

法政大學講義録

遠藤, 忠次 / 下村, 宏 / 豊島, 直通 / 笠井, 雄吉 / 矢部,
廉 / 谷野, 格

(出版者 / Publisher)

法政大學

(巻 / Volume)

28

(開始ページ / Start Page)

1

(終了ページ / End Page)

83

(発行年 / Year)

1905-08-05

（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

明治三十八年八月五日發行

三十八年度

法政大學講義錄

第二十八號



法政大學發行



第二十八號目次

民法債權	自第二章第二節(至一七〇)至第十四節(至一七九)	法學士 笠井雄吉
商法	會社(至九〇)	法學士 矢部廉
刑法	各論(至八七)	法學士 谷野格
民事訴訟法	第二編(至一四三)至(至一四二)	法學士 遠藤忠次
刑事訴訟法	(至二五五)至(至二五六)	法學士 豐島直通
財政學	(至三二一)至(至三三二)	法學士 下村宏

雜錄 ○大審院判例要旨 ○第二學年學期試驗問題

090
1905
1-28

シタル自然ノ毀損變更ハ借主ニ於テ其責任ナシ又借主ノ責ニ歸スヘカラサル其他ノ原因ニ因ル原狀ノ變更ニ付テモ同一ナリ反之借用物ニ生シタル自然ノ増加ハ之ヲ貸主ニ返還セサルヘカラス但貸借期間中ニ借主カ收取シタル果實ハ返還スルヲ要セス何トナレハ之使用貸借ノ性質上然ラサレハナリ故ニ自由ノ増加ニシテ貸主ニ返還スヘキモノハ契約ノ目的ニ從ヒ使用貸借セサルモノトス反之人工ヲ以テ借用物ニ附屬セシメタル物及ヒ借主カ自費ヲ以テ爲シタルモノハ之ヲ收去スルヲ得ヘシ然レトモ之ヲ收去シタルトキハ物ヲ原狀ニ復シテ返還スルヲ要ス故ニ收去ノ結果物ヲ原狀ニ回復スル能ハサル場合ハ之ヲ收去スルヲ得ス此場合ニハ附屬セル儘返還セサルヘカラスト雖貸主ハ之ニ因テ不當ノ利得ヲ爲スヲ以テ借主ハ不當利當ノ返還ヲ請求スルヲ得ヘシ借主ノ附屬物收去權ハ地上權者ノ場合ト其理由同一ニ出ツ然ルニ地上權ノ場合ニ於テハ土地所有者ニ工作物又ハ竹木ノ先買權ヲ認メタルモ此場合ニハ貸主ニ先買權ナシ蓋立法ノ趣旨ハ地上權ト此場合ニ於ル借主ノ權利トハ種種ノ點ニ於テ異ル所アルヲ以テ貸主ニ於テ先買ヲ爲スヘキ丈ノ正當ノ利益ナシト觀タルニ因ルナラン

第三節 使用貸借ノ終了

- 使用貸借ハ一般ノ規定ニ從フノ外尙左ノ事由ニ因テ終了ス
- (甲) 使用貸借ノ解除使用貸借ニ付特別ナル解除ノ事由ハ既ニ説明シタル如ク
- 一 契約又ハ物ノ性質ニ因リタル用方ニ違反シテ使用收益シタル場合
- 二 貸主ノ承諾ヲ經スシテ第三者ヲシテ使用又ハ收益ヲ爲サシメタル場合
- (乙) 使用貸借ノ期間終了之モ既ニ説明シタル如ク

民法債權 契約各論 物ニ關スル契約 使用目的トスル契約 使用貸借 使用貸借ノ終了

- 一 契約ニテ定メタル期限ノ到来シタル場合
 - 二 契約上ノ期限ナキトキハ契約上ノ目的ニ從ヒ使用收益ヲ終リタルカ若クハ使用收益ヲ爲スニ相當ナル期間ノ經過シタル場合
 - 三 契約上ノ期限及目的ナキトキハ貸主ノ請求アリタル場合
- (丙) 借主ノ死亡 此場合ハ諸國ノ法制區區ニシテ一定セス然レトモ之ヲ大別スレハ
- 一 借主ノ死亡ハ使用貸借ニ何等ノ影響ヲ及サスト爲ス主義
 - 二 借主ノ死亡ハ使用貸借ノ終了ニハ直接ニ效力ヲ及サスト雖貸主ハ之ヲ解除シ得トスルモノ
 - 三 借主ノ死亡ハ使用貸借ノ終了ヲ來ストスル主義
- 以上ノ各主義ハ各一得一失アレトモ使用貸借ハ無償契約ニシテ貸主カ借主ニ物ヲ貸與スルハ借主ノ身上ニ注意シ又ハ借主トノ間ニ特別ノ事情アルニ因ルモノナレハ借主ノ死亡後其相續人ヲシテ物ヲ使用收益セシムルハ使用貸借ノ性質ニ反スルノミナラス當事者ノ意思ニ適合セサルヲ以テ我民法ハ第三主義ヲ採用シ借主ノ死亡ヲ以テ使用貸借終了ノ事由トセリ

第五章 質貸借

第一節 質貸借ノ定義及要件

○**定義** 質貸借ハ賣買ニ次キ最濶繁ニ行ルル契約ニシテ今民法ノ規定ニ依リ其定義ヲ舉クレハ質貸借トハ當事者ノ一方カ相手方ニ或物ノ使用及收益ヲ爲サシムルコトヲ約シ相手方カ之ニ質金ヲ拂フコトヲ約スル契約ナリ(六〇一條)

物ノ使用及收益ヲ爲サシムル當事者ヲ質貸人ト謂ヒ質金ヲ支拂フ當事者ヲ質貸人ト謂フ成立要件 上述ノ定義ニ依レハ質貸借ノ成立スルニハ下記ノ要件ヲ具備スルコトヲ要ス

第一 質貸借ハ物ヲ以テ目的ト爲スヲ要ス

質貸借ハ何ヲ以テ其目的ト爲スヤニ關シテハ諸國ノ法制區區ニシテ學說亦一定セス然レトモ之ヲ大別スレハ大凡下ノ三主義ニ分ツコトヲ得

- 一 物ヲ目的トスル主義
 - 二 物又ハ權利ヲ目的ト爲ス主義
 - 三 物又ハ勞務及勞務ノ結果ヲ目的ト爲ス主義
- 歐洲ノ學者中ニハ質貸借ヲ廣ク解シテ質貸借ハ物又ハ勞力ノ使用ヲ目的トスルモノナリトシ物ヲ目的トスル質貸借ヲ物ノ質貸借トシ勞力ヲ目的トスル質貸借ハ更ニ之ヲ分テ直接ニ勞務ヲ目的トスルモノト勞務ノ結果ヲ目的トスルモノトノ二トナシ前者ヲ勞務ノ質貸借ト謂ヒ後者ヲ仕事ノ質貸借ト謂フ要スルニ此意義ニ於ル質貸借ハ羅馬法ノ「ロカーチヲ、コンタクチヲ」(Locatio conducto)ノ全部ヲ包含スルモノニシテ我民法ニ所謂質貸借雇傭契約請負契約ノ三者ニ相當スルモノナリ獨民法ハ質貸借ヲ二分テ物ノ使用ヲ目的トスル質貸借ヲ「ミーテ」(Miete)ト稱シ物又ハ權利ノ使用及收益ヲ目的トスル質貸借ヲ「パハト」(Pacht)ト謂フ英法ハ質貸借ノ目的ヲ以テ動産、貨物ノ庫藏(Storage)及勞務ノ三トナセリ然レトモ我民法ハ舊民法ト同シク本邦古來ノ慣習ニ倣ヒ質貸借ヲ狹義ニ用ヒ物ヲ以テ目的トスルモノノミニ限レリ故ニ我民法ノ質貸借ハ廣義ニ於ル質貸借中所謂物ノ質貸借ニ相當シ獨逸民法ノ「ミーテ」及物ノ使用收益ヲ目的トスル「パハト」ニ該當ス

是ヲ以テ我民法ニ於テハ質貸借ハ物ヲ以テ目的トスルコトヲ要シ權利ヲ以テ目的トスルコトヲ得ス但無記名債權ハ此限ニ在ラサルハ既ニ使用貸借ニ述ヘタルト同一ナリ而シテ物ハ動産不動産ノ別ナク又消費物ト雖之ヲ消費以外ノ目的ニ使用及收益スルトキハ質貸借ノ目的ト爲ヌヲ得ヘク又質貸借ノ目的タル物ハ質貸人ノ所有物タルヲ要セサルコト等ハ總テ使用貸借ニ付テ述ヘタル所ト同一ナルヲ以テ彼此参照セラレンコトヲ望ム

質貸借ノ目的タル物ハ契約成立ノ當時ニ於テ特定スルヲ要セス蓋消費貸借及使用貸借ハ要物契約ナルヲ以テ該契約成立スルト同時ニ其目的物ハ特定セサルヘカラスト雖反ニ質貸借ハ後ニ述フル如ク諾成契約ニシテ其成立ニハ物ノ引渡ヲ要セサルカ故ニ契約成立ノ際ニハ其目的物必シモ特定スヘキ要ナシ唯後ニ至リテ貸主カ質貸借ノ效力トシテ目的物引渡ノ義務ヲ履行スルトキニ於テ始テ特定スルモノトス

第二 貸主ハ借主ヲシテ物ヲ使用及收益セシムルコトヲ約シ借主ハ之ニ對シテ賃金ヲ拂フコトヲ約スルヲ要ス

質貸借ハ一方ニ於テ貸主ハ物ノ使用及收益ヲ供與スル義務ヲ負擔シ他方ニ於テ借主ハ賃金ヲ支拂フ義務ヲ負擔スルヲ以テ雙務契約ニシテ且有價契約ナリ而テ物ノ引渡ヲ要セス單ニ當事者ノ意思ノ合致ニ因テ成立スルカ故ニ諾成契約ナリ之消費貸借及使用貸借ト異ル所ナリ蓋使用貸借ト質貸借トノ間ニ如此區別ヲ設ケン所以ハ使用貸借ニ於テハ借主カ契約ノ直接效力トシテ物ヲ返還スル義務ヲ負フヲ以テ未タ物ヲ受取ラサル間ハ如上ノ義務ヲ負擔スヘキ理由ナシ反ニ質貸借ニ於テハ借主ノ負擔スル契約直接ノ義務ハ賃金支拂ニ在ルヲ以テ諾成契約ト爲スニ妨ナシト謂フニ在ルカ如シ然レトモ

使用貸借モ質貸借モ其ニ物ノ使用及收益ヲ目的トシ兩者共ニ雙務契約ニシテ其性質異ルコトナク物ヲ返還スヘキ義務ハ孰ノ場合ニ於テモ借主ノ負擔スル所ナリ故ニ此義務ノ如何ニ依テ二者ノ間ニ要物契約ト諾成契約ノ差別ヲ立ツルハ理論上未タ正當ナリト謂フヲ得ス唯此二者ハ報酬ノ有無ノ點ニ於テ異レリ然レトモ單ニ報酬ノ有無ノ一點ニ依リ其契約ノ性質ニ區別ヲ設クヘシト謂フハ未タ強力ナル證據ヲ有スル説ト云フヲ得ス二者ハ其目的ヲ同クシ又目的物ヲ同クス故ニ質貸借ヲ以テ諾成契約ト成サハ使用貸借モ亦諾成契約ト爲シ得サル理ナク之ヲ理論上ヨリ觀レハ瑞西債務法ノ如ク凡ラ諾成契約ト爲スコト正當ナルヘシ然レトモ我民法ハ從來ノ沿革ト我邦ノ慣習ニ倣ヒテ猶此差別ヲ設ケタリ

質貸借ニ依テ貸主ノ負擔スル義務ハ單ニ消極的ニ止ラスシテ目的物修繕ノ如キ積極的ノ義務ヲモ包含スルコトハ後ニ述フルカ如シ而シテ質貸借ニ依テ借主ノ取得スル使用及收益ノ權利ハ之ヲ質借權ト稱ス質借權ノ性質ニ關シテハ從來諸國ノ立法例分レテ二主義ト爲レリ

第一 物權主義

第二 債權主義

第三 折衷主義トモ謂フヘク登記ニ依テ物權ト爲スコトヲ得トナス主義

以上第一ノ主義ハ普國民法及舊民法ノ採用スル所ニシテ其理由トスル所ハ主トシテ第三者ニ對抗スルヲ得セシムル點ニ在リ詳言スレハ若質借權ヲ債權ト爲ストキハ質借主ハ單ニ質貸主ニ對シテノ主主張スルコトヲ得ルニ止リ第三者ニ對抗スルヲ得サルヲ以テ質貸借ノ目的ヲ達スルコト能ハサルニ至ルヘシト謂フニ在リ然レトモ單ニ對抗ノ一點ヲ以テ質借權ヲ物權ト爲スヘシト謂フハ薄弱ナル證據ト謂ハ

ナルヘカラス債權ト雖之ヲ登記スルハ第三者ニ對抗セシムルコトヲ得ヘシ況我民法ニ於テハ物權ト雖其設定ヲ第三者ニ對抗スルニハ尙登記ヲ要スルオヤ且其權利ノ性質同一ナル使用貸借ニ於テハ使用收益權ヲ以テ債權トシナカラ單ニ報酬ノ有無ニ因テ貸借權ヲ物權ト爲スハ其權衡ヲ得タルモノト謂フヲ得第三ノ主義ハ澳國民法ノ採用スル所ニシテ貸借權ハ本來債權ナレトモ唯第三者ニ對抗スルヲ得セシムル爲メ登記シテ物權ト爲スヲ得ト爲スニ在ルカ如シ登記ハ本來物權ノ對抗要件ナリト雖債權ト雖之カ登記ヲ絕對ニ許ササルノ理由ナク而シテ之ヲ登記シテ第三者ニ對抗スルヲ得セシムルニ於テ何等ノ妨ナシ故ニ貸借權ノ性質ヲ不明ニ埋ルカ如キ變則ノ主義ヲ採用スル迄ノ必要ナシ第二ノ主義ハ羅馬法以來多數立法例ノ認ムルノミナラス學說上亦多ク認ムル所ニシテ我國從來ノ慣習亦然リ加之ヲ物權ト爲ス立法例ニ於テモ猶貸賃人ハ賃借人ニ對シテ物ノ使用收益ヲ爲サシムル爲メ種種ノ行爲ヲ爲スヘキ債務ヲ負フモノト爲スカ故ニ寧全ク之ヲ債權ト爲スノ勝レルニ如カサルヲ以テ我民法ハ第二ノ主義ニ從ヒ賃借權ヲ以テ單純ナル債權ト爲シタリ

賃借人ハ賃賃人ニ對シテ賃金ヲ支拂フ義務ヲ負フモノニシテ賃賃借ノ有價契約ナルコトハ立法例並ニ學說上一致スル所ナリ然レトモ賃金ニハ如何ナル物ヲ以テ充當スヘキヤニ付テハ諸國ノ法制一様ナラス即羅馬法ハ賃金ハ必金錢ニ限ルモノトシ佛國民法ハ原則トシテ賃金ハ金錢ナルヲ要ストナシ土地賃賃借ノ場合ニハ例外トシテ其產出物ヲ以テ賃金ニ充當スルヲ得ト爲スコトハ同民法第一七六條ニ分果小作ノ規定ヲ設クルニ徴シ明白ニシテ學者ノ解釋モ亦同一ニ歸セリ反之或一二ノ法制ニ於テハ賃金ハ金錢ニ限ラサルノミナラス其他代替物又ハ勞務ヲモ之ニ充ツルコトヲ得ト爲スモノアリ然レトモ近來多數ノ立法例並ニ學說ハ金錢其他各種ノ物ヲ以テ之ニ供スルコトヲ認ムルニ至レリ我民法ニ於テハ

賃金ナル用語アルヲ以テ或ハ金錢ニ限ルヤノ感アリト雖金ナル用語ハ我法律上必シモ金錢ニ限ルノ意ニ非ナルコトハ終身定期金又ハ會社ノ積立金等ニ於テ之ヲ見ル加之佛法ノ所謂分果小作ノ如キ本邦ニ於テモ從來行レ來リタルモノニシテ第六一四條但書ニ徴シテモ之ヲ認ルコト明白ナリ故ニ我民法ニ所謂賃金トハ單ニ金錢ニ限ラス舊民法ト同一意義ニ用キラレタルモノニシテ即金錢其他有價物ヲ意味スルコトハ疑ナシ(財)一五條(獨民法ニ於テモ「ミートチンス」又ハ「バハトチンス」ハ金錢其他ノ代替物ヲ以テ充當シ得ヘキコトハ解釋上異論ノ存セサル所ナリ

賃借人ハ賃金ヲ支拂フ義務ヲ有ス故ニ賃借物ニ對スル公課ハ之ヲ負擔スルノ義務ナシ何トナレハ賃金ハ賃借物ノ使用收益ニ對スル對價ナルヲ以テ如此對價ニ非サル公課ハ之ヲ支拂フ義務ナケレハナリ舊民法ハ之ヲ明文ニ規定ス(財)一四〇條(一項)ト雖之當然言ヲ俟タサル所ナルノミナラス公課ノコトハ本來行政上ノ事項ニ屬スルヲ以テ新民法ハ之カ規定ヲ省略セリ

上述スル如ク我民法上賃金トハ金錢其他ノ有價物ナルヲ要スルヲ以テ一方ニ於テハ勞務ヲ以テ賃金ニ充ツルヲ得ルト同時ニ他方ニ於テハ權利ヲ以テ賃金ト爲スヲ得ス若賃金ニ充ツルニ勞務ヲ以テシタルトキハ多數ノ場合ハ雇傭契約ト爲リ又權利ヲ以テシタルトキハ賃賃借契約ハ成立セサルモ一種ノ無名契約トシテ有效ニ成立スルニ至ルヘシ

賃金ハ性質上必定期ニ之ヲ支拂フコトヲ要スルヤ否ヤ舊民法ハ定期ニ支拂フ爲スヲ要ストセリ(財)一五條)我新民法ニ於テモ第六一四條ニ賃金支拂ノ時期ヲ規定シ一定ノ時期爲ニ其支拂フ爲スヲ要スルカ如ク見ユト雖此規定ハ強行ノ規定ニ非スシテ當事者ニ於テ別段ノ特約ヲ爲スヲ妨ケス當事者ハ契約ヲ以テ賃金ノ前拂ヲ爲シ又ハ後拂ヲ爲スコトヲ得ヘキコトハ第六一三條ノ法文ニ照シテモ明ナリ然

レトモ質金ハ一定ノ期間内ニ於ル物ノ使用及収益ニ對スル對價ナルヲ以テ此特質ハ假令前拂又ハ後拂ニ依テ質金ヲ一時ニ支拂フ場合ニ於テモ之ヲ失ハサルヲ要ス何トナレハ時間ノ長短ニ拘ラス尙同一ノ對價ヲ支拂フ場合ニハ其對價ハ質金ト謂フヲ得サレハナリ例之馬車一日ノ質金十圓トスレハ或人カ乗用ノ爲メ半日間馬車ヲ借り受ケ之ニ對シテ五圓ヲ支拂ヘハ此五圓ハ借貸ナリ反之馬車ヲ借受ケタルモ之ニ支拂フ金額ハ一日借受タルモ亦數月借受ルモ同ク十圓ナリトスルトキハ右ノ十圓ハ借賃ニ非サルナリ隨テ其契約ハ質貸借ニ非サルカ如シ

質貸借ノ豫約即質貸借ノ成立ヲ目的トスル契約ニ付テハ舊民法ハ明文ヲ以テ之ヲ規定セリ(財一一七條三項)然レトモ新民法ニ於テハ質貸借ハ有價契約ナルヲ以テ第五九條ニ依リ質買ノ豫約ニ關スル規定ヲ設クル必要ナキカ故ニ之ヲ省略セリ質買ノ豫約ニ關シテハ既ニ其詳述アリタルハ之ニ依テ以テ質貸借ノ豫約ヲ推究セラルヘシ

第二節 質貸借ノ存續期間

質貸借ハ貸主ヨリ之ヲ觀レハ貸主ハ之ニ因テ質金ヲ得ルモノニシテ物ヲ利用スル一方法ナリ又之ヲ借主ヨリ觀ルモ借主ハ之ニ因テ他人ノ物ヲ使用収益スルモノニシテ畢竟物ヲ利用スルノ方法ニ過キス故ニ質貸借ハ當事者孰ノ方面ヨリ觀察スルモ一種ノ物件利用方法ニシテ其性質ハ管理行為ナリ隨テ質貸借ヲ爲スノ能力ハ完全ナリ能力者又ハ處分權限ヲ有スル者ノミナラス又處分無能力者又ハ處分權限ナキ者ト雖之ヲ爲スコトヲ得ト謂ハサルヘカラス然レトモ此兩者ハ均ク質貸借契約ヲ締結スル能力又ハ權限ヲ有スト雖其締結スル質貸借ノ存續スル期間ニ關シテハ二者ノ間ニ其長短ヲ異ニスルヲ以テ以下

細別シテ之ヲ説明セントス

第一 處分能力又ハ處分權限アル者ノ爲ス質貸借ノ期間

處分能力者又ハ處分權限者ノ質貸借ノ存續期間ハ二十年ヲ超ユルヲ得ス(六〇四條一項)蓋質貸借ハ其性質管理行為ナルヲ以テ此等ノ者カ質貸借ヲ爲ス場合ニハ其期間ヲ制限スル必要ナキカ如シ然レトモ元來借主ハ借用物ヲ使用収益スルヲ以テ此カ保存改良ニ注意ヲ加ヘサルニ非サルモ自己ノ所有物ニ對スルカ如キコトハ到底之ヲ望ムヘカラス又貸主ハ物自體ハ自己ノ所有ニ屬スルモノナレトモ自ラ直接ニ使用収益スルニ非サルヲ以テ到底自ラ之ヲ使用収益スル場合ノ如キ改良ハ得テ之ヲ期待スヘカラス如此ハ物ノ保存改良ハ完全ニ之ヲ希望スヘカラスルコトナリ國家經濟上非常ニ不利益ナリ加之若徒ニ長期ノ質貸借ヲ許ストキハ借主ハ既ニ使用収益ヲ終リタルニ拘ラス徒ニ期限ノ爲ニ制限セラレテ返還スルヲ得ス又貸主ハ必要已ムヲ得サル場合モ之カ返還請求ヲ爲スヲ得ルノ利益ナリ當事者共ニ不利益ノ結果ヲ被ルニ至ルヘシ(但各當事者ハ自己ノ爲ニ設ケラレタル期限ノ利益ヲ拋棄シ得ル場合ハ格別ナリ)故ニ近世ノ立法例ハ大概質貸借ノ存續期間ヲ規定セサルハナシ而シテ其存續期間ノ長短ニ關シテ之ヲ三十年ト爲スモノ多ク舊民法亦然リト雖新民法ハ從來ノ慣例ニ倣ヒテ二十年トセリ然レトモ二十年以上ノ質貸借ハ全部無効ニ非シテ二十年ヲ超過シタル部分ノミ無効ナリ換言スレハ二十年以上ノ質貸借ハ二十年ニ短縮ス(六〇四條一項)

如此質貸借ノ期間ハ二十年ヲ超ルヲ得スト雖此期間ハ何時ニテモ更新スルコトヲ得但更新シタル期間ハ又二十年ヲ超ユルヲ得ス何トナレハ質貸借ノ存續期間ハ如何ナル場合ニ於テモ二十年ヲ超過スルヲ得ザレハナリ而シテ更新期間ノ起算點ハ更新ノ時ナリ(六〇四條二項)

賃貸借ハ土地ヲ以テ目的ト爲スコトヲ得又其使用ノ目的モ法律ニ於テ一定セラルヲ以テ或土地ノ使用權カ地上權地代ヲ拂フ場合)又ハ永小作權ナリヤ或ハ賃借權ナリヤヲ識別スルコトハ頗困難ニシテ畢竟當事者ノ意思如何ニ歸スヘシ然レトモ地上權ハ當事者カ其存続期間ヲ定ムサルトキハ裁判所ニ於テ二十年乃至五十年ノ範圍内ニ於テ事情ヲ酌量シテ定ムルヲ以テ若或土地ノ使用權カ地上權ナリヤ賃借權ナリヤヲ判別スルニ付テハ其存続期間ハ大ニ參考スヘキ標準トナルヘシ又永小作權ノ存続期間モ同ク二十年乃至五十年ノ範圍ナルヲ以テ同一ニ觀ルヲ得ヘシ然レトモ存続期間ハ絕對ノ標準ニ非スシテ唯參考スヘキ補助ノ標準ナルノミ故ニ二十年以上ノ期間ナル故ニ直ニ地上權又ハ永小作權ナリト謂フ得サルト同時ニ二十年以下ナルカ故ニ直ニ賃貸借ト謂フ得サルハ言フ俟タサルナリ

第二 處分無能力者又ハ無權限者ノ爲ス賃貸借ノ期間

爰ニ處分無能力者トハ處分行爲ヲ爲シ得サルモ管理行爲ヲ爲シ得ル者ヲ謂ヒ處分無權限者トハ處分行爲ヲ爲ス權限ナキモ管理行爲ヲ爲ス權限ヲ有スル者ヲ謂フ例之前者ハ華禁治產者ノ如ク後者ハ權限ノ定メナキ代理人ノ如キ是ナリ故ニ此等ノ者ハ性質上管理行爲ニ屬スル賃貸借ヲ爲スニ付テハ能力者又ハ權限者ト其期間ニ關シテ區別スルノ要ナキカ如シト雖長期ノ賃貸借ハ殆處分行爲ト異ナラサルノ結果ヲ生スルヲ以テ無能力者又ハ(本人無權限者ニ對シテ)ヲ保護スルノ必要上民法ハ第一ノ場合ニ比シテ更ニ一層其期間ヲ短縮セリ而シテ其短縮シタル程度ハ賃貸借ノ目的物ノ種類並ニ其使用ノ目的ニ依テ異ナレハナリ即土地ノ賃貸借ハ原則トシテハ五年ナルモ使用ノ目的物ノ種類並ニ其使用ハ伐採ニ在ルトキハ十年トセリ之場合ニハ普通ノ存続期間内ニテハ其目的ヲ達スルコトヲ得ザレ

ハナリ又建物ハ三年動産ハ六箇月トセリ如此區別ヲ生スル所以ハ要スルニ無能力者又ハ本人ノ財産上ニ及ス利害ノ影響ヲ重スルヲ以テナリ(第六〇二條)

以上ノ期間ハ更新スルコトヲ許ササルヲ原則トス蓋無能力者又ハ無權限者ニシテ何時ニテモ更新ヲ爲スコトヲ許ストキハ法律ニ於テ存続期間ヲ制限シタル趣旨ト背馳スル結果ヲ生スルヲ以テナリ然レトモ此等ノ者ト雖賃借ノ終了ニ近キタル時期ニ於テハ既ニ其經驗ヲ得最良非常ナル損害ヲ招クカ如キコトナカルヘキヲ以テ民法ハ賃貸借ノ終了於テ即其期間滿了前土地ニ付テハ一年内建物ニ付テハ三箇月内動産ニ付テハ一箇月内ニ其更新ヲ爲スコトヲ得トセリ(六〇三條)

無能力者カ以上ノ存続期間ヨリ長キ期間ノ賃貸借ヲ爲シタルトキハ其契約ノ效力如何此場合ニ於テハ其契約ハ無効ナリト謂フモノアリ然レトモ無能力者ノ行爲ハ當然無効ト爲ルニ非スシテ單ニ取消シ得ヘキニ止ルコトハ疑フ容レサル所ナリ又無權限者ノ場合ハ其契約ハ無効ナレトモ後ニ至リ本人之ヲ追認スルトキハ其時ヨリ有效ニ成立スルコトハ代理ノ通則ニ依テ明白ナリ

第三節 賃貸借ノ效力

賃貸借ノ效力ハ當事者間ニ於ルモノト第三者ニ對スルモノトノ二アリ今法典ノ順序ニ從ヒ第三者ニ對スル效力ヲ先説明セン

第一款 第三者ニ對スル效力

賃貸借ノ性質ハ前既ニ説明シタル如ク物權ニ非スシテ債權ナルヲ以テ其效力ハ單ニ契約ノ當事者間ニ

ノミ止リ第三者ニ對シテ之ヲ主張スルヲ得ス然レトモ質借權ニシテ第三者ニ對抗シ得サルモノトスレハ質借人ハ何時質借物ニ付物權ヲ取得シタル第三者ヨリ追奪セララルルノ危險アルヲ以テ安全ニ質貸借ノ目的ヲ達スルヲ得サルノミナラス其結果質借物ノ保存改良ニ付充分ナル注意ヲ拂ハサルコトナリ國家經濟ノ上ヨリ觀ルモ亦大ニ不利益ナリ故ニ質借權ハ假令債權ナリトスルモ第三者ニ對抗シ得ル效力ヲ附與スルノ必要アルコトハ疑ヲ容レサル所ニシテ二三ノ立法例ニ於テ質借權ヲ以テ物權ト爲スニ徴シテモ亦明白ナリ故ニ質借權ヲ以テ債權ト爲ス法例ニ於テハ質借權當事者以外ニ及ス效力ヲ認ムルヲ通常トスレトモ其制度必シモ一様ナラス之ヲ大別スレハ

第一 質借權ノ效力ヲ單ニ質借物ノ買主其他ノ權利承繼人ニ及スノ主義ニシテ此等ノ者ハ或期間前主ノ爲シタル質貸借ヲ解除スルヲ得サルモノトス
第二 不動産ノ質貸借ハ之ヲ登記スレハ第三者ニ對抗スルコトヲ得ルモノト爲ス主義ナリ此ニモ亦二種ノ區別アリ

(甲) 不動産ノ質貸借ハ一般ニ登記ヲ爲スコトヲ得ルモノ
(乙) 不動産ノ質貸借ハ一定ノ年數以上ノ期間ヲ有スルモノニ非サレハ登記スルコトヲ許ササルモノ
以上第一ノ制度ハ質借權ヲ保護スルニ於テ未充分ナリト謂フヲ得ヌ又第二制度ノ乙ハ佛國民法ノ採用スル所ニシテ登記ニ因テ質借權ノ第三者ニ對スル效力ヲ認メタルハ可ナリト雖質借權ノ期間ノ長短ニ因テ如此區別ヲ爲スヘキ底ノ理由ナキヲ以テ民法ハ第二制度ノ甲ヲ採用シ一般ニ不動産ノ質貸借ハ之ヲ登記スルトキハ其不動産ニ付物權ヲ取得シタル第三者ニ對シテモ其效力ヲ有スルモノト爲シ物權取得者ニ對抗シ得ルヲ以テ債權取得者ニ對抗シ得ルハ固ヨリ言フ俟タサル所ナリ而シテ質貸借カ此效力

0273

ヲ生スルハ登記以後ニシテ登記以前ハ單ニ當事者間ニ於テノミ效力アルニ止ルモノナリ(六〇五條)
如此質貸借ハ登記ニ因テ物權的效力ヲ生スルヲ以テ若質借物權共ニ登記セラレタルトキハ二者ノ優劣ハ登記ノ前後ニ從テ之ヲ定メサルヘカラス然レトモ之ニ對シテ一ノ例外アリ即質貸借並ニ抵當權ノ登記アリタルトキニ質貸借ノ登記カ抵當權登記ノ後ナルニ拘ラス抵當權ニ對抗スルコトヲ得ル場合ナリ(二九五條)質貸借カ抵當權ニ對シテ此效力ヲ有スルニハ下ノ條件ヲ具備セサルヘカラス

第一 其質貸借ハ第六〇二條ニ定メタル期間ヲ超ヘサルコト
第二 其質貸借カ抵當權ニ損害ヲ及ササルコト
右詳細ノ説明ニ付テハ抵當權ノ講義ニ於テ研究セラレタリト考フルヲ以テ爰ニハ之ヲ省略ス
以上説明シタル所ハ質貸借ノ目的カ不動産ナル場合ナリ質貸借ノ目的カ動産ナリシ場合ニ付テハ民法ニ其規定ナキヲ以テ不動産ノ目的トセル場合ノ如ク第三者ニ對抗スル效力ヲ生セサルモノト謂ハサルヘカラス然レトモ動産ニ關スル物權ノ讓渡ハ引渡アルニ非サレハ第三者ニ對抗スルコトヲ得サルカ故ニ結果ニ於テハ不動産ト同一ニ歸スヘク唯質貸借ノ效力トシテ發生セサルノミ詳言スレハ或動産ヲ目的トシテ質貸借ヲ締結シタル場合ニ質借人カ動産ノ引渡ヲ受ケタルトキハ從令爾後質借人カ之ヲ第三者ニ讓渡スモ第三者ハ動産ノ引渡ヲ受ケサルヲ以テ質借人ニ對抗スルヲ得ス故ニ質借人ハ第三者ヨリ動産ノ引渡請求ヲ受ケルモノ之ニ應ズルニ及ハス依然之ヲ占有シテ使用收益シ得ルカ故ニ其結果ハ動産ノ引渡ヲ受ケタル場合ハ之ヲ第三者ニ對抗シ得ルコト否トヲ問ハス質貸借ハ單ニ當事者間ノミノ關係ニ止マリ第三者ニ對シテハ其效力ヲ及ササルモノトス

第二款 當事者ニ於ル效力

第一項 賃貸人ノ義務

賃借債ニ依リ賃貸人カ賃借人ニ對シテ物ノ使用及收益ヲ爲サシムル義務ヲ負フコトハ前既ニ之ヲ説明シタリ而シテ此義務ハ賃借契約ヨリ當然生ズル契約上ノ義務ニシテ其内容ハ單ニ賃借人カ賃借物ノ使用及收益ヲ爲スコトヲ妨ケサルノミナラス尙進テ物ノ引渡又ハ修繕等ヲ爲スヘキ積極的義務ヲ包含ス隨テ賃貸人ハ此義務ヲ負擔スルニ因リ賃借物引渡ノ義務賃借物保存ノ義務賃借主カ保存行爲ヲ爲シタルトキハ其費用償還ノ義務瑕疵擔保ノ義務尙ニ賃借人ノ使用收益ヲ妨害セサルノ義務ヲ負擔スルモノトス

第一 賃借物引渡ノ義務

賃借債ハ諾成契約ニシテ其成立ニハ物ノ引渡ヲ要セサルヲ以テ賃貸人ハ賃借人ニ物ノ引渡ヲ爲ササルヘカラス若賃借人ニシテ此義務ナクシテ賃借人ハ賃借物ノ使用收益ヲ爲スニ由ナケレハナリ獨逸民法ハ明文ヲ以テ之ヲ規定スレトモ此義務ハ賃借債ノ性質上當然謂フテ俟タサルヲ以テ我民法ハ之カ規定ヲ設ケナリキ賃借人カ賃借物ヲ引渡スニハ其使用及收益ヲ爲スニ適當ナル狀態ニ於テ之ヲ爲ササルヘカラス故ニ賃借物ニ瑕疵存在スルトキハ之ヲ修繕シ引渡ヲ爲スヲ要ス又賃借物ニ對シ障害アルトキハ之ヲ排除シテ引渡ヲ爲ササルヘカラス又賃借物ニ附屬セル從物存在スルトキハ元物ト共ニ其引渡ヲ爲ササルヘカラス若賃借人ニシテ賃借物ノ引渡ヲ爲ササルカ或ハ使用收益ニ適當ナル狀

態ニ於テ引渡ヲ爲ササルトキハ賃借人ハ賃借契約ヲ解除シ且之カ爲ニ損害ヲ被リタルトキハ其賠償ヲモ請求スルヲ得ヘシ

第二 賃借物保存ノ義務(六〇六條一項)

賃貸人ハ一定期間内賃借人ヲシテ物ノ使用收益ヲ爲サシムル義務ヲ負フヲ以テ賃借債ノ存續スル期間内ハ賃借物ヲ保存シテ賃借人ノ使用收益ヲ完カラシメサルヘカラス若賃借物ニシテ破損等アルモノヲ修復セサルトキハ賃借人ノ使用收益モ其程度ニ於テ減少スルノミナラス場合ニ依テハ存續期間ノ經過セサル内ニ全ク之ヲ失フコトアルヲ以テ賃貸人ハ完全ニ使用收益ヲ許容セル義務ヲ履行シタルモノト謂フヲ得ス之賃貸人ニ保存義務在ル所以ナリ然レトモ保存義務ハ物ノ使用及收益ニ適當ナル程度ニ於テ存在ス使用收益ニ必要ナル以上ノ保存行爲ハ之ヲ爲スヲ要セス保存義務ノ最主要ナルハ修繕ノ義務ナリ賃貸人ハ賃借人ノ使用收益中賃借物ニ破損等ヲ生シタルトキハ直ニ修繕シテ其使用收益ニ妨ナカラシメサルヘカラス然レトモ修繕ノ義務ハ賃借人ノ故意又ハ過失ニ因テ瑕疵ヲ生シタルトキハ之ヲ負擔セズ特約又ハ慣習ニ依リ其一部又ハ全部ヲ免除スルコトヲ得ヘシ此他ノ場合ニ於テハ賃借人ハ常ニ修繕ノ義務ヲ負フモノニシテ其修繕ハ通常ノモノト臨時ノモノトヲ問ハス又大ナルモノト小ナルモノトヲ區別セス之使用賃借ニ於テ賃主カ負擔スル義務ト異ル所ナリ修繕ハ賃貸人ノ進テ之ヲ爲シ得ヘシ賃貸人カ修繕ノ義務ヲ履行セサルトキハ賃借人ハ契約ノ解除及損害賠償ノ請求ヲ爲スコトヲ得

第三 費用償還ノ義務(六〇八條)

民法債權 契約各論 物ニ關スル契約 使用目的トスル契約 賃借債 賃借債ノ效力

0274

上述スル如ク貸借物ヲ保存スルハ貸借人ノ義務ナルカ故ニ貸借人ニシテ此義務ヲ履行セザルトキハ貸借人ハ強制履行ノ方法ニ依テ其目的ヲ達シ得ヘシト雖其手續ノ煩ヲ避ケントスル場合又ハ保存行為ヲ要スルコト急迫ニシテ貸借人ニ通知スルノ迫ラキ場合ニ於テハ白ラ之ヲ爲スコトヲ得加之貸借物ノ履行爲ハ貸借主ニ於テ何時ニテモ之ヲ爲スコトヲ得ヘシ又貸借人ハ貸借物ノ使用收益中之ニ改良ヲ加フルコトヲ得ヘシ如上物ノ保存又ハ改良ノ爲ニ貸借人カ之ニ要スル費用ヲ支出シタルトキハ貸借人ハ之ヲ償還セザルヘカラス何トナレハ物ノ保存ハ本來貸借人ノ義務ニ屬スルヲ貸借人代テ之ヲ履行シタルモノナレハ之カ所要ノ費用ハ貸借人ニ於テ之ヲ負擔スルコト當然ナレハナリ又物ニ改良ヲ加ヘタルトキハ貸借物ハ其價額ヲ増加スルヲ以テ之ニ要シタル費用ヲ償還スルニ非サレハ貸借人ハ不當ノ利得ヲ爲スニ至レハナリ故ニ貸借人ノ償還スヘキ費用ハ必要費及有益費ノ二種ナリ必要費ハ貸借人カ物ノ保存ニ要シタル全額ヲ償還スルコトヲ要シ其減額ヲ請求スルヲ得然レトモ貸借人ノ保存義務ハ物ノ使用收益ニ必要ナル程度ニ於テ存スルヲ以テ此義務ノ結果タル必要費償還ノ義務モ亦物ノ使用收益ニ必要ナル程度ニ於テ存在スルヲ以テ此義務ノ結果タル必要費償還シ必要以上ノ保存行為ヲ爲シタルトキハ貸借人ハ單ニ其使用收益ニ必要ナル部分ノ保存費用ヲ償還スレハ足ル其他ノ部分ニ對シテハ之ヲ償還スルノ義務ナシ必要費ハ貸借主ノ請求ニ因リ何時ニテモ之ヲ償還セザルヘカラス

有益費ハ貸借物ノ改良ノ爲ニ要スル費用ニシテ物ノ改良ハ貸借人ノ義務ニ屬セス唯之ヲ償還セシムルハ貸借人ノ不當利得ニ因ルモノナルカ故ニ其償還額ニ關シテハ貸借人ニ選擇ノ自由ヲ與ヘ實際ノ支出額又ハ改良ニ依ル増加額ノ一ヲ償還スヘキモノトセリ而シテ其償還ノ時ニ關シテモ亦必要費ノ

場合ト異リ貸借終了ノ時ニ於テ之ヲ償還スヘキヲ原則トシ貸借人ノ請求ニ因ルトキハ裁判所ニ於テ相當ノ猶豫期間ヲ與フルコトヲ得ルモノトス蓋此場合ニハ貸借人ハ貸借物カ自己ノ物ニ非シテ他日之ヲ返還セザルヘカラサルヲ知リナカラ之ニ改良ヲ加ヘタルモノナレハ此點ニ於テ惡意ノ占有者ト同一視スヘキモノナルカ故ニ民法第一九六條第二項ヲ準用スルコトトシタルナリ貸借人ノ有益費償還請求權ハ貸借人カ貸借物ノ返還ヲ受ケタル時ヨリ一年内ニ之ヲ行使スルニ非サレハ時効ニ因テ消滅ス(六二二條、六〇〇條)

第四 瑕疵擔保ノ義務

質貸借ハ有價契約ナルヲ以テ瑕疵擔保ノ義務ニ付テハ賣買ノ規定ヲ準用スヘキモノトス質貸物修繕ノ義務ハ究竟質貸物ノ瑕疵ヲ修復スルノ義務ナルヲ以テ瑕疵擔保ノ義務ナリト雖之ニ付テハ既ニ述ヘタレハ爰ニハ再贅言セス

質貸人ノ瑕疵擔保ノ責任ハ目的物ニ隱レタル瑕疵アル場合ニ限ル若表レタル瑕疵アルトキハ質借人ハ之ヲ知り得ヘク之ヲ知ラサルハ自己ノ過失ニ屬スルカ故ニ質貸人ニ擔保ノ義務ヲ負ハシムヘキニ非ス而テ隱レタル瑕疵アル場合ト雖質借人ノ之ヲ知ルトキハ亦質貸人ニ其義務ヲシ何トナレハ質借人ハ初ヨリ之ヲ知ルヲ以テ何等ノ損害ヲ被ルコトナクテハナリ故ニ質貸人カ瑕疵擔保ノ責任ニ任スヘキ場合ハ質貸物ニ隱レタル瑕疵存在シ質借人ノ之ヲ知ラサル場合ニ於テ質借人カ其瑕疵ノ爲ニ契約ノ目的ヲ達スルコト能ハサルトキハ契約ヲ解除シ且損害償還ヲ請求スルコトヲ得ヘシ又瑕疵アルニ拘ラス尙契約ノ目的ヲ達スルニ妨ナキ場合ハ質借人ハ單ニ損害賠償請求權ヲ有スルニ止ル然レトモ以上ノ場合ニ於テ若當事者ノ意思カ瑕疵ノ存スル物自體ヲ以テ質貸借ノ目的ト爲スコトニ在

0275

ルトキハ賃借人ニ瑕疵擔保ノ義務ナキハ固ヨリ言フ俟タサルナリ
第五 賃借人ノ使用收益ヲ妨害セタルノ義務

賃借人ハ賃借人ノ使用收益ヲ爲スニ對シ之ヲ妨害セサルヲ要ス何トナレハ賃借人ハ賃借人ヲシテ賃
貨物ノ使用收益ヲ爲サシムルコトヲ約シタルモノナレハ賃借人ヲシテ何等ノ障害ニ遭フコトナク平
穩ニ使用收益ヲ爲サシムル義務ヲ負擔セサルヘカラサレハナリ而シテ賃借人ハ獨自ヲ妨害ヲ爲サ
ルノミナラス第三者カ賃借人ニ對シ使用收益ヲ妨害シタル場合ニ於テモ亦之ヲ排除セサルヘカラス
爰ニ所謂妨害ハ事實上ノモノタルト法律上ノモノタルト問ハス唯第三者カ加フル場合ハ法律上ノ
場合ニ限ル何トナレハ事實上ノ妨害ハ賃借人自身ニ對スルモノナレハ賃借人ニ其責任ナキコトハ言
フ俟タサレハナリ賃借人ニシテ此義務ニ反スルトキハ場合ニ依リ賃借人ハ契約ノ解除又ハ賃金減少
及損害賠償ヲ請求シ得ヘシ

第二項 賃借人ノ義務

賃借人ノ義務ハ賃金支拂ノ義務賃借人ノ保存行爲ヲ忍容スル義務一定ノ用方ニ從テ使用收益スル義務
通知ノ義務及賃借物返還ノ義務ナリトス

第一 賃金支拂ノ義務

賃金ノ性質ニ關シテハ第一節ニ於テ既ニ之ヲ述ヘタリ賃借人ハ賃借物ノ使用收益ヲ爲シタルト又自己
ノ身上ニ關スル原因ニ因テ之ヲ爲ササルト問ハス必賃金支拂ノ義務ヲ負擔スルモノナリ唯或特別ノ
事情存スルトキハ賃金ノ減額ヲ請求シ得ルノミ故ニ爰ニハ賃金支拂ノ數額並ニ時期ニ付テ説明スヘシ

甲 賃金額

賃金額ハ當事者合意ヲ以テ之ヲ定ムルヲ普通トス然レトモ或ハ第三者ヲシテ之ヲ定ムルコトヲ
得ヘシ又地方ノ慣習存在シ當事者之ニ依ルノ意思アリト認メ得ヘキトキハ慣習ニ依テ之ヲ定ム(九
二條)而テ其就ノ場合ヲ問ハス賃借人ハ其金額ヲ支拂フコトヲ要ス若其金額ヲ支拂ハサルトキハ賃
借人ハ賃金支拂ノ義務ヲ履行シタルモノト謂フヲ得然レトモ賃借人ハ一定ノ事情存在スルトキハ
賃金ノ減少ヲ請求スルコトヲ得ヘシ而シテ其場合ニ二アリ即

(一) 收益カ賃金ヨリ少キ場合

賃借物ノ收益カ賃金ヨリ少額ナル場合ニハ賃借人ハ賃借人ニ對シテ賃金ヲ收益額迄ヲニ請求スル
コトヲ得然レトモ此請求ヲ爲スニハ下ノ條件ヲ具備スルコトヲ要ス

第一要件 收益ヲ目的トスル土地ノ賃借タルコトヲ要ス但宅地ハ此限ニ在ラス

賃金減額ノ場合ヲ收益ヲ目的トスル土地賃借ニ制限セシ所以ハ立法ノ精神小作人ヲ保護スル
ニ在ルヲ以テナリ蓋本邦ハ古來農ヲ以テ建國ノ基礎ト爲シ農事ハ夙ニ發達シテ各地地主ト小作
人ノ存在スルヲ見サルハ莫シ故ニ此兩者ノ關係ヲ規定スルニハ殊ニ最注意スルヲ要ス而シテ本
法ハ多數ノ貧困ナル小作人ヲ保護セシカ爲ニ本條ノ規定ヲ設ケタルヲ以テナリ宅地ハ本來使用
ノ目的トスルヲ普通トスレトモ若收益ヲ目的トスル場合アリトスルモ別ニ其賃借人ヲ保護スヘ
キ底ノ理由ナク且本邦從來ノ慣習亦然ルヲ以テ宅地ハ之ヲ除外シタリ

