

法政大学学術機関リポジトリ

HOSEI UNIVERSITY REPOSITORY

PDF issue: 2024-07-29

法政大學講義録

下村, 宏 / 富井, 政章 / 梅, 謙次郎 / 岡田, 朝太郎 / 志
田, 鉦太郎 / 矢部, 廉 / 田阪, 友吉 / 村上, 隆吉 / 豊島,
直通 / 岩田, 一郎

(出版者 / Publisher)

法政大學

(巻 / Volume)

8

(号 / Number)

2学年の3

(開始ページ / Start Page)

1

(終了ページ / End Page)

69

(発行年 / Year)

1906-01-23

三十九年度

法政大學講義錄

法政大學發行

第八號

（明治三十六年十一月九日第三種郵便物認可）
每月三回、十日、二十日、三十日發行

明治三十九年一月二十日發行

（第貳學年ノ三）



三十九年度第八號目次

民法物權	自第七章至第十章	法學博士	富井政章
民法債權編	第二章(自一三)以下(自一五)	法學博士	梅謙次郎
刑法各論	(自六八)	法學博士	岡田朝太郎
刑法總論	(自二〇)	法學博士	志田鉀太郎
商法會社	(自五七)	法學士	矢部廉
商法商行為	自第一章至第六章	法學士	田坂友吉
商法商行為	自第七章至七六三	法學士	村上隆吉
刑事訴訟法	第十章(自七六三)	法學士	豐島直通
刑事訴訟法	第一編(自四〇)	法學士	岩田一郎
民事訴訟法	第一編(自一六)	法學士	田村宏
財政學	(自三三)	法學士	下村宏

雜錄 大審院判例要旨

正誤 第五號所載債權法六〇頁施行指書六二頁第三行目的物タル一判法各論五九頁三行
 一爲行一(一)行爲物權(並第十卷)二八頁末行「第四節」第二節ノ誤

090
1906
2-1-3

同一ノ財産上ニ二種以上ノ先取特權ガ存在スルコトナシトセナイ、此場合ニ於テ此等ノ先取特權ハ如何ナル順序ニ於テ實行セラルベキヤ是レ即チ順位問題デアリマス、即チ民法第三二九條乃至第三三二條ニ規定セル事項デアル、若シ債務者ノ財産ニシテ先取特權ニ依ツテ擔保セラルル總テノ債權ヲ辨濟スルニ足ルトキハ順位問題ハ其實用ヲ生ジナイ、然レドモ此問題ノ生ズル如キ場合ハ多ク先取特權者一同ニ辨濟ヲ爲スコト能ハザル場合デアル、故ニ順位問題ハ實際甚ダ肝要ナル問題デアル、而シテ此問題ハ甚ダ複雑ナル問題デアツテ唯一ノ原則ニ依ツテ解決スルコト能ハス、種多ノ場合ヲ區別スルコトガ必要デアアル

第一 一般ノ先取特權ガ互ニ競合スル場合 例ヘバ登記料ヲ立換ヘタ者モアレバ葬式費用ノ支拂ヲ受ケナイ者モアル、給料ノ支拂ヲ受ケザル雇人モアレバ米穀、薪炭等ノ供給ヲ爲シテ未ダ其支拂ヲ受ケザル者モアル、斯ル場合ニ於テ其先取特權ノ順位ハ如何ニ定ムルカト云フニ前回ニ説明シタル第三〇六條ニ掲ゲタル順序ニ從フトアル(三二九條一項)即チ其益費用ノ先取特權ヲ第一順トシ他ノ三ツノモノハ順次之ニ次グコトト爲ル、此順序ハ別ニ深キ理由ニ基イタモノデナイ、唯法律ガ此等ノ債權者中ニ於テ最モ厚ク保護スル必要アリト認メタル者ヨリ始メテ逐次其順位ヲ定メタルモノニ過ギナイ

第二 一般ノ先取特權ト特別ノ先取特權ガ互ニ競合スル場合 此場合ニ於テハ特別ノ先取特權ハ一般ノ先取特權ニ先ズル、但其益費用ノ先取特權ハ其利益ヲ受ケタル總債權者ニ對シテノミ優先ノ效力ヲ有ストアル(三二九條二項)此ノ如クニ定メラレタル主タル理由ハ一般ノ先取特權者ハ特別ノ先取特權ノ目的物ニ付イテ其權利ヲ行ハザルモ尙ホ他ノ財産ニ付イテ之ヲ行フコトヲ得ル、他ニ一モ財産ナキ場合ハ稀デアリマセウ、之ニ反シテ特別ノ先取特權ノ目的物ニ付イテ一般ノ先取特權者ガ先ニ其權利

民法物權 先取特權 先取特權ノ順位

ヲ行フモノトセバ特別ノ先取特權者ハ往往ニシテ辨濟ヲ受クルコト能ハザル結果ト爲ルハ、若シ此ノ如クナレバ特別ノ先取特權ヲ認メタル目的ヲ貫徹セザルコトト爲リマス、尙ホ一ノ理由ト認ムルコトヲ得ベキコトハ一般ノ先取特權ナルモノハ公益上ヨリ設ケラレタルモノデハアルガ、其實單純ナル法ノ恩典ニ過ギナイ、暗黙ノ質又ハ擔保ノ原因ト云フ如キ確實ナル理由ニ基クモノデナイ、思フニ立法者ハ此等ノ理由ニ因テ舊民法ノ下ニ於テハ解釋上疑問ト爲ラ居タル所ノ此問題ヲ特別先取特權者ノ利益ニ解釋シタルモノト考ヘマス、唯其益費用ノ先取特權者ニ先順位ヲ有セシメタル所以ハ其費用ヲ出シタルコトナケレバ如何ナル債權者ト雖モ辨濟ヲ受クルコト能ハザルガ故デア

第三 同一ノ動産ニ付イテ特別ノ先取特權ガ互ニ競合スル場合 例ヘバ建物ノ賃借人ガ代金ヲ拂ハズシテ或動産ヲ買取り之ヲ其建物ニ備附ケタル場合ニ於テハ賃借人ノ先取特權ト賣主ノ先取特權トガ其動産ノ上ニ競合スルコトト爲ル、此場合ハ第三〇條ニ規定シテアルハ、微細ナル點ハ省略シテ其大趣意ヲ言ヘバ原則トシテハ質ノ觀念ニ基ク先取特權ヲ先ニシテ擔保ノ原因ヲ爲シタルコトニ基ク先取特權ハ其次位ニスルモノトシテアル、故ニ前例ノ場合ニ於テハ賃借人ガ賣主ヲ凌グコトト爲ル、今其理由如何ト云フニ凡ソ質權ノ目的ト爲ラモ、ハ既ニ質權者ノ占有ニ在ラテ質權者ハ其物ニ付イテハ他ノ債權者ニ優先シテ辨濟ヲ受クル權利ヲ有スル者デア、質ノ考ニ起因スル所ノ先取特權ハ固ヨリ純然タル質權デハナイ然レドモ其基ク所ノ觀念ヲ一ニスル以上ハ此點ニ於テハ此目的物ヲバ質物ト同一視シテ先取特權者ヲ保護スルコトヲ當然ト認メタルモノト解シマス、立法上果シテ當ラ得タルヤニ付イテハ疑ナキニ非ザレドモ此外ニ理由ヲ發見スルコトヲ得ナイ

次に二位スル先取特權ハ擔保ノ原因ヲ爲シタルコトニ基クモノデア、而シテ其中ニ於テ保存者ノ先取

特權ヲ先ニシタル所以ハ其保存行爲アリタレバ、此ノ債權者モ其權利ヲ行フコトヲ得ルニ至ラザラ故デア、同一ノ理由ニ因テ保存者中ニ於テモ後ノ保存者ハ前ノ保存者ニ勝ツモノト定メテアル、即チ上述ニ於テハ所ハ一般ノ原則デア、然ルニ之ニ著シイ制限ヲ置イテアリマス、其レハ第一、不動産ノ質貸人其他第一順位ノ先取特權者ト雖モ債權取得ノ當時第二又ハ第三順位ノ先取特權アルコトヲ知ラタトキハ之ニ對シテ其權利ヲ行フコトヲ得ザルモノト爲ラテ居ル、即チ先例ニ擧ゲタ場合ニ於テ建物ヲ賃貸セントスル者ガ賃借人ト爲ルベキ者ノ占有中ニ在ル動産中ニ之ヲ買受ケテ未ダ代金ヲ拂ハザルモノアルコトヲ知リシトキハ其動産ニ付イテハ賣主ニ先順位ヲ占メラレネバナラズ、其理由如何ト云フニ此場合ニ於テハ第一順位ノ先取特權者ハ他ノ先取特權者アルコトヲ知ルガ故ニ之ニ先順位ヲ占メラルルモノト定ムルモ不測ノ損害ヲ被ムルモノデナイ、若シ後日辨濟ヲ受クルコト能ハザル危險アリト思ヘバ一層有力ナル擔保ヲ請求スルカ又ハ契約ヲ爲サザレハ濟ムコトデア、故ニ其動産ヲ以テ正當ニ自己ノ爲メニ質物ニ爲ラタモノトシテ債務者ノ資産ニ入リタルモノト看做スコトガ至當デア

ケ價格ヲ減ジタモノトシテ債務者ノ資産ニ入リタルモノト看做スコトガ至當デア

尙ホ一ノ制限ハ第一順位者ノ爲メニ物ヲ保存シタル者アルトキハ原則トシテハ保存者ハ先順位ヲ有セザルモ此場合ニ限ラテハ第二順位者ヲ凌グコトト爲ル、如何トナレハ第一順位者ト雖モ自己ノ爲メニ其保存行爲ヲ爲シタル者アリタレバ、先取特權ヲ行フコトヲ得ルニ至ラザラ

• (三三〇) 條末最後ニ法律ハ土地ノ果實ノ上ニ存スル先取特權ノ順位ニ付イテ特別ノ規定ヲシテ居マス、(三三〇) 條末項(此項ニ掲グル所ノ三種ノ先取特權ハ何レモ擔保ノ原因ヲ爲シタルコト云フニ基クモノデア)ニ因テ立

法者ハ其擔保ノ原因ヲ爲シタル程度ニ因テ三者ノ順位ヲ定メタモノデアル、此外ニ理由ハナイモノト考ヘマス

第四 同一ノ不動産ニ付イテ特別ノ先取特權ガ互ニ競合スル場合 例ヘバ或人カラ家屋ヲ買ツテ代金ヲ拂ハナイ、然ルニ其家屋ガ被損シタカラ之ヲ修繕サシタトスレバ賣主及ビ保存者ノ先取特權ガ競合スル譯デアル、而シテ此場合ニハ第三二五條ニ掲ゲタル順位ニ從フトアル(三三一條一項)即チ保存、工事、次ニ賣買ト云フ順序ニ爲ル、故ニ今例ニ舉ゲタ場合ニハ修繕ヲ爲シタ者ガ賣主ニ勝ツ結果ト爲ル

何故ニ此ノ如ク順序ヲ定メタカト云フニ此三ツノ先取特權ハ何レモ擔保ノ原因ヲ爲シタト云フ理由ニ基クモノデアル、其中ニ於テ保存者ヲ先ニシタル所以ハ保存行爲ニ因テ賣主其他ノ債權者モ其不動産ニ付イテ辨濟ヲ受ケルニ至ラタガ故デアル、而シテ工事ノ先取特權ハ其工事ニ因テ生ジタル増價額ニ付イテノミ存スルモノデアルガ故ニ之ガ爲メニ他ノ債權者ヲ害スルコトハ殆ドナイ、又其増價額ニ付イテハ賣主ト利益ヲ分タネバナラス理由ハ毫モ存セナイ、故ニ賣主ニ對シテ先順位ヲ有スルモノトシタ譯デアリマス

賣主ガ數人アルコトガアル、即チ同一ノ不動産ニ付イテ逐次賣買ガアツタ場合デアル、此場合ニ於テハ賣主相互ノ優先權ノ順位ハ時ノ前後ニ依ルト爲ラテ居ル、(三三一條二項)即チ第一ノ賣主ハ第二ノ賣主ニ勝ツ、第二ノ賣主ハ第三ノ賣主ニ勝ツト云フコトデアリマス、若シ法律ニ何等ノ規定モナケレバ何レモ同一ノ地位ニ立ツモノト解釋スルコトガ至當デアラウ、少クモ疑問ト爲ルデアリマセウ、然ルニ若シ此ノ如クナレバ實ニ不公平ナル結果ト謂ハネバナラス、其理由ハ抑モ第二ノ賣主ナルモノハ第一ノ賣主ヨリ買受ケタレバコソ更ニ他人ニ賣却スルコトヲ得タノデアル、己レ第一ノ賣主ニ對シテ債務者ノ地位ニ立テテ其債務ヲ完済スルコトヲ怠リナガラ一部ト雖モ其權利ノ實行ヲ妨グルコトヲ得ルモノトスルハ甚ダ當ヲ得ザルコトデアル、是レ即チ前ノ賣主ニ制セラルルモノトシタ所以デアリマス

第五 同一ノ目的物ニ付イテ同一ノ順位ノ先取特權者ノ數人アル場合 例ヘバ給金ヲ受取ラナイ下女ガ二人居ル、或ハ炭トカ米トカラ買ツテ代金ヲ受ケナイ者ガ二人アルト云フヤウナ場合デアル、此場合ニ各先取特權者ハ其債權額ノ割合ニ應ジテ辨濟ヲ受ケルコトト爲ラテ居マス(三三二條)是ハ當然ノコトデアラテ殆ド明文ヲ要セザル譯デアリマス、何トナレバ何レノ點ヨリ觀察スルモ同等ノ權利デアラテ其間ニ毫モ優劣ヲ立ツル理由ガナイ、唯他ノ場合ニ付イテ規定ヲ設ケタ權衡上ヨリ此場合ヲモ規定シタモノニ過ギナイト考ヘル

第四節 先取特權ノ效力

此節ニ於テハ先取特權ト他ノ權利トノ關係即チ先取特權ノ目的ト爲レル物ヲ讓受ケタル者又ハ其物ノ上ニ質權其他ノ物權ヲ取得シタル者廣ク言ヘバ第三取得者ニ對スル先取特權ノ效力ヲ定メタモノデア

ル

先取特權ハ一ノ物權デアルガ故ニ他ノ物權ニ同ジク原則トシテハ第三取得者ニ對シテ其效力アルモノト謂ハナケレバナラス、然レドモ若シ絶對的ニ此效力アルモノトスルキハ大ニ取引ノ安全ヲ害スルコトト爲ル、故ニ法律ニハ此點ニ於テ先取特權ノ效力ヲ制限シテアリマス

不動産ニ關シテハ登記ノ制度アルガ故ニ第三者ノ利益ヲ保護スルニ缺クル所ハナイガ、動産ニ付イテ

ハ先取特權ノ存在ヲ公示スルニ此ノ如キ確實ナル方法ガナイ、動産ハ容易ニ數人ノ手ニ移ルコトヲ得ルモノ、デアルガ故ニ其上ニ存在スベキ權利ハ適法ニ取得シタル占有ノ在所ニ存スルモノトスル外ハナイ、故ニ物權編ノ總則ニ於テ動産ニ關スル物權ノ得喪ハ其引渡アルニ非ザレバ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ザルモノト爲テ居ル(一七八條)又或條件ヲ以テ他人ノ動産ヲ占有スル者ハ其動産ノ上ニ行使スル權利ヲ取得スト云フ規定モアル(一九二條)要スルニ動産權ハ或制限ヲ以テ占有ノ在所ニ存スルモノト看做スコトニ爲ラテ居ル

先取特權ニ關シテモ法理ハ一ツデアツテ第三取得者トノ關係ニ於テハ占有ニ重キヲ置カネバナラス、元來先取特權者ハ其權利ノ目的タル動産ヲ占有スルモノデナイ、故ニ債務者ニ於テ一タビ其占有ヲ第三取得者ニ移シタル後ハ最早先取特權者ニ追及權アルコトヲ認メラレマセウ、然ラザレバ第三取得者ハ不測ノ損害ヲ被ムルコトト爲テ大ニ取引ノ安全ヲ害スル譯デアル、尤モ此場合ニ於テ第三取得者ハ或ハ惡意デアツタカモ知レナイ、即チ其占有スル所ノ動産ハ先取特權ノ目的タルコトヲ知レルヤモ測ラレヌ此場合ニハ法律ノ保護ヲ受ケベキ理由ハ存セナイ譯デアル、如何ニモ登記又ハ引渡ヲ以テ單純ナル公示方法ト爲ス主義ヲ取ル以上ハ理論上斯ル場合ニハ第三取得者ヲ保護セザルコトガ正當デアルト謂ハレマセウ、然レドモ善意、惡意ノ別ハ人心内部ノ作用デアツテ之ヲ證明スルコトガ往往困難デアル、隨テ之ヲ事實問題トスルハ甚ダ危險デアル、故ニ立法者ハ善意ト惡意トニ別ナク恰モ先ニ登記ヲ爲シタ者ニ同ジク占有ヲ得タル第三取得者ヲ保護スル主義ヲ取ラタ(三三三條)即チ物權法ノ通則ニ據ラタモノデアリマス(一七七條、一七八條)

留置權ニ對スル先取特權ノ效力 第三取得者中ニ於テ先取特權ノ目的物ニ付キ留置權ヲ有スル者ニ對

シテ先取特權ハ如何ナル效力アルヤ、例ヘバ茲ニ代金ヲ拂ハズシテ或物ヲ買取タ者ガアル後ニ其物ヲ占有スル者ガアツテ之ニ付イテ償還ヲ求ムルコトヲ得ベキ費用ヲ出シタト假定シマセウ、賣主ト占有者トノ中孰レガ先ニ其物ノ代價ニ付イテ辨濟ヲ受クルコトヲ得ルヤ之ガ即チ留置權者ニ對スル先取特權ノ效力如何ノ問題デアル

此問題ハ曩ニ留置權ノ性質及ビ效力ニ關シテ説明シタル原理ニ據ラテ自ラ判斷シ得ルコトと思ヒマス、即チ留置權者ハ單ニ留置權者トシテハ留置物ノ代價ノ上ニ優先權ヲ有スルモノデナイ、故ニ今例ニ舉グタ場合ニハ賣主ハ留置權者ニ先チテ競賣代金ニ付キ辨濟ヲ受クルコトヲ得ルハ一點ノ疑ナイコトト信ズル、但曩ニ述ベタル如ク留置權者ハ多クノ場合ニ於テ同時ニ保存者タル如キ先取特權者デアアル、ニ例ニ舉グタ場合ハ故ラニ問題ヲ活カス爲メニ留置權者ガ先取特權者デナイ場合ヲ示シタノデアアル、多數ノ場合ニ於テハ留置權者ハ先取特權者トシテ優先權ヲ行フコトヲ得ル、唯如何ナル順位ノ先取特權ヲ有スルヤヲ定ムベキマデノコトデアアル、他ノ先取特權者ト競合スル場合ニハ縱令先取特權者デア

テモ其順位ガ低クケレバ凌ガルルコトハ同一デアアル
動産質權者ニ對スル先取特權者ノ效力 佛國民法其他之ヲ模範トスル諸國ノ法典ニ於テハ動産質權ハ之ヲ先取特權ノ一種ト看做シテアル、故ニ動産質權ト先取特權ト互ニ競合スル場合ハ單ニ順位ノ問題タルニ過ギナイ、然ルニ我民法ハ之ニ反シテ此二者ヲ別別ノ物權ト爲シタルカ故ニ其相互ノ效力ハ純然タル第三取得者ニ對スル物權ノ效力ノ問題デアアル、而シテ民法ハ先取特權ト動産質權ト競合スル場合ニハ動産質權者、質の觀念ニ基ク先取特權者ト同一ノ權利ヲ有スルモノト定メタ(三三四條)是ハ誠ニ至當ナルコトト考ヘマス、何トナレバ何レモ其根據ト爲ル觀念ヲ一ニスルモノデアアル、而シテ其效力

ハ先ニ述べタ如ク其益費用ノ先取特權ヲ有スル者ニ制セラルル外ニ一般ノ原則トシテ他ノ先取特權者ニ勝ツコトニ爲ルガ故ニ強キ效力アルモノト謂ハナケレバナラヌ

一般ノ先取特權ヲ以テ第三者ニ對抗スルニハ如何ナル條件ヲ要スルヤ、一般ノ先取特權ト雖モ別段ノ定ナキトキハ之ヲ登記スルニ非ザレハ第三者ニ對抗スルコト能ハザルモノト謂ハチバナラヌ、然ルニ若シ此種ノ先取特權ニ付イテ登記ヲ必要トスルモノトセバ之ヲ實行スルコト甚ダ困難デアアル、即チ動産ニ付イテハ公示ノ方法ナキハ言フマデモナク、不動産ニ付イテモ各不動産ニ付イテ一ニ登記ヲ爲サチバナラヌコトト爲ル、此ノ如キハ實ニ煩雜ニ堪ヘザルコトデアリマス、而シテ其結果ハ殆ド此種類ノ先取特權ヲ認メタル目的ヲ達スルコト能ハザルコトト爲ル、故ニ法律ハ一種ノ折衷法ヲ設ケテ縱令登記ヲ爲サザルモ特別擔保ヲ有セザル債權者ニ對シテハ其效力アルモノトシ登記ヲ爲シタル第三者ニ對シテハ登記ナキ限ハ效力ナキモノト定メラレタノデアアル、甚ダ煩ハシキ手續ヲ踐マチバナラヌコトトデアアルガ取引ノ安全ヲ維持スル爲メニ必要ナリトノ考ニ出デタノデアリマス(三三六條)

不動産保存ノ先取特權ハ保存行爲完了後直チニ登記ヲ爲スコトヲ要ス(三七條)其理由ハ若シ登記ノ前後ニ依リ保存行爲アリタル以前ニ登記ヲ爲シタル第三者ヲ凌グコト能ハザルモノトスレバ殆ド此先取特權ヲ認メタル實ナキコトト爲ル、然レドモ又保存行爲ガ終了シタルニモ拘ハラズ、徒ニ登記ヲ延滯スルコトヲ得ルモノトスレバ第三者ニ損害ヲ及ボスコト尠シトセナイ、是ヲ以テ法律ハ保存行爲ヲ完了シタルトキハ即時ニ登記ヲ爲スコトヲ必要トシタ譯デアアル

不動産工事ノ先取特權ニ付イテハ若シ其登記前ニ登記ヲ爲シタル一切ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ザルモノトスレバ是レ亦殆ド其效用ナキニ至ル譯デアリマス、然レドモ又第三者保護ノ爲メニハ此先取

テノ加工ヲ施ストキハ(現行貨幣制度上)偽造ト爲ル場合ノミナル可シ(3)紙幣ハ實價無キカ故ニ銘價ノ變更ハ即チ其變造タル可キモ現存スル紙幣ノ文字紋章ノ相違ヲ比較スルトキハ實際銘價ノ變更ノミニ依リ他ノ通用紙幣ニ酷似スルニ至ル場合ナシ

三 行使……貨幣ヲ行使スルトハ之ヲ流通ニ置ク(Unverkehrbringen, Matrean Coins)ヲ謂フトスルノ説ト貨幣トシテノ用ヲ充タス總テノ場合ヲ謂フトスルノ説トアリ(1)其偽造者又ハ變造者カ自ラ眞貨ニ裝ヒテ使用シタル場合ノ行使タルハ毫モ疑ヲ存セスト雖モ他人ヲ介シテ使用セシメタル場合ニ付テハ議論アリ余ハ眞貨トシテ使用セントスル意アル者ニ引渡スル(賣買讓與ヲ分タス又其者眞貨ニ非サルヲ知ルトキモ)亦行使ナリトスル見解ニ贊同ス(Liszt § 153, Frank § 146 II 等(2)之ニ反シテ或場合ニ人ニ偽造又ハ變造ノ貨幣ヲ展示シ之ヲ眞貨ナリト誤信セシメタリトスルモ自身ハ勿論他人ニモ之ヲ流通セシムル意ナキ場合ハ) *Rid. Stengl. 4* 及ヒ一二判例ノ外ハ) (Liszt § 156, Finger Co. 321, Frank § 146 II Geyer II 98, Osh. § 146, 6 等)盡ク之ヲ行使ニアラスト斷セリト雖モ亦是貨幣トシテノ用ヲ充タシタリト認ム可キ場合ニハ行使アリト謂フヘシ

(1) 嘗テ或外國ニ於テ或銀行ノ發行シタル紙幣ト極メテ判別シ難キ物ヲ製造シテ之ヲ賣渡シタル者アリ當時其賣渡人ヲ紙幣偽造行使者トシテ處罰スヘキヤ否ヤニ付キ一問題ト爲レリ一派ノ學者ハ貨幣トシテ世上ニ流通セシメタルニ非シテ一箇ノ印刷物トシテ賣買シタルニ過キス固ヨリ紙幣ニ酷似シタル物ヲ製造シタルノ點ニ於テ偽造罪ニ問ハサルヘカラサルハ論ヲ俟タスト雖モ偽造タルノ情ヲ告ケテ賣渡シタルカ如キハ貨幣トシテノ行使ト云フヲ得スト論定セリ然レトモ他ノ一派ノ學者ハ之ニ反對シテ曰ク本問題ノ製造者カ買受人ニ讓渡シタルノ點ノミヲ以テ印刷物ノ賣買ニ過キスト爲スハ法文ニ官印若クハ私印ト謂ヘルハ印刷ノ意味ナルヤ或ハ印刷ノ意味ナルヤ文字自體ヨリハ其何レトモ決スルニ途ナシ隨テ之ニ關スル學說モ一致スル能ハスト雖モ法律カ官印又ハ私印ノ偽造行使ヲ罰スル所以ノ法理ニ遡リテ考フレハ寧ロ印影ヲ指スト解スルヲ正當ナリトセンカ抑モ此等ノ犯罪ハ人ノ信用ニ關スル實害又ハ其實害ノ危險ヲ豫防スルノ精神ニ出テタリ印刷ハ之ヲ文書又ハ其他ノ物ニ押捺シ其文書又ハ物品ヲ行使スルニ因リテ初メテ此ノ如キ實害又ハ危險ヲ生ス可シ故ニ影蹟ヲ現ハス材料ニ過キサル印刷ノ如キハ此カ製造成ルモノ印ノ偽造ハ尙ホ未タ成立シタリト謂フヲ得スト云ハサルヘカラス

他ノ方面ヨリ尙ホ右ニ述フル所ノ意見ヲ確ムルコトヲ得ヘシ即チ

第一 自ら印刷ヲ製造スルコトナクシテ單ニ眞印ノ影蹟ヲ盜ミタルノミヲ以テ刑法第一九七條ニ明カニ其罪ヲ認メタリ

第二 全ク印刷ヲ製造セシテ筆又ハ其他ノ器具ヲ用ヒテ影蹟ノミヲ書類其他ノ物ノ上ニ現出シタルトスルモ固ヨリ有罪トシテ論斷セサルヘカラス

以上二個ノ場合アルカ爲メ直チニ印刷ノ偽造ハ偽造罪ヲ成サント云フ決論ヲ下ス能ハスト雖モ尙クモ此等ハ本罪ノ主眼點カ印刷ニ在ラスシテ印影ニ在ルヲ知ルニ足ルヘシ

本文「此解釋ヲ採ルトキハ云云以下」……此ノ如ク官印偽造ノ成立不成立ヲ影蹟ノ現出ト云フ點ニ依リテ區別スルトキハ左ノ如キ注意ヲ爲ササルヘカラス

- (一) 官印ノ偽造行爲ニ着手シタルヤ否ヤハ印刷ノ製造ニ着手シタルヤ否ヤト云フ點ニ依リテ決セシメシテ影蹟ノ現出ニ着手シタルヤ否ヤヲ以テ決セサルヘカラス
- (二) 本罪ハ影蹟ヲ主眼トシ其影蹟ヲ現出スルニ付キ印刷ヲ用ヒタルト印刷以外ノ物ヲ用ヒタルトヲ區別セサルカ故ニ例ヘハ筆ニ依リテ官印ノ影蹟ヲ畫カントスル途中ニ於テ他ヨリ妨ケラレタル場合ニハ偽造ニ着手シテ遂ケサルモノト云フヲ妨ケス

(2) 模擬シタル所ノ影蹟(通説ハ印題)ハ眞ニ存スル御璽國璽官公署官公吏ノ印影ニ酷似スルコトヲ要スルカ人ヲシテ眞ニ存ス可シト信セシム可キ印影タニ製出セハ以テ偽造ト云フヲ得ルカ其大小形狀文字紋章等ノ法令ニ依テ定メラレタルモノハ眞物ニ酷似スルコトヲ要シ然ラサルモノハ人ヲシテ眞物タル如ク誤信セシムルニ足ルヲ以テ十分ナリト解釋セサル可カラサルニ似タリ

嘗テ貨幣ノ偽造變造罪ヲ説明スルニ當リ其偽造又ハ變造サレタル物ハ今日我日本ニ於テ貨幣法ニ基キ現ニ存スル通貨ニ類似セサルヘカラスト述ヘタリ勿論此點ニ付テモ反對論アルコトヲ忘ルヘカラス而シテ余カ此ノ如ク論定シタル所以ハ通貨ナルモノカ貨幣法ト云フ一個ノ法令ニ因リ其形式カ國

法上一定ナルルヲ以テナリ若シ此論ニシテ誤ナシトスレハ官印又ハ公文書ノ類モ同一ノ標準ニ基キ本文ニ述フル如キ區別ヲ立テサルヘカラス今日我日本ニ於テ官署公署等ニ使用スル印類ノ類ハ多クハ法令ニ依リテ其形式ヲ定メラレタリト雖モ尙ホ然ラサルモノ尠シト爲サス故ニ其各場合ニ付キ區別ヲ立テテ論セサルヘカラス今一例ヲ舉タレハ日本帝國美術省ノ印ト刻シタル物ヲ製造シタリトスルモ此ノ如キ所爲ハ官印偽造罪トハ爲ラス之ニ反シテ已ニ存スル或官署公署ノ一定ノ方式ヲ具ヘタル影贋ナリト信シ得キ物ヲ製造シタルトキハ茲ニ初メテ罪ト爲ルナリ

三 使用……使用トハ偽印ノ押捺其他ノ方法ヲ以テ文書其他ノ物品ノ上ニ影贋ヲ現出スルヲ謂フカ又ハ其影贋アル文書其他ノ物品ヲ行使スルヲ謂フカ(1) 編纂ノ沿革竝ニ行使ト云フ他ノ文例ノ比較上第二ノ意義ニ解スルヲ正當トス(Dossamade c. p. n.) (2) 但ハ印影ノ現出ノミヲ以テ證明ノ用ヲ完フスル場合例官ニ備付クヘキ帳簿類ニ捺印スハ別ニ文書其他ノ物品ノ行使アルヲ要セサル可シ

(1) 同シク偽造物ノ行使ニ關シテ官印ノ場合ハ使用ナル文字ヲ用ヒ文書ノ場合ニハ行使ナル文字ヲ用フルトモ何カ故ニ此ノ如キ異ナリタル文字ヲ用フルヤト云ヘハ現行刑法ハ起草者ノ意思ヲ繼受シテ官印ノ場合ノ使用ハ影贋ヲ現出シタル書類其他ノ物ノ行使ヲ謂フモノニシテ偽文書ノ場合ニ單ニ行使ト謂ヘルハ直チニ其文書ノ用ヲ滿タスノ意味ニ用フルト云フ普通ノ解釋ヲ正當トス、
(2) 今之ニ相當スル實例ヲ舉ケンカ例ヘハ訴訟記録ノ如キ官署ニ備付クヘキ書類若クハ既ニ其以前ヨ

リ官署ニ備付ケラレタル文書ニ付テハ單ニ影贋ノ現出ト云フ行爲アレハ備付官文書トシテノ用ハ同時ニ滿タシタルモノナリ尙ホ他ノ一例ヲ舉クレハ度量衡若クハ對物的免許ノ記號ノ類ハ其印ヲ押用スルト同時ニ押用サレタル物ハ免許トシテ用ヲ滿タスナリ此類ノ文書又ハ物品ハ偽印ノ押捺ト同時ニ物ノ行使モ業ニ既ニ在リタリト判定スルヲ妨ケス

四 官印ハ其偽造ト使用ト各一罪ト爲ルコトヲ得ルハ法文ニ又ハ云云トアル

ニ照シテ明ナリ但同一人ノ手ニ合セラレタルトキハ一罪アルニ過キス
物ノ偽造又ハ使用ニ因リテ成立スル犯罪ハ現行刑法ニ於テ兩者相俟テ已遂ト爲ルト定メラレタルモノアリ例ヘハ文書ノ如シ然レトモ官印ノ如キハ各所爲各一罪ト爲リ得ル規定ヲ設ケラレタリ故ニ此點ニ付キ左ノ如キ斷定ヲ下ササルヘカラス

第一 官印ヲ偽造セントシテ遂ケサル場合ハ官印偽造未遂犯トシテ處分スヘク其偽造行使ノ未遂犯トシテ處罰スルヲ要セス

第二 同一ノ理ニ依リ偽印ヲ使用セントシテ遂ケサル者ハ偽印使用未遂犯トシテ處分スヘク官印ノ偽造使用トシテ處罰スルヲ要セス

第三 但偽造ト使用トハ官印ノ如キ場合ニハ明文アルカ爲メ別罪ヲ成シ得ルト云フニ止マリテ若シ同一人カ此兩者ヲ兼犯シタルトキハ別ニ二罪俱發トセス單ニ一個ノ偽造使用ト解スル詭ヲ正當トス即チ之ヲ分離スレハ二罪ト爲リ合スレハ一罪タルニ過キサル性質ノモノト解スヘキナリ

五 官印盜用(刑法一九七條)……盜用ハ真正ナル璽印ノ影贋ノ權限ナキ使用ナ

リ(1)權限ナクシテ押捺スルト權限内ニ押捺サレタル影蹟ヲ權限外ニ使用スルトト分タス(例眞印ノ影蹟ヲ切抜キ使用ス)(2)本罪ハ文書其他ノ物品ヲ行使スルニ非サレハ罪ヲ成サストスル說アリト雖モ偽造ト使用トヲ獨立罪ト爲シタル官印ニ關スルヲ以テ盜用ノ場合モ亦盜奪ト使用トハ各一罪ト爲ルコトヲ得ト信ス

盜用ハ云云……使用ナリ 刑法第一九七條ニ所謂盜用ナル文字ハ竊盜強盜ノ場合ノ如キ或財物ノ所持ノ移轉ヲ意味スルニ非スシテ法律上ノ性質ニ基キ權限ナクシテ使用スルノ意味ナリ故ニ眞正ナル官印ノ印類ヲ竊取スル如キハ毫モ本罪ノ成立ニ必要ナラス單ニ影蹟ノ不當ノ使用ト解釋スヘキナリ(1)影蹟ヲ現出シタル初ニ於テ其行爲カ無權者ノ手ニ出ラタルト有權者ノ手ニ出テタルト區別セサルカ故ニ例ハ職權ナキ者カ看守人ノ隙ヲ窺フテ眞印ヲ押用シタルト又有權者カ職務上捺用シタル影蹟ヲ自儘ニ他ノ權利事項ニ使用スルトハ其ニ盜用罪タリト云ハサルヘカラス

(2)盜用罪ニ關シテ官印ノ場合ト(一九七條)私印ノ場合ト(二〇八條)ヲ同一ニ解スヘキモノナリヤ或ハ其解釋ヲ異ニスヘキモノナリヤ即チ影蹟ノ權利ナキ現出ト其使用ト相俟テ初メテ此二罪共ニ已遂ト成ルト解スヘキヤ或ハ差別ヲ立ツルコトヲ得ルヤノ問題ヲ決セサルヘカラス而シテ之ヲ解決スルニハ宜シク左ノ諸點ニ鑑ルヘシ

