ニ於テ一定ノ形式ヲ具フ今火災保險ノ實例ニ付テ其保險申込書ノ記載事項ヲ列擧スルトキハ重ナルモノ次ノ如シ

一　保險ノ目的及價格
二　保險金額
三　保險ノ目的ノ所在
四　保險ノ目的ノ所有者ノ住所、氏名
五　保險目的ノ使用者ノ職業
六　隣家ノ距離、包圍、構造及職業
七　他會社ト保險契約ノ有無
八　保險料拂込ノ期間
九　保險期間
其他火災危險ニ關スル事項

第三　保險證券

保險證券ハ保險契約成立ノ要素ニ非スト雖事實ニ於テ之ヲ發行セサル會社アルコトナシ尤海上又ハ火災保險ニ於テ同種類ノ保險契約ヲ同一ノ保險者ト數多締結スルトキニハ箇箇ノ契約ニ對シテハ各保險證券ヲ發行セサルコトアリ

保險證券ニ記載スヘキ事項ハ商法第四〇三條第二項ニ之ヲ規定セリ左ノ如シ

一　保險ノ目的
二　保險者ノ負擔シタル危險
三　保險價額ヲ定メタルトキハ其價額
四　保險金額
五　保險料及ヒ其支拂ノ方法
六　保險期間ヲ定メタルトキハ其始期及終期
七　保險契約者ノ氏名又ハ商號
八　保險契約ノ年月日
九　保險證券ノ作成地及其作成ノ年月日
一〇　保險者ノ署名

右列記ノ事項ハ一般ノ損害保險契約ニ於テ發行スル保險證券ノ記載事項ヲ定メタルモノニシテ特別ノ保險契約ニ付テハ右一般保險證券記載事項ノ外特ニ保險證券ニ記載スヘキ事項ヲ定ム即火災保險證券ニ於テハ次ノ事項ヲ加フルコトヲ必要トス（四二二條）

0215

一　保險ニ付シタル建物ノ所在、構造及ヒ用方
二　動產ヲ保險ニ付シタルトキハ之ヲ納ル建物ノ所在、構造及ヒ用方
又運送保險證券ニハ次ノ事項ヲ加ヘサルヘカラス（四二五條）
一　運送ノ道筋及ヒ方法
二　運送人ノ氏名又ハ商號
三　運送品ノ受取及ヒ引渡ノ場所
四　運送期間ノ定アルトキハ其期間
而シテ海上保險證券ノ特別記載事項ハ左ノ如シ（六六一條）
一　船舶ヲ保險ニ付シタル場合ニ於テハ其船舶ノ名稱、國籍竝ニ種類、船長ノ氏名及ヒ發航港、到達港又ハ寄航港ノ定アルトキハ其港名
二　積荷ヲ保險ニ付シ又ハ積荷到達ニ因リテ得ヘキ利益若クハ報酬ヲ保險ニ付シタル場合ニ於テハ船舶ノ名稱、國籍竝ニ種類、船積港及ヒ陸揚港
保險證券ニハ以上ノ事項ノ外尙保險約款ノ全文ヲ記載スルカ又ハ其全文ヲ記載シタル書面ヲ添附スルコトヲ要ス（保業施七條）保險約款トハ保險契約ノ內容ヲ爲ス事項ヲ定メタルモノニシテ其一般ノ保險契約ニ適用スヘキモノヲ普通保險約款ト謂フ而シテ其普通保險約款ニ規定スヘキ事項ハ保險業法第七條ニ之ヲ定ム保險證券ハ其形式ヲ主務官廳ニ屆出ツルノミニテ足ルモ普通保險約款ハ主務官廳ノ認可ヲ必要トシ之ヲ變更スルモ亦然リ其普通保險約款ニ規定スヘキ事項ヲ擧クレハ
一　保險會社カ保險金額ノ支拂ヲ爲スヘキ事由
二　保險契約無效ノ原因
三　保險會社カ其義務ヲ免ルヘキ事由
四　保險會社ノ義務ノ範圍ヲ定ムル方法及其義務履行ノ時期
五　保險契約者又ハ被保險者カ其義務不履行ノ爲ニ受クヘキ損失
六　保險契約ノ全部又ハ一部ノ解除ノ原因及其解除ノ場合ニ於テ當事者ノ有スル權利義務
七　保險契約者、被保險者又ハ保險金額ヲ受取ルヘキ者ノ利益又ハ贈與金ノ分配ニ與ル權利ノ有無及範圍

商法第四〇三條ニ依レハ保險契約者ヨリ請求アルトキハ保險者ハ保險證券ヲ發行シテ之ヲ交付セサルヘカラス保險證券ノ性質ニ付テハ種種ノ議論アルモ保險證券ハ一ノ證據書類ニ過キサルナリ即保險證券ハ保險者カ發行シテ保險者之ニ署名スルヲ以テ保險者ニ對シテ一ノ證據ノ材料ト爲ルコト勿論ナリ又一方ニ於テ保險者カ其保險證券ヲ差出シテ保險契約者カ異議ヲ留ムルコトナクシテ之ヲ受取リタル以上ハ保險契約者ニモ異議ナキモノナルヲ以テ保險契約者ニ對シテモ亦一ノ證據ト爲ルコトヲ得然レトモ保險證券ハ證據書類ニ過キストノ點ニ付テハ賣買ノ場合ニ於ル受取證書等ト同一ノ效力ノミヲ有スト信ス即保險證券ニ記載セル文言ニテモ其文言カ當事者ノ意思ト異ルコトヲ他ノ方法ニ依リテ證明スルコトヲ得タルトキハ其文言ハ效力ヲ喪ハサルコトヲ得サルナリ然レトモ如此不便ヲ避クルカ爲メニ即保險證券ヲ絕對ノ證據ト爲ススカ爲ニ豫保險證券ニ當事者間ノ法律關係ハ此保險證券ノ文言ニ依テ定ムヘキモノニシテ反對證據ヲ許サストノ規定ヲ爲スモノアリ我國ノ實例ニ依テ之ヲ觀ルニ火災保險會社ノ普通保險約款ニハ會社ハ此約款ニ從ヒテ火災ノ爲ニ保險ノ目的ニ生シタル損害ヲ塡補スルモノ

0216

ナルコトヲ規定セリ

保險證券ハ有價證券ナリヤ否ヤニ付テハ一般ニ之ヲ否定スルノ說多シト雖或場合ニハ有價證券ト爲ルトノ說ヲ爲ス者モ少カラサルカ如シ玆ニ有價證券ト云フハ其證券ニ依テ表示セラレタル權利カ證券其モノニ擔ハルルモノニシテ其證券ハ恰一ノ動產ノ如ク轉換ノ目的ト爲リ證券ノ移轉ハ同時ニ其證券ニ表示セラルル權利ノ移轉ヲ意味スルノ證券ヲ謂フトシテ保險證券ハ此主義ニ於ル有價證券ナリヤ否ヤト云フニ前述ノ如ク保險契約ハ一ノ諾成契約ナリ保險證券ハ保險契約者ノ請求ニ因リテ始テ交付セラルルモノナルニ過キス故ニ保險證券ハ一ノ證據ニ外ナラスト信ス商法及一般ノ內國會社ノ實例ニ依ルトキハ保險證券ノ移轉ヲ認メ居ラサルナリ保險證券ヲ移轉スルモ保險契約者ハ保險料支拂ノ義務ヲ免ルルコトヲ得ス又保險證券ヲ紛失スルモ保險金ヲ受取ルヘキ者ハ其保險契約ニ基ク保險金受取ノ權利ヲ失ハサルナリ保險證券ノ有無ハ保險契約ニ基ク權利關係ノ內容ニ影響ヲ及スコトナシ尤通常保險金ハ保險證券ト引換ヘニ支拂フヘキコトヲ普通保險約款ノ中ニ規定スルモノ多シト雖是保險證券ヲ有價證券ト爲セルカ爲ニハ非スシテ唯保險證券ヲ呈示スル人ハ其保險金ヲ受取ルヘキ權利ヲ有スル者ナルコトヲ證明スルノ方法ニ過キサルナリ故ニ保險證券ノ喪失セル場合ニハ他ノ方法例之最後ノ保險料ノ領收書等ヲ差出シテ其權利ヲ證明スルトキハ保險會社ハ保險金額ヲ支拂ハサルヘカラサルナリ然レトモ或場合ニ於テハ保險證券カ恰有價證券ト同視サルヘキコトアリ少クモ其外觀ヲ有スルコトアリ例之或外國ノ生命保險相互會社ノ發行セル保險證券ニ或ハ「此保險證券所持人ハ玆ニ規定スル所ニ從ヒ當會社ノ利益金配當ニ與ルコトヲ得」トカ又「本會社ノ證券ヲ所持スル者ハ本會社ノ社員ナリ」トシ「又保險證券ノ讓渡ニハ二通ノ證書ヲ作製スヘシ」等ノ文言ヲ記載スルモノアリ猶此等ノ保險證券ニ被保險者ノ氏名ヲ揭クルモ保險契約者ノ氏名ヲ揭ケス故ニ保險證券ハ自由ニ移轉ヲ爲スコトヲ得ルモノニシテ其性質有價證券ノ如キ觀アルナリ又之ヲ有價證券ナリト爲ス學者モアルカ如シ然レトモ他ノ學者ハ之ヲ解シテ如此保險證券ハ決シテ完全ナル有價證券ニハ非ス何トナレハ如此保險證券ニ於テハ唯會社カ保險證券所持人ヲ以テ正當ノ權利者ト認ムルコトノ權利ヲ取得セルモノニシテ會社ノ必要ト認ムル場合ニハ縱令證券ヲ所持スルモ其者ノ正當ノ權利者ナルコトヲ證明セシムル權利ヲ會社ハ有スルヲ以テナリト爲シ又他ノ學者ハ保險契約ニ基ク權利義務ノ關係ハ保險期間內ニ於ケル危險ノ增減、變更ニ因リ其他種種ナル原因ニ因テ影響ヲ受クルモノナルヲ以テ保險證券ヲ移轉スルモ確實ナル權利關係ヲ移轉セルモノト爲スコトヲ得ス故ニ保險證券ハ有價證券ニ非スト爲スナリ

第四　告知義務

保險契約ヲ締結スルニ當リ保險契約者ハ保險者ニ對シテ其契約ニ依リ保險者ノ負擔スヘキ危險ノ測定ニ必要ナル各種ノ事情ヲ告知セサルヘカラス商法第三九八條ニ依レハ保險契約ノ當時保險契約者ハ重要ナル事實ヲ告知スルコトヲ要シ又不實ノ事項ヲ告ケサルコトヲ力メサルヘカラス此義務ヲ保險契約者ノ告知義務ト稱ス若保險契約者カ惡意又ハ重大ナル過失ニ因リ重要ナル事實ヲ告ケス又重要ナル事項ニ付不實ノ事ヲ告ケタルトキハ其契約ハ無效ト爲ル此告知義務ハ保險契約ノ一ノ特質ニシテ何故ニ斯ル義務ヲ保險契約者ニ負擔セシメタルヤニ付テハ其理由ニ付キ種種ナル學說アリ例之或學者ハ保險契約ハ信用ヲ基礎トスル契約ナルヲ以テ當事者ノ誠實ナルコトヲ必要トス隨テ此義務ヲ負擔セシメタリト爲ス者アリ然レトモ保險契約ニ於テハ契約ヲ締結スルニモ亦保險料ヲ定ムルニモ常ニ危險ノ測定ヲ爲ササルヘカラス而シテ此測定ノ確實ナルニ非サレハ事業ヲ安全ニ營ムコトヲ得ス然ルニ保險者ニ

0217

於テハ保險契約ノ當時ニ於テ危險ヲ測定スルニ必要ナル各種ノ事情ヲ悉知ルコトハ頗ル困難ナリ故ニ其事情ニ付テハ相手方ヨリ之ヲ知ラシメサルヘカラサルナリ而シテ相手方カ不正ノ告知ヲ爲スニ於テハ危險ノ測定ヲ爲スコトヲ得サルヲ以テ契約ヲ安全ニ締結スルコトヲ得サルナリ是告知義務ハ保險ノ性質上缺クヘカラサル所以トス各國ノ立法例ニ於テモ唯其義務ノ程度ニ差異アリト雖此義務ヲ認メサルモノナシ實際ニ於テモ各保險會社ハ各申込書ノ形式ヲ一定シ之ニ危險ノ測定ニ必要ナル事項ヲ掲ケ之ニ對シテ保險契約者ノ告知ヲ求メ仍特ニ必要ト認ムル場合ニハ特ニ其事項ニ付告知ヲ求ム而シテ保險者ノ質問ニ對シテ完全ニ答辯スルノミニテハ未以テ告知義務ヲ履行シ了リタルモノニ非スシテ保險者ノ質問セサル事項ト雖重要ナル事項ニ付テハ此義務ノ存在スルモノトス

又我商法ニ於テ保險契約者カ告知義務ヲ怠リタルトキハ惡意又ハ重大ナル過失ニ因テ之ヲ怠リタル場合ノミ契約ヲ無效トスルモノニテ保險契約者カ善意若クハ輕過失ナルトキハ無效トスルコトナシ之ヲ他ノ立法例ニ比スルニ保險契約者ニ取リテハ甚寛大ナル規定ニシテ外國ノ立法例ニ於テハ善意ニテ告知義務ヲ怠リタルトキト雖保險契約ヲ無效ト爲スモノ多シ舊商法第六五三條ニ依レハ保險者ハ被保險者カ契約締結ノ際ニ重要ナル情況ニ付テ虛僞ノ陳述ヲ爲シ又ハ其情況ヲ默スルトキハ惡意ノ有無ヲ問ハス契約ヲ解除スル權利ヲ有ス但被保險者カ保險者ノ總テノ問ニ對シテ其知ル所ヲ竭シ且善意ニ答ヘタルトキハ過失ナキモノト看做ス然レトモ保險者ノ有スル解約ノ權利ハ之カ爲ニ妨ケラルルコトナシト爲セリ

我商法ニ依レハ告知義務ハ重要ナル事項ニ付テ存在スルコトヲ規定スレトモ如何ナル事項カ果シテ重要ナル事項ナルヘキカ其程度ヲ定ムルニ足ルヘキ法文上ノ根據ナシ故ニ重要ナルコトノ程度ハ判決例ニ依テ定マルヲ待ツノ外ナシ然レトモ告知義務ハ元來危險ノ測定ノ爲ニ必要ナルモノナルヲ以テ危險ノ測定ニ必要ナル事實ハ之ヲ重要ナル事項ト爲ササルヘカラス之ヲ換言スレハ保險者カ其事實ヲ知レルトキニハ同一ノ條件ノ下ニ其契約ヲ締結セサリシナラント思考セラルルヘキ場合ニ於テ其事實ヲ重要ナル事項ト爲スコトヲ得ヘキナリ

又保險契約者カ告知義務ヲ怠レルトキニモ保險者カ既ニ其事實ヲ知レルカ又ハ之ヲ知ルコトヲ得ヘカリシ場合ニ於テハ保險契約ハ無效ト爲ルコトナシ（三九八條但書）

又保險者カ保險契約者ノ告知義務ヲ免除シ若クハ豫告知義務ノ懈怠ニ因リ契約ノ無效ヲ主張スル權利ヲ拋棄シタルトキハ告知義務ノ不履行ヲ主張シテ契約ヲ無效ト爲スコトヲ得サルナリ此後ノ場合即無效ヲ主張スル權利ヲ豫メ拋棄スルハ生命保險ニ於テ屢實例アリ例之契約締結後或年限ヲ經過セルトキハ告知義務ニ付爭ハサルコトヲ豫メ約スルカ如キ是ナリ外國生命保險會社ニ於テハ不可爭條項ト稱シテ如此規定ヲ爲スモノ多シ尤詐欺ノ場合ハ之ヲ例外ト爲ス而シテ內國保險會社ニ於テモ此不可爭條項ヲ漸次採用セントスル傾アルモノノ如シ

第三章　保險契約ノ效果

第一節　保險契約ニ基ク權利義務

第一款　保險契約者ノ權利義務

第一　保險料支拂ノ義務

保險契約者ハ保險料支拂ノ義務ヲ有ス保險契約ハ雙務契約ニシテ商法第三八四條ニ現定セルカ如ク當

0218

事者ノ一方カ損害ヲ塡補スル義務ヲ負擔スルト同時ニ相手方ハ之ニ對シテ報酬ヲ與フルコトヲ要ス保險者ハ報酬即保險料ヲ得テ以テ危險ヲ引受ク保險契約者ノ保險料支拂ノ義務ハ保險者ノ損害塡補ノ義務ト相竝ヒテ保險契約ノ要素ヲ爲ス保險料ノ支拂ヲ受ケスシテ損害塡補ヲ爲スニ於テハ是保險ニハ非スシテ寧一種ノ贈與トモ看ルヘキモノナルヘシ

左レハ保險料ノ性質ハ一種ノ報酬ニシテ危險ヲ引受クルコトニ對シテ支拂ハルヘキ對價ナリトス保險トハ前ニモ述ヘタル如ク同樣ノ危險ニ遭遇スル虞アル多數ノ者相集リ各僅少ノ出捐ヲ爲シ其中少數者ノ實際被リタル損害ヲ塡補シテ以テ各人ノ被ルヘキ損害ヲ可及的少カラシムルノ目的ヲ有スルモノナルヲ以テ各人ノ出捐ハ實際發生スル損害ヲ塡補スルニ足ルモノナラサルヘカラス即チ保險料ノ高ハ危險ノ度ニ相應スルコトヲ要ス故ニ統計ニ依テ危險ノ率ヲ測定シ之ニ相當スルノ保險料ヲ徵收セサルヘカラス此損害ヲ塡補スルニ足ルヘキ保險料ヲ稱シテ純保險料ト謂フ而シテ保險ノ事業ヲ經營スルニハ相當ノ費用及純保險料ニ不足ナシ場合ニ之レヲ塡補スルニ必要ナル見込ノ追加ヲ要スヘキヲ以テ保險契約者ヨリ徵收スヘキ保險料ハ純保險料ヨリ多額ナラサルヘカラス其純保險料ヲ超過スル部分ヲ附加保險料ト謂フ如此保險料ハ危險ニ比例スルコトヲ要スルモ是理想ニシテ如何ニ確實ナル統計ト雖絶對ニ完全ナル危險率ヲ算定シ得ルモノニ非サルヲ以テ保險料ハ危險ニ精密ニ比例スルコトハ困難ナリ

如此保險料ハ危險ノ度ニ相當スルヲ以テ理想トスルモノナルカ故ニ危險率ノ計算ヲ爲セハ隨テ保險料率ヲ定ムルコトヲ得ルナリ然レトモ各箇ノ契約ニ付テハ夫レ夫レ特種ノ事情アリテ理想的ノ保險率ヲ以テ一概ニ之ヲ定ムルコトヲ得ス故ニ保險料ハ當事者ノ合意ニ依リテ定マルヲ通常トシ法令ヲ以テ豫メ之ヲ定ムルコトヲ得ス我國ニ於テモ法令ヲ以テ保險料ノ算定ヲ羈束スルコトナキモ保險業法第五條及第八條ニ依リ保險料算出ノ基礎ハ主務官廳ノ認可ヲ要シ又之カ變更ニモ認可ヲ要スルナリ而シテ實際ニ保險料ヲ定ムル場合ニハ各箇ノ契約ニ存在スル所ノ特種ノ事情ニ依テ左右セラルルヲ免レサルナリ即危險ノ大小、危險ノ性質、被保險物其他危險ニ影響ヲ及スヘキ周圍ノ事情ニ因テ各異ナルモノトカ如キ是ナリ

保險者カ引受クル危險ハ單一ニシテ不可分ナリ保險料ハ危險ノ引受ニ對スル報酬ナルヲ以テ隨テ保險料モ亦不可分ナリ故ニ一ノ危險ニ對シテ保險料ヲ定メタルトキハ其危險發生ノ時期如何ニ拘ラス保險料ノ全部ヲ支拂ハサルヘカラス事實上ニ於テハ保險料ノ分割支拂例之一箇年ノ保險料ヲ半年毎ニ又ハ三月毎ニ支拂フモノアルモ是單ニ保險料ノ支拂ヲ容易ナラシムルカ爲ニ分割セシメタルモノニ過キス例之三箇月拂ヲ約束シタルトキニ第一回目ノ保險料ヲ拂ヒタルノミニテ危險發生スルモ其年度分ノ保險料ハ悉之ヲ支拂ハサルヘカラス之ヲ保險料ノ不可分ト謂フ然レトモ例之火災保險ニ於テ家屋ヲ保險ニ付スルトキハ家屋ハ其存在スル間危險ニ曝サルモノナリ然レトモ危險ノ不可分ナルノ故ヲ以テ保險契約ハ家屋ノ存在スル間ヲ以テ保險期間ト爲ササルヘカラスト云フニ非ス家屋ノ遭遇スル虞アル火災ノ危險ヲ統計ニ依テ一箇年間ノ危險率ヲ計算セル場合ニ家屋ノ一箇年間ノ危險ヲ引受ケ而シテ之ニ對スル保險料ヲ定ムルコトヲ得ルナリ故ニ家屋ノ存在期間ヲ以テ保險期間トセスシテ一箇年ヲ以テスルコトヲ得而シテ其一箇年ノ保險期間ニ對スル保險料ハ不可分ナルナリ故ニ此場合ニ一箇月拂ヲ契約シテ第一箇月目ノ保險料ヲ拂ヒタルトキニ火災ノ發生スルコトアルモ尙十一箇月ノ保險料ヲ支拂ハサル

0219

ヘカラサルナリ是其保險料ハ一箇年間ノ危險率ヲ基礎トシテ計算シタルモノニシテ其一箇年間ノ危險ハ不可分ナルヲ以テナリ如此危險率ハ通常一箇年ヲ基礎トシテ計算スルヲ以テ多クノ場合ニ於テ一箇年ノ保險料ハ不可分ナリ

保險料ハ危險ニ相當シテ定メラルルモノナルヲ以テ危險ノ增加セル場合ニハ保險者ハ將來ニ向テ保險料ノ增加ヲ請求スルコトヲ得例之普通人カ軍職ニ就キ又不健康ノ土地ニ旅行シタルカ如キ場合又船舶カ豫定以外ノ特ニ危險多キ航路ヲ取レル場合等此等ノ場合ニハ保險料ノ增加ヲ請求スルコトヲ得ヘシ商法第四一一條ニハ「保險期間內ニ危險カ著シク變更又ハ增加シタルトキハ保險者ハ其契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得」トアリ故ニ保險料ノ增加ヲ請求シテ承諾セラレサルトキハ保險者ハ此規定ニ依リ契約ヲ解除スルコトヲ得ヘシ尤解除ハ將來ニ向テノミ效力ヲ有スルナリ

之ニ反之保險期間中ニ危險ノ減少シタルトキハ危險ハ不可分ニシテ且保險者ハ已ニ其間ニ危險ヲ負擔セルモノナレハ保險料ノ減少ヲ請求スルコトヲ得サルヲ原則トス然レトモ商法第四〇〇條ニ依レハ當事者カ特別ノ危險ヲ斟酌シテ保險料ノ額ヲ定メタル場合ニ保險期間中ニ其ノ危險消滅シタルトキハ保險契約者ハ將來ニ向テ保險料ノ減額ヲ請求スルコトヲ得例之軍人カ戰地ニ赴クカ爲ニ割增保險料ヲ請求セラレタル場合ニモ軍人歸國シタルトキハ其以後ニ於ル割增保險料ノ支拂ヲ要セサルナリ又保險期間中ニ保險價額カ著ク減少シタル場合ニハ保險契約者ハ保險者ニ對シテ保險料ノ減少ヲ請求スルコトヲ得但此場合ニハ同時ニ保險金額ノ減少ヲ請求セサルヘカラス而シテ其保險料ノ減少ハ將來ニ向テ效力ヲ有スルモノニシテ已ニ拂込ミタル保險料ノ割戻ヲ請求スルコトヲ得ス(三九二條)