第二要件 賃借人ハ不可抗力ニ因テ賃金ヨリ少キ收益ヲ得タルコトヲ要ス

理論上ヨリ觀察スレハ賃借借ニ於テ收益ノ危險ハ賃借人之ヲ負擔セサルヘカラス何トナレハ收

益ノ危険ハ質借人ニ於テ契約締結ノ當初之ヲ豫期セサルヘカラサレハナリ然レトモ前既ニ述ヘタル如ク質金減額ノ場合ハ小作人ヲ保護スルコト立法ノ精神ニシテ此等多數ノ小作人ハ殆皆窮ニ陥リ收益中質金ヲ支拂ヒタル殘額ヲ以テ僅ニ露骨ヲ撃ツニ過キス故ニ一朝凶歲到レハ忽チ糊口ニ差支ヘ一家眷旣飢餓スルノ已ヲ得サルニ至ル然ルニ猶質金全額ヲ支拂ハサルヲ得ストスレハ彼等ハ如上ノ困難ニ加フルニ尙負債ヲ爲ササルヘカラサルニ至ラン故ニ古來ノ慣例ニ於テモ凶歲等ノ原因ニ因リ小作人カ小作料ヨリ少額ノ收穫ヲ得タル場合ハ小作料ノ減額一般ナルヲ以テ本法モ亦此慣例ニ倣ヒ質金ヨリ少キ收益アリタル場合ニハ質金ノ減額ヲ請求シ得ヘキモノトセリ然レトモ質借人ニシテ如此場合ニ遭遇スルコト引續二年以上ニ亙ルトキハ到底質賃借ニ因テ目的トシタル利益ヲ享受スル能ハサルカ故ニ民法ハ更ニ彼等ヲ保護シテ契約ノ解除ヲ爲シ質金支拂ノ義務ヲ免ルコトヲ得トセリ舊民法ハ三年以上不可抗力ニ因リ質金ヨリ少キ收益ヲ得ルヲ要スト(附一二條)雖本法ハ之ヲ以テ酷ニ失スルノミナラス永小作權ノ場合ト權衡上宜シキヲ得サルモノトナシ之ヲ二年ニ改メタリ

本條ノ場合ヲ永小作ノ場合ト比較スルニ永小作人ハ收益ノ危険ヲ負擔シ且收益皆無ナルコト三年又ハ小作料ヨリ少キコト五年ニ及フトキハ永小作權ヲ抽棄スルコトヲ得ルモノトセリ蓋如此差異アル所以ハ蓋永小作ハ質賃借ニ比シ其期間遙ニ長キヲ以テ永小作人ハ其存續期間内ニ於テ損得相償フコトヲ得ヘク又地主ハ小作料ヲ質金ニ比シテ遙ニ低廉ナルヲ以テ年ノ豊凶ニ拘ラズ長期間内平均シテ之ヲ受ケント欲スルニ在ルヲ以テ兩者ノ間ニ如此區別ヲ生セシ所以ナリ

收益減少ノ原因ハ不可抗力ニ因ルコトヲ要ス舊民法ハ收益減少ノ原因ヲ戰爭旱魃水暴風火災

ノ如キ不可抗力又ハ官ノ處分ト爲シ不可抗力ト官ノ處分ヲ別視セリ然レトモ官ノ處分ト雖當事者ヨリ之ヲ視レハ戰爭火災ト同ク一ノ不可抗力ニ過キス故ニ本法ハ單ニ不可抗力ニ因ルモノト爲シタリ

(二) 質借物ノ減失ニ因ル場合

質借物ノ減失ニ因テ質金ノ減少ヲ請求シ得ルニハ下ノ要件存在スルコトヲ要ス

第一要件 質借物ノ一部減失スルコトヲ要ス 質借物全部減失スルトキハ質賃借契約ノ目的物ヲ失フカ故ニ終了ス反之其一部分ノ減失シタル場合ニハ質借人ハ尙存續スルヲ得ヘシト雖其殘餘ノ部分ノミニテ使用收益ノ目的ヲ達シ得サル場合ニハ質借人ハ契約ヲ解除スルコトヲ得サルヘカラス何トナレハ當事者ハ使用收益ヲ目的トシテ質賃借契約ヲ結ビタルモノナルカ故ニ其目的ヲ達シ得サルニ拘ラス尙之ヲ存續スルモノトスルハ當事者ノ意思ト相容レサルノミナラス又實際上何等ノ利益ナケレハナリ若一部減失スルモ猶契約ノ目的ヲ達スルニ妨ナキ場合ハ質借人ハ減失ノ割合ニ應ジテ質金ノ減少ヲ請求スルヲ得ヘシ蓋質金ハ質借物ノ使用收益ヲ爲ス對價ニシテ物ノ一部分減失スルトキハ其部分ノ使用收益モ亦減失セラルルヲ以テ從テ之ニ相當スル對價モ亦支拂ノ義務ナケレハナリ

第二要件 物ノ減失ハ質借人ノ過失ニ因ラサルコトヲ要ス 質貨物ノ危険ハ質借人ノ負擔スヘキモノナリ又質貨物ノ減失カ質借人ノ故意又ハ過失ニ因ルトキハ質借人ニ於テ其責任ナキコトハ言フ俟タズ唯物ノ減失ニ付質借人ニ責任ヲ生スルハ自己ノ故意又ハ過失ニ因ル場合ナリ之物ノ減失ノ原因カ質借人ノ過失ニ因ラサル場合ニ非レハ質金減額請求權ナキ所以ナリ

乙 質金支拂ノ時期

質金支拂ノ時期ニ關シテハ各國ノ法制ニ様ナラス獨逸民法ハ原則トシテ質貸借ノ終了ニ支拂フヘキモノトシ質金カ一定期間ニ依テ定ムラレタルトキハ各期間ノ經過毎ニ又土地ノ質貸借ノ場合ハ四分ノ一曆年ノ經過毎ニ次月ノ第一業日ニ支拂フモノトセリ舊民法ハ質金ノ金錢ナルト果實ナルトニ依テ支拂時期ニ異ニシ前者ノ場合ニハ毎月末ニ後者ノ場合ニハ收穫後ニ支拂フモノトセリ我民法ハ我國從來ノ慣習ト實際上ノ便宜トニ鑑ミ質借物ノ種類性質ニ依テ其時期ヲ定メタリ而シテ質借人ハ契約ヲ以テ定ムタル場合ノ外質金前拂ノ義務ナキコトハ學說及立法例ニ於テ殆一致スル所ナルヲ以テ我民法ニ於テ質金支拂ノ時期ハ下ノ如クナルヘシ

第一 契約ヲ以テ支拂時期ヲ定ムル場合

此場合ハ其契約ニ於テ定マリタル時期ニ支拂フ爲メ要ス而シテ契約ニ於テ或一定ノ時期ニ於テ一度ニ支拂フコトヲ定ムルトキハ之ヲ一時拂ト謂ヒ一定ノ時期毎ニ支拂フコトヲ定ムルトキハ之ヲ定期拂ト謂フ又質貸借ノ初ニ之ヲ支拂フトキハ之ヲ前拂ト稱シ質貸借ノ終ニ支拂フトキハ之ヲ後拂ト稱ス當事者ハ以上孰ニ定ムルモ隨意ナリ

第二 契約ヲ以テ支拂時期ヲ定ムル場合

甲 慣習アル場合 契約ヲ以テ支拂時期ヲ定ムル場合ニ慣習アレハ當事者ニシテ此慣習ニ依ルノ意思アリト認メ得ヘキ場合ハ其慣習上ノ時期ニ支拂フコトヲ要ス(九二條)

乙 慣習ナキ場合 此場合ハ前ニ述ヘタル如ク民法ハ質借物ノ種類及性質ニ依リ其支拂時期ヲ異ニセリ即

一 動産、建物及宅地ニ付テハ毎月末

二 宅地外ノ土地ニ付テハ毎年末

三 收穫季節アル場合ハ其季節後遲滞ナク

三ノ場合ハ蓋收穫アル質貸借ハ通常其收穫ノ一部ヲ以テ質金ニ充ツルカ故ニ如此定メシナリ

第二 質貸人ノ保存行爲ヲ忍容スル義務

質貸人カ質貸物ヲ保存スルハ質貸人ノ義務ナルト同時ニ又權利ナリ蓋質貸物ノ保存ヲ爲スコトカ質貸人ノ義務ナル所以ハ質貸人ハ質借人ニ對シテ質貸物ノ使用收益ヲ爲サシムル義務ヲ負フ結果ナリ反之其權利ナル所以ハ質貸人ハ他日質貸物ノ返還ヲ受クヘキ地位ニ在ルヲ以テ質貸借ノ終了スル迄ハ少クモ引渡當時ニ於ルト同一ノ狀態ニ於テ質貸物ヲ保存スルコトハ質貸人ノ利益ナリ何トナレハ質貸物カ質貸人ノ所有ナルト否トヲ問ハス質貸人ハ質貸借ノ存續中任意ニ之ヲ修繕スルヲ得ストセハ毀損シタル質貸物ハ益毀損シ或ハ滅失スルコトナキヲ保セテ隨テ質貸人ニ取リテハ非常ニ不利益ナリ之質貸物ニ必要ナル保存行爲ヲ加フルコトハ質貸人ノ權利ナル所以ナリ

質貸人ハ質貸物ヲ保存スル權利ヲ有ス然レトモ此權利ハ質貸物ニ必要ナル保存ヲ爲ス程度ニ限ル故ニ質貸人ノ物ノ保存ニ必要ナル以上ノ行爲ヲ爲シ得ル權利ナシ而シテ權利ナルカ故ニ質借人ノ意思ニ反シテモ之ヲ行使スルコトヲ得ヘク質借人ハ之ニ對シテ其權利ノ行使ヲ拒ムコトヲ得サルハ言フ俟タス然レトモ質貸人ハ本來物ヲ使用收益セシムル爲ニ之ヲ質借人ニ供與シタルモノナルカ故ニ縱令之ヲ保存スルニ付自己ニ利益ヲ有ストスルモ之カ爲ニ質借人ヲシテ契約ノ目的ヲ達セシムルコト能ハサルニ至ラシムルヲ得ス故ニ質貸人カ其權利ヲ行使シタルニ因リ使用收益ノ目的ヲ達スルコトヲ得サルトキ

ハ賃借人ハ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得ヘシ然レトモ賃借人カ契約ノ解除ヲ爲シ得ル場合ハ賃借人カ賃借人ノ意思ニ反シテ其權利ヲ行使シタル場合ナラサルハカラス賃借人ニシテ賃借人ノ保存行爲ニ同意シタルトキハ縱令之カ爲ニ使用收益ノ目的ヲ達スルコトヲ得サルモ解除權ヲ與ル理由ナキヲ以テ賃借人ハ契約ノ解除ヲ爲スヲ得サルナリ

第三 一定ノ用方ニ從テ使用收益スル義務

賃借人ハ貸賃借ノ存續期間内ハ一定ノ用方ニ從テ賃借物ヲ使用收益スヘキコトハ使用賃借ノ場合ニ述ヘタル所ト同一ナレハ爰ニハ其說明ヲ省略ス(五九四條一項六・一六條)

第四 通知ノ義務

賃借人ハ(第一)賃借物カ修繕ヲ要スル場合(第二)第三者カ賃借物ニ付權利ヲ主張スル場合ニハ遲滞ナク賃借人ニ之ヲ通知スルノ義務ヲ有ス此義務ハ總則ノ適用ニ依リ賃借人カ善良ナル管理人ノ注意ヲ以テ賃借物ヲ保管スヘキ義務ノ特別ノ場合ニ關ス故ニ此通知ノ義務ハ貸賃借ノ成立ト同時ニ生スルモノ非スシテ賃借物ヲ受取リタル時ヨリ負擔スルモノナレハナリ而シテ以上二箇ノ場合ニ於テ通知ノ義務ヲ負ハシメタル理由ハ賃借物保存ノ義務ハ賃借人ニ在ラスシテ賃借人ニ在ルト同時ニ其權利モ亦賃借人ニ在リ然ルニ賃借物ハ賃借人ノ占有ノ下ニ在ルヲ以テ賃借人ハ其權利ヲ行使セントスルモ修繕ヲ要スルコト又第三者ノ權利主張ノアリタルコトハ多クハ之ヲ知ラサルカ故ニ之ヲ行使スルヲ得ヌ又如上ノ事實アリタルトキハ賃借人ハ賃借人ニ對シテ修繕又ハ第三者主張ノ排除ヲ求ムルヘシト雖之カ爲ニ使用收益ヲ妨ケラルルヲ以テ殊ニ契約終了ノ際ノ如キハ多クノ不便ヲ忍ブモ猶之ヲ請求セサルヘシ然レ

第五 返還ノ義務

貸賃借終了スルトキハ賃借人ハ賃借物ノ返還ヲ爲ササルヘカラス如何ナル狀態ニ於テ之ヲ返還スヘキヤハ使用賃借ニ於テ述ヘタル所ト同一ナルヲ以テ之ヲ省略(六一六條、五九七條一項、五九八條)

第三款 賃借權ノ讓渡並ニ賃借物ノ轉賃

賃借權ノ讓渡及賃借物ノ轉賃ニ關シテハ諸國ノ法制大凡下ノ三主義ニ區別スルコトヲ得

第一 自由ニ之ヲ許ス主義ニシテ佛法瑞西債務法及舊民法ノ採用スル所ナリ

第二 賃借權ノ讓渡ハ之ヲ許ササルモ賃借物ノ轉賃ヲ許ス主義ニシテ英法ノ採用スル所ナリ

第三 二者共ニ之ヲ禁止シ唯賃借人ノ承諾アル場合ニ限り之ヲ許ス主義ニシテ獨民法及我民法ノ採用スル所ナリ

要之ニ第一ノ主義ハ債權ハ自由ニ讓渡シ得トノ原則ノ適用ニ外ナラス殊ニ舊民法ハ自由主義ヲ採用シタルノミナラス進テ賃借權ヲ抵當ト爲スコトヲ認メタルモ此ハ賃借權ヲ以テ物權ト爲シタル結果ニ外ナラス英法カ第二ノ主義ヲ採用スル所以ハ英國普通法ニ於テ債權ハ讓渡スルコトヲ得サルカ爲ナリ我民法ハ賃借權ヲ以テ債權ト爲シ而シテ債權ハ讓渡シ得ルヲ原則トスルカ故ニ賃借權モ亦讓渡シ得ルヲ

原則トモナルヘカラサルカ如シ然レトモ貸貸借ノ使用貸借ノ如ク再貸借人ノ一身ニノ注目シテ締結シタリト謂フヲ得スト雖亦全ク之ヲ度外視シタルモノニ非サルハ疑ヒナキコト信ス何トナレハ貸貸借人ハ相手方ノ何人タルヲ問ハス單ニ資金ニノ著眼スルニ非スシテ使用收益ノ方法如何ニ依テハ之カ爲ニ非常ナル損害ヲ被ルコトアルヲ以テ相手方ノ身上モ亦顧慮セサルヘカラサレハナリ而シテ本邦ノ慣習亦同一ナルヲ以テ我民法ハ第三主義ヲ採用スルコトセリ

以上述フル如ク貸借人ハ貸貸人ノ承諾アルニ非サレハ貸借權ヲ讓渡シ又ハ貸借物ヲ轉貸スルヲ得ス故ニ貸貸人ノ承諾ハ讓渡又ハ轉貸ヲ爲シ得ル權利ノ制限ナリ若貸借人カ此制限ニ違反シテ權利ノ讓渡又ハ貸借物ノ轉貸ヲ爲シタルトキハ貸貸人ハ損害ヲ被ルコトアルノミナラス不信ナル貸借人ハ再之ヲ取テスルノ虞アルヲ以テ貸貸人ヲ保護スルノ必要アリ然レトモ貸借人カ貸貸人ノ承諾ヲ得スシテ讓渡又ハ轉貸ヲ爲シタルコトハ義務ノ不履行ニ非スシテ權利ノ制限ニ違反シタルモノナリ換言スレハ權利ヲ濫用シタルモノナリ故ニ第五四一條ノ規定ハ之ヲ適用スルヲ得ス依テ本法ハ第六一二條第二項ニ於テ貸貸人ハ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得ト爲シ之カ規定ヲ設ケタリ

貸借權ヲ讓渡スルトキハ貸借人ノ權利義務ハ讓受人ニ移轉シ貸借人ハ全ク其義務ヲ免ルヘシ故ニ讓渡後ハ貸貸人ト讓受人トノ間ニ直接ニ權利義務ニ付各其責ニ任ス而シテ讓渡ニ付此場合ニ於テハ貸貸人ノ承諾ヲ經タルモノナレハ通知ノ必要ナキハ言フ俟サル所ナリ

貸借物ノ轉貸トハ貸借人カ貸借物ヲ更ニ第三者ニ貸貸スルヲ謂フ轉貸スルモノ即原貸借人ヲ轉貸人ト謂ヒ轉借スルモノヲ轉借人ト謂フ轉貸ハ一ノ新ナル貸貸借ナリ故ニ轉貸ヲ爲シタル場合ニハ茲ニ二箇ノ貸貸借成立スヘシ詳言スレハ貸貸人及轉貸人間ノ原貸貸借並ニ轉貸人及轉借人間ニ於ル新貸貸借是

ナリ此點ニ於テ轉貸借ハ貸借權ノ讓渡ト異レリ後者ニ於テハ貸貸借關係ハ常ニ一ナリ唯其權利カ貸借人ヨリ讓受人ニ移轉スルノミ如上二箇ノ貸貸借ハ理論上ヨリ之ヲ觀レハ二者互ニ獨立シテ關係ナシ隨テ貸貸人ト轉借人トノ間ニハ直接ニ何等ノ法律關係ヲ發生セス然レトモ若如此ナラシカ貸貸人ハ自己ノ債權ノ實益ヲ收メント欲シテモ之カ保全ノ爲ニ轉借人ニ對シテ單ニ代位訴權ヲ行使スルヲ得ルニ過キヌ(四二三條)而シテ轉貸人ハ既ニ轉借人ヨリ義務ノ履行ヲ受ケタルニ拘ラス貸貸人ニ對シテハ自己ノ義務ヲ履行スルコトナキヲ保セス之カ爲ニ貸貸人ハ多大ノ損害ヲ被ラサルヘカラサルニ至ルヲ以テ一方ニ於テ轉借人ト貸貸人トノ間ニ直接ニ法律關係ヲ生セシムルト共ニ他方ニ於テ其法律關係ノ範圍ヲ轉貸借ノ範圍ニ制限スルトキハ轉借人ニ何等ノ損害ヲ與ヘスシテ貸貸人ヲ保護スルヲ得ヘシ故ニ民法ハ人間ニ於ル法律關係是ナリ

一 轉貸人ト轉借人トノ間ニ於ル法律關係
此關係ハ貸貸借關係ナレハ之ニ關スル一般規定ノ適用ヲ受ケヘシ

二 貸貸人ト轉借人トノ間ニ於ル法律關係
貸貸人ト轉借人トノ間ニ於テ直接ニ權利義務ノ關係ヲ生スルコトハ上述スル所ノ如シ而シテ貸貸人カ轉借人ニ對シテ有スル權利ハ二ノ制限ヲ受ケ即一ハ原貸貸借ニ因リ一ハ轉貸借ニ因テ其範圍ヲ制限セラレ故ニ原貸借ハ轉貸借ニ比シテ其權利ノ範圍大ナリトスルモ貸貸人ハ轉借人ニ對シテハ轉貸借ノ範圍ニ於テノミ其利益ヲ受クルニ止ルモノトス又轉貸借ハ原貸借ニ比シテ其權利大ナリトスルモ貸貸人ハ原貸借ノ範圍ニ於テ其利益ヲ享受シ得ルノミ如此轉借人ハ貸貸人ニ對シテ一定ノ制限ノ下ニ義務ヲ負



擔スト雖之ニ付テハ一ノ例外アリ即黄金ノ前拂ニ付テハ轉借人ハ之ヲ以テ質貸人ニ對抗スルヲ得ス換言スレバ質金ノ前拂ニ關シテハ轉借人ハ轉貸借ニ關係ナク質貸人ニ對シ義務ヲ負擔スルモノトス蓋此例外ヲ設ケン所以ハ轉借人ハ轉貸人ト通謀シ質金前拂ヲ假裝シテ質貸人ヲ詐欺スルコトアレハナリ故ニ轉借人ニシテ事實既ニ轉貸人ニ質金ヲ前拂シタルモ質貸人ノ請求アレハ再之ヲ支拂ハサルヘカラサルナリ
以上質貸人ト轉借人トノ間ニ直接ノ權利關係ヲ生スルハ質貸人ヲ保護スル爲ニシテ轉貸人ヲシテ質貸人ニ對スル義務ヲ免除シタル所以ニハ非ス故ニ質貸人カ轉借人ニ對スル權利ヲ有スルコトハ轉貸人ニ對スル權利ヲ行使スルニ付何等ノ妨害ト爲ラサルコトハ言フ俟タサル所ナリ

第四節 質貸借ノ終了

質貸借ハ左ノ事由ニ因テ終了ス
第一 期間ノ滿了

質貸借ニ於テ期間ニ付明示又ハ默示ノ定アルトキハ其期間ノ滿了スルニ因リ質貸借ハ終了ス

第二 契約ノ解除

質貸借カ解除ニ因テ終了スル場合ニ解除カ解除ノ意思表示ト共ニ質貸借ハ終了スルモノト解除ノ意思表示後一定期間ノ滿了ニ因テ終了スルモノト解除申入ノ場合トアリ

甲 解除ノ意思表示ニ依リ終了スル場合

一 當事者ノ不履行ニ因ル解除之ハ總則第五四一條適用ノ場合ナリ

二 當事者ノ不履行以外ノ原因ニ依ル場合 更ニ細別スレハ質借人ノ解除シ得ル場合ハ

(1) 質貸人カ質借人ノ意思ニ反シテ質貸物ニ保存行為ヲ爲シ之カ爲ニ質借人カ使用收益ノ目的ヲ達シ得サル場合

(2) 收益ヲ目的トスル土地ノ質貸借ニ於テ質借人カ不可抗力ニ因リ二年以上引續キ借貸ヨリ少キ收益ヲ得タル場合

(3) 質借物ノ一部カ質借人ノ過失ニ因フスシテ滅失シ殘存スル部分ノミニテハ質貸借ノ目的ヲ達スルヲ得サル場合

質貸人カ解除シ得ル場合ハ質借人カ質貸人ノ承諾ヲ得スシテ質借權ノ讓渡又ハ質貸物ノ轉貸ヲ爲シタル場合ナリ

乙 解約ノ申込ノ場合

此場合ハ解約ノ申入ト同時ニ終了セスシテ一定ノ期間經過後ニ終了ス解約ノ申入ヲ爲シ得ル場合ハ

一 期間ノ定ナキ場合 此場合ニ二アリ

(1) 當事者カ契約締結ノ時ニ存續期間ヲ定メザリシ場合 此場合ニハ各當事者ハ何時ニテモ解約ノ申入ヲ爲スヲ得

(2) 更新(又ハ默示)ノ質貸借ノ場合 此場合ニハ各當事者ハ何時ニテモ解約ノ申入ヲ爲スコトヲ得ヘシ此質貸借ノ成立スルニハ下ノ條件ヲ要ス

第一 前質貸借ノ有效ニ存在スルヲ要ス

第二 其質貸借ノ期間滿了後質借人ハ質借物ノ使用收益ヲ繼續スルコトヲ要ス

民法債權

契約各論 物ニ關スル契約 使用ノ目的トスル契約 質貸借 質貸借ノ終了

第三 質貸入ハ之ヲ知リテ異議ヲ述ハサルコトヲ要ス

以上ノ要件具備スルトキハ更新ノ質貸借成立シタルモノト推定ス然レトモ推定ニ止ルヲ以テ反證アルトキハ成立セサルヘシ而シテ更新ノ質貸借ノ性質ハ前質貸借ト同一ニシテ唯期間ノ一點ニ於テ之ニ異レリ即新質貸借ハ期間ノ定ナキモノトス如此更新ノ質貸借ヲ認メタル所以ハ要スルニ當事者ノ意思ヲ推測シタル結果ニシテ當事者ハ質貸借ヲ成立セシムル默示ノ意思アリト看做シタルヲ以テナリ又期間ノ點ニ付テハ諸國ノ法制區區ニシテ一途ニ出テス本法ハ期間ノ定ナキモノトスルヲ以テ當事者ノ意思ニ尤適シタルモノトシ無期質貸借成立スルモノト爲シタリ而シテ新質貸借ノ成立ヲ以テ推定ニ止メタル理由ハ假令質借人ニシテ事實使用收益ヲ繼續スルモ其意思ハ質借ノ成立ヲ欲セサルコトアリ又質貸入ニシテ異議ヲ述ハサルモ亦之ヲ欲セサルコトアリ故ニ唯當事者ノ普通ノ場合ヲ推定シテ之カ規定ヲ設ケタルヲ以テナリ

默示ノ質貸借ハ前質貸借ト同一ノ條件ヲ以テ成立スルコト上述ノ如シ然レトモ前質貸借ニ供セラレタル擔保ハ新質貸借 成立ト共ニ之カ擔保トシテ繼續スルモノニ非ス前質貸借ノ期間滿了ト共ニ消滅ス其理由ハ理論上ヨリ之ヲ觀ルモ從タル債務ハ主タル債務ト共ニ消滅スルコト當然ナレハナリ又第三者カ之ヲ提供シタル場合ニ於テハ第三者ノ意思ハ前質貸借ニ對シテ之ヲ提供スルニ在リ之ト異リタル新質貸借ニ對シテ之ニ擔保ヲ供スルニハ別段ノ意思表示ヲ要スヘシ又當事者カ之ヲ提供シタル場合ニ於テモ依然擔保ヲ以テ繼續スルモノトスルコトキハ第三者殊ニ當事者ノ他ノ債權者ノ利害ニ關係スル所アルヲ以テ妄ニ其繼續ヲ推定スヘカラサレハナリ唯之ニ對スル一ノ例外ハ敷金ナリ敷金ニ付テハ如上ノ理由ナク慣習亦然ルヲ以テ之ヲ除外セリ

二 期間ノ定アルモ其一方又ハ各自カ其期間内ニ解約ヲ爲ス權利ヲ留保シタル場合

當事者ハ期間ヲ定ムルモ任意ニ質貸借契約ト共ニ又ハ特約ヲ以テ其期間内ニ解除スル權利ヲ留保シ得ヘシ而シテ其解除權ハ當事者各自ニ之ヲ留保シ得ヘク又孰カノ一方ニノミ之ヲ留保スルモ妨ナシ

三 質貸借繼續中質借人カ破産ノ宣告ヲ受ケタル場合

質借人破産ノ宣告ヲ受ケタル場合ニ猶依然質貸借ヲ繼續セシムルトキハ質貸入ハ之ニ因テ益不利益ヲ被ルコトナリ又質借人ニ於テモ破産宣告ト共ニ質貸借ノ利益ヲ享タルヲ得ス且之ヲ繼續セシムルハ徒ニ破産手續ヲ煩雜ナラシムルヲ以テ民法ハ質貸入及破産管財人ニ何時ニテモ解約申入ヲ爲ス權ヲ與ヘタリ破産管財人ニ之ヲ與ヘシハ質借人ハ破産宣告ニ因リ其財產ノ處分權限ヲ喪失スルヲ以テナリ而テ質貸入又ハ破産管財人カ契約ヲ解除シタル場合ニハ之ニ因テ生シタル損害ニ付テハ賠償ヲ請求スルヲ得サルモノトス

以上ノ各場合ニ於テ解約申入ノ權ヲ有スルモノハ何時ニテモ相手方ニ對シテ之ヲ行使スルコトヲ得ヘシ然レトモ質貸借ハ解約ノ申入ト共ニ終了スルニ非スシテ一定ノ期間滿了ト共ニ終了ス蓋解約申入ハ相手方ニ對シ質貸借ノ終了ヲ豫告スル意思表示ナリ此豫告ヲ要スル所以ハ若此表示ナシトセハ相手方ハ終了ニ必要ナル準備ヲ爲スノ豫告ナル爲ニ意外ノ損害ヲ被ルヲ以テ諸國ノ立法例ニ於テモ皆豫告期間ヲ認メタルハナシ而シテ其期間ノ長短ニ付テハ區區ナリト雖唯我民法ハ實際ノ慣例ト便宜トヲ斟酌シ質借物ノ種類ニ依テ之ヲ區別シ即解約申入後土地ニ付テハ一年建物ニ付テハ三箇月動産ニ付テハ一日ヲ經過スルニ因リ質貸借ハ終了スルモノトセリ此豫告期間ハ當事者ノ合意ヲ以テ變更シ得ルハ言ヲ俟



タス然レトモ收穫季節アル土地ノ貸借ハ上ノ原則ニ對シテ例外ノ場合アリ即解約申入ハ收穫季節後
次ノ耕作ニ著手スル前ナルヲ要シ何時ニテモ申入ヲ爲スヲ得ス何トナレハ次季耕作ノ著手後ニ於テ解
約ノ申入ヲ爲ストキハ貸借債ノ終了スルハ其翌年ノ次季耕作後ト爲リ解約セラレタル貸借人ハ其收穫
ヲ取得スルヲ得ス故ニ次季ノ耕作ヲ爲ササルヘシ又新ニ貸借セントスルモノモ既ニ耕作ノ季ヲ過キタ
ルヲ以テ之ヲ借受クルモノナク其結果當事者ニ何等ノ利益ナキノミナス却テ國家ノ經濟上不利ナル
ヲ以テナリ

次ニ貸借債ノ解除ノ效力ニ付テ一言セシテ解借債ノ解除ハ將來ニ向テ其效力ヲ生スルノミニシテ其以前
ニ遡ルコトナシ之一般契約ノ解除ト異ル所ニシテ一般契約ノ場合ニ於テハ契約ノ初ニ遡リテ其效力ヲ
生シ當事者ハ初ヨリ契約ヲ締結セザルト同一ノ結果ヲ生スルナリ此差別アル所以ハ貸借債ノ權利關係
ハ頗爾難ナリヲ以テ若一般規定ニ從フテ原狀回復ヲ爲ササルヘカラストセハ徒ニ無益ノ手數ヲ費サザ
ルヘカササルノミナス當事者ニ何等ノ利益ナキヲ以テナリ然レトモ若當事者ノ過失ニ因テ相手方ニ
損害ヲ與ヘタル場合ハ解除ノ結果貸借債ハ將來ニ於テハ成立セスト雖尙其損害賠償ハ將來ニ關スルモ
ノニテモ之ヲ請求スルヲ得ヘシ

第三 貸借物ノ滅失

貸借物カ全部滅失シタルトキハ貸借債ハ目的物ヲ失フニ因テ終了スヘシ而シテ其滅失ノ原因ハ當事者
ノ過失ニ因ルト不可抗力ニ因ルトヲ問ハサルナリ

第四 混同

之ハ一ニ説明ノ要ナシ

失ノ負擔額トノ差額ノミニ拂戻ヲ受クルコトナルヘシ以上ノ計算中退社當時ニ結了セザル事項アル
トキハ之ハ別途ノ計算トシテ後日之ヲ確定スヘキコトハ民法第六八一條第三項ニ依リ明ナリ

以上ハ定款ニ何等ノ定メナキトキニ付テノ説明ナルカ定款ヲ以テ勞務又ハ信用ヲ以テ出資ト爲シタル

者ニハ退社ノ時持分ヲ一切拂戻サスト定メ又之ヲ拂戻スニ付テモ特ニ制限ヲ設クルコトヲ妨ケス

第二 退社員ノ氏名ヲ會社ノ商號中ニ使用セシメサルコト 社員カ一度退社シタル以上ハ若會社カ其

商號中ニ退社員ノ氏名ハ氏名ヲ依然用フルカ如キコトアラハ或ハ第三者ヲシテ退社員ノ尙依然トシテ

社員ナルカ如ク信セシメ隨テ第六五條ニ依リ善意ノ第三者ニ對シテ社員ト同一ノ責任ヲ負擔セザルヘ

カラサルノ恐アリ故ニ退社シタル以上ハ退社員ノ權利トシテ會社カ其氏名ハ氏名ヲ商號中ニ用フルコ

トヲ止ムヘキコトヲ請求シ得ラレサルヘカラスト之第七二條ノ規定アル所以ナリ

第三 退社員ハ退社ノ登記ヲ本店所在地ニ爲シタル以前ノ會社ノ責務ニ付登記後二年ヲ經タルトキハ

責任ヲ負ハス又登記以後ノ會社ノ債務ニ付テハ全然責任ヲ負ハス

社員カ退社シタルトキハ登記事項ニ變更ヲ生スルヲ以テ第五三條ニ依リ二週間内ニ本店及支店ノ所在

地ニ於テ之ヲ登記セザルヘカラスト而シテ其本店ニ於テ登記ハ社員ノ責任ノ上ニ大關係ヲ有ス即退社員

ハ本店ノ所在地ニ於テ退社ノ登記ヲ爲ス前ニ生シタル會社ノ債務ニ付責任ヲ負フモノニシテ此責任ハ

其登記後二年ヲ經テ始テ消滅スルモノナレハナリ(七三條一項)蓋退社員ヲシテ如此重大ナル責任

ヲ負擔セシメタル所以ハ退社ノ一定ノ原因ヲ認ムルト同時ニ之カ爲ニ單ニ自己ノ責任ヲ免カレンカ爲

ニ故ナク退社シ會社ノ債權者ノ擔保ヲ減少セシムルヲ防クノ趣旨ナリ

尙此規定ハ他ノ社員ノ承諾ヲ得テ持分ヲ讓渡シタル社員ニ之ヲ準用ス(七三條二項)爰ニ定メタル二年

商法會社 合名會社 社員ノ入社及退社 社員ノ退社

ノ期間ハ所謂法定期間ニシテ時効ニ非ス從テ中止中斷サルルコトナシ

第五章 合名會社ノ解散

合名會社ノ解散トハ會社カ營業能力ヲ喪失スルヲ謂フモノニシテ其法人格ヲ全然消滅セシムルモノニ非ス單ニ營利事業ヲ爲スノ能力ヲ消滅セシムルモノニ過ス第八四條ニ依レハ會社ハ解散ノ後ト雖清算ノ目的ノ範圍内ニ於テハ尙存續スルモノト看做スト規定セリ故ニ會社ハ解散スルモ直ニ法人格ヲ全然失フモノニ非ス其清算ノ目的ノ範圍内ニ於テハ依然トシテ法人格ヲ有シ只營業法人タルノ資格ヲ失フニ過サルモノトス

會社カ解散シタルトキハ事實的ニ其會社ノ法律關係ヲ消滅セシムル手續ヲ爲ササルヘカラス之即清算ナリ清算ニ付テハ別ニ詳細説明スル處アルヘシト雖現務ヲ結了シ債權アラハ之ヲ取立、會社債務アラハ之ヲ辨濟シ又殘餘財産アラハ之ヲ社員間ニ分配セサルヘカラス是等ノ行為ヲ爲スニ付テハ解散ト同時ニ會社カ全然法人格ヲ喪失スルモノト爲スニ於テハ頗不便ナルヲ以テ如此清算行為ノ目的ノ範圍内ニ於テハ依然トシテ存在スルモノニシテ如何ナル場合ニ於テモ最早營業ヲ爲スコトヲ得ス獨逸學者ノ解散シタル會社ハ其生産の方面ニ於ル活動力ヲ失フモノナリト云フモ亦同意義ニ外ナラス故ニ換言セハ解散シタル會社ハ營業法人トシテハ人格ヲ失フモノナリト謂フヲ得ヘシ而シテ清算結了シタルトキハ全然法人格ヲ失フモノナリ

會社カ解散シタルトキハ營業ニ關スル法律ノ規定ハ全然其適用ヲ失フモノトス隨テ業務ノ執行、會社ノ代表、競業ノ禁止等ニ關スル規定ノ適用ナク業務執行社員、會社代表社員モ他ノ社員ト同等ノ地位ニ立テ支配人ノ如キハ全然其權限ヲ失フモノナリ

第一節 解散ノ事由

我商法ハ第七四條ヲ以テ解散ノ一定ノ事由ヲ定タリ會社ハ此事由以外ニ於テ解散スルコトナシ今左ニ其事由ニ付説明スヘシ

第一 存立時期ノ滿了其他定款ニ定タル事由ノ發生 會社ハ設立ノ當初ヨリ又ハ其事業經營ノ中途ニ於テ一定ノ存立時期ヲ豫定ムルコトヲ得又其外一定ノ事由ノ發生シタルトキハ會社ハ解散スルコトヲ定メ得ルヲ以テ即其時期ノ到來ニ依リ又ハ其他ノ事由ノ發生ニ依テ解散ヲ來スヘキハ當然ナリ但本號ノ場合ニ於テハ社員ノ全部又ハ一部ノ同意ヲ以テ會社ヲ繼續スルコトヲ得但同意ヲ爲サザリシ社員ハ退社ヲ爲シタルモノト看做ス(七五條)故ニ此場合ニハ前會社ハ依然トシテ營業法人タル人格ヲ繼續シ只同意セザル社員ニ對シテ其特分ノ拂戻ヲ爲スヘキモノトス我商法ニ於テハ解散シタル會社

第二 會社ノ目的タル事業ノ成功又ハ其成功ノ不能 會社カ一定ノ事業ヲ成功セシムルコトヲ以テノミ目的ト爲ストキハ其事業カ成功シタル以上ハ最早會社ヲ存續セシムル必要ナキヲ以テ之カ解散ヲ來ス又會社ハ其目的トシタル事業カ到底成功シ得サルトキハ亦之ヲ存續セシムルハ無用ナルヲ以テ解散ノ原因ト定タリ然レトモ幾何ノ事實アレハ果シテ目的タル事業ハ成功シ又到底成功ノ不能ト謂ヒ得ルヤハ一概ニ決定シ難キ問題ニシテ實際ニ於テハ總社員ノ合議ニ依リ或ハ事業ハ成功シタリト

0284

シ又ハ到底成功ハ不能ナリト謂フニ歸著スヘシ只照著ナル例ハ例之一定ノ書籍ヲ出版スルコトヲ目的トシタルニ其出版ヲ禁止セラレタルカ如キ場合ハ成功ノ不能ト謂フコトヲ得ヘシ若又豫成功又ハ成功ノ不能ニ付定款ニ精密ナル規定ヲ設アリタルトキハ即本條第一號ニ定款ニ定タル事由ト謂フニ該當シ第二號ニ該當セズ故ニ本號ノ規定ナクトモ第三號ノ總社員ノ一致及第一號ノ定款ニ定タル事由ノ發生ト謂フニ依ラレテ本號ニ依ル解散ハ其運用ヲ爲スヲ得ヘシ現ニ獨逸商法第一三一條ノ如キハ本號ニ該當スル規定ヲ缺クヨリ見ルモ亦此論旨ヲ助タルモノナリ

成功ノ不能ト謂フハ必シモ絕對的ノ不能ノミヲ意味セス相對的ノ不能モ亦本號ニ謂フ不能ナリ例之多年損失相續キ到底前途ニ於テモ亦利益ヲ得ルノ見込ナキニ於テハ會社ノ營業タル目的ハ成功ノ不能ナルモノト謂ハサルヘカラス

第三 總社員ノ同意 合名會社ニ於テハ總社員ノ同意アルニ於テハ定款ノ改正ヲモ爲シ得ルヲ以テ會社ヲ解散シ得ルハ至當ナリ總社員ノ解散ノ合意ハ直接ニ會社ヲ解散スルコトヲ以テ目的ト爲スコトヲ要ス豫將來ニ於テ一定時期到來シタルトキハ會社ヲ解散スヘキコトノ同意ハ解散事由ニ付事實上定款ヲ變更スルモノニ外ナラス(即若定款ニ解散事由アレハ之ヲ變更スルコトトナリ又若未解散事由ノ定ナキトキハ定款ヲ變更シテ新ニ解散事由ヲ規定スルコトトナルヘシ)總社員ノ同意ハ定款ニ別段ノ定ヲ以テ多數決其他ノ決議體様ニ依リ之ヲ制限スルコトヲ得然レトモ定款ヲ以テ如此定ヲ爲ササル以上ハ全員ノ同意ヲ要スルヤ論ヲ俟タス

第四 會社ノ合併 會社ノ合併ニ付テハ別ニ章ヲ設ケテ説明スヘシト雖合併ニ二種アリ(一)ハ甲會社ト乙會社ト合シテ丙會社ナル第三會社ヲ設立スルモノニシテ(二)ハ甲會社カ乙會社ナル第二會社ニ

0285

合併セラレ乙會社ハ存續スル場合之アリ何レノ場合ニ於テモ少クトモ一會社ハ合併ノ爲ニ消滅ス第一ノ場合ニ於テハ合併セラルル二會社トモ全然消滅スルモノトス故ニ合併ハ會社ノ解散事由ト爲ルモノナリ爰ニ注意スヘキハ合併ニ因テ解散シタル會社ハ全然即時ニ法人格ヲ失フ(清算ナシ)

第五 社員カ一人トナリタルトキ 會社ハ社團法人ナリ故ニ特別ノ規定ナキ以上ハ二人以上ノ社員ヲ以テ之ヲ組織スヘキモノナルカ故ニ社員カ一人トナリタルトキハ會社ハ解散セザルヘカラス商法ニ於テハ社員一人タル會社ヲ認メス民法ニ於テハ一人ノ社員ヲ以テ社團法人ヲ成立セシムル場合ヲ認ムト雖(民六八條二項二號)商法ニ於テハ之ヲ認メス社員カ一人トナリタルトキハ會社カ解散ス故ニ社員カ同時ニ全然缺乏シタルトキハ會社カ解散スヘキハ言ヲ俟タス

又社員二名ノミノ合名會社ニ在テハ同意ノ退社及除名ナルコトアリ得ス何トナレハ同意ノ退社及除名ハ即同時ニ解散ヲ來スヘケレハナリ然レトモ定款ニ定タル事由ノ發生ニ依ル退社死亡ニ依ル退社、破産及禁治産ニ因ル退社ハ社員ノ二人ノ會社ニ付テモ認メ得ルモノニシテ此場合ニ於テハ先ツ一人ノ退社事由發生シ然ル後解散アルモノト謂ハサルヘカラス

第六 會社ノ破産 會社カ破産ノ宣告ヲ受タルトキハ會社ハ之ニ依テ解散ス會社カ支拂不能ノ爲メ破産ヲ宣告セラレタルトキハ最早會社ハ營業ヲ爲スヲ得ス業務ノ執行會社ノ代表ハ當然其終ヲ告ケ其財産ハ全然破産管財人ノ手ニ移ルモノトス會社ノ破産ニ關スル詳細ノ規定ニ付テハ破産法案ヲ參照スヘシ同業ニハ破産ヲ廢止シ又ハ終結セシメテ會社ヲ繼續シ得ル場合ヲ認ム即強制和議認可ノ決定カ確定シ破産終結ノ決定ノ公告アリタルトキハ會社繼續ノ登記ヲナシ(破産三〇條三〇五條三二二條三二四條)又會社カ豫定款變更ノ規定ニ從ヒ會社繼續ノ手續ヲ爲シ破産債權者ノ同意ヲ得テ破

産廢止ノ申立ヲ爲シ其廢止ノ決定カ確定シタルトキハ繼續ノ登記ヲ爲ス(同三三五條、三四三條)此場合ニハ會社ハ一度解散シ更ニ之ヲ繼續スルモノナリ

第七 裁判所ノ命令 會社カ裁判所ノ命令ニ依テ解散スル場合ハ二アリ一ハ第四七條ニ規定ス會社カ本店ノ所在地ニ於テ登記ヲ爲シタル後六箇月内ニ開業ヲ爲ササルトキハ裁判所ハ檢事ノ請求ニ因リ又ハ職權ヲ以テ其解散ヲ命スルコトヲ得二ハ第四八條ニシテ會社カ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スル行爲ヲ爲シタルトキハ裁判所ハ檢事ノ請求ニ依リ又ハ職權ヲ以テ其解散ヲ命スルコトヲ得其詳細ハ前既ニ説明セリ是等ノ手續ハ非訟事件手續法第一三四條第一三五條第一三五條ノ二ヲ以テ之ヲ定ム裁判所ハ即決定ヲ以テ解散ヲ命スルモノナリ

右ノ所命命令ノ外判決ヲ以テ會社ノ解散ヲ爲スコトアリ即第八三條ニ依レハ已ムコトヲ得サル事由アルトキハ各社員ハ會社ノ解散ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得此請求ハ訴訟ヲ以テ之ヲ爲シ裁判所ハ判決ヲ以テ之ヲ解散ス(非訟一八四條)然レトモ其已ムヲ得サル事由カ全然特定ノ社員ノ人ニ付存スルトキハ全然會社ヲ解散スヘキ必要ナキヲ以テ裁判所ハ社員ノ請求ニ依リ會社ノ解散ニ代ヘラ或社員ヲ除名スルコトヲ得

終ニ解散ニ付テ一言スヘキハ解散後ノ會社ノ繼續問題之ナリ

我商法ハ第七五條ヲ以テ存立時期ノ滿了其他定款ニ定タル事由ノ發生ニ因テ會社カ解散シタル場合ニ限リ社員ノ全部又ハ一部ノ同意ヲ以テ再之ヲ繼續シ前會社ヲ復活スルコトヲ認ムト雖其他ノ場合ニ於テハ繼續ニ關スル規定ナキヲ以テ會社ハ解散シタル以上ハ其清算ノ目的範圍内ニ於テノミ存續スルモノトナリ再前ノ營業法人タル資格ヲ復活スルコトヲ得スト謂ハサルヘカラス然レトモ合名會社ノ如キ互ニ相信賴セル小數社員ヲ以テ組織セル會社ニ在テハ總社員ノ同意ヲ以テ會社ヲ解散シタル場合又ハ合併ノ爲ニ解散シタル場合ニ於テ合併ノ契約ノ履行スルコトヲ得サルカ如キ時ニ於テ再舊會社ヲ復活シ之ヲ繼續セシムルハ立法論トシテハ便法ナリト謂ハサルヘカラス然レトモ現行商法ノ解釋上此途ナキヲ以テ如此場合ニハ新ナル會社設立ノ手續ヲ爲スニ非サレハ事實上舊會社ヲ復活セシムルコト能ハサルナリ獨逸ノ學者ハ獨逸商法ノ下ニ總社員ノ一致ヲ以テ會社ヲ解散シタル場合ニ再其一一致ヲ以テ會社ヲ繼續シ得ルコトヲ認ム

第二節 解散ノ效果

會社カ解散シタルトキハ其營業行爲ハ最早爲スコトヲ得ス只清算ノ目的ノ範圍内ニ於テノミ存續スルモノトス隨テ會社ハ清算ヲ爲ササルヘカラス清算ニ付テハ別ニ章ヲ設ケテ詳述スヘシ
會社ハ如此營業能力ヲ喪失スルヲ以テ最早營業ノ存在ヲ條件トスル法規ハ會社ニ適用ナシ即業務ノ執行、會社代表、就業禁止ハ適用ナク支配人ハ代理權ヲ失フコト前ニ述ヘタルカ如シ
會社カ解散シタルトキハ合併及破産ノ場合ヲ除クノ外二週間内ニ本店及支店ノ所在地ニ於テ其登記ヲ爲スコトヲ要ス(七六條)會社ノ解散ハ登記ナクトモ其效力ヲ生スト雖解散ヲ以テ第三者ニ對抗スル爲ニハ一般ノ原則ニ從ヒ解散ノ登記ノ必要トス解散ノ登記ニ關スル手續ハ非訟事件手續法第一八一條乃至第一八五條ヲ以テ之ヲ定ム會社カ破産ニ因テ解散シタルトキハ破産裁判所ハ其營業所在地ノ登記所ニ其旨ヲ通知スルコトヲ要ス其登記所ハ職權ヲ以テ其事項ヲ登記ス(非訟一五二條、一五三條、破案一三四條、二二八條)

第六三條ニ定タル社員ノ無限責任ハ解散ト同時ニ消滅スルモノニ非ス解散ノ登記ヲ本店ノ所在地ニ於テ爲シタル後五年ヲ經テ消滅ス此期間ハ所附法定期間ニシテ時効ニ非ス隨テ中止中斷ニ依テ延長サルルコトナシ若此期間ヲ經過シテ尙分配セザル殘餘財産アルトキハ會社ノ債權者ハ之ニ對シテ辨濟ヲ請求スルコトヲ得ルモノトス(一〇三條)

