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

PDF issue: 2024-11-10

法政大學講義録

豐島，直通 / 村上，隆吉 / 岩田，一郎 / 田阪，友吉 / 富井，政章 / 志田，鉀太郎 / 岡田，朝太郎

(出版者 / Publisher)
法政大學
(巻 / Volume)
20
(号 / Number)
2学年の7
(開始ページ / Start Page)
1
(終了ページ / End Page)
82
(発行年 / Year)
1906-05-15

三十九年度

法政大學講義錄

第二十號

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 毎月三回、五日、十五日、二十五日發行）

明治三十九年五月十五日發行

（第貳學年ノ七）

0218

三十九年度第二十號目次

民法物權（自第七章至第十章）（自六九至八九）（六元）　法學博士　富井政章
表紙及ヒ目次　六頁

刑法各論（自一八三至一九〇）　法學博士　岡田朝太郎

商法總則（自五三至七二）（六元）　法學博士　志田鉀太郎
表紙及ヒ目次　六頁

商法商行爲（自第一章至第九章）（自一四三至一五八）（六元）　法學士　田阪友吉
表紙及ヒ目次　六頁

商法商行爲第十章（自一三九至一六二）（六元）　法學士　村上隆吉
表紙及ヒ目次　六頁

刑事訴訟法（自九七至一二〇）　法學士　豐島直通

民事訴訟法第一編（自一二五至一五七）（六元）　法學士　岩田一郎
表紙及ヒ目次　八頁

雜錄　○大審院判例要旨

090
1906
2-1-7

權者タル債務者即チ質權設定者ニ辨濟ヲ爲スベキコトト爲ルデアラウ、然ラバ其危險ハ一層大ナルモノト謂ハヲハナラヌ、是ヲ以テ法律ハ此場合ニ於テ質權者ハ第三債務者ヲシテ其辨濟金額ヲ供託セシムルコトヲ得ルモノトシタ、而シテ質權ハ其供託金ノ上ニ存在スルモノト定メテアル（三六七條三項）」此規定ハ質權者ヲ保護スル爲メニ設ケラレタ便宜法デアッテ、此場合ニハ質權ノ目的ガ更改セラレタルモノデアル、即チ從來債權ヲ目的トシタルニ爾後供託金ヲ目的トスルコトニ變ジタ譯デアル、而シテ質權者ニ於テ單ニ供託ヲ爲サシムルコトヲ得ルニ止マリテ直チニ取立ツルコトヲ得ザルモノトシタ所以ハ外デハナイ、質權ヲ設定シタル債務者ヲシテ期限ノ利益ヲ失ハシメザルガ爲メデアル、此場合ニハ第三債務者ハ供託ニ因ッテ其債務ヲ免ルル譯デアルガ故ニ質權設定者ハ利息ヲ取得スルコトヲ得ザルニ至ルガ如クニ見ユルガ、供託法ニ於テ供託金ニ利息ヲ附スルコトト定メテアルガ故ニ斯ル結果ヲ生ズルコトハナイ、債務者ハ決シテ不當ノ損害ヲ被ルコトハナイト思フ（供三條）

質權ノ目的物ガ金錢ニ非ザル場合ニ於テハ質權者ハ辨濟トシテ受ケタル物ノ上ニ質權ヲ有スル（三六七條四項）但其物ヲ以テ直チニ自己ノ所有ト爲スコトヲ得ナイ、唯普通ノ場合ニ於ケル如ク之ヲ競賣ニ付シテ其代價ヲ以テ辨濟ニ充ツルコトヲ得ルマデデアル、此場合ニ於テモ質權ノ目的ハ更改セラレタルト看ルガ至當デアルト思フ、此目的ノ更改ハ債務ノ不履行ヨリ生ズル損害賠償ノ義務ノ如ク權利ノ變更ト看ルベキモノデアルト考ヘマス

質權ハ以上述ベタル方法ノ外民事訴訟法ニ定メタル執行方法ニ依ッテ質權ノ實行ヲ爲スコトヲ得ル（三六八條）其方法ハ現行民事訴訟法ノ用語ニ從ヘバ轉付及ビ換價處分デアッテ孰レモ裁判所ノ命令ヲ以テスルモノデアル（民訴六〇〇條、六〇二條、六一三條）

0219

以上說明シタル質權實行ノ方法ハ主トシテ獨逸民法ノ規定ヲ採ッタモノデアル（獨逸民法第一二八二條以下）唯獨逸民法ニハ質權ニ特別ナル實行ノ方法デアルガ故ニ民事訴訟法ニ讓ラズ一切民法ニ規定シテアル

第十章　抵當權

抵當權ニ付イテハ民法ニ定メタル順序ニ從ッテ總則、效力及ビ消滅ノ三事項ヲ說明シヤウト思フ

第一節　總則

抵當權ノ定義　抵當權トハ債務者又ハ第三者ガ占有ヲ移サズシテ債務ノ擔保ニ供シタル不動產ニ付キ他ノ債權者ニ先ッテ辨濟ヲ受クル權利ヲ謂フ（三六九條一項）此定義ニ依レバ抵當權ノ特性ハ主トシテ占有ノ移轉ヲ要セザルコトデアル、此點ハ即チ質權ト其性質ヲ異ニスル所デアル、債務者ハ不動產ノ占有ト共ニ其使用及ビ收益ノ權ヲ失ハズシテ之ヲ債權ノ擔保ニ供スルコトヲ得ル最モ便利ナル方法デアル、而シテ登記ニ依ッテ第三者ニ損害ヲ被ラシムルコトヲ防グ途ハ十分ニ付イテ居ル、故ニ抵當權ハ近時不動產質ノ日ニ衰ヘタルニ反シテ益ニ盛ニ行ハルル所以デアル、所謂抵當制度ナルモノハ登記法ト相待ッテ國ノ經濟ニ至大ノ關係ヲ有スルモノデアルガ故ニ諸國ノ立法者ハ其制定ニ最モ重キヲ置イテ種種改良ヲ加フル所以デアリマス

抵當權ノ目的　抵當權ノ目的ハ不動產ニ限ル、抵當權ハ質權ト異ナッテ占有ノ移轉ヲ要セザルモノデアルガ故ニ一定ノ位置ヲ有セザル動產ニハ適用シ得ルモノデナイ、何トナレバ抵當權ノ成立ヲ表示スベキ方法ガナイ故デアル、尤モ外國ニ於テハ動產ニ付イテモ抵當權ヲ認メタル例ガナイデハアリマセヌ、此點ニ於テハ佛法ノ主義ト英、獨法ノ主義ト大ニ異ル所ガアリマス、我民法ハ本邦從來ノ慣例ト佛蘭西法系ノ立法例ニ從ッテ抵當權ノ目的ハ不動產ニ限ルモノトシタ、但此原則ニハ二ノ例外ガアル、其レハ船舶ノ抵當デアル、船舶ノ抵當ニ關スルコトハ民法ニ規定シテナイニ由ッテ玆ニハ說明ヲ省キマス

民法第三六九條ニハ汎ク不動產トアッテ特定ノ不動產ト云フテナイ、然レドモ固ヨリ特定ノ不動產ニ限ルモノト解セネバナラヌ、佛國民法ニ認ムル債務者ノ總財產上ニ存在スル抵當權ノ如キハ我邦ニ慣習モナイ且有害ナル制度ト看テ之ヲ採用セラレナンダ、固ヨリ一切ノ不動產ヲ擧ゲテ抵當權ノ目的ト爲スコトハ妨ナキコトデアルガ、此ノ如キハ簡單ニ其不動產ヲ抵當權ノ目的ト爲シタモノト看ネバナラヌ、故ニ其結果トシテ例ヘバ登記ハ各不動產ニ付イテ之ヲ爲スコトガ必要デアル

又法文ニハ不動產トアルガ故ニ動產ヲ除外シタルト同時ニ權利ヲモ除外シタルモノト解セネバナラヌ、縱令不動產ヲ目的トスル財產權ト雖モ抵當權ノ目的ト爲スコトヲ得ナイ、然ルニ此原則ニモ例外ガアル、即チ地上權及ビ永小作權ハ之ヲ抵當權ノ目的ト爲スコトヲ得ルコトデアル、而シテ此場合ニハ本章ノ規定ヲ準用スベキコトトシテアリマス（三六九條二項）

是ハ屢〻述ベタル如ク物權ハ有體物ノ上ニ行フ權利デアルト云フ觀念ヨリ特ニ此規定ヲ必要トシタル所以デアッテ又民法ニ於テモ此觀念ヲ以テ一貫スルコト能ハナンダ證據デアル

抵當權ハ抵當不動產ガ膨脹シタル場合ニハ其膨脹シタル部分ニマデ及ブ、例ヘバ庭園ニ山ヲ築キ又ハ建物ニ增築ヲ爲シタル如キ場合ニハ總テ其新ニ加ハッタ部分ヲ併セテ抵當權ノ目的ト爲ルモノデアル、即チ抵當權ハ其目的タル不動產ニ附加シテ之ト一體ヲ成シタル物ニ及ブ但此原則ニハ四ノ例外ガアル

0220

（三七〇條）

第一　土地ヲ以テ抵當權ノ目的ト爲シタル場合ニ於テハ抵當權ハ其土地ノ上ニ存在スル建物ニ及バナイ、歐洲諸國ニ於テハ羅馬法以來ノ慣例トシテ建物ハ土地ト一體ヲ成スモノト看テアル、我邦ノ慣例ハ之ニ反シテ建物ト土地トハ別物ト看ルコトニ爲ッテ居マス、少クモ抵當權ノ及ブ範圍ニ付イテハ疑ナキコトデアルト思フ、故ニ是ハ前ニ示シタ原則ニ對スル純然タル例外ト稱スベキモノデハナイ、何トナレバ我邦ニ於テハ建物ハ土地ノ一部即チ土地ト一體ヲ成スモノト看ナイノデアル、建物ハ土地ノ定著物デアル（八六條一項）定著物ハ一部ト云フコトデハナイ、寧ロ土地ト別ナル不動產ヲ言現ハシタモノト看ルベキデアル、民法ハ唯或ハ疑ヲ生ズベキ事柄ト見テ抵當權ハ地上物ニ及バザルコトヲ規定シタマデノコトデアル

第二　設定行爲ニ別段ノ定アルトキ　是ハ說明ヲ要スル事柄デナイ

第三　第四二四條ノ規定ニ依ッテ債權者ガ債務者ノ行爲ヲ取消スコトヲ得ルトキ　是ハ所謂詐害行爲ノ場合デアッテ、既ニ前學年ニ說明ヲ聽カレタコトト考ヘマスニ因ッテ說明ヲ略シマス

第四　果實　果實ハ抵當權ノ目的タル不動產ノ一部デアル、故ニ明文ナキトキハ抵當權ノ及ブコトト爲ル、然ルニ是ハ抵當權ナル制度ヲ認メタ目的ニ反スルコトデアル、何トナレバ抵當權ハ其設定者ニ於テ使用及ビ收益ノ權ヲ失ハザルコトヲ以テ特質トスルモノデアル、但此原則ニモ二ツノ例外ガアル

（一）抵當不動產ノ差押アリタルトキ　此場合ニハ抵當不動產ノ所有者ハ其不動產ヲ處分スル權利ヲ失フニ因ッテ其果實ヲモ處分スルコトヲ得ザルハ當然ノコトデアル

（二）第三取得者ガ第三八一條ノ通知ヲ受ケタルトキ　玆ニ謂フ通知トハ抵當權者ガ抵當權實行ノ意思ヲ第三取得者ニ對シテ表示スルコトヲ謂フ、何レ後ニ說明シマス（三七一條）

此他抵當權ノ不可分ナルコト、抵當不動產ニ代ッテ債務者ノ資產ト爲リタルモノニ抵當權ノ及ブコト、又第三者ガ抵當權ヲ設定シタル場合ニ於ケル求償權ニ關シテハ既ニ說明シタル留置權其他ノ擔保物ニ關スル規定ヲ準用シテアリマス（三七二條）

抵當權ノ設定　抵當權ハ意思表示ニ依ッテ設定スルモノデアル　此點ハ留置權及ビ先取特權ト全ク相異ナル所デアル、我民法ハ佛國民法ニ認ムル如キ未成年者及ビ妻等ノ利益ニ於ケル法律上ノ抵當權及ビ裁判上ノ抵當權ナルモノヲ認メナイ、是ハ財產ノ流通改良ト共ニ受引ノ安全ヲ妨害シ第三者ニ損害ヲ被ラシムル極メテ不當ナル制度デアルト認メタガ故デアル

抵當權ハ通常契約ヲ以テ設定スルモノデアルガ、質權ト異ッテ其目的物ノ引渡ヲ必要トセザルガ故ニ必ズシモ契約タルコトヲ要セナイト思フ、稀デハアラウガ遺言ニ依ッテモ設定スルコトヲ妨ゲナイ

第二節　抵當權ノ效力

民法ハ本節ニ於テ四ツノ事ヲ規定シテ居マス、第一、抵當權ノ順位、第二、抵當權ニ依ッテ擔保セラルベキ債權、第三、抵當權ノ處分、第四、第三取得者ニ對スル抵當權ノ效力、是ヨリ順次ニ此四ツノ事項ヲ說明シヤウト思フ

第一款　抵當權ノ順位

抵當權ノ順位問題ハ數箇ノ債權ヲ擔保スル爲メニ同一ノ不動產ニ付イテ抵當權ヲ設定シタル場合ニ生

0221

ズル、此場合ニ於テ其抵當權ノ順位ハ登記ノ前後ニ依ルト定メテアル（三七三條）是ハ寔ニ當然ノ事デアッテ抵當權者ハ互ニ第三者デアル、民法ハ何故ニ此事ヲ明文ニ規定スルコトヲ必要トシタルヤヲ疑フ位デアル、思フニ此規定ヲ置カレタ趣意ハ順位ノ事ハ純然タル第三取得者ニ對スル效力ト看ルベキモノデナイ又先取特權ノ順位ハ必ズシモ登記ノ前後ニ依ラザルコトト爲ッテ居ルヨリシテ或ハ疑ヲ生ゼンコトヲ恐レタガ故ニ過ギスト思フ

第二款　抵當權ニ依ッテ擔保セラルベキ債權

抵當權ハ元本ノ外利息其他ノ定期金ヲモ擔保スルモノデアル、其理由ハ利息ナルモノハ通常一定ノ時期ニ拂フモノデアッテ永ク其支拂ヲ延滯スルハ異例ニ屬スルコトデアル、其レ故ニ利息ニ及ブモノトスベキハ當然ノ事デアル、唯是ニハ制限ガナクテハナラヌ、即チ久シキ前ニ遡ッテ一切抵當權ニ依ッテ擔保セラルルモノトスレバ他ノ債權者ニ非常ノ損害ヲ被ラシムルコトト爲ル、故ニ原則トシテ最後ノ二年分ニ限リ抵當權ニ依ッテ擔保セラルルモノトシテアル、其以前ノ分ニ付イテハ滿期後登記ヲ爲シタルトキニ限リ其登記ノ時ヨリ抵當權ヲ行フコトヲ妨ゲナイ（三七四條）

茲ニ所謂利息トハ約定利息ノミヲ謂フモノデアッテ、債務ノ不履行ニ原因セル損害賠償ノ性質ヲ有スル遲延利息ニハ適用ナキモノト解シマス、然ルニ此點ニ關シテハ曩ニ解釋ガ岐レテ大議論ヲ生ジマシタ、結局大審院ハ今述ベタ狹義ニ解スル說ヲ採ッテ、遲延利息ヲ含マズト云フ判決ヲ下シタ、然ルニ立法問題トシテハ是ハ法律ノ一缺點ト謂ハネバナラヌ、從來ノ慣習ニ反スルコトデモアリ又質權ニ於ケル規定ヲ異ニスベキ理由ハ更ニナイ（第三四六條）其レ故ニ世間ニハ此點ニ於テ民法ニ修正ヲ加フル議ガ起ッテ、竟ニ明治三十四年四月十二日法律第三十六號ヲ以テ本條ノ規定ヲ遲延利息ニモ適用スルコトヲ明定セラレマシタ、微細ナル點ハ說明ヲ略シマス

第三款　抵當權ノ處分

抵當權ハ從タル權利デアルガ故ニ一見スルトキハ其擔保スル主タル債權ヲ離レテ存在スルコトヲ得ザルモノノ如クニ解セラルル、即チ單獨ニ抵當權ノミヲ處分スルコトハ無效ナル如クニ思ハルル、純理上ヨリ言ヘバ此見解ハ或ハ適當デアルカモ知レヌガ此ノ如クナルトキハ實際上甚ダ不便デアル、抵當權ハ先ヅ特權ト異ナッテ債權ノ性質ニ基イテ當然之ニ附著スルモノトシタ權利デナイ、其レ故ニ何人ニモ損害ヲ生ゼザル限ハ債權ヨリ分離シテ單獨ニ之ヲ處分スルコトヲ得セシムルニ何等ノ不都合モナイコトデアル、當事者ニ於テハ多クノ場合ニ於テハ之ヲ便利トスルコトデアル、故ニ民法ハ第三七五條ニ於テ抵當權ノ處分ヲ認メテ之ニ關スル規定ヲ置イタ抵當權ノ處分ニハ五ツノ場合ガアル

第一　抵當權ハ先ツ之ヲ以テ他ノ債權ノ擔保ト爲スコトヲ得ル　一例ヲ擧グレバ茲ニ甲ナル者ガ乙ナル者ニ對シテ一萬圓ノ債權ヲ有スルモノトシテ居ル、其擔保トシテ抵當權ヲ設定セシメタ、然ルニ甲ハ後ニ主ッテ金錢ノ必要アッテ內ナル者ヨリ借入レント欲スルモ抵當トスベキ不動產ガナイ、斯ル場合ニハ乙ニ對シテ有スル抵當權ヲ以テ更ニ丙ニ對シテ負ハントスル債務ノ擔保ト爲スコトヲ得ル、但此場合ニ付イテ注意スベキコトハ何人ト雖モ自己ノ有スル以上ノ權利ヲ他人ニ移スコトヲ得ザル（由ッテ縱令甲ガ丙ニ對シテ己ガ乙ニ對シテ有スル債權額以上ノ債務ヲ負フモ例ヘバ二萬圓ノ債務ヲ負フモ丙ハ其抵當權ニ依ッテ初ヨリ擔保スル債權額ヲ限度トスルニ非ザレバ之ヲ實行スルコトヲ得ナイ、又曩ニ

0222

債權質ニ付イテ述ベタ如ク、自己ノ權利ガ辨濟期ニ至ルマデハ抵當權ヲ實行スルコトヲ得ザルハ言フヲ俟タザルコトデアル

第二　抵當權ノ讓渡、即チ抵當權者ハ同一ノ債務者ニ對スル他ノ債權者ニ其債權ノ擔保トシテ自己ノ抵當權ヲ讓渡スコトヲ得ル　是ハ極メテ簡單ナル場合デアッテ別ニ難問ヲ生ズルコトハナイ、即チ甲債權者ガ乙債權者ニ抵當權ヲ讓渡シタトスレバ甲ハ將來無擔保ノ債權者ト爲ッテ乙ガ其抵當權ニ依ッテ辨濟ヲ受クルコトト爲ル譯デアル

第三　抵當權ノ拋棄、即チ抵當權者ハ同一ノ債務者ニ對スル他ノ債權者ノ爲メニ其抵當權ヲ拋棄スルコトヲ得ル　例ヘバ茲ニ甲、乙、丙ナル三人ガ丁ナル者ニ對シテ各、一萬圓ノ債權ヲ有スルト假定シマセウ、而シテ甲一人ガ抵當權ヲ有シテ居ル、而シテ其抵當權ノ目的タル不動產ノ價格ハ丁度一萬圓デアルト假定シマセウ、此場合ニ甲ハ乙ノ爲メニ其抵當權ヲ拋棄シタトスレバ乙ハ如何ナル地位ニ立ッカト云フニ畢竟甲ガ嘗テ抵當權ヲ有セザルモノト看做スコトヲ得ル結果ニ爲ル、恰モ一萬圓ノ財產ヲ有スル債務者ニ對シテ一萬圓宛ニ債權ヲ有スル無擔保ノ債權者ガ三人アル場合ト同樣ニ爲ル譯デアル、即チ各、其債權額一萬圓ノ三分ノ一ヲ受クルコトト爲ル、但甲ハ乙ノ利益ノ爲メニ其抵當權ヲ拋棄シタモノデアルガ故ニ丙ニ其利益ガ及ンデハナラヌ、其レ故ニ此場合ニ甲ハ一萬圓ノ三分ノ二ヲ取ルコトト爲ル譯デアル、乙ノ爲メニ抵當權ヲ拋棄シタ結果、乙ハ本來一錢ダモ取ルコトヲ得ザリシニ換ヘテ三分ノ一ニ當ル辨濟ヲ受クルコトヲ得ル結果ト爲ルノデアル

第四　順位ノ讓渡、即チ抵當權者ハ同一ノ債務者ニ對スル他ノ債權者ノ爲メニ其抵當權ノ順位ノミヲ讓渡スコトヲ得ル　此場合ニ於テハ讓渡人ハ言フマデモナク讓受人モ無擔保ノ債權者デナクシテ抵當權者デアル、唯讓渡人ヨリ下位ニ居ル抵當權者デアル、之ガ前ニ述ベタ抵當權ノ讓渡ト相異ナル點デアリマス、例ヲ以テ言ヘバ茲ニ甲乙ノ兩人各、丙ニ對シテ一萬圓ノ債權ヲ有シテ居ル、甲ハ第一順位者デアッテ乙ハ第二順位者デアル、而シテ抵當不動產ノ價格一萬五千圓デアルト假定シマセウ、此場合ニ於テ甲ガ乙ノ爲メニ其第一順位ヲ讓渡シタトスレバ乙ハ素ト五千圓ナラデハ受取ルコトヲ得ザリシモノガ順位ノ讓渡ヲ受ケタガ爲メ正反對ニ一萬圓ヲ受取リ甲ガ五千圓ヲ受取ルコトト爲ル、若シ又抵當不動產ノ價格ガ各自ノ債權額ト同一即チ一萬圓デアルトスレバ乙ハ其代價ノ全額ヲ受取ル結果ト爲リマス

第五　順位ノ拋棄、抵當權者ハ同一ノ債務者ニ對スル債權者ノ爲メニ其抵當權ノ順位ノミヲ拋棄スルコトヲ得ル　例ヘバ茲ニ甲、乙、丙ノ三人ガ各、丁ニ對シテ一萬圓ノ債權ヲ有シテ居ル、而シテ其債權ハ言フマデモナク何レモ抵當權ニ依ッテ擔保セラレテ居ル、甲ハ第一順位、乙ハ第二順位、丙ハ第三順位ニ在ルト假定シマセウ、而シテ抵當不動產ノ價格ハ前例ニ倣ッテ一萬五千圓ト假定シマセウ此場合ニ於テハ甲ハ先ヅ一萬圓ヲ取リ、乙ハ五千圓ヲ取リ、丙ハ一錢一厘ヲモ取ルコトヲ得ザル譯デアルガ、甲ハ丙ノ爲メニ其第一順位ヲ拋棄シタ、此場合ニ乙ハ其結果トシテ其第一順位ニ上ルベキガ如クデアルガ、乙ノ利益ノ爲メニ爲シタル行爲デナイ故ニ此處分ハ乙ニ利益ヲ生ズル結果ヲ生ジテハナラヌ、即チ乙ハ此處分ノ爲メニ毫モ利益ヲ感ゼザルモノトシテ結局初ニ申シタ如ク五千圓ヲ取ルコトニ爲ラネバナラヌ、而シテ丙ハ順位拋棄ノ結果トシテ甲ト對等ノ地位ニ立ツ譯デアル、故ニ甲ト一萬圓ヲ折半シテ各、五千圓ヲ取ル結果ト爲ラネバナラヌ、讓渡ノ場合デナイガ故ニ一萬圓ヲ取ル譯ニハイカヌ順位拋棄ノ結果ハ共ニ對等ノ地位ニ立ツト云フマデノコトデアル、又此場合ト前ニ說明シタ抵當權ノ拋棄ノ場合

0223

ト相異ナル所ハ順位ノ拋棄ト云フ以上ハ其拋棄ニ因ッテ利益ヲ受クル者ハ必ズ抵當權者デアル、此點ガ二ツノ場合ト同ジカラザル所デアリマス

以上列擧シタル各種ノ處分ハ單ニ當事者ノ行爲ノミニ因ッテ第三者ニモ對抗スルコトヲ得ルモノトセバ第三者ハ意外ノ損害ヲ被ルコトト爲ル、故ニ民法第三七五條第二項ニ於テ「抵當權者カ數人ノ爲メニ其抵當權ノ處分ヲ爲シタルトキハ其處分ノ利益ヲ受クル者ノ權利ノ順位ハ抵當權ノ登記ニ附記ヲ爲シタル前後ニ依ル」トシテアル、既ニ抵當權ノ登記アルニ因ッテ更ニ新ナル登記ヲ爲スコトハ必要デナイ、抵當權ノ登記ニ附記スルニ止ムル方ガ抵當不動產ノ現狀ヲ知ルニモ便利デアル、公示方法トシテハ之ガ爲メニ別段不備ヲ感ズルコトハナイノデアル、而シテ尙ホ此等ノ處分ヲ以テ債務者、保證人、抵當權設定者及ビ其各自ノ承繼人ニ對抗スルコトヲ得ルニハ債權讓渡ノ規定ニ從ッテ主タル債務者ニ其處分ヲ通知スルカ又ハ主タル債務者ガ之ヲ承諾スルコトガ必要デアル、然ラザレバ主タル債務者ハ此等ノ處分アリシコトヲ知ラズシテ抵當權ノ處分ヲ爲シタル者ニ辨濟ヲ爲スカモ知レヌ、斯ル場合ニハ辨濟者ニ更ニ辨濟ヲ爲ス不利益ヲ受ケシムルカ、又ハ抵當權處分ノ利益ヲ受ケタル者ニ損害ヲ被ラセルコトニ爲ルカ、孰レニ爲ルモ不當ノ結果デアル、是レ即チ債權讓渡ノ場合ニ於ケルト同一ノ手續ヲ必要トシタル譯デアリマス（三七六條一項）而シテ其制裁ハ言フヲ俟タザルコトデアッテ、主タル債務者ハ此通知ヲ受クルカ又ハ承諾ヲ與ヘナガラ受益者ノ承諾ナクシテ辨濟ヲ爲シタルトキハ其辨濟ヲ以テ受益者ニ對抗スルコトヲ得ザル結果ト爲ル（同條二項）

第四款　第三取得者ニ關スル效力

抵當權ハ物權ノ一ツデアル、隨テ優先權ト追及權ヲ生ズル故ニ抵當權ノ設定後第三者ガ抵當不動產上ニ如何ナル權利ヲ取得スルモ抵當權者ハ之ニ對シテ其權利ヲ實行スルコトヲ得ルハ當然ノ事デアル、然レドモ財產流通ノ爲メニハ抵當權者ニ損害ヲ被ラシメザル範圍ニ於テ此效力ヲ制限シテ、第三取得者ヲ保護スルコトガ必要デアル、故ニ諸外國ノ法律殊ニ佛蘭西法系ニ屬スル諸國ノ法典ニ於テハ第三取得者ノ爲メニ抵當權ノ實行ヲ免ルル種種ノ方法ヲ認メテアリマス、即チ舊民法ノ如キハ佛蘭西民法ニ倣ッテ競賣處分ヲ受クルコトノ外ニ第三者ニ種種ノ權利ヲ與ヘテ居マス、即チ（一）抵當權ニ依ッテ擔保セラルル債務ノ全額ヲ辨濟スルコト（二）抵當權者ニ對シテ債務者ガ辨濟ヲ爲スニ足ルベキ他ノ財產ヲ有スルコトヲ證明シテ先ヅ其財產ニ付キ辨濟ヲ受クベキ要求ヲ爲スコト之ヲ稱シテ檢索ノ抗辯ト謂フ（三）滌除ヲ爲スコト（四）抵當不動產ヲ委棄スルコトデアル（舊民法債權擔保編二五二條）此等ノ方法中ニ於テ檢索ノ抗辯ト抵當不動產ノ委棄トハ佛國ニ於テモ從來諸學者ノ大ニ批難スル所ノモノデアルガ故ニ民法ニハ之ヲ採用セラレナンダ、民法ニハ他ノ二ツノ方法即チ辨濟ト滌除ニ關スル規定ヲ設ケラレタノデアル、但辨濟ニ付テモ是ヨリ說明スル所ニ依ッテ分ルコトデアルガ舊民法及ビ佛國民法トハ大ニ立法ノ觀念ヲ異ニシテ居マス

是ヨリ辨濟及ビ滌除ノ事ニ關シテ民法ニ規定スル所ノ大要ヲ說明シヤウト思ヒマス

一　辨濟　舊民法ハ佛國民法ニ倣ヒ第三取得者ハ抵當權者ニ對シテ債務辨濟ノ義務アルモノトシタル如クニ解セラルルガ（舊民法債權擔保編二五五條）是ハ大ナル誤デアルト思フ、抵當權者ト第三取得者トノ間ニハ債務關係ハ全クナイ、尤モ第三取得者ト雖モ債務者ノ爲メニ辨濟ヲ爲ス權利アルコトハ疑ナイ、即チ何人ト雖モ辨濟ヲ爲シテ債務ヲ消滅セシムルコトヲ得ルハ民法ノ原則デアル（四七四條）故

ニ第三取得者ハ債務者ニ代リテ任意ノ辨濟ヲ爲スコトヲ得ルハ言フヲ俟タザルコトデアル、又抵當權者ハ抵當不動產ノ處分ニ因ッテ債務者ガ受クベキ金錢ニ付テ抵當權ヲ行フコトヲ得ルハ既ニ說明シタル第三七二條ニ規定スル所デアル、故ニ抵當權者ハ此規定ニ依ッテ其賣價ノ辨濟ヲ請求スルコトヲ得ル譯デアル、而シテ其代價ガ債務全額ノ辨濟ニ充ツルニ足ラヌトキハ更ニ進ンデ其殘額ニ付キ抵當權ヲ實行スルコトト爲ル、然ルニ若シ此ノ如ク二重ニ抵當權ヲ行使スルコトト爲ラバ第三取得者ノ爲メニ甚ダ酷ニ失スル結果ト爲ル、其レ故ニ第三取得者ハ其取得代價ヲ抵當權者ニ支拂フテ其實行ヲ免ルコトヲ得セシメタ譯デアル、是ハ曩ニ述ベタ如ク債務ノ履行デハナクシテ全ク抵當權ノ效力デアル、而シテ此辨濟ハ抵當權者ノ意思又ハ利益ニ反シテマデ之ヲ爲スコトヲ得ルモノトシテハ甚ダ不公平デアル ニ因ッテ抵當權者ノ請求アッタ場合ニ限ッテ之ヲ爲スコトヲ得ルモノデアル(三七七條)

此ノ如クニ抵當權者ニ於テ取得代價ニ滿足セント欲スルモノデアレバ彼ノ費用ト手數ヲ要スル競賣處分ヲ行フコトハ甚ダ無用デアル、第三取得者ニ取ッテハ全ク其目的ヲ達スル結果ト爲ルニ因ッテ明カニ利益デアル、要スルニ雙方ノ利益デアッテ抵當權實行ノ最モ簡略ナル一方法デアルガ故ニ伊太利民法ノ例ニ倣ッテ此制度ヲ認ムルコトニ爲ッタノデアリマス

尙ホ此方法ニ付イテ一ツノ制限ト爲ッテ居ルコトハ所有權又ハ地上權ヲ讓受ケタ第三者ニ限ッテ其適用ヲ受クルコトニ爲ッテ居マス、是ハ外デハナイ、永小作權、地役權ノ如キハ所有權又ハ地上權ニ比スレバ其對價ガ少額デアル故ニ之ヲ辨濟スルニ因ッテ抵當權ヲ消滅セシムルト云フ如キ效力アッテハナラヌ、故ニ此二ツノ權利ニ限ッタ譯デアル

二　滌除

滌除トハ第三取得者ガ抵當權者ノ承諾ヲ得タル一定ノ金額ヲ提供シテ抵當權ヲ消滅セシムルコトヲ謂フ、即チ第三取得者ニ取ッテハ抵當權ノ效力ヲ免ルル一ノ重要ナル方法デアル

滌除ノ手續ハ後ニ其大要ヲ述ブル如ク隨分煩ハシキモノデアル、而シテ此ノ如キ有力ナル權利ヲ第三取得者ニ與ヘテ抵當權ノ效力ヲ萎靡セシムルコトハ果シテ其當ヲ得タルモノデアラウカ、是ハ立法上大ニ攻究スベキ問題デアルト思フ、現ニ獨逸法系ニ屬スル國ニ於テハ一般ニ此制度ヲ認メテナイ、然レドモ佛國ニ於テ始メテ此制度ヲ設ケテ以來數多ノ國ノ法律ニ之ヲ採用スルニ至ッタ所以ハ外デハナイ、此制度タルヤ畢竟雙方ノ爲メニ利益デアル、即チ抵當權者ハ抵當不動產其モノヲ取得スル權利ヲ有スルニ非ズシテ其不動產ノ代價ニ付イテ辨濟ヲ受クルコトヲ得ルニ過ギナイ、然ルニ煩ハシイ競賣手續ニ依テ其不動產ヲ競賣ニ付スルモ相當ノ代價ニ賣レザルコトガ往往アル、果シテ然ラバ抵當權者ニ於テ相當ト認メタ價格ヲ提供シテ抵當權ヲ消滅セシムルコトヲ得レバ抵當權者ニ於テハ異議ナキコトデアリ又第三取得者ハ其取得ノ目的ヲ達スルコトヲ得ル譯デアル、抵當權者ノ意ニ適セザル代價ヲ提供シテ抵當權ヲ消滅セシムルコトヲ得ルコトナラバ固ヨリ不公平デアルガ、苟モ抵當權者ニ於テ相當ト認ムルカ又ハ不相當ト認ムルコトヲ得ザル手續ヲ盡シテ然ル後ニ其效果ヲ生ズルモノトスルナラバ敢テ不都合ハナイ、立法問題トシテハ大ニ考ヘモノデアルガ滌除ナル制度ヲ設クル理由ハ今述ベタ如クデアッテ遂ニ我新民法ニモ採用スルニ至ッタ所以デアル

滌除ニ關シテハ滌除ヲ行フコトヲ得ル人及ビ其手續ヲ略述シマス

滌除ヲ行フコトヲ得ル人ハ第三取得者デアルコトヲ要ス、故ニ抵當權ヲ設定シタル者ハ其債務者タルト債務者ニ非ザル者タルトヲ問ハズ滌除權ヲ有セナイ、是ハ明文ヲ要セザルコトデアル、債務者ハ債務者トシテハ即チ抵當權上ノ關係ヨリ觀察スレバ第三者デアル、然レドモ主タル債務者又ハ保證人及ビ

0225

其承繼人ノ如キハ抵當權ヲ有スル債權者ニ對シテ債務ヲ負フ者デアル、債務ヲ負フ者ガ其債務ヲ擔保スル所ノ抵當權ヲ消滅セシムル辨濟ヲ困難ナラシムル如キ權利ヲ有スルコトハ條理ニ於テ認ムベカラザルコトデアル、滌除ナルモノハ素ト第三取得者ヲ保護スル精神ヨリ設ケラレタ制度デアルガ故ニ債務者ノ地位ニ在ル者ニ斯ル權利アルモノトスル如キハ全ク立法ノ本旨ニ反スルコトト爲ル故ニ民法ニハ此等ノ者ニハ滌除權ナキコトヲ規定シタ譯デアリマス(三七九條)

又停止條件附第三取得者ハ其條件ノ成否未定ノ間ハ滌除ヲ爲スコトヲ得ナイ(三八〇條)是ハ既ニ再三說明シタ停止條件附法律行爲ノ性質ヨリ當然生ズル所ノ結果デアル、即チ停止條件附法律行爲ハ條件ノ成就ニ因ッテ成立スベキ法律行爲トハ其性質ヲ異ニスル行爲デアル、是ヨリシテ一種ノ債權關係ヲ生ズルコトハ明カデアルガ、抵當不動產上ニ權利ヲ取得セントシタル者ハ果シテ其權利ヲ取得スルニ至ルヤ否ヤ未定ノ間ニ在ルモノデアル、此ノ如キ成立スルヤ否ヤモ定マラザル權利ヲ有スル者ニ此ノ如キ强力ナル特權ヲ認ムルコトハ固ヨリ當ヲ得ザルコトデアル、要スルニ未ダ確ニ第三取得者ト謂フコト能ハザル者デアルガ故ニ滌除權ヲ有セザルモノトシタ譯デアリマス

尙ホ滌除權ヲ有スル者ハ抵當不動產ニ付キ所有權、地上權又ハ永小作權ヲ取得シタル者デナクテハナラヌ、其理由ハ此三種ノ權利ハ物權中ニ於テ最モ有力ナルモノデアル、隨テ其代價モ亦相當ノ額ニ達スルモノデアルガ故ニ之ヲ取得シタル者ニ滌除權アルモノトスルモ不都合ハナイ、之ニ反シテ例ヘバ地役權ノ如キ比較的低イ價格ノ權利ヲ取得シタ者ニ此ノ如キ重大ナル權利ヲ認ムルハ其當ヲ得ナイト云フ趣意デアリマス

次ニ滌除ノ手續ヲ述ベンニ先ヅ第三取得者ハ如何ナル期間ニ於テ滌除ヲ行フコトヲ得ルヤ、原則トシテハ第三取得者ハ何時ニテモ滌除ヲ爲スコトヲ得ルノデアル然レドモ若シ其期間ニ關シテ何等ノ制限モナキトキハ雙方ノ爲メニ甚ダ不便デアル、抵當權者ニ付イテ言ヘバ其知ラザル間ニ滌除ガ行ハルルコトガナイトシテモ永久ニ滌除權ノ行使ニ遭遇スルコトアルモノトスレバ甚ダ不安全ナルコトデアル、故ニ相當ノ時期ニハ滌除權ノ消滅スルモノトスルコトハ甚ダ必要デアル、第三取得者ノ爲メニ考ヘテモ滌除ヲ爲スニハ相應ノ準備ヲ要スル、若シ或時期ニ滌除權カ消滅スルモノトスレバ其前如何ナル期間滌除權ノ存スルヤヲ知ル必要ガアル、故ニ民法ハ先ヅ抵當權者ニ一ノ手續ヲ命ジタ、即チ抵當權ヲ實行セント欲スル場合ニハ滌除權ヲ有スル第三取得者ニ豫メ其旨ヲ通知セネバナラヌ(三八一條)第三取得者ハ即チ之ニ依ッテ滌除ノ準備ヲ爲スコトヲ得ル便宜ガアル、又抵當權者ノ爲メニハ滌除期間ノ起算點ト爲ル譯デアリマス

