

法政大学講義録

横田, 秀雄 / 豊島, 直通 / 板倉, 松太郎 / 村上, 隆吉 / 富井, 政章

(出版者 / Publisher)

法政大学

(巻 / Volume)

11

(号 / Number)

2学年の4

(開始ページ / Start Page)

1

(終了ページ / End Page)

115

(発行年 / Year)

1908-01-20

明治四十一年一月二十日發行

第貳學年ノ四

四十一年度

法政大學講義錄

第十一號

法政大學發行



四十一年度第十一號目次

民法物權第七章(至八〇五)

法學博士 富井 政章

民法債權 第二章第二節(至二四九)

法學士 橫 秀 雄

商法商行為第十章(至二八九)

法學士 村上 隆 吉

民事訴訟法第一編(至三六八)

法學士 板倉松 太郎

刑事訴訟法(至三三七)

法學士 豐 島 直 通

雜 錄 ○大審院判例要旨

ヨリ有體物ノ引渡ヲ受クルニ因リテ始メテ其効ヲ生スルコトハ消費貸借ノ場合トモ異ナル所ナシ使用貸借カ消費貸借ト等シク要物契約ノ一種ニ屬スルハ此點ニ在リテ存スルモノナリ但貸借ノ目的物ハ其性質ニ於テ代替物タルコトヲ必要トセス却テ代替物就中消費物ハ使用貸借ノ目的タルニ適セス隨テ此種ノ物ヲ以テ使用貸借ノ目的ト爲スハ實際上極メテ稀ナルヘシト雖モ法律ハ使用貸借ノ目的タル物ノ種類ヲ限定セサルヲ以テ有體ノ動産、不動産ハ其種類ノ何タルヲ論セス總テ使用貸借ノ目的タルコトヲ得ヘキモノト解釋セサルヘカラス然レトモ我民法ニ於テ物トハ單ニ有體物ノミヲ指シ無體物ハ其内ニ包含セサルヲ以テ當事者ノ一方カ相手方ヲシテ或財產權ヲ使用セシムルノ契約ハ使用貸借ヲ成立セシムルコトナカルヘキハ論ヲ俟タス而シテ此點ニ關スル立法例ハ區區ニシテ或ハ權利行使ヲ以テ使用貸借ノ目的ト爲シ或ハ權利行使ヲ以テ使用貸借ノ目的ト爲シタルトキハ物ノ貸借ニ關スル規定ヲ準用スルモノト爲セリ。

使用貸借ハ消費貸借ニ於ケルカ如ク物ノ處分ヲ目的トセスシテ單ニ其使用收益ヲ目的トスルモノナレハ當事者間ニ於ケル物ノ授受モ亦消費貸借ノ場合ト異ナリ單ニ貸主ノ占有ニ在リタル物ヲ容假ノ名義ニテ借主ノ占有ニ移シテ其支配ニ歸セシムルヲ唯一ノ目的トシ物ノ所有權ヲ借主ニ移轉スルノ效力ヲ生セザルモノトス換言スレハ使用貸借ニ在リテハ貸主ハ自己ノ占有スル物ヲ他日返還スル約ニテ借主ノ占有ニ移スモノニシテ借主ハ約束ノ趣旨ニ從ヒ同一物

民法債權 使用貸借 使用貸借ノ性質

ヲ以テ返還ノ責ニ任スルモノナレハ物ノ占有ハ絶対的ニ貸主ヨリ借主ニ移轉セズ隨テ借主ハ貸主トノ關係ニ於テハ常ニ容假ノ占有者ノ地位ニ立ツモノナリ是レ物ノ所有權ト占有權トヲ併セテ絕對的ニ借主ニ移轉スル消費貸借ノ場合ト趣ヲ異ニスル所ナリ

第三 使用貸借ハ當事者ノ一方カ相手方ヨリ受取リタル物ノ使用收益ヲ爲スコトヲ約スル契約ナリ

使用貸借ノ目的ハ借主ヲシテ物ノ使用收益ヲ爲サシムルニ在リ所謂使用收益トハ物ヲ毀損又ハ滅失セシムルコトナクシテ物ノ用法ニ從ヒ之ヲ使用シ又ハ其物ヨリ生ズル果實ヲ收取スルヲ謂フ例ヘハ田畑ヲ耕作シテ農産ノ收穫ヲ爲シ家屋ニ住居シ又ハ車馬ヲ乘用スルカ如シ蓋シ使用貸借ハ消費貸借ニ於ケルカ如ク物ヲ處分スルノ權利ヲ借主ニ與ルモノニ非ス此權利ハ有形的ノ處分ニ關スルト法律上ノ處分ニ關スルトニ論ナク依然トシテ所有者タル貸主ニ屬シ借主ハ唯所有者ニ屬スル使用收益ノ權利ヲ行フコトヲ得ルニ過キス但使用收益權ノ範圍ニ付テハ各場合ニ於ケル實際ノ事情ニ基キテ之ヲ定ムルコトヲ要スルモ特約ナキ限ハ使用借主ハ貸主ノ承諾ナクシテ本來定マレル物ノ用法ヲ變シ又ハ其物ニ有形的ノ變更ヲ加フルコトヲ得サルモノトス例ヘハ畑地ヲ變シテ田地ト爲シ乘用ノ馬ヲ牽曳用ニ供スルカ如シ

使用貸借カ物ノ使用收益ヲ目的トスルノ點ハ貸貸借ト異ナル所ナシト雖モ他ノ點ニ於テ差異アリ他ナシ賃貸借ニ在リテハ貸主ハ借主ニ對シ物ノ使用收益ヲ爲サシムル積極的ノ債務ヲ負擔スルモ使用貸借ニ在リテハ貸主ハ借主ヲシテ物ノ使用收益ヲ爲サシムルノミヲ以テ足り之ニ對シテ積極的債務ヲ負擔セサルコト是ナリ

第四 使用貸借ハ當事者ノ一方カ相手方ヨリ受取リタル物ヲ無償ニテ使用收益ヲ爲スコトヲ約スル契約ナリ

使用貸借ニ於テ借主ノ爲ス物ノ使用收益ハ無償ナルコト換言スレハ借主ハ物ノ使用收益ニ對シテ貸主ノ爲メニ何等ノ出捐ヲ爲ササルコトヲ必要トス故ニ使用貸借ハ無償ナルヲ以テ其成立ノ要素トシ必要的ニ無償契約タルヲ以テ借主カ物ノ使用收益ニ對シテ金錢其他ノ給付ヲ爲スコトヲ約シタルトキハ其契約ハ使用貸借ニ非スシテ場合ニ從ヒ或ハ貸貸借ト爲リ或ハ一種ノ無名契約ト爲ルヘシ

使用貸借ハ無償契約ナルヲ以テ時トシテハ有償タリ時トシテハ無償タル消費貸借殊ニ常ニ必ス有償タルコトヲ要スル貸貸借ト此點ニ於テ其性質ヲ異ニスルモノト謂フヘシ

第五 使用貸借ハ當事者ノ一方カ相手方ヨリ受取リタル物ヲ無償ニテ使用收益ヲ爲シタル後返還ヲ爲スコトヲ約スル契約ナリ

使用貸借ニ在リテハ貸主ハ物ノ所有權ヲ借主ニ移轉セズ唯後日返還ヲ爲スコトノ約束ノ下ニ目的物ノ占有ノミヲ借主ニ移轉スルニ過キサルコトハ既ニ説明スル所ノ如シ隨テ物ノ所持ハ一時貸主ヨリ借主ニ移轉スルモ其所持ハ契約ノ主旨ニ從ヒ更ニ借主ヨリ貸主ニ復歸スヘキ

モノナルコトハ、使用貸借ノ性質上、毫モ疑ナシ、是レ使用貸借ノ場合ニ於テハ、借主カ物ノ使用收益ヲ爲シタル後更ニ其物ヲ貸主ニ返還スルノ義務ヲ負フ所以ナリ

第二節 使用貸借ノ效力

使用貸借ニ在リテハ、貸主ハ使用貸借ノ目的タル物ヲ借主ニ引渡シ之カ使用收益ヲ爲サシムルノ消極的債務ヲ負擔シ、借主ハ貸主ヨリ受取リタル物ヲ占有シテ其使用收益ヲ爲スト同時ニ他方ニ於テ其物ヲ貸主ニ返還スルノ義務ヲ負擔スルヲ以テ、予ハ使用貸借ノ效力ヲ論スルニ當リ、貸主ノ權利義務ト、借主ノ權利義務トニ區別シ尙ホ後者ニ付キ物ノ使用收益ニ關スル借主ノ權利義務ト、借主ノ返還ノ義務ニ區別シテ説明スヘシ

第一款 使用貸主ノ權利義務

使用貸主ハ使用貸借ヨリ生スル效力トシテ、借主ニ對シテ借用物ノ返還ヲ要求スルノ債權ヲ有スルハ、説明ヲ要セスシテ明カナリ而シテ、使用貸主ハ使用貸借締結ノ際目的物ヲ借主ニ引渡シテ貸借契約ヲ成立セシムルノ外其契約ヨリ生スル效果トシテハ、借主ニ對シテ積極的ニ或給付ヲ爲スノ債務ヲ負擔スルコトナシ、唯借用物返還ノ爲メニ定メタル期限ノ到來ニ因リテ契約關係ノ終了スルマテハ、借主ヲシテ借用物ノ使用收益ヲ爲サシムルノ消極的債務ヲ負擔スルニ過キス、換言ス

レハ、貸主ハ返還ノ期間ノ到來スルマテハ、物ノ所有權又ハ其他實體上ノ權利ヲ理由トシテ、借主ニ對シテ物ノ返還ヲ要求スルコトヲ得サルモノトス、是レ貸主カ使用貸借ニ因リテ負擔スル唯一ノ債務ナリトス

使用貸主ハ、貸借ノ場合ト異ナリ、借主ニ對シテ物ノ使用收益ヲ爲サシムル積極的ノ義務ヲ負擔セサルコトハ、前述ノ如シ、是レ一ハ有償ニシテ他ハ無償ナルヨリ生スル結果タルニ外ナラス、隨テ使用貸主ハ贈與ノ場合ト等シク、貸借ノ目的タル物ニ關スル權利ノ欠缺及ヒ瑕疵ニ付キ擔保責任ヲ負ハサルモノトス、然レトモ、貸主カ其瑕疵又ハ欠缺ヲ知リテ之ヲ借主ニ告ケサルハ、純然タル不法行為ナルヲ以テ、借主カ之カ爲メニ損害ヲ被ムリタルトキハ、貸主ハ之ニ對シテ責任ヲ負ハサルヘカラス、故ニ此場合ニ付テハ、瑕疵ヨリ生スル擔保責任ニ關スル原則ヲ適用スヘキモノトス（五一條）

第二款 使用借主ノ權利義務

第一項 物ノ使用收益ニ關スル借主ノ權利義務

予ハ以下使用貸借ノ性質及ヒ使用貸借ニ關スル民法ノ特別規定ニ從ヒ目的物ノ使用收益ニ關スル借主ノ權利義務ヲ論スルニ當リ、借用物ノ使用收益、借用物ノ管理及ヒ借用物ニ關シテ生シタル請求權ニ區別シテ説明スヘシ

甲

借用物ノ使用收益 目的物ノ使用收益ニ關シテハ左ノ原則ニ從フヘキモノトス
第一 借主ハ契約又ハ其目的物ノ性質ニ因リテ定マリタル用法ニ從ヒ其物ノ使用收益ヲ爲ス
コトヲ要ス

使用借主ハ使用貸借ヨリ生スル效力トシテ物ノ使用收益ヲ爲スノ權利ヲ有スルモ其使用收
益ハ一定ノ制限内ニ於テ之ヲ爲スコトヲ要シ濫ニ之ヲ爲スコトヲ得ス而シテ使用貸借ノ目
的タル物ノ用法ニ付キ當事者間ニ特約アルトキハ借主ハ其特約ニ因リテ羈束セラレ物ノ使
用收益ヲ爲スニ當リ其特約ニ從フコトヲ要スルハ論ヲ俟タス又物ノ用法ニ付キ當事者間ニ
特約ナキト雖モ借主ハ物ノ性質上自ら定マレル用法ニ從ハサルヘカラス

第二 借主ハ貸主ノ承諾アルニ非サレハ第三者ヲシテ借用物ノ使用收益ヲ爲サシムルコトヲ
得ス

使用借主カ既ニ物ノ使用收益ヲ爲スノ權利ヲ有スル以上ハ其權利ノ範圍内ニ於テ目的物ヲ
轉貸シ第三者ヲシテ使用收益ヲ爲サシムルハ一見不可ナキカ如シト雖モ使用貸借ハ無償ニ
シテ貸主ハ借主ノ爲メニ一ノ恩惠的行爲ヲ爲スモノニ外ナラサルノミナラス借主其人ノ如
何ハ貸主ノ利害ニ重大ナル影響ヲ及ホスヲ以テ使用貸借ハ常ニ借主ノ一身ニ著眼シテ締結
セラルルモノト謂フヘシ故ニ使用借主ハ特ニ貸主ノ承諾ヲ經タル上第三者ヲシテ借用物ノ
使用收益ヲ爲サシムルハ格別其一己ノ獨斷ヲ以テ此種ノ行爲ヲ爲スコトヲ得サルモノトス

第三 借主カ物ノ使用收益ニ關スル前二項ノ義務ニ違背シタルトキハ貸主ハ契約ノ解除ヲ請
求スルコトヲ得

借主カ特約又ハ物ノ性質ニ因リ定マレル物ノ用法ヲ變シテ其使用收益ヲ爲シ又ハ貸主ノ承
諾ヲ得スシテ第三者ヲシテ物ノ使用收益ヲ爲サシメテ其義務ニ違背シタルトキハ貸主ニ於
テ之カ爲メニ生シタル損害ノ賠償ヲ請求スルノ權利ヲ有スルハ勿論其義務違背ノ制裁トシ
テ契約ヲ解除シ借主ヨリ借用物ヲ取戻シテ其利益ヲ保護スルノ必要アリ是レ民法カ第五九
四條第三項ニ於テ前掲ノ制裁ヲ設ケタル所以ナリ

乙

目的物ノ管理 使用貸借ニ在テハ目的物ノ管理ハ其使用收益ヲ爲ス借主ニ於テ之ヲ爲スヲ
以テ此關係上貸主ト借主トノ間ニ權利義務ノ關係ヲ生ス即チ左ノ如シ

第一 使用借主ハ善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ目的物ヲ保管スルコトヲ要ス

使用借主ハ貸主ニ對シテ使用貸借ノ目的タル特定ノ動産又ハ不動産ヲ返還スルノ義務ヲ負
フモノナレハ民法第四〇〇條ニ所謂債權ノ目的カ特定物ノ引渡ナル場合ニ該當シ借主ハ目
的物ノ返還即チ引渡ヲ爲スマテハ善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ保管スルノ責任ニ任シ此注意
ヲ怠リタルカ爲メニ生シタル目的物ノ滅失毀損ニ對シテ賠償ノ責任ヲ負ハサルヘカラス

第二 使用借主ハ貸主ニ對シテ借用物ノ管理上ニ於テ支出シタル必要費及ヒ有益費ノ償還ヲ
求ムルコトヲ得

0124

丙

使用借主カ借用物ニ關シテ費用ヲ出シタルトキハ貸主ト借主トノ間ニ費用償還ノ問題ヲ生スヘク所有者ト占有者トノ間ノ費用償還ノ權利義務ヲ規定セル民法第一九六條ハ此場合ニ準用スヘキモノトス是レ民法第五九五條第二項ニ依リ第五八三條ノ規定ヲ貸主ト借主トノ關係ニ準用スルヨリ生スル結果ナリ但必要費ニ付テハ民法第五九五條ハ特ニ規定ヲ設ケ借用物ノ管理上日常必要ナル費用即チ所謂通常ノ必要費ハ借主ニ於テ之ヲ負擔スヘキモノトセリ蓋シ此種ノ費用ハ物ノ使用收益ニ伴フ費用ニシテ收益ノ一部ヲ以テ之ヲ支辨スルハ普通ノ管理方法ナルカ故ニ借主カ既ニ借用物ノ使用收益ヲ爲ス以上ハ通常費モ亦借主ニ於テ負擔スルヲ公平ナリトスルヲ以テナリ之ニ反シテ所謂非常費(又ハ臨時費)ハ結局貸主ヲ利スルヲ以テ之ヲ支出シタル借主ハ貸主ニ對シテ其全部ノ償還ヲ求ムルノ權利ヲ有スルモノトス又有益費ニ付テハ之カ爲メニ生シタル借用物ノ價格ノ增加カ現存スル場合ニ限り貸主ハ借主ノ費シタル金額又ハ其増加額ニ付キ何レカ其一ヲ選擇シテ借主ニ償還ヲ爲スコトヲ要ス又借主ハ借用物ハ早晚貸主ニ返還セサルヘカラサルコトハ其當ニ豫期スヘキ所ナルヲ以テ費用ノ償還ニ付テハ惡意ノ占有者ト同視セラレ貸主ハ其償還請求ニ對シテ相當ノ猶豫期間ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得ヘク裁判所カ其請求ヲ正當ト認め之ヲ許可シタルトキハ其借主ハ費用ノ即時償還ヲ受クルコトヲ得サルモノトス

借用物ニ關シテ生シタル請求權 借主ハ契約ノ本旨ニ從ヒ借用物ノ使用收益ヲ爲スノ義務

アルヲ以テ借主カ契約ノ本旨ニ反スル使用收益ヲ爲シ之カ爲メニ貸主ニ損害ヲ被ラシメタルトキハ貸主ハ之ニ對シテ其賠償ヲ請求スルノ權利アルト同時ニ借主モ亦貸主ニ對シテ借用物ニ關シテ支出シタル必要費及ヒ有益費ノ償還ヲ請求スル權利ヲ有スルモノナリ而シテ此等當事者間ノ債權關係ヨリ生スル請求權ハ民法總則ノ規定ニ從ヒ十箇年ノ經過ニ因リ消滅時効ニ罹ラサル限ハ之ヲ行使スルコトヲ得ヘシト雖モ民法第六〇條ハ其權利行使ノ時期ヲ制限シ貸主カ借用物ノ返還ヲ受ケタル時ヨリ一年内ニアラサレハ之ヲ行使スルコトヲ得サルモノトセリ蓋シ此等相互間ノ債權債務ハ借用物返還ノ際當事者間ニ於テ之ヲ確定シ各自相手方ニ對シテ其履行ヲ要求スヘキモノニシテ之ヲ爲ササルハ其權利ノ行使ヲ等閑ニ付シタルモノト謂ハサルヘカラサルノミナラス時日ヲ經過スルニ於テハ證據湮滅シ事實ノ眞想ヲ得ルコト能ハサルヲ以テ長ク其權利行使ヲ許スニ於テハ有害ナル結果ヲ生スルニ至ルヘケレハナリ

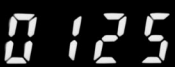
第二項 借用物返還ノ義務

借主ノ借用物返還ノ義務ニ關シテハ返還ノ目的物ト返還ノ時期トニ區別シテ説明スヘシ

甲 返還ノ目的物

使用借主ハ消費貸借ノ場合ト異ナリ貸主ヨリ引渡ヲ受ケタル物ノ使用收益ヲ爲シタル上更ニ同一物ヲ貸主ニ返還スルコトヲ要シ借用物ヲ處分シ同種ノ物ヲ貸主ニ引渡スノ義務ヲ負擔ス

民法債權 使用貸借 使用貸借ノ效力



主ノ占有中ニ滅失毀損シタルトキハ此滅失毀損ハ借主ノ返還ノ義務ニ如何ナル影響ヲ及ボス
（キヤノ問題ニ關シテハ債務ノ履行ニ關スル一般ノ原則ヲ適用スルヲ以テ足り使用貸借ニ固
有ナル特別規定ナシ故ニ借用物ノ滅失毀損カ借主ノ責ニ歸スヘカラサル事由ヨリ生シタルト
キハ借用物滅失ノ場合ニハ借主ハ其債務ヲ免レ其毀損ノ場合ニハ借主ハ其毀損シタル状態ヲ
以テ借用物ヲ返還スルヲ以テ足ルモノトス之ニ反シテ其滅失毀損カ借主ノ故意又ハ過失ニ基
因スルトキハ借主ハ之カ爲メニ生シタル損害ヲ賠償スルノ義務アリ

借主カ其使用貸借ヨリ生スル權原ニ基キ借用物ニ物ヲ附屬セシメタル場合ニ借用物カ不動産
ナルトキハ附屬物カ借用物ニ合シテ之ト一體ヲ成スニ至リタル場合ト雖モ借主ハ依然トシテ
附屬物ノ所有權ヲ保有スルヲ以テ其附屬物ヲ收去スルノ權利ヲ有スルハ論ヲ俟タズ然レトモ
附屬物ノ收去ハ往々ニシテ借用物ヲ毀損シ否ラサルモ借用物ノ原狀ニ變更ヲ生スヘク此毀損
變更ハ貸主ニ不利ナル結果ヲ生スルヲ以テ借主ハ之ヲ原狀ニ復シ貸主ヲシテ附屬物收去ノ爲
メ損害ヲ被ラシメサルコトヲ必要トス是レ第五九八條カ一方ニ於テ附屬物收去ノ權利ヲ借主
ニ認ムルト同時ニ收去ノ場合ニ於ケル原狀回復ノ義務ヲ之ニ負擔セシメタル所以ナリ

乙 返還ノ時期

使用貸借ニ於ケル借用物返還ノ時ニ關シテハ左ノ原則ニ從フヘキモノトス

第一 返還ノ時期ニ付、當事者間ニ特約アルトキハ借主ハ其期限ノ到來ヲ待テ返還ノ義務ヲ履行スヘキモノトス

第二 當事者カ返還ノ時期ヲ定メザリシトキハ左ノ方法ニ依リ返還ノ時期ヲ定ム

(イ) 契約ヲ以テ使用收益ノ目的ヲ定メタルトキ 此場合ニ於テハ借主カ契約ニ定メタル目的ニ從ヒ使用收益ヲ終リタルトキハ借主ハ使用貸借ニ依リテ企圖シタル目的ヲ達シタルモノニシテ最早ノ目的物ノ使用收益ヲ繼續スヘキ理由ナキヲ以テ借主ハ直チニ之ヲ返還スルノ義務アリ例ヘハ特定ノ集會ノ爲メニ家屋ヲ借用シタル場合ニ其集會ヲ終了シタルトキハ借主ハ直チニ其家屋ヲ返還スルコトヲ要スルカ如シ又借主カ未タ借用物ノ使用收益ヲ爲ササル場合ト雖モ其使用收益ヲ爲スニ足ルヘキ期間ヲ經過シタルトキハ借主ハ直チニ其返還ヲ請求スルコトヲ得ヘシ

(ロ) 契約ヲ以テ使用收益ノ目的ヲ定メザルトキ 貸主ハ何時ニテモ借用物ノ返還ヲ請求スルコトヲ得蓋シ當事者カ特定ノ返還ノ時期ヲ定メス又借用物ノ使用收益ノ目的上ヨリ自ラ定マレル期限ナキ限ハ借主ハ唯貸主ノ許容スル限ハ借用物ノ使用收益ヲ繼續スルコトヲ得ヘク貸主ヨリ返還ノ請求ヲ受ケタルトキハ何時ニテモ之ヲ返還スルノ義務ヲ負擔シタルモノト推定スヘキハ事理ノ當然ナルヲ以テナリ

第三節 使用貸借ノ終了

使用貸借ハ左ノ事由ニ因リテ終了ス

第一 貸借期限ノ満了

當事者カ豫メ貸借ノ期間ヲ定メタルトキハ使用貸借ハ其期間ノ満了ニ因リテ當然終了ス當事者カ返還ノ時期ヲ定メサリシ場合ニ使用收益ノ目的カ契約ニ因リテ定マリタルトキハ使用貸借ハ借主カ其使用收益ヲ終了シ又ハ其使用收益ヲ爲スニ必要ナル期間ノ満了後ニ至リ貸主ヨリ其返還ヲ請求スルニ因リテ終了ス契約ヲ以テ使用收益ノ目的ヲ定メサリシ場合ニ於テ貸主ヨリ返還ノ請求アリタルトキ亦同シ

第二 契約ノ解除

借主カ其義務ニ違背シタルトキ即チ善良ナル管理者ノ注意ヲ怠リ又ハ契約ノ本旨ニ反シタル使用收益ヲ爲シタルトキハ貸主ハ其義務違背ヲ理由トシテ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得此場合ニ於テハ使用貸借ハ貸主カ解除ノ意思表示ヲ爲シタル時ヲ以テ終了ス

第三 使用借主ノ死亡

使用貸借ハ無償ニシテ借主ノ爲メニスル一ノ恩惠的行爲ナルヲ以テ普通借主ノ一身ニ著眼シテ締結セラルルモノナリ隨テ借主ノ權利ハ專屬的ノ性質ヲ有スルヲ以テ借主ノミテ享有スルコトヲ得ヘク借主ノ相續人ニ於テ代リテ其地位ヲ繼承スルコトヲ得サルモノトス是レ法律カ使用貸借ハ借主ノ死亡ニ因リ當然消滅ニ歸スルモノトセル所以ナリ同一ノ理由ニ因リ借主ハ其權利ヲ他人ニ讓渡スコトヲ得サルモノトス

第七章 質貸借

第一節 質貸借ノ性質

民法第六〇一條ニ曰ク「質貸借ハ當事者ノ一方カ相手方ニ或物ノ使用收益ヲ爲サシムルコトヲ約シ相手方カ之ニ質金ヲ拂フコトヲ約スルニ因リテ其效力ヲ生ス」ト故ニ我民法ニ依ルトキハ質貸借ハ左ノ如ク定義ヲ與フルコトヲ得ヘシ

質貸借ハ當事者ノ一方カ相手方ニ或物ノ使用及ヒ收益ヲ爲サシムルコトヲ約シ相手方カ之ニ質金ヲ拂フコトヲ約スル契約ナリ

今此定義中ニ包含スル質貸借ノ觀念ヲ分析スルトキハ左ノ如シ

第一 質貸借ハ契約ナリ

質貸借ノ成立ニハ貸借人ヲシテ物ノ使用收益ヲ爲サシムルノ義務ヲ負擔スル質貸人ト物ノ使用收益ニ對シテ質貸人ニ質金ヲ支拂フノ義務ヲ負擔スル質借人トノ間ニ於テ物ノ使用收益ト

之ニ對スル貸金ノ支拂トニ付キ意思ノ合致即チ契約アルコトヲ必要トス而シテ(一)此契約ハ當事者ノ意思表示ノミニテ成立シ其意思表示ニ付キ別段方式ノ定ナキヲ以テ不要式契約ナリ(二)此契約ハ當事者ノ承諾ニ依リテ成立シ目的物ノ引渡ヲ必要トセザルヲ以テ諾成契約ナリ(三)此契約ニ因リ貸借人ハ物ヲ賃借人ノ用ニ供シ賃借人ハ之ニ對シテ貸金ヲ支拂ヒ各自互ニ出捐ヲ爲スモノナレハ有償契約ナリ(四)貸借債ハ當事者雙方ヲシテ債務ヲ負擔セシムルヲ以テ雙務契約ナリ

第二 貸借債ハ當事者ノ一方カ相手方ニ或物ノ使用収益ヲ爲サシムルコトヲ約スル契約ナリ 貸借債ノ成立ニハ當事者ノ一方即チ賃借人カ相手方即チ貸借人ニ對シ或物ノ使用収益ヲ爲サシムルコトヲ約スルコトヲ必要トス詳言スレハ貸借債ニ在テハ貸主ハ使用貸借ニ於ケルカ如ク單ニ借主ニ物ノ使用収益ヲ委シ之ヲ妨ケサルノ消極的債務ヲ負擔スルノミヲ以テ足レリトセス借主ヲシテ完全ニ物ノ使用収益ヲ爲スコトヲ得セシムル積極的債務ヲ負擔シ之カ爲メニ必要ナル設備ヲ爲スノ責ニ任スルモノナリ例ヘハ家屋ノ賃借人ハ貸借債ノ目的タル家屋破損ノ場合ニ之ヲ修繕シ賃借人ヲシテ完全ニ其家屋ヲ使用スルコトヲ得セシムルノ債務ヲ負擔スルカ如シ是レ貸借債カ使用貸借ト異ナル重要ノ點ナリトス

貸借人ハ賃借人ニ對シ物ノ使用収益ヲ爲サシムルノ債務ヲ負擔スルト同時ニ賃借人モ亦賃借人ニ對シテ物ノ使用収益ヲ爲サシムヘキコトヲ要求スルノ權利ヲ有スルモノナリ賃借債ト稱スルモノ即チ是ナリ而シテ此權利ノ性質ニ付テハ學者間ニ議論アリ立法例モ亦區區ナリ即チ普國民法及ヒ舊民法ハ賃借債ヲ以テ一ノ物權ナリトシ德國民法ハ不動産上ノ賃借債ハ之ヲ登記シテ物權ト爲スコトヲ得ルモノトシ其他ノ諸國ハ概ネ皆之ヲ以テ債權ナリトシ我民法モ亦羅馬法以來ノ慣例竝ニ我國從來ノ慣習ニ從ヒ第三ノ主義ヲ採用セリ蓋シ賃借債ヲ以テ一ノ物權ナリトスルノ說ハ賃借債ハ直接ニ物ノ上ニ行ハレ賃借人ニ於テ權利ノ目的タル物ニ付キ直接ニ使用収益ヲ爲スコトヲ得ルノ點ニ重キヲ置キタルモノナリ然レトモ賃借人ハ物權關係ニ於ケルカ如ク賃借人ニ對シ單純ニ不作爲ノ債務ヲ負擔シ賃借人ハ賃借人アルニ拘ハラズ權利ノ目的タル物ヲ支配スルノ權利ヲ有スルモノニ非ス賃借人ハ賃借債ヨリ生スル效力トシテ賃借人ヲシテ物ノ使用収益ヲ爲サシムヘキ積極的給付ヲ負擔シ賃借人ノ爲ス物ノ使用収益ハ賃借人カ其債務ノ履行トシテ爲ス給付ノ結果タルニ過キササルヲ以テ賃借債ヨリ直接ニ生スル當事者間ノ權利關係ハ債權關係ニシテ物權關係ニ非サルヤ明カナリ是レ地上權及ヒ永小作權ト賃借債トヲ區別スル重要ノ點ニシテ其間ニ種種ナル效力上ノ差異ヲ生スルハ要スルニ權利ノ性質ニ關スル根本的差異ヨリ生スル結果タルニ外ナラズ

第三 貸借債ハ當事者ノ一方カ相手方ニ或物ノ使用及ヒ収益ヲ爲サシムルコトヲ約シ相手方カ之ニ借賃ヲ拂フコトヲ約スル契約ナリ 貸借債ノ成立ニハ賃借人ニ於テ賃借人ニ對シ物ノ使用収益ヲ爲サシムルコトヲ約スルト同時

ニ、賃借人ニ於テ物ノ使用收益ヲ爲スノ對價トシテ、一定ノ報酬ヲ賃借人ニ與フルコトヲ約スルヲ必要トス借貸ト稱スルモノ即チ是ナリ故ニ貸借債ハ常ニ必ス有價ナルコトヲ要スルヲ以テ此點ニ關シテハ常ニ必ス無價ナルコトヲ要スル使用貸借ト正反對ナリ

第二節 貸借契約ノ締結

貸借契約ノ締結ニ關シテハ一般契約ノ締結ニ關スル原則ヲ適用スヘキモノトス然レトモ民法ハ貸借契約ニ付キ特別規定ヲ設ケタルヲ以テ今ヨリ此等ノ特別規定ニ付キ説明セントス

第一款 貸借ニ關スル一般ノ制限

當事者ハ契約自由ノ原則ニ從ヒ任意ニ貸借契約ヲ締結スルコトヲ得ヘシト雖モ法律ハ其存續期間ニ付キ當事者ノ意思ノ自由ヲ制限シ常ニ必ス二十年以下ノ存續期間内ニ於テ契約ヲ締結スルコトヲ要スルモノトシ二十年以上ノ存續期間ヲ以テ之ヲ締結スルコトヲ許サズ蓋シ貸借債ハ物ノ利用方法ニシテ當事者雙方ヲ利スルノミナラス國家經濟ノ上ヨリ見ルモ財產融通ノ途ヲ開キ良好ノ結果ヲ生スルハ論ヲ俟タサル所ナリト雖モ其期間長キニ失スルトキハ反對ノ結果ヲ生スルノ虞ナシトセス即チ(一)賃借人ハ現在ニ於テ物ノ使用收益ヲ爲スコトヲ得サルニ由リ物ノ利用改良ヲ爲スモ其結果ハ賃借人ヲ利スルニ止マリ直接ニ賃借人ヲ利セザルヲ以テ進シテ之ヲ

爲スコトヲ取テセザルヘク賃借人モ亦其固有ノ利害ニ從テ動作シ物ノ永遠ノ利害ニ着眼セザルヲ以テ經濟上不利ナル結果ヲ生ス(二)貸借ノ期間長キニ涉ルトキハ其間ニ一般經濟事情並ニ當事者ノ地位ニ變更ヲ來シ賃借人ニ於テ借賃ノ増加又ハ目的物ノ返還ヲ要求スルノ必要ヲ感スルコトアリ或ハ反對ニ賃借人ニ於テ借用物ヲ返還シテ借賃支拂ノ債務ヲ免脱シ又ハ借賃ノ減額ヲ請求スルノ必要ヲ感スルコトアリ然レトモ有效ニ成立シタル貸借契約ハ當事者一方ノ意思ヲ以テ之ヲ解クコト能ハサルヲ以テ契約ノ年限内ハ當事者ハ各自契約ニ因リテ羈束セラレ不利ナル地位ヲ忍ハサルヲ得サルヘシ故ニ貸借ノ期間長キニ失スルトキハ時トシテハ賃借人ニ不利ナル結果ヲ生シ時トシテハ賃借人ニ苛酷ナル結果ヲ生スルモノナリ故ニ何レノ點ヨリ觀察スルモ貸借債ノ存續期間ニ付テハ當事者ノ意思ノ自由ヲ制限シ一定ノ範圍内ニ於テ其存續期間ヲ定メシムルノ必要アリ然レトモ反對ニ於テ其期間短キニ失スルトキハ當事者ノ需要ヲ満足スルコト能ハサルヲ以テ其制限ハ當事者ヨリ貸借債ノ便益ヲ剝奪スヘキ性質ノモノニ非サルコトヲ必要トス是レ法律カ二十年ヲ限度トシテ貸借契約ヲ締結スルコトヲ認許スル所以ナリ蓋シ此二十年ハ土地ノ貸借債ヲ基本トシテ定メタルモノニシテ二十年以上ノ期間ヲ以テ他人ノ土地ノ使用收益ヲ爲サントスル者ハ地上權、永小作權ノ設定ニ因リテ其目的ヲ達スルコトヲ得ヘキヲ以テ特ニ二十年以上ノ貸借債ヲ認許スルノ必要ナク又比較的長期ナルコトヲ必要トスル土地ノ貸借債ニシテ既ニ二十年ヲ以テ最長期トスル以上ハ他ノ貸借債ニ在リテモ亦之ヲ以テ存續期間

最長限度トスヘキハ、事理ノ當然ナルヲ以テナリ
 質貸借ノ存続期間ニ關スル民法ノ規定ハ、公ノ秩序ニ關スルヲ以テ當事者カ二十年以上ノ期間ヲ以テ質貸借契約ヲ締結シタルトキハ期間ニ關スル契約ノ効ナカレキハ勿論ナリト雖モ民法ハ其契約ヲ全然無効トセスシテ單ニ其二十年ニ超ユル部分ノミヲ無効トシ其期間ヲ二十年ニ短縮シテ其契約ヲ維持スルコトト爲セリ蓋シ期間ニ關スル契約ハ分割ノ觀念ヲ容ルルヲ以テ其一部ヲ無効トシ他ノ一部ヲ維持スルハ敢テ契約ノ性質ニ反セサルノミナラス其期間ヲ二十年ニ短縮スルニ於テハ法律カ質貸借ノ存続期間ヲ二十年以内ニ制限シタル所以ノ立法上ノ目的ハ達セラルヘキ箇合ナレハ其契約ヲ維持スルハ毫無妨ナク又當事者ニ於テモ質貸借契約ヲ全然無効ト爲スヨリモ寧ロ其期間ヲ二十年ニ短縮シテ之ヲ維持スルコトヲ希望スヘクレハナリ且法律ハ二十年以上ノ期間ヲ以テ質貸借契約ヲ締結シ如何ナル事由アルモ之ヲ解クコト能ハサルカ爲メニ外ナラスシテ事實上ニ於テ二十年以上質貸借ノ存続スルコトヲ禁スルノ趣旨ニハ非ス故ニ當事者カ質貸借ヲ更新シ事實上之ヲ繼續セシムルコトハ毫無妨ナシトス蓋シ更新ノ場合ニ於テハ當事者ハ各自ニ更新ノ利害得失ヲ考究シ必要ナル場合ニハ新ナル條件ヲ提出シテ更新質貸借契約ヲ締結スヘキヲ以テ其利益ハ完全ニ保護セラルヘク隨テ豫メ二十年以上ノ期間ヲ以テ契約ヲ締結シタル場合ニ於テ生スル諸般ノ弊害ハ充分ニ之ヲ豫防スルコトヲ得ヘシ是レ法律カ二十年以上ノ

期間ヲ以テ質貸借契約ヲ締結スルコトヲ許サザルト同一ノ理由ニ因リ更新ニ際シテモ亦常ニ期間ニ關スル法定ノ制限ヲ遵守スヘキモノトス何トナレハ質貸借ノ更新ハ要スルニ新ナル質貸借ノ締結ニ外ナラサルヲ以テ質貸借ノ締結ニ關スル諸般ノ原則ハ更新ノ場合ニ適用セラルヘキハ勿論ナルヲ以テナリ

第二款 處分ノ能力權限ナキ者ノ爲シタル
 質貸借ニ關スル制限

質貸借ハ物ノ利用方法ニシテ借賃ハ物ヨリ生スル收益トシテ質貸人ノ爲メニハ法定果實ト爲リ且質貸人ハ依然トシテ物ノ完全ナル所有權ヲ保有シ其權利ノ全部又ハ一部ヲ質貸人ニ讓渡スルモノニ非サルヲ以テ此點ヨリ觀察スルトキハ質貸借ハ其性質ニ於テハ管理行爲ニ屬シ處分行爲ニ非サルヤ明カナリ故ニ物ノ質貸借ヲ承諾スルニハ其物ヲ管理スルノ能力又ハ權限アルノミヲ以テ足ルモノニシテ其物ヲ處分スル能力アルコトヲ必要トセルモノト論スルコトヲ得ヘシ然レトモ質貸人ハ質貸借契約ニ因リ質貸人ヲシテ物ノ使用收益ヲ爲サシムルノ債務ヲ負擔シ其結果物ノ支配權ハ事實上質借人ニ歸シ質貸人ハ空權ヲ有スルニ過キサルコトハ地上權、永小作權ヲ設定シタル場合ト異ナル所ナキヲ以テ質貸借ハ質貸人ノ利害ニ重大ナル關係ヲ有スルモノニシテ其長期ナルモノニ付テハ殊ニ然リトス又他方ニ於テ質借人ハ一旦質貸借契約ヲ締結シタ



ル以上ハ其契約ニ因リテ驅束セラレ其期間内ハ借貸支拂ノ義務ヲ負擔シ如何ナル事由アルモ之ヲ免脱スルコト能ハサルヲ以テ貸借債ハ貸借人ノ利害ニモ影響ヲ及ホスモノニシテ此利害關係ハ借借期間ノ長キニ從ヒ利益重大ト爲ルヘキハ見易キノ道理ナリ是ヲ以テ其本來ノ性質ニ於テハ管理行爲タル貸借モ其ノ期間長キニ涉ルトキハ處分行爲トモ選フコトナシ是レ民法力長期ノ貸借ヲ以テ一種ノ處分行爲ナリト看做シ處分ノ能力權限アル者ニアラサレハ之ヲ締結スルコトヲ得サルモノトシ處分ノ能力權限ナキ者ノ爲ス貸借ニ付キ期間ノ期限ヲ設ケタル所以ナリ茲ニ所謂處分ノ能力權限ナキ者トハ未成年者(但シ有效ニ貸借ヲ承諾スルニハ未成年者カ管理能力ヲ享有スルコトヲ要シ管理能力ヲ有セサル未成年者ノ承諾シタル貸借ハ一般ノ原則ニ從ヒ取消シ得ヘキモノトス)準禁治產者、妻ノ財産ヲ管理スル夫、後見人、權限ノ定ナキ代理人ノ類ヲ謂フ而シテ民法第六〇二條ニ依ルトキハ此等處分ノ能力權限ナキ者ノ爲ス貸借ニ付テハ左ニ掲グル期間ノ制限ヲ遵守スヘキモノトス

- 一 樹木ノ栽植又ハ伐採ヲ目的トスル山林ノ貸借ハ十年
- 二 其他ノ土地(宅地、田畑、牧場ノ類)ノ貸借ハ五年
- 三 建物ノ貸借ハ三年
- 四 動産ノ貸借ハ六箇月

貸借債ノ期間ニ關スル前記ノ制限ハ當事者雙方ノ實際上ノ便宜ト取引上ノ慣例トニ基キテ之ヲ

定メタルモノナリ蓋シ右法定ノ期間ハ普通貸借債ヲ爲シタル所以ノ目的ヲ達スルカ爲メニ充分ナリトスル所ニシテ之ヨリモ長キ期間ヲ以テ貸借債ヲ爲スハ寧ロ稀有ノ事ニ屬スルヲ以テ此期間ヲ以テ貸借債ノ管理行爲タルト處分行爲タルトヲ區別スルノ標準ト爲シタルモノナリ處分ノ能力權限ナキ者カ貸借債ヲ爲ス場合ニ於テハ第六〇二條ノ期間ヲ超ユルコトヲ得サルハ前述ノ如シト雖モ之ヲ更新スルハ妨ナシ是レ第六〇三條ノ規定スル所ナリ然レトモ更新ヲ爲スニ當リテハ更ニ同一ナル期間ノ制限ヲ遵守スルコトヲ要スルハ勿論當初定メタル貸借債期間ノ満了前一定ノ期間内ニ之ヲ爲スコトヲ要ス而シテ其期間ハ土地ニ付テハ一年、建物ニ付テハ三箇月、動産ニ付テハ一箇月トス蓋シ貸借債契約成立後當事者ニ許スニ何時ニテモ之ヲ更新スルノ自由ヲ以テスルトキハ當事者ハ間斷ナク之ヲ更新シ由ラ以テ期間ニ關スル法定ノ制限ヲ回避スルノ弊害ヲ生スルニ至ルヘク又貸借債期間ノ終了後ニ非サレハ之ヲ更新スルコト能ハサルモノトスルトキハ當事者ニ不利ナル結果ヲ生スルヲ免レス何トナレハ斯クスルニ於テハ貸借人ハ相當ノ貸借人ナキカ爲メ或期間内空シク其財産ヲ保有シテ之ヲ利用スルコト能ハサルノ危険アリ貸借人モ亦時ニ或ハ其資本ト努力トヲ擁シテ之ヲ施用スヘキ目的物ヲ缺クノ不便ニ遭遇スルコトナキヲ保セサルヲ以テナリ是レ法律カ貸借債終了前一定ノ期間ヲ畫シ其期間後ハ何時ニテモ更新ヲ爲シ得ヘキモノト爲セル所以ナリ



第三節 貸借債ノ效力

貸借債ノ效力ヲ論ズルニ當リ予ハ當事者間ニ於ケル效力ト第三者ニ對スル效力トニ區別シテ説明スヘシ

第一款 當事者間ニ於ケル效力

第一項 貸借人ノ義務(賃借人ノ權利)

貸借人ハ貸借契約ヨリ生ズル效力トシテ貸借人ニ對シ物ノ使用收益ヲ爲サシムルノ債務ヲ負擔ス是レ貸借人カ貸借契約ニ因リテ負擔スル主要ノ債務ニシテ其他ノ債務ハ總テ此債務ヨリ生ズル結果タルニ外ナラス今此等債務ノ最重要ナルモノヲ舉クレハ左ノ如シ

第一 引渡ノ義務

貸借人ハ貸借債ノ目的タル物ヲ貸借人ニ引渡スル義務アリ何トナレハ目的物ノ引渡ハ貸借人ヲシテ其使用收益ヲ爲サシムルカ爲メニ必要ナルヲ以テナリ

第二 物ノ修繕ノ義務

貸借債ノ目的タル物カ毀損シタルトキハ貸借人ハ完全ニ其使用收益ヲ爲スコト能ハサルニ至ルヘキヲ以テ貸借人ハ其債務ノ本旨ニ從ヒ自己ノ費用ヲ以テ目的物ヲ修繕シ貸借人ニ於テ完

全ニ其使用收益ヲ爲シ得ヘキ状態ト爲スル義務アリテ此義務ハ貸借契約ノ期間内ハ依然トシテ存續スルモノナリ

賃借人ハ貸借人ニ對シテ目的物ノ修繕ヲ爲スル義務ヲ負擔スルト同時ニ物ノ保存ニ必要ナル行爲ハ賃借人ノ意思如何ニ拘ハラス之ヲ爲スル權利ヲ有シ賃借人ハ保存行爲ヲ爲サントスル賃借人ノ請求ヲ拒ムコトヲ得サルモノトス蓋シ物ノ保存行爲ハ往往ニシテ賃借人ノ使用收益ヲ妨タルヲ以テ賃借人ノ承諾ナキ限ハ許スヘキニ非サルカ如シト雖モ賃借人ハ物ヲ保存スルニ付キ正當ノ利益ヲ有スルモノナレハ賃借人ヲシテ之カ爲メニ必要ナル行爲ヲ爲スコトヲ得セシムルハ固ヨリ正當ナルノミナラス物ノ保存行爲ヲ等閑ニ付シ之ヲ滅失毀損セシムルニ於テハ國家經濟上ニ於テモ亦不利ナル結果ヲ生ズルヲ以テ法律ハ賃借人ニ與フルニ保存行爲ヲ爲スル權利ヲ以テシ賃借人ヲシテ之ヲ拒ムコトヲ得サラシム是レ第六〇六條第二項ニ規定スル所ナリ然レトモ他方ニ於テ賃借人ハ保存行爲ノ爲メニ其使用收益ヲ妨ケラレ損害ヲ被ムルニ至ルヘク其損害ニ對シテハ何等ノ救済ナキモノトスルトキハ賃借人ノ保護厚キニ失シ公平ヲ失スルモノト云ハサルヘカラス茲ニ於テ民法ハ第六〇七條ニ於テ賃借人カ賃借人ノ意思ニ反シテ保存行爲ヲ爲サント欲スル場合ニ賃借人カ之カ爲メ賃借債ヲ爲シタル目的ヲ達スルコト能ハサルトキハ賃借人ノ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得ト規定シ保存行爲ノ爲メニ被ムルヘキ損失ノ危險ニ對シテ賃借人ノ利益ヲ保護シ以テ兩者間ニ於テ權衡ヲ維持スルコトト爲セリ

民法債權 貸借債 貸借債ノ效力

第三 目的物ニ關スル擔保義務

貸賃借人ハ賃借人ニ物ノ使用收益ヲ爲サシムルノ義務ヲ負擔スルヲ以テ其使用收益ヲ妨クヘキ行爲ヲ避止セサルヘカラスアルハ勿論目的物ニ瑕疵アルトキハ賣賃ニ關スル規定ニ從ヒ瑕疵擔保ノ責任スヘキモノトス又同一ノ理由ニ因リ賃賃借人ハ借用物ニ關スル第三者ノ妨害行爲ニ對シ賃借人ヲ防衛シ之ヲシテ其使用收益ヲ完フセシムルノ義務アリ但第三者ノ妨害行爲ニ對スル擔保責任ニ付テハ一ノ區別ヲ爲スコトヲ必要トス即チ第三者ノ妨害カ全ク事實上ノモノナルトキハ現ニ賃借物ヲ占有スル所ノ賃借人ニ於テ防衛ノ策ヲ講スルコトヲ要シ賃賃借人ヲシテ之ヲ排除スルノ責任セシムルコトヲ得ス之ニ反シテ第三者ノ妨害カ賃借物ニ關スル權利ノ主張ニ基因スルトキ例ヘハ第三者カ賃借物上ニ所有權地上權其他ノ權利ヲ主張シ賃賃借人ノ使用收益ヲ妨害シタルトキハ賃賃借人ニ於テ其妨害ヲ排除シ賃借人ヲシテ完全ニ使用收益ヲ爲サシムルハ義務アリ蓋シ賃借人ハ賃賃借人ニ拘ハラス物ノ使用收益ヲ爲スコトヲ得ル物上權利有スルモノニ非スシテ賃賃借人ニ對シテ其使用收益ヲ爲サシムル債權ヲ有スルニ過キス隨テ賃賃借人カ物ノ使用收益ヲ爲スコトヲ得ルヤ否ヤハ賃賃借人カ賃借人ヲシテ其物ノ使用收益ヲ爲サシムル權利ヲ有スルヤ否ヤニ因リテ定マルモノナレハ賃借物ニ關スル第三者ノ權利ヲ排斥シテ賃借人ノ使用收益ヲ擔保スルハ賃賃借人ノ責任ニ屬スルモノト謂ハサルヘカラス是レ妨害カ第三者ノ權利ノ主張ヨリ來ルトキハ賃賃借人ニ於テ之ヲ排除スルノ義務アリトスル所以ナリ

第四 費用償還ノ義務

賃賃借人ハ賃賃借物ノ使用收益ニ必要ナル修繕ヲ爲スノ義務ヲ負ヒ之カ爲メニ要スル費用ハ賃賃借人ニ於テ之ヲ負擔セサルヘカラスアルハ勿論賃賃借物ノ負擔ニ屬スル公租公課ノ類モ亦賃賃借人ニ於テ之ヲ支拂ハサルヘカラス隨テ賃借人カ此種ノ必要費ヲ立替支辨シタルトキハ賃賃借人ニ對シ直チニ其全部ノ償還ヲ要求スルノ權利ヲ有スルヤ問カナリ又賃借人ノ支出シタル有益費ニ付テハ其價格ノ增加カ現存スル場合ニ限り賃賃借人ハ其選擇ニ從ヒ其費シタル金額又ハ其増加額ヲ償還スルハ義務アリ但此義務ハ目的物ノ返還ト同時ニ履行スルヲ以テ足ルノミナラス裁判所ハ賃賃借人ノ請求ニ因リ之ニ相當ノ期間ヲ許與スルコトヲ得蓋シ斯クセルニ於テハ賃賃借人ヲシテ非常ニ困難ナル地位ニ陥ラシムルニ至ルヘキヲ以テナリ

費用償還ノ請求權ハ借用物返還ノ時ヨリ一箇年內ニ之ヲ行使スルコトヲ要シ此期間ヲ經過シタルトキハ賃借人ハ此權利ヲ喪失スルモノトス(二六〇條六二二條)

第二項 賃借人ノ義務(賃賃借人ノ權利)

予ハ賃借人ノ義務ヲ論スルニ方リ借貸支拂ノ義務、借用物ノ使用收益ニ關スル義務及ヒ借用物返還ノ義務ニ區別シテ説明シ最後ニ賃借權ノ讓渡及ヒ賃借物ノ轉賃ニ關スル賃借人ノ義務ニ付テ一言スヘシ

0133

第一 借賃ノ義務

借賃支拂ノ義務ニ關シテ予ハ借賃ノ性質借賃ノ額及ヒ借賃支拂ノ時期ニ區別シテ説明スヘシ

甲 借賃ノ性質 借賃ハ通常金錢ヨリ成立ス故ニ民法ハ普通ノ場合ニ著眼シテ賃金ナル文字ヲ使用シタリ然レトモ其所謂賃金ハ必ズシテ金錢ノミラ意味スルモノニアラスシテ金錢ハ勿論金錢以外ノ代替物ヲモ包含スルコトハ解釋家ノ意見略ホ一致スル所ナリ例ヘハ田畑ノ賃賃借ニ付キ其田畑ヨリ收穫スル米穀其他ノ產出物若干ヲ以テ賃料ト爲スコトヲ約シ山林又ハ石坑ノ賃賃借ニ付キ林木砂石若干ヲ以テ借賃ニ充ツルコトヲ約スルカ如シ且賃借人ノ爲ス給付カ借賃ノ給付タルカ爲メニハ其給付カ金錢其他ノ代替物ノ給付タルノミヲ以テ足レリトセス永小作權ニ於ケル小作料ノ如ク使用收益ニ比例シテ給付スヘキ定期ノ使用收益料タルノ性質ヲ有スルコトヲ必要トス故ニ借賃ハ常ニ時ノ經過ト共ニ生スルモノニシテ賃借人ノ爲メニハ一ノ法定果實ヲ爲スト同時ニ之ヲ收取スル權利存續期間ノ日割ヲ以テ相當權利者ノ有ニ歸スルモノトス故ニ此點ニ關シテハ借賃ハ利息ト其性質ヲ同シウスルモノト謂フヘシ

乙 借賃ノ額 借賃ノ額ハ當事者間ノ契約ヲ以テ之ヲ定ム當事者カ此點ニ付キ明カニ意思ノ表示ヲ爲サナリシトキハ賃借人ハ金錢ヲ以テ相當ノ借賃ヲ支拂フノ義務アリ何トナレハ此場合ニ於テハ當事者ノ意思ハ普通ノ慣例ニ從ヒ公平ニ授受スルニ在リシモノト推定セサルヘカナルヲ以テナリ

