

法政大學講義録

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

(出版者 / Publisher)

法政大學

(巻 / Volume)

14

(号 / Number)

2学年の5

(開始ページ / Start Page)

1

(終了ページ / End Page)

74

(発行年 / Year)

1906-03-15

三十九年度

法政大學講義錄

第四十號

法政大學發行

（明治三十八年十一月九日第三種郵便物認可）

明治三十九年三月十五日發行

（第貳學年ノ五）



0079

三十九年度第十四號目次

民法物權	自第七章至第十章(自四二至五二)	法學博士 富井政章
民法債權編	第二章(自二〇至二三)	法學博士 梅謙次郎
刑法各論	(自一三〇至一五〇)	法學博士 岡田朝太郎
商法總則	(自三四四至三四七)	法學博士 志田鉦太郎
商法會社	(自一八四至二〇四)	法學士 矢部廉
商法商行爲	自第一章至第九章(自九一五至九二八)	法學士 田坂友吉
商法商行爲	第十章(自九二四至九四五)	法學士 村上隆吉
刑事訴訟法	法(自八六一至八九六)	法學士 豐島直通
民事訴訟法	第一編(自五三二至五三九)	法學士 岩田一郎
法政學	(自四三六至四四九)	法學士 下村宏

雜錄 ○大審院判例要旨

○注意 判法各論六九〇七四頁迄ノ間一〇頁ハ都合ニ因リ改刷セリ

090
1906
2-1-5

モノト考ヘマス、又時効ノ場合モ同一デアル、要スルニ質權ヲ設定スルニハ轉質ノ場合ヲ除外其目的ト爲ルベキ物ガ設定者ノ所有ニ屬スルコトヲ必要トセテバナラスト思ヒマス(獨民二二〇五條)
質權ハ必ズシモ債務者ガ之ヲ設定スルモノデナイ、第三者ガ債務者ノ爲メニ之ヲ設定スルコトモアル(三四二條)此場合ニハ從來設定者ヲ稱シテ物上保證人ト云フ而シテ其債務者ニ對スル求償權ノコトハ第三五一條ニ規定シテアリマス、即チ保證債務ニ關スル規定ニ從テ求償權ヲ有ストアル、故ニ民法第四五九條乃至第四六四條ノ規定ガ行ハルコト爲ル、尙ホ此場合ニ於テ設定者ハ辨濟ヲ爲スニ付イテ正當ノ理由ヲ有スル者デアルニ由テ、債權者ニ辨濟ヲ爲シタトキハ代位辨濟ト爲テ債權者ニ代位シテ求償權ヲ行フコトト爲リマス(五〇〇條、五〇一條)

第三款 質權ニ依テ擔保セラルベキ債權

質權ハ如何ナル債權ヲモ擔保スルコトヲ得ルガ原則デアル、通常金錢債權ヲ擔保スルコトハ事實デア
ルガ金錢以外ノ不特定物、特定物又ハ勞務ヲ目的トスル債權ヲ擔保スル爲メニ設定スルコトヲ妨ゲス、
又其債權ガ契約ヨリ生ズル他ノ事由ニ原因スルトニ依テ差別ハナイ、唯無効ナル債權又ハ消滅シタ
ル債權ノ爲メニハ設定スルコトヲ得ザルハ當然ノ事デアル、但時効ニ罹リタル債權ニ付キ其實事ヲ知
リツツ質權ヲ設定スルハ追認ノ行爲トシテ有効デアルト思フ、茲ニ簡單ニ説明セント欲スルハ停止條
件附債權竝ニ未來ニ發生スベキ債權ノコトデア
ル

停止條件附法律行爲ノ性質及ビ效力ニ付イテハ古來學者間ニ議論ガアル、又立法例モ一定シテ居マセ
スガ、我民法ニ於テ採用セラレタル主義ハ既ニ總則編ノ講義ニ依ッテ了解セラレタコトト考ヘマスガ故

ニ茲ニハ説明ヲ省キマスガ、要スルニ私ノ見解ニ依レバ停止條件附法律行為ナルモノハ當事者ガ目的トシタル法律行為トハ別ナル一種ノ法律行為デアル、其法律行為ハ條件ノ成就スルマデハ其效力ヲ生ゼナイ、即チ普通ノ場合ニ於テ當事者ノ目的トシタル法律行為ハ條件ノ成就スルマデハ成立セスト云フ意義デアル(一二七條一項)然レドモ羅馬法及ビ「ボチエ」等ノ說ニ曰ヘル如キ單純ナル希望ヲ生ズルモノニ止マラズシテ直チニ一種ノ權利關係ヲ生ズルモノデアルコトハ民法ノ規定ニ據ラテ明カデアル(一二八條乃至一二〇條)而シテ其特種ノ權利(條件ノ成就ヲ妨グラザル權利トモ稱スベキカ)ハ質權ヲ以テ之ヲ擔保スルコトヲ得ルハ第一二九條ニ明記スル所デアル、故ニ條件附債權ト雖モ質權ヲ以テ之ヲ擔保スルコトヲ得ルハ解釋上一點ノ疑モナイコトデアル、期限附債權ニ付イテモ全ク同一デアロト思フ、殊ニ民法第一三五條乃至第一三七條ニ規定セル如キ單ニ履行期限ノ附イタ債權ヲ擔保シ得ルコトハ殆ド問題トモ爲ラヌコトデアル、唯必ズ發生スルコトノ確定セザル未來ノ債權ニ付イテハ内外ノ學者間ニ議論アルニ由ラテ是ヨリ此問題ニ付イテ聊カ述ベヤウト思ヒマス

未來ノ債權ヲ擔保スル爲メニ質權又ハ抵當權ヲ設定スルコトヲ稱シテ根抵當ト謂フ、根抵當ハ有效ナルヤ將タ無効ナルヤニ付イテハ近來法曹間ニ於テ大議論ガアリマシタ、根抵當ヲ無効トスル論者ノ理由トスル所ハ極メテ簡單デアル、凡ソ抵當權ト云ヒ質權ト云ヒ孰レモ債權ノ擔保即チ從タル權利デアル、從タル擔保權ハ主タル債權ノ未ダ存在セザルニ獨立シテ存在スルコト能ハザルハ當然ノコトデアル、根抵當ナルモノハ將來ニ發生スルコトアルベキ債權ヲ擔保スル爲メニ設定スル所ノモノデアル、即チ其擔保スベキ債權ハ未ダ發生セザルモノデアルニ由テ從タル權利ノ性質上當然無効デアルト云フニ歸著スルト思フ

之ニ對シテ有效論者ノ理由トスル所ハ一様デナイ、今茲ニ其各種ノ論據ヲ述ブル前ニ一言スベキコトハ此問題ハ今日ニ在テハ少クモ實際問題トシテハ決定セラレタコトデアル、即チ三十五年一月二十七日ノ大審院判決ニ依テ根抵當ハ有效ナルコトニ定ツタ、故ニ今日ニ在テハ是マデ世間ニ論争セラレタ根抵當ノ效力問題ハ實用ナキニ至ツタト云フテモ宜シイ、然レドモ根抵當ヲ有效トスル理由如何ニ至ラテハ學問上ノ問題トシテ尙ホ十分ニ研究ヲ盡サレテ居ナイト思フ、而シテ此問題ハ今日ニ在テモ尙ホ之ヲ研究スルコトガ必要デアルト考ヘル、何トナレバ判決ノ理由ノ正當ナルコトハ其判決ガ將來ニ於テ永ク效力ヲ持續スルコトノ擔保デアル、有效ナルコトノ理由ニシテ其當ヲ得ザレバ之ニ基イテ出來タ判決例ハ何時變更セラルヤモ知レナイ、故ニ根抵當ノ有效デアルコトハ疑ナキモノトスルモ何故ニ有效デアルト云フコトヲ究明スルコトハ學者ノ任務トシテ甚ダ大切ナルコトデアラウト信ズル、私ノ見ル所ヲ以テスレバ前掲大審院ノ判決ノ理由トセル所ハ從來世間ニ多ク唱ヘラレタ有效說ノ理由ト大ニ相異ナル所ガアルト思フ、然ルニ大審院ノ取ツタ理由ハ偶、此問題ノ起ル前ヨリ私ガ再三講述シタ所ト大體ニ於テ一致スルニ由テ私ハ進ンデ之ニ同意ヲ表セント欲スルモノデアル

是マデ多數有效論者ガ唱ヘタ說ニ依レバ根抵當ナルモノハ從タル權利デアルコトハ疑ナイ、隨テ之ニ依ッテ擔保セラルベキ債權ノ現在ニ存スルコトガ必要デアル、即チ此點ニ於テハ無効說ト同一ノ論據ヲ取ルモノデアル、唯無効說ト異ナル所ハ根抵當ナルモノハ決シテ未來ニ發生スベキ債權ヲ擔保スルモノデナイ、若シソレデアレバ無効論者ノ主張スル如ク無効デアルガ現在ニ存立スル所ノ債權ヲ擔保スルモノデアルト説ク、即チ當事者ノ一方ハ他ノ一方ノ請求ニ應ジテ一定ノ金額ヲ限ッテ其額ニ達スルマデ之ニ金錢ヲ貸與スベキコトヲ約束スルモノデアル、此契約タルヤ畢竟一種ノ信用契約デアッタ之ヨリ

シテ直チニ信用ヲ與ヘタ一方ニ債權ヲ生ジ、信用ヲ受ケタ他ノ一方ニ債務ヲ生ズル、根抵當ハ即チ其信用ニ對スル債務ヲ擔保スルモノデアル、決シテ將來ニ發生スベキ債權ヲ擔保スルモノデナイト云フ見方デアル、現ニ外國ノ學者中ニモ此ノ如キ見解ヲ取ル者ガアリマス

然ルニ私ハ此說ニ反對デアル、其所以ハ所謂信用ニ對スル現在ノ債務トハ何ヲ目的トスルモノデアルカ、普通消費貸借ノ豫約ニ在テハ一方ハ他ノ一方ヲ信用シテ貸渡ヲ約スルコトアルモ是ヨリシテ直チニ貸借關係ガ生ズルモノデナイ、所謂信用ヲ與ヘタ者ハ貸渡ヲ爲ス義務ヲ負擔スル外、如何ナル權利ヲモ取得スルコトハナイ、根抵當ノ場合ニ於テモ同一デアル、貸渡ヲ求ムルコトハ所謂受信用者ノ任意行爲デアツテ其權利ト見ルベキデアル、其權利ノ實行トシテ借受タルト云フ事實アツテ玆ニ始メテ返還ノ義務ヲ生ズル譯デアル、根抵當ナルモノハ即チ其返還ヲ擔保スルモノデアツテ通常ノ抵當ト相異ナル所ハ唯將來ニ發生スベキ債權ヲ擔保スル爲メニ今ヨリ設定シ置イテ登記ノ日附ヲ以テ其順位ヲ定ムル一點ニ在ルト思フ、未ダ貸借關係ヲ生ゼザルニ辨濟ヲ擔保スベキ債權ノ成立スベキ道理ハナイ、故ニ私ハ信用ニ對スル現在ノ債務ヲ擔保スルト云フ觀念ハ一向ニ了解シ得ナイ、根抵當ニ依ツテ擔保セラルベキ債權ハ將來貸渡ニ因ツテ成立スベキモノデアルコトヲ疑ハス

此外ニ停止條件說ナルモノガ有力ナル學者ニ依ツテ唱ヘラレマシタ、然ルニ是ハ停止條件附法律行為ノ性質如何ニ因ツテ定マルベキコトデアルト思フ、此說ハ甚ダ巧ナル說デアツテ若シ果シテ根抵當ハ停止條件附債權ヲ擔保スルモノデアルトスレバ民法第一二九條ニ依ツテ其有效ナルコトニ一點ノ疑モナイ、然レドモ私ノ考ヲ以テスレバ嘗テ前段ニ於テモ述べタコトアル如ク停止條件附法律行為ナルモノハ通常當事者ノ目的トスル法律行為ノ成立ヲ停止スル一種ノ法律行為デアル、其法律行為ハ條件ノ成就ニ

依ツテ其效力ヲ生ズル、即チ當事者ノ目的トスル他ノ法律行為ヲ成立セシムル結果ヲ生ズルモノト解スル、予ガ若シ今年中ニ地方官ニ任ゼラレタナラバ予ガ現ニ住ム家屋ヲ汝ニ賣ラント言ハハ條件ノ成就即チ知事ニ任ゼラルルト云フコトノ生ジタ時ニ賣買ガ始メテ成立スル譯デアツテ、ソレマデハ停止條件附賣買トハ云フモ其事實賣買トハ別ナル一種ノ契約デアル、此別種ノ債權關係ハ民法第一二九條ニ於テ之ヲ擔保シ得ルコトヲ認メテアルガ是ハ今申シタ如ク將來條件ノ成就ニ因ツテ成立スベキ權利トハ全ク別ナモノデアアルコトヲ了解セネバナラス、根抵當ナルモノハ將來貸借ニ因ツテ生ズベキ債權ヲ擔保スルモノデアアルガ故ニ停止條件附債權ヲ擔保スルモノト見ルコトハ無理デアルト思フ、殊ニ條件附法律行為ハ條件ニ繫ル法律行為ト同一ノ目的ヲ有スルコトガ必要デアルト思フ、然ルニ根抵當ノ場合ニ於テハ其設定ノ當時ニ在テハ唯貸借ノ目的ト爲ルベキ金額ノ程度ガ定マルノミデアツテ實際何程ノ債權ガ成立スベキヤ分ラナイノデアアル、或ハ貸渡ヲ求ムルコトナキヨリシテ遂ニ擔保セラルベキ債權スラモ發生シナイカモ知レス、是ハ條件附法律行為ノ目的ト看ルコトヲ得ベキデナカラウト思フ

要スルニ根抵當ハ未來ニ發生スベキ債權ヲ擔保スルモノナルヤ否ヤニ因ツテ其效力ノ有無ヲ決セントスルハ誤デアルト思フ、根抵當ニ依ツテ擔保セラルベキ債權ハ未來ノモノタルコトヲ疑ハス、然レドモ今一步ヲ進メテ考フルニ未來ノ債權ハ抑モ何故ニ之ヲ擔保スルコトヲ得ザルカ、現ニ甲ト乙トノ契約ニ因ツテ甲ガ乙ヲ信用シテ之ニ金錢ヲ貸渡スベキコトヲ約束シタル以上ハ其日附ヲ以テ後日ニ生ズベキ債權ノ擔保ヲ設定スルニ於テ何ノ妨ガアル、是レ全ク契約當事者ノ意思解釋ニ因ルコトデアツテ苟モ各不動産ニ付イテハ登記ヲ必要トスル以上ハ第三者ニ於テ決シテ不測ノ損害ヲ被ルコトハナイ、元來此問題ハ根抵當ト云フガ決シテ抵當權ニ限ツテ生ズル問題デナイ質權ニ付イテモ同ジク生ズルモノデ

アル、外國ノ學者ハ寧ロ質權ニ付イテ此問題ヲ研究スル者ガ多イ、私ガ茲ニ質權ノ章ニ於テ此問題ヲ論述スルモ即チ其故デアル、我邦ニ於テモ實際抵當ニ關シテ問題ガ起ッタノデハアルガ固ヨリ抵當權ニ限ルコトデナイ、又質權及ビ抵當權ノミニ付イテ生ズル問題デモナイ、對人擔保タル保證ニ付イテモ日常頻繁ニ生ズル事實デアル、即チ彼ノ身元保證ノ如キハ全ク主タル債務ニ先テ成立スルモノデアッタ此點ニ於テハ根抵當ト法理ヲ一ニスルモノデアルト思フ、唯保證ニ付イテハ登記ト云フコトガナイノミデアル、身元保證ノ如キハ世間一人トシテ其有效ナルコトヲ疑フ者ハナイ、左スレバ物上擔保ニ付イテモ判定ヲ異ニスベキ理由ハナイト思フ、而シテ此等ノ場合ニハ條件附債務トハ言ハズ、全ク之ト區別シテ其效力ヲ認メラレタアリマス（「デルンブルヒ」獨逸民法論第二七四節參照）此他大審院判決ノ理由ニモ掲ゲタアルコトデアリマスガ民法中ニ於テ將來ニ發生スルコトアルベキ未定ノ債務ニ付イテ豫メ擔保ヲ供スベキコトヲ規定シタル條文ハ數多アリマス（一九九條、四六一條、六二九條、六三八條、九三三條等）之ヲ以テモ根抵當ノ違法デナイコト、即チ民法ノ本旨ニ反スルモノデナイコトガ明瞭デアルト思フ、債權擔保ハ從タル權利デアアルコトハ無論デアアルガ其意義タル唯或債權ノ爲メニ存在スルモノデアラシ其債權ノ範圍ヲ越エテ存在スルコトヲ得ナイト云フ意義ニ過ギスノデアアル、決シテ主タル債權ノ發生以前ノ日附ヲ以テ之ヲ擔保スルコトヲ得ナイト云フ如キ意義デナイト思フ、要スルニ根抵當ハ將來ニ發生スルコトアルベキ債權ノ爲メニ設定スルモノデアアルコトハ寸毫モ疑ナイコトデアアル、而シテ其行爲ハ如何ナル點ニ於テモ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スル事項ヲ目的トスルモノデハナク又現行ノ法規ニ反スルコトモナイ、曩ニ述べタ如ク多クノ場合ニ於テハ法律ガ命ジテ居ル位デアアリマス、故ニ其有效ナルコトヲ認ムルニハ決シテ別段ノ規定ヲ要スルコトデナイ、法例第二條

ニ所謂法令ニ規定ナキ事項デアッタ從來有效ト認メ來タ習慣デアアルガ故ニ其慣習ニ依ルベキモノデアアルコトヲ信ズル、何ヲ苦シデ現在ノ債權ヲ擔保スルモノデアルト謂ハネバナラスノデアアルカ、私ハ了解ニ苦ムノデアアル、故ニ大審院ノ判決ハ其理由ト共ニ永久ニ其效力ヲ持ツコトヲ希望スルノデアアリマス」民法第三四六條ニハ質權ニ依テ當然擔保セラルベキ債權ノ種目ヲ列記シタアリマス、要スルニ元本及ビ之ニ附隨シテ生ズル所ノ各種ノ債權デアアル、尤モ嚴格ニ言ヘバ其中ニハ附隨ノモノト看ルコト能ハザルモノモ混入セラレテ居マス、然レドモ少クモ最初質權ヲ以テ擔保シタル債權アッタ始メテ發生シタモノデアアル、隨テ其債權ト密接ノ關係ヲ有スルモノデアアルガ故ニ質權ノ效力ガ此等ノ債權ニ及ブモノトスルハ實際公平デアッタ且當事者ノ意思ニモ適合スルモノト謂ハチバナラス、其種目中ニ於テ特ニ注意スベキモノハ債務ノ不履行ニ因ル損害ノ賠償デアアル、此場合ニハ債權ノ目的ハ全ク更改セラレテ金錢以外ノモノモ爾後ハ常ニ金錢ト爲ル、故ニ理論上ヨリ言ヘバ別種ノ債權ト看ルガ至當デアルト考ヘル、然レドモ今申シタ如ク此債權ト雖モ原債權ヲ擔保セル質權ヲ以テ擔保スルモノト爲スコトノ至當ナルハ言フヲ堪タザル所デアアル、故ニ法律ハ明文ヲ以テ特ニ此效力ヲ認メタノデアアリマス、此點ニ付イテ特ニ注意ヲ促シタ所以ハ抵當權ニ依テ擔保セラルベキ不履行ニ因ル損害賠償ニ關シテハ從來解釋上ニ議論ヲ生ジテ竟ニ第三七四條ヲ改正セラルルコトト爲ッタノデアアリマス此事ハ何レ後ニ説明スル考デアリマス

第四款 質權ノ效力

質權ノ效力トシテ先ヅ質權者ハ前ニ列舉シタ債權ノ辨濟ヲ受クルマデ質物ヲ留置スルコトヲ得ル（二三

四七條)其譯ハ質權ハ質物ノ占有ヲ移スコトヲ以テ其成立ノ要件ト爲ス以上ハ質權者ニ一種ノ留置權ナキヲ得ザルコトハ言フヲ缺タザル所デアル、然レニ民法ニ於テハ留置權ナルモノハ當事者ノ意思ニ基カザル別種ノ物權トシタルガ故ニ質權ハ當然留置權ヲ含ムモノト謂フコトヲ得ナイ、然レドモ留置權ヲ有スルト同一デナイトキハ質權ノ效力甚ダ不十分ナルガ故ニ此規定ヲ設ケテ尙ホ其上ニ留置權ニ關スル數多ノ規定ヲ準用スルコトニ爲ッタ譯デアリマス(三五〇條)例ヘバ不可分及ビ果實ノ取得ニ關スル規定ノ如キハ質權ニ準用セラルルコトト爲ル

一旦質權者ハ留置權ヲ有スルモノトスレバ此ノ如キ準用ノ規定ハ必要ナキガ如クデアルガ、今申シタ如ク留置權ハ別種ノ權利デアル、第三四七條ニ於テモ質權者ハ純然タル留置權ヲ有スル者ト看ルベキデハナイ、其レ故ニ此二重ノ規定ヲ必要トシタ譯デアル尤モ占有ニ關スル民法ノ原則ニ依レバ(一八〇條)質權者ハ言フマデモナク占有者デアル、果シテ然ラバ占有權ノ外ニ更ニ今申シタ留置權ヲ認ムル必要ナキガ如クニ思ハレル、然レドモ此二ツノモノハ同一ノ效力ヲ有スルモノデハナイ、單純ナル占有權ヲ有スルノミヲ以テ他ノ債權者カ質物ニ付テ先取特權其他ノ權利ヲ實行セントスルニ當テ占有權ヲ以テ之ニ對抗スルコトヲ得ナイ(競二條)即チ茲ニ一種ノ留置權ヲ認メタ所以デアリマス

然レドモ質權者ノ留置權ニハ一ツノ制限ガアル、其レハ外デナイ、質權者ハ其留置權ヲ以テ自己ニ對シ優先權ヲ有スル債權者ニ對抗スルヲ得ザルコトデアル(三四七條但書)茲ニ所謂優先權ヲ有スル者トハ疑ニ先取特權ノ章ニ於テ説明シタルコトデアルガ例ヘバ質權取得ノ當時ニ質物ヲ保存シタル債權者アルコトヲ知リシ場合ニハ質權者ハ保存者ニ對シテ先順位ヲ有セザルコトト爲テ居ル(三三〇條二項)故ニ斯ル場合ニハ保存者ガ其權利ヲ實行セントスルニ當テ質權者ハ留置權ヲ以テ之ニ對抗スルコトヲ

託ハ必ス片務契約ナリト論スル者多シト雖モ誤レリト謂ハサルヘカラス又西洋ニ於テハ使用貸借ヲ片務契約ナリト看テ何人モ疑ハサルカ如シト雖モ是レ亦誤レリ使用貸借ハ消費貸借ノ場合ノ如ク目的物ノ所有權ヲ借主ニ移轉スルモノニ非シテ使用、收益ノ後原物ヲ返還スルコトヲ要スルモノナリ「ボワンナード」氏ノ如キモ初ハ片務契約說ヲ採リ此契約ニ於テハ借主ニハ返還ノ義務アルモ貸主ニハ何等ノ義務ナシト説明セリ是レ一應至當ナルカ如ク聞ユト雖モ精密ニ觀察スルトキハ使用貸借ノ貸主ハ消費貸借ノ場合ト異ナリテ其使用貸借ノ目的タル動產又ハ不動產ハ自己ノ所有物タルニ拘ハラズ自己ノ自由ニ使用又ハ處分スルコトヲ得ザルノ義務換言スレバ借主ニ對シテ其目的物ヲ使用、收益セシムルノ義務ヲ負フモノナリ故ニ此貸借ハ雙務契約ナリト謂ハサルヘカラス「ボワンナード」氏モ後其說ヲ更メテ雙務契約說ヲ採レリ

雙務契約及ヒ片務契約ノ區別ニ付キ一言スヘキコトアリ他ナシ學者ノ所謂不完全雙務契約ナルモノノ何タルカ是ナリ此語ハ羅馬法等ニ於テ現ニ使用セシ所ニシテ其意ハ蓋シ契約自體ハ當事者ノ一方ニ義務ヲ生スルニ過キサレトモ其契約ノ結果トシテ後日他ノ一方ニモ義務ヲ生スルコトアリ得ルト云フニ在リ而シテ前ニ述ヘタル寄託契約、委任契約等ノ如キハ皆此種ニ屬スルモノトセリ即チ寄託ノ場合ニ付テ言ヘバ受寄者カ無報酬ニテ他人ノ物ヲ保管スルトキハ其受寄者カ或時期ニ於テ目的物ヲ返還スルノ義務ヲ負フニ過キサルカ故ニ片務契約ナリト雖モ若シ受寄者カ其物ヲ保管セル結果トシテ費用ヲ出シタルトキ例ヘバ動物ノ飼養料、家屋ノ修繕費ヲ出シタルトキ又ハ受寄者ニ過失ナクシテ寄託物ニ因リテ損害ヲ受ケタルトキ(例ヘバ驛馬タルコトヲ知ラサリシ受寄者カ其馬ノ爲メニ嚙マレタル場合、受寄物カ他物ヲ腐蝕セシムル性質ノ物タルコトヲ知ラサリシニ其物カ受寄者ノ所有物ヲ腐蝕セシメタル

場合ノ如シハ寄託者ハ之ニ關シテ償還ノ義務ヲ負フヘキヲ以テ是レ不完全雙務契約ナリト言ヒシナリ委任契約ノ場合ニ於テモ亦然リ即チ受任者カ委任事項ヲ實行スル爲メニ費用ヲ支出スコトアリ例ヘハ談判ノ委任ヲ受ケタル者カ之ヲ實行スルカ爲メニ要シタル車馬賃、宿泊料等ハ委任者ヲシテ之ヲ辨償セシムルコトヲ得ヘク其他委任事項ノ履行ニ關シ避クヘカラサル損害ヲ生シタルトキハ委任者ヲシテ之ヲ賠償セシムルコトヲ得ルモノトス故ニ縱令無償契約ノ場合ニ於テモ受任者ノミニ義務アルニ非スシテ委任者モ亦義務ヲ負フコトアリ但此場合ニ於ケル委任者ノ義務ハ契約當時ニ生スル義務ニ非スシテ後日ニ至リ生スルコトアルモノナリ此ノ如キ契約ヲ羅馬法ニ於テハ總テ不完全雙務契約ト稱セシナリ而シテ羅馬法ニ於テハ必要上斯ル區別ヲ爲シモノナレトモ今日ニ於テハ契約ノ種類ハ契約當時ニ於テ之ヲ區別スヘク後日他ノ事實ノ加ハルコトアルニ因リテ契約ノ實質ヲ變スルモノニ非ス故ニ前例ニ於ケル無償ノ寄託又ハ委任ハ片務契約タルコト明カナリ要スルニ我民法ニ於テハ不完全雙務契約ナルモノヲ認メス

雙務契約ト片務契約トヲ區別スルノ實益ハ外國ニ於テハ種種アレトモ我民法上ニ於テハ下ノ二ニ過キス第一ハ契約ノ履行ニ關ス即チ雙務契約ノ當事者ノ一方カ其債務ノ履行ヲ提供スルマテハ他ノ一方ハ自己ノ債務ノ履行ヲ拒ムコトヲ得例ヘハ賣買ノ場合ニ於テ賣主カ其義務ノ履行ヲ提供セザレハ買主モ亦其義務ヲ履行スルコトヲ要セス(第五三三條)之ニ反シテ片務契約ニ於テハ斯ル場合ヲ生セス

第二ハ危險問題ニ關ス危險問題トハ雙務契約ニ在リテ當事者ノ一方ノ義務ノ履行力不能ト爲リタル場合ニ他ノ一方ハ仍ホ其義務ヲ履行スルコトヲ要スルヤ否ヤ例ヘハ賣買契約ヲ爲シタル場合ニ其目的物カ滅失シテ賣主之ヲ引渡スコト能ハサルニ至リタル場合ニ於テハ未タ所有權スラモ移轉セザルコト

往往之アリ斯ル場合ニ於テモ仍ホ買主ハ代價ヲ支拂フコトヲ要スルヤ否ヤト云フカ如キ是ナリ此問題ハ從來議論ノ囂シキ所ナルヲ以テ後ニ至リテ精細ニ説明スヘシト雖モ要スルニ此問題ハ雙務契約即チ契約ニ因リテ當事者雙方カ直チニ債務ヲ負フ場合ニ於テノミ生スルモノニシテ片務契約ニ付テハ決シテ生スルコトナシ

第五ノ分類ハ諾成契約及ヒ實成契約、即チ當事者ノ意思ノ合致ノミニ因リ成立スヘキ契約ト當事者ノ一方カ豫約ノ事ヲ實行スルニ因リ成立スヘキ契約是ナリ例ヘハ賣買、質貸借、委任等ハ總テ諾成契約ニシテ當事者雙方ノ意思ノ合致タニアレハ直チニ成立スルモノナリ之ニ反シテ使用貸借、消費貸借、質契約等ハ皆實成契約ナリ例ヘハ消費貸借ハ貸主カ目的物ヲ借主ニ引渡シタル時ニ於テ成立ス尤モ貸主ハ借主ニ權利ヲ移轉セザルヘカラスト雖モ消費貸借ハ物ヲ借主ニ引渡スニ因リテ成立スルモノナリ(羅馬法ニ於テハ消費貸借ハ所有權移轉ノ時ニ成立セリ)使用貸借モ亦之ト同シク其未タ目的物ヲ引渡サル間ハ貸借ノ豫約ハアリ得レトモ其目的物ヲ引渡スニ非サレハ所謂使用貸借ハ成立セザルナリ質契約モ亦然リ即チ質物ヲ引渡スニ因リテ質契約ハ此ニ成立スルモノナリ此區別ハ羅馬法以來存スルモノニシテ今日猶ホ歐洲一般ニ認ムル所ナルノミナラス我邦ノ慣習ニモ適合セルモノナリ尤モ學說トシテハ予ハ或ハ此區別ヲ廢スルヲ可ナリトスヘキヲ信スト雖モ此區別ハ普通ノ觀念ニ適合スルモノナルヲ以テ遠ク羅馬ニ於テ既ニ之ヲ認メ今猶ホ各國ニ採用セラル尤モ羅馬法ニ於テハ總テ契約カ諾成、實成ノ二種ノミニ分類セラレタルニ非サリシモ此區別ハ偶、今日マテ傳ハリシナリ但瑞西債務法ノ如キハ全ク此區別ヲ廢セリ(瑞西ニ於テモ質權設定行爲ハ實成契約ナリト謂フコトヲ得ヘキカ)羅馬法ニ於テハ此二種ノ外尙ホ二種アリテ結局契約ヲ四種ニ分テリ第一言成契約即チ互ニ一定ノ言語ヲ交換スルニ

因リテ成立スルモノ、第二、書成契約即チ書面ニ一定ノ記載ヲ爲スニ因リテ成立スルモノ、第三、事成契約、即チ或事ヲ爲スニ因リテ成立スルモノ（予ノ所謂「實成契約」ニ該ル）第四、意成契約、即チ意思ノミニ因リテ成立スルモノ即チ「諾成契約」是ナリ然レトモ其言成、書成ノ二種ハ一般ノ區別トシテハ今日全ク之ヲ認メサルニ至リ唯要式契約トシテ多少其痕跡ヲ留ムルニ過キス

此區別ノ實益ハ定義ニ據リテ始ト明カナルカ如ク諾成契約ニ於テハ當事者雙方ノ意思ノ合致アルト同時ニ法律ニ定メタル總テノ效力ヲ生ス之ニ反シテ實成契約ニ於テハ目的物ノ引渡（今日ノ法律ニ於テハ實成契約ノ實際ノ適用トシテハ唯此一事アルノミナルカ故ニ投物契約ト稱スルモ敢テ不當ニ非スト雖モ前ニ述ヘタル如ク沿革上實成契約ト謂フヲ以テ優レリトスルノミ）アリテ始メテ效力ヲ生スルモノトス而シテ消費貸借、使用貸借、質契約ノ如キハ此種ニ屬スルコト前ニ述ヘタル所ノ如シ故ニ此等ノ契約ニ於テ未タ目的物ヲ引渡ササル間ハ或ハ他ノ效力ヲ生スヘシト雖モ此等ノ契約本然ノ效力ヲ生セサルヲ以テ之ニ關スル規定ヲ適用スルコトヲ得サルモノトス

第六ノ分類ハ有名契約及ヒ無名契約是ナリ有名契約トハ法律カ特別ノ名稱ヲ附シ別段ノ規定ヲ設ケタルモノヲ謂ヒ無名契約トハ法律カ特別ノ名稱ヲ附セス一般ノ規定ノミニ從フヘキモノトスルモノヲ謂フ例ヘハ賣買、贈與、貸借等ハ皆法律上ノ名稱ヲ有シ各適用セラルヘキ特別ノ規定ヲ有ス故ニ此等ハ有名契約ナリ之ニ反シテ例ヘハ子カ或人ト與ニ旅行スルコトヲ約シタル場合ノ如キハ民法上特ニ名稱ヲ有スル契約ニ非ス民法ニハ組合ナル契約アリ此契約モ亦組合契約ヲ組成スルコトナキニ非スト雖モ通常斯ル契約ハ組合契約ヲ組成セス又例ヘハ甲カ乙ニ對シ丙ヲシテ或行爲ヲ爲サシムルコトニ盡力スヘシト約シタルトキハ法律ハ特ニ之カ規定ヲ設ケス隨テ之ニ特別ノ名稱ヲ附セス而モ公益ニ反スル

モノニ非サルカ故ニ無効ニアラス結局一種ノ無名契約ニシテ契約一般ノ規定ヲ適用スルノ外ナキモノトス但有名契約トシテ民法ニ認ムル所ノ種種ノ契約ハ必スシモ契約ノ各種トシテ掲クルモノノミニ限ルニ非ス即チ質契約、抵當契約、保證契約等ハ契約ノ一節トシテ規定セルモノニ非スト雖モ法典中ニ特別ノ名稱ヲ有シ特別ノ規定ニ從フモノナルカ故ニ其有名契約タルヲ論ヲ俟タス此ノ如ク法律中特別ノ名稱ヲ有スルモノノ外ハ總テ無名契約ナリ蓋シ此區別ノ由リテ生シタル本源ハ羅馬法ニ在リト雖モ羅馬法ニ於テ謂フ所ノ有名無名ノ區別ハ今日謂フ所ノ此區別トハ全ク異ナレリ羅馬法ニ於ケル無名契約ノ如何ナルモノナルカラ知ラント欲セハ先ツ羅馬法ニ於ケル契約ノ原則ヲ知ラサルヘカラス羅馬法ニ於テハ羅馬法上ノ債務ヲ生スル原因タルヘキ契約ニ非サレハ契約ト稱セス即チ今日ノ如ク契約ノ自由ヲ認メス而シテ其限定セル契約ニハ各、其名稱アリ然ルニ實際ノ必要上或一種ノ契約ヲ認メ學者之ヲ「無名契約」ト稱セリ此事ニ關シテハ種種ノ沿革アレトモ今之ヲ述ヘス而シテ其無名契約ト稱セルモノハ當事者ノ一方カ或權利ヲ與ヘ若クハ或行爲ヲ爲シタルトキハ他ノ一方モ亦之ニ對シテ或權利ヲ與ヘ若クハ或行爲ヲ爲スノ義務ヲ負フモノヲ謂ヒシナリ詳言スレハ「汝カ與フルタメニ我モ與フ」、「汝カ與フルタメニ我ハ爲ス」、「汝カ爲スタメニ我ハ與フ」、「汝カ爲スタメニ我モ爲ス」ト云フ四種ノ契約ヲ無名契約ト稱セリ是レ今日謂フ所ノ無名契約ト混スヘカラサルヤ勿論ナリ

此區別ノ實益如何曰ク有名契約ハ先ツ特ニ之ニ關シテ設ケラレタル規定ニ從ハサルヘカラス唯特ニ設ケタル規定ナキトキハ爰ニ始メテ契約ノ一般ノ規定ヲ適用スヘキノミ之ニ反シテ無名契約ニ付テハ規定ナキカ故ニ縱令如何ニ其契約カ法律ノ定メタル契約ニ類似スト雖モ其特別規定ヲ適用スルコトヲ得ス前ニ示シタル旅行ノ例ニ於テモ組合ニ非サル限ハ組合ニ關スル特別規定ヲ適用スルコトヲ得ス唯契

約ノ一般ノ規定ヲ適用スヘキノミ學者往往無名契約ニハ之ニ類似セル有名契約ノ規定ヲ適用スヘシト論セリ蓋シ彼ノ佛蘭西民法ノ如キ不完全ナル法典ノ下ニ於テハ或ハ斯ル議論ニ從ハサルヘカラスト雖モ今日新ニ法律ヲ編纂スルニ方リテハ其不完全ナルコトヲ前提トシテ規定スルノ理ナキカ故ニ我現行民法ニ於テハ斯ル主義ヲ採ラサリナリ但一ノ例外アリ即チ委任ニ關スル規定ヲ委任ニ類スル契約ニ準用シタルコト是ナリ(六五六條)是レ唯一ノ變例ト謂フヘキナリ

以上六種ノ外尙ホ著名ナル類別ト認メラレタルモノニシテ今日殆ト其實用ナキニ至リタルモノノ最モ重ナルモノヲ舉クレハ實定契約射倖契約ノ別是ナリ契約ヨリ生スル利益力性質上確定シ偶然ノ事實ニ因リ變動ナキトキハ其契約ハ實定契約ニシテ契約ヨリ生スル利益力性質上確定ニシテ偶然ノ事實ニ因リ變動アルヘキトキハ其契約ハ射倖契約ナリ例ヘハ賭博、保險、終身定期金契約等ハ射倖契約ナリ即チ終身定期金契約ニ於テハ終身ヲ期シタル債權者カ長命ナルトキハ債務者ノ損ニシテ短命ナルトキハ債權者ノ損ナリ保險契約ノ如キハ其反對ナリ要スルニ契約ノ利益ハ性質上不確定ナリト謂ハサルヘカラス之ニ反シテ通常ノ賣買ノ如キハ實定契約ナリ實定契約ハ一二百易契約ト稱ス此契約ハ當事者ノ權利義務ノ範圍カ初ヨリ一定スルモノニシテ例ヘハ賣主ノ與フヘキ權利、買主ノ支拂フヘキ金額共ニ明カニ定マルモノナリ此區別ハ古ニ在リテハ有價契約ノ細別トシテ其必要アリシモ今日ニ於テハ殆ト實益ヲ失ヒタルモノナルカ故ニ今之ヲ詳論セス(唯警察規則中往往射倖契約ニ關スル制限アリ)以上契約ノ類別ヲ了ハレリ以下契約ニ關スル法典ノ規定ニ入リテ説明ヲ爲サントス

第一節 總則

本節ヲ分チテ三款ト爲シ第一款ニ於テ契約ノ成立ヲ說明シ第二款ニ於テ契約ノ效力ヲ說明シ第三款ニ於テ契約ノ解除ヲ說明セントス

第一款 契約ノ成立

契約成立ノ要素ハ第一當事者ノ意思ノ合致ニシテ第二一定ノ目的是ナリ而シテ第三ノ要素タル目的ニ付テハ論スヘキコト多アリト雖モ總テ法律行爲一般ニ通スル事項ニシテ敢テ契約ニ特別ナルモノニ非ス故ニ其説明ヲ總則編ノ講義ニ譲リ此ニハ唯第一ノ要素タル當事者ノ意思ノ合致ニ付テノミ説明スヘシ

契約カ法律行爲ノ一種ナルコトハ既ニ説明シタル所ナリ人動スモレハ契約ニハ二箇ノ法律行爲ヲ包含スルカ如ク論スルモ其謬レコトハ既ニ之ヲ詳論シタル然レトモ契約ハ申込ト稱スル意思表示及ヒ承諾ト稱スル意思表示アリテ始メテ成立スルモノナルカ故ニ如何ナル場合ニ於テモ少クモ二箇ノ意思表示ヲ包含シ若シ一方ノ當事者數人アルトキハ三箇以上ノ意思表示ヲ包含スヘシ彼ノ組合ノ如キハ多クハ三箇以上ノ意思表示ヨリ成立シ又賣買ノ如ク通常二箇ノ意思表示ヨリ成立スルモノト雖モ時トシテハ三箇以上ノ意思表示ヨリ成立スルコトアリ即チ組合ニ在リテハ組合員三人以上ナルトキハ必ス三箇以上ノ意思表示アリ又賣買ニ在リテモ賣主若クハ買主二人以上アルトキハ意思表示ハ必ス三箇以上アルナリ但意思表示カ數箇アル場合ニ於テモ其數箇ハ必ス申込又ハ承諾ナルヘシ申込トハ契約ノ提議ヲ謂ヒ承諾トハ契約ノ提議ニ同意スルヲ謂フ即チ申込アリテ此ニ承諾アリ承諾アリテ此ニ始メテ契約成立ス賣買ニ付テ言ヘハ賣主ヨリ或條件ヲ以テ自己ノ或所有物ヲ賣ランコトヲ提議シ相手方カ之