第三取得者ガ右ノ通知ヲ受ケタトキハ其時ヨリ起算シテ一箇月內ニ登記ヲ爲シタル各債權者ニ或書面ヲ送達スルコトヲ要スル然ラザレバ抵當權ノ滌除ヲ爲スコトヲ得ナイ、又抵當權者ガ右ノ通知ヲ第三取得者ニ爲シタ後ニ更ニ抵當不動產ニ付イテ所有權、地上權又ハ永小作權ヲ取得シタル者アルトキハ此第三取得者モ亦滌除ヲ爲スコトヲ得、滌除ナル制度ヲ設ケタ以上ハ更ニ一定ノ期間ニ滌除ヲ爲スコトヲ得ルモノトセバ立法ノ趣旨ヲ貫徹セナイ、然レドモ抵當權者ニ取ッテハ長イ間滌除權ヲ實行セラルルヤ知レザル不安全ナル地位ニ立ツコトデアルニ由ッテ法律ハ寧ロ抵當權者ヲ保護シテ初ニ定ッタ一箇月ノ期間內ニ如何ナル第三取得者ト雖モ滌除ヲ爲スコトヲ必要トシタノデアリマス(三八二條)

要スルニ滌除ノ手續ハ一定ノ書面ヲ作ッテ之ヲ登記ヲ爲シタル各債權者ニ送達スルコトデアル、而シテ茲ニ謂フ書面トハ三種ノ書面デアル、第一ハ取得ニ關スル要領書、第二ハ登記簿ノ謄本、第三ハ提供ノ

0226

陳述書、而シテ此陳述書ナルモノガ最モ大切ナル書面デアル、即チ抵當權者ノ承諾ヲ求ムル金額ヲ指定スル所ノモノデアル、此手續ニ關スル詳細ナルコトハ條文ニ讓ッテ說明ヲ略シマス(三八三條)

第三取得者ガ右三種ノ書面ヲ作ッテ之ヲ各債權者ニ送達シタルトキハ債權者ハ之ニ對シテ三ツノ態度中其一ヲ取ルコトヲ得ル、第二取得者ガ送ッタ三種ノ書面ニ考ヘテ其提供シタル金額ヲ受諾スルコト、若シ抵當權者ニ於テ此受諾ヲ爲スコトヲ利益ナリトスレバ事實ハ最モ簡明デアル、即チ明示ノ承諾デアッテ其結果抵當權ハ滌除ニ因ッテ消滅スルコトト爲ル

第二ノ方法ハ抵當權者ニ於テ若シ第三取得者ノ提供シタル金額ヲ不相當ト認ムルトキハ其提供ヲ拒絕シテ增價競賣ヲ請求スルコトヲ得ルノデアル、第三取得者ヨリ提供シタ金額ハ實際不相當デアルカモ知レナイニ由ッテ抵當權者ニ於テ之ヲ拒絕スル權利ナキモノトスルコトノ不當ナルコトハ固ヨリ言フヲ俟タナイコトデアル、固ヨリ拒絕權ハナクテハナラヌ、然レドモ唯無條件ニ拒絕スルコトヲ得ルモノトスレバ抵當權者ハ少シク意ニ滿タザル所アレバ必ズ拒絕ヲ爲スデアラウ、果シテ然ラバ滌除權ハ有名無實ト爲リテ之ヲ認メタ目的ヲ達シナイ、故ニ單純ナル拒絕權ハ之ヲ認メズシテ必ズ增價競賣ヲ請求スベキモノトシタ、而シテ此請求權ヲ行フニハ種種嚴重ナル條件ヲ定メテアル(三八四條乃至三八六條)是モ細密ノ手續ニ涉ルコトデアルニ由ッテ此切迫シタル最終ノ日ニ說明スルコトハ略シマス

第三ハ抵當權者ガ右ニ說明シタ三種ノ書面ヲ受取ッタ一箇月內ニ增價競賣ヲ請求セザル場合デアル、此場合ニハ抵當權者ハ提供ニ應ズル意思ヲ明示シタノデハナイガ、增價競賣ヲ請求セザル所ヲ以テ觀レバ提供ヲ承諾シタルモノト看ルガ正當デアル、故ニ法律ハ此ノ如キ期間ヲ默過シタルモノハ暗默ノ承諾ト看做シテ此場合ニハ滌除ガ行ハルルモノトシタノデアル(三八四條一項)

增價競賣ノ請求トハ債權者ニ於テ第三取得者ガ提供シタル金額ヲ不相當ト認ムル場合ニ其提供ヲ拒絕シテ一層高價ニ其不動產ヲ賣却センコトヲ要求スル權利ノ行使ヲ謂フモノデアル、第三取得者ガ提供シタル金額ガ不相當ニ低キニモ拘ハラズ、抵當權者ニ於テ必ズ之ヲ承諾セザルベカラヌモノトスレバ抵當不動產ノ實價ヲ得ルコト能ハズシテ第三取得者ニ對スル抵當權ノ效力ハ有名無實ト爲ル譯デアル、其レ故ニ抵當權者ヲシテ此ノ如キ地位ニ立タシムルコトヲ得ザルハ言フマデモナイコトデアリマス、併ナガラ又一方ヨリ考フルニ抵當權者ニ於テ第三取得者ノ提供(或相當ナル)ヲ無條件ニテ拒絕スルコトヲ得ルモノトスレバ法律ガ第三者ニ與ヘタ滌除權ハ全ク其效用ヲ爲サザル結果ト爲ル、故ニ法律ハ此二ツノ弊害ヲ生ゼシメザル爲メニ抵當權者ニ於テ第三取得者ノ提供ヲ不當ト認ムレバ增價競賣ノ請求ヲ爲スベキモノトシタ譯デアリマス

增價競賣ノ請求ニ關シテハ更ニ嚴密ナル條件ヲ定メテアリマス、其レハ第三八四條乃至第三八六條ニ揭ゲテアルガ其項目ハ條文ニ讓ルコトトシテ說明ヲ略シマス、此他增價競賣ノ手續ハ明治三十一年法律第一五號競賣法四〇條以下ニ規定シテアリマス

第三取得者ガ以上說明シタル條件ニ從ッテ債務ノ辨濟ヲ爲スコトモナク又滌除ノ手續ヲ爲スコトモナケレバ抵當權者ハ抵當不動產ノ競賣ヲ請求スルコトヲ得ルノデアル(三八七條)而シテ其競賣ニ依リテ生ズベキ代價ニ付イテ優先權ヲ行フコトヲ得ルハ當然デアリマス、競賣ノ手續ハ競賣法ニ定メテアッテ茲ニ說明スル必要ナイト思ヒマス

民法ハ第三八八條及ビ第三八九條ニ於テ或格段ナル場合ニ關スル規定ヲ設ケテ居マス、其レハ建物ノ存スル土地ニ付イテ土地又ハ建物ノミヲ抵當ト爲シタ場合及ビ抵當權設定後抵當地ニ建物ヲ建設シタ

0227

ル場合ニ關スル規定デアル、此規定ヲ必要トシタル所以ハ我邦ニ於テハ從來建物ハ土地ノ一部ヲ成スモノト看ズシテ土地トハ別ナル物ト看ル慣例デアル、故ニ建物ト土地トガ同一ノ人ニ屬スル場合ニ於テハ各〻別ニ之ヲ抵當權ノ目的ト爲スコトヲ得ル譯デアル、又實際ニモ頻繁ニ行ハレ居ル事實デアル、然ルニ此場合ニ於テ抵當權ガ實行セラレテ競賣ト爲ッタ場合ニハ甚ダ不公平ナル結果ヲ生ズルコトト爲ル、即チ土地又ハ建物ヲ競賣ニ付セバ素ト同一ノ人ニ屬セシ土地ト建物トガ各〻其所有者ヲ異ニスルコトト爲ル、而シテ建物ノ所有者ハ初ヨリ其土地ノ上ニ何等ノ權利ヲモ有セザルガ故ニ唯土地ヲ毀損セズシテ其建物ヲ取除ク權利シカナイ、即チ最モ多クノ場合ニ於テハ建物ヲ取崩サネバナラヌ結果ト爲ル、此ノ如キハ建物ノ所有者ノ爲メニ甚ダ酷ニ過ギタコトデアルノミナラズ一般經濟上ヨリ考ヘテモ甚ダ宜キヲ失シタ結果デアル、故ニ斯ル場合ニハ抵當權設定者ハ地上權ヲ設定シタルモノト看做スト云フ規定ヲ設ケ、又抵當地ニ建物ヲ築造シタ場合ニハ土地ト共ニ其建物ヲ競賣ニ付シテ優先權ハ土地ノ代價ニ付イテノミ行フコトヲ得ルモノト規定セラレタ譯デアリマス

競賣ノ性質ニ付イテハ議論アルヤウデアリマスガ純然タル賣買デハナイト思フ、併シ最モ多クノ點ニ於テ賣買ト同一視スベキモノデアル、而シテ別段ノ規定ナキ以上ハ何人ト雖モ競落人ト爲ルコトヲ得ベキ譯デアル、抵當不動產ノ第三取得者ノ如キハ競落人ト爲ルコトニ付イテ最モ正當ノ利益ヲ有スル者ト謂ハネバナラヌ、唯第三取得者ハ通常抵當不動產ノ所有權ヲ取得シタ者デアルガ故ニ競賣ノ結果更ニ同一ノ不動產ニ付キ所有權ヲ取得スルト云フコトハ少シク論理ニ反スル嫌アルニ由ッテ民法ハ疑議ヲ防グ爲メニ明文ヲ以テ第三取得者ハ競落人ト爲ルコトヲ得ル旨ヲ規定シタノデアリマス（三九〇條）

第三取得者ハ抵當不動產ニ付イテ必要費又ハ有益費ヲ支出シタルコトナシトセナイ、其場合ニハ其償還請求權ノ範圍ヲ定ムルコトガ必要デアル、第三九一條ハ即チ此事ヲ規定シタモノデアリマス、條文ニ掲ゲタルコトノ外別ニ說明ヲ要スルコトハアリマセヌ

競賣代價ヲ配當スルコトニ付イテ多少困難ヲ生ズル場合ガアル、若シ抵當不動產ガ唯一ツデアッテ且其代價ヲ以テ債務ノ全額ヲ辨濟スルニ足ルトキハ如何ナル困難ヲモ生ズルコトハナイガ、若シ之ニ反シテ一人又ハ數人ノ債權者ガ數箇ノ不動產上ニ抵當權ヲ有スル場合及ビ抵當不動產ノ競賣代價ヲ以テ一切ノ債務ヲ辨濟スルニ足ラザル場合ニハ抵當債權者相互ノ間ニ於テ又抵當權者ト普通一般ノ債權者トノ間ニ於テ衝突ヲ生ズルコトナシトセナイ、故ニ法律ハ此等債權者ノ利益ヲ調和シテ其間ニ成ルベク公平ニ配當ヲ得セシムル目的ヲ以テ細密ナル規定ヲ設ケタ、其レハ第三九二條乃至第三九四條ノ規定デアル、是モ說明ヲ省キマス

終ニ一言說明スベキコトハ抵當權者ト抵當不動產ノ賃借人トノ關係デアル、賃借權ハ其性質債權デハアルガ不動產ヲ目的トスル場合ニ於テ之ヲ登記シタルトキハ爾後其不動產ニ付イテ物權ヲ取得シタル者ニ對シテモ其效力ヲ生ズルコトト爲ッテ居ル（六〇五條）然レドモ抵當權ノ登記後ニ抵當不動產上ニ賃借權ヲ取得シテ之ヲ登記スルモ抵當權者ニ對シテ其效力ナキコトハ言フヲ俟タザル所デアル、是ハ一般物權ノ優先的效力トシテ當然ノ事デアル、然ルニ短期ノ貨賃借ハ不動產ノ最モ有益ナル利殖ノ方法デアル、故ニ縱令抵當權ノ登記後ニ登記シタルモノト雖モ之ヲ以テ抵當權者ニ對抗スルコトヲ得ルモノトスルハ抵當權者ノ爲メニモ最モ利益ナル場合ガ多イ、故ニ民法ハ第六〇二條ニ定メタル期間ヲ超エザル賃貸借ハ抵當權ノ登記後ニ登記シタルモノト雖モ之ヲ以テ抵當權者ニ對抗スルコトヲ得ルモ

0228

ノトシタノデアル(三九五條)

然レドモ此效力ニハ一ノ制限ガ設ケラレテアル、其レハ其賃貸借ガ抵當權者ニ損害ヲ及ボス場合ニハ抵當權者ハ裁判所ニ其解除ヲ請求スルコトヲ得ルモノトシタコトデアル、是ハ立法論トシテハ甚ダ宜キヲ得ザル規定ト思ヒマス、タシカ議院ニ於テ加ヘラレタ規定デアルト記憶シテ居マスガ、此ノ如キ制限ハ甚ダ漠然タルコトヲ條件トシタルノミデ詰リ抵當權者ノ自由判斷ニ委ネタモノデアル、元來第三九五條ノ本文ハ單ニ抵當權者ノ利益ヲ保護スル爲メノ規定デナイ、然ルニ右但書ノ如キハ其適用ヲ有名無實ナラシムル制限ト謂ハネバナラヌ

第三節　抵當權ノ消滅

抵當權消滅ノ原因ニハ一般ノ性質ヲ有スルモノト抵當權ニ特別ノモノトガアル、他ノ擔保權ニ共通ナルモノハ其擔保スル債權ノ消滅、抵當權ノ拋棄、目的物ノ滅失及ビ混同等デアリマス、又抵當權ニ特別ナル消滅ノ原因ハ前ニモ說明シタル所ノ取得代償ノ辨濟滌除及ビ競賣ノ三デアル、尙ホ民法ハ時效ニ關シテ特別ナル規定ヲ設ケテ居マス

先ヅ抵當權ハ債務者及ビ抵當權設定者ニ對シテハ其擔保スル債權ト同時ニ非ザレバ時效ニ因ッテ消滅セズトアル(三九六條)其理由ハ蓋シ抵當權ハ從タル權利デアルガ故ニ主タル債權ト離レテ先ニ時效ニ罹ルコトヲ得ナイ、即チ主タル債權ガ第一四七條ニ掲ゲタル事由ノ一ニ因リ中斷セラルルトキハ抵當權ハ縱令一回ノ行使ナキモ共ニ中斷セラレタルモノト看做サルルノデアル、然レドモ此原則ハ條文ニモアル如ク債務者及ビ抵當權設定者ニ對シテノ事デアッテ其以外ノ者ガ自己ノ身ニ生ジタル原始的取得方法ニ依ッテ抵當不動產上ニ權利ヲ取得スルコトハ固ヨリ妨ゲザル所デアル、即チ抵當不動產ヲ占有スル者ガアッテ其占有ガ取得時效ニ必要ナル條件ヲ具フル以上ハ之ヲ保護シテ法律上ノ效果ヲ生ゼシメザル理由ハナイ、故ニ斯ル場合ニハ占有者ハ取得時效ニ因ッテ完全ナル所有權ヲ取得スルト同時ニ抵當權ハ消滅スルモノトシテアル(三九七條)

地上權又ハ永小作權ヲ抵當權ノ目的ト爲ス者ハ其權利ヲ拋棄スレバ抵當權モ亦其目的ヲ缺クニ因ッテ當然消滅スルモノノ如クデアルガ一旦他人ガ正妨ニ取得シタル權利ヲ害スル如キ結果ヲ生ズルコトアッテハナラヌ故ニ斯ル場合ニ於テハ地上權又ハ永小作權ノ拋棄ハ固ヨリ有效デアル、何人ト雖モ公益ニ關係ナキ限ハ如何ナル財產權ヲ拋棄スルモ固ヨリゲザル所デアル、然レドモ其拋棄ハ第三者ノ既得權ヲ害スベキモノデナイ、故ニ抵當權者ニ損害ヲ生ゼザル範圍內ニ於テ其效力ヲ生ズルモノトセネバナラヌ、即チ抵當權者ニ對シテハ恰モ拋棄ヲ爲サザリシ如ク其拋棄ヲ以テ之ニ對抗スルコトヲ得ザルモノト規定セラレタ譯デアリマス(三九八條)

民法物權(自第七章至第十章)終

0229

法學博士　富井政章講述

民法物權（自第七章至第十章）

完

法政大學發行

0230

民法物權（自第七章至第十章）目次

緒論……一

第七章　留置權……六

第一節　留置權ノ定義及ヒ性質……六

第二節　留置權ノ效力……一三

第三節　留置權ノ消滅……二〇

第八章　先取特權……二二

第一節　總則……二二

第二節　先取特權ノ種類……二五

第一款　一般ノ先取特權……二五

第二款　動產ノ先取特權……二七

第三款　不動產ノ先取特權……二七

第三節　先取特權ノ順位……二八

第四節　先取特權ノ效力……三三

第九章　質權……三九

0231

第一節　總則……四一
第一款　質權ノ性質……四一
第二款　質權ノ設定……四四
第三款　質權ニ依ッテ擔保セラルヘキ債權……四五
第四款　質權ノ效力……五一
第五款　質權ノ消滅……五六
第二節　動產質……五六
第三節　不動產質……五九
第四節　權利質……六二
第十章　抵當權……七〇
第一節　總則……七〇
第二節　抵當權ノ效力……七三
第一款　抵當權ノ順位……七三
第二款　抵當權ニ依ッテ擔保セラルヘキ債權……七四
第三款　抵當權ノ處分……七五
第四款　第三取得者ニ關スル效力……七八

第三節　抵當權ノ消滅……八八

民法物權（自第七章至第十章）目次終

0233

(4)告訴又ハ告發シタル犯罪ハ虚僞タルニ因リテ誣告トナル故ニ其眞僞ハ先決問題ナリ(5)本罪ノ既遂未遂ノ限界ニ關シ説アリ(甲)曰ク當該官吏カ不實ノ告訴告發ヲ知リタルトキ既遂トナル(Blanche V 427)(乙)曰ク當該官吏カ不實タルコトヲ覺ラス公訴ヲ提起シタルトキ既遂トナル(明治二二、二、五、判決)ト(丙)共ニ根據ナシ當該官吏カ告訴又ハ告發ヲ受ケタルトキ既遂トナルトスル多數説ヲ正トス

(1)本文ニ述フル如ク刑事上訴追ノ目的トナラサル事實例ヘハ官吏ノ私行普通雇人ノ祕密ト云フ如キ行政處分若クハ民法上ノ契約ノ效力ノ上ニ或影響ヲ及ホス可キ事實ヲ僞訴シタリトスルモ誣告罪ト爲ルコト無キハ言ヲ俟タス唯一問題トナルハ既ニ訴追サレツツアル刑事被告人ニ對シ僞リテ一層重キ事實アリト告訴又ハ告發シタル場合例ヘハ單純竊盜トシテ訴追サレツツアル者ニ對シ僞リテ彼ハ强盜ナリト告訴又ハ告發シタル如キハ罪トナルヤ否ヤ是ナリ本罪ハ必スシモ犯人ノ告訴又ハ告發カ其訴追ノ原因ト爲リタルコトヲ必要トセス既ニ他人ヨリ起リタル公訴ノ實行中ニ於テ其事件ノ問題ニ現ハレサル事實ヲ僞リテ告訴又ハ告發ヲ爲シタルトキハ有罪ナリト解セサル可カラス此場合ハ其途中ヨリノ告訴又ハ告發ニ因リテ事件ハ全部新ナル審判ヲ開始サル可キ性質ヲ有スルモノナリ

右ニ述フル既ニ開始セラレタル刑事訴訟ノ途中ニ於テモ誣告罪ハ成立スルコトヲ得ルト云フ論ト犯人自ラ進ンテ申立ツル場合ニ非サレハ誣告罪ハ成立セスト云フ論トハ言葉ノ上ニ於テ一見矛盾スルカ如シト雖モ議論ノ内容ハ全ク別事項ヲ示セリ前ニ述フル所ハ誣告罪ノ成立上其誣告ニ因リテ訴訟

ヲ開始シタルコトヲ成立條件ト爲スヤト云フ問題ヲ然ラスト消極的ニ決シタリ又茲ニ謂フ所ハ證人參考人等其資格ノ如何ニ論ナク裁判官ヨリ發シタル問ニ對シテ臨時ニ虛僞ノ供述ヲ爲スハ誣告ト云フヲ得スト云フ別ノ說明ナリ從テ訴訟ノ途中ニ於テモ誣告罪ハ成立シ得レトモ訴訟前ト雖モ官吏ノ問ニ對シ虛僞ノ答辯ヲ爲シタルモノハ之ヲ誣告ト云フヲ得スト云フニ歸着ス可シ

三　處分……ハ僞證ニ依ル陷害ト同一ナリ（刑法第三五五條、第三五六條）推問前ノ自首ニ對シ刑ノ全免ヲ與フ

其二　誹毀ノ罪

一　物體……一定ノ人ニ對スルコトヲ要ス故ニ汎ク日本人ハ公德心無シト云フカ如キハ以テ誹毀ノ罪ト爲スコトヲ得ス（概括的指稱トノ異同）但直接ニ實名藝名雅號ヲ指稱スルト單ニ容貌其他ヲ以テ指示スルトヲ區別スルコト無シ

概括的指稱トノ異同　例ヘハ日本人ニ公德心ナシト云フト日本ノ官吏社會ハ腐敗セリト云フト或省ノ官吏ハ悉ク職務ヲ曠廢セリト云フト或省內ノ一局若クハ一課ノ官吏ハ悉ク不品行ナリト云フトハ極端ニ論スレハ程度ノ差アルニ過キス然レトモ此間ニハ又所謂惡事醜行ヲ指摘シ得ル程度ノモノト然ラサルモノトアリ若シ其惡事又ハ醜行ヲ指摘シ得ル程度ニ於テ概括的ノ人ヲ指シタリトスレハ誹毀罪ヲ成スト云ハサル可カラス

本文但書ニ謂フ所ハ他ノ語ニテ謂ヘハ其指示セラレタル一人若クハ數人カ識別サルル以上ハ如何ナル方法ニ因リテ之ヲ示シタルヲ問ハスト云フニ在リ彼ノ容貌ヲ標準トシテ世間ニ紹介スレハ容易ニ知ルコトヲ得ヘキ人等ニ付テハ敢テ其姓名ヲ指示セサルモ其人ニ對スル誹毀ト云フヲ妨ケス

本罪ハ一定ノ人ノ名譽心ヲ毀損スル（即チ名譽上ノ痛感ヲ與フル）ニ因リテ成立スト說クアリ（Hees Die Ehre und dis Beleidigung 1891, V Bar G. S. 52）又單ニ名譽即チ社會上ノ位置ニ危害ヲ與フルニ因リテ成立スト說クアリ（多數說）後說ヲ可トス其直接ノ結果トシテ被誹毀者ニ聞知セサル間ニ於テモ既遂トナルコトヲ得ヘシ仍ホ

名譽云云　官吏ニ與フル位置ハ國法ヲ基礎トシタルモノト云ハサル可カラス之ニ反シテ或人ノ學力藝術資產其他種種ノ要件ニ對シテ世人カ自由ナル評價ヲ爲シテ之ニ與フル所ノ位置ヲ名譽ト云フナリ誹毀罪ハ其指示セラレタル人ノ感情ヲ標準トスルモノニ非スシテ其人ノ社會ニ有スル位置ニ對シテ危險ヲ與フル罪ナリ故ニ或人カ其位置及ヒ身分ヲ顧ミス賭博ニ恥ル惡癖アリト云フコトヲ公然演說シタリト假定センニ假令其指示サレタル人カ賭博ハ惡事ニ非ス又己之ニ恥ルモ別ニ醜行ト認メス何トナレハ信シ居ルモ斯ル事項ヲ公ニシタル所爲ハ完全ニ誹毀罪ヲ爲スモノト云ハサル可カラス

斯ル風說ニ因リテ世人ハ其人ノ人格ヲ貶ス即チ社會上ノ位置ヲ墜シ即チ名譽ヲ傷クルヲ以テナリ

右ニ述フル如ク誹毀罪カ被誹毀者ノ感情如何ニ因リテ成立不成立ヲ來サスト云フ論ハ其知ラサル間ニ於テモ成立スト云フト相表裏シテ離ル可カラサル關係ヲ有ス若シ感情如何ニ因リテ罪ノ成立アル

モノトスレハ少クトモ其者カ誹毀アリタルコトヲ知リタル場合ニ非サレハ成立セサルノ理ナリ又若シ之ト反對ノ考ヲ採レハ本罪ハ誹毀ノ言語擧動アリタルトキ既遂ト爲ルモノニシテ後ニ本人ノ之ヲ聞知シタルトキ既遂ト爲ルモノニ非サルナリ

(1)幼者ニ付テハ(1)一般ニ本罪成立セスト說クアリ(John)(2)一般ニ成立スト說クアリ(3)又一ノ制限ヲ附シ義務ノ觀念ヲ有スル幼者ノミニ對シテ本罪ノ成立ヲ認ムルアリ(Liszt §94)然レトモ本罪ヲ以テ社會上ノ位置ヲ危害スル罪トスル以上ハ社會ノ毀譽ニ上ル可キ幼者(例、商店ノ小僧)ニ對シテハ其成立ヲ認メサル可カラサル道理ナリ

幼者ニ對シテハ全ク誹毀罪ナシトスル說ト總テ誹毀罪トナルト云フ說トノ共ニ極端ニ失スルコトハ多ク疑ヲ容レス然レトモ之ニ對シテ義務ノ觀念ト云フ制限ヲ付スルノ說ハ本罪ノ性質ヨリ論シテ不當ナル解釋ト信ス若シ被誹毀者ノ知識ヲ標準トシテ義務ノ觀念ト云フコトヲ基礎トスレハ多ク法律ノコトヲ辨知セサル支那人亞非利加人等ニ對シテハ結局誹毀罪ナシト論セサル可カラサルニ至リ不都合ナル結果ノ生スルコトヲ忍ハサル可カラス然レトモ本罪ハ此ノ如キ被誹毀者ノ知識ヲ標準トシテ論スルモノニ非ス被誹毀者ノ社會ニ有スル位置ヲ壅護セントスルノ規定ニシテ客觀的ニ論スルコトヲ要スルモノナリ隨テ年齡職業其他種種ノ點ヲ斟酌シテ苟モ社會ノ毀譽褒貶ニ上ル可キモノトスレハ本罪ノ物體トナルコトヲ得ルノ理ナリ

(2)狂者ニ對シテ成立スルコトヲ得ル誹毀ハ之ヲ健人ニ對スルモノニ比シ性質ノ差アルニ非ス分量ノ差アルノミ

發狂者ノ病狀ヲ謂フハ誹毀ニ非ス或發狂者カ正當ノ事由ニ因リ發狂シタルニ世人カ之ヲ稱シテ不正ノ事項ヲ爲シタルカ爲メ發狂シタリト云ヘハ同シク誹毀罪ト爲ルナリ然レトモ一般ニ分量ノ差アルニ過キサルノミ

(3)法人ハ其如何ナル種類ニ屬スルヲ問ハス誹毀ノ客體ト爲ルコトヲ得

法人ハ自然人ノ如ク意思ヲ有セスト雖モ之ニ對シテ其社會上ノ位置ヲ貶スレハ常ニ誹毀罪トナルモノナリ

(4)死者ハ社會上何等ノ位置ヲ有セス殘ル所ハ單ニ記憶ナリ但我刑法ハ特ニ之ニ對スル誹毀罪ヲ認ム(刑法第三五九條)

我刑法ハ死者ニ對シテ特ニ誹毀罪ヲ認メタレトモ死者ハ社會ニ何等ノ位置ヲ有セサルヲ以テ誹毀ナルモノハアラサルノ理ナリ然レトモ死者ニ關シテ誹毀罪ノ成立スル場合ハ之ヲ想像スルニ難カラス例ヘハ死者ヲ材料トシテ人ノ惡事醜行ヲ摘發スル如キハ社會ノ秩序ヲ害スルモノニシテ其罪ト爲ル可キハ論ヲ俟タス

二　行爲……一定ノ惡事醜行ヲ摘發スルニ在リ故ニ漠然タル不敬ノ言語擧動アルニ止マル場合ハ罵詈嘲弄ト爲ルコトアル可キモ誹毀ニ非ス摘發タル惡事醜行ハ實際ニ存在セシ「Ueble Nachrede」ト虛僞ニ屬スル「Verleumdung」トヲ區

0236

別セス但

第四二六條第一二號ノ公然人ヲ罵詈嘲弄スルノ罪ト玆ニ論スル誹毀罪トノ差別ハ人ノ名譽ヲ傷ク可キ一定ノ行爲又ハ事實ヲ示スト否トニ存スルモノニシテ單ニ馬鹿ト云フ言葉ヲ用フル如キハ罵詈スル罪ナリ然レトモ或行爲又ハ事實ノ内容ノ醜惡ナル點ヲ發キタルモノナレハ誹毀罪ト爲ルモノニシテ結局行爲又ハ事實ヲ列擧スルト否トニ在リ尚ホ換言スレハ誹毀ト罵詈トノ區別ハ一方ハ具體的ニシテ他方ハ抽象的ナルニ在リ

(1)死者ニ對シテハ誣罔ニ出ツル場合ノミヲ罪トス(三五九條)

或學者ハ第三五九條ヲ說明シテ曰ク本條ハ歷史家カ歷史ヲ書クニ當リ一方ニ於テ事實ヲ曲クルコトヲ防遏スルト他ノ一方ニ於テ苟モ眞實ナレハ罪ヲ成ササルコトヲ明カニスルノ趣旨ナリト現行法ハ此種ノ說ヲ是認シ斯ル規定ヲ設ケタルモノナルヘシ

(2)新聞其他ノ出版物ヲ以テスル場合ハ私行ヲ除ク外公益ノ爲メ事實ヲ公ニスルハ罪ト爲ラス(新聞紙條例二五條、出版法三一條)

私行ナル語ハ官吏公吏ノ職務行爲ヲ除クハ言ヲ俟タス然レトモ職務外ノ行爲ハ悉ク私行ナリト論スルハ誤レリ然ラハ私行ト私行ニ非サルモノトハ如何ニシテ之ヲ區別ス可キカト問ヘハ多數人ニ影響スル所アリヤ否ヤト云フ結果ノ上ニ於ケル程度ノ問題タルニ過キス隨テ適當ノ認定ヲ下スノ外ナシト雖モ今一例ヲ揭ケテ之ヲ謂ヘハ自己ノ資產ヲ消費シテ時間ヲ空費スルノ外他ニ何事モ無ケレハ私行ト云フヲ妨ケス然レトモ斯ク徒ラニ時間ヲ空費スルカ爲メニ會社ノ事務ヲ紊亂スルニ至ラシメ若クハ私ノ敎育事業ニ於テハ甚タシキ放漫ノ處置アレハ其及ホス影響ハ公衆ニ及フト云ハサル可カラス隨テ斯ル場合ハ之ヲ私行ト云フコトヲ得サル可シ

三　方法……惡事醜行ヲ摘發スル方法ハ條文ニ列擧シタルモノナラサル可カラス

(1)公然ノ演說(2)書類圖畫ノ公布又ハ雜劇偶像ノ作爲

方法ハ條文ニ列擧スル所ニ依リテ全ク疑ナキカ如シト雖モ文明ノ進步ト共ニ新シキ事物ノ發生ニ因リテ多少法律ノ解釋ヲ困難ナラシムルモノ無キニ非ス例ヘハ蓄音器ヲ使用シテ人ノ惡事醜行ヲ公衆ノ面前ニ於テノ面前ニ於テ發表スルカ如キ若クハ活動寫眞器ヲ利用シテ人ノ惡事醜行ノ狀態ヲ公衆ノ面前ニ於テ現出セシムルカ如キ是ナリ而シテ此等ハ解釋上多少疑ナキニ非サレトモ前者ハ公然ノ演說後者ハ雜劇偶像中ニ入ル可キモノト解釋スルヲ妥當トス可シ

餘論　誹毀罪ハ告訴ヲ俟テ初メテ其罪ヲ論スルモノナリ(三六一條)故ニ被害者又ハ死者ノ親族カ告訴ヲ提起セサル限リハ如何ニ惡事醜行ヲ摘發スルモ處罰サルコト無クシテ止ム可シ此制度ハ果シテ適當ナリト云フコトヲ得ルヤ近來印刷事業ノ便易ニ趣キタル結果トシテ極メテ僅少ナル勞力ト費用トヲ以テ多大ノ事實ヲ傳播セシムルコトヲ得ル特別ノ現象ヲ生シ來レリ而シテ此事業ハ利益ノ巨大ナルト同時ニ弊害モ亦極メテ重大ナルモノニシテ新聞紙事業ノ如キ或點ニマテ社會ノ運命ヲ左右スルコトヲ得ルモノナリ此ノ如キ重大ナル效力ヲ有スルモノニ依リテ一私人カ誹毀ノ害ヲ受ケタル場合ニハ其受クル害ノ大ナルノミナラス告訴ヲ爲スコトヲ得サル地位ニ在ル者又ハ後難ヲ恐レテ告訴ヲ爲スコトヲ欲セサル者尠ナカラス此等ノ點ヨリ考フレハ本罪ヲ親告罪ト爲ス規定ハ將來其利害ニ付キ更ニ研究スルコトヲ要スル立法問題タルヘシ

0237

其三　陰私漏告罪

一　一定ノ身分職業ヲ有スル者其職業上委託ヲ受ケタル事ニ因リ知リ得ヘキ陰私ヲ漏告スルトキハ一方ニ於テハ同職ノ位置信用ヲ害シ一方ニ於テハ公衆ノ便益必要ヲ缺クニ至ル是レ刑法第三六〇條ノ規定アル所以ナリ

第三六〇條ノ罪ハ其陰私ヲ漏告セラレタル人ノ損害ハ固ヨリ之ヲ顧ミテ設ケタル規定ナリト雖モ他ノ一方ニ於テ法文ニ列擧シタル職業ノ性質モ亦之ヲ同等ニ斟酌シテ設ケタル規定ナリ今一例ヲ擧クレハ吾人ハ病氣ハ醫師ノ力ヲ假ルニ非サレハ診察治療ヲ受クル能ハス而シテ醫師ハ診察又ハ治療ニ付キ他人ノ祕密ニ屬スル事項ヲ知ルコト尠ナカラス然ルニ妄リニ之ヲ漏告スルコトヲ得トスレハ診察又ハ治療ヲ請ハントスル者ハ之ヲ恐レテ診察治療ヲ受ケサルコトトナリ病氣ノ爲メニ斃ルルノ外ナカル可シ又一方ニ於テハ醫師ハ古來ヨリ仁術ヲ施スノ人ナリト唱ヘ來リタルニ却テ人ノ祕密ヲ發ク惡業者ト變ス可シ即チ個人ト職業トノ双方ノ利益ヲ保護スル爲メニ設ケラレタル規定ナリ此考案ニシテ誤ナシトスレハ直チニ一ノ重要ナル結果ヲ生ス可シ委託ヲ爲シタル者ノ承諾ナキ場合ハ勿論假令承諾アリタル場合ニ於テモ其陰私ハ他人ニ漏告スルヲ得サルコト是ナリ

二　漏告トハ第三者ニ知ラシムルヲ謂フ其公衆ニ對シテ爲シタルト單ニ一人ニ對シテ爲シタルト否トヲ區別スルコトナシ

本罪ノ成立スルニ付テハ其職業上委託ヲ受ケタルコトヨリ知得シタル祕密ナラサル可カラス故ニ醫支配人ヲ選任スルコトヲ得ル商業主體ハ人タルト法人タルトヲ論セス然ルニ問題トナルハ商法第二編會社ノ規定ヲ準用スル營利社團法人及ヒ商業登記及ヒ商業帳簿ニ關スル規定ヲ適用セサル商人即チ小商人是ナリ第一ノ問題ニ付キテハ我輩ハ消極說ヲ採用ス何トナレハ民法ニ於テ商事會社ニ關スル規定ヲ準用スル旨ヲ定メタル結果商法第一編總則中ノ商業登記、商號及ヒ商業帳簿ニ關スル規定ハ會社法ノ强行法的規定ニ依リ避クヘカラサルモノニ限リ之ヲ準用スルコトトナレトモ商業使用人ニ關スル規定ハ會社法中ノ强行法的規定ト何等關聯スル所ナシ故ニ營利社團法人カ支配人ナル名稱ノ下ニ商業使用人ヲ有スルコトヲ妨ケスト雖モ之ヲ登記スルコトヲ得サルハ勿論法理上之ヲ支配人ト看做スヘキモノニアラス蓋シ此ノ如キ結果ヲ來スハ實際上ノ不便ナルヘシト雖モ解釋上已ムヲ得サル所ナリ

第二ノ問題タル小商人ハ支配人ヲ置クコトヲ得ヘキヤ否ヤニ付テハ我輩ハ積極說ヲ採用セント欲ス何トナレハ商法第三一條ノ規定ニヨリ支配人ノ選任及ヒ解任ハ之ヲ登記スルコトヲ必要トスルモ小商人ニ商業登記ノ適用ナキカ爲メ之ヲ登記スルノ途ナシ從テ之ヲ理由トシテ小商人ハ支配人ヲ選任スルコト能ハスト解スルコト理由ナキニアラスト雖モ民法物權編ノ規定ニ於テ或種類ノ物權ハ登記ノ手續ヲ存セサルニ拘ハラス物權トシテ完全ナル效力ヲ存シ其設定移轉等ニ付テ登記ナキモ第三者ニ對抗スルコトヲ得ルモノト解セラレタリ此理論ヲ移シテ小商人ノ選任スル支配人モ登記ナシト雖モ尙ホ完全ナル代理權ヲ有スルモノト解シテ妨ケナカルヘシ是レ商法第二九條ハ概括的ニ商人ハ支配人ヲ選任シ其商業ヲ營マシムルコトヲ得ト規定シタル當然ノ結論ナリト謂ハサルヘカラス蓋シ實際ノ問題トシテハ小商人ハ支配人ヲ選任スルノ必要アリヤ否ヤハ議論アルヘシト雖モ法理上之ヲ妨

0238

クルモノニアラスト知ルヘシ

第二　支配權

支配人ハ商業主體ノ營業ニ關シ一切ノ裁判上又ハ裁判外ノ行爲ヲ爲シ而モ之ヲ制限スルモ善意ノ第三者ニ對抗スルコト能ハサル代理權ヲ有スルモノナリ之ヲ支配權ト名ケ法人ノ理事ノ代表權、船舶管理人ノ代表權、船長ノ代理權等ト相並ヒテ一般ノ代理權ト性質ヲ異ニスルモノトシテ取扱ハル然ラハ何等制限ヲ加ヘサル汎博ナル代理權換言スレハ總理代理ト支配權トハ同一ナルモノナリヤ否ヤ此點ハ支配權ノ授與ニ關シテ極メテ重要ナル問題ナリ我輩ハ支配權ナルモノハ單ニ制限ナキ汎博ノ代理權ト異ナリ制限ヲ加フルコト能ハサル汎博ノ代理權ト解セント欲ス故ニ例ヘハ或商人カ雇人ニ對シテ爾今汝ヲ以テ我商業上ノ總理代理人ト定ムト曰フト雖モ之カ爲メ其雇人カ支配人ナルモノニアラサルカ如シ