(一) 刑法カ同一文字ヲ異ナリタル意味ニ使用スルニハ特別ノ理由無カルヘカラス予ハ官印盜用罪ニ付テハ特別ノ理由アリト思惟ス

(二) 支那ノ熟語ハ例ヘハ續ケテ盜用ト用フル場合ト雖モ盜又ハ用ノ意味ナルカ盜且用ノ意味ナルカハ初ヨリ之ヲ決スルコトヲ得ス必スヤ他ニ何等カノ根據アリテ初メテ其何レナルヤヲ決スヘキナ

(三) 官印ノ盜用ニ付テハ文字ハ私印ノ盜用ト同一ナリト雖モ之ト異ナリタル解釋ヲ下スヘキ特別ノ理由アリト思惟ス即チ他ノ第二九四條以下第二九六條ニ至ル三條ノ場合ニ於テ偽造ノ行爲ト使用ノ行爲トカ各自一罪ヲ成シ得ル明文アリ何故ニ獨リ權利ナキ使用ノ場合ノミ其盜用ト使用ト相俟ツニ非サレハ處罰スルコトヲ得スト解釋セサルヘカラスヤ是ニ至リテ突然其標準ヲ換ヘタリト論スルニ付テハ却テ其理由ヲ示ササルヘカラス殊ニ熟語ノ分レテ使用サレ得ルコトハ覆沒其他ノ文字ニ於テ多ク其例ヲ見ル所ナリ

本節ノ說明ヲ終ルニ臨ミ諸子カ研究ノ爲メ二三ノ適用問題ヲ掲ケ置クヘシ

第一 二個ノ古郵便切手ヲ綴合セタル所爲ハ偽造ナリヤ變造ナリヤ將タ無罪ナリヤ

第二 現ニ配達シ終リテ偶ハ消印無カリシ郵便切手ヲ再ヒ貼用シタル者ヲ第一九九條ニ依リテ處分スルコトヲ得ルヤ

第三 第二ニ掲ケタル問題ハ若シ之ヲ偽造罪ナリトスレハ單ニ一個ノ偽造罪トシテ處分スヘキカ又ハ偽造罪ト不貼用若クハ再貼用トノ二罪俱發ト云フコトヲ得ルヤ

第三節 文書偽造罪概論

近來獨逸ノ刑法學者ハ文書偽造罪ノ場合ニ於ケル文書ナル文字ヲ非常ニ廣義ニ解釋シ證據物ト云フ

ト全ク同一意味ニ解スル者甚タ多シ然レトモ此ノ如キ廣義ノ解釋ノ行ハルル所以ハ一ニ獨逸語ノ
Drandeト云フ語ノ意味カ斯ク廣義ニ解スルモ妨ナシト爲スニ在ルカ如シ我日本ニ於テハ之ヲ常識
ヨリ謂フモ又法理上ヨリ謂フモ文書即チ證據物ト云フカ如キ解釋ヲ許ササルコトハ殆ト論ラ俟タス
而シテ證據物中ノ或特種ノ物ヲ限リ其何物ニ限ルヘキヤカ即チ文書ノ刑法上ノ意味ヲ決定スルコト
ト爲ルナリ

一 文書ノ偽造又ハ變造トハ證據文書ノ眞正ヲ模擬偽造又ハ變更變造シ以
テ其文書ノ證明セントスル事項(權利又ハ義務若クハ事實)ノ眞正ヲ誤解ス可
キ體裁ニ達シタルヲ謂フ

右ハ文書ノ偽造變造ノ定義ニシテ詳細ハ以下ノ説明ニ於テ之ヲ述ヘン

二 文書ハ國語又ハ國語ニ代ル可キ(例電信又ハ盲者ノ)符號ヲ以テ故ニ繪畫
ヲ除ク或物品ノ上ニ附著セシメタル思想ノ説明ナリ (Friedman G. S. XLVII 412)
下足札名刺ノ類ハ思想ノ説明ニ非サルヲ以テ共ニ刑法ニ謂フ所ノ文書ニ非ス
凡ソ文字ニハ單ニ音ヲ表ハスモノト意義ヲ表ハスモノトニ様アリテ共ニ其思想ヲ發表スルノ手段
ニ供セラルルナリ故ニ彼ノ書體ノ如キハ法律上文字ノ成立ニ無關係タルハ全ク疑ヲ容レス獨リ問題
ト爲ルハ更ニ文字ニ代ル所ノ符合ト單純ナル繪畫ニ依リテ或證據ノ文書ヲ作成シタル場合ノ二是ナ
リ

第一 文字ニ代ルヘキ符號ニ電信ノ符號并ニ盲者ニ使用セシムル符號ノ二アルハ廣ク人ノ知ル所ナ
リ此等ノ符號ノ如キハ其使用ヲ爲ス人ノ區域餘リ廣カラスト雖モ直チニ文字ニ代ルヘキモノニシ
テ思想ヲ表白スル上ニ於テハ敢テ文字自體ト區別無キカ故ニ之ト同一ニ論セサルヘカラス尙ホ速
記文字ノ如キモ之ト全ク相等シキナリ

第二 單純ナル繪畫ニ依リテ思想ヲ表白シタルモノカ尙ホ文書ト云フコトヲ得ルヤ否ヤハ極メテ疑
ハシキ問題ナリト云ハサルヘカラス彼ノ支那文字ノ如キモ書體ノ如何ニ因リテハ繪畫ト區別スル
能ハサルノミナラス之ニ依リテ一定ノ思想ヲ説明シ得ルコトモ亦爭無キ所ニシテ之ヲ文書ノ中ニ
包含スヘシト爲ス者尠カラスト雖モ日本在來ノ用語トシテ繪畫ト文書トハ明カニ之ヲ區別シ來レ
ルノミナラス法律上證據書類ト云フ如キ場合ニハ單純ナル繪畫ハ包含セスト爲スヲ以テ一般ノ思
想ニ適合スルモノト云ハサルヘカラス但土地若クハ家屋ノ形狀ヲ示スカ爲メ一定ノ繪畫ト同時ニ
其説明ノ文字ノ加ヘラレタル彼ノ繪圖ノ如キモノハ固ヨリ予ト雖モ文書ノ中ニ包含スト斷言スル
ニ躊躇セスト雖モ單ニ繪畫ノミヲ附着セシメタルモノハ文書ニ非スト信ス勿論第一四一條第二項
ノ如キモ間接ニ右ニ述フル所ヲ確ムルモノタルニハ相違無シト雖モ予ノ斯ク斷言スル所以ハ證據
文書ノ偽造變造ヲ處罰スル立法上ノ理由ヲ視テ論定シタルナリ

文字及ヒ文字ニ代ルヘキ符號ノ附着セシメラレタル物品自身ハ其紙ナルト織物ナルト木材ナルト金
屬ナルトハ問フ所ニ非ス然レトモ之ノ附着セシメテ成立シタル所ノモノカ一定ノ思想ヲ示スニ足ル
ヘキ章句ヲ爲スニ非サレハ尙ホ以テ交書ト云フヲ得ヌ彼ノ文人墨客ノ類カ額若クハ掛物ニ山高水清
又ハ山紫水明等ノ文字ヲ書シタリト假定セン此行爲タルヤ筆勢ヲ示スカ爲メノ一個ノ美術品ニシ
テ別段如何ナル山カ高ク如何ナル水カ清キカラ示シタリト云フコトヲ得ヌ又名刺若クハ下足札ノ類

モ氏名又ハ番號ヲ表ハシタルノミニシテ其氏名又ハ番號ノ文字カ何等ノ思想ヲモ發表スルコトナシ
或ハ此等ノモノハ他ノ狀況ニ合併スレハ固ヨリ一定ノ事實ノ證明ノ用ニ供セラレサルニ非スト雖モ
是レ其狀況ト文字トノ集合ニ因リテ唯或事實ノ判斷ヲ輔タルノミニシテ文字自體ニ因リテ何等ノ思
想ヲモ説明セス故ニ此等ノモノハ文書ニ非スト云ハサルヘカラス

三 偽造變造ノ罪ヲ成ス可キ文書ハ少數ノ反對ヲ除ク(例 Beleg) 外證據ニ關ス
ルモノナラサル可カラストスル說多數ヲ占ム但シ證據ニ關スル文書トハ證據
ノ用ニ供スル目的ニ成レルヲ謂フカ(主觀說) 證據ノ用ニ供スルニ足ルヲ謂フ
カ(客觀說 Beweisfunktion od. fähige) ハ議論カ分ル(Berner, Liszt, Meyer 前説 V. Buri, Fer-
ri) 後説予ハ偽造又ハ變造シタル文書ニ證據トナル可キ體裁(Beweischarakter)
(偶然ト必然トヲ分タス) ナカル可カラストノ意義ヲ以テ後説ヲ贊ス(思想ノ說
明カ物品ノ上ニ永著スルコトヲ必要ト爲スカ如キ亦其一結果ナリ)

獨リ文書ノ問題ニ限ラス主體ノ目的ノ問題ト客體タル物自身ノ體裁ノ問題トハ常ニ區別シテ論セサ
ルヘカラス彼ノ貸借證書ノ類ハ之ヲ作成スル者ノ意思ヨリ論スレハ悉ク證據ノ用ニ供スルノ目的ニ
成ルモノト云ハサルヘカラス然レトモ其作成者ノ目的ヲ離レテ單ニ證書ノ體裁ヨリ觀察ヲ下セハ殆
ト何等ノ效用ヲモ爲ササル形式上ノ大缺點アルモノト云ハサルヘカラス又其反對ニ體裁ノ上ヨリ察ヘハ文書ノ
證據書類ト云フニ於テ何等ノ缺點無キニ拘ハラズ作成者カ之ヲ作成スル當時ニ在リテハ毫モ後日ノ

證據ト爲スノ意思ナクシテ作成シタルモノト尠カラス注文者カ手紙ヲ以テ物品ノ注文ヲ爲シタル場合
ノ手紙或ハ單純ナル信書ノ類ハ多ク之ニ屬スヘシ然レトモ信書カ文書タルコトハ言ハ俟タス此ノ如
ク文書ノ作成ナルル初メニ題レハ證據ト爲スノ意思ニ出テサルモノモ尙ホ後日其文書ヲ證據書類ト
爲スコトヲ妨ケサルカ故ニ彼ノ刑法ニ所謂文書ハ證據ノ用ニ供スル目的ニ成リタルモノニ限ルト爲
ス主觀說ノ不當ナルコトハ多言ヲ要セスシテ明カナリト云ハサルヘカラス唯新ニ作成シ若クハ變更
ヲ加ヘラレタル文書自身カ各各其用ヲ滿タスノ範圍内ニ於テ證據ト爲シ得ルノ體裁アレハ之ヲ文書
ト謂ヒテ妨ナキナリ

文書ノコトヲ論スル者ノ中ニテ思想ノ説明ハ或物ノ上ニ永著サルルコトヲ必要トスルカ故ニ塗板ノ
上ニ白墨ヲ以テ或事項ヲ印シタル如キハ證據文書ニ非スト論スル者アリ而シテ永久附着スルカ單ニ
一時ノ爲メナルカハ固ヨリ程度ノ問題ニシテ時間ノ觀念ヲ離レテ説明スルコトヲ得スト雖モ書類ハ
證據物中ニ於テ信用ノ關係上重キヲ置カルル所以カ比較的水久其思想ノ説明ノ保存セララルルニ在リ
此事實ヨリ推測シテ刑法ニ所謂證據文書ハ少クトモ比較的水久之ヲ保存シ得ル體裁ヲ以テシタルモ
ノナラサルヘカラス 信ス

四 偽造變造ノ性質ハ貨幣ニ付テ述ヘタル所ニ同シ(行使スル目的即チ證據
ノ用ニ供スル目的(Beweischarakter))ヲ以テ無權者カ(新ニ證據ト爲ル可キ體裁ノ
文書ヲ製出スルハ偽造ニシテ真正ナル證據文書ニ變更ヲ加フルハ變造ナリ止
タ一ノ文書ノ偽造變造ニ特別ナル問題ハ其他人ノ名義ヲ以テシタル場合ノミ

罪ト爲ルカ自己ノ名義ヲ以テスルモ罪ト爲ルコトアルカノ點是ナリ第一ノ場
合ニ限テ有罪視スルヲ獨逸學者ノ常トス(例、Frank s. 3342, List §. 563)ト雖モ之ヲ
決スルハ自己ノ名義ヲ以テシタル文書ヲ證據トシテ他人ニ對抗スルコトヲ得
ル場合アリヤ否ヤノ一點ニ歸著ス可シ(例、刑法二〇五條商業帳簿)

偽造變造ト云フ行爲自體ニ付テハ別段説明スヘキ點ナシ獨リ文書偽造ニ極メテ大切ナルハ作成者ノ
名義ヲ詐ルコトヲ必要トスルヤ否ヤノ問題ナリトス換言スレハ自己ノ名義ヲ以テ自己カ詐ノ事實ヲ
記載シタル文書ヲ作成シタルモノモ尙ホ處罰スルコトヲ得ルヤト云フニ在リ獨逸ノ大多數ノ刑法學
者ハ文書ノ偽造ハ文書ノ作成者ノ氏名ヲ詐稱ナリト解釋シ自己ノ氏名ヲ署スルハ偽造ニ非スト論ス
レトモ予ハ之ニ反對ノ意見ヲ有スルモノナリ左ニ之ヲ述ヘン

第一 日本刑法ノ解釋上第二〇五條ノ如キハ明文上作成者ノ氏名ヲ詐稱セストモ記載事項ノ偽ナル
カ爲メ罪トナルコトヲ明記シタルモノト云ハサルヘカラス

第二 第二〇五條ノ如キ明文ナキ場合ト雖モ自己ノ氏名ヲ署シ自己ノ作成シタル文書ニシテ尙ホ他
人ニ證據ト爲スコトヲ得ル書類アレハ之カ爲メ他人ニ利害ヲ及ボシ信用ノ實害又ハ危險ヲ生セシ
メ得ルモノナルヲ以テ之ヲ不問ニ附スルノ理由ヲ見出ス能ハス彼ノ商業帳簿ノ類ハ相手方ニ於テ
自己ノ利益ナル部分ヲ引用スハレ作成者ハ其帳簿内ノ相手方ニ不利益ナル部分ヲ引用スルコトヲ
得ルナリ故ニ若シ之ヲ自儘ニ増減變更シテ事實ノ誤解ヲ招カシムヘキ體裁ト爲シタルトキハ文書
偽造トシテ處罰スルヲ妨ケサルナリ

刑法學上ノ用語ニ文書ニ付テハ有形ノ偽造及ヒ無形ノ偽造ナル語アリ有形ノ偽造トハ資格ヲ偽リ若
クハ既存ノ文書ニ變更ヲ加フル如キ文書ニ現ハレタル物質夫レ自身ニ偽アルヲ謂ヒ無形ノ偽造トハ
第一、自己ノ氏名ヲ用ヒテ自ら其文書ヲ作成スルニ當リ單ニ文書ヲ示ス事實ヲ偽ル場合、第二、資格
アル者ニ虛偽ノ申立ヲ爲シ事實ニ相違シタル文書ヲ作成セシムル如キヲ謂フ共ニ作成者自身及ヒ作
成者ノ記載シタル文字ニ偽ナク唯其指示スル内容ニ偽アル場合ナルヲ以テ之ヲ無形ノ文書偽造ト稱
シタルナリ

現行刑法カ無形ノ偽造ヲ有形ノ偽造ト同一ニ處罰スヘキカト云フニ左ノ如ク區別ヲ立テテ答ヘサル
ヘカラス

第一 第二〇五條ノ如ク假令自己ノ氏名ヲ用ヒテ爲スモ之ヲ處罰スルノ明文アル場合ハ問題ト爲ラ
ス

第二 此ノ如キ明文ナシトスルモ證據ノ用ニ供スルコトヲ得ル書類ニ係ルトキハ自己ノ氏名ヲ用ヒ
テ自ら作成シタルトスルモ事實ニ偽アレハ同シク處罰セサルヘカラストハ前ニモ述ヘタル所ノ如
シ

第三 問題トシテ最モ注意ヲ要スヘキハ彼ノ一私人カ偽ヲ述ヘテ官吏若クハ公吏ニ事實ニ相違シタ
ル文書ヲ作成セシメタル場合カ罪ト爲ルヤ否ヤノ一點ナリ本論ハ最モ議論ノ岐ルル問題ニシテ管
テ我大審院ノ判決例ハ有罪說ヲ採リシモ近來ハ亦無罪說ニ改メタルヤニ聞キ及ヘリ而シテ學說ノ
方面ニ在リテハ草案ノ如キ(草案一八四條)明文ナキヲ理由トシテ無罪ト論スル者多キカ如シ然レ
トモ予ハ寧ロ疑問ナカラ有罪說ヲ以テ妥當ト信ス勿論情ヲ知ラサル官公吏ハ其關係ニ於テハ申立

人ノ機械ト爲リタルモノニ過キス即チ官公吏ノ手ヲ借りテ而モ一私人ハ作成者タル官公吏ノ氏名ヲ借りテ不實ノ事項ヲ示シタル證據書類ヲ作成シタルモノト云ハサルヘカラス

五 文書ノ偽造變造ハ文書自體ノ真正ヲ模擬變更スルニ因テ罪ト爲ルカ文書ノ指定スル事項ノ真正ヲ害ス可キ體裁アルニ因テ罪ト爲ルカ蓋シ官公文書ハ各其權限内ニ於テ之ヲ調製スルコトヲ要スルノミナラス亦其程式ヲ遵守シ一旦成立シタル文書ノ現狀ヲ保持ス可キモノナルカ故ニ(例登記訴訟記録ノ類皆然リ)文書自體ノ真正ヲ模擬變更スルニ因テ罪ト爲ル可キモ私文書ニ至テハ却テ其不定スル事項ノ真正ヲ證明スルヲ主眼トスルカ故ニ之ヲ害ス可キ體裁アルニ因テ初テ罪ト爲ル可シ(例一ヲ壹ニ改ム)刑法論(90)頁反對

右ニ論スル所ハ之ヲ略言スレハ文書ノ偽造又ハ變造カ其文書ノ用ニ從テ害ヲ生シ得ヘキモノナレハ有罪ト爲リ若シ何等ノ害ヲモ生シ得ヘカラサルモノナレハ罪ニ非スト云フ原則ノ適用ヲ示シタルモノナリ而シテ官公文書ノ如キハ獨リ其文書ノ示ス事實ヲ證據立ツルノミナラス同時ニ其調製ノ方法等カ職務ノ完全ニ行ハレ居ルヤ否ヤヲ示シタルナリ此ノ如ク形式ヲ勵行スヘキモノナルカ故ニ例ヘハ「一」ヲ「壹」ニ改ムルカ如キ毫モ事實ニ變更ヲ來ササルモノト雖モ單ニ文字ヲ變更スルノミニ因リテ罪ト爲リ得ヘシ之ニ反シテ私文書ノ類ハ文書ノ示ス事實ヲ證明スルヲ以テ主眼ト爲スカ故ニ之ニ何等ノ變更ヲモ來ササル如キ場合ハ概シテ罪ト爲ラス然レトモ其示シタル事實カ實際存在セシト

毫モ異ナラスト云フ點ヲ以テ必スシモ常ニ其文書ノ製造ヲ偽造ニ非スト斷言スルコトヲ得ス彼ノ貸借證書ノ如キ債權讓渡ノ上ニ於テ證書ノ存在スルト否トハ法律上其效力ヲ異ニス故ニ無證書ノ貸借ヲ債權者カ自儘ニ證書ヲ調製シタルトキハ害ヲ生シ得ヘキ製造ニシテ偽造罪ト云フヲ妨ケス而シテ右ニ述フル私文書ノ關係ハ其實害ヲ生シ得ヘキ偽造タルヤ否ヤカ先決問題ト爲リテ此ノ如キ決定ヲ視ルナリ

六 偽造又ハ變造ニ依テ真正ヲ害センコトヲ企テタル事項ハ其如何ナル事項タルヲ問ハサルカ官公文書ヲ除ク外苟モ其事項ニシテ文書ノ證明セントスルモノニ關係ナキ以上ハ罪ニ非スト解スル說ニ左袒セントス但關係文書ノ主タル證明事項ニ非サルモ可ナリ

茲ニ述フル所ハ文書ノ内容トナレル事實ノ如何ナル種類ニ屬スルモノハ其實害ヲ僞ルニ因リテ罪トナルヤト云フ問題ナリ而シテ偽造變造ヲ罪トシテ處罰スル所以ノモノハ他人カ或事實ヲ證明シテ害ヲ被ムラシムルト云フ點ニ出ツ果シテ然リトセハ假令文書ノ示ス所ノ事實ヲ僞リタルトスルモ之カ爲メ其證據書類ニ因リテ利害ヲ及ボササル所ノモノハ罪ヲ爲サスト解セサルヘカラス又此理論ヲ貫徹セシメント欲セハ一定ノ證據書類カ主トシテ證明セントスル事實ニ係ルト從テシテ證明セントスル事實ニ係ルトハ之ヲ區別スヘカラスルノ道理ナリ例ヘハ金錢ノ借用證書ハ借入レタル金額利息ノ有無返済ノ期限及ヒ其方法等ヲ主トシテ證明セントスル所ノ書類ナリ故ニ此等ノ事實ニ關シ僞偽ノ文書ヲ調製シタル者アレハ其罪ヲ成スハ論ヲ俟タスト雖モ例ヘハ借用者ノ年齢ノ如キハ借用證書ト



シテハ身分證書ニ非サルカ故ニ主タル證明事項ニ非スト雖モ契約ノ效力ニ影響ヲ及ホス事實ニシテ他人ニ利害ノ關係アルヲ以テ之ヲ増減變更スレハ罪ト爲ルヘキ場合アリト云ハサルヘカラス
右ノ例ニ謂フ所ハ主タル證明事項若クハ從タル證明事項ニ付キ他人ノ利害ニ關スル變更ヲ加フルモノナルカ故ニ罪ト爲ル場合アリト云ハサルヘカラスト雖モ若シ之ニ反シテ此種類ノ文書ニシテ其證明セントスル所ニ全ク關係ナキ事實例ハハ貸主又ハ借主ノ族籍等ニ偽ヲ記載シタリトセンニ此等ハ法律上毫モ利害ノ關係ナキモノナルヲ以テ之ヲ詐ルモ罪ヲ爲サスト云ハサルヘカラス

七 文書ハ偽造變造シテ行使シタルトキ既遂ト成ル故ニ偽造變造シテ未タ行使セサル間ハ未遂ノ狀態ニ在ルナリ未遂犯ト爲ルヤ否ヤハ場合ヲ分テ決セサル可カラス

偽造變造ノ行爲ト行使ノ行爲トノ關係ハ貨幣ニ關スルト官印ニ關スルト私印及ヒ官私文書ニ關スルトニ因リテ現行法ノ處分ノ異ナレルハ會テ注意シタル所ナリ而シテ文書ハ第二〇五條ノ證書ヲ除ク外ハ總テ偽造變造ト行使ト相加ハリテ一罪ヲ成スノ規定トナリ居レリ故ニ適用上左ノ如ク場合ヲ分テ其斷定ヲ異ニセサルヘカラス

第一 文書ヲ偽造又ハ行使セントシテ他ヨリ來レル妨害ノ爲ニ其偽造又ハ變造ノ行爲自身ヲ遂ケサル場合及ヒ偽造變造ノ行爲ハ已ニ終ルモ他ヨリ妨害アリテ其行使ヲ遂クル能ハサリシ場合ハ其ニ文書ノ偽造變造行使罪ノ未遂犯ナリ若シ自己ノ意ヲ以テ之ヲ中止スレハ中止犯ト稱シテ無罪ナリ我大審院ニ於テハ年來文書ノ偽造行使罪ハ行使ニ着手シテ遂ケサルモノニ非サレハ未遂犯ニ非ス

ト爲ス學說ヲ採用シ來レリ然レトモ他ノ種類ノ罪ニ付キ法律ノ明文カ偽造及ヒ行使ト云フ如キニ簡ノ行爲ヲ併セテ一罪ト爲ス場合ニハ其雙方共ニ實行ノ性質ヲ有スル行爲ヲ要スト爲セリ例ヘハ門戸ヲ踰越スル行爲ト財物ヲ竊取スル行爲トヲ併セテ一罪ト爲ス第三六八條ヲ見ルニ踰越モ竊取モ其罪ノ實行ナリ又強盜若クハ強姦ノ如キ其意味ニ於テ暴行又ハ脅迫ヲ加フル行爲ト奪取若クハ姦淫ト云フ行爲ト兩者相俟テ一罪ヲ成ストスレハ其兩者共ニ實行ナリ凡ク此等ノ場合ニハ其孰レカ先ニ著手スルモ全部ノ犯罪ニ著手シタルモノニシテ若シ他ノ妨害ノ爲メニ遂ケサレハ未遂犯ト爲ルヘキト何人モ疑フ容レサル所ナルニ拘ハラヌ獨リ文書偽造ノ場合ニハ同シク實行タル偽造又ハ變造ノ行爲ニ著手シテ遂ケサル者ヲ未遂犯ニ非スト論スルハ全ク道理ヲ缺ク議論ナリト云ハサルヘカラス

第二 全ク行使スル意思ナキ證據文書ノ作成ハ其實偽造變造ト云フコト能ハサルカ故ニ單ニ此ノ如キ行爲アリタルニ過キサル者ハ罪ニ非スト云ハサルヘカラス

第三 現行法ノ適用上最モ困難ヲ感スル問題ハ他人ノ偽造變造シタル文書(即チ自己ノ偽造又ハ變造セサル文書)ヲ行使シタル者ハ如何ニ處分スヘキヤト云フニ在リトス之ヲ嚴確ニ法文其儘ニ解釋スレハ偽造變造シテ行使シタル者ト規定スルカ故ニ或ハ之ヲ無罪ナリト論スルコトヲ得ヘキカ如シト雖モ予ノ信スル所ニ依レバ左ノ二箇ノ理由ニ基キ有罪說ヲ主張セント欲ス

(一) 本罪ハ行使迄其行爲ニシテ進行スル以上ハ本人カ其偽造變造ノミヲ分離シテモ處罰サルル丈ケノ條件ヲ要セサルヲ以テ原則トスルカ故ニ例ヘハ偽造又ハ變造シタル時代ハ已ニ時效ニ罹リ得ル年限ナリトスルモ其行使者ヲ處罰シ得ルモノト云ハサルヘカラス而シテ本問行使者ハ全ク

偽造變造ノ行爲ヲ缺クモノナリト雖モ同シク同一犯罪ノ實行ニ介入シタルモノナルカ故ニ此理由ヨリ視ルモ有罪ト斷定セザルヘカラス

(二) 偽造ノ行爲ト行使ナル行爲ト若シ二人以上異ナリタル人ノ手ニ分レタル場合ニハ恰モ一人ノ行爲トシテ時ヲ異ニシタルト同シク一ハ豫備ノ性質ヲ生シ而シテ他ノ一タル行使ハ之ヲ全部ノ實行ト看做ササルヘカラサル性質ナリ此理由ヨリ視ルモ本問ノ行使者ハ有罪ナリト云ハサルヘカラス然レトモ此ノ如キ窮屈ナル理由ノ下ニ始メテ罪惡ヲ處罰スルコトヲ得ルハ法文ノ規定其宜シキヲ得サルノ結果ナリトス

第四節 官ノ文書ヲ偽造スル罪 刑法二〇二條—二〇七條

一 官文書……廣狹ニ様ノ意義アリ(1)詔書(2)狹義ノ官文書 刑法二〇三條トハ法令ノ定ムル程式ニ從ヒ官吏公吏其職權内ニ於テ調製シタル文書又ハ調製成ス可キ文書ヲ謂フ(3)公證文書

(1)在來ノ用例ヲ考フルニ御名ヲ以テ作成スル書類或ハ勅書ト名クルコトアリ或ハ單ニ詔ト稱スルコトアリ或ハ勅諭ト云フカ如キ名稱ヲ用フルコトアリ此等ノ名義ノ如何ヲ問ハス天皇ノ御名ヲ以テ調製スヘキ文書及ヒ調製シタル文書ハ總テ第二〇二條ニ所謂詔書ナリ而シテ之ニ關スル該條ノ行使ニ付キ何等ノ處罰規定ヲ設ケス洵ニ奇怪ナル法文ト云フヘシ

(2)狹義ノ官文書ハ官公吏カ其職權内ニ於テ程式ニ從ヒテ調製シタルモノ若クハ調製スヘキモノト謂

ヘルヲ尙ホ數演スレハ此等ノ程式又ハ職權ハ或ハ法令ノ明カニ之ヲ定ムルコトアリ或ハ令、達ト云フ如キ内規ノ定ムルモノアリ或ハ從來存スル所ノ慣例ニ因リテ定マルコトアリ其何レヨリ生スルヤ問ハシ荷モ官公文書ト稱スルニハ國法ノ認ムル程式及ヒ職權ヲ標準トシ之ニ依リテ作成シタル文書(眞正ナル官公文書)又ハ之ニ依リテ調製シタル體裁ノミヲ有スル文書(偽造ノ官公文書)ヲ指スナリ此問題ニ關シテ明治三十五年八一四號ノ大審院刑事判決同年十月二日ノ同第一民事部ノ判決ハ最モ參考ト爲スニ足ル所ノモノナリ

(3)公證文書ニ付テ從來日本ニ於ケル一ノ難問題ハ一私人カ作成シタル文書ニ官吏又ハ公吏カ與書ト名付クル方法ヲ以テ證明ヲ與ヘタル所ノ文書カ全部公證文書ナルカ或ハ其與書ノミカ公證文書ナルカノ問題ナリ之ニ關シテハ議論分歧シテ其孰レトモ斷言スルコトヲ得ザレトモ余ハ全部公證文書ナリトスルヲ妥當ナリト信ス蓋シ此ノ如ク解スルニ非サレハ與書自身ハ何等ノ働ヲ爲サザレハナリ

二 官文書毀棄……毀棄トハ文書ノ效用ヲ害消滅又ハ減少スルヲ謂フ物質ヲ滅盡スルト否トニ論ナシ

文書ノ毀棄ヲ右ニ示ス所ト全ク異ナリタル意味ニ解シ物質ノ滅盡ヲ謂フト論スル者アリ此說ハ法律上ノ文書ト云フコトト其文書ノ成立スル物質トヲ混同シタル論ニシテ文書ノ紙ヲ引裂クト云フ如キハ物質ノ損壞ナリ然レトモ法律上所謂文書ノ損壞ニ非ス而シテ疑ニモ説明スル如ク法律上文書トハ文字又ハ文字ニ代ルヘキ符號ヲ以テ或物ノ上ニ附着セシメタル思想ノ説明ナルカ故ニ其思想ノ明カニ變更ヲ生スヘキ所爲即チ毀損ナリ此ノ如ク物質ト文書ト異ナレルモノタルヲ視レハ物質ハ之ヲ毀



損スルコトナク寧ろ増加シタル場合ニ於テモ(例ヘハ紙ノ上ニ紙ヲ附加シタル如キ)文字ヲ不明ニ呈ラシメタルモノハ毀損トナルハ言フ俟タズ是レ文書ノ毀棄トハ效用ノ侵害ヲ謂フモノニシテ物質ノ毀損ヲ謂フモノニ非スト説明シタル所以ナリ

第五節 私印私書ヲ偽造スル罪(刑法二〇八條―二二二條)

一 私印ニモ印類ト印影トノ別アルハ官印ニ同シ而シテ(1)他人即チ自己以外ノ者ノ印影ヲ使用スル目的ヲ以テ無權者カ)製造スルニ於テハ偽印ノ押捺ニ依ルト其他ノ方法ニ依ルトヲ問ハス共ニ其偽造タル可シ(2)特ニ私印ノ偽造ハ全ク此世ニ存セサル者ノ印影ニ係ル場合ト雖モ亦同シク其有罪タルヲ信ス
我大審院ノ十數年來採リ來レル判決例ヲ比較スレハ實際世上ニ存在セサル人ノ名義ヲ假用シタル私印又ハ私文書ノ偽造ヲ如何ニ處分スヘキヤニ付キ主義尠モ一貫セス或ハ全ク世ニ存セサル者ノ名義ヲ用ヒタル私印若クハ私文書ノ偽造ハ罪ニ非スト云ヒ或ハ已ニ死亡シタル者ノ名義ニ係ル場合ハ其日付ノ生前ナルカ死後ナルカニ因リテ罪ノ有無ヲ決スト云ヒ或ハ世ニ存スル者ノ如ク信セシムルニ足ル可キ場合ナレハ有罪ナリト爲セリ此等ノ論旨ハ之ヲ比較シテ嚴確ニ論スレハ洵ニ統一ヲ缺クモノト云ハサルヘカラス元來私文書ハ人ヲシテ其證據力ニ倚賴セシムルノ方法ニ因リ他人ヲ欺クモノナルカ故ニ之ニ用ヒタル事實ハ作成者ノ名義タルト又内容タル事實タルトヲ問ハス其虛偽ナルコトヲ以テ本罪ノ特色トス果シテ然リトセハ何故ニ獨リ作成者其人ノミ實際ニ存スルコトヲ必要トスル

ヤ此ノ如キハ毫モ道理ナキ議論ト云ハサルヘカラス故ニ全ク存セサル人ノ名義ヲ用フルト死亡者ノ生前ノ名義ヲ使用スルト死後ノ日付ヲ使用スルト又嘗テ實際使用シタル印影ヲ使用スルト全ク其人ノ所持シタルコトナキ印影ヲ使用スルトヲ問ハス悉ク有罪ナリト云ハサルヘカラス彼ノ一面私印ニ付テハ被害者カ真ニ偽造印ノ如キ印ノ所持ヲ必要トセスト論スルニ拘ハラズ獨リ名義ノミハ實際其人ナカルヘカラスト爲スハ思想ニ於テ矛盾セル議論ナリト云ハサルヘカラス
盗用ノ性質ハ官印ニ付テ述ヘタル所ニ同シ但官印ト異ナリ影蹟ノ盜奪ト其使用ノ形蹟アル文書其他ノ物ノ行使ト相合スルニ非スハ既途ト爲ラス
二 私文書ノ偽造變造ハ其流通證書ニ關スルト否トニ因リ處分ヲ異ニス刑法二〇九二二〇而シテ刑法二二〇條第二項ニハ權利又ハ義務ヲ證明ス可キ文書ヲ除ク外或事實ノ證據ト爲ルヘキモノ(Deweisbestimmte nnt-erhehliche)ニ限リ總テヲ包含ス

第六節 免狀鑑札及ヒ疾病證書ヲ偽造スル罪(刑法二二二條―二二七條)

本節ノ犯罪ハ法文ヲ一讀スレハ明瞭ニシテ敢テ本文トシテ掲載スヘキ程ノモノナシ故ニ以下法文ニ付キ二三ノ説明ヲ爲スニ止メン

刑法第二一三條ニ免狀又ハ鑑札アリ而シテ免狀ノ中ニハ官立公立學校ノ修業證書、卒業證書ノ類ヲ包含セシムルコトヲ得ヘシ次ニ日本人カ外國へ旅行スルニ當リ外務省ヨリ下付スル旅行免狀ハ免狀ト云フ俗稱アルモ其實保護ノ依頼ニ過キササルヲ以テ此中ニ包含セシムルヲ得ス

第二一四條、五條ニ付テハ特ニ述フヘキモノ無シ第二一六條ノ罪ハ公務ノ一タル徵兵ヲ免レンカ爲メニ疾病證書ヲ偽造行使シタル者ヲ處罰スルニ在リ現行刑法ハ同シク徵兵義務ヲ免レントスル性質ノ犯罪ナリト雖モ此カ爲メニ犯人ノ採用シタル方法ノ如何ニ因リ或ハ之ヲ第一七八條ニ規定シ或ハ之ヲ本條ニ規定シタリ然レトモ若シ徵兵義務ノ關係ヲ主眼トシテ此等ノ犯罪ヲ規定セント欲セハ宜シク徵兵令ノ如キ特別規則ニ其總テヲ包含セシムルヲ以テ便利ナリトス

第七節 偽證ノ罪(刑法二一八條—二二六條)