第六章 會社ノ合併

舊商法ハ全ク會社ノ合併ヲ認メス然レトモ會社ノ合併ナル制度ハ法律上經濟上其ニ利益少カラズ經濟上ニ於テハ小資本ノ會社ヲ併セテ一團ト爲シ相互ノ競争ヲ廢止シ無益ノ費用ヲ省キ事業ヲ擴張シテ益確實ナラシムルカ又ハ倒産セントスル會社ヲ救済スルコトヲ得ルノ利益アリ法律上ニ於テハ清算ノ手續ヲ履マシムル解散セントスル會社ノ資産ハ合併ニ依テ存續シ又ハ新ニ設立セラルル會社ノ資産ト抱括シテ一團トセラルルノ一大利益アリ抑會社カ解散シタルトキハ其財産ヲ處理スルノ方法トシテハ原則トシテ清算ノ手續ヲ爲スヘキモノニシテ各其資産ヲ以テ會社ノ債務ヲ辨濟シ各債權ノ取引ニ付各別ニ之ヲ結了セザルヘカラスト雖如此未結了ノ法律關係ヲ各個ニ付結了セシムルハ經濟上不利益ナルハ言ヲ俟タズ會社ノ合併ハ又解散ノ一原因ナリト雖法律カ特ニ合併ノ制度ヲ認メタル所以ハ即如此經濟上不利益ニシテ迂遠ナル清算手續ヲ履行セシメスシテ抱括的ニ兩會社ノ資産ヲ一團ト爲スノ趣意ナリ舊商法ハ如此合併ノ便法ヲ設ケザリシト雖新商法施行前ヨリ經濟上ノ必要ニ基キ特別法ヲ以テ會社ノ合併ヲ認タリ例之明治十九年法律第八五號銀行合併法ノ如キ之ナリ
新商法ニ於テハ頗廣ク合併ノ場合ヲ認タリ即合名會社ヲ初トシ各種ノ會社ニ付各合併ノ規定ヲ設ケ

(七七條乃至八二條、一〇五條、二三三條乃至二二五條、二二六條二項)加之商法施行法第四二條ニ依レハ舊商法ニ於ル合資會社ハ商法ノ規定ニ從テ合併ヲ爲スコトヲ得其合併ニ依テ存續スル會社又ハ合併ニ依テ設立スル會社ハ商法ニ定タル各種類ノ一タルコトヲ要スル旨ヲ規定セルヨリ見レハ又異種類ノ會社ノ合併シ得ルコトヲ認タルモノト謂ハサルヘカラスト要スルニ新商法ニ於テハ會社ノ合併ハ頗廣義ニシテ各種ノ會社ハ各種類ニ從テ合併シ得ルハ勿論異種類ノ會社モ亦制限ナク合併シ得ルモノト謂ハサルヘカラスト合併ニ關スル外國法ノ立法例ヲ案スルニ我國ノ如ク廣ク合併ヲ認ムルモノハ只伊太利商法アルノミ獨逸商法ノ如キハ只株式會社相互ノ間又ハ株式會社ト株式合資會社トノ間ノ合併ヲ認ムルノミニシテ他種ノ會社ハ同種類ノモノト雖一切合併ヲ認メス

合併ハ合併セントスル會社間ノ契約ニシテ其目的トスル所ハ甲會社ノ債權債務其他ノ財産ノ全部ヲ舉ケテ乙會社ニ移轉シ甲會社ノ社員ノ全部又ハ一部カ乙會社ノ社員トナルニ在ルカ又ハ甲乙二會社合併シテ丙ナル第三會社ヲ設立スル場合ニ在テハ甲乙會社ノ債權債務其他ノ財産ノ全部ヲ舉ケテ新設ノ丙會社ニ移轉シ甲乙會社ノ社員ノ全部又ハ一部カ新設會社ノ社員トナルニ在リ第七七條ニ從ヘハ會社ノ合併ノ決議ハ總社員ノ同意ヲ以テ爲スコトヲ要スル旨ヲ規定スト雖合併ノ實行ハ單ニ其決議ノミヲ以テ其目的ヲ達セラルルモノニ非ス合併ノ決議ハ單ニ合併セントスル會社一方ノ意思表示ニ過キス此意思表示カ雙方一致シテ契約ノ成立スルニ於テ始テ合併ノ實ヲ舉グルモノナリ

合併ノ手續 合併ノ手續ニ付テハ商法第七七條乃至第八一條ヲ以テ之ヲ規定ス今其大要ヲ説明スレハ
第一ニ要スル手續ハ即合併ノ決議ナリ此決議ハ總社員ノ同意ヲ要ス合併ノ如ク一會社ノ財産ノ全部ヲ舉ケテ抱括的ニ他ノ會社ニ移轉スル法律行爲ニ付テハ合名會社總社員ノ同意ヲ要スルハ極テ至

0287

當ナリ此決議ニ於テハ即合併後存續シ又ハ新設セラルル會社ノ定款ヲ議定シ又ハ存續シ又ハ新設セラルル會社ニ於テ消滅スヘキ會社ノ社員カ如何ナル條件ノ下ニ社員タル資格ヲ取得スヘキヤヲ定ムルモノトス而シテ是等ノ決議事項カ雙方一致スルトキハ即合併ハ成立スルモノナリ

會社カ合併ノ決議ヲ爲シタルトキハ其決議ノ日ヨリ二週間内ニ財産目録及貸借對照表ヲ作ルコトヲ要ス(七八條一項)合併ハ會社ノ全債權債務ヲ包括的ニ他ノ會社ニ移轉スヘキモノナル以上ハ其財產狀況ヲ明ナラシムルコトノ必要アルハ言フ俟タス尙會社ハ右二週間ノ期間内ニ公告ヲ以テ會社ノ債權者ニ對シ若合併ニ付異議アラハ一定ノ期間内ニ之ヲ述フヘキ旨ヲ告知シ且知レタル債權者ニ對シテハ公告ノ外別ニ異議ノ有無ニ付催告スルコトヲ要ス但右一定ノ期間ト謂フハ少クとも二箇月以下ナルコトヲ得ス(七八條二項)之全ク會社ノ債權者ヲ保護スルノ規定ニ外ナラス債權者カ右指定ノ期間内ニ異議ヲ述ヘサルトキハ合併ヲ承諾シタルモノト看做ス(七九條一項)若モ債權者カ異議ヲ述ヘタルトキハ會社ハ之ニ辨濟ヲ爲シ又ハ相當ノ擔保ヲ供セサルヘカラス然ラサレハ合併ヲ爲スコトヲ得ス(七九條二項)此規定ニ違反シ辨濟ヲ爲サス又ハ擔保ヲ供セスシテ合併ヲ爲シタルトキハ之ヲ以テ異議ヲ述ヘタル債權者ニ對抗スルコトヲ得ス即其債權者ニ對シテハ合併ナキモノト同視セラル(七九條三項)

會社カ第七八條第二項ニ定タル公告ヲ爲サスシテ合併ヲ爲シタルトキハ其合併ハ之ヲ以テ其債權者ニ對抗スルコトヲ得ス(八〇條一項)若又會社カ知レタル債權者ニ催告ヲ爲サスシテ合併ヲ爲シタルトキハ其合併ハ之ヲ以テ其債權者ニ對抗スルコトヲ得ス

以上述ヘタル所ニ依リ合併カ特定ノ債權者ニ對シテ其對抗力無シト謂フハ其債權者ニ對シテ合併無カリシモノト見ルモノニシテ其結果ハ其債權者ハ會社ヲ合併前ノ狀態ノ儘ト看做シ辨濟ヲ請求シ得ヘタル

社員ハ合併ノ當時迄ニ會社カ其債權者ニ對シテ負擔セル債務ニ付合併セサル以前ノ狀態ニ於テ連帶無限ノ責任ヲ負擔スルモノナリ然レトモ其特定ノ債權者以外ノ者ニ對シテハ合併ハ勿論有效ニシテ合併シタル會社ノ債權者及債務者ハ合併後存續シ又ハ設立セラレタル會社ノ債權者及債務者トナルモノナリ(例之債權者カ異議ナカリシトキハ)社員ハ合併後存續シ又ハ新設セラレタル會社ノ債權者ノ總テニ對シテ連帶無限ノ責任ヲ負擔スト雖異議ヲ述ヘタル債權者ニ對シテハ社員ハ前會社ノ社員ナルカ如ク責任ヲ負擔セサルヘカラス此差異ハ合名會社カ株式會社ト合併シテ株式會社ノ存立シタル場合ニ於テハ特ニ顯著トナルヘシ即異議ヲ述ヘタル債權者ハ前合名會社社員ニ對シテハ連帶無限ノ責任アルコトヲ主張シ得レトモ異議ヲ述ヘサルトキハ前合名會社ノ社員ハ株主トナリ最早連帶無限ノ責任ヲ負擔セサルコトナルヘシ)

舊合併カ實行サレタルトキハ二週間内ニ本店及支店ノ所在地ニ於テ合併後存續スル會社ニ付テハ變更ノ登記ヲ爲シ合併ニ因テ消滅シタル會社ニ付テハ解散ノ登記ヲ爲シ合併ニ依テ設立シタル會社ニ付テハ第五一條第一項ニ定タル事項ノ登記ヲ爲スコトヲ要ス(八一條)

合併ノ效果 第八二條ニ依レハ合併後存續スル會社又ハ合併ニ因テ設立シタル會社ハ合併ニ依テ消滅シタル會社ノ權利義務ヲ承繼ス之即合併ノ效果ノ規定シタルモノニシテ存續會社又ハ新設會社ハ包括的ニ消滅シタル會社ノ債權債務及其他ノ財產ヲ一團トシテ繼承スルモノニシテ消滅シタル會社ノ債權者又ハ債務者ハ存續又ハ新設會社ノ債權者又ハ債務者トナリ其他消滅スル會社ノ財產ハ一括シテ手續又ハ新設ノ會社ノ財產トナルモノトス消滅會社ノ全部又ハ一部カ如何ナル條件ニ依リ存續又ハ新設會社ノ社員トナルルモノハ各合併ノ決議ニ因テ定マル所ニシテ社員全部カ必シモ包括的ニ存續又ハ新設會社



二 移轉スルモノニ非ス

第七章 會社ノ清算

會社カ解散シタルトキハ其殘餘財産ノ處分債權ノ取立債務ノ辨濟現務ノ結了等事實上ニ從來成立シタル會社ノ法律關係ヲ消滅セシムルノ手續ヲ履行セサルヘカラス之即會社ノ清算ナリ而シテ之等ノ行為ヲ爲スカ爲ニハ縱令會社ハ解散スト雖直ニ其法人格ヲ全然消滅セシムルニ於テハ不便ナルヲ以テ清算ノ目的ノ範圍ニ於テハ會社ハ解散後ト雖尙存續スルモノト看做シ(八四條)只既ニ解散セルカ故ニ最早營業ヲ爲スコト能ハサルモノトセリ隨テ會社ノ營業ニ關スル規定ハ適用ヲ失フモノトス

清算ナルモノハ解散シタル會社ニ總テ行ルルモノニ非ス破産及會社ノ合併ハ又會社ノ解散ノ一原因ナリト雖清算ノ規定ノ適用ヲ受クルコトナシ破産ノ場合ニ於テハ會社ノ財産ハ一切破産管財人ノ手ニ移リ破産財團トシテ管理換價及配當ノ手續ヲ爲スヘキモノナリ合併ノ場合ニ於テハ消滅シタル會社ノ財産ハ一團トシテ包括的ニ存續又ハ新設會社ニ移轉シ清算手續ヲ要セサルコトハ前既ニ述ヘタルカ如シ我商法カ認タル合名會社ノ清算ニハ二種アリ一ハ社員ノ任意ノ清算ニシテ一ハ法定ノ清算之ナリ合名會社ノ如ク社員少數ニシテ人的信用ニ重キヲ置ケルモノニ在テハ債權者ヲ害セサル範圍内ニ於テ其社員ノ同意又ハ定款ノ規定ヲ以テ其財産ノ處分ヲ許スハ毫モ不可ナシ之即第八五條ノ規定アル所以ナリ

第一 任意ノ清算
任意ノ清算ハ先定款ニ豫之ヲ定メタルカ又ハ總社員ノ同意ヲ以テ之ヲ定ムルニ非サレハ之ヲ行フコトヲ得ス所謂任意ノ清算ニ於テハ財産ノ處分方法ハ苟公益ヲ害シ又ハ善良ノ風俗ニ反セ又債權者ヲ害

セサル範圍内ニ於テハ定款又ハ總社員ノ定ムル處ニ依リ如何ナル所分ヲモ爲スコトヲ得ルモノナリ例之會社ノ營業ヲ舉テ他人ニ讓渡スカ如キ又ハ財産分配モ金錢ニ依ラス現物ヲ以テ之ヲ分割スルコトヲ得ヘシ會社カ如此任意清算ヲ爲ス場合ニハ解散ノ日ヨリ二週間内ニ財産目録貸借對照表ヲ作ルコトヲ要ス之全ク其財産ノ狀況ヲ明了ナラシムルニ在リ尙會社ハ二箇月ヲ下ラサル期間内ニ於テ債權者ニ對シ異議アラハ之ヲ述フヘキヲ公告シ且知レタル債權者ニハ各別ニ之ヲ催告スルコトヲ要ス若債權者カ異議ヲ述ヘタルトキハ會社ハ之ニ辨濟ヲ爲シ又ハ相當ノ擔保ヲ供スルニ非サレハ任意清算ヲ爲スコトヲ得ス此規定ニ違反シテ清算ヲ爲シタルトキハ之ヲ以テ異議ヲ述ヘタル債權者ニ對抗スルコトヲ得又會社カ公告ヲ爲サス又ハ知レタル債權者ニ對シテ催告ヲ爲サスシテ任意清算ヲ爲シタルトキハ前ノ場合ニハ清算ハ總テノ債權者ニ對シテ後ノ場合ニ於テハ催告ヲ受ケサリシ債權者ニ對シテハ對抗力ナシ之即債權者保護ノ爲ニ設ケタル規定ニ外ナラス(八五條二項)

第二 法定ノ清算
第一ニ說明シタル任意清算ヲ爲ササルトキハ即所謂法定清算ヲ爲スヘキモノニシテ會社ノ合併及破産ノ場合ヲ除ク外第七八條乃至第九五條ニ定メタル規定ニ從ヒ清算ヲ爲スコトヲ要ス(八六條)以下(一)清算人ノ職務及(二)清算人ノ選任及終任ニ付テ說明スヘシ

(一) 清算人ノ職務 清算人ノ職務ニ付テハ第九一條ヲ以テ之ヲ規定ス之即清算ノ實質ヲ爲スモノニシテ清算ノ本體之ナリ
(4) 現務ノ結了
清算人ハ先目下緊屬セル事務ヲ結了セサルヘカラス即會社解散ノ當時ニ於テ未履行セサルモノアル



トキハ會社ノ履行セサルモノナルト相手方ノ履行セサルモノナルト問ハス悉之ヲ結了スルコトヲ要ス即會社ヨリ履行スヘキハ之ヲ履行シ會社カ履行ヲ受クヘキモノハ之ヲ受ク又訴訟カ會社ヨリ又ハ會社ニ對シテ繫屬スルトキハ皆之ヲ完結セサルヘカラス然レトモ履行ニ付期限ノ未到來セサルモノニ付テハ解散シタルカ故ニ即時ニ之ヲ履行シ得サルハ言ヲ俟タス解散ハ期限ノ利益ヲ消滅セシムルモノニ非ス

(ロ) 債權ノ取立

債權ノ取立モ又清算人ノ職務ノ一ニシテ會社カ請求シ得ヘキ債權ハ第三者ニ對スルト又社員ニ對スルトト問ハス之ヲ取立ツルコトヲ要ス社員ニ對スル債權ハ社員タル資格ニ於テ之ヲ負擔スル場合ニ於テモ之ヲ取立テ得ルモノニシテ例之出資義務ノ未履行セサルモノアルトキハ清算ノ目的ノ範圍内ニ必要ナル限度ニ於テ之ヲ取立ツルコトヲ得之カ爲ニハ辨濟期ニ至ラサル出資義務ヲ履行セシムルコトヲ得ルモノナリ(九二條)然レトモ社員ハ如何ナル場合ニ於テモ清算ニ必要ナラサル出資義務ノ履行ヲ請求セラルルコトナシ例之債務ノ辨濟ニ必要ナラサルニ出資ヲ請求サレ又ハ他ニ債務ヲ辨濟スルニ足ル有體物アルニ拘ラス金錢ヲ出資セシムルカ如キハ之ヲ爲シ得ス又一方ニ於テ社員ハ如何ナル場合ニ於テモ會社ニ對シテハ出資義務以上ニ辨濟ヲ請求セラルルコトナシ若清算中會社ノ財産ヲ以テ(出資ヲ合シテ)會社ノ債務ヲ完済スルコト能ハサルニ至レハ清算人ハ第九一條第三項及民法第八一條ニ因リ破産宣告ノ請求ヲ爲ササルヘカラス

(ハ) 債務ノ辨濟

會社カ第三者ニ對シ又ハ社員ニ對シテ負擔セル債務ハ悉之ヲ辨濟セサルヘカラス例之第三者ニ對シテトキハ之ヲ辨濟セサルヘカラス其他社員カ社員タル資格ニ於テ會社ニ對シテ債權ヲ有スルトキモ亦之ヲ辨濟セサルヘカラス例之配當セラルヘキ利益ニシテ未配當ニ屬スルモノ又ハ社員カ業務執行中會社ノ爲ニ立替タル金錢ノ如キ之ナリ

(ニ) 殘餘財産ノ分配

殘餘財産ノ分配ハ清算行爲ノ最終段ヲ爲スモノニシテ清算人ハ會社ノ債權ヲ取立且會社ノ負擔ニ屬スル債務ヲ辨濟シ盡シタル後尙會社ニ殘餘財産アルトキハ之ヲ社員ニ分配セサルヘカラス獨逸商法第一五五條ハ合名會社ノ清算ニ於テ會社債務ノ辨濟前ト雖清算ニ必要ナラサル金錢アルコトヲ證明シタルトキハ假分配ヲ請求シ得ルコトヲ認ムト雖我商法ニ於テハ清算人ハ會社ノ債務ヲ辨濟シタル後ニ非サレハ會社財産ヲ分配スルコトヲ得ス(九五條)若之ニ違反シタルトキハ清算人ハ拾圓以上十圓以下ノ過料ニ處セラル(二六二條)〇號此分配方法ニ付テハ商法中別ニ明文ヲ以テ之ヲ規定セサルヲ以テ定款ニ規定アレハ之ニ從ヒ若定款ノ規定ナキトキハ商法第五四條ニ依リ此事項ハ會社内部ノ關係ナルヲ以テ民法ノ組合ニ關スル第六八八條第二項ノ規定ヲ準用シ出資ノ價格ニ從テ之ヲ分配スヘキモノナリ然レトモ立法論トシテハ殘餘財産ノ分配ハ各社員ノ持分ニ應ジテ分配スヘキヲ穩當トス蓋社員ノ持分ナルモノハ必シモ出資ハ比例スルモノニ非ス出資ハ多額ナルモノ必シモ持分ノ多額ナルモノニ非ス故ニ持分ヲ返還スト定ムルハ最至當ナリ現ニ獨逸商法第一五五條第一項ニハ社員ノ積極持分ヲ返還スヘキコトヲ規定セリ此方法ニ依ルトキハ若社員ノ持分カ總テ積極ナルトキハ之ヲ返還シ盡セハ同時ニ清算行爲ハ終了シ頗簡單ナリト雖若或社員中ニ消極持分ヲ有スルモノアルト

キハ如何ニスヘキヤ消極持分ヲ有スルモノハ持分ハ會社ト社員トノ間ノ關係ナルヲ以テ純理ヨリ謂
ヘハ一度其社員ハ會社ニ支拂ヒ會社(清算人)ハ直ニ之ヲ積極持分ヲ有スル社員ノ間ニ分配スヘキ
カ如シト雖清算人ノ職務ハ現ニ會社ニ殘存スル財産ヲ分配スヘキモノニシテ不足額ヲ如何ニ分配ス
ヘキヤハ其職務ニ非サルカ故ニ消極持分ノ分配ハ其社員ト積極持分ヲ有スル社員トノ關係ニ一任シ
清算人ノ介入スヘキモノニ非ストスルヲ至當トス

殘餘財産ノ分配ハ必常ニ金錢ヲ以テスルナリ蓋社員ノ供シタル出資ハ其種類ノ如何ヲ問ハス會社ノ
財産ト成ルモノニシテ社員ハ只其上ニ持分ヲ有スルニ過キス隨テ其財産ハ社員ノ持分ヲ計算スヘキ
標準タルニ過キスシテ現物ヲ以テ之カ返還ヲ受クルコトヲ得ス之任意清算ノ場合ト大ニ異ル處ナリ
然レトモ物ノ使用收益ヲ以テ出資トシタルトキハ現物ヲ返還セサルヘカラスト雖之ハ所謂殘餘財産
ノ分配ニ非ス

清算人ハ前述セル處ノ職務ヲ行フ爲ニ必要ナル一切ノ裁判上又ハ裁判外ノ行爲ヲ爲ス權限ヲ有ス此
代理權ニ加ヘタル制限ハ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス(九一條二三項)而シテ清算人數人ア
ル場合ニ於テハ清算行爲ハ其過半数ヲ以テ之ヲ決スト雖第三者ニ對シテハ各清算人カ會社ヲ代表シ
得ルモノトス(九三條)

清算人ノ權限ハ如此頗廣汎ナリト雖而モ清算ノ目的ノ範圍外ニ出ルヲ得ス故ニ營業ノ行爲其他營
業ノ存在ヲ條件トスル行爲ハ之ヲ爲スコトヲ得ス例之支配人ヲ選任シ或ハ支店ヲ設置シ又ハ商號ヲ
變更スルカ如キコトハ之ヲ爲シ得ス

(二) 清算人ノ選任、及之ニ伴フテ爲スヘキ手續

乙 所持内ニ在ル動産 所持(ニ監督)トハ事實上有體物ヲ支配スル狀況ヲ謂フモノニシテ寧、夫ノ
握有ニ類似シ民法ニ所謂占有トハ多少ノ區別ヲ存ス所持ノ何タルヤハ之ヲ思考スルコトヲ得ルニ拘ラ
ス之ヲ表示スルコト殆難シ故ニ獨逸刑法界ニ於テモ未明確ナル斷定ヲ下シタル者アルヲ聞カスト雖要
スルニ物ノ所持トハ物カ人ノ勢力内ニ在ル狀況ヲ謂フニ過キス故ニ

イ 人ノ携帶スル物
ロ 人ノ支配スル場所内ニ在ル物

ハ當然人ノ所持内ニ在ル物ナルヘシト雖爾餘ノ場合ニ付テハ各其狀況ニ應ジテ之ヲ判定スルノ外ナキ如
シ而シテ相續人ノ有無不分明ナル相續財産中ノ動産カ人ノ所持内ニ在ル物ナリヤ否ヤニ付テハ異說ア
リト雖予ハ事實上概人ノ所持内ニ在ル動産ナリト信ス蓋此種ノ相續財産ハ一括レテ法人タルヘクシテ
(民一〇五一條)管理人ノ選任ナキ間ト雖(民一〇五二條)尙利害關係人カ事實上之ヲ看守即所持スヘク
レハナリ然レトモ左ニ掲タル物ハ常ニ之ヲ人ノ所持内ニ在ル動産トハ云フヘカラス

(1) 無主ノ動産 無主ノ動産トハ所有權ノ目的ト爲リ居ラサル物ナリ此種ノ動産ハ先占ト共ニ先占者
ノ所有ニ歸スヘキヲ以テ(民二三九條)項無主物ナリトモハ固ヨリ何人ノ所持ニモ屬セサル物ナリト
云ハサルヘカラス而シテ所謂無主物トハ或ハ權利者カ拋棄シタル物ナルコトアリ或ハ未何人ノ所有ニ
モ屬セサル物ナルコトアリ

(2) 遺失物、遺失物ハ無主ノ動産ト異ナリ人ノ所有物ナルニ拘ラス何人ノ所持内ニモ在ラサル物ニ屬
シ當然漂流物ヲ包含ス
丙 他人ノ所持内ニ在ル動産 所持内ニ在ル動産ニ付テハ取去罪ノ行爲者ノ所持スル動産及他人ノ所

持スル動産ノ區別アルヘク他人ノ所持スル動産ニ付テモ尙其動産ノ所有者カ取去罪ノ行爲者タルト又
 (イ) 其他ノ者ナルトニ依リ左ノ區別ヲ爲スコトヲ得ヘシ
 (ロ) 取去者ノ所有動産ニシテ他人カ之ヲ所持
 (ハ) 取去者ノ所有スル動産ニシテ他人ノ所持内ニ在ルモノ
 (ニ) 自己ノ所持内ニ遷移セシムル行爲
 (ヘ) 自己ノ所持内ニ收容スル行爲ナリト信ス故ニ他人ノ所持ヲ脫離セシムル行爲ハ之ヲ取去行爲トハ云フ
 (カ) 自己ノ所持内ニ遷移セシムル行爲
 (キ) 自己ノ所持内ニ收容スル行爲ナリト信ス故ニ他人ノ所持ヲ脫離セシムル行爲ハ之ヲ取去行爲トハ云フ
 (ク) 自己ノ所持内ニ遷移セシムル行爲
 (ケ) 自己ノ所持内ニ收容スル行爲ナリト信ス故ニ他人ノ所持ヲ脫離セシムル行爲ハ之ヲ取去行爲トハ云フ
 (コ) 他人ノ所有スル動産ニシテ他人ノ所持内ニ在ルモノ
 (カラス) (アラブレ) (ヘンション) (主義)

第二項 竊盜罪

第一目 總說

竊盜罪トハ強取又ハ騙取以外ノ手段ニ依リ他人ノ所持スル動産ヲ自己ノ所持内ニ遷移セシムル行爲ヲ
 第一 強取又ハ騙取以外ノ手段 從來學者ノ竊盜罪ノ意義ヲ説明スル者多クハ其強盜罪又ハ詐欺取財

罪ト區別スル所ヲ説明セス稀ニ其説明ヲ試ムル者ハ強取以外ノ盜取ハ凡テ竊取ナリト云フ然レトモ此
 見解ハ刑法カ現在ノ危害以外ノ害惡ニ關スル脅迫ニ因ル盜取ヲ恐喝騙取トナシタルコトヲ遺忘セリト
 ノ批難ヲ免カル能ハス而シテ刑法カ現在ノ危害ニ關スル脅迫ニ因リ任意ニ提供セシメタル動産ノ取
 去ヲ強取トナス以上ハ欺罔騙取ノ如キモ本質論トシテハ之ヲ盜罪ノ一種ニ非スト斷定スルニ苦ムヘシ
 故ニ予ハ強取又ハ騙取以外ノ手段ニ依ルコトヲ以テ竊盜罪カ他ノ取去罪ト區別スル要點トナサントス
 然レトモ是唯其形式上ヨリ觀察セル區別ニ止リ實質上ノ區別ノ如何ハ之ヲ解決シタル者ナク又解決シ
 得ル者ナカルヘシト信ス今

一 竊盜罪トハ竊ニ取去スル罪即他人少ナクトモ被害者ノ知了セザル際取去スル罪ナリト假定セン被
 害者カ遠距離ニ在テ監視スル動産ノ取去ノ如キハ無罪タルヘシ
 二 竊盜罪トハ被害者ノ意思ニ關セザル罪即被害者カ其取去ニ付何等ノ意思ヲモ明示又ハ默示セザル
 際取去シタル罪ナリト假定セン被害者カ取去ヲ禁止シ置キタル動産ノ取去ノ如キハ竊盜ヲ以テ論ス
 (カラス)

要スルニ上來假定シタル事由ハ其竊盜罪ノ常素ニシテ實際上竊盜ト他ノ取去罪ト區別スルニ付有力
 ノ資料タルヘシト雖之ヲ以テ其要素ト爲スヘカラスシテ他ニ實質上竊盜罪ノ特表スヘキ根據ナシ
 第二 他人ノ所持内ニ在ル動産 竊取ハ其本質論トシテ他人ノ所持スル動産ニ對スル罪ナリヤ若クハ
 他人ノ所有且所持スル動産ニ對スル罪ナリヤニ付異說アリ得ヘシ予ハ事ロ第二見解ヲ信セントスルモ
 通說ニアラザラヲ以テ便宜上左ニ通說ニ依テ説明スヘシ而シテ通說ハ第三見解即他人ノ所有且所持ス
 ル動産ニ對スル罪ナリト爲スニ在ル如シ但刑法ハ自己ノ所有物ト雖典物トシテ他人ニ交付シ又ハ官署

命令ニ因リ他人ノ看守シタル時之ヲ竊取シタル者ハ竊盜ヲ以テ論スト規定スルヲ以テ此種ノ自己ノ所有物ニ對シテハ例外トシテ竊盜罪成立スヘシ而シテ自己ノ所有ニ係ル留置物、貸與物其他ヲ竊盜罪ノ目的物ト爲サザラシハ學者ノ批議スル所ナリ而シテ所有動產トハ無主ノ動產ニ相對スル語句ニシテ要スルニ所有權ノ目的タル動產ヲ云ヒ他人ノ所有スル動產トハ自己ノ所有動產ニ非ナル所有動產ヲ云フ故ニ禁制物ハ所有權ノ目的物タラサルヲ以テ竊盜ノ目的物ニ非ス他人ト共有スル動產ハ自己ノ所有動產ニ非サルヲ以テ竊盜ノ目的物ナリトス

第三 自己ノ所持内ニ遷移セシムル行爲 自己ノ所持内ニ遷移セシムル行爲ハ凡テ取去罪ノ成立ニ付必要ナルモノニシテ特ニ竊盜罪ニ付テハ必要ナルモノニ非スト雖特ニ竊盜罪ニ關シテハ自己ノ所持内ニ遷移スル行爲ヲ必要トスルニ至リタル沿革ヲ有ス

一 竊盜ハ其目的物ニ觸接スルニ因テ成立スト爲ス見解

二 竊盜ハ其目的物ヲ其所在以外ニ持出スニ因テ成立スト爲ス見解

三 竊盜ハ其目的物ヲ安全ナル場所ニ隱匿スルニ因テ成立スト爲ス見解

四 獲得主義 此主義ニ依レハ竊盜ハ其目的物ヲ自己ノ所持内ニ遷移セシムルニ因テ成立スト爲ス然レトモ現時ニ於テハ所謂獲得主義ニ依リ解釋スルコトニ殆一致シタリ即予モ一般ノ取去罪ニ付此獲得主義ヲ採用シタルナリ

竊盜罪ニ付共通ナル規定ハ竊盜罪ノ罰スヘキ未遂、近親間ニ於ル竊盜及竊盜罪ニ對スル監視ニ關スル規定ナリトス

第一 竊盜罪ノ罰スヘキ未遂ニ關スル規定 竊盜罪ト雖持兇器竊盜罪ノ如キハ重罪タリ故ニ罰スヘキ

未遂アルコトハ一點ノ疑ナシ刑法ハ輕罪タル竊盜ノ未遂モ亦罰スヘキ旨ヲ定メタリ(二七五條)

第二 近親間ニ於ル竊盜ニ關スル規定 刑法第三七七條ハ所謂近親間ニ於ケル竊盜ニ付規定ス所謂近親トハ一人カ祖父母、父母、夫妻、子孫、其配偶者又ハ同居ノ兄弟姊妹ノ關係ヲ有スル親屬ヲ謂フ而シテ刑法第一一五條ハ此場合ニモ尙其適用ヲ有シ近親關係ハ竊盜ノ本質論ノ如何ニ因リ或ハ犯人及動產ノ所持者間ニ存スルハ足レリトシ或ハ犯人及動產ノ所有者並ニ所持者間ニ存セサルヘカラスト爲ス此種ノ近親ニ對シ竊盜ヲ爲シタル行爲者ハ竊盜罪ノ犯人ナリト雖之ニ科刑セシムル是主トシテ一家内ノ平和ヲ維持セントスル趣旨ニ過キサルヘシ故ニ被害者ニ對シ近親ノ關係ヲ有セサル者此種ノ罪ヲ共犯シタルトキハ當然通常ノ規定ニ從ヒ科刑スヘキヤ勿論ニシテ又科刑セサルヘカラサルニ拘ラス刑法ハ同條第二項ニ於テ若シ他人共ニ犯シテ財物ヲ分チタル者ハ竊盜ヲ以テ論スト規定スルヲ以テ財物ヲ分チタル共犯ヲ竊盜罪ノ共犯トシテ處罰スル規定トシテハ無用ノ條項ナルヘク財物ヲ分チタル共犯ヲ竊盜ノ共犯トシテ處罰セサル規定トシテハ不當ノ條項ナルヘキナリ現ニ大審院判例ハ財物ヲ分チタル共犯ヲ無罪トナス如シ

第三 竊盜罪ニ對スル監視ニ關スル規定 竊盜犯人ニ對シテハ輕罪ノ刑ヲ科スヘキト雖尙六月乃至二年ノ監視ヲ科ス(二七六條)

竊盜罪ニ付テハ別ニ明治二十三年法律第九九號竊盜ノ罪ニ關スル條件ナル單行法規アルコトヲ注意スヘ

第二目 通常ノ竊盜罪

所謂通常ノ竊盜罪トハ他人ノ所持内ニ在ル他人ノ所有物又ハ動産質權ノ設定若クハ官署ノ命令ニ依リ他人ノ看守スル自己ノ所有物ノ竊取ヲ謂ヒ動産質權ノ設定又ハ官署ノ命令ニ依リ他人ノ看守以外ノ原因ニ由リ他人ノ所持内ニ在ル自己ノ所有物ノ竊取ヲ包含セザルコトニ留意ヲ要ス(二五六條三七一條及三七六條)

然レトモ通常ノ竊盜罪ト雖二人以上共ニ之ヲ犯シタルトキハ一等ヲ加重シタル刑ヲ科ス(キモノ(三七九條)ニシテ刑法カ團體の犯行ヲ嚴罰スル一場合ナリトス而シテ犯人ノ二人以上ナリキヤ否キハ教唆者ヲ除外シテ之ヲ算定ス(キコト)刑法ノ明定スル所ニ屬シ(一〇七條)疑フヘキナシト雖常ニ補助者ヲ算入ス(キヤ)否キニ付テハ異論ヲ生スヘシ

第三目 情狀重キ竊盜罪

情狀重キ竊盜罪モ通常ノ竊盜罪ト同ク質權ノ設定又ハ官署ノ命令ニ依ル看守以外ノ原因ニ由リ他人ノ所持内ニ在ル自己ノ所有物ノ竊取行爲ヲ包含セザルモノトス

第一 乘機竊盜トハ水難、火災、震災、風災其他非常事變ノ際其事變ヲ利用シテ爲シタル竊盜行爲ヲ謂ヒ(三六七、三七一及三七六)二人以上共ニ之ヲ犯シタルトキハ其本刑ニ一等ヲ加重シタル刑ヲ科ス(キモノトス(二五九條))

第二 踰越竊盜又ハ鎖鑰竊盜トハ門戶牆壁ヲ踰越若クハ損壞シ又ハ鎖鑰ヲ開披シテ邸宅若クハ倉庫ニ入りテ爲シタル竊盜行爲ヲ謂フ

門戶牆壁ノ踰越又ハ損壞トハ凡テ異常ノ方法ニ依リ侵入スル作用ヲ謂ヒ鎖鑰ノ開披トハ開披ノ自由ヲ

妨クル器械ヲ其性質ニ違ヒテ開披スル作用ヲ謂ヒ共ニ必邸宅又ハ倉庫ニ入ル手段タルヘキコトニ留意スヘシ(三六八條、三七一條及三七六條)

除越竊盜又ハ損壞竊盜モ二人以上共ニ之ヲ犯シタルトキハ其本刑ニ一等ヲ加重シタル刑ヲ科ス(キモノトス(二六九條))

第三 持兇器竊盜 兇器ノ何タルヤハ不明ナリト雖畢竟人ノ生命、身體又ハ自由ヲ傷害シ得ヘキ器具ナリト云ハサルヘカラス携帯トハ身體ニ附着セシムルコトヲ謂フ持兇器竊盜罪トハ兇器ヲ携帯シテ人ノ住居スル邸宅ニ入り爲シタル竊盜行爲ニシテ輕懲役ヲ科ス而シテ持兇器竊盜ニ付テハ刑法第三六九條ノ適用ナキヲ以テ二人共ニ之ヲ實行シタル場合ト雖固ヨリ其刑ヲ加重スルコトヲ得ナルヘシ

第四目 情狀輕キ竊盜罪

情狀輕キ竊盜罪トハ所謂產物竊盜ヲ謂フ

所謂產物竊盜ニ付テモ

一 他人ノ所有物及質權ノ設定又ハ官署ノ命令ニ依ル看守ニ因リ他人カ所持スル自己ノ所有物ニ關スルト論スル者アルヘシ

二 廣ク他人ノ所持スル物ニ關スト論スル者アルヘシ

通説ハ依然トシテ第一說ヲ採用ス

所謂產物竊盜ノ未遂ハ其產物ノ價格如何ニ拘ラス竊盜ノ罪ニ關スル件ニ依リ處罰セラレ產物竊盜ノ既遂ト雖其產物ノ價格五圓以下ナルトキハ竊盜ノ罰ニ關スル件ニ依テ處罰セラルヘシ

第一 田野盜トハ田野ニ於テ價格五圓以上ノ穀麥菜菓其他田野ノ產物ヲ竊取スル行爲ヲ謂フ(三七二條、三七六條)

第二 山林河海盜トハ山林ニ於テ價格五圓以上ノ竹木、礦物其他山林ノ產物ヲ竊取スル行爲又ハ川澤、池沼、湖海ニ於テ人ノ生養スル產物若クハ營業ニ關スル產物ニシテ價格五圓以上ノモノヲ竊取スル行爲ニ關ス(三七三條、三七六條森林法)

第三 牧場盜トハ牧場ニ於テ價格五圓以上ノ牧獸ヲ竊取スル行爲ヲ謂フ

第三項 強盜罪

強盜罪ハ所持ニ對スル罪ナリヤ又ハ所有且所持ニ對スル罪ナリヤ所有且所持ニ對スル罪ナルコトヲ原則トシ刑法第三七一條ニ認メタル場合ニ限リ所持ニ對スル罪ナリト爲スコトヲ通説トス然レトモ第三七一條ノ規定ヲ強盜罪ニ準用スル明文以外ニ明文ヲ設クルモノニシテ固ヨリ之ヲ採用スヘカラサル如クシテハ單ニ所持ノミニ對スル罪ナリト信ス

強盜罪モ亦所謂取去罪ノ一種ニシテ要スルニ暴行又ハ脅迫ヲ以テ他人ノ所持スル動產ヲ自己ノ所持内ニ遷移セシムル行爲ナリ而シテ所謂脅迫ハ予ハ強盜罪ニ付テハ重要且現在ノ害惡ニ關スル脅迫ヲ謂フモノト信ス蓋強取ノ手段タル脅迫ヲ斯ノ如ク狹義ニ解スルコトハ語句上多少專横ノ嫌ナキニ非スト雖若之ヲ單ナル脅迫ナリト解スルトキハ(1)恐喝取財ト強盜トノ區別ナキニ至ルヘク(2)竊盜刑法第二四九條其他多數ノ刑法ハ皆強盜罪ニ付テハ脅迫ハ多少重大ナル脅迫ナルヘキコトヲ規定ス然ラハ所謂強盜罪ハ暴行又ハ重要且現在ノ害惡ニ關スル脅迫ヲ動產強取ノ手段ト爲スヲ要スルコトモ可疑ナキニ似タ

ヲ暴行又ハ重要且現在ノ害惡ニ關スル脅迫ヲ爲シタルトキト雖之ヲ財物強取ノ手段トナシタルニ非ナレハ強盜罪ハ成立セス故ニ暴行又ハ脅迫ハ主觀的ニ取去ヲ妨害スヘシト思料シタル者ニ對シ之ヲ爲ササルヘカラス但因果關係ノ存在ノ必要上同時ニ客觀的ニ取去ヲ妨害スヘキ者ニ對シタルコトヲ要スヘシ

強盜罪ハ凡テ重罪ナリ然レトモ種種ノ減輕事由アル結果或ハ輕罪ノ刑ニ處スヘキ場合モ亦尠ナシトセ

ス刑法ハ輕罪ノ刑ニ處スル場合ニ於テモ強盜罪ニハ監視ヲ附加スヘキモノト規定シタリ(三八四條)

第一 強盜罪 純タル強盜罪ニ付テハ更ニ説明スルコトヲ要セス唯刑法ハ或種ノ行爲ヲ強盜罪ニシテ

刑法上強盜ト同一ニ之ヲ取扱ハシメタリ
一 竊取シタル動產ノ取還ヲ拒ク目的ヲ以テ竊取者カ其際暴行又ハ脅迫ヲ爲シタル行爲 此種ノ行爲ハ性質上竊盜罪タルニ過キスシテ其爲シタル暴行又ハ脅迫カ他ノ刑法規ニ該當スル場合ニ於テノミ竊盜罪及暴行又ハ脅迫ノ罪ノ二罪タリ然レトモ刑法ハ此種ノ行爲ヲ強盜罪ニ準シタリ而シテ所謂實際トハ竊取行爲ノ終了シタル際ナルコトヲ要スヘク又其暴行又ハ脅迫ハ必ヤ竊取シタル動產ノ取還ヲ防止スル目的ニ出テナルヘカラス(三八二條)

二 人ヲ醉迷セシメテ動產ヲ竊取シタル行爲 刑法ハ「藥酒等ヲ用キ人ヲ醉迷セシメ」ト規定スト雖其意ハ強盜罪ニ於ル如ク他動の二人ヲ醉迷セシメ又ハ人ノ精神ヲ錯亂セシムルコトヲ謂フナルヘシ刑法ハ唯他動の二人ヲ醉迷セシメテ財物ヲ竊取シタル行爲ノミヲ強盜ニ準ス故ニ人カ抗拒不能ノ狀態ニ在ルニ乘シ其財物ヲ竊取シタル行爲ノ如キハ當然竊盜罪ヲ以テ論セザルヘカラス

強盜罪ハ其純強盜ナルト又ハ準強盜ナルトヲ論セス重罪ニシテ其刑ハ輕懲役ナリ

強盜ハ刑法第三七九條ニ規定スル特定ノ事由アル場合ニ於テハ情狀重キ強盜罪タルヘシ而シテ刑法第三七九條カ準強盜罪ニモ其適用ヲ有スルコトハ異說ナキ所ニ屬ス

一 二人以上共ニ犯シタル強盜行為ハ重懲役ヲ科スヘキ重罪トス

二 持兇器強盜 兇器ヲ所持シテ爲シタル強盜行為ハ重懲役ヲ科スヘキ重罪トス

三 兇器ヲ所持シテ二人以上カ共ニ犯シタル強盜行為ハ有期徒刑ヲ科スヘキ重罪トス

第二 強盜傷人罪及強盜殺人罪 強盜人ヲ殺傷シタル罪トハ強盜ヲ爲ス者其際被害者又ハ之ニ關係アル者ヲ殺傷シタル罪ニシテ傷人罪ニハ無期徒刑ヲ科シ殺人罪ニハ死刑ヲ科スヘキナリ(三八〇條)而シテ學者或ハ強盜罪既遂ナルニ非サレハ殺人行爲既遂ナリトモ此種ノ罪ノ未遂ヲ生スト論スル者ナキニ非スト雖予ハ之ヲ採ラス

一 強盜ヲ爲ス者 強盜ヲ爲ス者トハ其純強盜タルト又ハ準強盜タルトニ論ナク凡テ強盜ノ著手以上ノ行為ヲ爲シタル者ヲ謂フ故ニ強盜行為ニ著手シ未遂ケタル者又ハ既ニ強盜行為ヲ終了シタル者ハ共ニ茲ニ所謂強盜ヲ爲ス者ナリ

二 其際 其際トハ強盜ヲ爲ス際ヲ謂フ故ニ強盜ニ著手セサル前又ハ強盜行為カ一段落ヲ告ケタル後ニ於テハ人ヲ殺傷スルモ本罪ハ成立セズ

三 被害者又ハ之ニ關係アル者 刑法ハ單ニ人ヲ傷シ又ハ之ヲ死ニ致シト云フト雖被害者ト無關係ナル者ノ殺傷ノ如キハ強盜人ヲ殺傷シタル罪ニ非ス

四 殺傷シタル行為 殺害行為及傷害行為トハ犯意ニ出テタル殺傷、過失ニ出テタル殺傷及犯意又ハ過失ニ因ラザル殺傷又ハ致死ヲ謂フモノト解セサルヘカラス刑法ハ人ヲ死ニ致スト規定ス所謂死ニ非スト雖予ハ之ヲ採ラス

致スナル語句ハ通常觀念セザル結果ニ關スルニ拘ラス此場合ニ於テハ異常ノ意義ニ使用セラルルコトニ留意スヘシ

第三 強盜強姦罪 強盜ヲ爲ス者其際被害者タル女子又ハ被害者ニ關係アル女子ヲ強姦シタル行為ヲ強盜強姦罪ト云ヒ(三八一條ニ依リ)無期徒刑ヲ科セラル此場合ニ於テモ強盜ハ未遂ナリト雖強姦ニシテ既遂ナルニ於テハ本罪ノ既遂ハ成立ス

第四項 詐欺取財罪

第一目 總說

佛文章案ニ依レハ恐喝ハ詐欺取財ノ一手段タルニ過キサル如シト雖刑法ハ人ヲ欺罔シ又ハ恐喝シテト明記スルヲ以テ予ハ大審院判例及通說ニ從ヒ尙刑法ハ詐欺取財ト共ニ恐喝取財ヲ認メタリト云ハントス

廣義ノ詐欺取財罪即欺罔騙取罪、恐喝騙取罪及準詐欺取財罪ニ共通スル規定ハ左ノ如シ

一 詐欺取財罪ヲ犯ス爲メ文書ヲ偽造又ハ變造シタル行為ノ處分 詐欺取財罪ニ付テハ其欺罔又ハ恐喝ノ手段トシテ官公私ノ文書ヲ偽造又ハ變造スルコト敢抄ナシトセス故ニ刑法ハ此類繁ニ現出スヘキ行為ニ付テニ文書偽造ノ罪ノ各本條ノ刑ト詐欺取財罪ノ刑トヲ比較シ比較的重キ刑ヲ科シタル一罪トシテ處斷スヘキ旨ヲ定メタリ

二 詐欺取財罪ノ罰スヘキ未遂 詐欺取財罪ハ輕罪ナリト雖罰スヘキ未遂ハ存在ス

三 近親間ニ於ル詐欺取財罪ニ關スル規定 刑法ハ詐欺取財罪ニ付テモ刑法第三七七條ノ規定ト同趣

旨ノ規定ヲ設ケタリ

第二目 欺罔騙取罪

予ノ信スル所ニ依レハ欺罔騙取罪モ亦取去罪ノ一種ニシテ其區別ノ要點ハ取去カ取去者ノ欺罔ニ原因シテ生シタルコトニアリ而シテ詐欺ニ因ル意思表示ハ民法上其詐欺ノ結果トシテ生シタル錯誤カ法律行為ノ要素ニ關スルトキハ原則トシテハ無効ナリト雖法律行為ノ緣由其他ニ關スルトキハ原則トシテハ取消サルルニ非サレハ有效ナリ故ニ欺罔騙取ハ民法上ノ法律行為タルニ拘ラス刑法上罪タルコトアリ得ヘシ

