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

PDF issue: 2025-07-04

法政大學講義録

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

(出版者 / Publisher)
法政大學
(巻 / Volume)
23
(開始ページ / Start Page)
1
(終了ページ / End Page)
82
(発行年 / Year)
1905-06-15

和立法政大學編輯局

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

明治三十八年六月十五日發行

法政大學講義錄

三十八年度

法政大學發行

第二十三號

0341

第二十三號目次

民法物權（自第七章至第十章）（自一〇三至一一四）　法學士　横田秀雄

民法債權（自第二章第二節第十四節）（自一〇三至一一八）　法學士　杉山直治郎

商法商行爲（自第一章至第九章）（自一一三至一三四）　法學士　田坂友吉

商法商行爲（第十章）（自九七至一一六）　法學士　村上隆吉

民事訴訟法第二編（自一八五至一〇四）　法學士　遠藤忠次

刑事訴訟法（自一九三至二二四）　法學士　豐島直通

財政學（自一四三至一七八）　法學士　下村宏

雜錄　○大審院判例要旨

（イ）抵當權ノ處分ヲ主タル債務者ニ通知シタル時　主タル債務者ニ通知ヲ爲スハ抵當權ノ處分アリタルコトヲ知ラシムルカ爲ニシテ主タル債務者カ此事實ヲ知ルニ於テハ抵當權者ニ對シテ辨濟其他ノ行爲ヲ爲スコトナキヲ以テ損害ヲ被ルノ虞ナシ又抵當權ノ處分ヲ主タル債務者ニノミ通知スヘキモノトナシタルハ抵當權者保證人等カ辨濟其他ノ行爲ヲ爲スニ臨ミテハ一應主タル債務者ニ付テ債務ノ存在抵當權ノ狀態等ヲ確ムルハ普通ノ順序ナルヲ以テナリ而シテ第三七六條ハ「第四百六十七條ノ規定ニ從ヒ云々」ト規定セルヲ以テ債權讓渡ノ場合ト等ク抵當權者ヨリ處分ノ通知ヲ爲スコトヲ必要トス

（ロ）債務者ノ承諾ヲ得タル時　抵當權ノ處分ニ付債務者ノ承諾ヲ得タルトキハ之ニ對シテ其處分ヲ對抗シ得ヘキハ論ヲ俟タサルノミナラス抵當權ノ處分ハ債權者ノ承諾ニ依リ抵當權設定者其他ノ利害關係人ニ對シテ其效ヲ生スルコトヲ得

以上說明スル所ニ從ヒ抵當權ノ處分ハ債務者ニ對スル通知又ハ其承諾アルニ非サレハ債務者其他ノ第三者ニ對シテ其效ヲ生セサルモノトス例之甲丙ノ二人乙ニ對シテ各千圓ノ債權ヲ有シ甲ハ抵當權者ニシテ丙ハ普通債權者ナリト假定シ甲カ丙ノ爲ニ抵當權ヲ讓渡シ未通知ノ手續ヲ爲ササルノ前乙ハ抵當權ヲ消滅セシムルノ目的ヲ以テ甲ニ對シテ千圓ヲ辨濟シタルトキハ甲ノ抵當權ハ當然消滅ニ歸スヘク丙ハ抵當權ノ讓受人トシテ其權利ヲ主張スルコトヲ得ス反之抵當權ノ處分ハ債務者ニ對スル通知又ハ其承諾ニ依リ絕對ニ其效ヲ生スルヲ以テ處分ノ利益ヲ受クル者ハ爾後抵當物ニ付テ完全ニ其權利ヲ行フコトヲ得ヘシ從テ債務者其他ノ利害關係人ハ原抵當權者ニ對スル辨濟ニ因テ抵當權ヲ消滅セシムルコトヲ得ス詳言スレハ抵當權ハ此辨濟ニ拘ラス依然トシテ存續シ處分ノ利益ヲ受クル者ハ各其權利ノ

090
1905
1-23

157

0342

範圍内ニ於テ抵當權ヲ行使スルコトヲ得ヘシ故ニ前例ニ於テ丙ハ乙ノ辨濟ニ因リ其權利ヲ失フコトナク甲ノ債權額一千圓ノ限度内ニ於テ有效ニ抵當權ヲ行ノコトヲ得ヘシ

第二款　抵當權者ト第三者トノ關係

抵當權ハ不動產上ノ物權ナルヲ以テ登記ヲ經ルニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコト能ハサルト同時ニ適法ニ登記ヲ爲シタル抵當權ハ其後ニ至リ抵當物上ニ所有權又ハ其他ノ物權ヲ取得シタル第三者ニ對シテ之ヲ行フコトヲ得ヘシ玆ニ於テ抵當權設定後抵當物上ニ權利ヲ取得シタル第三者ハ抵當權ノ實行ニ因リ其權利ヲ失フニ至ルノ危險ニ遭遇スヘキハ啻易キノ道理ナリ此場合ニ於テ第三者カ自己ノ利益ノ爲ニ抵當權ヲ消滅セシメ因テ以テ前記ノ危險ヲ豫防シ其權利ヲ保存スルコトヲ得ルノ方法ニアリ辨濟及滌除即是ナリ予ハ以下此二箇ノ方法ニ付說明セント欲ス

第一　辨濟

抵當權ハ物上代位ノ特質ヲ有シ抵當權者ハ抵當物賣却ノ場合又ハ抵當物ニ付キ物權ノ設定アリタル場合ニ其賣却代金又ハ物權ノ對價ニ付優先權ヲ行フコトヲ得ヘキハ民法第三〇四條、第三七二條ノ規定ニ徵シテ明ナリ玆ニ於テ抵當權者ハ抵當物ノ賣却又ハ抵當物ニ關スル物權設定ノ場合ニ於テハ其選擇ニ從ヒ抵當權ノ實行即チ競賣ニ因テ其債權ノ辨濟ヲ受ケ若クハ抵當物ノ賣却代金又ハ物權ノ對價ヲ第三債務者ヨリ取立テテ之ヲ其債權ノ辨濟ニ充當スルノ權利ヲ有スルモノナリ而シテ抵當權者カ抵當權實行ノ方法ニ依ラスシテ新所有者又ハ物權取得者ニ對シテ抵當物ノ賣却代金又ハ物權ノ對價ヲ請求シ其辨濟ヲ受ケタル時ハ抵當權ハ玆ニ全ク消滅ニ歸スヘキモノトス何トナレハ抵當物ノ賣却代金又ハ物權ノ對價ハ抵當物又ハ物權ノ價格ヲ代表スルモノナレハ抵當權者ハ抵當權實行ノ方法ニ依ラスシテ其代金又ハ對價ヲ領收シタル以上ハ抵當權實行ノ權利ヲ拋棄シ其代金又ハ對價ノ辨濟ヲ受ケテ第三者ノ爲ニ抵當權ヲ消滅セシムルノ意思ナリト推測スルヲ得ルノミナラス此場合ニ於テ尙抵當權者ヲシテ其抵當權ヲ實行スルコトヲ得セシムルニ於テハ抵當權者ハ二重ニ其權利ヲ行フノ不公平ナル結果ヲ生スルニ至ルヘケレハナリ是第三七七條ノ規定アル所以ニシテ同條ノ規定ニ依ルトキハ第三者ノ辨濟カ抵當權消滅ノ效果ヲ生スルニハ左ノ三箇ノ要件ノ具ハルコトヲ必要トス

一　抵當權消滅ノ利益ヲ受クヘキ者ハ所有權又ハ地上權ヲ買受ケタル第三者ナルコト

抵當物ニ關シテ所有權ヲ買受ケタル者ハ其相當代價ヲ支拂フヲ常トシテ地上權ヲ買受ケタル者モ亦其買受ケタル地上權ノ對價トシテ相當ノ代金ヲ支拂フヘキモノトス而シテ地上權ハ強大ナル物權ニシテ此權利ノ設定ニ因リ土地ノ實益ハ地上權者ニ歸スヘク之ヲ買受クルカ爲ニ地上權者ノ支拂フヘキ代價ハ地上權其モノノ價格ヲ代表スルモノト見ルコトヲ得ヘシ反之定期ニ地代ヲ支拂フヘキ地上權者小作人ハ地代又ハ小作料ヲ支拂フヘキ義務ヲ負擔シ一時ニ多額ノ代金ヲ支拂フモノニ非サルヲ以テ此場合ニ於ル物權ノ對價ハ權利其モノノ價格ヲ代表スルモノニ非サルヤ明ナリ地役權ハ其效力薄弱ナルヲ以テ地役權者ノ爲ニ特ニ抵當權ヲ消滅セシムルノ必要ヲ見ス故ニ權利ノ對價ヲ支拂ヒテ抵當權ノ實行ニ因ル權利ノ消滅ヲ免カルルノ權利ヲ有スルモノハ所有權又ハ地上權ヲ買受ケタル者ニ限リ其他ノ物權者ニ於テ此恩典ニ浴スルコトヲ得ス

二　抵當權者ニ於テ辨濟ノ請求ヲ爲スコト

第三取得者ニ其權利ノ對價ヲ辨濟シテ抵當權ヲ免脫スルヲ得ル所以ノモノハ他ナシ抵當權者カ其對

0343

價ノ辨濟ヲ受ケテ抵當權ヲ實行スルノ權利ヲ拋棄スルノ意思ナリト推測スルカ爲ナリ然ルニ第三取得者カ抵當權者ノ請求ヲ待タスシテ進テ債務ノ辨濟ヲナシタルトキハ抵當權者ニ此意思アリト推測スルヲ得ス何トナレハ此場合ニ於テハ抵當權者ハ第三取得者ニ於テ單ニ債務者ニ代リテ辨濟ヲ爲スモノト認メテ其辨濟ヲ受ケタルモノト推測シ得ヘケレハナリ

三　第三取得者カ代價ヲ完濟シタルコト

第三者カ抵當權ヲ免脫スルニハ其權利ノ對價ノ全部ヲ辨濟スルヲ要シ一部ノ辨濟ハ此效果ヲ生セサルモノトス但一部辨濟ノ場合ニ於テハ第三取得者ノ辨濟シタル金額ハ抵當權ニ依テ擔保セラルル債務ノ額ヲ減少スルノ效力ヲ生スルヲ以テ抵當權者ハ單ニ其殘額ニ付抵當權ヲ實行スルコトヲ得ルニ過キサルモノトス

第二　滌除

滌除トハ第三取得者カ抵當權者ニ提供シテ其承諾ヲ得タル金額ヲ拂渡シ又ハ之ヲ供託シテ抵當權ヲ消滅セシムルヲ云フ(三七八條)故ニ滌除ニ在テハ第三取得者ニ於テ進テ抵當權ノ消滅ニ必要ナル金額ノ提供ヲ爲スヲ得ヘク敢抵當權者ノ請求ヲ必要トセス然レトモ其金額ハ第三取得者ニ於テ隨意ニ之ヲ定ムルコトヲ得ス當ニ必其金額ニ付キ抵當權者ノ承諾ヲ經ルコトヲ必要トス蓋抵當權者カ抵當物ニ關シテ最利害ヲ感スルモノハ其價格如何ニ在リ何トナレハ抵當權者ハ結局抵當物ヲ賣却シテ其代金ヲ自己ノ債權ノ辨濟ニ充ツルノ權利ヲ有スルニ過キサルヲ以テナリ果シテ然ラハ抵當權者カ抵當物ノ相當代價ヲ領收シテ之ヲ其債權ノ辨濟ニ充ツルコトヲ得ルニ於テハ強テ抵當權ヲ實行シ抵當物ヲ競賣ニ付スルノ必要ナシトス又他方ニ於テ抵當物ニ關シテ所有權其他重要ナル權利ヲ取得シタル者ハ其權利ノ目的タル不動產ノ負擔スル抵當權ヲ消滅セシメ其權利ヲ保存スルニ於テ緊切ノ利害ヲ感スルコトハ敢テ說明ヲ要セサル所ナリ是法律カ第三取得者ニ許スニ抵當權者ノ承諾シタル金額ヲ之ニ辨濟シテ抵當權ヲ滌除スルノ權利ヲ以テスル所以ニシテ此方法タル第三取得者ノ爲ニ頗有益ナルノミナラス毫モ抵當權者ノ利益ヲ害セサルモノナリ予ハ今滌除ヲ爲シ得ヘキ人、滌除ノ期間、滌除ノ手續及增價競賣ニ區別シテ說明スヘシ

一　滌除ヲ爲シ得ヘキ人

抵當權ヲ滌除シ得ヘキ者ハ抵當不動產ニ付所有權地上權又ハ永小作權ヲ取得シタル第三者トシ抵當物上ニ其他ノ權利ヲ取得シタル第三者ハ此權利ヲ行フコトヲ得ス蓋所有權地上權及永小作權ハ不動產ニ關スル最强大ナル權利ニシテ此等ノ權利ヲ取得シタル者カ抵當權實行ノ結果其權利ヲ失フニ於テハ爲ニ大ニ損害ヲ被ルニ至ルヘキハ勿論權利ノ目的タル不動產カ抵當權ヲ負擔スルトキハ其利用改良ニ關シテ非常ニ不便ヲ感スヘシ如此ハ權利者其人ノ爲ニ不利ナルノミナラス又公益ニ害アルヲ以テ此等ノ第三取得者ヲシテ滌除權ヲ行フコトヲ得セシムルハ極テ必要ナリト謂ハサルヲ得ス反之留置權者占有權者ノ如キハ抵當權ノ有無ニ付利害ノ關係ヲ有セス地役權者ハ極テ薄弱ナル權利ヲ有スルニ過キサルヲ以テ抵當權ノ實行ニ依リ重大ノ損害ヲ被ルノ虞ナシ從テ此等ノ第三者ヲシテ滌除權ヲ行フコトヲ得セシムルノ必要ナキモノトス

右ノ如ク抵當不動產ニ付キ所有權地上權又ハ永小作權ヲ取得シタル第三者ハ滌除權ヲ行フコトヲ得ヘシト雖此原則ニハ例外アリ主タル債務者保證人及其承繼人ハ此權利ヲ行フ能ハサルコト是ナリ蓋此等ノ人ハ自ラ債務辨濟ノ責ニ任スルモノニシテ抵當權ハ其債務ノ擔保トシテ設定セラレタルモノ

0344

ナレハ其債務ノ存スル限リハ抵當權ノ免脫ヲ請求スルヲ得サルハ勿論ナリ又抵當權設定者ハ所謂第三取得者ニ非サルノミナラス自己ノ所有ニ係ル不動產ヲ債務ノ擔保ニ供シタル以上ハ其債務ノ存在スル限リハ抵當權ノ免脫ヲ請求スルコトヲ得サルモノトス

所有權地上權又ハ永小作權ノ設定移轉カ停止條件ニ繫ル場合ニ於テハ第三者ハ其條件ノ成就ニ因リ初メテ權利ヲ取得スヘク條件ノ成否未定ノ間ハ其權利未發生セサルヲ以テ第三取得者トシテ濟除權ヲ行フコトヲ得ス反之權利ノ設定移轉カ解除條件ニ繫ルトキハ第三者ノ權利ハ既ニ發生シ第三者ハ唯條件ノ成就ニ因リ其權利ヲ失フニ過キサルヲ以テ條件ノ成否未定ノ間ハ第三取得者トシテ完全ニ濟除權ヲ行フコトヲ得ヘシ

二　濟除ノ期間

抵當權者ハ其抵當權ヲ實行セントスルニ臨ミ先其旨ヲ第三取得者ニ通知スルコトヲ要ス是第三取得者ヲシテ法律ニ依テ付與セラレタル濟除權ヲ行フコトヲ得セシムルカ爲ナリ蓋第三取得者ハ法律ニ依リ付與セラレタル權能ニ基キ抵當權ノ實行ニ先チ抵當權ヲ濟除シテ其權利ヲ保存スルコトヲ得ヘシト雖抵當權者カ豫第三取得者ニ通知ヲ爲スコトヲ要セシテ抵當權ノ實行ニ著手シ得ヘキモノトスルトキハ第三取得者ハ不知ノ間ニ其權利ヲ失フノ虞アリ然ルニ第三取得者ハ抵當權者ノ通知ニ因リ其權利ノ消滅ニ歸著スヘキ競賣手續ノ將ニ開始セラレントスルコトヲ豫知スルニ依リ濟除權ヲ行使シテ之ヲ豫防スルコトヲ得ヘシ

抵當權者ヨリ通知ヲ受ケサル間ハ第三取得者ハ何時ニテモ濟除ノ手續ヲ爲スコトヲ得ルモ一旦通知ヲ受ケタル以上ハ其通知ヲ受ケタルヨリ一箇月內ニ濟除ノ手續ニ著手スルコトヲ要ス是他ナシ通知ヲ受ケタル第三取得者ヲシテ永久無限ニ此權利ヲ行フコトヲ得セシムルニ於テハ抵當權者ハ其抵當權ノ實行ヲ爲スコト能ハサルニ至ルヘケレハナリ故ニ法律ハ通知後一箇月後ヲ期限トシ此期限內ニ濟除ノ手續ヲ爲サシムルモノナリ

抵當權者カ第三取得者ニ對シテ抵當權實行ノ通知ヲ爲シタル後更ニ其他ノ第三者カ抵當物上ニ權利ヲ取得スルコトアリ此場合ニ於テ抵當權者ハ更ニ第三者ニ對シテ抵當權ノ實行ヲ通知シ通知ヲ受ケタル第三者ハ通知後一箇月內ニ濟除ヲ行フコトヲ得ヘキモノトスルトキハ抵當權者ハ往往ニシテ其權利ノ實行ヲ妨ケラルルノ不公平ナル結果ヲ生スルヲ以テ法律ハ抵當權者ノ利益ヲ保護スル爲メ後ノ取得者ハ前ノ取得者カ濟除ヲ爲スコトヲ得ル期間內ニ於テ自ラ濟除ノ手續ヲ爲スコトヲ得ヘキモノトセリ從テ後ノ取得者ニ對シテハ更ニ抵當權者ヨリ通知ヲ爲シ一箇月ノ法定期間ヲ存スルノ必要ナシトス（三八二條三項）

三　濟除ノ手續

第三取得者カ抵當權ヲ濟除セントスルニハ登記ヲ爲シタル各債權者ニ左ノ書面ヲ送達スルコトヲ要ス

甲　權利取得ニ關スル要領ヲ揭ケタル書面

此書面ニハ左ノ事項ヲ記載スルコトヲ要ス

イ　權利取得ノ原因　例之賣買、讓與、交換等ニ依リ所有權、地上權又ハ永小作權ヲ取得シタル事實關係ヲ云フ

ロ　權利取得ノ年月日　當事者ノ能力、法律行爲ノ效力ヲ審査スル爲ニ必要ナリ

0345

ハ　讓渡人及取得者ノ氏名住所　權利ノ設定移轉ノ當事者ノ何人タルヤヲ知ラシムルカ爲メ必要ナリ

ニ　抵當不動產ノ性質及所在　目的物ノ表示ニ關スル記載ニシテ例之何町何番地所在ノ土地又ハ家屋ト云フカ如シ

ホ　代價及其他取得者ノ負擔　代價ハ權利ノ設定移轉ニ對シテ第三取得者ノ支拂フヘキ金額ヲ云ヒ其他ノ負擔トハ第三取得者ノ支拂フヘキ地代、小作料又ハ第三取得者ノ引受クヘキ債務ノ類ヲ云フ

乙　登記簿ノ謄本

抵當不動產ノ登記簿ノ謄本ハ各債權者ヲシテ抵當不動產ニ關スル權利關係ヲ知ラシムルカ爲ニ必要ナルヲ以テ法律ハ第三取得者ヲシテ各債權者ニ其謄本ヲ送附スルノ義務ヲ負ハシムルモノナリ但既ニ消滅シタル權利ニ關スル登記ハ當事者ノ利害ニ影響ヲ及ホササルヲ以テ謄本中ニ之ヲ揭クルノ必要ナシ

丙　債權者ニ對スル意思表示ヲ揭ケタル書面

此書面ハ債權者カ書面ノ送達ヲ受ケタルヨリ一箇月內ニ第三八四條ノ規定ニ從ヒ增價競賣ヲ請求セサルトキハ第三取得者ニ於テ甲號ニ揭ケタル代價若クハ特ニ指定シタル金額ヲ債權ノ順位ニ從ヒ辨濟又ハ供託スヘキ旨ヲ記載スルコトヲ要ス即債權者ハ此書面ヲ以テ抵當權ヲ消滅セシムヘキ金額ヲ債權者ニ提供シ其承諾ヲ求ムルモノニシテ買受代金カ抵當物ノ價額ヲ正當ニ代表スルトキハ其代金ヲ其儘提供スヘク其代金カ抵當物ノ價額ニ比シテ過不足アル場合又ハ第三取得者カ代金支拂ノ義務ヲ負擔セサル場合ニ於テハ新ニ抵當物ノ價額ニ相當スル金額ヲ定メテ之ヲ提供スヘク要ハ提供シタル金額カ不動產ノ價額ヲ正當ニ代表スルニ在リ何トナレハ提供金額多キニ過クレハ債權者ノ承諾ヲ得ヘキモ第三取得者ノ損害トナルヘク其金額少ナキトキハ第三取得者ニ利ナルモ債權者ハ之ヲ承諾セサルヘケレハナリ而シテ第三取得者ハ右ノ金額ヲ提供スルト同時ニ債權者ニ對シ該金額ニ付キ不服アルニ於テハ正規ノ手續ニ從ヒ增價競賣ヲ爲スヘク若此手續ヲ爲ササルトキハ其金額ニハ異議ナキモノト看做シ辨濟又ハ供託ヲ爲スヘキ旨ノ意思ヲ表示スルモノナリ

前記三種ノ書面ハ抵當不動產ニ付登記ヲ爲シタル各債權者（先取特權者抵當權者質權者ニシテ其權利ヲ登記シタル者）ニ送達スルコトヲ要ス故ニ第三取得者カ是等債權者中ノ或者ニ對シ此手續ヲ遺脫シタルトキハ其債權者ノ權利ハ他ノ債權者ニ對スル送達ノ爲メ毫モ影響ヲ受クルコトナシ

債權者カ法定期間內ニ右ノ送達ヲ受ケタルトキハ第三取得者ノ提供ヲ承諾スルカ若クハ之ヲ拒絕スルカ二者必其一ニ出サル可カラス而シテ債權者カ第三取得者ノ提供ヲ不當ナリトシテ之ヲ拒絕スルニハ增價競賣ノ請求ヲ爲スコトヲ必要トス換言スレハ拒絕ノ意思ハ常ニ必增價競賣ノ請求ニ依リテ之ヲ表示スルヲ要シ其他ノ方法ニ依リ之ヲ表示スルコトヲ得ス故ニ債權者カ送達ヲ受ケタルヨリ一箇月內ニ第三取得者ニ對シ此請求ヲ爲ササルトキハ第三取得者ノ提供ヲ承諾シタルモノト看做サレ之ニ對シテ不服ヲ唱フルコトヲ得ス而シテ第三取得者ハ提供金額ヲ債權者ニ辨濟シ又ハ之ヲ供託スルト同時ニ抵當權ハ全ク消滅ニ歸スヘキモノトス

四　增價競賣

債權者カ第三取得者ノ提供シタル金額ヲ不當ナリト認メタルトキハ目的物ノ增價競賣ノ請求ヲ爲ス

0346

權利ヲ有スルコトハ既ニ一言セル所ナリ而シテ債權者カ此權利ヲ行フニハ左ノ條件ノ具備スルコトヲ必要トス

甲　債權者ハ第三取得者ヨリ書面ノ送達ヲ受ケタルヨリ一箇月內ニ第三取得者ニ對シ增價競賣ヲ請求スルコトヲ要ス

債權者カ第三取得者ノ請求ヲ拒ムニハ書面ノ送達ヲ受ケタル時ヨリ一箇月內ニ增價競賣ノ請求ヲ爲シテ拒絕ノ意思ヲ表示スルコトヲ要シ此期間ヲ徒過スルトキハ第三取得者ノ提供シタル金額ノ當否ヲ論爭スルノ權利ヲ喪失スルモノトス而シテ增價競賣ノ請求ノ期間ヲ一箇月ニ制限シタルハ當事者ノ權利關係ヲ永ク不確定ノ地位ニ置クハ第三取得者ニ頗不利ナルヲ以テナリ

乙　抵當權者ハ增價競賣ヲ請求スルト同時ニ若第三取得者ノ提供シタル金額ヨリ十分ノ一以上高價ニ抵當不動產ヲ賣却スルコト能ハサルトキハ十分ノ一ノ增價ヲ以テ自ラ其不動產ヲ買受クヘキ旨ノ意思ヲ表示スルコトヲ要ス

是債權者カ濫ニ增價競賣ノ請求ヲ爲シ爲ニ無益ノ手續ヲ爲ササルヘカラサル弊ヲ豫防スルカ爲ニシテ債權者ハ第三取得者ノ提供シタル金額ト不動產ノ實價トノ差異カ顯著ナル場合即其差異カ提供金額十分ノ一以上ニ當ル場合ニ非サレハ增價發賣ヲ請求スルコトヲ得サルモノトス從テ抵當不動產ノ增價競賣ヲ爲シタル結果第三取得者ノ提供シタル金額ヨリ十分ノ一以上高價ニ其不動產ヲ賣却スルコト能ハサルトキハ其結果ハ債權者ニ於テ之ヲ負擔セサルヘカラス是法律カ十分ノ一ノ增價ヲ以テ其不動產ヲ買受クルノ義務ヲ負ハシメ豫其旨ヲ第三取得者ニ通知セシムル所以ナリ

丙　債權者ハ代價及費用ニ付キ擔保ヲ供スルコトヲ要ス

是第二要件ヨリ生スル結果ニシテ增價競賣ノ請求ニ依リ債權者ハ提供金額ヨリ十分ノ一高價ニ抵當不動產ヲ買ヒ受クル義務ヲ負フト雖債權者ヲシテ單純ニ此義務ヲ負ハシメタルノミニテハ未以テ無責任ナル增價競賣ノ請求ヲ豫防スルコトヲ得ス何トナレハ債權者カ其義務ヲ履行セサルコト往往ニシテ之アルヘケレハナリ是法律カ債權者ニ命スルニ其義務ニ屬スル不動產ノ代價及競賣ニ要スル費用ヲ支辨スルニ足ルヘキ相當ノ擔保ヲ供スルノ義務ヲ負ハシムル所以ナリ故ニ債權者ハ增價競賣ヲ請求スルニ當リ法定ノ要件ヲ具備スル保證人ヲ立テ又ハ相當ノ金額ヲ有スル物件ヲ質物又ハ抵當物トシテ提供スルニ非サレハ其請求ハ法律上其效ヲ生セサルモノトス

債權者ノ增價競賣ノ請求ハ前記ノ三要件ヲ具備スルコトヲ要シ此要件ノ一ヲ缺クトキハ其請求ハ無效トス右ノ外債權者ハ同一ノ期間內ニ於テ債務者及抵當不動產ノ讓渡人ニ對シ增價競賣ノ請求ヲ爲シタル旨ヲ通知スルノ義務アリ蓋是等ノ人ハ皆不動產ノ增價競賣ニ付利害ノ關係ヲ有シ其手續ニ參與スルノ必要アルヲ以テナリ然レトモ此通知ハ增價競賣請求ノ必要條件ニ非サルヲ以テ其手續ノ遺脫ハ增價競賣請求ノ無效ヲ來スコトナシ唯此場合ニ於テハ債權者ハ債務者又ハ讓渡人ニ對シ通知ヲ爲ササルカ爲ニ生シタル損害ヲ賠償スルノ責ニ任スヘキノミ而シテ玆ニ所謂讓渡人ノ中ニハ抵當權設定者ヲ初トシテ第三取得者以前ノ總テノ讓渡人ヲ包含スル何トナレハ不動產競賣ノ結果此等ノ人人ノ間ニ於テ轉賣ノ問題ヲ生スルコトアルヘケレハナリ

債權者ハ其一己ノ意思ヲ以テ增價競賣ノ請求ヲ爲スコトヲ得ルモ一旦之ヲ爲シタル以上ハ其獨斷ヲ以テ之ヲ取消スコトヲ得ス之ヲ爲スニハ必ヤ登記ヲ爲シタル他ノ債權者ノ承諾ヲ經サルヘカラス是他ナシ此等ノ債權者ハ不動產ヲ高價ニ賣却スルニ於テ利益ヲ有スルヲ以テ增價競賣ノ取消ニ

0347

付利害ノ關係ヲ有スルノミナラス此等債權者中初ヨリ增價競賣ヲ請求スルノ意思ヲ有スル者アルモ他ノ債權者ニ於テ既ニ其請求ヲ爲シタル以上ハ重複ニ之カ請求ヲ爲ササルコトアルヘク從テ此等ノ債權者ハ增價競賣ノ請求ノ取消ノ結果遂ニ其權利ヲ行フコト能ハサルニ至ルヘケレハナリ

增價競賣ノ請求カ前ニ揭ケタル要件ヲ缺クニ因テ其效ヲ生セサリシトキ又ハ增價競賣ノ請求カ登記ヲ爲シタル總債權者ノ承諾ノ上取消サレタルトキハ初ヨリ增價競賣ノ請求ナカリシモノトナルヘキヲ以テ第三取得者ノ提供シタル金額ハ此ニ全ク確定スルモノトス又競賣ノ結果相當ノ競落人トナキトキハ增價競賣ヲ請求シタルノ債權者自ラ競落人トナリテ其代金ヲ支拂フノ義務ヲ負擔スルモノトス

第三款　抵當權ノ實行

債務者カ其債務ヲ辨濟セサルトキ即債務者カ遲滯ニアルトキハ抵當權者ハ權利ノ目的タル不動產ヲ賣却シ其代金ヲ以テ債權ノ辨濟ニ充ツルノ權利ヲ有シ之カ爲メ抵當權者ハ法律ニ定ムル手續ニ從ヒ抵當權不動產ノ競賣ヲ請求スルノ權利ヲ有スルモノナリ予ハ今ヨリ抵當不動產ノ競賣ニ關スル特別ノ規定ニ付說明スヘシ

第一　競賣ノ時期

債務者カ遲滯ニ在ルトキハ抵當權者ハ其權利ヲ行使シ目的物ヲ競賣ニ付スルヲ得ルノ權利ヲ有スルヲ原則トス然レトモ抵當不動產ニ付所有權地上權又ハ永小作權ヲ取得シタル者アルトキハ抵當權者ハ其權利ヲ實行セントスルニ臨ミ先第三取得者ニ對シテ其旨ヲ通知スルコトヲ要ス此場合ニ於テ第三取得

依テ買主ニ移シタル權利ハ當然賣主ニ復歸スルモノトス或ハ通則カ債權的ニシテ買戻カ物權的ナル旨ノ特別ノ明文ナキ故ヲ以テ買戻ノ效果モ債權的ナリトノ反對解釋モ存スレトモ是買戻制度ノ本旨及沿革的觀念ヲ無視スルモノト信スルナリ隨テ登記セラレタル買戻權ヲ行使シタルトキハ買主又ハ轉得者ノ買得シタル所有權其他ノ財產權ハ當然賣主ニ復歸シ其上ニ設定セラレタル他物權等ハ總テ消滅ニ歸スルモノトス只賃借權ニ付テ前ニ述ヘタル例外アルノミ(五八一條)又賣買ト同時ニ登記セサリシ買戻權ヲ行使シタルトキハ當事者間即賣主買主間ニ於テハ權利ハ當然復歸スルモ其權利ニ買主ヨリ轉得セル第三者又ハ其上ニ他物權ノ設定ヲ得タル第三者ノ其取得權利ハ何等ノ影響ヲ受ケサルモノトス

次ニ果實ト利息トハ別段ノ表示無キ限ハ相殺セルモノト看做サルルヲ以テ(五七九條但書)第五四五條第二項ノ適用ナキヲ通則トス而シテ第三項ノ適用ナキコトハ論ヲ俟タス尙第五八三條アルカ故ニ第五四六條モ其適用ナキモノト觀ルコト又疑ヲ容レサルナリ

終ニ買主又ハ轉得者カ買戻ノ目的タル不動產ニ付テ費用ヲ出シタルトキハ賣主ハ第一九六條ニ從ヒ之ヲ償還スヘキコトハ明文ヲ俟タスシテ殆明ナリト雖唯此場合ニ於ル買主又ハ轉得者ハ善意ノ占有者ト見ルヘキモノナルカ故ニ何等ノ規定ナシトセハ賣主ハ有益費ノ償還ニ付テモ相當ノ延期ヲ裁判所ニ請求スルヲ得サルヘク其結果買戻ノ目的ヲ貫徹スルヲ得サルヘシ何トナレハ費用ノ償還ニ對シテハ買主又ハ轉得者ハ其不動產上ニ先取特權ノ外留置權ヲ有スルヲ以テナリ(二九六條及三二六條)然レトモ此場合ニ買主轉得者ハ善意ノ占有者ナリトハ謂ヘ買戻附ノ不動產ニ有益費ヲ支出シタルハ通常不注意ノ責ヲ辭スル能ハサルト共ニ一方ニ此カ爲ニ賣主ヲシテ買戻ヲ得セシメサルコトハ苛酷

0348

ニ失スル故ニ民法ハ第五八三條第二項但書ニ於テ買主又ハ轉得者ヲ特ニ有益費ニ付テハ惡意ノ占有者ニ準シ以テ此不都合ヲ防キタリ

要之買戻ノ效果ハ一種特別ノ內容ヲ有スルモノニシテ決シテ通則タル解除ノ效果ニ從フモノニ非サルナリ

（戊）買戻權ノ消滅　買戻權ハ其內容上解除權其モノニハ非サレトモ之ニ類似ノ性質ヲ有スルカ故ニ一般ノ原則上契約解除ニ關スル第五四八條ト同一ノ取扱ニ從ハシムヘキモノト信ス又第五八二條ノ特別規定アレトモ既ニ說明セル所ナリ此他ノ事ハ財產權消滅ノ一般原則ニ依テ推知スルヲ得ヘシ

（癸）買戻ノ性質　上前述ヘ來リタル所ニ由テ縱令買戻ハ契約ニ因テ留保セラレタル解除權ニ類似スト雖而モ其效果ノ物權的ナル點第三者ニ對抗シ得ル點其他ニ於テ大ニ普通ノモノト其實質ヲ異ニスルヲ知リタルナルヘシ而シテ買戻カ再賣買ノ豫約又ハ再賣買其モノ或ハ契約ニ因ル解除等ト異ルコトモ殆說明ヲ俟タスシテ明ナリト信ス唯問題タルハ其性質ニ於テ如右賣買ニ類似スル所アル解除權留保又ハ再賣買ノ豫約ノ如キハ如何ナル要件ニ從フヤ是ナリ但再賣買其モノ若クハ契約ニ因ル解除ノ二者ハ全然特ニ一ノ法律狀態ヲ作出スルモノナルカ故ニ何等ノ制限ヲモ被ルヘキニ非サルコト勿論ナリトス惟フニ此點ニ付テハ法律ノ精神トスル所ハ解除權ノ留保再賣買ノ豫約ニ付テモ買戻ニ付テ防遏セントシタル弊害ノ生セサルヲ期スルニ在ルコト勿論ナルヘシ隨テ例之再賣買ノ代金ハ前ノ賣買ノ代金ト同額ナルコトヲ要シ之ニ契約ノ費用ト利息トヲ附加シ得ルノミ又其豫約期間ノ如キモ十年ヲ超ユヘカラサルカ如シ（此點ニ付テハ特ニ梅博士講義二六九頁乃至二八五頁ヲ參照セラレタシ）

（寅）持分ノ買戻　共有者全員カ共同シテ不動產ヲ買戻附ニ賣却シタル場合ハ茲ニ所謂持分ノ買戻ニハ非ス蓋此場合ハ賣買及賣買ノ目的ハ專有財產權ニシテ唯買戻ノ結果偶再其有ヲ生スルニ過キサルナリ而シテ此場合ニハ第五四四條ト同一ノ取扱ニ從ハシムヘキコト當事者ノ意思利益上明ナリトス持分ノ買戻トハ共有者中ノ或者カ自己ノ持分權ヲ買戻附ニ賣却シタル場合ヲ謂フモノナリ此場合ニ於テモ亦一般買戻ノ通則ニ從フヘキコト論ヲ俟タサルナリ

唯右持分買戻特約アリタル場合ニ於テ買戻權ノ行使ニ先チ共有物ノ分割又ハ競賣カ行レタルトキニ於テ若通則ノミニ從フヘキモノトスレハ縱令分割競賣カ行ルルモ登記濟ノ買戻ハ遡及シテ對抗力ヲ生スルヲ以テ買戻ニ依テ賣主ハ再各分割者ト其分割部分ニ付テ共有者ト爲リ又ハ競落人ト共有者タルニ至ルヘシ是曾ニ分割者又ハ競落人ニ取テ迷惑ナル事柄タルノミナラス買戻權ノ存スル間ハ法ノ希望スル共有狀態ノ消滅ヲ來スヲ得サルコトト爲ルヘシ故ニ民法ハ特ニ通則ヲ制限シ分割又ハ競落ヲ以テ却テ賣主ニ對抗シ得ルモノト爲シ賣主ハ買戻ニ因テ分割ニ因テ買主カ受ケタル又ハ受クヘキ部分又ハ競賣ニ因テ買主カ受ケタル又ハ受クヘキ代金ヲ取得シ得ルモノトセリ蓋競賣ノ代金ニ付テ買戻ヲ爲ス場合ニ於テハ買戻ノ附著セサル專有財產權ニ比シ通常低廉ナル買戻附賣却代金ヲ提供スルニ因テ多額ナル競賣代金額ヲ得ルノ利益アルモノトス然リト雖分割又ハ競賣アルニ拘ラス買主ニ於テ之ヲ賣主ニ通知スルコトヲ怠リ以テ賣主ヲシテ第二六〇條所規ノ參加權ヲ利用シテ分割ノ公平ニ行ルルコトヲ圖ルノ機會ヲ得セシメサルニ於テハ賣主ノ利益防衛ノ必要上其分割又ハ競賣アリタルニ拘ラス賣主ニ持分ヲ買戻シテ再共有者ノ一人タルヲ得セシメタリ（五八四條）

右ノ本則中競賣ノ場合ニ對シテハ更ニ特別ノ規定アリ即買主カ競落人ト爲ラサル場合ニハ賣主ノ權

0349

利ハ前上ノ本則ニ述フル箝圍ヲ出ラスト雖若買主カ競落人ト爲リタル場合ニ於テハ更ニ特別ノ取扱ヲ爲スヘキ理由アリ

先競賣カ他ノ共有者ノ請求ニ因テ行レタル場合ニ於テハ買主カ之ヲ競落シタルハ自己ノ權利ノ保存上當然ノ事ナルニ買戻ニ因テ再ヒ有ノ狀態ニ復スルハ大ニ不利トスル所ナルノミナラス共有ヲ欲セサルノ法旨ニモ反スヘシ故ニ此場合ニハ單ニ賣主ニ全部ノ買戻權ノミヲ認ムルヲ至當トシ一部分ノ買戻ヲ許ササルナリ而シテ其全部ノ買戻ニ付テハ競賣代金ト契約費用及不動產ニ付テ出シタル費用トヲ以テスヘシトセリ蓋純理ニ從ヒ當初賣渡タル持分ニ付テハ其代金ヲ以テ殘餘ノ部分ニ付テノミ競賣代金ノ割合ヲ以テスルカ如キハ競落人ト爲リタルニ付テ歸スヘキノ責任ナキ買主ニ對シテ苛酷ナルヲ以テナリ（五八五條二項）

第二節　交換

次ニ買主自ラ競賣ノ請求ヲ爲シ且競落人ト爲リタル場合ニ於テハ買主自ラ好テ賣主ノ持分ノ買戻ヲ妨ケントシタルモノナルカ故ニ充分賣主ヲ保護スルノ必要アリ故ニ民法ハ此場合ニハ賣主ハ選擇ニ從ヒ或ハ持分ノ買戻ヲ爲スコトヲ得（五八四條本文）或ハ又前述ノ條件ニ從テ全部ノ買戻ヲ爲スコトヲ得ト定メタリ

經濟的ニ觀察スレハ賣買モ亦交換ノ一種ナリト雖經濟上貨幣ノ進歩ノ結果トシテ今日法律上ニ於テハ却テ賣買ヲ以テ普通ノ態樣トシ交換ハ之ニ準スヘキモノニ過キスト爲スニ至リタリ（五五九條）即交換ハ比較的最完全ニ賣買ノ法則ノ準用ヲ受クル有償契約ナルカ故ニ民法ハ唯一箇條ヲ設ケテ交換其モノ

ノ意義ヲ明ニシ併セテ其準用ニ付テ疑點ヲ明ニスルニ止メタリ（五八六條）

先交換トハ金錢ノ所有權ニ非サル財產權ノ設定又ハ移轉ヲ當事者雙方カ約諾スルコトヲ謂フ（一項）或ハ法文ニ移轉トアルニ依リ總テノ財產權ノ設定ヲ交換ニ非スト爲スト雖モ非ナルコト勿論ナリ但例之勞力ノ提供ノ如キニ在テ財產權ヲ生セサル場合ハ別段交換ハ當事者雙方カ財產權ノ設定移轉ヲ約諾スルニ在リ若一方ノ約諾スル所カ金錢ノ所有權ノ移轉ニ在ルトキハ是賣買ナリ而シテ雙方カ共ニ金錢ヲ金錢トシテ其所有權ヲ相互ニ移轉スル場合ハ有リ得ヘカラサルナリ何トナレハ金錢ハ當事者カ主觀的ニ之ヲ貨幣トシテ用ユル場合ニ限ル故ニ雙方カ互ニ貨幣トシテ者カ交換セントスル他ノ物ノ價格測定ノ標準トシテ之ヲ用フル場合ニ限ル故ニ雙方カ互ニ貨幣トシテ金錢ノ所有權ヲ移ス謂フコトハ單一ノ契約ニ付テハ貨幣ノ性質上アリ得ヘカラサル所ナレハナリ唯問題タルハ所謂兩替ノ場合ナリトス然レトモ此場合ハ畢竟當事者ノ意思ニ因テ決スヘキモノト信ス詳言スレハ若一方ノ給付スル貨幣カ他方ノ給付スル貨幣ノ價格ヲ測定スルニ供セラレタルトキハ是代金ナルヲ以テ賣買ナリト觀ルヘシ又若雙方ノ貨幣カ代金ノ性質ヲ有セス互ニ一ノ商品ト看做サレタル場合ニハ是交換ニ外ナラサルナリ但第五五九條アルヲ以上ハ兹ニ觀ルモ又無名契約ト觀ルモ其實益ナキモノトス

次ニ補足金ノ場合即一方ノ給付ノ目的物カ金錢以外ノ財產權及金錢ノ所有權ニ在ル場合ニ付テハ民法ハ賣買代金ノ規定ヲ準用スヘキモノトシタリ（二項）是第五五九條アルヲ以上ハ或ハ當然ノ結果ナルヤ知ルヘカラスト雖從來議論ノ存スル點タルノミナラス通常ノ場合ニ於ル交換ノ目的物ニ付テハ代物ニ關スル第五六〇條乃至第五七二條ノ準用アルヲ以テ特ニ誤解ヲ防クカ爲ニ此規定ヲ設ケ以テ金錢ノ部分

ニ付テハ賣買ノ代金ニ關スル第五七三條以下ノ規定ニ準セシムヘキモノトセルナリ此規定ノ結果トシテ補足金ノ付セラレタル場合ニ於テモ契約其モノハ交換ナリトセラルルナリ唯純理ヨリ謂ヘハ當事者ノ意思カ補足金ト他ノ物トノ何レニ重キヲ置キタルカニ依テ其賣買ナルカ交換ナルカ又ハ兩契約ノ混合ナルカヲ定ムヘキモノナルヘシ然レトモ賣買規定準用ノ範圍ヲ定ムルモノトシテ第二項ノ規定ハ便宜上至當ナルモノト認ムヘキコト勿論ト信ス

杉山學士今般歐洲ニ留學セラレタルニ因リ以下笠井學士ノ講義ヲ掲載スルコトセリ

編輯局誌

法學士　笠井雄吉講述

予カ之ヨリ講義セントスル消費貸借、使用貸借及賃貸借ノ三者ハ杉山講師カ契約各論ノ講學上最良好ナル配列法トシテ採用シタル第一編物ニ關スル契約中第二部使用ヲ目的トスル契約ニ該當スルモノナリ而シテ予モ亦大體ニ於テ此配列法ニ同意スルノミナラス寧之ニ從テ講義スルハ諸君ノ修學上ニ於テモ亦大ナル便益アリト信スルヲ以テ暫同講師ノ配列法ニ依テ講述セント欲ス

第二部　使用ヲ目的トスル契約

使用ヲ目的トスル契約ハ我民法ノ規定スル所ニ據レハ消費貸借、使用貸借及賃貸借ノ三種ニシテ共ニ就モ貸借契約ニ屬ス然レトモ貸借契約ナル名稱ハ我民法ト外國ノ法制ト其用例ヲ異ニスルモノアリ例之佛法ニ於テハ貸借契約トハ賃貸借契約ヲ除外シテ單ニ消費貸借及使用貸借ノ二者ノミヲ指稱スルモノトセリ反之或立法例ニ於テハ我賃貸借ナル名稱ヲ廣義ニ用ヒテ雇傭請負ヲモ包含セシムルモノアリ或ハ權利ノ賃貸借ヲモ認ムルモノアリト雖此等ノ用例ハ共ニ皆我從來ノ慣例ニ反スルヲ以テ我民法ニ於テハ之ヲ採用セス

使用ヲ目的トスル契約トハ一人カ他人ノ物ヲ使用スルニ付テノ契約ナリ而シテ他人ノ物ヲ使用スル方法ニ種種アリ或ハ物ヲ消耗スルニ非スンハ之カ使用ノ目的ヲ達スル能ハサルモノアリ或ハ物ヲ消耗スルコトナクシテ之カ使用ヲ完フシ得ルモノアリ前ノ場合ニ於テ物ノ使用ヲ目的トスル契約ハ消費貸借ナリ後ノ場合ニ於テ若物ノ使用ヲ目的トスル契約カ無償ナルトキハ使用貸借成立シ有償ナルトキハ賃貸借成立ス如此以上三種ノ契約ハ皆共ニ物ノ使用ヲ目的トスル點ニ於テ同一ナリト雖其性質ニ於テ各異ル所アルヲ以テ民法ハ各別ニ之ヲ規定セリ故ニ以下章ヲ分テ順次之ヲ說明セントス

第一章　消費貸借

第一節　消費貸借ノ定義及成立要件

定義　消費貸借トハ當事者ノ一方カ相手方ヨリ金錢其他ノ物品ヲ受取リ種類品等及數量ノ同シキ物ヲ以テ返還スルコトヲ約スル契約ナリ（五八七條）返還ヲ約スル當事者ヲ借主ト云ヒ其相手方ヲ貸主ト謂フ

成立要件　上ノ定義ニ依レハ消費貸借ハ一般契約ニ關スル要件ヲ具フルノ外尙下ノ要件ヲ備フルニ因リ成立スルモノトス

0351

第一要件　消費貸借ハ物ヲ以テ其目的ト爲スコトヲ要ス

消費貸借ハ有體物ヲ以テ其目的ト爲スコトヲ要シ權利ヲ目的トスルヲ得サルコトハ羅馬法ヲ始メ古來各國法制ノ總テ一致スル所ニシテ我民法ニ於テモ法文ニ金錢其他ノ物ト規定シテ此主義ヲ採用セルコトヲ明ニセリ而シテ無記名債權ハ本來其性質ハ一種ノ權利ナリト雖法律上ハ動產ト看做サルルカ故ニ消費貸借ノ目的トナリ得ルコトハ言ヲ俟タサル所ナリ（八四條三項）

消費貸借ノ目的カ有體物タルヲ要スル點ニ付テハ別ニ異論ノ存スルナシト雖其目的タル有體物ハ消費物ニ限ルヤ將代替物タルヲ要スルヤニ付テハ諸國ノ學說竝ニ立法例共ニ常ニ必シモ一定セス蓋此區別ノ因テ歧ルル所ハ消費貸借ノ目的タル消費ト返還物ノ種類品質等ノ同一タルコトノ二者孰カノ一ニ重ヲ措クノ點ニ存スト雖其目的タル消費ノ點ヲ重要視スルトキハ消費貸借ヲ要スト爲スモ其理由ナキニ非ス反之若返還物ノ種類品質數量ノ同一ナル點ニ重ヲ措クトキハ消費貸借ハ代替物ヲ以テ其目的ト爲スコトヲ要シ敢消費物ニ限ルノ要ナシ英法及佛法ハ前主義ヲ採用スルカ知シ我民法ハ獨逸其他多數ノ立法例ニ倣ヒ後ノ主義ヲ採用シテ消費貸借ノ目的物ハ代替物タルコトヲ要スルモノトセリ然レトモ消費貸借ノ多數ノ場合ハ消費物ヲ以テ目的トスルヲ以テ二者孰レノ主義ヲ採用スルモ實際ニ於テハ非常ナル差異ヲ生スルモノニ非ス而シテ消費貸借ノ目的タル代替物トハ當事者ノ意思ニ於テ同一ナル種類、品質、數量ノ物ヲ以テ返還スルコトヲ得ヘキ物ナルヲ以テ消費物ト雖當事者ノ意思ニ於テ之ヲ非代替物ト爲シタルトキハ消費貸借ノ目的ト爲スヲ得ス反之所謂非消費物ト雖當事者ノ意思ニ於テ代替物ト爲ストキハ其目的物タルニ於テ毫モ妨ナシ要之一ノ物カ代替物ナリヤ否ヤハ一ニ當事者ノ意思ニ因テ決スヘキモノニシテ其性質ニ因テ區別スヘキモノニ非ス如此我民法ニ於テハ消費貸借ノ目的物ハ代替物タルヲ要スルヲ以テ苟當事者ノ意思ニ於テ代替物タル以上ハ其動產タルト不動產タルトハ措テ之ヲ問ハサルナリ消費貸借カ不動產ヲ以テ其目的ト爲スコトハ稍奇異ノ感アルカ如シト雖消費貸借ノ趣旨トスル所ハ前述ノ如ク借主ヲシテ借用物ト同一ノ種類、品質、數量ノ物ヲ返還セシムルニ在ルヲ以テ苟當事者ノ意思ニ於テ之ヲ爲サント欲スル上ハ不動產ト雖消費貸借ノ目的ト爲シ得サルノ理由ナシ唯不動產ヲ以テ消費貸借ノ目的ト爲スコトハ極テ稀有ノ場合ニ於テ之ヲ見ルニ止ランノミ