ヲ買フヘキ旨ヲ答ヘタリトセンニ此場合ニ於ケル賣主ノ提議ハ申込ニシテ買主ノ答ハ承諾ナリ又時トシテ買主ヨリ或條件ヲ以テ相手方ノ或財産權ヲ買ハシコトヲ提議シ相手方カ之ヲ賣ルヘキ旨ヲ答フルコトアリ此場合ニ於ケル買主ノ提議ハ申込ニシテ賣主ノ答ハ承諾ナリ是レ賣主若クハ買主カ二人以上アル場合ニ於テモ同一ニシテ時トシテハ一人ヨリ數人ノ賣主又ハ買主タルヘキ者ニ對シテ提議ヲ爲スコトアリ此ノ如キ場合ニ於テハ其一人ノ提議ハ即チ申込ニシテ相手方タル數人カ之ニ應スルトキハ即チ承諾アルモノナリ組合ノ場合ノ如キハ時トシテ何レノ意思表示カ申込ニシテ何レノ意思表示カ承諾ナルカ判然セサルコトナキニ非スト雖モ仔細ニ之ヲ觀察スレハ必ス其一二屬スルコトヲ知り得ヘシ例ヘハ三人ニテ組合契約ヲ爲ス場合ニ於テモ三人同時ニ之ヲ發議スルカ如キハ殆ト絶無ニシテ初メ一人ヨリ其計畫ヲ他ノ一人ニ語り協議熟シタル後更ニ之ヲ第三ノ者ニ謀ルカ如キ例少ナシトセズ即チ甲ヨリ乙ニ之ヲ提議シ其承諾ヲ得タル上(但乙ノ承諾ハ多クノ場合ニ於テ丙ノ承諾ヲ條件トスルモノナリ)更ニ兩名ヨリ之ヲ丙ニ提議シ丙之ヲ承諾スルトキハ此ニ組合契約成立スヘシ而シテ此場合ニ於テハ其申ノ一人ハ純然タル申込者ニシテ他ノ一人ハ純然タル承諾者ナリト雖モ餘ノ一人ハ一人ニ對シテハ承諾者ナルモ他ノ一人ニ對シテハ申込者ナリ隨テ意思表示ノ數ハ當事者ノ數ヨリ多ク甲乙ノ間ニ於ケルモノ二箇及ヒ甲乙ト丙トノ間ニ於ケルモノ二箇合セテ四箇アリ而モ其申込ト承諾トハ判然之ヲ區別スルコトヲ得ヘシ又時トシテハ其中ノ一人提議者ト爲リ他ノ全員ニ對シ書面等ヲ以テ之ヲ交渉シ其同意ヲ得ルコトアリ此場合ニ於テハ其一人ノミ申込者ニシテ他ノ全員ハ承諾者ナリ此他當初純然タル申込及ヒ承諾ナク單ニ數人協議ノ結果ノ一ノ申込書ヲ作り之ヲ他ノ一人ニ送付シテ其同意ヲ得ル場合ノ如キハ其數人ハ申込者ニシテ他ノ一人ハ承諾者ナルヘシ之ヲ要スルニ申込ト承諾トハ如何ナル場合ニ於テ

ヲ爲シタルトキハ前ノ場合ニハ清算ハ總テノ債權者ニ對シ後ノ場合ニ於テハ催告ヲ受ケサリシ債權者ニ對シテハ對抗力ナシ是レ即チ債權者保護ノ爲メニ設ケタル規定ニ外ナラス(八五條二項)

第二 法定ノ清算

第一ニ說明シタル任意清算ヲ爲ササルトキハ即チ所謂法定清算ヲ爲スヘキモノニシテ會社ノ合併及ヒ破産ノ場合ヲ除ク外第七八條乃至第九五條ニ定メタル規定ニ從ヒ清算ヲ爲スコトヲ要ス(八六條以下)

(一) 清算人ノ職務及ヒ(二) 清算人ノ選任及ヒ終任ニ付テ說明スヘシ

(一) 清算人ノ職務 清算人ノ職務ニ付テハ第九一條ヲ以テ之ヲ規定ス是レ則チ清算ノ實質ヲ爲スモノニシテ清算ノ本體之ナリ

(イ) 現務ノ結了

清算人ハ先ツ目下繫屬セル事務ヲ結了セサルヘカラス即チ會社解散ノ當時ニ於テ未タ履行セサルモノアルトキハ會社ノ履行セサルモノナルト相手方ノ履行セサルモノナルトヲ問ハス悉ク之ヲ結了スルコトヲ要ス即チ會社ヨリ履行スヘキハ之ヲ履行シ會社カ履行ヲ受クヘキモノハ之ヲ受ク又訴訟カ會社ヨリ又ハ會社ニ對シテ繫屬スルトキハ皆之ヲ完結セサルヘカラス然レトモ履行ニ付キ期限ノ未タ到來セサルモノニ付テハ解散シタルカ故ニ即時ニ之ヲ履行シ得サルハ言フ俟タズ解散ハ期限ノ利益ヲ消滅セシムルモノニ非ス

(ロ) 債權ノ取立

債權ノ取立モ又清算人ノ職務ノ一ニシテ會社カ請求シ得ヘキ債權ハ第三者ニ對スルト又社員ニ對スルトヲ問ハス之ヲ取立ツルコトヲ要ス社員ニ對スル債權ハ社員タル資格ニ於テ之ヲ負擔スル場合ニ

於テモ之ヲ取立テ得ルモノニシテ例ヘハ出資義務ノ未タ履行セサルモノアルトキハ清算ノ目的ノ範圍内ニ必要ナル限度ニ於テ之ヲ取立ツルコトヲ得之カ爲メニハ辨濟期ニ至ラサル出資義務ヲ履行セシムルコトヲ得ルモノナリ(九二條然レトモ社員ハ如何ナル場合ニ於テモ清算ニ必要ナラサル出資義務ヲ履行ヲ請求セラルルコトナシ例ヘハ債務ノ辨濟ニ必要ナラサルニ出資ヲ請求サレ又ハ他ニ債務ヲ辨濟スルニ足ル有體物アルニ拘ハラズ金錢ヲ出資セシムルカ如キハ之ヲ爲シ得ヌ又一方ニ於テ社員ハ如何ナル場合ニ於テモ會社ニ對シテハ出資義務以上ニ辨濟ヲ請求セラルルコトナシ若シ清算中會社ノ財産ヲ以テ(出資ヲ合シテ)會社ノ債務ヲ完済スルコト能ハサルニ至レハ清算人ハ第九一條第三項及ヒ民法第八一條ニ因リ破産宣告ノ請求ヲ爲ササルヘカラス

(ハ) 債務ノ辨濟

會社カ第三者ニ對シ又ハ社員ニ對シテ負擔セル債務ハ悉ク之ヲ辨濟セサルヘカラス例ヘハ第三者ニ對シテ支拂フヘキモノハ之ヲ支拂ヒ又社員ニ對シテ賣買貸借其他ノ法律行為ニ依リ會社カ債務ヲ負擔セルトキハ之ヲ辨濟セサルヘカラス其他社員カ社員タル資格ニ於テ會社ニ對シテ債權ヲ有スルトキモ亦之ヲ辨濟セサルヘカラス例ヘハ配當セラルヘキ利益ニシテ未タ配當ニ屬スルモノ又ハ社員カ業務執行中會社ノ爲メニ立替タル金錢ノ如キ之ナリ

(ニ) 殘餘財産ノ分配

殘餘財産ノ分配ハ清算行為ノ最終手段ヲ爲スモノニシテ清算人ハ會社ノ債權ヲ取立且會社ノ負擔ニ屬スル債務ヲ辨濟シ盡シタル後尙會社ニ殘餘財産アルトキハ之ヲ社員ニ分配セサルヘカラス獨逸商法第一五五條ハ合名會社ノ清算ニ於テ會社債務ノ辨濟前ト雖モ清算ニ必要ナラサル金錢アルコト

ヲ證明シタルトキハ假分配ヲ請求シ得ルコトヲ認ムト雖モ我商法ニ於テハ清算人ハ會社ノ債務ヲ辨濟シタル後ニ非サレハ會社財産ヲ分配スルコトヲ得ヌ(九五條)若シ之ニ違反シタルトキハ清算人ハ拾圓以上千圓以下ノ過料ニ處セラル(二二條一〇號)此分配方法ニ付テハ商法中別ニ明文ヲ以テ之ヲ規定セサルヲ以テ定款ニ規定アレハ之ニ從ヒ若シ定款ノ規定ナキトキハ商法第五四條ニ依リ此事項ハ會社内部ノ關係ナルヲ以テ民法ノ組合ニ關スル第六八條第二項ノ規定ヲ準用シ出資ノ價格ニ從テ之ヲ分配スヘキモノナリ然レトモ立法論トシテハ殘餘財産ノ分配ハ各社員ノ持分ニ應ジテ分配スヘキヲ穩當トス蓋シ社員ノ持分ナルモノハ必スシモ出資高ニ比例スルモノニ非ス出資ハ多額ナルモ必スシモ持分ノ多額ナルモノニ非ス故ニ持分ヲ返還スト定ムルハ最も至當ナリ現ニ獨逸商法第一五五條第一項ニハ社員ノ積極持分ヲ返還スヘキコトヲ規定セリ此方法ニ依ルトキハ若シ社員ノ持分カ總テ積極ナルトキハ之ヲ返還シ盡セハ同時ニ清算行為ハ終了シ頗ル簡單ナリト雖モ若シ或社員中間ノ關係ナルヲ以テ純理ヨリ謂ヘハ一度其社員ハ會社ニ支拂ヒ會社(清算人)ハ直チニ之ヲ積極持分ヲ有スル社員ノ間ニ分配スヘキカ如シト雖モ清算人ノ職務ハ現ニ會社ニ殘存スル財産ヲ分配スヘキモノニシテ不足額ヲ如何ニ分配スヘキヤハ其職務ニ非サルカ故ニ消極持分ノ分配ハ其社員ト積極持分ヲ有スル社員トノ關係ニ一任シ清算人ノ介入スヘキモノニ非ストスルヲ至當トス殘餘財産ノ分配ハ必ス常ニ金錢ヲ以テスルナリ蓋シ社員ノ供シタル出資ハ其種類ノ如何ヲ問ハス會社ノ財産ト成ルモノニシテ社員ハ只其上ニ持分ヲ有スルニ過キス隨テ其財産ハ社員ノ持分ヲ計算スヘキ標準タルニ過キスシテ現物ヲ以テ之カ返還ヲ受タルコトヲ得ヌ是レ任意清算ノ場合ト大ニ異ナ

ル處ナリ然レトモ物ノ使用收益ヲ以テ出資トシタルトキハ現物ヲ返還セサルヘカラスト雖モ之所
謂殘餘財産ノ分配ニ非ス

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

清算人ノ權限ハ此ノ如ク廣汎ナリト雖モ而モ清算ノ目的ノ範圍外ニ出ルヲ得ス故ニ營業的ノ行爲其
他營業ノ存在ヲ條件トスル行爲ハ之ヲ爲スコトヲ得ス例ヘハ支配人ヲ選任シ或ハ支店ヲ設置シ又ハ
商號ヲ變更スルカ如キコトハ之ヲ爲スコトヲ得ス

清算人ノ選任及ヒ之ニ伴フテ爲スヘキ手續

(イ)(二) 總社員ノ清算人

裁判所カ清算人ヲ定ムヘキ場合又ハ社員ノ過半数ヲ以テ清算人ヲ選任セサル場合ニ於テハ總社員ハ
當然清算人ト爲ル即チ各社員ハ原則トシテ解散シタル會社ノ清算人ト爲ルモノナリ(八七條)

(ロ) 特ニ社員ニ於テ選任シタル清算人ニシテ其選任ハ社員ノ過半数ヲ以テ之ヲ決ス選任セラルヘキ清
算人ハ必スシモ社員ナルコトヲ要セス社員以外ノ者ヲ以テ清算人ト爲スコトヲ妨ケス(八七條)

(ハ) 裁判所ノ選任シタル清算人

第七四條第五號ノ場合即チ社員一人ト爲リタルトキ及ヒ會社カ事業ニ著手シタル後其設立カ取消
サレタルトキハ清算人ハ利害關係人ノ請求ニ依リテ裁判所之ヲ選任ス(八八條一〇〇條)會社カ裁判

所ノ命令ニ依リテ解散シタルトキハ裁判所ハ利害關係人又ハ檢事ノ請求ニ依リ清算人ヲ選任ス(八
九條)即チ命令ニ依リ解散ノ場合ニハ利害關係人ノ請求ノ外檢事モ清算人ノ選任ヲ請求シ得ルモノ
ナリ只爰ニ一言注意スヘキハ第八九條ニ所謂命令ニ依リ解散ト云フ中ニハ第八三條ニ依リ判決ニ因
ル解散ノ場合ヲ包含セス(蓋シ商法ニ於テハ第四七條第四八條ノ命令ニ依リ解散ト第八三條ノ解散
トハ其規定ノ立テ方異ナルノミナラス即チ一ハ解散ヲ命令スルコトヲ得ト規定シ第八三條ノ場合ニハ
單ニ解散ヲ請求スルコトヲ得トノミ規定シ命令ナル文字ヲ使用セサルノミナラス前者ノ決定ヲ以テ
解散セシメ後者ハ判決ヲ以テ解散セシムルコト前已ニ述ヘタルカ如シ)隨テ此場合ニ於テハ清算人
ハ裁判所カ選定スヘキ規定ナキヲ以テ社員ノ過半数ヲ以テ選定セサルニ於テハ總社員ハ當然清算人
トナルヘシト雖モ右第八三條ノ場合ニ於ケル苟モ裁判所ノ干與ニ因リテ解散セシムル以上ハ一般ニ
命令ニ因リテ解散セシメタル場合ト同シ又清算人ハ裁判所ヲシテ選任セシムルヲ穩當トス特ニ第
一〇〇條ニ依リ設立ノ取消ハ判決ヲ以テシ(非訴一八四條三項)而シテ此場合ニ於ケル清算人ノ選任
ハ裁判所カ之ヲ爲スコトヲ規定シナカラ(一〇〇條)獨リ第八三條ノ場合ニ於ケル解散ノ場合ノ選任
ハ裁判所カ之ニ干與セスト云フハ立法上ノ缺點タルヲ免レスト信ス

清算人ノ選任及ヒ解任ニ關スル事件ハ會社ノ本店ノ所在地ノ區裁判所ノ管轄ニシテ清算人タル者ハ
左ニ掲クル者ニ該當セサルコトヲ要ス(非訟一二六條一三八條)

一 未成年者

二 禁治產者及ヒ准禁治產者

三 剝奪公權者及ヒ停止公權者

商法會社 合名會社 會社ノ清算

四 裁判所ニ於テ解任セラレタル清算人

五 破産者

選任後ノ手續 當然清算人即チ總社員カ清算人タル場合ニハ別ニ登記ヲ要セスト雖モ其他ノ清算人ハ社員カ選任シタル者ナルト將タ亦裁判所カ選任シタル者タルト問ハス二週間内ニ本店及ヒ支店ノ所在地ニ於テ自己ノ氏名住所ヲ登記スルコトヲ要ス其手續ハ非訟事件手續法第一七五條及ヒ第一七六條ヲ以テ之ヲ規定ス

清算人就職シタルトキハ遲滞ナク會社財産ノ現況ヲ調査シ財産目録貸借對照表ヲ作り之ヲ社員ニ交付スルコトヲ要ス是レ即チ清算ノ爲メ第一ニ必要ナル事項ニシテ清算人ハ會社財産ノ狀況ヲ明イナラメ各社員ヲシテ之ヲ知悉セシムルノ義務アリ又清算人ハ社員ノ請求アルトキハ毎月清算ノ狀況ヲ報告スルコトヲ要ス

清算人ノ解任 社員カ選任シタル清算人ハ何時ニテモ之ヲ解任スルコトヲ得其決議ハ社員ノ過半数ヲ以テ之ヲ決ス尙ホ重要ナル事由アルトキハ裁判所ハ利害關係人ノ請求ニ因リ清算人ヲ解任スルコトヲ得(九六條)然レトモ裁判所カ選任シタル清算人ハ社員ニ於テ任意ニ之ヲ解任スルコトヲ得唯第九六條第二項ノ規定ニ因リ重要ナル事由アルトキニ限り利害關係人ノ請求ニ依リテ裁判所獨リ之ヲ解任スルコトヲ得ルノミ(當然清算人ハ之ヲ任意ニ解任シ得ル規定ナシ唯第九六條二項ノ場合ニ裁判所之ヲ解任シ得ルノミ)

清算人ノ解任又ハ變更ハ二週間内ニ本店及ヒ支店ノ所在地ニ於テ之ヲ登記スルコトヲ要ス(九七條)其手續ハ非訟事件手續法第一七七條ヲ以テ之ヲ定ム

清算人ノ任務カ殘餘財産ノ分配ニ依リ終リシタルトキハ清算人ハ遲滞ナク計算ヲ爲シ各社員ノ承認ヲ求ムルコトヲ要ス此計算ニ對シテ社員カ一箇月内ニ異議ヲ述ヘサリシトキハ之ヲ承認シタルモノト看做ス然レトモ若シ清算人ニ不正行爲アリタルトキハ此限ニ在ラス(九八條)清算人カ社員ノ承認ヲ經タルトキハ爰ニ清算人ノ職務ハ責任ヲ解除セラレタルモノニシテ所謂清算ハ結了シタルモノナレハ清算人ハ遲滞ナク本店及ヒ支店ノ所在地ニ於テ其登記ヲ爲スコトヲ要ス(九九條)其手續ハ非訟事件手續法第一七八條ヲ以テ之ヲ定ム

會社ノ帳簿其營業ニ關スル信書及ヒ清算ニ關スル一切ノ書類ハ第八五條ノ任意清算ノ場合ニ在リテハ本店ノ所在地ニ於テ解散ノ登記ヲ爲シタル後法定清算ノ場合ニ在リテハ清算結了ノ登記ヲ爲シタル後十年間之ヲ保存スルコトヲ要ス其保存者ハ社員ノ過半数ヲ以テ之ヲ定ム(一一〇一條)

最後ニ説明スヘキ點ハ會社ノ設立ノ取消サレタル場合ニ於ケル清算之ナリ會社ノ設立ハ所謂會社ノ解散ニ非ス隨テ特別ノ規定ナキ以上ハ法律行爲ノ取消ノ原則ニ從ヒ初ヨリ會社ノ設立ハ無効ナルモノトシテ總テノ法律行爲ハ之ヲ原狀ニ復舊セサルヘカラスト雖モ此ノ如キハ法律關係ヲ頗ル錯雜ナラシメ取引ノ安全ヲ害スルヲ以テ法律ハ解散ノ場合ニ準シテ清算ヲ爲スヘキモノトセリ(一一〇〇條)即チ此規定ノ結果トシテ會社ハ初ヨリ設立ナカリシモノト觀ラルルコトナク其設立カ取消サル迄ハ有效ニ成立シタルモノト看做シ隨テ其時迄ハ會社ノ取引ハ有效ニ成立シ唯之ヲ結了セシムルニ清算手續ヲ要スルモノト爲シタルナリ(本條ハ設立取消ノ場合ニ付テノミ規定シ初ヨリ設立カ無効ナリシ場合ニ付テハ何等ノ規定ナシト雖モ同一ノ事由ニ依リ立法論トシテハ設立無効ノ場合ニモ同一ノ規定ヲ設クルヲ穩當トス尤モ無効ノ場合ニ付テモ不法ノ行爲ヲ目的トスル場合ノ如キハ之ヲ保護スル必要ナシ

ト雖モ其他ノ無効ノ原因アルトキハ之ヲ保護スル必要アリト信ス

第三編 合資會社

第一章 合資會社ノ意義

合資會社ノ意義ハ商法第一〇四條ヲ以テ之ヲ定ム即チ合資會社ハ有限責任社員ト無限責任社員トヲ以テ之ヲ組織スル會社ナリ既ニ述ヘタルカ如ク合名會社ニ於テハ社員ハ皆無限ノ責任ヲ負擔スルモノナレトモ合名會社ニ在リテハ必ス少クモ社員ノ一人ハ有限責任ヲ負擔スルモノニシテ他ノ一人ハ無限責任ヲ負擔スルモノナルコトヲ要ス無限責任社員ノミノ合資會社アルコトナク又有限責任社員ノミノ合資會社アルコトナシ從テ其何レカノ種類ノ社員ヲ缺クニ至レハ合資會社ハ之ニ因リテ解散セサルヲ得ス

商法カ此ノ如ク一ハ無限責任ヲ負擔シ一ハ有限責任ヲ負擔スル社員ヲ以テ之ヲ組織スル會社ヲ認メタル經濟上ノ理由ハ既ニ總論ニ於テ述ヘタルカ如シ蓋シ合資會社ノ起源ハ全責任ヲ以テ營業ヲ實行スル者ニ對シ自ラハ營業ノ責任者タラスシテ唯一定ノ資本ヲ供シ其資本ノ範圍内ニ於テ一定ノ利益ノ分配ニ與ル商業上ノ組織ニ基クモノニシテ今日ノ所謂有限責任社員ハ即チ其一定ノ資本ヲ供スル地位ニ在ルモノナリ

合資會社ノ特色ハ此ノ如ク社員ノ一部カ必ス有限責任ヲ負擔スルニ在リトスレハ其有限責任トハ果シテ如何ナル種類ノ責任ヲ云フヤ會社ニ對スル有限ノ責任ナルヤ將又會社ノ債權者ニ對スル直接ノ有限責任ナルヤ我商法ハ明文ヲ以テ之ヲ規定セス所謂無限責任社員ナルモノニ付テハ合名會社中第六三條

ヲ以テ之ヲ規定セルカ故ニ其責任ノ無限ト云フハ直接ニ會社債權者ニ對シテ負擔スル責任タルコトハ明カナリ之ニ對シテ有限責任ト云フトキハ社員ノ責任カ會社ノ債權者ニ對シテ直接ニ有限ナルカ如ク見ユ現ニ我商法ヲ解釋スル學者中此說ヲ採ルモノアリ即チ此說ニ從ヘハ有限責任社員ハ會社ニ對シテ未タ出資義務ノ履行セサルモノアルトキハ會社債權者ニ對シテ出資義務ノ範圍内ニ於テ直接ニ責任ヲ負擔セサルヘカラスト云フニ在リ然レトモ此說ノ當否ヲ判定スルニ當リテハ先ツ我商法ニ於テ無限責任社員ノ責任ハ何ソヤト云フ點ヲ明了ニ確定スルコトヲ要ス而シテ之ヲ解決スヘキ條文ハ即チ第六三條ヲ措テ他ニ之ヲ求ムルヲ得ス同條ニ依レハ「會社ノ財産ヲ以テ會社ノ債務ヲ完済スルコト能ハサルトキハ各社員連帶シテ其辨濟ノ責任ニ任ス」トアリ即チ無限ノ責任ト云フハ條件附ニシテ會社ノ財産ヲ以テ其債務ヲ完済スルコト能ハサルトキニ於テ始メテ發動スルモノニシテ會社ノ債權者ハ會社ノ財産ノ不足ナルコトヲ先ツ以テ證明スルニ非サレハ社員ニ對シ直接ノ請求ヲナスコトヲ得ス而シテ爰ニ會社財産ト云フハ現ニ會社ニ存在スル財産ノミヲ云フニ非スシテ社員ノ出資ノ未タ差入レサルモノ即チ會社ヨリ社員ニ對スル權利ヲモ包含スルハ言フ俟タス此點ハ清算ニ關スル第九二條ニ「會社ニ現存スル財産カ其債務ヲ完済スルニ不足ナルトキハ云云」ト規定セルニ比較スレハ自ラ明カナリ果シテ然ラハ無限責任ト云フハ社員ノ出資義務ノ履行セラレサルモノモ包含セル會社ノ財産ヲ以テシテモ尙ハ會社ノ債權者ヲ満足セシムル能ハサルトキニ於テ始メテ各社員カ直接ニ連帶シテ會社債權者ニ對シ責任ヲ負フモノナリト云フヲ得ヘシ然ルニ有限責任社員ハ其責任ハ何人ニ對スルヤハ別問題トシ兎ニ角出資以上ハ何等ノ責任ヲ負ハサルモノナルコトハ何人ト雖モ異論ナキ所ナリ果シテ然ラハ第六三條ニ定メタル無限責任ト同一ノ觀念ニ於テ有限責任社員ハ會社債權者ニ對シ直接ニ責任ヲ負擔スルコト能ハ

ナルコトトナルヘシ何トナレハ第六三條ノ會社ノ財産ト云フ中ニハ己ニ有責任社員ノ出資義務ノ未履行ノモノモ包含セラルル以上ハ最早有責任社員ノ責ニ歸スヘキ負擔ハ會社債權者ニ對シテハ毫末モ殘存セス果シテ然ラハ我商法ニ於ケル無限責任ノ觀念ニ對シテ有責任ト云フトキハ唯直接ニ會社ニ對スル有責任ニ責任ニシテ其出資額ヲ限度トスル意義ナリト云ハサルヘカラス從テ有責任社員ハ會社ノ債權者ニ對シテハ何等ノ義務ヲ負フ所ナシ即チ責任ノ性質カ兩者公然異ナルモノナリト云ハサルヘカラス

合資會社ニ付テハ第一〇五條ヲ以テ本章ニ別段ノ定アル場合ヲ除クノ外合資會社ニ關スル規定ヲ準用スル旨ヲ定メ特別ノ規定トシテハ第一〇四條及ヒ第一〇六條乃至第一一八條ノ十數條ノ規定ヲ設クルノミ故ニ大體ニ於テハ合資會社ノ規定ハ合資會社ニ準用セラレ合資會社ニ付テ說明シタル所ハ亦合資會社ニ通スヘキモノナレハ以下合資會社ニ特別ノ規定ニ付キ之ヲ説明スヘシ豫メ全體ニ通シテ説明スヘキハ合資會社ニ關スル特別規定ハ其社員ニハ必ス有責任社員アルコトヲ要シ而シテ有責任社員ハ單ニ資本ヲ供スルニ止マリ從テ無限責任社員ノ如ク其一身ニ重キヲ置カサル主意ニ起因スルモノナリ

第一節 設立

合資會社ノ設立ハ合資會社ト異ナル所ナク定款ノ作成ニ依リ設立セラル唯有限責任社員アルカ爲メニ定款ニ記載スヘキ事項ハ第五〇條ニ掲ケタルモノノ外各社員ノ責任ノ有限又ハ無限ナルコトヲ記載スルコトヲ要ス(一〇六條)又定款ヲ作リタル日ヨリ二週間内ニ會社ノ本店及ヒ支店ノ所在地ニ於テ登記スヘキ事項ハ第五一條ニ掲ケタルモノノ外各社員ノ責任ノ有限又ハ無限ナルコトヲ登記スルコトヲ要ス

第二節 會社ノ内部ノ關係

會社ノ内部關係トハ會社ト會社トノ關係及ヒ社員相互ノ關係ナルコトハ合資會社ニ於テ述ヘタル所ト異ナルコトナク又内部ノ關係ハ公益規定ニ非サルヲ以テ定款ヲ以テ自由ニ規定シ得ヘキコトモ亦同一ナリ

(一) 出資

合資會社ニ於テ無限責任社員ハ勞務又ハ信用ヲ以テ出資ト爲シ得ルカ如ク合資會社ニ於テモ無限責任社員ハ又勞務又ハ信用ヲ以テ出資ト爲シ得ルト雖モ有限責任社員ハ金錢其他ノ財産ニミテ其出資ノ目的ト爲シ得ルノミ勞務又ハ信用ヲ以テ出資ノ目的ト爲スコトヲ得ス(一〇八條)是レ合資會社ノ起源ヨリ考フルモ極メテ明了ナリ蓋シ合資會社ノ有限責任社員ナルモノハ無限責任社員ニ比スレハ其簡人ニ重キヲ置カス從テ會社ノ業務執行會社ノ代表ノ如キハ之ヲ爲スコトヲ得ス又其責任ハ一定ノ範圍ニ限定セラルルヲ以テ勞務又ハ信用ヲ以テ出資ノ目的ト爲シ得サルモノトセリ

(二) 業務執行

業務ノ執行ハ定款ニ別段ノ定ナキトキハ各無限責任社員其權利ヲ有シ義務ヲ負フ(一〇九條第一項)是レ亦合資會社ノ起源ヨリ考フレハ明カナル義ニシテ無限責任ヲ以テ會社事業ヲ經營セル者ニ有責任任社員カ投資スルニ在リトスレハ其無限責任社員ハ會社ノ業務執行ノ權利ヲ有シ義務ヲ負フヘキハ當

然ナリ此點ハ合名會社ノ無限責任社員ノ權利義務ト異ナル所ナシ又定款ニ別段ノ規定ヲ設ケテ諸種ノ制限ヲナシ得ルコトモ亦合名會社ニ於テ述ヘタル所ト異ナルコトナシ唯合資會社ニ於テハ合名會社ノ場合ト異ナリ商法カ特ニ設ケタル規定ハ無限責任社員數人アルトキハ會社ノ業務執行ハ其過半数ヲ以テ之ヲ決スヘキ第一〇九條第二項ノ規定ニ依リテ業務執行ノ權ヲ防クコトヲ得合名會社ニ於テハ各社員カ業務執行ノ權利義務アルニ拘ハラズ其擅著ヲ豫防スヘキ規定ナキハ立法上ノ不備ナルコトニ付テハ己ニ説明シタルカ如シ

支配人ノ選任及ヒ解任ハ業務執行ノ一ナレトモ特ニ業務執行社員ヲ定メタルトキト雖モ無限責任社員全員ノ過半数ヲ以テ決ス而シテ有限責任社員ハ之ニ與ルコトヲ得ス定款ノ變更其他會社ノ目的ノ範圍内ニ非サル行爲ヲ爲スニハ有限無限兩社員全員ノ一致ヲ要スルハ言ヲ俟タズ之ヲ要スルニ有限責任社員ハ業務ヲ執行スルコトヲ得ス(一一五條)此ノ如ク有限責任社員ハ業務ノ執行ヨリ全然除外セラレモモノナレトモ定款ノ規定ヲ以テ有限責任社員ニ業務ヲ執行セシムルコトハ妨ケナシ然レトモ有限責任社員カ定款ノ規定ニ依リテ業務執行ニ與ルコトナルモ之カ爲メニ他ノ法律關係ニ於テ無限責任社員ト同一ノ地位ニ立ツモノニ非ス例ヘハ第一一三條ニ依リ有限責任社員ニハ競業禁止ノ規定ノ適用ナキモノナルカ偶々有限責任社員カ業務執行ニ與ルカ爲メニ競業禁止ノ規定ニ服從スルカ如キコトナシ縱令業務執行ニ與ルトモ依然トシテ自己又ハ第三者ノ爲メニ會社ノ營業ノ部類ニ屬スル商行爲ヲナシ又ハ同種ノ營業ヲ目的トスル他ノ會社ノ無限責任社員トナルコトヲ得ルモノトス要スルニ定款ノ規定ヲ以テスレハ有限責任社員ノ法律上ノ地位ヲ動カスコトナクシテ或ハ一般ニ業務ヲ執行セシメ或ハ特定ノ業務ヲ執行セシムルコトヲ妨ケス

此ノ如ク有限責任社員ハ業務執行ノ權利義務ナキヲ原則トスト雖モ苟モ其會社ノ事業ニ投資シタル以上ハ其事業ノ狀況ヲ検査スルノ權利ナカルヘカラス即チ有限責任社員ハ營業年度ノ終ニ於テ營業時間内ニ限り會社ノ財産目録及ヒ貸借對照表ノ閱覽ヲ求メ且會社ノ業務及ヒ會社財産ノ狀況ヲ検査スルコトヲ得ヘク又重要ナル事由アルトキハ裁判所ハ有限責任社員ノ請求ニ依リ何時ニテモ會社ノ業務及ヒ會社財産ノ狀況ヲ検査スルコトヲ得(一一一條)

(三) 持分ノ讓渡

持分ノ意義ニ付テハ合名會社ニ於テ説明セル所ト異ナルコトナシ合資會社ニ於テ無限責任社員ハ其持分ノ全部又ハ一部ヲ讓渡スニ付テハ他ノ社員全體(有限責任社員ヲモ包含ス)ノ承諾アルニ非サレハ其讓渡ハ之ヲ以テ會社ニ對抗スルヲ得スト雖モ有限責任社員カ其持分ノ全部又ハ一部ヲ讓渡スニハ無限責任社員全員ノ承諾アレハ足ルモノトス(一一二條)

(四) 競業禁止

無限責任社員ニハ競業禁止ノ適用アルハ合名會社ト異ナル所ナシト雖モ有限責任社員ニハ競業禁止ノ適用ナシ即チ有限責任社員ハ自己又ハ第三者ノ爲メニ會社營業ノ部類ニ屬スル商行爲ヲナシ又ハ同種ノ營業ヲ目的トスル他ノ會社ノ無限責任社員トナルコトヲ得ルモノトス(一一三條)蓋シ有限責任社員ハ單ニ出資ヲ爲スニ止マリ原則トシテ會社ノ業務ヲ執行セス又會社ヲ代表セス要スルニ一身ヲ擧ケテ會社事業ヲ營ムモノニ非サレハ會社ノ營業部類ニ屬スル商行爲ヲ爲シ又ハ同種ノ營業ヲ目的トスル他ノ會社ノ無限責任社員タラシムルモ之カ爲メニ會社ノ營業繁榮ヲ妨害スルカ如キ恐レナクシハナリ但定款ノ規定ヲ以テ之ヲ禁止スルコトヲ妨ケス又縱令有限責任社員カ會社ノ業務執行ニ與ルコトヲ定款

ニ許サレタル場合ト雖モ號業禁止ノ規定ニ服從セサルコトハ前已ニ述ヘタルカ如シ

(五) 損益分配

損益分配ニ付テハ合資會社ニ特別ナル規定ナシ從テ合名會社ニ於ケルト同一ノ標準ニ依ラサルヘカラス即チ定款ニ別段ノ定ナキトキハ民法第六七四條ニ依リ各社員ノ出資ノ價格ニ從ヒテ之ヲ分配スヘキモノナルコトハ合資會社ノ場合ト異ナルコトナシ唯有限責任社員ハ其責任カ出資額ニ止マルカ故ニ損益分配ニ付テモ出資額以上ニ損失ヲ負擔スルコトナク結極消極ノ持分ヲ有スルコトナキハ問題ナリ計算上出資以上ニ損失ヲ負擔ストスル說ハ有限責任社員ノ責任カ有限ナリト云フハ會社ノ解散又ハ退社ノ場合ニ於テ結局出資額以上ノ責任ヲ負フハ如何ニ會社ニ損失アルモ之ヲ補償スル義務ナキ意ニシテ損益分配ニ付テ迄モ他ノ社員ニ比シテ特別ノ利益ヲ與フル意義ニ非ス從テ會社ノ營業進行中苟モ有限責任社員カ社員トシテ繼續セル以上ハ計算上ニ於テ出資額ヲ超ヘテ其社員ノ損失負擔額ヲ定メ後日利益アルトキハ之ヲ補フトスルコトハ毫モ妨ケナキ所ナリ唯會社解散又ハ退社ノ場合ニ在リテハ如何ニ會社ノ損失多大ナルモ其有限責任社員ハ出資以上ニ責任ヲ負ハス缺損ハ他ノ無限責任社員ニ於テ負擔セサルヘカラスト云フニ在リ

然レトモ既ニ論シタルカ如ク有限責任ト云フハ會社ニ對スル有限責任ニシテ出資額以上ニ何等ノ責任ヲ負ハサルコトヲ意味シ別ニ何等責任ノ體様ニ付キ制限ナキ以上ハ損失ノ分擔ニ於テモ出資額以上ニ之ヲ負擔セストスルハ論理ノ正鵠ヲ得タルモノト云ハサルヘカラスト從テ損益分配ノ計算上ニ於テモ我商法ノ解釋上出資額以上ニ損失ヲ負擔セシムルコト能ハスト信ス換言スレバ出資額以上ニ損失ヲ負擔セシメ消極ノ持分ヲ有セシムルコトハ即チ有限責任ナル觀念ト相容ラサルモノナリ

第三節 會社ノ外部ノ關係

(一) 會社ノ代表

定款又ハ總社員ノ同意ヲ以テ特ニ會社ヲ代表スヘキ無限責任社員ヲ定メサルトキハ各無限責任社員會社ヲ代表ス有限責任社員ハ會社ヲ代表スルコトヲ得ス(一一四條一五條)然レトモ有限責任社員ト雖モ或ハ支配人トナリ又ハ商業使用人トシテ會社ヲ代表シ得ルコトハ言フ俟タス唯社員タル資格ニ於テ當然會社ヲ代表シ得サルモノトス

(二) 社員ノ責任

無限責任社員ノ責任ハ合名會社ニ於ケルト異ナル所ナシ有限責任社員ノ責任ニ至リテハ學者中異論アリト雖モ會社ニ對スル有限責任ナリト解スヘキコトハ前既ニ論述セルカ如シ果シテ然ラハ第六三條ハ有限責任社員ニ適用ナシト云ハサルヘカラスト然レトモ有限責任社員カ自己ヲ無限責任社員ナリト信セシムヘキ行爲ヲナシタルトキハ其社員ハ善意ノ第三者ニ對シテ無限責任社員ト同一ノ責ヲ負フモノトス(一一六條)例ヘハ會社ノ商號中ニ自己ノ商號ヲ使用スルコトヲ認容スルカ如シ

第四節 社員ノ入社及ヒ退社

入社及ヒ退社モ合名會社ニ付テ述ヘタル所ニ同シ唯有限責任社員ニ付テハ多少ノ差異アリ即チ一有限責任社員ハ死亡シタルトキハ其相續人代リテ社員トナル(一一七條一項)無限責任社員ノ死亡シタルトキハ當然退社トナリ相續人ハ定款ニ別段ノ定ナキ以上ハ之ニ代リテ社員トナルコトナシ有

- 限責任社員ニ付キ此例外アルハ全ク社員ノ人ニ重キヲ措カサルカ爲メナリ
- 二 有限責任社員ハ禁治産ノ宣告ヲ受クルモ之ニ因リテ退社スルコトナシ(一七條二項)是レ亦無限責任社員ト異ナル點ニシテ其理由ハ第一ニ付テ述ヘタル所ト同シ
- 三 第七三條ノ規定ハ有限責任社員ノ退社シタルモノニ適用ナシ蓋シ有限責任社員ハ第三者ニ對シテ責任ヲ負擔セザレハナリ
- 四 有限責任社員ハ退社シタルトキハ持分ノ拂戻ヲ受クルコトアルモ之ヲ差入ルルコトナシ蓋シ彼ハ消極持分ヲ有セザレハナリ

第五節 解散

解散ノ原因ハ合名會社ニ付キ述ヘタルモノノ外合資會社ハ無限責任社員全員又ハ有限責任社員全員カ退社シタルトキハ之ニ依リテ解散ス蓋シ合資會社ニ於テハ必ス無限責任社員ト有限責任社員トノ二種ノ社員アルヲ以テ成立ノ要件トセルヲ以テナリ(一八條)會社解散ノ場合ニ於テ第一〇三條ニ定メタル解散後ノ責任ハ有限責任社員ニ適用ナシ但其未タ履行ヲ終ラサル出資義務ヲ免ルルコトヲ得サルハ言ヲ俟タス

無限責任社員又ハ有限責任社員ノ全員カ退社シタルトキハ會社ハ解散スト雖モ若シ有限責任社員ノ全員カ退社シタル場合ニ在リテハ無限責任社員全員ノ一致ヲ以テ合名會社トシテ會社ヲ繼續スルコトヲ妨ケス(一一八條)即チ繼續アリタルトキハ會社ハ單ニ有限責任社員ニ持分ヲ拂戻スニ止マリ合名會社トシテ會社ノ種類ヲ異ニスルニ至ルモ前合資會社ノ人格ヲ依然繼續スルコトト爲リ持分ノ拂戻ヲ外ニ

掛引上秘密ヲ要スル場合ニ至大ノ便益アルニ於テオヤ仲立人ノ商業界ニ重キヲ爲スハ全ク此等ノ事由アルニ基因スルナリ

此ノ如ク仲立ハ他人間ノ法律行為ヲ媒介スト云フニ在リテ其事柄ノ單純ナルニ依リ昔時ヨリ其存在ヲ見タルモノニシテ羅馬法時代ニ在リテハ常業トシテ之ヲ行フモ簡別ノニ其行為ヲ爲スモ總テ各人ノ自由ニ屬シタリシナリ然ルニ社會組織ノ發達ニ伴ヒ仲立人ノ需要漸ク頻繁ト爲ルニ及ヒテヤ仲立人ニシテ往々自己ノ地位ヲ利用シ不正ノ行為ヲ爲ス者アルニ至リタルヲ以テ遂ニ中古時代以來仲立人ニ公然ノ地位ヲ與ヘテ行政官廳ノ認許ヲ經ルニ非サレハ其營業ヲ爲スコトヲ得サルモノト爲シ一面ニハ公ニ仲立人ノ信用ヲ確認シ他面ニハ其監督ヲ嚴重ニシテ努メテ其營業ノ確實ヲ圖ルノ主義ヲ生シタリ現今ト雖モ此特許主義ヲ採用セル立法例多ク現ニ舊商法モ亦此主義ニ則リ官廳ノ許可ヲ受クルコトヲ必要トシ仲立人タリ得ヘキ資格、保證金、仲立人ノ員數、仲立人組合等ニ關スル詳細ノ規定ヲ爲シ居レリ然レトモ近時營業ノ自由ニ對スル思想ノ發達スルト共ニ徒ニ國家力箇人ノ行為ニ干渉スルノ非ナルヲ悟リ漸次仲立營業ニ付テモ之ヲ商業上ノ競争作用ニ放任スル自由營業主義ノ立法ヲ見ルニ至リ我現行法モ亦此新主義ヲ採用シテ舊商法ノ規定ニ對シ根本的ノ大修正ヲ爲セリ經濟思想ノ發達シテ信用制度ノ確立シタル今日ニ於テハ縱令二三ノ仲立營業ニ付テハ尙ホ特別ノ取締ヲ爲スノ必要アリトスルモ一般ノ仲立營業ニ對シテハ敢テ特許主義ヲ持續スルノ必要ナシトシテ現行法ハ一般ニハ全ク營業ノ自由ヲ認メ特ニ取締ヲ要スルモノハ之ヲ行政法規ニ讓ルノ方針ヲ採リタルナリ(取引所條例)