欺罔騙取罪トハ他人ヲ欺罔シテ被欺罔者又ハ其他ノ者ノ所持スル動産ヲ騙取スル行為ヲ謂フ

第一 他人ヲ欺罔スル行為 欺罔トハ他人ヲシテ人、物又ハ事實ヲ錯誤セシメタル行為ヲ謂フ換言スレハ

一 他人ヲシテ人、物又ハ事實ヲ錯誤セシメントスル行為

二 他人カ人、物又ハ事實ヲ錯誤シタル事實

ナリ故ニ先共通ノ觀念タル人、物又ハ事實ニ關スル錯誤ノ何タルヤヲ説明シタル後更ニ之ヲ行為及事實ノ二點ヨリ觀察シテ説明スヘシ

錯誤トハ事實ノ眞實ニ反スル觀念即全部又ハ一部カ眞實ト差異アル觀念ヲ謂フナリ故ニ錯誤ハ不知ト之ヲ區別スルコトヲ要ス不知トハ事物ニ付テノ觀念ノ欠缺ヲ謂フ

錯誤ハ人、物、事實、意見其他萬般ノ事實ニ關スルコトヲ得而シテ若之ヲ限定セサルトキハ萬般ノ事物

0297

ニ關スル錯誤ヲ謂フト解釋セサルヘカラス而シテ刑法ハ單ニ人ヲ欺罔シト規定スルヲ以テ刑法ノ解釋トシテ欺罔騙取罪ニ必要ナル錯誤ハ廣ク萬般ノ事物ニ關スル錯誤ナリト云ハサルヘカラサル如ク大審院モ亦未ニ屬スル事項ト雖虛構ニ係リ人ヲ欺クニ足ルモノハ詐欺取財ノ要素タル欺罔ナリトスト判決シタル趣旨ヨリ推理スレハ或ハ此廣義ヲ採用スル如シ然レトモ未ニ屬スル事項例之判斷又ハ意見ノ錯誤ヲ以テ欺罔騙取罪ニ必要ナル錯誤ナリトスルハ妥當ナラスト信ス然レトモ此等ノ所謂事實ニ關スル錯誤中ニハ當然人又ハ物ニ關スル錯誤ヲ包含ス予ハ便宜上之ヲ(1)人ニ關スル錯誤(2)物ニ關スル錯誤及(3)事實ニ關スル錯誤ニ三別セントス人ニ關スル錯誤及物ニ關スル錯誤ノ何タルヤハ明白ナルヘシト雖事實ニ關スル錯誤ノ何タルヤニ付テハ多少ノ疑似アリ事實トハ凡テ存在又ハ發生スル事實ヲ謂フ故ニ未ニ屬スル狀況又ハ事變ニ相對シテ過去又ハ現在ニ屬スル狀況又ハ事變ヲ謂ヒ思考力ニ依テ始メテ認識セラルル事物ニ相對シテ觀察シ得ヘキ事物又ハ觀察シ得ヘカリシ事物ヲ謂フナリ或ハ現在ニ屬スル關係ノミカ事實ナリトナス者アリト雖不當ナリ而シテ思考力ニ依リ認識セラルヘキ事物モ其存否ノ問題ニ關シテハ尙事實タルコトヲ妨ケサルハ勿論ナリ

一 他人ヲシテ人、物又ハ事實ヲ錯誤セシメントスル行為

二 他人ヲシテ人、物又ハ事實ヲ錯誤セシメントスル行為

1 行為 欺罔ハ行為ナリ即作爲及不作爲ナリ學者或ハ欺罔ハ不作爲ニ依テハ之ヲ爲スコトヲ得スト論シタリト雖通説ニ非ス予ハ不作爲ト雖一般ニ不作爲爲犯ノ成立スヘキ場合ニ於テハ尙欺罔タリ得ルモノト信ス然レトモ所謂包含行為ハ之ヲ不作爲ト混同スヘカラス所謂包含行為トハ當然事實ノ表示ヲ包含スル行為即默示ノ作爲ヲ謂フ

2 他人ヲシテ錯誤セシメントスル行為 所謂錯誤セシメントスル行為モ亦通常虛偽ノ人ノ提示、虛偽ノ物ノ提示又ハ虛偽ノ事實ノ陳述ニ係ルモノトス外國ノ成例ニ依レハ種種ノ點ヨリ此行為ヲ制限スルコトヲ常トスト雖刑法ハ何等ノ制限ヲ設ケザルヲ以テ苟人、物又ハ事實ヲ錯誤セシメントスル行為ナレハ單純ノ虛言ナリトスルモ之ヲ欺罔セントスル行為ト云フコトヲ得ヘシ而シテ錯誤セシメントスル行為ハ或ハ錯誤ノ惹起ナルヘク或ハ錯誤ノ持續ナルヘシト雖常ニ錯誤ノ利用ヲ包含セス是利用ハ錯誤ノ現存ヲ前提トスレハナリ

二 行為ノ結果トシテ他人カ人、物又ハ事實ヲ錯誤シタル事實
1 他人カ人、物又ハ事實ヲ錯誤シタル事實 錯誤スル者ハ必人類ナラサルヘカラス故ニ人類以外ノ者カ錯誤シタルコトハ何レノ場合ニ於テモ欺罔騙取罪ヲ構成セス

2 行為ノ結果トシテ錯誤シタル事實 他人カ人、物又ハ事實ヲ錯誤シタル事實アリトスルモ其事實カ他人ヲシテ人、物又ハ事實ヲ錯誤セシメントスル行為ノ結果ナルニ非スシテ欺罔行為ハ存在セス
第二 被欺罔者又ハ其他ノ者ノ所持スル動産ヲ騙取スル行為 刑法ハ騙取ノ目的物ヲ財物又ハ證書類ト規定ス證書類トハ欺罔ニ因リ新ニ作製セシメタル證書類ヲ謂フヲ以テ財物以外ニ之ヲ明記シタルモノナリト言フ者アリト雖予ハ其論旨ニ依ルモ尙證書類ナル語句ヲ不用ナリト信ス而シテ所謂財物カ單ニ動産ノミニ關スヘキコトハ既ニ上述シタリ
一 欺罔行為ノ結果トシテ被欺罔者又ハ其他ノ者カ其所持スル動産ヲ欺罔者ニ讓渡セントコトヲ決意シタル事實
(イ) 動産讓渡ノ決意 動産ノ讓渡トハ贈與、交換、賣買其他凡テ其所持スル動産上ノ所有權ヲ遷移

タル事實
(ロ) 欺罔者ニ對スル動産讓渡ノ決意 動産讓渡ノ決意ハ必欺罔者ニ對スル讓渡ニ關セサルヘカラスシテ欺罔者以外ノ者ニ對スル動産讓渡ノ決意ハ解釋論上騙取トハ云フヘカラス
(ハ) 被欺罔者又ハ其他ノ者カ其所持スル動産ヲ欺罔者ニ對スル讓渡ノ決意ハ通常被欺罔者之ヲ爲スモノトス然レトモ其被欺罔者以外ノ者カ之ヲ爲シタル場合ト雖騙取ノ意義ヲ阻得スルモノニ非ス而シテ被欺罔者カ動産讓渡ノ決意ヲ爲ス場合ニ於テモ被欺罔者ハ單ニ其所持ヲ奪ハルルノミニ止リ所有者ハ却被欺罔者以外ノ者ナルコトナキニ非ス
(ニ) 被欺罔者又ハ其他ノ者カ其所持スル動産ヲ欺罔者ニ對スル讓渡ノ決意ヲ生シタル事實及欺罔行為ニハ因果ノ關係存在セザルヘカラス而シテ苟欺罔行為ニ因テ讓渡ノ決意ヲ爲シタリトセハ法律上其讓渡ヲ爲スヘキ義務アル場合ナルト否ラザル場合ナルトヲ區別セス
二 所有者カ讓渡セント決意シタル動産ヲ取去スル行為 騙取モ又取去行為即他人ノ所持内ニ在ル動産ヲ自己ノ所持内ニ遷移セシムル行為ノ一種様ニシテ其動産ノ所有權カ他人ニ屬スルト又ハ自己ニ屬スルトヲ區別セザルナリ然レトモ騙取行為カ他人ノ取去行為ト異ナルハ其取去カ所持者カ其所持ヲ取去者ニ遷移セント決意シタル動産ニ關スル點ニ在リトス而シテ所持者カ既ニ遷移セント決意シタル動産ニ關スル以上 所持者カ之ヲ取去者ノ所持内ニ遷移スルト又ハ取去者自身其所持内ニ遷移スルトハ騙取行為タルニ何等ノ影響ヲ及サザルナリ

第三目 恐喝騙取罪

恐喝騙取罪ハ外國法ニ所謂制壓罪ニ酷シ又強盜罪ニモ類シ欺罔騙取罪ニモ似タル所アリト雖要スルニ一種ノ制壓罪ニシテ脅迫ニ因ル強盜罪及欺罔騙取罪ノ中間ニ在ルモノト云フコトヲ得ヘシ

恐喝騙取罪トハ他人ヲ恐喝シ被恐喝者又ハ其他ノ者ノ所持スル動産ヲ騙取スル行爲ヲ謂フ

第一 他人ヲ恐喝スル行爲 恐喝トハ重大且現在ノ害惡以外ノ害惡カ到來スヘキ旨ノ通知ニ因リ他人ヲ畏怖セシムル行爲ノ結果トシテ他人カ畏怖シタル事實ヲ謂ヒ其詳細ニ付テハ概欺罔ニ付テノ説明ヲ準用シテ知ルヘシ畏怖トハ外部の害惡ノ發生ニ關スル心理學上ノ所謂情緒ノ名稱ニシテ重大且現在ノ害惡以外ノ害惡ノ到來セシムヘキ旨ノ恐喝ニ因ル畏怖トハ其發生カ急迫ナラサル害惡ノ通知ニ因ル畏怖ヲ謂フ而シテ畏怖ヲ生セシメタル行爲ナルコトハ恐喝ヲ脅迫ト區別スル第一點ニシテ上述ノ如ク現在ノ害惡以外ノ害惡ノ通知ハ自身之ヲ到來セシムヘキ旨ノ通知ナルト又ハ他人カ之ヲ到來セシメ若クハ自然ニ到來スヘキ旨ノ通知ナルトヲ論セサルコトハ恐喝ヲ脅迫ト區別スル第二點ナリトス

第二 被恐喝者又ハ其他ノ者ノ所持セル動産ヲ騙取スル行爲 恐喝騙取罪ニ於ル騙取モ亦欺罔騙取罪ニ於ケル騙取ト同シキヲ以テ特ニ之ヲ説明スル要ナシ

第四目 準詐欺取財罪

刑法ハ欺罔騙取罪及恐喝騙取罪ヲ併稱シテ詐欺取財ノ罪ト命名シ更ニ性質上詐欺取財ト云フヘカラサル行爲ヲ準詐欺取財罪トシテ刑法上準詐欺取財罪タルヘキ行爲ハ後述ノ四種ノ外尙(1)受託物ニ付詐欺ノ所爲ヲ爲ス行爲(三九五條後段)及(2)商賣農工定規ヲ増減シタル度量衡ヲ使用シテ利ヲ得タル行爲(二二九條、第二項)ナリトス然レトモ此二者ニ付テハ各受害財物ニ關スル罪及度量衡ヲ偽造スル罪

トシテ説明スルコトヲ便宜ナリトス

準詐欺取財ノ行爲ニ付注意スヘキハ若シ事實上欺罔又ハ恐喝ニ因ル騙取ナルトキハ之ヲ準詐欺取財罪トナサス純詐欺取財罪ヲ以テ論スヘキコトナリトス大審院モ幼者ノ智慮淺薄ニ乘シテ財物ヲ授與セシメタル罪ニ付テハ同一ノ見解ヲ列示シタリ

第一 幼者ノ智慮淺薄ニ乘シテ財物ヲ授與セシメタル罪

第二 他人ノ精神錯亂シタルニ乘シテ財物ヲ授與セシメタル罪

第三 物ノ品質又ハ分量ヲ偽リテ賣買又ハ交換シテ之ヲ交付シタル罪

第四 冒認罪 冒認行爲ハ概詐欺取財罪ヲ構成スヘク否ラサル場合ニ於テモ他ノ罪ヲ構成スヘキヲ以テ特ニ之ヲ冒認罪ナル一罪種トシテ認ムル必要ナキ如シ獨逸刑法ヲ始メ歐洲ニ於ケル近時ノ立法ハ概チ冒認罪ヲ認メス尙我刑法改正案ニ於テモ亦冒認罪ナル罪種ヲ特別ニ認メス

廣ク冒認罪ト云ヘハ所謂冒認兼賣及所謂欺隱典賣ヲ包含ス

冒認行爲ハ冒認典賣ナルト又ハ欺隱典賣ナルトヲ區別セシムルニ其被害者ヲ異ニスルコトアリ蓋動産ニ付テ云ヘハ動産ニ關スル所有權ノ設定又ハ移轉ハ當事者ノ意思表示ノミニ因テ其效力ヲ生スト雖モ其讓渡ヲ以テ第三者ニ對抗セシムル其第三者ノ善意ナルト又ハ惡意ナルトヲ區別セシムルニ其動産ノ引渡ヲ爲スコトヲ要シ(民一七八條)尙原則トシテ公平穩且公然ニ動産ノ占有ヲ始メタル者善意ニシテ且過失ナキトキハ即時ニ其動産ノ上ニ行使スル權利ヲ取得ス(民一九二條)ト規定シタリ故ニ動産ニハ一方ニ正當ナル所有者存在スルニ拘ラス其動産ノ引渡ヲ受ケス又ハ其占有ヲ失ヒタル結果トシテ更ニ他ノ正當ナル所有者ノ現出スルコトアリ不動産ニ付テ云ヘハ不動産ニ關スル所有權ノ設定又ハ移轉ハ當事者

ノ意思表示ノミニ因テ其效力ヲ生ズト雖其得喪變更ヲ以テ第三者ニ對抗セシムル所ニ從ヒ之ヲ登記セザルヘカラス(民一七七條)故ニ不動産ニモ一方ニ正當ナル所有者存在スルニ拘ラス其所有權ヲ登記セザリシ結果トシテ更ニ他ノ正當ナル所有者ノ現出スルコトアリ此種ノ民法ノ規定ハ不動産ハ不動産ヲ冒認典賣又ハ欺詐典賣セル場合ニ於テモ尙常ニ所有者ノ權利ヲ侵害シタリト云フコトヲ得サラシメ又ハ常ニ典賣ヲ受ケタル者ノ財產權ヲ侵害シタリト云フコトヲ得サラシム而シテ其原所有者ヲ被害者トスル冒認行為ハ詐欺取財ノ性質ヲ有セスシテ全然廣義ノ横領ノ性質ヲ有シ其典賣ヲ受ケタル者ヲ害シタル冒認行為ハ横領ノ性質ヲ有セスシテ全然詐欺取財ノ性質ヲ有ス而シテ如此差異ヲ生スル所以ハ單ニ典賣シタル不動産又ハ不動産ハ冒認行為アリタルニ拘ラス民法上尙原所有者ノ所有物ト視ルヘキヤ將又典賣ヲ受ケタル者ノ所有物ト視ルヘキヤノ客觀的事情ニ外ナラス

一 冒認典賣 冒認典賣トハ他人ノ所有物ヲ冒認シテ之ヲ賣却又ハ交換シ若クハ抵當權又ハ質權ノ目

の物ト爲ス行為ニ關ス

(イ) 他人ノ所有物 物ニハ其動産タルト又ハ不動産タルトヲ論セス無主物及所有物ノ區別アリ無主物カ所有物ニ非ナルコトハ自明ノ理ナリト雖民法ハ無主ノ不動産ニ付特別ノ規定ヲ設ケ無主ノ不動産ハ國庫ニ歸屬ス(民二三九條二項)ト規定シタルヲ以テ無主ノ不動産ハ常ニ之ヲ國家ノ所有物ナリト云ハサルヲ得タル結果所有物ト云フコトヲ得サルハ無主ノ動産ノミニ止ルヘシ所謂所有物トハ所有權ノ目的タル物ヲ謂ヒ所有權ノ設定又ハ移轉ハ當事者ノ意思表示ノミニ因リテ其效力ヲ有シ(民一七六條)動産ニ付テモ引渡ヲ必要トセス所謂他人ノ所有物トハ自己ノ所有物及無主ノ動産以外ノ物ヲ謂フト解スヘシ而シテ自己及他人ノ共有物ハ自己ノ所有物ト看做スヘキヤ否ヤニ付多少ノ議論

0300

アル如シト雖通説ハ之ヲ他人ノ所有物ト爲スニ在リ

(ロ) 冒認 冒認トハ他人ノ所有物ナルニ拘ラス之ヲ自己ノ所有物ト自認スル行為ニ關ス故ニ自己ノ所有物ヲ典賣スル場合ニ於テハ勿論所有者其他自己以外ノ者ノ所有物ナリト認メテ典賣スル場合ニ於テハ冒認典賣罪ハ成立セス他人ノ所有物ヲ自己及他人ノ共有物ト認ムル行為ニ付テハ異論ナキニ非サルヘシト雖予ハ冒認典賣行為ナリト信ス

(一) 賣却、交換又ハ抵當權、質權ノ設定 賣却トハ民法ニ所謂買賣契約ヲ締結スルコトヲ謂ヒ本罪ニ付テ云ヘハ物ノ所有權ヲ他人ニ移轉スルコトヲ約シ其他人ヲシテ代金ヲ拂フコトヲ約セシムル行為(民五五五條)ヲ謂ヒ交換トハ民法ニ所謂交換契約ヲ締結スルコトヲ云ヒ本罪ニ付テ云ヘハ物ノ所有權ヲ他人ニ移轉スルコトヲ約シ其他人ヲシテ金錢ノ所有權ニ非サル財產權ヲ移轉スルコトヲ約セシムル行為(民五六六條)ヲ謂ヒ物ノ賣却又ハ交換ハ共ニ上述シタル契約アリタル時ニ於テ成立シ事實上物ノ引渡ヲ爲シ又ハ代金其他ノ對價物ヲ受取ルコトヲ必要トセス抵當權ハ物ニ付テ云ヘハ唯不動産ノミヲ目的物トナシ(民三三九條)其設定ハ單ニ意思表示ノミニ因テ之ヲ爲スコトヲ得質權ハ物ニ付テ云ヘハ動産ニハ動産質權ノ不動産ニハ不動産質權アリ共ニ其質權ノ目的物ヲ債權者ニ引渡スニ因リ始メテ其效力ヲ生ズルモノトス(三九五條)

冒認典賣ノ意義ハ既ニ上述セリ然レトモ冒認典賣行為ハ常ニ之ヲ冒認典賣罪ナリト云フコトヲ得ス甲 他人ノ所有ニ係ル動産ノ冒認典賣 上述ノ如ク冒認典賣ノ結果買主、交換者、抵當權者又ハ質權者カ被害者タル場合ニ於テ財物ヲ取去セラレタリトセハ冒認典賣行為ハ常ニ欺罔騙取罪タルヘク其所有主カ被害者タル場合ニ於テハ尙左ノ如ク細別シテ攻究セザルヘカラス

- 1 冒認典賣者カ所持スル場合 此場合ニ於テモ左ノ區別アリ
 - (イ) 他人ノ委託ヲ受ケテ所持スル動産ヲ冒認典賣スル行為ハ其典賣ヲ以テ費消ナリト云ヒ得ヘキ限リハ概委託物費消罪(三九五條)タルヘシ
 - (ロ) 廣義ノ拾得ニ因テ所持スル動産ヲ冒認典賣スル行為ハ其典賣ヲ以テ不正處分ト云ヒ得ヘキ限リハ遺失物法第一六條ニ依リ遺失物不正處分罪タルヘシ
 - (ハ) 犯行ニ依テ所持スル動産ヲ冒認典賣シタル場合ニ於テハ予ハ犯行ト其冒認典賣トノ二罪成立スト信スト雖大審院ノ判例ニ依レハ此場合ニ於ル冒認行為ハ其前ノ犯罪ノ當然ノ結果ナルカ故ニ其前ノ犯罪ノミヲ論シ冒認罪ヲ以テ斷スヘキモノニ非ストナセリ
 - (ニ) 其他ノ原山ニ因リ所持スル動産ヲ冒認典賣スル行為ノミハ概冒認典賣罪タルヘシ
- 2 冒認典賣者以外ノ者カ所持スル場合 此場合ニ於テハ常ニ冒認典賣ヲ以テ論スルコトヲ得ヘシ但動産質權ノ設定ニハ其動産ヲ債權者ニ引渡スコトヲ要スルヲ以テ動産質權ノ設定ニ因ル冒認典賣ハ此種ノ動産ニ付テハ全然成立スルコトナシ

他人ノ所有ニ係ル不動産ノ冒認典賣 此種ノ行為ハ常ニ冒認典賣罪ヲ構成ス但不動産モ亦欺罔騙取罪及受託物費消罪ノ目的物タルコトヲ得トナス見解ニ依レハ此種ノ行為モ或場合ニ於テハ欺罔騙取罪及受託物費消罪タルヘシ
- 乙 欺隱典賣 欺隱典賣トハ自己ノ所有ニ係ル不動産ニシテ既ニ抵當權又ハ不動産質權ノ目的物ト爲シタルモノヲ眞實ヲ隱蔽シテ賣却シ又ハ抵當權若クハ質權ノ目的物トナシタル行為ニ關ス
 - 1 自己ノ所有ニ係ル不動産ニシテ既ニ抵當權又ハ不動産質權ノ目的物トナシタルモノ 刑法カ動産ヲ豫想セサルハ動産ニハ抵當權ヲ設定スヘカラス又動産質權ノ設定ニハ其動産ノ引渡ヲ必要トスルヲ以テ犯罪行為其他ニ依リ其實物ヲ奪取スルニ非スハ事實上殆ト動産質權ノ目的物ニ對シ更ニ動産質權ヲ設定スルコトヲ得サルヘキヲ以テナリ
 - 2 事實ノ隱蔽 刑法ハ特ニ欺隱ト云フ故ニ或ハ偽計アルコトヲ必要トシ單純ノ隱蔽ヲ意味セスト論斷スル者アリト雖佛文草案ノ沿革ニ適應セヌ又刑法ノ記載法ハ典賣ヲ受クル者ノミニ隱蔽スルコトヲ意味スル如シト雖之ヲ冒認典賣ノ場合ニ鑑ミ又ハ欺隱典賣ノ立法論ヨリ解スルモ既ニ抵當權又ハ質權ノ存在スル事實ヲ典賣ヲ受クル者ニ明告セヌ又ハ典賣ヲ爲ス事實ヲ最初ノ抵當權者又ハ質權者ニ明告セサルコトヲ謂フト爲ス可トス
 - 3 賣却又ハ抵當權、不動産質權ノ設定

第二款 橫領罪

第一項 總說

所謂橫領トハ自己ノ物トスル行為即チ不法ニ有體物ニ付所有權ニ類似スル支配ヲ爲ス行為ヲ云フ故ニ廣ク橫領ト謂フトキハ橫領者ノ所持セサル物ニ付テモ之ヲ豫想スルコトヲ得ヘク又不動産ヲモ其目的物ト爲スコトヲ得ヘシト雖モ刑法上橫領罪トシテ見ルヘキモノハ單ニ動産ノミニ關シ特ニ橫領者ノ所持スル動産ノミニ關セリ

橫領罪ハ常ニ橫領者ノ所持スル動産ニ關ス而シテ又通常他人ノ所有ニ係ル動産ニ關スト雖理論上常ニ他人ノ所有ニ係ル動産ニ關ストハ云フヘカラス此點ニ付テハ多少ノ異說アルヘシト雖モ橫領者ノ所有

ニ係ル動産ト雖之ヲ占有スル他人カ更ニ其所持ヲ所有者タル横領者ニ委託スルコトナキニ非ス故ニ横領罪ハ物ノ所有又ハ所持ニ對スル罪ナリト謂ハサルヘカラス大審院判例モ亦予ト同一ノ見解ヲ持スルモノ如シ

第一 他人ノ所有動産又ハ他人カ占有スル自己ノ所有動産ニシテ自己ノ所持スルモノ 學者或ハ委託物ニ關スル罪ハ不動産ヲモ其目的物ト論スル者ナキニ非ス大審院モ亦同一ノ斷案ヲ採用スル如シト雖寧反對ノ見解ヲ以テ現時ノ通説トス

一 他人ノ所有動産又ハ他人カ占有スル自己ノ所有動産 管束ヘタルカ如ク無主ノ動産ハ先占行爲ナキ限リハ何人ノ所有物ニモ非ス自己ノ所有動産ニ付質權ノ設定其他占有ヲ移轉スヘキ處分ヲ爲ストキハ自己ノ所有動産ハ所謂他人カ占有スル自己ノ所有動産タルヘシ

二 自己ノ所持スル動産 所持ノ何タルヤハ取去罪ニ付キ説明シタルモノニ同シ今左ニ特定者カ動産ヲ所持スルニ至ル原由ヲ攻究スヘシ

1 他人ノ所有動産ニ關スル所持原由ノ主要ナルモノハ左ノ如シ
イ 差押物ノ看守 差押物ヲ看守スル者ハ因テ他人ノ所有動産ヲ所持スルコトヲ得ヘシ

ロ 受託 受託トハ物ノ所持ニ關スル明示又ハ默示ノ契約ニ因リ生スル關係ヲ云フ
ハ 廣義ノ拾得 廣義ノ拾得トハ遺失物法ヲ適用又ハ準用スヘキ物即遺失物 埋藏物、誤テ占有シタル物、他人ノ脱去リタル物又ハ逃走ノ家畜ノ所持ヲ取得シタル行爲ヲ謂フ

ニ 犯行ニ因リ所持ノ取得 犯行ニ因リ所持ヲ取得スルコトハ豫想シ得ル所ナリト雖此種ノ所持ハ當然横領ノ目的ニ出ツルコト多キヲ以テ所謂罪ノ結果タル行爲ハ其罪タル場合ニ於テモ之ヲ

獨立ノ一罪トシテ論セサル見解ニ從フトキハ此種ノ原因ニ由リ所持シタル動産ハ多クノ場合ニ於テハ横領罪ノ目的物ト爲ルコトナカルヘシ

2 自己ノ所有動産ニ關スル所持原由 自己ノ所有動産ヲ他人ニ占有セシムルコトヲ得ヘシトスレハ予ハ所有者カ更ニ其占有者ヨリ所持ヲ得ヘキ事由致テ抄ナカラスト信ス而シテ其主要ナルモノハ左ノ如シ

イ 差押物ノ看守ハ刑法(三六九條)ノ認ムル原由ニシテ其最明確ナルモノナリト信ス自己ノ所有動産ヲ差押ヘラレタル場合ニ於テ其占有者ハ差押ヲ爲シタル者ナリ而シテ其差押ヲ爲シタル者ハ更ニ差押物ノ看守ヲ其所有者ニ命スルコトアリ

ロ 受託ハ此種ノ一原由ナリト信ス例之會社ニ對シ身元保證金ヲ差入レタル者更ニ會社ヨリ其保證金ノ保管ヲ委託セララルコトハアリ得レハナリ

ハ 廣義ノ拾得モ此種ノ原由ナリ置入シタル自己ノ所有動産ヲ拾得スルコトアリ得レハナリ
ニ 犯行ニ依リ所持ノ取得ハ明ニ此種ノ原由タリ是レ置入シタル自己ノ所有動産ヲ犯行ニ依リ更ニ所持スルコトアリ得レハナリ

第二 所有者類似ノ支配ヲ爲ス行爲 所有者類似ノ支配ヲ爲ス行爲トハ刑法ニ所謂費消行爲、騙取、拐帶其他ノ詐欺行爲、藏匿又ハ脱漏スル行爲、隱匿行爲又ハ不正處分行爲ヲ謂ヒ其意義ハ各特別ノ横領罪ニ付特別ニ説明スルコトヲ便宜ナリトス
横領罪ニ共通スル規定ハ行爲者カ被害者ニ對シ近親ノ關係ヲ有スルトキハ其刑ヲ科セサル旨ノ規定ナリ(三九八條、遺失物法一六條、二項)

第二項 受寄財物ニ關スル罪及其刑

刑法ハ受寄財物ニ關スル罪ト題シタリト雖刑法第三九五條ニ依レハ受寄ノ財物、借用物又ハ典物其他委託ヲ受ケタル金額物件ト規定スルヲ以テ專之ヲ受託物ニ關スル罪ト稱スルコト妥當ナル如シ
受託物トハ委託ヲ受ケタル動産ヲ謂フ

第一 受託ノ原由 民法ハ委任契約及委託契約ヲ認ムルモ茲ニ所謂受託物ト稱スルハ民法ノ如ク委任契約若クハ委託契約ノ結果トシテ託セラレタル物ノミヲ指示スルモノト云フコトヲ得スシテ最廣義ニ之ヲ解釋セザルヘカラサルコトハ明白ナリ但如何ナル程度迄廣義ニ解釋スヘキカハ尚ニ難解ノ問題ナリ予ハ受託物トハ拾獲逸刑法ニ所謂信託物ニ應當スト信ス而シテ獨逸刑法ニ於ル信託物トハ學者ニ依リ多少其定義ヲ異ニスルカ如シト雖要スルニ返還スヘキ旨又ハ特定ノ方法ニ依リ使用スヘキ旨ヲ約シテ所持スルニ至リタル物ヲ謂フト解スヘキ如シ故ニ我刑法ノ解釋トシテハ我代理、委任、寄託、使用貸借、質貸借、請負ニ因リ所持スル動産、看守スル差押物、質權又ハ留置權ノ效果トシテ所持スル動産其他ハ之ヲ受託物ト云フコトヲ得ヘシ大審院ハ湯屋ニ遺忘シタル物ハ暗黙ニ寄託セラレタルモノトシ從テ之ヲ委託物ト爲ス如シト雖是遺失物法發布前ノ判例ニシテ現時ニ於テハ同法第一二條ニ依リ之ヲ遺失物トナササルヘカラス大審院モ近時他人ノ置去リタル物ハ遺失物ナリト判示スルニ至レリ誤テ占有セシメラレタル物カ遺失物法ニ所謂誤テ占有シタル物ナリヤ否ヤニ付テハ多少ノ異說アルヘシ若誤テ占有シタル物ト解スルコトヲ特トセハ準遺失物タルコト論ヲ俟タスト雖若然ラストモ不作爲ニ依ル欺罔騙取罪ノ存在ヲ認メサル限リハ全ク無罪ナリト謂ハサルヘカラス

第二 委託ノ目的物

委託ノ目的物ハ動産ナリ故ニ價值ハ如何ナル場合ト雖委託物タルコトナシ而シテ代替スヘキ動産ニ關シテハ疑アリト雖要スルニ予ハ代替物ト雖尙特定物タル限リハ受託物タルコトヲ得ヘク不特定物タル限リハ受託物タルコトヲ得スト信シ其特定ノ物ナルヤ否ヤハ明示又ハ默示ノ意思ニ依據シテ事實上之ヲ判別スヘキモノト信ス大審院判例及現時ノ通說ハ金錢ハ不特定物ナル場合ト雖尙受託物ナリトナス如シ蓋刑法ハ唯受託物ニ關スル罪、遺失物ニ關スル罪ヲ認ムルニ止リ外國刑法ニ所謂受寄盜罪即チ受託ノ有無ニ拘ラス凡テ他人ノ所有物ニシテ而モ自己ノ所持内ニ在ルモノニ關スル罪ヲ認メス故ニ金錢ノ如キハ多ク場合ニ於テ之ヲ特定セスシテ委託スヘキニ拘ラス若代替物カ不特定物ナルトキハ受託物ニ非ストノ見解ヲ採用スレハ委託ヲ受ケタル金錢ニ關スル罪ノ中更頻繁ニ生スヘキ行為ヲ處罰スル法條ヲ缺如スルニ至ルヘキヲ以テ刑法ノ活用上此見解ヲ採用スルノ已ムナキニ至リシ如シ而シテ受託物ハ概テ法律上之ヲ委託者ニ返還ノ義務アルモノナルカ故ニ或ハ法律上返還ノ義務ノ存セザルカ如キ受託物特ニ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スルコトヲ理由トシテ意思表示ノ無效タルカ爲メ法律上返還ノ義務ヲ負ハサルカ如キ受託物ハ本罪ニ所謂受託物ニ非ストナス者アリ而シテ今日ノ通說ハ此見解ニ屬スルカ如シト雖大審院ノ判例ハ反對ノ見解ヲ採レリ予ハ尙多少ノ疑ナキニ非サルモ大審院ノ判例ノ如ク解スル餘地アリト信ス是前述べ如ク特定ノ方法ニ依リ使用スルコトヲ約シテ所持スルニ至リタル物ハ返還ノ約束ヲ爲ササルモ尙受託物ナリト爲スカ故ナリ
第三 委託者 委託者ハ或ハ物ノ所有者ナルコトアリ或ハ物ノ所持者ナルコトアリ物ノ所持者ニモ受託者ノ所有物ノ所持者ナルコトアリ又受託者以外ノ者ノ所有物ノ所持者ナルコトアリ或ハ刑法第三九六條ニ自己ノ所有物ト雖規定スルニ藉口シテ異論ヲ唱フル者ナキニ非スト雖予ハ此說ヲ採ラス



大審院ノ判例ハ委託ヲ受ケタル者カ委託ヲ受ケサル者ト共ニ委託物ヲ費消シタルトキハ之ヲ共同實行犯ナリトスト雖委託ヲ受ケタル者カ委託物費消罪ヲ犯シ得サルハ即法律上ノ原由ニ基クモノナルカ故ニ通説ニ依レハ或ハ之ヲ無罪トナシ或ハ少ナクトモ委託物費消罪ハ成立セスト爲セリ

委託物ニ關スル罪ニ付テハ刑法第三九七條ニ依リ罰スヘキ未遂ハ存在シ又刑法第三九八條ニ依リ被害者ニ對シ第三七七條ニ規定シタル近親關係ヲ有スル行爲者ニハ其刑ヲ科セス

第一 受託物費消罪 受託物ノ何タルヤハ既ニ之ヲ説述シタリト雖受託物中自己ノ所有ニ係ル被害押物ニシテ其看守スル物ト其他ノ受託物トハ嚴ニ之ヲ區別セサルヘカラス是刑法ハ二者ニ關シ特別ノ規定ヲ設ケタレハナリ費消行爲ハ權領行爲ノ一種ニシテ畢竟物ノ處分行爲即物ノ全部又ハ一部ノ事實上又ハ法律上ノ處分行爲ヲ謂フニ外ナラス事實上ノ處分トハ物ノ用法ニ從ヒ事實上其存在ヲ失ハシムルコトヲ謂フ法律上ノ處分トハ所有權ヲ移轉シ又ハ移轉スルニ至ルヘキ法律行爲類似ノ形式ニ依ル物ノ處分ヲ謂フ而シテ(1)賣買ニ依ル處分(2)贈與ニ依ル處分(3)交換ニ依ル處分其他ハ明白ニ費消ナリ(4)使用其他ハ明白ニ費消ニ非ス(5)質入ハ質入ノ當時質受ノ意思ナカリシ場合ニ於テノミ費消タルヘシ尙受託物ノ故買ヲ爲セル者ノ責任如何ニ付テモ異説アリ或ハ該犯又ハ共同實行犯ヲ以テ論スヘシトナス者アリ然レトモ實行行爲ニ依ル補助ハ從犯ニアラスト論シ又ハ身分ナキ者カ實行シ難キ罪タル行爲特ニ法律上ノ原因ニ依リテ實行シ難キ罪タル行爲ヲ共同實行シタルトキハ其犯ト云フコトヲ得ストノ前提ヲ採ル者ニ在テハ上記ノ見解ヲ認容スルコトヲ得ス大審院ノ判例ハ此場合ニハ受託物費消罪ノ贓物ニ關スル罪ノ犯人ヲ以テ論スヘシトナセリ而シテ此見解ハ現時ノ通説ト云フコトヲ得ヘキ如シ

第二 受託物詐取罪 受託物詐取罪トハ受託物ニ付騙取、拐帶其他詐欺ノ行爲ヲ爲スコトヲ云フ但受

託物ヲ詐取スル前之ヲ費消シタリトセハ受託物費消ノ罪ノミ成立スヘタ受託物詐取後之ヲ費消シタリトセハ受託物詐取罪ノミ成立ス

一 騙取 受託物騙取ハ之ヲ欺罔騙取ト混同スヘカラス故ニ人々欺罔シテ物ノ委託ヲ受ケタルトキハ固ヨリ欺罔騙取罪ヲ以テ論スヘキナリ受託物騙取トハ委託關係ニ付欺罔の動作ヲ爲ス行爲出凡テ委託者ヲ欺罔シテ受託物ヲ横領セントスル目的ニ出テタル行爲ヲ謂フ

二 拐帶 受託物拐帶トハ受託物ヲ携帶シテ委託者ノ支配ヲ脱スルノ行爲ヲ謂フ而シテ苟委託者ノ支配内ヲ脱シタル行爲ナラハ其行先ノ委託者ニ察知セラレ得ヘキ場合ナルト否ヲアルトハ區別セス

三 贓物ノ詐欺ノ行爲 騙取、騙取以外ノ詐欺行爲トハ明確ニ之ヲ區別シ難シ雖要スルニ委託者ヲ欺罔シ得フル事項ニ關シ委託關係ヲ否認スルコトヲ謂フナルヘシ現時ノ判例及學說ニ依レハ委託物ニ付之ヲ正當ニ使用シタル如ク假裝スル行爲等ハ騙取以外ノ詐欺ノ行爲ト爲ス如シト雖常ニ之ヲ騙取ト爲ササル理由ニ乏シ

受託物詐取罪ハ準詐欺取財罪ノ一種ナリ故ニ其刑ハ準詐欺取財罪ノ刑ニ同シ

第三 自己ノ所有ニ係ル差押物ニシテ其所持内ニ在ルモノノ藏匿脱漏罪 藏匿トハ主トシテ物ノ所在ヲ不明ニスル行爲ヲ謂ヒ脱漏トハ主トシテ現在ノ場所ヨリ物ヲ取出スル行爲ヲ謂フ雖法律上到底之ヲ二語ト認ムルコトヲ得シテ藏匿脱漏ノ行爲トハ凡テ差押物ヲ取出スル行爲ニシテ取出シタル後之ヲ費消シタルトヲ使用シタルト又ハ之ヲ隱匿シタルトヲ區別セストト解スルヲ可トス

予ノ信スル所ニ依レハ上述ノ如ク自己ノ所有ニ係ル受託物ノ費消行爲ハ一般ニ之ヲ委託物費消罪トシテ處斷スルニ拘ラス特ニ自己ノ所有ニ係ル受託物ノ費消類似行爲ノミヲ比較的輕ク處斷スルハ其間ノ

理由ニ出テタルヤヲ解スルニ苦ム此點ハ予ノ斷定ニ對シ最モ有力ナル批難ナルヘシ
家資分散ノ際ニ於テハ屢、債務者ノ所有財產ヲ差押フルコトアルヘキヲ以テ本罪ハ家資分散ノ際ニモ
亦發生スヘクシテ此場合ニ於テハ家資分散ニ關スル罪トシテ處斷スヘキコト當然ナルカ故ニ刑法第三
九七條但書ノ規定ハ全ク贅文ナリト謂ハサルヘカラス

第三項 遺失物、埋藏物ニ關スル罪

刑法ハ遺失物ハ漂流ノ物品及埋藏物ノ隱匿罪ヲ規定シタリシカ明治三十二年ニ於テ遺失物法ヲ頒布セ
ラルルト共ニ暗黙ノ中ニ全然廢止セラレタリ
遺失物法ノ規定スル遺失物ニ關スル罪ハ遺失物及準遺失物ヲ隱匿シ又ハ不正ニ處分スル行為ニ關ス
一 遺失物 遺失物トハ人ノ所有物ナルニ拘ラス何人ノ所持ニモ屬セサルモノヲ謂フ蓋人ノ所有物ニ
シテ人ノ所持内ニ在ルモノハ之ヲ遺失物ト云ハス人ノ所持ニ屬セサル物ト雖人ノ所有物ニアラサルモ
ノ遺失物ニ非サルナリ而シテ漂流物ハ當然遺失物ノ一種ナリ但水難救護法ノ規定ニ依據スレハ立法
ノ沿革上漂流物ハ遺失物法ノ適用ヲ受ケヌシテ尙刑法ノ適用ヲ受クヘキ別異ノ物ナリト論スヘキ餘地
ナキニ非スト雖予ハ之ヲ採ラス準遺失物トシテ尙刑法ノ適用ヲ受クヘキ別異ノ物ナリト論スヘキ餘地
遺失物ヲ謂フ故ニ準遺失物ノ何タルヤハ事實上ノ問題ニシテ固ヨリ理論上其性質ヲ概説スルコトヲ得
物即所有者カ之ヲ發見スル能ハサルニ至ル期間埋没シタル物トス
二 隱匿又ハ不正處分 隱匿トハ拾得ノ事實ヲ發表セサル行為即拾得物ニ物件回復ノ請求權ヲ有ス

ル者又ハ警察署ニ拾得物ヲ返還又ハ差出ササル行為ヲ謂ヒ不正處分トハ單ニ遺失物ヲ處分スル行為ヲ
謂フト雖遺失物ノ處分ハ多クノ場合ニ於テ隱匿行為アリタル後ニ於テ發生スヘキヲ以テ概隱匿シテ處分
シタル行為ヲ謂フモノト解スヘシ
遺失物ノ隱匿又ハ不正處分罪ニ對シテハ遺失物法第一六條ニ依リ三月以下ノ重禁錮又ハ二十圓以下ノ
罰金ヲ科スヘク近親關係アル者ノ遺失物ニ關スルトキハ其刑ヲ免除スヘシ

第三款 家屋物品ヲ毀壞シ及動植物ヲ害スル罪

第一項 他人ノ所有スル不動産ヲ損壞スル罪

第一 他人ノ所有スル建築物ヲ毀壞スル罪 建築物トハ家屋、倉庫其他屋根及壁ニ圍繞セラレテ地皮
上ニ定著シ人ノ出入スルニ足ルヘキ工作物ヲ謂フ毀壞トハ全部又ハ一部ノ損壞即チ建築物ノ實質ノ全
部又ハ一部ノ損壞ヲ謂フ而シテ自己ノ所有スル建築物ニ關シテハ他人カ其上ニ權利ヲ有スル場合ト雖
罪トナラス而シテ建築物ヲ毀壞スルニ因テ他人ヲ死傷ニ致シタルトキハ毆打利傷ノ各本條ニ照シ重キ
條項ニ依リテ處斷セラル
第二 他人ノ所有スル家屋附屬ノ障礙竝ニ園池ノ裝飾、田圃ノ圍障及牧場ノ柵欄ヲ毀壞スル罪
第三 他人ノ所有スル需用ノ植物ヲ毀損スル罪 需用ノ植物トハ所謂必要ノ植物ニシテ刑法ニ明示ス
ル如ク稼穡、竹木其他有用ノ植物ヲ謂フ刑法ハ植物ト云フ其意ハ不動産タル立木其他ヲ稱スルニアル
ヘク若伐採セラレタル樹木其他ノ如キハ之ヲ器物ナリト云ハサルヲ得ス
第四 他人ノ所有スル土地ノ境界ヲ表示スル不動產ヲ毀壞又ハ移轉シタル罪 刑法ニ所謂土地ノ境界

ヲ表示スル物件ハ概テ不動産ナルヘシ而シテ刑法ハ本罪ニ限りテ他人ノ所有ニ係ルヘキコトヲ不
ナスト雖自己ノ所有ニ係ル場合ニ於テハ罪カ成立セザルコト勿論ナリ

第二項 他人ノ所有スル動産ヲ損壞スル罪

動産トハ取去罪ニ付説明シタル如ク不動産ヲラザル有體物ヲ謂ヒ毀棄トハ物ノ實質ノ全部又ハ一部ヲ
損壞スルコト又ハ物ノ效用ヲ失ハシムルコトヲ云フ而シテ證書類ノ汚損水、空氣其他ノ集團物ノ漏出
水ノ解消等ノ行爲ハ之ヲ毀棄ト云フコトヲ得ヘシト雖禽獸ヲ放ツコト、身體又ハ加工、混同其他ニ因リ
新物ヲ作出シ又ハ物ヲ隱匿スルカ如キハ通説ニ依レハ之ヲ毀棄ニ非スト爲ス

第一 他人ノ所有スル權利義務ニ關スル文書ヲ毀棄シタル罪 刑法ハ公文書及證書ヲ毀棄シタル罪
ハ官文書偽造罪中ニ之ヲ規定シ本章ニ於テハ單ニ他人ノ所有スル私文書ノ毀棄罪ノミヲ規定ス刑法ハ
「毀棄滅盡」ト規定ス滅盡トハ化學的ニ變體セシムルコトヲ謂フモノナリト雖要スルニ毀棄ノ一態様ナ
リ所謂權利義務ニ關スル文書トハ後ニ文書偽造罪ヲ説明スル際ニ詳述スヘキモ今之ヲ約言スレハ財產
上及身分上ノ權利義務ニ關スル文書ヲ謂フニ外ナラス

第二 他人ノ所有スル家畜ヲ殺害シタル罪
一 牛馬殺害罪

二 牛馬以外ノ家畜殺害罪 本罪ハ報告罪ナリ

第三 他人ノ所有スル器物ヲ毀棄スル罪 器物トハ人ノ用ニ供スル動産ヲ謂フ電信線、權利義務ニ關
スル證書ハ器物ナリト雖刑法上特別罪タルヲ以テ本罪ヲ構成セズ故ニ家畜モ器物ノ一種ナルハ明カ

ナリト雖之ヲ殺害スル行爲ハ前述ノ如ク特別罪ナリ

第四款 家資分散ニ關スル罪

家資分散トハ即破産ヲ謂フ破産法制定ノ主義ハ大別シテ二ト爲スコトヲ得即チ一ハ商人及非商人ニ共
通シテ規定スルコトニシテ一ハ商人又ハ非商人ニ各別ニ規定スルコト是ナリ刑法制定ノ當時ニ於テ所
謂家資分散トハ商人及非商人ニ共通スル破産ヲ謂ヒシモノナルヘシト雖明治二十三年四月法律第三二
號ヲ以テ舊商法ノ發布アリ同年八月法律第六九號ヲ以テ家資分散法ノ發布アリ舊商法中破産ノミハ家
資分散法ト共ニ現行法規タルモノトス而シテ舊商法第三編第九章ハ有罪破産ヲ規定シ詐欺破産罪及過
怠破産罪ヲ規定セルカ故ニ刑法ノ家資分散罪ハ自ら非商人ノ破産ノミニ其適用ヲ有スルコトナレ
ルナリ

家資分散法第一條第一項ニ依レハ民事訴訟法ノ強制執行處分ニ因リ義務ヲ辨濟スル實力ナキ債務者ニ
對シテハ管轄裁判所ハ職權ニ因リ又ハ申立ニ因リ決定ヲ以テ家資分散者タルノ宣告ヲ爲スヘシト規定
ス然ラハ所謂家資分散ノ際トハ事實上如上ノ決定ヲ受クヘシト認ムヘキ時期又ハ如上ノ決定ヲ受ケタ
ル以後之ニ近接セル時期ヲ謂フニ外ナラサルヘシ

第一 家資分散ノ際其財產ヲ藏匿脱漏シタル罪及虛偽ノ負債ヲ増加シタル罪

第二 家資分散ノ際財產ヲ藏匿脱漏又ハ虛偽ノ負債ヲ増加スル目的ナルコトヲ知り之ト契約ヲ爲シタ
ル罪及上述ノ契約ノ締結ヲ周旋シタル罪

第三 家資分散ノ際帳簿其他ノ文書ヲ藏匿又ハ毀棄シタル罪

第四 家資分散ノ決定アリタル後一部ノ債權者ニ其債務ヲ辨濟シ因テ他ノ債權者ヲ害シタル罪

第二節 贓物ニ關スル罪

所謂贓物ニハ廣狹ノ二意義アリ即廣義ノ贓物トハ狹義ノ贓物及罪ニ關シタル物ヲ謂フ

第一 狹義ノ贓物 狹義ノ贓物トハ唯強盜及竊盜ニ因リ其所持ヲ取得シタル物ヲ謂フ

第二 罪ニ關シタル物 刑法ノ明文ニ依レハ詐欺取財其他ノ犯罪ニ關シタル物トアリ故ニ其文字ニ拘泥スルトキハ廣ク罪ニ關シタル物ヲ謂フ如シト雖若シ如此解釋ヲ採用ストセハ所謂供用物ノ如キモ亦之ヲ包含スルニ至リ實際上不穩當ナルカ故ニ今日ニ於ケル通説ニ依レハ凡テ之ヲ竊盜及強盜以外ノ罪ニ因リ所持ヲ取得シタル物ナリト解釋ス

