

法政大學講義録

村上, 隆吉 / 田阪, 友吉 / 富井, 政章 / 矢部, 廉 / 岡田,
朝太郎 / 志田, 鉀太郎 / 豊島, 直通 / 岩田, 一郎 / 下村,
宏

(出版者 / Publisher)

法政大學

(巻 / Volume)

11

(号 / Number)

2学年の4

(開始ページ / Start Page)

1

(終了ページ / End Page)

72

(発行年 / Year)

1906-02-15

（明治三十八年十一月九日第三種郵便物認可）
（每月三回 五日、十五日、二十五日發行）

明治三十九年二月十五日發行

（第貳學年ノ四）

三十九年度

法政大學講義錄

第十號

法政大學發行



0006

三十九年度第十一號目次

民法	自第七卷 至第十卷	法學博士	富井	政章
刑法	論	法學博士	岡田	朝太郎
商法	總則	法學博士	志田	鉀太郎
商法	會社	法學士	矢部	廉
商法	商行爲	法學士	田坂	友吉
商法	商行爲	法學士	村上	隆吉
刑事	訴訟法	法學士	豐島	直通
民事	訴訟法	法學士	岩田	一郎
財政	學	法學士	下村	宏

雜錄 ○大審院判例要旨○討論會

090
1906
2-1-4

特權ノ存スルコトヲ公示セシムルコトガ甚ダ必要ナルハ、故ニ法律ハ雙方ノ利益ヲ考ヘ工事ヲ始ムル
前ニ其費用ノ豫算額ヲ登記スベキモノトシタ、但實際ノ費用ガ其豫算額ヲ超ユルコトナシトセナイ、其
場合ニハ先取特權ハ其超過額ニ付イテハ存在スルコトヲ得ナイ、何トナレバ若シ然ラズトセバ竟ニ豫
算額ヲ登記スベキモノトシタル目的ヲ貫徹スルコトヲ得ザル結果ト爲リマス
此工事ノ先取特權ハ不動産ノ増價額ニ付イテノミ存スルモノナルコトハ、既ニ説明シタコトデアル、故
ニ此先取特權ヲ實行スルニ付イテハ其範圍ノ由テ定マル所ノ増價額ヲ評定スルノ方法ヲ定ムルコト
ガ甚ダ肝要デアル、是ヲ以テ法律ニハ裁判所ニ於テ選任シタル鑑定人ヲシテ之ヲ評價セシムルコトヲ
一要件ト定メテアリマス(三三八條)

右二ツノ不動産ノ先取特權ニシテ前述ノ條件ニ從テ適法ニ之ヲ登記シタルトキハ、縱令其不動産ノ上
ニ抵當權ガ設定セラレ且其抵當權ノ登記後ニ登記ヲ爲シタルトキト雖モ、尙ホ抵當權ニ先チテ之ヲ行フ
コトヲ得ルノデアル(三三九條)是ハ此二ツノ先取特權ノ性質上抵當權ヲ凌グニ足ル效力ヲ有セザルベ
カラザルモノデアルガ故デアリマス、是ヲ以テ既ニ述ベタル如ク、登記ノ時期等ニ於テ嚴格ナル制限ヲ
設クルコトヲ必要トシタル譯デアル、然レドモ是ハ明文ヲ缺テ始メテ生ズルコトデアル、若シ何等ノ
規定モナケレバ總テ登記ノ前後ニ依ラテ效力ヲ定ムルコトト爲ル(三四一條)然ルニ法律ハ此等ノ先取
特權ヲ保護スベキ理由アリト認メタルガ故ニ特別ノ規定ヲ置イテ優先ノ效力ヲ附シタ趣意ヲ貫徹シタ
ルモノデアリマス

不動産賣買ノ先取特權ハ賣買契約ト同時ニ代價又ハ其利息ノ辨濟アラザル旨ヲ登記スルニ由ッテ其効
力ヲ保存スルモノデアル(三四〇條)茲ニ所謂「賣買契約ト同時」ト云フコトハ最モ大切ナル要件デアリ

民法特權 先取特權ノ效力

マス、此ノ如ク登記ノ時期ニ付イテ嚴重ナル制限ヲ置イタ所以ハ若シ賣買契約後ニ登記ヲ爲スモ妨ナキモノトスレハ契約ト登記トノ間ニ於テ第三者ハ或ハ賣主ノ先取特權アルコトヲ知ラズシテ同一ノ不動産ニ付イテ權利ヲ取得シテ竟ニ不測ノ損害ヲ被ルコトナシトセナイ、甚シキニ至ラハ賣主ハ買主ト通謀シテ詐欺ヲ行フコトモナイニ限ラス

此賣買ノ先取特權ハ前ニ述ベタルニツノ先取特權ト異ナツテ其抵當權者ニ對スル效力ハ全ク登記ノ前後ニ依ル、是ハ第三三九條ト第三四〇條トヲ對照スレバ最モ明瞭デアリマス、一見甚ダ奇妙ニ感ゼラレマス、何トナレバ賣主ト雖モ法律上之ヲ保護スベキ理由アレバコソ先取特權ヲ有スルモノトシタルコトハ前二種ノ先取特權者ト異ナルコトハナイ、然レドモ能ク實際ノ狀況ニ就イテ考フレバ前二種ノ先取特權ニ於ケル如キ特別ナル規定ヲ必要トスル理由ガナイ、其所以ハ若シ賣買契約前ニ抵當權ヲ取得シタル者アルトキハ其者ハ既ニ賣主ニ對シテ其權利ヲ行フコトヲ得ネバナラス、賣主ハ之ニ對シテ先取特權ヲ主張スルコトヲ得ベカラザルハ當然ノコトデアリマス、又賣買契約ト同時ニ先取特權ヲ登記スベキモノト爲シタル以上ハ其以後ニ抵當權ヲ取得シタル者ニ優先スベキコトハ是レ亦論ヲ俟タザル所デアル、故ニ此先取特權ト抵當權トノ間ニハ優劣ノ問題即チ衝突ハ寧ロ生ゼザルモノト解スルガ至當デアルト考ヘマス

以上述べタル所ヲ約言スレバ不動産ノ先取特權ハ其登記ノ時期ニ關シテ一定ノ制限アル外概シテ抵當權及ヒ不動産質權ニ優ル效力アルモノト解シテ誤ナイト思ヒマス(三二六、一條參照)故ニ先取特權ハ不動産ニ付イテハ抵當權ニ比シテ效力強キモノデアルガ、其他ノ點ニ付イテハ抵當權ニ類スベキモノデアルガ故ニ法律ハ抵當權ニ關スル規定ヲ準用スベキモノト定メタノデアル(三三四一條)即チ例ヘバ漁除

ニ關スル規定ノ如キハ不動産ノ先取特權ニ準用スベキモノト解セネバナラス

第九章 質權

質權トハ債權ノ擔保トシテ債務者又ハ第三者ヨリ受取リタル物ヲ占有シ且其物ニ付キ他ノ債權者ニ先チテ辨濟ヲ受クル權利ヲ謂フ(三三二條)

此定義ニ據レバ質權ハ先ヅ當事者ノ意思ヲ以テ設定スル物上擔保ノ一ナルコトガ明カデアル、此點ハ抵當權ト相同ジキ所デアツテ留置權及ビ先取特權ト相異ナル所デアリマス、今日物上擔保中ニ於テ實際最モ頻繁ニ行ハル所ノモノハ不動産ニ付イテハ抵當權、動産及ビ債權ニ付イテハ質權デアル(不動産ノ如キハ抵當制度ノ發達シタル今日ニ在ツテハ外國ニ於テモ盛ニ行ハレテ居ナイ、佛國民法ニ於テ尙ホ現ニ認ムル所ノモノハ純然タル不動産質ニ非ズシテ用益質ト稱スベキモノデアル、即チ使用、收益ヲ目的トスルモノデアツテ辨濟ナキ場合ニ質物ヲ公賣ニ付シテ其代價ヲ以テ辨濟ヲ受クル權利デナイ、此用益質ナルモノモ今日ニ在ツテハ決シテ盛ニ行ハレテ居ナイ、日ニ衰頽ニ趨クコトハ明カナル事實デアリマス

是ト異ナツテ我邦ニ於テハ不動産質ハ從來廣ク行ハレ來タモノデアツテ今日ト雖モ尙ホ抵當權ノ如クニ盛ニ行ハルモノデハナイガ、多少適用ヲ見ルコトナルガ故ニ民法ニハ之ヲ認メテ數條ノ規定ヲ置クコトニ爲タ譯デアリマス、然レドモ最モ實際頻繁ニ行ハルモノハ前ニ述べタル如ク動産質及ビ債權質ノ二種デアリマス、不動産質ト抵當權ト相異ナル點ハ主トシテ占有ノ移轉ヲ要件ト爲スト否トニ在ル、尙ホ效力ニ於テモ多少相異ナル所デアリマス

民法ハ質權ヲ以テ物權ノ一種ト爲シタルコトハ明カデアル、即チ有體物ヲ目的トスル權利ト見タノデアル、然ルニ債權ニ對スル財產權ノ一大分類トシテ有體物上ノ權利ナル觀念ヲ採ルノ當ヲ得ザルコトハ嘗テ述ベタル如クデアリマス、今茲ニ此問題ヲ詳論スル考ハアリマセウカ甚ダ大切ナル事柄デアルガ故ニ一言述ベテ置キタイト思フ

先づ學理上ノ當否ハ姑ク別問題トシテ民法自ラ有體物上ノ權利ナル觀念ヲ一貫シテ居ナイ、又一貫スルコト能ハザル譯デアルト思フ、即チ占有ニ關シテハ準占有ナルモノヲ認メ、共有ニ關シテハ準共有トモ稱スベキ第二六四條ノ規定ヲ置キ、先取特權ニ付イテモ義ニ講述シタル如ク權利ヲモ含ム一般ノ先取特權ヲ認メタル如キハ有體物ヲ要素トスルノ狹キニ失スルコトヲ自認シタルモノデアリマス、抵當權ノ如キモ地上權又ハ永小作權ヲ以テ其目的ト爲スコトヲ得ルモノトシテアル、故ニ財產權ノ一大種類トシテ直チニ有體物ノ上ニ行使スル權利ト云フ如キ觀念ハ到底立法ノ標準ト爲リ得ベキモノデナイコトハ明カデアル、他日學理ノ研究竝ニ立法思想ノ進歩スルニ隨テ此觀念ハ必ス一變スルノ日アルベキコトヲ信ジマス、然レドモ現行民法ヲ解説スルニ當テハ此觀念ヲ基礎トセキバナラス、今茲ニ説明スル所ノ質權ニ付イテモ同一デアリマス

質權ハ物權即チ有體物上ノ權利ナルコトヲ認メナガラ之ニ對シテ一ノ重大ナル變例ヲ認メテアリマス、其レハ即チ權利質ナルモノデアル、權利質殊ニ債權質ノ如キハ近世信用ノ具トシテ最モ缺クベカラザル制度デアル、株式、手形又ハ公債證書ノ如キ債權ヲ目的トスル質權ノ設定ハ經濟ノ進歩ニ伴ヒ取引ノ頻繁ト爲ルニ隨テ益、其適用ノ多キヲ見ルモノナルコトハ事實デアリマス、故ニ民法ハ權利質ナルモノヲ認メテ其性質ノ許ス限ハ動產質及ビ不動產質ニ付イテ設ケタ規定ヲ準用スベキモノトシタノデア

リマス、尙ホ其中ニ於テ債權ヲ目的トスルモノニ付イテハ更ニ數條ノ特別規定ヲ置イテアル、民法ニ採用シタル物權ノ觀念ヨリ云ハバ權利質ノ如キハ如何ニモ一種ノ變例デアルト云ハネバナラスガ、今日ノ取引界ニ於テ普通ノ質即チ動產質及ビ不動產質ニ比スレバ遙カ盛ニ行ハルル所ヲ以テ觀ルモ決シテ變例ト看ルベカラザルモノデアルト思フ、但此問題ハ立法論ニ涉ルガ故ニ委クハ論ジマセウ

本章ハ法典ノ順序ニ從テ左ノ四節ニ分チマス即チ總則、動產質、不動產質及ビ權利質ノ四項目ヲ順次説明スル考デアリマス

第一節 總則

本節ニ於テハ更ニ五ツノ事項ヲ説明致サウト思ヒマス、即チ(一)質權ノ性質(二)質權ノ設定(三)質權ニ依テ擔保セラルベキ債權(四)質權ノ效力(五)質權ノ消滅デアリマス

第一款 質權ノ性質

質權ハ債權ノ擔保タル物權デアルトコトハ今更辯ズルマデモナイコトデアリマス、又當事者ノ意思ヲ以テ設定スルモノナルコトモ既ニ述ベタコトデアリマス質權ノ最モ著ルシ性質ハ其設定ニ占有ノ移轉ヲ必要トスルコトデアル、權利質ニ付イテハ別段ノ規定ガアリマスガ動產質ト不動產質トノ間ニハ差別ナイ、孰レモ其目的ト爲ルベキ物ノ引渡アルニ因テ成立スルモノデアル、是ハ先取特權及ビ抵當權ト全ク相異ナル所デアツテ物權ノ取得ニ關スル通則(一七六條)ノ一例外デアリマス

又留置權ト相異ナル所ハ占有ノ點デナイ、何レモ占有ノ要件トスルコトハ一デアル、唯質權ハ當事者ノ

意思ヲ以テ設定スルモノデアルガ故ニ其設定ノ要件トシテ占有ヲ移スト云フコトガ必要デアルガ、留置權ハ之ト異ナリ占有ヲ移轉ノ行為ヲ必要トセナイ、留置權者ニ於テ其權利ノ目的物ヲ占有スル以上ハ留置權ハ當然存在スルコト爲ル、故ニ又占有ハ權利ノ發生ニ必要ナル外其存續ニモ缺クベカラザル要件デアル、此點ハ質權ト少シク相異ナル所デアル、然レドモ質權ト留置權ト最モ相異ナル點ハ效力ノ點デアリマス、即チ留置權ハ前ニ説明シタル如ク留置權者トシテ留置物ノ代價ノ上ニ優先權ヲ有セナイガ質權者ハ之ニ反シテ質物ノ代價ノ上ニ最モ有力ナル優先權ヲ有スルモノデアル

質權ノ效力ハ何レ後ニ述ブルコトデアリマスガ即チ今申シタ如ク辨濟ヲ受ケザル場合ニ質物ヲ競賣ニ付シテ其代價ノ上ニ優先權ヲ行フコトデアアル、是ハ質權ノ最終ノ目的デアルニ由テ此目的ヲ達スルニ適セザル物ハ質權ノ目的ト爲ルコトヲ得ナイ、即チ讓渡スコトヲ得ザル物ハ質權ノ目的ト爲ルコトヲ得ザル譯デアル、例ヘバ法律上ノ禁制物又ハ世襲財産ノ如キハ其部類ニ屬スルノデアルト思フ(三四三條)而シテ此原則ハ權利質ニモ準用シテアリマスガ(三六)一條二項(債權質ニ關シテハ特ニ論究スベキ點デアリマス、是ハ後ニ權利質ニ關スル節ニ至ラテ述ベル考デアリマス

要スルニ質權設定者ヨリ質權者ニ占有ヲ移サザル間ハ質權ハ成立セザルヲ原則トスル、然ラバ占有ノ移轉ナキ間ハ如何ナル法律關係ヲモ生ゼザルカト云フニ、斯ク解シテハ誤デアル、唯質權ト云フ物權ガ成立セナイト云フコトデアアル、質權ハ未ダ成立セナイガ、質權ノ成立ヲ目的トスル契約ハ成立スルモノト解スベキ場合ガ最も多イト思フ、即チ質權設定ノ豫約トモ稱スベキ契約ハ成立シ得ルコトデアアルト考ヘマス

尙ホ一ノ注意スベキコトハ質權ノ設定ニ占有ヲ必要トスルコト一旦設定セラレタ上ニ猶ホ占有ヲ繼

續セザルベカラザルコトハ別問題デアル、占有ハ質權ノ成立ニハ必要デハアルガ質權ガ一たび成立シタ後ニ其效力ヲ保ツニハ必要デナイト思フ、尤モ此點ニ付イテハ動產質ト不動產質ノ間ニ區別ヲ爲サネバナラス、占有ノ繼續ト云フコトハ動產質ヲ以テ第三者ニ對抗スル要件ト爲ラ居ルガ質權存立ノ要件デハナイガ故ニ占有ヲ失フモ質權ガ當然直チニ消滅スルコトニハ爲ラス、不動產質ニ付イテハ登記ナル手續ガアルニ因ラテ固ヨリ占有ヲ必要トセス、唯不動產質權者ハ通常其不動產ノ使用及ビ收益ヲ爲スニ因ラテ其占有デナイトコトハ殆ドナイト云フマデノコトデアリマス

質權ノ成立ニ必要ナル占有ハ一般ノ原則ニ從ヒ代理人ニ依ラテ之ヲ爲スコトヲ得ルモノト解シマス、即チ質權者ハ他人ヲシテ自己ニ代ラテ質物ヲ占有セシムルコトヲ得ルモノデアアル(一八一條、一八四條)又質權者ニシテ既ニ他ノ名義ヲ以テ質權ノ目的タルベキ物ヲ占有スル場合ニハ其引渡ヲ必要トセス(一八二條)此等ノ點ニ於テハ占有ニ關スル一般ノ規定ガ行ハル譯デアリマス

此原則ニ對シテ唯一ノ例外ガアル、其レハ外デナイ質權者ハ質權設定者ヲシテ代理占有ヲ爲サシムルヲ得ザルコトデアアル(三四五條)是ハ近世ノ立法例デアラテ瑞西債務法、獨逸民法等ニモ同一ノ規定ガアリマス、換言スレバ質權ノ成立ニ關シテハ民法第一八三條ニ規定スル所ノ占有ノ改定ヲ認メナイト云フコトニ歸スル、而シテ其理由如何ト云フニ質權ナルモノハ其目的物ガ質權設定者ノ掌裡ニ存セスト云フニ因ラテ第三者ハ質權ノ目的ト爲ラコトヲ知ルコトヲ得ル譯デアル、然ルニ若シ質權設定者ヲシテ之ヲ占有スルコトヲ得ルモノトスレバ名ハ代理占有デアルモ其實ハ占有ノ移轉ヲ表示スベキ事實ナクシテ世間一般ノ者ハ質權ノ設定アリシコトヲ知ルニ由ナキコト爲ル、恰モ動產ノ抵當ヲ認ムルト同一デアラテ占有ヲ以テ質權設定ノ要件トシテ趣旨ヲ貫カザルコト爲ル故ニ此制限ヲ設ケタモノト

考ヘマス

第二款 質權ノ設定

質權ハ留置權及ビ先取特權ト異ナリ、當事者ノ意思ヲ以テ設定スルモノデアル、而シテ此場合ニ於ケル當事者ノ意思表示ハ必ズ契約デナクテハナラズト解シマス、即チ質權者ト質權設定者トノ合意ニ因リテ成立スルモノデアル、民法ニハ此事ヲ明記シテナイガ殆ド疑ナキコト思ヒマス、質權ノ設定ニハ其目的物ノ引渡ヲ要スルコト云フヲ以テモ此判斷ヲ下スコトヲ得ルト考ヘマス、故ニ質權ノ設定ハ實踐契約ノ一ツデアル、即チ債權關係ノ發生ヲ以テ目的トスル、契約ニ譬ヘテ言ヘバ消費貸借、使用貸借及ビ寄託ノ三ニ該當スルモノデアル、固ヨリ是ハ契約ナル語ヲ廣キニ解シテ趣意デアツテ引渡ナキ間ハ質權ガ成立セスト云フ意義デアル、質權ノ豫約即チ債權關係ガ成立スルニハ引渡ヲ必要トセザルコトハ前ニ述べタ通りデアリマス

又質權ノ畢竟ノ目的トスル所ハ債務ノ履行ナキ場合ニ質物ヲ賣拂フテ其代價ヲ以テ辨済ヲ受ケルニ在ル、故ニ曩ニ述べタル如ク質權ノ目的物ハ讓渡スコトヲ得ベキ物タルヲ要スル譯デアル、又夫故ニ設定者ノ所有ニ屬スル物デナクテハナラズト信ズル、但是ハ一般ノ原則デアラフテ二ノ例外ヲ認メネバナラス、即チ轉賣ノ場合ハ其一例デアリマス、尙ホ設定以外ノ事由ニ因リテ質權ヲ取得スル場合ハ其目的物ノ所有者如何ヲ問フ必要ナイト思フ、即チ民法第一九二條ノ場合ノ如キ動産ヲ占有スル者ハ或條件ガ備ハルトキハ其占有スル物ノ上ニ行フ權利ヲ取得ストアル、是ハ占有ノ效力トシテ廣ク占有物ノ上ニ行使スル權利ノ取得ヲ定メタモノデアツテ決シテ所有權ニ限ラス、質權ノ如キニ付テハ最も適用アル

販賣ハ有價名義ノ讓渡ト云フニ同シ、贈與貸與ヲ含マス、偽造又ハ變造、製作又ハ修覆シタルモノヲ販賣シタルトキ始メテ其既遂ト爲ルナリ

販賣ナル文字ニ付キ注意ヲ要スヘキハ賣ルノ目的ヲ以テ所持ヲ爲セハ尙ホ販賣タルヲ妨ケサルカ故ニ必スシモ事實上之ヲ他人ニ賣渡スコトヲ要セサルナリ以下法文ニ付キ一二ノ説明ヲ試ミン

已ニ用ニ堪エサル度量衡ノ官印アル場所ヲ切取り偽造シタル度量衡ニ當附メテ用ヒタルハ官印ノ盗用ニシテ第二二七條ノ但書ニ依リテ處分スヘキモノナリ

第二二九條ノ所有ナル文字ハ例ヘハ第二四二條ノ所有ナル文字ト同シク所持ノ意味ニ過キス尙ホ偽造又ハ變造シタル度量衡ハ禁制品ニシテ此上ニ所有權ヲ有スルコトヲ得サルヲ以テ視ルモ所有ナル文字ヲ所持ト解スルノ一助トナルヘシ

第九節 身分ヲ詐稱スル罪 (刑法三三一條—三三二條)

刑法三三二條ノ官ノ服飾徽章若クハ内外國ノ勳章ヲ僭用シ云云ハ身分詐稱ノ一種ナルヲ以テ他人ニ其官又ハ勳位アルヲ誤信セシメントスル故意ニ出テタルニ非サルハ罪ニ非ス、但前條ノ場合ト異ナリ官署ヲ欺カントシタルト否トシテ分タス又明文ナキカ故ニ其公然ノ行爲ニ係ルト否トニ論ナシ

刑法第三三二條ヲ解釋スルニ當リ一派ノ學者ハ之ニ相當スル草案ノ條文ニ公然ナル文字アリシヲ理由トシテ此條ノ罪ハ親族又ハ朋友間ニ於ケル私ノ集會等ニ於テ戲ニ官ノ服飾徽章ノ類ヲ佩用スルモ

公然ニ非サルヲ以テ罪ニ非スト論セリ此解釋ニ付テハ左ノ如キ評論ヲ爲スコトヲ得ヘシ

第一 公然ナル文字ノ全ク削除セラレタルヲ視レハ此ノ如キ制限アルト同一ニ解釋セサルヘカラスト爲スハ不當ナル制限ナリト云ハサルヘカラス

第二 論者ノ引用シタル例ニ於テハ其集會カ私ナルカ爲メ無罪ト云フニ非スシテ其者カ他人ニ此ノ如キ資格アルコトヲ誤信セシムルノ故意ナキカ爲メナリ

第三 結局本文ニ示ス如ク詐稱罪ノ一種タル以上ハ人ヲ欺クノ故意ナカルヘカラス而シテ人ヲ欺ク故意ニ出ツレハ私ノ集會ニ於テモ又僅ニ一人ニ示シタル場合ニ於テモ有罪ナリトス

刑法第二三一條ノ適用トシテ或身分職案等ヲ申立テス若クハ記入セサル場合モ同シク罪ト爲ルヤト云フ問題アリ申立テス若クハ記入セスト云フ不作爲カ詐稱ト云フ作爲ト同一ノ責任ヲ負フニ付テハ總則不作爲犯ニ關スル理論ノ適用トシテ之ヲ申立若クハ記入ス可キ義務アル者カ殊更之ヲ爲サリシ場合ナレハ有罪ナリト云ハサルヘカラス彼ノ履歷書其他ノ書類ヲ提出スルニ當リ職業ヲ記入スヘキコトヲ要スル者カ故意ニ之ヲ省略スレハ官ヲシテ此ノ如キ職業ナキモノト誤信セシムルカ故ニ本條ヲ以テ論スヘキモノナリ同一ノ理由ニ基キ本條ニハ廣ク族籍身分氏名年齢ト列舉スト雖モ此等ヲ告クルノ義務ナキ場合ハ詐ヲ述フルモ罪ニ非スト云ハサルヘカラス

第十節 公選ノ投票ヲ偽造スル罪(刑法二三三條—二三六條)

本節ノ規定ハ選舉ノ眞正及ヒ潔白ヲ保障スル趣旨ニ出ツ尙ホ之ヲ補充スル條項及ヒ其安全ヲ保障スル規定ハ選舉法中ニ散在ス就テ見ル可シ(明治三三年

法律第七三號衆議院議員選舉法第一章 明治三三年 法律第三九號市町村會議員選舉罰則等

法令ヲ以テ組織セラレタル議會帝國議會ノミノ義ニ非ス一般ニ廣ク謂フノ議員ノ選舉ニ付テハ三箇ノ希望スヘキ點アリ即チ左ノ如シ

第一 選舉ハ眞正ナラサルヘカラス故ニ其投票ノ數ニ誤アリトスレハ殆ト採ルニ足ラサル選舉ト爲ルナリ刑法其他ノ特別法ニ於テ投票ノ數又ハ之ニ關スル文書ノ偽造變造ヲ處罰スル所以ノモノハ即チ此點ヲ確保センカ爲メナリ

第二 選舉ハ潔白ニ行ハルルヲ要ス故ニ例ハ投票ノ數若クハ帳簿ノ類ニ有形ノ誤謬ナクトモ其選舉ヲ爲シ若クハ爲ササルニ當リ或ハ黃白ノ爲メニ或ハ私情ノ爲メ其意ニ非サル表決ヲ爲シタルトキハ眞ノ選舉ト稱スルヲ得第二三四條其他特別法ニ於テ賄賂又ハ響應若クハ暴行強迫ノ類ヲ豫防セントスルハ此趣旨ニ出テタルモノナリ現ニ此ノ如キ豫防アルニ拘ハラス今日我日本ニ於テ選舉ノ潔白ヲ保持シ能ハサル所以ノモノハ犯罪ヲ檢舉スルノ任務アル検事局ノ無氣力ニ出ツルナリ第三 選舉ハ完全ニ行ハルルコトヲ要ス故ニ之ヲ保障スルノ必要アリ例ヘハ自己ノ信スル所ヲ曲ケスシテ選舉ノ事ニ從ハントスルモ此カ爲メ他人ヨリ或ハ暴行ヲ受ケ或ハ脅迫ヲ受クルト云フ如キ目前ニ危害ノ觀念アリテハ亦眞正ノ選舉ヲ爲スコトヲ得ス此關係ノ下ニ於テ選舉ノ安全ヲ確保スル規定ハ刑法ニハ全ク之ヲ見スシテ各特別法中ニ散在セリ

第五章 健康ヲ害スル罪

刑法各論 公金ニ關スル電報郵便 健康ヲ害スル罪

健康ヲ害スル所爲ニニアリ一ハ特ニ定マレル一人又ハ數人ニ健康上ノ實害ヲ加フル(例刑法三〇七條)ト他ハ不定ノ多數人ノ健康上ノ危險ヲ醸ス是ナリ本章定ムル所ノ六種ノ罪ハ何レモ第二ノ部類ニ屬セリ

第一節 阿片烟ニ關スル罪(刑法二三七條—二四二條)

各條ヲ通覽スルトキハ害ヲ公衆ニ及ホス危險大ナルモノヲ重ク處罰シ其單ニ個人ノ健康ヲ害スルニ止マルモノハ之ヲ輕ク處罰シタルヲ知ル可シ刑法二四〇條ノ如キモ全ク他ニ阿片吸食ノ惡風ヲ傳播セシメサラントスル政策ニ過キス明治三〇年法律第二七號阿片法參照

現行刑法ハ他ノ自殺ヲ幫助スル行爲ハ之ヲ處罰スト雖モ(三二〇條以下)自殺者自身ハ何等ノ罪ト爲ラス自身生命ヲ失フコトヲ處罰セスシテ第二四一條ノ如キ單ニ自己ノ健康ヲ害スル行爲ヲ處罰セルハ其間ニ理論ノ衝突アルカ如シ然レトモ現行法カ本條ヲ設タルニ至リシハ左ノ二箇ノ理由ニ依リテ之ヲ説明スルコトヲ得ヘシ

第一 阿片ヲ吸食スル惡風俗ハ日本ニ接近シタル支那ニ於テ盛行ハレ日本ニ傳播スルノ虞アリ而シテ一度此惡風傳播スレハ日本民族ノ消長ニモ關スル一大害毒アルヲ以テ此點ヨリ視テ吸食者自身ヲ處罰スルナリ

第二 一人阿片烟ヲ吸食スルノ習慣ヲ有スル者アレハ他人ニ其阿片ヲ吸食シタルトキノ有様ヲ語リ他人モ亦之ニ倣ヒ終ニハ一般ニ傳播スルノ虞アリ立法者ハ之ヲ恐レテ本條ノ規定ヲ設ケタルモノナリ

第二節 飲料ノ淨水ヲ汚穢スル罪(刑法二四三條—二四五條)

刑法二四四條ニハ明文ナシト雖モ前條ヲ受ケテ同シク人ノ飲料ニ供スル淨水ノミニ關スルハ論ヲ俟タス(1)人ノ飲料ト明言スルカ故ニ單ニ獸類ノ飲料ニ供シタルモノヲ含マス(2)人ト稱スルハ自己以外總テノ人ニ相當シ淨水ノ淵源井戸、河川等ノ自己ニ屬スルト否トニ論ナシ(3)而シテ本節ハ井戸ノ如ク專ラ不定多數ノ人ノ日常使用ス可キ飲料水ノミヲ想像シ器ニ盛リテ某ニ與フル飲ミ水ノ類ヲ含マスト信ス

本節ノ條文中第二四三條ハ淨水ヲ汚穢スト云ヒ第二四四條ハ健康ヲ害スヘキ物品ヲ用ヒテ水質ヲ變シ又ハ腐敗セシメタル者ト云ヘリ此ノ如キ區別ハ實際ノ適用ト非常ナル困難ヲ與フルモノト云ハサルハカラス汚穢シタル飲料水ハ人ノ健康ヲ害スルモノナリ又不健康物ニ因ル水ノ變質又ハ腐敗ハ汚穢ト云フト別ニ區別ヲ立ツル途ナシ加之此二箇條ノ處分ハ非常ニ狹キニ失シタル規定ト云ハサルハカラス今日ノ如ク各地ノ市街ニ水道工事進歩スレハ之ヲ使用スルニ堪エサルモノト爲スノ結果ハ全住民ニ非常ナル害ヲ與フルコトト爲ルナリ此點ヲ觀察スレハ刑ノ範圍モ尙ホ之ヲ擴張スルノ必要アリ

リ(改正案一六六條乃至一七一條參照)

第三節 傳染病豫防規則ニ關スル罪(刑法二四六條—二四九條)

參照規則(1)明治三〇年法律第三六號傳染病豫防法(2)明治三二年法律第一九號海港檢疫法(3)明治二九年法律第六〇號獸疫豫防法等

第四節 危害品及ヒ健康ヲ害ス可キ物品製造ノ規則ニ關スル罪(刑法二五〇條—二五二條)

右ハ法文ヲ一讀シテ明カナルト刑法ノ他ノ條項ニ付キ研究ヲ終レハ此等ノ規定及ヒ之ニ類似ノ關係ハ自ラ了解スルコトヲ得ヘキヲ以テ其説明ヲ省略スルコトト爲セリ

第五節 健康ヲ害ス可キ飲食物及ヒ藥劑ヲ販賣スル罪(刑法二五三條—二五五條)

一 刑法二五三條ノ罪ハ(1)不健康物ヲ飲食品ニ混和シタルコトアルヲ其一要素トス故ニ物品ノ性質本來不健康ナルモノ及ヒ犯人ノ行爲以外ノ原由例腐敗ニ因リ不健康物ニ變シタルモノヲ含マス(2)食用ノ獸類鳥類又ハ魚類ヲ捕

獲又ハ殺戮スル爲メ死後肉片ニ殘留ス可キ不健康物ヲ使用スルハ本條ニ該當ス可シ(Health's Food)(3)販賣ヲ受ケタル者ハ必シモ之ヲ飲食スル人タルコトヲ要セス(例、卸賣)

仍ホ明治三三年法律第一五號飲食物其他ノ物品取締ニ關スル件、同年內務省令第一〇號同上法律施行ニ關スル件參照

二 刑二五四條ニ付キ(1)明治一〇年布告第七號賣藥規則(2)明治三三年法律第一四號同規則中改正(3)明治二二年法律第一〇號藥品營業並ニ藥品取扱規則等比照

第六節 私ニ醫業ヲ爲ス罪(刑法二五六條—二五七條)

本節ハ専ラ人醫ニ關スル獸醫ニ關スル罪ハ明治二三年法律第七六號之ヲ定ム醫業ヲ爲シタル者ト云ヘル法文ノ解釋ニ三アリ(1)一ハ醫ヲ業トスル意ヲ以テ開業シタルトキハ一回ノ診察治療ヲ爲シタルコト無キモ可ナリト說キ(2)一ハ少クモ一回ノ診察治療ヲ爲シタルコトヲ要スト云ヒ(3)一ハ數度之ヲ繰返シ常業ト爲シタルニ非サレハ法文ノ所謂醫業ヲ爲シタルモノニ非スト主張ス

刑法第二五六條ノ醫業ナル文字ノ解釋ニ付キ種種ノ學說ヲ生セリ一派ノ學者ノ論スル所ニ依レハ將來不定ノ多數人ニ對シ診察并ニ治療ヲ爲スヘキ意思ヲ以テ已ニ之ヲ發表シタルトキ例ヘハ開業醫タル廣告ヲ爲シ若クハ家屋又ハ建造物ノ前ニ開業ノ看板ヲ掲示シタルノ類ハ已ニ之ヲ本條ニ依リテ處分スヘシト爲セリ然レトモ余ハ法文ニ醫業ヲ爲シタル者トアルハ過去ノ事實ヲ指シタリト信スルカ故ニ未タ一回ノ診察并ニ治療ヲモ爲ササル者ハ此中ニ包含セスト信ス而シテ此文字タルヤ草案ニ醫術ヲ常業ト爲シタル者ト明記シ診察治療ヲ爲シタル者ト云ハス常業營業ト云フトキハ之ヲ慣行スルノ意ヲ以テ之ニ從事シタルコトヲ要スト解スヘキナリ

第六章 風俗ヲ害スル罪 (刑法二五八條—二六二條)

其一 猥褻ノ所爲又ハ物件ニ關スル罪

刑法二五八條ニ付キ刑法三四六條三四七條ヲ對照比較ス可シ
刑法第二五八條ハ公ノ風俗ヲ害スト云フ意味ノ法文ナリ之ニ反シテ第三四六、七條ノ如キハ一定ノ人ノ節操ノ害セラルルヲ保護スルノ精神ニ出テタルモノナリ此差別ヨリシテ第二五八條ノ罪ハ犯人以外ニ於テ身體ニ害ヲ受ケタル者ナクトモ尙ホ罪ト爲ルコトヲ得レトモ第三四六、七條ノ罪ハ一定ノ身體上ノ被害者ナカルヘカラス又第二五八條ノ罪ハ若シ秘密ナレハ正當ニシテ罪ニ非ナル行爲ナレトモ公然タルカ爲メニ罪ト爲ルコトヲ得ルナリ之ニ反シテ第三四六、七條ノ罪ハ其公然タルト秘密タルトヲ問ハス而シテ若シ公然第三四六、七條ノ罪ヲ犯セハ學說ニ所謂想像上ノ二罪俱發ニシテ

重キ一箇條ヲ適用セサルヘカラス終ニ第二五八條ノ罪ハ其國其時代ニ於ケル感情ノ如何ニ因リテ其行爲ノ外形ヲ變更シ得ヘシト雖モ第三四六、七條ノ罪ハ時代若クハ場所ノ如何ニ因リテ行爲ノ外形ニ變更ナシ

其二 賭博并ニ富籤

賭博ヲ處罰スルニ付キ法律ノ何タルヲ解セサル者ハ動モスレハ自己ノ財產ヲ處分シテ此カ爲メニ處罰セラルル道理ナシ之ヲ處罰スル國法ハ不當ナル法律ナリト唱フル者アリ此ノ如キハ國法上ノ財產處分ト云フ行爲ノ性質ヲ解セサルノ論ナリ凡ソ如何ナル財產ト雖モ其處分ノ方法ニシテ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スレハ之ニ制限ヲ加ヘ必要ナル場合ニハ處分スルト云フコトハ毫モ怪ムニ足ラス彼ノ放火ノ如キ自己ノ家屋ニ對シテ之ヲ行フモ罪ト爲リ又公衆ノ飲料ニ供スル場合ニハ井戸ノ泉ノ類ニ不能康物ヲ投スレハ法律ハ之ヲ處罰セリ又金錢有價物ヲ賄賂トシテ贈ル如キモ國法上罪ト爲ルナリ此ノ如キハ僅ニ其二ノ例ニ過キスト雖モ處分行爲ノ全體ニ涉リテ此制限アルモノト解釋セサルヘカラス獨リ賭博ニ付テノミ之ヲ怪ムハ全ク國法上ノ財產處分ト云フコトニ付テ根本ノ觀念ヲ有セサル者ノ言ノミ