支配權ナル代理權ハ法定代理權ニアラスシテ委任ニ因ル代理即チ委任代理ナリ何トナレハ其權限ハ商法第三〇條ヲ以テ定メラルルト雖モ權限ヲ定メラレタル代理權ハ必スシモ法定代理權タルニアラス若シ法律ニ依リテ權限ヲ定メラレタルモノハ悉ク法定代理人トスレハ委任ニ基ク權限ノ定メナキ代理權ハ凡テ法定代理權ナリト云ハサルヘカラサルニ至ルヘシ何トナレハ民法第一〇三條ノ規定ニ依リテ如何ナル場合ト雖モ代理人ノ代理權ヲ決定セラルルヲ以テナリ要スル支配人ハ商業主體カ其任意ニ之ヲ選任シ又ハ解任スルモノニシテ法律ノ規定ニ依リテ之ヲ設ケサルヘカラサルモノニアラサルノミナラス其能力補充若クハ能力發生ノ爲メニスルモノニアラサルヲ以テ支配權ハ法定代理權ニアラサルコト疑ヲ容ルルノ餘地ナシ

支配人ノ代理權ノ範圍ハ主人ノ營業ニ關シテ一切ノ裁判上及ヒ裁判外ノ行爲ニ及フモノニシテ之ニ制限ヲ加フルモ善意ノ第三者ニ對抗スルコト能ハサル旨ハ前述セルカ如シ然ルニ此範圍ハ尚ホ少シク法律上制限セラルル所ナキニアラス即チ商法第二九條ニ於テ之ヲ示スモノニシテ(其一)ハ主人ノ特定商業ニ關シテ支配權ヲ有スルモノナルコト(其二)ハ主人ノ意思ニヨリテ支配人ノ所屬營業ノ指定セラルルコトヲ是ナリ故ニ支配人ノ代理權ハ其主人カ數多ノ商業ノ主體タル場合ニ其全部ニ及フモノニアラスシテ單ニ其主人ノ指定シタル商業ニ付テノミ之ヲ有スルニ過キス又主人カ數多ノ營業所ヲ有スル場合ニ支配權ノ範圍ハ總テノ營業所ニ於ケル行爲ニ及フヘキ場合ト及フヘカラサル場合アルモノト知ルヘシ但此等ノ問題ハ要スルニ主人カ支配人ヲ選任シ之ニ支配權ヲ授與スル場合ニ決定セラルル事項ナリトス

支配權ノ範圍ニ付テハ尚ホ注意スヘキ點二アリ(其一)ハ商法第三〇條第二項ノ規定ニシテ支配人ハ番頭、手代其他ノ使用人ヲ選任又ハ解任スルコトヲ得ト定メタルコト是ナリ或ハ此規定ヲ解釋シテ複代理人ノ選任ニ關スル規定ナリトナスモノアルト同時ニ複代理人ノ選任トハ何等關係ヲ有セサル規定ナリト論スルモノアレトモ何レモ誤ナリ何トナレハ此規定ニ依リテ支配人ハ番頭、手代其他ノ使用人ヲ選任又ハ解任スル權限ヲ與ヘラレタルモノナルカ故其番頭、手代ニ付テハ複代理人ノ問題ヲ生セサルハ勿論選任解任ハ單ニ代理權ニ關スル問題タルニ止ラサルコト明カナリ又之ト同時ニ番頭、手代等ハ此規定ノ存セサル場合ニハ複代理人ト謂フヘキモノニアラスト考フルハ正當ニアラス何トナレハ若シ此規定ナシトスレハ支配人ハ番頭、手代等ノ代理人ヲ選任スル權限ヲ有スルコトハ疑問ニ屬シ若シ有セスト解釋セラルルニ於テハ其選任スル番頭手代等ハ當然複代理人トシテ取扱フ

ヘキモノナレハナリ要スルニ此規定ハ一方ニ於テ民法複代理ニ關スル規定ヲ排除シテ支配人ノ番頭、手代ニ代理權ヲ授與スルコトニ關スル定ヲナスト同時ニ委任契約、雇傭契約ノ取結、解除等ニ付テ支配人ノ權限アルコトヲ定メタルモノト云ハサルヘカラス

（其二）ハ共同支配人ノ問題ニシテ更ニ詳言スレハ商人カ數多ノ支配人ヲ共同的ニ選任シ共同的ニ權限ヲ行ハシムルコトヲ得ルヤ否ヤノ問題ナリトス此問題ニ付テハ主人ト商人トノ間ノ關係トシテハ勿論此ノ如キ選任ノ方法ヲ取ルコト自由ナレトモ共同支配權ト名クル特種ノ體樣ヲ以テ選任スルコトノ適法ナリヤ否ヤノ問題ニ至リテハ頗ル議論アル所ニシテ我輩ハ消極說ヲ是認スルモノナリ何トナレハ支配人カ各別ニ完全ナル支配權ヲ有スルニモ拘ハラス互ニ制限シテ共同スルニアラサレハ其代理權ヲ行使スルコト能ハスト定ムルコトハ即チ支配權ニ加ヘタル制限ニ外ナラスシテ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ爲サルヘシ又一支配權ヲ數人カ共同ニテ有スト解スルニ於テハ如何ナル法文ニ基キ此ノ如キ權限ヲ授與シ又此ノ如キ權利ヲ有シ得ルヤ等ニ付キ何等ノ根據ナカルヘシ蓋シ權利ノ共有ハ財產權ニ付テノミ認メラルルモノニシテ代理權ハ財產權ナルヤ否ヤハ消極的ノ答ヲ與ヘサルヲ得サルヘシ故ニ獨逸商法ニ於テハ特ニ明文ヲ以テ共同支配權ナルモノヲ認メタルニ我商法ニ於テハ此ノ如キ明文ナキノミナラス共同支配權ヲ登記スル方法ヲモ存セサルニヨリ考フレハ其共同支配權ナルモノヲ認メサルノ趣旨自ラ明カナルヘシ

（其三）ハ支配權ヲ授與スル方法ニ付キテハ從來見解一致セサル所ニシテ或ハ明示ニテ支配人又ハ支配役ナル名稱ヲ用ヒテ此權限ヲ授與セサルヘカラスト解シ或ハ明示默示タルコトヲ問ハスト雖モ支配人又ハ支配役タルコトヲ示スニ足ルヘキ方法ニ依ラサルヘカラスト解シ或ハ明示タルト默示タルトヲ問ハス支配ナル言葉ヲ示スニ足ルヘキ方法ヲ用フヘキモノト解シ或ハ全ク支配ナル言葉ト關係ヲ有セス單ニ其權限カ支配權ト符合スル方法ヲ以テスレハ足ルト解セリ我輩ハ從來第三ノ說ヲ採用シ來リタレトモ商法ノ解釋トシテハ最後ノ說ヲ正當ト認メサルヲ得サルヘシ唯疑ヲ存スル所以ハ商法施行法第一九條ノ規定ニシテ商法施行前ヨリ支配人又ハ支配役ト稱シ來レルモノハ其施行ノ日ヨリ三箇月內ニ名稱ヲ改メサリシ場合ハ之ヲ支配權ヲ有スルモノト看做スコト是ナリ故ニ支配權ハ支配人又ハ支配役ノ名稱ヲ以テ行使スルコトヲ要件トスルモノト解スルモ誤ナカルヘシ單ニ此規定ヲ解シテ商法施行ノ際ニ限ルモノト論スルハ不當ノ見解ナリ此ノ如ク論シ來レハ施行法第一九條ノ規定ヨリ推論シテ商法第二九條ニ所謂選任ノ方法モ亦支配人又ハ支配役ノ名稱ヲ以テシ若クハ支配ナル名稱ヲ以テスヘキモノト解スヘキヤ否ヤ之ヲ問題トスルノ價値ナキニアラス

第三　支配人ノ選任及ヒ解任

支配人ノ選任及ヒ解任ハ主人ト支配人トノ間ニ存スル契約關係カ委任關係タルト雇傭關係タルトニ因リテ其性質ヲ異ニスヘキハ勿論單ニ契約ノ取結及ヒ解除ノミヲ以テ論スヘキモノニアラス何トナレハ支配權ノ授與及ヒ消滅ハ各〻之ニ伴フヘキモノニ非サレハナリ

支配人ノ選任行爲タル契約ニ先チテ支配權ノ授與セラルルコトナシト雖モ契約ハ已ニ存在シ後ニ至リテ支配權ノ授與アル場合之ナキニアラス例ヘハ番頭又ハ手代トシテ從來使用シ來リタル者ヲ新ニ支配人トシテ使用スル場合ニハ特ニ其雇傭契約ニ變更ヲ加ヘス單ニ支配權ノ授與ノミヲ以テ足ルト解シ得ラレサルニアラス然レトモ其事務ハ範圍カ異ナルヲ理由トシテ前契約ハ消滅シ暗默ニ新ナル契約ノ取結ハレタルモノト解スルニ於テハ支配權ノ授與ト契約ノ取結トハ常ニ同時ナリト論決セサ

ルヲ得サルヘシ我輩ハ主人ト使用人トノ關係ト代理權ノ關係トハ全ク別箇ノモノタルヲ信スルカ故ニ營業ノ全部ニ亘リテ使用セラルル使用人ハ新ニ支配權ヲ授與セラルル場合ハ從來ノ契約關係ノ繼續スルモノト解シテ可ナリト信ス

支配人ノ解任ハ契約ノ解除ニヨル場合ヲ常トスレトモ其支配權ノミヲ奪フテ契約上ノ關係ヲ繼續シ得ルモノト解シ得ヘキヤ否ヤハ民法代理權消滅ニ關スル法理ノ問題ナリ抑〻民法第一一一條ニ於テ代理權消滅ノ原因ヲ規定シ委任ニ因ル代理權ハ委任ノ終了ニヨリテ消滅スト規定セルニヨリテ我輩ノ如ク爰ニ所謂委任ハ代理權授與行爲ノ原因タルヘキ契約即チ委任若クハ雇傭又ハ組合ナリト解ストセルモ代理權ハ一度授與セラレタル以上ハ此等ノ契約ノ終了ニ因ルニアラサレハ消滅セサルモノノ如シ然レトモ理論上ヨリ見レハ任意ニ授與シタル代理權ハ縱令其原因關係ヲ存スルモ代理權ノミヲ消滅セシムルコトヲ得サルハ不當ナリ從テ委任若クハ雇傭ノ關係ヲ繼續セシムルニモ拘ハラス支配權ノミヲ剝奪シテ支配人ノ解任ヲ來ス場合理論上存シ得ルモノト解セント欲ス但實際上ハ此ノ如キコト殆ト絕無ナルヘシ

支配人ノ選任及ヒ解任ハ箇人タル商人ニアリテ特ニ法律上他ノ代理人ノ選任解任ト取扱ヲ異ニスル所ナシト雖モ會社ニアリテハ一般ノ業務執行ニ比シテ之ヲ重要視セリ例ヘハ合名會社ニアリテハ社員ノ過半數株式會社ニアリテハ取締役ノ過半數ヲ以テ之ヲ決定スルカ如キ是ナリ(五七條一六九條)

支配人ノ選任及ヒ解任ハ其主人カ箇人タルト會社タルトヲ問ハス之ヲ置キタル本店又ハ支店ノ所在地ニ於テ主人ヨリ之ヲ登記スルコトヲ要ス何トナレハ支配人ノ權限ハ汎博ニシテ制限ヲ加フルコト能ハサルモノナルカ故ニ第三者ヲシテ何人カ支配人タルヤヲ明カニ知ルコトヲ得セシムルト同時ニ主人トシテ其選任及ヒ解任ヲ公ニスル利益ヲ得セシムルカ爲メナリ(三二條)

第四　支配人ノ權利及ヒ義務

支配人ハ支配權ト名クル代理權ヲ有スルコトニ付テハ前述セル所ナリ而シテ主人トノ間ニ存スル契約關係ニ基キ債務ヲ負擔スルト同時ニ債權ヲ有スヘキコト是レ又特ニ說明ヲ要セサルヘシ

商法ニ於テハ特ニ支配人ニ或種類ノ義務ヲ規定セリ即チ第三二條ノ規定ニシテ支配人ハ主人ノ許諾アルニアラサレハ自己又ハ第三者ノ爲メニ商行爲ヲ爲シ又ハ會社ノ無限責任社員ト爲ルコトヲ得スト規定シタルコト是ナリ此規定ハ所謂競爭禁止ナルモノニ比シ一層汎博ニシテ其支配人ノ行爲カ主人ノ營業ノ範圍內ニ屬スルト否トヲ問ハス苟モ支配人ノ行爲ニ因リテ主人カ其利益ヲ減少セラルヘキ恐アル總テノ場合ニ及ホス趣旨ヲ有ス蓋シ支配人ノ權限ハ主人ノ營業ノ全般ニ及ホスモノナル故之ヲ濫用シテ主人ノ利益ヲ害シ得ル場合極メテ多ケレハナリ

商法第三二條ニ規定シタル支配人ノ義務ハ其法律上ノ性質ヨリ觀察スレハ支配人タル資格ニ伴フ法定債務關係ニシテ之ニ違反スル場合ニハ民法債權編ノ規定ニ從ヒ主人ハ損害賠償ヲ請求シ得ルハ勿論ナリ然ルニ損害賠償ヲ請求スルヲ以テ必スシモ主人カ滿足ヲ得ヘキモノニアラス故ニ同條第二項ニ於テ更ニ主人ニ特種ノ權利ヲ與ヘ支配人カ此法定債務ヲ履行セスシテ自己ノ爲メニ商行爲ヲ爲シタル場合ニハ主人ハ其行爲ヲ以テ自己ノ爲メニ爲サレタルモノト看做スコトヲ得ト規定セリ學者ハ之ヲ特有權又ハ進入權ト名ケ或者ハ之ヲ奪取權ト謂ヘリ此權利ハ主人ノ資格ニ伴フテ生スル特種ノ權利ニシテ停止條件附權利、取消權、解除權、廢能訴權、選擇債務ニ於ケル選擇權ト其語ヲ同ウスヘキ特種ノ權利ナリトス

0241

主人カ此特有權ヲ行使シタル結果ハ商行爲ノ相手方ニ對シテモ直接ノ效果ヲ生スヘキモノナルヤ否ヤハ法文上明瞭ナラサル所アリ我輩ノ解スル所ニヨレハ主人カ支配人ニ對シテ此特有權行使ノ效果トシテ其爲シタル商行爲ノ結果ヲ悉ク自己ニ歸屬セシムルコトヲ得ヘク之ニ付テハ單ニ特有權行使ノ旨ヲ通知スレハ足レリ箇箇ノ權利義務ニ付テ請求ヲ爲スコトヲ必要トセス之ニ反シテ當該商行爲ノ相手方ニ對シテ特有權行使ノ效果ハ及フモノニアラス從テ相手方ハ支配人ニ對シテ其商行爲ノ結果タル權利義務ヲ有スルコト特有權行使ノ前後ヲ通シテ同樣ナリトス是レ問屋ノ間接代理ノ場合ト類スル法理ニ依ルモノト解シテ可ナルヘシ特有權行使ノ結果ハ無權代理ニ於ケル追認ノ如ク相手方ニ對シテモ直接ノ效果ヲ生スルモノト解スルハ正當ニアラサルヘシ

主人カ特有權ヲ行使スルニ付テハ二三ノ問題ヲ惹起スヘシ即チ(其一)ハ損害賠償ノ請求權ト合セテ特有權ヲ行使スルコトヲ得ルヤ否ヤノ問題ニシテ見解分ルルモノノ如シ即チ一方ニハ法文上特ニ明規スルナキカ故ニ損害賠償ニ代ヘテ此特有權ヲ行使スルコトヲ得ルモノト解スル者アレハ他方ニ法文上明規スル所ナキカ爲メ損害賠償ト合セテ行使スルコトヲ得サルモノト解スル者アリ我輩ノ考フル所ニヨレハ單ニ損害賠償ノミヲ以テ滿足ヲ得難キ場合ニ此特有權ヲ行使スルニ依リテ全ク滿足ヲ得ラルル場合ト尙ホ滿足ヲ得ルコト能ハスシテ損害ヲ賠償セシムル場合トアルヘキハ當然ナリ而シテ主人カ特有權ヲ行使シタル結果ハ單ニ支配人ト主人トノ間ノ關係ニ止マルコトト解スルニ於テハ主人ハ更ニ損害賠償ヲ請求シ得ルモノト論シテ敢テ不可ナカルヘシ次ニ生スヘキ問題ハ主人ハ特有權ヲ行使スル場合ニハ法定義務ノ違反ニ基キ支配人ヲ解任スルコトヲ得サルモノナルヤ否ヤ勿論支配人ト主人トノ關係カ委任關係ナル場合ニハ何時ニテモ之ヲ解任スルコトヲ得ルモノナレトモ雇傭關係ナル場合ニハ契約上ノ義務違反ヲ理由トセサレハ之ヲ解任スルコト能ハサルヲ原則トス我輩ノ解スル所ニヨレハ此法定義務ハ支配人ト主人トノ契約關係ヲ補充スルカ爲メニ設ケラレタルモノナルカ故ニ此義務違反ヲ理由トシテ契約ヲ解除シ得ルコトハ勿論雇傭ノ期間ヲ定メタル場合ト雖モ已ムコトヲ得サル事由トシテ解除ヲ爲スコトヲ得ヘシ唯此特有權ヲ行使シタル結果主人ハ其商行爲ヲ是認シタルモノト解セラルルニ於テハ解除ノ原因ヲ失フ結果トナレトモ我輩ハ此特有權ノ行使ヲ以テ當然支配人ノ行爲ヲ是認シタルモノト解スヘキモノニアラスト信スルカ故ニ此特有權行使ト同時ニ支配人ヲ解除シ得ルモノト解釋セント欲ス

此特有權ハ主人ニ與ヘラレタル特典ニシテ支配人ハ之カ爲メニ非常ノ不便ヲ來タス場合ナキニアラサルヘシ何トナレハ苟モ商行爲タル以上ハ主人ノ許諾ヲ得ヘキモノト定メラレタルカ故商法第二六三條ニ揭ケタル商行爲特ニ手形其他ノ商業證券ニ關スル行爲ノ如キモノニ付テモ亦主人ノ許諾アリト認メ得ラルル場合ヲ除キ其他ハ總テ特有權行使ノ目的トナルヘケレハナリ故ニ此權利ヲ行使シ得ル期間ヲ極メテ短縮シ主人カ其行爲ヲ知リタル時ヨリ二週間又ハ行爲ノ時ヨリ一年ト定メタリ(三二條三項商施二〇條)

第二款　番頭及ヒ手代

商業使用人ニシテ代理權ヲ有シ而モ支配人ノ如キ汎博ナル代理權即チ支配權ヲ有セサル者ヲ番頭又ハ手代ト名ク而シテ番頭ト謂ヒ手代ト謂フモ商慣習上特別ノ定ナキ限リハ法律上ノ性質ニ何等異ナル所ナシト云ハサルヘカラス特ニ此二ツノ用語ヲ併用セルハ此等ヲ包括的ニ表スヘキ用語ノ缺乏ニ基キタ

0242

ル外何等ノ理由ナキモノトス

番頭手代ノ有セル代理權ハ普通ノ代理權ニシテ其範圍ハ主人カ任意ニ之ヲ定ムルコトヲ得ルモノナリ而シテ商法第三三條ニ於テハ番頭又ハ手代ハ其委任ヲ受ケタル事項ニ關シ一切ノ行爲ヲ爲ス權限ヲ有スト定メラレタルカ故ニ苟モ主人ト番頭、手代トノ間ニ存スル委任關係若クハ雇傭關係ニ於テ番頭、手代ノ行フヘキ事務トシテ指示セラレタルモノナル以上ハ之ニ付テ代理權アルモノト看做サル但主人ハ之ニ制限ヲ加ヘテ其所定事務ヲ處理スルニ付キ或事項ニ限リテハ代理權ヲ有セスト定ムルコト任意ナリトス是レ番頭、手代ニシテ主人ノ營業ノ全般ニ亘リテ代理權ヲ有スル者ト支配人トヲ區別スル唯一ノ標準ナリトス

番頭手代ノ選任及ヒ解任ニ付テハ支配人ノ選任及ヒ解任ニ付テ述ヘタル所ヲ其儘應用スルコトヲ得ヘシ然ルニ疑ヲ存スルハ商法第三三條第一項ノ規定ニシテ商人ハ番頭手代ヲ選任シテ其營業ニ關スル或種類ノ事項ヲ委任スルコトヲ得ト定メラレタルコトは是ナリ此規定ニヨレハ番頭手代ヲ選任スルニ付テノ契約上ノ目的タル事項ハ主人ノ營業ノ一部タルニ止マリ其全般ニ及フコト能ハサルモノノ如ク見ユレトモ其實必スシモ然ルヲ要スルニアラス何トナレハ若シ此ノ如ク解セストスレハ營業全般ニ及フヘキ目的事項ヲ有スル契約ニ基キテ其範圍ニ於ケル代理權ヲ授與シタル場合ニ於テハ其使用人ハ全然支配人トナルヘク從テ支配人ノ選任ノ行爲及ヒ支配權ノ授與行爲ニ關スル見解ヲ一變セサルヘケレハナリ此點ハ將來學者間ニ爭ヲ生スヘキ重要ノ問題タルコトヲ爰ニ一言シ置クヘシ

番頭手代ノ選任及ヒ解任ニ付テハ特ニ登記ノ制度ナク又權利義務ニ付テモ特ニ商法上ニ規定セラルル所ナシ從テ雇傭契約ニ因リテ選任セラレタル番頭、手代ハ民法中雇傭契約ニ關スル規定ヲ適用シ委任ニ因リテ選任セラルル番頭、手代ハ委任契約ニ關スル規定ヲ適用シテ其權利義務ヲ定ムヘキモノトス

第三款　其他ノ商業使用人

支配人又ハ番頭手代ニアラサル商業使用人ハ普通ニ所謂若者、小僧等ニシテ商法中特別ノ名稱ヲ揭ケス唯主人ニ代リテ法律行爲ヲ爲ス權限ヲ有セサルモノト推定セリ故ニ反證ヲ擧ケテ此權限ヲ有スルモノト看做サルヘキモノナキニアラス然ルニ此反證ヲ擧ケ得ルモノハ支配人、番頭又ハ手代ニアラサル商業使用人ニアラスシテ其權限ノ範圍內ニ於テハ番頭又ハ手代トナルヘキモノナルヤ將タ又番頭、手代以外ニ尙ホ代理權ヲ有スル若者、小僧等ヲ認ムヘキモノナルヤ多少ノ疑アリ之ヲ其名稱ヨリ觀察スレハ後說當ヲ得タルモノノ如シト雖モ商業使用人ノ選任ハ概括的ニ之ヲ論スレハ支配人、番頭、手代等ノ名稱ヲ以テスルヲ要セサルコト通說ナル故前說ヲ正當ナル解釋ト認ムルノ外ナカルヘシ（三四條）

支配人又ハ番頭手代ニアラサル商業使用人ハ主人トノ間ニ雇傭契約ヲ存スルヲ常トス然レトモ前ニモ述ヘタルカ如ク雇傭契約ニアラサレハ商業使用人ノ選任ヲ爲スコト能ハスト解スヘキモノニアラサルヲ以テ所謂準委任契約ニヨル此種ノ商業使用人ナキヲ保セスト知ルヘシ（三五條）

第二節　代理商

代理商トハ一定ノ商人（本人）ノ營業ノ部類ニ屬スル商行爲ノ代理又ハ媒介ヲ爲スヲ以テ業トスル商人ナリ抑、代理商ナルモノハ商法中特別ノ規定ノ目的トナルニ至リタルハ獨逸商法ニ始マリ我カ商法之

0243

ニ倣ヒタルモノニシテ即チ第三六條ニ於テ積極的及ヒ消極的ノ二方面ヨリ之カ意義ヲ決定セラレタルモノナリ即チ積極的ニ意義ヲ決定セラレタリト謂ヘルハ法文中一定ノ商人ノ爲メニ平常其營業ノ部類ニ屬スル商行爲ノ代理又ハ媒介ヲ爲スモノヲ謂フトアルヲ指シ消極的ニ其意義ヲ決定シタリト謂ヘルハ法文中使用人ニアラスシテトノ用語アルヲ指スモノナリ此ノ如ク法文中ニ消極的ノ意義ノ決定ヲ用ヒタルモノ其例極メテ稀ナルニ代理商ニ付キ斯ノ如キ用語ヲ存スル所以ハ他ニアラス前述セルカ如ク代理商ナルモノノ概念ノ決定シタルコト最近ノ立法ニ基クモノニシテ學者ノ研究未タ充分ナラサル所アリ加之商業使用人ト代理商トヲ區別スル標準ハ理論上困難ナル點尠カラサルヲ以テ斯ノ如ク使用人ニアラスト謂ヒ以テ其區別ヲ明カニセント試ミタル所以ナリ要スルニ代理商ト商業使用人トノ區別ハ主人若クハ本人ニ隷屬スル程度ノ差異ニアルモノトス換言スルハ代理商ハ獨立ノ商人トシテ自己ノ商業上本人ノ營業ヲ補助スル者ニシテ商業使用人ハ全ク主人ニ隷屬シテ其商業ヲ補助シ獨立ナル商人トシテ行動スヘキモノニアラサル點是ナリ(三六條商施二一條)

代理商ニ代理ヲ爲スヲ業トスル代理商ト媒介ヲ爲スヲ業トスル代理商トノ二種アルコト代理商ノ意義ヲ說明シタル所ニ明カナリ此種類ノ異ナルニ從ヒ代理商ト本人トノ間ノ法律關係ニ多少ノ相違ナキ能ハス即チ代理商ト本人トノ間ニ存スル法律關係ハ之ヲ概括的ニ論スレハ代理商契約ナルモノニヨリテ生スル法律關係ナレトモ更ニ其代理商契約ナルモノノ性質ヲ探究スレハ代理ヲ業トスル代理商ニアリテハ委任契約タルヘク媒介ヲ業トスル代理商ニアリテハ準委任契約タルヘシ

代理商ト本人トノ間ノ法律關係ハ委任若クハ準委任ニヨルモノナルカ故ニ特別ノ法文ナキ限リハ民法中委任ニ關スル規定ノ適用又ハ準用アルヘキコト當然ナリ而シテ我商法ハ代理商ノ行フ營業上ノ利害關係ヨリ之ニ四個ノ例外ヲ規定シタリ即チ(其一)ハ報告ノ義務(其二)ハ契約ノ解除(其三)ハ競爭ノ禁止(其四)ハ留置權ニ關スルコト是ナリ左ニ之ヲ區別シテ說明スヘシ

第一　報告ノ義務

民法上委任者ハ委任若クハ準委任終了ノ後ハ其顚末ヲ委任者ニ報告スルノ義務アリ且委任者ノ請求アルトキハ何時ニテモ委任事務處理ノ狀況ヲ報告スルノ義務アルモノトス然ルニ代理商ニアリテハ之ヨリ更ニ重キ義務ヲ負擔スルモノニシテ代理又ハ媒介ヲ爲ス每ニ必ス遲滯ナク本人ニ對シテ其通知ヲ發スル義務ヲ負擔シ若シ此義務ニ違反スルトキハ本人ハ民法ノ原則ニ從テ損害賠償ヲ請求シ若クハ之ヲ解除スルコトヲ得ヘキモノトス(三七條民六四五條)

第二　代理商契約ノ解除

民法上委任ハ契約期間ノ有無ニ關セス各當事者ヨリ何時ニテモ之ヲ解除スルコトヲ得ヘク唯當事者ノ一方ハ相手方ノ爲メニ不利ナル時機ニ於テ之ヲ解除シタルトキハ其已ムコトヲ得サル事由ニ基カサル限リハ之ヨリ生スル損害ヲ賠償スヘキ責任アルニ過キス然ルニ代理商契約ニアリテハ特ニ契約期間ニ定メサル場合ト雖モ少クトモ二箇月前ニ之カ豫告ヲ爲スコトヲ要スルモノト定メラレタリ但已ムコトヲ得サル事由アルトキハ契約期間ノ有無ニ拘ハラス又何時ニテモ各當事者ヨリ之ヲ解除スルコトヲ得ヘキコト民法上ノ委任ト同シ(四〇條民六五一條六五二條)

代理ヲ業トスル代理商ノ權限ハ個個ノ授權行爲ニ付キ之ヲ決定スヘキモノナレトモ唯物品販賣ノ委託ヲ受ケタル代理商ニ限リテ賣買ノ目的物ノ瑕疵又ハ其數量ノ不足其他賣買ノ履行ニ關スル通知ヲ受クル代理權ヲ有スト定メラル此原則ハ(一)物品販賣ニ付キ代理ノ委託ヲ受ケタル代理商ノミナラス媒介

0244

ノ委託ヲ受ケタル代理商ニモ適用セラルルモノナルヤ否ヤ又(二)代理商カ通知ヲ受ケタル時ニ當該營業所ニ現在シタルコトヲ要件トスルヤ否ヤ又(三)其通知ハ其代理商カ取扱ヒタル賣買ニ關スルモノタルヲ要スルヤ否ヤ等ニ付テ疑義アレトモ我輩ハ第一問ハ積極、第二問ハ消極、第三問ハ積極ノ解答ヲ正當ナリト信ス(三九條二八八條)

第四章　商號

商人カ其商業上自己ヲ表彰スルニ付キ用フル名稱ヲ商號ト謂フ例ヘハ天賞堂、木村屋等ノ如シ而シテ其名稱ニ付キ如何ナル權利ヲ有スルヤノ問題ハ商號登記ノ前後ニ依リテ解決ヲ異ニス即チ登記以前ニ在テハ單純ナル名稱、權利ナルヤ否ヤニ付テモ爭議アリ)ニ過キサレトモ登記以後ニ在テハ商號專用權ト名ツクル一種ノ財產權タル名稱權ナリ

商號ハ商人ノ名稱ニシテ商業財團ノ名稱ニ非ス故ニ商號ト共ニセスシテ商業財團ノミヲ讓渡スルコトヲ得ヘシ然レトモ商業財團ノ讓渡ナクシテ商號ノミヲ讓渡スコトヲ得ルヤ否ヤニ付キ解釋二派ニ分レ通說ハ積極說ナレトモ我輩ハ消極說ヲ維持セント欲ス(一二條乃至一三條)

人タル商人ハ其氏、氏名其他ノ名稱ヲ以テ商號ト爲スコトヲ得ヘク會社タル商人ハ其社員又ハ株主ノ氏、氏名其他ノ名稱ヲ以テ商號中ニ加フルコトヲ妨ケス然レトモ人タル商人ト會社タル商人トヲ名稱上混同視セシメサランカ爲メ前者ハ其商號中ニ會社タルコトヲ示スヘキ文字ヲ用フルコトヲ禁止セラレ(會社ノ商業ヲ讓受ケタル場合モ亦同シ)後者ハ其種類ニ從ヒ商號中ニ合名會社合資會社株式會社又ハ株式合資會社ナル文字ヲ用フルコトヲ强制セラル而シテ前者ニ對スル禁止ノ制裁ハ五圓以上五十圓以下ノ罰金ニシテ後者ニ對スル强制ノ制裁ハ商法違反ノ爲メ登記ヲ爲スコト能ハサル結果トシテ五圓以上五百圓以下ノ過料ニ處セラル故ニ一方ニ人タル商人ノ商號中ニハ會社ナル文字ハ勿論商社、商會社等ノ文字ヲモ存スルコトナク他方ニ會社タル商人ノ商號中ニハ會社ノ種類ヲ明示セサルモノナシト謂ハサルヘカラス外國人ノ設立スル內國會社ト雖モ其商號中ニ必ス日本語ヲ以テ會社ノ種類ヲ明示スルコトヲ要シ又英、佛、獨等ノ外國語ニ於テ會社タルコトヲ意味スル文字ト雖モ人タル商人ノ商號中ニ加フルコトヲ得サルモノトス(一七條一八條、四六條、五一條一項一號、一〇七條、一四一條一項一號、二四二條一號、二六一條一號及ヒ五號、商施一一條、一二條)

會社タル商人ハ商號ノ登記ヲ爲スコトヲ要スルモ會社以外ノ商人ハ必スシモ之ヲ登記スルコトヲ要セス而シテ一旦商號ノ登記ヲ爲シタルトキハ其效果トシテ爾後同市町村內ニ於テ同一ノ商業ヲ營ム他人ヲシテ同一ノ商號登記ヲ爲スコトヲ得サラシメ又不正ノ競爭ノ目的ヲ以テ同一又ハ類似ノ商號ヲ使用スル者ニ對シ之ヨリ生スル損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得ルノミナラス其商號ノ使用ヲモ止ムヘキコトヲ請求スルヲ得ルモノトス但同市町村內ニ於テ同一ノ營業ノ爲メ登記シタル商號ト同一ノ商號ヲ使用スル者ハ不正ノ競爭ノ目的ヲ以テ之ヲ使用スルモノト推定セラルルヲ以テ特ニ反證ヲ擧ケサル限リハ不利益ノ結果ヲ受ケサルヘカラス(一九條、二〇條、商施一〇條、一三條乃至一五條)

此ノ如ク一旦登記ヲ爲シタルトキハ他人ヲシテ同一又ハ類似ノ商號ヲ登記シ若クハ使用スルコトヲ得セシメサルカ故ニ登記ヲ爲シタル者カ其商號ヲ廢止シ又ハ之ヲ變更シタルトキハ其廢止又ハ變更ノ登記ヲ爲スコトヲ要シ若シ廢止又ハ變更ノ登記ヲ爲ササルトキハ利害關係人ヨリ其商號登記ノ抹消ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得ヘシ而シテ此請求ヲ受ケタル裁判所ハ登記ヲ爲シタル者ニ對シ異議アラハ裁

0245

判所ノ指定シタル期間内ニ之ヲ申立ツヘキ旨ヲ催告シ其期間内ニ異議ノ申立ナキトキ又ハ其期間内ニ異議ノ申立アリタルモ之ヲ却下シタルトキハ直チニ其商號ノ登記ヲ抹消スルコトヲ要ス(二四條)商號ハ之ヲ讓渡シ又ハ相續スルコトヲ得ヘシ而シテ其讓渡ハ登記ヲ爲スニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得サルモノトス(二二條)

第五章　營業所

商人カ其營業上ノ活動ヲ爲スニ付テノ本據ヲ營業所ト謂フ故ニ營業所ナルモノハ具體的ノ概念ニ非ス而シテ民法ニ於テハ各人生活ノ本據ヲ住所ト名ツケ住所ハ一アリテ二ナシト解釋セラルト雖モ(民二一條)營業所ハ二以上ヲ存シ得ルコト疑ヲ容レス而シテ其中主タルモノヲ本店ト謂ヒ從タルモノヲ支店ト謂フ(大審院判例三十三年(オ)五四〇號三十四年判決)但本店ハ一アリテ二ナシト解釋セラル(九條一〇條、一三條、二九條、四四條乃至四七條、五〇條乃至五一條、七三條、七六條、八一條、九〇條、九七條、九九條、一〇三條、一〇五、條一〇七條、一〇八條、一二〇條、一二六條、一四一條、一四二條、一四七條乃至一四九條、一七一條、一九一條、一九六條、二〇四條、二一七條、二一八條、二二三條、二二五條、二三四條、二三六條乃至二三八條、二四二條、二四七條、二五四條乃至二六二條、二七八條、四四二條等ノ諸條、民訴一四條、一六條、一四四條、一四六條、一四七條、等)

第六章　商業帳簿及ヒ商業信書

第一節　商業帳簿

商人ハ張簿(日記帳)ヲ備ヘ之ニ日日ノ取引其他財産ニ影響ヲ及ホスヘキ一切ノ事項ヲ整然且明瞭ニ記載スルコトヲ要ス但之ニ記載スヘキ事項ハ一一各別ニ之ヲ記載スルヲ要スト雖モ小賣ノ取引及ヒ家事費用ハ之ニ例外ヲ爲シ前者ハ現金賣ト掛賣トヲ分チテ日日ノ賣上總額ヲ記載シ後者ハ月月ノ總額ヲ記載スルヲ以テ足ル(二二五條)

會社以外ノ商人ハ開業ノ時及ヒ毎年一回一定ノ時期ニ於テ財産ノ總目錄及ヒ貸方借方ノ對照表ヲ作リ又會社ハ設立登記ノ時及ヒ毎年一回一定ノ時期(年二回以上利益ノ配當ヲ爲ス會社ニ在テハ毎配當期)ニ於テ財産ノ總目錄及ヒ貸方借方ノ對照表ヲ作リ何レモ特ニ設ケタル帳簿(財産目錄帳及ヒ貸借對照表)ニ之ヲ記載スルコトヲ要ス但財産目錄ニハ動産、不動産、債權、債務其他ノ財産ヲ悉ク記載シ動産不動産、債權其他ノ財産ニハ目錄調裝ノ時ニ於ケル交換價格ヲ附セサルヘカラス又商業ニ關セサルノ故ヲ以テ或財産ヲ省略、除外スルコトヲ得ス換言スレハ財産目錄及ヒ貸借對照表ハ商業財團ノミニ限ラス商人ニ屬スル一切ノ財産ヲ表示ス又貸借對照表ハ財産目錄ノ摘要ニ非スシテ一方ニ現有ノ積極財産ト他方ニ現有積極財産ノ原因タリシモノ(債務、資本、準備金等)トヲ對照ス(二二六條、二二七條)

上述三種ノ帳簿ハ其閉鎖ノ時又ハ商業廢止ノ時ヨリ十年間商人若クハ商人タリシ者ニ於テ之ヲ保存スルコトヲ要ス(二二八條、商施一七條)

第二節　商業信書

商人カ其商業ニ關シテ郵便電信其他ノ信書ヲ受取リタルトキハ其受取ノ日ヨリ起算シテ十年間之ヲ保存スルコトヲ要ス(二二八條)然レトモ商人カ其營業ニ關シ信書ヲ發送スルモ其謄本ヲ作リ之ヲ保存スル

