

法政大学講義録

板倉, 松太郎 / 片山, 義勝 / 村上, 隆吉 / 横田, 秀雄 / 豊
島, 直通 / 富井, 政章

(出版者 / Publisher)

法政大学

(巻 / Volume)

14

(号 / Number)

2学年の5

(開始ページ / Start Page)

1

(終了ページ / End Page)

131

(発行年 / Year)

1908-02-20

明治四十一年二月二十日發行

(第貳學年ノ五)

四十一年度

法政大學講義錄

第四十號

法政大學發行



0236

四十一年度第十四號目次

民法物權	第七章(自八一) 以下(至九六)	法學博士 富井 政章
民法債權	契約總則及ヒ 事務管理以下(自二〇五) 第二章第二節(自二一三) 乃至第十四節(至三五三)	法學士 橫田 秀雄
民法債權	乃至第十四節(自二一三) 至三五三	法學士 橫田 秀雄
商法	總則(自三七六) 至三七七	法學士 片山 義勝
商法商行為	第十章(自一四八) 至一四七	法學士 村上 隆吉
民事訴訟法	第一編(自〇八) 至一〇八	法學士 板倉 松太郎
刑事訴訟法	(自三三三) 至三九三	法學士 豐島 直通

雜錄 ○大審院判例要旨

090
1908
2-1-5

ハラズ株式ノ質人ニ關シテノミ第三者保護ノ方法ヲ盡スコトニ爲ラザリシハ一ノ缺點デアルト考ヘマス

記名ノ社債ヲ以テ質權ノ目的ト爲シタル場合ニハ社債ノ讓渡ニ關スル規定ニ從ツテ會社ノ帳簿ニ質權ノ設定ヲ記入スルニ非ザレバ之ヲ以テ會社其他ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ナイ(三六五條)社債トハ株式會社ノ債務ヲ謂フモノデアアル、詳細ナルコトハ商法ニ規定シテアルニ由ツテ茲ニハ述ベマセヌ、之ニ付ラモ帳簿ニ記入スルト云フ如キ第三者保護ノ規定ヲ置キナガラ右ニ述ベタ株式ニ付テ同一ノ規定ナキハ甚ダ不權衡デアルト思フ

指圖債權即チ爲替手形其他裏書ヲ以テ讓渡スベキ債權ハ裏書ニ依ツテ流通スルモノデアアル、故ニ質權設定ノ如キ其權利ノ範圍、效力ニ關スル重要ナル事項ハ必ず證券面ニ記入スベキハ當然ノコトデアアル、故ニ質權ノ設定ハ之ヲ裏書スルニ非ザレバ第三者ニ對抗スルコトヲ得ザルモノト定メラレタノデアアル(三六六條)尙ホ此種ノ債權ハ裏書ノ外ニ交付ヲ要スルコトハ第三三三條ニ依ツテ言フヲ竣タナイコトデアリマス

終ニ民法ハ債權質ヲ實行スル方法ヲ定メテアリマス、其レハ第三六七條及ビ第三六八條ノ規定デアアル、此點ニ關シテハ質權者ハ或制限ヲ以テ債權ヲ讓受クルト同一ノ地位ニ立ツモノデアアル、債權質ノ性質ハ曩ニ述ベタ如ク債權ノ讓渡ト看ルベキモノデアリナイト考ヘマス、ケレドモ其實行方法ニ至ツテハ恰モ質權ノ目的ノ範圍内ニ於テ其債權ヲ讓受ケタルト同一デアアル

民法物權 質權 債權質

債權質實行ノ方法ハ其目的タル債權ヲ取立ツルコトデアリマス(三六七條一項)是ハ普通ノ方法即チ本則デアアル、而シテ此方法ニ依ツテ質權ヲ實行スルニハ質權ノ目的タル債權ノ目的ガ金錢ナルト否トニ依ツテ區別セバナラス、其債權ノ目的ガ金錢デアルトキハ先ツ質權者ハ自己ノ債權ノ部分ニ限ツテ之ヲ取立ツルコトヲ得ル(同條二項)是ハ殆ド言フヲ俟タルコトデアリマス、如何トナレバ其限度ヲ超エテハ自己ノ權利ノ範圍外ト爲ル質權者ハ尋常一般ノ債權者ト異ナツテ優先權ニ依ツテ辨濟ヲ受タルコトヲ得ル者デアアルガ故ニ自己ノ債權額ヲ限度トスルモ辨濟ヲ受タルニ妨ナキハ當然ノコトデアリマス

次ニ質權ノ目的タル債權ノ辨濟期ガ質權者ノ債權ノ辨濟期前ニ到來スルト、其以後ニ到來スルトニ因ツテ更ニ結果ヲ異ニスル、若シ質權ノ目的タル債權ノ辨濟期ニ先ツテ質權者ノ辨濟期ガ到來シタルトキハ質權者ハ自己ノ債權ヲ取立ツルコトヲ得ルハ言フヲ俟タル所デアアルガ質權ノ目的タル債權ハ未ダ之ヲ取立ツルコトヲ得ナイ、何トナレバ若シ質權者ニ此ノ如キ權利アルモノトスレバ第三債務者ニ期限ノ利益即チ契約上ノ權利ヲ失ハシムルコトト爲ル譯デアリマス、此點ニ付テハ殆ド疑ヲ生スベキ餘地ナイ故ニ民法ニハ何等ノ規定ヲモ置イテナイ、之ニ反シテ質權者ノ債權ガ辨濟期ニ至ル前ニ質權ノ目的タル債權ノ辨濟期ガ到來シタルトキハ質權者ハ未ダ自己ノ債權ヲ實行スルコトヲ得ザルガ故ニ其擔保タル債權ノ取立ヲ爲スコトヲ得ザルモノト謂ハナケレバナラス、然レドモ若シ此ノ如クニ空シク手ヲ束ネテ辨濟期ノ到ルヲ俟

タネバナラスモノトスレバ或ハ大ナル損害ヲ被ルニ至ルコトガアル、何トナレバ質權者ノ債權ガ辨濟期ニ至ルマデニハ第三債務者ハ無資力ト爲ルヤ計ラレヌ故ニ假ニ之ヲ取立テテ他日辨濟ヲ得ルコトヲ確ムル方法ガナクテハナラス、此場合ニ於テ若シ第三債務者ヲシテ辨濟ヲ爲サンムルモノトスレバ其辨濟ハ何人ニ之ヲ爲スベキヤ、別段ノ規定ナキ限ハ其直接ノ債權者タル債務者即チ質權設定者ニ辨濟ヲ爲スベキコトト爲ルデアラウ、然ラバ其危險ハ一層大ナルモノト謂ハネバナラス、是ヲ以テ法律ハ此場合ニ於テ質權者ハ第三債務者ヲシテ其辨濟金額ヲ供託セシムルコトヲ得ルモノトシタ、而シテ質權ハ其供託金ノ上ニ存在スルモノト定メテアル(三六六條三項)

此規定ハ質權者ヲ保護スル爲メニ設ケラレタ便宜法デアラツテ、此場合ニハ質權ノ目的ガ更改ヤラレタルモノデアアル、即チ從來債權ヲ目的トシタルニ爾後供託金ヲ目的トスルコトニ變ジタ譯デアアル、而シテ質權者ニ於テ單ニ供託ヲ爲サシムルコトヲ得ルニ止マリテ直チニ取立ツルコトヲ得ザルモノトシタ所以ハ外デハナイ、質權ヲ設定シタル債務者ヲシテ期限ノ利益ヲ失ハシメザルガ爲メデアアル、此場合ニハ第三債務者ハ供託ニ因ツテ其債務ヲ免ル譯デアアルガ故ニ質權設定者ハ利息ヲ取得スルコトヲ得ザルニ至ルガ如クニ見ユルガ、供託法ニ於テ供託金ニ利息ヲ附スルコトト定メテアルガ故ニ斯ル結果ヲ生ズルコトハナイ、債務者ハ決シテ不當ノ損害ヲ被ルコトハナイト思フ(供三條)

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

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

以上説明シタル質權實行ノ方法ハ主トシテ獨逸民法ノ規定ヲ採ツタモノデアアル(獨民一一八二條以下)唯獨逸民法ニハ質權ニ特別ナル實行ノ方法デアアルガ故ニ民事訴訟法ニ讓ラズ一切民法ニ規定シテアル

第四章 抵當權

第一節 總則

抵當權ニ付テハ民法ニ定メタル順序ニ從テ總則、效力及ビ消滅ノ三事項ヲ説明シヤウト思フ

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

抵當權ノ目的 抵當權ノ目的ハ不動産ニ限ル、抵當權ハ質權ト異ナツテ占有ノ移轉ヲ要セザルモノデアアルガ故ニ一定ノ位置ヲ有セザル動産ニハ適用シ得ルモノテナイ、何トナレバ抵當權ノ成立ヲ表示スベキ方法ガナイ故デアアル、尤モ外國ニ於テハ動産ニ付テモ抵當權ヲ認メタル例ガナイデハアリマセス、此點ニ於テハ佛法ノ主義ト英、獨法ノ主義ト大ニ異ナル所ガアリマス、我民法ハ本邦從來ノ慣例ト佛蘭西法系ノ立法例ニ從ツテ抵當權ノ目的ハ不動産ニ限ルモノトシタ、但此原則ニハ一ノ例外ガアル、其レハ船舶ノ抵當デアアル、船舶ノ抵當ニ關スルコトハ民法ニ規定シテナイニ由ツテ玆ニハ説明ヲ省キマス

民法第三六九條ニハ況ク不動産トアツテ特定ノ不動産ト云フテナイ、然レドモ固ヨリ特定ノ不

動産ニ限ルモノト解セネバナラス、佛國民法ニ認ムル債務者ノ總財産上ニ存在スル抵押權ノ如キハ我邦ニ慣習モナイ且有害ナル制度ト看テ之ヲ採用セラレナシ、固ヨリ一切ノ不動産ヲ舉ゲテ抵押權ノ目的ト爲スコトハ妨ナキコトデアルガ、此ノ如キハ箇箇ニ其不動産ヲ抵押權ノ目的ト爲シタモノト看ネバナラス、故ニ其結果トシテ例ハ登記ハ各不動産ニ付テ之ヲ爲スコトガ必要デアル

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

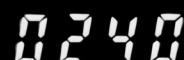
是ハ屢々述ベタル如ク物權ハ有體物ノ上ニ行フ權利デアルト云フ觀念ヨリ特ニ此規定ヲ必要トシタ所以デアッタ又民法ニ於テモ此觀念ヲ以テ一貫スルコト能ハナシテ證據デアル

抵押權ハ抵押不動産ガ膨脹シタル場合ニハ其膨脹シタル部分ニマデ及ブ、例ハ庭園ニ山ヲ築キ又ハ建物ニ増築ヲ爲シタル如キ場合ニハ總テ其新ニ加ハタタ部分ヲ併セテ抵押權ノ目的ト爲ルモノデアル、即チ抵押權ハ其目的タル不動産ニ附加シテ之ト一體ヲ成シタル物ニ及ブ但此原則ニハ四ノ例外ガアル(三七〇條)

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

第二 設定行為ニ別段ノ規定アルトキ 是ハ説明ヲ要スル事柄デナシ
第三 第四二四條ノ規定ニ依ラテ債權者カ債務者ノ行為ヲ取消スコトヲ得ルトキ 是ハ所謂詐害行為ノ場合デアッタ、既ニ前學年ニ説明ヲ聽カレタコトト考ヘマスニ因ラテ説明ヲ略シマス
第四 果實 果實ハ抵押權ノ目的タル不動産ノ一部デアアル、故ニ明文ナキトキハ抵押權ノ及ブコトト爲ル、然ルニ是ハ抵押權ナル制度ヲ認メタ目的ニ反スルコトデアアル、何トナレバ抵押權ハ其設定者ニ於テ使用及ビ收益ノ權ヲ失ハザルコトヲ以テ特質トスルモノデアアル、但此原則ニモ二ツノ例外ガアル

(一) 抵押不動産ノ差押アリタルトキ 此場合ニハ抵押不動産ノ所有者ハ其不動産ヲ處分スル權利ヲ失フニ因ラテ其實質ヲモ處分スルコトヲ得ザルハ當然ノコトデアル



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

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

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

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

第二節 抵當權ノ效力

民法ハ本節ニ於テ四ツノ事ヲ規定シテ居マス、第一、抵當權ノ順位、第二、抵當權ニ依ツテ擔保セラルベキ債權、第三、抵當權ノ處分、第四、第三取得者ニ對スル抵當權ノ效力、是ヨリ順

次ニ此四ツノ事項ヲ説明シヤウト思フ

第一款 抵當權ノ順位

抵當權ノ順位問題ハ數箇ノ債權ヲ擔保スル爲メニ同一ノ不動産ニ付テ抵當權ヲ設定シタル場合ニ生ズル、此場合ニ於テ其抵當權ノ順位ハ登記ノ前後ニ依ルト定メラル(三七三條)是ハ定ニ當然ノ事デアツテ抵當權者ハ互ニ第三者デアル、民法ハ何故ニ此事ヲ明文ニ規定スルコトヲ必要トシタルヤヲ疑フ位デアル、思フニ此規定ヲ置カレタ趣旨ハ順位ノ事ハ純然タル第三取得者ニ對スル效力ト看ルベキモノデハナイ又先取特權ノ順位ハ必ズシモ登記ノ前後ニ依ラザルコトト爲ツテ居ルヨリシテ或ハ疑ヲ生ゼンコトヲ恐レタガ故ニ過ギヌト思フ

第二款 抵當權ニ依ツテ擔保セラルヘキ債權

抵當權ハ元本ノ外利息其他ノ定期金ヲモ擔保スルモノデアル、其理由ハ利息ナルモノハ通常一定ノ時期ニ拂フモノデアツテ永ク其支拂ヲ延滞スルハ異例ニ屬スルコトデアル、其レ故ニ利息ニ及ブモノトスベキハ當然ノ事デアル、唯是ニハ制限ガナクテハナラヌ、即チ久シキ前ニ廻ツテ一切抵當權ニ依ツテ擔保セラルモノトスレバ他ノ債權者ニ非常ノ損害ヲ被ラシムルコトト爲ル、故ニ原則トシテ最後ノ二年分ニ限り抵當權ニ依ツテ擔保セラルモノトシテアル、其以

前ノ分ニ付テハ滿期後登記ヲ爲シタルトキニ限り其登記ノ時ヨリ抵當權ヲ行フコトヲ妨ゲナイ
(三七四條)

茲ニ所謂利息トハ約定利息ノミヲ謂フモノデアツテ、債務ノ不履行ニ原因セル損害賠償ノ性質
ヲ有スル遲延利息ニハ適用ナキモノト解シマス、然ルニ此點ニ關シテハ曩ニ解釋ガ歧レテ大議
論ヲ生シマシタ、結局大審院ハ今述ベタ狹義ニ解スル說ヲ採ツテ、遲延利息ヲ含マズト云フ判
決ヲ下シタ、然ルニ立法問題トシテハ是ハ法律ノ一缺點ト謂ハネバナラス、從來ノ慣習ニ反ス
ルコトデモアリ又質權ニ於ケルト規定ヲ異ニスベキ理由ハ更ニナイ(六三四條)其レ故ニ世間
ニハ此點ニ於テ民法ニ修正ヲ加フル議ガ起ツテ、竟ニ明治三十四年四月十二日法律第三十六號
ヲ以テ本條ノ規定ヲ遲延利息ニモ適用スルコトヲ明定セラレマシタ、詳細ナル點ハ説明ヲ略シ
マス

第三款 抵當權ノ處分

抵當權ハ從タル權利デアルガ故ニ一見スルトキハ其擔保スル主タル債權ヲ離レテ存在スルコト
ヲ得ザルモノノ如クニ解セラルル、即チ單獨ニ抵當權ノミヲ處分スルコトハ無効ナル如クニ思
ハルル、純理上ヨリ言ヘバ此見解ハ或ハ適當デアルカモ知レヌガ此ノ如クナルトキハ實際上甚
ダ不便デアル、抵當權ハ先取特權ト異ナツテ債權ノ性質ニ基イテ當然之ニ附著スルモノトシタ

權利デナイ、其レ故ニ何人ニモ損害ヲ生ゼザル限ハ債權ヨリ分離シテ單獨ニ之ヲ處分スルコト
ヲ得セシムルニ何等ノ不都合モナイコトデアアル、當事者ニ於テハ多クノ場合ニ於テ之ヲ便利ト
スルコトデアアル、故ニ民法ハ第三七五條ニ於テ抵當權ノ處分ヲ認メラ之ニ關スル規定ヲ置イタ
スルコトデアアル

第一 抵當權ハ先ツ之ヲ以テ他ノ債權ノ擔保ト爲スコトヲ得ル 一例ヲ舉グレバ茲ニ甲ナル者
ガ乙ナル者ニ對シテ一萬圓ノ債權ヲ有スルモノトシテ居ル、其擔保トシテ抵當權ヲ設定セシメ
タ、然ルニ甲ハ後ニ至ツテ金錢ノ必要アツテ丙ナル者ヨリ借入レント欲スルモ抵當トスベキ不
動産ガナイ、斯ル場合ニハ乙ニ對シテ有スル抵當權ヲ以テ更ニ丙ニ對シテ負ハントスル債務ノ
擔保ト爲スコトヲ得ル、但此場合ニ付テ注意スベキコトハ何人ト雖モ自己ノ有スル以上ノ權利
ヲ他人ニ移スコトヲ得ザルニ由ツテ縱令甲ガ丙ニ對シテ己ガ乙ニ對シテ有スル債權額以上ノ債
務ヲ負フモ例ヘバ二萬圓ノ債務ヲ負フモ丙ハ其抵當權ニ依ツテ初ヨリ擔保スル債權額ヲ限度ト
スルニ非ザレバ之ヲ實行スルコトヲ得ナイ、又曩ニ債權質ニ付テ述ベタ如ク、自己ノ權利ガ辨
濟期ニ至ルマデハ抵當權ヲ實行スルコトヲ得ザルハ言フテ俟タザルコトデアアル

第二 抵當權ノ讓渡 即チ抵當權者ハ同一ノ債務者ニ對スル他ノ債權者ニ其債權ノ擔保トシテ
自己ノ抵當權ヲ讓渡スルコトヲ得ル 是ハ極メテ簡單ナル場合デアツテ別ニ難問ヲ生ズルコトハ
ナイ、即チ甲債權者ガ乙債權者ニ抵當權ヲ讓渡シタルレバ甲ハ將來無擔保ノ債權者ト爲ツテ

乙ガ其抵當權ニ依ッテ辨濟ヲ受クルコトト爲ル譯デア
 第三 抵當權ノ拋棄 即チ抵當權者ハ同一ノ債務者ニ對スル他ノ債權者ノ爲メニ其抵當權ヲ拋棄スルコトヲ得ル 例ヘバ茲ニ甲、乙、丙ナル三人ガ丁ナル者ニ對シテ各、一萬圓ノ債權ヲ有スルト假定シマセウ、而シテ甲一人ガ抵當權ヲ有シテ居ル、而シテ其抵當權ノ目的タル不動産ノ價格ハ丁度一萬圓デアルト假定シマセウ、此場合ニ甲ハ乙ノ爲メニ其抵當權ヲ拋棄シタトスレバ乙ハ如何ナル地位ニ立ツカト云フニ畢竟甲ガ管テ抵當權ヲ有セザルモノト看做スコトヲ得ル結果ニ爲ル、恰モ一萬圓ノ財産ヲ有スル債權者ニ對シテ一萬圓宛ニ債權ヲ有スル無擔保ノ債權者ガ三人アル場合ト同様ニ爲ル譯デア
 第四 順位ノ讓渡 即チ抵當權者ハ同一ノ債務者ニ對スル他ノ債權者ノ爲メニ其抵當權ノ順位ノミヲ讓渡スコトヲ得ル 此場合ニ於テハ讓渡人ハ言フマデモナク讓受人モ無擔保ノ債權者デナクシテ抵當權者デア
 第五 順位ノ拋棄 抵當權者ハ同一ノ債務者ニ對スル債權者ノ爲メニ其抵當權ノ順位ノミヲ拋棄スルコトヲ得ル 例ヘバ茲ニ甲、乙、丙ノ三人ガ各丁ニ對シテ一萬圓ノ債權ヲ有シテ居ル、而シテ其債權ハ言フマデモナク何レモ抵當權ニ依ッテ擔保セラレテ居ル、甲ハ第一順位、乙ハ第二順位、丙ハ第三順位ニ在ルト假定シマセウ、而シテ抵當不動産ノ價格ハ前例ニ倣ッテ一萬五千圓ト假定シマセウ此場合ニ於テハ甲ハ先ツ一萬圓ヲ取り、乙ハ五千圓ヲ取り丙ハ一錢一厘ヲモ取ルコトヲ得ザル譯デア
 第六 順位ノ移轉 抵當權者ハ同一ノ債務者ニ對スル債權者ノ爲メニ其抵當權ノ順位ノミヲ移轉スルコトヲ得ル 例ヘバ茲ニ甲、乙、丙ノ三人ガ各丁ニ對シテ一萬圓ノ債權ヲ有シテ居ル、而シテ其債權ハ言フマデモナク何レモ抵當權ニ依ッテ擔保セラレテ居ル、甲ハ第一順位、乙ハ第二順位、丙ハ第三順位ニ在ルト假定シマセウ、而シテ抵當不動産ノ價格ハ前例ニ倣ッテ一萬五千圓ト假定シマセウ此場合ニ於テハ甲ハ先ツ一萬圓ヲ取り、乙ハ五千圓ヲ取り丙ハ一錢一厘ヲモ取ルコトヲ得ザル譯デア
 第七 順位ノ消滅 抵當權者ハ同一ノ債務者ニ對スル債權者ノ爲メニ其抵當權ノ順位ノミヲ消滅スルコトヲ得ル 例ヘバ茲ニ甲、乙、丙ノ三人ガ各丁ニ對シテ一萬圓ノ債權ヲ有シテ居ル、而シテ其債權ハ言フマデモナク何レモ抵當權ニ依ッテ擔保セラレテ居ル、甲ハ第一順位、乙ハ第二順位、丙ハ第三順位ニ在ルト假定シマセウ、而シテ抵當不動産ノ價格ハ前例ニ倣ッテ一萬五千圓ト假定シマセウ此場合ニ於テハ甲ハ先ツ一萬圓ヲ取り、乙ハ五千圓ヲ取り丙ハ一錢一厘ヲモ取ルコトヲ得ザル譯デア

有シテ居ル、甲ハ第一順位者デア、乙ハ第二順位者デア、而シテ抵當不動産ノ價格一萬五千圓デアルト假定シマセウ、此場合ニ於テ甲ガ乙ノ爲メニ其第一順位ヲ讓渡シタトスレバ乙ハ素ト五千圓ナラデハ受取ルコトヲ得ザリシモノガ順位ヲ讓渡ヲ受ケタガ爲メ正反對ニ一萬圓ヲ受取リ甲ガ五千圓ヲ受取ルコトト爲ル、若シ又抵當不動産ノ價格ガ各自ノ債權額ト同一即チ一萬圓デアルトスレバ乙ハ其代價ノ全額ヲ受取ル結果ト爲リマス

第五 順位ノ拋棄 抵當權者ハ同一ノ債務者ニ對スル債權者ノ爲メニ其抵當權ノ順位ノミヲ拋棄スルコトヲ得ル 例ヘバ茲ニ甲、乙、丙ノ三人ガ各丁ニ對シテ一萬圓ノ債權ヲ有シテ居ル、而シテ其債權ハ言フマデモナク何レモ抵當權ニ依ッテ擔保セラレテ居ル、甲ハ第一順位、乙ハ第二順位、丙ハ第三順位ニ在ルト假定シマセウ、而シテ抵當不動産ノ價格ハ前例ニ倣ッテ一萬五千圓ト假定シマセウ此場合ニ於テハ甲ハ先ツ一萬圓ヲ取り、乙ハ五千圓ヲ取り丙ハ一錢一厘ヲモ取ルコトヲ得ザル譯デア
 第六 順位ノ移轉 抵當權者ハ同一ノ債務者ニ對スル債權者ノ爲メニ其抵當權ノ順位ノミヲ移轉スルコトヲ得ル 例ヘバ茲ニ甲、乙、丙ノ三人ガ各丁ニ對シテ一萬圓ノ債權ヲ有シテ居ル、而シテ其債權ハ言フマデモナク何レモ抵當權ニ依ッテ擔保セラレテ居ル、甲ハ第一順位、乙ハ第二順位、丙ハ第三順位ニ在ルト假定シマセウ、而シテ抵當不動産ノ價格ハ前例ニ倣ッテ一萬五千圓ト假定シマセウ此場合ニ於テハ甲ハ先ツ一萬圓ヲ取り、乙ハ五千圓ヲ取り丙ハ一錢一厘ヲモ取ルコトヲ得ザル譯デア
 第七 順位ノ消滅 抵當權者ハ同一ノ債務者ニ對スル債權者ノ爲メニ其抵當權ノ順位ノミヲ消滅スルコトヲ得ル 例ヘバ茲ニ甲、乙、丙ノ三人ガ各丁ニ對シテ一萬圓ノ債權ヲ有シテ居ル、而シテ其債權ハ言フマデモナク何レモ抵當權ニ依ッテ擔保セラレテ居ル、甲ハ第一順位、乙ハ第二順位、丙ハ第三順位ニ在ルト假定シマセウ、而シテ抵當不動産ノ價格ハ前例ニ倣ッテ一萬五千圓ト假定シマセウ此場合ニ於テハ甲ハ先ツ一萬圓ヲ取り、乙ハ五千圓ヲ取り丙ハ一錢一厘ヲモ取ルコトヲ得ザル譯デア

對等ノ地位ニ立ツト云フマデノコトデアル、又此場合ト前ニ説明シタ抵當權ノ拋棄ノ場合ト相異ナル所ハ順位ノ拋棄ト云フ以上ハ其拋棄ニ因リテ利益ヲ受クル者ハ必ズ抵當權者デアル、此點ガ二ツノ場合ト同ジカラザル所デアリマス

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

ル譯デアリマス(三七六條一項)而シテ其制裁ハ言フヲ俟タザルコトデアラフテ、主タル債務者ハ此通知ヲ受クルカ又ハ承諾ヲ與ヘナガラ受益者ノ承諾ナクシテ辨濟ヲ爲シタルトキハ其辨濟ヲ以テ受益者ニ對抗スルコトヲ得ザル結果ト爲ル(同條二項)

第四款 第三取得者ニ關スル效力

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

0244

ハ之ヲ採用セラレナシ、民法ニハ他ノ二ツノ方法即チ辨濟ト濫除ニ關スル規定ヲ設ケラレタ
 ノデアアル、但辨濟ニ付テモ是ヨリ説明スル所ニ依テ分ルコトデアアルガ僞民法及ビ佛國民法ト
 ハ大ニ立法ノ觀念ヲ異ニシテ居マヌ

是ヨリ辨濟及ビ濫除ノ事ニ關シテ民法ニ規定スル所ノ大要ヲ説明シヤウト思ヒマス

一 辨濟 舊民法ハ佛國民法ニ倣ヒ第三取得者ハ抵當權者ニ對シテ債務辨濟ノ義務アルモノト
 シタル如クニ解セラルルガ(舊民法債權擔保編二五五條)是ハ大ナル誤デアルト思フ、抵當權
 者ト第三取得者トノ間ニハ債務關係ハ全クナイ、尤モ第三取得者ト雖モ債務者ノ爲メニ辨濟ヲ
 爲ス權利アルコトハ疑ナイ、即チ何人ト雖モ辨濟ヲ爲シテ債務ヲ消滅セシムルコトヲ得ルハ民
 法ノ原則デアアル(四七四條)故ニ第三取得者ハ債務者ニ代リテ任意ノ辨濟ヲ爲スコトヲ得ルハ
 言フヲ俟タザルコトデアアル、又抵當權者ハ抵當不動産ノ處分ニ因テ債務者ガ受クベキ金銭ニ
 付テ抵當權ヲ行フコトヲ得ルハ既ニ説明シタル第三七二條ニ規定スル所デアアル、故ニ抵當權者
 ハ此規定ニ依テ其實價ノ辨濟ヲ請求スルコトヲ得ル譯デアアル、而シテ其代價ガ債務全額ノ辨
 濟ニ充ツルニ足ラヌトキハ更ニ進ンデ其殘額ニ付キ抵當權ヲ實行スルコトヲ爲ル、然ルニ若シ
 此ノ如ク二重ニ抵當權ヲ行使スルコトヲ爲ラバ第三取得者ノ爲メニ甚ダ酷ニ失スル結果ト爲
 ル、其レ故ニ第三取得者ハ其取得代價ヲ抵當權者ニ支拂フテ其實行ヲ免ルルコトヲ得セシメタ
 譯デアアル、是ハ曩ニ述ベタ如ク債務ノ履行デハナクシテ全ク抵當權ノ效力デアアル、而シテ此辨

契約ノ解除ハ當事者雙方ヲシテ相手方ヲ原狀ニ復スルノ義務ヲ負ハシムルモノナルヲ以テ茲
 ニ再々當事者間ニ於テ原狀回復ノ爲メ給付ヲ交換ヲ爲スコトトナリ此給付モ亦互ニ相牽連シ
 同時ニ履行スルヲ以テ公平ノ原則ニ適スルモノトス故ニ民法ハ此場合ニ付テモ亦第五三三條
 ノ規定ヲ準用シ當事者ノ一方カ其義務ノ履行ヲ提供セザルトキハ相手方モ亦義務ノ履行ヲ拒
 絶スルコトヲ得ヘキモノトシ第五四六條ニ於テ特ニ之カ規定ヲ設ケタリ

契約ノ解除ハ當事者間ニ於テ債權の效力ヲ生ゼザルコトハ既ニ説明スル所ノ如シ故ニ契約ノ
 解除前契約ノ目的物ニ對シテ物權其他第三者ニ對抗スルコトヲ得ヘキ權利ヲ取得シタル第三
 者ハ契約ノ解除ニ拘ハラヌ依然トシテ其權利ヲ保有スルコトヲ得ヘク契約當事者ハ契約解除
 ノ效果ヲ以テ之ニ對抗スルコトヲ得ヌ是レ第五四五條但書ニ規定スル所ニシテ法律ハ一般的
 ニ「第三者」ト規定シ何等ノ區別ヲ設ケサルヲ以テ其善意ナルト惡意ナルトハ之ヲ問フノ必
 要ナシト雖モ當事者ノ一方カ解除權行使ノ結果登記其他ノ公示方法ニ依リ其權利ヲ保存シタ
 ルトキハ其後ニ至リ目的物上ニ物權其他第三者ニ對抗シ得ヘキ權利ヲ取得シタル者ニ對シテ
 其權利ヲ主張シ得ヘキハ論ヲ俟タヌ

第二 解除權ノ行使ハ損害賠償ノ請求ヲ妨ケス

契約ノ解除ハ債務ノ不履行ニ對スル一ノ救濟方法ニシテ當事者ノ地位ヲ原狀ニ復シ以テ債權
 者ノ利益ヲ保護スルヲ以テ目的トス故ニ契約ヲ解除シタル債權者ハ債務者ニ對シテ履行ヲ請

求、スルコトヲ得サルハ、勿論ナリト雖モ、之カ爲メ其本來享有セル損害賠償ノ請求權ヲ失フヘキモノニアラス是レ民法第五四五條第三項ニ規定スル所ナリ蓋シ理論上ヨリ云フ時ハ契約ノ解除ハ契約ノ效力ヲ消滅セシメ契約ナカリシト同一ノ状態ニ復セシムルモノナレハ契約ノ存立ヲ前提要件トスル所ノ債務ノ不履行ヨリ生スル損害賠償ナルモノノ存スヘキ理由ナシト論スルコトヲ得ヘシ是レ獨逸其他諸國ノ法制ニ於テ契約解除ノ場合ニハ解除權者ハ相手方ニ對シ所謂消極的損害（即チ其契約ヲ爲シタルカ爲メニ被ムリタル損害）ヲ賠償スルノ權利ヲ有スルニ止マリ積極的損害（即チ債務ノ不履行ヨリ生スル損害）ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得サルモノトナセリ然レトモ我民法ハ債權者ヲ保護スル一種ノ政策トシテ契約ノ解除權ヲ認メ債權者ヲシテ契約ノ解除ト共ニ不履行ヨリ生スル損害ノ賠償ヲ求ムルコトヲ得セシムルコトトシ第五四五條第三項ニ於テ特ニ之カ規定ヲ設ケ解釋上ニ於テ生スヘキ疑問ヲ豫防シタルモノナリ

第五項 解除權ノ消滅

解除權ハ種種ナル原因ニ因リテ消滅ス即チ左ノ如シ

第一 解除權ノ拋棄

解除權ハ一ノ財產權ナルヲ以テ之ヲ有スル者ニ於テ任意ニ之ヲ拋棄スルコトヲ得

第二 期限條件ノ到來

解除權ニ終期ヲ付シ又ハ解除條件ヲ付シタルトキハ解除權ハ一般ノ原則ニ從ヒ其期限條件ノ到來ニ依リテ消滅ス

解除權ノ行使ニ付キ期間ノ定メナキトキハ相手方ハ解除權ヲ有スル者ニ對シ相當ノ期間ヲ定メ其期間内ニ解除ヲ爲スヤ否ヤノ確答ヲ發スヘキ旨ヲ催告シ右ノ期間内ニ相手方カ解除ノ通知ヲ受ケサルトキハ解除權ハ消滅ス是レ民法第五四七條ニ規定スル所ナリ蓋シ解除權ノ行使ニ付キ期間ノ定メナキ場合ニ解除權者ヲシテ際限ナク此權利ヲ行フコトヲ得セシムルニ於テハ當事者ノ權利關係ヲ不確ナラシメ經濟上不利ナル結果ヲ生スルヲ以テ解除權者ヲシテ相手方ノ請求ニ依リ速ニ之ヲ行使セシメ當事者ノ地位ヲ確定スルコトニ留意シタルモノナリ

第三 原狀回復ノ不能

解除權ヲ有スル者カ自己ノ行為又ハ過失ニ因リ著シク目的物ヲ毀損シ若クハ之ヲ返還スルコト能ハサルニ至リタトキ又ハ加工若クハ改造ニ因リ目的物ヲ他ノ種類ノ物ニ變シタルトキハ解除權ハ消滅ス是レ第五四八條第一項ニ規定スル所ナリ蓋シ此等ノ場合ニ於テ解除權者カ自己ノ所爲ニ因リ原狀回復ヲ不能ナラシメタル以上ハ原狀回復ヲ以テ唯一ノ目的トスル解除權ノ消滅ヲ甘諾セサルヘカラス此場合ニ於テモ尙ホ解除權ノ行使ヲ許スハ相手方ニ對シテ苛酷ナルノミナラス經濟上ニ於テモ亦有害ナル結果ヲ生スルヲ以テナリ然レトモ目的物ノ滅失毀

損、解除權者ノ責ニ歸スヘカラサル事由ヨリ生シタル場合ニ解除權者ヲシテ其權利ヲ喪失セシムルハ是レ亦不公平タルヲ免カレサルヲ以テ此場合ニ於テハ解除權者ハ依然トシテ其權利ヲ保有シ解除權行使ノ結果目的物ノ滅失毀損ニ對シ金銭的賠償ヲ爲スノ義務ヲ負擔スルモノトス(五四八條二項)

第四 解除權ノ行使

解除者ノ解除權ノ行使ニ依リテ其目的ヲ達シタルモノナレハ其權利ハ茲ニ消滅ニ歸スヘキハ論ヲ俟タス

第二章 事務管理

第一節 事務管理ノ性質

事務管理トハ法律上ノ義務ナクシテ他人ノ爲メニ他人ノ事務ヲ管理スルヲ謂フ故ニ茲ニ事務管理アリトスルニハ左ノ條件ノ具備スルコトヲ必要トス

第一 管理者ハ他人ノ事務ヲ管理スルコトヲ要ス
 茲ニ事務管理アリトスルニハ常ニ必ス二人ノ者アリテ其中ノ一人カ他ノ一人ノ事務ヲ管理スルノ事實アルコトヲ要ス而シテ其他人ノ事務ヲ管理スル者ヲ稱シテ管理者ト云ヒ其事務ヲ管理セラルル者ヲ稱シテ本人ト謂ヒ事務管理ハ本人ト管理人トノ間ニ於テ種種ナル權利關係ノ

生スルモノナリ

事務管理ハ管理者一方ノ意思ニ基ク行爲ニシテ事務管理ナル法律關係ノ成立スルカ爲メニハ本人ノ意思ヲ必要トセザルヲ以テ所謂單獨行爲ノ一種ニ屬シ當事者雙方ノ意思ノ合致ヨリ成立スル契約關係ニ屬セザルヤ明カナリ故ニ本人ノ能力者ナルト否トハ事務管理ノ成立ニ何等ノ影響ヲ及ホスコトナシ羅馬法ニ於テハ準契約ナル名稱ノ下ニ事務管理ナル債務發生ノ原因ヲ認メ此權利關係ノ成立ニハ本人ニ行爲能力アルコトヲ必要トシ本人ニ行爲能力ナキトキハ不當利得ノ原則ヲ適用スヘキモノト爲シタレトモ近世ノ法律ハ事務管理ノ管理者一方ノ行爲タル性質ニ著眼シ本人ニ行爲能力アルト否トヲ區別セザルコトト爲セリ

事務管理ノ成立ニハ管理者ニ於テ他人ノ事務ヲ管理ヲ爲スコトヲ必要トスルモ管理人ノ管理スル事務ノ法律行爲ナルト否トハ之ヲ問フノ必要ナク又法律行爲ハ自己ノ名ヲ以テスルト本人ノ名ヲ以テスルトヲ區別スルコトナシ

第二 管理者ハ他人ノ爲メニ他人ノ事務ヲ管理スルコト要ス

事務管理ノ成立スルニハ管理人カ事實上ニ於テ他人ノ爲メニ事務ヲ管理ヲ爲シタルノミヲ以テ足レリトセス管理者カ其ノ事務ハ他人ノ事務ナルコトヲ知り且他人ノ爲メニスルノ意思ヲ以テ事務ノ管理ヲ爲スコトヲ必要トス故ニ他人ノ事務ヲ自己ノ事務ナリト信シ自己ノ爲メニ之ヲ處理シタルトキ及ヒ他人ノ事務ナルコトヲ知りタル場合ト雖モ自己ノ利益ノ爲メニ其事

務ヲ管理シタルモノナルトキハ所謂事務管理ナルコトナシ蓋シ管理者カ他人ノ爲メニスルノ意思ヲ以テ好意上他人ノ事務ノ管理ヲ始メタル以上ハ事務ノ管理ヲ繼續シ本人ノ利益ヲ保護スルノ責ニ任スヘキハ其當サニ豫期スヘキ所ナルヲ以テ法律ハ本人ノ利益ヲ保護スルタメ管理者ヲシテ特別ノ義務ニ服從セシムルト同時ニ管理者ハ本人ノ爲メニ事務ノ管理ヲ爲スニ過キササルヲ以テ管理者モ亦之ヲ保護スルノ必要アリ本人ヲシテ管理者ニ對シテ特別ノ義務ヲ負ハシムルモノナリ

管理者カ他人ノ事務ヲ自己ノ事務ナリト信シテ之ヲ處理シ又ハ他人ノ事務ナルコトヲ知りナカラ之ヲ自己ノ事務ナリトシテ處理スル場合ニ其事務管理ハ或ハ本人ヲ利スルコトアリ或ハ之ヲ害スルコトアリテ此場合ニ於ケル雙方間ノ權利義務ハ純然タル不當利得又ハ不法行為ノ原則ニ從ヒ之ヲ定ムルコトヲ要ス

第三 管理者ハ法律上ノ義務ナクシテ他人ノ爲メニ他人ノ事務ヲ管理スルコトヲ要ス

事務管理ノ成立ニハ管理者ニ於テ法律ノ規定又ハ當事者ノ意思ニ因リ他人ノ事務ヲ管理スルノ義務ヲ負擔シ其義務ノ履行トシテ他人ノ義務ヲ管理シタルモノニ非サルコトヲ必要トス故ニ受任者カ其委任ノ範圍内ニ於テ委任者ノ爲メニ爲ス事務ノ管理、法定代理人カ其本人ノ爲メニ爲ス事務ノ管理ハ事務管理ニ非ス然レトモ此等ノ者カ其委任又ハ職務ノ範圍外ニ於テ爲シタル事務ニ付テハ事務管理ノ成立ヲ妨ケサルハ勿論ナリ

以上三個ノ條件ヲ具備スルニ於テハ管理者ノ行為ハ事務管理トシテ民法第六九七條以下ノ規定ヲ適用スヘク右ノ外本人ノ意思ニ反セサルコトヲ以テ事務管理ノ一條件ト爲ス者アリモ雖モ民法ハ事務管理ニ關スル民法第三編第四章中ニ此場合ヲモ網羅セルヲ以テ我民法ノ解釋トシテハ事務ノ管理カ本人ノ意思ニ反スルヤ否ヤハ之ヲ問ハサルモノト爲ササルヘカラス

第二節 事務管理ノ效力

予ハ事務管理ノ效力ヲ論スルニ當リ事務管理者ノ義務ト本人ノ義務ニ區別シテ説明スヘシ

第一款 事務管理者ノ義務

何人ト雖モ義務ナクシテ他人ノ事務ヲ管理スルノ責任ヲ負フコトナカルヘキハ敢テ論ヲ俟タサル所ナリト雖モ一旦他人ノ爲メニ其事務ノ管理ヲ始メタル以上ハ其結果ニ對シテ實ヲ負ハサルヘカラス是レ第六九七條以下ノ規定アル所以ニシテ此等ノ規定ニ依ルトキハ義務ナクシテ他人ノ爲メニ事務ノ管理ヲ始メタル者ハ左ノ義務ニ服從スルモノトス

第一 事務ヲ管理スルノ義務

義務ナクシテ他人ノ事務ノ管理ヲ始メタル者ハ此一事ノミヲ以テ其事務ヲ管理スルノ責任ニ任スルモノナリ蓋シ各人ハ他人ノ事務ヲ管理スルノ責ニ任セサルト同時ニ他人ノ事務ニ干渉ス

ルコトハ本人ノ承諾アルニ非サレハ爲シ得ヘカラサルモノト論スルコトヲ得ヘシ是レ羅馬法及ヒ歐洲諸國ノ古代法ニ於テ委任ナクシテ他人ノ事務ニ干渉スルノ行爲ヲ一般ニ不法視シタル所以ナリ然レトモ世運ノ進歩ト共ニ取引關係ノ漸ク複雑トナルニ從ヒ各人ハ常ニ必スシモ自己ノ事務ヲ管理スルコトヲ得ルノ地位ニ在ルモノニ非ス又他人ニ委任シテ其事務管理ヲセシムルコトヲ得サル場合往往ニシテ是アリ此ノ如キ場合ニ他人カ來リテ好意上其事務ヲ管理シ本人ヲシテ其需要ヲ充タスコトヲ得セシムルハ本人ノ爲メニ頗ル有益ナルヲ以テ不法行爲ナリトシテ強テ之ヲ禁スルノ必要ナク寧ロ之ヲ適法行爲ナリトシテ之ニ法律上ノ效果ヲ付シ本人ノ利益ヲ保護スルヲ以テ得策ナリトスヘシ是レ法律カ義務ナクシテ他人ノ事務ノ管理ヲ始メタル人ヲシテ其事務ヲ管理スルノ責任ヲ負ハシムル所以ナリ予ハ以下事務ノ管理ニ關スル管理人ノ責任ニ付キ説明スヘシ

(一) 管理人ハ其管理スル事務ノ性質ニ從ヒ本人ノ利益ニ適スヘキ方法ニ依リテ其管理ヲ爲スコトヲ要ス

是レ民法第六九七條第一項ニ規定スル所ニシテ法律ハ管理人ヲシテ善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ事務ノ管理ヲ爲サシムルモノニ外ナラス何トナレハ善良ナル管理者ノ注意ハ用意周到ナル人カ自己ノ事務ヲ管理スルニ付キ用ユル注意ヲ意味シ用意周到ナル人ハ自己ノ事務ヲ處理スルニ當リ常ニ必ス其事務ノ性質ニ從ヒ最モ其ノ利益ニ適スヘキ方法ヲ以テ事務ノ

管理ヲ爲ス者ナレハナリ故ニ第六九七條ハ善良ナル管理者ノ注意ヲ較ニ具體的ニ示シタルニ止マリ此二個ノ注意ノ間ニ本質上ノ差異ナキモノトス玆ニ於テ管理者ハ委任ノ場合ニ於ケル受任者ト同一ナル責任ヲ負フコトナルヘク管理人カ好意上他人ノ爲メニ事務管理ヲ擔任シタル以上ハ誠實ニ其事務ヲ管理シ本人ノ利益ヲ保護スヘキハ當然ナルヲ以テナリ

(二) 管理者カ本人ノ意思ヲ知リタルトキ又ハ之ヲ推知スルコトヲ得ヘキトキハ其意思ニ從ヒテ管理ヲ爲スコトヲ要ス

管理人ハ他人ノ事務ヲ處理スルモノナレハ如何ナル方法ヲ以テ事務ノ管理ヲ爲スヘキヤノ問題ニ付テハ常ニ本人ノ意思ヲ標準トシテ之ヲ決セサルヘカラス故ニ此點ニ付キ本人カ明カニ意思ヲ表示シ管理者ノ知ルトキハ其意思ニ從ヒ事務ノ管理ヲ爲スコトヲ要スルハ勿論本人カ明カニ其意思ヲ表示セサルモ諸般ノ狀況ヨリ其意思ヲ推測シ得ヘキトキハ管理者ハ其意思ヲ尊重シ之ニ基キ事務ノ管理ヲ爲ササルヘカラス是レ事務管理ノ性質上自カラ然ラサルヲ得サル所ニシテ他人ノ爲メニスル事務ノ管理ヲシテ他人ノ事務ニ對スル不當ノ干渉タルノ性質ヲ有セシメサルカ爲メニハ事務管理人ヲシテ此制限ヲ遵守セシムルコトヲ必要トスルヲ以テナリ故ニ事務ノ管理ニ關スル本人ノ意思カ明確ナルトキ又ハ間接ニ之ヲ推知シ得ヘキトキハ管理人ハ本人ノ意思ニ依リテ定マレル具體的標準ニ從ヒ事務ノ管理ヲ爲スコトヲ要シ前項ニ説明セル抽象的標準ニ從ヒ其管理ヲ爲スヘキモノニ非ス隨テ本人ノ意

思ニ適シタル管理ノ方法ハ抽象的ニ觀察シ本人ニ最モ利益ナル方法ニ非サルモ管理人ハ本人ノ意思ヲ尊重シテ之ニ從フコトヲ要シ抽象的ノ標準ニ從ヒ本人ノ意思ニ適セサル方法ヲ以テ管理ヲ爲スコトヲ得ス唯本人ノ意思不明ナル場合ニハ本人ハ其事務ノ性質ニ從ヒ自己ニ最モ利益ナル方法ヲ以テ事務ノ管理ヲ爲スコトノ希望ヲ有スルモノト推測シ得ヘキヲ以テ之ヲ事務管理ニ付キ管理人ノ用ニヘキ注意ノ標準ト爲シタルモノナリ

(三) 管理人カ本人ノ身體名譽又ハ財産ニ對スル急迫ノ危險ヲ免レシムル爲メニ其事務ノ管理ヲ爲シタルトキハ惡意又ハ重大ナル過失アルニアラザレハ之ニ因リテ生シタル損害ヲ賠償スルノ責ニ任セス

是レ第六九八條ニ規定スル所ニシテ法律ハ特別ノ場合ニ限り管理人ノ責任ヲ輕減シタルモノナリ蓋シ身體名譽又ハ財産ニ對シテ急迫ノ危害ヲ生シタル場合ニ其人ノ爲メニ危害ヲ除キ之ヲシテ身體名譽財産ヲ保全スルコトヲ得セシムルノ必要アルハ敢テ論ヲ俟タル所ナラ以テ此ノ如キ場合ニ於ケル事務管理ハ成ルヘク之ヲ獎勵シ他人ノ急難ヲ認知シタル者ヲシテ速カニ之ヲ救助スルノ策ヲ施サシムルヲ可ナリトス然ルニ此場合ニ於テモ事務管理人ヲシテ一般ノ原則ニ從ヒ責任ヲ負ハシメ苟モ其注意ニ不足ノ點アリテ之カ爲メニ本人ニ損害ヲ生シタルトキハ事務管理人ニ於テ之ヲ賠償セサルヘカラサルモノトスルトキハ事務管理人ニ對シテ苛酷ナル結果ヲ生スルノミナラス之カ爲メ人ヲシテ他人ノ急難ニ趣テコト

ヲ躊躇セシムルニ至リ之カ爲メ其危難ヲ救フコト能ハサルコト往往ニシテ是レアルヲ以テ法律ハ斯ル場合ニ於ケル事務管理人之責任ヲ輕減シ惡意又ハ重大過失アルニアラザレハ其事務管理コトヲ生シタル損害ヲ賠償スルノ責ニ任セサルモノト爲シタルナリ

(四) 管理者ハ本人共相續人又ハ法定代理人カ管理ヲ爲スコトヲ得ルニ至ルマテ其管理ヲ繼續スルコトヲ要ス

管理者カ一旦他人ノ爲メニ其事務ノ管理ヲ始メタル以上ハ其一己ノ意思ヲ以テ之ヲ拋棄スルコトヲ得ス本人共相續人又ハ法定代理人カ本人ノ爲メニ管理ヲ爲スコトヲ得ルマテ其管理ヲ繼續スルノ義務ヲ負フモノトス何トナレハ管理人カ一旦事務ノ管理ヲ始メタル後半途ニテ之ヲ拋擲シ其事務ニ付キ適當ノ管理者ヲ缺クニ於テハ本人ニ不利ナルヲ以テ管理者ヲシテ相當ノ權限ヲ有スル者カ事務ノ管理ヲ爲スコトヲ得ルニ至ルマテ其管理ヲ繼續セシムルノ必要アリ管理者モ亦既ニ好意ヲ以テ他人ノ爲メニ事務ノ管理ヲ始メタル以上ハ本人ニ不利利益ヲ及ボササル方法ヲ以テ之ヲ終了スルノ用意ナカルヘカラス隨テ管理者ハ本人共相續人又ハ法定代理人ニ事務ノ引續ヲ爲スコトヲ要シ之ヲ爲スマテハ其責任ヲ免ルルコトヲ得サルモノトス然レトモ管理者ハ本人ノ利益ノ爲メニ事務ノ管理ヲ爲スニ過キサルヲ以テ管理者ニ於テ事務ノ管理ヲ繼續スルコトカ本人ノ意思ニ反シ又ハ本人ノ爲メニ不利ナルコト明白ナルニ於テハ事務ノ管理ヲ停止スルハ寧ロ其義務ニ屬シ之ヲ繼續スルコトヲ要セス

是レ第七〇〇條但書ノ規定アル所以ナリ

第二 通知ノ義務

管理者ハ本人ノ爲メニ事務ノ管理ヲ爲ス者ニシテ其事務管理ハ本人ノ意思ニ基テコトヲ要スルヲ以テ事務ノ管理ヲ始メタルコトヲ遲滞ナク本人ニ通知シ自己ノ事務ニ付キ其必要ナリト信スル處分ヲ爲スコトヲ得セシメサルハカラス蓋シ通知ヲ受ケタル本人ハ場合ニ從ヒ或ハ事務ノ管理ヲ其儘ニ管理者ニ委シ或ハ自身ニ事務ノ管理ヲ爲シ或ハ相當ノ人ニ委任シテ其管理ヲ爲サシムルコトヲ得ルヲ以テ本人ノ利益ハ充分ニ保護セララルモノナリ是レ民法カ特ニ第六六九條ノ規定ヲ設ケ管理者ヲシテ通知ノ義務ヲ負ハシムル所以ナリ但通知ノ義務ハ本人ヲシテ事務管理ノ事實ヲ知ラシムルヲ以テ唯一ノ目的ト爲スモノナレハ本人ニ於テ既ニ其事實ヲ知ルニ於テハ之ニ對シテ特ニ通知ノ手續ヲ爲スノ必要ナキハ説明ヲ要セスシテ明カナリ是レ第六九條但書ニ規定スル所ナリ

第三 報告ノ義務

事務管理者ハ他人ノ爲メニ其事務ヲ管理スルモノナレハ委任ノ場合ト等シク本人ノ請求アルトキハ何時ニテモ事務管理ノ狀況ヲ報告シ又其管理ヲ終了シタル際ニハ遲滞ナク其顛末ヲ報スルコトヲ要ス(六四五條)

第四 物ノ引渡ノ義務

管理者ハ本人ノ爲メニ事務ノ管理ヲ爲スニ過キサレハ以テ事務ノ管理上於テ第三者ヨリ受取リタル物ハ之ヲ本人ニ引渡スコトヲ要ス但管理者カ物ヲ受取リタルハ法律行爲ニ基因シ本人之ヲ追認セサルトキハ管理者ハ其物ヲ本人ニ引渡スノ義務ナキモノトス(六四五條一項)

第五 權利移轉ノ義務

管理者カ本人ノ名ヲ以テ取得シタル權利ハ本人カ之ヲ追認スルト同時ニ代理ニ關スル一般ノ原則ニ從ヒ當然本人ニ移轉ス管理人カ自己ノ名ヲ以テ取得シタル權利モ亦本人之ヲ追認シタルトキハ之ト同時ニ本人ニ移轉ス何トナレハ我民法第六四六條ニ依ルトキハ管理人ハ自己ノ名ヲ以テ取得シタル權利ヲ本人ニ移轉スル義務ヲ負フモ此義務ハ本人カ管理者ニ對シテ其事務管理ヲ追認スルノ意思ヲ表示シタル時ヲ以テ完全ニ成立スルモノニシテ權利ヲ移轉スヘキ義務ハ我民法ニ依ルトキハ完全ニ成立スルト同時ニ權利移轉ノ效果ヲ生スルヲ以テナリ(同二項)

第六 損害賠償ノ義務

事務管理人カ本人ニ引渡スヘキ金額又ハ其利益ノ爲メニ用ユヘキ金額ヲ自己ノ爲メニ消費シタルトキハ其消費シタル日以後ノ利息ヲ拂フコトヲ要ス尙ホ損害アリタルトキハ其賠償ノ責ニ任ス蓋シ其保管スル金錢ハ他人ノ所有ニ係ルヲ以テ之ヲ自己ノ利益ニ於テ費消スルハ他人ノ財産ニ因リテ利益ヲ爲スト同時ニ他人ノ權利ヲ侵害スルモノナレハナリ(六四七條)

民法債權 事務管理 事務管理ノ效力

第二款 本人ノ義務

事務管理ハ、管理者ノ單獨行為ニシテ、本人ハ其行為ニ干與セサルヲ以テ、管理者ハ本人ニ對シ、事務管理ヨリ生ズル結果ニ對シ、本人ノ保護ヲ要求スルノ權利ヲ有セサルモノトス。是レ委任ノ場合ト大ニ趣ヲ異ニスル所ナリ。然レトモ、何人ト雖モ他人ヲ害シテ已レヲ利スルコトヲ得サルハ、法理上ノ原則ナルヲ以テ、本人カ管理人ノ行為ニ因リテ利得ヲ爲シタルトキハ、不當利得ノ原則ニ從ヒ、其利得ヲ返還スルノ義務ヲ負擔セサルヘカラス之ヲ換言スレハ、委任ノ場合ニ於テハ、本人ハ委任者ハ受任者ノ受ケタル一切ノ損害ヲ賠償スルノ責任スルモ、事務管理ノ場合ニ於テハ、本人ハ管理人ノ支出シタル費用ハ自己ニ利益ナリシ場合ニ限り、其費用ノ償還ヲ爲スノ義務アリトス。茲ニ於テ左ノ效果ヲ生ズ

第一 管理者カ本人ノ爲メニ有益ナル費用ヲ出シタルトキハ、本人ニ對シテ其償還ヲ請求スルトヲ得

是レ第七〇二條第一項ニ規定スル所ニシテ、管理者ノ支出シタル費用カ本人ノ利益トナリタルトキハ、管理者ハ所謂不當利得ノ原則ニ從ヒ、本人ニ對シテ其償還ヲ請求スルコトヲ得ヘキモノト爲ス。公平ナリトス。然レトモ、管理者ノ支出シタル費用カ本人ニ利益トナラザリシトキハ、管理者ハ本人ニ對シテ償還ノ請求權ヲ有セサルモノトス。何トナレハ、管理者ハ其事務管理ニ因リ

本人ニ利得ヲ與ヘタル理由トシテ、其利得ノ償還ヲ請求スルコトヲ得ルニ過キス。シテ其支出シタル費用カ本人ノ利得トナラザルトキハ、何等本人ニ對シテ其償還ヲ請求スヘキ法律上ノ原則ヲ缺クヲ以テナリ。而シテ、管理者ノ支出シタル費用カ本人ニ利益ヲ與ヘタルヤ否ヤハ、其費用支出ノ當時ニ於テ之ヲ定ムルコトヲ要シ、費用ノ支出カ其當時本人ニ利益ナリシトキハ、管理者ハ本人ニ對シテ償還ノ請求權ヲ有シ、其以後ニ於テ生シタル事實ハ、其權利ニ消長ヲ來ササルモノトス。

第二 管理者カ本人ノ爲メニ有益ナル債務ヲ負擔シタルトキハ、第六五〇條第二項ノ規定ヲ準用ス

管理者カ本人ノ爲メニ負擔シタル債務カ本人ニ有益ナルトキハ、管理者ハ本人ヲシテ自己ニ代リテ其債務ノ辨濟ヲ爲サシメ、又其債務カ辨濟期ニアラザルトキハ、相當ノ擔保ヲ供セシムルコトヲ得。然レトモ、管理者カ本人ニ對シテ此請求權ヲ有スルニハ、其負擔シタル債務ハ委任ノ場合ニ於ケルカ如ク其性質ニ於テ本人ニ利益トナルヘキ者ナルヲ以テ是レリトセシ。現實ニ本人ニ利益トナリタルコトヲ要シ、此要件ヲ缺クトキハ、管理人ニ此請求權ナシトス。是レ委任ト事務管理トハ、本人ノ意思ニ基ク法律關係ナルヲ以テ、他ハ本人ノ意思ニ拘ハラサル管理者一己ノ行為ニシテ其根本ノ性質ヲ異ニスルヲ以テナリ。是レ委任ニ關スル第六五〇條第二項ニハ、委任事務ヲ處理スルニ必要ト認ムヘキ債務ト規定シタルニ反シ、事務管理ニ關スル第七〇二條

ニハ「本人ノ爲メニ有益ナル債務」ト規定シ此二者間ニ存スル差異ノ點ヲ明カニシタル所以ナリ

第三 管理者カ本人ノ意思ニ反シテ管理ヲ爲シタルトキハ本人カ現ニ利益ヲ受クル限度ニ於テノミ前二項ノ規定ヲ適用ス

管理者カ本人ノ爲メニ費用ヲ支出シ又ハ債務ヲ負擔シタル場合ニ其費用ノ支出並ニ債務ノ負擔ヨリ生スル利益カ求償當時尙ホ現存スルニアラザレハ本人ニ對シテ費用ノ償還及ヒ免責ヲ請求スルコトヲ得ス蓋シ管理者カ本人ノ意思ニ反シテ其事務ヲ管理シタルトキハ特ニ之ヲ保護スルノ必要ナク却テ此場合ニ於テハ事務管理者ノ干渉ニ對シテ本人ノ利益ヲ保護シ之ヲシテ管理者ノ干渉ノ爲メニ損失ヲ被ラシメサルコトヲ必要トスルヲ以テ法律ハ求償當時本人ノ受クル利益ヲ限度トシテ管理者ニ求償權ヲ認ムルコトト爲シタルモノナリ

第三章 不當利得

第一節 不當利得ノ性質

不當利得トハ法律上ノ原因ナクシテ他人ノ財産又ハ勞務ニ因リ利益ヲ受ケ之カ爲メ他人ニ損失ヲ及ホシタル事實ヲ云フ故ニ不當利得アリトスルニハ左ノ條件ノ具備スルコトヲ必要トス
第一 他人ノ財産又ハ勞務ニ因リテ利益ヲ受ケタルコト

各人カ自己ノ財産又ハ勞務ニ因リテ利益ヲ受ケタルコトハ固ヨリ當然ノ事ニ屬スルヲ以テ自己ノ財産及ヒ勞務ヨリ生スル利益ノ享有ニ付キ他人ニ對シテ責任ヲ負フコトナカルヘキハ勿論ナリ不當利得ノ問題ハ自己ニ於テ當然享有シ得ヘカラサル他人ノ財産勞務ヨリ生スル利益ヲ享有スルニ因リテ生スルモノナリ但如何ナル場合ニ於テ他人ノ財産勞務ニ因リテ利益ヲ得タルモノト云フコトヲ得ヘキヤハ全ク事實上ノ問題ニ屬スルモ他人ノ財産勞務ニ因リ積極的ニ自己ノ財産ヲ増加シ自己ノ生活上ノ需要ヲ充タシ自己ノ財産ノ減少ヲ免カレ自己ノ權利ニ加ヘラレタル制限ヲ脱スルノ行爲ハ總テ其中ニ包含スルモノトス舊民法其他ノ法制ニ於テハ不當利得ヲ他人ノ財産ニ因リテ利益ヲ受ケル場合ノミニ限定シ他人ノ勞務ニ因リテ利益ヲ受ケタル場合ヲ除外シタルモ我民法ハ此二個ノ場合ニ付キ區別ヲ設クヘキ理由ナシト認メ兩ツナカラ之ヲ不當利得中ニ包含セシムルコトト爲セリ

第二 他人ニ損害ヲ及ホスコト

不當利得アリトスルニハ他人ノ財産勞務ニ因リテ利益ヲ爲シタルノミヲ以テ足レリトセス之カ爲メ他人ニ損害ヲ及ホシタルコトヲ必要トシ此要件ヲ缺クトキハ不當利得アルコトナシ而シテ他人ニ損害アリトスルニハ其財産勞務ノ主體タル人カ其財産ノ増加ヲ妨ケラレ其權利ニ制限ヲ受ケ或ハ積極的ニ其財産ヲ減少スルノ事實アルコトヲ要ス