賃借人ハ賃借人ヲシテ物ノ使用收益ヲ爲サシムルノ債務ヲ負擔シ借賃ハ賃借人ノ供スル物ノ使用收益ノ對價トシテ賃借人ヨリ支拂フヘキモノナレハ雙方ノ給付ハ互ニ相牽連シテ分離スヘカラサル關係ヲ有シ賃借人カ賃借人ヲシテ物ノ使用收益ヲ爲サシムル以上ハ賃借人モ亦其借賃ヲ支拂フノ義務ナキヤ明カナリ故ニ賃借物ノ一部カ賃借人ノ過失ニ因ラズシテ滅失シタルトキハ其滅失カ賃借人ノ故意過失ニ基因シタルト天災不可抗力等賃借人ノ責ニ歸スヘカラサル事由ヨリ生シタルトニ論ナク賃借人ハ賃借人ニ對シ借賃物ノ使用收益ヲ爲サシムヘキ債務ヲ完全ニ履行スルコト能ハサルニ至ルヘキヲ以テ賃借人カ賃借人ニ對シテ依然トシテ借賃ノ金額ヲ請求スルハ賃賃借契約ヲ爲シタル所以ノ目的ニ反スルモノト謂ハサルヲ得ズ是レ民法カ其第六一條ニ於テ賃借人ニ與フルニ其滅失シタル部分ノ割合ニ應ジテ借賃ノ減額ヲ請求スルノ權利ヲ以テシタル所以ナリ然レトモ殘存スル部分ノミニテハ賃借人カ借賃ヲ爲シタル目的ヲ達スルコト能ハサルトキハ賃借人ハ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得是レ同條第二項ニ規定スル所ナリ蓋シ當事者カ賃賃借契約ヲ爲シタル所以ノ目的ヨリ見ルモ公平ノ原則ヨリ論スルモ自ラ然ラサルヲ得サルヲ以テナリ

然リト雖モ賃借人カ賃借人ヲシテ物ノ使用收益ヲ爲サシムルカ爲メニ必要ナル行為ヲ完了シタル以上ハ賃借人ハ其義務ヲ完全ニ履行シタルモノニシテ賃借人カ現ニ物ノ使用收益ヲ爲スト否トハ賃借人ノ關知スル所ニアラサルヲ以テ賃借人カ不可抗力ノ爲メニ其使用收益ヲ妨ケ

ラレタル場合ト雖モ尙ホ之ニ對シテ借賃ノ全部ヲ請求スルコトヲ得ヘシ然レトモ此原則ヲ經對ニ適用スルニ於テハ質借人ニ對シテ頗ル苛酷ナル結果ヲ生スルヲ以テ民法ハ公平ノ觀念ニ基キ質借人ノ利益ノ爲メニ二箇ノ例外ノ規定ヲ設ケタリ即チ左ノ如シ

(一) 收益ヲ目的トスル土地ノ質借人カ不可抗力ニ因リ借賃ヨリ少キ收益ヲ得ルトキハ其收益ノ額ニ至ルマテ借賃ノ減額ヲ請求スルコトヲ得但宅地ノ質貸借ニ付テハ此限ニ在ラズ茲ニ所謂不可抗力トハ抗拒スヘカラサル事變ヲ意味シ風雨、震災、洪水、旱魃、降雹、霜害、兵燹、國家ノ處分ノ類ヲ指スモノニシテ放火、盜難ノ如キ第三者ノ不法行為ヨリ生スル災害ハ其内ニ包含セス蓋シ收益ヲ目的トスル土地ノ質貸借ニ在リテハ質借人ノ大部分ヲ占ムル農業小作人ハ多クハ貧困者ニシテ質貸人即チ富裕ナル地主ト經濟上對等ノ地位ニ立ツモノニ非サルヲ以テ質借人ハ此點ニ於テ質貸人ヨリモ保護ニ値スルモノト謂ハサルヲ得ス然ルニ此等質借人カ不可抗力ノ爲メ收益ヲ爲スコト能ハサルニモ拘ハラズ尙ホ借賃ノ全部ヲ支拂ハサルヘカラサルモノトスルトキハ質借人ハ非常ニ困難ナル地位ニ陥ルヘク就中短期ノ質貸借ニ在テハ損益相償フノ途ナキヲ以テ質借人ニ最モ不利ナル結果ヲ生スルモノナリ而シテ質借人ノ損失ハ其收益カ借賃ノ額ニ達セサル場合ニ於テ最モ甚シトスルヲ以テ民法ハ質借人ノ得タル收益カ其借賃ヨリ低下セルノ結果ヲ生シタル場合ニ限り質借人ニ於テ收益ノ額マテ借賃ノ減額ヲ請求スルコトヲ得ヘキモノトシ不可抗力ヨリ生スル災害ニ對

シテ質借人ヲ救助スルノ政策ヲ採用シタルモノナリ

舊民法ハ土地ノ收益ヲ目的トセサル宅地ノ質貸借ニ付テモ亦同一ノ規定ヲ設ケ質借人カ不可抗力ノ爲メニ土地ノ使用ヲ妨ケラレタルトキハ借賃ノ減額ヲ請求スルコトヲ得ヘキモノト爲シタレトモ宅地ノ質借人カ不可抗力ノ爲メニ其使用ヲ妨ケラレタルコトハ極メテ稀ナルノミナラス法律ノ主眼トスル所ハ貧弱ナル小作人ノ保護ニ在ルヲ以テ之ト經濟上ノ地位ヲ異ニスル宅地ノ質借人ノ爲メニ同一ノ例外ヲ設ケタルノ必要ナシト認メタリ是レ民法第六〇

九條但書ノ規定アル所以ナリ

(二) 質借人カ不可抗力ニ因リ引續キ、二年以上、借賃ヨリ少キ收益ヲ得タルトキハ契約ヲ解除スルコトヲ得

是レ前項ト同一ノ理由ニ基キ質借人ヲ保護スルカ爲メニ此規定ヲ設ケタルモノナリ蓋シ不可抗力ノ爲メニ收益ニ減少ヲ來シタルトキハ質借人ハ收益ノ額マテ借賃ノ減額ヲ請求スルコトヲ得ヘキヲ以テ何等ノ損害ナキカ如シト雖モ斯クテハ質借人ハ資本ト努力トヲ空費シ借賃ヲ支拂フ爲メニ土地ノ質借スルコトト爲リ質貸借ニ因リテ秋毫モ利スル所ナキヲ以テ質貸借契約ヲ爲シタル所以ノ目的ニ反スルモノト謂ハサルヲ得然ルニ契約ノ期間内ハ依然トシテ其質貸借ヲ繼續セシメ質借人ヲシテ借賃支拂ノ義務ヲ負ハシムルハ苛酷ニ失シ公平ノ觀念ニ反スルモノナレハ二年ノ久シキ間此ノ如キ狀態カ繼續シタルトキハ質借人

ヲシテ契約ノ解除ニ依リ其義務ヲ免脱スルコトヲ得セシムルモノナリ是レ第六一〇條ニ規定スル所ナリ

丙 借貸支拂ノ時期 借貸支拂ノ時期ニ付テハ契約ニ定ムル所ニ從フ此場合ニ於テハ或ハ貸借人ハ借貸ヲ前拂スル義務ヲ負擔スルコトアルヘク或ハ一月、半月、一年、半年ヲ期シテ借貸支拂ノ義務ヲ負擔スルコトアルヘシ

當事者間ニ於テ借貸支拂ノ時期ニ關スル契約ナキトキハ借貸ハ動産建物及ヒ宅地ニ付テハ毎月末ニ其他ノ土地(山林牧場ノ類)ニ付テハ毎年未ニ之ヲ拂フコトヲ要シ收穫季節アルモノ(田畑ノ類)ハ其季節後遲滞ナク之ヲ拂フコトヲ要ス是レ第六一四條ニ規定スル所ナリ蓋シ民法ハ借貸ハ物ノ使用収益ノ對價ナルヲ以テ先ツ使用収益ヲ爲シタル後之ヲ支拂フコトヲ要スルト同時ニ使用収益ノ時期ヲ區別シ定期ニ之カ支拂ヲ爲ス我國從來ノ慣例ヲ基本トシテ借貸ノ支拂時期ヲ定メタルモノニシテ當事者カ別段ノ意思ヲ表示セザル限ハ當事者ハ普通ノ慣例ニ從フノ意思ナリト推定スルモノニ外ナラスシテ所謂當事者ノ意思不明ナル場合ニ之ヲ補充スルヲ目的トスル立法規定ノ一ニ屬スルモノナリ

第二 借用物ノ使用収益ニ關スル義務

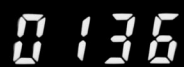
當事者カ契約ヲ以テ借用物ノ使用収益ノ方法ヲ定メタルトキハ貸借人ハ其方法ヲ以テ借用物ノ使用収益ヲ爲スル義務アリ契約ニ其定ナキトキハ貸借人ハ物ノ性質上自ラ定ムル用法ニ從ヒスルヲ目的トスル立法規定ノ一ニ屬スルモノナリ

第三 借用物返還ノ義務

貸借人ハ初ヨリ返還ノ義務ヲ負擔シテ目的物ノ引渡ヲ受ケ其使用収益ヲ爲スモノニ外ナラスシテ貸借人ノ爲ス借用物ノ占有ハ貸借債ノ存續期間内ニ限定セララルハ論テ後タサル所ナルヲ以テ貸借人ハ貸借債ノ終了ト共ニ借用物ヲ貸借人ニ返還スルコトヲ要スルハ多言ヲ要セスシテ明カナリ是ニ於テ左ノ效果ヲ生ス

甲 貸借人ハ善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ借用物ヲ保管スルコトヲ要ス

貸借契約ニ因リ貸借人ノ負擔スル借用物返還ノ債務ハ特定物ノ引渡ヲ目的トスルヲ以テ貸借人ハ民法第四〇〇條ノ規定ニ依リ引渡ヲ爲スマテハ善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ目的物ヲ保管スルコトヲ要シ此注意ノ不足ヨリ生シタル借用物ノ滅失毀損ニ對シテ賠償ノ責ニ任セザルヘカラス



物ノ修繕ハ一種ノ保存行為トシテ保存ノ義務アル者ノ爲メヘキ行為ニ屬スルモ貸借債ノ場合ニ於テハ借用物ノ修繕ハ貸借人ノ負擔ニ屬スルヲ以テ貸借人ニ於テ之ヲ爲ササルモ之カ爲メニ借用物ノ保管ニ付キ用フヘキ善良ナル管理者ノ注意ヲ怠リタルモノト謂フコトヲ得ス然レトモ借用物カ毀損シ其修繕ヲ必要トスルニ至リタルトキハ其實ハ連カニ之ヲ貸借人ニ通知シ貸借人ヲシテ其修繕ヲ爲シテ以テ之ヲ保存スルコトヲ得セシムルコトヲ要ス是レ貸借人カ貸借物ヲ保管スルニ當リ善良ナル保管者トシテ爲ササルヘカラサルノ處置ナリトス第三者カ目的物上ニ權利ヲ主張スル場合ニ於テモ亦其主張ニ對シテ相當ノ處置ヲ爲スノ必要アリ之ヲ等閑ニ付スルニ於テハ貸借人ニ於テ權利上回復スヘカラサル損害ヲ被ルニ至ルヤ知ルヘカラサルヲ以テ貸借人ヲシテ前同ノ義務ヲ負ハシムルヲ相當トス是レ民法第六一五條ニ規定スル所ナリ故ニ貸借人カ其義務ニ反シテ通知ヲ遲延シ又ハ之ヲ爲ササリシトキハ貸借人ニ對シ之カ爲メニ生ジタル損害ヲ賠償スルノ責ニ任セサルヘカラス而シテ此場合ニ於ケル賠償ノ請求權亦借用物返還ノ時ヨリ起算シテ一箇年ノ豫定期間内ニ之ヲ行使スルコトヲ要ス(六〇〇條、六二二條)然レトモ法律カ貸借人ヲシテ通知ヲ爲サシムルハ貸借人ヲシテ通知ノ目的タル事實ヲ知ラシムルヲ以テ唯一ノ目的ト爲スモノナレハ貸借人ニ於テ既ニ其事實ヲ知ル以上ハ之ニ對シテ通知ヲ爲スノ必要ナキヤ明カナリ是レ民法第六一五條但書ニ「貸借人カ既ニ之ヲ知レルトキハ此限ニ在ラス」ト規定シ以テ此場合ヲ除外シタル所以ナリ

乙

貸借人ハ借用物ヲ原狀ニ復シテ之ニ附屬セシメタル物ヲ收去スルコトヲ得

借主ハ借用物ヲ受取リタルト同一ノ狀態ヲ以テ之ヲ返還スルノ義務ヲ負擔スルヲ以テ借用物ヲ返還スル場合ニハ之ヲ原狀ニ復セサルヘカラス但物ノ毀損變更カ天災不可抗力ニ基因シ又ハ物ノ使用收益ヨリ生スル自然ノ結果ナルトキハ貸借人ハ之ニ對シテ責任ナク之ヲ原狀ニ復スルノ義務ナキモノトス他方ニ於テ借主ハ借用物ヲ原狀ニ復スル以上ハ自己ノ附屬セシメタル物ヲ收去スルコトヲ得ヘシ蓋シ其權限ノ性質上自カラ然ラサルヲ得サルヲ以テナリ此點ニ關シテハ使用貸借ノ效力ヲ論スルニ當リ既ニ説明セル所ニシテ貸借債ニ付テモ亦同一ノ原則ヲ適用スルヲ以テ足り此ニ特ニ之ヲ論スルノ必要ナシ

第四 貸借債ノ讓渡及ヒ轉貸ニ關スル制限

貸借債ハ一ノ債權ナルヲ以テ貸借人ハ債權讓渡ニ關スル一般ノ原則ニ從ヒ之ヲ他人ニ讓渡スルハ妨ナク又貸借人カ物ノ使用收益ヲ爲スノ權利ヲ有スル以上ハ之ヲ他人ニ貸與シ自己ノ權利ノ範圍内ニ於テ其ノ使用收益ヲ爲サシムルコトヲ得ヘシト論スルコトヲ得ヘシ然レトモ貸借人ノ何人タルヤハ貸借人ノ利害ニ重要ノ關係ヲ有スルモノニシテ貸借人ノ責力並ニ其行如何ニ因リ貸借人ハ或ハ貸借債契約ニ因リテ其希圖シタル借賃ヲ得ルコト能ハサルニ至ルコトアリ或ハ貸借物ノ使用收益ノ方法其當ヲ得サルカ爲メ其滅失毀損ヲ來スコト往往ニシテ是アルヲ以テ貸借契約ハ貸借人其人ノ一身ニ着眼シテ締結セララルヲ常トシ貸借債ヨリ生スル權利關係ハ專

屬的ノ性質ヲ有スルモノナリ隨テ質借人ハ財産權本來ノ性質ニ從ヒ其一己ノ獨斷ヲ以テ其權利關係ニ付キ權利者タル地位ヲ他人ニ讓渡シ又ハ他人ヲシテ其權利ヲ行使セシムルコトヲ得ス然レトモ質借人ノ何人タルヤハ全ク質貸人一己ノ利害ニノミ關スルモノニシテ公益ト何等ノ關係ヲ有セサルヲ以テ利害關係ヲ有スル質貸人ニ於テ質借權ノ讓渡又ハ質借物ノ轉貸ヲ承諾スルニ於テハ其讓渡及ヒ轉貸ノ行為ニ效ヲ與フルモ毫モ不可ナシトス是レ民法第六二條ニ於テ「質借人ハ質貸人ノ承諾アルニ非ザレバ其權利ヲ讓渡シ又ハ其質借物ヲ轉貸スルコトヲ得ス」ト規定シ質借權ノ讓渡及ヒ轉貸ニ制限ヲ附シタル所以ナリ

質借人カ質貸人ノ承諾ナクシテ質借權ヲ讓渡シ又ハ轉貸ヲ爲シ第三者ヲシテ現ニ質借物ノ使用收益ヲ爲サシムルハ其義務ニ違背スルモノニシテ質貸人ヲシテ回復スヘカラサル損害ヲ被ラシムルハ虞アルヲ以テ民法ハ質借人ノ義務違背ノ制裁トシテ質貸借契約ヲ解除スルノ權利ヲ質貸人ニ付與シ由テ以テ質貸人ノ爲メニ目的物ヲ回復シテ其利益ヲ防衛スルノ方便ヲ與ヘタリ是レ第六二條第二項ニ規定スル所ナリ

質借人ノ承諾ヲ經テ爲シタル質借權ノ讓渡及ヒ轉貸ハ有效ナルヲ以テ其讓渡及ヒ轉貸ハ如何ナル效ヲ生スルヤヲ研究スルノ必要アリ依テ予ハ以下此二點ニ付テ説明セントス

一 質借權ノ讓渡

質借權ハ一ノ債權ナレバ之カ讓渡ニ付テハ債權ノ讓渡ニ關スル一般ノ原則ヲ適用スヘク其讓渡ニ付キ特ニ債權者ノ承諾ヲ必要トスルコト債權移轉ノ當然ノ結果トシテ借貸支拂ノ債務ヲモ移轉スルコトノ外何等特別ノ效果ナシ故ニ讓受人ハ質借權讓渡ノ結果讓渡人ノ地位ヲ繼承シテ質借人ト爲リ質貸借ニ關スル權利關係ハ爾後質貸人ト讓受人トノ間ニ於テ存續シ讓渡人タル舊質借人ハ全ク貸借ノ關係ヲ離脱ス而シテ質貸人ト新質借人トノ權利關係ハ質貸借ノ效力ト債權讓渡ノ原則ニ依リ之ヲ定ムルコトヲ得ヘク此點ニ關シテハ諸君ハ既ニ前年度ニ於テ研究セラレタル所ナルヲ以テ茲ニ之ヲ論スルノ必要ナシ

二 轉貸

轉貸ハ讓渡ノ場合ト異ナリ質貸人ヲシテ貸借關係ヨリ離脱セシムルモノニ非ス質借人ハ轉貸ニ拘ハラス質貸人ニ對シテ質借人トシテ權利ヲ有シ義務ヲ負フモノニシテ兩者間ニ於テ依然トシテ質貸借關係存續スルト同時ニ更ニ新ニ質借人ト轉借人トノ間ニ於テ別異ナル貸借關係ヲ生スルモノナリ而シテ民法ハ其第六二三條ニ於テ轉借ニ關スル特別規定ヲ設ケタリ予ハ同條ノ規定ニ從ヒ質借人カ適法ニ轉貸ヲ爲シタル場合ニ於ケル效果ニ付テ説明スヘシ

第一 質貸人ト質借人トノ關係 質貸人ト質借人トノ間ノ貸貸借ハ依然トシテ存續シ轉貸ノ爲メニ毫モ影響ヲ被ルコトナシ故ニ質貸人及ヒ質借人ハ各相手方ニ對シテ質貸借契約ヨリ生スル權利ヲ有シ義務ヲ負擔スルモノナリ蓋シ轉貸借契約ハ先ノ質貸借契約ニ對シテハ當事者ヲ異ニスル別箇獨立ノ契約ナルヲ以テ先ノ契約ヲ變更スルノ效力ヲ生セサルヘキハ言フ俟タ

ナルヲ以テナリ

第二 貸借人ト轉借人トノ關係 轉借ハ要スルニ貸借人ト轉借人トノ間ノ貸貸借契約ニ外ナラ

サルヲ以テ各自契約ニ定ムル所ニ從ヒ貸貸借ノ當事者トシテ權利ヲ有シ義務ヲ負フモノトス

第三 貸借人ト轉借人トノ關係 轉借ノ場合ニ於テハ貸借人ハ貸借人ニ對シテ權利ヲ有シ義務

ヲ負フモノニシテ貸借人ト轉借人トノ間ニ於テハ直接ニ權利義務ノ關係ヲ生スルコトナキヲ

以テ貸借人ハ轉借人ニ對シテ借賃ノ支拂ヲ請求スルノ權ナキヤ明カナリ然ルニ轉借人ハ物ノ

使用收益ノ對價トシテ轉借人ヨリ借賃ノ支拂ヲ受ケ自己ハ貸借人ニ對シテ借賃ヲ支拂ハサル

コト往々ニシテ是アリ玆ニ於テ貸借人ハ自己ノ所有物ノ使用收益ヲ爲サシムルノ對價トシテ

其正當ニ領收スヘキ借賃ヲ領收セサルニ拘ハラズ貸借人ハ他人ノ所有物ヲ使用收益セシメ借

賃ヲ受取リ不當ニ利得ヲ爲スノ不公平ナル結果ヲ生スルニ至ルヘシ故ニ此不公平ナル結果ヲ

豫防スル爲メ民法ハ第六一三條第一項ニ於テ一ノ特別規定ヲ設ケ轉借ノ場合ニ於テハ轉借人

ハ貸借人ニ對シテ直接ニ義務ヲ負フヘキモノトセリ故ニ貸借人ハ貸借人ニ對シテ借賃其他貸貸

借契約ヨリ生スル義務ノ履行ヲ直接ニ要求スルコトヲ得ヘシ

民法第六一三條ノ規定ハ貸借人ノ權利ヲ保護スルヲ以テ唯一ノ目的ト爲スモノニシテ之カ爲

メ其權利ヲ縮少スヘキニ非ス隨テ貸借人カ貸借人ニ對シテ有スル權利ヲ失フコトナカルヘキ

ハ勿論ナリ是レ同條第二項ニ規定スル所ナリ又同條ノ規定ハ貸借人ヲシテ貸借人ニ對シテ直

接ニ權利ヲ行フコトヲ得セシメタルニ止マリ轉借人ニ對シテ貸借人ノ有スル權利ヲ剝奪シタ
ルニ非サルヲ以テ貸借人ハ依然トシテ其權利ヲ保有シ轉借人ニ對シテ之ヲ行使スルコトヲ得
ヘシ

貸借人ハ轉借人ニ對シテ權利ヲ行フコトヲ得ルモ其權利行使ハ二重ノ制限ニ服從ス即チ其權

利ハ一方ニ於テハ貸借人ヲ貸借人ニ對シテ有スル權利ノ限度内ニ於テスルコトヲ要スルト同

時ニ他方ニ於テハ貸借人カ轉借人ニ對シテ有スル權利ノ限度内ニ於テセサルヘカラス故ニ貸

借人カ轉借人ニ對シテ有スル權利カ辨濟其他ノ事由ニ因リ消滅シタルトキハ貸借人ハ最早轉

借人ニ對シテ其權利ヲ行フコトヲ得ス隨テ轉借人カ既ニ借賃ノ辨濟ヲ爲シタルトキハ貸借人

ハ之ニ對シテ借賃請求ノ權利ヲ有セサルヤ明カナリ然レトモ民法ハ第六一三條第一項後段ニ

於テ一ノ例外ヲ設ケ借賃ノ前拂ハ之ヲ以テ貸借人ニ對抗スルコト能ハサルモノトセリ是レ貸

借人ト轉借人ト通謀シテ貸借人ヲ詐害スルノ弊害ヲ豫防スルノ目的ニ出テタルモノナリ故ニ

轉借人カ借賃支拂ノ期日到来後ニ支拂ヲ爲シタルトキハ其支拂ハ有效ニシテ之ヲ貸借人ニ對

抗スルコトヲ得ルモ期日前ノ支拂ハ貸借人ニ對シテ其效ナシトス

第二款 第三者ニ對スル貸貸借ノ效力

貸貸借ハ貸借人ト貸借人トノ間ノ債權關係ナルヲ以テ貸借人ハ其權利ノ本旨ニ從ヒ其對手人タ

民法債權 貸貸借ノ效力

ル質貸人ニ對シテ目的物ノ使用收益ヲ爲サシムヘキコトヲ要求スルコトヲ得ルニ止マリ目的物其モノノ上ニ權利ヲ有スルモノニ非サルヲ以テ質借人ハ目的物ニ追隨シテ其權利ヲ行使シ質貸人以外ノ人ニ對シテ其使用收益ヲ爲サシムヘキコトヲ要求シ得ヘキニ非サルハ質貸借ノ性質上明白ナリ

然リト雖モ質借權ハ一ノ債權トシテ第三者ニ對抗シ得ヘカラサルモノトシ質貸人カ目的物ヲ第三者ニ賣却スルト同時ニ質借人ハ直チニ其權利ヲ喪失スヘキモノトスルトキハ質借人ノ權利ハ頗ル薄弱ト爲リ質貸借ハ充分ニ其效用ヲ發揮スルコト能ハサルニ至ルヘシ蓋シ質貸借モ亦賣買ト等シク財產融通ノ方法トシテ經濟上鴻益アルモノナレハ成ルヘク之ヲ獎勵シ質借人ヲシテ質貸借ニ因リテ希圖シタル質借物ノ使用收益ノ目的ヲ達スルコトヲ得セシムルノ必要アリ之カ爲メ質借權ハ多少之ヲ鞏固ナラシメ質借人ヲシテ目的物ノ賣却讓渡ニ拘ハラス其權利ヲ保有スルコトヲ得セシムルハ國家經濟上ヨリ見テ頗ル有益ナリトス然レトモ他方ニ於テ質借權ヲ以テ動產不動産ノ負擔ト爲スニ於テハ其賣買讓渡ヲ阻害スルノ結果ヲ生スルヲ以テ質借權ノ保護ハ正當ノ範圍内ニ之ヲ制限セサルヘカラス而シテ動產ノ質貸借ハ普通容易ニ行ハレ質借人カ一ノ動產ニ付キ其權利ヲ失フモ之ト同種ノ動產ヲ求メテ之ヲ質借スルコトニ付キ左マテ困難ヲ感スルコトナシ之ニ反シテ土地家屋ノ如キ不動産ノ質貸借ハ容易ニ行ハレサルヲ以テ質借人カ一ノ動產ニ關スル質借權ヲ失ヒ之ト同種ナル他ノ不動産ヲ質借スルコト困難ナルハ動產ト日ヲ同シ

ウシテ論スルコトヲ得ザルト同時ニ不動産ノ質借權ハ長期ナルヲ常トシ質借人ハ多少長キ期間其使用收益ヲ爲スニ因リテ質貸借ヲ爲シタル所以ノ目的ヲ達シ得ヘキ場合多キニ居ルヲ以テ質借物ノ賣買讓渡ニ因ル質借權ノ喪失ハ質借人ヲシテ不測ノ損害ヲ被ラシムルニ至ルヘキヤ明カナリ是レ民法カ多數ノ立法例ニ倣ヒ不動産ノ質貸借ニ付キ特別ノ規定ヲ設ケ或制限條件ノ下ニ之ヲ第三者ニ對抗スルコトヲ得セシムル所以ニシテ民法ハ不動産上ノ物權ト等シク質貸借ノ登記ヲ認メ之ヲ登記スルニ於テハ爾後其不動産ニ付キ物權ヲ取得シタル者ニ對シテモ其效力ヲ生スルモノトシ民法第六〇五條ニ於テ之カ規定ヲ設ケタリ蓋シテ斯クスルニ於テハ質借人ハ質貸借ノ存續期間ハ其權利ヲ奪ハルル虞ナキヲ以テ質貸借ヲ爲シタル所以ノ目的ヲ充分ニ達スルコトヲ得ヘク第三者モ亦登記ニ依リ其對抗ヲ受クヘキ質借權ノ存在ヲ了知スルヲ以テ不測ノ損害ヲ被ルノ虞ナキヲ以テナリ

第四節 質貸借ノ終了

質貸借ニハ常ニ必ス一定ノ存續期間アルコトヲ必要トシ且其期間ハ二十年ヲ超ユルコトヲ得サルヲ以テ質貸借ハ早晚消滅ニ歸スヘク永久ニ存續シ得ヘキモノニ非サルハ説明ヲ要セスシテ明カナリ今質貸借終了ノ原因ヲ擧クルトキハ左ノ如シ

一 存續期間ノ滿了

民法債權 質貸借 質貸借ノ終了

貸借債ノ存續期間カ契約又ハ貸借債ノ目的ニ因リテ定マレル場合ニ其期間カ滿了シタルトキハ貸借債ハ其時ヲ以テ終了シ貸借人ハ爾後何時ニテモ貸借債物ノ返還ヲ要求スルコトヲ得ヘキハ論ヲ俟タス然レトモ此原則ニハ例外アリ即チ左ノ如シ

甲 當事者カ契約ノ權利ヲ留保シタルトキ

當事者カ契約ヲ締結スルニ方リ各自ニ又ハ其一方ニ於テ契約ヲ解除スルノ權利ヲ留保スルコトアリ此場合ニ於テハ貸借債ノ期間カ定マレルトキト雖モ解除權ヲ留保シタル當事者ハ貸借債ノ期間ノ定ナキ場合ト等シク何時ニテモ解約ノ申入ヲ爲スコトヲ得ヘク貸借債ハ後ニ説明スル如ク法定期間ノ滿了ニ因リテ終了ス但當事者カ解約ノ時ヲ以テ直チニ貸借關係ヲ終了セシムヘキコトヲ特約シタルトキハ其特約ハ有效ニシテ此場合ニ於テハ貸借債ノ終了ニ付テ法定期間ノ經過ヲ待ツノ必要ナシ

乙 當事者間ニ於テ貸借債ノ更新アリタルトキ

當事者カ明示又ハ默示ニテ貸借債ヲ更新シタルトキハ貸借關係ハ當事者間ニ於テ依然トシテ存續スヘク新貸借ハ當事者ノ明示又ハ默示ノ意思ニ從ヒ其内容ヲ定ムルコトヲ要ス蓋シ此場合ニ於テハ當事者ハ更ニ新ニ貸借契約ヲ締結スルモノナレハ其效力ハ貸借契約ノ效力ニ關スル一般ノ原則ヲ適用スヘキモノナレハナリ

當事者カ貸借債ヲ更新シタルヤ否ヤハ事實上ノ問題ニ屬スルヲ以テ爭ノ生シタル場合ニ於テ

裁判所ハ實際ノ情況ニ從ヒ當事者間ニ於テ更新ニ關スル意思ノ合致アリタルヤ否ヤヲ推究シテ之ヲ解決セサルヘカラス然レトモ法律ハ實際ノ必要ト普通ノ經驗トニ基キ默示ノ更新ニ關スル一ノ推定ヲ設ケタリ民法第六一九條ノ規定是ナリ予ハ同條ノ規定ニ從ヒ默示ノ更新ノ要件ト默示更新ノ場合ニ於ケル貸借債ノ内容ニ區別シテ説明スヘシ

第一 默示ノ更新ノ要件

當事者間ニ於テ默示ノ更新アリトノ法律上ノ推定ハ二箇ノ事實ノ上ニ立ツモノトス

(イ) 貸借債ノ期間カ滿了シタルコト 當事者ニ於テ更新アリトスルニハ貸借債期間ノ定

アリテ其期間ノ滿了シタルコトヲ必要トス何トナレハ貸借債ノ更新ハ更ニ新ニ貸借契約ヲ締結スルノ謂ニ外ナラスシテ前ノ貸借債カ繼續スル間ハ更新ノ必要ナク此必要ハ前

ノ貸借債カ終了シタル場合ニ於テ始メテ生スルモノナルヲ以テナリ

(ロ) 貸借人カ貸借物ノ使用收益ヲ繼續シ貸借人カ之ヲ知リテ異議ヲ述ヘザリシコト 是レ即チ當事者間ニ於テ默示ノ更新アリトノ法律上ノ推定ノ因テ生スル基本ノ事實ヲ形成スルモノナリ蓋シ貸借關係カ一旦終了シタル以上ハ貸借人ハ茲ニ貸借物ノ使用收益ヲ

止メ貸借物ヲ貸借人ニ返還スヘク貸借人モ亦貸借人ニ對シテ貸借物ノ返還ヲ要求シ貸借人カ依然トシテ物ノ使用收益ヲ爲スニ於テハ之ニ對シテ異議ヲ主張シ其使用收益ヲ停止セシムルヲ普通ノ狀態トスル所ナリ然ルニ貸借債終了後貸借人ニ於テ依然トシテ物ノ使

0141

用収益ヲ爲スノミナラス貸借人モ亦之ヲ知リテ何等ノ異議ヲ主張セサルハ貸借人ニ於テ謂レナクシテ不法ニ使用収益ヲ爲シ貸借人モ亦徒ラニ其權利ノ上ニ眠ムルモノト推定スルコトヲ得スシテ寧ロ當事者ハ舊ニ依リ貸借關係ヲ繼續スルノ意思ヲ暗示ニ表示シタルモノトスルハ推理ノ當ヲ得タルモノト謂ハサルヘカラサルノミナラス之ヲ普通一般ノ經驗ニ徴スルモ貸借ノ期間満了後貸借人カ依然トシテ使用物ノ使用収益ヲ爲シ貸借人カ之ニ對シテ異議ヲ主張セサルハ貸借更新ノ場合ニ於テ見ル所ノ事實ニシテ貸借ノ更新ナクシテ斯ル事實ノ存続スルコトハ稀有ノコトニ屬スルモノナリ是レ民法第六一九條ノ規定アル所以ナリ

第二 更新ノ場合ニ於ケル貸借ノ内容

貸借ノ默示ノ更新アリトノ推定ハ當事者間ニ於テ貸借契約ヲ其儘繼續スルノ意思ナリト推定スルモノニ外ナラサルヲ以テ更新セラレタル貸借ハ前ノ貸借ト同一ノ内容ヲ有スルモノト推定スヘキハ默示ノ更新ノ推定ニ伴フ當然ノ結果ナリトス故ニ民法ハ「前貸借ト同一ノ條件ヲ以テ更新ニ貸借ヲ爲シタルモノト推定ス」ト規定シ前後ノ貸借ハ其内容ニ於テ全ク同一ナルコトノ推定ヲ下ス所ナリ然レトモ期間ノ點ニ關シテハ前貸借ノ期間ヲ其儘ニ襲踏スルハ多クノ場合ニ於テ當事者ノ意思ニ反スルノミナラス期間ニ付テハ別段當事者ノ意思表示ナク又之ヲ推定スルコト能ハサル場合ナルヲ以テ當事者ハ無期限ニテ

貸借關係ヲ繼續スルノ意思ナリト推定スルヲ可ナリトス是レ民法カ「但當事者ハ第六百十七條ノ規定ニ依リテ解除ノ申入ヲ爲スコトヲ得」ト規定シ期間ノ定ナキ貸借ニ關スル法則ヲ此場合ニ適用シタル所以ナリ

前貸借ノ期間満了シタルトキハ之ト同時ニ其貸借ハ終了シ更新當事者間ニ於テ新ナル貸借關係ヲ生スルモノナレハ前貸借ニ付キ提供セラレタル對人擔保並ニ物上擔保ハ當然消滅ニ歸シ更新ニ新貸借ノ擔保ニ供スルハ格別更新當然ノ效果トシテ新貸借ニ移付セラルルコトナカルヘキハ論ヲ俟タズ然レトモ敷金ハ實際ノ便宜上貸借ノ更新ニ拘ハラズ依然トシテ擔保ノ用ヲ爲スヘキモノト爲セリ是レ第六一九條第二項ニ規定スル所ナリ

二 解約ノ申入

當事者カ貸借ノ期間ヲ定メナリシトキハ各當事者ハ何時ニテモ解約ノ申入ヲ爲スコトヲ得シト雖モ此場合ニ於テハ貸借ハ解約ノ申入ニ因リ當然終了セスシテ法定期間ノ満了ヲ待テ始メテ其效果ヲ生スルモノトス而シテ其期間ハ土地ニ付テハ一年建物ニ付テハ三箇月貸借及ヒ動産ニ付テハ一日トシ且收獲季節アル土地ノ貸借ニ付テハ其季節後次ノ耕作ニ著手スル前ニ解除ノ申入ヲ爲スヘキモノト爲セリ蓋シ貸借ニ期限ノ定ナキ場合ニ於テハ無期限債務ニ關スル一般ノ原則ニ從ヒ貸借人ハ何時ニテモ目的物ノ返還ヲ要求シ得ヘク貸借人モ亦何時ニテモ之ヲ返還シテ各貸借契約ヲ終了セシムルコトヲ得ヘキモノト論スルコトヲ得ヘシ然レトモ此原則

ヲ絶對ニ適用スルニ於テハ解約ヲ豫期セサル相手方ニ不利ナル結果ヲ生スルノ虞アリ何トナレハ貸借債ニ在テハ貸借人ハ其所有物ヲ利用シテ貸借ヲ得ルヲ目的トシ貸借人モ亦他人ノ所有物ノ使用収益ヲ目的トスルモノニシテ貸借債ノ終了ト共ニ貸借人ハ其豫期シタル借賃ヲ得ルコト能ハサルニ至ルヘク直チニ其所有物ヲ他人ニ貸與シテ引續キ借賃ヲ收取スルコトヲ得ルヤ否ヤハ全ク不明ニ屬スルト同時ニ貸借人モ亦貸借債ノ終了ニ因リテ目的物ノ使用収益ヲ爲スコト能ハサルニ至ルヘク直チニ他人ヨリ同種ノ物ヲ借受ケ之カ使用収益ヲ爲スコトハ未必ノ事ニ屬スルヲ以テ當事者一方ノ意思ニ因ル貸借債ノ不期ノ終了ハ常ニ相手方ヲシテ不測ノ損害ヲ被ラシムルノ危険アルヲ以テナリ是レ民法カ當事者一方ノ解約ヨリ生スル損害ノ危険ニ對シテ相手方ノ利益ヲ保護スル爲メ此場合ニ於ケル貸借債ノ終了ニ付キ前記ノ猶豫期間ヲ設クル所以ニシテ民法ハ右ノ期間ハ貸借人ヲシテ更ニ相當ノ條件ヲ以テ其所有物ヲ他人ニ貸與スルコトヲ得セシムルカ爲メ又貸借人ヲシテ更ニ之ト同種ノ物件ヲ他人ヨリ借用スルコトヲ得セシムルカ爲メニ充分ナリト認メタルモノニシテ其期間ノ長短ハ要スルニ貸借債契約ノ締結ノ難易ニ比例シテ定メタルモノニ外ナラス又收穫季節アル物ノ貸借債ニ付テハ解約ノ通知前貸借人カ既ニ耕作ニ著手シタル以上ハ其季節ニ付テハ貸借債關係ハ當然存續スルモノト爲スヘク當事者ヲシテ其季節終了ヲ待テ解約ノ申入ヲ爲サシムルハ相手方ノ利益ヲ保護スルカ爲メニ必要ナルヲ以テナリ

三 契約ノ解除

貸借債契約ノ解除ニ付テハ契約ノ解除ニ關スル一般ノ原則ヲ適用スヘキモノトス故ニ貸借人カ貸借債契約ニ因リテ負擔シタル債務即チ貸借人ヲシテ使用収益ヲ爲サシムルノ義務ヲ完全ニ履行セザルトキハ貸借人ハ民法第五四一條、第五四二條ノ規定ニ從ヒ契約ヲ解除スルコトヲ得ヘク貸借人モ亦貸借人カ借賃其ノ他貸借債契約ヨリ生スル義務ヲ履行セザル場合ニ付キ解除權ヲ行使スルコトヲ得ヘシ其他貸借人ハ不可抗力ノ爲メニ其收益ニ付キ損害ヲ受ケタル第六一〇條ノ場合、自己ノ過失ニ因ラスシテ貸借物ノ一部カ滅失シタル第六一二條ノ場合、貸借人ノ保存行爲ノ爲メニ貸借債爲シタル目的ヲ達スルコト能ハサルニ至リタル第六〇七條ノ場合ニ於テ契約ヲ解除スルコトヲ得ヘク貸借人モ亦貸借人カ其承諾ナクシテ第三者ニ貸借物ノ使用収益ヲ爲サシメタル第六一二條ノ場合ニ於テ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得ヘシ

契約ノ解除ハ既往ニ遡リテ效力ヲ生シ各當事者ヲシテ相手方ヲ原狀ニ復スルノ義務ヲ負ハシムルコトハ民法第五四五條ニ規定スル所ナリ然レトモ此原則ヲ貸借債契約ニ適用スルニ於テハ貸借人ハ其受取りタル一切ノ借賃ヲ貸借人ニ返還スルノ義務ヲ負フト同時ニ貸借人モ亦貸借物ノ使用収益ニ因リテ得タル一切ノ利益ヲ貸借人ニ返還スルノ義務ヲ負フコトナルヲ以テ當事者間ノ關係ハ頗ル錯雜シ容易ニ解決シ得ヘカラサル事實上及ヒ法律上ノ難問題ヲ惹起シ到底其煩瑣ニ堪ユルコト能ハサルニ至ルヘシ況ヤ借賃ハ貸借物ノ使用収益ノ對價ニシテ定期ノ使用収益料タルノ性質ヲ有スルモノナルコトハ前既ニ説明セル所ナルヲ以テ貸借債契約ヲ解除スル場合ト

雖モ既往ニ於ケル貸借債ノ效力ヲ維持シ當事者間ノ權利關係ヲ動かササルハ貸借契約ノ性質并ニ當事者ノ意思ニ適合スルニ於テオヤ是レ民法第六二〇條前段ニ於テ契約ノ解除ニ關スル一般ノ原則ニ對スル例外ヲ設ケ貸借債ヲ解除シタル場合ニ於テハ其解除ハ將來ニ向テノミ其效力ヲ生スト規定セル所ナリ然レトモ貸借契約カ當事者一方ノ過失ニ因テ解除セラレタルトキハ相手方ハ之ニ對シテ解除ノ爲メニ生シタル損害賠償ヲ要求スルノ權利ヲ失フコトナシ蓋シ債務者カ債務不履行ニ因リテ債權者ニ損害ヲ被ラシメタルトキハ債權者ハ常ニ之ニ對シテ賠償ヲ請求スルコトヲ得ヘク契約ヲ解除スルト否トハ賠償ノ請求權ニ何等ノ影響ヲ及ボササルヲ以テナリ

四 貸借人ノ破産

貸借人カ破産ノ宣告ヲ受ケタルトキハ貸借債ニ期間ノ定アル場合ト雖モ貸借人又ハ破産管財人ハ第六一七條ノ規定ニ依リ解約ヲ爲スコトヲ得ヘシ是レ第六二一條ノ規定スル所ナリ蓋シ此場合ニ於テハ貸借人ハ繼續シテ借賃ノ支拂ヲ爲スコト能ハサルノ状態ニ陥ルヲ以テ貸借債ノ繼續ハ貸借人ニ不利ナル結果ヲ生スルヲ以テ法律ハ貸借人ヲシテ契約ヲ解除シ目的物ヲ取戻スコトヲ得セシム又他方ニ於テ貸借人ニ借賃ヲ支拂ヒ物ノ使用收益ヲ繼續スルコトハ常ニ必スシモ破産財團ニ不利ナルモノニハ非サルモ反對ノ結果ヲ生スルコトハ往往是アルヲ以テ破産管財人モ亦破産財團ノ利益ノ爲メニ貸借契約ヲ解除シ得ヘキモノト爲セリ而シテ此解除權ハ當事者ノ

利益ヲ保護スル爲メニ法律カ特ニ付與スル所ノ權利ニシテ當事者ノ故意過失ヲ豫想セザルヲ以テ當事者ハ各相手方ニ對シテ解約ノ爲メニ生シタル損害賠償ノ請求權ヲ有セサルハ勿論ナリ是レ第六二一條後段ニ規定スル所ナリ

五 目的物ノ滅失

貸借債ノ目的物カ滅失シタルトキハ貸借債ノ成立ニ必要ナル條件ノ一ヲ缺クニ至ルヲ以テ貸借債關係ハ茲ニ全ク消滅ニ歸スヘキモノトス但目的物ノ滅失カ當事者一方ノ責ニ歸スヘキ事由ヨリ生シタルトキハ當事者間ニ於テ債務不履行ニ基ク損害賠償ノ問題ヲ生スヘキハ論ヲ俟タス

第八章 雇傭

第一節 雇傭ノ性質

民法第六二三條ニ曰ク雇傭ハ當事者ノ一方カ相手方ニ對シテ勞務ニ服スルコトヲ約シ相手方カ之ニ其報酬ヲ與フルコトヲ約スルニ因リテ其效力ヲ生スト故ニ我民法ニ依ルトキハ雇傭ハ左ノ如ク定義ヲ與フルコトヲ得ヘシ

雇傭ハ當事者ノ一方カ相手方ニ對シテ勞務ニ服スルコトヲ約シ相手方カ之ニ其報酬ヲ與フルコトヲ約スル契約ナリ

今此定義中ニ包含スル雇傭ノ概念ヲ分析スルトキハ則チ左ノ如シ

民法債權

雇傭 雇傭ノ性質

第一 雇傭ハ契約ナリ

雇傭關係ノ成立ニハ當事者ノ一方即チ使用者ト相手方即チ勞務者トノ間ニ於テ勞務者ニ於テ一定ノ勞務ヲ供シ使用者ニ於テ之ニ報酬ヲ與フルコトニ付キ意思ノ合致即チ契約アルコトヲ必要トス而シテ此契約ニハ當事者ノ意思表示アルノミヲ以テ足レリトシ其意思表示ニハ別段形式ノ定ナク又其成立ノ前提要件トシテ現實ニ或給付ヲ爲スコトヲ要セサルヲ以テ、不要式契約ニシテ且諾成契約ナリ又此契約ハ當事者雙方互ニ出捐ヲ爲シ勞務ト報酬トヲ交換スルモノナレハ常ニ必ス有價契約タルト同時ニ又雙務契約タルモノトス

第二 雇傭ハ當事者ノ一方カ相手方ニ對シテ勞務ニ服スルコトヲ約スル契約ナリ

雇傭契約ノ成立ニハ當事者ノ一方ニ於テ相手方ニ對シ、一定ノ勞務ニ服スヘキコトヲ約スルコトヲ、必要トス是レ雇傭契約ノ特質トスル所ニシテ、此契約ト他ノ契約トノ間ニ存スル差別ノ點ナリトス所謂勞務トハ相手方ノ爲メニスル百般ノ勞務ヲ指シ其勞力ノ身體上ノモノナルト精神上ノモノナルトヲ區別スルコトナシ故ニ我民法ニ依ルトキハ人ノ供スル勞力ニシテ苟モ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反セサル限ハ其何タルヲ問ハス總テ雇傭契約ノ目的タルコトヲ得ヘシ故ニ此點ハ雇傭契約ノ目的タルコトヲ得ヘキ勞務ノ中ヨリ特ニ醫師辯護士及ヒ學藝教師ノ勞務ヲ除外シタル舊民法ト大ニ其趣ヲ異ニスル所ナリ

勞務者カ使用者ニ對シ爲ス給付ハ則チ勞務其モノニシテ其勞務ノ結果ニ非ス是レ雇傭契約ト請負契約ヲ區別スル重要ノ點ナリトス但此二者ノ區別ハ理論上ニ於テハ極メテ簡明ナレトモ實際ニ於テ當事者間ノ契約ハ勞務ノ給付ヲ目的トシタル雇傭契約ナルヤ又ハ勞務ノ結果ヲ目的トシタル請負契約ナルヤヲ判別スルコトノ頗ル困難ナル場合アリ或學者ハ其給付ニ對スル報酬カ定期ニ支拂フヘキモノナルヲ將メ仕事ノ數量ニ應ジテ支拂フヘキモノナルヲ以テ區別ノ標準ト爲シタリ是レ最モ多クノ場合ニ於テ二者ヲ區別スル適切ノ標準タルハ疑ナシト雖モ強ナ此標準ノミニ依頼スルコトヲ得ス何トナレハ雇傭契約ニ在リテモ報酬ヲ區分シ仕事ノ數量ニ應ジテ順次ニ之ヲ支拂フコトハ往々ニシテ是アルヲ以テナリ故ニ此二者ノ區別ハ各場合ニ於ケル實際ノ情況ニ基キ當事者ノ意思ト契約ノ内容如何ヲ探究シテ之ヲ決スルノ外ナシトス

第三 雇傭ハ當事者ノ一方カ相手方ニ對シテ勞務ニ服スヘキコトヲ約シ相手方カ之ニ報酬ヲ支拂フコトヲ約スル契約ナリ

雇傭契約ハ必然的ニ有價ナリ換言スレハ使用者カ勞務者ノ爲ス勞務ノ給付ニ對シ其ノ報酬ヲ支拂フコトヲ約スルコトハ雇傭契約成立ノ一ノ要件タリ但其契約ハ有價ナルヲ以テ足レリトシ使用者ノ支拂フ報酬ノ何タルヤハ之ヲ問フノ必要ナシ何トナレハ民法ハ單ニ「報酬」トノミ規定シ其種類ニ付キ別ニ制限ヲ設ケサルヲ以テナリ故ニ最モ普遍ニ行ハルル金錢有價物ノ給

付ハ勿論勞務以外ノ各種ノ給付ハ其種類ノ如何ニ關ハラズ總テ雇傭契約ニ因リテ使用者ノ負擔スル債務ノ内容ヲ組織スルコトヲ得ヘシ

第二節 雇傭契約ノ締結

雇傭契約ノ締結ニ付テモ亦一般契約ノ締結ニ關スル原則ヲ適用スルヲ以テ足ルモノトス但雇傭契約ハ勞務ヲ目的トシ勞務者ヲシテ其身體ニ羈絆ヲ受ケシムルノ結果ヲ生スルヲ以テ此關係上契約ノ目的タル勞務ノ性質カ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反セサルヤ否ヤヲ審査スルノ必要アルノミナラス契約締結ノ能力及ヒ權限ニ付テモ亦特別ノ規定ヲ設クルノ必要アリ例ヘハ妻カ雇傭契約ヲ締結スルニ付キ夫ノ許可ヲ受クルコトヲ要シ親權者後見人カ未成年者ノ爲メニ雇傭契約ヲ締結スルニハ其同意ヲ必要トスルカ如シ

第三節 雇傭契約ノ效力

雇傭契約ノ效力ヲ論スルニ方リ使用者ノ義務ト勞務者ノ義務トニ區別シテ説明スヘシ

第一款 使用者ノ義務

雇傭契約ニ因リ使用者ノ負擔スル義務ハ左ノ如シ

第一 報酬ヲ支拂フ義務

使用者ハ雇傭契約ノ效力ニ因リ労働者ニ對シテ勞務ニ對スル報酬ヲ支拂フノ義務ヲ負擔ス而シテ報酬支拂ノ時期ニ付キ當事者間ニ特約アルトキハ特約ヲ以テ定メタル時期ニ於テ之カ支拂ヲ爲スコトヲ要スルヤ是レ民法第六二四條第一項ニ規定スル所ニシテ此場合ニ於テハ勞務者カ其約シタル勞務ヲ終了シタル後ニアラサレハ報酬ヲ請求スルコトヲ得ザルモノト爲セリ蓋シ雇傭契約ニ於ケル報酬ハ勞務ノ對價ニシテ其性質ニ於テハ相交換スヘキモノナルモ勞務ハ即時ニ終了スルモノニ非スシテ多少繼續スヘキ性質ヲ有スルヲ以テ實際上ニ於テハ勞務ト報酬トハ賣買交換ニ於ケルカ如ク即時ニ交換セラルルコトヲ得メシテ其授受ニ付キ前後アルコトヲ免レサルモノトス而シテ雇傭ニ於ケル報酬ハ勞務ノ終了ヲ待テ支拂フハ取引上ノ慣例ナルヲ以テ當事者カ別段ノ意思ヲ表示セサル限ハ普通ノ慣例ニ從ヒ勞務者ニ於テ先ツ其勞務ヲ供シ然ル後使用者ニ於テ其報酬ヲ支拂フノ意思ナリト推定スルモノニ外ナラス蓋シ第六二四條ノ規定ハ當事者ノ意思不明ナル場合ニ其意思ヲ補充スルヲ以テ目的トスルモノナレハ反對ノ特約アルトキハ之ニ從フヘキハ勿論ナリトス又期間ヲ以テ報酬ヲ定メタルトキハ報酬ハ其期間ニ割リ當テ支拂フノ意思ナリト推定スヘキヲ以テ其期間經過ノ後ハ勞務者ハ之ニ對當スル報酬ノ支拂ヲ要求スルコトヲ得ヘシ是レ同條第二項ノ規定スル所ナリ

第二 權利ノ處分ニ關スル制限

使用人ハ勞務者ニ對シテ勞務ヲ供セシムルノ債權ヲ有シテ其勞務ハ一定ノ範圍ヲ有スルヲ以テ其權利ヲ他人ニ讓渡シ之ヲシテ自己ノ地位ニ代ラシムルハ妨ナキカ如シ然レトモ雇傭契約ヨリ生スル使用人ノ債權ハ專屬的ノ性質ヲ有シ其性質上讓渡ヲ許ササル債權ノ一ニ居ルモノナリ何トナレハ勞務者ハ雇傭契約ニ因リ其身體ニ羈絆ヲ受クルモノナレハ使用人ノ何人タルヤハ勞務者ノ利害ニ重大ノ影響ヲ及ホスモノニシテ使用者ノ性格如何ニ因リ債務ノ内容ニ變更ヲ來ス場合往往ニシテ是アルヘキヲ以テナリ例ヘハ勞務者カ甲ノ雇人トシテ其使役ニ服スルト乙ノ雇人トシテ同種ノ勞務ヲ供スルトニ由リ其勞務ノ内容ヲ異ニスヘク又甲ヲ教授スルト乙ヲ教授スルトハ等シク他人ノ教授ヲ目的トスルモ債務ノ内容ハ全ク異ナルモノト謂ハサルヲ得ス故ニ雇傭契約ハ普通使用者ノ一身ニ著眼シテ締結セラルルモノニシテ使用者其人カ債務關係ノ一要素ヲ形成スルヲ常トス然レトモ使用者ノ甲タルト乙タルトハ勞務者ノ利害ノミニ關スル問題ナルヲ以テ勞務者ニ於テ使用人ノ有スル債權ノ讓渡ヲ承諾スルニ於テハ其讓渡ニ效ヲ與フルハ毫モ妨ナシ是レ民法第六二五條第一項ニ於テ勞務者ノ承諾ヲ條件トシテ權利ノ讓渡ヲ使用者ニ許ス所以ナリ故ニ勞務者ノ承諾ナクシテ爲シタル使用者ノ權利ノ讓渡ハ讓渡ノ目的タル權利ヲ讓渡人ニ移轉スルノ效力ヲ有セサルモノトス

第二款 勞務者ノ義務

勞務者ハ雇傭契約ニ因リ使用者ニ對シテ勞務ニ服スルノ義務ヲ負擔ス是レ勞務者カ雇傭契約ニ因リテ負擔スル唯一ノ義務ナリトス故ニ勞務者ハ雇傭契約ノ本旨ニ從ヒ其約シタル勞務ヲ供スルコトヲ要シ之ヲ供シタル上ニ非サレハ其對價タル報酬ノ請求權ヲ行使スルコトヲ得サルモノトス