一 博奕ニ博戲、賭事ノニアリ關係者ノ確知セサル事實ニ因リ勝敗ヲ決シ利益ヲ得喪スルヲ兩者ノ通性トス
關係者ノ確知セサル事實ト云フトキハ(1)必シモ其未來ニ係ルコトヲ必要トセ(2)又必シモ不定事實タルヲ要セス(3)要ハ止タ當時ニ於テ關係者カ勝敗ノ根

據トナル事實ヲ知ラサル點ニ在リ(反對 *Frank* § 355) 氏ハ博戲ニ付テハ未來且不定云云ノ條件ヲ附シ賭事ニ付テハ單ニ未來云云ノ條件ヲ附セリ)

博戲賭事ノ雙方ニ通シテ其勝敗ノ分ルル標準カ關係者ノ知ラサル事實ナラサルハカラス關係者ニシテ之ヲ知ラサリセハ縱令勝敗ノ條件トナレル事實カ過去ニ屬スルモ又確定セルモノナルモ敢テ問フ所ニアラス例ヘハ甲乙兩人カ若シ本年一月一日迄ニ亞米利加ヨリ其船舶カ日本ニ到着シ居リシナラハ云云ト云フコトヲ條件トナシ利益ヲ賭シタリト假定センニ當時亞米利加ヨリ其船舶カ到着シタリヤ否ハ過去ニシテ且確定ナル事實ナリ若シ其中乙ノ兩人カ之ヲ知ラスシテ利益ヲ賭シタリトスレハ賭事ト云フニ付テ毫欠缺タル所ナシ其真否ヲ確ムル報知ハ後日受取リタリトスルモ勝敗ノ分ルル所ハ報知ニ非スシテ報知ニ因リテ示サレタル著船ノ有無ナル事實ナリトス
右ニ述フル所ニシテ誤ナシトスレハ其甲又ハ乙ノ一人カ自己ノ知レルコトヲ隱蔽シ詐リテ知ラサルモノトナシ利益ヲ賭シタリトスレハ博戲賭事ニ非スシテ一種ノ詐欺取財タルニ過キス全然名稱ヲ異ニシタル別罪ト爲ルナリ

二 博戲ト賭事トノ區別ハ(1)學者ニ依テハ全然之ヲ排斥ス (*Stenglein* z III III)

(2)之ヲ認ムルニ付キ亦二說アリ客觀說ハ所爲ノ性質ヨリ立論シ博戲ノ場合ハ關係者ヨリ出ツル動作 (*Gerhard Oeske* *Sys. d. deut. priv. R.* § 315) 又ハ關係者ノ依賴シタル第三者ヨリ出ツル動作云云ニ依テ勝敗決セラレ賭事ノ場合ハ關係者ノ動作以外ノ出來事ニ依テ勝敗セラルト云ヒ主觀說ハ關係者ノ意思ヨリ立論シ博

戲ノ場合ハ偶然ノ出來事ニ因リ利益ヲ得ルヲ目的トシ賭事ノ場合ハ自己ノ確信ヲ強ムル爲メ條件付ニ利益ヲ與フルニ過キスト云ヘリ (*Yonss* z II 551; *Olsch* *L. v. Wittenberg* *Pandekten* § 419) 獨逸ニ於ケル學說ハ稍主觀說ニ傾クモノノ如シ

第一 客觀說 此說ニ依レハ博戲ハ關係者自身ニ一定ノ動作ヲ爲シ其動作ノ結果カ勝敗ヲ決スルヲ謂フ内外國共一般ニ行ハルル骨牌ヲ使用スルノ例ハ最も適切ナリ即チ使用者ノ動作ノ結果カ直チニ勝敗ノ條件ト爲ルナリ其他圍碁將棋相撲等ノ遊戯ニ於テ遊戯者雙方ノ間ニ利益ヲ賭スル場合ハ博戲ト爲ルナリ之ニ反シテ關係者ノ動作以外ノ出來事カ勝敗ノ條件ト爲ル場合例ヘハ前ノ博戲ヲ傍觀スル者カ其傍觀者雙互ノ間ニ於テ或利益ヲ得喪スルコトヲ約セリトスレハ賭事ナリト論セリ

第二 主觀說 此說ハ動作ノ外形如何ヲ問フコト無クシテ關係者ノ意思ノ内容如何ヲ以テ此兩者ヲ區別ス博戲ハ利益ヲ得ルヲ目的ト爲シ賭事ハ所信ヲ強ムルノ條件ナリトスル說ナルカ故ニ同一外形ノ行爲ニシテ場合ニ因リテ博戲ト爲リ又賭事ト爲ルナリ今圍碁將棋ノ類ニ從事スル者自身ハ必ス之ニ勝ツヘシト云フ主張ヲ確ムル爲メ幾分ノ利益ヲ付シテ之ヲ爭ヒタルニ過キサレハ賭事ト爲リ之ニ反シテ殊ニ利益ヲ得ルノ目的ヲ以テスレハ博戲ト爲ルト云フニ在リ

元來動作ノ外形ヲ以テ兩者ノ差別ト爲スノ說ハ一見シテ明瞭ナルカ如キモ其實適用ノ上ニ於テ殆ト其論旨ヲ貫徹シ能ハサル不便ニ遭遇スヘシ此カ爲メ終ニ主觀說ヲ生スルニ至レルモノナリト雖モ主觀說モ亦決シテ適用上ノ不便ナシトスルヲ得ス唯其不便ノ程度ニ於テ客觀說ニ比シテ勝レリトスル

ノ意見カ幾分多數ナリト感セラルルニ過キス

三 博奕ヲ爲ス罪 刑法二六一條トナルハ下ノ如キ特別ノ要素ナカル可カラ

(1)關係者カ勝敗ノ決セラルル事實ヲ確知セサルハ偶然ノ事實ニ係ルカ爲メナルヲ要ス但此所謂偶然トハ(1)主トシテ偶然ナルモノ(2)専ラ若クハ主トシテ偶然ナルモノ(3)専ラ偶然ナルモノトノ三様ノ說アリ余ハ力量、技術、計算等偶然ニ非サルモノカ多少判定ノ助トナルト否トヲ問ハス勝敗ノ根本ト成ル可キ條件カ偶然ナラサル可カラストノ意見ヲ以テ第三說ニ賛成セン

(1)主トシテ偶然ナル勝敗トハ例ヘハ賽ヲ弄スル如キ是ナリ其現ハル所ノ數ハ一ヨリ六ニ至ル六種ニシテ數百回若クハ數千回ト云フ多數ノ上ヨリ統計ヲ執レハ決シテ全部偶然ト云フヲ得然レトモ具體的ニ一定ノ場合ノ數ヲ豫言スルト云フニ至リテハ六分ノ一ノ機會ヲ有スルニ過キサル主トシテ偶然ノモノヲ云フノミ

(2)専ラ偶然ナル勝敗トハ抽籤ノ如キ其一例ナリ勿論抽籤ノ方法ト雖モ單純ナル理論ノ上ヨリ想像スレハ必スシモ偶然ナラスト雖モ吾人ノ智識ヲ以テ計測スル能ハサル程ノ複雑ナル關係ナレハ専ラ偶然ナリト云フヲ妨ケス

(3)以上述フル所ノ専ラ偶然又ハ主トシテ偶然ト云フ論ハ絕對的ニ孰レカ勝リトスルヲ得然レトモ余ノ信スル所ニ依レハ勝敗ノ根本トナル條件ニシテ偶然ナレハ其以上尙ホ偶然ナラサル關係アリ

トスルモ此等ハ敢テ問フ所ニ非ス彼ノ骨牌ヲ弄スル者ヲ見ルニ著シク巧拙ノ差アルヲ免レスト雖モ其關係者各自カ如何ナル牌子ヲ得ルカト云フ根本ノ點ハ詐欺ノ手段ヲ用フルノ外ハ全ク偶然ナリト云ハサル可カラスト隨テ此等ハ余ノ說ニ所謂根本ノ條件カ偶然タルノ一例ナリトス

(2)偶然ノ勝敗ニ因リ一ハ財物ヲ得一ハ之ヲ喪フ(賭ス)合意アリタルヲ要ス賭財ナキ(Unterhaltungsspiele, Jeu de divertissement)ハ罪ニ非ス極メテ些少ナル賭財アルニ過キサル場合亦同シ(刑法二六一條但書ノ飲食物ハ例示ニ過キス)其所謂些少ナルヤ否ヤヲ別ツ可キ標準ハ關係者ノ身分ヲ基礎トスル說(Eberle 264 II, Schmitt G. S. 5)ト社會ノ情勢ヲ基礎トスル說(J. J. J. S. 5)等トアリ、後說ニ賛成ス

賭財ノ關係ニ付キ、刑法第二六一條但書ニハ但飲食物ヲ賭スル者ハ此限ニ在ラストアリ之ニ付キ左ノ如キ解釋行ハル

第一 此說ハ現場ニ於テ消費スル飲食物ヲ謂フト爲セリ之ニ從ヘハ飲食物タラサルヘカラサルカ故

ニ煙草又ハ香水ノ類ハ之ヲ包含セス

第二 此說ハ現場ニ於テスル消費物ヲ謂フト爲セリ之ニ從ヘハ煙草香水ノ類モ事情ニ照シテ其場ニ於テ使用スルモノト認メ得ル場合ナレハ罪ニ非スト云ハサルヘカラスト

第三 此說ハ飲食物又ハ消費物ト云フ如キ物品ノ種類ヲ根據トスルコトナク事情ニ照シテ一場ノ遊戲ニ過キスト看做スモノハ包含セスト爲シ之ヲ見ルニ付キ關係者ノ身分殊ニ其財産上ノ關係ヲ標準トスル說ト社會ノ狀態ヲ基礎トスル說トノ二アリ余ハ後說ニ賛成スル者ナリ故ニ例ヘハ如何程

ノ富豪ト雖モ數十金若クハ數百金ヲ賭シテ博戲賭事ニ從事スルハ罪トナリ又如何程貧者ト雖モ極メテ小額ノ金錢ヲ賭スル者ハ但書ノ精神上罪ト爲ラスト信ス

(3)現場ニ於テ發覺シタルコトヲ要ス但現場ニ於テ犯人ヲ逮捕シタルト否トニ論ナシ

刑法第三六一條ニハ現ニト云フ文字アリ之ヲ解シテ手ヲ下シテ博奕ニ從事シタル者即チ實行ヲ指スモノナリトシ總則第一〇四條ノ實行正犯ニ付テ二人以上現ニ罪ヲ侵シタルト云ヘルト同一趣旨ナリト論スル者アリ此論ハ單ニ文字ノ上ヨリスレハ穩當ナルカ如シト雖モ理論上許スヘカラサル解釋ナリ刑法ノ各本條ハ總テ自ラ手ヲ下シテ實行ニ從事シタルモノヲ規定セリ但(便益上之ニ附屬スル場合ヲ示スハ此限ニ在ラス)若シ論者ノ如ク解スレハ獨リ第二六一條ノ場合ニノミ此文字ヲ掲グルノ理由ナシ而シテ此文字ハ佛蘭西文草案現行犯罪(Belgium delict)タル博奕ナルコトモ疑ヲ容レル所ニシテ此ノ如キ制限ヲ付スルノ立法上不當ナルコトハ言ヲ俟タスト雖モ解釋論トシテハ他ニ探ルヘキ說ナシト云ハサルヘカラス

刑法ニ關係アル議論トシテ罪ノ發覺ノ何タルヲ知ルノ必要ハ第一自首ノ場合第二本條賭博ノ場合、第三刑事訴訟ニ於ケル現行犯ノ場合ノ三箇ナリトス而シテ自首ノ場合ト本條竝ニ刑事訴訟ノ場合トハ立法ノ目的ヲ異ニスルヲ以テ發覺ト云フ事實ノ解釋モ自ラ異ナラサルヲ得ス自首ノ場合ハ可及的速ニ眞ノ犯罪人ノ審理判決ヲ全ウセントスル所謂犯人ヲ引寄スルノ政策ナリ之ニ反シテ本條竝ニ刑事訴訟ノ場合ハ手續ノ迅速タルコトヲ要スル特別ノ事情ヨリ設ケラレタリ故ニ自首ノ場合ハ犯罪事實ト犯人トノ雙方カ當該官吏ノ知ル所ト爲リタルヲ發覺ト云ヒ本條竝ニ刑事訴訟ノ場合ハ單ニ其事

實ニシテ之ヲ知ルコトヲ得ハ現ニ發覺シタルモノト云フヲ妨ケスト思考ス

四 刑法二六〇條ノ罪ハ自ラ賭博ヲ爲シタルト否トチ區別セス

五 富籤トハ關係者ノ一方ヨリ豫メ解除條件ナク一定ノ財物通常金錢ヲ提出シ抽籤ノ方法ヲ以テ當籤者ニ限り他ノ一方ヨリ豫定ノ利益(通常ハ金錢又ハ有價物)ヲ與フル合意ヲ謂フ其博奕ト異ナルハ豫メ處分的ニ財物ヲ提出スルト勝敗ハ抽籤ノ方法ニ依テ之ヲ決スルトノ二點ニ在リ(Girard V. no. 396, 1894 8 317 Frank s. 363 參照)

仍ホ明治十五年第二五號布告富籤規則參照

其二 信教ニ關スル罪(刑二六三條)

刑法第二六三條ヲ解釋スルニハ同第四二六條一〇一號ヲ參考セサルヘカラス而シテ本條第一項ノ罪ハ神祠佛堂墓所其他ノ禮拜所ニ對スルヲ要スト雖モ墓碑及ヒ路上ノ神佛ハ此中ニ包含セサルヲ以テ其區別ヲ爲ササルヘカラス又單ニ毀損若クハ汚濁ヘルノミニテハ罪トナラス要スルニ本條ノ罪ハ宗教上ニ關スル風教ヲ害スル者ヲ處罰スルノ趣旨ニ出テタルモノナリ

第七章 死屍ヲ毀棄シ及ヒ墳墓ヲ發掘スル罪(刑法二六四條)

一 二六六條

刑法二六四條ノ罪ハ(1)死屍ニ關スルコトヲ要ス死屍ノ解釋ニ付キ一派ノ學者ハ極メテ物理的ノ觀察ヲ下シ死屍トハ一旦人トシテ此世ニ生レタル者ノ遺骸カ腐敗其他ノ滅失作用ニ因リ各關節ノ離散スル迄ノミヲ謂フト論スレトモ埋葬ス可キ云云ノ明文ノ本旨ヨリ云フトキハ一方ニ於テ人體ヲ組成シタル胎兒ノ遺骸ヲ含ムモ他ノ一方ニ於テ宗教觀念ニ絕緣シタル「ミイラ」又ハ切斷シタル手足ノ類ヲ含マスト解セサル可カラス(2)埋葬ス可キ死屍トハ解剖又ハ標本等ノ目的ト成レルモノヲ除外スル趣旨ナリ(3)毀棄ハ毀損又ハ拋棄ノ義ニシテ文書器物ノ類ニ付キ其用ヲ失フトノ解釋トハ明ニ之ヲ區別セサル可カラス本文ニ參考トシテ引用シタル學說ハ一度人トシテ生レタル者ノ死屍ナラサルヘカラスト論セリ出生ノ時期ニ付キ種種ノ學說ノ行ハルコトハ嘗テ總則ノ說明ニ於テ犯罪ノ主體ヲ論スルニ當リ一言シタル所ナリ故ニ死屍ノ如何ナルモノタルヤヲ定ムルニ當リテモ出生ニ關スル學說ノ如何ニ因リテ其間ニ著シキ區別ヲ生ス可シ彼ノ痼疾アレハ胎兒ハ已ニ獨立セルモノナリト論スル說ヲ採レル學者ハ痼疾後ニ死亡シタル胎兒ノ遺骸ナレハ刑法ニ所謂死屍ナリト爲シ之ニ反シテ第一回ノ呼吸ヲ以テ出生ト認ムル說ニ依レハ胎兒トモ一回呼吸シタル後死亡シタル遺骸ニ非サレハ刑法ノ死屍ト云フヲ得スト爲セリ此ノ如ク出生其モノニ付テモ已ニ學說數派ニ分レタリト雖モ胎兒トモ出生後ノ遺骸ニ非サレハ死屍ト云フヲ得ストノ點ハ皆同一ニ歸著シ余ノ信スル所ニ依レハ立法ノ精神ヨリ推シテ全ク異ナリタル解釋ヲ採ラサル可カラス

元來本罪ハ死屍ト云フ特別ナル物ニ關シ宗教上ノ風儀ヲ保障スル精神ニ在リ即チ宗教上ノ葬祭ナル觀念ト人類ノ遺骸ト云フ觀念トノ二ヲ離ル可カラサルモノトシテ考察セサルヘカラス苟モ其一方ヲ缺ケハ本條ノ範圍ニ屬セサルナリ此見地ヨリ立論スレハ左ノ如キ結果ヲ生ス

第一 胎兒ト雖モ妊娠四五箇月ノ後ニ至リ稍ヤ人體ヲ成シテ人ノ之ヲ葬祭スル程度ニ達スルモノナリトスレハ別ニ生理上出生ト云フ事實ハ未タナシト雖モ死屍トシテ尊敬セサルヘカラス

第二 假令會テ生活シタルコトアル者ノ遺骸ト雖モ數百年又ハ數千年ノ古ニ至リテ已ニ一種ノ骨董品トシテ看做サルヘキニ至レハ刑法ノ所謂死屍トシテ論スヘキモノニ非ス

第三 彼ノ遺骸ノ如キハ葬祭スルト云フ條件ハ之ヲ具フト雖モ人類ノ遺骸ト云フ觀念ヲ以テ目スルコトヲ得ス隨テ死屍ト云フコトヲ得ス又遺骸ヲ茶毘ノ烟ト爲シテ其殘レル燼灰ノ如キモ之ト同一ニ論セサルヘカラス

解剖ノ如キ目的ヲ以テ死屍ヲ細切スルモ毀棄ニ非ス蓋シ此ノ如キハ公益上ノ理由ニ出タル處分ニシテ國法ノ認メタル手續ニ依ル權利ノ執行行爲ナレハナリ

刑法ニ毀棄ナル文字アレハ其目的物ノ種類ニ應ジテ用テ失フノ義ニ解釋セサルヘカラス彼ノ文書ニ付テハ文字ヲ見ル能ハサルニ至ラシムレハ假令物質ヲ毀損セサルモ文書ノ毀棄ト云フニ於テ妨クル所ナシ之ニ反シテ飲食器具ノ如キ物ニ付テハ物質ノ毀損ノ爲メ用テ失フニ至ラシムル場合ヲ多數ナリトス而シテ死屍ニ付テハ固ヨリ別ニ用テ見ルヘキモノニ非サルカ故ニ本條立法ノ精神ニ遡リ或ハ物質ヲ損ヒ或ハ遺骸其モノヲ取捨ツル等ニ因リテ葬祭スルト云フ觀念ヲ害スヘキ行爲ハ悉ク之ヲ包含スト云ハサルヘカラス

刑法第二六五條ノ規定ハ、清律綱領並ニ改定律例以來殆ト同様ナル規定ナリ而シテ棺槨又ハ死屍ノ現ハルルニ至リタル時ヲ以テ既遂ノ時期ヲ示シタルモノナルカ故ニ其目的ヲ以テ發掘ニ著手シ意外ノ妨害ノ爲メ遂ケサレハ本條ノ未遂犯ト爲ルモノニシテ第二六三條並ニ第四二六條第十號ヲ以テ論スヘキモノニ非ス

第二六五條ニ牽連シテ左ノ二箇ノ問題ヲ論述セント欲ス

第一 墳墓内ノ財物ヲ竊取スル爲メニ之ヲ發掘シ其目的ヲ達シタル場合ニハ二罪ナリヤ一罪ナリヤ

此問題ニ付テハ我大審院ハ竊盜ノ一罪ナリト判決シ墳墓ノ發掘ハ手段ナルカ故ニ一罪ナラスト論セリ此理由ニ對シテハ左ノ如キ缺點アリ

(一) 抑モ手段トハ如何ナルモノヲ云フヤ刑法カ獨立ノ一罪トシテ揭ケタル行爲其モノハ一箇ノ犯罪行爲ト云フヘク假令犯人ノ目的カ他罪ヲ犯スニ在リタリトスルモ此カ爲メニ變シテ手段ト爲ルコトナシ

(二) 若シ假ニ之ヲ手段ト認ムルモ手段ハ別罪ヲ成サストノ法理存在セス若シ手段タレハ無罪ト云フコトヲ得ハ財物ヲ竊取スル意思ヲ以テ放火スレハ其放火罪ヲ以テ手段ナリトスルヲ得サルヘシ此一例ヲ以テスルモ手段ノ別罪ヲ成サスト云フ法理ノ不當ナルヲ證シテ餘アリ

(三) 前段ニ述フル如キ不都合ヲ避クル爲メ尙ホ種種ノ制限ヲ付シテ説明スル者アリ曰ク目的トシタル罪ヨリモ輕キ手段ナレハ別罪ヲ成サスト又他ノ者ハ曰ク或罪ニ缺クヘカラサル手段ナレハ別罪ヲ成サスト此等ノ制限ハ皆杜撰ナル制限ニシテ手段タルカ爲メニ無罪タリト云フコトヲ得ハ輕重ニ於テ區別ナキノ理ナリ又必要缺クヘカラサル手段ナレハ罪ヲ成サストセハ若シ容易

ニ外出セサル婦女ヲ略取スル爲メニ其家ニ放火シタル者アリト假定センニ論者ノ説ニ依レハ放火ハ無罪ナリト云ハサルヘカラス以テ其說ノ誤レルヲ知ルニ足ルヘシ

之ヲ要スルニ手段ハ或行爲ノ具體的ノ外形ヲ謂フモノナルカ故ニ此ノ如キ意味ノ手段ハ行爲其モノニ包含スルモノニシテ別罪ヲ成サスト然レトモ他罪ヲ犯ス目的ニ使用スル一箇獨立ノ行爲ハ變シテ手段ト爲ルヲ得ス即チ目的ノ罪ノ中ニ吸收セラレサルモノナリ結局本問題ハ竊盜ノ一罪ヲ以テ論スヘキ理由存在セス而シテ犯人ノ爲シタル行爲其モノハ第二六五條ニ相當スルモノ一箇、竊盜トナルヘキモノ一箇アルカ故ニ二罪成立スト云ハサルヘカラス

第二 埋葬シタル死屍ノ全部又ハ一部ヲ竊取スルハ竊盜ト云フコトヲ得ルカ 此問題ハ左ノ二箇ノ點ヲ根據トスルナリ

(一) 死屍ハ財産權ノ物體ト爲ルコトヲ得ルヤ

(二) 埋葬セラレタル死屍ハ人ノ所有權ノ物體ト爲ルコトヲ得ルヤ

右ノ根據ニ付テ余ハ雙方ニ對シ積極ノ解釋ヲ採ル者ナリ先ツ(一)ノ點ニ付キ謂フ所ノ死屍ノ如キハ同シク民法上ノ物ト云フコトヲ得ヘキハ勿論ナレトモ物ノ性質カ公ノ秩序並ニ善良ノ風俗ノ關係ヨリシテ特別ノ位置ヲ占ムルモノナルヲ以テ極メテ多クノ制限ヲ付セララルト雖モ其制限ニ觸レサル限りハ固ヨリ財産權ノ物體トナルモノト信ス彼ノ學校博物館又ハ藥商等ニ於テ遺骨ヲ販賣スルヲ見ルモ此論ノ誤ナキハ明カナリ(二)ノ點ニ付テハ遺族ノ所有物タルヲ得ルカ公法人ノ所有物タルヲ得ルカハ場合ニ因リテ異ナレリト雖モ已ニ他人ノ財産權ニ屬スルコトハ論ヲ俟タスト思考ス此二箇ノ觀察ニシテ誤ナシトスレハ之ニ對シテ竊盜罪ノ成立スヘキハ毫モ怪ムニ足ラサルナ

第八章 商業及ヒ農工ノ業ヲ妨害スル罪 (刑法二六七條—二七二條)

一 本章ノ各條文ハ極メテ汎博ナル文例ヲ用ヒタリト雖モ公益ニ關スル罪ノ一ニ列シタル本旨ヨリ云フトキハ何レノ罪モ其害又ハ害ノ危險公衆ニ及フ場合ノミヲ想像シタルモノト信ス故ニ例ヘハ米ヲ量ル小僧ヲ脅シテ小賣ノ客ヲ逸セシメ田ヲ耕ス一農夫ノ手ヲ捕ヘテ耕作ヲ妨クル類ハ本章ノ罪ニ非サル可シ

本文ニ示ス如キ注意ヲ以テ制限シテ解釋スレハ例ヘハ肥料若クハ種子ノ類カ或地方ニ供給サレサルカ如キ行爲アレハ第二九條ノ農業ヲ妨害シタル罪ト謂フコトヲ得ヘク又米問屋ノ取引ヲ妨ケテ小賣商人ノ取引ヲ不能又ハ重大ナル困難ニ陷ラシムルカ如キハ第二六七條第一項ノ罪ト爲ルナリ
刑法第二七〇條第二七一條ハ主トシテ同盟罷工ヲ處罰スル精神ニ出テタルモノト云ハサルヘカラス勿論第二七一條ノ方面ハ雇主ヲ主トシテ規定シタルカ故ニ多少其形ヲ異ニスト雖モ尙ホ特別ナル條件ノ下ニ於テ或場合ノ同盟罷工ヲ包含シ得可キナリ

二 本章ハ第二七二條ヲ除ク外總テ僞計又ハ威力ヲ手段トシタル場合ノミヲ規定ス(1)僞計トハ人心ヲ眩惑セシム可キ一切ノ不正行爲(例、金錢、有價物其他

ノ利益ヲ贈リ又ハ約スル等)ヲ謂ヒ必シモ人ヲ錯誤ニ陷ラシメタルコトアルヲ要セサル點ニ於テ詐欺又ハ欺罔ト云フヨリモ一層其範圍廣シ(2)威力ト稱スルトキハ暴行并ニ暴行ニ對立スル脅迫及ヒ刑法三九〇條ノ恐喝ヲ含ムハ勿論其他單ニ位置又ハ權勢ニ因テ人ヲ畏怖セシムル如キモ亦之ヲ含ムモノト解釋セサル可カラス

本章ノ外僞計威力ナル文字ヲ用ヒタルハ通信ヲ妨害スル罪ノ第一六三條ニ其例アリ僞計トハ決シテ詐欺ト云フ意味ニ非ス其ヨリ一層廣ク詐欺ハ固ヨリ其中ニ包含シ尙ホ其外ニ人ヲ眩惑セシムル不正行爲ヲ悉ク包含スヘシ彼ノ官吏ニ對シテ贈賄ト云フコトヲ得ル如キ利益ノ贈與モ尙ホ一層廣ク或位置ヲ約スル如キモ此中ニ包含スルナリ威力ナル文字ノ廣キコトハ本文ニ示スカ如シ例ヘハ上級官吏タル位置或ハ會社銀行ノ重役タルノ位置父兄教師タル等ノ位置ヲ濫用シテ強ヒテ法文ニ據クル如キ行爲ヲ爲サシムル場合ハ悉ク威力ナリト云ハサルヘカラス

第九章 官吏瀆職ノ罪

本章瀆職罪ノ分類ニ關シテ「ボアソナード」先生ノ其註釋ニ述フル所ヲ見ルニ本章ハ官吏ト云フ特別ノ身分アル者ノ特別ナル犯罪ヲ集メタルモノニシテ此以外ノモノハ普通人ト同一ニ論シ而シテ官吏其職務ニ關係アル罪ヲ犯スニ付テモ恰モ一私人ノ犯罪ニ於テ公益ヲ害スルモノト一私人ノ身體財產ニ關スルモノト區別アルカ如ク三種ニ分サルヘカラス故ニ此一章ハ更ニ三節ニ區別スト論述セ

ラレタリ

一 本章ニ規定シタル犯罪ハ總テ其成立條件ノ一トシテ犯人カ官吏(雇ニ付キニ號參照タル身分ヲ有スル者タルコトヲ必要トス他ノ犯罪ハ其多數ニ付テハ犯人ノ身分官吏タルト否トヲ分タス少數ニ付テハ刑ヲ加重スルニ過キサルナリ

刑法中官吏ニ關スル條項ハ公吏ニ適用ス(官ノ印、文書及ヒ免狀、鑑札ニ關スル條項ハ公署ノ印、文書及ヒ免狀、鑑札ニ適用ス)公吏ハ官吏ニ非スト認メラレタルカ故ニ兩者ノ區別ヲ明ニセサル可カラサルノミナラス刑法中官吏(官署ニ關スル條項ヲ公吏(公署)ニ適用スルトキハ判決ニ之カ適用ヲ命シタル法律明治二三年法律第一〇〇號ヲ示ササル可カラス

元來雇又ハ公吏ノ類ト雖モ法令ニ因リテ職務ヲ執行スル機關タルハ同一ナリ其廣キ意味ヨリ云ヘハ官吏ト公吏トヲ區別ス可キ必要ヲ見ス然レトモ今日行ハル法律上ヨリ論スレハ此二者ヲ區別シタルノミナラス明治二十三年第一〇〇號法律ニ公吏ヲ官吏ニ準スト云フ明文ヲ設ケタルカ故ニ判決文ニ一之ヲ引用セサルヘカラス此等ハ彼ノ兌換銀行券ニ付テ相似タルモノ行ハレタリ兌換銀行券モ固ヨリ一ノ紙幣ナルカ故ニ特別ナル法文ニシテ無カラシカ直チニ第一八四條ニ依リテ處分スルコトヲ得ヘシ然レトモ兌換銀行券條例第一二條ニ此コトヲ明言シタルカ故ニ判決文ニ引用スルコトヲ要

スルナリ

官吏トハ任命ノ手續ニ依リ官制ノ定ムル國家ノ職務ヲ執行ス可キ義務ヲ負擔シタル一個人ノ身分ヲ謂フ其俸給ノ有無、現ニ探ル職務ノ有務ヲ區別セス

行政法上官吏ノ定義ヲ與フルニ當リ箇人ナル文字ヲ挿入スルト否ヲサルトハ固ヨリ不可ナシ而シテ余カ茲ニ特ニ箇人ナル文字ヲ用ヒタルハ官吏トシテ特別ノ服從關係ニ從屬シテ公務ヲ奉スルノ義務アル一箇人ノ身分ヲ言ハント欲スレハナリ蓋シ一般ニ官ト云ヘハ特別ノ身分ヲ有スル一箇人ヲ指スノミナラス或場合ニハ官署ヲ意味スルコトアルヲ以テ茲ニ官吏トハ一箇人ノ刑法上ノ犯罪責任ヲ論スルニ在ルカ故ニ官吏タル身分ヲ有スル一箇人ヲ指シテ謂ヘルモノナリ

公吏トハ選舉又ハ任命ニ依リ地方自治體(府縣郡區市町村)ノ機關ヲ組織シ階級的所屬アリテ官吏ニ非サル一個人ノ身分ヲ謂フ(1)官吏ノ身分ハ専ラ大權ノ命令タル任命ノ手續ニ依リテ定マリ公吏ノ身分ハ選舉ヲ基礎トスルモノ多數ヲ占メ其任命ノ手續ニ依ル場合モ單ニ監督權行使ノ一方法ニ過キサル特質ヲ有ス(2)其私法的契約ニ依ルモノハ公吏ニ非スシテ雇ナリ(3)公吏ハ階級的所屬アル點ニ於テ官吏ニ同シク議員ニ異ナリ(4)地方自治體ノ機關ヲ組織スルモ官吏タル身分ナキ點ニ於テ彼此ヲ區別ス(府縣郡)ニ於テハ國家ノ機關タル官吏兼テ其職ヲ行フカ故ニ同シク地方自治ノ機關ナリト雖モ公吏ニ非ス官吏ノ

身分アル場合ノ府縣郡ノ出納官亦同シ、府縣制第七五條乃至第七七條、郡制第六三條乃至第六五條(五)市(東京、京都、大阪ヲ除ク)町村長ハ公吏ニシテ繼シヤ國家ノ政務ヲ執行スル(例、司法警察場合ト雖モ)官吏タル身分ニ變スルコトナシ(六)有給タルト無給タルトヲ分タス

二 上ニ述フル所ハ行政法上ノ意義ニ於ケル官吏公吏ノ大要ナリ然レトモ刑法ハ官職又ハ公職ヲ執ル者其位置ヲ濫用シ若クハ之ニ相當ナル處置ヲ執ラサルヲ罰スルモノナリ(嚴格ニ云フトキハ犯罪ナル職務外ノ行為ハ總テ官吏又ハ公吏トシテノ行為ニ非ス)此理ヲ推ストキハ契約ニ依テ法令ノ認ムル官職又ハ公職ヲ執行スル夫ノ雇ハ其職務ノ範圍内ニ在テハ刑法上官吏又ハ公吏ノ身分アルト同一ノ處分ヲ受ケサルヲ得サル可シ

嚴格ニ云フトキハ云云……刑法ニ謂フ所ノ官吏並ニ明治二十三年第一〇〇號ノ法律ニ依リテ官吏ト同等ニ取扱フ所ノ公吏ナル語ヲ行政法上ノ意味ニ用ヒタルモノナリトスレハ刑法ノ官吏公吏ニ關スル條文ハ一モ適用スル場合ヲ生セス官吏公吏ニ通シテ行政法上ノ要件ト見ルヘキ點ハ法律又ハ命令ニ依リテ其權限ニ屬セシメタル政務ヲ執行スルニ非サレハ官吏公吏ト云フコトヲ得ス若シ此ノ如ク刑法ノ範圍内ニ用フレハ罪ヲ犯ス職務ト云フモノヲ認メタル場合ナキカ故ニ官吏公吏トシテノ犯罪ハ全ク之ナシト云ハサル可カラス然ラハ如何ニ之ヲ解釋スヘキカト問ヘハ例ハハ犯罪ヲ搜查スル爲

メニ嫌疑入ヲ訊問スル職權アル官吏カ偶、其訊問ニ付キ拷問ト云フ如キ違法ナル行為ヲ爲シタリト云フ如ク行為ノ部分ハ其職務行為ト同性質ナルト或ハ其職務行為ニ牽連シテ犯スコトヲ得ル他ノ行為ヲ爲スヲ謂フナリ此ノ如ク解釋スレハ刑法上所謂官吏公吏ノ意味ハ既ニ行政法上ノ意味ト異ナレリ故ニ尙ホ一歩ヲ進メテ荷モ法令ヲ以テ定メラレタル範圍内ニ於テ政務ヲ執行スル資格アル者ハ假令其取扱ハ雇ナリトスルモ其職務ニ屬スル行為若クハ職務行為ニ牽連スル行為ニ因リテ處罰セラルルモノト解セサルヘカラス而シテ茲ニ所謂職務行為トハ官吏公吏カ國家爲政ノ機關トシテ其權限内ニ屬スル國家ノ事務ヲ執行スルコトヲ謂フニ在ルヲ以テ刑法ニ於テ職務行為ト同性質ナル行為トハ固ヨリ官吏ノ職權以外ノ行為タルヲ注意セサルヘカラス次ニ職務行為ニ牽連スル行為トハ職務ニ附隨シテ爲ス職務以外ノ行為ヲ謂フモノニシテ例ヘハ官吏公吏賄賂ヲ收受スルカ如キ是ナリ

第一節 官吏公益ヲ害スル罪 (刑法二七三條—二七五條)

本節ノ犯罪ハ右ニ掲グル外別ニ本文トシテ示スヘキ程ノモノナシト雖モ尙ホ法文ニ付キ二三ノ説明ヲ爲サン

刑法第二七三條ハ別段説明ヲ試ムル程ノモノナシ第二七四條ノ兵隊ヲ要求又ハ使用スル權アル官吏トハ地方長官又ハ警察官ヲ謂フモノニシテ陸海軍其モノハ之ニ包含セス此點ハ嘗テ公務ヲ行フヲ拒ム罪ノ説明ニ於テ述ヘタリ即チ第一七七條ノ説明ヲ參考セラル可シ

第二七五條ニハ官吏規則ニ違背シテ商業ヲ爲シタル者トアレトモ官吏ノ商業ヲ爲スコトニ關シテハ特別法ニ其罰則アリ故ニ之ニ違背シテ商業ヲ爲セハ其規定ニ依リテ制裁ヲ受クヘキモ本條ノ規定ニ

依リテ支配セラレサル所ナリ而シテ本節ノ三箇條ハ刑法制定當時ノ事情ヨリスレハ或ハ其必要アリタル可シト雖モ今日以後ニ於テハ行政監督ノ作用ニ一任シテ別ニ差岡ナキノミナラス現行法ノ如キ罰則ハ殆ト其效力ナキモノト云ハサル可カラズ

第二節 官吏人民ニ對スル罪 (刑法二七六條—二八八條)

刑法第二七六條ニ「其トアルハ人ヲ受クル文字ニシテ官吏ヲ受ケス又本條ハ官吏タル者カ故サラニ人民ニ對シテ官吏タル身分ニ依據シタル事實アルヲ要スルカ故ニ箇人相互ノ關係ニ於テ姿勢ヲ凶惡ニシ若クハ不正ニ腕力ヲ弄シ人ヲシテ其權利ナキコトヲ行ハシメタルカ如キハ之ヲ包含セス
第二七七條ニ警察官吏トアレトモ巡查憲兵卒ハ勿論之ニ包含ス可シ故ニ茲ニ官吏ナル文字ハ行政法上ニ於ケル意味ニ非スシテ苟モ法令上職務ヲ執行スル者ハ之ニ該當ス