刑法カ偽證罪ヲ認メタル所以ノモノハ有限ノ司法機關ヲ以テ無限ノ司法事務ヲ取扱フニハ普通人民ノ認識ヲ頼ムノ已ムヲ得サル事狀アルヲ以テナリ此目的ヲ貫徹セシメンカ爲メ取調ヲ要スト信シタル者ニハ出頭ヲ強制シ宣誓ヲ強制シ供述ヲ強制シテ若シ之ニ違ヘハ各各一定ノ刑事制裁ヲ科セリ即チ偽證罪ハ眞實ナル供述ヲ強制スル方策ニシテ結局他ノ犯罪ト相俟テ司法事務ノ完全ヲ期スルノ策タルナリ

右ニ述フルカ如キ趣旨ヲ以テ證人鑑定人等ニ眞實ヲ供述セシムル刑事上ノ制度ニ偽誓ノ罪ト偽言ノ罪トノ二種ノ區別アリ或國或時代ニ於テハ宣誓ノ效力ニ重キヲ置キ又他ノ國他ノ時代ニ於テハ證言カ審判ニ及ホス所ノ影響如何ニ重キヲ置キ各各異ナリタル處分法ヲ設ケタリ而シテ余ハ將來ニ對ス

ル理論トシテハ偽證罪トセンヨリハ寧ロ偽誓罪トスルノ便利ナルヲ信ス

其一 總論

一 證人トシテ裁判所ヨリ呼出テ受ケタル者ハ出頭宣誓供述ノ義務アルヲ通則トシ(鑑定人通事ハ出頭宣誓鑑定通辯ノ義務以下之ニ準ス)別ニ法律上又ハ事實上出頭ノ義務又ハ宣誓ノ義務若クハ供述ノ義務ヲ免ス可キ原由ヲ區別ス(刑訴一一五條民訴二八九條刑訴講義案七四號以下參照)

此區別ノ下ニ於テ宣誓供述ヲ爲ス可キ者ハ更ニ虛偽ノ供述ヲ爲ス可カラサル義務ヲ有ス本節ノ定ムル所ハ即チ虛偽ノ供述ヲ爲ス犯罪ニ係リ出頭又ハ宣誓若クハ供述ヲ肯セサルハ他ノ條ノ範圍ニ屬ス(例刑法一七九條一八〇條刑訴一〇一條一二六條一三六條民訴三〇二條三二八條行裁法三八條等)

鑑定人及ヒ通事ノ關係ハ第二二五條ニ依リテ證人ト同一ニ論スルコトヲ要スルカ故ニ茲ニ證人ニ關シテ述フル所ハ鑑定人通事ニ關シテモ適用スヘキモノト知ルヘシ

刑事訴訟法ノ第一一六條以下ヲ閱スルニ(一)其第一一六條ニ依レハ疾病其他ノ正當ノ事故アル者ハ其事ヲ説明スレハ豫審判事カ證人ノ所在ニ就キ訊問スヘキモノニシテ出頭ノ義務ヲ免除セラル(二)又第一一七條ニ軍人ノ出頭ニ關シテ特別ノ規則ヲ設ケラレタリ(三)其他皇族及ヒ大臣ハ豫審判事カ其所

在ニ就テ訊問スヘキモノニシテ法律上出頭ノ義務ナキモノナリ尙ホ帝國議會ノ議員ニ付テハ開會期
間其議會ノ所在地ニ滞在中ハ其所在ニ於テ訊問スヘキモノニシテ同シク出頭ノ義務ナシ(四)又第一二
三條ニハ一定ノ訴訟事件ニ限り證人ト爲ルコトヲ得サル者ヲ列舉セリ又其次條第一二四條ニハ總テ
刑事訴訟ニ於テ證人タルコトヲ許ササル者ヲ列舉シタリ此等ノ者ハ宣誓ヲ爲サシメス單ニ事實參考
人トシテ供述ヲ聞クコトヲ許シタルニ過キス故ニ若シ裁判官カ此等ノ事實ヲ知ラスシテ宣誓ヲ命ジ
タルトキハ之ヲ拒ムコトヲ得ヘシ(五)又第一二五條ニ依レハ或事實ニ關係ヲ有スル者ノ供述ヲ拒ミ得
ヘキ場合ヲ規定シタリ

右ニ述フル所ノ區別ハ結局偽證罪成立ノ範圍ヲ示スモノト云フコトヲ得ヘシ即チ偽證罪ハ證人タル
資格ニ於テ犯ス所ノ罪ノ悉クテ謂フニ非スシテ供述ヲ爲スノ義務アル者カ眞實ヲ述フルノ義務ニ違
背シタル場合ニ始メテ偽證罪ノ問題ト爲ルナリ

二 虚偽ノ供述トハ證人カ實在セサル記憶ヲ構造シ又ハ實在スル記憶ヲ掩蔽
シ若クハ之ヲ變更シタル答辯ヲ謂フ(1)全部ノ掩蔽即チ黙秘ハ供述ヲ肯セサル
罪刑法一八〇條ニシテ偽證ニ非ス(2)一部ノ掩蔽ハ供述ノ全部又ハ他ノ一部
ニ虚偽ノ性質ヲ與フルト否トニ因リ偽證ト成リ成ラサルヲ區別ス

證人ノ訊問ハ其訊問ノ終結ニ至ルマテハ所謂證人訊問ト云フ一箇ノ訴訟手續ニシテ一體ヲ成スナリ
然ルニ證人ノ供述カ或點ハ眞實ニシテ或點ハ虚偽ニ涉リタル場合ニ於テ如何ニ之ヲ判決スヘキヤハ
其虚偽ニ涉レル部分ノ如何ニ因リテ豫メ罪ノ性質ヲ判斷スルコト能ハサル問題ナリ例ヘハ甲ナル證

人ニ向ヒ犯罪ノ現場ヲ通過シタル理由ヲ訊問シタル際ニ之ニ對シテ虚偽ノ答辯ヲ爲シタリトセハ此
ノ如キハ一部ノ虚偽アリタルニ相違ナシト雖モ多クハ訴訟ノ利害ニ關係ナキ點ニシテ罪ト爲ラス
云フヲ妨ケス更ニ例ヲ轉シテ被告人乙ト被害者丙トノ間ニ於テ殺害ノ事實アリタル點ヲ證人甲ハ其
見聞ノ儘ニ申立ヲ爲シ唯一點丙カ先ツ甲ニ不正ノ侵害ヲ加ヘタリト云フ事實ヲ虚構スレハ被告乙ノ
責任ノ有無ニ最モ大切ナル事實ノ虚言ヲ構ヘタルモノニシテ偽證罪ヲ以テ論セサルヘカラス故ニ證
言ノ一部ノ黙秘又ハ虚構ハ其事實ノ如何ニ因リ證人ノ責任ヲ異ニス又全部ノ掩蔽又ハ黙秘ハ唯何事
モ答ヘスト云フニ非ス其初メヨリ終ニ至ルマテ總テノ訊問ニ對シテ知ラスト答フル如キハ證言ヲ拒
ムノ罪ナリ但知ラサルヲ知ラストスルハ此限ニ在ラサルハ言フ俟タス

證人ハ其記憶ニ存スル見聞其他ノ事實ヲ供述スルヲ通則トス然レトモ亦之ヲ
綜合シタル一個ノ意見ヲ述フルコト無シトセス此場合ニハ上ニ記憶ニ付テ述
ヘタル所ヲ其意見ニ準用ス鑑定人ノ意見通事ノ通辯ノ供述ニ付キ亦同シ

證人ト鑑定人トノ區別ヲ論スルニ當リ證人ハ記憶ヲ其儘ニ供述シ意見ヲ加フルコトヲ得ス鑑定人ハ
現在ノ問題ニ對シテ自己ノ有スル意見ヲ供述スルコトヲ要スト説キテ之ヲ兩者ノ區別ノ標準タルカ
如ク論スル者アリ然レトモ既往ニ存在シタル事實ニシテ自己ノ見聞シタルモノヲ綜合シ之ニ因リテ
得タル自己ノ意見ヲ供述スルハ法令ノ禁スル所ニ非ス而シテ其意見ヲ採用スルト否トハ記憶ノ供述
ノ場合ニ於ケルト均シク全ク裁判官ノ自由ナリ果シテ然ラハ偽證ノ意見ヲ述ヘタル證人ニ對シ場合
ニ因リテ偽證ノ責任ヲ負ハシムルヲ妨ケスト云ハサルヘカラス



三 供述虛偽ナルトキハ其如何ナル點ニ關スルヲ問ハス偽證ノ罪ト爲ルカ刑事訴訟ノ證人ニ付テハ被告人ヲ曲庇又ハ陷害スル爲メ云々ノ法文アルニ因リ不法ニ被告人ヲ利シ又ハ害ス可キ點ニ關セサル可カラサルハ勿論其明文ナキ刑法二二三條ノ場合ト雖モ同一ノ趣旨ニ解セサル可ラス故ニ被告人又ハ當事者ノ一方ノ利害ニ關セサル點竝ニ不法ノ利害ヲ及ホササル點(例、偽言カ偶々眞實ニ符合スル如キ)ノ偽言ハ罪ニ非サルヘシ

偽證罪ヲ認メタル趣旨カ證人ノ眞實ヲ供進スヘキ義務ノ違背ヲ處罰スルモノト解スレバ其偽言ノ及ホスヘキ影響如何ヲ顧ミスシテ單ニ虛言アリシ一事ニ因リテ處罰スルコトヲ得ヘシ之ニ反シテ判決ノ正當ヲ保障セントスル目的ニ出ヅルモノト解スレバ假令證人カ虛偽ト信シテ供述シタルモノタリトモ若シ其供述カ偶然事實ニ符合シタル場合ナレハ無罪ト判決セサルヘカラス而シテ現行刑法ハ其何レノ主義ニ依リテ編纂セラレタルカハ固ヨリ不明ナリト雖モ起草者ノ採用シタル折衷主義ノ議論并ニ我母法タル佛蘭西刑法ノ學說及ヒ判決例并ニ現行刑法ノ第二一八條ニ被告人ヲ曲庇スル爲メト云ヒ同シク第二二〇條ニ被告人ヲ陷害スル爲メト云フ如キ其何レモ判決ノ當否ノ關係ヲ示シタル文字ヲ現ハシタリ故ニ此三箇ノ關係ヨリ推論スレハ解釋論トシテハ本問題ハ無罪ト決スルヲ以テ正當ナリト信ス而シテ明治三十五年二月十三日ノ大審院判決ハ之ニ反對ノ解釋ヲ採レリ但立法論トスレハ本節ノ初ニ述ヘタルカ如ク此場合モ亦同シク有罪トスルヲ適當ナリトス

四 證人ハ各別ニ之ヲ訊問シ(刑訴第一二七條、民訴第三二一條)且其供述ノ變更ヲ許可ス(刑訴第一三二條、民訴第三二七條)故ニ一旦偽言ヲ吐クモ此カ變更ヲ爲スコトヲ得ル時期ニ於テ變更シタルトキハ犯罪不成立ナリ其時期ヲ經過シ裁判宣告前ニ自首シタルトキハ刑ヲ全免ス(刑法第二二六條)

前ニモ述フル如ク證人訊問ナルモノハ其調書ヲ讀ミ聞カセテ署名捺印スルニ至ルマテ一箇ノ訴訟手續トシ訊問ノ一句一言毎ニ獨立シタル證據調ヲ爲スモノニ非ス若シ訊問ノ途中ニ於テ故意ニ或偽言ヲ述フレハ已ニ偽證ノ著手ノ狀態ニ在ルモノト云ハサルヘカラス然レトモ訊問ノ終結前ニ其虛偽ノ點ヲ更正スレハ自ラ中止シタルモノニシテ犯罪ハ不成立ナリ而シテ已ニ訊問カ終結スレハ犯罪ハ已遂ト爲リタルモノニシテ若シ反對ノ規定ナケレハ本刑ヲ科スヘキモノナリ然レトモ現行刑法ハ尙ホ訴訟ノ繫屬スル間ナレハ可及的證人ニ眞實ヲ供述セシメ當事者ニ不當ノ利害ヲ及ホササラムル政略トシテ第二二六條ニ自首全免ノ特典ヲ與ヘタリ
茲ニ一箇ノ問題アリ同一ノ證人訊問カ二日以上ニ亘リタル場合ニ於テ翌日宣誓セシメザリシトキハ其宣誓ヲ經サルノ日ニ於テモ偽證罪ヲ成シヤ否ヤ是ナリ本問題ハ宣誓ノ效力如何カ先決問題ニシテ此點ニ關シテハ學者間ニ其意見ヲ異ニスルカ爲メ罪ノ有無ニ付テモ亦其說ヲ異ニス而シテ余ハ調查ノ讀聞及ヒ署名捺印ヲ終ルマテハ最初ノ宣誓ノ效力ヲ維持スルモノト信スルカ故ニ翌日宣誓ヲ爲サルモ偽言ヲ述ヘタルトキハ同シク罪ヲ成スト信スルモノナリ

0506

其二 刑事ノ偽證

刑事訴訟ノ證人偽證ヲ爲シタルトキハ其不法ニ被告人ヲ利典庇スル目的ニ出ツルト之ヲ害(陷害)スル目的ニ出ツルト又之カ爲メ被告人利益ヲ受ケタルト不利益ヲ受ケタルトニ由リ處分ヲ異ニスルノミナラス被告ノ受ク可キ利害ノ大小ニ因リ亦其刑ニ區別アリ

被告人ヲ利シ又ハ害ス可キ偽證トハ犯罪ノ構成又ハ刑ノ加減ノ條件ニ付キ虛偽ノ供述ヲ爲スヲ謂フハ勿論裁判官ヲシテ被告人ニ利益又ハ不利益ナル心證ヲ起サシムヘキ情狀(例被告ノ平生ノ偽證ハ亦盡ク之ヲ含ム可シ)刑法論ト少差アリ)

刑法二二八條、二二〇條ニ謂フ重罪、輕罪、違警罪ノ解釋ニ付テハ議論分ルト雖モ予ハ曲庇ノ場合ハ事件ノ名ヲ指シ陷害ノ場合ハ罪質ヲ指スモノト解釋ス

現行刑法ノ第二一八條以下第二二二條ニ至ルマテノ法文ヲ比較スルニ立法者カ本罪ノ結果ノ如何ニ付テ如何ニ重キヲ置キタルカヲ知ルニ難シト爲サス不當ニ刑事被告人ヲ利スルヲ曲庇ト云ヒ判決ノ上ニ影響ヲ與ヘサル場合ハ第二一八條ニ照シ實際ニ影響ヲ與ヘタル場合ハ次ノ第二一九條ニ依リ刑一等ヲ加重セリ而シテ此曲庇ノ場合ニ用キタル重罪、輕罪、違警罪ナル文字ハ現ニ裁判所ニ於テ其事

件ニ與ヘツツアル名稱ヲ標準トスルナリ而シテ明治三十五年二月十三日ノ大審院ノ判決ニ依レハ豫審中ノ偽證ハ檢事ノ起訴ニ因リ其罪名ヲ區別ストアリ大體ニ於テ右ニ述ブル所ト其趣旨ヲ同シク

被告人ヲ不當ニ害セントスル場合ハ刑法之ヲ陷害ト名ケ判決ノ上ニ影響ヲ與ヘサル場合ハ第二二〇條ニ依リテ處罰スヘキナリ而シテ此條ニ所謂重罪、輕罪、違警罪ナル文字ハ曲庇ノ場合ト異ナリ犯人ノ目的ヲ標準トシテ定メ全ク事件ノ名稱ニ關係セス故ニ違警罪犯人トシテ審理シツツアル被告人ニ對シ證人カ偽リテ謀殺、故殺ノ如キ重罪事實アリタリト供述スレバ第二二〇條第一號ヲ適用セサルヘカラス若シ陷害ノ爲メ判決ニ影響ヲ與ヘタルトキハ第二二一條ニ照シ被告人ノ受ケタル刑罰ト同一ノ刑ヲ偽證者ニ科スルナリ之ヲ反坐ノ刑ト名ク是レ復讐主義ノ遺物ニシテ加ヘタル害ト受ケル害ト同一ト爲シ最モ權衡ヲ得タルモノト認メタル野蠻時代ノ法則ナリ

刑法第二二三條ニ於テ曲庇陷害若クハ被告人ト云フ如キ文字ヲ用ヒス然レトモ偽證ノ結果如何ヲ見テ著シク其處分ヲ異ニシタル現行刑法ノ制度ハ第二二三條ノ場合ニ於テモ不法ニ利害ノ影響ヲ與フヘキ偽證ニ非サレハ罪ト成サスト解セサルヘカラス其被告人ナル文字ヲ避ケタル所以ハ當然他ノ方面ニ於テ反對ノ地位ニ立ツ原告人アルヲ以テナリ而シテ本條ノ處分ノ極メテ輕キ所以ハ起草者ノ說明スル所ヲ聞クニ此場合ハ尙ホ被害者ヨリ爲ス損害賠償ノ要求ニ應スルノ義務アルカ故ニ刑事制裁ヲ輕クスト云フニ在リ若シ此理由ヨリ推セハ刑事ノ偽證ニ於テモ亦損害賠償ノ要求權ヲ有スルカ故ニ此ノ如キ區別ヲ立ツルノ道理ナキナリ

偽證罪ノ説明ヲ終ルニ臨ミ一問題ヲ掲ゲ置カシ

刑法各論 公益三關スル重罪輕罪 信用ヲ害スル罪 刑事ノ偽證

リ之ニ屬ス

茲ニ所謂商業證券ニ關スル行爲トハ如何ナルモノナルヤト謂フニ其證券ノ作成ヲ始トシテ其證券ノ裏書ヲ支拂ノ引受其他證券ノ一切ノ行爲ヲ包含スルモノト解スヘシ

第二 相對的商行爲

相對的商行爲トハ行爲ノ性質自身ニ依ルノミニシテ商行爲タルモノニアラスシテ其性質ニ加フルニ之ヲ營業トシテ行フノ事實ヲ以テ始メテ商行爲タルモノナリ

本項ニ掲クル行爲ハ之ヲ營業トスル場合ニ限り商行爲タルモノトス然レトモ例外トシテ之ヲ業トスルモ商行爲トナラサル場合アリ即チ(其一)ハ專ラ賃金ヲ得ル目的ヲ以テ物ヲ製造スルモノノ行爲(其二)ハ專ラ賃金ヲ得ル目的ヲ以テ勞務ニ服スル者ノ行爲是レナリ何トナレハ勞務ナルモノハ絕對的ニ商業及ヒ商行爲ト兩立セサルモノニアラスト雖モ其ノ勞務ノミニ著眼スル法律行爲ニ在リテハ全ク商ナル現象ニ關係ナキノミナラス沿革上商法ノ支配スル所ニアラサルヲ以テ之ヲ除外シタル所以ナリ要スルニ賃金ヲ得ル目的ヲ以テ物ヲ製造スルモノ又ハ勞務ニ服スルモ孰レモ勞務其自身ニ著眼シタルモノニシテ貨物ノ轉換ト關係スル所極メテ尠シ

一 賃貸スル意思ヲ以テスル動産、不動産ノ有價取得若クハ賃借又ハ其取得若クハ賃借シタルモノノ賃貸ヲ目的トスル行爲

甲 賃貸スル意思ヲ以テスル動産、不動産ノ有價取得若クハ賃借ヲ目的トスル行爲

此種類ノ行爲ハ更ニ之ヲ左ノ要件ニ分析スルコトヲ得ヘシ
イ 有價取得若クハ賃借ヲ目的トスル行爲

ロ 賃貸スルノ意思

ハ 目的物トシテノ動産又ハ不動産

此等ノ各要件ノ説明ハ絕對的商行爲中ノ投機購買ノ説明ヲ援用スルノミニテ可ナリ

乙 其取得若クハ賃借シタルモノノ賃貸ヲ目的トスル行爲

此種類ノ行爲モ亦之ヲ左ノ要件ニ分析スルコトヲ得ヘシ

イ 賃貸ヲ目的トスル行爲

ロ 目的物カ嘗テ賃借スル意思ヲ以テ有價的ニ取得セラレ若クハ賃借セラレタルモノナルコト

ハ 目的物トシテノ動産若クハ不動産

此等ノ各要件ノ説明ハ絕對的商行爲中ノ實行轉買ノ説明ヲ援用スルノミニテ可ナリ

二 他人ノ爲メニスル製造又ハ加工ニ關スル行爲

製造トハ或材料ヨリ別種ノモノヲ製出スルノ謂ニシテ加工トハ或材料ニ勞力ヲ加ヘ其本質ヲ變更セシテ一層其利用ヲ増加セシムルノ謂ナリ而シテ此製造又ハ加工ニ關スル行爲カ商行爲タルニハ左ノ五要件ヲ存セサルヘカラス

イ 有價行爲タルコト

ロ 材料カ他人ニ屬スルモノナルコト

ハ 材料カ動産タルコト

ニ 材料ニ加フル所ハ技術ニ限り文學的若クハ美術的ノ勞力ヲ包含セサルコト

ホ 材料ニ加フル技術ハ他人ノ爲メニスルコト

製造者タハ加工ナルモノハ之カ設備ト夥多ノ階段トアリテ其最モ簡單ナルモノハ殆ト人手ヲ以テ
 スルモノアリ例ヘハ柳ノ枝ヨリ柳行李ヲ製造スルカ如シ之ニ反シ鐵鑊ヨリ紙ヲ製造スルカ如キハ
 非常ニ複雑ナル手續ヲ要スルコト人ノ皆知ル所ナリ之ニヨリ考フルニ製造ノ最モ簡單ナルモノニ
 至リテハ其製造者ノ得ヘキ報酬ハ勞力ノ報酬即チ賃金ニ外ナラスシテ製造ノ設備ニ對スル報酬ナ
 ルモノヲ包含セス之ニ反シテ製造ノ設備ノ複雑ナルモノニ至リテハ報酬ハ製造ノ設備ニ對スルモ
 ノニシテ此設備ノ運轉ヲ掌ルモノ即チ製造者ノ賃金ハ單ニ微少ナル附屬タルニ過キス而シテ商法
 第二六四條但書ニ專ラ賃金ヲ得ル目的ヲ以テ物ヲ製造スルモノノ行為ハ此限ニアラスト規定セル
 ニヨリ製造ノ設備極メテ簡單ナル製造者ノ行為ハ商行為ニ非スト謂ハサルヘカラス蓋シ專ラ賃金
 ヲ得ルヲ目的トスルト否トハ設備ニ對スル報酬ト勞力ニ對スル報酬トノ孰レヲ主トスルヤニヨリ
 テ判斷セサルヘカラス

三 電氣又ハ瓦斯ノ供給ニ關スル行為

甲 電氣ノ供給ニ關スル行為

電氣ノ供給ニ關スル行為トハ一定ノ設備ニヨリテ他人ノ爲メニ電氣ノ供給ヲナスニ關スル行為
 ヲ謂フモノトス而シテ電氣カ物質ナリキ否ヤニヨリテ其法律上ノ性質ヲ異ニスルモノニシテ若
 シ物質ナリトスレハ所謂廣義ノ供給契約ノ一種ニ屬ス之ニ反シテ物質ニアサルモノトスレハ
 或ハ特種ノ契約ナリト解スルモノアルヘク或ハ其供給ニ關スル設備ノ賃借契約ト解スルモノ
 アルヘク或ハ請負トモ解スルモノモアルヘシ而シテ今日ニ於テハ電氣ハ物ニアラスト看做サル
 ルヲ以テ電氣ノ供給ニ關スル行為ハ其性質未タ確定セサルモノト云ハサルヘカラス作電氣ノ

供給ノ結果トシテ或ハ火ヲ發セシメ若クハ車ヲ運轉セシムルカ如キハ之ヲ電氣ノ賣買又ハ讓渡
 ヲ以テ目スヘキニアラサルカ故ニ電氣ヲ用ヒテ或仕事ヲ完成スルモノトシテ請負ト解スルヲ穩
 當ナリト信ス然レトモ之ヲ營業トシテ行フ場合ニアラサレハ商行為トナラサルト同時ニ營業ト
 セシメテ之ヲ行フモノハ事實上存在セサルモノトイフヘシ

乙 瓦斯ノ供給ニ關スル行為

瓦斯ハ物ナルコト明カニシテ之ヲ供給スル行為ハ財產權ヲ目的トスルモノナレハ狹義ノ供給契
 約ト異ナル所ナシ但瓦斯ヲ民法上ノ物ト解スルモノ之ヲ供給スルニ當リ相手方ニ所有權ヲ取得セ
 シメサレハ供給契約トナラストイフモノナキニアラス然レトモ瓦斯ノ供給契約ハ電氣供給ト等
 シク之ヲ營業トセスシテハ殆ト見サル所ニシテ殊ニ外國商法中之ヲ明示セサルカ爲メ解釋上或
 ハ之ヲ商行為以外ニ驅逐スルモノアリ我商法ハ此等ノ點ニ鑑ミテ多少重復ヲ顧ミス明文上ヨリ
 之カ相對的商行為タルコトヲ決定シタリ

四 運送ニ關スル行為

運送トハ或隔タリタル土地ノ間ニ物品若クハ人ノ位地ヲ移轉スルコトヲ謂ヒ而シテ之ヲ物品運送
 ト旅客運送トノ二種ニ區別スルコトヲ得ヘク其ノ運送ニ關スル行為トハ此運送ヲ實行スル爲メ取
 結ハル契約ヲ指スモノニシテ此契約ニ付テハ商行為編中ニ詳説スヘキヲ以テ茲ニ説明ヲ略スル
 コトニスヘシ但製造及ヒ加工ニ關スル行為ニ付キ説明シタルト同一ノ理由ニヨリ專ラ賃金ヲ得ル
 目的ヲ以テ運送ノ勞務ニ服スル營業者ノ取結フ契約例ヘハ人力車夫ノ取結フ契約ノ如キハ之ヲ商
 行為中ヨリ除外スヘキモノナリ(二六四條)運送契約ノ性質ニ付テハ或ハ雇傭トイヒ或ハ事務委任

ノ一種ナリトイヒ未タ一定セスト雖モ之ヲ請負ナリトノ説比較の多數ナリ
 運送ノ一種タル郵便及ヒ運送ト關係有スル電信電話ニ付キテハ茲ニ少シク説明スルノ必要アル
 ヘシ抑、古昔ハ運送ノ一種タリシ電信ノ傳達ナルコトハ近世ニ至リ電氣作用ノ助力ニヨリ一大革
 進ヲ來タシ電信ハ書狀ノ一部ニ代ハリ電話ハ傳言ニ代ハリテ殆ト對話ト同一ノ效果ヲ生スルニ至
 レリ從テ電信及ヒ電話ハ從來ノ書狀運送ニ代ハリタルコト及ヒ意思ヲ傳達スルニ付キ多少之ト類
 似スル所アリトノ二點ニヨリ此等モ亦運送ノ一種ナリト論スル學者ナキニアラス然レトモ其見解
 ハ誤謬タルヲ免レスシテ電信ノ通信ハ賃借契約ニヨルモノナルカ請負契約ニヨルモノナルカ賃借
 契約ト雇傭ノ集合セル契約ニヨルモノナルカ將タ又賃借借ト電氣ノ供給トノ集合セル契約ナルカ
 學說上未タ決定セラレサル所ナリ要スルニ電信及ヒ電話ハ所謂運送契約ナルモノノ中ニ包含セラ
 ルヘキモノニアラス之ニ反シテ郵便ハ今日ト雖モ或場合(小包郵便ノ如シ)ニ於テ運送ノ一種タル
 コト爭ヒナク只契約ハ私法上ノ契約ナルカ將タ又公法上ノ契約ナルカニ付キ多少議論ノ存スルア
 ルノミ

郵便ハ必スシモ國家事業トスルヲ要スルモノニアラス又郵便ノ全部ヲ舉ケテ政府事業トナスハ殆
 ト不能ノ事ニ屬ス我國ニ於テハ明治三十三年法律第五四號ヲ以テ郵便ハ政府之ヲ管掌スル旨ヲ規
 定シ同時ニ信書ニ付キテハ何人ト雖モ之ヲ運送ヲ營業トナスコトヲ得スト規定セリ此規定ト相應
 スルカ爲メ郵便官署ナルモノノ設ケアリテ信書ヲ運送ヲ取扱ヘリ而シテ此官署ハ公ノ營造物ニシ
 テ國家機關ノ一種ナレトモ其行フ所ノ主タル行爲ハ商行為ナルカ如ク從テ其營造物ハ商法上商業
 ヲ行フモノト看做スコトヲ得ヘキカ如シ但此點ニ付キテハ我商法學者ノ間ニ定説ナキモノノ如ク

殊ニ市町村ノ如キ公法人ニ付キテモ商行為ヲ爲スコトヲ得ザルモノナリトノ見解行政法學者中ニ
 行ハルルカ故ニ公法私法ヲ通シテノ一大問題タルヘシ
 郵便官署ノ行フ行爲ハ夥多アリテ(其一)ハ物品ノ運送郵便(其二)ハ金錢ノ運送(其三)ハ現金ノ取
 立(其四)ハ代金引替送達是ナリ而シテ其第一、第三及ヒ第四ハ物品ノ或場所ヨリ他ノ場所ヘ移轉
 スルモノナレトモ第二ニ在リテハ委託セラレタル金錢ハ委託官署ヨリ指定ノ場所ニ向ケテ移轉セ
 ラルモノニアラス又第三及ヒ第四ト雖モ物品ノ運送以外ニ重要ナル目的ヲ存シ殊ニ第三ニ在リ
 テハ證券ノ送達ヨリハ寧ロ金額ノ取立ヲ以テ主眼トナスモノナリ故ニ此等ハ一種ノ委託契約ニシ
 テ運送契約ニ非スト解スルモノナキニアラサルハシ要スルニ第一ヲ除キテハ其契約ノ性質ニ關ス
 ル見解ハ區區タルコトヲ免ルヘカラス

五 作業又ハ勞務ノ請負

甲 作業ノ請負

作業ノ請負トハ不動産ニ勞務ヲ加ヘ若クハ勞務ノ結果カ新ナル不動産トナルコトヲ請負フ契約
 ニシテ其製造ト異ナル所ハ勞務ヲ加フル目的物ハ不動産タル點ニ存ス例ヘハ家屋ノ建築其他道
 路、橋梁、鐵道、下水、井戸等ニ關スル請負ノ如キ是ニ屬ス

乙 勞務ノ請負

勞務ノ請負トハ勞務ヲ供給スル請負ニシテ換言スレハ勞務者ヲ供給スルコトヲ目的トスルモノ
 ニシテ自ら或物ヲ勞務ヲ加フルコトヲ目的トスルモノニアラス例ヘハ亞米利加、布哇、臺灣、滿
 洲等ヘノ出稼人若クハ移住民ヲ調達シ又ハ軍用人夫ヲ供給スル請負ノ如シ或場合ニハ雇人口入

六 出版印刷又ハ撮影ニ關スル行為

甲 出版ニ關スル行為

出版トハ通例著作權ヲ取得シ之ニ基キ書籍ヲ印刷ニ付シ發賣スルコトヲ包含ス而シテ印刷及ヒ發賣ニ關スルコトハ出版ノ要素ナレトモ著作權ヲ取得スルコトハ其要素ニアラス故ニ他人ニ屬スル著作權ニ基キ印刷且發賣スル場合ト雖モ之ヲ出版ト稱スルコトヲ得ヘシ而シテ出版ニ關スル行為トハ出版ノ目的ヲ達スル爲メ或ハ著作權者印刷者ト契約ヲ取結ヒ或ハ自己ノ著作權ニ基キ自己ノ有スル印刷所ニ於テ印刷シタル後之ヲ發賣スル等ノ場合ニ於ケル諸種ノ契約ヲ包含スルモノト知ルヘシ

乙 印刷ニ關スル行為

印刷トハ壓搾其他之ニ類スル機械的作用ニ依リ文書若クハ圖書ヲ複製スルコトニシテ通例紙及ヒ活字ヲ用フレトモ其他ノ材料ニ依ルモ亦可ナリ猶今日ハ單ニ機械的作用ニ依ルノミナラス多少化學的作用ヲ以テ複製スル方法モ亦印刷ノ一種ニ類スルニ至レリ而シテ印刷ニ關スル行為トハ他人ノ爲メニ印刷ヲ引受タル契約ヲ指スモノニシテ例ヘハ普通ニ印刷所ナル名稱ヲ以テ營業ヲ爲ス者ノ取結フ契約ノ如キ是ナリ

丙 撮影ニ關スル行為

撮影トハ寫眞ヲ撮ルコトヲ指ス己ニ現行商法原案ニ於テハ寫眞ナル文字ヲ用ヒタリ此寫眞ニ關スル行為トハ即チ寫眞ヲ撮ルコトヲ引受タル契約ニシテ所謂寫眞師ノ取結フ契約是ナリ但此種

社員ニ此ノ如キ代表ノ專權ヲ附與スル所以ハ他ナシ是レ亦合名會社ノ本來ノ性質ニ基クモノニシテ互ニ相信頼スル親族的小數者ノ團體ニシテ其營業ノ實行ハ一ニ社員相互ノ信用ニ基クモノナルカ故ニ此專權ヲ與フルモ何等ノ弊害ナシ

各社員ハ原則トシテ各自會社ヲ代表シ得ト雖モ定款又ハ總社員ノ一致ヲ以テ之ト異ナル定メテ爲スコトヲ得ヘシ即チ社員中特定ノ者ノミカ會社ヲ代表シ得ルコトヲ定メタルトキハ他ノ社員ハ會社ヲ代表スル權限ヲ奪ハレタルモノニシテ外部ニ對シテ會社ヲ代表スルコトヲ得ス然ラハ定款又ハ總社員ノ一致ヲ以テ定ムヘキ特定ノ會社代表方法ハ如何ナル事項ヲモ定メ得ルヤ否ヤ第六一條ニハ「特ニ會社ヲ代表スヘキ社員ヲ定メサルトキハ」ト規定セルヲ以テ苟モ定款又ハ總社員ノ一致ヲ以テ總社員以外ニ特定ノ代表者ヲ定ムルニハ之ヲ社員中ニテ定ムルノ主意ナルコト明カナリ故ニ特定ノ代表者ヲ全然社員以外ニ定ムルコトヲ得スト謂ハサルヘカラス(商法要義六一條ハ反對)獨逸商法第二二五條第一項ニハ「定款ヲ以テ會社ヲ代表スル權利ヲ奪ハレサル」トモ「各社員ハ會社ヲ代表スル權利ヲ有ス」ト規定セルヲ以テ其規定ノ主旨ハ我商法ト少シク異ナリ必スシモ少クトモ一人ノ代表者ハ社員中ニ之ヲ求メサルヘカラスカ如キ主旨ハ法文上ニ現ハレスト雖モ尙ホ「スタツプ」ノ如キハ全社員ニ付キ代表權ヲ奪フコトヲ得ス必ス少クトモ一人ハ社員中ニ於テ代表者ナルヘカラスト論セリ獨逸ニ於テハ總社員ノ代表權ヲ奪ヒ得ルコトヲ認ムル學說アリト雖モ抑、合名會社ノ起源ハ少數者カ親族的結合ヲ爲シ相互ニ信用シ全責任ヲ以テ商業ヲ營ムル謂フ主意ニ在リトスレハ總社員カ一切會社ヲ代表スルコトナシト定ムルコトヲ得トスルハ頗ル常識ニ反スル制度ト謂ハサルヘカラス故ニ第六一條ハ會社ノ代表ハ特ニ會社ヲ代表スヘキ者ヲ社員中ヨリ定ムルカ又ハ之ヲ定メサレハ總社員各自カ會社ヲ代表スヘキコト