仲立營業ハ商取引ヲ媒介スルニ在ルヲ以テ商取引ノ無數ナルト共ニ仲立ノ種類モ舉ゲテ數フヘキニ非ス文化ノ進歩ト共ニ社會組織ハ益々複雜ニ趣キ隨テ營業ノ分類ハ愈々細別セラルルコト自然ノ理勢ナル

ヲ以テ營業ノ種類ノ増加スルニ應ジテ仲立營業モ亦其種類ヲ加フヘキナリ現今外國ニ於テ行ハルル仲立業ノ重ナルモノヲ舉クレハ手形其他ノ有價證券ノ賣買ニ關スル仲立人、船舶ノ貸借冒險貸借仲立人、保險仲立人、運送仲立人、取引所仲立人等ニシテ其他漸次茶、生糸仲立人等各目ノ經驗上得意ノ技能ヲ以テスルモノヲ生シ仲立モ漸次其營業範圍ヲ一小局部ニ限ルノ趨勢アルハ社會進化ノ理勢トシテ然ルヘキ所ナリ

第一節 仲立ノ意義

廣ク仲立ト言ヘハ他人間ノ法律行為ノ媒介ヲ爲スヲ謂ヒ總テノ法律行為ノ媒介ハ皆其中ニ包含セラレヘシト雖モ茲ニ所謂仲立ハ其意義狹ク營業トシテ他人間ノ商行為ノ媒介ヲ爲スヲ謂フ即チ媒介スヘキ行為カ商行為ナルコト及ヒ營業トスルコトノ二點ニ於テ彼此ノ間ニ區別ノ存スルコトニ注意スヘシ

(三〇五條)

(一) 仲立ハ諾成契約ニ因リテ成立ス 仲立ハ之ヲ仲立人ノ勞務行為即チ法律行為ノ媒介ヲ爲スト云フ事實上ノ行為ヨリ觀察スルトキハ現行法ノ定義スルカ如ク營業トシテ他人間ノ商行為ノ媒介ヲ爲スト謂フト解シ得ヘシト雖モ之ヲ法律行為トシテ觀察スルトキハ當事者ノ一方カ他人トノ間ニ商行為ノ媒介ヲ爲スコトヲ其相手方ニ委託シ相手方カ之ヲ承諾スルニ因リテ效力ヲ生スル一種ノ諾成契約ナリト解スヘキナリ此契約ノ性質ニ付テハ多少ノ異論ナキニ非サルモ媒介ナル法律行為ニ非サル事務ノ委託ナルヲ以テ之ヲ民法第六五六條ニ規定スル所謂準委任契約ト解スルヲ穩當トス唯此仲立ニ特ニ異ナル點ハ仲立人カ媒介ヲ爲シタルトキハ當事者ノ他ノ一方トノ間ニモ亦之ニ等シキ法律關係ヲ發生スルコ

ト是ナリ仲立人ハ必スシモ當事者雙方ヨリ媒介ノ委託ヲ受クルモノニ非ス事多ク場合ニ於テハ當事者ノ一方ノミヨリ委託ヲ受ケテ其媒介ヲ爲スナリ而シテ此後者ノ場合ニ於テモ後ニ説明スルカ如ク仲立人ハ委託者ニ對スルト等シク他ノ一方ニ對シテモ亦權利義務ノ關係ヲ生スルナリ即チ仲立人ハ最初ハ委託者トノ準委任契約ニ基キテ媒介ヲ爲スモ其媒介ヲ爲シタルニ因リテ當事者ノ他ノ一方トノ間ニモ準委任契約ノ成立ヲ來スヲ常トス

(二) 仲立ハ仲立契約當事者ノ一方カ媒介ヲ爲スヲ業トスルモノナルコトヲ要ス 廣義ニ於ケル仲立ノ成立ニハ其當事者ノ一方カ仲立營業者タルコトヲ必要トセスト雖モ茲ニ所謂仲立ハ商行為ノ媒介ノ委託ヲ受クルヲ營業トスルモノニ非サレハ成立スルコトナシ商行為ナラテハ商法ノ適用ナシ仲立カ商法ノ支配ヲ受クヘキ商行為タルニハ媒介者ノ受託行為カ簡別的ニ觀察シ得ヘキモノニ非シテ繼續的營業行為ノ一部トシテ觀察シ得ヘキモノナルコトヲ要スルハ第二四條ノ規定スル所ナリ本章ノ標題ニ「仲立營業」ナル文字ヲ用ヒ且第三〇五條ニ仲立人ヲ定義シテ「媒介ヲ爲スヲ業トスル者」ト規定シタルハ是レ皆商法適用ノ範圍ニ屬スヘキ仲立營業者トノ間ニ締結セララル場合ニ始メテ其存在アリトコトヲ示シタルナリ此ノ如ク仲立契約當事者ノ一方ハ仲立人ナル營業者タルコトヲ必要トスルモ其相手方ハ何人ニテモ可ナリ第三〇五條ニハ廣ク「他人間ノ商行為ノ媒介トアリ隨テ仲立人ノ相手方タルヘキ者ハ商人タルト非商人タルト問ハサルハ勿論(非商人ニテモ絶對的商行為ノ媒介ヲ委託スルコトアリ)一定ノ商人ナルコトヲ必要トセス尤モ一定ノ商人ノ爲メニ平常其營業ノ部類ニ屬スル商行為ノ媒介ヲ爲ス場合ハ寧ロ第一編代理商ノ規定ニ從フヘキモノトス

(三) 仲立ハ他人間ノ商行為ノ媒介ヲ爲スヲ其目的トス 仲立ハ諾成契約ニ因リテ成立スルコト竝ニ其

當事者如何ハ既ニ説明シタリ茲ニハ仲立ノ内容ニ關スル説明ヲ爲スヘシ

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

(ロ) 媒介スヘキ法律行為ハ他人間ノ商行為ナルコト 元來仲立ノコトタル必スシモ商取引ニ限ルニ非ス廣ク仲立ト言ヘハ民事取引タル地所ノ家屋賣買ノ媒介其他雇入口ノ婚姻ノ媒介等皆此中ニ入ル然レトモ商法上ノ仲立ハ其媒介スヘキ行為カ商行為ナルコトヲ必要トシ商取引ニ非サルモノノ媒介ハ總テ非商行為トシテ商法ノ適用ヲ受ケサルナリ勿論商行為タル以上ハ基本的商行為即チ客觀的商行為及ヒ

主觀的商行為タルコトヲ要セス附屬的商行為ニテモ可ナリ運送營業者カ其營業ノ爲メニ船舶ノ借入ヲ爲スニ當リテ其備船契約ノ媒介ヲ爲スカ如キハ其重ナルモノナリ要スルニ茲ニ所謂仲立ハ商行為ノ媒介ニ限ラルルナリ而シテ商行為ハ必スシモ契約ニ限ラルルモノニ非サルカ故ニ理論上ハ單獨行為ト雖モ少ナクトモ相手方アル場合ニハ仲立營業ノ目的タリ得ヘシト雖モ實際上ハ商事契約ノ媒介ニ限ラルルナリ

第二節 仲立ノ效力

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

第一 仲立人ノ義務

(一) 書面ノ作成及ヒ交付ノ義務 仲立人ハ媒介スヘキ商取引カ締結セラレタルトキハ其取引ノ當事者雙方ニ對シテ取引ノ確實及ヒ證明ノ爲メニ數多ノ手續ヲ爲ササルヘカラス茲ニ述ヘントスルハ其ニナリ媒介ヲ爲シテ當事者間ニ取引ヲ成立セシメタルトキニハ仲立人ハ何人間ニ何時如何ナル取引カ締結セラレタルカヲ明確ニスル爲メニ取引成立後遲滞ナク各當事者ノ氏名又ハ商號、行為ノ年月日及ヒ其要領ヲ記載シタル書面ヲ作成シ且其媒介ヲ爲シタル自己ノ責任ヲ明カニスル爲メ其書面ニ署名シ而シテ各當事者ヲシテ各自ノ意思表示ニ相違ナキコトヲ知ラシムル爲メニ其書面ヲ交付スルコトヲ要ス

(三〇八條)一項、茲ニ當事者ノ氏名又ハ商號ヲ記載スヘシト云フモ、若シ當事者カ其氏名又ハ商號ヲ相手方ニ示ササルヘキ旨ヲ仲立人ニ命シタルトキハ、仲立人ハ、結約書ニ其記載ヲ省キ得ルノミナラス、寧ロ其秘密ヲ守ルヘキ義務アルヲ以テ、斷シテ斯ル記載ヲ爲シ得サルナリ(三〇九條)

媒介シタル行為カ直チニ履行セラルヘキ場合ハ、格別ナレトモ、其履行期カ將來ニ屬スル場合ニハ、仲立人ハ尙ホ相互ノ意思ノ合致ヲ明カナラシメ、以テ他日ノ紛議ヲ避クルカ爲メニ、各當事者ヲシテ其結約書ニ署名セシメタル後之ヲ相手方ニ交付スルノ手續ヲ爲ササルヘカラス(三〇八條二項)

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

(二) 日記簿記入及ヒ其謄本交付ノ義務 商人ハ一般ニ日記簿ヲ備ヘテ之ニ日ノ取引其他財産ニ影響ヲ及ボスヘキ一切ノ事項ヲ記載スル義務アリ(二五條)仲立人モ亦此帳簿ヲ備フルノ必要アルハ勿論ナレトモ、第三〇九條ハ尙ホ進ミテ特ニ仲立人ニ對シテ日記簿ニ一定ノ事項即チ各當事者ノ氏名又ハ商號、行為ノ年月日及ヒ其要領ヲ記載スルコトヲ命シ、且各當事者ノ請求アルトキハ何時ニテモ仲立人ハ其帳簿ノ謄本ヲ交付スルノ義務アリト規定シタリ、此謄本ヲ交付スル場合ニ在リテモ、若シ仲立人カ當事者ヨリ其氏名又ハ商號ヲ相手方ニ默認スヘキ旨ヲ命セラレ居ルトキハ、謄本ニ其記載ヲ爲スコトヲ得サルハ(一)ニ於テ違ヘタル所ニ同シ

(三) 見本保管ノ義務 仲立人カ其媒介スル行為ニ付キ見本ヲ受取りタルトキハ、其行為ノ完了スル迄之ヲ保管スルコトヲ要ス(三〇七條)是レ前陳ノ義務ニ關スル規定ト同一ノ趣旨ニ出テタルモノニシテ見

本ハ他日取引ノ目的物ニ付キ當事者間ニ生スルコトアルヘキ紛議ヲ決定スル材料トシテ最も有用ノモノナレハナリ、仲立人カ此見本ニ對シテ記號ヲ附スルカ其他之ヲ他ノ見本ト區別スルニ足ルヘキ適當ノ處置ヲ爲スヘキハ明文ヲ須タスシテ明カナル所ナリ

(四) 履行ノ責任 仲立人ハ通常當事者雙方ニ對シテ其相手方ノ誰タルカヲ明カニシテ取引ノ媒介ヲ爲スト雖モ、時トシテ之ヲ示ササルコトアリ、殊ニ當事者カ之ヲ默認スヘキ旨ヲ命シタルトキハ、仲立人ハ義務トシテ之ヲ相手方ニ示スコトヲ得ス、斯カル場合ニ於テハ、其相手方ハ何人タルカヲ知り得サル者ニ對シテ履行ヲ請求シ得ヘキニ非サルヲ以テ、最初ヨリ一ニ仲立人ヲ信用シテ其取引ヲ爲シタルモノト認ムヘク、隨テ其行為ニ付テハ、仲立人ヲシテ履行ヲ爲スノ責任ニ任セシムルナリ(三一一條)

第二 仲立人ノ權利

仲立人ハ特約ナキト雖モ、當然報酬ヲ請求スルコトヲ得(二七四條)其請求ヲ爲シ得ヘキ時期ハ、媒介ヲ爲シタル行為ノ成立ト同時ニハ之ヲ爲スコトヲ得スト雖モ、左レハトテ敢テ其行為カ當事者間ニ於テ履行セラルルヲ待ツノ必要ナシ、第三一二條ハ此兩極端ノ中庸ヲ採リテ、仲立人カ第三〇八條ニ規定セル書面ノ作成交付ノ義務ヲ履行シタルトキハ、其請求ヲ爲スコトヲ得ト規定シ、且其報酬ハ別段ノ意思表示ナキ限りハ、當事者雙方ニ於テ平分シテ之ヲ負擔スヘキモノト爲シタリ、至當ノ規定ト謂フヘシ

第六章 問屋營業

問屋營業ハ、次章ニ説明スル運送取扱營業ト共ニ第二六四條第一項第一一號ニ規定セル「取次ニ關スル行為」トアルニ、該當シ所謂補助の商業トシテ前章ノ仲立ト共ニ商業界ニ大ナル效用ヲ爲シ居ルモノナ

リ此制度ハ比較的新ナル設立ニ係リテ昔時商業未タ隆盛ナラス營業ノ範圍狹隘ナル當時ニ在リテハ物品ヲ取得シ又ハ移轉スト云フモ商業使用人ト必要ノ場合ニ用ヒラルル受任者アレハ敢テ其用ヲ缺クコトナク隨テ實際未タ斯カル特種ノ制度ヲ設クヘキ必要薄カリシト雖モ商業ノ範圍擴張シテ海外貿易ノ盛ナルニ及ヒテヤ單ニ此等ノ機關ニ依頼スルノ甚タ不便ニシテ且不利益ナルヨリシテ終ニ此制度ノ發生ヲ見ルニ至リシナリ即チ中古時代海外諸國トノ交通頻繁ト爲リ彼我ノ取引隆盛ニ赴クヤ時勢ノ必要ハ終ニ商人ヲ驅リテ海外ニ於ケル繁華ナル商業地ニハ特ニ商業使用人ヲ派遣シ以テ之ニ常設ノ營業所ヲ置クノ己ムヲ得サルニ至ラシメタリ然ルニ此事タルヤ其利益ノ大ナルハ勿論ナレトモ之ニ伴フ不利益モ亦尠カラズ遠隔地ニ對スル監督ノ不十分ナルヨリ其商業使用人ノ不正行爲ニ因リテ不測ノ損害ヲ受クルノ危險アルト共ニ其營業所ノ常設ナルヨリ取引ノ繁閑ニ拘ハラズ之ニ多額ノ費用ヲ要スルノ不利益アリ此危險ト費用トヲ除キテ而モ之ト同一ノ效果ヲ收メ得ヘキ方法トシテ茲ニ所謂取次ナル制度ハ案出セラレタルナリ詳言セハ取次人トハ他人ノ委託ニ依リ手数料ヲ受ケテ取引ヲ行ヒ其取引ヨリ生スル效果ハ總テ之ヲ委託者ニ歸セシムルト雖モ其取引タルヤ第三者ニ對シテハ即チ自己ノ取引トシテ之ヲ行ヒ自ラ其責任スルノ制度ナリ自ラ其責任スルヲ以テ取引ノ相手方ハ唯問屋ノ何人タルヤニ著眼スレハ足り彼ノ主人ヲ代理スル商業使用人其他ノ代理人ト取引ヲ爲スカ如クニ毫モ代理權ノ有無其權限如何ヲ調査スルヲ要セサルハ勿論本人ノ實力、信用如何ヲ問フノ必要モナク隨テ取引ハ敏活圓滿ニ進行スルノ便益アリ加之委託者ヨリ觀ルモ單ニ手数料ヲ支拂フノミニテ十分自己ノ欲スル取引ノ目的ヲ達シ得ヘク而モ自己ハ直接ニ責任ノ衝ニ立ツコトナキヲ以テ營業所ヲ常設シテ取引ヲ爲スヨリ生スル危險ト費用トハ全ク之ヲ避ケ得ルハ勿論殊ニ問屋營業ハ殆ト皆巨大ナル資本ヲ運用シテ能ク

世上ノ信用ヲ其一身ニ集ムル大ナル商業家ニ依リテ營マルモノナルヲ以テ委託者ハ亦問屋ノ資本又ハ信用ヲ自己ノ取引ニ利用シ得ルノ便益アリ其他問屋ニ取引ヲ委託スルコトニ因リテ其問屋ノ營業的經驗上ノ伎倆ヨリ受クヘキ利益ノ大ナルモノアルハ言ヲ俟タサル所ニシテ現今此制度カ到ル處ニ隆盛ヲ極メ居ルハ全ク此等ノ事由存スルカ爲メナリ

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

第一節 問屋ノ意義

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

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

- (一) 法律行為ヲ爲スコト 多數ノ立法例ニ於テハ取次ノ目的タル法律行為ハ之ヲ商行為ニ限ルト雖モ現行法ハ非商行為モ亦其目的タリ得ヘシト爲セリ但取次ニ關スル行為ヲ營業トシテ爲ス者即チ取次人ハ第四條及ヒ第二六四條第一項第一號ニ依リ純然タル商人ナルヲ以テ取次營業者タル商人カ其營業ノ爲メニ爲ス法律行為ハ縱令其取次ヲ委託シタル者ヨリ觀テ非商行為ナリトスルモ其取次營業者ニ取リテハ常ニ商行為タルコトニ注意スヘシ
- (二) 其法律行為ハ自己ノ名ヲ以テ行フコト 自己ノ名ヲ以テスルトハ法律行為ノ主格ト爲ルノ謂ニシテ他ノ方面ヨリ言ヘハ取次人カ委託者ノ名ヲ以テ其行為ヲ爲スニ非サルコトヲ意味ス取次ハ他人ノ爲メニ法律行為ヲ爲シ隨テ其行為ノ效果ハ之ヲ委託者ニ歸スルモノナレトモ是レ唯取次人ト委託者トノ間ニ於ケル内部ノ計算關係タルニ止マリ取次人ト取次行為ノ相手方トノ關係ニ於テハ取次人ハ代理人ヲ以テ立タス自ラ其行為ノ主格ト爲リテ取引スルモノナルヲ以テ相手方カ其行為カ他人ノ委託ニ出タルコトヲ知ルト否トニ拘ハラス自ラ其行為ニ因リテ權利ヲ得義務ヲ負フモノトス尙ホ自己ノ名ヲ以テスル結果トシテハ取次人ノ爲シタル法律行為ハ之ヲ委託シタル者ノ詐欺、錯誤又ハ脅迫等ニ因リテ其成立ニ影響ヲ受タルコトナキハ勿論相殺ノ如キモ取次ノ自身ニ生シタルモノニ非サレハ相手方ニ對シテ之ヲ主張シ得タル等ハ殆ト言フヲ俟タル所ナリ要スルニ取次人ハ自己ノ名ヲ以テ取引ヲ爲ササルヘカラス故ニ縱令他人ノ爲メニ法律行為ヲ爲スモ自己ノ名ヲ以テセシメテ他人ノ名ヲ以テスルトキ

ハ代理人タルコトアルモ斷シテ取次タルコトナシ勿論自己ノ名ニ於テスト云フモ自ラ業務執行ノ任ニ當ルト云フニ非ス商業使用人ヲシテ之ヲ營々シムルモ勿論取次タルニ何等ノ妨ケナシ

- (三) 其自己ノ名ヲ以テ行フ法律行為ハ他人ノ爲メニスルモノナルコト 他人ノ爲メニスルトハ他人ノ計算ニ於テスルノ謂ニシテ換言スレハ行為ノ效果ヲ他人ニ歸スルヲ謂フ取次ヲ業トスル者ハ商人ナリ商人ハ普通自己ノ計算ニ於テ自己ノ名ヲ以テ其業務ヲ營ムヲ例トスルモ取次人ハ之ト異ナリ自己ノ名ヲ以テスル結果トシテハ前述シタル如ク其行為ノ相手方ニ對シテ自ラ其責任スルモ元來其行為タルヤ他人ノ委託ニ基キタルモノナルヲ以テ其行為ヨリ生スル損益ハ兩ナカラ之ヲ委託者ニ歸セサルヘカラス故ニ取次ノ目的ト爲スコトヲ得ル法律行為ハ自然他人ヲシテ爲サシムルコトヲ得ルモノニ限ラルルト同時ニ其行為ノ效果ヲ他人ニ歸スルコトヲ得ルモノニ限定セラルルナリ
- (四) 其他他人ノ爲メニ自己ノ名ヲ以テスル法律行為ハ營業トシテ之ヲ行フコト 取次カ商行為タルニハ取テ之ヲ營業トシテ行フヲ必要トセサル立法例アリト雖モ我現行法ハ第二六四條ニ於テ之ニ營業ノ觀念カ加ハルコトヲ必要トセリ隨テ少クトモ商法上ノ取次契約ハ取次ヲ營業トスル者トノ間ニ締結セラ

ルルニ非サレハ成立セサルコト疑ニ仲立ニ關シテ述ヘタル所ニ同シ
以上ノ證明ニ依リテ略ホ取次ニ關スル觀念ヲ了解シ得タルナルヘシト雖モ尙ホ其名稱ノ甚タ相類似シテ而モ全ク其實質ヲ異ニセル仲立ト比較對照セハ益々其觀念ヲ明カニスルコトヲ得ヘキヲ以テ左ニ兩者ノ差別ニ付テ一言スヘシ即チ

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

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

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

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

以上ハ取次ヲ取次契約ノ内容ヨリ觀察シテ其説明ヲ爲シタルモノナレトモ之ヲ仲立ノ場合ニ於ケルト等シク一箇ノ契約關係トシテ觀察スルトキハ取次ハ當事者ノ一方カ自己ノ爲メニ相手方ノ名ヲ以テ法律行為ヲ爲スコトヲ相手方ニ委託シ相手方カ之ヲ承諾スルニ因リテ效力ヲ生スルモノナリト謂フコトヲ得此契約ノ性質如何ニ付テハ學者ノ説ク所ニ異ナラス或ハ委任ナリト説キ或ハ雇傭ナリト論スト雖モ寧ロ代理ヲ目的トセサル一種ノ委任ナリト解スルヲ至當トス我現行商法ハ第三一四條第二項ニ於テ之ニ委任及ヒ代理ニ關スル規定ヲ準用シ居レリ尙ホ此事ニ付テハ問屋ト委託者又ハ第三者トノ關係ヲ詳論スルニ當リテ説ク所アルヘシ

取次ノ目的ハ法律行為ヲ爲スニ在リ而シテ法律行為ノ種類ニ制限ナキト共ニ取次モ亦種種ニ之ヲ類別スルコトヲ得ヘシト雖モ現行商法ノ規定上ヨリ分類セハ第一ハ物品ノ販賣又ハ買入ニ關スル取次第二ハ運送ニ關スル取次第三ハ此等以外ノ行為ニ關スル取次ノ三種ニ大別スルコトヲ得三一三條三二一條、三三〇條)

本章ノ問屋營業ハ右ニ所謂物品ノ販賣又ハ買入ニ關スル取次ニシテ即チ取次ノ目的タル法律行為カ物品ノ販賣又ハ買入ニ係ル場合ヲ指スモノナリ第三一二條ハ問屋營業ヲ爲ス者ヲ問屋ト稱シ之カ定義ヲ下シテ「問屋トハ自己ノ名ヲ以テ他人ノ爲メニ物品ノ販賣又ハ買入ヲ爲スヲ業トスル者ヲ謂フ」ト規定セリ舊商法ハ此問屋ニ該當スル仲買人ヲ定義シテ「契約ニ從ヒ自己ノ名ヲ用キ他人ノ計算ヲ以テ商業ヲ營ム商人ナリ」ト規定シ居レリ(舊商四五六條)即チ仲買人ヲ廣義ニ解シテ管ニ物ノ販賣又ハ買入ニ關スル取次ヲ爲ス者ノミニ限ラス賣買以外ノ取次ヲ爲ス者モ運送取扱人ヲ除ク外總テ之ヲ仲買人ト稱シタリ此ノ如ク立法例頗ル多シト雖モ我現行法ハ問屋ヲ狹義ニ解シテ如上ノ規定ヲ爲シ而シテ物ノ販賣又ハ買入ニ非サル行為ヲ目的トスル取次營業者ニハ第三二〇條ニ於テ問屋ニ關スル規定ヲ準用スルコトト爲セリ何故ニ問屋ナル語ヲ此ノ如ク狹義ニ解シタルカト云フニ蓋シ通常問屋ト言ハハ物ノ賣買ニ關スル取次營業者ノミヲ指スノ慣例アルノミナラス此ノ如ク立法スルハ規定ノ錯雜ヲ避クルノ便利アリテ且其體裁ヲ完ウシ得レハナリ

第二節 問屋契約ノ效力

問屋契約ノ效力トシテ其當事者タル問屋ト之ニ物品ノ販賣又ハ買入ヲ委託シタル者トノ間ニ生スル法律關係ヲ説明スルニ當リテ先ツ之ニ牽連セル問題即チ問屋契約ノ目的タル販賣又ハ買入ノ何人間ニ其效力ヲ生スルヤノ問題ニ付テ一言スヘシ蓋シ問屋ノ行フ販賣又ハ買入ハ問屋契約ノ履行ニシテ全ク他人ノ委託ニ出ツルモノナルヲ以テ或ハ此賣買ニ因リテ其相手方ト委託者トノ間ニモ一種ノ法律關係ヲ發生スルコトナキヤノ疑念ヲ抱ク者ナキニシモ限ラサレハ特ニ之ヲ決定シ置クノ必要アリ然レトモ此

問題ハ前節問屋ノ意義ニ關スル説明ヲ參照セハ容易ニ之ヲ解決スルコトヲ得ヘシ即チ其販賣又ハ買入ハ唯問屋ト相手方トノ間ニ通常ノ賣買ト異ナルコトナキ效力ヲ生スルニ止マリ其相手方ト委託者トノ間ニハ何等ノ法律關係ヲ生スヘキニ非ス他人ノ委託ニ出タルニモセヨ問屋ハ相手方ニ對シテ委託者ノ名ヲ以テ即チ其代理人トシテ賣買ヲ爲シタルニ非ス自己ノ名ニ於テ即チ自ラ賣主タリ買主トシテ其取引ヲ爲シタルナリ然ラハ其賣買ノ效果トシテ生スル相手方ニ對スル權利義務ハ舉ケテ之ヲ問屋ノ一身ニ歸屬セシメ委託者ヲシテ毫モ之ニ與ルコトナカラシムルハ理ノ當然ナレハナリ(三二四條一項要スルニ委託者ハ賣買ノ相手方ニ對シテ何等ノ義務ヲ負ハサルト共ニ何等ノ權利ヲ取得スルコトナシ隨テ委託者カ其相手方ニ對シテ自ラ權利ヲ主張シ得ンニハ唯委託者カ問屋ヨリ其問屋ノ名ヲ以テ取得シタル權利ノ移轉ヲ受クルカ(三二四條二項及ヒ民六四六條二項)又ハ間接訴權ノ行使ニ依ルカ(民四二三條)ノ方法存スルノミ

問屋契約ノ目的タル販賣又ハ買入ヨリ生スル法律關係ニ付テハ如上ノ簡單ナル説明以上ニ述フヘキモノナシト雖モ次ノ問題タル本節ニ所謂問屋契約其モノノ效力トシテ問屋ト委託者トノ間ニ如何ナル法律關係ヲ生スルヤニ付テハ詳細ナル説明ヲ要スルモノアリ第六章ハ唯第三一四條第一項ト第三二〇條トヲ除クノ外總テ本問ニ對シテ其規定ヲ爲シ居レリ之ニ付テ第一ニ説明スヘキハ問屋ト委託者トノ間ニハ原則トシテ民法、商法ノ委任及ヒ代理ニ關スル規定カ準用セラルコト是ナリ(三二四條二項)此事タルハ畢竟問屋契約ハ委任若クハ少ナクトモ之ニ近似ノ性質ヲ有スル契約ナリト觀念ヨリ出テタルニ外ナラス予ノ信スル所ニ依レハ問屋契約ハ代理ヲ目的トセサル一種ノ委任契約ニ外ナラサルカ故ニ我現行民法ノ如ク委任ヲ以テ必スシモ代理ヲ目的トスルコトヲ必要トセサル立法ノ下ニ在リテハ委任ノ規定ハ當然問屋契約ニ其適用サルモノナリト信ス兎ニ角本條ノ規定アル結果トシテ民法、商法中委任ニ關スル規定ノ殆ト全部並ニ代理ノ規定中復代理人ノ選任(民一〇四條)其選任ヲ爲シタル場合ニ於ケル代理人ノ責任(民一〇五條)復代理人ノ本人ニ對スル權利義務(民一〇七條二項)及ヒ同時ニ反對ノ利益ヲ有スル者ノ代理ニ關スル規定(民一〇八條)等ハ皆此場合ニ準用セラル此ノ如ク商法ハ問屋ニ關スル規定ノ大部分ヲ委任及ヒ代理ニ關スル民商一般規定ニ讓リタルヲ以テ茲ニ規定スル所甚タ少ク唯此一般法規中當事者ノ權利義務ニ關スル部分ニ對シ實際ノ必要上數箇ノ特別規定ヲ爲シ居ルニ過キス以下之ヲ問屋ノ義務ニ關スル特別規定及ヒ其權利ニ關スル特別規定トシテ分説スヘシ

第一 問屋ノ義務

問屋ノ義務ニ關スル特別規定ノ説明ニ入ルニ先チ了解ニ便ナラシメンカ爲メ委任者ノ義務ニ關スル民商法ノ規定ヲ略言シ其順序ニ從ヒテ特別法規ノ説明ヲ爲スヘシ先ツ委任者ハ委任ノ本旨ニ從ヒ若クハ少クトモ委任ノ本旨ニ反セサル範圍内ニ於テ善良ナル管理人ノ注意ヲ以テ委任事務ヲ處理スル義務アリ(民六四四條及ヒ商二六七條)其他或ハ委任事務ノ狀況及ヒ其顛末ヲ報告シ(民六四五條)或ハ計算ヲ爲シ(民六四六條)或ハ消費シタル金額ニ利息ヲ附シ尙ホ其損害ヲ賠償スルノ義務アリ(民六四七條)此等ハ民商一般法ノ規定スル所ニシテ之ニ對シ商法カ問屋ニ關シテ如何ナル特別規定ヲ爲シ居ルカハ以下順次之ヲ説明セントス

(一) 問屋ハ一般ノ委任者ト等シク委任ノ本旨ニ從ヒ又ハ委任ノ本旨ニ反セサル範圍内ニ於テノミ問屋事務ヲ處理スルコトヲ要シ然ラサレハ其行為ノ效果ヲ委託者ニ歸セシメ得サルハ勿論損害アレハ之ヲ賠償スヘキヲ原則トスルモノ(民四一三條二項六四四條及ヒ商二六七條)之ニ對シテ特別ノ場合ニ關

スルノ例外アリ即チ委託者ノ指定シタル金額ヨリ廉價ニテ販賣ヲ爲シ又ハ高價ニテ買入ヲ爲シタル場合ニ關シテハ問屋ハ其指定制限額ト販賣又ハ買入ヲ爲シタル實際代價トノ差額ヲ負擔シ以テ委託者ニ對シテ其實買ノ效力ヲ生セシムルコトヲ得(二一六條)何故ニ特ニ問屋ニ對シテ斯カル場合ニ委任職越ノ責任ヲ認メサルヤト云フニ若シ然ラスシテ絕對ニ問屋ニ其責任アリトセハ如何問屋營業者ハ其束縛ノ甚キヨリ終ニ金額ノ指定アル委託ハ努メテ之ヲ避タルノ結果ヲ生シ却テ委託者ニ大ナル不便ヲ與フヘク且委託者ヨリ見ルモ問屋カ差額ヲ負擔スルニ於テハ其行爲ノ結果ヲ自己ニ負擔スルモ少ナクトモ現實ノ不利益ヲ受クルコトナケレハナリ唯廉價ニ販賣シタルカ爲メ他ノ販賣品ノ價格ニ影響ヲ受クルカ如キ多少ノ不利益ナキニ非サルモ全體ノ利害ヨリ打算シテ商ノ實際ハ寧ロ此ノ如ク規定スルヲ便利トスルナリ

(二) 一般ノ受任者ハ善良ナル管理人ノ注意ヲ以テ委任事務ヲ處理シタル以上ハ縱令其相手方ニ於テ債務ヲ履行セサルモ敢テ委託者ニ對シテ其責任スルコトナシト雖モ問屋ニ在リテハ然ラス反對ノ意思表示又ハ慣習ナキ限りハ販賣又ハ買入ニ對スル相手方ノ不履行ニ付キ自ラ其履行ヲ爲スノ責任ヲ負フ(二一五條)外國ニ於ケル多數ノ立法ハ寧ロ相手方ノ不履行ニ付キ問屋ニ責任ヲ負ハシメサルヲ原則トシ唯別段ノ意思表示又ハ慣習存スル場合ニ其責任セシムルヲ例トスルモ我現行法ハ之ト全ク正反對ノ原則ヲ採用シタルナリ其理由ハ要スルニ我國從來ノ慣習寧ロ現行法ノ規定スルカ如クニシテ而モ此主義タルヤ多少問屋ニ苛酷ノ嫌ナキニ非サルモ能ク委託事務ニ忠實遺漏ナカラシメ以テ問屋ノ信用問屋制度ノ發達ヲ助長スル上ニ於テ大ナル效益アレハナリ

(三) 問屋ハ委託者ノ請求アリタルトキハ委任事務處理ノ狀況ヲ報告シ又問屋事務終了ノ後ハ遲滞ナク其顛末ヲ報告スルノ義務ヲ負フコト一般ノ受任者ト異ナルコトナキモ(二一四條二項、民六四五條)問屋ハ尙ホ進ミテ或種類ノ取次ヲ包括ノニ委託サレタル場合ニ在リテハ委任ノ終了ヲ俟タス其各箇ノ行爲ヲ爲シタル毎ニ遲滞ナク委託者ニ對シテ其通知ヲ發スルゴトヲ要ス(三一一條、二七條)蓋シ一般ノ委任規定ニ於ケルカ如ク斯カル場合ニ於テ委託者カ委任終了前ニ先ツ各箇ノ買入又ハ販賣ノ通知ヲ受ケント欲セハ特ニ別段ノ請求ヲ爲スノ必要アリトスルハ手續ノ簡易行爲ノ迅速ヲ主眼トスル商ノ實際ニ大ナル不便ヲ與フヘケレハナリ

第二 問屋ノ權利

先ツ受任者ノ權利ニ關スル民法ノ規定ヲ一言セン受任者ハ委任者ヲシテ委任事務ノ處理ニ必要ナル費用ヲ前拂セシムルコトヲ得ヘク(民六四九條)若シ然ラスシテ受任者ニ於テ其立替ヲ爲シタルトキハ之ニ利息ヲ附シテ償還ヲ受ケ(民六五〇條一項)且自己カ負擔シタル債務ニ付キ委任者ヲシテ其辨濟ヲ爲サシメ又ハ擔保ヲ供セシメ(民六五〇條二項)過失ナクシテ受ケタル損害ヲ賠償セシムル等ノ權利アリ(民六五〇條三項)此等ノ權利ハ問屋ニ付テモ敢テ異ナルコトナシ茲ニハ問屋ノ爲メニ特ニ存スル規定即チ一般ノ委任及ヒ代理ト異ナル所ノミヲ左ニ説明スヘシ

(一) 一般ノ委任ニ在リテハ受任者ハ特約ノ存セサル限りハ委任者ニ對シテ報酬ヲ請求スルコトヲ得スト雖モ(民六四八條一項)問屋ニ在リテハ商人カ其營業ノ範圍内ニ於テ他人ノ爲メニ問屋行爲ヲ爲シタルモノトシテ當然之ニ對スル報酬ヲ請求スルコトヲ得ヘクシテ(二七四條)此請求權ハ問屋自ラ其販賣又ハ買入ノ相手方ト爲ルニ因リテ影響ヲ受クルコトナシ(三一七條二項)之ニ關スル理由ハ前段ニ既ニ之ヲ説明シタル後段ハ後ニ至リテ尙ホ説ク所アルヘシ此點ハ問屋ト一般ノ受任者トノ間ニ差別アル所

ナレトモ其報酬ヲ請求シ得ヘキ時期及ヒ問屋事務カ履行ノ半途ニ終了シタル場合ニ請求シ得ヘキ報酬額如何等ニ付テハ問屋モ亦民法第六四八條ノ規定ニ從フモノトス

(二) 問屋カ買入ヲ爲シタル場合ニ相手方カ其債務ヲ履行シタルトキ問屋カ委託者ニ對シテ計算ヲ爲スノ義務アルコト一般ノ受任者ト異ナラサルハ既ニ述ヘタルカ如シト雖モ(三一四條二項、民六四六條)其計算ヲ爲スニ當リテ若シ委託者カ其買入レタル物品ヲ受取ルコトヲ拒ミ又ハ受取ルコト能ハサル場合ニ生スル權利ニ付テハ相互ノ間ニ差別アリ即チ一般ノ受任者ニ在リテハ斯カル場合ニ於テ其引渡義務ヲ免レンニハ其物ヲ供託スルノ外ナシト雖モ(民四九四條)問屋ニ在リテハ供託ノ外尙ホ進ミテ相當ノ期間ヲ定メテ催告ヲ爲シタル後(若シ損敗シ易キ物ナルトキハ催告ヲ爲サスシテ)其物ヲ競賣シ以テ其代價ノ全部又ハ一部ヲ買入代金ニ充當スルコトヲ得(二一八條、二八六條)此權利ニ關シテ第二章賣買ニ關シテ爲シタル説明ヲ參照スヘシ

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

以上(二)乃至(三)ハ委任ノ規定ヨリ見テ問屋ノ爲メニ存スル特別規定ヲ説明シタルモノナレトモ等シク問屋ニ準用セラレ居ル代理ノ規定ニ照シテ説明スヘキ尙ホ一ノ特別規定アリ即チ

(四) 委任代理ノ原則トシテ何人ト雖モ自己ハ委任ヲ受ケタル法律行為ノ相手方ト爲ルコトヲ得サルナ

リ(民一〇八條)而シテ此原則ハ問屋ニモ亦準用セラレ問屋カ其委託ヲ受ケタル販賣又ハ買入ヲ第三者ト取引セシメテ自己ト爲スカ如キハ一般ニハ法ノ認メサル所ナリ(三一四條二項)然レトモ或特定ノ場合即チ若シ其委託カ取引所ノ相場アル物品ノ販賣又ハ買入ニ係ル場合ニ於テハ問屋自ラ介入シテ其行為ノ相手方ト爲ルヲ妨ケス尤モ此場合ニ於ケル其賣買代價ハ法規ニ依リテ一定セラレ即チ問屋カ其買主又ハ賣主ト爲リタルコトノ通知ヲ發シタルトキニ於ケル取引所ノ相場ニ從フヘキモノトス(三一七條一項)何故ニ問屋ノ爲メニ此ノ如キ例外規定ヲ爲シタルヤハ一言セハ問屋營業ニハ特別ノ事情存シ居ルカ爲メニ外ナラス即チ問屋ハ常ニ物品ノ販賣若クハ買入ニ付キ他人ヨリ委託ヲ受ケタルコトヲ營業トシテ世上ニ立ツモノナルカ故ニ其委託ヲ受ケタルコトハ極メテ頻繁ニシテ隨テ未タ委託ヲ受ケサルトキニ在リテモ將ニ受ケントスル委託ニ應スルカ爲メ豫メ自己ノ計算ヲ以テ物品ノ買入ヲ爲シ之カ準備ヲ爲シ置クノ必要アリ之ヲ委託者ノ方面ヨリ觀ルモ問屋ニ販賣買入ノ委託ヲ爲ササル以前ニ於テ問屋カ自ラ商品ヲ貯藏シテ委託ノアリタルヤ即時ニ之ニ應シテ其需要ヲ充タスノ準備整フニ於テハ其利益ハ殊ニ大ナリ故ニ問屋ヲシテ將ニ到ラントスル買入方委託ノ準備トシテ現ニ販賣ノ委託ヲ受ケタル物品ノ買主ト爲ルコトヲ得セシメ之ニ由リテ先ツ物品ヲ貯藏シ以テ更ニ他ノ反對ノ委託即チ買入委託ニ對シテ自ラ賣主トシテ立ツコトヲ得セシムルハ問屋營業ノ作用トシテ最も必要ナル事柄ト謂ハサルヘカラス尤モ問屋ニハ此ノ如キ特別ノ事情存ストスルモ去レハトテ全ク委任代理ノ原則ヲ無視スルカ如キ立法ハ努メテ避クヘキコト勿論ニシテ廣ク一般ノ場合ニ於テ問屋ヲシテ委託行為ノ相手方ト爲ルコトヲ得セシムルカ如キハ其不可ナル深ク説明ヲ要セス故ニ現行法ハ一面ニハ問屋ニ右ノ如キ特別ノ事情存シ居ルノ顧ミ他面ニハ委任代理ノ原則ニ照シテ之ニ甚シキ衝突ヲ來ササル範圍内ニ於テ問屋自ラ販

賣又ハ買入ノ相手方ト爲ルコトヲ得セシメタルナリ蓋シ取引所ノ相場アル物品ニ付テハ其代價ハ取引所ノ公定相場ニ伴ヒテ定マルカ故ニ縱令問屋ヲシテ買主又ハ賣主ダラシムルモ委託者ノ爲メニ敢テ不利ナルコトナク斯カル場合ニハ寧ロ之ヲ認容スル方問屋及ヒ委託者ノ雙方ニ取り極メテ便利ナルヘケレハナリ其他代價ヲ定ムルニ付キ存スル如上ノ規定ニ付テハ別ニ其説明ヲ要セサルヘシ
右ノ如ク問屋自ラ賣主ト爲リ又ハ買主ト爲リタルトキハ問屋ハ一面ニ於テハ問屋契約ノ受託者タリ他面ニ於テハ問屋行爲ノ相手方ト爲ルカ故ニ受託者ニ對シテ受託者タル權利義務アルト同時に買主又ハ賣主トシテノ權利義務モ存スルコト勿論ナリ