一 不法ノ逮捕又ハ監禁……逮捕又ハ監禁ノ事ヲ司ル官吏法令ノ認メサル場合ニ之ヲ爲シ又ハ法令ノ認ムル場合ニ必要ナル手續ヲ履マシテ之ヲ爲シタルトキ罪トナル(刑法第二七八條、第二七九條、逮捕又ハ監禁ノ性質ハ私人ノ行爲ニ出ツルモノト異ナル所ナシ)(刑法第三三二條乃至第三三五條ノ說明參照)

例ヘハ尋常一樣ノ行政官吏カ非現行犯人ヲ逮捕シ又ハ監禁スルカ如キハ法令ノ認メサル逮捕又ハ監禁ナリ然レトモ此ノ如キ場合ハ第三三二條以下ノ範圍ニ屬ス職務上逮捕シ得ル者カ法律ノ認メサル逮捕ヲ爲スト云フ例ハ債務者ヲ拘引スルカ如キ是ナリ又手續ニ違背スル例ハ令狀ヲ有セスシテ非現

行犯人ヲ逮捕シ又ハ豫審判事ノ署名捺印ナキ令狀ヲ以テ人ヲ逮捕スルカ如キ是ナリ又第二七九條ノ例ハ檢事若クハ其他ノ有權者ノ令狀ヲ取調ヘスシテ囚人ヲ入監セシムルカ如キ是ナリ

刑法第七七條ノ適用上故意ニ出ツルコトヲ要スルカ故ニ法令ノ認メサル逮捕又ハ監禁ナルコトヲ知テ犯シタルニ非サレハ罪トナラス手續ニ付キ亦同シ

刑法第二七八條及ヒ第二七九條ノ解釋ニ付テ法律ニ定メタル程式規則ヲ誤解シタル場合ハ第七七條第四項ノ適用トシテ無罪ノ理由ト爲ヌ得スト云フ者アリ然レトモ刑法以外ノ法律命令ノ誤解ハ刑法ノ範圍内ニ以テ事實ノ錯誤トナルナリ(刑法講義案三三項四〇號參照)例ヘハ甲カ乙ニ動產物ヲ賣渡スノ合意ヲ爲シ而シテ引渡ササル限リハ尙ホ自己ノ所有物ナリト信シ更ニ他人ニ賣渡シタル場合ノ如キハ現行民法ヲ誤解シタルモノナリト雖モ他人ノ所有物タルヲ知ラヌシテ賣渡シタルモノナルカ故ニ刑法ニ於テハ冒認罪ト爲ラス之ト同一ノ理由ニ因リ今茲ニ非現行犯人ト雖モ令狀ヲ携帶セスシテ之ヲ逮捕スル職權アリト誤解シ實行シタル司法警察官アリト假定センニ司法警察官ハ刑事訴訟法ニ所謂犯人ノ逮捕ト云フヘカラサル不當ノ行爲タル事實ヲ知ラサルモノニシテ刑法ノ範圍内ニ於テハ第七七條二項ノ適用トシテ無罪ナリト云ハサル可カラズ唯前ニ掲ケタル例ニ付テハ所有權ト云フ民法上ノ權利關係ヲ誤解シ後ノ例ニ付テハ逮捕權ト云フ職權關係ヲ誤解シタルモノニシテ共ニ事實ノ錯誤ナリ

第二八〇條ノ罪ハ作爲犯ナリヤ不作爲犯ナリヤト云フニ元來一派ノ學者ノ如ク或條文ハ作爲ニ因リテ罪トナリ或條文ハ不作爲ニ因リテノミ罪トナルト論スル者ハ本條ニ至リ作爲不作爲ノ中間ニ位スルモノナリト云ハサル可カラサルノ已ムヲ得サルニ至ルハシ何トナレハ屏去ト云フコトハ被害者ノ

現有スル飲食ヲ取去ルト云フ作爲ニテモ亦必要ナル飲食ヲ與ヘスト云フ消極行爲即チ不作爲ニテモ犯シ得ルコトハ一點ノ疑ナケレハナリ嘗ニ此條ノミナラス彼ノ奉養ヲ缺クト云フ如キモ同一ナリ尙ホ一步ヲ進ムレハ總テノ條文皆然リト謂フ可ク論シテ茲ニ至レハ作爲犯不作爲犯ハ各、固有ノ條文ヲ有スル犯罪ノ如ク觀察スルノ誤タルヲ斷言セサルヘカラス

第二八一條ノ解クコトヲ意リト云フ文字ヲ一見スレハ過失ノ場合ノミヲ規定シタルカ如シ然レトモ其結果ヨリ判斷スレハ故意ニ因ル場合モ亦之ヲ含ムト謂ハサルヘカラス故ニ謀殺故殺ノ場合ヲ除ク外ハ故意ニ因リテ死傷ニ致シタル場合ノ總テヲ包含スルナリ而シテ本條ハ其規定宜シキヲ得サルカ爲メ不都合ナル結果ヲ生スヘシ何トナレハ過失ノ場合ニ付テ考フレハ刑罰嚴重ニ失スヘク又故意ノ場合ニ付テ考フレハ毆打創傷等他ノ規定ニ依ルコトヲ得ヘク敢テ一箇條ヲ置クノ必要ナケレハナリ

第二八二條ハ拷問ヲ爲スノ罪ナリ拷問ハ昔時ハ各國何レモ場合ヲ限リテ法律ノ命令シタル職權行爲ナリシモ今日ノ文明國ニ於テハ刑ヲ制裁トシタル犯罪トナレリ今其沿革ノ概略ヲ摘示スレハ昔時希臘及羅馬ニ於テハ人格ヲ有スル人間ニ對シテハ拷問ヲ許ササルヲ以テ原則ト爲シ人格ヲ有セサル者ノ中殊ニ奴隸ニ付テハ拷問ニ依リテ得タル自由ニ非サレハ證據ト爲スヲ得サリキ中世ニ於テハ彼ノ糾問主義ノ刑事訴訟ノ行ハレタル間ニ盛ニ拷問行ハレタリ殊ニ寺院裁判所寺院法宗教法時代ニ於テモ盛ニ用ヒタル形跡アリ就中魔術訴訟(Magical process)ニ於テハ盛ニ水ノ拷問ヲ爲シタリ其一例ヲ掲クレハ魔法使ナリト認メラレタル嫌疑ノ手足ヲ縛シテ池中ニ投シ若シ其身體ノ浮上ルトキハ嫌疑ハ魔法使ナリト判定シ多クハ火刑ノ極刑ニ處シ目隠ヲ施シテ絞殺シタルモノナリ蓋シ當時ノ思想ハ其身體ノ浮上ルハ以テ魔法使タルノ故ナリト爲シ其火刑ヲ以テシタルハ被告ノ身體ヲ燒捨ツ

ルニ非サレハ再ヒ現出スルノ憂アリト考ヘ其目隠ヲ施シタルハ外界ヲ目撃スルコトヲ得ルトキハ逃去ルノ虞アリト信シタルヨリ出テタルモノナリト云フ英吉利ニ於テハ他國ニ行ハレタル如キ身體ニ直接痛苦ヲ感セシメタル拷問モ固ヨリ存在シタリト雖モ一七七二年ノ頃マテハ重牢ト名ツクル監禁ノ方法ヲ以テ拷問ノ如ク使用セリ佛蘭西ニ於テハ豫審中ノ拷問ト刑罰執行前ノ拷問トノ二種アリテ後者ハ其犯罪者ノ有無ヲ問フヲ以テ目的ト爲セリ尙ホ同國ニ於テハ脅迫ノ拷問ト名ツクルモノアリ幼者、狂者癡弱者、老人、產婦、病人等ニ對シテ之ヲ用ヒタリ其方法ハ先ツ最初ニ罪狀ヲ自白セサレハ如何ナル拷問ニ付セラルルカヲ告知スルモノニシテ之ヲ口頭ノ脅迫拷問ト云ヒ尙ホ應セサル者ニ對シテハ拷問ニ使用スル器具ヲ示ス之ヲ實物拷問ト云ヘリ獨逸ニ於テハ一五〇〇年代ノ「チャールス」五世ノ刑法ニ拷問ニ關スル明文存在セリ殊ニ奧地利ノ「マリアテレーシア」ノ刑法ニハ拷問ニ使用スル器具ノ圖ヲ挿入シテ詳細ナル規定ヲ爲セリ而シテ此ノ如ク各國ニ行ハレタル拷問ハ十八世紀ノ中葉以後(十八世紀ハ文學革新時代ナリ)ノ革命ノ氣運ニ乘シテ漸次消滅シ僅ニ一二ノ例外ヲ除ク外ハ十九世紀中ニ全廢セラレタリ日本ニ於テハ明治九年頃當時ノ法律顧問「ボアソンナード」ノ盡力ニ因リテ終ニ其跡ヲ斷テリ而シテ今日ニ於テ當時ノ拷問ノ事實ヲ聞ク者ハ内外國共ニ非常ニ其方法ノ殘酷ヲシテ犯人ナルヘシト認メラルルニモ拘ハラス犯人カ自白セサル場合ニ限りタリ隨テ法律上ニ於テハ一種ノ刑罰ノ意味ヲ含ミタルモノナリシカ故ニ今日世人ノ驚悸スルカ如キ殘酷ノ域ニ進ミタルモノナリ然ルニ現今ニ至リテハ犯人ノ自白ハ判決ノ必要條件ニ非スシテ裁判官ハ自白以外ノ證據ニ依リ

自由ニ有罪ノ認定ヲ下スコトヲ得ルノミナラス苛酷ナル拷問ニ依リテ得タル自白ハ却テ信ヲ置クニ足ラサルヲ以テ諸文明國ノ總テ採ラサル所ト爲リシナリ
第二八三條ハ佛蘭西刑法ノ裁判拒絕ノ罪 (Déni de Justice) ノ規定ヨリ來リタルモノニシテ歷史上極メテ興味アル關係ヲ有スト雖モ今日以後ハ其國ノ行政監督ニ信用ヲ置クコトヲ得ル時代ナレハ立法論トシテハ無用ノ規定ナリト云ハサルヘカラス

二 官吏收賄罪 刑法第二八四條乃至第二八六條及ヒ第二八八條……本罪ノ成立スルニハ

(1) 第一ニ官吏其職務上一定ノ行爲ニ付キ人ノ囑託ヲ受ケタル事實アルコトヲ要ス(1) 刑法第二八四條ニハ次ノ二個條ノ如ク民事ノ裁判ニ關シ、刑事ノ裁判ニ關シト云ヘル如キ明文ナク汎ク人ノ囑託ヲ受ケト規定シタリト雖モ官ノ職務ニ屬セサル行爲ノ囑託及自己ノ管掌セサル職務行爲ノ囑託ヲ受ケタル場合ノ該條ニ屬セサルハ勿論ナリ(2) 職務上ノ行爲ヲ囑託シタリトスルモ別ニ一定シタル依頼アルニ非サルトキ亦同シ但一定ノ囑託ナルヤ否ヤハ依頼ノ本旨ヨリ判斷スヘク其言語又ハ文書ノ外觀ニ據ル可カラサルハ論ヲ俟タス(3) 其囑託ハ必スシモ法ヲ枉クル囑託ナルコトヲ必要トセス

(1) 例ヘハ書又ハ書ニ據能ナル官吏ニ對シ其揮毫ヲ依頼シテ之ニ一定ノ報酬ヲ約束スルモ第二八四條ニ所謂賄賂ノ聽許ヲ以テ論スルコトヲ得ス何トナレハ職務上ノ囑託ト云フ能ハサルヲ以テナリ次ニ其依頼スル所ノ事項カ假令國ノ政務ニ關スルモノト雖モ其自己ノ管掌スル所ニ非サルモノ例ヘハ司法官ニ向テ特許ノ審判ニ關スル周旋ヲ囑託シ又ハ特許ノ審判官ニ向テ民事刑事ノ裁判ニ關スル斡旋ノ勞ヲ依頼シタリトスルモ其官吏ノ職務ニ關スル囑託アリト云フコトヲ得ス隨テ此等ハ第二八四條ノ關スル所ニ非サルナリ(2) 右ニ述フルカ如ク第二八四條ニ所謂囑託ハ職務ニ關スル囑託ナラサルヘカラスト雖モ之ニ因リテ一定ノ處分ヲ爲スニ關係スル囑託アルニ非サレハ又本條ノ條件ヲ滿タサズ但一定ノ依頼アリヤ否ハ言語若クハ舉動ノ性質ヨリ斷定スヘク外形ニ拘泥ス可カラサルハ勿論ナリ例ヘハ或民事訴訟ノ當事者カ係判事ニ向テ「何分宜シク若クハ」然ル可ク御取計ヒ下サレ度」ト云フ言語又ハ文書ヲ以テ依頼ヲ爲シタリトスレハ其自己ノ關スル訴訟ニ付キ自己ノ利益ヲ謀ル可キノ依頼タルハ一點ノ疑ヲ容レサル所ニシテ此等ハ一定ノ職務行爲ノ囑託アルモノト認メサル可カラス之ニ反シテ左ノ二個ノ場合ハ最早一定ノ處分ニ關スル依頼ト云フコトヲ得ス

第一 已ニ依頼者ニ關係アル職務上ノ行爲ヲ終レル後謝意ヲ表スル爲メニ金錢其他ノ物品ヲ贈與スル如キハ職務ニ關スル依頼アリタルニ非ス從テ收賄罪ヲ成ササルナリ(但假令利益ノ授受ハ處分後ニ讓リタリトスルモ處分ニ暗黙ノ間ニ之ヲ約シタル事情アリトスレハ第二八四條ニ所謂賄賂ノ聽許トナルナリ)

第二 官吏ノ職務内ノ囑託ナリトスルモ或處分ニ關係ナキ依頼アルトキ例ヘハ司法官ニ囑託スルニ將來若シ訴アルニ當リテハ自己ノ利益ヲ謀ラレンコトヲ以テスルカ如キハ一定ノ職務ノ依頼ト云フコトヲ得ス(但依頼ノ當時ニハ司法上若クハ行政上ノ處分ニ著手セザリシトスルモ將來或處分

ニ著手スヘキコトノ明瞭ナル場合ニ於テ之カ爲メ利益ヲ謀ルコトヲ依頼シタリト認ムルコトヲ得ル場合ニハ勿論第二八四條以下ノ收賄ノ罪トナルナリ

(2) 次ニ賄賂ヲ收受又ハ聽許シタル事實アルコトヲ要ス賄賂ヲ收受又ハ聽許ストハ囑託ニ應スル代價 (Cegenleistung Equivalent) トシテ金錢、有價物其他ノ利益ヲ受ケ又ハ受クルコトヲ約スルヲ謂フ故ニ之カ授付ヲ後日ニ爲スモ犯罪ハ之ヲ諾約シタル日ニ成立スルナリ賄賂ノ物體トナル可キ利益ハ如何ナル種類ノモノタルヲ要スルカ(1) 單ニ財産上ノ利益ニ限ルアリ (Tietz § 177, Frank § 331) (2) 何等ノ區別乃至制限ヲ認メサルアリ (Simonsen Der Begriff des Vorteils 1889, Häschner) (3) 然レトモ物品タルト行爲タルトヲ分タス金錢ニ見積ルコトヲ得ルト否トヲ分タスト雖モ少クモ有形的ノ利益タルヲ要シ單ニ官吏ニ無形ノ満足ヲ與フルニ過キササルモノハ之ヲ含マストスル說多數ナリ

賄賂ノ物體トナルヘキ利益ヲ(1) 財産上ノ利益ニ限ルト爲ス說ニ依レハ金錢ニ見積ルコトヲ得ザル勞力ヲ以テスル約束ノ如キハ賄賂ト云フヲ得ス(2) 第二說ノ如ク全ク其制限ヲ認メサル說ニ依レハ收賄者ノ精神上ノ利益即チ單ニ其人ニ満足ヲ與フルノミ止マル場合モ收賄ノ罪トナルナリ即チ第一說ハ狹キニ失シ第二說ハ廣キニ失スト云ハサルヘカラス(3) 第三說ハ金錢其他金錢ニ見積ルコトヲ得ルハ物ノ授受ヲ含ムハ勿論假令物ト云フヘカサル行爲ノ類ト雖モ金錢ニ見積ルコトヲ得ル行爲例ヘハ

ノ行爲ハ他國ノ商法中ニ之ヲ商行為トナスノ例ニ乏シト雖モ一方ニハ此行爲ハ出版及ヒ印刷ニ關スル行爲ニ類似シ他方ニハ現今社會ノ實際ヨリ論シテ之ヲ營業トスル者ヲ等シク營業者ト看做スヲ以テ我商法ハ之ヲ相對の商行為ノ中ニ加ヘタル所以ナリ

七 客ノ來集ヲ目的トスル場屋ノ取引

客ノ來集ヲ目的トスル場屋トハ劇場、寄席、旅店、飲食店等ノ如キモノニシテ此等ノ場屋ニ於テ客ノ來集スルニ付キ其營業者カ客ト取結フ契約ハ即チ茲ニ所謂客ノ來集ヲ目的トスル場屋ナリトス而シテ客ノ來集ヲ目的トスルトノ意義ニ關シテハ廣狹種種ノ意義ヲ附シ得ラルルヲ以テ此概念ヲ決定スル爲メ左ニ之ヲ三要素ニ分析シテ説明スヘシ即チ(其一)ハ客(其二)ハ客ノ來集ヲ目的トスルコト(其三)ハ場屋是ナリ

甲 客

客トハ對價ヲ支拂フテ其場屋ニ入り設備ノ目的ヲ利用スル者ヲ謂フ

乙 客ノ來集ヲ目的トスルコト

來集ヲ目的トスルトハ人カ箇箇單獨ニ來集スルコトヲ妨ケスト雖モ場屋ヲ設備スル點ヨリ考フレハ多數ノ人カ同時ニ之ヲ利用スルコトヲ得ルヲ以テ目的トスルノ意ナリト解セサルヘカラス但其場屋ヲ利用スルノ目的ニアラスシテ他ノ目的ノ爲メニ多數ノ人カ來リ集ルコトハ茲ニ所謂來集ヲ目的トスト謂フコト能ハス又來集ノ目的ニハ制限ナシト雖モ其場屋自身若クハ場屋中ニ設備セラレタルモノヲ利用スルノ動機ハ存在スルコトヲ必要トス例ヘハ繁昌スル小店ニ客カ常ニ群集スルモ其商業ノ目的ハ商品賣買ニアリテ場屋若クハ設備ノ利用ニアラサルヲ以テ客ノ來

集ヲ目的トスト謂フコト能ハス
然ラハ旅店ノ如キハ如何或ハ説ヲ爲シテ曰ク多數ノ人カ同時ニ共同シテ其場屋若クハ場屋内ノ設備ヲ利用セザレハ客ノ來集ヲ目的トスルモノニアラスト謂フ者アルヘシ然レトモ此ノ如キハ他國ノ商法中ニ公衆ノ觀覽、公ナル共觀所、娛樂所等ノ用語アルニ依リ我商法ノ規定トシテ客ノ來集ヲ目的トスル場屋ノ取引ナル用語モ亦此等ト同ニ若クハ類似ノ意義ヲ有スト想像シタルニ基テ謬説ニシテ我商法ハ廣ク客ノ來集ヲ目的トスル云云ト明言シタルカ故ニ旅店ノ如キハ當然其中ニ包含セラルヘキモノナリ尙ホ飲食店下宿店等モ亦此中ニ包含セラルモノト知ルヘシ
(三四五條)

丙 場屋

場屋ト謂ヘルハ必スシモ嚴然タル建物タルヲ要セス大ハ帝國「ホテル」歌舞伎座等ノ大建築ヨリ小ハ相撲場、寄席、下宿屋等ニ至ルマテ就レモ茲ニ所謂場屋タルコトヲ失ハス然レトモ既ニ場屋ト謂ヘル以上ハ單ニ一定ノ土地區域ヲ限界シタルモノノミニテハ不可ナリ互ニ相當ノ設備ヲナシ多少ノ建築ヲナシタルコトヲ必要トス故ニ道路ハ勿論空地ニ於テ一定ノ限界ヲ設ケ客ヲ集メテ技藝ヲ演シ若クハ單純ナル設備ヲ客ノ娛樂ニ供スルカ如キハ場屋ノ要素ヲ缺クモノト謂ハサルヘカラス

八

兩替其他銀行取引
兩替取引トハ銀行取引ノ一種ニ屬シ或種ノ通貨ヲ他種ノ通貨ニ引換フル取引ニシテ賣買ノ一種ナリ又廣ク銀行取引トハ所謂銀行ナルモノカ其營業ノ目的トシテ行フ各種ノ法律行為ヲ包含シ概括

的ニ之カ性質ヲ説明スルコト頗ル困難ナルモノナリ何トナレハ所謂銀行カ其營業ノ目的トスル法律行為ノ範圍ハ社會ノ進歩ト共ニ益、擴張セラルモノナルヲ以テナリ試ニ之ヲ經濟の方面ヨリ説明スレハ通貨及ヒ支拂ノ要具タルモノノ轉換ニシテ或學者ハ之ニ信用媒介行為ノ名稱ヲ與フ又之ヲ法律の方面ヨリ説明スレハ通貨及ヒ有價證券等ノ取得及ヒ讓渡ニ付キテ社會交通上ノ必要ヲ滿タスヘキ總テノ行為ヲ包含スト謂ヘハ可ナランカ但銀行ニ關スル諸法令中ニ掲ケタル取引ノミニ限定スヘキモノニアラサルコト勿論ニシテ要スルニ當時ノ商業上ノ觀念ニ照シテ判斷スヘキ事項ナリトス(銀行條例、日本銀行條例、橫濱正金銀行條例、日本勸業銀行法、日本興業銀行法、北海道拓殖銀行法、臺灣銀行法、農工銀行法等參照)

九 保險

保險ニハ營業保險、相互保險ノ區別及ヒ損害保險、生命保險ノ區別アルコト保險法ノ講義ニ於テ既に述ヘタル所ナリ而シテ茲ニ所謂保險トハ營業保險ニシテ其中ニ損害保險ト生命保險トノ二種ヲ包含スルモノト知ルヘシ(三編一〇章及ヒ五編五章)

十 寄託ノ引受

寄託契約ナルモノハ民法第六五七條乃至第六六六條ニ於テ規定セラレタル所ノモノニシテ物ノ引渡ニ因リ完成シ物ノ保管ヲ爲スコトヲ以テ目的トスル契約ナリ而シテ其目的物ノ動産ニ限ルヤ否ヤニ付テハ諸國民法ニ爭ヒアリ我民法ノ解釋上モ多少疑義ノ存スル餘地アレトモ動産ニ限ラス不動産ヲ包含スト解スヘキコト通説タリ寄託契約ノ性質ハ此ノ如シ而シテ茲ニ寄託ノ引受ト謂ヘルハ受寄者ノ方面ヨリ之ヲ觀察シタルモノニシテ之ヲ營業トスル場合ニ於テノ商行為タル性質ヲ

有シテ商法上ノ寄託トシテ民法ノ規定ニ多少例外ヲ認ムルコトナリタルモノナリ
商法第三編第九章第一節中ニ寄託トシテ規定セラルモノハ茲ニ所謂寄託ノ引受ノ外更ニ他ノ營業ノ爲メニ行フ寄託ヲ包含スルモノニシテ唯其第二節タル倉庫寄託ノミ茲ニ所謂寄託ノ引受ニ該當スルモノト知ルヘシ

十一 仲立又ハ取次ニ關スル行為

甲 仲立ニ關スル行為

仲立ニハ廣狹ノ二義アリ廣義ニ於テハ他人間ノ法律行為ノ媒介ヲ爲スコトヲ指シ狹義ニ於テハ他人間ノ商行為ノ媒介ヲ爲スコトヲ指ス而シテ此廣狹兩義ノ仲立モ亦各ハ之ヲ二種類ニ區別スルコトヲ得ヘシ即チ(其一)ハ一定ノ商人ノ爲メニスル仲立(其二)ハ公衆ノ爲メニスル臨時の仲立是ナリ而シテ現行商法ハ一定ノ商人ノ爲メニスル商行為ノ仲立ヲ爲ス者ヲ媒介代理商ト名ケ狹義ノ仲立人ト他人間ノ商行為ノ仲立ヲ臨時ニ爲ス場合ノミヲ仲立人ト稱セリ(二六條三〇五條)
媒介トハ他人間ノ意思表示ヲ傳達シテ取引關係ニ入ラシムルモノニシテ其目的トスル行為ノ成立ニ付キ媒介者カ自ラ當事者トナラスシテ之ニ參與シ而シテ代理ノ作用ヲ爲ササルノミナラス當事者ノ何レニ對シテモ其目的タル行為ノ直接ノ效果タル權利義務ヲ負擔スルコトナキ場合ヲ指ス例ヘハ甲乙ノ間ニ丙カ賣買ノ媒介者トシテ働クトキハ其賣買ハ甲乙ノ間ニ代理ノ作用ナクシテ直接ニ結ハレ丙ハ其賣買ヨリ生スル法律關係ノ當事者トナラス媒介ヲ委託シタル甲若クハ乙ニ對シ其委託實行ノ爲メ報酬ヲ請求スル權利ノ存スル場合アルノミ但當事者ノ一方ノ氏名又ハ商號ヲ相手方ニ告知セサリシトキハ仲立人自ラ履行ノ責ヲ負フ場合ナキニアラス乍併此等ハ

商行為ノ說明ニ讓ル

商法ニ所謂仲立ニ關スル行為ハ以上ノ區別ニ從テ夥多ノ意義ニ解セラルトモ之ヲ仲立人ノ取結ヲ委任契約ト代理商ノ取結ヲ委任契約ノ二ツニ限ルモノト解スルヲ正當トス例ヘハ他人間ノ商行為ノ媒介ヲ爲スコトヲ目的トスル委任契約ハ仲立ニ關スル行為ニシテ一定ノ商人ノ爲メニスル營業ノ部類ニ屬スル商行為ノ媒介ヲ爲スヲ以テ目的トスル委任契約中獨立ノ商人カ之ヲ營業トスル場合ニ限リテ之ヲ仲立ニ關スル行為トナスカ如シ

乙 取次ニ關スル行為

取次ニモ廣狹ノ二義アリ廣義ニ於テハ或人ノ委託ニヨリ第三者ト法律行為ヲ爲シ其法律上ノ效果ヲ一旦自己ニ對シテ生セシメタル上更ニ之ヲ委託者ニ歸著セシムルモノヲ謂ヒ狹義ニ於テハ廣狹法律行為ト謂ハスシテ單ニ物品ノ販賣、買入及ヒ物品運送契約ノ取次ヲナス場合ニ限ルモノトス商法第三編第六章第七章ニ規定シタル問屋及ヒ運送取扱人カ狹義ノ取次ヲ爲スモノナレトモ第三二〇條ニヨリ自己ノ名ヲ以テ他人ノ爲メニ販賣又ハ買入ニアラル行為ヲ爲スヲ業トスルモノニモ問屋ニ關スル規定ヲ準用スルヨリ考フレハ我商法ハ取次ナル言葉ヲ廣義ニ用ヒタルモノノ如シ

取次ニ關スル行為トハ此取次ヲ目的トスル委任契約ヲ指スニ外ナラス

十二 商行爲ノ代理ノ引受

商行爲ノ代理ノ引受トハ或人ヨリ商行爲ノ代理ヲナスヘキコトヲ委託セラルル契約ニシテ委任契約ニ外ナラス而シテ之ヲ二種ニ區別スルコトヲ得ヘシ(其一)ハ公衆ヨリ臨時ニ簡便ノ代理ヲ引受

商法總則 我商法ノ内容 商行為

クル場合ニシテ(其二)ハ一定ノ商人ノ爲メニ其營業ノ範圍内ニ屬スル商行爲ノ代理ヲ引受クル場合ナリ但第一ノ場合ハ代理引受業者ノ營業ヲ爲スモノナレトモ商法ハ之ヲ規定セス第二ノ場合ハ代理商ノ營業ヲ爲ス場合ニシテ商法第三六條以下ニ之ヲ規定セリ

第二款 附屬的商行爲

附屬的商行爲ハ商人カ其營業ノ爲メニスル行爲ナリ而シテ營業ノ爲メニスル行爲トハ商人カ其營業ヲ行フニ付キ必要ナル行爲ノミニ限ラス其營業ノ爲メニセントスル目的ヲ有スル限り總テノ法律行爲ヲ包含ス故ニ或行爲カ此附屬的商行爲中ニ屬スルヤ否ヤヲ知ラントセハ先ツ其營業ト其法律行爲トノ關係ヲ研究セサルヘカラス而シテ此關係ヲ決定スルニ付キテハ二ツノ主義アリテ(其一)ヲ主觀主義ト謂ヒ此關係ハ商人ノ意思如何ニノミヨリテ決定スヘキモノニシテ行爲ノ性質其他ノ事由ニヨリ或種類ノ外觀ヲ備フルノ必要ナシト論ス(其二)ヲ客觀主觀ト謂ヒ商人ノ意思ニ因ルノミナラス行爲ノ性質其他ノ事由ニ因リテ外觀ヲ備フルコトヲ必要トスト論ス而シテ我輩ハ後說ニ贊ス其我輩カ客觀說ヲ是認スル所以ノモノハ他ニアラス行爲ノ性質ヨリ考フレハ商人ノ意思如何ヲ問ハス當然ノ附屬的商行爲タルコト能ハサルモノアリ例ヘハ親族法上若クハ相續法上ノ法律行爲(養子縁組、婚姻、家督相續等)ノ如キ是ナリ然レニ此ノ如キ行爲ト雖モ商人ノ意思ニテハ之ヲ其營業ノ爲メニスルモノト看做ス場合ナキニアラサルヘシ此場合ニ於テ主觀說ニヨレハ尙ホ商行爲ナリト云ハサルヘカラス又行爲ノ性質上當然商行爲タルモノ(絕對的商行爲)及ヒ當該營業ノ目的タル商行爲ノ如キハ始メヨリ商行爲タル性質ヲ具フルモノニシテ之ヲ附屬的商行爲ト看做スヘカサルハ當然ナレハナリ

然ラハ客觀主義ニ從ヒ行爲ノ性質其他ノ事由ヲ考ヘ外觀ニ表彰セラルヘキ關係ヲ決定スルノ標準如何此標準ハ法律上及ヒ事實上到底概括的ニ決定スルコト能ハサルモノナラヲ以テ結局箇箇ノ場合ニ付キ其事情ヲ斟酌シ果シテ營業ノ爲メニスヘキ外觀ヲ備フルモノナルヤ否ヤヲ決定セサルヘカラス箇箇ノ行爲ニ付キ此斟酌決定ヲ爲スハ到底其類ニ堪ヘサルヲ以テ商法ハ第二六五條後段ノ規定ニ依リ便法ヲ設ケ商人ノ行爲ハ其營業ノ爲メニスルモノト推定シ反證ヲ舉ケサル限りハ總テ營業ノ爲メニスルモノト看做シ附屬的商行爲トシテ取扱フヘキコトト爲セリ(二六五條)

一 商人カ營業ノ爲メニスル行爲ヲ理論上三ツニ區別スルコトヲ得ヘシ

即チ(其一)ハ相對的商行爲ニ屬スルモノニシテ當然營業ノ目的タラサルモノ例ヘハ鐵道運送業者ハ停車場ニ「ホテル」若クハ「ビエーア、ホール」ヲ設ケテ客ノ來集ヲ目的トスル場屋ノ取引ヲ附屬的商行爲トナスカ如キ是ナリ(其二)ハ商人カ其營業上引受ケタル取引ノ實行行爲ニシテ絕對的及ヒ相對的ノ商行爲中ニ屬セサルモノ例ヘハ問屋カ委託ヲ受ケタル買入ヲ爲スカ如キ運送取扱人カ委託ヲ受ケタル運送契約ヲ取結フカ如キ是ナリ(其三)ハ各種ノ補助行爲ニシテ所謂財產法上ノ總テノ法律行爲ヲ包含シ苟モ其營業上ノ作用ヲ容易ニシ若クハ増進スルモノナル以上ハ縱令其營業カ未タ開始セサル場合ト雖モ之ヲ附屬的商行爲中ニ編入ス例ヘハ營業開始前ノ準備行爲、會社ノ設立行爲等ノ如キモ亦之ニ屬ス

二 商人カ其營業ノ爲メニスル行爲ハ必スシモ全然其營業ノ爲メニスルモノノミニ限ラサルヘシ例ヘハ其一部ハ營業ノ爲メニシ其一部ハ家事ノ爲メニスルカ如シ其適例トシテ商法學者ノ示ス所ヲ見ル

ニ石炭ノ買入ヲ爲ス場合ニ一部分ハ商業上之ヲ消費スル目的ヲ有シ他ノ部分ハ之ヲ家事ノ爲メニ消費スル目的ヲ有シ之ヲ分割スルコト能ハサル場合ヲ舉タルヲ常トス此ノ如キ場合ニモ尙ホ其行爲ヲ營業ノ爲メニスルモノト看做シテ附屬の商行爲中ニ編入スヘキヤ否ヤ學說三派ニ分レ(第一說)ハ積極說ニシテ全然之ヲ附屬の商行爲ト爲シ(第二說)ハ消極說ニシテ全然之ヲ附屬の商行爲ニ非スト爲ス(第三說)ハ折衷說ニシテ分量ノ多少ニ從テ何レニ屬スルヤヲ決定スヘシトナス我輩ハ消極說ヲ是認スル者ナリ何トナレハ附屬の商行爲ト爲スハ則チ民法ノ適用ヲ脫シテ商法ノ適用ヲ受クルニ至ルノ謂ニシテ換言スレハ其行爲カ一般ノ法律行爲ニ加フルニ商行爲性ヲ以テスルニ外ナラス然ルニ不可分のニ家事上並ニ商業上ノ目的ニ出ヅル行爲タル以上ハ未タ商行爲性ヲ附屬スルニ充分ナラスト判斷スルヲ正當トスレハナリ

第二節 商人

商人ハ獨逸語ニテ之ヲ「カウフマン」Kaufmann ト云ヒ佛蘭西語ニテ之ヲ「ロムメルサン」Commercant ト云ヒ英語ニ譯セハ「マーチャント」Merchant 又ハ「トリーダー」Trader ニ該當スルモノニシテ商行爲ノ營業(商業)ノ主體タル者ヲ指ス我商法ハ第四條ヲ以テ商人ノ定義ヲ設ケタルカ故ニ左ニ款ヲ分チテ第一款ニ於テハ其定義ヲ分析シ第二款以後ニ於テハ商人ノ各種類ヲ説明スヘシ

第一款 商人ノ意義

商法第四條ヲ見ルニ「本法ニ於テ商人トハ自己ノ名ヲ以テ商行爲ヲ爲スヲ業トスル者ヲ謂フ」ト此定義

ヲ分析スレハ(一)營業ヲ爲スコトヲ本體トシ(二)營業ノ目的タル行爲ハ商行爲ニシテ(三)其營業ヲ行フ形式ハ自己ノ名ヲ以テスルコトヲ三要件ト爲ル

第一 營業ヲ爲ス事(商人ノ概念ノ本體)

營業ナル意義ハ我商法ニ於テハ主觀的ノ二意義ヲ有シ主觀的ノ意義ニ於テハ或人カ所得ノ常源トスル動機ヲ以テスル私法上ノ活動ヲ指シ客觀的ノ意義ニ於テハ主觀的ノ意義ニ於ケル營業ヲ客觀的ニ觀察セルモノニシテ即チ其營業上使用スル財團ノ活動ヲ指シ更ニ一層之ヲ客觀的ニ觀念シテ其營業上使用スル財團自身ヲ指ス而シテ茲ニ營業トシテ述フルハ客觀的ノ意義ニアラスシテ主觀的ノ意義ナリトス左ニ此意義ニ於ケル營業ノ概念ヲ更ニ分析シテ説明スヘシ

一 所得ノ常源

所得ハ收入ナリ他語ヲ以テ之ヲ謂ヘハ利益ナリ常源トハ繼續的ノ淵源ヲ指ス故ニ所得ノ常源ト謂ヘハ單ニ所得ニ付キテノ常源タルニ止マリ其收入シタルモノヲ如何ナル費途ニ充ツルヤハ敢テ問フ所ニアラス例ヘハ收入ヲ以テ自己ノ私用ニ充タシ或ハ之ヲ公共ノ爲メニ擲チ或ハ宗教上若クハ學問美術上ノ出捐トスルモ妨ケス又其收入ハ結局スル所收入トナレハ可ナリ簡簡ノ行爲ニ付キ利益ナク若クハ損失アルモ大體ニ於テ收入ヲ得ル目的ヲ達シ得ヘキ場合ナレハ可ナリ又收入ノ常源ト謂フモ他ニ收入ノ途アリ若クハ收入ノ常源アルコトヲモ妨ケス例ヘハ販賣業ヲ以テ所得ノ常源トナスト同時ニ問屋業ヲ以テモ所得ノ常源トナスコトヲ妨ケサルカ如シ然レトモ已ニ所得ト謂フ以上ハ眞實ノ收入ノ意義ニ於テモサルヘカラス自家ノ費用ヲ節約スルカ如キハ不可ナリ例ヘハ消費組合ノ如キ共同貯蓄組合ノ如キ相互保險ノ如キハ原則トシテ所得ノ觀念ト背馳スルヲ常トシ只

組合員タラサルモノニ對シテモ取引ヲ爲ス場合ニ限リテ初メテ所得ノ觀念ト兩立スルモノト爲ルカ如シ又所得ノ常源ト謂ヘルカ故ニ繼續シテ之ヲ收入ノ淵源トナスコトヲ要シ單ニ一時的の若クハ斷續のニ止マルモノハ此中ニ包含セス例ヘハ營業者カ死亡シ相續人カ欠缺シタル爲メニ國家ニ其財團カ歸屬スル場合ト雖モ國家ハ營業ヲ爲スモノト謂フヘカラス尙ホ時時取引所仲買人ノ手ヲ經テ數年間相場取引ヲ爲シタルモノト雖モ尙ホ營業ヲ行フモノニアラサルカ如シ