勞務者ハ自身ニ契約ノ目的タル勞務ヲ供スルコトヲ要シ第三者ヲシテ自己ニ代ハリテ勞務ニ服セシムルコトヲ得ス是レ第六二五條第二項ニ規定スル所ナリ蓋シ勞務ニ服スル人ノ何人タルヤハ雇傭ノ目的タル勞務其モノニ重要ナル關係ヲ有スルヲ以テ使用者モ亦相手方タル勞務者ノ一身ニ著眼シテ雇傭契約ヲ締結スルヲ常トスルカ故ニ勞務者カ他人ヲシテ代リテ勞務ヲ供セシムルハ其債務ノ本旨ニ反スルノ結果ヲ生スルヲ以テナリ但勞務者ノ何人タルハ使用者ノ利害ノミニ關スル問題ナルヲ以テ勞務者ハ使用者ノ承諾アルニ於テハ第三者ヲシテ代リテ勞務ニ服セシムルハ固ヨリ妨ナシト雖モ其承諾ナクシテ第三者ヲシテ勞務ニ服セシムルハ其義務ニ違背スルモノニシテ債權者ヲシテ損失ヲ被ラシムルノ虞アルヲ以テ民法ハ其義務違背ノ制裁トシテ契約ヲ解除スルノ權利ヲ使用者ニ付與シタリ蓋シ此場合ニ於ケル契約ノ解除ハ使用者ノ權利ヲ保護スルカ爲メニ必要ナルヲ以テナリ

第四節 雇傭ノ終了

雇傭ノ終了原因ハ左ノ如シ

第一 勞務ノ終了

勞務者カ契約ニ因リテ負擔シタル勞務ヲ了リタルトキハ雇傭關係ハ終ニ全ク消滅ニ歸スヘキハ説明ヲ要セスシテ明カナリ

第二 期間ノ満了

當事者カ契約ノ期間ヲ定メタルトキハ雇傭ハ其期間ノ満了ニ因リテ終了ス然レトモ此原則ニハ例外アリ即チ左ノ如シ

(一) 雇傭ノ期間カ五年ヲ超過シ又ハ當事者ノ一方若クハ第三者ノ終身間存続スヘキ場合ニ五年ヲ經過シタルトキ 雇傭ノ期間ニ付テハ多數ノ立法例ハ其期間ノ最高限ヲ定メ當事者ヲシテ常ニ必ス其期間内ニ於テ雇傭契約ヲ締結スヘキモノト爲シ舊民法モ亦此主義ヲ採用シ使用人、番頭、手代ニ付テハ五箇年職工其他ノ雇人ニ付テハ一箇年習業契約ニ因ルモハ未成年ノ期ヲ超ユルコトヲ得サルモノト爲セリ是レ他ナシ(イ)雇傭契約ハ人ノ勞務ヲ目的トシ人身ノ自由ヲ拘束スルモノニシテ勞務ニ服スル者ノ煩累トナルモノナレハ其期間長キニ失スルトキハ勞務者ノ人格ヲ毀損スルノ虞アルヲ以テ其期間ハ之ヲ相當ノ範圍内ニ制

限スルコトヲ要シ(ロ)雇傭ノ期間長キニ失スルトキハ其間ニ一般經濟上ノ事情並ニ當事者各自ノ地位ニ變動ヲ生シ同一條件ノ下ニ雇傭關係ヲ存続セシムルハ當事者ノ一方ヲシテ不利ナル地位ニ陥ラシムルニ至ルノ虞アリ此點ヨリ見ルモ雇傭ノ存続期間ニ付テハ當事者ノ契約自由ニ多少ノ制限ヲ附スルノ必要アルヲ以テナリ我民法ハ雇傭契約ノ存続期間ニ付テモ原則トシテハ當事者ノ自由意思ニ一任シ直接ニ之ヲ制限セサルノ主義ヲ採用シ唯當事者ノ一方ハ一定ノ期間經過後ハ其一己ノ意思ヲ以テ契約ヲ解除シ雇傭關係ヲ終了セシムルコトヲ得ヘキモノトシ間接ニ之ヲ制限ヲ設ケ當事者各自ヲシテ長期ノ雇傭ニ伴フ弊害ヲ避クルコトヲ得セシムル面シテ其期間ハ普通五年トシ雇傭ノ期間カ五年以上ニ涉リ又ハ當事者ノ一方若クハ第三者ノ死亡ヲ以テ雇傭ノ存続期間ト定メタル場合ニハ當事者ノ一方ハ雇傭契約成立ノ時ヨリ五年ヲ經過シタルトキハ爾後何時ニテモ契約ヲ解除スルコトヲ得ヘク唯商工業見習者ノ雇傭ニ付テハ其期間ヲ延長シテ之ヲ十箇年ト爲シタリ而シテ右ノ期間ハ何レモ我國ニ於ケル取引上ノ必要ニ應ジテ之ヲ認メタルモノニシテ殊ニ商工業見習者ハ比較的長期間雇傭セラルルハ我國從來ノ慣習ナルヲ以テナリ故ニ我民法ハ雇傭契約存続期間ノ最長期ヲ定メサルモ一定ノ期間後ハ各當事者ニ契約ヲ解除スルノ自由ヲ與フルヲ以テ最長期ヲ定メタルト同一ノ結果ニ歸スルノミナラス其期間後契約ヲ解除スルト否トヲ當事者ノ意思ニ繫ラシメタルハ當事者ノ爲メニ頗ル便利ニシテ民法カ期間ノ定アル場合ニ默示ノ更新

ヲ許スノ趣旨ニモ合致スルヲ以テ我民法ノ規定ハ其當ヲ得タルモノト謂フヲ得ヘシ
右ノ如ク各當事者ハ一定ノ期間經過後ハ契約ヲ解除スルノ權利ヲ有スルモ當事者一方ノ解
除ノ意思表示ハ直チニ雇傭關係ヲ終了セシムルモノトスルトキハ其解約ヲ豫期セサル相手
方ヲシテ不測ノ損害ヲ被ラシムルノ虞アルヲ以テ民法ハ此場合ニ於ケル當事者ノ解除ハ直
チニ其效力ヲ生セシテ雇傭關係ハ解除ノ意思表示ヨリ三箇月間ハ依然トシテ存続シ此期
間經過ヲ以テ始メテ終了スヘキモノト爲セリ

賃貸借ノ期間ニ關スル制限ハ公ノ秩序ニ關スルヲ以テ當事者間ノ特約ヲ以テ之ヲ左右スル
コトヲ得ス故ニ當事者ノ一方カ法定期間後ニ契約ヲ解除セサルコトヲ約スルモ其約束ハ全
然無効ニシテ當事者ヲ羈束セス隨テ各當事者カ法定ノ期間後契約ヲ解除スルノ權利ハ此特
約ノ爲メ毫モ妨ラルルコトナシ

(二) 當事者カ雇傭契約ヲ更新シタルトキ、當事者カ五年以上ノ期間ヲ以テ雇傭契約ヲ締結
シタルトキハ當事者ハ五年間ハ其契約ニ羈束セラルルモ其以上ノ期間ニ付テハ絕對的ニ當
事者ヲ羈束スルコトナク契約期間内ト雖モ各當事者ニ於テ之ヲ解除スルコトヲ得ルハ既に
説明スル所ノ如シ然レトモ當事者カ雇傭契約ヲ更新スルハ毫モ妨ナク更新ノ場合ニ於テモ
亦更新ノ時ヨリ起算シテ五年ヲ經過シタルトキハ各當事者ハ契約ヲ解除スルコトヲ得ルハ
新ニ雇傭契約ヲ締結シタル場合ト毫モ異ナルコトナシ何トナレハ更新ハ更新ニ新タニ雇傭契

約ヲ締結スルモノニ外ナラサルヲ以テナリ而シテ當事者ニ更新アリタルヤ否ヤハ當事者ノ
意思如何ニ由リテ決定スヘキ事實上ノ問題ナリト雖モ民法ハ默示ノ更新ニ關スル一ノ推定
ヲ設ケタリ民法第六二九條ノ規定即チ是ナリ同條ニ曰ク「雇傭ノ期間終了ノ後勞務者カ引
續キ其勞務ニ服スル場合ニ於テ使用者カ之ヲ知リテ異議ヲ述ヘサルトキハ前雇傭ト同一ノ
條件ヲ以テ更ニ雇傭ヲ爲シタルモノト推定ス」ト是レ賃貸借更新ノ場合ト等シク普通一般
ノ經驗ト當事者ノ意思ノ推測トニ基キ當事者ハ同一ノ範圍内容ヲ以テ其儘雇傭契約ヲ繼續
セシムルノ意思ナリト認ムルモノニ外ナラス然レトス期間ニ付テハ當事者ノ意思ハ必スシ
モ前雇傭ノ期間ニ由ルモノト推定スルコトヲ得アルヲ以テ是レ亦賃貸借ノ場合ト等シク當
事者間ニ於テ別段ノ意思表示ナキモノトシ期間ノ定ナキ雇傭ニ關スル第六二七條ノ規定ヲ
此場合ニ適用シ同條ニ定ムル制限條件ニ從ヒ各當事者ニ於テ解約ノ申入ヲ爲スコトヲ得ヘ
キモノトセリ

雇傭契約更新ノ場合ニハ前雇傭ハ期間ノ滿了ニ因リテ終了シ更ニ當事者ニ於テ新ナル雇傭
關係ヲ發生セシムルモノナレハ前雇傭ニ付キ當事者カ擔保ヲ供シタルトキハ其擔保ハ此時
ヲ以テ當然消滅ニ歸スヘキモノトス然レトモ身元保證金ハ賃貸借ニ於ケル敷金ト等シク從
來ノ慣習ニ從ヒ當事者雙方ノ便宜ノ爲メニ之ヲ存続セシムルコトト爲セリ(六二九條)

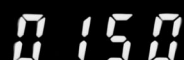
第三 解約ノ申入

民法債權 雇傭ノ終了

當事者カ雇傭契約ノ期間ヲ定メザリシトキハ各當事者ハ何時ニテモ解約ノ申入ヲ爲スコトヲ得是レ民法第六二七條ニ規定スル所ナリ蓋シ當事者カ雇傭契約ヲ締結スルニ當リ特ニ其存續期間ヲ定メサル以上ハ期間ノ點ニ關シテハ當事者ハ確切ニ繩束セラレサルヲ以テ各自何時ニテモ雇傭契約ヨリ生スル羈絆ヲ脱スルノ完全ナル自由ヲ享有スルモノト謂ハサルヘカラサルヲ以テナリ然レトモ當事者一方ノ解約ノ申入カ直チニ雇傭關係ヲ終了セシムルモノトスルトキハ解約ヲ豫期セサル相手方ニ不利ナル結果ヲ生スルヲ以テ解約ノ申入ト雇傭ノ終了トノ間ニ多少ノ猶豫期間ヲ存シ相手方ヲシテ雇傭終了ヨリ生スル結果ニ備フルコトヲ得セシムルノ必要アルヲ以テ我民法ハ此場合ニ於テハ雇傭ハ解約申入ノ後二週間ヲ經過シタルニ因リテ終了スルモノト爲セリ然レトモ民法ハ期間ヲ以テ報酬ヲ定メタル場合ニ付キ特別ノ規定ヲ設ケタリ即チ此場合ニ於テハ解約ノ申入ハ次期以後ニ對シテ之ヲ爲スコトヲ得ヘク當期ニ付キ之ヲ爲スコトヲ許サフ是レ他ナシ當事者カ既ニ其期間内ニ入りタル以上ハ其全期間ヲ通シテ雇傭關係ヲ繼續セシムルコトヲ要シ中途ニシテ之ヲ終了セシムルハ相手方ニ不利ナル結果ヲ生スルヲ以テナリ且當事者カ次期以後ニ付テ解約ヲ爲ス場合ト雖モ直チニ其申入ヲ爲スコトヲ得ス必スヤ當期ノ前半ニ於テ之ヲ爲シ相手方ヲシテ解約ニ對スル準備ヲ爲スコトヲ得セシムルコトヲ要ス(六二七條二項)然レトモ六箇月以上ノ期間ヲ以テ報酬ヲ定メタル場合ニ於テハ解約ノ申入ハ三箇月前ニ之ヲ爲スヲ以テ足り必スシモ當期ノ前半ニ於テ之ヲ爲スコトヲ要セシ蓋シ三箇月ノ猶豫期間ハ何レノ場合ニ於テモ相手方ヲシテ解約ニ對スル準備ヲ爲スコトヲ得セシムルニ足り之ヨリモ長キ期間ヲ存スル必要ナキノミナラス其期間長キニ失スルトキハ解約者ニ不利ナル結果ヲ生スルヲ以テナリ

第四 已ムコトヲ得サル事情

當事者カ雇傭ノ期間ヲ定メタルトキハ其期間内ハ雇傭關係ハ存續スヘク當事者ハ唯五箇年ヲ經過シタル場合ニ法定ノ猶豫期間ヲ存シテ解約ノ申入ヲ爲スコトヲ得ルニ過キス然レトモ已ムコトヲ得ザル事由ノ爲メ雇傭關係ヲ繼續スルコト能ハサルニ至リタルトキハ直チニ契約ヲ解除スルコトヲ得茲ニ所謂已ムコトヲ得ザル事由トハ雇傭契約ノ履行ヲ絕對的不能ナラシメ又ハ其履行ヲ著シク困難ナラシムヘキ事情ヲ謂フ例ヘハ勞務者カ兵役ニ從事シ又ハ疾病ニ罹リタルカ爲メ契約ニ定メタル勞務ニ從事スルコト能ハサル場合又使用者カ外國ニ旅行スルニ付キ雇人ヨリ其勞務ノ供給ヲ受タル能ハサルニ至リタル場合ノ如シ蓋シ當事者ノ一方ニ付キ雇傭ノ繼續ヲ許ササル事由ノ生シタル場合ニ其事由カ當事者ノ責ニ歸スヘカラサルモノナルトキハ雇傭契約ハ則チ當事者ノ責ニ歸スヘカラサル事由ニ因リテ履行ノ不能若クハ履行ノ困難ヲ來タシタルモノナルヲ以テ當事者ヲシテ契約ノ解除ニ因リテ債務ヲ免脱セシムルコトヲ要スルハ勿論其事由カ當事者ノ過失ニ基因シタル場合ト雖モ雇傭關係ヲ維持シ強テ當事者ヲシテ履行ノ責ニ任セシムルハ苛酷ニ失スルモノニシテ就中勞務者トノ關係ニ於テハ其品位ヲ



失墜シ悲惨ノ境遇ニ陥ラシムル等極メテ重大ナル結果ヲ生スルヲ以テ此場合ニ於テモ當事者ヲシテ解除權ヲ行フコトヲ得セシムルヲ可ナリトス而シテ當事者一方ノ契約解除ノ原因ト爲リタル事由カ其實ニ歸スヘカラサルトキハ相手方カ解除ノ爲メニ損害ヲ被ルモ之ニ對シテ賠償ノ責任ナシト雖モ其事由カ當事者ノ過失ニ基因シタルトキハ相手方ニ對シテ賠償ノ責任スヘキモノトス何トナレハ此場合ニ於ケル契約ノ解除ハ當事者ヲシテ契約上ノ羈絆ヲ免レシムルコトヲ唯一ノ目的トシ其當事者ヲシテ自己ノ過失ヨリ生シタル債務不履行ノ責ヲ免レシムルモノニ非サルノミナラス之カ爲メ相手方ノ利益ヲ全然犧牲ニ供スルカ如キハ不公平ナルヲ以テ寧ロ損害ノ賠償ニ對シテ契約ノ解除ヲ許スヲ正當ナリトスルヲ以テナリ

第五 契約ノ解除

相手方ノ債務不履行ヲ原因トシテ契約ノ解除ヲ爲ス民法第五四一條、第五四二條ノ規定ハ雇傭契約ニ付テモ亦之ヲ適用スヘキモノトス其他雇傭契約ニ固有ナル解除ノ原因トシテハ已ムコトヲ得サル事由ニ基ク第六二八條ノ解除雇傭關係發生後五年ノ經過ノ後ニ於テ爲ス第六二六條ノ解除ヲ指摘スルコトヲ得ヘク此點ニ關シテハ既ニ説明セル所ナリ又解除ノ效力ハ貸借ノ場合ト等シク將來ニ向テノミ其效力ヲ生シ、既往ニ於テ生シタル當事者間ノ權利關係ハ解除ノ爲メ毫モ影響ヲ被ルコトナシ是レ雇傭契約ノ性質ト實際ノ便宜トニ基キタルモノニシテ此點ハ貸借ノ場合ト毫モ異ナル所ナシ然レトモ當事者間ノ賠償責任ハ之カ爲メニ毫モ變更

ヲ受クルコトナキヲ以テ當事者ノ一方ハ過失アル他ノ一方ニ對シテ損害賠償ノ請求ヲ爲スコトヲ妨ケサルモノトス又貸借ノ場合ト其論理ヲ同シクスル所ナリ是レ民法第六三〇條ヲ以テ貸借ニ關スル第六二〇條ノ規定ヲ準用シタル所以ナリ

第六 使用者ノ破産

使用者カ破産ノ宣告ヲ受ケタルトキハ繼續シテ報酬ヲ支拂フコト能ハサルニ至ルヲ以テ勞務者ハ自己ノ利益ノ爲メニ又破産管財人ハ破産財團ノ利益ノ爲メニ第六二七條ノ規定ニ從ヒ解約ノ申入ヲ爲スコトヲ得ヘク此場合ニ於テハ各當事者ハ相手方ニ對シテ解約ニ因リテ生シタル損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得サルモノトス是レ貸借ニ關スル第六二一條ト同一ノ精神ニ基キタルモノナルヲ以テ再ヒ之ヲ論スルノ必要ナシ

第七 勞務者ノ死亡

雇傭契約ニ於ケル勞務者ノ供スヘキ勞務ハ勞務者自身ニ之ヲ爲スコトヲ必要トスルヲ以テ勞務者ノ死亡ハ其當然ノ結果トシテ雇傭關係ヲ終了セシムルモノトス之ニ反シテ使用者ノ死亡ハ必スシモ此結果ヲ生スルコトナク勞務ノ供給カ使用者ノ一身ニ著眼シタル場合ニ限リ此效果ヲ生スルモノトス

第九章 請負

第一節 請負ノ性質

民法第六二六條ニ曰ク「請負ハ當事者ノ一方カ或仕事ヲ完成スルコトヲ約シ相手方カ其仕事ノ結果ニ對シテ之ニ報酬ヲ與フルコトヲ約スルニ因リテ其效力ヲ生ス」ト故ニ我民法ニ依ルトキハ請負ハ左ノ如ク定義ヲ與フルコトヲ得ヘシ
請負ハ當事者ノ一方カ或仕事ヲ完成スルコトヲ約シ相手方カ其仕事ノ結果ニ對シテ之ニ報酬ヲ與フルコトヲ約スル契約ナリ

今此定義中ニ包含スル請負ノ觀念ヲ分析スルトキハ左ノ如シ

第一 請負ハ契約ナリ

請負ノ成立ニハ當事者ノ一方即チ或仕事ヲ完成スルノ債務ヲ負擔スル所ノ請負人ト他ノ一方即チ其仕事ノ結果ニ對シテ報酬ヲ支拂フノ債務ヲ負擔スル所ノ注文者トノ間ニ於テ各自ノ負擔スヘキ仕事ノ完成ト之ニ對スル報酬ヲ支拂トニ付キ意思ノ合致即チ契約アルコトヲ必要トス而シテ(一)請負契約ハ當事者ノ意思表示ノミニテ其效力ヲ生シ契約成立ノ前提要件トシテ目的物ノ引渡其他現實ニ或給付ヲ爲スコトヲ要セザルヲ以テ諾成契約ナリ(二)請負契約ハ其成立ニ要スル意思表示ニ付テ別段ナル方式ノ定ナキヲ以テ不要式契約ナリ(三)請負契約ハ各當事者ニ於テ給付義務ヲ負擔シ各出捐ヲ爲スモノナレバ有價契約ナリ(四)請負契約ハ當事者

相手方ヲシテ互ニ債務ヲ負擔セシムルヲ以テ雙務契約ナリ

第二 請負ハ當事者ノ一方カ或仕事ヲ完成スルコトヲ約スル契約ナリ

請負ニ在テハ當事者ノ一方即チ請負人カ相手方即チ注文者ニ對シテ或仕事ヲ完成スルコトヲ約スルコトヲ必要トス是レ請負ノ特質ニシテ請負ト他ノ契約トノ間ニ存スル差別ノ點ナリトス所謂仕事ヲ完成スルトハ勞務ニ依リ人ノ需要ヲ充タスヘキ一定ノ結果ヲ生セシムルヲ謂ヒ民法ハ其仕事ノ範圍ヲ限定セザルヲ以テ人ノ勞務ニ依リテ達セラルヘキ結果ハ其例タルヲ問ハス總テ請負ノ目的トナルコトヲ得ヘク其有形ノモノナルト無形ノモノナルトハ之ヲ問フコトヲ要セス例ヘハ家屋ノ建築器具ノ製造修繕ノ如キ有形ノ製作物アルモノハ勿論人又ハ物ノ運送、計算、測量、書畫ノ揮毫、奏樂、唱歌、演藝彫刻等人ノ體力美術科學技藝ノ應用ニ因リテ達スルコトヲ得ヘキ有形無形ノ結果ハ總テ請負契約ノ目的トナルモノナリ獨逸民法ニハ「物ノ製作改造其他勞務ニ依リテ達スルコトヲ得ヘキ結果ハ請負ノ目的タルコトヲ得」ト規定シ此意義ヲ明カニセリ我民法ニハ請負ノ目的タルコトヲ得ヘキ仕事ノ性質ニ付キ規定スル所ナシト雖モ解釋上同一ノ結果ニ歸著スヘシ
請負契約ノ目的タル仕事ハ材料ヲ要スル場合往々ニシテ是アルモ仕事ノ目的タル材料アルコトハ請負契約ノ要素ニアラス仕事ノ目的タル材料ナキ場合ト雖モ請負契約ノ完全ニ成立シ得ヘキハ論ヲ俟タス然レトモ請負人カ材料ヲ供スル場合ニ於テハ大ニ買賣契約ニ類似スルヲ以



テ其性質ニ付キ學者間ニ議論アル所ニシテ立法例モ亦區區ニ出ツ我民法ハ此點ニ付キ別段ノ規定ヲ設ケサルヲ以テ當事者ノ意思ヲ探究シテ契約ノ性質ヲ決スルノ外ナシ即チ當事者カ注文者ノ爲メニスル仕事ノ完成ニ著眼シテ契約ヲ締結シタルトキハ其契約ハ請負ナリトシ之ニ反シテ當事者カ注文者ニ目的物ノ所有權ヲ移轉スルヲ以テ主眼ノ目的ト爲シタルトキハ其契約ハ賣買ナリトス故ニ我民法ハ結局瑞西債務法ト同一ノ主義ヲ採用シタルモノナリ

請負人カ仕事ノ材料ヲ供シ之ニ工作ヲ施シタル後之ヲ注文者ニ引渡ス場合ニ於テハ材料ノ所有權ハ請負人ヨリ注文者ニ移轉スヘキハ毫モ疑ナシト雖モ其移轉ノ時期ニ付キテハ學者間ニ議論アル所ニシテ或學者ハ材料ノ所有權ハ仕事ノ完成ト同時ニ注文者ニ移轉スルモノトシ他ノ學者ハ引渡ニ因リテ始メテ此效力ヲ生スヘキモノト爲セリ予ハ後説ヲ可ナリト信ス即チ予ノ信スル所ニ依レハ請負人カ仕事ノ目的物ヲ注文者ニ引渡スマテハ依然トシテ其所有權ヲ保有シ之ヲ處分スルノ完全ナル權能アリ注文者ハ目的物ノ引渡ニ依リテ始メテ目的物ノ所有權ヲ取得スルモノトス故ニ請負契約ニ於ケル目的物ノ引渡ハ事實上目的物ヲ注文者ノ支配ノ下ニ置クト同時ニ法律上其權利ヲ注文者ニ移轉スルニ重ク效力ヲ生スルモノナリ但請負人カ注文者ノ供シタル材料ニ工作ヲ施シ又ハ請負人カ注文者ノ材料ニ自己ノ材料ヲ加ヘ之ニ工作ヲ施シタル場合ニ付テハ附合、混和、加工ニ因ル所有權ヲ取得ニ關スル民法ノ規定ヲ適用シテ其所有權ノ所在ヲ斷定シ所有權ヲ取得ニ關スル一般ノ原則ヨリ見テ目的物ノ所有權カ其材

ニ非ス故ニ保險者ハ物カ何人ノ所有ニ屬スルモ其物カ損害ヲ受クルトキハ保險金ヲ拂フヘキモノニ非スシテ被保險者カ被保險物ヲ他人ニ移轉シタルトキニハ其被保險者ハ最早被保險利益ヲ有セサルナリ隨テ保險者ハ自己ノ引受クヘキ危險ノ存在セザルニ至リ被保險物ノ移轉ト共ニ保險者ノ引受ケタル危險ハ既ニ終了セルモノナリ此觀念ハ海上保險ニ於テハ殊ニ重要ナル事項ニ屬ス如何トナレハ海上保險ニ於テハ保險契約ヲ締結スル時ニ被保險者及ヒ保險契約者ノ經濟上ノ信用ノミナラス其德義上ノ信用マテモ計算ノ基礎ニ入ルモノナルヲ以テ特ニ人ト物トノ關係ニ付テ重キヲ置クモノナリ故ニ被保險者カ一旦被保險物ヲ他人ニ移轉シテ被保險利益ヲ失ヒタルトキハ保險者ノ引受ケタル危險消滅シテ保險契約ノ效力ヲ失フモノト信ス是ヲ以テ被保險物ヲ一旦他人ニ移轉シタル後ニ於テハ初メノ保險契約ニ於テ定メタル保險期間内ニ其物ヲ同様ナル危險ノ程度ニ於テ回復スルモ保險契約ハ復活スルモノニ非サルナリ

損害保險ノ目的物ヲ移轉シタルトキニ之ト同時ニ保險契約ニ因リテ生シタル權利ヲ讓渡シタルモノト認ムヘキヤ否ヤニ付テハ學說上解釋ノ最モ困難ナル所ナリ我商法ニ於テハ此疑ヲ決定シテ保險ノ目的ヲ移轉スルト同時ニ保險契約ニ因リテ生シタル權利ヲ讓渡シタルモノト認ムルヲ爲セリ勿論明示、默示ノ反對ノ表意アルトキハ同時ニ保險ノ目的ヲ讓渡シタルモノト認ムルヲ得ザルコト明カナリ(四〇四條)然レトモ第四〇四條第二項ニハ保險ノ目的ノ讓渡ノ爲メニ著シク危險ヲ變更、増加シタル場合ニハ保險契約ノ效力ヲ失ヒ保險契約ニ因リテ生シタル權利ハ其

款ニ定ムルモノ多シ
 危險ハ又之ヲ特定セサルヘカラス保險者ハ被保險利益ノ被ムルコトアルヘキ總テノ危險ニ付テ
 保險ヲ爲スモノニ非ス或種類ノ一定ノ危險ニ付テノミ之カ擔保ヲ爲スモノナルコトハ保險ノ性
 質上當然ノ事項ニ屬シ商法第三八四條ニモ「一定」ナル文字ヲ見ル所以ナリトス故ニ保險者ハ
 如何ナル危險ニ付テ保險契約ヲ爲シタルモノナリヤニ付テ當事者間ニ完全ナル合意アルコトヲ
 要ス又合意ナキモ解釋上疑ナキモノナラサルヘカラス是レ我商法ニ於テハ保險者カ保險證券ヲ
 發行スルニ方リ保險者ノ負擔シタル危險ヲ保險證券ニ記載セシムル所以ナリ(四〇三條)

商法第三八四條ニ於テハ唯偶然ナル一定ノ危險ニ付テ損害保險契約ヲ締結シ得ルコトヲ示スニ
 止マルト雖モ火災保險運送保險及ヒ海上保險ニ付テハ特ニ規定ヲ設ケテ危險ノ範圍ヲ定ム火災
 保險ニ付テハ第四一九條ニ「火災ニ因リテ生シタル損害ハ其火災ノ原因如何ヲ問ハス保險者之
 ヲ填補スル責ニ任ス」ト爲ス尤モ第三九五條ノ場合即チ戰爭其他ノ變亂ニ因ル損害及ヒ第三九
 六條ノ場合即チ「保險ノ目的ノ性質若クハ瑕疵其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ハ保險者之ヲ填補スル責ニ任セス」ト爲スモノ
 トノ二箇ノ例外ヲ除クトキハ荷モ火災ニ原因セル損害ナルトキハ其原因如何ヲ問ハス悉ク之ヲ
 填補セサルヘカラルナリ然レトモ實際ニ於テハ普通保險約款ヲ以テ更ニ火災ナル危險ノ意義
 ヲ狹クセリ即チ火災ノ際ニ於ケル盜難、紛失、地震、噴火ニ基ク火災、汽鐘ノ破裂、火藥爆發

ニ基ク火災、暴風及ヒ野火ノ爲メニ生シタル延燒等ノ火災ノ損害ニ付テハ其損害ヲ填補スル責
 任ナキコトヲ明言セルモノ多シ

運送保險ニ付テハ第四二三條ニ於テ「運送人カ運送品ヲ受取リタル時ヨリ之ヲ荷受人ニ引渡ス
 時マテニ生スルコトアルヘキ損害ヲ填補スル責ニ任ス」ト規定セリ即チ運送中ニ生シタル損害
 ニ付テハ總テ其實ニ任セサルヘカラルモ是レ亦實際ニ於テハ多少其制限ヲ設ケタリ例ヘハ竊
 盜、鼠害、雨濡、荷包ノ破損、中荷ノ混合ヨリ生シタル損害、運送人又ハ運送取扱人ノ責ニ任
 スヘキ損害等ニ付テハ保險會社ハ填補ノ責ニ任セサルコトヲ其普通保險約款ニ定ムルモノ多シ
 海上保險ニ於テハ第六五四條ニ依リ「保險者ハ………保險期間中保險ノ目的ニ付キ航海ニ關ス
 ル事故ニ因リテ生シタル一切ノ損害ヲ填補スル責ニ任ス」ト規定セリ之ヲ實例ニ照ストキハ先
 ツ保險者ノ引受クヘキ危險ヲ説明シテ「當會社ノ擔保スヘキ危險ハ風波、火災、衝突、
 乗揚、船員ノ惡行其他總テ保險船舶ヲ損害スヘキ海上各般ノ危險トス」ト云フカ如キ規定ヲ置
 キ更ニ其危險ノ範圍ニ付テ制限ヲ設ケ例ヘハ船舶ノ保險ニ付テ船舶カ軍用又ハ運送用トシテ戰
 時ニ使用セラルル場合又ハ危險切迫ノ事故ナクシテ尋常ノ航路外ニ出テ又ハ約東外ノ港ニ入レ
 ルニ因リ生シタル損害又ハ會社ノ承諾ヲ經スシテ船長ヲ取換ヘ又ハ船舶ノ構造ヲ變更セル場合
 等ニ於テハ其發生シタル損害ニ付テハ保險者ハ其責ニ任セサルコトヲ普通保險約款ヲ以テ定ム
 又種荷ノ保險ニ付テハ例ヘハ不可抗力ノ原因ナクシテ相當時日內ニ陸揚又ハ積込ヲ爲サザリシ

カ爲メ又ハ荷物カ甲板ニ在リシカ爲メ又ハ艀船、荷船等ニ原因シテ生ジタル損害ニ付テハ保險者ハ責任ヲ負擔セサルコトヲ規約セリ

第三節 保險期間

第一 保險期間

保險ノ目的タル被保險利益及ヒ保險者ノ引受クヘキ危險ノ外ニ尙ホ如何ナル時期ニ於テ發生シタル損害ニ付テ保險者カ填補ヲ爲スヘキモノナルカヲ定メサルヘカラス即チ保險契約ノ成立スルニハ保險期間ヲ定メサルヘカラス保險期間ハ被保險利益及ヒ危險ノ種類ニ因リテ種種ニ異ナルヲ以テ法律ハ之ヲ全ク當事者ニ一任シテ唯明カニ合意ヲ以テ保險期間ヲ定メタルトキニハ之ヲ保險證券ニ記載セサルヘカラサルコトヲ定ム(三〇三條二項六號)

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

第二 保險期間ノ種類

保險期間ニ法定ノ期間ト合意ノ期間トアリ法定ノ期間トハ例ヘハ第四二三條ニ於テ運送保險ニ

付テハ保險期間ハ運送人カ運送品ヲ受取りタル時ニ始マリ之ヲ荷受人ニ引渡シタル時ニ終ルト爲セルカ如ク又海上保險ニ付テハ船舶ノ保險ニ付テ一航海ニ付キ船舶ヲ保險ニ付シタル場合ニ於テハ保險期間ハ荷物又ハ底荷ノ船積ニ著手シタル時ニ始マリ到達港ニ於テ荷物又ハ底荷ノ陸揚ヲ終リタル時ニ終ルト爲シ(二六五九條)積荷ニ付テハ積荷カ陸地ヲ離レタル時ニ始マリ陸揚ニ於テ陸揚シタル時ニ終ルト爲セルカ如シ(二六六〇條)

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

第三 保險期間ノ開始

保險者ハ保險契約ニ因リテ危險ヲ引受クルコトヲ契約スルモノナルヲ以テ多クノ場合ニ於テハ保險契約ノ成立後ニ於テ危險ノ發生スルトキハ保險者ハ其填補ノ責ニ任セサルヘカラサルナリ即チ保險契約ノ成立ト同時ニ保險期間ノ始マルコト多カルヘシ然レトモ保險契約成立ノ時期ト保險期間ノ始期トハ必スシモ常ニ相一致スルモノニ非ス第四〇七條ニ「保險者ノ責任カ始マル

前ニ於テハ保險契約者ハ契約ノ全部又ハ一部ノ解除ヲ爲スコトヲ得ト云フ規定アルヲ見テモ之ヲ知ルコトヲ得ヘシ實際ノ場合ニ於テモ保險期間ノ始期ト保險契約ノ成立ノ時期ト一致セサル場合多シ例ヘハ生命保險契約ニ於テ保險期間ハ第一回ノ保險料拂込後ニ始マルトノ規定ヲ爲シ又火災保險ニ於テ保險者ノ責任ハ保險料ヲ領收シタル時ニ始マルト爲シ又運送保險ニ於テ保險者ノ責任ハ其被保險物ヲ運送人又ハ運送取扱人ニ於テ受取レル時ニ始マルト爲シ又海上保險ニ於テ積荷ノ保險ニ付テハ被保險物ヲ本船ニ積込ミタル時ニ始マルト定ムルモノアルカ如キ是ナリ

第四 保險期間ノ中斷

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

第五 保險期間ノ終了

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

第四節 當事者

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

第一 保險者

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

第二 保險契約者

保險契約者トハ保險者ノ相手方ト爲リ之ニ一定ノ報酬即チ保險料ヲ支拂フコトヲ約束スル者ヲ

謂フ而シテ保險契約者ハ同時ニ被保險者タルコトアリ又然ラサルコトアリ

第三 被保險者

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

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

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

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

第二章 保險契約ノ締結

第一 保險契約ノ成立

保險契約ハ諾成契約ナリ故ニ保險契約者カ申込ヲ爲シ被保險者カ之ヲ承諾スルニ因リテ成立ス即チ保險ノ目的ハ危險ノ種類、保險期間、保險金額及ヒ保險料等保險契約ノ要素ニ付キ完全ナル合意アルトキハ保險契約ハ成立ス又保險契約ハ形式ヲ必要トセサル契約ナリ故ニ完全ナル合意アルトキハ契約ハ何等ノ形式ヲ要セスシテ成立ス然レトモ實際ニ於テハ種種ナル形式ヲ用フルコトアリ即チ保險契約者ハ被保險者ノ發行セル保險申込書ニ記入ヲ爲シ以テ之ヲ被保險者ニ交付シ之ヲ内容トシテ保險契約ヲ締結シ被保險者ハ保險証券ヲ發行シテ保險契約者ニ交付ス此ノ如キ契約ノ申込ト承諾トニ書面ヲ用ユルヲ以テ保險契約ハ書面ヲ必要トスル要式契約ナルカノ外觀アリ然レトモ法理ニ於テハ保險契約ハ不要式ノ契約ナリ商法第三八四條及ヒ第四二七條等ニ於テ單ニ「約スルニ因リテ其效力ヲ生ス」ト規定スルヲ見ルモ又第四〇三條第一項ニ「被保險者ハ保險契約者ノ請求ニ因リテ保險証券ヲ交付スルコトヲ要ス」トアルヲ見ルモ保險契約ハ諾成不要式ノ契約ニシテ保險証券ノ發行ハ保險契約成立ノ要素ニ非サルコト明カナリ然レトモ保險契約ノ要式契約ニ非サルコトハ今日ノ發達セル法理ニ於テ之ヲ謂フモノニシテ古ニ於テハ一ノ要式契約ナリシナリ即チ古ハ保險契約ノ締結ハ書面ヲ以テスルコトヲ要シ且其書面ハ公證ヲ經ルコトヲ必要トセリ故ニ私書ニ依リテ締結セル保險契約ハ全ク無効ナリシナリ其後ニ至リテハ法律ヲ以テ一定ノ形式ヲ定メタル保險証券ヲ發行スルコトヲ契約ノ要素トシ其次

ノ時代ニ在リテハ保險契約ヲ締結スルニ方リ保險證券ヲ發行セシメ之ニ公證ヲ受クルコトヲ必要ト爲シ公證ナキ保險證券ハ全ク無効ナリキ更ニ其後ニ至リテハ保險者ハ保險契約者ニ對シ保險證券ヲ發行スルコトヲ必要ト爲セリ其後商業大ニ發達シ種種ノ形式ヲ用フルノ不便ナルコトヲ感スルニ至リ先ツ商業ニ關スル法律行爲ハ形式ヲ要セサルニ至リ同時ニ海上保險契約ハ何等ノ形式ナクシテ成立シ得ルニ至リ延テ今日ニ於テハ一般ノ保險契約力不要式ノ契約ト爲ルニ至レルナリ

第二 保險申込書

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

- 一 保險ノ目的及ヒ價格
- 二 保險金額
- 三 保險ノ目的ノ所在
- 四 保險ノ目的ノ所有者ノ住所、氏名
- 五 保險ノ目的ノ使用者ノ職業
- 六 隣家ノ距離、包圍、構造及ヒ職業

七 他會社ト保險契約ノ有無

八 保險料拂込ノ期間

九 保險期間

其他火災危險ニ關スル事項

第三 保險證券

保險證券ハ保險契約成立ノ要素ニ非スト雖モ事實ニ於テ之ヲ發行セサル會社アルコトナシ尤モ海上又ハ火災保險ニ於テ同種類ノ保險契約ヲ同一ノ保險者ト數多締結スルトキニハ箇箇ノ契約ニ對シテハ各保險證券ヲ發行セサルコトアリ

保險證券ニ記載スヘキ事項ハ商法第四〇三條第二項ニ之ヲ規定セリ左ノ如シ

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

商法商行為 保險法 損害保險 保險契約ノ締結

八 保險契約ノ年月日

九 保險證券ノ作成地及ヒ其作成ノ年月日

一〇 保險者ノ署名

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

一 保險ニ付シタル建物ノ所在、構造及ヒ用方

二 動産ヲ保險ニ付シタルトキハ之ヲ納ルル建物ノ所在、構造及ヒ用方

又運送保險證券ニハ次ノ事項ヲ加ヘサルヘカラス(四二五條)

一 運送ノ道筋及ヒ方法

二 運送人ノ氏名又ハ商號

三 運送品ノ受取及ヒ引渡ノ場所

四 運送期間ノ定アルトキハ其期間

而シテ海上保險證券ノ特別記載事項ハ左ノ如シ(六六一條)

- 一 船舶ヲ保險ニ付シタル場合ニ於テハ其船舶ノ名稱、國籍並ニ種類、船長ノ氏名及ヒ發航港、到達港又ハ寄航港ノ定アルトキハ其港名

二 積荷ヲ保險ニ付シ又ハ積荷到達ニ因リテ得ヘキ利益若クハ報酬ヲ保險ニ付シタル場合ニ

於テハ船舶ノ名稱、國籍並ニ種類、船積港及ヒ陸揚港

保險證券ニハ以上ノ事項ノ外尙ホ保險約款ノ全文ヲ記載スルカ又ハ其全文ヲ記載シタル書面ヲ添附スルコトヲ要ス(保業法七條)保險約款トハ保險契約ノ内容ヲ爲ス事項ヲ定メタルモノニシテ其一般ノ保險契約ニ適用スヘキモノヲ普通保險約款ト謂フ而シテ其普通保險約款ニ規定スヘキ事項ハ保業法第七條ニ之ヲ定ム保險證券ハ其形式ヲ主務官廳ニ届出ツルノミニテ足ル普通保險約款ハ主務官廳ノ認可ヲ必要トシ之ヲ變更スルモ亦然リ其普通保險約款ニ規定スヘキ事項ヲ舉クレハ

一 保險會社カ保險金額ノ支拂ヲ爲スヘキ事由

二 保險契約無効ノ原因

三 保險會社カ其義務ヲ免ルヘキ事由

四 保險會社ノ義務ノ範圍ヲ定ムル方法及ヒ其義務履行ノ時期

五 保險契約者又ハ被保險者カ其義務不履行ノ爲メニ受クヘキ損失

六 保險契約ノ全部又ハ一部ノ解除ノ原因及ヒ其解除ノ場合ニ於テ當事者ノ有スル權利義務

七 保險契約者、被保險者又ハ保險金額ヲ受取ルヘキ者ノ利益又ハ贈與金ノ分配ニ與ル權利

ノ有無及ヒ範圍

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

保險證券ハ有價證券ナリヤ否ヤニ付テハ一般ニ之ヲ否定スルノ説多シト雖モ或場合ニハ有價證券ト爲ルトノ説ヲ爲ス者モ少カラサルカ如シ茲ニ有價證券ト云フハ其證券ニ依リテ表示セラレタル權利カ證券其モノニ擔ハルモノニシテ其證券ハ恰モノノ動産ノ如ク轉換ノ目的ト爲リ證券ノ移轉ハ同時ニ其證券ニ表示セラルル權利ノ移轉ヲ意味スルノ證券ヲ謂フトシテ保險證券ハ此主義ニ於ケル有價證券ナリヤ否ヤト云フニ前述ノ如ク保險契約ハ一ノ諾成契約ナリ保險證券ハ保險契約者ノ請求ニ因リテ始メテ交付セラルルモノナルニ過キス故ニ保險證券ハ一ノ證據ニ外ナラスト信ス商法及ヒ一般ノ內國會社ノ實例ニ依ルトキハ保險證券ノ移轉ヲ認メ居ラサルナリ保險證券ヲ移轉スルモ保險契約者ハ保險料支拂ノ義務ヲ免ルルコトヲ得ス又保險證券ヲ紛失スルモ保險金ヲ受取ルヘキ者ハ其保險契約ニ基ク保險金受取ノ權利ヲ失ハサルナリ保險證券ノ有無ハ保險契約ニ基ク權利關係ノ内容ニ影響ヲ及ホスコトナシ尤モ通常保險金ハ保險證券ト引換ヘニ支拂フヘキコトヲ普通保險約款ノ中ニ規定スルモノ多シト雖モ是レ保險證券ヲ有價證券ト爲セルカ爲メニハ非シテ唯保險證券ヲ呈示スル人ハ其保險金ヲ受取ルヘキ權利ヲ有スル者ナルコトヲ證明スルノ方法ニ過キサルナリ故ニ保險證券ノ喪失セル場合ニハ他ノ方法例ヘハ最後ノ保險料ノ領收書等ヲ差出シテ其權利ヲ證明スルトキハ保險會社ハ保險金額ヲ支拂ハサルヘカラサルナリ然レトモ或場合ニ於テハ保險證券カ恰モ有價證券ト同視サルヘキコトアリ少ナクモ其外觀ヲ有スルコトアリ例ヘハ或外國ノ生命保險相互會社ノ發行セル保險證券ニ或ハ「此保險證券所持人ハ茲ニ規定スル所ニ從ヒ當會社ノ利益金配當ニ與ルコトヲ得」トカ又「本會社ノ證券ヲ所持スル者ハ本會社ノ社員ナリ」トシ又「保險證券ノ讓渡ニハ二通ノ證書ヲ作製スヘシ」等ノ文言ヲ記載スルモノアリ尙ホ此等ノ保險證券ニ被保險者ノ氏名ヲ掲クルモ保險契約者ノ氏

名ヲ揭ケス故ニ保險證券ハ自由ニ移轉ヲ爲スコトヲ得ルモノニシテ其性質有價證券ノ如キ觀アルナリ又之ヲ有價證券ナリト爲ス學者モアルカ如シ然レトモ他ノ學者ハ之ヲ解シテ此ノ如キ保險證券ハ決シテ完全ナル有價證券ニハ非ス何トナレハ此ノ如キ保險證券ニ於テハ唯會社カ保險證券所持人ヲ以テ正當ノ權利者ト認ムルコトノ權利ヲ取得セルモノニシテ會社ノ必要ト認ムル場合ニハ縱令證券ヲ所持スルモ其者ノ正當ノ權利者ナルコトヲ證明セシムル權利ヲ會社ハ有スルヲ以テナリト爲シ又他ノ學者ハ保險契約ニ基ク權利義務ノ關係ハ保險期間内ニ於ケル危險ノ増減、變更ニ因リ其他種種ナル原因ニ因リテ影響ヲ受クルモノナルヲ以テ保險證券ヲ移轉スルモ確實ナル權利關係ヲ移轉セルモノト爲スコトヲ得ス故ニ保險證券ハ有價證券ニ非スト爲スナリ

第四 告知義務

保險契約ヲ締結スルニ當リ保險契約者ハ保險者ニ對シテ其契約ニ依リ保險者ノ負擔スヘキ危險ノ測定ニ必要ナル各種ノ事情ヲ告知セサルヘカラス商法第三九八條ニ依レハ保險契約ノ當時保險契約者ハ重要ナル事實ヲ告知スルコトヲ要シ又不實ノ事項ヲ告ケサルコトヲ力メサルヘカラス此義務ヲ保險契約者ノ告知義務ト稱ス若シ保險契約者カ惡意又ハ重大ナル過失ニ因リ重要ナル事實ヲ告ケス又重要ナル事項ニ付キ不實ノ事ヲ告ケタルトキハ其契約ハ無効ト爲ル此告知義務ハ保險契約ノ一ノ特質ニシテ何故ニ斯ル義務ヲ保險契約者ニ負擔セシメタルヤニ付テハ其理

由ニ付テ種種ナル學說アリ例ヘハ或學者ハ保險契約ハ信用ヲ基礎トスル契約ナルヲ以テ當事者ノ誠實ナルコトヲ必要トス隨テ此義務ヲ負擔セシメタリト爲ス者アリ然レトモ保險契約ニ於テハ契約ヲ締結スルニモ亦保險料ヲ定ムルニモ常ニ危險ノ測定ヲ爲ササルヘカラス而シテ此測定ノ確實ナルニ非サレハ事業ヲ安全ニ營ムコトヲ得ス然ルニ保險者ニ於テハ保險契約ノ當時ニ於テ危險ヲ測定スルニ必要ナル各種ノ事情ヲ悉ク知ルコトハ頗ル困難ナリ故ニ其事情ニ付テハ相手方ヨリ之ヲ知ラシメサルヘカラスナルナリ而シテ相手方カ不正ノ告知ヲ爲スニ於テハ危險ノ測定ヲ爲スコトヲ得サルヲ以テ契約ヲ安全ニ締結スルコトヲ得サルナリ是レ告知義務ハ保險ノ性質上缺クヘカラス所以トス各國ノ立法例ニ於テモ唯其義務ノ程度ニ差異アリト雖モ此義務ヲ認メサルモノナシ實際ニ於テモ各保險會社ハ各申込書ノ形式ヲ一定シ之ニ危險ノ測定ニ必要ナル事項ヲ掲ケ之ニ對シテ保險契約者ノ告知ヲ求メ仍ホ特ニ必要ト認ムル場合ニハ特ニ其事項ニ付キ告知ヲ求ム而シテ保險者ノ質問ニ對シテ完全ニ答辯スルノミニテハ未ダ以テ告知義務ヲ履行シ了リタルモノニ非スシテ保險者ノ質問セサル事項ト雖モ重要ナル事項ニ付テハ此義務ノ存在スルモノトス

又我商法ニ於テ保險契約者カ告知義務ヲ怠リタルトキハ惡意又ハ重大ナル過失ニ因リテ之ヲ意リタル場合ノミ契約ヲ無効トスルモノニシテ保險契約者カ善意若クハ輕過失ナルトキハ無効トスルコトナシ之ヲ他ノ立法例ニ比スルニ保險契約者ニ取リテハ甚タ寛大ナル規定ニシテ外國ノ

0162

立法例ニ於テハ善意ニテ告知義務ヲ怠リタルトキト雖モ保險契約ヲ無効ト爲スモノ多シ舊商法第六三條ニ依レハ保險者ハ被保險者カ契約締結ノ際ニ重要ナル情況ニ付テ虛偽ノ陳述ヲ爲シ又ハ其情況ヲ默スルトキハ惡意ノ有無ヲ問ハス契約ヲ解除スル權利ヲ有ス但被保險者カ保險者ノ總テノ問ニ對シテ其知ル所ヲ竭シ且善意ニ答ヘタルトキハ過失ナキモノト看做ス然レトモ保險者ノ有スル解約ノ權利ハ之カ爲メニ妨ケラレルコトナシト爲セリ

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

又保險契約者カ告知義務ヲ怠レルトキニモ保險者カ既ニ其事實ヲ知レルカ又ハ之ヲ知ルコトヲ得ヘカリシ場合ニ於テハ保險契約ハ無効ト爲ルコトナシ(二九八條但書)

又保險者カ保險契約者ノ告知義務ヲ免除シ若クハ豫メ告知義務ノ懈怠ニ因リ契約ノ無効ヲ主張スル權利ヲ拋棄シタルトキハ告知義務ノ不履行ヲ主張シテ契約ヲ無効ト爲スコトヲ得サルナリ此後ノ場合即チ無効ヲ主張スル權利ヲ豫メ拋棄スルハ生命保險ニ於テ屢、實例アリ例ヘハ契約

締結後或年限ヲ經過セルトキハ告知義務ニ付キ争ハサルコトヲ豫メ約スルカ如キ是ナリ外國生命保險會社ニ於テハ不可争條項ト稱シテ此ノ如キ規定ヲ爲スモノ多シ尤モ詐欺ノ場合ハ之ヲ例外ト爲ス而シテ内國保險會社ニ於テモ此不可争條項ヲ漸次採用セントスル傾アルモノノ如シ

第三章 保險契約ノ效果

第一節 保險契約ニ基ク權利義務

第一款 保險契約者ノ權利義務

第一 保險料支拂ノ義務

保險契約者ハ保險料支拂ノ義務ヲ有ス保險契約ハ雙務契約ニシテ商法第三八四條ニ規定セルカ如ク當事者ノ一方カ損害ヲ填補スル義務ヲ負擔スルト同時ニ相手方ハ之ニ對シテ報酬ヲ與フルコトヲ要ス保險者ハ報酬即チ保險料ヲ得テ以テ危險ヲ引受ク保險契約者ノ保險料支拂ノ義務ハ保險者ノ損害填補ノ義務ト相並ヒテ保險契約ノ要素ヲ爲ス保險料ノ支拂ヲ受ケスシテ損害填補ヲ爲スニ於テハ是レ保險ニハ非スシテ寧ロ一種ノ贈與トモ看ルヘキモノナルヘシ左レハ保險料ノ性質ハ一種ノ報酬ニシテ危險ヲ引受クルコトニ對シテ支拂ハルヘキ對價ナリトス保險トハ前ニモ述ヘタル如ク同様ノ危險ニ遭遇スル虞アル多數ノ者相集リ各、僅少ノ出捐ヲ爲シ其中少數者ノ實際被ムリタル損害ヲ填補シテ以テ各人ノ被ムルヘキ損害ヲ可及ノ少カラシ

商法商行為

保險法 損害保險 保險契約ノ效果 保險契約ニ基ク權利義務

ムルノ目的ヲ有スルモノナルヲ以テ各人ノ出捐ハ實際發生スル損害ヲ填補スルニ足ルモノナラサルヘカラス即チ保險料ノ高ハ危險ノ度ニ相應スルコトヲ要ス故ニ統計ニ依リテ危險ノ率ヲ測定シ之ニ相當スルノ保險料ヲ徵收セサルヘカラス此損害ヲ填補スルニ足ルヘキ保險料ヲ稱シテ純保險料ト謂フ而シテ保險ノ事業ヲ經營スルニハ相當ノ費用及ヒ純保險料ニ不足ナリシ場合ニ之ヲ填補スルニ必要ナル見込ノ追加ヲ要スヘキヲ以テ保險契約者ヨリ徵收スヘキ保險料ハ純保險料ヨリ多額ナラサルヘカラス其純保險料ヲ超過スル部分ヲ附加保險料ト謂フ此ノ如キ保險料ハ危險ニ比例スルコトヲ要スルモ是レ理想ニシテ如何ニ確實ナル統計ト雖モ絕對ニ完全ナル危險率ヲ算定シ得ルモノニ非サルヲ以テ保險料ハ危險ニ精密ニ比例スルコトハ困難ナリ

此ノ如ク保險料ハ危險ノ度ニ相當スルヲ以テ理想トスルモノナルカ故ニ危險率ノ計算ヲ爲セハ隨テ保險料率ヲ定ムルコトヲ得ルナリ然レトモ各箇ノ契約ニ付テハ夫レ夫レ特種ノ事情アリテ理想的ノ保險率ヲ以テ一概ニ之ヲ定ムルコトヲ得ス故ニ保險料ハ當事者ノ合意ニ依リテ定マルヲ通常トシ法令ヲ以テ豫メ之ヲ定ムルコトヲ得ス我國ニ於テモ法令ヲ以テ保險料ノ算定ヲ羈束スルコトナキモ保險業法第五條及ヒ第八條ニ依リ保險料算出ノ基礎ハ主務官廳ノ認可ヲ要シ又之カ變更ニモ認可ヲ要スルナリ而シテ實際ニ保險料ヲ定ムル場合ニハ各箇ノ契約ニ存在スル所ノ特種ノ事情ニ依リテ左右セラルルヲ免レサルナリ即チ危險ノ大小、危險ノ性質、被保險物其他危險ニ影響ヲ及ホスヘキ周圍ノ事情ニ因リテ各、異ナルモノトス例ヘハ火災保險ニ在リテハ