ヲ定メタルモノニシテ總社員ニ付キ代表權ヲ全然剝奪スルカ如キハ我商法ノ認メサル處ナリト解釋スルヲ以テ穩當トス

然ルハ次ニ起ル問題ハ定款又ハ總社員ノ一致ニテ特別ノ定メナキトキハ各社員カ單獨ニ代表ノ專權ヲ有スルコトハ明カナルモ定款又ハ總社員ノ一致ヲ以テ社員中ヨリ代表者ヲ定ムルトセハ其定メ方ハ自由ナリヤ否ヤ是ナリ即チ(一)定款又ハ總社員ノ一致ヲ以テ特定ノ社員各自單獨ニ會社ヲ代表スト定メ又ハ(二)特定社員共同シテノミ會社ヲ代表シ得ト定メ得ルヤ右第一ノ場合ハ勿論有效ナリト雖モ第二ノ場合ハ如何此點ニ付テハ(獨逸法參照假令定款ヲ以テ此ノ如ク定ムルモ結局民法第五四條商法第六二條第二項ニ依リ代表社員ノ代表權ニ制限ヲ加フルコトトナリ善意ノ第三者ニ對シテハ何等ノ制限ノ效力ナク依然トシテ各社員ハ第三者ヨリハ獨立シテ各自代表權ヲ有スルモノト見ラレルヲ以テ結局此ノ如キ定款ノ定メハ外部ニ對シテ效力ナシト謂ハサルヘカラス(惡意ノ第三者ヲ除ク)而シテ代表社員ノ登記ハ其氏名ノミニ止マリ代表權ノ制限ヲ登記スル途ナキヲ以テ事實上定款ノ此ノ如キ定メハ何等ノ効力ナキコトトナルヘシ故ニ我商法ニ於テハ社員ノ代表權ハ總社員各自ニ在ルカ或ハ定款又ハ總社員ノ一致ヲ以テ定メタル特定ノ社員各自ニ在ルカハ二途アルノミニシテ如何ナル場合ニ於テモ總社員ノ代表權ヲ奪フコトヲ得ス代表權ヲ有スル社員ハ常に各自單獨ニ之ヲ行使スルモノナリト云ハサルヘカラス然レトモ此點ヲ以テ社員以外ノ者ハ代表權ヲ有スルコトナシト誤解スヘカラス社員ニ非シテ會社ノ營業上ノ一切ノ代表權ヲ有スルモノハ支配人ナリ其選任解任ハ第五七條ノ定ムル處ナレハ既ニ述ヘタルカ如シ獨逸商法第一二五條第二項ニハ明文ヲ以テ共同代理ヲ認メ其解釋トシテハ學者ハ代理權ニ制限ヲ加フルモノニ非ストスルコトニ一致セリ(是レ勿論明文アル以上ハ妨ケナキ處ナルハ論ナシ)代表

權ヲ奪ハレタル社員ハ定款又ハ總社員ノ一致ヲ以テ再ヒ舊ニ復セラルル迄ハ代表權ヲ行フコトヲ得故ニ代表社員ノ總テカ死亡スルカ或ハ退社シタルカ爲メニ代表社員カ悉ク缺乏シタルトキハ殘リノ總社員ハ定款ヲ改正シ又ハ其一致ヲ以テ更ニ代表社員ヲ定ムルカ又ハ特ニ代表社員ヲ設ケサル旨ヲ定ムルニ非サレハ會社ヲ代表スヘキ社員存在セズ此場合ニ於テハ事實上定款又ハ總社員ノ一致ヲ以テ特ニ代表社員ヲ定メタルコトトナルヲ以テ殘リノ各社員カ會社ヲ代表スト説明スルモノアリト雖モ(志田氏商法要義六一條)定款ノ規定又ハ總社員ノ一致ヲ以テ特定ノ人ヲ代表社員ト定メタル以上ハ其以外ノ社員ニ付テハ代表權ヲ奪フコトヲ意味スルモノナレハ此點ニ於テハ假令代表社員カ缺乏スルトモ定款又ハ總社員ノ一致ノ效力ハ存續スト見サルヘカラス故ニ直チニ殘餘ノ社員カ會社ヲ各自代表シ得ルト謂フハ理論上正鵠ヲ得タルモノニ非ス

代表權ヲ奪ハレタル社員ハ會社ヲ代表スルコトヲ得スト雖モ特定ノ行為ノ代理人トナルコトヲ得ルハ論ヲ俟タズ只支配人トナリ得ルヤ否ヤ此點ニ付テハ異說アリト雖モ定款又ハ總社員ノ一致ヲ以テ代表權ヲ奪ハレタルモノカ總社員ノ過半数ヲ以テ選任シ得ヘキ支配人トナリ事實會社ノ代表ヲ爲シ得ルト權ヲ奪ハレタルモノカ總社員ノ過半数ヲ以テ選任シ得ヘキ支配人トナリ事實會社ノ代表ヲ爲シ得ルト上裁判外ノ行為ヲ爲ス權限ヲ有スルモノニシテ代表社員ト同一ノ代表權ヲ有スルモノナレハナリトス

タウフ氏ハ代表權ヲ奪ハレタルモノハ概括的ノ代理ハ勿論普通ノ代理ト雖モ之ヲ爲スコトヲ得スト論セリ我商法ニ於テハ此點ニ付テハ特ニ明文ナシト雖モ少クトモ支配人トナルカ如キコトハ前ニ説明セルカ如ク到底之ヲ認ムヘカラサルモノト信ス

次ニ代表社員ハ單獨ニ支配人ヲ選任スルコトヲ得ルヤ否ヤ我輩ハ通說ニ反對シ消極說ヲ主張スルモノ

ナリ蓋シ代表社員カ會社ノ營業ニ關スル一切ノ裁判上又ハ裁判外ノ行為ヲ爲ス權限ヲ有スト謂フ意義ハ即チ外部ニ對スル關係ニ於テノミ謂フモノニシテ支配人ノ選任其レ自身ハ會社ノ内部關係ニ屬スルモノナリ故ニ第六二條ノ一切ノ權限云云ノ規定ヲ根據トシテ代表社員カ支配人ノ選任解任ヲナシ得ト云フコトヲ得ス而シテ内部關係ノ事項タル支配人ノ選任解任ハ業務執行社員ヲ定メタルキト雖モ總社員ノ過半数ヲ以テ之ヲ決スヘキコトハ第五七條ノ規定スル處ナリ獨逸商法第二二六條第一項ニ依レハ代表社員ハ代理人ヲ選任シ又ハ解任シ得ル權限ヲ有スルコトヲ明文ヲ以テ特ニ規定セリ（外部關係ニ於テ）而シテ同商法第一一六條ニ於テハ代理人ノ選任ハ業務執行社員ノ一致ヲ要スル旨ヲ規定セリ（内部關係ニ於テ）故ニ解釋トシテハ内部ニ於テ業務執行社員ノ一致ヲ以テ選任シタル代理人ヲ代表社員ニ於テ代理人ナリトスルノ有效ナルハ言フ俟タズ故ニ第一二六條第一項ノ規定ハ代表社員ハ内部ニ於テ業務執行社員ノ一致ナキ代理人ヲ選任スルノ權能アルコトヲ規定シタルモノニ非サレハ意味ヲ爲サス隨テ獨逸法ノ解釋トシテハ代表社員ハ第一二六條第一項ノ規定ニ依リテ支配人ヲ選任シ得ルコトハ言フ俟タズト雖モ直チニ之ヲ採リテ我商法ヲ解釋シ得サルコトハ前述ノ如シ、合名會社ノ社員中他ノ法人アルトキハ其法人タル社員ハ合名會社ヲ代表シ得ルヤ否ヤ法人ハ自行爲能力ヲ有セサルヲ以テ他人ノ代表ヲ自ラ爲スカ如キコトハナシ得スト説クモノアリト雖モ（志田氏商法要義六一條）法人カ社員タル以上ハ其法人ヲ代表スル社員又ハ取締役カ合名會社ヲ代表シ得ト解シ毫モ不都合ナシ

代表權ノ成立時期ハ會社ノ成立ト同時ニアルモノニシテ定款又ハ總社員ノ一致ヲ以テ特定ノ代表社員ヲ定メサルトキハ會社ノ成立ト同時ニ總社員モ代表權成立シ特定ノ社員ヲ代表者ト定メタルトキハ若

シ其定メカ會社ノ成立ト同時ニ若シ又成立後ナルトキハ其定メト同時ニ成立ス

會社ヲ代表スル社員ハ如何ナル權限ヲ有スルヤト云フニ會社ノ營業ニ關スル一切ノ裁判上又ハ裁判外ノ行為ヲ爲スコトヲ得ルモノトス（二二條一項）

此權限ニ加ヘタル制限ハ善意ノ第三者ニ對シテ效力ナシ故ニ會社ノ内部ニ於テハ代表社員ヲシテ特定ノ行為ノミヲ爲サシムルコトヲ定ムルモ善意ノ第三者ハ毫モ之ニ拘束セラルルコトナク代表者ハ前記ノ一切ノ權限ヲ有スルモノトシテ取引スルコトヲ得ルモノナリ蓋シ内部ノ制限ハ外部ヨリ到底一一之ヲ知り得ヘキ限ニ非サルヲ以テ斯クセサルニ於テハ第三者ハ不測ノ禍ヲ蒙ルヲ免レヌ

又會社ハ會社ノ代表社員カ其業務執行ニ付キ他人ニ加ヘタル損害ヲ賠償セサルヘカラス（六二條二項民四四條一項）會社ハ營利法人ニシテ固ヨリ不法行為ヲナスハ其目的ニ非ス從テ代表社員カ加ヘタル不法行為ニ付キ直チニ會社ニ責任アルヘキ道理ナシト雖モ元來其不法行為タル會社ノ業務執行ニ隨伴シテ起ルモノナレハ會社ヲシテ其責任ニ任セシムルノ主意ナリ是レ勿論第三者ニ對スル會社ノ責任ニシテ會社ハ其不法行為ヲ爲シタル社員ニ對シテ賠償ヲ求メ得ルハ言フ俟タズ

社員カ會社ヲ代表スルニ當リ會社ニ對シテ不正ノ行為アリタルトキハ之ヲ除名スルコトヲ得（七〇條三號）

第二節 社員及ヒ社員ト看做スヘキ者ノ責任

社員ノ責任ニ付テ第一ニ規定セルハ第六三條ニシテ會社財產ヲ以テ會社ノ債務ヲ完済スルコト能ハサルトキハ各社員連帶シテ其辨濟ノ責任スルコト是ナリ即チ合名會社社員ハ會社ノ財產カ會社自身ノ

債務ヲ完済スルニ足ラサルトキハ其會社ノ債務ニ付キ各社員ハ互ニ連帶シテ會社ノ債權者ニ對シテ之ヲ辨濟セザルヘカラス換言スレハ社員ハ會社ノ債務ニ付キ條件附債務ヲ負擔セルモノナリ元來合名會社ハ上來屢述ヘタルカ如ク一ノ社團法人ニシテ之ヲ組織スル社員ヲ離レテ別ニ人格ヲ有シ權利義務ノ主體タルカ故ニ會社ノ債務ハ即チ法人タル其會社ノ債務ニシテ之ヲ組織スル社員ノ債務ニ非ス果シテ然ラハ法律ニ別段ノ明文ナキ以上ハ社員カ其會社ノ債務ニ付キ何等ノ責任ヲ負フヘキ道理ナシ然ルニ本條ヲ以テ特ニ明文ヲ設ケ合名會社ノ社員ハ即チ條件附ノ債務ヲ負擔スルコトヲ明言シタルモノナリ抑、合名會社ナルモノハ法人ナリト雖モ其信用ハ之ヲ株式會社ノ如キ資本ヲ主トセルモノニ比スレハ會社ノ資本自身ニ非スシテ其會社ヲ組織セル社員ノ對人信用ニアルモノナルコトハ既ニ述ヘタルカ如シ故ニ會社ノ債權者ハ勿論更ニ之ヨリモ社員ノ財產ヲ擔保トシテ安シテ會社ト取引スヘキ性質ノ會社ニシテ所謂人的會社ナルモノナレハ是等ノ沿革ニ徴スルモ會社ノ責任ハ單ニ會社財產ノミニ止マルトスルコト能ハサルモノニ屬ス然レハ會社ノ財產ヲ以テ債權者ヲ満足セシムル能ハサルモノトキハ各社員ハ互ニ連帶シテ會社債權者ニ對シテ之カ辨濟ノ責任ヲ負ハサルモノトス(然レトモ既ニ述ヘタルカ如ク社員ハ會社ノ繼續中ハ會社ニ對シテ出資額以上ニ何等ノ責任ヲ負ハサルハ勿論)三者ニ對シテモ其以上ノ責任ヲ負フヘキ道理ナシ故ニ社員カ連帶無限ノ責任ヲ第三者ニ對シテ負擔スル場合ハ少クトモ會社ノ破産ノ場合ナラサルヘカラス是レ即チ會社ノ財產ヲ以テ會社ノ債務ヲ完済スルコト能ハサル場合ナリ)故ニ社員ノ此債務ハ從タル條件附ノ債務ニシテ法律上ノ保證ナリ契約ニ基クモノニ非サルヲ以テ定款又ハ社員相互間ノ契約ニ依リテ之ヲ免ルルコトヲ得サルモフトス又從タル債務ナルカ故ニ會社ノ財產カ其債務ヲ完済スルニ不足ナルトキ始メテ活動スルモノニシテ會社ノ債權者ハ會社

ノ財產ノ過不足ヲ檢セズシテ豫メ先ツ社員ヲ訴追スルコトヲ得ザルモノトス即チ社員ハ所謂通常ノ保證人ニ於ケルト同シク檢索ノ利益ヲ有スルモノトス從テ債權者ハ會社ノ財產カ辨濟ヲ受クルニ不足ナルコトヲ證明セザルヘカラス然ラザレハ社員ハ辨濟ノ責任ヲ負ニ任スヘキ限ニ非ス

社員ノ責任カ連帶無限ナリト謂フハ各社員相互ノ間ニ於テ連帶無限ナリト意ニシテ會社ト社員ト連帶ノ債務ヲ負擔スルモノニ非ス又社員相互ノ間ニ於テ連帶無限ナリト謂フハ三者タル會社債權者ニ對シテ謂フモノニシテ社員相互ノ間ニ於テハ結局或社員ハ全然責任ヲ負擔セスト定メ或社員ハ其幾部分ニ付キ責任ヲ負擔スヘキヲ定メ得ヘキハ言ヲ俟タス唯内部ニ於テ如何ナル負擔ノ割合ヲ定ムルトモ外部即チ債權者ニ對シテハ各社員カ同等ニ連帶無限ノ責任ヲ負擔ス故ニ或社員カ全然責任ヲ負擔セストノ内約アルトキハ其者カ債權者ニ支拂ヲ爲シタルトキハ更ニ他ノ社員ニ對シテ求償スルコトヲ得ルモノトス是等ハ民法ノ一般ノ原則ニ從テ決スヘキ事項ナリ

社員ノ責任ニ付キ第二ニ規定セルハ第六四條ニシテ設立ノ後會社ニ加入シタル社員ハ其加入前ニ生シタル會社ノ債務ニ付テモ亦責任ヲ負フコト是ナリ元來新入社員ハ入社前ノ會社ノ債務ニ付テハ特ニ明文ナクハ之ヲ負擔スヘキ道理ナシ元來特約ナクハ損益ノ分配モ其入社以後ノ割合ニ依ルヘク從テ會社ノ債務ニ付テモ亦其後ノ會社ノ債務ニ付テノミ責任ヲ負擔スヘキカ如シト雖モ元來會社ノ債務ハ之ヲ利用スル上ヨリ言ヘハ其時期ニ於テ必スシモ入社前ノ債務ハ入社前ニ利用シ盡スヘキモノニ非ス新社員ノ入社後ト雖モ其社員ハ其債務ノ恩惠ニ浴スルコト稀ナリトセス然レハ一概ニ入社後ノ債務ニ付テノミ責任ヲ負フコト定ムルヲ得ス之ニ反シテ其入社前ノ債務カ新社員ハ及ホス利益ノ程度ヲ計算シ之ニ依リテ責任ノ程度ヲ定ムルハ又實ニ不能ノ事ニ屬スルノミナラス會社ノ擔保ヲ増シ債權者ヲシテ安シ



テ取引ヲ爲サシメシムニハ寧ロ會社ノ總テノ債務ニ付テ到然社員タル全責任ヲ負擔セシムルノ勝レルニ
若カス是レ本條ヲ以テ新入社員ハ入社前ノ會社ノ債務ニ付テモ亦他ノ會社ト同様に責任ヲ負擔スヘキ
コトヲ定メタル所以ナリ

以上述ヘタル社員ノ責任ハ社員トシテ繼續中存在スルハ勿論退社後ト雖モ本店ノ所在地ニ於テ退社ノ
登記ヲナス前ニ生シタル一切ノ會社ノ債務ニ付テ責任ヲ負ヒ而モ其責任ハ登記後二年間ハ繼續スルモ
ノトス(七三條)

社員ニ非サレトモ尙ホ社員ト同一ノ責任ヲ負フヘキモノアリ即チ社員ニ非サルモノカ自己ヲ社員ナリ
ト信セシムヘキ行爲アリタルトキハ其者ハ善意ノ第三者ニ對シテ社員ト同一ノ責任ヲ負フ(六五條)然
ラハ如何ナル行爲カ自己ヲ社員ナリト信セシムヘキ行爲ナルヤト云フニ全ク事實問題ニシテ一概ニ之
ヲ決定スル能ハス舊商法第一一三條ニハ「社員ニアラスシテ商號ニ其氏ヲ表スルコトヲ承諾シ若クハ
之ヲ表スルニ任セ又ハ會社ノ業務ノ執行ニ與カリ又ハ事實社員タルノ權利義務ヲ有スル者ハ社員ト同
シク連帶無限ノ責任ヲ負フ」規定シ社員ニ非サルモノカ社員ト同一ノ責任ヲ負フヘキ場合ヲ明示セ
リト雖モ商法ニ於テ一概ニ之ト同一ノ解釋ニ從フコトヲ得スト雖モ會社ノ商號中ニ其氏名ヲ用アル
コトヲ認容シ又ハ會社ノ業務ノ執行ニ與カルカ如キハ第三者ヲシテ社員ナリト信セシムヘキ行爲ト云
フコトヲ得ヘキモノナレハ此ノ如キ行爲アルモノハ善意ノ第三者ニ對シテ社員ト同シク連帶無限ノ責
任ヲ負擔セサルヘカラス

本條ノ規定ニ依リテ責任ヲ負フヘキハ(第一)ニ社員以外ノ者ニ自己カ恰モ社員タルカ如ク信セシムルコ
トニ在ルヲ以テ社員ニ對シテ假令此ノ如キ行爲アルモ本條ノ責任ヲ負フコトナシ(第二)ニ其責任ハ善意
ノ第三者ニ對シテ負フモノニシテ惡意ノ第三者即チ社員ニ非サルコトヲ知レル者ニ對シテハ假令此ノ
如キ行爲アルトモ之カ爲メ責任ヲ負フコトナシ

以上述ヘタルカ如キ行爲アルトキハ會社ノ債權者ハ其行爲アリタル者並ニ他ノ社員トテ連帶債務者ト
シテ會社財產カ不足ナル場合ニ訴追スルコトヲ得ルモノナリ即チ其行爲ノ責任ハ單ニ其行爲ヲ爲シタ
ル者ニ止マラス他ノ社員全體ニ及フモノナリ蓋シ債權者ハ此ノ如キ行爲ヲ爲スモノハ即チ社員ナリト
信シテ會社ト取引シタルモノナレハ一般ノ場合ニ會社ト取引シタル時ト同シク其全社員カ責任ヲ負フ
ニ非サレハ毫モ擔保ヲ得ルコト能ハサルノミナラス他ノ社員ハ此ノ如キ行爲ヲ爲サシメタル點ニ於テ
責任アルモノト謂ハサルヘカラス是レ即チ本條ヲ以テ會社ノ債權者ヲ保護スル所以ナリ

第三節 資本ニ關スル會社債權者ノ保護

會社ノ外部ニ對スル關係中社員一同ノ責任ノ側ヨリシテ會社債權者ヲ保護スル規定ハ第二節ニ於テ述
ヘタル所ノ如シ然ルニ會社ノ債權者ハ會社ノ外部關係ニ於テハ單ニ社員一同ノ責任ニ付キ保護ヲ受ク
ルニ止マラス會社自身ノ資本ヲ鞏固ナラシムル點ニ於テ亦一定ノ保護ヲ受クルモノトス商法第六六條

及ヒ第六七條ヲ以テ之ヲ規定セリ
第六六條ニ依レハ社員ノ出資ノ減少ハ之ヲ以テ會社ノ債權者ニ對抗スルコトヲ得ス但本店ノ所在地ニ
於テ其登記ヲナシタル後二年間債權者カ之ニ對シ異議ヲ述ヘサリシトキハ此限ニ非ス是レ即チ資本ノ
減少ニ對スル制限規定ニシテ會社ノ債權者ノ爲メニ會社ノ資本ヲ鞏固ナラシムル規定ノ第一ナリ
本條ヲ説明スルニ當リ先ツ第一ニ説明スヘキハ會社ノ資本ナリ會社ノ資本ニ付テハ社員ノ出資ニ付テ

説明シタル處ニ略ホ説明シタル如ク各社員ノ出資ヲ合シテ成ルモノニシテ其財産出資ノ和ハ即チ會社ノ資本ノ總額ヲ爲スモノナリ(勿論社員ノ出資ハ合名會社ニ於テハ勞務又ハ信用ヲ以テ之ヲナスコトヲ得ト雖モ會社債權者ノ擔保タル會社ノ資本ハ勞務又ハ信用ヲ包含セス然レハソノ第五一條ノ登記事項ニハ勞務又ハ信用ノ出資ノ價格ヲ掲ケタルコトヲ要件トセス單ニ財産目的トスル出資ノ價格ノミヲ記載スルヲ以テ足レリトセルコトハ前既ニ述ヘタルカ如シ)此總額ハ會社ノ有セザルヘカラサルモノナリト雖モ必スシモ常ニ其レ丈ケノモノカ會社ノ財産トシテ現在スルモノニ非ス會社財産ハ或ハ營業上ノ狀況ニ依リ又ハ社員ノ異動ニ依リ又ハ出資ノ増減ニ依リテ其額ヲ減スルモノトス於テ是乎會社ノ財産ナルモノト資本ナルモノトハ至ク別異ノ觀念ヲ有スルコトトナル概シテ會社設立當初ノ資本ハ即チ會社財産ト同一ナリト雖モ前記ノ原因ニ於テ財産ハ後ニハ資本ヨリ大ナルコトアリ又資本ヨリ小ナルコトアリ其大ナル場合ハ即チ會社ノ利益シタル場合ニシテ其小ナル場合ハ會社カ損失ヲ來シタル時ナリ其利益アル場合ニハ社員ハ利益ノ配當ニ與リ得ト雖モ財産カ資本ヨリモ小ナル場合ニハ利益ノ配當ヲ受クル能ハス然レトモ亦一方ニ於テ財産カ資本額以下ニ減シタルカメニ社員ハ出資義務以上ニ拂込ヲ爲スコトヲ要セザルコトハ前既ニ述ヘタルカ如シ是ニ由リテ之ヲ觀レハ資本ハ抽象的觀念ニシテ會社財産ハ現在會社ノ有セル財産ヲ謂フモノニシテ具體的ノ意義ヲ有スルモノナルコト明カナリ故ニ社員ノ異動又ハ出資ノ減少ナキ以上ハ資本ハ如何ナル場合ニモ一定不變ナレトモ財産ハ營業ノ狀況ニ從テ變動常ナキモノトス

會社ノ財産ハ會社債權者ノ第一ノ擔保ナリ然レトモ會社ノ營業上ノ情況ニ依リ其額ヲ減スルコトアリトスルモノハ自然ノ勢ニ伴フモノニシテ如何トモスヘカラス何人モ故意ニ損失ヲ希フモノナキヲ以テ

此ノ如キ原因ニ依リテ會社債權者ノ第一ノ擔保タル會社財産ノ減少スルコトハ之ヲ防クノ道ヲ法律ニ設クル能ハサル處ナリ唯此場合ニ於テハ債權者ハ第六三條ニ依リ社員ノ連帶無限ノ責任ヲ以テ満足スル外ナシト雖モ會社カ故意ニ會社ノ財産ヲ減少セシメ之カメニ債權者ヲ害スルコトハ之ヲ防カサルヘカラス是レ即チ資本減少ニ付キ制限ヲ設ケタル所以ナリ資本ノ減少ハ常ニ會社財産ノ減少トナルモノナリ隨テ債權者ノ第一ノ擔保ヲ故意ニ減少スルコトナルヲ以テ其減少ハ會社ノ債權者ニ對抗スルコトヲ得ト規定セリ勿論會社債權者カ同意シタルトキハ其有效ナルハ言フ俟タス蓋シ之ヲ減少スルモ會社債權者ノ擔保充分ナル場合之アレハナリ(例ヘハ資本額カ豫期セシヨリモ事業上必要ナク而モ債權額ハ遙ニ財産額ヨリモ少ナキトキ)債權者カ承諾セザリシ場合ト雖モ本店所在地ニ於テ資本減少ノ登記ヲ爲シタル後二箇年間債權者カ之ニ對シテ異議ヲ述ヘザリシトキハ其減少ハ債權者ニ對シテモ有效トナル蓋シ資本ノ減少ハ定款ノ變更ヲ來シ又登記事項ノ變更ヲ生スルヲ以テ其事項ハ登記セラレヘク從テ債權者ハ其事實ヲ知リタルモノト看做サルルヲ以テ其時ヨリ二年間モ債權者カ異議ヲ述ヘサル以上ハ同意アルモノト看做シ毫モ妨ナキ處ナリ此ノ如ク會社債權者ヲシテ第一ニ會社財産ニ付キ支拂ヲ求メシムルハ社員ノ連帶無限ノ責任ノ規定アルニ拘ハラズ會社債權者ノ爲メ頗ル利益アリ何トナ受クルニハ社員ノ他ノ債權者ヲ排スルヲ得ス是レ同等地位ニ立タサルヘカラサルヲ以テナリ尙ホ爰ニ言スヘキハ社員カ全然退社シタルトキハ如何社員ノ退社シタルトキハ其持分ヲ返還セザルヘカラス即チ會社ハ其社員ノ出資ヲ標準トシ損益計算ヲ立テテ會社ノ財産中ヨリ其持分ヲ返還スルヲ以テ其レ丈ク會社財産ハ減シ是迄債權者ノ擔保タリシモノハ從テ減少スル譯合ナリ然ラハ社員ノ退社

商法會社 合名會社 會社ノ内部ノ關係 資本ニ關スル會社債權者ノ保護

ハ之ヲ全然禁スヘキヤト謂フニ然ラス我商法カ退社ノ事由トシテ規定セルモノハ第六八條及ヒ第六九條ニシテ是等ノ一定ノ事由ニ依リ社員ハ退社シ得ルナリ然ラハ一方ニ於テ現在ノ社員トシテ資本ヲ減少スルコトニハ第六六條ノ如キ制限ヲ設ケナカラ其退社ニ依リテハ全然其社員ノ持分ニ應スル丈ケノ會社債權者ノ擔保ヲ殆ト任意ニ減少シ得ルノ不都合ナル觀相ヲ呈スト雖モ一定ノ事由ニ依リテ退社ヲ認メサルヘカラサルト同時ニ他方ニ於テハ第七三條第一項ヲ以テ退社員ハ本店ノ所在地ニ於テ退社ノ登記ヲ爲ス前ニ生シタル會社ノ債務ニ付キ責任ヲ負フ此責任ハ其登記後二年ヲ經過シタルトキハ消滅スト規定シ社員一箇ノ責任トシテハ退社ニ依リテ其責任ヲ消滅セシメス以テ會社債權者ヲ保護セリ尙ホ此規定ハ第二項ヲ以テ社員ノ承諾ヲ得テ持分ヲ讓渡シタル社員ニ準用セラル

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

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

第四章 社員ノ入社及ヒ退社

第一節 社員ノ入社

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

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

第二 設立後新ニ加入スルコト(原始的ノモノ) 設立後新ニ加入スルモノニ付テハ特ニ其入社ニ付キ明文ヲ設ケスト雖モ第六四條ニ設立後會社ニ加入シタル社員ハ其加入前ニ生シタル會社ノ債務ニ付テモ亦其責任ヲ負フ旨ノ規定アルヨリ見レハ設立後ニ新ニ會社ニ加入シ得ルコトヲ認ムルモノナリト謂ハサルヘカラス此場合ニ於ケル新入社員ノ權利義務ニ付テハ已ニ述ハタルカ如シ唯此場合ニ於テ其入社ノ手續ハ如何ニスヘキヤハ別ニ明文ヲ以テ規定セサル處ナルヲ以テ一般ノ理論ニ依リテ之ヲ決セサルヘカラス抑、社員ノ住所氏名其出資ノ種類及ヒ價格又ハ評價ノ標準ハ悉ク之ヲ定款ニ記載セサルヘカラス(五〇條)而シテ新入社員モ亦社員タル以上ハ是等ノ要件ヲ會社ノ定款ニ記載セサルヘカラス果シテ然ラハ新入社員カ在リタル爲メニハ必然ニ定款ノ記載要件ニ變更ヲ來スニトナルヲ以テ少ク

トモ定款變更ノ手續ヲ要スル丈ケノ手續ヲ經テ之ヲ入社セシムヘキモノナルヤ明カナリ即チ新社員ノ入社ハ總社員ノ一致ヲ要シ且署名アル書面ノ作成ヲ要スヘキモノナリ

第三 持分ノ讓渡 第七三條第二項ニ依リ持分ノ讓渡ヲ爲シタルモノハ退社員ト看做サルコトハ前ニ述ヘタルカ如シ故ニ持分ノ全部ヲ讓受ケタル者ハ新ニ社員トナリ又一部ヲ讓受ケタルモノハ其一部ニ付キ社員タル資格ヲ取得スヘキモノナリ持分ノ讓渡ニ付テハ總社員ノ同意ヲ要スルコトハ第五九條ニ依リテ明カナル所ナレトモ定款變更ト同一ノ手續ニ依ルコトヲ必要トセス單ニ同意ノミアレハ先ツ以テ之ヲ有效トシタルハ權衡ヲ得サルコトハ前既ニ述ヘタルカ如シ

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

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

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

第二節 社員ノ退社

社員ノ入社ニ付テハ商法ハ特ニ之カ爲メニ明文ヲ設ケスト雖モ其退社ニ付テハ特ニ明文ヲ設ケテ場合ヲ限定セリ抑社員ノ退社ハ羅馬法ノ組合ニ於テハ之ヲ認メス若シ組合ヲ組織スル社員ノ異動アルトキハ舊組合ハ解散サレ更ニ新組合ノ設立セラレタルモノト觀タレトモ此ノ如キハ發達セル現今ノ社會ニ於テハ不便極マルヲ以テ民法ノ組合ニ於テモ契約ナル觀念ハ勿論嚴然タルモノナレトモ其一員ニ付テ特種ノ異動アルカ爲メニ組合トシテ忽チ解散シ新ナル組合發現スルモノト觀サルハ勿論合名會社ノ如キ營業法人ニ於テハ勿論其一員ノ異動ノ爲メニ現會社ノ解散ト爲スカ如キ偏狹ナル規定ヲ設ケルノ不可ナルハ言フ俟タズ然レトモ元來合名會社ハ我商法ニ於テハ法人ナリト雖モ其起源ヲ尋ヌレハ各社員ノ一身上ノ信用ニ重キヲ置ケルモノナルヲ以テ之ヲ組織セル社員ノ異動ヲシテ極メテ容易ナラシムルモ亦一方ニ於テ弊害ヲ免レヌ然レトモ亦他方ニ於テ苟モ如何ナル社員一人退社スルモ最早現會社トシテ存續セシムヘカラストスルハ亦弊害ナルヲ以テ新商法ニ於テハ原則トシテ社員ノ異動ニ關セス會社ハ會社トシテ存續スルコトヲ認メ同時ニ會社ノ解散ノ場合ヲ制限シ(七四條)他方ニ於テ社員ノ退社ノ場合ヲ制限セリ以下追次之ヲ説明スヘシ

第一項 退社ノ原因

社員ノ退社ハ社員ノ意思ニ基クモノト否ラサルモノトニ區別スルコトヲ得

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

(一) 社員一箇ノ意思ニ依ルモノ 第六八條第一項ニ依レハ定款ヲ以テ會社ノ存立時期ヲ定メサルカ又

ハ或社員ノ終身間會社ノ存續スヘキコトヲ定メタルトキハ各社員ハ營業年度ノ終ニ於テ退社ヲ爲スコトヲ得但六箇月前ニ其豫告ヲ爲スコトヲ要ス故ニ本條ニ依リ退社ヲ爲スニハ左ノ條件ヲ要ス

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

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

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

此ノ如ク三條件ヲ具フレハ社員ハ退社ヲ爲スコトヲ得ルモノトス此外ニ尙ホ止ムコトヲ得サル事由アルトキハ會社ノ存立時期ノ定アルト否トニ拘ハラス何時モ各社員ハ退社ヲ爲スコトヲ得ルモノトセス(六八條)蓋シ止ムナキ事情アルニ拘ハラス何時迄モ社員トシテ會社事業ヲ營シムルハ不當ナレハナリ止ムナキ事由ノ如何ナルモノカハ事實ノ問題トシテ一概ニ定ムルコトヲ得ス争アレハ結局裁判所ノ認定ニ依ルノ外ナキモノナリ

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

(三) 總社員ノ同意 總社員ノ同意ハ合名會社ニ於テハ重要視セララルコトハ他ノ各種ノ規定ニ散見ス

ル所ナリ故ニ社員ノ退社モ總社員ノ同意アレハ之ヲ許スモ弊害ナキヲ以テ他ニ何等ノ事情ナクモ之ヲ以テ退社ノ一原因ト定メタリ

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

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

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

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

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

(四) 除名 社員ニ於テ他ニ何等ノ退社ノ原因ナキ場合ト雖モ一定ノ事由アレハ他ノ社員ニ於テ一致シテ之ヲ除名スルコトヲ得除名ノ場合及ヒ其方法ハ第七〇條ヲ以テ之ヲ規定ス

(1) 除名ハ他ノ社員ノ一致ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ要ス多數決ニ依リテ之ヲ爲スコトヲ許サス尤モ一致ヲ得ルノ方法ニ付テハ別ニ制限ナキヲ以テ必スシモ會議ニ依リテ之ヲ爲スヲ要セス同章ヲ以テ之ヲ爲スモ將タ又口頭ヲ以テ之ヲ爲スモ尙モ除名セラルヘキ社員以外ノ總社員ノ一致アレハ足ルモノトス

(2) 其除名ノ旨ハ除名シタル社員ニ通知スルニ非サレハ之ヲ以テ其社員ニ對抗スルコトヲ得ス社員ノ

一致ニ依ル除名ノ場合ハ左ノ如シ

- イ 社員カ出資ヲ爲スコト能ハサルトキ又ハ催告ヲ受ケタル相當ノ期間内ニ出資ヲ爲ササルトキ
- ロ 社員カ第六〇條第一項ノ規定ニ違反シ競業ヲ爲シタルトキ
- ハ 社員カ會社ノ業務ヲ執行シ又ハ會社ヲ代表スルニ當リ會社ニ對シテ不正ノ行爲アリタルトキ
- ニ 社員カ會社ノ業務ヲ執行スル權利ヲ有セサル場合ニ於テ其業務ノ執行ニ干與シタルトキ
- ホ 其他社員カ重要ナル義務ヲ盡ササルトキ例ヘハ業務ヲ執行スル義務ヲ負ヒナカラ之ヲ執行セサル場合ノ如シ

以上述ヘタル所ハ社員ノ一致ニ依ル除名ノ場合ナルカ此以外ニ裁判所ノ判決ニ依ル除名ノ場合アリ
(第八三條但書)裁判所ハ社員ノ請求ニ依リテ會社ノ解散ニ代ヘテ或社員ヲ除名スルコトヲ得ル旨ヲ定メタリ此除名ハ判決ヲ以テ爲スモノトス