以上述フル如ク消費貸借ノ目的ハ代替物タルコトヲ要スト雖是必シモ不特定物タルコトヲ要スト謂フニ非ス消費貸借ハ後ニ述フル如ク物ノ引渡アルニ非サレハ成立セサルヲ以テ消費貸借成立ノ際ニハ却テ常ニ特定スルヲ要スルモノナリ

第二要件　借主ハ貸主ヨリ物ノ引渡ヲ受クルヲ要ス

消費貸借ハ要物契約ノ一種ニシテ借主カ貸主ヨリ其目的物ヲ受取ルニ非サレハ成立セス羅馬法ハ消費貸借、使用貸借、寄託、質契約ヲ以テ要物契約ト爲シ其他ノ立法例亦殆消費貸借ヲ以テ要物契約トセサルハナシ唯之カ一ノ例外ヲ爲スモノハ瑞西債務法ニシテ同法ハ消費貸借ハ諸成契約ナリトセリ惟フニ如此多數ノ法制ニ於テ消費貸借ヲ以テ要物契約ト爲ス所以ハ消費貸借ハ之ニ因テ借主ニ目的物返還ノ義務ヲ生スルニ借主ニシテ未目的物ヲ受取ラサルニ既ニ返還ノ義務ヲ負擔スト謂フハ事理ニ反スルヲ以テナリ然レトモ消費貸借カ理論上當然要物契約タルヘキモノナリヤ否ヤニ付テハ大ニ疑ナキ能ハス蓋近世諸國ノ法律ハ漸次倩偪不便ナル方式ヲ脫シテ各種ノ法律行爲ハ單ニ當事者ノ合意ノミニ因テ成立スルモノト爲スノ傾向アリ而シテ要物契約ヲ成立ノ目的トスル豫約ハ普通其有效タルコトヲ認ム

0352

ルヲ例トス加之等ク使用ヲ目的トスル契約ノ一種タル賃貸借ハ之ヲ諸成契約ト爲スヲ以テ此等ノ點ヲ相對照シテ考察スルトキハ消費貸借ハ必之ヲ要物契約タルヘキ理由ナキカ如シ故ニ消費貸借ヲ以テ諸成契約ト爲ス瑞西債務法ノ主義ハ或ハ法理上正當ナルヤモ知ルヘカラス然レトモ我民法ハ今日ノ實際ニ於テ未消費貸借ヲ以テ諸成契約ト爲スヘキ程ノ必要ナシト認メ從來ノ慣習ニ從テ之ヲ要物契約ト爲シタリ故ニ貸主ニシテ其目的物ヲ引渡ササルトキハ消費貸借ハ未成立スルコトナク引渡ニ因テ始テ成立スルモノトス若消費貸借ノ豫約ヲ爲シタルトキハ貸主ハ之ニ因テ目的物引渡ノ義務ヲ負擔スルヲ以テ此義務ヲ履行スルニ因リ消費貸借ハ有效ニ成立スルコトト成ルヘシ上述スル如ク消費貸借ノ成立ニハ必目的物ノ授受ヲ要スト雖必シモ貸主本人ヨリ借主本人ニ引渡ヲ爲スヲ要セス代理人ニ依テモ引渡ヲ爲スコトヲ得ヘキハ言ヲ俟タス(一八一條)又目的物ノ引渡ハ現實ノ引渡ヲ要セス借主カ既ニ契約締結前ヨリ目的物ヲ所持スル場合ニハ簡易ノ引渡ニ依テ消費貸借ヲ成立セシメ得ヘク(一八二條二項)又貸主カ契約締結後借主ノ爲ニ尚依然目的物ヲ占有スヘキ意思ヲ表示シタル場合ニ於テハ所謂占有ノ改定ニ依テ消費貸借成立ス(一八三條)或ハ又第三者カ貸主ニ代テ其物ヲ占有スル場合ニ於テ此物ヲ以テ消費貸借ノ目的ト爲シタルトキハ第三者カ爾後借主ノ爲ニ之ヲ占有スヘキ意思ヲ表示スヘキニ因リ亦消費貸借ハ有效ニ成立スヘシ(一八四條)

第三要件

消費貸借ニ於テ貸主ハ借主ニ對シ目的物ノ所有權ヲ移轉スルコトヲ要スルヤ否ヤニ付テハ最議論ノ存スル所ニシテ學說竝ニ立法例一定セス然レトモ之ヲ大別スレハ下ノ二主義ト爲スヲ得

(一) 所有權ノ移轉ヲ要スト爲ス主義　此主義ニ依レハ消費貸借ハ物ノ消費ヲ以テ其目的ト爲スカ故ニ借主ニシテ其物ノ所有權ヲ取得スルニ非スンハ之ヲ消費シ得サルヘシ而シテ貸主ハ物ノ消費ヲ目的トシテ借主ト契約ヲ締結シタルモノナレハ借主ヲシテ物ヲ消費セシムルコトヲ得セシムルニハ之ニ對シテ其所有權ヲ取得セシメサルカラス故ニ消費貸借ニ於テ貸主カ借主ニ物ノ所有權ノ移轉セサルヘカラサルコトハ消費貸借ノ性質上當然ノ事理ト謂ハサルヘカラス是ヲ以テ貸主ハ自己ノ所有物ニ非サレハ消費貸借ノ目的ト爲スコトヲ得ス若貸主ニシテ他人ノ所有物ヲ貸與シタルトキハ其所有權ヲ移轉シ得サルヲ以テ消費貸借ハ成立スルコトナシト然レトモ此主義ヲ奉スル立法例及學說ニ於テモ若貸主カ他人ノ物ヲ消費貸借ノ目的ト爲シタル場合ニ借主カ他ノ原因ニ因テ所有權ヲ取得シタルトキハ消費ノ目的ヲ達スルニ妨ケナキヲ以テ此場合ニハ例外トシテ消費貸借成立スト爲ス者勘カラス

(二) 所有權ノ移轉ヲ要セスト爲ス主義　此主義ニ於テハ學說亦種種ニ分岐セリ然レトモ貸主カ借主ニ所有權ヲ移轉スルコトハ消費貸借ノ要件ニ非スシテ其效果ナリト爲スニ付テハ諸說皆一致ス今之ヲ細別スレハ

第一說　此說ニ於テハ貸主カ所有權ヲ移轉スルコトハ消費貸借ノ成立ニ不必要ナルノミナラス借主カ所有權ヲ取得スルコトモ亦不必要ナリ貸主カ他人ノ物ヲ貸與シタル場合ニ於テモ尚自己ノ物ヲ以テ消費貸借ノ目的ト爲シタル場合ト同ク消費貸借ハ必一旦成立ス唯借主カ眞所有者ヨリ物ノ返還又ハ損害賠償等ノ請求ヲ受クルトキハ消費ノ目的ヲ達スルコトヲ得サルヲ以テ借主ハ消費貸借ヲ解除スルコトヲ得ヘシ故ニ消費貸借ハ此解除ニ依テ消滅スル迄ハ有效ニ存立スト

第二說　此說モ第一說ト同ク貸主ノ所有權移轉又ハ借主ノ所有權取得ヲ要セスシテ消費貸借ノ成立

0353

ヲ認ムル說ナリ唯第一說ト異ル所ハ此說ニ於テハ借主カ消費貸借ヲ締結スルハ其目的物カ貸主ノ所有物ニシテ安全ニ消費スルコトヲ得ヘシト信シタルニ因ルヲ以テ若其物ノ眞所有者カ他ニ存在スルトキハ是契約ニ付錯誤ノ存スル場合ナリ故ニ借主ハ貸主ニ對シテ消費貸借ヲ取消シ得サルヘカラス隨テ借主カ之ヲ取消ス迄ハ消費貸借ハ成立スト謂ハサルヘカラス

第三說　此說ニ依レハ消費貸借ノ成立ニハ借主ニ於テ所有權ヲ取得スルヲ要セス唯借主カ消費ノ目的ヲ達シ得ルコトヲ要スルノミ故ニ他人ノ物ヲ以テ消費貸借ノ目的トシタル場合ニ於テモ若貸主カ後日眞ノ所有者ニ賠償スルニ因リ又ハ眞ノ所有者カ返還又ハ損害賠償等ノ請求權ヲ拋棄スルトキハ借主カ縱令所有權ヲ取得セサルモ尙消費ノ目的ヲ達スルニ於テ何等ノ妨ナキヲ以テ消費貸借ハ有效ニ成立スヘシ之ニ反スル場合ニ於テハ借主ハ消費ノ目的ヲ達シ得サルカ故ニ其消費貸借ハ無效ナリト

第四說　此說ニ於テハ消費貸借ハ貸主カ所有權ヲ移轉スルコトハ其要件ニ非サルモ尠クモ借主ニ於テ目的物ノ所有權ヲ取得スルニ非サレハ成立セスト爲スモノニシテ其取得ノ原因ハ貸主ノ移轉ニ因ルト占有ノ效果ニ因ルト所有者ノ權利拋棄ニ基クトヲ問ハサルナリ

要之本要件ハ消費貸借ニ於テ最困難ナル問題ニシテ又最多ク議論ノ存スル所ナリ然レトモ凡物ヲ消費スルコトハ一種ノ處分行爲ナルヲ以テ法律上有效ニ消費行爲ヲ爲シ得ルモノハ獨其所有者ノミナリト謂ハサルヘカラス故ニ若法律上所有權ナキ者カ他人ノ所有物ヲ消費シタル場合ハ其消費行爲ハ或ハ不法行爲トナリ或ハ不當利得ノ原因トナリ所有者ニ對シテ其責任アリ消費貸借ニ於テ消費行爲ヲ爲ス者ハ借主ナルヲ以テ若借主ニシテ所有權ヲ取得セサルトキハ之ヲ處分スルコトヲ得ス然ルニ借主カ所有權ヲ取得セサル場合ニ於テモ尙消費貸借成立スルモノトセハ借主ハ一方ニ於テハ此契約ニ因リ貸主ニ對シテ返還ノ義務アルト同時ニ他方ニ於テハ眞所有者ニ對シテ損害賠償又ハ不當利得ノ返還ヲ爲スヘキ義務ヲ負擔スルニ至リ結局借主ハ二重ノ辨濟ヲ爲ササルヲ得サル不都合ナル結果ヲ生スヘシ而シテ此場合ニ於テ後日貸主カ其物ノ所有權ヲ讓受ケ又ハ所有者カ消費貸借ヲ認諾スルトキハ借主ハ有效ニ消費ノ目的ヲ達スルコトヲ得ルヲ以テ消費ノ貸借ハ成立スヘキモ是其讓受又ハ認諾以後ニ於テ然ルモノニシテ之カ爲ニ讓受又ハ認諾以前ノ無效ナル消費貸借ヲモ成立セシムルコトヲ得ス故ニ若借主カ未物ヲ消費セサルトキハ消費貸借ハ讓受又ハ拋棄アリシ時ヨリ成立シ既ニ消費シタルトキハ成立スルコトナシ要之借主ニシテ所有權ヲ取得スルニ非サレハ法律上有效ニ消費ノ目的ヲ達スルコトヲ得サルヲ以テ消費貸借ノ成立スルコトナキハ疑ヲ容レス唯借主カ所有權ヲ取得スルハ借主ヨリ直接ニ其移轉ヲ受クルニ因ルコトヲ要スルヤ又ハ他ノ原因ニ因テ之ヲ取得スルモ可ナリヤニ付テハ大ニ疑ノ存スル所ナリ理論上ヨリ之ヲ觀レハ消費貸借ニ於テ貸主カ物ヲ貸與スルハ借主ヲシテ之ヲ消費セシムルニ在ルヲ以テ之ヲ消費セシムルニハ之カ處分權ヲ與フルニ非サレハ其目的ヲ達スルヲ得ス加之貸主カ物ヲ消費貸借ノ目的トシテ借主ノ處分ニ委スル引渡行爲ハ亦貸主ニ於テハ一ノ處分行爲ナリ故ニ貸主ニ於テ物ノ所有權ヲ有スルニ非サレハ之ヲ借主ニ引渡スコトヲ得スト謂ハサルヘカラス隨テ貸主カ自己ニ處分權ナキ他人ノ物ヲ以テ消費貸借ノ目的トスコトハ消費貸借ノ性質上許スヘカラサルコトニシテ斯ル契約ハ無效ナリト謂ハサルヲ得ス由是觀之第一ノ主義ハ法理上最正當ナラン歟然レトモ消費貸借ニ於テ借主カ物ノ所有權ヲ取得シタルトキハ縱令其原因カ貸主ノ移轉ニ在ルト又占有其他ノ原因ニ存スルトヲ問ハス消費ノ目的ヲ達スル上ニ於テ毫モ妨

0354

ナキヲ以テ此場合ニ消費貸借成立スト雖モ其範圍廣大トナリ頗實際ニ便利ナリ是近世多數ノ立法例竝ニ學說ニ於テ消費貸借ノ目的タル消費ノ點ニ最重キヲ置キ所有權ノ移轉ヲ以テ其成立要件ト認メサル所以ナリ我民法ハ孰レノ主義ヲ採用シタルヤ充分ニ明ナラスト雖予ハ實際上ノ便利ト舊民法ハ明文ヲ以テ所有權移轉ノ主義ヲ採用シタルニ反シ新民法ハ所有權移轉ノコトニ付テハ一ノ謂フ所ナキヲ以テ解釋論トシテハ暫借主ノ所有權取得說ニ從ハント欲ス

借主ノ所有權取得ヲ以テ消費貸借ノ要件ト爲ストキハ他人ノ所有物ヲ以テ契約ノ目的ト爲シタル場合ニハ左ノ結果ヲ生ス

一　動產ヲ目的トシタル場合

甲　借主カ惡意ナル場合　此場合ニ於テハ借主ハ動產ノ所有權ヲ取得セサルヲ以テ消費貸借ハ成立セス

乙　借主カ善意ナル場合　此場合ニ於テ若其動產カ盜品又ハ遺失物ニ非サルトキハ借主ハ民法第一九二條ノ適用ニ因リ該動產ノ所有權ヲ取得スルヲ以テ消費貸借ハ成立スヘシ若其目的物カ盜品又ハ遺失物ナルトキハ其所有權ハ尙未新所有者ニ存在スルヲ以テ消費貸借ハ成立セス故ニ借主ニシテ之ヲ消費セハ不當利得ノ責ヲ免ルヲ得ス

二　不動產ヲ目的トシタル場合　此場合ハ借主ノ善意ナルト惡意ナルトヲ問ハス借主ハ所有權ヲ取得スルコトナキヲ以テ消費貸借ハ成立セス故ニ借主カ之ヲ費消スルトキハ善意無過失ノ場合ニハ不當利得ヲ返還スヘキ義務アリ惡意若クハ過失アル場合ニハ損害賠償ノ責ニ任セサルヘカラス

三　消費貸借成立後貸主カ所有權ヲ買取リタル場合及所有者カ消費貸借ヲ認諾シタル場合　此等ノ場合ニ於テハ當初締結シタル消費貸借ハ成立セス唯其買受又ハ認諾アリタルトキニ於テ新ナル消費貸借成立スヘシ然レトモ若借主ニシテ既ニ其目的物ヲ消費シタルトキハ目的物ハ存在セサルヲ以テ新貸借モ亦成立セサルヘシ

第四要件　借主ハ目的物ト種類、品質、數量ノ同一ナル物ヲ以テ返還スルコトヲ約スルヲ要ス

一　返還ヲ約スルコトヲ要ス　消費貸借一旦成立スレハ單ニ借主ノミ返還ノ義務ヲ負擔シ貸主ハ借主ニ對シテ何等ノ義務ヲ負擔スルコトナシ即消費貸借ハ片務契約ナリ蓋消費貸借ハ要物契約ナルヲ以テ物ノ引渡ハ契約成立ノ要件ナルヲ以テ一旦契約ニシテ成立スレハ貸主カ借主ニ對シテ契約ノ成立上爲スヘキモノハ毫モ存在セサレハナリ然ルニ佛國ノ學者ハ貸主ハ契約ノ期限到來スル迄ハ借主ニ對シテ返還ヲ請求セサル義務アルノミナラス目的物ニ瑕疵アルトキハ擔保ノ責ニ任セサルヘカラサルヲ以テ消費貸借ハ片務契約ニ非スシテ不完全雙務契約ナリトセリ然レトモ此說ノ非ナルコトハ一見シテ明白ナリ貸主カ期限ノ到來迄返還ノ請求ヲ爲スヘカラサルコトヲ以テ義務ト爲スハ是權利ト義務トヲ誤解シタルモノナリ貸主ハ此場合ニ於テ單ニ返還ヲ請求スル權利ナキ迄ニシテ請求スヘカラサル義務アルニ非サルナリ又瑕疵擔保ノ義務ハ消費貸借ノ性質ヨリ生スル必要ノ義務ニ非スシテ偶目的物ニ瑕疵ノ存シタル場合ニ發生スルノミ若斯ル契約上ニ非サル偶發ノ義務ノ存在スル所以ヲ以テ雙契約ナリトスレハ殆總テノ契約ハ皆雙務契約トナルヘシ以テ消費貸借ヲ雙務契約ト爲スノ非ナルヲ知ルヘシ思フニ佛國學者カ如此說ヲ爲ス所以ハ同國ノ民法ニ於テハ消費貸借ヲ以テ不完全雙務契約ノ部ニ列スルヲ以テ終ニ强テ如此說明ヲ爲スニ至リシナラン

二　返還スヘキ物ハ受取リタル物ト種類、品質、數量ニ於テ同一ナルヲ要ス　消費貸借ハ其目的消費ニ

0355

在ルヲ以テ借主カ物ヲ返還スルニハ原物ヲ以テスルコト能ハサルカ故ニ他物ヲ以テ之ニ代ヘサルヘカラサルハ契約ノ性質上當然ノコトナリ然レトモ他物ヲ以テ之ニ充當スルハ實ニ已ムヲ得サルニ出ツルカ故ニ返還スヘキ物ハ可成原物ニ類似シタル物ナラサルヘカラス是消費貸借ニ於テ返還物ハ原物ト種類、品質、數量ノ同一ナルコトヲ要スル所以ニシテ消費貸借ノ目的カ代替物ナルヲ要スルモ亦之ヲ以テナリ若種類、品質、數量ノ同一ナラサル物ヲ以テ返還スルコトヲ約スルトキハ消費貸借成立セスシテ他ノ契約就中交換ノ成立スルコト最多カルヘシ

返還物ノ種類、品質、數量ノ同一ナルコトヲ要スルハ物カ物質的ニ同一ナラサルヘカラスト謂フニ非ス當事者ノ意思ニ於テ同一ナルコトヲ意味スル而シテ種類ノ同一ナルコトニ付テハ金錢ノ消費貸借ハ非金錢消費貸借ノ場合ト異レリ金錢消費貸借ノ場合ニ於テハ若當事者ニ於テ或特種ノ金錢ヲ目的トスルトキハ勿論返還スヘキ金錢モ亦其特殊ノモノナラサルヘカラスト雖若然ラサルトキ例之單ニ金百圓ト云フカ如キ場合ニハ返還スヘキ金錢ハ公定價格ニ於テ同一ナレハ如何ナル通貨ヲ以テスルモ可ナリ是通貨ノ特質ハ其價格ニ存スルヲ以テ其價格同一ナルトキハ當事者ノ意思ニ於テハ同一種類品質ノモノヲ受取リタルト同一ナレハナリ消費貸借カ無記名債券ヲ目的トシタル場合ニハ二三ノ立法例ニ依レハ契約當事時相場ニ因テ之ニ相當スル金錢ヲ返還スヘキモノト爲スモノアリト雖我民法ハ如此明文ナキヲ以テ借主ハ尚同一ノ種類、品質、數量ノ無記名債券ヲ返還セサルヘカラス然レトモ若金錢消費貸借ヲ締結シ貸主カ金錢ノ代物トシテ無記名債券又ハ其他ノ物ヲ引渡又ハ其買却代金ヲ目的トシタルトキハ尚金錢ヲ以テ返還スヘキモノトスト信ス

消費貸借ハ尚借用物ト返還物トノ數量同一ナルヲ要スルヲ以テ若其數量相異ナルトキハ消費貸借ハ

スル規定ヲ運送取扱人ニ準用スル旨ヲ規定セルヲ以テ之ヲ包含セサルモノト解セサルヘカラス然レトモ其結果ニ於テハ之ヲ包含スト解スルモ敢異ナルコトナシ此準問屋營業ノ種類ハ商業ノ發達ニ伴ヒテ其數ヲ增加スルハ勿論ナレトモ現今普通ニ行ルルモノハ保險ノ取次、手形其他銀行取引ノ取次等ナリ

第七章　運送取扱營業

第一節　運送取扱營業ノ意義

運送取扱營業ハ前章ニ於テ一言シタルカ如ク所謂運送ニ關スル取次ニシテ即取次ノ目的タル法律行爲カ物品運送契約ヲ爲スニ在ル場合ヲ指シタルモノナリ第三二一條第一項ハ取次營業ヲ爲ス者ヲ運送取扱人ト稱シ之カ定義ヲ下シテ「自己ノ名ヲ以テ物品運送ノ取次ヲ爲スヲ業トスル者ヲ謂フ」ト規定セリ然レトモ取次ハ其性質上常ニ自己ノ名ヲ以テシ他人ノ名ニ於テスルモノニ非サルカ故ニ「自己ノ名ヲ以テ」ト言ヘルハ「取次ヲ爲ス」ト言ヘル文句ト重複スル嫌ナシトセス固ヨリ現行商法ハ取次ナルモノノ定解ヲ與ヘス隨テ直接ニハ自己ノ名ヲ以テスルモノナルコトヲ明言シ居ラスト雖第二六四條第一項第一一號ノ規定ヲ第三一三條、第三二〇條ノ規定ニ對照シテ考察スルトキハ取次ナルモノハ他人ノ爲ニ自己ノ名ヲ以テ或行爲ヲ爲スモノタルコト極テ明ナルカ故ニ自己ノ名ヲ以テ取次ヲ爲スト言フカ如キハ頗用語ノ正確ヲ缺ケリ若强ヒテ自己ノ名ヲ以テスルコトヲ明言セントセハ寧問屋ノ場合ニ於ルカ如ク「運送取扱人トハ自己ノ名ヲ以テ他人ノ爲ニ物品運送契約ヲ爲スヲ業トスル者ヲ謂フ」ト規定スルヲ至當トス

運送取扱營業ハ(一)物品運送契約ヲ爲スコト(二)其運送契約ハ自己ノ名ヲ以テスルコト(三)他人ノ爲

0356

ニスルコト及(四)營業トシテ其引受ヲ爲スコトノ四要素ヲ包含セリ而シテ第二、第三、第四ノ要素ニ付テハ前章ニ於テ詳述シタル取次ニ關スル說明ノ全部ヲ之ニ充用シ得ヘキヲ以テ茲ニハ別段ノ說明ヲ要セス唯第一ノ要素ヲ明ニスレハ足レリ然レトモ此物品運送契約ノ何タルヤハ是亦次章ノ運送營業ニ於テ詳述スヘキモノニ係ルヲ以テ茲ニハ姑ク其說明ヲ省ク

第二節　運送取扱契約ノ效力

本節ノ說明ニ入ルニ先チ一言スヘキハ前章ニ說明セル問屋ニ關スル規定カ此運送取扱ニ準用セラルルコト是ナリ元來運送取扱營業ハ取次タル點ニ於テ問屋營業ト其性質ヲ同ウシ唯問屋ニ在テハ物品ノ販賣又ハ買入ヲ爲スヲ目的トスルモノナルニ此運送取扱營業ニ在テハ物品ノ運送契約ヲ爲スヲ目的トスルノ差アルノミ故ニ此目的上ノ差異ヨリシテ運送取扱ニハ別段ノ規定ヲ要スルモノアルハ勿論ナレトモ此特別ナル事項以外ノモノニ付テハ其性質ノ許ス限リ之ニ問屋ノ規定ヲ準用シ以テ規定ノ煩雜ヲ避クルハ至當ナリ此趣旨ニ基キ第三二一條第一項ハ「運送取扱人ニハ本章ニ別段ノ規定アル場合ヲ除ク外問屋ニ關スル規定ヲ準用ス」ト規定シタリ此事ハ深ク記憶ニ存スルヲ要ス

尙一言スヘキハ本節ニ所謂運送取扱契約ノ效力ハ之ヲ其契約ノ目的タル物品運送契約ノ效力ト區別スルヲ要スルコトナリ運送取扱人カ委託者トノ間ニ取結ヒタル運送取扱契約ノ履行トシテ第三者タル運送人ト締結スル物品運送契約ヨリ生スル法律關係ハ唯其運送人ト運送取扱人トノ關係タルニ止リ委託者ハ毫モ之ニ與カラサルコト問屋ノ場合ニ於ルト同一ナリ(三二一條二項、三二四條一項)此物品運送契約其レ自身ヨリ生スル效力即運送取扱人カ荷送人本人トシテ運送人ニ對シ如何ナル權利ヲ得義務ヲ負フカハ次章ニ至テ之ヲ詳說スヘク茲ニハ運送取扱契約其モノノ效力トシテ委託者ト運送取扱人トノ間ニ如何ナル權利關係ヲ發生スルヤニ付テ說明スヘシ

運送取扱人ノ委託者ニ對スル權利義務ハ左ノ如シ尙是問屋ノ委託者ニ對スル權利義務トシテ述ヘタル所カ準用セラルヘキハ前陳セルカ如シ茲ニハ唯運送取扱人ニ付テ特ニ存スル規定ニ關シテ說明スルノミ

第一　運送取扱人ノ義務

運送取扱人ハ善良ナル管理人ノ注意ヲ以テ取次事務ヲ處理スルコトヲ要ス故ニ運送品ノ受取、保管、適當ナル運送人又ハ他ノ運送取扱人ノ選擇、正當ノ時期ニ於ル引渡其他運送取次ニ關スル事務ニ付注意ヲ缺キタルカ爲メ運送品ノ滅失、毀損又ハ延著ノ故障ヲ生シタルトキハ之ニ對スル賠償ノ責任アリ曾ニ自己ノ不注意ニ付キ其責ニ任スルノミナラス其使用人ノ不注意ニ付テモ絕對ニ之カ責任ヲ負擔スルナリ一般ノ法理ヨリ云ヘハ使用者(即雇主)カ被用者ノ過失ニ付損害賠償ノ責ニ任スルハ畢竟使用者カ被用者ノ選任ヲ誤リ又ハ其事業ノ監督ニ付相當ノ注意ヲ缺キタルニ基キ即使用者自身ノ非行ニ付其責ニ任スルモノニシテ敢被用者ノ過失其自體ニ付テ責ヲ負フニ非ス(民七一五條)然ルニ運送取扱ノ場合ニ在テハ全ク之ト異ナリ運送取扱人ハ其使用人ノ過失ニ付絕對ニ其責ニ任スヘクシテ如何ニ其使用人ノ選任其監督ニ付注意ヲ怠ラサリシコトヲ證明シ得タリトスルモ到底之カ責任ヲ免カレ得サルナリ加之運送取扱人ハ如此ニ自己ハ勿論其使用人ノ不注意ニ付テモ絕對ノ責任ヲ負フト云フニ止ラス尙進ミテ其取次事務ノ處理ニ關シテ果シテ相當ノ注意カ執ラレタリヤ否ヤハ自己ヨリ之カ舉證ヲ爲ササルヘカラス故ニ若運送取扱人ニ於テ自己又ハ其使用人カ注意ヲ怠ラサリシコトノ立證ヲ爲シ得サルトキハ

0358

縱令其損害ヵ自己ノ不注意ニ出テタルニ非スシテ其實運送人又其他ノ運送取扱人ノ過失ニ基キタルモノナリトスルモ到底其損害ヲ賠償スルノ責ヲ免ルルコトヲ得ス(三二二條)何故ニ運送取扱人ニ對シテ特ニ如此嚴重ナル規定ヲ爲シタルヤト云フニ元來運送ノ業タルヤ數人ノ手ヲ經テ漸其目的ヲ達スルヲ通例トスルカ故ニ其運送品ニ或事故ノ發生シタルトキ其事故發生ノ原因及場所ノ何レナルカヲ知ルハ極テ困難ニシテ荷送人又ハ荷受人ニ取リテハ之ヲ指摘シテ其責任ノ歸屬ヲ明ニスルコト事實上殆ト能ハサル場合ノ如キハ運送品ニ故障ヲ生シタリトスルモ其損害ノ負擔ヲ委託者ニ歸スルコト寧至當ノ處置ナリ

レハナリ

右ニ述ヘタル運送取扱人ノ責任ハ極メテ短期ノ時效ニ因テ消滅ス詳言スレハ其責任カ運送品ノ延著、毀損又ハ一部ノ滅失ニ關スルトキハ荷受人カ運送品ヲ受取リタル日ヨリ起算シ又運送品ノ全部ノ滅失ニ關スルトキハ所謂受取日ナキヲ以テ其引渡アルヘカリシ日ヨリ起算シテ各一箇年ヲ經過スルニ因テ時效ニ罹ルモノトス但運送取扱人ニ惡意アリタルトキハ一般ノ規定ニ從フモノトス何故ニ此如ク短期ノ時效制度ヲ認メタルカト云フニ運送取扱人ノ責任ニ關スル規定ハ極テ嚴重ニシテ運送取扱上ニ於ル注意ノ立證ハ總テ自己ニ其責任アリ而モ其取扱フ所ノ件數ハ極テ多キニ上ルヲ以テ之カ立證ニ關スル證據ヲ永ク保全セシハ蓋容易ノ事ニ非ス況ヤ使用人ト云フモ其人數ハ極メテ多ク隨テ永キ間ニハ勘カラサル變動モアルヘキニ於テヲヤ債務ノ永續ハ運送取扱人ノ堪ヘ得ヘキ所ニ非サルヲ以テ一方ニハ運送取扱人ヲ責ムルコト嚴ニシテ運送ノ安全ヲ圖ルト同時ニ他方ニハ荷送人又ハ荷受人ヲシテ可及的權利ノ迅速ニ行使セシムルコトヲ爲シ以テ相互ノ調和ヲ圖リタルナリ

運送取扱人ノ義務ハ獨委託者ニ對シテノミ負擔スルニ非ス或條件ノ下ニ於テ荷受人ニ對シテモ亦同一ノ責任ヲ負フ即運送品カ到達地ニ達シタル後ニ於テハ荷受人ハ運送契約ニ因テ生シタル委託者ノ權利ヲ取得スルナリ(三二〇條、三四三條)此事ニ付テハ大ニ說明ヲ要スルモノアレトモ寧準用ノ根本規定タル運送契約ニ關スル第三四三條ニ付テ併セ說明スルヲ便トスルカ故ニ玆ニハ省ク

第二　運送取扱人ノ權利

(一)　運送取扱人ハ特約アルト否トヲ問ハス其報酬即手數料ヲ請求シ得ヘキコト問屋ト異ナル所ナシ唯運送取扱人ニ在テハ特約ノ存在ヲ以テ報酬ヲ求ムル要件トスル一ノ場合アリ即運送取扱契約ヲ以テ運

0359

送賃ノ額ヲ定メタルトキニシテ斯ル場合ニハ特ニ約束ヲ爲スニ非サレハ其運送賃以外ニ報酬ヲ請求スルコトヲ得ス蓋豫運送取扱人カ運送賃ヲ定ムルトキニハ其賃額タルヤ置ニ運送ニ關スル報酬ノミナラス取扱ニ關スル手數料ヲモ之ニ含メテ其見積ヲ爲スヲ原則トスルカ故ニ原則トシテハ此常況ニ省ミ別ニ報酬ヲ求ムル必要ナキモノト看做シ特ニ其必要ヲ感スル場合ニハ之ニ關スル特約ヲ爲スヲ要スルナリ尙其報酬ヲ請求シ得ヘキ時期ニ付テハ問屋ニ在テハ民法第六四八條カ其儘適用セラレ敢不都合ヲ感セサルコト前陳セルカ如シト雖運送取扱ニ在テハ同條ニ所謂委任事務カ履行セラレタル時ト看做スヘキハ運送取扱人カ運送品ヲ運送人ニ引渡シタル時ヲ指スカ將亦運送品カ到達地ニ於テ荷受人ニ引渡サレタル時ヲ云フカニ付多少異論アルヲ以テ現行法ハ特ニ明文ヲ以テ之ヲ前者ニ決定シ運送人ニ引渡ヲ爲シタルトキハ直ニ其請求ヲ爲スコトヲ得ト規定セリ（三一三條、舊商四九〇條）至當ノ規定ト謂フヘシ

（二）運送取扱人ハ運送品ニ關シテ受取ルヘキ報酬、運送賃其他委託者ノ爲ニ爲シタル立替又ハ前貸ニ付テノミ其運送品ヲ留置スルコトヲ得ト雖モ第三二四條ニ規定スル所ナリ此規定タルヤ固ヨリ之ニ依テ運送取扱人ニ一種ノ留置權ヲ新ニ付與セントスルニ非スシテ畢竟總則第二八四條ノ規定ニ依リ又ハ問屋規定カ運送取扱人ニ準用セラルル結果トシテ生スル極テ廣キ範圍ノ留置權ニ對シテ其範圍ヲ規定セントノ趣旨ニ出タルモノナリ蓋總則ノ規定ヨリ生スルモノ即留置セラルル物ト之ニ依テ擔保セラルル債權トカ何等ノ關係ヲ有スルノ必要ナシトスル留置權又ハ問屋カ有スル第四一條（三一九條）ニ規定セルカ如キ留置權ヲ其儘運送取扱人ニモ之ヲ認ムルトキニハ運送品ニ直接關係ナキ債權ノ爲ニ空ク運送品カ抑留セラルルコトト爲リ荷送人ナラハイサ知ラス荷受人即チ其運送品ノ受取ニ付最利害ノ關係ヲ有スル荷受人ヲシテ全ク自己ニ關係ナキ事實ニ因テ一方ナラサル迷惑ヲ感セシムルニ至ル故ニ本條ハ民法第二九五條ノ留置權同樣ニ運送品ヲ留置シ得ヘキ債權ヲ其運送品ニ直接ノ關係ヲ有スルモノニ限リ即手數料トカ立替ヘタル運送賃、荷造費用、保險料、倉敷料、配達料トカ又ハ前貸トカ如此モノニ限リ其他ノ債權ニ付テハ決シテ其運送品ヲ留置スルコトヲ得スト爲シタルナリ

運送取扱人カ委託者ニ對シテ有スル如上ノ權利（右（一）（二）ノ外運送取扱契約ニ因リ又ハ一般法規ニ因リテ生スル權利モ亦此ニ含マルルハ勿論ナリ）ハ若シ其運送取扱カ數人ノ手ヲ經テ行ルル場合即數人カ相次テ運送ノ取次ヲ爲シタル場合ニ於テハ前ノ運送取扱人ハ後ノ運送取扱人ヲシテ自己ニ代リテ此等ノ權利ヲ義務的ニ行ハシムルコトヲ得ヘク且此場合ニ後ノ運送取扱人カ前ノ運送取扱人ニ對シテ辨濟ヲ爲シタルトキハ後ノ運送取扱人ハ前ノ運送取扱人カ有シタル一切ノ權利ヲ取得スルモノトス（三一二五條）又運送取扱人カ運送人ニ辨濟ヲ爲シタルトキハ運送人ノ荷受人ニ對スル權利ヲ取得ス（三一二六條）是皆實際ノ便宜ヲ圖リタル規定ニシテ畢竟事ヲ簡ニシテ運送ヲ迅速ニ進捗セシメントスルニ外ナラス

如此運送取扱人ノ委託者（即荷送人）又ハ荷受人ニ對スル權利（荷受人即單ニ運送品ノ受取人トシテ荷受人ニ依リ宛名セラレタル者カ如何ナル場合ニ義務者トシテ責任アル地位ニ立ツカハ次章ノ說明ヲ待チテ之ヲ會得スヘシ）ハ是亦極テ短期ノ時效ニ因テ消滅ス其期間ハ其權利ヲ行使シ得ル時ヨリ起算シ一箇年ナリ（三一九條）此規定ハ前ニ述ヘタル運送取扱人ノ責任ニ關スル時效ノ規定ト彼此其權衡ヲ保タシメタルナリ

運送取扱人ノ權利ニ屬スルモノトシテ最後ニ述フヘキモノ尙一アリ即

0360

(三)運送取扱人ハ特約ナキトキハ自ラ運送ヲ爲スコトヲ得所謂取引ニ介入スルノ權利ニシテ此權利ハ問屋ニ於ルト大ニ其趣ヲ異ニシ居レリ前陳セルカ如ク問屋ニ在テハ問屋自ラ委託行爲ノ相手方ト爲ルコトヲ得サルヲ原則トシ唯特定ノ場合ニ限リ例外トシテ其相手方ト爲ルコトヲ得ルニ過キスト雖(三一七條)此運送取扱人ニ在テハ自ラ委託行爲ノ相手方ト爲リ得ルヲ原則トシ單ニ反對ノ特約アル場合ニ限リ其相手方ト爲ルコトヲ得サルモノト爲シタリ蓋運送取扱ノ目的タル物ノ販賣若クハ買入ト異ナリ原則トシテハ何人カ其衝ニ當ルモ委託者ニ取リテハ何等ノ利害ヲ感スルコトナケレハナリ而シテ運送取扱人カ自ラ運送ヲ爲シタル場合ニハ當然ノ事理トシテ運送人トシテノ權利ヲ得義務ヲ負フヘキモノトス(三二七條)

第八章　運送營業

第一節　運送營業ノ意義

運送トハ之ヲ輸送ト云フ一ノ事實上ノ行爲トシテ見ルトキハ人又ハ物ヲ或場所ヨリ他ノ場所ニ移轉スルノ謂ニ外ナラス然レトモ之ヲ法律上ヨリ觀察シ法規ノ支配ヲ受クヘキ法律行爲トシテ論スルトキハ當事者ノ一方ヨリ相手方ニ右ノ運送ヲ爲スコトヲ委託シ相手方カ承諾スルニ因リ成立スル一種ノ諾成契約ナリト觀念スヘキモノナリ此契約ノ性質如何ニ付テハ學者ノ說ク所區區ニ岐レ或ハ請負ナリト云ヒ寄託ナリト說キ雇傭又ハ委任ナリト解シ或ハ請負ト寄託又ハ雇傭ト寄託トノ併合シタルモノナリト爲シ或ハ準委任ナリト論セリ然レトモ予輩ハ寧之ヲ運送人カ仕事ヲ完成シテ報酬ヲ受クルト云フ點ヨリ觀察シテ一種ノ請負契約ナリト說明スルノ優レルヲ信スルナリ何トナレハ雇傭說ハ運送人カ輸送ノ爲ニ勞務ニ服スルノ點ヨリ觀察シタル立論ナレトモ運送契約ノ目的ハ輸送スルト云フ勞務其レ自體ニ在ラスシテ運送ト云フ一種ノ仕事ヲ完成スルニ在リト觀念スル方至當ナルヘク又委任說ハ我民法ノ如ク委任ノ目的ヲ單ニ法律行爲ニ限リタル立法ノ下ニ於テハ之ヲ採用シ得ヘキニ非ス或ハ之ヲ法律行爲ニ非サル事務ノ委託ナリト解シ得サルニ非サルカ如シト雖我現行商法ニ於テハ寧請負ト云フ觀念ニ基キテ立法セラレタルカノ痕跡尠カラスシテ爾カク解釋スル方運送ニ關スル各種ノ規定ヲ說明スル上ニ於テ大ニ便利ヲ感スルナリ此事ハ後ニ至リテ其證跡ヲ事實ニ付指摘スヘシ

運送契約ノ目的ニハ物ノ運送トアリ前者ハ所謂物品運送ニシテ後者ハ旅客運送ナリ此兩種ノ運送ニ付テハ外國ノ立法例ニ於テハ單ニ物品運送ノ規定ヲ設クルニ止リ旅客運送ニ付キ特別規定ヲ設ケサルモノ多シト雖我現行商法ハ此二種ニ付各別箇ノ特別規定ヲ設ケ居レリ

運送ノ行ルル場所ハ陸上ト海上トアリ此差別ニ基キ陸上運送ト海上運送トノ區別ヲ生ス固ヨリ運送ト云フ點ニ於テ孰モ性質上ノ差別アキハ勿論ナレトモ陸上ト海上トハ其危險ノ程度ヲ異ニシ其運搬用具ニ差別アリ且其運搬原動力ヲ異ニスル等ニ於テ各別種ノ規定ヲ要スルモノアルカ故ニ各國ノ立法ハ此兩種ノ運送ニ付之ヲ別チテ規定スルヲ常トス我商法モ亦陸上運送ハ之ヲ第三編第八章ニ規定シ海上運送ハ第五編ニ其規定ヲ爲シ居レリ茲ニ說明セントスル所ハ此陸上運送ニ關スル場合ナリ尤陸上運送ニ關スル說明ヲ爲スト云フモ此陸上ナル意味ニ付テハ特ニ說明ヲ要スルモノアリ陸上ト云ヘハ苟陸ト觀念シ得ヘキ以上ハ陸ノ上下ヲ問ハス其運送ヲ以テ陸上運送ト認ムルハ何人モ容易ニ首肯スル所ナルヘケレトモ茲ニ所謂陸上運送ハ其範圍一層廣ク湖川、港灣ニ於ル運送モ亦之ニ包含セラル即港灣ニ於ケル物品又ハ旅客ノ運送ハ海上運送ニ非スシテ之ヲ陸上運送ト觀念シテ陸上運送ニ關スル規定ニ依リ

0361

規律セラルルモノト知ルヘシ如此立法主義ヲ採リタル結果ハ實際港灣ノ運送ニ從事スル上ニ於ヲ種種ナル不都合ヲ生シ現今當事者ニ大ナル不便ヲ與ヘ居レリト雖現行法規ノ下ニ在テハ港灣ノ運送ニ付テハ共同海損其他第五編ノ海商法規ハ全ク之ニ適用ナキモノト斷定スルノ外ナシ玆ニ所謂湖川、港灣ノ範圍ハ商法施行法第一二二條ニ基キ明治三十二年五月遞信省令第二〇號ニ依リテ一定セラルル一言セハ平水航路ノ區域ニ依ルナリ其詳細ハ法文ニ付テ看ルヘシ尚ホ其陸上運送ニ付テ注意スヘキハ鐵道運送ノ場合ナリ鐵道運送ハ鐵道其モノノ設備、運搬方法、危險等大ニ他ノ運送ト其趣ヲ異ニシ居リ特種ノ規定ヲ要スルモノ多キヲ以テ我商法ハ之ヲ特別法ノ下ニ規律スルノ主義ヲ採リタリ現今鐵道ニ關シテ存スル特別規定ハ三十三年三月法律第六五號鐵道營業法、同年八月遞信省令第三六號鐵道運輸規定及同年三月法律第六四號私設鐵道法ト同年八月遞信省令第二七號私設鐵道法施行規則ナリ參照スルコトヲ要ス

終ニ臨ミテ一言スヘキハ陸上運送ハ海上運送ト共ニ所謂主觀的又ハ相對的商行爲ナルコトナリ即之ヲ營業トスル場合ニ始テ商行爲タルモノトス是レ第三編第八章ニ於テ特ニ運送營業ト題シ其第三三一條ニ於テ運送人ヲ定義シテ運送人トハ陸上又ハ湖川、港灣ニ於テ物品又ハ旅客ノ運送ヲ爲スヲ業トスル者ヲ謂フト規定シタル所以ナリ非營業的運送ニ關シテハ本章ノ規定ヲ適用スヘキ限ニ在ラス尚或學者ハ營業的運送ニ在テモ賃金ヲ得ル目的ヲ以テ勞務ニ服スル場合ハ是亦本章ノ適用ヲ受クルコトナシト說明スルモノアリト雖玆ニ所謂運送ヲ解シテ其性質雇傭ナリト觀念スルナラハ第二六四條第一項但書ヲ援用シテ尚カク說明スルヲ妨ケスト雖之ヲ請負ナリト解スルトキハ斯ル援用ハ其當ヲ失スルモノト謂ハサルヘカラス

第二節　運送契約ノ效力

運送契約ニ因テ生スル當事者間ノ權利關係ハ之ヲ運送人ノ側面ヨリ觀察シ第一、運送人ノ義務第二、運送人ノ權利トシテ左ニ之ヲ說明スヘシ

第一　運送人ノ義務

(一)　運送人ハ運送契約ノ趣旨ニ從ヒテ運送ヲ完了スルコトヲ要シ善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ其運送事務ヲ處理セサルヘカラス故ニ運送ノ目的物トシテ自己ニ交付セラレタル物品ヲ保管シ其現在ノ狀態ヲ毀損スルコトナクシテ引渡ヲ爲スニ付注意ヲ加フヘキハ勿論明約又ハ相當ノ期間內ニ運送ヲ完了スルコトニ付テモ亦善良ナル管理者ノ注意ヲ加ヘサルヘカラス隨テ此注意ヲ怠リタルカ爲メ其運送品ノ全部又ハ一部ノ引渡ヲ不能ナラシメ又ハ相當ノ期間內ニ引渡ヲ爲シ得サルニ至リタルトキハ其滅失、毀損又ハ延著ニ付損害賠償ノ責ニ任スルモノトス而シテ此責任ハ啻ニ自己カ其注意ヲ怠リタル場合ニ於テ負擔スルノミナラス荷扱ヲ爲サシメタル所謂運送取扱人又ハ其運送ニ使用シタル使用人其他ノ者ノ不注意ヨリ生シタル損害モ亦絕對ニ之カ賠償ノ責ニ任スヘキナリ固ヨリ此責任タルヤ畢竟不注意ニ基キテ生スルモノナレトモ其注意ヲ怠ラサリシコトノ立證ハ運送人ニ於テ爲ササルヘカラス是頗苛酷ナル規定ニ似タリト雖嚢ニ運送取扱人ニ付キ第三二二條ノ規定ニ關シテ述ヘタルト同一ノ趣旨ニ出テタルモノニシテ運送ノ安全ヲ圖リ斯業ノ發達ヲ期スル上ニ於テ最必要ナル規定タリ(三三七條)此責任ニ付テハ一ノ例外アリ即運送ノ目的物カ貨幣、有價證券其他ノ高價品ナルトキハ荷送人カ運送ヲ委託スルニ當リ其種類及價格ヲ明告シタルニ非サレハ運送人ハ此責任ヲ負フコトナシ蓋嚢ニモ述ヘタルカ

0362

如ク貨幣其他高價ノ物品ニ在テハ毀滅、紛失シ易キヲ常トスルカ故ニ其運送ニハ特段ノ注意ヲ加フルノ必要アリ現ニ此種ノ運送品ニ對シテハ普通貨物ヨリ多額ノ運送賃ヲ請求シ居ルナリ然ルニ若荷送人ニシテ其高價品ナルコトヲ告ケサルニ於テハ運送人ハ之ヲ通常ノ物品ト同一ニ取扱フヘク其運送賃モ亦通常ノ貨物ト同シカルヘキヲ以テ其物ニ付故障ヲ生シタリトスルモ开ハ委託者カ自ラ招キタル禍トシテ之ニ其損失ヲ歸セシムルハ敢不當ナリト謂フヲ得ス各國ノ立法例モ共ニ之ト同樣ノ規定ヲ爲シ居ルナリ(二三八條)

右ハ物品運送ニ關スル運送人ノ責任ニ付テ說明シタルナリ旅客運送ニ於テ運送人カ旅客及旅客ノ手荷物ニ對スル不注意ヨリ生スル損害ヲ賠償スルノ責任モ亦略之ニ類セリ先ツ旅客ニ付テ云ヘハ第三五〇條第一項ハ旅客カ運送ノ爲メニ受ケタル損害ハ其運送人ニ於テ自己又ハ其使用人カ運送ニ關シ注意ヲ怠ラサリシコトヲ證明スルニ非サレハ之カ賠償ノ責任ヲ免レ得サル旨ヲ規定シ居レリ此規定中特ニ注目スヘキハ原文「注意」ト規定シ居ルノ點ニシテ曾ニ普通ノ注意ヲ要スルノミナラス至大ノ注意ヲ以テ其運送事務ヲ處理スルコトヲ要シ最輕過失ニ付テモ其責ニ任セサルヘカラス蓋物品運送ト異ナリ人ニ關スル場合ナルヲ以テ斯ル規定ヲ生スルハ當然ノ事タリ其他物品運送ト異ナリテ玆ニ運送取扱人ヲ除キタルハ旅客ニ關スル運送ニハ其性質上斯ル關係者ノ存在ヲ見ルコトナケレハナリ次ニ手荷物ニ付テ云ヘハ元來手荷物ハ旅客カ其旅行中常用ニ供スルカ爲メ携帶スル物品ナルカ故ニ普通ハ旅客運送ニ附隨スルモノトシテ所謂物品運送ト目セラレサルナリ然レトモ引渡ヲ受ケタル手荷物ニ付テハ固ヨリ之ニ所謂物品運送カ行ルルモノト認メ得ヘキヲ以テ之ニ付テハ旅客運送人ハ前陳セル物品ノ運送人ト同一ノ責任ヲ負フヘキモノトス(二三五一條)反之旅客ヨリ引渡ヲ受ケサル手荷物ニ付テハ獨旅客ノ保管ニ屬シテ旅客運送人ハ毫モ之ニ與カルコトナキヲ以テ寧旅客運送ノ延長ト認ムルコト至當ニシテ隨テ運送人ハ自己又ハ其使用人ニ過失アル場合ヲ除クノ外損害賠償ノ責ニ任スルコトナシ即此場合ニ於ケル過失ノ有無ハ過失アリト主張スル者ニ之カ擧證ノ責任アルモノトス(二三五二條)