二 所得ノ常源トスル動機

此動機ハ普通ノ狀況ニ於テ認識シ得ルモノナレハ可ナリ必スシモ此動機ニ出ツル旨ヲ公衆ニ表白スルコトヲ必要トセス又此動機ハ單ニ所得ノ常源トスルコトニ對スレハ可ナリ其目的タル行爲ニ付キテ箇箇格別ニ認識セラルルコトヲ必要トセス況ヤ目的タル行爲ヲ反覆シテ爲サントスルコトヲ表白スルノ必要ハ更ニナキモノトス

三 所得ノ常源トスルノ動機ヲ以テスルノ活動

此活動ニハ種種アリ或ハ事實上ノ行爲アリ或ハ法律行爲アリ孰レモ營業ト爲スニ妨ケス例ヘハ勞務ヲ供スルヲ以テ所得ノ常源トスル動機ニヨリ活動スル者即チ所謂労働者ノ如キモ一種ノ營業者ナリ又契約ノ取結ニ任スルヲ以テ所得ノ常源トスル動機ニテ活動ヲ爲ス者例ヘハ問屋ノ如キ者モ營業者ナリトス

第二 商行爲ノ營業

營業ノ目的タル商行爲ハ基礎的商行爲(絶體的及ヒ相對的商行爲)ニ限ルヘキコト勿論ナリ何トナレハ附屬的商行爲ハ營業ノ爲メニスルモノト看做サルルノ結果其行爲カ商行爲タルモノニシテ之ヲ營

業トスヘカラサルヤ勿論ナレハナリ而シテ商行爲ノ營業ト謂フモ同一ノ商行爲ヲ反覆シテ行フコトヲ必要トセス其商行爲ニ基キ所得ノ常源トスル動機ヲ以テ爲ス活動ヲ生スレハ可ナリ例ヘハ媒介代理商ノ如キ唯一ノ代理契約ニ基キ其後引繼キテ夥多ノ媒介行爲(法律行爲ニ非ス)ヲ爲シ以テ營業トスル者ナレトモ其商行爲ノ營業タルコトヲ妨ケス商行爲ノ代理ヲ目的トスル代理商モ亦他人ノ名ヲ以テスル法律行爲ヲ爲シ以テ營業トスル者ナレトモ其商行爲ノ營業タルヲ妨ケス況ンヤ唯一ノ商行爲ト雖モ長期間其取結ノ爲メニ費ササルヘカサルモノニアリテハ之ニ附屬シタル夥多ノ法律行爲及ヒ事實行爲アリテ以テ營業上ノ活動ヲ組成シ得ヘク從テ此商行爲ノ取結ヲ目的トスル營業カ商行爲ノ營業タルコトヲ妨ケサルヤ當然ナリトス

第三 自己ノ名ヲ以テ商行爲ノ營業ヲ爲スコト

自己ノ名ト謂ヘルハ自己ニ權利及ヒ義務カ歸屬スルノ意ニシテ自己ノ氏名若クハ商號ヲ以テスルノ謂ニアラス故ニ縱令匿名代理ニ因ル商行爲ヲ業トスルモ之ヲ商人トイフヲ妨ケス(二六六條)又自己ノ名云云ハ商行爲ニ關スルモノト解スルヲ正當トシ從テ其商行爲ヲ爲スヲ業トスルニ付キ營業上取結フヘキ契約其他ノ行爲ニ必スシモ自己ノ名ヲ以テスルヲ必要トセス例ヘハ商行爲ノ代理ヲ目的トスル代理商ハ其代理行爲ニ付キテハ權利義務ヲ悉ク本人ニ歸着スルニモ拘ハラズ尙ホ商人タルコトヲ失ハズ又仲立人ノ如キモ其媒介行爲ヨリ生スル權利義務ハ孰レモ本人ノ權利義務タルニモ拘ハラズ尙ホ商人タルヲ失ハサルカ如シ

以上述フル所ニヨリテ商人ノ何タルヤハ明カナルヘシ

第二款 商人タリ能ハサル者

營業ノ自由ハ我憲法ニ明文上ノ保障ナシト雖モ各人ハ事實上之ヲ有ス唯憲法ノ規定ナキカ爲メ法律ヲ以テスルノミナラス命令ヲ以テモ尙ホ之ヲ制限スルコトヲ得ヘシ而シテ此營業ノ自由ナルモノハ男女老少其能力等ニ關スル差別ナキハ勿論人タルト法人タルト問ハス加之外國人ト雖モ今日ハ原則トシテ之ヲ有スルニ至レリ(日英通商航海條約三條其他各國條約)然ルニ種種ノ理由ニ基キ此營業自由ノ原則ニ對スル例外ヲナス場合少カラズ左ニ之ヲ分類シテ説明スヘシ

第一 營業ノ性質ニ因ル制限

之ヲ分チテ絕對的及ヒ相對的ノ二トナス

一 絕對的制限

絕對的制限トハ例ヘハ信書ノ運送煙草ノ製造輸入等カ特別法ヲ以テ之ヲ政府ノ事業トナシタルヲ適例トナシ其他我國ニ於テモ之ニ屬スルモノナキニアラサルヘシ(明治三十三年法律第五四號郵便法明治三十七年法律第一四號煙草專賣法)尙ホ絕對的制限ノ一種トシテ認メラルヘキモノニシテ單ニ一地方ヲ積極的若クハ消極的ニ限ルモノナシトセス例ヘハ臺灣以外ニ於テ阿片ノ賣買ヲ許ササルカ如キ是ナリ

二 相對的制限

法令ニ於テ特定ノ商業ヲ營ムコトヲ得ヘキモノノ資格ヲ具ヘ若クハ特定ノ商業ヲ營ムカ爲メニ官廳ノ許可又ハ免許ヲ必要トスルコトヲ定ムル場合アリ例ヘハ銀行營業ニ付キテハ大藏大臣ノ許可

ヲ要シ電氣事業ニ付キテハ逓信大臣ノ許可ヲ要シ保險事業ニ付キテハ農商務大臣ノ免許ヲ要スルカ如キ最モ著シキモノニシテ此外夥多ノ法令ヲ以テ種種ノ營業ニ關シ相對的ノ制限ヲ設ケタリ

第二 職務ニ因ル制限

特別ノ職務ニ從事スル者ニシテ商業ヲ營ムコトヲ禁セララルモノ少カラズ例ヘハ官吏又ハ其家族ハ本屬長官ノ許可ヲ得ルニアラサレハ商業ヲ營ムコトヲ得サルカ如キ(官吏服務規律)判事、行政裁判所長官、行政裁判所評定官ハ在職中商業ヲ營ムコトヲ得ス(裁判所構成法行政裁判所法)又辯護士ハ辯護士會ノ許可ヲ受クルニアラサレハ商業ヲ營ムコトヲ得サルカ如シ(辯護士法)

第三 競争禁止ニヨル制限

之ヲ更ニ左ノ三トナス

一 資格ニ因ル制限

例ヘハ支配人カ商業ヲ營ムニハ主人ノ許諾アルコトヲ必要トシ(三三條)代理商カ本人ノ營業部類ニ屬スル商行爲ヲ業トシ若クハ同種ノ營業ヲ營ムニハ本人ノ許諾アルコトヲ必要トシ(三八條)其他合名會社ノ社員、合資會社ノ無限責任社員、株式會社ノ取締役、株式合資會社ノ無限責任社員ニシテ代表ノ權限ヲ有スルモノ等ニ付キテモ亦同一ノ制限アリ

二 營業ノ讓渡ニ因ル制限

商號ト共ニスルト否トヲ問ハス凡テ營業ヲ讓渡シタル場合ニハ何等ノ特約ナキニモ拘ハラヌ讓渡人ハ同一市町村ニ於テ二箇年間同一ノ營業ヲ爲スコトヲ得サルモノトス尙ホ不正ノ競業ノ目的ヲ以テスルニハ地域及ヒ期間ニ限界ナク凡テ同一ノ營業ヲ爲スコトヲ得サルモノトス(二二條一項

三項及ヒ二三條)

三 契約ニ因ル制限

營業ノ讓渡ニ伴フト否トヲ問ハス營業ヲ爲ササル場合アリ而シテ營業ノ讓渡ニ伴フ場合ニハ商法第二二條第二項ノ規定ニ依リ其特約ハ同府縣内且三十年ヲ超エサル範圍内ニ於テノミ其效力ヲ有スルモノト定メラレタレトモ營業ノ讓渡ニ伴ハサル場合ニ於テハ其禁止契約ノ效力ハ解釋上ノ一大問題タルヘシ英吉利法律ニ於テハ地域若クハ期間ニ於テ多少ノ限界アル以上ハ其契約ノ效力ヲ奪フコトナシト解セラルト雖モ實際上期間ニ於テ五十年ニ亘リ地域ニ於テ國內ノ主要ナル部分ニ亘ルニ於テハ殆ト全ク營業ヲ禁止シタルモノト同一ノ結果ヲ來スヘキコト當然ナリ故ニ我輩ハ特別ノ事情ノ存セサル限りハ商法第二二條第二項ニ定メタル限界ヲ超ユル禁止ヲ契約スルモノ之ニ效力ヲ生セサルモノト解釋セント欲ス

第三節 商品

商品ナル用語ニハ商業學上ノ意義アリ商法上ノ意義アリ商業學上ニ於テハ最狹義ニ用ヒント欲シ商業ノ目的物タル生産物ヲ指スト謂ヘリ然レトモ商法ニ於テハ此見解ヲ採用セス苟モ轉換ノ目的タル以上ハ其物タルト有價證券タルト權利タルトヲ問ハス悉ク之ヲ商品ナル用語中ニ包含セシメタリ換言スレハ凡テ商行爲ノ目的タルコトヲ得ヘキモノハ皆商品ナリト謂ハサルヘカラス
動産及ヒ不動産ハ商品中ノ最モ普通ナルモノニシテ其說明ハ民法ニ讓ル尙ホ權利ニシテ商品タルモノ換言スレハ財産權タルモノハ其數極メテ多ク大體ニ於テハ是レ又民法ノ說明ニ讓ラサルヘカラス其民

法以外ニ存スルモノハ例ヘハ著作權、意匠權、特許權、商標權、商號專用權等ノ如キ是ナリ

商品中特ニ説明ヲ要スルハ有價證券及ヒ船舶是ナリ有價證券ニ付キテハ前ニ説明シタルヲ以テ茲ニハ單ニ船舶ノ何物タルカヲ説明スルニ止ムヘシ即チ船舶トハ水面ヲ航行シテ物又ハ人ヲ運送スルノ用ニ供セラルヘキ設備ヲ有スル動産ナリ而シテ單ニ水面ニ浮ヒ或ハ航行ノ用ニ供セラレサル性質ヲ有スルカ若クハ運送ノ用ニ供セラルヘキ設備ヲ有セサルニ於テハ之ヲ船舶ト稱スルコトヲ得ス例ヘハ燈臺、船浮、棧橋等ノ如キハ航行ノ用ニ供セラレサル性質ヲ有スルヲ以テ船舶ニアラス又筏ノ如キハ運送ノ用ニ供セラルヘキ設備ヲ有セサルヲ以テ是レ亦船舶ニアラサルナリ

此ノ如ク船舶ハ其性質上ヨリ論スレハ一ノ動産ナレトモ一方ニ於テハ法人ニ類シテ國籍、船籍並ニ名稱ヲ存シ他方ニ於テハ不動産ニ類シテ登記制度ヲ存シ抵當權ノ目的物トナリ國際公法上國土ノ延長トシテ取扱ハレ其他特種ノ行政權ノ行ハル地域ヲナスモノトス

以上述ヘタル船舶ノ意義ハ之ヲ廣義ニ用ヒタルモノニシテ商法ニ於テハ之ヲ商行爲ヲナス目的ヲ以テ航海ノ用ニ供セラルルモノニ限レリ(五三八條船舶法三五條)

第七章 商法ノ適用

商法ノ適用ニ付キテハ商法第一條乃至第三條ニ之カ規定アリテ根本原則トシテハ第一條之ヲ定メ商事(商法ノ規定スル内容)ニ關シ商法ニ規定ヲ存スルトキハ固ヨリ之ニ從フヘク若シ之ヲ存セサルトキハ商慣習ヲ適用スヘク若シ以上二者併存セサルトキハ初メテ民法ノ規定ヲ適用セラルヘキモノト定メタリ但商事ニ關スル特別法アルトキハ商法ノ規定ニ先チテ適用セラルヘキコト疑ナク又命令ノ規定

ハ法律ニ依リテ特ニ委任セラレタル場合ノ外ハ最後ノ適用ヲ見ルヘキハ勿論ナリトス
以上ノ根本原則ニ附屬シテ二箇ノ適用規則アリ(其一)ハ所謂片面的商行爲(一方の商行爲)ト名ケラル
ルモノニシテ此適用ノ規則ハ第三條ニ規定セラル即チ商行爲ノ當事者ノ一方ニ對シテハ商行爲タル
他ノ一方ニ對シテ商行爲タラサルモノアルトキハ若シ此商行爲タル當事者ニ商法ノ規定ヲ適用シ其相
手方ニ民法ノ規定ヲ適用スルモノトスレハ殆ト法律關係ノ效力ヲ無意味ニ爲シ裁判官ヲシテ法律ヲ適
用スルニ付キテ準據スル所ナキニ至ラシムヘシ例ヘハ商行爲タル當事者ニ對シテハ商法上ノ利率ニ從
ヒ六分ノ利息トナリ相手方ニ對シテハ民法ノ利率ニ從ヒ五分ノ利息トナルカ如シ故ニ當事者雙方ニ商
法ノ規定ヲ適用スト定メタル所以ナリ
次ニ適用ノ根本原則ニ附屬スル規則トシテ第二條ヲ以テ公法人ノ商行爲モ原則トシテ商法ノ規定ヲ適
用スヘキ旨ヲ定メタリ而シテ之ニハ更ニ例外ヲ設ケ法律又ハ命令中ニ別段ノ定メアルトキニ之ニ從フ
ヘク商法ノ規定ヲ適用セサルコトトス此規定ニ付キテハ種種ノ疑問ヲ包含スルモノニシテ其一ハ公法
人ノ商行爲ハ絕對の商行爲ノミナルヤ將タ又絕對の、相對的及ヒ附屬的商行爲アルヤノ問題ニシテ公
法人カ商人タルコトヲ得ルヤ否ヤノ前提ニ基ク議論ナリトス故ニ公法人ノ種類ニヨリ營業ヲ爲スコト
ヲ得ルモノニ對シテハ前述三種ノ商行爲アリト解スヘク營業ヲ爲スコト能ハサルモノニ對シテハ絕對
的商行爲ノミ存スト解セサルヘカラス第二ノ問題ハ法令ノ別段ノ定メナキトニ限ルトアルニヨリ公法
人ノ商行爲ニ付テハ命令ヲ以テ商法ノ規定ニ異ナリタル定メヲナスコトヲ得ルヤ否ヤノ問題ニシテ積
極說ヲ正當ト信ス第三ノ問題ハ此規定中ニ慣習法ヲ明言セサルニヨリ之ヲ除外スルヤ否ヤノ問題ニシ
テ公法人ニ關スル慣習法極メテ少キ結果實際問題トシテハ價值少キモ理論上ハ重要ナルモノトス而シ

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
ケ其財產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
參照スヘシ同案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チ強制和議認可
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)又會社カ豫メ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リ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
ヲ定ム裁判所ハ即チ決定ヲ以テ解散ヲ命スルモノナリ

右ノ所謂命令ノ外判決ヲ以テ會社ノ解散ヲ爲スコトアリ即チ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キ
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テ
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満了其他定款ニ定メタル事由ノ發生ニ因リテ會社ヲ解散シタル場
合ニ限リ社員ノ全部又ハ一部ノ同意ヲ以テ再ヒ之ヲ繼續シ前會社ヲ復活スルコトヲ認ムト雖モ其他ノ
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ノ範圍内ニ於テノミ
存續スルモノトナリ再ヒ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リ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メニ解散シタル場合ニ於テ合併ノ契約ヲ履行スルコトヲ得サルカ如キ時ニ於
テ再ヒ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此ノ如キ場合ニハ新ナル會社設立ノ手續ヲ爲スニ非サルハ事實上舊會社
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
場合ニ再ヒ其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

會社ヲ解散シタルトキハ其營業行為ハ最早爲スコトヲ得ス只清算ノ目的ノ範圍内ニ於テハミ存續スル
モノトス隨テ會社ハ清算ヲ爲サルヘカラス清算ニ付テハ別ニ章ヲ設ケテ詳述スヘシ
會社ハ此ノ如キ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チ業
務ノ執行ハ會社代表、競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
會社ヲ解散シタルトキハ合併及ヒ破産ノ場合ヲ除クノ外二週間内ニ本店及ヒ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モ解散ヲ以テ第三者ニ對抗
スル爲メニハ一般ノ原則ニ從ヒ解散ノ登記ヲ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ヲ破産ニ因リ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、破産一四條、一四八條)
第六三條ニ定メ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謂法定期間ニシテ時効ニ非ス隨テ中止中斷ニ依リテ延長
サルルコトナシ若シ此期間ヲ經過シテ尙ホ分配セサ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ス經濟
上ニ於テハ小資本ノ會社ヲ併セテ一團ト爲シ相互ノ競爭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
ノ手續ヲ履マスシテ解散セントスル會社ノ資産ハ合併ニ依リテ存續シ又ハ新ニ設立セラルル會社ノ資
産ト包括的ニ一團トセラルルノ一大利益アリ抑モ會社ヲ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、其實資ヲ以テ會社ノ債務ヲ辨濟シ各箇ノ取引
ニ付キ各別ニ之ヲ結了セサルヘカラスト雖モ此ノ如キ未結了ノ法律關係ヲ各箇ニ付キ結了セシムルハ

經濟上不利益ナルハ言フ俟タス會社ハ合併ハ又解散ノ一原因ナリト雖モ法律力特ニ合併ノ制度ヲ認メタル所以ハ即チ此ノ如ク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包括的ニ兩會社ノ資產ヲ一團ト爲スノ趣意ナリ舊商法ハ此ノ如キ合併ノ便法ヲ設ケザリシト雖モ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メタリ例ヘハ明治十九年法律第八五號銀行合併法ノ如キ之ナリ

新商法ニ於テハ頗ル廣ク合併ノ場合ヲ認メタリ即チ合名會社ヲ初トシ各種ノ會社ニ付キ各、合併ノ規定ヲ設ク(七七條乃至八二條、一〇五條、一二二條乃至一二五條、一二三六條二項)加之商法施行法第四二條ニ依レハ舊商法ニ於ケ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リテ存續スル會社又ハ合併ニ依リテ設立スル會社ハ商法ニ定メ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メタルモノト謂ハサルヘカラス要スルニ新商法ニ於テハ會社ノ合併ハ頗ル廣義ニシテ各種ノ會社ハ各、其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モ一切合併ヲ認メス

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リ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モ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力雙方一致シテ契約ノ成立スルニ於テ始メテ合併ノ實行ヲ舉グルモノナリ

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チ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包括的ニ他ノ會社ニ移轉スル法律行為ニ付テハ合名會社總社員ノ同意ヲ要スルトスルハ極メテ至當ナリ此決議ニ於テハ即チ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チ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錄及ヒ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抱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カナラシムルコトノ必要アルハ言フ俟タス尙ホ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シ合併ニ付キ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キ催告スルコトヲ要ス但右一定ノ期間ト謂フハ少クモ二箇月以下ナルコトヲ得ス(七八條二項)是レ全ク會社ノ債權者ヲ保護スルノ規定ニ外ナラズ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)若シ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(七九條二項)此規定ニ違反シテ辨濟ヲ爲サス又ハ擔保ヲ供セ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チ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メタル公告ヲ爲サ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)若シ又會社カ知レタル債權者ニ催告ヲ爲サ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
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キ合併セラ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ヒ債務者ハ合併後存續シ又ハ新設セラレタル會社ノ債權者及ヒ債務者トナル
モノナリ(例ヘハ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モ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)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チ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ヒ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リテ消滅シタル會社ニ付テハ解散ノ登記ヲ爲シ合併ニ依リテ設立シタル會社

ニ付テハ第五一條第一項ニ定メ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リテ設立シタル會社ハ合併ニ依リテ
消滅シタル會社ノ權利義務ヲ承繼ス是レ即チ合併ノ效果ヲ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ヒ其他ノ財産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産ハ一
括シテ手續又ハ新設ノ會社ノ財産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ヤハ各合併ノ決議ニ因リテ定マル所ニシテ社員全部カ必スシモ包括的ニ存
續又ハ新設會社ニ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終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是レ即チ會社ノ清算ナリ而シテ此等ノ
行為ヲ爲スカモノハ縱令會社ハ解散スト雖モ直チ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内ニ於テハ會社ハ解散後ト雖モ尙ホ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ハルモノニ非ス破産及ヒ會社ノ合併ハ又會社ノ解散ノ一原
因ナリト雖モ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ヒ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

我商法カ認メ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の信用ニ重キヲ置ケルモノニ在リ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是レ即チ第八五條ノ規定アル所以ナリ

第一 任意ノ清算

任意ノ清算ハ先ツ定款ニ豫メ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モ公益ヲ害シ又ハ善良ノ風俗ニ反セス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處分ヲモ爲スコトヲ得ルモノナリ例ヘハ會社ノ營業ヲ舉ケ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此ノ如ク任意清算ヲ爲ス場合ニハ解散ノ日ヨリ二週内ニ財産目録貸借對照表ヲ作ルコトヲ要ス是レ全ク其財産ノ狀況ヲ明了ナラシムルニ在リ尙ホ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トヲ要ス若シ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ス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

ニ爲シタル支拂ハ交互計算ノ上ニ於テハ相手方ニ對スル債權即チ貸方ノ項目ヲ取得スルニ止マリ決シテ辨濟トシテノ效力ヲ生スルコトナシ斯ル效果ヲ生スルコト佛派ノ學者ハ概シテ交互計算ハノ組入ハ更改力ヲ有スト説明ス然リト雖モ獨派學者ノ主張スルカ如ク此等ノ效果ハ畢竟交互計算本來ノ性質トシテ其組入ニ因リテ各箇ノ債權債務カ一團ノ不可分のモノト爲ルヨリ生スル自然ノ結果ニ外ナラス之カ爲メニ其債權債務カ固有ノ性質ヲ失フニハ非スト認ムル方至當ナルヘシ何トナレハ若シ其組入ニ因リテ更改ヲ生ストセハ各箇ノ債權債務ハ消滅スヘキヲ以テ之ニ附著セル抗辨權モ共ニ消滅シテ最早主張シ得サルノ不都合ヲ生スルノミナラス質權、抵當權、保證等ノ擔保權モ亦消滅シテ他日交互計算關係力中途ニ於テ廢除セラルルコトアル場合ニ甚シキ不都合ヲ生スレハナリ

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

ス債權者ハ最早各箇ノ債權債務ノ證明ヲ要セスシテ直チニ其殘額ニ基キ請求ヲ爲シ得ルニ至ルヲ以テ見レハ此殘額ニ對スル請求權タルハ畢竟承認ニ因リテ生シタル一ノ獨立ナル債權タリト認ムルコトヲ得ヘク即チ承認ハ更改力ヲ有スト論スルコトヲ得ヘシ尤モ之ニ關シテハ異論ヲ挾ミ得サルニ非ス然レトモ我商法ノ解釋トシテハ我輩ハ此殘額ノ請求權ヲ以テ計算項目ヲ組成セル舊債權ト異ナル一種ノ債權ナリト斷定スルニ躊躇セサルナリ第二九一條ニ「債權債務ノ總額ニ付キ相殺ヲ爲シ其殘額ノ支拂ヲ爲スコトヲ約ス云云」ト規定シ相殺ハ必ス總額ニ付キ之ヲ行フヘキコトヲ命シタルハ畢竟其相殺ニ因リテ箇箇ノ債權債務ノ項目ハ全ク其存在ヲ失フコトヲ示シタルモノナリト信ス如何トナレハ若シ各項目ニ付キ相殺カ行ハルモノトセハ或ハ相殺ノ殘額ヲ以テ其項目ノ一部若クハ殘部ナリト認メ得ヘシト雖モ然ラスシテ其總額ニ付テノミ相殺カ行ハルモノナリ今例ヲ以テ説明セハ甲カ乙ニ對シテ五千圓ノ全ク別種ノ權利義務ナリト觀念スルノ外ナク例ヲ以テ説明セハ甲カ乙ニ對シテ五千圓ノ三圓及ヒ二千圓ノ債權ヲ有シ乙カ甲ニ對シテ四千圓ノ債權ヲ有スル場合ニ交互計算カ行ハレタリト假定セヨ甲ノ乙ニ對スル債權ノ總額一萬圓ト乙ノ甲ニ對スル債權ノ總額五千圓トヲ差引計算セハ其殘額五千圓トナル此五千圓ハ恰モ甲ノ乙ニ對シテ有シタル一口ノ債權ト其額ヲ同シクスルモ恐ラクハ何人ト雖モ其殘額五千圓ニ對スル甲ノ債權ハ先ニ甲ノ有シタル五千圓ノ債權ト同一ノモノナリト強辯スル者ナカルヘシ況ヤ殘額カ前ノ孰レノ債權額トモ符合セサル場合ニ於テオヤ之ヲ以テ孰レノ債權ト爲シ若クハ孰レノ債權ノ殘部ナリト認ムルコトヲ得ルカ到底之ヲ別種ノ債權ト觀念スルヨリ外ナカルヘシ

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

交互計算ノ各項目ニ對シテハ計算期間内ニ於テモ利息ヲ附スルコト差支ナシ或ハ交互計算ヘノ組入ニ因リ各債權債務ハ恰モ其效力ヲ停止セラルルカ如キ狀況ニ立ツノ故ヲ以テ計算項目ニ利息ヲ附シ得ルヤ否ヤニ付キ疑ヲ懷ク者ナキニ非サルヘシト雖モ第二九五條二項ノ規定ハ此邊ノ消息ヲ明カニシ居レリ勿論計算ノ各項目ニ利息ヲ附スルコトハ當事者間ノ特約ニ因ルカ又ハ特約ナキトキハ第二七五條ノ如キ特別規定ノ存スル場合ニ限ラルルニ反シテ殘額トシテ常ニ計算閉鎖ノ日ヨリ之ニ對シテ利息ヲ請求スルコトヲ得（二九五條一項）之ハ交互計算ノ特質トシテ認ムヘキ所ナリ一方ニ於テハ其殘額ノ請求權者カ非商人ナルトキト雖モ之ニ當然利息ノ請求ヲ許シ他方ニ於テハ交互計算ノ各項目ニ付キ既ニ利息カ附セラレアル場合ニモ尙ホ其殘額ニ對シ利息ヲ請求シ得セシムルヲ以テ（二九五條二項）事實利息ニ利息カ附セラレ所謂重利ヲ生シ民法第四〇五條規定ノ趣旨ニ背反スルモ省ミサル等ノ點ハ特ニ注意スヘキ所ナリ

第三節 交互計算ノ終了

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

交互計算ノ解除ニ伴フテ研究ヲ要スルハ解除ノ效果ニ關スル問題ナリ解除ノ效果ハ既往ニ遡ルヲ原則
トスレトモ此場合ニ於ケル解除ハ唯將來ニ向テ其效力ヲ生スルニ止マル將來ニ對スルモノナルカ故ニ
既往ニ生シタル計算關係ハ依然トシテ存續シ隨テ如何ニ之ヲ處理スヘキヤノ問題ヲ生ス第二九六條後
段ノ規定ハ之ヲ決定シ交互計算關係ノ解除セラレタル場合ニ於テハ直チニ計算ヲ閉鎖シテ殘額ノ支拂
ヲ請求スルコトヲ得ト爲セリ是レ他ナシ當事者カ計算關係ヲ解除スルハ畢竟之ニ因リテ自己ノ將來ニ
受クヘキ危險ヲ避ケントスルニ在ルカ故ニ直チニ此請求ヲ爲シ得セシメサルトキハ當事者ノ爲メニ特
ニ解除權ヲ認メタル趣旨ヲ沒却スルニ至ルヘケレハナリ

第四章 匿名組合

匿名組合ハ合資會社ト共ニ其發端ヲ勞力ト資本トノ併合ニ取リタルモノナリ商業ニ熟達セル伎倆ヲ有
スルモ資本ナクシテ事業ヲ新興スルコト能ハサルモノ若クハ資本不足ニシテ從來ノ業務ヲ擴張スルニ
由ナキ企業家ト之ト反對ニ豐富ナル資本ヲ有スルモノ之ヲ利用シテ利殖ヲ圖ルノ經驗ニ乏シキ資本家ト
カ相集リ各、其長スル所ニ從テ提供シタル一方ノ勞力ト他方ノ資本トヲ併合シテ事業ヲ營ミ以テ之ヨ

リ生スル利益ヲ分タントスルカ其趣旨ナリ斯ル制度ハ其由來スル所古ク第十世紀頃既ニ伊太利ニ其端
ヲ發シ彼ノ有名ナル寺院法ノ跋扈スルニ伴ヒ其發達ヲ遂ケタリ蓋シ寺院法ハ消費貸借ノ利息ヲ附スル
コトヲ嚴禁シタルヨリ當時ノ資產家ハ資金ヲ有益ニ使用スルノ途ヲ失ヒ遂ニ消費貸借ノ名義ヲ棄テテ
他人ノ事業ニ投資シ其利益ノ分配ヲ得テ資金ヲ利殖スルノ方法ヲ採ルニ至リシナリ然レトモ斯ル事項
ハ名義ニ如何ニ關セス均シク寺院法ノ精神ニ背反スルヲ以テ有價ノ消費貸借カ嚴禁セラルコト益、
甚シキニ伴ヒ此制度モ愈々種種ノ變遷ヲ爲シ終ニ一箇ノ會社名義ニ變形シテ到ル所ニ其組織ヲ見ルニ
至レリ即チ最初ハ他人ノ事業ニ投資スルモ事業ハ其他人ノ名義ニ依リテ行ハラルモノナリシカ之ヲ
變形シテ勞力ト資本トノ併出ニ因リテ一ノ團體カ形成セラレ其團體名義ヲ以テ事業ヲ營ムノ組織ヲ生
シタルナリ是レ今日ノ所謂合資會社ノ前身ニシテ此組織ハ全ク消費貸借ノ觀念ヲ離レ資金ノ供出者ハ
其出資ニ因リテ利益ノ配當ヲ受クル代リニ其出資ヲ以テ外部ニ對シ會社事業ヨリ生スル損失ノ危險ヲ
モ負擔セントスルニ在リ其後利息禁止主義ノ漸ク敗ルルニ及ヒテヤ利益ノ配當ヲ目的トシテ他人ノ事
業ニ出資スルモ最早兎角ノ議論ヲ生セサルコトナリ資金ノ供出者ハ決シテ其出資ヲ以テ外部ニ對シ
事業ヨリ生スル危險ヲ負擔セサルヘカラサルノ必要モナキニ至リタルヲ以テ一方ニ於テハ資金ヲ投シ
テ一ノ團體ヲ組成シ其出資ヲ以テ外部ニ對シ責任ヲ負擔スル會社組織ノ益、發達スルト共ニ他方ニ
於テハ出資ヲ以テ他人ノ名義ニテ行ハル事業ニ參與シ外部ニ對シテハ營業者獨リ其責任ヲ任スル組合
組織モ亦盛ニ行ハルルニ至リタリ要スルニ合資會社ニ在リテハ社員ノ出資ハ會社信用ノ基礎タル會社
夫レ自身ノ資本ヲ組成シ會社ハ之ニ依リテ外部ニ對シ事業ヲ營ム者ナルヲ以テ社員ハ其出資ニ依リテ
損益ニナラ之ヲ共分スヘキモノナリト雖モ匿名組合ニ在リテハ他人ノ事業ニ出資ヲ爲シ以テ利益ノ分

配ニ與カラントスルニ止マリ出資者ハ外部ニ對シテ此資本ヲ以テ責任ヲ負擔スル者ニ非サルカ故ニ營業配ニ出資者トノ間ニハ必スシモ損失ノ危險ヲモ分擔セサルヘカサルノ必要ナシ出資者ハ利益ノ分配ニ與ルノミニテ其出資ハ無條件ニ之カ償還ヲ受クルノ約束ヲ爲スモ妨ナシ此點ニ於テハ匿名組合ハ普通ノ消費貸借ニ酷似ス然レトモ兩者ハ固ヨリ其性質ヲ同シウスルモノニ非ス詳細ハ以下順次之ヲ説明スヘシ

第一節 匿名組合ノ意義

匿名組合ノ説明ニ入ルニ當リ先ツ一般ノ商事ニ關スル組合ニ付キ一言スヘシ商事上ノ組合ハ其種類頗ル多シ二人以上カ金錢又ハ勞務ヲ出資トシテ共同ノ事業ヲ營ムハ普通ノ場合ナレトモ時トシテハ當座組合トテ其共同事業カ唯一時ノ商取引ニ係ル場合アリ或ハ共分組合トテ其商取引ハ當事者カ各自別箇ニ一時ノ又ハ商業的ニ之ヲ行ヒ唯其各自ノ事業ヨリ生スル損益ヲ吐出シテ共通ノ計算トスル仕組ノ組合アリ或ハ茲ニ説明セントスル匿名組合モ存スルナリ此ノ如ク商事上ノ組合ハ其種類頗ル多シト雖モ我商法ニハ唯匿名組合ニ付テノミ規定存シ而モ匿名組合中ニテモ一時ノ商取引ニ關スルモノニ付テハ何等規定スル所ナシ然レトモ此等種種ノ組合ニハ商法カ適用セラレト謂フニ非ス其目的タル事業カ第二六三條及ヒ第二六四條ニ掲ケラルル商行為ニ屬スルモノナル以上ハ其取引ニ商法ノ適用アルハ勿論ナリ又組合契約其モノモ當事者雙方カ非商人ナル場合ハ格別ナレトモ其雙方カ商人ナルカ少クトモ一方カ商人ナル場合ニハ是レ亦商行為トシテ當事者間ニ商法ハ適用セラレヘシ(二六五條及ヒ三條)唯匿名組合ニ付テハ此事以外別ニ規定ヲ要スルモノ多キニ依リ特ニ一章ヲ設ケテ數多ノ規定ヲ爲

シタルニ過キス

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

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

匿名組合ハ組合契約ノ一種ナリト説明セラルル尤モ民法上ノ組合カ共同ノ財産ヲ以テ共同ノ事業ヲ營ムヲ其要素ト爲セルニ反シ此匿名組合ニ在リテハ後ニ説明スルカ如ク組合員ノ出資ハ營業者ニ歸屬シ其事業ハ獨リ營業者ノ事業トシテ營業ルモノナルヲ以テ殆ト組合ノ性質ヲ缺ケルニ似タリ而モ尙ホ之カ組合ナリト稱セラルル所以ハ畢竟事業ノ運命ニ參與スル經濟上ノ共同ハ矢張り此場合ニモ存在スト言フニ外ナラサルナリ

第二 匿名組合ノ當事者ハ其一方カ營業者タルコトヲ要ス 匿名組合ハ法文ニ示スカ如ク當事者ノ一方カ相手方ノ營業ノ爲メニ出資ヲ爲スモノナルカ故ニ其當事者ハ一方ニ出資ヲ爲スノ責任スル匿名組合員アリ他方ニハ其出資ヲ自己ノ營業ニ使用スル營業者ナルヘカサル隨テ匿名組合員ハ自然人タルト法人タルト將タ又商人ナルト非商人ナルト問ハスト雖モ其相手方ハ必ス營業トシテ商行為ヲ行フ商人ナラサルヘカラス商人ニ非サル者ノ事業即チ營業の繼續ノ性質ヲ有セサル一時ノ商取引ニ出

資ヲ爲シ利益ノ分配ヲ約スルカ如キハ廣義ニ於ケル匿名組合ノ内ニ入ランモ茲ニ所謂匿名組合トハ稱
 相手方カ營業者ナルコトハ匿名組合ノ成立スル必要條件ナリ然レトモ之ヲ解シテ匿名組合ノ成立スル
 以前ニ於テ相手方カ既ニ營業ヲ開始シ居ルコトヲ必要トスト誤認スル勿レ自己ノ資本ヲ以テ行フ所ノ
 既存ノ營業ヲ擴張セシムル爲メ資本増加ノ手段トシテ匿名組合契約ヲ締結スル場合アルト同時ニ熟練ナ
 ル商業上ノ伎倆ヲ有スルモ其事業ニ投スヘキ資本ナク若クハ其資本少額ニシテ其職足ヲ伸フル能ハサ
 ルトキ他人ヨリ出資ヲ得テ自己ノ資本ヲ補充シ若クハ其他人ノ出資ノミヲ以テ新事業ヲ起サンカ爲メ
 此組合契約ヲ締結スル場合アルヘシ
 此ノ如ク匿名組合ハ一方ニ出資ヲ爲ス匿名組合員アリ他方ニ商業ヲ營ム商人アレハ成立スルモノナル
 カ故ニ一ノ商人ニ對シ同一營業ノ爲メニ數人ノ出資ヲ爲ス者アル場合ニ於テハ其契約ハ各箇獨立シテ
 成立スルモノト認メサルヘカラス會社若クハ普通ノ組合ニ於ケルカ如ク組合員一同ニテ組合ヲ組成ス
 ルニ非スシテ茲ニ所謂匿名組合關係ハ單ニ營業ヲ爲ス者ト出資ヲ爲ス一人トノ間ニ於テノミ發生シ所
 謂組合員相互ノ間ニハ何等ノ關係ヲ生ゼサルナリ隨テ斯ル場合ニハ其出資者ノ人數ニ應スル數多ノ獨
 立シタル組合關係カ發生スルモノト知ルヘシ
 第三 匿名組合ハ當事者ノ一方カ相手方ノ營業ノ爲メニ出資ヲ爲シ其營業ヨリ生スル利益ヲ分配スル
 ヲ以テ目的トス
 匿名組合ハ諾成契約ニ因リテ成立スルコト並ニ其當事者ノ資格如何ハ既ニ説明シタリ茲ニハ其契約ノ
 内容如何ニ關スル説明ヲ爲サントス