問屋營業ニ關スル説明ヲ終ルニ臨ミ一言スヘキモノアリ問屋營業ニ關スル規定ハ曩ニ述ヘタルカ如ク賣買及ヒ運送ニ關スル取次以外ノ取次營業ニ準用セラルルコト是ナリ即チ第三二〇條ニ「本章ノ規定ハ自己ノ名ヲ以テ他人ノ爲メニ販賣又ハ買入ニ非サル行爲ヲ爲スヲ業トスル者ニ之ヲ準用ス」ト規定セリ而シテ此規定ハ廣ク「販賣又ハ買入ニ非サル行爲云云」ト言ヘルカ故ニ運送ニ關スル取次營業モ亦自ラ此規定ニ包含セラルルカ如シト雖モ運送ニ關スル取次ニハ特ニ次章ノ第三二一條第二項ニ於テ問屋ニ關スル規定ヲ運送取扱人ニ準用スル旨ヲ規定セルヲ以テ之ヲ包含セサルモノト解セサルヘカラス然レトモ其結果ニ於テハ之ヲ包含スト解スルモ敢テ異ナルコトナシ此準問屋營業ノ種類ハ商業ノ發達ニ伴ヒテ其數ヲ増加スルハ勿論ナレトモ現今普通ニ行ハルルモノハ保險ノ取次、手形其他銀行取引ノ取次等ナリ

第七章 運送取扱營業

第一節 運送取扱營業ノ意義

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

運送取扱營業ハ(一)物品運送契約ヲ爲スコト(二)其運送契約ハ自己ノ名ヲ以テスルコト(三)他人ノ爲メニスルコト及ヒ(四)營業トシテ其引受ヲ爲スコトノ四要素ヲ包含セリ而シテ第二、第三、第四ノ要素ニ付テハ前章ニ於テ詳述シタル取次ニ關スル説明ノ全部ヲ之ニ充用シ得ヘキヲ以テ茲ニハ別段ノ説明ヲ要セス唯第一ノ要素ヲ明カニスレハ足レリ然レトモ此物品運送契約ノ何タルヤハ是レ亦次章ノ運送營業ニ於テ詳述スヘキモノニ係ルヲ以テ茲ニハ姑ク其説明ヲ省ク

第二節 運送取扱契約ノ效力

本節ノ説明ニ入ルニ先チ一言スヘキハ前章ニ説明セル間屋ニ關スル規定カ此運送取扱ニ準用セラルルコト是ナリ元來運送取扱營業ハ取次タル點ニ於テ間屋營業ト其性質ヲ同ウシ唯間屋ニ在リテハ物品ノ販賣又ハ買入ヲ爲スヲ目的トスルモノナルニ此運送取扱營業ニ在リテハ物品ノ運送契約ヲ爲スヲ目的トスルノ差アルノミ故ニ此目的上ノ差異ヨリシテ運送取扱ニハ別段ノ規定ヲ要スルモノアルハ勿論ナレトモ此特別ナル事項以外ノモノニ付テハ其性質ノ許ス限リ之ニ間屋ノ規定ヲ準用シ以テ規定ノ煩雜ヲ避クルハ至當ナリ此趣旨ニ基キ第三二條第一項ハ「運送取扱人ニハ本章ニ別段ノ規定アル場合ヲ除ク外間屋ニ關スル規定ヲ準用ス」ト規定シタリ此事ハ深ク記憶ニ存スルヲ要ス

尙ホ一言スヘキハ本節ニ所謂運送取扱契約ノ效力ハ之ヲ其契約ノ目的タル物品運送契約ノ效力ト區別スルヲ要スルコトナリ運送取扱人カ委託者トノ間ニ取結ヒタル運送取扱契約ノ履行トシテ第三者タル運送人ト締結スル物品運送契約ヨリ生スル法律關係ハ唯其運送人ト運送取扱人トノ關係タルニ止マリ委託者ハ毫モ之ニ與カラサルコト間屋ノ場合ニ於ケルト同一ナリ(三二條二項三三四條一項)此物品運送契約其レ自身ヨリ生スル效力即チ運送取扱人カ荷送人本人トシテ運送人ニ對シ如何ナル權利ヲ得義務ヲ負フカハ本章ニ至リテ之ヲ詳説スヘク茲ニハ運送取扱契約其モノノ效力トシテ委託者ト運送取扱人トノ間ニ如何ナル權利關係ヲ發生スルヤニ付テ説明スヘシ

運送取扱人ノ委託者ニ對スル權利義務ハ左ノ如シ尙ホ是レ間屋ノ委託者ニ對スル權利義務トシテ述ベタル所カ準用セラルヘキハ前章陳セルカ如シ茲ニハ唯運送取扱人ニ付テ特ニ存スル規定ニ關シテ説明ス

ルノミ

第一 運送取扱人ノ義務

運送取扱人ハ善良ナル管理人ノ注意ヲ以テ取次事務ヲ處理スルコトヲ要ス故ニ運送品ノ受取、保管、適當ナル運送人又ハ他ノ運送取扱人ノ選擇、正當ノ時期ニ於ケル引渡其他運送取次ニ關スル事務ニ付キ注意ヲ缺キタルカ爲メ運送品ノ滅失、毀損又ハ延著ノ故障ヲ生シタルトキハ之ニ對スル賠償ノ責任アリ管ニ自己ノ不注意ニ付キ其責任ニ任スルノミナラス其使用人ノ不注意ニ付テモ絕對ニ之カ責任ヲ負擔スルナリ一般ノ法理ヨリ云ヘハ使用者即チ雇主カ被用者ノ過失ニ付キ損害賠償ノ責任ニ任スルハ畢竟使用者カ被用者ノ選任ヲ誤マリ又ハ其事業ノ監督ニ付キ相當ノ注意ヲ缺キタルニ基キ即チ使用者自身ノ非行ニ付キ其責任ニ任スルモノニシテ敢テ被用者ノ過失其レ自體ニ付テ責ヲ負フニ非ス(民七二五條)然ルニ運送取扱ノ場合ニ在リテハ全ク之ト異ナリ運送取扱人ハ其使用人ノ過失ニ付キ絕對ニ其責任ニ任スヘクシテ如何ニ其使用人ノ選任其監督ニ付キ注意ヲ怠ラサリシコトヲ證明シ得タリトスルモ到底之カ責任ヲ免カレ得サルナリ加之運送取扱人ハ此ノ如クニ自己ハ勿論其使用人ノ不注意ニ付テモ絕對ノ責任ヲ負フト云フニ止マラス尙ホ進ミテ其取次事務ノ處理ニ關シテ果シテ相當ノ注意カ執ラレタリヤ否ヤハ自己ヨリ之カ舉證ヲ爲ササルヘカラス故ニ若シ運送取扱人ニ於テ自己又ハ其使用人カ注意ヲ怠ラサリシコトノ立證ヲ爲シ得サルトキハ縱令其損害カ自己ノ不注意ニ出タタルニ非スシテ其實運送人又ハ其他ノ運送取扱人ノ過失ニ基キタルモノナリトスルモ到底其損害ヲ賠償スルノ責ヲ免ルルコトヲ得ス(三二條)何故ニ運送取扱人ニ對シテ特ニ此ノ如キ嚴重ナル規定ヲ爲シタルヤト云フニ元來運送ノ業タルヤ數人ノ手ヲ經テ漸ク其目的ヲ達スルヲ通例トスルカ故ニ其運送品ニ或事故ノ發生シタルト

キ其事故發生ノ原因及ヒ場所ノ何レナルカヲ知ルハ極メテ困難ニシテ荷送人又ハ荷受人ニ取リテハ之ヲ指摘シテ其責任ノ歸屬ヲ明カニスルコト事實上殆ト不能ノ事柄タリ故ニ事故發生ノ場合ニハ先ツ最初ニ委託ヲ受ケタル運送取扱人ニ對シテ損害賠償ノ請求ヲ爲シ得ルモノトシ彼ニシテ其責ヲ免レシト欲セハ自己ノ取次上ニハ何等ノ過失ナカリシコトヲ證明スヘク然ラサル限ハ其責任ニ任セシメタルカ如クナリ其他一般ノ法理ニ反シ運送取扱人ヲシテ其使用人ノ過失ニ付キ絕對ニ其責任ヲ負ハシメタルカ如キハ畢竟運送取扱人ヲシテ其責任ヲ重セシメ以テ運送ノ完全ヲ計リ斯業ノ發達ヲ期圖シタルニ外ナラス

運送取扱人カ委託ヲ受ケタル運送品ニ關シテ負擔スル責任ハ以上述ヘタルカ如シ然レトモ之ニ對シテハ一ノ例外アリ即チ若シ其運送品ニシテ貨幣、有價證券其他ノ高價品ナランカ荷送人カ委託ヲ爲スニ當リテ其種類及ヒ價格ヲ明告シタルニ非サレハ運送取扱人ハ其運送品ニ對スル損害ヲ賠償スルノ責任ナシ何故ニ高價品ニ限リ運送委託ノ際其種類及ヒ價格ノ明告ヲ以テ其損害ノ賠償ヲ求ムル要件ト爲シタルヤト云フニ畢竟此等ノ高價品ハ殊ニ紛失、毀損ノ生シ易キ處アリテ其運送ニハ特別ノ注意ヲ加フルノ必要アリ現ニ此種ノ運送品ニ對シテハ實際通常ノ貨物ヨリハ高價ノ運送率ヲ課スルヲ常トス然ルニ其貨物ノ種類ヲ明告セシテ特別ノ注意ヲ加フルニ由ナカラシメ其價格ヲ秘シテ高價ノ運賃ヲ免ルントシタル場合ノ如キハ運送品ニ故障ヲ生シタリトスルモ其損害ノ負擔ヲ委託者ニ歸スルコト寧ロ至當ノ處置ナレハナリ

右ニ述ヘタル運送取扱人ノ責任ハ極メテ短期ノ時效ニ因リテ消滅ス詳言スレハ其責任カ運送品ノ延著、毀損又ハ一部ノ滅失ニ關スルトキハ荷受人カ運送品ヲ受取リタル日ヨリ起算シ又運送品ノ全部ノ

場合ニ被保險者カ其保險契約ニ依リテ得ヘキ利益ヲ拋棄シタルトキハ保險料支拂ノ義務ヲ免ルルコトヲ得(四〇六條)

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

保險料支拂ノ場所ハ當事者ノ合意ヲ以テ定ムルコトヲ得若シ合意ナキトキハ債務履行ノ規定ニ依ル此保險ナル行爲ハ之ヲ營業トシテ行フトキニハ商行爲ト爲ルハ第二六四條ニ依リテ明カナリ故ニ株式會社ノ爲シタル保險契約ハ一ノ商行爲ニシテ隨テ保險料拂込ノ場所ニ付テモ當事者間ニ何等ノ合意ナキトキハ商法第二七八條ニ依リ債務者ノ現時ノ營業所若シ營業所ナキトキハ其住所ニ於テ爲ササルヘカラサルヲ以テ此場合ニハ會社ノ本店ニ保險料ヲ拂込マサルヘカラス尤モ支店ト保險契約ヲ締結セルトキハ其支店ニ保險料ヲ支拂フヲ以テ足ルヘシ(二七八條三項)然レトモ相互保險會社ニ在リテハ其保險契約ハ商行爲ニ非サルヲ以テ保險料拂込ノ場所ニ付テ當事者間ニ何等ノ合意ナキトキハ民法第四八四條ニ依リ會社ノ本店ニ保險料ヲ支拂ハサルヘカラス然レトモ實際ニ於テハ會社ハ必スシモ其本店ニ保

險料ノ支拂アルコトヲ要求スルモノニ非ス實例ヲ舉クレハ或會社ニテハ本店支店出張所代理店等ノ中保險契約者ノ選擇ニ從テ保險料ヲ支拂ハシメ唯保險契約者カ之ヲ變更セントスルコトキハ通知スルヲ以テ足ルコトヲ營業規則ニ定メ若クハ同一ノ事項ヲ普通保險約款ニ定ムルアリ又或會社ニテ會社ノ同意ヲ得テ本店支店出張所代理店等ノ中一定ノ場所ニ拂込ムヘキコトヲ普通保險約款若クハ營業規則ヲ以テ定ムルモノアリ又或會社ニシテ保險料ハ本社又ハ本社ノ指定シタル場所ニ拂込マサルヘカラスアルコトヲ普通保險約款ニ規定スルアリ此等ノ場合ニ於テハ皆會社ノ本店又ハ代理店等ニ保險料ヲ支拂ハサルヘカラス然ルニ或會社ニテハ會社ヨリ集金人ヲ出シテ保險契約者ノ住所ニ至ラシメ保險料ノ支拂ヲ求ムルモノアリ然レトモ是レ單ニ便宜ノ爲メニ行フ所ニシテ之カ爲メニ直チニ保險契約者ハ會社ニ保險料ヲ拂込マサルモ集金人ノ來ラサル理由トシテ遲滞ノ責ニ任セサルコトヲ得ルモノニ非サルナリ尤モ當事者ニ於テ合意ヲ以テ特定メタル場合ニハ勿論其合意ニ從テ遲滞ノ私立火災保險會社ノ實例ニ依ルニ保險契約者ハ何等ノ催告ヲ受ケサルモ保險料ヲ代理店ニ拂込マサルヘカラス會社ハ之ヲ催告スル義務ナキコトヲ特ニ普通保險約款ニ定ム我國ニ於テモ集金人ヲシテ保險料ノ支拂ヲ受ケシムルハ事實上ノ作用トシテハ行ハルト雖モ之ヲ普通約款又ハ營業規則ニ明言スルモノ少ナシ

保險料支拂ノ時期ハ主トシテ合意ニ依リテ定マル便宜上一箇年ノ保險料ヲ分割シテ支拂フコトアリ其保險料ハ危險ノ引受ニ對スル報酬ナルヲ以テ保險者カ危險ヲ引受クルト同時ニ保險契約者ハ保險料ノ全額ヲ支拂フヲ至當トス故ニ通常ノ第一回ノ保險料ノ拂込アル迄ハ損害發生スルモ之カ填補ヲ爲ササルコトヲ普通保險約款ニ定ム左レハ保險料ハ契約ノ初ニ支拂ハルヲ常ト爲スモ海上保險、火災保險等ノ場合ニ於テ包括的保險ヲ爲ス場合ニハ例ヘハ日出入ノ頻繁ナル倉庫内ノ商品ヲ包括的ニ保險ニ

付スル場合ニハ契約ノ始メニ保險料ノ支拂ヲ請求セシメ事故ノ發生後若クハ期間ノ満了後ニ於テ請求スルコトアリ獨逸ノ商法ノ規定ニ依レハ保險料ハ保險契約締結ノ後直チニ支拂ハサルヘカラスルモ別段ノ定アルトキハ保險證券ト引換ヘニ支拂ハサルヘカラスト規定セリ

保險料カ正當ノ時期ニ支拂ハレサリシ場合ニ於ケル結果ニ付テハ契約ノ内容ニ依リテ定メサルヘカラス若シ契約ノ内容ヨリ之ヲ知ルコトヲ得サルトキハ保險者ハ保險契約者ニ對シテ債務履行ノ請求ノ手續ヲ執ルノ外ナシ保險契約ハ雙務契約ナルモ保險者ノ負擔スル債務ト保險契約者ノ負擔スル債務トハ互ニ獨立スルモノナリ故ニ保險料カ正當ノ時期ニ支拂ハレサリシトキハ保險者ハ其延滞シタル保險料及ヒ其利子ノ支拂並ニ其延滞ニ基テ損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得ヘキモ之カ爲メニ直チニ保險金支拂ノ義務ヲ免ルモノニ非ス舊商法第六五四條ニ依レハ保險料カ契約期間内ニ支拂ハレサリシトキハ保險者ハ契約ニ羈束セラルルコトナシトアリ即チ契約期間内ニ保險料ノ拂込ハレサルトキハ保險者ハ保險料支拂ノ義務ヲ免ルルコトト爲ル然レトモ現行商法ニハ之ニ相當スヘキ規定ナシ故ニ保險料ノ延滞ヲ以テ直チニ相手方ノ義務ヲ免除スル理由ト爲スコトヲ得サルヘシ實際ニ於テハ普通保險約款ニ其結果ヲ定ム即チ保險料支拂ノ時期ニ保險料ヲ支拂ハサルトキニハ契約ノ效力ヲ失ハシメ以テ會社カ其保險契約ノ爲メニ積立テタル責任準備金ノ全部若クハ一部ヲ返還スルコトト爲セリ

前ニモ述ヘタル如ク正當ノ時期ニ保險料ヲ支拂ハサルトキハ其結果ハ契約ノ效力ヲ失ハシムルコトヲ約スルモノ多シ然レトモ猶ホ支拂期間ノ猶豫期間ヲ認ムルヲ常ト爲ス生命保險ニ於テハ各會社ハ其普通保險約款ニ於テ三十日乃至九十日ノ猶豫期間ヲ與フ其猶豫期間ヲ經過スルモ仍ホ保險料ヲ支拂ハサルトキハ契約ノ效力ヲ失ハシメ責任準備金ノ全部又ハ一部ヲ返還スルナリ然レトモ契約ノ失効ノ生ス

ルハ會社ニ取リテモ利益ナルヲ以テ普通保險約款ニハ猶豫期間ヲ經過シテ保險料ヲ拂ハサレハ契約ハ當然效力ヲ失フヘキコトヲ規定スルニモ拘ハラズ實際ニ於テハ猶豫期間後尙ホ或期間ノ猶豫ヲ爲シ其間ニ保險料ヲ支拂ヒタルトキハ契約ヲ有效ニ繼續セシムルモノ少ナカラズ

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

保險料ハ危險ノ引受ニ對スル報酬ナルヲ以テ同時ニ金額ヲ支拂ハサルヘカサルモ同時支拂ノ不便ナルヲ以テ分割拂込ノ方法ヲ用フルコトアリ其方法ニハ通常半年拂、三箇月拂、一箇月拂ト爲ス殊ニ貯蓄ノ性質ヲ有スル生命保險ニ於テハ分割拂込ノ方法ヲ用フルモノ多シ而シテ保險料ハ不可分ノ性質ヲ有スルヲ以テ一年度分ノ保險料ハ分割拂込ノ方法ヲ用フルモ必ス之ヲ拂ハサルヘカサルモノニシテ年度ノ中途ニ於テ損害發生スルトキハ會社ハ其年度分ノ未拂込ノ保險料ヲ請求スルコトヲ得唯實際ニ於テハ未拂保險料ハ支拂ハルヘキ保險金額ト差引ヲ爲ス又保險料支拂ノ方法ニ依リテ日掛保險又ハ月掛保險ト稱スル特種ノ方法アリ現今ニ於テハ火災保險ニ於テ行ハル即チ一口ノ契約ニ付テ保險金額ヲ三十圓迄ヲ限度トシ毎日一錢宛ノ保險料ヲ拂込マシメ即チ一箇年ニ三圓六十五錢ノ保險料ヲ拂込マシメ事故發生セサルトキハ其中三圓ヲ保險契約者ニ返還シ若シ事故發生スルトキニハ三圓六十五錢ヲ會社ニ收納スルノ方法ナリ此一種ノ簡易ナル火災保險ヲ日掛保險ト謂ヒ其一日ヲ基礎トセスシテ一箇月ヲ基礎トセル場合ヲ月掛保險ト謂ヒ此場合ニハ一箇月三十錢ノ保險料ヲ徴收スルモノトス

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

第二 通知ノ義務

保險者ハ危險ヲ測定シテ其危險ヲ引受クルモノナリ故ニ保險期間中ニ其危險カ著シク變更又ハ増加セルトキニハ豫定ト異ナルヲ以テ保險者ハ到底危險ヲ引受クルニ堪フルコトヲ得サル場合ヲ生スルコトアルヘシ故ニ商法ニハ保險期間中ニ危險力保險契約者又ハ被保險者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リ著シク變更又ハ増加セルトキニハ保險者ニ契約解除ノ效力ヲ失ハシメ又其事由カ保險契約者又ハ被保險者ノ責ニ歸スヘカサルコトキニハ保險者ニ契約解除ノ權利ヲ與フ(四一〇條、四一二條)此後ノ場合ニ於テ保險契約者カ其危險ノ變更又ハ増加ヲ知リタルトキニハ之ヲ保險者ニ通知セサルヘカラス若シ通知ノ義務ヲ怠リタルトキニハ保險者ハ危險ノ變更又ハ増加ノ時ヨリ保險契約ノ效力ヲ失ヘルモノト看做スコトヲ得(四一二條二項)尤モ「著シク」ナルコトニ付テハ程度問題ニシテ其適用ハ困難ナルヲ以テ多クノ判決例ニ依リテ自然ニ定マルヲ待ツノ外ナシ

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

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

第三 契約解除ノ權利

保險契約者ハ保險契約成立後ニハ常ニ保險料ヲ支拂ハサルヘカラス然レトモ保險者ノ責任ノ始マル前ニハ保險契約者ノ契約ノ全部又ハ一部ノ解除ヲ爲スコトヲ得(四〇七條)此場合ニ於テハ保險者ハ保險料ヲ返還セサルヘカラス而シテ其返還スヘキ保險料ノ半額ニ相當スル金額ヲ保險契約者ニ請求スルコトヲ得ルコト商法ノ規定ニ依リテ明カナリ(四〇九條)然レトモ實際ニ於テハ保險者ノ責任ハ保險料ノ返還ヲ以テ始マルト爲スヲ以テ隨テ保險者ノ責任ノ始マル前ニ生シタル契約解除ニ因リテ保險料ノ返還ヲ爲ス場合ヲ生スルコトナキナリ此第四〇七條ノ契約解除ノ權利ハ生命保險ニ付テモ適用セラルト雖モ唯其損害保險ト異ナル所ハ契約解除ノ場合ニ於テ保險者ハ被保險者ノ爲メニ積立タル金額ノ拂戻ヲ爲ササルヘカラス(四三三條)而シテ實例ニ於テハ多クノ生命保險會社ハ其保險者タル責任ノ始マリタル後ニ於テモ何時ニテモ契約解除ヲ爲シ得ル權利ヲ保險契約者ニ與ヘ又其返還金モ被保險者ノ爲メニ積立タル金額ノ全部ヲ返還セシメテ其大部分例ヘハ十分ノ七乃至九ヲ返還スヘキ旨ヲ普通保險

約款ニ定ムルモノ多シ

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

第二款 被保險者ノ權利義務

第一 通知ノ義務

保險期間中ニ危險カ保險契約者又ハ被保險者ノ責ニ歸スヘカラスル事由ニ依リ著シク増加又ハ變更シタルトキハ保險契約者又ハ被保險者ハ其増加又ハ變更ヲ知リタルトキニ遲滞ナク之ヲ保險者ニ通知セサルヘカラス(四一一條)元來保險者ハ總テノ危險ノ負擔ヲ爲シ得ルモノニ非スシテ特定ノ被保險利益ニ對スル特定ノ危險ヲ引受クルモノナルヲ以テ其特定ノ危險ニ少シニテモ増加又ハ變更アリタルトキニハ之ヲ嚴格ニ言ヘハ其危險ハ最早前ノ保險契約ニ依テ引受ケラレタル危險ニハ非サルナリ隨テ保險者ハ其契約ニ對スル責任ヲ免レタルモノト謂フコトヲ得ヘシ故ニ我商法ニ於テハ危險ノ増加又ハ變更カ被保險者若クハ保險契約者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ依リ著シク生シタルトキニハ保險契約ノ效力ヲ失ハシム(四一一條)又其事由カ保險契約者若クハ被保險者ノ責ニ歸スヘカラスル場合ニ於テモ仍ホ保險者ニ契約解除ノ權利ヲ與フ(四一二條)加之被保險者又ハ保險契約者ニ危險ノ増加又ハ變更ノ通知義務ヲ負擔セシム而シテ其義務ヲ懈怠スルトキハ危險ノ増加又ハ變更ノ時ヨリ保險契約ノ效力ヲ喪ヒタルモノト看做スコトヲ得ル權利ヲ保險者ニ與フ(四一二條)而シテ保險者カ此通知ヲ受ケ又ハ危

險ノ變更増加ヲ知リタル後ニ遲滞ナク契約ノ解除ヲ爲ササルトキハ保險者ハ其契約ヲ承認シタルモノト看做サルナリ(四) 一條三項(保險者カ第四一條第一項及第二項ノ權利ヲ行使セサル場合ニハ其契約ヲ承認シタルモノト看做サルト雖モ此場合ニ於テハ之ヲ嚴格ニ謂フトキハ新ナル契約カ更ニ成立シタルモノト看做ササルヘカラス前ニモ述ヘタル如ク保險者ノ引受ケタル危險ハ特定ノ危險ナルヲ以テ此危險ニ増加又ハ變更アリタルトキハ最早其特定ノ危險ハ存在セスシテ別ニ新ナル危險ノ生シタルモノト謂ハサルヘカラス故ニ保險者カ前ノ契約ヲ承認シタルモノト看做サル場合ニ於テハ理論上之ヲ嚴格ニ言フトキハ前ノ契約ハ消滅シテ新ナル危險ニ付テ更ニ當事者間ニ合意ノ成立セルモノト爲ササルヘカラス唯保險料其他ノ點ニ付テ前ノ契約ト後ノ契約トカ同一ナリトスヘキノミ然レトモ第四一條第三項ニ依レハ其規定ノ趣旨ハ新ナル契約ノ成立シタルモノト看ルニ非スシテ前ノ契約カ引續キテ效力ヲ有スルノ趣旨ナリト信ス而シテ火災保險會社ノ實例ニ依リテ之ヲ説明スレハ被保險者又ハ保險契約者ノ責ニ歸スヘカラス事由ニ因リ火災ノ危險カ著シク増加又ハ變更シタルトキハ遲滞ナク會社ニ申出テテ保險證券ニ承認ノ裏書ヲ要求スヘキノト爲シ若シ此手續ヲ怠ルトキハ保險契約ノ效力ヲ喪ハシム又此承認ノ裏書ヲ求メタルトキニモ會社ニ於テ危險ニ増加又ハ變更アリト認メタルトキハ契約ヲ解除シ又ハ保險料ヲ増加シタルノ權利ヲ留保スルナリ此外被保險者ハ尙ホ保險者ノ負擔シタル危險ノ發生ニ因リテ損害ノ生シタルコトヲ知リタルトキニハ遲滞ナク保險者ニ通知スルノ義務ヲ有ス(四) 一條

第二 被保險利益ノ保護及ヒ損害防止ノ義務

保險ノ目ノハ避クヘカラサル危險ニ遭遇シテ被ムリタル損害ヲ填補シテ成ルヘク損失ナカラシムルニ

在リ之ニ依リテ利益ヲ與フルコトヲ目的トスルモノニ非ス故ニ保險契約ヲ締結スルモ被保險者ハ之ニ依リテ被保險利益ノ管理ノ責任ヲ免ルルモノニ非ス保險料ハ被保險利益ノ代價ニハ非スシテ危險ノ引受ニ對スル對價ナリ故ニ保險契約ノ締結セラルルモ被保險者カ其被保險利益ニ付テ少シモ注意ヲ拂ハサルニ於テハ其危險ハ頗ル大ナルモノニシテ保險者ノ到底引受ケ得ルモノニ非ス故ニ保險契約成立後ニ於テモ被保險者ハ自ら被保險利益ヲ保護スル責任ヲ有ス商法ノ規定ニ依ルニ保險期間中ニ被保險者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リテ危險カ著シク變更又ハ増加シタルトキハ保險契約ノ效力ヲ失ハシメ加之保險者ノ引受ケタル危險ノ發生ニ基テ損害ヲ被保險者又ハ保險契約者ノ惡意又ハ重大ナル過失ニ因リテ生シタルモノナルトキハ保險者ハ其損害ヲ填補スル責任ナキコトヲ規定セリ(三) 九六條

前ニモ述ヘタル如ク保險ノ目的ハ危險ノ發生ニ因リテ利益ヲ與フルモノニ非スシテ避クヘカラサル損害ヲ填補スルヲ以テ目的トスルモノナルヲ以テ保險者ノ引受ケタル危險カ已ニ發生シタル後ニ於テモ被保險者ハ其被ムルヘキ損害ヲ成ルヘク少クセサルヘカラス即チ被保險者ハ損害防止ノ義務ヲ有スルナリ(四) 一條商法ニハ此規定アルヲ以テ若シ損害發生ノ時ニ當リ被保險者カ其防禦ニ力メサルトキハ其防禦ノ手段ヲ盡ササリシカ爲メニ生シタル損害ニ付テハ保險者ハ填補ノ責任ヲ免ルルコトヲ得ヘシ尤モ多ク場合ニ於テ防禦ノ手段ヲ盡ササリシトキハ被保險者ノ惡意又ハ重大ナル過失アリタルモノトシテ第三九六條ニ依リテ保險者ハ損害填補ノ義務ヲ免ルルコトヲ得ヘシ

被保險者カ此損害防止ノ義務ヲ負擔スル同時ニ保險者ハ被保險者ノ爲シタル損害防止ノ爲メニ必要又ハ有益ナリシ費用ヲ負擔セサルヘカラサルナリ而シテ其損害防止ノ手段ハ效果ヲ奏シタルト否トヲ問ハス又其費用ト填補額トヲ合算シテ保險價額ヲ超過スルニ至ル場合ニモ之ヲ支拂ハサルヘカラス

(四二一條一項但書)一部保險ノ場合ニ於テハ損害防止ノ爲メニ要シタル費用ハ填補額ノ保險償額ニ對スル割合ニ依リテ保險者及ヒ被保險者之ヲ分擔ス(四一四條二項)商法ノ規定ニテハ此ノ如キ損害防止ノ爲メニ必要又ハ有益ナリシ費用ヲ保險者ハ負擔セサルヘカラスルコトヲ規定スルニモ拘ハラス我國ノ火災保險會社ハ其普通保險約款ニ於テ損害防止ニ要シタル費用ハ特約アルニ非サレハ會社ハ之ヲ負擔セサルコトヲ明言セルモノ多シ

第三 保險金受取ノ權利

損害發生シタル場合ニ保險金額ヲ受取り得ヘキ者ハ被保險者ナラサルヘカラス損害保險ノ場合ニ於テハ被保險者ト所謂保險金受取人トハ常ニ相一致ス被保險者ト保險契約者トカ相一致セルトキハ被保險者ノ權利ニ付テ別ニ問題タルコトナキモ此兩者ノ異ナルトキハ被保險者ヨリ觀ルトキハ全ク他人ナル保險者ト保險契約者トノ間ニ爲サレタル契約ニ因リテ被保險者カ如何ナル權利ヲ取得スルヤニ付テ疑問タリ保險契約者カ委任ヲ受ケスシテ他人ノ爲メニ保險契約ヲ締結シタルトキニ被保險者ハ如何ナル權利ヲ得ヘキヤニ付テハ未タ十分ナル説明ヲ見サルモ此場合ニ於テハ予ハ被保險者ハ民法第五三七條ニ示セル第三者トシテ權利ヲ取得スルモノナリト信ス

第三款 保險者ノ權利義務

第一 保險金額支拂ノ義務

保險契約ニ因リテ負擔シタル危險發生シテ之ニ因リテ損害ヲ生シタルトキハ保險者ハ其契約ニ定メタル保險金額ノ範圍内ニ於テ損害ヲ填補セサルヘカラス生命保險ノ如キ所謂定額保險ニ於テハ保險者ハ

契約ニ定メタル金額ノ全部ヲ支拂ハサルヘカラス然レトモ損害保險ニ在リテハ損害ヲ填補スルヲ目的ト爲スヲ以テ前述超過保險ノ原則ハ常ニ適用セラルナリ

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

保險金支拂ノ時期ニ付テモ保險業法第七條ニ依リ保險約款ノ中ニ之ヲ定メサルヘカラス危險發生シテ損害發生シタルトキハ保險者ハ直チニ保險金ヲ支拂ハサルヘカラスモ保險金ノ支拂ニ付テハ殊ニ正確ナル調査ヲ要スルコト多ク詐欺ノ手段行ハレ易キヲ以テ通常ハ直チニ之ヲ支拂ハスシテ損害發生シタルトキニハ直チニ之ヲ保險者ニ通知セシメ尙ホ一定ノ時日ノ間ニ其損害ヲ證明スルニ足ルヘキ書類ヲ作ラシメ其書類ノ保險者ニ到達シタルヨリ尙ホ一定ノ期間ヲ定メ其間ニ填補ヲ爲スヘキコトヲ普通保險約款ニ定ムルモノ多シ其期間ハ大抵三十日ヲ以テ一般ノ規定ト爲ス

ノ場所ニ付テ述ヘタル如ク被保險者ノ住所ニ就テ支拂フコトヲ要スヘシ然レトモ實際ニ於テハ會社ノ本店又ハ代理店ニ於テ之カ支拂ヲ爲シ居レリ尤モ外國ノ海上保險會社ノ或モノニ於テハ特ニ保險金ノ支拂地ヲ保險證券ノ表面ニ記載スルコトニ定ムルモノ在リ

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

第二 損害ノ計算ニ關スル費用ヲ負擔スルノ義務

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

第三 保險ノ目的物ニ關スル權利ノ取得

被保險利益全部消滅シタル場合ニ於テ保險者カ保險金額ノ全部ヲ支拂ヒタル場合ニハ保險者ハ被保險

者カ其被保險物ニ付テ有セル權利ヲ取得ス(四一五條)例ヘハ被保險者カ所有セル家屋ヲ火災保險ニ付シ之カ火災ニ罹リタルトキ保險者カ保險金額ノ全部ヲ被保險者ニ支拂ヒタルトキニハ其燒殘ノ建物ニ付テ被保險者ノ有セル權利即チ此場合ニ於テハ所有權ヲ取得スルナリ此權利ヲ保險者ニ與ヘタルハ保險ノ目的ハ損害ノ填補ニ在リ利益ヲ與フルニ在ラサルヲ以テ保險金額全部ノ支拂ヲ受クレハ被保險者ハ損害全部ノ填補ヲ得タルモノニシテ其以上ノ利益ヲ與ヘラルヘキモノニハ非ス故ニ其殘存セルモノニ付テハ之ヲ保險者ニ付與スルナリ尤モ一部保險ノ場合ニ於テハ保險者ノ權利ハ保險金額ノ保險價額ニ對スル割合ニ依リテ定ムルナリ(四一五條但書)此點ニ付テ内國ノ或火災保險會社ニ在リテハ會社ノ保險規則ト稱スルモノヲ以テ火災ニ罹リタル被保險物及ヒ殘留品ハ損害填補ノ後會社ノ所得ニ屬スルモ便宜上相當ノ割合ヲ以テ被保險者ニ引渡スコトヲ得ト爲スモノアリ

又損害カ第三者ノ行為ニ因リテ生シタル場合ニ於テ保險者カ被保險者ニ對シテ其負擔シタル金額ヲ支拂ヒタルトキハ其支拂ヘル金額ノ限度ニ於テ保險契約者又ハ被保險者カ第三者カ對シテ有セル權利ヲ取得ス(四一六條)例ヘハ火災保險ニ於テ保險契約ニ付セラレタル家屋ニ第三者カ放火シテ其家屋ノ全燒ヲ來シタルトキニハ被保險者ハ保險金額ノ支拂ヲ受クルコトヲ得而シテ之ヲ支拂ヒタルトキハ保險者ハ被保險者カ其放火シタル者ニ對シテ有セル損害賠償ヲ請求スル權利ヲ保險者自身カ支拂ヘル保險金額ノ程度ニ於テ之ヲ取得スルノ謂ナリ(四一六條)蓋シ保險者ハ相當ノ保險料ヲ得テ危險ヲ引受ケタルモノナルヲ以テ其危險ノ發生力第三者ノ行為ニ因ルト否トヲ問ハス苟モ損害發生シタルトキハ之ヲ填補スル義務ヲ有ス此義務ハ保險者ノ獨立シテ負擔セル義務ニシテ第三者カ完全ナル損害ノ賠償ヲ爲ササリシ時ニ始メテ履行セラルヘキモノニハ非サルナリ保險者ハ損害填補ニ付テ主タル責任ヲ有シ第

三者ノ損害賠償ノ義務トハ少シモ關係ナシ然レトモ一方ニ於テ保險ノ目的ハ損害ノ填補ニ在リテ保險者カ保險金額ヲ支拂ヘル以上ハ被保險者カ第三者ニ對シテ損害賠償請求ノ權利ヲ有スルト雖モ己ニ保險者ヨリ填補ヲ受ケタル損害ノ額ニ付テハ被保險者ヲシテ第三者ニ對スル損害賠償ノ請求權ヲ行ハシムルノ必要ナキナリ若シ之ヲ竝ニ行ハシムルトキハ被保險者ハ更ニ利得ヲ得ルコト爲リ保險ノ目的ト背馳スルヲ以テナリ故ニ商法ニ依レハ保險者カ其負擔額ヲ支拂ヒタルトキニハ其自ラ支拂ヘル程度ニ於テ保險契約者又ハ被保險者カ第三者ニ對シテ有スル權利ヲ取得スルコト爲シ又保險者カ其負擔額ノ一部分ヲ支拂ヘルトキニハ保險契約者又ハ被保險者ノ權利ヲ害セサル範圍内ニ於テ其第三者ニ對シテ有スル權利ヲ行フニ得セシメタリ(四一六條一項、二項)

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

ハ被保險者カ第三者ニ對シテ有スル權利ヲ其填補ヲ受ケタル程度ニ於テ保險者ニ取得セシムルコト至當ナリトノ趣意ニ基クモノトス

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

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

第二節 損害填補

損害保險ニ於ケル損害トハ被保險者ノ有スル被保險利益ノ減失又ハ減少ヲ謂フ商法ニ於テハ第三八五條ニ依リ損害保險契約ノ目的ハ金錢ニ見積ルコトヲ得ヘキ利益ニ限ルヲ以テ茲ニ損害ト云フモ亦財産上ノ損失ヲ謂フコト明カナリ又被保險利益ト云フハ積極的ノ利益ニ限ラス將來ニ於テ得ラルヘキ利益モ亦被保險利益ト爲リ得ルヲ以テ損害ニ付テモ積極的ノ損害ノミナラス消極的ノ損害モ亦此ニ損害ニ包含セラルルコト明カナリ是レ損害保險ニ於ケル損害ナル語ノ一般ノ意義ナレトモ火災保險、運送保險及ヒ海上保險ニ付テハ商法ノ規定ニ依リ其損害ノ意義ヲ一層明カニシ若クハ制限シ又當事者間ノ合意ニ依リ損害ノ意義及ヒ範圍ニ付テ制限ヲ加フル場合アリ此等ノ點ニ付テハ前ニ損害保險ノ要素ノ中被保險利益ト危險ニ付テ述ヘタル所ヲ參照スヘシ

損害ノ額ノ測定ニ付テハ其損害ノ發生シタル土地ニ於ケル其時ノ價額ニ依リテ定ムルコトヲ原則トス

ルモ運送保險及ヒ海上保險ニ付テハ特ニ例外ヲ設ク商法第四二四條ニ依レハ運送品ノ保險ニ付テハ發
送ノ地及ヒ時ニ於ケル其價額及ヒ到達地迄ノ運送費其他ノ費用ヲ以テ保險價額トスルコトト爲シ特約
アル場合ニハ運送品ノ到達ニ依リテ得ラルヘキ利益モ亦保險價額ノ中ニ算入シ得ルコトト爲セリ又海
上保險ニ於テハ第六五六條ニ於テ船舶ノ保險ニ付テハ保險者ノ責任カ始マル時ニ於ケル其價額ヲ保險
價額トシ又第六五七條ニ依リ積荷ノ保險ニ付テハ其船積ノ地及ヒ時ニ於ケル價額及ヒ船積並ニ保險ニ
關スル費用ヲ以テ保險價額トスルコトト爲セリ隨テ損害ノ測定ニ付テモ此等ノ價額カ常ニ標準ト爲ル
ナリ

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

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

保險者カ填補スヘキ損害ノ額ヲ計算スルニ必要ナル費用ハ保險者ノ負擔ニ屬スルコトハ商法第三九三

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

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

保險者ノ引受ケタル危險ノ發生ニ因リテ損害ヲ生シタルトキニハ保險者ハ常ニ其填補ヲ爲ササルヘカ
ラス然レトモ特別ノ場合ニハ法律ノ規定又ハ保險約款ニ依リ保險者ハ其填補ノ責任ヲ免ルコトアリ
戰爭其他變亂ニ因リテ生シタル損害ニ付テハ特約アル場合ノ外ハ保險者ハ之ヲ填補スル責任ナシ(三

九五條)而シテ戰爭又ハ變亂ニ因リテ生シタル損害ヲ填補スル特約ヲ爲ス場合ニハ特別保險料ヲ被保險者ヨリ徴收スルモノトス然レトモ戰爭變亂ニ基ク危險ノ測定ハ極メテ困難ニシテ誤リ易キヲ以テ此等ノ危險ハ保險者ニ於テ多クハ其引受ヲ拒絕スヘク又之ヲ引受タルニモセヨ過去ノ經驗ト其當時ノ事情トヲ斟酌シテ殆ト推測ヲ以テ定ムルモノ多シ