第二項 退社ノ效果

第一 持分ノ拂戻 第七一條ノ規定ニ依レハ退社員ハ勞務又ハ信用ヲ以テ出資ノ目的ト爲シタルトキト雖モ其持分ノ拂戻ヲ受クルコトヲ得但定款ニ別段ノ定アルトキハ此限ニ在ラズト定メ退社員ハ別段ノ定款ノ定ナキ以上ハ其出資ノ種類如何ニ關セス持分ノ拂戻ヲ受クヘキ權利ヲ有スルコトヲ認メタリ唯豫メ一言スヘキハ持分ノ讓渡ヲ爲シタルモノハ退社員ト看做サルト雖モ持分ノ拂戻ヲ受クルコト能ハサルハ言フ條タス故ニ本條ハ單純ニ退社ヲ爲シタルモノニ付テノ規定ナルハ明カナリ持分ノ拂戻

ニ付テハ商法中其方法ニ付キ別ニ規定セルモノナシ而シテ持分ノ拂戻ハ會社ノ内部關係ナルカ故ニ定款ニ別段ノ定ナキトキハ商法第五四條ニ依リ民法ノ組合ノ規定ヲ準用シテ之ヲ決セサルヘカラス持分ノ計算ニ付キ組合ニ付キ定メタル規定ハ民法第六八一條ニシテ(一)退社ト會社トノ間ノ計算ハ退社員當時ニ於ケル會社財產ノ狀況ニ從テ之ヲ爲スコトヲ要ス(二)退社員ノ持分ハ其出資ノ種類如何ヲ問ハズ金錢ヲ以テ拂戻スコトヲ得ヘク(三)退社當時ニ於テ未タ結了セサル事項ニ付テハ其結了後ニ計算ヲ爲スコトヲ得ヘシ

右ノ事項中(一)ニ付テハ特ニ説明ヲ要ス蓋シ社員ノ持分ナルモノハ必スシモ常ニ拂戻ヲ受ケ得ヘキモノニ非ス會社財產ノ狀況ニ依リテハ持分ハ積極ト爲リ隨テ退社ト同時ニ拂戻ヲ受ケ得ヘキ場合アルヘク或ハ持分ハ消極ト爲リ隨テ退社ト同時ニ退社員ヨリ會社ニ金錢ヲ差入レサルヘカラス場合アルヘク又ハ結局持分ハ零トナリ拂戻ヲ受クヘキニモ非ス又金錢ヲ差入ルルコトモアリ單純ニ退社シテ社員タル資格ヲ失フニ止マルコトモアルヘシ爰ニ一言注意スヘキハ今安ニ述フル持分ナル意義ハ前ニ持分ノ觀念ヲ説明シタル所ニ述ヘタル第二ノ意義ニシテ即チ會社ノ解散又ハ社員ノ退社ノ時ニ會社財產ノ換價ニ因リテ社員ノ受クヘキ(又ハ差入ルヘキ)計算上ノ數ト云フ意義ニ於テ説明スルモノナルコトヲ忘ルヘカラス蓋シ持分ノ第三ノ意義タル社員タル資格ニ付テ權利義務ノ包括的名稱ト云フ意義ニ於テハ持分ノ拂戻ト謂フハ意味ヲ爲ササルヲ以テ第七一條ノ持分ノ拂戻ト云フハ單ニ財產上ノ關係ニ於テ云フモノナルコト明カナル以上ハ即チ第二ノ意義ニ於テ之ヲ解釋セサルヘカラスコトモ亦自ラ明カナリ此意義ニ於テ拂戻サルヘキ社員ノ持分ハ退社當時ノ會社財產ノ狀況ニ依リテ換價スヘキモノナリ故ニ退社カ營業年度ノ終ニアラサル以上ハ別ニ財產目録貸借對照表ヲ其退社當時ノ價格ニ從ヒテ作成

セサルヘカラサルコトトナル此ノ如ク退社當時ノ價格ニ依リテ會社財產ヲ計算シ若シ會社利益ヲ得
 其財產カ資本額ヨリモ大ナルトキハ其多キ丈ケラ社員ノ出資ノ價格ニ比例シ一定ノ率ニ依リテ換算シ
 タルモノト出資額トノ和ハ普通ノ場合ニ持分ノ計數トナルヲ以テ之ケハ拂戻ヲ受クルコトヲ得ヘキ
 モノトス之ニ反シテ會社カ損失ヲ爲シ其財產カ資本額ヨリモ小ナルトキハ退社員ハ其損失ノ割合ヲ負
 擔セサルヘカラサルヲ以テ自己ノ出資額ト損失ノ負擔額トノ差額ノミノ拂戻ヲ受クルコトトナルヘシ
 以上ノ計算中退社當時ニ結了セサ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カナリ

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シ會社カ
 其商號中ニ退社員ノ氏又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ハ尙ホ依然ト
 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サ
 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又ハ氏名ヲ商號中ニ用
 ルコトヲ止ムヘキコトヲ請求シ得ラレサルヘカラス是レ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債務ニ付キ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ヒ支店ノ所
 在地ニ於テ之ヲ登記セサルヘカラス而シテ其本店ニ於ケル登記ハ社員ノ責任ノ上ニ大關係ヲ有ス即チ
 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キ責任ヲ負フモノニシテ
 此責任ハ其登記後二年ヲ經過シテ始メテ消滅スルモノナレハナリ(七三條一項)蓋シ退社員ヲシテ此ノ
 如ク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メニ單ニ自己ノ
 責任ヲ免カレンカ爲メ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
 尙ホ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キス第八四條ニ依レハ會社ハ解散ノ後ト雖モ
 清算ノ目的ノ範圍内ニ於テハ尙ホ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チニ法人
 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
 格ヲ失フニ過キサルモノトス

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是レ即チ
 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モ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產アラハ之ヲ社員間ニ分配セサルヘカラス是等ノ行爲ヲ爲スニ付テハ解
 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ル不便ナルヲ以テ此ノ如キ清算行爲ノ
 目的ノ範圍内ニ於テハ依然法人格ヲ有スルモノト規定シタルモノナリ故ニ解散シタル會社ハ此ノ如キ

行爲ノ目的ニ於テノミ法人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ノ方面ニ於ケ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

會社ヲ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、營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メタリ會社ハ此事由以外ニ於テ解散スルコトナシ今左
ニ其事由ニ付キ説明スヘシ

第一 存立時期ノ満シテ他定款ニ定メタル事由ノ發生 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メ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チ其時期ノ到來ニ依リ又ハ其他ノ事由ノ發生ニ依リ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持分ノ拂戻ヲ爲スヘキモノトス我商法ニ於テハ解散シ
タル會社ノ繼續ハ此場合ノ外之ヲ認メス

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

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続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続セシムルハ無用ナルヲ以テ
解散ノ原因ト定メ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
トシ又ハ到底成功ハ不能ナリト謂フニ歸著スヘシ只顯著ナル例ハ例ヘハ一定ノ書籍ヲ出版スルコト
ノ目的トシタルニ其出版カ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シ又豫メ
成功又ハ成功ノ不能ニ付キ定款ニ精密ナル規定ノ設アリタルトキハ即チ本條第一號ニ定款ニ定メタ
ル事由ト謂フニ該當シ第二號ニ該當セス故ニ本號ノ規定ナクトモ第三號ノ總社員ノ一致及ヒ第一號
ノ定款ニ定メタル事由ノ發生ト謂フニ依リテ凡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クルモノナリ

成功ノ不能ト謂フハ必スシモ絶對ノ不能ノミヲ意味セス相對ノ不能モ亦本號ニ謂フ不能ナリ例
ヘハ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
ヲ要ス豫メ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キ事
實上定款ヲ變更スルモノニ外ナラス(即チ若シ定款ニ解散事由アレハ之ヲ變更スルコトナリ又若

0523

シ未タ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ナル(ハシ)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テ之ヲ制限スルコトヲ得然レトモ定款ヲ以テ此ノ如キ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モ合併ニ二種アリ(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合併セラレ乙會社ハ存續スル場合之ナリ何レノ場合ニ於テモ少クトモ一會社ハ合併ノ爲メ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リ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モ(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リテハ同意ノ退社及ヒ除名ナルコトアリ得ニ何トナレハ同意ノ退社及ヒ除名ハ即チ同時ニ解散ヲ來スヘケレハナリ然レトモ定款ニ定メタル事由ノ發生ニ依ル退、社死亡ニ依ル退社、破産及ヒ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ケタルトキハ會社ハ之ニ依リテ解散ス會社カ支拂不能ノ爲貨物ノ轉換ハ金錢經濟ノ今日ニ在リテハ主トシテ賣買ニ依リテ行ハル賣買ノ目的ハ之ニ因リテ取得シタル貨物ヲ自己消費ノ用ニ供セントスルニ在ルカ又ハ更ニ之ヲ他ニ移轉セントスルニ在リ前者ノ目的一出ツル賣買ハ人類一般ノ生活ニ必要ナル行爲トシテ吾人カ日常頻繁ニ行フ所ナルモ敢テ商ノ觀念ト深キ關係ヲ有スルモノニ非ス之ニ反シテ後者ノ目的ニ出ツル賣買ハ商ト密接ノ關係ヲ有シ而モ商ノ主要ナル部分ヲ爲スモノトナリ實テ速ヘタルカ如ク利益ヲ得テ移轉スルノ目的ヲ以テ貨物ヲ取得シ又ハ其取得シタル貨物ヲ他ニ移轉シテ最初ノ目的ヲ實行スルハ商ノ觀念ノ最モ純粹ナルモノニシテ而シテ其取得又ハ移轉ハ其ニ主トシテ賣買ニ依リテ行ハルナリ賣買カ商行爲ノ種類中最モ古キ觀念ニ屬シ往時ハ殆ト商行爲ナル觀念ノ全部ヲ占メ居リシコト東西其軌ヲ一ニスル所ナリ今日ニ在リテモ尙ホ我國ニ於テハ商業ヲ營ムラ通俗ニ商賣ヲ爲スト言ヒ商ヒト云ヘハ直チニ賣買ヲ聯想スル事實アルハ諸子ノ熟知セラルル所ナリ

賣買ハ商事民事共ニ廣ク且頻繁ニ行ハルル行爲ナルコト右述ヘタル如シ往時ニ在リテハ民法ノ規定頗ル狹隘ニシテ伸縮自由ノ餘地ニ乏シク之ヲ以テシテハ到底敏活ヲ重スル商事賣買ヲ規律シ難キ事情アリシニ依リ商法ハ民法以外ニ綿密ナル特種ノ規定ヲ設タルヲ例トシタルモ其後社會ノ進化各般ノ取引ノ發達ト共ニ商事ニ必要ナル制度ハ均シク民事ニモ其必要アリトシテ法規ノ編纂ニ大ナル變化ヲ來シ商法ノ規定事項ハ概ネ一般法タル民法ニ吸收セラルルニ至リ民事ト商事ト共通シテ重要事項タル賣買ニ關シテハ殆ト民法ト商法トノ規定ニ差別ヲ爲サズ大概之ヲ民法ニ於テ規律シ商法ニハ唯二三ノ特例ヲ設クルニ過キサルコト是レ現今各國立法ノ趨勢ナリ我商法モ亦第二章ニ賣買ノ項目ヲ設ケタリト雖モ其規定スル所僅ニ五箇條ノミ本講義モ亦此數條ニ付キ説明ヲ爲スニ止メ賣買ノ意義、其種類、效力

及ヒ消滅ニ關スル詳細ノ說明ハ民法ノ講義ニ讓ルヘシ
 本章ノ規定ハ商事上ノ買賣ニ付テノミ適用アリ商事實買トノ區別ノ標準ハ一般ニ云ハハ貨物ノ轉換ヲ媒介スルノ目出ツルト其他ノ目出ツルトニ因リテ岐ル之ヲ我商法上ヨリ觀察シテ正確ニ說明スルハ第二六三條及ヒ第二六四條ニ列舉セラルル範圍内ニ於テ爲ス所ノ賣買ハ勿論其他商人カ營業ニ附屬シテ爲ス所ノ賣買ニハ(二五五條一項)凡テ本章ノ適用アルノミナラス商人ノ行爲ハ其營業ノ爲メニスルモノト推定セラルルカ故ニ商人ニ依リテ爲サル賣買ハ總テ一應ハ商賣買ト推定セラレ(二五五條二項)隨テ反證ヲ舉ケサル限りハ其賣買ハ本章ノ規定ニ依リテ規律セラルルノミナラス當事者ノ一方ノ爲メニスル商賣買アリタルトキ雖モ其雙方ハ共ニ此規定ニ依リテ支配セラルルナリ(三三條)

本章ハ民法ノ規定ニ對シテ左ノ三點ニ於テ特別規定ヲ爲セリ即チ其一ハ買主カ受取方遲滞ノ場合ニ關スルモノニシテ其二ハ賣主カ契約ニ違反セル目的物ヲ給付シタルトキニ關スル場合其三ハ確定期賣買ニ關スル規定是ナリ而シテ其第一第二ノ規定ハ共ニ賣買當事者ノ雙方カ商人タル資格ヲ有スル場合ニ於テノミ其適用アリ商人ト非商人トノ間又ハ非商人間ニ於ケル商賣買ニ適用セラルヘキモノハ唯第三ノ一箇條アルノミ此等ノ特別規定ヲ除キテハ商事實買ト雖モ總テ民法ノ規定ニ支配セラルルモノト知ルヘシ

第一 買主カ受取方遲滞ニ在ル場合 賣買ハ當事者ノ一方カ或財產權ヲ相手方ニ移轉スルコトヲ約シ相手方カ之ニ代金ヲ支拂フコトヲ約スルニ因リテ其效力ヲ生スルモノナリ(民五五五條物ノ給付ハ賣買契約成立ノ要素ナリ此引渡義務ノ履行カ如何ナル方法ヲ以テ如何ナル時期及ヒ場所ニ於テ爲サルヘ

キヤハ契約ノ趣旨行爲ノ性質又ハ慣習ニ因リテ定マリ否ラサル場合ニハ民法商法一般ノ規定ニ從フ其何レニ依ルヲ問ハス之ニ從テ賣主カ其目的物ノ引渡ヲ爲サントスルニ當リ買主カ之カ受領ヲ拒ミ又ハ之ヲ受取ルコト能ハサルトキニハ賣主ハ買主ノ危險及ヒ費用ニ於テ其物ヲ供託シテ債務ヲ免ルルコトヲ得ヘシ此供託權ハ其賣買カ民事ニ係ルト商事ニ關スルトニ因リテ異ナルトナシ(二八六條民四四條)然レトモ商法ハ之ニ數歩ヲ進メ其賣買當事者雙方カ商人ナル場合ニハ賣主ヲシテ其好ム所ニ隨ヒ右供託ノ外向ホ相當ノ期間ヲ定メ催告ヲ爲シタル後其目的物ヲ競賣スルコトヲ得セシメタリ(二八六條二項)固ヨリ民事上ノ賣買ニ於テモ買主カ受取方遲滞ニ在ル場合ニハ競賣シ得ヘキ場合ナキニ非ス然レトモ民法ハ其競賣ニ付テハ一定ノ條件ヲ必要トシ即チ目的物カ供託ニ適セサルカ又ハ其物ニ付キ滅失若クハ毀損ノ虞アルカ若クハ其物ノ保存ニ付キ過分ノ費用ヲ要スルトキニ限リテ之ヲ競賣シ得ヘシト爲シ而モ其競賣ハ濫リニ之ヲ爲スコトヲ許サスシテ裁判所ノ許可ヲ經ヘキモノト爲セリ(民四九七條)供託ニ代ヘテ競賣ヲ爲サシムルカ如キハ稍ニ干渉ニ失スルノ嫌アルヲ以テ民法カ之ヲ特定ノ場合ニ制限シ裁判所ヲシテ競賣ノ必要ノ有無ヲ査定セシムルノ方針ヲ採リタルハ素ヨリ至當ナルヘシ然レトモ相場ノ變動常ナキ商品ニ付テモ尙ホ其競賣ニ裁判所ノ許可ヲ必要トスルカ如キハ其手續ニ時日ヲ空費シ爲メニ當事者ヲシテ意外ノ損失ヲ蒙ラシムルノ虞アリ殊ニ斯ル煩雜ナル手續ハ簡易迅速ヲ要素トセラル商事ニ適合セサルヲ以テ商法ハ裁判所ノ許可ニ代フルニ相當ノ期間ヲ定メテ催告ヲ爲スノ簡便法ヲ以テシタルナリ相當期間ノ猶豫アレハ賣主ハ勿論競賣ヲ防止スルコトヲ得ヘク而モ尙ホ故ナクシテ相當ノ手段ヲ施ササルニ於テハ競賣セラルルモ敢テ苦情ヲ唱ヘ得ヘキニ非ス尙ホ商法カ民法ノ如クニ競

0525

賣ノ場合ニ何等ノ制限ヲ置カザリシ所以ハ畢竟商人ニ取リテハ金錢ノ必要ヲ感スルコト特ニ著シク而シテ實際競賣ノ問題ヲ生スルハ主トシテ相手方ノ代金不拂其原因ナル場合ナルヲ以テ賣主カ此競賣權ヲ行ヒ其代價ヲ賣買代金ニ充當スルハ如何ナル場合ニ於テモ其必要ヲ感スルコトナレハナリ此ノ如ク敢テ特定ノ場合ヲ限定セザルカ故ニ果シテ真ニ其場合ニ適合スルヤ否ヤヲ査定スル爲メニ設ケタル民法上ノ制度即チ裁判所ノ許可ハ全ク其必要ヲ感セザルニ至ルナリ尙ホ損敗シ易キ物ニ付キ直チニ之ヲ競賣スルノ權能ヲ認メタルハ畢竟其物ノ性質カ急速ノ處置ヲ必要トスル自然ノ結果ニ外ナラス此供託ノ事實及ヒ競賣ノ時及ヒ場所等ハ遲滞ナク買主ニ對シテ其通知ヲ發スルコトヲ要ス蓋シ此事タルヤ買主ノ利害ニ少ナカラサル關係アルヲ以テナリ(二八七條一、二項)

右ニ述ヘタル競賣權ハ一般ニ言ヘハ買主ノ支拂遲滞ト何等ノ關係ナシ故ニ賣主ハ既ニ代金ノ支拂ヲ受ケタル場合ニ於テモ唯其保管ノ義務ヲ免ルルカ爲メ(民四〇〇條)此權利ヲ行フコトヲ得ヘキハ勿論ナリト雖モ多クノ場合ニハ未タ代金ノ全部又ハ一部ヲ受領セザルカ爲メ此競賣權ヲ實行シ其競賣代價ヲ以テ賣買代金ニ充テントスルニ在リ三來來動產又ハ不動產ノ賣買ヨリ生シタル債權ニハ先取特權アリ(民三二一條三二五條)而シテ此先取特權ハ其動產又ハ不動產ノ代價ニ付キ其動產又ハ不動產ノ上ニ存シ且之ヲ賣却シタルトキハ其賣却代金ニ對シテモ之ヲ行ヒ得ヘキモノナルヲ以テ(民三二一條三二八條三〇四條)其目的物ノ競賣ヲ爲シタルトキハ賣主ハ其代價ヲ以テ直チニ賣買代金ニ充當スルコトヲ得ヘシ尙ホ之ニ關シテハ商法第二八六條三項ニモ但書ノ規定アリテ特ニ此趣旨ヲ明カニセリ

競賣ニ依リテ得タル代金ハ之ヲ賣買代金ニ充當シ得ルコト以上述フルカ如シト雖モ特ニ其買主カ其充當ヲ爲サザルカ若クハ充當スルモ尙ホ餘金ヲ存スル場合又ハ競賣ノ目的カ單ニ保管ノ義務ヲ免レント

スルニ在ル場合ニ於テハ(單ニ保管ノ義務ヲ免レントスルノ競賣ハ主トシテ民法ニ言ヘルカ如ク其物カ供託ニ適セザルカ又ハ損敗シ易キ性質ノ物ナルカ又ハ其物ノ保存ニ付キ過分ノ費用ヲ要スル場合等ニ其實例ヲ見ル)其代價ハ之ヲ供託スルコトヲ要ス蓋シ競賣ハ目的物ノ供託ニ代ヘテ法ノ特ニ認メタル換價處分ナルカ故ニ其代金ハ買主ノ爲メニ之ヲ供託セシムルヲ至當トスレハナリ

第二 賣主カ契約違反ノ目的物ヲ給付シタル場合 賣買契約ヨリ生スル效力ノ顯著ナルモノハ賣主カ擔保義務ヲ生スルコトナリ賣主ハ賣買目ノ物ヲ引渡スヘキ義務ヲ負ヘ契約通りニ之ヲ履行スヘキコトニ付キ擔保ノ責ニ任ス故ニ契約ニ反スル商品ヲ給付シタルトキ例ヘハ其商品ニ瑕疵アリタル場合又ハ其數量ノ不足ナル場合ニ於テハ買主ハ或ハ其賣買ヲ解除シ或ハ其代金ヲ減額セシメ或ハ損害賠償ヲ請求スルコトヲ得ヘシ而シテ此等ノ權利ハ事實ヲ知リタルトキヨリ一箇年ヲ經過セザル内ハ何時ニテモ之ヲ主張スルコトヲ得ヘシ此等ハ總テ民法ニ其規定アリ(民五六四條乃至五六六條及五七〇條)然レトモ商法ハ之ニ關シテ賣買當事者カ商人ナル場合ニ付キ特別規定ヲナシ賣主ヲシテ受領後遲滞ナク其物ヲ検査セシメ若シ之ニ瑕疵アルコト又ハ其數量ニ不足アルコトヲ發見シタルトキハ直チニ賣主ニ對シテ其通知ヲ發スヘキモノトシ若シ其検査並ニ通告ヲ怠リタルトキハ普通買主ニ認メラルル右ノ權利即チ契約解除又ハ代金減額若クハ損害賠償ノ請求權ヲ失ハシムルコトヲ爲シタリ是レ取引ヲ迅速ニ完結セシメ以テ其安全ヲ保護セントスルニ外ナラス引渡ヲ受ケタル物件ヲ検査セシメ若クハ検査スルモノ何等ノ通知ヲ爲サスシテ時日ヲ經過シテ之ニ關スル故障ノ申出ヲ爲スカ如キハ賣主ノ迷惑特ニ甚タシキモノアリ況ヤ物ノ瑕疵又ハ數量ノ不足ニ關スル故障ニ付テハ時日ヲ經過スルニ從ヒ其責任ノ歸屬ヲ判明スルニ大ナル困難ヲ來スノ事情アルニ於テオヤ賣買ノ效力ヲ永ク不確定ノ狀況ニ存積セシムルハ賣

主ニ不安ノ念ヲ抱カシメ取引ノ安全ヲ阻害スルノ不都合アレハナリ不審ニ疑ハレタル場合ニ關スル説明ナリ數量ノ不足ニ付テハ検査ニ依リテ容易ニ之ヲ發見シ得ヘキカ故ニ直チニ其通知ヲ發スヘシト規定スル外他ニ何等ノ規定ヲ要セスト雖モ瑕疵ニ關スル故障ハ之ト趣ヲ異ニス隠レタル瑕疵殊ニ時ノ經過ニ從ヒ其物ニ變狀ヲ來スカ如キ瑕疵ニ在リテハ検査スレハトテ容易ニ發見シ得ヘキニ非ス隨テ斯ル瑕疵ニ付テハ尙ホ他ノ疑問ヲ決定スルノ必要アリ即チ此場合ニ於テハ賣主ハ右ニ述ヘタル民法ノ規定ニ依リ買主カ其瑕疵ヲ發見スルニ至ル迄永久ニ擔保ノ義務ヲ免レ得サルカノ疑問ヲ生ス商法第二八八條一項後段ノ規定ハ之ヲ解決シテ六箇月内ニ其瑕疵ヲ發見スルコトヲ要スト爲シ且之ヲ發見シタルトキハ直チニ賣主ニ對シテ其通知ヲ發スヘシト爲セリ瑕疵ノ性質如何ニ因リテハ或ハ此發見期間ハ短キニ失スルノ恐れナシトセサルモ取引ノ安全ヲ保護スルノ趣旨ヲ貫徹センニハ又止ムヲ得サル所ナリ

茲ニ注意スヘキハ法文ニ直チニ發見スルコト能ハサル瑕疵トアル其解釋ナリ直チニトアルカ故ニ恰モ皮想的ノ検査ニ依リ發見セラレスシテ殘レル瑕疵ハ總テ此内ニ包含セラルルカ如ク見ユ、然レトモ此「直チ」トハ畢竟検査ノ際ニ發見セラレサルコトヲ意味スルニ止マリ検査其モノハ皮想的ナラスシテ根本ノ吟味ヲ必要トスルナリ故ニ検査ニ相當ノ注意ヲ缺キ爲メニ發見スルコト能ハザリシ瑕疵ニ付テハ後段ノ規定ヨリハ寧ロ前段ノ規定カ適用セラルルモノト解スヘシ然ラハ法文ノ所謂「検査」トハ如何ナル程度ニ於テスルヲ要スルカ之ハ事實問題ニ屬シ結局各場合ニ應ジ商慣習ニ基キ當事者各自ノ利益ヲ公平ニ觀察シテ決定スルノ外ナシ穀類ナレハ中身ヲ改メ酒類ナレハ管味スヘク機械ナレハ運轉ヲ試ムヘキナリ尤モ包袋ノ開封カ著シク商品ノ價額ヲ減スルカ如キ場合ニハ外部ノ検査ヲ以テ足レ

リトシ又同様ノ性質ヲ條件トスル商品ハ其一部分ノ検査ヲ爲セハ可ナリトハ獨逸ニハ其判決例アリ尙ホ此検査ハ商品受領後遲滞ナク之ヲ行フコトヲ要ス其試驗期間ノ長短ハ各場合ニ於テ行フヘキ試驗ノ方法ニ依リテ決定セラルヘク一概ニ説明スルヲ得ス怠慢ナル試驗ニ依リテ通知ヲ遲延スルトキハ爲メニ買主ハ其權利ヲ失フニ至ルヘシ又検査ニ因リテ瑕疵ヲ發見シタルトキハ直チニ其通知ヲ發スコトヲ要ス然レトモ通知ノ未著又ハ延著ハ賣主其危險ヲ負擔シ買主ハ之ヲ發送スレハ足レリ又此通知ハ直チニ爲スヲ要スト言フモ検査全部終了ノ時ニ於テ纏テ爲セハ足リ検査ノ中途ニ發見シタル瑕疵又ハ不足ニ付キ其程度一一之ヲ通知スルノ必要ナシ検査前偶然發見シタル瑕疵ノ如キモ検査ノ施行ニ依リテ發見スヘキ他ノ瑕疵ト併セテ通知スルモ差支ナシ何トナレハ物ノ不足又ハ瑕疵ニ付キ故障ヲ申立ツヘキヤ否ヤ將タ又何等カノ方法ヲ以テ之ヲ補填シ得ヘキヤ否キハ畢竟交付ヲ受ケタル商品ノ全部ヲ検査シタル後ニ於テ判斷シ決定スヘキ事柄ナレハナリ尙ホ此通知ハ唯其通知ノ範圍内ニ於テノ買主ノ權利ヲ保全スルニ止マリ通知漏ノ事項ニ付テハ何等ノ效力ヲ生セサルコトニ注意スヘシ

買主ニ商品ノ検査及ヒ通告ヲ命スルハ畢竟永キ期間取引ノ結了セザルヨリ生スヘキ買主ノ不慮ノ損害ヲ豫防セントスルニ外ナラス故ニ賣主ニ惡意アリタル場合例ヘハ目的物ニ瑕疵アルコトヲ知り又ハ其數量ニ不足アルコトヲ知りテ引渡ヲ爲シタルカ如キ場合ニハ本條ノ適用ナシ(二八八條一項)知ラザレハ假令通知ヲ受ケル必要ヲモ生スルナレ知リテ尙ホ通知ヲ要ストハ何等ノ意味ナキコトナルノミナラハ假令斯ル場合ニモ尙ホ本條ノ適用アリトセハ惡意ノ賣主ハ萬一テ僥倖シテ不正ノ引渡ヲ爲スノ弊害ヲ生シ取引ノ安全ヲ害スルニ至ルヘケレハナリ

検査及ヒ通告ノ手續カ完全ニ連ハレタル結果ニ付テハ民法ノ規定カ適用セラル即チ賣主ハ其本來ニ於

0527

テ擔保義務ヲ負擔スル結果トシテ其瑕疵又ハ數量ノ不足ノ爲メニ買主ヨリ契約ヲ解除セララルコトアル
 ルヘシ契約ヲ解除セラレタル場合ニハ買主ハ其物ヲ保管スルノ義務ナクテ之ヲ返還シテ差支ナキ民法
 ノ原則トス然レトモ商法ハ斯ル場合ニハ買主ハ必ス其物ヲ保管スルカ又ハ供託スルコトヲ要スト爲シ
 賣主ノ指揮ヲ俟タスシテ安ニ之ヲ返還シ得サルモノト爲シタリ其保管ノ費用ハ勿論賣主ノ負擔タリ
 (二八九條前段)商人ハ互ニ信用ヲ重シヘキモノナルヲ以テ斯ル場合ニ之ニ保管ノ義務ヲ負ハシムル
 ハ至當ノコトナルヘシ商界ニ於ケル常態トシテ商人ハ其送付シタル物品カ買主ヨリ拒絶セラレタル場
 合ニ成ルヘク其買主ノ近傍ニ於テ之ヲ賣却シ以テ送還ノ費用ト手數トヲ避ケンコトヲ努ム此實狀ニ基
 キ本條ノ規定ハ生シタルナリ尤モ其物品ニ付キ滅失又ハ毀損ノ虞アルトキニ買主ハ其物ノ保管又ハ供
 託ニ代ヘテ裁判所ノ許可ヲ經タル上之ヲ競賣シ以テ其競賣代價ヲ保管シ又ハ供託スルコトヲ得ヘシ但
 此場合ニハ遲滞ナク賣主ニ對シテ其通知ヲ發スルコトヲ要ス(二八九條一項但書及二項)此競賣ハ單ニ
 賣主ノ利益ノ爲メニノミ存スルモノニシテ第二八六條ノ競賣トハ其事情異ナルヲ以テ特ニ其競賣ノ
 必要如何ヲ査定セシムル爲メ斯クハ裁判所ヲシテ之ニ干渉セシムルコトトナシタルナリ
 以上述ヘタル保管又ハ供託義務ニ關スル規定ハ競賣當事者雙方ノ營業所若シ營業所ナキトキハ其住所
 方同一市町村内ニ在ル場合ニハ其適用ナシ(二八九條三項及商施一四條)蓋シ斯ル場合ニ於テハ賣主ハ
 賣買解除ノ通知ニ接スルヤ直チニ之ヲ引取ルカ若クハ其保管ニ對スル相當ノ處置ヲ施シ得ヘケレハナ
 リ

買主ノ負擔スル保管又ハ供託ノ義務ハ當ニ目的物ニ瑕疵アリ又ハ其數量ニ不足アルヨリ契約ヲ解除シ
 タル場合ニ止マラスシテ其引渡ヲ受ケタル物品カ注文品ト相違シタル場合又ハ其數量ニ超過アリタル

場合ニモ其相違シタル物又ハ其超過シタル部分ニ付キ均シク之ヲ保管シ又ハ供託スル責任アリ固ヨリ
 此場合ト雖モ其責任ハ隔地取引ニ限ラレ同地賣買ニハ其適用ナシ(二九〇條)

第三 定期賣買ニ關スル特別規定 契約ハ其種類ノ如何ヲ問ハス不履行ニ因リテ解除セラルヘキ運命
 ヲ有ス然レトモ當事者ノ一方カ債務ヲ履行セザレハトテ之カ爲メニ當然解除セラルルニ非ス原則トシ
 テハ相手方ニ解除權ヲ生スルニ止マリ其契約ヲ解除スルト之ヲ解除セシメテ其履行ヲ爲サシムルトハ
 一定ノ相手方ノ任意ニ決定シ得ヘキ所タリ今其解除ヲ爲サントスル場合ニ付テ言ヘハ解除ヲ爲スニハ一
 トナシ(民五四〇條)又其解除ヲ爲ササル場合ニ付テ言ヘハ契約ハ依然トシテ存續スヘシ但之ニハ解除
 權ノ附著スルアリ其解除權ハ時効ニ罹ラサル限ハ何時ニテモ相手方ハ之ヲ行使スルコトヲ得ヘク之ヲ
 消滅セシメシメハ唯不履行者カ相當ノ期間ヲ定メテ其期間内ニ解除ヲ爲サヤ否ヤヲ確定スヘキ旨ノ催
 告ヲ爲ス一方法アルノミ不履行者ニ取リテハ甚タ迷惑ヲ感スル所ナリ(民五四七條)此原則ハ總テノ契
 約解除ヲ支配スルカ故ニ民法第五四二條ノ所謂正確ニ日時又ハ一定ノ期間内ニ履行ヲ要スル契約ニ於
 テ當事者ノ一方カ履行ヲ爲サスシテ其時期ヲ經過シタルトキニ相手方カ有スル解除權ニ付テモ等シク
 其適用アリ然ルニ商法ハ第二八七條ニ於テ之ニ對スル例外規定ヲ設ケ此種ノ契約カ賣買ニ關シテ爲サ
 レタル場合ニ於テ當事者ノ一方カ履行ヲ爲サスシテ履行期ヲ經過シタルトキニハ相手方ハ直チニ其履
 行ヲ請求スルニ非サレハ賣買ヲ解除シタルモノト看做シタリ即チ一面ニ於テハ相手方カ不履行者ニ對
 シテ爲スヘキ契約解除ノ意思表示ヲ不必要トシテ其手數ヲ省キ他面ニ於テハ不履行者ノ爲メ特ニ相手
 方ニ對シ催告ヲ爲シ解除ヲ確メストモ相手方ヨリ直チニ履行ノ請求ヲ受ケサル限りハ契約ハ當然解除



セラレタルモノト看做シ得ルノ便宜ヲ與ヘタリ蓋シ手續ノ煩雜ナルト取引ノ永ク結了セザルトハ其ニ商取引ノ觀念ト相容レザルコト屢々述ヘタル如クニシテ本問ノ場合ニ不履行者ノ爲メニ存スル催告方法ノ如キモ相當ノ期間内ハ相手方ノ確答ヲ俟ツニ非サレハ其目的物ヲ處分シ得ルモノナルヲ以テ相場ノ變動常ナクシテ臨機ノ處分ヲ必要トスル商品ニ付テハ其效用極メテ薄ク到底商行為ノ當事者ヲ保護スルニ足ラサルヲ以テナリ夫レモ一般ノ賣買契約ナレハ格別ナレトモ特殊ノ性質ヲ有スル賣買即チ一定ノ時期又ハ期間ヲ經過スレハ契約ヲ爲シタル目的ヲ達スルコト能ハサルカ如キ賣買ニ在リテハ本條ノ如ク規定スルモ敢テ相手方ニ不便ヲ感セシムルコトナカルヘシ勿論契約ハ當然解除セララルモ損害賠償ノ請求ヲ爲スハ妨ケンシ(民五四五條)