第三 法律上ノ原因ナキコト

民法債權 不當利得ノ性質

不當利得アリトスルニハ他人ノ財産勞務ニ因リテ利益ヲ受ケ之カ爲メ他人ニ損害ヲ被ラシメタルノ事實アルノミヲ以テ足レリトセス法律上ノ原因ナクシテ此結果ヲ生シタルコトヲ必要トス蓋シ法律上ノ原因ニ基キ他人ノ財産勞務ニ因リ利益ヲ爲スハ固ヨリ正當ニシテ其利益ハ法律上享有シ得ヘキ性質ノモノナレハ之ヲ其財産勞務ヲ供シタル者ニ返還スヘキ理由ナケレハナリ舊民法ハ正當ノ原因ナキコトヲ要スト規定シ法律上ノ原因ハ勿論德義上正當ト認ムヘキ原因ヲモ其中ニ包含セシメタルモ我民法ハ不當利得ヲ法律上ノ原因ナキ場合ニ限定シ德義上正當ノ原因アリトスルモ法律上ヨリ見テ財産勞務ヨリスル利益享有ノ正當ノ原因ヲ成ササル場合ハ不當利得中ニ包含セシムルコト爲セリ

第二節 不當利得ノ種類

不當利得ハ種種ナル原因ヨリ生ス今之ヲ類別スルトキハ左ノ如シ
 第一 存在セザル債務ニ對シ辨濟トシテ給付ヲ爲シタルトキ
 債務ノ辨濟トシテ現ニ或給付ヲ爲シタル場合ニ其債務力存在セザリシトキハ其給付ハ原因ナクシテ之ヲ爲シタルモノナレハ給付ヲ爲シタル者ニ對シ其給付ニ因リテ受ケタル利益ヲ償還スルノ義務アリ例ヘハ(一)債務ヲ發生スル所以ノ法律行為カ不成立ナル場合ニ其債務ノ履行トシテ辨濟ヲ爲シ(二)一旦成立シタル債務カ辨濟又ハ其他ノ債務消滅ノ事由ニヨリ全部

又ハ一部消滅シタル場合ニ二重ニ辨濟ヲ爲シ(三)債務者ニアラサルモノカ債務者ナリト誤信シテ債權者ニ辨濟ヲ爲シ(四)債權者ニアラサル者ヲ債權者ナリト誤信シテ辨濟ヲ爲シタルカ如シ

第二 給付ヲ爲シタル法律上ノ原因カ消滅シタルトキ

債權者カ或法律上ノ原因ニ基キ給付ヲ爲シタル場合ニ其原因カ消滅シタルトキハ債務者ハ無原因ニテ給付ヲ爲シタルモノナルヲ以テ此場合ニ於テモ亦不當利得アリトス例ヘハ(一)賣買行為カ法定ノ原因ノ一ニ因リテ取消サレタルトキハ其賣買行為ハ初メヨリ成立セザリシモノトナルヲ以テ目的物ヲ買主ニ引渡シタル賣主ハ其返還ヲ要求スルコトヲ得ヘク代金ヲ支拂ヒタル買主モ亦其代金ノ返還ヲ要求スルノ權利ヲ有ス(二)債務者カ解除條件付法律行為ニ基キ給付ヲ爲シタル場合ニ其條件カ到來シタルトキハ其返還ヲ要求スルノ權利ヲ有ス(三)假執行ノ宣言ニ基キ判決ノ執行ヲ爲シタル後其判決ノ全部又ハ一部カ破毀廢棄又ハ變更セラレタルトキハ被告ハ其破毀廢棄變更ノ程度ニ應シ前キニ給付シタルモノノ返還ヲ原告ニ要求スルコトヲ得ヘシ證書訴訟ノ執行命令、再審、上訴等ニ於テハ往々右ノ如キ結果ヲ生ス

第三 或事實上又ハ法律上ノ效果ノ發生シ又ハ發生セザルコトヲ豫期シ給付ヲ爲シタル場合ニ其效力ヲ發生セス又ハ發生シタル場合

蓋シ此場合ニ於テ債務者カ給付ヲ爲シタルハ要スルニ或事實上又ハ法律上ノ效果カ發生シ又



ハ發生セザルカ爲メニ外ナラサルヲ以テ其發生スヘシト豫期シタル效果カ發生セズ又ハ其發生セザルヘシト豫期シタル效果カ發生スルニ於テハ債務者カ給付ヲ爲シタル所以ノ理由ヲ缺クニ至ルヲ以テ既ニ爲シタル給付ヲ返還セシメテ事物ヲ給付前ノ原狀ニ復スルノ必要アルハ論ヲ俟タサルヲ以テナリ例ヘハ賣主カ賣買ノ目的タル財産權ヲ買主ニ移轉スルコト能ハサルトキハ買主ハ賣買契約ヲ解除シ其支拂ヒタル代金ノ返還ヲ要求シ書工カ其義務ニ屬スル繪畫ヲ描クコト能ハサルニ至リタル時ハ其代金ヲ注文者ニ返還スルコトヲ要スルカ如シ

第四 不法ノ原因ノ爲メニ給付ヲ爲シタル場合

不法ノ原因ヲ有スル法律行爲ハ無効ナルヲ以テ其法律行爲ニ基ク債務ノ履行トシテ給付ヲ爲シタル者ハ原因ナクシテ給付ヲ爲シタルモノナルヲ以テ其返還ヲ要求スルコトヲ得スンハアルヘカラス例ヘハ官吏ニ賄賂シ賭博ノ債務ヲ辨濟シ犯罪行爲ノ遂行ニ對シテ報酬ヲ支拂ヒタル場合ノ如シ

第五 其他ノ場合

前記第一乃至第四ノ場合ハ不當利得ノ最モ顯著ナル場合ヲ例示シタルモノニシテ其他一般ニ當事者ノ一方カ他ノ一方ニ對シテ給付ヲ爲シタル場合ニ其現ニ爲シタル給付カ正當ノ原因ヲ有セザルトキハ其給付ヲ受ケタル者ハ之ヲ爲シタル者ノ損害ニ於テ利得ヲ爲シタルモノナルヲ以テ利得返還ノ問題ヲ生スルモノトス例ヘハ特定ノ物又ハ特種ノ物ヲ目的トスル債務ニ付

キ債務者カ過テ他ノ物又ハ他ノ種類ノ物ヲ給付シタル場合、占有者カ他人ノ所有物ヲ自己ノ所有ト爲シテ利得ヲ爲シタル場合ノ如シ

第三節 不當利得ノ效力

不當利得ノ效力ハ民法第七〇三條第七〇八條ニ規定スル所ニシテ此等規定ニ依ルトキハ不當利得ハ民法上債權發生ノ一原因ヲ成シ不當利得ヲ爲シタル者ハ之カ爲メニ損失ヲ受ケタル者ニ對シテ其利得ヲ返還スルノ債務ヲ負擔スルモノナリ蓋シ此規定タル何人ト雖モ他人ヲ害シテ自己ヲ利スルコトヲ得スト言ヘル公平ノ觀念ヲ基礎トスル所ノ法理上ノ原則ニ其根底ヲ有シ羅馬法以來各國法制ノ共ニ認ムル所ニ係リ其正當ナルハ今更喋喋ヲ要セザル所ナリ予ハ今ヨリ不當利得返還ノ義務ノ内容ト其範圍トニ區別シテ説明セントス

第一款 不當利得返還義務ノ内容

不當利得返還ノ義務ハ法律上ノ原因ナクシテ他人ノ財産ニ因リテ利得ヲ爲シタルニ基因シ利得者ハ其受ケタル利益ノ金銭ニ見積リテ之カ償還ヲ爲スコトヲ要ス而シテ不當利得返還義務ノ用ニ生スル原因ハ區區ニシテ一定セス或ハ原因ナクシテ物ノ給付ヲ爲シタルニ基因シ或ハ原因ナクシテ勞務ノ供給ヲ爲シタルニ基因ス給付ノ目的物カ物ニシテ其物カ現ニ利得者ノ手裡ニ存ス

民法債權 不當利得 不得利得ノ效力

ルトキハ相手方ハ其物ノ返還ヲ利得者ニ要求スルコトヲ得ルト同時に利得者モ亦其物ノ返還ヲ提供シテ其義務ヲ免脱スルコトヲ得ヘク相手方ニ於テ其提供ヲ拒絶シ原物ニ代ヘテ金額ノ支拂ヲ要求スルコトヲ得ス給付ノ目的物カ有體物外ノモノトナル場合ニ於テモ原狀回復カ可能ナルトキハ原狀回復ヲ以テ其原因ノ給付ニ對スル本來ノ求濟方法ト爲ササルヘカラス例ヘハ債權其他ノ財產權ノ讓渡カ無原因ナル場合ニ其債權財產權ヲ相手方ノ有ニ歸セシメ相殺更改カ無原因ナル場合ニハ舊債務ヲ復活セシメ新債務ノ負擔カ無原因ナル場合ニ之ヲ消滅セシムルカ如シ然レトモ原狀回復カ不能ナルトキ即チ給付シタル物又ハ權利カ第三者ノ有ニ歸シ給付ヲ爲シタル者ニ於テ之ヲ回復スルコトヲ得サルトキハ茲ニ不當利得ノ問題ヲ生シ其物又ハ權利ノ償還ヲ以テ不當利得返還ノ目的ト爲スヘキモノトス不當利得者カ物ノ使用又ハ相手方ノ勞役ニ因リテ利得ヲ爲シタル場合ニ於テモ亦其利得ヲ金錢ニ見積リ之ヲ相手方ニ償還スルコトヲ要ス之ヲ要スルニ當事者間ニ於テ無原因ノ給付アリタル場合ニ原狀回復カ可能ナル間ハ其給付ヲ受ケタル者ヲシテ原狀回復ノ方法ニ因リテ返還ノ責任セシムルヲ原則トシ原狀回復カ不能ナル場合ニ分チ其利得ヲ金錢ニ見積リテ之ヲ返還スルノ義務ヲ負ハシムルモノトス

第二款 不當利得返還義務ノ範圍

不當利得者ノ負擔スル返還義務ハ利得者ノ意思如何ニ因リテ其範圍ヲ異ニス依テ予ハ此點ニ付

キ善意ノ受益者ト惡意ノ受益者トニ區別シテ説明スヘシ

第一 善意ノ受益者

法律上ノ原因ナクシテ他人ノ財產又ハ勞務ニ因リテ利益ヲ受ケケカ爲メニ他人ニ損失ヲ及ボシタル者ハ其利益ノ存スル限度ニ於テ之ヲ返還スル義務ヲ負フ是レ第七〇三條ニ規定スル所ニシテ民法ハ其第七〇四條ヲ以テ特ニ惡意ノ受益者ハ返還義務ヲ規定スルヲ以テ第七〇三條ノ規定ハ專ラ善意ノ受益者ニ適用セラレルコトトナルヘシ所謂善意ノ受益者トハ他人ノ財產又ハ勞務ニ因リテ利益ヲ受ケタル場合ニ其利益ヲ受クルニ付キ何等法律上ノ原因ナカリシコトヲ知ラザリシ者ヲ謂ヒ受益者カ善意ナルカ爲メニハ給付ノ利益ヲ受ケタル當時ニ善意ナリシヲ以テ足レリトシ後ニ至リ其給付カ正當ノ原因ニ基カサルコトヲ發見スルモ之カ爲メ惡意ノ受益者トナルコトナシ而シテ善意ノ受益者ノ負擔スル利益返還ニ付テハ左ノ二個ノ點ニ注意スルコトヲ要ス

一 善意ノ受益者ノ返還ノ義務ハ他人ノ財產又ハ勞務ニ因リテ受ケタル利益ヲ以テ標準トシ他人ニ被ラシメタル損害ノ大小ハ返還ノ義務ニ何等ノ影響ヲ及ボササルモノトス何トナレハ此場合ニ於ケル利得返還ノ義務ハ受益者ヲシテ其故意又ハ過失ニ對シテ責ヲ負ハシムルヲ目的トスルモノニシテ何人ト雖モ他人ヲ害シテ自己ヲ利スルコトヲ得サル公平ノ觀念ニ從ヒ利得返還ノ義務ヲ負ハシムルモノニ外ナラサルヲ以テナリ

二 善意ノ受益者カ利得返還ノ義務ヲ負フニハ其受ケタル利益カ返還ノ請求ヲ受ケタル當時尙ホ現存スルコトヲ要スルハ勿論其利益ノ現存スル範圍内ニ於テ返還ノ義務ヲ負擔スルニ止マリ夫レヨリ以上ニ於テ責任ヲ負フコトナシ

故ニ受益者カ相手方ノ給付ニ因リ直接又ハ間接ニ受ケタル利益カ返還ノ請求ヲ受ケタル當時全部又ハ一部消滅シタルトキハ其消滅ノ事由ノ不可抗力其他受益者ノ責ニ歸スヘカラサル事由ニ基因スルト其故意又ハ過失ニ基因スルトニ論ナク其利益ノ消滅シタル限度ニ應シテ全部又ハ一部返還ノ義務ヲ免カルモノトス但受益者ノ受ケタル利益ハ如何ナル場合ニ於テ現存シ如何ナル場合ニ於テ消滅シタルモノト爲スヘキヤニ付テハ學者間議論ノ存スル所ナリト雖モ今一二ノ例ヲ舉グルトキハ左ノ如シ

甲 給付ノ目的物カ有體物ニシテ現物ノ儘ニテ存在スル時ハ其儘之ヲ相手方ニ返還スルコトヲ要シ一部滅失シ又ハ毀損シタルトキハ返還當時ノ狀態ヲ以テ之ヲ相手方ニ引渡スヘキモノトス受益者カ目的物ヲ他人ニ賣却シタルトキハ其賣却代金ハ則チ物ニ代位シタルモノナレハ返還ノ請求權ハ爾後其代金ヲ目的トシ受益者ハ其代金ニ因リテ得タル利益ノ範圍内ニ於テ返還ノ義務ヲ負擔ス

乙 受益者カ目的物ヲ費消シタル場合ト雖モ受益者カ之ニ因リテ利益ヲ受ケタルトキハ其目的物ノ存在セサルノ故ヲ以テ返還ノ義務ナシト云フコトヲ得ス例ハ原因ナクシテ米

穀ノ給付ヲ受ケタル者カ其米穀ヲ自己ノ食料ニ供シテ之ヲ費消シ金錢ノ給付ヲ受ケタル者カ之ヲ自己ノ債務ヲ辨濟スルノ用ニ供シ又ハ之ヲ酒食ノ費ニ充テタル場合ノ如シ蓋シ此等ノ場合ニ於テ受益者ハ給付ヲ受ケタル金錢物品ヲ自己ノ需要ヲ充タスノ用ニ供シ之

ニ相當スル利益ヲ享受シタルモノナレハナリ

丙 受益者カ其受取リタル金錢物品ヲ遺失シ又ハ盜難水火震災ノ爲メ之ヲ喪失シタル場合ハ勿論故意ニ之ヲ遺棄シ又ハ滅失毀損シ無價ニテ他人ニ讓渡シタル場合ニ於テハ其金錢物品ハ受益者ノ需要ヲ充タスノ用ヲ爲サザリシモノナレハ受益者ハ利得返還ノ義務ナシ但無價讓與ノ場合ニ於テモ受益者ハ慈善的行爲ヲ爲シテ精神上ノ満足ヲ得ルモノナレハ既ニ利益ヲ受ケタルモノトシテ返還ノ義務アリト論スル者アリ大審院ノ判決例モ亦此主義ヲ採用スルモノハ斯ル無形ノ利益ハ不當ノ利益トシテ返還ノ目的タルコトヲ得サルモノト信ス但受益者カ給付ヲ受ケタル金錢物品ヲ他人ニ贈與シタルカ爲メ之ニ相當スル財產ノ減少ヲ免カレタルノ事實アルトキハ其金錢物品ニ因リ現ニ利益ヲ受ケタルモノナレ

ハ利益返還ノ義務ヲ負擔スヘキハ勿論ナリ

善意ノ受益者ハ法律上ノ原因ナクシテ利益ヲ受ケタルコトヲ知ラサルヲ以テ他日相手方ヨリ返還ノ請求ヲ受クヘキコトハ其毫モ豫期セサル所ナレハ相手方ヨリノ返還ノ請求ニ對シ其利益ノ現存スルト否トニ拘ハラズ返還ノ責ニ任セシムルニ於テハ受益者ヲシテ不測ノ損害ヲ被

民法債權 不當利得 不當利得ノ效力

ラシムルニ至リ頗ル苛酷ナル結果ヲ生スルノミナラス取引ノ安全ヲ害スルニ至ルノ虞アルヲ以テ法律ハ善意ノ第三者ヲ保護シ其利益ノ現存スル限度ニ於テ返還ノ義務ヲ負ハシムルコトトナシタルモノナリ

第二 惡意ノ受益者

惡意ノ受益者ハ其受ケタル利益ニ利息ヲ附シテ之ヲ返還スルノ義務アルノミナラス尙ホ損害アルトキハ其賠償ノ責ニ任ス是レ第七〇四條ニ規定スル所ナリ蓋シ惡意ノ受益者ハ他人ノ財產勞務ニ因リ利益ヲ受クヘキ正常ノ原因ナキコトヲ知ルヲ以テ他日相當權利者ヨリ利得返還ノ請求ヲ受クヘキコトハ其將ニ豫期スヘキ所ニシテ其受ケタル利益ノ全部ヲ返還スルノ責ニ任セシムルモ毫モ不公平ナル結果ヲ生スルノ虞ナキノミナラス法律上ノ原因ナキコトヲ知リナカラ他人ノ財產勞務ニ因リテ利益ヲ受クルハ純然タル不法行為ナルヲ以テ受益者ヲシテ之ヨリ生シタル損害ニ付キ其責ニ任セシメ相手方ヲシテ其損失ヲ回復スルコトヲ得セシムルノ必要アリ是レ第七〇四條ノ規定アル所以ナリ

惡意ノ受益者トハ法律上ノ原因ナキコトヲ知リナカラ他人ノ財產勞務ニ因リテ利得ヲ爲シタル者ヲ云ヒ過失ニ因リテ之ヲ知ラザリシ者ハ其中ニ包含セス而シテ受益者カ惡意ナルトキハ其當時現存セル利益ハ則チ受益者ノ受ケタル利益トシテ返還ノ目的トナリ其以前ニ於テ既ニ消滅シタルモノニ付テハ何等ノ責任ヲ負ハサルモノトス又ハ惡意ノ受益者ハ其故意過失ニ因

料ヲ供シ若クハ之ニ工作ヲ加ヘタル結果トシテ請負人ノ所有ニ歸スヘキ場合ニ於テハ目的物ノ所有權ハ常ニ引渡ト共ニ注文者ニ移轉スルモノトス且目的物ニ關スル危險負擔ノ問題ニ付テモ亦目的物ノ引渡ヲ以テ標準トシ其以前ニ生シタル目的物ノ滅失毀損ハ請負人ヲ害シ其以後ニ生シタルモノハ注文者ニ於テ之ヲ負擔スヘキモノト爲ササルヘカラス何トナレハ請負契約ハ結局物ノ引渡ニ依リテ完了スル場合ト雖モ其目的物ハ仕事ノ完了ニ因リテ始メテ特定スヘキモノニシテ契約成立ノ當時ハ未タ特定セサルヲ以テ特定物ノ債務ニ關スル民法第五三四條第二項ノ規定ハ此場合ニ於テ適用スルコトヲ得ス同條第二項及ヒ第五三六條ノ規定ヲ適用セサルヘカラスアルヲ以テナリ

第三 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

請負契約ハ常ニ必ス有價ナルコトヲ要シ注文者カ請負人ノ完成スル仕事ノ給付ニ對シテ或給付ヲ爲スコトハ請負契約成立ノ一要件ヲ爲シ此要件ヲ缺ク所ノ契約ハ一種ノ無名契約ニシテ請負契約ニアラス但請負契約ノ成立ニハ注文者ニ於テ請負人ノ完成スル仕事ノ對價トシテ他ノ給付ヲ爲スノ義務ヲ負擔スルノミヲ以テ足レリトシ其給付ノ何タルヤハ之ヲ問フコトヲ要セス何トナレハ民法ハ單ニ「報酬云云」ト規定シ此點ニ付キ何等ノ制限ヲ設ケザルヲ以テナリ

請負契約ニ在テハ請負人カ勞務ニ服スルハ雇傭ノ場合ト毫モ異ナル所ナシト雖モ注文者ハ雇傭契約ニ於ケルカ如ク相手方ノ勞務ニ對シテ報酬ヲ支拂フノ義務ヲ負擔スルモノニアラスシテ勞務ノ結果ニ對シテ報酬ヲ支拂フノ義務ヲ負擔スルモノナレハ請負人カ勞務ニ服スルモ其勞務カ請負契約ニ因リ當事者ノ豫期シタル結果ヲ生セザリシトキハ注文者ハ之ニ對シテ報酬ヲ支拂フノ義務ナキモノトス是レ雇傭契約ト請負契約トノ間ニ存スル唯一ノ差異ナリトス

第二節 請負ノ效力

請負ノ效力ヲ論スルニ當リ予ハ注文者ノ義務ト請負人ノ義務トニ區別シテ説明スヘシ

第一款 注文者ノ義務(請負人ノ權利)

請負契約ニ因リテ注文者ノ負擔スル所ノ債務ハ請負人ニ對シテ報酬ヲ支拂フノ義務ナリ依テ予ハ此點ニ付キ報酬ノ性質及ヒ報酬支拂ノ時期ニ區別シテ説明スヘシ
甲 報酬ノ性質 報酬トハ注文者カ請負人ノ完成シタル仕事ノ對價トシテ請負人ニ供與スル利益ヲ意味ス而シテ民法ハ請負契約ニ於テ注文者ノ供與スル利益ノ種類ヲ制限セザルヲ以テ注文者カ請負人ノ利益ニ於テ爲ス所ノ各種ノ給付ハ其何タルヲ論セス總テ請負契約ニ於ケル報酬タルノ性質ヲ有スルモノナリ故ニ金銀有價物ノ給付ハ勿論物ノ使用收益勞務ノ如キモノト雖モ之ヲ以テ請負契約ニ於ケル報酬ト爲スコトヲ妨ケサルモノトス要スルニ請負契約ハ有價タルコトヲ必要トスルト同時ニ有價タルノミヲ以テ足り注文者ノ爲ス給付ノ何タルヤハ之ヲ問ハサルモノトス

乙 報酬支拂ノ時期 報酬支拂ノ時期ニ付テハ引渡スヘキ目的物アル場合ト否ラサル場合トヲ區別スルコトヲ得即チ左ノ如シ

一 目的物アル場合 例ヘハ請負ノ目的カ家屋ノ築造修繕、器物ノ製作修繕、物品ノ運送ノ如シ此場合ニ於テハ請負人ノ債務ノ目的物ノ引渡ニ因リ完了スルヲ以テ注文者ハ此時ヲ以テ報酬支拂ノ義務ヲ履行スルコトヲ要ス是レ第六二四條ニ規定スル所ニシテ請負契約ノ性質ヨリ生スル結果ナリ何トナレハ請負契約ハ其性質ニ於テ請負人ノ爲ス仕事ノ結果ニ對シテ報酬ヲ支拂フノ義務ヲ注文者ニ負ハシムルモノナレハ注文者ハ仕事ノ結果ヲ待テ報酬ヲ支拂フ爲スモノナレハ請負人カ仕事ノ目的物ヲ引渡スヘキ場合ニハ請負人ノ目的物引渡ハ注文者ヲシテ仕事ノ結果ヲ領收セシムルニ要スル最終ノ行為ニシテ注文者ハ此時ヲ以テ請負契約ニ因リテ希圖シタル目的ヲ達スルモノナレハナリ故ニ注文者ハ請負人カ目的物ノ引渡ヲ爲ササル限りハ報酬ヲ支拂フ拒ムコト得ヘシ

二 目的物ナキ場合 此場合ニ於テハ注文者ハ請負人カ仕事を完了シタル時ヲ以テ報酬ヲ支

拂フノ義務アルモノニシテ第六三條但書ニ於テ雇傭ニ關スル第六二條第一項ノ規定ヲ準用シタル結果ナリ是レ前項ニ説明スル所ト同一ノ觀念ニ基クモノニシテ此場合ニ於テハ仕事ヲ終了スルト同時ニ請負人ハ自己ノ義務ニ屬スル一切ノ行為ヲ完了シ仕事ノ結果ハ當然注文者ノ利益ニ歸スヘキモノナレハ注文者ハ之ニ對シテ其義務ニ屬スル報酬ヲ支拂フコトヲ要スルハ事理ノ當然ナルヲ以テナリ

第二款 請負人ノ義務(注文者ノ權利)

請負人ハ注文者ニ對シテ一定ノ仕事ヲ完成スルノ義務ヲ負擔ス是レ請負契約ヨリ生ズル請負人ノ主タル義務ニシテ其他ノ義務ハ請負人ノ義務ヨリ生ズル結果タルニ外ナラス今此點ニ付キ請負人ノ義務ヲ擧クルトキハ左ノ如シ

第一 仕事完成ノ義務

請負人ノ負擔スル仕事完成ノ義務ニ付テハ特ニ左ノ點ニ著眼スルコトヲ要ス
 甲 請負人ノ負擔ニ屬スル仕事ノ何タルヤハ請負契約ノ性質及ヒ當事者ノ明示又ハ默示ノ合意ヲ基礎トシテ之ヲ決定スルコトヲ要ス而シテ所謂仕事トハ人ノ勞務カ一定ノ結果ヲ生ズル場合ニ其結果ニ附スル所ノ名稱タルニ外ナラサルヲ以テ仕事ヲ完成スルノ義務アル請負人ハ其仕事ヲ組成スル所以ノ一定ノ結果ヲ生ゼシメ注文者ヲシテ請負契約ニ因リ希圖シタル目的ヲ

達スルコトヲ得ゼシメサルヘカラス但仕事カ材料ヲ要シ請負人カ其材料ヲ占有スル場合ニハ請負人ハ其材料ニ工作ヲ施シ豫期ノ結果ヲ生ゼシメタルノミヲ以テ足レリトセス其材料ヲ注文者ニ引渡スコトヲ要シ此場合ニ於ケル請負人ノ義務ハ材料ノ引渡ニ必要ナル一切ノ行為ヲ爲スニ因リテ始メテ完了スヘキモノトス蓋シ仕事ノ材料アリテ請負人ノ占有スルトキハ請負人ハ目的物ヲ注文者ニ引渡シ由テ以テ注文者ヲ仕事ノ利益ヲ享受シ得ヘキ地位ニ置クノ必要アルヲ以テナリ

乙 請負契約ノ目的タル仕事ハ請負人自ラ之ヲ爲スコトヲ要セス第三者ヲシテ代リテ之ヲ爲サシムルコトヲ得ヘシ但請負ノ目的タル仕事ハ請負人自ラ之ヲ爲スコトヲ必要トシ又ハ少クモ請負人自ラ之ヲ監督スルコトヲ必要トスルノ法制アルモ我民法ニハ斯ル制限ノ規定ヲ設ケサルヲ以テ仕事ヲ遂行スヘキ人ノ請負人タルト第三者タルトハ之ヲ問ハサルモノト解釋スルヲ相當トス蓋シ請負契約ニ在テハ當事者ハ主トシテ仕事ノ結果ニ著眼シ相手方其人ノ勞務ニ重キヲ置カサルヲ普通ノ狀態ト爲スヲ以テ當事者カ反對ノ意思ヲ表示セサル限リハ請負人ニ於テ契約ノ目的タル仕事ヲ成就スルノ責任ヲ負擔シ自ラ之ヲ成就スルト他人ヲシテ之ヲ成就セシムルトハ敢テ之ヲ問ハサルモノト推定スルコトヲ得ヘケレハナリ然レトモ請負人ハ注文者ノ爲メニ仕事ノ結果ヲ生ゼシメサル限ハ其責任ヲ免カルルコトヲ得サルト同時ニ其責任ハ自己ノ代理人又ハ使用人ヲシテ仕事完成ノ任ニ當ラシムルカ爲メニ加重セラレ若クハ輕減セ



ラルルコトナキハ勿論ナルヲ以テ請負人ハ自己ノ故意過失ニ付テ責任ヲ負フト同一ノ制限條件ニ從ヒ此等仕事ノ完成上ニ於テ利用シタル代理人使用人ノ故意過失ニ對シテ責任ヲ負ハサルヘカラス隨テ此場合ニ於テハ請負人ハ便用人ノ選任ヲ誤リタルト否ト又事業ノ監督ヲ怠リタルト否トニ拘ハラズ責任ヲ負フモノニシテ民法第七一五條ノ規定ハ此場合ニ之ヲ適用スルコトヲ得サルモノトス

第二 擔保義務

請負ノ目的タル仕事カ材料ヲ要スル場合ニ請負人カ其材料ヲ供シタルトキハ其材料ノ所有權ヲ注文者ニ移轉スルノ義務ヲ負擔スルハ請負契約ヨリ生スル結果ニシテ請負人カ此義務ヲ履行セサルトキハ其讓渡シタル權利ノ欠缺ヨリ生スル擔保責任ヲ負擔シ又請負人ノ供シタル材料ニ瑕疵アリタルトキハ請負人ハ其瑕疵ニ付キ擔保ノ責任スヘキコトハ請負ノ性質及ヒ民法第五九條ノ規定ニ徴シテ明カナリ然レトモ民法ハ仕事ノ目的物ノ瑕疵ニ付キ第六三四條以下ニ於テ特別ノ規定ヲ設ケタルヲ以テ目的物ノ瑕疵ヨリ生スル當事者間ノ權利關係ニハ專ラ此等ノ特別規定ニ從ヒ之ヲ定ムルコトヲ要ス予ハ以下請負人ノ瑕疵擔保ノ責任ト瑕疵ヨリ生スル請求權行使ノ期間ニ區別シテ説明スヘシ

一 請負人ノ瑕疵擔保ノ責任 瑕疵トハ物ノ價格ヲ減スヘキ物ノ欠點及ヒ物ノ性質上又ハ當事者ノ意思ニ依リテ豫期セラレタル物ノ效用ヲ不完全ナラシムヘキ物ノ欠點ヲ謂フコトハ實買

ノ效力ヲ論スルニ當リ既ニ一言セル所ナリ而シテ民法第六三四條ニ所謂目的物ノ瑕疵ニ付テモ亦物ノ價格ト物ノ效用トヲ標準トシテ瑕疵ノ有無ヲ決定スルコトヲ要ス換言スレバ請負ノ目的タル材料カ其價格ヲ減スヘキ欠點ヲ有シ又ハ物ノ性質上又ハ當事者ノ意思ニ因リテ定ムルル効用ヲ妨クヘキ欠點ノ存スルニ於テハ請負人ハ之ニ對シテ責任ヲ負ハサルヘカラス民法第六三四條以下ハ則チ此場合ニ於ケル救濟方法ヲ規定シタルモノニシテ此等規定ニ依ルトキハ目的物ニ瑕疵アル場合ニ請負人カ注文者ニ對シテ負擔スル所ノ義務ハ左ノ如ク

(イ) 瑕疵ノ修補 仕事ノ目的物ニ瑕疵アルトキハ注文者、請負人ニ對シテ相當ノ期間ヲ定メテ其瑕疵ノ修補ヲ請求スルコトヲ得例ヘハ請負人カ腐朽シタル木材ヲ使用シテ請負ノ目的タル家屋ヲ築造シ又ハ請負ノ目的タル石垣ノ工事ニ極メテ軟弱ナル石材ヲ使用シ又ハ材料其モノニハ缺點ナキモ其工事ニ不完全ノ箇所アリタルカ如キ場合ニ於テハ注文者ハ相當ノ期間ヲ定メテ其不完全ナル材料ヲ完全ナルモノト引替ヘ又ハ工事ノ不完全ナル箇所ヲ改修シテ之ヲ完全ノモノト爲スヘキコトヲ要求スルコトヲ得ヘシ然レトモ瑕疵カ重要ナラサル場合ニ過分ノ費用ヲ出ダシテ之カ補修ヲ爲サシムルハ請負人ニ對シテ苛酷ニ失スルノミナラス之カ爲メ費用ト努力トヲ要シ其得ル所ヲ價フニ足ラサルヲ以テ國家經濟ノ上ニ於テモ亦不利益ナル結果ヲ生スルヲ免カレズ故ニ此場合ニ於テハ注文者ハ單ニ其瑕疵ヨリ生シタル損害ノ賠償ヲ請負人ニ請求スルコトヲ得ルニ止マリ其修補ヲ請求スルコトヲ得サ

民法債權 請負ノ效力

ルモノトス是レ民法第六三四條第一項ニ規定スル所ナリ但瑕疵ノ重要ナルヤ否ヤ又其修補ニ要スル費用ノ過分ナルヤ否ヤハ各場合ニ於ケル瑕疵ノ性質如何ニ依リテ定マルヘキ事實上ノ問題ニシテ等ノ生シタル場合ニハ裁判所ノ裁判ヲ受クヘキモノトス

(ロ) 損害ノ賠償 注文者ハ瑕疵擔保ニ關スル一般ノ原則ニ從ヒ請負人ニ對シテ其瑕疵ヨリ生シタル損害ノ賠償ヲ請負スルコトヲ得ヘシ即チ注文者ハ場合ニ從ヒ瑕疵ノ修補ニ代ヘテ損害ノ賠償ヲ請求シ又ハ瑕疵ノ修補ヲ爲サシムルト同時ニ之カ爲メニ生シタル損害ノ賠償ヲモ併セテ請求スルノ權利ヲ有ス是レ民法第六三四條第二項ニ規定スル所ナリ而シテ同條ハ民法第五三三條ノ履行拒絶ニ關スル規定ヲ此場合ニ準用セルヲ以テ注文者ハ請負人ニ支拂フヘキ報酬金額中損害賠償トシテ請求スヘキ金額ニ相當スル部分ニ付テハ其支拂ヲ拒絶シ之ヲ自己ノ掌裡ニ抑留スルノ權利ヲ有シ報酬カ不可分ナルトキハ其全部ノ支拂ヲ拒絶スルコトヲ得ヘシ

(二) 契約ノ解除 仕事ノ目的物ニ瑕疵アリテ之カ爲メニ契約ヲ爲シタル目的ヲ達スルコト能ハサルトキハ注文者ハ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得是レ第六三五條ニ規定スル所ニシテ瑕疵擔保ノ責任ニ關スル一般ノ原則ノ適用ナリ然レトモ請負ノ目的物カ建物其他土地ノ工作物ナルトキハ契約解除ノ結果請負人ハ建物其他ノ工作物ヲ收去セサルヘカラサルニ至リ經濟上頗ル不利ナル結果ヲ生スルヲ以テ民法ハ此種ノ請負契約ニ付テハ注文者ハ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得ナルモノトセリ隨テ注文者ハ仕事ノ目的物ノ瑕疵ニ對スル救済トシテハ前項ニ掲ケタル方法ニ依ラサルヘカラサルヤ明カナリ

以上説明スル所ニ從ヒ請負人ハ仕事ノ目的物ノ瑕疵ニ付テ責任ヲ負フモ此原則ニハ例外アリ即チ左ノ如シ

(甲) 瑕疵カ注文者ヨリ供シタル材料ノ性質又ハ注文者ノ與ヘタル指圖ニ因リテ生シタルトキハ請負人ハ之ニ對シテ責任ヲ負ハサルモノトス何トナレハ此場合ニ於ケル目的物ノ瑕疵ハ全ク注文者ノ所爲ニ基因シタルモノニシテ請負人ニ何等過失ノ責ムヘキモノナク隨テ之ヲシテ債務不履行ノ責任ニ任セシムヘキ理由ナケレハナリ然レトモ請負人カ既ニ請負契約ニ因リ仕事ノ完成ヲ約シタル以上ハ善意誠實ニ其遂行ニ從事スルノ義務アルハ勿論ナルヲ以テ注文者ヨリ供シタル材料又ハ其指圖ノ不適當ナルコトヲ覺知シタルトキハ之ヲ注文者ニ通告シ其材料及ヒ指圖ノ變更ニ因リ目的物ノ瑕疵ヲ未然ニ豫防スルノ用意ナカルヘカラス然ルニ請負人カ其材料及ヒ指圖ノ不適當ナルヲ知リナカラ之ヲ注文者ニ告ケサルハ債務ノ履行ニ關シテ其當サニ用ユヘキ注意ヲ怠リタルモノニシテ請負人トシテノ義務ニ違背シタルモノナレハ之ニ對シテ責任ヲ負ハシムルヲ相當ナリトス是レ第六三六條但書ノ規定アル所以ナリ

(乙) 無擔保ノ特約アルトキ 請負人カ目的物ノ瑕疵ニ付キ其責ヲ負ハサル旨ヲ特約シタルトキハ其特約ハ有效ニシテ請負人ハ特約ノ效力ニ因リ目的物ノ瑕疵ヨリ生スル一切ノ責任ヲ免カル蓋シ請負人カ目的物ノ瑕疵ニ付キ責ヲ負フヤ否ヤハ當事者ノ利害ニ關スル問題ニシテ公ノ秩序ニ關スルモノニアラサルヲ以テ其特約ニ效ヲ與フルハ毫モ不可ナシトス然レトモ請負人カ現ニ目的物ニ瑕疵アリタルコトヲ知ルニ拘ハラズ之ヲ注文者ニ告ケスシテ無擔保ノ特約ヲ爲スハ純然タル詐欺ニシテ公ノ秩序ニ反スルモノナレハ其現ニ知リタル瑕疵ニ付テハ特約ハ其效ナク請負人ハ之ニ對シテ責任ヲ免カルルコトヲ得サルモノトス是レ第六四〇條ニ規定スル所ナリ

二 瑕疵ヨリ生スル請求權 目的物ノ瑕疵ヨリ生スル瑕疵ノ修補、損害ノ賠償、契約解除ノ請求權ハ請負契約ヨリ生スル當事者間ノ債權關係ヲ基本トスルモ純然タル債權ニアラサルヲ以テ民法總則ノ規定ニ依レハ二十年ヲ以テ消滅時效ニ權ルヘキモノト信ス然レトモ民法ハ此等特種ノ請求權ニ付キ特別ノ規定ヲ設ケ其權利行使ノ期限ヲ制限シタリ即チ左ノ如シ

(イ) 瑕疵修補、損害賠償及ヒ契約解除ノ請求權ハ一箇年ノ豫定期間内ニ之ヲ行使スルコトヲ要シ此期間ヲ經過シタルトキハ注文者ノ權利ハ消滅ス而シテ一箇年ノ期間ノ起算點ハ工事ノ目的物ヲ注文者ニ引渡スコトヲ要スル場合ニハ其引渡ノ時トシ之カ引渡ヲ要セザルトキハ仕事終了ノ時トス蓋シ注文者ハ目的物ノ引渡又ハ工事終了ノ時ヲ以テ目的物ノ狀態ヲ檢

閲シ瑕疵ノ有無ヲ確メタル上法律ノ認許スル救済ノ手段ヲ執ルコトヲ要シ之ヲ等閑ニ付スルハ其權利行使ヲ怠ルモノニ外ナラサルヲ以テ民法ハ之ヲ以テ注文者ノ失權ヲ來タスヘキ期間ノ起算點ト爲シタルモノナリ又此期間ヲ一箇年ニ短縮シタルハ請負人ヲシテ永ク擔保責任ヲ負ハシムルニ於テハ當事者間ノ權利關係ヲ不確定ノ地位ニ置キ請負人ニ對シテ苛酷ナル結果ヲ生スルノミナラス瑕疵ノ有無大小ハ工事ノ終了又ハ目的物引渡ノ當時ニアラザレハ之ヲ確認シ得ヘカラサル場合往々ニシテ是レアルヲ以テ工事ノ終了又ハ目的物ノ引渡ヲ隔ツル數年ノ後ニ於テハ證據湮滅シ事實ノ真相ヲ發露シテ適切ナル判斷ヲ下スコトハ極メテ困難ナルヲ以テナリ是レ民法ハ一箇年ノ短キ期間内ニ目的物ノ瑕疵ニ對スル救済ヲ求ムルノ責務ヲ注文者ニ負ハシメ其間ニ於テ當事者間ノ權利關係ヲ確定スルコトニ留意シタル所以ナリ(六三七條)

(ロ) 土地ノ工作物ノ請負人ハ其工作物又ハ地盤ノ瑕疵ニ付テハ引渡後五年間ハ其擔保ノ責任ニ任ス是レ前項ニ偶ケタル原則ノ例外ナリ蓋シ一方ニ於テ土地ノ工作物ノ瑕疵ハ注文者ニ對シテ頗ル重大ナル結果ヲ生スルノ危険アルノミナラス其瑕疵ハ速カニ之ヲ發見スルコト能ハサル場合往々ニシテ是レアルヲ以テ若シ一般ノ原則ニ從ヒ一箇年ノ後ニ請負人ニ於テ擔保責任ヲ免カレ得ヘキモノトスルトキハ其期間内ニ於テ瑕疵ヲ發見スルコトヲ得ザル注文者ハ終ニ其權利ヲ行使スルニ由ナク請負人ノ擔保責任ハ名アリテ其實ナキニ至リ注文者

ニ對シテ頗ル不公平ナル結果ヲ生スルニ至ルヘシ故ニ民法ハ此種ノ請負ニ付テハ豫定期間ヲ延長シテ五年トシ其期間内ハ請負人ヲシテ擔保ノ責任ヲ負ハシメ注文者ヲシテ其間ニ目的物ノ瑕疵ニ對スル救済ヲ求ムルコトヲ得セシムルコトトナシタルモノニシテ右五年ノ期間ハ注文者カ工作物ノ瑕疵ヲ發見シテ之ニ對スル救済ヲ求ムルニ充分ナリト認メタルモノナリ而シテ工作物カ石造土造煉瓦造又ハ金屬造ノ工作物ニ於テハ其工事ハ極メテ堅牢ニシテ耐久ノ性質ヲ有スルコトヲ必要トスルト同時ニ其瑕疵モ亦之ヲ發見スルコト一層困難ナルヲ以テ請負人ノ擔保責任モ亦隨テ普通ノ工作物ニ於ケルヨリモ一層重大ナリトス是レ民法カ此種ノ工作物ニ付キ更ニ其擔保責任ノ期間ヲ延長シテ十年ト爲シタル所以ナリ

工作物ノ瑕疵ニ付キ注文者ノ爲メニ請負人ノ擔保責任ニ服スル期間ヲ延長シタルハ要スルニ注文者ノ利益ニ於テ瑕疵ヲ發見スルカ爲メニ必要ナル期間ヲ存スルカ爲メニ外ナラサルヲ以テ工作物ノ瑕疵カ其滅失又ハ毀損ニ因リテ實現シタルトキハ注文者ハ容易ニ其瑕疵ヲ發見スルヲ得ヘキヲ以テ一般ノ原則ニ從ヒ速カニ其權利ヲ行使シテ當事者間ノ權利關係ヲ確定スルノ必要アリ故ニ此場合ニ於テハ注文者ハ更ニ一般ノ原則ニ戻リ其滅失又ハ毀損ノ時ヨリ一箇年内ニ瑕疵ノ修補又ハ損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ要シ此期間ヲ經過スルトキハ其權利ハ消滅スヘキモノトス

請負人ノ瑕疵擔保ノ責任ヨリ生スル注文者ノ請求權行使ニ付シタル民法第六三七條及ヒ第

六三八條第一項ノ期間ノ制限ハ當事者ニ別段ノ意思表示ナキ場合ニ適用スヘキ一般ノ原則タルニ過キサルヲ以テ當事者ハ特約ヲ以テ其期間ヲ伸縮スルコトヲ得ヘク此場合ニ於テハ當事者ノ定メタル期間ノ滿了ニ因リ請負人ハ瑕疵擔保ノ責任ヲ免カレ注文者ハ之ニ對スル請求權ヲ喪失スルモノトス蓋シ請負人カ瑕疵擔保ノ責任ヲ免カレ注文者ハ之ニ對スル者ノ利害ニ關スル問題ニシテ多少之ヲ伸縮スルモ之カ爲メ公益ヲ害スルモノニハアラサルヲ以テナリ然レトモ期間ノ伸張ハ普通時効ノ期間内ニ於テ之ヲ爲スコトヲ要シ其以外ニ涉ルコトヲ得ス何トナレハ斯クセサルニ於テハ法律カ時効ノ制度ヲ設ケタル所以ノ趣旨ニ反シ公益ヲ害スルノ結果ヲ生スヘケレハナリ

第三節 請負ノ終了

請負ハ左ノ事由ニ因リテ終了ス

第一 請負人カ請負ノ目的タル仕事ヲ完成シ又ハ仕事ノ目的物アル場合ニ仕事ヲ完成シタル上目的物ノ引渡ヲ爲シタルトキ

此場合ニ請負ノ終了スヘキハ説明ヲ要セスシテ明カナリ

第二 請負ノ目的タル仕事ノ完成カ不能トナリタルトキ

但其不能トナリタルコトニ付キ請負人カ其責ニ任スヘキトキハ請負人ハ仕事ノ完成ニ代ヘテ

損害ノ賠償ヲ爲スヘキモノトス

第三 請負契約カ解除セラレタルトキ

請負契約ノ當事者ハ契約解除ニ關スル一般ノ原則ニ從ヒ契約當時留保シタル解除權ニ因リ又ハ相手方ノ債務不履行ヲ理由トシテ請負契約ヲ解除スルコトヲ得ヘク請負ハ之ト同時ニ終了スヘキモノトス然レトモ民法ハ注文者ノ爲メニ特ニ解除權ヲ認メ民法第六四一條ニ於テ「請負人カ仕事ヲ完成セサル間ハ注文者ハ何時ニテモ損害ヲ賠償シテ契約ヲ解除スルコトヲ得」ト規定セリ是レ請負契約ノ性質ヨリ生スル結果ニシテ請負ハ普通注文者ノ利益ノ爲メニ爲スモノニシテ請負人カ自己ノ利益ノ爲メニ爲ス仕事ノ完成ヲ希望セサル以上ハ強テ之ヲ完成スルノ必要ナキノミナラス請負人モ亦損害ノ賠償ヲ受クル以上ハ之ニ對シテ苦情ヲ唱フヘキ理由ナケレハナリ然レトモ注文者カ解除權ヲ行フニハ仕事ノ完成前ニ之ヲ爲スコトヲ要シ請負人カ仕事ヲ完成シタルトキハ最早ヤ此權利ヲ行フコトヲ得ス蓋シ此場合ニ於テハ契約ノ解除ヲ許スモ何等ノ實益ナキヲ以テ注文者ノ爲メ此例外的權利ヲ認ムルノ必要ナケレハナリ

第四 注文者カ破産シタルトキ

注文者カ破産シタルトキハ注文者ハ報酬ヲ支拂フコト能ハサルニ至リ玆ニ當事者間ニ於テ請負ノ關係ヲ繼續スル能ハサルノ事情ヲ生シタルモノト謂ハサルヘカラス故ニ此場合ニ於テハ法律ハ請負人ヲシテ自己ノ利益ヲ防衛スルカ爲メノ必要上請負契約ヲ解除スルノ權利ヲ與フルト同時ニ破産管財人ヲシテ破産財團ノ利益ノ爲メニ同一ニ權利ヲ行使スルコトヲ得セシム是レ貸借債ニ關スル第六二一條及ヒ雇傭ニ關スル第六三一條ト其精神ヲ同シウスルモノナリ故ニ各當事者ハ解約ノ爲メニ生シタル損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得サルモノトモ但請負人ハ其既ニ爲シタル仕事ノ報酬及ヒ此報酬中ニ包含セサル費用(例ヘハ報酬以外ニ於テ注文者ヨリ申受クヘキ運搬費ノ如シ)ニ付キ財團ニ加入スルコトヲ得

第十章 委任

第一節 委任ノ性質

民法第六四三條ニ曰ク「委任ハ當事者ノ一方カ法律行爲ヲ爲スコトヲ相手方ニ委託シ相手方カ之ヲ承諾スルニ因リテ其效力ヲ生ス」ト故ニ我民法ニ依ルトキハ委任ニ付テハ左ノ如ク定義ヲ與フルコトヲ得ヘシ
委任ハ當事者ノ一方カ法律行爲ヲ爲スコトヲ相手方ニ委託シ相手方カ之ヲ承諾スル契約ナリ
今此定義中ニ包含スル委任ノ概念ヲ分析スルトキハ左ノ如シ

第一 委任ハ契約ナリ

委任ノ成立ニハ當事者ノ一方即チ委任者ト相手方即チ受任者トノ間ニ於テ受任者ニ法律行爲ヲ爲スコトヲ委託セントスル委任者ノ意思ト其委託ニ應シテ法律行爲ヲ爲サントスル受任者

民法債權 委任 委任ノ性質

ノ意思ト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其效ヲ生シ其意思表示ニ付キ別段方式ノ定メナキヲ以テ不、要、式、契約ナリ(二)此契約ハ當事者間ノ意思表示ノミヲ以テ成立シ契約成立ノ前提要件トシテ當事者ノ一方ニ於テ現ニ或給付ヲ爲スコトヲ要セサルヲ以テ諸成契約ナリ(三)此契約ハ無償ナルヲ以テ其性質ト爲スモ無償ナルコトハ委任契約ノ成立要件ニアラス隨テ委任者ハ受任者ニ對シテ有效ニ報酬ヲ支拂フ約スルコトヲ得ヘク此場合ニ於ケル委任契約ハ有償契約タルノ性質ヲ有スルモノナリ(四)委任契約ハ其性質ニ於テハ片務契約ナリ故ニ委任契約ヨリ生スル效力トシテハ受任者ノミ債務ヲ負擔シ委任者ハ何等ノ債務ヲ負擔スルコトナク唯委任事務處理ノ結果トシテ受任者ニ對シテ立替金ノ償還其他ノ債務ヲ負擔スルニ過キサルヲ以テ學者或ハ之ニ付スルニ不完全ナル雙務契約ナル名稱ヲ以テセリ然レトモ無償ナルコトハ委任契約成立ノ要件ニアラサルヲ以テ委任者ハ委任契約ニ因リ受任者ニ對シテ報酬ヲ支拂フノ義務ヲ負擔スルコトヲ得ルハ前説明ノ如クナルヲ以テ此場合ニ於テハ委任者モ亦委任契約ニ因リ報酬ヲ支拂フノ義務ヲ負擔シ受任者ノ義務ニ屬スル委任事務ノ處理委任者ノ義務ニ屬スル報酬トハ相交換スヘキモノナレハ純然タル雙務契約ノ一種ニ屬スルモノナリ但委任契約ニ付キ報酬ノ定アルトキト雖モ其報酬ハ委任契約ヨリ生スル義務ニアラサルノミナラス委任者ハ委任契約解除ニ因リテ何時ニテモ之ヲ免カラルコトヲ得ヘキヲ以テ委任契約ハ常ニ必ス片務契約ナリト説ク者アレトモ此説ハ委任契

約ヲ以テ必然ニ無償ナリトセルノ舊來ノ觀念ニ基キタルモノニシテ其ノ探ルニ足ラサルハ敢テ喋喋ヲ要セサル所ナリ

第二 委任ハ當事者ノ一方カ法律行為ヲ爲スコトヲ相手方ニ委託スル契約ナリ
 委任契約ニ在テハ當事者ノ一方カ相手方ニ法律行為ヲ爲スコトヲ委託スルコト即チ相手方ヲ自己ニ代ハリテ法律行為ヲ爲サシムル旨ノ意思ヲ表示スルコトヲ必要トス是レ委任契約ト他ノ契約トハ間ニ存スル差別ノ點ニシテ委任契約ノ特質ヲ成スモノナリ所謂法律行為トハ私權ノ得喪變更ヲ目的トスル意思表示ヲ謂ヒ賣買贈與交換貸借擔保更改其他人ノ意思表示カ私法上ノ效力ヲ生スル場合ハ總テ其中ニ包含シ受任者カ委任者ノ名ニ於テ之ヲ爲スト自己ノ名ニ於テ之ヲ爲ストハ委任契約ノ成立ニ何等ノ關係ヲ有セサルモノトス蓋シ受任者カ委任者ノ爲メニ法律行為ヲ爲スコトヲ委託セラレタル場合ニ其法律行為ハ多クハ受任者ノ名ニ於テ之ヲ爲スモノナルモ自己ノ名ヲ以テ之ヲ爲スコトモ亦往往ニシテ是レアル所ニシテ何レノ場合ニ在テモ當事者間ニ於テ其法律行為ヲ爲スコトノ委託ハ委任契約ヲ成立セシムルモノナリ而シテ受任者カ委託ノ趣旨ニ依リ委任者ノ名義ヲ以テ法律行為ヲ爲スコトヲ要シカ爲メニ必要ナル權限ヲ授與セラレタルトキハ代理ニ關スル民法總則ノ規定ニ從ヒ受任者ノ行為ハ本人タル委任者ニ對シテ直接ニ效力ヲ生スルモノナリ然レトモ代理ト委任トハ一ハ委任者ト第三者トノ間ノ法律關係ニシテ他ハ委任者ト受任者トノ間ノ權利關係ニ屬シ二者全ク其法律

上ノ性質ヲ異ニスルヲ以テ委任ト代理トハ各獨立ノ存在ヲ有シ其間ニ分離スヘカラル關係
ヲ有スルモノニアラス是レ舊民法其他ノ立法例カ委任ヲ以テ代理權ヲ授與スル契約ナリトシ
タルニ反シ我民法ハ此二者ヲ區別シ法律行為ヲ爲スコトノ委託ハ受任者ノ代理權ヲ伴フト否
トニ拘ハラズ總テ委任契約ノ目的タルコトヲ得ヘキモノトシタル所以ナリ

訴訟行為ハ法律行為ナルヤ否ヤニ付テハ學者間議論アリト雖モ予ハ之ヲ目スルニ純然タル法
律行為ヲ以テスルコト能ハサルモノト信ス然レトモ委任ハ法律行為以外ノ事務ノ委託ヲ目的
トスルコトヲ得ルコトハ前述ノ如クナルヲ以テ訴訟行為ノ委任モ亦委任ノ一種トシテ委任ニ
關スル法則ノ適用ヲ受クヘキモノトス

委任ハ法律行為ノ委託ヲ以テ目的トスルコトハ前述ノ如シ而シテ其法律行為ノ利益ヲ受クル
者ノ委任者タルト受任者カ其法律行為ノ利益ヲ受クルト否トハ之ヲ問フノ必要ナシト雖モ少
クトモ其法律行為ハ直接ニ受任者ノ利益ノ爲メニノミ爲スヘキモノニ非サルコトヲ要ス何ト
ナレハ其法律行為カ直接ニ受任者ノ爲メニ爲スモノナルトキハ委任者ハ受任者ヲシテ自
己ノ事務ヲ爲サシムルニアラスシテ受任者其人ノ事務ヲ爲サシムルモノニ外ナラス隨テ其所
謂委託ナルモノハ畢竟助言者クハ忠告タルニ過キササルヲ以テナリ

第三 委任ハ當事者ノ一方カ法律行為ヲ爲スコトヲ相手方ニ委託シ相手方カ之ヲ承諾スル契約
ナリ

委任契約ノ成立ニハ委任者ニ於テ受任者ヲシテ、或法律行為ヲ爲サシムルハ、意思ヲ表示シ、受任
者ニ於テ委任者ノ爲メニ其法律行為ヲ爲スヘキ旨ノ意思ヲ表示スルコトヲ必要トシ、此意思表
示ナキトキハ契約ハ成立セザルモノトス蓋シ委任契約ニ在テハ受任者ハ委任者ニ對シテ委託
ニ係ル法律行為ヲ爲スノ義務ヲ負擔シ受任者ノ此義務ハ則チ委任契約ノ實質ヲ成スモノナレ
ハ此義務ヲ負擔スヘキ受任者ノ承諾ヲ必要トスルコトハ敢テ説明ヲ要セザル所ナリ而シテ委
任契約ハ法律行為ノ委託ニ付キ當事者間ニ意思ノ合致アリテ受任者カ其行為ヲ爲スノ義務ヲ
負擔スルニ因リテ成立シ委任者カ受任者ニ對シテ給付義務ヲ負擔スルト否トハ委任契約ノ成
立ニ毫モ影響ヲ及ボササルノミナラス民法第六四八條ニ依ルトキハ受任者ハ特約アルニアラ
ザレハ委任者ニ對シテ報酬ヲ請求スルコトヲ得サルヲ以テ委任契約ハ無償ニシテ片務ナルコ
ト即チ委任者ヲシテ受任者ノ爲ス法律行為ノ處理ニ對シテ何等ノ給付義務ヲ負擔セシメサル
ヲ以テ其本質トシ其有償ニシテ雙務ナルコト即チ委任者ニ於テ報酬支拂ノ義務ヲ負擔スルハ
例外ナリト云ハサルヘカラス蓋シ他人ヨリ事務ノ委託ヲ受ケテ之ヲ處理スル者ハ多クハ好意
上他人ノ爲メニ勞務ヲ供スルモノニシテ射利ヲ目的トスルモノニアラサルヲ以テ報酬ヲ支拂
フノ意思ハ當然推定スルコトヲ得サルモノナレハナリ

委任ニハ一般ノモノト特別ノモノトアリ一般ノ委任ハ總テノ事務ノ委託ヲ目的トスルモノヲ云
ヒ特別ノ委任ハ特定セル裁判上裁判外ノ事務ヲ委託スルコトヲ目的トスルモノヲ云フ是レ多數

民法債權 委任 委任ノ性質

ノ立法例ニ於テ認メラルル所ノ區別ナレトモ我民法ハ委任ノ範圍ハ各場合ニ於ケル當事者ノ意思如何ニ依リテ決定スヘキモノニシテ法律ヲ以テ之ヲ規定スルノ必要ナシト認メ此等立法ノ慣例ヲ襲踏セザリシモノナリ

第二節 委任ノ效力

委任ノ效力ヲ論スルニ當リ受任者ノ義務ト委任者ノ義務トニ區別シテ説明スヘシ

第一款 受任者ノ義務(委任者ノ權利)

受任者ハ委任契約ニ因リ委任者ヨリ委託ヲ受ケタル事務ヲ處理スルノ義務ヲ負擔ス是レ委任契約ヨリ生スル主要ノ義務ニシテ當事者間ニ於テ生スル其他ノ權利義務ノ關係ハ受任者ノ義務ニ屬スル委任事務ノ處理ニ牽連シ之ニヨリ生スル結果タルニ外ナラス而シテ今委任契約ニ因リ受任者ノ負擔スル義務ヲ殊別的ニ指摘スルトキハ左ノ如シ

第一 委任事務ヲ處理スルノ義務

委任事務ノ内容範圍ハ委任契約ニ定ムル所ニ從フコトヲ要シ受任者ハ其事務ノ内容範圍ニ屬スル一切ノ事項ヲ完了スルノ義務アルモノトス而シテ委任事務ノ處理ニ關シテハ特ニ左ノ點ニ注意スルコトヲ要ス

(一) 受任者ハ委任ノ本旨ニ從ヒ善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ委任事務ヲ處理スルノ義務アリ

是レ民法第六四四條ニ規定スル所ニシテ受任者ハ委任事務ヲ處理スルニ當リ用意周到ナル人カ一般ニ事務ノ管理上ニ於テ用ユル所ノ注意ヲ用キテ其事務ヲ遂行シ以テ委任ノ主旨ヲ貫徹スルコトヲ期セサルヘカラス抑、委任ハ當事者間ノ對人的信用ヲ基本トスルモノニシテ委任者カ受任者ニ自己ノ事務ノ處理ヲ委託スルハ受任者其人ニ信ヲ置キ受任者ハ能ク委任ノ主旨ニ從ヒ善意誠實ニ委任事務ヲ處理スヘシト期待スルカ爲メニ外ナラサルヲ以テ受任者カ初ヨリ受任ヲ爲ササルハ格別一旦之ヲ受諾シタル以上ハ忠實ニ委任事務ヲ處理シ受任者ノ信用ニ背カサランコトヲ期セサルヘカラスハ事理ノ當然ニシテ實際ノ取引上ニ於ケル普通ノ觀念モ亦此ノ如クナルヲ以テ當事者間ニ特約ナキ限りハ受任者ヲシテ善良ナル管理者ノ注意ヲ用フルノ責ニ任セシムルヲ可ナリトシ委任事務ノ處理ニ對スル報酬ノ有無ハ之ヲ問フノ必要ナキモノト云ハサルヘカラス是レ民法第六四四條ニ於テ受任者ヲシテ

一般ニ善良ナル管理者ノ注意ヲ爲スノ義務ヲ負ハシメタル所以ナリ

(二) 受任者ハ自カラ委任事務ヲ處理スルコトヲ要シ委任事務ノ性質又ハ當事者ノ明示又ハ默示ノ意思ニ依リ必スシモ受任者ニ於テ之ヲ爲スコトヲ必要トセサル場合ノ外ハ他人ヲシテ其事務ヲ處理セシムルコトヲ得ス換言スレバ委任事務カ受任者自カラ處理スルコトヲ要

スルヤ若クハ他人ヲシテ代ハリテ之ヲ處理セシムルコトヲ得ルヤニ付キ疑アルトキハ當事者ノ意思ハ受任者ヲシテ自身ニ委任事務ヲ處理セシムルニ在リト推測セサルヘカラス何トナレハ委任ハ當事者間ノ對人の信用ニ基クコトハ既ニ説明セル所ノ如クナルヲ以テ契約ノ性質又ハ當事者ノ明示又ハ默示ノ意思ニ依リ其反對カ顯ハレサル限りハ委託ヲ受ケタル受任者ニ於テ自ラ委任事務ヲ處理スルコトヲ要シ他人ヲシテ之ヲ爲サシムルコトヲ得サルハ委任ノ性質上明白ナルヲ以テナリ然レトモ此問題ニ關シテハ代理ニ關スル民法總則ハ規定ヲ参照スルノ必要アリ即チ第一〇四條ニハ「委任ニ因ル代理人ハ本人ノ許諾ヲ得タルトキ又ハ已ムコトヲ得サル事由アルトキニアラサレハ復代理人ヲ選任スルコトヲ得ス」トアルヲ以テ受任者カ委任者ニ代リ其名義ヲ以テ法律行為ヲ爲ス場合ニハ本人ノ許諾ナキトキト雖モ已ムコトヲ得サル事由アル場合ニ限リ第三者ヲシテ委任事務ヲ處理セシムルコトヲ得ルヤ明カナリ但代理ニ關スル規定ハ主トシテ本人ト代理人トノ關係ヲ定ムルヲ目的トシ委任者ト受任者トノ契約關係ヲ定ムルハ其主眼ノ目的ニアラサルモ第一〇五條ニ復代理人選任ニ關スル代理人ノ責任ヲ規定シタルヨリ推究スルトキハ民法第一〇四條以下ノ規定ハ委任者ト受任者トノ契約關係ヲモ併セテ規定シタルモノト解釋スルヲ相當トス