保險契約者ハ常ニ保險料支拂ノ義務ヲ有ス保險契約者ハ被保險者ト異ルトキ即保險契約者カ他人ノ爲シ得ルモノナラサルヘカラス隨テ第三三五條、第三四二條、第三四六條ノ規定ニ依ル書證ノ申出ノ如キハ疏明ノ方法トシテハ之ヲ許サス書證ハ疏明ヲ爲スヘキ者之ヲ携帶シテ直ニ提出シ得ヘキトキ又人證ハ證人ヲ同行シテ直ニ其訊問ヲ爲シ得ヘキトキニ非サレハ疏明ノ方法トシテ申出ツルコトヲ得サルモノトス是裁判所カ未疏明者ノ主張ニ信用ヲ置キ難シトスルトキハ即時ニ其證據調ヲ爲シ得ンカ爲ナリ而シテ證據調ヲ爲ス場合ニ於テモ必シモ相手方ノ立會ヲ要セス如此主張事實ニ付證明ニ比シ簡便ナル疏明ヲ命スル場合ハ例之第三五條ノ裁判官ヲ忌避スル原因ノ如キ訴訟ノ實體ニ何等ノ關係ナキ事實ニ關スルカ又ハ第五〇〇條第二項ニ規定スル如キ急速ノ處分ヲ要スル場合ニシテ何レモ訴訟ノ實體ニ關スル係爭事實ニ於ルカ如ク證據調ヲ爲シ擧證ノ責任ヲ盡サシムルコトヲ要セサルナリ其他第五七條、第一七二條、第一七六條、第二〇六條、第二二四條、第二七二條、第二八四條、第三〇〇條、第三〇四條、第三四四條、第三六七條、第三七二條、第四一四條、第四一六條、第四七七條竝ニ第六編强制執行ニ關スル規定ニ於テ疏明ヲ命スル場合ハ概前例ト同一ノ事情アルモノナリ

第三項　證據調ノ通則

第一　證據調ハ通常當事者ノ申出ニ因テ爲スヘキモノナリ　判決ニ影響ヲ及スヘキ係爭事實ニ付泉證ノ責任アル者ハ證據方法ノ申出ヲ爲シテ其事實ヲ證明セサルヘカラス是我民事訴訟法カ不干涉主義ヲ採用シタル結果ナリ而シテ當事者ノ申出タタル證據方法ニ基キ裁判所カ證據ヲ調査スル手續ヲ證據調ト謂フ是ヲ以テ證據方法ノ申出ハ口頭辯論中ニ爲スヘキモノニシテ之ニ對スル證據抗辯ト共ニ辯論ノ範圍內ニ屬スレトモ證據調ハ反之裁判所ノ行爲ニ屬ス

0220

當事者カ證據方法ヲ申出ヲ證據調ノ申請ヲ爲ストキハ之ニ要スル費用ヲ裁判所ノ指定スル期間内ニ豫納セサルヘカラス若之ヲ豫納セサルトキハ其證據調ヲ爲ッスシテ判決ヲ爲スヘキモノナリ然レトモ未訴訟手續ノ進行中ニシテ其遲滯ヲ生セサル場合ニハ右ノ期間滿了後ト雖費用ヲ豫納シタルトキハ證據調ヲ爲スヘキモノトス(二八八條)

第二　當事者ノ申立ヲタル數多ノ證據中其取調フヘキ限度ハ裁判所ノ定ムルモノナリ(二四七條一項)

裁判所ハ當事者カ數多ノ證據方法ヲ提出シタルトキハ必シモ悉之ヲ取調フルヲ要セス場合ニ從ヒテ其中ノ或モノノミヲ取調ヘ他ハ之ヲ取調ヘサルノ權アリ詳言スレハ裁判所ハ當事者ノ申立テタル證據方法中其必要ナルヤ否ヤヲ判別シテ之ヲ取捨スルコトヲ得故ニ當事者カ同一事實ヲ證明スル爲メ同種又ハ異種ノ證據方法ヲ數多提出シタル場合ノミニ限ラス數多ノ證據方法ヲ申出テ各異リタル事實ヲ證明セントスル場合ニ於テモ裁判所ハ其中ノ一二ニシテ爭ヲ決スルニ適切ナル事實ヲ證スヘキモノアリト認メタルトキハ同ク證據調ヲ其一二ニ制限スルコトヲ得ルモノナリ又當事者カ證明セントスル主張事實ニシテ判決ニ影響ヲ及スヘキモノニ非サルカ又ハ他ノ事實ニ依テ判決ヲ爲スニ足ルトキハ證據調ノ必要ナキヲ以テ其申立ヲ却下スルコトヲ得ヘシ

然ラハ如此裁判所カ一旦證據調ノ限度ヲ定メタル後ハ當事者ハ其以外ノ證據ノ取調ヲ申立ツルコトヲ得サルヤト云フニ決シテ然ラス何トナレハ一方ニ於テハ當事者ハ口頭辯論ノ終結ニ至ル迄證據方法ヲ申立ツルコトヲ得ヘキ旨ノ第二一四條ノ規定アリ又他ノ一方ニ於テハ裁判所ハ事件カ未判決ヲ爲スニ熟セサルトキハ證據調ノ補充ヲ決定スルコトヲ得ヘキ旨ノ第二八五條ノ規定アルヲ以テ裁判所ノ定メタル限度内ノ證據ノミニテハ豫想ニ反シテ未十分ノ證明ヲ得サルトキハ當事者ハ再他ノ證據方法ヲ申出テ其取調ヲ求ムルコトヲ得ヘキハ勿論ナリ而シテ其補充ノ證據方法ハ前ニ一旦提出シテ排斥セラレタルモノタルト新ニ申出テタルモノタルトヲ問ハサルナリ

第三　證據調ハ受訴裁判所ニ於テ爲スヲ原則トス　此原則ハ口頭辯論主義及自由探證主義ヨリ生スル結果ナリ即受訴裁判所カ直接ニ辯論ヲ聽キ自由ナル心證ヲ以テ證據ヲ取捨シ以テ判決ヲ爲スコトヲ要スル以上ハ證據調モ亦受訴裁判所カ直接ニ爲スコトヲ當然トスレハナリ但右原則ノ例外トシテ特ニ法律ノ許ス場合ニ於テハ受訴裁判所ノ或部員ニ命シテ證據調ヲ爲サシメ或ハ又區裁判所判事ニ囑託シテ證據調ヲ爲サシムルコトヲ得ヘシ(二一七三條)法律ノ之ヲ許ス場合ハ人證ニ付テハ第三二八條、鑑定ニ付テハ第三三一條、書證ニ付テハ第三四八條、檢證ニ付テハ第三五八條ニ何レモ規定セリ尚人證ニ付テハ第二九六條ニ特別ノ規定ヲ設ケタリ而シテ若受訴裁判所カ其部員ヲシテ證據調ヲ爲ッシメントスルトキハ裁判長ハ其證據決定ヲ言渡ス際ニ證據調ヲ爲スヘキ判事ヲ指名ス之ヲ受命判事ト謂フ此指名後受命判事カ病氣其他ノ差支ニ因テ證據調ヲ爲スコト能ハサルトキハ更ニ他ノ部員ニ命スヘキモノナリ受命判事ニ依ル證據調ノ期日モ亦裁判長之ヲ定ムルヲ本則トスレトモ便宜上其期日ノ指定ヲ受命判事ニ委スルコトヲ得ヘシ即受命判事ハ裁判長カ其期日ヲ定メサル總テノ場合ニ於テ自ラ之ヲ定ムルコトヲ得ルモノトス(二七八條)又受訴裁判所カ他ノ裁判所ヲシテ證據調ヲ爲サシメントスルトキハ裁判長ハ如何ナル證據調ヲ爲スヘキヤヲ表示シタル囑託書ヲ發スルモノナリ此方法ハ所謂法律上ノ共助ニ依ルモノニシテ其囑託ヲ受ケテ證據調ヲ爲ス判事ヲ受託判事ト謂フ受託判事カ其囑託ニ從ヒ證據ノ取調ヲ爲シタルトキハ其書類ノ原本ヲ受訴裁判所ノ書記ニ送付セサルヘカラス例之證人訊問調書、檢證調書ノ如キ皆其原本ヲ保存シ謄本ヲ送付スヘキニ非スシテ必原本ヲ送付スルヲ要ス而シテ之ヲ受取リタ

0221

ル書記ハ更ニ其旨ヲ當事者ニ通知シテ證據調ノ結了ヲ知ラシメサルヘカラス(二七九條)受託判事カ證據調ヲ爲ス期日ハ常ニ受託判事自ラ之ヲ定ムルモノニシテ受訴裁判所裁判長ノ定ムルモノニ非ス是即實際ノ便宜ノ然ラシムル所ニシテ受命判事ニ依ル證據調ノ手續ト異ナル點ナリ受託判事及受命判事ノ定メタル證據調ノ期日ハ其證據調ヲ爲ス場所ト共ニ之ヲ當事者ニ通知シテ當事者ヲシテ證據調ニ立會フコトヲ得セシメサルヘカラス(二八〇條)若適法ノ通知ヲ爲サスシテ證據調ヲ爲シタルトキハ其手續ハ無效ニ歸スルヲ免レス

右ノ如ク受命判事ハ裁判長カ證據調ノ期日ヲ指定セサル場合ニ又受託判事ハ常ニ自ラ證據調ノ期日ヲ定メ其他各必要ニ從ヒ期日ヲ變更シ又ハ續行期日ヲ定ムルノ權ヲ有スルノミナラス他ノ裁判所ニ於テ其證據調ヲ爲スノ至當ナル原因カ證據決定以後ニ生シタルトキハ自ラ證據調ヲ爲サスシテ之ヲ更ニ他ノ裁判所ニ囑託スルコトヲ得例之訊問スヘキ證人若クハ鑑定人カ遠隔ノ地ニ轉居シタル場合ノ如シ但此再囑託ハ之ヲ當事者ニ通知セサルヘカラス(二八二條)又右ノ權能ハ囑託ノミニ限ラレタルモノニシテ如何ナル理由アルモ受命判事若クハ受託判事ハ自ラ受命判事ヲ定ムルコトヲ得サルモノナリ

受命判事、受託判事ハ證據調ノ際ニ爭ヲ生シタルトキハ其權限內ニ於テ爭ヲ決スルコトヲ得例之證據調ノ期日ノ指定變更ニ關スル爭ハ第一七二條ノ規定ニ依リ受命判事又ハ受託判事自ラ裁判スルコトヲ得其他第三一九條第一項ニ於テ證人ニ對シ或裁判ヲ言渡スノ權利ヲ受命判事及受託判事ニ付與セリ鑑定人ニ付テハ證人ノ規定ヲ準用ス又若證據調ノ際ニ生シタル爭カ受命判事及受託判事ニ於テ裁判スルノ權限ヲ有セサルモノニシテ且其爭カ完結スルニ非サレハ證據調ヲ爲ス能ハサル場合例之證人カ理由ヲ開示シテ證言又ハ宣誓ヲ拒ミ問ニ對シテ答辯ヲ拒ミタル場合ノ如キ此拒絕ノ當否ニ付テハ第三一九條第二項ニ依レハ受命判事、受託判事ハ自ラ裁判スルコト能ハス又同條第三項ノ場合モ同一ニシテ此等ノ場合ニハ受命判事若クハ受託判事ハ一時證據調ヲ中止シ受訴裁判所ニ於テ其爭ノ完結スルヲ待チ證據調ヲ爲スノ外ナシ(二八三條)

右ノ外證據調ハ外國ニ於テモ爲スコトヲ得ヘシ是其手續ニ關スル規定アルニ依テ明ナルノミナラス又之ヲ禁スルノ理由ナシ故ニ凡テ外國ニ於テ證據調ヲ爲スヲ必要トスル場合例之證人カ外國ニ在ル場合、檢證若クハ鑑定ノ目的物カ外國ニ在ル場合其他外國ニ於テスルニ非サレハ證據調ヲ爲ス能ハサル場合ノ如キハ當事者ノ申立ニ因リ受訴裁判所ハ外國ニ於ル證據調ヲ命スルコトヲ得ヘシ此場合ニ於テハ受訴裁判所ノ裁判長ヨリ外國ノ管轄官廳又ハ其外國駐在ノ帝國公使若クハ領事ニ囑託シテ證據調ヲ爲スヘキモノナリ而シテ其囑託ニ付テハ第一五二條及第一五五條ノ規定ヲ準用スヘキモノトス(二八一條)

第四　受訴裁判所ニ於テ當事者ノ演述ニ引續キ直ニ證據調ヲ爲スコト能ハサル場合ニ於テ舉證者ノ申立テタル證據方法ヲ必要ト認メタルトキハ必特ニ證據決定ヲ爲シテ之ヲ命スヘキモノナリ(二七四條二項)故ニ例之書證又ハ檢證物ヲ辯論ノ際提出シ又ハ證人若クハ鑑定人カ裁判所ニ出頭シ居リタルトキハ直ニ證據調ヲ爲スヘキモ然ラサル場合ニ於テハ證據決定ヲ爲シ新期日ヲ定メテ證據調ヲ爲ササルヘカラス證據決定ハ即特別ニ證據調ヲ爲スコトヲ命スル裁判ニシテ左ノ諸件ヲ揭クルコトヲ要ス(二七六條)

(一)　證スヘキ係爭事實ノ表示　前ニ述ヘタル如ク外國ノ法律、地方慣習法ノ如キハ之ヲ主張スル當事者ニ於テ證明スルノ責任アリ故ニ茲ニ係爭事實ト云フハ僅キニ失スルノ感ナキニ非サレトモ內國ニ於

0222

ヲ法律ト云フハ內國ノ法律ヲ指スコトハ勿論ニシテ外國ノ法律若クハ地方慣習法ニ如何ナル規定アルカト云フコトハ即一ノ事實ナリト謂フコトヲ得ヘシ

(二) 證據方法ノ表示殊ニ證人又ハ鑑定人ノ表示ハ他人ト混同セサランカ爲ニ其氏名、身分、住所等ヲ明ニスヘキモノナリ但第三三一條、第三五八條第二項ノ場合ニ於ル證據決定ハ其性質上此例外タリ

(三) 證據方法ヲ申立テタル原告若クハ被告ノ表示　右ノ外受命判事又ハ受託判事ニ依テ證據調ヲ爲スヘキトキハ其旨ヲモ併セテ決定セサルヘカラス而シテ此受命判事又ハ受託判事ヲシテ證據調ヲ爲サシムル決定ニ對シテハ不服ノ申立ヲ許サス是其證據調ノ方法ハ專實際ノ便宜ニ應シテ法律ノ許ス所ニシテ當事者ノ利害ニ影響ヲ及スヘキモノニ非サルヲ以テナリ(二二七三條末項)

第五　當事者ノ申出テタル證據方法カ必要ト認メラレタルトキ其證據調ヲ爲スニ付テ不定時間ノ障碍アルトキハ裁判所ハ直ニ其證據方法ヲ却下セスシテ當事者ノ申立ニ因リ相當ノ期間ヲ定ムヘキモノナリ(二二七五條)是此場合ニハ其證據ハ直ニ取調ヲ爲スコトヲ得ス又何時ニ至レハ果シテ取調ヲ爲シ得ルヤヲ豫知スル能ハサレトモ證人カ死亡シタル場合ノ如ク絕對ニ證據調カ不能ニ歸シタル非スシテ或期間內ニ其障碍ノ除去セラレテ證據調ノ目的ヲ達スルヲ得ルコトアルヘキヲ以テナリ但此期間ハ第一七〇條ノ規定ニ依リ當事者ノ合意又ハ其一方ノ申立ニ因テ之ヲ伸縮スルコトヲ得又右ノ障碍ハ證據決定ノ前ニ生シタルトキニテモ其後ニ至リテ生シタルトキニテモ常ニ同一ノ規定ニ從フヘキモノナリ若右裁判所ノ定メタル期間內ニ障碍カ消滅シタルトキハ勿論其證據調ヲ爲スヘキモ其期間滿了ニ至ルモ尙障碍カ繼續スルトキハ證據調ヲ爲サスシテ裁判ヲ爲スヘキモノナリ蓋此規定ノ旨趣ハ畢竟訴訟ノ遲延ヲ防ク爲ナルヲ以テ期間經過後ト雖訴訟手續ヲ遲延セシメサル限ハ尙其證據方法ヲ用フルコトヲ許スモノトス例之證人ノ居所不明ニシテ訊問ノ爲メ呼出スコト能ハサル場合ニ右期間內ニ當事者カ證人訊問ノ居所ヲ取調ヘ屆出ツルニ於テハ其證人ノ訊問ヲ爲スヘキハ勿論又期間經過後ニ於テモ辯論續行ノ期日ヲ定メタル場合ニ其期日迄ニ證人ノ居所判明シテ其辯論期日ニ證人訊問ヲ爲シ得ヘキトキノ如キハ爲ニ訴訟ノ遲延ヲ來ササルカ故ニ尙裁判所ニ於テハ其證據調ヲ爲スヘキモノナリ

第六　證據決定ノ施行ハ裁判所ノ職權ヲ以テ爲スヘキモノナリ　然レトモ其施行以前ニ在テ當事者ハ新ナル辯論ニ基キ證據決定ノ變更ヲ求ムルコトヲ得ヘシ例之一旦證據決定ヲ爲シタルモ原告若クハ被告カ後ノ辯論ニ於テ更ニ新ナル重要ノ事實ヲ主張シ之ヲ證明スル爲メ他ノ證據方法ヲ申出テタルトキ又ハ前同一事實ニ付前證據方法ヨリモ尙有力ナル證據方法ヲ發見シタルトキノ如キハ前證據決定ノ變更ヲ申立ツルコトヲ得(二一七七條)又裁判所ニ於テハ證據決定ヲ爲シタル後其證據調ヲ要スル係爭關係ニ付當事者カ和解ヲ爲シ又ハ係爭事實ヲ自白シタル等ノ新事實ヲ生シテ證據調ノ必要ナキニ至リタルトキ又ハ一ノ證據調ニ依テ係爭事實ノ眞否カ明白ト爲リ他ノ證據調ノ必要ナキニ至リタルトキハ證據決定ノ全部若クハ一分ノ施行ヲ爲サスシテ止ムコトヲ得ヘシ尙又裁判所ハ證據決定施行ノ後未裁判ヲ爲スニ熟セスト認ムルトキハ申立ニ因リ證據調ノ補充ノ決定ヲ爲スコトヲ得ルモノトス(二八五條)

第七　受訴裁判所ニ於テ當事者ノ演述ニ引續キ直ニ證據調ヲ爲スコト能ハスシテ別ニ其期日ヲ定ムルノ必要アルトキハ職權ヲ以テ之ヲ定ムヘキモノナリ　此期日ハ先通常證據決定ニ於テ之ヲ定ムヘキモ其他既ニ定メタル期日ニ至リテ舉證者ノ懈怠ニ因ルニ非スシテ證據調ヲ爲スコト能ハサル爲メ更ニ新期日ヲ定メ又ハ其證據調ヲ始メタルモ結了ニ至ラスシテ其續行期日ヲ定ムルノ必要アルトキハ舉證者

0223

又ハ當事者ノ雙方カ前期日ニ出頭セサルトキト雖亦同ク裁判所ノ職權ヲ以テ之ヲ定ムヘキモノトス（二八六條）例之證人又ハ鑑定人カ差支ノ爲メ出頭セス又ハ出頭シタルモ其訊問完結ニ至ラスシテ再期日ニ其訊問ヲ續行スヘキ場合ノ如シ

第八　證據調ノ期日ニ當事者ノ一方又ハ雙方カ出頭セサルモ事件ノ程度ニ因リ爲シ得ヘキ限ハ證據調ヲ爲スヘク而シテ其證據調ハ受訴裁判所ニ於テ爲スヘキ場合ト受命判事若クハ受託判事ニ於テ爲スヘキ場合トヲ問ハサルモノトス　例之證人カ出頭シタルトキハ當事者カ出頭セサルモ尙其證人ヲ訊問スヘキカ如シ故ニ闕席シタル當事者ハ自己ノ利益ノ爲メ發問ヲ求ムルノ權利ヲ行使スルコト能ハス又證人ニ或物件ヲ示シテ訊問ヲ爲スヘキ場合ニ之ヲ持參スヘキ當事者カ出頭セサルトキハ其物件ヲ證人ニ示シテ訊問スルコトヲ得サルカ爲ニ證明ノ不足ヲ生スルコトアルヘキモ出頭セサル舉證者ハ自ラ其懈怠ノ責ヲ負ハサルヘカラス其他或物件ノ檢證若クハ鑑定ヲ爲スヘキ場合ニ於テ其目的物ヲ提出スヘキ當事者カ出頭セサルトキハ其證據調ハ全ク之ヲ爲スコトヲ得スシテ前同樣其證據方法ニ依テ證明ヲ爲スノ權利ヲ失フモノナリ然レトモ如此當事者カ出頭セサリシ爲メ全ク證據調ヲ爲スコト能ハス又ハ不完全ニ爲シタル場合ニ於テ左ノ條件ノ一アルトキハ當事者ハ口頭辯論ノ終結ニ至ル迄其證據調ノ追完又ハ補充ヲ受訴裁判所ニ申立ツルコトヲ得（二八四條）

(一)　訴訟手續ノ遲滯ヲ來ササルトキ　即追完又ハ補充ノ申立ヲ爲シタル辯論期日ニ於テ直ニ其證據調ヲ爲シ得ヘキ場合是ナリ

(二)　舉證者ノ出頭セサリシハ其過失ニ非サルコトヲ疏明スルトキ　例之證據調ノ期日ノ通知ヲ受ケサル爲メ出頭スルコトヲ得サリシコトヲ疏明スル場合ノ如キ是ナリ

第九　受訴裁判所ニ於テ爲ス證據調ノ期日ハ同時ニ辯論續行ノ期日ナリトス　口頭辯論ハ證據調手續ノ爲メ一時停止セラレ其結了後續行セラルヘキモノニシテ法律ハ受訴裁判所ニ於ル證據調ノ期日ヲ獨立ノ期日ト爲サス同時ニ之ヲ辯論ノ期日ト爲セリ蓋證據終了後即時ニ口頭辯論ヲ續行シ得ルノ便宜ニ出ツ故ニ此期日ニ當事者ノ一方又ハ雙方カ出頭セサルトキト雖爲シ得ヘキ限ハ證據調ヲ爲スコトハ前項ニ說明シタル如クナレトモ其證據調ヲ爲スヘカラサルカ又ハ之ヲ了リタルトキハ直ニ辯論ト爲ルヘキヲ以テ此際尙出頭セサル當事者ハ曾ニ前ニ述ヘタル所ノ證據上ノ不利益ヲ破ルノミナラス若相手方カ出頭シテ闕席判決ヲ求メタルトキハ闕席判決ヲ受クルノ不利益ヲ見ルニ至ルヘシ（二四九條、二四六條）若又當事者ノ雙方カ出頭セサルトキハ第一八八條第二項ニ依リ訴訟ハ休止ト爲ルモノナリ但第七ニ說明セル第二八六條ノ規定ニ依リ證據調ノ新期日ヲ定ムルノ必要アル場合ニ於テハ即證據調ノ期日ハ終了ニ至ラスシテ辯論期日開始セサルヲ以テ當事者雙方出頭セサルモ訴訟ハ休止ト爲ルモノニ非ス又其一方出頭スルモ他ノ一方ノ懈怠者ニ對シテ闕席判決ヲ求ムルコトヲ得ス唯其證據調カ出頭シタル一方ノ爲ノミニ命セラレタルモノニシテ其者カ其證據方法ヲ拋棄シルタトキハ證據調ノ必要ナキニ至リ隨テ證據調ノ期日ハ終了スヘキヲ以テ闕席判決ノ申立ヲ爲スコトヲ得ヘキノミ勿論受命判事又ハ受託判事ニ依テ爲ス所ノ證據調ノ期日ハ同時ニ辯論ノ期日ニ非サルヲ以テ右ト異リ單ニ前ニ述ヘタル證據上ノ結果ヲ生スルノミ隨テ又受訴裁判所ハ其證據決定ヲ爲ス際同時ニ辯論續行ノ期日ヲ定ムルカ又ハ其證據調ノ結了後職權ヲ以テ辯論續行期日ヲ定メテ之ヲ當事者ニ通知セサルヘカラス（二八七條二項）