第三章 交互計算

交互計算ハ其趣旨數多ノ取引ヨリ生スル債權債務ヲ取引毎ニ計算セス期間ヲ定メテ一纏ニ計算ヲ爲サントスルニ在リテ商業界ニ最モ便益ヲ與フルモノタリ相互ノ間ニ平常斷ヘス取引ヲ爲スノ關係存スル場合ニ在リテハ其取引ニ伴ヒ幾多ノ債權債務ノ關係ヲ發生シ或取引ニ因リテ甲カ乙ニ對シテ債權ヲ取得スル代リニ他ノ取引ニ於テ却テ乙カ債權者ノ地位ニ立チ互ニ債權者トナリ債務者トナルノ關係ヲ生スル場合ニ於テハ其箇箇ノ取引ニ付キ一計算ヲ爲サントシテ或期間ヲ定メ其期間内ニ發生スル總テノ取引ヲ一括シテ差引計算スルコト當ニ煩雜ヲ避ケ得ルノミナラス他ニ大ナル利益ノ之ニ伴フアルヲ見ル其一般ヲ言ヘハ各取引毎ニ計算ヲ爲スノ時間ト手數トヲ省キ隔地者間ノ取引ナレハ尙ホ送金ノ費用ト危險トヲ免レ得ルノ便益アルヘシ殊ニ此計算方法ニ依レハ一定ノ期間内ハ其債務ヲ履行スルニ及ハサルヲ以テ債務者ハ現金拂ヒ追ハルルコトナク安シテ其資金ヲ他ニ流用シ得ルノ便益アリ而シテ互ニ債權者タリ債務者タル地位ニ立ツモノナルヲ以テ此大ナル便益ハ當事者雙方ノ共ニ均シク受クル所ノモノタリ當ニ當事者ノ爲メノミナラス資本ヲ間斷ナク運轉シ得セシムルヲ以テ金融ヲ幫助スル上ニ於テ著シキ效益アリ是レ交互計算カ自然商ノ實際ニ發生シ盛ニ行ハルル所以ナリ其法律上ノ正確ナル意義、效力及ヒ其計算關係ノ終了ニ付テハ左ニ順次之ヲ説明スヘシ

第一節 交互計算ノ意義

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

第一 交互計算關係ハ諾成契約ニ因リテ發生ス 交互計算ハ或債權ト反對債權トカ併存スル場合ニ雙方其實際ノ履行ヲ爲サス相殺ニ依リテ互消セシムルノ點ニ於テ民法上ノ相殺ト類似スレトモ其間ニハ

自ラ差別アリ民法上ノ相殺ハ當事者間ニ何等ノ契約アルヲ要セス或條件ヲ具備ストキハ當事者一方ノ單獨行爲ニテ行ハルヘシト雖モ交互計算ノ關係ハ豫メ當事者カ之ニ關スル特約ヲ爲スニ非サレハ發生モ當事者相互ノ間ニ信用ノ存在スル場合ニ始メテ此關係ノ存在ヲ見ルナリ蓋シ交互計算ハ民法上ノ相殺ノ如ク箇箇ノ債權債務ニ付キ相殺ヲ爲シ其殘額ヲ請求スルモノトハ異ナリ一定期間ノ取引ヨリ生スル多數ノ債權債務ノ總額ニ付キ唯一回ノ相殺ヲ爲シ唯一回ノ殘額支拂ヲ要求スルニ止マルカ故ニ各箇ノ債權ハ事實其履行ヲ延期セラレ該期間内ハ隨意ニ之ヲ主張シ得サルノ結果ヲ生シ當事者ノ境涯ニ依リテハ甚シキ不當ト危險トヲ包含スルモノナルヲ以テ相互ノ信用ニ因ルニ非サレハ到底此關係ヲ生シ得ヘキニ非サレハナリ

此ノ如ク交互計算ハ當事者相互ノ信用ニ基キ其合意ニ因リテ成立スルモノナルコト竝ニ其契約ハ敢テ書面ヲ必要トスルニ非ス明示ニテモ默示ニテモ苟モ之ニ關スル意思表示アリト認ムヘキ場合ニ在リテハ直チニ成立スル諾成契約ナルコトハ法文中「約スル」ニ因リテ其效力ヲ生スルト規定シアルニ徴シテ一點ノ疑ヲ容レサル所タリ然レトモ其契約ノ性質如何ニ付テハ法文ニ因リテハ之ヲ決定スルコトヲ得ス否法文上ヨリスレハ寧ロ交互計算契約ナル一種ノ契約ナリト説明スル方穩當ナルヘシ多少ノ異論ナキニ非サルモ交互計算ヲ以テ何レノ契約ニモ屬セサル一種獨立ノ契約ト爲スハ多數學說ノ認ムル所タリ第二交互計算ハ平常取引關係ヲ有スル商人間又ハ商人ト非商人間ニ於テノ成立ス 外國ノ立法例ニ於テハ當事者ノ誰タルヲ問ハス又高取引ヨリ生スル債權債務ニ付テハ廣ク交互計算ノ成立ヲ認ムルモノアリト雖モ我商法ハ非商人間ニ於テハ縱令之ニ類似ノ計算關係ヲ有スルモ茲ニ所謂交互計算ト認メストノ主義ヲ採用セリ其理由ハ他ナシ前述セルカ如ク交互計算ハ果實當事者間ニ數多ノ取引カ行ハ

レ且相互ニ權利ヲ得義務ヲ負フコトアルヲ前提トシテ起リタルモノナリ然ルニ非商人間ニ於テハ雙方共ニ取引ヲ營業トシテ行フモノニ非サルヲ以テ互ニ債權者ト爲リ債務者ト爲ルヘキ數多ノ法律關係ヲ發生スルコトナク偶々稀ニ交互計算ニ依ルノ必要ヲ感スルコトアリトスルモ之ニ對シテハ本章ノ特別規定ヲ適用スルノ必要ナク民法上ノ契約ニ關スル一般ノ規定ニ依リテ其相互ノ關係ヲ決定セシムルヲ以テ足レリトシタルナリ商法ハ當ニ非商人間ニ交互計算ノ成立ヲ認メサルノミナラス商人間又ハ商人ト非商人トノ間ニ於テモ雙方カ平常斷ヘス取引ヲ爲スノ關係ヲ有セサル場合ニハ等シク交互計算ノ成立ヲ認メス是レ皆同一ノ趣旨ニ出テタルモノナリ此ノ如ク繼續シタル取引關係ノ存在アリ且債權債務ノ關係カ雙面的ニ生スルコトト交互計算ノ成立トハ離ルヘカラサル關係ヲ有スト雖モ此關係ノ存在ニ基キテ一旦交互計算契約カ成立シタルトキハ其各箇ノ場合ニ於テハ事實上必スミテ雙方ニ債權債務ノ關係ヲ生スルコトヲ必要トセス偶々一定ノ期間内ニ於テ當事者ノ一方カ債權ノミヲ取得シ他方カ債務ノミヲ負擔スルコトアリトスルモ之カ爲メニ交互計算ハ影響ヲ受クルコトナシ

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

(イ) 相殺ノ行ハルヘキ債權、債務ハ一定ノ期間内ニ於テ生シタルモノナルコトヲ要ス 交互計算關係(イ)繼續期間ハ之ヲ一定スルノ必要ナシ其定ナキトキハ契約カ解除セラレサル限り永續スルモノト見テ可ナリ然レトモ其相殺ニハ自ラ一定ノ期間ナカルヘカラス詳言セハ相殺ヲ爲スヘキ一定ノ期間ヲ定メ置キ其期間内ニ生シタル債權債務ヲ必ス其期間ノ末日ニ於テ相殺スルコトトシ一先ヲ其始末ヲ付クルハ必要ノ事タリ此期間ハ當事者ノ任意ニ定メ得ヘキ所ニシテ只之ニ關シ別段ノ意思表示ナキトキハ法



律ハ六箇月ヲ以テ二期間ト爲セリ(二九三條)蓋シ交互計算ハ數多ノ債權債務ヲ一括シテ差引計算スルモノナルカ故ニ相殺ヲ爲スヘキ期間ハ當事者カ其好ム所ニ從テ之ヲ定メタル場合ハ其自由意思ニ放任スヘキハ勿論ナレトモ之ヲ定メタル場合ニ於テハ短キニ失セハ交互計算ノ目的ヲ達セザルコトナリ永キニ失セハ取引度數ノ重ナルト共ニ計算ノ錯雜ヲ生スルノミナラス當事者ニ大ナル利害ノ影響ヲ來スモノナルヲ以テ豫メ法律上相當ノ期間ヲ定メ置クノ必要アリ如何ナル期間ヲ相當トスルキハ問題ナレトモ商法ハ我國現時商況ノ便利ニ鑑ミ之ヲ六箇月ト爲シテ蓋シ交互計算ノ最モ多ク行ハルルハ會社ニシテ我國ニ於ケル會社ハ概ネ六箇月ヲ以テ利益ノ配當ヲ爲スノ定ナルヲ以テ本間ノ期間ヲ之ト一致セシムルコト極メテ便利ナリトハ草案者ノ說明スル所ナリ然ラハ一定ノ期間内ノ取引ヨリ生シタル債權債務ナラハ如何ナル種類ノモノニテモ又如何ナル狀況ニ在ルモノニテモ總テ之ヲ交互計算ニ組入ルルコトヲ得ルヤト云フニ然ラス交互計算ノ目的ハ歸スル所債權債務ヲ相殺スルニ在ルカ故ニ自然ノ力メニ制限ヲ受ケ其債權債務タルヤ目的ノ同種ナルコトヲ要シ且其期間内ニ於テ辨濟期ノ到來シタルモノナルコトヲ必要トス而シテ同種ノ目的ヲ有スル債權債務ト云フモ僅少ノ期間内ニ當事者雙方ニ數多ク生スヘキ同種類ノ債權債務ナルヲ要スルカ故ニ實際ハ殆ト金錢ヲ目的トスル債權債務ニ限ララルナラン金錢債權ナレハ當事者カ別段ノ意思表示ヲ爲ササル限ハ如何ナル名義ニ基クモ固ヨリ差支ナシ最モ普通ナルハ消費貸借不規則寄託等ナルヘシ

以上述ヘタルカ如ク交互計算ノ目的ハ先ツ金錢ヲ目的トスル債權債務ナルコトヲ必要トス然レトモ總テノ金錢債權ハ常ニ交互計算ノ目的ト云フヲ得ス交互計算ヨリ除外セラルル場合ナキニ非ス例ハ計算期ノ到來ヲ俟タズ特別ノ期間内ニ支拂ヲ要スルモノ又現金拂ノ約束アルモノノ如キハ別ナリ手

形其他、商業證券ヨリ生シタル債權債務ニ付テハ異論アリ或ハ交互計算ノ目的タリ得スト説ク者アリト雖モ我商法ハ此主義ヲ採ラス之ヲ交互計算ニ組入ルルモノ不可ナシトセリ此商業證券ノ組入トハ其證券ニ表彰セラルル權利自體ヲ組入ルルニ非ス其權利自體ノ組入ト見テハ意義ナキコトナル畢竟其證券上ノ權利ノ移轉ヲ受ケタルカ爲メニ負擔スル債務ヲ計算項目ノ一トシテ組入ヲ爲スナリ問題トナルハ其組入ヲ爲シタル場合ニ於テ證券ノ債務者カ辨濟ヲ爲ササルトキハ如何ニ之ヲ處理スヘキヤノ點ナリ或ハ此等ノ證券ヲ受取リタル者カ一旦之ヲ相手方ニ對スル自己ノ債務トシテ交互計算ニ組入レタル以上ハ其證券ノ債務者ヨリ支拂ヲ得サレハトテ強テ其組入ヲ解クニ及ハス其債務ハ債務トシテ依然其項目ヲ存セシメ更ニ支拂ノ拒絕ニ因リテ生スヘキ相手方ニ對スル償還請求ノ債權ヲ交互計算ニ組入レシムレハ足レリトノ感ナキニ非ス然レトモ此等ノ證券ニ在リテハ其權利ヲ保全スルニ種種複雜ナル手續ヲ要シ一步ヲ誤レハ失權ノ效果ヲ生スル等其不便殊ニ甚シキモノアルヲ以テ斯ル方法ニ依ラシムルハ實際ノ不便ヲ顧ミサルノ不都合アリ故ヲ以テ我商法ハ一方ニ於テハ斯ル證券上ノ權利ニモ尙ホ交互計算ノ組入ヲ認ムルト同時ニ他方ニ於テハ其組入ヲ以テ證券ノ債務者ノ辨濟ヲ條件トシテ其組入ヲ爲シタルモノト看做スコトヲ得セシメ換言スレハ履行期ニ豫期ノ如ク辨濟ヲ得サリシトキニハ其債務ニ關スル項目ヲ交互計算ヨリ除去シ得ルノ自由ヲ當事者ニ與ヘ以テ實際ノ便利ニ應ジタリ(二九二條)

○ 相殺ハ債權債務ノ總額ニ付キ之ヲ行フコトヲ要ス 相殺カ箇箇ノ債權債務ニ付キ行ハルルトキハ是レ交互計算ニ非スシテ民法上ノ相殺ナリ交互計算ノ特質ハ一定ノ期間内ノ取引ヨリ生スル多數ノ債權カ交互計算ニ組入レラレ互ニ相抱合團結シテ漸次一ノ大債權ニ歸著シ相殺時期ノ到來シタルトキ他ノ之ト等シキ多數ノ反對債權ヨリ成立スル一團ノ債權ト相殺セラルルニ在リ此特質ハ尙ホ次ノ交互計

0531

算ノ效力ニ關スル説明ヲ得ハ一層之ヲ明カニスルコトヲ得ヘシ
 (一) 債務者ハ相殺ノ殘額ヲ支拂フコトヲ要ス 債權債務ノ總額ニ付キ相殺ヲ爲シ相互ノ債權額ニ差等
 ナキ場合ハ格別ナレトモ其間ニ差額ヲ生シタルトキハ少額ノ債權ヲ有シタルシ者カ多額ノ債權者ニ其
 殘額ヲ支拂フコトヲ約スルヲ以テ交互計算ノ特質トス此殘額支拂ニ關スル債權債務ハ先ニ交互計算ニ
 組入レアリタル債權債務トハ別種ノモノニシテ其内ノ或モノ又ハ部分ノ殘存セルモノニ非ス相殺ノ結
 果ハ當事者間ニ全ク新ナル債權關係ヲ發生スルナリ是レ亦效力ニ關スル次節ノ説明ニ依リ其詳細ヲ會
 得スヘシ

第二節 交互計算ノ效力

交互計算契約ニ因リテ定メラレタル範圍ニ屬スル各債權債務ハ必ス其計算ニ組入レラルヘキ運命ヲ有
 ス而シテ交互計算ニ組入レラルルヤ此等ノ債權債務ハ互ニ相包含シテ不可分ナル一團ノ債權債務ヲ組
 成シ此債權債務ニ付キ相殺カ行ハレ以テ殘額支拂ノ債權ヲ確定スルニ至ルモノナルヲ以テ最早讓渡ヲ
 許サレサル債權トナルハ勿論(民四六八條)箇別ノ之ヲ主張スルコトヲ得サルノ結果ヲ生ス交互計算
 關係カ廢止セラレタルニ因リ若クハ其組入ニ對シテ異議カ主張セラレタルニ因リ計算項目ノ全部若ク
 ハ一部カ計算關係ヨリ除去セラレテ恰モ最初ヨリ其計算ニ組入レラレザリシカ如キ現地位ニ復歸シタ
 ル場合ハ格別ナレトモ然ラサル限りハ其項目ニ付テハ到底各別ニ履行ヲ請求シ得サルナリ隨テ債務者
 ハ遲滞ノ責ニ任スルコトナク時效モ亦其債權ニ對シテハ進行スルコトナシ其他箇別ノ項目ニ對スル辨
 濟ノ如キモ元來各項目ハ其辨濟ニ對シテハ債權トシテ互ニ對立スルモノニ非サルヲ以テ一方ヨリ他方

保險者ノ特定ノ危險ヲ引受ケタルモノナリト謂フコトヲ得ス是ヲ以テ保險契約ノ成立ニハ被保險利益
 ハ常ニ特定セラレサルヘカラス而シテ此被保險利益ノ特定ニ關スル意思表示ニ付キ如何ナル意義ノ合
 意ヲ爲シタルモノナリキヤ解決スルニ付テハ當事者ノ意思ハ勿論其保險契約ニ表ハレタル内容又ハ保
 險ニ關スル法令其他一般ノ私法ノ原則ニ依リテ解釋セサルヘカラス

被保險利益ヲ特定スルニハ或場合ニハ之ヲ箇箇ニ特定セスシテ包括的ニ明示スルコトアリ例ヘハ一倉
 庫中ニ穀物、茶、煙草等ノ種種ナル商品存在セル場合ニ其各商品ニ付キ被保險利益ヲ特定スルコトアル
 ヘク又包括的ニ倉庫中ニ存スル商品全部ト云フカ如ク定ムルコトアリ此ノ如キ場合ニハ其倉庫内ニ存
 スル商品ト他ノ倉庫内ノ商品トヲ區別スルカ爲メニ其倉庫ノ所在ヲ指定シテ被保險利益ヲ明示スルコ
 トヲ得ヘク又商船内ニ在ル運送中ノ貨物ニ付キ保險契約ヲ爲ストキハ其商船ノ名ヲ明示スルコトニ依
 リテ被保險利益ヲ特定スルノ方法モアルヘシ

損害保險ニ於テハ被保險利益ノ損害ヲ填補スルヲ以テ目的トスルモ此等事故ノ發生ニ因リテ損害セラ
 レタル被保險物ヲ賠償スルノ意ニ非ス故ニ其填補ヲ爲スニハ金錢ヲ以テ爲スル原則トス隨テ被保險利
 益ハ金錢ニ見積リ得ヘキモノタルコトヲ必要トス換言スレハ被保險利益ハ損害發生ノ場合ニ於テ填補
 ヲ受クルカ爲メニ必要ナル金錢ノ價值ヲ有スルモノナルコトヲ要ス即チ財産上ノ利益ニ非サレハ保險
 ノ目的ト爲スコトヲ得サルナリ(二八五條)然レトモ必スシモ市場ニ價格ヲ有スルコトヲ必要トセス市
 場價格ハ單ニ被保險利益ノ價格ヲ見積ル場合ニ於テ之カ標準タルニ過キス
 此ノ如ク被保險利益ハ金錢ニ見積リ得ル利益ニ限レリ損害保險ニ於ケル損害填補ハ必ス金錢ヲ以テス
 ルコトヲ保險ノ趣旨ニ適合スルモノトス獨逸ノ保險契約法草案中損害保險ニ付テハ損害ノ填補ハ金錢

0532

ヲ以テスヘキコトヲ要スト規定セリ我商法ニハ唯第三八五條ニ損害保險契約ノ目的ハ金錢ニ見積リ得ル利益ニ限ルト規定セルノミニシテ損害填補ハ必スシモ金錢ヲ以テ爲ササルヘカラストノ規定ハ之アラサルナリ然レトモ予ハ我商法ノ趣旨モ獨逸保險契約草案ト同趣旨ナルヘシト信ス然レトモ我國ノ火災保險會社ニ於テハ實際上便宜ノ爲メニ損害ハ通常通貨ヲ以テ填補スルモノトス但尙ホ會社ノ都合ニテ現品ノ交付又ハ修繕、再築等ノ方法ヲ以テ之ニ代フルコトアルヘシトノ事ヲ保險約款中ニ規定セルモノ頗ル多シ

被保險利益ニ對スル損害ハ積極的ノモノアリ又消極的ノモノアリ

被保險利益ニ對スル積極的ノ損害ニハ財産自身ノ全部若クハ一部ノ滅却スル場合ト財産上ノ出捐ヲ爲ス場合トメ二アリ前者ハ或ハ其財産カ損害發生前ニ所有者ニ對シテ存在セル利益ノ金錢ニ見積ラレタル額カ減少又ハ滅失シタル場合モアルヘク又賃借權、質權其他ノ權利關係ニ於テ有セル價格ノ減少又ハ滅失ニ因リテ生スルコトアルヘク又已ニ成立セル債權カ效力ヲ失ヒ債務者ノ破産ニ因リテ債權ノ履行不能ト爲ル等其種種ナル形式ニ於テ表ハルモノナリ後者ハ契約ニ基ク義務、法律ニ基ク義務等ニ因リテ生スルモノナリ例ヘハ不法行爲ニ基ク損害賠償ノ義務ヲ履行スルカ爲メニ財産上ノ出捐ヲ爲スコトアルヘク運送業者カ其運送期間ニ於テ生シタル運送貨物ニ對スル損害ヲ賠償スヘキ爲メニ財産上ノ出捐ヲ爲ス場合アルヘク又商法第四二一條ニアル如ク賃借人其他他人ノ物ヲ保管スル者カ支拂フコトアルヘキ損害賠償ノ爲メニ財産上ノ出捐ヲ爲ス場合モアルヘシ

被保險利益ニ對スル消極的ノ損害ハ得ヘカリシ利益ヲ得ラレザリシ場合ニ存在スルモノニシテ此得ヘカリシ利益ヲ消極的ノ被保險利益ト爲ス消極的ノ被保險利益即チ將來ニ於テ得ラルヘキ利益モ亦之ヲ

損害保險ノ目的ト爲スコトヲ得ルモノニシテ消極的ノ損害即チ得ヘカリシ利益カ得ラレザリシ場合ニ於ケル損害ニ付テモ亦之カ填補ヲ約束スルコトヲ得ヘシ例ヘハ農産物ノ將來ノ收穫又ハ貨物カ特定ノ場所ニ到着スルコトニ因リテ得ラルヘキ利益等ハ之ヲ以テ被保險利益ト爲スコトヲ得然レトモ其豫期セラレタル利益ハ現實ナルモノナラサルヘカラス其利益ヲ得ヘキ豫想カ假想若クハ單純ナル希望ニ過キサルトキハ之ヲ被保險利益ト爲スコトヲ得ス例ヘハ農産物ノ將來ノ收穫ヲ保險ニ付スル場合ニ於テハ既ニ田畑カ耕サレ種ヲ蒔キテ既ニ生長セルトキノ如ク其穀物カ確實ニ被保險者ノ手ニ入り得ルモノナラサルヘカラスナルナリ又貨物ノ運送ニ因リテ得ラルヘキ利益ヲ被保險利益ト爲ス場合ニハ其貨物ニ對スル權利カ被保險者ニ屬シ且貨物ヨリ得ラルル利益カ被保險者ニ歸スヘキモノニシテ其貨物ハ既ニ發送セラレタルコトヲ必要ト爲ス即チ被保險利益ト爲ルニハ現實ナル希望ノ存スルコトヲ要スヘク假想的ノ單純ナル希望ナルヘカラス何トナレハ損害保險ノ目的タル被保險利益ハ常ニ確定シ居ラサルヘカラサルヲ以テナリ(四二四條二項)

第二 保險價額

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

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

然レトモ損害發生ノ時ト處トニ於ケル價額ニ依リテ保險價額ヲ定ムルモ常ニ此趣旨ヲ貫クコトヲ得シテ別ニ標準ヲ定ムルノ必要ナル場合アリ積荷及ヒ船舶ノ保險ノ場合(四二四條、六五六條、六五七條)ノ如キ是ナリ

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

第三 保險金額

保險價額トハ被保險利益ヲ金錢ニ見積レル額ナリ損害保險ノ目的ハ損害填補ニ在リト雖モ必スシモ常ニ被保險利益ノ全部即チ保險價額ノ總額ヲ保險ニ付スルモノニ非スシテ其一部分ヲ保險ニ付スルコトアリ又被保險利益ノ價額ヲ見積ルコト困難ナル場合ニハ保險價額ヲ定メスシテ保險者カ事故發生ノ際ニ填補スヘキ金額ノミヲ定ムルコトアリ此ノ如ク保險契約ニ因リ保險者カ事故發生ノ場合ニ於テ被保險者ニ支拂フコトヲ約スル金額ヲ稱シテ保險金額ト謂フ

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



第四 超過保險

此ノ如ク保險價額ハ被保險利益ノ價額ニシテ保險金額ハ保險者カ被保險者ニ對シテ支拂フコトヲ約束セル金額ナルヲ以テ保險金額ハ保險價額ト一致スルコトアルヘシト雖モ又ハ保險金額ハ保險價額以上又ハ其以下ニ定メラルルコトアリ而シテ保險金額カ保險價額ヲ超エテ定メラレタル場合ニハ之ヲ超過保險ト謂ヒ其以下ニ定メラレタルトキハ之ヲ一部保險(或ハ不足保險)ト謂フ

元來損害保險ノ目的ハ損害填補ニ在ルヲ以テ保險契約ハ之ニ依リテ損害發生以前ノ狀態ヨリ一層利益ナル狀態ニ至ラシムルコトヲ目的トスルモノニ非ス事故ノ發生ニ因リテ被ムルタル損害ヲ填補スレハ保險ノ目的ハ則チ茲ニ足り保險者ノ責任モ亦解除セラレヘキハ損害保險ノ性質上明カナル所ナリ故ニ損害保險契約ニ於テハ被保險利益ノ價額全部カ損害ノ最高度ヲササルヘカラス隨テ保險價額ハ亦損害填補ノ最極度ナラサルヘカラス故ニ保險金額ヲ保險價額以上ニ定ムルハ損害填補ノ必要以上ノ金額ヲ支拂フコトヲ約束シタルモノニシテ是レ損害填補ノ上ニ尙ホ損害ノ發生ニ因リテ利益ヲ得セシメントスルモノナルヲ以テ損害保險ノ性質ト全ク相背馳スヘシ是ニ於テ法律ハ保險金額カ保險價額ヲ超過セル場合ニ於テハ其超過シタル部分ニ付テハ保險契約ヲ無効トスルノ規定(三八六條)ヲ爲シタル所以ニシテ保險者ハ保險價額以上ニ保險金額ヲ支拂フ責任ナキモノトス是レ保險ノ性質上當然疑ヲ容レサル所タリ之ヲ超過保險ノ原則ト云フ

第五 重複保險

同一ノ被保險利益ニ付キ同時ニ二箇以上ノ保險契約ノ存在スル場合アリ之ヲ重複保險ト云フ是レ我商法ノ認ムル所ニシテ此場合ニモ亦超過保險ノ原則ハ適用セララルモノトス同一ノ被保險利益ニ對シ同

一ノ危險ニ付テ同時ニ二箇以上ノ保險契約成立スル場合ニ於テ之ヲ精密ニ言ヘハ實際上同時ナル場合殆ト之ナク又同時ニ爲シタルヤ否ヤ區別シ難キ場合多カルヘキヲ以テ商法ニ於テハ同一日附ヲ以テ爲シタル保險契約ハ同時ニ之ヲ爲シタルモノト推定セリ(三八七條三項)此ノ如ク同一ノ被保險利益ニ付キ同時ニ數箇ノ損害保險契約ノ成立セル場合ニ於テ其各契約ノ保險金額ノ總計カ被保險利益ノ價額即チ保險價額ヲ超過スルニ至リタル場合ニハ前ニ超過保險ニ付テ述ヘタル如ク保險ノ目的ハ損害填補ニ外ナラサルモノナルヲ以テ事故ノ發生ニ當リテモ其數箇ノ保險契約ニ依リテ以テ保險價額以上ノ金額ヲ被保險者ニ與フヘキモノニ非ス故ニ商法ハ同時ノ重複保險ノ爲メニ超過保險ヲ生シタル場合ニ於テハ各保險者ノ負擔額ハ各自ノ保險金額ノ割合ニ依リテ之ヲ定ムルコトト爲セリ

同一ノ被保險利益ニ付キ二箇以上ノ損害保險契約カ時ヲ異ニシテ成立スル場合アリ此ノ如キ場合ニ於テモ其各保險契約ニ於ケル保險金額ノ總計カ保險價額ヲ超ユルニ至レトキニハ超過保險ノ原則ニ依リテ其超過シタル部分ハ無効ト爲ル此點ニ付テハ前述セル同時ニ數箇ノ保險契約ヲ締結セル場合ト同シ然レトモ相次テ數箇ノ保險契約ヲ爲シタル場合ニハ先ニ契約ヲ爲シタル保險者カ先ツ損害ヲ填補シテ其填補カ損害ノ全額ニ足ラサリシ場合ニハ先ニ契約ヲ爲セル保險者カ其足ラサリシ部分ヲ填補スルナリ(二三八條)斯ル規定アルハ前ノ保險者ハ自己ノ分擔セル保險金額ニ對シテ相當ノ保險料ヲ受取り單獨ニ負擔セラルモノナルヲ以テ後ノ保險者ハ在ルカ爲メニ其負擔ヲ免ルル理由ナシ然ルニ後ノ保險者ノ負擔セル保險金額ヲ前者ニ加算シテ保險價額ヲ超過スルニ至レトキニモ後ノ利益者ノ負擔セラル保險金額全部ノ支拂ヲ爲サシムルモノト爲ストキニハ被保險者ハ之ニ因リテ不當ノ利益ヲ受クヘク隨テ超過保險ノ原則ニ反スルナリ故ニ商法ニ於テハ前ノ保險者ヲシテ先ツ填補セシメ其足ラサリシ部

0535

分ヲ後ノ保險者ニ負擔セシムルコトト爲セリ然レトモ此規定ハ實際ノ場合ニ於テ種種ナル不便ヲ生スルヲ以テ多クノ火災保險會社ニ於テハ本條ト異ナレル規定ヲ其普通保險約款ノ中ニ定ム例ハ「保險ノ目的カ火災ニ罹リタルトキ其目的ニ付キ當會社ト同時ニ又ハ時ヲ異ニシテ締結シタル他ノ保險契約存在スル場合ニハ當會社ハ各保險者ノ保險金額ノ割合ニ依リテ其損害ヲ填補スルモノトス」ト規定セリ

此ノ如ク規定ヲ爲スニ至レル所以ハ全ク實際上ノ不便ヲ避クルカ爲メナリ例ヘハ重複保險ノ場合ニ其重複保險契約ハ同時ニ爲シタルモノナルカ相次ヲ爲シタルモノナルカ疑ハシキ場合アルヘク又被保險者カ保險金ヲ詐取センカ爲メニ之ヲ利用スルコトモアルヘク殊ニ火災保險ニ於テハ其契約期間ハ多クハ一箇年ニシテ其契約ヲ相次テ繼續スル場合多シ故ニ年ヲ代フル毎ニ前ノ保險者タル地位ト後ノ保險者タル地位トハ屢々顛倒シテ其時ニ依リテ會社ノ責任ニ重大ナル差異ヲ生シ營業ノ不安ヲ來スヲ以テナリ

以上ハ保險價額ノ一部ヲ保險ニ付シタル場合ニ之ト同時ニ若クハ相次テ他ノ部分ヲ保險ニ付シタル場合ニ付テ之ヲ言ヘルナリ既ニ保險價額全部ヲ保險ニ付セル以上ハ同一ノ被保險利益ニ付テ更ニ保險契約ヲ締結スルモ其契約ノ全然無効ナルコトハ超過保險ノ原則上明カナルモ唯左ノ場合ニ於テノミ保險價額全部ヲ保險ニ付シタル後ニ於テ更ニ又之ニ付テ爲シタル保險契約ハ有效ナルモノトス

- 一 前ノ保險者ニ對スル權利ヲ後ノ保險者ニ讓渡スコトヲ約シタルトキ
- 二 前ノ保險者ニ對スル權利ノ全部又ハ一部ヲ拋棄スヘキコトヲ後ノ保險者ニ約シタルトキ
- 三 前ノ保險者カ損害ノ填補ヲ爲ササルコトヲ條件トシタルトキ

重複保險ノ場合ニ於テハ其中ノ一人ノ保險者ニ對シテ權利ノ拋棄ヲ爲スモ他ノ保險者ノ權利義務ニハ影響ヲ及ボササルナリ(二九〇條)

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

同時ニ若クハ相次テ數箇ノ保險契約ヲ締結セル場合ニ於テ損害發生スルトキハ其損害ノ填補ハ超過保險ノ原則ニ依リテ保險價額ヲ限度トセサルヘカラサルコトハ上述ノ如ク第三八七條及ヒ第三八八條ニテ明カナリ故ニ一ノ保險者カ損害填補ヲ爲スニ當タリ他ニ同一ノ被保險利益ニ付キ保險契約ノ存在セラルコトヲ知レルトキニハ保險價額ヲ限度トシテ其損害ヲ填補スヘキヲ以テ隨テ被保險者ハ不當ノ利益ヲ受クルコトナシ然レトモ其數人ノ保險者カ互ニ他ノ保險者アルコトヲ知ラサルトキニハ各自カ各、其保險金額全部ヲ支拂フヘキヲ以テ被保險者ハ其知ラサルヲ利用シテ不正ノ利益ヲ求メントスルニ至ルコトアルヘシ之ヲ防クニハ被保險者ヲシテ各保險者ニ對シ同一被保險利益ニ付テ存在スル保險契約ヲ知ラシムルノ必要アリ故ニ舊商法ニ於テハ被保險者ヲシテ右ノ通知ノ義務ヲ負ハシメタルノミナラヌ更ニ保險者ノ承諾ヲ得セシムルコトト爲セリ(舊商法二七條)然レトモ現行商法ニハ斯ル規定ナシレ超過保險ノ原則ノ規定ト又後ニ述フヘキ告知義務アルヲ以テ斯ル規定ナキモ理論上不可ナルコトヲシト爲スモノナランカ然リト雖モ保險者カ重複保險ノ事實ヲ知ルハ頗ル困難ナル事項ニ屬スルヲ以テ

被保險者ノ狡猾ナル行爲ヲ防遏スルカ爲メニハ寧ロ通知ノ義務ヲ負擔セシムルノ規定ヲ爲スノ可ナルニ若カサルナリ故ニ保險會社ハ此點ニ付キ注意ヲ爲シテ普通保險約款ニ依リテ以テ其弊害ヲ杜絶スルノ途ヲ講スルヲ常トス即チ既ニ存在セル保險契約ニ付テハ申込ノ際ニ之ヲ保險者ニ告知スルノ義務ヲ負ハシメ若シ其義務ヲ履行セサルトキハ其保險契約ヲ無効ト爲ストノ規定ヲ爲シ又既ニ保險契約ヲ締結セル後ニ保險契約者又ハ被保險者カ同一ノ被保險物ニ付キ他ノ保險者ト保險契約ヲ締結セントスルトキニハ之ヲ申出ツルノ義務ヲ負ハシメ又其被保險物ニ付テ第三者カ他ノ保險者ト重ネテ保險契約ヲ締結セルコトヲ知レルトキニモ亦遲滞ナク之ヲ會社ニ申出テテ共ニ會社ノ承認ヲ要スルコトト爲セリ而シテ此承認ヲ求ムル手續ヲ怠リタルトキハ保險契約ノ效力ヲ失ハシメ又其承認ヲ求ムルノ手續ヲ爲スモ會社ハ之カ爲メニ危險ニ増加變更アリト認メタルトキニハ保險契約ノ解除ヲ爲シ若クハ保險料ヲ増加スルノ權利ヲ會社ニ留保セリ

第六 一部保險

一箇若クハ數箇ノ保險契約ニ因リ保險金額カ保險價額ヲ超過スルニ至リタルトキハ超過保險ノ原則ノ適用セラレルコト前述シタルカ如シ而シテ之ニ反シテ保險契約ニ於テ其保險金額カ保險價額ニ及ハサル場合アリ得ヘシ此場合ヲ稱シテ一部保險ト謂フ(或ハ不足保險トモ謂フ)

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

第七 餘論

損害保險ノ目的ハ損害ノ填補ニ在リ損害トハ被保險利益ノ減失又ハ減少ヲ謂フモノナルヲ以テ被保險利益ハ保險契約ノ前提ヲ爲スモノナリ換言スレバ被保險利益ハ保險契約ヲ締結スル時ニ既ニ存在セサルヘカラス然レトモ之ニ對シテ被保險利益ハ契約ノ際既ニ存在スルコトヲ必要トセス例ハ希望保險即チ將來ノ收穫ニ對シテ保險契約ヲ爲ス場合ニハ被保險利益ハ存在セサルモ保險契約ハ有效ニ成立ストノ說アリ其詳細ハ予輩之ヲ知ラズト雖モ此等ノ論者モ亦被保險利益ハ保險契約ノ要素ナルコトヲ否定スルモノニ非サルヘシ然ルニ猶ホ被保險利益ハ保險契約成立ノ當時ニ存在スルコトヲ要セスト云フハ首肯スルコトヲ得サルナリ予輩ハ希望保險ノ場合ニ於テモ被保險利益ノ存在スルコトヲ要セスト云フ即チ被保險物トシテ存在スルモノハ未タ之ナシト雖モ收穫ニ對シテ有スル現實ナル希望ハ一被保險利益ニ外ナラサルナリ故ニ右ノ說ハ被保險物ト被保險利益ト混同スルノ結果ニ非サルカ被