都市ノ家屋ハ村落ノ家屋ヨリ保險料高ク工場ハ普通ノ住家ヨリ保險料高キカ如キ是ナリ保險者カ引受クル危險ハ單一ニシテ不可分ナリ保險料ハ危險ノ引受ニ對スル報酬ナルヲ以テ隨テ保險料モ亦不可分ナリ故ニ一ノ危險ニ對シテ保險料ヲ定メタルトキハ其危險發生ノ時期如何ニ拘ハラズ保險料ノ全部ヲ支拂ハサルヘカラス事實上ニ於テハ保險料ノ分割支拂例ヘハ一箇年ノ保險料ヲ半年毎ニ又ハ三月毎ニ支拂フモノアルモ是レ單ニ保險料ノ支拂ヲ容易ナラシムルカ爲メニ分割セシメタルモノニ過キス例ヘハ三箇月拂ヲ約束シタルトキニ第一回目ノ保險料ヲ拂ヒタルノミニテ危險發生スルモ其年度分ノ保險料ハ悉ク之ヲ支拂ハサルヘカラス之ヲ保險料ノ不可分ト謂フ然レトモ例ヘハ火災保險ニ於テ家屋ヲ保險ニ付スルトキハ家屋ハ其存在スル間危險ニ曝サルモノナリ然レトモ危險ノ不可分ナルノ故ヲ以テ保險契約ハ家屋ノ存在スル間ヲ以テ保險期間ト爲ササルヘカラスト云フニ非ス家屋ノ遭遇スル虞アル火災ノ危險ヲ統計ニ依リテ一箇年間ノ危險率ヲ計算セル場合ニ家屋ノ一箇年間ノ危險ヲ引受ケ而シテ之ニ對スル保險料ヲ定ムルコトヲ得ルナリ故ニ家屋ノ存在期間ヲ以テ保險期間トセスシテ一箇年ヲ以テスルコトヲ得而シテ其一箇年ノ保險期間ニ對スル保險料ハ不可分ナルナリ故ニ此場合ニ一箇月拂ヲ契約シテ第一箇月目ノ保險料ヲ拂ヒタルトキニ火災ノ發生スルコトアルモ尙ホ十一箇月ノ保險料ヲ支拂ハサルヘカラサルナリ是レ其保險料ハ一箇年間ノ危險率ヲ基礎トシテ計算シタルモノニシテ其一箇年間ノ危險ハ不可分ナルヲ以テナリ此ノ如ク危險率ハ通常一箇年ヲ基礎トシテ計算スル

ヲ以テ多クノ場合ニ於テ一箇年ノ保險料ハ不可分ナリ

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

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

ル保險料ノ割戻ヲ請求スルコトヲ得ス(三九二條)

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

依ル此保險ナル行為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權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ス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

保險契約者ノ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ザ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獨逸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マテ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ハ日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スシテ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

商法商行為 保險法 損害保險 保險契約ノ效果 保險契約ニ基ク權利義務 一一五

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ザリシトキハ保險者ハ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ザ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效ノ生スルハ會社ニ取リテハ不利益ナルヲ以テ普通保險約款ニハ猶豫期間ヲ

一 手續實施ノ機關ヲ異ニス民事ノ強制執行ハ執行ノ目的物ニ從ヒ執行機關ノ執達吏ナルコトアリ(有體動産、民事五三二條、五六六條) 執行裁判所ナルコトアリ(財産權及ヒ不動産船舶、民事五九五條、六四一條、七二八條) 第一審ノ受訴裁判所ナルコトアリ(債務者ノ行爲、七三三條、七三四條) 而シテ裁判所ト執達吏ハ互ニ補助機關トナルモノナリ破産手續ノ執行機關ハ如何ナル商人ナルヲ問ハス又如何ナル破産財産ナルヲ問ハス常ニ破産裁判所破産主任官及ヒ破産管財人ナリトス(商一〇〇二條以下)

二 破産ハ破産宣告ヲ受クヘキ本人ノ申立ニ依リ開始スルコトアレトモ(商九七八條) 民事ノ強制執行ハ債務者本人ノ申立ニ依リテ開始スルコトナシ

三 適法ナル破産手續ノ開始セラレタルトキハ破産財團ヲ以テ手續ノ費用ヲ償フニ足ラサル場合ノ外ハ該手續ヲ取消シ若クハ停止スルコトナシ民事強制執行ハ債權者ノ申立アラハ何時ニテモ取消スヲ得ヘク又民事訴訟法第五〇條ノ原因アルトキハ之ヲ停止ス

四 破産手續ノ開始セラレタルトキハ各債權者ハ優先權ノ存スルニ非サレハ強制執行ヲ爲ス能ハス(商九八七條) 強制執行ノ開始セラレタルコトハ破産手續ヲ開始スルノ妨トナラス

五 檢事ハ破産手續ニ於テハ其見込ヲ以テ職權上財産目録ノ作成ニ立會フコトヲ得(商一〇一四條四項) 強制執行ニ在リテハ檢事ニ右ノ如キ職權ナシ但犯罪搜查處分ヲ爲ス場合ハ此限ニ在ラス

- 六 破産ヲ申立タル債権者以外ノ債権者カ破産財團ヨリ配當ヲ受クルニハ其債權ヲ届出ツルヲ以テ足ル民事強制執行ニ於テ配當ヲ受ケントスル債権者ハ配當要求若クハ競賣ノ申立ヲ爲ササルヘカラス
- 七 破産宣告後ハ破産者ノ爲シタル支拂其他ノ法律行爲又ハ他人ヨリ破産者ニ爲シタル支拂ハ破産財團ニ對シテハ當然無効ナリ(商九八五條)支拂停止前三十日以内及ヒ支拂停止後ニ於テ破産者ノ爲シタル贈與其他ノ無償行爲又ハ之ト同一視スヘキ有償行爲期限ニ至ラサル債務ノ辨濟期限ニ至レル債務ノ代物辨濟從來負擔シタル債務ニ對スル擔保ノ供與モ亦同シテ當然無効ナリ(商九九〇條)強制執行開始後ニ債務者ノ爲シタル支拂其他ノ法律行爲他人ヨリ債務者ニ爲シタル支拂等ハ當然無効ニ非ス
- 八 破産宣告ノ當時破産者及ヒ其相手方ノ未タ履行セス又ハ履行ヲ終ラサル債務契約ハ何レノ方ヨリモ無償ニテ其解約ヲ申入ルルヲ得レトモ(商九九三條)強制執行ヲ受ケタル債務者及ヒ其相手方ノ未タ履行セス又ハ履行ヲ終ラサル債務契約ハ強制執行ノ開始ヲ理由トシテ解約スルヲ許サス

第四章 民事訴訟ノ種別

民事訴訟ハ之ヲ種種ニ區別スルコトヲ得請求權ノ行使ヲ本旨トシテ觀察スレハ廣義ニ於ケル訴

訟手續狹義ニ於ケル訴訟手續ト爲スヘシ廣義ニ於ケル訴訟手續トハ一、判決ヲ受ケル手續二、判決其他ノ執行名義ニ基キ請求權ヲ執行スル手續三、請求權ヲ保全スル手續ヲ謂フ狹義ニ於ケル訴訟手續トハ判決ヲ受ケル手續若クハ判決ニ代ルヘキ裁判ヲ受ケル手續ヲ謂フ例ヘハ支拂命令ヲ受ケル手續ノ如キ是ナリ

又訴訟手續ヲ二箇ニ大別スレハ一、通例ノ訴訟手續ト謂ヒ二、ヲ執行手續ト謂フ而シテ訴訟手續ヲ此ノ如ク二箇ニ區別シタル場合ニ於テ執行ノ保全手續タル假差押及ヒ假處分ハ訴訟手續ナルヤ執行手續ナルヤハ學者間ニ議論アル所ニシテ曾テ實際上ノ訴訟トナリ大審院ノ判例ヲモ生シタリ

元來假差押及ヒ假處分ナルモノハ請求權ノ行使ヲ保全スルヲ以テ目的トス換言セハ債権者カ權利ノ満足ヲ得ルコトヲ過マラサランカ爲メニ爲ス所ノ手續即チ權利實行ノ保全ナリ此點ヨリ觀察スレハ此手續ハ執行手續ニ屬スト謂フモ可ナリ然レトモ我訴訟法ノ解釋トシテハ如何ナル手續ニ屬スルヤト謂フニ現行訴訟法ハ假差押及ヒ假處分ハ執行手續ニ對シテ訴訟手續ノ中ニ包含セシメタリト解セサルヘカラス執行名義ナクハ強制執行ヲ開始スルコト能ハサルカ故ニ執行手續ノ成立スルニハ執行名義ノ存在ヲ前提トス所謂執行名義トハ判決其他民事訴訟法第五九條各號ニ記載スルモノヲ謂フ然レニ假差押、假處分ノ場合ニ於テハ所謂執行名義ナルモノノ存在セシメテ爲サント欲スルニ當リテハ債権ノ存在スルコトヲ前提トシ假差押命令ノ申請ヲ爲

スモノナレトモ(假處分ニ付テモ亦同シ)假差押命令假處分命令ヲ得タル後ニ於テ其命令ニ基キ保全處分トシテノ差押ヲ爲スコトヲ得ルニ止マリ假差押假處分ヲ實行スル場合ニ於テモ又其命令ヲ求ムル場合ニ於テモ執行名義即チ權利ノ終局的満足ヲ得セシムヘキ形式法上ノ原因ハ未タ存在セス若シ執行名義ノ存在スルアラハ敢テ假差押假處分ヲ求ムル必要ナク直チニ執行ニ著手スルコトヲ得ルナリ此ノ如ク假差押假處分ハ執行名義ノ存在セザル場合ニ於テ爲ス手續ナルカ故ニ執行手續ニ屬セスシテ訴訟手續ニ屬スルモノト謂ハサルヘカラス而シテ此論決ラ生スル法文上ノ根據ハ則チ民事訴訟法第七四八條ノ規定ナリ同條ニ曰ク「假差押ノ執行ニ付テハ強制執行ニ關スル規定ヲ準用ス」ト玆ニ所謂假差押ノ執行トハ假差押命令ノ意ナリ若シ假差押手續ニシテ其性質上執行手續ニ屬スルモノトセハ法文ニ強制執行ニ關スル規定ヲ準用スト謂フハ不正確ナリ一步ヲ進マテ論スレハ無用ノ規定ナリト謂ハサルヘカラス然レトモ法律ヲ解釋スルニ當リ之ヲ有用ニ解スル途アルニ拘ハラス之ヲ無用ノ條文ナリト云フハ解釋法ニ反スルモノナルカ故ニ本條ヲ必要アル條文トシテ解釋スルトキハ此法文ノ存在ハ我訴訟法ノ立法者カ假差押ヲ以テ訴訟手續ナリト爲シタル注意ヲ明カニスルモノナリ而シテ本條ハ民事訴訟法第七五六條ニ依リ假處分ニ準用セラルルカ故ニ之ヲ引用シテ以テ假處分ニ付テモ同一ノ論定ヲ下スヲ得ヘシ假處分ハ同第七四八條ヲ準用シ更ニ強制執行ノ規定ヲ準用シテ以テ其執行ヲ爲スモノナルカ故ニ假處分ハ純然タル執行手續ニアラスシテ訴訟手續ナリト云ハサルヘカラス現今ノ我大審院モ

此說ヲ採用セリ

狹義ノ訴訟手續即チ判決若クハ之ニ代ルヘキ裁判ヲ求ムル訴訟手續ハ之ヲ通常訴訟手續及ヒ特別訴訟手續ノ二ニ區別ス

第一 通常訴訟手續トハ民事訴訟法第二編ニ規定スル地方裁判所ノ訴訟手續及ヒ區裁判所ノ訴訟手續是ナリ換言セハ訴訟法中ノ一般ノ規定ニ從フ訴訟手續ヲ謂フ而シテ地方裁判所ニ於ケル訴訟手續ハ訴訟手續ノ正式ナルモノト謂フモ可ナリ

區裁判所ニ於ケル訴訟手續ハ其目的トナレル訴訟物ハ地方裁判所ニ於テ取扱フ訴訟事件ト異ナリ其性質簡易ナルカ故ニ區裁判所ニ於テハ地方裁判所ニ於ケル如キ嚴格ノ手續ヲ適用セス其一二ノ例ヲ示セハ左ノ如シ

- (一) 地方裁判所ニ於ケル訴ノ提起ハ訴狀ノ提出ヲ要ス之ニ反シテ區裁判所ニ於テハ訴ノ提起ハ口頭ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得(一九〇條、三七四條)
- (二) 地方裁判所ニ於テハ被告ニ對スル訴狀ノ送達ト口頭辯論期日トノ間ニ少クトモ二十日ノ時間ヲ存スルコトヲ原則トス之ニ反シテ區裁判所ニ於テハ訴狀ノ送達ト若クハ口頭ヲ以テ訴ヲ起シタル場合ニ於テハ調書ノ謄本ノ送達ト口頭辯論期日トノ間ニハ三日ノ時間ヲ存スルヲ以テ足ル(一九四條、三七四條)

第二 特別訴訟手續トハ民事訴訟法中ノ特別規定ニ從フ訴訟手續ヲ謂フ而シテ民事訴訟法以外

ノ特別法タル人事訴訟手續法ヲ適用スヘキ場合アリト雖モ人事訴訟手續法ノ本質ハ訴訟法ノ一部タルニ外ナラス唯我國ニ於テハ沿革上ノ理由ニ依リ訴訟法ト分離シ別箇ノ特別法トシテ制定シタリト雖モ之ヲ分離シテ制定スヘキ理論上ノ根據ナキモノナリ
法律カ特別訴訟手續ヲ認メタルハ請求權ノ實行ヲ簡易ナラシメントスルノ理由、訴訟ノ進行ヲ迅速ナラシメントスルノ理由、及ヒ訴訟物カ特別ノ性質ヲ有スル等ノ理由ニ出ツ而シテ現行訴訟法上特別訴訟手續ニ屬スルモノヲ舉レハ左ノ如シ

(一) 督促手續(三八二條以下)

督促手續ハ簡易ナル手續ヲ以テ執行名義ヲ得セシメ迅速ニ強制執行ヲ爲スコトヲ得セシメンカ爲メ設ケタル手續ナリ而シテ法律ハ一定ノ金額ノ支拂其他ノ代替物若クハ有價證券ノ一定ノ數量ノ給付ヲ目的トスル請求權ノミニ付テ此手續ヲ許セリ

此手續ニ於テハ原告タル債權者ハ前述ノ請求權ニ付キ支拂命令ヲ發付ヲ申請シ其申請ヲ受ケタル區判所ハ被告タル債務者ヲ審問セヌシテ支拂命令ヲ發ス而シテ法律ハ此支拂命令ニ對シ其送達ノ日ヨリ十四日內ニ債務者ヲシテ異議ヲ申立ツルコトヲ得セシム若シ此期間ヲ經過セハ假執行ノ宣言ヲ付シタル缺席判決ト同一ノ效力ヲ有スル執行命令ヲ發スルモノナリ

(二) 證書訴訟、爲替訴訟(四八四條以下)

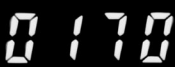
證書訴訟トハ一定ノ金額ノ支拂其他ノ代替物若クハ有價證券ノ一定ノ數量ノ給付ヲ目的トスル請求權ニ基ケル訴訟ニシテ訴訟ノ進行ヲ速カナラシメンカ爲メニ設ケタル訴訟手續ナリ而シテ此訴訟ノ特質ハ原告被告何レモ證據方法トシテハ證書以外ノ證據方法ヲ許ササルニ在リ

爲替訴訟トハ手形上ノ請求ニ基ケル證書訴訟ニシテ民事訴訟法第四九五條、第四九六條ノ特別ナル二個ノ條文ヲ除ク外總テ證書訴訟ニ關スル規定ヲ適用スヘキモノトス

此二個ノ訴訟手續ハ迅速ニ訴訟ヲ終結スル利益アルノミナラス尙ホ權利者ノ爲メニ大ナル利益アリ即チ此訴訟ニ於テ勝訴シタル原告ハ其判決ノ確定ヲ俟タスシテ直チニ強制執行ヲ爲スコトヲ得而シテ此場合ニ於ケル執行ヲ名ケテ假執行ト謂フ其理由ハ執行ヲ開始進行スルモ後ニ其執行名義タル判決カ上級審ニ於テ取消ナルトキハ既ニ實施シタル強制執行ハ其效力ヲ失フニ至ルカ故ナリ

(三) 人事訴訟手續(明治三十一年法律第一三號人事訴訟手續法)

人事訴訟トハ人事訴訟手續法ニ規定スル如ク婚姻事件、養子縁組事件、親子關係事件其他人事ニ關スル訴訟ヲ謂フ右人事の訴訟ハ最モ公益ニ密接ノ關係ヲ有スルカ故ニ通常訴訟ニ比シテ其審理ヲ鄭重ニスルノ必要アリ因テ法律ハ此特別手續ヲ設ケタルモノナリ
左ニ通常訴訟手續ニ存セサル此訴訟ニ於ケル特別手續ノ一二ヲ例示セン



(一) 通常訴訟手續ニ於テハ裁判所ハ當事者ノ主張セサル事實ヲ認定シテ裁判スルコトヲ得ス即チ不干渉主義ヲ原則トスレトモ人事訴訟ニ於テハ當事者ノ主張セサル事實ト雖モ裁判所ハ自由ニ認定スルコトヲ得

(二) 通常訴訟手續ニ於テハ職權ヲ以テ證據調ヲ爲ス場合ハ鑑定、檢證ノ二ニ限リ其以外ノ證據調ハ當事者ノ申立タルモノニ非サレハ之ヲ爲スコトヲ得ス然ルニ人事訴訟ニ於テハ裁判所ハ當事者ノ申立サル證據ト雖モ之ヲ斟酌スルコトヲ得

(三) 通常訴訟手續ニ於ケル檢事ノ立會ハ檢事カ單ニ其訴訟ノ結果ニ對シ自己ノ意見ヲ陳述スルニ止レリ然ルニ人事訴訟ニ於テハ檢事ハ其正當ナリト信スル當事者ノ爲メニ之ヲ補助スル訴訟行為ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ例ヘハ當事者ノ知ラサル利益ノ證據ヲ檢事ヨリ提出スルコトヲ得ルカ如シ

尙ホ一層著明ナル通常手續ニ存セサル檢事ノ行為ハ當事者ノ一方カ死亡シタル場合ニ於テ檢事ハ之ニ代リテ訴訟行為ヲ爲スヲ得ルコト是ナリ

以上之ヲ約言セハ人事訴訟ノ特質ハ公益上ノ理由ニ基キテ其審理ヲ鄭重審密ニスルニ在リ」
(四) 區裁判所ニ申請スル和解手續(三八一條)

(五) 假差押及ヒ假處分手續(三七七條以下)
曩ニ述ヘタル如ク假差押及ヒ假處分ハ執行手續ニ非シテ訴訟手續ナリ而シテ通常訴訟手

續ニ非サルカ故ニ是レ亦特別訴訟手續ニ屬ス

假差押假處分手續ニ於テハ債務者ニ對シテ或財産ノ處分ヲ禁シ又假處分ニ在リテハ債務者ニ或行為ヲ命シ或ハ行為ヲ禁スルニ止マリ此訴訟ハ請求ノ基本タル權利ヲ確定スルノ手續ニ非ス

終リニ破産手續ハ非訟事件ナリヤ訴訟事件ナリヤハ議論ノ岐ルル所ナリト雖モ訴訟事件ナリトノ說ヲ正當ナリトセハ是レ亦特別訴訟手續ニ屬スルモノナリトス

次ニ訴訟ヲ實體法上ノ觀察換言セハ請求權ノ内容ニ基キテ區別スレハ左ノ如シ

(一) 給付訴訟 給付訴訟トハ被告ノ行為不行爲若クハ忍耐ヲ目的トスル請求權ヲ確定シ之ニ對スル被告ノ履行ヲ求ムル訴訟手續ヲ謂フ

(二) 確定訴訟(確認訴訟トモ謂フ) 確定訴訟トハ法律關係ノ成立若クハ不成立ヲ確定スルコトヲ目的トスル訴訟手續ニシテ獨立の確定訴訟、附隨の確定訴訟ノ二種アリ

(ア) 獨立の確定訴訟トハ法律關係ノ成立若クハ不成立ヲ以テ訴訟ニ於ケル唯一ノ目的ト爲ス訴訟ヲ謂フ

(イ) 附隨の確定訴訟トハ或訴訟ノ進行中ニ爭トナレル法律關係ノ成立若クハ不成立ヲ確定センコトヲ目的トスル訴訟ヲ謂フ例ヘハ甲カ乙ニ對シ自己ノ所有權ヲ原因トシ或土地ノ引渡ヲ請求シタリ、然ルニ乙ハ甲ニ所有權ナキコトヲ主張シ、甲ハ自己ニ所有權アルノ原因

トシテ自己ハ賣買ニ因テ其所有權ヲ得タリト主張シ乙ハ右ノ如キ賣買ナキコトヲ抗辯セリ、玆ニ於テ甲ニ所有權アリヤ否ヤヲ決スルニハ賣買アルヤ否ヤヲ決セサルヘカラス即チ賣買ノ存否カ土地引渡訴訟ノ進行中ニ争トナレルモノナリ此引渡訴訟ノ進行中ニ争トナリタル賣買ノ成立不成立ノ確定ヲ求ムル手續ヲ稱シテ附隨的確定訴訟ト謂フ

(三) 創設訴訟(設定訴訟トモ謂フ) 創設訴訟トハ法律關係ノ發生若クハ既存ノ法律關係ノ變更消滅ヲ目的トスル訴訟手續ヲ謂フ

此三個ノ訴訟手續ヲ區別スル實益ハ後ニ訴權ノ説明ヲ爲スニ際シテ詳言スヘシ

第五章 訴訟關係

訴訟關係即チ約言セハ民事訴訟法上ノ法律關係ナルモノハ私法上ノ法律關係ト明カニ之ヲ區別スルコトヲ要ス請求權存在セハ必スヤ私法上ノ法律關係之ニ伴フト雖モ私法上ノ法律關係存在スルノミヲ以テ直チニ訴訟關係成立セリト云フコトヲ得ス今之カ定義ヲ下セハ左ノ如シ

訴訟關係トハ訴訟條件ノ具備スルニ由リテ發生スル公法上ノ法律關係ニシテ裁判所ト當事者及ヒ當事者間ニ存スルモノヲ謂フ

(一) 訴訟關係ハ訴訟要件ノ具備ニ由リテ發生ス 訴訟要件トハ則チ訴訟關係ヲ發生スル爲メ之ヲ分析セハ

法律ノ要求スル事項ヲ謂フ其二三ヲ例示セハ(一) 裁判所カ管轄權ヲ有スルコト(二) 當事者カ訴訟能力ヲ有スルコト(三) 法定代理ニ欠缺ナキコト(四) 起訴ノ方式ニ關シテハ第一九〇條ニ定メタル要件ニ欠缺ナキコト(五) 訴權ノ行使ニ關シテハ其事件カ同一ノ裁判所若クハ他ノ裁判所ニ於テ既ニ權利拘束トナラサルコトヲ要スル等ノ類ニシテ之等ノ訴訟要件ヲ具備シ民事訴訟ノ開始實行ヲ要求シタルトキハ玆ニ始メテ訴訟關係發生ス

(二) 訴訟關係ハ裁判所ト當事者及ヒ當事者相互間ニ生スル三面的關係ナリ裁判所ト原告、裁判所ト被告、原告被告相互間ニ生スル關係ナリ而シテ強制執行ニ付テモ亦同シク三面關係ヲ生ス訴訟關係ハ三面關係ナリヤ或ハ一面關係ナリヤ將タ二面關係ナリヤハ議論ノ歧ルル處ナリ(一面關係トハ裁判所ト原告間ノ關係二面關係トハ裁判所ト原告間、裁判所ト被告間ノ關係ヲ謂フ) 訴訟關係ハ原告ト裁判所トノ關係ノミニアラサルコトハ辯スルノ要ナキヲ以テ左ニ他ノ兩説ノ論據ヲ説述セシ

(甲) 二面關係論 此論者ハ訴訟關係ナルモノハ裁判所ト當事者トノ間ニノミ生スル關係ニシテ當事者相互間ニハ何等ノ關係ヲモ生スルモノニ非スト斷定シ其論據トスル所ハ元來訴ノ提起ニ依リテハ裁判所カ原告ニ對シテ裁判ヲ與フルノ義務ノミヲ生スルモノナリ原告ハ被告ニ對シテ直接ニ何等ノ行爲ヲ爲ス義務ナク且ツ其必要ナシ唯裁判所ニ向テ自己ノ要求ヲ述フルヲ以テ足レリトス被告ノ方面ヨリ論スルモ亦同一ニシテ被告カ訴ヲ受ケタル場合

ニ於テハ裁判所ニ對シテ或行働ヲ爲スヲ以テ足り原告ニ對シテハ爲ス義務ナシト謂フニアリ而シテ此論者ハ三面論ヲ駁シテ曰ク訴訟法ノ規定ニ依レハ當事者ノ一方カ或行爲ヲ爲スニ付テハ他ノ一方ノ承諾ヲ要スル場合アリ例ヘハ第一九八條ノ場合ニ於テハ訴ノ取下ハ第一口頭辯論ノ始マリタル後ハ相手方ノ承諾アルコトヲ必要ト規定セリ此ノ如キ規定アルヲ以テ三面論者カ當事者相互間ニモ訴訟關係ヲ生スト云フト雖モ是レ誤レリ此規定タルヤ單ニ訴訟手續上訴ヲ取下ルニ付テノ一ノ手續タルニ過キスシテ或義務ヲ負フカ故ニ其承諾ナクシハ之ヲ取下ルコトヲ得スト云フノ意ニ非ス又三面論者ハ被告ハ訴狀ハ送達ヲ受ケタ雖モ是レ亦誤説ニシテ被告ニハ應訴義務ナルモノアルコトナシ被告ハ訴狀ハ送達ヲ受ケタル場合ニ於テ決シテ裁判所ニ出頭シテ辯論ヲ爲ス義務ナク唯自己ノ防禦行爲ヲ爲サザリシトキハ不利益ノ結果ヲ受クルニ止マルモノニシテ不利益ノ結果ハ應訴義務ヨリ生スルモノニ非ス何レノ點ヨリ論スルモ訴訟關係ハ二面關係ニシテ當事者間ニ訴訟關係生スルコトナシト謂ヘリ

(乙) 三面關係論 此論者ハ訴訟關係ハ裁判所ト當事者間ノ關係ニ止マラスシテ當事者相互間ニモ亦生スル關係ナリト謂ヒ其論據トスル所ハ訴ノ原因ノ變更、辯論期日ノ變更若クハ續行、訴ノ取下、上訴ノ取下等ヲ爲スニ付キ相手方ノ承諾ヲ要スル等數多ノ民事訴訟法中ノ規定ハ當事者間ニ一ノ訴訟關係成立シタリトノ前提ヲ認ムルニアラスンハ説明スルコトヲ得ス「反對論者ハ之等ノ規定タルヤ訴訟手續上ノ必要上發生シタルモノニ過キスシテ當事者間ニ一ノ訴訟關係ヲ生スルカ故ニ之等ノ規定アリト云フコトヲ得ス」ト云フト雖モ何故ニ當事者間ニ權利義務ノ關係ナクシテ此ノ如キ規定ヲ設クル必要アリヤ當事者間ニ一ノ訴訟關係生スルカ故ニ之等ノ規定ヲ必要トスルナリ若シ原告被告間ニ何等ノ關係ナシトセハ相手方ノ承諾ヲ得ルノ必要ナク自由ニ訴又ハ上訴ノ取下等ヲ許シテ可ナリ敢テ裁判所ノ干渉スル必要ナシ畢竟當事者間ニ訴訟關係ノ存在ヲ前提トスルニ非スンハ此ノ如キ規定ヲ設クルノ理由ナシト謂フニ在リ予ハ此後説ニ贊同ス

(三) 訴訟關係ハ公法上ノ關係ナリ 民事訴訟法ハ公法ニシテ從テ之ヨリ生スル法律關係カ公法上ノ關係タルコトハ既ニ述ヘタル處ナリ

次ニ訴訟關係ハ訴訟當事者タル原告被告カ數名アリシ場合「若クハ目的物カ數多アリシ場合」ニ於テハ當事者ノ數若クハ目的物ノ數ニ應シテ數多ノ訴訟關係發生スルヤ或ハ單一ノ訴訟關係ナリヤハ議論ノ歧ルル所ナリ左ニ之ヲ分説セン

(甲) 單一説 此説ハ訴訟關係ナルモノハ當事者カ復數ナルト目的物カ復數ナルトニ拘ハラス常ニ訴訟關係ハ單一ナリトスルノ説ニシテ其論據トスル所ハ適法ニ訴訟カ成立シタル場合ニ於テ其訴訟ノ進行ハ常ニ單一ナル方法ヲ以テ之ヲ爲スモノナリ即チ訴訟ニ包含スル私法的關係ハ數多アリト雖モ訴訟關係ハ起訴ニ因リテ起リ訴ノ消滅ニ因リテ終了スルモノナレハ常ニ

單一ナリト云ヘリ而シテ此說ハ少數論者ノ唱フル處タルニ止ルナリ

(乙) 復數說 此說ハ當事者ノ復數目的物ノ復數ナルトキハ常ニ其數ニ應シテ訴訟關係モ亦復數ナリトノ說ニシテ其理由トシテ論スル所ハ反對論者ハ前提ニ於テ誤レリ何トナレハ反對論者ハ同時ニ發生シ同時ニ進行スルモノハ單一ナリト論スレトモ性質ノ異ナリタルモノカ同時ニ發生シ同時ニ進行スルコトハ事理上妨ケナキ所ニシテ訴訟關係ト私法關係トハ區別スルコトヲ要スレトモ數多ノ私法關係ニ基キテ數多ノ訴訟關係ヲ發生スルコトハ當然ナルモノト謂ハサルヘカラス而シテ訴訟關係ノ復數タルコトヲ我訴訟法ノ認メタルコトハ一ノ訴ヲ以テ數個ノ請求アリシ場合ニハ辯論ノ分離ヲ命スルコトヲ得ル旨ヲ規定セル民事訴訟法第一一八條ニ徴シ明瞭ナリ訴訟關係ハ單一ナルモノトセハ辯論ノ分離ヲ命スルコトヲ得訴訟ノ内容タル私法關係ノ數ノ如何ニ依リ訴訟關係ノ數ヲ分ツモノニシテ當事者カ甲乙ヲ共同被告トシテ起シタル場合ニ於テモ亦同一ニ論スヘク即チ訴訟關係ハ復數ナリト謂フニ在リ予ハ此後說ニ贊同ス

終リニ訴訟關係成立シタル場合ニ於テ其關係ニ因リ行爲義務ヲ負フモノハ裁判所ノミナルヤ或ハ訴訟當事者モ亦行爲義務ヲ負フモノナリヤニ關シテハ是レ亦議論ノ岐ルル處ニシテ左ノ二說アリ

(甲) 裁判所ノミ義務ヲ負フモノナリトノ說ノ論者ハ曰ク訴訟當事者ナルモノハ裁判所ニ對シテ自己ノ權利保護ヲ求ムルモノナリ而シテ訴訟法ハ訴訟當事者ニ命スル數多ノ事項アリト雖モ(例ヘハ訴訟用印紙ノ貼用、訴ヲ取下タルニ相手方ノ承諾ヲ得ルコト)是等ノ事項タルヤ單ニ訴訟手續上法律ノ命スル事項タルニ止マリ決シテ當事者ノ負フ行爲義務ニアラス若シ此法律ノ命スル事項ヲ當事者カ履行セサルトキハ權利保護ノ目的ヲ達スルコト能ハサルニ止マルノミニシテ當事者ハ之カ爲メニ決シテ義務不履行者トシテ制裁ヲ受クルモノニアラス換言セハ之等訴訟法ノ命スル事項ヲ履踐セザリシ場合ニ於テハ訴訟上自己ノ地位ニ不利益ヲ來スニ過キス、裁判所ノ方面ヨリシテ觀察スルモ訴訟ノ目的ヲ達スルニ當事者ニ義務ヲ負ハシムル必要ナシト

(乙) 裁判所ノミナラス訴訟當事者モ亦訴訟關係ヨリ行爲義務ヲ生スルニ至ルトノ說ヲ主張スル論者ハ曰ク羅馬法以來ノ原則トシテ「凡ソ訴訟行爲ハ當事者カ善意且誠實ニ之ヲ爲ササルヘカラス」トハ自然法學者ノ唱フル說ニシテ今日ニ於テモ其眞理ハ疑フヘカラサルモノナリ而シテ原告カ訴ヲ提起シタルトキハ被告ハ之ニ應訴セサルヘカラス應訴ナル事ハ一ノ義務ナリ原告モ亦其請求ヲ主張スルニ當テハ適切ナル攻撃方法ヲ用ヒサルヘカラスシテ惡意ヲ以テ不正ノ攻撃方法ヲ用ユルコトヲ得サルモノニシテ此原則ヲ我訴訟法ニ採用シタルコトヲ證スル爲メ二三ノ例ヲ示サハ左ノ如シ

訴訟法第一一一條第一項ニ曰ク「各當事者ハ相手方ノ主張シタル事實ニ對シ陳述ヲ爲スコシ」

トアリ即チ是レ善意誠實ニ訴訟行為ヲ爲ササルヘカラストノ原則ノ適用ナリトス又訴訟ニ於テ各當事者カ争ハントスル事項ハ相手方ニ通知セサルヘカラスト(一〇四條乃至一〇八條)又訴訟法第八八條第一項ニ規定スル如ク或當事者ハ訴訟費用ノ保證ヲ立テサルヘカラスト其他第六編中ニ當事者ノ義務ニ關スル數多ノ規定アリ第五〇五條、第五二二條、第五四七條等ノ如シ

右ニ掲クル規定ハ訴訟關係ヨリシテ當事者ニ義務ヲ生スル適切ノ引例ニシテ尙ホ一層適切ナルハ訴訟法第三五條第一項ニ規定スル如ク公正證書ノ眞實ナルコトヲ惡意ヲ以テ争ヒ又ハ重過失ニ依リテ争ヒタル當事者ハ五十圓以下ノ過料ニ處セラレ同第二項ニ規定スル如ク私書證書ノ眞正ナルコトヲ眞實ニ反キテ争ヒタル當事者ハ二十圓以下ノ過料ニ處セラルコト是ナリ此言渡ヲ受クルハ則チ當事者カ訴訟ニ於テ誠實ニ行為ヲ爲スヘシトノ義務ヲ負フカ故ナリト

今此兩說ヲ對比シテ考究スルニ第二說ヲ以テ法律ノ精神ニ適スルモノト信ス予ハ唯第二說ノ論者カ引例トシテ説ク處ニハ總テ贊同スルコトヲ得ス保證義務ノ如キ、訴訟法第三五〇條ノ規定ノ如キハ訴訟關係ヨリ生スル義務ナリト謂フハ可ナリ而シテ予ハ之ニ附加シテ訴訟費用負擔ノ義務モ亦訴訟關係ヨリ生スル義務ナリト云ハントス何トナレハ訴訟費用ナルモノハ敗訴者ニ於テ之ヲ負擔スヘキモノニシテ此義務ハ訴訟關係ノ成立ト同時ニ發生スヘキモノナレハナリ訴訟

法學者ハ此訴訟費用負擔ノ義務ハ訴訟法ニ規定セル特種ノ義務ナリト云ヘリ佛蘭西法系ノ古學者ハ之ヲ民法ノ不法行為ヨリ生スル義務ナリト謂ヒシモ今日ニ於テハ此ノ如キ說ヲ唱フル者ナシ訴訟費用負擔ノ義務ハ民法上ノ法律關係ヨリ生スル義務ニアラスシテ相手方ヲシテ訴訟行為ヲ爲スノ必要ニ至ラシメタルヨリ生スル義務ニシテ此義務ハ訴訟關係ノ成立ト同時ニ生スルモノト云ハサルヘカラスト何トナレハ訴訟關係成立シタル以上ハ必スヤ敗訴者タルヘキ者ナラサルヘカラストモノニシテ唯其敗訴者ノ原告タルヤ被告タルヤノ點ノ未必ナルニ止マルモノナレハナリ和解ニ依リ訴訟終了スルコトアリト雖モ此場合ニ於テハ曲直ノ判斷ヲ受ケスシテ争ノ終了ヲ告グルモノナリト云フニ止マリ此場合ト雖モ何レカ一方カ曲者タルコト勿論ナリ是レ訴訟費用負擔ノ義務モ亦訴訟關係ノ成立ニ依リテ生スル義務ナリト謂フ所以ナリ

第二說ノ論者カ引例トシタル訴訟法第一一條ノ義務及ヒ自己ノ主張セントスル事項ヲ通知スルノ義務ハ義務ト謂ハンヨリ寧ロ訴訟上ノ必要事項トシテ規定シタルモノナリト謂フヲ可ナリト信ス要スルニ予ハ第二說ニ贊同スルモノニシテ訴訟關係成立シタルトキハ裁判所ノミナラス當事者間ニモ亦行爲義務ヲ生スルモノナリトスル說ヲ正當ト信ス

第六章 訴權及ヒ訴訟行為

第一節 訴權ノ意義及ヒ種別



訴訟關係ナルモノハ訴ノ提起ニ因リテ發生スルコト前章ニ於テ説明シタル處ナリ而シテ此訴ノ提起ハ是レ即チ訴權ノ實行ニ外ナラス起訴ナル文字ハ訴權ノ行使ナル事項ニ與フル形式的名稱ナリ即チ訴權アリテ之ヲ行使セハ其結果トシテ訴訟關係生ス然レトモ茲ニ注意スヘキハ訴訟關係ハ實質的ニ訴權ナクシテ亦生スルコト是ナリ不當ノ訴ヲ提起スルモ訴訟關係生ス況ンヤ眞實ニ訴權アリテ之ヲ行使スルニ於テラヤ訴訟關係ハ必然生スルコト勿論ナリ

訴權トハ他人ノ不法ニ對シテ自己ノ有スル私權ノ救護ヲ國家ニ請求スル公權ナリ

多數學者ノ唱フル處ニ依レハ此訴權ノ存スルニハ實體法上ノ特定ノ權利ノ存スルコトヲ必要トセス例ヘハ所有權親權等ノ如キ權利ノ存スルコトヲ必要トセス甲カ乙ヲ債務者ナリトシテ之ヲ訴追セントスルカ如キ場合ニ於テ乙ハ先ツ進テ甲ニ對シテ甲カ乙ニ對シテ其債權ヲ有セサルコトヲ確認スヘシトノ訴ヲ提起スルコトヲ得ルモノナリ換言セハ被告ノ主張スル權利ノ存在セサルコトノ確定ヲ原告ハ求ムルコトヲ得ルモノニシテ此場合ニ原告ナル者ハ實體法上ノ特定ノ權利ヲ有セサルモノナリ又訴權ヲ有スルニハ私權ヲ實行スルコトヲ得ル狀態ニ在ルコトヲ要セサルハ勿論ナリ

私權救護ノ手段(方法)ハ裁判及ヒ強制執行ナリ所謂裁判トハ判決其他ノ裁判ヲ謂フ而シテ判決ハ訴ニ對シテ直ニ下スモノニ非ス訴訟手續ヲ盡シタル後ニ於テ下スモノナルカ故ニ私權救護ヲ求ムル請求ニハ(一)民事訴訟ノ開始實行ノ請求ト(二)自己ノ主張スルカ如キ命令ヲ被

告ニ發セラレンコトノ請求トノ二箇ノ請求ヲ包含シ訴訟手續ノ開始實行ノ請求ヲ指シテ形式的訴權ト謂ヒ自己ノ主張ノ如キ命令ヲ發セラレンコトノ請求ヲ指シテ實體的訴權ト稱ス即チ法律關係ノ確定ヲ求ムル請求、履行ヲ求ムル請求ヲ指シテ實體的訴權ト謂フ

形式的訴權カ訴訟手續上其效果ヲ生スルニハ訴訟要件ノ具備スルコトヲ要シ實質的訴權カ效果ヲ生スルニハ訴訟ノ終局ニ至ルヲ要ス故ニ各訴權カ訴訟法上ノ效果ヲ生スルニハ學理上一定ノ要件ノ存在スルコトヲ必要トス

形式的訴權ノ要件ヲ左ノ四個ニ分ツ

- (一) 當事者ニ關スル要件
- (二) 裁判所ニ關スル要件
- (三) 方式ニ關スル要件
- (四) 訴訟物ニ關スル要件

第一 當事者ニ關スル要件

(一) 當事者能力及ヒ訴訟能力ニ欠缺ナキコトヲ要ス

當事者能力トハ訴訟當事者タルノ適格ヲ謂ヒ訴訟能力トハ訴訟行爲ヲ爲シ得ルノ適格ヲ謂フ故ニ法人若クハ法人ト見做スヘキ團體カ團體名義ヲ以テ或ハ相續人カ死者ノ名義ヲ以テ訴訟ヲ提起シタルトキハ當事者能力ニ欠缺アリ又民法ニ依リ訴訟能力アリト認メラレタル

者若クハ法定代理人ノ同意又ハ保佐人ノ同意アル無能力者ニ非スンハ完全ナル訴訟能力ヲ有スルコトヲ得ス

(二) 法律上代理及ヒ訴訟代理ニ欠缺ナキコトヲ要ス

茲ニ注意スヘキハ訴訟代理權ヲ有セサル者カ提起シタル訴訟ハ常ニ不合法ナリト謂フコトヲ得ス提起後ニ於テ被代理者ノ委任又ハ追認ヲ得タルトキハ訴ノ提起ハ適法トナルナリ故ニ茲ニ所謂訴訟代理ノ欠缺トハ訴ノ提起ヨリ其終了ニ至ルマテ本人ノ委任又ハ追認ヲ得タル場合ニ於テ始メテ代理ノ欠缺アリト謂フコトヲ得ルナリ

以上二個ノ要件ハ何レモ裁判所ノ職權調査ノ事項ニ屬シ裁判所ト訴訟ノ如何ナル程度ニアアルヲ問ハス之ヲ調査セサルヘカラス(四五條)

第二 裁判所ニ關スル要件

- 一 裁判所カ事物ノ管轄權ヲ有スルコトヲ要ス
- 二 裁判所カ土地ノ管轄權ヲ有スルコトヲ要ス此二個ノ要件ハ當事者ノ合意ヲ以テ或程度マテ之ヲ必要トラシムルコトヲ得換言セハ地方裁判所ニ屬スル事件ヲ區裁判所ニ繫屬セシメ甲地方裁判所ノ管轄ニ屬スル訴ヲ乙地方裁判所ニ提起スルコトヲ得レトモ當事者ノ合意ヲ以テ變更ヲ許ササル專屬管轄ナルモノアリテ右ノ場合ニハ其專屬管轄權ヲ有スル裁判所ニ起訴スルニアラスンハ訴ハ適法ニ成立セス其詳細ハ後ノ管轄ノ章ニ於テ説明スヘシ而シテ此管轄

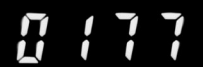
ノ要件ハ亦裁判所ノ職權調査ノ事項ニ屬ス

第三 方式ニ關スル要件

是レ民事訴訟法第一九〇條ニ規定スル處ニシテ地方裁判所ニ提起スル訴ニ付テハ訴狀ヲ必要トス訴狀ニハ欠缺スルコトヲ許ササル三個ノ要件アリ (一) 當事者及ヒ裁判所ノ表示 (二) 起シタル請求ノ一定ノ目的物及ヒ其請求ノ一定ノ原因 (三) 一定ノ申立是ナリ而シテ區裁判所ニ提起スル訴ニ付テハ必スシモ訴狀ノ呈出ヲ要セス口頭ヲ以テモ亦之ヲ提起スルコトヲ得然レトモ區裁判所ニ訴狀ヲ呈出スル場合ニ於テハ前三個ノ要件ヲ具備スルコトヲ要スルハ勿論ナリ訴狀若クハ之ニ代ルヘキ調書謄本ノ送達ハ又一ノ要件ナレトモ其送達ノ不合法ナルモ相手方カ應訴シタルトキハ訴ハ適法ニ成立ス但民事訴訟法第三七八條ノ場合ニハ此要件ヲ必要トセサルコト勿論ナリ

第四 訴訟物ニ關スル要件

一 訴訟物カ通常裁判所ノ權限ニ屬スルコトヲ要ス
權限ト管轄トハ法文上ノ用語トシテ差異アリ權限トハ通常裁判所ト特別裁判所ト相對スル場合ニ用ヒ (民事二〇六條第一號參照) 管轄トハ通常裁判所相互間ニ於ケル職務範圍ノ分界ヲ定ムル場合ニ用ユ故ニ行政裁判所若クハ行政官廳ニ於テ審理スヘキ事件ヲ司法裁判所ニ起訴シタルトキハ司法裁判所ハ權限ナシトシテ訴ヲ却下セサルヘカラス唯例外トシテ司



法裁判所ニ屬セシメタル事件アリ選舉訴訟ノ如キ是ナリ此要件ハ絕對の要件ニシテ當事者ノ合意ヲ以テ無視スルコトヲ許サズ

二 訴訟物カ同一若クハ他ノ裁判所ニ於テ既ニ權利拘束ト爲ラザリシコトヲ要ス

權利拘束トハ民事訴訟法第一九五條ニ規定スル處ナリ其說明ハ第二編ノ講義ニ讓ル權利拘束ノ效力ヲ生ジタル後ニ同一ノ訴訟物ニ付キ訴ヲ提起シタルトキハ被告ハ權利拘束ノ抗辯ヲ爲スコトヲ得此要件ハ關係の要件ニシテ被告カ抗辯ヲ提出シタルトキニ於テ始メテ訴ヲ不適法トスヘキモノナリ嚴格ノ理論ヨリセハ一ノ訴ニ於テ二重ノ審理ヲ爲サシムルノ必要ナク且之ヲ許ストキハ抵觸スル裁判ヲ爲スノ虞アリ故ニ絕對の要件トスルモ妨ケナキカ如シト雖モ同一訴訟カ他ノ裁判所ニ繫屬スルヤ否ヤハ裁判所ニ於テ之ヲ知ルコト能ハサルカ故ニ我訴訟法ハ之ヲ絕對の要件トセスシテ關係の要件トナシタルナリ

三 原告カ前訴訟費用ノ辨濟ヲ爲シタルコトヲ要ス

原告カ一タヒ訴ヲ提起シ其訴ヲ取下ケタル場合ニ於テ其訴ニ因ラ生ジタル訴訟費用ヲ被告ニ辨濟セスシテ再ヒ同一ノ訴ヲ提起シタルトキハ被告ハ民事訴訟法第二〇六條第六號ニ規定スル再訴ニ付キ前訴訟費用未済ノ抗辯ヲ提出スルコトヲ得是レ亦關係の要件タリ

四 原告カ訴訟費用ノ保證ヲ立ツル義務アル場合ニ於テハ之ヲ立テタルコトヲ要ス
此要件ハ特殊ノ原告ニ付テ存スルモノナルカ故ニ一般の要件ニ非スシテ特別の要件ナリト

云フヘシ面シテ是レ亦前二、三、ノ要件ト同シク被告ノ利益ヲタメ設ケタル規定ナルカ故ニ關係の要件ニシテ被告カ抗辯ヲ提出セザルトキハ訴訟關係ハ茲ニ成立ス

五 訴訟用印紙ヲ貼用スルコトヲ要ス

是レ民事訴訟法ニ規定スル處ニ非スシテ訴訟用印紙法ニ規定スル處ナリ而シテ此要件ハ絕對の要件ナレトモ(一)ニ述ヘタル處ト異ナリ訴訟ノ如何ナル程度ニ於テモ其不足ヲ追貼スルコトヲ得ヘク唯原告カ其貼用ヲ拒ム場合ニ於テノミ訴訟ハ不適法トナルナリ

六 訴訟ニ付キ原告カ法律上利益ヲ有スルコトヲ必要トス換言セハ其訴訟ニ法律上ノ利益ノ存スルコトヲ必要トス

此要件タルヤ「利益ナケレハ訴權ナシ」トノ格言ノ適用ナリ而シテ法律上ノ利益ナル語ハ左ノ三箇ノ意義ヲ含ム

- 一 何人モ自己ノ權利ニ關係ヲ有セサル訴ヲ提起スルノ權ナシ例ヘハ損害ヲ受ケタルコトナキニ損害賠償ノ請求ヲ提起スルコト能ハサルカ如キ之ナリ又占有者カ占有ノ妨害ヲ受ケサルニ占有保持回收ノ訴ヲ提起シ得サルカ如キ相續人ニアラスシテ遺贈ノ取消ヲ求ムル訴ヲ提起スルコトヲ得サルカ如キ未成年者ト契約ヲ爲シタル相手方ハ未成年者ニ對シテ契約ノ取消ヲ求ムルコトヲ得サルカ如キ類ニシテ即チ權利ヲ毀損セラレス又ハ權利毀損ヲ受クル危険ナキモノハ訴ヲ起スコトヲ得ス

二 訴權ノ行使ニ因リテ確定裁判ヲ受ケタル者ハ同一請求ニ基キ再ヒ訴ヲ起スコトヲ得ス
一事不再理ノ原則ノ適用是ナリ

三 權利ノ毀損若クハ毀損ノ危険アル場合ト雖モ請求其モノカ現ニ法律上ノ利益ヲ有セザ
レハ形式的訴權ノ效果ヲ發生スルコトヲ得ス

茲ニ所謂現ニ法律上ノ利益トハ如何ナル場合ヲ指稱スルヤニ關シ適用上種種ノ困難ナル
問題ヲ生ス左ニ其一ノ場合ヲ説明セシ

給付ノ訴ヲ提起シ得ヘキ場合ニ單ニ確定ノ訴ヲ提起シ得ルヤ否ヤ

此問題ニ付テハ權利ヲ毀損セラレタル者カ救済ヲ求ムルニ當リ充分ナル救済ヲ求ムルト
幾部分ノ救済ヲ求ムルトハ權利者ノ自由ナリト云ハサルヘカラス今給付ノ訴ヲ爲シ得ル
ニ拘ハラス單ニ確定ノ訴ヲ爲スニ止マル場合ハ權利ニ對スル十歩ノ保護ヲ求メ得ルニ拘
ハラス五歩ノ保護ヲ求ムルニ過キサルモノナルカ故ニ此ノ如キ訴ハ適法ナリト云ハサル
ヘカラスト云ヒ得レトモ獨逸學者竝ニ我大審院判例ニ依レハ給付ノ訴ヲ爲シ得ルニ單ニ
確定ノ訴ヲ爲スハ不適法ナリトセリ其理由ハ法律關係ノ確定ノミヲ求ムル訴ハ權利ノ執
行ヲ爲スコトヲ要セスシテ法律關係ノ確定ノミヲ以テ完全ニ目的ヲ達シ得ヘキ事件ナル
カ若クハ法律關係ノ確定ノミニテハ目的ヲ達スルコトヲ得サレトモ權利ノ執行ヲ強制ス
ルコト能ハサル場合ノミニ限ルト爲ササルヘカラス何トナレハ法律關係ノ確定ノミヲ以

テ目的ヲ達スルコト能ハサル事件ニ付キ單ニ確定ヲ求ムル訴ノミヲ起シタルトキハ原告
ハ後日再ヒ訴ヲ提起セサルヘカラス故ニ履行ノ訴ヲ起シ得ルニ拘ハラス之ヲ爲サスシテ
單ニ確定ノ訴ヲ爲スハ同一ノ事物ニ付テ二重ニ裁判所ヲ勞シ又當事者モ無益ニ二重ノ訴
訟手續ヲ爲スモノニシテ此ノ如キハ公益上許スヘキモノニ非ス即チ法律上正當ノ利益ア
リト云フコトヲ得スト云フニ在リ

期限附債權ノ如キ請求其モノノ性質ニ依レハ給付ノ訴ヲ爲スニ非スハ結局ノ満足ヲ得
ル能ハサルモノナレトモ給付ノ訴ヲ提起シ得ヘキ時期ヲ待ツトキハ後日自己ノ權利ニ妨
害ヲ受クル虞アリ若クハ權利證明ノ途ヲ失フカ如キ場合ハ茲ニ所謂現ニ法律上ノ利益ア
ルモノナリトセリ茲ニ一ノ疑問アリ同一ノ請求ニ基キ給付ノ訴ト確定ノ訴トヲ同時ニ提
起スルコトヲ得ルヤ換言セハ同一ノ原因ニ基キ一ノ訴ヲ以テ確定ノ請求ト給付ノ請求ト
ヲ合セテ主張スルコトヲ得ルヤ給付ノ訴ヲ爲シ得ル場合ニ於テハ確定ノ訴ヲ提起シ得ヘ
キ時期ヲ經過セリ故ニ給付ノ訴ヲ提起スル場合ニハ確定ノ訴ヲ爲スコトヲ得スト云ハサ
ルヘカラサルカ如キモ今日我大審院ノ判例ニ依レハ此場合ニ折衷の斷案ヲ下シ給付ノ訴
ト合セテ確定ノ訴ヲ爲スコトハ法律ノ許スモノナリトセリ何トナレハ此ノ如キ場合ニ於
テハ國家機關ヲ再ヒ煩ノ虞ナシ詳言セハ一ノ訴ヲ以テ二箇ノ申立ヲ爲スモノナルカ故
ニ無益ニ國家機關ヲ勞スルコトナク又當事者ニ二重ノ費用ト手数トヲ生セシムルコトナ

キノミナラス時トシテ給付ノ請求ノ當否ヲ定ムル前提トシテ確定ノ請求ヲ決スルノ必要アルヘケレハナリトノ理由ニ出ツ

實質的要件ニ付キ説明セシ

實質的要件ハ左ノ二トス

第一 請求ノ原因タル事實ノ存在スルコトヲ要ス

請求ノ原因タル事實トハ詳細ノ説明ハ民事訴訟法第二編ノ講義ニ譲リ茲ニ簡單ニ之ヲ説明セハ原告ノ請求權ノ基礎タル法律關係ヲ組成スル事實ナリト云フヲ得ヘシ苟モ原告カ請求ノ主張ヲ貫通セシメントセハ法律關係ノ因テ發生スル事實ノ存スルコトヲ必要トシ且之ヲ證明セサルヘカラス例ヘハ茲ニ貸借ナル法律關係アレハ其ニ基テ請求權ノ存在スルコト明カナリ而シテ此請求ニハ其基礎トスル金圓貸借ノ具體的事實ナカルヘカラス是レ訴ノ原因トハ請求權ノ原因タル法律關係ヲ組成スル事實ナリト云フ所以ナリ