受任者カ自カラ委任事務ヲ處理スルノ義務アル場合ニ第三者ヲシテ之ヲ爲サシムルハ其義務ニ違背スルモノナレハ債務ノ不履行ニ關スル一般ノ原則ニ從ヒ委任者ニ對シテ其責任

セサルヘカラス又受任者カ適法ニ第三者ヲシテ委任事務ヲ處理セシムル場合ト雖モ委任者ト第三者トノ間ニハ何等直接ノ關係ナク委任者ニ對スル關係ニ於テハ受任者ハ依然トシテ債務履行ノ責任シ委任事務ノ處理ニ關スル第三者ノ故意過失ニ付キ自己ノ故意過失ニ於ケルト同一ノ制限條件ニ從ヒ責任ヲ負ハサルヘカラス然レトモ受任者カ本人ノ許諾ヲ得又ハ已ムコトヲ得サル事由アルニ因リ自ラ復代理人ヲ選任シタルトキハ民法第一〇五條ノ規定ニ依リ其選任及ヒ監督ニ付キテノミ本人ニ對シテ其責任シ本人ノ指名ニ從ヒテ復代理人ヲ選任シタルトキハ其不適任又ハ不誠實ナルコトヲ知りテ之ヲ本人ニ通知シ又ハ之ヲ解除スルコトヲ怠リタル場合ニ限リ其責任シ復代理人ハ直接ニ本人ニ對シテ責任ヲ負フコトトナルヘシ

第二 委任事務ノ處理ヲ報告スルノ義務

受任者ハ委任者ニ對シテ委任事務處理ノ狀況ヲ報告スルノ義務アリ是レ第六四五條ニ規定スル所ニシテ委任ノ性質上自ラ然ラサルヲ得サル所ナリ何トナレハ委任者ハ受任者ニ依リテ處理セラルル自己ノ事務ノ狀況ヲ知悉シ因テ受任者ノ行為並ニ事務ノ成績ヲ監査シ事務ノ成績充分ナラスシテ受任者ノ處理其當ヲ得スト認メタルトキハ之ニ對シテ相當ノ救済方法ヲ講スルノ必要アリ受任者ノ報告ハ則チ委任者ノ爲メニ此手段方法ヲ供スルモノニシテ受任者カ既ニ承諾上委任者ノ爲メニ委託事務處理ノ任ニ當リタル以上ハ委任者ニ對シテ其事務ノ狀況ヲ

報告シ之ヲシテ受任者ノ施設並ニ事務ノ成績ヲ知ラシムルノ義務アルハ勿論ナルヲ以テナリ
 而シテ此報告ハ委任者ヨリノ請求アルトキハ何時ニテモ之ヲ爲スコトヲ要ス委任終了ノ曉ニ
 於テハ委任者ノ請求ヲ俟タスシテ遲滞ナク委任事務處理ノ顛末ヲ報告スルコトヲ要ス所謂
 「遲滞ナク」トハ事情ノ許ス限リハ速カニ報告スヘシトノ意ニシテ其然ルヤ否ヤハ各場合ニ於
 ケル實際ノ狀況ニ基キ之ヲ決定スルコトヲ要シ裁判所ノ判斷ニ大ナル餘地ヲ存スルモノナリ」

第三 金錢物品ノ引渡及ヒ權利移轉ノ義務

受任者ハ委任者ニ代リ委任者ノ爲メニ其事務ヲ處理スルモノニ外ナラサルヲ以テ委任事務ヲ
 處理スルニ當リテ受取リタル金錢其他ノ物ハ之ヲ委任者ニ引渡シ且自己ノ名ヲ以テ取得シタ
 ル權利ハ之ヲ委任者ニ移轉スルノ義務アリ是レ第六四四條ニ規定スル所ナリ予ハ以下受任者
 ノ此二個ノ義務ニ付キ各別ニ説明スヘシ

(一) 金錢物品引渡ノ義務 受任者カ委任事務ヲ處理スル上ニ於テ金錢物品ヲ受取リタルト
 キハ其金錢物品ハ委任者本人ニ代ハリテ債權ノ取立ヲ爲ス場合ノ如ク本人ノ名ヲ以テ之ヲ
 受取リタルモノナルト若クハ受任者自ラ賣主トナリテ受任者ノ所有物ヲ賣却シ其代金ヲ受
 取ル場合ノ如ク自己ノ名ヲ以テ之ヲ受取リタルモノナルトヲ問ハス總テ之ヲ委任者ニ引渡
 スコトヲ要ス何トナレハ此等ノ金錢物品ハ之ヲ受取リタル名義ノ如何ニ拘ハラズ委任者ノ
 爲メニ之ヲ受取リタルモノニシテ自己ノ爲メニ受取リタルモノニアラサルヲ以テナリ

受任者ノ手裡ニ存スル金品ノ利益ヲ受クヘキ者ハ委任者ニシテ受任者ハ秋毫モ其金品ニ付
 キ利得ヲ爲スコトヲ得サルモノナルヲ以テ其金品ヨリ生スル果實ハ天然ノモノト法定ノモ
 ノトニ論ナク其金品ノ所有者タリ若クハ其所有者トナルヘキ委任者ノ利得ニ歸スヘキハ勿
 論ナリ故ニ受任者カ其手裡ニ保有スル所ノ金品ヨリ此等ノ果實ヲ收取シタルトキハ其果實
 モ亦元物タル金品ト共ニ總テ之ヲ委任者ニ引渡ササルヘカラス

(二) 權利移轉ノ義務 受任者カ委任事務ヲ處理スルニ當リ委任者ノ名ヲ以テ權利ノ取得ヲ
 目的トスル法律行為ヲ爲シタルトキハ代理ニ關スル一般ノ原則ニ從ヒ其法律行為ハ直チニ
 本人タル委任者ニ對シテ其效力ヲ生シ委任者ハ直チニ其權利ヲ取得スルヲ以テ委任者ハ爾
 後其權利ノ主體トシテ行動スルコトヲ得ヘク委任者ト受任者トノ間ニ於テ權利移轉ノ問題
 ヲ生スルコトナシ之ニ反シテ受任者カ自己ノ名ヲ以テ權利ノ取得ニ關スル法律行為ヲ爲シ
 タルトキハ其法律行為ヨリ生スル效果トシテ受任者自ラ權利者トナリ委任者ハ直接ニ其權
 利ノ主體トナラサルヲ以テ委任ノ本旨ニ從ヒ委任者ヲシテ其主體タラシムルニハ受任者ノ
 取得シタル權利ヲ委任者ニ移轉スルコトヲ要ス例ヘハ受任者カ委任ノ本旨ニ從ヒ第三者ニ
 對シテ貸金ノ債權ヲ取得シ又ハ登記ヲ經テ第三者ヨリ不動産ノ所有權ヲ讓受ケタルトキハ
 受任者ハ貸金ノ債權ニ付テハ第三者ニ對シ委任者ニ其債權ヲ讓渡スル旨ノ通知ヲ爲シ其債
 權ヲ委任者ニ移轉シ不動産ノ所有權ニ付テハ委任者ノ爲メニ所有權移轉ノ登記手續ヲ履行

スルカ如シ

第四 利息ノ支拂及ヒ損害賠償ノ義務

受任者ハ委任事務ヲ處理スルニ當リ受取リタル金銭ヲ委任者ニ引渡スノ義務アルヨリ以テ受任者カ其金銭引渡ノ義務ニ付キ遲滞ニ付セラレタルトキハ爾後損害ノ賠償トシテ法定利率ニ相當スル金額ヲ仕拂フノ義務アルハ債務ノ不履行ヨリ生スル一般ノ原則ナリ但受任者カ如何ナル場合ニ遲滞ノ責ニ任スルヤハ引渡スヘキ金銭ノ性質如何ニ依ルモノニシテ此點ニ付テハ當事者ノ意思ヲ探究シテ金銭引渡ノ時期ヲ確定シ民法第四一二條ニ定ムル區別ニ從ヒ受任者ノ責任ヲ定ムルコトヲ要ス

受任者ハ正常ノ時期ニ於テ其受取リタル金銭ヲ委任者ニ引渡スノ義務アルハ勿論其金銭ハ委任者ニ代リ委任者ノ爲メニ占有スルモノニシテ自己ノ利益ノ爲メニ之ヲ利用スルモノニアラサルヲ以テ委任者ノ爲メニ之ヲ利用スルハ格別自己ノ利益ノ爲メニ之ヲ利用スルコトヲ得サルヤ明カナリ受任者カ委任事務ヲ處理スル上ニ於テ委任者ノ爲メニ用ユヘキ其他ノ金銭ニ付テモ亦然リ而シテ受任者カ委任者ノ利益ノ爲メニ占有スル此等金銭ヲ自己ノ爲メニ費消シタルトキハ法律ハ受任者ヲシテ其費消シタル日以後ノ法定利息ヲ仕拂フノ義務ヲ負擔セシム蓋シ金銭ハ普通ノ利用方法ニ依レハ年五厘ノ利益ヲ生スルモノナレハ受任者カ委任者ノ利益ノ爲メニ占有スル金銭ヲ自己ノ爲メニ費消スルニ於テハ受任者ハ委任者ヲシテ年五厘ニ相當ス

ル損害ヲ被ラシメタルモノト認メ得ヘキヲ以テ不法行爲ノ原則ニ從ヒ受任者ヲシテ之ヲ賠償スルノ責ニ任セシムルモノナリ而シテ委任者ハ何等ノ證明ヲ爲サスシテ當然年五厘ニ相當スル利息ヲ請求スルコトヲ得ルノミナラズ其他ニ損害ヲ受ケタルトキハ其損害ヲ證明シテ之カ賠償ヲモ請求スルコトヲ得ヘク民法第四一九條ノ規定ハ此場合ニ適用スルコトヲ得ス隨テ受任者カ委託金ノ消費ニ因リテ委任者ニ被ラシメタル損害ハ其價格如何ニ拘ハラズ其全部ヲ委任者ニ賠償スルノ義務ヨリ普通ノ場合ニ於ケルカ如ク約定利率又ハ法定利率ニ限定セララルモノニアラス蓋シ受任者ハ委任者ノ信任ヲ受ケテ其事務ヲ處理スルモノナレハ委託ニ係ル金額ヲ費消スルハ背信ノ甚シキモノニシテ委任者ノ不利益之ヨリ大ナルハナキヲ以テ法律ハ受任者ヲシテ重キ責任ヲ負ハシメ委任者ノ利益ヲ保護スルヲ必要ト認メタルモノナリ

第二款 委任者ノ義務(受任者ノ權利)

委任ハ無償ナルヲ以テ其要素ト爲ササルモ少クモ無償ナルヲ以テ其性質ト爲スコトハ既ニ説明スル所ノ如クナルヲ以テ委任者ハ特約アル場合ノ外ハ報酬ヲ仕拂フノ義務ヲ負擔セズ換言スレハ報酬ヲ仕拂フノ意思ハ常に必ス當事者ニ於テ之ヲ表示スルコトヲ要シ當然之ヲ推測セサルモノトス是レ民法第六四八條ニ於テ「受任者ハ特約アルニアラザレハ委任者ニ對シテ報酬ヲ請求スルコトヲ得ス」ト規定セル所以ナリ其他委任者ハ委任契約ニ因リ受任者ニ對シテ反對給付

0271

ヲ爲ス義務ヲ負擔スルモノニアラサルモ受任者ニ對シテ費用ノ前拂ヲ爲シ委任事務ノ處理スルヨリ生スル損害ノ危險ニ對シテ受任者ノ利益ヲ保護シ且其現ニ受ケタル損害ヲ賠償スルノ義務ヲ負擔スルヲ以テ此等ノ義務ニ付キ説明ヲ爲スノ必要アリ依テ予ハ以下報酬支拂ノ義務、費用支拂ノ義務、辨濟ノ義務及ヒ損害賠償ノ義務ニ區別シテ説明スヘシ

第一 報酬支拂ノ義務

委任者ハ特約アル場合ニ限り受任者ニ對シテ報酬ヲ支拂フノ義務ヲ負擔スルコトハ前述ノ如シ而シテ其所謂報酬中ニハ最モ普通ニ行ハルル金錢其他ノ有價物ノ給付ハ勿論相手方ノ需要ヲ充タスヘキ各種ノ給付ハ總テ其中ニ包含ス蓋シ法律ハ此點ニ付キ何等ノ區別ヲ設ケサルヲ以テナリ予ハ以下報酬ノ額及ヒ報酬支拂ノ時期ニ區別シテ説明スヘシ

(一) 報酬ノ額 報酬ノ額ハ當事者ノ定ムル所ニ從フ但委任者カ報酬支拂ノ義務ヲ負擔スルニハ報酬ノ支拂ニ付キ當事者間ニ明示又ハ默示ノ意思表示アルノミヲ以テ足レリトシ其額ハ必スシモ之ヲ確定スルコトヲ要セス蓋シ當事者カ報酬ノ額ヲ定メサルトキハ當事者ハ金錢ヲ以テ相當ノ報酬ヲ支拂フノ意思ナリト推測シ得ヘク其額ハ各場合ニ於ケル事務ノ性質ニ從ヒ之ヲ確定スルコトヲ得ヘケレハナリ

(二) 報酬支拂ノ時期 委任者ハ委任事務ノ處理ニ對シテ報酬ノ全部ヲ支拂フノ義務ヲ負擔スルモノナレハ委任者カ其義務ニ屬スル委任事務ノ處理ヲ爲サルトキハ委任者ハ之ニ對シテ報酬ヲ支拂フノ義務ナキハ論ヲ俟タサル所ナリ故ニ受任者ハ自己ノ義務ニ屬スル委任事務ノ處理ヲ完了シタル後ニアラサレハ其權利ニ屬スル報酬ヲ請求スルコトヲ得サルモノトス是レ民法第六四七條第二項前段ニ規定スル所ナリ然レトモ期間ヲ以テ報酬ヲ定メタルトキハ當事者ノ意思ハ報酬ノ支拂ヲ區分シ各期間ノ經過ト共ニ其期間ノ報酬ヲ支拂フノ意思ナリト推測シ得ヘキヲ以テ受任者ハ其期間ヲ經過シタル後ハ委任事務ノ處理ヲ完了セザルモ尙ホ其期間ニ對スル報酬ヲ請求スルコトヲ得ヘシ是レ同條第二項後段ニ規定スル所ナリ(六二四條二項)

委任者ハ其義務ニ屬スル委任事務ノ處理ヲ終了シタル後ニアラサレハ報酬ノ支拂ヲ請求スルコトヲ得サルヲ原則トスルモ此原則ニハ例外アリ即チ委任者ノ責ニ歸スヘカラサル事由ニ因リテ其履行ノ半途ニ於テ終了シタルトキ例ヘハ委任者カ受任者ノ死亡、委任者ノ破産又ハ委任者一己ノ意思ヲ以テ解除セラレタル場合ノ如シ此場合ニ於テハ受任者ハ其既ニ爲シタル履行ノ割合ニ應ジテ報酬ヲ請求スルコトヲ得是レ第六四八條第三項ニ規定スル所ナリ蓋シ此場合ニ於テモ一般ノ原則ヲ適用シ受任者ハ其委任ヲ履行セサルモノトシテ何等報酬ノ請求權ナシトスルトキハ受任者カ委任者ニ對シテ事務ノ處理ヲ承諾シタル所以ノ意思ニ反シ受任者ニ對シテ苛酷ナル結果ヲ生スルニ至ルヘク受任者ヲシテ少クモ其既ニ爲シタル委任事務ノ處理ニ對シテ報酬ヲ受クルコトヲ得セシムルハ公平ノ觀念ニ適スルヲ以

0272

第二 費用支拂ノ義務

テナリ

受任者ハ委任者ノ計算ヲ以テ委任事務ノ處理ヲ爲スモノナレハ委任事務ノ處理ニ要スル費用ハ委任者之ヲ支出スヘク受任者ヲシテ之ヲ支出セシムヘキニアラサルハ委任ノ性質上明白ナリ玆ニ於テ左ノ效果ヲ生ス

(一) 受任者事務ノ處理スルニ付キ費用ヲ要スルトキハ委任者ハ委任者ノ請求ニ因リ其前拂ヲ爲スコトヲ要ス 是レ他ナシ受任者ノ處理スル事務ハ委任者ノ事務ニシテ受任者ハ唯委任者ニ代ハリテ之カ處理ヲ爲スニ過キササルヲ以テ委任事務ノ處理ニ付キ費用ヲ要スルトキハ其費用ハ委任者ニ於テ之ヲ負擔スルコトヲ要スルハ勿論之カ爲メニ必要ナル金額ハ豫メ受任者ニ交付シ以テ其費用ヲ支辨セシムルコトヲ要シ受任者ニ於テ其金額ノ立替ヲ爲スノ義務ナキヲ以テナリ是レ第六四九條ノ規定アル所以ナリ

(二) 受任者カ委任事務ノ處理スルニ必要ト認ムヘキ費用ヲ出タシタルトキハ委任者ニ對シテ其費用及ヒ支出ノ日以後ニ於ケル其利息ノ償還ヲ請求スルコトヲ得 是レ第六五〇條第一項ニ規定スル處ニシテ前項ト同一ノ理由ニ基クモノナリ何トナレハ委任事務ノ處理ニ必要ナル費用ハ其何タルヲ問ハス總テ委任者ニ於テ負擔スヘキモノニシテ受任者ハ唯委任者ニ代ハリテ其費用ノ立替ヲ爲シタルモノニ過キササルヲ以テ其費用ヲ支出スヘキ委任者ニ於

テ之ヲ受任者ニ償還シ受任者ヲシテ毫末モ損失ヲ被ラシメサルコトヲ必要トスルヲ以テナリ而シテ受任者ハ其費用ヲ立替ヘタルカ爲メ之ニ相當スル資本ノ利用ヲ妨ケラレテ損失ヲ受ケ委任者ハ受任者ニ於テ費用ノ立替ヲ爲シタル爲メ之ニ相當スル資本ヲ利用スルコトヲ得テ利得ヲ爲スモノニシテ法律ハ金錢ノ普通ノ利用方法ヨリ打算シテ受任者ト委任者トノ間ニ年五分ニ相當スル損益アリト認メ利得ヲ爲シタル委任者ヲシテ右ノ割合ヲ以テ損失ヲ爲シタル受任者ニ利息ノ償還ヲ爲サシムルコトト爲シタルモノナリ

受任者カ其立替ヘタル費用ノ請求權ヲ行フコトヲ得ルニハ其費用カ委任事務ノ處理ニ必要ナリシノミヲ以テ足レリトシ其費用カ結局委任者ニ利益トナリタルヤ否ヤハ之ヲ問フコトヲ要セス何トナレハ委任ノ本旨ニ從ヒ必要ト認ムヘキ費用ハ當然委任者ノ負擔ニ歸シ受任者ニ於テ豫メ其支拂ヲ要求スルコトヲ得ヘキモノナレハ受任者カ之カ立替支拂ヲ爲シタル以上ハ委任者ニ於テ償還ノ義務アリ委任者ハ其費用ノ結局自己ノ利益トナラサリシヲ理由トシテ其償還ヲ拒ムコトヲ得サルハ委任ノ性質上明白ナルヲ以テナリ

第三 債務辨濟ノ義務

受任者委任事務ヲ處理スルニ必要ト認ムヘキ債務ヲ負擔シタルトキハ委任者ヲシテ自己ニ代ハリテ其辨濟ヲ爲サシメ又其債務カ辨濟期ニ在ラザルトキハ相當ノ擔保ヲ供セシムルコトヲ得 是レ第六五〇條第二項ニ規定スル處ナリ例ヘハ委任事務ヲ處理スルニ付キ費用ヲ要スル

場合ニ委任者カ受任者ヲシテ受任者ノ名義ヲ以テ第三者ヨリ金員ノ借用ヲ爲サシメテ之ヲ其費用ニ充テ又ハ受任者ノ名ヲ以テ物品ノ購買ヲ爲スコトヲ受任者ニ委託シ其結果受任者ニ於テ第三者ニ對シテ代金支拂ノ債務ヲ負擔シタル場合ノ如シ此等借用金ノ債務及ヒ代金支拂ノ債務ハ委任者ニ於テ之ヲ辨濟スルコトヲ要シ其債務ノ辨濟期カ未タ到來セサル時ハ損害ノ危險ニ對シテ受任者ヲ防衛スルノ必要上委任者ニ於テ相當ノ擔保ヲ供スルノ義務アリ蓋シ受任者ハ委任者ニ代ハリテ委任事務ヲ處理スルモノニシテ委任者ノ爲メニ債務ヲ負擔スルモノニ外ナラサルヲ以テ其債務ニシテ委任事務ヲ處理スルニ必要ナリシモノナルニ於テハ委任者自ラ其辨濟ノ任ニ當リ其債務ノ爲メニ受任者ニ損失ヲ被ラシムルコトナキヲ要スルニ受任者カ委任事務ノ處理ニ必要ナル費用ノ立替ヲ爲シタル場合トモ異ナル所ナシ

第四 損害賠償ノ義務

受任者カ委任事務ヲ處理スル爲メ自己ニ過失ナクシテ損害ヲ受ケタル時ハ委任者ニ對シテ其賠償ヲ請求スルコトヲ得 是レ第六五〇條第三項ニ規定スル處ナリ蓋シ委任者ハ受任者ニ委託スルニ自己ニ代ハリテ其事務ノ處理ヲ爲スコトヲ以テスルモノナレハ委託關係ヨリ生スル結果ニ對シテ受任者ヲ保護シ之ヲシテ毫モ損害ヲ被ラシメサルコトヲ要スルハ勿論ナリトス故ニ受任者カ委任事務ヲ處理スル爲メニ損害ヲ受ケタル場合ニ其損害カ受任者ノ過失ニ基因シタルモノニアラサル以上ハ委任者ニ於テ之ヲ賠償スルノ義務アリトス何トナレハ其損害ハ委託關係ヨリ生シタルモノナレハ委託ヲ爲シタル委任者ニ於テ之ヲ賠償スヘキハ事理ノ當然ナルヲ以テナリ

第三節 委任ノ終了

委任ハ左ノ事由ニ因リテ終了ス

第一 委任事務ノ終了

委任ハ委任者カ受任者ヲシテ委任ノ目的タル委任者ノ事務ヲ處理セシムルヲ以テ目的トスルモノナレハ受任者カ委任事務ノ處理ヲ完了シタルトキハ當事者ハ委任ニ因リテ企圖シタル目的ヲ達シタルモノナレハ委任關係ハ茲ニ全ク終了スヘキモノトス

第二 委任契約ニ附シタル期間、條件ノ到來

委任契約ニ終期又ハ解除條件ヲ附シタルトキハ期限附、條件附ノ法律行爲ニ關スル一般ノ原則ニ從ヒ委任ハ其期限又ハ條件ノ到來ニ因リテ終了ス

第三 委任契約ノ解除

契約ノ解除ニ關スル一般ノ原則ハ委任ノ場合ニ之ヲ適用スヘク各當事者ハ相手方ノ債務不履行ヲ理由トシテ委任契約ヲ解除スルノ權利ヲ有スルヤ明カナリ然レトモ民法ハ其第六五一條ニ於テ委任ニ關スル特別ノ規定ヲ設ケ各當事者ハ何時ニテモ之ヲ解除スルコトヲ得ヘキモノ

ト爲セリ、是レ他ナシ委任ハ當事者相互ノ信用ヲ基本トスルモノニシテ委任者ハ自己ノ信任スル委任者ニ其事務ノ處理ヲ委任シ受任者モ亦自己ノ信任スル委任者ノ爲メニ好意上事務ノ處理ヲ爲スニ過キサルヲ以テ委任ト相手方ニ對スル當事者一方ノ信用トハ分離スヘカサル關係ヲ有スルモノナリ故ニ委任關係ノ存続スルニハ當事者間ニ於ケル信用ノ持續スルコトヲ必要トスヘタ委任者ニ強ユルニ其信任セサル受任者ニ事務ノ處理ヲ爲サシムルコトヲ以テシ受任者ニ強ユルニ其信用セサル委任者ノ爲メニ其事務ノ處理ヲ爲スヘキコトヲ以テスルハ委任ノ本旨ニ反スルモノト謂ハサルヘカラス是レ民法カ委任事務終了前何時ニテモ委任契約ヲ解除スルノ權利ヲ當事者雙方ニ認許スル所以ナリ

法律ハ當事者間ノ信用ヲ基礎トスル委任ノ性質上之ヲ解除スルノ權利ヲ各當事者ニ認メタルヲ以テ各當事者ハ何時ニテモ此權利ヲ行使スルコトヲ得ヘタ相手方カ損害ヲ被ルヤ否ヤハ此權利ノ行使ニ何等ノ影響ヲ及ホスコトナシト雖モ委任解除ノ爲メ相手方カ損害ヲ被ルニモ拘ハラズ解除者ニ於テ何等ノ責任ナシトスルハ不公平ナルヲ以テ民法ハ此場合ニ付キ特ニ規定ヲ設ケ當事者ノ一方カ相手方ノ爲メニ不利ナル時期ニ於テ委任ヲ解除シタルトキハ其損害ヲ賠償スルコトヲ要スルモノト爲セリ而シテ其所謂不利ナル時期トハ委任解除ノ爲メニ相手方ニ損害ヲ生スヘキ時期ヲ意味シ當事者ノ解除カ斯ル時期ニ於テ爲サレタルヤ否ヤハ各場合ニ於ケル實際ノ事實關係ニ基キ之ヲ決定スルコトヲ要スルモ今其一例ヲ舉ケラハ受任者カ委任

者ノ旅行中委任ノ解除ヲ爲シ委任者ニ於テ自カラ其事務ヲ處理シ又ハ第三者ヲシテ代ハリテ之ヲ爲サシムルコト能ハスシテ爲メニ損害ヲ被リタル場合ノ如シ然レトモ當事者カ己ムコトヲ得サル事由アルカ爲メ委任ヲ解除シタル場合ニ之ヲシテ尙ホ損害賠償ノ責任セシムルハ苛酷ニ失スルヲ以テ此場合ニ於テハ解除ノ爲メ相手方カ損害ヲ被ルモ其損害ハ相手方ニ於テ之ヲ甘受スルコトヲ要シ解除者ニ賠償責任ナキモノト爲セリ例ヘハ受任者カ自カラ自己ノ事務ヲ處理スルニアラサレハ重大ナル損害ヲ被ルニ至ルヘキヲ以テ委任ヲ解除スルノ己ムヲ得サルニ至リタル場合ノ如シ

解除ハ既往ニ遡リテ其效力ヲ生スルヲ原則トスルヲ以テ委任カ當事者一方ノ意思ニ依リ其履行ノ中途ニ於テ解除セラレタルトキハ各當事者ヲ原狀ニ復スルノ必要アリ茲ニ於テ相互ノ間ニ於テ頗ル繁雜ナル手續ヲ要シ極テ困難ナル問題ヲ生スヘキヲ以テ民法ハ第六二〇條ノ規定ヲ委任ニ準用シ委任ノ解除モ亦將來ニ向テノミ其效力ヲ生スルモノト爲セリ故ニ委任契約解除前ニ於テ生シタル當事者間ノ權利關係ハ解除ノ爲メニ毫モ影響ヲ被ムルコトナキヲ以テ受任者ハ委任事務ヲ處理スルカ爲メニ支出シタル金額其他自己ニ過失ナクシテ受ケタル一切ノ損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得ルト同時ニ委任者ニ對シテ金錢物品ノ引渡、委託金ノ消費ヨリ生スル損害賠償其他受任者トシテノ義務ヲ履行セサル可ラサルハ勿論ナリ又委任ノ解除カ當事者一方ノ過失ニ基因スルトキハ過失アル當事者ハ一般ノ原則ニ從ヒ解除ノ爲メニ生シタ

損害ヲ賠償スルノ義務アリトス是レ民法第六二〇條但書ニ規定スル所ニシテ此規定モ亦委任契約解除ノ場合ニ準用セラレルモノトス

第四 當事者一方ノ死亡

委任ハ當事者相互ノ信用ニ基クモノナレハ同一當事者間ニ於テノミ存續シ得ヘク當事者ノ同一タルコトハ委任關係存續ノ要件タルコトハ委任ノ性質上自カラ明白ナリ故ニ當事者ノ一方ノ死亡シタルトキハ委任關係ハ其時ヲ以テ終了スヘク殘存セル當事者ト死亡當事者ノ相續人トノ間ニ於テ委任關係ノ存續シ得ヘカラサルハ論ヲ俟タス何トナレハ委任ハ當事者相互ノ信用ヲ基礎トスルコトハ既ニ説明スル所ノ如クニシテ其信用ハ全ク信用ヲ爲ス特定ノ人ト信用ヲ受クル特定ノ人トノ間ノ對人的關係ニシテ其儘之ヲ別異ナル當事者間ニ移スコトハ不可能ナルヲ以テナリ是レ民法第六五三條ニ規定スル所ナリ

第五 當事者一方ノ破産

委任ハ當事者ノ信用ヲ基礎トスルモノニシテ當事者ノ一方カ破産ノ宣告ヲ受ケタルトキハ一方ニ於テハ當事者相互間ニ於テ從來存シタル信用ヲ維持スルコト能ハサルノミナラス破産者ハ其義務ヲ履行スルコト能ハサル場合十中八九ニ居リ管財人ヲシテ代ハリテ之ヲ履行セシムルハ對人的信用ヲ基本トスル委任ノ本旨ニ反スルモノナレハ委任契約ハ當事者一方ノ破産ヲ以テ當然之ヲ終了セシムルヲ相當ト認メタルモノナリ

第六 受任者ノ禁治産

受任者カ禁治産ノ宣告ヲ受ケタルトキハ委任事務ヲ處理スルニ必要ナル能力ヲ缺クニ至リ自カラ義務ノ履行ヲ爲スコト能ハサルヘク受任者ニ對スル信用ハ其後見人ニ及ハサルヲ以テ後見人ニ於テ代ハリテ義務ヲ履行スルコトヲ得ス隨テ受任者ノ禁治産モ亦委任終了ノ一原因トナルモノナリ

第四節 委任終了ノ場合ニ於ケル特別ノ規定

委任カ其履行ノ半途ニ於テ終了シタル場合ニ其終了ハ往往ニシテ相手方ニ不利ナル結果ヲ生スルヲ以テ民法ハ委任ノ終了ノ爲メニ當事者ノ被ルヘキ損害ニ對シテ之ヲ保護スル爲メ其第六五四條、第六五五條ニ於テ特別ノ規定ヲ設ケタリ依テ予ハ應急處分ヲ爲スノ義務ト委任ノ終了ヲ通知スル義務トニ區別シテ説明スヘシ

第一 應急處分ヲ爲スノ義務

委任カ前ニ説明セル事由ノ一ニ因リテ終了シタルトキハ受任者ハ茲ニ全ク委任事務ヲ處理スルノ義務ヲ免脱シ其後ニ於テ生シタル事項ニ付キ委任者ニ對シテ何等ノ責任ヲ負フコトナキヤ明カナリ又受任者ノ死亡シタル場合ニ其相續人ニ於テ受任者ニ代ハリテ委任事務ヲ處理スルノ義務ナキコトモ既ニ一言セル所ナリ然レトモ此原則ヲ絕對ニ適用スルニ於テハ時ニ或ハ

民法債權

委任 委任終了ノ場合ニ於ケル特別ノ規定

委任者ヲシテ不測ノ損害ヲ被ラシムルノ虞レナキヲ得ス何トナレハ委任者ハ委任終了ノ結果ニ對シテ相當ノ處分ヲ爲シ自己ノ事務ヲ處理スルノ必要アルニ際シ急速ニ之カ處分ヲ爲スコト能ハサルカ爲メ損害ヲ被ルコト往住ニシテ之アルヘキヲ以テナリ茲ニ於テ民法ハ委任ノ終了ヨリ生ズル損害ノ危險ニ對シテ委任者ヲ保護スルノ必要上急迫ノ事情アルトキハ委任者其相續人又ハ法定代理人ハ委任者其相續人又ハ法定代理人カ委任事務ヲ處理スルコトヲ得ルニ至ルマテ必要ナル處分ヲ爲スコトヲ要スルモノトシ第六五四條ニ於テ之カ規定ヲ設ケタリ但急迫ノ事情及ヒ之ニ應スル必要ノ處分ノ何タルヤハ各場合ニ於ケル實際ノ狀況ニ從ヒ之ヲ判斷スルコトヲ要シ事實裁判所ノ認定ニ廣キ餘地ヲ存スルモノナリ

第二 委任終了通知ノ義務

委任カ半途ニ終了シタル場合ニ各當事者カ其事實ヲ知ルニ於テハ相當ノ處分ヲ爲シ損害ヲ未然ニ豫防スルコトヲ得ヘシト雖モ委任ノ終了ハ當事者ノ一方ニ於テ之ヲ知ラサルコト往住ニシテ是アリ此場合ニ於テハ當事者ハ委任終了ノ結果ニ備フルコト能ハサルカ爲メ意外ノ損害ヲ被ルコトナキヲ保セサルヲ以テ其當事者ヲシテ委任ノ終了ヲ知ラシメ因テ以テ損害ヲ免ルルコトヲ得セシムルノ必要アリ是ヲ以テ民法ハ委任カ終了シタル總テノ場合ニ其終了ノ事由ノ當事者何レニ出テタルヲ問ハス常ニ各當事者ヲシテ其終了ヲ相手方ニ通知スルノ義務ヲ負ハシメ此通知ヲキトキハ相手方ニ對シテ委任ノ終了ヲ主張スルコトヲ得サルモノト爲セリ

例ヘハ受任者又ハ委任者カ破産シタル場合ニ各其事實ヲ相手方ニ通知シ受任者カ禁治産ノ宣告ヲ受ケタル場合ニ其法定代理人ヨリ其事實ヲ委任者ニ通知シ委任者又ハ受任者カ死亡シタル場合ニ其相續人ヨリ其事實ヲ相手方ニ通知スルカ如シ而シテ當事者ノ一方カ此義務ヲ等閑ニ付シタルトキハ相手方ハ委任關係ノ存續ヲ主張スルコトヲ得ヘク通知ヲ怠リタル當事者ハ相手方ニ對シ依然トシテ委任契約ヨリ生ズル義務ニ服從セザルヘカラス但當事者ノ一方カ委任關係ノ存續ヲ主張スル以上ハ相手方ニ對シテ委任ヨリ生ズル義務ヲ履行スヘキハ勿論ナリ然レトモ第六五條ノ規定ハ委任ノ終了ヲ知ラサル當事者一方ノ利益ヲ保護スルヲ以テ唯一ノ目的ト爲スモノナレハ委任關係ヲ存續セシムルト否トハ其當事者ノ隨意ニシテ其當事者ニ於テ委任關係ノ終了ヲ主張スルハ固ヨリ妨ケナシトス又委任カ終了シタル場合ニ相手方カ之ヲ知リタルトキハ特ニ之ニ對シテ通知ヲ爲スノ必要ナキヲ以テ此場合ニ於テハ委任終了ハ相手方カ之ヲ知リタルトキヨリ相手方ニ對抗シ得ヘキモノト爲ササルヘカラス是レ第六五條ニ「之ヲ相手方ニ通知シ又ハ相手方カ之ヲ知リタルトキニ非サレハ」ト規定セル所以ナリ

第五節 準委任

民法第六五六條ニ曰ク本節ノ規定ハ法律行爲ニアラサル事務ノ委託ニ之ヲ準用スト故ニ委任ノ目的タル事務カ法律行爲ニアラサルモ其事務カ委任者ノ事務ニシテ受任者カ委任者ノ計算ヲ以

ヲ委任者ニ代リテ之ヲ處理スルモノナルトキハ當事者ノ權利關係ハ委任ノ法則ニ依リテ支配セラルヘク民法第六四三條乃至第六五〇條ノ規定ハ此場合ニ準用セラルヘキモノトス之ヲ稱シテ準委任ト云フ茲ニ於テ原則上法律行為ノ委託ニ限定セラレタル委任ハ茲ニ再ヒ其範圍ヲ擴張スルニ至リ委任ト履備又ハ請負トヲ區別スルノ極メテ困難ナル場合ヲ生スルニ至ルコトハ既ニ説明スル所ノ如シ然レトモ委任ハ前述ノ如ク自己ノ事務ヲ他人ニ委託スルコトヲ意味スルヲ以テ委任ノ目的タル事務ハ委任者ノ事務ニシテ受任者代ハリテ之ヲ處理スルモノナリトノ觀念ハ委任契約ニ缺クヘカラサルヲ以テ此觀念ノ有無ヲ以テ委任契約ト他ノ勞務供給契約トヲ區別スルハ標準ト爲スヘキモノト信ス而シテ勞務供給契約カ此性質ヲ有スルヤ否ヤハ委任ノ目的タル事務ノ性質及ヒ當事者ノ意思如何ニ依リテ定マルヘキモノナリ但受任者カ委任者ノ名ヲ以テ委任者ノ爲メニ事務ノ處理ヲ爲ス場合ニハ其事務ノ性質如何ニ拘ハラズ常ニ委任アリト云ヘリ其他ノ場合ハ實際ノ事實ニ基キテ之ヲ判斷スルコトヲ要ス

第十一章 寄託

第一節 寄託ノ性質

民法第六五七條ニ曰ク寄託ハ當事者ノ一方カ相手方ノ爲メニ保管ヲ爲スコトヲ約シテ或物ヲ受取ルニ因リテ其效力ヲ生スト故ニ我民法ニ依ルトキハ寄託ハ左ノ如ク定義ヲ與フルコトヲ得ヘ

十七年一月完成シ後幾多ノ審議ヲ經テ同二十三年四月公布セララル然ルニ法典延期ノ議朝野ニ沸騰シ延期論者ハ法典ノ實質カ外國法ニ依ルモノナルカ故ニ我國情ニ適セス商業ヲ擾亂スト爲シ之ニ反對スル者ハ施行ノ急務ヲ絶叫シ先ツ施行シテ後修正スヘシト唱道シテ終ニ同二十六年一月一日マテ延期セラル次テ同二十五年商法施行延期ノ議大多數ヲ以テ可決セラレ再ヒ同二十九年十二月三十一日マテ延期セラレ同時ニ商法ノ一部會社法、手形法及ヒ破産法並ニ會社ニ付テハ商業帳簿及ヒ商業登記ノ法規ヲ實施セリ(同年七月一日)而シテ二十六年法典調査ヲ組織シハ商業帳簿及ヒ商業登記ノ法規ヲ實施セリ(同年七月一日)而シテ二十六年法典調査ヲ組織シ之ニ依リテ編成セラレタル商法草案ハ三十一年帝國議會ノ議決ヲ經テ同年三月一日法律第四八號ヲ以テ發布セラレ同年六月十六日ヨリ施行セラル吾人ノ研究セントスル現行商法即チ是ナリ

第二章 商人

第一節 商人ノ意義

商人ノ意義ヲ定ムル標準ハ三ニ別ツコトヲ得其一ハ商行爲ヲ標準トスルモノニシテ(實質主義)佛、伊、西、葡等ノ法系是ナリ其二ハ單純ナル形式(普通ハ登記ノ有無)ニ依リ商人ノ意義ヲ定メ(形式主義)其三ハ實質並ニ形式ノ條件ヲ必要トスルモノ(折衷主義)ナリ而シテ我商法ハ其實質主義ヲ採用ス

商人トハ自己ノ名ヲ以テ商行爲ヲ爲スル者ヲ謂フ(四條)今此定義ヲ分析シテ其要件ヲ説明スヘシ

第一 基本的商行爲ヲ爲スル業トスルコト

(甲) 基本的商行爲(二六三條二六四條) ニアラサレハ商人タルノ基礎ト爲ラス所謂附屬的商行爲(二六五條)ハ商人タル資格ノ存在ヲ前提トスルカ故ニ商人ヲ定ムル標準トナラス我商法ノ商行爲ハ制限の列舉主義ナルヲ以テ之ニ類似スル行爲ト雖モ將タ又營業ノ方法設備ヲ以テスルトキト雖モ基本的商行爲ニアラサル以上ハ商人ノ基礎ト爲ルコトナシ而シテ苟モ基本的商行爲タル以上ハ其何レタルヲ問ハス又一人ニ付キ一種ノ商行爲ニ限ルコトナキハ論ナシ一種ノ商行爲ニ限ルコトナシト雖モ商行爲ハ一定スルヲ要ス何レノ商行爲ナルカノ不分明ナルモトハ業ト云フ觀念ト兩立セザルナリ

(乙) 業トスルコト 業トスルコト即チ營業トハ營利ノ意思ヲ以テ同種類ノ商行爲ヲ一團のニ爲スコトヲ謂フ

一 營利ノ意思ニ出ツルニアラサレハ營業ト云フヲ得ス然レトモ利益ヲ得ルノ意思アレハ則チ足ル(イ)利益ヲ如何ナル目的ニ用キントスルカラ問ハス猶ホ刑法ニ於テ原則トシテ遠因ヲ問ハサルカ如シ學者或ハ此點ヲ説明シテ營業ノ目的ハ所得ニ在ルヲ要スルモ同時ニ他ノ目的例ヘハ宗教的若クハ政治的目的ヲ有スルヲ妨ケスト説明シ(Rehrand I 8

247 p. 20) 特定ノ營業ヨリ生ズル所得ヲ以テ半ハ慈善ノ目的ニ供スルトキハ所得ノ意思ト宗教的意思トヲ併有スルナリト論ス然レトモ予ハ此說ヲ採ラス(ロ)營利ノ意思アレハ足ル其利益カ唯一若クハ主要ナル收入タルヲ要セス併ナカラ學者ノ多數ハ其利益カ收入ノ經常ノ根源タルハ可ナリト論ス(松本學士ノ商法原論一卷八七頁)(Goldschmidt I 8 248 p. 25) 所謂「經常ノ根源」ノ意義ヲ知ラスト雖モ予ハ無用ノ説明ナリト信ス夫ノ經常ノ根源トハ佛蘭西商法ノ常業ノ觀念ヨリ生ジタルモノナルヘキモ時間ノ意味ニ於ケル繼續ハ營業ノ要素ニ非ス又毎年一定ノ時期ニ於テノミ商行爲ヲ爲スコトヲ目的トスルモ商人タルヲ失ハス加之通常ノ根源タリヤ否ヤハ事實ニ於テ不明ナリ予ハ主觀的ニ解釋シ行爲ノ主體カ營利ノ意思ヲ以テスレハ足ルトナシ寧ロ一團のニ行爲ヲ爲スト云フ方面ヨリ此點ヲ説明スルヲ妥當ナリト信ス(ハ)營利ノ意思アレハ足ル現ニ利益ヲ得ルコトトヲ要セス又利益ヲ得ルノ見込ノ確實ナルコトヲ要セス(ニ)營利ノ意思ヲ必要トスルモ必スシモ個個ノ行爲ニ付キ其意思アルコトヲ必要トセス(ホ)利益ヲ得ルノ意思ハ何人ノ計算ニ於テ行爲ヲ爲スカノ問題トハ關係ヲ有セス(例ヘハ問屋ノ如シ)要スルニ利益ヲ得ルノ意思ヲ必要トスルコト此ノ如シ而シテ所謂利益ノ觀念明カナラスト雖モ予ハ財產的利益ト解スヘキモノト信ス

二 同種ノ商行爲ヲ一團のニ爲スコト 事實上引續キテ商行爲ヲ爲スモ同種ノ行爲ニアラ
商法總則 本論 商人 商人ノ意義 三九

サレハ商人ニ非ス商法ハ單ニ商行爲ヲ爲スヲ業トスル者ト規定スルニ止レルモ其商行爲トハ自ラ一定セサルヘカラサルコト當然ナリ而シテ一團のニ爲ストハ時間ノ關係ニ於ケル連續ヲ謂フニ非ス寧ロ同種ノ行爲ヲ不確定ノ度數繰返スノ意ニ外ナラス然レトモ事實ニ於テモ其者ハ既之ヲ繰返スコトアルヲ要セス故ニ開店ノ後未タ事實上販賣ヲ爲サストニ商人タルモノナリ略言スレハ一團のニ爲ストハ意思ノ方面ヨリ之ヲ謂フ外形ノ意見ニ於テ謂フニアラス

第二 自己ノ名ヲ以テスルコト

自己ノ名ヲ以テスルコトハ其行爲ヨリ生スル權利義務カ自己ニ歸屬スルノ意味ナリ換言スレハ權利義務ノ主體タルノ謂ナリ故ニ(イ)自己ノ名ヲ以テセザレハ事實上繼續的且一團のニ商行爲ヲ爲スモ商人ニ非ス支配人、取締役、無限責任社員等ノ商人ニアラサルハ之カ故ナリ(ロ)權利義務ノ主體タルコトヲ要スルノミ自ラ其行爲ヲ實行スルヲ要セス又行爲能力ヲ有スルコトヲ必要トセス(ハ)而シテ其行爲ヨリ生シタル權利義務カ其行爲ノ當事者間ニ於テ歸屬スレハ則チ足ル固ヨリ其經濟的ノ成果カ何人ニ歸スルカ問ハス故ニ他人ノ爲メ物品ノ販賣又ハ買入ヲ爲ス問屋モ亦商人タリ(ニ)而シテ自己ノ名ヲ以テスルトハ必スシモ自己ノ氏名ヲ用キサルヘカラストノ謂ニアラス之ヲ要スルニ自己ノ名ヲ以テスルトハ權利義務ノ主體タルノ謂ナリ學者或ハ自己カ現ニ商業ヲ營ミ居ルニ拘ハラス自ラ法律上ノ責任ヲ免カレンカ

爲メニ他人ノ名義ヲ藉リテ商業ヲ爲スモノハ商人ナリヤ否ヤ問題ト爲シ我立法者カ「自己ノ名ヲ以テ」ト云フ文字ヲ加ヘタルハ他人ノ爲メニ他人ノ名義ヲ以テ商業ヲ營ムトキハ商人ニアラストノ主旨ニシテ他人ノ名義ヲ藉リテ法律規定ヲ潜ルカ如キハ此ニ含マシムルノ趣旨ニアラサルヘシ(原法學士三十七年度中央大學講義錄六〇頁)ト予ハ其ノ何ノ意タルヲ知ラ

ス
之ヲ要スルニ以上ノ條件ヲ具備スル者ハ商人ナリ民法上ノ營利法人ハ商法ノ規定ニ從ヒテ設立シ且商法規定ノ準用ヲ受ク(民三五條)ルノミナラス其目的ハ營利ニ在リ且其行爲ヲ一團のニ爲スニ於テハ彼此差別ナシト雖モ商行爲ヲ缺クカ故ニ商人ニアラス

終ニ一言スヘキコト二アリ(一)商法カ「本法ニ於テ」ト云ヘルハ商業會議所法上ノ「商業者」ト區別セントシタルモノナルヘキモ同法既ニ廢止セラレタル今日最早必要ナキ文字ナリ學者或ハ之ヲ解シテ上述ノ商人ノ意義ハ商法上ノモノニ限ルトナシ他ノ法令中ニ存スル商人ニ付テハ別ノ意義アリトナスモノアレトモ不可ナリ商法ハ商事ニ關スル普通法タル地位ニ在ルヲ以テナリ故ニ他ノ法令ニ商人ナル文字存シ且別段ノ規定ナキトキハ商法ニ所謂商人ノ意義ナリト解スヘキナリ(二)又法律上ノ人格者ハ凡テ商業ヲ營ムコトヲ得ヘク又其商行爲ヲ選擇スルノ自由ヲ有ス所謂商業自由ノ原則ハ商法ノ認ムル所ナリ然レトモ營業ノ自由ニ付テハ憲法ノ保障ナキヲ以テ法律又ハ命令ヲ以テ制限セラルルモノ少カラス(例ヘハ官服規四條町村制五八條辦法六

第二節 商人タル資格

商人タル資格ハ商人ナル社會的階級ヲ作ル資格ニアラス(例ヘハ武士ト云フカキニアラス)唯營業ノ範圍ニ於テノミ商人ト稱スルニ過キササルヲ以テ營業ト云フ客觀的基礎ナケレハ商人タル資格ナシ且又營業ノ範圍ニ於テ商人ト稱スルニ止マルヲ以テ一面ニハ商人ニシテ他ノ一面ニハ商人ナラサル資格アルハ論ナシ唯法人ハ其目的ノ範圍内ニ於テノミ人格ヲ有ス故ニ會社ハ必ス商人タリ又民法上ノ營利法人ハ商人タルノ資格ナシト斷セサルヘカラス果シテ然ラハ民法及ビ商法ヲ通シテ營利法人ヲ分類スルトキハ會社ト民法上ノ營利法人トノ二者ニ區別シテ遺算ナキモノナルカハ一個ノ問題ナリ抑々法人カ其目的ノ範圍内ニ於テノミ權利義務ノ主體タルコトト或法人カ如何ナル目的ヲ有シ得ルカノ問題トハ全然別個ノ問題ナリ之ヲ以テ例ヘハ或法人カ運送業ト鑛業トヲ兼營スルコトヲ其目的ト定ムルコトハ法律ノ制限スル所ニ非ス此場合ニ於テ運送ニ關スル人格ト鑛業ニ關スル人格トヲ二重ニ有スルモノニアラサルコトハ殆ト説明ヲ須キス其法人カ一面ニ商人タル資格ヲ有シ他面ニ民法上ノ營利法人タル地位ニ在ルヘキハ論スルマテモナシ是ニ由リテ之ヲ觀レハ營利法人ヲ右ノ如ク明確ニ分類スルノ未タ充分ナラサルヤ亦明カナリ而シテ右ノ例ノ如キ場合ニハ法律ノ適用ハ如何ニスヘキカハ研究ノ價值アル問題ナルヘ

第一 資格發生ノ時期 商人タル資格ノ發生ハ自己ノ名ヲ以テ商行為ヲ爲スヲ業トスル意思ノ外部ニ發表セラレタル時期ニ在リ而シテ其意思ハ必スシモ社會公衆ニ向テ表示スルヲ要セスト雖モ一定ノ商行為ヲ業トスルノ意思ノ發表ト認ムヘキ事實ナカルヘカラス此事實ノ有無ハ畢竟事實認定ノ問題ニシテ理論的ニ抽象スルコト能ハス之ヲ理論的ニ説明セントスルハ根本ニ於テ謬レリ或ハ開業ノ時ヨリ商人ナリトナス(日本商法論一卷三五〇頁)ト雖モ會社ノ如キハ登記ヲ爲シテ始テ開業ノ準備ニ著手スルコトヲ得(四六條)ルモノナルカ故ニ此說ヲ以テシテハ開業前ノ會社ヲ説明スルコト克ハス或ハ設備ノ完成ニ因リテ商人ト爲ルト説明スレ共設備ノ完成其事亦不明ナリ或ハ又客觀的營業(即ケ營業財產)ヲ有スル時商人タル資格發生ストナス(青山學士ノ如キ是ナリ)ト雖モ此説明ハ何事ヲモ説明セザル説明ナリ商人ニアラサレハ客觀的營業アリ得ヘカラサレハナリ要スルニ是等ノ説明ノ價值ナキハ事實認定ニ屬スヘキ問題ヲ強テ説明セント欲スルノ謬ニ出ツ而シテ會社ハ其成立ト俱ニ商人タルコト更ニ疑ヲ容レス定款ニ業トスヘキ目的ヲ定メテ出生シタル會社ハ假ニ成立ト云フ事實ヲ以テ商行為ヲ業トスルノ意思ヲ外部ニ發表シタルモノト謂ハサルヘカラス

第二 資格消滅ノ時期 理論上商人タルニ必要ナル條件ヲ缺キタル時ニ於テ其資格ハ消滅ス(一) 商業ノ廢止 商法ハ實質的條件ヲ以テ商人ノ意義ヲ定ム(本章一節)ルニ依リ商業ノ

廢止ニ因リテ商人タル資格ノ消滅スルハ當然ナリ從テ登記ノ抹消廢業届又ハ看板ノ除去等ハ其標準トナラス

(二) 營業讓渡 營業全部ヲ讓渡シタルトキ(二二條)ハ商人タル資格消滅ス然レトモ商號ノ讓渡又ハ營業ノ一部讓渡ハ共ニ商人タル資格ノ消滅ヲ來スコトナシ

(三) 營業ノ不能 事實上又ハ法律上營業ノ不能ト爲リタルトキハ言フヲ俟タス

(四) 會社ノ解散 ハ資格消滅原因ナリヤ夫レ會社ハ解散後ト雖モ清算ノ目的ノ範圍内ニ於テ尚ホ存續ス(八四條)而シテ營業ハ固ヨリ清算ノ目的ノ範圍ニ屬セス從テ解散ハ商行爲ヲ爲スト云フ實質條件ヲ消滅セシム然レトモ解散ニ依リ會社カ新ニ清算會社ト爲ルニアラス民法上ノ法人ト爲ルニアラス依然商人トシテ存續スト解セサルヘカラス從テ會社ハ清算ノ終了ニ因リテ始メテ商人タル資格ヲ失フト解スルノ外ナシ

(五) 破産宣告 ハ商人タル資格消滅原因ナリヤ否ヤ「スタウプ」一派ハ積極說ヲ採リ「ハッペンブルグ」一派ハ消極說ヲ採ル予ハ破産ニ因リテ商人タル資格カ當然ニ消滅スト論決スヘキ理由ヲ知ラス抑、破産宣告ノ效力トシテ破産者ハ破産財團ニ對シテ占有、管理及ヒ處分ノ權利ヲ失フ(舊商九八五條一項)ニ至ル此點ニ關シ破産債權者ノ方面ヨリ觀察シテ破産債權者ハ破産財團ニ對シテ如何ナル權利ヲ取得スルモノナリヤニ付テハ學說區區タリ破産債權者ハ破産者ノ權利義務ヲ包括的ニ承繼ス (Universalabcession) トナシ或ハ特別の

ニ承繼ス (Stingularabcession) トナス (Kort, § 49 § 80) ハ既ニ陳奎ニ屬ス近時又破産債權者カ破産財團ノ上ニ質權ヲ取得スト主張スルハ「ゾキフェルド」「カンスタイン」等ニシテ之ヲ質權主義 (Pfandrechtstheorie) ト云フ又或ハ差押權ヲ取得ストナスハ「コーラー」

派ニシテ之ヲ差押主義 (Beschlagnahmestheorie) ト云フ是等ノ說ハ皆破産宣告ニ依リ實質上ノ權利ニ變更ヲ生スト爲スモノナリ然レトモ又之ニ反對シテ實質上毫無權利ニ變更ヲ生セストノ說ヲ採ル學者ハ破産ハ唯破産債權者ヲシテ共同公平ノ満足ヲ得セシムルヲ目的トスルノミ實體上權利ニ何等變更ヲ生スルモノニ非ストナシ破産手續ヲ以テ一種ノ訴訟手續ナリト主張ス今之ヲ詳論スル邊ナシト雖モ予ハ此說ヲ正當ト信ス從テ破産者ハ破産財團ニ對シテ依然所有權ヲ有ス占有、管理及ヒ處分ノ權利ヲ失ハシムルハ唯債權者ノ利益ヲ保護スルノ目的ニ出ツ故ニ破産宣告ハ破産者ノ權利能力又ハ行為能力ヲ剝奪スル效力ヲ有セス且破産者カ破産財團ニ對シテ爲シタル行為ノ無効ナルハ單ニ破産債權者ヲ害スルノ限度ニ於テ無効ナルニ止マル加之破産財團ハ必スシモ破産者ノ財產全部ヲ盡スモノニ非ス是ニ由リテ之ヲ觀レハ破産宣告ハ破産財團ノ占有、管理及ヒ處分ノ權利ヲ失ハシムルモ必スシモ當然ニ商業ノ不能ヲ來スモノニ非ス從テ商人タル資格ハ破産ニ因リ當然消滅ストナスコトヲ得サルハ自然ノ理數ナリ(反對說松本學士商法原論九一頁)

第三節 商人ノ分類

第一款 自然人

人ハ出生ニ因リテ私權ヲ享有ス(民一條)故ニ自然人ハ總テ商人タルコトヲ得而シテ商人ノ意義既ニ述フル所ノ如キカ故ニ權利能力アレハ足ル行爲能力アルコトヲ要セス

第一 未成年者

(一) 未成年者カ自ラ商業ヲ爲スニハ其法定代理人ノ許可ヲ要ス(民六條)許可アリシトキハ未成年者ハ其營業ニ關シテハ成年者ト同一ノ能力ヲ有ス(同上)此場合ニハ登記ヲ必要トス商法施行前ノ未成年者ニ付キ亦同シ是レ未成年者ト取引ヲ爲ス者ヲシテ其未成年者ニ付キ民法第四條ノ適用ナキコトヲ公表スルモノナリ(五條商施四條非訟一四九條以下一六六條)然ラハ許可ヲ得テ事實營業ヲ爲セル未成年者カ登記ヲ爲ササルトキハ如何元來登記ハ一般人ヲシテ其未成年者ニ付キ民法第四條ノ適用ナキコトヲ公表スルノ趣旨ナリ登記ハ商業能力ノ條件ニ非ス又商業ト云フ事實ヲ發生スル條件ニ非ス故ニ登記ヲ爲サストモ其未成年者ハ法律上商人ナリ而シテ登記ナキヲ理由トシテ民法第四條ノ利益ヲ主張スルコトヲ得サルハ深ク説明スルノ要ナシ

(二) 法定代理人カ未成年者ニ代リテ商業ヲ爲ス場合ニ付テハ親權ヲ行フ嫡父ハ無條件ニ之ヲ

爲シ繼父又ハ母ハ親族會ノ同意ヲ得テ之ヲ爲ス(民八七條八八三條九二九條九五二條)然

レトモ登記ヲ爲スコトヲ要セス後見人カ被後見人ニ代リテ商業ヲ營ムニハ親族會ノ同意ヲ得且登記ヲ爲ササルヘカラス(七條商施四條非訟一四九條以下民九二九條九五二條)此場合ニ

於テ法定代理人又ハ後見人カ商人タルニアラサルコトハ明カナリ

(三) 許可ナクシテ商業ヲ營ミタル未成年者ハ如何許可ナキ場合ハ民法第四條ノ原則ニ從ヒテ取消サルルコトアリト雖モ其行爲ハ無効ニ非ス商行爲ヲ爲シタリト云フニ於テ一ノ支障ヲ見ス之ヲ商人ト解スルノ正當ナル論辯ヲ須キス果シテ然ラハ許可ナクシテ營業ヲ開始シ其營業ニ關スル一切ノ商行爲其他ノ法律行爲ニ付テモ法定代理人ノ同意ヲ得サリシ場合ニ於テ法定代理人カ後日之ヲ取消シタルトキハ如何取消ノ效力ハ既往ニ遡リ其等ノ行爲ナカリシモノト認ムト雖モ遡及ノ效力ハ一ノ擬制ニ外ナラス營業ノ事實ヲ無ニ歸スル力ヲ有スルモノニ非ス從テ此場合モ亦商人タリシモノト斷定セサルヘカラス

第二 禁治產者

(一) 後見人カ禁治產者ニ代リテ商業ヲ營ムニハ親族會ノ同意ヲ得(民九二三條九二九條)且登記ヲ爲スコトヲ要ス登記ヲ爲ササルトキト雖モ商業ヲ營ムノ事實アレハ之ヲ商人ト云フヲ妨ケサルハ未成年者カ法定代理人ノ承諾ナクシテ商業ヲ營ミタルトキト同シ其親族會ノ同意ヲ得スシテ營ミタル場合亦同シ

(二) 禁治産者ハ、自ラ、商業ヲ營ムコトヲ得ルヤ、禁治産者ハ、心神喪失ノ常況ニ在ル者ナリ(民法七條) 其心神回復ノ時ニ於テ法定代理人ノ同意ヲ得テ有效ナル法律行為ヲ爲スコトヲ得ルハ論ヲ俟タスト雖モ心神喪失ノ常況ハ、營業ト云フカ如キ一團的觀念トハ相容レサルナリ然レトモ商人ト爲ルコトヲ得スト云フニアラス何トナレハ商人ハ自己ノ名ヲ以テ商行為ヲ業トスルモノナルヲ以テ必スシモ自ラ行為ヲ爲スヲ要セザレハナリ

(三) 後、見、人、カ、禁、治、産、者、ニ、代、リ、テ、商、業、ヲ、營、ム、場、合、ニ、付、テ、ハ、未、成、年、者、ニ、付、キ、連、ヘ、タ、ル、所、ト、同、シ

第三 準禁治産者

(一) 準禁治産者ハ、自ラ、商業ヲ營ムコトヲ得ルヲ本則トス蓋シ準禁治産者カ保佐人ノ同意ヲ得ルコトヲ要スル行為ハ一定シ(民法一二條) 行為能力ニ付キ未成年者ヨリ上位ニ在リ既ニ未成年者ハ自ラ商業ヲ營ムコトヲ得ル故ニ準禁治産者ニ付キ敢テ疑ヲ容レズ

(二) 保佐人ハ法定代理人ニアラス準禁治産者ニ代リテ商業ヲ營ムコトナキハ當然ナリ然レトモ之ヲ當然トスルハ保佐人タル資格ニ於テ謂フノミ保佐人以外ノ資格例ヘハ支配人トシテ準禁治産者ニ代ルコトヲ妨ケス

第四 妻

(一) 妻ハ夫ノ許可ヲナクシテ商業ヲ營ムコトヲ得ルハ民法第一四條ノ反對解釋上當然トス唯夫ノ許可ナキトキハ取消サルルコトアルノミ

(二) 妻カ夫ノ許可ヲ得テ商業ヲ爲ストキハ其營業ニ關シテハ獨立人ト同一ノ能力ヲ有ス(民法一五條) 然レトモ民法第一七條ニ當ル場合ニ於テハ特ニ妻ハ夫ノ許可ヲクシテ商業ヲ爲スコトヲ得凡ソ是等ノ場合ニ在リテ妻カ營業ヲ爲スニ付テハ登記ヲ爲スコトヲ要ス(五條) 茲ニ問題ハ民法第一七條ニ定メタル事由ナキニ拘ハラズ夫ノ許可ヲクシテ商業ヲ營ム場合ニ登記ヲ要スルヤ否ヤニ在リ惟フニ妻ノ營業ノ登記ハ獨立人ト同一ノ能力ヲ有スルコトヲ公示スルナリ然ルニ此場合ニ在リテハ妻カ獨立人ト同一ノ能力ヲ有セス從テ之ヲ登記スルモ何等ノ效力ヲ生セス又登記スヘキモノニ非ス夫ノ非訟事件手續法第一六七條ヲ拉シ來リテ妻ノ登記ハ夫ノ許可アリタルトキ又ハ許可ヲ必要トセザルトキニ限ルト論スルハ(志田博士日本商法論一巻一六二頁毛戶學士一巻五九頁) 結論ニ於テ誤ニアラス然レトモ非訟事件手續法ニ根據ヲ置キテ商法ノ解釋ヲ決セントスルハ解釋ノ本末ヲ轉倒シタルモノナリ