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

損害填補ノ方法ニ付テハ商法ニハ別段其規定ナシ唯保險ノ目的タル利益ハ金錢ニ見積リ得ルコトヲ必要トスルコトハ第三八五條ニ定ムルモ第三八四條ニ於テ單ニ「偶然ナル一定ノ事故ニ因リテ生スルコトアルヘキ損害ヲ填補スルコトヲ約シ」トアリテ填補ノ方法ニ付テハ制限スル所ナシ然レトモ獨逸ノ保險契約法案ニ依レハ損害保險ノ規定ノ冒頭ニ保險者ノ權利義務ヲ規定シ其第一ニ保險者カ損害ノ填補ヲ爲スニハ金錢ヲ以テ給付スヘキコトヲ定ム(同草案四五條)然レトモ其理由書ヲ見ルニ此規定ニ付テハ獨逸民法ニ於ケル損害賠償ノ規定ハ必スシモ金錢ヲ以テ損害ヲ賠償セサルヘカラサルコトヲ規定セス單ニ原狀回復ヲ以テ足レリト爲ス然ルニ草案ニ於テ此ノ如キ規定ヲ爲シタルハ種種ノ損害保險ニ於テ保險者カ損害填補ヲ爲スニ付テハ金錢ヲ以テ給付スルヲ通常ト爲スヲ以テナリ故ニ此規定ハ強行ノ規定ニハ非スシテ當事者ノ反對ノ意思表示アルトキハ其意思表示ハ勿論有效ナリ故ニ保險者ハ被

保險者ニ對シテ金錢の給付ノ義務ヲ負ハスシテ唯己ニ發生シタル損害ヲ保險者ノ費用ヲ以テ除却スルコトヲ約シ又ハ保險者カ現物ノ回復若クハ金錢ノ給付ヲ選擇スルノ權利ヲ留保スルコトヲ約スルモ皆有效ナリト説明セリ

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

此ノ如ク我國ニ於ケル實例ニ依ルニ火災保險會社ハ其保險約款ニ保險金支拂ノ代リニ現物ノ代給若クハ再築修繕等ヲ爲シ得ル權利ヲ留保セサルモノナキモ亦何レノ社會モ金錢ノ給付ヲ以テ損害填補ノ原則ト爲ササルハナシ而シテ再築修繕ノ方法ハ填補後ニ於テ異議ヲ生スルコト多ク保險者ニ取リテモ不便ナルヲ以テ容易ニ之ヲ行フコトナク唯損害額ノ測定等ニ異議ノ生シタルトキニ其額ヲ決定スルノ困難ト不便トヲ避クル爲メニ此等ノ方法ヲ採ルコトナキニ非ス此等ノ場合ノ爲メニ選擇權ヲ留保スルモ之ヲ實際ニ行ヘルハ極メテ稀ナリトス故ニ法文ト實例トニ考フルモ損害保險ノ損害填補ノ方法ニ付テハ金錢ヲ以テスル填補ヲ原則トシ當事者間ニ反對ノ意思表示アリタルトキハ勿論之ニ從フヘク其反對ノ表意ハ保險契約ニ明示セシメ置クコトヲ必要ト爲ヌヲ穩當ナリトスヘシ

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

而シテ被保險物ノ全部カ滅失セル場合ニ於テモ保險者ノ填補ノ責任ハ其被保險物カ損害發生以前ニ有セル價額ヲ超ユルコトナシ此ノ如ク被保險物全部滅失シテ保險者カ當然其保險價額ノ全部ヲ填補スヘキ場合ヲ指シテ之ヲ絕對的全損ト謂フ然レトモ被保險物ノ全部滅失スルコトナキモ其損害額尙甚シク

ルモノナリ是ヲ以テ被告人ハ辯護ノ權アルモ供述ノ義務ナク又不利益ナル材料ヲ提出スルノ義務ナシ是レ被告人ノ訊問ノ目的ハ辯解ノ機會ヲ與フルニ在リト爲ス所以ナリ次ニ當事者ノ權利義務ハ同等ナルヲ原則トス裁判所ニ公平ナル裁判ヲ爲サシムルニハ其材料ヲ提出スルノ權義ハ平等ナルサルヘカラス然レトモ此原則ハ本法ニ於テハ貫徹セサル所アリ即チ被告人ハ次ノ諸點ニ於テ檢事ニ劣ル地位ニ在ルモノナリ(一)自然上ノ不利利益ノ地位トシテ自己ニ對スル處罰ニ付キ訴訟セラルルコトナリ(二)技術上ノ不利利益トシテハ被告ハ法律ニ通スルモノニ非サルコトナリ(三)國法上ノ地位ニ於テ不利利益ナリ檢事ハ官廳ニ屬シ司法警察官ノ補助機關ヲ有ス被告人ハ然ラス(四)法律上ノ地位ニ於テ不利利益アリ即チ豫審中檢事ニハ本法第六八條ノ權アリ又豫審公判ヲ問ハス檢事ノ意見ヲ求メサレハ裁判ヲ爲ス能ハサル場合アリ存スルニ被告人ニハ一モ此ノ如キ權利ナシ以上ノ不平等アルヲ以テ本法ニ於テハ之ヲ平等ナラシムル規定ヲ設ケルコト必要ナリ之ニ屬スルモノハ被告人ニ對シ權利ヲ告知ラナスコト(一七三條、二〇七條)其他被告人ノ利益ノミノ爲メ設ケタル規定(二二八條六號、二二三條二項、二六五條、二九一條、二八九條二項)ナリトス

第二編 訴訟ノ目的物

第一章 公訴

刑事訴訟ノ目的物ハ犯罪ヨリ生シタル國家ノ科刑權ナリ此科刑權ノ確定及ヒ實行ハ即チ刑事訴訟ノ內容ヲ成スモノナリ然リ而シテ國家ノ科刑權ハ同時ニ國家ノ義務タリ從テ之ヲ處分セシムルヲ得ス刑事訴訟ノ目的物ト民事訴訟ノ目的物トハ此點ニ於テ大ニ差異アリ刑事訴訟ハ科刑權ヲ其目的物トセハ公

訴モ亦之ヲ其目的物トナササルヘカラス而シテ公訴權ハ裁判所ニ對シ國家ノ科刑權ニ付キ判決ヲ求ムル訴權ヲ謂フ其發生ハ犯罪ノ時ニ在ルヲ通常トスルモ科刑權ノ成立ヲ條件トシテ存在スルモノニ非ス犯罪ノ嫌疑者ニ對シテモ亦公訴權ヲ成立ス又公訴權ト科刑權トハ其發生原因及ヒ消滅原因ノ異ニスル場合アリ即チ親告罪ニ付キ科刑權ハ告訴ノ有無ヲ問ハス犯罪ノ時ヨリ發生スヘシト雖モ公訴權ハ告訴アルニ因リテ生スルモノナリ又刑ノ言渡確定シタル場合ニハ公訴權ハ消滅スルモ科刑權ハ執行シ得ヘキ狀態ニ於テ存續スルモノナリ此ノ如ク公訴權ナクシテ科刑權ノ存在シ得ル場合ヲ生スルヲ以テ此二箇ノ權利ハ之ヲ區別スルコトヲ要ス

刑事訴訟ノ目的物ノ性質ヨリシテ刑事訴訟及ヒ公訴ニ付キ固有ノ主義ヲ生ス即チ左ノ如シ

第一 職權訴追主義及ヒ勵行主義 科刑權ハ公益ノ爲メニ存スルカ故ニ絕對ニ行ハルヲ要ス從テ公訴ハ被害者ノ意思如何ニ拘ハラス國家ノ機關タル檢察ヨリ職權ヲ以テ追行スヘキモノトス之ヲ職權訴追主義ト云フ(一條三條)又公訴提起ノ職務アル檢察ハ便宜ニ從ヒ任意ニ起訴不起訴ヲ決スヘキニアラス犯罪アレハ必ス之ヲ訴フルノ義務アリ之ヲ勵行主義ト云フ

第二 不變更主義 科刑權ハ之ヲ處分スル能ハス又公訴權モ之ヲ處分スル能ハス從テ科刑權及ヒ公訴權ハ被害者ノ處分ヲ許サス又國家ニ於テモ此權ヲ自由ニ處分スルコトヲ得サルカ故ニ裁判所ハ此等ノ權利ノ成立及ヒ範圍ヲ變更スルコトヲ許サス之ヲ不變更主義ト云フ此主義ノ例外ハ親告罪ニ於テ告訴ノ拋棄ニ因リ公訴權消滅スル場合ナリ

以上ノ一及ヒ二ノ主義ヲ合シテ之ヲ職權主義ト云フ此職權主義ノ反對ヲ處分權主義ト云フ

第三 實體的眞實發見主義 裁判所カ判決ノ基礎タルヘキ事實ヲ確立スルニ當リテ實際生シタル犯罪

事實ト符合スル認識ヲ得ルヲ謂フ民事訴訟ニ於テハ訴訟ノ目的物ニ付キ當事者カ處分スル權ヲ有スルカ故ニ實體的眞實ハ事實上之ヲ發見スルコトヲ得サルナリ之ニ反シテ刑事訴訟ノ目的物ハ之ヲ處分シ得サルカ故ニ科刑權ハ實際ノ事實ヨリ生シタルモノニシテ始メテ刑罰ヲ加フルコトヲ得

第二章 職權訴追主義及ヒ勵行主義

職權訴追主義ハ國家ノ科刑權ハ同時ニ其義務ナルコトヨリ當然生スルモノニシテ其趣意ハ左ノ如シ
第一 國家ハ科刑權ヲ主張スルコトヲ被害者ニ一任セスシテ國家ノ機關タル檢察ヲシテ行ハシム(一條參照)

第二 國家ハ其機關タル檢察ノ訴追ヲ被害者ノ意思如何ニ繫ラシメス檢察ハ被害者ノ申立ヲ待タスシテ訴追ヲ爲スノ義務アリ(二條參照)親告罪ハ此原則ノ例外タルナリ(三條但書參照)

勵行主義又ハ合法主義トハ檢察カ充分ナル犯罪ノ根據ヲ得タルトキハ處罰ノ目的ノ爲メニ公訴ヲ提起スルノ義務ヲ有シ便宜又ハ事情ヲ顧ミテ公訴ヲ提起セサル權利ヲ認メサル所ノ主義ヲ謂フ而シテ便宜又ハ事情ヲ顧ミルコトヲ得ル權利ヲ檢察ニ付與スル所ノ主義ハ之ヲ任意主義又ハ便宜主義ト稱スルモノナリ勵行主義ハ刑法ノ犯罪必罰ノ絕對の規定ヨリ出ツルモノニシテ裁判所構成法第六條本法第六二條、第六三條第六四條第二項及ヒ第一四九條第二項ノ規定ハ勵行主義ヲ採用セシテ明カニシタルモノトス若シ任意主義ヲ採用スルトキハ刑罰法ノ精神ヲ變更スルニ至ルヘシ即チ任意主義行ハルハ微細ナル犯罪ノ如キ悉ク處罰セラレシテ終ルコトナルヘシ然ルトキハ裁判所ノ判斷ニ拘ハラスシテ檢察ノ單獨判斷ニノミ係ル刑罰消滅原因ヲ認ムルコトトナリ刑法ノ主義精神ヲ破壞スヘシ故ニ余輩ハ任

主義ナルモノ、法ノ明文ナクハ行ハレサルモノタルヲ信スルナリ或ハ檢事、法律ニ對シテノ責任有スルモノニシテ行政官タルノ性質ヲ有スルヲ根據トシテ任意主義ヲ原則トスルノ説ヲナス者アルモ行政官ノ爲ス處分ハ必ずしも自由裁量ニ出ルモノナリト云フ主義例ヘハ收斂、徵兵ノ事務ノ如キ是ナリ故ニ檢事ノ地位ヲ以テ便宜主義ヲ主張スル能ハス又勵行主義便宜主義ノ區別ハ刑法カ刑罰權ノ基礎タル主義トシテ相對主義又ハ絕對主義ヲ採ルニ由リテ定マルモノニ非ス相對主義ノ實行モ亦勵行主義ヲ採ラシメテ行ハル所ナリトス

勵行主義ハ犯罪アレハ常ニ訴追スノ根拠アルコトアラス此主義ハ一定ノ條件アリテ存ス即チ左ノ如シ
第一 犯罪ニ付キ充分ノ事實事上ニ根據アルコトヲ要ス 故ニ檢事ハ其犯罪キテ起訴ノ後證明シ得ルモノ
ナリヤ否ヲ判斷シ若シ證明シ得ルコト能ハサルカ爲メ結果ヲ得サル如キコトアルハ不起訴ニ決
スルモ妨ナシ然レモ任意主義ハ證明ニ關スル便宜ニ基キ不起訴ヲ許スノ主義ニアラスシテ政治上
ノ便宜等全ク特別ナル公益上ノ便宜事情ニ從ヒテ不起訴ノ處分ヲ許スモノナリ

第二 通常裁判所ニ起訴シ得ヘク且刑ノ言渡ヲ爲スヘキヲ要ス 此ノ如キ犯罪ニシテ始メテ檢事ニ職權訴追ノ義務アリ

勵行主義ノ擔保タルモノハ現行法ニ於テハ甚タ薄弱ナリ唯僅ニ檢事カ上官ノ命令ニ從フヲ要スルノ點
 アルモノ檢事ノ上官モ亦檢事ト同シ科刑權カ絕對ニ行ハルヘキ國家ノ義務ヲ爲サシメ以テ勵行主義ノ擔保ス
 ル此義務ヲ盡サシムヘキ任務アルカ故ニ科刑權カ權一ヲ檢事ニ起シテ行ハルニ於テハ被害者ノ申立ニ因リ公訴カ提
 ナリ得ルナリ外國ノ立法及舊治罪法(治罪法第一一〇條參照)ニ於テハ被害者ノ申立ニ因リ公訴カ提
 起セラルル場合ニ認メ一層擔保ヲ強大ナラシムル方法ヲ設ケタリト雖モ此方法ハ却テ濫訴ノ弊アルカ

故ニ現行法ハ之ヲ探ス又現行法ニ於テハ告訴人及ヒ告發人ニ裁判所構成法第一四〇條ノ司法事務取扱ニ關スル抗告ノ途ヲ認メ檢事ノ不起訴處分ニ對シテハ其上官ニ此抗告ヲ爲スヲ許シタルノミニシテ被害者ヨリ裁判所ニ向テ起訴ヲ命スル裁判ヲ求ムノ權ヲ與ヘス

第二章 不變更主義

國家科刑義務ヨリ科刑權ハ絕對ニ訴追セラルルヲ要スルノミナラス訴追中ニ於テモ亦訴訟主義ノ處分ヲ許スコトヲ得ス其處分ヲ許ササルコトハ刑事訴訟法第三條ニ於テ被害者ニ限リ規定ヲ設ケタルモ總テノ訴訟主體モ亦此變更ヲ爲スノ權ナシトス

不變更ノ制限ハ裁判上ト裁判外トノ間ハス又直接ナルト間接ナルト區別セシテ行ハルモノナリ
直接ノ處分ハ科刑權其者ノ和解ノ認諾及ヒ拋棄ナリ間接ノ處分ハ科刑權ニ關スル事實及ヒ其證據ノ主
張ヲ拋棄シ又ハ之ヲ認メテ爲スノ間接ノ處分ノ重ナルモノハ事實ニ反シテ自白スル場合ナリ故
ニ刑事訴訟法ニ於ケル自白ハ處分權ニ基ケモノニアラスシテ單ニ其眞否ヲ自由心證ヲ以テ判斷スヘキ
證據ナリ

不變主義ノ原則ニ對シテハ例外アリ即チ左ノ如シ

第一 職權追道主義ノ原則ニ對シ親告罪ノ被害者ニ其例外ヲ許スカ如ク亦科刑權ノ間接處分ヲモ許スモノナリ即チ親告罪ニ付テハ告訴ノ拋棄ヲ被害者ニ許シ其結果間接ニ科刑權ヲ消滅セシム（三條但書六條二號參照）

第二 被告人ハ上訴ヲ爲サス又上訴ヲ取下ケ以テ事實ニ適合セサル判決ニ服從シ科刑權ヲ承認スルコ

ト得此點ニ於テ被告人ハ上訴權ヲ行使セスシテ其實際ニ存セサル科刑權ヲ承認スルコトヲ得然レトモ一方ニ於テ被告人ニ上訴權ヲ行使セスシテ科刑權ヲ處分スルコトヲ絕對ニ許サレタルニアラス檢事ハ被告人ノ利益ノ爲メ亦上訴ヲ爲スノ權利ト義務トアリ
被告人カ即決ノ言渡ニ對シ正式ノ裁判ヲ請求セス又間接國稅犯則者處分法ニ依ル通告ニ從ヒ罰金ノ履行ヲ爲シタルトキニハ絕對ニ被告人ニ科刑權ノ處分ヲ許スモノナリ
第三 國家モ亦科刑權ヲ任意ニ左右シ得サルコトハ檢事ニ公訴及ヒ上訴ノ取下ヲ許ササルコト裁判所ハ檢事ノ申立ニ羈束セラレサルコト等ニ因リ明カニ之ヲ認ムルヲ得ト雖モ其唯一ノ例外タルモノハ國家ノ赦免權ナリ國家ハ大赦、特赦、減刑ニ依リ科刑權ノ一部又ハ全部ヲ拋棄スルコトヲ得ルナリ

第四章 實體的眞實發見主義

刑事訴訟ハ絕對ニ實體的眞實ヲ判決ノ基礎トナササルヘカラサルカ故ニ刑事訴訟手續ノ規定ニ於テモ充分ニ眞實發見ノ途ヲ得セシムルノ措置ヲ爲スヲ要ス此訴訟手續ノ規定ヲ以テ眞實發見ノ途ヲ得サシメタルモノ左ノ如シ

第一 裁判所ハ裁判ヲ爲スニ方リ當事者雙方ノ主張ヲ聽クコトヲ要ス

凡ソ裁判所カ眞實ヲ發見スルニハ其認識ヲ得ヘキ總テノ方法ヲ利用スルヲ許ササルヘカラサルハ勿論尙ホ當事者ノ提出スル材料ヲ利用スルノ途ヲ得セシムルハ最モ至當ノ方法ナリ故ニ現行法ハ裁判所ノ外ニ當事者ナルモノヲ認メ裁判所ハ裁判ヲ爲スニ先チ其主張スル所ヲ聽クコトヲ要スルモノトナセリ

一 先ツ檢事ニ付テ言ヘハ豫審終結決定ヲ爲スニ先チ其意見ヲ求メ公判ニ於テハ證據調終了シタル後ニ辯論ヲ爲ス其他現行法ニ於テ或裁判ニ付キ檢事ノ意見ヲ求ムヘキ規定夥多アリ(二五〇條、二五九條、二九九條參照)

二 被告人ニ付テ言ヘハ總テノ事實及ヒ證據ニ付キテ其辯解ヲ聽クヲ要シ被告人ハ其辯解ヲ爲スノ權利アリテ義務ナシ被告人ハ唯辯護ヲ爲サント欲スルトキニ於テノミ陳述ヲ爲スヲ要スルモノナリ實體的眞實ノ發見ヲ爲スニハ被告人カ任意ニ主張スル所ヲ以テ満足セサルヘカラス
被告人ニ辯護ヲ爲サシムル爲メ第一著ニ之ヲ訊問スルヲ要ス(九三條、二二八條參照)又被告人ヲ召喚シ、勾引スルトキハ直チニ之ヲ訊問セサルヘカラス(六九條、七三條參照)又被告人ハ豫審ニ於テモ公判ノ第一審又ハ第二審ニ於テモ訊問セサルヘカラス是レ皆法律カ實體的眞實發見ノ爲メ其辯解ヲ爲サシムルコトヲ欲スルカ爲メ外ナラス

被告人ハ辯護ノ爲メ陳述ヲ爲スヤ否ヤ自由ニ自ラ決スルヲ得ヘキモノナリト雖モ被告人カ裁判所ニ出頭スルヤ否ヤ其任意ニ任セシムル能ハス是レ實體的眞實發見ノ方法ヲ裁判所ヨリ剝奪スルモノナレハナリ故ニ被告人ハ自ラ裁判所ニ出頭スルノ義務アリテ代人ヲシテ出頭セシムルヲ許ササルヲ原則トス

實體的眞實發見主義ハ被告人ノ出頭ヲ必要トスルカ故ニ關席判決ハ此主義ノ爲メ良方法ニアラス關席判決ハ被告人ヲシテ辯解ヲ爲スノ權ヲ行フヲ得サシムルモノニシテ眞實發見ニ多少ノ害アリ

第二 判決ニ必要ナル事實カ眞實ナリヤ否ヤハ判事ノ自由心證ヲ以テ判斷セシムルヲ要ス(九〇條參

(照)

昔時ノ制限證據主義ハ眞實發見ヲ得セシムルモノニアラサルカ故ニ現行法ハ自由心證主義ヲ採用セリ又自由心證主義ノ結果トシテ法律上ノ推定舉證ノ責任分擔、失權即チ時期ニ後レタルカ爲メ訴訟上ノ權利ヲ失フコト及ヒ擬制ハ刑事訴訟ニ於テ認メサル所ナリ以下失權ト擬制トヲ説明シ他ハ證據ノ編ニ讓ルヘシ

失權ト擬制トハ實體的眞實發見ヲ害スルコト明カナリ失權ハ判決ニ必要ナル事實ト證據トヲ裁判官ノ手ヨリ失ハシムルモノナリ又擬制ハ本來眞實ニアラサルモノヲ假定スルモノナリ

一 擬制ハ法律上ノ推定ト同シク刑事事實實際眞實ニアラストノ心證ヲ有スルニ拘ハラズ眞實ト看做サシムルモノナリ擬制カ法律上ノ推定ト異ナル所ハ唯之ヲ設クルノ理由ヲ異ニスルノミ即チ法律上ノ推定ハ直接ニ事實ノ證據ニ代ラシムル爲メニ設ケタルモノナリ擬制ハ訴訟ノ秩序ヲ保ツカ爲メニ設ケタルモノニシテ其結果トシテ證明ヲ要セサルニ至ル其實體の眞實發見ヲ害スルヤ同一モノナリ刑事訴訟ニ於テ例外トシテ擬制ヲ設ケタル場合ハ確定判決ナラトス判決カ確定スレハ縱令眞實ヲ誤認シタルモノナルモ之ヲ眞實ト認メサルヘカラス故ニ確定判決ハ實體的眞實發見主義ト相容レサルモノトシテ之ヲ刑事訴訟ニ於テハ認メサルヲ至當トナスト主張スル者アレトモ確定判決ヲ認メサルハ權利ヲ確定スル能ハサルカ故ニ法律秩序ヲ確實ナラシムル能ハスレバ已ムヲ得サル所ナリトス然レトモ更ニ眞實ヲ發見スルノ利益ノ爲メ重大ナル誤認アル場合ニハ再審ヲ許セリ

二 失權ハ訴訟ノ秩序ヲ保タシムル爲メ民事訴訟ニ於テ之ヲ認ムルモ刑事訴訟ニ於テハ之ヲ認ムル

能ハサルコト上述シタル所ナリ然トモ刑事訴訟ニ於テモ訴訟行爲ヲ爲スニハ適當ノ時期アリ當事者カ時期ニ後レテ事實及ヒ證據ヲ提出スレハ唯相手方ハ其反對主張ヲ爲スノ準備ヲ爲スカ爲メ公判ノ延期ヲ求ムルヲ得ルニ過キス然レトモ例外トシテ失權ヲ認ムヘキモノアリ即チ上訴期間故障期間、正式裁判請求ノ期間ヲ空過シテ事實及ヒ證據ノ提出ヲ爲スノ權ヲ失フノ結果ヲ生スルコトアリ但一方ニ於テ法律ハ此失權ノ結果ヲ生セシメサルノ措置ヲ爲セリ即チ上訴期間及ヒ故障期間ノ告知(一七三條二〇七條參照)ト期間回復ノ申立(二四七條二三四條參照)是ナリ

第三 裁判所ハ眞實ヲ發見スルカ爲メ證據方法ヲ直接ニ審查スルヲ要ス之ヲ直接審理主義ト云フ

第五章 公訴ノ消滅

刑事訴訟法第六條ニ於テ列記シタル公訴ノ消滅原因ハ或ハ科刑權ノ消滅原因タルモノアルヲ以テ斯ノ如キ規定ヲ置カサルコトヲ至當ト爲スモ茲ニ規定スル以上ハ左ニ其消滅原因ニ付キ説明スル所アルヘシ

第一 被告人ノ死去

被告人ハ科刑ノ目的ナルヲ以テ其死亡ト同時ニ刑ノ目的物ハ消滅シ從テ科刑權及ヒ公訴權ハ當然消滅ニ歸スヘシ被告人カ起訴前ニ死去シタルトキハ檢事ハ公訴ヲ提起スルモ其目的物既ニ存在セザレハ起訴スルヲ得ス又起訴後ニ被告人カ死亡シタルトキハ其儘ニ訴訟ヲ終了ス又被告人ノ死去ハ裁判ヲ消滅セシムルニ止マラス裁判宣告後ニ死亡シタル場合ニ於テハ刑罰權ノ執行ヲモ消滅セシム獨リ體刑ノ執行ニ止マラス罰金刑ノ執行モ亦之ヲ爲ス能ハス(刑法附則第二〇條參照)又沒收及ヒ追徴ハ

附加刑アリ又ハ之ニ代ルヘキ處分タル以上ハ之ヲ執行スルヲ得サルモノトス之ニ反シテ裁判費用ニ付テハ判決確定後ニ死去シタルトキニ限り之ヲ相續人ヨリ徴收スルコトヲ得ヘシ(刑法附則第五〇三條)

被告人ノ死去ハ其死去者一人ニ對スル消滅ノ原因ナレハ其犯人數人アル場合ニ於テハ死去者以外ノ其犯ノ公訴權ニハ何等ノ影響ナクシテ有效ニ起訴シ判決シ之ヲ執行スルヲ得ヘシ而シテ又生存スル其犯者ヲ裁判スルニ當リテハ死去者ヲモ併セテ其犯トシテ認メ得ルモノトス例ヘハ二人以上強竊盜ヲ爲シ刑法第三二九條又ハ第三七九條ニ依リ一等ヲ加重スヘキ場合ニ於テ若シ其共犯ノ一人カ死去シタルトキニモ死去者ヲ犯罪人トシテ認メ生存スル共犯ニ對シ一等ヲ加重スルコトヲ得

第二親告罪ニ於テ告訴ノ拋棄

親告罪ノ告訴ハ處罰條件ニ屬スルヤ將タ訴訟條件ナルヤニ付キ三說アリ

第一說 親告罪ニ付キ國家カ犯人ニ刑罰ヲ加フルニハ二條件ヲ具フルコトヲ要ス即チ犯罪所爲及ヒ權利者ノ告訴是ナリ故ニ有效ナル告訴アルニアラザレハ國家ニ處罰ノ義務ハ生セサルナリト此說ヲ主張スル者ハ告訴ハ現ニ犯サレタル行爲カ法律上科刑權ヲ成立セシムル要素アリトノ標識ナリト爲ス

第二說 親告罪ニ於テモ國家ノ科刑權ハ犯罪ニ因リテ既ニ成立シ居ルモノニシテ告訴ハ唯之ヲ訴追スルノ條件タルノミニ過キスト

第三說 ハ折衷說ニシテ曰ク告訴ハ處罰ノ條件ナルモ專ラ實體法ニ屬スルモノニアラス又專ラ訴訟法ニ屬スルモノニアラス是ヲ以テ之ニ關スル規定ハ刑法中ニモ存シ又訴訟法中ニモ存シ而シ

テ親告罪ハ告訴ナクレハ之カ訴追ヲ爲スコトヲ得ストハ是レ明カニ訴訟ノ條件ヲモ兼スルカ故ナリト此折衷說ハ親告罪ノ告訴ハ實體上ニ於テハ科刑權ノ條件ニシテ形式上ニ於テハ訴追ノ條件ナリトナスモノナリ

第一說ノ如キハ客觀的要素タル侵害ノ標識トシテ一私人ノ隨意ニ任スル表示ヲ認ムルニ在レハ告訴人カ侵害ヲ感セストノ理由ニ出テスシテ告訴ヲ爲ストキハ之ヲ無効ト爲ササルノミナラス告訴ノ拋棄ヲ認ムル現行法ハ此說ヲ以テ説明スル能ハサル所ナリ第三說ハ刑法ト刑事訴訟法トハ時ニ關スル效力ヲ異ニスレハ告訴ハ二者何レカニ之ヲ專屬セシメサレハ法律ノ適用ニ不都合ヲ生ス第二說ノ如キハ科刑權ノ時効ヲ親告罪成立ノ時ヨリ起算シ告訴前ニ科刑權ハ既ニ成立スルト爲スニ適合シ又告訴ハ起訴ノ時ニ存在スルヲ要スル所ヨリシテ當ヲ得タル學說ナリト認ム

告訴ノ權利者ハ第一ニ犯罪ノ被害者ナリ被害者トハ間接又ハ附隨的損害ヲ被ムリタル者ニアラスシテ犯罪ノ要素タルヘキ損害ヲ受ケタル者ヲ謂フ即チ犯罪攻撃ノ目的物タル利益ヲ有スル者ナリトス是ヲ以テ各親告罪ノ構成要素ヲ明カニシタル後ニアラサレハ被害者ナルモノヲ定ムル能ハス被害者ハ親告罪タル罪ノ性質ニ因リ必スシモ犯罪當時ニ於テ侵害サレタル權利ヲ有スル者ニ限ラス特許權侵害ノ罪ノ如キハ犯罪後特許權ヲ讓受ケタル者モ亦被害者ナリ蓋シ特許權ノ如キハ專用權ナルカ故ニ讓受人モ亦現ニ侵害ヲ受ケツツアル權利者ナレハナリ

被害者法人ナレハ其代表者、無能力者ナレハ其法定代理人モ亦告訴ノ權アルモノトス(五四條二項參照)此終ノ場合ニ於テハ無能力者及ヒ法定代理人ハ各自獨立シテ告訴權ヲ有スルモノナリ次ニ告訴ノ權アル者ハ被害者ノ外ニ脅迫罪、略取誘拐罪、猥褻姦淫罪ニ付テハ被害者ノ親屬ナリ脅

追罪ニ於テ親族トハ刑法第三二八條ニ掲ケタル者ヲ謂ヒ其他ノ罪ニ付テハ被害者ノ監督ヲ爲ス親族ニ限ルモノトス而シテ被害者及ヒ親族ハ各自獨立ノ告訴權ヲ有ス故ニ其一人ノ告訴ニ因リ犯罪ヲ追追スルコトヲ得ヘシ

告訴ハ追追ヲ求ムルノ意思表示ナリ此表示ニ付テハ代理人ヲ以テスルヲ得ルハ明カナル所トス(五四條一項參照)茲ニ疑問ニ屬スルハ告訴ニ付キ意思ノ代理ヲ許スヤ否ヤノ問題はナリ之ニ付テハ私法ノ規定ハ其標準トナスヲ得ス公法ノ原則ヲ以テ判斷スヘキモノニ屬ス或ハ曰ク誹毀罪、姦淫罪ノ如キ名譽又ハ身體ニ對スル罪ノ場合ニハ之ヲ許スヘキモノニアラサルモ被害カ財產ニ對スルトキハ之ヲ許スコトヲ得ヘシト然レトモ告訴權ハ公法上ノ權利ニシテ被害者ノ專有スル所ニ係レハ財產ニ對スル場合ナルト否トヲ區別セス意思ノ代理ヲ許スヘキニアラス唯法人及ヒ無能力者ノ場合及ヒ特許權侵害等ノ場合ニハ法律ヲ以テ告訴ニ付キ意思ノ代理ヲ許シタルモノトス告訴ノ權ハ權利者ノ專有ニ屬スルモノナレハ其死亡ニ因リテ消滅シ其相續人ニ移轉スルモノニアラス告訴ノ内容ニ屬スル條件ハ或犯罪カ追追セラルルヲ求ムル意思ノ明示セラルルコトはナリ故ニ親告訴ヲ職權追追ノ犯罪トシテ告訴スルモ其故アリ何トナレハ告訴人ハ必スシモ犯罪所爲ノ法律上ノ性質ヲ知悉スルヲ要セス告訴ノ意思アルヲ以テ足レハナリ

告訴ニ係ル犯罪所爲ハ審理判決ノ目的トナル所爲ト同一ノ範圍ヲ有ス是ヲ以テ告訴人ハ犯罪ノ客觀的外形ヲ表示スルヲ以テ足レリトス故ニ告訴狀ニハ犯罪所爲ノミヲ掲ケ追追スヘキ其人ヲ表示スルヲ要セス指名告訴ノ場合ニ於テ指名人カ犯罪人ニアラサルコト明確トナリタルトキニモ犯罪所爲カ告訴ノ目的トナル以上ハ其犯罪ニ干與シタル者ハ何人タルヲ問ハス其者ニ對シ告訴ハ其效

アルモノトス去レハ眞ノ犯罪人發覺シタルトキニ更ニ其者ニ對シ告訴ヲ爲スヲ要セサルナリ

告訴ニ條件又ハ制限ヲ附シタルトキハ告訴ハ有效ナリヤ否ヤニ付テハ數說アレトモ此問題ハ告訴ノ性質ニ於テ判斷スヘキモノトス即チ告訴ハ犯罪ノ追追ヲ求ムル意思ナリ故ニ之ニ附加シタル條件又ハ制限ニシテ追追ヲ求ムルノ意ナキモノト看做サルニ至レハ告訴ハ全ク無効ナリトス

(一) 停止條件ナルト解除條件ナルトヲ區別スルヲ要ス而シテ停止條件ハ告訴ヲ無効タラシムルモノニシテ共犯ノ一人ハ無罪タルヘシトノ條件ヲ附シタル場合モ亦同シ告訴ハ原ト不可分ノモノナレハ此場合ニハ他ノ共犯者ヲモ追追スルノ意思ナキモノトナササルヘカラス解除條件ハ其條件ノ附加ヲ無効トス何トナレハ公訴權ニハ條件ヲ附スルヲ得サルカ故ニ告訴ニ因リテ一旦生シタル公訴權ハ解除條件ニ依リテ再ヒ消滅スヘキモノニアラサレハナリ

(二) 告訴ヲ單純ニ制限スルモ其制限ハ無効ナリ例ヘハ姦婦ニ對シテハ處罰ヲ望ムストノ制限又ハ偽版者ヲ體罰ヲ以テ處罰セラレンコトヲ望ムトノ制限ノ如キハ追追ヲ求ムルノ意思明確ナレハ其制限ヲ無効トス

告訴ハ不可分ナリ此不可分ノ原則ハ告訴ノ目的物カ犯罪所爲タルヨリ生スルモノナリ而シテ不可分ノ原則ノ適用ハ告訴ヲ以テ指名セラレサル者ト告訴ニ係ル所爲トノ關係ニ付テ行ハルモノナリ故ニ被告人ノ一人ニ對シ告訴ヲ爲セハ被告人ノ全體ニ對シ訴訟手續ヲ始ムルコトヲ得ルモノニシテ被害者カ犯罪ニ加功シタル共犯人アリヤ否ヤヲ知リ居ルコトハ必要ニアラサルナリ而シテ告訴ハ犯罪ニ加功シタル正犯、從犯教唆者及フト同シキ其犯罪所爲ニ付テモ同一所爲ノ全體及フトモノトス即チ繼續犯、連續犯ノ一部ニ對シ告訴アリタルトキハ其全部ニ及フトモノトス

告訴ノ拋棄トハ告訴ヲ爲スノ權ヲ有スル者ノ訴追ヲ欲セストノ意思表示ナリ彼ノ告訴ヲ爲サスシテ單ニ默過スルカ如キハ拋棄ニアラサルナリ而シテ拋棄ノ方式ハ取下ノ外告訴前ト雖モ有效ニ之ヲ爲スヲ得ヘク又被告人ニ對シテ之ヲ爲スト裁判所又ハ檢事ニ對シテ之ヲ爲ストニ區別ナキナリ蓋シ公訴ノ條件タル告訴ヲ被害者ノ判斷ニ任シタル以上ハ告訴ノ拋棄ヲモ被害者ニ許シ將來再ヒ起訴ヲ爲スヲ得サルノ處分ヲモ併有セシムルヲ至當トスヘク又本法第六條第二號ニ於テ拋棄ノ時期方法ヲ制限セサルヲ以テナリ或ハ告訴ハ訴追ノ條件ナレハ一旦起訴アレハ告訴ハ其目的ヲ達シタルモノナレハ之ト同時ニ告訴權ハ消滅シ之ヲ取下クルヲ得スト云フ者アリ然レトモ告訴ハ起訴ノ條件ニ止マラス告訴ナケレハ公訴ノ實行ヲモ爲スコトヲ得シテ本法第六條ノ公訴ヲ爲ス權云云ノ内ニハ公訴ノ提起及ヒ實行ヲ含ムモノナルカ故ニ告訴ハ訴訟ノ條件タルト同時ニ判決ノ條件ナリト云ハサルヘカラス是ヲ以テ判決確定スルマテハ何時ニテモ告訴ヲ取下クルコトヲ得ヘシ而シテ告訴拋棄ノ效力ハ普通通説ニ依レハ其者ノ有スル告訴權ヲ消滅セシムルニ止マリ他ノ告訴權者ニ影響ヲ及ボササルニ在リト爲ス故ニ告訴拋棄ノ結果ハ左ノ如シ

- (一) 積極ノ結果トシテハ告訴權消滅スルカ故ニ公訴權モ其條件ヲ失ヒテ消滅シ科刑權ハ實行スル能ハサルニ至リテ消滅スルヲ以テ裁判所ハ免訴ヲ言渡ササルヘカラス被害者其他告訴權利者數人アル場合ニ其一人ノ告訴拋棄ハ其者ノミノ告訴權ヲ消滅セシメ他ノ被害者ノ告訴權ハ消滅セサルカ故ニ公訴權、科刑權ハ消滅セス更ニ他ノ者ヨリ告訴ヲ爲スヲ得ヘク唯現ニ繫屬シタル訴訟ノ關係ヲ消滅セシムルニ止マルモノトス
- (二) 消極ノ結果トシテ被害者ハ再ヒ告訴ヲ爲スヲ得サルモノトス蓋シ公ノ性質ヲ有スル告訴ニ於

第三 確定判決

裁判ノ確定力ハ一定ノ事件ニ付キ將來ニ向テ權利ヲ確定スル裁判ノ性質ヲ謂フ此性質ヲ裁判ニ有セシムルハ法律秩序ノ維持ノ爲メナリ

取下ケタルトキハ他ノ共犯ニ其效力ヲ及ボスモノトス是レ不可分ノ原則ヨリ生スル結果ナリ共犯ノ一人ニ對シ既ニ判決確定シタルトキハ他ノ共犯ニ對シ告訴ヲ取下クルヲ得ス蓋シ不可分ノ原則ヲ貫ケハ一人ニ對シ判決確定シ告訴取下ノ效力ヲ及ボスヲ得サルニ至リタルトキハ總テノ共犯ニ對シ取下ヲ爲スヲ得スト論セサルヘカラス

裁判ノ確定力ハ一定ノ事件ニ付キ將來ニ向テ權利ヲ確定スル裁判ノ性質ヲ謂フ此性質ヲ裁判ニ有セシムルハ法律秩序ノ維持ノ爲メナリ

裁判ハ如何ナル部分カ確定スルヤノ問題ニ付キ從來ヨリ主文ノミカ確定スルトノ説ト理由モ亦確定力ヲ有ストノ説アリト雖モ此裁判確定力ノ範圍ノ問題ハ主文ト理由トノ區別ノ問題ニ關係ナク一定ノ事件ニ關スル請求ノ有無カ確定スルモノナリ

裁判ノ確定力ヲ生スヘキ時期ハ上訴又ハ故障ヲ以テ裁判ヲ攻撃スル能ハサルニ至ルトキナリ故ニ上告裁判所ノ判決ハ言渡ト同時ニ確定スルコトアリ又第一審第二審ノ判決ハ上訴期間ヲ經過シテ確定スルニ至ル而シテ上訴故障ヲ以テ攻撃スル能ハサルニ至リタル裁判ノ性質ヲ形式上ノ確定力ト稱シ之ニ對シ一定ノ事件ニ付キ當事者ニ對シ權利ヲ確定スル裁判ノ性質ヲ實體上ノ確定力ト稱ス

確定力ヲ有スヘキ裁判ハ如何ナルモノナルヤ見ルニ判決ニ制限セラルルモノニ非ス又本案ノ裁判ニ限ラレサルハ明カナリ先ツ本案ノ判決ニ付テハ一事不再理ノ效力ヲ生スル故ニ確定力ヲ有スルコト疑ナシ又公訴ノ受理ノ判決ハ同一ノ狀態ニ於テハ再ヒ公訴ヲ提起スルコトヲ得サルカ故ニ將來ニ

向テ他ノ訴訟ニ對シ一種ノ確定力ヲ有ス管轄違ノ判決ハ其言渡ヲ爲シタル裁判所ニ對シテ再ヒ同一ノ事件ヲ起訴スルヲ得サルカ故ニ他ノ訴訟ニ對シ是亦一種ノ確定力ヲ有ス而シテ刑事訴訟法ハ判決ノ外向ホ明文ヲ以テ他ノ裁判ニモ確定力ヲ有セシム免訴ノ豫審終結決定ハ第一七五條ニ依リ無罪ノ判決ト同一ノ確定力ヲ有ス但證據不十分ナルニ由リ免訴ヲ言渡シタル決定ハ新證據アレハ再起訴ヲ爲スヲ得ルカ故ニ條件付ノ確定力ヲ有スルニ止マルナリ又違警罪即決言渡、間接國稅犯則處分ノ如キハ違警罪即決例第七條、間接國稅犯則者處分法第一一條乃至第三條ニ依リ判決ト同シク確定力ヲ有ス而シテ中間判決公判ニ付スル豫審終結決定ノ如キハ他ノ訴訟ニ對シ效力ヲ及ホササルモ之ヲ言渡シタル訴訟ニ於テ當事者及ヒ裁判所ヲ拘束スル效力ヲ有スルモノトス又外國裁判所ノ裁判ハ內國ニ於テ確定力ヲ有セサルモ內國裁判權ニ基ク裁判ナリモ特別裁判所ノ裁判モ亦確定力ヲ有スルモノナリ