上來運送人ハ如何ナル場合ニ損害ヲ賠償スルノ責任アリヤニ付テ述ヘタリ之ニ伴ヒ當然生シ來ルヘキハ其負擔スル損害賠償ノ範圍如何ノ問題ナリ勿論當初ノ契約ニ於テ損害ヲ豫定シアリタル場合ハ之ニ依ルヘクシテ問題トナラス玆ニ研究ヲ要スルハ別ニ其豫定ナカリシ場合ナリ本問ニ對スル決定ハ物品運送ニ關シテ第三四〇條旅客運送ニ關シテ第三五〇條ニ其規定アリ一言セハ物品運送ニ關シテハ總テ其物品ノ價格ヲ標準トシテ爲シ若損害ヲ受ケサリシナラハ有スヘカリシ價格ト損害ヲ受ケタル狀態ニ於ル現實ノ價格トヲ對照シ其間ニ於ル差額ヲ以テ賠償額ト定メタリ而シテ所謂其運送品ノ價格トハ何レノ地何レノ時ニ於ケル價格ニ依ルヘキヤニ付テハ其物カ目的ノ場所ニ到達シタルトキニ有スル價格ヲ標準トシテ定ムヘキモノトセリ詳言スレハ全部滅失ノ場合ニ於テハ其運送品ノ引渡アルヘカリシ日ニ於ル到達地ノ相場ニ依テ之ヲ定ムヘク一部滅失又ハ毀損ノ場合ニ於テハ其引渡アリタル日ニ於ル到達地ノ相場ニ依リテ之ヲ定ムヘキモノトス爲セリ如此定ムト雖元來右ノ相場ハ其物品カ到達地ニ運送セラレテ始テ生スル價格ナルカ故ニ其相場中ニハ自ラ運送賃其他運送ニ關スル費用ヲ包含スヘキヲ以テ法ハ又他ノ一面ニ於テハ其滅失又ハ毀損ノ爲ニ支拂フコトヲ要セサリシ運送賃其他ノ費用ハ之ヲ相場中ヨリ控除シ其殘額ヲ賠償スレハ足レリト爲セリ滅失、毀損ノ場合ハ以上述ヘタルカ如シ然ラハ延著ノ場合ハ如何損害ノ算出方法ハ右ト異ナルコトナシ若物カ正當ニ到著シタルナラハ其到著ノ日ニ有スヘカリシ相場額ト實際後レテ到達シタル日ニ於ル相場額トノ差額ヲ以テ其賠償額トスヘキナリ玆ニ注意

0363

スヘキハ一部滅失又ハ毀損ト延著ト併起シタル場合ナリ此場合ニ於テハ先引渡アルヘカリシ日ニ於ケル到達地ノ價格ニ依ラ一部滅失又ハ毀損ノ賠償ヲ算出シ之ニ延著ノ賠償額即其毀滅物品ノ引渡アルヘカリシ日ニ於ル到達地ノ價格ト現ニ後レテ引渡シタル日ニ於ル到達地ノ價格トノ差額ヲ加ヘラ以テ其賠償額ヲ算出スヘキモノトス

右ハ運送人カ自己若クハ運送取扱人又ハ其使用人其他運送ノ爲ニ使用シタル者カ運送ニ關シテ注意ヲ怠ラサリシコトヲ證明シ得サリシ場合ニ於ル損害賠償額ノ算出標準ニ關スル規定ナレトモ其滅失又ハ毀損カ單ニ不注意ニ出テタルニ非スシテ全ク運送人ノ惡意又ハ之ト同視スヘキ性質ノ不注意即重大ナル過失ニ因テ生シタル場合ニ於テハ事全ク別ナリ斯ル場合ニ於テハ敢右ノ如クニ其責任ノ範圍ヲ限定スヘキ理由ナキヲ以テ其故障ヨリ生スル一切ノ損害ヲ賠償スヘキ責任アルモノトス（三四一條）

物品運送ニ關シテ運送人カ負擔スル責任ノ範圍ハ以上述ヘタルカ如シ然ラハ旅客運送ニ關スル賠償責任ノ範圍ハ如何被害ノ目的ノ一ハ物品ニシテ他ハ人ナリ其間ニ差別アルヘキハ勿論ナリ而シテ等ク旅客ト云フモ其身上ノ狀況、家族トノ關係如何ニ依テ同一程度ノ被害モ其及ス所ノ影響ハ大小一樣ナラス故ニ法ハ此點ニ省ミ旅客ノ身體ニ加ヘタル傷害ニ付テハ之カ賠償額ヲ定ムルニ付裁判所ハ被害者及其家族ノ情況ヲ斟酌スルコトヲ要スト規定セリ最公平ナル至當ノ規定ト謂フヘシ要スルニ物品運送ニ在テハ被害物品ノ損害其レ自身ノミニ著眼シテ其賠償額ヲ定メ隨テ何人カ其損害ヲ被リタルニモセヨ荷物ノ被害ノ程度ヲ等ウスル以上ハ其賠償額ニ差別ヲ生スルコトナシト雖旅客運送ニ在テハ其被害者ノ何人テアルカカ賠償額ノ決定ニ付最モ大切ナル要件トナルコトニ注意スヘシ

（二）數人相次テ運送ヲ爲ス場合ニ於テハ各運送人ハ運送品ノ滅失、毀損又ハ延著ニ付連帶シテ損害ヲ賠償スル責任アリ（三三九條）玆ニ所謂「數人相次テ運送ヲ爲ス場合」トハ如何ナル場合ヲ指シタルモノナルカニ付テハ所說區區ニシテ一致セス先數人ノ運送人カ相次テ起ルヘキ各種ノ場合ヲ擧テ次テ我商法第三三九條ハ其何レノ場合ニ關スル規定ナルヤニ論究セントス

數人相次テ運送ヲ爲ス場合ハ大別セハ二樣ニ別ル其一ハ各運送人カ直接ニ荷送人ニ對シテ運送契約關係ニ立ツ場合ニシテ其二ハ荷送人ニ對シテハ第一運送人ノミカ運送契約關係ニ立チ第二運送人ハ第一運送人ニ對スルノミニテ荷送人トノ間ニ何等ノ契約關係ヲ有セサル場合ナリ而シテ其各場合ニハ亦細別アリ左ノ如シ

（第一）各運送人ハ直接ニ荷送人ニ對シテ運送契約關係ニ立ツ場合

（甲）各運送人カ獨立シテ各自ノ運送地域内ニ於ル運送ノミヲ引受クル場合換言スレハ各運送人ノ引受カ荷送人ノ企圖スル運送ノ一部分ニ付限ラレ居ル場合ナリ之ヲ細別セハ

（イ）第一運送人カ自己ノ運送地域ニ關シテ一部運送契約ヲ締結スルト同時ニ第二、第三以下ノ總テノ運送人ヲ代表シテ其各自ノ一部運送ニ付荷送人ト契約ヲ併セ爲ス場合換言スレハ第二、第三以下ノ運送人ハ第一運送人ヲ介シテ荷送人ト直接ニ一部ノ運送契約關係ニ立ツ場合ナリ普通連絡運輸ト稱セラルルモノノ中此方法ヲ採レルモノ頗多シ

（ロ）（イ）ノ場合ト異ナリ荷送人カ第一運送人ヲ介シテ第二運送人ト一部運送契約ヲ締結スル場合

此場合ニ於テハ第一運送人ハ荷送人ノ代理人タル地位ニ立ツナリ而シテ如此シテ順次其下ニ及結局各運送人ハ直接ニ荷送人ト各自ノ一部運送契約關係ニ立ツモノトス

（乙）數人ノ運送人カ相次テ運送ノ全部ヲ引受ケ各其一部ヲ執行スル場合詳言スレハ最初荷送人ニ對

0364

シテ運送ヲ引受クルモノハ第一ノ運送人ナレトモ第二以下ノ運送人ハ順次前者ヨリ運送品ヲ受取ルニ當リテ或ハ運送狀ニ依リ（運送狀ハ通例運送品ニ隨伴スルナリ）或ハ其他ノ狀況ニ依リ契約ノ要領ヲ調査シテ該運送契約ニ加ハリ其全員カ荷送人ニ對シテ其運送ノ全部ニ付共同ノ契約當事者ト爲ル場合ナリ

（第二）荷送人ニ對シテ第一運送人ノミカ運送契約關係ニ立ツ場合之モ亦二樣ノ場合ヲ想像スルコトヲ得

（イ）運送人ノ委託ニ因リ第一運送人カ自己ノ運送行爲ヲ履行シタル後運送取扱人ノ資格ニテ自己ノ名ヲ以テ第二運送人ト運送契約ヲ締結スル場合即第二運送人ハ唯第一運送人ニ對シテノミ運送上ノ權利ヲ得義務ヲ負ヒ荷送人ニ對シテハ何等運送契約關係ヲ有セサル場合ナリ（第三一二條一項、二項、三一四條一項）

（ロ）第一運送人ノミカ運送ノ全部ヲ引受ケ其責務履行ノ爲ニ其運送ヲ第二運送人ニ委託スル場合即第二運送人ハ唯第一運送人ノ引受ケタル運送ニ使用セラルルニ過キスシテ荷送人ニ對シテ何等ノ契約關係ニ立タサル場合ナリ

以上ハ數人相次テ運送ヲ爲ス場合ニ付テ起ルヘキ各種異樣ノ場合ヲ示シタルナリ然ラハ我商法第三一九條ノ規定ハ右ノ各場合ニ總テ其適用アリヤ將タ亦然ラストセハ其何レノ場合ノミニ付適用アリトスルヲ至當ト爲スヤ此問題ニ對スル解答ハ一樣ナラス本條ヲ運送契約關係ヨリ立論シテ解釋ヲ爲ス者ハ概シテ右ニ述ヘタル（第一）ノ（乙）ノ場合ニ付テノミ本條ノ適用アリト說明シ他ハ皆之ヲ排除スヘシト論スルナリ蓋（第二）ノ場合ハ（イ）（ロ）共ニ第二以下ノ運送人ハ荷送人ト何等ノ契約關係ヲ有スルコトナキヲ以テ荷送人又ハ荷送人ノ權利ヲ取得スル荷受人ニ對シテ運送上ノ責任ヲ負フヘキ理由ナシト云ヒ又（第二）ノ場合中（甲）ノ場合ニ在テハ（イ）（ロ）共ニ第二以下ノ運送人ハ直接ニ荷送人ニ對シテ運送契約上ノ責任ヲ負ヘリトハ云ヘ其契約タルヤ運送ノ全部ニ關セスシテ唯其一部ニ關スルモノナルカ故ニ其責任モ亦一部ニ限ラレ敢他ノ運送部分ニ付責任ヲ負フヘキニ非スト說キ唯（第一）ノ場合中（乙）ハ各運送人ハ共同シテ全部ノ運送ヲ引受クルモノナルカ故ニ各自ニ運送全部ニ對スル責任アリ隨テ連帶シテ其責ニ任セシムヘシト云フニ在リ其說ク所一應ノ理アルカ如クナレトモ此結論タルヤ畢竟運送契約關係ノ存否ヲ前提トシテ立論スルヨリ生スルモノニシテ果シテ其前提ニ誤ナキヤ否ヤハ大ニ討究ヲ要スヘキ問題タリ予輩ハ本條ノ規定ハ如此ニ契約關係ヲ基礎トシテ立法セラレタルモノニ非スト信ス何トナレハ若然リト假定シテ生スル結果ニ付テ一考セヨ論者ノ主張スルカ如クニ結局本條適用ノ範圍ハ唯（第一）ノ（乙）ノ場合即運送人ノ全員カ共同シテ運送ノ全部ヲ引受クル場合ノミニ限ラルルコトト爲ルニ非スヤ然ルニ斯ル場合ニ其各運送人ヲシテ連帶シテ責ニ任セシメンニハ果シテ本條ノ如キ特別規定ヲ必要トスルヤ否ヤ予輩ハ全ク其必要ナシト斷言スルニ躊躇セス何トナレハ本條ナクトモ第二七三條ニ於テ數人カ商行爲タル行爲ニ因テ債務ヲ負擔シタルトキハ其債務ハ各自連帶シテ之ヲ負擔スヘシトノ規定存スレハナリ況右（第一）ノ（乙）ノ場合ノ如キ所謂運送狀ニ依リ數人ノ運送人カ相次テ全部ノ運送ヲ引受ケ共同ノ契約當事者ト爲ルト云フモ事ノ實際ニ於テハ運送狀ニ依テ相次テ運送ヲ爲スモ其引受タルヤ果シテ全部運送ノ引受ト認ムヘキヤ將一部運送ノ引受ナルヤハ未定ノ問題ニ屬シ之ヲ決定スルコト極メテ難キニ於テオヤ彼ノ獨逸商法第四三二條ノ如クニ特ニ明文ヲ以テ運送品ト共ニ運送狀ヲ受取リタルニ因リ其運送狀ニ基キ運送契約ニ加ハリ全部ノ運送ニ付共同ノ運送契約當事者ト爲ルト云ヘカ

0365

如キ趣旨ノ規定ヲ爲セル立法ノ下ニ於テ言フナラハイサ知ラス我現行法ノ如クニ運送狀ニ依リ相次テ運送ヲ爲シタレハトテ果シテ共同シテ全部ノ運送ヲ引受ケタリト看做サルヘキ否ヤカ法文上全ク不分明ナル立法ノ下ニ在テ斯ル議論ヲ爲スハ殆其意ヲ了解スルニ苦ム此種ノ議論ハ畢竟第三三九條ノ規定ヲシテ實際ニハ殆其適用ヲ爲シ得サル空論ト法文タラシメントスルモノト謂フヘシ要スルニ本條ノ規定ハ或論者ノ主張スルカ如クニ契約關係ニ著眼シテ立法セラレタルニ非ス眞ニ其理由トスル所ハ畢竟一ノ運送ニ付數人ノ運送人カ之ニ干與スル場合ニハ其運送品ニ生シタル滅失、毀損又ハ延著ノ故障ハ何レノ時何レノ運送地域内ニ於テ生シタルヤヲ荷造人又ハ荷受人ニ於テ證明スルノ困難ナルヨリ終ニ斯ル規定ヲ爲スニ至リタルニ外ナラス詳言スレハ損害ノ發生シタル場合ニ荷送人又ハ荷受人ハ眞ノ加害者ニ對スルニ非サレハ之カ賠償ヲ請求シ得サルモノトセハ其運送ニハ數人カ之ニ干與シ居ルヲ以テ果シテ何人ノ過失ニ基キタルヤヲ指摘スルコト極メテ困難ナルヘク終ニハ權利ヲ抛キテ之ヲ主張シ得サルノ不幸ニ陷リ其結果ハ延ヒテ運送業ノ信用其發達ニ恐ルヘキ影響ヲ及ホスニ至ルヘキカ故ニ法ハ運送人ニハ多少嚴ナルノ嫌アルモ荷數人カ相次テ運送ニ干與スル場合ニ在テハ總テニ通シテ各運送人ヲシテ連帶責任ヲ負ハシムルカ爲メ如此ニ廣ク「數人相次テ運送ヲ爲ス場合ニ於テハ云云」ト規定シ敢各場合ニ付差別ヲ設ケサリシナリ試ニ此趣旨ニ對照シテ前揭ノ各場合ニ付テ考究セヨ（第一）ノ場合中反對論者カ本條適用ノ範圍外ナリト主張スル（甲）ノ場合ハ（イ）（ロ）共ニ此規定ノ必要ヲ感スヘク此規定アリテコソ荷送人ハ安心シテ運送品ヲ托送シ得ルナレ又（乙）ノ場合ハ言フ俟タス尚（第二）ノ場合ニ付テ云ヘハ（イ）ノ場合ニ付テハ運送取扱ニ關スル第三一二條ノ規定アリ（ロ）ニ付テハ第三二六條ノ規定アリテ先責任ノ衝ニ立ツ第一運送人アルヲ以テ荷送人又ハ荷受人ニ取リテハ比較的此第三三九條ノ必要ヲ感スルコト大ナラスト雖苟如上ノ趣旨ニ基キテ本條カ立法セラレ廣ク數人相次テ運送ヲ爲ス場合ト規定セラレタル以上ハ此場合モ亦之ニ包含セラルルモノト解スルヲ至當トシ爾カク解スルハ能ク立法ノ趣旨ニ適フモノト謂フヘシ固ヨリ予輩ハ本條ヲ如此ニ解釋スト雖此規定ハ敢當事者カ之ヲ强行スヘキモノナリトハ云ハス若當事者カ反對ノ意思ヲ表示シタルトキニハ勿論連帶責任ヲ生スヘキニ非サルナリ故ニ此規定ハ運送人ニ對シテ頗苛酷ナルカ如キモ若此責任ヲ免レントセハ運送人ハ之ニ關シテ特約ヲ爲セハ可ナリ又特約ヲ爲ササリシカ爲ニ他人ノ過失ニ付損害ヲ賠償シタレハトテ飜テ眞ノ加害者ニ對シテ求償ヲ爲スハ固ヨリ妨ナキヲ以テ敢大ナル不都合ヲ感セサルヘキナリ

（三）尚運送人ノ義務ト認ムヘキハ運送ニ關スル指圖ニ從ハサルヘカラサルコトナリ荷送人又ハ貨物引換證ノ所持人カ運送ノ中止、運送品ノ返還其他ノ處分ヲ請求シタルトキハ之ニ從フコトヲ要ス蓋運送ハ專ラ此等ノ者ノ利益ノ爲ニ爲サルルモノナレハナリ尤運送品カ到達地ニ達シタル後荷受人カ引渡ヲ請求シタルトキニハ最早荷送人ニ此指圖權ヲ失ヒ運送人ハ之ニ應スヘキニ非ス（三四二條）以上述ヘタル運送人ノ責任ハ荷受人カ留保ヲ爲サスシテ運送品ヲ受取リ且運送費其他ノ費用ヲ支拂ヒタルトキハ消滅スルモノトスル然レトモ運送品ニ直ニ發見スルコト能ハサル毀損又ハ一部ノ滅失アリタル場合ニ於テ荷受人カ引渡ノ日ヨリ二週間内ニ運送人ニ對シテ之ヲ通知シタルトキ及運送人ニ惡意アリタル場合ニ於テハ運送人ハ其責ヲ免ルルコトヲ得ス（三四八條）又其責任ハ縱令荷受人カ留保ヲ爲シテ運送品ヲ受取リタリトスルモ其受取ノ日ヨリ一年ヲ經過シタルトキハ時效ニ因テ消滅ス而シテ運送品ノ全部カ滅失シタル場合ニ於テハ其引渡アルヘカリシ日ヨリ之ヲ起算スヘキモノトス但運送人ニ惡意アル場合ニ於テハ右ノ時效ヲ適用スルコトナク一般ノ規定ニ依ルヘキナリ（三二八條）

0366

(四)最後ニ述フヘキハ貨物引換證ノ交付ニ關スル義務ナリ固ヨリ運送人ニ本證券交付ノ義務アリト云フモ畢竟荷送人ノ請求アル場合ニ於テノミ之ヲ交付スレハ足リ敢運送契約ヲ爲スノ都度必之ヲ發行スヘシト云フニ非ス何トナレハ運送ハ諸成契約ノ一種ナルコト既ニ述ヘタルカ如クニシテ證券ノ作成ハ運送ニ關スル權利義務ノ成立ニ必要ナル條件ニ非サレハナリ荷送人カ特ニ之ヲ作成セシムル所以ハ蓋畢之ニ依テ最有效ニ當事者間ノ權利關係ヲ明確ニシ且之ヲ以テ現ニ運送中ノ商品ヲ處分スルノ用ニ供セントスルニ在リ先本證券ノ作成ニ付テ云ヘハ元來此證券タルヤ運送契約ノ內容ヲ明確ナラシムルヲ以テ其目的ノ一ト爲スモノナルカ故ニ之ニ運送ニ關スル約項ヲ記載スヘキハ勿論ニシテ少クトモ其成條項ハ必之ニ記載スルコトヲ要ス法ノ要求スル必要的記載事項ハ左ノ如クニシテ其一ヲ缺クトキハ到底貨物引換證トシテノ效力ヲ生セサルモノトス

一　運送品ノ種類、重量又ハ容積及其荷造ノ種類、個數竝ニ記號
二　到達地
三　荷受人ノ氏名又ハ商號
四　荷送人ノ氏名又ハ商號
五　運送賃
六　貨物引換證ノ作成地及其作成ノ年月日

右ノ事項ヲ記載シ運送人之ニ署名スルコトヲ要ス(署名ニ代フルニ記名、捺印ヲ以テスルコトヲ得(二三三年法律第一七號)

如此ニシテ發行セラレタル貨物引換證ハ如何ナル效力ヲ生スルヤト云フニ先第一ニ說明スヘキハ所謂

證券的ノ效力ヲ生スルコトニテ即一旦本證券ヲ作成シ之ヲ交付シタルトキハ運送人ト本證券所持人トノ運送ニ關スル權利關係ハ總テ其證券記載ノ文言ニ依テ決定セラルルコト是ナリ證券記載ノ文言ニ依テ決定セラルトハ債務者ハ一面ニ於テハ其文言以外ニ責任ナキコトヲ意味シ他面ニ於テハ其文言カ事實ニ合ハス當事者ノ眞意ト一致セサルモノアルモ之ニ從ヒテ履行ノ責ニ任スヘキコトヲ意味スルナリ(二三四條)如此證券記載ノ文言ニ總テノ決定力ヲ付與シタルハ畢竟證券ヲ取得スル者ヲシテ一ニ其文言ニ信賴スルコトヲ得セシメ以テ證券ノ流通ヲ容易ナラシメントスルニ外ナラス隨テ此特別ナル效果ハ單ニ證券ノ所持人ト運送人トノ間ニ發生スルニ止リ荷送人ハ決シテ斯ル恩典ニ浴スルコトヲ得サルナリ尙一ノ特別ナル效果ハ本證券ノ裏書讓渡ハ所謂物權的ノ效力ヲ生シ運送品ノ讓渡ト同一ノ效力ヲ生スルコトナリ元來本證券タルヤ運送品引渡ノ請求權ヲ表彰スルモノナレトモ其債權的作用ヲ爲スノ外尙物權的ノ作用力ヲ有シ其證券ノ引渡ニ因テ運送品ヲ引渡シタルト同一ノ效力ヲ生セシメ得ルヲ以テ本證券ノ所持人ハ單ニ其證券ノ處分ニ因リ以テ運送品其物ノ處分ヲ爲シ得ルノ便益ヲ有ス(二三四條)

尙貨物引換證ヲ作リタル場合ニ於テハ證券ノ所持人カ其權利ヲ執行スル方法モ亦普通ノ權利執行トハ大ニ其趣ヲ異ニス即其所持人ハ其證券ト引換ニ非サレハ運送品ノ引渡ヲ請求スルコトヲ得ス證券ノ引渡ナキ場合ニハ運送人曾ニ其請求ニ應スルノ義務ナキノミナラス證券ノ引渡ヲ受ケスシテ運送品ノ引渡ヲ爲スカ如キハ再運送品引渡ノ請求ニ遭遇スヘキ危險ヲ冒スモノト謂ハサルヘカラス何トナレハ未引渡ナキ其證券ヲ更ニ善意ニ取得シタル者ハ其前者ノ權利ノ缺損ニ關係ナク獨立ニ完全ナル證券面上ノ權利ヲ取得スルコトヲ得ヘケレハナリ(二三四條、二八二條、四四一條)

0367

其他貨物引換證カ指圖式ニテ發行セラレタル場合ニハ其讓渡ハ裏書ノ方法ニ依ルヘキコト（指圖式ニテ發行セラルルヲ通例トシ而シテ裏書ニ依テ讓渡サルレハコソ物權的ノ效力モ生スルナリ）竝ニ其裏書ノ形式、效力等ニ付テ說明ヲ要スルモノアルモ幷ハ曩ニ述ヘタル第二八二條ニ關スル說明ニ付テ會得セラルヘシ

第二　運送人ノ權利

(一)　運送人ハ運送賃、立替金及費用ノ辨濟ヲ受クルノ權利アリ是運送人ノ荷送人ニ對スル重ナル權利ニシテ運送ニ從事スルハ畢竟之ニ對スル報酬即運送賃ヲ得ントスルニ外ナラス然レトモ運送賃ハ若シ運送品ノ全部又ハ一部カ不可抗力ニ因テ滅失シタルトキハ其全部又ハ一部ニ對スル部分ハ之ヲ請求スルコトヲ得ス是運送カ一種ノ請負ノ性質ヲ有スル結果ニシテ固ヨリ當然ノ事柄タリ如此其本質ニ於テ既ニ運送賃請求ノ權利ナキモノナルカ故ニ若此場合ニ於テ運送人カ既ニ之ニ對スル運送賃ノ全部又ハ一部ヲ受取リ居リタルトキハ之ヲ返還セサルヘカラス尤之ハ運送ノ不能カ天災其他ノ不可抗力ニ出テタル場合ニシテ請負ノ性質上運送人カ其損害ニ甘スヘキモノナリト雖若然ラシテ其全部又ハ一部ノ滅失カ運送品ノ性質、瑕疵又ハ荷送人ノ過失ニ因テ生シタルモノナランカ事ノ此ニ至ラシメタル原因ハ全ク荷送人之ヲ組成シタルモノナルカ故ニ其損害ハ全ク之ヲ荷送人ニ負擔セシムルヲ至當トス即斯ル場合ニ於テハ運送人ハ運送品ノ滅失ニ頓著ナク運送賃ノ全額ヲ請求スルコトヲ得（三三六條）

運送人カ請負ナリト云フモ運送人カ最初ニ締結セル運送契約ノ目的タル運送ヲ完成セサルトキト雖尚運送賃ヲ請求シ得ル一ノ場合アリ卽チ曩ニ述ヘタルカ如ク運送人カ荷送人又ハ貨物引換證ノ所持人ノ指圖ニ因テ運送ヲ中止シ又ハ運送品ヲ返還シ其他命セラレタル處分ヲ爲シタルカ爲メ運送ヲ完成セサリシ契約ヲ爲シタルトキニモ保險契約者ハ保險者ニ對シテ保險料支拂ノ義務ヲ有ス（四〇一條）故ニ此場合ニ於テハ保險契約者ハ破產宣告ヲ受クル迄ハ保險料支拂ノ義務ヲ履行セサルカヘラス若保險契約者カ破產宣告ヲ受ケタルトキハ保險者ハ被保險者ニ對シテ保險料ノ支拂ヲ請求スルヲ得尤此場合ニ被保險者カ其保險契約ニ依テ得ヘキ利益ヲ拋棄シタルトキハ保險料支拂ノ義務ヲ免ルルコトヲ得（四〇六條）

保險者カ保險ヲ引受クル責任カ始リタル後ニ於テハ保險契約者ハ保險料支拂ノ義務ヲ有シ其返還ヲ請求スルコトヲ得サルヲ原則トス然レトモ保險契約ノ全部又ハ一部カ無效ナル場合ニ於テ保險契約者及被保險者カ善意ニシテ且重大ナル過失ナカリシトキ又ハ保險者ノ責任ノ始マル前ニ於テ保險契約者若クハ被保險者ノ行爲ニ依ラスシテ保險ノ目的ノ全部又ハ一部ニ付テ保險者ノ負擔ニ歸スヘキ危險ノ生セサルニ至リタルトキノ二ノ場合ニ於テハ保險者ハ保險料ノ全部又ハ一部ヲ返還セサルヘカラス尤後ノ場合ニ於テハ保險者ハ其返還スヘキ保險料ノ半額ニ相當スヘキ金額ヲ請求スルコトヲ得是保險者ニ何等ノ過失ナク保險者ハ其保險契約ヲ爲スカ爲ニ費用ヲ投シタルモノナルヲ以テナリ（三九九條、四〇八條、四〇九條）

保險料支拂ノ場所ハ當事者ノ合意ヲ以テ定ムルコトヲ得若合意ナキトキハ債務履行ノ規定ニ依ル此保險ナル行爲ハ之ヲ營業トシテ行フトキニハ商行爲ト爲ルハ第二六四條ニ依テ明ナリ故ニ株式會社ノ爲シタル保險契約ハ一ノ商行爲ニシテ隨テ保險料拂込ノ場所ニ付テモ當事者間ニ何等ノ合意ナキトキハ商法第二七八條ニ依リ債權者ノ現時ノ營業所若營業所ナキトキハ其住所ニ於テ爲ササルヘカラサルヲ以テ此場合ニハ會社ノ本店ニ保險料ヲ拂込マサルヘカラス尤支店ト保險契約ヲ締結セルトキハ其支店

0368

ニ保險料ヲ支拂フヲ以テ足ルヘシ(二七八條三項)然レトモ相互保險會社ニ在テハ其保險契約ハ商行爲ニ非サルヲ以テ保險料拂込ノ場所ニ付テ當事者間ニ何等ノ合意ナキトキハ民法第四八四條ニ依リ會社ノ本店ニ保險料ヲ支拂ヘサルヘカラス然レトモ實際ニ於テハ會社ハ必シモ其本店ニ保險料ノ支拂アルコトヲ要求スルモノニ非ス實例ヲ擧クレハ或會社ニテハ本店、支店、出張所代理店等ノ中保險契約者ノ選擇ニ從テ保險料ヲ支拂ハシメ唯保險契約者カ之ヲ變更セントスルトキハ通知スルヲ以テ足ルコトヲ營業規則ニ定メ若クハ同一ノ事項ヲ普通保險約款ニ定ムルアリ又或會社ニテハ會社ノ同意ヲ得テ本店、支店出張所代理店等ノ中一定ノ場所ニ拂込ムヘキコトヲ普通保險約款若クハ營業規則ヲ以テ定ムルモノアリ又或會社ニシテ保險料ハ本社又ハ本社ノ指定シタル場所拂込マサルヘカラサルコトヲ普通保險約款ニ規定スルアリ此等ノ場合ニ於テハ若會社ノ本店又ハ代理店等ニ保險料ヲ支拂ハサルヘカラス然ルニ或會社ニテハ會社ヨリ集金人ヲ出シテ保險契約者ノ住所ニ至シメ保險料ノ支拂ヲ求ムルモノアリ然レトモ是單ニ便宜ノ爲ニ行フ所ニシテ之カ爲ニ直ニ保險契約者ハ會社ニ保險料ヲ拂込マサルモ集金人ノ來ラサルヲ理由トシテ遲滯ノ責ニ任セサルコトヲ得ルモノニ非サルナリ尤當事者ニ於テ合意ヲ以テ特ニ定メタル場合ニハ勿論其合意ニ從フ獨逸ノ私立火災保險會社ノ實例ニ依ルニ保險契約者ハ何等ノ催告ヲ受ケサルモ保險料ヲ代理店ニ拂込マサルヘカラス會社ハ之ヲ催告スル義務ナキコトヲ特ニ普通保險約款ニ定ム我國ニ於テモ集金人ヲシテ保險料ノ支拂ヲ受ケシムルハ事實上ノ作用トシテ行ルト雖之ヲ普通約款又ハ營業規則ニ明言スルモノ少シ保險料支拂ノ時期ハ主トシテ合意ニ依テ定マル便宜上一箇年ノ保險料ヲ分割シテ支拂フコトアリ其保險料ハ危險ノ引受ニ對スル報酬ナルヲ以テ保險者カ危險ヲ引受クルト同時ニ保險契約者ハ保險料ノ全

額ヲ支拂フヲ至當トス故ニ通常ノ第一回ノ保險料ノ拂込アル迄ハ損害發生スルモ之カ塡補ヲ爲ササルコトヲ普通保險約款ニ定ム左レハ保險料ハ契約ノ初ニ支拂ハルヲ常トス爲モ海上保險、火災保險等ノ場合ニ於テ包括的保險ヲ爲ス場合ニハ例之日日出入ノ頻繁ナル倉庫内ノ商品ヲ包括的ニ保險ニ付スル場合ニハ契約ノ始ニ保險料ノ支拂ヲ請求セシテ事故ノ發生後若クハ期間ノ滿了後ニ於テ請求スルコトアリ獨逸ノ商法ノ規定ニ依レハ保險料ハ保險契約締結ノ後直ニ支拂ハサルヘカラスト規定セリアルトキハ保險證券ト引換ヘニ支拂ハサルヘカラスト規定セリ保險料カ正當ノ時期ニ支拂ハレサリシ場合ニ於テハ結果ニ付テハ契約ノ内容ニ依テ定メサルヘカラス若契約ノ内容ヨリ之ヲ知ルコトヲ得サルトキハ保險者ハ保險契約者ノ負擔スル債務ト保險契約者ノ負擔スル債務トハ互ニ獨ルノ外ナシ保險契約ハ雙務契約ナルモ保險者ノ負擔スル債務ト保險契約者ノ負擔スル債務トハ互ニ獨立スルモノナリ故ニ保險料カ正當ノ時期ニ支拂ハレサリシトキハ保險者ハ其延滯シタル保險料及其利子ノ支拂竝ニ其延滯ニ基ク損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得ヘキモ之カ爲ニ直ニ保險金支拂ノ義務ヲ免ルルモノニ非ス舊商法第六五四條ニ依レハ保險料カ契約期間内ニ支拂ハレサリシトキハ保險者ハ契約ニ羈束セラルルコトナシトアリ即契約期間内ニ保險料ノ拂ハレサルトキハ保險者ハ保險料支拂ノ義務ヲ免ルルコトト爲ルト雖然レトモ現行商法ニハ之ニ相當スヘキ規定ナシ故ニ保險料ノ延滯ヲ以テ直ニ相手方ノ義務ヲ免除スル理由ト爲スコトヲ得サルヘシ實際ニ於テハ普通保險約款ニ其結果ヲ定ムル即保險料支拂ノ時期ニ保險料ヲ支拂ハサルトキニハ契約ノ效力ヲ失ハシメ以テ會社カ其保險契約ノ爲ニ積立テタル責任準備金ノ全部若クハ一部ヲ返還スルコトト爲セリ

前ニモ述ヘタル如ク正當ノ時期ニ保險料ヲ支拂ハサルトキハ其結果ハ契約ノ效力ヲ失ハシムルコトヲ

0369

約スルモノ多シ然レトモ猶支拂期間ノ猶豫期間ヲ認ムルヲ常ト爲ス生命保險ニ於テハ各會社ハ其普通保險約款ニ於テ三十日乃至九十日ノ猶豫期間ヲ與フ其猶豫期間ヲ經過スルモ仍保險料ヲ支拂ハサルトキハ契約ノ效力ヲ失ハシメ責任準備金ノ全部又ハ一部ヲ返還スルナリ然レトモ契約ノ失效ノ生スルハ會社ニ取リテモ不利益ナルヲ以テ普通保險約款ニハ猶豫期間ヲ經過シテ保險料ヲ拂ハサレハ契約ハ當然效力ヲ失フヘキコトヲ規定スルニモ拘ラス實際ニ於テハ猶豫期間後尙或期間ノ猶豫ヲ爲シ其間ニ保險料ヲ支拂ヒタルトキハ契約ヲ有效ニ繼續セシムルモノノ少カラス

火災保險ニ於テハ普通保險約款ニ猶豫期間ヲ定ムルモノ少シ火災保險ニ於テハ保險者ノ責任ハ保險料ノ支拂アリシトキニ始ルト爲シ其保險契約ハ一箇年ヲ以テ期間トシテ一箇年分ニ對スル保險料ハ其全額ヲ支拂ハシムルコトヲ常ト爲シ加之火災發生シテ保險金ヲ支拂フ場合ニハ其保險金ノ中ヨリ保險料ヲ控除スルコトヲ契約セルヲ以テ猶豫期間ハ實際上必要少キカ故ナルヘシ

保險料ハ危險ノ引受ニ對スル報酬ナルヲ以テ同時ニ全額ヲ支拂ハサルヘカラサルモ同時支拂ノ不便ナルヲ以テ分割拂込ノ方法ヲ用フルコトアリ其方法ニハ通常半年拂、三箇月拂、一箇月拂ト爲ス殊ニ貯蓄ノ性質ヲ有スル生命保險ニ於テハ分割拂ノ方法ヲ用フルモノ多シ而シテ保險料ハ不可分ノ性質ヲ有スルヲ以テ一年度分ノ保險料ハ分割拂ノ方法ヲ用フルモ必ス之ヲ拂ハサルヘカラサルモノニシテ年度ノ中途ニ於テ損害發生スルトキハ會社ハ其年度分ノ未拂込ノ保險料ヲ請求スルコトヲ得唯實際ニ於テハ未拂保險料ハ支拂ハルヘキ保險金額ト差引ヲ爲スヲ以テ保險料支拂ノ方法ニ依テ日掛保險又ハ月掛保險ト稱スル特種ノ方法アリ現今ニ於テハ火災保險ニ於テ行ル即一口ノ契約ニ付テ保險金額ヲ三十圓迄ヲ限度トシ每日一錢宛ノ保險料ヲ拂込マシメ即一箇年ニ三圓六十五錢ノ保險料ヲ拂込マシメ事故發生セサ

ルトキハ其中三圓ヲ保險契約者ニ返還シ若事故發生スルトキニハ三圓六十五錢ヲ會社ニ收納スルノ方法ナリ此一種ノ簡易ナル火災保險ヲ日掛保險ト謂ヒ其一日ヲ基礎トセスシテ一箇月ヲ基礎トセル場合ヲ月掛保險ト謂ヒ此場合ニハ一箇月三十錢ノ保險料ヲ徵收スルモノトス

保險料ノ支拂ハ實際ニ於テハ現金ニテスル場合多シ然レトモ當事者カ金錢以外ノ給付ヲ以テ保險料ノ支拂ニ宛テタルトキハ其保險料ノ支拂ハ有效ナリヤ否ヤ換言スレハ保險料ノ支拂ハ金錢ニ限ルヤ否ヤ元來保險契約ハ偶然ナル一定ノ事故ノ發生ニ依リ生スルコトアルヘキ損害ノ填補ヲ約スルト同時ニ報酬ヲ與フルコトヲ約束スルモノナルヲ以テ當事者ノ一方カ危險ヲ引受ケ相手方カ之ニ對スル對價ヲ與フルコトヲ約スルトキハ保險契約ハ有效ナラサルヘカラス故ニ保險料カ金錢ニテ支拂ハレサルモ當事者ノ合意上危險ノ引受ニ對スル他ノ報酬ヲ與ヘラルルトキハ保險契約ハ其性質ヲ變スルコトナキナリ或學者ハ保險料ハ金錢ニテ支拂ハレサルヘカラサルコトハ保險契約ノ絕對的ノ要件ニ非スト言リ然レトモ實際ニ於テハ保險料ハ常ニ金錢ヲ以テ支拂ハルルナリ

第二　通知ノ義務

保險者ハ危險ヲ測定シテ其危險ヲ引受クルモノナリ故ニ保險期間中ニ其危險カ著ク變更又ハ增加セルトキニハ豫定ト異ナルヲ以テ保險者ハ到底危險ヲ引受クルニ堪フルヒトヲ得サル場合ヲ生スルコトアルヘシ故ニ商法ニハ保險期間中ニ危險カ保險契約者又ハ被保險者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リ著ク變更又ハ增加セルトキニハ保險契約者又ハ被保險者ノ責ニ歸スヘカラサルトキニハ保險者ニ契約解除ノ權利ヲ與フ(四一〇條、四一一條)此後ノ場合ニ於テ保險契約者カ其危險ノ變更又ハ增加ヲ知リタルトキニハ之ヲ保險者ニ通知セサルヘカラス若通知ノ義務ヲ怠リタル

0370

トキニハ保險者ハ危險ノ變更又ハ增加ノ時ヨリ保險契約ノ效力ヲ失ヘルモノト看做スコトヲ得（四一一條二項）尤「著ク」ナルコトニ付テハ程度問題ニシテ其適用ハ困難ナルヲ以テ多クノ判決例ニ依テ自然ニ定マルヲ待ツノ外ナシ

又損害ノ發生セルトキニ保險契約者カ其損害發生ノ事實ヲ知リタルトキニハ遲滯ナク之ヲ保險者ニ通知セサルヘカラス此通知ノ義務ヲ負擔セシメタルハ保險者ヲシテ其發生シツツアル損害ヲ防止シ又ハ其損害ノ調査ヲ容易ナラシムルカ爲ナリ

尙危險ノ變更、增加又ハ損害ノ發生ニ關スル二ノ通知義務ノ外特種ノ通知義務ヲ負擔セシメ居ル場合アリ例之海上保險ニ於テハ保險契約ト爲ストキニ其荷物ヲ積込ムヘキ船舶カ未定ナリシトキニ於テ荷物ヲ船積シタルコトヲ保險契約者ノ知リタルトキニハ遲滯ナク船舶ノ名稱及國籍ヲ保險者ニ通知セサルヘカラサルナリ（六六六條）

第三　契約解除ノ權利

保險契約者ハ保險契約成立後ニハ常ニ保險料ヲ支拂ハサルヘカラス然レトモ保險者ノ責任ノ始ル前ニハ保險契約者ノ契約ノ全部又ハ一部ノ解除ヲ爲スコトヲ得（四〇七條）此場合ニ於テハ保險者ハ保險料ヲ返還セサルヘカラス而シテ其返還スヘキ保險料ノ半額ニ相當スル金額ヲ保險契約者ニ請求スルコトヲ得ルコト商法ノ規定ニ依テ明ナリ（四〇九條）然レトモ實際ニ於テハ保險者ノ責任ハ保險料ノ拂込ヲ以テ始マルト爲スヲ以テ隨テ保險者ノ責任ノ始マル前ニ生シタル契約解除ニ因リテ保險料ノ返還ヲ爲ス場合ヲ生スルコトナキナリ此第四〇七條ノ契約解除ノ權利ハ生命保險ニ付テモ適用セラルト雖唯其損害保險ト異ル所ハ契約解除ノ場合ニ於テ保險者ハ被保險者ノ爲ニ積立テタル金額ノ拂戻ヲ爲ササルヘカラス（四三二條）而シテ實例ニ於テハ多クハ生命保險會社ハ其保險者タル責任ノ始リタル後ニ於テモ何時ニテモ契約解除ヲ爲シ得ル權利ヲ保險契約者ニ與ヘ又其返還金モ被保險者ノ爲ニ積立テタル金額ノ全部ヲ返還セシテ其大部分例之十分ノ七乃至九ヲ返還スヘキ旨ヲ普通保險約款ニ定ムルモノ多シ

其他保險契約者ノ有セル權利ハ保險料ノ減額ヲ請求スル權利（三九二條、四〇〇條）保險料返還ノ請求權（三九九條）等アリ此二ノ權利ニ付テハ保險契約者ノ保險料支拂ノ義務中ニ併セテ說明シタリ又生命保險ニ於テハ保險契約者ハ保險金受取人ヲ指定スル權利ヲ有ス（四二八條）

第二款　被保險者ノ權利義務

第一　通知ノ義務

保險期間中ニ危險カ保險契約者又ハ被保險者ノ責ニ歸スヘカラサル事由ニ依リ著ク增加又ハ變更シタルトキハ保險契約者又ハ被保險者ハ其增加又ハ變更ヲ知リタルトキニ遲滯ナク之ヲ保險者ニ通知セサルヘカラス（四一一條）元來保險者ハ總テノ危險ノ負擔ヲ爲シ得ルモノニ非スシテ特定ノ被保險利益ニ對スル特定ノ危險ヲ引受クルモノナルヲ以テ其特定ノ危險ニ少シニテモ增加又ハ變更アリタルトキニハ之ヲ嚴格ニ言ヘハ其危險ハ最早前ノ保險契約ニ依テ引受ケラレタル危險ニハ非サルナリ隨テ保險者ハ其契約ニ對スル責任ヲ免レタルモノト謂フコトヲ得ヘシ故ニ我商法ニ於テハ危險ノ增加又ハ變更カ被保險者若クハ保險契約者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ依リ著ク生シタルトキニハ保險契約ノ效力ヲ失ハシム（四一〇條）又其事由カ保險契約者若クハ被保險者ノ責ニ歸スヘカラサル場合ニ於テモ仍保險者ニ契

約解除ノ權利ヲ與フ(四一一條一項)加之被保險者又ハ保險契約者ニ危險ノ增加又ハ變更ノ通知義務ヲ負擔セシム而シテ其義務ヲ懈怠スルトキハ危險ノ增加又ハ變更ノ時ヨリ保險契約ハ效力ヲ喪ヒタルモノト看做スコトヲ得ル權利ヲ保險者ニ與フ(四一一條二項)而シテ保險者カ此通知ヲ受ケ又ハ危險ノ變更增加ヲ知リタル後ニ遲滯ナク契約ノ解除ヲ爲ササルトキハ保險者ハ其契約ヲ承認シタルモノト看做サルルナリ(四一一條三項)保險者カ第四一一條第一項及第二項ノ權利ヲ行使セサル場合ニハ其契約ヲ承認シタルモノト看做サルルト雖此場合ニ於ラハ之ヲ嚴格ニ謂フトキハ新ナル契約カ更ニ成立シタルモノト看做ササルヘカラス前ニモ述ヘタル如ク保險者ノ引受ケタル危險ハ特定ノ危險ナルヲ以テ此危險ニ增加又ハ變更アリタルトキハ最早其特定ノ危險ハ存在セスシテ別ニ新ナル危險ノ生シタルモノト謂ハサルヘカラス故ニ保險者カ前ノ契約ヲ承認シタルモノト看做サル場合ニ於テハ理論上之ヲ嚴格ニ言フトキハ前ノ契約ハ消滅シテ新ナル危險ニ付テ更ニ當事者間ニ合意ノ成立セルモノト爲ササルヘカラス唯保險料其他ノ點ニ付テ前ノ契約ト後ノ契約トカ同一ナリトスヘキノミ然レトモ第四一一條第三項ニ依レハ其規定ノ趣旨ハ新ナル契約ノ成立シタルモノト看ルニ非スシテ前ノ契約カ引續キテ效力ヲ有スルノ趣旨ナリト信ス而シテ火災保險會社ノ實例ニ依テ之ヲ說明スレハ被保險者又ハ保險契約者ノ責ニ歸スヘカラサル事由ニ因リ火災ノ危險カ著ク增加又ハ變更シタルトキハ遲滯ナク會社ニ申出テテ保險證券ニ承認ノ裏書ヲ要求スヘキモノト爲シ若此手續ヲ怠ルトキハ保險契約ノ效力ヲ喪ハシム又此承認ノ裏書ヲ求メタルトキニモ會社ニ於テ危險ニ增加又ハ變更アリト認メタルトキハ契約ヲ解除シ又ハ保險料ヲ增加シタルノ權利ヲ留保スルナリ此外被保險者ハ尙保險者ノ負擔シタル危險ノ發生ニ因テ損害ノ生シタルコトヲ知リタルトキニハ遲滯ナク保險者ニ通知スルノ義務ヲ有ス(四一二條)

第二　被保險利益ノ保護及損害防止ノ義務

保險ノ目的ハ避クヘカラサル危險ニ遭遇シテ被リタル損害ヲ塡補シテ可成損失ナカラシムルニ在リ之ニ依テ利益ヲ與フルコトヲ目的トスルモノニ非ス故ニ保險契約ヲ締結スルモ被保險者ハ之ニ依テ被保險利益ノ管理ノ責任ヲ免ルルモノニ非ス保險料ハ被保險利益ノ代價ニハ非スシテ危險ノ引受ニ對スル對價ナリ故ニ保險契約ノ締結セラルルモ被保險者カ其被保險利益ニ付テ少シモ注意ヲ拂ハサルニ於テハ其危險ハ頗大ナルモノニシテ保險者ノ到底引受ケ得ルモノニ非ス故ニ保險契約成立後ニ於テモ被保險者ハ自ラ被保險利益ヲ保護スル責任ヲ有ス商法ノ規定ニ依ルニ保險期間中ニ被保險者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因テ危險カ著ク變更又ハ增加シタルトキハ保險契約者ノ惡意又ハ重大ナル過失ニ因テ生シタル危險ノ發生ニ基ク損害カ被保險者又ハ保險契約者ノ惡意又ハ重大ナル過失ニ因テ生シタルモノナルトキハ保險者ハ其損害ヲ塡補スル責任ナキコトヲ規定セリ(三九六條)

前ニモ述ヘタル如ク保險ノ目的ハ危險ノ發生ニ因テ利益ヲ與フルモノニ非スシテ避クヘカラサル損害ヲ塡補スルヲ以テ目的トスルモノナルヲ以テ保險者ノ引受ケタル危險カ已ニ發生シタル後ニ於テモ被保險者ハ其被ルヘキ損害ヲ可成少クセサルヘカラス即被保險者ハ損害防止ノ義務ヲ有スルナリ(四一四條)商法ニハ此規定アルヲ以テ若損害發生ノ時ニ當リ被保險者カ其防禦ニ力メサルトキハ其防禦ノ手段ヲ盡ササリシカ爲ニ生シタル損害ニ付テハ保險者ハ塡補ノ責任ヲ免ルルコトヲ得ヘシ尤多クノ場合ニ於テ防禦ノ手段ヲ盡ササリシトキハ被保險者ニ惡意又ハ重大ナル過失アリタルモノトシテ第三九六條ニ依テ保險者ハ損害塡補ノ義務ヲ免ルルコトヲ得ヘシ

被保險者カ此損害防止ノ義務ヲ負擔スルト同時ニ保險者ハ被保險者ノ爲シタル損害防止ノ爲ニ必要又

0372

ハ有益ナリシ費用ヲ負擔セサルヘカラサルナリ而シテ其損害防止ノ手段ハ效果ヲ奏シタルト否トヲ問ハス又其費用ト塡補額トヲ合算シテ保險價額ヲ超過スルニ至ル場合ニモ之ヲ支拂ハサルヘカラス（四一一條一項但書）一部保險ノ場合ニ於テハ損害防止ノ爲ニ要シタル費用ハ塡補額ノ保險價額ニ對スル割合ニ依テ保險者及被保險者之ヲ分擔ス（四一四條二項）商法ノ規定ニテハ如此損害防止ノ爲ニ必要又ハ有益ナリシ費用ヲ保險者ハ負擔セサルヽカラサルコトヲ規定スルニモ拘ラス我國ノ火災保險會社ハ其普通保險約款ニ於テ損害防止ニ要シタル費用ハ特約アルニ非サレハ會社ハ之ヲ負擔セサルコトヲ明言セルモノ多シ

第三　保險金受取ノ權利

損害發生シタル場合ニ保險金額ヲ受取リ得ヘキ者ハ被保險者ナラサルヘカラス損害保險ノ場合ニ於テハ被保險者ト所謂保險金受取人トハ常ニ相一致スル被保險者トカ相一致セルトキハ被保險者ノ權利ニ付テ別ニ問題タルコトナキモ此兩者ノ異ルトキハ被保險者ヨリ觀ルトキハ全ク他人ナル保險者ト保險契約者トノ間ニ爲サレタル契約ニ因テ被保險者カ如何ナル權利ヲ取得スルヤニ付テ疑問タリ保險契約者カ委任ヲ受ケシテ他人ノ爲ニ保險契約ヲ締結シタルトキニ被保險者ハ如何ナル權利ヲ得ヘキヤニ付テハ未十分ナル說明ヲ見サルモ此場合ニ於テハ予ハ被保險者ハ民法第五三七條ニ示セル第三者トシテ權利ヲ取得スルモノナリト信ス

第三款　保險者ノ權利義務

第一　保險金額支拂ノ義務

保險契約ニ因テ負擔シタル危險發生シテ之ニ因テ損害ヲ生シタルトキハ保險者ハ其契約ニ定メタル保險金額ノ範圍內ニ於テ損害ヲ塡補セサルヘカラス生命保險ノ如キ所謂定額保險ニ於テハ保險者ハ契約ニ定メタル金額ノ全部ヲ支拂ハサルヘカラス然レトモ損害保險ニ在テハ損害ヲ塡補スルヲ目的トスルヲ以テ前述超過保險ノ原則ハ常ニ適用セラルルナリ