請求ノ原因トハ法律關係ナリヤ事實ナリヤハ民事訴訟法第一九〇條ノ訴狀ノ記載要件ニ付キ訴訟法學者間ニ議論アル所ナリ即チ民事訴訟法第一九〇條ニ所謂請求ノ一定ノ原因トシテ訴狀ニ記載スルニハ例ヘハ單ニ「貸金」トノミ記載スルヲ以テ足レリヤ或ハ其貸金ト稱スル法律關係ノ具體的事實ヲ記載スルコトヲ要スルヤカ此議論ノ目的トナリタルナリ

事實論者ハ曰ク原告ノ請求ハ如何ナル法律關係ニ基クモノナリヤヲ知ラシムル爲メ請求ノ原

因タル具體的事實ヲ詳記スルコトヲ要ス否ラサレハ被告ハ其答辯ニ困難ヲ感スヘシ故ニ訴狀ニハ請求ノ原因トシテ具體的事實ヲ記載セサルヘカラスト法律關係論者ハ曰ク具體的事實ハ準備書面又ハ口頭辯論ニ於テ陳述スルコトヲ得ルカ故ニ一定ヲ法律關係ヲ記載スルヲ以テ足レリト我大審院判例ハ此後説ヲ採用セリ

第二 請求ノ原因タル法律關係ハ現ニ法律ノ保護ヲ受クヘキモノタルコトヲ要ス

故ニ時効ニ罹リタル請求權ハ過去ニ於テ訴權アリタルモ現時ニ於テハ訴權ナシ條件ニ繋ル請求權ノ如キハ未ダ訴權發生セズ條件ノ到来ニ因リテ訴權ヲ生スルナリ

訴權ノ分類 羅馬法ノ下ニ於テハ細密ナル分類ヲ爲セシモ佛蘭西訴訟法ノ實施セラルルニ當リ訴權ヲ請求權ノ性質ニ從テ分類シ(一)物の訴權(二)對人訴權(三)混合訴權ノ三種ト爲シ混合訴權トハ物權ト債權トノ併存ヲ原因トシテ或事物ヲ請求スル訴權ナリトセリ例ヘハ土地ノ所有者カ土地ノ上ニ他人ニ對シテ或物權ヲ設定スルコトヲ契約シタル場合ニ於テ其契約ノ履行ヲ求ムル訴權ハ混合訴權ナリト云ヘリ然レトモ我民法ノ下ニ於テハ右ノ如キ場合ハ物の訴權ナルカ對人訴權ナルカノ何レカニ屬シ(例ヘハ地役權ノ確定ヲ求ムル場合ハ純然タル物の訴權ニシテ地役權ヲ設定セントスル豫約ノミナリトセハ純然タル對人訴權ナリ)混合訴權ナルモノヲ認メス而シテ物の訴權對人訴權ノ區別ハ我訴訟法ノ下ニ於テ之ヲ認ムルヲ得ヘシ而シテ物の訴權ハ訴ノ原因ヲ基礎トスルトキハ(一)動産訴權(二)不動産訴權ニ區別シ不動産訴權ヲ

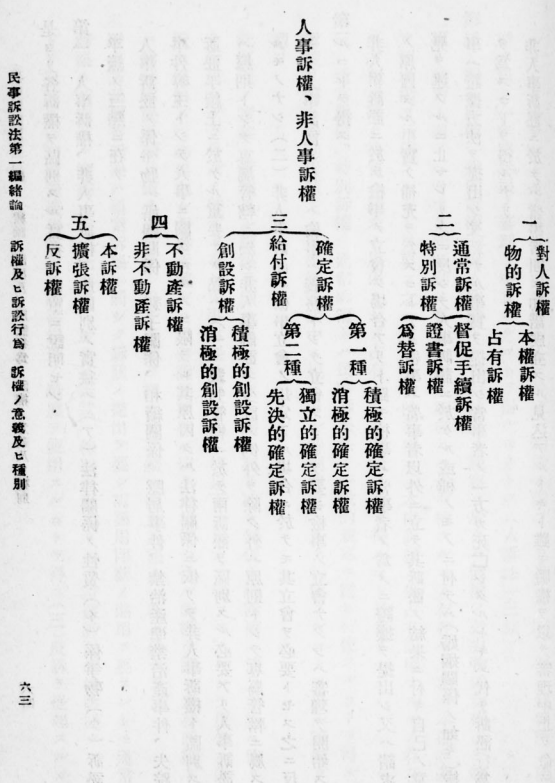
更ニ(イ)本權訴權(ロ)占有訴權ニ細別シ又訴ノ形式ヨリ觀察スレハ(一)主タル訴權(二)從タル訴權ニ區別スルヲ得ヘシ

主タル訴權トハ特ニ訴訟手續ノ開始ヲ求ムルコトヲ目的トスル訴權ヲ謂フ例ヘハ甲カ乙ニ對シテ其契約シタル物件ノ引渡ヲ求ムル訴ノ如キ是ナリ

從タル訴權トハ既ニ成立シタル訴訟ニ於テ附隨シテ或請求ヲ爲スヲ謂フ例ヘハ甲カ乙ニ對シテ契約履行ノ訴ヲ提起シ權利拘束ノ發生シタル後ニ原告カ其訴訟ニ附隨シテ損害賠償ヲ求ムルカ如キ是ナリ

我法制ノ下ニ於テ訴權ヲ區別セハ大別シテ人事訴權非人事訴權トシ非人事訴權ハ更ニ種種ノ觀察點ヨリ區別シテ

- (一)對人訴權、物の訴權トシ物の訴權ヲ更ニ細別シ(ア)本權訴權(イ)占有訴權トス(二)通常訴權特別訴權トシ特別訴權ヲ細別シテ(ア)督促手續訴權(イ)證書訴權(ウ)爲替訴權トス(三)確定訴權、給付訴權、創設訴權トシ確定訴權ヲ細別シ第一種ニ於テハ(ア)積極的確定訴權(イ)消極的確定訴權トシ第二種ニ於テハ(ア)獨立の確定訴權(イ)先決的確定訴權トス創設訴權ヲ細別シテ(ア)積極的創設訴權(イ)消極的創設訴權トス(四)不動産訴權、非不動産訴權トス(五)本訴權、擴張訴權、反訴權トス
- 以上ノ分類ヲ明瞭ナラシムル爲メ圖解セハ左ノ如シ



是ヨリ各訴權ヲ區別スル實益ヲ簡單ニ説明セシム

第一 人事訴訟、非人事訴訟 此區別ノ實益ハ、(ア)法律關係ノ性質(イ)係争物(ウ)訴訟手續ノ三點ニ在リ

人事訴訟ノ係争物ハ婚姻關係、親子關係、相續關係、隱居事件、禁治產導禁治產事件、失踪事件等主トシテ人事ニ關スルモノニ限ラレ其原因タル法律關係ニ依リテ非人事訴訟ト區別スル訴訟手續上ニ於ケル重要ナル點ハ、(一)裁判管轄ニ於テ兩訴訟ヲ區別スル必要アリ人事訴訟ハ原則トシテ專屬管轄ニ屬シ非人事訴訟ハ少許ノ例外ヲ除ク外ハ原則トシテ專屬管轄ニ屬スルモノナシ(二)非人事訴訟ハ檢事立會ノ規定アル場合ニ於テモ其立會ヲ必要トセス之ニ反シテ人事訴訟ニ付テハ檢事ハ義務トシテ立會フコトヲ要シ檢事ノ立會ナクンハ審理ヲ開始スルコトヲ得ス

非人事訴訟ニ於テ檢事ノ立會フ場合アリト雖モ檢事ハ當事者ノ爲メニ證據ヲ提出シ又ハ請求ノ原因タル事實ノ補充ヲ爲スコトナク檢事ハ當事者以外ニ立テ其訴訟ノ結果ニ付キ自己ノ意見ヲ述フルニ止マレリ之ニ反シテ人事訴訟ニ於ケル或種ノモノニ付テハ(婚姻關係ノ如キ)檢事ハ證據方法ヲ提出シ又新ナル事實ヲ提出シ當事者ノ一方カ死亡シタルトキハ代テ訴訟行為ヲ爲スコトヲ得ルナリ

非人事訴訟ニ於テハ當事者間ニ和諧成立スル見込アルトキト雖モ職權ヲ以テ審理中止ヲ命スルコトヲ得サレトモ人事訴訟中離婚訴訟ニ於テハ和諧ノ調フヘキ見込アルトキハ裁判所ハ職權ヲ以テ一年間訴訟ヲ審理ヲ中止スルコトヲ得ルモノトス(人訴法一三條)

第二 對人訴權、物的訴權 對人訴權トハ實體法上ノ觀察ニ於テハ債權ノ效力物的訴權トハ物權ノ效力ト謂フヘキナリ此區別ノ實益ハ對人訴權ニハ占有權ナルモノ存在セズ常ニ本權ニ基テ請求權ヲ行使スルコトヲ要ス之ニ反シテ物的訴權ニハ本權訴權ノ外占有訴權ナルモノ存在ス占有訴權ノ特質ハ請求ノ原因トシテ占有ノミヲ主張スルヲ得ルコト是ナリ

第三 通常訴權、特別訴權 通常訴權トハ民事訴訟法ノ一般の規定ニ從ヒ行使スルコトヲ得ル訴權ヲ謂ヒ特別訴權トハ民事訴訟法中ニ規定セル特別規定ニ基テ行使スルコトヲ得ル訴權ヲ謂フニシテ本權訴權トハ、
此區別ノ實益ハ實施スル訴訟手續ヲ異ニスルノ點ニ在リ即チ督促手續訴權ハ簡易手續ニ依リテ行使スルヲ得ルノ特質ヲ有シ民事訴訟法第三八二條以下ノ規定ニ從フモノニシテ原告ハ訴狀ヲ提出スル必要ナシ證書訴權トハ證書訴訟手續ニ依リテ行使シ得ル訴權ヲ謂ヒ爲替訴權トハ爲替訴訟手續ニ依リテ行使シ得ル訴權ヲ謂ヒ其手續ハ證書訴訟ノ一種ニ外ナラス

證書訴訟爲替訴訟ハ通常訴訟ト同シク訴狀ノ提出ヲ要シ訴訟用印紙ノ貼用ヲ要スレトモ通常訴訟ト區別スル實益ハ(一)此訴訟ニ於テハ訴狀ハ特別ノ形式トシテ證書訴訟爲替訴訟タルコトヲ記載ス(二)原告被告何レモ證書以外ノ證據ヲ使用スルコトヲ得ス(三)反訴ヲ提起スルコ

トヲ得ス(四)被告敗訴シタルトキハ職權ヲ以テ假執行ノ宣告ヲ附ス(五)爲替訴訟ニハ口頭辯論期日ト訴狀ノ送達トノ間ニ存スヘキ時間ヲ二十四時間トスルヲ以テ足レトリ

第四 確定訴權、給付訴權、創設訴權、確定訴權トハ或法律關係ノ確定ヲ求ムルヲ目的トスル訴權ヲ謂フ給付訴權トハ被告ヲシテ其義務タル行為不行爲若クハ忍耐ヲ求ムルヲ目的トスル訴權ヲ謂フ創設訴權トハ既ニ成立セル法律關係ノ變更消滅或ハ新ナル法律關係ノ發生ノ宣言ヲ求ムル訴權ヲ謂フ

給付訴權ニ關シ學者間ニ議論トナレル點ハ給付訴權ハ權利不満足ノ狀態カ現ニ發生セスシテ將來ニ於テ不満足ヲ生センコトノ虞アルトキハ其發生前ニ行使スルコトヲ得ルヤ否ヤニ在リ例ヘハ原告カ被告ニ金百圓ノ貸金アリ此辨濟期限ハ明治四十年十二月三十一日ナリト假定セハ原告ハ此貸金ヲ今日辨濟セヨトノ請求ヲ爲スコトヲ得サレトモ右貸金ニ對スル訴ヲ今日提起シ明治四十年十二月三十一日ニ至リテ金百圓ヲ辨濟スヘシトノ判決ヲ求ムルコトヲ得ルヤ否ヤニ在リ

此問題ニ對シテ訴訟法上ノ理論トシテハ積極的斷定ヲ下スヘキコト疑ナキモ我訴訟法ノ解釋トシテ右ノ如キ訴ハ許スヘキヤ否ヤニ付テハ學說ニ派ニ岐ルル所ナリ(一)消極論者ハ曰ク給付訴權ノ發生ハ私權不満足ノ狀態ノ發生ヲ要件トス何トナレバ我訴訟法ニ於テハ獨逸新民事訴訟法及ヒ我改正案ニ於ケルカ如ク將來ノ辨濟ヲ求ムルニ付テハ訴ヲ提起シ得ヘキ特別ノ明

文ナキカ故ナリ我改正案及ヒ獨逸民事訴訟法第二五七條ニハ將來ノ給付ヲ目的トスル請求權ニ付テ其期限到來前ニ訴提起ヲ爲シ得ヘキ明文アリ是レ原則トシテ權利不満足ノ狀態發生セサレハ訴權ヲ行使スルコトヲ得サルモノナリトスルニ由レリ此原則ニ對スル例外アルコトヲ示サン爲メ右ノ如キ特別ノ明文ヲ置キタルモノナルカ故ニ右ノ如キ明文ナキ我現行訴訟法ノ解釋トシテハ此ノ如キ訴ハ許スヘキモノニ非スト(二)積極論者ハ曰ク訴權ノ一般ニ通スル理論トシテ訴權ナルモノハ私權不満足ノ狀態發生スルトキハ勿論其虞アルトキト雖モ發生スルモノナルコトハ明カナル所ナリ然ラハ何故ニ給付訴權ニ付テノミ此理論ヲ適用セスト論スルヤ訴訟法上右ノ論據ナキノミナラス現行訴訟法カ此主義ヲ認ムルモノナルコトハ第五二九條ノ證明スル所ナリ曰ク「請求ノ主張カ或日時ノ到來ニ繫ルトキハ其日時ノ滿了後ニ限り強制執行ヲ始ムルコトヲ得」ト請求權既ニ發生シタル場合ニ非サレハ給付ノ訴ヲ起スコト能ハストセハ第五二九條第一項ノ規定ハ實用ナキ條文ト云ハサルヘカラスト消極論者ハ之ヲ駁シテ曰ク元來我訴訟法第五二九條ハ舊獨逸訴訟法第六七二條ノ規定ニ基キ制定シタルモノナリ而シテ獨逸ニハ聯邦法律ニ將來ノ給付ニ付キ請求ヲ爲シ得ル特別規定アルカ故ニ之ニ照應セシムル爲メ右第六七二條ヲ設ケタルモノナリ我訴訟法ハ費用シタルモノナレハ第五二九條ヲ一般ニ適用スルコトヲ得スト積極論者ハ反駁シテ曰ク民事訴訟法第五二九條ハ強制執行ノ總則ニ掲ケラレタル條文ナリ故ニ何等ノ制限ナク給付訴訟ニ之ヲ適用スヘキモノナリト兩說中



予ハ後説ヲ贊成ス

確定訴權ハ法律關係ノ成立、不成立ヲ求ムル訴權ナルカ故ニ被告ニ對シテ或意思表示ヲ求ムルハ確定訴權ニ非スシテ給付訴權ノ變體タルニ過キス

積極的確定訴權トハ法律關係ノ成立セルコトヲ確定セシムルヲ目的トスル訴權ヲ謂フ消極的確定訴權トハ法律關係ノ不成立ヲ確定セシムルコトヲ目的トスル訴權ヲ謂フ獨立の確定訴權トハ則チ獨立ノ一箇ノ訴訟トシテ法律關係ノ成立ヲ求ムル訴權ヲ謂フ先決的確定訴權トハ既ニ成立セル訴訟ニ於テ其訴訟ノ請求ノ當否ヲ決スルニ付テ更ニ他ノ争トナリタル點ヲ確定スル訴權ヲ謂フ

外國法中證書ノ真否ニ關スル確定訴權ナルモノアリ我訴訟法ニハ此ノ如キ訴權ヲ認メス何トナレハ證書ニ關シテハ佛蘭西ノ規定ニ則リ之ニ代ルヘキ他ノ一種ノ訴權ヲ認メタルハナリ訴訟法第三五一條ニ規定スル真否確定ノ申立及ヒ第三五二條ニ規定スル檢眞ノ申立是ナリ是レ獨逸訴訟法ニ所謂證書ノ確定ノ申立ニ相當スルモノナリ

確定訴權創設訴權ノ特質ハ判決ヲ以テ強制執行ノ結果ヲ得タルト同一ノ結果ニ至ルニ在リ例ヘハ相續人廢除ノ訴權離婚ノ訴權等ハ則チ勝訴ノ判決ニ依テ直チニ強制執行ノ結果ヲ生ス(但判決確定セザレハ其結果ハ不變ノモノトナル能ハス)

創設訴權ニ屬スルモノニシテ一種特別ナルハ共有物ノ分割ヲ目的トスル訴權ナリ此訴權ハ其

果ヲ生シ第九條ニ於テ私訴ノ時效期間ヲ公訴ノ時效期間ト同一ニシ其運命ヲ共ニセシムル趣旨ニ反ス畢竟此問題ハ第一一條ノ起訴云アル中ニハ私訴ヲ民事裁判所ニ提起シタル場合ヲモ包含スルヤ否ヤニ歸著スヘシ然ルニ若シ之ヲ包含スルモノトセハ私益ノ爲メニ公益ヲ害スルノ結果ナルヘキヲ以テ第一一條ニハ私訴ヲ民事裁判所ニ提起シタル場合ヲ包含セスト斷定セザルヲ得ス是ヲ以テ私訴ノ時效ハ公訴時效ノ中斷ノ爲メニ自然中斷ノ效ヲ生スルノ外ハ如何ナル手續ニ依リテモ他ニ中斷ノ途ナキニ至ルヘシ而シテ此斷定ニ依レハ茲ニ一ノ不都合ヲ生ス即チ私訴ヲ民事裁判所ニ提起シタル場合ニ其訴訟ノ未タ落著セサル中私訴ノ時效經過スルコトアルヘシ既ニ第九條ニ於テ公訴ニ附帶セス獨立シテ民事裁判所ニ其訴ヲ起シタルトキト雖モ公訴ノ時効ト其期間ヲ同シウセザルノ規定アル以上ハ私訴ハ民事裁判所ニ訴ヲ起シタル後ニ於テモ公訴ノ時効ト其期間ヲ同シウセザルヘカラサルカ故ニ此不都合ヲ招クハ公私訴ノ時効ヲ終始同一ナラシメタルニ由ルモノニシテ己ムヲ得ザルノ結果ナリトス

公訴權時効ニ罹レハ私訴權モ亦消滅シ被害者ハ犯罪ヲ口ニスルヲ得スト雖モ公訴ノ時效經過後ニ於テ犯罪ヲ訴訟ノ防禦方法トシテ主張シ得ルハ當然ナリトス例ヘハ犯人カ騙取シタル證書ヲ證據トナシテ民事裁判所ニ金圓ノ支拂ヲ請求シタルトキハ被害者ハ詐欺取財罪ヲ主張シテ其請求ヲ拒ムヲ得ヘシ蓋シ元來私訴ノ時効ハ其性質トシテ私訴ノ請求權ヲ消滅セシムルニ止マリ一種ノ防禦方法タル抗辯ハ之カ爲メニ消滅セザレハナリ

刑事訴訟法 訴訟ノ目的物 私訴 私訴ノ消滅

第三編 訴訟行為

第一章 被告人ノ呼出

被告人ノ呼出ハ一定ノ日時ニ裁判所ニ出頭セシムル命令ニシテ故ナク之ニ應セザルトキハ強制ヲ受クヘキ趣旨ヲ含ムモノナリ證人、鑑定人、通事ニ對スル呼出モ亦強制ノ趣旨ヲ含ムモ被告人以外ノ訴訟關係人ニ對スル呼出ハ強制ヲ含マス而シテ呼出ニ應セザル場合ニ制裁ヲ加フヘキコトヲ豫告スル呼出ハ證人、鑑定人、通事ニ對スル呼出ニシテ被告人ニ對スル呼出ハ此豫告ヲ爲サス

呼出ノ機關ニハ左ノ三ツアリ

第一 呼出ヲ命スル者 呼出ヲ命スル者ハ呼出ニ應セザルトキニ制裁ヲ加フル權ヲ有スル者ナラサルヘカラス其制裁ハ人ノ自由ヲ制限スル勾引、勾留ナルカ故ニ裁判權ヲ有スル者ニ於テ之ヲ爲スヘキモノトス從テ呼出ハ命令ニシテ呼出ヲ命スル者ハ裁判所ナリ但現行犯ノ場合ニハ檢事、司法警察官ハ呼出ヲ命スルヲ得ヘシ

第二 呼出ヲ指揮スル者 指揮トハ執行ノ作用ヲ惹起ス作用ナリ指揮ヲ爲ス者ハ裁判所書記ナリ豫審ニ於テハ裁判所書記ハ執達吏ニ召喚狀ノ送達ヲ委任スルニ止マリ公判ニ於テハ裁判所ノ命令ニ從ヒ書記ノ名義ヲ以テ呼出狀ヲ發ス(二二三條二項)現行犯ノ場合ニ檢事カ被告人ヲ呼出

ストキハ直接ニ執達吏ニ送達ヲ命シ司法警察官カ呼出ヲ爲ストキハ巡查、憲兵上等兵ヲシテ送達セシム

第三 呼出ヲ執行スル者 豫審ニ於テハ執達吏ニ限り(七六條三項前段)公判ニ於テハ執達吏及ヒ郵便配達人ヲ以テ執行機關トナス(一九條)

呼出ノ方式ハ書面ヲ以テス豫審ニ於テハ召喚狀ヲ發シ(六九條參照)公判ニ於テハ呼出狀ヲ發ス(二二三條參照)檢事司法警察官ハ召喚狀ヲ以テ呼出ヲ爲ス召喚狀及ヒ呼出狀ノ内容ハ大體ニ於テ同一ナリ(七六條一項二項、二四條)而シテ法廷ニ於テ公判開廷中口頭ヲ以テ呼出ヲ命スルモ無効ニ非ス之ニ關スル規定ナキモ亦之ヲ無効ト爲ス規定ナケレハナリ

召喚狀ニ因リ出頭シタル被告人ハ即時ニ之ヲ訊問シ其訊問ハ出頭ノ日ノ翌日ニ延フルヲ許サス(六九條二項)公判ノ呼出狀ニ因リ出頭シタル被告人ニ對シテ即時ニ公判手續ヲ爲スノ規定ナシト雖モ出頭ノ日ヲ過タルヲ得サルハ當然ナリ若シ出頭ノ日以後ニ於テ公判手續ヲ行ハントスルトキハ呼出狀ヲ發セザルヘカラス呼出ノ效力ハ被告人ニ對シ裁判所ノ命令ノ日時ニ其指定シタル場所ニ出頭スルノ義務ヲ生ス此義務ハ適法ノ呼出アルニ因リテ生スルモノナリ猶豫期間ヲ與ヘシテ呼出シタル如キ場合ニハ出頭ノ義務ヲシ然レトモ適法ノ呼出アリタル場合ニモ此義務ヲ生セザルコトアリ豫審ニ於テ被告人カ疾病其他正當ノ事由アリテ呼出ニ應スル能ハサルコトヲ疏明シタル場合ハ則チ出頭ノ義務ナク此場合ニハ被告人ノ所在ニ就テ訊問ヲ爲ササルヘカラ

ス(七四條)公判ニ於テハ被告人カ精神錯亂又ハ疾病ニ因リ出頭スル能ハサル場合ニ限り出頭ノ義務ヲ免シ且被告人ノ所在ニ就テ訊問スルコトヲ爲サズ 痊癒ニ至ルマテ公判ノ手續ヲ中止ス(一八三條一項)蓋シ公判ニ於テハ裁判所カ直接ニ被告人ヲ訊問スルコトヲ要スルカ故ニ出頭ノ義務ヲ免スル場合ヲ制限シ此義務ヲ免スルヤ否ヤヲ裁判所ノ判斷ニ一任セス又被告人ノ所在ニ就テ訊問スルヲ許ササルナリ

故ナク適法ノ呼出ニ應セサル被告人ニ對シテハ次ノ制裁アリ此制裁ハ出頭ノ義務ヲ履行セシムルノ方法ナリ

第一 勾引、勾留

第二 關席判決ノ言渡

第二章 被告人ニ對スル強制處分

第一節 勾留

勾留トハ被告人ヲシテ訴訟ニ現在セシムルヲ以テ目的トシ裁判所ノ勾留狀ニ依リテ被告人ヲ逮捕監禁スル命令ナリ而シテ勾留ハ未タ罪責確定セサル嫌疑者ノ身體ノ自由ヲ拘束スルモノナレハ一定ノ原因ナカルヘカラス

第一 勾留ニハ公訴ノ提起アリタルコトヲ條件トセス即チ豫審判事及ヒ公判裁判所カ勾留スル

ルヲ原則トスレトモ本法第一四四條及ヒ第一四六條ニ於テハ起訴前ニ檢事カ勾留ヲ爲シ得ル場合ヲ認メタリ

第二 勾留ニ付キ一般ニ必要ナル條件ハ左ノ如シ

- 一 一定ノ人カ其所爲ヲ行ヒタリトノ嫌疑
- 二 其所爲カ犯罪ナリトノ嫌疑アルコトヲ要シ單ニ犯罪ヲ爲シタリトノ推測ノミニテハ勾留スルコトヲ得ス

第三 勾留ヲ爲スニハ前項條件ノ外尙ホ被告人ノ身上ニ關スル他ノ特別ノ條件ヲ要ス即チ

一 被告人ノ逃亡スル恐アルコト

二 被告人カ罪證ヲ湮滅スル恐アルコト

是ナリ逃亡ノ恐ニハ事實ニ基ツクコトアリ又ハ法律上ノ推定ニ依ル場合アリ茲ニ所謂逃亡トハ廣ク訴訟上ノ意義ニ解スヘキモノニシテ近傍ニ潜伏スル場合又ハ所在ヲ移シ若クハ姓名ヲ變スルカ如キ場合ヲモ包含スヘシ本法第七二條第一號ニ被告人住所不定トキハ直チニ勾引狀ヲ發スルコトヲ得ト規定セルハ是レ勾留ノ原因ヲ推定スルモノニシテ被告人ノ住所不定ナルトキハ法律上逃亡ノ恐アルト推定シタルナリ又第一六八條ニ於テ被告事件カ豫審終結決定ニ因リ重罪公判ニ付セラレタルトキハ未タ勾留ヲ受ケサル被告ニハ必ス令狀ヲ發スヘキ旨ヲ規定シタルモ亦法律上逃亡ノ嫌疑アルコトヲ推定シタルモノナリ第二四一條第一項第二六三條但書ノ場合モ

亦同一趣旨ナリトス

被告人カ罪證ヲ湮滅スル恐アルトハ其罪責ヲ確ムヘキ證據ニ付キ犯罪ノ痕跡ヲ蔽ヒ又ハ共犯者若クハ證人ト爲ルヘキ者ニ虛偽ノ陳述ヲ爲サシメントスルカ如キヲ謂フ

第七二條第三號ノ如キハ將來他ノ犯罪ヲ爲シ又ハ未遂犯ヲ遂クントスルノ危險ヲ豫防スル目的ニ出テタルカ故ニ之ヲ以テ刑事訴訟ノ爲メニスル勾留ノ原因トナスハ其當ヲ得ス但現行法ノ精神ハ此場合ヲモ勾留ノ原因トナシタルカ如シ

又勾留ハ被告ニトリ重大ナル自由ノ拘束ナレハ輕微ノ罪ニ付テハ其權衡ヲ失スルカ故ニ之ヲ許サス即チ犯罪カ罰金以下ノ刑ニ該ルモノナルトキハ之ヲ許サス(七五條、一七八條二項)而シテ其犯罪カ禁錮以上ノ刑ニ該ルヘキヤ罰金以下ノ刑タルヘキモノナルヤハ訊問ノ後ニアラサレハ之ヲ定ムルコトヲ得サルカ故ニ豫審ニテモ將タ公判ニテモ被告人ヲ訊問シタル後ニアラサレハ勾留スルコトヲ得ス但豫審ニテ被告人カ逃亡シタルトキハ其訊問ヲ爲サスシテ直チニ勾留スルコトヲ得ヘシ勾留ヲ命スル權ハ公判裁判所、豫審判事及ヒ受託判事、受命判事ニ屬ス(七〇條、一七八條、二四一條、二六四條)但現行犯ノ場合ニハ檢事モ亦之ヲ命スルコトヲ得レトモ司法警察官ハ現行犯ノ場合ニ於テモ勾留狀ヲ發スルコトヲ得ス(一四四條、一四六條)控訴裁判所モ亦勾留ヲ命スルコトヲ得レトモ上告裁判所ハ此權ナシ何トナレハ上告審ニ於テハ法律ノ違背ノミヲ審査スルモノニシテ事實關係ノ確定及ヒ斟酌ヲ爲スヘキモノニアラス然ルニ逃亡ノ恐ア

ルヤ否ヤハ則チ事實ノ關係ニ屬スル判斷ナレハナリ

勾留ハ裁判ノ確定ニ至ルマテハ其效力ヲ有スルヲ原則トスレトモ左ノ場合ニ於テハ訴訟ノ進行中ト雖モ勾留ハ消滅ス

第一 罰金以下ノ刑ニ該リ釋放又ハ取消ノ言渡アリタルトキ(八六條、一六六條、一六七條)

第二 控訴裁判所ニ於テ無罪、免訴、公訴不受理又ハ管轄違ノ言渡ヲ爲シタルトキ但管轄違ノ判決ト共ニ勾留狀ヲ保存スルトキハ此限ニ在ラス(二七二條、二六二條、一〇)

右ノ外ハ如何ナル場合ニ於テモ被告事件ノ終了セサル間ハ勾留狀ヲ取消スコトヲ得ス例ヘハ無罪ノ見立立チタル場合ニ於テモ亦之ヲ取消スコトヲ得サルナリ

勾留狀執行ノ機關ハ巡查、憲兵卒ナリ(七六條三項)在監中ノ被告人ニ對シ發シタル勾留狀ハ司獄官吏之ヲ執行ス(八四條)而シテ之ヲ指揮スル者ハ檢事ナリ是故ニ巡查憲兵卒ハ令狀ヲ執行シタル後ハ之ニ關スル書類ヲ檢事ニ差出スヘキモノトス(七七條四項)

勾留狀執行方法ノ大要ハ本法第七七條乃至第七九條ニ規定シ又勾留狀ニ依テ被告人ヲ逮捕シタル後ノ手續ハ第八二條ノ規定スル所ナリ第七九條第二項ハ令狀執行地ノ指揮權者ニ執行スヘキ認可ヲ求ムルノ趣旨ナレハ必スシモ執行前ニ其認可ヲ求ムルヲ必要トセス而シテ又豫備後備ノ軍籍ニアラサル軍人軍屬ニ對シテ令狀ヲ執行スル場合ハ軍事上ノ義務ト調和スル爲メ例外トシテ其所屬長官ノ補助ヲ受クルモノト定メタリ(八一條)

勾留狀ノ執行ヲ論スルニ當リテハ其效力ヲ研究スルノ必要ヲ見ル勾留狀ノ效力ハ裁判所ノ管轄ニ因リテ制限セラルル所ナク我裁判權ノ及フ限ハ全國ニ於テ其效力ヲ有ス故ニ之ヲ執行スルハ何レノ監獄署ニ於テ爲スモ可ナリ本法第八二條ニ依レハ勾留狀ヲ受ケタル被告人ハ速ニ之ヲ其令狀ニ記載シタル監獄署ニ引致スヘシトアリテ恰モ令狀ニ記載シタル監獄署ニ於テノミ執行スヘキ如キ外觀アリト雖モ必スシモ然ルニアラス例ヘハ被告人カ控訴ヲ爲シタルトキハ第二五六條第二項ニ依リ被告人ヲ控訴裁判所ノ監獄署ニ移ササルヘカラス此場合ニ於テモ尙ホ前ノ勾留狀ヲ以テ執行スルモノナリ勾留狀ハ一ノ裁判ナレハ全國ニ於テ其效力ヲ有ス然レトモ勾留狀ヲ帶行シテ他管内ニ於テ逮捕スル場合ニハ他管内ノ豫審判事、檢事又ハ司法警察官ノ認可ヲ得ルヲ要ス(七九條)

勾留狀執行ノ制限左ノ如シ

第一 執行方法ニ關スル制限 一般ニ時ニ關スル執行ノ制限ナキモ本法第七八條第三項ニ唯家宅搜索ノ時ニ關スル制限アリ刑法附則第二八條ニ於テ監視執行中ノ者ニ對シ夜間ト雖モ家宅ニ臨檢シ搜索ヲ爲シ得ルコトヲ規定セルハ則チ此例外ナリ

第二 場所ニ關スル制限 通常裁判所ノ裁判權ノ行ハレサル場所ニ於テハ其補助ナケレハ勾留狀ヲ執行シ得サルナリ軍艦、兵營内ノ如キ之ニ屬スレ第八一條ヨリ推知スルヲ得ルモノニシテ此場所ニ於テ常人ヲ逮捕スルトキモ亦補助ヲ求ムルヲ要ス

右ノ制限ヲ以テ令狀執行ノ命ヲ受ケタル巡查憲兵卒ハ其執行ヲ爲スカ爲メニ被告人其他ノ者ノ家宅ヲ搜索スルコトヲ得此場合ニ於テハ市町村長又ハ其差支アルトキハ陪侍二名以上ノ立會ヲ要シ且搜索調書ヲ作ルヘキモノトス(七八條)

第二節 逮捕狀

本法第七七條第一項ニ依レハ令狀ハ數通ヲ發シテ之ヲ數人ノ巡查、憲兵卒ニ分付スルヲ得ルモ此方法ヲ以テシテモ尙ホ不十分ナル場合アルヘキカ故ニ爰ニ逮捕狀ノ必要ヲ生スルモノトス豫審判事ハ被告人ノ所在地ヲ知ルコト能ハサルトキハ各檢事長ニ被告人ノ逮捕ヲ請求シ各檢事長ハ其管内ノ檢事ニ逮捕狀ヲ發セシム(八〇條)此逮捕狀ハ勾留狀ト同一ノ效力ヲ有スルモノナレハ之ヲ發スル條件モ亦同一ニシテ禁錮以上ノ刑ニ該ルヘキ場合ナラサルヘカラス而シテ此逮捕狀ハ勾留狀ノ執行方法ニアラサルヲ以テ勾留狀カ既ニ發セラレタルコトヲ條件トセス全ク勾留狀ヨリ獨立シタル處分ニ屬ス

本法ノ認ムル逮捕狀ハ上述被告人ヲ逮捕スル爲メニ發スルノ外判決執行ノ爲メニ發スルモノアリ第三一九條是ナリ即チ體刑ノ言渡ヲ受ケテ其執行ヲ免レタルモノニ付テハ檢事ハ逮捕狀ヲ發スルコトヲ得而シテ茲ニ所謂體刑トハ死刑及ヒ自由刑ヲ併稱スルモノナリ又此逮捕狀ハ關席判決ヲ受ケテ執行ヲ逃レタル者ニ對シテモ發スルコトヲ得ヘシ關席判決ノ場合ニ發スル逮捕狀ノ

刑事訴訟法 訴訟行爲 被告人ニ對スル強制處分 逮捕狀

效力ハ勾留狀ト同一ナリトス故ニ故障申立後關席前ノ程度ニ復シタル後ニ於テモ此逮捕狀ヲ以テ被告人ヲ勾留スルモノナリ

豫審ニ於テハ勾留狀、勾引狀、召喚狀ヲ併セ令狀ト稱シ逮捕狀ハ令狀ト稱セス(七六條)

第三節 保釋及ヒ責付

勾留狀及ヒ逮捕狀ハ被告人ノ自由ニ對スル非常ノ制限ナリ是故ニ本法ハ他ノ方法ニ於テ目的ヲ達シ得ル場合ニ於テハ之ヲ一時停止シテ身體上ノ強制ニ換フルニ他ノ方法ヲ以テ被告人ノ出頭ヲ確保ス即チ左ノ如シ

第一 保釋

一 保釋ハ逃走ノ恐れアルト證據湮滅ノ恐れアルトヲ問ハス勾留ヲ受ケタル被告人ニ對シテ言渡スヘキモノトス然レトモ被告人ハ保證金ヲ差入ルルトキハ權利トシテ勾留ヲ免カラルニアラス保釋ヲ許スト否トハ裁判所ノ自由ナリトス(二五〇條一五一條)

二 保釋ハ被告人又ハ法律上代理人ノ請求アルコトヲ要ス元來保釋ハ被告人ヨリ保證金ヲ出スヘキモノナレハ之ヲ裁判所ヨリ強要スヘキニアラス

三 保釋ハ勾留狀ノ執行ヲ停止スルモノニシテ勾留狀ノ存在ヲ消滅セシムルモノニアラス故ニ保釋中ノ者ニ對シテ豫審免訴ノ言渡ヲ爲ス場合ハ免訴ト共ニ放免ノ言渡ヲ爲ササルヘカラス

(一六六條一項)

四 保釋ハ勾留セラルル間ハ其豫審ナルト公判ナルトヲ問ハス何時ニテモ之ヲ爲スコトヲ得ヘシ尤モ公判ニ於テハ其規定ナキモ既ニ勾留ノ必要ナキトキハ之ヲ勾留シ置クノ理由ナク又一

方ニ於テハ勾留取消ノ規定ナケレハ總テ保釋、責付ニ關スル豫審ノ規定ハ公判ニ準用セラルルモノナリ而シテ上告裁判所ニ繫屬中ハ保釋ノ許否ノ事實ヲ審査セサル上告審ニ於テ決スルヲ得サルカ故ニ控訴裁判所ニ於テ此許否ヲ決スヘキモノトス又上訴期間中ハ孰レノ裁判所ニ於テ保釋ヲ許スヘキヤト云フニ同一ノ理由ヲ以テ下級裁判所ニ於テ爲スモノナルヘシ

五 保釋ノ方法ハ本法第一五一條及ヒ第一五二條ニ規定セリ第一五一條ニ依レハ保證ノ金額ハ保釋ノ言渡書ニ記載スヘキモノトセリ是故ニ保釋ノ言渡ハ常ニ保證金幾許ヲ差出ストキハ保釋スヘシトノ條件附性質ヲ有スルモノトス又其言渡ニ依リ檢事ハ此擔保ノ執行ヲ爲サシメ擔保ヲ具備シタル後ニ於テ被告人ノ身體ノ自由ヲ許スヘキモノナリ

保釋ハ之ヲ取消スコトヲ得ヘシ即チ保釋ヲ取消ス場合ハ左ノ如シ

一 被告人豫審終結ノ決定ニ依リテ重罪公判ニ付セラレタルトキ(一六八條參照)

二 被告人呼出ニ應セザルトキ(一五三條乃至一五六條參照)尙ホ此場合ハ保證金ヲ沒收スル

モノトス然レトモ豫審判事カ免訴ノ言渡ヲ爲シ又ハ罰金以下ノ輕罪トシテ公判ニ付シタルト

キハ沒收シタル保證金ヲ還付スヘシ(一五七條參照)蓋シ此場合ハ元來勾留スヘカラサル者

ヲ勾留セシモノナレハナリ

三 裁判所ニ於テ必要ト認メタルトキ(一五六條二項參照) 此場合ハ保身金ヲ還付ス(一五八條二項參照) 此異議ノ申立ハ同一ノ裁判所ニ再考ヲ求ムルノ方法ナレハ公判ニ於テ保釋ヲ許ササルモ此異議ヲ申立ルヲ得

第二 責付ハ我國古來存在セル制度ニシテ往昔ノ五人組預又ハ村預ノ制度ヨリ胚胎セシモノナリ而シテ此責付ナルモノハ裁判所ノ職權ヲ以テ之ヲ言渡スモノニシテ被告人ノ親屬故舊ニ被告人ヲシテ呼出ニ應ジ出頭セシムルノ義務ヲ負擔セシム(一五九條二項參照) 責付ノ取消ハ第一六〇條ノ場合ノミナラス保釋ト同シク裁判所ハ必要アル場合ニ何時ニテモ之ヲ取消スコトヲ得ヘキモノトス

第四節 勾引

勾引ハ訊問ノ目的ヲ以テ被告人ヲ裁判所ニ出頭セシムルコトヲ強制スル命令ニシテ強制力ヲ用フル點ニ於テ呼出ト異ナレリ而シテ其效力ハ第七三條ニ依リ四十八時間繼續スヘク又之ヲ執行スルハ巡查、憲兵、上層兵ナリ勾引ハ勾引狀ヲ以テスルヲ方式トス

豫審ニ於テ勾引狀ヲ發スル場合ニテアリ

第一 召喚狀ヲ受ケタル被告人カ其日時ニ裁判所ニ出頭セサルトキ(七一一條參照)

第二 直チニ勾引狀ヲ發シ得ル場合(七二條參照)

公判ニ於テハ何時ニテモ裁判長ハ勾引狀ヲ發スルコトヲ得(一七八條一項參照)

勾引狀ノ繼續時間ハ判事ノ面前ニ被告人ヲ引致シタル時ヨリ起算スルモノトス而シテ此時間ヲ經過スルトキハ縱令被告人ヲ訊問シ終ハラサルモ當然之ヲ釋放セサルヘカラス

又次ニ問題タルハ勾引狀ハ罰金以下ノ刑ニ該ルヘキ者ニ對シテモ發スルコトヲ得ルヤ豫審ハ證據蒐集ノ作用ヲ爲スモノナレハ被告自身ヲ訊問スルコト最モ必要ナリ然ルニ公判ハ既ニ豫審ニ於テ蒐集シタル證據ニ依テ判決ヲ下スモノナレハ被告人自身ヲ訊問スルノ必要少キヲ以テ輕微ナル罰金以下ノ刑ニ付テハ代人ヲ前セリ之ニ反シテ豫審ニ於テ召喚狀ニ關スル第六九條ノ規定ヲ見ルモ決シテ代人ヲ許スヲ見ス是故ニ公判ニテハ罰金以下ノ刑ニ該ル者ハ勾引スルヲ得ス

豫審ノミニテ之ヲ爲シ得ト謂ハサルヘカラス尙ホ第六九條以下ノ規定ヲ見ルモ召喚狀及ヒ勾引狀ニ付テ規定ヲ爲シタル第七四條ニ至ルノ間ニ於テ更ニ禁錮以上ノ刑ニ該ルヘキ犯罪タルヲ要スル規定ノ存スルヲ見ス唯第七五條ニ於テ勾引狀ノ規定ニ至リ始メテ之ヲ見ル

勾引狀ノ方式ハ第七六條ニ依リ勾留狀ト同シ又勾引狀ノ效力、執行及ヒ其制限ハ本法第七七條乃至第七九條ニ依リ勾留狀ト同一ナリトス



第三章 物件ニ對スル強制處分

第一節 物件提出ノ義務

刑事訴訟ヲ實行スルニハ訴訟物件ノ蒐集ヲ必要トス去レト裁判所カ訴訟ニ於テ此種ノ物件ヲ保全スルニ當テハ物件所持者ノ任意ノ提出ヲ待ツコト能ハサルヲ以テ各人ニ對シ裁判所ノ求ニ應ジテ物件ヲ提出スルノ義務ヲ負ハシメサルヘカラス之ヲ物件提出ノ義務トナス勾引、勾留ノ強制處分ハ出頭ノ義務存スルカ故ニ認メラルル如ク物件ノ搜索差押ノ強制處分ハ提出ノ義務アルカ故ニ認メラルルモノナリ又第一一三條ハ或物件ニ付テ提出ノ義務アルコトヲ規定スルニ依ルモ知ルヲ得ヘシ提出ノ義務ハ原ト何人ニ對シテモ絕對ニ行ハルヘキモノニアラスシテ本法根本ノ主義ヨリシテ之ニ或例外ヲ認ムルノ必要アリ即チ第一、被告人第二、第一二五條ニ掲クル者ニ對スル場合はナリ(一四〇條參照)或學者ハ被告人ハ物件提出ノ義務ヲ強制セララルコトアリト云フモ輒近ノ訴訟法ニ於テハ被告人ニ對シ自己ニ不利益ノ行為ヲ強フルハ原則トシテ許ササル所ニシテ被告人ニ自白ヲ強制スルコト能ハサルト等シク物件提出ノ義務ヲモ強フルコト能ハサルナリ

物件所持者ハ裁判所ノ請求ナクシテ自ラ進シテ物件ヲ裁判所ニ提出スルノ義務アル者ニアラス此義務ヲ生スルハ裁判所ノ請求アルヲ條件トナスモノナリ而シテ又裁判所カ其物件提出ヲ求ムルニ當リテモ一般ニ證據物件ヲ提出スヘシト命令スルヲ得ヌ必キヤ其物件ヲ一定セサルヘカラス加之其物件ハ被請求者ノ手ニ存在スルモノナラサルヘカラス他ヨリ取寄セ提出スヘシト云フカ如キ請求ハ法律ノ許ササル所ナリ

物件提出ノ義務ノミニテハ訴訟ニ必要ナル物件ヲ保全スルニ未タ充分ナリト云フヲ得ヌ是ニ於テカ法律ハ豫メ之ヲ防クノ方法ヲ設ケサルヘカラス本法ニ於テ此等ノ必要ヲ充タサンカ爲メニ認メタル方法ハ則チ物件差押ナリ此物件差押ト物件提出ノ義務トノ關係ハ一見恰モ物件差押ハ物件提出義務ノ補充方法タルカ如キモ決シテ然ルニアラス即チ提出ノ義務ト差押トハ相互ニ兩立スルモノニシテ裁判所ハ或ハ此二個人方法ヲ併セ用フルコトヲ得ヘタ或ハ其一ヲノミ用フルコトヲ得ヘシ

第二節 差押ノ意義及ヒ效力

差押トハ裁判所カ訴訟ニ於テ或物件ヲ保全シ若クハ沒收ノ執行ヲ爲サンカ爲メ他人ノ所持内ヨリ強制力ヲ以テ證據物及ヒ沒收物件ヲ裁判所ノ所持ニ歸セシムル爲メ發スル命令ヲ謂フ任意ニ提出シタル物件、遺留ノ物件ノ如キハ差押ノ處分ヲ必要トセズ

差押ヲ命スル權アル者ハ原則トシテ裁判所ナリ即チ公判判事、豫審判事及ヒ受命、受託判事ナリトス或ハ公判ニ於テハ第二一六條第二三三條ノ規定アルカ故ニ檢證ヲ爲シ得ヘキモ搜索及ヒ

物件差押ニ付テハ何等ノ規定ナキヲ以テ之ヲ爲シ能ハサルカ如シト雖モ予ハ然ラスト信ス蓋シ
 第二一六條ハ公判前ニ檢證ヲ爲ス主眼トシテ規定シタルモノニシテ第二三八條ハ受命判事ヲ
 シテ臨檢セシムルヲ主眼トセリ第一ノ規定ハ公判開廷ノ後ナラサレハ審理ニ著手セストノ原則
 ニ對スル例外ニシテ第二ノ規定ハ裁判所ノ全員カ檢證スル例外タルノミ法律ハ特ニ此場合ニ限
 リ豫審判事ノ爲ス處分ヲ公判ニ於テ行フコトヲ許シタルモノトハ解スルヲ得ス元來下調タル豫
 審ニ於テ爲シ得ルコトハ公判ニ於テモ亦爲シ得ヘキノ理ナリ故ニ物件差押、搜索及ヒ臨檢ハ公
 判ニ於テモ之ヲ爲スコトヲ得ヘシ唯公判ニ於テ爲ス場合ハ裁判所全員ニテ爲スヘキモノナレハ
 實際適用ヲ見ルコト稀ナルノミ

差押ノ效力ハ物件ヲ所持者ノ占有ヨリ分離シテ之ヲ裁判所ノ占有ニ移スニ在リ然レトモ此物件
 ノ上ニ所有權其他ノ物權ヲ有スル者ハ爲メニ其權利ヲ奪ハルルコトナシ

此裁判所ノ占有ハ何時マテ繼續スヘキカト云フニ物件差押ノ目的ハ訴訟ノ實行ヲ保全スルニア
 ルモノナレハ裁判所ノ占有ハ訴訟手續ノ繼續スル間ハ消滅セス即チ公判ニテハ判決ヲ以テ其差
 押物件還付ノ言渡ヲ爲スマテ豫審ニテハ原告ノ言渡ヲ爲スマテ繼續スルモノニシテ此言渡ノ確
 定ニ因テ差押ハ解除セラルルモノトス(二〇二條刑四八條參照)

差押物件還付ノ言渡ノ效力ハ占有ノ地位ヲ假リニ定ムルモノニシテ何人カ其所有者ナルカラ定
 ムルモノニアラス即チ裁判所ハ所有者ノ如何ヲ審理スルコトナクシテ差押ヲ受ケタル者又ハ被

害者ニ還付スルモノトス而シテ何人カ所有者ナルカハ民事訴訟ニ於テ決スヘキモノナリ
 差押ノ手續ハ本法第一〇六條乃至第一〇八條及ヒ第一一條ニ明記セル所ナリ

第三節 差押物ノ目的

差押ノ目的ハ證據物又ハ沒收物件ヲ保全スルニアレハ原則トシテ此性質ヲ有スル各種ノ物件ハ
 差押フルコトヲ得ヘシ又其物件ヲ所持スル者ニ對シテハ何人タルヲ問ハス之ヲ差押フルコトヲ
 得ヘシ然レトモ此原則ニハ例外アリ

第一 人ニ關スル例外

治外法權ヲ有スル者ノ手ニ存スル物件ハ差押フルコトヲ得ス又領事館ノ記録書類ハ何等ノ口
 實ヲ以テスルモ搜索、差押ヲ許サス(日獨日白領事職務條約)而シテ總テ通常裁判所ノ權力ニ
 服セサル者ノ手ニ在ル物件ハ差押フルコトヲ得スト云フヲ得ス軍人ハ被告トナスヲ得ス然レ
 トモ軍人ノ手ニ在ル物件ハ差押フルコトヲ得ヘシ唯軍艦、兵營等ニ於テ物件ヲ差押フルニハ
 軍衙ノ補助ヲ求メサルヘカラス

第二 物件ニ關スル例外

一 第一二五條ニ掲ケタル者ノ所持スル物件ニシテ且賦祕スヘキ義務アルトキ(一一四條參
 照)

刑事訴訟法 訴訟行為 物件ニ對スル強制處分 差押物ノ目的

此物件ハ所持者ノ承認ナケレハ提出ヲ爲サシメ又ハ差押フルコトヲ得ス是レ第一二五條ニ揭タル者カ第三者タル地位ニ在ルトキニ限ル而シテ被告人ト辯護人間ニ授受スル書類ハ第八五條第三項ニ依リ裁判所ノ占有ニ入りタルトキハ差押フルヲ得何トナレハ其物件カ第三者ノ手ニ存スルトキハ第一一四條ノ適用ヲ受ケサレハナリ

二 第一一三條ノ場合

郵便法電信法ハ信書通信ノ秘密ヲ侵スコトヲ禁スレトモ刑事訴訟法ニ於テハ信書ノ内容ノ秘密ニ限り之ヲ破ルコトヲ許シタリ此場合ニハ一方ニ於テ豫審判事ハ郵便電信局ヲ差押ノ機關トシテ信書等ヲ差押ヘ一方ニ於テハ郵便電信局ニ命シ強制シテ物件ヲ提出セシムルモ第一一〇ニシテ郵便電信ノ官署等カ物件提出ノ義務ヲ負擔スルト同時ニ差押執行ノ機關タリ法律ハ此方法ヲ以テ將來ニ於テ發スル信書等ニ付キ包括的ニ差押開披ヲ得セシメタルモノナリ故ニ此例外ハ差押ヲ得サルノ例外ニ非スシテ差押方法ニ關スル例外ナリ

第四節 搜索ノ意義

物件ノ差押ヲ爲スニハ判事カ物件ヲ發見シタル場合ニアラサレハ之ヲ執行スルコトヲ得サルヲ以テ茲ニ物件搜索ノ必要ヲ生ス

刑事訴訟ニ於テハ搜索ハ證據物件ニ限ラス總テ被告人ノ發見逮捕ノ爲メニモ亦之ヲ爲スコトヲ

得ヘシ即チ搜索トハ證據物件、沒收物件又ハ被告人ヲ發見スルノ手段ナリ今此點ヨリ見ルトキハ搜索ト差押トハ獨立シテ存在スヘカラサル方法ナリ尙ホ之ヲ詳言セハ差押ハ物件ヲ裁判所ニ取上タルノ處分ニシテ搜索ハ物件ヲ求ムル準備方法ナリ又被告人ニ關シテハ其勾引、勾留ト家宅搜索トノ關係ハ處分ト其準備手段トノ關係ナリトス

第一〇四條ニ依レハ搜索ハ被告人又ハ物件ヲ藏匿スル者ニ對シテ行フヲ得ト規定セリ唯被告人タルト第三者タルトヲ問ハス物件カ發見セラルヘシトノ疑アルニアラサレハ搜索スルコトヲ得ス然レトモ必スヤ一定ノ物件ヲ所持セリト充分推測スルニ足ルヘキ事情アルコトヲ要セスシテ如何ナル物件ニテモ證據トナルモノヲ所持スルノ推測アレハ足レリ

搜索ノ目的ト爲ルモノハ住所、物件及ヒ身體ナリ(第一〇五條參照)而シテ夜間搜索ヲ爲スコトヲ得サルノ制限ハ住居内ノ搜索ニ限ルモノニシテ物件身體ニ付テハ斯ル制限ナシ(七八條第一〇四條三項參照)

第四章 證據

第一節 證據ノ意義

刑事ノ判決ハ犯罪事實ノ認定ニ基カサルヘカラス犯罪事實ノ認定ハ總テ證據ニ依ルヲ要ス故ニ裁判官カ私ニ見聞シタル所ヲ以テ裁判ノ基礎トナスヲ得ス必ス刑事訴訟法ニ定ムル舉證手續ニ

從ヒ取調ヘタル證據ニ依ルヲ要ス

證據ナル辭ハ通常左ノ二様ノ意義ニ用キラルルモノナリ

第一 事實ノ眞否ヲ確定スヘキ方法ヲ指シテ證據ト云フコトアリ之ヲ證據方法ト稱ス又刑事訴訟法ニ於テハ證據方法ヲ證據又ハ證據ト稱ス證據方法ナルモノノ意義モ又學者ニ依テ見ル所異ナルカ如シ通常左ノ意義ニ用キラル