第二款　證據方法

0224

第一項　人證

人證トハ第三者ヲシテ其實驗シタル事項ヲ裁判所ニ於テ陳述セシメ以テ係爭事實ヲ證明スル證據方法ヲ謂フ

右ノ定義ニ依レハ證人ハ必第三者タルヲ要シ舉證者及其相手方ハ勿論共同訴訟人、從參加人ハ其訴訟ニ於テ自ラ證人タルコトヲ得サルハ明ニシテ當事者ノ法律上代理人ニ於ルモ亦同シ故ニ未成年者ノ父カ其法定代理人トシテ訴訟ヲ爲ス場合ニ於テハ其未成年者ハ勿論父モ亦證人タルコトヲ得ス會社ノ代表者カ會社ノ爲ニ訴訟ヲ爲ス場合ニ於テモ亦同一ナリ又右ノ定義ニ依レハ證人ハ其現ニ見聞シタル過去ノ事實ヲ陳述スルモノナルカ故ニ其推測、判斷ノ如キハ之ヲ證人ノ證言ト稱スルコト能ハス然レトモ證人タルヲ得ルノ能力ニ付テハ法律ニ何等ノ制限ナキヲ以テ未成年者其他民法上ノ無能力者ト雖亦之ヲ證人トシテ訊問スルコトヲ得但滿十六歲ニ達セサル者其他第三一〇條ニ列擧スル者ハ參考ノ爲ニ宣誓ヲ爲サシメスシテ訊問スルコトヲ得ルニ過キス勿論此等ノ者ノ陳述ト雖果シテ信ヲ置クニ足ルトキハ裁判所ハ之ヲ採リテ證據ト爲シ以テ係爭事實ノ眞否ヲ判斷スルノ材料ニ供スルヲ得ヘク要スルニ苟訴訟ニ對スル第三者タル者ハ皆證人トシテ訊問スルコトヲ得ヘキナリ然リ而シテ我民事訴訟法ハ證人トシテ證言スルト否トヲ各人隨意ノ權能ト爲サスシテ公益上之ヲ一般人民ノ義務ト爲シ且其履行ヲ强制スル爲ニ不履行者ニ制裁ヲ加フル旨ヲ定メタリ第二八九條ニ曰ク「何人ヲ問ハス法律ニ別段ノ規定ナキ限リハ民事訴訟ニ關シ裁判所ニ於テ證言スル義務アリ」ト故ニ原則トシテハ苟我帝國ノ領土內ニ在住シ我帝國ノ裁判權ニ服從スル者ハ其國籍ノ如何ヲ問ハス何人ト雖裁判所ニ於テ當事者ノ爲ニ其實驗シタル事實ヲ陳述スルノ義務アルモノトス

第一則　證人ノ義務

證人ノ義務ハ之ヲ分テ二ト爲スコトヲ得一ハ出頭ノ義務即呼出ニ應シテ指定ノ期日ニ裁判所ニ出頭スルノ義務ニシテ一ハ證言ノ義務即實驗シタル事實ヲ裁判所ニ於テ陳述スルノ義務ナリトス左ニ之ヲ說明スヘシ

(甲)　出頭ノ義務

證人トシテ呼出ヲ受ケタル者ハ呼出狀ノ趣旨ニ從ヒテ受訴裁判所又ハ受命判事若クハ受託判事ノ面前ニ出頭セサルヘカラス若合式ノ呼出ヲ受ケ正當ノ理由ナクシテ出頭セサルトキハ第二九四條ニ定ムル所ノ制裁ヲ受ク合式ノ呼出トハ第二九二條ノ方式ニ適合シタル呼出狀ヲ第一三六條以下ノ規定ニ依テ適法ニ送達シタルヲ謂フ又出頭セサル正當ノ理由アル場合トハ例之天災其他ノ不可抗力ノ爲ニ出頭スルコト能ハサル場合ヲ謂フ證人カ果シテ出頭シタリヤ否ヤヲ判定スルニハ何レノ時ヲ以テ標準トスヘキヤト云フニ其呼出ノ時刻ニノミ拘泥スヘキモノニ非ス其事件ノ呼上ノ時ニ於テ出頭シタルヤ否ヤヲ定メサルヘカラス是第一六三條ノ規定ヨリ生スル結論ナリ

證人カ右出頭ノ義務ヲ怠リタル場合ニ於ル制裁及其制裁言渡ノ形式ハ第二九四條第一項ニ規定シ其再度不出頭ノ制裁ハ同條第二項ニ規定セリ此再度ノ制裁ヲ加フルハ既ニ第一回制裁ノ言渡ヲ爲シタル場合ニ限ル右決定ニ對シテハ抗告ヲ許スコト及其抗告ノ執行停止ノ效アルコトハ同條第三項ニ規定スル所ナリ但豫備後備ノ軍籍ニ在ラサル軍人、軍屬ニ對スル不出頭ノ制裁タル罰金ノ言渡及其執行並ニ勾

0225

引ノ手續ハ同條第四項ニ規定セル如ク總テ軍事裁判所又ハ其軍人所屬ノ長官又ハ隊長ニ囑託シテ爲ササルヘカラス又右制裁ヲ言渡シタル決定ニ對シテハ曾ニ抗告ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得ルノミナラス其言渡ヲ受ケタル證人カ後日其出頭セサリシハ正當ノ理由ニ基クコトヲ辯明シタルトキハ其決定ヲ言渡シタル裁判所又ハ受命判事若クハ受託判事ハ之ヲ取消ササルヘカラス如此抗告ニ依ラスシテ裁判ノ取消ヲ求ムルコトヲ許スハ一ノ例外ニ屬スル便法ナリ而シテ此罰金及賠償ノ決定取消ノ申請ヲ爲スニ付テハ別段ニ期限ノ定ナキヲ以テ其決定ノ執行以前ナレハ何時ニテモ其申請ヲ爲シ得ルモノト謂ハサルヘカラス又其申請ハ書面若クハ口頭ヲ以テ爲スコトヲ得證人ノ不參屆モ亦同シ(二九五條)

證人ノ出頭ノ義務ハ固ヨリ證言ノ義務ト相關聯スレトモ決シテ分離スヘカラサルモノニ非ス寧獨立ノモノト謂ハサルヘカラス故ニ證言ヲ拒ムコトヲ得ル者ニシテ而モ出頭ノ義務アルコトアリ又出頭ノ義務ナキ者ニシテ尙證言ノ義務アル者アリ唯通常多クノ場合ニ於テ證人ハ此二ノ義務ヲ併有スルモノナリ而シテ其例外トシテ或者ハ一方ノ義務ノミヲ負ヒ他ノ一方ノ義務ヲ免除セラレ或ハ制限セラル先其例外者ノ中證言ノ義務アリ而シテ出頭義務ノミ免除又ハ制限ノ利益ヲ享クルモノヲ擧クレハ左ノ如シ

第一　皇族　皇族モ亦普通ノ人民ト同ク證言ノ義務アルヲ免レサレトモ各人ノ最尊敬ヲ加ヘサルヘカラサルモノニシテ其威嚴ヲ保ツ爲ニ出頭ノ義務ヲ免除シタルモノナリ故ニ皇族ヲ證人トシテ訊問スルニ當リテハ受命判事又ハ受託判事其所在ニ出張シテ訊問ヲ爲ササルヘカラス(二九六條一項)

第二　大臣　大臣ハ國家樞要ノ職務ヲ執ル者ニシテ其職務ノ妨害ヲ生スルコトヲ恐ルヨリ法律ハ之ヲ遠隔ノ場所ニ呼出スコトヲ許サス各大臣ヲ證人トシテ訊問スルニハ其官廳ノ所在地ニ於テ爲ササルヘカラス又其官廳ノ所在地外ニ滯在スルトキハ其現在地ニ於テ爲ササルヘカラス但大臣ハ皇族ノ如ク受命判事若クハ受託判事ヲシテ其所在ニ就キ訊問セシムルニ及ハス受訴裁判所カ大臣ノ所在地ニ在ルトキハ其裁判所ニ呼出シテ訊問スルコトヲ得又受訴裁判所ノ在ル地ニ居ラサルトキハ其所在地ノ裁判所ニ囑託シ其囑託ヲ受ケタル大臣所在地ノ裁判所ハ之ヲ呼出シテ訊問スルコトヲ得要スルニ大臣ニ付テハ其出頭ノ義務ニ制限ヲ設ケ之ヲ遠隔ノ地ニ呼出スヲ禁スルニ過キス(同條二項)

第三　帝國議會ノ議員　是亦太臣ニ於ルト同一ノ理由ニ因リ其職務ヲ執リ居ル間ハ大臣ト同樣ニ取扱フヘキモノナリ即議會ノ開會期間中タルト其議會ノ所在地ニ滯在中タルトノ二條件アルトキハ大臣ト同樣其所在地ノ裁判所ニ於テノミ之ヲ呼出シテ訊問スルコトヲ得(同條三項)

右ノ外何人ト雖證人トシテ訊問ノ爲メ裁判所ヨリ呼出ヲ受ケタルトキ正當ノ理由ヲ辯明シテ不參屆ヲ爲シ裁判所ノ認可ヲ受ケタル者ハ臨時出頭ノ義務ヲ免ルルモノナリ又證言ヲ拒ムコトヲ得ル者カ訊問期日ノ前ニ豫滿法ノ拒絕ヲ申立テタルトキハ第三〇〇條第二項ニ明示スル如ク亦出頭ノ義務ヲ免ル

(乙)　證言ノ義務

證言ノ義務ハ必シモ出頭ノ義務ト相結合シテ離ルヘカラサルモノニ非ス證人タルヘキ者ハ縱令出頭義務ヲ免除セラルルトキト雖尙原則トシテハ證言ノ義務アルモノナリ若正當ノ理由ナクシテ此證言ノ義務ニ違背シタルトキハ第三〇二條第一項ニ規定スル制裁ヲ受ケサルヘカラス而シテ其制裁ヲ言渡シタル決定ニ對シテ抗告ヲ爲シ得ルコト其抗告ハ執行停止ノ效力ヲ有スルコト又現役ノ軍人、軍屬ニ對シ證言拒絕ノ制裁トシテ罰金ノ言渡ヲ爲シ及其執行ヲ爲スコトヲ軍事裁判所ニ囑託スヘキコト等ハ第三〇二條ニ規定スル所ナリ

證言ノ義務ニ付テモ亦人及事項ニ關スル例外アリ即或特定ノ者ハ證言ヲ拒絕スルコトヲ得又或特別ノ

0226

事項ニ付テハ何人ト雖證言ヲ拒ムコトヲ得ヘシ左ニ之ヲ擧示セン

第一　當事者ト左ノ如キ身分上ノ關係アル者ハ證言ヲ拒ムコトヲ得

（イ）原告若クハ被告又ハ其配偶者ノ親族但姻族ニ付テハ婚姻ノ解除シタルトキト雖亦同シ

（ロ）原告若クハ被告ノ後見ヲ受クル者

（ハ）原告若クハ被告ト同居スル者又ハ雇人トシテ之ニ仕フル者（二九七條）

右三者ヲシテ證言ヲ拒ムコトヲ得セシメタルハ人情ノ上ニ於テ又實益ノ上ニ於テモ公安ノ上ニ於テモ證言ノ義務ヲ免除スルヲ以テ相當ト認メタルニ由ル證人ト當事者トノ間ニ於ル親族關係ノ有無ハ民法ノ規定ニ依テ定ムヘキモノナリ此事ハ殆説明スルコトヲ要セサルモ民事訴訟法施行條例第九條ニハ「民事訴訟法ニ於テ親族ト稱スル者ハ當分ノ内刑法ノ親屬例ニ依ル」トノ規定アルヨリシテ民法親族編ノ實施セラレタル幾多少ノ議論ヲ生スルニ至リタリ然レトモ既ニ親族關係ヲ定ムル本然ノ法律即民法ノ實施セラレタル今日ニ於テハ同法ノ規定ニ從ヒテ親族關係ノ有無ヲ定ムヘキハ殆疑ナカルヘク即右施行條例第九條ニ所謂當分ノ内トハ民法ノ實施セラルル迄ト解釋スルヲ相當トス

以上列擧シタル身分關係ヲ有スルカ爲ニ證言ヲ拒ムコトヲ得ル者カ證人トシテ裁判所ニ出頭シタルトキハ裁判長ハ其訊問前ニ證言ヲ拒ムコトヲ得ル旨ヲ告ケ其拒絶ノ權利ヲ行使スルヤ否ヤノ陳述ヲ爲サシムヘキモノナリ（二九七條末項）

第二　左ノ事項ニ付テハ前陳ノ身分上ノ關係ナキ者ト雖證言ヲ拒ムコトヲ得

（イ）官吏、公吏又ハ官吏、公吏タリシ者カ其職務上默秘スヘキ義務アル事情ニ關スルトキ　官吏、公吏ハ職務上知リ得タル或事實ヲ默秘スルノ義務アルコトアリ此場合ニ之ヲ裁判所ニ證言シテ世上ニ暴露スルトキハ或ハ國家ノ安寧ヲ害スル恐アルヲ以テ之ニ其證言ヲ拒絶スルコトヲ得セシメタルハ固ヨリ當然ノコトナリ故ニ縱令其官吏、公吏カ證言ヲ拒絶スルノ權利ヲ行使セサルトキト雖尚且裁判所ハ之ヲ知リツツ濫ニ訊問ニ依テ其職務上默秘スヘキ義務アル事情ヲ陳述セシムルコトヲ得ス其官吏、公吏退職後ト雖亦同シ但默秘ノ義務ヲ免除セラレタルトキハ勿論此限ニ在ラス故ニ裁判所ニ於テ斯ル秘密ノ事項ニ付官吏、公吏ヲ訊問スルノ必要アルトキハ其官吏、公吏ノ所屬廳又其退職後ハ最後ノ所屬廳ノ許可ヲ得セシメタ後之ヲ訊問スルコトヲ要ス又右ノ事項ニ關シ大臣ヲ訊問スルニ付テハ勅許ヲ得ルコトヲ要ス而シテ右證言ノ許可ハ直接ニ裁判所ヨリ當該官廳ニ求メ其許可アリタルトキハ之ヲ證人ニ通知スヘキモノナリ其許可ノ要求ヲ受ケタル官廳ハ證人カ證言ヲ爲スニ因テ國家ノ安寧ヲ害スル恐アルトキニ限リ許可ヲ拒ムコトヲ得其果シテ國家ノ安寧ヲ害スルノ恐アルヤ否ヤハ固ヨリ當該官廳ニ於テ判斷スヘキ所ニシテ他ノ容喙ヲ許スヘキモノニ非ス裁判所ハ豫訊問事項ノ證人ノ默秘スヘキ義務アル事實ニ係ルコトヲ知リタルトキハ勿論其訊問前ニ許可ヲ求ムルノ照會ヲ爲スヘシト雖若豫之ヲ知ルコト能ハスシテ證人ノ訊問ヲ始メタル後其證言ヲ拒絶スルニ依リ始テ之ヲ知リタルトキハ其訊問ヲ中止シテ更ニ許可ヲ求ムヘキナリ（二九八條一號、二九〇條）

（ロ）醫師、藥商、隱婆、辯護士、公證人、神職及僧侶カ其身分又ハ職業ノ爲メ委託ヲ受ケタルニ因テ知リタル事實ニシテ默秘スヘキモノニ關スルトキ　此等ノ者モ亦職業上他人ノ委託ヲ受ケ其秘密ヲ知ルコトアリ此默秘スヘキ事項ニ付テハ證言ノ義務ナキモノナリ是人情ノ上ニ於テモ忍ヒ難ク又爲ニ自己ノ信用ヲ毀損スルコトモアルヘク尚又此事項ヲ證言スルノ義務アルモノトセハ秘密ヲ告ケサルヘカラサル者ハ其發露ヲ恐レ必要ノ委託ヲ爲サスシテ爲ニ不測ノ災害ヲ被ルニ至ルコトアルヘキカ故ニ公

0227

益ノ上ニ於テモ其證言ノ義務ヲ免除スルハ至當ナリ但斯ル秘密ノ事項ト雖委託者本人ニ於テ之ヲ他言スルコトヲ承諾シタルトキハ證言ヲ拒ムコトヲ得サルハ勿論ナリ(二九八條二號)

(ハ) 問ニ付テノ答辯カ證人自身又ハ第二九七條ニ掲ケタル者ノ恥辱ニ歸スルカ又ハ其刑事上ノ訴追ヲ招ク恐アルトキ　法文ニ所謂前條即第二九七條ニ掲ケタル者トハ不明ノ嫌アレトモ其規定ノ意思ヲ探究スレハ親族、同居人、後見人、雇主ヲ指シタルモノナルコトハ前說明セル同條規定ノ精神ニ照シテ明ナリ(同條三號)

(ニ) 問ニ付テノ答辯カ證人自身又ハ第二九七條ニ掲ケタル者ノ爲メ直接財產權上ニ損害ヲ生セシムヘキトキ(同條四號)

(ホ) 證人カ其技術又ハ職業ノ秘密ニ公ニスルニ非サレハ答辯スルコト能ハサルトキ　此事項モ亦一般ニ技術、職業ヲ保護スル上ニ於テ證言ヲ强ユルニ忍ノヘカラサルモノナリ(同條五號)

以上證言ヲ免除セラレタルモノノ中第一ノ(イ)及第二ノ(ニ)ノ場合ニハ亟例外アリ即左ノ事項ニ付テハ證人ハ當事者ノ親族ナルモ又自己若クハ親族其他第二九七條ニ掲クル者ニ財產權上ノ損害ヲ來スヘキトキニテモ尙證言ノ義務ヲ免レサルモノナリ(二九九條)

(一) 家族ノ出產、婚姻又ハ死亡　此等ノ事項ニ付テハ當事者ノ親族ト雖證言ヲ拒ムコトヲ許サレサルハ即其一家內ノ者ニ非サレハ熟知セサル事項ニ屬シ而シテ他ニ證人ナキカ爲メ訴訟ニ付キ裁判ヲ爲スニ當リテ眞實ヲ得ルコト能ハサルノ憂アルヲ以テナリ

(二) 家族ノ關係ニ因リ生スル財產事件ニ關スル事實　例之養料ニ關スル事實、夫婦財產制ニ關スル事實ノ類是ナリ是亦前同一ノ理由ニ依テ證言ヲ拒ムコトヲ許ササルナリ

(三) 證人トシテ立會ヒタル場合ニ於ル法律行爲ノ成立及旨趣　例之公正證書ノ作成ニ證人トシテ立會ヒ又ハ强制執行ノ際第五三七條ノ場合ニ證人トシテ立會ヒタル者其他特ニ後日ノ證據ノ爲メ法律行爲ニ立會ヲ爲シタル者ハ其行爲ノ成立及旨趣ノ如何ニ付訊問ヲ受クルニ於テハ證言ヲ拒絕スルコトヲ得サルナリ

(四) 原告若クハ被告ノ前主又ハ代理人トシテ係爭ノ法律關係ニ關シ爲シタル行爲　係爭ノ法律關係ニ關シ當事者ノ前主又ハ代理人トシテ或行爲ヲ爲シタル者ハ其承繼人又ハ被代理者タル當事者ニ對シ其事實ヲ明ニスルノ責任アリト論ハサルヘカラス而シテ其責任アルノ結果自己ノ行爲ニ關シ證言ヲ拒絕スルコト能ハサルニ至ルハ當然ナリ

以上述ヘタル證言拒絕ノ權判アル者カ證言ヲ拒ムニハ其證言拒絕ノ原因タル事實ヲ開示シ且之ヲ疏明セサルヘカラス而シテ其拒絕ハ訊問期日ニ至リテ爲スモ可ナリ又其期日前ニ爲スモ可ナリ但訊問期日前ニ於テスルトキハ拒絕原因ノ申出竝ニ疏明ハ或ハ口頭ヲ以テシ或ハ書面ヲ以テスルコトヲ得ルノミナラス其拒絕ノ適法ナルトキハ訊問期日ニ出頭スヘキ義務ヲ免ルヘキモ訊問期日ニ至リテ證言ヲ拒絕スル者ハ必出頭シテ其旨ノ陳述ヲ爲ササルヘカラス若然ラサルトキハ前述不出頭ノ制裁ヲ免ルルコト能ハス(三〇〇條一項、二項)

證言ノ拒絕ハ當事者ニ利害ノ關係アルハ勿論其當否ニ付爭ヲ生スルコトアルヘキカ故ニ裁判所書記ハ拒絕ノ書面ヲ受取リ又ハ拒絕ノ陳述ニ付調書ヲ作リタルトキハ之ヲ當事者ニ通知セサルヘカラス(三〇〇條三項)而シテ此拒絕申立ノ後證人自ラ之ヲ取消シテ證言ヲ爲スニ至リタルトキ又ハ證人カ其拒絕ヲ取消ササル場合ニ舉證者カ其人證ヲ拋棄シタルトキハ爭ヲ生スルコトナシト雖若其人證ヲ申出テ

0228

タル當事者カ拒絶ヲ正當ノ理由ナシトスルトキハ其當否ニ付爭ヲ生ス此爭ヲ裁決スルハ受訴裁判所ノ權内ニ屬シ受命判事又ハ受託判事ハ其權能ナシ受訴裁判所カ此爭ヲ裁判スルニハ當事者ヲ審訊シタル後決定ノ方式ヲ以テ爲スヘキモノナリ所謂當事者トハ梟證者ノミナラス相手方ヲモ包含ス蓋相手方ト雖亦利害ノ關係ヲ有シ且證言ノ自己ニ利ナルトキハ之ヲ援用スルコトヲ得レハナリ然レトモ若當事者雙方トモ出頭セス又ハ一方ノミ出頭シテ他ハ出頭セサルトキハ全ク當事者ノ陳述ヲ聽カス又ハ一方ノミノ陳述ヲ聽キテ裁判ヲ爲スコトヲ得ヘシ此決定ニ對シテハ當事者又ハ證人ヨリ即時抗告ヲ爲スコトヲ得而シテ其即時抗告ハ執行停止ノ效力ヲ有スルカ故ニ縱令證言拒絶ノ理由ナシトスル決定アルモ之ニ對スル即時抗告アリタルトキハ其裁判ノ確定セサル間ハ證人ノ訊問ヲ爲スコトヲ得ス但證人ノ申出テタル證言拒絶ノ原因ヲ不當ナリトシテ棄却シタル決定カ確定シタル後ニ尙證人カ證言ヲ拒ミタルトキハ前述セル第三〇二條ノ制裁ヲ受クヘキモノナリ右ハ一般證人ノ證言拒絶ノ當否ニ付テノ裁判ニ關スル規定ナレトモ官吏、公吏又ハ官吏、公吏タリシ者カ其職務上默秘スヘキ義務アリトシテ證言ヲ拒ミタル場合ハ裁判所ニ於テ直ニ其當否ヲ判定スルコト能ハス何トナレハ其證言拒絶ノ當否ヲ判斷スルニハ訊問事項カ果シテ證人ノ職務上默秘スヘキ義務アル事項ニ屬スルヤ否ヤヲ調査セサルヘカラス而シテ之ヲ知ル所ノ者ハ裁判所ニ非スシテ其所屬官廳ナルヘケレハナリ是故ニ右ノ場合ニ於ル證言拒絶ノ當否ハ之ヲ證人ノ所屬廳又ハ其最後ノ所屬廳ノ裁定ニ一任スヘク裁判所ハ決シテ其裁定ニ反スル裁判ヲ爲スコト能ハス又當事者モ之ニ對シテ不服ヲ申立ツルコトヲ得サルナリ(三〇一條)