民法第一七條ノ事由例ヘハ夫ノ生死不分明ナル場合ニ於テ妻カ既ニ商業ヲ開始シ其登記ヲ爲シタル後ニ至リ夫ノ生死分明トナリタルトキハ夫ハ其營業ヲ差止ムルコトヲ得ルヤ直接ノ明文ナシト雖モ夫ニ許可スルノ權能ヲ認ムル精神ヨリ推シテ積極ニ對フルノ正當ナルヲ知ルヘキナリ

第二款 法人

0284

第一項 法人ノ本質

法人ノ本質ニ關スル近世ノ有力ナル學說ハ之ヲ二トス擬制說 (Fiktionsstheorie) ト實在說 (Genossenschaftstheorie) 即チ是ナリ前者ハ「サヴィニー」「プフター」等ノ主唱スル所ニシテ法人ハ單ニ國家カ法律ニ依リ例外的ニ創設シタル擬制的ノ財産主體ナリトセリ此說ニ依レハ法人ニ意思能力ナク又行為能力ナシ (Savigny, Syst. II § 88-102; Puchta, Palat. III s. 65) 「アーナン」「ゲルベル」等之ニ左祖シ佛國ノ學說概ネ此ニ傾ク實在說ハ「マゼール」始テ之ヲ唱道シ「ギルケ」極力之ヲ唱ヘ「ブルンチュリー」「チーテルマン」「レーゲルスベルグ」等亦之ニ和ス此說ハ法人ハ社會的組織體トシテ現實ニ存在シ決シテ法律ノ擬制ニ依リ其存在ヲ保有スルモノニアラス此現實的組織體ハ之ヲ組織スル個人ト離レテ獨立ノ意思ト獨立ノ利益トヲ有スト爲ス此說ニ依レハ法人ハ意思能力モ行為能力モ之ヲ有スルニ至ル此外法人ノ本質ニ關シテハ「ブリンツ」ノ無主ノ目的財産說 (subjektlose Zweckvermögen — Holzendorf, Palat. II s. 419) アツ又「ブランニオル」一派共同財産說 (富井博士民法原論一卷一九〇頁) アル等諸說紛紜タリト雖モ今贅スル限ニ在ラスシテ予ハ右ノ二大學說ニ對シテハ下ノ如ク批評スルコトヲ得ヘシト信ス

一 擬制說ハ法律上ノ人格カ總テ法律ニ依リテ創設セラレタルコトヲ忘レタルモノナリ自然人ハ法律ヲ俟タズシテ人格ヲ有スト云フ思想ハ自然法的若クハ天賦人權の舊思想タリ自然人ノ人格ト雖モ其法律上ノ人格ハ法律ニ依リテ生スルモノニアラスヤ故ニ若シ法人格ヲ擬制ト云フナラハ何ソ獨リ之ヲ法人ニ限ルノ理由アラシキニ擬制論者カ百尺竿頭一步ヲ進メテ自然人擬制說ヲ導破セタルヲ以テ寧ロ奇ナリト爲ス

二 實在說ハ社會的現象ノ社會的觀察ト法律學的觀察トヲ混同スルモノナリ法人ノ社會的組織ヲ非法律的ニ觀察スルトキハ夫ノ組合ノ組織乃至自然人ノ肉體的組織ト理ニ於テ固ヨリニアルニ非ス故ニ社團ナル團體ノ實在ハ之ヲ否認スヘカラスト雖モ其實在ト法人格ノ基礎トハ理論上之ヲ同一視スヘカラス加之實在說ハ非常ナル詭辯ヲ逞ウスルニアラサルヨリハ到底財團法人ヲ説明スル能ハス

之ヲ要スルニ擬制說ハ單ニ法人ニ付テノミ論スル點ニ於テ誤レリ實在說ハ其根本的觀察點ヲ認レリ予ハ自然人モ法人モ俱ニ其法律上ノ人格ノ基礎ヲ法律ノ力ニ假クモノトスルヲ正當ト信ス換言スレバ俱ニ擬制ニ屬ス而シテ少ナクモ我民法カ擬制說ヲ採リタルコトハ辯明ヲ要セス

第二項 法人ノ分類

第一 公法人

商法ハ公法人ナル文字ヲ用ユ (二條) 其公法人トハ何ヲ謂フカ公法人ヲ公法上ノ法人ナリト云フハ何等ノ説明トナラス又公法人ヲ公法ノ適用ヲ受クル法人ト解スルモ意味ヲ成サス私法人モ

0285

亦公法ノ通用ヲ受ケレハナリ元來公法人、私法人ノ區別ハ公法私法ノ區別ニ胚胎シ而シテ公法私法ノ區別ハ茲ニ詳論スヘキ問題ニアラス唯予ハ所謂權力說ニ左祖スルコトヲ一言スルニ止ム從テ公法人トハ權力ヲ有スル法人ヲ謂フト解セント欲ス

公法人ハ權力ヲ有スル主體ナリ然レトモ權力ノ主體ナルカ故ニ私法上ノ權利義務ノ主體タルコトヲ得スト云フノ結果ヲ生セス警察國時代ニ在テハ私法ハ財產法ニシテ公法ハ非財產法ナリト觀念シタル結果國家ハ財產ノ主體タルコトヲ得スト解シ悉キテ所謂國庫法人ノ說ヲ生シタリ(尤モ國庫法人說ノ生シタル根據ハ尙ホ此外ニモ存セリ例ヘハ國家ハ最高ニシテ法律ノ支配ヲ受ケストノ思想ノ如キモ其一ナリト雖モ固ヨリ現今ノ法律思想ト相容ルヘキ所ニ非ス要スルニ公法人ハ權力ヲ有スルヲ以テ其特色トス唯特色トスルノミ其私法上ノ權利ノ主體タルコトヲ妨ケサルバ勿論ナリ從テ公法人カ商行爲ヲ爲スコトアルハ明カナリ

公法人カ商行爲ヲ爲スコトアルハ其公法人ハ商人ナリヤ或ハ商法第二條ヲ根據トシテ商人ニアラストナス說其說ノ根據ハ第二條ヲ以テ商人ニアラサルコトヲ明カニシタルモノト解スルニ非レハ第二條ノ明文ハ其存在ノ理由ナシト云フニ在リ然レ共予ハ之ヲ採ラス商法第二條ハ命令ヲ以テ法律ヲ變更スルコトヲ得スト云フ憲法上ノ原則ニ對シテ必要ナル規定ナリ故ニ公法人ヲ商人ニ非スト解スルニ非サレハ商法第二條ノ規定ハ存在ノ理由ナシトスルハ正當ニ非ス

第二 私法人

私法人ニハ(一)公益法人ト營利法人トノ區別アリ(二)社團法人ト財團法人トノ區別アリ是等區別ノ標準ハ茲ニ詳述スヘキニアラス而シテ商人トハ商行爲ヲ爲スヲ業トスルモノ(四條)云ナルカ故ニ公益法人ニシテ商人タルモノナキハ論ナシ(公益法人ハ商行爲ヲ爲スコトナシト云フニハアラス)從テ商人タルモノハ必ス營利法人ナラサルヘカラス而シテ公益法人ハ或ハ社團たり或ハ財團たりト雖モ營利法人ハ必ス社團法人タラサルヘカラス(民三四條三五條)是ヲ以テ商人タル私法人ハ必ス社團法人ナリ然レトモ社團法人亦必スシモ營利法人タラス必スシモ商人タラス故ニ社團法人タル營利法人ト法人タル商人トハ決シテ其畛域ヲ均ウスルモノニ非ス其商人ニアラサルモノハ所謂民法上ノ營利法人ナリ其商人タルモノハ則チ之ヲ會社ト云フ二者ノ區別ハ其目的トスル事業カ商行爲ニ存スルヤ否ヤニ在リ民法上ノ營利社團法人ハ商法ノ規定ニ從ヒテ設立シ又會社ノ規定ノ準用ヲ受クト雖モ商人ニハ非ス要スルニ商人タル法人ハ則チ商法ノ會社ニシテ會社以外ニ私法上ニ商人タル法人アルコトヲ許ササルナリ(四二條乃至四四條)果シテ然ラハ一方ニ運送業ヲ營ミ他方ニ鑛業ヲ爲ス南滿洲鐵道株式會社ハ何ナリヤ且保險相互會社ハ何ナリヤ此二問題ハ法人ノ類別ニ關連スルモノト云フヘシ

第三項 商人タル法人ノ組成分子

公法人亦商人タルコトアルハ上來證明シタル如シト雖モ其組成分子ニ付テハ此ニ説明スルノ要

ナシ商人タル私法人即チ會社ニ付テ一言ヲ爲スノ要アリ

會社ハ社團ナリ而シテ其組成員ハ自然人又ハ法人ノ範圍ヲ超エサルハ事理ノ當然トス而シテ商
法ノ認メタル四種ノ會社ノ組成員ハ大體之ヲ株主ト無限責任社員ト有限責任社員トノ三ニ別ツ
コトヲ得而シテ商法ハ單ニ無限責任社員ニ付キ特別ノ明文ヲ置クニ止マル

商法ハ會社ノ無限責任社員タルコトヲ許サレタル未成年者及ヒ妻ハ其會社ノ業務ニ關シテハ之
ヲ能力者ト看做スト規定ス(六條)

一 此規定ハ未成年者又ハ妻カ無限責任社員ト爲ルコトヲ目的トスル法律行為ヲ爲スニ付キ法
定代理人又ハ夫ノ許可ヲ必要トスルコトヲ定メタル規定ニアラス此種ノ法律行為ハ民法ノ規
定ヨリ推ストキハ右ノ許可ヲ要スルコト既ニ彰然タルモノナリ學者或ハ民法ニ此明文ナシト
論ス(川田學士明治大學三十五年度講義録八〇頁)ト雖モ謬レリ

二 此規定ハ會社ノ業務ニ關スル能力ヲ明カニスルヲ精神トス而シテ此ニ所謂能力トハ法律行
爲能力ヲ謂フ不法行為、不當利得及ヒ事務管理等ニ關スルコトナシ是レ民法ノ能力ノ文字カ
皆行為能力ヲ意味スル當然ノ結果ナリ

三 此規定カ單ニ會社ノ業務執行ニ付テノミ之ヲ定メ絶エテ會社代表ニ言及セサル理由ハ他ナ
シ代理人ハ能力者タルコトヲ要セサレハナリ(民一〇二條)原法學士ノ如キハ商法第六條ノ
「業務執行」ノ中ニハ會社代表ノ觀念ヲモ含マシメタルモノト解スヘシト唱導セラル(同學士

中央大學三十七年度講義録六八頁)ト雖モ民法ノ原則ヲ忘レタル謬説ナリ商法ハ業務執行ト
會社代表トヲ全然別個ノ觀念トシテ規定セルニ拘ハラズ獨リ此場合ニノミ二者ヲ混淆シタリ
ト解スルハ安當ニアラス又若シ此ノ如シトセハ民法第一〇二條ノ規定ヲ埋没スルノ不當ヲ生
ス謬説トラスシテ何ソ

四 此規定ハ未成年者及ヒ妻ニ關スル禁治產者及ヒ準禁治產者ハ無限責任社員タルコトヲ得、ヘキ
ヤ否ヤ夫レ無限責任社員タルコトハ權利能力アル者ノ爲シ得ル所ナリ且無限責任社員カ業務
ヲ執行スルヲ本則トスレトモ定款ニ依リテ之ヲ左右スルコトヲ得ルカ故ニ本問ニ對シテハ固
ヨリ積極ニ解セサルヘカラス而シテ禁治產者ノ如キ心神喪失ノ常況ニ在ル者ハ到底業務執行
ト云フカ如キ繼續的行為ニ當ルヘカラスト雖モ準禁治產者ハ之ニ反ス然ラハ準禁治產者カ無
限責任社員ト爲ル行為ヲ爲スニハ保佐人ノ同意ヲ要スルヤ否ヤ思フニ無限責任ヲ以テ會社ノ
保證ニ立ツト解スル説ハ理論上不當ナリト雖モ無限責任ノ負擔ハ保證ト同等以上ノ負擔ナリ
ト云フヘキカ故ニ積極ニ解スヘキナリ然ラハ無限責任社員タルコトヲ許サレタル準禁治產者
ハ其會社ノ業務執行ニ付キ能力者ト看做シヤ否ヤ是レ亦一問題ナリト謂フヘシ

以上述ヘタル所ハ無限責任社員ニ關スル有限責任社員又ハ株主ニ付テハ如何先ツ無能力者カ無限
責任社員タルコトヲ得ル以上ハ有限責任社員タルコトヲ得サル理ナシ而シテ有限責任社員ハ業
務執行ノ任ニ當ラサルヲ通常トスレトモ定款ノ規定ニ基キ其任ニ當ルコトアリ此場合ニ於テ有

限責任社員ト爲ルコトヲ許サレタル未成年者ハ矢張會社ノ業務執行ニ關シテ權力者ト看做アルルヤ否ヤ民法第六條ハ固ヨリ此場合ニ應用スルコトヲ得ス而シテ商法第六條ノ規定ハ無限責任社員ニ關スル規定ナリト雖モ之ニ依リテ有限責任社員タル未成年者ニ付テハ能力者ト看做サスト解スルハ偏狹ノ議論ナリ商法ハ普通ノ場合ヲ見テ規定ヲ設ケタルモノナリ次ニ株式會社又ハ株式合資會社ノ株主タルコトヲ得ルニ付テハ敢テ論ヲシト雖モ其株主タルコトヲ許サレタル未成年者又ハ妻若クハ準禁治產者ハ取締役又ハ監査役トシテ行動スルコトヲ得ルカ若シ得ルモノトセハ其能力如何是レ亦一問題タリト謂フヘシ

最後ニ會社ノ組成分子トシテ會社其他ノ法人カ株主又ハ社員タルコトヲ得ルカ先ツ株主タルコトヲ得ルハ事實上何人モ疑ヲ容レズ唯合名會社、合資會社ノ無限責任社員又ハ有限責任社員タルコトヲ得ルカハ學者ノ多クカ疑ヲ挾ム所ナリ併ナカラ子ハ此點ニ付テモ積極說ヲ懷ク

第三款 小商人

商法ハ獨逸ニ倣ヒ小商人ノ制度ヲ認ム元來此制度ハ營業ノ規模範圍ノ小ナル者ニ付キ商人ニ關スル總テノ規定ヲ適用スルノ實用ナク又事實ニ於テ適用スルコト至難ナルヨリ認メラレタル制度ナリ即チ小商人モ亦商人タリ商人ニ關スル規定ニ從ハサルヘカラスト雖モ商法ハ商業登記、商號及ヒ商業帳簿ニ關スル規定ヲ小商人ニハ適用セスト定ム(八條)從テ小商人ハ登記ヲ爲ス

コトヲ得サルハ明カナリ又商業帳簿ニ關スル規定ノ適用ナシト雖モ之ヲ備フルコトヲ妨グス商業帳簿ノ設備ハ商人ノ義務ニシテ設備ノ義務ヲ免除スルコトハ設備ヲ禁スル效果ヲ生セス何ヲ小商人ト云フカ之ニ付テハ小商人 (Kaufleute minoren R.) ト商人 (Vollkaufleute) トノ區別ハ大商ト小商トノ區別ト同一ナラサルヲ忘ルヘカラスト前者ハ法律ノ區別ニシテ後者ハ經濟的區別ナレハナリ我商法ハ戶戸ニ付キ道路ニテ賣リ其他小商人云ト規定シ(八條)商法施行法ハ小商人ノ範圍ヲ定ムルコトヲ勅令ニ委任シ(商施七條)勅令ハ資本金額五百圓ニ滿タサル者ヲ小商人トスルコトヲ定ム(明治三十二年勅令第二七一號)是ニ於テカ二問題ヲ生ス

一 戶戸ニ付キ道路ニテ賣ル者ハ資本金ノ大小ヲ問ハス當然ニ小商人タリヤ
 此問題ハ戶戸ニ付キ道路ニテ賣ルト云フハ資本金五百圓未滿ノ商人ノ例示ナリヤ否ヤノ問題ニ歸著ス惟フニ戶戸ニ付キ道路ニテ賣ルト云フハ營業ノ方法ニ關スルナリ資本トハ全然其方面ヲ異ニスルカ故ニ之ヲ小商人ノ例示ト解スルハ予ノ探ル所ニアラス從テ戶戸ニ付キ道路ニテ賣ル者ハ當然ニ小商人ナリト解セサルヘカラスト商法施行法第七條カ小商人ノ範圍ヲ勅令ニ委任シタルハ戶戸ニ付キ道路ニテ賣ル者ヲ除外シテ委任シタルモノト云フヘキナリ(但反對說少ナカラス)

二 會社ニ小商人アリヤ 會社ニシテ資本金五百圓未滿ノモノアルハ明カナリ此ノ如キ會社ハ小商人ナリヤ否ヤ會社ニハ商業帳簿、登記及ヒ商號ノ規定ノ適用アル故ニ五百圓未滿ノ會社



ト雖モ小商人ニアラスト論スルヲ通説トス併ナカラ、**或者カ小商人ナリキヤ、否ヤノ問題ト其、或者ニ帳簿、登記及ヒ商號ノ規定ノ適用アルヤ否ヤノ問題トハ、決シテ同一ノ問題ニアラズ、商法ハ資本金五百圓未満ノ者ヲ小商人ナリト定メ、之ニ帳簿、登記及ヒ商號ノ規定ヲ適用セスト定ム帳簿、登記及ヒ商號ノ規定ノ適用ヲ受ケサルモノカ小商人ナリトハ定メズ從テ會社ト雖モ理論ニ於テハ小商人タルコトアリト云ハサルヘカラス但會社ノ法規カ帳簿、登記及ヒ商號ニ關スル規定ヲ適用スヘキコトヲ定ムルハ畢竟第八條ノ例外ト解スヘキナリ**

終リニ一言スヘキハ一人ニ同時ニ商人ト、小商人トノ二資格ヲ併有スルコトヲ得ルカノ問題ナリ「ゴールドシュミット」ノ如キハ商人タル資格ヲ不可分ト爲シ消極説ヲ主張スル如シト雖モ(Go. S. 46, 300)予ハ始ト之ヲ了解スルコト能ハス例ヘハ一人カ一面一萬圓ノ資本ヲ以テ運送業ヲ營ミ他面三百圓ヲ資本トシテ煙草小賣店ヲ營ムトセヨ運送ニ關シテ普通ノ商人タリ煙草小賣ニ付テハ小商人タリ故ニ其者ハ運送ニ付キ商號ヲ登記シ商業帳簿ノ義務ヲ負擔スルモ煙草業ニ付テハ然ラス故ニ其商號權モ一ニ運送ニ關スル權利ナリ此結果ハ商人タル資格ト小商人タル資格トヲ併有スルコトヲ認メサルヘカラサル反證ニ外ナラス唯資本金五百圓未満ノ會社(株式會社)ノ資本ノ最下額ハ一百四十圓ナリ其他ノ制限ナシ)ノ如キハ到底理論上ニ二資格ヲ併有スルコトナキモノナリ

第三章 商業登記

第一節 商業登記ノ制度

商人ハ商行為ヲ爲スヲ業トシ社會公衆ト取引ヲ爲スコトヲ本質トス而シテ商人ノ利益ト社會公衆ノ利益トヲ相調和セシムルノ必要ナルハ更ニ辯明ヲ俟タス詳言スレハ法律的事項ニシテ公衆ニ利害ノ關係アルモノハ之ヲ公示シ以テ公衆ニ周知セシムヘク又之ニ反シ商人ヲシテ此種ノ事項ニ付キ一定ノ公示方法ヲ爲サシメ之ヲ爲シタル以上ハ公衆ニ對抗スルコトヲ得セシムヘク其他商業社會ノ實際ニ鑑ミ其信用ヲ保維セシムル方法ヲモ講セサルヘカラス是レ即チ商法カ商業登記 (Handelsregister) ノ制度ヲ認メタル所以ニシテ獨逸舊商法理由書(九頁)以來一般學者

ノ承認スル所ナリ故ニ登記ノ制度ハ第三者ヲ保護シ又商人ヲ保護スルモノト謂フヘシ

商業登記ノ精神此ノ如シ而シテ其端緒ハ法制史上之ヲ中世ノ伊太利ノ市府ニ索ムヘシト雖モ今日トハ全然其精神ヲ異ニセリ中世ハ商人ノ團結アリタル爲メ其組成員ノ名簿ヲ設ケタリ而モ此名簿ハ公ノ利益殊ニ裁判ノ管轄、納税ノ義務ヲ定ムルカ爲メニ必要ナリシモノナリ (Gardes in Fuchsbirger, alleg. d. H. G. B. I zu Art. 12) 故ニ登記ノ制度ノ端緒ハ中世伊太利ノ都市ノ名簿ニ在リト云フト雖モ二者全然相異ナルモノニシテ今日ノ登記ノ寧ロ其換骨脱胎シタルモノト云フヘシ以下登記ノ制度ノ重要點ニ付キ分説スヘシ

第一 登記ノ自由

登記ハ或ハ權利ヲ商人ニ與ヘ或ハ第三者ニ對抗セシムル等ノ效力ヲ生ス(後述參照)其權利ヲ與フル場合ニ之ヲ豫制スル必要ナキハ勿論其第三者ニ對抗スル場合ニ付テモ登記セザルキハ唯對抗シ得サルニ止マリ不利ハ一ニ商人ニ歸スルヲ以テ登記ヲ強制スル必要ナシ是レ登記ヲ爲スト爲ササルトノ自由ヲ商人ニ與ヘタル所以ナリ要スルニ登記ハ當事者ノ申請ニ依リテ始テ之ヲ爲スヲ通則トシ(Staub, Kommentar I. an. 3 zu § 8. 84)申請ヲ爲スト否トハ當事者ノ自由ナリ然レトモ此自由ノ原則ニハ例外アリ公衆ノ利害ニ直接且多大ノ關係ヲ有スル事項ニ付テハ法律ハ登記ヲ爲スコトヲ命ス例ヘハ會社ニ關スル登記ニ付テハ制裁ヲ設ケタル如キ其例ナリ(二六一條一號)

第二 事項ノ法定

登記ハ公衆ヲ保護スルト同時ニ商人ヲ保護スルヲ目的トス故ニ公衆ニ利害關係ヲ及ホスヘキ事項又ハ商人ヲ保護スルハ必要ナル事項ニアラサレハ登記ノ必要ナシ故ニ法律ハ登記スヘキ事項ヲ限定ス從テ其規定ナキ事項ヲ登記スルヲ得ス之ヲ登記スルモ效力ヲ生セス此點ハ獨舊商法ノ如キ(一二條)ハ之ヲ明言シタリト雖モ今日ニ於テハ理論上當然ノ理數トナスヲ通説トク(Staub, ann. 6 zu § 8. 85)從テ登記スヘキ事項ニ付テハ裁判所ノ裁量又ハ利害關係人ノ裁量ヲ許ササルナリ而シテ登記スヘキ事項ハ或ハ商法ニ之ヲ定メ或ハ商法施行法、非訟事

第三 登記所及ヒ登記地

商業登記ハ商人ノ營業所在地ヲ管轄スル區裁判所又ハ其出張所ニ於テ之ヲ爲スヘキモノトス營業所在地ヲ以テ標準トシタルハ畢竟利害關係最モ重大且密接ナリト認メタルカ爲メナリ(九條裁構一五條非訟一三九條)而シテ本店ノ所在地ニ於テ登記スヘキ事項ハ又支店ノ所在地ニ於テモ之ヲ登記セザルヘカラス(一〇條)唯一問題ハ本店ノ所在地ニ於テ事實上登記ヲ爲サザリシトキト雖モ支店ノ所在地ニ於テ之カ登記ヲ爲スヘキモノナリヤ否ヤニ在リ商法ハ本店ノ所在地ニ於テ登記スヘキ事項ト明言ス登記シタル事項トハ規定セス而シテ登記ハ公示ヲ目的トスルカ故ニ積極ニ對フルヲ正當ト信ス獨リ支配人ノ選任ト解任トハ本店又ハ支店ノ所在地ニ於テ登記スヘキ事項ナリ但其支配人カ本店、支店ヲ通スルモノナルトキハ自ら雙方ニ於テ登記スヘキコト論ヲ俟タス

第四 公衆ノ權利

登記ハ公知ヲ以テ其精神トス故ニ法律ハ公衆ニ一定ノ權利ヲ認ム即チ公衆ハ(1)登記簿ノ閲覧ヲ請求スルコトヲ得ヘク利害關係ヲ疏通スレハ其附屬書類ヲモ閲覧スルコトヲ得(2)登記ノ謄本若クハ抄本ノ交付ヲ請求シ(3)又登記シタル事項ニ變更ナキコト又ハ或事項ノ登記ナキコトノ證明ヲ申請スルコトヲ得(非訟一四二條一四三條)是レ皆公衆ニ公知セシムル所以ナリ

第五 登記ノ公告

公衆ニ右ノ如キ權利ヲ與フル外公衆ニ公示スル爲メ更ニ公告ノ制度ヲ認ム(一一條)即チ裁判所ハ登記セシ事項ヲ官報、新聞紙ニ少ナクトモ一回公告セサルヘカラス其數回ノ公告ヲ爲シタルトキハ何レノ日ヲ以テ公告シタルモノトスヘキカ非訟事件手續法ハ最終ノ發行ノ翌日ニ爲シタルモノト規定セリ(非訟一四四條)而シテ新聞紙ハ毎年十二月之ヲ選定シ官報及ヒ新聞紙ヲ以テ之ヲ公告ス區裁判所カ其管轄内ニ於テ公告ヲ爲サシムヘキ適當ナル新聞紙ナシト認メタルトキハ新聞紙上ノ公告ニ代ヘテ登記所及ヒ其管轄内ノ市町村役場ノ揭示場ニ公告ヲ爲スコトヲ得(非訟一四五條一四六條)

第二節 商業登記ノ效力

第一款 效力ノ基礎

登記ノ效力ヲ研究スルニ當リ最モ注意セサルヘカラサルハ登記ハ事實ノ登記ナルコト是ナリ換言スレハ登記ノ效力ノ基礎ハ之カ事實ト符合スル點ニ在リ蓋シ事實ヲ公表シ公衆ニ周知セシムルヲ精神トスル登記ノ制度カ效力ノ基礎ヲ此ニ置クハ敢テ恠ムニ足ラス

一 登記ハ事實ノ登記ナリ事實ノ存在ヲ前提トス事實ノ成立ト何等ノ關係ヲ有セス例ヘハ會社設立ノ登記ハ會社ヲ成立スルノ方式ニアラス

二 事實ノ登記ナルヲ以テ事實ニアラサルコトヲ登記スルモ何等ノ效力ヲ生セス例ヘハ支配人ヲ選任スルコトナクシテ選任シタル如ク登記スルモ何等ノ效力ヲ生セス

不眞實ノ登記ハ登記トシテ何等ノ效力ヲ生セスト雖モ之ニ關聯シテ一言スヘキコト二アリ

一 一部ノ不眞實ハ他ノ眞實ナル登記ヲモ没却スルカハ其ナリ例ヘハ支配人何某ヲ選任セスシテ之ヲ選任シタル如ク登記シタルトキハ其全部カ不眞實ナリ固ヨリ何等ノ效力ヲ生セス之ニ反シ會社ニ關シテ登記スヘキ事項ノ中單ニ支店ノ所在地ヲ不眞實ニ登記シタルトキハ一部ノ不眞實アルノミ此場合ニ於テ其一部ノ不眞實カ全部ノ登記ヲ無効タラシムル效果ヲ有スルカ將タ其一部ノミカ無効タルニ止マルカ予ノ寡聞ナル學者ノ曾テ此ニ論及シタルヲ聞カスト雖モ予ノ見ル所ヲ以テスレハ場合ヲ分テテ斷スヘキニ似タリ即チ其不眞實ノ一部カ全部ノ事實ヲ没却スル性質ノモノナルヤ否ヤニ依リテ判斷スヘキモノト信ス例ヘハ會社設立ノ登記ニ於テ支店所在地ノ不眞實ハ他ノ事實ニ何等ノ關係ヲ有セス併ナカラ社設立ノ強制要件ニ反スルヲ以テ他ノ眞實ナル登記ノ部分ヲモ無効ナラシムト謂ハサルヘカラス

二 第三者カ不眞實ナル登記ヲ眞實ナリト信シタル爲メ損害ヲ生シタルトキハ第三者ハ其登記ヲ以テ登記申請者ニ對抗スルコトヲ得ルカハ其ニナリ此問題ニ付テハ場合ヲ別タサルヘ

カラス(第一)登記申請者カ故意又ハ過失ニ因リ登記ノ申請ヲ偽リタルトキハ予ハ積極ニ
 解スルノ正當ナルヲ言ス(此點ハ民法一〇九條ト關連スルコトアルヲ忘ルヘカラス(第二))
 之ニ反シ登記申請者カ真正ナル申請ヲ爲シタルニ拘ハラズ登記官吏ノ故意又ハ過失ニ因リ
 登記セラレタル所カ不真正ナリシトキハ申請者ニ於テ其責任ヲ負擔スルノ謂レナキハ論ヲ
 俟タス(此場合ニ於テハ申請者モ亦損害ヲ受クルコトヲ注意セサルヘカラス)然ラハ第三
 者又ハ申請ト者ニ對シテ何人カ最終的ニ責任ヲ負擔スヘキモノナリヤ是レ行政法學上ニ關
 亘セル大問題タルノミナラス一般法律上ノ一大問題タリ而シテ獨學者ハ其誤謬ノ登記ヲ爲
 シタル官吏ニ於テ民法上ノ責任ヲ負擔スヘク而シテ法律ニ特別ノ明文存セサルトキハ國家
 ト連帶シテ其責ニ任スヘキモノトスルヲ通説トス(Slobbe, Handbuch der D. P. R. § 201
 Bd. III s. 399; Windscheid, Pandekten § 470 s. 774 anm. 4)今此問題ニ論及スル自由ヲ
 有セスト雖モ予ハ此通説ニ推服スルコト能ハス抑、登記官吏ハ少ナクトモ申請セラレタル
 事實ヲ登記スルノ職務ヲ有ス其範圍内ニ於テ官吏タル資格ヲ保有スルノミ不法行爲ニ付テ
 職權職務ヲ有セサル以上ハ不法行爲カ官吏タル資格ニ基クコトハ理論上存在セサルナリ故
 ニ予ハ明文アル場合ハ格別之ナキ場合ハ其官吏タル身分ヲ有スル何某カ其民事上ノ責任ヲ
 負擔スルノ外ナキヲ信セント欲ス

第二款 效力ノ種別

商業登記ノ法律上ノ效力ハ之ヲ五種ニ別テテ研究スルヲ便トス

第一 登記ハ、特種ノ權利ヲ發生スルコトアリ商號ノ登記ハ所謂商號權ヲ生シ(一九條)會社ハ
 登記ヲ爲シテ始メテ開業ノ準備ニ著手スルコトヲ得ヘク(四六條)株式會社ハ又株券ヲ發行
 スルコトヲ得(一四七條)ヘシ凡ソ是等ハ特種ノ權利ヲ發生スルモノナリ (Roehrszweigend
 e Kraft)

第二 登記ハ、特種ノ期間ノ起算點ト爲ルコトアリ合名會社ノ社員ノ出資ノ減少ヲ以テ債權者ニ
 對抗スルコトヲ得ヘキ時期又ハ其退社員ノ責任ノ消滅時期ノ起算點ト爲ル(七三條一〇三條)
 如キ是ナリ

第三 登記カ何等法律上ノ效果ヲ生セサル場合アリ例ヘハ商人カ破産宣告ヲ受ケタル場合ニ於
 テ其破産手續ノ停止、其宣告ノ取消、其手續ノ終了其他協諾契約ノ認可ヲ登記スル如キ何等
 私法上ノ效果ヲ生セサルナリ

第四 登記ハ、或事實ノ發生變更又ハ消滅ヲ第三者ニ對抗スルコトヲ得セシムル效果ヲ生ス而シ
 テ此效力ヲ以テ寧ロ登記ノ本質的、一般の效力ト云フコトヲ得是レ登記カ一面商人ヲ保護ス
 ルト共ニ第三者ヲ保護スルヲ目的トスルノ結果ナリ學者此效力ヲ稱シテ對抗力ト云フ此對抗

力ハ登記ノ普通ノ效力ナルヲ以テ更ニ細説ノ必要アリ

一、對抗ノ範圍 如何ナル範圍ニ向テ對抗スルコトヲ得ルカノ問題ハ大體三種ノ點ヨリ觀察スルコトヲ得ヘシ

(其一) 人の範圍 惡意ノ第三者ニ對抗シ得ルハ理ノ當然ニシテ之ヲ登記ノ效力ト論スルハ誤ナリ登記ノ效力ハ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ル點ニ存ス但登記ト公告トノ二要件ヲ具備スル場合ニテモ時トシテ制限ヲ受クルコトアルヲ忘ルヘカラス即チ第三者カ正當ノ事由ニ因リテ之ヲ知ラザリシトキハ之ニ對抗スルコトヲ得サルナリ其事由ノ正當ナリヤ否ヤハ事實認定ノ問題ニシテ舉證ノ責任ハ第三者ニ存ス之ヲ要スルニ登記ノ對抗力ハ善意ノ第三者ニ對抗スルニ在リ惡意ノ第三者ニ對抗スルハ其範圍ノ外ニ在リ

(其二) 營業的範圍 支店ノ所在地ニ於テ登記スヘキ事項ニ付テハ其事項カ本店ノ所在地ニ於テモ登記スヘキ事項ナルト將タ支店ノ所在地ニ於テノミ登記スヘキ事項タルトヲ問ハス支店ニ於ケル取引關係ニ付テハ支店ノ所在地ニ於ケル登記及ヒ公告ニ依リテ其對抗力ヲ決ス(一三條) 換言スレバ此場合ノ登記及ヒ公告ノ效力ハ營業的ノ範圍ナリ

(其三) 地理的範圍 登記ノ對抗力ハ商法施行地ノ全部ニ擴充スルヲ本則トスルハ論ヲ俟タス併ナカラ例外トシテ地理的範圍ニ制限アルコトナキニアラス例ヘハ商號ノ登記ヲ以テ第三者ノ登記ヲ妨クルハ同市町村ノ地域ニ限ルカ如キコト是ナリ(但此點ハ商號權ノ

效果トシテモ説明スルコトヲ得ルモノナリ)

二 對抗ノ事由 對抗スルコトヲ得ヘキ事由カ法定ノ登記事由ニ限り(但法定ノ登記スヘキ事由カ悉ク對抗ノ效力ヲ生スト云フニアラス) 且事實ニ符合スル事由ナルコトヲ要スルハ更ニ再説ノ必要ヲ見ス唯此ニ一言スヘキ一問題ハ登記スヘキ事項ニシテ事實上登記ヲ爲サザリシ場合ニ於テ後日其實質ノ變更又ハ消滅アリタルトキハ其變更若クハ消滅ヲ登記公告スルニアラサレハ其變更又ハ消滅ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得サルカ是レ學說ノ岐ルル所ナリ然レトモ子ハ登記及ヒ公告ヲ爲スニアラサレハ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得サルモノト解スルヲ妥當ナリト信ス蓋シ登記ハ事實ノ登記ニシテ縱令始メ之ヲ登記セザリシトモト雖モ第三者ニ於テ其實質ヲ認ムルハ固ヨリ其自由ニ在ルノミナラス又事實ニ於テ之ヲ認ムルニ至ルヲ通例トス然ルニ其始ニ登記ヲ爲サザリシ理由トシテ後ニ其實實カ消滅若クハ變更シタル曉ニ於テ直チニ之ヲ以テ第三者ニ對抗シ得ヘキモノトスルハ本來登記制度ヲ設クル精神ニ背反ス故ニ商法カ登記シタル事項ニ變更ヲ生シ又ハ其事項カ消滅シタル場合ニ於テ其變更又ハ消滅ノ登記ヲ命ス(一五條) ルハ右ノ場合ノ登記ヲ禁スルノ謂ニアラサルナリ

三 對抗ノ條件 登記ニ依リテ善意ノ第三者ニ對抗スルニハ登記ト公告トノ二者ヲ要件トス(一二條) 此公告ハ登記シタル事項ノ公告ナリ(一一條) 故ニ苟モ登記シタル事項其モノヲ商法規則 本論 商業登記 商業登記ノ效力 六七

公告シタルトキハ其登記シタル事項カ真正ノ事實ニ符合セザル場合ト雖モ法律上公告タルニ於テ毫モ妨ナシ唯此場合ニ第三者ニ對抗スルコトヲ得ザル結果ヲ來スハ登記ノ無効ナルノ結果タリ此ノ如ク登記及ヒ公告ハ對抗力ノ條件ナリ然レトモ登記ト公告トハ時ニ或ハ登記官吏ノ錯誤ニ因リ或ハ印刷ノ誤植ニ因リ一致セザルコトアリ此場合ニ於テ對抗力アリヤ否ヤハ實際上極メテ必要ナル問題ナリ而シテ商法ハ其對抗力ヲ認ム(一四條)然レトモ登記ト公告トハ對抗ノ條件タルノミ是アレハトテ絕對ニ對抗力ヲ生スルニアラス即チ正當ノ事由ニ因ル善意者ニ對抗スルコトヲ得ザルハ前述シタル所ノ如シ

第五 登記ハ登記簿ニ登錄セラレタル事實ノ真正ナルコトヲ證明スルノ效力ヲ有スルヤ否ヤモ亦一個ノ問題ナリ登記官吏ハ登記ノ申請アリタル場合ニ於テ其申請カ法定ノ形式ヲ具備スルヤ否ヤヲ調査スルコトヲ得ヘク又登記スヘキ事項ニ屬スルヤ否ヤヲ審査スルコトヲ得ヘシ然レトモ申請ノ內容實質ニ付キ其事實ノ真否ヲ審査スル權ヲ有スヘキヤ否ヤハ明瞭ナラス往時ニ在リテハ登記官吏單ニ當事者ノ申請自體ヲ登記スルモノニシテ法律上ノ事實其モノヲ登記スルモノニアラスト觀察シタリト雖モ此ノ如キハ登記カ法律上ノ效力ヲ生スル根據トスルニ於テ寔ニ不適當ナリト云フヘシ (Staub, Kommentar ann. 7 zu § 8 s. 86) 今日ニ於テハ登記ハ申請ヲ登記スルモノニアラスシテ申請ノ目的タル事實ヲ登記スルヲ精神トス從テ登記官吏ハ其申請事項ノ內容ノ不真實ナルコトヲ知りタルトキハ之カ登記ヲ拒絕スルノ權利ヲ有シ

義務ヲ負フモノトナスヲ通説トス (Staub, a. a. O. ann. 9 zu § 8 s. 86) 我非訟事件手續法第一五一條ハ登記ノ申請カ法律ノ規定ニ適セザルトキハ之ヲ却下スヘキコトヲ命セ故ニ登記官吏ハ其申請ノ內容タル事實ニ付キ之ヲ審査スルノ權アルハ論ナシト雖モ多數ノ登記申請ニ對シ一其內容ノ真否ヲ審査スルハ事實上不可能ニ屬ス故ヲ以テ法律ハ審査ヲ命セス換言スレバ登記官吏ハ審査スルノ權利ヲ有スルモ審査スルノ義務ヲ有セス從テ亦登記カ事實ノ真正ヲ證明スル效力ヲ有セザルハ當然トス學者或ハ事實ノ真正ヲ推定スルノ基礎トナルカ如クニ説明スト雖モ予ハ之ニモ贊同スルコト能ハス法律ノ意義ニ於テ舉證ノ責任ヲ左右スヘキ推定ノ基礎トナルノ理由ハ予ノ到底解スル能ハサル所ナリ

第四章 商號

第一節 商號ノ意義

我商法ハ獨新舊商法(一九條)葡法(一九條)我舊商法(二三條)ト同シク商號ノ定義ヲ揭ケスト雖モ商號 (Firma) カ商人ノ營業上ノ名稱ナルニ付テハ學者、立法例ニ異説アルヲ聞カス第一 商號ハ商人ノ名稱ナリ 商人ノ名稱ナルカ故ニ商人ト云フ主觀的基礎ナクハ商號ナシ故ニ非商人ノ用キル名稱ハ商號ニ類似スルモ商號ニアラス民法上ノ營利法人ニハ會社ニ關スル規定ヲ準用ス(民三五條二項)ト雖モ其名稱ハ商號ニアラス學者或ハ是等法人ニモ商號ア

ルカ如ク論スト雖モ誤レリ民法上ノ法人ニハ名稱アリ(民三七條)商法上ノ規定カ此名稱ニ準用セラルルノミ然レトモ此等ノ規定カ準用セラレタレハトテ其名稱カ一變シテ商號ト爲ルヘキモノニアラス例ヘハ賣買以外ノ有價契約ニハ賣買ニ關スル規定ヲ準用ス(民五五九條)ト雖モ之カ爲メニ賣買ニアラサル有價契約カ賣買ト爲ラサルカ如シ(商法原論一卷一七四頁參照)

第二 商號ハ名稱ナリ 名稱ナルカ故ニ文字ヲ以テ表シ得ルモノタルヲ要ス繪畫、彫刻其他符號ハ商標ト爲スコトヲ得ヘキモ之ヲ以テ直チニ商號ニ充ツルコトヲ得ス

第三 商號ハ商人ノ營業上ノ名稱ナリ 營業ト云フ客觀的基礎ナケレハ商號ナシ(1)商號ハ營業上ノ名稱ナルヲ以テ之ヲ營業ニ關セサル行爲ニ用キルコトナキヲ本則トス併ナカラ此點ハ必スシモ強制的禁止ニアラス實際上營業ニ關セサル行爲ニ付テモ之ヲ用キルコトナキニアラス此場合ニ之カ爲メニ其行爲ヲ無効トスヘカラス唯如何ナル名稱ナリヤノ問題ニ對シテ營業上ノ名稱ナリト云フノミ(2)然レトモ營業上ノ名稱タルノミ之ヲ營業ニ關スル行爲ニ用キサルヘカラサル名稱ト誤解スヘカラス詳言スレハ一面ニハ商號アルニ拘ハラス營業上ノ行爲ニ付キ自己ノ氏名ヲ用キルコトハ法ノ禁スル所ニアラス(換言スレハ商號權ハ氏名ノ營業上ノ使用ヲ禁止スル效力ヲ有セス)又他面ニ營業ニ關スル行爲ト雖モ商號ヲ用キルヘカラサル場合アリ即チ法規ノ明文ヲ以テ氏名ノ記載ヲ命スル事項例ヘハ手形ノ署名ノ如キ是ナリ唯問題ハ登

記ハ申請又ハ訴訟行爲ニ之ヲ用キルコトヲ得ルヤ否ヤニ在リ登記ノ申請ハ營業ニ關ストスルモ營業上ノ行爲ニアラス非訟事件手續法(非訟一四九條)カ商號ノ使用ヲ許ササルハ之カ爲メナリ又訴訟行爲ニ付テハ民事訴訟法第一九〇條第一號ノ解釋問題ニ歸著ス而シテ大審院ハ消極ニ決セリ(明治三十四年六月二十八日)予ハ訴訟行爲ハ營業ノ爲メニスル場合ニテモ之ヲ營業上ノ行爲ト云フヘカラサルモノト信ス唯會社ハ商號ヲ有スルノミ故ニ如何ナル場合ニモ商號ヲ用キルノ外ナシ(3)商號ハ營業上ノ名稱ナリ營業ノ名稱ニアラス故ニ商號ニ依リ指示セラルルモノハ商人ナル人格者ナリ「モムセン」ノ如キハ營業ノ名稱ナル(Tan auzsere Zeio ben der Identität des Geschäfts)カ如ク論シ又或ハ商號自體ニ人格ヲ認メントスル者アルモ不通ノ論ノミ

商號ノ意義大略右ノ如シ此商號ノ發達ノ沿革ヲ考フルニ我國ト西洋ト其徑路ヲ反對ニセルコトハ注目ノ價値ナキニアラス蓋シ我國ノ商人カ商號(屋號)ヲ用キルニ至リシハ封建時代ニ於テ士ノ外ハ唯名ノミヲ許サレ氏ヲ禁セラレタリニ因ル即チ名ノミニテハ自他ノ區別判然セス取引上不便大ナルモノアルノ結果ナリ而モ維新後マテハ會社ナルモノナシ故ニ日本ノ商號ハ個人ニ始レリ之ニ反シ泰西ニ於テハ中世以後會社ノ勃興ニ從ヒ個人ヲ離レテ別ニ共同共通ノ名稱ヲ必要トシタルヲ以テ泰西商號ハ會社ニ始リテ個人ニ及ヘリ其徑路正ニ相反ス

第二節 商號ノ自由

商號ノ選定ハ商人ノ自由ニ在リ選定ニ關スル我商法ノ根本主義ハ則チ自由ノ二字ニ存ス而シテ廣義ニ於テ商號ノ自由ト云フトキハ二様ノ意義アリ其一ハ商人カ商號ヲ選定スルト選定セザルトカ其自由ナリト云フニ在リ其二ハ商人カ商號ヲ選定スル場合ニ於テ如何ナル名稱ヲ以テスルモ自由ナリト云フニ在リ予ハ假ニ前者ヲ選用ノ自由ト名ケ後者ヲ名稱ノ自由ト名ケント欲ス

第一款 選用ノ自由

商號ハ商人ノ營業上ノ名稱ナリト雖モ商人カ之ヲ選用スルト否トハ其自由ニ在ルヲ本則トス唯會社ハ法人トシテ本來ノ氏名ヲ有セザルカ故ニ必ス商號ヲ選用セザルヘカラス又總テノ行爲ニ付キ其商號ニ依ラサルヘカラス加之其商號ハ定款ニ記載スヘキ事項タリ換言スレハ個人ハ選用セザルノ自由ヲ有ス會社ハ選用セザルノ自由ヲ有セス

個人タル商人ハ此ノ如ク商號ヲ選用スルコトヲ得果シテ然ラハ小商人モ亦商號ヲ選用スルコトヲ得ルカ(會社タル小商人ニ付テハ問題ヲ生セス)此點ニ付テハ學說岐ル「ゴザック」(S. 16)「松本學士」(商法原論一卷一七四頁)ハ消極說ヲ採リ志田博士(日本商法論一卷二四八頁)ハ積極說ヲ採ル此問題ニ付テハ予ハ積極ニ對ヘント欲ス商人カ營業上ニ用キル名稱ヲ商號ト解

スルトキハ小商人亦營業上ノ名稱ヲ用キルコトヲ得ルハ當然ナリ而シテ此意義ニ於テ商法カ商號ノ文字ヲ用キタルコトハ説明ヲ須キス是ヲ以テ小商人ニハ商號ニ關スル規定ヲ適用セスト定メタルハ小商人ハ商號權ノ主體タルコトヲ得ザルノ主旨ト解セザルヘカラス又此ノ如ク解スルニアラサレハ該規定ハ意味ヲ爲サザルナリ抑該規定ヲ以テ小商人ニ商號ノ使用ヲ禁止シタルモノト解スルノ誤レルハ論ナシ又小商人カ其營業上ニ用キル名稱ヲ以テ商號ニアラストストキハ商號ノ登記ヲ爲シタル者モ小商人ノ同一又ハ類似ノ名稱(予ハ之ヲ商號ト解ス)ノ使用ニ對シ覺ニ保護ヲ受クルコト能ハサルニ至ル天下豈此理アラシヤ

第二款 名稱ノ自由

商號ハ名稱ナリ故ニ苟モ名稱タル以上ハ如何ナル名稱ト雖モ採テ以テ商號トナスコトヲ得營業ノ種類乃至方法等ト相關連シテ何等ノ條件ヲ命セス學者之ヲ商號自由ノ原則 (Firmenfreiheit)ト名ケ商號眞實ノ原則 (Firmenwahrheit)ト相對立セシム而シテ我商法ハ其前者ヲ採リ後者ヲ採ラス此點ニ於テハ獨法ト異ナリ却テ英佛ト主義ヲ同シウス從テ氏又ハ氏名ヲ以テスル人の商號 (Personenfirma)アリ營業ノ目的ヲ示ス物の商號 (Sachfirma)アリ或ハ人ト目的トヲ併稱シタル混合の商號 (Gemischte F.)アリ我商法カ氏氏名其他ノ名稱ヲ以テ商號トナスコトヲ得ヘキ旨ヲ定ムル(一六條)ハ商號自由ノ原則ヲ明言スルモノナリ

然レトモ此名稱ノ自由ハ決シテ絶對的自由ニアラス左ノ諸點ヨリ之ヲ分説スヘシ

第一 公秩良俗ニ反スルコトヲ得サルハ當然ノ事理トス

第二 如何ナル文字ヨリ成レル名稱タルコトヲ要スルカ 荷モ文字タル以上ハ其文字ノ如何ヲ問ハサルカニ付テハ既ニ獨法上ニモ疑問ト爲リタル所ニシテ我商法上亦明白ニアラス然レトモ我國ニ於テ公ニ認メラレタル文字タルコトヲ要スト解スルヲ正當ト信ス(梅博士反對法學志林五二號二頁以下)故ニ漢字タルト平假名若クハ片假名タルト區別セスト雖モ外國文字ハ之ヲ認メスト解スヘシ但外國文字タルコトヲ得スト云フハ外國語タルヘカラストノ謂ニアラス固有ノ日本語ニテモ外國文字ヲ以テ之ヲ表スルモノハ不可ナリ外國語ト雖モ日本文字ヲ以テ之ヲ表スレハ毫モ妨ナキナリ

第三 一箇ノ營業ニ付キ數箇ノ商號ヲ選定スルコトヲ得ルカ 一箇ノ營業ニ付キ一箇ノ商號アルコトヲ純理トス一箇ノ營業ニ付キ數箇ノ商號アルコトヲ許ササルハ商號カ營業上ノ名稱ナルノ當然ノ結果ニハアラサレトモ「カイスナー」一派ノ小數反對説アルノ外通説ノ認ムル所ナリ

然レトモ商人カ同時ニ數箇ノ營業ヲ爲ス場合ニ於テ各營業ニ付キ各一箇ノ商號ヲ有スルヲ得ヘキハ論ヲ俟タス又數箇ノ營業ニ關シ一箇ノ商號ヲ用キルヲ妨ケス或ハ之ニ反對シ二箇以上ノ商號ヲ認ムル者ハ曰ク一種ノ營業ニ付キ二箇以上ノ商號ヲ有スルノ必要アルハ數箇ノ地ニ

營業所ヲ有シ或營業地ニ於テハ他人カ未タ同一ノ商號ヲ登記セザルモ他ノ營業地ニ於テハ既ニ他人カ同一ノ商號ヲ登記シタルカ如キ場合ナリ若シ此場合ニ二箇以上ノ商號ヲ用キルコトヲ許サザルトキハ不便甚ダシ其他ノ場合ニハ此ノ如キ必要ナシト雖モ之ヲ許ササルノ理由存セスト(日本商法論一卷二五四頁)然レトモ予ハ之ニ服スルコト能ハス夫レ本店所在地ニ於テ登記スヘキ事項ハ又之ヲ支店所在地ニ於テ登記スルコトヲ要ス(一〇條)今支店所在地ニ於テ同一營業ノ爲メ同一商號ヲ登記シタル者アルトキハ是レ已ムヲ得サル場合ナリ此場合ニ於テ特ニ既ニ登記シタル商號ト判然區別シ得ルカ爲メニ或符合ヲ付スルノ必要アルハ亦已ムヲ得サルナリ從テ此場合ハ已ムヲ得サル例外ノ場合ナリ之ヲ以テ原則ヲ推スハ決シテ妥當ニアラス

第四 自然人ト法人トノ區別ヲ商號上ニ明白ナラシムルコトヲ要ス 抑、法人ト個人トノ區別並ニ會社ノ種類ノ如何ハ債權者ニ對スル關係上大ニ其趣ヲ異ニス故ニ商號ノ上ニ二者ノ區別ヲ判然セシムルカ爲メ且會社ノ種類ヲ明白ニセシムル爲メ商法ハ二箇ノ規定ヲ設ク

一 會社ハ其種類ニ從ヒ其商號中ニ合名會社、合資會社、株式會社又ハ株式合資會社ナル文字ヲ用キルコトヲ要ス(一七條)此ニ所謂「字ハ嚴格ニ解セサルヘカラスト故ニ例ヘハ」加ふしきぐわいしや」ナル文字ヲ用キルモノハ違法ノ商號ナリ此結果トシテ會社ノ商號ハ其全部カ假名文字ヨリ成ルコトナシ

二 個人ハ單獨ニ營業ヲ爲スト組合ニ依リテ營業ヲ爲スト間ハス其商號中ニ會社タルコトヲ示スヘキ文字ヲ用ケルコトヲ得ス會社ノ營業ヲ讓受ケタルトキト雖モ亦然リ(一八條) 個人カ會社タルコトヲ示スヘキ文字ヲ用ケルコトヲ得サルハ更ニ疑ナシ然ラハ民法上ノ法人ハ如何例ヘハ「鑛山會社」ト云フハ如何「鑛山株式會社」ト云フハ如何此點ニ付テハ我司法省ノ探レル意見モ終始一貫セサルモノノ如ク惟フニ世ノ學者亦必スヤ議論アラシク然レトモ予ハ前例ノ「鑛山會社」ヲ是認シテ「鑛山株式會社」ヲ否認セント欲ス是レ他ナシ民法上ノ法人ニハ會社ニ關スル規定ヲ準用スト雖モ而モ會社ニアラス商法第一八條ノ規定ノ支配ヲ免ルルコトヲ許サス而シテ尙ホ「鑛山會社」ヲ是認スルハ他ナシ「會社」ト云フ文字ハ決シテ會社タルコトヲ示スヘキ文字ニアラサレハナリ蓋シ商法ハ會社ヲ分チテ四種トス此四種ハ制限の種別ナリ從テ此四種ノ一タルコトヲ示スヘキ文字ニアラサレハ以テ會社タルコトヲ示スヘキ文字ト云フコトヲ得サルナリ是レ「鑛山會社」ヲ是認シテ「鑛山株式會社」ヲ否認セントスル所以ナリ(但司法省ハ近頃其意見ヲ變更シ合名會社、合資會社、株式會社等ノ文字ヲ用ケルコトヲ妨ケスト解シツツアリト云フ)

第五 他人ノ商號權ヲ侵害スルコトヲ得ス 詳言スレハ他人カ登記シタル商號ニ付テハ同市町村内ニ於テハ同一營業ノ爲メニ登記スルコトヲ得サルハ勿論之ヲ使用スルコトヲ得ス(一九條二〇條)之ヲ使用スル者ハ不正ノ競爭ノ目的ヲ以テ之ヲ使用スルモノト推定セラル加之同

經過シテ保險料ヲ拂ハサレハ契約ハ當然效力ヲ失フヘキコトヲ規定スルニモ拘ハラズ實際ニ於テハ猶豫期間尙ホ或期間ノ猶豫ヲ爲シ其間ニ保險料ヲ支拂ヒタルトキハ契約ヲ有效ニ繼續セシムルモノ少ナカラス

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

保險料ハ危險ノ引受ニ對スル報酬ナルヲ以テ同時ニ全額ヲ支拂ハサルヘカラサルモ同時支拂ノ不便ナルヲ以テ分割拂込ノ方法ヲ用フルコトアリ其方法ニハ通常半年拂、三箇月拂、一箇月拂ト爲ス殊ニ貯蓄ノ性質ヲ有スル生命保險ニ於テハ分割拂ノ方法ヲ用フルモノ多シ而シテ保險料ハ不可分ノ性質ヲ有スルヲ以テ一年度分ノ保險料ハ分割拂ノ方法ヲ用フルモ必ス之ヲ拂ハサルヘカラサルモノニシテ年度ノ中途ニ於テ損害發生スルトキハ會社ハ其年度分ノ未拂込ノ保險料ヲ請求スルコトヲ得唯實際ニ於テハ未拂保險料ハ支拂ハルヘキ保險金額ト差引ヲ爲ス又保險料ヲ支拂ノ方法ニ依リテ日掛保險又ハ月掛保險ト稱スル特種ノ方法アリ現今ニ於テハ火災保險ニ於テ行ハル即チ一口ノ契約ニ付テ保險金額ヲ三十圓マテヲ限度トシ毎日一錢宛ノ保險料ヲ拂込マ

商法總行爲 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

シメ即チ一箇年ニ三圓六十五錢ノ保險料ヲ拂込マシメ事故發生セザルトキハ其中三圓ヲ保險契約者ニ返還シ若シ事故發生スルトキニハ三圓六十五錢ヲ會社ニ收納スルノ方法ナリ此一種ノ簡易ナル火災保險ヲ日掛保險ト謂ヒ其一日ヲ基礎トセシテ一箇月ヲ基礎トセル場合ヲ月掛保險ト謂ヒ此場合ニハ一箇月三十錢ノ保險料ヲ徴收スルモノトス

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

第二 通知ノ義務

保險者ハ危險ヲ測定シテ其危險ヲ引受クルモノナリ故ニ保險期間中ニ其危險カ著シク變更又ハ増加セルトキニハ豫定ト異ナルヲ以テ保險者ハ到底危險ヲ引受クルニ堪ユルコトヲ得ザル場合

ヲ生スルコトアルヘシ故ニ商法ニハ保險期間中ニ危險カ保險契約者又ハ被保險者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リ著シク變更又ハ増加セルトキニハ保險契約ノ效力ヲ失ハシメ又其事由カ保險契約者又ハ被保險者ノ責ニ歸スヘカラスアルトキニハ保險者ニ契約解除ノ權利ヲ與フ(四一〇條、四一條)此後ノ場合ニ於テ保險契約者カ其危險ノ變更又ハ増加ヲ知リタルトキニハ之ヲ保險者ニ通知セザルヘカラス若シ通知ノ義務ヲ怠リタルトキニハ保險者ハ危險ノ變更又ハ増加ノ時ヨリ保險契約ノ效力ヲ失ヘルモノト看做スコトヲ得(四一一條二項)尤モ「著シク」ナルコトニ付テハ程度問題ニシテ其通用ハ困難ナルヲ以テ多クノ判決例ニ依リテ自然ニ定マルヲ待ツノ外ナシ又損害ノ發生セルトキニ保險契約者カ其損害發生ノ事實ヲ知リタルトキニハ遲滞ナク之ヲ保險者ニ通知セザルヘカラス此通知ノ義務ヲ負擔セシメタルハ保險者ヲシテ其發生シツツアル損害ヲ防止シ又ハ其損害ノ調査ヲ容易ナラシムルカ爲メナリ

尙ホ危險ノ變更、増加又ハ損害ノ發生ニ關スルニ通知義務ノ外特種ノ通知義務ヲ負擔セシメ居ル場合アリ例ヘハ海上保險ニ於テハ保險契約ヲ爲ストキニ其荷物ヲ積込ムヘキ船舶カ未定ナリシトキニ於テ荷物ヲ船積シタルコトヲ保險契約者ノ知リタルトキハ遲滞ナク船舶ノ名稱及ヒ國籍ヲ保險者ニ通知セザルヘカラスナルナリ(一六六條)

第三 契約解除ノ權利

保險契約者ハ保險契約成立後ニハ常ニ保險料ヲ支拂ハサルヘカラス然レトモ保險者ノ責任ノ始

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

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

第二款 被保險者ノ權利義務

第一 通知ノ義務

保險期間中ニ危險カ保險契約者又ハ被保險者ノ責ニ歸スヘカラサル事由ニ依リ著シク増加又ハ變更シタルトキハ保險契約者又ハ被保險者ハ其増加又ハ變更ヲ知リタルトキニ遲滞ナク之ヲ保險者ニ通知セサルヘカラス(四一一條)元來保險者ハ總テノ危險ノ負擔ヲ爲シ得ルモノニ非シテシテ特定ノ被保險利益ニ對スル特定ノ危險ヲ引受タルモノナルヲ以テ其特定ノ危險ニ少シニテモ増加又ハ變更アリタルトキニハ之ヲ嚴格ニ云ヘハ其危險ハ最早前ノ保險契約ニ依テ引受ケラレタル危險ニハ非サルナリ隨テ保險者ハ其契約ニ對スル責任ヲ免レタルモノト謂フコトヲ得ヘシ故ニ我商法ニ於テハ危險ノ増加又ハ變更カ被保險者若クハ保險契約者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ依リ著シク生シタルトキニハ保險契約ノ效力ヲ失ハシム(四一〇條)又其事由カ保險契約者若クハ被保險者ノ責ニ歸スヘカラサル場合ニ於テモ仍ホ保險者ニ契約解除ノ權利ヲ與フ(四一一條一項)加之被保險者又ハ保險契約者ニ危險ノ増加又ハ變更ノ通知義務ヲ負擔セシム而シテ其義務ヲ懈怠スルトキハ危險ノ増加又ハ變更ノ時ヨリ保險契約ハ效力ヲ喪ヒタルモノト看做スコトヲ得ル權利ヲ保險者ニ與フ(四一二條二項)而シテ保險者カ此通知ヲ受ケ又ハ危險ノ變更増加ヲ知リタル後ニ遲滞ナク契約ノ解除ヲ爲ササルトキハ保險者ハ其契約ヲ承認シタルモノト看做サルナリ(四一二條三項)保險者カ第四一二條第一項及ヒ第二項ノ權利ヲ行使セサル場合ニハ其契約ヲ承認シタルモノト看做サルト雖モ此場合ニ於テハ之ヲ嚴格ニ謂フトキハ新ナル契約