次ニ保險金支拂ノ義務ヲ免除セラルル場合ニ付テハ商法第三九五條及第三九六條ノ規定アリ即戰爭其他ノ變亂ニ因テ生シタル損害ハ特約アルニ非サレハ保險者ハ之カ塡補ノ責ヲ免ル又保險ノ目的ノ性質若クハ瑕疵自然ノ消耗又ハ保險契約者若クハ被保險者ノ惡意若クハ重大ナル過失ニ因テ生シタル損害ニ付テハ保險者ハ之ヲ塡補スル責ナシ其他保險者カ其塡補ノ義務ヲ免ルヘキ事由ニ付テハ保險業法第七條ニ依リ普通保險約款ニ之ヲ定メサルヘカラス保險會社ハ此點ニ關シ種種ナル規定ヲ爲セリ例之火災保險會社ニ於テハ火災ノ際保險ノ目的紛失シ又ハ竊取セラレタルヨリ生スル損害、地震又ハ噴火ノ爲ニ生シタル損害、汽鑵ノ破烈又ハ火藥ノ爆發ニ因テ生シタル損害又ハ保險契約者又ハ被保險者カ法律、命令ニ違反スルニ由リテ生シタル損害等ニ付テハ保險會社ハ保險金支拂ノ義務ヲ免ルルト爲スカ如キ是ナリ

保險金支拂ノ時期ニ付テモ保險業法第七條ニ依リ保險約款ノ中ニ之ヲ定メサルヘカラス危險發生シテ損害發生シタルトキハ保險者ハ直ニ保險金ヲ支拂ハサルヘカラサルモ保險金ノ支拂ニ付テハ殊ニ正確ナル調査ヲ要スルコト多ク詐欺ノ手段行レ易キヲ以テ通常ハ直ニ之ヲ支拂ハスシテ損害發生シタルトキニハ直ニ之ヲ保險者ニ通知セシメ尙一定ノ時日ノ間ニ其損害ヲ證明スルニ足ルヘキ書類ヲ作ラシメ

0373

其書類ノ保險者ニ到達シタルヨリ尙一定ノ期間ヲ定メ其間ニ塡補ヲ爲スヘキコトヲ普通保險約款ニ定ムルモノ多シ其期間ハ大抵三十日ヲ以テ一般ノ規定ト爲ス

保險金支拂ノ場所ニ付テハ法律ニ規定ナク又普通保險約款ニモ定ムルモノ少シ故ニ前ニ保險料支拂ノ場所ニ付テ述ヘタル如ク被保險者ノ住所ニ就テ支拂フコトヲ要スヘシ然レトモ實際ニ於テハ會社ノ本店又ハ代理店ニ於テ之カ支拂ヲ爲シ居レリ尤外國ノ海上保險會社ノ或モノニ於テハ特ニ保險金ノ支拂地ヲ保險證券ノ表面ニ記載スルコトニ定ムルモノ在リ

保險金額支拂ノ義務ハ二箇年ヲ經過シタルトキハ時效ニ因テ消滅ス（四一七條）其消滅時效ノ起算點ハ拂込期日ナリ然レトモ猶豫期間ノ定アルトキハ其期間滿了ノ時ヨリ始ルモノトス元來商行爲ニ依テ生シタル債權ハ其消滅時效ハ五箇年ヲ原則トスル保險契約ニ付テハ特ニ短キ期間ヲ定ム而シテ保險契約者ノ保險料支拂ノ義務ハ一箇年ヲ以テ消滅ス

第二　損害ノ計算ニ關スル費用ヲ負擔スルノ義務

當事者カ保險價額ヲ定メタルトキニモ其價額ノ著ク過當ナルコトヲ證明スルトキハ保險者ハ其塡補額ノ減少ヲ請求スルコトヲ得又保險價額ヲ定メサリシトキハ保險者カ塡補スヘキ損害ノ額ハ其損害ノ生シタル地ニ於ル其時ノ價額ニ依テ之ヲ定ム此等ノ場合ニ於テ其損害ノ額ヲ計算スルニ必要ナル費用ハ保險者カ之ヲ負擔セルヘカラス（三九三條二項）然レトモ實際ニ於テハ損害ノ額ニ付テ保險者ト保險契約者又ハ被保險者トノ間ニ異議ヲ生シタルトキハ評價人ヲ選定シテ之ニ制定セシメ其評價ニ關スル費用ハ保險者ト被保險者トノ雙方カ半額宛負擔スヘキ旨ヲ普通保險約款ニ定ムルモノ多キヲ以テ多クノ場合ニ於テ損害額ノ評定ニ特ニ費用ヲ要スル場合ニハ結局保險者及被保險者雙方カ其費用ヲ分擔スル

ノ結果ト爲ルヘシ

第三　保險ノ目的物ニ關スル權利ノ取得

被保險利益ノ全部消滅シタル場合ニ於テ保險者カ保險金額ノ全部ヲ支拂ヒタル場合ニハ保險者ハ被保險者カ其被保險物ニ付有セル權利ヲ取得ス（四一五條）例之被保險者カ所有セル家屋ヲ火災保險ニ付シ之カ火災ニ罹リタルトキ保險者カ保險金額ノ全部ヲ被保險者ニ支拂ヒタルトキニハ其燒殘ノ建物ニ付テ被保險者ノ有セシ權利即此場合ニ於テハ所有權ヲ取得スルナリ此權利ヲ保險者ニ與ヘタルハ保險ノ目的ハ損害ノ塡補ニ在リ利益ヲ與フルニ在ラサルヲ以テ保險金額全部ノ支拂ヲ受クレハ被保險者ハ損害全部ノ塡補ヲ得タルモノニシテ其以上ノ利益ヲ與ヘラルヘキモノニハ非ス故ニ其殘存セルモノニ付テハ之ヲ保險者ニ付與スルナリ尤一部保險ノ場合ニ於テハ保險者ノ權利ハ保險金額ノ保險價額ニ對スル割合ニ依テ定ムルナリ（四一五條但書）此點ニ付テ內國ノ或火災保險會社ニ在テハ會社ノ保險規則ト稱スルモノヲ以テ火災ニ罹リタル被保險物及殘留品ハ損害塡補ノ後會社ノ所得ニ屬スルモ便宜上相當ノ割合ヲ以テ被保險者ニ引渡スコトヲ得ト爲スモノアリ

又損害カ第三者ノ行爲ニ因テ生シタル場合ニ於テ保險者カ被保險者ニ對シテ其負擔シタル金額ヲ支拂ヒタルトキハ其支拂ヘル金額ノ限度ニ於テ保險契約者又ハ被保險者カ第三者ニ對シテ有スル權利ヲ取得ス（四一六條）例之火災保險ニ於テ保險契約ニ付セラレタル家屋ニ第三者カ放火シテ其家屋ノ全燒ヲ來シタルトキニハ被保險者ハ保險金額ノ支拂ヲ受クルコトヲ得而シテ之ヲ支拂ヒタルトキハ保險者ハ被保險者カ其放火シタル者ニ對シテ有スル損害賠償ヲ請求スル權利ヲ保險者自身カ支拂ヘル保險金額ノ程度ニ於テ之ヲ取得スルノ謂ナリ（四一六條）蓋保險者ハ相當ノ保險料ヲ得テ危險ヲ引受ケタルモノ

0374

ナルヲ以テ其危險ノ發生カ第三者ノ行爲ニ因ルト否トヲ問ハス苟損害發生シタルトキハ之ヲ塡補スル義務ヲ有スル此義務ハ保險者ノ獨立シテ負擔セル義務ニシテ第三者カ完全ナル損害ノ賠償ヲ爲ササリシ時ニ始テ履行セラルヘキモノニハ非サルナリ保險者ハ損害塡補ニ付テ主タル責任ヲ有シ第三者ノ損害賠償ノ義務トハ少シモ關係ナシ然レトモ一方ニ於テ保險ノ目的ハ損害ノ塡補ニ在テ保險者カ保險金額ヲ支拂ヘル以上ハ被保險者カ第三者ニ對シテ損害賠償請求ノ權利ヲ有スルト雖已ニ保險者ヨリ塡補ヲ受ケタル損害ノ額ニ付テハ被保險者ヲシテ第三者ニ對スル損害賠償ノ請求權ヲ行ハシムルノ必要ナキナリ若之ヲ竝ヒ行ハシムルトキハ被保險者ハ更ニ利得ヲ得ルコトヽ爲リ保險ノ目的ト背馳スルヲ以テナリ故ニ商法ニ依レハ保險者カ其負擔額ヲ支拂ヒタルトキニハ其自ラ支拂ヘル程度ニ於テ保險契約者又ハ被保險者カ第三者ニ對シテ有スル權利ヲ取得スルコトヽ爲シ又保險者カ其負擔額ノ一部分ヲ支拂ヘルトキニハ保險契約者又ハ被保險者ノ權利ヲ害セサル範圍ニ於テ其第三者ニ對シテ有スル權利ヲ行フコトヲ得セシメタリ（四一六條一項、二項）

元來保險者ハ自ラ危險率ヲ計算シテ相當ノ報酬即保險料ヲ受取リ居ルモノナルヲ以テ損害發生シタルトキハ當然之カ塡補ヲ爲ササルヘカラス其塡補ニ對スル報酬ハ已ニ拂ハレタルモノナリ然ルニ保險契約者又ハ被保險者カ第三者ニ對シテ有スル權利ヲ何故ニ保險者ニ取得セシメタリヤニ付テハ議論アリ或ハ保險者カ危險ヲ引受ケタルトキニ方リテハ固ヨリ第三者ノ行爲ニ因テ加ヘラルヘキ損害ヲ豫想セシモノナリ此等ノ危險ヲ總テ豫知シテ適當ナル報酬即チ保險料ヲ已ニ收得セルモノナリ故ニ此場合ニ於テ保險者ニ保險契約者又ハ被保險者カ第三者ニ對シテ有スル權利ヲ取得セシムルハ全然不當ナリト斷言セル學者アリ然レトモ被保險者ヲシテ保險契約ニ基ク損害ノ塡補及第三者ノ不法ノ行爲ニ因ル損害賠償ノ二箇ノ請求權ヲ併セ有セシムルハ保險ノ趣旨ニ反スルモノナリ保險者ハ固ヨリ第三者ノ行爲ニ基ク損害ヲ豫想セルモノナリト雖保險ノ箇箇ノ契約ニ付テ言ヘハ僅少ナル保險料ヲ得テ其代リニ多大ナル保險金額ヲ支拂ヘルモノナリ故ニ已ニ被保險者カ保險者ヨリ損害ノ塡補ヲ得タル以上ハ被保險者カ第三者ニ對シテ有スル權利ヲ其塡補ヲ受ケタル程度ニ於テ保險者ニ取得セシムルコト至當ナリトノ趣意ニ基クモノトス

其他保險者ハ勿論保險料請求ノ權利ヲ有シ又塡補額ノ減少ヲ請求スル權利（三九四條）又保險契約者カ破產ノ宣告ヲ受ケタルトキニ擔保ヲ請求スル權利又此場合ニ契約ノ解除ヲ爲ス權利（四〇五條）等ヲ有ス

茲ニ述ヘタル保險契約當事者ノ權利義務ニ付テハ悉之ヲ列擧スルノ趣旨ニハ非スシテ其重ナルモノニ付テノミ說明ヲ爲シタルモノニ過キス

第二節　損害塡補

損害保險ニ於ルハ被保險者ノ有スル被保險利益ノ滅失又ハ減少ヲ謂フ商法ニ於テハ第三八五條ニ依リ損害保險契約ノ目的ハ金錢ニ見積ルコトヲ得ヘキ利益ニ限ルヲ以テ茲ニ損害ト云フモ亦財產上ノ損失ヲ謂フコト明ナリ又被保險利益ト云フハ積極的ノ利益ニ限ラス將來ニ於テ得ラルヘキ利益モ亦被保險利益ト爲リ得ルヲ以テ損害ニ付テモ積極的ノ損害ノミナラス消極的ノ損害モ亦此ニ損害ニ包含セラルルコト明ナリ是損害保險ニ於ル損害ナル語ノ一般ノ意義ナレトモ火災保險、運送保險及海上保險ニ付テハ商法ノ規定ニ依リ其損害ノ意義ヲ一層明ニシ若クハ制限シ又當事者間ノ合意ニ依リ損害ノ

0375

意義及範圍ニ付テ制限ヲ加フル場合アリ此等ノ點ニ付テハ前ニ損害保險ノ要素ノ中被保險利益ト危險ニ付テ述ヘタル所ヲ參照スヘシ

損害ノ額ノ測定ニ付テハ其損害ノ發生シタル土地ニ於ル其時ノ價額ニ依テ定ムルコトヲ原則トスルモ運送保險及海上保險ニ付テハ特ニ例外ヲ設ク商法第四二四條ニ依レハ運送品ノ保險ニ付テハ發送ノ地及時ニ於ル其價額及到達地迄ノ運送賃其他ノ費用ヲ以テ保險價額トスルコトト爲シ特約アル場合ニハ運送品ノ到達ニ依テ得ラルヘキ利益モ亦保險價額ノ中ニ算入シ得ルコトト爲セリ又海上保險ニ於テハ第六五六條ニ於テ船舶ノ保險ニ付テハ保險者ノ責任カ始ル時ニ於ル其價額ヲ保險價額トシ又第六五七條ニ依リ積荷ノ保險ニ付テハ其船積ノ地及時ニ於ル價額及船積竝ニ保險ニ關スル費用ヲ以テ保險價額トスルコトト爲セリ隨テ損害ノ測定ニ付テモ此等ノ價額カ常ニ標準ト爲ルナリ

損害發生スルトキハ被保險者又ハ保險契約者ハ其損害ノ發生セルコトヲ知リタル時ヨリ遲滯ナク保險者ニ對シテ其通知ヲ發スルコトヲ要ス若之ヲ怠ルトキハ其怠レルカ爲ニ生シタル損害ニ付テハ被保險者自ラ之ヲ負擔セサルヘカラス

損害ノ測定ヲ爲ス者ハ多クノ場合ニ於テ第一ニ被保險者之ヲ爲スヘシ何トナレハ事實ニ於テ多クノ保險者ハ保險約款ヲ以テ損害ノ見積額ヲ保險者ニ通知セシムルノ義務ヲ被保險者ニ負擔セシメ居ルヲ以テナリ而シテ保險者カ被保險者ノ見積ヲ不當トシ又被保險者カ保險者ノ見積ヲ承諾セサルトキハ困難ナル爭ヲ起スコト多カルヘキヲ以テ保險者ハ亦保險約款ヲ以テ此等ノ場合ニ於ル仲裁ノ方法ヲ定メ居ルナリ即保險者、被保險者ノ雙方ヨリ評價人各一人ヲ選任シテ之ニ評價ヲ爲サシム評價人間ニ爭起リ決定セラレサルトキハ評價人ヲシテ更ニ一人ノ仲裁者ヲ選定セシメ當事者雙方ハ其仲裁者ノ判斷ニ絕

對ニ服從スルコトヲ約スルナリ

保險者カ塡補スヘキ損害ノ額ヲ計算スルニ必要ナル費用ハ保險者ノ負擔ニ屬スルコトハ商法第三九三條第二項ニ依リ明ナリ然レトモ前ニモ述ヘタル如ク保險者ハ保險約款ニ依リ損害ノ發生アルトキハ被保險者ヲシテ先損害ノ額ヲ見積ラシム而シテ其見積ニ關スル費用ハ被保險者カ負擔スヘキコトヲ約款ニ明示スルモノアリ又明示ナキモ當然被保險者ノ負擔ニ歸スヘキ趣旨ヲ以テ約款ニ規定ヲ定ムルモノ多シ故ニ何レノ場合ニモ其見積ノ費用ハ被保險者ノ負擔ニ屬スルニ至ル又損害ノ見積ニ付テ保險者ト被保險者トノ間ニ異議ヲ生シタル場合ニ仲裁ノ方法ヲ採ルコトハ前ニ述ヘタル如クナルカ其仲裁ニ關スル費用ハ保險者及被保險者ノ雙方カ半額宛負擔スヘキコトヲ保險約款ニ定ムルモノ多シ

損害塡補ノ主義ハ原狀回復ニ在リ損害トハ被保險利益ノ侵害ナルヲ以テ損害ノ塡補ト云フハ被保險者カ危險ノ發生シテ其爲ニ損害ヲ被ムルニ至リタル其以前ニ於テ有セル利益ヲ回復セシムルヲ以テ足ル即損害ノ發生ニ因リ不利益ナル狀態ニ陷リタル被保險者ヲ損害發生以前ニ有シタル地位ニ回復セシムルヲ以テ目的トスルモノナリ故ニ例之火災保險ニ於テ保險ニ付シタル家屋ノ燒失シタル場合ニ單ニ其家屋ノ時價ヲ支拂ヘルノミニテハ損害塡補ヲ爲シタリト謂フコトヲ得サル場合アリ被保險者カ其家屋ニ付テ有セル直接ノ或種ノ利益ニ付テモ之ヲ損害ノ決定ノ中ニ算入スルコト必要ナル場合アリ得ヘシ故ニ保險者ノ塡補スヘキ損害ノ範圍ハ要スルニ原狀回復ヲ目的トスルモノニシテ其精確ナル範圍ハ箇箇ノ事實ニ付テ判斷セサルヘカラス故ニ塡補スヘキ損害ノ範圍ヲ實際的ニ標準ヲ定メントスルニハ將來多クノ判決例出テテ之ニ依テ解釋ヲ決定スル外ナシ

保險者ノ引受ケタル危險ノ發生ニ因テ損害ヲ生シタルトキニハ保險者ハ常ニ其塡補ヲ爲ササルヘカラ

0376

ス然レトモ特別ノ場合ニハ法律ノ規定又ハ保險約款ニ依リ保險者ハ其塡補ノ責任ヲ免ルルコトアリ戰爭其他騷亂ニ因テ生シタル損害ニ付テハ特約アル場合ノ外ハ保險者ハ之ヲ塡補スル責任ナシ（三九五條）而シテ戰爭又ハ變亂ニ因テ生シタル損害ヲ塡補スル特約ヲ爲ス場合ニハ特別保險料ヲ被保險者ヨリ徵收スルモノトス然レトモ戰爭變亂ニ基ク危險ノ測定ハ極テ困難ニシテ誤リ易キヲ以テ此等ノ危險ハ保險者ニ於テ多クハ其引受ヲ拒絕スヘク又之ヲ引受クルニモセヨ過去ノ經驗ト其當時ノ事情トヲ斟酌シテ殆推測ヲ以テ定ムルモノ多シ

又被保險者若クハ保險契約者カ惡意又ハ重大ナル過失ニ因リ生シタル損害保險ノ目的ノ性質、瑕疵其自然ノ消耗ニ因テ生シタル損害モ保險者ハ塡補ノ責任ナシ（三九六條）又保險契約者若クハ被保險者カ法律、命令ニ因リ生シタル損害モ保險者ハ塡補ノ責任ナキコトヲ保險約款ニ特ニ明示スルモノ多シ其他各種ノ損害保險ニ於テハ保險者カ負擔シタル危險ニ因テ生シタル損害ニ付テモ保險者カ塡補ノ責任ヲ免ルヘキ場合ヲ約款ニ規定スルモノ多シ

損害塡補ノ方法ニ付テハ商法ニハ別段其規定ナシ唯保險ノ目的タル利益ハ金錢ニ見積リ得ルコトヲ必要トスルコトハ第三八五條ニ定ムルモ第三八四條ニ於テ單ニ「偶然ナル一定ノ事故ニ因リテ生スルコトアルヘキ損害ヲ塡補スルコトヲ約シ」トアリテ塡補ノ方法ニ付制限スル所ナシ然レトモ獨逸ノ保險契約法草案ニ依レハ損害保險ノ規定ノ冒頭ニ保險者ノ權利義務ヲ規定シ其第一ニ保險者カ損害ノ塡補ヲ爲スニハ金錢ヲ以テ給付スヘキコトヲ定ム（同草案四五條）然レトモ其理由書ヲ見ルニ此規定ニ付テハ獨逸民法ニ於ル損害賠償ノ規定ハ必シモ金錢ヲ以テ損害ヲ賠償セサルヘカラサルコトヲ規定セス單ニ原狀回復ヲ以テ足レリト爲ス然ルニ草案ニ於テ如此規定ヲ爲シタルハ種種ノ損害保險ニ於テ保險者

カ損害塡補ヲ爲スニ付テハ金錢ヲ以テ給付スルヲ通常ト爲スヲ以テナリ故ニ此規定ハ强行的ノ規定ニハ非スシテ當事者ノ反對ノ意思表示アルトキハ其意思表示ハ勿論有效ナリ故ニ保險者ハ被保險者ニ對シテ金錢的給付ノ義務ヲ負ハスシテ唯已ニ發生シタル損害ヲ保險者ノ費用ヲ以テ除却スルコトヲ約シ又ハ保險者カ現物ノ回復若クハ金錢ノ給付ヲ選擇スルノ權利ヲ留保スルコトヲ約スルモ皆有效ナリト說明セリ

英米法ニ於テハ當事者間ノ契約ニ於テ特ニ明言アルトキハ保險者ハ火災保險ニ於ル損害塡補ノ方法トシテ金錢ノ給付又ハ現物ノ給付若クハ再築、修繕等ノ方法ヲ選擇スルコトヲ得但此選擇權ハ保險證券若クハ保險約款ヲ以テ明示スルニ非サレハ其效ナシト爲セリ我民法ニ依レハ損害賠償ノ方法ニ付テ特ニ法律ヲ以テ制限スルコトナシ唯民法第四一七條ニ於テ當事者間ニ別段ノ意思表示ナキトキハ損害賠償ハ金錢ヲ以テ其額ヲ定ムルモノト爲ス此規定ニ依レハ損害賠償ハ當事者間ニ別段ノ意思表示ナキトキハ金錢ヲ以テスルヲ原則ト爲スカ如シ而シテ商法ニ於テハ前述ノ如ク塡補ノ方法ニ付テ規定スル所ナキモ第三八五條ノ規定アルヲ以テ我商法ニ於テモ損害ノ塡補ハ金錢ヲ以テスルヲ原則ト爲スヘキヲ信ス又之ヲ實例ヨリ考フルモ火災保險ニ於テハ保險者ハ其保險約款ニ金錢ノ給付ニ代フルニ現物ノ代給若クハ再築、修繕等ノ塡補方法ヲ選擇シ得ル權利ヲ留保スルモノ多シ例之「保險者ハ損害ヲ被リタル被保險物ノ全部ヲ代給シ若クハ復舊シテ保險金ノ支拂ニ代ヘ又ハ被保險物ノ一部分ノミヲ代給又ハ復舊シテ其殘額ニ對スル部分ニ付テノミ保險金額ノ一部ヲ支拂フコトアルヘシ而シテ其代給又ハ復舊ニ付テハ必シモ舊體ノ如ク完全ナルコトヲ必要トセス唯其狀況ニ依テ相當ニ十分ナリト認メ得ヘキ方法ニ依テ大體ノ代給若クハ復舊ヲ約セハ十分ナリ加之法令ノ結果ニ依テ建物ヲ復舊スルコトヲ得サリシ

トキハ其爲シ得ヘキ程度ニ於テ復齎スルヲ以テ足ル又若被保險物カ重複保險ニ付セラレタル場合ニハ保險者ハ他ノ保險者ト共同シテ代給若クハ復齎ヲ爲シ得ヘシ」ト定ムルモノアリ如此我國ニ於ル實例ニ依ルニ火災保險會社ハ其保險約款ニ保險金支拂ノ代リニ現物ノ代給若クハ再築修繕等ヲ爲シ得ル權利ヲ留保セサルモノナキモ亦何レノ會社モ金錢ノ給付ヲ以テ損害塡補ノ原則ト爲ササルハナシ而シテ再築、修繕ノ方法ハ塡補後ニ於テ異議ヲ生スルコト多ク保險者ニ取リテモ不便ナルヲ以テ容易ニ之ヲ行フコトナク唯損害額ノ測定等ニ異議ノ生シタルトキニ其額ヲ決定スルノ困難ト不便トヲ避クル爲ニ此等ノ方法ヲ採ルコトナキニ非ス此等ノ場合ノ爲ニ選擇權ヲ留保スルモ之ヲ實際ニ行ヘルハ極テ稀ナリトス故ニ法文ト實例トニ考フルモ損害保險ノ損害塡補ノ方法ニ付テハ金錢ヲ以テスル塡補ヲ原則トシ當事者間ニ反對ノ意思表示アリタルトキハ勿論之ニ從フヘク其反對ノ表意ハ保險契約ニ明示セシメ證クコトヲ必要トス爲スヲ穩當ナリトスヘシ

又海上保險契約ニ於テハ特ニ委付ト稱スルコトアリ之ニ付テ少ク述ヘンニ海上保險契約ハ航海ニ因テ生スル損害ヲ塡補スルコトヲ以テ目的トス而シテ保險ニ於ル損害トハ被保險利益ノ滅少若クハ滅失ナルコトハ海上保險ニ於テモ亦同シ海上保險ニ於テハ被保險物全部ノ滅失ヲ稱シテ全損ト謂ヒ其一部ノ滅失ヲ稱シテ分損ト謂フ例之積荷ノ一部カ火災ニ罹リタル場合ノ如キハ分損ナリ此場合ニ於テ被保險物ノ一部カ殘存セルヤ否ヤニ付テハ經濟上又ハ一般ノ常識ニ基ク觀察ニ訴ヘテ適當ノ場合ニ付テ判斷セサルヘカラス

而シテ被保險物ノ全部カ滅失セル場合ニ於テモ保險者ノ塡補ノ責任ハ其被保險物カ損害發生以前ニ有セル價額ヲ超ユルコトナシ如此被保險物全部滅失シテ保險者カ當然其保險價額ノ全部ヲ塡補スヘキ場

ニ付テ疑アルトキハ訊問ノ後其疑ノ消滅シタルトキニ於テ之ヲ爲サシムルコトヲ得（三〇六條、三〇八條）證人ノ爲スヘキ訊問前及訊問後ニ於ケル宣誓ノ旨趣ハ第三〇七條ニ揭ケタリ

宣誓ハ右ノ如ク證言ノ義務ニ附隨スル義務ナルカ故ニ宣誓ノ拒絕ニ付テハ證言拒絕ノ規定ヲ適用スヘク隨テ證言ノ義務アル者カ縱令證言ヲ拒マサルモ宣誓ヲ拒ミタルトキハ猶證言ヲ拒ミタルト同一ノ制裁ヲ受ケサルヘカラス（三〇九條）然レトモ證言及宣誓ノ義務ヲ併有スル者ハ唯狹義ニ所謂證人ノミニシテ法律ハ別ニ或第三者ニ宣誓ノ義務ヲ免除シ裁判所ヲシテ事實參考ノ爲ニ之ヲ訊問スルコトヲ得セシメタリ即左ノ如シ（三一〇條）

第一　十六歲未滿ノ者　訊問ヲ受クルトキ未滿十六歲ニ達セサル者ハ精神上ノ發達不十分ニシテ其刑法上ノ責任ヲ生スルニ付テモ辨別心アリテ犯シタルトキト雖尙宥恕減輕ノ特典ヲ受クル者ナレハ其宣誓ノ何物タルヲ解スルト否トヲ問ハス故ラニ之ニ宣誓ヲ爲サシメ且之カ爲ニ僞證罪ニ陷ルコトアラシムルノ必要ナシトシ唯其者カ係爭事實ニ關シ實驗アルトキハ其眞否ノ判斷ニ資スル爲メ裁判官ヲシテ之ニ宣誓ヲ爲サシメスシテ訊問スルコトヲ得セシメタルモノナリ

第二　宣誓ノ何物タルヤヲ了解スルニ必要ナル精神上ノ發達ヲ缺ク者　此者ニ付テハ全ク宣誓ヲ爲サシムルノ無用ニシテ之ニ宣誓ニ因テ生スル責任ヲ負ハシムルノ不當ナルハ言ヲ竢タサルモ其供述ニシテ時ニ或ハ係爭事實ノ判斷ノ資料タルコトアルヘキヲ以テ其訊問ハ常ニ無用ナリト謂フヲ得ス是此者モ亦宣誓ヲ爲サシメスシテ訊問スルコトヲ得ル所以ナリ

第三　刑事上ノ判決ニ因リ公權ヲ剝奪又ハ停止セラレタル者　此者ハ刑法上ノ制裁ノ結果裁判所ニ於

0378

ヲ狹義ニ所謂證人ト爲ルコトヲ得ス（刑法第二一條ノ六）國ヲ之ニ宣誓ヲ爲サシメテ訊問ヲ爲スコトヲ得サルハ勿論ナレトモ是亦事實ノ眞相ヲ知ルカ爲ニ訊問ノ必要アルトキハ宣誓ヲ爲サシメシテ訊問スルコトヲ得ルモノトス

第四　第二九七條ニ揭クル者即當事者ノ親族、被後見人、同居人、雇人ニシテ證言ヲ拒マサル者及第二九八條第三號、第四號ノ場合ニ於テ同ク證言拒絶ノ權利ヲ行使セサル者　此等ノ者ハ前ニ說明シタル立法上ノ理由ニ基キテ既ニ證言拒絶ノ權利ヲ付與セラレタル者ナレハ縱令其權利ヲ行使セサルトキト雖勢眞實ニ反スル供述ヲ爲スコトアルヲ免ルヘカラサルヲ以テ之ニ宣誓ヲ爲サシメ爲ニ僞證罪ニ陷ルコトアラシムルノ不可ナルハ同前ノ理ナリ（但第二九七條第一號第二九八條第四號ニ該當スル者ハ第二九九條第一號乃至第四號ノ事項ニ付テハ證言ヲ拒ムコトヲ得ス即法律ハ是等ノ事項ニ付テハ右ノ者ニ證言ヲ強ユルモノナレハ其訊問ヲ受クルトキハ宣誓ノ義務ヲ免ルヘカラス

第五　訴訟ノ成績ニ直接ノ利害關係ヲ有スル者　例之當事者ノ共同權利者、共同義務者ニシテ訴訟ニ加ハラサル者カ其訴訟事件ニ於テ證人ト爲リ或ハ又破產管財人ト他人間ノ訴訟ニ於テ破產者カ證人ト爲ル場合ノ如キ證人ノ權利義務カ訴訟事件ニ關係ヲ有シ訴訟ノ成績如何ニ依リ直接ニ證人ノ利害ニ影響ヲ及ホスヘキトキハ前同一ノ理由ニ依リ之ニ宣誓ヲ爲サシメスシテ事實參考ノ爲メ訊問スルコトヲ得ルニ過キス

宣誓ヲ爲サシメスシテ參考ノ爲ニ訊問シタル者ノ供述ノ信憑力如何ハ一ニ裁判官ノ心證ニ依テ定マルモノナリ故ニ裁判官ハ其供述ヲ信用スヘキ價値アリト爲シタトルキハ之ニ依テ係爭事實ヲ證明セラレタルモノト爲スコトヲ得ルハ毫モ宣誓ヲ爲シタル證人ノ證言ニ於ルト異ナル所ナシ宣誓ノ有無ハ唯裁

判官カ其供述ノ信憑力ヲ判斷スルニ付テ參酌スルニ過キス

當事者ト右身分上ノ關係ヲ有スル者又ハ訴訟ニ直接ノ利害關係ヲ有スル者カ證言ヲ拒絶セサルトキハ之ニ宣誓ヲ爲サシメテ訊問スルコトヲ得ルヤ否ヤ詳言スレハ第三一〇條ニ此等ノ者ハ宣誓ヲ爲サシメスシテ訊問ヲ爲スコトヲ得ルハ必之ニ宣誓ヲ爲サシメサルヲ要ストノ意ニ非スシテ之ニ宣誓セシムルト否トハ裁判官ノ隨意ナリトノ旨趣ニ解スヘキヤ否ヤノコトハ既ニ述ヘタリ或論者ハ此等ノ者ニハ法律カ證言拒絶ノ權利ヲ與ヘタルニ過キスシテ別ニ之ニ宣誓ヲ命スルコトヲ禁止シタル明文ナキヲ以テ若此等ノ者カ證言拒絶ノ權利ヲ行使セスシテ證言ヲ爲サントスル以上ハ無論之ニ宣誓ヲ命スルモ差支ナク第三一〇條ハ唯宣誓ヲ爲サシメスシテ之ヲ訊問スルモ亦可ナル旨ヲ規定シタルモノナリト主張スルモ予輩ハ其反對ノ解釋ヲ以テ可ナリト信ス何トナレハ第一二第三一〇條ニ列舉スル第一號乃至第三號ノ者ハ反對ノ論者ト雖常ニ宣誓ヲ命スルヲ得サルモノタルニ異論ナカルヘシ然ルニ第四號、第五號ノ者ヲ此等ノ者ト同列ニ置キ同一ノ規定ニ從ハシメタル以上ハ其間ニ差別ヲ立ツルハ解釋上固ヨリ不當ノコトナルノミナラス第二一ニ此等ノ者ニ證言拒絶ノ權利ヲ與ヘタルハ素ト人情ノ上ニ於テ眞實ノ證言ヲ爲シ難キ弱點アリテ僞證罪ヲ以テ之ヲ罰スルヲ酷ナリトシテ之ヲ避クルカ爲ナリ而シテ此等ノ者カ縱令證言ヲ拒絶セサルトキト雖未必シモ眞實ヲ述フルモノト看做スコトヲ得ス果シテ然ラハ強テ之ニ宣誓ヲ爲サシムルニ於テハ其僞證罪ニ陷ルコトナカラシメント欲スル法律ノ意思ハ爲ニ貫徹セサルニ至ルヘケレハナリ尙一言ヲ加ヘンニ獨逸民事訴訟法ノ規定ニハ右等ノ者ニハ訊問ヲ終リタル後ニ至リ裁判所ノ意見ニ依テ宣誓ヲ爲サシムルコトヲ得ヘキ旨ノ明文アレトモ我民事訴訟法ニハ如此規定ナキヲ以テ觀ルモ益消極說ノ可ナルヲ知ルヘキナリ

0379

以上述ヘタルハ證人訊問前ノ手續ナリ證人訊問ノ始マルハ其氏名、年齢、身分、職業、住所等ヲ問フニ在リ故ニ宣誓前證人ノ人違ニ非サルヤヲ明ナラシムル爲メ同一ノ問ヲ發シタルトキト雖尚ホ宣誓後之ヲ確メサルヘカラス又必要ナル場合ニ於テハ當事者トノ關係其他證言ノ信用ニ關スル狀況ニ付テ問ヲ發シ之ヲ明ニセサルヘカラス(三一二條)勿論證人ヲシテ宣誓ヲ爲サシムヘキヤ否ヤヲ決スルニ必要ナル事項殊ニ第二九〇條ノ身分上ノ關係ノ如キハ其訊問前ニ調査スルノ必要アリ何トナレハ宣誓ハ訊問前ニ於テスルヲ正則トスルノミナラス右ノ關係アル者ニハ裁判長ハ訊問前ニ證言拒絶ノ權利アルコトヲ告知セサルヘカラサレハナリ此他所謂證言ノ信用ニ關スル狀況トハ右以外ノ身分上ノ關係又ハ其訴訟事件ニ如何ナル關係ヲ有スルヤノコト或ハ又其證人ノ精神上ノ狀態ノ如何等ヲ謂フ此等ノ訊問ハ其必要ニ應シテ爲スヘキモノトス而シテ數人ノ證人ヲ訊問スヘキトキハ後ニ訊問ヲ爲スヘキ者ノ居ラサル場所ニ於テ各別ニ訊問セサルヘカラス此手續ハ要スルニ事實ノ眞相ヲ發見シ否證言ノ信用スヘキモノナルヤ否ヤヲ判斷スルニ必要ナルモノナリ然レトモ既ニ訊問ヲ終リタル者ハ後ノ證人ヲ訊問スル場所ニ居ラシムルモ差支ナシ是後者カ前者ノ證言ニ雷同シ又ハ强テ反對ノ證言ヲ爲スノ恐アラサルヲ以テナリ(三一一條一項)又訊問事項ニ付テハ證人ヲシテ其知レル事項ヲ牽連シテ陳述セシムヘク一一問ヲ發シテ簡單ナル答ヲ爲サシムルハ不可ナリ唯證人ノ陳述不明瞭ナルトキ又ハ不完全ナルトキニハ之ヲ明確ナラシメ完全ナラシムル爲メ別ニ必要ナル問ヲ發スルコトヲ得ヘク又其證言ノ眞否ヲ確ムル爲メ證人カ事實ヲ知リ得タル原因ノ如何ヲ穿鑿スル爲ニ必要ナル問ヲ發スルコトヲ得ヘキモノトス(三一三條)

證人カ陳述ヲ爲スニハ必記憶ニ依リ口頭ヲ以テ爲ササルヘカラス即書類ヲ朗讀シ又ハ覺書ヲ用フルコトヲ許サス唯記憶シ難ク過誤ヲ生シ易キ算數ノ關係ニ付テノミ覺書ヲ用フルコトヲ許ス(三一四條)蓋其陳述ノ眞實ナランヲ期スルノ規定ナリ

證人ハ裁判長カ主トシテ訊問スヘキモノナリ陪席判事ハ裁判長ニ告ケテ證人ニ問ヲ發スルコトヲ得當事者ハ自ラ直接ニ證人ニ對シテ問ヲ發スルコトヲ得サルモ證人ノ證言カ明白ナラサル場合ニハ之ヲ明白ナラシムル爲メ其必要ナリトスル問ヲ發センコトヲ裁判長ニ申立ツルコトヲ得(三一五條)發問ノ許否ニ付異議ヲ生シタルトキハ其裁判所ニ於テ直ニ裁判ヲ爲スヘキモノナリ例之當事者ノ申立テタル發問ハ訴訟ニ關係ナキモノトシ若クハ證人カ證言ヲ拒絶シタル事項ニ屬ストシ相手方カ其發問ヲ許スヘカラスト爭フ場合ノ如シ此爭ハ第二二七條ニ所謂中間ノ爭ニ非ス唯證人訊問ノ手續ニ於テ生シタル一ノ爭ニ過キサルヲ以テ其裁判ノ形式ハ決定ヲ以テ爲スヘキモノト信ス

證人ノ供述ハ之ヲ調書ニ記載スヘキコトハ總則第一三〇條ノ規定スル所ナリ尚其調書ニハ證人カ訊問前若クハ後ニ宣誓ヲ爲シタルヤ又ハ之ヲ爲ササリシヤヲ記載セサルヘカラス(三一六條)

第四則　證人ノ對質及再訊問

數多ノ證人ヲ訊問スヘキトキニハ各別ニ訊問スヘキコトハ前ニ述ヘタル如クナルモ其訊問ノ結果同一ノ事實ニ付各證人ノ供述カ同一ニ出ラス相齟齬スルトキハ其孰カ眞實ニシテ孰カ虛僞ナルヤヲ知ル爲ニ對質ヲ爲スコトヲ得(三一一條二項)是再訊問ニ外ナラサルモ通常ノ場合ニ於ケル各別訊問ノ例外タリ又一旦終了シタル證人訊問カ事實上若クハ法律上不完全ナルトキハ其再訊問ヲ爲スコトヲ得即第三一七條ニ其場合ヲ列擧セリ第一ハ證人訊問カ法律ノ規定ニ違背シタルカ爲メ其證言ヲ採用スルコト能

0380

サル場合、第二ハ證人訊問カ事實上訊問事項ニ對シ不十分ナル場合、第三ハ證人ノ供述曖昧ニシテ正確ノ意義ヲ知ルコト能ハサル場合、第四ハ證人カ自ラ其供述ノ不完全ナルヲ補充シ又ハ誤謬ヲ更正セント申立ツル場合、第五ハ右ノ外裁判所ニ於テ眞實ヲ發見スル爲メ再訊問ヲ必要トスル總テノ場合ヲ謂フ

第五則　證人訊問ノ場所

證人訊問ノ場所ハ受訴裁判所タルヲ原則トス故ニ證人ハ之ヲ受訴裁判所ニ呼出シテ訊問スルヲ正則トス然レトモ皇族、國務大臣、帝國議會ノ議員ニ付テハ前ニ說明シタル例外ノ規定アルノ外尙第三一八條ニ於テ一般人民ニ付テモ例外ノ規定ヲ設ケタリ即受訴裁判所ハ同條第一號乃至第三號ノ場合ニハ受命判事若クハ受託判事ヲシテ證人ヲ訊問セシムルコトヲ得

證人訊問ヲ爲スヘキ受命判事又ハ受託判事ハ第二九四條ニ規定スル如ク不出頭ノ證人ニ費用ノ賠償及罰金ヲ言渡シ拘引ヲ命スルコト及軍人軍屬タル證人ニ對スル右制裁ノ言渡竝ニ執行ノ囑託ヲ爲スコト第二九五條ニ定ムル決定ノ取消ヲ爲スコト第三〇二條及第三〇九條ノ規定ニ從ヒ證言ノ拒絕及宣誓ノ拒絕ニ付制裁ヲ加フルコトノ權利ヲ有ス又證人ノ再訊問ヲ必要トリトスルトキハ之ヲ命スルコトヲ得但受命判事又ハ受託判事カ證人義務違背ノ制裁ヲ言渡シタル裁判ニ對シ不服アル證人ハ第四六五條ノ規定ニ依リ先受訴裁判所ニ其裁判ノ變更ヲ求ムルコトヲ得而シテ受訴裁判所ノ裁判ニ對シテハ更ニ抗告ヲ爲スコトヲ得ヘシ右ニ反シテ受命判事若クハ受託判事カ證人ノ訊問ヲ爲サントスル際證人カ理由ヲ開示シテ證言若クハ宣誓ヲ拒ミ又ハ受命判事若クハ受託判事カ其職權ヲ以ヲ若クハ當事者ノ申立ニ因テ爲シタル發問ニ對シ證人カ答辯ヲ拒ミタルトキハ其拒絕ノ當否ニ付テノ裁判ハ受訴裁判所ニ於テ爲スヘキモノニシテ受命判事若クハ受託判事ノ權內ニ屬セス又受命判事若クハ受託判事カ當事者ヨリ申立テタル問ヲ發スルコトヲ拒ムトキハ當事者ハ其當否ニ付テノ裁判ヲ受訴裁判所ニ請求スルコトヲ得此場合ニハ證人カ證言若クハ宣誓ヲ拒ミタル場合ト異ナリ發問ヲ拒ミタル判事ハ證人ノ訊問ヲ中止セスシテ之ヲ結了スルコトヲ得唯其後受訴裁判所ノ裁判ニ依リ右發問ヲ爲ササリシテ不當ナリト決定セラレタルトキハ其點ニ付更ニ證人ヲ訊問セハ可ナリ（二一九條此規定ハ受命判事受託判事ニ於テ當事者ノ發問ヲ許否スルノ權アルヲ認メタルモノニシテ亦實際ノ便宜ヲ圖ルニ出ツ

第六則　證人ノ忌避及拋棄

第二九七條第一號乃至第三號ニ揭クル者ハ當事者トノ身分上ノ關係ヨリ自然ノ情ニ於テ其當事者ノ爲メ利益ナル證言ヲ爲スノ慮アリ於是乎法律ハ先此等ノ者ニ證言拒絕ノ權利ヲ付與シ尙其權利ヲ行使セサルトキト雖之ニ宣誓ヲ爲サシメスシテ訊問スヘキコトトシ以テ僞證罪ニ陷ルコトナカラシメタリ而シテ其宣誓ヲ爲サスシテ爲シタル供述ト雖裁判官ノ心證ニ於テ之ヲ眞實ナリト認メタルトキハ證據トシテ採用スルコトヲ得ルハ宣誓ヲ爲サシメタル證人ノ供述ニ於ルト異ルコトナキヲ以テ其證言ノ有無ハ訴訟ノ勝敗ニ關係ナシト謂フヘカラス是故ニ證人カ其訊問ヲ求メタル一方ノ當事者ト第二九七條ノ身分上ノ關係アリテ而モ證言拒絕ノ權利ヲ行使セス進ミテ其當事者ニ利益ナル證言ヲ爲スノ疑アルトキハ相手方ニ其證人ヲ忌避スルノ權利ヲ與ヘタリ（三〇三條）但第二九九條ノ場合ニ於テハ實際ノ必要上右等ノ者ニ證言ヲ拒ムコトヲ許サス隨テ宣誓ヲモ爲サシムヘキモノニシテ即法律ハ此場合ニ於テ

0381

ハ他ニ證據ナキコトヲ慮リ強ヲ之ニ證言セシメ且之ニ僞證ノ制裁ヲ加フルコトセシモノナレハ之ヲ忌避スルコトヲ得サルモノト解スルヲ正當トス

證人忌避ノ申請ハ或ハ書面ヲ以テシ或ハ口頭ヲ以テスルコトヲ得ヘシ而シテ其條件トシテハ忌避ノ原因タル關係ヲ疏明セサルヘカラス又其時期ニ關スル制限ハ原則トシテハ其證人ノ訊問前ニ於テ爲スニ在リ其訊問ノ始マリタル以後ハ忌避ノ權利ヲ失フ然レトモ例外トシテ證人訊問前ニ忌避ノ原因ヲ主張スルヲ得サリシコトヲ疏明スルトキハ其訊問ヲ始メタル後ト雖尚忌避ノ申請ヲ許ス故ニ證人ノ訊問前ニ忌避ノ原因ヲ知ルコト能ハサリシ場合若クハ其訊問カ數回ニ亘リ訊問ヲ始ヲ未終了ニ至ラサル間ニ忌避ノ原因ヲ生シタル場合ノ如キハ訊問開始後ニ於テモ忌避ノ申請ヲ爲スコトヲ得ヘシ(二〇四條)忌避ノ申請ノ正確ナル場合ニ於テハ忌避ノ原因ノ生シタル後ニ爲シタル證人訊問ノ無效ニ歸スルハ勿論ナリ

忌避ノ申請ニ付テノ裁判ハ口頭辯論ヲ經スシテ爲スコトヲ得ル決定ヲ以テ之ヲ爲ス而シテ忌避ノ原因アリトスル裁判ニ對シテハ不服ノ申立ヲ許ササルモ其原因ナシトスル裁判ニ對シテハ即時抗告ニ依リ不服ヲ申立ツルコトヲ得此即時抗告ハ別段ノ明文ナキヲ以テ當然執行ヲ停止スルノ效ナシ隨テ裁判所ハ右不服ノ申立アリタルトキト雖第四六〇條第二項、第三項ノ場合ノ外ハ忌避セラレタル證人ノ訊問ヲ續行スヘキモノナリ(二〇五條、四六〇條)

舉證者ハ其申出タル人證ニ付テ相手方カ忌避ノ申請ヲ爲シタル場合ト否トヲ問ハス之ヲ拋棄スルコトヲ得而シテ其證人訊問ノ開始前ニ在テハ右拋棄ハ全ク舉證者ノ隨意ナルモ既ニ訊問ヲ開始シタル後ハ相手方ノ承諾ヲ經サルヘカラス(二一〇條)故ニ一旦舉證者ノ申出タル證人ノ訊問ニ著手シタルトキハ相手方ハ舉證者ノ拋棄ヲ承諾セスシテ自己ノ利益ノ爲メ其訊問ノ續行ヲ求ムルコトヲ得又舉證者カ申出タル人證ヲ有效ニ拋棄シタルトキト雖相手方ハ更ニ自ラ同一ノ人證ヲ申出ツルコトヲ得ヘキカ故ニ證人ノ出頭シタル場合ニ於テハ直ニ其訊問ヲ求ムルコトヲ得ルハ疑ナカルヘシ又舉證者ハ第一審ニ於テ自ラ人證ヲ拋棄シタルトキト雖第二審ニ於テ更ニ同一證人ノ訊問ノ申出ヲ爲スコトヲ得ルハ第四一五條ノ規定ニ依テ推知スルコトヲ得ヘシ證人ハ訊問期日ノ終リタル後直ニ旅費日當ノ拂渡ヲ請求スル權アルコト又其支拂ノ爲ニ舉證者カ第二八八條ノ規定ニ依リ豫納シタル金額ノ不足スルトキハ裁判所ノ職權ヲ以テ其不足額ヲ取立ツヘキコトハ第三二一條ニ規定スル所ノ如シ

尚玆ニ附言スヘキハ舊民法證據編第六〇條ニ依レハ法律行爲ヨリ生スル利益カ金額五十圓ヲ超過スルトキハ人證ニ依テ之ヲ證スルヲ許ササルヲ原則トセリ然レトモ今日ノ法律ニ於テハ斯ル制限ナシ唯民事訴訟法ノ規定中證書訴訟、爲替訴訟ニ於テ人證ヲ許ササルノ特例アルノミ(四八四條、四八七條、四九四條)

第二項　鑑定

鑑定トハ現在ノ事實ノ判斷ニ關シ鑑定人トシテ選定セラレタル特別ノ智識ヲ有スル第三者カ陳述スル意見ヲ謂フ而シテ舉證者ハ證據方法トシテ鑑定ノ申出ヲ爲スコトヲ得艦定人ハ證人ト同ク當事者ニ非サル第三者タルヲ要スレトモ鑑定人ハ證人ノ如ク自己ノ實驗シタル過去ノ事實ヲ單ニ其記憶ニ依リテ陳述スルモノニ非スシテ特別ノ智能ニ依リ現在ノ事實ニ付自家ノ意見ヲ以テ判斷ヲ下スモノナリ是即證人ト鑑定人トノ性質上ノ差異ナリ凡裁判所カ裁判ヲ爲スニ當リ或事實ノ眞否ヲ知ルコトヲ要スル場

0382

合ニ於テ其眞否ノ判斷ニ付特別專門ノ智識ヲ要シ而シテ偶裁判官カ之ヲ判斷スルニ足レル智識ヲ有スルトキハ固ヨリ鑑定ノ必要ナシト雖然ラサルトキハ其智識ヲ有スル者ヲ鑑定人トシテ意見ヲ陳述セシメ判斷ヲ爲スノ參考ニ供スルノ必要アリ即此場合ニ於テハ裁判官ハ事實ノ判斷ニ付鑑定人ヲシテ已ヲ補助セシムルコトヲ得ルモノトス