0246

ノ義務ナシ

第七章　商業登記

商人カ商法ノ規定ニ從ヒ其商業ニ關シテ爲ス登記ヲ商業登記ト謂フ商法ハ第一編及ヒ第二編ノ各本條ヲ以テ如何ナル期間内ニ如何ナル地ニ於テ如何ナル事項ヲ登記スヘキカヲ規定スル（五條、七條二項、一九條乃至二一條、第三二條、五一條、七六條、八一條、九〇條、九九條、一〇五條、一〇七條、一一八條二項、一四一條、二〇四條二項、二一七條、二二五條、二三四條、二四二條、二四七條、二五四條、二五五條、二五八條）ノ外商法第一九條以下各種ノ商業登記ニ共通ナル二個ノ大原則ヲ設ケタリ其（一）ハ法律カ本店ノ所在地ニ於テ登記スヘキ事項ト定メタルモノハ別段ノ規定アルモノヲ除ク外支店ノ所在地ニ於テモ之ヲ登記スヘキコト（一〇條）其（二）ハ登記シタル事項ニ變更ヲ生シ又ハ其事項カ消滅シタルトキハ當事者ハ其登記ヲ爲シタル地ニ於テ遲滯ナク變更又ハ消滅ノ登記ヲ爲スヘキコト（一五條、二四條、二一條、五二條、五三條、一〇五條、一四一條二項、二一七條、二三六條、二五五條、商施九條）是ナリ登記ノ申請ヲ爲ス者ノ營業所所在地ノ區裁判所又ハ其出張所ヲ管轄登記所ト謂フ（九條、商施一五條、非訟一三九條）

各登記所ニハ登記ヲ爲ス爲メ登記簿ヲ備フ此登記簿ハ登記スヘキ事項ヲ標準トシテ（一）商號登記簿（二）未成年者登記簿（三）妻登記簿（四）後見人登記簿（五）支配人登記簿（六）合名會社登記簿（七）合資會社登記簿（八）株式會社登記簿（九）株式合資會社登記簿（一〇）外國會社登記簿ノ十種ニ大別ス（九二條、非訟一四〇條）

各登記所ニハ登記簿ノ外、見出帳、受附帳及ヒ其他ノ十七種ヲ備ヘ置キ檢索ニ便ナラシム（非訟一四一條、商業登五條、八條、一五條）

登記ノ申請ハ申請人又ハ其代理人ノ署名、捺印セル書面ヲ以テ法定ノ要件タル事項ヲ記載セサルヘカラス若シ申請カ商法又ハ非訟事件手續法ノ規定ニ反スルトキハ登記所ハ理由ヲ附シタル決定ヲ以テ之ヲ却下スベク此決定ニ對シテハ即時抗告ヲ爲スコトヲ得ヘシ之ニ反シテ商法及ヒ非訟事件手續法ノ規定ニ適スルトキハ登記所ハ受附番號ノ順序ニ從ヒテ登記ヲ爲ス（非訟一四九條乃至一五一條、商業七條）登記スヘキ事項ニ制限ナシト雖モ法律ニ規定ナキ事項ハ之ヲ登記スルモ效力ナク又登記スルノ手續モ存セサルモノトス

登記スヘキ事項ノ登記、其變更又ハ消滅ノ登記等ハ當事者ノ申請アルニ非サレハ之ヲ爲スコトヲ得サルヲ本則トシ非訟事件手續法ヲ以テ特ニ定メタル場合ニ限リ職權ヲ以テ之ヲ爲ス（九條非訟一四七條、一五〇條、一五三條、一五四條）

登記セラレタル事項ニ公ノ信用ヲ與フル積極的手段トシテ登記所ハ登記後遲滯ナク登記事項ヲ公告スルコトヲ要シ其公告ハ官報及ヒ豫メ豫定シタル新聞紙上ニ一回以上之ヲ爲シ之ヲ掲載シタル最終ノ官報及ヒ新聞紙發行ノ日ノ翌日ニ之ヲ爲シタルモノト看做ス但適當ナル新聞紙ナキトキハ登記所ハ新聞紙上ノ公告ニ代ヘ其登記所及ヒ管轄内市町村役場ノ掲示場ニ公告ヲ爲スコトヲ得（一一條、非訟一四四條乃至一四六條、商業登二六條）

登記セラレタル事項ニ公ノ信用ヲ與フル消極的手續トシテ登記所ハ（一）何人ニテモ登記簿ノ閲覽ヲ許シ（二）請求ニ因リテハ其謄本、抄本ヲモ交付シ（三）利害關係人ニハ登記簿ノ附屬書類ノ閲覽ヲ許シ（四）

申請ニ因リテハ登記事項ニ變更ナキコト又ハ或事項ノ登記ナキコトヲ證明スヘキモノトス（非訟一四二條）

以上二種ノ手段ニ依リ生スル登記ノ效力ハ下ノ如シ即チ登記スヘキ事項ハ登記及ヒ公告ノ前ニ於テハ之ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルコト得ス（支店ノ所在地ニ於テ登記スヘキ事項ヲ登記セサリシトキハ其支店ニ於テ爲シタル取引ニ付テノミ之ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス）之ニ反シテ登記及ヒ公告ノ後ハ正當ノ事由ニ因リテ之ヲ知ラサリシ第三者ヲ除キ其他一切ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ヘシ但公告カ登記ト牴觸スルモ登記シタル事項ヲ以テ第三者ニ對抗スルノ妨ケト爲ルコトナシ（一二條乃至一四條、商施八條）

商法總則　終

法學博士　志田鉀太郎講述

商法總則

完

法政大學發行

0248

商法總則目次

第一章　商……一
第二章　商法ノ必要……二
第三章　商法ノ編纂ニ關スル主義……三
第四章　商法ノ沿革……四
第五章　我國ニ於ケル商法編纂ノ沿革……五
第六章　我商法ノ內容……五
第一節　商行爲……六
第一款　基礎的商行爲……六
第二款　附屬商行爲……二六
第二節　商人……二八
第一款　商人ノ意義……二八
第二款　商人タラサル者……三二
第三節　商品……三四
第七章　商法ノ適用……三五

0249

第八章　商法ノ關係法令……三七
第九章　商法ノ著書……三八
本論　商業……三九
第一章　總論……三九
第一節　主觀的商業……三九
第二節　客觀的商業……四〇
第二章　商業ノ主體……四二
第一節　商人タル人……四三
第一款　未成年者……四四
第二款　禁治產者……四五
第三款　準禁治產者……四五
第四款　妻……四六
第二節　法人タル商人……四七
第一款　公法人……四七
第二款　私法人……四七
第三節　商業主體ノ複數……四八
第四節　商業主體ノ變更……四九
第三章　商業主體ノ補助……四九
第一節　商業使用人……五〇
第一款　支配人……五二
第二款　番頭及ヒ手代……六一
第三款　其他ノ商業使用人……六三
第二節　代理商……六三
第四章　商號……六六
第五章　營業所……六八
第六章　商業帳簿及ヒ商業信書……六八
第一節　商業帳簿……六八
第二節　商業信書……六九
第七章　商業登記……七〇

商法總則目次 終

0250

何ヲ問フノ遑ナキヲ以テ主人ニ重大ナル責任ヲ負ハシメ以テ寄託物ノ安全ヲ期シタルナリ此ノ如ク其物ノ保管ニ付キ注意ヲ怠ラサリシコトヲ證明スルモ尙ホ其責ヲ免ルルヲ得スシテ唯其責ヲ免レ得ル場合ヲ不可抗力ニ因リタルコトヲ證明シタルトキニ限リタルハ場屋ノ主人ニ對シテ特ニ過重ナル責任ヲ負ハシメタルモノニシテ立法上他ノ規定ト權衡ヲ失スルノ嫌ナシトセス殊ニ新商法カ我國舊來ノ慣習ニ鑑ミ所謂急迫寄託ニ付キ特ニ重大ナル責任ヲ認ムルノ主義ヲ打破シタルニ拘ハラス場屋ノ主人ノミニ付キ依然急迫寄託ノ舊主義ヲ存シタルハ多少非難ヲ免レサル所ナリ

右ハ場屋ノ主人カ客ヨリ寄託ヲ受ケタル物品ニ付テノ責任ナリ客カ場屋中ニ携帶シタル物品ニシテ特ニ寄託セサルモノニ付テハ自ラ異ナル所ナカルヘカラス而シテ此場合ニ在リテハ場屋ノ主人ハ特ニ寄託ヲ受ケサルモノナルカ故ニ其毀損滅失ニ付テハ場屋ノ主人ニ毫モ責任ナキカ如シ然レトモ此場合ト雖モ客ハ終始其物ヲ看守スルコトヲ得サル事情アリ而シテ場屋ノ主人ハ自己又ハ其使用人ヲシテ客ノ看守ノ及ハサル所ヲ補フヘキハ其營業ノ狀體ニ於テ然ラサルコトヲ得サル所ナリ故ニ此場合ニ於テモ場屋ノ主人又ハ其使用人ニ不注意アルトキハ其物ノ毀損、滅失ニ付キ損害賠償ノ責任アルモノトセリ場屋ノ主人カ客ノ寄託品及ヒ携帶品ノ毀損滅失ニ付キ負擔スル責任ハ特別ナル雙方ノ合意ヲ以テスルトキハ格別ナレトモ然ラスシテ單ニ其責任ヲ負ハサル旨ヲ告示スルコトアルモ到底之ヲ免ルルコトヲ得サルナリ一片ノ掲示ヲ爲シテ以テ此責任ヲ除却シ得ヘシトセハ場屋ノ主人ハ擧テ其告示ヲ爲スニ至ルヘク而モ客ハ其告示ニ甘シテ物品ヲ携帶シ得サルノ不幸ニ陷ルヘキヲ以テ啻ニ場屋ノ主人ニ關スル責任ノ規定カ無用ノ贅文ニ屬スルノミナラス實際上不便ヲ釀スコト大ナリ故ニ法律ハ此ノ如キ告示ヲ爲スモ其責任ヲ免ルルコトヲ得サルモノトセリ

此ニ一ノ例外アリ是レ運送契約及ヒ運送取扱契約ニ付テ規定セル所ト同一ニシテ其物品カ貨幣、有價證券其他ノ高價品ナルトキハ客カ其種類及ヒ價額ヲ明示シテ場屋ノ主人ニ寄託シタルニ非サレハ場屋ノ主人ハ其毀損、滅失ニ付キ損害賠償ノ責ナキコト是ナリ蓋シ高價品ハ特ニ毀滅シ易キモノニシテ其保管ニハ特別ノ注意ヲ要スルモノナルカ故ニ場屋ノ主人カ其高價品ナルコトヲ知ルトキハ其保管ヲ爲スニ當リ嚴密ナル注意ヲ加フヘキヲ以テ其種類及ヒ價額ヲ明告シ且之ヲ寄託スルコトヲ要スルモノトシ然ラサレハ其責ニ任セスト爲シタルナリ

以上述ヘタル場屋主人ノ負擔スル嚴重ノ責任ニ付テハ普通ノ時效規定ヲ之ニ適用スルコト其事情ニ於テ酷ナルモノアルヲ以テ場屋ノ主人ニ惡意アル場合ノ外其時效ヲ一年トシ而シテ其起算點ヲ毀損又ハ一部滅失ノ場合ニ於テハ場屋ノ主人カ寄託物ヲ返還シ又ハ客カ携帶品ヲ持去リタル時ヨリ起算シ全部滅失ノ場合ニ於テハ客カ場屋ヲ去リタル時ヨリ起算スヘキモノト爲セリ。

第二節　倉庫營業

舊商法ニ於テハ倉庫寄託ニ關スル特別ノ規定ヲ置カス商事寄託ニ關スル一般ノ規定ニ依ラシムルコトトセシカ新商法ニ於テハ商事寄託ニ關スル一般ノ規定ハ其注意ノ責任ニ關スルモノノ外總テ民法ノ規定ニ讓リ商事寄託ノ規定中特ニ倉庫營業ナル一節ヲ設ケ詳細ノ規定ヲ爲セリ蓋シ倉庫營業ニ關スル規定ハ從來多ク其例ヲ見サル所ナリト雖モ商業ノ發達スルニ伴ヒ漸次倉庫營業ノ必要ヲ生シ之ヲ業トスルモノ亦年ト共ニ多キヲ加ヘタルヲ以テ近世ノ立法ハ之ニ關スル特別ノ規定ヲ設クルモノ多キニ至レリ我商法モ此趨勢ニ鑑ミ別ニ之ニ關スル規定ヲ設ケタルナリ

第一款　倉庫寄託ノ意義

倉庫寄託トハ當事者ノ一方カ相手方ノ爲メニ倉庫ニ保管ヲ爲スコトヲ約シテ或物ヲ受取ルニ因リテ其效力ヲ生スル所謂踐成契約ノ一種ニシテ唯物ノ保管カ倉庫ニ於テセラルル點ニ於テ一般ノ寄託ト異ナレルノミ(民六五七條)此ノ如ク倉庫ニ於テ保管ヲ爲スコトカ此種ノ契約ノ一要素ヲ爲スモノナルカ故ニ其目的物ハ倉庫ニ於テ保管シ得ラルル物ニ限ラレ其結果常ニ動產ナルヲ要スルコトハ言フヲ俟タス」倉庫寄託ノ引受ヲ業トスル者ヲ倉庫營業者ト謂フ商法第三五七條ハ倉庫營業者ヲ定義シテ「倉庫營業者トハ他人ノ爲メニ物品ヲ倉庫ニ保管スルヲ業トスル者ヲ謂フ」ト云ヘリ既ニ述ヘタル如ク寄託ノ引受カ商行爲タルニハ之ヲ營業トシテ行フカ又ハ營業ノ爲メニ其引受ヲ爲ス場合ナルヲ要シ而シテ此倉庫營業ハ之ヲ營業トシテ行フ場合ニ屬スル所謂主觀的商行爲ノ一種タリ

倉庫營業ニ付テハ外國ノ法制上特ニ其營業ノ許可ヲ必要トスルモノアリ蓋シ此主義タルヤ其特許ヲ爲スニ當リ營業者ノ經歷、信用、資本、營業ノ組織其他必要ナル點ヲ調査シ然ル後特許ヲ與フルモノニシテ其目的營業ノ確實ニシテ安全ナルヲ期スルニ在リ然リト雖モ其調査ハ到底周密ニ行ハレ得ヘキニ非ス隨テ特許ヲ得タル營業者ニシテ不確實、不完全ナルモノナシトセス然ルニ其營業者ハ特許ヲ標榜シテ世人ト取引ヲ爲シ世人モ亦特許ニ信ヲ置キテ深ク其內情ヲ顧ミルコトヲ爲ササルカ故ニ營業ノ確實ト安全トヲ期スル特許ハ却テ世人ヲ欺クノ道具ト爲リ其弊害少カラス故ニ社會ノ幼稚ナル時代ニ在リテハ特許主義或ハ可ナルヘシト雖モ進歩シタル今日ノ社會ニ於テハ此主義ハ害アリテ利ナク寧ロ其營業ヲ自由ニシ之ト取引ヲ爲ス者ヲシテ其信否ヲ判斷セシムルノ優レルニ如カス是ヲ以テ我商法ハ倉庫

0252

營業ヲ各人ノ自由ニ放任シタリ

第二款　倉庫寄託ノ效力

倉庫寄託契約ノ效力トシテ生スル當事者間ノ法律關係ハ例ニ依リ之ヲ倉庫寄託營業者ノ方面ヨリ觀察シテ第一、倉庫寄託營業者ノ義務第二、倉庫寄託營業者ノ權利トシテ說明スヘシ

第一　倉庫寄託營業者ノ義務

(一)　倉庫營業者ハ受寄物ノ保管ニ付キ常ニ善良ナル管理者ノ注意ヲ加フヘキ責任アルコトハ前陳セルカ如シ雷ニ自己ニ斯ル注意ヲ爲スノ責任アルノミナラス其使用人ヲシテ同一ノ注意ヲ加ヘシムルコトヲ要シ使用人ノ不注意ニ付テハ絕對ニ其責ニ任スヘキナリ而シテ注意ニ關スル舉證ノ責任モ亦倉庫寄託營業者之ヲ負擔シ若シ受寄物ニ滅失又ハ毀損ノ故障アリタルトキハ其注意ヲ怠ラサリシコトヲ證明スルニ非サレハ之カ賠償ノ責任ヲ免ルルコトヲ得ス(三七六條)是レ先ニ說明シタル運送取扱營業ニ關スル第三二二條、運送營業ニ關スル第三三七條及ヒ第三五〇條ノ規定ト同一ノ趣旨ニ出テタルモノナリ『右ニ述ヘタル受寄物ノ滅失又ハ毀損ニ因リテ生シタル倉庫寄託營業者ノ責任ハ一年ノ特別時效ニ因リテ消滅ス但其起算點ハ全部滅失ノ場合ニ於テハ倉庫營業者ヨリ預證券ノ所持人若シ其所持人ノ知レサルトキハ寄託者ニ對シテ其滅失ノ通知ヲ發シタル日ヨリ起算シ又ハ一部滅失若クハ毀損ノ場合ニ於テハ寄託物出庫ノ日ヨリ起算スヘキモノトス固ヨリ其毀滅カ倉庫營業者ノ惡意ニ出テタルトキハ此限ニ在ラサルコト言フヲ俟タス(三八三條)

尙ホ時效以外ニ其責任ノ消滅スル場合アリ即チ寄託物ノ一部滅失又ハ毀損ノ場合ニ於テ寄託者又ハ預證券ノ所持人カ要償ノ留保ヲ爲サスシテ寄託物ヲ受取リ且其報酬、立替金及ヒ費用ヲ支拂ヒタルトキハ之ニ因リテ其責任ハ當然消滅スルナリ尤モ寄託物ニ直チニ發見スルコト能ハサル毀損又ハ一部滅失アリタルトキハ縱令留保ヲ爲サスシテ受取リタリトスルモ之ヲ受取リタル日ヨリ二週間內ニ其旨ノ通知ヲ發シタルトキハ倉庫營業者ハ其責任ヲ免レ得サルナリ(三八二條)

受寄物保管ノ義務ニ牽連シテ述フヘキハ其保管期間ニ關スル事柄ナリ民法ノ規定ニ依レハ保管期間ノ定アル場合ニハ受寄者ハ已ムコトヲ得サル事由アルニ非サレハ其期間內ハ之ヲ保管スルノ義務アリト雖モ其定ナキ場合ニハ何時ニテモ之ヲ返還スルコトヲ得ルナリ然レトモ斯ル規定ハ商ノ實際ニ不便ニシテ到底營業寄託ノ性質ニ適セサルヲ以テ倉庫營業ニ付テハ當事者カ保管ノ期間ヲ定メサリシトキト雖モ已ムコトヲ得サル場合ノ外ハ相當ノ期間之ヲ保管スルノ義務アルモノト爲シ即チ六箇月ヲ經過シタル後ニ非サレハ其返還ヲ爲スコトヲ得ストノ特別規定ヲ設ケタリ(三七八條)

(二)　倉庫營業者ハ寄託者ノ請求アリタルトキハ何時ニテモ受託物ヲ返還セサルヘカラス寄託期間ノ定アルトキ雖モ亦然リ是レ他ナシ寄託ハ寄託者ノ便益ノ爲メニ之ヲ爲スモノニシテ其返還時期ノ定アルハ一ニ寄託者ノ利益ノ爲メニシタルモノト認ムヘケレハナリ固ヨリ其期間ノ定カ受寄者ノ利益ノ爲メニ存スルコト明カナル場合ハ敢テ期限前ニ於ケル返還ノ請求ニ應スル義務ナキコト勿論ナリ尙ホ此返還ノ義務ハ預證券及ヒ質入證券カ發行セラレアル場合ニハ其證券ト引換ニ非サレハ敢テ其請求ニ應スルノ義務ナキコト貨物引換證ノ場合ニ說明シタルト同樣ニシテ詳細ハ右ニ付テ了解セラルヘシ(三七九條)

(三)　倉庫營業者ハ受寄物ノ保管中ハ寄託者又ハ預證券所持人ノ請求ニ因リ此等ノ者ヲシテ何時ニテモ

0253

受寄物ノ點檢ヲ爲サシメ又ハ見本ノ摘出ヲ爲シ且受寄物ノ保存ニ必要ナル處分ヲ爲シ得セシメサルヘカラス當然ノ事柄ニシテ別ニ說明ヲ要セス而シテ質入證劵ノ所持人モ亦其受寄物ニ大ナル利害關係ヲ有スルモノナルカ故ニ倉庫營業者ハ等シク受寄物點檢ノ請求ニ應セサルヘカラス右何レノ場合ニ於テモ之カ爲メニ倉庫營業者ニ著シキ迷惑ヲ被ラシムヘキニ非サルヲ以テ斯ル要求ハ必ス之ヲ營業時間內ニ於テ爲サシムルコトトシ營業時間外ニ於テハ之ニ應スル義務ナシト爲セリ(三一七五條)

(四)　倉庫營業者ハ受寄者ヨリ請求アリタルトキハ預證劵及ヒ質入證劵ヲ交付スル義務アリ所謂倉荷證劵ニシテ倉庫寄託ノ盛ニ行ハルルハ主トシテ此證劵カ荷主ニ著キ便益ヲ與フルニ因レルナリ

倉荷證劵ニ付テハ法制上一劵主義ヲ取ルモノト二劵主義ヲ取ルモノトアリ我舊商法ヲ始メ英、米、蘭、獨等ノ法律ハ一劵主義ヲ取リ佛、伊、白、墺等ノ法律ハ二劵主義ヲ取レリ今此主義ノ得失ヲ案スルニ一劵主義ノ法律ノ下ニ於テハ倉荷ヲ讓渡スニモ又之ヲ質入スルニモ常ニ其一枚ノ證劵ニ依ラサルコトヲ得サルカ故ニ一旦之ヲ質入シタル以上ハ他ニ倉荷ノ讓渡ニ用フヘキ證劵ナキニ至リ倉荷ノ運轉ハ全ク停止セラレテ其不便言フヘカラス之ニ反シテ二劵主義ノ法律ノ下ニ於テハ一枚ノ證劵ハ質入ノ爲メニ使用シ他ノ一枚ハ倉荷讓渡ノ用ニ供シ得ルヲ以テ一枚ノ證劵ヲ擔保トシテ金錢ヲ融通スルト同時ニ他ノ一枚ヲ以テ倉荷ヲ運轉スルコトヲ得ヘク其便益頗ル大ナリトス而シテ證劵ノ二枚ナルカ爲メニ毫モ弊害ヲ見ス二劵主義ノ一劵主義ニ優レルハ啻ニ學說ノ上ニ於テノミナラス最モ多數ノ立法例ニ於テ認メラルル所ナルヲ以テ我新商法ハ斷然舊商法ノ主義ヲ改メ此二劵主義ノ制度ヲ採用セリ然レトモ今日英米ニ於テ尙ホ一劵主義ノ行ハルルハ故ナキニ非ス蓋シ此等ノ國ニ於テハ其證劵ヲ以テ信用取得ノ具換言スレハ之ヲ擔保トシテ貸出ヲ得ルノ具トセスシテ單ニ大取引ノ場合ニ於ケル荷物運轉ノ方法ニ用フルモノト爲シ之ニ伴ヒテ古來ノ商慣習アリ其商慣習ニ從ヒテ事ヲ運フヲ以テ敢テ一劵ノ不便ヲ感セサルナリ然ルニ事情ヲ異ニセル我國ニ於テ近來一劵主義ヲ主張スル者多キハ甚タ奇ナル現象ト謂ツヘシ」

預證劵及ヒ質入證劵ノ交付ハ前述ノ如ク寄託者ノ請求アル場合ニ於テ始メテ之ヲ爲スモノニシテ此二種ノ證劵ハ必ス同時ニ交付スルコトヲ要シ預證劵又ハ質入證劵ノミヲ交付スルコトハ二劵主義ヲ採レル法律ノ精神ニ反スルモノナリ

預證劵及ヒ質入證劵ハ貨物引換證ト同シク一定ノ形式ニ從ヒテ作成セラレサルヘカラス即チ左ノ事項及ヒ番號ヲ記載シ倉庫營業者之ニ署名スルコトヲ要ス(但署名ニ代ヘテ記名捺印ヲ用フルコトヲ得)

一　受寄物ノ種類、品質、數量及ヒ其荷造ノ種類、箇數竝ニ記號

二　寄託者ノ氏名又ハ商號

三　保管ノ場所

四　保管料

五　保管ノ期間ヲ定メタルトキハ其期間

六　受寄物ヲ保險ニ付シタルトキハ保險金額、保險期限及ヒ保險者ノ氏名又ハ商號

七　證劵ノ作成地及ヒ其作成ノ年月日

預證劵及ヒ質入證劵ハ寄託物全部ニ付キ各一通ヲ交付スルモノナリト雖モ預證劵及ヒ質入證劵ノ所持人カ寄託物ヲ分割シ其各部分ニ付キ預證劵又ハ質入證劵ヲ交付スヘキコトヲ請求スルトキハ倉庫營業者ハ其各部分ニ對スル二通ノ證劵ヲ交付セサルヘカラス是レ畢竟貨物ノ質入又ハ移轉ノ便ヲ圖リタルモノニシテ此場合ニ於テハ證劵ノ所持人ハ其費用ヲ倉庫營業者ニ支拂フヘキモノナルヲ以テ倉庫營業

0254

者ハ敢テ迷惑ヲ感セス而シテ所持人ハ其各部分ニ對スル證券ト引換ニ其所持セル前ノ預證券及ヒ質入證券ヲ倉庫營業者ニ返還スルコトヲ要スルカ故ニ之カ爲メニ弊害ヲ生スルコトナシ然レトモ若シ其預證券及ヒ質入證券カ二人ノ手ニ在ルトキハ各所持人ハ各部分ニ對スル證券ノ交付ヲ請求スルコトヲ得ス唯此場合ニハ預證券ノ所持人ト質入證券ノ所持人トカ共同シテ其引換ヲ請求スルコトヲ得ルノミ

(三六一條)

預證券又ハ質入證券交付ノ請求ハ數度之ヲ爲スモ可ナリ所持人カ其證券ヲ滅失シタルトキハ倉庫營業者ニ相當ノ擔保ヲ供シ更ニ其證券ノ交付ヲ請求スルコトヲ得ヘシ此場合ニ於テハ前ノ場合ト異ナリ預證券、質入證券雙方ノ所持人タルコトヲ要セス預證券ノミノ所持人又ハ質入證券ノミノ所持人ナルヲ以テ足レリ且寄託物ノ各部分ニ對スル證券ノ所持人ニテモ可ナリ(三六六條)

右何レノ場合タルヲ問ハス寄託者ノ請求ニ因リテ預證券又ハ質入證券ヲ交付シタルトキハ倉庫營業者ハ其帳簿ニ(一)受寄物ノ種類、品位、數量又ハ其荷造ノ種類、箇數竝ニ記號(二)寄託者ノ氏名又ハ商號(三)保管料(四)保管ノ期間ヲ定メタルトキハ其期間(五)受寄物ヲ保險ニ付シタルトキハ保險金額、保險期間及ヒ保險者ノ氏名又ハ商號(六)證券ノ番號及ヒ其作成ノ年月日ヲ記載スルコトヲ要ス固ヨリ預證券又ハ質入證券ノ滅失ニ基ク再交付ニ於テハ其旨ヲ帳簿ニ記載スレハ足レリ茲ニ奇ナルハ法規上ニ於テハ彼ノ寄託物ヲ分割シ其各部分ニ對スル證券ヲ交付シタル場合ニ之ヲ帳簿ニ記載スヘキコトヲ强制シ居ラサル點ナリ是レ恐ラクハ法文ノ遺漏ニシテ其記載ノ必要アルコトハ深ク說明ヲ要セスシテ明カナリ

倉荷證券ハ形式的證券ニシテ其證券ニ表彰セラルル權利ノ範圍ハ倉庫營業者ト其證券ノ所持人トノ間ニ於テハ常ニ其證券ノ記載文言ニ依リテ決定セラレ隨テ最初ノ寄託契約ノ趣旨其他ノ事項ヲ證券ニ記載セラルル所ト異ナルコトヲ理由トシテ其權利義務ヲ云云スルコトヲ得サルハ貨物引換證ニ關シテ述ヘタルト異ナル所ナク又倉荷證券カ物權的ノ作用力ヲ有シ此證券ノ處分カ直チニ其目的タル寄託物ノ處分ト同一ノ效力ヲ生スルコトモ亦貨物引換證ト同樣ナリ即チ裏書ニ依ル預證券ノ讓渡ハ寄託物ノ讓渡ト同一ノ效力ヲ生シ質入證券ノ質入ハ寄託物ノ上ニ質權ヲ設定シタルト同一ノ效力ヲ生スルナリ

(三六五條)

預證券及ヒ質入證券ヲ作リタルトキハ寄託物ニ關スル處分ハ其證券ヲ以テスルニ非サレハ之ヲ爲スコトヲ得ス(三六三條)然ラハ預證券及ヒ質入證券ハ如何ニ之ヲ處分スヘキヤト云フニ所謂裏書ノ方法ニ依ルナリ此種ノ證券ハ最初ヨリ裏書セラルヘキ形式即チ指圖式ニテ發行セラルルヲ通例トシ縱令單純ナル記名式ヲ以テ發行セラレタル場合ニモ等シク裏書ニ依リテ讓渡シ若クハ質入セラレ得ヘキ所謂法律上ノ指圖證券タリ(此等ノ點ハ貨物引換證ト其趣ヲ異ニシ居レリ)然レトモ倉庫營業者カ其證券ニ裏書ヲ禁スル旨ヲ記載シタルトキハ讓渡シ又ハ質入スルコトヲ得ス裏書禁止アル倉荷證券ノ質入又ハ讓渡ハ法ノ有效トシテ認ムル所ニ非ス元來倉荷證券ハ之ニ寄託者ノ氏名又ハ商號ヲ記載スルコトヲ要スルモノナルヲ以テ無記名式ニテ發行セラレタル倉荷證券アリ得ヘカラス隨テ倉荷證券ノ處分ト云ヘハ必ス裏書ニ依ルヲ要シ引渡ノミニテ其處分ヲ爲シ得ヘキ場合ナキカ如シト雖モ裏書人カ署名ノミヲ以テ裏書ヲ爲シタルトキハ爾後引渡ノミニ依リテ之ヲ處分スルコトヲ得ルナリ何トナレハ先ニ述ヘタル如ク白地裏書竝ニ其被裏書人ノ補充ニ關スル手形ノ規定カ一般ノ指圖債權ニ準用セラレ居リ而シテ倉荷證券ニ之カ除外例ナキ點ヨリ推考セハ爾カク論スルヲ至當トスレハナリ(三六四條、二八二條)

0255

預證券及ビ質入證券ハ之ヲ併セテ裏書スルコトアリ或ハ各別ニ裏書スルコトアリ而シテ其何レノ方法ヲ取ルモ所持人ノ隨意ナリト雖モ質入證券カ未タ質入セラレサル間ハ之ヲ各別ニ讓渡スコトヲ得ス預證券ト質入證券トハ相伴ヒテ轉轉セラレサルヘカラス是レ證券ノ性質上然ラサルヲ得サル所ナリ元來倉荷證券ハ寄託物ノ質入ト讓渡トノ二樣ノ用ヲ便セシムルカ爲メ之ヲ二券ト爲シタルモノナレトモ未タ其一ヲ質入セサルニ當リテ讓渡ヲ爲ス場合ニハ其二箇ノ證券ヲ併セテ讓渡スヘキハ當然ナリ假ニ二箇ノ證券ヲ分離シタリトシテ其結果ヲ想像スルニ質入證券ノ所持人ハ第一ノ質權者カ預證券ニ其債權額ヲ記載シテ署名スルニ非サレハ其質權ヲ以テ預證券ノ所持人ニ對抗スルコトヲ得ス隨テ縱令質入證券ノミヲ所持スルモ其證券ノ裏書人以外ノ者ニ對シテハ何等ノ效ナク言ハハ殆ト質入證券ノ效用ナキモノヲ所持スルニ同シ又預證券ノ所持人トテモ其預證券ヲ所持スルノミニテハ金錢融通ノ爲メ質入スヘキ證券ナキヲ以テ質入證券カ未タ質入ノタメニ裏書セラレサルニ拘ハラス質入證券ノ利用ヲ爲スコトヲ得サルナリ故ニ各別ニ讓渡スルコトハ一方ニ於テハ許スヘカラサル事柄ナルト同時ニ他方ニ於テハ之ヲ許スノ要ナキナリ(三六四條二項)

預證券及ヒ質入證券カ各別ニ轉轉ヲ始ムルハ預證券又ハ質入證券ノ所持人カ質入證券ニ第一ノ質入裏書ヲ爲シタル以後ニ在リ即チ一旦兩證券ヲ所持スル者カ質入證券ニ質入ノ裏書ヲ爲ストキハ其以後ニ於テハ各證券殆ト獨立ノ姿ヲ以テ裏書セラルルモノニシテ是レ實ニ二券主義ノ長所トスル所ナリ而シテ預證券ハ既ニ述ヘタル如ク寄託物ノ所有權ヲ代表スルモノナルカ故ニ此證券ノ授受ハ所有權移轉ノ爲メニシ之ニ反シテ質入證券ハ質權設定ニ關シ寄託物ヲ代表スルモノナルカ故ニ寄託物ノ質入ノ爲メ授受セラルルナリ此ノ如ク預證券及ヒ質入證券ハ其目的コソ異ナレ等シク物權的作用ヲ爲スモノナルカ故ニ若シ兩證券カ各別ニ裏書セラルルトキハ預證券ノ取得者ヲシテ質權ニ依リテ擔保セラル債權額及ヒ利息、其辨濟期等ニ關スル詳細ヲ知悉セシムルノ方法ヲ講セサルヘカラス若シ其方法ヲ缺キ而モ無條件ニ其質權ヲ以テ預證券ノ所持人ニ對抗スルコトヲ得ルモノトセハ何人モ之ヲ讓受クルコトヲ危

及ヒ其裏書人ハ必ス其質權ニ依リテ擔保セラルル債權額、利息及ヒ辨濟期ヲ預證券ニ記載シテ署名スヘク若シ之ヲヲ要スルト同時ニ第一ノ質權者ハ其債權額、利息及ヒ辨濟期ヲ得サルモノトセリ而シテ此ニ所謂第三者トハ質爲ササルトキハ其質權ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得サルモノトセリ而シテ此ニ所謂第三者トハ質入證券ノ所持人カ其前者以外ノ者ニ對スル關係ヲ指スモノニシテ其適用ハ主トシテ預證券ノ所持人及ヒ倉庫營業者ニ對シテ生スルモノトス尙ホ第一ノ質權者カ預證券ニ右ノ記載ヲ爲ササルトキハ啻ニ第一ノ質權者ノミナラス第二以下ノ質權者換言スレハ質入證券ノ所持人タル者モ亦其質權ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得サルハ勿論ナリ(三六七條)

預證券ト質入證券トハ相合シテ流通スルコトアリ又相分レテ流通スルコトアルハ既ニ屢〻述ヘタル所ニシテ此二種ノ證券カ相合シテ流通シ同一人ノ手ニ在ルトキハ其所持人カ寄託物ヲ受取ルニハ之ヲ併セテ倉庫營業者ニ提出スレハ成ル可ク毫モ複雜ナル關係ヲ生セスト雖モ若シ其證券カ各別ニ流通シ別異ノ人ノ手ニ在ルトキハ兩證券ノ所持人カ其權利ヲ行フニ付キ複雜ナル關係ヲ惹起スナリ是レ寧ロ二券主義ノ法制ノ下ニ於テハ普通ノ現象ナリトス而シテ質入證券ノ所持人カ其質權ヲ執行スルハ常ニ質債權カ辨濟期ニ至リタル後ナリト雖モ預證券ノ所持人ハ質權ニ依リテ擔保セラルル債權ノ辨濟期前ニ於テモ其權利ヲ行フコトヲ得ヘシ然レトモ預證券ノ所持人カ有スル權利ハ他ニ之ヲ對抗シ得ヘキ質權

0256

ノ存在スルニ因リテ制限セラレ居ルカ故ニ預證券ノミヲ提出シテ寄託物ノ返還ヲ受クルコトヲ得ス故ニ此場合ニ於テ强ヒテ其返還ヲ受ケントセハ其證券ニ記載セラレタル債權ノ全額及ヒ辨濟期ノ利息ヲ倉庫營業者ニ供託セサルヘカラス而シテ其寄託シタル金額ハ萬一ノ場合ニ於テ質入證券ノ所持人ニ支拂ハルヘキモノトス（三八〇條）是レ畢竟二券主義ヨリ生スル弊ヲ矯メタルモノニシテ一方ニ於テハ毫モ質入證券ノ所持人ヲ害スルコトナク他方ニ於テハ質入證券入質ノ爲メニ寄託物ノ現實ノ融通ヲ杜絶セシメサルノ利アルモノナリ然レトモ右ノ規定ハ多少批難アルヲ免レス商法第三八〇條第一項ニハ「質入證券ニ記載シタル債權ノ辨濟期前云云」トアリ然レトモ我商法ハ佛法其他ノ法制ノ如ク質入證券ノ質入ヲ倉庫營業者ノ帳簿ニ記載セシムルノ主義ヲ採ラサリシカ故ニ預證券ノ所持人カ債權額及ヒ利息ヲ供託スルニ當リ質入證券ニ記載シタル債權額、辨濟期及ヒ利息ヲ知ルニ由ナク（勿論預證券ニ其記載アレトモ誤記アルヲ必セス）倉庫營業者モ亦之ヲ知ルヘキ謂レナキヲ以テ右ノ規定ハ我法制ノ趣旨ニ適セス加之質入證券ノ所持人カ其債權ヲ預證券ノ所持人ニ對抗シ得ルハ第一ノ質入裏書人カ預證券ニ債權額等ヲ記載スルニ由リテ然ルモノナリ隨テ預證券ニ記載セル債權額ト質入證券ニ記載セル債權額ト異ナルトキハ預證券ノ記載ヲ標準トシテ質權ノ範圍ヲ定ムヘキコト當然ナルニ拘ハラス其標準ヲ預證券ノ記載ニ取ラスシテ質入證券ノ記載ニ取リタルハ頗ル其當ヲ得ス然リト雖モ質入證券ノ記載ト預證券トハ理論上一致セサルヘカラサルモノナルカ故ニ立法者ハ其相違アルカ如キ場合ヲ眼中ニ置カス而シテ其債權額ハ素ト質入證券ノ記載ニ因リテ定マリタルモノナルカ故ニ其供託カ質債權ノ金額及ヒ利息ナルコトヲ言ハントスルニ急ニシテ遂ニ此ノ如ク規定シタルニ外ナラサルヘシ隨テ其適用ノ上ニハ多少法文ノ表面ニ反スルモ預證券ノ記載ヲ標準トスヘキモノトス