(イ) 他人ノ營業ノ爲メニ出資ヲ爲スコトヲ要ス 匿名組合ハ或人カ出資ヲ爲シテ他人ノ營業ニ參與
 スル場合ニ其存在アリ他人ノ營業トハ他人ノ名義ニテ行ハル事業ノ意義ニシテ即チ其他他人カ營業ノ
 主體トシテ第三者ニ對シ自己ニ權利ヲ得義務ヲ負フ地位ニ在ル場合ヲ謂フ匿名組合員ハ出資ニ因リテ
 會社法人ノ一員タルノ資格ヲ得ルニ非ス又普通ノ組合員ノ如ク其出資ヲ共同資本トシテ營業者ト共同
 ノ事業ヲ營ムニモ非ス自己ハ唯出資ヲ爲シタリト云フニ止マリ事業ハ獨リ營業主其者ノ事業トシテ之
 ヲ行ハシムルナリ一言セハ匿名組合ハ當事者間ニ於ケル内部關係タルニ過キスシテ外部ニ對シテ成立
 スルモノニ非ス第三者ハ其營業者ヲ唯一ノ當事者トシテ取引ヲ爲スヘク毫モ組合關係ノ存在ヲ認ムル
 ノ必要ナシ此ノ如ク其營業カ他人ノ事業トシテ營マルト言フヨリシテ自然匿名組合員ノ爲スヘキ出
 資ニ影響ヲ來シ其種類カ制限セラルルニ至ルナリ即チ出資ハ必ス金錢其他ノ財産ヲ以テスヘク勞務又
 ハ信用ヲ以テ其目的ト爲スコトヲ得ス(三〇四條一〇八條)蓋シ事業ノ執行ニ當ル者ハ營業者ニシテ匿
 名組合員ニ非サルヲ以テ此場合ニ匿名組合員ノ勞務力出資ノ目的ヲ得サルハ言フ俟タス又第三者ニ
 對シテハ匿名組合員ハ組合員トシテ現ルル者ニ非ス營業者獨リ其商號ヲ以テ自己ノ信用ニ依リ取引ヲ
 行フ者ナルカ故ニ匿名組合員ノ信用モ亦出資ノ目的ヲ得ルハ當然ノ事理ナリ
 (ロ) 營業者ハ其營業ヨリ生スル利益ヲ分配スルコトヲ要ス 匿名組合員カ財產出資ヲ爲シテ他人ノ
 營業ニ參與スルハ畢竟其報酬トシテ營業ヨリ生スル利益ノ分配ニ與ランカ爲メナリ故ニ利益ノ分配ヲ
 約スルコトハ匿名組合ノ成立ニ必要ナル條件ナリ出資者ハ利益ノミナラス損失モ亦之ヲ分擔スルヲ通
 常トスト雖モ損失ノ分擔ハ其要素ニ非ス利益ノ分配ノミヲ約シテ危險ハ其責ニ任セス事業カ失敗ニテ
 ルモ出資ハ之カ爲メニ損失ヲ受ケスシテ組合契約終了ノ際完全ニ出資額全ノ返還ヲ受クヘキ約束アル

場合ト雖モ組合契約ハ毫モ之ニ影響セラルコトナシ

第二節 匿名組合契約ノ效力

匿名組合契約ニ因リ生スル組合關係ハ匿名組合員ト營業者トノ間ニ於ケル法律關係ニシテ外部ニ對シテ其存在ヲ認メラルモノニ非ス組合契約ノ結果トシテ其一要素タル營業行為ヲ生シ之ニ因リテ第三者トノ間ニ權利義務ノ關係ヲ發生スルハ勿論ナリト雖モ此關係タルヤ唯第三者ト營業者トノ關係タルニ止マリ決シテ匿名組合員ニ對シテ效力ヲ生スヘキモノニ非ス普通ノ組合ニ在リテハ組合員相互ニ出資ヲ爲シ共同シテ組合ノ事業ヲ營ムヲ其性質トス隨テ何人カ業務執行ノ任ニ當ルトスルモ其業務タルヤ自餘ノ組合員ヲ代表シテ外部ニ對シテ組合員全體ノ事業トシテ之ヲ行フモノニシテ其結果執行員ノ行為ハ直チニ組合全體ニ對シテ效力ヲ生スト雖モ匿名組合ニ在リテハ然ラス營業資本ハ其供給ヲ組合員ノ出資ニ仰クト雖モ營業者其モノハ共同ノ事業ニ非スシテ營業者ノ單獨事業タリ營業者ハ組合員ヲ代表シテ業務ヲ執行スルニ非ス自己ノ名義ノミヲ以テ其營業ヲ爲スナリ隨テ其營業ヨリ生スル權利義務ハ舉ケテ營業者ノ一身ニ歸シ匿名組合員ト營業者ノ行為ニ付キ第三者ニ對シテ權利及ヒ義務ヲ有スルトナシ(二九八條二項)此事タルヤ匿名組合員カ自己ニ營業ヲ爲シ又ハ營業者ヲ代表スルコトヲ得ストノ規定即チ第三〇四條ニ依リ合資會社ノ有限責任社員ニ關スル第一一五條ノ規定カ準用セラレ居ルニ對照セハ益、此觀念ヲ明カニスルコトヲ得ヘシ何トナレハ匿名組合員カ營業ニ與リ又ハ營業ニ關シテ何等ノ代表權ヲ有セストノコトハ其裏面ニ於テ匿名組合員カ出資ヲ爲スモ外部ニ對シテ組合員トシテ現ハルヘキモノニ非ス營業ハ單ニ相手方ノ營業タルニ止マリ匿名組合員ノ共同事業ニ非サルコトヲ示

シ前節ニ説明セル第二九七條ノ規定ト相俟テ益、匿名組合員ハ其性質上第三者ニ對シテ權利ヲ得義務ヲ負フヘキニ非サルコトヲ明カニシ居レハナリ出資者ニ匿名組合員ノ名稱アルモ畢竟之カ爲メナリ然レトモ匿名ト謂フモ其氏名ヲ隱匿スルコトハ匿名組合ノ成立ニ必要ナルニ非ス匿名組合員カ其氏名ハ氏名ヲ營業ノ商號中ニ用ヒシメ又ハ自己ノ商號ヲ營業者ノ商號トシテ用ヒシメタル場合ト雖モ尙ホ其營業自體カ營業者ノ營業タルニ止マル以上ハ之カ爲メ匿名組合ノ生存ヲ防ケラルルコトナシ尤モ斯カル場合ニ於テハ第三者カ其氏名又ハ商號ニ因リ其營業ヲ以テ匿名組合員自身ノ營業者クハ營業者トノ共同營業ト誤リ信スルノ恐アルカ故ニ法ハ特ニ之ニ關スル制裁ヲ設ケ其使用以後ニ生シタル債務ニ付テハ營業者ト連帶シテ其責ニ任スヘキモノト爲シタリ勿論匿名組合ニ此責任アルハ營業者ノ商號中ニ自己ヲ表示スル名稱ヲ現ハスコトヲ明示又ハ默示ニテ許諾シタル場合ニ限ルモノニシテ其意思ニ基カサル氏名又ハ商號ノ表示ニ付テハ其責ニ任スルコトナシ(二九九條及ヒ一一一六條六五條)

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

(一) 匿名組合員ハ出資ヲ爲スノ義務ヲ負フ 匿名組合員カ他人ノ事業ニ參與シテ利益ノ配當ニ與ルハ其事業ニ資本ヲ供出スルヲ以テナリ故ニ此出資義務ニ付テハ別ニ説明ヲ要セス又其出資ノ目的ハ契約ノ性質上財產出資ニ限ラルヘキコトモ既ニ之ヲ述ヘタリ茲ニ研究スヘキハ唯其ノ出資カ何人ニ歸屬スルヤノ問題ナリ民法上ノ組合ニ在リテハ各當事者互ニ出資ヲ爲シ之ニ依リテ共同ノ事業カ營業ル

モノナルカ故ニ其出資ヲ以テ組合ノ資本即チ組合員ノ共同財産ト爲スノ必要アリト雖モ匿名組合ニ在リテハ營業者カ匿名組合員ノ出資ヲ以テ自己ノ事業ヲ營ムモノナルカ故ニ其出資ハ勢ヒ之ヲ營業者ノ財産ニ歸セシメサルヘカラス營業者ハ之ヲ自己ノ營業資本トシテ事業ヲ施行シ之ヲ以テ第三者ニ對シテ其營業ヨリ生スル責任スルナリ(二九八條二項)勿論匿名組合員ハ前節ニ於テ説明シタルカ如ク必スシモ損失ノ危險ヲ負擔スヘキニ非サルヲ以テ若シ無條件ニ出資額ノ返還ヲ受クヘキ約束カ當事者間ニ存在スルニ於テハ組合契約終了ノ際匿名組合員ト雖モ營業者ニ對スル營業上ノ他ノ債權者ト同等ノ地位ニ立テ營業者ニ對シテ其出資額ノ返還ヲ請求スルコトヲ得ヘシ(三〇二條、三〇三條)是レ合資會社ノ社員又ハ普通ノ組合員カ第三者ニ對シテ其出資ヲ以テ飽ク迄責任スルトハ大ニ其趣ヲ異ニスル所ナリ此結果アルハ畢竟匿名組合關係カ外部ニ對スルモノニ非サル特質ニ基因スルナリ

(二) 營業者ハ其營業ヨリ生スル利益ヲ分配スル義務ヲ負フ 是レ亦匿名組合ノ定義ヨリ生スル必然ノ結果ナリ此利益分配ノ割合ハ當事者ノ契約ニ因リテ定マリ若シ之ニ關スル別段ノ意思表示ナキトキニハ出資額ト資本總額トノ割合ニ應ジテ定ムルヲ通例トスルモ若シ爭アレハ裁判官ノ認定ニ依ルノ外ナシ民法ノ組合ニ付テハ民法第六七四條ニ各組合員ノ出資額ニ應ジテ之ヲ定ムト規定シアルモ匿名組合ハ民法上ノ組合ト其性質ヲ異ニスルコト以上屢々述ベタルカ如クニシテ隨テ特別ノ規定存セサル限ハ之ヲ直ニ茲ニ準用スルコトヲ得スト信ス尙ホ利益分配ノ義務即チ匿名組合員ノ營業者ニ對スル此請求權ノ行使ニ付テハノ制限アリ即チ(三〇〇條)ニ規定スル所ニシテ出資カ損失ニ因リテ減シタルトキハ其損失ヲ填補シタル後ニ非サレハ匿名組合員ハ此權利ヲ主張スルコトヲ得ス蓋シ出資ハ營業ノ行ハレ利益ノ生スル根源ニシテ營業資本ヲ得ントスレハコソ特ニ組合契約ヲ締結シタルモノナレハ苟

モ組合契約ヲシテ存續セシムル以上ハ其契約ノ要素タル營業資本ハ之ヲ持續セシムルノ必要アレハナリ然レトモ匿名組合員ハ受領期限ノ到來ニ依リ既ニ配當ヲ受ケタル利益又ハ未タ受取ラサルモ一旦營業者ニ對スル債權トシテ既ニ存立スル利益ニ付テハ縱令次ノ事業年度ニ於テ出資カ損失ニ因リテ減少スルコトアルモ之ヲ以テ其損失ヲ補充スルノ義務ナキモノトス

(三) 匿名組合員ハ營業者ノ義務ヲ監督スルノ權利ヲ有ス 匿名組合員カ他人ノ事業ニ出資ヲ爲スノ目的ハ其事業ヨリ生スル利益ノ分配ニ與ラントスルニ在リテ營業者ノ事業ニ付テハ大ナル利害關係ヲ有ス故ニ法ハ特ニ匿名組合員ニ其營業ヲ監視スルコトヲ得ルノ權能ヲ認メ營業年度ノ終ニ於テ營業時間内ニ限リ營業者ノ帳簿ノ閲覧ヲ求メ且營業及ヒ財産ノ狀況ヲ検査スルコトヲ得セシメタルノミナラス重要ナル事由アルトキハ裁判所ノ許可ヲ得テ何時ニテモ營業及ヒ財産ノ狀況ヲ検査スルコトヲ得セシメタリ(三〇四條、一一一條)

第三節 匿名組合ノ終了

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

(一) 契約ノ解除 是レ第三〇一條ノ規定スル所ニシテ其第一項ハ特定ノ場合ヲ限リ一定ノ條件ノ下ニ各當事者ノ爲メニ解除權ヲ認メ居レリ特定ノ場合トハ組合契約ニ存續期間ノ定ナカリシトキ及ヒ之

ニ準スヘキ場合即チ存続期間ノ定アルモ其期間ヲ或當事者ノ終身間ト定メテ當事者ノ自由ヲ拘束スルコト殊ニ甚シキ場合此二箇ノ場合ニ限リテ一定ノ條件即チ六箇月前ニ解除ノ豫告ヲ爲スコト及ヒ其解除ハ營業年度ノ終ニ於テ爲スコトヲ條件トシテ當事者ノ雙方ニ解除權ヲ認メ其第二項ノ組合ノ存続期間ノ定アルト否トヲ問ハス已ムコトヲ得サル事由アル場合ニハ何等ノ條件ヲ必要トセスシテ各當事者ヲシテ何時ニテモ隨意ニ組合契約ヲ解除スルコトヲ得セシメタリ此規定タルヤ會社ニ於ケル第六八條及ヒ民法上ノ組合ニ於ケル民法第六七八條ノ規定ト同一ノ趣旨ニ出テタルモノナレハ茲ニ説明ヲ重複スルノ必要ナシ唯一言ノ説明ヲ要スルハ彼ニ在リテハ之ヲ以テ單一ニ箇ノ社員又ハ組合員ノ退社シ又ハ脱退スル原因ト爲スニ止メテ敢テ會社又ハ組合其モノノ解散スル原因ト認メ居ラサルニ反シ此ニ在リテハ之ヲ以テ匿名組合其モノノ終了スル原因ト認メ居ルノ差異アル點是ナリ是レ匿名組合ノ性質ヨリ生スル自然ノ結果ニシテ實テ述ヘタルカ如ク匿名組合ノ當事者ハ唯匿名組合員ト營業者トノ二者アリ止マリ決シテ數多ノ匿名組合員ノアリ得ヘキモノニ非ス匿名組合員數人アリトセハ并ハ一箇ノ組合ニ數人ノ組合員アルニ非スシテ數多ノ獨立シタル組合關係アリト認ムヘキノミ隨テ匿名組合ニ在リテハ其性質上組合員ノ脱退ヲ認ムルニ由ナク組合員ノ脱退ト組合關係ノ終了トハ同一事項トシテ觀念スルヨリ外ナキヲ以テ茲ニハ直チニ組合ノ終了原因トシテ如上ノ規定ヲ爲シタルナリ

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

(三) 營業者ノ死亡又ハ禁治產 匿名組合ノ目的ハ他人ノ營業ニ出資ヲ爲シテ其營業ヨリ生スル利益ノ分配ニ與ラントスルニ在リ而シテ利益ノ有無、多少ハ事業其モノノ性質ニモ依ルヘケレトモ主トシ

テ業務執行者ノ技倆如何ニ歸スルヲ以テ何人カ營業者ナルカハ最初出資者カ組合契約ヲ締結スルニ當リテ著眼シタル主要ノ點ナリシナリ隨テ其營業者カ禁治產ノ宣告ヲ受ケテ營業能力ノ喪失者ト確定セラレタル場合又ハ死亡シタル場合ニ之ニ因リテ組合契約ヲ終了セシメ以テ特ニ別段ノ意思表示ヲ爲ササル限リハ最初ノ組合關係ヲシテ其繼續人又ハ營業ノ承繼人ニ迄繼續セシメサルハ當然ノ事ナリ尤モ之ト反對ニ匿名組合員ノ死亡又ハ禁治產ハ敢テ契約終了ノ原因ヲ爲スヘキノミ非ス何トナレハ匿名組合員ハ營業者ニ於ケルカ如ク其主觀的信用カ組合契約ノ成立又ハ存続ニ必要ナルニ非スシテ唯出資ナル物質的信用カ其要素ヲ爲シ居ルニ過キサレハナリ此事タルヤ無能力者ト雖モ後見人ノ同意ヲ得ル以上ハ完全ニ最初ヨリ組合契約ノ當事者タリ得ルニ省ミハ殆ト説明ヲ要セサル所ナリ(六九條一項三號五號、民六七九條一項一號三號)

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

組合契約ノ終了事由ハ以上ノ説明ニテ盡セリ之ニ關聯シテ研究ヲ要スルハ其事由ノ發生ニ因リ組合關係カ終了シタルトキ如何ニ營業財產ヲ處分スヘキヤ其計算方法ニ關スルコトナリ歸スル所民法上ノ組合ニ於テ組合員カ脱退シタル場合ニ其脱退員ト他ノ組合員トノ間ニ於テ爲ス計算方法ニ準據スルヲ至當トスヘケレトモ本章ニ民法第六八一條ヲ準用スル旨ノ規定ヲ缺ケルハ立法上ノ缺點ナリ其決算ノ結果トシテ若シ出資カ損失ニ因リテ減少シ居ル場合ニハ營業者ハ其殘額ヲ返還スレハ足ルト雖モ出

資力完全ニ殘存シ居ル場合ニハ其全額ヲ返還セサルヘカラス(三〇三條)茲ニ出資減少ノ場合ニハ單ニ其殘額ヲ返還スレハ足ルト言ヘルハ畢竟組合員カ損益兩ツナカラ之ヲ共分スヘキ地位ニ立チ居ル場合ニ付テ云ヘルモノニシテ若シ當事者間ニ損失ノ危險ヲ負擔セサル約束ノ存スル場合ニハ無論出資ノ減少ニ拘ハラス其全額ノ返還ヲ要スルモノト知ルヘシ

第五章 仲立營業

商取引ノ隆盛ハ補助機關ノ發達ニ伴フ固有ノ意義ニ於ケル商ノ實質タル物品ノ取得、移轉ヲ容易ニ迅速ニ且安全ナラシムルカ爲メ所謂補助ノ商トシテ商法ノ規定スルモノ多シ仲立ハ其ニ一ニシテ文字ノ示スカ如ク他人間例ヘハ賣主ト買主トノ中間ニ立チテ賣買ノ媒介ヲ爲スヲ謂ヒ商業界ニ重要視セラルルモノノ一ナリ蓋シ物品ヲ賣却セントスルカ又ハ購買セントスルニ當リテ其對手ヲ見出スハ容易ノコトニ非ス假ニ之ヲ見出し得タリトスルモ其相手方タル果シテ信用シ得ヘキ人物ナリヤ否ヤ是レ亦容易ニ知り得ヘキニ非ス況ヤ斯カル探索ニ時日ヲ空費シ爲メニ商品ノ運轉ヲ停滯セシムルハ寸時ノ爭ニ利益ノ有無多少ヲ決スヘキ商ノ實際ニ於テ其不便殊ニ大ナルニ於テオヤ此不便ヲ除キテ圓滑ニ商取引ヲ進捗セシムル爲メニ仲立營業ハ生シタルナリ仲立人ハ繼續シテ媒介行爲ヲ營ミ幾多ノ經驗ヲ積ムノ結果自然如何ナル種類ノ商品ハ如何ナル方面ニ其捌ケ口アリヤ將タ其賣買ノ當事者タラントスル者ノ信用如何ハ其能ク知悉スル所ナルヲ以テ賣主、買主共ニ此仲立人ノ手ヲ通スルニ於テハ容易ニ迅速ニ且安全ニ其目的ヲ達スルノ便益アルナリ況ヤ仲立人ノ手ヲ經テ商取引ヲ爲スニ於テハ後ニ説明スルカ如ク委託者ハ敢テ其氏名ヲ現ハスノ要ナキヲ以テ秘密ニ其取引ヲ完結スルコトヲ得テ商業ノ

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

第二 保險期間ノ種類

保險期間ニ法定ノ期間ト合意ノ期間トアリ法定ノ期間トハ例ヘハ第四二三條ニ於テ運送保險ニ付テハ保險期間ハ運送人カ運送品ヲ受取リタル時ニ始マリ之ヲ荷受人ニ引渡シタル時ニ終ルト爲セルカ如ク又海上保險ニ付テハ船舶ノ保險ニ付テ一航海ニ付キ船舶ヲ保險ニ付シタル場合ニ於テハ保險期間ハ荷物又ハ底荷ノ船積ニ著手シタル時ニ始マリ到達港ニ於テ荷物又ハ底荷ノ陸揚ヲ終リタル時ニ終ルト爲シ(六五九條)積荷ニ付テハ積荷カ陸地ヲ離レタル時ニ始マリ陸揚港ニ於テ陸揚シタル時ニ終ルト爲セルカ如シ(五六八〇條)

合意ノ期間トハ當事者ノ意思ニ因リテ定メラルモノニシテ實例ヲ以テ言ヘハ例ヘハ運送保險ニ付テハ保險期間ハ被保險貨物ヲ運送人又ハ運送取扱人ノ手ニ受取リタル時ニ始マリ仕向地ニ著シタル後二十四時間ヲ經過シタル時ニ其期間ハ終了スト定ムルコトアルカ如キ是ナリ又火災保險ニ付テ言ヘハ保險期間ハ保險料ヲ領收シタル時ニ始マリ保險契約期間ノ最終日ノ午後四時ヲ以テ終ルト爲スモノアリ若シ保險期間ニ付テ當事者ノ合意モナク法律ノ規定ニモ恰當セサル場合ニハ一般ノ解釋ニ依リテ定メサルヘカラス

第三 保險期間ノ開始

商法商行為 保險法 損害保險 損害保險ノ要素 保險期間

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

第四 保險期間ノ中斷

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

第五 保險期間ノ終了

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

第四節 當事者

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

第一 保險者

保險者トハ危險ヲ引受ケ損害ノ發生シタルトキ之ヲ填補スルコトヲ約束スルモノニシテ保險業法ニ依ルルキハ保險者タル行爲ヲ事業トシテ爲スニハ株式會社又ハ相互會社ナラサルヘカラス而シテ其事業ヲ營ムニ主務官廳ノ免許ヲ要シ此等ノ保險事業ヲ營ム者ハ他ノ事業ヲ併セ營ムコトヲ得ス加之生命保險事業ト損害保險事業トヲ兼業スルコトヲ得サルナリ(保業一條乃至四條)

第二 被保險者

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

第三 被保險者

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

保險契約者カ委任ヲ受ケスシテ他人ノ爲メニ契約ヲ締結セル場合ニハ其旨ヲ保險者ニ通知セザルヘカラス而シテ若シ之ヲ告ケサルトキハ其保險契約ハ無効ト爲ル(四〇二條)

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

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

第二章 保險契約ノ締結

第一 保險契約ノ成立

保險契約ハ諾成契約ナリ故ニ保險契約者カ申込ヲ爲シ保險者カ之ヲ承諾スルニ因リテ成立ス即チ保險ノ目的ハ危險ノ種類、保險期間、保險金額及ヒ保險料等保險契約ノ要素ニ付キ完全ナル合意アルトキハ

保險契約ハ成立ス又保險契約ハ形式ヲ必要トセサル契約ナリ故ニ完全ナル合意アルトキハ契約ハ何等ノ形式ヲ要セスシテ成立ス然レトモ實際ニ於テハ種種ナル形式ヲ用フルコトアリ即チ保險契約者ハ保險者ノ發行セル保險申込書ニ記入ヲ爲シ以テ之ヲ保險者ニ交付シ之ヲ内容トシテ保險契約ヲ締結シ保險者ハ保險證券ヲ發行シテ保險契約者ニ交付ス此ノ如キ契約ノ申込ト承諾トニ書面ヲ用ユルヲ以テ保險契約ハ書面ヲ必要トスル要式契約ナルカノ外觀アリ然レトモ法理ニ於テハ保險契約ハ不要式ノ契約ナリ商法第三八四條及ヒ第四二七條等ニ於テ單ニ「約スルニ因リテ其效力ヲ生ス」ト規定スルヲ觀ルモ又第四〇三條第一項ニ「保險者ハ保險契約者ノ請求ニ因リ保險證券ヲ交付スルコトヲ要ス」トアルヲ見ルモ保險契約ハ諾成不要式ノ契約ニシテ保險證券ノ發行ハ保險契約成立ノ要素ニ非サルコト明カナリ

然レトモ保險契約ノ要式契約ニ非サルコトハ今日ノ發達セル法理ニ於テ之ヲ謂フモノニシテ古ニ於テハ一ノ要式契約ナリシナリ即チ古ハ保險契約ノ締結ハ書面ヲ以テスルコトヲ要シ且其書面ハ公證ヲ經ルコトヲ必要トセリ故ニ私書ニ依リテ締結セル保險契約ハ全ク無効ナリシナリ其後ニ至リテハ法律ヲ以テ一定ノ形式ヲ定メタル保險證券ヲ發行スルコトヲ契約ノ要素トシ其次ノ時代ニ在リテハ保險契約ヲ締結スルニ方リ保險證券ヲ發行セシメ之ニ公證ヲ受クルコトヲ必要ト爲シ公證ナキ保險證券ハ全ク無効ナリキ更ニ其後ニ至リテハ保險者ハ保險契約者ニ對シ保險證券ヲ發行スルコトヲ必要ト爲セリ其後商業大ニ發達シ種種ノ形式ヲ用フルノ不便ナルコトヲ感スルニ至リ先ツ商業ニ關スル法律行爲ハ形式ヲ要セサルニ至リ同時ニ海上保險契約ハ何等形式ナクシテ成立シ得ルニ至リ延テ今日ニ於テハ一般ノ保險契約カ不要式ノ契約ト爲ルニ至レルナリ

第二 保險申込書

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

- 一 保險ノ目的及ヒ價格
 - 二 保險金額
 - 三 保險ノ目的ノ所在
 - 四 保險ノ目的ノ所有者ノ住所、氏名
 - 五 保險ノ目的ノ使用者ノ職業
 - 六 隣家ノ距離、包圍、構造及ヒ職業
 - 七 他會社ト保險契約ノ有無
 - 八 保險料拂込ノ期間
 - 九 保險期間
- 其他火災危險ニ關スル事項
- 第三 保險證券
- 保險證券ハ保險契約成立ノ要素ニ非スト雖モ事實ニ於テ之ヲ發行セサル會社アルコトナシ尤モ海上又ハ火災保險ニ於テ同種類ノ保險契約ヲ同一ノ保險者ト數多締結スルトキニハ箇箇ノ契約ニ對シテハ各保險證券ヲ發行セサルコトアリ

保險證券ニ記載スヘキ事項ハ商法第四〇三條第二項ニ之ヲ規定セリ左ノ如シ

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

一〇 保險者ノ署名

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

一 保險ニ付シタル建物ノ所在、構造及ヒ用方

二 動產ヲ保險ニ付シタルトキハ之ヲ納ルル建物ノ所在、構造及ヒ用方

又運送保險證券ニハ次ノ事項ヲ加ヘサルヘカラス(四二五條)

一 運送ノ道筋及ヒ方法

- 二 運送人ノ氏名又ハ商號
 - 三 運送品ノ受取及ヒ引渡ノ場所
 - 四 運送期間ノ定アルトキハ其期間
- 而シテ海上保險證券ノ特別記載事項ハ左ノ如シ(六六一條)
- 一 船舶ヲ保險ニ付シタル場合ニ於テハ其船舶ノ名稱、國籍並ニ種類、船長ノ氏名及ヒ發航港、到達港又ハ寄航港ノ定アルトキハ其港名
 - 二 積荷ヲ保險ニ付シ又ハ積荷到達ニ因リテ得ヘキ利益若クハ報酬ヲ保險ニ付シタル場合ニ於テハ船舶ノ名稱、國籍並ニ種類、船積港及ヒ陸揚港
- 保險證券ニハ以上ノ事項ノ外尙ホ保險約款ノ全文ヲ記載スルカ又ハ其全文ヲ記載シタル書面ヲ添附スルコトヲ要ス(保業施七條)保險約款トハ保險契約ノ内容ヲ爲ス事項ヲ定メタルモノニシテ其一般ノ保險契約ニ適用スヘキモノヲ普通保險約款ト謂フ而シテ其普通保險約款ニ規定スヘキ事項ハ保險業法第七條ニ之ヲ定ム保險證券ハ其形式ヲ主務官廳ニ届出ツルノミニテ足ル普通保險約款ハ主務官廳ノ認可ヲ必要トシ之ヲ變更スルモ亦然リ其普通保險約款ニ規定スヘキ事項ヲ舉クレハ
- 一 保險會社カ保險金額ノ支拂ヲ爲スヘキ事由
 - 二 保險契約無効ノ原因
 - 三 保險會社カ其義務ヲ免ルヘキ事由
 - 四 保險會社ノ義務ノ範圍ヲ定ムル方法及ヒ其義務履行ノ時期
 - 五 保險契約者又ハ被保險者カ其義務不履行ノ爲メニ受クヘキ損失

六 保險契約ノ全部又ハ一部ノ解除ノ原因及ヒ其解除ノ場合ニ於テ當事者ノ有スル權利義務
七 保險契約者、被保險者又ハ保險金額ヲ受取ルヘキ者ノ利益又ハ贈與金ノ分配ニ與ル權利ノ有無及ヒ範圍

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

保險證券ハ有價證券ナリヤ否ヤニ付テハ一般ニ之ヲ否定スルノ說多シト雖モ或場合ニハ有價證券ト爲ルトノ說ヲ爲ス者モ少カラサルカ如シ茲ニ有價證券ト云フハ其證券ニ依リテ表示セラレタル權利カ證券其モノニ擔ハルモノニシテ其證券ハ恰モ一ノ動產ノ如ク轉換ノ目的ト爲リ證券ノ移轉ハ同時ニ其

證券ニ表示セラルル權利ノ移轉ヲ意味スルノ證券ヲ謂フトシテ保險證券ハ此主義ニ於ケル有價證券ナリヤ否ヤト云フニ前述ノ如ク保險契約ハ一ノ諾成契約ナリ保險證券ハ保險契約者ノ請求ニ因リテ始メテ交付セラルルモノナルニ過キス故ニ保險證券ハ一ノ證據ニ外ナラスト信ス商法及ヒ一般ノ內國會社ノ實例ニ依ルトキハ保險證券ノ移轉ヲ認メ居ラサルナリ保險證券ヲ移轉スルモ保險契約者ハ保險料支拂ノ義務ヲ免ルルコトヲ得ス又保險證券ヲ紛失スルモ保險金ヲ受取ルヘキ者ハ其保險契約ニ基ク保險金受取ノ權利ヲ失ハサルナリ保險證券ノ有無ハ保險契約ニ基ク權利關係ノ内容ニ影響ヲ及ボスコトナシ尤モ通常保險金ハ保險證券ト引換ヘニ支拂フヘキコトヲ普通保險約款ノ中ニ規定スルモノ多シト雖モ是レ保險證券ヲ有價證券ト爲セルカ爲メニハ非スシテ唯保險證券ヲ呈示スル人ハ其保險金ヲ受取ルヘキ權利ヲ有スル者ナルコトヲ證明スルノ方法ニ過キサルナリ故ニ保險證券ノ喪失セル場合ニハ他ノ方法例ヘハ最後ノ保險料ノ領收書等ヲ差出シテ其權利ヲ證明スルトキハ保險會社ハ保險金額ヲ支拂ハサルヘカラサルナリ然レトモ或場合ニ於テハ保險證券カ恰モ有價證券ト同視サルヘキコトアリ少ナクモ其外觀ヲ有スルコトアリ例ヘハ或外國ノ生命保險相互會社ノ發行セル保險證券ニ或ハ「此保險證券所持人ハ茲ニ規定スル所ニ從ヒ當會社ノ利益金配當ニ與ルコトヲ得」トカ又「本會社ノ證券ヲ所持スル者ハ本會社ノ社員ナリ」トシ又「保險證券ノ讓渡ニハ二通ノ證書ヲ作製スヘシ」等ノ文言ヲ記載スルモノアリ猶ホ此等ノ保險證券ニ被保險者ノ氏名ヲ掲クルモ保險契約者ノ氏名ヲ掲ケス故ニ保險證券ハ自由ニ移轉ラ爲スコトヲ得ルモノニシテ其性質有價證券ノ如キ觀アルナリ又之ヲ有價證券ナリト爲ス學者モアルカ如シ然レトモ他ノ學者ハ之ヲ解シテ此ノ如キ保險證券ハ決シテ完全ナル有價證券ニハ非ス何トナレハ此ノ如キ保險證券ニ於テハ唯會社カ保險證券所持人ヲ以テ正當ノ權利者ト認ムルコトノ權

利ヲ取得セルモノニシテ會社ノ必要ト認ムル場合ニハ縱令證券ヲ所持スルモ其者ノ正當ノ權利者ナルコトヲ證明セシムル權利ヲ會社ハ有スルヲ以テナリト爲シ又他ノ學者ハ保險契約ニ基ク權利義務ノ關係ハ保險期間內ニ於ケル危險ノ増減ノ變更ニ因リ其他種種ナル原因ニ因リテ影響ヲ受クルモノナルヲ以テ保險證券ヲ移轉スルモ確實ナル權利關係ヲ移轉セルモノト爲スコトヲ得ス故ニ保險證券ハ有價證券ニ非スコト爲スナリ

第四 告知義務

保險契約ヲ締結スルニ當リ保險契約者ハ保險者ニ對シテ其契約ニ依リ保險者ノ負擔スヘキ危險ノ測定ニ必要ナル各種ノ事情ヲ告知セサルヘカラス商法第三九八條ニ依レハ保險契約ノ當時保險契約者ハ重要ナル事實ヲ告知スルコトヲ要シ又不實ノ事項ヲ告ケサルコトヲ力メサルヘカラス此義務ヲ保險契約者ノ告知義務ト稱ス若シ保險契約者カ惡意又ハ重大ナル過失ニ因リ重要ナル事實ヲ告ケス又重要ナル事項ニ付キ不實ノ事項ヲ告ケタルトキハ其契約ハ無効ト爲ル此告知義務ハ保險契約ノ一ノ特質ニシテ何故ニ斯ル義務ヲ保險契約者ニ負擔セシメタルヤニ付テハ其理由ニ付キ種種ナル學說アリ例ヘハ或學者ハ保險契約ハ信用ヲ基礎トスル契約ナルヲ以テ當事者ノ誠實ナルコトヲ必要トス隨テ此義務ヲ負擔セシメタルト爲ス者アリ然レトモ保險契約ニ於テハ契約ヲ締結スルニモ亦保險料ヲ定ムルニモ常ニ危險ノ測定ヲ爲ササルヘカラス而シテ此測定ノ確實ナルニ非サレハ事業ヲ安全ニ營ムル事情ヲ悉ク知ルコトハ頗ル困難ナリ故ニ其事情ニ付テハ相手方ヨリ之ヲ知ラシメサルヘカラスナルナリ而シテ相手方カ不正ノ告知ヲ爲スニ於テハ危險ノ測定ヲ爲スコトヲ得サルヲ以テ契約ヲ安全ニ締結スルコトヲ得サルナリ是レ告知義

務ハ保險ノ性質上缺クヘカラサル所以トス各國ノ立法例ニ於テモ唯其義務ノ程度ニ差異アリト雖モ此義務ヲ認メサルモノナシ實際ニ於テモ各保險會社ハ各申込書ノ形式ヲ一定シ之ニ危險ノ測定ニ必要ナル事項ヲ掲ケ之ニ對シテ保險契約者ノ告知ヲ求メ仍ホ特ニ必要ト認ムル場合ニハ特ニ其事項ニ付キ告知ヲ求ム而シテ保險者ノ質問ニ對シテ完全ニ答辯スルノミニテハ未タ以テ告知義務ヲ履行シ了リタルモノニ非スシテ保險者ノ質問セサル事項ト雖モ重要ナル事項ニ付テハ此義務ノ存在スルモノトス又我商法ニ於テ保險契約者カ告知義務ヲ怠リタルトキハ惡意又ハ重大ナル過失ニ因リテ之ヲ怠リタル場合ノミ契約ヲ無効トスルモノニシテ保險契約者カ善意若クハ輕過失ナルトキハ無効トスルコトナシ之ヲ他ノ立法例ニ比スルニ保險契約者ニ取リテハ甚タ寛大ナル規定ニシテ外國ノ立法例ニ於テハ善意ニテ告知義務ヲ怠リタルトキト雖モ保險契約ヲ無効ト爲スモノ多シ舊商法第六五三條ニ依レハ保險者ハ被保險者カ契約締結ノ際ニ重要ナル情況ニ付テ虛偽ノ陳述ヲ爲シ又ハ其情況ヲ默スルトキハ惡意ノ有無ヲ問ハス契約ヲ解除スル權利ヲ有ス但被保險者カ保險者ノ總テノ問ニ對シテ其知ル所ヲ竭シ且善意ニ答ヘタルトキハ過失ナキモノト看做ス然レトモ保險者ノ有スル解約ノ權利ハ之カ爲メニ妨ケラルルコトナシト爲セリ

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

重要ナル事項ト爲スコトヲ得ヘキナリ

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

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

第三章 保險契約ノ效果

第一節 保險契約ニ基ク權利義務

第一款 保險契約者ノ權利義務

第一 保險料支拂ノ義務

保險契約者ハ保險料支拂ノ義務ヲ有ス保險契約ハ雙務契約ニシテ商法第三八四條ニ規定セルカ如ク當事者ノ一方カ損害ヲ填補スル義務ヲ負擔スルト同時ニ相手方ハ之ニ對シテ報酬ヲ與フルコトヲ要ス保險者ハ報酬即チ保險料ヲ得テ以テ危險ヲ引受ク保險契約者ノ保險料支拂ノ義務ハ保險者ノ損害填補ノ義務ト相並ヒテ保險契約ノ要素ヲ爲ス保險料ノ支拂ヲ受ケスシテ損害填補ヲ爲スニ於テハ是レ保險ニ