確定裁判ノ效力ハ刑事訴訟ニ於テハ民事訴訟ト異ナリ一事不再理ノ原則ニ關係アリ蓋シ刑事訴訟ニ於テハ裁判ノ確定力ハ權利拘束ノ效力ト同シク同一事件ヲ再ヒ訴フルヲ得サラムルモノニシテ民事訴訟ニ於テハ確定判決ト異ナル内容ノ裁判ヲ爲スヲ得サラムル實體上ノ抗辯ナレハナリ一事不再理トハ同一事件即チ同一被告人ニ對スル同一犯罪事實ニ付キ數多ノ訴訟カ生セサルヲ謂フ故ニ一事不再理ノ原則ノ内容ハ次ノ二事項ヲ含ム

- 一 一ノ被告人ニ對スル一ノ犯罪事實ニ付キ確定裁判アレハ同一事件ニ付キ新ナル訴訟カ起ルコトナシ此禁制ハ裁判ノ確定力ニ依リ公訴權カ消滅スルカ爲メニ認メラル所ナリ
- 二 一ノ被告人ニ對スル一ノ犯罪事實ニ付キ公訴カ裁判所ニ繫屬スルトキハ同一事件ニ付キ新ナル

ハ特ニ七人ノ判事ヲ以テ組織シタル部ニ於テ審問裁判スルモノトス

第四、大審院 大審院ハ最高裁判所ニシテ控訴院ト同シクハ二以上ノ民事部ヲ設ク大審院ニ院長ヲ置キ一般ノ事務ヲ指揮監督セシム其公延ニ於テ審問裁判スヘキ事件ハ七人ノ判事ヲ以テ組織シタル部ニ於テシ其中一人ヲ裁判長トス大審院ニ於テ或訴訟事件ノ上告ニ付キ審問シタル後法律上同一ノ點ニ付キ嘗テ一若クハ二以上ノ部ニ於テ爲シタル判決ト相反スル意見ヲ有スルトキハ其部ヨリ之ヲ大審院長ニ報告シ大審院長ハ其報告ニ依リ事件ノ性質ニ從ヒ民事ノ總部又ハ民事及ヒ刑事ノ總部ヲ聯合シテ再審問裁判ヲ爲スコトアリ而シテ聯合部ノ判事ハ悉ク出席スルコトヲ要セサルモ少クトモ三分二以上出席スルコトヲ要ス聯合部ノ判事中官等最モ高キ者ヲ部長ト爲シ或ハ大審院長ハ至當ナリト認ムルトキハ自ら部長タルノ權ヲ有ス此ノ如ク大審院ニ限リ特ニ鄭重ナル手續ヲ要スル所以ノモノハ最高唯一ノ裁判所ナルヲ以テ法律ノ統一ヲ圖ルカ爲メ一度爲シタル判決ハ容易ニ之ヲ變更セサルノ趣旨ニ基クモノナリ蓋シ大審院ニシテ上告ノ都度同一ノ法律點ニ付キ區區タル判例ヲ出ストキハ裁判ノ信用ヲ保ツヲ得サルヲ以テナリ

第二款 裁判所ノ職員

裁判所ノ職員ハ裁判所構成法ニ依レハ判事、檢事、裁判所書記、執達吏及ヒ延丁即チ是ナリ其要領ヲ說明スレハ左ノ如シ

第一判事 判事ハ總テ裁判事務ヲ掌ル官吏ニシテ判事ニ任セラルル準備、資格等ニ付テハ裁判所構成法第五七條以下又判事ノ法律上ノ地位ニ付テハ構成法第六七條以下ヲ參照スヘシ

第二 裁判所書記 裁判所書記ノ資格等ニ付テモ構成法第八五條以下ヲ參照スヘシ裁判所書記ノ職務

ニ付テハ調書作成、書類送達、當事者呼出、書類認讀、執行文付與其他文書ノ往復、會計事務等ヲ取扱フ

者ナリ而シテ判事カ裁判事務ヲ取扱フニ付テ補助ヲ爲スヘキモノナリ判事ト裁判所書記ハ民事裁判所

ノ構成上必要缺クヘカラサル職員ナリ

第三 執達吏 執達吏ノ資格ニ付テモ構成法第九四條以下其職務ニ付テハ民事訴訟法第九五條以下其規則

ヲ參照スヘシ執達吏ノ主たる職務ハ強制執行ノ機關トシ執行行為ヲ實施スルコト並ニ書類送達ヲ爲ス

コトニ在リテハ其詳細ハ構成法、訴訟法、執達吏規則ヲ見ルヘシ

第四 檢事 檢事ノ資格ニ付テハ構成法第五七條以下及ヒ第七九條以下ヲ參照スヘシ檢事ノ職務ハ主

トシテ刑事ノ公訴ヲ提起シ其他公訴ニ關シ必要ナル手續ヲ爲スニ在リト雖モ民事訴訟ニ付テモ檢事カ

必要ト認メタルトキハ其通知ヲ求メ且訴訟ニ付テ意見ヲ述フルコトヲ得ヘシ(裁權六條)而シテ通常檢

事カ民事訴訟ニ於テ意見ヲ述フル爲メ口頭辯論ニ立會スル場合ハ民事訴訟法第四二條ニ規定セリ其他

人事訴訟手續法ニ於テ民事訴訟ニ干與スルコトアリト雖モ人事訴訟ニ付テハ當事者ト

右ニ違フル所ハ檢事カ公益ノ代表者トシテ訴訟ニ干與スル場合ナリト雖モ人事訴訟ニ付テハ當事者ト

爲ルコトアリ即チ婚姻事件、養子縁組事件、親權ニ關スル訴訟、監居取消、禁治産ニ關スル事件ニ付テハ當

事者トシテ其事件ヲ取扱フ又民事訴訟法第一〇二條ノ場合ニ於テハ檢事ハ當事者ト爲リテ抗告ヲ爲ス

者ナリ

檢事カ當事者ト爲ル場合ハ恰モ一私人カ當事者タル場合ト同一ナリト雖モ檢事ノ職務上當事者ト爲ル

者ナレハ一私人ノ資格ニ於テ當事者ト爲ル者ニ非サルコトニ注意セサルヘカラス檢事カ當事者ト爲ル

スシテ訴訟ニ干與スル場合ハ訴訟ノ必要條件ニ非ス故ニ檢事カ口頭辯論ニ立會セス若クハ裁判ニ付テ

意見ヲ述ヘサルモ之カ爲メニ裁判上ノ理據ヲ來スモノニ非ス

第五 延丁 延丁ハ官吏ニ非スシテ裁判所ノ吏員ナリ其事務取扱等ニ付テハ構成法第一〇一條第一〇

二條ヲ參照スヘシ

第三款 裁判所職員ノ除斥及ヒ忌避

裁判所職員ハ法律ニ定メタル資格ヲ有スル者ヲ以テ之ニ充ツルト雖モ其資格ヲ備フル職員ニ特定ノ原

因アルトキハ口頭審理手續ナルト書面審理手續ナルトヲ問ハス裁判ノ公正ヲ保持シ且訴訟當事者ヲシ

テ安シテ裁判ヲ受ケシムル爲メ職務執行ノ能力ヲ奪ハル其場合ハ判事及ヒ書記ニ付キ述フレハ左ノ如

シ

第一 除斥 除斥トハ法律上當然判事カ訴訟事件ヲ執行スルコト能ハサル原因ヲ謂フ裁判ノ公平ヲ缺

ク恐レアル者カ裁判ヲ爲スヘキハ裁判ノ威信ヲ失フコトアルカ故ニ法律ハ一定ノ原因ヲ限リ其原因アル

判事ハ職務ヲ當然行フコト能ハサル者ト爲セリ即チ除斥ハ判事カ公正ノ裁判ヲ爲ス能ハサル恐レアル

判事又ハ其婦カ訴訟事件ノ當事者ナルトキ又ハ其訴訟事件ニ付キ當事者ト共同權利者、共同義務

者擔保義務者、若クハ遺遺者タル關係ヲ有スルトキ

(二) 判事又ハ其婦カ當事者ノ一方又ハ雙方又ハ其配偶者ト親族ナルトキ但姻族ニ付テハ婚姻關係カ止

ミタルトキト雖モ亦同シ

ナリ(三六條三項)忌避ノ申請ニ付テハ裁判所ハ決定ノ形式ヲ以テ其當否ヲ裁判ス忌避ノ申請カ理由アリト認メタルトキハ忌避セラレタル判事ハ其事件ニ付キ職務執行ノ權ヲ奪ハル反之忌避ノ申請カ不當ナリト宣言セラレ當事者不明ナルトキハ其決定ニ對シ即時抗告ノ形式ヲ以テ不服申立ヲ爲スコトヲ得ヘシ(三八條)忌避ノ申請アリタルトキハ裁判ノ公正ヲ得ル爲メニ忌避セラレタル判事忌避申請ニ付テハ裁判ノ完結スル迄急速ヲ要スル訴訟上ノ行爲以外ノ行爲ハ之ヲ爲スコトヲ得ス(三九條)

第三 回避 判事ハ自ら職務執行ヲ避クルコトヲ得ヘシ即チ判事自ラ除斥ノ原因或ハ其他ノ事由ニ因リテ自ラ裁判ヲ爲スコトヲ避ケント欲スルトキハ忌避ノ申請ニ付テハ管轄裁判所ニ其旨ヲ申出テ裁判所ハ其理由アリキヤ否キヤヲ裁判スルコトヲ要ス但其裁判ハ豫メ當事者ヲ審訊セスシテ之ヲ爲シ又其裁判ハ之ヲ當事者ニ送達スルコトヲ要セス(四〇條)

以上三箇ノ場合ハ裁判所書記ニモ準用セラル而シテ裁判ヲ必要トスルトキニハ裁判所書記所屬ノ裁判所之ヲ爲ス裁判所書記モ獨立ノ職權ヲ有シ若シ偏頗ノ行爲ヲ爲スカ或ハ判事除斥ノ原因アル如キ場合ハ其事件ノ裁判ニ對シ影響ヲ及ホスコトアルヲ以テ特ニ除斥、忌避ノ規定ヲ裁判所書記ニモ準用スト爲シタル所以ナリ

裁判所吏員タル執達吏ニ付テモ亦執達吏規則ニ於テ職務ヲ取扱フ能力ヲ失フ場合ヲ規定セリ(執達吏規則八條)

以上述べタル判事並ニ裁判所書記カ除斥又ハ忌避ノ原因アルニ拘ハラズ訴訟ニ干與シテ裁判ヲ爲シタルトキハ其裁判ハ當然無効ノモノニ非ス其裁判ハ上訴若クハ再審ノ訴ニ依リテ取消サル迄ハ當事者ヲ拘束スル效力ヲ有ス故ニ第一審ニ於テ除斥忌避ノ原因アルニ拘ハラズ裁判ヲ爲シタルトキハ控訴ニ

依リテ不服申立ヲ爲スコトヲ得ヘク第二審ナルトキハ上告ノ方法ニ依リ又抗告ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得ル裁判ニ付テハ抗告ノ方式ニ依リテ除斥又ハ忌避ノ原因ヲ主張シ其裁判ノ取消ヲ求ムルヲ得ヘク確定判決ニ對シテハ取消ノ訴ニ依リテ不服ヲ主張スルコトヲ得ヘシ(四三六條四六八條四二三條四五五條)

第三編 當事者

第一章 當事者能力

當事者トハ訴訟ノ主體ヲ謂フ訴訟主體トハ自己ノ名ニ於テ訴訟行爲ヲ爲ス權利主體ヲ謂フ當事者ヲ分チテ主タル當事者ト從タル當事者ト爲ス主タル當事者トハ其當事者ニ依リ訴訟關係ノ成立スル權利主體ヲ謂フ從タル當事者トハ他人間ノ訴訟ニ參加スル權利主體ヲ謂フ從參加人ノ如キ即チ是ナリ其詳細ノ説明ハ從參加ノ章ニ於テ爲スヘシ主タル當事者ハ原告及ヒ被告ナリ原告トハ自己ノ私法上ノ權利ニ付テ裁判ヲ要求スル權利主體ヲ謂ヒ被告トハ原告ヨリ相手方トシテ應訴ヲ爲シ且裁判ニ服從スヘキコトヲ要求セラルル權利主體ヲ謂フ原告及ヒ被告ナル名稱ハ訴訟ノ進級ニ依リ之ヲ異ニス即チ控訴審ニ於テハ控訴審ノ裁判ヲ要求スル者ヲ控訴人ト謂ヒ其相手方ヲ被控訴人ト謂フ上告審ニ於テハ上告人及ヒ被上告人ト稱ス強制執行手續、假差押及ヒ假處分手續、督促手續ニ於テハ其手續ヲ要求スル權利主體ヲ債權者ト謂ヒ其相手方ヲ債務者ト稱ス債權者債務者ナル名稱ハ民法上ノ意味ヲ有スルモノニ非スシテ手續ヲ要求スル者換言スレハ積極的當事者ヲ債務者ト稱シ其反對ノ地位ニ立ツ者ヲ債權者ト稱ス當事者能力即チ訴訟主體ナルコトヲ得ヘキ能力ハ民事訴訟法ニ於テ之ヲ定ムヘキナリト雖モ我現行法ハ

其規定ナシ故ニ理論ニヨリ之ヲ定メサルヘカラス法律上ヨリスレハ訴訟主體タル能力ハ私法上ノ權利主體タルコトヲ得ル結果ナリ蓋シ自ラ私法上ノ私權ヲ享有スヘキ場合ニ於テ始メテ其保護ヲ要求ス裁判所ニ對シテ爲シ得ヘキモノニシテ自己カ私法上ノ利益ヲ享有スル能力即チ權利主體タル能力ナクシテ私法上ノ利益保護ヲ裁判所ニ要求スルコトヲ得サレハナリ是ヲ以テ私法上ノ權利主體タル能力ヲ有スル者ハ必ス當事者能力ヲ有スト謂ヘサルヘカラス獨逸民事訴訟法ニ於テハ權利能力ヲ有スル者ハ當事者能力ヲ有スト規定セリ我民事訴訟法ハ特ニ此ノ如キ規定ヲ存セサレトモ其同一精神タルコト疑ナシ而シテ當事者能力ヲ有スルニハ自ラ訴訟行爲ヲ爲シ或ハ法律行爲ヲ爲スノ能力アルコトヲ必要トセサルヤ明カナリ私法上權利主體タル能力ノ有無ハ實體法ニ依リテ定マルヘキヲ以テ當事者能力アルヤ否ヤノ判斷ニ付テモ實體法ノ規定ニ基キ之ヲ定メサルヘカラス我民法ノ規定ニ依レハ當事者能力ヲ有スル者ハ自然人及ヒ法人ニシテ唯疑ノ存スルハ民事訴訟法第一四條第一三八條ノ規定ニ依リ其資格ニ於テ訴ヘラルコトヲ得ル會社又ハ社團是ナリ一ハ其裁判籍ニ付テ規定シ一ハ其送達ニ付テ規定セリ此兩條ニ所謂資格ニ於テ訴ヘラルコトヲ得ル會社、社團ハ私法上權利ノ主體ニ非スシテ訴訟主體即チ當事者タリ得ル者ヲ謂フ獨逸「ワッパ」ハ之ヲ稱シテ形式の當事者ナリト言ヘリ獨逸商法ニ依レハ合名會社、合資會社ノ如キハ法人トシテ認メラレサルモ裁判所ニ訴ヘ若クハ訴ヘラルコトヲ得ルモノト爲セリ其他營業組合ノ如キ亦然リ我國ニ於テハ實體法上人格ナクシテ訴訟當事者ト爲リ得ヘキ規定存セサルカ如シ民事訴訟法第一四條、第一三八條ハ裁判籍ヲ定ムルノ必要ト送達ヲ爲ス便宜上ノ規定ニ外ナラサルヲ以テ人格ナキ社團等ニ對シ民事訴訟法ニ於テ當事者能力ヲ與ヘタルモノト謂フコトヲ得ス要スルニ資格

第二章 訴訟能力

ニ於テ訴ヘ若クハ訴ヘラルコトヲ得ル社團、財團等ノ如何ハ實體法ニ依リテ定マルモノトス只檢事カ人事訴訟ニ於テ當事者ト爲ル場合ハ例外トス
當事者能力ト訴訟能力トヲ混同スヘカラス前者ハ訴訟主體タルノ能力ニシテ後者ハ自ラ訴訟行爲ヲ爲スノ能力ナリ故ニ訴訟能力ヲ有スル者ハ當事者能力ヲ有スルコト勿論ナルモ當事者能力ヲ有スル者ハ訴訟能力ヲ有スル者ト謂フコトヲ得ス

訴訟能力トハ訴訟行爲ヲ爲スノ能力ヲ謂ヒ訴訟行爲トハ訴訟法上ノ效果ヲ發生スル意思表示ヲ謂フ其意思表示ハ要式行爲ト不要式行爲トノ二種アリ而シテ訴訟能力トハ訴訟法上有效ナル效果ヲ發生スヘキ意思表示ヲ爲スノ能力ヲ謂フ其意思表示ハ自己ノ訴訟ナルト他人間ノ訴訟ナルトヲ問ハス又自ラ裁判所ニ於テ意思表示ヲ爲ス場合又ハ代理人ニ委任シテ爲ス場合トヲ問ハス換言セハ裁判外ニ於テ訴訟上ノ效果ヲ發生ヲ目的トスル意思表示ヲ謂フ其意思表示ヲ有效ニ爲シ得ル者ハ訴訟能力ナリ例ヘハ法廷ニ於テ口頭辯論ヲ爲シ又ハ辯護士ニ對シテ訴訟委任ヲ爲シ執達吏ニ對シテ執行行爲ヲ委任スルカ如キハ皆訴訟行爲ニシテ此等ノ行爲ヲ有效ニ爲シ得ル者ヲ訴訟能力者ト爲ス

第一 訴訟能力者

訴訟能力者ハ現行法ノ下ニ於テハ成年者ナリトス訴訟能力者ハ未成年者、禁治產者、準禁治產者及ヒ妻ナリトス此等ノ者ノ爲シタル訴訟行爲ハ一定ノ條件ヲ備ヘサルトキハ全然無効ノモノナリ民事訴訟法上ノ行爲ニ付テハ民法ノ如ク取消シ得ヘキ行爲ヲ認メス民事訴訟法第四三條ニ依リ原告若クハ被告カ

自ラ訴訟ヲ爲シ又ハ訴訟代理人ヲシテ之ヲ爲サシムル能力、法律上代理等ニ付テハ民法ノ規定ニ從フアリテ民法ノ法律行為ノ能力ニ關スル規定ハ直チニ取リテ訴訟行為ニ適用スルコトヲ得ヘキカ如シ然レトモ後述スルカ如ク訴訟行為ハ法律行為ニ非ス且訴訟行為ヲ爲スノ能力如何ハ民法ニ於テ決スヘキ問題ニ非ス訴訟法ニ於テ定メサルヘカラス故ニ獨逸民事訴訟法ニ於テハ訴訟能力ノ規定ヲ設ク即チ人ハ契約ニ依リテ義務ヲ負ヒ得ル程度ニ於テ訴訟能力ヲ有ス但妻ハ訴訟能力ニ付テ制限ナシト規定セリ我改正案ニ於テモ當事者能力ヲ有スル者ハ獨立シテ法律行為ヲ爲シ得ル限度ニ於テ訴訟能力ヲ有ス準禁治產者及ヒ妻ハ認許ヲ受ケテ爲スコトヲ得ル法律行為ニ關シテモ訴訟能力ヲ有スト規定セリ然ルニ現行法ノ下ニ於テハ民法ノ規定ニ從フト爲セルヲ以テ訴訟能力如何ハ民法ニ所謂行為能力ト同一ト爲スヘキカ如ク從テ訴訟法ニ於テモ取消シ得ヘキ訴訟行為ヲ認メラルモノト解スヘキカ如シ然レトモ訴訟法ニ於テモ取消シ得ヘキ行為ヲ認ムルハ其精神ニ反スルヲ以テ無能力者ノ行為ハ全然無効ノモノト爲ササルヘカラス

訴訟無能力者ハ未成年者、禁治產者、準禁治產者及ヒ妻ナリ準禁治產者ハ保佐人ノ同意、妻ハ夫ノ許可ヲ得テ訴訟行為ヲ爲スヲ得ヘキモ未成年者及ヒ禁治產者ハ法律上代理人ニ依リテノミ訴訟行為ヲ爲スコトヲ得ルモノトス法律上代理人ノ如何ハ民法其他ノ特別法ニ依リテ定マレリ民事訴訟法ニ於テ法律上代理人ト言フハ民法ニ所謂法定代理人ト同一ニ非サルコトニ注意セサルヘカラス多數ノ場合ハ法律上代理人ハ法定代理人ナリト雖モ民法ノ意義如何ニ拘ハラズ訴訟法ニ於テ法律上代理人トハ法律ノ規定ニ依リ本人ニ代リテ訴訟行為ヲ爲スノ代理權ヲ有スル者ヲ謂フ例ヘハ支配人ノ如キ又法律上代理人ナリ訴訟無能力者ハ法律上代理人ニ依ラサレハ訴訟行為ヲ爲シ得サルヲ原則トス然ラサル場合ノ行為

ハ全ク無効ナリ例外トシテ訴訟無能力者ノ訴訟行為ヲ爲ス能力ヲ認メタル規定アリ即チ人事訴訟手續法第三條ニ於テ無能力者カ婚姻ノ無効若クハ取消、離婚又ハ同居ニ關スル訴訟行為ヲ爲ス場合ニ其法定代理人、補佐人又ハ夫ノ同意ヲ得ルコトヲ要スト爲セルヲ以テ此訴訟ニ限り本來ノ無能力者ト雖モ訴訟能力者トス只意思能力ナキ訴訟無能力者カ身分上ニ關スル訴訟ヲ爲サントスル場合ニハ其方式如何ハ特ニ規定スル所ナシ親權者若クハ後見人ノ代表權ハ財產權ニ限ルモノナリ身分上ニ付テハ其代理權ナシ故ニ民法第八八條ノ規定ニ從テ特別代理人ヲ選任スルコトヲ得ス此規定ハ財產上ノ利害相反スル行為ニ付テノミ適用アルモノナレハ身分上ノ關係ニ付テハ適用スルコトヲ得ス此場合ニハ意思能力ナキ未成年者ハ身分上ノ訴ヲ起スコトヲ得サルモノト謂ハサルヘカラス其無能力者カ自ラ訴訟ヲ爲ス場合ニハ人事訴訟手續法第三條二項ノ規定ニ依リ受訴裁判所ノ裁判長ハ辯護士ヲ訴訟代理人ニ選任スルコトヲ得ヘシ

第二 外國人ノ訴訟能力

外國人ニ關スル訴訟能力ニ付テハ特ニ民事訴訟法ニ規定セリ即チ外國人ハ自國ノ法律ニ從ヒ訴訟能力ヲ有セサルモ日本ノ法律ニ從テ訴訟能力ヲ有スルトキハ之ヲ訴訟能力者ト看做ス(四四條)法例第三條ノ規定ノ趣旨ト同一ナリ法例第三條ハ法律行為ニ關スル規定ニシテ直チニ取リテ訴訟能力ノ規定ト爲スヲ得ス民事訴訟法ノ規定ニ依レハ外國人ハ其本國法ニ於テ訴訟能力ヲ有セサルトキハ日本裁判所ニ於テ訴訟能力アルコトハ當然ナリト雖モ假令本國法ニ依リ訴訟能力ヲ有セサルトキト雖モ日本法律ニ從ヒ訴訟能力ヲ有スルトキハ其外國人カ日本ニ住所ヲ有スル場合ナルト否トヲ問ハス雖モ日本法律ニ於テ訴訟能力者ト看做サル日本法律ニ依レハ訴訟能力者ニシテ外國法律ニ依レハ訴訟無能力者ナルカ爲

メ其法定代理人アル場合ニ法定代理人ヨリ日本裁判所ニ訴ノ提起其他ノ訴訟行為ヲ爲スコトヲ得ルヤ否ヤト言フニ法定代理人ハ日本裁判所ニ於テハ本人ノ爲メニ訴訟行為ヲ爲スヲ得サル者ト言ハサルヘカラス如何トナレハ其外國法ニ從ヘハ無能力者タルトキト雖モ日本ノ法律ハ之ヲ能力者ト看做シ法定代理人ノ存在ヲ認メサレハナリ

第三 訴訟能力審査

訴訟能力ノ有無ニ付テハ裁判所ハ訴訟ノ如何ナル程度ニ在ルヲ問ハス即チ上級審ナルト下級審ナルトヲ問ハス職權ヲ以テ其能力ノ如何ヲ審査セク又法律上代理人カ訴訟ヲ爲ス場合ニハ其法律上代理人タル資格竝ニ法律上代理人カ訴訟ヲ爲スニ必要ナル授權アリヤ否ヤヲ審査セサルヘカラス(四五條一項)法律カ此等ノ事項ニ付テ職權調査ヲ認メタル理由ハ若シ其條件ニ欠缺スル所アレハ其訴訟行為カ無効ト爲スヘキヲ以テナリ即チ此等ノ事項ハ訴訟ノ有效條件ナリ即チ其條件ニ欠クル所アレハ訴訟行為ハ全然無効ト爲ルヲ以テ口頭辯論ヲ經テ爲ス手續ニ於テハ口頭辯論ニ於テ口頭辯論ヲ經サル手續ニ於テハ書面上ノ審理ニ依リ其要件ヲ審査セサルヘカラス此等ノ事項ハ當事者ノ處分權ノ範圍ニ屬セサルモノナリ

右ノ條件ニ欠缺アリタルトキハ訴訟行為ハ無効ナルヲ以テ此等ノ者ノ提起シタル訴ハ直チニ却下スヘク若シ控訴、上告、抗告ノ行為等ナルトキハ孰レモ之ヲ不適法トシテ却下セサルヘカラス然レトモ此等ノ條件欠缺ノ爲メニ訴訟行為ヲ全然無効ノモノト爲ストキハ當事者ハ後日再ヒ訴訟ヲ爲スノ必要生スヘキヲ以テ便宜上法律ハ一ノ救済方法ヲ認メタリ即チ裁判所カ訴訟行為ヲ無効トスルカ爲メ再度爲スヘキ訴訟行為ヲ遅延スル結果ヲ來シ之カ爲メニ原告若クハ被告ニ危害ヲ及ホスノ恐アルトキ且條件欠

缺ノ補正ヲ爲サシムルコトヲ得ルモノト認メタルトキハ原告若クハ被告其法律上代理人ニ欠缺補正ヲ爲スヘキ條件ヲ以テ條件附ニ訴訟行為ヲ爲スコトヲ許セリ(四五條二項)此場合ニ於テハ裁判所ハ欠缺ヲ補正スル爲メ相當ノ期間ヲ定ムルコトヲ要ス此期間ハ當事者ノ合意ニ依リ伸長スルヲ妨ケス又裁判所ノ定メタル期間内ニ欠缺補正ヲ爲ササルモ其事件ノ口頭辯論終結ニ至ル迄ハ之ヲ追完スルコトヲ得ヘシ書面審理ノ手續ニ於テハ期間内ニ補正スルニ非サレハ追完スルヲ得ス而シテ欠缺ノ補正アリタルトキハ其訴訟行為ハ既往ニ過リテ全然有效ト爲ル若シ欠缺補正ヲ爲ササルトキハ訴訟行為ハ全ク無効ト爲ルモノトス而シテ裁判所カ欠缺補正ヲ命スル爲メニ期間ヲ定メタルトキハ其期間内ハ判決其他裁判ヲ爲スコトヲ得サルモノトス茲ニ所謂危害ノ恐レトハ例ヘハ上訴ノ如キ若シ欠缺ノ補正後ニ更ニ上訴ノ手續ヲ爲サントスルトキハ期間ノ經過ニ依リ上訴權ヲ喪失スルノ結果ヲ來ス場合ノ如シ又假差押假處分ノ手續、證據保全ノ手續ノ如キ急速ニ其訴訟行為ヲ處理スルニ非サレハ當事者カ損害ヲ受クル場合ノ如キヲ言フナリ此等ノ損害ヲ救済スルカ爲メニ第四五條ノ規定ハ認メラレタルモノナリ(改正案五九條)

第四 特別代理人ノ選任

訴訟能力ノ欠缺シタル者ヲ被告トシテ訴ヲ提起セントスルニハ原告ノ申立ニ依リ受訴裁判所ノ裁判長ハ特別代理人ノ選任ヲ爲スコトヲ得ヘシ其特別代理人ハ法律上代理人ト同一ノ權限ヲ有スル者ニシテ受訴裁判所ノ裁判長即チ原告カ後日訴ヲ提起セントスル裁判所ノ裁判長之ヲ選任スヘキナリ其場合ニアリ即チ左ノ如シ(四六條)

(一) 法定代理人ナキ訴訟無能力者又ハ相續人未定ノ遺産又ハ不分明ナル相續人ニ對シテ訴ヲ起サント

スルニ際シ遲滞ノ爲メ危害ノ恐アルトキ(四六條一項)
訴訟無能力者ノ何モノタルコトハ已ニ述ヘタリ相續人未定ノ遺産トハ遺産ハ存在スルモ未タ相續人ノ定マラサルモノヲ謂ヒ不分明ナル相續人トハ相續人ハ在存スルモ何人カ相續人ナルヤノ不明ナル場合ヲ謂フ此等ノ者ニ對シ訴訟ノ原告タル者ヨリ訴ヲ起サントスルニ該リ若シ無能力者ノ法定代理人ノ任設セラレ或ハ相續人ノ確定スルニ至ル迄訴ヲ起スコトヲ猶豫スルトキハ之カ爲メ原告ノ損害ヲ及ホスコトアル場合ニ於テ特別代理人ノ任設ヲ申請スヘキモノナリ

(二) 生徒、雇人、商業使用人其他職工、習業者ノ如キ第一五條ニ掲ケタル性質上永ク一定ノ地ニ寓在スル者ニ對シ其寓在地ノ裁判所ニ訴ヲ起サントスルトキ及ヒ兵役義務履行ノ爲メニノミ服役スル軍人軍屬ニ對シテ其兵營地若クハ軍艦定繫所ノ裁判所ニ訴ヲ起サントスルトキ此等ノ者カ無能力者ニシテ其法定代理人他ニ住スル場合(四七條一項)

右二箇ノ場合ニ於テ其訴訟事件ノ繫屬スヘキ裁判所ノ裁判長ハ申立ニ因リ特別代理人ヲ任命スルコトヲ得此二箇ノ場合ニ特別代理人ヲ任命スルハ訴訟ノ被告ト爲ル者ノ爲メニノミ選任スルコトヲ得ルモノニシテ原告ノ爲メニハ特別代理人ノ任命ヲ許ササルモノナリ第四六條ノ明文ニハ「訴ヲ起ス可キ場合ニ於テ」規定シ又第四七條ニハ「訴ヲ受ク可キ場合ニ於テ」規定セリ此等ノ文字ニ依リテ疑ナキモミナラス特別代理人ヲ必要トスル立法上ノ理由ハ原告カ私法上ノ利益ニ付キ權利ヲ行使セントスルモ其相手方タルヘキ者無能力者若クハ未定ノ遺産相續人又ハ不分明ノ相續人ナルニ因リテ完全ニ訴ヲ提起スルコトヲ得ス隨テ其權利ノ救済ヲ求ムルコト能ハス又第一五條ノ規定ニ基キ永ク一定ノ地ニ寓在スル者ニ對シ訴ヲ起スヘキ場合ニ於テ其訴訟無能力者ノ法定代理人カ寓在地以外ノ地ニ住スルトキ

ハ被告ノ普通裁判籍ニ訴ヲ起スヘキモノトセハ此特別裁判籍ヲ設ケタル立法上ノ趣旨ニ反スルコトナシトセズ即チ原告ノ便宜上特別裁判籍ヲ定メタルニ拘ハラズ其法定代理人カ他ノ地ニ居住スルノ理由ヲ以テ無能力者等ノ寓在地ニ訴ヲ起スコトヲ得サルニ至ルハ立法上ノ趣旨ニ反ルカ故ニ特別代理人ヲ任スルコトヲ得ルノ規定ヲ設ケタルナリ故ニ被告ノ爲メニノミ特別代理人ヲ任設スヘキモノナルコトハ疑ナキ所トス次ニ原告カ其寓在地ニ在ル無能力者ニ對シテ訴ヲ起サントスル場合ニ限リ特別代理人ノ任命ヲ爲スコトヲ得ヘキモノナレハ訴訟ノ進行中被告カ訴訟能力ヲ失ヒ若クハ法定代理人カ代理權ヲ失フカ或ハ法定代理人カ他ノ地ニ居住スルコトアル場合ト雖モ特別代理人ヲ任命スヘキモノニ非ス訴訟進行中訴訟能力又ハ代理權ヲ失ヒタルトキハ訴訟手續ノ中断ヲ生スルモノニシテ本條ノ場合ニ該當セス

右ニ述ヘタル第一ノ場合ニ於テ特別代理人ノ任命ヲ求ムルニハ

- 一 被告カ無能力者ニシテ法定代理人ヲ有セサルコト
- 二 訴訟ノ遲滞ノ爲メ原告ニ危害ノ恐アルコト
- 三 二條件ヲ必要トシ第二ノ場合ニ於テハ

一 財産權上ノ請求ニ限ルコト 即チ民事訴訟法第一五條ノ規定ハ財産權上ノ請求ニ限リ特別裁判籍ヲ設ケタルモノナレハナリ

- 二 第一五條ノ規定ニ所謂寓在地ノ裁判籍ニ訴ヲ起スヘキ場合ナルコト

- 三 訴訟無能力者カ法定代理人ヲ有スルモ其代理人カ寓在地ニ居住セサルコト
- 四 三條件ヲ必要トス而シテ第二ノ場合ハ法定代理人カ無能力者ノ寓在地以外ノ地ニ住スルコトヲ要件

トセルモ其法定代理人ノ存セサル場合ハ之ニ該當セヌ又第一ノ場合ニ於テハ訴訟遲滯ノ爲メニ危害ノ恐アルコトヲ要件トスルニ反シ第二ノ場合ニ於テ之ヲ要件トセサルハ蓋シ寓在地ノ裁判籍ハ特別裁判籍トシテ原告ノ利益ヲ計リタル場合ナレハナリ

特別代理人任命ノ申立ハ書面又ハ口頭ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得(四六條二項)書面ヲ以テスル場合ハ其申立ヲ訴訟ノ繫屬スヘキ裁判所ニ訴狀ヲ差出ス以前ニ提出スルコトヲ要シ口頭ヲ以テスル場合ハ原告カ其訴訟事件ノ繫屬スヘキ裁判所ニ於テ陳述ヲ爲シ裁判所書記ハ第一三五條ノ規定ニ從ヒ其申立ニ付テノ調書ヲ作ルモノトス此特別代理人ノ任命ニ關スル裁判ハ口頭辯論ヲ經スシテ訴訟ノ繫屬スヘキ裁判所ノ裁判長其命令ヲ以テ爲スヘキモノナリ而シテ其裁判ハ申立ヲ許容シタル場合ナルト之ヲ排斥シタル場合ナルトヲ問ハス申請人ニ送達スヘク又申請ヲ許容シテ特別代理人ヲ任設シタルトキハ之ニ對シテモ亦其裁判長ノ命令ヲ送達スヘキモノトス

特別代理人任命ノ申立ヲ却下シタル裁判ニ對シテハ其申立人ヨリ第一ノ場合ニ限リ第四五五條以下ノ規定ニ從ヒ抗告ヲ爲スコトヲ得ヘク第二ノ場合即チ寓在地ノ裁判籍ニ訴ヲ起スヘキ場合ニ於テハ抗告ヲ許サス蓋シ此場合ニ於テハ其法定代理人他ノ地ニ存在スルヲ以テ更ニ相當ノ手續ニ依リ適法ニ訴ヲ起スコトヲ得ルカ故ナラス(四六條三項四七條二項)獨逸民事訴訟法ニ於テハ此區別ヲ設クルコトナク何レノ場合ニ於テモ申請ヲ却下セラレタルトキハ抗告ヲ許セリ而シテ第二ノ場合ニ於テ其法定代理人カ他ノ地ニ居住スルコトヲ條件ト爲サス我民事訴訟法ハ之ニ反スルヲ以テ獨逸民事訴訟法ニ比シ其適用狹シ然レトモ第二ノ場合ニ於テ特別代理人ノ任命ヲ許ス以上ハ申請ヲ却下シタル裁判ニ對シテ抗告ヲ禁スルハ立法上ノ趣旨ヲ貫徹シタルモノト云フコトヲ得ス

裁判長ヨリ任命セラレタル特別代理人ハ無能力者ノ法定代理人若クハ相續人ノ出頭スル迄訴訟行為ニ付キ法定代理人ノ權利及ヒ義務ヲ有ス故ニ特別代理人ノ爲シタル訴訟行為ハ法定代理人若クハ相續人ノ爲シタルモノト同一ノ效力ヲ有シ後日訴訟ニ加ハリタル法定代理人若クハ相續人ハ特別代理人ノ爲シタル訴訟行為ヲ否認スルコトヲ得サルモノトス特別代理人ハ後ニ無能力者ノ爲メ法定代理人カ任命セラレ或ハ第四七條ノ場合ニ於テ法定代理人カ無能力者ノ寓在地ニ居住シタルカ爲メニ特別代理人ノ任務終了スルモノニ非ス法定代理人若クハ相續人カ裁判所ニ出頭シテ自ら訴訟行為ニ加ハリタルトキハ當然特別代理人ノ任務終了スヘキモノナリ(四六條四項、四七條二項)

第三章 訴訟代理人及ヒ輔佐人

訴訟代理人トハ訴訟能力者又ハ無能力者ノ法定代理人ノ委任若クハ裁判長ノ命令ニ因リ訴訟本人ニ代リテ訴訟行為ヲ爲ス者ヲ謂ヒ輔佐人トハ訴訟能力者タル本人自ら訴訟ヲ爲シ又ハ訴訟能力者ノ法定代理人カ訴訟ヲ爲ス場合ニ於テ此等ノ者ト共ニ裁判所ニ出頭シ口頭辯論ニ於テ其權利ノ伸張若クハ防禦ヲ爲ス爲メ原告若クハ被告ヲ補助スル者ヲ謂フ

第一節 訴訟代理人

訴訟代理人ニ關スル説明ヲ爲スニカリ一言スヘキハ各國ノ立法例ニ依レハ訴訟手續ニ關スル原則トシテ本人訴訟主義及ヒ辯護士訴訟主義ノ二種アリ前者ハ裁判上ト裁判外トヲ問ハス本人自ら總テノ訴訟行為ヲ爲スコトヲ得ヘキ主義ニシテ後者ハ訴訟ヲ爲サントスルニハ必ス辯護士ヲシテ爲サシムルコト

ヲ要シ本人自ラ訴訟ヲ爲スコトヲ許ササル主義ヲ謂フナリ蓋シ社會ノ關係複雑ニ赴クニ隨ヒ訴訟關係モ亦複雑ヲ來スコトハ爭ナキ所トス社會ノ關係單純ナルトキハ本人自ラ訴訟行爲ヲ爲シ自己ノ權利ヲ伸張スルコトヲ得ルモ其複雑ト爲ルニ至リテハ訴訟ヲ爲スニハ法律上ノ學識及ヒ經驗ヲ要スルニ至リ隨テ一私人カ自己ノ權利ヲ主張セントスルニハ其學識アリ且經驗アル者ニ依頼スルニ非サレハ其目的ヲ達スルコト能ハサルニ至ル茲ニ於テカ訴訟行爲ヲ自己ノ業ト爲ス者即チ辯護士ヲ生ス又一方ヨリ觀察スレハ學識經驗ナキ者カ自ラ訴訟行爲ヲ爲ストキハ無益ニ時間費用ヲ要スルニ至リ訴訟ノ終局ヲ迅速ナラシムルコト能ハス故ニ學識經驗アル者ヲシテ訴訟行爲ヲ爲サシムルノ必要アリ是ニ於テカ國家ハ辯護士制度ヲ設クルニ至ル

右ノ如ク訴訟行爲ヲ爲スコトヲ專業者ニ委任スルトキハ一方ニ於テハ當事者ノ權利ノ伸張ヲ容易ナラシメ又他ノ一方ニ於テハ訴訟ノ進行ヲ速ナラシムル公益上ノ理由ニ基キ獨逸、奧地利ノ立法例ニ於テハ合議裁判所以上ニ於テハ辯護士ニ非サレハ訴訟行爲ヲ爲スコトヲ許サス即チ強制辯護士制ヲ採用セリ然レトモ絕對ニ此主義ヲ採用スルトキハ訴訟本人ハ辯護士ニ對シテ報酬ヲ支拂フノ必要アリテ之カ爲メニ自己ノ權利伸張ヲ爲スコト能ハサル場合ナシトセス是ヲ以テ區裁判所ニ於ケル訴訟即チ輕微ナル訴訟ニ付テハ本人訴訟主義ヲ原則トシテ採用セリ蓋シ區裁判所ノ管轄ニ屬スル事件ハ輕微ナルカ故ニ特ニ當事者ヲシテ費用ヲ生セサシムルノ趣旨ニ外ナラス然レトモ本人訴訟主義ヲ採用スルトキハ訴訟本人ハ往往訴訟行爲ニ無經驗ナルカ爲メ其方法ヲ知ラサル場合ナシトセス是ヲ以テ奧地利民事訴訟法ニ於テハ區裁判所ニ於テ辯護士ニ非サル者カ口頭辯論ニ出頭シタルトキハ裁判官ハ其訴訟行爲ノ方法並ニ行爲不行爲ノ結果ヲ指示誘導シ得ルコトヲ規定シ以テ本人訴訟主義ノ缺點ヲ補ヘリ我民事訴