預證券ノ所持人カ質入證券ニ依リテ擔保セラルル債權ノ辨濟期前ニ寄託物ノ返還ヲ求メサルトキハ質入證券ノ所持人ハ其辨濟期ノ至ルヲ待テ債務者ニ對シ債權ノ辨濟ヲ請求スルモノトス茲ニ至リテ茲ニ所謂債務者トハ何人ナルカヲ期スルノ必要ヲ生ス而シテ此問題ニ付テハ學者間ニ議論ノ存スル所ナリト雖モ予ヲ以テ之ヲ觀レハ第一ノ質入裏書人其債務者ナルコト一點ノ疑ヲ容レスト信ス何トナレハ質入證券ニ記載スル債務ヲ起シ之ヲ擔保スル爲メ質權ヲ設定シタル者ハ第一ノ質入裏書人ナレハナリ然ルニ一派ノ論者ハ預證券ノ所持人ヲ以テ債務者ナリトセリ是レ畢竟或一二ノ外國法ニ泥ミ我商法ノ精神ヲ誤解シタルモノニシテ或法制ニ於テハ債務ハ預證券ニ隨伴スルモノトシテ隨テ預證券ノ所持人ヲ以テ債務者ト看做スノ主義ヲ採レリト雖モ我商法ハ斷シテ此ノ如キ主義ヲ採ラサルコトハ第三七二條、第三七四條ニ於テ第一ノ質入裏書人ヲ指スニ特ニ債務者ナルノ語ヲ以テセルニ徵シテ明カナルノミナラス彼ノ預證券ノ所持人ヲ以テ債務者ト看做ス法律ニ於テハ質入證券ノ所持人ヲシテ債務者タル預證券ノ所持人ヲ知ラシムルノ必要アルヲ以テ必ス預證券ノ讓渡ヲ倉庫營業者ニ通知シ倉庫營業者ヲシテ之ヲ記帳セシムルコトヲ要スルモノトシ若シ其通知ヲ爲ササルトキハ其讓渡ハ第三者ニ對抗スルコトヲ得サルモノトスルモ我商法ニハ此ノ如キ規定ヲ置カサルカ故ニ質入證券ノ所持人ハ預證券ノ所持人ヲ何人ナルカヲ知ルニ由ナク此邊ノ消息ヨリ推スモ益〻以テ我商法カ反對論者ノ主張スルカ如キ主義カ基キテ立法セラレタルニ非サルコトヲ明カニスルヲ得ヘキナリ尤モ預證券ノ所持人ハ質債務ノ辨濟ニ付キ最モ利害ノ關係ヲ有シ其辨濟ヲ利トスルコト常ナルカ故ニ若シ其請求ニ遇ハハ之ヲ履行スヘキヲ以テ質入證券ノ所持人ハ預證券ノ所持人ヲ知ルコトヲ得タルトキハ第一質權者ニ請求スルノ前又ハ後ニ於テ預證券ノ所持人ニ辨濟ヲ求ムルハ頗ル便利ナリ然レトモ前陳セルカ如ク預證券ノ所持人ノ辨

濟ハ少クトモ質入證劵所持人ニ對シテハ其權利ニシテ義務ニ非サルカ故ニ此點ニ付キ誤解ナキヲ望ム』

質入證劵ノ所持人ハ之ニ依リテ擔保セラルル債權ノ辨濟期ニ於テ債務者ニ請求スルモ其支拂ヲ得サルトキハ寄託物ノ競賣ヲ請求スルコトヲ得然レトモ此競賣請求權ヲ行使スルコトヲ得ンニハ法ノ要求スル一定ノ手續アリ先ツ其支拂カ拒絶セラレタル事實ヲ明確ニスルカ爲メ拒絶證書ヲ作成セサルヘカラス此拒絶證書ハ手形ニ關スル規定ニ從テ作成セラルヘキモノニシテ其大略ヲ言ヘハ辨濟期日又ハ其後ノ二日內ニ債務者タル第一ノ質入裏書人ノ營業所若シ營業所ナキトキハ其住所又ハ居所ニ於テ法定ノ形式ニ從ヒ公證人又ハ執達吏ヲシ之ヲ作ラシムヘキモノトス何故ニ拒絶證書作成ノ必要アリヤト云フニ蓋シ寄託物ノ競賣ハ利害ノ關スル所大ニシテ愼重ノ取扱ヲ要スルモノナルヲ以テ事ノ玆ニ至リタル原因即チ支拂拒絶ノ事實ハ特ニ之ヲ明確ナラシムルノ必要アリ公吏ノ手ニ依リテ作成セラレタル書面ヲ以テスルニ非サレハ其事實ヲ證明スルコトヲ許サスト爲シタルハ蓋シ至當ノ規定ト謂フヘシ尙ホ拒絶證書ヲ作成シタレハトテ直チニ競賣權ヲ行使スルヲ得ス少クトモ其作成ノ日ヨリ一週間ヲ經過スルコトヲ要ス何故ニ斯ル規定ヲ爲シタルキト云フニ一言セハ預證劵ノ所持人ノ辨濟ノ機會ヲ得セシメ寄託物ノ競賣ヲ免ルルコトヲ得セシムルノ趣旨ニ外ナラス蓋シ預證劵ノ所持人ハ其證劵ノ記載ニ因リ質債權ノ期限ヲ知リ得ヘキヲ以テ多少ノ猶豫時日アルニ於テハ自ラ進テ辨濟ヲ爲スヤモ計ラレサレハナリ元來競賣ハ多額ノ費用ヲ要シ而シテ其競賣代價ハ頗ル低廉ナルヲ常トスルヲ以テ預證劵ノ所持人ニ取リテハ不利ナルコト甚シク又質入證劵ノ所持人ヨリ考フルモ面倒ナル手續ニ依リテ辨濟ヲ受ケンヨリハ僅僅一週間許ノ猶豫ヲ忍ヒテ事ヲ圓滑ニ運フハ其利トスル所ナルヘシ縱令圓滿ナル落著ヲ見ル能ハサルコト明カナリトスルモ此短日子ニ依リテ左程不利ヲ感セサルヘケレハナリ扨愈〻此手續ヲ踐ミテ寄託物競賣ノ請求アリタルトキハ此競賣法ニ依リ競賣手續カ開始セラルルナリ其競賣ノ結果得タル金員ハ先ツ之ヲ競賣ニ關スル費用、受寄者ニ課スヘキ租稅、保管料其他保管ニ關スル費用及ヒ立替金ニ充テ其殘額ヲ以テ質債權ヲ辨濟スルモノトス倉庫營業者ハ質入證劵ト引換ニ質債權額、利息、拒絶證書作成ノ費用ヲ支拂ヒ尙ホ剩餘アルトキハ預證劵ト引換ニ其所持人ニ之ヲ支拂フヘキモノトス（三六八條、三六九條、三七〇條）

右ハ寄託物競賣ノ結果其競賣代金ヲ以テ質債權ノ金額ヲ辨濟スルコトヲ得ル場合ニ付テ言ヘリト雖モ時トシテ受寄物ノ代金ヲ以テシテハ質債權ノ全部ヲ辨濟スルコト能ハサル場合アリ此場合ニ於テハ其殘額ニ對スル債權ハ尙ホ債務者タル第一質入裏書人ニ對シテ殘存シ且債務者以外ノ裏書人モ亦其裏書ヨリ生スル擔保義務ノ結果トシテ債務者ト同シク辨濟ノ義務ヲ負フモノナルカ故ニ倉庫營業者ハ質入證劵ノ所持人ヲシテ此等ノ者ニ對シテ其債權ヲ行使スルニ付キ此證劵ヲ用フルコトヲ得セシムル爲メ其證劵ニ辨濟額ヲ記入シテ之ヲ返還セサルヘカラス而シテ其事實ハ之ヲ帳簿ニ記載スルコトヲ要ス（三七一條）

此ノ如クニシテ其質入證劵ノ返還ヲ受ケタル質債權者ハ未タ辨濟ヲ得サル不足額ニ付キ債務者タル第一ノ質入裏書人其他ノ裏書人ニ對シ辨濟ノ請求ヲ爲スコトヲ得是レ手形ノ償還請求ニ彷彿タルモノニシテ其請求ハ義務者中ノ一人又ハ數人ニ對シテ之ヲ爲スコトハ隨意ナリト雖モ質入證劵ノ所持人カ拒絶證書ノ作成ヲ怠リ又ハ拒絶證書書作成ノ日ヨリ二週間內ニ寄託物ノ競賣ヲ請求セサルトキハ裏書人ニ對スル右ノ權利ヲ失フモノトス是レ亦手形ニ關スル法理ヲ適用シタルモノニシテ此拒絶證書ノ作成及ヒ寄託物競賣ノ請求ハ此種ノ權利ノ保全ニ付キ必要條件ヲ爲シ居ルナリ尙ホ質入證劵所持人カ債務

0258

者其他ノ裏書人ニ對スル右ノ請求權ハ一年ノ特別時效ニ罹ルモノニシテ其起算點ハ辨濟期ナリ（三七二條、三七三條、三七四條）

第二　倉庫寄託營業者ノ權利

（一）倉庫營業者ハ寄託ニ對スル報酬即チ保管料及ヒ立替金其他受寄物ニ關シテ支出シタル費用ヲ請求スルコトヲ得而シテ之カ請求ヲ爲シ得ヘキ時期ハ受寄物出庫ノ時ナリ其以前ニ於テハ之ヲ請求スルヲ得ス但受寄物カ分割セラレテ其一部ノ出庫セラルル場合ニ於テハ割合ニ應シテ其報酬ノ支拂ヲ請求スルコトヲ得（三七七條）尙ホ質入證券ノ所持人カ受寄物ヲ競賣スル場合ニ於テハ此等ノ請求權ニ付キ其競賣代金ニ對シ先取特權ヲ行ヒ得ルコトハ先ニ述ヘタルカ如シ（三七〇條）

（二）倉庫營業者ハ寄託期間ノ滿了、受寄物入庫ノ日ヨリ六箇月ノ經過、其他受寄物ヲ返還シ得ル時期ニ至リテ其返還ヲ爲サントスルモ寄託者又ハ預證券ノ所持人カ之ヲ受取ルコトヲ拒ミ若クハ之ヲ受取ルコト能ハサルトキハ其受寄物ヲ供託シ又ハ相當ノ期間ヲ定メテ其受取ノ催告ヲ爲シタル後之ヲ競賣スルコトヲ得ヘク又其物カ損敗スル虞アルトキハ右ノ催告ヲ爲サス直チニ之ヲ競賣スルコトヲ得ヘシ而シテ其競賣代金ハ寄託ノ報酬、費用、立替金等ニ充當スルコトヲ妨ケス然レトモ若シ其代金ヲ報酬等ニ充當セサルトキハ之ヲ供託スルコトヲ要ス尙ホ其供託又ハ競賣ハ遲滯ナリ寄託者ニ通知スルコトヲ要スル等ハ總テ賣買ノ章ニ於テ述ヘタルト同一ナリ（三八一條）

商法商行爲（自第一章至第九章）終

法學士　田阪友吉　講述

商法商行爲

（自第一章至第九章）

完

法政大學發行

0259

商法商行爲（自第一章至第九章）目次

第三編　商行爲……一
第一章　總則……一
第一節　商行爲ノ意義……二
第二節　商行爲ノ通則……二九
第一款　債權ニ關スル規定……三〇
第二款　物權ニ關スル規定……五四
第三款　代理及ヒ委任ニ關スル規定……五九
第二章　賣買……六二
第三章　交互計算……七二
第一節　交互計算ノ意義……七三
第二節　交互計算ノ效力……七八
第三節　交互計算ノ終了……八一
第四章　匿名組合……八二
第一節　匿名組合ノ意義……八四

0260

第二節　副名組合契約ノ效力……八八
第三節　匿名組合ノ終了……九一
第五章　仲立營業……九四
第一節　仲立ノ意義……九六
第二節　仲立ノ效力……九九
第六章　問屋營業……一〇一
第一節　問屋ノ意義……一〇三
第二節　問屋契約ノ效力……一〇七
第七章　運送取扱營業……一一四
第一節　運送取扱營業ノ意義……一一五
第二節　運送取扱契約ノ效力……一一六
第八章　運送營業……一二二
第一節　運送營業ノ意義……一二二
第二節　運送契約ノ效力……一二四
第九章　寄託……一四一
第一節　總則……一四一
第二節　倉庫營業……一四四
第一款　倉庫寄託ノ意義……一四五
第二款　倉庫寄託ノ效力……一四六

商法商行爲（自第一章至第九章）目次　終

ハ人ノ生死ニ關スル事故ニ非サレハナリ果シテ然ラハ此等ハ損害保險ナリト謂フヲ得ヘキカ損害保險ハ一定ノ偶然ナル事故ノ發生ニ因リテ生シタル損害ヲ塡補スルヲ以テ其趣旨ト爲ス然ルニ此等ノ保險ハ損害ヲ測定シテ之ヲ塡補スルノ趣旨ニ非ス唯事故ノ發生ニ因リテ一定ノ金額ヲ給付スルノミ損害ノ額ニ關セサルナリ就中徵兵ノ如キ之ヲ損害ナリト謂フ能ハス病傷ノ如キ損害ノ測定極メテ困難ナリト謂ハサルヘカラス左レハ此等ノ保險契約ニ於ケル保險者ノ責任ハ一定ノ金額ノ給付ニ在リテ損害塡補ニ在ラス故ニ此等ノ點ヨリ觀ルトキハ之ヲ以テ損害保險ナリト斷定スルヲ得サルナリ

要スルニ病傷保險及ヒ徵兵保險ハ我商法上ノ解釋トシテハ生命保險ニモ非ス損害保險ニモ非ス特別ノ原則ヲ有スル一種ノ保險ナリ而シテ之ヲ實際ニ行フニ當リテハ商法ノ規定上生命保險ノ規定ニモ依ラス損害保險ノ規定ニモ依ラス保險ノ學理上ノ原則ト當事者間ノ特約ニ依リテ行ハルヘキモノナリト云フヘキカ而シテ保險業法ニ依レハ保險事業ハ主務官廳ノ監督ニ屬ス保險業法ニ謂フ保險事業トハ商法ニ所謂生命保險及ヒ損害保險ニ限ラルルモノニ非ス故ニ前記ノ保險ト雖モ一種ノ保險ナルカ故ニ之ヲ事業トシテ行フ場合ニ於テハ保險業法監督ノ下ニ立タサルヘカラス

第二章　生命保險契約ノ性質

生命保險契約ノ性質ニ付テハ種種ナル議論アリ其重ナルモノヲ少シク説明セントス

生命保險ハ眞ノ保險ナルヤ否ヤニ付キ議論ヲ爲ス學者モアルカ如シ其論旨ニ依レハ死亡保險ハ保險ニ非ス元來物保險ナルモノハ損害ノ塡補ヲ意味ス即チ被保險者ノ有スル保險ノ目的カ侵害セラルルニ因リテ生スル損害ヲ塡補スルニ在リ而シテ損害ノ原因タル事故ノ發生ハ全ク不確定ニシテ唯其虞アルニ

過キス然ルニ生命保險ニ在リテハ保險者ノ保險金支拂ノ原因タルヘキ事故ノ發生ハ常ニ確定セリ唯其時期カ確定セルノミ人ノ死亡ナルコトハ何人モ免レ得ル所ニ非ス唯死亡ノ時期カ定マラサルノミ又損害保險ノ場合ニ於テハ損害ハ常ニ被保險物ノ滅失又ハ侵害サルルニ依リテ成立ス故ニ其損害ノ額ヲ測定スルコトヲ得ヘシ而シテ其測定セラレタル損害ノ範圍内ニ於テノミ損害ハ塡補セラルルナリ然レトモ生命保險ノ場合ニ於テハ損害ヲ塡補スルニ非ス事故カ發生スレハ豫メ契約ヲ以テ定メタル一定ノ金額ヲ支拂フニ過キス故ニ生命保險ハ眞正ノ保險ニ非スト爲スナリ

然レトモ此說ハ生命保險ハ損害保險ニ非スト爲ス說トシテハ勿論價値アルヘシ然レトモ保險ハ損害保險ニ限ルト斷定シ得ルニ非サル以上ハ此說ハ單ニ生命保險ハ損害保險ニ非スト云フニ過キスシテ生命保險ハ保險ニ非スト云フ論トハ爲ラス生命保險ハ損害保險ト全ク異ナレル基礎ニ立ツ一種ノ保險ナリト言フヲ憚ラサルナリ

生命保險ハ保險ナリトスル學者ノ間ニ在リテモ生命保險契約ハ如何ナル性質ヲ有スルモノナルカニ付キ種種議論アリ其學說ノ一二ヲ說明セン

(一)「テール」氏ノ說ニ依レハ生命保險契約ハ射倖的消費貸借契約ナリト云フ此說ニ依レハ生命保險ニ於ケル保險契約者カ毎年若クハ一定ノ時期ニ支拂フ保險料ハ保險者ニ對シ消費ヲ許シテ之ヲ貸與スルモノナリ保險者ハ之ニ對シテ被保險者ノ死亡ナル一定ノ時期ニ於テ一定金額ノ辨濟ヲ爲スナリ而シテ此一定金額ニハ曩ニ支拂ハレタル保險料ノ利子及ヒ此利子ニ附加セラレタル利子ヲ併セ含ムモノナリ其射倖的ナル所以ハ毎年若クハ一定ノ時期ニ支拂ハルヘキ保險料ハ一定ノ期間其支拂ヲ繼續セラルルモノニ非ス發生ノ時期ノ不確定ナル死亡ナル事故ノ發生スル迄其支拂ヲ繼續セラル即チ保險料支拂繼續ノ期間ハ不確定ナリ然ルニ其辨濟セラルヘキ金額ハ既ニ死亡ナル事故發生迄ニ既ニ拂込マレタル保險料、其利子及ヒ利子ノ利子ニ限ラルルニ非スシテ契約締結ノ當初ニ於テ豫メ合意セラレタル一定ノ金額ヲ支拂ハサルヘカラス即チ死亡ナル事故早ク發生スレハ保險料ノ支拂少クシテ比較的多クノ保險金額ヲ受クルコトヲ得ヘク其時期遲ルルトキハ多クノ保險料ヲ拂込ムニモ拘ハラス前者ト同一ノ保險金額ヲ取得スルナリ故ニ此點ニ於テ此消費貸借ハ射倖的ナリト云フナリ

然レトモ此說ハ少クトモ當事者ノ眞意ニ反ス生命保險契約ニ於ケル保險契約者カ保險料ヲ支拂フハ之ヲ貸與スルノ意思ニ非ス事故ノ發生アリタル場合ニ於テ一定ノ金額ヲ支拂フヘキ義務ヲ負擔スルニ對シテ保險者ニ與フル報酬ナリ保險者カ保險金額ヲ支拂フハ債務ノ辨濟ヲ爲スニ非ス保險契約ニ基ク義務ヲ履行スルニ過キス左レハ此說ハ事實ノ結果ヨリ觀タル說ニシテ決シテ當事者ノ意思ニ適應スル解釋ニ非サルナリ

(二) 賣買契約說　此說ニ依レハ生命保險契約ハ一種ノ賣買契約ナリト爲スナリ此種ノ說ニ二種アリ其一ハ被保險者ハ保險者ニ支拂フヘキ保險料ヲ代價トシテ後ニ支拂ハルヘキ保險金額ヲ購買スルナリト稱シ其二ハ恰モ之ト反對ニ保險者ハ被保險者カ死亡シタルトキ支拂フヘキ一定ノ金額即チ保險金額ヲ代價トシテ年年保險契約者ヨリ保險料ノ支拂ヲ受クヘキ權利ヲ購買スルモノナリト爲スナリ此等ノ學說ハ古キ獨逸法ニ於ケル定期金ノ規定ニ關係ヲ有スル觀念ナリト稱セラルル所ニシテ今日行ハルル生命保險契約ニ對スル當事者ノ意思ト合致スルモノニ非ス寧ロ事實ノ眞想ニ遠キモノト謂ハサルヘカラス

(三) 保險及ヒ貯金混合說　此說ニ依レハ生命保險契約ハ保險契約ト貯金契約トヲ併セテ含メル契約ナ

リト爲スナリ即チ生命保險契約ヲ締結スル人ハ自己ノ老年又ハ自己ノ死亡後ニ於ケル安全ヲ計ランカ爲メニ資本ノ貯蓄ヲ力ムルト同時ニ不幸ニシテ自己カ希望シタル資本額ニ達スル能ハスシテ死亡スルノ危險ヲ避ケントスルモノナリ換言スレハ保險契約者ハ自己ノ死亡ニ因リ豫期シタル資本ヲ貯蓄スル能ハサル虞アルヲ以テ此場合ニ於テハ其不足額ヲ合セテ保險者ヨリ得ンカ爲メニ保險料ヲ支拂フモノナリ左レハ保險料ノ一部ハ其儘貯蓄セラレ保險者ノ管理ニ依リテ資本ノ一部ヲ構成スヘキモノナリ此貯蓄ニ充テラルヘキ部分ヲ稱シテ保險料積立金ト爲シ保險者ハ必ス被保險者ノ爲メニ之ヲ積立テサルヘカラス而シテ保險料ノ他ノ一部ハ純粹ノ保險料ニシテ一定ノ資本ヲ貯蓄スルニ至ラサル前ニ被保險者カ死亡シタル場合ニ於テ其不足額ヲ支拂フヘキ危險ヲ保險者カ引受クルニ對シ支拂ハルル報酬ナリ此部分カ純粹ノ所謂保險料ナリ故ニ前段ニ述ヘタル所ニ付テハ貯蓄ヲ意味シ後ニ說キタル點ニ付テハ保險ノ性質ヲ有スルモノナリト爲ス說ナリ

此說モ亦當事者ノ意思ヲ說明シタルモノニ非ス生命保險ハ貯蓄ト大關係ヲ有シ生命保險事業ニ依リ資本貯蓄ノ行ハルルコト大ナルハ勿論ナリト雖モ是レ生命保險契約ノ本來ノ性質ニ非スシテ其結果ニ過キス生命保險契約ノ趣旨トスル所ハ豫メ一定ノ報酬ヲ支拂ヒ生死ニ關スル事故發生シタル場合ニ於テ一定金額ノ支拂ヲ受クルト云フニ在ラサルヘカラス保險料積立金ヲ積立ツルハ被保險者ノ貯蓄ヲ假ニ預リタルモノトシテ爲スニ非ス後日ニ至リテ發生スヘキ保險者ノ保險金支拂ノ義務履行ノ安全ヲ確保スル爲メ保險者自ラ之ヲ積立ツルニ過キス殊ニ此說ニ依レハ定期保險即チ一定ノ期間內ニ死亡スレハ保險金ヲ支拂ヒ幸ニシテ生存スレハ保險料ハ掛捨ト爲ルモノノ如キハ之ヲ生命保險トシテ說明スルコト能ハサルニ至ル

以上ノ如ク生命保險契約ノ性質ニ付テハ種種ナル學說アリト雖モ要スルニ生命保險契約ト損害保險契約トカ全ク其性質ヲ異ニスルハ疑ヲ容レサル所ナルヘシ前ニモ述ヘタル如ク損害保險ニ於ケル事故ハ果シテ發生スルヤ否ヤ如何ニ發生スルヤ又何時發生スルヤニ付テ常ニ不確定ナリ然ルニ生命保險ニ於ケル死亡ナル事故ハ何人モ免ルルコト能ハス唯其來ルヘキ時期ノ測定シ能ハサルノミ又損害保險ニ於テハ其損害ハ常ニ之ヲ測定スルヲ得ヘシ生命保險ニ於テハ損害ノ測定ト云フコトナシ尤モ學者ニ依リテハ生命保險ニ於ケル事故モ損害ヲ意味スト爲シ其結果生存保險ニ於ケル生存ナルコトモ生存スルトキハ費用ヲ要スルカ故ニ一種ノ損害ナリト云フニ至ル迄極論スル學者モアルカ如シ然レトモ此等ノ學者ト雖モ仍ホ生命保險ニ於テ完全ニ損害ノ測定ヲ爲シ得トハ斷言スルヲ得サルヘシ此ノ如ク損害保險ニ於ケル事故ハ損害ヲ意味シ其損害ハ測定シ得ルモノナルヲ以テ損害保險ノ趣旨ハ損害塡補ニ在リ故ニ超過保險ノ原則行ハレテ被保險者ハ常ニ損害塡補以上ノ利益ヲ享クルコト能ハス之ニ關連シテ重複保險、同時保險及ヒ一部保險ノ原則モ發生スルナリ然ルニ生命保險ノ趣旨ハ一定金額ノ支拂ニ在リテ損害カ果シテ塡補セラルルト否トハ問フ所ニ非ス故ニ超過保險ノ原則ナク何人ト雖モ巨額ノ保險金額ヲ契約スルコトヲ得ヘク總テ一部保險ノ原則モ生セス又同時ニ若クハ時ヲ異ニシテ幾多ノ重複保險ヲ爲スモ無效ト爲ルコトナシ此ノ如ク損害保險ト生命保險トハ全ク性質ヲ異ニス左レハ我商法ニ於テハ損害保險ト生命保險トヲ分チ生命保險ハ保險ノ一種ナリト雖モ損害保險トハ全ク異ナレル別種ノ保險ナルコトヲ示セリ尤モ生命保險ニ關スル原則ト損害保險ニ關スル原則トハ共ニ海上保險ヨリ發達シタルモノ多ク總テ損害保險ノ規定カ生命保險ニ準用セラルルコト多キハ我商法ノ條文ニ徵スルモ明カナリ

0264

第三章　生命保險契約ニ於ケル當事者

生命保險契約ニハ四箇ノ當事者アリ保險者、保險契約者、被保險者及ヒ保險金受取人是ナリ

保險者ハ報酬ヲ受ケテ相手方ニ一定金額ヲ支拂フコトヲ約スルモノナリ又保險契約者ハ保險契約ノ相手方ニシテ保險者ニ報酬ヲ與フルモノナリ保險者及ヒ保險契約者ニ付テハ損害保險ニ於ケルト同樣ニシテ本章ニ於テ特ニ述フヘキ必要ナシ唯被保險者及ヒ保險金受取人ニ付テ少シク述ヘントス

一　被保險者　損害保險契約ニ於ケル被保險者トハ被保險利益ヲ有スル者ヲ謂フ而シテ損害保險ハ損害塡補ヲ目的トスルヲ以テ其損害塡補ノ爲メニ保險金ヲ受取ルヘキ者ハ被保險者ナラサルヘカラス然ルニ生命保險ニ於ケル被保險者トハ保險ニ付セラルル身體ヲ有スル者ヲ指シテ謂フナリ即チ商法第四二七條ニ於テ「相手方又ハ第三者ノ生死ニ關シテ云云」ト云ヘル相手方又ハ第三者ヲ稱シテ被保險者ト謂フナリ故ニ保險契約者自ラ同時ニ被保險者タルコトアリ又全ク他人カ被保險者タルコトアリ得ルナリ左レハ生命保險ニ於ケル被保險者ハ損害保險ニ於ケル被保險者ノ如ク必スシモ常ニ保險金ヲ受取ルヘキ者ニ非ス勿論被保險者カ時ニ保險金受取人タルコトアリト雖モ保險契約者其他ノ者カ保險金受取人タルコトアリ得ルナリ

二　保險金受取人　茲ニ保險金受取人ト稱シタルハ商法ニ所謂「保險金額ヲ受取ルヘキ者」ヲ略稱シタルナリ此保險金額ヲ受取ルヘキ權利ヲ有スル者ハ同時ニ保險契約者タルコトアリ被保險者タルコトアリ又全ク他人ナルコトアリ

商法第四二八條ノ規定ニ依レハ保險金受取人ハ被保險者自身若クハ其相續人或ハ其親族ナルコトヲ要ス舊商法ニ於テハ他人ノ生命ニ付キ財產上ノ利益ヲ有スル者ハ其人ノ生命ニ關シ保險契約ヲ締結スルコトヲ得タリト雖モ新商法ニ於テハ保險金受取人ハ「被保險者、相續人又ハ親族ナルコトヲ要ス」ト爲シタリ斯ル制限ヲ設ケタル趣旨ハ元來生命保險契約中最モ多數ヲ占ムルハ自己ノ生死若クハ近親ノ生死ニ關シ契約スルモノニシテ財產上ノ利益ヲ有スルコトニ依リテ契約スルモノニ非ス又苟モ財產上ノ利益ヲ有スル以上ハ他人ノ生死ニ關シ契約スルコトヲ得ルモノトセハ所謂保險詐欺ナルモノノ頻繁ニ行ハルル弊アルヤ必セリト云フニ在ルカ如シ

生命保險契約ノ多數ハ自己ノ生死又ハ近親ノ生死ニ關スルモノナリトハ未タ遽ニ斷定スルコト能ハサル所ナリ保險詐欺頻繁ニ行ハルルヲ防止センカ爲メニ此制限ヲ設ケタルモノナリトセハ相當ノ理由アリ然レトモ單ニ保險詐欺防遏ノミカ其目的ナランニハ保險會社ヲ保護スルカ主タル目的ト爲ルヘシ然ルニ事實ニ於テハ保險會社ハ此規定ニ基ク束縛ヲ脫センコトヲ希望シ居ルモノナルカ故ニ此理由ノミニ依リ此嚴重ナル制限アルモノトセハ寧ロ會社ノ希望ニ依リ之ヲ解クノ愈レルニ若カス

然レトモ此規定アルカ爲ニ我國家社會ニ於テハ公安公益ノ間接ニ保護サルルコト多キヲ信ス現今我國民ノ道義上ノ狀態ニ於テハ保險金詐欺ノ目的ヲ以テ謀殺其他殘忍ナル犯罪行爲ノ行ハルルコト少カラス現今此嚴重ナル制限ノ下ニ於テモ仍ホ宗教上ノ迷信ヲ利用シテ實妹ヲ自殺セシメ以テ巨額ノ保險金ヲ詐取セントシタル僧侶アリ或ハ虛弱ナル實弟ニ對シ亞砒酸ヲ用ヒテ之ヲ毒殺シ多額ノ保險金ヲ受取リタル村長アリ此ノ如キ類例決シテ尠少ニ非ス保險金詐欺ノ目的ノ爲ニハ親族間ニ於テモ仍ホ此ノ如キ殘忍ナル行爲ヲ爲ス者少カラサルニ當リ他人ト雖モ保險金受取人ト爲ルヲ得セシムルニ於テハ弊害ノ恐ルルコト想像ニ餘アリト謂フヘシ現行商法ニ於テ此四二八條ノ制限ヲ設ケテ公安公益ノ保護ニ力

0265

メタルコト洵ニ至當ナリト謂ハサルヘカラス商人道德ノ不十分ナル我國ニ於テハ蓋シ已ムヲ得サルナリ』又我國家社會ノ事物ハ總テ過渡ノ時代ニ在リ封建制度敗レテ立憲政治始マリ家族制度廢セラレテ箇人制度ニ移ラントス而シテ家族制度及ヒ箇人制度ノ利害得失ニ付テハ遽ニ斷定スルコト能ハスト雖モ人多クハ箇人制度ヲ以テ家族制度ニ勝レリト爲シ前者ハ後者ノ進歩シタルモノナリト爲スカ如シ然レトモ或ハ我建國ノ基礎ノ家族制度ニ在ルヲ考ヘ或ハ從來ノ家族制度ヲ緩和スルニ箇人制度ノ幾分ヲ以テシ其調和宜キヲ得ハ最モ完全ナル社會制度ヲ得ヘキヲ思ヒ或ハ極端ナル箇人制度ハ社會黨若クハ其政府黨ノ源泉ナルヲ觀レハ未タ遽ニ家族制度ヲ全廢スルコト能ハス此時期ニ當リ商法第四二八條ノ如キ家族制度的規定ヲ全廢シ箇人制度的規定ヲ採用センコト愼重ニ考量セサルヘカラサル所ナリ法文ノ良否僅ニ商法法典ノ一箇條ニ過キスト雖モ社會政策上重要ナル關係ヲ有スルコトヲ知ラサルヘカラス故ニ此第四二八條ノ制限的規定ハ我國ノ現狀ニ照シ至當ナルモノニシテ之カ爲メニ被ル不便少カラスト雖モ其不便ハ此公益的規定ヲ全然排斥シ去ル程度ニ在リト信スルヲ得ス然レトモ此問題ハ現今ノ生命保險事業者間ニハ重要ナル問題ト爲リ一部ノ學者及ヒ事業家ハ之カ改正ヲ希望シ左記ノ意見ヲ發表シタリ

商法第四二八條ニ「保險金額ヲ受取ルヘキ者ハ被保險者其相續人又ハ親族ナルコトヲ要ス」トアルヲ何人ト雖モ被保險者ノ承諾ヲ得テ保險金受取人ト爲リ得ルコトニ修正スルコト

理由

一　公私ノ法人例ヘハ市町村學校、病院、社寺、養育院等ヲ受取人トシテ之ニ寄附ヲ爲スコト能ハス

二　多數ノ雇人ヲ使用スル業主カ忠實ナル雇人ヲ得ンカ爲メニ生命保險ヲ利用シテ恩給的ノ保護ヲ與フルコト能ハス

三　戸籍上六等親以外ニシテ而モ親密ナル關係アル者ヲ保護スル爲メニ生命保險ヲ利用スルコト能ハス

四　戸籍上證明スルコト能ハサルモ實際上血緣アル親族ニ保險金ヲ與フルコト能ハス

五　債權者ニ對シ生命保險ヲ利用シ自己ノ信用ヲ高ムルノ途ナシ

此等ノ理由ニ依リ商法第四二八條ノ公益的規定ヲ改正スルノ必要アリヤ否ヤ其斷定ニ至リテハ之ヲ諸君ノ研究ニ俟ツ

次ニ保險金受取人ハ保險契約ニ對シ權利ヲ有スルヤ否ヤ若シ有スルトセハ果シテ如何ナル權利ヲ有スヘキヤニ付テ少シク研究ヲ試ミントス

損害保險ニ在リテハ其目的損害塡補ニ在ルヲ以テ保險契約者ト爲ル者ハ多クハ同時ニ被保險者タリ而シテ被保險利益カ侵害セラレタル場合ニ於テ其塡補ヲ受クル者換言スレハ保險金額ヲ受取ルヘキ權利ヲ有スル者ハ常ニ被保險者ナリ故ニ損害保險契約ノ場合ニ於テハ保險契約者、被保險者及ヒ保險金ヲ受取ルヘキ者ハ相一致スルコト多シ隨テ保險金ヲ受取ルヘキ者カ其保險契約ニ關シ如何ナル權利ヲ有スルカ其權利ノ有無、性質等ニ付テ特ニ困難ナル問題ノ發生スルコト少カルヘシ唯保險契約者カ被保險者ノ委任ヲ受ケスシテ保險契約ヲ締結シタル場合ニ於テ「保險金ヲ受取ルヘキ者」ノ權利如何ノ問題ノ發生スルヲ見ルヘシ而シテ此場合ニ於テハ民法第五三七條ニ示セル第三者トシテノ權利ヲ以テ說明スヘキモノナリト信スル旨ハ之ヲ損害保險契約ニ於ケル被保險者ノ權利義務ノ中ニ附言セリ

0266

然ルニ生命保險契約ニ在リテハ保險契約者カ同時ニ被保險者タリ保險金ヲ受取ルヘキ者タルコト勿論之アリト雖モ所謂保險金受取人ハ同時ニ保險契約者ナラサルコト頗ル多シ加之生命保險契約ニ在リテハ保險金受取人ト爲リ得ヘキ者ハ必スシモ被保險者ニ非ス被保險者ノ相續人又ハ親族ハ保險金受取人ト爲ルコトヲ得故ニ同時ニ保險契約者ニ非サル保險金受取人ハ該保險契約ニ關シ如何ナル地位ニ立ツヘキカ保險金受取人ハ事故カ發生スルトキハ保險金ヲ受取ルヘキモノナルカ故ニ該保險契約ニ關シ何等カノ利益關係ヲ有スルコト疑ヲ容レス然ラハ保險金受取人ハ該保險契約ニ關シ或權利ヲ有スルカ若シ之ヲ有スルトセハ其權利ノ性質如何ニ付テ研究セサルヘカラス

元來契約ハ當事者間ニ於テノミ效力ヲ有スルコトハ學說、立法例ノ認ムル原則ナリ第三者ノ爲メニスル契約ハ寧ロ此原則ノ例外ナリト謂ハサルヘカラス而シテ此第三者ノ爲メニ爲シタル契約カ第三者ニ對シテ如何ナル影響ヲ及ホスヘキカニ付テハ學說、立法例其ニ種種ナル異論アルカ如シ

羅馬法ニ於テハ契約ハ當事者間ニ限リ效力ヲ有スルモノニシテ第三者ノ爲メニスル契約ハ全ク無效ナリト爲セリ蓋シ羅馬法ニ在リテハ「利益ナケレハ訴權ナシ」ト云フ原則アリ第三者ノ爲メニ給付ヲ爲スコトヲ契約シタル當事者ハ其契約ニ依リ受ケ得ヘキ利益ヲ有セス故ニ其契約ハ當事者間ニ於テ效力ヲ生セス又羅馬法ニハ他人間ノ行爲ハ己ヲ利セス害セスト云フ格言アリ故ニ第三者ノ爲メニスル契約ハ第三者ノ爲メニモ效力ヲ生スルコトナシト云フニ在リ尤モ一二ノ例外ハ認メラレタルカ如シ

英米法ニ於テハ對價ヲ以テ契約ノ成立要件ト爲ス故ニ對價ナキ契約ハ原則トシテ無效ナリ然レトモ對價ノ存スル以上ハ第三者ノ爲メニスル契約ナリト雖モ當事者間ニ於テハ有效ニ成立ス然レトモ第三者ノ爲メニハ何等ノ效力ヲ生セス何トナレハ契約ノ當事者ニ非サル者ハ契約上ノ權利義務ヲ負擔セスト云フ原則アリテ殆ト例外ナケレハナリ

佛國民法ニ於テハ其第一一六五條ニ於テ合意ハ契約者ノ間ニ非サレハ效力ヲ生セス又合意ハ第三者ヲ害セス而シテ又第一一二一條ニ定メタル場合ノ外第三者ヲ益スルコトナシト規定シ第一一二一條ニ於テハ第三者ノ爲メニスル合意ハ之カ自己ノ爲メニスル合意者クハ他人ニ對スル贈與ノ條件タル場合ニ於テ有效ナリ而シテ第三者ノ爲メニスル合意ヲ爲シタル者ハ第三者カ其合意ニ因ル利益ヲ享受スル意思ヲ表示シタル後ニ於テハ其合意ヲ廢棄スルコトヲ得ストノ趣旨ヲ規定セリ之ニ由テ是ヲ觀レハ佛國民法ノ趣旨ハ第三者ノ爲メニスル契約ハ第三者ニ對シ無效ナルヲ原則トシ其契約カ自己ノ爲メニスル合意又ハ他人ニ對スル贈與ノ條件タル場合ニ於テノミ第三者ニ對シテ有效ナリト爲スカ如シ

獨逸民法ニ於テハ第三者ノ爲メニスル契約ハ當事者間ニ於テハ勿論第三者ニ對シテモ直接ニ效力ヲ生スト爲セリ獨逸民法第三二八條ニ依レハ契約ニ因リ當事者ノ一方カ第三者ニ對シテ給付ヲ爲スヘキコトヲ約シタルトキハ其第三者ハ直接ニ其給付ヲ請求スル權利ヲ有スト規定セリ而シテ獨逸民法ニ於テハ更ニ第三三〇條ニ於テ生命保險又ハ年金契約ニ依リ保險金額又ハ年金ヲ第三者ニ支拂フヘキコトヲ約シタルトキハ第三者ハ直接ニ給付ヲ請求スヘキ權利ヲ取得シタルモノト看做スト規定セリ左レハ獨逸民法ニ於テハ保險金受取人ノ權利如何ニ關スル此問題ハ民法上明瞭ニシテ保險金受取人ハ第三者トシテノ權利ヲ有スルコト明カナリ