一 裁判ニ必要ナル事實ノ眞實ナルコトヲ認識スル爲メ利用セララルル道具ヲ證據方法ト云フモノアリ此意義ニ依レハ證人、鑑定人、被告人、證據物件(檢證ノ目的物)及ヒ書證カ證據方法ナリ

二 裁判ニ必要ナル事實ノ眞實ナルコトヲ之ニ依テ推知セシムル材料ヲ證據方法ト云フモノアリ此意義ニ依レハ證人ノ證言、鑑定人ノ鑑定、被告人ノ自白、檢證及ヒ檢憑カ證據方法ナリ

現行法ニ於テハ或ハ第一說ノ意義ニ從フ規定アリ又第二說ニ依ル規定アリ第二〇三條第一項ニ於ケル證據ナル辭ハ第二說ノ意義ヲ有シ第九〇條第九一條亦然リトス之ニ反シテ第一九八條、第二一九條第二項、第三項、第二三九條ノ證據ナル文字ハ第一說ニ從ヒ用キラルルモノナリトス

第二 證據方法ノ信憑力即チ事實ノ存否ヲ確認セシムル證據方法ノ效力ヲ單ニ證據ト云フコト

アリ而シテ舊時糾問訴訟ニ於テハ完全證據及ヒ不完全證據ト稱スルモノハ此意義ニ從フモノニシテ又現行法ニ於テ證據充分又ハ證據不充分ト云フ場合ハ此意味ニ於テ云フモノナリ

證據ニ關スル訴訟手續ヲ舉證ト稱ス舉證トハ裁判ヲ爲スニ必要ナル事實ノ眞實ナルコトヲ確定スヘキ訴訟上ノ作用ナリ今舉證ノ目的内容及ヒ目的物ヲ左ニ説明スヘシ

第一 舉證ノ目的ハ證明ナリ證明トハ裁判官カ事實ノ眞實ナルコトノ確信ヲ得ルヲ謂フ確信ト云フハ絕對ノ眞實又ハ客觀的眞實ヲ知ルヲ謂フニアラス故ニ確信ヲ得ルトハ相對ノ眞實即チ裁判官ニ對シ主觀的ニ表ハルル確信ヲ心證ヲ以テ得ルニアリ故ニ確信ナルモノニハ錯誤ノ存スル餘地アルモノニシテ之ニ關シ程度ノ等差アリ判決ヲ以テ犯罪事實ヲ認ムルニハ毫モ疑ノ存セザル程度ノ確信ヲ要シ豫審終結決定ニ於テ犯罪ヲ認ムルニハ犯罪ノ嫌疑ノ程度ヲ以テ定マリ又或訴訟上ノ事實ニ付テハ疑ノ存スル確信ヲ以テ足ル此終ノ場合ハ之ヲ疏明ト稱ス(一六條、一二五條、二四七條參照)

第二 舉證ノ内容ハ證據調ナリ證據調ハ證據方法ヲ訴訟法ノ定ムル方式ニ從ヒテ利用シ事實ノ材料ヲ取得スルヲ謂フ證人又ハ被告人ヲ訊問シ鑑定人ニ鑑定ヲ命シ證據物件ヲ實驗シ調査ヲ朗讀セシムルカ如キハ皆證據調ナリ

或ハ證據ノ申出又ハ證據ノ考覈ナルモノヲ舉證ノ一ノ内容トナス者アリ然レトモ刑事訴訟ニ於テハ裁判所カ職權ヲ以テ證據ヲ取調フルカ故ニ證據申出ナルモノナシト云フヲ至當トス又

刑事訴訟法 訴訟行為 證據ノ意義

證據ノ考覈證據調ノ結果ニ付キ證據力ヲ量定スルモノニシテ即チ證據方法ヲ利用シ知り得タル材料カ證スヘキ事實ヲ眞實ナリト認メシムル效力アリキヤ否ヤヲ査定スルヲ謂フ證據力ノ考覈ヲ爲スニハ單純ナル推理ノ作用ヲ以テスルモノニシテ内部ノ反射作用ニ過キサレハ決シテ之ヲ五官ノ認識作用タル舉證ノ手續ト云フ能ハス而シテ此推理作用ニ依リ證スヘキ事實ヲ眞實ナリト認メシムル原因ヲ證據原因ト云フ證據原因ハ考覈ニ依テ生スルモノニシテ證據原因ニ因リ證據力ハ定マルモノナリ

第三 舉證ノ目的物ハ事實ナリ事實ハ法規ノ反對ヲナスモノナリ然ラハ如何ナル事實カ證明事項ナリキ證明ハ刑法ニ於テ被告カ有罪ナルヤ否ヤヲ決スヘキ事項ナラサルヘカラス換言セハ本案ノ被告事件ニ於テ科刑權ノ成立ニ付キ刑法上必要ナル事實カ證明セラレサルヘカラス即チ裁判所ハ科刑權ノ存在條件タル事實ヲ確定スルノミヲ以テハ未ダ訴訟上ノ問題ヲ裁斷シ盡シタリト云フコトヲ得ス尙ホ刑ノ輕重ヲ定メサルヘカラス唯刑法ニ於テ豫見セラレタル加重又ハ減輕ノ情狀ヲ證明スルヲ要スルノミニシテ酌量減輕ノ情狀ハ裁判所之ヲ證明スルヲ妨ケサルモ是レ必スシモ必要ナルモノニアラス第二〇三條第一項ニ於テハ罪トナルヘキ事實及ヒ證據ニ依テ之ヲ認メタル理由ヲ示シ云トアルモ此中ニハ酌量減輕ノ情狀ヲ包含スルモノニアラスシテ唯科刑權ノ成立ニ關シ必要ナル情狀及ヒ刑法ニ豫見セラレタル情狀ヲ謂フノミナリトス

以上ハ科刑權ノ成立ヲ認メントスルニハ如何ナル事實ノ證明カ必要ナルヤニ關シテ論述セシカ若シ主張シタル科刑權カ裁判所ヨリ否認セラレ無罪又ハ免訴ノ言渡ヲ受クルトキニハ有罪ノ場合ト同シク無罪免訴ニ必要ナル事實カ證明セラレサルヘカラサルカ元來證明ノ作用ハ有罪ノ言渡ノ條件タル事實即チ罪ト爲ルヘキ事實ニ必要ナルモノナレハ右ノ如キ問題ハ有罪ノ事實ヲ證明シ得サルトキハ如何ナル處分ヲ爲スヘキカノ問題ニ歸著スヘキヲ以テ此問題ヲ解スルハ極メテ容易ナリトス即チ犯罪ノ責任アリトノ單純ナル嫌疑ニ止マル場合モ犯罪ノ責任ナシトノ確信アル場合モ共ニ訴訟ノ結果ハ同一ニシテ孰レモ無罪タルヘキモノトス故ニ第二〇三條第二項ニ於テモ無罪ノ言渡ヲ爲スニハ事實及ヒ法律上ノ理由ヲ明示スヘキコトヲ命スルニ止マリ證據ニ依テ之ヲ認メタル理由ヲ明示スヘキコトヲ規定セス

第四 證明ノ作用ハ判事ヲシテ必要ナル事實ノ確信ヲ得セシムルニアリ是故ニ證明ノ必要ハ判事カ事實ノ眞實ナリトノ心證ヲ缺クテ條件トスヘキヲ以テ若シ判事カ疑ヲ置カサルトキハ證據ノ無益ナルハ是レ我刑事訴訟法ノ一原則ニシテ從テ次ニ揭タルモノハ證明ヲ要セサルナリ
一 法律上ノ推定 法律上ノ推定ハ刑法ニ於テハ重ニ責任ノ推定ニシテ特別法ニ於テ例外トシテ見ル所ナリ新聞紙條例第一一條ノ如シ然ラハ刑法上ノ推定ハ刑事裁判官ヲ羈束スルモ民法上ノ推定ハ刑事裁判官ヲ羈束スルヤ否ヤト云フニ民法上ノ推定ヲ以テ訴訟法上ノ規定ナリトスルトキハ之ヲ適用スルコト能ハサルヤ明カナリ何トナレハ民事訴訟法ノ手續及ヒ

證據ニ關スル規定ハ刑事裁判官ヲ羈束スルモノニアラサレハナリ又民法上ノ推定ヲ實體法ノ規定トスルモ刑事裁判官ハ之ニ從フヘカラサルコトアリ即チ刑法ノ犯罪構成要素ニシテ自然上ノ關係ヲ認ムルトキハ此關係ニ基キ犯罪ヲ認メサルヘカラス刑事裁判官ハ民法上ノ權利關係ヲ判斷スルニハ刑事訴訟法ノ手續及ヒ其證據ニ關スル規定ニ從テ判斷セサルヘカラサルヲ原則トス要スルニ民法上ノ推定ハ刑事裁判官ヲ羈束スルモノニアラサレハ其事實ハ之ヲ證明スルコトヲ要ス

二 顯著ナル事實 舉證ハ判事ニ必要事實ノ確信ヲ得セシムルヲ目的トスルヲ以テ判事カ證據ナクシテ斯ル確信ヲ得タル場合ニハ全ク證明ノ作用ハ無益ナルヘシ併シ此原則ハ學說及ヒ立法上絕對ニ之ヲ主張スルヲ得ス判事ハ私ノ認識ヲ判決ノ基礎トナスヲ得サルハ學說及ヒ立法例ノ一致スル所ナリ何トナレハ判事ハ有罪無罪ヲ判斷スルニハ唯公判ニ於テ提出セラレタル證據材料ニ基クテ要スルモノナレハナリ(九〇條一八八條乃至一九八條二九條參照)然レトモ茲ニ唯一ノ例外アリ即チ顯著ナル事實是ナリ顯著ナル事實ハ證據調ヲ要セス判事判決ノ基礎トナスヲ得ヘシ抑々顯著ナル事實ニ付キ證明ヲ要セスハ私ノ認識ヲ以テ基礎ト爲スヲ許ササル原則ヲ貫スヘカラス蓋シ私ノ認識ノ材料ニ監督ヲ何人ヨリモ爲ス能ハサルモノニシテ之ヲ採用スヘカラスト云フニ在レハ其認識ニシテ容易ニ當事者又ハ第三者ヨリ其眞實ナルコトニ付キ監督ヲ爲スヲ得ヘキトキニハ此事實ヲ基本ト爲ス

ヲ許ササルヘカラス然ラハ如何ナル事實ヲ顯著ナルモノナルカト云フニ顯著ナル事實ハ公知ノ事實ニシテ一般ニ多數人ノ確信スルカ爲メ之ヲ眞實ト認ムルモノナリ即チ證據原因ニ基キ事實ヲ認ムルニ非スシテ一般ノ確信アレハ之ニ基テ事實ヲ認ムルナリ故ニ顯著ナル事實タルヲ知ルノ材料ハ制限ナク裁判所ニ於テ之ヲ記憶スルト否トヲ問ハス裁判所ハ亦之ヲ知ルノ義務ヲ有セサルナリ而シテ顯著ナルコトニハ時、場所及ヒ之ヲ知ル人ノ範圍ニ從ヒ廣狹アリ民事訴訟法ニ於テハ裁判所ニ於テ顯著ナルモノヲ以テ足レリトス裁判所ヲ包圍スル者ノ範圍ニ於テ顯著ナレハ足レリ然レトモ刑事訴訟法ニ於テハ國內ノ一般ノ人ニ顯著ナルヲ要ス之ヲ狭キ範圍ニ於テ認ムルハ則チ公判審理ノ目的ト爲ラサル事實ニ基テ判決スルノ批難ヲ免レサルノミナラス被告人ニ對シテハ證據方法ニ關スル辯解ヲ爲サシメサルモノナリトス

第一節 證明ノ責任

普通ニ證明ナルモノニハ相對スル二人ノ者ナカルヘカラス即チ證明ヲ與フル人ト受クル人トヲ要スルモ此意義ニ於テ刑事訴訟法ヲ解釋スルトキハ證明ナルモノハ全ク存在セザルニ至ルヘシ何トナレハ刑事訴訟法ニハ證明スル者ト自己ニ證明セシムル者トハ無クハナリ故ニ刑事訴訟法ニ於ケル舉證トハ當事者ノ作用ニアラスシテ裁判所ノ作用ナリ換言スレハ證據ヲ提出スルト

云フニアラスシテ證據ヲ舉グルコトヲ謂フナリ從テ民事訴訟法ニ於ケル證據申出ノ如キモノハ存在セサルナリ又證明ノ責任ヲ當事者ニ分擔スルハ是レ證明セサル者ハ敗訴ストノ法律上ノ推定ニ基クモノニシテ實體的眞實發見ノ主義ニ反ス去レハ舉證責任ノ問題ハ刑事訴訟法ニ於テハ全ク價值ナキモノナリ

證明責任ノ分擔ハ如何ナル場合ニ於テモ之ヲ認ムルヲ得ス法律上ノ推定ニ對シテハ反證ヲ許シ反證ナキ限ハ法律規則ニ驅束セララルカ故ニ此場合ニハ證明ノ責任カ被告ニ在ルモノノ如シ又新聞紙ニ依テ犯サレタル誹謗罪ハ或條件ヲ具ヘタル時ニ限リ被告人ニ誹謗ノ事實ヲ證明スルコトヲ許シ其證明ノ確立シタルトキハ其罪ヲ免スルモノトセリ(新聞紙條例參照)此場合ニモ亦證明ノ責任ハ被告人ニ存スルヤノ觀アリ然レトモ此規定ヲ解シテ證明ノ責任アル被告人カ自己ノ無責任タルコトヲ證明スルマテハ裁判所ハ手ヲ束ネテ待タサルヘカラストナスハ不可ナリ此場合ニ於テハ被告人ハ判事ニ自己ノ利益ナル證據ヲ知ラシムルニ止マルモノニシテ即チ其取調ヲ判事ニ求ムルニ外ナラス元來被告人ハ判事ニ利益ノ證據方法ヲ告グルノ權ヲ有シ裁判官モ亦自ラ被告人ノ利益ヲ探究スルノ權ヲ有ス而シテ裁判官ノ此權利ハ被告人ノ爲メニ妨ケザラルコトナキナリ「ビンヂェンク」曰ク「刑事訴訟法ニ於テハ證明ノ責任ハ裁判所ニ在リ」ト

第三節 自由心證主義

裁判官ハ裁判ニ必要ナル事實ノ眞否ニ付テ自由ナル心證ヲ以テ判斷ス(九〇條參照)蓋シ證據方法ハ裁判官ノ感覺及ヒ理解力ニ向フモノニシテ裁判官ノ事實ノ認識ハ主觀的ノモノナリ裁判官ハ證據方法ヲ自己ノ五官ノ感覺ニ觸レシメ自己ノ理解力ヲ以テ事實ヲ推理シ以テ之ヲ眞實ナリト認識スルモノナリ故ニ心證ナルモノハ主觀的作用ニシテ之ヲ以テ事實ノ眞否ヲ決セサルヘカラス

刑事訴訟法第九〇條ハ舊時糾問訴訟時代ニ行ハレタル制限證據主義ヲ排斥シタルモノナリ此主義ハ自由心證主義ノ反對ヲナスモノナリ糾問訴訟ニ於テハ自由心證ハ各人ニ依テ異ナル主觀的ノモノナレハ之ヲ以テ事實ヲ確定スルハ却テ眞實ヲ發見スルニ妨ケアリトナシ多年ノ經驗ニ依リ法律上殆ト一定シタル客觀的規則ヲ設ケ之ニ從テ事實ノ眞否ヲ定メシムルコトトセリ其制限證據ノ規定ニハ積極及ヒ消極ノ二種アリ積極ノモノハ被告人ノ自白アルトキハ必ス其事實ヲ眞實ト認メシムルコトヲ命スルカ如キヲ謂ヒ消極ノモノハ被告人ノ自白アルモ必スシモ之ヲ眞實トナササルヘケレトモ自白アルニアラサレハ之ヲ眞實ト認ムルヲ得ストナシ他ノ證據方法ヲ以テハ事實ノ認定ヲ禁スル法制ヲ謂フ何レノ制限證據ノ法制モ今日ハ之ヲ認メタル立法ナシ蓋シテ制限證據主義ハ眞實發見ニ害アレハナリ制限證據ノ規定ハ多年ノ經驗ニ基クモノナリト雖モ各事件ノ真相ハ各場合ノ事實ヲ異ニスルニ從ヒ異別アルヲ以テ或事件ニ於テハ自白ヲ眞實ト認ムルヲ得ヘキモ他ノ事件ノ特別ノ事情ノ下ニハ之ヲ眞實トナス能ハサルコトアリ故ニ絕對ノ法律

ノ規定ヲ以テ各事情ヲ異ニスル事實ノ認定ニ付キ裁判官ヲ律スヘキニアラス然ラサレハ裁判官ハ此特別ノ事情ヲ顧ミル能ハサルナリ

各證據ハ判事ノ自由ノ判斷ニ任ストハ何ソ是レ證據方ノ量定ハ審理ノ全體ヨリ斟酌シタル自由ノ心證ニ從テ眞否ヲ判斷スルヲ謂フナリ凡ソ證據ノ規定ハ證據方法ヲ許スヘキヤ否ヤノ規定ト證據調ノ方式ノ規定ト證據方ノ量定ノ規定トニ區別スルヲ得違法ノ證據ハ之ヲ心證ニ供スルヲ得サルカ如ク又公判手續ノ方式ハ公判始末書ノミヲ以テ之ヲ證スルヲ得ルカ如ク證據方法ノ許スヘキヤ否ヤニ付テハ法律ニ於テ之ヲ制限セサルヘカラス又證據調ノ方式モ法律ヲ以テ一定セサルヘカラス此二者ヲ法律ヲ以テ制限スルハ則チ事實ノ真相ヲ得ルノ保證タルモノナリ此範圍ニ於テハ證據ハ自由ナリト云フヘカラス唯證據方ヲ定ムル上ニ於テノミ自由心證主義カ行ハルルモノトス又證據方ヲ定ムル上ニ於テモ其心證ハ之ヲ裁判官ノ主觀的隨意ニ委ネ感情憎愛ヲ以テ判斷ヲ許シタルニ非ス其心證ハ必ス客觀的理由ノ存スルヲ要ス判決ニハ必ス之ヲ明示セヘク之ヲ明示セサレハ破毀ヲ免レス(二〇三條、二六九條、九號參照)故ニ此心證アルモノハ何人モ承認スヘキ理由ニ基クヲ要ス

第四節 證據ノ種類

證據ノ區別ニシテ其主タルモノハ直接證據即チ人爲上ノ證據及ヒ間接證據即チ自然上ノ證據ノ

區別ナリ間接證據トハ微憑ヲ指シテ云フモノニシテ直接證據トハ微憑以外ノ證據方法ヲ云フモノナリ

微憑トハ證明セラルヘキ事實ト理論上ノ索聯ヲ保ツカ爲メ證明ヲ必要トスル事實ノ存在ニ推理論結セシムル事實ナリ故ニ證據ヨリ證明事實ヲ認ムルニハ三段論法ニ依ラサルヘカラス其大主題タルモノハ經驗ニ依リ定マルカ常則ナリ其小主題ハ確定ノ事實カ即チ微憑ナリトス此事實ヲ大主題ニ適用シテ推論ノ方法ニ依リテ證明ノ結果ニ達スルモノナリ故ニ微憑ハ確定シタル一個ノ事實ナリ微憑ニシテ未タ確定ノモノト認メラレサルトキハ此事實カ證據方法ヲ以テ證明セラルルコトヲ要ス故ニ微憑ハ之ヲ證據方法ト謂フヘカラス唯自由心證主義ヲ採リタル刑事訴訟法ニ於テハ微憑ヨリ證明事實ヲ認ムルニ付テモ之ヲ判事ノ判斷ニ任セリ(九〇條參照)即チ大主題タル經驗上ノ常則ヲ認ムヘキヤ又確定シタル微憑事實ヲ之ニ適用シ得ヘキヤハ判事ノ自由ナリ制限證據主義ニ於テハ之ヲ法律ニ規定セリ之ヲ法律ニ規定スレハ則チ法律上ノ推定タル形態ニ於テ表ハル

證據ノ區別トシテ以上述ヘタル直接證據間接證據ノ外尙ホ今日存スルモノハ被告ニ利益ナル證據即チ訴追證據及ヒ被告ニ利益ナル證據即チ防禦證據ノ區別主タル證據及ヒ反對證據ノ區別ノ如シ(一〇三條、一九八條參照)完全證據及ヒ不完全證據ノ如キ證據力ニ關スル區別ノ如キハ今日其存在ヲ失ヒタルモノトス

第五節 證人

第一款 證人ノ意義

證人トハ過去ノ事實ニ付キ訴訟外ニ於テ爲シタル實驗ニ基キ訴訟ニ於テ裁判官ニ對シ證明ノ爲メ供通ヲ爲ス第三者ナリ

第一 證人ハ第三者ナリ 證人ハ同一訴訟ニ於テ裁判所職員及ヒ訴訟關係人タルコトヲ得ス然ラサルニ於テハ訴訟ノ目的タル公平ナル裁判ハ之ヲ望ムヘカラス裁判所職員ハ此ノ如ク裁判ニ干與スヘキモノナレハ同一訴訟ニ於テ證言ヲ爲スカ如キコトアランカ其職務ヲ行フコト能ハサルニ至ルヘシ又當事者ハ證人ニ於ケルカ如ク眞實ニ基ク判決ヲ爲サシムル爲メニ公平ナル材料ヲ提供スルヲ得ルノ地位ニ在ルモノニアラス當事者ノ代理人及ヒ補助者亦然リトス故ニ判事、裁判所書記、檢事、被告人、其訴訟代理人辯護人、法定代理人ハ同一訴訟ニ於テ證人タルヲ得ス若シ此等ノ者ニシテ證人タリシトキハ同一ノ訴訟ニ於テ訴訟上ノ作用ヲ爲スノ能力ヲ失フ此點ニ付テハ裁判所職員ニ付キ本法第四〇條第三號ニ明文アルノミナラス證人ノ地位ト此等ノ者ノ地位ト相互ニ容レサルヨリ當然生スル所ナリ是ヲ以テ同一訴訟ニ於テハ共同被告人ハ相互ニ證人タルコトヲ得ス

現行法ハ同一訴訟ニ於テ嘗テ裁判所職員又ハ檢事トシテ其事件ニ付キ職務ヲ行ヒタル者ニ對

シ其爲シタル處分ニ付キ證人タルノ能力ヲ剝奪セリ是レ日本法第一八八條ト其趣旨ヲ同シウンタル舊治罪法第二八五條トノ解釋ニ由リ然ラサルヲ得ス同條ハ其反面ニ於テ其訴訟ニ干與シタル職員ノ證人トナルヲ禁シ此等ノ者ノ爲シタル處分ニ付テハ其作成シタル調書ヲ以テ之ヲ證スルノ趣意ヲ有シ司法警察官ニ限り特ニ其作成ノ調書ノミナラス之ヲ證人トシ其處分ニ關スル事實ヲ裁判所ニ於テ證明スルヲ得ルノ規定ヲ爲シタルモノナリ

第二 證人ハ供述ヲ爲スモノナリ 證人ハ口頭ニテ供述ス其例外ハ本法第一二九條ノ場合ナリ而シテ證人ノ供述ハ如何ナル趣旨ナルモ證據タルヲ得レトモ其態度等ハ證言ノ信憑力ノ信憑タルニ止マル

第三 證人ハ證明ノ爲メニ供述ヲ爲ス 證據ノ端緒ヲ得ンカ爲メニ供述セシムルカ如キ、檢證ノ基礎ヲ得ルカ爲メノ供述ノ如キハ證言ニアラス

第四 證人ニ過去ノ事實ヲ供述ス 證人ノ供述スル所ノモノハ事實ナリ其事實ニハ犯罪ノ構成要素ニ屬スルモノアリ又微憑事實タルモノアリ何レモ過去ニ屬スル事實ナルコトヲ要ス此點ニ於テ鑑定人ト區別アルモノトス

第五 證人ノ供述ハ訴訟外ニ於ケル實驗ニ基クモノナリ 故ニ證人ハ五官ヲ以テ實驗ヲ爲スノ能力ヲ有シテ之ヲ行ヒ此實驗シタル所ノモノヲ供述ニ於テ表示スルノ能力ヲ有セサルヘカラス此能力ヲ缺ク者ハ事實上ノ證人タルヲ得ス然レトモ現行法ハ舊時ノ糾問訴訟ニ於ケルカ如

ク法律上證人ノ無能力ヲ一般ニ認メス事實參考人モ亦證人能力アルモノニシテ唯宣誓ノ方式ヲ用キサルニ止マルナリ(一二三條一二四條參照)而シテ證人ハ自己ノ爲シタル實驗ノミナラス第三者ノ爲シタル實驗ヲモ供述スルコトアリ即チ傳聞證人モ亦一ノ證人ナリ次ニ證人ハ其供述ヲ爲スヘキ以前ニ於テ事實ヲ實驗シタルコトヲ要シ鑑定人ノ如ク訴訟ニ於テ始メテ實驗ヲ爲シ之ヲ供述スルモノニアラス

人ニハ證言ノ義務アリ證言ノ義務ハ判事ノ呼出ニ應ジテ出頭スルニ止マラス其面前ニ於テ供述シ且其供述ヲ宣誓スル義務アリトス而シテ事實參考人ハ出頭ノ義務アルモ供述、宣誓スルノ義務ナキナリ此證言ノ義務ハ第一一五條ノ方式ニ從ヒ呼出ニ依リテ成立スル一般ノ義務ナリ

第二款 出頭ノ義務

一般ニ法律カ證人ノ出頭義務ヲ認ムルコトハ其義務ヲ免除スル場合アルニ依リテ之ヲ知ルヲ得ヘシ然レトモ或ハ裁判所ニ出頭スヘキ義務ノ一部ヲ免除シ又或ハ其全部ヲ免除セラルルコトアリ即チ左ノ如シ(一二三〇條參照)

第一 國務大臣

第二 帝國議會ノ議員

第三 皇族

右ノ三者ハ其地位ノ爲メニ所在地ヲ離ルルコト能ハサルカ故ニ此例外アリ故ニ第一三〇條ニ違背スルモ證言ハ其效ナキニアラス

第四 證人カ疾病其他正常ノ事故ニ因リテ出頭スルコト能ハサル旨ヲ疏明シタルトキ(一二六條、一九〇條參照)

以上ノ例外ヲ除ク外ハ證人ハ裁判所又ハ其他ノ場所ニ出頭スル義務アルモノトス(一二〇條、一二八條參照)故ニ裁判所外ニ於テ作リタル訊問調書モ無効ニアラス

出頭ノ義務ハ之ヲ強制スルコトヲ得ヘク又制裁ヲ科スルコトヲ得ヘシ(一二八條參照)強制及ヒ制裁ヲ科スルノ權ハ證人ノ出頭スヘキ裁判所又ハ判事ニ屬ス(一三三條、九〇條參照)呼出ニ應ジテ出頭スルトハ其裁判所ニ來ルノミヲ謂フニアラスシテ判事カ證人ヲ利用スル間ハ其裁判所ニ留ルノ義務ヲモ包含スルヲ以テ途中ニテ立去ル者ハ出頭セサルト同一ノ責ヲ負ハサルヘカラス

裁判所ハ職權ヲ以テ其不參ニ付テ生シタル費用賠償ノ外ニ罰金ヲ言渡スコトヲ得而シテ再度呼出ニ應セサルトキハ費用賠償ノ外ニ二倍ノ罰金ヲ言渡スモノトス再度ノ不參トハ同一ノ手續若クハ同一ノ審級内ニ於テ再度ノ意味ニアラスシテ同一ノ訊問ノ場合ニ於テ再度ナル意味ナリトス故ニ豫審ニテ再度ノ不參ノ爲メニ罰金ヲ言渡シタル場合ニ於テ公判ニ於テ復タ不參ヲ爲スモ更ニ初度ノ不參トシテ之ヲ罰スルコトヲ得又豫審中ニ於テモ其訊問事項カ新ニ發生シ新ニ其

第三款 供述ノ義務

通常裁判所ノ裁判權ニ服従スル者ハ法律ノ明文ヲ以テ其義務ヲ免除セサル以上ハ裁判所ニ對シテ供述スルノ義務アリ而シテ其義務ノ内容及ヒ範圍ハ訊問ヲ爲ス判事ノ意思ニ從フモノナリ故ニ證人ハ判事ノ問ニ付テ供述セサルヘカラス又證人ハ事實ヲ知ルトキニ限テ供述ヲ爲スニ止マラス之ヲ知ラサルトキモ亦其知ラサル旨ノ供述ヲ爲ササルヘカラス此場合ニ於テ單ニ緘黙スルトキハ第一二六條ノ制裁ヲ免レサルナリ其他證人ハ被告人又ハ他ノ證人ト對質ヲ爲スノ義務アリ(九八條、一一七條參照)法律ハ此供述ノ義務ニ付テ例外ヲ設ケタリ即チ左ノ如シ

第一、事實參考人ニハ法律ハ其供述ヲ拒ムノ權ヲ付與シタルニアラス事實參考人ニ付テハ判事カ始メヨリ職權ヲ以テ證言義務アリヤ否ヤヲ審査セサルヘカラス第一二三條及第一二四條ハ制限的ノ規定ナリ此以外ニ事實參考人ナルモノ存在セサルカ故ニ證人タルヘシキ者ヲ事實參考人トシテ訊問スルヲ許ササルナリ例ヘハ共犯者ノ如キモノハ事實參考人トシテ審問スルヲ至當トナスモノナルモ右二箇條中ニ規定セサルヲ以テ之ヲ許サス恰モ事實參考人ヲ證人トシテ訊問スルヲ得サルカ如ク證人タルヘキ者モ亦事實參考人トシテ訊問スルコトヲ許ササルナリ

次ニ共同被告人ノ一人ニ對シ親族、後見人又ハ雇人等ノ關係アルトキハ他ノ被告人ニ對シテモ亦事實參考人トシテ訊問スルヲ要ス即チ其訴訟ニ於ケル訊問ニ付テ事實參考人ナリヤ否ヤヲ決セサルヘカラサルモノニシテ被告人ノ各人ニ付テ決スルモノニアラサルナリ蓋シ供述ハ之ヲ分割シ豫メ何レノ被告人ニ關スルモノナルカラ定ムルコト能ハサレハナリ

第二 第一二五條ニ掲ケタル者 本條ニ掲ケタル者ハ證言拒絕ノ權アリ即チ此者ノ意思表示ニ

因リテ裁判所ハ拒絕ノ原因ノ當否ヲ顧ミサルヘカラス而シテ一旦拒絕シタル後之ヲ取消シタルトキハ始ヨリ拒絕セザリシト同一ナルモノトス第一ニ掲ケタル官吏タリシ者ハ職務上ノ秘密ヲ侵ス場合ニ限テ證言ノ義務ナシ而シテ證言スヘキ事項カ職務上ノ秘密ナリヤ否ヤハ其官吏及ヒ上官ノ定ムル所ニシテ裁判所ノ決スヘキモノニアラス裁判所ハ唯本項ノ適用ヲ受クヘキ場合ナリヤ否ヤヲ審査シ得ルニ止マル

第二ニ掲ケタル者ハ身分、職業ニ因リ委託セラレタル事項ニ限テ證言ノ義務ナシ而シテ其事項ハ被告人ノ利益ナルト否トヲ問ハサルナリ本號ノ場合ニ於テハ默秘ノ事項ヲ委託シタル者カ此義務ヲ免除スルトキハ再ヒ證言ノ義務ヲ發生スルモノトス

裁判所ハ右第一第二ノ者カ本條ニ該當スルモノナリヤ否ヤヲ定ムル必要アルカ故ニ拒絕ノ原因ヲ疏明セシムルモノトス

不法ニ證言ヲ爲ササル者ニハ第一二六條ノ制裁アリ

第四款 宣誓ノ義務

證人ハ法律ニ別段ノ規定ヲ設ケサル以上ハ宣誓スルノ義務アリ唯事實參考人ニ限り此義務ヲ免レシメ其他ノ者ヲ訊問スルニハ總テ宣誓ヲ要ス第一二三條及ヒ第一二四條ノ各號ニ付テ見ルニ第一二四條ニ列記セル者ハ第六號ヲ除ク外ハ宣誓ノ能力ナキカ故ニ宣誓ヲ用キサルナリ而シテ第一二三條及ヒ第一二四條第六號ニ掲ケタル者ハ宣誓ニ無能力ナリトノ意ニアラス唯其事件ニ限り被告人又ハ民事原告人トノ關係及ヒ事件トノ關係ニ因リ宣誓セシメサルニアリ

第五款 證人ノ訊問

證人訊問及ヒ宣誓ノ方式ハ證人ヲシテ誠實ニ供述セシムルカ爲メ存スルモノニシテ即チ左ノ如シ
第一 證人數人アルトキハ後ニ訊問スヘキ他ノ證人ノ在ラサル所ニ於テ訊問スヘキモノトス即チ公判ニ於ケル第一九三條ハ此精神ナリ
第二 證人數人アルトキハ之ヲ各別ニ訊問セサルヘカラス(一二七條參照)即チ判事ハ數人ノ證人ニ對シ同時ニ問ヲ發スルコトヲ得ヌ一人ノ證人ヲ訊問シタル後他ノ證人ニ及フコトヲ要ス是レ訴訟ノ必要條件ニシテ之ニ違背セル證言ハ判決ノ基礎トスルヲ得ヌ

第三 右原則ノ例外トナルヘキ場合ハ第一二七條但書ニ示スカ如ク對質ノ場合はナリ即チ此場合ニハ一人ノ證人ヲ他ノ證人ノ在ル場所ニ於テ同時ニ訊問シ得ルモノトス

第四 宣誓モ亦各證人各別ニ爲ササルヘカラス而シテ我刑事訴訟法ニ於テハ宣誓ハ訊問前ニ爲サシムルモノトセリ(一二二條參照)是レ眞實ヲ吐カシムル適當ナル方法ニシテ若シ訊問後ニ宣誓セシメタルトキハ其證言ハ之ヲ證據トナスコトヲ得ヌ又一人ノ證人ハ豫審、公判ニ於テハ各別ニ宣誓セシメサルヘカラス

第五 訊問ハ二部ニ區分セラルルモノニシテ一ハ證人ノ氏名、年齢等及ヒ被告人トノ關係ノ訊問即チ第一二一條ノ訊問ニシテ一ハ本案事實ノ訊問ナリ第一二一條ノ訊問モ證人訊問ノ一部ニシテ證人ノ信用ニ關スル事項ヲ知ルカ爲メ最重要ナルモノナリ若シ本案ノ訊問ヲ爲ス前ニ被告人ノ全體ニ對シテ第一二三條ノ關係ヲ訊問セシテ證人ヲ宣誓セシメタルガ如キ場合ニハ之ヲ以テ證據トナスヲ得サルナリ又本案ノ訊問スヘキトキハ證人ハ個個ノ問ナシト雖モ自ラ事件ニ付キテ知ル所ノ事柄ハ之ヲ連絡シテ供述スルノ義務アリ

第六節 鑑定人

第一款 鑑定人ノ意義

鑑定人ハ訴訟中ニ實驗シタル現在ノ事實ヲ供述スル第三者ナリ

刑事訴訟法 訴訟行爲 證據 鑑定人

普通ノ意義ニ依レハ證人ハ實驗事實ヲ供述スルモノニシテ鑑定人ハ判斷ヲ爲スモノナリトナシ以テ二者ヲ區別スルノ標準トナスモ證人モ其實驗ヲ供述スルニハ判斷ヲ要ス鑑定人モ亦鑑定ヲ爲スニハ事實ヲ實驗スルヲ要スルヲ以テ之ヲ區別ノ標準トナス能ハス

次に證人ハ特別ノ智識ヲ缺クモ鑑定人ハ特別ノ智識ヲ以テ供述スト云フヲ以テ區別ノ標準トナスモ非ナリ鑑定ノ證人即チ特別ノ智識ヲ以テ過去ノ事實ヲ實驗シ之ヲ供述スル者アルヲ見レハ證人ニハ特別智識ヲ缺クモノナリト云フ能ハス

次に鑑定人ハ智識ヲ以テ論結セラルル一般ノ常則ヲ新ナル材料トシテ提供シ證人ハ事實ヲ新ナル材料トシテ提供スト爲スモノアリ然レトモ此說ハ鑑定人ニ對シテ抽象的ノ方式ニテ經濟上ノ常則ヲ提供セシムル場合ニハ適當ノ說ナレトモ裁判所カ解剖ヲ命シテ死因ヲ鑑定セシムルカ如キ具體的方式ニテ鑑定ヲ爲サシムル場合ハ裁判所ニ於テ事實ヲ報告セシムル目的アルモノニシテ此說ヲ適用スル能ハス

右二者ノ區別ニ付キ剩ス所ノ學說ハ本款ノ冒頭ニ掲ケタル所ノモノニシテ最モ當ヲ得タルモノナリ即チ鑑定人ハ鑑定ノ爲メ裁判所ノ命スル所ニ從ヒ事實ヲ實驗シ其智識ヲ以テ觀察シタル事實ヲ供述ス故ニ其供述スル所ノ事實ハ現在ニ於テ實驗スルヲ得ル所ノモノナリ之ニ反シテ證人ノ實驗ハ過去ニ存シ現在ニ於テ爲ス能ハス又裁判所ノ命スル所ニ從テ實驗シタルモノニアラサルナリ

第二款 鑑定人ノ義務

鑑定人ニ對シテモ證人ニ關スル第一二三條、第一二四條ノ規定ハ適用セララルルモノニシテ(一三六條參照)此場合ニ於テモ鑑定ヲ爲スノ方式トシテ宣誓ヲ用キタルニ止マリ特別ノ智識ヲ有スル者ハ總テ鑑定人タルヲ得ヘクシテ證人ノ場合ト同シク鑑定人タル能力ナキ者アラサルナリ

鑑定人ヲ選擇スルニ付テハ左ノ事項ニ注意セサルヘカラス

第一 鑑定ハ豫審判事、受命判事、受託判事及ヒ公判裁判所ニ於テ命スルヲ原則トシ現行犯ノ場合ニハ檢事、司法警官モ亦之ヲ命スルコトヲ得ヘシ

第二 或事項ニ付キ鑑定人ニ鑑定ヲ命スルヤ否ヤハ前項掲グル所ノ者ノ隨意ナリ

第三 何人ヲ鑑定人トナスヘキヤ又ハ幾人ノ鑑定人ニ鑑定ヲ命スヘキヤ又ハ何時鑑定ヲ爲サシムヘキヤハ裁判所ノ隨意ナリ

第四 同一ノ問題ニ付キ幾タヒ鑑定ヲ命スルモ隨意ナレトモ新ニ鑑定セシムルトキハ前ノ鑑定人ヲシテ鑑定セシメス別太ヲ用ユヘキモノトス(一九三條參照)

管テ證人ノ義務ニ付テ述ヘタルコトハ鑑定人ノ義務ニ付テモ亦之ヲ基礎トナササルヘカラス

鑑定人ノ義務ハ則チ左ノ如シ

第一 鑑定人ノ義務ハ證人ノ如ク一般ノ義務ナリ即チ本法ニ於テハ民事訴訟法第三二六條ノ如

第二 鑑定人ハ鑑定ヲ爲スノ義務アリ此義務ハ必要ノ試験ヲ施スコトヲモ含ムモノトス而シテ
鑑定ハ必スシモ裁判所ニ於テ爲スノ要ナシ又解剖ノ如キハ裁判所ニ於テ之ヲ爲ス能ハサルコ
トアリ又鑑定人カ正當ノ結果ヲ得ンニハ被告人、證人等ニ對シ直接ニ訊問ヲ爲シ又ハ記録ヲ
見ルヲ要ス

鑑定人ハ鑑定ヲ了リタル後鑑定書ヲ作り其手續結果時間ヲ詳記セサルヘカラス(一四〇條參
照)而シテ鑑定ハ鑑定書ヲ以テスルカ故ニ鑑定人ノ訊問調書ヲ作ルノ必要ナキカ如シ又第九
二條ニモ鑑定人ノ訊問ニ付テ調書ヲ作ルノ規定ナシ然レトモ第一二一條ハ鑑定人ニ適用セ
ラルルモノナレハ被告人トノ關係等ヲ明カニセンカ爲メニ訊問ヲ要シ從テ此訊問ニ付キ調書
ヲ作ラサルヘカラサルナリ又裁判所ハ此訊問ノ際鑑定書ヲ作成スルコトヲ命スルコトナク口
頭ヲ以テ鑑定事項ヲ供述セシムルコトヲ得ヘシ蓋シ第一四〇條ハ直接ノ審理ヲ禁シタルモノ
ニアラサルト同時ニ第九〇條第二〇八條第三號ニ鑑定人ノ供述ナル用語アリテ豫審、公判ヲ
問ハス口頭ヲ以テスルヲ許シタルモノト認メ得ヘケレハナリ判例ニ依レハ公判ニ限り口頭ノ
鑑定ヲ許スモ之ヲ制限スヘキ根據ヲ見ス

第七節 被告人

被告人ノ訊問ハ證據調ノ一方法ナリ此訊問ハ被告人ノ辯解ヲ得ル事ハ之ヲ利用シテ其心證ヲ得
ルニアリトス第二一九條ニ依レハ宛モ被告人ノ訊問ハ證據調ニアラサル如ク見ユレトモ豫審ノ
章ニ於テハ被告人ノ訊問ヲ證據ノ節ニ規定シ又第一九四條ニ依レハ被告人ノ訊問ヲ證人ノ訊問
ト同一ニ取扱フコト等ヲ見レハ被告人ノ訊問ハ亦之ヲ證據調ト云ハサルヘカラス

證據調ハ必ス證據方法ノ存スルコトヲ條件トスルモノニシテ證人訊問ナル證據調ニ於テハ證人
其者カ證據方法タリ之ト均シク被告人ノ訊問ニ於テハ被告人カ證據方法トシテ利用セラルルモ
ノヲリトス

舊時ノ私問訴訟ニ於テハ被告人ノ自白ノミニ特別ノ效力ヲ有セシメ被告人カ自己ノ利益ノ爲メ
ニシタル供述ヲ願ミス即チ自白ハ證據ヲ無益ナラシムルモノトセリ然レトモ被告人ニ不利益ナ
ル供述即チ自白モ被告人ニ利益ナル供述モ共ニ被告人ノ供述ニシテ現行ノ刑事訴訟ニ於テハ之
ヲ利用スルヲ得ヘキ證據材料タリ被告人ノ供述ヲ以テ證據材料タリトノ觀念ヲ採ルニ至リテ始
メテ利益ノ供述ト自白トニ輕重ヲ設ケサルニ至レリ

判事ハ心證ヲ得ルニ足ルヘキ被告人ノ供述ノミヲ以テ満足スルヲ得ヘキヤ否ヤノコト是ナリ詳
言スレハ此ノ如キ供述アレハ公判ニ於テ他ノ證據ヲ取調フルノ義務ヲ免ルルヤ又ハ被告人ニ十
分ノ信用ヲ置クトキト雖モ尙ホ證據ノ取調ヲ爲ササルヘカラサルヤ否ヤ被告人ノ供述ニ關シテ
モ判事ニ自白ノ判斷ヲ爲スヲ得レハ之ヲ眞實ナリト信用シタル以上ハ他ノ證據ヲ取調フルニ及

ハサルヘシ若シ被告人ニ供述ヲ信用セサレハ格別ナレトモ之ヲ信用スルモ尙ホ他ノ證據調ヲ要
ストスルハ是レ裁判所ヲシテ證據調ノ範圍ヲ自由裁量ニ依リ定メシムル趣旨ニ反ス即チ第二一
九條第三項、第二三九條ハ之ヲ制限スルモノニシテ甚タ不當ノ規定ト云フヘキナリ但此規定ア
リト雖モ判決ニ採用スル證據ハ自白ノミヲ採用スルモ可ナリトモ被告人ノ訊問ノ手續ハ證人ノ
訊問ノ如ク各別ニ爲スヲ原則トシ第八九條ニ依リ事實發見ノ爲メ必要ナルトキハ對質ヲ爲サシ
ム面シテ其供述ハ之ヲ調査ニ作ルモノトス(九五條、九六條、九九條參照)

第八節 檢證

檢證トハ訴訟法ニ定ムル方式ヲ以テ檢證物ヲ實驗スル證據調ナリ檢證ハ證據方法ニ非スシテ檢
證物タルモノカ證據方法タリ證據方法ト云ヘハ證據材料ノ合體スル物體ナリ檢證ノ如キハ物體
ニ非スシテ一定ノ事實ノ存在ニ付テ確信ヲ得ルノ目的ヲ以テ行フ裁判所ノ作用ナリトモ却テ
檢證物ハ事實ヲ合體スル物體ナリ然ラハ檢證ハ一ノ證據調ナレハ之ヲ證人、鑑定人ノ如キ證據
方法ト同列ニ置クヘカラスシテ證人訊問鑑定人訊問ノ如キ證據調ト同列ニ在ラシムヘキモノト
ス

檢證ハ眼ヲ以テ視ル場合ノミニ限ラス耳ヲ以テ聽クモ又嗅クモ觸ルルモ共ニ檢證ニシテ
即チ五官ヲ以テ實驗スル場合ハ總テ檢證ナリ之ニ反シテ精神上ノ推理作用ハ證據ノ考案トナリ

檢證ニ非ス

檢證物タルモノハ其物體自體ニ依リ一定ノ事實ヲ證明シ得ルモノナラサルヘカラスシテ物體ノ
内容ヲ以テ證明ヲ爲スモノニアラサルナリ是レ檢證ノ目的物ト書證ト異ナルノ點ナリ檢證物ハ
單ニ物體ノ存在ニ因リテ事實ヲ證明スルコトヲ得ル場合アリ又物體ノ性質ニ因リテ證明スルコ
トアリ物體ト場所又ハ時トノ關係ニ於テ證明ヲ爲スコトアリ然レトモ或物體アレハ必ス檢證物
ナリト云フ能ハス其物體カ證明ノ目的ノ爲メニ法律上ノ方式ニ從ヒ觀察セラレタルトキニ於テ
始メテ檢證物タルモノトス

檢證ヲ爲スヲ得ル者及ヒ其方式ハ左ノ如シ

第一 檢證ハ裁判官ノ行爲ナリ公判ニ於テハ第二一六條、第二三八條ノ特例アリ現行犯ノ場合
ニハ檢事、司法警察官之ヲ爲スコトヲ得ヘシ

第二 檢證ハ之ヲ公判ニ於テスルヲ原則トス故ニ差押アルヲ得ヘキ物體ナリセハ之ヲ差押ヘ以
テ公判ニ於ケル實驗ニ供シ被告人ニ示シ辯解ヲ爲サシムヘキモノトス之ヲ證據物ト爲ス
(二〇八條四號、一九八條二項參照)然レトモ差押ヘテ裁判所ニ持テ來ルコト能ハサル物體ナ
レハ檢證圖書ヲ作ラサルヘカラス又猶豫スヘカラサルモノナレハ檢證圖書ヲ作リ之ヲ公判ノ
審理ニ供セサルヘカラス是ニ於テカ公判前ニ於ケル豫審判事、受命判事、檢事等ノ檢證ノ必
要ヲ生スルモノトス

第三 檢證ノ方式ハ檢證調書ヲ作ル場合ト然ラサル場合即チ證據物件ノ場合トヲ區別セサルヘカラス檢證調書ヲ作製スル場合ニハ同第一〇三條ニ於テ豫審判事ハ犯罪ノ性質、方法、日時、場所及ヒ被告人ノ人達ナキコトヲ證明スヘキ模様ニ付キ調書ヲ作ルヘシト規定セリ此規定ノ趣旨ハ豫審判事ニ於テ檢證ノ範圍及ヒ結果ヲ定ムルノ權アルコトヲ示シタルニ外ナラス調書ハ第九二條ニ依リ書記之ヲ作ラサルヘカラス檢證調書ヲ作ル場合ニ於ケル檢證ノ手續ハ第一〇七條、第一〇八條、第一〇九條、第一一一條ニ規定セリ證據物件ニ付テハ法廷ニ於テ之ヲ實驗シ被告人ニ示シテ辯解ヲ爲サシムルヲ以テ證據調ノ方式トス(一九八條二項參照)此手續ヲ履踐セサルハ之ヲ證據トシテ採用スルヲ得サルナリ

第九節 書證

文書ニ合體スル表示ノ内容ヲ以テ證明ノ用ニ供セラルル記錄ヲ書證ト云フ凡ソ文書ハ了解シ得ル文字ヲ以テ表シタル表示ヲ合體スル物件ナリ然レトモ斯ル文書ハ訴訟上之ヲ書證ナリト云フ能ハス通常ノ意義ニ於ケル文書モ書證ノ目的ヲ以テ利用セラルルニ非サレハ之ヲ訴訟上ノ書證ト爲スヲ得ス即チ書證ニ合體スル表示ノ内容ヲ以テ證明ノ用ニ供シ始メテ書證タリ之ニ反シテ其文書ノ存在又ハ性質ヲ以テ證明ノ用ニ供スルハ證據物件ナリ例ヘハ偽造證書ノ如キハ證據物件ナリ又豫審調書ノ如キハ書證ナリ而シテ同一ノ文書記録ニ於テモ之ヲ證明ノ用ニ供スル利用

ノ方法ヲ異ニスルニ從ヒ或ハ書證タリ或ハ證據物件タリ又此二者ヲ兼スルモノタリ
 書證ノ證據調ノ方式ハ朗讀ナリ(一九九條二項參照)此朗讀ハ必スシモ書記ヲシテ爲サシムルヲ要セスシテ公判ニ於テ證據調ヲ爲スノ職權アル裁判長自ラ朗讀スルヲ得レトモ訴訟關係人ノ承諾アルニ依リテ之ヲ省略スルヲ得蓋シ朗讀アリテ始メテ裁判所及ヒ訴訟關係人ハ書證ノ内容ヲ法廷ニ於テ知ルヲ得レハナリ
 書證ヲ裁判所ノ占有ニ歸セシムル手續ハ證據物件ニ關スルモノト同一ナリ即チ物件提出義務ヲ命シ又ハ搜索差押ヲ爲スニ依テ獲得ス此場合ニ於テ證據物件及ヒ書證モ共ニ之ヲ差押物件ト稱ス(一〇六條二〇二條參照)故ニ差押ヲ爲スト否トニ依リ證據物件ト書證トノ區別ヲ爲スヘキモノニ非ス

第五章 裁判

裁判ハ裁判所ノ意思ノ發表ニシテ拘束力ヲ有スルモノナリ本法ニ於ケル裁判ノ内容ハ一定セズ或ハ爭點又ハ疑點ヲ一定ノ趣旨ニ處分スルモノアリ或ハ爭點ノ存スルコトナク法律ノ規定ニ依リ常ニ一定ノ裁判ヲ爲ササルヘカラサルコトアリ又裁判ニハ單ニ拘束力アル順序ヲ定ムルニ止マルモノアリ訴訟指揮ノ裁判ノ如シ又事實ニ法律ヲ適用スルモノアリ舊時ハ前者ヲ以テ裁判所ノ意思ヲ表シタル裁判トシ後者ヲ以テ法律ノ意思ヲ表シタル裁判ト爲シ之ヲ區別セルモ何レモ

裁判所ノ意思ヲ表示シタル性質ヲ有スルモノナリ
 裁判ノ方式ニハ判決、決定、命令ノ三アリ此區別ハ内容ノ區別ニ非ス判決及ヒ決定ハ合議體ニ於テ爲シ且必ス書面ノ方式ヲ取ルヲ要ス但其書面ハ公判始末書ニ記載スルト特ニ裁判書ヲ作ルトヲ問ハス之ニ反シテ命令ハ合議體ノ機關ノ爲ス裁判ニシテ且必スシモ書面ノ方式ヲ要セス豫審判事ノ如キハ合議體ト其地位ヲ同シウスレハ其裁判ハ命令ニ非ス次に判決ハ重要ナル形式ヲ具フル裁判ニシテ決定ハ然ラス即チ判決ニハ常ニ主文理由ノ形式ヲ具フルヲ要シ決定ニハ之ヲ要セス

合議裁判所ニ於テ裁判ノ成立スルニハ評議決定ヲ要ス(裁構一一九條以下參照)
 法律ニ於テハ評議ノ採決方法ヲ規定セス故ニ結果ニ依リテ採決スヘキヤ又理由ニ依リテ採決スヘキヤノ問題ヲ生ス第一ノモノハ問題ヲ分タスシテ一舉ニシテ決スル場合ニ行ハレ第二ノモノハ問題ヲ分離シテ決スル場合ニ行ハルモノナリ其何レニ依ルヘキヤハ問題ノ性質カ分離シ得サルモノナリヤ否ヤニ依リテ異ナルモノナリ罪責ノ問題ハ原則トシテ之ヲ分離セス結果ニ依リテ其罪責アリヤ否ヤヲ決セサルヘカラス蓋シ犯罪ノ意思ハ一個ニシテ分割スル能ハサレハナリ之ニ反シテ法律上ノ問題ハ各論點ニ區別シテ之ヲ評決セサルヘカラス上告論旨ノ如キ即チ是ナリ次に裁判ハ過半数ノ意見ニ因リテ生スルヲ原則トス然レトモ三說以上ニ分レタルトキハ人爲的ノ過半数ヲ以テ決スルモノトス(裁構一二三條參照)

裁判ハ言渡若クハ送達ニ依リテ之ヲ發表セサルヘカラス

第一 裁判ハ裁判ヲ受クル者ノ在廷スル時ニ之ヲ言渡スヲ原則トス而シテ裁判ヲ受クル者トハ裁判ニ因リテ影響ヲ受クヘキ權利ヲ有スル者ヲ謂フ又判決ハ被告人カ在廷セザルトキニ於テモ亦言渡スヘキモノトス(二〇四條參照)第二〇四條ニ依レハ判決ノ言渡ハ主文ノ朗讀ニ依リテ行ハルルモノトス又言渡ハ常ニ裁判所ノ用語ヲ以テスルモノナルカ故ニ或場合ニ通事ヲ要ス本法ニ於テハ決定命令ニ付テハ判決ノ如ク之ヲ言渡スコトヲ要スルノ規定ナシ故ニ決定命令ハ言渡ヲ爲スコトナクシテ送達ヲ以テ告知スヘキモノトス但公判ニ於テ在廷スル者ニ對シ決定、命令ヲ爲ス場合ニハ言渡ヲ以テ之カ發表ヲ爲スモノナリ