第二則　人證ノ申出及證人呼出ノ方式

當事者カ自己ノ主張スル係爭事實ヲ證明スル爲メ證據方法トシテ人證ヲ申出ツルニハ其方式トシテ證人ヲ指名シ且其訊問事項ヲ表示スルコトヲ要ス證人ノ指名トハ單ニ其人ノ姓名ヲ表示スルノミニ止ラス其住所、身分、職業等ヲ表示シ其何人タルヤヲ分明ナラシムルノ謂ナリ(二九一條)

當事者カ證人ヲ同伴シタル場合ノ如キ人證申出ノ際現ニ證人ノ出頭シ居ルトキハ受訴裁判所ハ直ニ訊問ヲ爲スコトヲ得レトモ然ラサルトキハ第二七四條第二項ノ規定ニ從ヒ證據決定ヲ爲シ新期日ヲ定メテ其期日ニ證人ヲ呼出ササルヘカラス即裁判長又ハ受命判事若クハ受託判事ハ證據決定ノ旨趣ニ從ヒ書記ニ命シ證人ニ對シテ第一六一條ニ從ヒ呼出狀ヲ發セシメサルヘカラス而シテ其呼出狀ニ記載スヘキ事項ハ第二九二條ニ規定セリ其呼出狀ノ記載事項ハ何レモ呼出狀ニ缺クヘカラサルモノニシテ此方式ヲ缺キタル呼出狀ヲ發シタル場合ニハ縱令證人カ期日ニ出頭セサルトキト雖固ヨリ合式ニ呼出サレタルモノト謂フコトヲ得サルヲ以テ之ニ第二九四條ノ制裁ヲ加フルコトヲ得ス

證人ノ呼出ニ付テモ亦人ニ關スル例外アリ即豫備後備ノ軍籍ニ在ラサル軍人、軍屬ヲ證人トシテ呼出スニハ之ニ對シ直接ニ呼出狀ヲ發スルコトヲ得ス其訊問ヲ爲スヘキ受訴裁判所ノ裁判長又ハ受命判事若クハ受託判事ヨリ其軍人、軍屬ノ所屬ノ長官又ハ隊長ニ囑託シテ呼出ササルヘカラス是軍務ノ差支ヲ生スルヲ慮ルニ出ツ然レトモ證言ノ義務ハ一般人民ノ公ノ義務ニシテ何人ト雖故ナク其義務ニ違背スルコトヲ許スヘカラサルヲ以テ其囑託ヲ受ケタル長官又ハ隊長ハ軍務ニ差支ナキ限ハ證人トシテ呼出ヲ受ケタル軍人、軍屬ノ缺勤ヲ許シ以テ其期日ニ裁判所ニ出頭證言スルノ義務ヲ履行セシメサルヘカラス若軍務上其者ノ缺勤ヲ許スコト能ハサルトキハ其旨ヲ裁判所ニ通知シ更ニ他ノ期日ヲ定メンコトヲ請求スルノ義務アルモノトス(二九三條)又若軍人、軍屬カ證人トシテ呼出ヲ受ケ且其長官又ハ隊

0229

長ヨリ缺勤ヲ許サレタル場合ニ正當ノ理由ナクシテ裁判所ニ出頭セサルトキハ前ニ述ヘタル第二九四條ニ規定セル制裁ヲ受クヘキハ勿論ナリ

第三則　證人ノ訊問ニ關スル手續

凡裁判所ニ於テ證人ノ訊問ヲ爲スニハ先第一ニ其人違ナラサルコトヲ確メサルヘカラス若證人トシテ出頭シタル者カ當事者ノ申出以外ノ人ナルトキハ其訊問ハ全ク無益ナルヲ以テナリ而シテ其方法ハ證人ノ携帶シ來レル呼出狀ヲ提出セシムルカ又ハ必要ナル場合ニ於テハ氏名、身分、職業、住所等ヲ訊問スルカ其他便宜ノ方法ヲ以テ之ヲ確ムルコトヲ得ヘシ出頭シタル證人ノ人違ナラサルコトカ明白ト爲リタルトキハ次ニ其訊問ヲ爲スヘキ判事ハ證人ノ果シテ宣誓ヲ爲サシムヘキモノナルヤ否ヤヲ知ルニ必要ナル事項ヲ調査シ宣誓ヲ爲サシムヘキトキハ之ニ僞證ノ罰ヲ諭示シテ宣誓ヲ爲サシメサルヘカラス此僞證ノ罰ヲ諭示スヘシトノ規定ハ證人ヲシテ眞實ヲ述ヘシメ以テ僞證罪ニ陷ルコトナカラシメンカ爲ニ注意ヲ與フヘキ訓示的規定ニ過キス故ニ縱令此諭示ヲ爲サスシテ證人ヲ訊問スルモ爲ニ其證人訊問ハ無效ト爲ルヘキモノニ非ス又爲ニ其證人ノ僞證罪ノ成立ヲ妨クルモノニ非ス反之證人ヲシテ宣誓ヲ爲サシムルハ法律カ證人ヲシテ僞證ノ責任ヲ負ハシメ以テ其證言ノ眞實ナランコトヲ期スルカ爲メ證人訊問ニ必要ナル形式トシテ命シタルモノナレハ若宣誓ヲ爲サシムヘキ場合ニ之ヲ爲サシメスシテ證人ノ訊問ヲ爲シタルトキハ其證人ノ證言ハ裁判上證據トシテ採用スルコトヲ得ス且又之カ爲ニ僞證罪ノ成立要素ヲ缺クニ至ルモノナリ宣誓ハ數人ノ證人アリタルトキハ各別ニ爲サシムヘシ又其訊問前ニ爲サシムルヲ正則トスレトモ特別ノ事情例之證人カ果シテ宣誓ヲ爲サシムヘキ者ナルヤ否ヤレトモ予ハ生存スル親告權利者即生存スル親族ニ對スル誹毀ト信スルナリ故ニ其結果トシテ死者ニ關スル誹毀ハ生存セル親族ヲ誹毀スルノ觀念ナケレハ成立セス（第三）死者ニ關スル誹毀ハ生存セル親族ノ如何ナル法物ヲ害スルヤ此問題ハ現時ニ於テハ生存セル親族ノ名譽ヲ害スルモノト云フニ一致セル如シ

第一　直接ノ誹毀罪　直接ノ誹毀罪トハ名譽ヲ害スヘキ事實ヲ左ニ記載スル方法ニ依テ發表スル行爲ニ關シ其事實ノ眞實ナルヤ否ヤヲ區別セサルナリ

(一)公然ノ演說ニ依ル發表

(二)書畫圖畫ニ依ル公然ノ發表　此書類ノ內ニハ無論新聞紙ヲ包含ス

(三)雜劇偶像ニ依ル公然ノ發表

第二　間接ノ誹毀罪　此罪ハ人ノ名譽ヲ害スル觀念ヲ以テ其親族ナル死者ノ名譽ヲ害スヘキ事實ヲ直接ノ誹毀罪ニ付述ヘタル方法ニ依リ發表シタル行爲ヲ云フ此場合ニ於テハ其事實カ不實ナルトキニ限リ罪成立スルモノトス

第三項　陰私漏告罪

此罪ノ主體ハ醫師、藥種商、產婆、辯護士、辯護人、又ハ代書人、神官又ハ僧侶ナラサルヘカラス而シテ此罪ハ業務上委託ヲ受ケタルコトニ因テ知リ得タル他人ノ秘密ヲ第三者ニ通知スル行爲ヲ云フ所謂秘密ノ意義ニ付テハ異說アリ或ハ主觀的ニ委託者ノ意思ヨリ解釋シ委託者カ秘密ニ付スヘキ旨ヲ明示シタル事項又ハ明示ヲ爲ササルモ秘密ニ付スルニ付事大ナル利益ヲ有スル事項ハ即秘密ナリト論シ或ハ客

0230

觀的ニ一般ニ知レタル事項ナルヤ否ヤヨリ觀察シ委託者ノミ知リシ事實又ハ其他ノ者カ知リシ場合ニテモ其他人カ秘密ニ付スヘシト認ムヘキ事項ノミカ秘密ナリト論セリ予ハ後述セシ見解ヲ正當ナリト信ス

此罪ノ秘密ハ證人又ハ鑑定人トシテ裁判所ヨリ證言又ハ鑑定ヲ命セラレシ場合ニ於テモ其陳述ヲ拒ムコトヲ得然レトモ之ヲ拒絶スルト否トハ其證人又ハ鑑定人ノ任意ナリ而シテ受託者ニ於テ之ヲ拒マスシテ證人又ハ鑑定人トシテ其秘密ヲ漏洩シタルトキト雖刑法上違法ノ行爲ト云フヲ得サルヲ以テ陰私漏告罪ノ成立セサルハ勿論ナリ刑法カ此點ニ付明文ヲ設ケシハ全ク不要ナリトス

第十一節　祖父母、父母ニ對スル罪

此罪ノ主體ハ必子又ハ孫タルノ身分ヲ有スル者ナラサルヘカラス而シテ第二種ノ罪ハ其被害者ニ對シテ子又ハ孫ト云フ身分ヲ有スル者ニ非サレハ犯スコトヲ得サル罪ニシテ第一種ノ罪ハ其被害者ニ對シテ子又ハ孫ト云フ身分ヲ有セサル場合ニ於テハ唯通常ノ身體ニ對スル犯人トシテ處罰セラル可キ罪ナリトス

第一　行爲者ノ祖父母父母カ被害者タル場合ニ於テ情狀ノ重キ罪ト爲ルモノ

(一)　子孫カ祖父母父母ニ對シテ犯シタル謀殺故殺及毆打創傷ノ罪　此罪ニ付テハ前述ノ如ク明文アル結果トシテ特別ノ宥恕又ハ不論罪ノ例ヲ適用スルヲ得ス

(二)　子孫カ其祖父母父母ニ對シテ犯シタル自殺ニ關スル罪

(三)　子孫カ其祖父母父母ニ對シテ犯シタル監禁罪、遺棄罪、脅迫罪、誣告罪及誹毀罪

第二　行爲者ノ祖父母父母カ被害者タル場合ニ於テノミ成立スル罪　此罪ハ子孫カ其祖父母父母ニ對シ必要ナル奉養ヲ缺ク行爲ナリ必要ナル奉養トハ生活ニ必要ナル扶養ト解釋スヘキモノナリ要スルニ箇箇ノ場合ニ付事實問題トシテ之ヲ決定セサルヘカラス

第三章　財產ニ對スル罪

第一節　總說

財產ニ對スルト云フハ直接一私人ノ財產ヲ傷害スル罪ヲ云フ換言セハ財產權ヲ傷害スル行爲ナリ

第一　財產權　財產權ノ意義ニ付テハ民法學者間ニ異說アレトモ予ハ交換價格ヲ有スルモノニ關スル權利ナリト信ス

(一)　交換價格ヲ有スルモノ　此モノノ內ニハ民法ニ所謂物即有體物ノ外ニ無體物ヲモ包含スルナリ有體物ハ多クノ場合ニハ常ニ交換的價値ヲ有スレトモ純理上ヨリ云ヘハ交換價格ヲ有セサル有體物アリ得ルナリ而シテ有體物ハ民法上種種ニ區別シ得レトモ此內ニ於テ刑法上實益アル區別ハ動產、不動產ノ別ナリ民法ニ依レハ不動產ト云フハ土地及土地ノ定着物ヲ云フ而シテ不動產ニ非サル有體物ハ之ヲ動產ト云ハサルヘカラス又無體物ト云フハ所謂場所的ノ存在ヲ有セサル物ヲ謂フ而シテ交換價格ヲ有スル物ト云フハ他人ノ作爲又ハ不作爲ナルカ若クハ精神的ノ勞作ナリ

(二)　交換價格ヲ有スルモノニ關スル權利

(甲)　交換價格ヲ有スル有體物ニ關スル權利トハ要スルニ物權ヲ云フ而シテ其物權ノ種類ニ依テ或ハ單ニ動產ノミニ關スルアリ動產不動產ニ關スルアリ又單ニ不動產ノミニ關スルアリ

0231

(乙)交換價格ヲ有スル無體物ニ關スル權利

(イ)交換價格ヲ有スル他人ノ作爲又ハ不作爲ニ關スル權利ハ要スルニ交換價格ヲ有スル債權ヲ意味ス而シテ債權ノ内ニテ無記名債權ハ民法ニ依レハ動産ト看做サルルト雖債權ハ既ニ記名又ハ無記名ト云ヘハ必債權證書ヲ形體ト爲ササルヘカラス故ニ此點ヨリ考フレハ無記名債權ハ記名債權ト共ニ其證書ナル點ヨリ無論動産ナリト云フヘキヤ論ヲ俟タス

(ロ)交換價格ヲ有スル精神的勞作ニ關スル權利トハ著作權、特許權、意匠權、商號權、商標權等ヲ謂フ

第二　財産權ヲ傷害スル行爲　罪ハ不法行爲ナレトモ總テノ不法行爲カ罪タルニ非ス故ニ今述ヘシ財産權ヲ傷害スル行爲ハ數多アレトモ刑法ニテハ其行爲ノ内一部ノミヲ罪ト規定セリ如何ナル行爲カ罪ナルヤハ以下說述スヘシ要スルニ刑法ニ於テ純然タル背信及制壓ヲ罪ト爲ササルハ外國ノ立法例ニ比シ極テ失當ト云フヘシ

(甲)無體物ニ關スル權利ノ傷害行爲

(一)他人ノ作爲又ハ不作爲ニ關スル權利ノ傷害行爲　此種ノ傷害行爲ハ民法ニ規定スル總テノ債務不履行ヲ云フ往昔債務不履行ハ一種ノ罪ト看做シ特ニ體刑ヲ科シタルコトアリシカ我刑法ハ債務不履行ノ行爲ハ其債務者ノ過失又ハ故意ニ因テ債務ヲ履行スルコトヲ得サル狀況ニ陷リシ場合ノミ之ヲ家資分散ノ罪又ハ有罪破産罪トシテ之ヲ處罰セリ

(二)精神的ノ勞作ニ關スル權利ノ傷害行爲　此權利ハ民法學者ノ所謂絶對權ノ一種即無體物ニ關スル物權ニシテ我國法ハ特別ノ單行法即特許法、意匠法、商標法、著作權法ニ於テ之ヲ親告罪トシテ規定セリ

但商號權ハ商法上明ニ一種ノ權利ト認ムレトモ其傷害行爲ハ罪トハ規定セス

(乙)有體物ニ關スル權利ノ傷害行爲

此有體物ニ關スル權利トハ物權ニ外ナラス物權ト云フハ有體物ヲ直接ニ支配スルコトニ關スル絶對權ナルニヨリ要スルニ有體物ニ關スル權利ノ傷害行爲モ此有體物ヲ直接ニ支配スト云フ權利ヲ傷害スル行爲ニ外ナラス而シテ有體物ヲ直接ニ支配スル權利ハ種種ノ方法ヲ以テ之ヲ傷害シ得レトモ刑法上罪ト規定セルハ唯以下ノ手段ノミニ止ルナリ

(1)取去　取去即竊取、强取、及騙取ト云フハ違法ニ有體物ノ所持ヲ取得スル行爲ヲ謂フ

(2)横領　横領トハ違法ニ有體物ニ付テ所有權ニ類似スル支配ヲ爲ス行爲ヲ謂フ

(3)損壞　損壞トハ違法ニ有體物ノ形體ヲ變セシムル行爲ヲ謂フ

(4)冒認　冒認トハ理論トシテハ取去ノ行爲ノ一種トナルカ或ハ横領ト云フ行爲ノ一種トナルモノニシテ取去又ハ横領ト併行スル傷害手段ト云フコトヲ得ス

(一)不動産ニ關スル權利ノ傷害罪　刑法ハ不動産ニ關スル權利ノ傷害罪トシテハ損壞行爲、冒認行爲ノミヲ認メタリ或ハ詐欺取財又ハ委託物費消ノ罪ハ不動産ヲモ其目的ト爲スコトヲ得ト論スル者アレトモ予ハ後述スル如ク其說ヲ採ラス

(二)動産ニ關スル權利ノ傷害罪

(イ)取去行爲　動産ノ取去行爲ニモ種種アリテ之ヲ强取即暴行又ハ重大且現在ノ危害ノ脅迫ニ因ル取去罪ト騙取即欺罔又ハ恐喝ニ因ル取去罪ト竊取即强取又ハ騙取ニ非サル取去罪トニ分ツコトヲ得

(ロ)横領行爲　此行爲ハ不動産ニ付テモ想像スルコトヲ得又或人ノ所持セサル動産ニ付テモ想像スル

0232

コトヲ得レトモ刑法上罪トセルハ唯自己ノ所持スル動產ニ關スル場合ノミナリ尙橫領行爲ノ內ニテ費消若クハ隱匿ノ行爲ノミヲ罪トセルナリ

(1) 委託ニ因リ所持スル動產ノ費消罪

(2) 廣義ノ拾得ニ因テ所持スル遺失物若クハ準遺失物ノ隱匿又ハ不正處分罪

(ハ) 損壞行爲　損壞ハ器物、家畜又ハ權利義務ニ關スル書類ニ關シテノミ之ヲ罪トセリ

(ニ) 冒認行爲　刑法ハ動產ニ關シテハ唯冒認、典賣罪ノミヲ認メ所謂欺隱典賣罪ヲ認メス刑法ノ規定スル財產ニ對スル罪中ニテ放火失火ノ罪ト決水ノ罪船舶ヲ覆沒スル罪トハ無論財產ヲモ害スル罪ナレトモ寧之ヲ靜謐ヲ害スル罪ト云フ可トス又贓物ニ關スル罪モ精確ニ論スレハ財產權ヲ害スル行爲ニ非ス故ニ予ハ嚴格ナル意味ニ於ル財產ニ對スル罪ト贓物ニ關スル罪ト靜謐ニ關スル罪トノ三者ニ分チ說明セントス

財產ニ對スル罪ニ共通セル觀念ハ被害者ノ承諾アル場合ニ於テハ其靜謐ヲ害スル罪ヲ除ク外犯罪ハ成立セサルコト是ナリ凡財產權ハ普通其權利者ニ於テ任意ニ處分シ得ヘキモノナルニ由リ今權利者ノ承諾アレハ玆ニ權利ハ適法ニ處分セラレタリト謂ハサルヘカラス故ニ刑法上特ニ明文ナシト雖財產權其モノノ本質ヨリ論スレハ總テ財產ニ對スル罪ハ被害者即權利者ノ承諾ナキ場合ニ於テノミ成立スヘキモノタリ但前述ノ如ク財產ニ對スル犯罪中主トシテ靜謐ヲ害スル點ヨリ觀察シ規定セラレシ犯罪アルヲ以テ此等犯罪ノ被害者ハ國家ナリト謂ハサルヘカラス故ニ箇箇ノ權利者ノ承諾アル場合ニテモ公共ノ危害ヲ生スヘキモノナルトキハ勿論本罪ノ成立スヘキヤ明ナリ

第二節　財產ニ對スル罪

第一款　取去罪

第一項　總說

取去罪トハ總テ動產ノ所持ヲ取得スルノ行爲即竊取、强取、騙取ノ所爲ヲ概稱ス尙詳言セハ要スルニ權利者ノ承諾ヲ得スシテ他人ノ所持內ニ在ル動產ヲ自己ノ所持內ニ移ス所爲ヲ謂フト定義セサルヘカラス予ハ通說ニ反シ取去罪ノ成立スルニ付テハ何等特別ノ目的アルヲ必要ナリト認メス或學說ニ依レハ竊取及騙取ニハ特定ノ目的ノ存スルヲ要スト爲スモ予ハ之ヲ採用セス

第一　竊取及騙取ニハ共ニ橫領ノ目的ヲ必要ト爲ス見解　玆ニ橫領トハ前述ノ如ク自己ノ物ト爲スコト即所有權ニ類似スル支配ヲ爲スヲ謂フ故ニ橫領ノ目的トハ所有權ニ類似スル如キ支配ヲ爲サントスル目的ヲ謂フモノニシテ此見解ハ今日ニ於ル通說ナリト謂フコトヲ得ヘシ其議論ノ根據トスル所ハ(1)沿革ニ應スルコト(2)實際上ノ必要(3)外國ノ立法例ニ一致スルコトノ三點ニ過キサルナリ

第二　竊取ニハ橫領ノ目的ヲ必要トシ騙取ニハ違法ニ自己又ハ他人ニ財產權上ノ利益ヲ生セシムル目的ヲ必要ト爲ス見解　此論者ノ說ニ依レハ竊取ノミハ橫領ノ目的ヲ必要トスレトモ騙取ニハ獨逸刑法ニ明文アル如ク自己又ハ他人ニ財產上ノ利益ヲ生セシムルト云フ目的ナカルヘカラスト爲ス如シ

(一) 他人ノ所持內ニ在ル動產　取去罪ノ目的物ハ唯他人ノ所持內ニ在ル動產ノミナリト予ハ解釋セリ或ハ詐欺取財ハ不動產ニ付テモ成立スト論スル學者アリ刑法ノ明文ニ依レハ詐欺取財ノ目的物ハ財物又ハ證書類ト規定セルヲ以テ若財物ノ語ニ不動產ヲモ包含セルモノナリトセハ無論此見解ヲ採ラサル

0233

ヘカラス大審院ハ從來不動產ニ付テモ詐欺取財罪成立ストノ見解ヲ採リ今日ニ至レリ立法ノ沿革上或ハ其見解ノ正當ナルカ如キ觀アレトモ予ハ本說ヲ採用セス

甲　動產　動產ハ前述ノ如ク土地又ハ其定著物ニ非サル有體物ヲ謂フ故ニ

(イ)　有體物ナルコトヲ要ス　故ニ無體物ハ無論本罪ノ目的物ト爲リ得サルナリ又前述セシ債權、特許權、意匠權、著作權、商標權ノ如キハ總テ取去罪ノ目的ト爲リ得サルヤ明ナリ人體モ亦嚴格ニ立論セハ有體物ト謂ハサルヘカラサレトモ有體物ナル語ノ法律上ニ於ル意義トシテハ人體以外ノ有體物ニ關スルモノト論セサルヘカラス然レトモ是人體ニ生命ヲ有セル間ノミニ付テ云ヘルモノニシテ生命ヲ失ヘル人體又ハ人工的ニ人ニ屬セシメシ物等ノ如キハ尙有體物ト謂ハサルヘカラス頭髮等ヲ取去スルハ取去罪ナリ否ヤニ付異論ノアル所ナレトモ通說ハ其成立ヲ認ム電氣ニ付テハ電氣ハ物ナルヤ力ナルヤノ點學者間ニ爭ヒ存スル所タリ然レトモ現今ノ趨勢ハ之ヲ力ナリト爲スモノノ如シ今之ヲ前提ト爲シ立論スルトキハ電氣モ亦取去罪ノ目的ト爲リ得サルナリ故ニ獨逸ニ於テモ種種議論ノアリシ結果トシテ刑法典以外ニ電氣的勞作ノ剝奪ニ關スル法律テフ單行法ヲ發布セリ但我大審院ニ於テハ電氣モ亦刑法ニ所謂所有物ナリト判決セリ光線ニ付テモ電氣ト同一ノ論理ニ從テ解釋セサルヘカラス而シテ數個ノ物又ハ物ノ集團タルコトヲ妨ケス故ニ或ハ瓦斯體、液體、香ノ如キモ亦總テ之ヲ有體物ト云フコトヲ得ルナリ