然ラハ廣義ノ贓物トハ即チ罪ニ因テ所持ヲ取得シタル動産ヲ謂フト解セサルヘカラス或學者ハ所謂贓物トハ唯財産權ヲ傷害スル罪ニ付テノミ豫想シ得ヘキモノナリト云ヘリ實際上ヨリ云フトキハ財産ニ關セサル罪ニ付テ贓物ノ生スルハ稀有ナルヘシト雖理論上斯ノ如キ制限ヲ付スヘキ特別ノ根據ヲ發見セズ

罪ニ因リ所持ノ取得トハ罪ト所持ノ取得トノ間ニ因果ノ關係アルコトヲ必要トス

一 罪 所持ノ取得ノ條件タル罪ハ獨逸學者ノ所謂前罪ト稱スルモノニシテ罪トハ主體タル能力アル者カ罪責特ニ犯意ヲ有シテ爲シタル行爲ヲ謂フ故ニ特別ノ身分又ハ特別ノ事由ニ因テ刑ヲ免除セラルル行爲及特別ノ事由ニ因テ訴追セラレザル行爲モ亦罪タルコトハ勿論ナリ而シテ荷罪ナル以上ハ其重罪、輕罪タルト又ハ違警罪タルトヲ問ハス總テ所謂前罪タルコトヲ得

二 所持ノ取得 所持ノ取得トハ事實上物ノ支配ヲ爲ス地位ニ立ツコトヲ謂フニ外ナラス而シテ所持ノ取得ハ必ず繼受ノ取得タルヲ要ス故ニ原始的ニ取得シタル者ノ罪ニ因テ作成セラレタル物ノ如キハ贓物ト云フコトヲ得ス

三 因果關係 罪ナケレハ所持ノ取得ナカレハキ關係ハ之ヲ因果關係ト云フ即罪カ所持ヲ取得スル條件タル關係ヲ謂フ故ニ(イ)罪ノ性質上其結果トシテ物ノ所持ヲ取得スル場合ナカレハ(キ)罪ニ付テハ少數ノ異説アリト雖贓物ト稱スヘキモノナシトスルヲ通説トス(ロ)民法上取消スコトヲ得サル法律行爲ニ因リ取得シタル物ハ贓物ニ非ス是取得者ハ其物ヲ自由ニ處分スヘキ權利ヲ得タルヲ以テナリ(ハ)罪ニ牽聯シテ民法上取消スコトヲ得ヘキ法律行爲ニ因リ所持ヲ取得シタル物ハ或ハ贓物ニ非ストノ見解ナキニ非スト雖通説ハ之ニ反スルノミナラス我刑法ハ現ニ詐欺取財罪ニ付贓物アルコトヲ明定セリ(ニ)罪ニ因リ取得シタル物ハ因テ間接ニ取得シタル物ハ贓物ニ非ス(ホ)荷因果關係カ存在スル以上ハ善意ノ第三者ヲ經由シタル物ハ勿論惡意ノ第三者ヲ經由シタル物ト雖尙贓物ナリ

刑法ハ廣義ノ贓物ヲ收受、寄藏、故買又ハ牙保シタル行爲ヲ罪トセリ收受トハ贓物ヲ支配スルコトヲ得ル地位ニ立ツコトヲ謂フ故ニ贓物ノ支配權ヲ得タリト云フコトヲ得サル行爲ハ之ヲ收受ト云フヲ得ス

寄藏トハ所謂「預カル」行爲ヲ謂フ即多少藏匿ノ臭味ヲ有スル行爲ナリ故買トハ贓物ノ有價取得ヲ謂フ特ニ賣買、交換ニ關スル交換ハ或ハ故買ナル語ト相容レサルカ如シト雖予ハ刑法立法ノ精神ニ稽ヘ之ヲ包含スト信ス牙保トハ贓物ノ賣買ヲ媒介シテ其實買ヲ遂ケシタルコトヲ謂フ而シテ何カ故ニ之ヲ賣買ノ媒介ノミニ限ルキハ沿革ニ依ルト云フノ外根據ナキヲ以テ近時大審院判例ハ質人ノ媒介等ヲモ包含セシムルニ至レリ

- 第一 強盜又ハ竊盜ノ贓物ヲ收受、寄藏、故買、牙保シタル罪
- 第二 其他ノ罪ノ贓物ヲ收受、寄藏、故買又ハ牙保シタル罪

第四節 靜謐ヲ害スル罪

第一款 放火、失火ノ罪

放火、失火ノ罪ハ物ヲ燒燬スルニ因リ成立ス所謂「燒燬」ノ何ナルヤニ付テハ從來學者間異說アリテ或ハ物ノ全部ノ燒燬ヲ謂フヤノ疑ナキ能ハスト雖物ノ一部ノ燒燬ヲ以テ足レリトスルコトハ殆現時ノ通說ナリト云フコトヲ得但其如何ナル程度迄燃焼スルコトヲ要スルヤニ付テハ尙別異ナル見解アリ或ハ物カ其資格ニ於テ燃焼スルコトヲ謂フトナスト雖火勢カ放火ノ用ニ供シタル材料ニ依ラス獨立シテ物ヲ燃焼スルニ足ルヘキ程度ニ達シタルコトヲ謂フト爲スコトハ通說ニシテ而モ最妥當ナル見解ナリト信ス此見解ニ依レハ一方ニ於テハ固ヨリ物ノ全部若クハ大部分カ燒燬シタルコトヲ必要トセスト雖又一方ニ於テハ單ニ放火ノ用ニ供セシ材料若クハ其物ニ接著スルニ拘ラス其物ヲ構成セザル物カ燃焼スルコトヲ以テ足レリトセテ換言スレハ燒燬トハ物ノ一部カ燃焼スルコト及其火勢ハ獨立シテ其物ヲ燒燬スルニ足ルモノナルコトノ二要件ヲ具備スルコトヲ要ス

放火、失火ノ罪ニ付テハ所謂純燒燬罪及ヒ準燒燬罪ニ區別スルコトヲ便ナリトス

第一 純燒燬罪

(一) 放火燒燬罪 放火燒燬罪ハ概テ重罪ナリト雖其輕罪タル場合ナルト又ハ輕減シテ輕罪ノ利ニ處スヘキ場合ナルトヲ區別セスト總テ附加利トシテ監視ニ付スヘキモノナリ而シテ本罪ヲ説明スルニ付テ

ハ目的物ヲ區別スルヲ便ナリトス

建造物

一 廢屋又ハ柴草、肥料等ヲ貯フル屋舎 此種ノ建造物ノ放火燒燬ハ刑法第四百四條ニ該ル而シテ此種ノ建造物ニ付テモ尙自己ノ所有ニ係ルモノト他人ノ所有ニ係ルモノトノ區別アルヘシ其自己ノ所有ニ係ルモノナル場合ハ第四〇七條ノ精神ヨリ稽査スレハ本條ノ規定セル罪ニハ非サルヘシト雖語句明確ヲ缺クノ結果トシテ多少ノ疑義ナキニ非ス

二 家屋

(イ) 行爲者以外ノ者ノ住居スル家屋 行爲者以外ノ者ノ住居スル家屋ニ付テモ之ヲ二ニ區別スヘキモノニシテ行爲者以外ノ者ノ所有ニ係ル場合ハ刑法第四〇二條ノ罪ニ該當ス大審院ハ自己ノ所有ニ屬スル家屋ト雖他人ニ貸與シテ現ニ住居スル場合ニ於テ之ニ放火燒燬シタル所爲ハ刑法第四〇二條ノ犯罪ヲ構成スト判示シテ蓋實際上ノ必要ヨリ打算スルトキハ大審院ノ如キ見解ヲ採ラサルヘカラサルモ理論上正當ナル解釋ハ寧第四〇七條ノ罪ヲ構成ストナスニ在ルカ如シ

(ロ) 行爲者以外ノ者ノ住居セザル家屋 此種ノ家屋ニ付テハ行爲者ノ住居スル場合及人類カ住居セザル場合ノ區別アリト雖何レノ場合ニ於テモ更ニ左ノ區別ヲ爲スコトヲ得ヘシ

- 1 行爲者以外ノ者ノ所有ニ係ルモノ 本罪ハ刑法第四〇三條ノ罪ナリ
- 2 行爲者ノ所有ニ係ルモノ 本罪ハ刑法第四〇七條ノ罪ナリ

三 其他ノ建造物

(イ) 行爲者以外ノ者ノ住居スルモノ 行爲者以外ノ者即他人ノ住居スル建造物ノ放火燒燬ハ其行



爲者以外ノ者ノ所有ニ係ルト行爲者ノ所有ニ係ルトヲ區別セズ之ヲ罪ト明示スル正條ナシト雖家屋以外ノ建造物ハ概テ人間ノ住居ニ供セサルコトヲ常トシ若例外ノ場合ニ於テ建造物ヲ住居ニ供セントキハ大概之ヲ家屋ト云フコトヲ得ヘキヲ以テ實際上多大ノ不便ナシ

(ロ) 行爲者以外ノ者ノ住居セサルモノ 此種ノ建造物ニ付テハ行爲者カ住居スル場合及人類ノ住居セサル場合ノ區別アリト雖何レノ場合ニ於テモ行爲者以外ノ者ノ所有ニ係ル場合ハ刑法第四〇三條ノ罪ナリ次ニ行爲者ノ所有ニ係ル場合ハ上述ノ如ク家屋ト云フコトヲ得サル限リハ之ヲ罪トセシムル正條ナシ

貳 船舶、汽車 船舶トハ軍艦ヲモ包含ス汽車トハ單ニ蒸氣力ニ因リ動ク車輛ノミヲ謂フ而シテ建造物ニ於ケルト同ク行爲者ノ所有ニ係ル船舶、汽車ノ放火燒燬ハ第四〇五條ノ罪トナルヤ又ハ無罪ナルヤニ付疑アリ

一 行爲者以外ノ者ヲ乘載セルモノ 本罪ハ刑法第四〇五條第一項ノ罪ナリ
二 行爲者以外ノ者ヲ乘載セサルモノ 本罪ハ刑法第四〇五條第二項ノ罪ナリ行爲者ノミヲ乘載セル船舶、汽車ノ放火燒燬ニ付テハ多少ノ異論ヲ爲スノ餘地アルヘシト雖予ハ尙刑法第四〇五條第二項ニ該當スルモノナリト信ス

參 山林ノ竹木、田野ノ穀物、露積シタル柴草、竹木其他ノ物件 此種ノ物ノ放火燒燬ハ第四〇六條ノ罪ト雖其行爲者ノ所有ニ係ル物ニ付テハ同條ノ罪トナルヤ否ヤニ付疑似アルコト勿論ナリトス
(二) 失火燒燬罪 失火燒燬罪トハ過失ニ因リ行爲者以外ノ者ノ所有ニ係ル動産不動産ヲ燒燬シタル行爲ヲ謂フ刑法ハ家屋財産ト云フモ單ニ財産ト云フト同一ニ解釋セサルヘカラス然レトモ行爲者ノ所

ニ所謂裁判ナル文字ニ付テハ今日ニ至ル迄議論一定セズ即先右裁判トハ特別ノ裁判ノ意義ナリトノ説ト單ニ判斷ノ義ニ用ヒラレタルモノナリトノ二説ヲ生シ而シテ之ヲ判斷ノ義ニ解セハ唯判決ノ理由中ニ其判斷ヲ示スヲ以テ足レリトスヘキモ若特別ノ裁判ヲ要スルモノトセハ果シテ中間判決ヲ以テハスキヤ或ハ又決定ヲ以テラスヘキヤノ問題ニ付テ更ニ二説ヲ生ス然レトモ我民事訴訟法ノ用語ノ上ヨリ立論スルモ裁判ナル文字ハ必シモ特別ノ裁判ヲ意味スルモノニ非スシテ時ニ判斷ノ意義ニ用ヒラレルコトアリ例之第三四九條第三項中ノ裁判ノ文字ノ如キ是ナリ而シテ證據ノ效力ニ關シテハ我民事訴訟法ノ主義トシテハ單ニ裁判所ノ自由判斷ニ一任シ一特別ノ裁判ヲ爲スコトヲ命セサルハ第二一七條ノ規定ニ依テ明ニシテ第三五三條第四項ノ規定ハ即此原則ヲ適用シタルモノト解セラルルヲ以テ特別ノ裁判ヲ要セストスルノ説ヲ正當ナリト信ス

前ニモ述ヘタル如ク公正證書ハ單ニ之ヲ否認スルノミヲ以テハ其證據力ヲ擊破スルコトヲ得ス故ニ之ヲ攻撃スルニハ其偽造者クハ偽造ナルコトヲ主張シ之ヲ證明セサルヘカラス既ニ檢眞ヲ經テ真正ナルトセラレタル私署證書モ此點ニ於テハ同一ナリトス而シテ證據トシテ相手方ノ提出シタル公正證書若クハ檢眞ヲ經タル私署證書ヲ偽造者クハ變造ナリト主張スルモノハ第三五一條ノ規定ニ從ヒテ其眞否確定ノ申立ヲ爲ササルヘカラス此申立ハ獨立ノ訴ヲ以テラスヘキモノニ非スシテ中間訴訟ノ性質ヲ有スルモノト看做サレタル結果裁判所ハ中間判決ヲ以テ其目的タル證書ノ眞否ヲ裁判スヘキモノナリ而シテ其争ニ關スル證據方法ニ付テハ別段ノ規定ナキモ總テノ證據方法ヲ用フルトヲ得ルハ勿論ニシテ又檢眞ノ手續ニ於ル如ク手跡若クハ印章ノ對照ヲ求ムルコトヲ得ヘキモノト信ス但此申立アリタルトキハ刑事ノ訴追ヲ惹起スルコトアルヘク事公益ニ關スルヲ以テ第四二條ノ規定ニ依リ檢事ノ立會ヲ必要ト

シ又通常ノ訴訟手續ニ於テハ證據トシテ舉證者ノ提出シタル證書ハ裁判所ニ於テ檢閲シ相手方ニ示シ又鑑定ノ必要アリテ鑑定セシムル等必要ナル調査手續ヲ終リタルトキハ直ニ之ヲ舉證者ニ還付スヘク唯必要ナル場合ニハ其原本ヲ提出セシメテ之ヲ訴訟記録ニ添附留存スルコトヲ得ルニ過キサレトモ偽造若クハ變造ノ申立アリタル場合ニ於テハ檢事ノ意見ヲ聽キタル上ニ非サレハ之ヲ還付スルコトヲ得サルモノトス蓋其證書ノ隱匿、毀棄、變更等ヲ防キ以テ刑事訴訟ニ便宜ヲ與フル爲メ此訓示ノ規定ヲ設ケタルモノナリ(二五四條)

當事者カ證書ノ真正ナルコトヲ争フトキハ右ニ述ノルカ如ク煩雜ナル手續ヲ爲ササルヘカラサルニ至リ爲ニ訴訟ノ遲延ヲ來スヘキカ故ニ其惡意若クハ重過失アル者ニ制裁ヲ加フルノ必要アリ是ニ於テ第三五五條ハ即左ノ如キ制裁ヲ設ケタリ

- (一) 惡意若クハ重過失ニ因リ眞實ニ反キテ公正證書ヲ偽造若クハ變造ナリト主張シタル當事者ハ五十圓以下ノ過料ニ處ス
- (二) 惡意若クハ重過失ニ因リ私署證書ノ真正ナルコトヲ眞實ニ反キテ争ヒタル當事者ハ二十圓以下ノ過料ニ處ス

公正證書ニ對スル單純ノ否認ハ毫モ其效力ニ影響ヲ及サス偽造若クハ變造ノ申立アリテ後始テ特別ノ手續ヲ要スルニ至リ訴訟ノ遲延ヲ來スモノナルカ故ニ右ノ制裁ヲ設ケタルハ其偽造若クハ變造ノ申立ヲ爲シタル場合ニ限レリ反之私署證書ニ付テハ廣ク其真正ナルコトヲ争ヒタル惡意若クハ重過失者ニ制裁ヲ加フルモノナリ

終ニ注意スヘキハ第三五六條ニ依レハ縱令通常ノ證書ト同一ノ形態ヲ具ヘサルモノト雖モ其所載ノ文

書ニ依リテ係争事實ヲ證明スヘキモノハ其性質上證書ト同視セラルヘキモノトレバ總テ證書ニ關スル規定ヲ準用スヘキコト是ナリ

第四項 檢證

檢證トハ裁判官カ其判斷ニ資スル爲メ自ら係争事物ノ如何ヲ實驗スルヲ謂フ而シテ檢證ハ鑑定ト同ノ證據方法トシテ舉證者ニ於テ之ヲ申出ツルコトヲ得ルノミナラス裁判所モ亦職權ヲ以テ之ヲ命スルコトヲ得ルハ第一七條ノ規定スル所ノ如シ茲ニ係争ノ事物ト謂フハ必シモ請求ノ目的物ヲ指スモノニ非スシテ凡テ訴訟ノ曲直ヲ決スルニ必要ナル係争事物ヲ謂フ例之土地ノ引渡ヲ求ムル訴訟ニ於テ其所有權ニ付争アリテ所有權ノ有無ノ判斷ニ資スル爲メ其土地ノ位置、形狀、廣狹、疆界等ヲ實地ニ就キ檢査スルトキハ是即請求ノ目的物ニ付檢證ヲ爲スモノナリ然レトモ檢證ヲ爲スコトヲ得ルハ如此場合ノミニ限ラス例之金錢ヲ目的トスル損害賠償ノ訴ニ於テ損害ノ原因又ハ數額ノ如何ヲ判定スル爲メ現ニ存在スル被害物件又ハ被害物件ト同一ノ物件ヲ檢閲スルノ必要アル場合ノ如キ請求ノ目的以外ノ物件ニ付テモ尙争アリテ其争ヲ判斷スルニ必要ナルトキハ亦檢證ヲ爲スコトヲ得ヘク其他例之條件附權利ニ關シテ條件成就ノ眞否ヲ實驗シ得ヘキ場合ニ於テモ亦同シ故ニ舉證者ノ爲メニ提出セラレタル證書ノ眞否ニ付争アリテ裁判官自ら之ヲ査閲シ其判斷ヲ爲サントスルトキハ同ク檢證ト稱スルコトヲ得ヘシト雖證書ヲ以テ係争事實ヲ證明スル場合ハ別段ニ設ケタル書證ノ規定ニ從フヘキヲ以テ右ノ事項ハ書證ニ依ル證據調ノ範圍ニ屬シ茲ニ所謂檢證中ニ包含セザルモノナリ

舉證者カ檢證ノ申立ヲ爲スニハ檢證物ヲ表示シ且檢證ニ依テ證スヘキ事實ヲ表示シテ爲スヘキモノト



ス(三五七條)口頭辯論ニ於テ直チニ檢證ヲ爲スコト能ハサルトキハ其他ノ證據調ニ於ルト同シク其中立ノ正當ニシテ且之ニ依リテ證スヘキ事實ノ重要ナルヲ條件トシ證據決定ヲ以テ之ヲ許可スヘキモノトス又檢證ノ結果ニ付テハ一般ノ原則ニ從ヒ裁判所ハ自由ナル心證ヲ以テ判斷下スコトヲ得尙ホ又裁判所ハ職權ヲ以テ檢證ノ鑑定人ヲ立會ハシメ其意見ヲ聽キテ係争事實ノ判斷ノ參考ニ供スルコトヲ得(三五八條一項)

檢證ノ際ニ發見シタル事項ハ總テ調査ニ記載シテ明確ナラシメ又必要ノ場合ニハ圖面ヲ作り以テ檢證物ノ狀況ヲ明確ナラシメ之ヲ調査ニ附録トシテ添附スヘキモノナリ若又既ニ當事者カ圖面ヲ提出シ記錄ニ添附シタルトキハ之ヲ檢證物ニ對照シ其異同ヲ検査シ相違スル點アルトキハ必要ニ應ジ之ヲ實物ニ適合スルカ如ク更正スヘキモノナリ(三五九條)

檢證モ亦別段ノ規定ナキヲ以テ他ノ證據調ト同様受訴裁判所ニ於テ爲スコトヲ原則トス故ニ口頭辯論ノ際舉證者カ檢證物ヲ提出スルトキハ直ニ檢證ヲ爲スヘキモ然ラサルトキハ證據決定ヲ爲シ新期日ニ舉證者ヲシテ之ヲ提出セシムヘキモノナリ但檢證物ノ性質上提出ノ不能又ハ不便ナルトキハ其現在地ニ臨ミテ檢證ヲ爲スコトヲ得ヘク又裁判所ハ適宜ニ受命判事若クハ受託判事ニ檢證ヲ爲スコトヲ委任シ併セテ之ニ立會ハシムヘキ鑑定人ノ任命ヲモ爲サシムルコトヲ得(三五八條二項)

檢證ニ付テ終ニ注意スヘキコトハ檢證物ノ提出ノ義務ニ付テハ何等ノ規定ナシ其結果第三者ハ勿論相手方モ亦訴訟法ノ上ニ於テ檢證物ヲ裁判所ニ提出スルノ義務ナシトノ結論ヲ生ス故ニ舉證者カ縱令相手方若クハ第三者ニ對シ民法上檢證物ノ引渡又ハ提出ヲ求ムルノ權利アルモ直チニ其訴訟ニ於テ證據調ノ手續ニ依テ之ヲ提出セシムルコトヲ得即裁判所ハ相手方ニ對シテモ證書ノ如ク證據決定ヲ以テ

檢證物ノ提出ヲ命スルコトヲ得タルナリ若民法上檢證物ヲ引渡シ又ハ提出スルノ義務アル相手方若クハ第三者カ任意ニ之ヲ提出セタル場合ニハ舉證者ハ其相手方若クハ第三者ニ對シテ其物ノ引渡又ハ提出ノ請求ノ訴ヲ起シ判決ノ力ニ依テ提出ヲ強制シ以テ檢證ノ目的ヲ達スルノ外ナシ

第五項 當事者本人ノ訊問

本人訊問ハ代人訴訟ニ於テ許サレタル一ノ證據方法ナリ即舉證者ハ係争事實ノ眞否ニ付裁判官ヲシテ心證ヲ得セシムルカ爲メ相手方本人ノ訊問ノ申立ヲ爲スコトヲ得ヘク裁判所モ亦鑑定及檢證ニ於ルカ如ク職權ヲ以テ原告若クハ被告又ハ雙方本人ノ訊問ヲ爲スコトヲ得蓋我民事訴訟法ニ於テ代理人ヲ以テ訴訟ヲ爲スコトヲ許シタル以上ハ其趣旨ヲ貫徹スルカ爲メハ當事者カ代理人ニ依テ訴訟ヲ爲ス場合ニハ本人訊問ハ之ヲ許スヘカラストスルヲ至當ト謂フヘキカ如シト雖證據調ノ結果不十分ナル場合ニ於テ本人訊問ヲ爲サハ或ハ其訊問ヲ受クル原告若クハ被告カ自己ニ不利益ナル供述ヲ爲シ之ニ依テ裁判所ハ心證ヲ確メ得ルコトアルヘキヲ以テ此本人訊問一ノ證據方法トシテ許シタルモノナリ然レトモ場合ノ如何ヲ問ハス無制限ニ本人訊問ヲ爲スヘキ場合ノ限定セラルル當然ノ理ナリ即チ當事者カ提出シタル各證據ヲ取調ヘタル結果尙係争事實ノ眞否ニ付キ裁判所カ心證ヲ得ル能ハサルトキニ限リ本人訊問ヲ爲スコトヲ許ス隨テ舉證者ハ他ノ證據方法ヲ申出テシテ始ヨリ本人訊問ヲ申立ツルコトヲ得ス又之ヲ他ノ證據方法ト同時ニ申立ツルコトヲ得ス是本人訊問ノ他ノ證據方法ト異ナル一點ナリ(三六〇條)次ニ本人訊問ハ常ニ證據決定ヲ以テ之ヲ許可シタル後ニ爲スヘキモノナリ其他ノ證據調ニ付テハ

口頭辯論ノ際當事者ノ演述ニ引續キ直ニ爲シ得ヘキ場合ハ別ニ證據決定ヲ爲スコトヲ要セス證據決定ヲ爲スヘキ場合ハ證據調ヲ新期日ニ爲シ又ハ受命判事者クハ受託判事ノ面前ニ於テ爲スヘキ場合ニ限リ本人訊問ニ付ラハ斯ル區別ナク必先證據決定ヲ爲ササルヘカラス而シテ其證據決定言渡ノ際訊問ヲ受クヘキ當事者本人カ現ニ在廷スルトキハ直ニ之ヲ訊問スルヲ通例トス是亦其ノ手續上ニ於テ他ノ證據調ト異ナル點ナリ(二二六一條)

所謂當事者本人トハ何人ナルカ例之訴訟無能力者ノ法律上代理人カ訴訟代理人ニ依テ訴訟ヲ爲ス場合ニハ其訴訟無能力者ヲ以テ本人ト爲スヘキヤ又ハ法律上代理人ヲ以テ本人ト爲スヘキヤハ疑ナキヲ得ナルヲ以テ法律ハ明文ヲ掲ケテ其雙方ヲ共ニ本人ト看做シ唯此二者中訴訟無能力者ヲ訊問スヘキヤ又ハ法律上代理人ヲ訊問スヘキヤ或ハ又雙方ヲ共ニ訊問スヘキヤハ一ニ裁判所ノ意見ニ依リ定ムヘキモノトセリ故ニ法律上代理人カ訴訟代理人ニ依ラス自ラ訴ヲ爲ス場合ニハ其代表スル無能力者ヲ本人トシテ訊問スルコトヲ得ルハ勿論ナリトス又法人ノ訴訟ニ於テ法律上代理人カ數人アルトキハ其一二ノ當事者本人カ訊問ヲ受タルニ當テハ證人ト同シク必口頭ヲ以テ供述セサルヘカラス書類ヲ朗讀シ又ハ覺書ヲ用フルコトヲ得ス唯算數ノ關係ノミニ限り覺書ヲ用ヒテ訊問ニ答フルコトキ又ハ出頭シタルモ供ノ爲ニ呼出ラ受ケタル當事者本人カ正當ノ理由ナクシテ其期日ニ出頭セサルコトキ又ハ出頭シタルモ供述ヲ拒ミタルトキハ裁判所ハ其意見ヲ以テ本人訊問ニ依リ證セントスル相手方ノ主張ヲ正當ナリト認ムルコトヲ得蓋本人訊問ヲ以テ一ノ證據方法ト爲シタル以上ハ訊問ヲ受クヘキ原告若クハ被告ノ不出頭又ハ供述拒絶ノ制裁トシテハ右ノ如キ證據上ノ不利益ヲ被ラシムルヲ適當トシ敢テ證人ノ如ク出頭

及證言ヲ強制スル爲ノ金錢上ノ制裁ヲ加フルノ必要ナシ但右不利益ノ推測ハ必然爲ササルヘカラサルモノニ非ス又裁判所ハ場合ニ依リ再度ノ呼出狀ヲ發シテ本人訊問ヲ遂行スルコトヲ得ヘキモノナリ(二二六三條)

終ニ注意スヘキコトハ第一一四條ノ規定ニ依リ當事者自身ノ出頭ヲ命シタル場合ハ此ニ所謂本人訊問ノ場合ト混同スヘカラス同條ノ規定ハ代理人ノ供述ノミヲ以テハ訴訟關係ヲ明瞭ニ知ルコトヲ得ザル場合ニ本人ノ出頭ヲ命スルコトヲ許シタルモノニシテ其時期ニ制限ナク又此場合ニ於ル本人訊問ハ固ヨリ證據方法ニ非サルヲ以テ縱令出頭ヲ命セラレタル本人カ故テ出頭セス又ハ供述ヲ爲ササルモ爲メニ證據上ノ不利益ヲ被ルコトナシ

第二款 證據保全

證據調ハ前述セル如ク通常訴訟手續ノ順序トシテ既ニ訴カ裁判所ニ繫屬シ而シテ口頭辯論ニ至リタル後重要ナル係争事實ニ付テ爲スヘキモノナリ然レトモ今茲ニ訴訟ヲ起サントシ又ハ既ニ訴訟ヲ起シタルモノ未證據調ヲ爲スヘキ時期ニ至ラキ前ニ其訴訟ニ於テ使用セントスル證據カ將ニ消滅セントシ又ハ使用シ難キニ至ルノ恐アルトキ例之證人ト爲スヘキ者カ死去セントシ又ハ遠隔ノ地ニ旅行セントスル場合或ハ檢證物カ現狀ヲ變更セントスル場合ノ如キハ通常ノ順序ニ依ラズ豫メ證據調ヲ求メテ後日ノ爲メ證據ヲ保全スルコトヲ許スハ當事者ノ爲メ頗有益ニシテ而モ之カ爲メ何等ノ弊害ヲ生スルコトナシ是我民事訴訟法ヲ證據保全ノ規定ヲ設ケ右等ノ場合ニ豫メ證據調ヲ爲スコトノ申立ヲ許ス所以ナリ證據保全ハ其目的如此ニシテ未通常證據調ヲ爲スヘキ訴訟ノ程度ニ達セサル以前ニ於テ爲スヘキモノ

0312

ノナルヲ以テ之ニ依テ證明スヘキ事實カ果シテ重要ニシテ證據調ノ必要アルヤ否ヤヲ確知スヘカラザ
ルトキト雖仍之ヲ許可セザルヘカラス但證據保全ヲ許ス證據方法ニハ制限アリ即人證、鑑定及檢證ノ
三ニ限リテ證據保全ヲ許シ書證及本人訊問ニ付テハ之ヲ許サス(三六五條)此ニ證據方法ニ付テ證據
保全ヲ許ササルハ蓋證書ハ一旦舉證者ノ手裡ニ存在スルトキハ漸次ニ消滅シ又ハ使用シ難キニ至ルノ
危険アルコト極テ稀ナルヘシ又證書カ他人ノ手中ニ存スル場合ニ於テ證據方法ノ申出ハ茲ニ所謂證據
保全ノ手續ニ於テ之ヲ許スノ實益ナス尙又必要ノ場合ニ於テハ證書ノ存在並ニ眞否、其記載事項等ニ
付テハ證據保全トシテ檢證ヲ求メ又ハ證人若クハ鑑定人ノ訊問ヲ申立ツルコトヲ得ヘキヲ以テノ故ナ
ルヘシ次ニ本人訊問ニ依ル證據保全ヲ許ササルノ理由ハ甚明白ナリ即本人訊問ハ前ニ説明セル如ク其
性質上他ノ證據調ヲ爲シタル後尙裁判所カ係争事實ノ眞否ニ付心證ヲ得ルコト能ハサル場合ニ始テ爲
スヘキモノニシテ證據調ノ手續以前ニ於テ爲スヘキ證據保全ノ方法トシテ本人訊問ヲ許スヘカラサル
ハ勿論ナレハナリ

證據保全ノ申立ハ右ノ如ク證據滅失ノ恐アルトキ又ハ之ヲ使用シ難キニ至ル恐アルトキニ限リ當事者
ノ一方ヨリ申立ツルコトヲ得ルモノナレトモ相手方ノ承諾アルトキハ右ノ事情ノ有無ヲ問ハス如何ナ
ル場合ニ於テモ之ヲ許スコトヲ得蓋當事者雙方カ訴訟ノ落著ヲ速ナラシメンカ爲メ先證據調ヲ求メ事
實ヲ確定センコトヲ合意シタル場合ニ裁判所ニ於テ之ヲ許可スルコトヲ得ルハ實際ノ便宜ニ適セリ但
此場合ニ於テモ裁判所ハ固ヨリ之ヲ許否スルノ權ヲ有シ必レモ雙方ノ合意ニ羈束セララルモノニ非ス
(三七一條)

證據保全ノ申請ハ書面ヲ以テスルモ又口頭ヲ以テスルモ差支ナシ(三六六條四項)而シテ其申請ニ具備

スヘキ要件ハ左ノ如シ(三七六條)

(イ) 相手方ノ表示 通常ノ場合ニ於テハ勿論相手方ノ表示ヲ要スレトモ訴ノ提起以前ニ於テ證據保全
ノ申請ヲ爲ス場合ニハ未相手方ヲ指定スルコト能ハサルコトアリ例之不正ノ損害ヲ受ケタル場合ニホ
加害者ノ知レサルトキ又ハ相手方タルヘキ者カ死亡シテ其相續人ノ未定マラサルトキノ如シ此等ノ場
合ニ於テ證據滅失ノ恐アルトキハ相手方ヲ指定セスシテ證據保全ノ申立ヲ爲スコトヲ得ヘシ但申立人
カ相手方ヲ指定セザルハ自己ノ過失ニ非アルコトヲ疏明セザルヘカラス然ラツレハ其申立ハ却下セラ
ルヘキモノナリ(三七二條一項)

(ロ) 證據調ヲ爲スヘキ事實ノ表示 證據保全トシテ證據調ヲ求ムルニハ之ニ依テ如何ナル事實ヲ證明
セントスルカヲ明示セザルヘカラス是通常ノ證據調ニ關シテ第二九一條、第三三八條、第三五七條等ノ
規定スル所ニ同シ

(ハ) 證據方法ノ表示 殊ニ證人若クハ鑑定人ノ訊問ヲ求ムルトキハ其表示 是證人ニ付テハ第二九一條
ノ規定スル所ニ同シ唯通常ノ證據調ニ於テ鑑定ノ申出ヲ爲スニハ鑑定人ヲ指名スルコトヲ要セザレト
モ證據保全ノ爲メ鑑定ヲ求ムルニハ自ラ之ヲ要スルモノトス

(ニ) 申請ノ理由 申請ノ理由トハ證據ヲ紛失スルノ恐アリ又ハ使用シ難キニ至ルノ恐アル事情アリ此
理由ハ之ヲ表示スルヲ以テ足レリトモ尙進ミテ之ヲ疏明セザルヘカラス唯相手方ノ承諾ヲ得テ證據
保全ノ申請ヲ爲ス場合ハ此事山アルコトヲ要セザルカ故ニ其表示及疏明ハ申請ノ要件タラザルコト勿
論ナリ

證據保全申請ノ管轄裁判所ハ場合ニ從ヒテ異ナリ訴訟カ既に繫屬セルトキハ受訴裁判所ニ其中申請ヲ爲



ヌヲ本則トス是即證據調ハ受訴裁判所ニ於テ爲スノ原則ニ從フモノナリ但此申請ヲ受ケタル受訴裁判所カ第三一八條、第三二二條、第三五八條ノ規定ニ從ヒテ受命判事若クハ受託判事ニ證據調ヲ委任スルコトヲ妨ケス又申請ノ理由ト爲ル危險カ切迫セル場合ニ於テハ人證、鑑定ニ依ル證據保全ニ付テハ其訊問ヲ受クヘキ證人若クハ鑑定人ノ所在地ヲ管轄スル區裁判所ニ又檢證ニ依ル證據保全ニ付テハ其檢證物ノ所在地ヲ管轄スル區裁判所ニ其申請ヲ爲スコトヲ許セリ是此場合ハ最迅速ニ證據調ヲ爲スコトモ接近スルモノニシテ迅速ニ其證據調ヲ爲スコトヲ得ルノ便利アルヲ以テナリ若又訴訟カ未整備セザルトキハ常ニ右ノ區裁判所ヲ以テ申請ノ管轄裁判所トス是又前ト同シク實際ノ便宜ニ適シ而モ未證據調ヲ爲スヘキ受訴裁判所ナキヲ以テナリ(三六六條一項乃至三項)

證據保全ノ申請ニ付テハ裁判ハ決定ヲ以テ爲スヘキモノニシテ口頭辨論ヲ經ルト否トハ裁判所ノ意見ニ任ス若其申請カ第三六五條乃至第三六七條ノ規定ニ適合セザルトキ即證據方法カ證據保全ヲ許サザルモノナルトキ又ハ申請ノ要件ヲ具備セザルトキ又ハ裁判所ノ管轄違ナルトキハ申請却下ノ決定ヲ爲スヘク反之申請カ適法ニシテ且理由アルトキハ之ヲ許可スルノ決定ヲ爲ス而シテ許可ノ決定ニハ證據調ヲ爲スヘキ事實及證據方法殊ニ證人、鑑定人ヲ訊問スヘキトキハ其氏名ヲ記載セザルヘカラス此申請許可ノ決定ニ對シテハ不服ヲ申立ツルコトヲ得ス(三六八條)反之申請ヲ却下スル決定ニ對シテハ第四四五條ノ適用ニ依リ抗告ヲ爲スコトヲ得(シ)

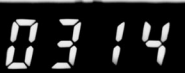
右證據保全ノ申請ヲ許容スル決定ニ基キ爲スヘキ證據調ノ手續ハ通常ノ規定ニ依ル故ニ證據調ノ總則ハ勿論人證ニ付テハ第二八九條以下、鑑定ニ付テハ第三二二條以下、檢證ニ付テハ第三五七條以下ノ規

定ヲ適用スヘキモノナリ(三七〇條)尙裁判所ハ證據保全ノ爲メ證據調期日ニ申請人ヲ呼出シ又相手方ニハ訴ノ既ニ繫屬シタルト否トヲ問ハス證據保全許可ノ決定及其申請ノ原本ヲ送達シテ之ヲ呼出シ以テ其權利ヲ防衛スルコトヲ得セシメサルヘカラス(三六九條)一、申請人カ相手方ヲ指定スルコト能ハサル場合ニ裁判所カ證據保全ヲ許ス決定ヲ爲シタルトキハ未知レサル相手方ノ權利防衛ノ爲ニ臨時代理人ヲ命スルコトヲ得此代理人ノ任命ハ必シモ之ヲ要スルニ非サレトモ若其任命アリタルトキハ之ヲ呼出シテ證據調ニ立會ハシムヘキハ勿論トス(三七二條)而シテ證據調ノ期日ニ當事者カ出頭セザルモ證據調ノ通則ニ從ヒ爲シ得ヘキ限ハ證據調ヲ爲スヘキハ勿論又切迫ナル危險ノ場合ニ於テ遲延ノ爲メ證據調ノ目的ヲ達スルコト能ハサルニ至ル恐アルトキハ適當ナル時間ニ相手方又ハ其臨時代理人ヲ呼出スコトヲ得サリシトキト雖證據調ヲ爲スコトヲ得ルモノトス(三六九條二項)

以上ノ手續ニ依テ證據調ヲ爲シタルトキハ其調書ハ申請ヲ許容シテ證據調ヲ命シタル裁判所ニ保存スヘク而シテ申立人ハ其目的ノ如ク之ヲ訴訟ニ使用スルコトヲ得ルハ勿論相手方キ亦自己ノ利益アルトキハ之ヲ援用スルコトヲ得又受訴裁判所ニ於テ右證據調ノ結果ノ不完全ナルコトヲ發見シタル場合ニハ當事者ノ申立ニ因リ又ハ職權ヲ以テ再度ノ證據調ヲ命シ又ハ前證據ノ補充ヲ命スルコトヲ得(三七〇條二項、三項)

第五節 判決

判決ハ裁判ノ一種ナリ裁判トハ司法權ノ發動トシテ其機關タル裁判所又ハ裁判長、受命判事、受託判事カ法律ニ從ヒテ下ス所ノ總テノ宣令ヲ謂ヒ判決、決定、命令ノ三者ヲ總稱ス而シテ判決ハ受訴裁判所カ訴



誤及訴訟ニ關スル特定ノ事項ニ付必口頭辯論ヲ經テ言渡ス裁判ナリ故ニ判決ハ裁判中ノ最重要ナルモノニシテ必裁判所ノ爲スヘキモノナリ 命令ノ如ク裁判長若クハ受託判事、受託判事一人ニ於テ爲スヲ得ス即此點ニ於テハ判決ハ決定ト同一ニシテ命令ト異ル又判決ハ或ハ實體法上ノ理由ニ基キ或ハ形式法上ノ理由ニ基キテ爲スコトアレトモ單ニ手續又ハ指揮ニ關スル事項ニ付テハ爲スヘキモノニ非ス此等ノ事項ハ決定又ハ時トシテハ命令ヲ以テ處分スヘキモノトス尙又判決ハ必口頭辯論ヲ經タル上ニテ之ヲ爲スヘキモノニシテ且必其言渡ヲ爲ササルヘカラス而シテ其送達ハ通常ノ訴訟ニ於テハ當事者ノ申立ニ因テ爲スヘキモノナリ是亦決定、命令ト異ル點ナリ 決定ハ裁判所之ヲ爲シ命令ハ裁判長又ハ受託判事若クハ受託判事之ヲ爲スモノニシテ口頭辯論ヲ經ルト否トハ其裁判所又ハ裁判官ノ任意ニシテ單ニ審問ノミニ基キテ爲スコトヲ得ルヲ原則トシ口頭辯論ヲ經タルトキハ之ヲ言渡スコトヲ要シ口頭辯論ヲ經サルトキハ職權ヲ以テ之ヲ當事者ニ送達スヘキモノナリ(二四五條)其他形式上ヨリ區別スレハ判決ニハ必理由ヲ附スルコトヲ要ス唯決定及命令ニハ之ヲ必要トセス又效力ノ上ヨリ區別スレハ判決ハ之ヲ爲シタル裁判所自ラ變更スルコトヲ得タルモ決定、命令ハ反之之ヲ爲シタル裁判所又ハ判事ニ於テ變更スルコトヲ得ルコトアリ例之訴訟手續ノ分離又ハ併合ヲ命シタル決定ノ如キ單ニ訴訟ノ指揮ニ關スルモノナルトキ又ハ第二九五條、第四五九條ニ規定スル場合ノ如キ是ナリ

判決ニハ種種ノ別アリ先第一ニト終局判決ト中間判決トノ別アリ次ニ對審判決ト闕席判決トノ別アリ又終局判決ヲ更ニ分テ全部判決ハ一分判決トニ區別スヘク此他尙終局判決申請ノ拋棄又ハ認諾ニ基テ判決、中間判決中上訴ニ關シ終局判決ト看做サルモノ及上訴並ニ強制執行ニ關シ終局判決ト看做サルモノノ假執行ノ宣言ヲ附シタル判決等ノ種別アリ此等各種ノ判決ニ付テハ後ニ詳細ノ説明ヲ爲ス

第一款 一般ノ判決ニ關スル通則

第一 判決ヲ爲スヘキ範圍

凡訴訟ニ付受託裁判所カ判決ヲ爲スヘキ範圍ハ當事者ノ申立ヲタル事物ニ限ラレシテ申立以外ニ涉ルコトヲ得ス故ニ果實、損害賠償等ノ附從ノ請求ト雖第二二二條ニ所謂判決ヲ受テヘキ事項ノ申立ニ包含セサルモノニ付テハ判決ヲ下スコトヲ得ス(二二三條)然レトモ此原則ニハ一ノ例外アリ即訴訟費用ノ負擔ハ訴訟法上當然敗訴者ニ歸スヘキモノナルカ故ニ之ニ關スル裁判ハ終局判決ヲ爲ス場合ニ於テハ申立ナシト雖受託裁判所ノ職權ヲ以テ爲スヘキモノナリ但中間判決ヲ爲ス場合ニハ未終局ノ敗訴者ハ果シテ當事者ノ孰ナルカヲ知ル能ハサルヲ以テ訴訟費用ノ負擔ニ關スル裁判ヲ爲スコトヲ得ス反之二分判決ハ亦終局判決ナルカ故ニ此判決ヲ爲ストキニハ其訴訟ノ一分ニ關スル費用ノ負擔ヲ命スルコトヲ得然レトモ必シテ之ヲ要スルニ非スシテ便宜ニ從ヒ後ニ爲スヘキ殘部ノ判決ニ讓ルコトヲ得(二二二條)此他第五〇一條ニ規定スル假執行ノ宣言ハ裁判所ノ職權ヲ以テスルコトハ明文ニ依テ明ナリ如此判決ハ原則トシテ申立ノ事項以外ニ涉ルコトヲ得サルモ尙申立ノ事項ニ關係セラル攻撃又ハ防禦ノ方法ハ當事者カ之ヲ口頭辯論ニ提出シタル以上ハ總テ其當否ニ付判斷ヲ下シ且其理由ヲ説明セサルヘカラス但口頭辯論ニ於テ當出者ノ提出シタル數箇ノ攻撃、防禦ノ方法カ各獨立シテ請求ノ當否ヲ決スルニ足ルモノナルトキハ受託裁判所ハ其中ニ付一箇ノ最適切ナルモノノミヲ採リテ判決ノ理由トスルコトヲ得而シテ此場合ニ於テハ一他ノ方法ニ付判斷ヲ下シ其理由ヲ説明スルノ義務

務ナキモノトス何トナレハ請求ノ當否ハ其ノ防禦又ハ防禦ニ依テ定マリ其他ノ方法ノ當否如何ヲ論スルノ要ナキヲ以テナリ(二三〇條)又此獨立ナル攻擊若クハ防禦ノ方法及中間ノ争ニ付テハ中間判決ヲ爲スコトヲ得ルハ第二二七條ノ規定スル所ノ如シ

第二 判決ヲ爲スヘキ判事

各判決ハ其必要ノ基本タル口頭辯論ニ臨席シタル判事ニ限リ之ヲ爲スヘキモノナリ(二三二條)蓋口頭辯論主義ノ自然ノ結果トシテ訴訟ノ材料ハ一口頭辯論ニ依テ定マルモノナレハ間斷ナク直接ニ口頭辯論ヲ聽キタル判事ニ非テハ判決ヲ爲スコトヲ得ザルハ當然ナリ隨テ若各種ノ判決ノ基本ト爲ルヘキ口頭辯論力繼續シテ數回ニ亘リタル場合ノ如キハ其一部分ノミニ臨席シタル判事ハ判決ヲ爲スコトヲ得ス故ニ其口頭辯論ノ終ラサル間ニ判事ノ一人若クハ數人カ變更シタルトキハ更ニ口頭辯論ヲ始ヨリ更新セザルヘカラス又一旦口頭辯論ノ終結シタル後ト雖之ニ臨席シタル判事カ疾病、死亡、轉任、退職等ノ原因ニ由テ判決ヲ爲スコト能ハサルトキハ同ク辯論ヲ更新セザルヘカラス但右辯論更新ノ場合ニ於テ各當事者ハ以前ノ辯論ニ於テ相手方ノ爲シタル自白、認諾等ヲ援用スルコトヲ得ルハ勿論ナリトス又證據調ハ所謂口頭辯論ニ屬セザルカ故ニ之ニ立會ハサル判事ト雖判決ニ參與スルコトヲ妨ケス隨テ證據調カ一旦完結シタルトキハ判事ノ更迭ニ由テ之ヲ再ヒスルコトヲ要セス

判決ヲ爲ストハ判事カ裁判所構成法ノ規定ニ從ヒ許決ヲ爲シテ判決ヲ作成スル行爲ノ外尙其言渡ヲ爲スコトヲモ包含スルヤ否ヤ此事ハ實際ニ於テモ問題ト爲リタリシカ爾後判決例ハ消極說即判決ヲ爲スト判決ノ言渡ヲ爲ストハ各別異ノ行爲ナルヲ以テ判決ノ基本タル口頭辯論ニ臨席セザル判事ト雖判決ノ言渡ノミハ之ヲ爲スコトヲ得ルトノ說ニ一定セリ蓋判決ノ言渡ハ既ニ成立シタル判決ヲ當事者ニ告