第二 本法ニ於テ送達ニ付キ本法中特ニ規定アラザルトキハ民事訴訟法ノ送達ニ關スル第一三六條以下ヲ準用スルコトナセリ準用ナルカ故ニ民事訴訟法第一三八條、第一四一條ノ如キハ之ヲ適用スルヲ得ザルナリ今本法ニ於テ民事訴訟法ト異ナル送達ノ規定ヲ設ケタルモノヲ舉クレハ左ノ如シ

- 一 民事訴訟法ニ於テハ送達機關ハ執達吏及ヒ郵便ノ二アレトモ本法第七六條末項ニ依レハ召喚狀ハ常ニ執達吏ヲシテ送達セシメ之ヲ郵便ニ依リ送達スルヲ得ス
- 二 民事訴訟法第一五八條ノ公示送達ト本法第二二七條ニ於テ關席判決ヲ言渡ス爲メニスル公示送達トハ其方法及ヒ期間ヲ異ニス

言渡若クハ送達ヲ要スル裁判ハ此方法ニ依ル告知アリテ始メテ成立スルモノトス故ニ裁判ハ評議ノ決シタル時ニ於テ成立スルモノニアラス即チ送達及ヒ言渡ハ既ニ成立シタル裁判ニ付テ行ハルルモノニアラス又單ニ表示ノ效力ヲ有スルノミナラス成定ノ效力ヲ有スルモノナリトス

裁判カ成立シタル時ハ之ト同時ニ當事者ヲ拘束スルノ效力ヲ生ス蓋シ裁判ハ當事者間ノ不確定ノ事項ヲ確定スルニ在レハ如何ナル裁判モ當事者間ニ對シ拘束力ヲ生ス而シテ裁判ノ成立及ヒ效力カ終局的ニ生スルニハ其裁判ヲ變更スル能ハサルニ至ルコトヲ要ス其變更ノ方法ニハ上訴ノ申立ヲ爲シ上級裁判所ヲシテ變更セシムル方法ト裁判ヲ爲シタル裁判所カ自ら變更ヲ爲スノ方法ト二ツアリ前者ハ重要ナル裁判即チ判決決定ニ行ハレ後者ハ重要ナラザル裁判ニ行ハル後者ハ例外ノ規定ニ屬シ其裁判ノ性質上之ヲ許シタルコト明白ナルモノニ非サレハ行ハレズ訴訟指揮ノ裁判殊ニ證據決定ノ如キ是ナリ第二九六條ニ於ケル不服ノ更正ハ之ニ屬セス蓋シ抗告ノ申立アリテ始メテ更正スルヲ得レハナリ判決ノ如キハ常ニ更正ヲ許ササルモ其書損誤記ハ何時ニテモ之ヲ訂正スルヲ得ルコト勿論ナリ

第六章 口頭辯論主義及直接審理主義

廣義ノ直接審理主義ハ口頭辯論主義及ヒ狹義ノ直接審理主義ヲ包含ス廣義ノ直接審理主義ハ訴

訟カ判決裁判所ノ面前ニ於テ行ハルルヲ謂フ訴訟ハ公判ニ於テハ當事者ノ主張及ヒ裁判所ノ證據ニ依リテ行ハルルカ故ニ此二種ノ行爲カ直接ニ判決裁判所ノ面前ニ於テ行ハルルトキハ直接審理ノ手續トス

口頭辯論主義トハ裁判所及ヒ當事者カ口頭ノ陳述ヲ以テ相互ニ交遊シ訴訟ヲ爲スヲ云フ故ニ此主義ハ民事訴訟法第一〇三條ニ示スカ如ク當事者ノ行爲ノ上ニ行ハルルモノナリ而シテ現行法ハ其意義ヲ進メ當事者カ判決ニ於テ口頭ヲ以テ提供シタル訴訟材料ニ非サレハ之ヲ裁判所ニ於テ顧ミサルノ意義ヲ以テ口頭辯論主義ヲ認ムルモノトス此主義ノ反對ヲ書面審理主義ト稱ス狹義ノ直接審理主義ハ判決裁判所ニ於テ親シク證據方法ニ接觸シ之ヲ取調フルヲ謂フ故ニ狹義ノ直接審理主義ハ裁判所ノ行爲タル證據調ノ上ニ行ハル此主義ノ反對ヲ間接審理主義ト稱ス以上述フル所ニ依リ口頭辯論主義ノ要求スル所ハ公判ニ於ケル原告ノ主張及ヒ被告ノ抗辯ハ口頭ヲ以テ行ハレ裁判所ハ裁判ノ材料ヲ其辯論ノ全體ヨリ取ルニ在リ故ニ假令調書ニ記載アルコトニテモ口頭ノ辯論ヲ以テセサレハ裁判所ハ之ヲ顧ミルヲ得ス(一七六條、一九八條、二一九條、二二〇條參照)

狹義ノ直接審理主義ノ要求スル所ハ(一)證據調ハ判決裁判所ノ面前ニ於テ行ハレ公判開廷前ニ於テ行ハレ又ハ受命判事、受託判事ニ依テ行ハルルハ例外ナリ(二)公判外ニ於テ證據調ヲ爲シタルトキト雖モ成ヘクハ公判ニ於テ直接ニ再ヒ之ヲ審理スルヲ要スルモノニシテ調書ヲ朗讀ス



間接ノ方法ヲ以テ審査スヘキニ非ス故ニ被告人ノ訊問ハ豫審ニ於テ之ヲ爲スモ公判ニ於テ更ニ之ヲ訊問シ(二一九條一項參照)證人鑑定人ニ付テハ第一八九條第一項ニ更ニ之ヲ呼出スヘキコトヲ規定シ同條第二項ニ其例外ヲ規定シ又控訴審ニ於テ第二五八條第二項ヲ以テ第一審ヨリモ一層此主義ヲ制限スル所アリ

第一 口頭辯論主義ヲ採用セハ期日ヲ必要トス期日ハ當事者カ相互ニ辯論ヲ爲シ又ハ裁判所ニ對シテ申立ヲ爲ス機會ヲ與フルモノナリ

第二 裁判所ハ口頭辯論主義ニ基キ其辯論ノ全體ニ鑑ミ判決ヲ下ササルヘカラス從テ公判ハ始ヨリ判決言渡ニ至ルマテ定數且同一ノ判事カ繼續シテ參與セサルヘカラス若シ公判ノ中途ニ於テ判事ニ變更アレハ再ヒ審理ヲ更新セサルヘカラス是レ第一七六條、第二〇九條第二項ニ依リテ明カナル所ナリ(裁構二二〇條參照)

第三 口頭辯論ハ相互ニ其言語ヲ理會スルモノニアラサレハ行ハレス從テ訴訟關係人中ニ裁判上ノ用語ニ通セサルモノアルカ又ハ文字ヲ知ラサル所ノ聾者啞者アレハ通事ヲ任命スルノ必要アリ(一九六條、一〇〇條、一〇一條參照)

第四 口頭辯論主義ハ訴訟材料ノ連續スルコトヲ必要トス即チ辯論數日ニ亘ルトキハ其期日間最モ接近スルコトヲ要ス若シ然ラサルトキハ前ノ期日ニ於テ陳述シタル事項ハ判事ノ記憶ヲ脱シテ充分ニ心證ヲ得ルコト能ハサルニ至ルヘケレハナリ木法第一八二條第二項ニ依レハ

辯論ニ取掛リタル後被告人精神錯亂セハ痊癒ノ後新ニ辯論ヲ爲スヘシ其他ノ疾病ニ罹リタルトキニ五日間辯論ヲ停止シタルトキ新ニ辯論ヲ爲スヘシト規定セリ第二〇四條ニモ亦判決ノ言渡ハ辯論ヲ終リタル即日又ハ次ノ開廷日ニ爲スヘシト規定セル法意ハ蓋シ訴訟材料ノ連續ニ在ルヲ知ルヘシ而シテ訴訟材料ヲ連續セシムルニハ公判ノ準備手續ヲ必要トス(一九二條二一六條二一四條)

第七章 訴訟條件

第一節 意義

訴訟條件ノ意義ハ訴訟ノ法律關係ノ意義ト牽連ス訴訟關係ハ裁判所ト當事者トノ間ニ於ケル權利義務ノ關係ナリトセハ此法律關係カ成立スルニハ如何ナル條件ヲ要スルヤノ問題ヲ生ス此條件ハ則チ訴訟條件ナリ今訴訟條件ノ定義ヲ舉レハ左ノ如シ

訴訟條件トハ一定ノ科刑權ニ付キ裁判所ト當事者ニ於テ有效ニ訴訟關係ヲ成立セシムルニ必要ナル事實ナリ

刑事訴訟ノ法律關係ハ公訴ノ提起ニ依リテ成立ス故ニ訴訟條件ハ公訴提起ノ條件ナリ若シ訴訟條件ヲ缺ケル檢事ハ公訴ノ提起ヲ爲スヲ得ス又裁判所ハ有效ニ豫審又ハ公判ノ手續ヲ爲スヲ得ス然レトモ捜査手續ニ於テハ然ラス檢事ハ訴訟條件ヲ缺クトキハ捜査ヲ爲スノ義務ナシト雖モ

訴訟條件ノ存否ハ捜査手續ニ依リ公訴提起前ニ於テ確定セラルルヲ要スルカ故ニ訴訟條件ハ捜査手續ノ有效條件ニ非サルナリ

訴訟條件ハ訴訟創設ノ行為ト區別スルヲ要ス訴訟創設ノ行為ハ公訴ノ提起ニシテ直接ニ訴訟關係ヲ成立セシムル行為ナリ訴訟條件ハ訴訟關係ノ成立ヲ有效ナラシムルニ必要ナル訴訟外ノ事實ナリ公訴ノ提起ト訴訟條件トハ相待テ訴訟關係ヲ有效ニ成立セシムルト雖モ訴訟關係ハ必スシモ公訴ノ提起ノミニ依テ成立スルモノニ非ス(一四二條一四三條參照)公訴提起以外ノ行為ニ依リ訴訟關係ヲ成立スル場合ニ於テモ亦訴訟條件ノ存在ヲ要ス又訴訟條件ハ訴訟外ニ在ル事實ナレハ訴訟行為其者ト合體スル條件ト區別スルヲ要ス起訴カ適法ナルコトハ判決ヲ爲スノ條件ナレトモ是レ訴訟條件ニ非ス或訴訟ノ作用ハ他ノ訴訟行為カ適法ニ行ハレテ始メテ生スルコトヲ得トノ意味アルニ過キタルナリ

訴訟條件ハ處罰條件ト區別スルコトヲ要ス處罰條件ハ實體法上ノ法律關係カ成立スルニ必要ナル條件ナリ實體法上ノ法律關係ハ國家ト犯人トノ間ニ於ケル科刑及ヒ受刑ニ關スル法律關係ニシテ犯罪ニ依リテ成立スルヲ通常トス然レトモ或犯罪ニ於テハ犯罪ナル行為アルノミニテハ未タ科刑權カ發生セズ處罰條件ノ存在ヲ待テ始メテ此請求權カ發生スルコトアリ由テ處罰條件ナルモノハ犯罪行為ヨリ獨立シテ存在スル事實ニシテ科刑權ノ成立ニ必要ナルモノヲ云フ今訴訟上ノ法律關係ヲ見レハ科刑權ノ確定ヲ目的トシ訴ノ提起ニ依リ生シタル裁判所及ヒ當事者間ノ關係ナリ

以上訴訟條件ニ付キ説明シタル所ハ刑事訴訟全體ニ於ケル一個トシテノ法律關係ノ成立ニ必要ナル條件トシテ觀察シ來リタルモノナリ然レトモ此一個ノ法律關係ハ訴訟ノ進行スルニ從ヒ變化スルモノナリ此變化ニ依リ新ニ生スル法律關係ニ付テモ其成立ノ條件アリ故ニ豫審ノ條件、公判ノ條件、上訴ノ條件アリ又一個ノ訴訟行為ニ付テモ之カ有效ニ成立シ刑事訴訟ニ效果ヲ及ホスニハ其條件アルヲ要ス例ヘハ判決ノ條件、勾引拘留ノ條件ノ如シ是等ノ條件ヲ總稱シテ廣義ノ訴訟條件ト稱スルヲ得ヘシ面シテ廣義ノ訴訟條件中判決ノ條件ハ多數ノ學者カ特ニ其條件ヲ抽出シテ説明ヲ爲ス所ナリ然レトモ其判決條件トシテ説明スル所ハ判決前ニ於ケル訴訟行為ノ條件ニシテ只其行為ノ有效ナル成立カ判決ニ效果ヲ及ホスモノヲ説明スルニ止マル

第二節 種類

訴訟條件ハ觀察ヲ異ニスルニ依テ種種ニ區別セラル即チ左ノ如シ

第一 一般ノ訴訟條件、特別ノ訴訟條件 一般ノ訴訟條件ハ第一審ナルト上訴審ナルトヲ問ハス通常ノ訴訟手續ナルト特別ノ訴訟手續ナルトヲ論セス一般ニ各訴訟關係ノ成立ニ必要ナル條件ナリ特別ノ訴訟條件ハ或種ノ訴訟關係ニ付テ一般ノ訴訟條件ノ外ニ於テ之ト共ニ存在スルヲ要スル條件ナリ例ヘハ控訴審ニ於ケル訴訟關係ニハ一般ノ訴訟條件ノ外控訴申立ノ有效

刑事訴訟法 訴訟行為 訴訟條件 種類

條件ヲ要スルカ如シ

第二 絶對ノ訴訟條件、相對ノ訴訟條件 絶對ノ訴訟條件ハ公益ノ爲メニ假ケタルモノニシテ相對ノ訴訟條件ハ當事者ノ利益殊ニ被告人ノ利益ノ爲メニ訴訟法ノ定ムル所ナリ從テ絶對ノ訴訟條件ノ存否ハ訴訟ノ如何ナル程度ニ於テモ職權ヲ以テ調査スルヲ要シ相對ノ訴訟條件ハ其欠缺ヲ當事者ヨリ主張シテ始メテ裁判所共存否ヲ調査スルニ在リ且當事者ノ欠缺ノ主張モ亦訴訟進行ノ或時期ニ於テ之ヲ爲スヲ許シ其時期ヲ經過スレハ之ヲ主張スルノ權ヲ失フ是ヲ以テ當事者ハ相對的條件ノ欠缺ヲ主張スルコトヲ拋棄シ得ヘク之ヲ拋棄スレハ其欠缺ハ補充セラルル之ニ反シテ絶對的條件ハ當事者ノ拋棄ヲ許サス其拋棄ニ依テ欠缺ヲ補充スルコトヲ得ス故ニ絶對的條件ヲ拋棄スルヲ得ザル條件ト云ヒ相對的條件ヲ拋棄スルヲ得ヘキ條件ト云フ現行法ニ於テハ訴訟成立條件ニ付テハ相對的ノモノヲ認メス然レトモ或一部ノ訴訟行為ヲナスニ付テハ相對的ノ條件ヲ認ムルコトアリ例ヘハ判事カ各訴訟ニ干與スルニハ公平ナル裁判ヲ爲シ得ヘキ資格ヲ條件トス然ルニ偏頗ナル裁判ヲ爲スノ恐アル事情アルモ當事者カ一定ノ時期ニ忌避ノ申請ヲ爲ササレハ裁判所ハ其條件ノ存否ヲ審査スルコトナシ是レ相對的條件ト云フヲ得ヘシ

第三 積極ノ訴訟條件、消極ノ訴訟條件 積極ノ條件ハ訴訟カ有效ニ成立スルニ其存在ヲ必要トスル條件ナリ消極ノ條件ハ訴訟カ有效ニ成立スルニハ存在ヲ必要トスル條件ナリ裁判所ノ管轄權ハ前者ニ屬シ本案ノ確定判決ハ後者ニ屬ス本項ノ區別ハ訴訟條件ノ欠缺カ訴訟ニ及ホス效果ニ付テ差異ヲ生スルモノニ非サルカ故ニ之ヲ區別スルノ必要ナキモノナリ

第三節 一般ノ訴訟成立條件

第一 訴訟主體ノ存在及ヒ權能 訴訟關係カ有效ニ成立スルニハ裁判所及ヒ當事者ノ存在ト權能アルコトヲ要ス

裁判所ニ付テハ左ノ權能アルヲ要ス

一 裁判權 各刑事事件ハ客觀的關係及ヒ主觀的關係ニ於テ裁判所ノ裁判權ニ服從スルヲ要シ裁判所カ裁判權ヲ有セサレハ訴訟關係ハ有效ニ成立セス裁判權ハ公益ノ爲メニ裁判所ニ附與セラルル故ニ絶對ノ條件ナリ

二 管轄權 一定ノ裁判所ト當事者トノ間ニ訴訟關係ヲ成立セシムルニハ其裁判所カ事物管轄及ヒ土地管轄ヲ有セサルヘカラス管轄權ハ公益ヲ目的トスルノミナラス當事者ノ利益ヲ目的トシテ規定スルモノナレトモ現行法ハ之ヲ絶對ノ訴訟條件トセリ

當事者ニ付テハ左ノ能力アルヲ要ス

一 當事者能力 死亡者ヲ訴フルハ訴訟成立條件ヲ缺クモノナリ
二 當事者及ヒ其代理人ノ訴訟能力 訴ヲ受クヘキ裁判所ニ附置セラレタル檢事ニ非サレハ

刑事訴訟法 訴訟行為 訴訟條件 一般ノ訴訟成立條件

訴訟能力ヲ缺タカ故ニ訴訟關係ヲ有效ニ成立セシメヌ又法人ヲ罰スヘキ場合ニ於テ其代表者ヲ被告ト爲シ訴フルニ當リ其代表者カ代表ノ權限ヲ缺クトキハ當事者ノ代理人ノ訴訟能力ヲ缺タカ故ニ訴訟成立條件ヲ缺クモノナリ

右當事者能力及ヒ訴訟能力ハ其ニ絶對ノ條件ニ屬ス

第二 同一事件ニ付キ權利拘束又ハ確定判決ノ存在セザルコト 是レ公訴ノ消滅ノ章確定判決ノ説明中ニ述ヘタル所ナリ

第四節 效果

訴訟成立條件ハ訴訟關係ノ有效條件ナリ故ニ訴訟成立條件ノ欠缺ハ左ノ效果ヲ生ス

第一 公訴提起ノ時ニ於テ訴訟成立條件ノ欠缺カ確定シタルトキハ檢事ハ起訴ヲ爲スヲ得ス然レトモ其欠缺カ確定セザルトキハ搜查手續ヲ以テ之ヲ定ムルノ義務アリトス又訴訟成立條件ノ欠缺タルトキハ裁判所ハ本案ノ犯罪事實ヲ審査スルノ義務ナシ

第二 訴訟成立條件ヲ欠クニ拘ハラヌ公訴カ提起セラレタルトキハ事實上訴訟關係ハ成立スルモノト謂フヘキモ法律上訴訟關係ハ成立セス然レトモ現行法ニ於テ裁判所ハ何等ノ裁判ヲ爲スコトナクシテ手續ヲ終了スルヲ得ス裁判ヲ以テ其訴ヲ却下セザルヘカラス是レ管轄違又ハ公訴不受理ノ裁判ナリ此裁判ハ裁判所ノ職權ヲ以テ之ヲ爲スヲ得ヘク又當事者ハ此裁判ヲ爲

スコトヲ申立ルヲ得ルナリ(一八六條參照)而シテ訴却下ノ判決確定シタル後更ニ新ナル訴ヲ以テ同一ノ訴訟目的物ニ付キ裁判所ノ判決ヲ求ムルヲ得

第三 裁判所カ訴訟申立條件ノ欠缺ニ拘ハラヌ本案ニ付キ判決ヲ爲シタルトキハ其判決ハ上訴ニ依テ取消サルモノナリ上訴審ハ其判決ヲ取消シ訴ヲ却下セザルヘカラス然レトモ當事者カ上訴ヲ爲スコトナク本案ニ付テノ判決カ確定スルニ至リタルトキハ其判決ハ確定力ヲ有シ之ヲ執行セザルヘカラス判決ノ確定力ハ訴訟成立條件ヲ缺キタル場合ト否トヲ問ハス同一ノ效力アルモノナリ此場合ニ於テ判決ハ當然無効ナリト云フ能ハス

處罰條件ノ欠缺シタル場合ハ其效果ニ於テ上述スル所ト同シカラス

第一 之ヲ缺クモ檢事ハ公訴ヲ爲スヲ得ヘク裁判所ハ本案事實ノ審査ヲ爲スヲ得ヘシ唯判決ヲ爲スニ方リ其條件具備スレハ足レリトス

第二 處罰條件ヲ缺クモ訴ヲ却下スルヲ得ス無罪ノ判決ヲ爲スニ在リ此ノ如ク本案ニ付テ判決スルカ故ニ再ヒ同一ノ訴訟目的物ニ付キ訴ヲ爲スヲ得サルモノトス

第四編 第一審ノ手續

第一章 搜查

搜查ハ起訴不起訴ヲ定ムルニ必要ナル材料ヲ得ルヲ目的トスル起訴準備ノ手續ナリ搜查手續ハ

起訴ノ準備ナルカ故ニ被嫌疑者タル者ハ此手續ニ於テ訴訟ノ主體タラスシテ捜査處分ノ目的物タルモノトス蓋シ捜査手續中ハ未タ其事件ハ裁判所ニ繫屬セサルヲ以テ訴訟關係ナルモノヲ生セサレハナリ依テ公訴提起後ノ手續ト異ナリ捜査ノ範圍ハ制限ナク之ヲ檢事一個ノ指揮ニ任シ隨意ニ行ハシメ捜査ノ方針及ヒ其範圍ヲ定ムルカ如キハ全ク檢事ノ權内ニ存スル所ナリ(四六條參照)

捜査手續ハ公訴ヲ提起スヘキヤ否ヤヲ定ムル目的ノ爲メニ證據及ヒ犯人ヲ捜査スルニアルコトハ第四六條ノ定ムル所ナリ之ニ依テ捜査ノ目的ヲ舉示スレハ(一)行爲ハ犯罪ナリヤ又訴訟條件ヲ具フルヤノ捜査(二)何人カ犯人ナリヤノ捜査(三)煙滅ノ恐アル證據ヲ公判ノ爲メニ保全スルコト(四)被嫌疑者ヲ保全スルコト是ナリ

捜査ノ方法ハ特別ノ場合ヲ除クノ外ハ強制力ヲ用キルヲ得ス蓋シ第四六條ハ佛國治罪法ヨリ來リタルモノニシテ初メ佛國治罪法ノ草案ニ於テハ現行犯ナルト非現行犯ナルトヲ問ハス檢事、司法警察官ハ證據ヲ集取スルヲ得ルモノトセシモ遂ニ現行犯ノ場合ニ限り檢事、司法警察官ニ公力ヲ用フルノ職權ヲ與フヘシトノ折衷ノ規定ヲ見ルニ至リタリ我舊治罪法ハ此精神ヲ採リ其第九二條ニ於テ證據ヲ捜査シ云ト規定シ以テ其公力ヲ用ヒサルコトヲ明カニセリ本法第四六條ニ於テ舊治罪法第九二條ト同一ノ規定ヲ設ケ豫審ニ於テハ第九一條ニ證據徵集ヲ集取スヘシト規定シテ捜査ト其用語ヲ區別シ以テ公力ヲ用フルモノト否トヲ明カニセリ

捜査ニ於テハ強制力ヲ用ヒシテ任意ニ出頭供述スル限リハ關係人ヲ訊問スルヲ得ヘシ又證據物ノ犯所ニ在ルカ若クハ任意提出ニ係ル場合ハ之ヲ收メテ領置スルヲ得ヘシト雖モ之ニ反シテ他人ノ家宅ヲ其意ニ反シテ捜査シ若クハ墳墓ヲ發掘スルカ如キハ之ヲ許ササル所ナリ又犯罪其他ノ場所ノ實況ヲ見分スルヲ得ルモ檢證ハ現行犯ノ場合ニ非サレハ爲スヲ得ス

捜査處分ハ之ヲ大別シテ現行犯ノ手續ト非現行犯ノ手續トノ二トシ現行犯ノ場合ニ於テハ公力ヲ用キルヲ得ヘシ而シテ現行訴訟法ニ於テハ非現行犯ノ場合ニ於ケル捜査ノ規定甚タ粗ニシテ捜査ノ權力モ亦十分ナラス

捜査ノ始期及ヒ終期如何 捜査權ハ犯罪アルト同時ニ發生ス但報告罪ニ付テハ告訴ナケレハ公訴權ハ發生セサルカ故ニ其準備ノ爲メニスル捜査權モ亦發生セス判例ハ告訴前ニ於テ報告罪ノ現行犯人ヲ逮捕スルヲ得ルコトヲ認ム予輩ハ此逮捕ハ警察上ノ處分ニ非スシテ捜査ノ目的中ニ包含スル犯人ノ保全ナレハ告訴ナクシテ之ヲ爲ス能ハスト信ス捜査ノ終期ニ至リテハ捜査ヲ以テ單ニ起訴ノ準備ニ過キストナス者ハ起訴以後之ヲナス能ハスト云フモ捜査手續ノ目的ト捜査ノ方法ヲ何時マテ用フルヲ得ヘキヤハ別問題ナリ第四六條ニ依レハ捜査ノ方法ハ證據材料ヲ得ルヲ唯一ノ目的トスルヲ以テ公訴ノ實行中ニ維持スルニ必要ナル資料ヲ得ルニ妨ナク捜査方法ノ終局ノ目的ハ適當ノ刑ヲ適用スルコトヲ求ムルニアリトス然ラハ檢事ハ何時マテモ捜査ヲ爲スヲ得ルモノト云ハサルヘカラス

檢事、司法警察官カ捜査ヲ爲スニハ犯罪ヲ認知セザルヘカラス而シテ之ヲ認知スル方法二アリ即チ捜査權ヲ有スル者カ自ラ犯罪アルコトヲ認知スル場合ト他人ニ依リテ之ヲ認知スル場合トナリ自ラ犯罪ヲ認知スル場合ハ主トシテ現行犯ノ場合ナリ風評又ハ新聞ノ記事等ニ依リテ之ヲ認知スル場合ヲモ包含スヘシ他人ニ依リテ犯罪ヲ認知スル場合ハ告訴、告發又ハ自首ニ依リテ犯罪ヲ認知スル場合ナリ而シテ本法ニ於テ捜査ノ原因ニ付キ規定ヲ設ケタルハ告訴告發及ヒ現行犯ニ關スル事項ノミナリトス而シテ捜査ハ其原因ノ異ナルニ依リ捜査ノ手續ニ差異アルモノニアラスシテ現行犯ノ場合ナルト非現行犯ノ場合ナルトニ依リテ其手續ヲ異ニスルノミ

第一節 告訴及ヒ告發

告訴トハ直接又ハ間接ノ被害者カ犯罪アルコトヲ捜査官ニ申告スルヲ謂ヒ又告發トハ被害者以外ノ者カ犯罪アルコトヲ捜査官ニ申告スルヲ謂ヒ自首トハ犯人カ犯罪アルコトヲ自ラ申告スルヲ云フ故ニ此三者ハ申告者ノ異ナルヨリ名稱ヲ異ニセシノミナリ從テ此三者ハ唯僅ニ些末ナル手續ニ於テ其差異アルノミ

告發ニハ私ノ告發ト公ノ告發トアリ私ノ告發ハ何人ト雖モ各人ノ權利トシテ之ヲ爲スコトヲ得ヘキモノニシテ第五三條ニ規定スル所ナリ公ノ告發ハ官吏公吏ニ對シ告發ノ義務ヲ負擔セシメタル場合ニシテ第五二條及ヒ第五八條ニ規定セル所ノモノ是ナリ告訴及ヒ私ノ告發ハ各人ノ權

利ニ屬スルヲ原則トナセトモ第六一條ニ於テハ其例外トシテ之ヲ義務トナセリ而シテ同條ニ於テハ告訴告發ヲ以テ義務トナシタレトモ之ニ違背スルモノニ對シテ何等ノ制裁ヲ加フルコトナシ今左ニ告發ノ各場合ヲ説明スヘシ

第一 一般ノ官吏公吏カ其職務ヲ行フニ因リ犯罪ヲ認知シタルトキハ速ニ其職務ヲ行フ地ノ檢事ニ告發スルノ義務ヲ負フモノトス(五二條參照)此告發ノ義務アル官吏ノ中ニハ檢事、司法警察官ヲ包含セザルモノトス檢事ハ公訴提起ノ權ヲ有スル者ナルヲ以テ犯罪アルコトヲ認知シタルトキハ直チニ所屬裁判所ニ起訴スヘク若シ其裁判所ノ管轄ニ屬セザルトキハ第六四條ニ依リ管轄裁判所ニ送致スヘキモノナレハ告發ヲ爲スノ義務ナキコトハ明白ナリ司法警察官ニ付テハ第一四七條ニ依リ罰金ノ刑ニ該ル犯罪ナルト否トヲ問ハス現行犯處分ヲ爲シ管轄裁判所ノ檢事ニ送致スヘキモノトナセリ此ノ如ク現行犯ノ場合ニハ司法警察官ハ如何ナル裁判所カ管轄裁判所ナルカヲ定メ而シテ犯人ヲ玆ニ送致スヘキ重キ義務アリ又第四九條第二項第五三條第二項ニ於テモ司法警察官カ告訴、告發ヲ受ケタルトキハ即決ヲ爲スヘキ場合トシ除キ其他ハ悉ク管轄裁判所ノ檢事ニ其書類ヲ送致スルモノトセリ故ニ告發ヲ爲スノ義務ナシトス要スルニ捜査權ヲ有スル者ハ告發ヲ爲スコトナク起訴又ハ送致ヲ爲スヘキモノナリ巡査憲兵上等兵ハ第五二條ノ官吏中ニ包含セラレルモノトス

第二 巡査、憲兵上等兵カ其職務ヲ行フニ當リ重罪又ハ禁錮ノ刑ニ該ルヘキ輕罪ノ現行犯アル

コトヲ知リタルトキハ被告人ヲ逮捕シテ速ニ之ヲ司法警察官ニ引致シ口頭ヲ以テ告發スルノ義務アリ此場合ニ被告人ヲ受取リタル司法警察官ハ巡查等ノ逮捕及ヒ告發ノ頭末ヲ聽取シ之ニ付キ調書ヲ作ルヘキモノトス又巡查、憲兵上等兵カ罰金ノ刑ニ該ルヘキ輕罪又ハ違警罪ノ現行犯アルコトヲ知リタルトキハ輕罪ニ付テハ檢事ニ違警罪ニ付テハ即決官署ニ之ヲ告發スヘキモノトス(五八條五九條參照)

第三 告訴及ヒ私ノ告發ニシテ義務ニ屬スル場合ハ何人ニ限ラズ重罪又ハ禁錮ノ刑ニ該ルヘキ輕罪ノ現行犯ニ付キ被告人ヲ逮捕シタルトキ之ヲ司法警察官ニ引致スル能ハスシテ假ニ巡査、憲兵卒ニ引致シタルトキニハ告訴又ハ告發スルノ義務アルモノトス(六一條參照)又爆發物取締罰則第八〇條ニ依レハ該罰則ニ記載シタル重罪アルコトヲ認知シタルトキハ直チニ警察官吏若クハ危害ヲ被ムラントスル人ニ告知スヘキモノトシ若シ之ニ違フ者ハ六月以上五年以下ノ重禁錮ニ處セラルルモノトス是レ告發ノ義務ヲ負擔セシメタルト同時ニ之ニ制裁ヲ附シタル唯一ノ場合ナリ

告訴、告發ヲ受クヘキモノハ檢事及ヒ司法警察官ナリ而シテ告訴ハ犯罪ノ地若クハ被告人所在地ニ於テ之ヲ爲シ告發ハ被告人ノ所在地若クハ犯罪ノ地ニ於テ之ヲ爲スヘキモノトス(四九條五三條參照)此ノ如ク土地ノ管轄ニ付テハ明文アルモ事物ノ管轄ニ付テハ明文ナシ然レトモ檢事ニ告訴又ハ告發ヲ爲ス場合ニハ必ス其事物ノ管轄ニ從ヒテ地方裁判所檢事若クハ區裁判所檢

事ニ之ヲ爲スヘキナリ然レトモ法律ニ規定シタル地ノ檢事ニ告訴告發セサルモ捜査原因カ無效タルニ非ス只捜査ノ便宜ノ爲メ告訴告發ノ地ヲ定メタルニ過キサルナリ

告訴、告發ニシテ上述ノ管轄及ヒ告訴ノ方式ニ違背シタルトキハ如何ナル結果ヲ生スヘキヤト云フニ管轄ニ違背スルトキハ檢事ハ其告訴狀、告發書ヲ管轄裁判所ノ檢事ニ送致スヘク又方式ニ違背アルモ捜査官カ犯罪ヲ認知シ捜査ニ著手スルモ毫モ影響スル所ナキナリ然レトモ今日ノ實際ニ於テハ告訴狀、告發狀ヲ證據ニ援用スルコトアルヲ以テ管轄及ヒ方式ニ違背シタルトキハ爲メニ議論ヲ生ス管轄ニ違背スルモ別ニ無効タルコトナキモ方式ニ違背シタルトキハ之ヲ證據トスルヲ得サルヘシ

告訴人、告發人ノ責任ニ付テハ本法第一三條ニ規定スル所ナリ元來告訴人告發人カ不實ノ事ヲ申告シタルトキハ誣告罪ノ責任ヲ免カレサレハ當然ナレトモ此刑事上ノ責任ノ外ニ惡意ノ場合ハ勿論善意ニテモ誣訟ノ原因告訴人又ハ告發人ノ重過失ニ出テタルトキハ民事上ノ損害賠償ノ責任ヲ負擔スヘキモノトス民法ニ於ケル過失ハ其輕重ヲ問ハサルヲ原則トスレトモ本法第二三條ハ重過失ニ限り賠償ノ責任アルモノトセリ是レ輕過失ニ對シテモ責任ヲ負擔スヘキモノトスルトキハ犯罪アルモ告訴告發ヲ爲ス者ナキニ至リ法律ニ於テ告訴、告發ヲ望ムノ主旨ト相反スレハナリ此要領ノ訴ハ私訴ト同シテ第二審ノ判決アルマテハ刑事裁判所ニ提起スルコトヲ得又其訴訟手續モ私訴ト同一ニ爲スヘキモノナラン

0215

第二節 現行犯

本法ニ於テハ現行犯、準現行犯ハ犯罪自體ノ性質ノ區別ニアラスシテ犯罪發覺ノ狀態ニ因リ強
 制處分ヲ爲スヲ得ヘキ捜査手續ノ標準トナル名稱ナリ犯罪發覺ノ狀態ノ名稱ナリ
 本法第五六條ニ依レハ現行犯ニハ現ニ犯罪ヲ行ヒツツアル際ニ發覺シタルモノト之ヲ行ヒ終リ
 タル際ニ發覺シタルモノトアリ後段ノ場合ハ其限界甚タ不明ナリ從テ種種ノ議論ヲ生セリ或ハ
 曰ク現ニ行ヒ終リタル際發覺シタリトハ犯罪事實ト犯人トノ關係ヲ認ムルコトヲ得ル場合ニシ
 テ例ヘハ犯人カ犯行ノ後ニ犯罪ノ場所ヲ去ラサルカ又ハ其場所ヲ去ルモ尙ホ犯人ノ其者タルコ
 トヲ知ルヲ得ヘクシテ之ヲ追捕シ得ルカ如キ場合ナリト此說ハ現行犯ノ發覺ヲ犯人ノ逮捕ニノ
 ミ適用スル獨乙治罪法ニ於ケル主義ニハ適當ナルモノナリ然レトモ第五六條ノ發覺ニハ犯人ノ
 發覺ヲ要スルモノニアラス本法第一四二條ニ於テ豫審判事ハ現行犯アリタルコトヲ知リタル場
 合ニ於テ其事件急速ヲ要スルトキハ檢事ノ請求ヲ待タス直チニ豫審ニ取掛ルコトヲ得ルモノト
 ナセリ然ルニ此場合ニハ毫モ犯人ノ現在スルコトヲ條件トナス抑、法律カ現行犯ノ規定ヲ設
 ケタルハ事件カ急速ノ處分ヲ要シ若シ通常ノ手續ニ依ルトキハ被告人ハ逃亡シ現在スル所ノ證
 據ハ消失スルカ故ニ現行犯ノ規定ハ斯ル場合ニ處スル特別ノ手續ナリトス我大審院ノ判例ニ於
 テモ犯罪ヲ行ヒ終リタル際直チニ發覺シタル事件ハ犯人ノ誰タルコトヲ知ル能ハサル場合ト雖

モ現行犯ナリトセリ次ニ現ニ行ヒ終リタル際トハ全ク犯罪行為ニ密接シタル時ヲ謂フモノニシ
 テ發覺當時ニ於ケル犯跡ノ狀態カ犯罪當時ノ有様ヲ存スルヤ否ヤノ程度ニ依ラ之ヲ區別セサル
 ヘカラス故ニ例ヘハ他殺ニ出テタル死體ヲ發見シタル場合ニ於テ仍ホ鮮血淋漓トシテ犯人ノ犯
 行ヲ終リタルコト遠キニアラザルトキハ之ヲ現行犯ナリト云フヲ得ヘキモ死體ノ腐敗ヲ來シ既
 ニ數日ヲ經過シタルカ如キ場合ハ之ヲ現行犯ナリト云フ能ハス又犯跡ノ消散シ易キ場所ニ行ハ
 レタルト否トニ依リ犯罪狀態ノ現行犯タルト否トカ定マルコトアルヘシ要スルニ現行犯ナリヤ
 否ヤノ區別ハ各場所ニ於ケル發覺ノ狀態ニ依リ之ヲ甄別スル外ナシトス
 第五六條ノ發覺ハ何人ニ限ラス犯人以外ノ者ニ發覺シタル場合ニシテ其一個人ニ知レタルト官
 ノ知ル所トナリタルトニ區別アルコトナシ若シ通常人又ハ巡查ニ發覺スレハ此者ハ犯人ヲ逮捕
 スルヲ得ヘク司法警察官ニ發覺シタルトキハ逮捕ノ外現行犯ノ處分ヲ爲スヲ得ルト云フニ止マ
 ルモノトス而シテ一度現行犯トシテ發覺スルトキハ現行犯ノ手續ヲ繼續スル間ハ之ヲ現行犯ト
 シテ取扱フヲ得ヘキモ一タヒ其手續ヲ終リタルトキハ最早ヤ現行犯トシテ之ヲ取扱フヲ得サル
 モノトス例ヘハ通常人カ現行犯人ヲ逮捕シ司法警察官ノ面前ニ引致スルモ之ヲ釋放シタル後ハ
 更ニ之ヲ逮捕スルモ現行犯トラス然レトモ司法警察官カ現行犯トシテ之ヲ檢事ニ送致スレハ檢
 事ハ之ヲ現行犯トシテ訊問スルヲ得ヘシ
 準現行犯ノ場合ハ則チ左ノ如シ

第一 犯人トシテ一人又ハ數人ニ追呼セララルトキ

本條ニ依レハ被告人ヲ公衆カ犯罪人ナリト叫ブノミニテモ又ハ叫フコトナクシテ追跡スルノミニテモ準現行犯タリ然レトモ公衆ノ叫喚ハ犯人ヲ目撃シタルヨリ起リタルコトヲ要スルモノニシテ犯人ナリトノ風評ノミヲ以テハ準現行犯トナスヲ得サルナリ

第二 兇器贓物其他ノ物件ヲ携帶シ又ハ身體被服ニ顯著ナル犯罪ノ痕跡アリテ犯人ト思料スヘキトキ

佛國治罪法ニハ犯罪ノ時ヨリ間モナク正犯又ハ從犯タルコトヲ思料セシムル兇器等ヲ携帶スルトキハ之ヲ準現行犯トセリ然ルニ本法ハ犯罪後數月ヲ經タル後ト雖モ兇器等ヲ携帶シ且テ不審ノ舉動アリテ犯人ト思料スヘキトキハ現行犯ノ處分ヲ爲スコトヲ得ヘシ又携帶トハ管ニ之ヲ手ニ握有スル場合ノミニ限ラス犯人ノ監督内ニ在ルモノナルトキハ總テ此内ニ包含スヘキモノトス

第三 家宅内ニ於テ犯シタル罪ヲ檢證スル爲メ又ハ其犯人ト思料スヘキ者ヲ逮捕スル爲メ戶主ヨリ官吏ニ其處分ヲ求メタルトキ

本項ハ佛國治罪法第六四條ヨリ來リタルモノニシテ同法ニ於テハ一家内ノ安全ヲ保護スルカ爲メニ之ヲ現行犯ニ準シタルモノナリ故ニ本法ニ於テモ犯罪ニ因テ侵サレタル一家ノ安全ニシテ既ニ平常ニ復シ數月ヲ經タル後ニ在リテハ本項ヲ適用スルコトヲ得サルモノトス

以上ハ我刑事訴訟法ノ認ムル現行犯、準現行犯ノ場合ニシテ全ク佛國治罪法ニ倣ヒタルモノナリ然ルニ現行犯ノ場合ニ於テノミ強制處分ヲ爲シ得ルモノト爲シタルハ甚タ狹隘ニ失スルモノニシテ是レ畢竟逮捕ノ處分ト證據保全ノ處分トヲ混同シタルカ爲メナリ逮捕ノ處分ハ或ハ現行法ノ規定ニ依リテ支障ヲ生セサルヘキモ證據保全ノ處分ニ至リテハ獨、埃ノ治罪法ノ如ク遲延スルトキハ爲メニ危險ヲ生スヘキ場合ニ於テハ特別ノ處分ヲ許スヘキヲ至當トシ現行犯ノ場合ノミニ制限スヘキニ非ス

第一 現行犯人ノ逮捕

現行犯及ヒ準現行犯ノ場合ニハ司法警察官巡查、憲兵上等兵及ヒ通常人ハ其犯人ヲ令狀ヲ待タスシテ逮捕スルヲ得ヘシ(五八條乃至六一條參照)

第二 現行犯ノ特別處分

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

一 豫審判事ハ檢事ヨリ先キニ重罪又ハ地方裁判所ノ管轄ニ屬スル輕罪ノ現行犯アルコトヲ知リタル場合ニ於テ其事件急速ヲ要スルトキハ檢事ノ起訴ヲ待タス直チニ其旨ヲ通知シ豫審ニ取掛ルコトヲ得此場合ハ檢事ノ起訴ナシト雖モ豫審判事ノ檢證調書ヲ作ルヲ以テ公訴ヲ受理シタルモノトス(一四二條一四三條參照)此處分ハ豫審判事ノ爲ス處分ナルカ故ニ之

ヲ以テ捜査處分ト云フ能ハス第一四二條第一項ニモ豫審ニ取掛ル云云トノ明文アルニ依リテ知ルヘキナリ

豫審判事カ此處分ヲ爲スヲ得ヘキ場合ハ殺人、放火罪ノ如キ檢證ヲ要スル犯罪ニ限ルモノトス何トナレハ第一四二條第二項ニ於テ豫審判事ハ犯所ニ臨檢シ合狀ヲ發シ其他豫審ノ處分ヲ爲スコトヲ得トアリ第一四三條ニ前條ノ場合ニ於テハ豫審判事檢證調書ヲ作ルヲ以テ公訴ヲ受理シタルモノトストアルヲ以テ豫審判事カ臨檢處分ヲ爲シ其調書ヲ作ルニアラザレハ公訴ハ起ラス從テ其他ノ豫審處分ハ全ク無効タルヘケレハナリ而シテ檢證調書ヲ作ラサレハ豫審處分ノ無効タル所以ハ法律ノ主旨トスル所檢證ヲ以テ豫審判事ノ特別處分ノ條件トナシタルニ因ル然レトモ檢證ヲ爲シタル後ニアラサレハ他ノ豫審處分ヲ爲シ得サルニアラス他ノ處分急速ヲ要スレハ先キニ之ヲ爲スヲ得ヘキナリ蓋シ第一四二條第一項ニ於テ豫審ニ取掛ルコトヲ得トアリテ同條第二項ハ第一項ヲ制限シタルモノト解スル能ハサレハナリ

豫審判事カ檢證處分ニ著手シタル後其事件親告罪タリ又ハ無罪タルコトヲ發見シタルトキト雖モ其儘ニ手續ヲ終了スル能ハス普通ノ場合ト均シク書類ヲ檢事ニ送致シ其意見ヲ聽キタル後豫審終結ノ手續ヲ爲ササルヘカラス

二 檢事、司法警察官ノ現行犯ニ對スル處分ハ豫審處分ニ屬スルヤ又ハ捜査處分ニ屬スルヤ此論ニ付テハ此處分ハ起訴前ノ處分ナリヤ否ヤニ在リトス而シテ若シ之ヲ豫審處分ナリトセハ本法第一一條ニ依リ此處分ニ著手スレハ公訴ノ時効ヲ中斷スヘク之ヲ捜査處分トセハ時効中斷ノ效ヲ生スルコトナカルヘシ又土地ノ管轄ニ付キ先著手ノ管轄トナルト否トノ差ヲ生ス今各場合ニ付キ仔細ニ之ヲ研究スル所アルヘシ第一ニ司法警察官カ第一四七條ニ依リ假處分ヲ爲スモ常ニ公訴ノ起ラサルハ明カナルヘシ其故ハ同條第二項ニ司法警察官ハ現行犯處分ヲ爲シタル上證憑書類ニ意見書ヲ添ヘ速ニ之ヲ管轄裁判所ノ檢事ニ送致スルモノトシ第一四八條ニ於テ地方裁判所檢事ハ司法警察官ヨリ事件ノ送致ヲ受ケタルトキハ一切ノ書類ニ請求書ヲ添ヘ豫審判事ニ送致スヘキモノトセリ而シテ此豫審ノ請求ニ因リ始メテ公訴ハ起ルモノトス區裁判所檢事カ司法警察官ヨリ送致ヲ受ケタル場合ニ付テハ法律ニ規定ナシト雖モ地方裁判所檢事ノ爲スヘキ手續ト異ナルヘキ理由ナキヲ以テ區裁判所ノ公判ニ起訴スヘキモノトス(舊治罪法ニ於テ本法第一四八條第一四九條ニ相當スル第二〇六條第二〇九條ニ於テハ一般ニ檢事ハ云云ト規定シテ區裁判所檢事ヲ包含セシメタリ)而シテ第二ニ區裁判所檢事カ第一四四條第一四六條ニ依リ現行犯ノ處分ヲ爲シタルトキハ其地方裁判所ニ屬スル事件ナルト區裁判所ニ屬スル事件ナルトヲ問ハス起訴ノ效ヲ生セサルモノニシテ區裁判所檢事ハ地方裁判所ニ屬スル事件ニ付キ現行犯處分ヲ爲シタルトキハ第一四五條ニ依リ證憑書類ニ意見書ヲ添ヘ之ヲ地方裁判所檢事ニ送致シ其送致ヲ受ケタル地方裁

0218

判所檢事ハ第一四八條ニ依リ豫審請求書ヲ添ヘテ豫審判事ニ送致シテ起訴ノ手續ヲ爲サ
 サルヘカラス又區裁判所檢事ハ第一四六條ニ依リ區裁判所ニ屬スル事件ニ付キ現行犯處分
 ヲ爲シタルトキニ若シ被告人ヲ勾留シタル場合ニ於テハ三日内ニ起訴ノ手續ヲ爲スヘキコ
 トハ同條第二項ノ規定スル所ナリ故ニ此場合ニ於ケル區裁判所檢事ノ現行犯處分ヲ以テ起
 訴アリタルモノトナスヲ得ザルナリ第三ニ地方裁判所檢事カ第一四四條ニ依リ現行犯處分
 ヲ爲シタル場合ニモ公訴ハ起リタルニ非ス第一四九條ノ規定ニ依レハ地方裁判所檢事ハ何
 レノ場合ニ於テモ即チ自ラ現行犯處分ヲ爲シタルトキト雖モ輕罪ノ現行犯ニ係リ豫審ヲ求
 ムルニ及ハスト思料シタルトキハ直チニ其裁判所ニ訴ヲ爲スコトヲ得此場合ニ於テハ現行
 犯處分ニ依リテ公訴ノ提起セラレタルモノニアラザルコト明白ナリトス且第一四九條第二
 項ニ於テ被告事件罪ト爲ラス又ハ公訴受理スヘカラザルモノト思料シタルトキハ如何ナル
 場合ヲ問ハス起訴ノ手續ヲ爲スヘカラストナセリ去レハ現行犯處分ニ著手スルニ公訴カ起
 リタルニアラスシテ其處分ヲ爲シタル後檢事ニ起訴スヘキヤ否ヤヲ定ムルモノトス右ニ述
 ヘタルカ如キ理由ナルヲ以テ檢事、司法警察官ノ現行犯處分ハ起訴前ノ處分ニシテ之ヲ豫
 審處分ト云フコト能ハス現行犯ニシテ急速ヲ要スルカ爲メニ強制力ヲ用フル所ノ一ノ捜査
 處分ナリト云ハサルヘカラス檢事及ヒ司法警察官カ特別處分ヲ爲シ得ル場合ハ臨檢ヲ爲ス
 ヘキ場合ニ限ルヤ否ヤ即チ第一四四條ニ犯所ニ臨檢シタルハ豫審判事ニ屬スル處分ヲ爲

スノ條件タルヤ將タ犯所ニ臨檢スルコトハ特別處分ノ一例ヲ示シタルモノナリヤ否ヤノ問
 題アリ臨檢ヲ以テ要件トナスヘシト論スル者ハ曰ク檢事、司法警察官ニ對シ豫審判事ニ屬
 スル處分ヲ行フコトヲ許シタル範圍ハ第一四二條、第一四三條ニ依リ豫審判事ニ屬スル職
 權ノ範圍ト同一ナラサルヘカラス豫審判事カ檢事ノ請求ナクシテ現行犯ノ處分ニ取掛ルハ
 犯所ニ臨檢スル場合ノミニ限ラレ檢事、司法警察官カ豫審判事ニ屬スル權利ヲ執行スルニ
 當リ之ヨリ廣キ職權ヲ有スルモノトナスハ權衡ヲ得タルモノニアラス第一四四條ニ第一四
 二條ト同シク犯所ニ臨檢シ云云ノ明文アル上ハ臨檢ハ此特別處分ノ條件ナリト云ハサルヘ
 カラスト之ニ反對スル者ハ曰ク地方裁判所檢事カ區裁判所檢事又ハ司法警察官ヨリ現行犯
 ノ被告人ヲ受取リタルトキハ第一四八條第二項ニ依リ二十四時間内ニ之ヲ訊問シ勾留狀ヲ
 發スルコトヲ得ルナリ此場合ニ於テ地方裁判所檢事ハ自ラ犯所ニ臨檢セサルニ拘ハラズ被
 告人ヲ訊問スル權ヲ有ス而シテ他ヨリ現行犯人ヲ受取リタル場合ト自ラ現行犯處分ニ著手
 シタル場合トハ毫モ其手續ヲ異ニスヘキ理ナシ又第一四八條第二項ハ地方裁判所檢事ニ限
 リ被告人ヲ訊問スルノ權ヲ與ヘタルモノニアラス抑、現行犯處分ヲ檢事ニ爲サシムル所以
 ハ事現行犯ニ係ルヲ以テ急速ノ處分ヲ要スルカ爲メナリ即チ第一四八條ハ地方裁判所檢事
 カ爲スヘキ現行犯處分ノ一部ノ手續ヲ示スニ過キストセハ地方裁判所檢事カ被告人ヲ受
 此規定ヲ以テ現行犯處分ノ一部ノ手續ヲ示スニ過キストセハ地方裁判所檢事カ被告人ヲ受

取りタル場合ニ於テ訊問、勾留ヲ爲スノ權ハ法律カ現行犯ニ關スル變例ノ處分トシテ檢事ニ與ヘタル第一四四條ノ職權ノ範圍ニ包含セラルルモノトナササルヘカラス既ニ第一四四條ハ此職權ヲ包含スルモノトセハ同條ニ於テ臨檢ヲ要件トセサルコトハ明カナル所ナルヘシ而シテ區裁判所檢事ニ付テハ現行犯ノ被告人ヲ受取りタル場合ニ付テハ第一四八條ニ相當スヘキ規定ナシト雖モ區裁判所檢事ニハ第一四八條ヲ準用シ訊問、勾留ノ權アリト云フヘシ若シ此權ナシトセハ區裁判所檢事ハ現ニ被告人カ引致セラレテ其目前ニアルニ拘ハラス犯罪事實ノ概略ヲモ取調フル方法ナカルヘキヲ以テ何ニ由リテ其起訴、不起訴ヲ決スルヲ得何ニ由リテ事件ノ管轄ヲ定ムルヲ得ンヤ地方裁判所檢事ノ如ク明文ヲ設ケサルハ區裁判所ノ事件ハ豫審ヲ要セサルカ故ニ舊治罪法第二〇六條ヨリ之ヲ除キタルニ過キサルナリ而シテ檢事ニシテ右ノ如クナレハ之ト同一ノ權限ヲ付與セラレタル司法警察官カ現行犯人ヲ巡査等ヨリ受取りタルトキハ第一四七條ノ處分ヲ爲スヲ得ヘシ此場合ニハ自ラ臨檢ヲ爲シタルニアラサルモ其訊問ヲ爲スヲ得ヘク自ラ現行犯アルコトヲ知リタル場合モ亦之ト異ナルコトナカルヘシ要スルニ第一四二條ノ豫審判事ノ特別處分ハ必ス臨檢セサルモ第一四四條以下ノ檢事、司法警察官ノ職權ハ獨立ノ權利ニシテ第一四二條ト同一ノ規定ニアラスト然ルニ臨檢ヲ以テ要件トナス論者ハ亦之ヲ駁シテ曰ク地方裁判所檢事カ第一四八條ニ依リ自ラ犯所ニ臨檢セサルモ被告人ヲ訊問スルコトハ第一四五條第一四七條ニ依リ區裁判所