ハ非スシテ寧ロ一種ノ贈與トモ看ルヘキモノナルヘシ
左レハ保險料ノ性質ハ一種ノ報酬ニシテ危險ヲ引受クルコトニ對シテ支拂ハルヘキ對價ナリトス保險
トハ前ニ述ベタル如ク同様ノ危險ニ遭遇スル虞アル多數ノ者相集リ各、僅少ノ出捐ヲ爲シ其中少數
者ノ實際被ムリタル損害ヲ填補シテ以テ各人ノ被ムルヘキ損害ヲ可及的少カラシムルノ目的ヲ有スル
モノナルヲ以テ各人ノ出捐ハ實際發生スル損害ヲ填補スルニ足ルモノナラサルヘカラス即チ保險料ノ
高ハ危險ノ度ニ相應スルコトヲ要ス故ニ統計ニ依リテ危險ノ率ヲ測定シ之ニ相當スルノ保險料ヲ徵收
セサルヘカラス此損害ヲ填補スルニ足ルヘキ保險料ヲ稱シテ純保險料ト謂フ而シテ保險ノ事業ヲ經營
スルニハ相當ノ費用及ヒ純保險料ニ不足ナリシ場合ニ之ヲ填補スルニ必要ナル見込ノ追加ヲ要スヘキ
ヲ以テ保險契約者ヨリ徵收スヘキ保險料ハ純保險料ヨリ多額ナラサルヘカラス其純保險料ヲ超過スル
部分ヲ附加保險料ト謂フ此ノ如キ保險料ハ危險ニ比例スルコトヲ要スルモ是レ理想ニシテ如何ニ確實
ナル統計ト雖モ絕對ニ完全ナル危險率ヲ算定シ得ルモノニ非サルヲ以テ保險料ハ危險ニ精密ニ比例ス
ルコトハ困難ナリ

此ノ如ク保險料ハ危險ノ度ニ相當スルヲ以テ理想トスルモノナルカ故ニ危險率ノ計算ヲ爲セハ隨テ保
險料率ヲ定ムルコトヲ得ルナリ然レトモ各箇ノ契約ニ付テハ夫レ夫レ特種ノ事情アリテ理想的ノ保險
率ヲ以テ一概ニ之ヲ定ムルコトヲ得ス故ニ保險料ハ當事者ノ合意ニ依リテ定マルヲ通常トシ法令ヲ以
テ豫メ之ヲ定ムルコトヲ得ス我國ニ於テモ法令ヲ以テ保險料ノ算定ヲ羈束スルコトナキモ保險業法第
五條及ヒ第八條ニ依リ保險料算出ノ基礎ハ主務官廳ノ認可ヲ要シ又之カ變更ニモ認可ヲ要スルナリ而
シテ實際ニ保險料ヲ定ムル場合ニハ各箇ノ契約ニ存在スル所ノ特種ノ事情ニ依リテ左右セラルルヲ免

レサルナリ即チ危險ノ大小、危險ノ性質、被保險物其他危險ニ影響ヲ及ホスヘキ周圍ノ事情ニ因リテ
各、異ナルモノトス例ヘハ火災保險ニ在リテハ都市ノ屋家ハ村落ノ屋家ヨリ保險料高ク工場ハ普通ノ
住家ヨリ保險料高キカ如キ是ナリ
保險者カ引受クル危險ハ單一ニシテ不可分ナリ保險料ハ危險ノ引受ニ對スル報酬ナルヲ以テ隨テ保險
料モ亦不可分ナリ故ニ一ノ危險ニ對シテ保險料ヲ定メタルトキハ其危險發生ノ時期如何ニ拘ハラス保
險料ノ全部ヲ支拂ハサルヘカラス事實上ニ於テハ保險料ノ分割支拂例ヘハ一箇年ノ保險料ヲ半年毎ニ
又ハ三月毎ニ支拂フモノアルモ是レ單ニ保險料ノ支拂ヲ容易ナラシムルカ爲メニ分割セシメタルモノ
ニ過キス例ヘハ三箇月拂ヲ約束シタルトキニ第一回目ノ保險料ヲ拂ヒタルノミニテ危險發生スルモ其
年度分ノ保險料ハ悉ク之ヲ支拂ハサルヘカラス之ヲ保險料ノ不可分ト謂フ然レトモ例ヘハ火災保險ニ
於テ屋家ヲ保險ニ付スルトキハ屋家ハ其存在スル期間危險ニ曝サルモノナリ然レトモ危險ノ不可分ナ
引受ケ而シテ之ニ對スル保險料ヲ定ムルコトヲ得ルナリ故ニ屋家ノ存在期間ヲ以テ保險期間トセスシ
テ一箇年ヲ以テスルコトヲ得而シテ其一箇年ノ保險期間ニ對スル保險料ハ不可分ナルナリ故ニ此場合
ニ一箇月拂ヲ契約シテ第一箇月目ノ保險料ヲ拂ヒタルトキニ火災ノ發生スルコトアルモ尙ホ十一箇月
ノ保險料ヲ支拂ハサルヘカラスナルナリ是レ其保險料ハ一箇年間ノ危險率ヲ基礎トシテ計算シタルモノ
ニシテ其一箇年間ノ危險ハ不可分ナルヲ以テナリ此ノ如ク危險率ハ通常一箇年ヲ基礎トシテ計算スル
ヲ以テ多クノ場合ニ於テ一箇年ノ保險料ハ不可分ナリ

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

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

保險契約者ハ常ニ保險料支拂ノ義務ヲ有ス保險契約者ハ被保險者ト異ナルトキ即チ保險契約者カ他人ノ爲メニ契約ヲ爲シタルトキニモ保險契約者ハ保險者ニ對シテ保險料支拂ノ義務ヲ有ス(四〇一條)故ニ此場合ニ於テハ保險契約者ハ破產宣告ヲ受ケタル迄ハ保險料支拂ノ義務ヲ履行セザルヘカラス若シ保險契約者カ破產宣告ヲ受ケタルトキハ保險者ハ被保險者ニ對シテ保險料ノ支拂ヲ請求スルヲ得尤モ此

裁判所ノ構成トハ裁判所ノ組織及ヒ權限ヲ謂フ裁判所構成法及ヒ民事訴訟法ニ之ヲ規定ス構成ニハ内部ノ構成ト外部ノ構成トノ別アリ内部ノ構成トハ裁判所内部ノ組織ヲ謂フ外部ノ構成トハ裁判所ノ職務權限ヲ謂フ今外部ノ構成ヨリ之ヲ説明スヘシ

第一節 裁判所外部ノ構成

全國ノ訴訟事件ハ其數夥多ニシテ一箇ノ裁判所ヲシテ審理セシムルヲ得ス隨テ多數ノ裁判所ヲ設クル必要アリ多數ノ裁判所存スルトキハ其各裁判所ニ訴訟事件ヲ分配スル標準ヲ定メサルヘカラス我現行法並ニ歐洲諸國ノ法律ニ於テハ分配方法ニ付キニノ標準ヲ認ム即チ其事件ノ種類ノ數量ヲ基礎トス事件ノ種類ニ基ク分配トシテハ上級審及ヒ下級審、區裁判所及ヒ地方裁判所ヲ設ケ事件ノ數量ニ基ク分配トシテハ多數ノ同級裁判所ヲ設ク下級審、上級審トノ區別ハ一ノ裁判所ノ裁判ニ依リ終結セラル訴訟カ上訴ノ提起ニ因リテ他ノ裁判所ニ繫屬シ前裁判ヲ取消又ハ變更スルノ目的ヲ以テ此區別ヲ生シ區裁判所ト地方裁判所トノ區別ハ審理スヘキ事件ノ難易ニ基ク同級裁判所ハ各裁判所カ法律上特定ノ地域ヲ支配シ其地域内ニ生シタル訴訟事件ハ互ニ對等的ニ審判スル意義ニ於テ成立ス右ノ分配ニ基キテ特定ノ事件ヲ取扱フ裁判所ヲ管轄裁判所ト稱ス以下之ヲ詳説スヘシ

第一款 裁判所ノ審級

裁判所ノ審級制度ハ一ノ裁判所ニ於テ審判セラレタル訴訟カ階級ヲ異ニセル裁判所ニ於テ再審セララル目的ヲ以テ認メラレタルモノナリ一ノ裁判所ノ上ニ階級ヲ異ニシタル裁判所ノ存スル關係ヲ稱シテ

裁判所ノ審級ト謂フ裁判所ニ審級ヲ設クルハ裁判ノ公正ヲ保ツト、一國ノ裁判ノ統一ヲ期スルニ在リ故ニ一ノ上級裁判ノ區域内ニハ多數ノ下級裁判所存在シ蓋シ民事訴訟事件ニシテ一ノ裁判所ノ裁判ニ絶對ニ拘束セラルルトキハ裁判ヲ受タル各個人竝ニ裁判官ノ錯誤、過失等ニ因リ公正ノ裁判ヲ得ル能ハサルコトアルヘキヲ以テ一ノ裁判所ノ裁判ニ對シテ不服アル者ハ其不服ヲ訴フルコトヲ得ヘキ上級裁判所ヲ設クル必要アリ又多數ノ裁判所カ爲シタル裁判ハ時ニ抵觸スルコトアルヘキヲ以テ多數ノ下級裁判所ノ上ニ一箇ノ上級裁判所ヲ設ケテ下級裁判所ノ裁判ノ不正ヲ正シ一國ノ裁判ノ統一ヲ計ルノ必要アリ是レ審級制度ヲ認メタル所以ナリ

我現行法ハ裁判所ニ三審級ヲ認ム第一審級ノ裁判所ハ最初ニ訴訟事件ヲ審理スル裁判所ナリ訴訟當事者ハ訴訟事件ノ審判ヲ常ニ先ツ第一審級ノ裁判所ニ求メサルヘカラス現行法ニ據レハ第一審級ノ裁判所ハ區裁判所及ヒ地方裁判所トス第二審級ノ裁判所ハ第一審裁判所ノ裁判シタル事實及ヒ法律適用ノ當否ヲ審判シ第三審級ノ裁判所ハ第二審裁判所ノ裁判ニ付キ法律適用ノ當否ノミヲ審查ス區裁判所ニ對スル第二審裁判所ハ地方裁判所ニシテ第三審裁判所ハ控訴院ナリ地方裁判所ニ對スル第二審裁判所ハ控訴院ニシテ第三審裁判所ハ大審院ナリ

上級裁判所カ下級裁判所ノ裁判ノ當否ニ付キ審查ノ結果ハ特ニ法律ニ定メタル場合ニ限り下級裁判所ヲ羈束スルコトアルモ上級裁判所ハ下級裁判所ニ對シテ訴訟事件ノ審判ニ付キ干涉スルヲ得サルモノトス

第二款 裁判所ノ管轄

裁判所ノ管轄トハ一ノ裁判所カ特定ノ事件竝ニ特定ノ地域内ニ生シタル事件ヲ審判スル權限ヲ謂フ其權限ハ法律ヲ以テ之ヲ定ム然レトモ公益ニ害ナキ限りハ當事者ノ利益ノ爲メ當事者ノ合意ニ因リテ管轄ノ變動ヲ許ス又法律ノ定メタル管轄ニ依リ裁判權ヲ行フニ障害ヲ生スルコトアルヲ慮リテ上級裁判所ニ下級裁判所ニ對シテ管轄權ヲ付與スルノ權限ヲ認ム故ニ裁判所ノ管轄ハ之ヲ次ノ三ニ分類スルトヲ得

第一 法定管轄 法定管轄トハ法律ノ規定ニ依リテ生スル裁判所ノ管轄ヲ謂フ即チ民事訴訟法及ヒ裁判所構成法ニ特定セラレタル管轄ヲ謂フ

第二 指定管轄 指定管轄トハ上級裁判所カ下級裁判所ニ對シテ法律ニ遵據シテ管轄權ヲ付與スルニ因リテ生スル管轄ヲ謂フ

第三 合意管轄 合意管轄トハ訴訟當事者ノ合意ニ依リテ發生スル裁判所ノ管轄ヲ謂フ

第三款 法定管轄

法定管轄トハ訴訟事件ノ性質ト數量トヲ標準トシテ法律ヲ以テ定メタル裁判所ノ管轄ヲ謂フ其事件ノ性質ニ依リ定メタルモノヲ事物ノ管轄ト稱シ事件ノ數量ニ依リテ管轄ヲ定メタルモノヲ土地ノ管轄ト謂フ

第一項 事物ノ管轄

裁判所ノ事物ノ管轄ハ裁判所構成法ノ規定ニ從フト民事訴訟法第一條ニ規定セルモ獨リ裁判所構成法

ノミナラス民事訴訟法ニ於テモ之ヲ規定ス事物ノ管轄ハ更ニ職務ノ管轄ト訴訟物ニ依ル管轄トニ區別スルコトヲ得

第一 職務ノ管轄 職務ノ管轄トハ裁判所ノ裁判權ヲ行使スル方法ニ依リテ定メタルモノナリ復之ヲニ區別スルコトヲ得

(一) 階級管轄 階級管轄トハ裁判所ノ審級カ存スルニ依リテ管轄權ヲ生スルモノニシテ即チ左ノ如シ

(イ) 第一審裁判所 第一審裁判所ハ區裁判所及ヒ地方裁判所ニシテ皇族ニ對スル民事訴訟ニ付テノ第一審裁判所ヲ東京控訴院トス是等ノ裁判所ハ民事訴訟ニ付キ最初ニ其訴訟ヲ開始スヘキ裁判所ナリ(裁權一四條、一九條、三一條)

(ロ) 第二審裁判所 第二審裁判所ハ地方裁判所及ヒ控訴院ニシテ地方裁判所ノ區裁判所ノ判決ニ對スル控訴及ヒ區裁判所ノ決定命令ニ對スル法律ニ定メタル抗告ニ付テ裁判權ヲ有シ控訴院ハ地方裁判所ノ第一審判決ニ對スル控訴及ヒ地方裁判所ノ決定命令ニ對スル法律ニ定メタル抗告ニ付キ裁判權ヲ有ス皇族ニ對スル民事訴訟ニ付テハ東京控訴院ハ第二審トシテ裁判權ヲ有ス(裁權二七條、三七條、三八條)

(ハ) 第三審裁判所 第三審裁判所ハ控訴院及ヒ大審院トス控訴院ハ區裁判所ノ判決ニ對スル控訴ニ付キ爲シタル地方裁判所ノ判決ニ對スル上告及ヒ地方裁判所ノ決定及ヒ命令ニ對スル抗告大審院ハ控訴院カ第二審トシテ爲シタル判決ニ對スル上告及ヒ控訴院ノ決定及ヒ命令ニ對スル抗告ニ付キ裁判權ヲ有ス(裁權三七條、五〇條、一五〇條)

(二) 本案訴訟ノ審理ヲ爲スト其他ノ職務ヲ取扱フトノ區別ニ依ル管轄 即チ法律ノ規定ニ依リ本案ノ

訴訟ハ受訴裁判所ニ於テ審理スヘキモノナリト雖モ其他或職務ヲ法律ノ規定ヲ以テ一定ノ裁判所ニ管轄セシム其場合ノ一二ヲ舉クレハ特別代理人ノ選任(四六條)證據保全(三六六條)和解(三八一條)督促手續(三八二條)再審(四七二條)執行判決(五七一條)強制執行ニ關スル事項(五〇〇條、五一一條、五四三條、五四五條、五四六條)假差押及ヒ假處分(七三九條、七五七條、七六一條)公示催告(七六四條、七七九條)仲裁手續(八〇五條)禁治產、準禁治產事件及ヒ失蹤事件(入訴四〇條、六三條、七一一條)等はナリ

第二 訴訟物ニ依ル管轄 訴訟物ノ性質若クハ價額ヲ標準トシ管轄ヲ定ム訴訟物トハ判決ヲ求ムル範圍内ニ於ケル私法上ノ請求若クハ法律關係ヲ謂フ故ニ訴訟物ハ請求ノ目的物ト異ナル請求ノ目的物ヲ一定ノ申立ニ依リテ限定セル範圍内ニ於ケル私法上ノ請求若クハ法律關係カ訴訟物ナリ訴訟物ニ依ル管轄ハ性質ニ依ルモノト價額ニ依ルモノトノ別アリ

(甲) 訴訟物ノ性質ニ基ク管轄

(一) 區裁判所ニ於テハ價額ニ拘ハラズ次ニ述フル訴訟ニ付テ管轄權ヲ有ス

(イ) 住家其他ノ建物又ハ或部分ノ受取、明渡、使用、占據若クハ修繕ニ關シ又ハ賃借人ノ家具若クハ所持品ヲ賃借人カ差押ヘタルコトニ關シ賃借人ト賃借人トノ間ニ起リタル訴訟 此ノ訴訟ハ賃借關係ニ基キ賃借人ト賃借人トノ間ニ生スル訴訟ニ限ル

(ロ) 不動産ノ境界ノミニ關スル訴訟

(ハ) 占有ノミニ關スル訴訟 民法ニ規定セル占有ノ訴ヲ謂フ

(ニ) 雇主ト雇人トノ間ニ雇期限一ヶ年以下ノ契約ニ關シ起リタル訴訟 雇備關係ニ基クモノニシテ雇備契約ノ存續中ナルト契約終了後タルトヲ問ハス

(ホ) 旅人ト旅店若クハ飲食店ノ主人トノ間ニ又ハ旅人ト水陸運送人トノ間ニ起リタル訴訟ニシテ
燃料、宿料、運送料又ハ旅店若クハ飲食店ノ主人又ハ運送人ニ旅人ヨリ保護ノ爲メ預ケタル手荷物
金銭若クハ有價證券ニ關スルトキ 茲ニ旅人トハ現ニ旅行中ノ人ニ限ル旅行ヲ止ムレハ旅行中ニ
生シタル法律關係ト雖モ茲ニ屬スヘキ訴訟ニ非ス

(二) 地方裁判所ニ於テハ人事訴訟ニ付テ人事訴訟手續法ニ規定アル事件即チ婚姻、養子縁組、親子關
係事件、相続人ニ關スル事件、隱居事件ニ付テ裁判權ヲ有シ(一訴一條二四條二七條、三一條、三三
條二三五條)亦除權判決ニ對スル不服申立ノ事件七七四條二項破産事件ニ付テ破産裁判權ヲ有ス(裁
構二八條)

(乙) 訴訟物ノ價額ニ依ル管轄 訴訟物ノ價額トハ訴ヲ以テ主張シタル請求カ却下セラレタル場合ニ原
告カ失フヘキ財産上ノ價額ヲ謂フ故ニ訴訟物ノ價額ハ財産權上ノ請求ニ限り生スヘキ問題ナリ訴訟物
ノ價額カ百圓ヲ超過セタル全額又ハ百圓ヲ超過セタル物ニ係ル請求ニ付テハ區裁判所カ管轄ヲ有
シ百圓ヲ超過シタル金銭若クハ物ノ請求ニ付テハ地方裁判所ノ管轄ニ屬ス(裁構一四條一項、二六條一
項)右ノ如ク訴訟物ノ價額ニ依リ管轄ノ定マル場合アルヘキヲ以テ訴訟物價額算定方法ヲ定メサルヘ
カラス(二條)訴訟物ノ價額算定ノ管轄ニノミナラス假執行宣言及ヒ訴訟印紙貼用ニ必要ナリトス(五
〇二條五項三三法律六五號)

以下訴訟物價額算定ノ法則ニ付キ説明スヘシ

第一 訴訟物ノ價額ハ起訴ノ日時ニ依ル(三條) 訴提起ノ日時ノ價額ヲ以テ訴訟物ノ價額ト爲スヘキ
事ヲ定メタリ然ルニ訴ノ提起ハ訴狀ノ差出ヲ原則トシ訴訟物ノ權利拘束ハ訴狀ノ送達ニ因リテ發生シ

同時ニ受訴裁判所ノ管轄ヲ確定スヘキモノトセリ(一九〇條、一九五條)故ニ起訴ノ日時ト權利拘束發
生トノ間ニ現行法ハ差異ヲ生スルコトアルヘキヲ以テ第三條ノ規定ハ訴ノ提起ト權利拘束發生ノ時期
トノ同一ナル場合ニ限り適用アルモノトス若シ起訴ノ日時ト權利拘束發生ノ日時トニ差異ヲ生シタル
トキハ權利拘束發生ノ時ヲ以テ價額ヲ算定セサルヘカラス其權利拘束發生以後ノ訴訟物ノ價額ノ變動
ニ因リテ管轄權ニ影響ヲ及ホスモノニ非ス

第二 果實、損害賠償、訴訟費用ハ附帶ノ請求トシテ一ノ訴訟ヲ以テ請求スルトキハ其額ヲ算入セス
(三條二項)果實、損害賠償ノ意義ハ民法ニ從フ獨リ果實、損害賠償ノミナラス違約金、償金等モ主タル
共ニ主張スルトキハ價額ヲ算入セス而シテ次ニ述フル三條件ヲ具備スルトキニ限り價額ヲ算入セサル
請求トモノトス

一 同一ノ訴訟ナルコトヲ要ス 第三條ニ一ノ訴トアルハ同一ノ訴訟手續ヲ意味ス

二 同一ノ原告ヨリ同一ノ被告ニ對スルコトヲ要ス 故ニ共同訴訟ニ於テ一人ノ被告ニ對シテハ元本
ノミヲ請求シ一人ノ被告ニ對シテハ利息ヲ請求スル場合ノ如キハ同一ノ被告ニ對スルモノニ非サルヲ
以テ價額ヲ特別ニ算定セサルヘカラス

三 主タル請求ニ關聯セル請求ナルコトヲ要ス 果實、損害賠償等ハ主タル請求ト共ニ主張スル場合
ニ非サレハ價額ヲ特別ニ算入スヘキモノナリ

右ノ三條件ヲ具備シタルモノヲ法律上附帶請求ト謂フ附帶請求ハ獨立シテ請求シ得ルモノナルト否ト
ヲ問ハス附帶請求カ主タル請求ノ價額ニ比シテ多額ナルト否トヲ論セス常ニ主タル請求ノ價額ニ依リ
テ其管轄ヲ定ムヘキモノナリ

第三 一ノ訴ヲ以テ數箇ノ請求ヲ爲ストキハ訴訟物ノ額ヲ合算ス(四條改正案五條)但本訴ト反訴トノ訴訟物ハ之ヲ合算セス 客觀的訴ノ併合(二九一條)主觀的訴ノ併合(四八條以下)ナルト否トヲ問ハス一ノ訴訟ニ於ケル數箇ノ訴訟物ノ價額ハ合算シテ管轄ヲ定ム然レトモ數箇ノ請求ハ附帶請求ニ非スシテ各々獨立シタル請求ナルコト又價額ニ拘ハラズ管轄ヲ定マル場合(裁構一六條)裁判所ノ爲ス訴ノ併合(二〇條)附隨ノ確認ノ訴(二二一條)其他申立ノ擴張ヲ爲ス場合等ハ此原則ニ依ルモノニ非ス反訴ハ獨立ノ訴ナルヲ以テ其額ヲ合算セス故ニ合算ノ原則ハ訴訟物ノ價額ニ依リテ管轄ヲ定マル場合ニシテ原告カ訴ヲ提起スル際ニ適用セラルヘキモノトス民事訴訟法第一九一條客觀的訴ノ併合ノ條件ヲ定メ各請求カ同一裁判所ノ管轄ニ屬スルコトヲ必要トシタルハ訴訟物ノ價額ニ依リテ管轄ヲ定マル場合ハ適用ナシ

第四 訴訟物ノ價額ハ原則トシテ裁判所ノ意見ヲ以テ之ヲ定メ必要ナル場合ニハ當事者ノ申立ニ依リテ證據調ヲ爲シ又ハ裁判所カ職權ヲ以テ檢證若クハ鑑定ヲ命スルコトヲ得ヘシ(六條改正案三條)訴訟物ノ價額ニ付キ原告ハ提起ノ際ニ訴狀ニ其價額ヲ記載シ原告カ管轄權アリト主張スル裁判所ヲ特定スヘキモノナリト雖モ裁判所ハ原告ノ定メタル價額ニ拘束セラルヘキニ非ス裁判所ハ自由ナル意見ニ依リテ價額ヲ定ムル原則トス裁判所カ價額ヲ定ムルハ或ハ一般ノ交換價格ニ依リテ定ムルヲ通例トスト雖モ原告ニ對シテ訴訟物カ特別價額ヲ有スルトキハ其特別價額ニ依リテ定ムルヲ妨ケス右ノ如ク裁判所ノ意見ニ依リテ價額ヲ定ムル原則トスト雖モ價額算定ニ付キ民事訴訟法ハ一定ノ法則ヲ設ク即チ左ノ如シ

一 債權ノ擔保若クハ擔保タル物權カ訴訟物ナルトキハ其債權ノ額ニ依リテ價額ヲ定ム茲ニ債權擔保

ノ訴訟物ナルトキハ既ニ設定セラレタル擔保ヲ謂フニ非スシテ將來設定セラルヘキ擔保ニ付テノ訴ヲ云フ例ヘハ將來債權若クハ抵當權ヲ設定或ハ保證ヲ求ムル訴ノ如シ擔保タル物權トハ既ニ設定セラレタル擔保物權ニ付テノ訴ヲ謂フ而シテ是等訴訟物ノ價額ハ債權ノ價額ニ依ル債權ノ價額トハ債權ノ名義的價格ヲ謂フモノニシテ擔保ニ依リテ生スル債權ノ増額若クハ安全ノ程度ニ依ルモノニ非ス右ノ法則ニハ例外アリ擔保物ノ價額カ債權ノ額ヨリ寡キトキハ其目的物ノ價額ニ依リテ定ム即チ擔保ノ目的物カ訴訟物ナルヲ以テ其額ニ依ルヘキモノナリ然レトモ債權ノ額カ擔保物ノ價額ヨリ寡キトキハ原告カ訴訟ニ依リテ得ヘキ利益ハ債權額ニ止マルヲ以テ債權額ヲ訴訟物ノ價額トスル所以ナリ(五條一改正案六條)

二 地役權カ訴訟物ナルトキハ既ニ設定セラレタルモノナルト又ハ將來設定セラルヘキモノタルトヲ問ハス訴訟物ノ價額トシテ地役權設定ノ爲メニ要役地ノ増加シタル價額若クハ承役地ノ減少シタル價額ニ依ル要役地ノ増額ニ依ルヲ原則トシ承役地ノ減額ノ之ヨリ多キトキハ其多キモノニ依ル蓋シ其價額ノ大ナルモノニ依ル所以ハ地役權ハ所有權ニ對スル制限ナルヲ以テ其制限ノ大ナルモノヲ訴訟物ノ價額ト爲ス正當トシタル立法上ノ理由ニ基ク(五條二改正案七條)

三 地上權、永小作權又ハ賃借權ノ成立ノ有無若クハ其時期カ訴訟物ナルトキハ一年ノ地代、小作料又ハ賃借料ノ二十倍ノ額ニ依リテ訴訟物ノ價額ヲ定ム然レトモ是等ノ權利ニ付キ其期間カ訴訟物ナルトキ其期間ニ當ル地代小作料又ハ賃借料ノ額カ一年ノ額ノ二十倍ノ額ヨリ寡キトキハ其額ニ依ル(五條三改正案八條)

四 定期ノ給付又ハ收益ヲ目的トスル權利カ訴訟物ナルトキハ一年ノ收入ノ二十倍ノ額ニ依リテ訴訟

物ノ價額トス但其權利ノ終期ノ定マリタル場合ニ於テ將來ノ收入ノ總額カ一年ノ收入ノ二十倍ノ額ヨリ寡キトキハ其額ニ依ル例ヘハ終身定期金若クハ扶養料ノ如キ定時ノ給付ノ訴訟物ナルトキ動産ニ關スルト不動産ニ關スルトヲ問ハス總テ此額ニ依リテ其價額トス然レトモ二十倍ノ額ヨリ終期迄ノ額ノ寡キトキハ其額ニ依リテ管轄ヲ定ム(五條四改正案九條)

第二項 事物ノ管轄ニ付キ第一審裁判所相互ノ關係

(一) 事物ノ管轄ハ第一審裁判所ノ管轄ト雖モ互ニ相侵スコトナク若シ管轄違ノ訴ナルトキハ終局判決ヲ以テ原告ノ訴ヲ却下スヘキモノナリ若シ不當ニ管轄ヲ認メタルトキハ當事者ハ上訴ノ方法ニ依リテ其判決ニ不服ヲ申立ツルコトヲ得ヘシ然ルニ法律ハ事物ノ管轄ニ付キ地方裁判所カ區裁判所ニ屬スル事件ヲ自己ノ管轄ニ屬スルモノトシテ裁判ヲ爲シタルトキハ其裁判ニ對シテハ不服ヲ申立テ許サズトセリ(七條)蓋シ地方裁判所ハ合議裁判所ニシテ區裁判所ハ單獨裁判所ナレハ合議裁判所ノ裁判ハ單獨裁判所ノ裁判ニ優ルトノ理由ニ基テ此規定ノ條件ハ左ノ如シ

(イ) 訴訟事件カ地方裁判所ノ管轄ニ屬スルコトヲ認メタル判決即チ事物ノ管轄ノ規定ヨリスレハ區裁判所ニ屬スヘキモノナルニ地方裁判所カ自己ノ管轄ニ屬スルモノト認メタルヲ必要トス故ニ土地ノ管轄ニ付テハ問題ノ生スルコトナシ

(ロ) 地方裁判所カ管轄ヲ認メタル判決ハ之ヲ暗黙ニ認メタルト或ハ明示のニ認メタル場合タルヲ區別セズ即チ被告ヨリ裁判所管轄違ノ妨訴抗辯ヲ提出シテ其抗辯カ棄却セラレタル場合ナルト或ハ被告ヨリ管轄違ノ抗辯ヲ提出スルコトナク裁判所カ本案ノ裁判ヲ爲シタルト否トラ區別セサルナリ

右ノ如ク地方裁判所カ事物ノ管轄ヲ認メタル判決ニ對シテハ不服ノ申立ヲ許サス故ニ當事者ハ事物ノ管轄違ヲ理由トシテ控訴ヲ申立又ハ上級審ニ於テ抗辯ノ理由ト爲スコトヲ得又上級裁判所ノ職權ヲ以テ事物ノ管轄ノ有無ヲ調査スルヲ得然レトモ民事訴訟法第七條ノ不服ノ申立中ニハ故障ヲ申立ヲ包含セサルヲ以テ隨テ被告カ第一口頭辯論期日ニ闕席シテ關席判決ヲ受ケ其判決ニ對シテ故障ヲ申立テ之ニ依リテ開カレタル口頭辯論期日ニ於テ管轄違ノ申立ヲ爲スコトヲ妨ケサルナリ(二六〇條)

(二) 地方裁判所ノ事物ノ管轄ハ特定ノ場合ヲ除キテ當事者ノ合意ヲ以テ變更スルコトヲ許ス(二九條三〇條)若シ合意ナキ場合ニ原告カ區裁判所ニ屬スル事件ヲ地方裁判所ニ提起シ地方裁判所ニ屬スル事件ヲ區裁判所ニ提起シタルトキハ被告ハ民事訴訟法第二〇六條ノ規定ニ依リ裁判所管轄違ノ妨訴抗辯ヲ提出スルコトヲ得ヘク裁判所ハ此場合ニ於テハ事物ノ管轄違トシテ原告ノ訴ヲ却下スヘキモノナリ若シ裁判所カ事物ノ管轄トシテ原告ノ訴ヲ却下スルニ當リ原告ノ申立アルトキハ同時ニ判決ヲ以テ原告ノ指定シタル他ノ裁判所ニ訴訟事件ヲ移送スル言渡ヲ爲スコトヲ得ヘシ(九條)

移送ヲ許シタル立法上ノ理由ハ原告ヲシテ新ニ訴ヲ提起スルノ勞ヲ省キ且時効等ニ因リ權利喪失ノ結果ヲ生スルコトヲ避クルニ出ツ地方裁判所カ移送判決ヲ言渡ス條件左ノ如シ

(イ) 地方裁判所カ原告ノ提起シタル訴ヲ事物ノ管轄違トシテ却下スル場合ナルコトヲ要ス訴却下ノ判決ハ被告ノ妨訴抗辯ニ基クトキナリ然レトモ地方裁判所カ土地ノ管轄若クハ事物ノ管轄違ト同時ニ土地ノ管轄違ナルコトヲ理由トシテ訴ヲ却下スル場合ハ移送ノ言渡ヲ爲スコトヲ得サルモノトス

(ロ) 原告カ地方裁判所管轄區域内ノ區裁判所ヲ指定シテ移送ヲ求ムル申立ヲ爲スコトヲ要ス原告ノ移送ヲ求ムル申立ハ訴カ事物ノ管轄違ナリトシテ判決ヲ以テ却下セラルヘキコトヲ條件トセル條件のノ

申立ニシテ其内容ハ訴訟ヲ原告ノ提出シタル區裁判所ニ移送スルコトヲ求ムル意思表示ナリ隨テ區裁判所ヲ指定セザル原告ノ申立ハ無効ナリ原告ノ指定シタル區裁判所カ訴訟事件ニ付テ土地ノ管轄ヲ有スルヤ否ヤハ地方裁判所ハ調査スルコトヲ要セス又移送ノ申立ヲ原告カ爲ス一方的ノ申立ナルヲ以テ被告カ原告ノ指定シタル區裁判所ニ土地ノ管轄權アルコトヲ認ムルヤ若クハ爭フヤ否ヤハ移送判決ヲ爲スニ關係ヲ有セザルモノナリ

(ハ) 原告ノ移送申立ハ訴訟却下ノ判決ニ接著スル口頭辯論ノ終結前ニ於ケル口頭辯論ニ於テ申立ツルコトヲ要ス如何トナレハ移送ノ言渡ハ訴訟却下ノ判決ト同時ニ爲スヘキモノナレハナリ

右三條件ヲ備ヘタルトキハ地方裁判所ハ終局判決ヲ以テ原告ノ訴ヲ却下スルト同時ニ訴訟事件ヲ原告ノ指定スル區裁判所ニ移送スヘキ言渡ヲ爲スヘキモノナリ(九條一項、三項)移送ノ判決ニ對シテ原告カ不服ナルトキハ上訴ヲ爲スコトヲ得ヘシ如何トナレハ移送申立ヲ爲シタルカ爲メ原告カ地方裁判所ニ事物ノ管轄權アリト主張スル權利ヲ放棄シタルモノト看做スヲ得サレハナリ地方裁判所ノ爲シタル移送判決カ確定シタルトキハ其訴訟事件ハ移送ヲ受ケタル區裁判所ニ繫屬スルモノト看做サル(九條四項)故ニ移送判決確定スルトキハ原告ハ新ニ訴ヲ提起スルコトヲ要セス直チニ移送セラレタル區裁判所ニ於テ辯論ヲ求ムルコトヲ得ヘシ而シテ訴提起ノ直接及ヒ間接ノ效力等ハ總テ地方裁判所ニ訴ヲ提起シタル時ヨリ效力ヲ存スルモノトス

(三) 區裁判所カ事物ノ管轄權ナリトシテ訴ヲ却下スルトキハ原告ノ申立ニ依リテ同時ニ其訴訟事件ヲ所屬地方裁判所ニ移送スル判決ヲ爲スコトヲ得ヘシ(九條二項)前述セシ所ト同一ノ立法上ノ理由ニ基クモノニシテ其要件トシテハ地方裁判所ノ場合ト同シク區裁判所カ事物管轄權ナリトシテ訴ヲ却下スルコ

トヲ所屬地方裁判所ニ移送スヘキコトヲ求ムル申立ヲ原告カ爲シタルコト及ヒ原告ノ申立ハ口頭辯論ノ終結前ニ爲シタルコトノ三條件ヲ必要トス其他移送判決ノ效力等ニ付テハ前述ト同一ナリ

(四) 區裁判所又ハ地方裁判所カ事物ノ管轄權ナリトシテ訴ヲ却下シ其判決カ確定シタルトキハ其判決ハ後ニ事件ノ繫屬スヘキ裁判所ヲ屬東ス(八條)即チ訴訟却下ノ判決ハ移送ノ言渡ヲ附加シタルモノト否トニ關セス一ノ裁判所カ事物ノ管轄權ナリト宣言シタルトキハ後ノ裁判所ハ其裁判ニ拘束セラレ管轄權アルモノト爲ル蓋シ區裁判所若クハ地方裁判所ノ何レカ一方ニ於テ正當ニ管轄權ヲ有スルヲ以テナリ故ニ區裁判所カ事物ノ管轄權ナリトシテ訴ヲ却下シ其判決確定スルトキハ所屬地方裁判所ハ其判決ニ從ハサルヘカラス地方裁判所カ却下シタル場合モ亦同シ然レトモ事物ノ管轄ニ付テ屬東セザルルニ止マリ土地ノ管轄ニ付テハ審理ノ結果管轄權ナシトシテ訴ヲ却下スルコトヲ得ヘシ(八條)

第三項 土地ノ管轄

裁判所ノ土地ノ管轄トハ事物ノ管轄ニ基キ裁判權ヲ有スル同級裁判所ノ内ニ於テ特定ノ土地ノ區域内ニ生シタル事件ヲ處理スル權限ヲ謂フ土地ノ區域カ廣クハ被告ノ爲メニ利益ニシテ原告ノ爲メニ利益ト爲ルヘク土地ノ區域狹クハ被告ノ爲メニ利益ト爲ル原告ノ爲メニ利益ト爲ル此ノ如ク利害ノ關係アルヲ以テ裁判所ノ土地管轄ヲ定ムルニ付テハ法律ヲ以テ管轄區域ヲ定ムヘキモノトセリ(裁構四條)蓋シ法律ニ於テ事物ノ管轄ヲ定メタルノミニテハ多數ノ訴訟ヲ圓滿ニ處理スルコトヲ得ス全國ニ多數ノ同級裁判所ヲ設ケタル以上ハ各裁判所ハ同種類ノ事物ノ如何ナルモノニ對シテ裁判權ヲ行