知シテ之ヲ外部ニ發表シテ其效力ヲ生セシムル手續ニ過キサレハ口頭辯論ニ臨席セザル判事之ヲ爲スモ何等ノ支障ヲ生スルコトナク却テ實際ノ便宜ニ適スルヲ以テナリ

第三 判決ニ掲クヘキ事項

判決ニ掲クヘキ事項ハ第二三六條ニ規定スル所ニシテ即左ノ如シ

- (イ) 當事者及ヒ其法律上代理人ノ氏名、身分、職業及住所、訴訟代理人、立會檢事ノ氏名ノ如キハ必シ之ヲ判決ニ揭示スルコトヲ要セス然レトモ訴訟代理人ノ如キハ第一四二條ノ規定ニ從ヒ之ニ對シテ有效ノ送達ヲ爲シ得ヘキコトアルヲ以テ實際ニ於テハ便宜上其氏名ヲ掲クルコトアリ
- (ロ) 事實及争點ノ揭示、所謂事實及争點トハ判決ヲ受クヘキ事項ノ申立ハ勿論請求ノ原因、攻擊防禦ノ方法等之ニ依テ當事者カ自己ノ主張ヲ貫徹センカ爲ニ口頭辯論ニ於テ演述シタル總テノ事實ヲ包括ス故ニ其揭示ニ付テハ裁判所ノ認定ヲ以テ重要ナルモノト然ラサルモノトヲ判別シテ之ヲ取捨スルコトヲ得ザルモノナリ當事者ノ法律上ノ意見ハ右事實ニ屬セザルハ勿論ナリトス
- (ハ) 裁判ノ理由、判決ニハ其理由トシテ各必要ノ係争關係ニ付テノ判斷並ニ證據ノ採否ヲ説明シ以テ判決主文ノ由ラ生シタル根據ヲ表示スルヘカラス
- (ニ) 判決主文、判決主文ハ各種ノ判決ニ於テ事實及理由ヨリ結論トシテ生スル宣言ナリ而シテ終局判決ヲ爲ス場合ニハ訴訟費用負擔ノ命令又必要ナルトキハ假執行ノ宣言等ヲモ其主文中ニ掲クヘキモノナリ

(ホ) 裁判所ノ名稱、裁判ヲ爲シタル判事ノ官、氏名

以上ハ判決ニ掲クヘキ要件ニシテ其一ヲ缺キタルトキハ其判決ハ違法トシテ上訴ノ理由ト爲ルハ勿論

ナレトモ必シモ右ノ順序ニ從ヒテ掲タルコトヲ要セス

第四 判決書ノ作成

判決原本ヲ作成スルニハ前述ノ要件ヲ記載シ其裁判ヲ爲シタル判事カ署名、捺印スルコトヲ要ス若合議裁判所ニ於テ陪席判事ノ一人若クハ數人カ差支アリテ署名、捺印スルコト能ハサルトキハ裁判長ハ其理由ヲ開示シテ署名捺印不能ノ旨ヲ附記スヘク裁判長差支アルトキハ陪席判事中等最高キ者之ヲ附記スヘキモノナリ而シテ判決原本ハ言渡ノ日ヨリ起算シ七日内ニ完成シテ之ヲ裁判所書記ニ交付スヘク又其交付ヲ受ケタル裁判所書記ハ判決言渡ノ日及原本領收ノ日ヲ之ニ附記シ且其附記ニ署名捺印スヘキモノトス(二三七條)但右原本ノ交付及附記ニ關スル同條第二項、第三項ハ事務上ノ訓示の規定ニ過キササルヲ以テ之ニ違背スルモ爲ニ判決自體ニ何等ノ影響ヲ及スヘキモノニ非ス

判決ノ正本、抄本、謄本ハ何レモ裁判所書記之ヲ作り第二二四條ノ規定ニ從ヒ申請者ニ付與スヘキモノナリ而シテ其作成ノ方式ハ第二三九條第二項ニ規定スル所ノ如ク又判決ノ言渡前ナルカ又ハ言渡後ナルモ判事カ未原本ニ署名、捺印セサル間ハ其正本、抄本、謄本ヲ付與スルコトヲ得サルハ同條第一項ノ規定スル所ノ如シ蓋判決ハ言渡ナケレハ外部ニ對シテ其效力ヲ生セス又判決原本ハ未判事ノ署名、捺印ナキ間ハ縱令判決ノ言渡カ適法ニ爲サレタルトキト雖完全ニ成立シタルモノト謂フヘカラサルヲ以テナリ

第五 判決ノ言渡

(イ) 判決言渡ノ期日 判決ノ言渡ハ口頭辯論終結ノ期日ニ直ニ之ヲ爲スカ又ハ之ヲ適當トセサルトキハ其期日ニ於テ指定スル期日ニ於テ爲スヘキモノナリ但此期日ハ辯論終結ノ日ヨリ七日ヲ過タルコト

ヲ得ス(二三三條)此規定モ亦判決ノ正確ヲ期シ且訴訟完結ノ遲滯ヲ防ク爲ニ設ケタル訓示の規定ニ過キササルヲ以テ之ニ違背シテ判決ノ言渡シタルトキト雖爲ニ其判決ハ無効ト爲ルモノニ非ス又當事者ハ之カ爲ニ何等ノ不服ヲ申立タルコトヲ得ス實際ニ於テモ事件ノ性質ニ依リ往往法定ノ期間内ニ判決ノ言渡ヲ爲ス能ハサルコトアリ故ニ斯ル場合ニ於テハ一旦指定シタル言渡期日ノ變更又ハ言渡ノ延期ヲ爲スコトヲ得ルモノトス

(ロ) 判決言渡ノ方式 判決ノ言渡ハ裁判長カ公庭ニ於テ判決主文ヲ朗讀シテ爲スヲ原則トシ陪席判決ニ限リ例外トシテ主文作成前ニ言渡スコトヲ得是陪席判決ハ通例出頭シタル當事者ノ申立ノ如クニスルヲ以テ足り其旨趣錯雜ナラサルカ故ニ評決後主文ヲ作成セサル間ニ直ニ其言渡ヲ爲スモ爲ニ過誤ヲ生スルコトナカルヘキヲ以テナリ判決ノ理由ニ至リテハ之ヲ言渡スト否トハ裁判長ノ意見ニ在リ若シテ言渡スコトヲ適當トスルトキハ朗讀ニ限ラス口頭ヲ以テ其要領ヲ告タルニ止ムルコトヲ得(二三三條)右ノ規定ニ從ヒ爲シタル判決ノ言渡ハ調書ニ記載シテ之ヲ明確ナラシメサルヘカラサルコトハ第一三〇條ニ規定スル所ノ如シ蓋判決ノ言渡ハ調書ニ依リテノミ證明スヘキ事項ニ屬シ調書ニ記載ナキトキハ其効ナキニ至ルモノナリ

(ハ) 判決言渡ノ效力 判決ヲ發表シテ其效力ヲ生セシムルニハ判決原本ノ完成ヲ以テ足レリトモ必要言渡ヲ爲ササルヘカラス故ニ言渡ハ判決ヲシテ判決タルノ效力ヲ生セシムルニ必要ナル方式タリ但判決ノ言渡ハ當事者雙方又ハ其一方カ在廷セサルトキト雖完全ニ其效力ヲ生ス(二三五條)項)而シテ判決カ言渡ニ因リテ發表セラタルトキハ左ノ如キ效力ヲ生スルモノトス

(ニ) 別段ノ規定アル場合ノ外當事者ハ言渡アリタル判決ニ基キ其送達前ト雖訴訟手續ヲ續行シ又ハ



其他ニ之ヲ使用スルノ權アリ例之中間判決ノ言渡ヲ受ケテ後直ニ之ニ基キテ訴訟手續ノ續行ヲ求ムルコトヲ得ルカ如シ即中間判決ノ言渡アリタルトキハ相手方ハ未其送達ヲ受ケサルモ之ヲ無視シテ訴訟手續ノ續行ヲ拒ムコトヲ得アルナリ唯助訴抗辨棄却ノ中間判決請求ノ原因ヲ正當ナリトスル中間判決ハ上訴ニ關シテ終局判決ト看做サルルヲ以テ通常其確定ニ至ル迄爾後ノ手續ヲ中止スヘキモ尙原告ハ其確定及送達前ト雖後ノ手續ノ進行即本案又ハ數額ノ辨論及裁判ヲ求ムルコトヲ得ルハ第二〇七條第二項、第二八條第二項ノ規定スル所ノ如シ又其他ニ判決ヲ利用スル場合ニ於テモ尙特別ノ規定ナキ以上ハ其送達ヲ必要トセス例之強制執行ニ對スル異議ノ訴ニ於ル第五四八條ノ判決ニ從ヒ強制執行ノ停止若クハ續行又ハ執行處分ノ取消ヲ求ムル場合ノ如キ判決ヲ利用スル當事者ノ權利ハ言渡ニ由リ直ニ發生シ其送達アリタルト否トニ拘ラサルモノトス(二三五條二項)其特別ノ規定アルカ爲ニ判決ノ送達ヲ必要トスル場合ハ例之強制執行ニ之ヲ使用スル場合ノ如シ即第五二八條ノ規定ニ依レハ強制執行ノ一ノ形式の要件トシテ判決ノ送達ヲ必要トスルヲ以テ假執行ノ宣言アル判決ト雖強制執行ヲ爲スニ付テハ必其送達ナカルヘカラス

(二) 裁判所ハ中間判決タルト終局判決タルト間ハ總テ其言渡シタル判決ニ羈束セラル(二四〇條)故ニ判決ヲ言渡シタル裁判所ハ縱令其不當ナルヲ發見シタルトキト雖己レ自ラ之ヲ取消變更スルコトヲ得ス又一旦中間判決ヲ爲シタル後終局判決ヲ爲ス場合ニ於テハ前ノ中間判決ト抵觸スル判決ヲ爲スコトヲ得サルモノトス但第二四一條ニ從テ爲スヘキ判決中ノ顯著ナル誤謬ノ更正及第二四二條ニ從テ爲スヘキ判決ノ補充ハ固ヨリ前ニ言渡シタル判決ノ變更ナリト謂フコトヲ得ス又第一審裁判所カ一旦判決ヲ爲シルモ上級審ヨリ差戻サレタル事件ニ付テハ前ニ爲シタルモノト異ル判決ヲ爲スコトヲ

得ヘキモ是其前判決ハ既ニ上級審ノ判決ニ依テ廢棄セラレ其效ナキカ故ナリ又闕席判決ニ對シ適法ノ故障アリタルトキ並ニ確定判決ニ對シ再審ノ訴アリタル場合ニ於テ同一裁判所カ前ノ判決ト異ル判決ヲ爲スコトヲ得ルハ何レモ特別ノ規定ニ依リ同一裁判所ニ不服ノ申立ヲ爲スコトヲ許シタル結果ニ過キス

右ノ外判決ノ言渡アリタルトキハ判事ハ七日間ニ原本ヲ完成シテ之ヲ裁判所書記ニ交付セサルヘカラスルハ前述べセル所ノ如ク又裁判所書記ハ當事者ノ申立ニ因リ判決ノ送達ヲ爲ササルヘカラス

第六 判決ノ送達

判決ノ送達ハ正本ヲ以テス而シテ其送達ヲ爲スハ當事者ノ申立アルコトヲ必要トシ職權ヲ以テ爲スヘカラサルヲ原則トス(二三八條)但人事訴訟手續法第一五條、第二六條、第三八條、第六二條ニ該當スル判決ハ公益ニ關スルノ故ヲ以テ例外トシテ職權送達ヲ爲スヘキモノトセラレタリ判決ノ送達ハ種種ノ場合ニ於テ必要アルモ殊ニ故障及ヒ上訴ノ期間ヲ進行セシムルニ必要ニシテ勝訴者ニ取リテハ判決ヲ確定セシムルニ必要アリ又敗訴者ニ取リテハ上訴ヲ爲スニ必要アリ即不服ノ申立中故障ヲ除キテ控訴、上告ヲ爲スニハ先判決ノ送達アリタル後ニ於テ爲ササルヘカラス(二五五條、四〇〇條、四三七條)

第七 判決ノ更正

裁判所ハ一旦言渡シタル判決ヲ自ら變更スルコト能ハサレトモ其判決中ノ違算又ハ書損其他之ニ類スル著シキ誤謬アルトキハ何等ノ制限ニ從ハス之ヲ更正スルコトヲ得(二四一條)是固ヨリ判決ノ旨趣ヲ變更スルモノニ非スシテ唯其體而上ノ瑕瑾ヲ除去スルニ過キサレハナリ即其時期ニ付テハ何等ノ制限ナク判決送達ノ前後並ニ其確定ノ後前問ハス何時ニテモ更正スルコトヲ得又當事者ノ申立アルト否

ト問ハス判決ノ主文タルト其他ノ部分タルトヲ論セス更正ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ更正ヲ爲スニ付テ唯一ノ必要條件ハ判決中ノ誤謬ヲ違算、書損ノ如キ顯著ナルモノ即チ其判決ノ旨趣ニ依テ容易ニ誤謬タルコトヲ知り得ヘキモノタルニ在リ故ニ判決中不明ノ點又ハ低觸ノ點アルモ顯然タル誤謬ニ非サル以上ハ第二四一條ノ規定ニ依テ更正スルコトヲ得ス唯之カ爲ニ判決カ法律ニ違背スルニ至リタルトキハ上告ノ理由ヲ生スルニ過キス

判決ノ更正ハ決定ヲ以テ爲スヘク必シモ口頭辯論ヲ經ルヲ要セス若口頭辯論ヲ經シテ更正決定ヲ爲シタルトキハ第二四五條ノ規定ニ從ヒ職權ヲ以テ之ヲ當事者ニ送達スヘキモノナリ但更正ノ申立ヲ却下スル決定ハ之ヲ申立人ノミニ送達スルヲ以テ足レリトス何トナレハ判決ニ表示スル相手方ハ此却下ノ決定ニ付テ何等ノ利害ヲ感セザレハナリ又若口頭辯論ヲ經テ決定ヲ爲シタルトキハ同條第一項ニ依テ言渡ヲ爲スヘク而シテ其決定ハ言渡ニ由ラ直ニ效力ヲ生スルヲ以テ送達ヲ必要トセス更正ノ申立ヲ却下スル決定ニ對シテハ不服ノ申立ヲ爲スコトヲ得ス蓋當事者カ著キ誤謬ナルヘシトシテ更正ヲ求メタル事項ヲ裁判所カ自ら見テ以テ誤謬ナリト爲ササルトキハ之ヲ再ヘシトスル當事者ハ原判決ノ上訴ナシトスルノ法意ナリ故ニ此場合ニハ更正ノナキ爲ニ不利益ヲ受クヘシトスル當事者ハ原判決ノ上訴期間内ニ於テ上訴ヲ爲シ其變更ヲ求ムルノ外ナキナリ反之更正ヲ宣言スル決定ハ苟一旦判決ヲ爲シタル裁判所カ自ら之ニ多少ノ修正ヲ加フルモノナルヲ以テ或ハ其旨趣ヲ變更スルニ至リタリトノ争ハスルコトアルヘケレハ之ニ對シテハ申立ニ因リテ爲シタル職權ヲ以テ爲シタルトナシ即時抗告ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ許セリ然レトモ此抗告期間ヲ徒過シタルトキハ縱令判決ニ對シテ違法ノ上訴ヲ爲シタルトキト雖更正ノ決定ノ當否ニ付テハ上級審ノ判斷ヲ受タル能ハサルハ第三九七條、第

四三三條ノ規定ニ依テ明ナリ

判決更正ノ決定ハ之ヲ判決ノ原本及正本ニ追加スヘキモノナリ若正本ニ之ヲ追加スルコト能ハサルトキハ別ニ決定ノ正本ヲ作ラサルヘカラス(二四三條)判決更正ノ決定ハ其判決ヲ爲シタル判事即其判決ノ基本ト爲リタル口頭辯論ニ臨席シタル判事ニ限リテ之ヲ爲スヘキモノナルヤ否ヤ我民事訴訟法ハ此點ニ付別段ノ規定ヲ設ケスシテ單ニ裁判所ハ其判決中ノ著キ誤謬ヲ更正スルコトヲ得ル旨ヲ規定シタルニ過キス是畢竟右ノ更正ハ同一裁判所ニ於テスル以上ハ必シモ其判決ニ參與シタル判事ニ限ラス他ノ判事ト雖亦之ヲ爲スコトヲ得ルモノトスルノ趣意ニ出テタルモノナリ何トナレハ判決中ノ著キ誤謬ノ如キハ何人ト雖判決自體ニ依テ容易ニ之ヲ認知スルコトヲ得ヘク隨テ其更正ハ口頭辯論ヲ經ルコトヲ要セス決定ヲ以テ爲スコトヲ得ルモノナレハ此場合ヲ以テ判決ヲ爲ス場合ト同一視スルコトヲ得サルハ勿論ナレハナリ

第八 判決ノ補充

裁判所カ判決ヲ爲スニ當リテ主ノル請求若クハ附帶ノ請求又ハ訴訟費用ノ全部若クハ一分ニ對シ誤ラ裁判ヲ脱漏シタルトキハ當事者ノ申立ニ因リテ其部分ニ付追加裁判ヲ爲シテ前判決ヲ補充セザルヘカラス(二四二條)一項ノ故ニ例之一ノ訴ヲ以テ爲シタル數箇ノ請求中ノ或者ニ付テ裁判ヲ遺脱シ又ハ被告ヨリ適法ノ反訴ヲ爲シタル場合ニ本訴ノモノノ裁判ヲ爲シテ反訴ノ裁判ヲ遺脱シタルトキノ如キハ勿論追加裁判ヲ求ムルコトヲ得ヘク又法律ハ或事項ニ限リテ裁判所ノ職權ヲ以テ判決スヘキコトヲ規定セルヲ以テ此事項ニ關スル裁判ヲ漏脱シタルトキハ當事者ハ其申立ヲ爲サザリシトキト雖尙追加裁判ヲ求ムルコトヲ得例之訴訟費用ニ關スル裁判ヲ遺脱シタルトキハ第二二一條第二項及本條ノ規定ニ依リ又

第四二六條第一項ニ規定スル防禦方法主張ノ權利ヲ留保スル判決ヲ爲サザリシトキハ同條第二項ニ依リ第四九一條第一項ニ規定スル權利ノ行使ヲ留保スル判決ヲ爲サザリシトキハ同條第二項ニ依リ職權ヲ以テ判決ノ假執行ヲ宣言スヘキ場合ニ於テ其宣言ヲ爲サザリシトキ若クハ假執行ノ宣言アラントコトヲ申立アリタルニ其申立ヲ看過シ此點ニ付何等ノ裁判ヲ爲サザリシトキハ第五〇八條ニ依リ何レモ本條ノ規定スル所ニ從ヒ追加裁判ノ申立ヲ爲スコトヲ得ルモノトス

追加裁判ハ判決ノ更正ト異リ必當事者ノ申立ヲ待テ之ヲ爲スヘク職權ヲ以テ爲スコトヲ得ヌ又追加裁判ノ申立ハ判決ノ言渡後直ニ之ヲ爲スカ又ハ遲クトモ判決正本ノ送達アリタル日ヨリ起算シ七日内ニ之ヲ爲ササルヘカラス此期間ヲ徒過シタルトキハ其申立ヲ爲スコトヲ得ヌ(二四二條二項)但前判決ノ脱漏シタル本訴又ハ反訴請求ノ全部又ハ一分ノ如キ之ニ付新ニ獨立ノ訴ヲ起シ得ヘキトキハ之ニ依テ更ニ其請求ニ關スル第一審ノ判決ヲ求ムルコトヲ得ヘシ又前述第四二六條、第四九一條ニ違背シ權利ノ留保ヲ掲ケタル判決ニ對シテハ被告ヨリ其點ニ付上訴ヲ爲シ上級審ノ判決ニ依リ判決補充ノ目的ヲ達スルコトヲ得ヘシ又第一審判決カ訴訟費用ノ全部若クハ一分ノ裁判ヲ脱漏シタルトキハ上級審ニ於テ第七八條ニ依リ更ニ本案ノ判決ト同時ニ費用ニ關スル判決ヲ爲スコトヲ得第一審判決カ假執行ノ宣言ヲ脱漏シタルトキモ亦本案カ控訴審ニ繫屬スルニ至リタルトキハ更ニ其申立ヲ爲シ又ハ第五〇九條ノ規定ニ從ヒ假執行ノ宣言ヲ求ムルコトヲ得ルモノトス右ノ期間ハ法律ノ明文ナキヲ以テ固ヨリ之ヲ不變期間ト謂フヲ得ヌ即一ノ法律上ノ期間ニ過キサルヲ以テ第一七〇條第一項ノ規定ニ從ヒ當事者ノ合意ノ申立ニ因テ之ヲ伸縮スルヲ得ルモノトス尙又追加裁判ハ前判決ノ遺脱シタル事項ニ付爲スヘキ補充ノ裁判ナレハ其形式ハ全ク前同判決ニ出テタルヘカラス隨テ其裁判ヲ爲ス點ニ付テハ更ニ

口頭辯論ヲ開カサルヘカラス而シテ此口頭辯論ハ判決言渡後即時ニ追加裁判ノ申立ヲ爲シタルトキハ即時ニ之ヲ爲サシムルコトヲ得其他即時口頭辯論ヲ爲サシムルコト能ハサルトキ例之判決言渡ノ際ニ相手方カ出頭セザルトキ又ハ出頭シタルモ既ニ退廷シタルトキ或ハ又言渡ノ日以後ニ追加裁判ノ申立ヲ爲シタル場合ノ如キハ別ニ新期日ヲ定メテ口頭辯論ヲ爲サシムルヘカラス此申立ニ因テ新ニ開クヘキ口頭辯論ハ補充ノ判決ヲ求ムル事項ノ範圍内ニ限リテ之ヲ爲サシムヘク既ニ此判決ヲ爲シ訴訟ノ完結シタル部分ニ關シテハ其必要ナキヲ以テ辯論ヲ許スヘカサルハ恰裁判所カ第二二六條ノ規定ニ從ヒ殊更ニ前ニ一分判決ヲ爲シ其殘分ノ判決ヲ爲ス場合ニ同シ(前同條三項)故ニ又新辯論ニ於テハ新ナル攻撃防禦ノ方法及證據方法ヲ提出スルコトヲ得ヘク關席判決ニ關スル規定訴訟手續ノ休止ニ關スル規定ノ如キモ亦此場合ニ適用スヘキハ勿論ナリ如此追加裁判ノ申立ニ付テ判決ヲ爲スニハ新ニ口頭辯論ヲ開カサルヘカサルカ故ニ前判決ヲ爲シタル同一ノ判事ニ非サルモ之ヲ爲スコトヲ得ルハ勿論ニシテ其判決ニ對スル不服ノ申立ノ如キモ通常判決ニ於ルト同一ノ規定ニ從ヒテ爲スヘキモノナリ然レトモ前判決ノ控訴期間内ニ追加裁判ヲ以テ前判決ヲ補充シタルトキハ前判決ニ對スル控訴ニ付テモ追加裁判ノ送達アリタル日ヨリ控訴期間ヲ起算スヘキモノトス即此場合ニ於テハ追加裁判ハ前判決ノ控訴期間ヲ延長スルノ效果ヲ生ス(四〇〇條三項)是亦追加裁判ノ判決ノ更正ト相異ル點ナリ唯此二者ノ間ニ共通ノ規定ハ之ヲ前判決ノ原本及正本ニ追加シ若クハ別ニ正本ヲ作成スルコトヲ命スル第二四三條ノ規定是ナリ

第九 判決ノ確定力

判決ノ確定力ハ判決ノ確定ニ因テ生スル效力ナリ確定判決トハ故障又ハ上訴ノ方法ヲ以テ攻撃スヘカ

ラサルニ至リタル判決ヲ罷フ故ニ故障ヲ許ス闕席判決ハ故障期間ノ滿了ニ因リ、控訴若クハ上告ヲ許ス判決ハ控訴、上告ノ期間滿了ニ因テ確定シ上告審ニ於ル對審判決及新闕席判決ハ右不服申立ノ途ナキヲ以テハ其言渡ト同時ニ確定ス又一旦適法ナル故障又ハ控訴、上告ニ依リ判決ノ確定ヲ遮斷シタルトキハ其故障又ハ上訴ノ取下ニ因テ判決確定ス(二六四條、三九九條、四五四條)如此故障若クハ上訴ヲ爲スコト能ハサルニ至リタル判決ハ之ニ對スル原狀回復又ハ再審ノ理由ノ有無ヲ論セス又原狀回復ノ申立又ハ再審ノ訴ノ提起ノ有無ヲ論セス總テ之ヲ確定判決ト稱スヘキヲ以テ確定判決ハ絕對的確定不動ト爲リタル判決ノ謂ニ非ス故ニ確定判決ト雖時ニ或ハ原狀回復ノ申立又ハ再審ノ訴ノ結果取消サレ若クハ變更セララルコトアリ然レトモ既ニ故障若クハ控訴、上告ニ依テ不服ノ申立ヲ爲スコト能ハサルニ至リタル終局判決ハ強制執行ノ名義ト爲ルモノナリ蓋其故障若クハ上訴ヲ爲スコト能ハサルニ至ル點ヨリ觀察シタル確定判決ノ效力ヲ形式の確定力ト謂フ判決ニ確定力ヲ付スルハ其效用ヲ全クセシメ以テ社會ノ安寧秩序ヲ保持スルニ必要ナリ即法律カ一面ニ於テハ判決ノ正確ヲ保スル爲メ故障若クハ上訴等不服ノ申立ヲ許シテ同一若クハ上級ノ裁判所ニ於テ再同一事件ノ審判ヲ受クルコトヲ得セシムルト同時ニ他ノ一面ニ於テ此方法ヲ行フコト能ハサルニ至リタル期トシ判決ニ確定力ヲ有セシムルハ至當ニシテ若判決ニ對シテ際限ナク不服ノ申立ヲ許ストキハ判決ハ何等ノ效用ナク爭訟ハ遂ニ完結ノ期ナク權利ノ確定財產ノ安固ハ得テ期スヘカラサルニ至ル是故ニ一旦確定シタル判決ニ基テ強制執行ハ其開始後原狀回復ノ申立又ハ再審ノ訴起リ該判決ノ或ハ變更セラレントスル場合ニ於テモ尙其續行ヲ妨ケサルモノナリ唯此場合ニ於テ債務者トシテ強制執行ヲ受ケタル者ハ第五〇〇條ノ規定ニ從ヒ強制執行ノ停止若クハ執行處分ノ取消ノ命令又ハ保證ヲ立テシメテ強制執行ヲ爲スヘキノ命令

ヲ求メ以テ己ノ權利ヲ保護スルコトヲ得ルニ過キヌ又判決ノ確定力ヲ實質上ヨリ觀レハ實體上ノ請求ニ付テハ確定終局判決ハ其請求ニ付當事者及裁判所ヲ羈束スルノ效力ヲ有スルモノト謂フヘシ即其確定判決カ原狀回復ノ申立又ハ再審ノ訴ニ依リ取消サレ若クハ變更セララル迄ハ請求ノ當否又ハ法律關係ノ存否ニ付テハ確定判決ノ認定ハ當事者ニ於テ之ヲ事實上又ハ法律上不當ナリトシテ再爭フコト能ハス裁判所モ亦同一事件ニ付前確定判決ト異ル判決ヲ爲スコトヲ得但此判決ノ確定力ヲ援用ハ當事者ノ私益ニ關シ其任意爲スヘキモノニシテ裁判所ノ職權ヲ以テ爲スコトヲ得シテ原告若クハ被告カ後ノ訴訟ニ於テ判決ノ確定力ヲ援用スルニハ固ヨリ新舊二箇ノ訴カ全ク同一ナルヲ要ス之ヲ詳言スレハ先其當事者ノ同一ナルコトヲ必要トス即判決ノ效力ヲ有スルハ原則トシテハ當事者及其承繼人間ニ限ルヲ以テ新訴訟ニ於ル相手方カ確定判決アリタル前訴訟ノ相手方又ハ其承繼人ニ非サルトキハ其確定力ヲ以テ之ニ對抗スルコトヲ得サルナリ但第五五條ニ依リ從參加人ニ對シ判決ノ效力ヲ及ス場合及第六二條ノ規定ニ依リ第三者ニ對シテ判決ノ效力ヲ及スヘキ場合ハ例外トス次ニ請求ノ原因更ニ相繼ニ同一ナルコトヲ要ス故ニ例之賣買ニ因テ所有權ヲ得タリトシ物件ノ引渡ヲ求メテ敗訴シ更ニ相繼ニ因テ之ヲ得タリト主張シ同一物件ノ引渡ヲ求ムル場合ノ如キハ勿論前判決ノ確定力ヲ後ノ訴訟ニ於テ援用スルコトヲ得ス又例之前ニ或物件ノ所有權ヲ主張シ敗訴シタル者ハ同一物件ニ關シ新ニ抵當權其他所有權以外ノ物權ニ關スル訴ヲ起スモ前判決ノ確定力ヲ以テ對抗セラルルコトナシ又前ニ或地役權ヲ主張シ敗訴シタル者カ更ニ同一不動産ニ付テ別種ノ地役權アルコトヲ新訴訟ニ於テ主張スルトキ尙又前ニ利息ヲ請求シテ敗訴シタル者カ更ニ同一債務ニ付テ元金ノ請求ヲ爲ストキモ亦同シ

茲ニ研究ヲ要スルハ判決ノ實質的確定力ハ其如何ナル部分ニ迄及ノヘキカノ問題ナリ其確定力ハ判決

0321

ノ主文ノミニ限リテ生スヘキヤ或ハ理由ニ迄及フヘキヤニ付テハ古來學者間ニ議論アリ第二四四條ハ「判決ハ其主文ニ包含スルモノニ限り確定力ヲ有ス」と明言シテ判決ノ實質的確定力ノ及フヘキ範圍ヲ限定セリ然レトモ尙其解釋ニ付議論アルヲ免レス予輩ノ信スル所ニ依レハ同條文ハ判決ノ主文ニ於テ裁判セラレタル請求ノ部分ニ限り確定力ヲ生シ判決ノ理由中ノ判斷ニ及ハサル旨ヲ示シタルモノナリ故ニ例之原告カ一ノ債權ヨリ生スル或期間ノ利息ノ辨濟ヲ求ムル訴ヲ起シタルトキハ其訴訟ニ付判決主文ニ於テ爲ス裁判ハ原告ノ請求スル利息ノ外ハ元金又ハ他ノ期間ノ利息ニ及ハサルヲ以テ其判決ノ確定力ハ右利息ノ請求ノミニ付テ生シ元金又ハ他ノ期間ノ利息ニ付テ生スルモノニ非ス隨テ原告カ右利息ノ請求却下ノ判決ヲ受ケ其判決確定シタル後更ニ元金又ハ他ノ期間ノ利息ノ請求ヲ起シタルトキハ被告ハ前判決ノ確定力ヲ以テ之ニ對抗スルコトヲ得ス縱令前判決ノ理由中ニ其貸借關係ノ成立セザルコトヲ認定シタルトキト雖亦同一ノ結論ヲ爲ササルヘカラス即判決ノ理由ハ確定力ヲ有スヘカラナルナリ故ニ履行ノ請求ノ訴訟ニ於テ其基礎タル法律關係ノ存否ニ付テモ確定力ヲ生スヘキ判決ヲ得ントスルトキハ第二一條ノ規定ニ從ヒ特ニ其法律關係ノ存否確定ノ申立ヲ爲シ判決主文ニ於テ其點ノ裁判ヲ受ケサルヘカラス又判決ノ理由中ニ爲サレタル攻撃若クハ防禦ノ方法其他係爭事實ニ關スル判斷ハ同ク確定力ヲ有スルモノニ非サルナリ但判決主文ノミニ依テハ其裁判セラレタル請求カ果シテ如何ナル原因ニ基クモノナルヤヲ知ルコト能ハサルトキハ固ヨリ判決ニ掲ケタル事實及理由ヲ參照シテ之ヲ判別スルノ必要アリ故ニ此場合ニ於テ判決ノ事實及理由ニ依テ或特定ノ請求ニ付テノ裁判ナルコトヲ知り得ル以上ハ其特定ノ請求ノ裁判トシテ確定力ヲ有スルハ勿論ナリ

右判決ノ實質上ノ確定力ハ本案ノ請求ニ關シテ生スルモノナルヲ以テ本案ノ請求ニ付裁判ヲ爲サスル

テ形式上ノ理由ニ基キ訴ヲ却下シタル判決又ハ事件ヲ差戻シ若クハ移送シタル判決ノ如キハ之ヲ有セザルコト勿論ナリ

第二款 判決ノ種別

第一 終局判決

終局判決トハ各審級ニ於テ訴訟ノ全部若クハ一分ノ終局ヲ告ケシムル判決ナリ故ニ之ヲ爲スニ付テハ必訴訟ノ全部若クハ一分ノ裁判ヲ爲スニ熟スルコトヲ要ス(二二五條、二二六條)訴訟カ裁判ヲ爲スニ熟スル口頭辯論ヲ經テ訴ノ當否ニ付キ裁判ヲ爲シ得ル狀態ニ至リタルヲ云ヒ必シモ各攻撃若クハ防禦ノ方法其他總テノ係爭事實ニ付判斷ヲ爲スコトヲ得ルニ至リタル場合ノミヲ謂フニ非ス例之原告若クハ被告ノ提出シタル數多ノ獨立ナル攻撃若クハ防禦ノ中其一箇ニ依テ直ニ請求ノ當否ヲ裁判スルニ足ルトキハ未他ノ攻撃防禦ノ方法ノ當否ヲ判斷スル材料ヲ得サルトキト雖仍訴訟カ裁判ヲ爲スニ熟セルモノト謂フコトヲ得其他係爭事實ノ真否分明ナラサル訴訟ノ程度ニ在ラモ形式上ノ理由ニ基キテ訴訟ヲ却下スヘキ場合又ハ原告カ請求ヲ拋棄シ或ハ被告カ原告ノ請求ヲ認諾シ且其相手方ノ申立アリタルニ因テ直ニ裁判ヲ爲シ得ヘキ場合モ亦同シ此等ノ場合ニ裁判所カ一旦終局判決ヲ爲シタルトキハ訴訟ハ其裁判所ヨリ離脱シ其後ハ唯上級審ヨリ差戻ヲ受ケタルトキニ於テ再其訴ノ聲屬スルコトアルノミ

終局判決ハ必シモ本案ノ請求即實體上ノ權利ニ付テ爲シタルモノノミヲ謂フニ非ス尙訴訟ノ全部若クハ一分ノ終局ヲ告ケシムルモノハ請求權ノ實質ニ付テ下シタルモノナルト形式上ノ理由ニ基キテ下シ

タルモノナルトハ中間ハス總テ之ヲ終局判決ト謂ハサルヘカラス故ニ訴訟ノ必要條件ノ缺クノ理由ヲ以テ訴ヲ却下スル判決ハ故障又ハ控訴ノ上告ヲ不適法トシテ棄却スル判決ノ如キモノニ因テ其訴訟ハ終局ヲ告クルモノナルヲ以テ是亦終局判決ナリトス訴訟事件ヲ他ノ裁判所ニ差戻シ又ハ移送ノ信スル所ニ依テ局判決ナルヤ又ハ中間判決ナルヤノ問題ニ付テハ學者間ニ於テ議論一定セサルモ予輩ノ信スル所ニ依レハ右ノ判決ハ其性質上終局判決ニ屬スルモノトス何トナレハ該判決ハ終局判決ノ準備トシテ爲スモノニ非スシテ之ニ依テ訴訟事件ハ直ニ其判決ヲ爲シタル裁判所ヲ離脱シ同審ニ於テハ全ク終局ヲ告クルモノナルヲ以テナリ

終局判決ハ訴訟ノ全部ニ係ルモノト其一分ノミニ關スルモノトアリ即裁判所ハ訴訟ノ一分ノミカ裁判ヲ爲スニ熟スルトキモ亦其一分ニ付終局判決ヲ爲スヲ得ルモノナリ故ニ全部判決ト一分判決トノ區別ハ終局判決ノ細別ニ過キス全部判決トハ一箇ノ訴訟ノ全部カ裁判ヲ爲スニ熟セルトキ其全部ニ付爲ス所ノ判決ナリ裁判所カ第一二〇條ノ規定ニ依テ同時ニ辯論及裁判ヲ爲ス爲ニ數箇ノ訴訟ヲ併合シタル場合ニ於テモ其中一箇ノ訴訟カ裁判ヲ爲スニ熟セルトキハ亦其訴訟ニ付終局判決ヲ爲スヘキモノナリ(二二五條二項)此場合ハ裁判所ノ併合審理ノ手續上ヨリ觀レハ其一部分ノミカ完結シタルニ過キサルヲ以テ一分判決ナルカ如キ觀アルモ其一部分ノ訴訟ニ付テハ全部ニ亙ラテ判決ヲ爲スモノナルヲ以テ是亦全部判決ナリ一分判決トハ訴訟ノ一分カ裁判ヲ爲スニ熟セルトキ其一分ニ付爲ス所ノ判決ナリ訴訟ノ一分ニ付判決ヲ爲ストハ第四八條、第一九一條ノ規定ニ從ヒ一人若クハ數人ノ原告ヨリ一人若クハ數人ノ被告ニ對シテ一訴ヲ以テ數箇ノ請求ヲ爲シタル場合ニ其中ノ一二ノ請求ニ付又ハ一箇ノ可分ノ請求ノ一部分ニ付又ハ反訴ノ提起アリタル場合ニ本訴若クハ反訴ノミニ付判決ヲ爲スヲ謂フ(二二六

條第一項)右ノ如ク訴訟ノ一分ニ付數次ニ一分判決ヲ爲シタルトキハ各判決ハ其訴訟ノ一分ヲ終局セシムルヲ以テ全部判決ト同様ニ之ニ對シテ獨立ノ上訴ヲ爲スコトヲ得ヘク隨テ其各判決ハ獨立シテ確定力ヲ得ルニ至ル一分判決ハ必之ヲ爲スコトヲ要スルモノニ非ス縱令請求ノ一部カ裁判ヲ爲スニ熟スルモ裁判所ニ於テ事件ノ狀況ニ從ヒ一分判決ヲ爲スヲ相當ト認メサルトキハ之ヲ爲スニ及ハサルモノナリ(二二六條二項)

第二 中間判決

中間判決ハ訴訟ノ全部若クハ一部ヲ終局セシムルモノニ非スシテ其終局ニ達スル準備トシテ訴訟ノ進行中訴訟ニ於ル或爭點ニ關シテ爲ス所ノ判決ナリ故ニ中間判決ノ目的ト爲ル事項ハ若其判決ヲ爲サザルトキハ終局判決ノ理由中ニ於テ判斷ヲ爲スヘキ事項ニ屬ス蓋法律カ中間判決ヲ爲スコトヲ許スハ第二二七條ニ規定スル如ク通常當事者カ種種ノ獨立ナル攻撃方法又ハ防禦方法ヲ提出シタルトキ又ハ中間ノ爭ヲ生シタルトキ其各箇ノ方法又ハ爭カ裁判ヲ爲スニ熟スル場合ニ於テ訴訟ノ紛雜ヲ避ケ容易ニ其終局ニ達スルコトヲ得セシメシメカ爲ナレハ果シテ中間判決ヲ爲スノ利便アルヤ否ヤノ判定ハ原則トシテ一ニ裁判所ノ意見ニ任シ必之ヲ爲スヘキコトヲ命令セテ隨テ裁判所ハ便宜ニ從ヒテ中間判決ヲ爲スノ權能ヲ有スルモノニシテ其義務アルモノニ非ス唯例外トシテ既ニ說明シタル第二〇七條ニ於テ妨訴ノ抗辯ヲ棄却スヘキ場合及第三五一條ノ規定ニ於テ證書ノ真否確定ノ申立アリタル場合ハ中間判決ヲ以テ裁判ヲ爲スコトヲ命スルノミ

獨立ナル攻撃方法トハ原告ニ於テ其請求ヲ正當ナリトシ又獨立ナル防禦方法トハ被告ニ於テ原告ノ請求ヲ不當ナリトスル理由トシテ提出スル事實上ノ主張ニシテ其各箇ニ依テ請求ノ當否ヲ判斷スルニ足

ルモノヲ謂フ故ニ其主張ノ正當ナルトキハ之ニ依テ終局判決ヲ爲スコトヲ得ヘキモ然ラサルトキハ之ヲ棄却スルノ中間判決ヲ爲スコトヲ得ルナリ例之原告カ所有權ヲ基礎トスル訴ニ於テ其取得原因タル讓渡ノ時効、相續等ノ事實ヲ併セテ主張シ又ハ被告カ貸金請求ノ訴ニ於テ辨濟、時効混同等ノ事實ヲ併セテ主張シタル場合ノ如キ口頭辯論ニ於テ先其一箇ノ方法ノ不當ナルコトヲ認ムルヲ得ルニ至リ其點ノ裁判ヲ爲スニ熟スルトキハ中間判決ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ而シテ如此當事者カ數多ノ攻撃方法又ハ防禦方法ヲ提出シタル場合ニ於テハ先其一二ニ限リテ辯論ヲ爲サシムルコトヲ得ルハ第一一九條ノ規定スル所ナレトモ辯論ノ制限ハ中間判決ヲ爲スノ必要條件ニ非ス

中間ノ争トハ訴訟進行ノ中間ニ於テ其訴訟ニ付生シタル形式上ノ争ニシテ決定ヲ以テ裁判スヘカラサルモノヲ謂フ例之訴ノ變更ノ有無ニ付テテ争、訴ノ取下ノ適法ナルヤ否ヤニ付テテ争ノ如キ是ナリ口頭辯論中ニ斯ル争ヲ生シタルトキハ必終局判決ノ理由ニ於テ其當否ノ判斷ヲ爲ササルヘカラサルハ實體上ノ攻撃防禦方法ヲ提出シタル場合ト同一ナリ故ニ此場合ニ於テモ終局判決ヲ爲スニ先テ特ニ其争點ニ關シ中間判決ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ勿論右争點ノ判斷ニ因テ直ニ訴ヲ終局セシムル判決ヲ爲スヘキトキハ中間判決ヲ爲スノ餘地ナク其反對ノ場合ニ於テノミ終局判決ヲ爲スノ準備トシテ先中間判決ヲ爲スコトヲ得ヘキナリ但從參加人ト當事者トノ間ニ生シタル參加ノ當否ニ付テテ争、證人ト當事者トノ間ニ於ル證言拒絶ノ當否ニ付テテ争ノ如キハ廣義ニ所謂中間ノ争ト稱スヘキモ第五七條及第三〇一條ノ規定ニ依リ何レモ皆決定ヲ以テ裁判スヘキモノナルヲ以テ茲ニ所謂中間ノ争トシテ中間判決ヲ爲スヘカラサルハ勿論ナリ

以上ノ說明ニ依テ之ヲ觀レハ第二〇七條第二項ニ規定セル妨訴ノ抗辯ヲ棄却スル判決ハ中間判決ニ屬

シテ行フカ如キ觀アリト雖此場合ハ元來豫審判事一個ノ處分ニシテ被告ノ立會ハ其手續ノ必要條件ニ非サルヲ以テ之ヲ共同シテ行フト云フコト能ハス要スルニ口頭辯論主義ハ公判ニノミ存シ公判ハ當事者ノ演述ト相手方ノ演述トニ因テ行ルモノナリ

口頭辯論主義ハ公判ノ全體ニ付テ行ルモノナリヤ如何或學者ハ口頭辯論ノ意義ヲ廣義ニ解シ此主義ハ公判全體ヲ組織スルモノナリト論決セリ故ニ此說ニ依レハ本法第一八八條以下ノ證據調ノ手續ニキモ亦口頭辯論ノ行ルモノト云ハサルヘカラス然レトモ予ハ口頭辯論主義ノ意義ハ如此廣キモノニ非スシテ判決裁判所ニ於ル當事者ノ行為即辯論カ口頭辯論主義ナルモノナリト信スルナリ何トナレハ證據調ノ如キハ是裁判所ノ行為ニシテ本法第一九四條及第一九八條ニ依テ裁判長カ之ヲ行フモノナリ而シテ裁判所カ證據調ヲ爲スニハ當事者ト共ニ行フモノニ非ス予輩ハ口頭辯論主義ノ意義ヲ解シテ裁判所當事者共同シテ訴訟ヲ爲ストキニ於テ始テ行ル所ノモノト爲スカ故ニ證據調ノ如キ裁判所ト當事者トカ共同シテ爲スニ非サル訴訟手續ニハ口頭辯論主義カ行レサルモノナリト考フルナリ

又或學者ハ判決ヲ爲ス裁判所カ被告人、證人、鑑定人ノ供述ヲ取調ルニ當リテ他ノ糾問判事ノ作リタル書面ニ依ルコトナク直接ニ口頭ヲ以テ訊問シ口頭ヲ以テ供述セシムル心證ヲ得ルヲ以テ口頭辯論主義ノ真髓ナリトセリ故ニ此說ニ依レハ口頭辯論主義ト公判ノ證據調ト密接ノ關係ヲ有スルハ然レトモ此說ノ誤レルコトハ證據方法ヲ援用スルニ書面ニ依ルカ將口頭ニ依ルカハ或場合ニハ始區別スヘカラサルコトナルニ因テ明ナリ即人證ニ付テハ或ハ其區別ヲ爲スコトヲ得ヘシト雖彼ノ物件證據ノ如キモノヲ見レハ物件證據ハ口頭ヲ以テ調フルコトヲ得スシテ裁判所カ之ヲ實驗スルノ外ナキ



ナリ故ニ學者ノ言フ所ハ口頭辯論主義ニ非スシテ直接審理主義ナリトス即證據方法ハ公判ニ於テ直接ニ取調ヘ其源ヲ探ルコトヲ要ス間接ナル他人ノ取調ニ依ルコトヲ許サスト云フニ在リ故ニ此等ノ學者ハ口頭辯論主義即チ直接審理ナリト云ヘリ然レトモ直接審理主義ト口頭辯論主義トハ全ク別異ノモノナリ其詳細ハ公判證據論ノ說明ニ譲ル

第二 口頭辯論主義ヲ採用シタル結果 口頭辯論主義ヲ採用シタル結果ヲ舉クレハ左ノ如シ

一 口頭辯論主義ヲ採用セハ期日ヲ必要トス期日ハ當事者カ相互ニ辯論ヲ爲シ又ハ裁判所ニ對シテ申立ヲ爲ス機會ヲ與フルモノナリ此期日アリテ始テ當事者雙方ノ主義ヲ理會スルコトヲ得又其主張ニ對シテ答辯ヲ爲スコトヲ得

二 裁判所ハ口頭辯論主義ニ基キ其辯論ノ全體ニ鑑ミ判決ヲ下ササルヘカラス從テ公判ハ始ヨリ判決言渡ニ至ル迄定數且同一ノ判事カ繼續シテ參與セサルヘカラス若公判ノ中途ニ於テ判事ニ變更アレハ再審理ヲ更新セサルヘカラス是第一七六條、第二〇九條第二項ニ依テ明ナル所ナリ(裁權一〇〇條)

茲ニ注意スヘキコトアリ被告人カ公判ニ繼續シテ參與スルコトヲ必要トスルハ口頭辯論主義ノ效果ニ非ス闕席判決及闕席手續アルモ是口頭辯論主義ノ例外タルモノニ非ス闕席ノ場合ハ被告人カ訴訟ニ對スル陳述ヲ拋棄セルニ止ルモノニシテ口頭辯論主義ト相抵觸スルモノニ非ス即口頭辯論主義ハ出廷セハ口頭辯論ヲ爲スヘキコトヲ命スルノミニシテ必出廷スヘキコトヲ命スルモノニ非サルナリ彼ノ禁錮以上ノ刑ニ被告人ノ出廷ヲ必要トセルハ全ク實體の眞實發見ノ主義ニ基キタルモノニシテ口頭辯論主義ノ結果ニ非ス又檢事ノ出廷ヲ要スルハ即公訴實行ノ職務ヲ盡スカカ爲ニシ

テ口頭辯論主義ノ結果ニ非サルナリ

三 口頭辯論ハ相互ニ其言語ヲ理會スル者ニ非サレハ行レズ從テ訴訟關係人中ニ裁判上ノ用語ニ通セサル者アルカ又ハ文字ヲ知ラサル所ノ雙方者臨者アレハ通事ヲ任命スルノ必要アリ(一九六條、一〇〇條、一〇一條)

四 口頭辯論主義ハ訴訟材料ノ牽連スルコトヲ要ス即辯論數日ニ亘ルトキハ其期日ノ間最近近スルコトヲ要ス若然ラサルトキハ前ノ期日ニ於テ陳述シタル事項ハ判事ノ記憶ヲ脱シテ充分ニ心證ヲ得ルコト能ハサルニ至ルヘケレハナリ