檢事又ハ司法警察官ヨリ被告人ヲ受取りタル場合ノ手續ヲ規定シタルモノニシテ此場合ニハ地方裁判所檢事ハ自ラ犯所ニ臨檢セサルモ其補助者タル區裁判所檢事又ハ司法警察官カ既ニ犯所ニ臨檢シタルヲ以テ自ラ臨檢シタルト同一ニシテ又區裁判所檢事カ司法警察官ヨリ被告人ヲ受取りタルトキニ第一四八條第二項ノ如キ規定ナキモ之ヲ訊問スルコトヲ得ルハ此場合ニハ既ニ司法警察官カ犯所ニ臨檢シテ現行犯處分ヲ爲シタル故ニ即チ自ラ臨檢シタルト同一ナルヲ以テ第一四八條ニ依リ訊問權ヲ有スヘク要スルニ第一四八條ノ規定ハ此等ノ爲メニ臨檢ヲ要スヘキモノト解釋スルノ妨ケトナルモノニアラスト我大審院判例ハ以前ニ於テハ臨檢ヲ要セストノ解釋ヲ採リタルモ明治三十一年三月刑事聯合部ノ判決ヲ以テ其判例ヲ變シ第一四四條ニハ明カニ犯所ニ臨檢シタルヲ以テ犯所ニ臨檢シタル場合ニ限ルヘキモノナリト變更シタリ然レトモ第一四八條第二項ニ於ケル地方裁判所檢事ノ訊問權ハ臨檢ヲ要件トセス又區裁判所檢事モ第一四八條第二項ノ地方裁判所檢事ト同一ノ權アリトナセリ

予輩ハ臨檢ヲ要件トセサルヲ以テ解釋ノ當ヲ得タルモノト信ス若シ之ヲ以テ要件トナセハ犯所ニ臨檢シ其他豫審判事ニ屬スル處分ヲ爲スヲ得云云トアルカ故ニ臨檢ヲ爲シタル場合ニモ先ツ臨檢ヲ爲シタル上ニアラサレハ其他ノ處分ヲ爲スコトヲ得ニ被告カ犯所ヲ去テ自首シ來リタル場合又ハ被害者カ死ニ瀕スル場合ノ如キハ直チニ被告人又ハ證人ヲ訊問スル



ヲ以テ利アリトナスニ拘ハラス之ヲ抛擲シテ臨檢ノ處分ヲ先ニセサルヘカラサルカ如キ結
果ヲ生スルハ是レ急速ヲ要スル事件ニ對スル處分トシテ法律ノ精神ヲ得タルモノトハ稱ス
ヘカラサルナリ今日ノ大審院判例ニ於テハ檢事ノ現行犯處分ハ先ツ以テ臨檢ヲ爲シ其引續
トシテ他ノ豫審判事ニ屬スル處分ヲ爲ス得トシ其間ニ數日ヲ隔タルトキノ如キハ後ノ處
分ハ之ヲ無効トセリ是レ臨檢ヲ條件ト論シタル當然ノ結果タリ

公訴ノ提起ニハ二箇ノ主タル方式アリ即チ一ハ豫審ヲ求ムル方式ニシテ一ハ直チニ公判ニ訴ヲ
起スノ方式是ナリ而シテ其如何ナル事件ハ豫審ヲ求ムヘキヤニ付テハ第六二條ニ之ヲ規定セリ

第一 重罪ト思料シタル事件ニ付テハ地方裁判所檢事ハ常ニ豫審ヲ求ムヘクシテ豫審ヲ經ルヲ
以テ其必要條件ナリトス重罪ト俱發シタル輕罪違警罪ニモ此必要條件ハ延長スルモノトス而
シテ重罪事件ノ罪名ヲ付シテ直チニ公判ニ訴ヲ爲シタルトキハ第二三三條ニ依リ公訴ヲ公判
ニ於テ受理セストノ判決ヲ爲スヘキニアラスシテ第二四一條第一項ヲ準用シ豫審判事ニ送付
スルノ決定ヲ爲スヘキモノトス蓋シ重罪事件ニアラサルコトカ公判ヘ訴ヲ提起スルノ必要條
件ニアラスシテ唯重罪事件ハ豫審ヲ經ルヲ以テ必要條件ト爲スノ法意ナレハナリ

第二 輕罪ト思料シタル事件ニ付テハ其輕重難易ニ從ヒ豫審ヲ求ムルカ又ハ直チニ公判ニ訴ヲ
ルヲ得ヘシ此場合ニハ地方裁判所檢事ハ選擇ノ專權ヲ有スルモノトス此輕重難易ハ事實證明
ノ輕重難易ヲ云フ

第三 區裁判所ノ管轄ニ屬スル輕罪ニシテ豫審ヲ要セスト思料シ又ハ違警罪ト思料スルトキハ
地方裁判所檢事ハ其事件ヲ區裁判所檢事ニ送致セサルヘカラス

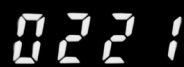
此公訴提起ノ方式ニ關シ豫審ヲ求ムルモノト公判ニ付スルモノトニ共通スル條件ヲ舉クレハ則
チ左ノ如シ

第一 起訴ハ書面又ハ口頭ヲ以テ爲スヲ得ルコト

法律ニ於テハ起訴ノ方式ヲ定メタル規定ナクレハ必スシモ書面ヲ要件トセス然レトモ一定ノ
所爲ニ付キ一定ノ被告人ニ對シ有效ノ起訴アリタルヲ證スル爲メ書面上ノ證明ヲ要ス故ニ口
頭ヲ以テスルトキハ訟廷ニ於テ起訴シ之ヲ公判始末書ニ記載セシムルヲ得ル場合ニ限ル

第二 一定ノ被告人ヲ指定スルコト

裁判所ノ審理裁判ハ檢事ノ指定シタル所爲及ヒ人ニ制限セラルルコトハ彈劾方式ノ結果ナリ
トス從テ本法ニ於テハ檢事ハ起訴ヲ爲ス當時一定ノ被告人ヲ指定セサルヘカラス若シ之ヲ指
定セサルトキハ起訴ハ其效ナキナリ然ルニ檢事カ直チニ公判ニ起訴スル場合ニハ第二一三條
ノ規定アルカ爲メ一定ノ被告人ヲ指定スルコトニ付テ爭ナシト雖モ檢事カ豫審ヲ求ムル場合
ニ於テハ從來人論及ヒ事件論ニ岐レ大ニ議論ヲ戰ハシタル所ナリ事件論ヲ主張スル者ハ曰ク
檢事カ豫審ヲ求ムルハ事件ニ付テ豫審ヲ求ムモノナレハ一定ノ被告人ヲ指定スルヲ要セス
本法第六七條ニ於ケル檢事ノ請求ナル文字ニハ一定ノ被告人ナルコトヲ包含セシテ事件ノ



ミヲ指シタルモノナリ本法第一四二條ニ依リ豫審判事カ檢事ヨリ先ニ現行犯アルコトヲ知リタルトキハ檢證圖書ヲ作ルヲ以テ起訴アリタ[●]モノトス然ルニ現行犯ハ犯人ノ誰タルヤヲ知ル能ハサル場合ト雖モ均シク現行犯タルヲ失ハスシテ此場合ニハ事件ノミニテ公訴ヲ提起セラルルモノナリ既ニ第一四二條ニシテ然ル以上ハ起訴ノ專權ヲ有スル檢事ニ於テモ亦被告人ヲ指定セシテ豫審ヲ求ムルヲ得サルヘカラサルハ當然ナリ本法第一一條ニ於テ起訴ハ未ダ發覺セサル正犯、從犯ニ對シテモ其時效ヲ中斷スヘキ旨ヲ規定シタルハ則チ檢事ノ起訴ノ事件ニ對スルモノナルコトヲ證スル一例ニアラスヤ若シ起訴ニハ一定ノ人ヲ要ストセハ豫審判事ハ證人ヲ取調フルニ當リ其正犯タルコトヲ發見スルモ檢事ノ請求ヲ待ツニアラサレハ之ヲ被告人トシテ訊問シ勾留スルヲ得ヌ又家宅搜索ニ因リテ第三者ヲ共犯タルコトヲ發見スルモ直チニ之ヲ被告人トシテ訊問勾留スル能ハスシテ徒ラニ其逃走ノ機會ヲ與フルノ結果ヲ生スヘシト事件論者ハ此ノ如ク檢事カ被告人甲ニ對シ起訴スルモ其起訴ハ甲ニ對スルノミノ起訴ニアラスシテ其共犯全體ヲ含ムモノトシ豫審判事ハ檢事ノ請求ヲキモ其共犯乙丙ヲ發見スルトキハ其發見スルニ從ヒ直チニ之ヲ審理裁判スルヲ得ルモノトシ又被告人甲カ人違ナルコトヲ發見セハ之ヲ放擲シ眞ノ犯人タル乙ニ就キ直チニ採テ以テ審理裁判スルコトヲ得ルモノトナセリ然レトモ是レ明カニ彈劾方式ヲ採リタル本法ニ背反スルノ說ニシテ又裁判所ノ威信ヲ失墜スルモノト云ハサルヘカラサル事件論者ノ引用セル第一四二條ノ如キハ事件論ヲ採用シタ

ル舊治罪法ノ遺物ニシテ彈劾方式ノ例外タルモノナリ此ノ例外ニ基キ全ク其性質ヲ異ニスル檢事ノ起訴ニ推及論斷スルハ失當モ亦甚シト云フヘシ又第一一條ノ如キハ時效ノ中斷ニ限リ例外トシテ他ノ共犯ノ中斷ニ效ヲ及ボスモノナリト解スルヲ至當トシ之ヲ以テ直チニ起訴ノ效ハ常ニ共犯全體ニ及ブモノナリト斷定スヘカラサルナリ又事件論者ノ憂フル所ノ結果ハ是レ本法ニ於テ豫審ノ進行中豫審判事ニ他ノ犯罪又ハ共犯ヲ發見シ猶豫スヘカラサル時ニ當リテハ證據保全ノ處分ヲ爲サシムル權限ヲ付與セサルノ缺點ニ屬シ其ノ責ハ立法者ニ於テ負ハサルヘカラサル所ニシテ解釋ヲ以テ之ヲ救済スルヲ得サルナリ事件論者ノ如ク人ヲ指定セシテ起訴スルヲ得ルトスルモ豫審終結ノ際ニハ一定ノ被告人ヲ定メ之ニ對シ或ハ公判ニ付シ或ハ免訴スルノ決定ヲ言渡ササルヘカラスシテ裁判ハ一定ノ被告人ニ對シテ與フルモノナレハ裁判ト其目的ヲ同シウスル所ノ起訴ハ事件ヲ以テスルコト能ハス事件ニ對シ裁判ヲ言渡ス能ハサレハ寧ロ起訴ノ初ヨリ被告人ヲ特定スルヲ以テ優レリトスルハ極メテ看易キノ理ナリトス而シテ我大審院ニ於テモ始メハ事件論ヲ採リタルモ近來ハ人論ヲ採ルニ至リ起訴ニハ必ズ被告人ヲ指定スルヲ要スルモノトシ唯現行犯ノ場合ニハ豫審判事カ檢證圖書ヲ作リタル場合ナルト檢事ノ起訴スル場合ナルトヲ問ハズ被告人ヲ指定スルヲ要セサルモノトセリ然レトモ判例ニ於テ現行犯ノ場合ニ於テ檢事ノ起訴[●]モ被告人ノ指定ヲ要セストスルハ失當ナリ

第三 一定ノ所爲ヲ指定スルコト

刑事訴訟法 第一審ノ手續 捜査 現行犯



一定ノ所爲ヲ指定セザレハ如何ナル犯罪ヲ起訴シタルヤヲ知ル能ハサルカ故ニ之ヲ指定セザルヘカラサルコトハ爭ナキ所ナリ然レトモ本法ニ於テ所爲ヲ指定スル方法ニ付キ一定ノ犯罪事實ヲ詳細ニ記載スヘシトノ規定ナキヲ以テ起訴狀ニハ唯罪目ノミヲ表示スルハ足り必スシモ其罪狀事實ヲ之ニ詳記スルヲ要セストセリ是ニ於テカ起訴ニ係ル所爲ノ範圍如何ノ問題ヲ生ス此問題ニ付テハ起訴狀ニ掲ケタル罪名ニ合マルル事實ニシテ起訴狀ノ附屬タル捜査書類中ニ包含セラルルモノナリセハ總テ起訴ニ係ル事實ナリト爲ササルヘカラス蓋シ檢事ハ犯罪行爲ナリトスル事實ニ付キ起訴スルモノニシテ其附スル所ノ罪名ハ單ニ其實行ヲ表示スルニ過キサルノミ然レトモ起訴ハ犯罪行爲ナリトスル事實ヲ指定スルコトヲ要スルカ故ニ縱令被告ハニ多數ノ犯罪行爲アリ捜査書類中ニ顯レ居ルモ其行爲カ檢事ノ請求中ニ包含セラレサルニ於テハ起訴ノ請求アリタルモノト爲ヌヲ得ス

以上ノ要件ノ外起訴ヲ爲スニハ公訴ヲ受クヘキ裁判所、公訴ヲ提起スル原告官及ヒ豫審ヲ求メ又ハ公判ニ訴ヲ提起スル旨及ヒ請求スル所ノ事由ヲ記載スヘキハ勿論ナリトス然レトモ其他ニ獨逸治罪法ノ如ク犯罪事實ニ對スル刑法ノ適條、證據方法等ヲ記載スルノ必要ナキナリ

第二章 豫審

第一節 豫審ノ性質

豫審手續ハ被告事件ヲ公判ニ付スヘキヲ免訴スヘキヲ定ムル爲メ材料ヲ蒐集スル下調手續ナリ豫審手續ノ性質ハ其實質ニ於テ捜査ノ繼續ニシテ其形式ニ於テハ裁判所ノ審理處分ナリ故ニ豫審ノ手續モ彈劾方式ニシテ只糾問ニ傾クニ止マルモノトス然ルニ豫審ヲ以テ全然糾問方式ナリト爲スハ誤ナリ此說ヲ爲スモノハ豫審手續ニハ只一個ノ訴訟主體アルノミニシテ檢事及ヒ被告ハ證據調ノ請求ヲ爲シ豫審判事ニ注意ヲ促ヌヲ得ルモ豫審判事ヲ拘束スルノ訴訟上ノ處分ヲ爲ス能ハサルカ故ニ眞ノ當事者タルノ地位ヲ有スルモノニ非スト爲セリ然レトモ現行法ハ獨逸治罪法ニ倣ヒ豫審ノ請求ヲ以テ訴ノ提起ト爲シタル以上ハ此時ヨリ既ニ當事者ノ存在アリ又被告人モ單ニ糾問ノ目的ニ非スシテ證據ノ集取ヲ請求シ(九一條參照)或豫審處分ニ立會フ權ヲ有シ(一〇八條參照)豫審終結決定ニ對シ抗告ノ權ヲ有ス(一七二條二項參照)檢事ニ於テ被告人ヨリ優等ノ權利ヲ有スルコト(六八條一七二條一項參照)等ノ規定ニ依リ明カナリ斯ル訴訟上ノ權利ヲ認メタルニ拘ハラス之ヲ糾問ト爲スハ非ナリトス唯豫審判事ノ計劃ニ從ヒテ審行シテ行ハルモノナルカ故ニ當事者ハ公判ニ於ケルカ如ク充分ノ働ヲ爲ス能ハサルニ止マル豫審ハ此ノ如ク其形式彈劾ナレトモ其實質ハ糾問ニ傾キ捜査手續ノ引續キナルコトハ豫審ノ目的ト異ナル所ナキヲ以テ之ヲ知ルヘキナリ故ニ各事件ニ付キ捜査ヲ完全ニ爲ストキハ豫審ノ必要ナラシム捜査ノ程度ニ止ムレハ豫審ノ必要ヲ生ス故ニ其實質ヨリシテ捜査ト豫審ノ限界ハ一定セシ各事件ノ模倣ニ依テ之ヲ定メサルヘカラス

第二節 豫審ノ目的

豫審ノ目的ハ被告人ノ犯罪所爲ニ付テ下調ヲ爲シ被告事件ヲ公判ニ付シ其證據調ヲ準備スヘキヤ將タ被告人ヲ免訴シ訴訟ヲ終了スヘキヤヲ決スルニ必要ナル限度マテ事實ノ關係ヲ明確ニスルニアリ故ニ豫審ハ公判ノ準備手續ナリ若シ公判ニ於テ豫審處分ノ如キ手續ヲ爲スモノトモハ煩雜ニ堪ヘス而シテ公判ノ準備タル豫審ハ訴訟手續ノ重要ナル段階ヲ成スモノニアラスシテ訴訟ノ燒點ハ公判ニ在リトス換言スレハ公判ヲ準備スル手續ハ眞ノ訴訟ニアラス公判ノ豫審辯論カ即チ眞個ノ訴訟ニシテ且眞實ヲ得ルノ基礎タルモノナリ是レ本法ニ於テ直接審理主義ヲ採リタル當然ノ結果ナリトス是ヲ以テ豫審ニ在テハ公判ノ審理殊ニ其證據調ヲ妨クヘカラス元來裁判ニ必要ナル事項ハ總テ公判ニ於テ直接ニ終局ヲ爲スヲ本則トスルカ故ニ豫審ニ於テハ總テノ證據材料ヲ集取シ盡シ公判ニ於テハ單ニ其取調ヲ反覆スルニ過キサラシムルヲ以テ其目的トナスヘキモノニアラス此ノ如キ豫審ハ畢竟其目的ノ範圍ヲ超過スルモノニシテ爲メニ訴訟ヲ遲延シ公判ヲ無視シ公判審理ノ結果ヲシテ正確ナラシムルコトヲ害スルモノナリ

第三節 豫審判事ノ地位

豫審ハ私問ニ傾クモノナレハ豫審ノ處分ハ當事者ノ申立ニ關係ナク進行スルモノニシテ豫審判事ハ獨立シテ其意見方針ニ從ヒ豫審ノ目的ヲ實行スルモノトス豫審ノ目的ノ範圍及ヒ檢事ノ指定シタル訴ノ範圍ニ付テハ豫審判事ノ必要ナリト信スル所ニ從テ取調ヲ爲スヲ得ヘク其取調ノ順序モ亦自由ニ之ヲ定ムル事ヲ得ヘシ右ノ如ク豫審判事ハ豫審ノ主働者ニシテ且獨立ノモノナリ是ヲ以テ豫審判事ハ公判ノ受命判事又ハ受託判事ニアラス故ニ第一八四條第二項、第一九五條第一項、第二四一條第一項ノ場合ニ於テ豫審判事カ公判ヨリ事件ノ送致ヲ受ケタルトキニ於テモ豫審判事ハ獨立シテ豫審ヲ爲シ通常ノ手續ニ從テ豫審終結ヲ爲シ免訴ヲモ爲スコトヲ得ヘシ

豫審判事ハ常ニ其處分ヲ自ラ直接ニ爲スヲ原則トス然レトモ管轄區域外ニ於テ處分ヲ爲スヲ要スル時ハ囑託ノ方法ニ依ラサルヘカラス又其管轄區域内ニ於テモ臨檢、搜索、差押、證人訊問ノ處分ヲ區裁判所判事ニ囑託スルコトヲ得ヘシ(一一二條一三三條一項參照)而シテ此囑託判事ハ豫審判事ニアラス又其代理者ニモアラスシテ即チ單ニ各個ノ豫審處分ニ付テ豫審判事ヲ補助スルモノタルニ止マレリ豫審判事ハ他ノ豫審判事又ハ區裁判所判事ニ其處分ヲ囑託スルコトヲ得レトモ司法警察官ニ對シテハ命令ヲ下スコトヲ得サルモノトス

第四節 豫審ノ終結

豫審終結ノ手續ハ事件ヲ豫審ヨリ公判ニ移ス中間ノ手續ナリ此中間ノ手續ニ付テハ裁判所ノ裁

判ヲ以テ公判ニ付スルノ法制ト裁判ヲ爲スコトナク檢事ノ訴狀ニ依テ公判ニ移スノ法制トアリ
 英國治罪法ハ蘇格蘭土ノ法制ヲ倣ヒ豫審終結ノ決定ヲ爲サス豫審判事カ豫審ヲ十分ナリトセハ
 訴訟記録ヲ檢事ニ送致シ檢事ハ之ヲ拋棄スルト否トハ其隨意ナリ英國ノ立法者ハ之ヲ以テ彈劾
 ニ適スルモノトセリ然レトモ又檢事ノ意見ノミヲ以テ公判ニ付スルノ法制ハ被告人ヲ不安ノ地
 位ニ置クモノタリ何トナレハ檢事カ訴狀ヲ提出シテ公判ニ付スル場合ニ於テ被告人ハ公開セル
 公判ニ於テ被告タルノ地位ニ立ツハ被告人ヲ保護スルニ於テ缺タル所アレハナリ是ヲ以テ獨逸
 ノ治罪法ニ於テハ三人ノ判事ヲ以テ組織スル部ヲシテ公判開始ノ決定ヲ爲サシメ又我刑事訴訟
 法ニ於テハ佛國治罪法ニ倣ヒ豫審判事ヲシテ豫審終結ノ決定ヲ爲サシムルコトトセリ此法制ハ
 被告人ニ對スル保護ニ重キヲ置キタルモノニシテ被告人カ公廷ニ立テ防禦スルハ一種ノ惡報ナ
 レハ之ヲ檢事ノ意見ニ一任セシメサルノ趣意ナリトス
 現行法ニ於ケル豫審終結ノ手續ハ則チ左ノ如ク區別セラル

第一 檢事ノ意見ヲ求ムルコト

豫審ノ終結ハ豫審判事ニ依テ行ハルルモノナレハ其終結ノ時期ハ豫審判事ノ思料ニ因テ定マ
 ルモノトス而シテ豫審終結ノ處分ニ付キ檢事ノ意見ヲ求ムルモノトシ檢事ハ公ノ訴訟記録ニ
 意見ヲ付シ三日内ニ之ヲ豫審判事ニ還付ス抑、此ノ如ク檢事ノ意見ヲ求ムルハ檢事カ豫審ノ
 請求ヲ爲シタル趣旨ハ嫌疑十分ナレハ公判ニ付スルコトヲ求ムト云フニ在ルヲ以テ此條件カ

充サレタルヤ否ヤニ付キ檢事ノ意見ヲ述フルハ豫審請求ノ趣旨ニ適合スルカ爲メナリ故ニ豫
 審ノ請求ニ對シ條件付起訴又ハ間接ノ起訴ト稱ス次ニ豫審判事ハ檢事ノ意見ヲ求メタル後ニ
 於テモ或豫審處分ヲ必要ト爲ストキハ檢事ノ請求ナシト雖モ自ラ其取調ヲ爲スコトヲ得蓋シ
 豫審終結決定ヲ爲ササル間ハ未タ豫審處分ノ結果ヲ告ケタルニ非サレハナリ

第二 豫審判事終結決定ヲ爲スコト

豫審ノ終結決定ハ被告人ニ十分ナル嫌疑アルヤ否ヤヲ決スルモノナリ然ルニ其終結決定ノ材
 料タル所ノモノハ豫審調査其他搜查書類ニシテ即チ書面審理ニ依リテ決定セラル而シテ終結
 ヲ爲スヘキ範圍ハ檢事ノ起訴ニ依テ一定シタル被告人及ヒ其所爲ニ制限セラルヘシ現行犯ノ
 場合ニ於テハ豫審判事カ檢證調査ヲ作ルヲ以テ起訴アリタルモノトナスカ故ニ被告人ノ一定
 セサルコトアルモ此場合ト雖モ豫審ノ終結ヲ爲スニ當リテハ豫審判事ハ亦被告人ヲ一定セサ
 ルヘカラス

豫審終結ハ書面審理ニ依ルモノナルヲ以テ被告人逃走シテ其所在分明ナラサル場合ニハ關席
 ノ儘ニテ終結ヲ爲スコトヲ得ヘシ然ルニ之ニ付テハ異說ヲ唱フル者アレトモ豫審判事カ被告
 人ニ對シ召喚狀又ハ勾引狀ヲ發シタルニ拘ハラヌ被告人カ裁判所ニ出頭セス又ハ其所在ヲ晦
 マシテ勾引スルコト能ハサルトキハ遲意ノ責ハ被告人ニ在ルヲ以テ豫審判事ハ之カ爲メニ終
 結ヲ爲スノ權ヲ奪ハルルノ理由ナク且公判ニ於テハ如何ナル犯罪ニ對シテモ關席判決ヲ爲ス



コトヲ得ルヲ見レハ豫審ニ於テモ亦如何ナル犯罪ニ付テモ被告人ノ闕席ニ關セス終結決定ヲ爲スヲ得ルノ一證ナリト云ハサルヘカラス

豫審終結決定ノ種類ハ則チ左ノ如シ

一 管轄違ノ決定(一六四條參照)

管轄違ノ終結決定ヲ爲シタルトキハ時効中斷ノ效力アルノ外豫審處分ハ全部無効ニ屬スヘシ是レ第一二條ニ依テ明カナル所タリ然レトモ令狀ノ效力ハ尙ホ存スルコトヲ得ヘク又新ニ之ヲ發スルコトヲ得ヘキナリ

二 免訴ノ決定(一六五條參照)

免訴ノ決定ヲ爲スヘキ場合ハ第一六五條ニ列記シタル場合ノ外告訴ヲ待テ受理スヘキ事件ニ付キ告訴ノ拋棄アリタル場合及ヒ犯罪ノ後頒布アリタル法律ニ依リ其刑ヲ廢止シタル場合其他訴訟ノ條件ヲ缺キ又ハ起訴ノ手續無効ニ屬スルニ因リ公訴不受理トナルヘキ場合ニ於テモ亦免訴ヲ言渡ササルヘカラス蓋シ第一六九條第三項ニ於テ免訴ノ言渡ヲ爲スニハ公訴ノ受理スヘカラサルコト及ヒ其原因ヲ明示スヘシトアルニ依リ豫審免訴ノ言渡中ニハ第六條公訴權ノ消滅スヘキ場合及ヒ公訴不受理ノ場合ヲモ包含スルモノト知ルヘシ

三 公判ニ付スルノ決定

公判ニ付スルノ決定ニ三アリ左ニ之ヲ分説スヘシ

甲 區裁判所ノ公判ニ付スルノ決定(一六六條參照)

被告事件違警罪ナリト思料シタルトキハ區裁判所ニ移スノ言渡ヲ爲スモノトス第一六七條第一項前段ハ裁判所構成法第一六條ノ改正ニ依リ其適用ナキニ至レリ即チ豫審ヲ經タル輕罪ハ總テ地方裁判所ノ管轄ニ屬スヘキモノナリトス區裁判所ニ移スノ言渡ヲ爲スハ豫審判事ノ屬スル地方裁判所管内ノ區裁判所ニ於テ土地ノ管轄ヲ有スルトキノミニシテ土地ノ管轄カ他管轄ノ區裁判所ニ屬スルトキハ管轄違ノ言渡ヲ爲ササルヘカラス又豫審判事ハ第一六六條ニ依リ違警罪ト思料スルトキハ區裁判所ニ移ス決定ヲ爲スヘキモノナルカ故ニ檢事カ始メヨリ違警罪ノ罪名ヲ附シテ豫審ヲ求ムルモ管轄ノ言渡ヲ爲スヲ得スシテ必ス區裁判所ニ移ス言渡ヲ爲ササルヘカラス

區裁判所ニ移ス決定ハ權利拘束ノ效力ヲ消滅セシメサルカ爲メニ爲ス故ニ此決定アリタルトキハ其被告事件ハ區裁判所ニ屬スルモノトス然レトモ豫審判事ノ區裁判所ニ移スノ決定ハ訴訟ヲ進行セシムル效力ヲ有スルニ止マルヘキヲ以テ區裁判所ハ其決定ニ羈束セラルルコトナク其事件ノ重罪若クハ輕罪ナリトナストキハ之ニ對シテ管轄違ノ言渡ヲ爲スコトヲ得ヘシ此區裁判所ノ管轄違ノ判決確定シタルトキハ地方裁判所檢事ハ更ニ同一ノ犯罪ニ付キ同一ノ被告人ニ對シ豫審ヲ求ムルヲ得ヘシ是レ區裁判所ニ移シタル訴訟ハ其管轄違ノ確定判決ニ依リテ終了シタルモノニシテ地方裁判所檢事ノ新ニ豫審ヲ求メ

タル事件ハ全ク別個ノ訴訟ト云フヘク區裁判所ニ移ス決定ハ他ノ訴訟ニ對シ一事不再理ノ效力ヲ有スルモノニ非サルヲ以テナリ而シテ地方裁判所檢察カ新ニ豫審ヲ求メタルトキハ豫審判事ハ再ヒ之ヲ區裁判所ニ移スヲ得ス何トナレハ此場合ニハ區裁判所ノ管轄邊ノ確定判決ノ效力トシテ區裁判所ニ於テ同一事件ヲ同一ノ狀態ニ於テ受理スルヲ得スシテ豫審判事モ此確定判決ニ羈束セラルルモノナレハ其違警罪ヲ地方裁判所ノ公判ニ付シ

第二四〇條ニ依リ地方裁判所ニ判決ヲ爲スヘキモノトス

乙 地方裁判所ノ輕罪公判ニ付スルノ決定(一六七條參照)
豫審判事ハ輕罪ナリト思料シタルトキハ其裁判所ト輕罪公判ニ付スルノ言渡ヲ爲スモノニシテ被告人勾留ヲ受ケタル場合ニ於テ罰金ノ刑ニ該ルモノト思料シタルトキハ釋放ノ言渡ヲ爲ス

丙 地方裁判所ノ重罪公判ニ付スルノ決定(一六九條參照)

豫審判事ハ被告事件カ重罪ナリト思料シタルトキハ其裁判所ノ重罪公判ニ付スルノ言渡ヲ爲スモノトス若シ被告人ニ對シ保釋又ハ責付ヲ許シアルトキハ其言渡ヲ取消シ被告人未タ勾留ヲ受ケサルトキハ必ス令狀ヲ發セサルヘカラス

重罪公判ニ付スルト輕罪公判ニ付スルトノ區別ハ第二三七條ヲ適用スルト否トノ區別ニ過キサレハ違警罪ヲ地方裁判所ノ公判ニ付スル必要アルトキハ輕罪公判ニ付スヘク輕罪

ニ限リ輕罪公判ニ付スルニ非ス而シテ同一ノ被告ニ對シ重罪ト輕罪ト俱發シタルトキハ數罪各別ニ重罪公判ニ付シ輕罪又ハ違警罪ハ輕罪公判ニ付セサルヘカラスナリ

豫審終結決定ノ種類ハ以上述フル所ノ如シ而シテ終結決定ノ内容ハ公判ニ付スル言渡ノ外向ホ事實上及ヒ法律上ノ理由ヲ付セサルヘカラス(一六九條一七〇條參照)

豫審終結決定ノ正本ハ速ニ檢事及ヒ被告人ニ送達ス是レ豫審ハ書面審理ナレハ此送達ニ依テ始メテ決定ハ成立スルモノナレハナリ(一七一條參照)而シテ重罪公判ニ付スル場合ニ於テハ被告人ニ送達スヘキ正本ニハ其決定ニ對シ抗告ヲ爲スヲ得ヘキコト及ヒ其期間ヲ記載スヘキモノトス若シ其記載ナキトキハ更ニ通常ノ規定ニ從ヒ送達アルマテ抗告期間ノ經過ヲ停止スヘキモノトス(一七三條參照)是レ辯護人ヲ用フルヲ得サル被告人ノ利益ノ爲メニスル告知ニシテ決シテ裁判ニアラス從テ豫審判事ニ於テ終結決定ノ原本ニ記載スルヲ要セス書記カ被告人ニ送達スル正本ノミ之ヲ記載スルヲ以テ足レリトス

或種ノ豫審終結決定ニ對シテハ檢事及ヒ被告人ニ於テ控訴院ニ抗告ヲ爲スコトヲ得檢事ハ重罪公判ニ付スルノ決定又ハ免訴若クハ管轄邊ノ決定ニ對シ抗告ヲ爲スコトヲ得被告人ハ重罪公判ニ付スルノ決定ニ對シ抗告ヲ爲スコトヲ得ルモノトス(一七二條參照)

豫審終結決定ノ效力ハ左ノ如シ

一 免訴ノ決定ニハ種種ナル場合アレハ效力モ從テ異ナル所アリ第一六五條第二號以下ノ場

合ニハ公判ニ於ケル無罪、免訴ノ確定判決ト同シク一事不再理ノ效力ヲ生ス(一七五條一項參照) 起訴カ不適法ナルトキハ公訴不受理ノ確定判決ト均シク其欠缺シタル條件ヲ具ヘ再ヒ起訴スルヲ得ヘシ犯罪ノ證據十分ナラサルニ依ル免訴ノ決定ハ一種ノ條件付確定力ヲ有ス是レ玆ニ論セントスル所ナリ第一七五條但書ニ依リ新證據アルトキハ再ヒ訴ヲ爲スコトヲ得ルモノハ證據不十分ニ因ル免訴ノ決定ニ限ララルコトハ第一二四條第六號ニ於テ此場合ニ限り事實參考人ト爲スコト規定アルニ依リテ明カナリ而シテ此決定ノ效力ニ付テハ由來正反對ナル二個ノ學說アリ第一說ハ此決定ノ效力ヲ無罪免訴ノ確定判決ノ效力ト同一視シ確定判決ニ對シ新證據ニ基キ再審ヲ爲スヲ得ルカ如ク此決定ニ對シテ新證據ニ依リ再訴ヲ許スト爲スモノナリ第二說ハ此決定ノ效力ハ檢事ノ不起訴處分ト同一ニシテ何時ニテモ之ヲ翻シ再ヒ之ヲ起訴スルヲ得ヘキ性質ノモノナリ唯再訴カ正當ナルコトヲ裁判所ニ認メシムル爲メニ法律ニ於テハ新證據ヲ要スト爲シタルモノナリト云フニ在リテ兩說共ニ極端ニ失スルモノナリ案スルニ此決定ハ被告人ニ對スルト檢事ニ對スルトニ依リ其效力ヲ異ニスル所アリ被告人ハ全然無罪ノ判決ヲ得ンカ爲メニ再起訴ヲ求メント欲スルモ此決定アルカ爲メニ之ヲ求ムルヲ得ヌ故ニ被告人ニ對シテハ無罪免訴ノ判決ト同一ノ效力アリ之ニ反シテ檢事ハ新證據ニ基キ再起訴許可ノ決定ヲ受ケ再訴スルヲ得レハ檢事ニ對シテハ新證據ニ基キ再訴許可ノ決定ナキコトヲ條件トシテ確定力アルモノトス此確定力ノ條件タル新證據トハ新事實又ハ新證據ノ意味ニシテ其證據材料ノ如何ヲ問ハス免訴前ニ於テハ發見セラレナリシ事實又ハ免訴前ニ取調タル事實ナルモ當時之ヲ認ムル能ハサリシ場合ニ於テ之ヲ認ムル新ナル證據材料ヲ云フ此新事實又ハ新證據ノ信憑力ハ免訴前ニ於ケル舊材料ト綜合シテ公判ニ付スヘキ嫌疑アルコトヲ認メシムルモノナルコトヲ必要トス然ラサレハ免訴ノ決定ヲ覆スノ效力ナキモノナリ

再訴ノ手續ハ免訴ヲ言渡タル裁判所ニ右新證據ヲ提出シ再起訴ヲ許スノ決定ヲ求メ始メテ其事件ヲ通常ノ管轄裁判所ニ新ナル訴トシテ提出スルモノトス再訴ハ先ノ豫審手續ノ繼續ニ非スシテ新ナル訴ナルコトハ第一七五條第二項ノ明文ニ依リ明カナリ之ヲ新ナル訴ト爲セハ管轄裁判所ニ起訴スヘキハ當然ナリ然レトモ此新ナル訴ノ條件ハ新證據ニ非スシテ新證據ヲ認メタル再起訴許可ノ決定ナレハ此再起訴許可ノ決定アリタル後ニ非サレハ新訴ヲ起スヲ得ヌ又再起訴許可ノ決定ハ實質ニ於テ免訴ノ豫審終結決定ヲ取消シ公判ニ付スル嫌疑ヲ認ムルモノナレハ免訴ヲ言渡シタル裁判所ニ於テ之ヲ爲スヘキモノトス

二 公判ニ付スル終結決定ハ訴訟ヲ進行セシムル效力ノミヲ有シ犯罪ノ有無ヲ最終ニ判斷シタルモノニアラス即チ公判ニ付スル決定アレハ其事件ハ再ヒ豫審ニ戻ラルコトナク公判ニ於テハ其決定ニ因リ付セラレタル所爲及ヒ人ニ對シテ審理裁判セサルヘカラス其審理ノ範圍ハ此決定ニ依リ限定セララルモノトス而シテ豫審ヲ經タル事件ハ其終結決定ナケレバ之ニ

付キ公判ヲ開クコトヲ得スシテ豫審ノ終結決定ハ豫審ヲ經タル事件ニ付キ公判ヲ開クノ必要條件ニシテ公判審理ノ基礎ナリトス

第五編 公判

第一章 總論

公判ノ手續ハ檢事ノ直接ノ起訴又ハ公判ニ付スル豫審終結決定ニ依リ開始セラレ第一審ニ於ケル終局判決ノ言渡ヲ以テ終了スル手續ノ全體ナリ。搜查豫審及ヒ上訴ノ手續ハ必スシモ總テノ刑事事件カ此訴訟ノ段落ヲ經ルコトヲ要スルニアラスト雖モ公判ノ手續ハ如何ナル刑事事件ニテモ必ス之ヲ經ルコトヲ要ス而シテ公判ノ手續カ開始スレハ此時ヨリシテ判決裁判所カ其作用ヲ始メ總テノ裁判ハ判決裁判所ニ於テ之ヲ爲スニ至ルモノトス。

公判ノ手續ニ於テハ裁判所及ヒ當事者ニ於ケル訴訟上ノ法律關係ヲ明確ニ認ムルコトヲ得ヘシ然レトモ或學說ノ如ク公判ノ手續ニ於テノミ此法律關係ハ存在シ公判手續ノ開始ニ依リ始メテ法律關係ノ成立スルモノト謂フヘカラス法律關係ハ公訴提起ニ依リ成立シ豫審手續ニハ唯當事者ニ於テ完全ニ當事者タルノ權利ヲ行フ能ハサルニ止マル故ニ前記ノ學說ニ基キ公判手續ヲ指シテ狹義ノ刑事訴訟ナリト稱スルハ非ナリトス

公判手續ス有效ニ開始セラルルニハ之ニ必要ナル訴訟條件ヲ具備スルヲ要ス其一般ノ訴訟條件

タルモノ左ノ如シ

一 科刑權存在ノ嫌疑 科刑權ノ存否ハ公判ヲ終了シ判決ヲ以テ始メテ定マルモノナルカ故ニ公判手續ノ開始ニハ科刑權ノ疑ナキ存在ヲ必要トセスト雖モ其存在ニ關スル嫌疑ハ其必要條件ナリ蓋シ民事訴訟ニ於テハ原告カ其請求ヲ主張スルノ一事ヲ以テ訴訟ノ提起ヲ爲スヲ得ヘシ是レ此無制限ナル訴權ヲ付與スルハ敗訴ヲ爲シタル者ニ訴訟費用ヲ負擔セシメ以テ被告トシテ訴ヲ受クル者ヲ保護シ得ヘキカ故ナリ刑事訴訟ニ於テハ之ト其趣ヲ異ニシ公判シタル公判ニ於テ被告トシテ訴追セラルルハ被告人ノ非常ナル苦痛ナルヲ以テ縱令無罪ヲ期スルモ民事訴訟ニ於ケル如ク單ニ訴訟費用ヲ國庫カ負擔スルノミヲ以テ被告人ノ損失ヲ救フヲ得ヘキモノニアラス是ニ於テカ公判ニ付セラルル被告人ノ苦痛ハ科刑權ノ存在ニ關スル嫌疑アルニアラサレハ之ヲ感受セシムヘキニアラス現行法モ亦此精神ニ基クモノナリ檢事カ直接ニ公判ニ起訴スル場合ニハ右ノ嫌疑アルニアラサレハ之ヲ能クスル所ニアラス其嫌疑ナキトキハ豫審ノ請求ヲ爲セハナリ又公判ニ付ストノ豫審終結決定ハ犯罪ニ付キ十分ナル嫌疑アルニアラサレハ言渡サルルコトナシ又豫審手續ノ開始ハ右ノ嫌疑ヲ以テ其條件ト爲サス是レ豫審ハ此嫌疑アルキ否キヲ審査スルモノナレハナリ是ニ由リテ觀レハ現行法ニ於テモ亦公判開始ノ條件トシテ科刑權存在ノ嫌疑ヲ認ムルヲ知ルヘシ然レトモ此訴訟條件ハ被告人ノ利益ノ爲メニ認ムル相對ノ條件ニシテ絕對ノ訴訟條件ニアラス從テ判決

裁判所ハ此條件ヲ職權ヲ以テ調査スヘキニアラス若シ此條件ヲ缺クモ判決裁判所ハ公訴ヲ受理セスト爲スヘカラス而シテ一旦公判手續ニ入りタル後ハ此條件ヲ缺クモ判決裁判所ト當事者トノ訴訟關係ハ有效ニ成立スルモノナリ蓋シ被告人ハ無罪ノ判決ヲ受クル爲メ公判ノ開廷セラルルヲ以テ利益トスレハナリ

二 直接ニ公判ニ對スル起訴ノ適法ナルコト若クハ公判ニ付スル豫審終結決定ノ確定シタルコト若クハ上級裁判所ヨリ事件ヲ移ス裁判アリタルコト(二二條二三五條參照)公訴ノ提起若クハ豫審終結決定其者ハ訴訟ヲ創設シ又ハ公判手續ヲ創設スルノ行爲ニシテ決シテ公判ニ於ケル訴訟關係ノ條件タルモノニアラス起訴ノ適法ナルコト若クハ決定ノ確定カ公判手續ノ條件タルナリ而シテ本號ノ條件ヲ缺クトキハ公判ニ於テハ事件ヲ受理セス然ルニ第一審公判ニ於テ豫審終結決定ノ未確定ナルニ拘ハラス判決ヲ以テ公判手續ヲ終了シタルトキハ其條件ノ欠缺ハ之カ爲メニ補充セラルルモノナリ

其他訴訟關係成立ノ條件タル訴訟主體ノ能力ノ如キハ同時ニ公判開始ノ條件タルモノトス公判手續ニハ二箇ノ段落アリ即チ左ノ如シ

一 公判開廷準備ノ手續 此段階ニ屬スル手續ノ目的及ヒ内容ニ依リテ斯ク名ツクルヲ得ヘシ此手續ハ其性質トシテハ中間ノ手續タルモノナリ然シテ此手續ニ於テ公判開廷期日ヲ定メ公判開廷ニ必要ナル訴訟關係人及ヒ物件ヲ公判期日ニ準備スルモノトス

二 公判開廷ノ手續 是レ刑事訴訟ノ燒點タルモノニシテ此手續アルカ爲メ公判手續ハ本來ノ刑事訴訟ナリト謂フヘキナリ此手續ニ於テ始メテ判決裁判所ノ面前ニ於テ訴訟カ行ハル即チ總テノ訴追方法及ヒ辯護方法、證據調及ヒ當事者ノ辯論カ行ハレ此手續進行ニ依テ得タル直覺ニ基キ判決裁判所ハ判決ニ依リ訴訟ヲ處分スルモノトス

等二一章 公判準備

公判開廷ノ手續ハ判決裁判所及ヒ當事者間ノ法律關係ヲ完備シ口頭辯論及ヒ直接審理ノ原則ニ從ヒ一ノ公判期日ニ於テ行ハルルヲ要スルモノナリ此ノ如ク公判開廷ハ口頭辯論ノ爲メ其手續ノ分割セラルルコトナク繼續シテ進行スルコトヲ要スルカ故ニ之ニ關スル準備ノ必要ヲ見ルモノナリ即チ公判期日ハ此準備ヲ爲スノ猶豫ヲ與ヘテ之ヲ指定スルノ必要アリ又公判期日ニハ審理辯論ニ現在スヘキ訴訟關係人ヲ呼出シ並ニ公判ニ利用スヘキ證據物件ヲ備フルノ措置ヲ爲ス必要アリ又檢舉被告人等ヲシテ總テノ訴追方法、辯論方法ノ存スル所ヲ知悉セシメ之ヲ知ラサルニ因リ準備ヲ爲スカ爲メ延期ヲ求ムルノ止ムヲ得サルニ至ラシメ從テ其辯論ヲ停止セシメサルノ必要アリ要スルニ公判手續ノ停止ヲ成ルヘテ避クルニ必要ナル措置ヲナスヲ要ス此ノ如キ行爲ノ全體ヲ公判開廷ノ準備手續ト爲ス

公判開廷ノ準備ヲ爲ス主體ハ判決裁判所及ヒ當事者ナリ公判手續ハ全ク彈劾ノ方式ナルカ故ニ

二個ノ訴訟主體カ準備ニモ亦干與スルモノトス然レトモ此準備ニ付テモ當事者カ攻撃方法及ヒ防禦方法ノ準備ヲ爲スニ付キ處分權ヲ有シ裁判所ハ之ニ付キ訴訟ノ指揮ノミヲ爲スモノト誤解スヘカラス職權主義ハ此準備手續ニモ亦行ハルルモノニシテ當事者ハ攻撃方法及ヒ防禦方法ノ準備ニ干與スルコトアルモ常ニ裁判所カ訴訟ノ支配權ヲ有スルモノナリ即チ當事者カ證據ノ請求ヲ準備手續トシテ判決裁判所ニ申立ツルモ裁判所カ常ニ之ヲ許否シ當事者カ自己ノ意思ヲ以テ證據方法ヲ提出スルノ準備ヲ爲スコトナシ又裁判所ハ當事者ノ請求ヲ俟タスシテ證據方法ヲ蒐集シ之ヲ準備スルノ權アリトス

如何ナル行爲ハ必要ナル準備手續ニ屬スルヤ現行法ハ公判ノ規定中準備手續ヲ特ニ總括シテ規定スルコトナク之ニ關スル規定ニ固有ノ地位ヲ與フルコトナシ又全ク其規定ヲ缺クモノアリ今其規定ノ各所ニ散在スルモノヲ摘出セハ左ニ列記スルモノニ止マル

- 一 公判期日ノ指定 公判期日ノ指定ハ何人カ之ヲ爲スカハ本法ニ明文ナキモ其行爲ハ訴訟ノ指揮ニ屬スルカ故ニ民事訴訟ニ於ケルカ如ク訴訟ノ指揮ヲ掌ル所ノ裁判長ノ爲スヘキモノトス而シテ公判期日ヲ定ムルニ付テハ辯論ノ準備ヲ爲スニ足ルヘキ期間ヲ置クノ必要アリ第二一五條ニ於テモ此趣旨ニ基キ呼出狀ノ送達ト出頭トノ間ニ少ナクトモ二日ノ猶豫ヲ置クヘキコトヲ規定セリ而シテ此二日ノ猶豫ハ第一ノ期日ヲ指定スル場合ニノミ行ハル第一ノ期日延期トナリ再ヒ期日ヲ定ムル場合ニハ縱令裁判所ノ構成ニ變更アルトキト雖モ此

規定ノ適用ヲ受クルコトナシ若シ裁判所カ右ノ猶豫期間ニ違ラスシテ呼出狀ヲ發シタルトキハ被告人ハ公判ノ延期ヲ求ムルノ權利アルモノトス

第二一五條ハ區裁判所公判ニ關スル規定ナルモ第二三六條ニ依リテ地方裁判所ノ公判ニモ適用セラル其他區裁判所公判ノ規定ハ地方裁判所ノ公判ニ適用セラルルモノト知ルヘシ

二 被告人其他訴訟關係人ノ呼出 被告人ノ呼出ニ付テハ既ニ之ヲ逃ヘタリ公判ニ於テハ被告人ノ外辯護人、被告人ノ法律上代理人ヲ呼出ササルヘカラス之ニ付テハ第一審公判ニ於テ其規定ナク却テ第二審ノ公判ニ關スル第二五七條ニ其規定アリ是レ失當タリ若シ辯護屈アルニ拘ハラズ辯護人ヲ呼出ササルトキハ被告人ノ辯護權ヲ制限シタルモノニシテ其判決ハ破毀ヲ免カレス

檢事ニ對シテハ呼出ヲ爲サス期日ヲ通知スヘキモノトス蓋シ檢事ハ公判開廷ノ構成員ナレハ其職務上ノ義務トシテ出廷スヘキモノナルカ故ニ裁判所ノ命令タル呼出ヲ爲スヲ要セサルノミナラス檢事ハ官府ナルヲ以テ之ニ對シ強制ヲ加フヘカラサルカ故ニ呼出ヲ實行スルヲ得サルナリ

三 證據物件ノ準備 公判期日ニ之ヲ利用シ得ヘキ措置ニ付テハ別ニ規定ナシ公判ニ於テハ家宅搜索ヲ爲スヲ得ルカ故ニ物件差押ノ必要アルトキハ此準備手續中ニ之ヲ爲スヲ至當トス

0231

四 證人、鑑定人ノ呼出 公判開廷前ニ於テ必要ナル證人、鑑定人ヲ呼出シ置クコトハ口頭辯論ノ爲メ訴訟ノ材料ヲ連續セシムルニ最モ適切ナルコトナリ然レトモ總テノ證據調ノ行爲ハ直接審理ノ原則ニ基キ公判開廷ノ後ニアラサレハ之ヲ爲ス能ハス若シ開廷前ニ於テ之ヲ爲シタルトキハ之ヲ證據トナス能ハス證人、鑑定人ノ呼出ニ付テ現行法ノ定ムル所左ノ如シ

(一) 檢事、被告人其他ノ訴訟關係人ハ公判開廷前、判決裁判所ニ對シテ證人、鑑定人ノ呼出ヲ請求スルコトヲ得而シテ其呼出ノ請求ハ第一九二條ノ規定アルヲ以テ公判前相當ノ時期ニ於テ之ヲ爲ササルヘカラス又其請求ニハ證人等ノ氏名ノ外證明事項ヲモ示スヘキモノトス

(二) 當事者其他訴訟關係人ハ證人、鑑定人ヲ呼出サシムル絶對ノ權利ヲ有スルモノニアラス裁判所ハ其許否ヲ決シ必要ナラストスル證人等ハ之ヲ呼出ササルモノトス而シテ訴訟關係人ハ其請求ヲ却下セラルルモ上訴ノ途ナシト雖モ公判開廷ノ後更ニ同一ノ證人等ノ呼出ヲ請求スルコトヲ妨ケス

(三) 裁判所ハ當事者ノ請求ナキモ職權ヲ以テ證人、鑑定人ヲ公判開廷前ニ呼出スコトヲ得ヘシ是レ本法採ル所ノ職權主義ヨリ生スル當然ノ結果ナリ

(四) 檢事及ヒ被告人ハ公判開廷前ニ於テ相手方利用セントスル證據方法ハ之ヲ詳細ニ

雜 錄

○大審院判決要旨

○主タル當事者ト從參加人トノ行爲ノ抵觸 從參加人ハ其補助スル訴訟當事者ノ陳述及ヒ行爲ト相抵觸セサル限リハ其當事者ノ爲メニ攻撃及ヒ防禦ノ方法ヲ施用シ且總テノ訴訟行爲殊ニ故障又ハ上訴ヲ爲ス權利ヲ有スルコトハ民事訴訟法第五十四條ノ規定スル所ナリ而シテ口頭辯論期日ニ從參加人ノミ出頭シ其補助スル當事者カ出頭セサルトキハ其當事者ノ出頭セサル一事ヲ以テ從參加人ノ行爲ニ反スル意思ヲ表示シタルモノト看做スコトヲ得サルヤ論ヲ俟タサル所ナレハ相抵觸スル行爲アリタルモノト謂フヲ得ス故ニ從參加人ハ口頭辯論期日ニ出頭シタル以上ハ其補助スル當事者カ出頭セサルニ拘ラス其當事者ノ爲メニ期日ノ遵守アリタルモノト看做シ攻撃及ヒ防禦ノ方法ヲ提出スルコトヲ得ルモノトシテ其當事者ニ期日ノ懈怠アリタルモノトシテ關席判決ヲ爲スコトヲ得サルモノトス然ルニ原院ニ於テ上告從參加人カ原審口頭辯論期日ニ出頭シタルニ拘ラス上告人カ其期日ニ出頭セザリシ故ヲ以テ相抵觸スル行爲アリタルモノト爲シ關席判決ヲ爲シタルハ違法ニシテ上告ハ其理由アリ (明治四十年(一)第一三三四號 第十二)

校外生規則摘要

- 一 十個月以上、本大學、**ハ**生キル者ニシテ本大學ニ入學スル者ハ入學金ヲ免除ス
- 一 講義録ノ講習ヲ終ル者ハ校外生營業所費ヲ請求スルコトニ得但手數料金貳拾錢ヲ納ムヘシ
- 一 校外生月謝、左ノ如シ
 - 一 一ヶ月分 各學年 金四拾錢 全學年 金壹圓
 - 一 二ヶ月分 各學年 金貳圓三拾錢 全學年 金五圓五拾錢
 - 一 三ヶ月分 各學年 金四圓五拾錢 全學年 金拾壹圓
 - 一 四ヶ月分 各學年 金六圓五拾錢 全學年 金拾壹圓
 - 一 五ヶ月分 各學年 金八圓五拾錢 全學年 金拾壹圓
 - 一 六ヶ月分 各學年 金十圓五拾錢 全學年 金拾壹圓
 - 一 七ヶ月分 各學年 金十二圓五拾錢 全學年 金拾壹圓
 - 一 八ヶ月分 各學年 金十四圓五拾錢 全學年 金拾壹圓
 - 一 九ヶ月分 各學年 金十六圓五拾錢 全學年 金拾壹圓
- 一 月謝ヲ納付シタルトキハ講義録ヲ郵送スルヲ以テ例ニ課收進トナシセシテ若シ相當ノ日時ヲ過キテ講義録ヲ到達セザルトキハ其旨本大學ニ通知スヘシ
- 一 校外生ハ講義録中ニ疑義アルトキハ講義録ノ番號、科目、頁數及ニ疑問ノ要點ヲ記載シ本大學編輯局ヘ宛テ郵送スヘシ
- 一 質疑通信ノ文章釋シ難キモ、主旨明瞭ニシテ解答ノ要モスト認ムルモノハ解ト付セシ
- 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録ニ登載スヘシ

◎注意

振替貯金ヲ以テ月謝ヲ納付セラルトキハ其都度振替貯金規則ニ依ル登記料金二錢ヲ要スルノ外失費ナク安全ニシテ便利ナリ

振替貯金口座『三一九四番』

明治四十一年一月十九日印刷
明治四十一年一月二十日發行

(定價金五十錢)

東京市牛込區牛込北町十番地
編輯部 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

東京市赤坂區新町五丁目四十二番地
印刷所 金子活版所

發行所

私立法政大學

(電話番町一七四番)