(ロ)　土地及其定著物ナルヘカラス　定著物トハ所謂事實上土地ニ定著セル物ヲ謂フ從テ其定著物タル性質ハ實際上土地ニ定著セル時間ノミ存續セルナリ故ニ土地ニ定著シタリシ物ニテモ人爲又ハ自然ヲ以テ土地ヨリ分離セルトキハ無論之ヲ動產ト謂ハサルヘカラス

第三節　保釋及責付

勾留狀及逮捕狀ハ前節述フルカ如ク被告人ノ自由ニ對スル非常ノ制限ナリ是故ニ本法ハ他ノ方法ニ於テ目的ヲ達シ得ル場合ニ於テハ之ヲ一時停止シテ身體上ノ强制ニ換フルニ精神上ノ强制ヲ以テシ金錢又ハ有價證券ヲ差出サシメ若被告人呼出ニ應セサレハ之ヲ沒收スルノ方法ヲ設ケ以テ之ヲ强制ス即保釋是ナリ

一　保釋ハ逃走ノ恐アルト證據湮滅ノ恐アルトヲ問ハス勾留ヲ受ケタル被告人ニ對シテ言渡スヘキモノトス然レトモ被告人ハ保證金ヲ差入ルルトキハ權利トシテ勾留ヲ免ルルニ非ス保釋ヲ許スト否トハ裁判所ノ自由ナリトス（一五〇條、一五一條）

二　保釋ハ被告人又ハ法律上代理人ノ請求アルコトヲ要ス元來保釋ハ被告人ヨリ保證金ヲ出スヘキモノナレハ之ヲ裁判所ヨリ强要スヘキニ非ス被告ノ申立ニ因リ之ヲ許スヘキモノナリトス

三　保釋ハ勾留狀ノ執行ヲ停止スルモノニシテ勾留狀ノ存在ヲ消滅セシムルモノニ非ス故ニ保釋中ノ者ニ對シテ豫審免訴ノ言渡ヲ爲ス場合ハ免訴ト共ニ放免ノ言渡ヲ爲ササルヘカラス（一六六條一項）

四　保釋ハ勾留セラルル間ハ其豫審ナルト公判ナルトヲ問ハス何時ニテモ之ヲ爲スコトヲ得ヘシ尤公判ニ於テハ其規定ナキモ既ニ勾留ノ必要ナキトキハ之ヲ勾留シ置クノ理由ナク又一方ニ於テハ勾留取消ノ規定ナケレハ若保釋ヲ爲シ能ハストスルトキハ故ナク勾留ヲ繼續セシムルノ結果ヲ生スヘシ總テ保釋、責付ニ關スル豫審ノ規定ハ公判ニ準用セラルルモノナリ尙當ニ公判ノミナラス訴訟手續

0234

ノ進行中ハ上級審ニ於テモ之ヲ許スコトヲ得ヘシ而シテ上告裁判所ニ繫屬中ハ保釋ノ許否ヲ上告審ニ於テ決スルヲ得サルカ故ニ控訴裁判所ニ於テ此許否ヲ決スヘキモノトス

又上訴期間中ハ何レノ裁判所ニ於テ保釋ヲ許スヘキヤト云フニ下級裁判所ニ於テ爲スモノナルヘシ此等ノ場合ニハ事件ハ上級審ニ移審スルモ被告人ノ身柄ニ關スル處分ハ移審スルモノニ非ストナセハナリ

五　保釋ノ方法ハ本法第一五一條及第一五二條ニ規定セリ第一五一條ニ依レハ保證ノ金額ハ保釋ノ言渡書ニ記載スヘキモノトセリ是故ニ保釋ノ言渡ハ常ニ保證金幾許ヲ差出ストキハ保釋スヘシトノ條件附ノ性質ヲ有スルモノトス又其言渡ニ依リ檢事ハ此擔保提供ノ執行ヲ爲サシメ擔保ヲ具備シタル後ニ於テ被告人ノ身體ノ自由ヲ許スヘキモノナリ

保釋ハ之ヲ取消スコトヲ得ヘシ即保釋ヲ與ヘタル判事ハ事件ノ保釋ヲ與フル當時ノ程度ニ於テ言渡シタル保證金ヲ以テ被告人ノ逃走ヲ防クコトヲ得ヘシト認メタルニ依ルモノナレハ後日ニ至リ其關係變更シテ言渡シタル保證金ニ重キヲ置クコト能ハサルノ形勢ヲ呈シタルトキハ之ヲ取消シ得ヘキハ敢疑ヲ容レサル所ナリ即保釋ヲ取消ス場合ハ左ノ如シ

一　被告人豫審終結ノ決定ニ依テ重罪公判ニ付セラレタルトキ（一六八條）

二　被告人呼出ニ應セサルトキ（一五三條乃至一五六條）尙此場合ハ保證金ヲ沒收スルモノトス然レトモ豫審判事カ免訴ノ言渡ヲ爲シ又ハ罰金以下ノ輕罪トシテ公判ニ付シタルトキハ沒收シタル保證金ヲ還付スヘシ（一五七條）蓋此場合ハ元來勾留スヘカラサル者ヲ勾留セシモノナレハナリ

三　裁判所ニ於テ必要ト認メタルトキ（一五六條二項）此場合ニハ保證金ヲ還付ス（一五八條）

保釋中ノ被告人ニ對シ其被告事件ニ付テ禁錮以上ノ刑ヲ言渡スモ保釋ハ當然消滅スルモノニ非ス然レトモ其判決確定セハ特ニ之ヲ取消ササルモ保釋ハ當然消滅スヘシ蓋保釋ハ勾留狀ノ效力カ繼續スル間ハ其效ヲ有スヘキモノニシテ而シテ勾留狀ノ效力カ繼續スルハ判決ノ確定迄ニシテ言渡迄ニアラサレハナリ

保釋ヲ許ササル決定ニ對シテハ其裁判所ニ異議ノ申立ヲ爲スコトヲ得（一五八條二項）ルモ檢事ハ保釋ヲ許シタルヲ不當トシテ異議ヲ申立ツルヲ得ス

責付ハ古來存在セル制度ニシテ古昔ノ五人組預又ハ村預ノ制度ヨリ胚胎セシモノナリ而シテ此責付ナルモノハ被告人ノ請求ヲ待ツニ及ハス裁判所ノ職權ヲ以テ之ヲ言渡スモノニシテ被告人ノ親屬故舊ニ被告人ヲシテ呼出ニ應シ出頭セシムルノ義務ヲ負擔セシム（一五九條二項）責付ノ取消ハ第一六〇條ノ場合ノミナラス保釋ト同ク裁判所ハ必要アル場合ニ何時ニテモ之ヲ取消スコトヲ得ヘキモノトス

第四節　勾引

勾引ハ訊問ノ目的ヲ以テ被告人ヲ裁判所ニ出頭セシムルコトヲ强制スル命令ニシテ强制力ヲ用フル點ニ於テ呼出ト異ナル而シテ其效力ハ第七三條ニ依リ四十八時間繼續スヘク又之ヲ執行スルハ巡査、憲兵上等兵ナリ勾引ハ勾引狀ヲ發シ之ヲ爲スヲ方式トス

豫審ニ於テ勾引狀ヲ發スル場合ニ二アリ

一　召喚狀ヲ受ケタル被告人カ其日時ニ裁判所ニ出頭セサルトキ（七一條）

二　直ニ勾引狀ヲ發シ得ル場合（七二條）

0235

公判ニ於テハ何時ニテモ裁判長ハ勾引狀ヲ發スルコトヲ得（一七八條一項）

右ニ述ヘタル勾引狀ノ繼續時間ハ判事ノ面前ニ被告人ヲ引致シタル時ヨリ起算スルモノトス而シテ此時間ヲ經過スルトキハ縱令被告人ヲ訊問シ終ラサルモ當然之ヲ釋放セサルヘカラス或ハ勾引狀ニ依リ勾引セラレタル被告人ヲ訊問スルモ禁錮以上ノ刑ニ該ルヤ否ヤヲ判別シ得サルトキハ勾留狀ヲ發スルコトヲ得サルカ故ニ四十八時間ヲ經過スルモ尙引致シ得ルトノ說ヲ爲ス者アルモ正當ノ解釋ニ非ス四十八時間ヲ經過スルトキハ常ニ之ヲ釋放セサルヘカラス然ラサレハ勾引狀ニ勾留狀ノ效力ヲ付スルノ結果ヲ生スヘケレハナリ

次ニ疑問ヲ生スルハ勾引狀ヲ以テ被告人ヲ引致シ來ルトキハ其四十八時間內ハ如何ナル場所ニ置クヘキカ第八二條ニ依レハ勾留狀ヲ以テセサレハ監獄署ニ引致スルコト能ハサルヲ以テ勾引狀ニテハ典獄ハ被告人ヲ受取ラサルヘク去レハトテ裁判所ニ於テモ之ヲ置クノ場所アラサレハ現今ノ實際ニ於テハ留置場ニ留置セリ是明治十四年布告第十九號ニ基クモノナレトモ元來留置場ハ監獄ノ一種ナレハ法律ノ規定ニ依レハ此手續ハ正當ナリト云フヲ得ス

次ニ問題タルハ勾引狀ハ罰金以下ノ刑ニ該ルヘキ者ニ對シテモ亦發スルコトヲ得ルヤ否ヤ是ナリ之ヲ發スルコト能ハストナス者ハ本法第一七八條及第二一四條ニ基キ立論シテ曰ク公判ニ於テハ裁判長ハ禁錮以上ノ刑ニ該ルヘキ被告人ニ非サレハ勾引狀ヲ發スルコト能ハス又第二一四條ニ依レハ禁錮以下ノ刑ニ該ル犯罪ノ被告人ハ代人ヲ出頭セシムルコトヲ許セリ果シテ然ラハ豫審ニ於テモ其精神ハ蓋同一ナルヘケレハナリト然レトモ此說ハ正當ニ非ス豫審ノ性質ト公判ノ性質トヲ比較スルトキハ容易ニ其誤ナルヲ知ルヘシ豫審ハ證據蒐集ノ作用ヲ爲スモノナレハ被告自身ヲ訊問スルコト最必要ナリ然ルニ公判ハ既ニ豫審ニ於テ蒐集シタル證據ニ依テ判決ヲ下スモノナレハ被告人自身ヲ訊問スルノ必要少キヲ以テ輕微ナル罰金以下ノ刑ニ付テハ代人ヲ許セリ然レトモ豫審ニ於テ召喚狀ニ關スル第六九條ノ規定ヲ見ルモ決シテ代人ヲ許スノ點ヲ見出ス能ハス又公判ニテハ闕席判決アルモ豫審ニテハ闕席ノ終結決定ナル規定ナシ是故ニ公判ニテハ罰金以下ノ刑ニ該ル者ハ勾引スルヲ得スシテ豫審ノミニテ之ヲ爲シ得ト云ハサルヘカラス尙第六九條以下ノ規定ヲ見ルモ召喚狀及勾引狀ニ付テ規定シタル第七四條迄ノ間ニ於テ更ニ禁錮以上ノ刑ニ該ルヘキ犯罪タルヲ要スル規定ノ存スルヲ見ス唯第七五條ニ於テ勾留狀ノ規定ニ依リ始テ之ヲ見ル若反對論者ノ言フカ如クナランカ第七五條ハ畢竟贅文タルニ終ラン又第一一八條ニ依レハ證人ト雖尙且勾引スルコトヲ得ヘシ然ルニ被告人ヲ勾引スルコト能ハスト云フニ至テハ解シ得サルノ說ト云ハサルヘカラス

勾引狀ノ方式ハ第七六條ニ依リ勾留狀ト同シ又勾引狀ノ效力、執行及其制限ハ本法第七七條乃至第七九條ニ依リ勾留狀ト同一ナリトス

第三章　物件ニ對スル强制處分

第一節　物件提出ノ義務

刑事訴訟ヲ實行スルニハ訴訟物件ノ蒐集ヲ必要トス去レトモ裁判所カ訴訟ニ於テ此種ノ物件ヲ保全スルニ當テハ物件所持者ノ任意ノ提出ヲ待ツコト能ハサルヲ以テ法律ニ於テ其方法ヲ設クルノ必要アリ而シテ此目的ヲ達センカ爲ニハ各人ニ對シ裁判所ノ求ニ應シテ物件ヲ提出スルノ義務ヲ負ハシメサルヘカラス之ヲ物件提出ノ義務ト爲ス或ハ此義務ヲ現行法ニ於テ認メスト爲ス者アリ然レトモ勾引、勾

0236

留ノ强制處分ハ出頭ノ義務存スルカ故ニ認メラルル如ク物件ノ搜索差押ノ强制處分ハ提出ノ義務アルカ故ニ認メラルルモノナリ又第一一三條ハ或物件ニ付テ提出ノ義務アルコトヲ規定セリ提出ノ義務ハ素ト絶對ニ何人ニ對シテモ行ルヘキモノニ非スシテ本法根本ノ主義ヨリシテ之ニ或例外ヲ認ムルノ必要アリ即第一、被告人第二、第一二五條ニ掲ケタル者ニ對スル場合是ナリ(一四〇條)或學者ハ被告人ハ物件提出ノ義務ヲ强制セラルルコトアリト云フモ輓近ノ訴訟法ニ於テハ被告人ニ自己ニ不利益ノ行爲ヲ强ユルハ原則トシテ許サザル所ニシテ被告人ニ自白ヲ强制スルコト能ハサルト等ク物件提出ノ義務ヲモ强ユルコト能ハサルナリ若然ラサルモノトセハ第一二五條ニ掲ケタル者ニ比シテ甚シク權衡ヲ失スルニ至ルヘケレハナリ論者ノ說ハ畢竟提出ノ義務ノ不履行ヲ差押ノ條件ト思料シタルニ因ルナランスルニ至ルヘケレハナリ論者ノ說ハ畢竟提出ノ義務ノ不履行ヲ差押ノ條件ト思料シタルニ因ルナラン然レトモ物件提出ノ義務ト差押トハ全ク相獨立スルモノナルコトハ後ニ詳述スル所ニ依テ明ナルヘシ』

物件提出義務ノ性質ハ左ノ如シ

物件所持者ハ裁判所ノ請求ナクンハ自ラ進テ物件ヲ裁判所ニ提出スルノ義務アルモノニ非ス此義務ヲ生スルハ裁判所ノ請求アルヲ條件ト爲スモノナリトス而シテ又裁判所カ其物件ノ提出ヲ求ムルニ當テモ一般ニ證據物件ヲ出スヘシト命令スルヲ得ス必ヤ其物件ヲ一定セサルヘカラス加之其物件ハ被請求者ノ手ニ存在セルモノナラサルヘカラス他ヨリ取寄セ提出スヘシト云フカ如キ請求ハ法律ノ許サザル所ナリ

物件提出ノ義務ノミニテハ訴訟ニ必要ナル物件ヲ保全スルニ未充分ナリト云フヲ得ス何トナレハ第一、此義務ハ被告人ニ對シテ存在セス第二、此義務ハ物件カ被請求者ノ手ニ在ルコト確定シ且其物件カ一定セルコトヲ要シ第三、此義務ヲ强制スル方法モ刑法第一五二條ノ制裁アルノミナレハ一度此制裁ヲ科スルトキハ亦再スルヲ得サルカ故ニ往往ニシテ遺漏ナキヲ得サルナリ於是乎法律ハ豫之ヲ防クノ方法ヲ設ケサルヘカラス本法ニ於テ此等ノ必要ヲ充タサンカ爲ニ認メタル方法ハ即物件差押ナリ此物件差押ト物件提出ノ義務トノ關係ハ一見恰物件差押ハ物件提出義務ノ補充方法タルカ如キモ決シテ然ルニ非ス即差押ハ物件提出義務ノ存在セサル場合若クハ其義務ヲ履行セサル場合ニ於テ始テ生スルモノニ非ス提出ノ義務ト差押トハ相互ニ兩立スルモノニシテ裁判所ハ或ハ此二箇ノ方法ヲ併セ用フルコトヲ得ヘク或ハ其一ヲノミ用フルコトヲ得ヘシ

第二節　差押ノ意義及效力

刑事訴訟法ニ於テハ別ニ差押ノ意義ヲ明解セスト雖蓋左ノ如クナルヘシ

差押トハ訴訟ニ於テ或物件ヲ保全シ若クハ沒收ノ執行ヲ爲サンカ爲メ裁判所ノ命令ニ依テ他人ノ所持內ヨリ强制力ヲ以テ證據材料及沒收物件ヲ裁判所ノ所持ニ歸セシムル命令ヲ云フ而シテ此差押ニ關スル我刑事訴訟法ノ精神ハ蓋動產物ニ限ルモノニシテ若不動產ニ關スルトキハ檢證ノ方法ニ出テサルヘカラサルモノノ如シ又任意ニ提出シタル物件、遺留ノ物件ノ如キハ差押ノ處分ヲ必要トセス

差押ヲ命スル權アル者ハ原則トシテ裁判所ナリ即公判判事、豫審判事及受命受託判事ナリトス或ハ公判ニ於テハ第二一六條、第二三八條ノ規定アルカ故ニ檢證ヲ爲シ得ヘキモ搜索及物件差押ニ付テハ何等ノ規定ナキヲ以テ之ヲ爲シ能ハサルヘシト主張スル論者アルモ予ハ然ラスト信ス蓋第二一六條ハ公判前ニ檢證ヲ爲スヲ主眼トシテ規定シタルモノニテ第二三八條ハ受命判事ヲシテ臨檢セシムルヲ主眼トセリ第一ノ規定ハ公判開廷ノ後ナラサレハ審理ニ著手セストノ原則ニ對スル例外ニシテ第二ノ規定

0237

ハ裁判所ノ全員カ檢證スル例外タルノミ法律ハ特ニ此場合ニ限リ豫審判事ノ爲ス處分ヲ公判ニ於テ行フコトヲ許シタルモノトハ解スルヲ得ス元來下調タル豫審ニ於テ爲シ得ルコトハ公判ニ於テモ亦爲シ得ヘキノ理ナリ故ニ物件差押、搜索及臨檢ハ公判ニ於テモ之ヲ爲スコトヲ得ヘシ唯公判ニ於テ爲ス場合ハ裁判所全員ニテ爲スヘキモノナレハ實際適用ヲ見ルコト稀ナルノミ

差押ノ效力ハ物件ヲ所持者ノ占有ヨリ分離シテ之ヲ裁判所ノ占有ニ移スニ在リ然レトモ此物件ノ上ニ所有權其他ノ物權ヲ有スル者ハ爲ニ其權利ヲ奪ハルルコトナシ是故ニ差押ヘラレタル物件ニ關シテ取結フ所ノ契約ハ總テ有效ナリトス唯契約ノ履行カ一時裁判所ノ占有ノ爲ニ妨ケラルルノミニテ其妨碍ハ裁判所ノ差押ノ消滅ト共ニ消滅スヘシ

此裁判所ノ占有ハ何時迄繼續スヘキカト云フニ物件差押ノ目的ハ訴訟ノ實行ヲ保全スルニ在ルモノナレハ裁判所ノ占有ハ訴訟手續ノ繼續スル間ハ消滅セス即公判ニテハ判決ヲ以テ其差押物件還付ノ言渡ヲ爲ス迄豫審ニテハ免訴ノ言渡ヲ爲ス迄繼續スルモノニシテ此言渡ニ因テ差押ハ解除セラルルモノトス(二〇二條刑四八條)

差押物件還付ノ言渡ノ效力ハ占有ノ地位ヲ假ニ定ムルモノニシテ何人カ其所有者ナルカヲ定ムルモノニ非ス即裁判所ハ所有者ノ如何ヲ審理スルコトナクシテ差押ヲ受ケタル者又ハ被害者ニ還付スルモノトス而シテ何人カ所有者ナルカハ民事訴訟ニ於テ決スヘキモノナリ

差押ノ手續ハ本法第一〇六條乃至第一〇八條及第一一一條ニ明記セル所ナリ

第三節　差押ノ目的物

差押ノ目的ハ證據ノ材料又ハ沒收物件ヲ保全スルニアレハ原則トシテ此性質ヲ有スル各種ノ物件ハ差押フルコトヲ得ヘシ又其物件ヲ所持スル者ニ對シテハ何人タルヲ問ハス之ヲ差押フルコトヲ得ヘシ然レトモ此原則ニハ例外アリ

治外法權ヲ有スル者ノ手ニ存スル物件ハ差押フルコトヲ得ス又領事館ノ記錄書類ハ何等ノ口實ヲ以テスルモ搜索、差押ヲ許サス(日獨、日白領事職務條約)又內國主權者ノ手ニ在ル物件モ亦差押フルコトヲ得サルモノトス茲ニ注意スヘキハ總テ通常裁判所ノ權力ニ服セサル者ノ手ニ在ル物權ハ差押フルコトヲ得スト云フヲ得サルコトハ是ナリ即此適例ハ軍人ナリ軍人ハ被告トタルヲ得ス軍人ハ通常裁判權ニ服セス然レトモ軍人ノ手ニ在ル物件ハ差押フルコトヲ得ヘシ何トナレハ此場合ニ於テハ軍人ハ第三者タル地位ニアレハナリ唯軍艦、兵營等ニ於テ物件ヲ差押フルニハ之ヲ軍衙ニ囑託セサルヘカラサルノミ

次ニ官廳ニ對シテモ第一一一條ノ場合ノ外ハ物件ヲ差押フルコトヲ得ヘシ或ハ第一一三條ノ場合ノミニ限リテ差押フルコトヲ得他ノ場合ニ於テハ之ヲ爲スヲ得スト言フ者アルモ第一一三條ハ物件提出ノ義務ヲ定メタルモノニシテ差押ヲ規定シタルモノニハ非サルナリ

以上ハ差押フルコトヲ得ヘキ人ニ付テノ例外ナリトス

差押フヘキ物件ニ付テモ亦例外アリ

一　第一一二五條ニ揭ケタル者ノ所持スル物件ニシテ且默秘スヘキ義務アルトキ(一一四條)

此物件ハ所持者ノ承認ナケレハ提出ヲ爲サシメ又ハ差押フルコトヲ得ス但是第一一二五條ニ揭クル者カ第三者タル地位ニ在ルトキヲ謂フモノニシテ被告人ノ共犯又ハ罪證隱蔽罪等ノ事後ノ從犯ナリシ場合ニハ此適用ナキモノトス茲ニ注意スヘキハ勾留セラレタル被告人ト辯護人間ニ授受スル書類ハ

0238

第八五條第三項ニ依リ差押フルヲ得ヘキコト是ナリ何トナレハ其物件カ第三者ノ手ニ存スルトキハ第一一四條ノ適用ヲ受ケサレハナリ

二　第一一三條ノ場合

郵便法、電信法ハ信書通信ノ祕密ヲ侵スコトヲ禁スレトモ刑事訴訟法ニ於テハ信書ノ內容ノ祕密ニ限リ之ヲ破ルコトヲ許シタリ此場合ニハ豫審判事等カ郵便電信局ヲ差押ノ機關トシテ差押フルモノニ非ス郵便電信局ニ命シ强制シテ物件ヲ提出セシムルモノニシテ郵便電信ノ官署等カ物件提出ノ義務ヲ負擔スルナリ故ニ差押ノ例外タリ

第四節　捜索ノ意義

物件ノ差押ヲ爲スニハ判事カ物件ヲ發見シタル場合ニ非サレハ之ヲ執行スルコトヲ得ス然レトモ裁判所ハ豫物件ノ所在ヲ知ルコト能サルヲ以テ茲ニ物件捜索ノ必要ヲ生スルモノトス然レトモ此捜索ナルモノハ犯罪ニ關係セサル者ニ對シテハ甚迷惑ヲ被ムラシムルモノナレハ法律ハ一方ニ於テハ不當ノ捜索ニ對シテ一私人ノ權利ヲ保護シ他方ニ於テハ不當ノ拒絕ニ對シテ公益ヲ保護セサルヘカラス