本法第一八二條第二項ニ依レハ辯論ニ取掛リタル後被告人精神錯亂セハ痊癒ノ後新ニ辯論ヲ爲ス(シ其他ノ疾病ニ罹リタルトキニ五日間辯論ヲ停止シタルトキハ新ニ辯論ヲ爲スヘシト規定セリ)第二〇四條ニモ亦判決ノ言渡ハ辯論ヲ終リタル即日又ハ次ノ開廷日ニ爲スヘシト規定セル法意ハ蓋訴訟材料ノ牽連ニ在ルヲ知ルヘシ

訴訟材料ヲ連續セシムルニハ他ニ尙其方法アリテ公判ノ準備手續ニ於テ之ヲ見ルナリ此準備手續ハ本法ニ於テハ僅ニ第一九二條ニ證人ノ氏名目錄ノ送達、第二二六條ノ公判前ノ證據處分、第二一四條以下ノ被告人ノ呼出ノ手續等ニ止ル此等ノ規定ハ訴訟材料ヲ連續セシメンカ爲ニ公判開始前ニ於テ其準備ヲ爲スヲ目的トスルモノナリ

第三 口頭辯論主義ヲ實行スルニ書面ノ必要アリ之ヲ準備スル書面ハ左ノ如シ

一 起訴ハ通常書面ヲ以テス刑事訴訟法ニハ起訴ノ方式ヲ定メタル規定ナシ從テ起訴ハ書面又ハ口頭ヲ以テ爲スモ妨ケナキカ如シ然レトモ公訴ノ提起ハ豫審ヲ求ムルト直接ニ公判ニ付スルトヲ問

ハス必一定ノ所爲ト一定ノ被告人トヲ指定スルコトヲ要ス從テ其所爲其被告人ニ付テ起訴アリタルヤ否ヤヲ第一審、第二審及上告審ニ於テモ知ルノ必要アルヲ以テ有效ナル書面ヲ以テ爲スコトヲ要スルニ至ル而シテ書面ヲ以テ爲ス以上ハ本法第二〇條ノ規定ニ從ハサルヘカラス但口頭ヲ以テ爲シ得ル場合ニハ之ヲ口頭ニテ提起スルヲ妨ケス即檢事カ公判廷ニ於テ他ノ犯罪ヲ發見シタル場合ニ其犯罪カ其裁判所ノ管轄ニ屬スルトキハ檢事口頭ニテ起訴ノ旨ヲ陳述シ之ヲ公判始末書ニ記載シ後日ニ至リ起訴アリタルコトノ證左ト爲ヌヲ得レハ口頭ニテ起訴ヲ爲スコトヲ得

二 上訴ノ提起ハ書面ヲ以テ爲スヲ原則トス殊ニ上告ニ於テ上告趣意書、答辯書、擴張辯明書ハ皆書面ヲ以テ之ヲ爲ス(二五四條、二七三條、二七四條、二七五條、二八六條)但附帶上訴ハ口頭ヲ以テ爲スモ妨ナシ其他故障モ亦書面ヲ以テスルコトヲ要ス(二三〇條)

其他口頭辯論ヲ維持スルニ必要ナル書面ハ公判始末書及判決書ナリ口頭辯論主義ヲ採用シタル以上ハ訴訟中ノ申立陳述其他ノ手續ハ後日ノ證明ノ爲メ之ヲ書面ニ記載シ置クノ必要アリ是却テ口頭辯論ノ行ルルカ故ニシテ例外ニ非ヌ

第七章 公開主義

第一 意義 公開ノ訴訟トハ裁判所ノ訴訟行爲ニ介在スルノ權利ヲ或者ニ付與シタル場合ノ訴訟ヲ云フ而シテ公開ハ訴訟關係人ニ限ル公開ト一般ノ公開ノ二アリ眞ノ公開ハ一般ノ公開ニシテ訴訟關係人以外ノ第三者カ裁判所ノ訴訟行爲ニ介在スルノ謂ナリ此一般ノ公開ハ憲法第五九條及裁判所構成法第一〇五條ニ於テ公判ニ限リ認マラレタリ(二〇八條一號及二六九條八號)憲法ニ於テハ其第五九

條ニ於テ裁判ノ對審判決ハ之ヲ公開スト規定セリ所謂對審トハ判決裁判所ノ辯論即公判ヲ云フ又公判ノ中ニ於テモ判決ノ言渡ハ如何ナル場合ニ於テモ公開セサルヘカラス而シテ反之公判以外ノ訴訟手續ハ皆密行トス即豫審抗告ニ對スル裁判ノ異議及疑義ニ關スル裁判並ニ裁判所ノ裁判ノ評議等ノ如キ皆公開スルコトナキナリ檢事ノ搜查處分ノ如キモ亦然リ次ニ所謂密行トハ何人モ之ニ介在スルノ請求權ナシト云フコトナルカ故ニ其處分ヲ行フ官吏カ許可スレハ介在スルモ可ナリト信ス從テ此許可アリタル場合ニ取調ヲ受クル者ハ之ニ異議ヲ申立ツルヲ得ヌ唯裁判ノ評議ノ場合ハ明文上許可ニ制限アリ即裁判所構成法第一二〇條ニ於テ豫備判事、試補ニモ評議ノ傍聽ヲ許シ其他ノ者ニハ之ヲ許サス

訴訟關係人ノ公開ハ公判ニ於テ一般公開ヲ停止シタル場合及豫審ニ於テ被告人カ第一〇八條ニ依テ應檢搜索ニ立會ヒタル場合ニ存スルモノニシテ此場合ニハ訴訟關係人ノミニ其介在ヲ許シ第三者ニ之ヲ許ササルナリ法律ニ於テ訴訟關係人ノ公開ヲ止ムル場合ニ示セハ左ノ如シ

一 證人又ハ共同被告人カ被告人ノ面前ニ於テ充分ナル供述ヲ爲スコトヲ得サルトキハ其證人ノ供述中被告人ヲ退廷セシム(一九七條)

二 被告人カ訊問ヲ妨ケ又ハ不法ノ行狀ヲ爲シタルトキハ裁判所構成法第一一〇條ノ規定ニ依リ裁判所カ退廷ヲ命ス向本法第一八二條第二項ニ依リ對席トシテ判決ヲ爲スモノトス

第二 公開主義ノ例外 公判ニ於テハ公開カ原則ナルヲ以テ公開ヲ止ムル場合ハ必法ノ明文アルヲ要ス公開ヲ止ムルトハ訴訟關係人以外ノ者ニ公判ノ介在ヲ許ササルヲ謂フ但裁判長ノ許可ヲ得タルトキハ入廷スルコトヲ得(裁權一〇六條)公開ヲ止ムル場合三アリ(一)安寧ヲ害スル場合(二)秩序ヲ害

スル場合(三)風俗ヲ害スル場合はナリ公開ヲ止ムルコトハ裁判所構成法第一〇五條ニ依リ裁判所ノ決議ヲ以テ之ヲ爲ス而シテ其決議ハ公開ヲ止ムル理由ト共ニ公衆ヲ退カシムル前ニ當テ之ヲ言渡ス玆ニ理由ヲ言渡ストハ其詳細ナルコトヲ言フニ及ハス前示三者ノ一ニ該當スルモノナルコトヲ示スヲ以テ足ル憲法第五九條ニ所謂安寧秩序ハ一ニ非シテ二者別物ナルヘシト信ス即安寧トハ例之軍機ノ秘密ニ係ル事件ノ如キヲ謂ヒ秩序ニ關スルトハ傍聽人喧囂シテ裁判ノ妨害ヲ爲ス如キ場合ヲ謂フモノナリ

裁判長ハ公開シタル場合ト雖婦女、童子又ハ相當ノ衣服ヲ着用セザル者ヲ退廷セシムルコトヲ得其他裁判長ハ開廷中秩序維持ノ權アルヲ以テ從順ナラサル者アルトキハ法廷ヨリ退カシムルコトヲ得ヘシ(裁構一〇七條乃至一〇九條)唯注意スヘキハ辯論ヲ妨ケタル者ニ對シテ退廷ヲ命スルノ權アリト雖實力ヲ以テ傍聽席ヲ閉テ其入廷ヲ防クコトヲ得サルコト是ナリ若退廷ノ命令ヲ拒ムトキハ裁判所構成法第一〇九條第二項ニ依リ拘留ヲ命スルノ外ナシ

裁判手續公開ノ規定ハ任意規定ニアラス從テ當事者ノ處分權内ニ屬セシムルコトヲ得ス當事者ハ之ヲ欲セザルモ尙公開スヘキヲ當然トス即公開ハ訴訟ノ必要條件ナリ故ニ本法第二六九條第八號ニ於テ判決ヲ公行セス又ハ公開ヲ禁スル言渡ヲ禁シテ辯論ヲ公ニセザルトキハ常ニ法律ニ違反シタルモノトナセリ然レトモ之ト反對ニ公開ヲ禁スヘキ場合ニ裁判所カ之ヲ禁セス又ハ公開ヲ爲スヘキ場合ニ相當スルニ裁判所カ公開ヲ停止シタルノ故ヲ以テ當事者ヨリ上告ノ理由トスルコトヲ得ス蓋安寧秩序又ハ風俗ヲ害スル恐アリキ否ヤハ一ニ裁判官ノ認定ニ委テタルモノニシテ法律ヲ以テ之ヲ限定シタルモノニアラサレハナリ是第二六九條第八號ノ法文ヨリシテ明ナル所ナリ然レトモ公開ヲ停止

スル言渡ノ理由ヨリ其言渡カ全ク法律ニ違背セルコトヲ知ルヲ得ルトキハ以テ上告ノ理由トナスコトヲ得ヘシ即公開ヲ止ムルノ決定ニ法律解釋ノ誤アリ隨テ不當ニ法律ヲ適用シタルモノナルトキハ上告ノ理由トナルナリ例之裁判所ニ於テ風俗ヲ害スルコトヲ猥褻行為以外ニモアルモノトシ猥褻以外ノ事件ニ公開ヲ停止シタル場合ノ如キ又ハ安寧ヲ害スルトハ日本ノミナラス外國ノ安寧ヲモ含ムモノナリトシテ公開ヲ停止セルカ如キ是ナリ

公開ハ判決ノ公平ナルコトヲ保障スルモノナルヲ以テ裁判所カ公判ノ全體又ハ其一部ノ公開ヲ停止シタル場合ニ於テ其言渡ニ反シテ公開ヲ爲シタル場合等ハ上告ノ理由ト爲スヘカラス然レトモ裁判所ノ評議ノ公開シタルトキハ上告ノ理由トナルヘシ蓋評議ハ常ニ密行ヲ要スルモノナルヲ以テナリ又之ト反對ニ法律カ絕對的ニ公開ヲ望ム場合例之判決ノ言渡ノ場合ニ公開セザルトキハ是亦上告ノ理由トナルヘシ

第八章 期日及期間

刑事訴訟ハ當事者ノ其働ヲ要スルモノナルカ故ニ之ヲ圓滑ニ進行セシムルニハ訴訟行為ヲ行フノ時ヲ定ムル必要アリ詳言セハ何レノ日ニ於テ訴訟行為ヲ爲スヘキヤ又如何ナル日限ノ間ニ之ヲ爲スヘキヤノ問題及法律ニ定メタル時ヲ遵守セザレハ如何ナル結果ヲ生スルヤノ問題ニ關シ規定ヲ設ケサルヘカラサルナリ而シテ本法ニ於ル時ニ關スル規定モ亦民事訴訟法ニ於ケルカ如ク期日及期間ノ規定ナリトス

(一) 期日トハ裁判所内ニ於テ爲ス訴訟行為ノ爲ニ定メタル確定ノ日時ヲ謂フ例之公判ノ期日ノ判決

0327

言渡ノ期日ノ如シ此等ノ期日ヲ定ムルハ裁判官ノ行為ナリトス而シテ裁判所ハ如何ナル時日ニ於テモ期日ヲ定ムルコトヲ得ルモノニシテ裁判所ノ訴訟行為ハ日曜日、大祭日ナラハ此處ヲ論セス如何ナル日時ニ於テモ之ヲ爲スヲ得ル原則トス唯一二ノ訴訟行為ハ例外トシテ此處ヲ受クル者ノ利益ノ爲ニ於テ夏期休暇中ニテモ刑事事件ハ訴訟行為ノ進行ヲ停止スルコトナキヲ規定セリ又裁判所ノ開庭時間、執務時間等ノ訓令アルモ爲ニ此時間外ニ期日ヲ定ムルヲ妨ケヌ何トナレハ此等ノ規定ハ總テ訴訟行為ヲ制限スルモノニ非サレハナリ

當事者カ期日ヲ守ラサルトキハ其結果種種アリ檢事カ公判期日ヲ守ラサルトキハ第一七六條ニ違背シ公判ノ構成ヲ缺カ故ニ公判ヲ開クコトヲ得ス被告人カ公判期日ヲ守ラサルトキハ勾引セラルルコトアルヘク又第二二六條ニ依リ開席判決ヲ受クルコトアリ辯護人期日ヲ守ラサルトキハ輕罪事件ニ付テハ公判ヲ進行スルヲ得ヘキモ重罪事件ニ付テハ公判ヲ開クヲ得サルナリ然レトモ本法第一〇八條、第二三八條ノ如キ證據開等ニ在テハ當事者カ其期日ヲ守ラサルモ訴訟行為ヲ爲スニ差支ナキナリ

(二) 期間トハ裁判所外ニ於テ爲ス訴訟行為ノ爲メ定メタル日時ノ繼續ヲ謂フ期間ハ之ヲ守ラサレハ法律ニ依リ訴訟行為ヲ爲ス權ヲ失ハシムルモノアリ例之上訴、故障期間ノ如シ之ヲ失權期間ト云フ之ト性質全ク相反スルモノアリ被告人呼出ノ期間ノ如シ之ヲ猶豫期間ト云フ而シテ法定期間、裁定期間ノ區別ハ失權期間ノ區別ナリトス

以テ定メタル期間トハ其起算點ヲ異ニセリ即時ヲ以テスルモノハ即時ヨリ起算シ日、月、曆ヲ以テスルモノハ初日ヲ算入セス又期間ノ終日カ休暇ニ當ルトキハ休暇ヲ經過シタル次日ヲ以テ最終日トス休暇トハ日曜日、大祭日、夏期、冬期ノ休暇ヲ包含スルモノトス(明治六年布告二號同二二一號、同九年太政官達二七號)然レトモ休暇ノ日カ期間ノ中間ニ介在スルトキハ之ヲ期間ニ算入セザルヘカラサルナリ尤此計算ハ之ヲ時効ノ計算ニ適用スルコトヲ得サルモノトス尙本法第一五條ハ一日、一月、一年ノ時限ヲ定メタリ

通常期間ノ計算ハ右ニ述ブルカ如クナレトモ遠隔ノ地ニ在ル者ニ對シテハ猶豫期間又ハ附加期間ヲ與ヘサルヘカラス是第一六條ノ定ムル所ナリ法文ニ何等ノ制限ナケレハ此規定ハ上訴、故障期間ニモ適用スヘシ若シテ適用セザレハ事實上訴ヲ爲ス能ハサシ場合ヲ生スルナリ判例ニ於テハ開席判決ニ對スル上訴、故障ノ申立ヲ爲スノ期間ニハ猶豫期間ヲ認メ對席判決ニ對スル上訴期間ニハ之ヲ與フヘカラサルモノトスレトモ本條ニ於テ此制限アルヲ認ムル能ハス

期間ノ經過前ニ訴訟行為ヲ爲シタルトキハ期間ヲ遵守シタルモノニシテ若シ其期間ヲ空シク經過シタルトキハ期間ヲ懈怠シタルモノナリトス例之上訴ノ申立ハ上訴期間内ニ申立ツルヲ要スルモノナラス其期間内ニ申立ヲ受クヘキ裁判所ニ達セザルヘカラス而シテ此期間ヲ懈怠シタル結果ハ訴訟上ノ權利ヲ喪失スルモノトス(一七條)

期間懈怠ノ結果トシテ訴訟關係人ノ失權ハ必生スルモノニ非ス本法ニ於テハ期間懈怠ノ結果ヲ回復スルノ方法トシテ原狀回復ナルモノヲ認メタリ然レトモ此原狀回復ハ故障及上訴期間ヲ回復スルトキニ限り之ヲ許スモノニシテ其他ノ場合ニハ之ヲ許ササルナリ(二三四條、二四七條)

令原狀回復ノ條件ヲ舉クレハ左ノ如シ

(イ) 第二四七條ニ從ヒ其申立ヲ爲スヲ要ス

此申立ヲ爲スノ權アル者ハ期間ヲ懈怠シタル者ニ限ルヘキモノトス元來檢事ハ被告人ノ利益ノ爲ニ上訴スルヲ得ヘシト雖其被告人ノ爲ニスル上訴ハ全ク法律上認メラレタル自己獨立ノ權利ヲ行フモノナリ故ニ檢事ニ此權利ヲ行使スル爲ニ與ヘラレタル上訴期間ハ被告人ノ上訴權行使ノ爲ニ付與セラレタル上訴期間トハ其性質ヲ異ニスルモノニシテ自己特有ノ上訴期間タリ隨テ檢事ハ被告人ノ利益ノ爲ト雖被告人ノ懈怠シタル期間ヲ回復スルノ申立ヲ爲ス能ハス又法律上代理人ハ獨立シテ上訴ヲ爲スヲ得ルニ止リ期間回復ノ申立ヲ爲スヲ得ス又辯護人ハ被告人ニ代リテ上訴權ヲ行フモノナルヲ以テ原狀回復ニ付テモ其申立期間ニ於テハ亦被告人ノ權利ヲ代リテ行フコトヲ得ト言フ者アレトモ本法ハ此點ニ付何等ノ明文ヲ設ケザルヲ以テ予ハ辯護人ト雖被告人ニ代リテ此申立ヲ爲スコトヲ得ザルモノト信ス

申立ハ障礙ノ止ミタル日ヨリ通常ノ上訴ノ期間内ニ爲サザルヘカラス障礙ノ止ミタル日トハ申立書カ事變ノ爲ニ裁判所ニ到達セザリシコトヲ知リタル日ノ如キヲ謂フ而シテ其申立ノ内容ハ第三四五條ニ依リ障礙ノ原因ノ表示及其疏明ナリトス

申立人ハ此申立ヲ爲スト同時ニ懈怠シタル行爲ヲ爲サザルヘカラス故ニ裁判所カ期間ノ回復ヲ許シタル後ニ始メテ故障又ハ上訴ヲ爲スモノニ非ス即チ此申立ト同時ニ爲ス所ノ故障又ハ上訴ハ申立ノ一部ニ非スシテ申立以前ノ獨立ナル訴訟行爲ナリトス而シテ之ヲ同時ニ爲スノ目的ハ單ニ日時ヲ費スヲ防クニアレトモ其之ヲ同時ニ爲スハ原狀回復ノ訴訟要件タリ

(ロ) 原狀回復ノ實體上ノ要件ハ天災其他避クヘカラサル事變ニ因リ上訴又ハ故障期間ヲ經過シタルコト是ナリ而シテ此等ノ事實アルヤ否ヤハ裁判所ノ自由ニ判斷スヘキ所ニシテ此事實ノ認定ニ關シテ法律ノ干與スヘキモノニ非ス然レトモ懈怠者カ自己ノ過失ニ因テ送達ヲ知ラザリシトキノ如キハ決シテ此中ニ包含セザルモノニ非サルヘシ蓋假任所ヲ定メザルトキノ如キハ書類ノ送達ナキモ異議ヲ申立ツルコト能ハサレハナリ

原狀回復ノ申立アリタルトキハ裁判所書記ハ其申立書ヲ相手方ニ送達シ相手方ハ三日内ニ答辯書ヲ差出スコトヲ得而シテ申立許可ノ裁判ヲ與フル裁判所ハ申立書ヲ受取リタル裁判所ニ非スシテ本案ノ裁判ヲ爲スヘキ裁判所ナリトス(二四八條)此裁判所ハ決定ヲ以テ之カ裁判ヲ與フルモノニシテ其回復ヲ許シタルトキハト訴又ハ故障ヲシテ適法ノ期間内ニ爲シタルモノト同一ノ效力ヲ有セシムルモノトス

第四編 捜査、起訴及豫審

第一章 捜査

捜査ハ起訴不起訴ヲ定ムルニ必要ナル材料ヲ得ルヲ目的トスル起訴準備ノ手續ナリ檢事ハ被嫌疑者ニ對シ十分ナル事實上ノ證據ヲ得タル後ニ公訴ヲ提起スヘキカ故ニ公訴ヲ提起スルニ先テ檢事ハ事實上ノ證據アルヤ否ヤニ付其意見ヲ定メザルヘカラス依テ訴訟法ハ此問題ヲ審明スルノ方法ヲ檢事ニ司ラシム是捜査ノ方法ナルモノナリ

捜査手續ハ起訴ノ準備ナルカ故ニ被嫌疑者タル者ハ此手續ニ於テ訴訟ノ主體タラスシテ捜査處分ノ目

的物ヲタルモノトス蓋捜査手續中ハ未其事件ハ裁判所ニ繫屬セザルヲ以テ未訴訟關係ナルモノヲ生セス
 捜査手續ニ依リ公訴ヲ提起シテ其訴訟關係ヲ成立セシムルハキヤ否ヤノ問題ヲ決定セント欲スルモノナ
 リ依テ公訴提起後ノ手續ト異リ捜査ノ範圍ハ制限ナク之ヲ檢事一箇ノ指揮ニ任シ隨意ニ行ハシメ捜査
 ノ方針及其範圍ヲ定ムルカ如キハ全ク檢事ノ權内ニ存スル所タリ捜査手續ノ主宰者ハ即檢事ナリトス
 (四六條)

捜査手續ハ公訴ヲ提起スヘキヤ否ヤヲ定ムル目的ノ爲ニ證憑及犯人ヲ捜査スルニ在ルコトハ第四六條
 ノ定ムル所ナリ此規定ニ依レテ捜査ノ方法ハ特別ノ場合ヲ除クノ外ハ強制力ヲ用ヒルヲ得ス蓋第四六
 條ハ佛國治罪法ヨリ來リタルモノニシテ初佛國治罪法ノ草案ニ於テハ現行犯ナルト非現行犯ナルトヲ
 問ハス檢事、司法警察官ハ證據ヲ集取スルヲ得ルモノトシ唯其日限ノミヲ制限セリ此草案ハ原告官ヲ
 シテ公力ヲ用ヒ證據ヲ集取セシムルハ被告人ノ防禦權ヲ無視シ其危險ナリトノ批難アリタリ然レトモ
 亦一方ニ於テ證憑ノ迅速ニ之ヲ集取スルヲ要シ犯罪發覺ノ當時直ニ之ヲ集取スルハ輒ク其目的ヲ達ス
 ルヲ得ルノ便宜アルヨリシテ遂ニ現行犯ノ場合ニ限リ檢事、司法警察官ニ公力ヲ用ウルノ職權ヲ與フ
 ヘシトノ折衷ノ規定ヲ見ルニ至リタリ是佛國治罪法第八條ノ精神ニシテ我舊治罪法ハ此精神ヲ採リ其
 第九二條ニ於テ證憑ヲ捜査シ云ト規定シ以テ其公力ヲ用ヒサルコトヲ明セセリ本法第四六條ニ於テ
 舊治罪法第九二條ト同一ノ規定ヲ設ケ豫審ニ於テハ第九一條ニ證據證憑ヲ集取スヘシト規定シテ捜査
 ト其用語ヲ區別シ以テ公力ヲ用ヒルモノト否トヲ明ニセリ

捜査ニ於テハ強制力ヲ用ヒスシテ任意ニ出頭供述スル限リハ關係人ヲ訊問スルヲ得ヘク又證據物ノ犯
 罪ニ在ルカ若クハ任意提出ニ係ル場合ハ之ヲ收メテ其紛失ヲ防カシムル爲ニ領置スルヲ得ヘシト雖反之
 他人ノ家宅ヲ其意ニ反シテ捜査シ若クハ物件ヲ差押ヘ填慕ヲ發掘スルカ如キハ之ヲ許サザル所ナリ又
 犯所其他ノ場所ノ實況ヲ見分スルヲ得ヘク明治十一年二月太政官布告第二二號ニ依レハ變死ニ係ル屍
 體ヲ警察官吏檢査スル時ニ於テ解剖ヲ行ハサレハ致命ノ原因ヲ確知シ難キハ檢事ノ許可ヲ受ケ其部分
 ヲ解剖檢査セシムルヲ得ルモノトナセリ是例外ニ屬シ捜査手續ノ特別法タリ以上ノ處分ヲ爲シタルト
 キハ檢査官ハ之ヲ書類ニ作成スル義務アリトス

捜査處分ハ之ヲ大別シテ現行犯ノ手續ト非現行犯ノ手續トノ二トシ現行犯ノ場合ニ於テハ公力ヲ用キ
 ルヲ得ヘシ而シテ現行犯ノ場合ニ於テハ非現行犯ノ場合ニ於ル捜査ノ規定甚粗ニシテ捜査ノ權力モ亦十
 分ナラス佛國治罪法ニ在テハ檢事、司法警察官豫審判事ノ三者ヲ以テ司法警察ノ下調處分ヲ爲スモノ
 トナスヲ以テ檢事カ強制處分ヲ爲ス能ハザルトキハ豫審判事ニ請求シテ此強制ノ處分訊問ヲ爲シ得ヘ
 シ獨國治罪法ニ在テハ區裁判所判事ニ囑託シテ強制ノ訊問、強制處分ヲ爲スコトヲ得ルヲ以テ二者ハ
 其手續ヲ異ニスルモ其ニ捜査ノ權力強大ニシテ依テ以テ檢事公訴ノ提起ヲ誤ルコトナキヲ得ヘシ然ル
 ニ我刑事訴訟法ハ此等ノ規定ヲ設ケス僅ニ現行犯ニ限リテ捜査ニ強制處分ヲ用キルコトヲ許シタルノ
 ミナルハ一大缺點ト云フヘシ

現行犯ノ捜査手續ニ付テハ本法中第五八條乃至第六一條、第一四四條乃至第一四九條ニ規定セリ然ル
 二或ハ第五八條以下ハ現行犯ノ捜査手續ナルモ第一四四條以下ノ規定ハ豫審ノ章ニアルノミナラス豫
 審判事ノ職權ヲ攝行スルモノナレハ捜査處分ニ非スト言フ者アリ然レトモ均ク捜査官カ執行スルノ處
 分ニシテ逮捕其他ノ處分ニ於テ捜査ト豫審トノ區別アルコトナク又第一四四條以下ノ處分ハ起訴前ノ
 處分ニ屬スルモノナレハ之ヲ捜査處分ト云ハサルヘカラサルナリ



捜査ノ初期及終期如何 此問題ハ捜査手續ノ目的トハ別問題ナリ捜査權ハ犯罪アルト同時ニ發生ス但
 親告罪ニ付テハ告訴ナケレハ公訴權ハ發生セザルカ故ニ捜査權モ亦發生セス判例ニ依レハ逮捕處分ハ
 警察上ノ目的ニ出ルヲ以テ之ヲ爲スヲ得ルト爲スモ非ナリ捜査ノ終期ニ至リテハ捜査ヲ以テ單ニ起訴
 ノ準備ニ過キスト爲ス者ハ曰ク捜査ノ目的ハ起訴ノ範圍ヲ定ムルノ標準タルモノナリ檢事ハ起訴ヲ爲
 スニ付充分ナル事實上ノ根據ヲ得ルカ爲ニ捜査スルモノニ外ナラサレハ此事實ノ根據ヲ得タル以上ハ
 捜査ハ茲ニ終了セサルヘカラス本法第六二條、第六三條ニ檢事犯罪ノ捜査ヲ終ルトキハ豫審ヲ求メ又
 ハ直ニ其裁判所ニ訴ヲ提起ストアルハ即捜査ハ起訴迄ハ行ルルコトヲ示シタルモノニシテ起訴以後ハ
 全ク裁判所ノ職權ヲ以テ事實ノ審理ヲ爲スニ任スヘキモノナリト然レトモ捜査手續ノ目的ト捜査ノ
 方法ヲ何時迄用ヒルヲ得ヘキヤハ別問題ナリ第四六條ニ依レハ捜査ノ方法ハ證據材料ヲ得ルヲ唯一
 ノ目的トスルヲ以テ公訴ヲ實行シ之ヲ維持スルニ必要ナル資料ヲ得ルニ妨ナシ捜査方法ノ終局ノ目的ハ
 適當ノ刑ヲ適用スルコトヲ求ムルニ在リ然ラハ檢事ハ何時迄モ捜査ヲ爲スヲ得ルモノト云ハサルヘカ
 ラス又捜査ニハ檢事ノ管轄ニ制限ナキカ故ニ訴訟カ第二審ニ繫屬中第一審檢事ニ於テモ亦捜査ヲ爲ス
 ヲ得ヘシ本法第六二條ノ如キハ捜査力起訴ヲ爲スニ付充分ナル程度ニ達シタルトキハ檢事ハ公訴ヲ提
 起スヘシトノ意ニシテ起訴ヲ以テ捜査ノ終期ト爲スコトヲ示シタルニ非ザルナリ
 檢事、司法警察官カ捜査ヲ爲スニハ犯罪ヲ認知セサルヘカラス而シテ之ヲ認知スル方法ニアリ即捜査
 權ヲ有スル者カ自ラ犯罪アルコトヲ認知スル場合ト他人ニ依テ之ヲ認知スル場合はナリ自ラ犯罪ヲ認
 知スル場合ハ主トシテ申行犯ノ場合ナリ風評又ハ新聞ノ記事等ニ依テ之ヲ認知スル場合ヲモ包含スヘ
 シ他人ニ依テ犯罪ヲ認知スル場合ハ告訴、告發又ハ自首ニ依テ犯罪ヲ認知スル場合ナリ而シテ本法ニ

於テ捜査ノ原因ニ付規定ヲ設ケタルハ告訴、告發及現行犯ニ關スル事項ノミナリト茲ニ注意スヘキ
 ハ捜査ハ其原因ノ異ルニ依リ捜査ノ手續ニ差異アルモノニ非シテ捜査手續ハ現行犯ノ場合ナルト非
 現行犯ノ場合ナルトニ依テ其手續ヲ異ニスルコト是ナリ即告訴、告發アルトキハ重ニ非現行犯ノ場合
 ナレトモ必シモ非現行犯ノ場合ニ限ラズルモノニ非ス又自首ノ場合モ常ニ現行犯ノ處分ヲ爲スト云フ
 能ハス犯罪事實發覺ノ狀態ニ因テ或ハ現行犯ノ手續ヲ爲スコトアルヘク或ハ非現行犯ノ手續ヲ爲スコ
 トアルヘキモノトス

第一節 告訴及告發

告訴トハ直接又ハ間接ノ被害者カ犯罪アルコトヲ捜査官ニ申告スルヲ謂ヒ又告發トハ被害者以外ノ者
 カ犯罪アルコトヲ捜査官ニ申告スルヲ謂フ此二者ノ自首ト異ル所ハ犯人以外ノ者カ犯罪アルコトヲ申
 告スルニ在リトス告訴ト告發トハ均ク犯罪ノ申告ニシテ申告者ノ如何ニ依テ其名稱ヲ異ニスルニ止ル
 カ故ニ唯僅ニ些末ナル手續ニ於テ其差異アルノミ今其差異ノ一二ヲ舉クレハ(一)申告罪ニ付テハ告訴
 ハ訴追條件ナリト雖告發ハ否ラズ是申告者ノ身分ノ異ナルヨリ生スル結果ナリ(二)告訴人ニ對シテハ
 檢事ハ捜査ノ結果タル處分ヲ通知スルヲ要スレトモ告發人ニ對シテハ之ヲ通知スルヲ要セス(六五條)
 (三)告訴ヲ爲スノ地ト告發ヲ爲スノ地トヲ異ニス(四九條、五三條)自首モ亦告訴、告發ト其人ヲ異ニス
 ルニ止リ性質ヲ同クス本法ハ自首ニ付テ規定ヲ爲ササルモ亦之カ爲ナルヘシ
 告發ニハ私ノ告發ト公ノ告發ト在リ私ノ告發ハ何人ト雖各人ノ權利トシテ之ヲ爲スコトヲ得ヘキモノ
 ニシテ第五三條ニ規ニスル所ナリ公ノ告發ハ官吏公吏ニ對シ告發ノ義務ヲ負擔セシメタル場合ニシテ

第五二條及第五八條ニ規定セル所ノモノ是ナリ私ノ告發ハ各人ノ權利ニ屬スルヲ原則トナセトモ第六一條ニ於テハ其例外トシテ之ヲ義務トナセリ而シテ同條ニ於テハ告發ヲ以テ義務トナシタレトモ之ニ違背スルモノニ對シテ何等ノ制裁ヲ加フルコトナシ

一 一般ノ官吏カ其職務ヲ行フニ因リ犯罪ヲ認知思料シタルトキハ速ニ其職務ヲ行フ地ノ檢事ニ告發スルノ義務ヲ負フモノトス(五二條)此告發ノ義務アル官吏ノ中ニハ檢事、司法警察官ヲ包含セザルモノトス檢事ハ公訴提起ノ權ヲ有スル者ナルヲ以テ犯罪アルコトヲ認知シタルトキハ直ニ所屬裁判所ニ起訴スヘク若其裁判所ノ管轄ニ屬セザルトキハ第六四條ニ依リ管轄裁判所ニ送致スヘキモノナレハ告發ヲ爲スノ義務ナキコトハ明白ナリ司法警察官ニ付テハ或ハ第五八條第二項ニ於テ罰金以下ノ罪ニ該當スヘキ現行犯ヲ認メタルトキハ輕罪ニ付テハ檢事ニ告發スヘシトアルニ依リ現行犯ノ場合ニ於テ尙且告發ヲ要スル以上ハ非現行犯ノ場合ニハ無論同條ニ依リ告發ヲ爲ササルヘカラザルカ如シ然レトモ第五八條第二項ノ規定ハ巡查、憲兵、上等兵ノミニ限リ適用スヘキモノニシテ若此規定ヲ司法警察官ニ適用スルコトヲ得トモ司法警察官ハ其即決ノ權アル違警罪ニ付テモ即決ヲ爲スヘキ官署ニ告發スヘキモノト謂ハサルヘカラス然ラハ此場合ニ在リテ自ラ告發シ自ラ之ヲ受理シテ即決ノ裁判ヲ爲スコトナリ頗事理ト背反スルノ結果ヲ生スヘシ且現行犯ノ場合ニハ司法警察官ハ被告人ヲ逮捕シタルトキト雖告發ヲ爲スノ義務ナク第一四七條ニ依リ罰金ノ刑ニ該ル犯罪ナルト否トヲ問ハズ現行犯處分ヲ爲シ管轄裁判所ノ檢事ニ送致スヘキモノトナセリ如此現行犯ノ場合ニハ司法警察官ハ如何ナル裁判所カ管轄裁判所ナルカラ定メ而シテ犯人ヲ送致スヘキモノナルニ非現行犯ノ場合ニハ單ニ其職權ヲ行フ地ノ裁判所ノ檢事ニ告發スルニ止ルモノトナスハ少シク權衡

ヲ失スルモノノ如シ去レハ第四九條第二項、第五三條第二項ニ於テモ司法警察官カ告訴、告發ヲ受ケタルトキハ即決ヲ爲スヘキ場合ヲ除キ其他ハ悉管轄裁判所ノ檢事ニ其書類ヲ送致スルモノトセリ而シテ司法警察官カ告訴ニ依リ犯罪アルコトヲ知りタル場合ト自ラ犯罪アルコトヲ知りタル場合トハ捜査ノ原因ヲ異ニスルモ爲ニ其手續ノ異ルコトナキナリ是故ニ司法警察官カ非現行犯ヲ自ラ知りタルトキハ第四九條ノ場合ト同ク直ニ捜査ヲ遂ケタル上、管轄裁判所ヲ判定シテ之ヲ管轄裁判所ノ檢事ニ送致スヘキモノニシテ告發ヲ爲スノ義務ナシトス要スルニ捜査權ヲ有スル者ハ告發ヲ爲スコトナク起訴又ハ送致ヲ爲スヘキモノナリ巡查、憲兵、上等兵ハ第五二條ノ官吏中ニ包含セラルルモノトス故ニ巡查、憲兵、上等兵ハ現行犯ノ場合ニ第五八條、第五九條ニ依リ被告人ヲ逮捕シタルト否トニ拘テ告發ヲ爲スノ義務アルモノナレハ非現行犯ノ場合ニ於テモ亦同一ノ手續ヲ爲ササルヘカラス而シテ今日ノ實際ニ於テハ巡查、憲兵、上等兵ハ多クハ司法警察官吏ニ告發シ之ヲ檢事ニ告發スルコトハ極テ稀ナリトス然レトモ其告發ノ效力ニ至テハ敢差異アルモノニ非ス第五二條ノ公ノ告發カ私ノ告發ト異ル點ハ前者ハ(イ)書面ヲ以テスルヲ要シ可成證據及事實參考トナルヘキ事物ヲ添フヘキコト(ロ)官吏公吏ノ職務ヲ行フ地ノ檢事ニ告發スヘキコト(ハ)此告發ハ義務ニ屬スルモノナレハ其取下ヲ爲スコトヲ得ス又本人自ラ爲スヘキコト是アリ

二 巡查、憲兵、上等兵カ其職務ヲ行フニ當リ重罪又ハ禁錮ノ刑ニ該ルヘキ輕罪ノ現行犯アルコトヲ知りタルトキハ被告人ヲ逮捕シテ速ニ之ヲ司法警察官ニ引致シ口頭ヲ以テ告發スルノ義務アリ此場合ニ被告人ヲ受取りタル司法警察官ハ巡查等ノ逮捕及告發ノ始末ニ付圖書ヲ作ルヘキモノトス又巡查、憲兵、上等兵カ罰金ノ刑ニ該ルヘキ輕罪又ハ違警罪ノ現行犯アルコトヲ知りタルトキハ輕罪ニ付テハ



三 私ノ告發ニシテ義務ニ屬スル場合ハ何人ニ限ラス重罪又ハ禁錮ノ刑ニ該ルハキ輕罪ノ現行犯ニ付

被告人ヲ逮捕シタルトキ之ヲ司法警察官ニ引致スル能ハスシテ假ニ巡査、憲兵卒ニ引渡シタルトキ

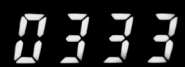
ニハ告發又ハ告發スルノ義務アルモノトス(六一條)又爆發物取締規則第八〇條ニ依リ該罰則ニ記載シタル重罪アルコトヲ認知シタルトキハ直ニ警察官吏若クハ危害ヲ被ムラントスル人ニ告知スヘキモノトシ若シ之ニ違フ者ハ六月以上五年以下ノ重禁錮ニ處セラルルモノトス是告發ノ義務ヲ負擔セシメタルト同時ニ之ニ制裁ヲ附シタル唯一ノ場合ナリ

告發、告發ヲ受クヘキモノハ檢察及司法警察官ナリ而シテ告訴ハ犯罪ノ地若クハ被告人所在地ニ於テ之ヲ爲シ告發ハ被告人ノ所在地若クハ犯罪ノ地ニ於テ之ヲ爲スヘキモノトス(四九條、五二條)而シテ此被害者所在地ニ於テ告訴ヲ爲スヲ得セシメナリシハ犯罪地ハ多クハ被害者ノ所在地ナリト看做シタルニ外ナラサルナリ如此土地ノ管轄ニ付テハ明文アルモ事物ノ管轄ニ付テハ明文ナシ然レトモ檢察ニハ告訴又ハ告發ヲ爲ス場合ニハ必其事物ノ管轄ニ從テ地方裁判所檢察若クハ區裁判所檢察ニ之ヲ爲スヘク決シテ直ニ控訴院檢察ニ告訴告發スヘキモノニアラス然レトモ上級裁判所ノ檢察モ亦裁判所構成法第八三條ニ依リ告訴、告發ヲ受クルノ權ナシト云フヲ得ザルナリ

私ノ告發、告發ハ口頭又ハ書面ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得ルモノニシテ若ク口頭ヲ以テ爲シタルトキハ之ヲ受ケタル檢察、司法警察官ニ於テ告訴又ハ告發ノ調査ヲ作リ告訴、告發ハト共ニ署名、捺印スヘキモノトス告訴、告發人ニシテ署名、捺印スルコト能ハサルトキハ代署シテ其旨ヲ記載スルヲ要ス但此方式ヲ缺クモ告訴人、告發人ノ承諾ニ出テタルコトヲ認メ得ヘケレバ無効トナラス(五一條、二一條ノ二)又

告訴、告發人ハ何レノ場合ニ於テモ可成證據又ハ事實參考トナルヘキコトヲ申立ツルヲ要ス(五〇條)而シテ此私ノ告訴、告發ハ本人ヨリ之ヲ爲スヲ要セス代人ニ委任シテ之ヲ爲スコトヲ得ヘク無能力者ノ告訴ハ法律上代理人之ヲ爲スモ其效アリ尤告發ニ付テハ法律上代理人ハ自己ノ名義ヲ以テ爲スヘキヲ以テ法律上代理人トシテ告發スルカ如キコトナキナリ(五四條)又私ノ告訴、告發ハ其取下ヲ爲シ又ハ申立ヲ變更スルコトヲ得ヘシ(五五條)告訴、告發ノ取下ヲ爲スモ申告罪ノ場合ヲ除クノ外檢察ノ搜查處分又ハ起訴ニ何等ノ影響ヲ及スコトナシ然レトモ之ニ因テ告訴人、告發人ハ幾分カ其責任ヲ輕減スルヲ得ヘキナリ

第五二條ノ官吏、公吏ノ告發ハ其署名捺印シタル書面ヲ以テスルコトヲ要ス然レトモ本法第二〇條ノ規定ニ依ルヲ要セザルモノトス其故ハ第二〇條ハ官吏、公吏カ本法ニ於テ管轄ノ範圍外ニ屬スレハナリ然爲スヘキ義務ヲ行フ場合ニ適用スヘキモノニシテ第五二條ノ告發ハ其職務ノ範圍外ニ屬スレハナリ」
告訴、告發ニシテ上述ノ管轄及方式ニ違背シタルトキハ如何ナル結果ヲ生スヘキヤト云フニ管轄ニ違背スルトキハ檢察、其告訴狀、告發書ヲ管轄裁判所ノ檢察ニ送致スヘク又方式ニ違背スルモ搜查官カ犯罪ヲ認知シ搜查ニ着手スルニ毫モ影響スル所ナキナリ然レトモ今日ノ實際ニ於テハ告訴狀、告發書ノ證據ニ援用スルコトアルヲ以テ管轄及方式ニ違背シタルトキハ爲ニ議論ヲ生ス管轄ニ違背スルモ別ニ無効タルコトナキモ方式ニ違背シタルトキハ之ヲ證據トスルヲ得ザルヘシ
告訴人、告發人ノ責任ニ付テハ本法第一三條ニ規定スル所ナリ元來告訴人、告發人カ不實ノ事ヲ申告シタルトキハ隱告罪ノ責任ヲ免カレサルハ當然ナレトモ此刑事上ノ責任ノ外ニ惡意ノ場合ハ勿論善意ニテモ訴訟ノ原因告訴人又ハ告發人ノ重過失ニ出テタルトキハ民事上ノ損害賠償ノ責任ヲ負擔スヘキモ



トス民法ニ於ケル過失ハ其輕重ヲ問ハサルヲ原則トスレトモ本法第一三條ハ重過失ニ限り賠償ノ責任アルモノトナセリ是輕過失ニ對シテモ責任ヲ負擔スヘキモノトスルトキハ犯罪アルモ告訴、告發ヲ爲ス者ナキニ至リ法律ニ於テ告訴、告發ヲ望ムノ主旨ト相反スレハナリ而シテ過失ノ輕重ハ各場合ニ就テ之ヲ定ムヘキモノニシテ全ク事實問題ニ屬ス

第一三條ハ舊治罪法第一六條ヲ其儘ニ存シタルモノナリ本法ハ舊治罪法ヲ非常ニ變更シタル所アルニ拘ラス本條ハ之ヲ顧ミナリシテ以テ其規定甚穩當ナラス舊治罪法ニ於テハ民事原告人私訴ヲ聽審判事ニ申立ツルトキハ檢事ノ起訴ナシト雖公訴ノ提起アリトナシタルヲ以テ訴訟ノ原因カ民事原告人ノ意思若クハ重過失ニ出ツルコトアリテ即第一三條ノ責任ヲ負擔スルコトアルヘシ然レトモ本法ニ於テハ此制ヲ廢シ民事原告人ハ公訴ニ容喙スルコト能ハサルニ至リタルヲ以テ第一三條第一項ノ適用ヲ受タルコトナカルヘシ又舊治罪法ニ於テハ民事原告人カ豫審免訴ノ決定ニ對シテ故障上告ヲ爲スヲ得タレハ其結果トシテ第一三條第三項ノ規定ヲ要スヘキモ本法ニ於テハ此制ヲ採ラザリシテ以テ此第三項モ亦其適用ナカルヘシ

此要價ノ私訴ト同ク第二審ノ判決アル迄ハ之ヲ刑事裁判所ニ提起スルコトヲ得又其訴訟手續モ私訴ト同一ニ爲スヘキモノナラン

第二節 現行犯

本法ハ第五六條及第五七條ニ於テ現行犯及準現行犯ナルモノヲ規定シタリ元來現行犯及非現行犯ノ區別ハ羅馬法及歐洲中古ノ彈劾訴訟ニ於テモ之ヲ認メタル所ニシテ現行犯ノ場合ハ一般ノ彈劾手續ノ例

外トシテ裁判所ハ職權ヲ以テ審理裁判スルコトヲ得又通常人モ現行犯人ヲ逮捕シ裁判所ニ引渡スノ權ヲ有シタリ而シテ當時ハ準現行犯ナルモノヲ認メザリシカ其後糾問訴訟發達スルニ迫ヒテ現行犯ノ特別手續ハ全ク消滅スルニ至レリ其後佛蘭治罪法カ訴訟主義ヲ採ルニ當リ再現行犯ノ處分ヲ認メ尙其運用ヲ圓滑ナラシメンカ爲ニ現行犯ノ範圍ヲ擴張シ準現行犯ナルモノヲ認メタリ此準現行犯モ亦其思想ノ基ク所ハ舊時彈劾訴訟ノ手續ニ在ルモノナリ而シテ茲ニ注意スヘキハ現行犯、準現行犯ハ犯罪自體ノ性質ノ區別ニ非スシテ犯罪發覺ノ狀態ニ因リ強制處分ヲ爲スヲ得ヘキ捜査手續ノ標準ナルコト是ナリ

本法第五六條ニ依レハ現行犯ニハ現ニ犯罪ヲ行ヒツツアル際ニ發覺シタルモノトシテ之ヲ行ヒ終リタル際ニ發覺シタルモノトアリ前段ノ場合ハ顯明斷ニシテ敢テ疑ヲ容レズト雖後段ノ場合ハ其限界甚不明ナリ從テ種種ノ議論ヲ生セリ或ハ曰ク現ニ行ヒ終リタル際發覺シタリトハ犯罪事實ト犯人トノ關係ヲ認ムルコトヲ得ル場合ニシテ例之犯人カ犯行ノ後ニ犯罪ノ場所ヲ去ラサルカ又ハ其場所ヲ去ルモ尙犯人ノ其者タルコトヲ知ルヲ得ヘクシテ之ヲ追捕シ得ルカ如キ場合ナリト此說ハ現行犯ノ發覺トハ事件ノ發覺ヲ謂フニ非スシテ被告人ノ何人ナリヤヲ知り得ヘキ程度ニ於テ發覺シタル場合ナリト爲スモノニシテ例之司法警察官カ犯罪アルコトヲ知りテ犯所ニ臨檢シタルモ犯人ハ既ニ犯所ヲ立去リテ其遺逃シタル方向ヲモ知ルニ由ナキトキハ未以テ現行犯ノ發覺ト云フコト能ハサルカ如シ然レトモ第五六條ノ發覺ニハ犯人ノ發覺ヲ要スルモノニ非ス本法第一四二條ニ於テ豫審判事ハ現行犯アリタルコトヲ知リタル場合ニ於テ其事件急速ヲ要スルトキハ檢事ノ請求ヲ待タス直ニ豫審ニ取掛ルコトヲ得ルモノトナセリ然ルニ此場合ニハ毫モ犯人ノ現在スルコトヲ條件トナササルナリ抑法律カ現行犯ノ規定ヲ設ケタ