カ更ニ成立シタルモノト看做ササルヘカラス前ニモ述ヘタル如ク保險者ノ引受ケタル危險ハ特
 定ノ危險ナルヲ以テ此危險ニ増加又ハ變更アリタルトキハ最早其特定ノ危險ハ存在セスシテ別
 ニ新ナル危險ノ生シタルモノト謂ハサルヘカラス故ニ保險者カ前ノ契約ヲ承認シタルモノト看
 做サルル場合ニ於テハ理論上之ヲ嚴格ニ云フトキハ前ノ契約ハ消滅シテ新ナル危險ニ付テ更ニ
 當事者間ニ合意ノ成立セルモノト爲ササルヘカラス唯保險料其他ノ點ニ付テ前ノ契約ト後ノ契
 約トカ同一ナリトスヘキノミ然レトモ第四一條第三項ニ依レハ其規定ノ趣旨ハ新ナル契約ノ
 成立シタルモノト看ルニ非スシテ前ノ契約カ引續キテ效力ヲ有スルノ趣旨ナリト信ス而シテ火
 災保險會社ノ實例ニ依リテ之ヲ説明スレハ被保險者又ハ保險契約者ノ責ニ歸スヘカラス事由
 ニ因リ火災ノ危險カ著シク増加又ハ變更シタルトキハ遲滞ナク會社ニ申出テテ保險證券ニ承認
 ノ裏書ヲ要求スヘキモノト爲シ若シ此手續ヲ怠ルトキハ保險契約ノ效力ヲ喪ハシム又此承認ノ
 裏書ヲ求メタルトキニモ會社ニ於テ危險ニ増加又ハ變更アリト認メタルトキハ契約ヲ解除シ又
 ハ保險料ヲ増加シタルノ權利ヲ留保スルナリ此外被保險者ハ尙ホ保險者ノ負擔シタル危險ノ發
 生ニ因リテ損害ノ生シタルコトヲ知リタルトキニハ遲滞ナク保險者ニ通知スルノ義務ヲ有ス
 (四一二條)

第二 被保險利益ノ保護及ヒ損害防止ノ義務

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

ムルニ在リ之ニ依リテ利益ヲ與フルコトヲ目的トスルモノニ非ス故ニ保險契約ヲ締結スルモ被
 保險者ハ之ニ依リテ被保險利益ノ管理ノ責任ヲ免ルルモノニ非ス保險料ハ被保險利益ノ代價ニ
 ハ非スシテ危險ノ引受ニ對スル對價ナリ故ニ保險契約ノ締結セラルルモ被保險者カ其被保險利
 益ニ付テ少シモ注意ヲ拂ハサルニ於テハ其危險ハ頗ル大ナルモノニシテ保險者ノ到底引受ケ得
 ルモノニ非ス故ニ保險契約成立後ニ於テモ被保險者ハ自ら被保險利益ヲ保護スル責任ヲ有ス商
 法ノ規定ニ依ルニ保險期間中ニ被保險者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リテ危險カ著シク變更又ハ増
 加シタルトキハ保險契約ノ效力ヲ失ハシメ加之保險者ノ引受ケタル危險ノ發生ニ基ク損害カ被
 保險者又ハ保險契約者ノ惡意又ハ重大ナル過失ニ因リテ生シタルモノナルトキハ保險者ハ其損
 害ヲ填補スル責任ナキコトヲ規定セリ(三九六條)

前ニモ述ヘタル如ク保險ノ目的ハ危險ノ發生ニ因リテ利益ヲ與フルモノニ非スシテ避クヘカラ
 サル損害ヲ填補スルヲ以テ目的トスルモノナルヲ以テ保險者ノ引受ケタル危險カ己ニ發生シタ
 ル後ニ於テモ被保險者ハ其被ムルヘキ損害ヲ成ルヘク少クセサルヘカラス即チ被保險者ハ損害
 防止ノ義務ヲ有スルナリ(四一四條)商法ニハ此規定アルヲ以テ若シ損害發生ノ時ニ當リ被保
 險者カ其防禦ニ力メサルトキハ其防禦ノ手段ヲ盡ササリシカ爲メニ生シタル損害ニ付テハ保險
 者ハ填補ノ責任ヲ免ルルコトヲ得ヘシ尤モ多クノ場合ニ於テ防禦ノ手段ヲ盡ササリシトキハ被
 保險者ニ惡意又ハ重大ナル過失アリタルモノトシテ第三九六條ニ依リテ保險者ハ損害填補ノ義

務ヲ免ルルコトヲ得ヘシ

被保險者カ此損害防止ノ義務ヲ負擔スルト同時ニ保險者ハ被保險者ノ爲シタル損害防止ノ爲メニ必要又ハ有益ナリシ費用ヲ負擔セサルヘカラサルナリ而シテ其損害防止ノ手段ハ效果ヲ奏シタルト否トヲ問ハス又其費用ト填補額トヲ合算シテ保險價額ヲ超過スルニ至ル場合ニモ之ヲ支拂ハサルヘカラス(四一條一項但書)一部保險ノ場合ニ於テハ損害防止ノ爲メニ要シタル費用ハ填補額ノ保險價額ニ對スル割合ニ依リテ保險者及ヒ被保險者之ヲ分擔ス(四一條二項)商法ノ規定ニテハ此ノ如キ損害防止ノ爲メニ必要又ハ有益ナリシ費用ヲ保險者ハ負擔セサルヘカラサルコトヲ規定スルニモ拘ハラス我國ノ火災保險會社ハ其普通保險約款ニ於テ損害防止ニ要シタル費用ハ特約アルニ非サレハ會社ハ之ヲ負擔セサルコトヲ明言セルモノ多シ

第三 保險金受取ノ權利

損害發生シタル場合ニ保險金額ヲ受取り得ヘキ者ハ被保險者ナラサルヘカラス損害保險ノ場合ニ於テハ被保險者ト所謂保險金受取人トハ常ニ相一致ス被保險者ト保險契約者トカ相一致セルトキハ被保險者ノ權利ニ付テ別ニ問題タルコトナキモ此兩者ノ異ナルトキハ被保險者ヨリ觀ルトキハ全ク他人ナル保險者ト保險契約者トノ間ニ爲サレタル契約ニ因リテ被保險者カ如何ナル權利ヲ取得スルヤニ付テ疑問タリ保險契約者カ委任ヲ受ケスシテ他人ノ爲メニ保險契約ヲ締結シタルトキニ被保險者ハ如何ナル權利ヲ得ヘキヤニ付テハ未ダ十分ナル説明ヲ見サルモ此場合ニ於テハ予ハ被保險者ハ民法第五三七條ニ示セル 第三者トシテ權利ヲ取得スルモノナリト信ス

第三款 保險者ノ權利義務

第一 保險金額支拂ノ義務

保險契約ニ因リテ負擔シタル危險發生シテ之ニ因リテ損害ヲ生シタルトキハ保險者ハ其契約ニ定メタル保險金額ノ範圍内ニ於テ損害ヲ填補セサルヘカラス生命保險ノ如キ所謂定額保險ニ於テハ保險者ハ契約ニ定メタル金額ノ全部ヲ支拂ハサルヘカラス然レトモ損害保險ニアリテハ損害ヲ填補スルヲ目的ト爲スヲ以テ前述超過保險ノ原則ハ常ニ適用セラルナリ

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



藥ノ爆發ニ因リテ生シタル損害又ハ保險契約者又ハ被保險者カ法律、命令ニ違反スルニ由リテ生シタル損害等ニ付テハ保險會社ハ保險金支拂ノ義務ヲ免ルルト爲スカ如キ是ナリ
 保險金支拂ノ時期ニ付テモ保險業法第七條ニ依リ保險約款ノ中ニ之ヲ定メサルヘカラス危險發生シテ損害發生シタルトキハ保險者ハ直チニ保險金ヲ支拂ハサルヘカラサルモ保險金ノ支拂ニ付テハ殊ニ正確ナル調査ヲ要スルコト多ク詐欺ノ手段行ハレ易キヲ以テ通常ハ直チニ之ヲ支拂ハスシテ損害發生シタルトキニハ直チニ之ヲ保險者ニ通知セシメ尙ホ一定ノ時日ノ間ニ其損害ヲ證明スルニ足ルヘキ書類ヲ作ラシメ其書類ノ保險者ニ到達シタルヨリ尙ホ一定ノ期間ヲ定メ其間ニ填補ヲ爲スヘキコトヲ普通保險約款ニ定ムルモノ多シ其期間ハ大抵三十日ヲ以テ一般ノ規定ト爲ス

保險金支拂ノ場所ニ付テハ法律ニ規定ナク又普通保險約款ニモ定ムルモノ少ナシ故ニ前ニ保險料支拂ノ場所ニ付テ述ヘタル如ク被保險者ノ住所ニ就テ支拂フコトヲ要スヘシ然レトモ實際ニ於テハ會社ノ本店又ハ代理店ニ於テ之カ支拂ヲ爲シ居レリ尤モ外國ノ海上保險會社ノ或モノニ於テハ特ニ保險金ノ支拂地ヲ保證證券ノ表面ニ記載スルコトニ定ムルモノ在リ

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

短キ期間ヲ定ム面シテ保險契約者ノ保險料支拂ノ義務ハ一箇年ヲ以テ消滅ス

第二 損害ノ計算ニ關スル費用ヲ負擔スルノ義務

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

第三 保險ノ目的ニ關スル權利ノ取得

被保險利益全部消滅シタル場合ニ於テ保險者カ保險金額ノ全部ヲ支拂ヒタル場合ニハ保險者ハ被保險者カ其被保險物ニ付テ有セル權利ヲ取得ス(四一五條)例ヘハ被保險者カ所有セル家屋ヲ火災保險ニ付シ之カ火災ニ罹リタルトキ保險者カ保險金額ノ全部ヲ被保險者ニ支拂ヒタルトキニハ其燒殘ノ建物ニ付テモ保險者ノ有セシ權利即チ此場合ニ於テハ所有權ヲ取得スルナリ此權利ヲ保險者ニ與ヘタルハ保險ノ目的ハ損害ノ填補ニ在リ利益ヲ與フルニ在ラサルヲ以テ保險

金額全部ノ支拂ヲ受クレハ被保險者ハ損害全部ノ填補ヲ得タルモノニシテ其以上ノ利益ヲ與ヘラルヘキモノニハ非ス故ニ其殘存セルモノニ付テハ之ヲ保險者ニ付與スルナリ尤モ一部保險ノ場合ニ於テハ保險者ノ權利ハ保險金額ノ保險價額ニ對スル割合ニ依リテ定ムルナリ(四一五條但書)此點ニ付テ内國ノ或火災保險會社ニ在リテハ會社ノ保險規則ト稱スルモノヲ以テ火災ニ罹リタル被保險物及ヒ殘留品ハ損害填補ノ後會社ノ所得ニ屬スルモ便宜上相當ノ割合ヲ以テ被保險者ニ引渡スコトヲ得ト爲スモノアリ

又損害カ第三者ノ行爲ニ因リテ生シタル場合ニ於テ保險者カ被保險者ニ對シテ其負擔シタル金額ヲ支拂ヒタルトキハ其支拂ヘル金額ノ限度ニ於テ保險契約者又ハ被保險者カ第三者ニ對シテ有スル權利ヲ取得ス(四一六條)例ヘハ火災保險ニ於テ保險契約ニ付セラレタル家屋ニ第三者カ放火シテ其家屋ノ全燒ヲ來シタルトキニハ被保險者ハ保險金額ノ支拂ヲ受クルコトヲ得而シテ之ヲ支拂ヒタルトキハ保險者ハ被保險者カ其放火シタル者ニ對シテ有スル損害賠償ヲ請求スル權利ヲ保險者自身カ支拂ヘル保險金額ノ程度ニ於テ之ヲ取得スルノ謂ナリ(四一六條)蓋シ保險者ハ相當ノ保險料ヲ得テ危險ヲ引受ケタルモノナルヲ以テ其危險ノ發生カ第三者ノ行爲ニ因ルト否ト問ハス苟モ損害發生シタルトキハ之ヲ填補スル義務ヲ有ス此義務ハ保險者ノ獨立シテ負擔セル義務ニシテ第三者カ完全ナル損害ノ賠償ヲ爲サナリ時ニ始メテ履行セラルヘキモノニハ非サルナリ保險者ハ損害填補ニ付テ主タル責任ヲ有シ第三者ノ損害賠償ノ義務トハ少シモ關係ナシ然レトモ一方ニ於テ保險ノ目的ハ損害ノ填補ニ在リテ保險者カ保險金額ヲ支拂ヘル以上ハ被保險者カ第三者ニ對シテ損害賠償請求ノ權利ヲ有スルト雖モ己ニ保險者ヨリ填補ヲ受ケタル損害ノ額ニ付テハ被保險者ヲシテ第三者ニ對スル損害賠償ノ請求權ヲ行ハシムルノ必要ナキナリ若シ之ヲ竝ヒ行ハシムルトキハ被保險者ハ更ニ利得ヲ得ルコト爲リ保險ノ目的ハ背馳スルヲ以テナリ故ニ商法ニ依レハ保險者カ其負擔額ヲ支拂ヒタルトキニハ其自ラ支拂ヘル程度ニ於テ保險契約者又ハ被保險者カ第三者ニ對シテ有スル權利ヲ取得スルコト爲シ又保險者カ其負擔額ノ一部分ヲ支拂ヘルトキニハ保險契約者又ハ被保險者ノ權利ヲ害セサル範圍内ニ於テ其第三者ニ對シテ有スル權利ヲ行フコトヲ得セシメタリ(四一六條一項、二項)

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

ハ保險ノ趣旨ニ反スルモノナリ保險者ハ固ヨリ第三者ノ行為ニ基ク損害ヲ豫想セルモノナリト雖モ保險ノ簡便ノ契約ニ付テ言ヘハ僅少ナル保險料ヲ得テ其代リニ多大ナル保險金額ヲ支拂ヘルモノナリ故ニ已ニ被保險者カ保險者ヨリ損害ノ填補ヲ得タル以上ハ被保險者カ第三者ニ對シテ有スル權利ヲ其填補ヲ受ケタル程度ニ於テ保險者ニ取得セシムルコト至當ナリトノ趣意ニ基クモノトス

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

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

第二節 損害填補

損害保險ニ於ケル損害トハ被保險者ノ有スル被保險利益ノ滅失又ハ減少ヲ謂フ商法ニ於テハ第三八五條ニ依リ損害保險契約ノ目的ハ金錢ニ見積ルコトヲ得ヘキ利益ニ限ルヲ以テ茲ニ損害ト云フモ亦財産上ノ損失ヲ謂フコト明カナリ又被保險利益ト云フハ積極ノ利益ニ限ラス將來ニ於テ得ラルヘキ利益モ亦被保險利益ト爲リ得ルヲ以テ損害ニ付テモ積極ノ損害ノミナラス消

極ノ損害モ亦此ニ損害ニ包含セラルルコト明カナリ是レ損害保險ニ於ケル損害ナル語ノ一般ノ意義ナレトモ火災保險、運送保險及ヒ海上保險ニ付テハ商法ノ規定ニ依リ其損害ノ意義ヲ一層明カナシ若クハ制限シ又當事者間ノ合意ニ依リ損害ノ意義及ヒ範圍ニ付テ制限ヲ加フル場合アリ此等ノ點ニ付テハ前ニ損害保險ノ要素中ノ被保險利益ト危險ニ付テ述ヘタル所ヲ参照スヘシ

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

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

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

保險者カ填補スヘキ損害ノ額ヲ計算スルニ必要ナル費用ハ保險者ノ負擔ニ屬スルコトハ商法第三九三條第二項ニ依リ明カナリ然レトモ前ニモ述ヘタル如ク保險者ハ保險約款ニ依リ損害ノ發生アルトキハ被保險者ヲシテ先ツ損害ノ額ヲ見積ラシム而シテ其見積ニ關スル費用ハ被保險者カ負擔スヘキコトヲ約款ニ明示スルモノアリ又明示ナキモ當然被保險者ノ負擔ニ歸スヘキ趣旨ヲ以テ約款ニ規定ヲ定ムルモノ多シ故ニ何レノ場合ニモ其見積ノ費用ハ被保險者ノ負擔ニ屬スルニ至ル又損害ノ見積ニ付テ保險者ト被保險者トノ間ニ異議ヲ生シタル場合ニ仲裁ノ方法ヲ採ルコトハ前ニ述ヘタル如クナルカ其仲裁ニ關スル費用ハ保險者及ヒ被保險者ノ雙方カ半額宛負擔スヘキコトヲ保險約款ニ定ムルモノ多シ

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

保險者ノ引受ケタル危險ノ發生ニ因リテ損害ヲ生シタルトキニハ保險者ハ常ニ其填補ヲ爲ササルヘカラス然レトモ特別ノ場合ニハ法律ノ規定又ハ保險約款ニ依リ保險者ハ其填補ノ責任ヲ免ルルコトアリ戰爭其他變亂ニ因リテ生シタル損害ニ付テハ特約アル場合ノ外ハ保險者ハ之ヲ填補スル責任ナシ(三九五條)而シテ戰爭又ハ變亂ニ因リテ生シタル損害ノ填補スル特約ヲ爲ス場合ニハ特別保險料ヲ被保險者ヨリ徵收スルモノトス然レトモ戰爭變亂ニ基ク危險ノ測定ハ極メテ困難ニシテ誤リ易キヲ以テ此等ノ危險ハ保險者ニ於テ多クハ其引受ヲ拒絕スヘク又之ヲ引受タルニモセヨ過去ノ經驗ト其當時ノ事情トヲ斟酌シテ殆ト推測ヲ以テ定ムルモノ多シ

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

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

現物ノ回復若クハ金錢ノ給付ヲ選擇スルノ權利ヲ留保スルコトヲ約スルモ皆有效ナリト説明セ

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

ヲ得サリシトキハ其爲シ得ヘキ程度ニ於テ復舊スルヲ以テ足ル又若シ被保險物カ重複保險ニ付セラレタル場合ニハ保險者ハ他ノ保險者ト共同シテ代給若クハ復舊ヲ爲シ得ヘシト定ムルモノアリ

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

又海上保險契約ニ於テハ特ニ委付ト稱スルコトアリ之ニ付テ少シク述ヘンニ海上保險契約ハ航海ニ因リテ生スル損害ヲ填補スルコトヲ以テ目的ト爲ス而シテ保險ニ於ケル損害トハ被保險利益ノ減少若クハ滅失ナルコトハ海上保險ニ於テモ亦同シ海上保險ニ於テハ被保險物全部ノ滅失ヲ稱シテ全損ト謂ヒ其一部ノ滅失ヲ稱シテ分損ト謂フ例ハハ積荷ノ一部カ火災ニ罹リタル場合

ノ如キハ分損ナリ此場合ニ於テ被保險物ノ一部カ殘存セルヤ否ヤニ付テハ經濟七又ハ一般ノ常識ニ基テ觀察ニ訴ヘテ箇箇ノ場合ニ付テ判斷セサルヘカラス

而シテ被保險物ノ全部カ滅失セル場合ニ於テモ保險者ノ填補ノ責任ハ其被保險物カ損害發生以前ニ有セル價額ヲ超ユルコトナシ此ノ如ク被保險物全部滅失シテ保險者カ當然其保險價額ノ全部ヲ填補スヘキ場合ヲ指シテ之ヲ絕對的全損ト謂フ然レトモ被保險物ノ全部滅失スルコトナキモ其損害頗ル甚シク殆ト全部ノ滅失ニ等シキ場合アリ之ヲ推定的全損ト謂フ例ハ大海ニ船舶カ沈没シテ到底引揚又ハ救助等ノ途ナキ場合ハ則チ絕對的全損ニシテ船舶カ海岸ニ座礁シテ大破損ヲ爲シ修繕ニ堪ヘサルニ至レル場合ハ推定的全損ナリ絕對的全損ノ場合ニ於テハ被保險者ハ保險金額ノ全額ヲ請求スルコトヲ得推定的全損ノ場合ニ於テハ被保險者ハ又保險金額ノ全額ヲ請求スルコトヲ得ルモ此場合ニ於テハ自己ノ被保險物ニ對シテ有スル一切ノ權利ヲ舉ケテ之ヲ保險者ニ與ヘサルヘカラス之ヲ海上保險ニ於テ委付ト稱ス

被保險者カ推定的全損ヲ受ケテ保險ノ目的ヲ委付シテ保險金額ノ全部ノ支拂ヲ保險者ニ請求シ得ル場合ハ次ノ如シ(六一七條)

一 船舶カ沈没シタルトキ

二 船舶ノ行衛知レサルトキ 船舶ノ存否カ最後ノ音信アリタル時ヨリ六箇月間分明ナラサルトキ、其船舶ハ行衛不明ト看做スナリ(六七二條) 此場合ニ於テ保險期間ノ定メアルトキハ



其保險期間カ前述六箇月ノ期間ノ未タ經過セサル間ニ已ニ經過スルモ保險者ハ委付ヲ爲スコトヲ得

三 船舶カ修繕スルコト能ハサルニ至リタルトキ 此場合ハ獨逸商法ニ依レハ船舶ノ修繕カ不能ナルカ若クハ修繕スル價值ナキニ至レル場合ヲ謂フ修繕不能ナルコトハ破損セル船舶カ修繕ヲ爲シ得ル土地ニ至ルコトヲ得ナル場合ヲ意味シ修繕ノ價值ナキ場合トハ其修繕ニ要スル費用カ船舶ノ價ノ四分ノ三以上ニ上ルヘキ場合ヲ意味スルモノナリ此等ノ場合ハ英米法ニ於テハ之ヲ絕對的全損トシ獨逸法ニ於テハ推定的全損ト爲ス而シテ船舶カ修繕不能ノ場合ニ於テ船長カ遲滞ナク他ノ船舶ヲ以テ積荷ノ運送ヲ繼續セルトキハ其積荷ヲ委付スルコトヲ得サルナリ

四 船舶又ハ積荷カ捕獲セラレタルトキ

五 船舶又ハ積荷カ官ノ處分ニ依リテ押收セラレ六箇月間解放セラレザリシトキ 委付ハ被保險者ノ一方ノ意思表示ナリ其效力ヲ生スルカ爲メニハ保險者ノ承諾ヲ必要トセス被保險者カ保險者ニ對シ委付ノ通知ヲ發スルコトニ依リテ當然效力ヲ發生ス唯保險者カ被保險者ノ爲シタル委付ヲ承認スルトキハ保險者ハ後日ニ至リ其委付ニ對シテ異議ヲ述フルコトヲ得ス (六七六條)

然レトモ委付ハ之ヲ一定ノ期間内ニ爲ササルヘカラス商法第六七四條ニ依レハ委付ヲ爲シ得ル

事故ノ發生シタル時ヨリ三箇月内ニ保險者ニ對シ委付ノ通知ヲ發スルコトヲ要ス

委付ハ單純ナルコトヲ要ス (六七五條) 即チ條件附ナルヲ得ス又被保險物全部ニ付テ委付ヲ爲ササルヘカラス其一部分ニ付テ爲スコトヲ得ス尤モ委付ノ原因カ被保險物ノ一部ニ付テノミ生シタルトキハ其部分ニ付テノミ委付ヲ爲スコトヲ得ヘシ

又一部保險ノ場合ニ在リテハ委付ハ保險金額ノ保險價額ニ對スル割合ニ應シテ之ヲ爲スコトヲ得 (六七六條二項、三項)

被保險者カ委付ヲ爲シタルトキハ之ニ因リ保險者ハ被保險者カ保險ノ目的物ニ付キ有シタル一切ノ權利ヲ取得ス而シテ被保險者カ委付ヲ爲シタルトキハ保險ノ目的物ニ關スル證書ヲ保險者ニ交付セサルヘカラス (六七七條) 其他被保險者ハ委付ヲ爲スニ當リ保險者ニ對シ保險ノ目的物ニ關スル他ノ保險契約並ニ其負擔ニ屬スル債務ノ有無及ヒ種類ヲ通知スルノ義務ヲ負擔ス (六七八條、六七九條)

第四章 損害保險各論

我商法ニ依レハ第三編商行為中ニ第十章保險トシテ保險ニ關スル規定ヲ設ケタリ而シテ此規定ニ於テハ生命保險ト損害保險トヲ分チ損害保險ニ付テハ先ツ總則ヲ定メ次テ火災保險及ヒ運送保險ニ關スル特殊ノ規定ヲ掲ケ最後ニ生命保險ノ規定ヲ掲ケタリ而シテ海上保險ニ關シテハ之

ヲ第五編商第五章程保險ニ規定シ全ク之ヲ區別セリ故ニ我商法中損害保險ニ付テ名稱ヲ擧ケラレタルモノハ火災保險、運送保險及ヒ海上保險ノ三種ニ過キスト雖モ他ノ損害保險ヲ認容セザル主旨ニ在ラス唯火災運送及ヒ海上保險ニ關スル特殊ノ規定ノミヲ掲ケ他ノ損害保險ニ付テハ之ヲ損害保險ノ總則ノ規定ニ讓リタルナリ故ニ現ニ信用保險ノ如キモ一種ノ損害保險トシテ行ハレツツアルナリ

又我邦ニ於ケル保險事業ニ付テ現ニ行ハレツツアル損害保險ハ火災保險、運送保險、海上保險、及ヒ信用保險ノ四種ノミナリト雖モ現ニ家畜保險、汽船保險ノ如キ計畫中ナルヲ耳ニセルコトアルヲ以テ損害保險ノ種類モ將來ニ於テ漸次増加スヘキコト疑ヲ容レザルナリ

然レトモ現ニ行ハレツツアル損害保險ハ火災保險、運送保險、海上保險及ヒ信用保險ノ四種ナルカ故ニ本章ニ於テハ之等ノ損害保險ニ付キ法令若クハ保險約款ノ規定上攻究スヘキ二三ノ問題ヲ執リ之ヲ各節ニ分チテ論セントス特ニ海上保險ニ在リテハ商法第三編商行為第十章保險中ニ存スル規定ニアラス特ニ専門ノ攻究ヲ要スヘキ重要ナル一分科ナルカ故ニ爰ニ暫ク之ヲ措ク

第一節 火災保險

火災保險契約トハ保險契約者カ一時拂又ハ分割拂ノ方法ニ依リ保險料ナル報酬ヲ支拂フコトニ對シ保險者カ一定ノ期間内ニ於テ火災ニ依リ金額ノ範圍内ニ於テ被保險者カ保險證券ニ記載セ

ル財産ニ關シテ受ケタル損害ヲ填補スルコトヲ引受ケル契約ナリ

火災保險ハ損害保險ノ一種ナリ損害保險ニ關スル原則ハ一般ニ火災保險ニ適用セラルル現ニ我商法ニ於テモ火災保險ニ關スル一般ノ原則ハ損害保險總則ノ規定ニ讓リ火災保險ニ關シテハ特ニ二三ノ規定ヲ設クルノミ而シテ損害保險ニ關スル一般ノ原則ハ既ニ前述シタル所ナルヲ以テ本節ニ於テハ火災保險ニ關スル特殊ノ點ニ付テ攻究セントス

火災保險ニ於テ特ニ攻究ヲ要スル問題ハ保險セラレタル災害ノ意義ヲ正確ナラシムルニ在リ火災トハ如何ナル意義ヲ有スルヤ如何ナル火災ニ付テ保險者ハ填補ノ責ヲ負擔スヘキヤ要スルニ

火災トハ如何ナル危險及ヒ損害ニ付テ之ヲ謂フヤニ在ルナリ
紐育洲保險法ニ於ケル火災保險會社ニ關スル規定中ニ依レハ火災保險會社ハ火災、雷火、暴風雨、颶風等ニ基ク損害ニ對シ住家、倉庫、建築物、家具其他ノ財産ニ付テ保險ヲ爲シ又河湖、堀割、内國航海及ヒ運送ノ危險ニ基ク損害ニ對シ船舶、短艇、積荷貨物、商品其他ノ財産ニ付テ保險ヲ爲スコトヲ得ヘキ旨ヲ規定セリ又或英國會社ノ定款ニ依レハ住家、製造所、劇場、倉庫、納屋其他一切ノ建物及ヒ船渠、港内、堀割、河川ニ於ケル各種大小ノ船舶及ヒ船舶内ノ荷物若クハ商品及ヒ家具、耕具、生産機具其他一切ノ物件ニ關シ火災、風雨其他不慮ノ出來事ヨリ生スル損害ニ對スル保險契約ヲ締結スルヲ以テ會社ノ業務ト爲ス旨ヲ規定セリ此等ニ依リテ觀レハ英米ニ於ケル火災保險ニ在リテハ所謂火災ニ基ク損害ノ外風雨ニ依ル損害其他ノ不慮ノ

災害ニ基ク損害ヲモ填補スルコトヲ目的ト爲スモノノ如ク其意義甚タ廣シ然レニ獨逸ノ保險契約法案第八一條及ヒ第八二條ニ依レハ火災保險ニ於ケル保險者ハ被保險物カ火ノ直接ノ働ニ依リ被リタル損害ハ勿論火災ノ爲メ避クヘカラサル結果トシテ受ケタル損害即チ火災ノ際ニ生シタル滅却破壊若クハ喪失ニ基ク損害ニ付テ其責ニ任スルコトヲ規定セリ又或佛國火災保險會社ノ定款ニ依レハ本會社ノ目的ハ總テノ動産、不動産ノ火災ノ爲メ受ケタル滅失若クハ破損ニ付キ保險ヲ爲スモノトナセリ此等ニ依リテ見レハ獨佛ニ於ケル火災保險ノ意義ハ英米兩國ニ於ケルヨリモ狭シト謂ハサルヘカラス故ニ火災保險ニ於ケル危險及ヒ損害ヲ論スルニ當リテハ先ツ火災保險ナル用語ノ意義ノ範圍ニ注目セサルヘカラス

我商法第四一九條及ヒ第四二〇條ニ依レハ火災保險ニ於ケル保險者ハ火災ニ因リテ生シタル損害及ヒ火災ノ消防又ハ避難ニ必要ナル處分ニ因リテ生シタル損害ニ付キ填補ノ責任ヲ有スルコトヲ明カニシテ外國ノ例ニ徵スレハ狭キ意義ニ於ケル火災保險ニ相當スルモノト謂ハサルヘカラス而シテ此範圍ニ於テ火災ノ意義及ヒ範圍ヲ研究シ火災保險ニ於ケル危險及ヒ損害ニ論及セサルヘカラス

火災トハ如何ナルコトヲ意味スルヤ商法ノ規定若クハ保險約款等何レモ單ニ火災ナル文字ヲ用フルノミニテ火災トハ果シテ如何ナル事故ヲ指シテ謂フヤニ至リテハ此カ解釋ノ資ト爲スヘキモノナキニ苦ム今此問題ヲ解釋スルニ付テハ先ツ之ヲ常識ニ訴ヘサルヘカラス即チ「火」ナル科學の現象ノ研究ニ依リテ之カ意義ヲ定ムル能ハス火災保險契約ニ於テ常用サルル意義ニ解釋サレサルヘカラス火災トハ通常火其モノヲ意味セス火ノ直接ノ働ノ結果即チ燃燒ニ依ル災害ヲ指シテ火災ト云フ單ニ灼熱トノミ謂フ能ハス熱スルモ燃燒セサルコトアリ又單ニ燃燒トノミ謂フ能ハス其燃燒ニ因リテ災害ヲ生シタル場合ニ於テノミ之ヲ火災ト謂フナリ故ニ熱ハ火ニ非ス熱ノ爲メニ生シタル災害ハ火災ニ非ス木材ハ太陽ノ熱ノ爲メ收縮シ裂目ヲ生シ之カ爲メ損害ヲ受ケルコトアルヘシ然レトモ燃燒ニ依リテ生シタル災害ニ非サルカ故ニ火災ニ非ス又點火セラレタル燈火ハ所謂火ニシテ燃燒シツツアリト雖モ火災ニ非ス何トナレハ燈火ハ火光ヲ得ンカ爲メニ燃燒セシメラレツツアルモノニシテ其燃燒ハ災害ニ非ス或ハ顛覆其他ノ事故ノ爲メ他物ヲ燃燒シ災害ノ原因ヲ爲スコト是アルヘシト雖モ夫レ自身ノ燃燒ハ決シテ之ヲ災害ト謂フ能ハサルレハナリ又雷電ニ因ル災害ハ當然之ヲ火災ナリト爲ス能ハス何トナレハ雷電ノ打撃ニ因リ家屋其他ノ物件カ破壊サルルモ多クハ電撃其者ノ結果ニシテ火ノ直接ノ働ノ結果ニ非ス故ニ單ニ破壞セラレタルノミニテ之ヲ以テ當然火災ニ因ル損害ト爲ス能ハス電撃ニ因ル損害ト爲スノ外ナシ然レトモ電撃ノ結果灼熱ノ爲メ火ヲ發シ燃燒ヲ起スニ至ラバ之ヲ以テ火災ナリト爲スヲ妨ケス即チ火ノ直接ノ働ノ結果タル燃燒ノ爲メ災害ヲ惹起シタリヤ否ヤニ依リテ火災ト否トヲ分チ其火災ニ基ク損害ニ付テハ火災保險者ハ填補ノ責ニ任セサルヘカラス火災ノ意義ヲ確定スルコト固ヨリ困難ニシテ之ヲ各種ノ場合ニ適用シテ誤ラサル定義ヲ作ランコト至難ナリト雖モ前

0311

述セル如ク火災トハ火ノ直接ノ働ノ結果タル燃燒ニ因ル災害ナリトセハ大體ニ於テ要領ヲ得ルニ庶幾カラシカ然レトモ火災保險ニ於ケル危險及ヒ損害ノ意義ハ此火災ノ意義ノ解釋ニ依リテ充分ナルモノニ非ス何トナレハ火災保險ニ於ケル保險者ハ前記ノ意義ニ於ケル火災ニ因ル損害ニシテ尙ホ原則トシテ其責ニ任セサルモノアリ又前記ノ意義ニ於ケル火災ニ因ラス單ニ火災ノ際ニ生シタル損害ニシテ尙ホ原則トシテ其責ニ任スルモノ少カラサレハナリ

火災ニ基ク損害ナリト雖モ法令若クハ約款ニ依リ保險者ニ於テ填補ノ責ヲ免ルルモノ少カラズ被保險者ノ惡意若クハ重大ナル過失ニ因ル損害ノ如キ保險ノ目的ノ性質瑕疵又ハ自然ノ消耗ニ依リ生シタル損害ノ如キハ假令火災ニ基ク損害ナル場合ニ於テモ之ヲ偶然ナル事故ト謂フ能ハサルヲ以テ火災保險者カ填補ノ責ヲ有セサルコト保險ノ性質上當然ナリ(三九六條)保險契約者ノ惡意若クハ重大ナル過失ノ爲メ發生シタル火災ニ基ク損害及ヒ保險契約者又ハ被保險者カ法律命令ニ違反シタルニ因リテ生シタル損害ノ如キ火災保險者ニ於テ填補ノ責ニ任スヘキ事由アリトスルモ公益上保險者ノ責任ヲ免セシムルヲ以テ正當トスルモノアリ(三九六條及ヒ普通保險約款)又戰爭變亂ニ因リテ生シタル火災其延燒其他ノ損害原因ノ直接ト間接トヲ問ハス地震又ハ噴火ノ爲メニ生シタル火災其延燒其他ノ損害或ハ保險ノ目的物中ニ存在シ又ハ其目的物ニ附屬スル流離汽機其他ノ破裂若クハ火藥ノ爆發ノ爲メニ生シタル火災其他ノ損害ノ如キ事故發生ノ虞ハ人、時及ヒ處ニ於テ平均ヲ得ス危險ノ測定困難ニシテ其性質上保險ニ適セサル火災ノ

損害ニ付テハ保險者ハ其填補ノ責任ナキコトヲ定ムルモノ多シ(三九五條及ヒ普通保險約款)

雷電ニ因リテ損害ヲ生シタル場合ニ付テハ前ニモ述ヘタル如ク其損害カ單ニ電擊ノ爲メニ生シタル場合ニ於テハ火災保險者ハ填補ノ責ニ任セス電擊ハ電氣ノ作用ニシテ燃燒ニ因ル災害ニ非サレハナリ火災保險ノ意義ヲ最モ廣ク解釋スル英米ニ在リテモ雷電ノ作用ニ基ク損害ヲ填補スルコトヲ約スルトキハ之ヲ保險證券ニ明言スルヲ必要トセリ然レトモ雷電ノ作用ノ爲メ火災ヲ惹起シタル場合ニ於テハ火災保險者ハ之カ填補ノ責ニ任セサルヘカラス電擊ノ結果カ單ニ破壊ニ止マラス之カ爲メ燃燒ヲ惹起シ災害ヲ蒙ラシメタル場合ニ於テハ其燃燒ノ爲メ生シタル損害ニ付テハ保險者ハ其責ニ任セサルヘカラス我國ニ於テハ此點ニ關シテ法令上何等ノ規定ナク又保險會社カ用フル保險約款ニモ何等ノ規定ヲ有セス或ハ之ヲ以テ當然ナリト爲スノ趣旨ニ出ツルヤモ計ラレスト雖モ屢々爭議ヲ生スヘキヲ以テ寧ロ法令若クハ保險約款ニ相當ノ規定ヲ設クルコト必要ナリト信ス獨逸保險契約法案第三條ニ依レハ電擊又ハ爆發ニ因ル損害ハ之ヲ火災損害ト看做ストナシ外國會社ノ用フル保險約款ニ依レハ或ハ雷電ノ爲メ生シタル損害ニ付テハ被保險者カ之カ爲メ火災ニ罹リ燃燒シタル場合ニ限り填補ノ責ニ任スヘシト爲シ或ハ雷電ニ因リ火災カ起リタル爲メ生シタル損害ニ付テハ填補ノ責ニ任スヘシト謂フカ如キ規定ヲ爲セ

燃焼ニ因ル災害ニ非シテ火災保險者カ填補ノ責任ヲ有スルモノ亦少カラズ
 熱、煙、煤等ノ爲メニ蒙リタル損害ハ燃焼ニ因ル損害ニ非ス故ニ之ヲ火災ニ因ル損害ト爲ス能
 ハスナレハ燈火ノ熱氣若クハ煤煙ノ爲メ被保險物カ損害ヲ蒙ルコトアリトモ保險者ニハ填補ノ
 責ナシト謂ハサルヘカラス然レトモ火災ノ際之ニ由テ生シタル熱氣若クハ煤煙ノ爲メ損害ヲ發
 生セシメタルトキハ保險者ハ其填補ノ責任ヲ有スヘキヤ疑問ナリ英國ノ判例ニ依レハ熱ノ爲メ
 ニ生シタル損害ハ填補ノ限ニ在ラスト爲スモ此判例ハ一般ニ非難セラルルコト多シト云フ此判
 例ニ付テ詳細ヲ知ラサルカ故一概ニ之ヲ批難スル能ハサレトモ米國學者ノ說ニ依レハ火災ニ基
 タ熱氣等ノ爲メニ生シタル損害ニ付テハ填補ノ責アリト爲スモノノ如シ又獨逸保險契約法案
 第八二條ニ依レハ「火災ノ避クヘカラサル結果トシテ受ケタル損害ハ火災損害トシテ填補ヲ有
 スルモノ」ト爲セリ而シテ我商法第四一九條ニ依レハ保險者ハ火災ニ因テ生シタル損害ニ付テ
 ナヘ原因ノ如何ヲ問ハス填補ノ責任ヲ有スルコトヲ明言スレトモ此「火災ニ因リテ生シタル損
 害」トハ單ニ直接ニ燃焼ニ因リテ生シタルモノノミニ限ルヘキヤ將タ又前記ノ如キ火災ニ基ク
 熱氣及ヒ煤煙等ニ基クモノ即チ間接ニ燃焼ニ因ル損害ヲモ包含スヘキヤ疑問ナリ又保險會社
 カ使用スル火災保險約款ニ於テハ單ニ「火災ノ爲メ生シタル損害」保險ノ目的火災ニ罹リタル
 トキ」等ノ文字ヲ用ヒ其意義精密ヲ缺ク故ニ我國ニ於ケル法令又ハ約款ノ規定ヲ基礎トシテ前
 記ノ問題ヲ解決スル能ハス理論上ハ苟モ火災ノ際燃焼ノ爲メニ發生シタル熱氣煤煙等ニ基ク損

害ハ火災保險者ハ之カ填補ノ責ニ任スヘキモノナリト信スレトモ事實ニ基ケル多數ノ判例ノ成
 ルヲ俟チ之ニ依リテ定ムルノ外ナシ其他火災ノ爲メ或屋瓦ノ飛散シタル爲メ等ノ原因ニ依リテ
 生シタル滅失若クハ破壊ニ依ル損害ノ如キモ亦前記ノ場合ト同様ニ之ヲ論セサルヘカラスト信
 ス
 消防ノ爲メ必要ナル處分ニ因リテ生シタル損害ニ付テハ保險者其填補ノ責ニ任セサルヘカラス
 (四二〇條)即チ延燒ヲ防カンカ爲メ家屋ヲ破壊シ又ハ牆壁ヲ爆發セシメタル場合ノ如キ縱令其
 物ハ燃焼セサルモ尙ホ之ヲ火災損害トシテ填補セラレサルヘカラス此火災ノ際避クヘカラサル
 結果トシテ蒙ルヘキ損害ナレハナリ
 避難ニ必要ナル處分ニ因リテ生シタル損害ニ付テモ亦同シ(四二〇條)然レトモ外國會社中ニハ
 此場合ニ於テ被保險者カ其避難ノ方法ニ付キ會社役員ノ指示ニ從ハサリシ場合ニ於テハ填補ノ
 責任ヲ有セサル旨ヲ留保セサルモノアリ
 火災ノ際被保險物ヲ紛失シ若クハ竊取セラレタルニ因リ生スル損害ニ付テハ之ヲ火災ニ因ル損
 害ト謂ヒ得ヘキヤ即チ我商法第四一九條ニ依レハ之ヲ火災損害ト看做シタルヤ否ヤニ付テハ疑
 アリト雖モ我火災保險會社ノ多數且其普通保險約款ニ於テ此等ノ損害ニ付テハ填補ノ責ニ任セ
 ナル旨ヲ明言セリ然レトモ外國會社ノ中ニハ「火災ヲ避タル爲メ被保險物ノ運搬ヨリ生スル損
 害ニ付テハ被保險物ノ運搬前ニ於ケル價格ノ保險金額ニ對スル割合ニ應ジテ之ヲ填補スヘク竊

取セラレタルヨリ生スル損害ニ付テハ其責ニ任セス。ト爲スモノアリ
火災ニ基ク損害ヲ防止スルニ必要又ハ有益ナリシ費用ニ付テハ保險者之ヲ負擔スヘキ旨商法第
四一四條ニ損害保險ノ原則トシテ規定スト雖モ我保險會社ハ一般ニ保險契約者又ハ被保險者カ
損害防止ノ爲メニ要シタル費用ハ特約アルニ非サレハ會社ハ之ヲ以テ負擔セサル旨ヲ規定セリ
外國會社中ニハ之ヲ負擔スヘキコトヲ明カニ約款ニ規定セルモノアリ

第二節 運送保險

運送保險トハ物ノ運送中偶然ナル一定ノ事故ニ遭遇シタル爲メ發生シタル損害ヲ填補スルヲ以
テ目的トシ損害保險ニ關スル原則ハ亦運送保險ニ適用セラレ

第一 運送保險ニ於ケル危險及ヒ損害 運送保險ニ於テ運送ト稱スルハ陸上ニ於テ汽車、荷車、
橋、牛馬等ニ依リ貨物ヲ運送スル場合及ヒ河川湖沼ニ於テ汽船其他ノ船舶ニ依リ貨物ヲ運送ス
ル場合ヲ指スモノニシテ海上ニ於ケル運送ヲ含マス蓋シ海上運送ニ關スル保險ハ海上保險ニ包
含セラルルヲ以テナリ

運送保險ニ於ケル危險トハ陸上又ハ河川湖沼ニ於テ貨物運送中並ニ運送中一時倉庫内ニ貨物ノ
貯藏セララルル間ニ生シタル火災、水難、盜難、顛覆、衝突其他ノ不可抗力ニ起因シテ損害ヲ蒙ルコト
アルヘキ虞ヲ云フ而シテ保險者カ填補ノ責ニ任スヘキ損害ニ付テハ損害保險ノ原則トシテ戰爭

物ノ性質ニ依リ常ニ強制執行ノ結果ヲ得タリト云フコトヲ得ス

共有物分割訴訟ノ特質ハ權利毀損ノ事實ノ發生シ居ルコト若クハ其ノ危險ノ事實アルコトヲ
要セス換言セハ原告ハ他ノ共有者ニ向テ何時ニテモ其分割ヲ請求スルコトヲ得ルモノナリ要
スルニ以上三訴權ヲ區別スル實益ハ(一)強制執行ノ點ニ在リ給付訴訟ハ判決其モノニ依テ直
チニ權利満足ノ結果ヲ得ルコトヲ得ス執行ニ依テ始メテ満足ヲ得確定訴訟、創設訴訟ハ判決
其モノニ依テ満足ヲ得ルコトヲ得(二)給付訴訟ハ將來ノ給付ヲ目的トスルコトヲ得スト
スルノ說ヲ正當ト假定セハ創設訴訟ト共ニ將來ニ於ケル私權ノ保護ヲ求ムルコトヲ得サル點
ニ於テ確定訴訟ト區別スルコトヲ得ヘシ即チ確定訴訟ハ將來ニ於ケル私權ノ保護ヲ求ムルヲ
通例ノ目的トスルニ反シ創設訴訟、給付訴訟ハ現在ニ於テ私權ノ保護ヲ求ムルヲ通例ノ目的
トスルニ任リ

第五 不動產訴訟、非不動產訴訟 此區別ノ實益ハ不動產訴訟ニ在リテハ專屬管轄ノ規定存在
ス動產其他非不動產訴訟ニ在リテハ專屬管轄ノ規定存在セス

第六 本訴權、擴張訴訟權、反訴權 本訴權トハ新ニ訴ノ提起ヲ爲スノ訴權ヲ謂ヒ擴張訴訟トハ訴
ノ申立ヲ擴張スルノ訴權ヲ謂フ反訴權トハ一種ノ擴張訴訟ナル被告ノ方面ニ於ケル訴訟ノ擴
張權ナリ此區別ハ一ノ訴ノ裁判所ニ繫屬スルノ有無ニ依リテ立テタルモノナリ何等訴訟ノ繫
屬セサル場合ニ原告カ初メテ行使スル訴權ヲ本訴權ト云ヒ(或ハ開審訴訟ト云フ)一ノ訴ノ

裁判所ニ繫屬シタル場合ニ行使スル訴權ヲ擴張訴權ト云フ民事訴訟法一九六條ノ第二、第三及ヒ第二一條ニ規定スルモノハ其性質擴張訴權ニ屬ス此區別ノ實益ハ訴訟手續ノ點ニノミ存スルモノナリ本訴權ハ前提要件タルヘキ何等訴訟手續ノ存在ヲ要セスシテ行使スルヲ得ルニ反シ擴張訴權及ヒ其一種タル反訴權ハ其前提要件トシテ一ノ訴ノ裁判所ニ繫屬シテ權利拘束ヲ生シタルニアラサレハ行使スル能ハサルニ在リ

第二節 訴訟行爲ノ意義及ヒ種別

定義 訴訟行爲トハ訴訟法上ノ效果ヲ生スル訴訟當事者若クハ訴訟機關又ハ第三者ノ意思表示ニシテ訴訟手續ヲ組成シ若クハ之ヲ完結シ若クハ之ニ附隨スルモノヲ謂フ例ヘハ訴ノ提起ハ訴訟手續ノ開始ヲ目的トスル原告ノ訴訟行爲ナリ認諾ハ訴訟手續ヲ完結スル被告ノ訴訟行爲ナリ口頭辯論ノ開始ハ訴訟手續ヲ組成スル裁判長ノ訴訟行爲ナリ證據調ハ訴訟手續ヲ組成スル裁判所ノ訴訟行爲ナリ判決ハ訴訟手續ヲ完結スル裁判所ノ訴訟行爲ナリ民事訴訟法第五九條第二項ニ規定スル訴訟ノ告知ヲ受タル者カ更ニ其訴訟告知ヲ爲スカ如キハ訴訟手續ニ附隨スル第三者ノ訴訟行爲ナリ

種別 從來學者ハ訴訟行爲ヲ種種ノ點ヨリ觀察シ大別シテ左ノ三種トス

- (一) 當事者ノ訴訟行爲
- (二) 裁判所ノ訴訟行爲
- (三) 第三者ノ訴訟行爲

證人鑑定人ノ行爲ニ關シテハ學者間ニ議論アリト雖モ予ハ廣義ニ於ケル第三者ノ訴訟行爲ナリト信ス

訴訟行爲ヲ爲ス人及ヒ訴訟行爲其モノノ性質ヨリ觀察シテ區別セハ

- (一) 行爲ヲ爲ス人ヨリ觀察スレハ
 - (イ) 訴訟當事者ノ訴訟行爲ハ
 - (A) 原告ノ訴訟行爲
 - (B) 被告ノ訴訟行爲
 - (C) 原告及ヒ被告ノ從參加人ノ訴訟行爲トス
 - (ロ) 裁判所ノ訴訟行爲ハ
 - (A) 合議體ノ訴訟行爲
 - (B) 裁判長ノ訴訟行爲
 - (C) 陪席判事ノ訴訟行爲トス
- (二) 訴訟行爲ノ性質ヨリ觀察スレハ

民事訴訟法第一編 緒論 訴訟 訴權及ヒ訴訟行爲 訴訟行爲ノ意義及ヒ種別

(イ) 當事者ノ方面ニ於テハ左ノ三トス

(一) 訴訟ノ遂行行為 訴訟ノ遂行行為トハ訴訟ノ開始及ヒ進行ヲ促ス行為ヲ謂フ例ヘハ訴ノ提起、口頭辯論期日指定ノ申請、訴訟手續中斷後ニ於ケル受續ノ手續、判決ノ送達申請、強制執行ノ申請ノ如キ是ナリ

(二) 訴訟材料ノ提供行為 訴訟材料ノ提供行為トハ裁判所ヲシテ裁判ノ材料ト爲ルヘキモノヲ得セシムルノ行為ヲ謂フ例ヘハ準備書面ノ提出、判決ヲ受クヘキ事項ノ申立、請求ノ原因タル事實ノ陳述、證據方法ノ提出ノ如キ是ナリ

(三) 訴訟完結行為 訴訟完結行為トハ訴訟ヲ終局セシムル行為ヲ謂フ例ヘハ原告ノ請求ノ拋棄、訴ノ取下、被告ノ認諾又ハ原告被告ノ和解ノ如キ行為ニシテ即チ成立シタル訴訟ヲ一時的若クハ永遠的ニ終結セシムル行為ヲ謂フ

要スルニ當事者ノ方面ニ於テハ遂行行為、提供行為、完結行為ノ三行為トス

(ロ) 裁判所ノ方面ニ於テハ左ノ數種アリ

(一) 訴訟手續ノ進行行為 例ヘハ口頭辯論期日指定、訴狀其他準備書面ヲ送達スヘキ命ヲ送達機關ニ發スルカ如キ是ナリ

(二) 訴訟ノ指揮行為 例ヘハ口頭辯論ヲ開始シテ裁判長カ原告被告ニ申立ヲ爲サシムルカ如キ或ハ當事者ノ不明瞭ナル申立、事實ノ主張若クハ答辯ニ關シ問ヲ發シテ釋明

セシムルカ如キ是ナリ

(三) 訴訟材料ノ蒐集行為 例ヘハ當事者ノ事實上ノ主張ヲ聽キ或ハ證據開闢ヲ爲スカ如キ是ナリ

(四) 訴訟行為ノ認證 例ヘハ民事訴訟法第一二九條乃至第三五條、第一五〇條第四項、第四三一條第二項等ニ規定スルモノノ如キ是ナリ

(五) 判決

(六) 強制執行

(七) 判決若クハ強制執行其他以上列舉シタル訴訟行為ノ前提トナルヘキ行為 例ヘハ民事訴訟法第二九四條ニ依レハ召喚ヲ受ケテ之ニ應セサル證人ヲ拘引スルコトヲ得ルモノニシテ證人ノ拘引ヲ命スル行為ハ則チ訴訟材料蒐集行為ノ前提ト爲ルヘキ行為ナリ又強制執行ノ場合ニ於テ第五二八條ニ依リ強制執行ヲ爲サントスル前若クハ同時ニ執行名義ヲ送達スルカ如キハ強制執行ヲ開始スル前提ト爲ルヘキ行為タルカ如キ是ナリ

(ハ) 送達行為 送達行為ニ付テハ後ニ説明ス

以上之ヲ約言セハ廣義ニ於テ裁判所ノ方面ニ於ケル訴訟行為ハ(一)進行行為(二)指揮行為(三)材料蒐集行為(四)認證行為(五)判決(六)強制執行(七)判決、執行其他

前ニ列挙シタル行為ノ前提ト爲ルヘキ行為(八)送達行為ノ八種トス
 以上訴訟行為ノ概要ヲ説明セルモ訴訟行為ナルモノハ訴訟法中ノ重要ノ事項タルカ故ニ更ニ款
 ヲ分テ左ニ説明セン

第一款 訴訟當事者ノ訴訟行為

當事者ノ訴訟行為トハ原告被告及ヒ從參加人ノ訴訟行為ヲ謂フ換言セハ原告ニ於テハ訴ノ提起
 其他攻撃方法ノ行使ニ依リテ成ル行為ヲ謂ヒ被告ニ於テハ防禦方法ノ行使ニ依リテ成ル行為ヲ
 謂ヒ從參加人ニ於テハ原告ニ附隨セハ攻撃方法ノ行使ニ依リ被告ニ附隨セハ防禦方法ノ行使ニ
 依リテ成ル行為ヲ謂フ

攻撃方法トハ訴訟ニ於ケル原告ノ申立ノ目的ヲ達センカ爲メ原告若クハ其從參加人ノ爲ス行為
 ヲ謂フ約言セハ原告ニ利益ナル裁判ヲ受ケンカ爲メニ爲ス行為ナリ

防禦方法トハ被告ノ方面ニ於テ原告ノ主張ヲ排斥スルノ目的ヲ以テ被告若クハ其從參加人ノ爲
 ス行為ヲ謂フ約言セハ被告ニ利益ナル裁判ヲ受ケンカ爲メニ爲ス行為ナリ

攻撃、防禦ノ字義ハ法文上廣狹ニ様ノ意義アルコトヲ注意スヘシ廣義ニ於ケル攻撃方法トハ訴
 又ハ反訴ヲ以テ主張シタル申立ヲ維持スル爲メ攻撃者ノ方面ヨリ提出スル凡テノ事項ヲ謂フ狹
 義ニ於ケル防禦方法トハ原告ノ申立ヲ排斥センカ爲メ被告ノ方面ヨリ提出スル凡テノ事項ヲ謂

ヲ狹義ニ於ケル攻撃、防禦方法トハ廣義ニ於ケル攻撃、防禦方法中ヨリ證據方法及ヒ證據抗辯
 ヲ除外シタルモノヲ謂フ(五四條、五五條、七六條、二〇九條、一一四條参照)

攻撃方法中ノ重要ナルモノ即チ訴ニハ左ノ事項ヲ包含ス

- (一) 訴訟手續開始ノ要求
 - (二) 被告ニ對スル攻撃方法 茲ニ所謂攻撃方法トハ請求ノ原因タル事實及ヒ法律上ノ主張、
證據方法等ヲ包含ス
 - (三) 攻撃方法ニ基キテ私權ノ保護アラントノ裁判ノ要求換言セハ私權保護ノ手段タル裁判
ノ要求是ナリ所謂茲ニ私權保護ノ手段タル裁判ノ要求トハ民事訴訟法第二二二條ニ規定スル
判決ヲ受クヘキ事項ノ申立ニ外ナラス
- 原告ノ攻撃方法ナルモノハ訴ノ中ニ包含セシメタルモノ換言セハ訴狀ヲ以テ提出シタル事項ノ
 ミニ限ルモノニアラス裁判ノ要求其モノモ亦訴ヲ以テ爲シタルモノノ外ニ擴張スルコトヲ得ル
 ナリ是レ民事訴訟法第一九六條第二號、第二一條ニ規定スル處ナリ
- 而シテ茲ニ注意ヲ要スルハ訴ノ申立其モノハ訴ノ骨髄ナルカ故ニ原則トシテハ之ヲ變更スルコ
 トヲ許サス之ニ反シ請求ノ原因タル事實上ノ主張及ヒ之ヲ證明スル證據方法其他ノ攻撃方法ハ
 是レ訴ノ骨髄ニ非サルカ故ニ或制限ノ下ニ之ヲ變更スルコトヲ得換言セハ私權保護ノ要求ナル
 訴ノ申立ハ法律上其性質ヲ變更スルコトヲ許サス然レトモ訴ノ原因ナルモノハ相手方ノ承諾ヲ

ルトキハ之ヲ變更スルコトヲ得證據方法ノ如キハ全ク隨意ニ變更スルコトヲ得然レトモ既ニ使用シタル證據方法ハ相手方自己ノ利益ニ援用セントスルヲ妨クルコトヲ得サル場合アリ民事訴訟法第三二〇條、第三五〇條ノ規定スル所ナリ

訴ニハ訴訟ノ開始ヲ要求スル權利ヲ包含スルコトハ既ニ之ヲ述ヘタリ原告ハ尙ホ此外訴訟繫屬後ニ於テ訴訟手續ノ進行ヲ督促スル權利ヲ有ス例ヘハ訴訟休止ト成レル場合ニ辯論期日指定ノ申請ヲ爲スカ如キ、又訴訟手續中断ノ場合ニ於テ相手方ノ承繼人ヲシテ訴訟ヲ受継セシメンコトノ申立ヲ爲スカ如キ是ナリ

以上ハ原告ノ方面ニ於ケル攻撃行為ノ説明ナリ以下被告ノ防禦行為ニ付テ講述スヘシ防禦方法トシテ被告ハ原告ノ要求ニ對シ自己ノ權利ヲ防禦スル爲メ抗辯ヲ提出スル權利ヲ有ス抗辯抗辯及ヒ本案ノ抗辯是ナリ

抗辯抗辯トハ訴不成立ノ裁判ヲ下スヘキ原因ヲ主張スルモノナリ

面シテ抗辯抗辯ハ民事訴訟法第二〇六條ニ規定スル處ニシテ此以外ニ於テモ亦訴ノ不成立ノ裁判ヲ下サシムヘキ原因多存ス唯我訴訟法ハ特ニ形式的抗辯抗辯ナル者ヲ第二〇六條ニ列記シタルニ過キス故ニ抗辯抗辯トハ又訴ノ成立條件ノ欠缺セルコトヲ指摘スル防禦方法ナリト云フコトヲ得

本案ノ抗辯トハ原告ノ請求カ事實上又ハ法律上不當ナル理由ヲ主張スルヲ謂フ

形式上ノ抗辯抗辯ニ非スシテ實質上ノ抗辯抗辯ト稱スヘキ一種ノ抗辯アリ左ノ如シ

(一) 民事訴訟法第六二條ニ規定セル抗辯ニシテ辯論拒絕ノ抗辯ト稱スルモノ是ナリ

此抗辯ハ學理上ニ於テモ純然タル抗辯抗辯ニ非ス又本案ノ抗辯ニモ非サルハ勿論ナリ何トナレハ訴ノ不成立ヲ主張スルモノニ非ス又原告ノ請求ノ不當ナルコトヲ根本的ニ主張スルモノニモ非サルカ故ナリ抗辯抗辯ナルモノハ前ニ述ヘタル如ク訴ノ成立條件ノ欠缺ヲ主張スルモノナリ然ルニ第六二條ニ依ル辯論拒絕ノ抗辯ハ訴ノ不成立ヲ主張スルモノニ非ス第六二條ニ依リ抗辯ヲ提出シタル場合ニ於テ第三者カ陳述ヲ爲スニ至リタルトキハ訴ハ成立シ若シ第三者カ陳述セザルトキハ被告ハ之カ答辯ヲ爲ササルヘカラス故ニ此抗辯ハ抗辯抗辯ニ非サルコト明カナリ

或學者ハ第六二條ニ規定スル辯論拒絕ノ抗辯ハ民事訴訟法第二〇六條第七號ニ規定スル延期ノ抗辯ニ該當スルモノナリト論セリ然レトモ是レ我訴訟法ノ沿革ヲ顧ミサルノ議論ナリ第二〇六條第七號ニ所謂延期ノ抗辯トハ我舊民法債權擔保編第二四條ノ規定ニ適應セシメンカ爲メ設ケタル規定ナリ即チ舊民法ニ依レハ保證人カ債務者ヲ措キ直チニ被告ト爲リタル場合ニ債務者ヲ其訴訟ニ參加セシムル爲メ其呼出ヲ求ムルコトヲ得タリシモノニシテ且其參加スルマテ延期ノ抗辯ヲ以テ應訴ヲ拒ムコトヲ得タリシナリ故ニ舊民法債權擔保編第二四條ノ抗辯ハ民事訴訟法ノ純然タル抗辯抗辯ニ非ス我訴訟法ノ立法者カ舊民法ノ規定ニ適應セシメン爲

メ設ケタル規定ナレハ新民法實施ト共ニ延期ノ抗辯ナルモノハ全ク其適用ナキニ至リシモノナリ此ノ如キ沿革上ノ理由アルカ故ニ辯論拒絶ノ抗辯カ延期ノ抗辯ニ該當セサルコト論ヲ俟タサルナリ

(二) 訴狀ノ要件ノ欠缺ヲ主張スル抗辯

民事訴訟法第一九〇條ニ規定スル要件ノ一若クハ全部ヲ欠キタルトキハ訴ハ不合法ナリ成立セサルナリ(但裁判長ハ補充ヲ命スルコトヲ得)故ニ訴狀ノ要件ノ欠缺ハ本案ノ抗辯ニ屬セス學理上一種ノ妨訴抗辯ニ外ナラス

(三) 訴ノ併合ニ付テ違法アリト主張スル抗辯

例ヘハ共同訴訟トナラサルモノヲ共同訴訟トシテ訴ヲ提起シタル場合即チ民事訴訟法第四八條、第五〇條、第一九一條ニ違背セルコトヲ理由トスル抗辯是ナリ

共同訴訟ト爲スヘカラサルモノヲ共同訴訟ト爲シタルトキハ訴ハ全然不合法ト爲ルヤ或ハ提起シタル訴ハ之ヲ分離スレハ適法ナリヤハ學者間ニ議論岐ルル所ニシテ現行大審院判例ハ訴ヲ全然不合法トセスシテ分離セシムヘキモノトセリ右何レノ論決ニ依ルモ訴ノ併合ニ付テ違法アリタルトキハ抗辯ヲ爲スコトヲ得