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

第二節 保險期間

第一 保險期間

保險ノ目的タル被保險利益及ヒ保險者ノ引受クヘキ危險ノ外ニ尙ホ如何ナル時期ニ於テ發生シタル損害ニ付テ保險者カ填補ヲ爲スヘキモノナルカヲ定メサルヘカラス即チ保險契約ノ成立スルニハ保險期間ヲ定メサルヘカラス保險期間ハ被保險利益及ヒ危險ノ種類ニ因リテ種種ニ異ナルヲ以テ法律ハ之ヲ全ク當事者ニ一任シテ唯明カニ合意ヲ以テ保險期間ヲ定メタルトキニハ之ヲ保險證券ニ記載セサルヘカラサルコトヲ定ム(二〇三條二項六號)

民事訴訟法(第一編)

法學士 岩田 一 郎 講 述

第一編 緒論

第一章 民事訴訟ノ發達

人類共同生存ヲ爲シ各箇人カ自己ノ權利ヲ自覺スル時代ニ於テハ各箇人ハ經濟上身分上其他各人相互ノ關係ニ於テ自己ノ私權ヲ保持スル必要アリ是ヲ以テ私權保護ノ制度ノ具ハラサル時代ニ在リテハ各箇人ハ他人ヨリ權利ノ範圍ヲ侵害セラルルコトアレハ各、主觀的觀察ニ基キ外部ノ侵害ヲ排斥スル爲メ自己固有ノ腕力ヲ應用シ以テ自己ノ私權ヲ保持ス之ヲ稱シテ自力救済ト謂フ自力救済ハ強者ハ自己ノ私權ヲ保持スルノミナラス弱者ニ對シテハ暴行ヲ爲スニ至リ弱者ハ強者ニ對シテ自己ノ權利ヲ主張シテ權利ノ範圍ヲ保持スルヲ得ス爲メニ各人相互ノ間ニ常ニ爭鬭ヲ惹起シ共同生存ノ安全ヲ保ツヲ得ス國家的組織成立スルニ於テハ國家ハ社會ノ公安ヲ保チ人類ノ共同生存ヲ安全ナラシムル爲メノ自力救済ハ之ヲ禁止セサルヘカラス自力救済ヲ禁ムル以上ハ各箇人ノ私權ノ範圍ヲ保持スルノ任務ハ國家

ニ於テ之ヲ負擔セサルヘカラス換言スレハ各箇人主觀的ニ私權ノ範圍ヲ保全スルヲ禁シ國家カ各箇人ノ私權ノ範圍ヲ保タシムルノ途ヲ設ケサルヘカラス隨テ國家ハ其方法トシテ各箇人カ私權ノ侵犯ヲ受ケタル場合ニハ何人ト雖モ國家ニ對シテ保護ヲ要求スルコトヲ得セシメ國家ハ其要求ニ應ジテ各箇人ニ對シテ保護ヲ與フル設備ヲ爲ササルヘカラス其設備ハ即チ私權關係保護ノ設備ニシテ自力救済ニ對シテ之ヲ法律保護ト謂フ法律保護即チ民事訴訟ナリ。

國家ハ民事訴訟ノ制度ヲ設備スト雖モ私權保護ノ方法ニ付キ各箇人ニ自力救済ヲ絕對ニ禁止スルモノニ非ス蓋シ司法制度ノ完備スルニ隨ヒ自己救済ノ範圍ハ漸次ニ縮少スト雖モ急迫ノ事情ニ因リ國家ノ保護ヲ受タルコト能ハサル場合ニ於テハ自力救済ヲ許ス現行法ノ下ニ於テハ他人ノ不法行為ニ因リテ自己ノ權利ヲ保全スル爲メニ國家ノ保護ヲ求ムル能ハサル緊急ノ場合ニ限り自力救済ヲ認メタリ(民七〇二條、刑七五條)即チ最モ僅少ナル範圍ニ於テ自力救済ヲ許シ其他私權保全ノ方法ハ總テ民事訴訟ニ據ラシムルモノトセリ右ノ如ク民事訴訟ハ各箇人ノ私權保護ノ必要ヨリ國家的組織ノ成立シタル社會ニ於テ存在スルモノトス

第二章 民事訴訟ノ意義及ヒ目的

民事訴訟ハ私權保護ノ國家的設備ナリ私權ノ保護トハ私權ノ存否ヲ確定シ存在スル私權ニ付テハ其實行ヲ得セシムルニ在リ凡ソ私權ハ他人ノ行為若クハ不行爲ニ因リ其權利狀態ニ危害ヲ及ホス虞アルトキ若クハ不満足ノ狀態發生シタルトキニ保護ノ必要ヲ生ス私權保護ノ方法トシテハ私權ノ狀態ニ危害ノ虞アルトキハ他人ヲシテ私權ノ存否ヲ確定セシメ反對ノ主張ヲ許ササルニ在リ又私權ニ不満足ノ狀態發生シタルトキハ他人ニ私權ノ存在ヲ確認セシメテ權利者ニ權利實行ノ效果ヲ得セシムルニ在リトス故ニ民事訴訟ニハ特定ノ相手方アルコトヲ必要トシ私權保護ノ要求者ト其相手方トノ間ニ於ケル私權ノ存否ヲ確定シテ去ナル場合ニハ權利者ヲシテ權利實行ヲ得セシメサルヘカラス而シテ民事訴訟ハ國家的組織成立後ニ於テ發達セルモノナルコトハ前章ニ述ヘタル如クナルヲ以テ民事訴訟ハ私權保護ノ制度換言スレハ私權ノ存否ヲ確定シ若クハ其實行ヲ得セシムル國家的設備ナリト定義スルコトヲ得ヘシ

民事訴訟ノ目的ハ私權保護ニ在リ換言スレハ民事訴訟ノ存在スル目的ハ各箇人ノ私權ヲ保護スルニ在リ私權ノ保護ハ私法ノ實行ヲ全カラシムルニ在リ私法ノ實行ヲ全カラシムルハ各箇人ノ善意若クハ惡ノヲ問ハス法律ニ違背スル意思若クハ行為ニ反對シテ私權ヲ實行スルニ在リ故ニ民事訴訟ノ目的ハ私法ノ實行ヲ全カラシムルニ在リト謂フコトヲ得ヘシ

右ニ述ヘタル民事訴訟ノ目的ハ當事者ノ目的ト區別セサルヘカラス當事者ノ目的ハ民事訴訟ニ依リテ自己ニ利益ナル結果ヲ得ントスルニ在レハナリ

第三節 民事訴訟法ノ意義及ヒ性質

民事訴訟法トハ民事訴訟ノ行動ヲ規定シタル法規ノ全體ヲ謂フ民事訴訟ナル私權保護ノ設備ハ人ノ行為即チ當事者及ヒ私權保護ノ職務ヲ職分トスル國家ノ吏員タル裁判官ノ行為ヨリ成立ス第二章ニ述ヘタル如ク私權保護ヲ求ムルノ必要ハ人ノ行為若クハ不行爲ニ原因スルヲ以テ保護ヲ求ムルモノト其相手方トノ間ニハ常ニ利害ノ衝突アリ且保護ヲ求ムルモノハ反對スル相手方ニ對シテ私權ノ存在ヲ確認

セシテ若クハ相手方ニ對シテ私權ノ實行ヲ爲スコトヲ目的トスルモノナルヲ以テ民事訴訟ニ依ル保護ハ裁判官及ヒ相手方ノ行爲ト關係ヲ有ス隨テ民事訴訟ニ於テハ其干與スル人ノ間ニ於テ利害ノ衝突意思ノ衝突アルコトハ免レサル結果ナリ是ヲ以テ裁判官若クハ當事者ノ惡意又ハ過失ニ因リ私權保護ニ付キ客觀的ニ正義ノ要求ヲ充タス能ハス或ハ政治上ノ權力ニ因リ或ハ團體ノ勢力ニ因リ或ハ或種ノ階級ニ屬スル人ノ干渉等ヨリシテ裁判官或ハ當事者ハ不正ノ行爲ヲ爲スコトアルニ至ルヘシ是ヲ以テ私權保護ノ備設タル民事訴訟ニ付テハ裁判官及ヒ其關係人ヲ拘束スヘキ法則ヲ設クル必要アリ是レ即チ民事訴訟ニ付テノ法律即チ民事訴訟法アル所以トス右ノ必要ヨリ生シタル民事訴訟法ニ於テハ(第一)私權保護ヲ任務トスル國家機關ノ組織及ヒ權限(第二)民事訴訟ニ依リ私權ノ保護ヲ求ムルニ必要ナル條件(第三)私權保護ニ付テ裁判官及ヒ當事者ノ採ルヘキ手續ヲ規定セザルヘカラス現行民事訴訟法モ此内容ヲ有スルモノニシテ隨テ民事訴訟法典ハ勿論裁判所構成法中民事訴訟ニ關スル規定ハ悉ク之ヲ實質上ノ民事訴訟法ト稱スルコトヲ得ヘク其他民法若クハ商法等ニ於テ規定セラレタル訴訟ニ關スル規定ハ亦民事訴訟法ナリトス形式上ヨリスレハ裁判所構成法、民事訴訟法典並ニ人事訴訟手續法等ヲ民事訴訟法トス然レトモ形式上ノ民事訴訟法中ニハ實質上民事訴訟法ニ非サルモノアルコトヲ注意スヘシ

民事訴訟法ハ公法、ニシテ形式法、屬ス法律ニ公法、私法ノ區別アルコトハ明カニシテ民事訴訟法公法ナルヤ私法ナルヤニ付テハ學者間議論ノ存スル所ナリ或ハ私法ヲ適用スルカ爲メノ法律即チ助法ナレハ民事訴訟法ハ私法ナリト曰ヒ或ハ民事訴訟法ハ任意法ナルヲ以テ私法ナリト曰ヒ或ハ半私半公ノ法ナリトスルノ說アリト雖モ民事訴訟法ハ國家組織成立シ國家各官人ノ私權ヲ保護スル設備ヲ規定シタル法律ナレハ公法ナリトスルコトヲ正當トス又法律ニ實體法ト形式法ト區別アリテ實體法トハ主タル法律關係ヲ規定スル法律ヲ謂フモノニシテ形式法トハ實體法ヲ實行スルカ爲メノ手續ヲ規定シタル法規ヲ謂フモノナリ即チ刑法、民法、商法ノ如キハ實體法ニシテ刑事訴訟法、非訟事件手續法等ハ何レモ形式法ニ屬ス民事訴訟法モ亦私法ヲ適用スル方式ヲ規定シタルモノナレハ形式法ナリトス

第四章 民事訴訟ノ手段

民事訴訟ニ於テ私權保護ノ手段トシテ二ノ方法ヲ認ム即チ判定及ヒ強制執行是ナリ

(一)判定 判定トハ威力アル法律ノ適用ヲ謂フ前述シタル如ク民事訴訟ノ目的ハ私法ノ實行ヲ全カラシムルニ在リ私權保護ノ要求アリタル場合ニ私權保護ノ機關タル裁判所ハ法律ニ照シ其保護ノ請求ニ付キ當否ヲ判斷シ之カ宣言ヲ爲ス換言スレハ實在セル事實ニ對シテ法律ヲ適用シテ其結果ヲ宣言ス其宣言即チ判定ナリ裁判所ノ判定カ確定シタルトキハ裁判所ハ後日之ト異ナリタル判定ヲ爲スヲ得ス當事者モ其判定ニ反對シタル主張ヲ爲スコトヲ得ス即チ國家ノ權力ニ依リテ宣言スル命令ナルヲ以テ此ノ如ク效力ヲ有スルモノニシテ判定其モノカ事實ノ真相ニ適シタルカ爲メニ非ス或學者ハ判定ヲ以テ特別法ナリトセリ蓋シ判定其モノハ法律ニ類シ判定ヲ受ケタル當事者ヲ驅逐スルノ力アリト雖モ唯效力上ヨリ觀察シタルモノニシテ現實ノ事實ニ付キ法律ヲ適用シタル結果ヲ宣言シタル判定ハ法律ト同一ナリト云フコトヲ得ス殊ニ判定ハ第三者ヲ拘束スル力ナク又立法ト司法トノ作用ヲ區別スルトキハ裁判所ノ判決ヲ法律ナリトスルノ誤レルハ明カナリ又判定ハ既ニ成立シタル私權ヲ保護スルモノナリ故ニ訴訟法上ヨリ觀察スルモ實體法ノ上ヨリ觀察ヲ下スモ判定ニ依リ當事者間ニ法律關係ヲ創設スル

0542

モノニ非ス但法律カ創設ノ訴ヲ許シタル場合ハ例外トス

判定ニ依ル保護ハ必スシモ私法上ノ法律關係ヲ確定スルモノノミニ非ス或場合ニハ私權ヲ基礎トシテ其救済ヲ爲スカ爲メニ判定ヲ爲スコトアリ例ヘハ強制執行ニ付テ裁判ヲ爲ス場合ノ如キハ執行機關ニ對スル命令タルコトアルカ如キ是ナリ

(二) 強制執行 強制執行トハ國家ノ強カヲ以テ私權實行ノ效果ヲ生ゼシムルコトヲ謂フ此手段ハ原則トシテ確定シタル權利者ニ對シテ保護ヲ與フルニ在リト雖モ權利ノ確定ヲ俟ツトキハ權利者カ其目的ヲ達スルコト能ハサル場合アルヘキヲ以テ未確定ノ權利者ニ對シ假裝的ニ權利實行ヲ得セシム假執行即チ是ナリ

強制執行ニ依ル保護ハ判定ニ依ル保護ト各獨立スルモノナリ或場合ニハ判定ニ依リ確定シタル私權ニ付キ債務者ハ之ニ服從シ強制執行ノ必要ヲ生セサルコトアリ例ヘハ判定ノ中ニ包含セラレタル債務者債務者カ進ミテ履行スル場合ノ如キハ強制執行ノ必要ヲ生セズ是ヲ以テ強制執行ノ保護ハ判定ニ依ル保護ト獨立シテ存在スルモノナリ

第五章 民事訴訟法上ノ法律關係

民事訴訟法上ノ法律關係ハ公法上ノ法律關係ナリ又訴訟關係トモ謂フ其法律關係ハ恰モ私法上ノ法律關係ト同シク訴訟ニ關係者ノ行為ニ因リ發生消滅スルモノトス其訴訟上ノ法律關係ノ内容ハ訴訟關係者ノ訴訟法上ニ於ケル權利及ヒ義務ヨリ成立ス訴訟ノ目的ハ私權保護ニ在ルヲ以テ私權保護ヲ目的トスル法律關係カ訴訟上ノ法律關係ナリ私權保護ノ手段ト判定ト強制執行トニ在ルヲ以テ判定ニ係ル訴訟上ノ法律關係ハ訴ノ提起ニ因リテ發生シ其訴訟ニ付キ審理判定ヲ爲シ訴訟ノ終了ニ至ル迄一貫ス前者ヲ強制執行ニ付テハ債權者ノ爲スヘキ執行手續ノ開始ニ因リテ發生シ其手續終了ニ至ル迄一貫ス前者ヲ救済ノ訴訟關係ト謂ヒ後者ヲ執行關係ト謂フ

訴訟上ノ法律關係ハ形式法即チ訴訟法上ノ法律關係ニシテ訴訟ノ目的物タル實體法上ノ法律關係トハ全ク別異ノモノトス即チ訴訟上ノ法律關係ハ實體上ノ法律關係トハ其主體及ヒ目的物ヲ異ニシ其發生發達及ヒ消滅ヲ異ニス訴訟上ノ法律關係ハ實體上ノ法律關係ナクシテ成立ス實體上ノ法律關係即チ私法上ノ法律關係ヲ裁判所ニ對シテ主張シタルトキハ其主張者カ善意ナルト惡意ナルトヲ問ハス訴訟上ノ法律關係成立ス如何トナレハ實體上ノ法律關係ハ審理ノ後ニ於テ其存否カ決定セララルモノナレハナリ故ニ訴訟上ノ法律關係ハ訴訟法ニ從テ發生消滅スルモノト爲ササルヘカラス

訴訟上ノ法律關係ノ主體ハ三トス隨テ法律關係ハ三面的ノモノトナリ司法機關タル裁判所ト原告及ヒ被告トノ間ニ於テ訴訟法上ノ權利義務ヲ生シ其權利義務ノ包括カ即チ訴訟上ノ法律關係ナリ二面的若クハ一面のナリト曰フ者アレトモ誤レリ法律關係ハ訴訟主體ノ數ニ應シテ發生シ又訴訟ノ目的物ノ數ニ應シテ發生ス故ニ共同訴訟ノ場合ノ如キハ當事者ノ數ニ應シテ訴訟關係ヲ發生シ客觀的訴ノ併合ノ場合ノ如キハ併合セラレタル請求ノ數ニ應シテ發生スルモノナリ換言スレハ一ノ訴ニ付テ一ノ法律關係ヲ生スルモノニシテ一ノ訴訟ニ付テ常ニ一ノ法律關係ヲ生スルモノニ非ス

第六章 民事訴訟法適用ノ範圍

民事訴訟法ハ如何ナル人ニ對シテ如何ナル時ニ如何ナル場所ニ於テ如何ナル事物ニ付キ適用セララル

0543

ヤラ論スルハ即チ民事訴訟法適用ノ範圍ナリ左ニ之ヲ分説スヘシ
 第一 人ニ關スル適用ノ範圍 民事訴訟法ハ私權保護ノ設備トシテ司法權ノ行動ノ方式ヲ規定シタル法律ナルヲ以テ日本帝國ノ司法權ニ服從スヘキ臣民並ニ外國人ニ對シテ適用セラルル故ニ我帝國ノ君主ハ民事訴訟法ノ下ニ立タス亦外國ノ君主、公使等國際法上治外法權ヲ認メラルル者ハ亦我司法權ノ下ニ立タサルヲ以テ民事訴訟法ハ此等ノ者ニ對シテ適用セラレサルハ當然ナリ故ニ右等ノ者ヲ除キ我國内ニ在ル内外國人其他我國カ治外法權ヲ有スル國ニ在ル内國人ニ對シテ適用セラレ
 第二 時ニ關スル適用ノ範圍 訴訟上ノ行為ニ付テハ之ヲ取扱フ當時ノ訴訟法之ヲ支配ス如何トナレハ裁判所ハ新法ニ由リテ廢止セラレタル舊法ニ由リテ裁判權ヲ行使スル能ハサルヲ以テナリ故ニ現存セル訴訟上ノ行為ノ適法、不適法、不服申立ノ許否及ヒ行為ノ形式ハ縱令訴訟カ既ニ開始セラレ且其當時此等ノ問題ニ付キ全ク反對ノ結果ヲ生スヘキ訴訟法カ行ハレタルトキト雖モ其行為當時ノ法律ニ依リテ之ヲ定メサルヘカラス又既ニ爲サレタル訴訟上ノ行為若クハ不行爲ノ効力ノ確定ノ如キモ縱令其訴訟上ノ行為ヲ爲ス當時ニ於テ反對ノ結論ヲ爲スヘキ訴訟法カ行ハレタル場合ト雖モ現時ノ訴訟法ニ依リテ之ヲ定メサルヘカラス然レトモ既ニ舊訴訟法ニ依リテ確定ノ終局シタル訴訟上ノ行為ノ適否其他訴訟上ノ行為ノ効力ハ舊法ニ依リテノミ定ムヘキノトス
 民事訴訟法ノ時ニ關スル原則右ノ如クナリト雖モ新舊兩法ノ過渡ノ時代ニ於テ經過の法規ヲ設ケタル通例トス我民事訴訟法ニ於テ民事訴訟法施行條例ヲ發布シ時ニ關スル民事訴訟法適用ノ範圍ヲ規定セリ此施行條例ニ依リテ現行民事訴訟法ノ實施前ニ提起シタル訴訟ニ付テノ爾後ノ訴訟手續ハ民事訴訟法ニ依リテ之ヲ完結スヘキコトヲ原則トシ裁判所ニ對スル不服ノ申立即チ故障、控訴、上告、再審ニ

付テ例外規定ヲ設ケ亦強制執行ニ付テモ新法ニ依リテ實行スヘキコトヲ原則ト爲シ唯身代限若クハ就賣ニ付テ例外ヲ設ケタリ(二〇三年法律第五〇號民事訴訟法施行條例參照)

第三 場所ニ關スル適用ノ範圍 民事訴訟法ハ司法權ノ行動ノ方式ヲ規定シタル法律ナルヲ以テ其適用ノ區域ハ日本帝國ノ司法權ノ行ハルル區域ト同一ナリ帝國司法權ノ行ハルル區域ハ日本國內、海洋ニ在ル日本船舶、日本人カ治外法權ヲ有スル外國是ナリ(二十一年勅令第七二號領事裁判規則參照)臺灣ニ於テハ民事訴訟法カ施行セラレズ臺灣ノ總督府律令ニ依リテ民事訴訟法ヲ施行スヘキコトヲ規定スト雖モ臺灣ニ於テハ律令ニ依リテ民事訴訟法ヲ施行セラルルモノナレハ内地ト法系ヲ異ニス故ニ民事訴訟法ハ臺灣ニ行ハルルモノトシテ臺灣總督府法院ノ裁判カ内地ニ於ケル裁判ト同一ノモノト爲スコトヲ得ス
 第四 事物ニ關スル適用ノ範圍 民事訴訟ノ目的ハ私權保護ニ在リ故ニ民事訴訟ノ目的物ハ私權ナリ私法上ノ法律關係ナリ裁判所構成法第二條ニ「民事」ト稱スルハ私法關係ヲ指稱シタルモノトス民事訴訟ノ目的物カ私法關係ナリトスレハ民事訴訟法ヲ適用スヘキ事物ハ私法關係ナリトス隨テ民事訴訟法ヲ適用スヘキ範圍ハ私法適用ノ範圍ト同一ノモノト謂ハサルヘカラス然レトモ民事訴訟ハ威力ヲ以テ私權ヲ保護スルモノナレハ一人間ニ爲ス私權保護ノ手段トハ區別スヘク又直接ニ一人ノ私權ヲ保護スルコトヲ目的トスルモノナレハ其他ノ利益保護ヲ直接ノ目的トスル國家的行為トハ之ヲ區別セサルヘカラス且又各個人間利害ノ衝突ノ場合ノ保護ヲ目的トスルモノナレハ各個人共同ノ利益ヲ目的トスル國家的行為トハ之ヲ區別セサルヘカラス故ニ略言スレハ民事訴訟法ハ民事訴訟事件ニ適用セラ

第七章 民事訴訟ノ限界

民事訴訟ノ目的物カ私法關係ナリト雖モ前ニ述ヘタル如ク私權保護ヲ直接ノ目的トシ國家ノ威力ニ依リテ其手段ヲ盡スモノナレハ左ノ區別アリ

第一節 民事訴訟ト仲裁手續

仲裁手續ハ私人間ノ私權ノ争ニ付キ裁斷ヲ爲ス手續ナリ(七八六條以下)故ニ仲裁手續ハ私人間ノ私權ノ争ヲ裁斷スル點ニ於テハ民事訴訟ニ類似スト雖モ仲裁手續ハ私人間ノ仲裁契約ニ依リテ生スルモノナリ仲裁契約トハ民事訴訟法上ノ國家ノ保護ヲ拋棄シ一ノ係争事件ヲ仲裁人ノ判斷ニ一任スル契約ヲ謂フ故ニ仲裁人ハ國家ノ機關ニ非ス換言スレハ仲裁人ニ國家ノ裁判權ヲ生スルモノニ非ス仲裁人ノ權限ハ當事者ノ意思ニ基キテ生ス而シテ仲裁人ノ爲ス判斷ハ法律ノ適用ニ非スシテ自由ノ判斷ナリ然レトモ仲裁人ノ判斷ハ當事者間ニ於テ裁判所ノ確定判決ト同一ノ效力ヲ有ス其判斷ヲ強制的ニ實行セントスルニハ裁判所ノ執行許可命令即チ執行判決ヲ求ムルコトヲ必要トス右ノ如ク仲裁手續ハ國家ノ爲ス私權保護ノ手續ニ非スシテ私人ノ爲ス私權保護ノ手續ナレハ民事訴訟ト其性質ヲ異ニス隨テ仲裁手續ノ規定ハ民法ニ屬スト謂フヘキナリ然レトモ仲裁判斷ノ效力、取消、其執行等ニ付テハ民事訴訟ト關係ヲ有スルヲ以テ獨逸竝ニ我訴訟法ニ於テ之ヲ民事訴訟法中ニ規定シタル所以トス

第二節 民事訴訟ト刑事訴訟

民事訴訟ト刑事訴訟トハ其目的及ヒ主義ヲ異ニス即チ民事訴訟ハ私權保護即チ私法ノ實行ヲ完全ナラシムルヲ目的トシ刑事訴訟ハ刑法ノ實行ヲ目的トス故ニ民事訴訟ハ私法ニ關スルヲ以テ訴訟當事者ヲ主トシ刑事訴訟ハ公法ニ關スルヲ以テ國權ヲ以テ主トス故ニ民事訴訟ニ於テハ處分權主義即チ不干渉主義ヲ原則トシ訴訟手續ノ開始進行及ヒ廢止ハ一ニ當事者ノ意思ニ任スヘキモ刑事訴訟ニ於テハ職權主義即チ干渉主義ヲ原則トス又民事訴訟ニ於テハ其法律關係ハ原告、被告及ヒ國家トノ三面のナリト雖モ刑事訴訟ニ於テハ國家ハ刑事法ノ實行ヲ求ムル權利者タルト同時ニ判決及ヒ執行ヲ爲スヘキ義務者ナルヲ以テ法律關係ハ國家ト被告人トノ間ノミニ生スルモノト謂ハサルヘカラス

第三節 民事訴訟ト非訟事件

非訟事件ハ民事訴訟トハ別異ノ私權保護ノ國家的設備ナリ此二者ノ區別ニ付テハ學說一定セズ然レトモ民事訴訟ハ毀損若クハ危害ニ瀕シタル私權保護ヲ目的トスル裁判上ノ手續ナリ非訟事件ハ私權ニ付キ請求ノ危害ヲ豫防若クハ危害ニ瀕シタル私權保護ヲ目的トスル裁判上ノ手續ナリト云フヲ正當ト信ス或ハ民事訴訟ハ争アル私法關係ニ付テノ保護ニシテ非訟事件ハ争ナキ私法關係ニ付テノ保護ナリト云フト雖モ民事訴訟ハ係争關係ヲ要素トセサルヲ以テ區別ノ標準ヲ争フ有無ニ置クハ誤マレリ或ハ民事訴訟ハ國家ノ強制力ヲ以テ私權ノ確定實行ヲ爲サシムルモノナレハ之ニ依リテ非訟事件ト區別セントスルモノアレトモ是レ亦誤マレリ或ハ私法關係ヲ明示スルコトヲ非訟事件ナリトスル者アリ然レトモ民事訴訟ニ於ケル確認判決ノ如キモ亦私法關係ヲ明示スルモノナリ故ニ是レ亦區別ノ標準ト爲スニ足ラス

0545

右ノ如ク種種ノ説アリト雖モ予ハ前述セル區別ヲ以テ正當ト信ス或ハ創設ノ訴ハ法律係關ノ創設ヲ目的トスル訴ナレハ若シ法律關係ノ創設ヲ區別ノ標準トスルトキハ訴訟事件ニモ亦創設ノモノアリト曰ハン然レトモ創設ノ訴ハ之ヲ結果ヨリスレハ性質上非訟事件ニ屬スヘキ如キモノナルモ私權ニ付キ現在ノ危險ヲ排斥スルヲ目的トスルモノナレハ訴訟事件ナリトス又反對論者ハ競賣法ノ如キハ私權ノ實行ヲ全カラシムルモノナレトモ非訟事件ナリトス又不動産登記ノ如キハ權利ノ創設、消滅ヲ目的トスルモノニ非サレトモ登記手續ヲ非訟事件ト爲スコトハ學者ノ爭ハサル所ナルヲ以テスルモ法律關係ノ創設、消滅ヲ以テ訴訟事件トノ區別ノ標準ト爲スハ不當ナリト曰ハン然レトモ競賣法ノ規定ハ訴訟事件ナリ不動産登記ニ依リテ第三者ニ對シ物權ノ得喪、變更ヲ對抗スル權利ヲ取得スヘシ要スルニ訴訟事件ト非訟事件トヲ法律ノ形式ニ依リテ區別セントスルハ誤マレリトス

第四節 民事訴訟ト行政訴訟

民事訴訟ハ司法裁判所ノ裁判事務ニ屬シ行政訴訟ハ行政官廳又ハ行政裁判所ノ裁判事務ニ屬ス民事訴訟ニ於テハ私法ヲ適用スルモノナルモ行政訴訟ニ於テハ行政法規ヲ適用スルモノナリ行政訴訟ノ目的物ハ公法上ノ法律關係ナリ民事訴訟ノ目的物ハ私法上ノ法律關係ナリ然ルニ行政裁判所及ヒ特別裁判所ニ於テ裁判スヘカラサル事項ハ司法裁判所ニ於テ管轄スルトノ説アリト雖モ誤マレリ司法裁判所ニ於テハ法律ニ特別ノ規定アル場合ノ外民事即チ私法關係ニ限リ管轄ニ屬スルモノトス

第九章 民事訴訟法ノ沿革

維新以前ニ於ケル民事訴訟法ハ此ニ述フルノ要ナシ維新以後ニ於テハ歐洲ノ制度ニ模シ明治六年第二七四號布告訴答文例其他明治八年布告第一〇三七號裁判事務心得等數多ノ單行法律ノ發布セラレタリト雖モ民事訴訟法典トシテ完成シタルハ現行民事訴訟法ヲ以テ始メトス明治九年時ノ政府ハ元老院ニ命シテ民事訴訟法ヲ起草セシメタリト雖モ其事業ハ完成スルニ至ラス明治十七年五月獨逸人「テヒヨ」ニ現行民事訴訟法ノ起草ヲ命シ翌十八年七月ニ脱稿シ其後種種ノ法律取調委員ノ調査ヲ經テ現行法典ハ明治二十三年三月二十七日裁可同年四月二十一日官報ヲ以テ法律第二九號トシテ發布セラレ明治二十四年一月一日ヨリ實施セラレタリ其形式實質殆ト獨逸民事訴訟法ト同一ニシテ獨逸民事訴訟法ハ我民事訴訟法ノ母法ナリ獨逸民事訴訟法ハ獨逸帝國ノ統一シタル後法律統一ノ必要ヲ認メテ舊普通法、佛蘭西民事訴訟法其他獨逸聯邦諸國ノ法律ヲ參酌シテ訴訟法編纂委員起草シタルモノナリ千八百七十七年一月三十日獨逸皇帝ノ親署ヲ得テ同年二月十九日公布シ千八百七十九年十月一日ヨリ實施セラレタルモノナリ然ルニ獨逸ニ於テハ新民法、新商法ノ制定ト共ニ民事訴訟法モ亦修正セラレ新民法、新商法ト共ニ千九百年一月一日ヨリ修正民事訴訟法カ實施セラレタリ我國ニ於テモ現行訴訟法ノ改正ノ必要ヲ認メ草案ハ既ニ公ニセラレタリ

第二編 民事訴訟ノ機關

第一章 司法權

司法權ハ裁判權及ヒ司法行政權ヲ包含ス裁判權トハ威力アル法律ノ適用ヲ爲ス權ニシテ司法行政權トハ裁判權ノ實行ヲ得セシムルニ必要ナル行爲ヲ爲スノ權ナリ

國家ノ司法事務ハ行政事務ト全ク別異ノ機關ヲシテ取扱ハシムルニ非サレハ司法事務ノ公平ヲ保ツヲ得スレハ發達シタル國家ニ於テ行政機關ト司法機關トノ間ニ嚴格ナル區別ヲ設ケ各其事務ヲ分業シ互ニ犯スコトヲ得サラシムル所以ナリ我國ニ於テモ憲法第五七條第一項ニ依リ司法權ハ天皇ノ名ニ於テ法律ニ依リ裁判所之ヲ行フト規定シ司法權ハ獨立ノ機關タル裁判所ヲシテ實行セシム茲ニ所謂司法權トハ裁判權ヲ謂フモノトス

司法權ハ統治權ノ一タリ故ニ司法權ノ主體ハ統治權ノ總攬者即チ天皇ナリ然レトモ天皇自ラ司法權ヲ行ハス天皇ノ名ニ於テ獨立ノ機關タル裁判所之ヲ行フ裁判所ハ司法權實行ノ機關ナリ裁判所ハ天皇ノ名ニ於テ司法權ヲ實行スト雖モ天皇ノ意思命令ニ從フモノニ非ス又他ノ權力ノ干渉ヲ受クルモノニ非ス裁判所ノ司法權ヲ實行スルハ一ニ法令ニ遵據スヘキモノトス換言スレハ裁判所ハ法律以外ニ在リテハ全ク獨立不羈ノモノタリ之ヲ司法權ノ獨立ト謂フ

第二章 通常裁判所及ヒ特別裁判所

裁判權ハ通常ノ場合ニ於テハ凡テ同種類ノ司法機關ヲシテ同一ノ法則ニ據リ實行セシムルヲ得レトモ訴訟事件ノ性質ハ土地ノ狀況等ニ依リテ特別ノ機關ヲシテ實行セシムル必要アリ即チ通常ノ場合ニ於テ訴訟事件ヲ審理スル司法機關ノ外特種ノ場合ニ訴訟事件ヲ審判スル機關ヲ必要トス是レ司法機關ニ通常裁判所ト特別裁判所ノ區別アル所以ニシテ通常裁判所及ヒ特別裁判所ノ組織權限ハ法律ヲ以テ定ムヘキモノトセリ(憲五七條二項六〇條)

第一 通常裁判所

通常裁判所ノ組織權限ハ裁判所構成法ニ依リテ定マル通常裁判所ハ法律ヲ以テ特別裁判所ノ權限ニ屬セシメサル凡テノ民事及ヒ刑事ヲ審判スルヲ原則トス(裁權二條民事トハ私法ノ實行ヲ目的トシ刑事トハ刑事法ノ實行ヲ目的トスル事件ヲ云フ通常裁判所ハ區裁判所、地方裁判所、控訴院、大審院ノ四種ニシテ區裁判所ハ單獨判事其他ノ裁判所ハ數人ノ判事ヲ以テ組立テタル部即チ合議體ニ於テ裁判權ヲ實行ス通常裁判所ノ權限ニ屬スル事項ハ民事刑事事ニ限リ民事刑事外以テ事項ハ之ヲ救済スル裁判所ナキ場合ト雖モ通常裁判所ニ於テ審判スヘキ限リニ非ス但法律ニ依リテ特ニ通常裁判所ノ權限ニ屬セザルモノハ此限ニ非ス然ルニ憲法第六〇條ノ解釋トシテ特別裁判所ノ管轄ニ屬スルモノトシテ法律ヲ以テ定メタル事項以外ノモノハ總テ通常裁判所ニ於テ審理スヘキモノナリトノ說明アリト雖モ誤マレリ

第二 特別裁判所

特別裁判所ハ特ニ法律ヲ以テ定メラレタルモノニシテ現行法ノ下ニハ次ニ述フル四アリ

- 一 陸海軍軍法會議 陸海軍軍人ノ犯罪事件及ヒ之ニ附帶スル私訴ヲ審判ス(明治二十一年法律二號 陸軍治罪法同二十二年法律五號海軍治罪法)
- 二 農商務省特許局 特許局ニ於テハ特許權ニ關スル事項ヲ審判ス(明治三十二年法律第三六號特許法)
- 三 臺灣總督法院 臺灣及ヒ澎湖島ニ於ケル民事刑事ノ審判ヲ爲スモノニシテ覆審法院ト地方法院ト二種アリ(明治三十一年臺灣總督律令第一六號臺灣總督法院條例)
- 四 治外法權ヲ有スル外國ニ在ル帝國領事 外國ニ於ケル日本臣民ニ關スル民事及ヒ刑事ノ審判ヲ爲ス(明治三十二年法律七〇號領事官ノ職權ニ關スル法律)