三、家宅内ニ於テ犯シタル罪ヲ檢證スル爲メ又ハ其犯人ト思料スヘキ者ヲ逮捕スル爲メ戸主ヨリ官吏ニ其處分ヲ求メタルトキ

本項ハ佛國治罪法第四六條ヨリ來リタルモノニシテ同法ニ於テハ一家内ノ安全ヲ保護スルカ爲ニ之ヲ現行犯ニ準シタルモノナリ故ニ本法ニ於テモ犯罪ニ因テ侵サレタル一家ノ安全ニシテ既ニ平常ニ復シ數月ヲ經タル後ニ在テハ本項ヲ適用スルコトヲ得サルモノトス而シテ本項ニ於テハ戸主ヨリ其處分ヲ求ムルコトヲ要スルモ一家悉殺戮セラレタル如キ場合ニハ隣人モ亦戸主ニ代リテ其處分ヲ請求スルコトヲ得ヘシ

以上ハ我刑事訴訟法ノ認ムル現行犯準現行犯ノ場合ニシテ全ク佛國治罪法ニ倣ヒタルモノナリ然ルニ現行犯ノ處分ヲ此場合ニ制限シタルハ甚ダ狹隘ニ失スルモノト云フヘキモノニシテ是畢竟逮捕ノ處分ト證據保全ノ處分トヲ混同シタルカ爲ナリ逮捕ノ處分ハ或ハ現行法ノ規定ニ依テ支障ヲ生セザルヘキモ證據保全ノ處分ニ至テハ獨、埃ノ治罪法ノ如ク遲延スルトキハ爲ニ危險ヲ生スヘキ場合ニ於テ特別ノ處分ヲ許スヘキヲ至當トス

(一)、現行犯人ノ逮捕

現行犯及ヒ準現行犯ノ場合ニハ司法警察官、巡査、憲兵卒及通常人ハ其犯人ヲ令狀ヲ待タズシテ逮捕スルヲ得ヘシ(五八條乃至六一條)而シテ此逮捕ハ禁錮以上ノ刑ニ該ル犯罪ニ限りテ之ヲ許スモノニシテ罰金以下ノ刑ニ該ルヘキ犯罪ニ付テハ巡査、憲兵卒ハ被告人ノ氏名住所ヲ問フニ止メ檢事又ハ即決ヲ爲スヘキ官署ニ告發スヘキモノトス若被告ノ氏名、住所分明ナラス又ハ逃亡ノ恐アル者ナルトキハ檢事又ハ即決官署ニ引致スルコトヲ得此場合ニ於ル引致ハ留置ヲ爲スカ爲メニ非シテ氏名、

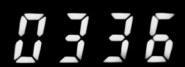
住所ヲ確メ且訊問ヲ爲サシカ爲ナリ此場合ニ於テ檢事、司法警察官ハ罰金刑ニ該ルモノナルトキハ第一四四條及第一四六條ニ依テ之ヲ訊問スルヲ得ヘシ

(二)、現行犯ノ特別處分

現行犯ニ付テハ急速ノ處分ヲ要スルカ故ニ此場合ニハ豫審判事、檢事、司法警察官ヲシテ特別處分ヲ爲サシムルモノトス

一、豫審判事ハ檢事ヨリ先ニ重罪又ハ地方裁判所ノ管轄ニ屬スル輕罪ノ現行犯アルコトヲ知リタル場合ニ於テ其事件急速ヲ要スルトキハ檢事ノ起訴ヲ待タズ直ニ其旨ヲ通知シ豫審ニ取掛ルコトヲ得此場合ハ檢事ノ起訴ナシト雖豫審判事ノ檢證調査ヲ作ルヲ以テ公訴ヲ受理シタルモノトス(四三條、四三條)此處分ハ豫審判事ノ爲ス處分ナルカ故ニ之ヲ以テ搜查處分ト云フ能ハス縱令檢事ノ起訴ヲ待タズシテ公訴力起リタル場合ナリト雖純然タル豫審處分ニ外ナラス故ニ此處分ヲ爲スニ付テハ豫審判事ハ司法警察官ニ命令スルコト能ハサルナリ

豫審判事ノ現行犯ニ對スル特別處分ハ地方裁判所ノ管轄ニ屬スル重罪、輕罪ニ限りテ之ヲ行フコトヲ得ヘキモノニシテ區裁判所ノ管轄ニ屬スル違警罪ニ付テハ之ヲ行フコトヲ得サルモノトス而シテ又豫審判事カ此處分ヲ爲スヲ得ヘキ場合ハ殺人、放火罪ノ如キ證據ヲ要スル犯罪ニ限ルモノトス何トナレハ第一四二條第二項ニ於テ豫審判事ハ犯所ニ臨檢シ令狀ヲ發シ其他豫審ノ處分ヲ爲スコトヲ得トアリ第一四三條ニ前條ノ場合ニ於テハ豫審判事檢證調査ヲ作ルヲ以テ公訴ヲ受理シタルモノトストアルヲ以テ豫審判事カ臨檢處分ヲ爲シ其調査ヲ作ルニ非サレハ公訴ハ起ラズ隨テ其他ノ豫審處分ハ全ク無効タルヘケレハナリ而シテ檢證調査ヲ作ラサレハ豫審處分ノ無効タル所以



ハ法律ノ主旨トスル所檢證ヲ以テ豫審判事ノ特別處分ノ條件トナシタルニ因ル然レトモ檢證ヲ爲シタル後ニ非サレハ他ノ豫審處分ヲ爲シ得サルニ非ス蓋第一四二條第一項ニ於テ豫審ニ取掛ルコトヲ得トアリテ同條第二項ハ第一項ヲ制限シタルモノト解スル能ハサレハナリ

豫審判事カ現行犯ノ處分ヲ爲スニ先テ檢事ヲ通知スルハ犯罪訴追ノ主體ナレハ變則ノ處分ニ依テ起訴アリタルモノトセラルルヲ豫メ知了スルコトヲ要スルヲ以テナリ但此通知ヲ爲ササルモ豫審判事檢證調書ヲ作リタルトキハ其豫審處分ハ有效タリ又豫審判事カ此特別處分ヲ終リタルトキハ速ニ書類ヲ檢事ニ送致スヘキモノトス是檢事ヲシテ公訴實行ノ任ニ當ラシメシカ爲ニシテ若此場合ニ於テ檢事ハ豫審手續ヲ繼續スヘキモノトス是檢事ヲシテ公訴實行ノ任ニ當ラシメシカ爲起セラレタルモノナレハ豫審判事ハ之ニ拘ラス豫審手續ヲ進行シ其終結處分ヲ爲ササルハカラス

二 檢事、司法警察官ノ現行犯ニ對スル處分ハ豫審處分ニ屬スルヤハハ搜查處分ニ屬スルヤニ付テ議論ノ餘ル所ハ檢事、司法警察官カ此處分ニ著手スレハ公訴力起リタルモノナリ否ヤ即起訴前ノ處分ナリヤ否ヤニ在リトス而シテ此問題ノ繫ル所ハ實際其結果トシテ生スル差異頗小ナラス若シテ豫審處分ナリトセハ本法第一一條ニ依リ此處分ニ著手スレハ公訴ノ時効ヲ中斷スヘク之ヲ搜查處分トセハ時効中斷ノ效ヲ生スルコトナカルヘシ又土地ノ管轄ニ付先著手ノ管轄トナルト否トノ差ヲ生ス今各場合ニ付仔細ニ之ヲ研究スル所アルヘシ第一ニ司法警察官カ第一四七條ニ依リ假處分ヲ爲スモ常ニ公訴ノ起ラサルハ明ナルヘシ其故ハ同條第二項ニ司法警察官ハ現行犯處分ヲ爲シタル上、證憑書類ニ意見書ヲ添ヘ速ニ之ヲ管轄裁判所ノ檢事ニ送致スルモノトシ第一四八條ニ於テ地方裁判所檢事ハ司法警察官ヨリ事件ノ送致ヲ受ケタルトキハ一切ノ書類ニ請求書ヲ添ヘ豫

審判事ニ送致スヘキモノトセリ而シテ此豫審ノ請求ニ因リ始テ公訴ハ起ルモノト區裁判所檢事カ司法警察官ヨリ送致ヲ受ケタル場合ニ付テハ法律ニ規定ナシト雖地方裁判所檢事ノ爲スヘキ手續ト異ルヘキ理由ナキヲ以テ區裁判所ノ公判ニ起訴スヘキモノトス(舊治罪法ニ於テ本法第一四八條、第一四九條ニ相當スル其第二〇六條第二〇九條ニ於テハ一般檢事ハ云云ト規定シ區裁判所檢事ヲ包含セシメタリ然ルニ本法ハ之ヲ修正セシモ其趣旨ハ變更セラレタルニ非ス)第二ニ區裁判所檢事カ第一四四條、第一四六條ニ依リ現行犯ノ處分ヲ爲シタルトキハ其地方裁判所ニ屬スル事件ナルト區裁判所ニ屬スル事件ナルトヲ問ハス起訴ノ效ヲ生セサルモノニシテ區裁判所檢事ハ地方裁判所ニ屬スル事件ニ付現行犯處分ヲ爲シタルトキハ第一四五條ニ依リ證憑書類ニ意見書ヲ添ヘテ地方裁判所檢事ニ送致シ其送致ヲ受ケタル地方裁判所檢事ハ第一四八條ニ依リ豫審請求書ヲ添ヘテ豫審判事ニ送致シ以テ起訴ノ手續ヲ爲ササルヘカラス又區裁判所檢事ハ第一四六條ニ依リ區裁判所ニ屬スル事件ニ付現行犯處分ヲ爲シタルトキニ若被告入ヲ勾留シタル場合ニ於テハ三日内ニ起訴ノ手續ヲ爲スヘキコトハ同條第二項ノ規定スル所ナリ故ニ此場合ニ於テ區裁判所檢事ノ現行犯處分ヲ以テ起訴アリタルモノトナスヲ得サルナリ第三ニ地方裁判所檢事カ第一四四條ニ依リ現行犯處分ヲ爲シタル場合モ公訴ハ起リタルニアラス

第一四九條ノ規定ニ依レハ地方裁判所檢事ハ何レノ場合ニ於テモ即自ラ現行犯處分ヲ爲シタルトキト雖輕罪ノ現行犯ニ係リ豫審ヲ求ムルニ及ハスト意料シタルトキハ直ニ其裁判所ニ訴ヲ爲スコトヲ得此場合ニ於テハ現行犯處分ニ依テ公訴ノ提起セラレタルモノニ非サルコト明白ナリトス又重罪ニ付テハ常ニ豫審ヲ要スルヲ以テ茲ニ其規定ヲ爲ササルノミ既ニ輕罪ニ付テハ豫審ヲ求ムル



ト否ト判別シテ起訴ノ手續ヲ爲スヘキモノナル上ハ獨リ重罪ニ付既ニ現行犯處分ヲ爲スニ因テ
 公訴起リト爲スノ理ナシ且第一四九條第二項ニ於テ被告事件罪ト爲ラス又ハ公訴受理スヘカ
 サルモノト思料シタルトキハ如何ナル場合ヲ問ハス即重罪、輕罪ヲ問ハス起訴ノ手續ヲ爲スヘカ
 ラストナセリ去レハ現行犯處分ニ著手スルニ因リテ公訴力起リタルニ非スシテ其處分ヲ爲シタル
 後檢事ハ起訴スヘキヤ否ヤヲ定ムルモノトス是ヲ以テ予輩ハ第一四五條ノ規定ハ檢事ニ於テ證憑
 書類ニ意見書ヲ添ヘ豫審判事ニ送致シタル時ヲ以テ始メテ豫審ノ請求ニ依リ公訴ノ提起アリタル
 モノト爲ササルヘカラス而シテ意見書トハ其意義甚タ廣濶ニシテ請求書ヲモ包含スルモノナリト
 ス其意見書ト記シタル所以ハ同條後段區裁判所檢事カ地方裁判所檢事ニ送致スル場合ヲ包含セシ
 メタルカ故ナリ右ニ述ヘタルカ如キ理由ナルヲ以テ檢事、司法警察官ノ現行犯處分ハ起訴前ノ處
 分ニシテ之ヲ豫審處分ト云フコト能ハス現行犯ニシテ急速ヲ要スルカ爲ニ強制力ヲ用ヒル所ノ
 ノ捜査處分ナリト云ハサルヘカラス

第一四四條、第一四六條及第一四七條ノ規定ヲ見ルニ地方裁判所檢事ハ重罪又ハ地方裁判所ノ管
 轄ニ屬スル輕罪ノ現行犯ノミニ限リ豫審判事ニ屬スル強制處分、強制ノ訊問等ヲ爲スヲ得ヘク區
 裁判所檢事、司法警察官ハ地方裁判所ノ管轄ニ屬スルト區裁判所ノ管轄ニ屬スルトヲ問ハス輕罪
 以上ノ犯罪(罰金刑ニ該ル犯罪ヲ含ム)ナリモハ此處分ヲ爲スヲ得ヘシ又大審院ノ特別權限ニ屬ス
 ル事件ノ現行犯アル場合ニ於テハ地方裁判所檢事、區裁判所檢事、司法警察官ハ同一ニ特別處分ヲ
 爲スコトヲ得ルモノトス(三一一條)然レトモ檢事ハ證人、鑑定人ヲ訊問スルニ當リ宣誓セシムル
 ヲ得ヌ又證人、鑑定人等ニ對スル制裁トシテ罰金及費用賠償ノ言渡ヲ爲スヲ得サルモノトス是即

裁判ニ屬スレハナリ又司法警察官ハ此制限ノ外尙勾留狀ヲ發スルコトヲ得サルモノトス此制限ヲ
 除ケハ檢事及司法警察官ノ有スル職權ノ範圍ハ凡テ同一ナリトス

檢事及司法警察官カ特別處分ヲ爲シ得ル場合ハ隨檢ヲ爲スヘキ場合ニ限ルヤ否ヤ即第一四四條ニ
 犯所ニ隨檢シトアルハ豫審判事ニ屬スル處分ヲ爲スノ條件タルヤ將犯所ニ隨檢スルコトハ特別處
 分ノ一例ヲ示シタルモノナリヤ否ヤノ問題アリ第一四六條、第一四七條ニ於テハ第一四四條ヲ引
 用スルヲ以テ區裁判所檢事、司法警察官ニ對シテモ同一ノ議論ヲ生スルモノトス隨檢ヲ以テ要件
 トナスヘシト論スル者ハ曰ク檢事、司法警察官ニ對シ豫審判事ニ屬スル處分ヲ行フコトヲ許シタ
 ル範圍ハ第一四二條、第一四三條ニ依リ豫審判事ニ屬スル職權ノ範圍ト同一ナラサルヘカラス豫
 審判事カ檢事ノ請求ナクシテ現行犯ノ處分ニ取掛ルハ犯所ニ隨檢スル場合ノミニ限ラレ檢事、司
 法警察官カ豫審判事ニ屬スル權利ヲ執行スルニ當リ之ヨリ廣キ職權ヲ有スルモノト爲スハ權衡ヲ
 得タルモノニ非ス抑現行犯ノ處分ハ特別ノ處分ニシテ現行犯中殊ニ急速ヲ要スル事件ハ通常手續
 ニ依リ處分スル能ハサルヲ以テ豫審判事、檢事、司法警察官ニ此特別處分ヲ許セルモノニシテ第一
 四四條ハ例外法タルナリ故ニ同條ヲ解釋スルニ當リテハ須ク明文外ニ其意義ヲ擴充スヘカラス第
 一四四條ノ第一四二條ト同ク犯所ニ隨檢シ云云ノ明文アル上ハ隨檢ハ此特別處分ノ條件ナリト云
 ハサルヘカラスト之ニ反對スル者ハ曰ク地方裁判所檢事カ區裁判所檢事又ハ司法警察官ヨリ現行
 犯ノ被告人ヲ受取リタルトキハ第一四八條第二項ニ依リ二十四時間内ニ之ヲ訊問シ勾留狀ヲ發ス
 ルコトヲ得ルナリ此場合ニ於テ地方裁判所檢事ハ自ら犯所ニ隨檢セサルニ拘ラス被告人ヲ訊問ス
 ル權ヲ有ス而シテ他ヨリ現行犯人ヲ受取リタル場合ト自ら現行犯處分ニ著手シタル場合トハ毫モ



ト同一ノ權アリトナセリ

是恐クハ第一四八條第二項ハ管ニ第一四五條後段及第一四七條第二項ヲ受ケテ規定シタルニ止マル
 ラス第五八條以下ヲ受ケテ規定セラレタルモノトナシタルカ故ナラン予輩ハ臨檢ヲ要件トセサル
 ヲ以テ解釋ノ當ヲ得タルモノト信ス若シ之ヲ以テ要件トナセハ犯所ニ臨檢シ其他豫審判事ニ屬ス
 ル處分ヲ爲スヲ得云トアルカ故ニ臨檢ヲ爲シタル場合ニモ先臨檢ヲ爲シタル上ニ非サレハ其他
 ノ處分ヲ爲スコトヲ得ス被告カ犯所ヲ去テ自首シ來リタル場合ノ如キハ直ニ被告人ヲ訊問スルヲ
 以テ利アリトナスニ拘ラス之ヲ抛擲シテ臨檢ノ處分ヲ先ニセサルヘカラサルカ如キ結果ヲ生スル
 ハ是急速ヲ要スル事件ニ對スル處分トシテ法律ノ精神ヲ得タルモノトハ稱スヘカラサルナリ今日
 ノ大審院判例ニ於テハ檢事ノ現行犯處分ハ先以テ臨檢ヲ爲シ其引續トシテ他ノ豫審判事ニ屬スル
 處分ヲ爲スコトヲ得トナセリ

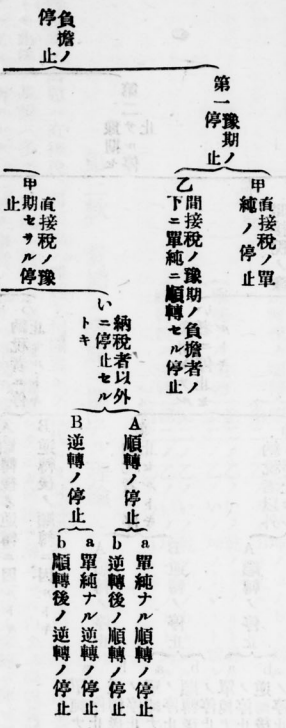
今左ニ檢事、司法警察官ノ現行犯處分ニ關スル二ノ事項ヲ説明セシ

(イ) 現行犯ノ被告人ト雖家宅内ニ於テ之ヲ逮捕スルニハ第七八條第三項ノ規定ニ從ハサルヘカ
 ラス又家宅内ニ於テ物件ヲ搜索スルニ付テハ第一〇四條第三項ノ範圍ヲ出ツル能ハス或ハ第六
 〇條ニ直チニ被告人ヲ逮捕スルコトヲ得トアリ又第一四二條第一項ニモ直ニナル文字アルカ故
 ニ此制限ニ從フヲ要セスト言フ者アレトモ之ヲ以テ夜間家宅ニ侵入シテ搜索ヲ爲スコトヲ許シ
 タルモノトハ見ル能ハスシテ特別ノ規定ナキ限リハ普通ノ豫審處分ト同一ノ範圍ヲ出ツルヲ得
 サルヘシ

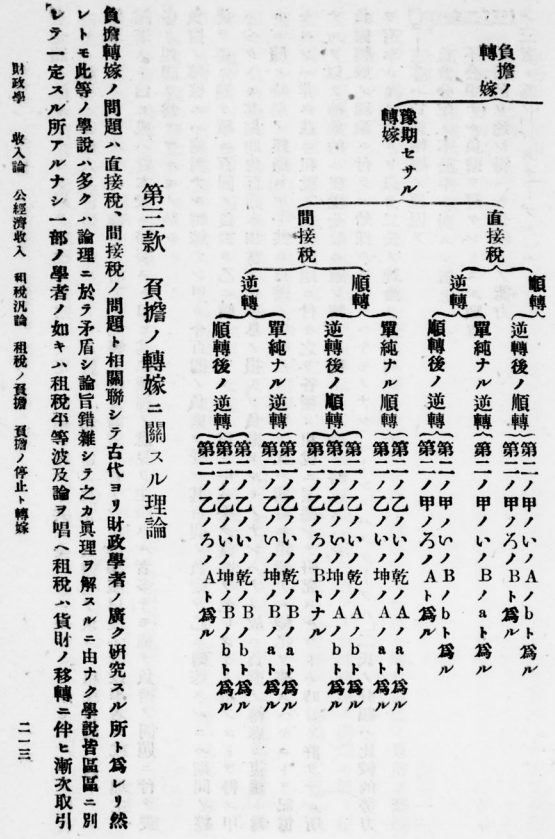
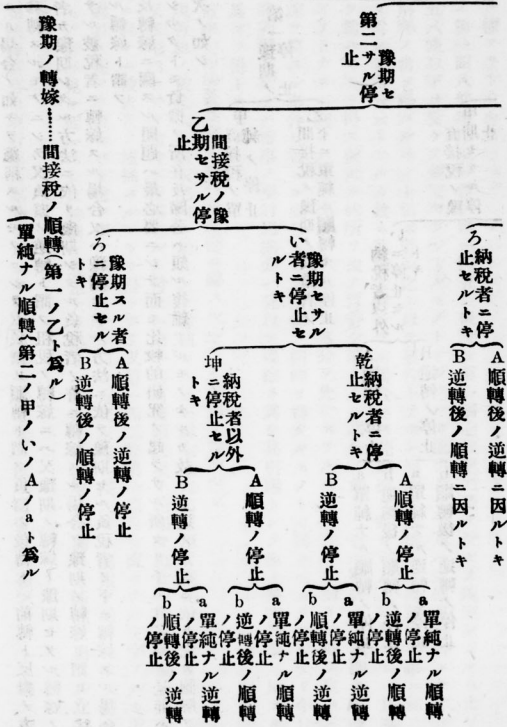
(ロ) 司法警察官ハ現行犯ノ處分ヲ爲スコトヲ得ルモ第一四七條ニ依リ勾留狀ヲ發スルコトヲ得ス故

ニ移轉セララルル場合ノ如キヲ總稱スルモノニシテ又負擔ノ順轉ト謂フ負擔ノ後轉トハ前轉ト反對ノ方
 向ニ負擔ヲ移轉スルモノニシテ又負擔ノ逆轉ト謂フ租稅ノ轉嫁ニハ又豫期ノ轉嫁ト豫期セザル轉嫁ノ
 別アリ立法者カ豫期シタル方法ニ依リ豫期シタル負擔者ノ許ニ轉嫁スル場合ヲ豫期ノ轉嫁ト謂ヒ立法
 者カ豫期セザル被稅者ニ轉嫁スル場合又ハ豫期セザル方法ニ依テ豫期セル負擔者ノ下ニ轉嫁スル場合
 ヲ豫期セザル轉嫁ト謂フ

負擔ノ停止及轉嫁ニ關スル問題ハ最必要ニシテ而モ比較的研究ノ起ラサル所タリ予ハ其名稱ノ是非ハ
 之ヲ第二トシ少クトモ負擔ノ所在及歸著ハ頗ル複雑ナルモノナルカ故ニ上述ノ定義ニ依リ之カ圖解ヲ
 示セハ大凡次ノ如シ



財政學 收入論 公經濟收入 租稅負擔 租稅ノ負擔 負擔ノ停止ト轉嫁



著全體ニ波及スヘキヲ以テ租稅ノ負擔ハ一定ノ時期ヲ經ルト共ニ全社會ニ平等ニ分擔セラルヘシ換言スレハ租稅ハ各個人其苦痛ヲ免レントスル競争ノ結果遂ニ真正ノ負擔者ヲ求メテ租稅自然ノ公平ナル歸著ヲ爲スニ至ルヘシト論スル者アリ此等ノ波及論者ヲ首トシ重農學派以後ノ財政學者カ或ハ地主ニ歸著スト曰ヒ或ハ資本家ニ歸著スト曰ヒ其他種種ノ意見ヲ主張スル者多キモ總テ負擔ノ問題ニ付テ幾多ノ誤謬ヲ爲ササルモノ少シ

負擔ノ轉嫁ニハ絕對ナル轉嫁ナシ甲カ今百圓ノ負擔ヲ受ケ其百圓ノ負擔ヲ乙ニ轉嫁スルニハ期間ノ經過ヲ要ス隨テ單ニ百圓ノ負擔カ乙ニ轉セラレタルヲ以テ甲ハ全ク負擔ヲ免レタリト謂フコトヲ得ス甲ハ少クトモ其期間内百圓ニ相當スル利息ノ損失ヲ負擔セルモノナレハナリ故ニ負擔ノ轉嫁カ複雑ト爲ルニ隨ヒ時期ノ經過スルト共ニ負擔ノ種類及ヒ總額カ又ハ同時ニ錯雜ナル變化ヲ來スヘキコトヲ記憶セシムルニ非ス茲ニ租稅ノ負擔問題ニ付キ之ヲ各種ノ租稅ニ照應シテ研究スルコトハ時日ノ許ササル所ナルヲ以テ抽象的ニ租稅全般ニ通シ轉嫁ニ關スル理論ヲ略述スヘシ

負擔轉嫁ノ理論ニ付テハ殆探ルニ足ルヘキノナシ「コーン」バスター「ブル」ニ氏ノ分類ハ比較的勢力ヲ有スルモノナルヲ以テ二氏ノ理論ヲ左ニ列記スヘシ

- 「コーン」ハ負擔轉嫁ノ原因ヲ
- (一) 負擔分配ノ不公平ニ對スル觀念
- (二) 不公平ナル負擔ヲ避ケントスル願望
- (三) 此目的ヲ達シ得ヘキ金錢上ノ能力
- ノ三者ト爲シ「バスター」アルハ

- (一) 運動力ノ存否
- (二) 需用ノ法則
- (三) 課稅ノ方法
- (四) 産業ノ組織及其分科
- (五) 稅額

ノ五者ト爲セリ「コーン」ノ說ハ比較的理論ニ適ヘルモノナルヲ以テ之ヲ参照ト爲シ自己ノ見解ヲ略述スル所アルヘシ

經濟上ノ現象尙廣ク解釋シテ社會上ノ現象ニ通スル根底ノ理想ハ利己心ナリ負擔轉嫁ノ問題ニ於テ根底ト爲ルヘキ原因ハ各自負擔ヲ苦痛トシテ之ヲ免レントスル動念ナリ故ニ負擔轉嫁ノ問題ハ(第一)負擔ヲ免レントスル動念(第二)負擔ヲ除却スル實力ノ二點ニ歸著セシムルハ非ス

第一 負擔除却ノ動念 負擔除却ノ動念ハ主トシテ(甲)負擔ノ輕重及不公平ニ對スル主觀的的感覺(乙)負擔ノ輕重及不公平ニ對スル主觀的的感覺ハ又主トシテ税目ノ多少、税率ノ輕重、負擔、徵收ノ方法ノ如何ニ因テ變化スルモノナリ

(乙) 負擔ノ隨伴スヘキ欲望ヲ満足セントスル願望ハ又主トシテ左ノ諸原因ニ因テ消長スヘシ(イ)習慣力(ロ)徳義心(ハ)負擔ノ隨伴スヘキ欲望ノ満足ニ因リテ受ケタル利益ノ多少(ニ)負擔ノ隨伴スヘキ欲望ノ満足ヲ廢止スル難易(ホ)負擔ノ隨伴スヘキ欲望ニ代ルヘキ欲望ノ存在ノ有無及ヒ之カ満足ノ難易

第二 富者カ貧者ニ勝テ智者カ愚者ヲ制スルハ社會ノ現象ニ通スルノ原則ナリ隨テ立法者カ地主、家

財政學 收入論 公經濟收入 租稅沈論 租稅ノ負擔 負擔ノ停止ト轉嫁

屋所有者、資本家、營業家等ニ直接ニ之カ負擔ノ停止ヲ豫期シ又理論上他ニ轉嫁スヘカラスト爲ス地租、家屋稅、資本稅、營業稅等カ事實小作人、借家人、勞動者、得意先ノ多數ノ弱者ニ轉嫁セラルルハ一般ニ認メラルル所ニシテ近時社會政策カ財政問題ニ於テ勢力ヲ有スルニ至リタル一ノ原因ナリトス

坤 租稅各論

第一章 總論

租稅全般ニ通セル理論的研究ヲ終リタルニ因リ本論ニ於テハ租稅ノ各種目ニ就キ各之カ財政學上ノ性質ヲ研究シ尙歐洲各國ノ法制殊ニ現時時局ニ際セル我國現行ノ國稅及地方稅中ノ主ナル租稅ニ關聯シテ論述スル所アルヘシ租稅ノ系統ニ付テハ先ニ租稅分類ノ章ニ於テ各種ノ標準ニ依リテ之ヲ述ヘタリシモ尙此ノ處ニ各種ノ租稅ニ就テ説明スルニ先テ之カ講述ノ順序ヲ定ムルカ爲メ主トシテ「ワグネル」及「スタイン」二氏ノ所論ニ基キ各個人ノ所得及財產ヲ取得ノ所有シ消費セラルル現象ヲ標準トシ之カ分類ヲ試ムヘシ

由來租稅ハ其當初ニ在テハ必要ニ應シ評價稅ヲ以テ始リ(財產稅地租人稅等)其後中世紀ニ至リテハ經費ノ増加スルニ伴ヒ各種ノ租稅行レ近世ニ至ル迄其數實ニ七百五十ノ多キニ上レリト云ヘリ而シテ租稅行政ノ發達ニ從ヒ漸次租稅ノ原則ニ適應セラレ竟ニ此等多數ノ租稅ハ秩序的ニ分類統一シ整然タル系統ヲ組成スルニ至レリ而シテ各國租稅ノ種類ハ一面社會事物ノ發達ニ伴ヒ經費ノ増進ト共ニ其數ヲ増スト同時ニ一面ニハ又在來各種ノ租稅ハ漸次類ニ依テ合同セラルルニ至レリ今租稅ヲ一般ニ且平等ニ個人所得及財產ニ對シ洩ナクテ之ヲ課稅スルカ爲メハ理論上之ヲ三種ノ場合ニ分類スルコトヲ得ヘ

シ

第一 個人ノ所得及財產カ取得セラレタルトキ課稅セラルルモノニシテ名ケテ營利稅ト稱ス

第二 個人ノ所得及財產カ所有セラレタル狀況即停止シテ將來生産又ハ費消セラルヘキ能力ヲ有セル場合ニ課稅スルモノニシテ名ケテ所有稅ト稱ス

第三 各人ノ所得財產カ使用セラルルトキ即其效用ニ對シ然望ヲ滿タス場合ニ課稅スルモノニシテ名ケテ使用稅ト稱ス

第一營利稅ハ又自動的ト受働的ノ二種ニ分タレ自動的ノ營利稅ハ又職業的ノ營利稅ト簡別的ノ營利稅ニ分タル前者ハ繼續セル財源ニ課稅スルモノニシテ後者ハ一時的ノ財源ニ課稅スルモノナリ職業的ノ營利稅ハ又對人的營利稅ト對物的營利稅ト二者ニ細別セラル對人的營利稅ハ人ヲ標準トシテ課稅スルモノニシテ分テ人稅及所得稅トス前者ハ人頭稅家族稅黨稅等ノ如キ純然タル人稅及等級稅一般財產稅等ヲ包含シ後者ハ其人ノ所得ニ對シ或ハ納稅者ノ申告ニ依リ或ハ其所得ノ調査ニ依リ賦課徵稅ヲ爲スモノナリ對物的營利稅ハ所謂收益稅ト稱セラルルモノニシテ其主ナルモノハ地租、家屋稅、營業稅ノ三者トス其他各種ノ物ニ對シ之カ課稅ヲ普及スルカ爲メ又租稅行政上ノ便宜ニ依リ自由職業收益稅、勞銀稅資本收益稅(資本利子稅)鑛業稅會社營業稅其他各種ノ租稅ヲ認ムルコトアリ我國現行ノ賣藥營業稅ノ如キ亦一ナリ簡別的營利稅トハ所得又ハ財產カ移轉セラルル各場合ニ於テ其實實ニ對シ課稅スルモノニシテ「スタイン」氏ノ所謂交通稅ト稱セラルルモノ是ナリ此種ノ租稅ハ收益稅ヲ補フテ縱令繼續セサル場合ニテモ之ヲ洩ササルノ長所ヲ有シ前者ト相俟テ其效用ヲ表ハスモノナリ然レトモ實際ニ於テハ共ニ主トシテ不動產ニ專ニシテ動產ヲ逸スルノ短所アリ現行ノ我國國稅中交通稅ト目スヘキ

モノハ印紙稅登錄稅骨牌稅通行稅等ニシテ取引所稅兌換銀行券發行稅ノ如キモ亦其一ナリ此種ノ租稅ハ多ク印紙封紙證印等ノ方法ニ依テ徵收セラレ其淵源ヲ和蘭ニ發セリ其實際ノ取扱方法ハ多クハ手數料ト同ク又各國ノ印紙稅殊ニ登錄稅中ニハ往往手數料ヲ合シタルモノ多シ現ニ我國ノ如キモ取引所稅兌換銀行券發行稅及通行稅ハ租稅ナル款ノ下ニ掲ケラルルモノ印紙稅登錄稅骨牌稅ノ類ハ印紙收入ナル款ノ下ニ包含セラレ少クモ豫算ノ形式ニ於テハ租稅ト認メラレタルモノノ如シ

受働の營利稅トハ偶生の營利稅ニシテ富強稅社會自體ノ變動ニ基ク租稅及相續稅ノ三者ヲ包含ス社會自體ノ變動ニ依ルモノハ收益ノ場合ニ於テ其收益ノ増加セルトキ又ハ物ノ移轉變更等ニ依リ利益ヲ得ル場合等ニシテ要スルニ各箇ノ租稅ニ對シ其財源カ他働のニ著キ増加アリタル場合ニ附帶スヘキ條件トシテ賦課徵收セラレヘキモノニシテ特ニ獨立ノ租稅ト認メ難キモノ多シトナス

第二 所有稅ハ各人ノ所有財產ヲ標準トシ其納稅力ヲ量リテ賦課スルモノナリ「ワグキル」氏ハ其名義上ノ所有稅即特別方法ニ依ル營利稅ニ付テ一般財產稅、部分的財產稅、其樂の財產稅及相續稅ノ四者ニ分類セリ此等ハ要スルニ其觀察點ノ異ルニ過キスシテ生産のナルトキハ收益稅ト見ルヘク其樂のナルトキハ使用稅ト見ルヘク又相續稅ノ如キモ其所有スヘキ財產ヲ相續ノ場合ニ課スルト見レハ所有稅ナルモ相續ナル偶生のノ收益ノ事實ヨリ見レハ偶生の營利稅ナリ隨テ所有稅ナル目ハ理論上之ヲ認メ得ヘキモ其實質上ノ所有稅ハ其例稀ニシテ特ニ各論ニ於テ之ヲ述フルノ要ヲ認メス

第三 使用稅トハ所謂消費稅ト稱セラルルモノニシテ分テ一般消費稅特別消費稅及享樂稅ノ三種トス一般消費稅ハ學者一般ハ財產稅ニ代ユヘシト論スルアリ要ハ一般消費稅ハ消費ノ部分ニミ止リ節約貯蓄ノ部分ニ課セラルカ故ニ租稅平等ノ原則ニ合セリト言フニ在リ然レトモ事實問題トシテハ消費稅

貯蓄ト其間ニ別ヲ立ツルコト甚難キカ故ニ單ニ理論上ノ一說タルニ止リ所謂特別消費稅ナルモノ廣ク行ル特別消費稅トハ通常各國ニ行ル消費稅ノ謂ニシテ特別ノ貨財ニ對シテ之カ使用稅ヲ課スルモノナリ之ヲ其徵收方法ニ依リ分類スルトキハ自ラ生産シテ自ラ消費スル場合ニ課稅スルコトアリ而モ其大部ハ他ノ生産ニ依ルモノヲ消費スルモノニシテ所謂商品ノ消費ナリ商品ノ消費稅ニハ民業ノ場合ト官業ノ場合トアリテ民業ノ場合ニハ直接消費者ヨリ徵收スルコトアリ或ハ免許ノ名義ニ依リ徵收スルコトアリ然レトモ是ヲ大別スルトキハ生産ノ場合ニ徵收スルモノト移轉ノ場合ニ徵收スルモノトノ二者ニ分タル「スタイン」氏ノ所謂生産稅及運送稅ト稱セラルルモノ之ナリ前者ハ其貨財ヲ生産者ヨリ課稅スルモノニシテ後者ハ其貨財ヲ移轉スル場合ニ課稅スルモノナリ輸入稅、輸出稅、入市稅、商品運送稅ノ如キハ此類ナリ官業ノ場合ハ所謂專賣ニシテ先ニ官業ノ下ニ述ヘタル所ナリ特別消費稅ヲ課稅品ノ種類ニ依テ分類スルトキハ或ハ製品未製品ノ別アリ或ハ第一次必需品第二次必需品奢侈の需用品非物質の需用品ノ別アリ第一次必需品トハ米、麥、醬油、炭、薪、鹽等ノ類ニシテ第二次必需品トハ酒、茶、烟草、砂糖等ノ類ナリ奢侈の需用品トハ上等ノ飲食物等ニシテ非物質の需用品トハ新聞書籍ノ類ナリ課稅品ニ依ル分類ハ唯其稅率ヲ定ムル場合ニ多少斟酌ノ餘地ヲ存スルニ止リ消費稅分類ノ上ニ於テ重要ナルモノニ非ス享樂稅ニハ其享樂ノ目的カ物ノ場合ト人ノ場合トノ別アリ物ノ享樂稅トハ住宅稅、犬稅、馬稅、車稅、ビヤノ稅、玉突代稅等ニシテ人ノ享樂稅トハ僕婢稅俱樂部稅等ヲ云フ此等ハ皆其財源トシテノ分量少ナキノミナラス之カ賦課徵收ヲ爲スニハ詳細ナル調査ヲ要スルヲ以テ多ク地方稅トシテ認ラルルヲ例トシテ國稅トシテ認ラルルコト稀ナリトス

以上ハ所得及財產ノ變動ニ伴フ分類ニシテ此順序ニ依リ以下各部ノ租稅ニ付口述スルニ先テ我國三十

0344

第二章 所得稅

第一節 對人稅及對物稅

對人稅トシテハ單純ナル人頭稅階級稅ノ如キハ其賦課徵收極テ簡易ナルカ故ニ古代ニ於テ早ク之カ發達ヲ見タルモ其負擔力ノ平等ヲ期シ能ハサルカ爲ニ此等ノ制度ハ漸次其後ヲ斷テ收益稅中主トシテ不動產ニ屬スルモノ主トシテ地租之ニ代ルニ至レリ而モ收益稅ノ尙財源トシテ不充分ナルノミナラス總テノ課稅物件ヲモ網羅スルコト能ハス又縱令同一ノ物モ其使用處分ノ如何ニ依リ之カ所得ニ多少ヲ來タシ殊ニ勞力才智經驗等ニ因ル所得ハ之ニ對シ賦課スルノ途ナキカ故ニ此等各種ノ原因相俟テ今日ノ所得稅ヲ見ルニ至レリ即所得稅ノ發生ハ單純ナル收益ヲ生スヘキ物自體ノミニテハ不充分ニシテ且不公平ナルニ依リ之カ發生ヲ見タルモノニシテ「スタイン」氏ノ所謂補充稅ト稱スル所以ノモノ乃之ナリ所得稅ノ長所ハ第一其對物稅ニ對スル補充稅トシテ租稅カ一般ニ普及セラレ第二伸縮力ヲ有シテ時勢ノ進運ト推移シ第三社會ノ全般ニ亘リ財源ノ豐富ナルト第四課稅物件即稅源ニシテ直接稅中負擔ノ轉嫁セザルノ點ニ於テ最確實ナルコト是ナリ其對物稅ニ對スル長所ハ法律上經濟上ノ主體ニ重キヲ置クニ在リ主體ノ如何ハ收益ノ種類及之カ數量ニ重大ナル影響ヲ及スノミナラス國民經濟ノ益複雜ナルニ從ヒ益之カ必要ヲ見ルコト大ナリ然レトモ對物稅ハ各人ノ營利所得財產ノ精密ナル調査ト正確ナル申告ヲ得ルニ難キカ故ニ到底一般ニ通シテ一般所得稅ヲ以テ一貫スルヲ得ス是二者相俟テ其不備ヲ補充シ其效用ヲ全ウスル所以ナリトス

雜 錄

○大審院判例要旨

一八九 民事訴訟法ニ所謂「戰時兵役ニ服スルトキ」ノ意義 民事訴訟法第一八四條ニ所謂戰時兵役ニ服スルトキハ廣ク戰時ニ於テ兵役ニ服スル場合ヲ指稱シ必シモ現ニ出征シテ戰爭ニ從事シ又ハ受訴裁判所ト交通ノ絶エタル地ニ在ルコトヲ要セス(三十七年十二月十日第一民事部)

一九〇 文書變造行造罪ノ成立 文書中正常ニ抹消セラレタル部分ハ文書ニ非スト云フヲ得ス而シテ其抹消ニ係ル部分ノ記載カ尙證據力ヲ有スル場合ニ於テ自己ニ利益ナル抹消ニ係ラサル部分ヲ剽取リ自己ニ利益ナル抹消ニ係ル部分ヲ存在セシメ以テ不實ノ事實ヲ證明スルノ具ト爲シタル所爲ハ文書變造行使罪ヲ構成ス(三十七年十二月一日第二刑事部)

○第二級學年試驗問題 本年施行ノ第二級學年試驗問題左ノ如シ

民法物權 第五章 (橫田學士)

- 一 動産ノ先取特權ノ順位ヲ說明セヨ
- 二 抵當權ノ讓渡、拋棄及ヒ其順位ノ讓渡擔保ノ區別ヲ明示ス

民法債權 第三章及 以下 (梅 博士)

- 一 甲ハ乙ニ一ノ家屋ヲ賣却シ若シ乙ガ公務ノタメニ他鄉ニ轉

雜 錄

- 二 遺囑寄託トハ何ゾヤ
- 商法 第三編 (田坂學士)
 - 一 商ノ性質ヲ明ニシ商法ト民法トノ關係ヲ説明スヘシ
 - 二 (1) 金貸營業者 (2) 彫刻師 (3) 地所建物業買賣企業者 右者商人ナラヤ理由ヲ附テ答フヘシ
- 商法會社 (矢部學士)
 - 一 合名會社ト民法ノ組合トノ差異ヲ略述スヘシ
 - 二 合名會社ノ定款ニ於テ左ノ事項ヲ定ムタルトキハ有效ナル (イ)ヤ
 - (イ) 或ル社員ハ損失ヲ分擔スルモ一切利益ノ分配ニ與ラズトスルコト
 - (ロ) 或ル社員ハ退社スルモ其持分ヲ拂戻サストスルコト
- 株式會社ノ設立手續ヲ略記スヘシ
- 商法 保險 (村上學士)
 - 一 保險ノ意義ヲ論ス
 - 二 被保險利益ヲ論ス
 - 三 保險証券ノ性質ヲ論ス
- 右三編ノ二編ヲ選擇解釋スヘシ
- 刑法 各論 (谷野學士)
 - 一 左犯三問中二問ノミヲ選擇シテ解答スルコトヲ要ス
 - 二 謀殺ヲ行ヒ過失ニ因リ他人ヲ殺シタル者ノ處分如何
 - 三 父ノ所有物ニシテ他人ノ所持スレ物ヲ竊取シタル者ノ處分如何

- 三 虛偽ノ事實ニ付キ登記申請ヲ爲シ登記官吏シテ登記簿ニ不實ノ記載ヲ爲サシメタル者ノ處分如何
- 民事訴訟法第一編 (岩田學士)
 - 一 東京市ニ住所ヲ有シ大阪市ニ店舗ヲ設ケテ商業ヲ營ム甲者其營業ニ關シ長崎市ニ住所ヲ有スル乙者ニ廣島市ニ於テ甲者ノ所有スル京都市所在ノ不動産ヲ賣渡スコトヲ約セリ然レニ該不動産ハ丙者占據スルヲ以テ甲者ハ丙者ニ對シ不動産引渡ノ訴ニ丙者ニ對シ所有權確認ノ訴ヲ提起セントス
 - 乙者ノ右訴ニ付キ何地ノ裁判所ヲ管轄權ヲ有スルヲ理由ヲ附シテ答フヘシ
- 二 訴訟當事者ノ意義ヲ説明スヘシ
- 民事訴訟法第二編 (遠藤學士)
 - 一 訴狀ノ效用ヲ説明セヨ
 - 二 調停判決トハ何ゾヤ
- 刑事訴訟法 (豊島學士)
 - 一 牽連事件ノ事物及ヒ土地ノ管轄如何
 - 二 刑事訴訟法ニ於ケル證據及ヒ證據ノ意義如何
- 財政學 (下村學士)
 - 一 俸給ノ性質ヲ說明スヘシ
 - 二 國有財産ノ特質及其種別ヲ說明スヘシ
 - 三 間接稅ニ累進稅法ヲ用ユルノ可否ヲ論スヘシ
 - 四 特別稅ノ特質ヲ說明スヘシ

法學志林

第七卷 第七號 每月一回十日發行
 定價一冊拾貳錢
 郵稅一冊拾錢
 郵稅一冊拾錢
 發行 壹圓貳拾錢 (第七十一號)

◎志林

- ◎立法事項ヲ包含シタル條約ハ我國ニテハ如何ナル形
- 式ヲ以テ臣民ヲ拘束スルコトヲ得ルヤ
- ◎社會問題ノ法律的研究ノ必要
- ◎體權ニ就テ
- ◎日露戰爭中ノ國際法問題(二三講演)
- ◎船長カ職務執行中爲シタル行爲ニ付キ船舶所有者ノ責任ハ特約ニ依リ之ヲ免ルルコトヲ得ルヤ
- ◎甲乙兩人丙ヲ怨ムノ餘リ之ヲ殺サント欲シ搜索ノ末某所ニ邂逅シ甲ハ其携フル所ノ短刀ヲ乙ニ渡シ丙ヲ刺殺サシメタリ甲ハ實行正犯ニ以テ論スヘキカ併セテ正犯ト從犯トノ區別ノ標準ヲ説明セラレタシ
- ◎受託物ニ關スル受任者ノ注意義務

◎解疑

- 解答者 法學士 牧野英一
- 解答者 法學士 栗田貞三

其他 散錄、寄書、判例、雜報、記事等 數十件

發行所 法政大學

校外生規則摘要

- 一 一ヶ年引續キ校外生タル者ニシテ本大學ニ入學スル者ハ入學金ヲ免除ス
- 一 講義錄ノ講習ヲ終リタル者ハ手數料金二十錢ヲ納メテ校外生修業證書ヲ請求スルコトヲ得
- 一 校外生ハ少クテモ翌日分ノ月謝ヲ毎月本日迄ニ納付スヘシ月謝金不納三ヶ月ニ及フトキハ退學ト看做ス
- 一 校外生ハ講義錄ニ記載スル所ノ學科目中心ニ懸念アルトキハ相當返信料(郵券)ヲ封入シテ質問スルコトヲ得
- 一 質疑書ニハ講義科目、頁數及疑問ノ要點ヲ記載スヘシ
- 一 質疑信者ハ本大學編輯部ニ宛テ送付スヘシ

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

明治三十八年八月二日印刷
明治三十八年八月五日發行

(定價金三十錢)

編輯兼發行者 萩原敬之
東京市牛込區牛込北町十番地

印刷者 小宮山信好
東京市牛込區大來町三番地

印刷所 金子活版所
東京市芝區西ノ久保明倉町十一番地

發行所 司法省
指定 法政大學
東京市麴町區富士見町六丁目十六番地

(電話番町百七十四番)