鑑定ハ證據方法ナルヤ否ヤノ點ニ付テハ學者間議論アル所ナリ或ハ鑑定人ハ證人ノ一種ニシテ鑑定ハ證言ト同ク純粹ノ證據ナリト言フ者アリ其說ニ依レハ證人ハ其實驗シタル事實ヲ述ヘ鑑定人ハ其意見ヲ述フルノ差異アルノミニシテ其陳述カ同ク第三者ノ陳述トシテ係爭事實ヲ證明スルノ材料ト爲ル點ニ至リテハ毫モ相異ナルコトナシ故ニ二者其性質ヲ同ウスルモノナリト或ハ其反對ニ鑑定人ハ裁判官ノ補助ヲ爲ス者ニ過キスシテ其意見ヲ陳述セシムルハ證據方法ニ非スト說ク者アリ或ハ又裁判所ノ職權ヲ以テ命スル鑑定ハ裁判官ノ判斷ノ補助ニシテ擧證者ノ申立ニ依ル鑑定ハ證據方法ナリト唱フル者アリ今我民事訴訟法總則第一一七條ニ依レハ裁判所ノ職權ヲ以テ鑑定ヲ命スルコトヲ得即裁判官ハ自己ノ智識ノミヲ以テハ係爭事實ノ眞否ニ付判斷ヲ下シ難キ場合ニ當事者ノ申立ヲ待タスシテ鑑定人ヲ任命シ鑑定ヲ爲サシメ之ヲ參考ニ供スルコトヲ得ルモノナリ此點ヨリ觀レハ固ヨリ鑑定人ハ裁判官ノ判斷ノ補助ヲ爲ス者ト謂フコトヲ得ヘシ然レトモ又他ノ方面ヨリ觀察スレハ法律ハ鑑定ヲ證據方法中ニ列シテ之ニ特別ナル規定ノ外ハ人證ノ規定ヲ準用スルコトシ尙第三二三條ヲ以テ鑑定ノ申出ヲ當事者ニ許セリ而シテ其鑑定ノ結果ヲ信用スルト否トハ一ニ裁判官ノ心證如何ニ依リテ定マルモノナリト雖是總テノ證據方法ニ共通ノ原則ニシテ若シ裁判所カ鑑定ヲ正當ナリト認ムルトキハ其係爭事實ノ證明材料タルコト勿論ナリ故ニ擧證者ハ自己ノ主張スル事實ヲ證明スル爲ニ鑑定ノ申出ヲ爲シ其結果

利益ナル判斷ヲ受クルコトヲ得ルモノナリ此點ヨリ觀レハ鑑定ノ申出ハ一ノ證據方法ナリト謂フモ決シテ不可ナシト信ス或ハ當事者カ鑑定ノ申出ヲ爲スモ裁判所ニ於テ其必要ナシトスルトキハ之ヲ命スルニ及ハサルコト其他鑑定人ノ選定、其員數ノ指定ハ裁判所ニ於テ爲スコト又裁判所ハ職權ヲ以テ鑑定、再鑑定ヲ命スルコトヲ得ルコト等ノ規定アルヲ以テ鑑定ヲ證據方法ニ非ストスルノ論據トスル者アレトモ凡必要ナラサル證據ハ裁判所ニ於テ取調フルニ及ハサルコトハ何レノ證據ニ於ケルモ同一ニシテ唯リ鑑定ニ限ラス又法律カ鑑定人ノ選定ヲ裁判所ニ爲サシムルハ其裁判官ノ補助タルカ故ノミニ非ス又鑑定ヲ證據方法ニ非スト爲シタルカ故ニ非スシテ要スルニ鑑定人ハ特別ノ智識ヲ具有スルヲ必要トスルヲ以テ其選定ヲ當事者ニ一任スルヨリモ通常之ヲ受訴裁判所ニ爲サシムルヲ適當ナリト認メタルニ由ル其員數ヲ定ムルカ如キモ亦右ト率連スル事項ナルノミナラス既ニ證據調ノ限度ハ裁判所ニ於テ定ムヘキノ原則アル以上ハ初ヨリ裁判所ヲシテ鑑定人ノ員數ヲ定メシムルモ敢テ怪ムヘキコトニ非サルナリ然ラハ即右ノ規定ハ未鑑定ヲ以テ證據方法ニ非ストスル憑據ト爲スニ足ラス況當事者ハ別ニ合意ヲ以テ鑑定人ヲ定ムルコトヲ得而シテ裁判所ハ其合意ニ從ハサルヘカラサルノ規定アリテ常ニ鑑定人ハ裁判所ノ選定スルモノニ非サルニ於テオヤ又裁判所カ職權ヲ以テ命スルコトヲ得ルハ唯リ鑑定ノミニ限ラスシテ檢證及本人訊問ニ於ケルモ亦同シ尙又裁判所カ再鑑定ヲ命スルコトヲ得ル規定ノ如キモ鑑定ノミニ關レルモノニ非スシテ證人ノ再訊問モ亦裁判所ノ必要ト認メタルトキハ常ニ之ヲ命スルコトヲ得要スルニ右等ノ規定ハ鑑定ヲシテ證據方法タルノ性質ヲ失ハシムルニ足ラサルノミナラス却テ他ノ證據方法ニモ共通ノモノアリ蓋鑑定ヲ以テ單純ノ證據方法ナリト謂ヒ又ハ證據方法ノ性質ヲ有セスシテ單ニ裁判官ノ判斷ノ補助タルニ過キスト爲スハ各觀察ノ點ヲ異ニシタル結論ニシテ此二

ノ觀念ハ決シテ相容レサルモノニ非ス裁判官カ事實ノ判斷ヲ爲スニ際シ鑑定人ノ鑑定ヲ參考トシ己ノ智識ヲ補足スル點ヨリ觀レハ即鑑定ハ裁判官ノ判斷ノ補助タルモノト謂フヲ得ヘク又舉證者カ鑑定ノ申出ヲ爲シ鑑定人ノ鑑定ヲ援用シテ自己ノ主張スル事實ヲ證明スルノ具ト爲ス點ヨリ觀レハ之ヲ一ノ證據方法ト謂フヘキコト疑ナカルヘシ故ニ鑑定ハ其性質裁判官ノ知識ヲ補足スル第三者ノ意見ナルモ法律カ之ヲ以テ係爭事實ヲ證明スル一ノ證據方法トシテ申請スルコトヲ舉證者ニ許シタルモノト謂ハサルヲ得ス

鑑定ニ付テハ特別ノ規定ナキ限ハ人證ノ規定ヲ準用スヘキモノナリ(三二二條)今鑑定ニ關スル特別ノ規定ヲ擧クレハ左ノ如シ

(一) 鑑定人ト爲ルヘキ義務ハ證人ノ義務ト同シク公ノ義務ナリト雖證人ニ於ルカ如ク一般人民ニ及ホサスシテ或特定ノ者ニノミ之ヲ負ハシム蓋證人ハ其實驗シタル過去ノ事實ヲ陳述スヘキモノニシテ他人ヲシテ之ニ代ラシムルコトヲ得ス隨テ此實驗アル者ハ其智識ノ如何ヲ問ハス何人ニ限ラス證言ノ義務アリトスルハ當然ナリ然レトモ鑑定ニ至リテハ特別ノ智能ヲ有スル者ニ非サレハ之ヲ爲スコト能ハサルヲ以テ總テノ人民ニ鑑定ノ義務ヲ負ハシムルノ必要ナシ是其義務ヲ負フ者ヲ限定スル規定ヲ生スル所以ナリ即法律上鑑定ノ義務アリトシテ第三二六條ニ掲ケラレタル者ハ左ノ如シ

(イ) 必要ナル種類ノ鑑定ヲ爲スニ公ニ任命セラレタル者

(ロ) 鑑定ヲ爲スニ必要ナル學術、技藝若クハ職業ニ常ニ從事スル者又ハ學術、技藝若クハ職業ニ從事スル爲ニ公ニ任命セラレ若クハ授權セラレタル者

(ハ) 前二項ニ屬セサル者ニシテ裁判所ニ於テ鑑定ヲ爲スヘキ旨ヲ述ヘタル者

(二) 鑑定人ト爲ルヘキ義務アル者カ其義務ニ違背シタルトキハ裁判所ハ之ニ對シ費用ノ賠償ト罰金ノ言渡ヲ爲スコトヲ得ルモ之ヲ拘引スルコトヲ得ス(三二八條)勿論鑑定人ノ義務ヲ有スル者ハ證人ト同樣出頭ノ義務ト鑑定及之ニ付隨スル宣誓ノ義務トヲ負ヒ又證人カ證言ヲ拒ムコトヲ得ルト同一ノ原因ニ依テ鑑定ヲ拒ムノ權アリ(三二七條一項)

(三) 官吏、公吏ハ其所屬廳ニ於テ異議アルトキハ鑑定人トシテ訊問スルコトヲ得ス(三二七條二項)此規定アル所以ハ要スルニ官廳、公署ノ事務ニ差支ヲ生スルコト又時トシテハ鑑定ノ結果其信用ヲ傷害スルコトアルヲ慮リタルモノニシテ尙又鑑定人ハ證人ト異ナリ通常一旦選定シタル者ニ其他ノ人ヲ以テ代フルコトヲ得ルカ故ナリ此他官吏、公吏カ鑑定人トシテ其職務上ノ祕密ニ涉ル事項ヲ陳述セサルヘカラサルトキハ所屬廳ノ許可ヲ求メサルヘカラサルハ勿論ナリ

(四) 鑑定ノ申出ハ鑑定スヘキ事項ヲ表示シテ爲スヘキモノナリ(三二三條)鑑定ノ申出ニ鑑定事項ノ表示ヲ要ストハ鑑定ニ特別ナル規定ニ非スシテ人證申出ニ關スル規定ノ一部ノ準用ヲ示スニ過キサルモノノ如クナレトモ茲ニハ人證ノ申出ヲ爲スニ付證人ヲ指名スルコトヲ要スルニ反シ單ニ鑑定事項ノ表示ノミヲ以テ足レリトスルノ意ヲ示タルモノナリ是即鑑定人ノ選定ハ原則トシテ裁判所ノ職權ニ屬スルヲ以テノ故ナリ

(五) 鑑定人ノ選定及其員數ノ指定ハ受訴裁判所ノ職權ヲ以テ鑑定ヲ命スルト當事者ノ申立ニ因テ之ヲ命スルトヲ問ハス受訴裁判所ニ於テ爲スヲ原則トシ其員數ハ一人ニ迄制限スルコトヲ得又受訴裁判所ハ何時ニテモ一旦選定シタル鑑定人ヲ他ノ者ニ代フルコトヲ得(三二四條一項)

(六) 裁判所ハ適當ナル鑑定人ヲ指名スヘキコトヲ當事者ニ催告スルコトヲ得(三二四條二項)但當事者

0384

カ其催告ニ從ヒ鑑定人ヲ指名シタルトキト雖裁判所ハ之ニ羈束セラレ必其者ヲ任命セサルヘカラサルニ非ス故ニ他ニ適當ナル者ヲ發見シタルトキハ之ヲ任命スルコトヲ得ヘク又此場合ニ當事者カ鑑定人ヲ指名セサリシトキト雖裁判所ハ適當ト思料スル者ニ鑑定ヲ命スルコトヲ得ヘシ

(七) 當事者ノ合意ヲ以テ鑑定人ヲ定メタルトキハ裁判所ハ其合意ニ從ヒ之ヲ鑑定人ト爲スヘク此場合ニ於テハ裁判所ハ唯其員數ノ過多ナルトキ之ヲ制限シテ選定セシムルコトヲ得ルニ過キス(三二四條三項)但鑑定ノ必要ノ有無ヲ判斷スルハ固ヨリ裁判所ノ職權内ニ屬シ裁判所カ初ヨリ鑑定ノ必要ナシトスルトキハ合意上ノ鑑定人ノ選定ヲ生スルコトナシ又裁判所ハ當事者ノ合意ヲ以テ選定シタル鑑定人ヲ訊問シタル後尚其鑑定ノ結果ヲ不十分ナリト思料シタルトキハ他ノ鑑定人ヲ選定シテ更ニ鑑定ヲ爲サシムルコトヲ得ヘシ

(八) 外國ノ書類又ハ產物ノ審査ニ付テ必要ナル能力ヲ有スル本邦人ノ在ラサルトキハ外國人ヲ鑑定人ニ任命スルコトヲ得(三二五條)

(九) 鑑定人ハ鑑定ヲ爲ス前ニ鑑定人タル義務ヲ公平且誠實ニ履行スヘキ旨ノ宣誓ヲ爲ササルヘカラス(三二九條)是證人ノ證言ト同樣鑑定ヲシテ信用アラシメンカ爲メナリ但茲ニ注意スヘキ點ハ證人ハ宣誓ヲ爲サシメスシテ訊問スヘキ者アリ又之ニ宣誓ヲ爲サシムヘキ場合ニ於テモ證言ノ前又ハ後ニ於テ之ヲ爲サシムルコトヲ得レトモ鑑定人ニハ常ニ鑑定ノ前ニ於テ宣誓ヲ爲サシメサルヘカラサルコト是ナリ故ニ宣誓ヲ爲サシムルコト能ハサル者ハ勿論鑑定人ニ任命スルコトヲ得サルヘシ

(一〇) 鑑定人ノ意見ハ口頭ヲ以テ陳述セシムヘキ又ハ書面ヲ以テ述ヘシムヘキヤノコト、數名ノ鑑定人アリテ之ニ鑑定書ヲ作ラシムヘキ場合ニ於テ各意見ノ異ナルトキハ共同評議シテ鑑定書ヲ作ラシムヘキヤ、又ハ各別ノ鑑定書ヲ作ラシムヘキヤノコト、鑑定人ノ一名又ハ總員ヲシテ口頭辯論ノ際鑑定書ヲ說明セシムヘキヤ否ヤノコト鑑定ノ結果カ不十分ナルトキハ同一鑑定人又ハ他ノ鑑定人ヲシテ再鑑定ヲ爲サシムヘキヤ否ヤノコト等ハ一ニ受訴裁判所ノ意見ヲ以テ定ムヘキモノトス(三三〇條)

(二) 受訴裁判所ハ適當ナル場合ニ於テハ鑑定人ノ任命ヲ受命判事又ハ受託判事ニ委任スルコトヲ得而シテ此場合ニ於テハ受命判事、受託判事ハ第三二四條、第三三〇條第一號、第二號ノ規定ニ依リ受訴裁判所ニ屬スル權利ヲ有ス(三三一條)

(三) 鑑定人ハ日當、旅費竝ニ立替金ノ辨濟ヲ請求スルコトヲ得(三三二條)是亦證人ニ關スル規定ト殆同一ナルモ鑑定人ハ鑑定ニ關シ特別ノ費用ヲ要スル際之ヲ立替フルコトアルヲ以テ此立替金ヲモ請求シ得ヘキコトヲ規定シタルナリ其請求權ノ實行豫納金不足額ノ取立ニ付テハ第三二一條ノ規定ヲ準用スヘキモノナリ

右ノ外證人ニ關スル規定中鑑定ノ規定ニ抵觸セサルモノハ皆鑑定ニ準用スヘキモノナリ例之呼出ノ方式、罰金及費用賠償ノ言渡竝ニ其裁判ノ取消、出頭義務ノ免除、證言拒絕ノ手續拒絕ノ當否ニ付テノ裁判、證人忌避ノ原因及其手續、忌避申請ニ付テノ裁判、訊問ノ方法、再訊問、受命判事又ハ受託判事ノ權利等ニ關スル規定ノ如キ是ナリ

第三三三條ノ規定ニ依レハ特別ノ智識ヲ以テ或事實又ハ情況ヲ實驗シタル者ヲ其實驗シタル事項ニ付テ訊問スル場合ニハ人證ノ規定ヲ全然適用スヘキモノトス學者之ヲ通常ノ證人ト區別スル爲ニ鑑定的證人ト稱スルモ其實質ニ至テハ通常ノ證人ト毫モ異ナルコトナク其過去ノ實驗ヲ證言スヘキモノニシテ鑑定人ノ如ク現在ノ事實ニ付キ自己ノ判斷ヲ以テ意見ヲ述フルモノニ非ス唯通常ノ證人ト異ナル點

0385

ハ其實驗ニ付テ特別ノ智能ヲ用ヒタルニ在リ例之人畜ノ疾病ヲ檢案シタル者ニ其疾病ノ有無又ハ模樣等其者ノ特別ノ智能ヲ以テ實驗シタル過去ノ事實ヲ訊問スル場合ノ如シ故ニ現ニ人畜ノ疾病ノ有無、模樣等ヲ審査、鑑定スル場合トハ全ク異ニシテ他ノ人ヲシテ之ニ代ラシムルコトヲ得ス是右ノ規定アル所以ナリ

第三項　書證

書證トハ總テノ文書ヲ以テ係爭事實ヲ證明スル證據方法ナリ故ニ其證明ノ材料タル文書ヲ證書ト謂フ證書ノ性質、種類及其效力ニ付テハ現行法ニ詳細ノ規定ヲ缺ケトモ凡眞正ニ成立シテ係爭事實ヲ證明スルニ足ルヘキ文書ハ公文書タルト私文書タルトヲ問ハス又其差出人ノ署名捺印アルモノニ限ラス又初ヨリ或法律行爲ヲ認證スルノ目的ヲ以テ作成シタルモノニ限ラス帳簿若クハ書翰ノ如キ署名捺印ナキモノ又ハ偶然作成シタルモノト雖モ之ヲ證據トシテ利用スルコトヲ得ヘキモノナリ證書ニ公正證書ト私署證書トノ別アルハ我民事訴訟法ニ於テモ認ムル所ナリ公正證書トハ官吏、公吏カ其職務上法律ノ規定スル方式ニ從ヒテ作リタル證書ヲ謂ヒ其他ノ證書ヲ私署證書ト謂フ此區別ハ別段ノ規定ナキヲ以テ其實質上ノ證據力ノ有無ニ何等ノ關係ナク其果シテ係爭事實ノ眞否ヲ證スルニ足ルヤ否ヤハ一ニ裁判官ノ自由ナル心證ヲ以テ判斷スヘキモノナリ然レトモ其形式上ノ效力ニ至テハ二者ノ間ニ差別アルコトハ民事訴訟法ノ規定ニ於テモ暗ニ之ヲ認メタリ即若其眞否ニ付爭生シタルトキハ公正證書ニ在テハ其公正證書タル形式ヲ具備スル以上ハ先ツ以テ眞正ノモノト看做サレ之ヲ否認スル者ニ於テ其僞造、變造タルコトヲ立證スルノ責アリ反之私署證書ノ否認セラレタルトキハ之ヲ證據トシテ利用セントスル者ニ於テ其眞正ナルコトヲ證明セサルヘカラス是第三五一條以下ノ規定ニ依テ自ラ推知スルコトヲ得ヘキナリ

第一則　書證申出ノ方法

書證申出ノ方式ハ場合ニ從ヒテ同カラス左ニ之ヲ證明セン

第一　擧證者カ自ラ證書ヲ所持スル場合　此場合ニハ擧證者ハ其所持ノ證書ヲ口頭辯論ニ於テ受訴裁判所ニ提出シ裁判官及相手方ノ閱覽ニ供スヘキモノナリ(二三四條)但例外トシテ若口頭辯論ノ際ニ證書ヲ提出スルニ於テハ其毀損若クハ紛失ノ虞アルトキ其他著キ障碍アルトキハ之ヲ受訴裁判所ニ提出セスシテ受命判事若クハ受託判事ノ面前ニ提出スルノ命令ヲ求ムルコトヲ得(二三四八條一項)

書證ノ申出ハ必原本ヲ以テ爲スヘキモノナルヤ否ヤ原本ノ提出ハ私署證書ニ限リ原則トシテ之ヲ必要トスル者ニ於テ其眞正ナルコトヲ證明セサルヘカラス是第三五一條以下ノ規定ニ依テ自ラ推知スルコトヲ得ヘキナリ

第一則　書證申出ノ方法

書證申出ノ方式ハ場合ニ從ヒテ同カラス左ニ之ヲ證明セン

第一　擧證者カ自ラ證書ヲ所持スル場合　此場合ニハ擧證者ハ其所持ノ證書ヲ口頭辯論ニ於テ受訴裁判所ニ提出シ裁判官及相手方ノ閱覽ニ供スヘキモノナリ(二三四條)但例外トシテ若口頭辯論ノ際ニ證書ヲ提出スルニ於テハ其毀損若クハ紛失ノ虞アルトキ其他著キ障碍アルトキハ之ヲ受訴裁判所ニ提出セスシテ受命判事若クハ受託判事ノ面前ニ提出スルノ命令ヲ求ムルコトヲ得(二三四八條一項)

0386

トス公正證書ニ至テハ之ト異リ其原本ハ官吏又ハ公吏ノ手元ニ保存スヘキモノニシテ當事者ハ自ラ之ヲ提出スルコトヲ得ス故ニ其官吏又ハ公吏ヨリ正本又ハ謄證謄本ノ交付ヲ受ケテ之ヲ提出スレハ足レリ但擧證者カ正本ノ存スヘキ場合ニ謄證謄本ヲ提出シタルトキ裁判所ニ於テ必要アリト認メタルトキハ其正本ノ提出ヲ命スルコトヲ得蓋正本ハ法律上原本ノ代用ヲ爲シ最信用ヲ置クヘキモノニシテ而モ當事者ニ於テ之ヲ提出スルコトノ難カラサルモノナレハ裁判所ノ意見ニ從テ之ヲ提出セシムルハ決シテ不當ノコトニ非ス故ニ例之謄證謄本ニ付テ爭ヲ生シ裁判所ニ於テモ其眞僞ニ付疑ヲ生シタルトキハ正本ノ提出ヲ命シテ後其爭ニ付テノ判斷ヲ爲スヲ得ルモノトス又私署證書ハ原則トシテハ原本ノ提出ヲ要スレトモ當事者ノ間ニ其證書ノ眞正ナルコトニ付テハ爭ナク唯其效力若クハ解釋ニ付爭アルニ過キサルトキハ謄本ノ提出ノミヲ以テ足レリトス然レトモ此場合ニモ亦裁判所カ必要ト認メタルトキハ職權ヲ以テ其原本ノ提出ヲ命スルコトヲ得故ニ例之其謄本ニ解シ難キ記載アリテ誤謬アルヤノ疑ヲ生シタルトキハ更ニ原本ノ提出ヲ命スルコトヲ得ヘシ（三四九條一項、二項）

右公正證書又ハ私署證書ノ謄本ヲ提出シタル場合ニ公正證書ノ正本又ハ私署證書ノ原本ノ提出ヲ命セラレタルニ拘ラス擧證者カ之ヲ提出セサリシトキハ如何ナル結果ヲ生スルカ此場合ニ擧證者ハ全ク證書ヲ提出セサルト同一ノ不利益ヲ受クルヤ否ヤト云フニ決シテ然ラス公正證書ノ謄證謄本ハ亦是一箇ノ公正證書ナリ又私署證書ノ謄本ニシテ其原本ト同一ナルニ付爭ナキ場合ニハ全ク之ヲ原本ト同一視シテ可ナルモノナリ唯右ノ場合ニハ裁判所ニ於テ疑ヲ生シ特ニ正本又ハ原本ノ提出ヲ命シタルニ拘ラス之ヲ提出セサルモノナルカ故ニ一層裁判官ノ心證ノ上ニ於テ疑ヲ增スコトハ免レサル所ナレトモ其證據ヲ全ク無視スルハ理論上許スヘカラサルヲ以テ法律ハ其既ニ提出セラレタル所ノ謄本ハ果シテ如何ナル實質上ノ證據力アルヤノ判斷ヲ裁判所ノ自由ナル心證ニ一任シタルナリ（三四九條三項）

第二　相手方カ證書ヲ所持スル場合　擧證者カ證據トシテ使用セントスル證書ヲ相手方ニ於テ所持セリトノ主張ヲ爲シ其書證ノ申出ヲ爲スニハ相手方ニ其證書ノ提出ヲ命センコトヲ申出ツヘシ之ヲ爲スヘキモノナリ（三三五條）此申立ニハ左ノ要件ヲ揭ケサルヘカラス（三三八條）

(一)　證書ノ表示　是即相手方ヲシテ其何レノ證書ナルヤヲ知ラシムル爲ナレハ其目的ヲ達スル程度ニ於テ之ヲ明確ニ指示スルヲ以テ足レリトシ敢證書ノ全文ヲ示スニ及ハス

(二)　證書ニ依テ證スヘキ事實ノ表示　是レ裁判所ヲシテ其事實ノ果シテ重要ニシテ證據調ヲ爲スノ必要アルヤ否ヤヲ判斷セシムルニ必要ナルヲ以テナリ

(三)　證書ノ旨趣　是レ證書カ前項ノ事實ヲ證明スルニ適スルヤ否ヤヲ知ラシムル爲ニ必要ナルカ故ナリ

(四)　證書カ相手方ノ手ニ存スル旨ヲ主張スル理由タル事情　是次ノ事項ト同ク申立ノ當否ヲ明カナラシムルノ爲ニ開示スルノ必要アリ

(五)　證書ヲ提出スヘキ義務ノ原因ノ表示　證書提出ノ義務ハ後段ニ說明ヲ爲スヘシ

右ノ申立アリタルトキハ裁判所ハ先以テ其申立ニ對スル相手方ノ意見ヲ聞キタル上ニテ第一ニ證書ニ依テ證明スヘキ事實ノ重要ナルコトヲ認メ第二ニ其申立ノ正當ナルコトヲ認メ第三ニ相手方カ其證書ヲ所持スルコトヲ自白シタルカ又ハ其申立ニ對シテ何等ノ意見ヲモ陳述セサルトキニ始テ證據決定ヲ以テ相手方ニ證書ノ提出ヲ命スルモノナリ故ニ相手方カ其證書ヲ所持スルコトヲ自白シタルカ又ハ申立ニ對シ何等ノ陳述ヲ爲ササルニ因リ其所持ヲ自白シタリト看做サルル場合ト雖其證書ニ依テ證スヘ

0387

キ事實カ重要ナラサルカ又ハ其申立カ正當ナラサルコトヲ裁判所ニ於テ認メタルトキハ其申立ヲ却下セサルヘカラス（三三九條）而シテ舉證者カ相手方ニ對シ右ノ申立ヲ爲スコトヲ得ヘキ場合ハ相手方ニ於テ證書提出ノ義務アル場合ニ限ル相手方ハ如何ナル證書ト雖之ヲ提出スルノ義務アルモノニ非スシテ其義務アル場合ハ法律ニ特定シタル場合ノミナリ即其場合ヲ揭クレハ左ノ如シ

（イ）舉證者カ民法ノ規定ニ從ヒ訴訟外ニ於テモ證書ノ引渡又ハ其提出ヲ求ムルコトヲ得ルトキ（三三六條一號）　此場合ハ民法上ノ權利ニ基キ證書ノ引渡又ハ提出ヲ請求シ得ル場合ニシテ例之舉證者カ證書ノ所有權又ハ占有權ヲ主張シ相手方ニ其引渡ヲ求ムルコトヲ得ル場合ノ如キ又例之證書ハ相手方ノ所有ナルモ契約ニ因テ相手方カ提出ノ義務ヲ負ヒタル場合ノ如シ此等ノ場合ニ於テハ舉證者ハ既ニ相手方ニ對シテ證書ノ引渡又ハ提出ヲ求ムル民法上ノ權利ヲ有スルヲ以テ訴訟手續ニ依テ其證書ヲ利用セン爲ニ相手方ニ提出ヲ命センコトヲ求ムルノ權利ヲ付與セラレタルモノナリ

（ロ）證書カ其旨趣ニ因リ舉證者及相手方ニ共通ナルトキ（三三六條二號）　舉證者ト相手方ト雙方ノ權利又ハ義務カ共通ニシテ其關係ヲ證スル證書又ハ雙方ノ權利義務ニ關シ雙方ノ利益ノ爲ニ作リタル證書ハ勿論其他苟相手方ノ所持スル證書ニシテ舉證者ノ利益ノ爲ニ作成セラレタルモノハ皆之ヲ共通ノ證書ト謂フコトヲ得故ニ此等ノ證書ヲ所持スル相手方ハ舉證者ノ請求ニ因リ訴訟ニ於テ之ヲ提出スルノ義務アルモノナリ

（ハ）相手方カ自ラ其訴訟ニ於テ舉證ノ爲メ證書ヲ引用シタルトキ（三三七條）　當事者ノ一方カ自ラ所持スル證書ヲ證據トシテ口頭辯論ニ於テ之ヲ提出シタルトキハ勿論其單ニ準備書面中ニ引用シテ永之ヲ提出セサルトキニ於テモ一方ノ請求ニ因テ之ヲ提出スルノ義務アリ又一方カ舉證ノ爲メ一旦證書ヲ

刑事訴訟ニ於テハ當事者ノ欲スル必要ノ事實カ證明セラルヽヲ非スシテ裁判所ノ欲スル必要ノ事實カ證明セラルヘキモノナリトス即裁判所ハ總テノ必要ノ事實ニ付テ確信ヲ有セサルヘカラスシテ換言セハ總テノ必要事實カ證據ノ目的物ナリ

以上ハ刑罰權ノ成立ヲ認メントスルニハ如何ナル事實ノ證明カ必要ナルヤニ關シテ論述セシカ若主張シタル刑罰權カ裁判所ヨリ否認セラレ無罪又ハ免訴ノ言渡ヲ受クルトキニハ如何ナル事實カ證明セラレサルヘカラサルカ此場合ニハ有罪ノ場合ト同ク無罪、免訴ニ必要ナル事實カ證明セラレサルヘカラサルカ即犯罪ニ關シテ無責任ナル事實カ確定スル迄證明ヲ要スヘキカ果シテ其證明ヲ要ストセハ罪責ノ無キ確信ハ裁判所ニ於テ之ヲ得ルコト能ハサリシモ又幾分カノ嫌疑存在シ其嫌疑カ有罪ト爲スニハ充分ナラサル場合ノ如キ中間ノ場合ニ於テハ如何スヘキカ如此場合ニハ嘗テ古代ニ行レタルカ如ク單純ノ嫌疑ノミヲ以テ特別ノ刑ヲ科スヘキカ此問題ハ今日ハ他ノ方面ヨリ解スルヲ得ヘシ元來證明ノ作用ハ有罪ノ言渡ノ條件タル事實即罪ト爲ルヘキ事實ニ必要ナルモノナレハ右ノ如キ問題ハ有罪ノ事實ヲ證明シ得サルトキハ如何ナル處分ヲ爲スヘキカノ問題ニ歸著スヘキヲ以テ此問題ヲ解スルハ極メテ容易ナリトス即犯罪ノ責任アリトノ單純ナル嫌疑ニ止ル場合モ犯罪ノ責任ナシトノ確信アル場合モ共ニ訴訟ノ結果ハ同一ニシテ孰レモ無罪又ハ免訴タルヘキモノトス故ニ第二〇三條第二項ニ於テモ無罪免訴ノ言渡ヲ爲スニハ事實及法律上ノ理由ヲ明示スヘキコトヲ命スルニ止リ證據ニ依テ之ヲ認メタル理由ヲ明示スヘキコトヲ規定セス

刑事訴訟ハ刑法上必要ナル事實ニ關セサルモ亦證據ヲ要スルコトアリ即公判始末書ハ公判手續ノ一切ノ事ヲ記載シタルモノニシテ訴訟上ノ事實ノ證據ナリ然ルニ是刑法上ノ必要ナル事實ニ非サレトモ訴

0388

訟關係ニ必要ナル事實ノ證據トナリ（二〇八條）

證明ノ作用ハ判事ヲシテ必要ナル事實ノ確信ヲ得セシムルニ在リ是故ニ證明ノ必要ハ判事カ事實ノ眞實ナリトノ心證ヲ缺クヲ條件トスヘキヲ以テ若判事カ疑ヲ置カサルトキハ證據ノ無益ナルハ是我刑事訴訟法ノ一原則ニシテ隨テ次ニ揭クルモノハ證明ヲ要セサルナリ

（イ）法律上ノ推定　法律上ノ推定ハ刑法ニ於テハ重ニ責任ノ推定ニシテ特別法ニ於テ例外トシテ見ル所ナリ新聞紙條例第一一條ノ如シ法律上ノ推定ハ裁判官ヲ絕對的ニ羈束スルモノニ非ス推定ノ不當ナル場合ニハ反證ヲ以テ其反對事實ヲ證明スルヲ得唯反證ナキトキハ判事ハ其推定ニ從ハサルヘカラス然ラハ刑法上ノ推定ハ刑事裁判官ヲ羈束スルモ民法上ノ推定ハ刑事裁判官ヲ羈束スルヤ否ヤト云フニ民法上ノ推定ヲ以テ訴訟法上ノ規定ナリトスルトキハ之ヲ適用スルコト能ハサルヤ明ナリ何トナレハ民事訴訟法ノ手續及證據ニ關スル規定ハ刑事裁判官ヲ羈束スルモノニ非サレハナリ又民法上ノ推定ヲ實體法ノ規定トスルモ刑事裁判官ハ之ニ從フヘキモノニ非ス刑事裁判官ハ民法上ノ權利關係ヲ判斷スルニハ刑事訴訟法ノ手續及其證據ニ關スル規定ニ從テ判斷セサルヘカラス要スルニ民法上ノ推定ハ刑事裁判官ヲ羈束スルモノニ非サレハ其事實ハ之ヲ證明スルコトヲ要ス

（ロ）顯著ナル事實　擧證ハ判事ニ必要事實ノ確信ヲ得セシムルヲ目的トスルヲ以テ判事カ證據ナクシテ斯ル確信ヲ得タル場合ニハ全ク證明ノ作用ハ無益ナルヘシ併此原則ハ學說及立法上絕對ニ之ヲ主張スルヲ得スシテ判事ハ私ノ認識ヲ判決ノ基礎トナスヲ得サルハ學說及立法例ノ一致スル所ナリ何トナレハ判事ハ有罪無罪ヲ判斷スルニハ唯公判ニ於テ提出セラレタル證據材料ニ基キ判斷スルヲ要スルモノナレハナリ（九〇條、一八八條乃至一九八條、二一九條）是故ニ判事カ一私人トシテ知リタル事實又ハ訴訟記錄ヲ讀テ知リタルカ如キ事實ハ直ニ證據ト爲スヲ得ス公判ニ於テ證據調ヲ爲シ之ヲ確定スルニ非サレハ判決ニ影響ヲ及ホスコトヲ得サルナリ然レトモ玆ニ唯一ノ例外アリ即顯著ナル事實是ナリ顯著ナル事實ハ證據調ヲ要セスシテ判決ノ基礎トナスヲ得ヘシ尤之ニ付テハ本法ハ民事訴訟法第二一八條ノ如キ明文アルニ非スト雖事實ノ顯著ナルハ以上ハ證明ノ作用ヲ必要トセサルハ當然ナルヘシ然ラハ如何ナル事實カ顯著ナルモノナルカト云フニ民事訴訟法ノ規定ヲ見ルニ裁判所ニ於テ顯著ナル事實云云トアリ之ニ關スル學者ノ定義ニ曰ク「裁判ニ干與スル判事ノ全員カ先ニ職務ヲ行フニ當リ認識シタル事實ニシテ毫モ疑ヲ存セス確實ニ之ヲ知ル所ノモノヲ云フ」ト然レトモ是唯一ノ顯著ナル事實ニ非ス其他一般ニ顯著ナル事實タルモノアリ而シテ本法ニ於テハ裁判所ニ於テ顯著ナル事實ニ對シテハ證明ヲ要セサルモノトナササルカ如シ何トナレハ公判判事カ先ニ他ノ職務ヲ行フニ當リ被告人カ財產ヲ相續シタルコトヲ知リ又ハ先ニ非訟事件ヲ取扱フニ當リ被告人カ禁治產者ナルヲ知レリトセンニ若斯ル場合ニ證明ヲ要セストナスカ如キハ本法ニ於テ努メテ之ヲ避ケントスル所ニシテ即公判審理ノ目的ト爲サル事實ニ基テ判決スルノ批難ヲ免レサルノミナラス被告人ニ對シテハ證據方法ニ對スル辯解ヲ爲サシメサルモノナリ刑事訴訟法全體ノ規定ヲ見ルニ判事カ證據調ヲ得ントスルニハ必證據調ニ依リテ之ヲ確定セサルヘカラス即書面ニ記載セラレタルコトハノ認識ヲ得ントスルニハ必證據調ニ依リテ之ヲ取調ヘ訴訟上一定ノ方式ヲ履踐シテ證據調ヲ朗讀ニ依リ又實驗スヘキモノナルトキハ檢證ニ據リテ取調ヘ訴訟上一定ノ方式ヲ履踐シテ證據調ヲ爲スヲ常トス然ルニ之ニ據ラスシテ總テ裁判所ニ於テ顯著ナル事實ハ證明ナキモ判決ニ援用セントスルカ如キハ全ク此規定ニ背クモノナルヲ免レス然レトモ一般ニ顯著ナルモノトハ世界歷史上ノ事件又ハ火災、洪水ノ如キ又ハ或市民間ニ知レ渡リタル事件ノ如キヲ謂フモノナレハ此等ハ一般ニ知

0389

レ渡リ居ルモノナルカ故ニ毫モ疑ヲ容ルヘキモノニ非サルヲ以テ刑事裁判官ハ證明ヲ要セスシテ判決ノ基礎トナスコトヲ得ヘキナリ而シテ是各事件ニ付テ知ルヘキ事實問題ニシテ裁判所全員カ知ルト否トハ敢テ問フ所ニ非サルナリ

第二節　證明ノ責任

普通ニ證明ナルモノニハ相對スル二人ノ者ナカルヘカラス即證明ヲ與フル人トヲ要スルモ此意義ニ於テ刑事訴訟法ヲ解釋スルトキハ證明ナルモノハ全ク存在セサルニ至ルヘシ何トナレハ刑事訴訟法ニハ證明スル者及自己ニ證明セシムル者ハ存在セサレハナリ故ニ刑事訴訟法ニ於テ擧證トハ當事者ノ作用ニ非スシテ裁判所ノ作用ナリ換言セハ證據ヲ提出スルト云フニ非スシテ證據ヲ擧クルコトヲ謂フナリ而シテ刑事裁判官ハ事實ノ確信ナケレハ裁判スルヲ得ス此事實ノ確信ヲ得ントスルニハ證人等ヲ取調ヘ自之カ證明ヲ爲ササルヘカラス隨テ民事訴訟法ニ於ルカ證據申出ノ如キモノハ存在セサルナリ又證明ノ責任ヲ當事者ニ分擔スルハ是證明セサル者ハ敗訴ストノ法律上ノ推定ニ基クモノニシテ實體的眞實發見ノ主義ニ反ス去レハ民事訴訟法上重要ナル問題タル證明ハ其責何人ニ在リヤ原告又ハ被告カ證據ヲ提出スヘキモノナルヤノ如キ擧證責任ノ問題ハ刑事訴訟法ニ於テハ全ク價値ナキモノナリ併茲ニ說明ヲ要スル一事アリ即法律上ノ推定ニ對スル反證是ナリ法律上ノ推定ニ對シテハ反證ヲ許シ反證ナキ限リハ法律規則ニ羈束セラルヘシ故ニ此場合ニハ證明ノ責任カ被告ニ在ルモノノ如シ其他新聞紙ニ依テ犯サレタル誹謗罪ハ或條件ヲ具ヘタルトキニ限リ被告人ニ誹謗ノ事實ヲ證明スルコトヲ許シ其證明ノ確立セルトキハ其罪ヲ免スルモノトセリ(新聞紙條例)此場合ニモ亦證明ノ責任ハ被告人

ニ存スルヤノ觀アリ然レトモ此規定ヲ解シテ證明ノ義務アル被告人カ自己ノ無責任タルコトヲ證明スル迄ハ裁判所ハ手ヲ束ネテ待タサルヘカラストノ爲スハ不可ナリ此場合ニ於テハ被告人ハ判事ニ自己ノ利益ナル證據ヲ知ラシムルニ止ルモノニシテ即其取調ヲ判事ニ求ムルニ外ナラス元來被告人ハ判事ニ利益ノ證據方法ヲ告クルノ權ヲ有シ裁判官モ亦自ラ被告人ノ利益ヲ探究スルノ權ヲ有スル而シテ裁判官ノ權利ハ被告人ノ爲ニ妨ケラルルコトナキナリ若判事カ證人ノ訊問ハ被告人ノ利益ノ證據ト思料シタルトキニ當リ被告人ハ自己ニ證明ノ責任アリトノ理由ヲ以テ其訊問ヲ欲セサル旨ヲ主張シ之ヲ妨クルコトヲ許ササルナリ其故ハ如此スレハ被告人ノ爲ニ間接ニ國家ノ刑罰權ヲ左右セシムルニ至レハナリ獨逸ノ「ビンヂング」曰ク「刑事訴訟法ニ於テハ證明ノ責任ハ裁判所ニ在リ」ト用語穩當ヲ缺クト雖其趣旨ニ至テハ正鵠ヲ得タルモノト云ハサルヘカラス

或學者ハ證明ノ責任ヲ實體上ト形式上トニ分チ實體上ノ證明ノ責任ハ刑事訴訟法中ニ存在セルモノト云ヒ即或證據カ事實ヲ證明シ得ルニ於テハ其結果被告若クハ原告ノ利益ト爲ルヘシ此利害ノ關係ハ即證據ノ實體上ノ責任ナリ是故ニ有罪ノ事實ハ檢事ニ證明ノ責任アリ再言スレハ刑罰權ノ成立ニ關スル重般ノ證明ノ責任ハ檢事ニ在リ隨テ刑ノ加重ニ關スル事實ノ情狀ハ亦檢事ニ於テ證明セサルヘカラス又刑罰權ノ消滅原因ニ關スル證明ノ責任ハ凡テ被告ニ在リト然レトモ檢事ハ國家ノ利益ノ爲ニ被告人ニ利益ナル證明ヲモ爲ササルヘカラサルカ故ニ此說ハ當ヲ得タルモノニ非ス又所謂實體上ノ證明ノ責任ナルモノハ刑事訴訟法ニ認メタル法律上ノ證明ノ責任ニアラサルヤ明ナリ刑事訴訟法ニ於テハ唯被告ニ利益ノ證據ト不利益ノ證據トヲ區別スルモ之カ爲ニ證明ノ責任ノ分擔ヲ生スルコトナシ

0390

第三節　自由心證主義

裁判官ハ裁判ニ必要ナル事實ノ眞否ニ付テ自由ナル心證ヲ以テ判斷ス（九〇條）蓋證據方法ハ裁判官ノ感覺及理解力ニ向フモノニシテ裁判官ノ事實ノ認識ハ主觀的ノモノナリ裁判官ハ證據方法ヲ自己ノ五官ノ感覺ニ觸レシメ自己ノ理解力ヲ以テ之ヨリ事實ヲ推理シ以テ之ヲ眞實ナリト認識スルモノナリ故ニ心證ナルモノハ主觀的作用ニシテ之ヲ以テ事實ノ眞否ヲ決セサルヘカラス

本法第九〇條ハ舊時糺問訴訟時代ニ行レタル制限證據主義ヲ排斥シタルモノナリ此主義ノ自由心證主義ノ反對ヲ成スモノナレハナリ糺問訴訟ニ於テハ自由心證ハ各人ニ依テ異ナル主觀的ノモノナレハ之ヲ以テ事實ヲ確定スルハ却テ眞實ヲ發見スルニ妨ケアリトナシ多年ノ經驗ニ依リ法律上殆ト一定シタル客觀的規則ヲ設ケ之ニ從テ事實ノ眞否ヲ定メシムルコトセリ其制限證據ノ規定ニハ積極及消極ノ二種アリ積極ノモノハ被告人ノ自白アルトキハ必其事實ヲ眞實ト認メシムルコトヲ命スルカ如キヲ云ヒ消極ノモノハ被告人ノ自白アルモ必シモ之ヲ眞實トナササルモ可ナレトモ自白アルニ非サレハ之ヲ眞實ト認ムルヲ得ストナシ他ノ證據方法ヲ以テハ事實ノ認定ヲ禁スル法制ヲ云フ何レノ制限證據ノ法制モ今日ハ之ヲ認メタル立法ナシ蓋制限證據主義ハ眞實發見ニ害アレハナリ制限證據ノ規定ハ多年ノ經驗ニ基クモノナリト雖各事件ノ眞相ハ各場合ノ事情ヲ異ニスルニ從ヒ異ナルヲ以テ或事件ニ於テハ自白ヲ眞實ト認ムルヲ得ヘキモ他ノ事件ノ特別ノ事情ノ下ニハ之ヲ眞實ト爲ス能ハサルコトアリ故ニ絶對ノ法律ノ規定ヲ以テ各事情ヲ異ニスル事實ノ認定ニ付裁判官ヲ律スヘキニ非ス然ラサレハ裁判官ハ此特別ノ事情ヲ顧ミル能ハサルナリ

各證據ハ判事ノ自由ノ判斷ニ任スト雖證據力ノ量定ハ審理ノ全體ヨリ斟酌シタル自由ノ心證ニ從テ眞否ヲ判斷スルヲ謂フナリ凡證據ノ規定ハ證據方法ヲ許スヘキヤ否ヤノ規定ト證據調ノ方式ノ規定ト證據力ノ量定ノ規定トニ區別スルヲ得違法ノ證據ハ之ヲ心證ニ供スルヲ得サルカ如ク又公判手續ノ方式ハ公判始末書ノミヲ以テ之ヲ證スルヲ得ルカ如ク證據方法ノ許スヘキヤ否ヤニ付テハ法律ニ於テ之ヲ制限セサルヘカラス又證據調ノ方式モ法律ヲ以テ一定セサルヘカラス法律ヲ以テ此二者ヲ制限スルハ即事實ノ眞相ヲ得ルノ保證タルモノナリ此範圍ニ於テハ證據ハ自由ナリト云フヘカラス唯證據力ヲ定ムル上ニ於テノミ自由心證主義カ行ルルモノトス又證據力ヲ定ムル上ニ於テモ其心證ハ之ヲ裁判ノ理由ニ表示セサルヘカラス（二〇三條）

第四節　證據ノ種類

糺問訴訟時代ニハ制限證據主義ヲ採リタル結果多數ノ證據ノ種類ヲ認メシモ近代ノ刑事訴訟法ニ於テハ其區別ノ適用セラルルモノ甚少シ然レトモ今日尚存スル證據ノ區別ニシテ其主タルモノハ直接證據即人爲上ノ證據及間接證據即自然上ノ證據ノ區別ナリ間接證據トハ徵憑ヲ指シテ云フモノニシテ直接證據トハ徵憑以外ノ證據方法ヲ云フモノナリ

徵憑トハ證明セラルヘキ事實ト論理上ノ牽聯ヲ保ツカ爲メ此證明事實ノ存否ニ推理論結セシムル事實ナリ故ニ徵憑ヨリ證明事實ヲ認ムルニハ三段論法ニ依ラサルヘカラス其大名題タルモノハ經驗ニ依リ定マル常則ナリ其小名題ハ確定ノ事實ナリ此事實カ即徵憑ナリトス此事實ヲ大名題ニ適用シ以テ推論ノ方法ヲ以テ證明ノ結果ニ達スルモノナリ故ニ徵憑ハ確定シタル一個ノ事實ナリ徵憑ニシテ未確定ノ

0391

モノト認メラレサルトキハ此事實カ證據方法ヲ以テ證明セラルルコトヲ要スル故ニ徴憑ハ之ヲ證據方法ト謂フヘカラス唯自由心證主義ヲ採リタル刑事訴訟法ニ於テハ徴憑ヨリ證明事實ヲ認ムルニ付テモ之ヲ判事ノ判斷ニ任セリ（九〇條）即大名題タル經驗上ノ常則ヲ認ムヘキヤ又確定シタル徴憑事實ヲ之ニ適用シ得ヘキヤハ判事ノ自由ナリ制限證據主義ニ於テハ之ヲ法律ニ規定セリ之ヲ法律ニ規定スレハ即法律上ノ推定タル形體ニ於テ表ハル

徴憑ノ區別トシテハ直接及間接、積極及消極アリ直接間接ノ區別ハ徴憑カ直ニ證明事實ニ推論セシムルト先他ノ徴憑事實ニ推論シ更ニ其ヨリ證明事實ニ論結セシムルトニ在リ間接徴憑ノ主タルモノハ傳聞ノ證言ノ如キモノナリ積極、消極ノ區別ハ證明事實ノ存在ニ推論セシムルト其不存在ニ推論セシムルトニアリ消極徴憑ノ主タルモノハ犯罪ノ當時其場所ニ在ラサリシコトヲ證スル場合ナリ

證據ノ區別トシテ以上述ヘタル直接證據間接證據ノ外尚今日存スルモノハ被告ニ不利益ナル證據即訴追證據及被告ニ利益ナル證據即防禦證據ノ區別、主タル證據及反對證據ノ區別ノ如シ（一〇三條、一九八條）完全證據及不完全證據ノ如キ證據力ニ關スル區別ノ如キハ今日其存在ヲ失ヒタルモノトス

第五節　證人

第一款　證人ノ意義

證人トハ過去ノ事實ニ付訴訟外ニ於テ爲シタル實驗ノ基キ訴訟ニ於テ裁判官ニ對シ證明ノ爲メ供述ヲ爲ス第三者ナリ

一　證人ハ第三者ナリ　證人ハ同一訴訟ニ於テ裁判所職員及訴訟關係人タルコトヲ得ス然ラサルニ於テハ訴訟ノ目的タル公平ナル裁判ハ之ヲ望ムヘカラス裁判所職員ハ如此裁判ニ干與スヘキモノナレハ同一訴訟ニ於テ證言ヲ爲スカ如キコトアランカ其職務ヲ行フコト能ハサルニ至ルヘシ又當事者ハ證人ニ於ルカ如ク眞實ニ基ク判決ヲ爲サシムル爲ニ公平ナル材料ヲ提供スルヲ得ルノ地位ニ在ルモノニ非ス當事者ノ代理人及補助者亦然リトス故ニ判事、裁判所書記、檢事、被告人、其訴訟代理人、辯護人、法定代理人ハ同一訴訟ニ於テ證人タルヲ得ス若此等ノ者ニシテ證人タリシトキハ同一ノ訴訟ニ於テ訴訟上ノ作用ヲ爲スノ能力ヲ失フ此點ニ付テハ裁判所職員ニ付本法第四〇條第三號ニ明文アルノミナラス證人ノ地位ト此等ノ者ノ地位ト相互ニ容レサルヨリ當然生スル所ナリ是ヲ以テ同一訴訟ニ於テハ共同被告人ハ相互ニ證人タルコトヲ得ス固ヨリ被告人ノ地位ト證人ノ地位ト相容レサル形式上相容レサルモノナレハ其訴訟ヲ分離シテ別個ノ訴訟トナシタルトキハ嘗テ共同被告人タリシ者モ其地位ヲ失フカ故ニ證人トシテ許可スヘキモノトス