(四) 訴訟手續中断中止ノ原因アルコトヲ主張スル抗辯

此場合ニハ訴訟ヲ中断又ハ中止スヘキモノニシテ訴ヲ不合法トシテ却下スヘキモノニ非ス

(五) 訴訟代理委任欠缺ノ抗辯

此場合ニ於テハ委任ノ欠缺ヲ補充セハ訴ハ適法トナルモ補充スル場合ニ於テハ訴ヲ却下セサルヘカラス

(六) 原告ノ訴ハ法律上ノ利益ナシトスル抗辯

是レ訴訟條件ノ欠缺セル場合ナリ

被告ハ原告ノ攻撃ニ對シテハ防禦的ノ訴訟材料ヲ提出スル者ナリ然レトモ被告モ亦訴ニ對シテハ攻撃者ノ地位ニ立ツコトヲ得反訴ノ提起是ナリ

反訴トハ訴ノ被告ト爲リタル者カ其原告ヲ更ニ被告トシテ私權保護ノ請求ヲ爲ス行爲ヲ謂フ反訴ノ成立スル一般の要件トシテハ本訴ニ付テ權利拘束ノ生シタルコトヲ要シ(二〇〇條一項)特別の要件トシテハ財産權上ノ請求ニ非サルモノヲ反訴トシテ提起スル場合或ハ本來專屬管轄ノ規定ノ適用ヲ受クヘキモノヲ反訴トシテ提起スルニ當テハ其反訴カ本訴トシテ現ニ之ヲ提起セントスル裁判所ニ於テ管轄權ヲ有スルコトヲ要スルモノナリ

法律カ反訴ヲ認メタルハ(一)訴訟手續ノ重複ヲ避クルノ利益(二)當事者及ヒ裁判機關ノ爲メニ時間努力ヲ省略スルノ利益(三)訴訟費用ヲ節減スルノ利益等アルカ故ナリ然レトモ反訴ニ對シ更ニ反訴ノ提起ヲ許サス是レ訴訟手續ニ錯雜ヲ來スカ故ナリ

茲ニ附隨シテ訴訟材料ニ付テ一言スヘシ多數學者ハ訴訟材料トハ判決ノ基礎ト爲ルヘキ事項

及ヒ法則ナリト説明セリ之ヲ分析セハ當事者ノ一定ノ申立、請求ノ原因タル事實、證據方法、法律ノ規定、常則、特別ノ智識是ナリ

以上ハ被告ノ方面ニ於ケル防禦行為ノ説明ナリ而シテ從參加人ニ付キ一言セン從參加人ハ民事訴訟第五四條ニ規定スルカ如ク原告、被告ヲ補助スルモノナルカ故ニ其補助スル原告、被告ノ爲メニ一切ノ訴訟行為ヲ行フコトヲ得唯訴訟進行ノ程度ヲ妨ケサルコトヲ要ス即チ從參加人カ或行爲ヲ爲サントスルカ爲メ訴訟ニ妨害ヲ生スルコトアルトキハ從參加人ハ其行爲ヲ行フコトヲ得ス訴訟ノ程度ヲ妨ケサル限ハ主タル當事者ノ爲メニ一切ノ行爲ヲ行フコトヲ得ルナリ

訴訟當事者ハ一度自己ノ主張シタル攻撃、防禦ノ方法ヲ有效ニ拋棄スルコトヲ得即チ訴ノ取下、上訴ノ取下、故障ノ取下等ヲ爲スヲ得ルヲ原則トスレトモ例外トシテ口頭辯論開始後ハ相手方ノ承諾ヲ得サレハ訴ノ取下ヲ爲スコトヲ得サルナリ

請求ノ拋棄ハ相手方ノ意思如何ニ拘ハラズ訴訟ノ如何ナル程度ニアルヲ問ハズ之ヲ爲スコトヲ得請求ノ拋棄ハ原告ノ有スル實體權ノ拋棄ナリ訴ノ取下ハ原告ノ有スル訴訟法上ノ權利行使ノ中止ナリ上訴ノ取下ハ訴訟法上ノ權利即チ上訴權ノ拋棄ナリ法律カ實體權ノ拋棄ニ付テハ相手方ノ意思ニ拘ハラズ又訴訟カ如何ナル程度ニアルヲ問ハズ之ヲ爲スヲ許シ訴訟法上ノ權利ノ拋棄ニ付テハ或場合ニ相手方ノ承諾ヲ要スルモノトシ此ノ如ク二者ノ間ニ區別ヲ爲シテ規定シタル所以ハ請求其モノノ拋棄ハ再ヒ被告ニ訴ヲ受ケテ迷惑ヲ生セシムルノ虞ナキモ之ニ反シ訴ノ

取下ハ未タ請求權ノ消滅ヲ來ササルカ故ニ被告ノ意思如何ヲ問ハズ之ヲ許ス！セハ被告ノ爲メ大ナル迷惑ヲ生スレハナリト云フニ在リ即チ被告ノ利益ノ爲メ此ノ如キ規定ヲ設ケタルモノナリ上訴ノ取下ニ付テモ亦相手方ノ承諾ヲ要スル所以ハ訴ノ取下ト其趣旨ヲ異ニスレトモ歸スル處上訴者ノ相手方ノ有スル利益ヲ保護センカ爲メナリ即チ上訴ノ場合ニ於テハ相手方ニハ附帶上訴權發生スルモノニシテ相手方ハ之ヲ爲スカ爲メ及ヒ應訴ヲ爲スカ爲メニ必要ナル準備ヲ爲スコトアルヘシ然ルニ制限ナク上訴ノ取下ヲ許ストキハ相手方ヲシテ其準備ヲ水泡ニ歸セシメ損害ヲ受クルニ至ラシムルノ虞アルカ故ナリ

證據方法ノ拋棄ハ又之ヲ爲スコトヲ得唯相手方ノ之ヲ引用スルヲ妨ケタルコトヲ得サルノミ攻撃防禦方法ノ拋棄ハ訴訟ヲ終局的ニ完結セシムルモノト然ラサルモノトノ區別アリ例ヘハ訴ノ取下、上訴ノ取下ノ如キハ訴訟ヲ終局的ニ完結シ證據方法ノ拋棄ノ如キハ訴訟其モノニハ何等ノ影響ナキカ如キ是ナリ

以上述ヘタル主要ナル訴訟行為ノ外訴訟材料ニ屬スル數多ノ行為アリ

第一 自白

自白ハ訴訟當事者カ自己ノ爲メニ不利益ナル效果ヲ生スヘキ事實ヲ承認スルヲ謂フ約言セハ相手方ノ事實上ノ陳述ニシテ自己ニ不利益ナルモノヲ眞實ナリト告白スルヲ謂フ

自白ハ證據ナリヤ否ヤニ關シテハ從來學者間ニ議論岐ルル處ニシテ獨逸法系ノ學者ハ自白ハ證據

告相互ノ行為ニ依リテ消滅セシムルモノナリ。自白ハ此ノ如キ性質ヲ有スルモノナルカ故ニ「爭ナキニ其反對ノ事實ヲ認ムルコトヲ得ス」トスル不干涉主義ノ適用上自白ハ證據ノ性質ヲ有セサルモノナリ。換言セハ證據調ハ當事者間ニ或事實力爭トナレル場合ニ之ヲ決スルニ付キ其必要アリ然ルニ自白ノ場合ニ於テハ爭點ハ消滅スルヲ以テ證據調ノ必要ナキノミナラス證據ナルモノハ證據調ノ手續ヲ經テ始メテ裁判所ニ效用ヲ爲スモノナルニ自白ハ證據調ニ依ラスシテ表ハルルモノナルカ故ニ自白證據ニ非スト謂ハサルヘカラス。

予ハ右ノ如ク條文上竝ニ理論上根據アルカ故ニ自白ハ證據ニ非ストスルノ說ニ左祖スルモノニシテ我大審院判例亦此說ヲ採用ス。

解釋論トシテハ以上ノ如シ然レトモ立法論トシテハ反對說亦理由アリ現ニ我法制ノ下ニ於テモ刑事訴訟法ハ自白ヲ以テ證據トセリ自白カ或事實認定ノ根據ナルコトハ爭フヘカラサルモノナレハ之ヲ證據ト爲スト將テ證據ト爲ササルトハ畢竟立法ノ主義如何ニ依ルモノナリ我法制ノ下ニ於テ同一物ヲ以テ一ハ證據トシ一ハ非證據ト爲シタルハ則チ刑事訴訟法ニ於テハ絕對的眞實ヲ得ルヲ以テ目的トスル主義即チ干涉主義ヲ採用シ民事訴訟法ニ於テハ之ニ反シ形式的眞實ヲ得ルヲ以テ足レリトシ不干涉主義ヲ採用シタルニ由ルモノニシテ此ノ如ク異ナリタル結果ヲ生スルニ至リシハ民事訴訟法カ各其主義ヲ異ニシタレハナリ自白ニハ明示ノ自白推定自白(暗示)ノ二種アリ。

明示ノ自白トハ受審裁判所受託判事或ハ受命判事ノ面前ニ於テ相手方ノ主張スル自己ニ不利ナル事實ヲ是認スルノ供述ヲ謂フ而シテ此自白ナルモノハ相手方ニ對スル意思表示ニ非スシテ裁判所ニ對スル意思表示ナリ。

推定自白(暗示)トハ民事訴訟法第一一條、第二四八條、第四二九條等ニ規定スル如ク相手方ノ主張事實ヲ直接ニ是認スルニ非スシテ間接ノ行動ヲ以テ認ムルコトヲ謂フ。主として自白ノ效力ハ(則チ證據ニ非ストノ論決ヨリ生スル處ニシテ)裁判所カ自白ノ事實ニ反對ナル事實ヲ認ムルコトヲ得サルニ在リ但人事訴訟及ヒ職權調査ニ屬スル事項ニ付テハ此限ニ在ラス。以上ハ總テ裁判上ノ自白ニ付テノ説明ニシテ裁判外ノ自白ハ純然タル證據ニ外ナラス即チ書證若クハ證人等ニ依リテ之ヲ證セサルヘカラス。

第二 懈怠即チ消極行為

懈怠ニ付テハ後ニ詳述スヘキモ茲ニ簡單ニ説明セハ懈怠即チ消極行為トハ當事者カ自己ノ訴訟手續上ニ於ケル利益ヲ保護スルタメニ爲スヘキ行為ヲ爲ササルヲ謂フ例ハ敗訴シタル當事者カ上訴權ヲ有スルニ拘ハラス上訴權ヲ行使セサルカ如キ、同一審級ニ於テ相手方ノ主張ニ對シ必要ナル證據ヲ提出スヘキ場合ニ之ヲ提出セサルカ如キ是ナリ。

此消極行為ハ通常其當事者ノ爲メ不利ナル結果ヲ生スヘキモノトス。

第三 自知或ハ不知ノ陳述

民事訴訟法第一編 緒論 訴權及ヒ訴訟行為 訴訟行為ノ意義及ヒ種類

自知ノ陳述ノ或モノハ自白ト其實質ヲ同シウスル場合アリ例ヘハ原告カ時效中斷ノ事實ヲ證明スル爲メ何年何月何日被告ニ對シ此ノ如キ請求ヲ爲シタリト陳述セバ被告ハ右ノ如キ請求アリシト供述セハ是レ純然タル自白ナリ然レトモ自知ノ陳述ハ常ニ自白ナリト謂フコトヲ得ス則チ自白ナルモノハ之ヲ爲スモノニ法律上不利利益ノ結果ヲ來スヘキモノヲ指稱ス故ニ此ノ如キ結果ヲ生セサル自知ノ陳述ハ自白ト全ク性質ヲ異ニス

不知ノ陳述トハ相手方ノ主張スル事實ニ對シ此ノ如キ事實アリヤ否ヤヲ斷言セサルコトヲ謂フ換言セハ相手方ノ主張スル事實ヲ是認スルニモアラス非認スルニモアラサル陳述ナリ不知ノ陳述ニ付テハ我訴訟法中ニ一ノ規定アリ即チ第一一條第三項ノ規定是ナリ曰ク不知ノ陳述ハ原告若クハ被告ノ自己ノ行爲ニ非ス又自己ノ實驗シタルモノニモ非サル事實ニ限リ之ヲ許スト例ヘハ甲者カ其相手方タル乙者ノ實驗シタル事實ナリト主張シタル場合ニ於テ其主張ヲ受ケタル乙者ハ其事實ノ有無ヲ斷言スルニ當テ單ニ不知ヲ以テ答ヘタルトキハ裁判所ハ乙者ハ其事實ヲ自白シタルモノナリト認ムルコトヲ得之ニ反シ自己ノ實驗セサル事實ニ關スル相手方ノ主張ニ關シテハ當事者ハ不知ヲ以テ答フルコトヲ得ヘタ此場合ニ不知ヲ以テ答ヘタルトキハ其事實ヲ爭タルト同一ノ效力ヲ生スルモノナリ

以上述タル攻撃防禦ノ方法其他自白、懈怠行爲、自知、不知ノ陳述ハ總テ裁判所ノ判斷ノ材料ト爲ルヘキ行爲ナリ此外此等ト全ク性質ヲ異ニスル行爲アリ即チ左ノ如シ

(一) 訴訟ヲ完結スル行爲詳言セハ判決ヲ受ルコトヲ要セスシテ訴訟ヲ完結スル行爲ナリ

此訴訟完結行爲ニハ單獨ナルモノアリ又契約ナルモノアリ

片面的行爲ハ原告ノ方面ニ於テハ請求ノ拋棄及ヒ第一口頭辯論前ニ於ケル訴ノ取下ナリ被告ノ方面ニ在テハ履行及ヒ認諾是ナリ契約即チ双面的行爲ハ和解是ナリ其意義ヲ左ニ説明セン

第一 債務ノ履行

訴訟カ權利拘束ヲ生シタル後ト雖モ被告カ原告ノ請求ニ應ジ辨濟其他ノ債務履行ヲ爲シタルトキハ實體上ノ權利義務ハ玆ニ消滅シ從テ訴訟ヲ遂行スルノ必要ナキニ歸スヘキモノナリ故ニ此場合ニ於ケル履行行爲ハ訴訟ヲ完結スル原因トナルモノトス而シテ我訴訟法ニハ認諾、請求ノ拋棄及ヒ和解等ニ付テハ調書ヲ以テ明確ニスヘシトノ規定アリ然ルニ履行ニ付テハ何等ノ規定ナキ所以ハ履行ナルモノハ純然タル民法上ノ行爲ニシテ訴訟法上ノ行爲ニ非サルカ故ナリ

第二 認諾

認諾トハ訴訟中裁判官ノ面前ニ於テ相手方ノ請求ノ成立セルコトヲ自認スルヲ謂フ換言セハ原告若クハ反訴原告ノ主張シタル訴訟物ヲ其相手方ニ於テ訴訟上承認スル意思表示ヲ指シテ認諾ト謂フ而シテ認諾ノ成立ニハ左ノ要件ヲ具備スルヲ要ス

(一) 相手方ノ請求ノ成立セル旨ノ意思表示即チ承認ノ意思表示ハ現ニ訴ヲ以テ相手方ノ主張スル請求ノ全部若クハ一部ニ對スルモノタルコトヲ要ス

0323

- (一) 認諾ノ意思表示ハ口頭辯論ニ於テ爲スコトヲ要ス
準備書面ヲ以テ認諾ノ意思表示ヲ爲シタルノミヲ以テハ未タ訴訟法上ノ認諾タル效力ナシ口頭辯論ニ於テ若クハ受命判事受託判事ノ面前ニ於テ之ヲ爲ササルヘカラス
- (二) 認諾ハ法律上禁止シタル事項ニ觸レサルコトヲ要ス 例ヘハ殺人ノ報酬金ヲ請求スル訴訟ニ於テ被告ハ右ノ如キ約束ヲ爲シタルコトアリ從テ原告ノ請求ハ之ヲ認ムトノ陳述ヲ爲スモ認諾タルノ効ナシ何トナレハ請求其モノハ法律ノ保護ヲ與フヘキ性質ノモノニ非サルカ故ナリ
- (三) 認諾ヲ爲スモノニ行為能力若クハ代理權アルコトヲ必要トス
認諾ノ效力
- (四) 認諾ハ防禦ノ拋棄ナリ從テ本來成立セサル私權ヲ創設スルト同一ノ結果ヲ生スルコトアリ

- (一) 認諾者ハ防禦ノ拋棄ナリ從テ本來成立セサル私權ヲ創設スルト同一ノ結果ヲ生スルコトアリ
- (二) 認諾者ハ訴訟費用ヲ負擔セサルヘカラス (七二條二項) 但民事訴訟法第七四條ノ場合ハ例外ナリ
- (三) 認諾者ノ相手方ハ認諾ニ基キテ認諾判決ヲ求ムルコトヲ得
按ニ學者間ノ問題トナレルハ相手方ノ認諾アリシ場合ト雖モ裁判所ハ尙ホ通常判決(認諾判決ニ非サル)ヲ爲スヘキモノナリヤ否ヤ是ナリ

或學者ハ曰ク訴ナルモノハ必スシモ其當事者間ニ請求ニ關シ争ノ存スルコトヲ要件トセス然レハ訴ヲ提起シタル以上ハ其目的判決ヲ求ムルニアリ故ニ相手方ノ認諾アルト否トニ拘ハラズ裁判所ハ判決ヲ與ヘサルヘカラス争ナカリシ請求ニ付テモ訴ヲ提起シタル以上ハ認諾ノ事ニ依リ其前ニ爲シタル判決ヲ求ムル申立ノ消滅スヘキモノニ非ス故ニ通常判決ヲ與ヘサルヘカラスト然レトモ多數ノ訴訟法學者及ヒ大審院判例ハ之ニ反シ認諾アリシ場合ニ於テハ判決ヲ與ヘスシテ其趣旨ヲ調書ニ記載スヘシト云ヘリ予モ亦此後説ニ左袒ス

第三 請求ノ拋棄

請求ノ拋棄トハ訴若クハ反訴ヲ以テ主張シタル請求權ヲ絕對ニ行使セサル旨ノ意思表示ヲ謂フ詳言セハ訴若クハ反訴ヲ以テ主張シタル請求權ヨリ生スル利益ヲ收ムルコトヲ斷念スル意思表示ナリ約言セハ請求權其者ヲ消滅セシムル意思表示ナリ而シテ此請求ノ拋棄モ亦裁判所ニ對スル意思表示ニシテ相手方ニ對スル意思表示ニアラサルコトハ諸君ノ宜ク注意スヘキモノナリ

- 請求ノ成立要件
- (一) 訴ノ全部若クハ一部ニ關スルコトヲ要ス
- (二) 口頭辯論ニ於テ之ヲ爲スコトヲ要ス
- (三) 法律ノ保護スル請求ナルコトヲ要ス
- (四) 拋棄者ニ行為能力若クハ代理權アルコトヲ要ス 請求ノ拋棄ノ效力ハ(一)原告ノ方面ニ

於テハ失權ノ結果ヲ生ス(二)原告ハ敗訴者トシテ訴訟費用ヲ負擔セサルヘカラス(三)被告ノ爲メ抛棄ニ基キテ判決ヲ求ムル權利ヲ生セシム

請求ノ抛棄ニ付テモ亦認諾ノ場合ニ於ケルカ如ク民事訴訟法第二二九條ニ依ラサル通常判決ヲ下スヘキモノナリヤ否ヤニ付キ二説ヲ生スヘキモノナリト雖モ學者ハ殆ント實用ナキモノトシテ之ヲ説明セズ予ハ此問題ニ對スル論定ハ認諾ノ場合ト異ナルヘキモノニアラスト思考ス

以上述ヘタル請求權ノ抛棄ノ外純然タル訴訟手續上ノ抛棄ハ攻撃方法、防禦方法、證據方法、控訴權、上告權ノ抛棄ナリ而シテ控訴權、上告權ノ抛棄ハ絶對ニ消滅スルコトナクシテ再ヒ發生スル場合アリ即チ相手方カ上訴ヲ爲シタルトキハ附帶控訴或ハ附帶上告ヲ爲スルヲ得ルコト是ナリ(四〇五條、四四二條)攻撃防禦方法證據方法ノ抛棄ノ如キ純然タル訴訟手續上ノ抛棄ハ請求權ノ實質ニハ何等ノ影響ヲ及ホスコトナシ民事訴訟法第六〇二條ニ規定スル取立權ノ抛棄亦同シ

第四 訴ノ取下

訴ノ取下トハ起訴ニ關スル訴訟行為ヲ抛棄スルヲ目的トスル裁判所ニ對スル意思表示ニシテ訴訟完結ノ一方法タリ請求ノ抛棄ト異ナル點ハ則チ左ノ如シ

(一) 訴ノ取下ハ請求權其者ニハ何等ノ影響ナシ之ニ反シ抛棄ハ請求權ノ消滅ヲ來タス

(二) 訴ノ取下ハ純然タル訴訟法上ノ效果ヲ生スルニ止マルモノトス之ニ反シ請求ノ抛棄ハ私

法上ノ效力ヲモ生シ權利ノ消滅ヲ來タス

(三) 訴ノ取下ハ再ヒ訴ヲ提起スルノ妨トナラス請求ノ抛棄ハ否ラズ

訴ノ取下ハ本案ニ付キ被告ノ第一口頭辯論開始前ニアリテハ何時ニテモ之ヲ爲スコトヲ得被告ノ第一口頭辯論開始後ニアリテハ相手方ノ承諾ヲ得ルコトヲ要ス

茲ニ所謂本案ノ辯論ニハ防訴抗辯ノ辯論ヲ包含セス故ニ第一口頭辯論ニ於テ被告先ツ防訴抗辯ヲ提出シ其防訴抗辯ノミニ付キ數回辯論ヲ重ヌルモ未ダ本案ノ辯論ヲ爲ササル以上ハ相手方ノ承諾ナクシテ訴ヲ取下ルコトヲ得ルモノナリ

相手方ノ承諾アルトキハ口頭辯論終結後ト雖モ之ヲ取下ルコトヲ得ルヤ否ヤ我訴訟法ノ解釋トシテハ第一九八條第一項ノ條文ニ依レハ之ヲ取下ルコトヲ得スト解セサルヘカラス何トナレハ法文ニハ「其後口頭辯論ノ終結ニ至ルマテハ被告ノ承諾ヲ得テ之ヲ取下ルコトヲ得」トアレハナリ口頭辯論終結後ニ取下ル許ストキハ判決ニ付テノ裁判所ノ準備ヲシテ無用ニ歸セシムルニ至ルヲ以テ公益上辯論終結後ハ相手方ノ承諾アルモ訴ノ取下ル許ササルノ法意ナリ解釋論トシテハ右ノ如クナレトモ立法論トシテハ反對說ヲ正シトスヘシ殊ニ不干涉主義ヨリ論スレハ判決確定マテハ訴ノ取下ル許スヘカラスノ理由ナシ獨逸新民事訴訟法及ヒ我訴訟法改正案ハ判決ノ確定マテ訴ノ取下ル許セリ(新二七一條、案二三七條)

訴取下ノ效力

(一) 訴訟ノ權利拘束ノ效果ヲ消滅セシム(一九八條四項)

(二) 再訴ノ場合ニ於テ訴訟費用未済ナリシトキハ防訴抗辯ヲ提起スルコトヲ得(二〇六條六號)

(三) 原告ハ敗訴者トシテ訴訟費用ヲ負擔セサルヘカラス(七二條二項)

茲ニ訴ノ取下ニ關スル一二ノ問題ニ付キ説明セシ

取下ニ付キ相手方ノ承諾ヲ要スル場合ニ於テ相手方ハ之ヲ承諾セス原告ハ取下ノ意思ヲ變セサルトキハ裁判所ハ如何ナル手續ヲ爲スヘキヤ

甲説ニ曰ク此場合ニ於テ原告カ本案ノ辯論ヲ爲ササルハ請求ヲ拋棄ヲ爲スト同一ニ見做スヘキモノナルカ故ニ被告ハ民事訴訟法第二二九條ニ依リ判決ノ申立ヲ爲シ裁判所ハ請求ヲ拋棄ト

同一ニ見做シ訴却下ノ判決ヲ爲スヘキモノナリト

乙説ニ曰ク請求ノ拋棄ト訴ノ取下トハ全然其性質ヲ異ニス即チ訴ノ取下ハ單ニ訴訟法上ノ效果ヲ生スルニ止マルモ請求ノ拋棄ハ實體法上ノ效果ヲ生スルモノナリ故ニ取下ノ意思表示ヲ以テ直チニ請求ノ拋棄ノ意思表示ト同一ニ認ムルコトハ特別ノ明文ナキ以上ハ不當ノ見解ナリ

故ニ此場合ニハ民事訴訟法第二五〇條ヲ適用シ缺席者ト同一ニ看做シ缺席判決ヲ爲スヘキモノナリト

乙説ハ理論上正當ヲ得タルモノナレトモ實際上ノ不便アリ何トナレハ缺席判決ニ對シ故陳申立

ヲ爲シ原告ハ更ニ前ト同様訴取下ノ申立ヲ爲スルトキハ再ヒ缺席判決ヲ爲ササルヘカラス再三此ノ如クスルコトヲ禁スル明文ナキヲ以テ原告カ故意ヲ以テ右ノ手續ヲ繰返ヘストキハ遂ニ訴訟手續ヲ完結スルコトヲ得サルノ不便アレハナリ

第二ノ疑問ハ原告ハ第一口頭辯論前ノ取下ナリト主張シ被告ハ辯論開始後ノ取下ナリト主張シ互ニ取下ノ時期ニ關シ爭生シタルトキハ裁判所ハ如何ナル形式上ノ行爲ヲ爲スヘキヤ

甲説ニ曰ク此場合ニ於テハ判決ヲ爲スヘキモノトス即チ取下ヲ許サスト認ムルトキハ中間判決ヲ爲シ取下ヲ許スヘキモノト認ムルトキハ終局判決ヲ爲スヘキモノナリ何トナレハ此裁判ハ被告ニ對シテハ本案ノ判決ヲ拒絕スルモノナレハナリト

乙説ニ曰ク決定ヲ以テ裁判スヘキモノナリトス即チ被告ノ主張ヲ正當ト認ムルトキハ訴ノ取下ヲ許ストノ決定ヲ爲シ被告ノ主張ヲ爲シ原告ノ主張ヲ正當ト認ムルトキハ訴ノ取下ヲ許サストノ決定ヲ爲スヘキモノナリ我訴訟法ノ規定上中間判決ヲ爲スヘキ場合ハ第二二七條、第二二八條ニ規定スルカ如ク請求其モノノ全部若クハ一部ヲ裁判スルモノニ非スシテ其全部若クハ一部ヲ裁判スル

終局判決ニ達スル必要ノ準備トシテ簡簡ノ爭點ニ付テ爲ス裁判ヲ下スヘキ場合ナリ然ルニ訴ノ取下ヲ適法トスルヤ否ヤノ裁判ハ訴訟手續ノ進行ニ關スル裁判ニシテ訴ノ適法若クハ不適

法或ハ請求ノ正當ナリヤ否ヤヲ決スルノ裁判ニ非サルハ勿論請求ニ關スル裁判ノ準備トナル性質ノモノニモ非ス然ラハ訴ノ取下ヲ許サストスル裁判ハ中間判決ノ形式ヲ以テ爲スヘキモ

ノニ非ス訴ノ取下ヲ許ス裁判モ亦終局判決ヲ以テ爲スヘキモノニ非ス總テ決定ノ形式ヲ以テ裁判スヘキモノナリト予ハ乙説ニ賛成ス

第五 和解

民法ニ於ケル和解トハ當事者カ互ニ讓歩ヲ爲シテ其間ニ存スル争ヲ止ムル契約ナリ訴訟法上ノ和解ハ間接ニ實體法上ノ效果ヲ生スルコト勿論ナリト雖モ訴訟法上ノ和解ハ其目的トスル處ハ既ニ生シタル訴訟若クハ正ニ生セントスル訴訟ヲ止ムルヲ以テ目的トス而シテ訴訟法上ノ和解モ亦一ニ反對論者アレトモ當事者カ互ニ讓歩ヲ爲スコトヲ必要トス訴訟法上ノ和解ハ實體法上ノ和解ニ比シ一ノ大ナル效力アリ即チ強制執行ノ名義トナルコト是ナリ左ニ其定義ヲ下セ

訴訟法上ノ和解トハ裁判所ノ仲介ニ依リ當事者カ互ニ讓歩ヲ爲シ其間ニ存スル争ヲ止ムル行爲ニシテ訴訟ヲ完結シ且ツ判決ト同一ナル強制執行上ノ效力ヲ有スルモノヲ謂フ

和解ニ關スル詳細ハ二編以下ノ説明ニ讓リ茲ニ簡單ニ要點ヲ説述スルニ止ム

(一) 訴訟法上ノ和解タルニハ受訴裁判所、受命判事若クハ受托判事ノ面前ニ於テ之ヲ爲シタルコトヲ要ス故ニ訴提起後當事者相互間ニ和解ヲ成立セシメタリトスルモ訴訟法上ノ和解ト云フコトヲ得ス裁判所書記ノ面前ニ於テ爲スモ亦同シ

(二) 係争物ニ關スルコトヲ要ス

當事者間ニ争アル事物ニ關スルコトヲ目的トセサルヘカラス故ニ例ヘハ原告カ千圓ノ貸金ヲ請求スルニ當リ被告ハ其債務ヲ認諾シタル場合ニハ假令名ハ和解ヲ以テスルモ之ヲ訴訟法上ノ和解ト云フコトヲ得ス

(三) 相互ニ讓歩スルコトヲ要ス

(四) 當事者カ行爲能力若クハ代理權限ヲ有スルコトヲ要ス
訴訟法上ノ和解ハ裁判所職權ヲ以テ之ヲ試ムルコトヲ得(二二一條)

訴訟法上ノ和解ノ效力ハ左ノ如シ

(一) 一般ノ契約ト同シク當事者ヲ羈束ス

(二) 強制執行ノ名義ト爲ル

(一)ノ效力トシテ當事者ヲ羈束スルカ故ニ和解アリタル事物ニ付キ訴ヲ提起シタルトキハ相手方ハ既ニ和解ノ成立シタルコトヲ理由トシテ抗辯ヲ爲スコトヲ得然レトモ此抗辯ハ防訴抗辯ニ非スシテ本案ノ抗辯ナリ

(二)ノ效力トシテ強制執行ノ名義ト爲ルコトハ第五五九條第三號ニ規定スル處ニシテ債權者ハ判決ト同一ノ方法ニ依リ強制執行ヲ爲スコトヲ得

以上述ヘタル處ハ訴提起後ニ於ケル和解ナリト雖モ訴訟法上ノ和解ハ必スシモ訴ノ提起アルコトヲ必要トセス申請ニ基ク和解アリ即チ民事訴訟法第三八一條ニ規定スル處ニシテ申請ハ區

裁判所ニ爲スヘク申請ヲ受ケタル區裁判所ハ當事者雙方ヲ呼出シ之ヲ爲スモノニシテ此手續ニ於テ成立シタル和解ハ提起後ニ成立シタル和解ト其效力ニ於テ異ナルコトナシ以上ヲ以テ訴訟完結行為ノ説明ヲ了レリ

終リニ臨ミ特別ノ訴訟行為ニ付キ説述セントス

(一) 裁判管轄ノ合意(一九條)

是レ前述シタル訴訟材料提供行為、及ヒ完結行為ノ何レニモ屬セサル行為ナリ即チ管轄ノ合意ハ當事者ノ合意ヲ以テ定メタル裁判所ニ訴ヲ起スヘク或ハ訴フルコトヲ得ヘシトノ訴ノ成立前ノ行為ナリ

(二) 訴訟手續休止ノ合意(一八八條)

此合意ヲ爲シテ一ケ年内ニ口頭辯論期日指定ノ申立ヲ爲ササルトキハ本訴及ヒ反訴ハ取下タルモノト看做サル故ニ此合意ハ條件附ノ訴訟完結行為ト云フモ可ナリ

(三) 訴訟手續休止ノ結果ヲ生スル消極的行為

當事者カ合意シテ訴訟ヲ休止スルニアラスシテ口頭辯論期日ニ當事者相手方出頭セサル爲メ訴訟手續休止ト爲ル場合ヲ云フ懈怠行為ト云フモ可ナレトモ普通ノ懈怠行為ト異ナルハ當事者雙方ニ生セシムル影響ハ同一ニシテ其行為ノ結果ハ當事者雙方ニ對シテ同等ナルノ點ニア

(四) 訴訟手續中止ノ申請(一二一條、一二二條)

訴訟手續ノ中止ハ裁判所職權ヲ以テ爲スヲ得ルモ當事者モ亦自ラ進テ之カ申請ヲ爲スコトヲ得ルナリ

(五) 訴訟手續ノ受繼(一八三條以下)

訴訟手續ノ中止、及ヒ受繼ハ訴訟材料ノ提供行為又ハ完結行為ノ何レニモ屬セス何トナレハ一ハ訴訟手續ノ進行ヲ止ムル效果ヲ生スルニ止マリ一ハ訴訟手續ヲ回復スルニ止マルヲ以テナリ

(六) 懈怠行為、及ヒ過失行為

懈怠行為トハ第一七三條以下ニ規定スル如ク訴訟行為ヲ怠リタル者ヲシテ其行為ヲ爲ス權利ヲ失ハシムル效果ヲ生スルモノヲ云フ(七五條參照)

過失行為トハ當事者カ誠實ニ訴訟行為ヲ爲ササルヘカラサルノ義務ニ違背シ之カ爲メニ訴訟上不利益ナル結果ヲ受ケ若クハ特別ノ裁判ヲ受クルモノヲ云フ當事者ハ誠實ノ義務ニ負タコトアルモ虚言ヲ陳ヘタル場合ト雖モ常ニ必スシモ不利益ナル結果ヲ受ケ又ハ特別ノ判決ヲ受クルモノニアラサレトモ其義務違背ノ程度ノ重大ナル場合ニ於テハ法律ハ其當事者ニ責任ヲ負ハシム例ヘハ當事者カ自己ノ實驗シタル事實ニ付キ不知ノ陳述ヲ爲シタルトキハ民事訴訟法第一一二條第三項ニ依リ之ヲ自白シタルモノト看做サルルコトアルヘク又無益ナル訴訟行

爲ラ爲シ或ハ訴訟ノ進行ヲ遅延セシメタルトキハ訴訟費用ノ負擔ヲ命セラルヘシ(七五條、七六條、七七條)訴訟ノ進行ヲ遅延セシメタルトキハ訴訟費用負擔ノ外惡意アリタルトキハ其提出シタル防禦方法證據方法ヲ却下セラルヘシ(二一〇條、二一四條、三四七條)又證書ノ真正ナルコトヲ争ヒタル當事者ニ惡意若クハ重過失ノ責任アル場合ニハ過料ノ制裁ヲ受ク(三五五條)又證書ノ提出ヲ故意ヲ以テ拒ミ之ヲ隠匿シ毀滅シタルトキハ第三四一條ニ其制裁アリ

第二款 裁判所及ヒ其附屬機關ノ行爲

裁判所ノ訴訟行爲ハ私權保護ノ目的ヲ達スルニ必要ノ手段タル行爲ヲ謂フ其行爲ノ主要ナルモノハ判決及ヒ強制執行是ナリ

強制執行ハ敗訴ノ判決ヲ受ケタル者カ任意ニ其義務ヲ履行セサル場合ニ於テ之ニ對シテ施ス處分ナリ而シテ強制執行ハ常ニ判決ノミニ基キテ爲スモノニ非ス第五九條各號ニ記載スル名義ニ基キテモ亦之ヲ爲ス

判決ナルモノハ口頭辯論ニ基キ下スモノナルカ故ニ裁判所ハ判決ヲ爲ス以前ニ當リ其準備ト爲ルヘキ數多ノ行爲ヲ施ササルヘカラス其主要ナル行爲ヲ舉レハ

(一) 口頭辯論ノ開始及ヒ續行

是レ訴訟材料ノ蒐集行爲ニシテ當事者ノ方面ヨリキル訴訟材料ノ提供行爲ナリ口頭辯論ナルモノハ私權保護ノ手段タル判決ヲ爲ス基本タル手續ナルカ故ニ如何ナル場合ト雖モ之ヲ省略スルコトヲ得ス當事者ノ一方カ欠席セル場合ト雖モ口頭辯論ハ常ニ開始セサルヘカラス之ヲ以テ學者ハ判決ハ必要ノ口頭辯論ニ基テ裁判ニシテ決定ハ任意ノ口頭辯論ニ基テ裁判ナリト云ヘリ

判決ニハ口頭辯論ヲ必要トスルカ故ニ從テ辯論ヲ開始スルニハ亦其準備行爲ヲ要スルヤ勿論ナリ期日ノ指定及ヒ呼出狀ノ送達是ナリ而シテ辯論ハ裁判長ノ指定シタル期日ニ當事者雙方裁判所ニ出頭シテ之ヲ爲スヲ通則トスレトモ區裁判所ノ訴訟手續ニアリテハ簡易迅速ヲ旨トスルカ故ニ裁判所ノ呼出及ヒ期日ノ指定ナクシテ原告被告共ニ裁判所ニ出頭シテ辯論ノ開始ヲ求ムルコトヲ得ルノ例外アリ(三七八條)

口頭辯論ノ目的ハ訴訟材料ノ蒐集ニアリ而シテ其蒐集ニ付テハ法律ニ定メタル一定ノ順序ニ從ハサルヘカラス例ヘハ辯論開始後當事者雙方一定ノ申立ヲ爲シ原告ハ請求ノ原因タル事實ヲ陳述シ被告ハ之ニ對スル答辯ヲ爲シ原告被告ハ互ニ證據ヲ提出シ又互ニ自己ノ證據ニ付キ説明シ相手方ノ證據ニ對シ陳述ヲ爲シ裁判所ハ證據調ヲ爲シ及ヒ其結果ニ付テ當事者ヲシテ辯論ヲ爲サシメ辯論終結後判決ヲ爲スカ如キ是ナリ是等ノ行爲ヲ稱シテ口頭辯論ト云フ辯論ノ續行トハ開始ノ期日ニ辯論ヲ終結セスシテ他ノ期日ニ引續キ之ヲ爲スヲ謂フ

右ニ述ヘタルハ最モ簡易ナル場合ニ關スル説明ナリ實際上複雑ノ手續ヲ要スル場合多シ茲ニハ其説明ヲ省略ス

(一) 裁判行為即チ訴訟完結行為

裁判トハ廣義ニ於テハ裁判所若クハ判事(受命判事受托判事ヲ包含ス)カ訴訟ニ於テ當事者若クハ第三者ニ對シテ爲ス意思表示ニシテ請求ノ全部若クハ一部或ハ訴訟手續上ノ争點ニ付キ下ス處ノ判斷ナリ而シテ裁判ニハ三種アリ判決、決定、命令是ナリ

判決トハ必要的口頭辯論ニ基キ法定ノ形式ニ依リ發表スル裁判所ノ宣告ナリ更ニ之カ定義ヲ下セハ判決トハ實體上若クハ形式上ノ權利保護ノ請求ヲ認許シ或ハ拒否スル國家ノ意思表示ニシテ裁判所ニ依リテ發表スルモノヲ謂フ

決定トハ合議裁判所若クハ單獨判事カ任意的口頭辯論ニ基テ下ス宣言ナリ決定ハ判決ト同シク實體上若クハ形式上ノ權利保護ノ請求ヲ認許シ若クハ拒否スルモノアレトモ決定ハ多クノ場合ニ於テ形式上ノ事項ニ付テ下ス裁判ナリ

命令トハ裁判長、受命判事、受托判事カ書面審理若クハ口頭辯論ニ基キ下ス裁判ニシテ專ラ訴訟上ノ指揮ニ關スルモノヲ謂フ我訴訟法ニ於テハ其性質決定ナレトモ命令ナル文字ヲ用ユルモノアリ支拂命令、執行命令、假差押命令、假處分命令等はナリ

前記三者ノ比較論究ノ詳細ハ第二編ノ說明ニ譲リ茲ニ簡單ニ其要點ヲ説明セン

(A) 形式上ノ差異

(一) 決定、命令ニハ特別ノ形式ヲ必要トセス之ニ反シ判決ニハ第二三六條、第二三七條ニ規定スル形式の要件ヲ具備セサルヘカラス

(二) 判決ハ口頭辯論ヲ經ルコトヲ要シ且判決ノ基本ト爲ルヘキ口頭辯論ニ臨席シタル判事ニ非サレハ判決ヲ爲スコトヲ待ス之ニ反シテ決定命令ハ必要的口頭辯論ヲ經ルコトヲ要セス又他ノ判事ノ蒐集シタル材料ニ基キテ之ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ

(三) 判決ハ必スヤ之ヲ言渡ササルヘカラス之ニ反シテ決定、命令ハ言渡ヲ爲ササルヲ原則トシ例外トシテ口頭辯論ヲ經タル決定ハ言渡ヲ爲スヘキモノトセリ

(四) 判決ニハ常ニ理由ヲ附セサルヘカラス理由ヲ附セサル判決ハ違法タリ之ニ反シ決定命令ニハ理由ヲ附スルコトヲ要セス

(B) 效力上ノ差異

(一) 判決ハ其成立シタル以後ニ於テハ之ヲ爲シタル裁判所ヲ羈束スルカ故ニ其裁判所ハ後日之ヲ變更スルコトヲ許ササルモ決定命令ハ原則トシテ變更取消ヲ許ス換言セハ決定命令ニハ裁判所ハ羈束セラルルコトナシ但更止判決補充判決ヲ爲スハ判決ノ變更ニアラス

(C) 攻撃方法ノ差異

判決ニ對スル攻撃方法ハ控訴、上告ニシテ決定命令ニ對スル攻撃方法ハ抗告ナリ

判決ニハ對席判決、缺席判決、形式上ノ判決、實體上ノ判決、給付判決、確定判決、創設判決、主タル判決、従タル判決、終局判決、中間判決、全部判決、一部判決等ノ區別アレトモ其説明ハ省略ス

次ニ判決ノ效力ニ付テ主要ナル左ノ四點ヲ簡單ニ説明セントス

- (一) 證據力即チ證明能力
- (二) 羈束力即チ其裁判ノ命スル處ニ反對スル行動ヲ爲スヲ許ササルノ效力
- (三) 執行力即チ強制執行ノ名義ト爲ル效力
- (四) 確定力即チ手續上判決ヲ變更スルコト能ハサラシムル效力

第一 證據力ニ付テハ舊民法ニハ既判力ハ真正ト推定スル旨ノ條文アリ即チ裁判ヲ以テ判決シタル事項ハ眞ニ存在スルモノト推定セラルルカ故ニ或事實ヲ證明スルノ證據トシテ判決其他ノ裁判ヲ提出シタルトキハ受訴裁判所ハ其裁判ニ於テ確定シタル事項ヲ否定スルコトヲ得ス又之ト牴觸相容レサル他ノ事實ヲ認定スルコトヲ得ス是レ舊民法ノ採用セシ主義ナリシモ現行民法竝ニ民事訴訟法ニハ此ノ如キ規定存在セス反テ民事訴訟法第二一七條ニハ自由心證主義ノ原則ヲ表明スルカ故ニ現行法制ノ下ニ於テハ裁判ナルモノハ證據ノ點ヨリ觀察セハ一ノ書證タルニ外ナラス三十八年十一月大審院民事第二部ノ判例ニ依ルモ當事者カ他ノ判決ヲ證據トシテ提出シタル場合ハ其證據ハ普通ノ書證ト異ナルコトナキカ故ニ裁判所ハ之ヲ取捨解

釋スルニ羈束力受ルコトナシ又他ノ證據ヲ取捨解釋スルニ當リテモ書證トシテ見ルヘク判決ニハ何等羈束セラルルコトナシトセリ而シテ此證據力ハ決定命令ニ付テモ亦同一ニ論スヘキモノナリ

第二 羈束力又ハ拘束力ハ左ノ如ク區別スヘキモノナリ

- (甲) 裁判ヲ下シタル者ニ對スル羈束力即チ裁判官其人ニ對スル羈束力
- (乙) 他ノ裁判機關ニ對スル羈束力
- (丙) 之ヲ受ケタル者即チ訴訟當事者ニ對スル羈束力

是レナリ
裁判ヲ爲シタル者ニ對スル羈束力ハ判決ニ關シテハ第二四〇條ノ規定存ス決定命令ニ付テハ第二四五條ノ規定ニ依レハ第二四〇條ヲ準用スルカ故ニ單ニ法文上ノ解釋トシテハ決定命令モ亦何等ノ例外ナク之ヲ爲シタル者ニ對シテ羈束力アルモノノ如シ然レトモ沿革上ノ理由ト決定命令ノ性質トヲ考察セハ第二四五條ノ準用ノ規定ハ準用スヘキ條文ヲ誤リタルモノニシテ立法者ノ粗漏ニ出ラタルコトヲ知ルニ難カラサルヘシ

唯學理上決定命令カ羈束力ヲ生スルハ實質的裁判タルノ性質ヲ有スル場合ニ限ルモノトス他ノ機關ニ對スル羈束力及ヒ當事者ニ對スル羈束力ハ裁判ノ確定ニ依リテ始メテ生スルモノニシテ裁判ヲ爲シタル者ニ對スル羈束力ハ裁判ノ確定ニ依リテ生スルニ非スシテ裁判ヲ發表

スルト同時ニ生スルモノナリ

羈束力ニ關スル重要ナル問題ノ第一ハ特別裁判所ノ裁判ハ通常裁判所ヲ羈束スルヤ否ヤ是ナリ予ハ此問題ニ付テハ左ノ如ク謂ハントス

即チ特別裁判所ノ裁判ハ必スシモ通常裁判所ヲ羈束セサレトモ其裁判力附與の性質ヲ有スルカ又ハ創設の性質ヲ有スル場合ニ於テハ特別裁判所ノ裁判モ亦通常裁判所ヲ羈束スト例ヘハ特許、意匠、商標ニ關スル特許局ノ審判ハ既存ノ關係ヲ確定スルコトヲ目的トスルニ非スシテ特許權ヲ與フヘキヤ否ヤヲ審判スルモノニシテ特許權ヲ與フヘキモノト判定シタル場合ニ於テハ則チ其裁判ニ依リ出願者ハ一ノ權利ヲ得ルモノニシテ特許ノ裁判前ニ有セシ特許權ヲ審判ニ依テ確定セシムルモノニ非ス故ニ此ノ如ク此特許局ノ裁判ハ新ニ特許權ヲ附與スルモノナリ特許局ノ審判ニ依リテ特許權ヲ得タル者アリタル場合ニハ其審判カ明カニ特許法ニ違背スル場合ニ於テモ通常裁判所ハ其審判ヲ無視シテ特許權ヲ有セサルモノトシテ訴訟ヲ裁判スルコトヲ得ス

第二ノ問題ハ刑事判決ト民事判決トノ關係是ナリ詳言セハ民事ノ確定判決ハ刑事裁判所ヲ羈束スルヤ又刑事ノ確定判決ハ民事裁判所ヲ羈束スルヤノ問題ナリ

此問題ニ付テモ前述シタルト同様創設の性質ヲ有スル裁判ハ民事裁判モ亦刑事裁判所ヲ羈束シ刑事裁判モ亦民事裁判所ヲ羈束スト信ス例ヘハ茲ニ夫婦ノ離婚ヲ命シタル民事ノ確定判決アリ其離婚ヲ命セラレタル當事者ノ一方タル婦カ其離婚ノ判決確定後姦通シタリトノ公訴起リタリト假定セシ此場合ニ刑事裁判所ハ姦通罪ヲ認定スルコトヲ得ルヤ否ヤ又養子縁組ノ離婚ヲ命シタル民事確定判決アリ其判決ヲ受ケタル養子カ元ノ養親ヲ殴打シタル場合ニ於テ刑事裁判所ハ養親ニ對スル毆打罪トシテ公訴ヲ受ケタルトキハ縁組ノ判決アルニ拘ハラシ其實ヲ認定スルコトヲ得ルヤ否ヤ予ハ此兩箇ノ設例ニ付テハ消極的斷案ヲ下ササルヘカラスト信ス何トナレハ姦通罪ノ成立ニハ相姦者ノ一方カ夫ヲ有スルコトヲ必要トス尊屬親ニ對スル犯罪ノ成立ニハ親子關係アルコトヲ要素トス然ルニ夫婦關係及ヒ親子關係ハ民事ノ確定判決ニ依リテ既ニ離斷セラレタルモノナリ而シテ此民事判決ハ創設的判決タルノ性質ヲ有スルカ故ニ刑事裁判所ヲ羈束スト謂ハサルヘカラス何トナレハ此場合ニ於ケル刑事裁判所ノ權限ハ既ニ存在スル事實ニ基キテ裁判ヲ下スニ止マルヘキモノニシテ民事裁判ノ當否ヲ判斷スルヲ得サレハナリ更ニ之ヲ云ヘハ離婚縁組ヲ命スルカ如キハ刑罰權ノ行使ヲ目的トスル刑事裁判所ノ職權トシテ之ヲ爲スコトヲ得サルヲ以テ此場合ニ於テハ離婚縁組ヲ命スルノ職權ヲ有スル裁判所ノ下シタル裁判ヲ遵守セサルヘカラス刑事裁判所ノ事實ヲ認定スルニ付キ專權ヲ有スト雖ヒ其所謂事實認定權ハ民事裁判所カ其職權内ニ於テ如何ナル裁判ヲ爲シタルヤヲ決スルニ止マリ其裁判ノ法律上正當ナリヤ否ヤヲ決スルハ事實認定權ノ範圍外ニ出ツルモノナレハナリ



更ニ例ヲ變シテ反對ノ方面ヨリ觀察センニ刑事裁判所ハ姦通罪ヲ構成スヘキ事實アリト認定シ即チ婚姻關係ノ存スルコトヲ認メタル場合又ハ養親子關係アリト認メタル場合ニ於テ民事裁判所ハ其婚姻ノ無効又ハ養子縁組ノ無効ナリトノ裁判ヲ刑事判決ノ確定後ニ於テ下スコトヲ得ルヤ否ヤ予ハ此問題ニ對シテハ積極的斷案ヲ下ウント欲ス何トナレハ此場合ニ於ケル夫婦關係若クハ親子關係ナルモノハ刑事ノ判決其者ニ依テ生スル事實ニ非スシテ單ニ刑事ノ判決ニ依リテ確定セラレタル事實ニ過キス換言セハ刑事ノ判決前ニ於テ既ニ存シタル事實ヲ刑事判決ニ於テ確定シタルニ過キス判決其者ニ依リテ發生シタル事實ニ非サルナリ此場合ニ於ケル刑事判決ノ性質ハ夫婦關係、親子關係ノ點ニ於テ確定の性質ヲ有スルニ過キスシテ附與的、創設的の性質ヲ有スルニ非サルナリ然ラハ事實其者ヲ確定スルコトハ各裁判所ニ於テ自由ノ專權ヲ有スルカ故ニ婚姻關係、親子關係アリトスル刑事裁判所ノ判決ノ爲メニ民事裁判所ハ羈束セラレルモノニ非サレハナリ

以上二問題ニ關スル論決ノ趣旨ヲ約言セハ附與的、創設的、性質ヲ有スル裁判ハ他ノ裁判所ヲ羈束シ確定の性質ヲ有スル裁判ハ他ノ裁判所ヲ羈束セスト云フニ歸著ス此問題ハ學者間ニ議論アル處ナルカ故ニ仍ホ諸君ノ研究アランコトヲ望ム

執行力トハ先ニ一言シタル如ク判決ノ目的ト爲リタル請求ニ付キ強制執行ヲ爲スコトヲ得ヘキ效力ヲ謂フ而シテ判決ハ原則トシテ確定スルニ非スンハ強制執行力ヲ有セサレトモ(四九

七條)或種ノ判決ニハ假執行ノ宣言ヲ附スルコトヲ得ルモノニシテ此判決ハ條件付ノ執行力ヲ生スルモノナリ(五〇一條、五〇二條、五〇三條)決定、命令ハ之ニ反シテ直チニ執行力ヲ生スルヲ原則トス(四六〇條)

執行力ヲ廣義ニ解釋スルトキハ強制執行力ノミヲ云フニ非ス第二三五條第二項ニ規定スルカ如ク言渡アリタル判決ニ基キ訴訟手續ヲ續行スルカ如キモ亦判決ノ執行ニ外ナラス例ヘハ第四二七條第四九一條ノ留保判決ノ如キ是ナリ

確定力トハ裁判ヲ變更スル能ハサルノ效力ヲ謂フ但判決ヲ更正シ若クハ補充スル判決ヲ爲スカ如キハ判決ヲ變更スルモノニ非ス

判決ハ如何ナル場合ニ於テモ確定力ヲ生スルモノトス之ニ反シ決定、命令ハ確定力ヲ生スルモノアリ或ハ生セサルモノアリ例ヘハ抗告ノ目的トナル決定ハ抗告期間ノ經過ニ依リテ確定力ヲ生スレトモ證據決定ノ如キハ確定力ヲ生スルコトナシ

命令ハ訴訟事件ノ完結シタルトキハ自ラ確定力ヲ生シタルト同一ノ結果ニ至ルモノナレトモ命令其者ノミノ效力トシテハ確定力ヲ生スルコトナキヲ原則トス

確定力ヲ別テ形式上ノ確定力及ヒ實質上ノ確定力トナス形式上ノ確定力トハ訴訟手續上上訴ノ途ナキニ至リタル場合ニ生スルモノヲ謂フ換言セハ之ヲ攻擊スル訴訟手續ナキカ又ハ上訴期間ノ經過ニ因リ之ヲ行フコト能ハサルニ至リタル場合

0333

ニ生スルモノヲ稱シテ形式の確定力トナス例ヘハ控訴、上告ヲ以テ攻撃スルコト能ハサルニ至リタル場合ノ如キ是ナリ

實質の確定力或ハ實質上ノ確定力トハ形式上ノ確定力ノ生シタル結果トシテ當事者ハ其裁判ヲ實體上動かスコト能ハス之ニ服從セサルヘカラサル状態ヲ生スルモノヲ謂フ廣義ニ於テハ確定力ノ中ニ執行力、羈束力ヲ包含セシムルモ可ナリトスレトモ確定力ヲ有スルモノハ常に執行力ヲ有スルモノト云フコトヲ得ヌ又確定力ヲ有セサルモ執行力ヲ有スル裁判所アリ假執行ノ宣言ヲ附シタル判決ノ如シ形式の決定亦同シ又羈束力ハ必スシモ確定力ニ伴フモノニアラスシテ判決ノ場合ニ於テハ確定前ニ生スルモノナリ

判決ノ確定力ニ關スル有名ナル問題ハ判決ハ主文ノミ確定スルヤ理由モ亦確定スルモノナリヤ否ヤノ問題ニシテ民事訴訟法第二四四條ノ解釋論トシテ生スルモノナリ

或學者ハ曰ク確定力トハ判決主文ニ依リテ判斷セラレタル請求若クハ法律關係ニ付テノミ生スルモノニシテ主文自體若クハ理由其者ハ確定力ヲ有セス唯之ニ依リテ判斷セラレタル請求若クハ法律關係ニ付テノミ確定力ヲ生スト謂ヒ他ノ學者ハ判決ハ主文ノミ確定シ理由ハ確定セスト謂ヘリ

予ハ左ノ如ク説明セントス

元來理由ナルモノハ主文ノ由テ生スル前提ナリ主文ノ如何ナル意義ヲ有スルヤハ理由ニ依ル

知ルノ必要アリ之ヲ以テ公判開廷後意外ノ證人訊問等ニ驚カサルカ如キコトアラシムヘカラス故ニ一方ヨリ請求シタル證人ハ必ス之ヲ相手方ニ通知セサルヘカラス(一九二條)

(五) 證人、鑑定人ノ呼出ニ付テハ豫審ノ章ニ於ケル規定ヲ準用スルモノトス(一九〇條)

五 公判開廷ノ檢證 本法第二一六條ニ區裁判所判事ハ豫審ヲ經サル被告事件急速ヲ要スルトキハ公判ニ取掛ル前、檢證處分ヲ爲スコトヲ得ルノ規定アリ是レ畢竟急速ヲ要スルカ

故ニ公判ノ開廷ヲ俟ツコト能ハサル場合ヲ想像シ證據調ハ必ス公判開廷後ニ爲ス原則ニ對シ特例ヲ設ケタルモノニシテ此規定ノ目的トスル所ハ公判ノ準備トシテ證據ノ保全ヲ爲スニアリ故ニ開廷前ニ檢證スルハ本條ノ規定アリテ始メテ行ハル其豫審ヲ經サル事件ニ限リタルハ豫審ヲ經タル事件ハ必ス豫審ニ於テ檢證ヲ爲シ得ヘキカ故ナリ而シテ此檢證ハ必要の準備ニアラス

六 被告人ノ辯護ノ準備 其準備行爲ヲ列舉セハ左ノ如シ

(一) 辯護人カ訴訟記録ヲ閱讀抄寫スルコト(一八〇條)

(二) 地方裁判所ノ重罪事件ニ付キ被告人ヲ開廷前ニ一應訊問スルコト(二三七條)

此訊問ニ於テ被告人ハ豫審ニテ申立テタル事實ヲ補充シ又ハ變更スルコトヲ得又證據ノ取調ヲ請求スルコトヲ得ヘシ裁判所ハ訊問ニ依リ或ハ證人呼出ノ必要ヲ認メ其他重罪事

件審理ノ方針ヲ定ムルモノトス而シテ本法ニ於テハ此訊問ヲ重罪事件ノ公判ヲ開廷スルニ付テノ必要條件トセルヲ以テ此訊問ヲ爲サスシテ公判ヲ開キ判決ヲ爲シタルトキハ其判決ハ破毀ヲ免カレス是レ蓋シ重罪事件ハ特ニ鄭重ヲ要スルヲ以テナリ此訊問ニ付テハ裁判所書記特ニ調査ヲ作ルヘキモノナリ

(三) 辯護人ノ選任(一七九條二項三三七條二項參照) 前示(二)ノ場合ニ於ケル訊問ニ依リ被告人カ辯護人ヲ選定セザリシコトヲ知リタルトキハ裁判長ハ其職權ヲ以テ裁判所所屬ノ辯護士中ヨリ之ヲ選任ス

以上ハ公判ノ準備手續ナリ然レトモ豫審終結決定ト公判開廷ノ間ニ行ハルル手續ハ悉ク公判ノ準備手續ナリト誤解スルコトナキヲ要ス公判ニ於テ保障ヲ許シ責付ヲ爲スカ如キハ其間ニ行ハルル手續ナリト雖モ公判手續ニハ何等ノ關係ナクシテ其準備手續ナリト云フコトヲ得サルナリ

第三章 公判開廷

公判開廷ノ手續ハ之ヲ手續ノ行ハルル時ノ點ヨリ觀察スレハ公廷ニ於テ裁判長カ被告人ニ對シ其姓名、年齢、身分、職業、住所及ヒ出生ノ地ヲ訊問スルニ始マリ終局判決ノ言渡ヲ以テ終了スル訴訟ノ一段落ナリト謂フヘシ之ヲ事物ノ上ヨリ觀察スレハ直接ニ判決裁判所ノ面前ニ於テ彈劾ノ方式ニ依リ行ハレ且通知ハ公訴ヲ以テ主張セラレタル刑罰請求權ニ付キ判決ヲ爲スノ手續ナリトス本法第一七六條ニ所謂「公判」ハ此手續ニ相當スルモノナリ

右ノ公判開廷ノ意義ニ依レハ公廷ニ於テ爲スヘキ手續ニアラサレハ縱令時ノ點ヨリシテ公判ヲ開廷シタル後ニ行ハルル處分ト雖モ之ヲ公判開廷ノ手續ト爲スヘカラス從テ公判ニ於テ爲スヘカラサル處分ニハ公判開廷ノ手續ニ付キ行ハルル原則カ直チニ適用セララルヘキモノニアラス即チ本法第二六八條及ヒ第二四一條第二項ニ依リ受命判事ノ爲スヘキ處分ハ公判開廷ノ手續ニアラズ殊ニ第二四一條第二項ニ於テハ公判開廷ヲ止メ受命判事ヲシテ取調ヲ爲スヘキ旨ヲ規定シ以テ受命判事ノ處分ハ公判開廷ノ手續ニアラサルコトヲ明カニス又公判部員全體カ犯所其他ノ場所ニ臨檢シテ檢證ヲ爲ス場合ニ於テモ受命判事ノ檢證ト同シク之ヲ公判開廷ノ手續ト爲スヘカラス何トナレハ此場合ニ於テハ判決裁判所カ犯所其他ノ場所ニ於テ公判ヲ開廷スルモノニヘキ檢證モ亦之ト異ナル所ナシ凡ソ開廷ハ裁判所又ハ支部ニ於テ之ヲ爲スコトハ裁判所構成法第一〇三條ノ規定スル所ナリ犯所ニ臨檢スルハ公判開廷ニアラサルコト此規定ニ依リ既ニ明カナリ而シテ此處分ハ公判開廷ニ於ケル證據調ヲ準備スルニアルカ故ニ其處分ヲ公判ニ於テ再ヒ顯出セシムルニアラサレハ其處分ニ依テ得タル材料ヲ判決ニ採用スル能ハス即チ公判部員カ犯所ニ於テ實驗シタル所ヲ以テ直チニ判斷ノ用ニ供スルヲ得スシテ公廷ニ於テ檢證圖書ヲ朗讀シ始メテ之ヲ證據ニ供スルヲ得ルモノナリ去レハ此處分ノ目的ハ豫審處分ノ目的ト異ナラサルヲ

0335

以テ豫審ニ關スル規定ヲ準用シテ其手續ヲ行ヒ檢事、被告人其他ノ訴訟關係人ノ立會ヲ要件ト爲ナス其他公判開廷手續ニ關スル原則ハ此處分ニ行ハルルモノニアラサルナリ既ニ公判部員全體又ハ受命判事ノ犯所ニ於ケル檢證ニシテ此ノ如キモノナリトセハ此檢證ノ場所ニ於テ爲ス證人訊問等ノ處分モ亦同一性質ノモノナリト認メサルヘカラス判例ニ依ルモ此場合ニ於ケル證人訊問ハ檢證ノ一部ト爲セリ之ヲ指シテ檢證ノ一部ト爲スハ其當ヲ得タルモノニアラスト雖モ其性質カ共ニ公判開廷ノ手續ニアラサルコトヲ認ムルニ足レリ

公判開廷ノ手續ハ刑罰請求權ノ有無ヲ判決ヲ以テ定ムルヲ通常ト爲スト雖モ必スシモ刑罰請求權ヲ定ムル手續ノミニ限ラレルモノニアラス管轄ノ問題又ハ公訴ヲ受理スヘキヤ否ヤノ問題ニ關スル手續モ亦公判開廷ノ手續タリ又公開ヲ停止スル言渡ノ如キ故障ノ適法ナルヤ否ヤヲ審査スル手續ノ如キモ亦之ニ屬ス現行法ニ於テハ毫モ本案ノ手續ト本案以外ノ手續ニ付キ公判開廷手續ヲ區別スルノ規定ヲ設ケサルナリ