我民法ニ於テハ第三者ノ爲メニスル契約ハ當事者間ハ勿論第三者ニ取リテモ有效ナリ、即チ民法第五三七條ニ依レハ其第一項ニ於テ契約ニ依リ當事者ノ一方カ第三者ニ對シテ或給付ヲ爲スヘキコトヲ約シタルトキハ其第三者ハ債務者ニ對シ直接ニ其給付ヲ請求スル權利ヲ有スル旨ヲ規定シ第二項ニ於テ

0267

「前項ノ場合ニ於テ第三者ノ權利ハ其第三者カ債務者ニ對シテ契約ノ利益ヲ享受スル意思ヲ表示シタル時ニ發生ス」ト爲セリ而シテ尙ホ第五三八條ニ於テ「前條ノ規定ニ依リテ第三者ノ權利カ發生シタル後ハ當事者ハ之ヲ變更シ又ハ之ヲ消滅セシムルコトヲ得ス」ト規定セリ

獨逸ノ從來ノ生命保險ニ關スル學說ニ依レハ第三者ノ爲メニ爲シタル保險契約ニ於テハ第三者カ之ニ參加シ若クハ之ニ因リテ受クヘキ利益ヲ享受スルノ表意ヲ爲ササル間ハ保險契約者ハ任意ニ保險契約ヲ或ハ解除シ或ハ廢棄シ或ハ保險證券ヲ他人ニ讓渡スコトヲ得ヘシ然レトモ第三者カ之ニ參加シ若クハ利益ヲ享受スルノ表意ヲ爲シタル以上ハ第三者カ保險金額又ハ年金ニ對シテ有スル權利ハ玆ニ確定シ之ヲ剝奪スルコト能ハサルモノト爲セリ又或學者ノ說ニ依レハ第三者ノ爲メニ爲シタル保險契約ニ於ケル第三者ノ地位ハ普通ノ法律上ノ原則ニ據リテ之ヲ論スヘキモノニシテ此場合ニ於テハ第三者ノ爲メニスル契約ノ原則ニ據リ之ヲ說明スルコトヲ得ヘシト爲セリ

我國ニ於テハ生命保險ニ關スル學術上ノ議論トシテ此問題ニ關シ特ニ說明セラレタルモノナキカ如シ然レトモ保險契約者カ自己以外ノ他人ヲ以テ保險金受取人ト爲シ事故發生シタル場合ニ於テ保險金額ヲ受取ルヘキ權利ヲ之ニ與フル場合ニ於テハ意思ノ明示、默示ヲ問ハス保險契約者ハ保險金受取人ト指定シタル者ニ對シ此契約ニ依リ一種ノ利益ヲ與フルノ意思ナリシコト疑ヲ容レサルヘシ換言スレハ此契約ヲ以テ保險金受取人ト指定セラレタル第三者ノ爲メニ爲シタル契約ナリト斷言スルヲ憚ラサルヘシ然ラハ本問題タル同時ニ保險契約者ニ非サル保險金受取人カ保險契約ニ對シ如何ナル地位ニ立ツカハ民法第五三七條ニ示セル第三者ノ爲メニスル契約ニ關スル規定ニ依リ之ヲ解釋スルヲ以テ至當トセサルヘカラス故ニ同時ニ保險契約者ニ非サル第三者ヲ保險金受取人ト指定シタル保險契約ハ保險契約者及ヒ保險者ニ對シテハ勿論其保險金受取人ニ對シテモ直接ニ效力ヲ發生スルモノニシテ其保險金受取人ハ保險契約ニ因リテ生スル利益ヲ享受スル意思ヲ保險者ニ表示シタル時ヨリ保險者ニ對シ事故發生ノ際ニ於ケル保險金額支拂請求ノ權利ヲ直接ニ取得シタルモノナリト謂ハサルヘカラス而シテ保險金受取人カ利益享受ノ意思ヲ表示シタル以後ニ於テハ其事故發生ヲ條件ト爲セル保險金額支拂請求ノ權利ニ付キ保險契約者ト雖モ仍ホ保險金受取人ノ承諾ナクシテ之ヲ變更シ若クハ消滅セシムルコトヲ得サルニ至ルヘシ

以上ノ斷案ヲ以テ法律上正當ナル結論ナリト信ス然レトモ此結論ヲ遂行スルトキハ實際上甚シキ不便ヲ被ルヲ免レス生命保險契約ニ於テハ保險契約者カ自己以外ノ者ヲ保險金受取人ニ指定スルコト頗ル多シ就中死亡保險ノ場合ノ如キ多クハ保險契約者カ同時ニ被保險者ト爲リ而シテ自己ノ相續人若クハ妻子、親族ヲ保險金受取人ト指定スルモノナリ此等ノ場合ニ於テ保險契約ハ保險金受取人ニ對シ直接ニ效力ヲ生シ保險金受取人ハ其利益享受ノ意思表示ヲ爲シタル時ヨリ此契約ニ對スル權利ヲ有シ此權利ハ保險金受取人ノ承諾ナクシテ變更又ハ消滅セシムルコトヲ得スト爲サハ實際上ノ不便決シテ少カラス生命保險ニ於テハ保險契約者カ保險契約關係ニ付キ多少ノ變更ヲ加フルコト少カラス或ハ契約ノ解除ヲ爲シ或ハ戰時危險ノ負擔ニ關シテ保險金額ノ割引ヲ承諾シ或ハ保險料年拂保險證券ヲ拂込濟保險證券ニ變更シ或ハ保險證券擔保ノ貸付ヲ受クル場合等ノ如キ是ナリ又或ハ保險契約者ノ保險料不拂ニ因リテ保險契約ノ失效ト爲ル場合ノ如キ其他保險契約者ノ行爲ニ因リテ保險契約關係ニ變更ヲ及ホシ隨テ保險金受取人ノ權利利益ニ影響ヲ與フヘキ場合決シテ尠少ニ非ス而シテ前述ノ理論ニ從ヘハ此等ノ場合ニ於テ常ニ保險金受取人ノ同意ヲ得サルヘカラサル場合屢〻發生スヘク保險契約者ハ啻ニ其

0268

煩ニ堪ヘサルノミナラス之カ爲メ却テ自己本來ノ目的ヲ愆ルニ至ルコトアルヘク保險者モ亦常ニ此點ニ周到ナル注意ヲ爲スニ非サレハ不測ノ損害ヲ被ルコトナキヲ保スヘカラス隨テ事實上生命保險事業ヲ經營スルニ當リテ種種ナル困難及ヒ不便ヲ感スルニ至ルヘシ

然レトモ此點ニ關シ事實上問題ノ發生シタルヲ聞カス唯生命保險相互會社設立ニ際シ社員カ他人ヲシテ其權利義務ヲ承繼セシムル場合ニ社員ハ保險金ヲ受取ルヘキ者ノ認諾ヲ得テ始メテ之ヲ行ヒ得ルモノナルヤ否ヤニ關シ疑問ノ發生シタルコトアリ理論上ハ保險金受取人ノ認諾ヲ要スルヲ正當ナリトストノ說多カリシカ事實上重大ナル利害關係ヲ惹起スヘキ問題ナルヲ以テ仍ホ十分ナル研究ヲ爲スコトトシ此問題ヲ決定スルニ至ラサリキ而シテ實際ニ於テ保險金受取人ハ被保險者自身若クハ其相續人或ハ親族ニ限ラレ且保險契約者ハ同時ニ被保險者タルコト多キカ故ニ此等ノ問題ノ發生スヘキ場合ニ於テ保險契約者モ保險金受取人ノ權利如何ヲ顧慮シタルコトナク保險金受取人モ亦此點ニ關シテ論爭シタルヲ聞カス保險會社モ亦何等ノ怪訝ヲ懷カサルモノノ如シト聞ケリ

商法第四二八條第一項ニ依レハ保險金額ヲ受取ルヘキ者ハ被保險者、其相續人又ハ親族ナラサルヘカラサルコトハ前述シタル如シ而シテ此公益的規定ノ趣旨ヲ貫徹センカ爲メニ商法ニ於テハ第四二八條第二項ニ「保險契約ニ因リテ生シタル權利ハ被保險者ノ親族ニ限リ之ヲ讓受クルコトヲ得ル旨ヲ規定セリ若シ此規定ナクシテ保險契約ニ因リテ生シタル權利ハ何人ト雖モ之ヲ讓受ケ得ルモノト爲ストキハ第四二八條第一項ノ公益規定ハ其精神ヲ失フニ至ルヘシ而シテ第四二八條第一項ノ場合ニ於テハ「相續人」ヲ揭ケ第二項ノ場合ニハ單ニ「被保險者ノ親族」ト爲シ相續人ヲ加ヘサルハ蓋シ相續人ハ被相續人死亡後ニ非サレハ確定セス故ニ第一項ノ場合ニ於テハ單ニ被保險者ノ相續人トノミ揭ケテ之ヲ保險金受取人ト爲スヲ得レトモ之ニ反シテ第二項ノ場合ハ保險契約ニ因リ生シタル權利ノ讓渡ニ關スル規定ニシテ權利ノ讓渡ハ特定セル人ニ對シテ之ヲ爲ササルヘカラス隨テ未タ不確定ナル相續人ニ對スル讓渡ナルモノナキヲ以テ第二項ニ之ヲ揭ケサリシナリ（末段所說ニ付テハ商法修正案理由書第四二七條ノ說明）

而シテ第四二八第二項ニ於テ保險契約ニ因リテ生シタル權利ノ讓渡ニ關シ其讓受ハ被保險者ノ親族ニ限ルトアルヲ見ルニ其保險契約ニ因リテ生シタル權利トハ如何ナル權利ヲ指スヘキカ保險者ノ保險料支拂請求權其他ノ權利ナルカ或ハ保險契約者ノ有スル權利ナルカ其共ニ然ラサルコト說明ヲ俟タスシテ自ラ明カナリ然ラハ畢竟保險金額ヲ受取ルヘキ權利ヲ謂フニ外ナラサルヘシ果シテ然リトセハ之ヲ前記保險金受取人ノ權利ニ付テ論シタル點ト對照シテ前段所論ニ對シテ有力ナル援助ヲ與フルモノナリト謂ハサルヘカラス

又生命保險契約ニ於ケル保險契約者ハ損害保險ノ場合ニ於ケルノ外尙ホ特別ノ權利ヲ有ス即チ保險金額ヲ受取ルヘキ者カ死亡シタルトキ又ハ被保險者ト保險金額ヲ受取ルヘキ者トノ親族關係カ止ミタルトキハ保險金額ヲ受取ルヘキ權利ヲ有スル者ナキニ至ルヲ以テ此場合ニ於テハ保險契約者ハ更ニ保險金額ヲ受取ルヘキ者ヲ指定シ若クハ被保險者ノ爲メニ積立テタル金額ノ拂戻ヲ請求シ得ル權利ヲ有ス（四二八條三項）

又保險契約者カ前記ノ權利ヲ行ハスシテ死亡シタル場合ニ於テハ保險金額ヲ受取ルヘキ者ヲ指定スルモノナキヲ以テ商法ニ特ニ被保險者ヲ以テ保險金額ヲ受取ルヘキ者ト爲スヘキ旨ヲ規定セリ（二四八條四項）

0269

第四章　餘論

前ニモ述ヘタルカ如ク我商法ハ生命保險ヲ以テ一種ノ保險ト認ムルト共ニ損害保險ト生命保險トヲ全ク區別セリ然レトモ兩者其原則ヲ共ニスルモノ多キヲ以テ損害保險ニ關スル規定ハ多ク生命保險ニ準用セラレタリ(四三三條)而シテ此等ノ規定ニ付テハ既ニ損害保險ニ於テ之ヲ論シタルヲ以テ茲ニ之ヲ反覆スルノ必要ヲ見ス唯本章ニ於テ損害保險ノ規定ト異ナレル二三ノ規定ニ付テ之ヲ併セ論スルニ止メントス

一　告知義務ニ付テ

損害保險ニ於テ保險契約者カ保險契約締結ノ時ニ當リテ惡意又ハ重大ナル過失ニ因リ重要ナル事實ヲ告知セス若クハ重要ナル事項ニ付キ不實ノ事ヲ告ケタルトキハ其契約ハ無效ナルコト前ニ述ヘタリ(三九八條)生命保險ニ於テハ保險契約者カ此告知義務ヲ負擔スル同時ニ被保險者モ亦告知義務ヲ負擔ス蓋シ生命保險契約ニ在リテハ被保險者ノ生死ニ關シテ保險契約ヲ締結スルモノナルカ故ニ被保險者ニ告知義務ヲ負擔セシムルニ非サレハ保險者ハ正當ニ危險ヲ引受クルコト能ハサルハ勿論ナレハナリ(四二九條)

二　保險證券ニ付テ

保險證券ノ性質其他ニ付テハ損害保險證券ニ付テ論シタル以外ニ之ヲ說ク必要ナシ唯生命保險證券ニ於テハ多少證券記載事項ヲ異ニス即チ商法第四〇三條ニ掲ケタル事項(損害保險證券記載事項)ノ外尙ホ左記ノ事項ヲ記載スルコトヲ要ス(四三〇條)

一　保險契約ノ種類
二　被保險者ノ氏名
三　保險金額ヲ受取ルヘキ者ヲ定メタルトキハ其者ノ氏名及ヒ其者ト被保險者トノ親族關係

保險契約ノ種類トハ例ヘハ尋常終身保險或ハ二十年拂込養老保險ト稱スル如ク生命保險契約ノ種類ヲ記載セシム被保險者ノ氏名、保險金受取人ノ氏名及ヒ其被保險者トノ親族關係ヲ記載セシムルハ皆契約ノ內容ヲ明カニシテ誤解ヲ避クル爲メ固ヨリ必要ナル事項ニ屬ス

三　保險者カ保險金額支拂ノ責ニ任セサル場合ニ付テ

商法第四三一條ニ依レハ左ニ掲クル二ノ場合ニ於テハ保險者ハ保險金額支拂ノ責任ヲ免ル

一　被保險者カ自殺、決鬪其他ノ犯罪又ハ死刑ノ執行ニ因リテ死亡シタルトキ
二　保險金額ヲ受取ルヘキ者カ故意ニ被保險者ヲ死ニ致シタルトキ

此等ノ場合ニ付テ少シク項ヲ分チテ論セントス

イ　自殺ニ付テ

生命保險ニ於テ被保險者ヲ自殺シタル場合ニ於テ保險者ハ保險金額ヲ支拂フヘキヤ否ヤ立法上研究ノ餘地アリト信ス蓋シ損害保險ニ在テハ保險契約者又ハ被保險者ノ惡意又ハ重大ナル過失ニ因リテ事故カ發生シタルトキハ之カ爲メニ被レル損害ハ保險者其塡補シノ責ニ任セサルヲ原則トス(三九六條)然レトモ生命保險ニ在リテハ此ノ如キ規定ナク又損害保險ノ前記ノ規定ノ準用セラレタルヲ見ス是レ此原則カ生命保險ニモ當然ナルカ故ニ特ニ規定若クハ準用ナキニ非スシテ此原則カ生命保險ノ性質ト相容レサレハナリ故ニ何等ノ規定ナクンハ被保險者カ自殺ニ因リテ死亡スルモ苟モ死亡ナル事故發生シ

タル以上ハ保險者ハ保險金支拂ノ責ニ任セサルヘカラス唯第四三一條ノ規定アルニ依リ被保險者カ決鬪其他ノ犯罪又ハ死刑ノ執行ニ因リテ死亡シタル場合ト同シク自殺ノ場合ニ於テモ亦保險者ハ保險金支拂ノ義務ヲ免ル此點ニ關シテハ我商法ニ於テハ解釋上何等ノ疑ナシ

外國生命保險會社ニ在テハ自殺ノ場合ニ於テモ保險金額ヲ支拂フヘキ旨其保險約款ニ明言スルモノ多シ箇人ノ生命ヲ尊重シ自殺ヲ罪惡ト信仰セル宗教風俗ノ下ニ在リテハ此約款ノ爲メ保險會社カ不測ノ損害ヲ被ルコト少カルヘシト雖モ我國ニ於ケルカ如ク比較的ニ箇人ノ生命ヲ輕視シ或場合ニ於テハ自殺ヲ名譽トシ神聖トスル邦俗ニ在リテハ自殺ノ場合ニモ尙ホ保險金支拂ノ責任アリトスレハ保險會社ニ取リテハ甚タ危險ナリト謂ハサルヘカラス此點ヨリスレハ第四三一條第二項第一號ノ自殺ニ關スル規定ハ穩當ナリト謂ハサルヘカラス

然レトモ實際自殺シタル場合ニ於テ果シテ自殺ナルヤ否ヤヲ鑑別スルハ困難ナル問題ナリ人カ自殺スル場合ノ如キ多クハ精神障礙ヲ伴フモノニシテ醫學上果シテ精神障礙ニ起因シテ自殺シタリトセハ自己ノ手足ヲ用ヒテ自己ノ生命ヲ斷ツモ之ヲ自殺ニ非スト謂フヲ得ヘシ此問題ニ關スル裁判所ノ判例ハ精神障礙ニ因リテ自ラ生命ヲ絕チタルハ自殺ニ非ストノ理由ニ依リ保險者ハ保險金支拂ノ責任ヲ免ルルコト能ハスト爲セリ(二十四年六月十日山口茂重對明治生命保險株式會社事件東京地方裁判所判決、同年十月二十日前記事件ニ關スル東京控訴院判決及ヒ三十二年六月十五日小林汀對愛國生命保險株式會社事件東京地方裁判所判決、同年七月十日前記事件ニ關スル東京控訴院判決參照)而シテ自殺カ果シテ精神障礙ニ起因スルヤ否ヤハ實際上ノ鑑定ニ屬スル問題ニシテ自殺ヲ以テ保險金支拂拒絕ノ理由ト爲シタル保險會社ハ裁判所ニ於テハ多クハ敗訴セリ故ニ此等ノ場合ニ付テ考フルトキハ第四三一條ノ自殺ニ關スル規定ノ效果ハ之ヲ疑ハサルヲ得ス

而シテ內國生命保險會社ハ何レモ自殺ノ場合ニハ保險金額支拂ノ責ニ任セサル旨ヲ保險約款ニ規定セリ唯自殺ノ場合ニ在リテモ會社ニ依リテハ保險金ヲ支拂フコトアルヘシトノ保險約款ヲ用フルモノ一二アリ然レトモ其認定ノ標準ハ之ヲ明示シタルヲ見ス

ロ　失踪ニ付テ

前述シタル如ク自殺ノ場合ニ付テハ第四三一條ノ規定アルカ故ニ被保險者カ死亡スルモ保險者ハ保險金額ヲ支拂フヘキ責任ヲ免ルルコト解釋上疑ナシト雖モ失踪ノ場合ニ付テハ法律特ニ規定シタル點ナシ

被保險者ノ生死ニ關シ保險契約ヲ締結シタル場合ニ於テ被保險者ノ生死カ不明ト爲リタルトキハ保險契約ニ如何ナル影響ヲ及ホスヘキヤト云フニ民法ニ於テハ人ノ生死不明ト爲リタル場合ニ於テ之ニ關シ何等ノ規定ナキトキハ利害關係人ノ權利義務ハ長ク確定セス隨テ公益ヲ害スルコト少カラサルヲ以テ失踪ニ關スル規定ヲ設ケ從來ノ住所又ハ居所ヲ去リタル不在者ノ生死カ一定ノ期間分明ナラサルトキハ利害關係人ノ請求ニ依リ裁判所ハ失踪ノ宣告ヲ爲スコトヲ得ヘク失踪ノ宣告ヲ受ケタル者ハ一定ノ期間滿了ノ時ニ遡リテ死亡シタルモノト看做スヘキコトヲ規定セリ(民三〇條、三一條)而シテ失踪ノ宣告ノ效力ハ法律上人ヲ死亡シタルモノト認定シタルモノニシテ之ニ依リ相續ハ開委セラレ遺言ノ效力ヲ生スル等自然ノ死亡ト同一ノ效果ヲ有ス故ニ生命保險ニ在リテモ被保險者ノ生死不明ト爲リタル場合ニ於テハ失踪ノ宣告ニ因リ期間滿了ノ時ニ於テ死亡ナル事故發生シタルモノト看做シ之ニ依リテ保險契約ノ效果ヲ論スルヲ理論上正當ナリト信ス

0271

然レトモ內國生命保險會社ハ被保險者ノ失踪ノ場合ニ關スル危險ハ之ヲ測定スルコト能ハス隨テ此危險ヲ負擔スルコト能ハストノ理由ヲ以テ保險約款ニ特ニ失踪ニ關スル規定ヲ設クルモノ多シ或ハ被保險者カ失踪ノ宣告ヲ受ケタルトキハ保險契約ハ效力ヲ失フモノト爲シ自殺契約解除等ノ場合ト同額若クハ其以上ノ返戻金ヲ與フルモノアリ或ハ失踪宣告ヲ以テ契約失效ノ原因トスルヲ原則ト爲シ之ト同時ニ會社カ實際死亡シタルモノト認ムルトキハ保險金額ヲ支拂フヘキ旨ヲ規定スルモノアリ會社ハ失踪ヲ以テ死亡シタルモノト看做シ保險金支拂ノ事由ト爲スヘキコトヲ保險約款ニ明言セルモノナキニ非スト雖モ極メテ例外ニシテ多數ハ契約失效ノ原因ト爲シ契約解除ト同等ニ取扱ヘリ今生命保險會社カ使用セル保險約款ノ規定ヲ一例トシテ擧クレハ左ノ如シ

第何條　左ノ場合ニハ契約ハ效力ヲ失フモノトス

一　保險料ヲ拂込マスシテ猶豫期間ヲ經過シタルトキ

二　被保險人カ失踪ノ宣告ヲ受ケタルトキ

今此規定ニ付テ考フルニ其效果ニ付キ疑ナキコト能ハス何トナレハ保險約款ニ依レハ被保險者カ失踪ノ宣告ヲ受ケタルトキハ保險契約ハ效力ヲ失フト爲スト雖モ民法ノ規定ニ依レハ失踪ノ宣告アリタルトキハ失踪ノ規定ニ示セル一定ノ期間滿了ノ時ニ既ニ死亡シタルモノト看做スヲ以テ前ニモ述ヘタルカ如ク失踪ノ宣告ト同時ニ理論上事故發生シタルモノニシテ之ト同時ニ保險契約ハ其效果ヲ發生シ保險者ハ直チニ保險金ヲ支拂ハサルヘカラス保險金受取人ハ保險金額請求ノ債權ヲ取得セルモノナリト謂フヘシ是レ失踪ノ規定ノ當然ノ效果ト謂ハサルヘカラス然ルニ會社カ保險約款ヲ以テ此公益ニ基ク民法上ノ擬制ノ效果ヲ排斥シテ失踪ノ宣告アリタルトキハ保險契約ノ效力ヲ失フト主張シ得ルカ疑ナキヲ得ス寧ロ此ノ保險約款ハ理論上少クトモ穩當ナラサル規定ナリト稱スルヲ憚ラス

ハ　犯罪、死刑等ノ場合ニ付テ

被保險者カ決鬪其他ノ犯罪又ハ死刑ノ執行ニ因リテ死亡シタル場合及ヒ保險金受取人カ故意ニ被保險者ヲ死ニ致シタル場合ニ於テ保險金額支拂ノ義務ヲ免ルヘキ事由ト爲シタルハ公益ニ基ク當然ノ規定ニシテ特ニ說明スヘキコトナシ(四三一條)

ニ　第四三一條ノ場合ニ於ケル保險者ノ義務ニ付テ

被保險カ自殺、決鬪其他ノ犯罪又ハ死刑ノ執行ニ因リテ死亡シタルトキハ保險者ハ保險金額ヲ支拂フヘキ責任ヲ免ルト雖モ仍ホ保險者ハ被保險者ノ爲メニ積立テタル金額ヲ保險契約者ニ拂戻ササルヘカラス(四三二條二項)茲ニ被保險者ノ爲メニ積立テタル金額トハ所謂生命保險ニ於ケル責任準備金ニシテ保險會社カ毎年其收入シタル保險料ノ一部ヲ積立テ事故發生ノ際ニ於ケル保險金額支拂ノ準備ニ充ツヘキモノニシテ保險業法第五條ニ依リ豫メ主務官廳ノ認可ヲ經タリ「責任準備金算出ノ基礎」ニ據リ會社カ各保險契約ニ對シテ算出シテ積立テタル金額ナリ而シテ保險業法施行規則第六五條ニ依レハ生命保險會社ノ積立ツヘキ責任準備金ハ保險料積立金及ヒ未經過保險料ノ二ニ分ツコトヲ要ス其詳細ニ至リテハ生命保險ノ數理ニ關スル精密ナル研究ニ俟タサルヘカラス而シテ第四三一條第三項ニ依レハ同條第二項第一號ノ場合ニハ保險者ハ被保險者ノ爲メニ積立テタル金額ノ全部ヲ拂戻スヘキ旨規定セリト雖モ實際ニ於テハ內國生命保險會社ハ此責任準備金全部ヲ返還セス契約解除ノ場合ト同シク其十分ノ七乃至九ヲ返還スヘキ旨保險約款ニ定ムルモノ多シ是レ一ハ此等ノ場合ノ發生ヲ成ルヘク少カラシメントスルト同時ニ會社ノ損失ヲ免レントスルカ爲メニ外ナラス

又保險金額ヲ受取ルヘキ者カ故意ニ被保險者ヲ死ニ致シタルトキハ保險者ハ保險金額支拂ノ義務ヲ免ルルト雖モ其保險金受取人カ單ニ保險金額ノ一部ヲ受取ルヘキ場合ナルトキハ保險者ハ其他ノ部分ノ支拂ノ義務ヲ免ルルコト能ハサルハ勿論ナリ（四三一條第二項第二號但書）

四　通知義務ニ付テ

損害保險ニ在リテハ保險契約者又ハ被保險者カ事故發生ヲ知リタルトキハ遲滯ナク保險者ニ之ヲ通知セサルヘカラス生命保險者ニ在リテハ被保險者カ死亡シタルコトヲ知リタルトキハ保險契約者又ハ保險金受取人ハ遲滯ナク保險者ニ對シテ其通知ヲ發セサルヘカラス（四一二條）

此通知義務ノ懈怠ニ關シテハ特ニ規定ナクンハ一般ノ損害賠償ノ原因ト爲ルニ過キスト雖モ保險會社ハ其保險約款ニ特ニ之ニ關スル規定ヲ設クルモノアリ例ヘハ或ハ此通知義務ヲ怠リタルトキハ保險契約ノ效力ヲ失ハシメ保險者ハ保險金額支拂ノ責任ヲ免ルヘキモノト爲シ單ニ被保險者ノ爲メニ積立テタル金額ヲ返還スヘキ旨ヲ規定スルモノアリ或ハ此通知ノアリタル時ヨリ一定ノ期間內ニ保險金ヲ支拂フヘキ旨ヲ規定スルモノアリ

五　戰時危險ノ負擔ニ付テ

商法第四三三條ニ依リ損害保險ニ關スル多クノ規定ハ亦生命保險ニモ準用セラレタリ而シテ此等ノ規定ニ關シテ損害保險ヲ說明シタル場合ニ之ヲ論シタルヲ以テ茲ニ之ヲ再ヒセス唯同條第一項ニ於テハ第三九五條ヲ準用シ同條第二項ニ於テハ第三九五條ノ場合ニ於テ保險者カ保險金額ヲ支拂フコトヲ要セサルトキハ被保險者ノ爲メニ積立テタル金額ヲ拂戻スコトヲ要スト爲セリ故ニ生命保險ニ於テモ被保險者ノ生死ニ關スル事故カ戰爭又ハ變亂ニ因リテ發生シタルトキハ保險者ハ保險金額支拂ノ責ニ任セス唯其契約ニ對スル責任準備金ヲ返還スレハ足レリト云フコトト爲ル元來戰爭變亂ノ場合ニ於ケル死亡統計ハ容易ニ精確ナルモノヲ得ルコト能ハス軍機ニ關スルコト多キヲ以テ其精確ナリト公稱セラルルモノモ之ヲ實數ニ比シテ著シキ差異アルハ怪シムニ足ラス殊ニ近時武器ノ進步速ニシテ戰爭ノ慘害大ナルト共ニ衞生ノ設備モ亦速ニ進步シツツアリ戰爭ノ箇人ニ對スル慘害ハ成ルヘク少カラシメントシツツアルヲ以テ既往ノ大戰ニ關スル精確ナル統計アリトスルモ今日ノ戰爭ニ適用スルヲ得ス故ニ戰時ニ於ケル生命危險率ハ之ヲ算定スルコト頗ル困難ニシテ保險者ハ十分ニ之ヲ測定シテ安全ニ危險ヲ引受クルコト能ハス故ニ第四三三條ノ規定ハ其當ヲ得タルモノト謂ハサルヘカラス然レトモ事實上ヨリ之ヲ觀ルトキハ既往數年來保險料ヲ支拂ヒツツアル者カ一朝事變ニ際シ之ニ因リテ事故發生スルトキハ保險金額ヲ得ルコト能ハス僅ニ責任準備金ヲ得ルニ止マルニ於テハ理論上正當ナルニモセヨ被保險者ニ取リテハ斯ル時コソ保險ノ必要ヲ適切ニ感スル時期ニシテ甚タ不幸ナリト謂ハサルヘカラス又保險會社ニ在リテモ斯ル場合ニ於テハ營業上ノ不利不便ヲ招クコト少カラス然レトモ亦保險會社モ營業上之ヲ他ノ戰時危險ナキモノト同時ニ其危險ヲ引受クルコト能ハサルヲ以テ實際ニ於テハ各保險會社ハ保險料ノ割增若クハ保險金額ノ割引ヲ爲スコトヲ約シテ戰時危險ヲ負擔セリ即チ保險料割增ノ方法ニ依ルモノハ戰時危險ニ遭遇スル虞アル者ニ對シテ保險金額ノ百分ノ五ヲ以テ割增保險料ト爲シ其危險ヲ負擔スル間每年之ヲ拂ハシムルモノアリ或ハ保險金額ノ百分ノ十ヲ割增保險料ト爲シ其危險ノ繼續スル間危險ヲ負擔スルモノアリ又保險金割引ノ方法ニ依ルモノハ事故カ戰時危險ニ基キテ發生シタルトキハ保險金額ノ百分ノ一半乃至二ヲ割引シテ支拂フコトヲ約シ之ニ對シ保險料ノ割增ヲ求メサルモノアリ此等ノ點ニ付テ述ヘタル所ハ今回ノ征露ノ役ニ於ケル今日迄ノ生

0273

命保險會社ノ態度ニシテ各會社ノ營業上ノ見込ニ依リ種種ナル差異ヲ免レサルハ勿論ナリ

商法商行爲（第十章）終

商法商行爲

（第十章）

完

法學士　村上隆吉　講述

法政大學發行

0274

商法商行爲（第十章）目次

保險法……一
緒言……一
第一編　總則……六
第一章　保險ノ起源……六
第二章　保險ノ概念……九
第三章　保險ノ要件……一四
第四章　保險契約ノ性質……二二
第五章　保險ノ種類……三三
第六章　保險ニ關スル法令……四四
第七章　保險事業ノ組織……四七
第一節　營利保險ト相互保險……四七
第二節　準備金積立法ニ依ル保險及損害配當法ニ依ル保險……六〇
第二編　損害保險……六〇
第一章　損害保險ノ要素……六〇

0275

第一節　被保險利益……六〇
第二節　危險……七五
第三節　保險期間……七八
第四節　當事者……八一
第二章　保險契約ノ締結……八二
第三章　保險契約ノ效果……九一
第一節　保險契約ニ基ク權利義務……九一
第一款　保險契約者ノ權利義務……九一
第二款　被保險者ノ權利義務……一〇一
第三款　保險者ノ權利義務……一〇四
第二節　損害塡補……一〇九
第四章　損害保險各論……一一六
第一節　火災保險……一一七
第二節　運送保險……一二四
第三節　信用保險……一二六
第三編　生命保險……一三五

第一章　生命保險ノ意義……一三五
第二章　生命保險契約ノ性質……一三九
第三章　生命保險契約ニ於ケル當事者……一四四
第四章　餘論……一五四

商法商行爲（第十章）目次終

0276

（二三二條）

以上ノ方式ニ依リ作成セラレタル調書ハ公正證書トシテ完全ナル證據力ヲ有シ特ニ口頭辯論ニ於ケル方式ノ遵守ハ唯リ此調書ノミニ依リテ證明スルコトヲ得ヘキモノトス（二三四條）

口頭辯論ノ調書ニ關シ前改說明セル所ハ受託判事、受命判事若クハ區裁判所判事カ法廷外ニ於テ爲ス審問ニ關シ裁判所書記ノ作ルヘキ審問調書ニモ亦準用セラルルモノトス（二三三條）

第二節　送達

送達トハ訴訟ニ關スル書類ヲ訴訟關係人ニ交付スル手續ヲ謂フ民事訴訟ニ於テ當事者若クハ裁判所ノ爲スヘキ訴訟行爲ニ付キ書類ノ交付ヲ要スル場合アルコトハ民事訴訟法中規定スル所尠カラス此場合ニ於テハ當事者ヨリ裁判所ニ對スル場合ヲ除キ裁判所ヨリ當事者ニ對シ若クハ當事者間ニ於テ或ハ當事者ヨリ第三者ニ對シ書面ノ交付ニ依リ訴訟法上ノ效果ヲ發生スル行爲ヲ爲サントスルニ當リテハ其書類ノ交付ハ必ス送達ノ手續ニ依ラサルヘカラス而シテ送達ノ目的ハ書類ノ交付ニ在リ即チ送達ヲ受クル者ヲシテ其書面ニ記載シタル事項ヲ知ラシムル爲メ之ヲ交付スルモノトス而シテ書類ノ交付ハ一定ノ國家機關ニ依リテ爲サレ且書類ノ交付ヲ證明スヘキ一定ノ手續ヲ爲スヘキモノトス

送達ニ二主義アリ職權送達及ヒ當事者送達是ナリ凡ソ訴訟上ニ於ケル書類ノ送達ニハ裁判所ノ行爲トシテ書類ノ送達ヲ爲スヘキモノト當事者ノ行爲トシテ送達ヲ爲スヘキモノトノ二アリ裁判所ノ行爲トシテ送達ヲ爲スモノハ裁判所ノ職權ヲ以テ送達ヲ爲スモノナレトモ當事者ノ行爲トシテ送達ヲ爲スモノニ付テハ裁判所書記ノ媒介ヲ經テ送達ヲ爲ス主義ト當事者ヨリ直接ニ送達機關ニ依頼シテ之ヲ爲ス

主義トアリ前者ハ所謂職權送達ニシテ一ニ之ヲ間接送達ト稱シ後者ハ所謂當事者送達ニシテ一ニ之ヲ直接送達ト稱ス獨逸新舊民事訴訟法ニ於テハ原則トシテ當事者送達ノ主義ヲ採用セルモ我民事訴訟法ニ於テハ職權送達ノ主義ヲ採用シ送達ハ裁判所書記職權ヲ以テ之ヲ爲サシムト規定シ(一三六條一項)送達ニ付テハ當事者ノ行爲トシテ爲ス場合ト雖モ當事者ヨリ直接ニ送達機關ニ依頼シテ之ヲ爲スコトヲ許サス必ス裁判所書記ノ媒介ヲ要スルコトト爲シタリ

第一　送達機關

民事訴訟法ニ於ケル送達機關ハ執達吏及ヒ郵便ノ二種トス

執達吏ハ送達及ヒ强制執行ヲ爲サシムル爲メ設ケラレタル國家ノ機關ニシテ裁判所書記ノ委任ニ依リテ書類ノ送達ヲ施行ス(一三六條二項、裁構九八條)此場合ニ於テハ執達吏ヲ送達吏ト爲ス(一三六條四項)又裁判所書記ハ郵便ニ依リテ送達ヲ爲サシムルコトヲ得ヘク此場合ニ於テハ郵便ハ即チ送達機關ニシテ郵便配達人ハ送達吏ト爲リ執達吏ト同一手續ヲ以テ其送達ヲ實施スヘキモノトス(一三六條三項、四項)

右ノ外裁判所書記モ公示送達ノ場合ニ於テハ送達機關タルモノトス

第二　送達スヘキ書類

送達スヘキ書類ハ正本若クハ認證シタル謄本ヲ交付スヘキ規定アルトキハ正本若クハ認證謄本ノ交付ヲ以テ之ヲ爲シ其他ノ場合ニハ謄本ノ交付ヲ以テ之ヲ爲スヘキモノトス(一三七條)正本ノ交付ヲ爲スヘキ場合トハ期日ノ呼出狀(一六一條)判決(一三八條、四〇八條、四四四條、四七三條)ノ送達ニシテ認證謄本ノ交付ヲ爲スヘキ場合トハ日曜日、祝祭日若クハ夜間ニ書類ノ送達ヲ爲スノ許可命令(一五〇條)ノ送達是ナリ其他ノ場合ハ總テ謄本ノ送達ヲ爲スヘキモノトス而シテ送達スヘキ書類ニシテ裁判所ノ職權ヲ以テ送達スヘキモノナルトキハ裁判所書記之ヲ作成シテ送達ノ手續ヲ爲スヘク當事者ノ書面ヲ送達スヘキ場合ニハ當事者ヨリ相手方ノ員數ニ應シ交付スルニ必要ナル謄本ヲ裁判所ニ提出セシメ之ヲ送達スヘキモノトス(一〇八條)

第三　送達ヲ受クル人

送達ハ之ヲ受クル本人ニ對シテ爲スヲ原則トス然レトモ之ニ關シ次ニ述フル數多ノ法則アリトス

(一)　當事者數人ノ爲メ一人ノ代理人アルトキ若クハ當事者ノ代理人數人アルトキハ正本又ハ謄本ノ一通ヲ其代理人ニ交付スルヲ以テ足レリトス(一三七條二項)

(二)　訴訟能力ヲ有セサル原告若クハ被告ニ對スル送達ハ其法定代理人ニ對シテ爲スコトヲ要ス(一三八條一項)無能力ナル本人ニ對シテ送達ヲ爲スモ適法ニ送達ノ效力ヲ發生セサルモノトス

(三)　公又ハ私ノ法人及ヒ其資格ニ於テ訴ヘ又ハ訴ヘラルルコトヲ得ル會社又ハ社團ニ對スル送達ハ其首長又ハ事務擔當者ニ對シテ送達スヘク若シ此等ノ者數人アルトキハ其一人ニ送達スルヲ以テ足レリトス(一三八條二項、三項)