訟法ニ於テハ本人訴訟主義ヲ原則ト爲シ唯地方裁判所以上ニ於テハ訴訟代理人ヲシテ訴訟ヲ爲サシムルトキハ辯護士ニ委任スヘキコトヲ規定セリ

第一 訴訟代理ノ方式

地方裁判所以上ニ於テハ原告若クハ被告自ラ訴訟行爲ヲ爲ササルトキハ辯護士ヲ以テ訴訟代理人ト爲スヘキコトヲ本則トス若シ辯護士在ラサル場合ニハ訴訟能力者タル親族若クハ雇人ヲ以テ訴訟代理人ト爲シ若シ此等ノ者在ラサルトキハ他ノ訴訟能力者ヲ以テ訴訟代理人ト爲スコトヲ得(六三條一項二項)

區裁判所ニ於テハ辯護士在ル場合ト雖モ訴訟能力者タル親族若クハ雇人ヲ以テ訴訟代理人ト爲スコトヲ得ヘシ然レトモ親族若クハ雇人ナキトキハ辯護士ヲ以テ訴訟代理人ト爲ササルヘカラス若シ辯護士ナキ場合ニ於テ始メテ訴訟能力者タル他人ヲ訴訟代理人ト爲スコトヲ得ルモノトス(六三條三項)

訴訟代理人ハ當事者本人即チ行爲能力アル當事者本人若クハ其法定代理人又ハ受訴裁判所ノ裁判長ヨリ任命スルコトヲ得而シテ本人並ニ法定代理人ヨリ訴訟代理人ヲ任設スルハ民法ノ規定ニ從ヒ委任契約ニ基クモノナリ又裁判長ヨリ訴訟代理人ヲ任設スルハ其命令ヲ以テ爲スモノナリ例ヘハ人事訴訟手續法第三條ニ於テ辯護士ヲ訴訟代理人ニ選任スル場合ノ如シ尙ホ受訴裁判所ハ訴訟上ノ救助ヲ受ケタル原告若クハ被告ニ對シテ辯護士ノ附添ヲ命スルコトヲ得此場合ニ於テハ救助ヲ受ケタル本人ト辯護士トノ間ノ委任契約ニ因リ辯護士ハ訴訟代理人ト爲ルモノトス(九七條二項)

訴訟代理人ヲシテ訴訟行爲ヲ爲サシメントスル場合ニハ當事者一人ニシテ一人若クハ數人ノ代理人ヲ任設スルコトヲ得又當事者ノ多數カ一人ノ代理人ヲ設クルコトモ自由ナリ尙ホ數人ノ代理人ハ必スシ

モ同時ニ任設スルコトヲ要セス時ヲ異ニスルモ妨ケナシトモ訴訟代理人ヲ任設スルニハ別段ニ方式ヲ必要トセス法律行為ノ委任ニ關スル規定ニ從ヒ當事者ノ意思表示ノミヲ以テ足レリ然レトモ訴訟委任ハ裁判所ノ記録ニ備フヘキ書面ヲ以テ證明セサルヘカラス(六四條一項)委任契約ニ因ル訴訟代理權ノ證明スヘキ書面ハ私署證書タルト公正證書タルトヲ問ハス然レトモ私署證書ナルトキハ必ス原本ヲ裁判所ニ差出スコトヲ要ス(三四九條二項)謄本若クハ認證アル謄本ヲ差出ササルヘカラス而シテ委任ヲ證明スヘキ書面ハ裁判所ノ記録ニ備フヘキモノナリ此ノ如ク訴訟委任ヲ書面ヲ以テ證明スヘキコトヲ要スト爲シ且裁判所ノ記録ニ備フヘキモノト爲シタルハ訴訟代理權ノ欠缺アルヤ否ヤハ訴訟ノ如何ナル程度ニ在ルヲ問ハス裁判所ノ職權ヲ以テ調査スヘキ事項ニ屬シ若シ欠缺アリタルトキハ其者ノ爲シタル訴訟行為ハ全然無効ト爲ルカ故ナリ然レトモ訴訟委任ヲ證明スル方法ハ必スシモ當事者ヨリ提出スル書面ヲ以テスルコトヲ必要トセス口頭辯論ノ期日又ハ受命判事若クハ受託判事ノ面前ニ於テ當事者カ代理ヲ委任スル人ト共ニ出頭シ其者ニ對シテ訴訟代理ヲ委任スルコトヲ陳述シ之ヲ裁判所ノ調査ニ記載セシムレハ書面委任ト同一ノ效力ヲ有スルモノトス即チ訴訟委任ヲ證明スル方法ハ書面ヲ以テスルト口頭委任ノ調査ヲ以テスルノ外之ヲ許サス故ニ右二箇ノ方法ニ依リテ證明シ能ハサルモノハ訴訟代理人ニ非サルノ結果ヲ生スヘシ(六四條三項)

訴訟委任ヲ私署證書ヲ以テ證明スル場合ニハ相手方ノ請求ニ因リ之ヲ認證セシメサルヘカラス其認證ヲ爲スハ公證人若クハ相當官吏之ヲ爲スヘキモノナリ私署證書ノ認證ハ必ス相手方ノ請求ニ因ルコトヲ要シ裁判所ハ之ヲ爲サシムルコトヲ得ス(六四條二項)

第二 訴訟代理權ノ範圍

訴訟代理權ノ範圍ハ民法ノ原則ヨリスレハ訴訟代理人ト當事者トノ間ニ於ケル委任契約ノ範圍ニ從テ定マルモノニシテ其代理權アリヤ否ヤハ實體法ノ規定ニ依リテ判斷スヘキモノナリ然ルニ民事訴訟法ハ反對ノ當事者即チ相手方ニ對シ擔保ヲ爲スカ爲メ又訴訟ノ進行ヲ速ナラシムルカ爲メニ當事者ノ意思ニ關セス訴訟委任ノ範圍ヲ定メタリ即チ代理權ノ範圍ハ訴訟代理人カ其訴訟事件ヲ完結スルカ爲メニ必要ニシテ且其訴訟事件ヲ處理スルニ當リ自由ノ行動ヲ要スルカ爲メ必要ナル範圍ヲ定メタリ民事訴訟法ノ規定ニ基ク代理權ノ範圍ヲ普通委任ト特別委任トニ區別スルコトヲ得ヘシ訴訟委任ヲ爲ストキハ裁判所及ヒ相手方ニ對シ當然一定ノ權限アルモノト看做サルヘキモノハ普通委任ニシテ或行為ヲ爲ス爲メ特別ノ委任ヲ要スルモノハ特別委任ナリ

(一) 普通委任 普通ニ訴訟代理權ヲ與フレハ其訴訟ニ關スル一切ノ訴訟行為ヲ爲スノ權即チ本訴ニ關スル辯論、取立、故障、抗告ヲ爲シ反訴、主參加、假差押、假處分及ヒ強制執行ヲ爲スニ必要ナル代理權ヲ有ス其他訴訟費用ニ付キ相手方ヨリ辨濟ヲ受クルノ權ヲ有ス故ニ訴訟委任ヲ爲シタル場合ハ委任ヲ受ケタル者ハ當然此等ノ行為ヲ爲スコトヲ得ルナリ(六五條一項)

右訴訟委任ニ關シテ定メタル法律上ノ範圍ハ當事者ト代理人トノ間ニ於テ之ヲ制限スルモ其制限ハ相手方ニ對シテ效力ナシ即チ訴訟ヲ委任セル本人ト代理人トノ間ニ在リテハ委任契約ノ法律關係ニ依リテ定マルカ故ニ本人ハ代理人ニ對シテ之ヲ制限スルコトヲ妨ケスト雖モ代理人ト相手方トノ關係ハ全ク之ニ異ナリ法律ノ必要ト認メタル權限ヲ制限シテ有效ナリト爲ストキハ相手方ハ完全ニ訴訟行為ヲ實行スルコトヲ得ス故ニ普通委任ノ範圍ヲ本人ト代理人トノ間ニ於テ制限スルモ相手方ニ於テ之ヲ知

ルト否トニ關セス總テ無効ナリトス但本人ト代理人トノ間ニ於テ委任契約ノ趣旨ニ基キ損害賠償ノ請求權生スルヤ否ハ民法ニ依リテ定マル問題ナリトス一ノ例外ト爲スヘキハ辯護士ニ非サル訴訟代理ノ場合はナリ辯護士ニ非サル訴訟代理人ニ關シテハ各箇ノ訴訟行為ニ付キ委任ヲ爲スコトヲ得ヘシ故ニ辯護士以外ノ者ニ對スル訴訟委任ヲ證スヘキ書面ニハ代理權ノ範圍ヲ明示スルコトヲ必要トス(六六條)

(二) 特別委任 訴訟代理人カ特別ノ委任ヲ受ケタルニ非サレハ控訴若クハ上告ヲ爲シ、再審ヲ求メ、代人ヲ任シ、和解ヲ爲シ、訴訟物ヲ拋棄又ハ相手方ヨリ主張スル請求ヲ認諾スルノ權ヲ有セス(六五條二項)此特別委任モ書面ニ依リテ證明セラレサルヘカラス而シテ之ヲ委任スルニハ一ノ事項ノミヲ委任スルモ數箇ノ事項ヲ委任スルモ當事者ノ隨意ナリト雖モ委任ヲ證スヘキ書面ニハ如何ナル事項ヲ委任セラレタルヤヲ各事項ニ付キ明記スルヲ要ス特別委任ハ普通委任ヲ爲スト同時若クハ時ヲ異ニシテ之ヲ爲スコトヲ妨ケス特別委任ヲ普通委任ノ中ニ包含セシメサリハ此等ノ事項ハ當事者ノ權利ニ重大ナル關係ヲ有スルヲ以テ特別ノ委任アリタル場合ニ限リ代理人カ之ヲ爲スコトヲ得ト定メタル所以ナリ獨逸新舊民事訴訟法ニ於テハ特ニ普通委任及ヒ特別委任ノ區別ヲ設ケス訴訟委任ヲ爲ストキハ其委任ハ當然我民事訴訟法ノ普通委任ト特別委任ヲ包含スルヲ原則トシ唯代理權ノ範圍ニ有效ニ制限ヲ加フルコトヲ得ルモノハ和解、訴訟物ノ拋棄及ヒ請求認諾ノ場合ニ限レリ故ニ右等ノ事項ハ本人ノ意思ニ因リテ有效ニ制限スルコトヲ得ルモ其他ノ事項ハ本人ノ特別ニ委任スルコトヲ必要トセス又代理權ヲ制限スルモ無効ナリトセリ

訴ノ取下ハ我民事訴訟法ノ規定ニ依レハ普通委任ヲ受ケタル訴訟代理人ハ有效ニ之ヲ爲スコトヲ得ヘシ訴ノ取下トハ訴訟終局ノ一方法ニシテ訴訟ノ拋棄ナリ控訴、上告ヲ特別委任中ニ包含セシメタル以上ハ取下モ當事者ノ權利義務ニ重大ナル關係ヲ及ホスモノナレハ特別委任中ニ包含セシメサレハ立法ノ趣旨ニ反スルカ如シ

第三 訴訟委任ノ效力

本人ト代理人トノ間ニ於ケル訴訟委任ノ關係ハ委任契約ノ規定ニ依リテ定マルモノナリ故ニ訴訟代理人ハ民法ノ規定ニ從ヒ委任者ノ爲メ善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ訴訟事務ヲ處理スルノ義務ヲ負フモノニシテ若シ委任事務ヲ處理スルニ當リ代理人ノ過失等ニ因リテ生シタル損害ハ代理人ハ委任者ニ對シテ賠償セサルヘカラス茲ニ注意スヘキハ民法ノ規定ニ從ヘハ委任契約ハ當事者ノ一方カ法律行為ヲ爲スコトヲ相手方ニ委託スルモノナレハ訴訟行為ヲ法律行為ニ非ストセハ訴訟委任ハ民法ニ所謂純然タル委任契約ニ非ス法律行為ニ非サル事務ノ委託トスヘキナリ訴訟委任ニ關スル訴訟法上ノ效果ハ左ノ如シ

(一) 訴訟代理人數人アルトキハ共同若クハ各別ニテ代理スルコトヲ得(六七條同時若クハ時ヲ異ニシテ委任シタル數人ノ代理人ハ共同ニテ代理スルコトヲ得ルハ勿論一人ニテ完全ニ當事者ヲ代表シテ訴訟行為ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ故ニ數人ノ訴訟代理人中一人カ口頭辯論期日ニ關席スルモ他ノ代理人カ關席セザルトキハ當事者ハ訴訟行為ノ懈怠ナキモノト看做サル要スルニ數人ノ訴訟代理人ハ共同シテ當事者ヲ代理スルノ權ヲ有スルト同時ニ獨立シテ代理スルノ權ヲ有ス而シテ此數人ノ代理人ヲ任設シタル場合ニ當事者カ其代理人ニ對シテ共同ニテ代理スヘカラストノ制限ヲ加ヘタリトスルモ當事者ト代理人トノ關係ニ付テノ效力ヲ有スルニ止マリ裁判所又ハ相手方ニ對シテ其制限ノ效力ナキ

モノトス(六七條但書)又數人ノ代理人ヲ任設シタル場合ニ其數人ノ代理人ノ行為カ相抵觸シタル場合アルトキハ何レノ行為ヲ以テ本人ヲ代表シタルモノト認ムヘキヤ否ヤ即チ數人ノ陳述カ相抵觸シタルトキハ何レノ陳述ヲ以テ本人ノ行為ト看做スヘキヤ否ヤ付テハ恰モ本人ノ陳述若クハ一人ノ代理人ノ陳述カ前後相矛盾シタル場合ト同一ナレハ裁判所ハ自由ナル心證ヲ以テ取捨スルノ外ナシトス

(二) 訴訟代理人カ委任ノ範圍内ニ於テ爲シタル訴訟上ノ行為若クハ不行爲ハ原告若クハ被告ニ對シテ其本人ノ爲シタル行為ノ不行爲ト同一ナリトス(六八條一項)故ニ代理人カ口頭辯論期日ニ出頭セザレハ當事者本人ノ出頭セザルト同一ニシテ本人ノ懈怠ト看做スモノトス其結果トシテ判決ハ必ス當事者ノ名義ヲ以テ言渡シ代理人ニ對シテ言渡スヘキモノニ非ス且當事者ニ對シテノ判決確定ノ效力ヲ生スヘシ然レトモ代理人ノ事實上ノ陳述ハ其代理人ト共ニ裁判所ニ出頭シタル原告若クハ被告ヨリ即時ニ之ヲ取消シ又ハ更正シタルトキニ限り其效力ヲ失フ(六八條二項)代理人ノ行為カ當事者本人ノ更正若クハ取消ニ因リ效力ヲ失フモノハ單ニ事實上ノ陳述ノミニ限ル故ニ判決ヲ受クヘキ事項ノ申立證據方法ノ申出等法律上ノ點ニ關スル代理人ノ陳述ハ縱令當事者本人カ之ヲ更正又ハ取消スモ其效力ナシ又事實上ノ陳述ノ更正取消ニ付テモ本人ノ即時ニ爲サザレハ其效力ナシ故ニ代理人カ第一口頭辯論期日ニ於テ陳述セル事實ヲ本人カ其後ノ辯論期日ニ出頭シテ更正若クハ取消ヲ爲スモ其效力ヲ生セス

(三) 訴訟代理ハ委任者ノ死亡、訴訟能力若クハ法律上代理ノ變更、委任ノ廢罷、代理ノ謝絶等ニ因リテ消滅スルトキハ相手方ニ對シテ其消滅ヲ通知スル迄效力ヲ生セス即チ代理權消滅ノ事由發生ト同時ニ代理權消滅ノ效力ヲ生スルモノニ非スシテ裁判所及ヒ相手方ニ對シテハ其通知ヲ爲シタルトキニ於テ始メテ發生ス其通知ハ委任者タル原告若クハ被告ヨリ受訴裁判所ニ書面ヲ差出シ裁判所ハ之ヲ相手方ニ送達スヘキモノナリ(六九條一項、二項)故ニ口頭辯論ニ於テ消滅ノ通知ヲ爲スモ其效力ナキハ勿論其書面ヲ裁判所ニ差出スモ之ヲ相手方ニ送達セザル間ハ其效力ヲ生セス然レトモ代理人ノ謝絶ニ因ル代理權ノ消滅ハ之ヲ相手方ニ通知シタル後ニ於テモ本人カ他ノ代理人ヲ任設スルカ若クハ自ら訴訟行為ヲ爲シテ自己ノ權利防衛ヲ爲スニ至ル迄ハ代理人ハ委任者ノ爲メニ有效ニ訴訟行為ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ(六九條三項)故ニ委任者カ相當ノ方法ヲ以テ自己ノ權利ノ防衛ヲ爲ササル間ハ代理權ノ消滅シタル代理人ハ法律上代理權アルモノト看做サルノ結果ヲ生ス

(四) 委任ノ欠缺 委任ノ欠缺ハ原告若クハ被告ノ爲メ其代理人ナキモノト看做ス(七〇條一項)委任ノ欠缺トハ訴訟法上ニ於テノ欠缺ヲ謂フモノニシテ即チ訴訟委任カ書面ニテ證明セラレス或ハ當事者本人カ裁判所ニ出頭シテ口頭委任ヲ爲ササルニモ拘ハラズ或一人カ原告若クハ被告ノ代理人トシテ訴訟ニ參與シタル場合ノ如キヲ謂フ故ニ實體法上ニ於テ縱令委任契約カ成立セル場合ト雖モ右二箇ノ方法ヲ以テ證明セラレザルトキハ委任ノ欠缺アルモノト爲ササルヘカラス此等ノ證明ヲ盡ササル場合ニ代理人ト稱シテ口頭辯論ニ出頭シタル者アルトキハ之ヲ退廷セシムヘキモノトス又書面委任若クハ口頭委任ナキ者カ代理人ト稱シテ爲シタル行為、不行爲ハ當事者ノ行為ト看做サズ隨テ其自稱代理人ノ爲シタル行為、不行爲ノ效力ハ當事者ニ對シテ及フモノニ非ス故ニ口頭辯論ノ期日ニ適式ノ委任ナキ者カ出頭シタルトキハ第七〇條第二項ノ場合ヲ除キ相手方ノ申立ニ因リテ關席判決ヲ言渡スコトヲ得シ然レトモ關席判決ノ言渡ヲ爲スハ訴ノ提起カ適法ナル場合ナルコトヲ要ス故ニ適式ノ委任ナキ訴訟代理人ヨリ訴ヲ提起シタル場合ノ如キハ適法ノ起訴ナキモノナレハ本案ノ裁判ヲ爲スコトヲ得ス訴ヲ

不適法トシテ却下セサルヘカラス

委任ノ欠缺ハ裁判所カ職權ヲ以テ調査スヘキ事項ニ屬ス即チ第一審タルト第二審タルトヲ問ハス又受命判事ト受託判事トヲ問ハス又強制執行ヲ爲ス場合ニ於テモ之ヲ調査セサルヘカラス此委任ノ欠缺ハ第二〇六條ノ妨訴抗辯ニ屬セス然レトモ訴訟行爲ヲ無効ニ歸スルモノナレハ當事者ハ之ヲ責問スルコトヲ得ヘク即チ訴訟委任カ私署證書ナルトキハ認證ヲ求ムルコトヲ得ルカ如キモ此趣旨ニ基クモノナリ而シテ委任ノ欠缺アルニ拘ハラズ訴訟事件ヲ進行シ其判決確定スルニ至リタルトキハ委任ノ欠缺ヲ理由トシテ再審ノ訴ヲ以テ其判決ヲ覆スコトヲ得ヘシ(四六八條四項)

裁判所カ委任ノ欠缺ノ有無ヲ調査シテ訴訟代理人トシテ出頭シタル者カ全ク委任ナキカ或ハ適式ノ委任ナキ場合ニ於テハ事情ニ因リ費用及ヒ損害ノ保證ヲ立テシメ又ハ之ヲ立テシメスシテ假ニ訴訟行爲ヲ爲スコトヲ許スコトヲ得(七〇條二項)假ニ訴訟行爲ヲ爲スヲ許スト否トハ裁判所ノ意見ニ依ル裁判所ハ假ニ許シタルモノナレハ何時ニテモ其許可ヲ取消スコトヲ得ヘシ而シテ假ニ訴訟行爲ヲ爲ス許可ヲ與フルニ付テ相手方異議ヲ述ヘサルトキハ別ニ裁判ヲ必要トセサルモ若シ異議ヲ述ヘタルトキハ中間判決ヲ以テ其異議ノ如何ヲ裁判スルカ或ハ終局判決ノ理由中ニ於テ其當否ヲ判定スヘキモノナリ此等ノ場合ニ許可ヲ與フルハ裁判所ノ意見ニ一任スト雖モ其條件トシテ後日委任ノ欠缺カ補正セララル見込アル場合ナルコトヲ要ス若シ其見込ナキニ假ニ其訴訟行爲ヲ爲スコトヲ許スモ當事者ニ對シ何等ノ利益ナキモノナレハナリ

前述ノ如ク委任ノ欠缺ハ審級ノ如何ヲ問ハス調査スヘキモノナレハ其結果第二審ニ於テ第一審裁判所カ委任ノ欠缺ヲ看過シタルコトヲ發見スルトキハ原判判決ヲ廢棄シテ訴ノ却下ヲ言渡スカ或ハ口頭辯論ニ於テ欠缺アル代理人カ出頭シテ辯論シタルコト明カナルトキハ其以後ノ訴訟手續ヲ廢棄シテ更ニ辯論ヲ爲サシムルカ爲メ事件ヲ第一審ニ差戻スノ判決ヲ爲スヘシ裁判所カ假ニ訴訟行爲ヲ爲スコトノ許可ヲ與ヘタルトキハ其委任欠缺ノ補正ヲ爲ス期間ヲ定メサルヘカラス其期間ノ經過シタルトキト雖モ判決ニ接著スル口頭辯論ノ終結ニ至ルマテハ當事者ハ訴訟行爲ヲ追完スルコトヲ得ヘシ期間内ニ委任ノ欠缺カ補正セラレ又ハ口頭辯論ノ終結迄ニ追完セラレタルトキ訴訟代理人カ假ニ爲シタル行爲ハ初ヨリ有效ト爲ルヘシト雖モ若シ委任ノ欠缺カ補正セラレサルカ或ハ追完セラレサレハ其行爲ハ盡ク無効タリ此ノ如キ關係アルヲ以テ判決ハ委任カ補正セラレタルカ若クハ之ヲ補正スル爲メ裁判所ノ定メタル期間ノ満了後ニ限り言渡スヘキモノトス(七〇條三項)

第二節 輔佐人

輔佐人トハ權利ノ伸張若クハ防禦ヲ爲スカ爲メ主タル當事者若クハ其法定代理人ト共ニ口頭辯論ニ出頭スル者ヲ謂フ故ニ輔佐人ハ原告若クハ被告ノ代理人ニ非ス當事者ノ辯論ヲ補助スル者ナレハ其結果本人ト共ニ裁判所ニ出頭スルコトヲ要ス輔佐人ニ二種アリ辯護士及ヒ然ラサル訴訟能力者是ナリ辯護士ヲ輔佐人トシテ裁判所ニ出頭セントスルニハ裁判所ノ許可ヲ要セス當事者隨意ニ之ヲ選定スルコトヲ得唯原告若クハ被告ハ準備書面又ハ口頭ヲ以テ裁判所ニ對シ輔佐人ヲ選任シタル旨ヲ陳述スルヲ以テ足レリトス辯護士ニ非サル訴訟能力者ヲ以テ輔佐人トスルニハ裁判所ノ許可ヲ要ス其許可ハ何時ニテモ之ヲ取消シ得ヘキモノナリ蓋シ辯護士ニ非サル訴訟能力者中ニハ本人ヨリ智能不充ナル者ナシトセス而シテ演述ヲ爲シタル上ニ非サレハ裁判所ハ其如何ヲ知ルコトヲ得ス此ノ如キ場合ニ於テハ寧

日本人ヲシテ陳述セシムルハ事件ノ進行ヲ速ナラシムル便宜アルノミナラス輔佐人ヲ附シタル目的ヲ達スルコト能ハサルモノナレハ一旦許可シタルトキト雖モ之ヲ取消スノ必要アルヲ以テナリ
前述ノ如ク輔佐人ハ訴訟代理人ニ非ス當事者ノ演述ヲ補助スル者ナレハ輔佐人ノ演述ニ付テハ原告若クハ被告カ即時ニ之ヲ取消シ又ハ更正セサル限ハ原告若クハ被告ノ演述シタルモノト看做サレ若シ更正又ハ取消ヲ爲シタルトキハ本人ノ行爲ヲ以テ標準ト爲ス是レ唯リ事實上ノ點ノミニ限ラス法律上ノ點ニ付テモ同一ニシテ即チ判決ヲ受クヘキ事項ノ申立其他證據方法ノ申出ノ如キ總テ當事者本人ノ陳述ヲ主眼トスルモノナリ(七一條)

第四章 共同訴訟

民事訴訟法ハ數箇ノ訴訟ヲ一ノ訴ニ併合スルコトヲ許ス之ヲ廣ク訴ノ併合ト謂フ訴ノ併合ニハ主觀的訴ノ併合ト客觀的訴ノ併合トニ區別スルコトヲ得客觀的訴ノ併合トハ同一ノ被告ニ對スル原告ノ請求數箇アル場合ニ於テ其各請求ヲ一ノ訴訟ニ於テ主張スル場合ヲ謂ヒ主觀的訴ノ併合トハ原告若クハ被告ノ多數ヲ同一ノ訴ニ併合スルコトヲ謂フ即チ二人若クハ數人ノ當事者カ原告又ハ被告トシテ訴訟ヲ爲ス場合ヲ謂フモノニシテ共同訴訟是ナリ

右ノ主觀的ト客觀的トヲ問ハス訴ノ併合ヲ許シタル目的ハ訴訟手續及ヒ費用ヲ節略スルト同種ノ訴訟ニ付テ裁判ノ一致ヲ計ルトニ在リ其各請求ニ付テ各別ニ訴訟ヲ爲ストキハ其手續煩雜ナルノミナラス同一種類ノ訴訟ニ付テ法律ノ解釋及ヒ事實ノ認定ヲ異ニシ區區ノ裁判ヲ生スルコトナシトセス此ノ如キハ當事者ノ不利益ナルノミナラス裁判ノ統一ヲ計ルノ目的ニ反スルモノナリ獨逸民事訴訟法ノ理由

書ニ依レハ共同訴訟ハ同種類ノ訴訟ニ付テ裁判ノ一致ヲ擔保スル利益アルノミナラス訴訟手續ヲ簡易ニシ費用ヲ節減スルノ理由ニ在リト説明セリ我民事訴訟法モ此理由ニ基キテ共同訴訟ヲ認メタルモノナリ

主觀的訴ノ併合即チ共同訴訟ハ提起ニ因リテ發生スルモノナレハ併合ヲ爲スヤ否ヤハ原告ノ意思ニ因リテ定マルモノナリ民事訴訟法第一〇二條ノ規定ニ依ル訴ノ併合ヲ爲ス場合ハ原告ノ意思ニ因ルモノニ非ス

主觀的訴ノ併合ニハ勵方及ヒ受方ノ二種アリ勵方訴ノ併合トハ原告ノ多數ナル場合ヲ謂ヒ受方訴ノ併合トハ被告ノ多數ナル場合ヲ謂フ其訴ノ併合ハ原告ノ訴ノ提起ニ基クモノニシテ被告ヨリ併合ノ要求ヲ爲スコトヲ得ス

主觀的訴ノ併合ニ付テハ左ノ形式的條件及ヒ實體的條件ヲ具備スルコトヲ要ス

甲 形式的條件

第一 裁判所カ其訴訟事件ニ付キ事物及ヒ土地ノ管轄權ヲ有スルコト

共同訴訟人タル被告カ數人アルトキハ其數人ニ對シテ受訴裁判所カ管轄權アルコトヲ必要トス即チ事物ノ管轄ノミナラス土地ノ管轄權アルコトヲ要ス若シ原告ノ併合シタル訴カ共同被告ノ或者ニ對シ土地若クハ事物ノ管轄權ナキ場合ニハ合意ニ因リテ管轄權アリト認ムヘキ場合ノ外ハ裁判所ハ職權ヲ以テ管轄權ナキ被告ニ對スル訴ノミヲ却下セサルヘカラス

第二 併合スヘキ訴ハ同一種類ノ訴訟手續ニ依ルヘキコト

一人若クハ數人ノ原告カ一人若クハ數人ノ被告ニ對シテ訴ヲ起ス場合ニ或者ニ對シテハ證書訴訟手

續ニ依リ或者ニ對シテハ通常訴訟手續ニ依リ訴ヲ起スコトヲ許サス必ス各被告ニ對シ若クハ各原告ハ證書訴訟手續或ハ通常訴訟手續トシテ訴訟ヲ提起セサルヘカラス若シ一人ニ對シテ證書訴訟手續ニ依リ一人ニ對シテハ通常訴訟手續ニ依リテ訴ヲ提起シタルトキハ裁判所ハ其訴訟ノ分離ヲ爲シ別箇ノ訴訟トシテ進行スヘキモノナリ手續ノ差異アル理由ヲ以テ原告ノ訴ヲ全部却下スヘキモノニ非ス如何トナレハ其却下ヲ爲スノ必要ナキモノナレハナリ

乙 實體的條件

實體的條件ハ左ノ場合ノ一ニ該當スルコトヲ要ス

第一 數人カ訴訟法ニ付キ權利共通若クハ義務共通ノ地位ニ立ツトキ

此場合ノ如何ハ實體法ニ依リテ定マル即チ訴訟ノ目的物ニ付キ數人ノ原告若クハ被告カ權利共通ナルカ或ハ義務共通ナル場合ヲ謂フナリ例ヘハ數人ノ共同所有權者カ共同原告トシテ第三者ニ對シテ所有權回復ノ訴ヲ提起スル場合ノ如キ又數人カ共同被告トシテ連帶債務者若クハ不可分債務者トシテ訴ヲ受クル場合ノ如キ是ナリ

第二 同一ナル事實上及ヒ法律上ノ原因ニ基ク請求又ハ義務カ訴訟ノ目的物ナルトキ

此場合ハ請求若クハ義務ノ基本タル事實上及ヒ法律上ノ原因カ同一ナル場合ヲ謂フナリ例ヘハ一人ノ原告ヨリ數人ノ被告ニ對シテ不法行為ニ基ク損害賠償ヲ請求スル場合ノ如キ或ハ數人カ買主ト爲リテ同一物ニ付キ賣買契約ヲ結ヒ一人ノ原告ヨリ其數人ノ買主ニ對シテ代金ヲ請求スル場合ノ如キ是ナリ

第三 性質ニ於テ同種類ナル事實上及ヒ法律上ノ原因ニ基ク同種類ナル請求又ハ義務カ訴訟ノ目的物

ナルトキ

此場合ハ訴訟物ニ付キ權利共通若クハ義務共通ナルコトヲ必要トセス又同一ナル事實上及ヒ法律上ノ原因ニ基クコトヲ必要トセス事實上及ヒ法律上ノ原因カ同種類ニシテ且其請求若クハ義務カ同種ナルコトヲ要ス例ヘハ保險會社カ多數ノ被保險人ヲ相手方トシテ同種類ノ保險契約ニ依リ訴ヲ提起スル場合ノ如キ或ハ同種類ノ貸借契約ニ因ル賃借人ニ對シテ賃貸人ヨリ借賃ノ支拂ヲ請求スル場合ノ如キ是ナリ

右三箇ノ實體的要件ニ欠缺アルトキハ共同訴訟ヲ許スヘカラサルモノトシテ訴ノ全部ヲ却下スヘキモノニ非ス裁判所ハ第一一八條ノ規定ニ依リテ職權ヲ以テ辯論ノ分離ヲ爲シ即チ各請求ニ付テ辯論ヲ分離シテ審理スルヲ相當トス或學說ニ依レハ實體的條件ヲ欠缺セルトキハ訴ノ提起カ不適法ナルヲ以テ全部ノ訴ヲ不適法トシテ却下スヘキモノナリト爲スト雖モ其學說ハ民事訴訟法ノ精神ニ反ス即チ裁判所ハ訴訟ノ分離ヲ爲スノ權ヲ有スルモノナレハ其分離ヲ爲シテ訴カ適法ノモノト爲レハ之ヲ全部却下スルノ必要ナキモノナレハナリ

右ニ述ヘタル所ハ通常ノ民事訴訟ニ付テノ説明ナリ人事訴訟手續法ニ於テハ共同訴訟ニ關シテ制限ヲ設ケタリ(人訴六條、二六條等)

共同訴訟人ハ其資格ニ於テハ各別ニ相手方ニ對立シ其一人ノ訴訟行為及ヒ懈怠又ハ相手方ヨリ其一人ニ對スル訴訟行為及ヒ懈怠ハ他ノ共同訴訟人ニ利害ヲ及ホスモノニ非ス(四九條)即チ數人カ共同原告若クハ共同被告ト爲ルモ恰モ獨立シテ訴訟ヲ爲ストキハ同シク各共同訴訟人ノ行為不行爲ハ他ノ者ニ效力ヲ及ホサス各自獨立シテ其效力ヲ生ス即チ左ノ如シ

一 共同訴訟人ノ一人カ口頭辯論期日ニ闕席シタルトキハ其一人ニ對シテハ原告ノ申立ニ因リ闕席判決ヲ爲スコトヲ得ルモ他ノ者ニ對シテハ訴訟ヲ進行スヘキモノナリ

二 拋棄、認諾、自白、和解、期間ノ開始、終了、訴訟手續ノ中斷等ニ付テモ各共同訴訟人ニ對シテ特別ノ效果ヲ生ス

三 懈怠ノ結果(一七三條)モ各共同訴訟人ニ對シテ各別ニ發生シ他ノ共同訴訟人ニ影響ナキモノナリ

四 訴訟費用ニ付テモ各別ニ負擔ヲ命スルコトヲ得

五 共同訴訟人ノ一人又ハ數人ニ對シテ言渡ス判決ハ一部判決ニシテ總テノ共同訴訟人ニ對シテ言渡ス判決ハ全部判決ナリ

要之共同訴訟ニ於ケル訴訟手續ハ各原告若クハ被告ニ於テ獨立セルモノナリ以上述ヘタル所ハ普通ノ共同訴訟ニ關スル說明ノ大要ナリ右ノ内民事訴訟法ハ一種ノ共同訴訟ヲ區別シ即チ總テノ共同訴訟人ニ對シテ訴訟ニ係ル權利關係カ合一ニノミ確定スヘキ場合ニ限リ一人ノ爲シタル訴訟行為ノ效果ハ或程度ニ於テ他ノ共同訴訟人ニ對シテ其效果ヲ生スヘキモノトセリ(五〇條)此場合ニ於ケル共同訴訟ヲ必要の共同訴訟ト稱ス獨逸民事訴訟法ニ於テハ共同訴訟人ニ對シテ權利關係カ合一ニノミ確定スルコトヲ得ル場合又ハ其他ノ原因ニ因リ共同訴訟ノ必要ナル場合ニ於テ共同訴訟人中ノ或人ノミカ期日又ハ期間ヲ懈怠シタルトキハ其懈怠者ハ懈怠セサル者ニ依リテ代理セラレタルモノト看做ストノ規定ヲ設ク我民事訴訟法ニ於テ權利關係カ合一ニノミ確定スル場合トハ訴訟ノ判決カ實體法上ノ法律關係ニ付キ必ス一途ニ歸スヘキモノヲ云フ權利關係カ合一ニノミ確定スルトハ訴訟ノ

成立ヲ前提條件トスルモノナリ法律カ共同訴訟ヲ必要トシタルモノト解スヘカラス法律カ共同訴訟ヲ必要トセルモノハ多クハ訴訟ニ依ル法律關係カ合一ニ確定スヘキモノナラザル場合アリ今我訴訟法ニ從ヒ必要の共同訴訟ト稱スル場合ヲ舉クレハ左ノ如シ

第一 實體法ニ依ル必要の共同訴訟ト稱スルハ民法又ハ商法ノ規定ニヨリ共同訴訟ヲ強制シタル場合ヲ謂フ面シテ是等ノ訴ハ常ニ法律關係カ合一ニノミ確定スヘキナリ例ヘハ親族會議決議無效宣言ヲ求ムル訴、詐害行為廢絶ノ訴ノ如キナリ

第二 訴訟法ニ於テ共同訴訟ヲ必要トスル場合即チ實體法上ノ法律關係如何ニ關セス訴訟法ニ於テ共同訴訟ヲ必要トスルモノハ左ノ如シ

一 主參加ノ訴 主參加トハ他人ノ間ニ權利拘束ト爲リタル訴訟ノ目的物ノ全部又ハ一部ヲ自己ノ爲メニ請求スル第三者カ第一審ニ於テ本訴ノ原告及ヒ被告ヲ相手方トシテ訴訟ヲ起スモノナレハ主參加ノ訴ノ被告ト爲ルモノハ必ス二人以上存在ス(五一條一項)

二 第三者カ原告及ヒ被告ノ共謀ニ因リ第三者ノ債權ヲ詐害スルノ目的ヲ以テ訴訟ヲ爲シタリト主張スル場合(五一條二項)

三 第三者カ強制執行ノ目的物ニ關シ債權者及ヒ債務者ニ對シ異議ノ訴ヲ起ス場合(五四九條)

四 債權ノ強制執行ニ付テ第三債務者カ取立手續ニ對シテ義務ヲ履行セサルトキ差押債權者カ訴ヲ以テ履行セシメントスル場合(六二三條)

五 第三者カ提起スル婚姻ノ無效若クハ取消ノ訴(人訴二條)

六 第三者カ提起スル養子縁組ノ無效若クハ取消ノ訴(人訴二六條)

右ニ述ヘタル中婚姻養子縁組ノ無効又ハ取消ノ訴ハ特ニ法律ノ規定ニ依リ必ス二人ヲ相手方トシテ訴フルコトヲ強制シタルモノナリ故ニ此等ノ場合ニ於テ共同訴訟人ト爲ササルトキハ訴ヲ許ササルモノトシテ却下スヘキモノトス

必要の共同訴訟ニ於テ訴訟ニ係ル權利關係カ合一ニノミ確定スヘキ場合ナルトキハ其訴訟行為ニ付テ普通ノ共同訴訟ト異ナリ一人ノ行為不行爲ノ效果ハ他ノ共同訴訟人ニ對シテ效力ヲ及ホス即チ左ノ如シ

第一 共同訴訟人中ノ一人ノ攻撃及ヒ防禦ノ方法竝ニ證據方法ハ他ノ共同訴訟人ノ利益ニ於テ效力ヲ生ス(五〇條二項)

共同訴訟人中ノ一人カ提出セシ攻撃及ヒ防禦ノ方法ニシテ他ノ共同訴訟人ニ對シテ利益ト爲ル場合ハ效力ヲ及ホスモノナレトモ不利益ト爲ル場合ハ其提出シタル一人ニ對シテノミ效力アリテ他ノ共同訴訟人ニ效力ヲ生セス即チ利益ノ結果ヲ生スルモノナルトキハ總テノ共同訴訟人カ提出シタルモノト看做サル玆ニ一ノ問題ト爲ルハ共同訴訟人中ノ一人カ利益ナル攻撃及ヒ防禦ノ方法ヲ提出シ他ノ一人カ不利益ナル攻撃防禦ノ方法ヲ提出シタルトキハ如何ニ之ヲ判斷スヘキヤ是ナリ法文ニ「利益ニ於テ效力ヲ生ス」トアル以上ハ其利益ノ方法ノミ有效ニシテ不利益ノ方法ハ全ク提出セラレサルモノト同一ナリ隨テ裁判所ハ判決ヲ爲スニ當リ不利益ノ方法ヲ採用スルコトヲ得サルノ結果ヲ生スヘシ

第二 共同訴訟人中ノ一人カ爭又ハ認諾セサルトキハ他ノ共同訴訟人モ亦爭ヒ若クハ認諾セサルモノト看做ス(五〇條三項)

共同訴訟人ノ一人カ相手方ノ主張ヲ爭ヒタル場合ハ總テノ共同訴訟人カ爭ヒタルモノト看做ス例ヘハ

民事訴訟法第一一條ニ「明カニ爭ハサル事實ハ原告若クハ被告ノ他ノ陳述ヨリ爭ハントスル意思カ顯レサルトキハ自白シタルモノト看做ス」トアリ故ニ相手方カ或事實ヲ陳述シ之ニ對シテ共同訴訟人中ノ一人カ何等ノ陳述ヲ爲ササルモ他ノ一人カ爭ヒタルトキハ總テノ共同訴訟人カ爭ヒタルモノト看做サル又共同訴訟人中ノ一人カ義務ノ認諾ヲ爲ササルトキハ他ノ總テノ共同訴訟人カ認諾スルモ其效力ヲ生セス

第三 共同訴訟人中ノ或人ノミカ期日又ハ期間ヲ懈怠シタルトキハ其懈怠者ハ懈怠セサル者ニ代理ヲ任シタルモノト看做ス(五〇條四項)

即チ代理關係ヲ認メタルモノニシテ獨逸ノ新舊民事訴訟法ニ於テハ必要の共同訴訟ニ關シテ唯此規定ノミヲ存ス此規定ヨリ左ノ結果ヲ生ス

イ 口頭辯論期日ニ一人ノ共同訴訟人出頭シ他ノ共同訴訟人出頭セサルトキハ出頭者ハ出頭セサル者ノ代理人ト看做シ辯論及ヒ裁判ヲ爲スヘキモノナリ隨テ其出頭セサル者ニ對シ關席判決ノ言渡ヲ爲スコトヲ得ス出頭シタル共同訴訟人ト相手方トノ間ニ辯論ヲ爲サシメ其辯論ヲ基礎トシテ判決ヲ爲スカ故ニ其判決ハ出頭セサル共同訴訟人ニ對シテモ效力ヲ及ホス又訴訟費用ニ付テモ出頭者ノミナラス出頭セサル者ニ對シテモ效力ヲ有ス而シテ其判決ハ出頭セサル者ニ對シテモ關席判決ニ非スシテ對席判決ナルヲ以テ出頭セサル者ハ故障ノ申立ヲ爲スコトヲ得ス