公判開廷ノ手續ニ於テハ此手續ノ開始スル以前ニ於テ準備セラレタル訴訟ノ全體ヲ判決裁判所ノ判決ニ依リ終局ニ判定スルニアルヲ以テ刑事訴訟手續ノ中樞ヲ爲ス者ナリ故ニ訴訟ノ全體カ公判ニ顯出スルヲ公判開廷手續ノ要件トス換言スレハ公判開廷以前ノ手續ニ依リ得タル材料ハ公廷ニ於ケル證據調ニ依リ再ヒ之ヲ審査スルヲ要ス又公訴提起ノ手續又ハ豫審終結決定ノ手續ノ行ハレタルコトモ亦檢事カ公廷ニ於テ爲ス被告事件ノ陳述ニ依リテ顯出スルヲ要ス其他被告

人ノ訊問證人鑑定人ノ訊問モ亦直接審理ノ原則ニ從ヒ再ヒ判決裁判所ノ面前ニ於テ終局ノ審理トシテ繰返サルルヲ要スルモノナリ然ル後當事者モ他ノ訴訟關係人カ對審ノ方式ニ依リ攻撃及ヒ防禦ノ理由ヲ辯論シ判決ノ言渡ヲ以テ全訴訟手續ノ結末ヲ告グルモノナリ

公判開廷手續ハ訴訟行爲ニ關スル主義原則カ絕對ニ行ハルル段落ナリ彈劾主義即チ訴訟主義ハ最モ明晰ニ公判開廷手續ノ方式ノ上ニ表ハレ又口頭辯論主義及ヒ直接審理主義モ或例外ヲ認メラルル外ハ總テノ手續ノ上ニ行ハレ又公開主義モ行ハルル所ナリ由テ他ノ訴訟ノ段落ト全ク異ナル組立ヲ要スルモノナリ

公判開廷手續ニ於テハ彈劾ノ方式カ行ハルルカ故ニ三個ノ訴訟主體カ在廷スルヲ其訴訟條件トス又訴訟關係人中在廷ヲ必要トスル者アリ

殊ニ被告ハカ引續キ出廷スルコトヲ要ス被告人カ公判ニ引續キ出廷スルコトヲ要スルハ公判全體ノ規定ヨリ推知スルヲ得(一八二條一八三條一九八條二一九條參照)然レトモ亦本法ニ於テハ闕席判決ナルモノヲ認メ事件ノ輕重ヲ問ハス被告人闕席ノ儘判決ヲ爲スヲ得サルナリ去レト本法ノ闕席判決ナルモノハ民事訴訟法ト異ナリ被告人ニ對シテ實體上不利利益ノ結果ヲ生セス又闕席判決ヲ認ムルモ被告人ハ自ラ進シテ闕席ノ儘審理裁判ヲ受クルノ權利ヲ有スルモノニアラス裁判所又ハ裁判長ハ勾引狀又ハ勾留狀ヲ發シテ被告人ノ出廷ヲ強要スルコトヲ得ルモノトス(一七八條參照)又一方ニ於テハ裁判所ハ被告人ニ對シテ或例外ヲ除クノ外ハ出廷

ヲ禁スルノ權利ヲ有スルモノニアラス畢竟本法ノ認ムル闕席判決ハ裁判所ニ於テ出廷ヲ強要スルコト能ハサルトキニ於テ始メテ其制裁トシテ之ヲ與フルノ已ムヲ得サルニ出ツルモノナリ故ニ被告人ハ自ら勾留ヲ受ケタルト否トヲ問ハス公判ニ出廷スルノ義務アリ唯例外トナルハ罰金以下ニ該ルヘキ被告事件ニ付キ其代人ヲ出頭セシムルヲ得ルコト是ナリ(二一四條參照)又一方ニ於テ被告人ハ自ら出廷スルノ權利ヲ有スルモノナリ

被告人ハ公判終了マテ法廷ヲ去ルコトヲ許サス若シ故ナクシテ退去セントスルトキハ裁判長ハ之ヲ防止スル爲メニ相當ノ處分ヲ爲スコトヲ得ヘシ是レ本法明文ノ示ス所ニアラサレトモ裁判長ノ訴訟指揮權ニ屬スル權限ヨリ生スル當然ノ處分ナリトス此ノ如ク被告人ハ法廷ニ止マルノ義務アリト雖モ被告人カ辯論ヲ爲スト否トハ其權利ニシテ若シ被告人カ辯論セザルトキハ片言ヲ聽テ斷スルノ嫌アリト雖モ第一八二條ニ依リ對席トシテ裁判スヘキモノナリ

被告人ハ引續キ出廷スルノ義務アルヲ以テ公判ノ續行期日ニモ亦出廷スルヲ要ス若シ此續行期日ニ出廷セザル場合ニハ前日ノ期日ニ於テ被告人ノ審問ヲ終リタルトキト雖モ直チニ對席判決ヲ爲スコトヲ得スシテ第二二六條ニ依リ闕席判決ヲ爲スヘキモノトス又被告人ハ判決言渡ノ日ニ於テモ出廷スルコトヲ要スルモノナリ故ニ其言渡ノ期日ニ出廷セザルトキハ是レ又闕席判決ヲ爲ササルヘカラス蓋シ前ニモ述ヘタル如ク判決ノ言渡ハ公判ノ一部ナルヲ以テ其

言渡期日ニ出廷セザルトキハ第二二六條ニ所謂公判期日ニ出頭セザリシモノタルヘケレハナリ若シ此場合ニ對席判決ヲ言渡スモノトセシカ第二〇七條ニ於ケル上訴期間ノ告知ハ何人ニ向テ之ヲ爲スヘキヤ之ヲ告知スヘキ人ナキニ至ルヘシ然ルニ茲ニ異説ヲ爲ス者アリ曰ク判決言渡ノ期日ニ被告人出頭セザルモ對席判決ヲ爲スニ妨ケナシ何トナレハ元來闕席判決ナルモハ片言ヲ聽テ斷スルモノナリ然ルニ既ニ審問辯論ヲ終リ其防禦ヲ盡シタル後其判決ヲ言渡スヘキ期日ニ至リテハ縱令出席セザルモ對席判決ヲ爲スノ妨ケトナラサルヘキヲ以テナリト然レトモ論者ノ説ノ如クシテハ若シ續行期日ニ被告人闕席スルモ苟クモ其以前ニ於テ證據調ヲ終リ十分被告人カ辯護シタルモノト認メタル以上ハ既ニ片言ヲ聽キタルモノニアラサレハ尙ホ對席判決ヲ爲スヘキモノナリト論結セザルヲ得サルヘシ故ニ予輩ハ決シテ此説ニ贊同スルコト能ハサルナリ但判例ハ此場合ニ對席判決ヲ爲スヘキモノトセリ

被告人ハ公判ニ出廷スルノ義務アルト同時ニ一方ニ於テハ公判ニ出廷シテ證據調ヲ請求シ又ハ辯論ヲ爲ス等ノ權利アルヲ以テ裁判所ト雖モ此權利ノ行使ヲ禁スルコト能ハサルモノナリ然レトモ此原則ニハ左ノ例外アリ

(一) 第一九七條ノ場合ナリ此規定ハ例外ニ屬スルヲ以テ狭ク之ヲ解スルヲ要ス即チ此規定ハ證人ニハ明文上適用アリト雖モ鑑定人ノ訊問ニ付テハ適用ナシトス又證人ノ供述ヲ被告人ニ告知スヘシト規定スレトモ若シ證人カ證言ヲ拒ミタル場合ニ於テハ其拒絕ノ次

第ハ之ヲ告知スルヲ要セス又告知ハ入廷後直チニ之ヲ爲シ且職權ヲ以テ爲スヘキモノナリ之ヲ告知セザレハ其證言ヲ證據ニ援用スルコトヲ得ス

(二) 第二ハ第一八二條第二項ノ場合ナリ之ニ付テハ裁判所構成法第一〇九條第一一〇條ニ明文アリ就テ參照スヘシ此場合ニ於テモ公判續行期日、判決言渡期日ニハ被告人ヲ呼出スヲ要ス若シ呼出サザレハ其公判手續ハ不法ヲ免カレス

右二個ノ場合ニ於テモ被告人ハ裁判長ノ命令又ハ裁判所ノ決定ニ依リ出廷ヲ禁セラルルモノトス

又公判ニ出廷シタル被告人ハ公廷ニ於テハ身體ノ拘束ヲ受クルコトナシ是レ第一七七條ノ規定スル所ナリ此規定ハ現今判例ニ於テ甚ダ重要ノ者ト認メラレ若シ公判始末書ニ此旨ヲ記載セザルトキハ公判ノ手續全體ヲ無効トセリ然レトモ予ノ信スル所ニ依レハ公判始末書ニ第一七七條ノ事項ヲ記載セザルカ爲メニ公判ノ手續全體ヲ無効ナリトスルハ甚ダ理由ナキコトト云ハサルヘカラス何トナレハ公判ノ手續全體カ無効ナリトセハ證人ノ訊問ニ依リテ得タル所ノ證據モ亦無効トナルハ勿論ナリ然ルニ被告人カ拘束セラレタルカ爲メ證人、鑑定人ノ訊問ニ依リテ得タル證據ノ全部ニ至ルマテ無効ヲ及ホスコトハ身體ノ拘束ト此訊問トノ間何等ノ關係ナキニ依リテ之ヲ認ムヘキニアラス故ニ此場合ニ於テハ被告人ノ訊問ニ依リ得タル證據ノミヲ不法ナリトスルヲ以テ正當ナリト信ス

第四章 證據調

證據調ノ範圍ハ裁判所ノ決スル所ナリ此原則ニ對シテ第一八九條第二項ノ規定ハ例外ヲ成スモノニアラス豫審ニ於ケル證人ノ供述書又ハ鑑定人ノ鑑定書ハ裁判長ノ職權ヲ以テ之ヲ朗讀セシムルヲ得トアルモ是レ裁判所カ別ニ證據決定ヲ爲スコトナク此證據ヲ取調ヘ得ヘキコトヲ定メタルモノナリ此場合ニ裁判所カ其朗讀ヲ不必要ナリトスルモ裁判長ハ之ニ拘ハラズ朗讀セシムルコトヲ得ルモノニアラス又調書ノ朗讀ハ適法ナリヤ否ヤモ亦裁判所ノ決スル所ニシテ裁判長ノ意見ノミヲ以テ決スヘキモノニアラス固ト證據調ノ範圍ヲ定ムルコトハ本案ノ裁判ニ大ナル影響アルヲ以テ裁判所カ之ヲ定ムヘキヲ當然ノ事理トス

公判ニ於テ證據調ノ範圍ヲ定ムルニハ證據決定ヲ以テスルモノトス證據決定ハ當事者其他ノ訴訟關係人ヨリ證人、鑑定人ノ訊問鑑定ヲ請求シタル場合ニ爲スヘキモノタルハ勿論又裁判所カ證人、鑑定人ノ訊問、鑑定ヲ職權ニ依リ必要トナス場合ニ於テモ亦證據決定ヲ爲サザルヘカラス證據決定ハ判事ノ交替アリテ辯論ヲ更新スルトキト雖モ消滅スルコトナシ而シテ裁判所カ其證據調ヲ必要ナシト認ムルトキハ證據決定ヲ取消ス裁判ヲ爲サザルヘカラス若シ之ヲ取消スコトナク又證據調ヲ爲サスシテ辯論ヲ終了シタルトキハ其公判手續ハ違法タルモノトス裁判所カ證據決定ヲ以テ證據調ノ請求ヲ許スヘキ場合ハ證據ノ利用カ可能ニシテ且適法ナルトキニ限ル

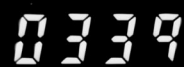
モノトス例ハ學術技藝ニ達セサル者ヲシテ鑑定ヲ爲サシムルコトヲ求メタル場合ハ證據方法ノ性質カ不能ナルモノナリ又豫審判事ヲ證人トシテ訊問スルコトヲ求メタルトキノ如キハ證據方法カ不適法ナルモノナリ其他公判手續ノ方式ヲ第二審ニ於テ人證ニ依リテ證明セントスルカ如キ又ハ證明事項カ被告事件ニ何等ノ關係ヲ有セサルカ如キ場合ハ共ニ證明事項カ不適法ナルモノナリ以上ノ場合ニ於テハ裁判所ハ常ニ證據調ノ申立ヲ却下スヘキモノトス

裁判所ハ其本案ニ入リテ裁判ヲ爲スコトヲ要セサル場合ニハ當然證據調ヲ爲スヲ要セザルナリ例ヘハ公訴不受理又ハ管轄違ノ言渡ヲ爲ス場合ノ如キ是ナリ本案前ノ判決ノ場合モ亦然リ蓋シ證據調ハ刑法上ノ事實ニ付テ行ハルモノニシテ起訴ノ有無ノ如キ訴訟上ノ事項ニ付テハ審理ヲ要セザレハナリ又親告罪ニ於ケル告訴ノ有無ノ如キ是レ亦訴訟上ノ事項ニ屬シ刑法上ノ事項ニアラサルカ故ニ證據調ヲ爲スコトヲ要セス又法律ニ於テ罪トナラサルトキハ亦證據調ヲ必要トセザルコトアリ確定時効經過ノ爲メ免訴ヲ言渡ス場合ニハ犯罪ノ時期及ヒ其重罪ナリヤ將タ輕罪ナリヤヲ取調フルノ必要アリ此場合ニハ其點ニ就テノミ證據調ヲ爲スヘキ必要アリテ被告人カ其行爲ヲ爲シタルヤ否ヤヲ審査スルヲ要セス

第五章 判決

第一節 判決ノ言渡及ヒ條件

公判ハ第二〇四條ニ依リテ判決ノ言渡ヲ爲スヲ以テ終了スルモノトス而シテ判決ハ其言渡ヲ以テ初メテ成立スルモノニシテ言渡前ニ於ケル評議決定又ハ判決書ヲ認ムルカ如キハ未ダ判決ノ成立アリタルモノト云フコトヲ得ス即チ言渡前ニ於テハ唯判決ノ草案アルノミ但判決ハ反對ノ同條第二項ニ依レハ判決ノ言渡ハ判決主文ノ朗讀ニヨリテ之ヲ爲スト規定シ言渡ハ判決主文ヲ朗讀スヘキモノナレハ言渡前ニ於テ之ヲ書面ニ認メ置カサルヘカラス蓋シ言渡ト判決書トノ間ニ差異ナカラシメンカ爲メナリ故ニ若シ此間ニ於テ相違アルトキハ之ヲ理由トシテ判決ノ朗讀消ヲ爲スコトヲ得ヘシ又判決ノ言渡ハ獨リ主文ノ朗讀ノミナラス之ト同時ニ判決ノ理由ヲ朗讀シ又ハ口頭ニテ其要領ヲ告ケサルヘカラス而シテ判決ノ理由ハ必スシモ朗讀ヲ要セザルヲ以テ言渡前ニ書面ニ認ムル必要ナキモノトス從テ言渡シタル判決ノ理由ト判決書ニ掲ケタル理由ト符合セザルモ妨ケナキナリ此ノ如ク判決ノ言渡ニハ主文ノ朗讀ノ外ニ其理由ヲ告ケタルコトヲ要スルカ故ニ未ダ判決ノ理由ヲ示ササル間ハ其判決ハ成立スルモノニアラス從テ判決ノ理由ヲ告知セザルコトヲ主張シ以テ上告ノ理由トスルコト能ハサルナリ判決ノ言渡ヲ爲スニ當テ裁判長ハ刑ノ言渡ヲ受ケタル者ニ對シテ判決ノ正本、謄本又ハ抄本ヲ求ムルヲ得ルコト上訴ヲ爲スヘキコト及ヒ其期間ヲ告知シ又關席判決ヲ言渡シタル場合ニハ其判決ニ對シテ故障ヲ爲スヲ得ヘキコト及ヒ其期間ヲ判決書記載セザルヘカラス若シ其告知又ハ記載ナキトキハ更ニ其通知アルマテ上訴及ヒ故障期間ノ經過ヲ停止スルモノトス(二〇七條)是レ判決言渡ノ一部ニアラス



ヲ被告人ノ利益ノ爲メノミニ定メタル單純ナル告知ナリトス
判決ハ言渡ト同時ニ裁判所ニ對シテ檢束力ヲ生スルモノニシテ裁判所ハ判決言渡ノ後ハ之ヲ變
更スルコトヲ得ス故ニ言渡サレタル事項ハ之ヲ公判始末書ニ記載シテ明確ニスルヲ至當トス
判決ノ言渡ハ辯論ヲ終リタル後即日又ハ次ノ開延日ニ爲スヘキコトハ第二〇四條第一項ノ規定
スル所ナリ所謂次ノ開延日ナルモノハ裁判所ノ事務章程ニ依リテ定ム然レトモ此規程ハ單ニ訓
示の效力ヲ有スルニ過キス

各種ノ訴訟行爲ニ條件ノ必要ナルカ如ク判決ニモ亦條件ヲ要スト爲ス設アリ判決ノ適法ニ成立
シ破毀ヲ免カルルニハ訴訟手續カ適法ニ進行シタルコトヲ要スルカ故ニ各訴訟手續ニ必要ナル
條件ハ悉ク判決ノ條件タルカ如キモ此等ハ概テ間接ノ條件ニシテ判決固有ノ條件ニアラス今學
者カ判決固有ノ條件トシテ認ムルモノ左ノ如シ

一 裁判所カ適法ニ構成セラレタルコト 判決ハ公判ノ最終ノ部分ヲ成スモノニシテ公判ニ現
ハレタル材料ニヨリ言渡ザルルモノナリ故ニ公判カ適法ニ進行シタルコト殊ニ判決ヲ爲ス判
事カ繼續シテ公判ニ出廷シタルコトハ判決固有ノ條件ナリ

二 生存スル被告人ノ存在スルコトヲ要スルハ是レ亦判決固有ノ條件ナリ

三 其他公判ニ出廷スルヲ必要ト爲ス人ノ存在スルコト裁判所カ事物ノ管轄ヲ超越セザルコト
又ハ被告人ノ身體及ヒ精神ノ健全ナルコト等ヲ以テ判決ノ條件ト爲スモノナリ

右ハ本案判決ノ條件トシテ訴訟條件又ハ訴訟進行ノ條件ヲ舉グルニ止マリ判決ノミニ固有ノモ
ノト云フヘカラス故ニ判決條件ナルモノヲ特ニ舉グルハ至當ニアラス

第二節 判決ノ種類

判決ニハ中間判決ト終局判決トニアリ終局判決トハ訴訟ヲ其審級ニ於テ終了セシムル判決ヲ謂
フ故ニ終局判決ノ言渡アルトキハ裁判所ハ其事件ノ關係ヨリ離脱スルモノトス之ニ反シテ中間
判決ハ裁判所ヲシテ尙ホ其事件ノ關係ヲ脱スルヲ得サラシム本法ハ終局判決ノミヲ認ムルヲ原
則トシ中間判決ハ例外トシテ之ヲ認ム蓋シ中間判決ハ終局判決ノ理由中ノ判斷タルモノニシテ
唯便宜ノ爲メニ特ニ其點ニ限リ裁判ヲ爲スモノナレハナリ本法ニ於テ中間判決ヲ認ムル唯一ノ
場合ハ則チ管轄違又ハ公訴不受理ノ申立ヲ却下スルノ判決(一八七條)是ナリ而シテ第二五〇條
及ヒ第二六七條ニ於テハ此中間判決ヲ本案前ノ判決ト云ヒ終局判決ヲ本案ノ判決ト云ヘリ第一
八六條ニ依レハ訴訟關係人ハ第一審第二審ヲ問ハス本案ノ判決アルマテ何時ニテモ管轄違又ハ
公訴受理スヘカラサル申立ヲ爲スコトヲ得ルモノトセリ玆ニ第一審第二審ヲ問ハストアルカ故
ニ控訴審ニ於テハ此申立ヲ爲スコトヲ得ルモ上告審ニ於テハ之ヲ爲スコトヲ得サルカ如シ然レ
トモ上告ニ關スル第二六九條第四號及ヒ第五號ニ於テハ裁判所ニ於テ其管轄ヲ不當ニ認メタル
トキ及ヒ法律ニ背キテ公訴ヲ受理シタルトキハ常ニ法律ニ違背シタルモノトセリ是ニ由リテ之

ヲ觀レハ此申立ハ上告審ニ於テモ之ヲ爲スコトヲ得ヘク結局判決確定マテハ爲スコトヲ得ルモノト謂ハサルヘカラス又明文ニ檢事被告人トアルモ辯護人及ヒ被告人ノ法定代理人モ亦獨立シテ此申立ヲ爲スヲ得ルモノナリ而シテ第一審及ヒ第二審ノ裁判所ハ職權ヲ以テ此言渡ヲ爲スコトヲ得ヘシ(一八六條二項)裁判所ニ於テ申立ニ因リ又ハ職權ヲ以テ管轄違又ハ公訴受理スヘカラサルモノト認メタルトキハ結局判決ヲ言渡スヘク若シ裁判所ニ於テ第一八六條第一項ノ申立ヲ正當ナリト爲ササルトキハ單純ナル理論ヨリ見ルトキハ本案ニ立戻リ本案ノ判決ヲ爲シテ暗黙ニ其中立ヲ採用セサルコトヲ得ヘキナリ然レトモ第一八七條ニ於テ特ニ其中立ヲ却下スル中間判決ヲ爲スヘキモノトシ之ヲ觀過スルヲ許サス今何故ニ此場合ニ中間判決ヲ爲スモノナルヤト云フニ若シ果シテ申立人ノ主張スルカ如ク裁判所カ管轄權ヲ有セス又其公訴ハ受理スヘカラサルモノナリトセハ本案ニ立入りテ審理裁判スルモ無効ニ歸スヘク從テ管轄違、公訴不受理ノ問題ハ第一審ノ判斷ノミニ一任スルコト能ハス上級裁判所ヲシテ決セシムルヲ至當トナスカ故ニ特ニ中間判決ヲ爲シ更ニ之ニ對シテ上訴ノ方法ヲ許シタルモノナリ然レトモ此申立モ辯論ヲ此點ニノミ制限スヘキコトハ法律ニ於テ決定メサルカ故ニ結局判決ト共ニ此裁判ヲ爲スヲ得ヘシ此場合ニ於テハ中間判決ト稱スヘカラサルハ勿論ナリトス而シテ申立人カ其中間判決ニ對シテ上訴スル時ハ本案ハ其儘下級審ニ繫屬シ其本案ノ辯論ハ中間判決ノ確定スルマテ停止セラルルモノトス而シテ上訴審ニ於テ上訴ヲ理由アリトスルトキハ中間判決ヲ取消シ管轄違又ハ公訴不

受理ノ言渡ヲ爲シ其判決確定セハ事件ハ爲メニ消滅スヘシ之ニ反シ上訴裁判所ニ於テ上訴ヲ理由ナシトスルトキハ本案ハ原裁判所ニ繫屬シアルヲ以テ原裁判所ニ立戻リテ本案ノ裁判ヲ爲スモノトス而シテ此申立ヲ却下スル判決確定スレハ同一ノ關係ニ付キ再ヒ裁判所ハ之ヲ審判スルコトヲ得ス又當事者モ亦同一關係ニ基キ再度此申立ヲ爲スヲ得ス
本法ニ於テ結局判決ト認ムヘキ重ナル判決ハ左ノ如シ

- 一 管轄違ノ判決(二二二條)
 - 二 公訴不受理ノ判決(一八六條二項)
 - 三 無罪ノ判決(二二四條前段)
 - 四 免訴ノ判決(二二四條後段)
 - 五 刑ノ言渡ヲ爲ス判決(二二三條)
- 第一審ニ於ケル結局判決ハ右ノ五種ヲ以テ重ナルモノトス判決ナルモノハ被告人カ一定ノ犯罪ヲ爲シタルカ被告人ノ所爲ニ因リ被告人ニ對シテ刑罰請求權ヲ生スルカ及ヒ其生シタル刑罰請求權ノ範圍如何ヲ決スルモノナリ故ニ判決ニ於テハ犯罪所爲ノ問題ト犯罪責任ノ問題トヲ決セサルヘカラス而シテ判決ニ於テ此問題ヲ是認スル場合ト之ヲ否認スル場合トアリ此問題ヲ是認スルトキハ刑ノ言渡トナリ此問題ヲ否認スルトキハ無罪又ハ免訴トナルヘシ以上ヲ本義ノ本案ノ判決ト云フ夫ノ被告人ニ重大ナル嫌疑アルモ十分ナル證明ヲ爲ス能ハサル場合ノ如キハ其犯

罪責任ノ問題ハ否認セラレタルモノニシテ此ノ如キ場合ニ處スル有罪無罪ノ中間ニ位スル判決ナキコトヲ注意スヘシ

前述ノ如ク判決ハ所爲ノ問題ト罪責ノ問題トヲ決スルモノナリトセハ單純ナル理論上ニ於テハ或原因ニ由リテ罪責ノ問題ヲ決スルコト能ハサル障礙ノ生シタルトキハ之ニ對シテハ判決ヲ爲スヘキモノニアラスト云フノ論結ヲ生ス即チ本案判決ヲ爲スニ付テ訴訟條件ヲ缺クトキハ判決ヲ爲スヘカラス決定ヲ爲スヲ以テ當然ナリトス然レモ我訴訟法ニ於テハ斯ル場合ニ於テ決定ヲ以テ訴訟ヲ終了セシメス特別ノ理由ニ依リ尙ホ判決ヲ爲スヘキモノトセリ是レ即チ管轄違及ヒ公訴不受理ノ判決ナリ而シテ此判決ヲ以テスル所以ハ此等ノ問題ハ上告裁判所ヲシテ之ヲ一定シテ其解釋ヲ統一スル必要アレハナリ

以下前掲判決ノ種類ニ付テ説明スル所アルヘシ

- 一 管轄違ノ判決 事物ノ管轄ナルト土地ノ管轄ナルトヲ問ハス其裁判所ノ管轄ニ屬セザルトキハ管轄違ノ言渡ヲ爲スヘキモノトシ而シテ本法ニ於テ通常裁判所ノ裁判權ニ屬セザル場合例ヘハ事件カ軍法會議ノ管轄ニ屬スルカ如キ場合ニモ尙ホ管轄違ノ言渡ヲ爲スヘキモノトス
- (二) 五條二項(一)而シテ此言渡ヲ爲スニ當リ被告人カ勾留セララル時ハ放免ノ言渡ヲ爲スヘク若シ又勾留ヲ必要トスル時ハ前勾留狀ヲ存シ又ハ新ニ勾留狀ヲ發スヘキモノトス茲ニ注意ヲ要スルハ地方裁判所ニ於テ被告事件カ區裁判所ノ管轄ニ屬スルモノト認メタルトキハ管轄違

ノ言渡ヲ爲ナスジテ第一審ノ判決ヲ爲スコト是ナリ(二四〇條)是レ蓋シテノ判事ノ爲スルキ事件ヲ三人ノ判事ノ合議制タル地方裁判所ニ於テ審理裁判スルハ却テ被告人ノ利益タルヘケレハナリ此規定アルニ依リ上級裁判所ノ事物ノ管轄ハ下級裁判所ノ管轄ヲ包含スト云フコトヲ得ヘシ故ニ裁判所構成法ニ規定スル事物ノ管轄ハ自己ノ權限ヲ超エタル場合ニ於テノミ其規定ニ違背スルモノニシテ管轄ト云フコトヲ得ヘシ

二 公訴不受理ノ判決 此種ノ判決ハ起訴ノ條件ヲ缺クトキ又ハ起訴ノ方式ニ違法ノ廉アリタル場合又ハ同一事件ヲ再度起訴シタル場合ニ於テ申立又ハ職權ヲ以テ言渡スヘキモノトス例ヘハ親告罪ニ付キ告訴ナクシテ起訴シタルトキ又ハ檢事代理カ地方裁判所ニ起訴シタルトキ(裁構一八條)又ハ非現行犯ノ場合ニ被告人ヲ指名セスシテ起訴シタル場合ノ如キ之ニ屬ス

公訴不受理ノ判決及ヒ管轄違ノ判決ニ付テハ第一八七條ニハ上訴スルコトヲ得トノ明文ナキモ第二六九條第四號及ヒ第五號ニ裁判所ニ於テ管轄違ヲ不當ニ認メタルトキ又ハ法律ニ背キ公訴ヲ受理セザルトキハ常ニ法律ニ違背シタルモノトシテ上告ヲ許スカ故ニ同一ノ理由ニ因リテ控訴ヲ爲スコトヲ得ルヤ明カナリ從テ此等二箇ノ判決ハ第二五〇條及ヒ第二六七條ニ所謂本案ノ判決中ニ包含スルモノト解スヘシ

第一審ニ於テ言渡シタル管轄違又ハ公訴不受理ノ判決ニ對シ檢事ヨリ上訴ヲ爲シタルトキハ如何ナル取扱ヲ爲スヘキヤ若シ第二審及ヒ上告審ニ於テ共ニ原判決ヲ正當ト認メ控訴又ハ上

告ヲ棄却シタルトキハ原判決ハ確定スルヲ以テ其事件ハ落著シ別ニ問題ヲ惹起スルコトナキ
モ上訴審ニ於テ原判決ヲ不當トシテ之ヲ取消シ場合ニ於テハ如何ニ處置スヘキヤ之ニ付テハ
公訴不受理ノ場合ト管轄違ノ場合トヲ區別スルコトヲ要ス

(イ) 管轄違ノ判決ノ場合 第二六二條第二項ニ依レハ控訴裁判所ニ於テハ原裁判所カ不當
ニ管轄違ヲ言渡シタルトキハ其判決ヲ取消シ事件ヲ原裁判所ニ差戻スヘキモノトセリ是レ
差戻ノ明文アル唯一ノ場合ナリ上告審ニ於テハ之ニ類スル明文ナキヲ以テ若シ第一審及ヒ
第二審カ共ニ管轄違ヲ不當ニ認メ上告審ニ於テ始メテ管轄違ニ非スト爲シタルトキハ如何
ナル判決ヲ爲スヘキヤ或ハ第二八六條ニ依リ此場合ニモ第二審ノ判決全部ヲ破毀シテ其事
件ヲ他ノ同等裁判所ニ移付スヘキ判決ヲ爲スヘキカ或ハ又此規定ニ依ラス其事件ヲ第一審
裁判所ニ差戻スヘキモノナルカ甚タ疑ハサルヲ得ス今假ニ第二八六條ニ依リ此場合ニ事件
ヲ他ノ同等ナル裁判所ニ移送ストノ言渡ヲ爲シタル結果ニ付テ考フルニ此移送ヲ受ケタル
控訴裁判所ハ上告審ノ判決ニ羈束セラルルヲ以テ(裁構四八條)上告裁判所ト同シク第一審
裁判所ハ不當ニ管轄違ヲ言渡シタルモノト判決セサルヘカラス然ルトキハ第二六二條第二
項ノ規定ニ依リ第一審判決ヲ取消シ其事件ヲ第一審裁判所ニ差戻スノ言渡ヲ爲ササルヘカ
ラサルカ故ニ結局移送ヲ受ケタル控訴審ハ本案ノ事實ヲ審理スルコトナクシテ上告裁判所
カ認メタル所ト同一ノ判決ヲ繰リ返スニ過キサレハシ職テ第二八六條ノ規定ヲ見ルニ同條

ハ更ニ本案事實ノ審理ヲ必要トスルトキ即チ上告裁判所ニ於テハ事實ノ確定ヲ爲スコト能
ハサルカ故ニ更ニ事實ノ審理ヲ爲サシムルカ爲メ移送スルノ必要ヲ認メテ規定シタルナリ
然ルニ本問題ノ場合タル事實ハ既ニ確定シ單ニ法律ノ適用ノミニ關スルモノナレハ上告裁
判所ハ決シテ第二八六條ニ依ルヘキモノニアラスシテ結局第一審並ニ第二審ノ判決ヲ破毀
シ其事件ヲ第一審裁判所ニ差戻ス判決ヲ爲ササルヘカラス是レ第二審ノ爲スヘカリシ判決
ヲ上告審カ代テ爲ス場合ト見ルヲ得ヘシ

右ノ場合ト異ナリ第一審判決ハ管轄アルコトヲ認メ第二審判決カ始メテ不當ニ管轄違ヲ言
渡シタルトキハ上告審ニ於テ第二八六條ニ從ヒ移送ヲ爲スヘキハ當然ナリ

(ロ) 公訴不受理ノ判決ノ場合 公訴不受理ヲ不當ニ認メタル場合ニ關シ控訴上告何レノ場
合ニモ差戻ヲ爲ス明文ナシ從テ第二六三條ニ依ル前問題ノ如ク差戻ノ判決ヲ爲スヲ得ス然
レトモ元來公訴不受理ノ判決ニ對スル控訴ヲ受ケタルトキハ其事件全部ハ第二審ニ移ルヲ
以テ第二審裁判所ニ於テ控訴ヲ受理スヘシト爲シタル以上ハ直チニ本案ニ入りテ事實ノ審
理ヲ爲シ有罪又ハ無罪ノ判決ヲ爲スヘキモノトス此場合ニハ事實ノ審理ハ第一審ニナクシ
テ第二審ニ於テ始メテ行ハルルコトナルヘシ然レトモ是レ敢テ異トスルニ足ラサル所ニ
シテ第二審ハ二度目ノ第一審タル性質ヲ有シ第一審ノ公判カ其構成ヲ缺キタルトキニ於テ
モ事實ノ審理ハ第一審ニ於テナカリシモ第二審ニ於テ直チニ本案ノ判決ヲ爲ス場合ト同一

ナリ又第一審、第二審共ニ公訴不受理ヲ言渡シ上告審ニ於テ公訴ヲ受理スヘシト爲シタルトキハ更ニ事實ノ審理ヲ爲サシムルカ爲メ第二八六條ノ規定ニ依リテ之ヲ他ノ同等ナル裁判所ニ移送スルノ判決ヲ爲スヘク決シテ差戻ノ判決ヲ爲スヘキモノニアラス而シテ移送ヲ受ケタル裁判所ハ本案ニ入りテ審理裁判スヘキハ勿論ナリ

三 無罪ノ判決 此種ノ判決ハ第二二四條ノ示スカ如ク犯罪ノ證據十分ナラス又ハ被告事件罪トナラサル場合ニ爲スヘキモノトス此判決ハ訴訟ノ條件及ヒ手續カ適法ナラサレハ爲ス能ハス

四 免訴ノ判決 免訴ノ判決ハ第一六五條第三號以下ノ場合ニ該當スルトキニ言渡スヘキモノトス其他告訴ヲ待テ受理スヘキ事件ニ付キ告訴ノ拋棄アルトキ及ヒ犯罪後頒布シタル法律ニ依リ其刑ノ廢止アリタルトキニ於テモ亦免訴ノ判決ヲ爲ササルヘカラス是レ法文ノ脱漏セル所ナリ要スルニ一日科刑權ハ成立スルモ或原因ニ因リ國家ノ科刑權ノ消滅スル場合ニ爲スヘキ判決ハ則チ免訴ノ判決ナリ之ニ反シテ刑法第一〇二條ニ依リ餘罪輕キ場合ニハ科刑權ヲ認ムルモ刑ヲ言渡ス能ハサル場合ナルカ故ニ免訴ノ判決ヲ爲サス不論罪ノ言渡ヲ爲スモノトス此判決ハ其性質刑ノ言渡ト同シク有罪ノ判決ナリ

本法ニ於テハ前述ノ如ク無罪ノ判決ト免訴ノ判決トヲ區別セリト雖モ此區別タル訴訟上ニ於テハ何等ノ意味ナキモノトナリ何トナレハ無罪ノ判決ニ對シテモ免訴ノ判決ニ對シテモ共ニ被告ノ人ヨリ上訴ヲ爲スコトヲ得ヌ又兩者共ニ確定スルトキハ第六條第三號ノ規定ニ依リテ既判力ヲ有シ一事不再理ノ原則ノ適用アリ其他第二七〇條ニ依ルモ此二箇ノ判決ニ對スル取扱ヲ同シウスルカ故ニ被告事件全ク罪トナラサル場合ニモ又ハ時效其他ノ原因ニ因テ國家ノ刑罰請求權ノ消滅シタル場合ニモ同一ニ放免ノ言渡ヲ爲セハ可ナリ毫モ兩者ヲ區別スルノ必要ヲ見サルナリ

五 刑ノ言渡ヲ爲ス判決 此種ノ判決ハ訴訟ニ係ル所爲カ犯罪ノ要素ヲ具ヘ且處罰條件及ヒ訴訟條件ヲ具備スル場合ニ於テ言渡スヘキ者トス而シテ刑法第一〇〇條ヲ適用シ數罪俱發一ノ重キニ從テ處斷スヘキ場合ニ於テハ各罪ニ付テ數箇ノ刑ノ言渡ヲ爲スヘキニアラスシテ最重ノ罪ニ對スル刑ヲ言渡スヲ以テ足ル蓋シ最重ノ刑最重ノ罪ノミニ對スル刑ニアラスシテ俱發シタル數罪ニ對スル刑ナレハナリ又數罪ヲ一箇ノ判決ヲ以テ裁判スヘキ場合ニ一罪ハ有罪ニシテ一罪ハ無罪タルトキハ各罪ニ付キ兩箇ノ裁判ヲ爲ササルヘカラサルモノトス

以上説明シタル所ハ主タル判決ノ種類ナリ其他尙ホ之ト同時ニ附從ノ裁判ヲ判決ヲ以テ言渡ス場合アリ即チ左ノ如シ

- 一 訴訟費用負擔ノ言渡(二〇一條刑四五條四七條刑附四七條以下)
- 二 差押物件還付ノ言渡(二〇〇條刑四八條)

第六章 關席判決

刑事訴訟法ノ原則トシテ公判ニ於テハ被告人出廷シテ辯論スルヲ判決ノ條件ト爲スト雖モ第二二六條ハ其例外トシテ關席判決ナルモノヲ認メタリ關席判決ハ訴訟主義ヲ採用スル所ノ刑事訴訟法ニ於テハ必スシモ之ヲ認メサルヘカラサルモノニアラス換言スレハ訴訟主義ヲ採用スルモ實體的眞實ヲ發見スルカ爲メニハ被告人ノ出頭シテ辯論スルコトヲ要スルモノナリ且被告人關席シタル場合ニ於テ判決ヲ言渡スハ其裁判ノ基礎甚タ鞏固ナラス蓋シ檢事ノ主張ノミニ就テ判決ヲ言渡スハ片言ニ依テ獄ヲ斷スルモノニシテ實體的眞實ヲ發見スルノ方法ニアラス又關席判決ハ被告ニ辯護ヲ爲スノ權ヲ失ハシムルノミナラス第二審ノ關席判決ハ第二六六條ニ依リ法律上ノ推定ニ基テ法律上ノ推定ハ眞實發見ノ敵ナリトス又縱令被告ハ公判ニ於テ辯解スルノ義務ナシト雖モ被告人ノ出頭ハ其態度等ヨリシテ裁判官ニ眞實ヲ知ルノ材料ヲ供給スルモノナリ故ニ關席判決ナルモノハ畢竟原則ニ對スル例外ナリ然リト雖モ近世ノ立法ニ於テハ概ネ之ヲ認メサルモノナキナリ而シテ又我刑事訴訟ニ於テハ重罪タルト輕罪タルト將タ違警罪タルトヲ問ハス關席判決ヲ認ムルヲ以テ比較的此例外ノ範圍廣シク現行法ニ於テ關席判決ノ手續ヲ設ケタル理由如何ヲ考フルニ左ノ二箇ニ歸著スルカ如シ

一 被告人カ關席シタルハトテ被害者ニ其損害ノ回復ヲ行フヲ得テラシムルハ當ヲ得タルモノ

ニアラス若シ被告人逃走シテ所在ノ不明ナルカ爲メ訴訟手續ヲ中止スルモノトセハ被害者ハ附帶私訴ナル簡便ノ方法ニ依リテ賠償ノ判決ヲ受クルヲ得ス爲メ二十分ナル救済ヲ受タルコト能ハサルヘシ加之本法ノ規定ヲ見ルニ附帶私訴ナルモノハ比較的廣ク認メラルルヲ以テ是レ關席ノ手續ヲ設ケタル一ノ理由タルコト明カナリ

二 被告人自ラ呼出狀ノ發送ヲ受ケタルニ拘ハラヌ出頭セサルカタメ公判ヲ遲延シ終ニハ公判ヲ中止スルノ已ムヲ得サルニ至ルハ實ニ被害者ノ意思ニ依リ訴訟ヲ進行セシムルモノニシテ事理ニ反スル所タリ故ニ斯ル場合ハ被告人出頭セサルモ公判手續ヲ進行シテ判決セサルヘカラス然ルニ說ヲ爲ス者アリ曰ク(一)關席判決ノ手續ヲ認メサルトキハ眞實ヲ發見スル妨害トナルヲ以テ此手續ヲ認メタリト又曰ク(二)世人ノ注目シタル犯罪ノ公判ヲ中止シテ罰セサルハ公安ニ害アリ故ニ此手續ヲ認メタルモノナリト然レトモ予輩ハ此兩說ノ正確ナラサルヲ信ス蓋シ(一)被告カ不在ナル場合ニ於テ眞實ヲ發見セントセハ關席判決ノ手續ニ依ラサルモ證據保全ノ方法ヲ以テ其目的ヲ達スルコトヲ得ヘシ然ルニ法律カ尙ホ此關席判決ノ手續ヲ認メタルヲ見レハ第一說ノ不當ナルコト明カナリ又(二)如何ニ重大ナル犯罪ト雖モ唯關席判決ヲ爲シタルノミニテハ其目的ヲ達スルコト能ハス必スヤ實際被告ヲ處刑セサルヘカラス故ニ第二說モ亦失當ノ見解タリ

刑事判決ニ於ケル關席判決ノ手續ハ民事訴訟ト大ニ其趣ヲ異ニセリ即チ刑事訴訟ニアリテハ民

0345

事訴訟ニ於ケルカ如ク原告カ主張シタル事實ハ關席シタル被告カ自白シタルモノナリトノ推定ヲ爲サス此點ハ輕微ナル違警罪ニ付テモ同様ナリ是故ニ被告人ノ關席ハ本案ニ關シテ利益ヲ招クコトナク審理シ得ル限ハ普通對席ノ場合ト同一ニ審理スルモノトス從テ被告人關席スルモ辯護人ヲ用キルコトヲ得殊ニ重罪事件ニアリテハ此場合ト雖モ必要辯護ノ制ヲ廢スルコトナシ唯關席シタル被告人ハ通常對席ノ手續ニ於テ出頭シタル被告人ノ如キ訴訟上ノ權利ヲ有セザルニ止マルノミ是ヲ以テ刑事訴訟ニ於テハ關席判決ノ場合ニ於テ對席ノ規定ヲ適用セラザルコト極メテ多シ

前述ノ如ク被告人ノ關席ハ訴訟上ノ利益ヲ生スルノミナルヲ以テ被告人出席セザルカタメ犯罪事實ヲ明カニスルコト能ハサルトキハ則チ裁判ヲ爲スニ熟セザルモノナルカ故ニ公判ヲ中止セザルヘカラス故ニ被告人關席ノ場合ニハ必ス關席判決ヲ爲ササルヘカラサルモノニアラス從テ犯罪事實ノ明カナルコトハ關席判決ノ實體上ノ條件ナリト知ルヘシ

第一節 關席判決ノ條件

一 被告人又ハ其代人カ出廷セザルコトヲ要ス 禁錮以上ノ罪ニ該ルトキハ被告人自身ノ出頭ナキコト及ヒ罰金以下ノ刑ニ該ルトキハ被告人又ハ其代人ノ出頭セザルコトヲ要ス而シテ其出頭セザルノ原因ハ被告人ノ所在不明ナルカタメナルト外國ニ滞在スルカタメナルト或ハ出

頭ヲ怠リタルカタメナルトヲ問ハサルナリ即チ被告人ノ裁判所ノ權力範圍内ニアリテ勾引シ得ヘキ場合ナルト其權力範圍外ニアル場合トヲ區別セテ前段ノ場合ニ於テハ裁判所ハ關席判決ヲ爲スト被告人ヲ勾引スルトハ其隨意ナリトス

二 公判期日ニ出頭セザルコトヲ要ス 判決言渡ノ期日モ亦公判ノ期日ナリ故ニ證據調ノ日ニ出廷スルモ判決言渡ノ日ニ出廷セザルトキハ尙ホ關席判決ヲ言渡スヘキモノトス(判例ハ反對ナリ)但第一八二條ノ場合ニ於テハ被告人ノ出頭ノ義務ヲ盡シタルヲ以テ關席判決ヲ爲スヘキ理由ナキカ故ニ對席判決ヲ爲スモノトス而シテ出頭ノ義務ハ審理中公廷ニ止マルノ義務ヲ含ムカ故ニ公判審理ノ途中ニ退廷シタルトキモ出頭セザルト同一ナリ

三 被告人適法ノ呼出ヲ受ケタルコトヲ要ス 罰金以下ノ刑ニ該ルヘキ事件ニ付テハ必スシモ被告人自身カ呼出狀ノ送達ヲ受クルコトヲ要セス本法第九〇條及ヒ民事訴訟法第一四五條ニ依リテ被告人ノ親族、雇人又ハ其他ノ市町村長ニ呼出狀ヲ交付スルモ尙ホ適法ノ呼出アリタルモノトス

然レトモ禁錮以上ノ刑ニ該ル場合ニハ法文ノ明示スルカ如ク豫審終結ノ言渡書又ハ公判ノ呼出狀ヲ本人ニ送達セザルヘカラス(二七條)若シ送達スルコト能ハサルトキハ同條第二項ニ依リ裁判所ニテ猶豫ノ期間ヲ定メ其期間内ニ被告人カ出頭セザルトキハ關席判決ヲ爲スヘキ告知書ヲ其親族又ハ本籍若クハ最後ノ住所ノ地ノ市町村長ニ送達スヘシ其本籍若クハ最後ノ

住所ノ地分明ナラサルトキハ少ナクトモ一ヶ月間裁判所ノ揭示板ニ右ノ告知書ヲ貼附シタル後ニアラサレハ關席判決ヲ爲スヲ得サルモノトス而シテ此公示送達ヲ爲スニハ先ツ被告人ニ對シ第二二三條第二項ニ依リ呼出狀ヲ發シ其送達カ達ケラレザリシコトヲ必要條件トス縱令被告人ノ所在不明ナルトキト雖モ始ヨリ直チニ猶豫期間ヲ定メ公示送達ノ手續ニ出ツル能ハス蓋シ第二二三條第二項ハ如何ナル場合ニモ之ヲ適用スヘキモノナレハナリ

禁錮以上ノ刑ニ該ル事件ノ被告人ノ控訴ニ付テ第二審ニ於テ關席判決ヲ爲ス場合ニハ刑法第二二七條ノ條件ヲ必要トセストハ判例ノ認ムル所ナリ蓋シ同條ニ於テ被告人本人ニ送達ヲ要スル所以ハ被告人カ被告事件ニヨリ公判カ開始セラレタルコトヲ知ルコトヲ要スルモノト爲シタルカタメニシテ被告人自ラ第一審ノ判決ニ對シ控訴ノ申立ヲ爲シタルトキハ之ヲ知ルコトハ明白ナレハナリ

關席判決モ亦對席判決ト同シク縱令被告人不在ナリト雖モ言渡ヲ爲ササルヘカラス蓋シ言渡ナキニ於テハ檢事ノ上訴期間ノ起算點ヲ知ルコト能ハサレハナリ尤モ言渡ヲ爲スモ被告人ハ之ヲ知ルニ由ナキヲ以テ第二二八條第一項ニ依リテ檢事其他訴訟關係人ノ請求ニ因リ關席者ニ送達セサルヘカラス而シテ此請求ヲ爲ス者ハ有罪ノ場合ニハ檢事無罪ノ場合ニハ辯護人等ニシテ訴訟ニ付テハ其勝訴者ニ於テ之ヲ請求スルモノトス

第二節 故障

終局判決ニ對シテハ上訴ノ方法ヲ以テ攻撃スルコトヲ得ルハ當事者ノ權利ナリ而シテ關席判決モ亦一個ノ終局判決ナルヲ以テ之ニ對シテ上訴ヲ爲スコトヲ得ルハ勿論ナリ然ルニ上訴ハ上級ノ裁判所ニ於テ之ヲ審判スルノ不便アルカ故ニ法律ハ關席判決ニ對シテハ尙ホ關席シタル被告人ニ故障申立ノ方法ヲ以テ更ニ關席判決ヲ爲シタル裁判所ニ於テ審理ヲ更新シテ對席判決ヲ受クルコトヲ得セシメタリ第二二八條第二項ノ規定即チ是ナリ故ニ被告人ハ此二方法中其一ヲ選擇スルノ權ヲ有ス判例ニ依レハ控訴ニ於ケル第二二五條第二項ノ如キ規定ハ上告ノ場合ニ存セサルヲ理由トシテ第二審ノ關席判決ニ對シテハ被告人ヨリ故障ヲ爲サスシテ上告ヲ爲スヲ得サルモノトセリ然レトモ第二六七條ニ於ケル本案ノ判決ハ終局判決ノ意義ニシテ其對席ナルト關席ナルトヲ區別セサルヨリスレハ此判例ニ從フ能ハス第二二五條第二項ハ唯關席判決ニ對スル控訴期間ヲ定メタルカ故ニ特ニ規定ヲ設ケタルニ止マルモノトス而シテ二箇ノ方法中故障ノ方法ヲ採リタルトキハ關席判決ハ消滅スルカ故ニ上訴申立ノ權ヲ失ヒ之ニ反シテ上訴ヲ擇フモ故障申立ノ權ヲ失フコトナシ

第一款 故障申立ノ條件

一 關席判決ヲ受ケタル被告人ヨリ申立ツルコトヲ要ス 檢事ハ常に對席スルカ故ニ檢事ニ對スル關席判決ナルモノナシ故ニ檢事ハ故障申立ノ權アルコトナク唯上訴ノ方法ニ依ルヘキノミ而シテ又辯護人法律上代理人ニモ故障申立ノ權ナキコトハ法文ニ「關席判決ヲ受ケタル者」トアルニ依リテ明カナリ

二 刑ノ言渡アリタルコトヲ要ス 第二二九條ニ於テハ故障期間ヲ定メタルト同時ニ刑ノ言渡ヲ爲シタル關席判決ニ對シテノミ其期間ノ起算點ヲ定メタリ是レ此條件ノ必要ナル所以ナリ

三 故障申立ノ期間内ニ申立ツルコトヲ要ス 故障申立期間ハ第二二九條ニ於テ三日トスルコトヲ規定シ而シテ起算點ハ法文ノ示スカ如ク各場合ニ依リテ異ナレリ即チ罰金以下ノ刑ヲ言渡シタル判決ニ付テハ被告人自ラ其送達ヲ受ケ又ハ判決執行ニ因リ刑ノ言渡アリタルコトヲ知リタル日ヲ以テ始マル而シテ法文ニ禁錮ノ刑トアルハ禁錮以上ノ刑ヲ指スモノト解セサルヲ得ス何トナレハ同條ハ區裁判所ノ公判ノ部ニ規定セラルルモ第二三六條ニ依テ地方裁判所ノ公判ニモ準用セラルルヲ以テナリ又被告人自ラ其送達ヲ受ケトアルハ關席ヲ爲シタル被告人カ送達ヲ受ケタル親族等ヨリ傳達ヲ受ケタル場合又ハ傳言セラレタルカ如キ場合ヲ包含セス被告人カ送達機關ヨリ直接ニ送達ヲ受ケタル場合ノミニ限ルヘシ又法文ニ「判決執行ニ因リ刑ノ言渡アリタルコトヲ云云」トアルハ缺席判決ハ未確定ノ判決ナルモ判決ノ執行ニ付テハ確定判決ト

同一ニ取扱ハルルコトヲ示スモノニシテ刑法第六一條ニ刑ノ執行ヲ免カレタル者ノ期間免除ニ付テ關席判決ニ係ルトキハ其宣告ノ日ヨリ起算スヘキコトヲ規定シ又本法第三一九條ニ於テ關席判決ヲ受ケ其執行ヲ免カレタル者ニ對シテ檢事カ逮捕狀ヲ發スルコトヲ得ル旨ヲ規定セルモ皆同一趣旨ニ出ツルモノト知ルヘシ茲ニ注意スヘキハ同條中ノ「知リタル日」字句是ナリ知リタル日トハ逮捕狀ヲ執行シタル日ヲ指スヤ將タ關席判決ノ告知ヲ受ケタル日ヲ言フヤハ稍、疑ハシキ點ナリ予輩ハ被告人カ關席判決ノ告知ヲ受ケタル日ヲ指スモノト解釋スルヲ正當ト信ス何トナレハ被告人ハ逮捕狀ヲ執行セラルルモ關席判決ノ如何ナルモノナルヤハ知ルニ由ナク之ヲ知ラサルニ先チテ故障期間ノ進行スルハ不當ナレハナリ且第二〇七條ニ依レハ關席判決ニハ故障ヲ爲スヲ得ルコト及ヒ其期間ヲ記載スルコトヲ要スルモノトス若シ此記載ナキトキハ爲メニ上訴及ヒ故障期間ノ經過ヲ停止スヘシ而シテ此記載ヲ必要トスルハ被告人ノ知ラサル間ニ故障期間ヲ經過スルノ不當ヲ避ケンカ爲メニ之ヲ被告人ニ知ラシムルコト明カナレハ何レノ點ヨリ觀察スルモ此三日ノ期間ハ逮捕狀執行ノ日ヨリ始マラスシテ關席判決ノ告知アリタル時ヨリ起算スヘキモノト爲ザサルヘカラス而シテ其告知ヲ爲ス者ハ檢事ナルト司獄官吏ナルトヲ問ハサルナリ

故障ハ其期間經過後ハ之ヲ申立ツルコト能ハサルハ勿論其期間以前ニアリテモ之ヲ許ササルモノトス蓋シ未タ關席判決アリタルコトヲ知ラスシテ故障ヲ爲スハ條件附ノ申立ヲ爲スモノ

ニシテ法律ハ告知ニ因リ被告人カ之ヲ知リタルモノト認ムレハナリ又第二三條ニ於テモ裁
判所ニ於テハ職權ヲ以テ故障ノ期間内ニ申立ヲ爲シタルヤ否ヤヲ調査シ其期間内ニ於テ爲シ
タルモノニアラサルトキハ判決ヲ以テ之ヲ棄却スルモノト爲セルニ依リテ其期間前ニ爲ス能
ハサルコト明カナリ此點ハ上訴ノ申立ニ於テモ同一ナルモノトス判例ニ於テハ反對ノ解釋ヲ
採レリ蓋シ第二九條ハ故障申立ノ期間ノ終期ヲ定メタルモノニシテ此始期ヲ定メタルニア
ラスト爲セルナリ然レトモ同條ノ規定ハ關席判決ノ告知ヲ以テ被告人カ關席判決ノ言渡アリ
タルコトヲ知リタルモノト認メシムル趣旨ヲ有スルモノナルカ故ニ故障申立ノ始期ヲモ併セ
テ規定シタルモノト爲スヲ正當トス

第二款 故障申立ノ受理

被告人カ關席判決ニ對シテ三日内ニ故障ノ申立ヲ爲サス又ハ期間内ニ上訴ノ申立ヲ爲ササルト
キハ其關席判決ハ確定シテ之ヲ執行シ得ルニ至ルヘシ之ニ反シテ故障ノ申立ヲ爲サントスル
キハ第二三〇條ニ依リ關席判決ヲ爲シタル裁判所ニ申立書ヲ差出スヘキモノトス而シテ此申立
ヲ受ケタル裁判所ニ於テハ第二三一條ニ依リ故障ノ申立アリタルコトヲ相手方ニ通知シ且其事
件ヲ公判ニ付スヘキ期日ヲ定メ訴訟關係人ヲ呼出シ又公判ヲ開キタル後ハ第二三二條ニ依リ先
ツ職權ヲ以テ故障ヲ許スヘキヤ否ヤ又故障ノ期間内ニ申立ヲ爲シタルヤ否ヤヲ調査シ若シ此要

件ノ二ヲ缺クトキハ判決ヲ以テ故障ヲ棄却スヘシ尤モ此故障棄却ノ判決ハ一ノ終局判決ナルヲ
以テ之ニ對シテハ上訴ヲ爲スコトヲ得ヘキハ當然ニシテ故障棄却ノ言渡ト同時ニ其判決確定ス
ルモノニアラス

茲ニ問題トナルハ同名異人ニ對シテ其者カ關席判決ヲ受ケタル被告人ナリト誤信シテ逮捕狀ヲ
執行シタルニ其者ハ故障ノ申立ヲ爲シテ人違ナルコトヲ主張シ而シテ其人違ナルコト確定シタ
ルトキハ第二三二條ニ依リ故障棄却ノ判決ヲ爲スヘキモノナリヤ否ヤ是ナリ或ハ此場合ニ於テ
ハ裁判所ハ何等ノ裁判ヲモ爲サスシテ直チニ故障申立人ヲ釋放スヘシト論スル者アリト雖モ故
障ヲ申立テタル者ハ始ヨリ公訴ヲ受ケタル者ニハアラサルモ故障ノ申立ニ因リ形式上當事者タ
ル地位ニ立テタル者ナルヲ以テ故障ノ申立アリタル以上ハ裁判所ハ其者ニ對シテ裁判ヲ爲スノ
義務アルヘシ既ニ裁判ヲ爲スヘキノ義務アリトセハ其故障ノ申立ハ不合法ナルヲ以テ第二三二
條ニ依リテ故障棄却ノ判決ヲ爲スヨリ外ナキナリ但此場合ニ公訴不受理ノ申立アルトキハ故障
ヲ申立タル者ニ對シテハ公訴ノ提起ナキカ故ニ公訴不受理ヲ言渡スヘキナリ而シテ故障棄却ノ
判決ハ故障申立ノ權アル者ヨリ故障ヲ申立テタル場合ニ於テハ關席判決ヲ確定スルノ效力ヲ有
スヘシト雖モ本問ノ場合ノ如キハ辯護人等ヨリ故障ヲ申立ラタル場合ト同シク其棄却ノ判決ニ
因リ關席判決ヲ確定セシムルコト能ハサルナリ從テ眞實ノ被告人ハ更ニ故障ノ申立ヲ爲スヲ妨
ケス

0349

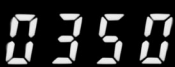
裁判所ニ於テ故障申立ノ權アル者ヨリ期間内ニ爲シタル故障ナリト認メタルトキハ之ヲ受理シテ更ニ通常ノ規定ニ從ヒ裁判スルモノトス(二三條一項)此點ニ關シ舊治罪法ノ規定ヲ見ルニ裁判所ニ於テ故障ヲ適法ナリト認メタルトキハ故障ヲ受理スヘキ旨ノ判決ヲ言渡スヘキモノトセリ(治罪法三三條三五條)本法ニ於テハ唯故障ヲ不適法ナリト爲ス場合ニ限リ故障棄却ノ言渡ヲ爲シ故障カ適法ト認メラレタル場合ニハ直チニ本案ノ審理ニ入ルヘキモノト爲セリ依テ本案ノ審理ニ入りタル後ニモ故障ノ不適法ナルコトヲ發見シタルトキハ第二三二條ニ依リテ故障棄却ノ判決ヲ爲スコトヲ妨ケス又第二審ニ至リ始メテ故障ノ不適法ナルコトヲ發見シタルトキ亦同シ即チ故障棄却ノ判決ハ審理ノ終局マテ之ヲ爲スコトヲ得ヘキナリ而シテ故障ヲ適法トシ本案ニ入りテ審理スルトキハ訴訟ハ關席前ノ程度ニ復スルヲ以テ恰モ關席判決ノ存在セザリシカ如ク審理ヲ爲シ關席判決ニ於テ認メタル刑ヨリモ重キ刑ヲ言渡スコトヲ妨ケス

故障ヲ申立テタル被告人カ右ニ述ヘタル公判ノ期日ニ再ヒ關席シタルトキハ再度ノ關席判決ヲ爲スヘキモノトス而シテ此場合ニ於テ裁判所ハ故障ノ適法ナリヤ否ヤヲ調査シ不適法ナルトキハ之ヲ棄却シ若シ適法ナルトキハ本案ニ入りテ證據調ヲ爲ササルヘカラス故ニ此場合ニ於テモ亦被告人ハ實體上不利益ナル推定ヲ受クルコトナキナリ此再度ノ關席ノ場合ニ於テ爲シタル本案ノ判決ニ對シテハ再ヒ故障ヲ申立ツルコトヲ得ス是レ第二三三條第二項ノ示所ナリ然レトモ故障ヲ棄却スル關席判決ニ對シテ明文上ヨリ解スルトキハ更ニ故障ヲ申立ツルコトヲ得ト論

結セサルヘカラサルカ如キモ斯クスレハ判決ノ確定スル時期ナキニ至ルヲ以テ此ノ場合ニ於テモ亦故障ヲ許ササルヲ至當ノ解釋トス故障ヲ許ササル再度ノ關席判決ニ對シテ控訴ヲ爲スコトヲ得ルヤ否ヤハ一ノ問題ナリ而シテ此問題ハ第二五二條第二項ノ解釋如何ニ依リテ決定セラルヘキモノトス或論者ノ同條ヲ以テ故障ヲ爲スコトヲ得ル關席判決ニ對シテノミ控訴ヲ許シ故障ヲ許ササル所ノ關席判決ニ對シテハ控訴スルコトヲ得サルモノト爲シ或論者ハ同條ハ此ノ如キ制限ヲ定メタルモノニアラスシテ關席判決ヲ受クタル者ハ故障控訴ノ二方法ヲ有シ其中何レカ一方ヲ選擇スルヲ得ヘキコトヲ裁定セルモノトセリ予輩ハ此第二說ノ見解ヲ以テ其當ヲ得タルモノナリト信ス蓋シ「故障ヲ爲サスシテ直チニ控訴ヲ爲スコトヲ得」トノ文意ハ故障ト控訴トノ何レカ一方ヲ擇ハシムルノ規定ナルコトハ一見明白ナレハナリ然ラハ此場合ニ於テ控訴ノ期間ハ何時ヨリ起算スヘキカト云フニ此場合ニ故障ヲ許ササルカ故ニ故障ノ期間内控訴ヲ爲スコトヲ得ヘシトハ解スル能ハサルヲ以テ第二五二條第一項ニ依リ判決言渡アリタル日ヨリ五日內ト爲スヘキナリ