刑事訴訟ニ於テ捜索ハ證據物件ニ限ラス總テ被告人ノ發見逮捕ノ爲ニモ亦之ヲ爲スコトヲ得ヘシ即捜索トハ證據材料、沒收物件又ハ被告人ヲ發見スルノ手段ナリ今此點ヨリ見ルトキハ捜索ト差押トハ獨立シテ存在スヘカラサル方法ナリ尙之ヲ詳言セハ差押ハ物件ヲ裁判所ニ取上クルノ處分ニシテ捜索ハ物件ヲ求ムル方法ナリ又被告人ニ關シテハ其勾引、勾留ト家宅捜索トノ關係ハ處分ト手段トノ關係ナリトス

第一〇四條ニ依レハ捜索ハ被告人又ハ物件ヲ藏匿スル者ニ對シテ行フヲ得ト規定セリ然レトモ物件藏匿者ノ故意アルトキノミニ限ラス總テ何人ト雖捜索ヲ受ケサルヘカラスシテ唯治外法權者等ノ例外アルノミ第一〇四條ニ依レハ被告人タルト第三者タルトヲ問ハス物件カ發見セラルヘシトノ疑アルニ非サレハ捜索スルコトヲ得ス然レトモ必ヤ一定ノ物件ヲ所持セリト充分推測スルニ足ルヘキ事情アルコトヲ要セシテ如何ナル物件ニテモ證據トナルモノヲ所持スルノ推測アレハ足レリ

捜索ノ目的ト爲ルモノハ住所、物件及身體ナリ(一〇五條)而シテ夜間捜索ヲ爲スコトヲ得サルノ制限ハ住居內ノ捜索ニ限ルモノニシテ物件、身體ニ付テハ斯ル制限ナシ(七八條、一〇四條三項)

捜索ノ手續ニ付テハ第一〇四條第二項、第一〇七條、第一〇八條、第一一〇條及第一一一條ニ詳細ナル規定ヲ設ク尙差押ニ關スル制限ハ捜索ノ場合ニ之ヲ適用スヘキモノナリ即第一一三條、第一一四條ノ如キ物件ニ對シテハ捜索ヲ爲ス能ハサルモノトス

第四章　證據

第一節　證據ノ意義

刑事ノ判決ハ犯罪事實ノ認定ニ基カサルヘカラス犯罪事實ノ認定ハ總テ證據ニ依ルヲ要ス故ニ裁判官カ私ニ見聞シタル所ヲ以テ裁判ノ基礎ト爲スヲ得ス必刑事訴訟法ニ定ムル擧證手續ニ從ヒ取調ヘタル證據ニ依ルヲ要スルヲ以テ法律ハ之ニ關シテ規定ヲ爲セリ即證據方法及證據調ノ規定是ナリ

一　事實ノ眞否ヲ確定スヘキ方法ヲ指シテ證據ト云フコトアリ之ヲ證據方法ト稱ス又刑事訴訟法ニ於

0239

テハ證據方法ヲ證憑ト稱スルコトアリ證據ノ收調又ハ證據ノ提出ト云フ場合ハ即證據方法ヲ意味スルモノナリ證據方法ナルモノノ意義モ亦學者ニ依テ見ル所異ナルカ如シ通常左ノ意義ニ用ヒラル

(イ) 裁判ニ必要ナル事實ノ眞實ナルコトヲ認識スル爲メ利用セラルル道具ヲ證據方法ト云フモノアリ此意義ニ依レハ證人、鑑定人、被告人、證據物件(檢證ノ目的物)及書證カ證據方法ナリ

(ロ) 裁判ニ必要ナル事實ノ眞實ナルコトヲ之ニ依テ推知セシムル材料ヲ證據方法ト云フモノアリ此意義ニ依レハ證人ノ證言、鑑定人ノ鑑定、被告人ノ自白檢證及徵憑カ證據方法タリ理論ヨリスレハ檢證又ハ徵憑ノ如キモノハ之ヲ證據方法ト稱スル能ハサルコト後ニ說示スルカ如クナルヲ以テ第一說ニ示ス證據方法ノ意義ヲ至當トナス然レトモ現行法ニ於テハ或ハ第一說ノ意義ニ從フ規定アリ又第二說ニ依ル規定アリ第二〇三條第一項ニ於ル證憑ナル辭ハ第二說ノ意義ヲ有シ第九〇條、第九一條亦然リトス反之第一九八條、第二一九條、第二項、第三項、第二三九條ノ證憑ナル文字ハ第一說ニ從ヒ用ヒラルルモノナリトス

二　證據方法ノ信憑力即事實ノ存否ヲ確認セシムル證據方法ノ效力ヲ單ニ證據ト云フコトアリ此意義ヲ以テ云フトキハ證據方法ノ效力カ直ニ認識セラルル場合ナルト考覈ヲ經タル後始テ其效力カ認メラルル場合ナルトヲ區別セス又一箇ノ證據方法ナルト一定ノ事實ニ對スル數箇ノ證據方法ノ綜合ノ效力ナルトヲ問ハサルナリ而シテ舊時糺問訴訟ニ於テハ完全證據及不完全證據ト稱スルモノハ此意義ニ從フモノニシテ又現行法ニ於テ證據充分又ハ證據不充分ト云フ場合ハ此意味ニ於テ云フモノナリ

證據ニ關スル訴訟手續ヲ擧證ト稱ス擧證トハ裁判ヲ爲スニ必要ナル事實ノ眞實ナルコトヲ確定スヘキ訴訟上ノ作用ナリ今擧證ノ目的、內容及目的物ヲ左ニ說明スヘシ

一　擧證ノ目的ハ證明ナリ證明トハ裁判官カ事實ノ眞實ナルコトノ確信ヲ得ルヲ云フ確信ト云フハ絕對ノ眞實又ハ客觀的眞實ヲ知ルヲ謂フニ非ス是到底不能ノコトニ屬スレハナリ故ニ確信ヲ得ルトハ相對ノ眞實即裁判官ニ對シ主觀的ニ表ハルル確信ヲ心證ヲ以テ得ルニアリ故ニ確信ナルモノニハ錯誤ノ存スル餘地アルモノニシテ之ニ關シ程度ノ等差アリ全ク疑ヲ挾ムカラサル高度ノ確信アリ又幾分ノ疑ヲ挾ムヘキモ其事實ノ存在ヲ認ムル理由カ多分ナル程度アリ又事實ノ存在セサル理由カ存在スル理由ニ優ル程度アリ判決ヲ以テ犯罪事實ヲ認ムルニハ毫モ疑ノ存セサル程度ノ確信ヲ要シ豫審終結決定ニ於テ犯罪ヲ認ムルニハ犯罪ノ嫌疑ノ程度ヲ以テ定マリ又或訴訟上ノ事實ニ付テハ疑ノ存スル確信ヲ以テ足ル此終ノ場合ハ之ヲ疏明ト稱ス(一一六條、一二五條、二四七條)疏明カ證明ト異ナル點ヲ擧クレハ左ノ如シ

(イ) 疏明ハ刑罰請求權ノ基ク事實ニ關スルモノニ非ス斯ル事實ノ存否ハ常ニ證明ヲ要スルモノナリトス然ラハ疏明ハ如何ナル事實ニ關スルヤト云フニ訴訟關係ノ進行及成立ニ必要ナル事實ニ關スルモノナリ此訴訟上ノ必要事實ニ對シテハ證明ハ例外トシテ公判手續ノ方式ノミニ限リテ存スルモノニシテ即唯公判始末書ニ依ル證明アルノミ

(ロ) 證據ハ判事其職權ヲ以テ之ヲ擧クルノ義務アリテ決シテ當事者ノ請求ヲ待ツモノニ非ス又當事者ニ羈束セラルルコトナシ疏明ハ反之疏明ヲ與フルモノトアリ例之第二四七條ニ依レハ期間ヲ經過シタル者カ其期間ヲ回復スルカ爲ニ申立ツル原因ノ疏明ハ上訴期間回復ノ申立ノ一部ナルカ故ニ此疏明ハ當事者ノ請求ニ因テ生スルモノナリ又疏明ノ方法ヲ申立テ之カ實

0240

行ヲ當事者ノ任トスルトキハ疏明ハ當事者ノ處分ニ屬スルモノナリ如此疏明ハ當事者ノ請求及處分ニ繫ルモノナルモ此場合ニ於テノ疏明者ハ疏明ノ作用全體ヲ行ヒ判事ハ唯之ヲ釉手傍觀シテ當事者ノ申立ツル所ヲ見聞スルニ止マルモノニアラス此場合ニ於テモ疏明者ハ疏明方法ヲ申立テ判事ハ之ヲ利用スルモノナリトス

（八）判事カ事實ノ存在ヲ一應信シタルトキハ其事實ハ疏明セラレタルモノニシテ判事ヲシテ確信ヲ得ルニ至ラシムルハ疏明ノ目的ニ非ス證明及疏明ハ判事カ事實ヲ眞實ナリト見ル點ニ於テハ相似タリ即或ハ事實カ然ルヘシト云フ迄ハ相類ス然レトモ主觀的確信ノ程度ハ兩者各相異ナレリ疏明ニ於テハ主觀的確信ハ證明ニ比シ稍薄弱ニシテ判事ハ證明ニ關シテハ次ノ如ク其心證ヲ言ヒ表ハスヘシ曰ク

我ハ疑ヲ存セス事實カ斯ク在リタルコトヲ信ス之カ反對ナルコトハ想像セラレサルニアラサレトモ稀有ノコトナリ

我ハ隨分疑ヲ有ス併シ其疑ヲ捨テテ疏明者タル汝自身ヲ信ス

ト是即兩者間ニ於ル確信ノ程度ノ差ナリトス

（二）疏明ニ關スル證據方法ニ付テハ本法ニ規定スル所ナシ唯第四二條ニ於テ引用シタル民事訴訟法第三五條第二項ニ於テ忌避セラレタル判事ノ職務上ノ陳述ハ其疏明ノ用ニ充ツルコトヲ得ルトアルノミ然レトモ疏明ノ方法ハ甚廣ク疏明者ノ陳述及判事ノ私ノ認識ノ如キモ亦疏明ノ方法タリ又民事訴訟法第二二〇條ノ規定ノ如キモ刑事訴訟法ニ明文ナシト雖之ヲ刑事訴訟ニ於テ認ムルヲ

得ヘシ元來疏明ハ偶然ニ生シタル附隨ノ關係ヲ明ニスルモノナルカ故ニ迅速ノ處分ヲ要ス故ニ訴訟ヲ延期スルカ如キハ疏明ニ付テ許スヘキニ非ス判事ノ一應ノ信用ナルモノハ證明ヲ得ルヨリ迅速且容易ナルカ故ニ疏明ハ之ヲ以テ足レリトス從テ民事訴訟法第二二〇條ノ制限ノ如キハ刑事訴訟ニ於テモ亦存スルモノナリト云フヘシ

二　擧證ノ内容ハ證據調ナリ證據調ハ證據方法ヲ訴訟法ノ定ムル方式ニ從ヒ利用スルヲ云フ證人又ハ被告人ヲ訊問シ鑑定人ニ鑑定ヲ命シ證據物件ヲ實檢シ調書ヲ朗讀セシムルカ如キハ皆證據調ナリ而シテ本來ノ證據調ハ之ヲ公判ニ於テ爲スモノニシテ搜査及豫審ニ於テハ證據準備ヲ爲スニ過キス或ハ證據ノ申出又ハ證據ノ考覈ナルモノヲ擧證ノ一ノ内容ト爲ス者アリ然レトモ刑事訴訟ニ於テハ裁判所カ職權ヲ以テ證據ヲ取調フルカ故ニ證據申出ナルモノナシト云フヲ至當トス唯裁判所ハ如何ナル證據方法ヲ取調フルヤニ付公判ニ於テ證據決定ヲ爲スコトアルノミ此手續ヲ以テ證據申出アリト云フ能ハス又證據ノ考覈ハ證據調ノ結果ニ付證據力ヲ量定スルモノニシテ即證據方法ヲ利用シ知リ得タル材料カ證スヘキ事實ヲ眞實ナリト認メシムル效力アリヤ否ヤヲ査定スルヲ云フ證據力ノ考覈ヲ爲スニハ單純ナル推理ノ作用ヲ以テスルモノニシテ決シテ之ヲ擧證ノ手續ト云フ能ハス而シテ此推理作用ニ依リ證スヘキ事實ヲ眞實ナリト認メシムル原因ヲ證據原因ト云フ此證據原因ハ考覈ニ依テ生スルモノニシテ證據原因ニ因リ證據力ハ定マルモノナリ

三　擧證ノ目的物ハ事實ナリ事實ハ法規ノ反對ヲ成スモノナリ然ラハ如何ナル事實カ證明事項ナリヤ擧證ハ裁判ヲ爲スヘキ被告事件ニ關スル事實ニ係ルヘキモノナルコトハ明ナリ而シテ訴訟ニ於テハ第一ニ被告ニ犯罪ノ所爲アリタルヤ否ヤヲ判斷セサルヘカラス又此所爲ヲ被告カ爲セリトスルモ是

或ハ正當防衛ニ出テタルモノニシテ之ヲ處罰スルヲ得サルヤ否ヤヲ判斷セサルヘカラス是故ニ證明ハ刑法ニ於テ被告カ有罪ナルヤ否ヤヲ決スヘキ事實ナラサルヘカラス換言セハ本案ノ被告事件ニ於テ刑罰權ノ成立ニ付刑法上必要ナル事實カ證明セラレサルヘカラス然ルニ裁判所ハ刑罰權ノ存在條件タル事實ヲ確定スルノミヲ以テハ未訴訟上ノ問題ヲ裁斷シ盡シタリト云フコトヲ得ス尙刑ノ輕重ヲ定メサルヘカラス而シテ此刑ノ輕重ハ亦事實ニ關スルモノトス勿論刑ヲ加重減輕スル無數ノ情狀ヲ悉證明スヘシトハ云フヲ得サルヲ以テ唯刑法ニ於テ豫見セラレタル加重又ハ減輕ノ情狀ヲ證明スルヲ要スルノミニシテ酌量減輕ノ情狀ハ裁判所之ヲ證明スルヲ妨ケサルモ是必シモ必要ナルモノニ非ス第二〇三條第一項ニ於テハ罪ト爲ルヘキ事實及證據ニ依テ之ヲ認メタル理由ヲ示シ云云トアルモ此中ニハ酌量減輕ノ情狀ヲ包含スルモノニ非スシテ唯刑罰權ノ成立ニ關シ必要ナル情狀及ヒ刑法ニ豫見セラレタル情狀ヲ謂フノミナリトス

刑事訴訟ニ於テ如何ナル場合ニ於テ證セラルヘキ事實カ證據ヲ要スルヤハ之ヲ民事訴訟ト比較シテ論スルヲ便トス民事訴訟ハ爭ヒ在ル事實即訴訟當事者間ノ一致セサル事實カ證明セラルルコトヲ要ス故ニ民事訴訟ハ如何ナル事實カ證明セラルヘキヤノ問題ニ付テハ當事者ノ意思カ標準トナルモノニシテ毫モ裁判所ノ意思ニ關係スル所ナシ是即民事訴訟ノ特性トシテ爭ノ目的物ニ付テ當事者ノ處分權ヲ認ムルヨリ生スル當然ノ結果ナリ是ヲ以テ民事訴訟ニ在テハ裁判所カ疑ヲ有スル必要事實ニ付總テ證明ヲ要スルモノニ非ス當事者ハ其欲スル所ノ事實ヲ證明セハ可ナリ刑事訴訟ハ全ク之ト異ナリ刑事訴訟ノ目的タル刑罰權ノ性質トシテ其權利及之カ條件タル事實ニ關シ當事者ノ處分權ヲ認

ムルコトヲ得サルハ勿論刑事裁判官ノ證據ニ對スル地位ハ決シテ民事裁判官ト同一ニ論スヘカラス

等ニ對シ之カ批難ヲ爲スモノアルモ要スルニ煙草ノ收入ニ因テ三千萬圓以上ノ益金ヲ見ルカ爲ニハ印紙稅又ハ耕地稅等ニ依ル能ハサルコト曩ニ鹽ノ專賣ノ場合ニ述ヘタルカ如シ隨テ現時ノ財政ニ於テ巨額ノ收入ヲ得ル方法トシテ製造ヲ爲スハ止ムヲ得サル處ニシテ其結果ノ如何ハ一ニ純收入ト支出トノ關係ニ存スルモノナリ

第四章　政府ノ交通業　緒論

政府ノ交通業トハ政府カ經營スル交通方法ニシテ收益ヲ目的ト爲スモノナリ交通方法ハ之カ使用者ヨリ報償ヲ求ムルト否トニ依リ有償ノ交通方法ト無償ノ交通方法ニ分ツコトヲ得ヘク其交通方法ニ分ツコトヲ得ヘキヤ否ヤニ依リ自働的交通方法ト他働的交通方法ニ分ツコトヲ得ヘク其交通方法ハ主トシテ人類及貨物ノ移轉ヲ目的ト爲スト意思表示ノ通達ヲ目的ト爲スノ別ニ依リ廣義ノ交通方法ト通信交通方法トノ二者ニ分ツコトヲ得ヘシ而シテ政府ハ常ニ他働的交通方法ノ大部即無償ノ交通方法及通信交通方法ヲ經營スルヲ原則ト爲シ通信交通方法以外ノ交通方法ニ在テハ鐵道事業ノ外一般ニ之ヲ官業ト爲サルヲ例ト爲セリ故ニ政府カ經營スル所ノ交通方法ハ之ヲ大別シテ有償ノ交通方法ト無償ノ交通方法トノ二者ニ分ツコトヲ得ヘシ

茲ニ所謂政府ノ交通業即政府ノ有償的交通事業ハ現時各國ノ實例ニ徵スレハ大要鐵道、郵便及電信ノ三者ニ出テサルモノノ如シ而シテ他働的ノ交通方法即道路、橋梁、河川、運河ノ如キハ往時政府ハ君主ノ特權ニ基ク收入トシテ通行料ヲ科スルヲ例ト爲シ「アダム、スミス」ノ如キハ道路及運河ノ維持ヲ以テ國家ノ盡スヘキ職務ト認メ之ニ要スル費用ハ其使用者ヨリ收特シタル特種ノ收入ヲ以テ支辨スヘキ

モノナリトシテ手數料主義ヲ主張シタリ隨テ當時ニ在テハ通行料ニ依テ政府カ收入ヲ得ヘキモノナリヤ否ヤ通行料其モノノ性質ハ租稅ナルヤ手數料ナルヤ又ハ一ノ有償收入ト看ルヘキモノナルヤニ付多少問題ノ餘地ヲ存シタルモ近時運河ニ對シテ其修繕、維持ニ必要ナル費用ヲ之カ航行者ニ負擔セシムルノ外ハ自由無償ノ交通ヲ原則トシ殊ニ維也納會議ニ於テ河川ノ自由交通ノ原則ヲ認メテヨリ他働的ノ交通方法ハ漸次無償ノ主義ヲ採ルニ至レリ千八百八十年以後佛蘭西ハ運河ノ通行稅ヲ全廢シ有名ナル紐育州ノ「エリー」運河ノ如キモ其後二年ニシテ通行稅ヲ全廢シ獨逸ニ在テモ近時著ク之カ料金ヲ輕減セリ如此他働的交通方法ハ其一部カ手數料トシテ公經濟收入ヲ得ルノ外總テ國有財產即國ノ公產トシテ之カ設備、維持ノ費用ハ租稅其他ノ經常收入ヲ以テ支辨セラルルニ至レリ

鐵道、郵便及電信ノ事業ハ各國多ク政府ノ事業ニ歸セシムルヲ例トスルモノノ如シ是一ニ斯業ノ性質カ私人可能ノ相對的欲望ナルカ故ニ外ナラス私人カ不能ノ場合ニ在テ政府先之カ事業ヲ經營スルハ固ヨリ當然ノ事理ニ屬スルモ私人カ可能ノ場合ニ於テ之ヲ相對的不正ノ欲望ト認ムル所以ノモノハ蓋次ノ二箇ノ理由ニ基クカ故ナリ

第一　此等ノ事業ハ自然的獨占事業ニシテ而モ公共ノ需要ニ應スルカ爲メ之カ普及ヲ圖リ之カ確實、敏活ヲ期シ之カ報償ノ低廉ナルコトヲ要スルヲ以テ之ヲ目前ノ營利ニ拘泥スル私人ノ手裡ニ委スルハ斯業本來ノ目的ニ反スルモノナリ

第二　交通事業ハ日常公衆ニ社會生活上缺クヘカラサル利便ヲ供給シ公衆ニ對シテ直接ニ且重大ナル關係ヲ有スル自然的獨占事業ナルヲ以テ之ヲ一部少數ノ手裡ニ委スルコトハ啻ニ社會ノ生產及富ノ分配上社會政策トシテ之ヲ絕對ニ非難スヘキノミナラス政治上又行政上國家ノ健全ナル生存ヲ阻害スル

ノ憂ナキヲ保セサルモノナリ

第一ノ理由ハ時ト處ニ依リ必シモ政府ノ經營ト最能ク斯業ノ目的ヲ達スルコトヲ保セサルノミナラス之ヲ歐米各國ノ鐵道ノ歷史ニ徵スルモ斯業本來ノ目的ハ却テ私人ノ手ニ依テ達セラルルコト其例ニ乏シカラス然レトモ大體ニ於テハ公益ノ事業トシテ之カ普及ヲ圖リ之カ報償ノ低廉ヲ期スルハ私利ニ拘泥スル私人ヨリモ國家ニ於テ其目的ヲ達シ得ヘキノミナラス第二ノ理由ニ至テハ國家ノ觀念發達セル今日ニ於テ之ヲ政府ノ事業ト爲スヘキ最有力ニ且殆唯一ノ理由タルヘキモノナリ況此等ノ交通事業ハ皆其交通事業タル性質上均ク之ヲ統括スルコトハ啻ニ斯業本來ノ目的ヲ達スルカ爲メ最利便ヲ得ヘキノミナラス又爲ニ此等交通事業ヲ獨立ニ經營スル場合ニ比スレハ著ク之カ經費ヲ削減スルコトヲ得ヘク公衆ノ生計ノ程度公衆カ爲ニ受クル所ノ利便ニ對照シテ遙ニ低廉ナル報償ヲ以テスルモ其事業ノ範圍大ニシテ且分量多キカ爲メ猶充分ノ餘剩ヲ生スルコトヲ得ヘシ故ニ此等ノ事業ハ或程度迄其政府ノ收益ト公衆ノ利便ト相矛盾スルコトナキヲ以テ私人可能ノ相對的不正ノ欲望トシテ其性質上政府ノ事業ト爲スヘキノミナラス此等事業ノ統一ニ因テ益之カ利便ヲ大ニスルコトヲ得之ニ伴ヒテ又國庫ノ一大財源ヲ組成スルモノナリ

然ルニ今日各國ノ政府ハ國務ノ增加即國家經費ノ膨脹ニ伴ヒ一般ニ交通事業ヲ以テ其公益事業タルノ點ヲ第二位トシ主トシテ收益ヲ目的トシ之カ事業ヲ經營スルヲ常ト爲スニ至レリ是交通事業ノ收入カ或ハ無償ノ收入トシ或ハ有償ノ收入ト爲ス學說カ根底ヨリ別ルル所以ナリ然レトモ其收入ヲ手數料主義ト爲スト官業主義ノ收入ト爲スノ如何ヲ問ハス公益ヲ主トスル獨占事業タル以上ハ之カ報償ハ其供與者ニ於テ隨意之ヲ決定スヘカラサルノミナラス又通常需要供給ノ原則ニ支配セラルヘキモノニ非ス