フコトヲ得ルヤ否ヤヲ定ムル必要アルヲ以テ裁判所ノ土地ノ管轄ヲ認メタルモノニシテ即チ一定ノ地域ヲ區劃シ其地域内ニ生シタル訴訟事件ヲ其地域内ニ存スル裁判所ノ管轄ニ屬セシムル方針ヲ以テ土地ノ管轄ヲ定メタル所以ナリ裁判所ノ管轄ハ裁判所ノ方面ヨリ觀察スルトキハ裁判所ノ一定ノ事件ヲ處理スル能力ナリ換言セハ權限ナリ故ニ或土地ノ管轄スル裁判所ハ其土地ノ地域外ニ於テハ裁判權ヲ行使スルコトヲ得ス裁判所ノ管轄ヲ各箇人ノ方面ヨリ觀察スルトキハ被告ト爲ル箇人ノ特定ノ裁判所ノ裁判權ニ服從スル義務ヲ謂フ即チ各箇人ノ裁判權ニ服從スヘキ關係ナリ然レトモ又他ノ方面ヨリ觀察スルトキハ被告ト爲ル者ノ一定ノ裁判所ノ裁判ヲ受クルコトヲ得ル權利ナリ即チ憲法ニ於テ日本臣民ハ法律ニ定メタル裁判官ノ裁判ヲ受クルノ權ヲ奪ハルコトナシトノ規定ニ因リ各箇人ハ特定ノ裁判所ノ裁判ヲ受クル權ヲ有スル者ナリ被告ト爲ル者ノ裁判權ニ服從スヘキ關係即チ法律ヲ以テ定メラレタル一定ノ地域ヲ管轄スル裁判所ノ裁判權ニ服從スヘキ關係ヲ稱シテ裁判權ト謂フ故ニ裁判所ノ土地ノ管轄ハ一定ノ地域ヲ管轄スル稱ス裁判所ノ土地ノ管轄ハ一定ノ裁判所ノ管轄地域内ニ存スル訴訟事件ニ付テ存在スルモノナレハ裁判所ノ土地ノ管轄ヲ定ムルニハ其管轄地域ト訴訟事件トニ關係ヲ生セシムヘキ原因ヲ特定セサルヘカラス法律ノ上ヨリ見ルトキハ第一審裁判所ノ土地ノ管轄ヲ定ムル原因トシテ認メタルハ三アリ即チ左ノ如シ

(一) 被告タル人ト裁判所ノ管轄區域トノ關係ヲ原因トシ管轄ヲ定ム即チ普通裁判權ニシテ被告ニ對スル一切ノ訴ニ付テ管轄ノ原因ト爲ルモノナリ

(二) 被告タル人及ヒ訴訟物ト管轄地域トノ關係ニ基キテ管轄ヲ定メタルモノ即チ或地域ニ存スル裁判所カ被告タル人ニ對シ特定ノ訴訟物ニ付テ管轄權ヲ有スルモノナリ

(三) 管轄ヲ定ムル原因カ訴訟物ト管轄地域トノ關係ニ基クモノ即チ訴訟物ヲ基礎トシテ特定ノ訴訟物ニ限リ或地域ノ裁判所カ管轄權ヲ有スルモノト爲ス

右ニ述ヘシ三原因ニ依リテ管轄地域ト訴訟事件トノ間ニ連絡セシメテ土地ノ管轄ヲ定ム其ハ普通裁判權ニシテ二及ヒ三ノ特別裁判權ト云フ

第一 普通裁判權

普通裁判權ハ被告ノ住所ニ依リテ定マル即チ被告タル人ト裁判管轄區域トノ關係ヲ原因トシテ管轄ヲ定メタル裁判權ニシテ被告ニ對スル總テノ訴ニ付テ管轄權ヲ認ム故ニ普通裁判權ト稱ス(一〇條)普通裁判權ハ被告ノ住所地ノ裁判所ニシテ其裁判所ハ被告ニ對スル總テノ訴ニ付テ管轄權ヲ有スルモノ專屬裁判權ノ定アル場合ヲ例外トス普通裁判權ヲ原告ノ住所トスルトキハ危險大ナルヲ以テ被告ノ事情ヲ管轄ノ基礎ト爲シタルナリ而シテ普通裁判權ニ付テハ住所、所在地、最後ノ住所地ノ三箇アリ今左ニ之ヲ説明スヘシ

- (一) 住所 住所ノ意味ハ民法ノ規定ニ依リテ定マル即チ生活ノ本據ナリ通常人ハ住所ヲ有スルモノナレトモ住所ニ付テ疑ノ存スル場合ニ關シ法律ハ特別規定ヲ設ク
- (イ) 軍人軍屬ノ住所 軍人軍屬ニ付テハ兵營地若クハ軍艦定繫所ヲ以テ住所トス但此規定ハ豫備後備ノ軍籍ニ在ル者及ヒ兵役義務履行ノ爲メノミニ服役スル軍人軍屬ニハ之ヲ適用セズ(一一條陸刑三條、四條、海刑五〇條、五一條)
- (ロ) 外國ニ於テ治外法權ヲ有スル者ノ住所 外國ニ在リテ治外法權ヲ有スル帝國ノ官吏其家族及ヒ從者ノ裁判權上ノ住所ハ日本ニ於テ本人ノ最後ニ有セシ住所ナリ此住所ナキ者ニ對シテハ司法大臣ノ命

令ヲ以テ豫メ定ムル東京市内ノ區ヲ以テ其住所トス(一二條)

(二) 現在地ノ内國ニ住所ヲ有セサル者ノ普通裁判籍ハ本人ノ現在地トス。茲ニ現在地ト謂フハ民法ノ所謂居所ト同一ニ非ス。現在地ノ裁判籍ハ被告ニ對スル訴狀ノ送達ヲ爲スノ時間被告ノ現在地トスルコトヲ以テ要件トシ成立スルモノナリ(二三條)

(三) 最後ノ住所 若シ被告ノ現在地知レサルカ又ハ被告カ外國ニ在ルトキハ被告カ最後ニ有セシ内國ノ住所ヲ以テ裁判籍トス。然レトモ外國ニ住所ヲ有スル者ニ對シテ内國ニ於テ生シタル法律關係ニ限リテ其裁判籍ニ訴ヲ起スコトヲ得ルモノナリ(二三條)。蓋シ外國ニ於テ發生シタル法律關係ニ付キ外國ニ住所ヲ有スル者ニ對シテ訴ヲ起サントスルニハ外國裁判所ニ提起スヘク日本ノ裁判權ハ此等ノ者ニ對シテ及ボスヲ得サルナリ

以上説明シタル普通裁判籍ハ自然人ノ裁判籍ナリ。法人ニ付テハ法律ハ特別規定ヲ設ケ即チ左ノ如シ

(一) 國ノ普通裁判籍 國ノ普通裁判籍ハ其訴訟ニ付テ國ヲ代表スル官廳ノ所在地トス。國ノ代表ニ付テハ明治二十四年勅令第三號ヲ以テ之ヲ定ム(一四條一項)

(二) 公法人及ヒ其資格ニ於テ訴ヘララルコトヲ得ル會社其他ノ社團又ハ財團等ノ普通裁判籍 此等ノ者ノ普通裁判籍ハ其所在地ニ依リテ定マル所在地ニ付テ別段ノ定ナキトキハ其事務所所在地ヲ以テ裁判籍トス。若シ事務所ナキトキ又ハ數箇所ニ於テ事務所ヲ取扱フトキハ其首長又ハ事務擔當者ノ住所ヲ以テ事務所ト看做シ其所在地ヲ裁判籍トス。茲ニ事務所ト謂フハ民法若クハ商法上ニ於テ法人ノ住所ヲ規定シタル其事務所所在地ト解スヘキナリ。而シテ現行法ノ下ニ於テハ資格ニ於テ訴ヘララルコトヲ得ル社團又ハ財團等ハ存在セス(一四條)

第二 特別裁判籍

特別裁判籍ヲ二箇ニ區別ス

(甲) 管轄原因ヲ被告人ト訴訟物及ヒ裁判所管轄區域トノ關係ニ依リ定メタルモノニシテ即チ左ノ如シ
(一) 永寓地ノ裁判籍 生徒雇人營業使用人職工習業者其他性質上一定ノ地ニ永ク寓在スヘキ者ニ對スル財產權上ノ請求ニ付テハ裁判籍ハ其現在地ノ裁判所ニ訴ヲ起スコトヲ得ヘク又兵役義務履行ノ爲メノミニ服役スル軍人軍屬ニ對シテハ其兵營地若クハ軍艦定繫所ノ裁判所ニ財產權上ノ請求ノ訴ヲ起スコトヲ得ヘシ(二五條)。即チ被告ト爲ル者ノ寓在ト訴訟物カ財產權上ノ請求ニ限ルコトヲ條件トシテ此管轄ヲ認メタルモノナリ。故ニ一ニ之ヲ寓在地ノ裁判籍ト稱ス。寓在地ノ裁判籍ニハ財產權上ノ請求ナルトキハ其請求ノ發生カ寓在中ニ生シタルト否トヲ問ハス。此裁判所ニ訴ヲ提起スルコトヲ得ヘク又茲ニ生徒雇人等ヲ規定シタルハ例示ノ規定ニシテ此規定外ニ永寓ノ關係ヲ有スル者アルトキハ訴ヲ起スヲ得ヘシ(二五條)

(二) 店舗若クハ建物所在地ノ裁判籍 製造商業其他ノ營業ニ付テ直接ニ取引ヲ爲ス店舗ヲ有スル者ニ對シテハ其店舗所在地ノ裁判所ニ營業上ニ關スル訴ヲ起スコトヲ得ヘシ(一六條一項)。此裁判籍ニ訴ヲ起スニハ其店舗ニ於ケル直接取引ナルコトヲ要シ且營業ニ關スル取引ナルコトヲ要ス。店舗ハ本店若クハ支店ヲ謂フ。代理商ハ店舗ト云フコトヲ得ス。又建物ノ所在地ノ裁判籍トスルコトアリ。即チ住家及ヒ農業用ノ建物アル地所利用スル所有者又ハ賃借人ニ對スル訴ニ付テハ其訴カ土地ノ利用ニ付テ法律關係ニ基クモノナルトキハ建物所在地ノ裁判所ニ訴ヲ起スコトヲ得ヘシ(一六條二項)

(三) 財産又ハ訴ヲ以テ請求スル目的物所在地ノ裁判籍 日本ニ住所ヲ有セサル債務者ニ對スル財產權

上ノ請求ニ付テハ其財産又ハ訴ヲ爲シテ請求スル物ノ所在地ノ裁判所ニ訴ヲ起スコトヲ得ヘシ此裁判
籍ハ被告ト爲ル者カ日本ニ住所ヲ有セサルコトヲ要件トス從テ日本ニ店舗ヲ有シ或ハ寓在スルトキ
雖モ此裁判籍ハ構成セラル財産又ハ請求スル物ノ現存スル地ヲ以テ裁判籍ト爲スモノナレハ其物カ被
告ノ占有スルト他人カ占有スルトハ問フ所ニ非ス而シテ其財産若クハ物カ強制執行手續ニ於テ差押中
ト雖モ此裁判籍ヲ構成ス債權ニ付テハ所在地ト稱スルコトナキヲ以テ特ニ所在地ヲ定ムル必要アリ故
ニ債務者即チ第三債務者ノ住所ヲ以テ財産所在地ト爲シ又債權ニ付テ擔保物アルトキハ其物ノ所在地
ヲ以テ財産所在地ト爲ス(二七條)要スルニ此裁判籍ノ條件ハ被告カ日本ニ住所ヲ有セサルトキ及ヒ被
告ノ財産若クハ訴ヲ以テ請求スル物ノ存在此二箇ノ條件ヲ必要トスルナリ

(乙) 訴訟物ヲ以テ管轄原因ト爲シタル場合左ノ如シ

(一) 契約ニ關スル訴ノ裁判籍 契約ノ成立若クハ不成立確定ノ訴及ヒ契約履行若クハ解除又ハ損害賠
償ニ付テノ訴ハ其訴訟ニ係ル債務ヲ履行スヘキ地ノ裁判所管轄權ヲ有ス契約上ノ債務履行地カ被告ノ
住所ナルトキハ特ニ此裁判籍ナシ若シ原告ノ住所ナルトキハ原告ノ住所カ債務履行地トシテ管轄ノ原
因ト爲ル債務履行地ノ裁判所ハ其原因タル法律關係ノ訴ニ付テ凡テ管轄權ヲ有ス雙務契約ノ場合ニ於
テハ債務履行地カ同一ナラサル場合アリ此場合ニハ各債務履行地カ其債務ニ付テ管轄權ヲ有スルナリ

(二八條)

(二) 會社其他社團ヨリ社員ニ對シ社員ヨリ社員ニ對シテ其社員タル資格ニ基テ訴ノ裁判籍 此裁判籍
ハ其會社其他ノ社團ノ普通裁判籍アル地ノ裁判所ニ訴ヲ提起スルコトヲ得ヘシ(一九條)即チ社團ノ社
員タル資格ニ基テ訴ニ限リ此特別裁判籍アリトス

(三) 不法行為ニ基テ訴ノ裁判籍 此訴ノ裁判籍ハ債務者ニ對シ其行為ノアリタル地ノ裁判所ニ之ヲ提
起スルコトヲ得ヘシ(二〇條)故ニ行為地カ數箇ノ管轄地域ニ跨レルトキハ數箇ノ特別裁判籍アリト云
フコトヲ得ヘシ

(四) 辯護士執達吏ノ手数料立替金ニ關スル訴ノ裁判籍 此訴ノ裁判籍ハ訴訟物ノ價額如何ニ拘ハラ
本訴訟ノ第一審裁判所ニ提起スルコトヲ得ヘシ(二一條)是レ實際上ノ便宜ニ基クモノナリ且茲ニ手
料立替金ト稱スルハ其辯護士執達吏カ委任ヲ受ケタル訴訟ニ關シ生シタルモノニシテ法律ノ規定ニ依
リ請求シ得ヘキモノナラサルヘカラス(二一條)

(五) 不動産上ノ裁判籍 不動産上ノ裁判籍ハ分チテ二ト爲ス其一ハ不動産ニ關スル物權ノ訴ノ裁判籍
ニシテ他ノ一ハ不動産上ノ訴ニ附帶シテ訴フルコトヲ得ル債權ノ訴ノ裁判籍即チ是ナリ次ニ之ヲ分
スヘシ

(イ) 不動産ニ關スル物權ノ訴ノ裁判籍 不動産ニ關スル物權ノ訴ノ裁判籍ハ專屬裁判籍ニシテ不動産
所在地ノ裁判所トス此裁判籍ニ訴ヲ起スヘキ場合ハ所有權ノ訴、占有保持ノ訴、占有保全ノ訴、占有回
收ノ訴、共有ニ付キ分割ヲ請求スル訴、不動産境界ノ訴等ナリトス此等ノ中不動産境界ニ關スル訴及
ヒ占有ノミニ係ル訴ハ事物ノ管轄ニ於テ説明シタルカ如ク區裁判所ノ管轄ニ屬スルモノナリ地役ニ基
ク訴ハ所有權者間ノ爭ナルト占有者間ノ爭ナルト又地役設定ヲ求ムル訴ナルト地役ヲ廢除スル訴ナル
トヲ問ハス何レノ場合ニモ不動産所在地ノ裁判所カ裁判籍ヲ有ス但其地役ノ訴ニ付キ承役地ト要役地
ト裁判管轄ヲ異ニスルトキハ承役地ノ裁判所ヲ以テ專屬管轄ト爲ス故ニ若シ承役地カ數箇ノ裁判所ノ
管轄ニ跨ル場合ハ第二六條ノ規定ニ依リ不動産カ數箇ノ裁判所ノ管轄區内ニ散在スルモノトシテ上級

裁判所ノ指定ニ因リテ管轄ヲ定メラルモノナリ(第二二條)

(ロ) 不動産上ノ訴ニ附帶シテ訴フルコトヲ得ル債權ノ訴ノ裁判籍 債權ノ擔保ヲ爲ス從タル物權ニ基

(三條一項)

此場合ハ不動産ノ訴ニ附帶スルコト其不動産上ノ訴ハ債權ノ擔保ヲ爲ス從タル物權即チ質權、抵當權ノ如キ擔保物權ニ基クモノニシテ擔保物權ヲ主張シ若クハ其免脱ヲ求ムルモノナルコト及ヒ同一ノ被告ニ對スルモノナルコトノ三條件ヲ必要トス故ニ第三者ニ對スル訴ノ如キハ此裁判籍ニ提起スルコトヲ得ス

(ハ) 不動産ノ所有者若クハ占有者ニ對スル訴ニシテ債權ノ訴又ハ不動産ニ加ヘタル損害賠償ノ訴モ亦不動産上ノ裁判籍ニ提起スルコトヲ得ヘシ

右イ、ロノ裁判籍ハ專屬裁判籍ニ非ス權能裁判籍ナルカ故ニ此等ノ訴ハ普通裁判籍ニモ提起スルコトヲ得ヘシ

(六) 相續裁判籍(二四條) 相續裁判籍トハ相續權遺贈其他死亡ニ因リテ效果ヲ生スル處分ニ基ク財産權上ノ請求ニ付テノ訴訟ニ遺產債權者ヨリ遺產者又ハ相續人ニ對スル財産權上ノ請求ニ付テノ訴ノ裁判籍ナリトス此裁判籍ハ遺產者カ死亡ノ時ニ有シタル普通裁判籍ノ所在地トス而シテ死亡ノ時如何ハ民法ノ規定ニ依リテ定マルモノニシテ遺產者カ事實上死亡セル場合及ヒ失踪ノ宣告ニ因リテ死亡ノ推定ヲ受ケタル場合即チ是ナリ

相續裁判籍ハ性質の相續裁判籍ト擴張の相續裁判籍トノ二ニ區別スルコトヲ得ヘク共ニ專屬裁判籍ニ非シテ權能裁判籍ナリ故ニ原告ハ相手方ノ普通裁判籍ニモ此等ノ訴ヲ起スコトヲ得ルモノトス

(イ) 性質の相續裁判籍 性質の相續裁判籍トハ右ニ述ヘタル相續權、遺贈、其他死亡ニ因リテ效果ヲ生スル處分ニ基ク財産權上ノ請求ノ裁判籍ナリ此裁判籍ニハ裁判籍内ニ遺產ノ存在セルト否トヲ問ハス又遺產ノ分割カ既ニ終了セル後ナルト否トヲ問ハス共ニ訴ヲ起スコトヲ得ルモノナリ

相續權ニ基ク請求ノ訴トハ民法相續編ニ規定セル相續ニ關シテ起レル物權若クハ債權ノ訴ヲ謂ヒ遺贈ニ基ク請求ノ訴トハ亦民法相續編ニ規定セル遺言ニ因リテ取得セル財産權上ノ請求ノ訴ヲ謂ヒ死亡ニ因リテ效果ヲ生スル處分ニ基ク請求ノ訴トハ民法第五五四條ニ規定セル贈與等ニ關スル訴ヲ謂フモノナリ

(ロ) 擴張の相續裁判籍 擴張の相續裁判籍トハ遺產債權者ノ訴ニ付テノ裁判籍ナリ遺產債權者ノ訴ニハ遺產者ニ對スル訴ト相續人ニ對スル訴トノ二アリ遺產債權者ヨリ遺產者ニ對スル訴トハ遺產者ノ死亡前遺產債權者ト遺產者トノ間ニ成立シタル法律關係ニ基ク請求ノ訴ヲ謂フモノニシテ遺產債權者ヨリ相續人ニ對スル訴トハ遺產者ノ死亡後ニ相續人カ其遺產ニ付テ爲シタル法律關係ニ基ク請求ノ訴ヲ謂フモノナリ此擴張の相續裁判籍ニ付テハ一ノ制限アリ即チ遺產ノ全部又ハ一部カ其裁判所ノ管轄區域内ニ存在スルコトヲ要ス故ニ相續人一人ナルトキハ相續ノ開始アリテ遺產カ其相續人ノ占有ニ移リタル後相續人カ其遺產ヲ他人ニ讓渡スカ又ハ遺產カ消滅セザル間ハ此裁判籍存續スルモノナリ若シ相續人カ其遺產ノ全部ヲ他人ニ讓渡シテ爲ニ因リテ遺產ノ性質ヲ失フヲ以テ縱令其物件自體カ其裁判所ノ管轄區域内ニ存在スルモ遺產トシテ存在スルニ非サルカ故ニ其讓渡アリタル後裁判籍消滅スルモノナリ又相續人カ數人アルトキハ遺產ノ全部カ未タ分割セラレザル間ナルコトヲ要ス即チ全部カ分割セラレシテ存在スルトキハ此裁判籍ハ存續スルモノナリト雖モ若シ全部カ分割セラレ

タルトキハ遺産ハ遺産タルノ性質ヲ失フヲ以テ此裁判籍モ亦消滅スルモノナリ而シテ遺産ノ分割ハ遺産債權者カ之ヲ知リタルト否トニ關セス適法ノ分割行爲アレハ即チ消滅スルモノナリ要スルニ遺産カ適法ニ且全部分割セラレタルトキハ此裁判籍消滅シ若シ一部ニテモ分割セラレシテ存在シ又ハ其分割力不適法ナルトキハ法律上分割ナキト同一ナルヲ以テ遺産ハ猶存在シ隨テ此裁判籍モ亦存続スルモノナリ

(七) 反訴ノ裁判籍(二〇〇條一項) 反訴トハ一ノ訴訟ノ權利拘束中ニ被告ヨリ原告ニ對シ同一ノ裁判所及ヒ同一ノ訴訟手續ニ於テ本訴ノ請求ヲ主張スル訴ナリ

反訴ノ裁判籍ハ右ノ定義ニ依リテ明カナルカ如ク本訴ノ權利拘束ト爲リタル裁判所即チ是ナリ反訴ニ付テハ詳細ハ第二編ノ講義ニ譲ルヘキモ其定義ノ要件トシテハ(一)本訴カ權利拘束ヲ生シタルコト(二)本訴ノ權利拘束カ反訴提起ノ時ニ尙ホ繼續スルコト但其繼續中ト雖モ反訴ノ提起ヲ爲シ得ルハ第一審ノ口頭辯論終結前ナルコト(三)本訴ト反訴トカ通常ノ訴訟手續ナルコト即チ特別訴訟手續例ヘハ假差押、假處分又ハ證書訴訟手續、督促手續等ナルトキハ反訴ヲ提起スルコトヲ得ス(四)反訴ハ被告ヨリ提起スルコト(五)本訴ノ請求ト相牽連スルコト

以上ノ要件具備セル反訴ハ訴訟物ノ價格如何ニ拘ハラス本訴ノ裁判所ニ提起スルコトヲ得ヘシ但財産權上ノ請求ニ非サル反訴又ハ其目的物ニ付キ專屬管轄ノ規定アル場合ハ其反訴カ本訴ナルトキニ其裁判所ノ管轄ニ屬スルモノナラサルヘカラス而シテ反訴ノ裁判籍ハ本訴ノ權利拘束ノ消滅ニ因リテ消滅スルモノナリ

(八) 人事訴訟ノ裁判籍 人事訴訟ノ裁判籍ハ次ノ數種アリトス

(イ) 婚姻事件ノ裁判籍 婚姻ノ無効若クハ取消離婚又ハ夫婦ノ同居ヲ目的トスル訴ハ夫カ普通裁判籍ヲ有スル地又ハ其死亡ノ時ニ之ヲ有シタル地ノ地方裁判所ニ專屬ス但縁組事件ニ附帶シテ婚姻ノ取消又ハ離婚ノ請求ヲ爲ス場合ハ此限ニ在ラス

右ノ普通裁判籍ハ日本ニ住所ナキトキ又ハ日本ノ住所ノ知レサルトキハ居所ニ依リ、居所ナキトキ又ハ居所ノ知レサルトキハ最後ノ住所ニ依リテ定マル最後ノ住所ナキトキ又ハ其住所ノ知レサルトキハ明治三十二年司法省令第一號ヲ以テ定メラレタル如ク東京市又ハ臺灣ニ在リテハ臺北ヲ以テ普通裁判籍ト爲ス

(ロ) 養子縁組事件ノ裁判籍 養子縁組無効若クハ取消又ハ縁組ノ目的トスル訴ハ養親カ普通裁判籍ヲ有スル地又ハ其死亡ノ時ニ之ヲ有シタル地ノ地方裁判所ノ管轄トス但婚姻事件ニ附帶シテ縁組ノ取消又ハ縁組ノ請求ヲ爲ス場合ハ此限ニ在ラス右ノ普通裁判籍ハ日本ニ住所ナキトキ又ハ日本ノ住所ノ知レサルトキ等ハ婚姻事件ノ裁判籍ト同一ナリ

(ハ) 親子關係事件ノ裁判籍 子ノ否認、認知、其認知ノ無効、取消等ノ訴ハ子カ普通裁判籍ヲ有スル地又ハ其死亡ノ時ニ之ヲ有シタル地ノ地方裁判所ノ管轄トス

(ニ) 相続人廢除事件ノ裁判籍 推定家督相續人又ハ遺産相續人ヲ廢除シ又ハ廢除ヲ取消ス訴ハ被相續人カ普通裁判籍ヲ有スル地又ハ其死亡ノ時ニ有シタル地ノ地方裁判所ノ管轄ニ專屬ス

(ホ) 隱居事件ノ裁判籍 隱居ノ無効又ハ取消ハ隱居者カ普通裁判籍ヲ有シ又ハ死亡ノ時ニ有シタル地ノ地方裁判所ノ管轄ト爲ス

(ヘ) 禁治產事件ノ裁判籍 禁治產ノ申立不服ノ訴ノ禁治產ノ宣告ヲ受クヘキ者カ普通裁判籍ヲ有スル

地ノ區裁判所ノ管轄ニ專屬ス普通裁判籍カ日本ニナキトキ等ハ婚姻事件ノ裁判籍ト同一ノ規定ニ從フ
(ト)失踪事件ノ裁判籍 失踪ノ宣告取消ノ申立ハ不在者ノ住居地ノ區裁判所ノ管轄ニ專屬ス不在者カ
日本ニ住所ヲ有セサルトキノ如キハ婚姻事件ノ裁判籍ト同一ノ規定ニ依リテ裁判籍ヲ定ム

第四項 裁判籍相互ノ關係

裁判籍ハ前述ノ如ク普通裁判籍ト特別裁判籍トニ分タレ尙ホ其中ニ於テ專屬裁判籍ノ定アリ專屬裁判
籍ノ定ナキモノニ付テハ若シ被告カ數多ノ裁判籍ヲ同時ニ有スル場合ニハ原告ハ何レノ裁判所ニテモ
選擇ニ從ヒ訴ヲ提起スルコトヲ得ヘク故ニ被告ノ裁判籍カ成立スルコト數多ナルトキハ原告ハ利益ヲ
受クルモノナリ專屬裁判籍ハ法律カ特ニ明文ヲ以テ專屬トス若クハ管轄トスト規定シタル場合ニ限リ
テ認メラレタルモノナリ專屬裁判籍ハ他ノ裁判所ヲ除外シテ被告ニ對スル訴ニ付テハ唯一ノ裁判所ヲ
管轄ト定メタルモノナリ故ニ專屬ノ規定アル場合ハ其裁判所以外ニ訴ヲ起スコトヲ得サルモノトス專
屬裁判籍ヲ定メタル效果ヲ述ブレハ左ノ如シ

- (一)專屬裁判籍ハ合意ヲ以テ當事者カ之ヲ變更スルコトヲ得ス
- (二)專屬裁判籍ナキ裁判所ニ專屬規定アル訴ヲ原告カ提起シタルトキハ裁判所ハ職權ヲ以テ原告ノ訴
ヲ却下セサルヘカラス從テ被告ノ提出スル裁判所管轄違ノ抗辯モ被告ニ於テ之ヲ放棄スルコトヲ得サ
ルモノナリ
- (三)專屬裁判籍ノ定アル事件ハ之ヲ反訴トシテ提起スルモ又其裁判所ニ提起セサルヘカラス

第五項 指定管轄

指定管轄トハ裁判所ノ指定ニ依ル管轄ヲ謂フ裁判所ノ管轄ニ付テハ法律ハ事物並ニ土地ニ付テ規定セ
ル所アリト雖モ事實上ニ於テ法定ノ管轄裁判所カ其規定ニ從ヒ裁判權ヲ行使スルコト能ハサル場合ア
リ又或事情ニ因リ裁判所ノ間ニ其管轄權ニ付キ爭ヲ生スル場合アリ是ヲ以テ法律ハ特別ノ場合ニ下級
裁判所ヲ併セテ管轄スル直近上級裁判所ニ裁判管轄ヲ指定スル權ヲ與ヘタリ直近上級裁判所ニ於テ管
轄裁判所ヲ指定スル場合ハ裁判所構成法第一〇條民事訴訟法第二六條ニ規定セリ左ニ之ヲ説明スヘシ
第一 管轄權アル裁判所ニ於テ法律上ノ理由若クハ特別ノ事情ニ因リ裁判權ヲ行フコトヲ得サルトキ
管轄權アル裁判所トハ事物ノ管轄及ヒ土地ノ管轄ニ從テ訴ヲ受クヘキ裁判所ナリ土地ノ管轄ニ付テ説
明シタル如ク裁判籍ニハ權能的裁判籍ト專屬的裁判籍ト在リテ前者ノ場合ニハ裁判籍カ二箇並立スル
モノナリ法律上ノ理由若クハ特別ノ事情ニ因リ裁判權ヲ行フコトヲ得サルトキハ其並立セル二箇以上
ノ裁判所カ其ニ裁判權ヲ行フコト能ハサル場合ヲ云フモノナルカ換言スレバ權能的裁判籍ノ一カ其訴
訟事件ニ付キ裁判權ヲ行ヒ得ルトキハ此規定ニ該當セサルカ例ヘバ財產權上ノ訴ニ付テハ永寓地ノ裁
判所若クハ普通裁判籍ノ裁判所ニ其訴ヲ起スコトヲ得ルニ拘ハラズ其永寓地ノ裁判所カ裁判權ヲ行フ
コトヲ得サルトキハ管轄指定ノ申請ヲ爲シ得ヘキカト云フニ此場合ニハ原告カ選擇シテ訴ヲ提起セシ
トスル裁判所カ裁判權ヲ行ヒ得サルトキハ則チ此規定ニ該當スルモノニシテ原告ハ管轄指定ノ申請ヲ
爲スコトヲ得ヘシ例ヘバ原告カ被告ノ普通裁判籍ノ裁判所ヲ選擇シテ訴ヲ提起セントスルニ當リ其裁
判所カ裁判權ヲ行ヒ得サルトキハ縱令特別裁判籍タル永寓地ノ裁判所カ裁判權ヲ行ヒ得ル場合ト雖モ

仍ホ指定ノ申請ヲ爲スコトヲ得ヘシ蓋シ二箇ノ裁判所ノ存スル場合ニハ原告カ其一ヲ選擇シテ其訴ヲ提起セントスルハ原告ノ權能ニ屬スルヲ以テ尙ホ他ニ一ノ裁判所ノ存在スルノ理由ヲ以テ指定ノ申請ヲ爲スコトヲ得スト云フノ理ナケレハナリ

裁判所カ裁判權ヲ行フコトヲ得サル場合トハ裁判所ノ判事カ法律上職務ヲ行ヒ得サル場合ニシテ區裁判所ニ在リテハ單獨判事會議裁判所ニ在リテハ其部ヲ組織スル判事全體カ職務ヲ行ヒ得サル場合ヲ謂フ而シテ區裁判所判事ハ裁判所構成法第一三條ニ依リ毎年地方裁判所長ノ豫メ定メタル順序ニ從ヒ互ニ相代理スヘキモノナルヲ以テ其代理判事モ亦職務ヲ行ヒ得サルトキニ限ル又同條第二項ニ依リ一ノ區裁判所ニ於テ法律上ノ理由若クハ特別ノ事情ニ因リ事務ヲ取扱ヒ得サルコトアル場合ヲ豫想シ毎年地方裁判所長カ豫メ他ノ區裁判所ヲ定メタルトキハ其代ルヘキ區裁判所ノ判事カ職務ヲ取扱ヒ得サルトキニ限ル要スルニ裁判所構成法第一三條ノ場合ヲ除キ裁判所ノ判事カ職務ヲ取扱ヒ得サル總テノ場合ニ管轄指定ノ申請ヲ爲シ得ヘキモノトス又會議裁判所ニ於テハ之ヲ構成スルコトヲ得サル場合ニ於テ管轄指定ノ必要ヲ生スルモノナリ

管轄裁判所カ裁判權ヲ行フコトヲ得サル原因ハ事實上ノ理由ニ基クモノト法律上ノ理由ニ基クモノトノ二アリ前者ハ判事ノ病氣死亡又ハ戰爭等ニ因リ事務ヲ執ル能ハサル場合ニシテ後者ハ判事カ除斥セラルタル場合又ハ偏頗ノ虞アルカメ忌避セラレ其忌避カ正當ナリトノ裁判アリタル場合トス此二者ハ訴訟提起前ニ生スル場合ト訴訟進行中ニ生スル場合ト問ハス共ニ指定ノ申請ヲ爲シ得ヘキモノトス例ヘハ戰爭ニ因リ訴訟ヲ提起シ能ハサル場合或ハ訴訟提起後ニ判事カ除斥セララルタル場合ノ如キ是ナリ

第二 裁判所ノ管轄區域ノ境界カ明瞭ナラサルカ爲メ其權限ニ付キ疑ヲ生シタルトキ

此場合ハ裁判所管轄區域ノ境界カ不明ナルニ基キ指定ノ必要ヲ生スルモノニシテ例ヘハ裁判所ノ管轄境界線カ被告ノ住所ヲ橫斷スル場合或ハ海上ニ於ケル漁場ノ爭若クハ山林ノ樹木伐採等ニ關スル訴訟等ニシテ其事件カ何レノ裁判所ノ管轄ニ屬スヘキモノナルヤ明確ナラサル場合等ヲ謂フ

第三 法律ニ從ヒ二以上ノ裁判所カ裁判權ヲ互有スルトキ

二以上ノ裁判所カ裁判權ヲ互有スルトキハ原告ノ何レノ裁判所ニモ訴ノ提起ヲ爲スコトヲ得ヘシ此場合ニ於テハ管轄指定ノ必要ハ殆ト見出し能ハサルナリ故ニ此規定ハ不必要ナリト信ス

第四 二以上ノ裁判所ノ間ニ權限爭ヲ生シタルトキ

二以上ノ裁判所ニ於テ管轄ニ付テ爭ヲ生シタルトキハ管轄指定ノ必要ヲ生スルモノニシテ裁判所構成法第一〇條第三號第四號ノ規定セル所ナリ管轄ニ付テノ爭ニハ積極的ノ爭ト消極的ノ爭トノ二アリ積極的ノ爭トハ二以上ノ確定判決ニ因リテ各裁判所カ同一訴訟事件ニ付キ管轄權アルコトヲ言渡シタル場合ヲ謂ヒ消極的ノ爭トハ二以上ノ裁判所ノ中其一ノミカ管轄權アル場合ニ於テ何レノ裁判所モ管轄權ヲ有セストノ確定判決ヲ爲シ若クハ上級裁判所カ何レノ裁判所ニモ管轄權ナシトノ判決ヲ爲シ其判決確定シタル場合ヲ謂フ右ノ場合ハ共ニ指定ニ依リテ管轄ヲ定ムルモノトス

右積極的及ヒ消極的ノ爭ニ關スル要件ハ左ノ如シ

(一) 同一ノ訴訟事件ニ付キ二箇以上ノ裁判所カ裁判ヲ爲シタルコト

二以上ノ裁判所トハ共ニ内國ノ裁判所ニシテ外國ノ裁判所ヲ包含セス同一ノ訴訟事件ナルトキハ原告ヨリ起シタル訴ナルト被告ヨリ起シタル訴ナルト問ハサルナリ

(二) 數箇ノ裁判所ニ於テ判決ヲ以テ裁判權ヲ有シ若クハ有セザルノ言渡ヲ爲シタルコト

此判決ハ單ニ管轄ノ點ノミニ付テ言渡シタルモノナルコトヲ要シ本案ノ判決ハ之ヲ包含セス蓋シ管轄ノ裁判ハ本案ノ裁判ノ前提要件ニシテ本案ノ判決アリタルトキハ管轄ノ爭ハ既ニ終了セルモノナレハナリ而シテ積極的管轄ノ場合ニ於ケル管轄ノ判決ハ中間判決ニシテ消極的管轄ノ場合ニ於ケル管轄ノ判決ハ終局判決ナリ

(三) 判決カ形式的ニ確定力ヲ生シタルコト

判決ノ形式的確定トハ其判決ニ對シ上訴又ハ故障ヲ以テ攻撃スルコト能ハサル程度ニ至リタルモノヲ謂フ若シ夫レ未タ確定セサル判決ハ故障又ハ上訴ノ方法ニ依リ管轄ノ問題ヲ決シ得ルヲ以テ指定ノ必要ナキモノトス