(四)　豫備後備ノ軍籍ニ在ラサル下士以下ノ軍人軍屬ニ對スル送達ハ其所屬長官又ハ隊長ニ對シテ之ヲ爲スヘキモノトス豫備後備ノ軍籍ニ在ラサル下士以下ノ軍人即チ現役徵兵ハ軍規ニ服從スルモノナルヲ以テ一般送達ノ法則ニ從フ能ハス其長官若クハ隊長ニ送達スヘキモノトセリ其所屬長官若クハ隊長ハ法律上特別ノ規定存セスト雖モ職務上其書類ヲ送達ヲ受クヘキ本人ニ交付スルノ義務アルモノナリ而シテ其書類カ本人ニ交付セラレタルト否トヲ問ハス訴訟法上ニ於テハ其長官又ハ隊長ニ對スル書類ノ送達ヲ以テ本人ニ對シテ送達ヲ爲シタル效力ヲ生スルモノトス(一三九條)

0278

(五) 囚人ニ對スル送達ハ監獄ノ首長ニ對シテ之ヲ爲ス受ニ囚人ト云フハ未決囚及ヒ既決囚ヲ總括スルモノニシテ本人ニ對シテ爲スコトヲ許ササルハ監獄ニ在リテハ獄則ニ從フヘキヲ以テナリ監獄ノ首長ハ現役軍人ニ對スル所屬長官又ハ隊長ト同シク書類ヲ本人ニ對シテ交付スルノ義務アリ而シテ本人カ書類ノ交付ヲ受ケタルト否トニ關セス訴訟法ニ於テ監獄首長ニ送達シタル時ヲ以テ本人ニ對シテ送達ヲ爲シタルノ效力ヲ生スルモノトス(一四〇條)

(六) 財産權上ノ訴訟ニ付テハ總理代人ニ書類ヲ送達スルトキハ本人ニ對シテ送達シタルト同一ノ效力ヲ生シ又商業上ヨリ生シタル訴訟ニ付テハ代務人即チ支配人ニ送達シタルトキハ亦本人ニ對シテ送達ヲ爲シタルト同一ノ效力ヲ生ス是レ便宜上ノ規定ニ外ナラス(一四一條)

(七) 訴訟代理人ヲ任設シテ訴訟ヲ爲ス場合ニ於テハ其代理ノ範圍ニ屬スル事項ニ付テハ其代理人ニ對シ送達ヲ爲スヘキモノトス(一四二條一項)若シ代理人ニ依リテ訴訟ヲ爲ス場合ニハ訴訟行爲ハ代理人ノ實行スル所ナルヲ以テ本人ニ對シテ送達スルヨリ寧ロ代理人ニ對シテ爲スヲ適當ト爲スヲ以テナリ然レトモ本人ニ對シテ送達ヲ爲スモ其送達ハ無效ニ非ストス(一四二條二項)

第四　送達ノ方式

送達ニハ送達吏ニ依ル送達、郵便ニ付スル送達、囑託送達、公示送達ノ四種アリ隨テ其送達ノ方式ニ付テモ亦其種類ニ依リ之ヲ異ニス左ニ之ヲ說明スヘシ

(甲) 送達吏ニ依ル送達

送達吏ハ前ニ述ヘタルカ如ク執達吏及ヒ郵便配達吏是ナリ隨テ送達吏ニ依ル送達ハ執達吏ニ依ル送達郵便ニ依ル送達トニ區別スルヲ得ヘシ執達吏ニ依ル送達ハ執達吏カ裁判所書記ノ委任ニ依リテ送達ヲ實施スヘキモノナリ然レトモ執達吏職務施行ノ區域ハ其執達吏ノ屬スル裁判所ノ管轄區域ト同一ナルヲ以テ其區域外ニ涉リテ送達ヲ爲ス能ハス(執達吏規則)隨テ裁判所書記カ送達ノ委任ヲ爲スハ其裁判所ノ管轄區域內ニ於テ送達ヲ爲スヘキトキハ直接ニ其裁判所ニ屬スル執達吏ニ對シテ委任ヲ爲スヲ得ヘク若シ其裁判所ノ管轄區域外ニ於テ送達ヲ爲スヘキ場合ニハ直接ニ執達吏ニ對シテ委任ヲ爲スコトヲ得ス送達ヲ施行スヘキ地ヲ管轄スル區裁判所ノ書記ニ送達ノ施行ヲ執達吏ニ委任スヘキコトヲ囑託シテ之ヲ爲スヘキモノトス(一三六條二項)郵便ニ依ル送達ハ裁判所書記カ送達スヘキ書類ヲ郵便局ニ送付シ郵便配達吏ヲシテ送達ヲ實施セシムルノ方法ニシテ裁判所ノ管轄區域外ニ於テスル送達ハ裁判所書記ノ意見ニ依リテ此方法ヲ用フルコトヲ得ヘシ

右ノ送達吏カ送達ヲ實施スル場合ニ於テハ送達ノ場所及ヒ日時ニ關シ次ノ法則ニ從ハサルヘカラス

(一) 送達ノ場所

(イ) 送達ハ送達ヲ受クル本人ニ對シ其住所又ハ事務所ニ於テ爲スヲ原則トス然レトモ送達ヲ受クヘキ人ニ出會ヒタル地ニ於テ之ヲ爲スコトヲ得ヘシ但此場合ハ送達ヲ受クヘキ人カ其地ニ住居若クハ事務所ヲ有セサルカ又ハ住居若クハ事務所ヲ有スルモ送達書類ノ受取ヲ拒マサリシトキニ限リ效力ヲ有スルモノトス(一四四條一項)

(ロ) 公私ノ法人又ハ其資格ニ於テ訴ヘ若クハ訴ヘラルルコトヲ得ル社團財團ニ對スル送達ニシテ其法定代理人若クハ首長又ハ事務擔當者ニ爲ス送達ハ特別ノ事務所アルトキハ事務所ニ於テスヘキモノトス其事務所ノ外ニ於テハ法定代理人等カ送達書類ノ受取ヲ拒マサリシトキニ限リ有效ナル送達ヲ爲スコトヲ得ルモノトス(一四四條二項)

0279

（ハ）送達ヲ受クヘキ人ニ住居ニ於テ出會ハサルトキハ其住居ニ於テスル送達ハ成長シタル同居ノ親族又ハ雇人ニ之ヲ爲スコトヲ得ヘク（一四五條一項）此規定ニ從ヒ送達ヲ施行スルコトヲ得サルトキハ其送達ハ交付スヘキ書類ヲ其地ノ市町村長ニ預置キ送達告知書ヲ作リ之ヲ住居ノ戸ニ貼附シ且近隣ニ住居スル者二人ニ其旨ヲ口頭ヲ以テ通知シテ之ヲ爲スコトヲ得（一四五條二項）

（ニ）住居ノ外ニ事務所ヲ有スル人ニ對スル送達ハ其事務所ニ於テ送達ヲ受クヘキ人ニ出會ハサルトキハ其事務所ニ在ル營業使用人ニ之ヲ爲スコトヲ得又辯護士ニ對スル送達ノ場合ニハ筆生ニモ之ヲ爲スコトヲ得（一四六條）

公私ノ法人又ハ資格ニ於テ訴ヘ若クハ訴ヘラルルコトヲ得ル社團財團ニ對スル送達ニシテ其法定代理人又ハ其首長若クハ事務擔當者ニ事務所ニ於テ出會ハス又ハ此等ノ者送達書類ノ受取ニ付キ差支アルトキハ送達ハ其事務所ニ在ル他ノ役員又ハ雇人ニ之ヲ爲スコトヲ得（一四七條）

右二箇ノ規定ニ從ヒ送達ヲ施行スルヲ得サルトキハ送達ハ其交付スヘキ書類ヲ其他ノ市町村長ニ預置キ送達告知書ヲ作リ之ヲ住居若クハ事務所ノ戸ニ貼附シ且近隣ニ住居スル者二人ニ口頭ヲ以テ其旨ヲ通知シテ爲スコトヲ得ヘシ但第一ノ場合ニ於テハ住居ニ於ケル送達ヲ施行スルコトヲ得サルトキニ限ル（一四八條、一四五條二項）

（ホ）豫備、後備ノ軍籍ニ在ラサル下士以下ノ軍人軍屬ニ對スル送達、囚人ニ對スル送達ハ其所屬長官、隊長又ハ監獄首長ニ於テ職務上送達ヲ受クヘキモノナレハ送達ノ場所ハ何レモ其官署ナラサルヘカラス若シ隊長又ハ首長カ其官署ニ在ラサルトキハ其職務ヲ代理スル者ニ對シ送達ヲ爲スヲ以テ足ル

（ヘ）法律ノ規定ニ從ヒ本人若クハ本人以外ノ者カ送達ヲ受クヘキ義務アルニ拘ハラス法律上ノ理由ナクシテ送達ノ受取ヲ拒ムトキハ送達吏ハ交付スヘキ書類ヲ送達ノ場所ニ差置クヘキモノトス此場合ニ於テハ差置ヲ以テ完全ニ送達ノ效力ヲ生ス（一四九條）

（二）送達ノ日時

執達吏ノ爲スヘキ送達ハ日曜日、一般ノ祝祭日及ヒ夜間ニハ裁判官ノ特別ノ許可ヲ得ルニ非サレハ之ヲ爲スコトヲ得ス夜間トハ日出ヨリ日沒マテノ時間ヲ謂フ郵便ニ付スル送達ハ送達吏ノ施行スルモノニ非サレハ此制限ニ從フヲ要セサルヤ固ヨリナリ（一五〇條一項、二項郵便ニ依ル送達ハ夜間ニ限リ許可ヲ必要トシ日曜日、祝祭日ハ之ヲ要セス

右ノ許可ハ受訴裁判所ノ裁判長又ハ送達ヲ爲スヘキ地ヲ管轄スル區裁判所ノ判事之ヲ與ヘ（又ハ受命判事若クハ受託判事ノ完結スヘキ事件ニ在リテハ其判事ニ於テ之ヲ與フルモノトス（一五〇條三項）而シテ許可ノ命令ヲ認證シタル謄本ヲ以テ送達ノ際送達ヲ受クヘキ人ニ交付セサルヘカラス（一五〇條四項）

日曜日、一般ノ祝祭日又ハ夜間ニ於テ送達ヲ爲スニ當リ假令前段ニ述ヘタル許可ノ命令アシト雖モ送達受取人ニ於テ送達書類ノ受取ヲ拒マサリシトキハ送達ノ效力ヲ生シ其他ノ場合ニ在リテハ送達ノ效力ヲ生セス（一五〇條五項）

（乙）郵便ニ付スル送達

受訴裁判所ノ所在地ニ住居並ニ事務所ヲ有セサル原告若クハ被告ハ其所在地ニ送達ノ爲メノ假住所ヲ選定シ之ヲ受訴裁判所ニ屆出ツヘク而シテ其屆出ハ遲クトモ最近ノ口頭辯論ニ於テ之ヲ爲シ又口頭辯

0280

論前ニ書面ヲ差出スコトアルトキハ其書面ヲ以テ之ヲ爲スヘキモノトス右ノ屆出ヲ怠リタル原告若クハ被告ニ對シ書類送達ノ必要ヲ生シタルトキハ裁判所書記ハ送達スヘキ書類ヲ原告若クハ被告ノ名宛ニテ郵便ニ付シテ送達ヲ爲スコトヲ得而シテ此場合ニ於テハ其書類カ原告若クハ被告ニ到達スルト否トニ關セス又何時ニ到達スルコトヲ問ハス郵便ニ付シタル時ヲ以テ送達ヲ爲シタルモノト看做ス（一四三條）故ニ其書類カ何レノ場所何レノ日時ニ於テ名宛人ニ到達スルモ送達ノ效力ニ關係ナキモノトス

（丙）囑託送達

囑託送達ハ外國ニ在ル者若クハ出陣ノ軍隊又ハ役務ニ服スル軍艦ノ乘組員ニ屬スル者ニ對シテ送達ヲ爲ス場合ニシテ次ノ三箇ノ法則アリトス

（イ）外國ニ在リテ治外法權ヲ有スル帝國官吏其家族及ヒ從者ニ對シ外國ニ於テ施行スヘキ送達ハ外務大臣ニ囑託シテ之ヲ爲ス（一五二條）

（ロ）右（イ）號ノ外外國ニ於テ施行スヘキ送達ハ外國ノ管轄官廳又ハ外國ニ駐在スル帝國ノ公使又ハ領事ニ囑託シテ之ヲ爲ス（一五三條）外國管轄官廳ニ囑託スル場合ハ國際條約上其助ノ存スルトキニ限ル

（ハ）出陣ノ軍隊又ハ役務ニ服シタル軍艦ノ裁組員ニ屬スル人ニ對スル送達ハ上班司令官廳ニ囑託シテ之ヲ爲スコトヲ得（一五四條）

右ノ場合ニ於テ必要ナル囑託書ハ受訴裁判所ノ裁判長之ヲ發スヘク（一五五條）而シテ囑託ヲ受ケタル者ハ相當ノ手續ヲ爲シ送達書類ヲ本人ニ交付スヘキモノトス

（丁）公示送達

公示送達トハ送達スヘキ書類ヲ一定ノ場所ニ貼附シ或ハ其書類ノ抄本ヲ公告シテ爲ス送達ヲ謂フモノニシテ原告若クハ被告ノ現在地知レサルトキ又ハ外國ニ於テ爲スヘキ送達ニ付キ其規定ニ從フコト能ハス若クハ其規定ニ從フモ其效ナキコトヲ豫知スルトキニ限リ之ヲ爲スコトヲ得ルモノトス（一五六條）

此送達ハ原告若クハ被告ニ對シテノミ爲スコトヲ得ル方法ニシテ原告若クハ被告ヨリ裁判所ニ其申立ヲ爲シ裁判所之ヲ許シタルニ依リ施行スルヲ得ヘク裁判所カ許可ノ命令ヲ與ヘタルトキハ裁判所書記之ヲ取扱フモノトス（一五七條一項）而シテ其送達施行方法ハ裁判所書記カ其交付スヘキ書類ヲ裁判所ノ掲示板ニ貼附シテ之ヲ爲ス判決、決定ニ在リテハ其裁判ノ部分ノミヲ貼附スルヲ以テ足リ又右貼附ノ外裁判所カ必要ト認メタルトキハ送達スヘキ書類ノ抄本ヲ一箇又ハ數箇ノ新聞紙ニ一回又ハ數回掲載スヘキコトヲ命スルコトヲ得ヘシ此場合ニ於ケル抄本ニハ裁判所、當事者、訴訟物及ヒ送達スヘキ書類ノ要旨ヲ掲クルコトヲ要ス（一五七條二項、三項）

公示送達ハ書類ノ貼附ヨリ十四日ヲ經過シタル日ヲ以テ送達ヲ爲シタルモノト看做ス然レトモ裁判所ハ公示送達ヲ命スルニ際シ之ヨリ長キ期間ヲ必要ト認メタルトキハ相當ナル期間ヲ定ムルコトヲ得ヘク此場合ニハ期間ノ經過シタル日ヲ以テ送達ヲ爲シタルモノト看做ス（一五八條一項）

同一事件ニ關シ同一ノ原告若クハ被告ニ對シ再度以上公示送達ヲ爲スヘキトキハ其後ノ公示送達ハ送達スヘキ書類ノ貼附ヲ以テ之ヲ爲シタルモノト看做ス（一五八條二項）

第五　送達證書

0281

送達ニ付テハ之ヲ證スヘキ證書ヲ作ラサルヘカラス其證書ハ送達ノ方式ニ從ヒ差異アリトス

(一) 送達吏ニ依ル送達ハ送達吏其證書ヲ作成スヘシ而シテ其證書ニハ左ノ事項ヲ記載スルヲ要ス（一五一條一項、二項）

(イ) 送達ノ場所

(ロ) 送達ノ年月日時

(ハ) 送達ノ方法即チ本人ニ送達シタルヤ或ハ雇人ニ送達シタルヤ或ハ市町村長ニ預置キノ手續ヲ爲シ若クハ受取人ノ面前ニ差置キタルヤ等送達施行ノ手續ヲ記載スヘシ

(ニ) 受取人ノ受取證但受取人受取證ヲ出スコトヲ拒ミタルトキ又ハ受取證ヲ作ルコト能ハサル旨ヲ述フルトキハ其旨ヲ記載スヘシ

(ホ) 送達吏ノ署名捺印

(二) 郵便ニ付スル送達ニ付テハ送達スヘキ書類ヲ郵便ニ付シタル吏員ノ報告書ヲ以テ送達證ト爲ス（一五一條三項）

(三) 囑託ニ依ル送達ニ付テハ囑託ヲ受ケタル官廳又ハ官吏ノ送達施行濟ノ證書ヲ以テ送達ノ證ト爲ス（一五五條二項）

(四) 公示送達ニ付テハ特ニ送達證書ヲ作ルヘキ規定ナキモ公示送達ハ裁判所書記之ヲ取扱フモノナレハ裁判所書記ハ送達スヘキ書類ヲ適法ニ貼附シタル事實竝ニ貼附ノ日時ヲ明カニスル書面ヲ作成シ之ヲ訴訟記錄ニ添附スヘシ然ラサレハ後日ニ至リ公示送達ノ有無ヲ知ルヲ得ルノ途ナキヲ以テナリ而シテ其書面ニ依リテ送達ノ施行ヲ證スヘキモノトス

第三節　期日及ヒ期間

訴訟ヲ秩序的ニ進行シ且訴訟ノ完結ヲ速ナラシムルニハ訴訟行爲實行ノ時期ニ付テノ定ナカルヘカラス期日、期間ノ規定ハ此目的ノ爲メニ設ケラレタルモノナリ

期日トハ訴訟當事者カ裁判所ニ出頭スヘキ時間ヲ謂フ訴訟當事者カ自ラ口頭辯論ヲ爲スト裁判所ニ於テ生スル事項ヲ知了スルカ爲メナルトヲ問ハス裁判所ニ出頭スヘキ時間ヲ稱シテ期日ト謂フナリ即チ口頭辯論、判決ノ言渡、證據調準備、手續ノ施行、不動產競賣競落等ノ期日是ナリ

期間トハ訴訟當事者カ裁判所ニ出頭セスシテ訴訟行爲ヲ爲シ得ヘキ時間ヲ謂フ故ニ裁判官カ判決原本ヲ作成スル期間（二三七條二項）抗告裁判所ニ抗告ヲ送付スル期間（四五九條）ノ如キ裁判所內部ノ事務上ノ規定ニシテ所謂期間ト稱スヘキモノニ非ス此ニ期間ト稱スルハ訴訟當事者カ訴訟行爲ヲ爲スヘキ時間ヲ意味スルモノナリ

第一款　期日

第一　期日ノ指定

期日ハ受訴裁判所ノ裁判長之ヲ指定スヘキモノトス然レトモ受命判事、受託判事モ法律ニ特定セル場合ニ限リ期日ノ指定ヲ爲スコトヲ得ヘク（例ヘハ二六九條、二七八條等）又執行裁判所モ之ヲ定ムルコトヲ得ヘシ（例ヘハ五六七條六九三條等）

期日ハ日及ヒ時ヲ以テ之ヲ定ムヘキモノトス而シテ已ムヲ得サル場合ノ外ハ日曜日及ヒ一般ノ祝祭日

0282

ニ之ヲ定ムルコトヲ得ス（一五九條、一六〇條）

第二　期日ノ呼出

期日カ指定セラレタルトキハ裁判所書記ハ裁判長又ハ受命判事若クハ受託判事ノ命ニ從ヒ呼出狀ヲ作成シ其正本ヲ當事者若クハ訴訟關係人ニ送達ノ手續ヲ爲シ以テ當事者又ハ訴訟關係人ヲ呼出スヘキモノトス但在廷シタル者ニ期日ヲ定メ出頭ヲ命シタルトキハ呼出狀ノ送達ヲ要セス（一六一條）

第三　期日開始ノ場所

期日ハ裁判所內ニ於テ之ヲ開クヲ通例トス然レトモ裁判所ニ出頭スルニ差支アル人ニ對スル審問其他檢證ノ如キ裁判所內ニ於テ爲スコトヲ得サル行爲ヲ要スル場合ニ於テハ裁判所外ニ於テ期日ヲ開クコトヲ得（一六二條）

第四　期日ノ開始

期日ハ事件ノ呼上ニ依リテ開始ス呼上ナキ間ハ假令期日トシテ定メラレタル時間到來スルモ期日ノ開始ト云フコトヲ得ス期日開始ノ際原告若クハ被告カ出頭セサルモ直チニ懈怠ノ結果ヲ生セス期日ノ終ニ至ルマテ辯論ヲ爲ササルトキニ限リ期日ヲ懈怠シタルモノト看做サル（一六三條）

第五　期日ノ變更

期日ノ變更トハ期日開始以前ニ於テ之ヲ變更スルコトヲ謂フ而シテ期日ノ變更ハ申立ニ因リ又ハ職權ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得ヘシ（一六九條）

申立ニ因ル期日ノ變更ハ當事者ノ合意ノ申出アルトキハ常ニ之ヲ許スヘク合意ナキ場合ニ於テハ顯著ナル理由アルトキニ限リ之ヲ許スコトヲ得（一六九條）

同一期日ノ再度ノ變更ハ合意ナキ場合ニ於テハ相手方ヲ審訊シタル後ニ限リ之ヲ許スコトヲ得ヘク若シ相手方カ異議ヲ述フルトキハ顯著ナル差支ノ理由及ヒ其差支ヲ除去スルコトノ特別ナル困難ヲ生シタルコトヲ證明スルトキニ限リ之ヲ許スコトヲ得訴訟代理人ノ差支ニ因ル期日ノ再度ノ變更ハ相手方ノ同意ナキトキハ如何ナル場合ト雖モ之ヲ許スコトヲ得ス（一七一條三項）

期日ノ變更ハ申立ニ因ルト職權ニ因ル場合トヲ問ハス常ニ裁判所ノ裁判ヲ以テ之ヲ爲ス而シテ當事者ヨリ期日ノ變更ヲ求ムルハ書面若クハ口頭ヲ以テ申請ヲ爲シ其申請ノ理由ハ之ヲ疏明セサルヘカラス申請ニ付テノ裁判ハ口頭辯論ヲ經スシテ之ヲ爲スコトヲ得ヘク申請ヲ却下シタル裁判ニ對シテハ不服ヲ述フルコトヲ得ス（一七一條一項、二項、四項）

期日ノ變更ニ附加シテ說明スヘキハ辯論ノ延期及ヒ續行是ナリ辯論ノ延期トハ既ニ期日ヲ開始シタル後辯論ノ開始以前ニ於テ辯論ヲ新期日ニ延期スルヲ謂ヒ辯論ノ續行トハ辯論ヲ開始シタルモ其辯論ヲ完結セスシテ新期日ニ辯論ヲ繼續スルヲ謂フ辯論ノ延期、辯論ノ續行ハ當事者ノ申立若クハ裁判所ノ職權ヲ以テ爲スコトヲ得ヘク當事者合意ノ申立アルトキハ裁判所ニ於テ相當ト認メタルトキハ之ヲ許スヘキモノトス（一六九條）

第二款　期間

第一　期間ノ種別

期間ニ法定期間ト裁定期間トノ二種アリ法定期間トハ法律ヲ以テ定メタル期間ヲ謂ヒ裁定期間トハ裁判所若クハ裁判長ノ定ムル期間ヲ謂フ

0283

(一) 法定期間ハ更ニ之ヲ分チテ不變期間ト然ラサルモノトノ二種トス

(イ) 不變期間トハ法律ニ於テ不變期間ト明定シタルモノヲ謂ヒ(一六八條三項)即チ故障期間、控訴期間、上告期間、即時抗告期間、再審ノ訴提起ノ期間、除權判決不服申立ノ期間、仲裁判決取消ノ期間等(二五條、四〇〇條、四三七條、四六六條、四七四條、七七五條、八〇四條)是ナリ

(ロ) 不變期間ニ非サル法定期間ハ第一七五條、第一九四條、第一九九條、第二四三條、第二八六條、第三九一條、第四〇三條、第四四〇條、第五〇八條、第六〇九條、第六三三條、第六五六條、第七一五條、第七四九條、第七七一條、第七八九條等ノ期間是ナリ

(二) 裁定期間ハ第四五條、第七〇條、第八五條、第八六條、第九〇條、第一九二條、第二〇三條、第二〇四條、第二五五條、第二七五條、第二八八條、第三四〇條、第三四一條、第三四五條、第三五二條、第五四七條等是ナリ

第二　期間ノ始期及ヒ進行ノ停止

法定期間ハ法律ニ於テ其始期ヲ定ムルモ裁判所又ハ裁判長ノ定ムル期間ノ進行ハ期間ヲ定メタル書類ノ送達ヲ以テ始マル又其送達ヲ要セサル場合ニ於テハ期間ノ言渡ヲ以テ始マル但期間指定ノ際此ヨリ遲キ始期ヲ定メタルトキハ其時ヨリ始マルモノトス(一六四條)

法定期間タルト裁定期間タルトヲ問ハス訴訟手續ノ中斷、中止アルトキハ總テ期間ハ進行ヲ停ムルモノトス(一六八條)

不變期間及ヒ休暇事件ノ期間ヲ除キ其他ノ期間ハ裁判所ノ休暇ニ依リテ進行ヲ停止ス而シテ其期間ノ殘餘ノ部分ハ休暇ノ終ヲ以テ其進行ヲ始メ期間ノ始期カ休暇ニ當ルトキハ其期間ノ進行ハ休暇ノ終ヲ以テ始マル裁判所ノ休暇トハ毎年七月十一日ヨリ九月十日ニ至ルノ間ヲ云フモノニシテ(裁構一二七條)休暇事件トハ裁判所構成法第一二八條、第一二九條ニ掲ケタル事件ヲ謂フ(一六八條)

第三　期間ノ計算

期間ヲ計算スルニ時ヲ以テスルモノハ即時ヨリ起算シ日ヲ以テスルモノハ初日ヲ算入セス一日ノ期間ハ二十四時トシ一箇月ノ期間ハ三十日トシ一箇年ノ期間ハ曆ニ從フ期間ノ終カ日曜日又ハ一般ノ祝祭日ニ當ルトキハ其日ヲ期間ニ算入セス(一六五條、一六六條)

第四　期間ノ伸縮

法定期間ハ不變期間ナルト其他ノ期間ナルトヲ問ハス裁判所ノ所在地ニ住居ヲ有セサル原告若クハ被告ノ爲メ其住居地ト裁判所所在地トノ距離ノ割合ニ應シ海陸路八里毎ニ一日ヲ伸長シ八里以外ノ端數三里ヲ超ユルトキハ亦一日ヲ伸長ス蓋シ裁定期間ニ在リテハ其距離ノ遠近ニ從ヒ期間ヲ適當ニ定ムルコトヲ得ルモ法定期間ニ在リテハ法律上一定セルモノナレハ其伸長ヲ爲スノ必要アリトス尙ホ外國又ハ島嶼ニ住所ヲ有スル原告若クハ被告ニ對シテハ便船等ノ都合アルヲ以テ裁判所ハ法定期間ニ關シ特ニ附加期間ヲ定ムルコトヲ得ルモノトス(一六七條)

不變期間ハ公益上ノ理由ニ基キ定メラレタル期間ナルヲ以テ前段ニ述フル里程猶豫ヲ與フル場合ノ外當事者合意ノ申立ニ依ルモ又裁判所ノ職權ヲ以テモ之ヲ伸縮スルヲ得サルモノトス其他ノ法定期間及ヒ裁定期間ハ左ノ場合ニハ伸長若クハ短縮スルコトヲ得

(イ) 當事者合意ノ申立アリタルトキ(一七〇條一項)

(ロ) 當事者一方ノ申立アリテ顯著ナル理由アルトキ　然レトモ法定期間ノ短縮伸長ハ此法律ニ特定

0284

シタル場合ニ限ル(一七〇條二項)

(八)　同一期間ノ再度ノ伸長ハ合意アルトキハ之ヲ許スコトヲ得ヘキモ若シ合意ナキトキハ相手方ヲ審訊シタル後之ヲ許スコトヲ得(ク又相手方カ異議ヲ述ヘタルトキハ顯著ナル差支ノ理由及ヒ其差支ヲ除去スルニ特別ノ困難アルコトヲ證明シタルトキニ限リ之ヲ許スコトヲ得ヘシ訴訟代理人ノ差支ノ原因スル再度ノ伸長ハ合意ノ外之ヲ許サス(一七一條三項)

右期間伸縮ノ申請ヲ當事者ヨリ爲スニ當リテハ申請ノ理由ハ之ヲ疏明スヘク又其申請ハ書面若クハ口頭ヲ以テ爲スコトヲ得ヘク申請ノ裁判ハ口頭辯論ヲ經スシテ之ヲ爲スコトヲ得(一七一條一項、二項)期間伸長ニ付テノ申請ヲ却下スル裁判ニ對シテハ不服ヲ申立ツルコトヲ得ス(一七一條五項)而シテ期間カ伸長セラレタルトキハ新期間ハ別ニ期間ノ滿了ヨリ之ヲ起算スヘキモノトス(一七〇條三項)

第四節　懈怠ノ結果及ヒ原狀回復

懈怠トハ訴訟當事者カ法定ノ時期ニ爲スヘキ訴訟行爲ヲ爲ササルコトヲ謂フ例ヘハ口辯論期日ニ適式ノ呼出ヲ受ケナカラ出頭セサルカ如キ又ハ不變期間內ニ故障ノ申立控訴ノ申立ヲ爲ササルカ如キ是ナリ而シテ訴訟行爲ヲ懈怠シタル當事者ハ法律ニ於テ其追完ヲ許ス場合ノ外ハ其訴訟行爲ヲ爲スノ權利ヲ喪失スルモノトス(一七三條一項)法律上追完ヲ許ス場合ハ第四五條第三項、第七〇條第三項、第一七四條、第二六〇條第三項、第二八四條、第二八八條是ナリ

懈怠ノ結果即チ訴訟行爲ヲ爲スノ失權ハ相手方ノ申立ヲ要セス當然生スルヲ本則トス然レトモ法律ニ於テ失權ヲ爲サシムルコトニ付キ相手方ノ申立ヲ要スル旨ヲ規定シタル場合ハ相手方ノ申立ニ依リテ始メテ失權ノ效果ヲ生スルモノトス(一七三條二項)相手方ノ申立ヲ要スル場合ハ第九〇條、第一二八條、第一七八條、第一八三條、第二四六條、第二四八條、第二六三條、第二六五條、第三九三條、第四二九條第四四四條等是ナリ

原狀回復トハ不變期間懈怠ノ結果ヲ除却スルコトヲ謂フ不變期間以外ノ期間ハ當事者ノ申立若クハ職權ヲ以テ事情ニ因リ之ヲ伸縮スルコトヲ許スト雖モ不變期間ハ絕對ニ其伸縮ヲ許サス隨テ當事者ノ過失ナクシテ期間ヲ遵守スル能ハサル場合ニ於テ懈怠ノ結果ヲ被ムラシムルハ過酷ニ失スルヲ以テ之カ救濟方法トシテ原狀回復ノ手續ヲ設ケタリ即チ左ノ如シ

第一　原狀回復ノ要件

原狀回復ノ申立ニハ次ノ條件ヲ具備スルコトヲ要ス(一七四條)

(イ)　天災其他避クヘカラサル事變ノ爲メニ原告若クハ被告カ不變期間ヲ遵守スルコトヲ得サリシコト

(ロ)　原告若クハ被告カ故障期間ヲ懈怠シタルトキハ其過失ニ非スシテ闕席判決ノ送達ヲ知ラサリシコト

右ノ條件ヲ具備スルトキハ不變期間ヲ遵守スルコトヲ得サリシ原告若クハ被告ハ原狀回復ノ申立ヲ爲スコトヲ得

第二　原狀回復申立ノ期間(一七五條)

原狀回復ハ十四日ノ期間內ニ之ヲ申立ツルコトヲ要ス此期間ハ障碍ノ止ミタル日ヲ以テ始マル又此期間ハ當事者ノ合意ニ因リ之ヲ伸長スルコトヲ得ス而シテ右原狀回復ニ付テノ條件ヲ具備スルモ懈怠シ

0285

タル不變期間ノ終ヨリ起算シテ一箇年ノ滿了後ハ原狀回復ヲ申立ツルコトヲ許サス蓋シ其時期ニ付キ何等ノ制限ヲ設ケサルトキハ訴訟關係ヲシテ永遠ニ不確定ナラシムルノ弊害アレハナリ而シテ原狀回復申立ノ期間ハ伸長スルヲ得サルモ不變期間ニ非ス故ニ裁判所ノ休暇ニ依リテ其進行ヲ停止スルモノトス

第三　原狀回復申立ノ方式（一七六條）

原狀回復ハ追完スル訴訟行爲ニ付キ裁判ヲ爲ス權アル裁判所ニ書面ヲ差出シテ之ヲ申立ツヘシ

此書面ニハ左ノ諸件ヲ具備スルコトヲ要ス

第一　原狀回復ノ原因タル事實　即チ天災其他避クヘカラサル事實ノ爲メニ已ムヲ得ス不變期間ヲ遵守スルコトヲ得サル事實又ハ其過失ニ非スシテ闕席判決ノ送達ヲ知ラサリシ事實

第二　原狀回復ノ疏明方法

第三　懈怠シタル訴訟行爲ノ追完　追完トハ懈怠セサリシトキハ當事者ノ爲シ得ヘキ行爲ヲ謂フ例ヘハ故障申立ノ行爲ノ如シ

即時抗告ノ提出ヲ懈怠シタルトキハ原狀回復ノ申立ハ不服ヲ申立テラレタル裁判ヲ爲シタル裁判所又ハ抗告裁判所ニ之ヲ爲スコトヲ得（一七六條）

第四　原狀回復ノ申立ニ付テノ訴訟手續

原狀回復ノ申立ニ付テノ訴訟手續ハ追完スル訴訟行爲ニ付テノ訴訟手續ト之ヲ併合ス然レトモ裁判所ハ先ツ申立ニ付テノ辯論及ヒ裁判ノミニ其訴訟手續ヲ制限スルコトヲ得ヘク而シテ申立ノ許否ニ關スル裁判及ヒ其裁判ニ對スル不服申立ニ付テハ追完スル訴訟行爲ニ於テ行ハルヘキ規定ヲ適用ス故ニ原狀回復ノ申立ヲ却下スル裁判ハ終局判決ニシテ之ヲ許ス判決ハ中間判決ナルヲ以テ原狀回復ノ申立ヲ却下スル裁判ニ對シテハ獨立シテ上訴ヲ爲スコトヲ得ルモ之ヲ許ス裁判ニ對シテハ獨立シテ上訴ヲ爲スコトヲ得ス特ニ原狀回復ノ申立ヲ爲シタル原告若クハ被告ハ其口頭辯論ニ出頭セサル爲メ闕席裁判ヲ受ケタルトキハ之ニ對シテ故障ヲ申立ツルコトヲ得サルモノトス（一七七條一項二項）

原狀回復ノ費用ハ申立人之ヲ負擔ス　但相手方ノ不當ナル異議ニ因リ生シタルモノハ此限ニ在ラス（一七七條三項）

第五節　訴訟手續ノ中斷、中止及ヒ休止

訴訟手續ノ中斷、中止及ヒ休止ヲ總稱シテ訴訟手續ノ停止ト云フ即チ何レモ訴訟手續ノ進行ヲ停止スルモノナリ而シテ中斷トハ當事者又ハ裁判所ノ行爲ニ依ラスシテ或事實ノ發生ニ基キ當然訴訟手續ヲ停止スルヲ謂フ例ヘハ當事者カ死亡シタルカ如シ中止トハ當事者ノ申立ニ因リ又ハ裁判所ノ職權ヲ以テ訴訟手續ノ進行ヲ停止スルコトヲ謂ヒ休止トハ當事者ノ意見ノミニ因リテ訴訟手續ノ進行ヲ停止スルコトヲ謂フ

第一　訴訟手續ノ中斷

中斷ノ原因ト爲ルヘキ事項ヲ擧クレハ左ノ如シ

（一）　原告若クハ被告ノ死亡　原告若クハ被告ノ死亡シタル場合ニ於テハ承繼人カ訴訟手續ヲ受繼ク迄之ヲ中斷スヘキモノトス而シテ訴訟手續ノ受繼タルヤ適當ノ時期ニ於テ之ヲ爲ササルヘカラサルヲ以テ若シ承繼人カ訴訟手續ノ受繼ヲ遲滯シタルトキハ裁判所ハ申立ニ因リ受繼及ヒ本案ノ辯論ヲ始メ

0286

其承繼人ヲ呼出スヘキモノトス此場合ニ承繼人カ期日ニ出頭シテ訴訟ヲ受繼キタルトキハ訴訟手續ノ中斷ハ茲ニ終了スルヲ以テ直チニ訴訟手續ヲ進行スヘキモノナレトモ之ニ反シテ其呼出サレタル者カ受繼ノ義務ヲ爭ヒタルトキハ此點ニ付テ裁判ヲ爲ササルヘカラス

又承繼人カ期日ニ出頭セサルトキハ裁判所ハ申立ニ因リ相手方ノ主張シタル承繼ヲ自白シタルモノト看做シ且裁判所ハ闕席判決ヲ以テ承繼人訴訟手續ヲ受繼キタリト言渡スモノトス此裁判ニ對シテハ故障ヲ爲シ得ルヲ以テ此點ニ關スル裁判ノ確定セサル間ハ本案ノ辯論ヲ爲スモ無益ニ歸スルノ恐アリ故ニ本案ノ辯論ハ故障期間ノ滿了後之ヲ爲シ又故障ヲ申立テタルトキハ其完結後始メテ之ヲ爲スヘキモノトス（一七八條）

（二）破產ノ開始　原告若クハ被告ノ財產ニ付キ破產ノ開始シタル場合ニ於テ若シ訴訟手續カ其破產財團ニ關スルトキハ破產ニ付テノ規定ニ從ヒ管財人ヨリ訴訟手續ヲ受繼ク迄又ハ破產手續ヲ解止スル迄其訴訟手續ハ之ヲ中斷スルモノトス蓋シ破產宣告ニ依リ破產者ハ破產手續ノ繼續中自己ノ財產ヲ占有シ管理シ及ヒ處分スル權利ヲ失フモノナレハナリ（一七九條）

右ハ死亡シタル原告若クハ被告ノ遺產ニ付キ破產ヲ開始シタル場合ニ於テモ亦同一ナリトス（一八一條）

（三）原告若クハ被告ノ訴訟能力ノ喪失法定代理人ノ死亡及ヒ其代理權ノ消滅ハ原告若クハ被告カ禁治產ノ宣告ヲ受ケタルカ如キ訴訟能力ヲ失ヒタル場合又ハ法定代理人カ死亡シ又ハ其代理權カ原告若クハ被告ノ訴訟能力ヲ得ル前ニ消滅シタル場合ニハ訴訟手續ハ法定代理人又ハ新法定代理人カ其任設ヲ相手方ニ通知シ又ハ相手方カ其訴訟手續ヲ續行スルコトヲ其代理人ニ通知スル迄訴訟手續ヲ中斷ス（一八〇條）