現行法ハ同一訴訟ニ於テ嘗テ裁判所職員又ハ檢事トシテ其事件ニ付職務ヲ行ヒタル者ニ對シ其爲シタル處分ニ付證人タルノ能力ヲ剝奪セリ此點ニ付テハ直接ニ法文ヲ以テ規定シタルモノナキヲ以テ證人能力ニ付何等ノ制限ナキヲ原則トシ爲ストノ理由ヲ以テ反對ヲ主張スル者アルモ本法第一八八條ト其趣旨ヲ同ウシタル贓治罪法第二八五條トノ解釋ニ由リ然ラサルヲ得ス同條ハ其反面ニ於テ其訴訟ニ干與シタル職員ノ證人トナルヲ禁シ此等ノ者ノ爲シタル處分ニ付テハ其作成シタル調書ヲ以テ之ヲ證スルノ趣意ヲ有シ司法警察官ニ限リ特ニ其作成ノ調書ノミナラス之ヲ證人トシテ準用シ其處分ニ關スル事實ヲ裁判所ニ於テ證明スルヲ得ルノ規定ヲ爲シタルモノナリ

二　證人ハ供述ヲ爲スモノナリ　證人ハ口頭ニテ供述ス其例外ハ本法第一二九條ノ場合ナリ而シテ其

0392

供述ニハ事實ヲ知ラストノ消極ノモノアルモ亦證據タルヲ失ハス證人ノ供述ハ如何ナル趣旨ナルモ證據タルヲ得レトモ其態度等ハ證言ノ信憑力ノ徵憑タルニ止ル

三　證人ハ證明ノ爲ニ供述ヲ爲ス　證據ノ端緒ヲ得ンカ爲ニ供述セシムルカ如キ、檢證ノ基礎ヲ得ルカ爲ノ供述ノ如キハ證言ニ非ス

四　證人ハ過去ノ事實ヲ供述ス　證人ノ供述スル所ノモノハ證明ノ目的物ト同一ニシテ事實ナリ其事實ニハ犯罪ノ構成要素ニ屬スルモノアリ又徵憑事實タルモノアリ何レモ過去ニ屬スル事實ナルコトヲ要シ此點ニ於テ鑑定人ト區別アルモノトス

五　證人ノ供述ハ訴訟外ニ於ル實驗ニ基クモノナリ　故ニ證人ハ五官ヲ以テ實驗ヲ爲スノ能力ヲ有シテ之ヲ行ヒ此實驗シタル所ノモノヲ供述ニ於テ表示スルノ能力ヲ有セサルヘカラス此能力ヲ缺ク者ハ事實上證人タルヲ得ス然レトモ現行法ハ舊時ノ糺問訴訟ニ於ルカ如ク法律上證人ノ無能力ヲ一般ニ認メス準實參考人モ亦證人能力アルモノニシテ唯宣誓ノ方式ヲ用ヒサルニ止ルナリ（一一三條、一二四條）而シテ證人ハ自己ノ爲シタル實驗ノミナラス第三者ノ爲シタル實驗ヲモ供述スルコトアリ即傳聞證人モ亦一ノ證人ナリ次ニ證人ハ其供述ヲ爲スヘキ以前ニ於テ事實ヲ實驗シタルコトヲ要シ鑑定人ノ如ク訴訟ニ於テ始テ實驗ヲ爲シ之ヲ供述スルモノニ非ス

證人ニハ證言ノ義務アリ證言ノ義務ハ判事ノ呼出ニ應シテ出頭スルニ止ラス其面前ニ於テ供述シ且其供述ヲ宣誓スル義務ナリトス而シテ事實參考人ハ出頭ノ義務アルモ供述、宣誓スルノ義務ナキナリ此證言ノ義務ハ第一一五條ノ方式ニ從ヒ呼出ニ依テ成立スル一般ノ義務ニシテ一定ノ被告人ノ在ルコト及起訴ノ有效ナルコトヲ條件トセス而シテ裁判權ニ服從スル各人ニ付テ成立ス軍人ハ一般裁判權ノ下ニ被告人ト爲ルコトヲ得サルモ證人ト爲ルコトヲ得ルモノトス

第二款　出頭ノ義務

一般ニ法律カ證人ノ出頭義務ヲ認ムルコトハ其義務ヲ免除スル場合アルニ依テ之ヲ知ルヲ得（シ然レトモ或ハ裁判所ニ出頭スヘキ義務ノ一部ヲ免除シ又或ハ其全部ヲ免除セラルルコトアリ　即左ノ如シ（一一〇條）

（一）國務大臣　國務大臣ハ其官廳ノ所在地ニ於テ訊問スヘキモノニシテ若其所在地外ニ滯在セルトキハ滯在地ノ裁判所ニ非サレハ出頭ノ義務ナシ

（二）帝國議會ノ議員　帝國議會ノ開會期間中ニシテ議員カ議會ノ所在地ニ滯在スルトキハ其所在地ノ裁判所ニ非サレハ出頭スルノ義務ナシ即此場合ニハ議會ノ開會ト議員カ其議會ノ所在地ニ滯在スルコトヲ要件トスルモノナリ

（三）皇族　皇族ハ常ニ裁判所ニ出頭スルノ義務ナシ裁判官ハ其所在ニ就テ訊問セサルヘカラス

右ノ三者ハ其地位ノ爲ニ所在地ヲ離ルルコト能ハサルカ故ニ此例外アリ左レト第一一〇條ニ違背スルモ證言ハ其效ナキニ非ス蓋同條ハ訴訟ノ正當ニ行ルルコトヲ保證スルノ規定ニ非スシテ證人其人ノ身分ニ基ク例外ナルカ故ナリ

（四）證人カ疾病其他正當ノ事故ニ因テ出頭スルコト能ハサル旨ヲ疏明シタルトキ（一一六條及一九〇條）

以上ノ例外ヲ除ク外ハ證人ハ裁判所又ハ其他ノ場所ニ出頭スル義務アルモノトス（一一〇條、一一八條）

0393

故ニ裁判所外ニ於テ作リタル訊問調書モ無效ニ非ス

右四箇ノ場合ヲ除キテハ證人ハ呼出サレタル裁判所ニ必ス出頭スヘキノ義務アリ第一一七條ノ場合ニ於テモ亦然ルモノニシテ此場合モ尙呼出ニ應スルト否トヲ長官又ハ隊長ノ意見ニ任シタルモノニ非ス』出頭ノ義務ハ之ヲ强制スルコトヲ得ヘク又制裁ヲ科スルコトヲ得ヘシ(一一八條)强制及制裁ヲ科スルノ權ハ證人ノ出頭スヘキ裁判所又ハ判事ニ屬シ(一二三條、九〇條)其條件ハ第一、第一一五條ニ從ヘル適法ノ呼出アルコト第二、呼出ヲ受ケタル者出頭セサルコト第三、出頭セサルニ付テ正當ノ理由存在セサルコトヲ是ナリ而シテ其正當ノ理由アリヤ否ヤハ呼出ヲ爲シタル判事ノ判斷ニ任ス呼出ニ應シテ出頭スルトハ其裁判所ニ來ルノミヲ謂フニ非スシテ判事カ證人ヲ利用スル間ハ其裁判所ニ留ルノ義務ヲモ包含スルヲ以テ途中ニテ立去ル者ハ出頭セサルト同一ノ責ヲ負ハサルヘカラス

以上ノ三箇ノ條件ヲ具フルトキハ職權ヲ以テ其不參ニ付テ生シタル費用賠償ノ外ニ罰金ヲ言渡スコトヲ得而シテ再度呼出ニ應セサルトキハ費用賠償ノ外ニ二倍ノ罰金ヲ言渡スモノトス再度ノ不參トハ同一ノ手續若クハ同一ノ審級內ニ於テ再度ノ意味ニ非スシテ同一ノ訊問ノ場合ニ於テ再度ナル意味ナリトス故ニ豫審ニテ兩度ノ不參ノ爲ニ罰金ヲ言渡シタル場合ニ於テ公判ニ於テ復タ不參ヲ爲スモ更ニ之ヲ罰スルコトヲ得

證人ハ之ヲ勾引スルヲ得勾引ハ罰金ト同時ニ行ルルモノニシテ又同一ノ訊問ニ於テ一度不參アレハ直ニ勾引スルヲ得ヘシ豫備、後備ニ非サル軍人ニ對シテハ罰金ノ言渡ハ軍法會議、所屬長官ニ囑託スルヲ得ヘシ然レトモ費用ノ言渡ニ付テハ通常裁判所ニ於テ言渡ササルヘカラス

右ノ罰金及賠償ヲ言渡ス裁判ノ方式ハ決定ヲ以テスルモノトス證人カ後日正當ノ理由ヲ以テ其不參ヲ辯解セルトキハ其決定ヲ取消スヘク此取消モ亦決定ニ依ルモノトス(一一九條)本條ハ抗告ヲ爲スヲ得サルニ至リテ始テ適用スヘキ必要アルニ拘ラス明文ヲ以テ抗告期間內ニ限リ辯解ヲ許スモノトセシハ缺點ナリ

第三款　供述ノ義務

通常裁判所ノ裁判權ニ服從スル者ハ法律ノ明文ヲ以テ其義務ヲ免除セサル以上ハ裁判所ニ對シテ供述スルノ義務アリ而シテ其義務ノ內容及範圍ハ訊問ヲ爲ス判事ノ意思ニ從フモノナリ故ニ證人ハ判事ノ問ニ付テ供述セサルヘカラス又證人ハ事實ヲ知ルヤ否ヤヲ知ラサルトキモ亦其知ラサル旨ノ供述ヲ爲サルヘカラス此場合ニ於テ單ニ緘默スルトキハ第一二六條ノ制裁ヲ免レサルナリ其他證人ハ被告人又ハ他ノ證人ト對質ヲ爲スノ義務アリ(九八條、一一七條)然レトモ特ニ事實ノ取調ヲ爲ス義務ナシ

法律ハ此供述ノ義務ニ付テ例外ヲ設ケタリ即左ノ如シ

(一)　事實參考人　事實參考人ニハ法律ハ其供述ヲ拒ムノ權ヲ付與シタルニ非ス唯宣誓ヲ爲サシメサルカ故ニ僞證及第一二六條ノ制裁ヲ受ケサラシムルノ結果此義務ナキナリ證言ヲ拒ムトキハ判事ハ拒絕スル者ノ意思ニ從テ拒絕ヲ俟テ始テ其原因ヲ顧ミサルヘカラス事實參考人ニ付テハ判事カ始ヨリ職權ヲ以テ證言義務アリヤ否ヤヲ審査セサルヘカラス第一二三條及第一二四條ハ制限的ノ規定ナリ此以外ニ事實參考人ナルモノ存在セサルカ故ニ證人タルヘキ者ヲ事實參考人トシテ審問スルヲ許ササルナリ例之共犯者ノ如キモノハ事實參考人トシテ審問スルヲ至當ト爲スモノナルモ右二箇條中

0394

ニ規定セサルヲ以テ之ヲ許サス或ハ證人タルヘキ者ヲ事實參考人トシテ訊問スルモ證人ノ資格ヲ侵スモノニ非サルカ故ニ差支ナシト言フ者アリ然レトモ事實參考人ニ關スル規定ノ制限的ノモノナリトナス以上ハ斯ル自由ヲ裁判所ニ許スモノト解スルコトヲ得ス恰事實參考人ヲ證人トシテ訊問スルヲ得サルカ如ク證人タルヘキ者モ亦事實參考人トシテ訊問スルコトヲ許ササルナリ

次ニ共同被告人ノ一人ニ對シ親族、後見人又ハ雇人等ノ關係アルトキハ他ノ被告人ニ對シテモ亦事實參考人トシテ訊問スルヲ要ス即其訴訟ニ於ル訊問ニ付テ事實參考人ナリヤ否ヤヲ決セサルヘカラサルモノニシテ被告人ノ各人ニ付テ決スルモノニ非サルナリ蓋供述ハ之ヲ分割シ豫何レノ被告人ニ關スルモノナルカヲ定ムルコト能ハサレハナリ

(二) 第一二五條ニ揭ケタル者　本條ニ揭ケタル者ハ證言拒絕ノ權アリ即此者ノ意思表示ニ因テ裁判所ハ拒絕ノ原因ノ當否ヲ顧ミサルヘカラス而シテ一旦拒絕シタル後之ヲ取消シタルトキハ始ヨリ拒絕セサリシト同一ナルモノトス又任意ニ供述スルトキハ宣誓ヲ拒ム能ハス

第一ニ揭ケタル官吏公吏タリシ者ハ職務上ノ祕密ヲ侵ス場合ニ限テ證言ノ義務アルモノトス而シテ證言スヘキ事項カ職務上ノ祕密ナリヤ否ヤハ其官吏及上官ノ定ムル所ニシテ裁判所ノ決スヘキモノニ非ス裁判所ハ唯本項ノ適用ヲ受クヘキ場合ナリヤ否ヤヲ審査シ得ルニ止ル

第二ニ揭ケタル者ハ身分、職業ニ因リ委託セラレタル事項ニ限テ證言ノ義務ナシ而シテ其事項ハ被告人ニ利益ナルト否トヲ問ハサルナリ尙此第二號ノ者モ現ニ其身分ヲ有スル者ニ限ラス曾テ此身分ヲ有シタル者ニテモ可ナリ但本號ノ場合ニ於テハ默祕ノ事項ヲ委託シタル者カ此義務ヲ免除スルトキハ再證言ノ義務ヲ發生スルモノトス

裁判所ハ右第一第二ノ者カ本條ニ該當スルモノナリヤ否ヤヲ定ムル必要アルカ故ニ拒絕ノ原因ヲ疏明セシムルモノトス

不法ニ證言ヲ爲ササル者ニハ第一二六條ノ制裁アリ而シテ此規定ハ不法ニ一部分ヲ供述セサル場合ニモ適用セラルルモノニシテ即第一回ノ訊問又ハ其後ノ訊問ノ場合ニ於テモ制裁ヲ加ヘラルヘシ又此制裁ヲ加フルニハ必シモ適法ニ呼出サレタルコトヲ要セス呼出ヲ受ケスシテ出頭シタル者ニ對シテモ尙此制裁ヲ加フルコトヲ得ヘシ此制裁ハ決定ヲ以テ命スルモノニシテ之ニ對シテハ抗告ヲ爲スコトヲ得明文ニハ宣誓シテ供述ヲ肯セス云々トアルモ被告人ヲ指定セスシテ現行犯罪ヲ起訴シタルトキハ宣誓ヲ爲ササルモ此制裁ヲ免レス

第四款　宣誓ノ義務

證人ハ法律ニ別段ノ規定ヲ設ケサル以上ハ宣誓スルノ義務アリ唯事實參考人ニ限リ此義務ヲ免レシメ其他ノ者ヲ訊問スルニハ總テ宣誓ヲ要ス而シテ宣誓ハ供述ノ正確ヲ保證スル要件ナルカ故ニ若不法ニ宣誓セシメサルトキハ其供述ヲ證據トスルヲ得サルナリ(判決例ハ反對ス)事實參考人ヲ訊問スルニ宣誓ヲ用ヒサルハ公益上ノ理由ニ出ルヲ以テ當事者又ハ證人カ宣誓ヲ主張スルモ之ヲ爲サシムルコトヲ得ス隨テ若之ヲシテ宣誓セシメタルトキハ證據ト爲スヲ得サルナリ又第一二三條及第一二四條ノ各號ニ付テ見ルニ第一二四條ニ列記セル者ハ第六號ヲ除クノ外ハ宣誓ノ能力ナキカ故ニ宣誓ヲ用ヒサルナリ而シテ第一二三條及第一二四條六號ニ揭ケタル者ハ宣誓ニ付無能力ナリトノ意ニ非ス唯其事件ニ限

0395

リ被告人又ハ民事原告人トノ關係及事件トノ關係ニ因リ宣誓セシメサルニ在リ此宣誓ニ付テモ之ヲ爲スノ義務アルニ拘ラス之ヲ肯セサル者ハ第一二六條ノ制裁ヲ加ヘラルルモノトス

第五款　證人ノ呼出及訊問ノ方式

證人ノ呼出ハ判事カ之ヲ訊問スルカ爲ニシテ隨テ出頭ノ義務ヲ生スルモノトス呼出ノ方式ハ呼出狀ヲ以テスルモノニシテ此呼出狀ニ記載スヘキ事項ハ第一一五條ニ揭クル所ナリ而シテ同條ニ依レハ呼出狀ニハ證人カ不法ニ出頭セサル場合ノ制裁ヲモ豫告スヘキモノトセリ然レトモ此豫告ナキモ呼出ハ無效ニ非スシテ唯第一一八條ノ制裁ヲ加フルコトヲ得サルノミナリト信ス軍人ニ對スルノ呼出ハ第一一七條ノ特例アリテ此場合ニハ長官、隊長ノ手ヲ經テ呼出ヲ受ケタル者ニ送達スルモノトス此規定ヲ設ケタルノ趣旨ハ證人ノ軍事上ノ義務ニ對スル衝突ヲ免レシメンカ爲ニシテ出頭スヘキ義務アリヤ否ヤノ判斷ヲ軍衙ノ意見ニ任シタルニ非サルヲ以テ必出頭スヘキ義務存スルハ勿論ナリトス

證人訊問及宣誓ノ方式ハ證人ヲシテ誠實ニ供述セシムルカ爲メ存スルモノニシテ即左ノ如シ

（一）證人數人アルトキハ後ニ訊問スヘキ他ノ證人ノ在ラサル所ニ於テ訊問スルヲ要スルモノトス即公判ニ於ル第一九三條ハ此精神ナリ然レトモ之ニ背キテ訊問シタル證言ハ判決ノ基礎トスルヲ得スト云フニハ非ス即必要ナル訴訟條件ニ非サルナリ

（二）證人數人アルトキハ之ヲ各別ニ訊問セサルヘカラス（一二七條）即判事ハ數人ノ證人ニ對シ同時ニ問ヲ發スルコトヲ得ス一人ノ證人ヲ訊問シタル後他ノ證人ニ及フコトヲ要ス是訴訟ノ必要條件ニシテ之ニ違背セル證言ハ判決ノ基礎トスルヲ得ス

（三）右原則ノ例外トナルヘキ場合ハ第一二七條但書ニ示スカ如ク對質ノ場合是ナリ即此場合ニハ一人ノ證人ヲ他ノ證人ノ在ル場所ニ於テ同時ニ訊問シ得ルモノトス元來對質ハ公判ニ於テ爲スヘキモノニシテ豫審ニ於テハ特例ナリ何トナレハ對質ハ其模樣ヲ目擊スルニ非サレハ眞偽ヲ判知スルヲ得サレハナリ

（四）宣誓モ亦各證人各別ニ爲ササルヘカラス而シテ我刑事訴訟法ニ於テハ宣誓ハ訊問前ニ爲サシムルモノトセリ（一二二條）是眞實ヲ吐カシムル適當ナル方法ニシテ若訊問後ニ宣誓セシメタルトキハ其證言ハ之ヲ證據ト爲スコトヲ得ス又一人ノ證人ハ豫審、公判ニ於テハ各別ニ宣誓セシメサルヘカラス豫審ニ於テ爲シタル宣誓ハ之ヲ公判ニ援用スルヲ得ス即訴訟ノ各段階ニ於テ各別ニ爲スコトヲ要ス然レトモ同一ノ段階ニ於ル審問ハ二回以上ニ及フモ一箇ノ宣誓ヲ以テ足レリトス即訊問ハ訴訟ノ段階ニ於テ區別セラレ訊問ノ日ヲ以テ區別セラルルモノニ非サルナリ

（五）訊問ハ二部ニ區分セラルルモノニシテ一ハ證人ノ氏名、年齡等及被告人トノ關係ノ訊問即第一二一條ノ訊問ニシテ一ハ本案事實ノ訊問ナリ第一二二條ノ訊問モ證人訊問ノ一部分ニシテ證人ノ信用ニ關スル事項ヲ知ルカ爲メ最重要ナルモノナリ若本案ノ訊問ヲ爲ス前ニ被告人ノ全體ニ對シテ第一二三條ノ關係ヲ訊問セスシテ證人ヲ宣誓セシメタルカ如キ場合ニハ之ヲ以テ證據ト爲スヲ得サルナリ又年齡ヲ訊問セスシテ十六歲未滿ノ者ニ宣誓セシメタルトキモ同一ナリ而シテ斯ル場合ハ單ニ此訊問ヲ爲サストノ理由ニ基テ不法ト爲ルニ非スシテ宣誓セシムヘカラサル者ニ宣誓セシメタルトノ點ニ於テ不法タルモノトス又本案ノ訊問ハ判事カ箇箇ニ付訊問シ證人ハ箇箇ニ付答フルモノニ非ス證人ハ箇箇ノ問ナシト雖自ラ事件ニ付テ知ル所ノ事柄ハ之ヲ連絡シテ供述スルノ義務アリ是故ニ

0396

證人ハ訊問前ニ何人ノ如何ナル事柄ニ付テ供述スヘキヤヲ知ルコトヲ要スルヲ以テ被告人ノ氏名、被告事件等ハ之ヲ呼出狀ニ掲クルカ若クハ其他ノ方法ニ依リ訊問前ニ證人ニ知ラシムルノ必要アルモノトス然ルニ本法ニ此明文ナキハ法律ノ缺點ナリト云ハサルヘカラス若證人カ連絡シテ事實ヲ供述シ能ハサルトキハ判事ハ問ヲ發シテ其供述ノ秩序ヲ得セシメサルヘカラス又誘導訊問又ハ一言ヲ以テ答ヘシムルカ如キノ間ハ法律ノ禁止スル所ニ非スト雖決シテ其希望スル所ニ非サルナリ

證人ノ知ル所ノモノハ何ニ基テ之ヲ知リタルヤヲ訊問スルコト最必要ナリ蓋其知リタルハ實驗シタルカ將傳聞シタルニ因ルカハ證言ノ價値ニ大ナル關係アレハナリ我訴訟法ハ傳聞ヲ證據トスルコトヲ禁セス其故ハ徹底ナルモノヨリシテ判事カ心證ヲ得ルコトヲ禁止セサレハナリ蓋傳聞證人ノ證言ハ徹底ニ外ナラス傳聞シタル證人カ供述スル所ハ他人カ刑法上ノ或必要事實ニ付テ我ニ告ケタリト云フコトヲ證言スルモノナレハナリ其他證人ニ對シテ其意見ノ臆測ヲ訊問スルハ禁スル所ニ非ス即證人カ見聞シタルコトヨリ如何ナル論決ヲ爲スカヲ問フハ甚必要ナリトス是亦徹底事實ナリ然レトモ證人ハ其推測意見ヲ供述スル義務ハ存セサルナリ

第六節　鑑定人

第一款　鑑定人ノ意義

鑑定人ハ訴訟中ニ實驗シタル現在ノ事實ヲ供述スル第三者ナリ

普通ノ意義ニ依レハ證人ハ實驗事實ヲ供述スルモノニシテ鑑定人ハ判斷ヲ爲スモノナリトナシ以テ二者ヲ區別スルノ標準トナスモ證人モ其實驗ヲ供述スルニハ判斷ヲ要シ鑑定人モ亦鑑定ヲ爲スニハ事實ヲ實驗スルヲ要スルヲ以テ之ヲ區別ノ標準ト爲スヲ能ハス

次ニ證人ハ特別ノ智識ヲ缺クモ鑑定人ハ特別ノ智識ヲ以テ供述スト云フヲ以テ區別ノ標準ト爲スモ非ナリ鑑定的證人即特別ノ智識ヲ以テ過去ノ事實ヲ實驗シ之ヲ供述スル者アルヲ以テ見レハ證人ニハ特別智識ヲ缺クモノナリト云フ能ハス

右二者ノ區別ニ付剩スル所ノ學說ハ本款ノ冒頭ニ掲ケタル所ノモノニシテ最當ヲ得タルモノナリ即鑑定人ハ鑑定ノ爲メ裁判所ノ命スル所ニ從ヒ事實ヲ實驗シ其智識ヲ以テ觀察シタル事實ヲ供述スル故ニ其供述スル所ノ事實ハ現在ニ於テ實驗スルヲ得ル所ノモノナリ反之證人ノ實驗ハ過去ニ存シ現在ニ於テ爲ス能ハス又裁判所ノ命スル所ニ從テ實驗シタルモノニ非サルナリ

鑑定人ノ性質ニ付證據方法ナリヤ裁判官ノ補助者ナリヤハ議論アル所ナレトモ現行法ハ之ヲ證據方法トナシタルコトハ第一九八條、第二一九條ニ依リ疑ヲ容レス唯鑑定人ハ或場合ニハ裁判官ニ代リ事實ヲ實驗スルコトアルノ點例之解剖ノ場合ノ如キ裁判官ハ實驗セスシテ鑑定人ノミ死體ヲ實驗スル點ヨリスレハ補助者ノ性質アリト云フヲ得ルノミ故ニ此議論ハ法律ノ規定ヲ離レテ始テ問題ト爲スヲ得ルモノナリ通事ハ鑑定人ト異ナリ證據方法ニ非スシテ補助者タルモノトス

第二款　鑑定人ノ義務

鑑定人ニ對シテモ證人ニ關スル第一二三條、第一二四條ノ規定ハ適用セラルルモノニシテ（一三六條）此場合ニ於テモ鑑定ヲ爲スノ方式トシテ宣誓ヲ用ヒサルニ止リ特別ノ智識ヲ有スル者ハ總テ鑑定人タルヲ得ヘクシテ證人ノ場合ト同ク鑑定人タル能力ナキ者在ラサルナリ

0397

鑑定人ヲ選擇スルニ付テハ左ノ事項ニ注意セサルヘカラス

一　鑑定ハ豫審判事、受命判事、受託判事及公判裁判所ニ於テ命スルヲ原則トシ現行犯ノ場合ニハ檢事司法警察官モ亦之ヲ命スルコトヲ得ヘシ

二　或事項ニ付鑑定人ニ鑑定ヲ命スルヤ否ヤハ前項揭クル所ノ者ノ隨意ナリ然レトモ法律上ノ問題ニ付テハ鑑定ヲ命スルヲ許サス是法規ハ證據ノ目的トナラストノ原則ノ結果ナリトス

三　何人ヲ鑑定人トナスヘキヤ又ハ幾人ノ鑑定人ニ鑑定ヲ命スヘキヤ又ハ何時鑑定ヲ爲サシムヘキヤハ裁判所ノ隨意ナリ

四　同一ノ問題ニ付幾タビ鑑定ヲ命スルモ隨意ナレトモ新ニ鑑定セシムルトキハ前ノ鑑定人ヲシテ鑑定セシメス別人ヲ用ユヘキモノトス（一三九條）

嘗テ證人ノ義務ニ付テ述ヘタルコトハ鑑定人ノ義務ニ付テモ亦之ヲ基礎ト爲ササルヘカラス鑑定人ノ義務ハ即左ノ如シ

一　鑑定人ノ義務ハ證人ノ義務ノ如ク一般ノ義務ナリ即本法ニ於テハ民事訴訟法第三二六條ノ如キ規定ナケレハナリ

二　鑑定人ノ義務ハ證人ノ如ク適法ノ呼出ニ應シ通常裁判所ニ出頭スルコト又犯所其他ノ場所ニ同行スルコトヲ含ム（一二八條之ニ違反シタルトキハ第一一八條ノ制裁アリ然レトモ鑑定人ニ對シテ勾引狀ヲ發スルコトヲ得ス（一三六條）是證人ト異ナリ鑑定人ハ數人ノ中ヨリ選擇スルヲ得ルモノナレハナリ

三　鑑定人ハ鑑定ヲ爲スノ義務アリ此義務ハ必要ノ試驗ヲ施スコトヲモ含ムモノトス而シテ鑑定ハ必シモ裁判所ニ於テ爲スノ要ナシ又解剖ノ如キハ裁判所ニ於テ之ヲ爲ス能ハサルコトアリ又鑑定人カ正當ノ結果ヲ得ンニハ被告人、證人等ニ對シ直接ニ訊問ヲ爲シ又ハ記錄ヲ見ルヲ要スルモ此點ニ關シ何等規定スル所ナシ是實ニ法律ノ缺點ナリト云ハサルヘカラス

鑑定人ハ鑑定ヲ了ヲタル後鑑定書ヲ作リ其手續、結果、時間ヲ詳記セサルヘカラス（一四〇條）而シテ鑑定人ハ鑑定書ヲ以テスルカ故ニ鑑定人ノ訊問調查ヲ作ルノ必要ナキカ如シ又第九二條ニモ鑑定人ノ訊問ニ付テ調書ヲ作ルノ規定ナシ然レトモ第一二一條ハ鑑定人ニ適用セラルルモノナレハ被告人ト鑑定人トノ關係等ヲ明ニセンカ爲ニ訊問ヲ要シ隨テ此訊問ニ付調書ヲ作ラサルヘカラサルナリ又裁判所ハ此訊問ノ際鑑定書ヲ作成スルコトヲ命スルコトヲ得ヘシ蓋第一四〇條ハ直接ノ審理ヲ禁シタルモノニ非サルト同時ニ第九〇條、第二〇八條第三號ニ鑑定人ノ供述ナル用語アリテ豫審、公判ヲ問ハス口頭ヲ以テスルヲ許シタルモノト認メ得ヘケレハナリ

例ニ依レハ公判ニ限リ口頭ノ鑑定ヲ許スモ之ヲ制限スヘキ根據ヲ見ス

四　鑑定人ハ其鑑定ヲ宣誓スルノ義務アリ之ニ違背スレハ第一二八條ノ制裁アルモノトス（一三七條）

第七節　被告人ノ訊問

被告人ノ訊問ハ證據調ノ一方法ナリ此訊問ハ被告人ノ辯解ヲ得テ事ハ之ヲ利用シテ其心證ヲ得ルニ在リトス第二一九條ハ公判ニ於テ事件ニ付先被告人ヲ訊問シ次ニ證憑ノ取調ヲ爲スト規定シ宛モ被告人ノ訊問ハ證據調ニ非サル如ク見エレトモ豫審ノ章ニ於テハ被告人ノ訊問ヲ證據ノ節ニ規定シ又第一九八條ニ依レハ證據調ノ時ニ被告人ヲシテ事實ノ辯解ヲ爲サシメ又第一九四條ニ依レハ被告

0398

人ノ訊問ヲ證人ノ訊問ト同一ニ取扱フコト、第九〇條ニ於テ被告人ノ供述ヲ自由心證ニ委スルコト等ヲ見レハ被告人ノ訊問ハ亦之ヲ證據調ト云ハサルヘカラス

證據調ハ必證據方法ノ存スルコトヲ條件トスルモノニシテ證人訊問ナル證據調ニ於テハ證人其者カ證據方法タリ之ト均ク被告人ノ訊問ニ於テハ被告人カ證據方法トシテ利用セラルルモノナリト被告人ノ供述ハ證據材料タルモ被告人ハ證據方法ニ非ス又其訊問ハ證據調ニ非ストナス說ハ予輩ノ採ラサル所ナリ

舊時ノ糺問訴訟ニ於テハ被告人ノ自白ノミニ特別ノ效力ヲ有セシメ被告人カ自己ノ利益ノ爲ニシタル供述ヲ顧ミス即自白ハ證據ヲ無益ナラシムルモノトセリ然レトモ被告人ニ不利益ナル供述即自白モ被告人ニ利益ナル供述モ共ニ被告人ノ供述ニシテ訴訟ニ於テ之ヲ利用スルヲ得ヘキ證據材料タリ

自白ハ所爲全體ニ係ルモノアリ又一部分ノ事實ヲ自白スルコトアリ自白不可分ノ原則ノ如キハ刑事訴訟ニ於テハ行ルルモノニ非ス又裁判上ノ自白ト裁判外ノ自白トヲ區別スルモノアルモ此區別モ亦別ニ其實用アルニ非ス豫審調書ニアル自白モ公判ニ於ル自白モ證人カ被告人ヨリ聽キタリト云フ自白モ之ヲ眞實ト見ルヤ否ヤハ一ニ判事ノ自由ナル心證ニ繫ルモノナリトス

茲ニ問題タルヘキハ判事ハ心證ヲ得ルニ足ルヘキ被告人ノ供述ノミヲ以テ滿足スルヲ得ヘキヤ否ヤノコトヲ是ナリ詳言スレ如此供述アレハ公判ニ於テ他ノ證據ヲ取調フルノ義務ヲ免ルルヤ又ハ被告人ニ十分ノ信用ヲ置クトキト雖尙證據ノ取調ヲ爲ササルヘカラサルヤ否ヤト云フニ被告人ノ供述ニ關シテモ判事ハ自由ノ判斷ヲ爲スヲ得ルカ故ニ之ヲ眞實ナリト信用シタル以上ハ他ノ證據ヲ取調フルニ及ハサルヘシ若被告人ノ供述ヲ信用セサレハ格別ナレトモ之ヲ信用スルモ尙他ノ證據ヲ要ストスルハ是自由心證主義ヲ制限スルモノト云ハサルヘカラス即第二一九條第三項、第二三九條ハ此自由心證ヲ制限スルモノニシテ甚不當ノ規定ト云フヘキナリ但此規定アリト雖判決理由中ニ援用スル證據ハ自白ノミヲ援用スルモ可ナリトス

被告人ノ訊問ノ手續ハ證人ノ訊問ノ如ク各別ニ爲スヲ原則トシ第八九條ニ依リ事實發見ノ爲メ必要ナルトキハ對質ヲ爲サシム而シテ其供述ハ之ヲ調書ニ作ルモノトス（九五條、九六條、九九條）

第八節　檢證

檢證ハ本法ニ於テ唯豫審ノ章第五節ニ證據蒐取ニ關スル裁判官ノ作用タル搜索及物件差押ト之ヲ同列ニ規定セリ然レトモ檢證ハ證據蒐取ニ關スル强制方法ニ非ス又檢證ハ證據方法ト云フコト能ハサルナリ普通ノ考ニテ物件ヲ檢證スルトハ物件ヲ檢查審究スルト云フト同ク之ヲ綿密ニ觀察實檢シ其性質ヲ知ルヲ云フ故ニ偶然ニ實檢シタル如キ場合ハ之ヲ檢證ト云フ能ハス即檢證ハ或事項ヲ認識スル目的ヲ以テ特ニ之ヲ檢查スルヲ云フ故ニ檢證ハ裁判所ノ作用ナリ然ラハ檢證ハ一ノ證據調ニシテ決シテ證據方法ニ非ス之ヲ證人、鑑定人ノ如キ證據方法ト同列ニ置クヘカラスシテ證人訊問、鑑定人訊問ノ如キ證據調ト同列ニ在ラシムヘキモノトス然ラハ檢證ノ場合ニ於テ證據方法タルモノハ何ナリヤト云フニ其證據方法タルモノハ檢證ノ目的物タルモノニシテ判事ニ事實ノ證據ヲ供スル所ノ證據方法ナリ證據物件モ亦檢證ノ目的物ノ一ナリトス

檢證ハ眼ヲ以テ視ル場合ノミニ限ラス耳ヲ以テ聽クモ又味フモ嗅クモ觸ルルモ共ニ本法ノ檢證ニシテ即五官ヲ以テ實驗スル場合ハ總テ檢證ナリ又被告人、被害者其他ノ人モ亦檢證ノ目的物タリ例之毆打

0399

創傷事件ニ於テ被害者ノ創傷ノ性質輕重等ヲ實驗スルカ如シ

檢證物タルモノハ其物件自體ニ依リ一定ノ事實ヲ證明シ得ルモノナラサルヘカラスシテ物件ノ內容ヲ以テ證明ヲ爲スモノニ非サルナリ是檢證ノ目的物ト書證ト異ナルノ點ナリ檢證物ハ單ニ物件ノ存在ニ因テ事實ヲ證明スルコトヲ得ル場合アリ又物件ノ性質ニ因テ證明スルコトアリ物件ト場所又ハ時トノ關係ニ於テ證明ヲ爲スコトアリテ總テノ物件ハ種種ナル關係ヲ以テ檢證ノ目的物タルコトヲ得ルモノトス然レトモ或物件アレハ必檢證物ナリト云フ能ハス又此等ノ物件ニ付テ或事實ヲ實驗シ得ルモ直ニ之ヲ以テ檢證物ト爲スヲ得スシテ其物件カ證明ノ目的ノ爲ニ法律上ノ方式ニ從ヒ觀察セラレタルトキニ於テ始テ檢證物タルモノトス

檢證ヲ爲スヲ得ル者及其方式ハ左ノ如シ

一　檢證ハ裁判官ノ行爲ナリ公判ニ於テハ第二一六條、第二三八條ノ特例アリ現行犯ノ場合ニハ檢事、司法警察官之ヲ爲スコトヲ得ヘシ

二　檢證ハ之ヲ公判ニ於テスルヲ原則トス故ニ差押フルヲ得ヘキ物件ナルトキハ之ヲ差押ヘ以テ公判ニ於ル實驗ニ供シ被告人ニ示シ辯解ヲ爲サシムヘキモノトス然レトモ差押ヘテ裁判所ニ持來ルコトノ能ハサル物件ナラハ檢證調書ヲ作ラサルヘカラス又猶豫スヘカラサルモノナルトキハ檢證調書ヲ作リ之ヲ公判ノ審理ニ供セサルヘカラス於是乎公判前ニ於ル豫審判事、受命判事、檢事等ノ檢證ノ必要ヲ生スルモノトス

三　檢證ノ方式ニ付本法ニ規定スル所ハ檢證調書ヲ作製スル場合ニシテ同第一〇三條ニ於テ豫審判事ハ犯罪ノ性質、方法、日時、場所及被告人ノ人違ナキコトヲ證明スヘキ模樣ニ付調書ヲ作ルヘシト規定セリ同條ニ依レハ檢證調書ハ豫審判事カ作製スルカ如キ觀アリト雖此規定ノ趣旨ハ豫審判事ニ於テ檢證ノ範圍及結果ヲ定ムルノ權アルコトヲ示シタルニ外ナラスシテ調書ハ第九二條ニ依リ書記之ヲ作ラサルヘカラス唯書記ノ立會ヲ得ル能ハサル場合ニ限リ豫審判事之ヲ作ルヘキモノトス

檢證調書ヲ作ル場合ニ於ル檢證ノ手續ハ第一〇七條、第一一〇八條、第一一〇條、第一一一條ニ規定セリ

第九節　書證

本法ニ於テハ民事訴訟法ト異リ特ニ書證ヲ證據方法トナシタルノ規定ヲ設ケス然レトモ本法ニ於テ之ヲ認メサルニ非ス其第二一九條ニ必要ナル調書其他證憑書類ハ書記ヲシテ朗讀セシムトアルヲ見ルモ書證ナルモノノ存生スルコト明ナリ而シテ書證ナルモノハ必要事實又ハ徵憑ヲ證明スルヲ得ヘキモノ即證據ノ用ニ供セラルルヲ得ル記錄ヲ謂フ然レトモ證明ノ用ニ供セラルル記錄ハ必シモ書證ト云フヲ得ス訴訟ニ於テ證據トナリタル記錄書類ハ直ニ書證ナリト云ヒ記錄書類ヲ訴訟ニ於テ利用スルハ書證ニ關スル證據調ナリト云フハ誤ナリ如此ハ重要ナル書證ノ要素ヲ忘却シタルモノナリ今例ヲ擧ケテ之ヲ說明セン債務者カ債務證書ヲ毀棄シタルカ爲ニ毀棄罪ヲ以テ訴追セラレ毀棄セラレタル證書カ證據トシテ裁判所ニ提出セラレタリトス又之ト例ヲ異ニシテ詐欺取財罪ノ犯人カ被害者ヲ欺瞞セリトノ書狀ヲ其共犯者ニ郵送セルニ裁判所ノ差押フル所トナレリトス此二箇ノ例ニ付テ見ルニ第二例ノ書狀ハ第一例ノ債務證書ト同一ノ性質ニ非ス即書狀ハ之ヲ書證ト云フヲ得ヘキモ第一例ノ債務證書ハ之ヲ書證ト云フ能ハス第一ノ場合ハ被告人カ他ノ物件ヲ毀棄シタル場合ト同ク判事カ其外部ノ性質ヲ觀察シ毀棄ナル行爲ノ心證ヲ得ントスルモノニシテ唯前例ニ於テハ物件カ偶證書タルニ止リ偶然ニ證書ノ

0400

ルノ故ヲ以テ證據調ノ方法ニ變更ヲ來スモノニ非ス此場合ニハ證書ノ外部ノ性質ヲ檢證シ以テ心證ヲ得ルモノニシテ如此證書ヲ一ノ記錄トシテ利用セサルトキニハ書證ナリト云フ能ハス即書證トハ文言ニ依テ事實カ證明セラルヘキ記錄ヲ謂フモノタリ然ルニ第一例ニ於テハ其文言ハ第二段ノモノニシテ附從タリ裁判所ハ其文言即內容ヲ利用スルニ非ス唯偶然ニ文言カ記載セラレタル物件ヲ外部ヨリ觀察スルモノニ外ナラサルナリ以上ハ書證ト證據物件トヲ區別スル要點ニシテ即書證ハ文書カ如何ナル方法ヲ以テ利用セラルルヤニ因テ定マルモノトス文書ノ內容即文書ニ記載スル事項カ證據トシテ用ヒラルルトキニ於テ始テ書證ナルモノアリ總テノ文書記錄ハ訴訟ニ於テ當然書證タルモノニ非スシテ判事カ文書ニ對シ採ル所ノ證據作用ノ方針ニ依テ書證タルモノナリ

書證ニ付テ最必要ナルハ第二一九條第二項ノ規定是ナリ即書證ノ證據調ノ方式ハ朗讀ヲ以テスヘキモノニシテ朗讀スル能ハサルモノハ書證ニ非ス又朗讀ヲ以テ證據調ノ方式ト爲ス以上ハ當事者其他ノ訴訟關係人ノ承諾アルモ書證ノ朗讀ヲ省略スルヲ得サルナリ而シテ又同條ニ依レハ調書其他證憑書類カ朗讀セラルヘキモノト定メタルヲ以テ被告人、證人ノ鑑定書、檢證調書又ハ告訴狀ノ如キハ公判ニ於テハ形式上之ヲ書證トシテ取扱フモノニシテ唯實質ニ於テ人證又ハ檢證物トナルモノナリ

第五章　裁判

裁判ハ裁判所ノ意思ノ發表ニシテ拘束力ヲ有スルモノナリ本法ニ於ル裁判ノ內容ハ一定セス或ハ爭點又ハ疑點ヲ一定ノ趣旨ニ處分スルモノアリ或ハ爭點又ハ疑點ノ存スルコトナク法律ノ規定ニ依リ常ニ一定ノ裁判ヲ爲ササルヘカラサルコトアリ例之被告事件禁錮以上ノ刑ニ該ルヘキモノニ非スト思料スルトキハ必ス豫審判事ハ勾留狀ノ取消ヲ爲シ（八六條）又重罪公判ニ付スル豫審終結決定ヲ爲シタルトキハ必ス保釋、責付ノ言渡ヲ取消スカ如キ（一六八條）是ナリ

裁判ノ方式ニハ判決、決定、命令ノ三種アリ判決ノ方式ヲ以テスル裁判ハ公判ニ於テ口頭辯論ヲ經テ刑罰請求權ノ有無又ハ訴訟關係ノ適否ニ付判定スル場合ニ行レ決定ノ方式ヲ以テスル裁判ハ公判ニ於テ口頭辯論ヲ經テ又ハ經スシテ豫審終結決定、保釋責付ノ言渡、證人、鑑定人、通事ニ對スル罰金ノ言渡ヲ爲ス場合等ニ行レ命令ノ方式ヲ以テスル裁判ハ勾引、勾留又ハ裁判長ノ訴訟指揮ニ關スル裁判ヲ爲ス場合ニ行ル本法ニ於テ判決ノ方式ヲ以テスル場合ハ明文ヲ以テ之ヲ限定シ決定ノ方式ヲ以テスル場合ハ多クハ明文アレトモ亦其規定ヲ缺クモノアリ於是乎裁判ヲ爲スニ當リ決定ノ方式ヲ以テスヘキヤ命令ノ方式ヲ以テスヘキヤ付疑ヲ生ス此疑ヲ決スルニハ決定ハ裁判所ノ爲ス裁判ノ方式ニシテ命令ハ裁判長ノ爲ス所ナリトノ方式上ノ區別ヲ標準トシテ之ヲ決スルノ外ナシトス

裁判ハ其方式ノ異ルニ從テ左ノ差異アリ

一　判決ハ之ヲ言渡シタル裁判所ヲ羈束シ其裁判所ハ之ヲ變更スルノ權ナシ此權アルモノハ唯上級裁判所ノミ尤書損、誤記ハ何時ニテモ之ヲ訂正スルコトヲ得ヘシ是裁判ノ趣旨ヲ變更スルモノニ非サレハナリ決定、命令ニハ之ヲ變更スルヲ得ヘキモノト否ラサルモノトアリ抗告ヲ爲スヲ得ヘキ決定ハ之ヲ言渡シタル裁判所ニ於テ變更スルヲ得ス唯抗告ノ申立アリタル場合ニ於テ不服ノ點ヲ更正スルヲ得ルニ過キサルナリ（二九六條）又證據決定ノ如キモノハ之ヲ取消スコトヲ得ヘク又本法第一一八條ノ決定ハ正當ノ理由ヲ闡解シタルトキニ之ヲ取消スコトヲ得命令ニ付テハ勾留ハ本法第八六條

0401

ニ該當スル場合ニ非サレハ之ヲ取消スコトヲ得サルモ裁判長ノ訴訟指揮ニ關スル裁判ノ如キハ何時ニテモ之ヲ取消スコトヲ得ヘシ

二　判決ニ對スル上訴方法ハ決定ニ對スル上訴方法ト異レリ即判決ニ對シテハ控訴及上告ヲ以テ上訴方法トシ決定ニ對シテハ抗告ヲ以テ上訴方法トス

合議裁判所ニ於テ裁判ノ成立スルニハ評議決定ヲ要ス（裁構一一九條）

一　裁判所構成法第一一九條ニ依レハ裁判ノ言渡ニ於テモ亦言渡前ノ評議決定ニ於テモ法律ニ從ヒ定數ノ裁事之ニ干與セサルヘカラス是判決裁判所ニ對スル訴訟要件ナリ故ニ若此規定ニ違背スルトキハ本法第二六九條第一ニ依リ常ニ上告ノ理由トナルモノトス

二　裁判所構成法第一二〇條ニ於テ四日以上審問ノ引續クヘキ見込アル事件ニハ補充判事一人ヲ立會ハシムヘキコトヲ規定セリ此規定ハ公判ニ於テ適用セラルルモノニシテ直接審理主義ヨリ生シタル結果ナリトス蓋此規定ハ公判ノ延期又ハ更新ヲ防クノ趣旨ニ出テタルモノニシテ若此規定ナキトキハ公判中一判事ニ偶然ノ事故ヲ生スレハ公判ヲ停止シ更ニ他ノ判事ヲシテ之ニ代ラシメ之ト共ニ其公判ヲ反覆セサルヘカラサレハナリ故ニ特ニ補充判事トシテ審問ニ參與セシムルハ其判事ハ傍聽者トシテ審問ニ參與スルニ非スシテ自ラ裁判ヲ爲スノ任アル地位ヲ以テ參與スルヲ要スルナリ補充判事ハ先審理辯論ニノミ立會フモノニシテ或判事ニ事故ヲ生シタル場合ニ限テ評議決定ニ與ルモノナリトス

三　裁判所構成法第一二一條ニ依レハ裁判ノ評議ハ之ヲ公行セス又補充判事ハ正員タル判事ノ事故ヲ生シ評議ニ與ルコトヲ得サル場合ニ非サレハ評議ニ立會フコトヲ得ス又裁判所書記モ立會フコトヲ得サル又司法行政ノ監督者ト雖之ニ立會フコトヲ許ササルナリ唯豫備判事及試補ニハ事務修習ノ爲ニ傍聽スルヲ許スコトヲ得ヘシ茲ニ注意スヘキハ判事ハ評議ヲ密行スルカ爲ニ必シモ評議室ニ退クヲ要スルモノニ非ス又評議ヲ公行セストハ之ニ立會傍聽スルヲ許ササルノ謂ナルヲ以テ公判廷ニ於ケルモ低聲ヲ以テ評議スルヲ禁セサルナリ裁判所構成法第一二一條第一項ノ規定ニ違背スレハ判決カ公行セラレタル評議ニ基クトキニ限リ上告ノ理由トナルヘシ

四　裁判所ハ評議ヲ終了シタルトキハ其評議ノ結果即裁判ヲ發表スルモノトス然レトモ之ヲ發表スルハ評議ノ内容ヲ發表スルモノニ非サルナリ裁判所構成法第一二一條第二項ニ評議ノ顚末竝ニ各判事ノ意見及多少ノ數ニ付テハ嚴ニ秘密ヲ守ルコトヲ要スル旨ヲ規定セリ蓋裁判ハ裁判所ノ裁判ニシテ過半數ノ判事又ハ一人ノ判事ノ裁判ニ非サレハナリ此秘密ヲ守ル義務ハ判事及傍聽シタル豫備判事、試補ノ職務上ノ義務ナリトス

五　評議ノ順序方法ニ付テハ法律ニ於テ詳細ノ規定ヲ設ケス唯評議ハ裁判長之ヲ開キ之ヲ整理スルモノトシ裁判所構成法第一二二條ニ於テ各判事意見ヲ述ルノ順序ハ官等ノ低キ者ヨリ始リ裁判長ヲ最終トシ官等同キトキハ年齢ノ少ナキ者ヲ始トシ受命判事ヲシテ取調ヲ爲サシメタル事件ハ受命判事ヲシテ最初ニ意見ヲ述ヘシム

六　法律ニ於テハ評議ノ採決方法ヲ規定セス故ニ結果ニ依テ採決スヘキヤ又理由ニ依テ採決スヘキヤノ問題ヲ生ス第一ノモノハ問題ヲ分タスシテ一擧ニシテ決スル場合ニ行レ第二ノモノハ問題ヲ分離シテ決スル場合ニ行ルルモノナリ其何レニ依ルヘキヤハ問題ノ性質ヲ分離シ得サルモノナリヤ否ヤニ依テ異ルモノナリ罪責ノ問題ハ原則トシテハ之ヲ分離セス結果ニ依テ其罪責アリヤ否ヤヲ決セサ

0402

ルヘカラス蓋犯罪ノ意思ハ一箇ニシテ分割スル能ハサレハナリ

七　裁判ハ過半數ノ意見ニ因テ生スルヲ原則トス然レトモ三說以上ニ分レタルトキハ人爲的ノ過半數ヲ以テ決スルモノトス（裁構一二三條）而シテ判事ハ裁判スヘキ問題ニ付自己ノ意見ヲ發表スルコトヲ拒ムヲ得サルナリ（裁構一二四條）