右ノ三要件ヲ備フレハ或ハ積極的爭ト爲リ又ハ消極的爭ト爲ル尙ホ此外ニ消極的爭ノ場合ハ上級裁判所ニ於テ二以上ノ裁判所カ共ニ裁判權ヲ有セストノ判決ヲ爲シ其判決確定シタル場合ナリトス第五 不動産上ノ裁判權ニ訴ヲ起スヘキ場合ニ於テ不動産カ數箇ノ裁判所ノ管轄區域内ニ散在スルトキ此場合ハ民事訴訟法第二二條ノ專屬管轄即チ不動産上ノ裁判權ニ訴ヲ起スニ當リ一ノ不動産カ數箇ノ裁判所ノ管轄區域ニ跨リタルトキ例ヘハ不動産カ甲裁判所ト乙裁判所トノ管轄境界ニ跨リ在ルカ如キ又二箇以上ノ不動産カ各二箇以上ノ裁判所ノ管轄區域内ニ散在スルトキ例ヘハ甲乙丙ノ各裁判所ノ管轄區域内ニ各一箇ノ不動産カ存在シ其各不動産ニ關シテ一ノ訴ヲ起サントスルカ如キ此二ツノ場合ニ於テハ管轄裁判所不明ナルヲ以テ管轄指定ノ必要ヲ生スルモノナリ民事訴訟法第二六條ノ散在ナル文字ヨリ觀レハ不動産カ數箇獨立シテ數箇ノ裁判所ノ管轄區域内ニ存スル場合ノミヲ規定

シタルカ如クナレトモ法文ノ解釋トシテハ不動産カ分離獨立シテ存スル場合ハ勿論一箇ノ不動産カ數箇ノ裁判所ノ管轄區域内ニ跨ル場合モ共ニ第二六條ニ包含スルモノト信ス何トナレハ不動産上ノ裁判權ハ專屬管轄ナルヲ以テ不動産所在地以外ニ訴ヲ起スヲ得ス故ニ其不動産カ數多ノ裁判所ノ經界線ニ跨リ在ル場合ハ何レノ裁判所ニ訴フヘキヤヲ知ルコト能ハス即チ其跨リ在ル各裁判所ハ各一其不動産ノ一部ニ付キ共ニ管轄權ヲ有シ而モ當事者ノ合意ヲ許ス權能的裁判權ニ非サレハナリ又數箇ノ不動産カ獨立シテ各裁判所ノ管轄區域内ニ存在スル場合ニ於テモ數箇獨立ニ訴ヲ起スヘキヤヲ知ルノ必要アルヲ以テ管轄指定ノ申請ヲ爲ササルヘカラス之ヲ要スルニ數箇ノ不動産カ各裁判所ノ區域内ニ散在スル場合又ハ一箇ノ不動産ニシテ二箇以上ノ裁判所區域内ニ跨ル場合ニ於テ管轄指定ノ申請ヲ爲スヘキモノニシテ訴ノ目的物カ法律上單一ナルコトヲ要スルモノナリ

以上述ヘタル場合ニ於テ管轄指定ノ必要アルモノナリ而シテ何レノ裁判所カ管轄指定ノ裁判ヲ爲スヘキモノナルヤハ裁判所構成法第一〇條ニ規定セリ即チ關係アル各裁判所ヲ包含シテ管轄スル直近上級裁判所ナリトス(二七條)故ニ同一地方裁判所ノ管轄ニ屬スル數箇ノ區裁判所ニ關スルトキハ其地方裁判所カ直近上級裁判所ナリ又數箇ノ地方裁判所ニ屬スル數箇ノ區裁判所ニ關スルトキハ其地方裁判所ヲ併セテ管轄スル控訴院カ其區裁判所ノ直近上級裁判所ナリトス之ト同シク同一ノ管轄區域内ニ數箇ノ地方裁判所ニ關スルトキハ其控訴院ハ直近上級裁判所ニシテ又數箇ノ控訴院ノ管轄ニ屬スル區裁判所ニ關スルトキハ大審院ハ其直近上級裁判所ナリ此ノ如キ關係ニ於テ爭アル裁判所ヲ管轄スル直近上級裁判所カ管轄ノ指定ヲ爲スヘキモノトス

管轄ノ指定ヲ求ムル當事者ハ口頭又ハ書面ヲ以テ其申請ニ付キ管轄權ヲ有スル裁判所ニ之ヲ申請スルコトヲ得(二八條一項)而シテ其申請ヲ受ケタル裁判所ハ口頭辯論ニ基カス即チ書面審理ニ依リ決定ヲ以テ其裁判ヲ爲スヘキモノトス申請ヲ受ケタル裁判所カ其管轄裁判所ヲ指定シタルトキハ其決定ニ對シ當事者ハ不服ヲ申立ツルコトヲ得ス(二八條二項三項)不服ヲ申立ツルコトヲ得ストハ抗告其他ノ上訴ハ勿論故障又ハ異議ノ申立ノ如キ一切ノ不服申立ノ方法ヲ許ササルモノナリ

申請ヲ受ケタル裁判所カ其申立ヲ却下シタルトキハ其決定ニ對シテハ不服即チ抗告ヲ申立ツルコトヲ得ヘシレ第二八條第三項ノ規定ニ依リ推考スルモ明カナルノミナラス第四五五條ノ規定ニ依ルモ抗告ハ訴訟手續ニ關スル申請ヲ口頭辯論ヲ經スシテ却下シタル裁判ニ對シ之ヲ爲シ得ヘキモノニシテ管轄指定ノ申請ハ訴訟手續ニ關スル申請ナルヲ以テ右ノ法文ニ該當スルモノナリ

第五款 合意管轄

民事訴訟法ハ不干渉主義ヲ原則ト爲シ當事者ノ利益ヲ主トシ苟モ事公益ニ關係ナキモノハ當事者ノ處分ニ一任シタリ故ニ此裁判所ノ管轄ニ付テモ事物ノ管轄タルト土地ノ管轄タルト問ハス一ノ裁判所カ法律上管轄權ヲ有セサル場合ニ於テモ當事者ノ合意ニ因リ其裁判所ニ訴訟事件ノ管轄權ヲ發生セシムルコトアリ即チ訴訟事件ノ輕微ニシテ區裁判所ノ管轄ニ屬スヘキ場合ニ於テモ當事者ニシテ深重ナル審理ヲ求メント欲スルトキハ合意ニ因リ地方裁判所ニ訴訟ヲ繫屬セシムルコトヲ得ヘク又地方裁判所ノ管轄ニ屬スヘキ事件ニ付テモ當事者ニ於テ其事件極メテ簡單ニシテ合議裁判所ノ審理ヲ求ムルコトヲ要セスト思料スルトキハ之ヲ區裁判所ニ繫屬セシムルコトヲ得ヘシ例ヘハ訴訟物ノ價格百圓未満

ナルト否トニ因リ事物ノ管轄ノ異ニスルヲ以テ五十圓ノ價格アル訴訟物ノ事件ハ區裁判所ノ管轄ニ屬スヘキモ當事者ニ於テ其法律關係重大ニシテ區裁判所單獨判事ノ審理ヲ受クルヲ欲セス之ヲ地方裁判所ニ訴フルカ如キ又百五十圓ノ價格ヲ有スル訴訟物ノ事件ハ地方裁判所ノ管轄ニ屬スヘキモノナルモ其事件ニシテ單純ナル貸借關係ニ過キサルトキハ當事者ノ便宜上之ヲ區裁判所ニ訴ヘ得ルカ如シ此方法ニ依ル訴ノ提起ハ上訴ニ影響ヲ及ホスモノナリ即チ區裁判所カ第一審トシテ裁判シタルトキハ地方裁判所ハ第二審ニシテ控訴院ハ其上告裁判所ナリト雖モ當事者ノ合意ヲ以テ區裁判所ノ管轄ニ屬スヘキ事件ヲ地方裁判所ノ管轄ト爲シタルトキハ本來區裁判所ノ事件ト雖モ大審判ニ於テ上告ノ審判ヲ受クルコトヲ得ルニ至ルヘシ又此方法ニ依ル訴ハ訴訟代理ニ關シテモ差異アリ即チ地方裁判所ニ在リテハ辯護士ヲ以テ訴訟代理人ト爲スヲ原則トスト雖モ區裁判所ニ於テハ親族若クハ雇人ヲ以テ訴訟代理人ト爲スコトヲ得ヘシ故ニ地方裁判所ニ屬スヘキ事件ヲ區裁判所ノ管轄ト爲スコトヲ合意シタルトキハ當事者ハ特ニ辯護士ヲ訴訟代理人トスルノ必要ナシ其起訴ノ方式ニ於テモ地方裁判所ニテハ必ス書面ヲ以テスルコトヲ要スレトモ區裁判所ニ於テハ口頭ヲ以テ訴ノ提起ヲ爲シ得ルカ如キ又就審期間ニ付テモ地方裁判所ハ二十日ノ期間ヲ存スヘキモ區裁判所ハ三日ノ期間ニテ足レルカ如キ種類ノ點ニ於テ當事者ノ便宜アルヲ以テ合意管轄ヲ認ムルノ必要存スルモノトス又土地ノ管轄ノ上ヨリスルモ法律上管轄權ヲ有セサル地方裁判所若クハ區裁判所ニ當事者ノ便宜上管轄權ヲ發生セシムルコトノ必要アルハ別ニ喋喋ヲ要セスシテ明カナルヘシ

第一 第一審裁判所タルコト

事物ノ管轄ヨリスレハ法律上地方裁判所ノ管轄ニ屬スヘキ事件ヲ區裁判所ノ管轄ト爲シ又區裁判所ノ管轄ニ屬スヘキ事件ヲ地方裁判所ノ管轄ト爲スコトヲ得ヘシ管轄ノ土地ノ上ヨリスレハ甲ナル地方裁判所ノ管轄ニ屬スヘキ事件ヲ乙地方裁判所ノ管轄ニ屬セシムルコトヲ得ヘク區裁判所ニ付テモ亦同シ然レトモ第二審以上ニ於テハ合意ヲ以テ管轄ノ規定ヲ變動スルコトヲ得ス若シ之ヲ許ストキハ審級ノ秩序ヲ紊亂シ之ヲ設ケタル趣旨ヲ沒スルニ至レハナリ

第二 一定ノ裁判所ヲ定ムルコト

裁判所ヲ一定セサル合意ハ無効ナリ例ヘハ日本國中何レノ裁判所ニ訴フルモ妨ケナシトスル合意ハ無効ニシテ管轄ノ合意ニ付テハ必ス一定セル裁判所ヲ定メサルヘカラス而シテ之ヲ定ムル方法ニ二種アリ一ハ一ノ裁判所ヲ限リテ他ノ裁判所ヲ排斥スル場合ナリ即チ或訴訟事件ニ付キ甲裁判所ヲ管轄裁判所ト爲シ他ノ法定ノ裁判所ヲ管轄裁判所ト爲ササル合意ヲ爲ストキニシテ他ノ一ハ法律上ニ於ケル管轄裁判所ノ外ニ尙ホ他ノ管轄裁判所ヲ合意スル場合はナリ前者ハ之ヲ專屬的管轄ノ合意ト稱シ後者ハ之ヲ權能的管轄ノ合意ト稱スルコトヲ得ヘシ專屬的管轄ノ合意ノ場合ニ於テ原告カ合意以外ノ裁判所ニ出訴シタルトキハ被告ハ管轄違ノ抗辯ヲ爲スコトヲ得ヘキモ權能的管轄ノ合意ノ場合ニ於テハ原告カ合意以外ノ法律上管轄權アル裁判所ニ訴ヲ提起スルコトヲ得ヘシ

第三 一定ノ權利關係及ヒ其權利關係ヨリ生スル訴訟ニ係ルコトヲ要ス

一定ノ權利關係トハ特定ノ權利關係ト云フコトヲ包含スルハ勿論ナレトモ必スシモ權利關係ノ特定セルコトヲ必要トスルモノニ非ス故ニ當事者間ニ成立セル金百圓ノ貸借關係又ハ特定マタル住家ノ賃貸借關係ニ於ケル訴訟ノ如キ特定ノ場合ノミヲ必要トスルニ非ス當事者間ニ於ケル商行爲若クハ或

契約ヨリ生スル訴訟例ヘハ保險會社ト被保險人トノ間ニ於ケル保險契約ヨリ生スル總テノ訴ニ付キ合意ヲ爲スカ如キ或ハ株式會社ト其社員トノ間ニ生スル訴訟ニ付テハ何レノ裁判所ヲ以テ管轄裁判所ト爲スヘキヤヲ合意スルコトヲ得ヘシ又一定ノ權利關係ハ既ニ當事者間ニ發生セル權利關係タルコトヲ必要トセス將來發生スヘキ權利關係ニ付テモ亦管轄ノ合意ヲ爲スコトヲ得ヘシ然レトモ當事者間ニ於テ生スル訴訟ハ總テ一定ノ裁判所ヲ以テ管轄裁判所ト爲スト云フカ如キ合意ハ無効ノモノトス

第四 財産權上ノ請求ニ關スル訴訟タルコトヲ要ス

財産權上ノ請求ニ關スル訴訟トハ特定ノ說明ヲ要タサルヘシ財産權以外ノ訴訟ニ付テハ公益ニ關スルノ理由ヲ以テ法律上管轄裁判所ヲ定メタルモノナレハ合意ヲ許スヘキモノニ非ス

第五 專屬管轄ニ屬セサル訴ナルコトヲ要ス

法律ノ專屬管轄ヲ定メタルハ公益ニ關係アルモノト認メタルモノナレハ當事者ノ意思ヲ以テ之ヲ變更スルコトヲ許サス

以上ハ合意ニ付テノ要件ナリ右ノ要件ヲ具備スルトキハ當事者間ニ於ケル裁判所管轄ノ合意ハ有效ナルモ若シ其條件ノ一ヲ缺クトキハ其合意ハ無効ナリトス(一九條三一條)

裁判所ノ管轄ノ合意ノ方式ニ付テハ明示若クハ默示ノ合意ヲ以テ之ヲ爲ス明示的ノ合意ハ書面ヲ以テスルコトヲ要ス其書面ハ特定ノ方式ナキヲ以テ裁判官ニ於テ管轄ノ合意アリト認メ得ヘキ書面アルヲ以テ足レリトス而シテ書面ヲ以テスル合意ハ原告カ訴ヲ起シテ口頭辯論ノ開始前ニ之ヲ爲スコトヲ得ヘク或ハ起訴以前ニ於テモ之ヲ爲スコトヲ得ヘシ暗黙ノ合意ハ口頭辯論開始後ニ於ケル合意ニシテ即チ被告カ管轄違ノ申立ヲ爲サスシテ本案ノ辯論ヲ爲シタルトキハ其裁判所ハ管轄權ヲ有セサルモ暗黙

ノ合意ニ因リテ管轄權ヲ生スヘシ所謂本案ノ辯論トハ訴訟ノ實質ニ付テハ辯論ナリ隨テ被告カ妨訴抗辯ヲ提出シ或ハ起訴手續ノ適法ナルヤ否ヤニ付キ爭ヲ爲シタルカ如キハ本案ノ辯論ト謂フコトヲ得サルカ故ニ此等ノ辯論ヲ爲スモ管轄ノ合意アリト謂フコトヲ得ス原告カ第一ノ口頭辯論期日ニ闕席シ被告ハ管轄ニ付テハ異議ヲ申立ス第二四六條ノ規定ニ依リテ闕席判決ノ申立ヲ爲シ裁判所カ闕席判決ヲ爲シタルトキハ被告ハ本案ノ辯論ヲ爲シタルモノナリヤ否ヤノ問題ヲ生スヘシ此場合ニ於テハ被告ハ本案ノ辯論ヲ爲シタルモノナレトモ原告ノ故障申立ニ因リ訴訟カ闕席前ノ程度ニ回復シタルトキハ被告ハ故障ノ辯論期日ニ於テ管轄違ノ申立ヲ爲スコトヲ妨ケス次ニ被告カ第一ノ口頭辯論期日ニ闕席セル場合ニ於テハ縱令原告ノ提出セシ訴訟ニ管轄ニ付テハ合意アリタル旨ヲ記載シ且原告カ其口頭辯論期日ニ於テ管轄ニ付テハ合意アリタルコトヲ陳述スルモ其裁判所ハ管轄權ヲ有スルモノニ非ス何トナレハ被告闕席スルトキハ被告ハ本案ノ辯論ヲ爲シタルモノニ非サルヲ以テ默示ノ合意アリト謂フコトヲ得ス或學說ニ依レハ被告カ第一ノ口頭辯論期日ニ出頭セサルトキハ出頭シタル原告ノ事實上ノ口頭供述ヲ自白シタルモノト看做シ即チ管轄ノ合意ノ事實ニ付テモ自白シタルモノト看做スコトヲ得ヘシト主張スレトモ第二四八條ノ事實上ノ口頭供述ノ自白ト云フハ請求ノ原因タル事實ニ付テノ自白ヲ指稱スルモノナレハ被告闕席ノ場合ニ管轄ノ合意アリト看做スコトヲ得スト論決セサルヘカラス

第六節 法律上ノ共助

各裁判所ノ訴訟行為ノ效力ハ第四節ニ於テ説明セシ如ク全國ニ擴張スト雖モ訴訟行為ノ管轄ニ付テハ第五節ニ述ヘタルカ如ク其一ノ管轄區域内ニ限定セラルヲ以テ各裁判所ノ訴訟行為ハ其管轄區域内

ニ於テ行使シ得ルニ過キス隨テ一ノ裁判所カ其裁判所ノ繫屬セル訴訟事件ノ爲メニ其裁判所管轄區域以外ニ於テ訴訟行為ヲ爲スノ必要アルトキハ其訴訟行為ヲ爲スヘキ地ヲ管轄スル裁判所ノ補助ニ依ルニ非サルハ其行為ヲ爲スコトヲ得ス故ニ法律ハ此等ノ場合ニ於ケル補助ノ方法ヲ設ケタリ之ヲ稱シテ法律上ノ共助ト謂フ

法律上ノ共助ハ法律ヲ以テ特定シタル場合ノ外ハ其訴訟行為ヲ行フ地ヲ管轄スル區裁判所ニ於テ之ヲ爲ス(裁權一三二條)區裁判所ハ受託判事トシテ囑託ヲ受ケタル訴訟行為ヲ爲シ其結果ヲ囑託裁判所ニ報告スヘキモノトス各裁判所ハ互ニ法律上ノ補助ヲ爲スヘキ義務アルヲ以テ法律上ノ共助ヲ拒ムコトヲ得ス唯受託裁判所カ囑託ヲ受ケタル訴訟行為ヲ自己ノ管轄區域内ニ於テ爲スコトヲ得サル場合ニ限リ共助ヲ拒ムコトヲ得ヘシ例ヘハ證人訊問ノ囑託ヲ受ケタル場合ニ於テ其以前ニ證人カ他ノ裁判所ノ管轄區域内ニ移任シタル場合ノ如シ若シ法律ニ違背シテ受託裁判所カ共助ヲ拒ミタル場合ニ於テハ其要求者ハ裁判所構成法第一四〇條ノ規定ニ從ヒ抗告ヲ爲スコトヲ得ヘシ茲ニ注意ヲ要スルハ此抗告ハ訴訟法上所謂抗告ニ非スシテ司法行政上ノ抗告ナリ法律上ノ共助トシテ如何ナル訴訟行為ヲ爲スヘキヤニ付テハ法律ニ特ニ規定セス例ヘハ和解ニ關スル第二二一條、證人訊問ニ關スル第三二八條、檢證ニ關スル第三五八條其他一般ノ證據調ニ付テ第二七三條ニ規定セルカ如ク各場合ニ付テ之ヲ規定セリ

第二節 裁判所内部ノ構成

第一款 裁判所ノ組織

裁判所ノ構成ニ二種アリ單獨制及合議制是ナリ前者ハ一人ノ判事ニテ後者ハ三人以上ノ判事合體ニ

ヲ裁判權ヲ行フヲ謂フ裁判所構成法ニ依レハ通常裁判所ヲ分テ區裁判所、地方裁判所、控訴院及ヒ大審院ノ四トシテ單獨制ハ區裁判所ノミニシテ其他ハ何モ合議制ナリ左ニ大要ヲ説明スヘキモ其詳細ハ裁判所構成法ヲ參照スヘシ

第一、區裁判所 區裁判所ハ單獨裁判ヲ以テ裁判權ヲ行フ然レトモ一ノ區裁判所ニハ必スシモ判事一人ナリト云フニ非ス區裁判所ノ管轄ニ屬スル訴訟事件ニ付テハ一人ノ判事ニテ裁判權ヲ行フ而シテ區裁判所ニ二人以上ノ判事アルトキハ其中一人ヲ監督判事ト爲シ之ヲシテ裁判所ノ司法行政事務ヲ取扱ハシム但監督判事ト雖モ勿論裁判權ヲ行フモノニシテ之ト同時ニ司法行政事務ヲ取扱フモノナリ判事一人ナル區裁判所ナルトキハ其判事ハ司法行政事務及ヒ裁判權ヲ行フ二人以上ノ判事アル區裁判所ニ於テハ司法大臣ノ定ムル所ニ從ヒ各判事ニ其裁判事務ヲ分配ス

第二、地方裁判所 地方裁判所ハ第一審ノ合議裁判所ナリ各地方裁判所ニ三人ノ判事ヲ以テ組織シタル一若クハ二以上ノ民事部ヲ設ケ民事訴訟法ニ依リ法廷ニ於テ審問裁判スヘキ訴訟事件ハ常ニ此部ニ於テシ三人ノ判事中一人ヲ裁判長ト爲シ訴訟手續ノ指揮監督及ヒ公廷秩序ヲ維持シ或ハ公廷ニ於テ審問ヲ妨クル者若クハ不當ノ行狀ヲ爲ス者アルトキハ退廷ヲ命ジ之ヲ懲罰スルノ權ヲ有ス各地方裁判所

ニ地方裁判所長ヲ置キ裁判所一切ノ事務ヲ指揮監督セシム

第三、控訴院 控訴院ハ第二審ノ合議裁判所ナリ各控訴院ニ一若クハ二以上ノ民事部ヲ設ケ控訴院ニハ控訴院長任リテ一般ノ事務ヲ指揮監督ス其法廷ニ於テ審問裁判スヘキ訴訟事件ハ五人ノ判事ヲ以テ組織セラレタル部ニ於テ之ヲ爲ス五人ノ判事中一人ヲ裁判長トシ訴訟手續ノ指揮監督及ヒ懲戒權等ハ地方裁判所ニ於ケル裁判長ト同一ナリ又裁判所構成法第三八條ノ規定ニ從ヒ第二審ノ裁判ヲ爲ストキ

ルモ一方ニハ鹽業ノ發達進步ヲ妨ケ他方ニハ必需タル鹽ノ價額ヲ騰貴セシムルヲ以テ相次テ之ヲ廢止シ現時ハ只埃甸及ヒ伊國ニ於テ之ヲ賣例ヲ見ルニ過キス此際ニ當リテ吾國ニハ明治三十二年律令第七號ニヨリ翌年五月ヨリ臺灣ニ於テ鹽ノ專賣ヲ始メ其結果頗ル不良ナルニ拘ハラス明治三十六年度ノ議會ニ於テ鹽ノ消費稅法案ヲ提出シテ否決セラレ翌年度ノ議會ニ於テハ戰時ノ臨時財源トシテ新ニ鹽ノ專賣法案ヲ提出シ之ヲ成立ヲ見ルニ至レリ内地ノ鹽ノ專賣法ハ之ヲ臺灣ノ專賣法ニ比スレハ其天日ニ依ルモノ少ナク製造ノ地域限定セラルル爲メ比較的其取締ニ於テ勝レルヲ見ルモノアリ政府ノ豫算ハ鹽田七千五百萬個其產出高六百萬石乃至八百萬石ニ對シ生產費ヲ一石一圓乃至一圓五十錢トシ之ヲ平均一圓五十錢ニテ買上ケ四圓ニ賣下ケテ八百萬圓ノ收入ヲ得ントスルモノナリ素ヨリ八百萬圓ノ收入ヲ得ンコトヲ前提トスルトキハ直チニ之ヲ消費稅トシテ十五割以上ノ稅ヲ課スヘカラサルカ故ニ到底專賣方法ニヨルノ外ナク又一人ノ消費額ハ一ケ年平均二十斤即チ約三十錢トナルヘキヲ以テ必スシモ堪ヘ難キノ負擔ニ非ザルモ事實四圓ヲ超スコト甚大ニシテ現時一般ノ批難ヲ受クルハ世人ノ認ムル所ナリ此等ハ之ヲ賣下方法ノ改正ニ伴ヒ漸次豫定ノ價格ニ復シ得ヘシトスルモ猶ホ豫定ノ收入ヲ確保シ得ヘキヤハ現時ニ於テハ問題トスル處ナリ

第四節 官行煙草業

煙草ハ尤モ廣ク且尤モ多ク用キラルル嗜好品ニシテ而モ衛生上有害ニシテ贅澤品ニ屬スルカ故ニ多少重稅ヲ課スルモ苦痛ヲ與フルコト少ナク飲料稅ト相待テ其財源トシテ認メララルル處タリ現ニ佛蘭西ノ如キハ地租ノ倍額以上ニ上リ埃太利ノ如キハ地租ノ三倍以上ニ上リ伊太利ノ如キモ鐵道及ヒ郵便電

信ノ收入ヨリ其額ヲ超過セリ吾國ノ如キモ煙草專賣局ノ益金ハ約二千萬圓ニシテ殆ト稅關收入ヲ超過シ郵便電信ノ收入ニ近ク酒造稅ノ約三分ノ一ニ當レリ煙草ニ依ル收入ハ其方法甚タ多シ英國ノ如ク内地ノ耕作ヲ禁シテ全部稅關ノ收入ニ仰クモノアリ或ハ在來ノ我國ノ如ク販賣高ニ應ジテ印紙稅ニ依ルモノアリ或ハ會社稅ニヨリ或ハ販賣稅ニヨリ或ハ耕地稅ニヨリ或ハ收穫稅ニヨル等租稅ノ形式ニ於テモ其方法多シ又專賣業ニ依ル方法モ政府ハ單ニ販賣ノミヲ專ニスルアリ或ハ販賣ノ外製造ヲモ專ニスルアリ我國ハ從來賣價二割ノ收入稅ニヨリ之ヲ徵收セシモ明治二十九年三月葉煙草專賣法ヲ制定ニヨリ明治三十一年ヨリ葉煙草ノ販賣ヲ政府ノ手ニ專屬シタリ然レトモ其當初ニ在リテハ年々ノ實收入額ハ豫算ノ半ニ達セス千萬圓ノ收入ヲモ得サルノ狀況ニ在リタリ從テ假リニ千萬圓内外ノ收入取得ノ方法トシテ却テ在來ノ印紙稅又ハ耕地稅ニ依ルヲ以テ勝レリト爲セリ殊ニ葉煙草ノ密賣盛ニシテ煙草營業者中反則者ハ其半ニ及ヘルカ故ニ政府ハ販賣ノ專賣ハ其害多クシテ其效渺ナク且一方ニハ財政上巨額ノ收入ヲ必要トスルカ爲メ明治三十七年三月煙草專賣法ヲ公布シ煙草ノ輸入及ヒ之カ耕作ハ政府許可ノ下ニ行ハレ許可スヘキ煙草ノ種類及ヒ葉煙草ノ買收價格ヲ定メテ之ヲ政府ニ收納シ之カ製造ハ總テ政府ノ直營トナシ卷煙草ハ同年七月ヨリ刻煙草ハ明治三十八年四月ヨリ之ヲ實施スルコト爲セリ煙草ノ製造販賣ノ專業ニ付テハ職工ノ取締勞働時間ノ制限密造ノ監督等ヲ始メ其專賣ノ創業資金ト收入ノ計算外國煙草ノ輸入等ニ付キ之カ批難ヲ爲スモノアルモ三千萬圓以上ノ益金ヲ見ルカ爲メニハ到底專賣ニ依ルノ外ナク又事實ニ於テ其目的ヲ達シツツアリ將來ニ於テハ其純收入ト作業費ノ關係ニ付キ一層ノ改善ヲ要スルノ外大體ニ於テ其論ナキ處ナリトス

第四章 官行交通業

第一節 郵便事業

郵便ノ起源ハ當初國家カ軍事上ノ通信ヲ目的トシ自己ノ專有ニ供シタルヲ始メトシ其後文化ノ發達ニ伴ヒ一般公衆ノ需要ニ應ジテ遂ニ公衆ノ通信事業ヲ取扱ヒ其一部ヲ專掌スルニ至レリ其何カ故ニ官業ト爲スヘキカハ一ニ其性質ノ公共的ナルニ由ル「アダムスミス」氏ハ政府カ經營セル各種ノ營業中能ク成績ヲ全クシ得タルモノハ獨リ郵便制度アルノミト云ヘルヲ以テ見ルモ郵便事業ハ官業トシテ放任主義ノ盛ナリシ時代ニ於テ猶ホ批難ヲ受ケサリシコトヲ知ルヲ得ヘシ而モ其時代ノ郵便ハ郵便「ベンニー」制度ノ行ハレシヨリ五十四年前ニシテ一通ノ信書ノ郵便料カ猶ホ平均四十「ベンニー」ヲ越ヘシ時代ナリシコト是ナリ蓋シ郵便料ハ需要供給ノ原則ヲ根底トシ其重量容積運送ノ距離及ヒ取扱ノ方法ニヨリ高低スルモノナリ而モ需要ノ増加ト其機關ノ發達ハ漸次距離ノ長短ヲ問フノ必要ナキニ至リ千八百四十年英國ニ於テ「ベンニー」制度行ハレ料金均一ノ制ヲ始メテヨリ次テ郵便切手、郵便葉書等ノ制度行ハレ事業ノ發達ハ特ニ著シキヲ加ヘ近年ハ又萬國郵便聯合ノ制開ケ遂ニ今日ノ改良進步ヲ見ルニ至レリ

郵便料金ノ昂低ハ一ニ手數料主義ヲ採ルヘキ又ハ收益主義ヲ採ルヘキニアリ其高低ハ固ヨリ程度ノ論ナリト雖モ料金率ヲ減スルトキハ郵便物數ヲ増加スルモ收入ヲ減少スルハ英、佛、奧、白等諸國ノ實例ノ證シタル處ナリ又郵便料金率ヲ増加スルトキハ其收入ヲ増加シ郵便物數ハ少ナクトモ其増率ノ歩合ヲ減少スルハ吾國ノ實例ノ證シタル處ナリ郵便事業其モノヲ絕對ニ觀察スレハ手數料主義ヲ以テ

之發達ヲ期シ得ヘキモ相對的ニ國家財政ノ全局ヨリ觀察スレハ事實手數料主義ヲ採ルコト能ハサルノミナラス之ニ依リテ相當ノ利益ヲ見ルモ而モ公益ヲ害スルナキハ事實各國郵便ノ收支ハ何レモ收入百圓ニ對シ平均七割乃至八割ノ支出ヲ見ルヲ以テ明カナリトス吾國ニ在リテハ郵便ノ收入ハ約千五百萬圓ニシテ其支出ハ約千萬圓ナリトス

第二節 電信事業

電信ハ千八百九十三年英國ニ於テ公衆ノ用ニ供セラレテヨリ著シク長足ノ進歩ヲ顯ハシ千八百六十五年萬國電信同盟ノ設立トナリ合衆國ヲ除ク外ハ各國殆ト皆官業ナリトセリ電信ノ官業ハ建設修繕等ニ要スル經費巨額ニシテ之カ統一ニヨリ節約スヘキ經費ハ比較的少ナキモ之ヲ郵便事業ト結合スルニヨリ著シク經費ヲ節減スルコトヲ得ヘシ電信ハ固定ノ事業ナルカ故ニ之カ監督取締ノ容易ナルハ郵便ノ場合ト相反セリ從テ最廣義ノ官設主義ハ公安上私設ヲ強制スヘキ分ノミニ付テ之カ私設ヲ認ム廣義ノ官設主義ハ猶ホ別ニ公安ヲ害セサル範圍内ニ於テ專用ノ私設ヲモ認メ狹義ノ官設主義ハ猶ホ別ニ公安ヲ害セサル範圍内ニ於テ公衆用ノ私設線ヲモ認ム吾國ニ在リテハ電信電話ヲ通シ廣義ノ官設主義ヲ採レリ其收入ハ電信ニ在リテハ約五百萬圓其支出約四百萬圓電話ニ在リテハ其收入約二百七十萬圓其支出約百九十萬圓ナリ

第三節 鐵道事業

鐵道ヲ國有ト爲スヘキカ民有ト爲スヘキカハ古來學說實際ヲ通シテ尤モ議論多キ問題ナリ歐米各國ヲ

雜 錄

○大審院判例要旨

○抵當權設定ノ時期 凡抵當權ノ設定ハ通例之ヲ以テ擔保スヘキ債務ノ發生即チ金圓ノ貸借ト同時ニ其手續ヲ爲スモノナルモ抵當權設定者カ後ニ發生スヘキ債務ヲ擔保スル意思ヲ以テ其抵當權ヲ設定スル場合ニ於テハ金圓ノ貸借ニ先ツテ豫メ抵當權設定ノ手續ヲ爲スハ法律ノ禁スル所ニアラサルヲ以テ其抵當ハ後ニ發生シタル債務ヲ有效ニ擔保スヘク抵當權設定ノ手續ハ必スシモ債務ノ發生ト同時ナルヲ要セス(明治三十八年(甲)第五一三號
年十二月六日第二民事部判決)

○舉證責任ノ移轉 或事實ヲ主張スル者ニ其事實舉證ノ責任アル場合ニ於テ其舉證ニ依リ一應其主張ヲ真實ナリト推定スルヲ當然トスルトキハ其主張ノ事實ハ既ニ立證セラレタルモノト謂ハサルヲ得サルヲ以テ舉證ノ責任ハ反對ノ事實ヲ主張スル相手方ニ移轉シ其相手方ニ於テ反證ヲ舉クル責ニ任セサルヘカラス(明治三十八年(甲)第五二九號
年十二月十三日第二民事部判決)

○訴訟代理人ノ權限及ヒ契約解除ノ表意方法 案スルニ民事訴訟法第六十五條第一項ノ規定ニ依レハ訴訟委任ハ同條第二項ニ依リ特別委任ヲ要スル事項ヲ除キタル外一切ノ訴訟行為ヲ爲ス權限ヲ授與スルモノナレハ苟モ委任ノ目的ヲ達スルニ必要ナル總テノ攻撃又ハ防禦ノ方法ハ舉ケテ之ヲ提出スル權限ヲ付與スルモノト解セサル可カラス而シテ本件ノ如ク契約ヲ解除スルニ非サレハ請求スルコトヲ得サル事件ニ付キ原告ヨリ訴訟委任ヲ受ケタル場合ニ於テハ契約ヲ解除スルコトハ實ニ委任

目的ヲ達スル爲メ必要ナル攻撃方法ナルヲ以テ訴訟代理人ハ特別ノ委任ナキモ相手方ニ對シテ契約解除ノ意思ヲ表示シ以テ契約ヲ解除スル權限ヲ有スルモノトス蓋シ契約ノ解除ハ解除權者カ相手方ニ對スル意思表示ニ依リテ之ヲ爲スヘキモノニシテ裁判所ニ之ヲ請求スヘキモノニアラサルヲ原則トスルモ解除ノ意思表示ノ方法ニ付キテハ法律上何等ノ方式ヲ要スルモノニアラサレハ訴訟當事者ハ訴狀又ハ答辯書若クハ口頭辯論ニ於テ攻撃又ハ防禦ノ方法トシテ之ヲ爲スコトヲ妨ケス而シテ訴訟代理人ハ前述ノ如ク特別委任ヲ要スル場合ヲ除キ一切ノ攻撃又ハ防禦ノ方法ヲ提出スルコトヲ得ヘク而シテ契約ヲ解除スルコトニシテ必要ナル攻撃又ハ防禦ノ方法ナル以上ハ訴訟代理人ニ於テモ契約ヲ解除スル權限ヲ有スルモノト解スルヲ相當トス(明治三十八年三月五日第一民事部判決)

○討論會 既報ノ如ク去ル四日午後一時ヨリ本大學第一講堂ニ於テ第八回討論會ヲ開ク論題ハ

帝國議會開會前廢止セラレタル緊急勅令ハ之ヲ帝國議會ニ提出スルコトヲ要セサルカ

ニシテ從來學說一定セサル處ナルカ殊ニ今回ノ事例ニ付キ昨今新聞雜誌等ニ於テ學者ノ論爭ヲ試ミツツアルモノナレハ當會ハ實ニ例會ニ見サリシ盛會ナリキ尙ホ討論終結後會長上杉學士ハ討論者各說ニ對シテ有益ナル批評ヲ與ヘ且承諾ハ議會監督方法ノ一形式ナルカ故ニ本題ハ積極說ノ正當ナルヲ詳細説明セラレ午後五時閉會セリ而シテ當日ノ討論者ハ左ノ諸氏ナリキ

積極說 室井銀次郎、高橋長藏、三隅正、岡本穢之助

消極說 有賀麻三、福原萬次郎、田中德太郎

廣 告

從來本大學講義錄ハ毎月三回十日發行ナリシカ編輯上ノ都合ニ因リ本月

以後五ノ日發行(五日、十五日、二十五日)ニ變更セリ此段讀者諸君ニ告ク

明治三十九年二月

法政大學編輯局

校外生規則摘要

- 一 十ヶ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ヲ完結ス
- 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シメ若シ發信ノ日ヨリ二十日ヲ過キテ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ヒ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良ナル者ハ本大學ノ學生又ハ聽講生ニ編入シ有志者ノ獎學金ヲ以テ一年中ノ授業料及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記載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 質疑中有發ト認ムルモノハ之ニ解答ヲ付シ法學主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)
毎月三回 五日 十五日 二十五日發行

明治三十九年二月十二日印刷

明治三十九年二月十五日發行

(定價金參拾錢)

東京市牛込區牛込北町十番地

編輯者 萩原敬之

東京市牛込區矢來町三番地

印刷者 小宮山信好

東京市芝區明舟町十一番地

印刷所 金子活版所

東京市麴町區富士見町六丁目十六番地

發行所 司法省 法政大學

(電話番町百七拾四番)