蓋獨占事業ニ在テハ其報償ハ需要供給ニ依テ支配セラルルコトナク供給者即企業家ニ於テ隨意ニ之ヲ決定シ需要者ハ唯供給者ノ決定シタル價額ニ從フノ外ナキモ其價額ハ常ニ供給者カ自ラ最利益アリト思惟スル點ニ於テ決定セサルハナシ換言スレハ其供給ノ數ト其純益ノ比率ト相乘セル額ノ最大ナリト思惟スル點ニ於テ決定セラレスンハ非ス故ニ供給ノ數即需要ノ數ニ依テ之カ報償額ノ不法ナル昂騰ヲ許ササルモ固ヨリ程度ノ問題タルノミナラス其報償額ノ高低ハ公衆ノ利便享有ノ度數ヲ左右シ得ヘキコト固ヨリ言ヲ俟タス故ニ若其報償ニシテ需要供給上最利益アリトスル點ヲ超過スルニ至ラハ斯業本來ノ趣旨ニ反スヘキノミナラス可成公衆カ利便享有ノ度數ヲ增加スルカ爲ニハ之カ設備、維持ノ實費ヲ支フル範圍内ニ於テ之カ利潤ノ比率ヲ減セスンハ非ス是各國ノ交通事業殊ニ郵便、電信ノ事業ノ沿革ニ徵スルモ其例ニ乏シカラサル所ニシテ近時「ワグネル」氏ノ如キ交通事業ハ手數料主義ヲ以テ之ヲ經營スヘシト主張スルニ至レリ

第一節　郵便

郵便ノ意義ハ現時ニ於テ凡之ヲ三種ニ解釋スルコトヲ得ヘシ

第一、狹義ニ於ル郵便トハ信書ノ送達ヲ意味シ第二、廣義ニ於ル郵便トハ信書其他ノ物件及人類ノ送達ノ外尙此等ノ機能ヲ掌ル機關カ便宜附帶シテ經營スル行動ヲ包含スルモノナリ現時此種ニ屬スル行動ヲ郵便爲替、郵便貯金及郵便生命保險等ノ類ト爲ス狹義ノ郵便即信書ノ送達ハ電信及電話ノ事業ト共ニ通信事業トシテ認メラルルモノニシテ各國皆政府ノ專有ニ屬スルヲ例ト爲シ唯稀ニ定期刊行物、封緘物等ニ付テ認ムルノ國アリ故ニ通常世人カ郵便ノ專有權ト稱スルハ其實信書ノ專有權ニ外ナラサル

モノト知ルヘシ勿論信書ト雖絕對ニ之カ專有權ヲ認メラルルコトナク皆多少ノ除外例ヲ設ケサルモノナシ其除外例ノ標準ハ大凡次ノ如シ

第一　報酬ノ有無

第二　信書其モノノ性質

第三　信書ト信書ノ專有權ニ對スル關係

第四　信書ト其送達機關トノ關係

第五　特使

此等各箇ノ標準ニ付テハ其程度ニ付各國ノ立法例其比ヲ異ニシ毫モ歸一スル所ナシ蓋信書ノ專有ハ事實ニ於テ之カ取締、監督ニ困難ナルノミナラス經費ノ點ニ於テ確實ノ點ニ於テ期間ノ點ニ於テ郵便ニ依ルヨリモ尙利便ナリト爲ス場合ニ强テ郵便ニ依ラシムルハ郵便其モノヲ官業ト爲セシ本旨ニ非サルコト論ナシ郵便ノ專有ハ法文ノ形式ニ依テ之ヲ確保スルコト能ハス之カ改良、發達ノ實質ニ於テ專有ノ實ヲ擧クヘキモノタリ隨テ郵便ニ對抗シテ私人カ營業トシテ信書ノ遞送ヲ爲スヲ禁スレハ足レリ若郵便事業ニシテ既ニ統一普及シ一定ノ發達ヲ見ルニ至テハ信書ノ專有權其モノハ根本ヨリ事實ニ於テ無用ノ方便ト云フモ敢過言ニ非サルナリ

信書ノ專有ハ法文ノ拘束ニ依ルニ非スシテ斯業ノ改良、發達ニ伴フヘキコトハ上述スル所ノ如シ然レトモ法文ノ拘束ハ又絕對ニ效果ナキニ非ス是郵便料金ニ關聯シテ重要ナル問題ニ屬セリ郵便ノ起源ハ當初公共團體其他ノ團體カ自己ノ便宜ニ基ケルハ各國其歩ヲ一ニスル所ナリ爾後文化ノ發達ト交通ノ進歩ニ伴ヒ一般公衆ノ需用ニ應シ遂ニ郵便ヲ官業トシ其一部ヲ專有スルニ至レリ而シテ郵便ハ何カ故

0244

ニ官業ト爲スヘキカハ又特ニ玆ニ述フルノ要ナシ唯本章緒論ニ於ル理由ニ信書祕密ノ保障ヲ追加スルヲ以テ足レリトス英國派ノ泰斗「アダム、スミス」カ各種ノ政府カ經營セル商業策ニシテ能ク成績ヲ全ウシ得タルモノハ獨リ郵便制度アルノミト云ヘルヲ見ルモ郵便事業ハ官業トシテ「スミス」時代ニ於テ尙批難ヲ受ケサリシコトヲ知ルヲ得ヘシ唯注意ヲ要スルハ「アダム、スミス」カ此言ヲ發セルハ「ローランド、ヒル」カ「ペンニー」說ノ行レシ時ヨリ五十四年前ニシテ一通ノ信書郵便料カ尙平均四十「ペンニー」ヲ超エシ時代ナルコト是ナリ蓋郵便料ハ需用供給ノ原則ヲ根底トシ其郵便物ノ重量ト運送ノ距離ト取扱ノ方法ニ因テ高低スルモノナリ而シテ需用ノ增加ト其機能ノ發達ハ漸次距離ノ長短ヲ問フノ必要ヲ見サルニ至ルモノナリ千八百四十年「ローランド、ヒル」ノ郵便柷十分ノ一削減論成效シ郵便切手ノ制行レ斯業ノ發達特ニ著キヲ加ヘ各國皆其例ニ倣フニ至レリ近年「ステッフアン」氏ノ唱道ニ依リ萬國郵便聯合ノ制開ケテヨリ斯業ノ改良進步殊ニ著キヲ加ヘ現時ハ郵便料ニ對シテハ手數料主義ヲ唱道スル者アルニ至レリ

郵便料ノ高低ハ固ヨリ程度ノ論ナレトモ料金ノ遞減ハ收入ヲ減シテ郵便物數ヲ增加シ料金ノ增加ハ收入ヲ增シテ少クトモ郵便物數ノ增率ヲ減少スルハ各國實例ノ證明スル所ナリ今其一例ヲ示セハ次ノ如シ

國名	稅率ヲ減少セシ年次	稅率減少ノ比率	郵便物數增加ノ比率	收入減少ノ比率
英吉利	一八四〇年	七、五割	一二、〇割	四、五割
白耳義	一八七〇	三、三	二、〇	二、〇
墺太利	一八六六	二、八	一、二	二、〇
佛蘭西	一八四九	四、六	三、一	二、九
同	一八五四	二、〇	一、七	〇、六

如此郵便料金ノ減少ハ郵便物數ノ增加ヲ來スト共ニ收入ノ減少ヲ來スモノナリ但右表ニ於ル郵便物數增加ノ比率ハ普通郵便料金ニ高低ナキモ人口ノ增加ト文化ノ發達トニ伴ヒ通常一割ヨリ二割ノ增加ヲ見ルモノニシテ唯英國ニ於ル千八百四十年ノ改正ハ郵便物數ニ於テ十二倍ノ著キ增加ヲ見タルモ其大部ハ料金低減ノ爲ニ新ニ信書送達ノ物數カ絕對ニ增加セシニ非スシテ在來政府ノ郵便以外ノ方法ニ依テ送達セシモノカ政府郵便ノ方法ヲ利用スルニ至リシモノナリ其收入ニ於テハ四割五分ヲ減少シ總收入カ改正率前ニ復舊スルニハ殆十五年ヲ要シ純收入ニ至テハ二十五年ヲ經テ漸之カ復舊ヲ見ルニ至レリ然レトモ爲ニ英國人民カ享有シタル利便及之カ爲ニ間接ニ經濟上、政治上、行政上ニ及シタル功績ニ至テハ實ニ吾人ノ豫想外ニ出ツルモノナリトス

郵便料金ノ高低ハ一ニ手數料主義ヲ採ルヘキヤ又ハ收益主義ヲ採ルヘキヤニ在リ換言スレハ郵便物數ノ多キヲ望ムヘキヤ純收入ノ多キヲ望ムヘキヤニ在リ然レトモ政府ノ獨占事業トシテ事實ニ於テハ極端ナル手數料主義ハ國家經費ノ膨脹ニ伴ヒテ之カ實行ヲ許ササルノミナラス極端ナル收益主義モ公共事業其モノノ性質上又之カ實行ヲ豫期スヘカラサルモノナリ今歐米各國ニ於ル郵便事業ノ收支ニ就テ明治三十五年ニ於ル統計ヲ見ルニ次ノ如シ

國名	收入百圓ニ對スル支出

北米合衆國	一〇一
瑞西	九〇
墺太利	九七
丁抹	九四
日耳曼	八九
瑞典	九三
和蘭	七七
露西亞	六八
日本（臺灣ヲ除ク）	七七
洪牙利	七二
大不列顛	七二
白耳義	五三
西班牙	三三

右表ハ收支計算ノ標準其他斯業發達ノ程度如何ニ依テ其類ヲ異ニスヘキヲ以テ直ニ之カ是非ノ標準トヲ爲スヘカラサルモ大體ニ於テ我國ノ如キハ寧利潤ノ比率多キ部ニ屬スルモノタルコトヲ知ルヘシ私見ヲ以テスレハ郵便事業其モノヲ絶對的ニ觀察スレハ手數料主義ヲ以テ斯業ノ發達ヲトシ得ヘキモ相對的ニ國家財政ノ全局ヨリ觀察スレハ時ト處トニ依リ固ヨリ一律ニ論シ難キモ事實ニ於テ各國手數料主義ヲ採ル能ハサルコト明ナリトス隨テ我國ノ郵便料改正ノ如キモ郵便料其モノニ付テ之カ是非ヲ論スルニ先チ先政府ハ要スル所ノ歳出ノ必要ノ有無次ニ其歳出ノ額ヲ必要ナリトセハ他ニ之カ補給ノ道アルヘキヤ否ヤニ付先之カ是非ヲ先決セスンハ非ス

三十六年度通常郵便收支

收入	一千二百十二萬圓	支出	八百萬圓
小包郵便收支			
收入	百七十七萬圓	支出	百八十五萬圓

第二節　電信

電信ノ意義ハ亦之ヲ三種ニ解釋スルコトヲ得ヘシ

第一、狹義ニ於ル電信トハ現時所謂電報トシテ吾人カ電氣ノ作用ニ依テ意思表示ノ通達ヲ爲ス行動ヲ稱スルモノナリ第二、廣義ニ於ル電信トハ狹義ニ於ル電信ニ加フルニ電話ヲ以テスルモノナリ第三、最廣義ニ於ル電信トハ廣義ニ於ル電信ノ外電氣ノ作用ニ依テ意思表示ノ通達ヲ爲ス總テノ行動ヲ包含スルモノナリ

以上三種ノ解釋ハ何レモ電氣ノ作用ニ依ル意思表示通達ノ行動ヲ爲スニ於テ一ナレトモ實際ニ於テハ毫モ電氣ノ作用ヲ受クルコトナク仍電信ト稱セラルルモノナリ即直配達空氣管傳送(pneumatic)號標通信(semaphore)ノ作用ノミヲ以テ足レリトスル場合ノ如キ是ナリ然レトモ此等ハ主トシテ電報ノ送達ノ手段トシテ用ヒラルルヲ原則ト爲スモノニシテ通常電信ノ意義ハ狹義若クハ廣義ニ用ヒラルルヲ例ト爲シ我國ノ現行ノ電信法規ノ如キモ法規ノ種類ノ異ナルニ從ヒ自ラ二樣ノ意義ヲ有スルモノナリ

0246

電信ハ千八百三十九年英國ニ於テ公衆ノ用ニ供セラレテヨリ著ク長足ノ進歩ヲ顯シ千八百六十五年萬國電信同盟ノ設立ト爲リ狹義ノ電信ニ於テハ合衆國ヲ除クノ外ハ各國殆ト皆官業ト爲シ電話ノ如キモ多數ノ國ハ官業ト爲セリ電信ノ官業ニ付テハ其建設、修繕等ニ要スル經費ノ巨額ニシテ監理ノ統一ニ伴フ節約高比較的ニ少ク發信ノ費用ハ其全費用ノ大部分ヲ組成シ而モ此費用ハ事務ノ增進ニ伴ヒテ迅速ニ增加ヲ來スヲ以テ學說、實際共ニ政府ノ官業ニ對シ多少ノ非難ナキニ非サレトモ政府カ郵便ノ事業ト結合スルニ因リ著ク經費ヲ節減スルコトヲ得ヘク又其普及、確實等ノ點ニ於テ官業ト爲スヘキ理由ハ郵便ニ於ル場合ト大體ニ於テ異ルコトナク殊ニ郵便、電信ヲ通シテ官業ト爲スヘキ特種ノ理由ハ信書ノ祕密ニ在ルコトハ曩ニ一言セル所ナリ即政府カ信書ノ祕密ヲ保證スルシ各積極及消極ノ兩面ヲ存セリ換言スレハ政府及人民ノ信書ノ祕密殊ニ政府ノ通信ノ祕密ヲ保證スル信書ノ祕密ニ在ルコトハ一言セル所ナリ即政府カ信書ノ祕密ヲ保證スル

ト爲スモ專有權ノ絕對ニ認ムヘカラサルハ郵便ノ場合ト異ルコトナシ但電信ハ巨額ノ固定ニシテ且不動ナル資本ヲ投下スルモノナルカ故ニ之カ監督、取締ノ容易ナルハ郵便ノ場合ト全ク相反シ又性質上經濟上郵便ノ場合ノ如ク之カ機關設備ノ普及ヲ望ミ難キヲ以テ其除外例ノ範圍ハ信書郵便ノ場合ニ比シテ勢ヒ廣濶ナラサルヲ得ス今各國ノ立法例ニ徵スレハ大體ニ於テ官設主義ニ三種ノ區別存スルヲ見ルヘシ即第一、最狹義ノ官設主義ハ公安上電信ノ私設ヲ政府ヨリ强制スヘキ性質ヲ有スルモノ例之鐵道事業ニ伴フ電信ノ如キモノノミニ付テ之カ私設ヲ認メ第二、狹義ノ官設主義ハ最狹義ノ私設線ヲ認ムルノ外尙公安ヲ害セサル範圍內ニ於テ專用ノ私設線ヲ認メ第三、廣義ノ官設主義ハ狹義ノ官設主義ヲ認ムルノ外尙公安ヲ害セサル範圍內ニ於テ公衆用ノ私設線ヲ認ム勿論此等何レノ主義ニ通スルモ施

設ノ地域、用務ノ性質及設備ノ主體ヲ標準トシテ幾多ノ制限ヲ附スルニ於テハ一ナリトス此等ノ主義ニ付テハ時ト處トニ依リ皆其事情ヲ異ニスルヲ以テ固ヨリ絕對ニ之カ可否ヲ論スヘカラス

三十六年度電信收支

收入	四百九十萬圓	支出	四百七萬圓
電話收支			
收入	二百六十七萬圓	支出	百八十八萬圓

第三節　鐵道

鐵道ハ國有ト爲スヘキカ民有ト爲スヘキカハ理論ニ於テ實際ニ於テ普ク論究セラレ而モ今日ニ至ル迄未歸一スル所アルヲ見ス予ノ見ル所ヲ以テスレハ國有民有ノ兩論者ハ共ニ其論スル所極端ニ失スルノ嫌尠カラサルノミナラス時ト處トニ依テ其間ニ重要ナル差別ヲ生スヘキコトヲ看過セルモノノ如シ國有論者ハ常ニ經濟上及財政上ノ點ヨリ民有鐵道ヲ批難スルヲ例ト爲セリ然レトモ經濟上及財政上ノ理由ハ常ニ時ト處トニ依テ著ク其效果ヲ異ニスルノミナラス在來ノ實例ニ徵スレハ事實カ却テ國有論者ニ對シ反對ノ立證ヲ爲スモノ尠シト爲サス經濟上ノ理由トシテ國有論者ノ唱道スル論點ハ鐵道ハ自然的獨占事業ニシテ公共的ノ性質ヲ有ス故ニ之カ敷設ハ全國ニ普及シテ一般交通ノ利便ヲ遠シ政府ノ手ニ歸一シテ確實ナル監督ノ下ニ運賃ノ低廉及人類貨物輸送ノ確實ヲ期シ事業ノ經營ニ對シテ統一ト公平ヲ持シ人類貨物輸送危險ノ擔保、鐵道事業ニ從事スル勞働者ノ保護等ノ完全ヲ期スルコトヲ得ヘシト爲スニ在リ財政上ノ理由トスル所ハ鐵道事業ノ統一ニ依テ郵便、電信ノ官業ニ結合シ以テ國庫ノ

0247

收入ヲ增加シ以テ間接ニ國民ノ負擔ヲ輕減スルハ財政上一舉兩得ノ政策ナリト云フニ在リ然レトモ先國有鐵道ト民有鐵道ト果シテ孰レカ經濟上ノ效果ヲ奏セルヤ國有鐵道ハ果シテ國庫收入ノ財源タルヤヲ事實ニ於テ確證セスンハ非ス予輩ハ前提トシテ第十九世紀ノ國家ハ各國ヲ通シテ日ニ月ニ經費ノ增加ヲ促シ殊ニ軍事上ノ經費ハ國家支出ノ大部ヲ占ノ歐米ノ列國ニシテ爲ニ財政ノ困難ヲ感セサルモノナク隨テ政府ハ當ニ歲計上新ニ鐵道ヲ建設シ又ハ既設ノ民有鐵道ヲ買上クヘキ餘裕ヲ存セルコト能ハサルカ爲メ此等私設線ノ大都ヲ買收シ結局鐵道ノ收入ハ公債ノ利子ヲ償フニ至ラス千八百八十三年ニハ純收入四千八百五十萬「フランク」鐵道公債ノ利子二千五百萬「フランク」差引四百萬「フランク」ニ近キ不足ヲ生シ爲ニ却テ運賃ヲ引上クルノ窮策ニ出テ尙今日公債ノ利子ヲ償フニ汲汲タルハ又吾人ノ見ル所ナリ如此鐵道ノ純收入ヲ以テ鐵道公債ノ利子スラモ償却シ能ハサルハ獨リ白耳義ニ止ラス佛蘭西、墺太利、伊太利、「ブラジル」、智利、濠太剌利亞「バーデン」「バーバリヤ」ノ如キ皆然ラサルハナク加奈太及印度ノ如キハ官有鐵道ノ收入ハ其事務費スラモ支フルコト能ハサルコトアリ即加奈太ノ如キハ千八百八十六年ニ於テ不足額十八萬弗翌年ハ三十一萬弗ニ上リ別ニ五千萬弗ノ鐵道公債ヲ負擔シ又印度ノ如キハ千八百八十九年度ニ於テ一億六千百萬「ルーピー」ノ收入ニ對シ一億八千七百萬「ルーピー」ノ支出ヲ爲セリ如此國有鐵道カ民有鐵道ニ比シテ支出超過ノ實況ヲ示スハ民設會社ハ目前ノ私利ヲ營ムニ急ナルノ餘之カ經費ノ上ニ於テ無謀ノ削減ヲ加ヘタルノ嫌ナキニ非スト雖此等ハ一方ニ於テ官有鐵道ニ於ル官廳流ノ冗費多キニ過クル弊害ト相殺スルコトヲ得ヘケレハ少クトモ國有鐵道論者カ財政上ノ理由トシテ主張スル所ハ却テ反對ノ立證ヲ爲スモノト謂ハスンハアラス而モ此結果ヲ來セルハ官有鐵道カ鐵道ノ普及ヲ計ルカ爲メ比較的利益少キ地方ニ鐵道事業ヲ起シ又ハ運賃ヲ輕減シタルカ爲ニ生シタルモノニ非サルノミナラス却テ運賃ノ引上ヲ行ヒシ實例アルヲ見レハ民有鐵道ハ國有鐵道ニ比シテ却テ經濟上優勝ナルモノト謂ハスンハ非ス如此我國其他歐米各國鐵道ノ實況ニ徵スルモ亦敢之ヲ解スルニ難シト爲サヽル所ナリ

世人動モスレハ國有鐵道トシテ成功シタル普滿西ノ實例ヲ取リ直ニ今日ノ我國ニ引證セントスルハ一ノ希望トシテハ可ナルモ經濟政策トシテハ時ト處トヲ顧ミサルノ甚シキモノト謂ハスンハ非サルナリ況普滿西鐵道其モノハ國有論者ノ唱フルカ如キ實功ヲ奏シタルモノニ非サルニ於テオヤ「ビスマーク」カ私設鐵道買取法案ヲ議會ニ提出セシ理由ハ要スルニ鐵道ヲ國有トシテ私立會社ノ迷想ヲ去リ私利ニ走ラス公益ヲ圖リ業務ヲ改良シ運賃率ヲ低減シ且之ヲ簡單ニシテ人民ノ便益ヲ進メ收益ヲ以テ速ニ鐵道公債ヲ償却シ爾後國庫ノ爲ニ莫大ナル財源ヲ開クヘシト云フニ在リ當時政務委員ハ運賃率ノ低減ヲ以テ重ナル理由ト爲セリ即私立會社ハ收益ノ精神ニ支配セラレテ唯配當ノ多カランコトヲ望ミ業務ノ改良、運賃ノ低減ヲ欲セス唯政府ノミ善ク公益ノ爲ニ鐵道ヲ使用スルコトヲ圖リ獨其資本ノ使用其當ヲ得テ經濟ニ適スルノミナラス全ク私利ノ念ナキカ故ニ鐵道ヲ以テ一國繁榮ノ手段ト爲シ事業ノ經濟ヲ圖ルト共ニ常ニ線路ヲ擴張シ業務ヲ改良シ運賃率ヲ低減スヘシト明言セリ然ルニ買收後ノ政府ハ當ニ運賃率ノ低減ヲ爲サヽルノミナラス却テ千八百七十四年六月及翌年二月ノ布告ヲ以テ在來ノ運賃率