第三款 故障申立ノ效力

一 故障ノ申立アリタルトキハ關席判決ハ當然消滅スルモノニシテ單ニ其效力ノミカ停止セザルルニ止マラサルナリ而シテ故障申立ニ依リ當然關席判決カ消滅スルトキハ關席判決ニ對シ



檢事ヨリ控訴ノ申立アリシ場合ニ於テモ亦同一ナリ故ニ此場合ニハ控訴ハ不成立トシテ棄却セラルルモノトス然レトモ關席判決ヲシテ消滅セシムルニハ其故障カ適法ニシテ且期間内ニ爲サレタルコトヲ要ス故障申立カ前示ノ效力ヲ有スルコトハ第二三三條第一項ニ「更ニ通常ノ規定ニ從ヒテ裁判爲スヘシ」トアルニ依リテ明カナル所ニシテ同條ハ裁判所ニ於テ故障ヲ適法ナリト認メタルトキハ民事訴訟法第二六一條ノ如ク關席判決ヲ維持又ハ廢棄スルコトヲ爲サスシテ恰モ關席判決カ存在セザリシカ如ク通常ノ判決ヲ爲スヘキモノトス且不適法ノ故障ハ關席判決ニ何等ノ影響ヲモ及ホスモノニ非ス

二 適法ナル故障ノ申立アルトキハ關席判決ハ當然消滅スルモノナルヲ以テ關席判決ニ於テ認メタル刑ヨリ重キ刑ヲ言渡スモ妨ケナカルヘシ故ニ控訴及ヒ上告ニ付テ第二六五條及ヒ第二九一條ニ於テハ檢事ノ上訴ナカリシトキハ不利益ノ變更ヲ許ササルモ故障ニ付テハ斯ル明文ナシトス

三 故障ハ之ヲ取下クルコトヲ得ス上訴ニ付テハ第二四六條ニ於テ其取下ヲ認ムルトモ故障ニハ斯ル明文ナシ是レ關席判決ハ故障ノ申立ト同時ニ當然消滅シタルヲ以テナリ

左ニ故障ニ關スル一二ノ問題ヲ掲ケ其解釋ヲ試ムヘシ
 第一審ノ關席判決ニ對シテ檢事ヨリ控訴ヲ爲シ控訴審ニ於テモ關席ヲ儘ニテ判決ヲ爲シタルトキハ被告人ハ第一審第二審ノ中何レノ關席判決ニ對シテ故障ヲ申立ツルコトヲ得ルヤ此問題ハ

結局控訴裁判所ニ於テ控訴ヲ棄却シタル場合ト第一審判決ヲ取消シテ更ニ刑ノ言渡ヲ爲シタル場合トニ依リ其斷定ヲ異ニセサルヘカラス即チ(イ)控訴棄却ノ場合ニ於テハ其判決ニ依リ第一審ニ於テ刑ノ言渡ヲ爲シタル判決ハ關席者ニ對シテ執行セラルルモノトナルカ故ニ被告人ハ此場合ニ在テハ第一審ノ判決ニ對シテ故障ヲ申立ツルコトヲ得ヘシ而シテ此故障ノ申立アルトキハ第一審ノ判決ハ勿論之ニ基テ爲シタル控訴棄却ノ判決モ亦同時ニ消滅スヘシ何トナレハ其基礎ヲ失フヲ以テナリ(ロ)第二審ニ於テ第一審判決ヲ取消シ更ニ刑ノ言渡ヲ爲シタル場合ニ於テハ第二審ノ判決ニ對シテ故障ヲ申立ツルノ外途ナカルヘシ何トナレハ此場合ニハ第一審ノ判決ハ第二審ノ判決ニ依リ取消サレタルヲ以テ關席者ニ對シ執行セラルルコトナケレハナリ或ハ關席判決ニ對シ檢事ノ控訴アル場合ニハ被告人ニ對スル訴訟ノ部分ハ第一審ニ繫屬シ檢事ニ對スル部分ハ第二審ニ繫屬スルヲ以テ控訴ノ判決ノ如何ニ拘ハラス常ニ第一審ニ於テ被告ハ故障ヲ申立ツヘキモノト爲スノ說ヲ爲スアリ然レトモ第二審ニ於テ對席判決ヲ以テ原判決ヲ取消シタル場合ト關席判決ヲ以テ之ヲ取消シタル場合ニ於テ差異アルヘキモノニ非サルカ故ニ第二審ノ取消ノ判決ハ常ニ第一審判決ニ對スル故障ノ權ヲ消滅セシムルモノトス

第六編 上訴

第一章 總論

0351

上訴トハ確定セザル裁判ヲ他ノ裁判所ノ裁判ヲ以テ破毀、變更スルカ爲メニ訴訟關係人ノ權利トシテ付與シタル救済方法ナリ或ハ上訴ヲ訴訟行爲ナリト云フ者アリト雖モ上訴ハ訴訟行爲ニ非スシテ一ノ方法ナリ唯上訴ノ申立其モノカ訴訟行爲ナルモ此上訴ト申立ト上訴トハ決シテ混同セザルヲ要ス本法ニ於テハ民事訴訟法ト同シク確定判決ニ對スル救済方法ハ之ヲ上訴ト云ハス上訴トハ控訴上告及ヒ抗告ノ三者ニ止マル是故ニ故障、非常上告、再審等ハ上訴ニ非ナルナリ或ハ非常上告再審ヲ稱シテ特別上訴ト云ヒ控訴、上告及ヒ抗告ヲ通常上訴ト云フ者アリト雖モ是レ單ニ學者ノ爲シタル區別ニシテ法典上ノ區別ニ非ス何カ故ニ非常上告及ヒ再審ハ上訴ニ非スヤト云フニ上訴ナルモノハ訴訟ノ普通ノ進行ナリ而シテ訴訟ナルモノハ固ト組織的ノ一體ヲ成スモノニシテ上訴モ亦其組織體ノ一部分ニ加ハルモノナリ即チ上告ノ審理ハ第二審ノ判決ニ於ケル事實ノ認定ニ基キ法律ノ適用ヲ更正スル爲メニスルニ依リ之ヲ知ルヘク控訴ニ於テハ新事實新證據ノ提出ヲ許スモ第一審ニ於ケル公判始末書ニ記載シタル證人、被告人ノ供述ニ基キ事實ヲ認定スルコトアリ又第二審ニハ豫審ナク控訴カ適法ナルトキハ直チニ公判ノ審理ヲ爲スニ依リテ見ルモ知ルヘシ抗告ニ於テハ控訴ト其性質ニ於テ異ナルコトヲ見ス從テ上訴審ニ於テハ下級審ト異ナレル裁判權アルニ非スシテ只審級ノ管轄ヲ異ニスルニ止マルモノトス然ルニ非常上告及ヒ再審ハ之ト異ナリテ以前ノ手續ト組織的一體ヲ成スモノニ非ス從テ其結果トシテ上訴ニハ上訴期間ノ設ケアルモ非常上告及ヒ再審ニハ其期間ナルモノナシ是レ非常上告及ヒ再

審ノ上訴ニ非サル所以ナリ

一 上訴ニ共通ナル點 各種上訴ニ共通ナル點ヲ左ニ摘示スヘシ。

イ 上訴ナルモノハ未タ確定セザル裁判ニ對スル攻撃ナリ是レ非常上告及ヒ再審ト異ナル所ノ一點ナリ而シテ上訴ノ申立アルトキハ裁判ノ確定力ヲ發生スルコトヲ妨クルノ效力ヲ有スルモノトス(二五三條二七二條一七四條參照)確定力ノ停止ハ執行ノ停止ト同シカラス確定力ヲ停止スルモ執行力ハ必スシモ常ニ停止スルモノニ非ス即チ左ノ場合はナリ

A 上告ノ場合ニ於テ勾留及ヒ放免ノ言渡ハ判決ノ執行ヲ停止セズ然レトモ第二審ノ判決ハ確定力ヲ有スルコトナシ玆ニ所謂勾留ノ言渡トハ第二六二條ニ依リ第二審カ第一審ノ管轄違ナルコトヲ認メ第一審判決ヲ取消シタルトキ前勾留狀ヲ存シタル場合ナリ又放免ノ言渡トハ第二審ニ於テ無罪、免訴及ヒ公訴不受理ヲ言渡シタル場合ナリ又第一審ニ於テ此言渡ヲ爲シ檢事ヨリ控訴アリテ第二審ニ於テ檢事ノ控訴ヲ棄却スル判決ヲ爲セハ此控訴棄却ノ判決モ其結果同一ナルヲ以テ放免ノ言渡ノ中ニ入ルモノナリ

B 抗告ノ場合ニ於テモ第一七四條但書ニ依リ保釋責付ノ言渡ヲ取消ス決定ハ停止セズ

ロ 上訴ノ申立アルトキハ其訴訟ハ上訴ニ繫ル部分ニ限り原裁判所ヲ離脱シテ上級裁判所ニ繫屬スルニ至ル之ヲ移審ノ效力ト云フ非常上告、再審ハ上告ヲ受クヘキ裁判所ニ於テ裁判ヲ爲スモノナルヲ以テ移審ノ效力ヲ認ムルコトナシ故障モ同一裁判所ニテ裁判スルヲ以テ

亦此效力ナシ此移審ノ效力ハ上訴ニ固有ノモノナリトス而シテ移審ノ效力ハ事件ノ裁判ニノミ及フモノナルヲ以テ第二五五條、第二七六條、第二九六條ノ規定ハ移審ノ效力ノ例外タルモノニ非ス又移審ノ效力ハ上訴ノ申立ヲ原裁判所ニ提出スルヲ妨クルモノニ非ス

ハ 抗告以外ノ上訴ハ判決ニ對スル不服申立ニシテ抗告ハ決定ニ對スル不服申立ナリ

ニ 上訴ハ裁判其モノヲ攻撃シ裁判其モノヲ破毀、變更スルヲ目的トスルヲ要ス單ニ裁判ノ理由ニ對スル上訴ハ之ヲ許スヘキモノニ非ス

二 上訴ノ申立ニ共通ナル點 上訴ノ申立ニ共通ナル諸點ヲ摘示スレハ左ノ如シ

イ 未タ裁判ノ成立セザル間ハ上訴ハ其目的ヲ有セザルヲ以テ裁判成立前ニ上訴ノ申立ヲ爲スモ其效力ナシ從テ有罪ノ裁判アラハ上訴ヲ爲スヘシト云フカ如キ條件附申立ハ本法ノ認メザル所ナリ

ロ 上訴ハ書面ヲ以テ申立ツルコトヲ要ス(二五四條、二七三條、二九六條參照然レトモ附帶控訴及ヒ附帶上告ハ公判ニ於テ口頭ヲ以テ申立ツルコトヲ得ヘシ此場合ニハ公判始末書ニ其旨ヲ記載シテ後日ノ證據ニ供スルモノトス

上訴ハ右ノ如ク申立書ヲ以テスルコトヲ要スルカ故ニ第二〇條ノ方式ニ從フヘク電報ヲ以テ申立ツルコトヲ得ザルヤ明カナリ

ハ 上訴ノ申立書ハ不服ヲ申立ツル裁判ヲ爲シタル裁判所ニ差出スコトヲ要ス故ニ控訴ハ之

ヲ第一審裁判所ニ、上告ハ第二審裁判所ニ、抗告ハ原裁判所又ハ豫審判事ニ差出スヘキモノトス若シ其申立書ヲ他ノ裁判所殊ニ上級裁判所ニ差出シタルトキ其效力如何上訴期間内

ニ其申立書ヲ原裁判所ノ手中ニ到達シタルトキハ其上訴ハ有效ナリト云フヘシ又裁判所ニ非サル官府ニ差出シタルトキモ亦同一ナリ

一 拘留ヲ受ケタル被告人カ上訴ヲ爲スニハ其申立書ヲ監獄署長ニ差出シ監獄署長ハ之ヲ原裁判所ニ送致スルモノトス(二四五條)而シテ此規定タル被告人ニ對シテ上訴期間ノ經過ヲ保護スルタメニ存スルモノナルカ故ニ上訴申立書カ監獄署長ノ許ニ上訴期間内ニ達シタル

キハ其上訴ハ有效ナリト云フヘシ然レトモ第二四五條ハ上訴ノ申立ニ付テノミ被告人ヲ保護シタル例外規定ナルカ故ニ上訴ノ取下及ヒ上告趣意書ニ付テハ此規定ヲ適用スルコトヲ得ス判例ニ依レハ同條ハ上告趣意書ニ準用セラルルモノトセリ

ニ 上訴ノ申立ハ上訴ノ名稱ヲ誤用シタルトキ又ハ全ク上訴ノ名稱ヲ用ヒザルトキト雖モ其效アルモノトス何トナレハ一定ノ上訴ナルモノハ必ス一定ノ裁判ニ對スルモノニシテ或裁判ニ不服ヲ申立ツルニ當テ控訴、上告又ハ抗告ト云フカ如キ上訴方法ヲ選擇スルコトヲ得レハナリ故ニ其名稱ノ如キハ正確ナルヲ必要トセス要ハ申立書ノ記載スル所ニ依リ申立人カ其裁判ニ對シテ上訴ヲ爲スノ意思明瞭ナルヲ以テ十分ナリトス

又若シ上訴申立書ニシテ其意思不明ナルトキハ其申立人ヲ訊問シテ其意思ヲ明カニスルコト

トヲ得ヘシ故ニ此場合ニ於テモ申立書カ期間内ニ差出サレタルニ於テハ縱令申立ノ趣意カ
其後ニ明白ナルニ至ルモ其上訴ノ申立ハ適法ナリトス

ホ 上訴ハ之ヲ一定ノ期間内ニ申立ツルコトヲ要ス(二五二條、二七一條、二九五條參照)

第一節 上訴ノ權利者

上訴ハ之ヲ當事者ノ權利トス上訴ハ正當ナル裁判ヲ得ルカタメニ設ケラレタルモノニシテ正當
ナル裁判ヲ得ルハ當事者ノ申立ヲ俟ツコトナク職權ヲ以テ爲スヘキカ如クナルモ國家ハ第一審
裁判ヲ以テ既ニ其犯罪處罰ノ手續ヲ盡シタルモノト爲スカ故ニ上訴ハ之ヲ當事者ノ權利ト爲セ
リ而シテ上訴ノ權利者ハ當事者ナレトモ上訴申立ヲ爲スヲ得ル者ハ當事者ノ外尙ホ訴訟關係人
アリ

上訴申立ヲ爲スコトヲ得ル者左ノ如シ

一 檢事及ヒ被告人 第二四二條ニ依レハ上訴權ニ關シテハ檢事ト被告人トハ同等ナルコトヲ
原則トス然レトモ此原則ハ絕對的ノモノニ非ス凡ソ或裁判ヲ攻撃スルニハ其裁判ニ因リテ自
己ノ有スル法律上ノ利益ヲ侵害セラレタルコトヲ以テ其條件トス故ニ被告人ニハ被告人ニ不
利益ナル裁判ヲ自己ノ爲メニ破毀變更スル爲メニ上訴權ヲ付與シタルモノニシテ利益ナル裁
判ヲ不利益ニ破毀變更スルカ爲メニ上訴權ヲ與ヘタルモノニ非ス被告人ハ管ニ重刑ヲ受タルカ

爲メ又ハ無罪免訴ノ判決ニ對シテ有罪トナル爲メ上訴スルコトヲ得サルノミナラス公訴不
受理、管轄違ノ判決ニ對シテモ上訴スルコトヲ得ス又判決ノ理由ニ於テ被告人ニ不利益ナル
コトヲ認メタル場合ニ於テ此點ヲ削除セシムルカ爲メニモ上訴スルコトヲ得ス何トナレハ上
訴ナルモノハ判決ノ主文ニ對スル攻撃方法ニシテ理由ヲ攻撃スルモノニ非ス又主文カ被告ニ
不利益ヲ與フルモノナレハナリ其他無罪ノ言渡ヲ爲シタル場合ニ誤テ訴訟費用ヲ被告ニ言渡
シ又ハ懲治場ニ拘留スル言渡ヲ爲シタルトキニ於テモ之ニ對シテ上訴スルコトヲ得ス何トナ
レバ此等ノ言渡ハ公訴ノ裁判ニ非サルカ故ナリ

檢事ニ至リテハ右ト全ク異ナレリ檢事ハ被告人ノ不利益ノ爲メノミナラス被告人ノ利益ノ爲
メニモ上訴スルコトヲ得(二四二條二項)蓋シ公益ハ不當ニ無罪ヲ言渡シ又ハ刑ノ輕キ場合ノ
ミナラス不當ニ重キニ失スル場合ニモ害セラルモノナリ而シテ不當ニ刑ノ言渡ヲ爲ス裁判
ヲ爲シタル場合ニモ檢事ハ訴ヲ取下タルコトヲ得サルヲ以テ此場合ニハ被告人ノ利益ノ爲メ
上訴ヲ爲スノ外ナケレハナリ檢事カ被告ノ利益ノ爲メニ上訴スル場合ニモ檢事自身ニ上訴權
アルコトヲ要件トス即チ檢事ハ被告人ノ代理人タルニ非ス檢事ノ固有ノ權利ニ基キテ上訴ス
ルモノナレハナリ是故ニ檢事ハ被告人ノミ與ヘタル抗告ニ付テハ縱令被告人ノ利益ノ爲メ
ナリト雖モ之ヲ爲スコトヲ得ス例ヘハ第一二六條ノ決定ニ對スル抗告、第三二二條ノ決定ニ
對スル抗告ハ第二四二條第二項ニ基キテ檢事ヨリ抗告スルヲ得サルカ如シ又檢事カ被告人ノ

利益ノ爲メニ上訴スル場合ニモ上訴期間ハ檢事ニ對シ定マリタル期間ニ從ハサルヘカラスルナリ

檢事カ被告人ノ利益ノ爲メニ上訴スルト不利益ノ爲メニ上訴スルトハ上訴ノ效力ニ付テ非常ノ差異ヲ生ス即チ第二六五條ニ於テハ被告人ノ利益ノ爲メ檢事ヨリ上訴シタル場合ニハ被告人ノ不利益ニ變更スルコトヲ得テラシム故ニ檢事カ被告人ノ利益ノ爲メニ上訴スルニ當リテハ上訴ノ方針目的ヲ明カニスルヲ要ス若シ檢事カ上訴ノ方針目的ヲ明示セザルトキハ裁判所ハ檢事ニ上訴ノ趣旨ヲ質シ其被告人ノ利益ノ爲メニ爲シタルモノナリヤ否ヤヲ確定セシメザルヘカラス而シテ檢事ニ上訴ノ趣旨ヲ質シ尙ホ不明ナルトキハ之ヲ以テ被告人ノ利益ノ爲メニ爲シタルモノト推測スルコトヲ得ス何トナレハ被告人ノ利益ノ爲メニ上訴スルハ例外ニ屬スレハナリ

檢事ノ上訴權ト被告人ノ上訴權トハ相互ニ獨立スルモノナリ從テ上訴期間ノ起算點及ヒ上訴期間ノ經過モ兩者ノ間ニハ差異アリ例ヘハ闕席判決ニ對スル控訴期間ノ如シ從テ當事者ノ一方カ判決ノ取消ヲ求ムルコトヲ得サルモ他ノ一方カ之ヲ攻撃スルコトヲ得ル場合ヲ生スヘシ是レ兩者ノ權利カ獨立ナリト云フ所以ナリ然レトモ一方カ獨立シテ上訴スルコトヲ得サルモ相手方ノ上訴ニ附帶ノ控訴、上告ヲ爲スコトヲ得ヘシ

罰金ヲ言渡サレタル證人、鑑定人又ハ通事ハ被告人ト同シク上訴ヲ爲スコトヲ得此場合ニハ證人、鑑定人又ハ通事ハ寧ロ罰金ノ言渡ニ因リテ此點ニ付キ被告タル地位ヲ有スルニ至リタルモノト云フコトヲ得ヘシ之ニ反シ沒收物件、差押物件ノ所有者ノ如キハ裁判所ニ因リ不利益ヲ被ルコト勿論ナレトモ上訴ヲ爲スコトヲ得サルナリ

茲ニ問題トナルハ一般ニ被告人ハ上訴ヲ爲スニ付テ他人ニ代理セシムルコトヲ得ルヤ否ヤ是ナリ本法ハ辯護人ハ被告人ニ代リテ上訴ヲ爲スコトヲ認ムルモ他ノ場合ニ在テハ被告人カ上訴ヲ爲スニ付キ代理人ヲ用キルハ法律ノ許ササル所ナリト謂ハサルヘカラス且上訴ノ申立ハ被告人ニ取リテハ辯護ノ行爲ナリ故ニ辯護人以外ニ於テ辯護行爲ヲ爲スハ法律ノ明文ヲ俟タサルヘカラスト論スルヲ正當トス

二 辯護人 上訴權ハ被告人ニ屬ス然レトモ第二四三條ハ辯護人ニ對シテ被告人ニ代リ上訴ノ申立ヲ爲スコトヲ得ルノ權利ヲ附與セリ但被告人カ明言シタル意思ニ反スルコトヲ得ストノ制限ヲ設ク是レ上訴權ハ辯護人ニ屬スルニ非スシテ被告人ノ代理トシテ被告人ニ屬スル上訴權ヲ行使シ得ルコトヲ辯護人ニ許シタルモノトス茲ニ辯護人トハ前審ニ於テ被告辯護シタル者ヲ謂ヒ此者ニ非サレハ被告人ニ代リテ上訴スルコトヲ得ス蓋シ前審ニ於テ辯護ヲ爲シタル者ハ事件ヲ最能ク知レルカ故ニ法律上此代理權ヲ附與シタル者ナレハナリ此點ハ判例ニ於テモ亦認ムル所ナリ然レトモ此辯護人ハ單ニ上訴ヲ爲スコトヲ得ルニ止マリテ上訴裁判所ニ於テ辯論スルニハ更ニ被告人ノ選任ヲ要スルモノトス

辯護人ハ被告人ノ上訴權ヲ代行フモノナルカ故ニ其結果トシテ辯護人ハ被告人ノ有スル上訴期間内ニ非サレハ上訴スルコトヲ得ス例ハ被告人カ出席シタル場合ニハ辯護人ハ出席判決言渡ノ時ヨリ五日内ニ控訴スルコトヲ得ルモノナリ被告人カ上訴スルコトヲ得ル時即チ故障期間ニ於テノミ上訴ヲ申立ツルヲ許シ又被告人カ上訴ヲ爲シタル時ニ當リ辯護人ヨリモ更ニ上訴ヲ申立テタルトキハ辯護人ノ上訴申立ハ被告人ノ上訴ノ申立ト合體ス是レ辯護人ハ被告人ノ權利ヲ代行フノ結果ニシテ此場合ニハ上訴ハ二箇アルニ非スシテ唯一アルノミナレハナリ

辯護人カ上訴スルニハ被告人ノ明言シタル意思ニ反スルコトヲ得ス然レトモ辯護人カ上訴ヲ爲スニ當リテハ特ニ被告人ノ明示ノ委任ヲ要スルモノニ非ス故ニ辯護人カ上訴シタルトキニハ被告人ノ意思ニ從ヒテ上訴シタリトノ一應ノ推定ヲ受クルモノナリ若シ被告人カ其申立カ意思ニ反スルコトヲ明言シ此推定ヲ覆サルル以上ハ當然被告ニ代リテ上訴ヲ爲シタルモノト看做ス而シテ此點ニ付テハ強制辯護ノ場合ト自由辯護ノ場合トニ因リテ異ナルコトナシ若シ辯護人カ上訴シタル後被告人カ其上訴ニ同意シ難キコトヲ申立テタルトキハ辯護人ノ上訴ノ申立ハ無効ナリ然ルニ或ハ此場合ニ上訴ハ取下ケラレタルナリト云フ者アルモ是レ謬見ナリ此場合ニハ上訴申立カ無効ナルヲ以テ其無効ナルコトヲ確定シ以テ辯護人ノ上訴ヲ棄却スヘキモノトス然レモ被告人ハ上訴期間内ナルニ於テ再ヒ其意思ヲ變シ上訴ヲ爲スコトヲ妨ケザル

ナリ

第二四三條ハ公訴ニノミ適用セラレ私訴ノ判決ニハ適用セラレス蓋シ辯護人ハ私訴ニ付テハ唯第二二一條第二項ニ依リ答辯ヲ爲スヲ得ルニ止マレハナリ何トナレハ當事者ノ處分權ヲ許容スヘキ私訴ニ付テ公益ノ爲メ法律ニ於テ上訴申立ノ代理人ヲ推定シ以テ被告人ノ明言シタル意思ニ反セザル限リ上訴ヲ申立ツルノ權ヲ附與スヘキ理ナケレハナリ

三 法律上代理人 被告ノ法律上代理人ハ辯護人ト異ナリ獨立シテ上訴スルコトヲ得(二四四條)此獨立シテ上訴ヲ爲ストハ被告人ノ意思ニ反シテモ上訴スルコトヲ得トノ意義ニ外ナラス是故ニ法律上代理人ハ被告人ノ有スル上訴權ノ外ニ尙ホ一ノ上訴權ヲ有スルニ非スシテ被告人ノ有スル上訴權ヲ獨立シテ行使スルヲ得ルノミナリ依テ被告人ト法律上代理人ト同時ニ上訴スルトキハ上訴ナルモノハ常ニ一アルノミニシテ申立カニ過キサルモノナレハ其上訴ノ理由ハ被告カ提出シタルモノト法律上代理人カ提出シタルモノトヲ合併シテ審理スルモノトス其上告趣旨書ニ付ラモ亦同シ

法律上代理人ハ獨立シテ上訴スルコトヲ得ルモ上訴期間ハ被告人ノ上訴期間ニ從ハサルヘカラス但上告趣旨書ノ提出期間ハ兩者同シカラサルコトアリ是レ上告申立ノ時期異ナルニ依リ其期間ヲ異ニスレハナリ

法律上代理人ハ上訴ノ申立ノミニ付テハ獨立ノ權アルモ上訴申立以後ニ於ケル上訴手續ニ付

ヲ全ク被告人ノ地位ニ代ルモノニ非ス法律上代理人カ申立タル上訴ニ付テモ亦被告人ハ當事者タルノ地位ヲ失フコトナシトス

四 上訴ニ付テハ民事原告人、民事被告人民事擔當人及ヒ民事參加人モ上訴スルコトヲ得ヘシ
(二四二條)而シテ法律上代理人ハ自己ノ權利トシテ獨立シテ私訴判決ニ對シ上訴スルヲ得ルニ非スシテ民事被告人ノ法定代理人トシテ上訴ノ申立ヲ爲スヲ得ルニ止ラン

第二節 檢事及ヒ被告人ノ上訴ノ效力

適法ナル上訴アリタルトキハ上訴裁判所ニ覆審ヲ爲ササルヘカラス且上訴ヲ理由アリトスルトキハ原裁判ヲ破毀更正シテ更ニ裁判ヲ爲ササルヘカラス而シテ此場合ニ於テハ上訴ナル攻撃ノ方針及ヒ目的ニ依リ上訴審ニ於ケル裁判カ制限ヲ受ルコトアリ被告人ヨリ上訴ヲ爲シ又ハ檢事ヨリ被告人ノ利益ノ爲メニ上訴シタルトキハ被告人ヲ不利益ニ變更スルコトヲ得サルナリ(二六五條、二九一條)此效力ヲ裁判ノ片面的確定力若クハ關係的ノ確定力ト稱ス但此效力ハ控訴及ヒ上告ニ限ルモノニシテ抗告ニハ之ナキモノトス又關係的ノ確定力ハ上告人ノ利益ノ方面ニノミ生スルモノナリ故ニ檢事カ上訴ヲ爲シタルトキハ其上訴ニ依リテ裁判所ハ被告人ノ不利益ノ變更ノミナラス被告人ノ利益ノ爲メニモ原判決ヲ破毀、變更スルコトヲ得換言スレバ檢事ハ被告人ノ不利益ニ變更スルカ爲メニ上訴スルモ其事件ヲ被告人ノ利益ノ爲メニ變更スルコトヲ得此場

ニハ裁判所ハ上訴ノ目的及ヒ方針ニハ偏重セラレズシテ其正當ナリト信シタル裁判ヲ爲スコトヲ得ヘシ檢事カ上訴シタル場合尙ホ被告人ノ利益ノ爲メニモ訴訟カ上級審ニ繫屬スルコトハ檢事ノ地位ヨリスルモ當然然ルヘキ所ナリ何トナレバ檢事ノ職分ノ最終ノ目的ハ刑法ノ正當ニ適用セララルルニアリテ被告ヲ有罪トスルコトニアラス故ニ檢事カ被告人ノ利益ニ變更スル目的ヲ以テ上訴シタル後其誤ナルコトヲ發見シタルトキハ意見ヲ變シテ被告ノ利益ニ變更セラレンコトヲ求メサルヘカラス然ラザレバ檢事ハ其最終ノ目的ヲ達スルコト能ハサルヲ以テナリ被告人ノ利益ノ爲メニスル上訴ハ不利益ニ變更スルヲ得サルコト及ヒ被告人ノ不利益ノ爲メニスル上訴ハ之ヲ利益ニ變更スルヲ得ルコトニ依リテ上級裁判所ニ於ケル手續ノ範圍ノ審理トノ目的物トカ定マルモノニ非ス上級裁判所カ上訴ヲ受ケタルトキハ下級裁判所ノ裁判ノ如何ナル範圍マテ覆審スルヤノ問題ハ第二六五條及ヒ第二九一條ニ依リテ定マルニ非スシテ第二五一條第二八九條ニ依リテ定マルモノニシテ關係的確定力トモ關係ヲ有セサルナリ故ニ被告人カ利益ヲ變更スルヲ求ムル爲メ上訴シタルトキモ其主張シタル利益ヲ變更シ得ルヤ否ヤノ點ノミヲ審理スルモノニ非スシテ原判決ニ認メタル刑ハ輕ニ失セサルヤ否ヤノ點マテモ審理スルコトヲ得ヘシ若シ其輕キニ失セリト認定シタルトキハ原判決ヲ取消スモ可ナリ唯第二六五條ニ依リテ原判決ヨリ重キ刑ヲ言渡スコトヲ得サルノミ

第三節 上訴ノ取下

上訴ヲ爲スト否トハ當事者ノ隨意ナリ然レトモ現行法ハ上訴ノ拋棄ヲ許サスシテ第二四六條ニ於テ上訴取下ノミヲ許シタリ又上訴ノ取下ハ檢事之ヲ爲スコトヲ得ス其理由ハ檢事カ公訴ヲ拋棄スルコトヲ得サルノ理由トハ異ナルモノニシテ檢事ハ上訴ヲ爲シタルトキハ前章ニ述ヘタルカ如ク被告ノ利益ニモ變更スルコトヲ得ルノ效力アルヲ以テ此場合ニ於テハ被告人ハ檢事ノ上訴ヲ以テ足レリトシテ自ラ進ミテ上訴セサルモノナリトノ推定ヲ爲スコトヲ得ルカ故ナリ被告人ノ爲シタル上訴ハ被告人ニアラサレハ取下クルコトヲ得ス法律上代理人ト雖モ之ヲ取下クルコトヲ得サルナリ又法律上代理人カ上訴シタル場合ニモ被告人自ラ之ヲ取下クルカ又ハ被告人ノ同意ヲ得テ法律上代理人之ヲ取下クルコトヲ要ス何トナレハ法律上代理人カ上訴スレハ被告人ハ自ラ進テ上訴セサルモ足レリトシテ止ムモノト推測スルコトヲ得ルノミナラス法律上代理人ハ上訴ノ取下ニ付テハ獨立ノ權ヲ有スルノ明文ナク上訴權ハ當事者ニ於テ之ヲ處分スヘキヲ原則トスレハナリ又辯護人カ上訴シタル場合ニモ被告人ニ非サレハ之ヲ取下クルコトヲ得ス何トナレハ辯護人ハ被告人ノ上訴權ヲ代リテ行フニ過キサレハナリ

- 左ニ上訴ノ取下ニ付キ注意スヘキ諸點ヲ舉示スヘシ
- 一 數箇ノ獨立ノ犯罪ニ對シテハ數箇ノ獨立ノ刑ノ言渡アリタル場合ニハ一部ノ上訴ノ取下ヲ爲スコトヲ得ヘシ其他ノ場合ニ於テハ一部ノ取下ヲ許サス
 - 二 取下ハ上訴期間ノ開始ヨリ上級審ノ裁判アルマテハ有效ニ之ヲ爲スコトヲ得ヘシ
 - 三 上訴ノ取下ノ方式ハ書面ヲ以テシ又ハ公廷ニ於テ口頭ヲ以テスルヲ得ヘシ
 - 四 取下ハ明示ヲ以テスルコトヲ要ス故ニ暗黙ノ取下ナルモノアルコトナシ若シ疑アルトキハ被告ヲ訊問スルノ外ナキナリ又條件附ノ取下ナルモノモ法律ノ認メサル所トス
 - 五 取下ハ裁判所ニ對シテ爲スモノトス從テ取下ハ裁判所ニ對シテ爲シタル場合ニ於テ始メテ其效力ヲ生スルモノナリ
 - 六 取下ノ意思表示ハ裁判所ニ達シタル時成立ス故ニ其以後ハ之ヲ取消スコトヲ得ス縱令上訴期間内ニ之ヲ取消スモ其效力ナキナリ
 - 七 取下ハ上訴權ヲ喪失スル效力ヲ生ス但不適法ノ上訴申立ニ付テハ此效力ヲ生セス

第一章 控訴

第一節 控訴ノ申立

控訴ノ申立ハ申立書ヲ第一審裁判所ニ差出スニ依リテ成立ス(二五四條)之ヲ原裁判所ニ差出スハ第二五五條ニ依リ期間經過後ノ申立ヲ却下セシムル便宜ヨリ來ルモノナリ又控訴ハ上告ノ如ク趣意書ヲ差出スコトヲ要セス何トナレハ控訴ハ事件全體ノ覆審ヲ目的トシ第一審ノ判決ノ取

消ヲ求ムルヲ終局ノ目的トスルカ故ニ前節ニ掲ケタル理由ノ存スルトキハ控訴申立人ノ主張ス
 ルト否トヲ問ハス控訴裁判所ニ於テ其點ヲ更正スヘキヲ以テナリ
 控訴ハ五日ノ期間内ニ申立テサルヘカラス而シテ其期間ハ第一審ノ判決言渡ノ日ヨリ起算ス
 (二五二條一項) 關席判決ノ控訴期間ニ付テハ同條第二項ノ規定ニ於テ特例ヲ設ク此關席判決ニ
 對スル控訴期間ハ之ヲ五日ナリト爲スモノト三日ナリト爲スモノトノ二說アリ前說ニ依レハ第
 二五二條第二項ハ舊治罪法第三六六條ニ基キタル規定ニシテ同條ニ依レハ關席判決ニ對スル控
 訴モ其期間ヲ五日トセリ又關席判決ト對席判決トニ依リ其期間ノ異ナルヘキ理由ナク且法文ノ
 解釋モ「……故障ノ期間内故障ヲ爲サスシテ……」ト句ヲ切りテ讀ミ下スヘシト云フニアリ然
 レトモ此說ニ依ルトキハ五日ナル期間ノ起算點ニ付テ之ヲ法文上ニ求ムルニ由ナキノミナラス
 又關席判決ヲ受ケタル者カ故障ヲ爲スニ代ヘテ控訴ヲ爲スコトヲ得ルトスル趣旨ノミナラス
 ハ法文ニ於テ「……故障期間内……」ナル文字ヲ使用シタルノ理由ヲ發見スルコト能ハス舊治
 罪法ノ第三六六條ニハ此故障ノ期間内ナル文字ヲ用ヒス然ルニ現行法ニ此文字ヲ加ヘタルハ故
 障ノ期間モ控訴ノ期間モ同一ナリトノ趣意ニ外ナラス又之ヲ同一ナラストセハ一判決ニ付キ其
 確定時期ノ二アルノ不都合ヲ見ルナリ故ニ予輩ハ「……故障ノ期間内……」ニテ切りテ之ヲ讀ミ
 下シ此場合ニ於ケル控訴期間ハ之ヲ三日トスルヲ至當ナリト信ス
 期間經過後ノ控訴ハ原裁判所決定ヲ以テ之ヲ抛棄ス(二五五條)其他ノ控訴ニ關スル取調ハ第一
 審ニ於テ爲スノ權ナク控訴審ニ於テ之ヲ爲スヘキモノトス

右ノ控訴棄却ノ決定ニ對シテハ抗告ヲ爲スコトヲ得若シ抗告アリタル場合ニ其抗告カ棄却セラ
 ルルトキハ第一審ノ判決確定ス之ニ反シ抗告裁判所ニ於テ期間内ノ控訴ナリトノ決定アリタル
 トキハ第一審裁判所カ適法ナリトシテ其控訴ヲ受理シタルト同一ノ程度ニ復スルモノトス

第二節 一分控訴

第二五一條ニ於テ控訴ハ判決ノ一分ニ限り之ヲ爲スコトヲ得ルモノトセリ此一分ノ控訴ヲ爲ス
 トキハ判決主文ノ一分ニ對シテ控訴スルコトヲ明示スルヲ要ス若シ其明示ヲ缺クトキハ判決ノ
 全部ニ對シテ控訴ヲ爲シタルモノト看做サルモノトス故ニ被告人カ控訴ノ公判ニ於テ控訴ノ
 趣旨ヲ述フルニ當リ其趣旨カ判決ノ一分ノミニ係リ他ノ一分ヲ超過スルモノ一分ノ控訴ニアラス
 シテ全部ノ控訴トナリ又全ク控訴ノ趣旨ヲ述ヘサルモ全部ノ控訴トナル而シテ若シ控訴ノ一分
 ナリヤ將タ全部ナリヤニ付テ疑アルトキハ控訴申立人ヲ訊問シテ其趣旨ヲ明カニスルコトヲ得
 ヘシ

控訴ヲ一分ニ制限スルコトハ申立ノ時ニ之ヲ爲スヲ得ルノミナラス申立ノ後ト雖モ尙ホ之ヲ爲
 スコトヲ得ヘシ申立後ニ此制限ヲ爲シタルトキハ控訴ノ一分ノ取下ト看做サルヘカラス故ニ
 再ヒ其制限ヲ取消スコトハ控訴ノ期間内ニ於テモ之ヲ許ササルモノトス



判決ノ一分ニ對シテ控訴スルトキハ裁判所ハ其部分ノミヲ審査シ他ノ部分ハ既ニ確定スルカ故ニ之ヲ審理裁判スルヲ得ス然レトモ玆ニ控訴ニ係ル部分ト云フハ控訴申立人ノ主張シタル攻撃ノ理由ヲ謂フニアラス控訴裁判所ハ攻撃ノ理由ニ制限セラレズ職權ヲ以テ事實認定及ヒ法律適用ノ誤謬ヲ更正スルヲ得ルモノナリ是レ亦上告ト異ナル所ナリ從テ控訴裁判所ハ被告事件ニ付テ獨立ノ裁判ヲ爲スモノニシテ其裁判モ自ラ至當トスル所ノ考案ニ依リ敢テ申立人ノ主張ニ羈束セラレルコトナシ此點ニ付テハ第二審ハ第一審ト同一ノ自由ヲ有スルモノトス

今如何ナル範圍マテ一分控訴ヲ許スヤニ付テハ裁判ノ部分カ牽連シテ分離スヘカラサルヤ否ヤニ在リ左ニ場合ヲ分チテ之ヲ詳説スヘシ

一 數罪ノ場合 數罪ノ場合ト雖モ一分ノ控訴ヲ絕對ニ爲シ得ルト云フヲ得ス各罪ノ刑ヲ併科スル場合ニ於テ始メテ獨立ノ一罪ニ付テノミ控訴スルコトヲ得ルナリ故ニ刑法第一〇〇條ニ依リ一ノ重キニ從テ處斷スヘキ場合一罪ニ付テ一分ノ控訴ヲ爲スヲ得ス何トナレハ第一審ニ於テ重キニ從テ處斷シタル所ノ刑ハ數罪ニ對シテ科シタル刑ニシテ不可分ナレハナリ例ヘハ強盜、竊盜ノ二罪俱發ノ場合ニ於テ強盜罪ニ付テノミ控訴スルモ控訴裁判所ハ兩者ヲ併せて審理セサルヘカラス若シ強盜無罪ナレハ竊盜ニ付テ刑ヲ言渡スコトヲ得ヘシ又之ト同一ノ理由ヲ以テ數罪中一罪ハ有罪トナリ一罪ハ無罪トナリタル場合ニ檢事ヨリ無罪ノ部分ト同一ノ理由シタルトキハ全部ノ控訴ナリ何トナレハ控訴審ニ於テ此無罪ノ部分ヲ取消シ有罪ト認ムル

トキハ第一審ニ於テ有罪ト爲シタル罪ト共ニ刑法第一〇〇條ヲ適用シ一箇ノ刑ヲ言渡スヘキヲ以テナリ此終ノ場合ニ於テ判例ノ示ス所ニ依レハ有罪ノ部分ハ確定シ無罪ノ部分ノミニ對スル一部控訴ナリトセリ

二 一罪ノ場合 一罪ノ場合ニハ常ニ分割シテ控訴ヲ爲スコトヲ得ス然ルニ或學說ニ依レハ一罪ヲ分チテ事實認定及ヒ法律ノ適用刑期ノ三トナシ若シ後ノ二者ノ一ニ對シテノミ控訴スルニ於テハ是レ一分ナリ故ニ事實ノ問題ハ審理セスシテ可ナリ又事實ノ問題ニ對シテ控訴セハ此場合ニ於テハ全部ノ控訴ナリト云ヘリ然レトモ是レ大ニ不可ナリ蓋シ事實ノ問題ハ之カ分割ヲ許ササルハ勿論又法律適用ノ問題モ事實ノ問題ト區別スルコトヲ得ス法律ノ適用ヲ審査セント欲セハ事實ノ審査如何ヲ觀察セサルヘカラス例ヘハ控訴申立人カ第一審カ委託物消費罪ニ問セタルハ不當ニシテ詐欺取財罪ヲ以テ論セサルヘカラスト主張シタル場合ニ果シテ詐欺取財罪ヲ以テ論スヘキヤ否ヤノ點ノミヲ審査スルニ止メサルヘカラストセハ或ハ被告人カ事實ノ點ニ付キ無罪タルヲ發見シタルニ拘ハラズ之ヲ無罪トスルコト能ハサルノ結果ヲ來スヘシ是レ甚タ不當ニシテ又刑期ヲ定ムル場合モ如何ナル犯罪事實ニ如何ナル法律ノ適用ヲ爲シタルヤヲ審査セサルヘカラサルカ故ニ論者ノ所説ヲ不可ナリト爲ササルヘカラス次ニ附加刑ノミニ付テ控訴アルモ全部控訴ナリトス何トナレハ附加刑ナルモノハ主刑ト牽聯スルモノナルカ故ニ附加刑ノミニノ審理ヲ許サス主刑ヲ審理スルニハ事實ノ上ノ審査ヲモ爲ササルヘカ



第三節 附帶控訴

同一ノ判決ニ對シテ原被雙方ヨリ期間内ニ獨立シテ控訴スルトキハ其控訴ハ共ニ主タル控訴ナリ若シ當事者ノ一方ノミカ期間内ニ控訴シテ判決ヲ攻撃シタルトキハ或ハ原判決ヲ相手方ノ不利益ニ變更セラルルコトナキヲ保セス故ニ此場合ニ於テハ相手方ハ既ニ控訴期間ヲ經過シタルトキト雖モ其不服ノ點ヲ攻撃スルコトヲ許ササルヘカラス刑事訴訟法第二五九條ニ控訴ノ相手方ハ其判決アルマテ附帶控訴ヲ爲スコトヲ得トアルハ則チ是ナリ以下附帶控訴ノ性質ヲ分析説明スヘシ

- 一 附帶控訴ハ主タル控訴ノ範圍外ニ出ツルコトヲ得ス 主タル控訴カ判決ノ一分ニ對スルモノナルトキハ附帶控訴モ亦其一分ニ制限セラル
- 二 附帶控訴ハ主タル控訴ト其運命ヲ共ニス 主タル控訴カ不成立ナルトキハ附帶控訴モ亦不成立ナリ又主タル控訴カ取下ニ因リテ消滅シタルトキハ附帶控訴モ亦之ニ因リテ消滅ス附帶控訴カ主タル控訴ト運命ヲ共ニスルニハ其控訴期間内ニ於テセルト否ラサルヲ問フコトナシ例ヘハ期間内ニ控訴スルモ相手方カ控訴ニ附帶スルモノナルトキハ附帶ノ性質ヲ有スルモノトス蓋シ刑事訴訟法ハ民事訴訟法ト異ナリ期間内ノ控訴ハ常ニ獨立ノ控訴ト爲スノ明文ナ

ケレハナリ

- 三 附帶控訴ノ不服ノ點ハ主タル控訴ト同一ナルモ妨ケナシ 故ニ附帶控訴ヲ爲サントスル點ハ主タル控訴ニ依リテ自ラ審査ヲ受クヘキモ相手方ハ尙ホ附帶控訴ヲ爲スコトヲ得例ヘハ被告人力無罪ノ控訴ヲ爲シタル場合ニ檢事モ亦刑ノ重キニ失スルコトノ理由ヲ以テ之ニ附帶控訴ヲ爲スコトヲ得何トナレハ控訴ハ第一審判決ノ取消ヲ目的トスルモノナレハ其取消ノ理由ハ無罪ナリト主張スルモ亦刑ノ重キニ失スルト主張スルモ其目的カ同一ニ歸著スル以上ハ其不服ノ點モ亦同一ニ歸著スヘキハ自然ノ結果ナレハナリ

- 四 自ラ主タル控訴ヲ取下ケタルトキハ附帶控訴ヲ爲スヲ得ス 蓋シ控訴權ハ取下ニ依リテ消滅シ民事訴訟法第四〇四條ノ如キ明文ナキヲ以テナリ

附帶控訴ヲ爲シ得ヘキ者ハ(一)主タル控訴ノ相手方(二)控訴裁判所ノ檢事ナリ被告人ヨリ主タル控訴ノ申立アリタルトキハ第一審裁判所ノ檢事ハ第二審裁判ノ開廷アルマテハ附帶控訴ヲ爲スコトヲ得而シテ既ニ開廷アリタルトキハ第二審裁判所ノ檢事ハ相手方トシテ附帶控訴ヲ爲スコトヲ得此場合ノ控訴裁判所ノ檢事ノ資格ハ主タル控訴ノ相手方トシテ第二五九條第一項ノ規定ニ依リテ附帶スルモノナリ何トナレハ同條第一項ニ依レハ控訴ノ相手方ハ其判決アルマテ附帶控訴ヲ爲スコトヲ得トアリ故ニ其開廷後ト雖モ相手方トシテ附帶控訴ヲ爲スコトヲ認メタルコト明カナリ然ラハ同條第二項ニ控訴裁判所ノ檢事モ亦附帶控訴ヲ爲スコトヲ得トハ如何ナル

場合ナルカト云フニ蓋シ第一審ノ檢事ヨリ主タル控訴又ハ附帶控訴ヲ爲シタルトキニ控訴裁判所ノ檢事カ附帶控訴ヲ爲ス場合ヲ指シタルモノナラン

第四節 控訴裁判所ノ審理

控訴ノ審理ハ控訴申立人ノ第一審判決ニ對スル不服ノ點カ正當ナリヤ否ヤノミヲ判決スルモノニアラス若シ然リトセハ第一審判決ノ認メタル所ニシテ其攻撃ナキ點ハ控訴裁判所ヲ羈束スルニ至ルヘシ本法ノ控訴手續ハ其ノ事件ヲ新ニ覆審スルニ在リ
控訴審ニ於ケル公判ノ準備ハ第一審ニ於ケルト同シク第二五七條ニ訴訟關係人ニ對シ呼出狀ヲ發シタル後其裁判ニ取掛ルヘキコトヲ規定セリ此訴訟關係人中ニハ必スシモ控訴申立人ヲモ包含スルト云フヘカラス辯護人カ控訴ヲ申立テタルトキハ之ヲ呼出スヲ要セス蓋シ此場合ハ被告人ニ代リテ控訴ヲ申立テタルモノナルカ故ニ被告モ亦控訴ノ趣意ヲ申立ツルコトヲ得ルカ故ナリ

重罪事件ニ付テハ控訴ニ付テモ第二三七條ニ依リ開廷前一應被告人ヲ訊問セサルヘカラス被告事件カ重罪トシテ訴追セラレタルニ地方裁判所ニ於テ輕罪ナリト判決シタル場合又ハ其判決ニ對スル控訴カ不成立ナル場合ニ於テモ亦第二三七條ノ手續ヲ履行セサルヘカラス然レニ玆ニ異論アルハ重罪トシテ公判ニ付セラレタル事件ト雖モ地方裁判所カ罪質ヲ變シテ輕罪ト爲セル場合

合ニ控訴裁判所カ之ヲ重罪ト爲シタルトキハ第二三七條ノ訊問ヲ爲サスシテ第二六四條ノ特別ノ手續ヲ爲ササルヘカラストノ説是ナリ此説ハ第二六四條ニ地方裁判所カ輕罪ナリト判決シタル事件ヲ重罪ナリトスルトキトアルニ基クモノナリ然レトモ本條ノ規定ハ第一審ニ於テ重罪トシテノ豫審ヲ經ス又ハ公判ニ於テ第二四一條ニ依リ重罪公判ノ手續ヲ爲ササル場合ニ於テ適用スヘク既ニ重罪トシテ豫審ヲ經又ハ地方裁判所ニ於テ重罪公判ノ手續ヲ爲シタルトキハ前ニ述ヘタル第二三七條ノ規定ニ依ラサルヘカラス控訴ニ關スル第二六四條ハ地方裁判所ノ公判ニ關スル第二四一條ト關係シテ重罪事件ハ必ス豫審ヲ要スルノ原因ニ基キタルモノナリ然レトモ其事件ハ豫審ヲ經ルモ重罪事件トシテ豫審ヲ經タルモノニ非ス又重罪ナルモ第一審ニ於テ重罪公判ノ手續ヲ爲ササルトキハ更ニ鄭重ナル取調ヲ爲スカ爲メニ受命判事ヲシテ其事件ノ取調ヲ爲サシムヘキモノトス

第五節 控訴ノ判決

- 一 控訴期間ヲ經過シタル控訴其他不適法ナル控訴ナルトキハ二二六〇條控訴棄却ノ言渡ヲ爲ス
- 二 第一審裁判所ノ管轄違ナルコトヲ認メタルトキハ其判決ヲ取消シ管轄違ヲ言渡スヘシ(二二六二條一項)然レトモ第二二三條ニ依リ控訴ヲ受ケタル地方裁判所目ヲ其事件ノ第一審裁判

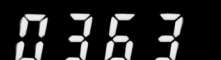
所ナルコトヲ認メタルトキハ直チニ第一審判決ヲ爲スヘキモノトス此場合ニ於テハ大審院ハ其上告裁判所タリ而シテ此場合ニ於テハ地方裁判所ハ區裁判所ノ判決ノ取消ト同時ニ自ら其第一審ノ判決ヲ爲スヘク之ヲ分離シテ裁判スルヲ得ス從テ此場合ノ審理手續モ亦第一審ノ審理タルモノトス

三 本案ノ判決ニ付テハ第二六一條ニ於テ之ヲ規定セリ曰ク「控訴裁判所ニ於テハ控訴ノ理由ナシトスルトキハ判決ヲ以テ控訴ヲ棄却ス可シ控訴ノ理由アリトスルトキハ原判決ヲ取消シ更ニ判決ヲ爲ス可シ」ト控訴カ理由アリトハ第一審判決カ法律ノ適用事實ノ認定又ハ刑期ニ付テ誤謬アル場合ヲ謂フナリ故ニ其實體上ノ誤謬アルトキニ限り原判決ヲ取消シ形式上ノ誤謬アルトキハ控訴ヲ棄却ス何トナレハ控訴申立人ハ實體上判決カ正當ナラサル場合ニ控訴ヲ爲スヘキ根據ヲ有スルモノニシテ原判決カ證據ノ採否ニ付キ誤アルモ犯罪事實ノ認定及ヒ法律適用ニ付キ誤ナキトキハ控訴ヲ爲スノ根據ナケレハナリ又控訴ノ理由ハ控訴申立人之ヲ主張シタルモノナルコトヲ要セス何トナレハ控訴ハ第一審判決ニ不服ナルノ一事ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得ヘキモノナレハナリ

四 控訴ノ關席判決ニ付テハ第二六六條ニ於テ之ヲ規定セリ同條ニ依レハ「控訴申立人出頭セサルトキハ關席判決ヲ以テ控訴ヲ棄却シ相手方出頭セサルトキハ申立人ノ意見ヲ聽キ關席判決ヲ爲ス可シ」トアリテ第一審ノ關席判決ハ被告人ニ不利益ノ推定ナシト雖モ本條ノ棄却ハ控訴申立人カ出頭セサルトキハ第一審判決ニ服從セサルモノト看做スカ故ニ事實ニ付テ調査ヲ爲スコトナク直チニ棄却ノ言渡ヲ爲スモノトス而シテ此判決モ亦本案判決ナレハ訴訟關係カ不適法ナルトキハ此判決ヲ爲スヲ得ス之ニ反シテ檢事カ控訴ヲ申立ラタル場合ニ於テハ其控訴ハ主タル控訴ナルト附帶控訴ナルトヲ問ハス被告人關席ヲ爲スモ事實ノ審理ヲ爲シテ而シテ後判決ヲ爲スヘキモノトス即チ第一審判決ニ於ケルト異ナルコトナシ

本條ニ控訴申立人トハ獨リ被告人ノミヲ指シタルモノト解セサルヘカラス辯護人カ控訴ヲ申立テ期日ニ出頭セサルコトアルモ棄却ノ判決ヲ爲スヘキモノニアラス辯護人ハ被告人ニ代リテ控訴スルモノナレハナリ又法律上代理人カ控訴申立ヲ爲シ關席シタル場合ニ於テ被告人カ出頭セルトキハ棄却ノ言渡ヲ爲スコトヲ得ス法律上代理人ハ被告人ノ意ニ反シテ控訴ヲ爲スコトヲ得ルト雖モ此控訴ハ棄却ト被告人ノ權利ナレハナリ要スルニ被告人カ出頭セサル場合ニ於テノミ關席判決ヲ爲スヘキモノトス私訴ノ申立人カ關席シタルトキモ亦第二六六條ノ規定ニ依ルヘキモノトス

控訴ノ判決ニ付テハ一ノ制限アリ即チ第二六五條ノ規定是ナリ同條ニ曰ク「被告人辯護人又ハ法律上代理人ノミ控訴ヲ爲シタルトキハ原判決ヲ變更シテ被告人ノ不利益ヲ爲スコトヲ許サス被告人ノ利益ノ爲メ檢事ヨリ控訴ヲ爲シタルトキ亦同シ」ト故ニ此場合ニ於テハ控訴裁判所ハ事實證據等ノ審理ハ自由ナレトモ第一審判決ヨリモ重キ刑ヲ適用スルコトヲ得ス然レトモ此原



判決ヲ不利益ニ變更スルコトヲ許ササルハ控訴審ヲ置キタル制度ノ趣旨ト背馳スルモノト云ハサルヲ得ス何トナレハ新ナル審理ヲ許ス以上ハ事實ニ適合スル刑ヲ言渡スノ自由ヲ有セザルヘカラサレハナリ然レトモ此ノ如クスルトキハ被告人ヨリ控訴シタルトキ犯罪事實カ重キトキハ重キ刑ヲ科セザルヘカラサルニ至リ控訴ハ被告人ニ對シ甚ク危險ナルモノトナルヘク且上訴本人ハ勿論辯護人モ亦之ヲ爲スコトヲ得ルモノナルヲ以テ情誼上此規定ヲ設クタルモノナリト謂フヘシ

又被告人ノ不利益トハ刑ノ不利益ヲ意味ス即チ前ノ刑ヨリ重キ刑ヲ科スルコトヲ得サルノ意ナリ故ニ例ヘハ竊盜ヲ強盜ト認メ受寄物費消罪ヲ竊盜ト認ムルモ妨ケナシ何トナレハ第二六四條ニ第一審ニ於テ輕罪ナリト判決シタル事件ヲ重罪ト認ムルコトヲ許セハナリ又事實ヲ重ク認ムルコトヲ得サルモノト爲ストキハ第一審ニ於テ事實ヲ不當ニ認メタルカ爲メニ無罪ヲ言渡ササルヘカラサル場合ヲ生スヘシ例ヘハ第一審ニテハ被告事件ヲ委託物費消罪ナリト判決セルモ事實ハ全ク竊盜罪ナルコトヲ第二審ニ於テ認メタルトキハ第一審ノ認定ハ不當ナルヲ以テ此第一審ノ認定ニ從フコトヲ得ス然ルニ竊盜ハ事實ヲ重クスルモノトセハ遂ニ無罪ヲ言渡ササルヘカラス然レトモ此ノ如キハ畢竟事實ヲ重ク認ムルコトヲ得ストスルヨリ生スル結果ニシテ其誤謬タルコト言フ要セス斯ル場合ニ於テ縱令事實ヲ重ク認ムルコトヲ得ルモ刑ヲ重クスルコトヲ得タルニ止マル由テ或場合ニハ刑法ニ規定ナキ刑ヲ言渡スコトアリ例ヘハ第一審ニテハ費消罪ナ

雜 錄

來ル二十四日午後五時ヨリ本大學專門部法律科及ヒ商科第二、三年級編入試験施行ノ筈

○大審院判例要旨

○關席判決ト符合セザル新判決ノ不當 關席判決ニ對スル故障ノ申立ニ因リ新辯論ニ基キ爲ス判決カ關席判決ト符合セザルトキハ關席判決ヲ廢棄ス可キコトハ民事訴訟法第二百六十一條ノ規定スル所ナルヲ以テ其新判決ニ於テ關席判決ヲ廢棄セザルハ固ヨリ其當ヲ得タルモノト謂フヲ得ス然レトモ新判決ニ於テ關席判決ヲ廢棄セスシテ之ト符合セザル判決ヲ爲シタルトキト雖モ關席判決ハ維持セラレタルモノニ非スシテ廢棄セラレタルコト自ラ明白ナレハ其廢棄ノ宣言ナキカ爲メニ當事者ノ利害ニ何等ノ影響ヲ及ホスコトナシ(明治四十年(一)第四百八號判決)

○權利義務ニ關スル證書ノ範圍 刑法第二百十條第一項ニ所謂ル權利義務ニ關スル證書トハ所論ノ如ク單ニ權利ノ發生ヲ證スルカ爲メニ作成セラレタル書面ノミヲ指スモノニアラスシ

ヲ權利ノ發生消滅移轉變更ヲ初メトシテ權利ノ存在不存在其內容範圍體様ヲ證明スルニ足ルヘキ形式ヲ有スル書面ハ其何タルヲ問ハス總テ其中ニ包含スルモノナルコトハ之ヲ同條ニ「權利義務ニ關スル證書」ナル概括ノ文詞ヲ用キ所論ノ如キ區別ヲ設ケザリシ文理ニ照シ又同條ノ規定タル全ク法律取引ノ安全ヲ確保スルノ目的ヲ以テ設ケラレタル立法上ノ理由ニ徴スルモ明確一點ノ疑ヲ容レサル所ニシテ上告論旨ニ謂フ如ク之ヲ權利義務ノ發生ヲ證明スル爲メニ作成セラレタル證書ノミニ限定スルハ第二十条第一項ノ律意ニ適セサルモノニシテ解釋ノ當ヲ得タルモノニアラス(明治四十年(乙)第一六八號)

梅法學博士主筆

法學志林

第十卷
第一號
一月二十日發行
每月一回廿日發行
定價一冊金拾貳錢
郵稅金壹錢
十冊前金郵稅共
金壹圓貳拾錢

◎志

林

最近判例批評
白地手形ノ流通
移民ノ經濟價值ニ就キテ

梅謙次郎
板倉松太郎
佐竹三
河津選吾

◎法質疑錄

民法六題(梅法學博士、橫田法學士、牧野法學士)
刑法一題(泉二法學士)
刑訴一題(豊島法學士)
憲法二題(清水法學士、島村法學士)

在伯林
法學士 吾孫子勝
法學士 孤孫子
法學博士 加藤正治

◎散

錄

無題錄

故ロエスレル氏逸事(其二)

◎判例

報

大審院判決例二十二件
○帝國議會院式
○增税問題下民論
○司法官俸案ノ裁減
○伊東中將殺通事件
○陳述禁止事件ノ其後
○惡化院ノ設備方針
○明治四十年度ノ裁判事件數
○最近犯罪者數
○原胤昭氏ノ出獄
○保護事業
○校友會東京支部秋季季禮
○校友會評議員
○校友會秋季大會
○校友懇親會
○校友會顧問支部臨時總會及日
○校友會東京支部秋季季禮
○校友會評議員
○校友會秋季大會
○校友懇親會
○校友會顧問支部臨時總會及日
○校友會東京支部秋季季禮
○校友會評議員
○校友會秋季大會
○校友懇親會
○校友會顧問支部臨時總會及日

◎記

事

聯合送迎會
○十日會
○三九會
○校友獎勵
○東京市麴町區富士見町

法政大學
六丁目十六番地

校外生規則摘要

- 一 十个月以上本大學ノ校外生ニシテ本大學ニ入學スル者ハ入學金ヲ免除ス
- 一 講義録ノ講習ヲ終リタル者ハ校外生修業證書ヲ請求スルコトヲ得但手數料金貳拾錢ヲ納ムヘシ
- 一 校外生月謝ハ左ノ如シ
 - 一 一个月分 各學年 金四拾錢 全學年 金壹圓
 - 一 六個月分 各學年 金貳圓三拾錢 全學年 金五圓五拾錢
 - 一 一今年分 各學年 金四圓五拾錢 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別ニ領收證ヲ交付セズ若シ相當ノ日時ヲ過キテ講義録ノ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縫綴アルトキハ講義録ノ番號ノ科目、頁數及ヒ縫間ノ要點ヲ記載シ本大學編輯局ヘ宛テ郵送スヘシ
- 一 質疑通信ノ文意解シ難キモノ主旨明瞭ニシテ解答ヲ要セスト
- 一 圖アルモノハ解答ヲ付セズ
- 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『三二九四番』

明治四十一年二月十九日印刷
明治四十一年二月二十日發行
(定價金五十錢)

編輯兼 萩原敬之
發行者

印刷者 重利俊夫

印刷所 金子活版所

東京市赤坂區新町五丁目四十二番地
東京市麹町區富十瓦町六丁目十六番地

發行所 私立法政大學

(電話番町一七四番)