（四）原告若クハ被告カ死亡シ訴訟手續ヲ中斷スル場合ニ於テ訴訟手續ノ受繼ニ關シ遺產ニ付キ管理人ヲ任設スルトキハ管理人カ其任設ヲ相手方ニ通知シ又ハ相手方カ訴訟手續ヲ續行センコトヲ管理人ニ通知スルマテ中斷ス（一八一條、一八〇條）

（五）戰爭其他ノ事故ニ因リテ裁判所ノ行務ヲ止メタルトキハ其情況ノ繼續スル間訴訟手續ヲ中斷ス（一八二條）

（六）訴訟代理人ヲ以テ訴訟ヲ爲ス場合ニ於テ原告若クハ被告カ死亡シ又ハ訴訟能力ヲ失ヒ又ハ法定代理人カ死亡シ又ハ其代理權カ消滅スルトキハ委任消滅ノ通知ニ因リテ訴訟手續ヲ中斷ス（一八三條）

而シテ原告若クハ被告カ死亡シタル場合ニハ前段第一號ニ準シ法定代理人若クハ管理人カ受繼ヲ爲ス場合ニハ前段第三號第四號ニ準シ受繼アル迄訴訟手續ヲ中斷スルモノトス（一八三條二項）

第二　訴訟手續ノ中止

訴訟手續ノ中止ハ裁判所之ヲ命スルモノニシテ此訴訟手續ノ中止ヲ命スル決定ハ裁判所ノ職權ヲ以テスルコトアリ又當事者ノ申立ニ因ル場合ハ當事者カ受訴裁判所ニ訴訟手續中止ノ申請ヲ爲スヲ俟チテ其決定ヲ下スモノニシテ其申請ハ口頭ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得ヘク其裁判ハ口頭辯論ヲ經スシテ之ヲ爲スコトヲ得ヘキモノトス（一八五條）

訴訟手續中止ノ場合ハ左ノ如シ

（一）原告若クハ被告カ戰時兵役ニ服スルトキ

（二）官廳ノ布令、戰爭其他ノ事變ニ因リ受訴裁判所ト交通ノ絶エタル地ニ在ルトキ

0287

前二箇ノ場合ニ於テハ受訴裁判所ハ申立ニ因リ又ハ職權ヲ以テ障碍ノ消除スル迄訴訟手續ノ中止ヲ命スルコトヲ得ヘキモノトス（一八四條）

（三）主參加訴訟ノ提起アリタルトキ　此場合モ亦申立ニ因リ又ハ職權ヲ以テ訴訟手續ノ中止ヲ命スルコトヲ得ルコトハ既ニ述ヘタル所ノ如シ（五二條）

（四）人事訴訟中離婚又ハ離緣ノ訴訟ニ於テ和解ノ調フ見込アルトキハ裁判所ハ職權ヲ以テ一年間其訴訟ノ中止ヲ命スルコトヲ得（人訴一三條、二六條）

訴訟手續ノ中止ヲ命スル裁判ニ對シテハ當事者ハ抗告ヲ爲スコトヲ得ヘク又中止ノ申請ヲ却下シタル裁判ニ對シテハ即時抗告ヲ爲スヲ得ヘキモノトス（一八九條）

第三　訴訟手續中斷中止ノ效力

訴訟手續ノ中斷及ヒ中止ハ各期間ノ進行ヲ止メ又其中斷及ヒ中止ノ終リタル後更ニ全期間ノ進行ヲ始ムル效力ヲ有ス而シテ其中斷及ヒ中止ノ間本案ニ付キ爲シタル原告若クハ被告ノ行爲ハ他ノ一方ニ對シテ效力ナキモノトス但口頭辯論後ニ生シタル中斷ハ其辯論ニ基キテ爲スヘキ裁判ノ言渡ヲ妨クルコトナシ（一八六條）而シテ中斷若クハ中止シタル訴訟手續ノ受繼手續竝ニ中斷ニ關スル通知ハ當事者ヨリ其書面ヲ受訴裁判所ニ差出シ裁判所ハ之ヲ相手方ニ送達スルニ因リテ效力ヲ生ス（一八七條）

第四　訴訟手續ノ休止

我民事訴訟法ハ屢〻述ヘタルカ如ク不干涉主義ヲ採用シタル結果當事者カ訴訟手續ノ進行ヲ停止スルノ合意ヲ爲シタルトキハ之ヲ許容スヘキハ當然ナリ故ニ明カニ休止ノ合意ヲ爲シタルトキハ勿論若シ口頭辯論ノ期日ニ於テ當事者雙方カ出頭セサルトキハ其當事者雙方ハ訴訟手續ノ休止ヲ合意セルモノト看做シ訴訟手續ヲ休止ス而シテ其休止ハ更ニ當事者ノ一方ヨリ口頭辯論ノ期日ヲ定ムヘキコトヲ申立ツル迄繼續スルモノトス然レトモ此場合ニ於ケル休止ハ一箇年內ニ止マリ若シ其期間內ニ當事者ノ一方ヨリ此申立ヲ爲ササルトキハ本訴及ヒ反訴ヲ取下ケタルモノト看做サルヘキモノトス

訴訟手續休止ノ效力ハ訴訟手續ノ中斷及ヒ中止ノ效力ト大差ナシ即チ訴訟手續ノ休止ハ各期間ノ進行ヲ止メ其終リタル後更ニ全期間ノ進行ヲ始ムルノ效力ヲ有スト雖モ不變期間ノ進行ニ關シテハ之ヲ妨クルコトヲ得サルモノトス（一八八條）而シテ休止中ハ當事者ハ訴訟行爲ヲ爲スコトヲ得サルナリ

第四編　訴訟費用及ヒ保證

第一章　訴訟費用

訴訟費用トハ訴訟ニ關シ生シタル總テノ費用ヲ謂フモノニシテ之ヲ分チテ裁判費用及ヒ其他ノ費用トス裁判費用トハ當事者カ國家ニ對シテ支拂フヘキ費用ヲ謂ヒ其他ノ費用ハ之ヲ裁判費用ト稱スヘキニ非ス例ヘハ明治二十三年法律第六四號民事訴訟費用法ニ規定セル當事者相互ノ間若クハ證人、鑑定人等ノ爲メニ要シタル書類ノ筆記料、旅費、日當等ノ如キハ裁判費用ト稱スヘキニ非サルナリ

第一　訴訟費用ノ負擔

訴訟費用ハ當事者ニ於テ負擔スヘキモノニシテ國家ニ於テ之ヲ負擔スヘキニ非ス即チ民事訴訟法ハ私權保護ヲ目的トスルモノナレハ之ニ關スル費用モ亦當事者ニ於テ支辨スヘキモノナリ而シテ當事者カ訴訟費用ヲ負擔スルノ義務ハ私法的損害賠償ノ性質ヲ有スルモノニ非スシテ一種ノ公法上ノ義務ナリ

0288

トス何レノ當事者カ負擔スヘキヤニ付テハ次ノ法則ニ依ルモノトス

(一) 訴訟費用ハ敗訴者ニ於テ負擔スヘキモノトス但其費用ハ裁判所ノ意見ニ於テ相當ナル權利伸張又ハ權利防禦ニ必要ナリト認ムルモノニ限ル而シテ訴訟中ニ訴ヲ取下ケ請求ヲ抛棄シ又ハ相手方ノ請求ヲ認諾スル原告若クハ被告ハ敗訴ノ原告若クハ被告ト同シク其費用ヲ負擔スヘキモノトス(七二條)

當事者ノ各方一分ハ勝訴ト爲リ一分ハ敗訴ト爲ルトキハ其費用ヲ相消セシメ又ハ割合ヲ以テ分擔セシムヘキモノトス費用ヲ相消スルトハ各當事者ハ其支出シタル費用ヲ自ラ負擔シ他ノ一方ニ對シテ辨濟ヲ請求スルコトヲ得サルコトヲ謂フ而シテ割合ヲ以テ分擔セシムヘキヤ又相消セシムヘキヤハ裁判所ノ意見ニ依リテ定ムヘキナリ(七三條一項)然レトモ裁判所ハ相手方ノ要求格外ニ過分ナルニ非ス且別段ノ費用ヲ生セサリシトキ又ハ判事ノ意見ヲ鑑定人ノ鑑定若クハ相互ノ計算ニ因リ要求額ヲ定ムルニ非サレハ容易ニ過分ノ要求ヲ避クルコトヲ得サリシ場合ナルトキハ當事者ノ一方ニ訴訟費用ノ全部ヲ負擔セシムルコトヲ得ヘシ(七三條二項)

無益ナル上訴又ハ取下ケタル上訴ノ費用ハ之ヲ提起シタル原告又ハ被告ニ於テ負擔スヘキモノトス(七七條)無益ナル上訴トハ控訴、上告ヲ爲シタル場合ニ其上訴カ形式上若クハ實體上理由ナキモノトシテ棄却セラレタルコトヲ謂フ

(二) 本案ノ勝訴者ト爲リタルニ拘ハラス尙ホ訴訟費用ヲ負擔スヘキ場合アリ左ノ如シ

(イ) 被告直チニ請求ヲ認諾シ且其作爲ニ因リ訴ヲ起スニ至ラシメタルニ非サルトキハ原告ハ本案ノ勝訴ト爲ルニ拘ハラス訴訟費用ヲ負擔セサルヘカラス(七四條)

(ロ) 期日若クハ期間ヲ懈怠シ又ハ自己ノ過失ニ因リ期日ノ變更辯論ノ延期、辯論續行ノ爲メニスル期日ノ指定、期間ノ延長其他訴訟ノ遲滯ヲ生セシメタル原告若クハ被告ハ本案ノ勝訴者ト爲リタルニ拘ハラス之カ爲メニ生シタル費用ヲ負擔スヘキモノトス(七五條)

(ハ) 無益ナル攻擊防禦ノ方法(證據方法ヲ包含ス)ヲ主張シタル原告若クハ被告ハ本案ノ勝訴者ト爲ルモ裁判所ハ意見ニ因リテ其方法ノ費用ヲ負擔セシムルコトヲ得(七六條)

(ニ) 上訴審ニ在リテハ原告若クハ被告カ前審ニ於テ主張スルコトヲ得ヘカリシ事實又ハ攻擊若クハ防禦ノ方法ヲ新ニ提出スルニ因リ勝訴者ト爲リタルトキハ裁判所ノ意見ニ因リ其原告若クハ被告ニ上訴費用ノ全部又ハ一分ヲ負擔セシムルコトヲ得(七八條二項)

(三) 當事者カ訴訟物ニ付キ和解ヲ爲シタルトキハ其訴訟ノ費用及ヒ和解ノ費用ハ當事者別段ノ合意ヲ爲シタルトキノ外ハ相消シタルモノト看做ス(七九條)

(四) 共同訴訟ノ場合ニ在テハ法律ノ規定ニ從ヒ費用ニ付キ共同訴訟人ノ連帶義務ノ生セサルトキニ限リ共同訴訟人ハ相手方ニ對シ平等ニ費用ヲ負擔ス然レトモ共同訴訟人ノ訴訟ニ於ケル利害關係著シク相異ナルトキハ裁判所カ其利害關係ノ割合ニ從ヒ費用ヲ負擔セシムルコトヲ得ヘク又共同訴訟人中ノ或人カ特別ノ攻擊防禦ノ方法ヲ主張シタルトキハ他ノ共同訴訟人ハ之カ爲メニ生シタル費用ヲ負擔セサルモノトス(八〇條)

(五) 從參加ニ對シ原告若クハ被告カ異議ヲ述ヘタルトキハ其異議ニ付テノ決定ニ於テ從參加人ト其原告若クハ被告トノ中間訴訟ノ費用ニ付キ前第一號第二號ニ述ヘタル法則ニ基キ費用ノ負擔者ヲ裁判スヘク又從參加ヲ許シタルトキ又ハ異議ヲ述ヘサルトキハ本訴訟ノ判決ニ於テ從參加人ト相手方ナル原告若クハ被告トノ間ニ從參加ニ因リテ生シタル費用ニ付テモ亦前段ノ法則ニ從ヒ負擔者ヲ裁判スヘ

0289

キモノトス(八一條)

以上述ヘタル所ハ訴訟當事者カ訴訟費用ヲ負擔スヘキ場合ナレトモ右ノ外第三者ヲシテ訴訟費用ノ負擔ヲ命スルコトアリ即チ裁判所書記、法定代理人、辯護士其他ノ代理人及ヒ執達吏ノ過失又ハ懈怠ニ因リ費用ノ生シタルトキハ此等ノ者ニ當事者ノ申立ニ因リ若クハ職權ヲ以テ其費用ノ辨濟ヲ負擔セシムルコトヲ得ヘシ(八三條)

第二　訴訟費用負擔ニ關スル裁判

訴ノ取下、請求ノ拋棄、認諾、和解竝ニ上訴取下ノ場合ニ於テハ特ニ裁判ヲ要セス訴訟費用ノ負擔者ハ定マルモノナリト雖モ其他ノ場合ニ於テハ裁判ニ依リテ負擔者ヲ定ムルモノトス其裁判ハ當事者ノ申立ヲ要セス裁判所ノ職權ヲ以テ本案ノ終局判決ト共ニ爲スヘキモノナリ唯一分判決ヲ爲ス場合ニ於テハ後ノ裁判ニ讓ルコトヲ得ヘシ(二三一條二項)又上訴審ニ於テ上訴ヲ棄却スル場合ニ於テハ其上訴ニ關スル費用ノミニ付キ裁判ヲ爲スヘキモノナリト雖モ若シ前審ノ裁判ノ全部又ハ一分ヲ廢棄若クハ破壞スルトキハ訴訟ノ總費用ノ裁判ハ本案ノ終局裁判ト併合シテ更ニ之ヲ爲スヘキモノトス(七八條一項)故ニ上訴審ニ於テ訴訟事件ヲ原裁判所ニ差戻シ若クハ移送スル判決ヲ爲ストキハ其判決ハ終局裁判ト稱スヘキニ非サルヲ以テ差戻若クハ移送ヲ受ケタル裁判所ニ於テ全訴訟費用ノ負擔ヲ定ムル裁判ヲ爲ササルヘカラス

次ニ中間判決ニ於テハ訴訟費用負擔ニ關スル裁判ヲ爲スヘキモノニ非ス訴訟費用ノ裁判ヲ終局判決ニ讓リタル理由ハ訴訟ノ終局ニ至ラサレハ何レノ當事者カ費用ヲ負擔スヘキヤヲ定ムル能ハサルニ基因シタルモノニシテ隨テ中間判決ニ於テハ假令其中間判決カ上訴ニ關シテ終局判決ト看做スヘキモノト雖モ尙ホ費用ノ裁判ヲ爲スヲ得サルナリ唯强制執行ニ關シテ終局判決ト看做スヘキ中間判決ニ至リテハ其請求全部ニ付キ終局ノ裁判ヲ爲スモノナルヲ以テ費用負擔ノ裁判ヲ爲スヲ得ルモノトス

費用ノ點ニ限リタル裁判ニ對シテハ獨立シテ不服ヲ申立ツルコトヲ得ス唯本案裁判ニ對シ許スヘキ上訴ヲ提起シ且之ヲ進行スルトキ若クハ相手方ノ上訴ニ附帶スル場合ニ限リ不服ヲ申立ツルコトヲ得ヘシ(八二條)

以上述ヘタル所ハ主タル當事者ニ對スル訴訟費用負擔ニ關スル裁判ナリト雖モ從參加異議ノ中間訴訟ニ付テハ其決定ト共ニ異議ニ關スル訴訟費用負擔ノ裁判ヲ爲スヘク(八一條)又裁判所書記、訴訟代理人、執達吏ノ過失、懈怠ニ因リテ生シタル費用ノ裁判ハ特別ノ決定ヲ以テ其負擔者ヲ定ムル裁判ヲ爲ス後者ノ場合ニハ其裁判ヲ爲ス前關係人ニ口頭又ハ書面ヲ以テ陳辯ヲ爲スノ機會ヲ與ヘサルヘカラス而シテ其裁判ハ口頭辯論ヲ經スシテ爲スコトヲ得ヘク其裁判ニ對シテハ即時抗告ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得ルモノトス(八三條)

第三　訴訟費用額ノ確定

訴訟費用負擔ノ裁判ハ前第二ニ述ヘタル方法ニ依ルト雖モ其數額ヲ定ムルハ費用額確定ノ手續ニ依ラサルヘカラス其手續左ノ如シ

(一)　當事者ヨリ費用額確定ノ申請ヲ爲スヘキモノトス其申請ハ書面若クハ口頭ヲ以テ第一審ノ受訴裁判所ニ之ヲ爲スモノナリト雖モ原則トシテ執行シ得ヘキ裁判ニ依ルトキニ限リ之ヲ爲スコトヲ得ルモノトス執行シ得ヘキ裁判トハ確定判決若クハ假執行宣言ヲ附セラレタル判決ヲ謂フ但訴ノ取下、請求ノ拋棄、請求ノ認諾若クハ上訴ノ取下ノ場合ニ於テハ執行シ得ヘキ裁判存セサルヲ以テ執行シ得ヘ

0290

キ裁判ニ依ラサルモ費用額確定ノ申請ヲ爲スコトヲ得而シテ申請ニハ費用計算書、相手方ニ付與スヘキ計算書ノ謄本及ヒ各箇費用額ノ疏明ニ必要ナル證書ヲ添附セサルヘカラス(八四條)

(二) 費用額確定ノ申請ニ付テハ裁判所ハ口頭辯論ヲ經若クハ口頭辯論ヲ經スシテ決定ヲ以テ確定ノ裁判ヲ爲ス此裁判ニ對シテハ即時抗告ヲ爲スコトヲ得裁判所ハ費用額確定ノ裁判ヲ爲ス前裁判所書記ニ費用計算書ノ計算上ノ檢査ヲ命スルコトヲ得ヘク又相手方ニ計算書ヲ付與シテ裁判所ノ定ムル期間內ニ陳述ヲ爲スヘキ旨ヲ催告スルコトヲ得ヘシ(八五條)

當事者カ訴訟費用ノ全部又ハ一分ヲ割合ニ從ヒ分擔スヘキトキハ裁判所ハ費用額確定決定ヲ爲ス前相手方ニ裁判所ノ定ムル期間內ニ其費用ノ計算書ヲ差出スヘキ旨ヲ催告セサルヘカラス相手方ハ此期間ヲ徒過シタルトキハ費用額確定決定ハ相手方ノ費用ヲ顧ミスシテ之ヲ爲スヘシ然レトモ相手方ハ後ニ自己ノ費用ヲ以テ其費用額確定ノ申請ヲ爲スコトヲ得ルナリ(八六條)

第二章　保　證

保證トハ當事者一方ノ訴訟行爲ニ因リ相手方ニ被ラシムル損害ヲ賠償セシメンカ爲メ擔保ヲ供セシムルコトヲ謂フ而シテ保證ニハ訴訟費用ニ關スル保證、强制執行ニ關スル保證、假差押假處分ニ關スル保證等法律ノ規定數多アリト雖モ其保證ヲ立ツルノ方法ニ至リテハ當事者カ別段ノ合意ヲ爲シタル場合又ハ法律ニ於テ保證ヲ定ムルコトヲ裁判所ノ自由ナル意見ニ任スル場合ヲ除ク外裁判所ノ意見ニ於テ擔保ニ十分ナリトスル現金又ハ有價證券ヲ供託法ニ從ヒ供託シテ之ヲ爲スモノトス(八七條)而シテ本章ニ於テ特ニ說明スヘキハ外國人ニ付テノ保證是ナリ

第一　外國人カ原告ト爲リ訴ヲ起シ又ハ原告ノ從參加人タルトキハ被告カ外國人タト內國人タルトヲ問ハス被告ノ請求アルトキハ訴訟費用ニ付キ保證ヲ立テサルヘカラス是レ外國人タル原告若クハ從參加人カ被告ニ對シ訴訟費用ヲ支拂フヘキ義務ヲ生シタル場合ニ我國ヲ去リタルトキハ被告ハ費用ノ辨濟ヲ受クルニ非常ノ困難ヲ生スル虞アルヲ以テナリ然レトモ次ノ場合ニ於テハ保證ヲ立ツルノ義務ヲ免除セラルルモノトス(八八條)

(一) 國際條約又ハ原告ノ屬スル國ノ法律ニ依リ本邦人カ同一ノ場合ニ於テ保證ヲ立ツル義務ナキト キ

(二) 反訴ノ場合

(三) 證書訴訟及ヒ爲替訴訟ノ場合

(四) 公示催告ニ基キ起シタル訴ノ場合

第二　外國人ニ保證ヲ立テシムヘキ場合ニ於テハ裁判所ハ其數額ヲ決定ヲ以テ確定セサルヘカラス而シテ其數額ヲ確定スルニハ被告ノ訴ヲ受クルカ爲メ各審級ニ於テ支出スヘキ訴訟費用ノ額ヲ標準ト爲スヘキモノトス(八九條一項、二項)

訴訟ノ進行中ニ保證ニ付キ不足ヲ生シ且被告カ追增保證ヲ立ツヘキコトヲ請求スルトキハ當事者間ニ爭ナキ請求ノ部分カ擔保ニ十分ナル場合ノ外ハ裁判所ハ亦前段ノ手續ニ依リテ保證ノ數額ヲ定メサルヘカラス(八九條三項)

第三　外國人ニ保證ヲ立テシムヘキ場合ニハ裁判所ハ其期間ヲ定メサルヘカラス其期間經過後尙ホ保證ヲ立テサルトキハ裁判所ハ被告ノ申立ニ因リテ判決ヲ以テ訴ヲ取下ケタリト宣言シ又原告カ上訴ヲ

0291

爲シタルトキハ其上訴ヲ取下ケタリト宣言スヘシ(九〇條)

第三章　訴訟上ノ救助

民事訴訟ニ付テハ費用ヲ要スルモノナルヲ以テ其費用ヲ支辨スル能力ナキ者ハ私權ノ保護ヲ求ムルヲ得サルニ至ルヘシ是ヲ以テ法律ハ救助ノ方法ヲ設ケ費用ノ支拂ヲ爲ス能ハサル者ニ對シ一定ノ範圍内ニ於テ費用支拂ノ猶豫ヲ與ヘテ以テ私權保護ノ途ヲ全ウセシム訴訟上ノ救助即チ是ナリ然レトモ訴訟上ノ救助ハ訴訟費用ノ全部ニ對シテ之ヲ附與スルモノニ非スシテ其範圍ハ裁判費用竝ニ執達吏ニ關スル費用ニ限リ又全然支拂ノ義務ヲ免除スルニ非スシテ一時支辨ノ猶豫ヲ與フルニ過キサルモノトス

第一　訴訟上救助ノ要件

訴訟上ノ救助ハ次ノ條件ヲ具備スルトキニ限リ之ヲ附與スルモノトス(九一條)

(一)　自己及ヒ其家族ノ必要ナル生活ヲ害スルニ非サレハ訴訟費用ヲ出スコト能ハサル者ナルコト

(二)　目的トスル權利ノ伸張又ハ防禦ノ輕忽ナラス又ハ見込ナキニ非スト見ユルトキ

外國人ニ付テハ右二條件ノ外國際條約又ハ其屬スル國ノ法律ニ依リ本邦人カ同一ノ場合ニ於テ訴訟上ノ救助ヲ求ムルコトヲ得ルトキニ限リ之ヲ求ムルコトヲ得ヘシ(九二條)

第二　訴訟上救助申請ノ方式

訴訟上ノ救助ハ當事者ノ申請ニ依リ之ヲ付與スヘキモノトス而シテ其申請ハ次ノ諸件ヲ具備セサルヘカラス(九三條)

(一)　訴訟關係ヲ表明シ且證據方法ヲ開始スルコト

(二)　訴訟費用支拂無資力ノ證明書ヲ提出スルコト　此證明書ハ管轄市町村長ノ作成シタルモノニシテ原告若クハ被告ノ身分職業財產竝ニ家族ノ實況其納ムヘキ直稅ノ額ヲ開示シタルモノナルコト

右ノ申請ハ書面若クハ口頭ヲ以テ救助ヲ求ムル審級ノ裁判所ニ爲スヘキモノトス即チ訴訟上ノ救助ハ各審級ニ於テ各別ニ之ヲ付與スルモノナレハ訴訟カ第一審裁判所ニ繫屬シ又ハ訴ノ提起ヲ爲サントスル場合ナルトキハ第一審裁判所ニ之ヲ爲スヘク訴訟カ上級審ニ繫屬スルトキハ其裁判所ニ之ヲ爲ササルヘカラス但上級審ニ訴訟上ノ救助ヲ申請スルニ當リテハ若シ其當事者カ前審ニ於テ訴訟上ノ救助ヲ受ケタルモノナルトキハ特ニ無資力ノ證明ヲ爲スコトヲ要セス又相手方カ上訴ヲ爲シタル場合ナルトキハ訴訟上ノ救助ヲ求ムル原告若クハ被告ノ權利ノ伸張又ハ防禦カ輕忽ナラス又ハ見込ナキニ非スト見ユルト否トニ關セス上級裁判所ハ訴訟上ノ救助ヲ付與スルコトヲ得ヘシ(九四條)

第三　訴訟上救助ノ效力

訴訟上ノ救助ハ之ヲ付與セラレタル原告若クハ被告ニ次ノ效力ヲ生ス(九七條)

(一)　裁判費用(國庫ノ立替金ヲ包含ス)ヲ濟清スルコトノ假免除

(二)　訴訟費用ノ保證ヲ立ツルコトノ免除

(三)　送達及ヒ執行行爲ヲ爲サシムル爲メ一時無報酬ニテ執達吏ノ附添ヲ求ムル權利

右ノ外受訴裁所ハ必要ナル場合ニハ訴訟上ノ救助ヲ受ケタル原告若クハ被告ノ申立ニ因リ又ハ職權ヲ以テ一時無報酬ニテ辯護士ノ附添ヲ命スルコトヲ得

訴訟上ノ救助ヲ付與セラルルモ相手方ニ生シタル費用ヲ辨濟スル義務ニ影響ヲ及ホスヘキニ非ス(九八條)

又助救ヲ受ケタル當事者カ自己及ヒ家族ノ必要ナル生活ヲ害セスシテ費用ノ濟清ヲ爲シ得ルニ至ルトキハ假免除ヲ得タル數額ヲ直チニ追拂スルノ義務アリトス（一〇〇條）

訴訟カ確定判決、訴若クハ上訴ノ取下、拋棄、認諾若クハ和解ニ因リテ終了シ救助ヲ受ケタル當事者ノ相手方カ訴訟費用ヲ負擔スヘキ場合ニ於テハ其相手方ヨリ裁判費用ノ取立ヲ爲スヲ得ヘク又救助ヲ受ケタル當事者ニ附添シタル執達吏又ハ辯護士ハ亦自己ノ權利ニ依リテ費用確定ノ方法ヲ以テ其手數料及ヒ立替金ヲ取立ツルコトヲ得ヘシ（九九條）

訴訟上ノ救助ハ之ヲ受クル當事者ニ救助ニ必要ナル條件存セサリシトキ又ハ其條件消滅シタルトキハ裁判所ハ何時ニテモ之ヲ取消スコトヲ得ヘク（九五條）又之ヲ受ケタル當事者カ死亡シタル場合ニハ救助ノ效力ハ其承繼人ニ及ホサス直チニ消滅スルモノトス（九六條）

第四　訴訟上救助ニ關スル裁判

訴訟上救助ノ付與竝ニ辯護士附添ノ命令ニ付テノ申請、訴訟上救助ノ取消及ヒ數額追拂ノ義務ニ付テハ裁判所ハ檢事ノ意見ヲ聽キ決定ヲ以テ其裁判ヲ爲ス而シテ其裁判ハ口頭辯論ヲ經ルト否トハ裁判所ノ意見ニ依ルモノトス（一〇一條）

右裁判ニ對シテハ左ノ區別ニ從ヒ不服ヲ申立ツルコトヲ得（一〇二條）

（一）訴訟上ノ救助ヲ付與シ又ハ其取消ヲ拒ミ若クハ費用追ヲ命スルコトヲ拒ム決定ニ對シテハ檢事ニ限リ抗告ヲ爲スコトヲ得

（二）辯護士ノ附添ヲ命スル決定ニ對シテハ上訴ヲ爲スコトヲ得ス

（三）訴訟上ノ救助ヲ拒ミ若クハ取消又ハ辯護士ノ附添ヲ拒ミ又ハ費用ノ追拂ヲ命スル決定ニ對シテハ救助ノ申請ヲ爲シタル原告若クハ被告ニ限リ抗告ヲ爲スコトヲ得

民事訴訟法第一編　終

0293

法學士岩田一郎講述

民事訴訟法（第一編）

完

法政大學發行

0294

民事訴訟法第一編目次

第一編　緒論……一
第一章　民事訴訟法ノ發達……一
第二章　民事訴訟ノ意義及目的……二
第三章　民事訴訟法ノ意義及性質……三
第四章　民事訴訟ノ手段……五
第五章　民事訴訟法上ノ法律關係……六
第六章　民事訴訟法適用ノ範圍……七
第七章　民事訴訟ノ限界……一〇
第一節　民事訴訟ト仲裁手續……一〇
第二節　民事訴訟ト刑事訴訟……一〇
第三節　民事訴訟ト非訴事件……一一
第四節　民事訴訟ト行政訴訟……一二

0295

第九章　民事訴訟ノ沿革……一二
第二編　民事訴訟ノ機關……一三
第一章　司法權……一三
第二章　通常裁判所及特別裁判所……一四
第三章　民事裁判權……一六
第四章　裁判所ノ構成……一六
第一節　裁判所外部ノ構成……一七
第一款　裁判所ノ審級……一七
第二款　裁判所ノ管轄……一八
第三款　法定管轄……一九
第一項　事物ノ管轄……一九
第二項　事物ノ管轄ニ付第一審裁判所相互ノ關係……二六
第三項　土地ノ管轄……二九
第四項　裁判籍相互ノ關係……四〇
第五項　指定管轄……四一

第四款　合意管轄……四六
第五款　法律上ノ共助……五〇
第二節　裁判所內部ノ構成……五一
第一款　裁判所ノ組織……五一
第二款　裁判所ノ職員……五三
第三款　裁判所職員ノ除斥及忌避……五五
第三編　當事者……五九
第一章　當事者能力……五九
第二章　訴訟能力……六一
第三章　訴訟代理人及輔佐人……六九
第一節　訴訟代理人……六九
第二節　輔佐人……七九
第四章　共同訴訟……八〇
第五章　第三者ノ訴訟參加……八九
第一節　主參加……八九

第二節　從參加……九三
第三節　告知參加及ヒ指名參加……一〇〇
第四編　訴訟手續……一〇四
第一章　訴訟手續ノ原則……一〇四
第二章　訴訟手續進行ノ通則……一一三
第一節　口頭辯論及ヒ準備書面……一一三
第一款　準備書面……一一四
第二款　口頭辯論……一一八
第三款　調書……一二二
第二節　送達……一二五
第三節　期日及ヒ期間……一三五
第一款　期日……一三五
第二款　期間……一三七
第四節　懈怠ノ結果及ヒ原狀回復……一四〇
第五節　訴訟手續ノ中斷中止及ヒ休止……一四三
第五編　訴訟費用及ヒ保證……一四七

第一章　訴訟費用……一四七
第二章　保證……一五二
第三章　訴訟上ノ救助……一五四

民事訴訟法第一編目次終

0297

雜錄

○大審院判例要旨

○公訴附帶ノ私訴判決ニ對スル上訴　私訴ハ素ヨリ民事事件ナリト雖モ已ニ公訴ニ附帶シテ之ヲ刑事裁判所ニ提起シ該裁判所ノ判決ヲ受ケタル以上ハ其判決ニ對シ不服ヲ申立テ上訴ヲ爲サンニハ必ス刑事訴訟法ノ規定ニ從ヒ之ヲ不服ヲ申立テラレタル判決ヲ爲シタル裁判所ノ上級裁判所ノ刑事部ニ爲ササルヘカラサルコトハ刑事訴訟法ノ原則トスル所ニシテ公訴判決ニ對シ上訴アルト否トハ固ヨリ其間フ所ニアラス刑事訴訟法第二百九十條後段ノ場合即チ上告裁判所刑事部ニ於テ單ニ私訴判決ノミヲ破毀シ之ヲ他ノ裁判所ニ移ス言渡ヲ爲スヘキトキハ之ヲ其裁判所ノ民事部ニ移スヘキモノトシタルハ原則ニ對スル除外例ヲ設ケタルモノナルカ故ニ特ニ明文ヲ揭ケタルモノナリ右除外例ノ規定ニ依ルモ刑事裁判所カ言渡シタル判決ニ對シ上訴ヲ爲サンニハ其判決ノ公訴判決ニ係ルトキハ勿論私訴判決ノミニ係ルトキト雖モ必ス上級裁判所ノ刑事部ニ爲ササルヘカラサルコトヲ知リ得ヘシ（明治三十八年(オ)第六一四號明治三十九年三月二日第二民事部判決）

○相殺ノ表意方法ト訴訟代理人ノ權限　我現行民法ニ於テハ相殺ハ當事者ノ一方ヨリ相手方ニ對スル意思表示ニ因リテ成立スルモノトシ双方ノ合意ヲ必要トセス隨テ裁判上ノ相殺ヲ認メサルハ勿論ナリ又相殺ノ意思表示カ民法上ノ法律行爲ナルコトモ論ヲ俟タスト雖モ相手方ヨリ裁判上ノ請求ヲ受クルニ當リ相殺ノ意思ヲ表示シテ其請求ヲ拒ムハ法律上毫モ妨ケナキカ故ニ相殺ノ意思表示モ法

0298

律ノ行爲ノ解除若クハ取消ノ意思表示ト均シク訴訟上之ヲ爲シテ防禦法トスルコトヲ得ルモノト謂フヲ得ヘシ然リ而シテ訴訟代理人ハ民事訴訟法第六十五條第二項ノ現定ニ因リ特別委任ヲ要スル事項ヲ除ク外ハ委任ヲ受ケタル事件ニ付テハ必要ナル一切ノ行爲ヲ爲シ特ニ適宜ノ攻擊又ハ防禦方法ヲ提出スルコトヲ得ルト同時ニ相手方ノ攻擊又ハ防禦ニ對シテ其衝ニ當ラサルヲ得サルモノナルヲ以テ相手方ノ攻擊ニ對スル防禦トシテ相殺ノ意思表示ヲ爲シ又相手方ノ爲シタル意思表示ヲ受クルヲ得ルモノタルコトハ從來本院ノ判例トスル所ナリ（明治三十八年（ナ）第五七七號明治三十九年三月六日第一民事部判決）

○癈疾ノ意義　案スルニ刑法第三百條第二項ニ「其一目ヲ瞎シ一耳ヲ聾シ又ハ一肢ヲ折リ其他身體ヲ殘廢シ癈疾ニ致シタル者」トアリ其所謂癈疾トハ歐打創傷ノ爲メニ被害者ノ身神ノ健全ナル狀體ニ障礙ヲ生シタル場合ニ其障礙カ一時的ノモノニアラスシテ治療ノ望ミナク爲メニ被害者ヲシテ其健康狀體ノ全部又ハ一部ノ喪失ニ因リ終世不具ノ狀體ニ陷ラシムヘキモノヲ指シ其創傷ノ被害者ノ身體ニ及ホス影響カ一目ヲ瞎シ一耳聾シ一肢ヲ折リタルト同一ノ程度ニ達スルコトハ必ラスシモ之ヲ要セサルモノナリ何トナレハ刑法第三百條ニハ「其他身體ヲ殘廢シ癈疾ニ致シタル者」トアリテ概括的ノ文詞ヲ用ヰ何等ノ區別ヲ爲ササルヲ以テ被害者カ歐打創傷ノ爲メニ不具ノ狀態ヲ陷リタル以上ハ刑法第三百條第二項ニ所謂癈疾者タルコトヲ妨ケサルモノニシテ其輕重ハ之ヲ問フノ必要ナキヲ以テナリ（明治三十九年（れ）第一一六號同年三月五日宣告）

法學志林

第八卷第四號（第八十號）

毎月一回廿日發行
定價一冊拾貳錢
郵税壹錢
前金十冊郵税共壹圓貳拾錢

四月二十日發行

◎志林
- 最近判例批評　法學博士　梅謙次郎
- 手形ノ經濟上ニ於ケル作用ニ就テ　法學博士　山崎覺次郎
- 犯罪ノ觀念ヲ論ス　法學士　牧野英一
- 私權ノ保護ニ就テ　法學博士　仁井田益太郎
- 十九世紀ニ於ケル思潮ト法學　法學博士　筧克彦

◎法典
- 民法（横田法學士、梅法學博士、牧野法學士）
- 刑法（小畷法學士）
- 商法（佐竹法學士）

◎質疑錄
- 法典質疑錄解答異見　法學博士　梅謙次郎

◎纂論
- 清國司法制度ノ改革　法學士　三潴信三

◎判例
- 大審院判決例十件

◎雜報
- 司法機關ノ刷新ト實業界ノ意思疏通○司法官ノ淘汰○手形交換ノ發展○電車問題兇徒嘯衆事件ノ終結○微罪不檢擧ノ成績○贋物ノ書畫賣買ハ無效ナリヤ○珍無類ノ訴訟○兇徒嘯衆事件ノ辯論終結○電車値上問題ノ落著

◎記事
- ○校友會東京支部幹事會○校友會東京支部春期總會○校友會評議員會○校友會春季大會○校友大懇親會無招待售○校友會幹事、校友會東京支部幹事、校友推薦○法政人學事務刷新○討論會○法政速成科講談會○法政速成科修業生○實業懇和會○河原支部幹事送別會○校友有情會○圖書館閲覧館時間○圖書費寄附○校友異動○本誌編輯會○寄贈書目

發行所　法政大學
（電話番町一七四番）

0299

校外生規則摘要

一　十个月以上本大學ノ校外生タル者ニシテ本大學ニ入學スル者ハ入學金ヲ免除ス

一　講義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收證ヲ交付セス若シ發信ノ日ヨリ二十日ヲ過キヾ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驗及ヒ筆記試驗ヲ施行ス但時宜ニ依リ口述試驗ヲ爲ス

一　前項ノ試驗成蹟優等ナル者ハ本大學ノ學生又ハ聽講生ニ編入シ有志者間ノ奬學金ヲ以テ一學年中ノ授業料竝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驗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、主旨明瞭ニシテ解答ヲ要セスト認ムルモノハ解答ヲ付セス

一　質疑中有益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

明治三十九年五月十二日印刷（定價金參拾錢）
明治三十九年五月十五日發行

東京市牛込區牛込北町十番地
編輯兼發行者　萩原敬之

東京市四谷區四谷左門町五十八番地
印刷者　重利俊夫

東京市芝區明舟町十一番地
印刷所　金子活版所

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

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