0248

ノ百分ノ二十迄增加シ得ヘキコトヲ公示セリ而シテ尙運賃率算定ノ標準ヲ一ニシテ各地方ニ於ル異同ヲ廢シ一般ノ利益ヲ圖リシハ所謂私利ニ專ナル私設會社ヨリ成レル鐵道運賃率協定同盟會ノ千八百七十六年「ライプチッヒ」會ノ決議ニ基キシモノニシテ政府ハ單ニ之ニ贊同セルニ過キス其後政府ニ對シテ議會及新聞紙等ニ於テ屢運賃率低減ノ請求ヲ爲セシモ政府ハ之ニ應スルコトナク鐵道ノ純收入ハ鐵道運賃ノ利子ヲ控除シテ尙二億萬「マルク」ニ近キ剩餘ヲ生スルニ拘ラス年年殆其全部ヲ擧ケテ政府ノ歲入總豫算ニ編入シタリ而シテ一方ニハ私設線買收以後ノ政府ノ營業費ハ從前民有ノ場合ニ比シテ却テ增加セルハ「コロニューミンデン」鐵道「ライン」鐵道等ニ於テ之カ實例ヲ示スノミナラス之ヲ獨逸及佛蘭西ニ於ル私設會社ノ鐵道ト比較スルモ其輸送額ノ比率遙ニ多キニ拘ラス經費ノ割合ハ常ニ平均百分ノ三乃至四ノ超過ヲ生シタリ予輩ハ固ヨリ普漏西ノ國有鐵道ハ鐵道官業トシテ最好成績ヲ擧ケシモノタルコトヲ認ムル者ナリ然レトモ千八百八十年乃至千八百九十年ニ至ル國有鐵道經費ノ減少ハ總經費ノ百分ノ八ヲ占メタル石炭ノ價格ノ半減、鐵道ノ統一ニ基ク經費ノ節約ノ外ニ工務大臣「メリバック」ノ極端ナル射利主義ニ由リ使用人ヲ減少シ線路、車輛等ノ保存、維持ニ注意セス一方ニハ此等ノ修繕、改良ノ費用ヲ臨時費ニ編入シテ借入勘定ト爲シ又中央鐵道廳ノ經費其他鐵道使用人ノ恩給費等ヲ他ノ官廳ノ經費ニ轉嫁シ形式ニ於テ假面的ノ收入ヲ增加シタルノミナラス此等ノ純收入ノ使途ハ千八百八十二年ノ法律ニ依リ第一、鐵道公債利子ノ支拂第二、政府ノ經常豫算ニ於テ歲入ノ不足セル時二百二十萬「マルク」迄ノ補助第三、鐵道公債ノ償却ニ充ツヘキコトト爲セシモ鐵道公債償却ノ割合ヲ毎年百分ノ〇、七五ニ限リ且其償却ハ第一、千八百七十九年以前ノ鐵道舊公債ノ償却第二、政府總豫算ノ歲入不足ノ補充第三、無期公債ノ買收ヲ爲シ尙殘餘アル場合ヲ條件ト爲セルヲ以テ殆之カ實行ヲ見ルコトナク年年三千萬「フランク」乃至一億五千萬「フランク」ノ金額ハ常ニ總豫算ニ編入セラルルニ至レリ是前ニ政府カ民有會社ニ對シテハ準備積立金及公債償却資金トシテ總收入ノ百分ノ四、三五ヲ控除セシノシ精神ト買收後ノ政府カ自ラ鐵道純收入ノ巨額ナルニ拘ラス之カ設備、經營、賃率ノ減減、鐵道公債元金ノ償却ヲ後ニシテ殆其全部ヲ總豫算ニ編入セル實蹟ニ照應スレハ所謂民設會社カ配當ノ多少ヲ先ニシテ設備、經營ノ要務ヲ後ニスルノ非難ハ均ク國有鐵道ノ場合ニ於テモ亦之ヲ免ルルコト能ハサルヲ見ルヘシ

要之鐵道ノ國有ハ民有ノ場合ニ比照シテ直ニ之カ是非ヲ論斷スヘカラス然レトモ少クトモ一般國有論者ノ唱道スル鐵道ノ普及、設備、經營ノ完備、賃金ノ低減ノ如キハ現時各國財政ノ趨勢ニ徵スルモ其最成功セル普漏西國有鐵道ノ實況ニ照スモ事實不能ノ場合多ク又稀ニ可能ノ場合アルモ之ヲ實行スルコトナカルヘキハ蓋何人ト雖首肯スル所ナルヘシ國有ニ依テ經濟上、財政上所謂國有論者カ唱フルカ如キ所說ノ實行ヲ待タントスルハ時勢ヲ思ハサルノ甚シキモノナリ然レトモ國有論者カ唱フルカ如キ所說ハ之ヲ論外ニ置キ國有ト民有トハ經濟上果シテ孰レカ優レルカ試ニ我國鐵道統計(三一年度)ノ一部ヲ擧ケテ之カ資料ノ一端ニ供スル所アルヘシ

線路名	一哩平均建設費	一日一哩ニ對スル平均營業收入	一日一哩ニ對スル平均營業費	營業收入百圓ニ對スル營業費
官設線	八一、三八八四	四四四四	二五四	五六四
日本鐵道	四九、五九一	二四	一四	六一
山陽鐵道	六五、五五四	二七	一二	四四

0249

九州鐵道	七二、五四二	三五	二〇	五六
關西鐵道	八五、三一三	一九	一一	六〇
甲武鐵道	六五、五四一	四二	二一	五〇
北海道炭礦鐵道	三五、三二七	一九	一一	六三

上述ノ表ニ於テ官設線ハ建設費ニ於テ著ク巨額ヲ要セルヲ見ルヘシ線路ノ難易ト經營ノ主體ノ異ナルコトハ固ヨリ重大ナル原因ナリト雖事實ニ於テ官設線ハ民設線ニ比シテ其建設ニ多額ノ費用ヲ要セルハ明ナリトス又營業費ニ於テモ官設線ノ著ク多キハ乘客貨物ノ數量ノ多寡、線路車輛ノ良否經營ノ主體ノ異ルコトモ固ヨリ重大ナル原因ナリト雖官設線ハ民設線ニ比シテ線路ノ保存修繕、車輛ノ運轉保存修繕、旅客貨物ノ取扱等ニ多額ノ費用ヲ要セルハ明ナリトス上述スル所ノ統計ト我國實際ノ鐵道ノ現狀ト相照應スレハ所謂自利ノ觀念ハ常ニ利害ノ相隨伴スルコトヲ知ルヘシ蓋人類ハ皆自利ノ觀念ヲ根底トシテ立ツモノナリ而シテ經濟上ノ自利トハ人類各自カ貨財ヲ收得セントスル欲望ヲ指スモノナリ故ニ自利ノ觀念ハ利害關係ノ密接ナルニ隨ヒ益強ク又競爭ニ因テ最良ク之カ刺激ヲ感スルモノナリ民設會社ノ營利ニ急ナルハ固ヨリ官設ノ及フ所ニ非ス是一方ニハ民設ニ於テ冗費少キト共ニ設備、經營ニ周密ナラス一時ノ收益ニ急ナル所以ニシテ一方ニハ官設ニ於テ冗費多カルヘキト共ニ之カ設備、經營ニ周密ナル所以ナリトス然レトモ均ク營利的事業ナル以上ハ其競爭ニ因テ之カ設備經營ニ於テ其發達ヲ見ルハ固ヨリ自然ノ理ナリ世人カ現ニ陸上ノ競爭ヲ受クル關西大阪ノ諸鐵道、海運ノ競爭ヲ受クル山陽鐵道ニ於テ事實見ル所ニシテ競爭ノ刺激ニ因ル事業ノ發達、進歩ハ又其經營者ノ公私ヲ問ハサルモノナリ

予輩ハ上來縷述スルカ如ク經濟上、財政上、國有鐵道ノ利害問題ハ常ニ時ト處トニ依テ之カ是非ヲ決定セスンハ非ス民設ノ鐵道ヲ買收シテ其純收入、國庫ノ總收入ノ半以上ヲ占ムル普漏西ノ如キアレハ收支相償ハサルカ爲ニ國有鐵道ヲ民設會社ニ賣下ケ又ハ貸下ケヲ爲ス伊太利、「ブラジル」ノ如キアリ予輩ハ固ヨリ我國ノ如キハ伊太利、「ブラジル」等ノ失態ニ陷ルコトナキヲ信スルト共ニ又私設鐵道ノ買收ニ依テ直ニ普漏西ノ如キ效果ヲ奏スヘシト豫期スルハ少シク臆斷ニ失スルノ疑ナシト爲ササルナリ」

予輩カ鐵道國有ヲ主張スルハ經濟、財政ノ點ニ在ラスシテ政治上ノ點ニ在リ鐵道ハ公共事業ニシテ而モ自然的獨占事業ナリ事業其モノノ性質ハ所謂經濟上ノ自由競爭ヲ許スモノニ非ス鐵道事業ニ對スル放任政策ハ事實ニ於テ競爭ヲ生スヘシ然レトモ自然的獨占事業ヨリ生スル競爭ハ永久ニ繼續シテ貨財ノ生産ヲ發達スヘキ所謂經濟上ノ自由競爭ニ非スシテ唯一時ノ幻影トシテ經濟界ヲ攪亂スル爭鬪ナリ

先年「グリフリン」氏カ鐵道ト「トラスト」トノ關係ニ付演說セル一節ニ「一ノ國家ノ下ニ於テ競爭カ一定ノ程度ヲ超ヘテ發達スルトキハ結局最優勢ナル專占權ヲ生スルモノナリ今日最自由主義、放任主義ノ發達セル亞米利加合衆國ニ於テ優勢ナル專占事業ノ發生ヲ見ルニ至リタルハ亦競爭ノ一定ノ程度ヲ超ヘテ發達セル結果ニ外ナラス」ト云ヘリ啻ニ理論上ノミナラス實際ニ於テ英米其他歐洲大陸ヲ通シ鐵道ノ發達ニ伴フテ優者兼併ノ趨勢ヲ呈スルハ鐵道ノ歷史ニ徵シテ明ナル所ナリ我國ニ於テモ兩毛鐵道ノ日本鐵道ニ合併シ筑豐ノ九州鐵道ニ合併シ又近時房總、總武二鐵道關西、大阪、南和、河陽ノ四鐵道道後、伊豫、南豫、宇和島ノ四鐵道等ニ於テ合併談ノ相踵キテ起ルハ又其自然的獨占事業ノ實相ヲ現ハスニ至リタルモノナリ如此貨財ノ生産、分配ニ對シ經濟上至大ノ勢力ヲ有スル鐵道カ其兼併ノ趨勢ニ

0250

伴フト共ニ之カ實權ヲ少數ノ私人ノ私利ニ委ヌルハ政治上最忌ムヘキノミナラス社會政策上害毒之ヨリ大ナルハナシ近時英米等ニ於テ當路ノ局ニ在ル者屢鐵道國有ノ會議ヲ開キ又鐵道國有ノ已ムヘカラサル所以ヲ說ク者亦一ニ此原由ニ外ナラス又鐵道國有ニ對スル軍事上ノ理由即鐵道網ノ成形、線路ノ選擇、軍事ノ輸送ニ對スル設備、鐵道隊ノ編成及訓練、國法上ニ對スル負擔ノ義務、外人ノ鐵道占有ニ對スル危險等ニ於テ國有ヲ以テ優レリト爲スハ言ヲ俟タサル所ナリ

要之鐵道國有ハ政治上、軍事上之カ實行ヲ期セスンハ非ス、若其建設、買收及經營ノ方法ニシテ其宜キヲ得ハ併セテ經濟上、財政上ノ效果ヲ收メ得（キコト亦言ヲ俟タス唯現時各國ノ財政益膨脹ヲ告クルノ際鐵道其モノノ普及ハ政府單獨ノ行爲ニ依テ固ヨリ期シ能ハサル所ナリ隨テ一方ニ於テハ自ラ鐵道ノ建設及經營ニ當ルト共ニ一方ニ於テハ既設ノ私設鐵道ノ買收ニ對スル方法及私設ノ新設認可ニ對シ國有歸屬ノ法ヲ執リ以テ鐵道ノ完成ヲ期セスンハ非ス故ニ今日ノ問題ハ鐵道國有ノ可否ニ非スシテ如何ナル方法ニ依テ新設ノ私設線ニ對シ國有歸屬ノ實ヲ擧クヘキヤ又財政ノ緩急ニ應シ如何ニシテ既設鐵道ノ買收ヲ爲スヘキヤニ在リ

終ニ臨ミ鐵道國有歸屬法ノ實例タル佛蘭西鐵道ノ大體ノ沿革ヲ述ヘ以テ本節ヲ終ルヘシ

佛蘭西政府ハ千八百四十二年ノ法律ヲ以テ營業期限ヲ四十五箇年ト爲シ期限ノ滿了ト共ニ國家ノ手ニ歸屬スヘキコトヲ規定シタリ其後期限ノ延長及利子ノ補給ニ依テ鐵道ノ布設、普及ヲ奬勵シ普佛戰爭以後政府ハ鐵道ノ改良、設備最急ナルヲ感シ新ニ新設官有鐵道ノ大計畫ヲ立テシモ到底之ニ要スル巨額ノ資本ヲ得ルニ難キヲ以テ千八百八十三年七大幹線中重ナル六線ヲ民設會社ニ經營セシメ千八百八十五年ノ如キハ純收入僅ニ四百萬「フラン」ニ止リ建設資本ノ利息四千萬「フラン」ノ一割ニ過キサルノミナラス其會社ニ支給スル補助金ニ至テハ著ク巨額ニ達シ千八百六十七年ヨリ同七十一年迄ノ八年間ニハ二億九千萬「フラン」ノ多キニ上リタリ然レトモ政府ノ純收入ハ漸次減增スルト共ニ千九百五十年乃至千九百六十年ノ間ニ於テ一萬二千哩ニ近キ鐵道ハ無償ヲ以テ國家ノ手ニ歸屬スルカ故ニ無謀ナル買收方法ニ依リ鐵道公債其モノノ利子スラモ補給スルコトヲモ得サル不確定ナル手段ニ比スレハ却テ簡單ニ且確實ナルモノト謂フヘキナリ

第五章　手數料

第一節　手數料ノ概念

手數料ナルモノハ收入ノ一項目トシテ認ムヘキモノナルカ又之ヲ認ムルトセハ其性質、範圍ハ如何ニシテ定ムヘキモノナルヤ今日ニ至ル迄殆說ノ歸スル所ヲ知ラス歐米各國ヲ通シテ手數料ナルモノヲ法規ノ上ニ於テ認メタルモノハ獨逸、墺太利等ノ數箇國ニ過キス我國ニ於テハ憲法第六二條第二項ニ於テ報償ニ屬スル行政上ノ手數料及其他ノ收納金ハ法律ヲ以テ定ムル限ニ在ラサルコトヲ規定シ手數料ナルモノハ報償ニ屬スルモノナルコトヲ半面ヨリ示スト共ニ租稅、公債等ニ比シテ財政上緊要ナル事項ニ非サルコトヲ反證セリ然レトモ茲ニ所謂手數料ナルモノハ固ヨリ憲法第六二條第二項ニ示セル手數料ト其實質ヲ一ニセサルノミナラス又豫算雜收入ノ一項タル手數料ト全然其性質範圍ヲ一ニスル所アルナシ各國ノ學說、立法例ニ於テモ手數料トシテ認メラルルモノハ或ハ租稅トシテ認メラレ或ハ有償收入トシテ認メラレ其所管ノ職制ニ於テ一定スル所ナク其豫算ノ種類及款項ニ於テ區區ニ岐レ其收入ノ國庫官吏又ハ公吏ニ歸屬スル等複雜ヲ極ムルニ於テハ皆異ナル所アルナシ

0251

手數料ナル觀念ハ「ハインリヒ、ラウ」ニ於テ始テ研究セラレタルコトハ財政學史ノ下ニ於テ述ヘタル所ナリ今其性質、範圍ヲ述フルニ先チ之カ大體ノ沿革ヲ略述スヘシ

手數料ノ發生ハ國家ノ事務漸次複雜ヲ極メ自ラ專門ノ技能ヲ要スルニ至レル時ニ在リ殊ニ司法及教育ノ事務ニ於テ然リトス裁判ノ事務ハ古代ヨリ國家ノ事務トシテ認メラレシモ事實之カ執行ノ衝ニ當リタル者ハ一私人ナリシヲ以テ各自其報酬ヲ受クルヲ例ト爲シタリ第十七世紀ニ至リ裁判機關ノ設備成ルヤ裁判官ヲ設ケ所謂手數料ナルモノハ直ニ裁判官ノ俸給トシテ交付セラルルニ至レリ其後裁判ノ爲ニ要スル文書其他證書等ニ付テハ必政府ノ製造ニ係ルモノ或ハ政府ノ規定ニ從ヘルモノニ限ラレ印紙賤、階級ニ因テ差等ヲ立ツヘキモノニ非サルコト明ト爲レリ然レトモ手數料ハ一方ニ於テ純然タル國家ノ行政ニ關係セサル場合ニ於テ徵收セラルルコトアリ君主特權ニ基ク收入ト見ルヘキ道路、河川ヲ貼用スルコトヲ條件トシ證券印紙ノ制度ハ手數料以外ノ場合ニ於テモ汎ク行ルルニ至レリ之ト同時ニ手數料ハ財政學上國庫ノ收入タルヘキモノナリトシ裁判官ノ手數料受領ノ制廢止セラレ第十九世紀ニ至テ全國ヲ通シテ國庫ニ所屬スル一定ノ手數料制度行レ手數料ハ行政行爲ノ報償トシテ人民ノ貴收額ニ付キ其事件ノ大小、其事件ニ因テ受クル利益ノ多寡、手數料納付者ノ資力ノ大小ヲ標準トシテ其間ニ等差ヲ設ケ其形體ヲ租稅ニ變更スルモノアルニ至レリ例之我國ニ於ル狩獵規則ノ免許料ハ狩獵法ノ租稅ト變シ登記ノ手數料カ登錄稅ノ租稅ト變セルカ如シ如此手數料ノ性質範圍ハ時ト處トニ因テ其類ヲ異ニシ殆相對的ノ關係ニ依リ同一ノ實質ニシテ其形式ヲ變更スル不確定ナルモノナルヲ以テ「バステーブル」ノ如キハ手數料トハ國家ノ行爲ノ偶然ノ生產物ナリ國家カ其職務執行ノ餘暇ニ生スル

雜錄

○大審院判例要旨

一四〇　詐欺取財罪ノ成立　詐欺取財罪ハ人ヲ欺罔又ハ恐喝シテ財物若クハ證書類ヲ交付セシムルニ因テ成立ス而シテ其欺罔又ハ恐喝ノ手段カ不法ヲ原因トスル行爲ナルト否トハ犯罪ノ成否ニ何等ノ關係ナシ(三十七年十月二十八日第一刑事部)

一四一　判決ノ基本タル口頭辯論　同一ノ訴訟事件ニ付各別異ノ判事ヲ以テ構成セラレタル裁判所カ數回ノ口頭辯論ヲ開キタル場合ニ於テハ當事者ヨリ訴訟關係ノ全體ヲ表明シ證據調ノ結果ニ付陳述ヲ爲シタル最後ノ口頭辯論ヲ以テ判決ノ基本タル口頭辯論トス(同年十月二十九日第一民事部)

一四二　判決主文ニ表示セル目的物稱呼ノ更正　判決主文ニ於ル目的物ノ稱呼カ穩當ナラサル場合ト雖起訴者自身ノ誤謬ニ基クトキハ更正ヲ申立ツルコトヲ得ス(同年十月十三日第一民事部)

一四三　猶豫期間ヲ與ヘサル呼出　刑事法訴訟第二五七條ニ所謂訴訟關係人ニハ辯護人ヲモ包含スルモノトス隨テ辯護人ニ對シ呼出狀ノ送達ト出頭トノ間ニ二日ノ猶豫ヲ與ヘサルハ違法ナリ(同年十月二十八日第一刑事部)

○五大學聯合懸賞大討論會　既報ノ如ク本大學ノ催ニ係ル懸賞大討論會ハ本月七日午後一時ヨリ第一講堂ニ於テ開會シタリ出題者梅博士會長席ニ著カレ且採點ノ任ニ當ラレタリ先問題ヲ再記センニ保證人ヲ以テ擔保セル債權ノ讓渡ヲ主タル債務者ニ通知シタルトキハ之ヲ保證人ニ通知セサルモ以

0252

テ保證人ニ對抗スルコトヲ得ルヤ否ヤ

參照　民四六七、法律新聞一七一號八頁、法學志林五五號一頁

本問題ニ在リ討論者ハ抽籤ニテ順次登壇シ各自其論旨ヲ演述シタリ討論者總テ十四名中積極說ハ吉川泰次郎、玉井喜久市、秋山彌太郎、石大次郎、澤井廉一、伊澤嚴吉、小林莊輔ノ七氏ニシテ消極說ハ佐々木丸治、谷津慶次、吉田久、白濱直衛、山川幸吉、寺分秀一、大原久吉ノ七氏ナリキ孰モ熱心ニ辯論ヲ闘ハシ點燈後ニ及ヒテ討論終結シタリ論旨ハ種種ノ方面ニ出テ一一茲ニ記載スルコトヲ得サルモ今其大要ヲ摘記スレハ積極論ハ保證債務ハ從タル債務ナルカ故ニ主タル債權ノ讓渡ト共ニ常ニ移轉スルモノト解スヘク而シテ民法第四六七條ニ所謂債務者中ニハ保證人ヲ包含セサルモノト謂ハサルヘカラス是他ノ法條ニ據テ明ナリト云フニ在テ消極說ハ保證債務ハ從タル債務ナルモ本來主タル債務ト別箇ニ存立スルモノナリ即主タル債務者ヲ辨濟ヲ爲ササル場合ニ代リテ辨濟ヲ爲スヘキ債務ヲ獨立的ニ負擔スルモノニシテ亦一ノ債務者カ外ナラス隨テ民法第四六七條ニ所謂債務者ナリ然ラハ則保證人ニモ通知セサルヘカラサルコトハ保證人カ其之ヲ受クルト否トニ因テ被ル所ノ利害大ナルモノアルヨリ觀ルモ如此結論セサルヘカラスト云フニ在リキ採決ニ及ヒテ消極說多數ヲ占メタリ次テ會長ハ各討論者ノ所說ヲ評論セラレ且積極說ヲ至當トスル理由ヲ說明シ優等者ニ賞品ヲ授與シテ閉會ヲ告ケラレタリ其受賞者左ノ如シ（早稲田大學生ハ闕席）

第一等賞（梅博士民法要義五冊）　東京法學院大學學生　玉井喜久市
同第二等賞（秋山博士國際公法二冊）　同法政大學學生　白濱直衛
第三等賞（富井博士民法原論一冊）　日本大學學生　小林莊輔
　　谷津慶次

（注意）校外生月謝金納付ノ際ハ必ス本紙ヲ切拔キ居所、氏名及爲替番號、金額、並ニ月謝金ノ月別若クハ何月分ヨリ何月分迄ト記入シ爲替券ニ添附スルモノトス

納付書

爲替番號（　　）

一金

但三十八年度講義錄　月分月謝金

右納付候也

居所

明治三十　年　月　日

法政大學會計局御中

納付書

爲替番號（　　）

一金

但三十八年度講義錄　月分月謝金

右納付候也

居所

明治三十　年　月　日

法政大學會計局御中

0253

法學志林

第七卷第四號
四月十日發行
法學博士　岡村司

志林

○離婚論　法學博士　加藤正治
○共同海員ト保險者ノ塡補額　法學博士　上杉慎吉
○便宜ノ原則　法學士　上杉慎吉
○國家ノ成立存在スル理由ハ人類ノ自由活働ニアリ(承前)　法學博士　筧克彥
○營利法人ト支配人ノ選任　法學士　松本烝治

解疑

○文書僞造行使詐欺取財ト刑法第三百九十八條トノ關係　法學士　豐島直通
○第二差押債權者ノ執達吏カ爲シタル照査手續ト第一差押債權者ノ配當要求權　法學士　板倉松太郎

散錄

○奉光聆露　信岡雄四郎
○戰局ノ將來　公平慨史

判例

大審院新判例　三十九件

雜報

○司法官試驗不施行ノ風說○皇室ノ裁判問題ニ關スル判決○司法官ノ大更迭○東京控訴院ノ事務分配ト部員ノ配置○官紀振肅ニ關スル司法大臣ノ訓示○取締役ハ支配人ナル旨ノ改正○刑法改正ノ趨勢○法廷ニ於ケル裁判所ノ構成○風俗壞亂出版物ノ增加○法廷ニ於ケル切腹セントスル得ル得ヤ

記事

○大學像科ノ始業○講師會○說捷會○校友異動○校友死亡○寄贈書目

明治三十七年十一月十日郵便三種郵便物認可
毎月三回、五日、十五日、二十五日發行

明治三十八年五月十二日印刷
明治三十八年五月十五日發行
(定價金廿五錢)

東京市牛込區牛込北町十番地
編輯兼發行者　荻原敬之

東京市牛込區矢來町三番地
印刷者　小宮山信好

東京市芝區四ノ久保明舟町十一番地
印刷所　金子活版所

東京市麴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)

0254