或裁判ハ本法ニ從ヒ必理由ヲ附セサルヘカラス凡裁判ヲ受ケタル者ハ其理由ヲ知ルニ付テ利益ヲ有スヘキハ勿論ニシテ若其理由ナキトキハ裁判ノ取消ヲ求メントス欲スルモ其據ル所ヲ知ルニ由ナク又上訴ヲ受ケタル裁判所モ裁判ノ當否ヲ覆審スルニ由ナシ又下級裁判所モ亦上級裁判所ハ如何ナル理由ヲ以テ裁判シタルヤヲ知ルノ要アルヘキナリ是ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得ル裁判ハ概シテ理由ヲ附セサルヘカラス然レトモ其理由ノ內容及範圍ニ付テハ法律ニ於テ一般ノ規定ヲ設ケス第一六九條、第二〇三條ノ如ク各裁判ニ付之ヲ定ムル場合ノ外ハ各場合ニ於テ適宜之ヲ定ムヘキモノトス

裁判ハ言渡若クハ送達ニ依テ之ヲ發表セサルヘカラス

一　裁判ハ裁判ヲ受クル者ノ在廷スル時ニ之ヲ言渡スヲ原則トス而シテ裁判ヲ受クル者トハ裁判ニ因テ影響ヲ受クヘキ權利ヲ有スル者ヲ云フ又判決ハ被告人カ在廷セサルトキニ於テモ之ヲ言渡スヘキモノトス（二〇四條）第二〇四條ニ依レハ判決ノ言渡ハ主文ノ朗讀ニ依テ行ルルモノトス又言渡ハ常ニ裁判所ノ用語ヲ以テスルモノナルカ故ニ外國人ノ被告人ニ對シテハ常ニ通事ヲ要ス本法ニ於テハ決定、命令ニ付テハ判決ノ如ク之ヲ言渡スコトヲ要スルノ規定ナシ故ニ決定、命令ハ言渡ヲ爲スコトナクシテ送達ヲ以テ告知スヘキモノトス但公判ニ於テ在廷スル者ニ對シ決定、命令ヲ爲ス場合ニハ言渡ヲ以テ之カ發表ヲ爲スモノナリ

二　本法ニ於テ送達ニ付本法中特ニ規定アラサルトキハ民事訴訟法ノ送達ニ關スル第一三六條以下ヲ準用スルコトヲ爲セリ勿論準用ナルカ故ニ民事訴訟法第一三八條、第一四一條ノ如キハ之ヲ適用スルヲ得サルナリ今本法ニ於テ民事訴訟法ト異ル送達ノ規定ヲ設ケタルモノヲ擧クレハ左ノ如シ

（イ）民事訴訟法ニ於テハ送達機關ハ執達吏及郵便ノ二アレトモ本法第七六條末項ニ依レハ召喚狀ハ常ニ執達吏ヲシテ送達セシメ之ヲ郵便ニ依リ送達スルヲ得ス

（ロ）民事訴訟法第一五八條ノ公示送達ト本法第二二七條ニ於テ闕席判決ヲ言渡スヲ爲ニスル公示送達トハ其方法及期間ヲ異ニス

闕席判決ハ言渡ヲ爲スヘキモノナルモ檢事其他訴訟關係人ノ請求ニ因リ之ヲ闕席者ニ送達スルモノトス（二二八條）此場合ニハ裁判發表ノ爲ニ送達ヲ爲スニ非スシテ故障期間ヲ進行セシムル爲ニ送達スルモノナリ故ニ職權ヲ以テセスシテ訴訟關係人ノ請求ヲ待テ送達ス反之裁判發表ノ爲ニスル送達ハ必職權ヲ以テ之ヲ爲ス豫審終結決定ハ其正本ヲ檢事及被告人ニ送達スルヲ要ス（一七一條）

本法ニ於テハ送達ノ便宜ヲ圖ルカ爲ニ訴訟關係人ヲシテ假住所ヲ設ケシム（一八條）假住所ノ效果ハ本住所ト同一ナリトス若裁判所所在地ニ住セサル者カ假住所ヲ定メサルトキハ第二回以後ノ送達ヲ受ケサルモ異議ヲ申立ツルヲ得サルモノトス

言渡若クハ送達ヲ要スル裁判ハ此方法ニ依ル告知アリテ始テ成立スルモノトス故ニ裁判ハ評議ノ決シタル時ニ於テ成立スルモノニ非スシテ罫ニ表示ノ效力ヲ有スルノミナラス確定ノ效力ヲ有スルモノナリトス是ヲ以テ裁判ハ言渡若クハ送達ノ前ニ於テハ裁判ノ案文タルノミニシテ此案文ヲ裁判所ニ於テ變更セサレハ裁判タルヲ得ルニ

0403

至ルヘキモノタルニ過キス裁判所カ判決トシテ羈束セラルル效力ハ判決言渡若クハ送達ニ依テ外部ニ發表セラレタル後ニ始テ生スルモノナリ判例ニ於テハ裁判ハ未言渡ヲ爲ササルモ評議ノ決シタルトキヲ以テ成立スト爲スモノアルモ裁判ヲ以テ裁判所ノ意思表示ナリトセハ表示ナクシテ其成立ヲ認ムヘキニ非ス

第六章　口頭辯論主義

第一　意義　裁判所及當事者間ノ交通カ書面ニ依テ媒介セラルルトキハ之ヲ書面審理ト云ヒ裁判所及當事者間ノ交通カ言語ヲ以テ媒介セラルルトキハ之ヲ口頭辯論ト云フ即當事者ノ申立及陳述ヲ書面ヲ以テスルトロ頭ヲ以テスルトニ因リ區別アルナリ而シテ法律ニ於テハ此意義ヲ進メテ口頭ノ陳述ニ非サレハ裁判所之ヲ顧ミサルモノヲ以テ口頭辯論主義ト爲スコトヲ得ヘシ本法ハ亦民事訴訟法第一〇三條ト同一ノ範圍ニ於テ口頭辯論主義ヲ採リタルモノナリ是公判ニ關スル規定ノ全體殊ニ第一七六條、第一八三條第二項、第二一八條乃至第二二一條等ヨリ推シテ其然ルヲ知ルヲ得ン而シテ刑事訴訟ニ於テ口頭辯論ノ行ルヘキ範圍モ民事訴訟ノ如ク判決裁判所ニ於ル當事者ノ辯論ニ限ル即其行ルルハ第一審、第二審ヲ問ハス公判ニ於テノミナリトス彼ノ搜查、豫審、受命受託判事ノ取調、決定裁判所ノ手續等ニ於テ決シテ此主義ノ行ルルコトナキナリ換言スレハ口頭辯論主義ハ裁判所ト當事者トカ共同シテ訴訟行爲ヲ爲ス場合ニ於テ行ルルモノナレハ裁判所、當事者常ニ共同シテ訴訟行爲ヲ行フ所ノ公判ニ於テノミ行ルルモノトス豫審等ニ於テモ本法第一〇八條ニ依レハ被告人カ臨檢、搜索、物件差押ノ處分ニ立會フコトヲ規定セルヲ以テ恰裁判所及當事者カ共同

副產物ナリト評シテ手數料ハ之ヲ租稅ト經濟的收入ノ二部ニ編入スルコトヲ得ヘシト爲セリ如此手數料ノ觀念ハ最複雜ヲ極ムルモノナルヲ以テ之カ定義ヲ下サンコト又頗困難ナリ今多數學者ノ所論ヲ概括スレハ手數料トハ國家其他ノ公共團體カ其勞務ニ因リ特別ノ關係ヲ有スル私人ニ對シ徵收スル所ノ報償ナリト云フコトヲ得ヘシ蓋國家ノ行動ハ國家全般ノ利益ヲ目的ト爲スモ其行動カ公益ヲ目的ト爲スト同時ニ特定ノ私人ニ對シテ特種ノ利害關係ヲ有スルコトアリ此場合ニ在テハ國家ハ公益ヲ目的ト爲ス點ヨリ一般ニ賦課セル租稅等ノ收入ニ依リ之カ經費ヲ支辨スルコト固ヨリ不可ナシトスルモ特種ノ利害關係ヲ有スル私人ヨリ其實費ノ一部ヲ支辨セシムルコトハ又毫モ正理ニ反スル所アルナシ故ニ國家ハ公益ノ爲ニ爲シタル行動ニ對シ特種ノ利害關係ヲ有スル私人ヨリ報償トシテ實費以內ノ額ヲ徵收シ之ヲ名ケテ手數料ト稱ス

手數料ニ關スル大體ノ觀念ハ上述スル所ノ如シ然レトモ手數料其モノノ意義ハ獨公法上ノ國家行爲ニ對スル報償ニ止ラス私人カ營造物ノ使用ニ對シテ支拂フ使用料ヲ包含シ所謂私法上ノ手數料ナルモノヲ認ムルモノ尠シトモ爲サス行政法學者ハ多ク手數料ト私人ノ利益ノ爲ニシ又ハ私人ノ爲ニ必要ヲ生シタル國家ノ行爲ニ對シ又ハ營造物ノ使用ニ對シテ私人ヨリ國家ニ支拂フ其行爲又ハ使用ニ對スル報償ナリトシ所謂狹義ノ手數料ノ外ニ營造物ノ使用料ヲ認メ營造物ノ使用料中公有物ノ使用ノ如キ別段ノ契約ヲ要セサルモノ又營造物ノ使用ニシテ使用義務ノ存在スル場合ノ如キ契約ニ基カサルモノハ公法上ノ使用料トシ政府ノ公通事業即鐵道、郵便、電信等ノ如キ營造物ヲ使用スル場合ハ其使用料納付ノ義務ハ契約ニ基クモノナルヲ以テ之ヲ私法上ノ使用料トス故ニ玆ニ私法上ノ使用料ト稱スルモノハ財政學上一般ニ政府營業ノ一種トシテ官業ニ編入セラルルモノニシテ又公法上

0404

ノ使用料中行爲ヲ要スルコトナク唯物件ノミヲ以テ足レリトスル營造物即公有物ノ使用料ニシテ共同ノ使用ニ對シテ支拂ハルルモノ例之道路ノ通行料又ハ河川ノ航行料都府ノ入市料ノ如キハ古來君主ノ特權ニ基ク收入トシテ盛ニ行レタルモノナルモ今日ニ至テハ各國殆其跡ヲ絕ツニ至リ唯公有物ノ特別ノ使用ニ對スル場合例之道路ニ於ル露店、河川ニ於ル養魚等ノ使用ノ爲ニ支拂フ特種ノ手數料ヲ遺スニ至レルハ纔ニ國有財產ノ章ニ於テ述ヘタル所ノ如シ

政府ノ交通事業ノ收入ハ固ヨリ公權ノ發動ニ基ク收入ニ非ス然レトモ單ニ國家カ國庫ナル私法上ノ主體トシテ利益ヲ目的トスル營業收入ト見ルヘキカ國家ナル公法上ノ主體トシテ國家及公衆ノ交通ニ於ル公益ノ保全ヲ目的トスル國家行爲ヨリ生スル收入ト見ルヘキカハ議論多キ問題ナレトモ要スルニ政府ノ交通事業ハ他ノ私經濟的收入ニ比シテ公共的ノ性質著キハ其大部カ政府ノ專業ト爲スニ於テ之ヲ知ルニ難シトナササルナリ故ニ政府ハ一方ニ於テハ交通其モノノ改良發達ヲ企圖スルト同時ニ一方ニ於テハ多少ノ收入餘剩ヲ目的ト爲スヘキモノナリ隨テ交通事業ノ收入ハ手數料ト見ルヘキヤ否ヤノ論點ハ其公私ノ點ニ在ラスシテ寧報償ノ點ニ在リ一部ノ論者ハ國家ノ行爲及營造物ノ使用ハ私人ニ與フル利益ノ有無及大小ハ問フ所ニ非ス手數料ノ報償ハ對價又ハ賠償ノ觀念ヲ以テ論スヘカラスト爲セリ固ヨリ事實ニ於テ手數料ノ額ハ常ニ其利益ト其費用ト權衡ヲ維持スルコトナキモ大體ニ於テハ其實費ヲ超過セサルヲ原則ト爲スヲ以テ交通事業ヨリ得ル收入ハ少クトモ今日ニ於テハ之ヲ手數料ト見ルヘカラサルナリ

手數料ニ應スル實費ノ算定方法ハ最困難ナル問題ニシテ手數料ノ額ヲ算定スル標準ハ固ヨリ國家又ハ公共團體カ特定ノ私人ノ爲ニ要シタル行爲又ハ營造物ノ費用ノ多寡ニ依ラスンハ非ス然ルニ此等ノ費用ノ價格ハ事業ニ於テハ又幾多ノ特別標準ニ據テ左右セラルルモノニシテ一箇人カ其勞務ノ爲ニ受クヘキ利益ノ大小、一箇人カ其報償提供ノ資力ノ大小、國家ノ提供スル勞務ノ性質及其事實ノ發生カ望ムヘキコトナルヤ禁壓スヘキコトナルヤ此等ノ問題ハ常ニ手數料ノ額ヲ左右スルノミナラス時ニ國家收入ノ額ヲ加味スルカ爲ニ其實質ニ於テ租稅ニ變形スルモノ尠カラサルハ曩ニ一言スル所ノ如シ

上來講述セル手數料ノ意義ニ就キ之カ範圍、限界ヲ圖解ニ依テ示セハ次ノ如シ即第一ノ手數料ハ最狹義ノ手數料第一及第二ノ乙ノAノ手數料ハ狹義ノ手數料第一ト第二ノ甲及乙ノAノ手數料ハ廣義ノ手數料第一及第二ノ手數料ノ全部ハ最廣義ノ手數料ナリ

- 手數料
  - （第一）命令權ニ基ク行政行爲ニ附帶スル手數料
  - （第二）命令權ニ基カサル公益手段ニ附帶スル手數料即營造物ノ使用料
    - 甲　公有物ノ使用料
      - A　共同使用料
      - B　特別使用料
    - 乙　公有物以外ノ營造物ノ數用料
      - A　契約ニ基カサル場合ニ於ル使用料
      - B　契約ニ基ク場合ニ於ル使用料

第二節　手數料ノ分類

手數料ノ分類ハ各國制度ノ異ナルニ從ヒ一樣ニ之ヲ論スルコト能ハス然レトモ大體ニ於テ手數料ハ之ヲ體、樣二種ノ方面ニ於テ分類スルコトヲ得ヘシ

0405

第一款　樣ニ依ル手數料ノ分類

手數料ノ料額ノ性質、徵收ノ方法等總テ手數料ヲ支拂フ勞務其モノノ實體ニ依ラサル分類ニシテ俗ニ手數料制度ト稱セラルルモノナリ之ヲ五種ニ細別スルコトヲ得

第一　國庫手數料及官吏手數料

國庫手數料トハ直接ニ國庫ニ納ムルモノニシテ又直接手數料ト稱セラル官吏手數料トハ官吏カ自己ノ計算ニ於テ所得ト爲スモノヲ謂ヒ又間接手數料ト稱セラル官吏手數料ハ國庫ノ事務ヲ二重ニ節略スルノ便益アルヲ以テ古代ニ在テハ多ク行レタルコトハ前述スル所ノ如シ然レトモ國家ハ財政行政ノ整理統一、改良上不可ナルノミナラス官吏ノ專橫ヲ誘導シ易キヲ以テ今日ニ於テハ獨逸ニ於ル大學教授ノ講座料、公吏ノ公證料、執達料等ノ稀ナル例外ヲ除キ一般ニ用ヒラルルコトナシ

第二　定額手數料及不定額手數料

定額手數料トハ同種ノ勞務ニ對シ手數料額ノ一定セルモノナリ不定額手數料トハ同種ノ勞務ニ對シテ其性質大小等ニ因テ料額ノ一定セサルモノナリ不定額手數料ハ又官吏ニ一定ノ範圍ヲ限界セル限界手數料ト一定ノ階級ニ伴フテ高低スル階級手數料ノ二種ニ分タル

第三　單一手數料及合同手數料

單一手數料トハ同一ノ事件ニ關シ其各勞務個ニ付徵收セラルルモノヲ謂ヒ合同手數料トハ同一ノ事件全體ニ通シ個個ノ公務ノ多少ヲ問ハス總括シテ徵收スルモノヲ謂フ

第四　一般手數料及特別手數料

一般手數料トハ一般行政官廳ニ通シテ徵收セラルル手數料ヲ謂ヒ特別手數料トハ或官衙ノミニ付テ特別ニ徵收セラルル手數料ヲ謂フ

第五　直接徵收手數料及間接徵收手數料

直接徵收手數料トハ公務執行ノ官吏又ハ手數料徵收ノ官吏カ直接ニ報償ヲ徵收スル手數料ニシテ間接徵收手數料トハ證券印紙其他ノ方法ニ依リ間接ニ報償ヲ徵收スル手數料ナリ故ニ此區別ハ主トシテ手數料ノ徵收方法ノ異同ニ依ルモノナリ直接徵收手數料ハ古代廣ク行レタル方法ニシテ手數料徵收ノ確實ニシテ簡簡ノ場合ニ適合セシムルノ便アルモ之カ費用、手數大ナルヲ以テ現時ハ巨額ノ報償ニ付時ニ用ヒラルルニ過キサルナリ間接徵收手數料即證券印紙ノ制ハ國家收入ノ增加ヲ目的トシテ行レシモノニシテ千六百二十六年和蘭ニ於テ行レシ以來各國相次テ此方法ヲ採用シ延テ一般收入ノ場合ニ適用セラルルニ至リシコトハ前節ニ於テ述ヘタル所ノ如シ此方法ハ手數料額ノ計算簡單ナル場合ニ適シ政府ハ單ニ切手ノ製造及賣下ヲ爲スニ止ルヲ以テ經費ト手數トヲ節減シ會計ノ整理ニ便ナリトス但印紙證券ノ僞造、變造、再貼用等ノ防遏、監督ニ注意ヲ要スヘキコト論ヲ俟タス（二三年一一月勅令印紙賣捌規則）

第二款　體ニ依ル手數料ノ分類

體ニ依ル手數料ノ分類トハ手數料ノ反對給付タル國家又ハ公共團體ノ行動ノ實體ニ依ル手數料ノ分類ナリ之ヲ大別シテ司法手數料及行政手數料ノ二ト爲ス

第一　司法手數料

0406

司法手數料ハ手數料中最早ク發達シタルモノニシテ其沿革ノ古キコトハ前ニ一言セル所ノ如シ近時司法行政ノ費用著ク增加シ手數料ハ單ニ一方ニ於テハ健訟ノ弊ヲ助長セス一方ニ於テハ救濟手段ノ途ヲ杜絶セサル範圍内ニ於テ實費ニ對シテ遙ニ低下スルヲ常トス爲スニ至レリ

司法手數料ハ再分シテ訴訟手數料及非訟手數料ノ二ト爲ス訴訟手數料ハ又司法裁判手數料ト行政裁判手數料トニ分レ司法裁判手數料ハ又更ニ民事、刑事ノ二者ニ細分セラル訴訟ノ手數料ハ高額ニ失スルトキハ下級人民カ救濟ノ途ヲ杜絶スルモノナレトモ其額ニシテ當ヲ得ハ特別ノ利害關係ヲ有スル當事者ニ對シテ之カ支拂ヲ爲サシムルコトハ條理ニ反セサルノミナラス傍ラ健訟ノ弊ヲ防クコトヲ得ヘシ殊ニ刑事裁判ノ如キ一般ノ人民ハ犯罪者ノ裁判費用ヲ分擔スルノ必要ヲ見サルノミナラス進テハ自由刑ノ刑罰ヲ設ケタル犯罪ヲシテ其監獄ニ於テ要スル費用ノ如キモ之カ實費ヲ支拂ハシムルコト必シモ不當ナリトセス唯事實ニ於テハ常ニ無資力者タルヲ例トス爲スヲ以テ刑事ノ訴訟手數料ハ常ニ收入少キノミナラス財產刑モ自由刑ニ換刑セラレテ却テ一般人民ノ負擔ヲ增スニ至ルハ各國ノ例トスル所ナリ』非訟手數料トハ國家カ司法行政ノ一部トシテ私人ノ權利ノ發生、移轉、消滅等法律行爲ノ保證ニ對シ之カ關係人ヨリ徵收スル手數料ナリ此種ノ料額ハ其事件ノ性質、大小其他關係人ノ資力ノ多寡等ニ關聯シテ時ニ實費ヲ超過スルコト多ク又形式ニ於テモ租稅ニ變形スル場合アルコトハ曩ニ一言セル所ナリ』

第二　行政手數料

行政手數料ハ又肢レテ內務行政、軍務行政、財務行政及外務行政ニ關スル四種ノ手數料ニ細別スルコトヲ得ヘシ然レトモ玆ニハ其重要ナル內務行政手數料ノ一部ノミヲ略述シ其他ノ行政手數料ニ至テハ財政上自體輕易ナルモノニ屬スルヲ以テ之ヲ省略スヘシ

(甲)　衛生及敎育行政上ノ手數料　衛生上ノ手數料ハ多ク古代ノ警察上ノ手數料ニ相關聯スルモノニシテ近時衛生上ノ手數料ハ公共ノ利害關係大ナルヲ以テ漸次其跡ヲ絕ツニ至レリ

敎育上ノ手數料トハ授業料、受驗料、學位證書等ノ手數料、入退學ニ關スル手數料、博物館、美術館等ノ手數料ヲ包含ス其最重要ナルモノハ小學敎育ニ於ル授業料ナリ近時歐洲各國ニ於テハ小學敎育ニ付漸次其料額ヲ減少スルノミナラス極端ナルモノハ一方ニ於テ學齡兒童ニ對シ小學校ノ就學ヲ强制スルト共ニ漸次無月謝主義ヲ斷行スルモノアリ

(乙)　經濟上ノ手數料　經濟上ノ手數料トハ度量衡ノ檢證、貴金屬ノ證認、食用品ノ檢查、鑛種ノ檢查、海員ノ雇入、工場、製造場等ノ檢查、土地臺帳ノ謄本等監督竝ニ保證ニ關スル手數料、狩獵ノ免許、鑛山砂鑛等ノ採掘ノ特許、或特定ノ法人ノ企圖ニ關スル特許等免許及特許ニ關スル手數料等廣ク經濟上ノ手數料ヲ包含ス

第二部　公經濟收入

乾　租稅汎論

第一章　租稅ノ觀念

第一節　課稅權ノ觀念

國家ノ課稅權及人民ノ納稅義務ハ國家其モノニ對スル觀念ニ依テ相消長ス租稅ノ歷史ハ專制課稅時代ニ始リ契約課稅時代ヲ經テ今日ノ國民義務的課稅時代ニ變遷セリ古代强者カ弱者ニ對スル實力關係ヲ

0407

以テ成立セル專制國ノ下ニ在テハ主權者ハ人民ノ身體財產ニ對シ絕對ノ權力ヲ有シ任意ノ方法ヲ以テ人民ヨリ貨財ヲ徵收シ其賦課ノ標準、稅額ノ輕重等ハ總テ唯當局者ノ德義心ト智能トヲ待ツノ外ナカリシハ希臘、羅馬其他東洋諸國ニ於テ見ル所ナリ契約課稅時代ニ在テハ私有財產制度ノ發達、人權思想ノ隆興ト共ニ自由獨立ノ人民ハ國家ニ對シテ納稅ノ義務ヲ負擔スルモノニ非スト爲シ一方ニ於テハ在來ノ租稅ノ負擔者タル奴隸又ハ從屬國ノ人民ハ次第ニ其地位ヲ變シ當時ノ主權者ノ收入ハ主トシテ敵國ヨリ獲得スル掠奪品、官有財產ノ收入及君主ノ特權ニ基ク收入ニ依リ所謂絕對無償ノ徵收ハ君主ト雖之ヲ敢テスルコト能ハス今日ノ地租ハ或ハ小作料或ハ戶料等ト同一ノ思想ニ因テ徵收セラレタル封建時代ニ於テ見ル所ナリ隨テ國務ノ增加ト共ニ君主ハ一方ニ於テ益收入ノ不足ヲ告ケ君主ハ常ニ貴族又ハ諸侯ヨリ新租稅ノ賦課徵收ノ認諾ヲ求メ爲ニ歐洲ニ於ル所謂租稅承認權ナルモノノ權興ヲ爲スニ至レリ其後國民ノ納稅義務、國家ノ課稅權ハ國家ノ觀念ノ發達ニ伴ヒテ理論ニ實際ニ公認セラレ曩ニ租稅ノ承諾權ヲ有シタル國民議會ハ契約ニ因テ箇箇ノ場合ニ於テ國民ノ支出ヲ承諾スルニ非スシテ國家カ其生存發達上必要ナル經費ノ種類及費額ヲ審議シ之ニ應スルノ租稅ニ協贊スルノ意義明ナルニ至レリ所謂國民義務的課稅時代ト稱スルモノ是ナリ

以上述フルカ如ク租稅其モノハ時ト處トニ因テ幾多ノ變遷ヲ示セルカ故ニ之カ意義ニ對スル學說モ亦紛紛トシテ一致スル所ナシ專制課稅時代ニ在テハ租稅徵收ノ權利ハ勝者ト敗者トノ關係ニ存スル殊ニ東西南洋ヲ通シテ討伐征署ノ盛ニ行レタル諸國ニ於テハ租稅ハ戰勝者ノ戰敗者ニ對スル當然ノ權利トシテ認メラレタリ然レトモ討伐征略ノ歷史少キ獨逸、英吉利、佛蘭西等ニ於テハ地租ノ如キハ他ノ租稅ニ後レテ發生シ今日ニ至ル迄地租ノ稅率ハ他ノ租稅ニ比シテ比較的輕キ所以ノモノハ一ニ其手數料ニ對スル觀念ト相遠キニ原因セリ故ニ此等ノ諸國又ハ討伐征略ヲ主義トスル國ニ於テモ其在來ノ自國民ニ對スル關係ニ於テハ固ヨリ任意ノ强制ヲ許ササル故ニ國家思想ノ幼稚ナル當時ニ在テハ手數料其他報償的ノ名義ニ其形式ヲ變スルヲ常トス爲シタリ即絕對ナル無償ノ徵收方法ヲ執ルコト能ハスシテ多クハ國家カ直接ニ且有形ナル行動ヲ爲シ其報酬トシテ人民ヨリ納稅セシムル迂遠ノ方法ヲ執リタッ今租稅ノ重ナル地租ヲ我カ國古代ノ沿革ニ徵スレハ大化ノ新政以後所謂班田ノ制ヲ設ケ國家ハ口分田トシテ庶人以上六歲ニ至レハ男子二段、女子一段百二十步ノ土地ヲ供與シ之カ賣買、讓與及相續等ヲ禁シ一段ニ二束二把ノ租稅ヲ徵收シタリ故ニ當時ノ地租ナルモノハ其實一種ノ小作料ニ外ナラス然ルニ其後土地ニ對スル國家ノ所有權ハ漸次貴族、僧侶、大地主等ノ手ニ事實ニ於テ移轉スルニ至リ政府ノ財產ノ削減セラルルニ伴テ其收入著ク減少シ一方ニ於ル私權ノ發達ハ同時ニ一方ニ於ル無償ノ徵收方法ノ必要ト相關聯シテ契約的課稅時代ヲ生スルニ至レリ

所謂契約課稅說ノ最盛ニ行レタルハ第十七八世紀即人權主義最盛ナル時代ニ在リ人民ハ經濟上ノ利益其他ノ欲望ヲ滿足センカ爲メ國家ヲ構成スルモノナリトスル民約說ノ思想ハ租稅ヲ以テ單ニ國家ノ勤勞ニ對シ支拂ハルル報酬ナリトノ觀念ヲ起サシノ人民ハ公權ニ依リテ安寧ヲ保護セラルルカ故ニ之カ對價トシテ租稅ヲ支拂フヘキモノナリト思慮シタリ「モンテスキユー」カ租稅トハ人民カ各自其財產ヲ安全ニ享有スルカ爲メ國家ニ供用スル財產ノ一部ナリト云ヒ佛國ノ國民議會ハ租稅トハ國民總體ノ共同負債ニシテ社會カ彼等ニ供與スル處ノ利益ノ對價ニ外ナラスト議決セルカ如キ皆此主義ニ基ケルモノニシテ「ブルドホン」カ租稅ハ國家カ勤勞ヲ供シ國民ハ之ニ換ヘラ貨幣ヲ支拂フ所ノ一種ノ交換ナリト云ヘルハ契約課稅主義ノ理想ヲ表示セルモノナリ

0408

此等極端ナル利益交換說ハ其後漸次進化シテ「ルヴイヤー」氏ノ如キハ租稅ハ社會生活ノ下ニ於テ人民カ過去現在及將來ニ於テ受クル利益又ハ前代カ後世ノ爲ニ消費シタルモノノ報償トシテ勞力又ハ貨物ヲ以テ支拂フ一國生產物ノ一部ナリト云ヘリ其後「コッサ」氏ノ如キハ利益交換說ニ國民義務說ヲ加味シ租稅トハ富ノ一部分ニシテ國家其他ノ公共團體カ納稅者全體ノ利益ヲ圖ランカ爲メ必要ナル費用ニ供スルカ爲ニ徵收スルモノナリト云ヘリ利益交換說ハ政治上或ハ專制的ノ賦課徵收ニ對スル牽制ト爲リ社會ノ福利安寧ヲ增進スルノ刺激ト爲ル利益アレトモ理論ノ根底タルヘキ民約論カ一片ノ空想ニ止ルノミナラス所謂交換セラルヘキ國家ノ功勞ハ決シテ之カ價格ヲ評量スヘカラサルモノナルコトハ財政ノ性質トシテ既ニ總論ニ於テ一言セル所ナリ一步ヲ讓リテ之カ利益ハ數理ノ上ニ於テ算定スルコトヲ得ヘシト爲スモ之ヲ各箇人民ノ享有スル程度ニ應シテ分配スルコトハ事實不能ニ屬スルモノナリ尙一步ヲ讓リテ各箇人ノ享有スル利益ハ正確ニ之ヲ分配スルコトヲ得ヘシト爲スモ事實ニ於テハ國民カ納付スル租稅ノ額ハ其享有スル利益ノ大小ニ比例スルモノニ非ス例之養育院ノ保護ヲ受クル貧民ハ利益ヲ受クルコト大ナルニ拘ラス毫モ納稅ノ義務ヲ負擔セサルカ如シ

契約課稅時代ニ在テハ利益交換說ノ外尙租稅ヲ以テ一種ノ保險料ト解釋スル說行レタリ「ミラボー」ノ租稅ハ社會ノ秩序ニ對シテ保護ヲ得ンカ爲ニ供スル所ノ前金ナリト云ヘルカ如キ即公安ニ對スル保險料說ナリ此說ハ又政府ノ功勞ヲ以テ總テ公安ノ維持ニ限定スルノ嫌アルノミナラス國民カ公安ノ維持ニ依テ保護ノ利益ヲ受クル生命財產ノ價格ノ算定シ難ク又其納稅ノ負擔カ其生命財產ノ價格ニ比例セサルコト利益交換說ノ場合ニ異ラス殊ニ公安其モノカ破レタルトキハ曾ニ之カ保險ヲ爲ササルノミナラス却テ租稅其他ノ負擔ヲ增加スヘキモノニシテ理論上何等ノ根據ヲモ有セサルモノナリ

近時國家ノ觀念發達シ所謂國民經濟的課稅時代ニ遷ルヤ租稅ナルモノハ國家其モノカ生存上必要ナル經費ヲ支辨スルカ爲メ徵收スルモノタルコト一般ノ公認スル所ト爲レリ但國民義務說ニモ國家ノ本質ニ付テ論スルコトナク單ニ國民ノ國家ニ對スル義務トシテ說明スル者アリ「ロッシエル」氏ノ租稅トハ各箇人經濟者カ國家其他ノ公共團體ニ從屬セル結果トシテ其財政上ノ必需ヲ充サンカ爲ニ支拂ハサルヘカラサル收納物ナリト云ヘルカ如キ是ナリ國家ノ本質ニ論及スル者ハ租稅其モノニ對シ又之カ支出ノ目的ヲ加フル者アリ「メニエーア」カ租稅トハ行政費及國家ノ資本ヲ改進スル一般ノ費用ナリト云ヘルカ如キ是ナリ又或ハ財政上ノ收入以外ニ別ニ徵收ノ目的ヲ加味スルモノアリ近時「ワグネル」等社會政策主義ヲ保持派カ租稅ノ徵收ハ財政上收入ヲ得ルノ外同時ニ社會ニ於ル富ノ調和ヲ目的トスル强制的分配ナリト云ヘルハ既ニ上述セル所ナリ蓋租稅ノ定義トシテ之カ支出又ハ收入ノ目的ヲ加味スルハ恰法律ノ定義ニ其法律ノ性質又ハ立法ノ目的ヲ加フルニ同シ租稅ナルモノハ必シモ此等ノ理想ノ遂行ヲ條件トシテ始テ成立スルモノニ非サルハ固ヨリ言ヲ俟タサル所ナリ

如此學者ノ所論又區區ニ分ルモ均ク利益交換說ヲ排シテ國民義務說ヲ採ルニ於テハ一ナリ固ヨリ租稅ノ納付ハ無償ニシテ利益ニ對スル交換ニ非ス然レトモ何故ニ國民ハ國家ノ經費ニ對シテ租稅ヲ納付スルノ義務アルカ此問題ハ純然タル哲學上ノ問題ニシテ現ニ國家ノ觀念其モノカ尙理論ニ於テ一定セラレサル今日ニ於テ又本問題ノ論決ニ之ヲ容易ニ決スヘカラサルモノアリ然レトモ所謂利益交換說ナルモノニ於テ自ラ多少ノ眞理ヲ存セサルニ非ス換言スレハ何等ノ利害關係ヲモ有セシテ貨財ノ移轉カ發生シ得ヘカラサルコトヲ是ナリ日本人民カ日本國ノ經費ニ對シテ租稅ヲ納付スルモ又外國人カ日本ノ領土ニ住居スルカ故ニ一部ノ租稅ヲ納付スルモ地方人民カ各自其地方團體ノ需用ニ應シテ租稅ヲ納付

0409

スルモ地方團體各自カ必シモ其地方人民ノ負擔力ヲ別問題ト爲シ其特別ナル事情ニ伴フ所謂地方特別稅ナルモノヲ起スモ均ク地方稅ニシテ同一地方人民ニ對シ特ニ不均一ノ賦課ヲ爲スコトヲ許スモ或ハ特ニ負擔稅ナルモノヲ認ムルモ皆單純ナル國民義務ノ觀念ヲ以テ之ヲ說明シ得ヘキモノニ非ス皆其間ニ特有ノ利害關係ヲ有スルニ外ナラサレハナリ所謂條理又ハ衡平ト稱セラルル觀念ハ英國法ニ所謂條理法又ハ衡平法ト稱セラルルモノニシテ社會現象ノ錯雜ナル問題ヲ解釋スル一大標準タルカ如ク國民義務說ニ於テ各自カ負擔力ニ應シテ納稅スト云フモ衡平ヲ主トスルカ故ナリ國民以外ノ者モ亙ニ在外國ニ於テ或ハ本邦ニ於ル租稅ノ一部ヲ免除セラレ或ハ所在國ノ租稅ノ一部ヲ負擔スルカ如キモ亦衡平ニ基因スルモノナリ其他特別稅ノ設定不均一ノ賦課等總テノ現象ニ通シテ之ヲ觀察スルトキハ結局皆利害關係ヲ有スル間ニ於テ衡平ヲ保ツモノナリト謂フヘキナリ（租稅ノ原則及地方稅）

第二節　租稅ノ定義

租稅トハ國家又ハ公共團體カ其經費ニ充ツルカ爲ノ私人ヨリ徵收スル經濟的貨財ノ一般收納ナリ

第一　租稅ハ國家又ハ公共團體カ其經費ニ充ツルヲ目的ト爲スモノナリ　國家又ハ公共團體ハ自己ノ生存發達ヲ爲スカ爲メ巨額ノ經費ヲ要ス然レトモ其私有財產又ハ營業ニ由ル收入ヲ以テ之カ支辨ヲ充スコト能ハス其大部ヲ租稅收入ニ仰クニ至リシハ近時國家ノ發達ニ伴フ自然ノ數ナリトス

第二　租稅ハ私人ヨリ徵收スルモノナリ　茲ニ私人ト云フハ權力團體ニ對シ服從ノ地位ニ在ル者ヲ謂ヒ自然人タルト法人タルト內國人タルト外國人タルトハ毫モ問ハサル所ナリ內外國人ノ別ヲ立テサルコトハ所謂國民義務說ニ對シ矛盾スル所アルカ如キモ租稅徵收ノ根據ト租稅徵收ノ範圍トハ自ラ問題ヲ異ニスルモノナリ國民ハ國家ヲ組織スルニ因リ國家ノ生存發達ニ必要ナル租稅ヲ納ムルノ義務アリ然レトモ租稅ヲ納ムル者ハ必シモ國民タルコトヲ要素ト爲スモノニ非ス國民ニ非スシテ其國ノ保護利益ヲ享受スル者ハ其保護利益ニ對スル報酬トシテ一定ノ納付ヲ命スルコトハ一方ニ於テハ自國民カ外國ニ居住シテ其所在國ヨリ利益保護ヲ受クル場合ニ於テ其負擔ノ一部ヲ納付スルト同ク毫モ條理ニ反スルモノニ非ス是課稅ノ根據ト課稅ノ範圍ト混同スヘカラサル所以ニシテ一方ニハ條理ノ觀念ハ常ニ實際ニ於テ社會上最勢力ノ大ナルコトヲ證明スルモノナリ其詳細ニ至テハ後節租稅ノ原則（公正ノ原則）及租稅制度（國稅及地方稅論）ノ下ニ於テ說明スル所アルヘシ又徵收トハ公權ノ作用ニ依リ權力團體カ服從者ニ強制スル無償ノ納付ニシテ其種類、分量、徵收ノ方法及時期等ハ總テ權力者ノ定ムル所ニシテ毫モ服從者ノ選擇協定ヲ許スモノニ非サルコトヲ謂フ

第三　租稅ハ經濟的貨財ノ一般收納ナリ　茲ニ一般收納ト稱スルハ手數料官業官有財產ノ收入ノ如ク相互提供ノ原則ニ依リ各國特別ニ收納セラルルコトナク國家又ハ公共團體カ一般ニ絕對ノ收納ヲ爲スヘキコトヲ謂フ租稅ハ經濟的ノ貨財ナリ故ニ非經濟的貨財即自由貨財ハ租稅ト爲ルコトヲ得ス然レトモ經濟的貨財ハ有形ト無形トヲ論セス均ク租稅ト爲ルコトヲ得ヘキカ若無形ノ貨財モ均ク租稅ト爲ルコトヲ得ヘシトスルモ金錢ヲ以テ之カ價格ヲ評量スルコトヲ得サル兵役ノ如キモ均ク租稅ト視ルヘキヤ是學說ノ岐ルル所ナリ夫役ノ如キハ地方團體カ負擔者ノ利益ヲ圖リ之カ負擔ヲ輕減センカ爲メ金錢ノ代納ヲ許スヲ原則ト爲スモノナルヲ以テ（府縣制一一二條、郡制九二條、市制一〇一條、町村制一〇一條）此等ノ場合ニ於テハ之ヲ租稅ト看做スモ不可ナルコトナシ然ルニ兵役ノ如キ忠實服從ノ義務ヲ有スル勤勞ハ金錢ヲ以テ評

0410

量シ得ヘキモノニ非サルカ故ニ「パステーブル」氏ノ如キハ兵役ノ如キハ性質上租稅ノ一種ト視ルヘキモ形式上ニ於テハ租稅ト視ルヘカラスト云ヘリ固ヨリ理論上兵役ノ如キモ租稅ノ一種ト視ルヘキモノニシテ殊ニ各國ノ沿革ニ徵スルモ古代ニ於テハ勤勞ハ租稅ノ重要ナル部分ヲ占メタリ我國大寶令ノ規定ニ依ルモ租、庸、調ノ三者ニ於テ庸ハ勤勞ノ一般徵收ヲ指示セルモノニシテ現品ノ代納ヲ許シタルモノナリ但今日ノ財務行政ノ實際ニ於テハ兵役ノ如キハ固ヨリ租稅ト認ムルコトナシ隨テ行政法等ニ於テハ租稅ト兵役ハ共ニ公權ノ作用タルニ於テハ一ナルモ其服從ノ主體カ兵役ニ於テハ內國人ニ限ラレ租稅ハ內外國人ニ通スル點ニ於テ其客體カ租稅ハ貨物ニ限ラレ兵役ハ勞務ニ限ラルル點ニ於テ其供用ノ方法カ兵役ハ直接ニ供用セラレ租稅ハ間接ニ供用セラルル點ニ於テ相異ルモノトシ兵役ハ軍事行政ノ下ニ於テ明ニ相區別セラルルヲ例ト爲セリ

第三節　租稅ノ用語

第一　租稅ノ主體　租稅ノ主體即被稅者ニハ納稅者ト負稅者トノ別アリ納稅者トハ其姓名納稅額等カ租稅原簿ニ記入セラレ直接ニ租稅ヲ納付スル者ニシテ負稅者トハ其租稅ヲ負擔シ自己ノ所得又ハ財產中ヨリ支出スル者ヲ謂フ故ニ納稅者ト負稅者トハ同一人ナルコトアリ又ハ相異ルコトアリ通常直接稅ナルモノハ納稅者ト負稅者ノ同一人ナルコトヲ豫期セル租稅ニシテ間接稅ナルモノハ納稅者ト負稅者ノ相異ルヘキコトヲ豫期セルモノナリ

第二　租稅ノ客體　租稅ノ客體トハ租稅賦課ノ標準ト爲ル人、物又ハ事實ヲ謂フ即其人、物又ハ事實ノ存在或ハ發生消滅ニ依テ租稅ノ支拂ヲ爲スヘキモノナリ通常汎ク總稱シテ課稅物件ト謂フ人カ課稅物件ト爲ルハ分頭稅ヲ課スル場合ナリ即此場合ハ租稅ノ主體ト客體ト同一ニ歸セル場合ナリ古代歐洲各國ニ於テハ人民ノ階級ニ應シ各相異レル稅率ノ分頭稅ヲ課シ今日ニ於テモ猶普漏西國ノ等級稅ノ如キ又我沖繩ニ於ル人頭稅ノ如キ多少ノ實例ナキニ非スト雖モ課稅物件ト爲ス場合ノ主要ナル物ヲ土地家屋等ノ不動產ト爲シ勤勞又ハ財產ニ因ル所得モ亦課稅物件ト爲スヲ例ト爲セリ事實ヲ課稅物件ト爲ス重ナル事實ハ營業、契約、財產ノ賣買、贈與等ト爲ス

第三　稅源　稅源トハ租稅ノ流出スル源泉ナリ稅源ノ課稅物件ニ對スル關係ハ猶負稅者ノ納稅者ニ對スル關係ノ如ク課稅物件ハ稅源ヨリ租稅ヲ吸收スル標準ト爲リ方便ト爲ルモノナルヲ以テ稅源ト課稅物件ハ相合致スルコトアリ又然ラサルコトアリ例之所得稅ノ如キハ其所得稅トシテ納ムル金額ハ其所得ノ一部ヨリ支出シ而モ其賦課ノ標準ハ所得ノ多寡ニ存スルヲ以テ稅源ト課稅物件ハ相合致スルモノナリ反之地租ノ如キハ其賦課ノ標準ハ土地ノ廣狹地代又ハ地價等ニ依リ其稅源ハ其土地ノ收益ニ在ルヲ以テ稅源ト課稅物件ハ相合致セサルモノトス稅源ノ範圍限界ハ最重要ナル問題ニシテ租稅カ私人ノ財產ニ及ストキハ稅源其モノヲ涸渴スルノ弊アルヲ以テ租稅ハ所得ニ對シテノミ課稅スヘシト爲ス說ハ租稅ニ對スル經濟上ノ原則トシテ認メラルルモノナリ

第四　租稅ノ單位稅率及稅尺　租稅ノ單位トハ課稅物件ノ一定ノ分量ニシテ租稅ノ賦課算定ノ基礎ト爲ルモノナリ稅率トハ其一定ノ分量ニ對シテ賦課スル稅額ヲ謂ヒ其稅額ノ單位ニ對スル比率ヲ稅尺ト謂フ又別ニ稅率ト稅尺トヲ包含シテ稅步ト稱スルコトアリ此等ノ用語ハ實際ニ於テハ固ヨリ一定スル所ナリ現行ノ租稅法規ノ如キハ玆ニ所謂稅尺及稅率ヲ共ニ稅率ナル用語ニ依テ表示セラル

第五　租稅臺帳及稅表　租稅臺帳トハ租稅ノ主體客體及租稅ノ負擔若クハ義務ヲ證明スル事實等ヲ集

0411

錄セル官衙ノ記錄ナリ租稅臺帳中最重要ナルハ地租ノ臺帳ニシテ歐洲諸國ニ在テハ特ニ之ニ關スル法規ヲ制定セル所尠カラス（二二年三月勅令三九號土地臺帳規則ノ發表トハ或種ノ稅ノ各物件ニ付テ單位及稅歩等ヲ記錄セル官衙ノ表ナリ輸出入稅ノ如キ移轉稅ニ在テハ一一輸出入物品ノ品質、數量ニ應シ稅表ニ據テ租稅ノ賦課ヲ爲スモノナルカ故ニ此種ノ租稅ニ對シテハ稅表ハ租稅臺帳ノ效用ヲ爲スモノナリ

第二章　租稅ノ原則

緒論

租稅ノ原則トハ租稅ノ賦置分合及賦課徵收ニ對シ之カ標準ト爲リ之カ準繩ト爲ルヘキ法則ニシテ近時租稅制度ノ複雜ヲ增スニ從ヒ租稅ノ原則ハ租稅問題ニ於テ倍重要ナル地位ヲ占ムルニ至レリ租稅ノ原則ニ付テ最有名ナルモノハ「アダムスミス」ノ原則トス其原則トハ即

第一　國民ハ其財力ニ應シテ政務ノ費用ヲ分擔スヘシ國民ハ國家ノ保護ノ下ニ在テ享有スル所ノ利益ニ比例シテ政府ノ費用ヲ分擔セサルヘカラス

第二　總テ租稅ノ種類、數額、納稅ノ時期及場所等ハ不法ナル賦課徵收ヲ爲サシメサルカ爲メ公正ニシテ且確實ナルコトヲ要ス

第三　租稅ノ徵收方法ハ總テ納稅者ノ便益ニ反セサルコトヲ要ス

第四　租稅徵收ノ費用及期間ハ可成少ク且速ナルコトヲ要ス

ノ四原則ナリ其第一ノ原則ニ於ル財力ニ應スル平等說ハ毫モ其趣旨ニ於テ不可ナルコトヲ見サルモ利益交換說ヲ採リ利益ト財力ト相正比例スルモノト誤解セルカ如シ然レトモ氏ノ四大原則ハ大體ニ於テ固ヨリ非難スヘキ點ナキノミナラス爾來大ニ學者ノ注意ヲ喚起シ第一九世紀前半ニ於ル各國ノ租稅政策上ニ及セシ影響亦尠シト爲サス氏カ租稅ノ原則ニ付研究ヲ試ミシヨリ多數ノ財政學者殊ニ「ウオルカー」「シスモンデー」「ガルニエー」「フオッケ」「ワグネル」「ザックス」等幾多ノ學者ニ由テ改正增補セラレ「シスモンデー」ノ如キハ主トシテ經濟上ニ於ル租稅ノ原則ヲ主張シ次ノ四箇ノ原則ヲ唱ヘタリ

第一　租稅ノ負擔ハ資本ニ非スシテ收入ニ在ルコトヲ要ス

第二　租稅ヲ賦課スルニ當リテハ總生產物ト收入トヲ混合セサルコトヲ要ス

第三　租稅ハ決シテ納稅者ノ生存必要費ヲ侵スヘカラス

第四　租稅ハ之ヲ賦課セル富ヲシテ他國ニ流出セシメサルコトヲ要ス

「ガルニエー」氏ノ如キハ租稅ノ原則ヲ細分詳說スルコトニ依テ大ニ租稅ノ觀念ヲ明瞭ナラシムヘシト爲シ租稅ノ全體ニ關スルモノ十二則ニ加フルニ間稅ニ關スル四則合計十六ノ原則ヲ設ケタリ而シテ租稅ノ全體ニ關スル原則ハ即左ノ如シ

第一　租稅ハ公平ノ原則ニ基カサルヘカラス納稅者ハ法律上皆同等ナルヲ以テ總テ租稅ヲ納メ得ル者ハ悉納稅ヲ免ルヘカラス

第二　租稅ノ稅額ハ人民所得ノ一小部分ニ止メ輕少（ゼンレー）ナルコトヲ要ス

第三　租稅ノ稅額及徵收ノ時期方法等ハ明瞭ニ確定シテ違法紛議ノ生セサルコトヲ期スヘシ

第四　租稅ノ賦課徵收ハ簡易正確ニシテ徵收費ヲ少クシ速ニ國庫ニ入ルコトヲ要ス

第五　租稅連脫ノ弊害ヲ防遏スルコトヲ要ス

0412

第六　租稅ハ人民ノ財產所得ニ比例シテ賦課スルコトヲ要ス但稅額重カラサルトキハ一定ノ限度迄ハ累進ノ比率ヲ以テ賦課スヘシ

第七　租稅ハ間稅ヨリモ直稅ヲ用フルコトヲ要ス

第八　租稅ヲシテ單一ニ歸セシムルコトヲ務メ可成簡約ナラシムヘシ

第九　納稅者ニ租稅ヲ許諾シ且之ヲ檢查セシムル權利ヲ保障スヘシ

第十　人民ハ政府ニノミ納稅シ且眞ニ施行セラレタル國務ニ對シテノミ納稅スヘシ

第十一　租稅ハ其性質上又ハ結果ニ因テ道德上ノ弊害ヲ生スルコトナカラシムルコトヲ要ス

第十二　政府ハ租稅收入ヲ悉支辨シ盡ササル以上ハ新稅ヲ設ケ又ハ公債ヲ起スヘカラス

次ニ間稅ニ關スル四原則トハ即

第一　間稅ハ奢移品ニ賦課スルコトヲ要シ比較的重稅トナスコトヲ妨ケス

第二　間稅ハ可成食用品ニ課スルコトナキヲ要ス但健康ヲ害スル如キ物品ハ此限ニ在ラス

第三　間稅ヲ一般ノ消費物及人生必須ノ物品ニ課スルトキハ其額最輕カラサルヘカラス又賦課スヘキ稅目ハ密買等ノ弊害賦課徵收ノ煩雜等ヲ避クル爲メ可成少キコトヲ要ス

第四　關稅ハ輸入品及該國ニ產出セサル物品若クハ其製造ヲ禁止スルモ敢大ナル不便ヲ生セサル物品ノミニ之ヲ賦課スルコトヲ要ス是內國ノ生產ニ就テ政府ノ收稅上ノ干涉ヲ避クルカ爲ナリトス