0547

第三章 民事裁判權

通常裁判所ニ於テ實行スル裁判權ハ民事裁判權ト刑事裁判權ナリトス民事ノ裁判權ハ民事訴訟ノ裁判權ト非訴事件ノ裁判權トニ區別スルヲ得ヘク此ニ述フル處ハ民事訴訟ノ裁判權ナリトス民事訴訟ノ裁判權ニハ左ノ四ヲ包容ス

- 第一 命令權 命令權トハ裁判所カ訴訟事件ニ付キ命令ヲ爲スノ權ヲ謂フ之ヲ細別スレハ判定權ト訴訟指揮權トノ二ナリ判定權トハ實在セル訴訟事件ニ付キ實體法上及ヒ訴訟法上ノ判斷ヲ爲スノ權即チ法律ヲ適用シテ威力ヲ以テ實在ノ事實ニ付テ其效果ヲ確定スル權ヲ謂フ其形式ハ判決、決定、命令トス訴訟指揮權トハ判定若クハ強制執行ヲ爲スニ付キ之ヲ準備シ又ハ之ヲ補助スルニ必要ナル行為ヲ爲スノ權ヲ謂フ例ヘハ期日、期間ヲ定メ書類ヲ送達シ證據決定ヲ爲シ又ハ口頭辯論ヲ指揮スルカ如シ
- 第二 執行權 執行權トハ強制執行ヲ爲スノ權ヲ謂フ即チ直接若クハ間接ニ一箇人ヲ強制シ裁判所ノ命令ヲ實行スルノ權ヲ謂フ
- 第三 懲罰權 懲罰權トハ訴訟上ノ取締ヲ目的トスル權ナリ法廷ノ秩序維持又ハ訴訟法上ノ義務違背者ニ對シ制裁ヲ科スルカ如キ是ナリ(裁權一〇七條乃至一三條、二九四條、三〇二條、三五五條等)
- 第四 公證權 公證權トハ訴訟上ノ事項ヲ書面ニ保存シ説明スルノ權ヲ謂フ裁判所ノ發スル書面ノ正本、謄本等ヲ作り若クハ證明書ヲ發シ又ハ或事實ニ付キ公ノ證明ヲ爲スノ權ノ如キ是ナリ

第四章 裁判所ノ構成

折衷スルヲ可ナリトス近時萬國監獄同盟出獄人ノ保護事業等各種ノ方法ニ依リテカ改善ヲ研究セリ
乙ノ四 財務行政費 本經費ハ財務行政ヲ取扱フ制度ニシテ作業費國債費徵收費及ヒ財務官廳費ノ四種ニ別ツ前三者ハ各收入編ノ下ニ論スヘク財務官廳費ハ主トシテ大藏省ノ經費ヲ指スモノニシテ特ニ論スヘキコトナシ

乙ノ五 内務行政費 内務行政中警察行政ハ危險ノ豫防ヲ主タル目的トスル行政ニシテ其經費ノ一部ハ地方廳ニ分擔セシメ中央政府ノ負擔スル所ハ高等警察機關憲兵等ノ費用ニ止マレリ助長行政ニ至リテハ其項目甚ダシク多キモ其主ナルモノハ衛生、恤救、教育、宗教交通及ヒ産業等ノ行政費トス衛生行政中警察行政ニアリテハ其經費大ナラスト雖モ保健行政ニ至リテハ人口ノ増加、交通ノ利便、工業ノ發達ニ伴ヒ著シク多額ノ經費ヲ要スルモノニシテ恤救行政、風俗警察、勞働警察、道路警察其他水道事業、河川ノ浚渫等皆直接間接ニ保健行政ノ目的ヲ達スルモノナリ恤救行政中救貧行政ハ現時歐洲諸國ニ於テ内務行政ノ主要ナルモノノ一トシテ其救助ノ條件救貧籍ノ制度、貧民ノ種別救貧事務ノ機關、救貧ノ義務方法費用等ハ最モ研究ヲ要スル所ナリ我國ニ於テハ現行ノ法則及ヒ實際ノ設備ハ殆ト見ルヘキモノナシ貧民警察費ニアリテモ或ハ小兒ニ對シテ懲治場、貧民學校等ノ類ヲ設ケ勞働ニ堪ヘサル貧民ニ對シテハ強制貯蓄、強制保險等ノ制ヲ布キ勞働ニ堪ユル貧民ハ結婚ノ制限法等ヲ適用シ其他博奕酒色等ニ對シテハ風俗警察強制勞務服役法等其方法多シト雖モ我國ニ於テハ三十三年ノ法律感化法ノ外見ルヘキモノナシ

教育行政ニアリテハ文化ノ狀況ト風俗習慣ノ相違ニヨリ各國其制度ヲ一ニセスト雖モ學齡兒童ニ對シテハ普通教育就學ノ義務ヲ強制シ高等教育ハ中央政府之ニ當リ普通教育ハ地方團體之レニ當ルハ大體

ニ於テ一致スル所タリ我國ニアリテ明治三十三年小學校令ヲ改正シ兒童ノ就學義務ヲ規定スルト同時ニ小學教育無月謝主義ヲ採リ一面ニハ高等教育ヲ擴張シ實業教育ヲ獎勵スル等其進歩見ルヘキモノアレトモ事實學校及ヒ地方團體ノ財政上無月謝主義ハ尙ホ殆ト之カ實行ヲ見ルコト能ハサルノ状態ニアリ宗教行政ハ國教主義ト宗教公認主義ト異ナリニヨリテ其經費ニ大差アリ國教主義ヲ採ル所ハ多額ノ經費ヲ要シ之カ傳道事業ハ政治上經濟上ノ目的ヲ加味シテ露國ノ如キ二千萬圓以上ノ經費ヲ支出セリ我國ニアリテハ神佛ノ二者ハ其ニ特別ノ保護監督ヲ加ヘ其他ノ宗教ニ對シテハ單ニ結社トシテ取扱フニ過キサルカ故ニ宗教公認主義ト認ムヘキモ我國民ノ多數ハ事實無宗教ニシテ何レノ宗教モ勢力大ナラス之カ行政費モ著シク少額ナリ交通行政費ハ河川港灣ノ維持修繕航路ノ安全保持船舶海員ノ行政費等何レモ土地ノ狀況ト海運事業發達ノ如何トニヨリテ各國其例ヲ一ニセス我國ニ於テハ中央政府ノ經費トシテモ河川法ノ實施以來航海及ヒ造船ノ事業ヲ獎勵スルニ伴ヒ比較的巨額ノ支出ヲ要ス尙ホ將來ノ改善發達上經營ヲ要スヘキ餘地甚タ大ナリトス其通信事業及ヒ鐵道事業ニ至リテハ又一層其設備ノ大ナルヲ感スルモノニシテ別ニ官業收入ノ下ニ詳述スヘシ内務行政費貨幣度量衡交通事業等ヲ始メ一般ニ巨ル産業中通信事業造幣事業等ヲ除クノ外ハ我國ハ特種ノ産業ト併セテ農商務省ノ所轄ニ屬セシメ農務、商工、山林、鑛山、特許及ヒ水産ノ諸行政ニ通シ何レモ將來益、之カ改良發達ヲ要スヘキモノニ非サルハナク其經營費少シトナササルナリ

第三編 收入論

緒論

國家ノ收入トハ國家カ其經費ヲ支辨セシカ爲メ收納スル貨財ナリ、國家ノ經濟ハ出ツルヲ計リテ入ルヲ制スト雖モ之カ支出ヲ計ルニハ先ツ國民經濟ノ狀況ニ應ジテ之カ收支ヲ基礎トナサシムハアラス古代ニ在リテハ元首ノ收入ト國家ノ收入トハ其間ニ區別ヲ認メラレザリシノミナラス收入ト支出トハ亦相混同シ支出ヲ要スルニ伴ヒ之ニ應スヘキ勞役、物品、又ハ貨幣ヲ徵收シ以テ之ニ充ツルヲ例トセリ爾後貨幣經濟ノ發達ニ伴ヒ收入ト支出トハ相識別セラレ通例一箇年ヲ期間トシテ之カ收支ノ豫算ヲ立テ而シテ後之ヲ決算スルヲ例トス

國家ノ收入ハ大別シテ經常收入及ヒ臨時收入ノ二ト爲ス經常收入トハ一定ノ期間ニ規則正シク國庫ニ入ルヘキ貨財ニシテ常ニ自働的ニ生スルモノナリ租稅、手数料、官業、又ハ官有財産ノ收入ノ如キ是ナリ臨時收入トハ不定ノ時期ニ國庫ニ入ル定額ナキ貨財ニシテ自働的ニ生スルコトアリ又他働的ニ生スルコトアリ例セハ官有財産ノ拂下、戰利品、債金、獻納金、公債等ノ如キ是ナリ經常收入ヲ以テ經常ノ支出ヲ支辨シ臨時ノ收入ヲ以テ臨時ノ支出ニ充ツルハ一般ノ原則ナルモ其定時ト稱スルハ必竟程度ノ論ニ過キサルカ故ニ必スシモ或期間ヲ以テ之カ性質ヲ定ムルコトヲ得ス唯理論上其性質ニ因リテ之カ區別ヲ立ツルノ外ナキナリ

經常收入ノ分類ハ學說區區ニ分レテ毫モ一致スル所ナシ殊ニ古代ヨリ中世ニ至ル財政制度ハ各種ノ財源ヨリ之カ收入ノ道ヲ開キ名實相異ナルモノ又少ナシト爲サスゴードン氏以後財政學者ノ著書ハ總テ其理論の分類ニ付テ殆ト規一スル所ナク皆其分類ノ方法及ヒ之ニ對スル見解ヲ異ニセリ此ノ如キハ各國ノ財政カ時ト所トニ依リ其状態ヲ異ニシ同一ノ名稱ノ下ニ其實質ヲ異ニスルト各歷史的ノ沿革ニ依リ特種ノ收入方法多ク存スルノミナラス收入ノ種類ハ其極端ト極端トヲ比較スルトキハ明カニ之カ

異同ヲ分ツコトヲ得ルモ其收入ノ種類ニ依リテハ其標準ノ如何ニ因リ之カ分科ヲ難シト爲スモノ少カラス殊ニ財政學ハ財政ノ實際の研究ト相混淆スルコト多キカ故ニ勢ヒ理論的研究ヲ一貫スルコト能ハサルコト多シト然レトモ現時ノ財政ニ關スル著書ヲ通シテ最モ多キヲ占ムルモノハ公經濟收入ト私經濟收入トニ分類スルニ在リ素ヨリ此分類ニ依ルモ其公私ノ區別ノ標準又ハ其各收入ノ範圍限界及ヒ其細別ニ至リテハ毫モ其一致スル所アルナシ今公經濟的收入、私經濟的收入ノ區別ノ標準ヲ見ルニ第一其收入取得ノ方法カ權力行爲ニ出ツルト權利行爲ニ出ツルトヲ標準ト爲スモノアリ、第二收入取得ノ方法カ公益ニ基クト私益ニ基クトヲ標準ト爲スモノアリ、第三其收入取得ノ目的カ營利ヲ目的トスルヤ否ヤヲ標準トスルモノアリ、第四其純收入ノ比率ノ程度ヲ標準トスルモノアリ、其何レノ方法ニ出ツルヲ問ハス其程度ノ限界ニ於テハ何レノ見解ニ從テ觀察スルモ皆多少ノ批難ヲ免ルル能ハス從テ此分類ノ區別ニ尤モ困難ヲ感スル收入例セハ交通事業手數料、專賣事業等ヲ一括シテ一種ノ中間的種類ヲ公私ノ間ニ設クル學說アリ或ハ別ニ有償收入ト無償收入ト二種ニ分テ特定ノ報償ノ伴フヤ否ヲ標準ト爲スモノナリ此標準ニ依ル分類ハ亦多少形式ニノミ重キヲ置クノ批難アルモ其限界明カナル點ニ於テ予ハ此說ヲ主張スルモ茲ニハ一般ノ財政學ヲ研究スル便宜上特ニ廣ク用キラル分類方法ヲ採ルヘシ唯此等ノ用語及ヒ之ニ伴フ意義解釋等ニアリテハ最モ議論多キモノタルヲ注意スヘキナリ

第一部 私經濟收入

緒論

政府ノ收入ハ利子ト利潤ト相伴フヲ發生スルヲ例トシ其間ニ雖然タル區別ヲ爲シ難キモ其收入ノ主要

ナル部分カ利子ナルカ又ハ利潤ナルカニ因リテ前者ヲ官有財産ノ收入ト稱シ後者ヲ官業收入ト稱ス官有財産ハ大別シテ土地及ヒ森林ト爲シ官業ハ大別シテ工業商業及ヒ交通業トス官有財産ノ收入ハ近世ニ至ルマテ國家ノ重ナル財源ナリシモ租稅公債等ノ制度ノ行ハルルニ從ヒ國家ノ總收入ニ對スル比率ハ漸次減少スルニ至レリ之ニ反シテ官業ノ收入殊ニ交通業ノ收入ハ漸次増加シテ國ニヨリテハ却テ公經濟收入ヨリモ大ナル所アリ

私經濟收入ノ利害得失ハ一ニ其性質及ヒ體様ノ如何ニ存スルモノナリ其必要ナル理由ヲ列舉セハ第一、財政上貨財取得ノ目的ハ國民ノ負擔ヲ重カラシムルニ在ラサルカ故ニ國家ハ國民ノ負擔力ヲ基礎トシテ國家行動ノ範圍ヲ定メスンハアラス從テ私經濟收入ハ國民カ自働の合意ニ因ル支出ニシテ且直接相當ノ報償ヲ受ケ一面公衆ハ各自ノ欲望ヲ充タシ一面政府ノ收入ハ結局私人ノ負擔額ヲ減スルカ故ニ私人ヨリ見レハ生産的支出ニシテ政府ヨリ見レハ間接課稅ノ負擔ヲ減シ國民ノ納稅力及ヒ應募力ヲ大ニスルモノナリ、第二、政治上租稅收入ハ直接ニ人民ニ苦痛ヲ與フルモノナルカ故ニ其弊害ハ延テ政治上ニ重大ナル影響ヲ來スコト多シ、第三、經濟上其事業カ權力行爲ヲ要シ又ハ權利行爲ニ依リテ得トスルモ私人ノ企業スルコト能ハス又ハ企業スルコトヲ欲セサルモノニアリテハ權利行爲ニ依リテ之カ發達ヲ期スヘキモノナリ第四、社會政策上官業收入ノ重ナルモノハ所謂自然の獨占事業ト稱セラルルモノニシテ私人ノ企業ヲ不可トスルモノナルカ故ニ爲メニ社會ニ於ケル富ノ分配上生スヘキ弊害ヲ除却スルコトヲ得ヘシ我國ニ在リテハ官有財産ハ全國面積ノ三分ノ二ヲ占ムルカ故ニ大ニ發達ノ餘地ヲ存スルノミナラス官業ニ在リテハ民權ノ發達ノ度歐米諸國ニ比シテ低ク又既設ノ民業少キカ故ニ之カ發達ノ餘地最モ大ナリトス

第一章 官有財產

官有財產トハ私法上國家カ有スル所ノ財產ヲ云フ故ニ其主體ニ於テハ御料財產ハ君主カ所有權ノ主體タル點ニ於テ官有財產ト其趣ヲ異ニシ其所有ノ方法ニ於テハ國有財產ハ國家カ公權上有スル點ニ於テ官有財產ト其類ヲ異ニス國有財產又ハ國家ノ公產トハ公法上國家カ所有スル財產ニシテ國家自體單獨ノ目的ニ供セラルルカ若クハ私人一般ノ用ニ供セラルルモノニシテ之ニ對シテ報償ヲ拂フコトナキヤ原則トシ又賣買讓渡ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ私人ト同一ノ目的ニ供セラルルモノナルカ故ニ收入ヲ得ルヲ原則トシ人民ハ之ニ對シテ報償ヲ支拂フヲ常トシ又賣買讓渡ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ

國有財產中其性質カ絕對的ニ國家公共ノ目的ニノミ限定セラルル財產ヲ絕對的國有財產ト稱シ其限定セラレサル財產ハ相對的國有財產ト云フ猶ホ絕對的國有財產中ニハ其自然ノ行政法上公有物ノ條件ヲ具備シ人爲ニ因リテ之ヲ變更シ他ノ目的ニ使用スルコト殆ト不能ニ屬スルモノアリ之等ハ先天的國有財產ト稱シ其人爲ニヨリテ國有財產トナリ從テ又之カ國有財產ノ性質ヲ變更シ得ルモノハ後天的國有財產ト稱ス故ニ先天的國有財產以外ノモノハ國家ノ意思表示ノ如何ニヨリテ期間官有財產ニ變更セラ

ルコトアリトス

官有財產其ノモノノ範圍限界ニ就テハ亦學說ノ區區ニ岐ルル處ナルモ茲ニハ土地及ヒ森林ノ二者ヲ以テ其重ナルモノトナシ之ヲ略述スヘシ

古代國家ノ收入ハ官有土地其財源ノ大部ヲ占メタリシモ其收入時ヲ經ルト共ニ相轉倒シ今日ニ在リテ

ハ官有森林ノ收入ハ却テ官有土地ノ收入ヲ超過スルニ至レリ又古代ニ在リテハ私人ノ所有權ヲ認メザルノ結果官有財產ノ取得ノ機會及ヒ分量共ニ甚タ多カリシモ今日ニ在リテハ行政上ノ目的ヲ加味シテ收用スル場合ノ外殆ト其例ヲ見サルニ至レリ

第一節 官有土地

官有土地ノ名稱ハ亦各國其意義ヲ異ニセリ現ニ吾國ノ官有地ノ意義ノ如キモ官衙其他營造物ノ敷地官有ノ山岳及ヒ林藪原野河海宅地田畑等所謂官有又ハ國有ノ土地ヲ總稱スルモノノ如シ然レトモ今日ノDonaini、即チ茲ニ所謂官有土地トハ政府カ私經濟上ノ目的ヲ以テ所有スル土地即チ耕地ヲ指スモノニシテ吾國ニハ官有土地ナキカ故ニ實際問題トシテ利害關係渺シトス

歐洲ニ於ケル官有土地監理ノ方法ヲ見ルニ或ハ直接ニ官營トナスモノアリ或ハ請負ニヨリテ委任管理ヲ爲スモノアリ何レモ弊害多キカ故ニ現時小作法ニ依ルヲ原則トナセリ小作法ニハ年期小作法ト世襲小作法トノ區別アリ年期小作法ハ通常十年ヲ例トシ猶ホ小作人ヲシテ土地ニ對スル利害關係ヲ密接ニシ土地ノ生産力ヲ消耗セシメサルカ爲メ各種ノ保護制限ヲ爲スヲ例トセリ世襲小作法ハ土地ト小作人ノ利害關係ヲ密接ナラシムル點ニ於テ利益多キモ小作料ハ農產物ノ價格トノ權衡ヲ持續シ難ク且小作料比較的低廉ナルカ爲メ年期小作法ト共ニ互ニ得失相半スルモノナリトス

官有土地ヲ保存スヘキカ又ハ拂下クヘキカハ從來學說ノ岐ルル處ナリ官有土地ヲ保存スヘント云フハ財政上官有土地ノ價格及ヒ收入ハ歲月ト共ニ増加シ政府ノ信用ヲ大ニシ又經濟上大地主ノ下ニアル不生産ナル請負制度ノ弊害ヲ除却シ政治上小作制度改良ノ先驅トナリ且中流ノ自作農夫ヲ扶植スルコト

0551

ヲ得ルノ諸點ニアリ之ニ對スル拂下ヲ主張スル理由ハ財政上官吏ノ作業ハ熱心ト敏活トヲ欠キ其收益少ナキト一面人民ノ耕地ヲ減少スルノ弊アルト經濟上官營ト爲ストキハ其生産力比較の少ナク政治上土地ノ主體タル國家ト公共經濟ノ主體タル國家ト利害ノ衝突ヲ來ス處アルノミナラス官有ノ土地大ナルトキハ延テ議會ノ權能ヲ弱メ政府ノ專權ヲ助長スルニ至ル等ノ諸點ニアリトシ寧ロ之ヲ民間ニ拂下ケテ其資金ニヨリ惡稅ヲ廢シ重稅ヲ輕減シ或ハ之ヲ公債ノ償還ニ充テ又ハ積極ニ猶ホ有爲ナル事業ニ充用スヘシト云フニアリ二者各得失アリト雖モ官有ノ土地ハ特ニ之ヲ買上クルノ要ナキト共ニ社會政策ノ主義ヲ以テ多數ノ自作農夫ニ拂下クヘシト云フハ大體ニ於テ學說實際ヲ通シ一致スル處ナリ

第二節 官有森林

森林ハ土地ト異ナリヲ公益上必要ト認ムルモノハ之ヲ官有ト爲シ猶ホ私人ノ所有ニ屬スルモノモ充分ナル保護監督ヲ要スヘキモノタリ由來森林ノ事業ハ營林ノ學識ト經驗トヲ要スルモ農業ノ如ク集約的ニシテ複雜ナル勞力ヲ要スルモノニ非ス從テ政府力之ヲ經營スルハ却テ便宜ト爲ス處アリ即チ森林ノ性質ハ疎放のニシテ小仕掛ノ經營ヲ許ササルモノナレハナリ又森林事業ハ其利益ノ歩合少ナクシテ之カ收益ニハ長年月ヲ要ス且其生産物ノ運送ノ爲メ巨額ノ資本ヲ要シ到底小資本ヲ以テ之カ經營ヲ全テスルコト能ハス殊ニ之ヲ私人ニ委スルトキハ目前ノ利益ニ走り一方ニハ植付及ヒ培養ヲ怠リ一方ニハ濫伐シテ木材薪炭ノ供給ヲ減少シ間接ニハ氣候風土ヲ害シ殊ニ水害ニ至リテハ行政上財政上多大ノ損害ヲ生スヘキモノタリ

吾國森林ノ面積ハ國土ノ七割ニ近ク又過半ハ官有ニ屬セリ而モ維新以後官私共ニ營林ノ法ヲ怠リ今

日ノ日本ノ官林ハ歐洲大陸ノ官林ニ比スレハ其面積ニ於テ數十倍ノ多キニ居ルニ拘ハラス其純收入ハ數十分ノ一ノ少ナキニアリ此ノ如キハ未タ收入ヲ生スヘキ造林ノ行ハレサル土地ヲ包含スルカ故ナルモ若シ一般ニ改善セラルルニ至リテハ優ニ千萬圓以上ノ純收入ヲ見ルハ決シテ難シトナサナル處ナリ我國ノ森林ハ管ニ積極ニ森林ノ經營發達セサルノミナラス森林ノ保護亦十分ナラス森林警察ニヨリテ之ヲ禁止シ得ヘキ盜難又ハ火災ハ官林ノ平均損害年額數十萬圓ノ大部ヲ占ムルノ狀況ニアリ森林ノ發達ニ伴フ效果ハ其直接ノ收入ニ非スシテ其間接ノ氣候風土ノ緩和ニアリ森林ノ濫伐ハ土砂ノ崩潰流出ヲ助ケ河底ヲ高メ洪水ノ害ヲ導キ氣候ニ急激ノ變化ヲ來シ雨量ヲ減シ霜害ヲ大ニシ人體及ヒ生産物ノ發達ヲ害シ水源涵養ノ利ヲ失ヒ殊ニ水害ノ如キハ之カ復舊ノ土木工事費ヲ始メ之等ノ災害ニヨル人類多大ノ損失額ハ單ニ直接ノ損害トシテ知ルヲ得ルモノノミニテ猶ホ年二千萬圓内外ニ上レルコトアリ從テ之ニ伴フ間接ノ損害ト此巨額ノ資本ヲ積極ニ運用スルノ利益トヲ考量スルトキハ森林ノ整理ハ特ニ之カ急ヲ見ルモノタリ

明治二十四年ニ至リ政府ハ全國ノ官林ヲ統轄シ三十年森林法ヲ發布シテ森林ノ取締監督ノ道ヲ開キ三十二年國有林野法ヲ發布シ森林國有ノ主義ヲ標識シ同時ニ之カ資金ノ特別會計法ヲ發布シ劣等土地ヲ處分シタル收入ヲ以テ別ニ施業ニ從事シ十六箇年ノ計畫案ヲ立テ之カ監督保護著其步武ヲ進メ來リシヲ以テ近時一面ニハ水害其度ヲ減シ一面收入ハ漸次増加シ大ニ面目ヲ一新スルニ至レリ

第二章 官行工業

官行工業トシテ列舉スヘキモノハ鑛業、印刷業、造幣業等ナリト雖モ財政上ノ問題トシテ研究ノ價值アリ

ルモノハ鑛業ノミナリ官行ノ鑛業ニ政府自ら採鑛冶金ニ從事スルコトアリ或ハ私人ニ請負ハシムルコトアリ又鑛山ノ種類鑛物ノ種類ニヨリテ其間ニ差別ヲ立ツルモノアリ鑛山ノ採掘料免許料ハ中世紀ニ至ルマテ Monopolyニ屬スル重ナル部分ヲ占メタリ現時歐洲大陸ニ於テ尤モ廣ク用ヒラルル鑛物ノ古者者ニ鑛業ノ自由ヲ認ムルノ制ニシテ何人ト雖モ鑛物ヲ發見シ法規ノ定ムル處ニ準據シテ之ヲ採掘ヲ爲シタル者ハ其所有權ヲ取得スルコトヲ得ルモノト爲セリ吾國ニ於テモ明治二十三年鑛業條例ヲ公布シテ鑛業主權ノ主義ヲ廢セリ政府ヲ鑛業ヲ經營スルノ特質ハ一定ニ論シ難キモ會社事業ノ發達セサル時代ニハ國家自ラ之ニ當ルノ要アルモノ今日ニ至リテハ民事トシテ之ヲ經營シ得ルカ故ニ政府進テ利純ノ不確定ナル長期ヲ要スヘキ事業ニ手ヲ下スノ要ヲ見ルコトナシ吾國ニ於テモ二三其例ヲ見ナルニ非スト雖モ其目的ハ事行政上ニ存シ財政上ニ在リテハ新鑛業法ニヨリ鑛產稅鑛區稅及ヒ試掘稅ノ稅目ニヨリ之ヲ收入ヲ保障シ一面建築物ノ保安、坑夫ノ生命保護、地表ノ安全、並ニ公益ノ保護等ニ付キ之ヲ規定ヲ設ケタリ

第三章 官行商業

官行商業トシテ見ルヘキモノハ銀行業、實業、爲替業、貯金業、富饒業及ヒ專賣業等ナリトス内前四者ハ寧ろ行政上政治上ノ目的ヲ主トシ財政上研究ノ價值比較の少ナシトス只貯金業ハ其放資方法如何ニヨリ財政上見ルヘキ點アルカ故ニ前三者ハ之ヲ省略スヘク又專賣業ハ租稅ト見ルヘキ官行商業トシテ見ルヘキハ其形式及ヒ實質ヲ通シ學說ノ歧ルル處ナルモ其形式ノ上ヨリ本章ノ下ニ其重ナル鹽、烟草ノ專賣ニ付キ論述スル處アルヘシ

第一節 郵便貯金業

郵便貯金ハ其實質ニ於テハ貯蓄銀行ノ事務ト異ナル處ナシ其特徵ハ國家ノ信用ト其機關ノ都鄙ニ普及セルトニ在リ其目的ハ零碎ノ資金ヲ蒐集シ貯蓄ノ美風ヲ養成スルニ在ルカ故ニ貯蓄銀行ニ比シ利子ノ歩合薄ク貯蓄額ニ最高限ヲ設ケ其手續嚴重ニ且複雑ナルヲ例トス從テ貯蓄銀行ノ設立セラレタル明治二十年ノ當時ニ在リテハ郵便貯金ノ二千八百四十一萬圓ニ對シ貯蓄銀行ノ預金ハ百二十七萬圓ニ過キサルシカ銀行貯金ハ日清戰役後著シク増加シテ三十六年ニ至リテハ郵便貯金三千五百七十五萬圓ニ對シテ四千五百萬圓ヲ超過スルニ至レリ然レトモ其後銀行ノ破産スルモノ多ク一面政府ノ信用ト貯蓄ノ奨励トハ相待テ漸次郵便貯金額ヲ増加シテ二日露戰役後ハ非常ナル割合ヲ以テ増進シ預金者ハ五百五十萬人ヲ超ヘ其貯金額ハ五千二百萬圓ヲ超過スルニ至レリ

我國ノ郵便貯金ノ收支ニ付テハ其利種ノ方法ハ公債ニノミニ限定セラレ大藏省預金部ニ於テ普通ノ預金、保管金、供託金及ヒ教育災害準備水雷艇軍艦ノ三基金ト混一シテ經理スルカ故ニ之カ正確ナル數字ヲ示スコト能ハス然レトモ公債ノ利子ハ五分ニシテ貯金ノ利子ハ五分〇四カ故ニ公債ノ應募購入等預金部ノ資金運轉其宜シキヲ得ルトスルモ其差額ハ少カルヘク利殖運用ノ點ニ於テハ其純益大ナラス外國ニ在リテハ現ニ白耳義、伊太利其他各國ニ於テ其放資ノ方法ヲ擴張シ管ニ政府ノ公債ノミナラス政府保證ノ證券ノ購入抵當貸付市町村債社債等ノ應募購入手形ノ割引證券ノ擔保貸付農業銀行信用組合等ヘノ特種貸付労働者建物會社等ヘノ貸付及ヒ之ニ伴フ生命保險等ノ事務ノ取扱ヒ一面ニハ純收入ノ歩合ヲ大ニスルノミナラス一面ニハ社會政策ノ主義ヲ加味シテ著シク活動セリ此ノ如キハ獨

り國家ノ財政上ノミナラス地方財政産業組合其他下級社會ニ對シテ著シキ效果ヲ奏スヘキモノナリ

第二節 富籤業

富籤業ハ多數ノ國ニ在リテハ賭博ト同シク之ヲ禁止スルヲ例トセリ然レトモ古代ニ在リテハ富籤ハ政府ノ財源ノ一トシテ行ハレ其後漸次之カ廢止ヲ見ルニ至レルモ猶ホ今日ニ在リテモ獨、埃、伊等ニ於テハ之カ官業ヲ繼續セリ富籤ニハ等級富籤、計數富籤、及ヒ利息富籤ノ三種アリ等級富籤ハ普魯西亞ニ於テ行ハレ年八千萬馬以上ノ收入ヲ得計數富籤ハ伊埃等ニ行ハルル處ニシテ又巨額ノ收入ヲ確保セリ由來富籤ハ何レノ點ヨリ見ルモ全然批難スヘキモノニシテ單ニ各國財政ノ沿革上之カ存續ヲ見ルニ過キスシテ其制度ナキ吾國ニ在リテハ之カ研究ヲ要スルコトナシ只法意スヘキハ所謂普通ノ富籤ナルモノト利息富籤俗ニ所謂割増金トノ別ナリ利息富籤ハ少クトモ其元金ハ償還セラレ只利息ノ全額又ハ一部ニ付テ割増ノ交付ヲ爲スモノナルカ故ニ其割増金ノ口數ノ多少最高割増金額、利息總額ト割増金額トノ歩合如何ニヨリ雷ニ批難スヘカラサルノミナラス却テ政策上之ヲ利用スヘキコト少ナシトナササルナリ

第三節 鹽專賣業

鹽ハ其生産地確定シテ製造容易ナルノミナラス利益多ク且永久不變ノ需要アルカ故ニ租稅ノ目的トシテハ強固ナル財源ナルモノニ面消費稅ハ酒煙草等奢侈品ニ賦課スヘキモノトシ日常生活ノ必需品ニハ消費稅ノ目的ト爲ササルコト學說ニ於テ一致セリ鹽業獨占ハ獨、佛、英、白、埃、匈、伊等ノ諸國ニ行ハレタ

雜 錄

◎大審院判例要旨

○確認給付兩訴ノ提起 凡ソ確認ノ請求ト給付ノ請求ヲ二者併セテ一ノ訴ヲ以テ之ヲ起スモ此場合ニ於テハ其確認ノ請求ハ所謂履行ノ請求ノ前提タルニ非サルヲ以テ之ヲ不許ノ理由ト爲ス謂ハレナシ而シテ本訴ニ對シテハ原院ハ其請求ノ一部タル引渡ノ請求即チ履行ノ請求ヲ棄却シタル上ハ殘ル所ノ確認請求ノ必要アリシヤ否ヤノ一點ニ歸ス然ルニ原判決カ其理由第二點ニ於テ認定シタルカ如ク本件石炭所有權ニ付テハ當事者雙方互ニ自己ニ權利アリト主張スル事實ナリトスレハ其權利ハ孰レニ屬スヘキヤ之ヲ速ニ確定スルノ必要アリ故ニ之ヲ許容セサルヲ得ス(明治三十八年(キ)第四八二號部 判決)

○證書ノ偽造 按スルニ犯人カ新タニ證書ヲ作成シ又ハ既存ノ證書ニシテ其效力ノ消滅シタルモノヲ材料トシ新タナル效力ヲ生スル所ノ證書ヲ作成シ若クハ既存ノ證書ノ記載ヲ増減變更シテ其證書固有ノ效力ヲ減却シ新タナル效力ヲ生スル所ノ證書ヲ作成スル等ハ是レ證書偽造ノ所爲ニシテ既存ノ證書ノ記載ヲ増減變更スルモ其證書固有ノ效力ヲ減却セスシテ單ニ其效力ヲ増減スルニ過キサルトキハ是レ證書變造ノ所爲ナリトス(明治三十八年(キ)第一三二八號)

○官文書毀棄 職務上保管中ノ登記申請書ニ貼附シタル印紙ヲ剝キタルノミノ所爲ハ所論ノ如ク官文

校外生規則摘要

- 一 十个月以上本大學ノ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 講義録ノ講習ヲ終リタル者ハ校外生修業書ヲ請求スルコトヲ得但手數料金貳拾錢ヲ納ムヘシ
- 一 校外生ノ講習料ハ金九圓トシ一時前納金七圓五拾錢トシ二回前納金四圓トシ十五个月分納金六拾錢トス但講義録ハ十二个月ニテ完結ス
- 一 講習料ヲ納付シタルトキハ講義録ヲ郵送スルヲ以テ別ニ領取證ヲ交付セズ若シ發信ノ日ヨリ二十日ヲ過キハ講義録ノ到達セザルトキハ其旨本大學出版局ニ通知スヘシ
- 一 校外生ニシテ講習十个月ヲ終リタルトキハ本人ノ望ミニ依リ論文試験及筆記試験ヲ施行ス但時宜ニ依リ口述試験ヲ爲ス前項ノ試験成績優等ナル者ハ本大學ノ學生又ハ聽講生ニ編入シ有志寄贈ノ獎學金ヲ以テ一學年中ノ授業料並ニ寄宿料ヲ支辨スヘシ
- 一 三十九年度校外生ニ付テハ三十九年八月及ヒ十二月ノ二回ニ試験ヲ施行シ優等生ヲ選拔スヘシ
- 一 校外生ハ講義録中ニ疑義アルトキハ講義録ノ番號・科目・頁數及ヒ疑問ノ要點ヲ記載シ本大學編輯局ヘ宛テ郵送スヘシ
- 一 質疑通信ノ文意解シ難キモノ、主旨明瞭ニシテ解答ヲ要セスト認ムルモノハ解答ヲ付セス
- 一 質疑中有從下認ムルモノハ之ニ解答ヲ付シ法學志林又ハ講義録ニ登載スヘシ

明治三十八年十一月九日第三種郵便物認可
每月三回 十日、二十日、三十日發行

明治三十九年一月十九日印刷
明治三十九年一月廿三日發行 (定價金參拾錢)

編輯兼 發行所 萩原敬之
東京市牛込區牛込北町十番地

印刷者 小宮山信好
東京市牛込區矢米町三番地

印刷所 金子活版所
東京市芝區明舟町十一番地

發行所 司法省 指定 法政大學
東京市麹町區富士見町六丁目十六番地
(電話番町百七拾四番)