右ニ述ヘタル如ク口頭辯論期日ニ出頭セサル共同訴訟人ハ出頭シタル共同訴訟人ニ代理セラルルノ結果トシテ出頭シタル一人ノ訴訟行為ハ其利益ナルト不利益ナルトヲ問ハス總テ出頭セサル者ニ對シテ效力ヲ生ス

ロ 懈怠シタル共同訴訟人ニハ懈怠セサル場合ニ爲スヘキ總テノ送達及ヒ呼出ヲ爲スコトヲ要ス而シテ其懈怠シタル共同訴訟人ハ何時ニテモ其後ノ手續ニ加ハルコトヲ得即チ懈怠シタル共同訴訟人ト雖モ其訴訟手續ノ完結スル迄ハ其後ノ訴訟手續ニ加ハリ辯論其他ノ訴訟行為ヲ爲スコトヲ得而シテ懈怠シタル者カ其後ノ手續ニ加ハリタルトキハ出頭シタル共同訴訟人ノ代理關係ハ直チニ消滅ス又加ハリタル者カ再ヒ其後ノ期日ヲ懈怠スルトキハ又他ノ懈怠セサル共同訴訟人ニ代理セラルモノトス又裁判所ハ其出頭セサル共同訴訟人ニ對シ民事訴訟法第一一四條ノ規定ニ從ヒ事件ノ關係ヲ明瞭ナラシムルカ爲メ必要ナリト認ムルトキハ自身出頭ヲ命スルコトヲ得是レ出頭セサル共同訴訟人ハ出頭シタル共同訴訟人ニ代理セラル結果ニ外ナラス(五〇條五項)

ハ 右ノ代理關係ハ單ニ期日ニ關スル場合ノミナラス期間ニ付テモ亦同シ即チ期間ヲ代理スルトハ一定ノ期間内ニ總テノ共同訴訟人カ爲スヘキ行為ヲ一人ノ共同訴訟人カ爲シ其他ノ者カ爲サザリシ場合ト雖モ爲シタル共同訴訟人ニ依リテ代理セラレタルモノト看做ス即チ不變期間内ニ一人カ故障ノ申立ヲ爲セハ他ノ一人モ後日故障申立書ヲ差出ストキハ適法ノ期間内ニ爲シタルモノト看做サルナリ茲ニ一ノ問題ト爲ルハ共同訴訟人ノ一人カ判決ニ對シテ上訴ヲ爲シタル場合ニハ其上訴ノ提起カ他ノ共同訴訟人ニ對シテ效力ヲ及ホスヘキヤ否ヤ是ナリ獨逸ニ於テハ學說ニ派ニ岐レ一人ノ爲シタル上訴ハ他ノ共同訴訟人ニ對シテ效力ヲ及ホスヘキモノニ非ストシ又一說ニハ一人ノ爲シタル上訴ハ總テノ共同訴訟人カ上訴ヲ爲シタルト同一ノ效力ヲ有スト曰ヘリ法文ニ依レハ期間ヲ懈怠シタル者ハ懈怠セサル者ニ代理セラレタルモノト看做ストノ規定ノミナレハ上訴申立ニ關シテハ代理關係ヲ認メラレサルカ如シ故ニ一人ノ爲シタル上訴カ他ノ共同訴訟人ニ對シテ當然其效力ヲ及ホスト

爲スコトヲ得然レトモ形式的ニ上訴ヲ爲ササル共同訴訟人ト雖モ其後上訴審ノ手續ニ加ハルコトヲ得ルヤ勿論ナリ而シテ縱令共同訴訟人中ノ一人カ上訴ヲ爲シ他ノ共同訴訟人カ之ニ加ハラサルトキト雖モ上訴審ノ判決效力ハ當然他ノ共同訴訟人ニ及ホスモノト謂ハサルヘカラス

第五章 第三者ノ訴訟參加

第三者ノ訴訟參加トハ他人ノ間ニ權利拘束ト爲リタル訴訟ニ對シ第三者カ之ニ干渉スルコトヲ謂フ即チ二人ノ當事者間ニ權利拘束ト爲リタル訴訟ノ目的物ニ付キ第三者カ自己ノ權利ヲ主張スル爲メ若クハ自己ノ利益ノ爲メニ其訴訟ニ干渉スルコトヲ稱シテ第三章ノ訴訟參加ト謂フ蓋シ民事訴訟法ニ於テ第三章ノ訴訟參加ニ關スル規定ヲ設ケタル所以ハ前章ノ共同訴訟ニ關スル規定ヲ設ケタルト同一ノ理由ニ基クモノナリ即チ一ノ訴訟ヲ以テ數多ノ爭ヲ決シ一ノ事項ニ付キ數多ノ裁判ヲ生セシメサルコトヲ目的トス換言スレハ一ノ事項ニ付キ裁判ノ抵觸ヲ避ケシムルト無用ノ時間及ヒ費用ヲ省カンカ爲メニ外ナラス而シテ此第三章ノ訴訟參加ニハ四箇ノ種類アリ第一、主參加第二、從參加第三、指名參加第四、告知參加是ナリ

第一節 主參加

主參加トハ既ニ權利拘束ト爲リタル訴訟ノ當事者雙方ニ對シ新ニ提起スル獨立ノ訴ナリ即チ二人ノ當事者ノ間ニ一ノ訴訟物ニ付キ權利拘束ノ效力發生シタル後其當事者雙方ヲ被告トシテ第三章カ訴フル一ノ獨立ナル訴ナリ故ニ第三章ノ訴訟參加ナルモノハ素ト他人ノ間ニ權利拘束ト爲リタル訴訟ニ加ハ

ルコトヲ意味スルモノナルモ主參加ナルモノハ他人ノ間ニ權利拘束ト爲リタル訴訟ニ加ハルモノニ非
スシテ本訴訟ノ原告被告ノ共同被告トシテ一ノ獨立ノ訴ヲ起スモノヲ謂フ此點ニ於テ既ニ成立セル訴訟
ノ當事者ノ一方ヲ補助スル爲メ加ハル從參加等ト異ナレリ(五一條)此ノ如ク主參加ハ他人ノ間ニ權利
拘束ト爲リタル訴訟ノ目的物ノ全部又ハ一分ヲ自己ノ爲メニ請求スル第三者カ當事者雙方ニ對シテ請
求スル訴ナルヲ以テ此主參加ニ付テハ次ノ條件ヲ必要トス

第一 他人ノ間ニ權利拘束ト爲リタル訴訟ノ存在スルコトヲ要ス

權利拘束トハ屢々説明シタル如ク訴訟物ニ付テ當事者雙方ノ間ニ訴狀ノ送達ニ依リ發生スル一ノ效力
ナリ此效力ハ通常訴ノ提起後訴狀ノ送達ニ依リテ始マルヘシト雖モ(一九五條)口頭ヲ以テ起訴スル
キハ口頭辯論ニ於テ其請求ヲ主張シタル時ヲ以テ始マルモノトス(一二條、三七二條、三七八條)而シ
テ一タヒ訴訟物ニ付キ權利拘束ノ效力ヲ發生スレハ辯論ノ有無ニ拘ハラス其訴訟ノ原告被告ヲ相手方ト
爲シ主參加ノ訴ヲ起スコトヲ得隨テ權利拘束カ有效ニ發生セサルトキハ主參加ノ訴ヲ爲スコトヲ得ス
蓋シ管轄ナキ裁判所ニ訴ヲ提起シ其訴狀ヲ被告ニ送達スルトキハ形式上或ハ權利拘束ノ效力ヲ生スル
カ如キモ管轄權ナキ點ヨリ適法ノ權利拘束ノ效力ヲ生セサルカ故ニ主參加ヲ爲スモ其效力ナシ換言ス
レハ本訴訟ノ權利拘束カ完全ニ發生セザレハ口頭辯論ノ前後ニ拘ハラス裁判所ハ主參加ノ訴ヲ不適法
トシテ却下スヘキモノナリ又一タヒ本訴訟ノ有效ニ權利拘束カ發生シタルモノニ對シ主參加ヲ爲シ其
後ニ主參加ノ訴カ取下ケラレタルトキハ其結果本訴訟ハ既往ニ遡リテ權利拘束ノ總テノ效力ヲ消滅セシ
ムルモノナレハ主參加ノ訴モ亦之ヲ排斥セサルヘカラス然レトモ主參加ノ訴ハ必スシモ本訴訟ト同一
種類ノ訴訟手續タルコトヲ要セス本訴訟カ證書訴訟手續若クハ爲替訴訟手續ニテ提起スルモ主參加ノ

訴ハ通常訴訟手續ニテ訴フルコトヲ得之ニ反シテ本訴訟カ通常訴訟手續ニ依ルモ主參加ノ訴ハ爲替訴
訟手續若クハ證書訴訟手續ヲ以テ爲スコトヲ妨ケス又督促手續ニ付テハ支拂命令ノ送達ニ依リ權利拘
束ノ效力ヲ生スルモ其申請ノミヲ以テ主參加ヲ爲スコトヲ許サス若シ被告カ其支拂命令ニ對シ異議ノ
申立ヲ爲シ其結果訴訟物カ區裁判所ノ管轄ニ屬スルトキハ區裁判所ニ通常訴訟トシテ繫屬スヘキヲ以
テ其時ニ於テ始メテ主參加ノ訴ヲ爲スコトヲ得又支拂命令ニ對シ異議ノ申立ヲ爲ササルモ執行命令ニ
對シ故障ノ申立ヲ爲ストキハ通常訴訟トシテ區裁判所ニ繫屬スヘキヲ以テ之ニ對シテ主參加ノ訴ヲ爲
スコトヲ得支拂命令ニ基キ原告カ地方裁判所ニ訴ヲ提起シタル場合モ同一ナリトス又假差押、假處分
ノ特別手續ニ於テハ主參加ヲ許スヘキニ非ス何トナレハ假差押、假處分ハ強制執行ノ保全ヲ目的トス
ルモノニシテ訴訟ノ目的物タル權利ノ有無ヲ判斷スルモノニ非サレハナリ要スルモ主參加ノ訴ハ本訴
訟ノ權利拘束ノ效力ヲ消滅セサル間ハ之ヲ爲スコトヲ得ヘシ而シテ其權利拘束ノ消滅ハ判決ノ確定、
訴ノ取下、和解、其他移送判決ノ如キ場合ニ生スルモノナリ

第二 其訴訟ノ目的物ノ全部若クハ一部ヲ第三者カ自己ノ爲メニ請求スルコトヲ要ス

右ハ主參加ニ付テノ要件ナリ我民事訴訟法ニ於テハ詐害行爲廢罷ノ場合ニ於テモ主參加ヲ認メタリ
(五〇條二項)即チ第三者カ原告及ヒ被告ノ共謀ニ因リ自己ノ債權ニ損害ヲ生スルコトヲ主張スルトキ
ニ於テハ亦主參加ノ訴ヲ爲スコトヲ得其要件トシテハ原告及ヒ被告カ共謀シタルコト次ニ其共謀ニ依

リ債權者ニ損害ヲ生セシメタルコトヲ要ス
前ノ要件ヲ具備スルトキハ第三者ハ其二人間ニ權利拘束ト爲リタル訴訟物ニ付キ特ニ原告若クハ被告
ノ一人ニ對シテ一般ノ法則ニ從ヒ訴ヲ提起スルコトヲ得ルハ勿論ナリト雖モ原告被告ノ共同被告トシ

主參加ノ訴ヲ起スコトヲ得ヘシ主參加ノ訴ニハ次ノ法則アリトス

第一 主參加ニ對シテ主參加ヲ爲スコトヲ得即チ第一ノ訴訟ニ於テ原告及ヒ被告ト爲リタル者ヲ被告トシテ主參加ノ訴ヲ爲スコトヲ得ルハ勿論第二ノ訴訟ニ於テ原告及ヒ被告ト爲リタル當事者雙方ニ對シテ主參加ノ訴ヲ爲スコトヲ得

第二 主參加ノ訴ハ本訴訟カ第一審トシテ繫屬シタル裁判所ニ提起スルコトヲ必要トス(五條)前述シタル如ク主參加ノ訴ハ本訴訟ノ權利拘束力繼續スル間ハ之ヲ爲シ得ルモノナレハ本訴訟カ第一審ニ繫屬スルトキハ勿論上級審ニ繫屬スルトキト雖モ其訴訟ノ當事者雙方ヲ被告トシテ本訴訟ノ第一審トシテ繫屬シタル裁判所ニ主參加ノ訴ヲ起スコトヲ得ヘシ是レ裁判管轄ニ關スル説明ノ下ニ述ベタル所謂特別管轄ナリ故ニ其裁判所ハ其訴訟ノ目的物ニ付テ事物竝ニ土地ノ管轄權ナキ場合ト雖モ主參加ノ訴ニ付テハ特ニ管轄權アルモノトス

本訴訟ト主參加訴訟トノ關係

第一 本訴訟ト主參加トハ各自獨立シテ進行スルヲ原則トス然レトモ本訴訟ノ原告若クハ被告或ハ主參加人ノ申立ニ因リ或ハ裁判所ノ職權ヲ以テ主參加ニ付テノ權利拘束ノ終ニ至ルマテ本訴訟ノ進行ヲ中止スルコトヲ得(五二條一項)

當事者カ中止ノ申請アリタルトキハ裁判所ハ本訴訟ヲ中止スヘキ義務ナシ其必要ト認メタルトキハ中止ノ決定ヲ爲シ若シ中止スヘカラスト認タルトキハ決定ヲ以テ中止ノ申請ヲ却下スヘキモノナリ其決定ハ口頭辯論ヲ經テ爲スコトヲ得又口頭辯論ヲ經シテ爲スコトヲ得其辯論ヲ經タルト否トヲ問ハス

通シ之カ問題ニ關スル著書ハ枚舉ニ遑アラズ蓋シ交通事業ハ常ニ隔地ヲ要件トス換言スレハ隔地ノ間ニ於テ人物及ヒ通信ノ疏通ヲ計ルニアリ互ニ土地ヲ隔テテ運輸通信ノ途ヲ開クニハ之カ確實ト敏活トニ於テ期セスンハアラス而シテ此等ノ目的ヲ併セ達スルノ道ハ只一アルノミ曰ク統一ナリ假リニ他低廉ト期セスンハアラス而シテ此等ノ目的ヲ併セ達スルノ道ハ只一アルノミ曰ク統一ナリ假リニ他動的交通方法ニ就テ見ルモ道路及ヒ水路ニ通シ其幅員深淺高低等其類ヲ一ニセサルトキハ之カ利便ヲ全ツスルコト能ハサルハ言ヲ俟タサル處ナリ況ヤ自動的交通方法ニアリテハ郵便電信鐵道ヲ通シ何レモ其事業ノ統一ヲ計ラズンハ之カ敏活及ヒ確實低廉ヲ期スルコト能ハサルハ自明ノ理ナリトス今假リニ鐵道事業ニ付テ任意ニ之カ私設ヲ認ムルトセハ第一ニ生スヘキハ其事業カ主トシテ利益ノ大ナル地方ニノミ偏スヘキコト之ナリ第二ニ小會社分立ノ爲メ其間ニ敏活ヲ欠クコト之ナリ第三ニ收益ヲ主トスルカ爲メ賃率ノ低廉ナラサルコト是ナリ第四ニ其作業ノ方法複雜トナリ經費多端ニ失スルコト是ナ

鐵道事業ハ公共ノ利益ニ重大ナル關係ヲ有スルノミナラス其利便ハ單ニ利益多キ部分ニ止マラス進ニテ利益少ナキ地方モ之カ敷設ニヨリテ其地方ノ生産力ヲ開發スルコトヲ要スル以上ハ之カ事業ノ統一ヲ期スヘキコト論ヲ待タズ況ヤ軍事上ノ理由ニヨリテ利益ノ如何ヲ顧ミス全國ヲ通シテ鐵道ノ秩序アル系統ヲ作ルノ必要アルニ於テハ既ニ鐵道カ合一ノ利ヲ見ルハ明カニシテ之カ合一ヲ認ムル以上ハ之ヲ國有トスルト民有トスルトノ利害得失ハ又言明ヲ待タサル所ナリ若シ全國ノ鐵道ヲ私設會社ニ委スルトキハ社會ノ富ノ分配ノ上ニ於テ經濟上其弊害大ナルヘキノミナラス其政治社會上ニ及ホス弊害ハ鮮少ニテラサルヘシ交通事業ハ普及ヲ要ス普及ハ合一ニヨリテ始メテ之ヲ得ヘク由リテ之カ敏活ト低廉ト確實トヲ期スルコトヲ得ヘシ而モ實際ニ於テ歐米各國ノ鐵道ノ歴史カ國有ノ理論ヲ一貫スルコト

能ハサリシハ其理由ニアリ第一ハ理論上ノ放任主義ニシテ第二ハ事實上ノ財政問題ナリ全國ヲ通シテ政府ノ手ニミヨリ短日月ニ鐵道ノ完成ヲ期スルハ何レノ國ニ於テモ事實財政ノ許ササル處タリ從テ之カ設備ノ急ヲ要スルカ爲メ勢ヒ私設ヲ認メサルハナシ而モ第一ノ理由ハ今ヤ全ク消滅スルニ至リ歐洲大陸ノ諸國ハ一面自ラ建設スルト共ニ一面民有ノ鐵道ヲ買收シ其多數ニ在リテハ當初鐵道ノ私設ヲ許スニ當リ將來ニ於テ有償又ハ無償ヲ以テ國有ニ歸屬スヘキコトヲ條件ト爲セリ英米各國ノ如キモ漸次國有論行ハレ理論ニ於テハ又之ヲ否認スルモノ甚タ渺シトス

吾國ノ狀態モ亦是等ノ消息ヲ證明スルニ足ルモノアリ即チ明治二年工事ニ著手シタル京濱鐵道ヲ第一トシ爾後明治十五年ニ至ルマデハ事實官設主義ヲ一貫シタルモ到底政府ノ手ニノミ依リテ鐵道ノ速成ヲ期シ難キカ故ニ明治二十六年日本鐵道會社ヲ認メ明治二十年私設鐵道條例ノ制定ト共ニ爾來私設鐵道ハ著シク發達シ明治二十五年ニハ鐵道公債ノ募集ニヨリ鐵道布設法ニヨリ再ヒ官設ノ擴張ヲ計リシモ亦再ヒ之ヲ民間ニ許可スルノ方針ヲ採リ日清戰役後又官設ノ擴張ヲ企圖シ鐵道公債ヲ一億二百萬圓ニ改メ一面ニハ私設鐵道法ヲ制定シテ政府ノ強制買收ニ關スル權利ヲ留保シタリ隨テ將來官設鐵道ハ大ニ延長ヲ見ルモ猶ホ現時總延長約四千六百哩ニ對シ其三分ノ一ヲ占ムルニ過キス隨テ將來鐵道問題ハ第一ハ現時ノ官設鐵道經營ノ方法ヲ改善スルト第二ニ官設鐵道線路ノ分配ヲ能クスルニ在リ換言スレハ官設鐵道ノ聯絡ヲ保ツ爲メ其一部ニ對シ私設鐵道ヲ買收スルニ在リ猶ホ鐵道一般ニ通スル問題トシテハ鐵道ノ軌道、水陸運輸ノ聯絡及ヒ人ト貨物トノ收入ノ歩合ハ共ニ大ニ研究ヲ要スヘキ問題タリ

第二部 公經濟收入

第一章 手數料

手數料ノ性質範圍ニ付テハ各國其例ヲ異ニシ或ハ租稅トシテ認メラレ或ハ有償收入ト認メラレ其行政上ノ所管豫算ノ款項其收入歸屬ノ主體等各、其類ヲ一ニセス我國ニ於テハ憲法第六二條第二項ニ於テ報償ニ屬スル行政上ノ手數料及ヒ其他ノ收納金ハ法律ヲ以テ定ムル限リニ在ラサルコトヲ規定シ手數料ナルモノハ報償ニ屬スルモノナルコトヲ示スト共ニ租稅公債等ニ比シテ其事項ノ輕易ナル所以ヲ示セリ然レトモ財政學上ニ所謂手數料ナルモノハ憲法第六二條ノ手數料ト其範圍ヲ一ニセサルノミナラヌ又豫算ノ雜收入ノ一項タル手數料ト其畛域ヲ異ニセリ蓋シ手數料ハ司法及ヒ教育行政ニ於テ其端ヲ啓ケリ古代ニ在リテハ裁判ノ事務ハ國家ノ事務タルモノカ執行ノ衝ニ當ル者ハ各自直接ニ訴訟當事者ヨリ之カ報償ヲ受クルヲ例トナシタリ手數料ナルモノカ國庫ニ屬スヘキ行政行為ノ報償ト認メラレシハ近世ノコトニシテ人民ノ貴賤階級等ニヨリ等差ヲ立ツヘキモノニ非サルコト一般ニ認メラレ大體ニ於テハ手數料ノ觀念ハ明カトナレモ猶其事件ノ大小其事件ニヨリテ受クル利益ノ多少納付者ノ實力ノ大小等ヲ標準トシテ其間ニ等差ヲ設ケ其實質ニ於テ租稅ト大差ナキモノアリ君主ノ特權ニ基ク收入ノ如キ多ク此種ニ屬セリ例ヘハ吾國ニ於ケル狩獵規則ノ免許料ト狩獵法ノ税金、登記手數料ト登録稅金トノ關係ノ如ク同一ノ實質ニシテ猶時ト處トニヨリ其形式ヲ變更スルコトアリ殊ニ手數料ニ付テハ獨リ公法上ノ行政行為ノ報償ニ止マラス私人カ營造物ノ使用ニ對シテ支拂フ使用料ヲ包含シ所謂私法上ノ手數料ナルモノヲ認ムルモノアリ固ヨリ等シク營造物ノ使用ト云フモ公有物ノ使用ノ如キ別段ノ

契約ヲ要セサルモノ又ハ營造物ノ使用ニシテ使用義務ノ存在スル場合ノ如キ契約ニ基カサルモノハ公法上ノ使用料ト見ルヘキモ私法上ノ使用料ニ至リテハ其大部ハ官業ト見ルヘキモノニシテ手數料ト見ルヲ得ス之ヲ要スルニ手數料トハ國家其他ノ公法團體カ其勞務ニヨリ特別ノ關係ヲ有スル私人ニ對シ徵收スル所ノ報償ナリト云フコトヲ得ヘシ

國家ノ行動ハ固ヨリ公益ヲ目的ト爲スモ同時ニ特定ノ私人ニ對シテ特種ノ利害關係ヲ有スルコトアリ此場合ニハ一般ノ收入ニヨリテ之カ經費ヲ支辨スルハ固ヨリ不可ナシトスルモ特種ノ利害關係ヲ有スル私人ヨリ其實費ノ一部ヲ支辨セシムルハ亦條理ニ反スル所ナシ所謂手數料ナルモノ之ナリ但此實費算定ノ方法ハ最モ困難ナル問題ニシテ是等ハ其經費及ヒ其行政行為ノ如何ニ依ルヘキノミナラス其私人カ受クヘキ利益多少私人ノ負擔力ノ大小國家カ其行為ニ對スル方針ノ如何ニ依リ常ニ手數料ノ額ヲ左右スルノミナラス時ニハ國家收入ノ實質ヲ加味スルカ爲メ租稅ト相類似スルモノ尠カラサルハ前ニ述ヘタル所ノ如シ

手數料ノ制度ニハ第一國庫手數料及ヒ官吏ノ手數料、第二定額手數料及ヒ不定額手數料、第三單一手數料及ヒ合同手數料、第四一般手數料及ヒ特別手數料等各種ノ別アルモ其重ナルモノハ直接徵收制度ト間接徵收制度ノ別ナリ直接徵收トハ官吏カ直接ニ現金ニ依リテ報償ヲ徵收スルヲ云ヒ間接徵收トハ證券印紙其他ノ方法ニヨリ間接ニ徵收スルヲ云フ證券印紙ノ制ハ千六百二十六年和蘭ニ於テ行ハレシ以來各國相次テ此方法ヲ採用シ延テ一般收入ノ場合ニ適用セラルルニ至レリ此方法ハ手數料額ノ計算簡單ナル場合ニ適シ政府ハ單ニ印紙證書等ノ製造及ヒ賣下ヲ爲スニ止マルヲ以テ經費ト手數トヲ節減シ會計整理上可ナルノミナラス又公衆ノ大ニ利便トスル處ナリ

手數料ノ種類ハ大別シテ司法手數料及ヒ行政手數料トス、司法手數料ハ再分シテ訴訟手數料及ヒ非訟手數料ト二トス、訴訟手數料ハ又司法裁判ト行政裁判トニ分タレ司法裁判ハ更ニ民事、刑事ノ二者ニ分タル司法手數料ハ常ニ實費ニ對シテ遙カニ尠キヲ常トナスモ猶ホ高キニ失スルキハ訴訟ニ依ル救正ノ途ヲ杜絶スルニ至ルヘク安キニ失スルキハ健訟ノ弊ヲ増スカ故ニ最モ斟酌ヲ要スヘキ問題ナリ非訟手數料トハ私人ノ權利ノ發生移轉消滅等法律行為ノ保證ニ對シ關係人ヨリ徵收スル手數料ナリ此種ノ手數料ハ實質ニ於テ租稅ニ變更スルコト多シトス行政手數料中主ナルモノハ內務行政ニ屬セリ例ヘハ教育行政ニ於ケル授業料受験料其他經濟上ノ手數料トシテ特許免許検査證認等其種類尠カラストス

第二章 租稅

第一節 租稅ノ觀念

國家ノ課稅權及ヒ人民ノ納稅義務ハ國家其モノニ對スル觀念ニヨリテ變遷ス租稅ノ歷史ハ專制課稅時代ニ始マリ契約課稅時代ヲ經テ今日ノ國民義務の課稅時代ニ變遷セリ古代君主カ絕對ノ權力ヲ有スル時代ニ於テハ其賦課ノ標準稅額ノ輕重等ハ舉ケテ當局者ノ德義心ト智能トヲ待ツノ外ナカリシモ契約課稅時代ニ在リテハ私有財產制度ノ發達ト人權思想ノ隆興ハ君主雖モ絕對無價ノ徵收ヲ敢テスルコト能ハサルニ至リ租稅ノ賦課徵收ハ租稅承認權ノ下ニ國民ノ承諾ヲ待テ始メテ之カ成立ヲ見タリ其後國家觀念ノ發達ニ伴ヒ先キニ租稅ノ承諾權ヲ有シタル議會ハ契約ニヨリ箇箇ノ場合ニ於テ國民ノ支出ヲ承諾スルニ非スシテ議會ハ其國家カ生存發達上必要ナル輕費ノ種類及ヒ費額ヲ審議シ之ニ應スルノ租稅ニ協賛スルノ意義明カナルニ至レリ

租稅ノ納付ハ無償ニシテ利益ニ對スル交換ニ非サルナリ何故ニ國民ハ國家ノ經費ニ對シテ租稅ヲ納付スルノ義務アルカハ政治學上ノ問題ニシテ一言以テ之ヲ蔽ヘハ國民タルカ故ニ外ナラス國民タルカ故ニ納稅ノ義務ヲ有スルハ其國ト國民ノ間ニ利害關係ヲ有スルカ故ニ外ナラス是レ地方稅ニ於テ又外國人ノ課稅及ヒ免稅ニ於テ認メラル所ナリ之ヲ要スルニ租稅トハ國家又ハ公共團體カ其經費ニ充ツルカ爲メ私人ヨリ徵收スル經濟的貨財ノ一般收納ナリ此定義ニ對シテ多少ノ問題アルハ經濟的貨財ノ範圍ニアリ即チ第一有形ト無形ト等シク租稅トナルコトヲ得ヘキカ第二無形ノ經濟貨財中金錢ヲ以テ價格ヲ秤量シ得ヘキモノモ得ヘカラサルモノモ等シク認ムヘキヤ否ヤニアリ夫役ノ如キハ地方團體カ負擔者ノ利益ヲ計リ之カ金錢ノ負擔ヲ輕減センカ爲メニ認ムルモノニシテ金錢ノ代納ヲ許スル原則トスルカ故ニ租稅ト見ルモ不可ナルコトナシ(府縣制一二、郡制九二、市制一〇一、町村制一〇二)然ルニ兵役ノ如キ忠實服從ノ義務ヲ有スル勤勞ハ金錢ヲ以テ之カ價格ヲ秤量スルコト能ハサルモノハ共ニ公權ノ作用タルニ於テハ一ナルモ租稅ト認メサルヲ例ト爲セリ

租稅ニ付テ附言スヘキハ其用語ナリ

第一、租稅ノ主體、租稅ノ主體即チ被稅者ニハ納稅者ト負稅者トノ別アリ納稅者トハ直接租稅ヲ納付スルモノニシテ負稅者トハ其租稅ヲ負擔スル者ナリ直接稅ハ納稅者ト負擔者トノ同一人ナルコトヲ豫期セル租稅ニシテ間接稅ハ相異ナルヘキヲ豫期セル租稅ナリ

第二、租稅ノ客體、租稅ノ客體トハ租稅賦課ノ標準トナル人、物又ハ事實ヲ云フ普通課稅物件ト稱セラルルモノ是ナリ

第三、稅源、稅源トハ租稅ノ流出スル源泉ナリ稅源ノ課稅物件ニ對スル關係ハ猶ホ負稅者ノ納稅者ニ

對スル關係ノ如ク又相一致スルコトアリ否ラサルコトアリ

第四、租稅ノ單位及ヒ稅率、租稅ノ單位トハ課稅物件ノ一定ノ分量ニシテ租稅ノ賦課、算定ノ基礎トナルモノナリ、稅率トハ其單位ニ對スル賦課ノ比率ヲ云フ

第五、租稅ノ臺帳及ヒ稅表、租稅ノ臺帳トハ租稅ノ主體、客體及ヒ租稅ノ負擔者クハ義務ヲ證明スル事實等ヲ輯錄セル記錄ナリ其重ナルモノハ地租ノ臺帳ナリ、稅表トハ課稅物件ニ付テ單位及ヒ稅率等ヲ記錄セル表ニシテ其重ナルモノハ關稅ノ表ナリ

第二節 租稅ノ原則

第一款 財政上ノ原則

財政上ノ原則トハ租稅カ國庫ニ必要ニシテ且充分ナル收入ヲ與ヘ且租稅行政ノ賦課徵收ノ方法カ良好ナルヘキヲ云フ租稅收入ノ數額ハ經費ヲ支辨スルニ足ルヘキ充分ノ收入アルコトヲ要シ且屈伸ノ性質ヲ有スルコトヲ要ス蓋シ租稅ハ現時各國ニ於テ國庫收入ノ大部分ヲ占ムルモノナリ從テ租稅ハ國庫ノ收入上重要ナル關係ヲ有ス多額ノ收入ヲ期スル爲メ各種ノ租稅ヲ配合シテ各國共ニ複稅制度ヲ採用セリ又國家ノ經費ハ年ヲ逐フテ増加スルカ故ニ租稅ノ收入モ亦歲出ノ増加ニ相隨伴スルノ性質ヲ有セサルヘカラス租稅行政ニ關シテハ社會經濟ノ進步ニ伴ヒ租稅ノ種類益々多ク各種ノ課稅物件ニ對シテ公平ニ各人ノ納稅力ニ應ジテ賦課スルコトヲ要シ又租稅ノ徵收ハ國庫並ニ納稅者ニ對シ不便不利ナキコトヲ要ス故ニ租稅ノ賦課ニ付テハ何レノ國ニ通スルモ課稅物件ノ審查及ヒ各人ノ納稅力ヲ鑑定スルカ爲メニ幾多ノ方便ヲ施ササルハナシ其方法及ヒ機關ハ當局ノ稅務官吏ノ外或ハ納稅者自身ノ申告ヲ爲

サシメ或ハ地方團體ノ官吏、公吏、名譽職員等ヲシテ之カ補助ニ當ラシメ或ハ特別ノ合議制ヲ設ケ或ハ一般ノ私人ヲシテ報告ヲ爲サシムル等其方法甚タ多面ニ涉レリ租稅ノ徵收ニ付テハ其方法ノ正確ヲ期スルカ爲メ收稅上ノ誤謬怠慢等ノ豫防及ヒ救濟ヲ計リ成ルヘク徵收方法ヲ簡易ニシテ徵收費ノ減少ヲナシ併セテ納稅ニ伴フ不便ヲ除去スヘキカ故ニ徵收ノ時期、場所其他ノ手續ハ經費ノ上ニ於テ利便ノ上ニ於テ尤モ注意ヲ拂ハスンハアラス是等ノ問題ニ關連スル租稅ノ徵收機關ハ租稅行政ニ於テ重要ナル問題タリ

租稅ノ徵收法ハ大別シテ間接徵收法及ヒ直接徵收法ト爲ス間接徵收法ハ又受負徵收法及ヒ委任徵收法ニ細別セラル受負徵收法ハ國家カ一定ノ時期ニ一定ノ收入ヲ得ルノ利便アリ又受負料金ニシテ適當ナル以上ハ尤モ徵收費用ヲ節約シ得ヘキモノタリ然レトモ無償ノ給付タル租稅ノ徵收ニ付キ私人カ國家ト納稅者ノ間ニ立ツハ管ニ財務行政上ノミナラス一般政治問題トシテ學說實際ヲ通シテ否認セラル所ナリ委任徵收法ハ又配付徵收法ト云ヒ國家カ下級ノ政治團體ヲシテ定額ノ租稅ヲ納付セシメ其政治團體カ如何ナル方法ニヨリテ其收入ヲ得ヘキヤハ凡テ團體ニ一任セルモノナリ此方法ハ又今日ニ於テ殆ト其例ヲ見ルコトナシ直接徵收法トハ國家カ其任命スル官吏等ニヨリ直接ニ徵收スル方法ニシテ時ニ下級ノ政治團體等ヲシテ之カ執行ノ補助ヲ爲サシメ又ハ之ヲ委任スルコトアリ現時尤モ廣ク行ハルル處ノモノナリ

第二款 公正ノ原則

公正ノ原則トハ租稅カ一般平等ニシテ且正確ナルヘキヲ云フ公正ナル意義ハ時ト處ニヨリ必スシモ一

雜 錄

大審院判例要旨

○共同訴訟ニ對スル審判手續 依テ民事訴訟法ヲ按スルニ同法ニ於テハ共同訴訟人間ノ關係ニ付テハ一般ニ適用スヘキ規定ヲ第四十九條ニ設ケ特種ノ關係ニ付適用スヘキ規定ハ第五十條ニ變例ヲ設ケラレタルモノナリ而シテ第四十九條ノ規定ヲ適用セラルル一般ノ場合ニ在テハ各當事者ハ互ニ獨立ノ地位ニ立チ其數名カ一箇ノ判決ヲ以テ言渡ヲ受クルモ之ニ對シ各自獨立シテ上訴若クハ故障ヲ爲スコトヲ得ヘク又ハ獨立シテ其判決ノ一部ヲ確定セシムルモ固ヨリ各當事者ノ任意ナリト雖モ之ニ反シ第五十條ノ規定ヲ適用セラルル變例ノ訴件ニ在テハ其權利關係ハ當事者數名ニ涉ルモ其目的物ハ同一事物ト看做シ同時ニ判決ヲ確定セシメ且同時ニ之カ執行ヲ爲スコトヲ得セシメント主眼トシ一箇ノ判決ニ對シ數名カ個個ニ獨立シテ判決ノ一部ヲ確定セシメ又ハ上訴若クハ故障ヲ獨立シテ爲シ區區ノ裁判ヲ受ケ判決ノ衝突スルカ如キ弊ヲ避ケンコトヲ期スルノ法意ナリト解釋セサルヲ得ス然ラズンハ特ニ第五十條ノ如キ變例ヲ設クルノ必要ヲ見ス是則チ第五十條第四項ニ「或ル人ノミカ期日又ハ期間ヲ懈怠シタルトキハ其懈怠シタル者ハ懈怠セサル者ニ代理云云」ト規定シ其第五項中「其懈怠シタル共同訴訟人ニハ云云」ト出テ爲スコトヲ要ストト規定セラル所以ナリ是ヲ以テ共同訴訟ニ於テハ裁判所ハ先ツ以テ第四十九條ノ一般ノ規定ヲ適用スヘキ事件ナルヲ將テ第五十條ノ特別ノ規定ヲ適用スヘキ事件ナルヲ定メ第五十條ノ規定ヲ適用スヘキモノタルニ於テハ其數名カ一

箇ノ判決ヲ以テ言渡ヲ受クルモ之ニ對シ或人ノミカ上訴若クハ故障ヲ爲セルハ殘ル當事者ニ付テモ其上訴若クハ故障期間經過ノ中斷ト看做シ殘餘ノ總員ヲ呼出シ辨論ヲ爲サシムヘキモノタルコト當院ノ屢認ムル所ノ判例ナリ(明治三十八年一月十二日第一民事部判決)

○前審ニ干與シタル判事ノ意義 民事訴訟法第三十二條第四號ニ謂フ前審ニ干與シタル判事トハ不服ヲ申立テラレタル裁判ニ干與シタル判事ヲ指シタルモノニテ本件ノ場合ノ如ク原院カ本件ニ付疊キニ抗告裁判所トシテ其前審ノ裁判ヲ廢棄シ更ニ事件ノ裁判ヲ前審裁判所ニ委任シタル際其裁判ニ干與シタル判事力再度ノ抗告ニ付キ本件裁判ヲ爲シタル如キハ其所謂前審ノ裁判ニ干與シタル判事力更ニ裁判ヲ爲シタルモノニ該當セス(明治三十九年一月二十五日第一民事部決定)

○損害要償ノ私訴 原判決ノ確定シタル事實ニ依レハ民事原告人ハ被告ノ欺罔手段ニ依リ流通證券タル貨物預證券及ヒ質入證券ヲ騙取セラレ其證券カ善意ノ第三者タル平子治彦ノ手ニ移轉シタルモノナレハ右證券發行カ民事原告人ト被告人トノ關係ニ於テ無効ナリトスルモ右證券ノ善意ノ所持人タル平子治彦ニ對シテハ右無効ヲ對抗スルヲ得サルモノニシテ治彦ニ對シテハ民事原告人ハ右證券上ノ債務ヲ辨濟セサルヘカラサルモノナルヲ以テ原判決認定ノ如ク之ヲ辨濟シタル事實アルニ於テハ右辨濟シタル金額ハ即チ被告ノ犯罪ニ因リテ民事原告人ノ受ケタル損害ニ外ナラス從テ刑事訴訟法第二條ニ依リ私訴トシテ本訴ノ請求ヲ爲スヲ得ヘキヤ勿論ナリ(明治三十九年一月十五日官署)

法學志林

第八卷 第二十八號 每月一回廿日發行
定價 郵稅 郵金 郵稅 拾錢
發售處 拾錢 (第七十八號)

◎志林

船舶所有者ノ責任ノ沿革
山林立木買主ノ競合
官公吏及議員ノ私心ノ效力
所謂時之衝突規程ト地的衝突規程トノ關係(承前完)
最近判例批評
墮胎罪ト遺棄罪ニ就テ

◎質疑錄

民法 二題(梅博士)
商法 一題(矢部學士)
憲法 二題(清水博士)

佐竹三吾
木村銳子

◎纂錄

大審院新判決例十二件

◎判例

判例 檢察廳士試驗ノ外國語○廳長事務善後策ニ關スル決議○行政裁判所ノ上訴制度○三個月內ニ明渡スヘキ官ノ約款○振替貯金規則ノ便益○韓國ノ鐵業條例○大學問題ノ沿革○露國ノ殺人地○家族五人ノ毒殺○父ヲ殺ス○一村過午ノ恐喝取財○先作地ノ地狀○凱旋軍人ノ強盜○十二月申○電車ノ事故○金銀類夫共歸講議會○法政速成科講習會○法政速成科講習會○法政速成科講習會○寄附書目○住所異同○實業懇和會

◎記事

○本誌編輯會

發行所

法政大學

校外生規則摘要

- 一 十个月以上本大學ノ校外生タル者ニシテ本學ニ入學スル者ハ入學金ヲ免除ス
- 一 講義錄ノ講習ヲ終リタル者ハ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錄ハ十二个月ニテ完結ス
- 一 講習料ヲ納付シタルトキハ講義錄ヲ郵送スルヲ以テ別ニ領取證ヲ交付セス若シ發信ノ日ヨリ二十日ヲ過キ講義錄ノ到達セサ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等ナル者ハ本大學ノ學生又ハ聽講生ニ編入シ有志留學ノ獎學金ヲ以テ一學年中ノ授業料健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 校外生ハ講義錄中ニ疑義アルトキハ講義錄ノ番號、科目、頁數及ヒ疑問ノ要點ヲ記載シ本大學編輯局ヘ宛テ郵送スヘシ
- 一 質疑通信ノ文意解シ難キモノ、主旨明確ニシテ解答ヲ要セスト認ムルモノハ解答ヲ付セス
- 一 質疑通信録ト認ムルモノハ之ニ解答ヲ付シ法學志林又ハ講義錄ニ登載スヘシ

(明治三十八年十一月九日第三種郵便物認可)
毎月三回 十五日 二十五日發行

明治三十九年三月十二日印刷
(定價金叁拾錢)
明治三十九年三月十五日發行

編輯兼
發行者 萩原敬之
東京市牛込區牛込北町十番地

印刷者 小宮山信好
東京市牛込區矢來町三番地

印刷所 金子活版所
東京市芝區明舟町十一番地

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