此他多數ノ學者ハ租稅ノ原則ニ對シ各種ノ研究ヲ試ミタルモ皆或ハ一部ニ偏シ或ハ分類ノ方法ヲ失シ漸ク「ワグネル」ニ至テ最完備ナル理論的秩序的ノ分類ノ法ヲ見ルニ至レリ氏ハ租稅ノ原則ヲ財政上ノ原則、經濟上ノ原則、道義上ノ原則及行政上ノ原則ノ四部ニ大別シタリ

財政上ノ原則ハ又細分シテ

(一)　經費ヲ支辨スルニ充分ナル收入ヲ得ヘキコト

(二)　經費ノ增減ニ伴ヒテ屈伸力ヲ有スルコト

ノ二者ニ分類シ經濟上ノ原則ハ又細分シテ

(一)(一)　稅源ノ種類ニ對シテ選擇ヲ爲スヘキコト

(二)　負擔ノ輕重ヲ計リテ稅源ノ涸渴ヲ防クコト

ノ二ト爲シ道義上ノ原則ハ又細分シテ

(二)(一)　租稅ノ負擔ハ國民一般ニ普及スヘキコト

(二)　租稅ノ負擔ハ國民ノ納稅力ニ比例スヘキコト

ノ二ト爲シ行政上ノ原則ハ又細分シテ

(一)　租稅ノ賦課徵收ハ正確ナルヘキコト

(二)　租稅ノ賦課徵收ハ納稅者ノ便宜ニ副フヘキコト

(三)　租稅ノ賦課徵收ハ可成徵收ノ費用ヲ節減スヘキコト

ノ三ト爲セリ氏ノ分類法ハ現時一般ニ模範ト爲ス所ニシテ茲ニハ大體ニ於テ氏ノ分類方法ニ依リ租稅ノ原則ヲ講述セントス但便宜ノ爲財政ノ意義ヲ廣義ニ解シ財務行政ノ原則ヲ均シク財政上ノ原則中ニ包含セシメ結局次ノ三原則ト爲ス

第一　財政上ノ原則　財政上ノ原則トハ租稅ニ依テ國庫ニ必要ニシテ且充分ノ收入ヲ與ヘ尙租稅行政ノ完備スルコトヲ謂フ

0413

第二　公正ノ原則　公正ノ原則トハ租稅ハ一般平等ニシテ且正確ナルヘキコトヲ謂フ

第三　經濟上ノ原則　經濟上ノ原則トハ租稅ノ賦課徵收ニ因テ經濟上ノ損害擾亂ヲ來サシメサルコトヲ謂フ

以上ノ原則ニ於テ第一原則ハ租稅其モノノ根本的性質ニ基クモノニシテ第二及第三ノ原則ハ個人經濟及一般經濟ニ及ス影響竝ニ關係ニ對スル第一ノ原則ヲ達セシムヘキ調和手段トシテ認ムヘキ原則ナリ故ニ茲ニハ一般ノ例ニ反シ第一ニ財政上ノ原則ヲ述ヘ以下行政上及經濟上ノ原則ニ論及スル所アラントス

第一節　財政上ノ原則

第一款　租稅收入ノ數額及性質ニ關スル原則

(甲)　租稅收入ノ數額ニ關スル原則　租稅收入ノ數額ハ經費ヲ支辨スルニ足ルヘキ**充分**ノ收入アルコトヲ要ス蓋租稅ハ現時各國ニ於テ國庫收入ノ**大部分**ヲ占ムルモノナリ隨テ租稅ハ國庫ノ收入上重要ナル關係ヲ有シ各種ノ租稅ヲ配合シテ充分ノ收入ヲ期シ**各國**俱ニ復稅制度ヲ採ルニ至レリ單一租稅制度ハ事實ニ於テ之ヲ實行スルコト能ハサル所以ノモノハ**租稅公平**ノ原則ニ背反スルニ由レトモ亦單一ナル租稅ヲ以テ國庫ノ租稅收入ヲ充ツヘキ經費ヲ支辨スル能ハサルコト其重ナル原因ナリ奢侈稅ノ如キモ風敎上ノ觀念ヨリ一般ニ良好ナル租稅トシ稱揚セラルルモノナレトモ收入ノ數額ヨリ觀ルトキハ**良稅**ト謂フコト能ハス如何トナレハ奢侈品ハ生活上必要ナル貨財ニ非サルカ故ニ一方ニ於テハ其需要ノ總額カ絕對的ニ**少キヲ以テ**巨額ノ收入ヲ得ルニ足ラサルノミナラス一方ニ於テハ稅率ヲ高ムルトキハ直

ニ隱匿、廢止其他ノ手段ニ依リ其需要ヲ減シ倍其總收入額ヲ減少スルモノナレハナリ

(乙)　租稅ノ性質ニ關スル原則　**租稅**ハ屈伸ノ**性質**ヲ有スルコトヲ要ス蓋國家ノ經費ハ年ヲ逐フテ增加ノ傾嚮ヲ有スルヲ以テ租稅收入モ亦歲出ノ增加ニ**相隨伴**スルノ性質ヲ有セサルヘカラス所謂租稅ハ時ノ必要ニ應シ容易ニ他ノ**收入額**ヲ增減シ得ヘキ**力**ヲ有スヘシト爲ス理由ハ一ニ此點ニ存ス今重ナル租稅ニ付屈伸力ニ對スル大體ノ觀察ヲ下セハ次ノ如シ

(一)　收入稅　收入稅ハ文化發達セル國家ノ下ニ在テハ財政上ノ原則ニ適合セサルヲ常トス如何トナレハ此種ノ租稅ハ社會ノ進步ニ伴ヒ容易ニ增加シ得ヘキモノニ非サルノミナラス性質上不動ヲ尙フモノニシテ緩急財政上**餘裕**アル場合ト雖輕シク之ヲ輕減スヘキモノニ非ス例之地租ノ類ニ於テハ自働的ノ屈伸力ヲ有セサルノミナラス之カ稅率ヲ輕減スルトキハ**納稅者**ハ**地價**ノ騰貴ト相待テ二重ノ利益ヲ與フルノミナラス再之ヲ復舊セントスルトキハ自働的屈伸力ヲ有スル消費稅、移轉稅等ニ比シテ一層ノ困難ヲ感スヘキコトハ論ヲ俟タサル所ナリ

(二)　所得稅　所得稅ハ其屈伸力ヲ有スル點ニ於テハ又他ノ諸稅ノ及フ所ニ非ス「スタイン」ノ如キハ所得稅ヲ以テ他ノ諸稅ニ對スル補充稅ト看做セリ是**自働的**ノ屈伸力ヲ有スルノミナラス稅率高低ノ範圍最廣キモノナレハナリ英國ノ如キハ**所得稅**ヲ以テ財政ノ緩急ニ應スル調和ノ手段ト爲シ年年始稅率ノ變更ヲ見サルコトナク稅率ノ步合ハ八厘三毛ヨリ**六分七厘**ノ間ヲ昇降シタリ但所得稅ハ戰時其他ノ事變ニ際シ國家收入ノ增加ヲ要スル場合ニ於テ**自働的**ニ其收入ヲ減スルコトアルノミナラス其所得稅ノ總額ハ他ノ諸稅ニ比シテ比較的少額ナルモノナリ**我國**ノ**三十三年度**ノ豫算ニ徵スルモ**所得稅**ノ收入額ハ**地租**及酒稅ニ比シテ其**十分**ノ一**以下**ニ在リ

0414

(三) 移轉稅　移轉稅ハ經濟社會ノ發達ニ伴ヒテ著ク增加スヘキモノナルヲ以テ又屈伸力ヲ有スル良稅ナレトモ移轉ノ度數ニ應スル間稅ナルカ故ニ戰時其他ノ事變ニ由リ經濟界ニ異動ヲ生スル場合ニ於テハ一方ニハ急激ノ增加ヲ要スルニ拘ラス却テ著ク減少ヲ來ス缺點ヲ生スルハ所得稅ノ場合ニ比シテ著ク大ナリトス

(四) 消費稅　消費稅ハ租稅收入ニ對シ充分ノ供給ヲ爲スノミナラス人口ノ增加ト文化ノ發達ニ伴ヒ富ノ生產消費ノ大ナルニ從ヒ其收入ノ增加ヲ見ルモノナリ然レトモ移轉稅ト同一ノ缺點ヲ有シ稅率ノ增加ハ常ニ收入ノ減少ヲ來スヘキコト言ヲ俟タサルナリ

第二款　租稅行政ニ關スル原則

(甲) 租稅ノ賦課ニ關スル原則　租稅行政ニ於テ第一ニ爲スヘキハ租稅ノ賦課ナリ租稅ノ賦課ハ古代社會經濟ノ幼稚ナル時代ニ在テハ課稅物件租稅ノ單位等單純ナルノミナラス租稅ノ種類又尠カリシヲ以テ租稅ノ立法及之カ賦課ニ關スル行政ハ比較的簡單ナリシモ社會經濟ノ進步ニ伴ヒ租稅ノ種類倍多ク各種ノ課稅物件ニ對シ公正ノ原則ニ從テ一般ニ且平等ニ各人ノ納稅力ニ應シテ賦課スルコトヲ要スルニ至リテヨリ各種ノ課稅物件ヲ審査シ各人ノ納稅力ヲ判定スルコト頗困難ヲ極ムルニ至レリ隨テ現時何レノ國ニ通スルモ課稅物件ノ審査ヲ爲スカ爲ニ幾多ノ方便ヲ施ササルモノナシ其方法及機關ハ當局會經濟ノ幼稚ナル時代ニ在テハ課稅物件租稅ノ單位等單純ナルノミナラス租稅ノ種類又尠カリシヲ以テ租稅ノ立法及之カ賦課ニ關スル行政ハ比較的簡單ナリシモ社會經濟ノ進步ニ伴ヒ租稅ノ種類倍多ク各種ノ課稅物件ニ對シ公正ノ原則ニ從テ一般ニ且平等ニ各人ノ納稅力ニ應シテ賦課スルコトヲ要スルニ至リテヨリ各種ノ課稅物件ヲ審査シ各人ノ納稅力ヲ判定スルコト頗困難ヲ極ムルニ至レリ隨テ現時何レノ國ニ通スルモ課稅物件ノ審査ヲ爲スカ爲ニ幾多ノ方便ヲ施ササルモノナシ其方法及機關ハ當局ノ稅務官吏ノ外或ハ納稅者自身ノ申告ヲ爲サシメ或ハ地方團體ノ官吏公吏ヲシテ之カ補助ニ當ラシメ或ハ特別ノ合議制ヲ設ケ或ハ一般ノ私人ヲシテ報告ヲ爲サシムル等其數枚舉ニ遑アラス

納稅者自身ノ申告ハ納稅者ヲシテ自己ノ所得財產又ハ收入ノ額其他納稅額ヲ決定スルニ必要ナル事實ヲ官廳ニ屆出ラシムルヲ謂フ(三二年二月法律一四號所得稅法七條、八條)但納稅者ヲシテ眞正ノ申告ヲ爲サシムルカ爲メ或ハ申告者ヲシテ誓詞ヲ爲サシムルコトアリ或ハ公衆ニ其申告ヲ表示スルコトアリ又我國ノ如キ特ニ之カ秘密ヲ保障スルコトアリ(同法四三條)其就レノ方法ヲ採ルニ拘ラス一般ノ德義心未充分ニ發達セサルヲ以テ虛僞ノ申告ニ對シテハ法律上ノ取締ヲ要スルコト言ヲ俟タサルナリ地方團體ノ吏員ヲシテ租稅ノ賦課ニ關シテ補助ヲ爲サシメ(同法一六條、一七條、二〇條)又ハ特別ノ調查委員ヲ設クルハ各國ニ於テ其例ヲ見ル所ナリ我所得稅法ニ於テハ第九條乃至第三四條ニ於テ調查委員ニ關スル規定ヲ設ケ尙第三六條ニ於テ審查委員會ナルモノヲ設定セリ如此國家カ各種ノ方法機關ヲ設ケテ精密ニ課稅物件ヲ調查シ納稅力ヲ判定スルハ固ヨリ國家當然ノ職務ナリト雖其間過失又ハ違法ノ行爲ナキヲ保セス故ニ一方ニ於テハ納稅義務ヲ逋脫セシカ爲メ不正ノ行爲ヲ行フ納稅者ニ對シ法律上ノ制裁ヲ加フルト共ニ一方ニ於テハ訴訟訴願其他ノ方便ニ依テ納稅者ニ對シ之カ救濟ノ方法ヲ與ヘスンハ非ス(同法三六條、三九條、四〇條)

(乙) 租稅ノ徵收ニ關スル原則　租稅行政ニ於テ第二ニ爲スヘキハ租稅ノ徵收ナリ租稅ノ徵收ハ國庫竝ニ納稅者ニ對シテ不利不便ナキコトヲ要ス即徵收方法ヲ正確ニシテ收稅上ノ誤謬、怠慢等ノ豫防及救濟等ヲ圖リ徵收方法ヲ簡易ニシテ徵收費ノ減少ヲ期シ併セテ納稅ニ伴フ不便ヲ減殺スルコトヲ要ス故ニ徵收ノ時期、場所其他ノ手續ハ曾ニ經費ノ上ニ於テ密接ノ關係ヲ有スルノミナラス直接又ハ間接ニ納稅者ニ及ス有形無形ノ利害關係亦甚大ナルヲ以テ最之カ施行ヲ愼マスンハ在ルヘカラス租稅ノ徵收ニ於テ上述スル所ノ趣旨ヲ達スルカ爲メ徵收機關ニ關スル問題ハ又租稅行政ニ於テ重要ナルモノニ屬セリ租稅徵收ノ方法ハ國家直接ノ機關ニ依テ徵收スル直接徵收法ト國家間接ノ機關又ハ私人ニ依テ徵

0415

收スル間接徵收法ノ二種ニ別ツコトヲ得ヘシ

第一　間接徵收法　間接徵收法ハ請負徵收法及委任徵收法ノ二箇ニ細別ス

(一)　請負徵收法ハ古代屢行レタル方法ニシテ今日ニ於テハ支那、朝鮮ノ如キ財政ノ幼稚ナル國ヲ除キテハ一般ニ採用スル所ナシ此方法ハ國家カ徵收費ヲ要セシテ一定ノ時期ニ一定ノ收入ヲ確得スルノ利便アリ而シテ請負人ハ官吏カ收稅ノ事務ヲ行フ場合ト異リテ直接ニ利害關係ヲ有スルニ由リ徵收ノ費用ニ於テ節約スルコト著キカ故ニ請負料金ニシテ不當ナラサル以上ハ結局國庫ニ收納スル純收入ノ額ハ直接徵收法ノ場合ニ比シテ却テ大ナルコトアルヘシ然レトモ租稅ナルモノハ國民カ國民タルノ義務ニ由テ國家ニ納付スル無償ノ給付ナルカ故ニ一私人カ國家ト納稅者トノ間ニ介入シテ租稅ノ徵收ヲ營業ト爲スコトハ租稅其モノノ性質ニ反スルモノナリ隨テ各國ノ史乘ニ徵スルモ請負人カ自己ノ一時ノ收入ヲ得ルニ專ニシテ收斂ニ努メ不平等ナル徵收ニ依テ人民ヲ苦メ人民ト請負者ノ間ニ於ル仇敵ノ念ハ率ヒテ國家ノ治安ヲ害セシ例一ニシテ足ラス隨テ此方法ハ現今財政發達セル國ニ在テハ又採用セラルルコトアルナシ

(二)　委任徵收法ハ又配付徵收法ト謂ヒ國家カ下級ノ政治團體ヲシテ租稅ヲ納メシメ其政治團體カ又如何ニシテ其收入ヲ得ヘキヤハ總テ團體ノ權限ニ委任スルモノナリ此方法ハ財務行政未發達セス國家ノ權力薄弱ナリシ時代ニ在テハ租稅徵收上便宜ノ方法ニシテ古代封建時代ニ於テハ君主ト諸侯諸侯ト自由都市トノ間ニ於テ屢行レタル方法ナレトモ今日ニ於テハ殆其跡ヲ絕チ唯支那、朝鮮ノ如キ財政ノ幼稚ナル國及政治上ノ沿革ニ基ケル聯邦國等ニ於テ二三ノ例ヲ見ルニ過キス

第二　直接徵收法　直接徵收法トハ國家カ其任命スル官吏等ニ依テ直接ニ徵收スル方法ナリ但下級ノ政治團體ヲシテ租稅徵收ノ執行ヲ委任スルコトアリ其執レノ場合ニ通スルモ徵收ノ實ヲ擧クルカ爲ニ特種ノ法規ニ依ルハ各國ノ共ニ認ムル所ニシテ我國ニ於テハ明治三十年三月法律第二一號國稅徵收法第三章滯納處分法ニ依リ間接以外ノ國稅滯納者ニ係ル者ニ對シ所有財產ノ差押賣却ノ特權ヲ保有シ以テ收入ノ正確ヲ期セリ

第二節　公正ノ原則

公正ナル字義ノ觀念ハ常ニ時ト所ニ依テ其軌ヲ一ニセス是道德ノ觀念善惡ノ標準其モノカ相對的ニ變化スルニ由リテ觀ルモ明ナル所ニシテ希臘、羅馬ノ時代ニ在テハ奴隸及從屬國ノ人民カ課稅セラレテ市民カ免稅ノ特權ヲ有シ封建制度ノ時代ニ在テハ貴族、僧侶、豪族等カ租稅ヲ負擔セスシテ農商工業者カ重キ負擔ヲ受ケシコトカ各其當時ニ於ル公正ノ觀念ヲ代表セルモノナリ隨テ玆ニ公正ノ原則ト稱スルハ現時ニ於ル公正ノ原則ニシテ國民ハ國家又ハ公共團體ニ對シ納稅ノ義務ヲ有シ無償ノ納付ヲ爲スヘキト共ニ其納付カ偏重スルコトナク國民ノ間ニ分配セラレ且各自ノ納稅力ニ比例シテ租稅ノ負擔ヲ爲スヘキコトヲ謂フモノナリ

第一款　一般ノ原則

租稅ノ負擔カ一般ナルヘシトノ原則ハ第一期ニ於テハ專主觀的ニ租稅ノ主體ニ付テ行レ第二期ニ於テハ專客觀的ニ稅源ニ付テ行レタリ第一期ハ佛國革命以來貴族、僧侶其他ノ階級又ハ特定人ニ對スル免稅其他ノ特權ハ漸次之ヲ廢止シテ一般ニ租稅負擔ノ義務ヲ總テノ階級及人ニ對シテ擴張セラレ租稅主

0416

體ノ普及ノ目的ヲ達セラルルト共ニ第二期トシテ總テ課稅シ得ヘキ財源ニ付テハ其種類其他ノ事情如何ニ拘ラス總テ租稅ヲ賦課スルコトヲ爲リ租稅ノ賦課ハ主體ノ普及ヨリ一變シテ租稅客體ニ對スル普及ヲ原則トヲ爲スニ至レリ於是乎一方ニ於テハ或一部ノ人民ニ對シテ課稅ヲ廢止シ輕減シ又一方ニ於テハ或特種ノ事實ニ對シテ課稅ノ免除、輕減ヲ爲スニ至レリ例之限定ノ生計費ニ對スル所得稅ノ免除、天災其他ノ事變ニ因ル損害ノ事實ニ基キ地租ノ免稅、減稅ノ處分ノ如キ是ナリ

方今各國ノ所得稅法ニ於テハ限定生計費ノ免ヲ認メサルモノ勘シ此事タル固ヨリ社會政策ノ趣旨ニ一致スルモ社會政策ノ結果トシテ生シタルモノニ非ス一ニ稅源ノ普及ニ對シ限定生計費以下ノ所得ハ稅源トシテ認ムヘカラサルニ基因スル殊ニ所得カ限定生計費ヲ下ル下級ノ人民モ固ヨリ直接稅ニ付テハ一般ニ之カ負擔ヲ爲スコト勘カルヘキモ間接稅ニ在テハ其所得ニ比例シテ受クル所ノ負擔ハ決シテ輕シト爲ササルモノナリ是生計ノ費用ハ所得ノ高ニ比例スルコトナク極テ屈伸力少キモノナレハナリ

地租ニ於テ其土地カ天災事變ニ因リ荒地ト爲リシカ爲メ一定ノ期間ニ於テ課稅ヲ免除シ稅額ヲ輕減シ或ハ納稅ノ時期ヲ延期スルハ又各國ノ地租條例ニ於テ認ムル所ニシテ均ク稅源ト認ムヘカラサルコト言ヲ俟タス（一七年地租條例第二〇條乃至第二四條、三〇年震災地方地租特別處分法三二年水害地方地租特別處分法）

第二款　平等ノ原則

經濟ノ現象ニ於テ平等ト稱スルハ其與フル貨財ト受クル貨財トカ同一ノ價格ヲ有スルヲ謂フ故ニ所謂利益交換說又ハ公安保險料說ノ行レシ時代ニ在テハ人民カ提供スル收納物ハ國家又ハ公共團體ヨリ受クル利益ニ伴フヲ以テ平等ナリト認メラレタリ固ヨリ相互提供ノ原則ハ條理ノ根底ヲ爲スモノナレトモ租稅其モノハ根本ニ於テ國家カ自己ノ生存發達ヲ爲スカ爲メ其組成分子タル國民ヨリ徵收スル無償ノ納付タル以上ハ其納稅力ニ應シテ租稅ノ賦課ヲ爲スコトハ社會全般ニ對シテ平等ナリト謂ハスンハ非ス

租稅ノ負擔ノ平等ニ付經濟學上始テ研究ヲ爲シタル者ハ「アダム、スミス」ニシテ唯氏ハ租稅ノ負擔力ヲ以テ直ニ各人ノ所得財產ニ對シテ正比例スルモノナリト誤解セルコトハ先ニ一言セル所ナリ租稅ノ負擔力ハ財產ト所得ニ依テ其類ヲ異ニスルノミナラス同一ノ財產又ハ所得ハ必シモ同一ノ負擔力ヲ有スルモノニ非ス是財產又ハ所得ノ應スル支出ハ各種ノ原因ニ由リテ必シモ相同シカラサレハナリ租稅ノ負擔力ニ對スル平等ヲ保タンカ爲メ從來租稅行政上用ヒ來リタル手段二アリ一ハ租稅ノ種類及賦課ニ關スル行政上ノ選擇ニシテ一ハ稅率ニ對スル選擇ナリ前者ハ既ニ前款ニ於テ其大略ヲ述ヘシ所ニシテ後者ハ後ニ租稅ノ分配ノ下ニ於テ比例稅及累進稅論トシテ別ニ說明スル所アルヘシ

第三節　經濟上ノ原則

經濟上ノ原則トハ租稅ノ賦課徵收ニ因テ經濟上ノ損害擾亂ヲ來サシメサルコトヲ謂フ故ニ經濟上ノ原則ハ一ハ賦課徵收ノ方便ニ存シ一ハ課稅ノ種類及其稅額ニ存ス

第一款　賦課徵收ノ方便ニ關スル經濟上ノ原則

租稅ノ賦課徵收ハ正確ニシテ簡易ナルコトヲ要スルハ先ニ財務行政上ノ原則ノ下ニ於テ一言セシ所ナ

0417

リ蓋現時租稅制度益複雜ヲ極ムルニ至テハ賦課徵收ノ方法モ亦勢益繁雜ヲ來シ隨ヲ賦課徵收ノ時期、場所、度數其他ノ手續ニ付ノ正確簡易ヲ缺キ納稅者ノ不便不利ヲ顧サルトキハ一方ニハ國庫ノ純收入額ヲ減少シ一方ニハ納稅者ノ苦痛ヲ增加スルノミナラス國民ノ經濟上一般ノ生產ニ及ス弊害亦尠シトセス故ニ租稅ノ法規ハ之ヲ勵スヘカラスト云ヘル原則即古キ租稅ハ最良稅ナリト稱スルモ要スルニ習慣ノ勢力ハ社會ノ現象ニ通シテ最重大ナル影響ヲ有スルモノニシテ其行ルルコト久シケレハ一般ノ人心ニ逆ハサルノミナラス其租稅ノ種類及稅額カ租稅負擔ノ平等ヲ失スルコト大ナラサル以上ハ租稅負擔ノ轉嫁ニ由リ或程度迄經濟社會ノ關係ハ總テ其間ニ權衡ヲ維持スルニ至ルヘキコトヲ謂フモノニシテ亦多少ノ眞理ナシト爲サス故ニ租稅ノ法規ハ可成之カ時時ノ變更ヲ避ケ一方ニハ其法規執行ノ方法ハ確實ニシテ且簡易ナルコトヲ期スヘキモノナリトス

第二款　租稅ノ種類及稅額ニ關スル經濟上ノ原則

租稅ハ貨財ノ生產、交易、分配、消費ニ對シテ重大ナル關係ヲ有スルカ故ニ貨財其物ニシテ之カ生產發達ノ望ムヘカラサル物例之奢侈品ノ如キハ比較的重稅ヲ課シ生計ノ必要品ニ對シテハ可成之カ負擔ヲ輕減シテ之カ生產發達ヲ圖ルハ通常各國ノ稅法ヲ通シテ觀ル所ナリ殊ニ國際貿易上特種ノ貨財ニ對スル發達ヲ望ム場合ノ如キハ課稅ノ有無稅率ノ輕重ハ直ニ其貨財生產ノ死活ヲ制スルモノナルヲ以テ各國ノ輸出稅ニ在テハ各其國ノ狀況ニ伴ヒ各種ノ貨財ニ對シテ除外例ヲ設ケ時ニ戾稅ノ法ヲ採ルコトアルハ先ニ一言シタル所ナリ又租稅負擔ノ轉嫁ニ關シ立法者ハ一般人民ノ財產、所得ニ據リ之カ負擔力ヲ審査シ或ハ之カ轉嫁ヲ豫期シ又ハ之ヲシテ轉嫁セサルコトヲ庶幾スルモノナルカ故ニ苟立法者ノ所見ニシテ失當ナラサル以上ハ常ニ豫期ノ目的ヲ達スルコトヲ努メスンハ非ス負擔ノ不平等ハ一般經濟上ニ對シテ弊害ヲ生シ易キモノナレハナリ

經濟上ノ原則トシテ最重要ナルハ稅源ノ問題ナリ即納稅力ノ問題ニシテ通常租稅ハ所得ヨリ徵收シ財產ニ及フヘカラスト稱スルモノハ是ナリ勿論稅源トスルヘキモノハ箇人ノ所有權ニ屬スル貨財ナリ然レトモ均タ財產ト稱スルモノニシテ常ニ所有者カ之ヲ利用シテ收入ノ基本トスヘキ基本財產ト一定ノ時期ニ繰返シテ各人ノ財產トスルヲ收入財產即所得ノ別アリ前者ノ消費ハ之カ收入ノ財源ノ一部ヲ失フニ由リ之ニ伴フ所得ヲ減シ延テ經濟上ノ地位ヲ損スヘク後者ハ之ヲ消費スルモ財源ニ變更ナキカ故ニ猶同一ノ所得ヲ獲得シ其經濟上ノ地位ヲ減スルコトナカルヘシ隨テ茲ニ經濟上ノ原則トシテ論及スル所ハ租稅ノ所得ニ止リテ基本財產ヲ侵スヘカラスト謂フニ在リ故ニ課稅物件ノ人タルト所得タルト財產タルト事實タルトハ毫モ問フ所ニ非サルナリ要ハ其租稅カ箇人ノ財產ヲ侵シテ稅源ヲ涸渴スヘカラスト謂フニ在リ蓋租稅重キニ失シ所得ト併セテ其基本財產ヲ侵蝕スルニ至レハ其結果人ノ勤勉心ヲ抑制シ資本ノ增殖ヲ止メ人民ノ勤勞ト資本ハ共ニ外國ニ流出セラルルニ至ルヘシ是古代專制時代ノ財政史乘ニ於テ屢觀ル所ナリ

然ラハ如何ナル程度ニ於テ果シテ租稅カ財產ヲ侵蝕スルニ至ルヘキカ先所得其モノニ付テ研究スル所ナクンハ非ス蓋所得ハ之ヲ廣義ニ解釋スルトキハ其所得ヲ得ル爲ニ要スル所ノ生產費ト收益トヲ包含シ後者ハ狹義ノ所得又ハ純所得ト稱セラルル而シテ箇人ハ純所得ノ一部ヲ以テ生計費ヲ支出シテ其殘餘ハ或ハ之ヲ消費シ或ハ之ヲ貯蓄スル所謂自由所得ト稱セラルルモノ是ナリ故ニ箇人ノ經濟ニ於テハ所謂負擔力ヲ測定スヘキ標準ハ純所得ニ在ルモノト謂ハスンハ非ス然レトモ純所得ハ必シモ負擔力ニ正比

0418

例セサルコトハ先ニ平等ノ原則ノ下ニ於テ一言セル所ナリ然レトモ就レノ所得ニ通スルモ租稅ハ強制ノ分配トシテ所得ニ於ヲ第一位ノ先占權ヲ有シ生產費及生計費之ニ次キ其殘餘ヲ以テ始テ貯蓄又ハ浪費ヲ爲スニ於テハ一ナリ故ニ租稅ノ稅率重キニ隨ヒ先浪費ヲ侵シ次ニ貯蓄ヲ侵スヲ例ト爲スモノナリ而シテ租稅カ其貯蓄ノ全部又ハ大部ヲ侵スニ至レハ產業ノ發達ハ復之ヲ期スヘカラス蓋經濟上所得ノ額ニハ需要供給ノ原則ニ從ヒ自ラ一定ノ歩合アリ然ルニ今其歩合ヲ低減シテ個人ハ得ル所ノ所得ニ由リ僅ニ生產費ヲ償ヒ自己日常ノ生計ヲ維持スルニ止リ他ヲ擧ケテ納稅スルニ至テハ租稅ハ即重キニ失スルモノニシテ貨幣生產ノ動念ヲ阻壓スルモノナリ況租稅カ生產費及生計費ヲ侵蝕スルニ至レハ經濟上最忌ムヘキ狀況ニ陷リタルモノト謂ハスンハ非ス故ニ租稅ハ需要分配ノ一部ニ止リテ貯蓄又ハ浪費ノ餘裕ヲ殘存セシムルコトヲ要ス此問題ニ對シテ「ルロア、ボリウー」氏ハ其歩合ニ付テ次ノ如ク言ヘリ凡人民ノ負擔スル所ノ租稅ハ國稅、府縣稅、市町村稅ヲ合シテ所得ノ百分ノ五ヲ超過スヘカラス戰時其他ノ事變ニ際シ國家ノ財政上稅率增加ノ必要ヲ覩ルニ至ルモ猶所得ノ一割乃至一割二分ヲ限度トス爲スヘシ此限度ヲ超過スルトキハ經濟界ノ紊亂ヲ免ルルコト能ハス固ヨリ所得ニ對スル租稅ノ比率ハ時ト所ニ依リ經濟上進歩ノ程度、物價賃金ノ高低、資本ノ多寡等ニ依テ必シモ正確ナル標準ヲ立ツヘカラサルノミナラス國民ノ所得額ノ算定ハ頗不確實ナルモノナルヲ以テ結局其國ノ資本ノ增加、生產力ノ發達等ニ依テ之ヲ各箇ノ事實問題ニ就テ判定スヘキコト言ヲ俟タス要ハ租稅ノ負擔重キニ失シテ稅源ヲ侵シ產業ノ發達ヲ阻碍スルコトナカラシムルニ存ス

第三章　租稅ノ分類

第一節　緒論

租稅ハ其標準ヲ異ニスルニ從ヒ各種ノ分類ヲ爲スコトヲ得ヘシ學者或ハ大體ニ於テ理論的分類法ト實際的分類法ノ二箇ニ別ツコトアリ經濟學上富ノ各分配要素ヲ以テ收入ノ源泉ト認メ租稅ハ此等ノ要素ニ賦課スヘキモノト爲ス者ナリ「アダム、スミス」ノ租稅論ノ劈頭ニ於テ「凡一箇人ノ收入ハ畢竟地代、利潤及勞銀ヨリ生スルモノニシテ租稅ハ窮極此等ノ收入ノ源泉ノ一箇若クハ二箇以上ヨリ支拂ハルルモノナリ故ニ此分類ニ各種ノ租稅ヲ攻究スヘシ」ト言ヘルハ當ニ此意味ヲ表示セルモノニ外ナラス然レトモ此分類法ハ單純ニシテ且經濟學ノ原則ヲ適用スルノ利便アルモ事實ニ於テ此單純ナル分類法ニ依ルコト能ハサルハ「アダム、スミス」自身カ土地ノ生產物ニ對スル課稅、人頭稅、物品稅等ニ付攻究セル所ニ據リ明ナル所ニシテ「ミル」ノ如キハ經濟上ノ源泉ニ從テ分類スル租稅ノ形式的種別ハ之ヲ所得ニ課スル直接稅ノミニ限ラ適用スヘキモノニシテ物品稅ノ如キ又ハ契約通信等ニ課スル租稅等ノ如キハ全ク此以外ニ置クヘキコトヲ論セリ如此「アダム、スミス」ノ理論的分類法ハ租稅ノ分類ニ於テ實益少キカ故ニ近時皆多少實際上ノ便宜ヲ加ヘテ之カ分類ヲ試ルニ至レリ今其主ナルモノヲ擧クレハ次ノ如シ

第一　收納ノ實體ニ依ル分類

（一）實物稅　（二）勤勞稅　（三）貨幣稅

第二　課稅物件移轉ノ地域ニ依ル分類

（一）國內稅　（二）國境稅

0419

第三　賦課ノ方法ニ依ル分類

（一）配賦稅　（二）定率稅

第四　負擔ノ種別ニ依ル分類

（一）直接稅　（二）間接稅

第五　課稅物件ノ種類ニ依ル分類

（一）人身稅　（二）財產稅　（三）行爲稅（或ハ事實稅トモ曰フ）

第六　租稅ノ存續期間ニ依ル分類

（一）常時稅　（二）臨時稅

第二節　收納ノ實體ニ依ル分類

收納ノ實體ヲ標準トシテ爲スト云キハ實物稅、勤勞稅及貨幣稅ノ三種ニ分類スルコトヲ得ヘシ

第一　實物稅　實物稅ハ實物經濟ノ時代ニ於テ行レタル租稅ナリ我國ノ租稅制度ニ於テハ史乘ニ於テ最早ク現ハレタルハ崇神帝ノ御代ニ於ル弭ノ調及手末ノ調ニシテ共ニ獸皮又ハ布帛ノ類ヲ納付スル實物稅ナリ孝德帝大化以後田租ハ調ヨリ之ヲ分離シテ地租雜稅及賦役ノ別ヲ立テタリ租、庸、調ノ制是ナリ當時ノ收納物ハ米穀、絹糸、綿布、鐵、鹽、魚介、海藻ノ類ニシテ藤原氏勢力ヲ得テヨリ源平ノ時代ニ至ヲハ調ノ制ハ大ニ衰ヘ當時小物成ト稱セラレ山海ノ年貢ハ上古ノ調ノ一部ヲ殘存シ又課役ノ一部トシテ實物ノ納付ヲ爲サシメタルコトハ德川時代ニ至ルモ猶繼續シ一方ニハ貨幣經濟ノ發達スルニ從ヒ漸次實物稅ハ貨幣稅ニ變形スルニ至リ現時ニ於テハ特種ノ事情ヲ有スル場合ニ於テ稀ニ實物稅ヲ用ヒラルルニ過キス維新前ニ於テハ沖繩縣ノ砂糖ノ上納八丈島ノ絹布ノ上納ノ如キ其一例ニシテ稀ニ地方自治團體ニ於テ現品ノ徵收ヲ行フコトアリ

古代ノ實物稅ニ付テ注意ヲ要スヘキコトハ貨幣經濟ノ時代ニ於テ實物ト認メラルル物例之米穀、布帛又ハ魚介等ノ類ハ古代ニ在テハ又貨幣トシテ用ヒラレタルコト是ナリ故ニ古代ノ租稅ニ於テハ今日ノ所謂實物稅ト視ルヘキモノニシテ猶其全部又ハ一部カ貨幣稅トシテ認ムヘキモノ勘シトセス故ニ我國ノ租稅ノ如キモ古代ニ於ル田租ノ如キハ又其時代ニ於ル一種ノ貨幣稅タルコトヲ妨ケサルモノナリ

第二　勤勞稅　勤勞稅トハ一般ニ課役ト稱セラルルモノナリ課役ノ制モ崇神帝ノ時始テ人民ヲ檢校シ長幼ノ別、使役ノ前後ヲ定メタリキ大寶令ノ時課役ノ制久大ニ發達シ庸ハ口ニ課スルモノニシテ男子二十一歲ヨリ六十歲ニ至ル成丁ニハ十日、十七歲ヨリ二十歲ニ至ル中男及六十歲ヨリ六十五歲ニ至ル老丁ニハ五日ノ歲役ヲ課シ若現役ニ服セサレハ之ニ相當スル庸布ヲ納付スルコトト爲セリ庸ノ制モ源平以後兵亂相繼クニ隨ヒ漸次衰退シ唯課役トシテ內裏社殿等ノ造營及城池、道路、橋梁、堤防ノ構築、驛傳ノ運輸等事アルニ臨ミテ民人ヲ使役シタリ其後鎌倉時代ニ於テ一時盛ニ行レシモ爾後漸次其度ヲ減シ明治八年ニ至リテ殆ト其跡ヲ絕チ唯地方自治團體ニ於テ治水其他ノ場合ニ夫役トシテ稀ニ民人ニ課役スルコトアルニ過キス

第三　貨幣稅　貨幣稅ハ貨幣經濟ノ發達ト共ニ現時遍ク行ルルモノニシテ貨幣稅カ財務行政ノ整理、財政學ノ發達ト密著ノ關係ヲ有スルコトハ前ニ財政學史ノ下ニ於テ一言セル所ナリ

第三節　課稅物件移轉ノ地域ニ依ル分類

0420

課稅物件移轉ノ地域ヲ標準トスルトキハ國內稅、國境稅ノ二種ニ分類スルコトヲ得ヘシ

第一　國內稅　國內稅トハ課稅物件カ內外國間ニ移轉スルコトヲ條件トスルコトナクシテ徵收スル租稅ニシテ一般ニ內地居住ノ人民ヨリ徵收スルヲ原則トス爲スモノニシテ其納稅者ノ內外國人何レニ屬スルヤハ問フ所ニ非ス國內稅ハ又別レテ國稅及地方稅ノ二種トス國稅地方稅分類ノ標準ハ各國法制ノ異ナルニ隨ヒ一致スル所ナシ然レトモ大體ニ於テハ賦課徵收ノ地域ヲ標準トス爲スモノト其徵收品ノ使途ヲ標準ト爲スノ別アリ前者ニ在テハ中央政府カ全國一般ニ通シテ徵收スル租稅ヲ國稅ト謂ヒ府縣、市町村等ノ公共團體カ各自其行政區畫ニ於テ徵收スル租稅ヲ地方稅ト謂フ後者ニ在テハ中央政府カ國家一般ノ經費ヲ支辨スルカ爲メ徵收スル租稅ヲ國稅ト謂ヒ府縣、市町村等ノ公共團體カ中央政府ヨリ付與セラレタル權限內ノ職務ヲ行フカ爲メ徵收スル租稅ヲ地方稅ト謂フ

我國ニ在テハ維新當初ニ於テ租稅ハ總テ國稅タリシモ明治八年二月從來ノ雜稅中國稅トシテ存スヘキモノノ外ハ悉之ヲ廢止シ同年九月第一四〇號布告國稅、地方稅區別ハ租稅ノ賦金ヲ國稅、府縣稅ノ二ニ別チ全國一般ニ賦課スヘキ分ニシテ大藏省ニ收入シ國費ニ供スルモノ即前二樣ノ條件ヲ兼ヌタルモノニ限リ國稅ト爲シ賦金ト稱シテ收入スル諸稅及地方ニ於テ收入スル雜稅ヲ府縣稅ト稱シタリ明治十一年七月府縣稅ヲ改メテ地方稅ト稱シ明治二十一年ニ至リ又新ニ市町村稅ナルモノヲ生シ同二十三年再ヒ府縣稅ノ制ヲ起シテヨリ國稅、府縣稅、市町村稅ノ三種ヲ見ルニ至レリ然ルニ今日ニ於テハ彼ノ北海道水產稅（二〇年三月勅令三號）沖繩縣酒類出港稅（二〇年三月勅令一三號）ノ如キ之ヲ國稅ト爲セルヲ以テ觀レハ必シモ二者ノ條件ヲ兼スルコトヲ必要トセス其徵收物ノ使途ヲ標準トシテ亦國稅地方稅ノ區別ヲ立ツルモノタルコトヲ知ルヘシ

第二　國境稅　國境稅トハ內外國間ニ課稅物件ノ移轉スルコトヲ直接ノ條件トシテ內外國人ヨリ徵收スル租稅ナリ國境稅ハ二國以上カ陸上ニ於テ相隣接スル場合ト海洋ヲ境界トスル場合ノ別アルニ因リ後者ノ場合ヲ特ニ海關稅ト稱スルコトアリ故ニ我國ノ如キ島國ニ於テハ國境稅ハ同時ニ海關稅ト同意味ヲ有スルモノナリ國境稅ハ細別シテ輸出入稅及通過稅ノ二種トス

輸出入稅トハ內外國ノ間ニ或特定ノ貨財ノ出入ニ據リテ賦課スル租稅ニシテ或ハ財政上ノ收入ヲ目的トスルコトアリ或ハ商業政策上ノ趣旨ニ出ツルコトアリ保證貿易ノ盛ニ行レタル時代ニ在テハ粗製品、原料品等ニ對シテ輸出稅ヲ課スルコト廣ク認メラレシモ漸次其種類ヲ減シ現時ハ輸出稅ヲ免除スルヲ以テ原則ト爲スニ至リ時ニ或ハ生產奬勵ノ爲ニ戾稅ノ制ヲ設ケ或ハ別ニ補助金、奬勵金ヲ與フルコトアリ又輸入稅モ保護貿易ノ盛ニ行レタル時代ニ在テハ精製品等ニ對シ廣ク且重ク賦課セラレ時ニ絕對ニ輸入ノ禁止ヲ爲セシコトアリシモ現時ハ其程度漸次輕キヲ加フルニ至レリ然レトモ今日ニ於テモ財政上ノ收入ヲ目的トシ併セテ多少ノ貿易政策上輸入稅ヲ賦課スルハ各國ニ通シテ觀ル所ニシテ貿易政策ヲ加味スルコトナク純然タル財政上ノ收入ヲ目的トシテ輸入稅ヲ賦課スル國ハ現時唯英吉利及「パルガン」半島ノ諸國ニ於テ之ヲ見ルニ過キス但英吉利ハ保護政策ヲ要スヘキ時代既ニ經過セルニ原因シ「パルガン」半島ノ諸國ハ自國ノ幼稚ナルト外國ノ干涉トニ因リ保護政策ヲ要スヘキ時代ニスラモ到著セサルニ原因スルハ言ヲ俟タサル所ナリ

通過稅ハ古來廣ク行レタルモノニシテ外國ヨリ自國ノ陸上又ハ領海ヲ通過シテ外國ニ出入スル場合ニ賦課スルモノナリ歐洲大陸ノ如ク海陸ニ於テ列國互ニ相隣接セル所ニ在テハ通過稅ハ又重要ナル問題ニ屬シ獨逸聯邦カ十九世紀ノ上半期ニ於ル間稅ノ歷史ハ其有名ナル一例ナリ我國ニ於テハ比較的利

0421

害關係少キモ現時東洋諸國及ヒ亞米利加間ノ航路ニ於テハ我横濱、神戸、馬關、長崎ノ如キハ常ニ通過港ト爲ルヘキヲ以テ理論上ニ於テハ固ヨリ通過稅ヲ課シ得ヘカラサルニ非ス通過稅ハ我國將來ニ於テ又重要ナル問稅問題タルヘキナリ

第四節　賦課ノ方法ニ依ル分類

賦課ノ方法ヲ標準ト爲ストキハ配賦稅及定率稅ノ二種ニ分類スルコトヲ得ヘシ

第一　配賦稅　配賦稅トハ初ヨリ徵收セントスル所要ノ數額及課稅物件ヲ一定シ之ヲ課稅者ニ分擔セシムル租稅ニシテ當初ヨリ稅稅者ニ其負擔スヘキ稅額ヲ配賦スルコトアレトモ多クハ先各地方團體ニ配賦シ各隣ノ稅稅者ニ對スル負擔ノ分賦ニ關シテハ一ニ其地方團體ニ委任スルヲ常トス此種ノ方法ハ先稅稅者及ヒ課稅物件ニ付テ正確ナル調査ヲ爲シ得ヘキコトヲ要シ且比較的ニ永ク繼續シテ時ノ變動大ナラサルモノ換言スレハ租稅臺帳ニ依テ賦課徵收シ得ヘキモノニ限ラルヘキヲ以テ所謂直接稅ナルモノニ付テ此方法ヲ採用スルコトヲ得ヘシ配賦稅ノ最盛ニ行ルルハ佛蘭西ニシテ佛蘭西ハ直接稅ハ配賦法ニ依ルヲ原則トシ議會ハ先ツ徵收スヘキ租稅ノ總額ヲ定メテ之ヲ最高ノ行政區畫タル各縣ニ稅額ヲ配賦シ縣ヨリ郡及市ニ、郡ヨリ町村ニ、町村ヨリ稅稅者ニ順次其課稅物件ノ價格ニ應シテ配賦スルノ法ヲ採レリ

我國ニ於テハ記賦稅ナルモノナシ唯北海道水產稅ハ少シク之ニ似タル所アルモ其賦課ノ數額ハ財政上所要ノ數額ニ非スシテ唯水產稅ヲ賦課スル標準ヲ過去數年間ニ於ル水產物ノ價格ニ取ルニ過キサルヲ以テ單ニ形式ニ於テ少シク配賦稅ニ似タルアルニ過キサルナリ（北海道水產稅則三條、六條、一六條）

雜錄

○大審院判例要旨

一六三　和解ニ關スル事實ノ錯誤ト和解契約ノ效力　和解契約ニシテ苟有效ニ成立シタル以上ハ縱令後日ニ至リ其和解ニ關スル事實ニ錯誤アルコトヲ發見スルモ之カ爲ニ和解ノ效力ヲ失フコトナシ（三十七年十月一日第一民事部）

一六四　請負契約ニ基ク共同訴訟　請負人ヨリ報酬ヲ受クル權利ヲ讓受ケ相手方ニ向テ之カ交付ヲ請求スル訴ト右ノ請求ニ對シ異議ヲ唱フル者ニ向テ權利讓渡ヲ確認セシメントスル訴トハ孰モ同一ナル請負契約上ノ債權關係ニ基クモノナレハ民事訴訟法第四八條第二號ノ規定ニ依テ共同訴訟ヲ許ス（キモノトス（同年十月十四日第二民事部）

一六五　會社破產事件ノ管轄裁判所　會社ノ爲スヘキ支拂停止ノ屆出ハ其主タル營業所所在地ノ裁判所ニ爲スコトヲ要ス故ニ會社破產事件ノ管轄裁判所ハ其主タル營業所所在地ノ裁判所ナリトス（同年十一月二十四日第一民事部）

一六六　數名ノ官吏ニ對スル抗拒罪　數名ノ官吏カ執行行爲ヲ爲ス場合ト雖其行爲ノ目的ニシテ同一ナル法律規則其他官署ノ命令ヲ共同執行スルニ在ル以上ハ各自別別ニ數箇ノ執行行爲ヲ爲スモノニ非スシテ相共ニ一ノ執行行爲ヲ爲スモノトス隨テ之ヲ抗拒スル犯人ノ所爲ハ數名ノ官吏ヲ對手トスルニ拘ラス單ニ一罪ヲ構成スヘキハ當然ナリ（同年十一月七日第二刑事部）

0422

一六七　強盜罪ト恐喝取財罪ノ區別　強盜罪ニ於テハ犯人ノ用ヒタル手段カ其性質上被害者ノ自由ヲ全然剝奪スル如キ極テ重大ナルモノタルコトヲ必要トスルモ恐喝取財罪ニ在テハ其手段ハ性質上相手方ニ畏怖セシムヘキモノタルコトヲ要スルト同時ニ被害者ニ尙意思ノ自由ヲ存シ全然之ヲ剝奪スルニ至ラサルコトヲ必要トス（同年十月十日第二刑事部）

一六八　恐喝取財罪ノ構成　犯人カ被害者方ニ大勢ニテ乘込ミ喰倒サント威嚇シ之ヲ手段トシテ財物ヲ騙取シタル所爲ハ其害惡ノ直接現在ナルト將軍ニ將來ノ事ニ關スルトヲ論セス恐喝取財罪ヲ構成スルニ止リ如何ナル場合ニ於テモ強盜罪ヲ構成スルコトナシ（同上）

一六九　和解契約ノ成否ト訴訟費用ノ負擔　訴訟費用ハ和解契約ノ成立スルト否トニ因テ其負擔ノ結果ヲ異ニスヘキモノナレハ該契約ノ成否ニ付當事者間ニ爭アル以上ハ先之ヲ判定セサルヘカラス（同年十一月二十四日第一民事部）

一七〇　家宅捜索ト檢事ノ立會　檢事ハ事實發見ノ爲メ必要ナリトスル場合ニハ豫審判事ニ對シテ證據徵憑ノ集取ヲ請求スル職權ヲ有ス隨テ豫審判事カ家宅捜索ヲ行フニ當リテハ檢事ハ之ニ立會スル權能アルモノトス（同年十一月四日第一刑事部）

一七一　豫審決定中ニ脫漏シタル件ニ對スル再起訴　豫審判事カ請求ヲ受ケタル事件ニ付決定ヲ爲ササル以上ハ其事件ハ依然トシテ豫審ニ繫屬ス隨テ檢事カ該事件ニ付再公判裁判所ニ公訴ヲ提起スルハ不法ニシテ受理スヘキモノニ非ス（同年十月十四日第一刑事部）

一七二　受命判事ノ報告　重罪事件ノ下調ニ關スル受命判事ノ報告ハ必シモ書面ヲ要セス口頭ヲ以テ之ヲ爲スモ妨ナシ（同年十月十一日第一刑事部）

0423